

ドイツ不正競争防止法の新たな展開

新 UWG について

中 田 邦 博

序 論

- 1 はじめに
- 2 改革の背景
- 3 2004年ドイツ新不正競争防止法の準備過程と立法手続き
- 4 ドイツ新不正競争防止法の必要性

ドイツ新不正競争防止法の概要

- 1 ドイツ新不正競争防止法の基本構造
 - 2 保護目的および一般条項
 - 3 不正行為の種類
 - 4 法 違 反
 - 5 誤認惹起的広告
 - 6 受忍を求めることができない迷惑行為
- ドイツ新不正競争防止法上の請求権とその実現

- 1 総 説
- 2 差止請求権および排除請求権
- 3 損害賠償請求権
- 4 利得剥奪請求権
- 5 時 効
- 6 請求権の実現
- 7 刑 罰 規 定

旧法に対する変更

EU 法との関係

お わ り に 日本法への若干の示唆

序 論

1 はじめに

ドイツでは2004年7月3日に新不正競争防止法 (das neue Gesetz gegen

den unlauteren Wettbewerb (UWG と略される)) が成立し、同年 7 月 7 日官報¹⁾において公布された。そして同法は経過規定をおかずに、直ちに同年 7 月 8 日に施行された。同時に 1909 年不正競争防止法は廃止され²⁾、ドイツ公正競争法 (Lauterkeitsrecht) は、その初めての根本的な改革の幕を閉じ、約 100 年ぶりに新たな法的基礎を獲得することになったのである。今回の改正は、これまでもよくみられた部分的改正にとどまるものではなく、時代の要請に対応した新たな構想の下での全面的な改正である。また、改正法は、立法に影響を及ぼした学者たちの意図によれば、ドイツ国内で妥当するのみならず、ヨーロッパでの不正競争防止法のモデルになりうるものとしても起草された³⁾。さらに、今回の改正をめぐる議論では、規制緩和・自由化という流れと消費者保護の理念を不正競争防止法においてどのように調和させるのか、という根本的な問題も提示された。

このような経緯の中で成立したドイツの新法について、本稿では、その概要を紹介することにしたい⁴⁾。このような形で新法をとりあげる理由は、第 1 に、新法がヨーロッパ法の最新の動向を受け止めて先頭を切って世に送り出されたものであり、その内容そのものが比較法の対象としてきわめて興味深いものであることにある。第 2 に、本稿には、より実践的な意味をも付与できるのではないかと考えている。すなわち、ドイツ不正競争防止法は、消費者団体の提訴権をヨーロッパではじめて導入した法律であり、公正競争法のメカニズムは、市場秩序維持のみならず、消費者保護にも役立つ可能性を持っている。これは近時わが国でも盛んに議論がなされているテーマの一つである⁵⁾。それゆえ、ドイツでのこうした動向をリアルタイムで知り、それを分析することは、わが国において現在議論されている消費者契約法の改正論議、また団体訴権の導入に関する議論に対して一定の示唆を与えてくれるのではないかと思われるからである⁶⁾。

以下では、まず新法の成立過程 (2-4) について述べたのち、次に「ドイツ新不正競争防止法の概要」として新法の実体法的側面 () を、さらに「ドイツ新不正競争防止法上の請求権とその実現」として手続法的

側面()を扱うことにする。

2 改革の背景

歴史をさかのぼれば、1909年ドイツ不正競争防止法は公布時において意識的に部分的な性質を持つものとされていた。同法は本来的には不法行為法の一つの領域であって、教義的に、より安定した基礎に基づいて「礼節ある事業者(anständigen Gewerbetreibenden)」を、不正競争という新たな構成要件から保護しようとするものであった。新たな法領域を一貫して規律することではなく、一般不法行為の特別法であることを立法的に明確にすることが重要であった。旧法は、BGB 826条にみられる「良俗」に依拠した表現をもつ一般条項をおいていたが、競争を目的とした取引上の行為であることに関係づけられていた。これに続いて、いくつかの特別規定、とくに旧3条の一般条項による誤認惹起表示の禁止、旧14条の誹謗の禁止、旧17条の営業秘密の保護が重要なものとされていた。立法者が提訴権を拡大したことは注目に値する。不正競争防止法は、いくつかの刑罰規定を有しているが、むしろ民事上の訴えを通じて実現されるべきものとされたからである。ちなみに、法律効果や手続きについても体系的に規定されておらず、直接的に BGB や ZPO によって補充されていた。

旧法の歩みの中で、とりわけ、注目すべきことは判例と学説が大きな法発展をもたらしたことである。とくに旧1条の広い射程を持つ一般条項を基礎にして、次の不正競争の5つの事例群⁷⁾が形成されたことが重要となる。すなわち、顧客獲得、妨害行為、不正利用、法違反、市場阻害の類型である⁸⁾。この法発展による事例群は、競争事業者および事業者団体に付与された広範な提訴権と、それに基づく訴訟活動によって支えられ、独自の展開を遂げることになった。こうした展開において生じた変遷のうち、重要な三つをあげておく。一つには、保護目的の変遷である。不正競争防止法は、本来的には純粋な競争者保護として構想されたものであったが、その後、公共の利益に、消費者保護に扉が開かれ、競争事業者、消費者、

公共の保護が等しく位置づけられることになった⁹⁾。もう一つは、ヨーロッパ裁判所の判例の影響の下でドイツ法にも受け入れられた「理解力のある平均的な消費者」という指導像によって、とくに誤認惹起規定の厳格な適用が強く緩和されたことである¹⁰⁾。最後は、憲法が強い影響を与えたことである。それは、ショックを与える広告および感情に訴えかける広告の新たな評価をもたらした¹¹⁾。

こうした変遷は、主に判例を通じて行われたが、その判例法が条文に定着することはほとんどなかった。もっとも、立法者が時折介入することはあった。たとえば、立法者は、かつて公正競争法上において消費者利益の間接的な承認の下で消費者団体に提訴権を与えた。その後、消費者に有利な解除権を認め、あるいは広範な提訴権を認めた結果として発生した警告手続きについての弊害を訴訟権限や管轄権の制限で抑制しようと試みた。最後に、比較広告指令¹²⁾が国内法に転換された。しかしながら、これらの変更は、不正競争防止法の基本構造にまったく影響を及ぼさない小さな改正にすぎなかった。

ところで、判例において行われた自由化が立法のレベルで実際に決定的な一歩として現れたのは、2001年になってからである。不正競争防止法の二つの付属法、割引法と景表法の二つの法律の廃止がこれである。この廃止の理由は、一方で、これらの法律の厳格さに対して長い間、時代に合わないと批判されてきたこととともに、他方で、インターネットにおけるいわゆる出所国主義を導入したヨーロッパ共同体法の圧力を考慮したことによる¹³⁾。

3 2004年不正競争防止法の準備過程と立法手続き

上述したように、不正競争防止法の改革作業の直接の引き金となったのは、割引法と景表法の廃止であった。しかし、これに規定されていた価値広告の形態は、直接的に不正競争防止法（とくに旧7条の特別の催し、および旧1条）に包摂されていた。このことで、競争法上の評価がある種の

評価矛盾状態に陥っており、少なくともその限りで適合の必要性が生じていた。

そこで、連邦司法省は2001年に、不正競争防止法の適合と現代化のために提案を提出することを任務とする作業グループを設置した。そこではドイツ競争法の自由化とヨーロッパ化を中心的な課題として作業がなされた。同時に、現在のままの法律では、消費者の正当な利益を保護しようとするEU委員会に対して、説得的に正当なドイツの利益を伝えてその立場を展開することが困難であると考えられた¹⁴⁾。とりわけ、ヨーロッパのレベルで複数のヨーロッパ共同体法上のプロジェクト(たとえば、販売促進に関する規制提案、不正な取引慣行についての指令案)の内容が明確になってきたことから、それへの対応が必要となった。これらを背景にしてFezer¹⁵⁾とSchricker/Henning-Bodewig¹⁶⁾がそれぞれ鑑定意見を提出した。上記の作業グループは、この二つの鑑定意見を基礎にして議論を進め、完全に新しい不正競争防止法を創り出すという考え方に至ったのである。

ここにおいて、すでに長期にわたって進行していたドイツ競争法の自由化が、消費者保護の考え方と同じく明確に表現されるべきであるとされたのである。同時に、ドイツ競争法の承認された現在の状態、つまり判例法が21世紀の要請に対応してヨーロッパで通用する形式で法典化されるべきものとされた。そして、作業グループのこうした議論とKöhler/Bornkamm/Henning-Bodewigによって提示された、公正法および不正競争防止法改正に関する指令についての提案¹⁷⁾を基礎にして、2003年の始めに不正競争防止法の改正のための参事官草案が提示されたのである。

これに基づいて2003年8月22日不正競争防止法政府草案が作られた。政府草案では、参事官草案との最も重要な違いとして、特別の催し、記念セール、閉店セールなどに関する一切の規制が廃止されていた。この法律に関与した連邦参議院は、とくに競争事業者の概念を明確化すること¹⁸⁾、4条11項の法違反要件の拡張、電話勧誘の禁止の緩和、利得剥奪請求権の削除を求めた。

2003年9月15日に連邦議会において法案が第一読会に付され、法律委員会に移送された。結局、さらに「人間の尊厳を無視するような仕方」での決定自由の侵害の禁止も付け加えられた。利得剥奪請求権はもう一度練り直されて、いくつかの変更がなされた¹⁹⁾。これに対して、法違反行為の構成要件の変更と、電話勧誘のさらなる緩和に関する提案は受け入れられなかった²⁰⁾。

2004年4月1日にドイツ連邦議会は、法案を法律委員会によって勧告された体裁において承認した²¹⁾。連邦参議院によって招集された両院協議会は、一致には至らなかった。電話勧誘と利得剥奪請求権における両者の違いは埋めることができないことになった。

2004年6月16日にドイツ連邦議会は、連邦参議院の異議を却下し、そして不正競争防止法を多数決（Kanzlermehrheit）によって議決した。同法は2004年7月3日に署名され、7月7日に官報に掲載され、翌日、7月8日に施行された²²⁾。

4 新法の必要性

ところで、今回の改正では、旧法を修正するにとどめず、まったく新しい法律として制定したのであるが、その理由は何であったのか。上述したところを踏まえつつ、それをまとめておこう。政府草案の理由書によれば次のようである²³⁾。公正競争法の自由化およびヨーロッパ化の思想が前面に出てきたこと。割引法および景表法の廃止は、期待された成果をもたらさなかったこと。また旧法6条から8条までの抽象的危殆化要件を定めている規定はもはや時代に合わなくなっており、比例原則の観点からも残しておいておくことができないこと。さらにデータ保護法指令（2002/58/EG）の13条を国内法化させることが必要であったこと。

公正競争法の透明性をあげること。この要請により、定義のカタログや不正行為の個別事例カタログが作成され、また判例法によって発展させられてきた法制度（たとえば警告や服従表示）も法典に取り込まれた。ま

た、消費者保護の強化に役立つものとなること。とりわけ、保護目的の規定において消費者に言及し、利得剥奪請求権(10条)を規定化したからである。

ドイツ新不正競争防止法の概要

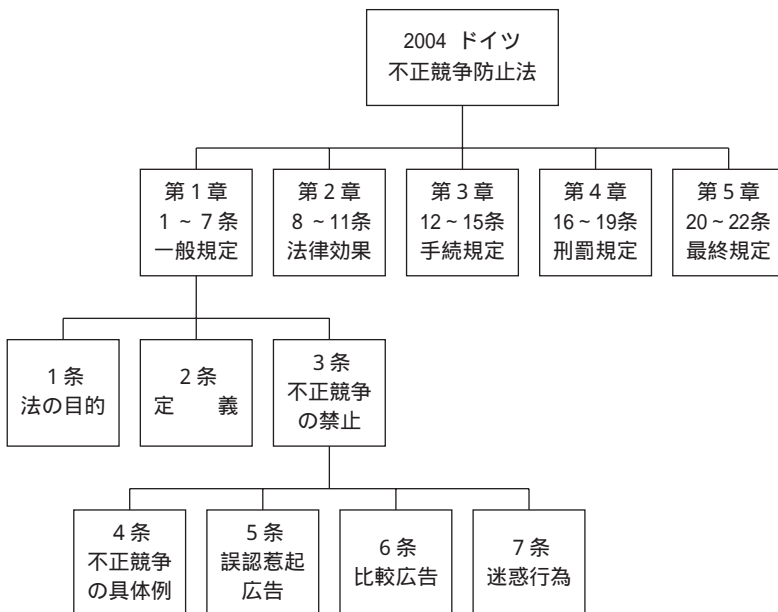
1 ドイツ新不正競争防止法の基本構造

今回の改正の主な目的は、上述したように、不正競争防止法の根本的な現代化およびヨーロッパ化にあったのである。こうした目的は新不正競争防止法の構造と体系に反映されている。2004年不正競争防止法は、本質的な価値をオープンにしておき、判例や学説によって形成されてきた「事例群」を、それらが再検討によって否定されない限りにおいて、法典化することに努めている。その際、ドイツ新不正競争防止法は各国の現代の競争法の考え方に従い、これまでとは異なる構造を採用することに至った。それは、これまでとは違った操作による適用を必要とするのみならず、部分的には、実体法上の構成要件について、とりわけ一般規定についてこれまでとは違う理解をもたらすことになる²⁴⁾。

新法の冒頭に位置する1条には目的規定(三つの保護目的)がおかれている。これに続いて、2条では競争行為、市場参加者、競争事業者、情報といった概念が定義されている。同時に、消費者概念、事業者概念に関しては、BGB 13条および14条が準用されている。3条には、いわゆる旧法1条を引き継ぐものとなる一般条項が定められている。この一般条項は、文言上は「良俗」に依拠しておらず、「不正な競争行為」に基づくものとなっている。加えて、軽微な場合を除外するための制限(Bagatellgrenze)を含んでいる。それは、不正な競争とは、「軽微であるとはいえない程度に(nicht nur unerheblich)」競争を侵害するおそれがないものとする。

不正な競争行為の具体的な類型は第4条に定められている。それは、一

2004年ドイツ不正競争防止法 (UWG) の基本構造図



般条項の「不正 Unlauterkeit」の概念を明確化するものである。とりわけ、すでに旧1条の枠内での事例群としてこれまで承認されてきた構成要件が取り込まれているが、一対一での取り込みがなされているわけではない。いくつかの下位事例は、たとえば過剰な勧誘、市場阻害、公的団体による競争は意識的に考慮されていないのである²⁵⁾。4条では不正競争についての次の11事例が規定されている。これらの事例を列挙しておこう。すなわち、決定自由の侵害(1項)、経験のなさの利用(2項)、広告の性質を持つことの隠蔽(3項)、販売促進手段おける情報の欠如(4項)、懸賞等における情報の欠如(5項)、販売の際の価格表示と賞金ゲームとの抱き合わせ(6項)、競争事業者の中傷(7項)、誹謗(8項)、補完的な給付保護(9項)、競争事業者の個別的な妨害行為(10項)、法違反(11項)、である。第5条は誤認惹起広告につい

で²⁶⁾、また第6条は比較広告について、第7条は迷惑行為について規定している。なお、これらに関しては、一般条項とのつながりにおいて軽微違反除外のハードルが同様に妥当する。

今回が初めてとなるが、競争法上の請求権とその手続きが8条以下の第2章でまとめておかれている。8条1項は差止(不作為)請求権と除去請求権を規定している。9条は損害賠償請求権を、10条は利得剥奪請求権を規定した。11条は時効を規定する。12条は警告行為および不作為義務もしくは仮処分、訴額等々を含んだ請求権の実現を規定する。13条および14条は事物管轄および土地管轄について規定し、15条は調停所について規定する。刑罰規定は16条ないし19条に、施行規定は22条に置かれている。

2 個別の規定の内容

2-1 保護目的と適用範囲

2-1-1 保護目的

新法では保護目的に関する規定が冒頭におかれることになった。これはヨーロッパでのモデルに従うものである。すなわち、1条は「本法は、競争事業者、消費者²⁷⁾およびその他の市場参加者を不正競争から保護することを目的とする。同時に、健全な市場に対する公共の利益を保護する。」と規定する。こうした三つの保護目的(Schutzzwecktrias)は、判例や学説におけるこれまでの支配的見解にも対応するものである。

本条の独自の意義は、共同体競争法上計画されている事業者間のルールと事業者・消費者間のルールとの分離に抗する形で、競争事業者および消費者を統合的に保護するという構想に依拠することを明らかにしたこと、および、同時に消費者の利益保護を保護目的としてあげたこと、にある²⁸⁾。

しかも、次の二点がより具体的に示されている。一つは、不正競争防止法が競争事業者、消費者、その他の市場参加者の利益を等しく、同じランクにあるものとして保護することを明確にしたことである。もう一つは、公共の利益を保護する場面を健全な競争についての公共の利益がある場合

に制限したことである。その他の公共の利益（たとえば、労働者保護、環境保護、動物保護、差別からの保護）を保護することは競争法の任務ではなく、他の方法において追求されねばならないのである²⁹⁾。

2-1-2 競争行為 適用範囲

2条は、ヨーロッパの次元での規制手法に倣って、競争行為という概念の下に一連の定義をおいている。適用領域の限定は主としてこの競争行為（Wettbewerbsbehandlung）の概念によって行われる。2条1項1号は、「自己および他者による商品の販売ないし購入の促進のための目的を持って行うすべての行為」と定義する。

この概念は、旧法（旧1条および旧3条参照）において用いられてきた、「競争目的を持つ取引上の行為」という概念を承継しており、自己又は他の事業者のために商品等の販売ないし購入を促進する目的で行為する者の一切の行為を補足する。旧法とは違って、その行為が他の事業者の不利に競争を促進するおそれもち、かつそうした目的を持つものでなくてよい。新法の適用に際しては競争関係の存在も必要とされていない。寡占者の行為で、たとえば消費者の不利となるように誤認を惹起する広告がなされた場合であっても、無理なくこれを補足できる。この競争関係は、競争事業者の提訴権が問題とされる限りで、なお必要とされている。

このようにみれば、内容的には、寡占者への原則的な適用可能性を別にすれば、これまで用いられていた「競争目的を持つ取引上の行為」という概念との違いはごくわずかであるといえよう。とりわけ、私的なあるいは営業上の、報道目的での、あるいは編集上の見解表明、消費者団体の活動はこれまでと同様に適用領域には入らない。新法は他の国々のいくつかにおいて採用されたような、競争法を「市場法（Marktrecht）」へと変化させる方向をとってはいないのである³⁰⁾。

2-1-3 競争事業者の概念

2条1項3号によれば、競争事業者（Mitbewerber）とは、商品又は役務の提供者あるいは購入者として一人のあるいは複数の事業者と具体的な

競争関係に立つ者をいう。これは、同一の販売部門、あるいは同じ経済的な位置での活動を前提とはしていない³¹⁾。事業者間の購入競争も含まれている。この概念が重要であるのは、競争事業者の概念が多くの個別規定において用いられているからである(たとえば、4条7号ないし10号、6条)。

2-1-4 市場参加者の概念

市場参加者(Marktteilnehmer)の概念は、2条1項2号において定義されている。これによれば、競争事業者、消費者とならんで、商品あるいは役務の提供者または購入者である者すべてを包括している。これは、ある規制が、消費者だけを保護しようとするのではない場合に必要となる上位概念なのである(たとえば、4条1号および7条1項)。

2-1-5 消費者(Verbraucher)および事業者(Unternehmer)の概念

消費者(Verbraucher)および事業者(Unternehmer)の概念の明確化のために2条2項はBGBの対応する規定を準用している³²⁾。

2-2 一般条項

旧法には一般条項(旧1条)および、それに並ぶ一連の特別規定(旧3条、旧6条ないし8条)がおかれていた。これに対して、新法は、特別規定によって具体化されるものとしての一般条項(3条)をおいている。3条は「競争事業者、消費者、あるいはその他の市場参加者の不利にごくわずかとはいえない程度に競争を侵害するおそれがある不正競争行為は許されない。」と規定する。本条を旧法の一般条項と比較すると、次のような違いが明らかとなる³³⁾。

第1に、立法者は、これまでの概念である「良俗(guten Sitten)」に代えて「不正(Unlauterkeit)」という概念を用いた。古びた概念である「良俗違反(Sittenwidrigkeit)」は、誤解や誤った評価をもたらす原因となりうるからである。しかし、このことそれ自体はこれまでの方針を変更するものではない。つまり、たんにヨーロッパでの用語法(不正 unlauter = unfair)と同じ響きを持つ用語が用いられたにすぎない。新法は賢明に

も不正を定義しないている。政府草案の理由書では、少し敷衍されているが、「不正となるのは、営業、手工業、あるいは自営業における公正な慣行に反するすべての行為である」とするパリ条約（PVUE）10 bis 条で用いられている概念の再現であるにすぎない。

第2は、不正の意味の具体化が行われていることである。立法者は自ら4条ないし7条の例示規定によって広範囲にわたるカタログを作成しており、判例は新法の一般条項の具体化という任務からかなり解放されている。判例は、それ以外の残された領域で確立された原則に依拠できない限りで、共同体法、憲法的価値および不正競争防止法1条の保護目的に基づいて態度を決定しなければならないことになる³⁴⁾。

第3は、主観的不正要素が要件とされていないことである。不正という非難が主観的要素を必要とするものかどうか、つまり行為者が不正の基礎となる事情を認識していることを必要するかという問題は、立法理由において述べられているように³⁵⁾、判例および学説にその答えが委ねられている。旧1条に関する判例とは異なり、これが問題となることはないであろう。競争行為は、行為者がどのような主観的な意図を持つかは無関係に、その他の市場参加者や競争に不利益を生じさせるからである³⁶⁾。

第4は、軽微ではない競争侵害のおそれというハードルである。3条は、旧1条とは対照的に、不正な競争行為を一般的に禁止するのではなく、それが「競争事業者、消費者、あるいはその他の市場参加者の不利に、軽微とはいえない程度に競争を侵害するおそれがある場合」にのみ、禁止している³⁷⁾。こうした規制は部分的にはすでに旧法に含まれていた。つまり、「この市場において競争を重大に侵害するおそれがある行為」という文言を用いて抽象的に侵害された事業者（Gewerbetreibenden）および経済団体（Wirtschaftsverbände）（旧13条2項1号および2号）にかかる提訴権者の範囲を制限する場合である。新法では、この制限が原則として一般化され、明確化されたにすぎないのである。

このことで、新法の適用に際して常にどのような範囲で不正な行為が成

果競争に危険をもたらすのか、を常に示すことという競争裁判所に対してなした連邦憲法裁判所³⁸⁾の説示が考慮されているのである。したがって、軽微違反除外規定(Bagatelklausur)を持つ一般条項の解釈に際しては旧13条2項1号および2号の意味での「競争を重大に侵害する」という要件についての判例をふまえなければならない³⁹⁾。軽微な違反事例は追及されるではない。だからといって、重大性の程度をあまりに高く設定することになってはならない。不正な行為が競争事業者、消費者、およびその他の市場参加者にとって不利になるものであること、つまり、市場参加者としてのそれらの者の利益を侵害するものでなければならないことが解釈にとって決定的である。公共の利益の侵害が同時に市場参加者の利益に関係するものではない場合には、すでに述べたようにここには含まれない。

また、3条は、不正な競争行為は「許されない(unzulässig)」というだけで、具体的な法的効果を定めることはしていない。これらはむしろ8条ないし10条において規定されている。

3 不正行為類型

3-1 概 説

新法において目新しいのは、4条から7条までにおいて定められている不正行為の例示的諸規定である。これらの規定は、どのような競争行為が不正になりうるかを明確に示そうとしている。こうした列挙は、列挙されている事項以外のものを排除してはいない。これは、すでに4条の規定の形式からも明らかになる。例示的規定の形成過程では旧法に関するこれまでの判例による事例群を法文化して法典に組み入れようとする傾向が明確にみとれる。4条1号は、消費者およびその他の市場参加者の決定自由の侵害に関する例示的規定を一般条項の形式で規定する。4条2号ないし5条はこれまでの判例に従っている。それでも部分的には通信事業者法(TDG)7条の基準、また電子商取引指令が取り込まれている。その規制は「オンラインで妥当することはオフラインでも妥当する」というモッ

トーによってすべての取引に拡張されている。4条6号は、旧法の判例によって発展させられてきた、懸賞広告や賞金ゲームとの抱き合わせ販売の原則的禁止を確認している。例外として、それらへの参加が商品の購入と無関係であるときには許されるのである。商品、役務と関連しての懸賞広告や賞金ゲームが「通常のもの」とされる場合には許容されている。こうした場合には、懸賞広告や賞金ゲームがメディアの編集上の部分や放送の番組であるときが含まれる。4条7号には、競争事業者への中傷行為が規定されている。そこでは、競争事業者の標識、つまり商標（ブランド）への言及がみられるが、もちろん商標法の優先適用に疑問は生じない⁴⁰⁾。

4条8号の中傷行為（名誉毀損）の規定は旧14条に対応する。この補完的成果保護は、限定的であるが、4条9号の規定において定められている。競争事業者妨害は4条10号に規定されており、法違反に関しては4条11号に定められている。

旧法において展開された事例群のうち、そのための規定がとくにおかれていないことから、3条の一般条項によって直接に包摂されることになるのは、一般的市場妨害⁴¹⁾および公法上の団体による競争である⁴²⁾。

新法においては、誤認惹起広告は、特別規定ではなく、むしろ不正な市場行動の例示規定として定められた（5条）。これまで旧2条で規制されてきた比較広告は、ほとんどそのまま6条に規定された。迷惑行為となる広告は詳細に7条で扱われている。実務で重要なことは、4条以下に含まれていないが、不文の情報提供義務の違反に対する一般的構成要件である⁴³⁾。これはむしろ、その限りで不作為による誤認惹起の事例となるのである。

3-2 決定自由に対する適切でない影響および取引上の経験の欠如の利用

4条1号は、事実に即さない影響から消費者およびその他の市場参加者の決定自由を保護している⁴⁴⁾。この禁止が4条2号によって補完され、たとえば子供や未成年の取引上の経験の欠如や軽率さを利用する決定自由侵害の事例も含まれることになる。

4条1号および2号をその一部として取り込む顧客獲得事例群に属していたのは、「過剰な勧誘」および「心理的な購入強制」である。これらの観点は、新法においても、一つの役割を果たしうが、これまでとは違った位置づけにある。旧法とは異なって過剰な勧誘がなされたとしても、もはやそれ自体として疑念を差しはさまれるものではなくなっているからである。それだけでは不正判断の基礎を欠くことになる。したがって、「過剰な勧誘」および「心理的な購入強制」の観点は、それらが個別に決定自由の侵害、たとえ経験の欠如の利用にいたる場合にのみ、なお考慮されることになる。

4条1号および2号は新法の鍵となる構成要件である。というのは、それらは、市場参加者(Markttegenseite)を欺くものではないものの、それでも不当な影響を及ぼすことになる慣行に対する防御となるからである。その規定化は、不正な取引慣行についての指令が計画されていることによっても促進されたのであろう⁴⁵⁾。

この問題は、この種の要件をいかに限定するかである⁴⁶⁾。成果を上げた広告やマーケティングのすべてが消費者の決定自由にながしか影響するものなのである。問題は、合理的な決定の可能性を排除するか、あるいは少なくとも深刻な影響を及ぼすという意味で決定自由をゆがめているか、である。さらに、このことは、原則として、一定の方法において行われていなければならない。つまり、新法は、人間の尊厳を無視するような仕方や、これ以外の、事実在即さない不適切な影響による圧力の行使をその例としてあげている。

ここで妥当する「理解力のある平均的な消費者」というモデル⁴⁷⁾を基礎にすると、公衆に対する広告による影響が、決定自由を歪曲するのに必要となる影響というハードルを超えるのは、おそらくきわめてまれな事例ということになるであろう。その際、新法が自由化という発想を担っていること、つまり現在の判例の水準から後退するつもりがないことを考慮すべきである。いわゆる感情に訴えかける広告、ショッキングな広告は旧法

の下でもすでに広く許されていた。したがって、原則として4条1号のもとづく許されない影響とみることはできないのであって、かりにたとえそうみることができたとしても一般条項の基礎としてのみ捉えることができるにすぎない。このことは、人間の尊厳を無視するような広告の捕捉についても同じである。この種の広告が4条1号によってそれ自体として禁止されておらず、それが決定自由を阻害するときのみ禁止されることになるからである。

このことから、4条1号および2号において問題となるのは、いわゆる価値広告で、たとえば、抱き合わせ販売、投機心の喚起、パワーショッピングなどである。この場合も、価値広告はそれ自体として不当となるのではなく、むしろそれが個別の事例で消費者やそれ以外の市場参加者、小売商人の決定自由を侵害するおそれがある場合のみ不当となる⁴⁸⁾。その際、新法は、後述するように、意識的に一般的情報提供義務を規定しなかったものの、販売促進行為については情報提供義務を規定していることに留意すべきである⁴⁹⁾。

3-3 販売促進の場合の情報提供義務・賞金ゲーム

これらは4条4号および5号において規定されている。すでに電子商取引においてすでに認められている情報提供義務は通信事業者法（TDG）5条においてメディアを越えて、販売促進手段のすべてに拡張された。懸賞募集および懸賞ゲームに関してはそれに加えて抱き合わせ禁止が妥当する。

4条4号によれば、すべての販売促進手段において、たとえば、値引きや、景品、贈答品などであれば、それを取得するための条件が明瞭かつ明確に表示されていなければならない。懸賞募集および賞金ゲームに関しては同条5号でこのことが再度規定されている。このように、法律上規定された義務が明確に存在することから、重要な情報について黙秘したことが不作為による誤認の惹起となるかを吟味しなくてもよいことになる。この問題は、いかなる情報が個別の場合に、いかなる時点で、いかなる場所で

提供されねばならないのかという問題となってきた。このことは、すでに法律上明文で規定されている情報が洪水のように増えていることから、いっそう重要とされている⁵⁰⁾。

ヨーロッパ委員会によって計画されている販売促進に関する規則(Sales Promotion-Verordnung)は、部分的には訓示的であるが、詳細な情報義務のカatalogを規定している。ドイツの立法者は、それを意識的に取り込むことはせずに、むしろ一般的な規定で十分であるとしたのである。ここでは、適正な決定に必要な一般的な情報を与えるための何らの義務も規定されていない。たとえば、景品やその他の「利益」の価値をつねに指摘する義務はないのである。ただし、沈黙が誤認を惹起し得ない限りで、そうなのである(5条2項2号)。

情報義務の内容と射程は、たとえば、その時々販売促進手段の対象、製品の種類、名宛人、情報コストの分配といったファクターと、いかなる情報が消費者にとって重要なのか、および広告者に対して、消費者の決定の確実さにマイナスをもたらさないように何を課すのかという問題に左右される。

情報提供義務の射程の解釈に際しては、とくに、これが割引法および景表法、旧7条の特別の催しに関する規定の廃止、「過剰勧誘」のような側面の後退があった後では、まさに価値広告に該当していた従前の禁止の代替物となるべきものであることを考慮しなければならない。4条1号および2号、そして誤認惹起禁止と共通して、情報提供義務は新法において、販売促進手段で判定される重要な制限となっている。

もっとも、立法者は特定の禁止をなお維持している。懸賞募集および賞金ゲームにおいては、旧1条についての従前の判例が行ってきたように、依然として、商品と役務の抱き合せ販売を禁止している(4条6号)⁵¹⁾。例外となるのは、「自然に」商品と役務とが組み合わせられている懸賞応募、賞金ゲーム、つまり、たとえば雑誌の編集領域にある懸賞パズルである⁵²⁾。

3-4 広告的性質の隠蔽

広告行為の広告的性質を隠蔽することは4条3号によって禁止されている。判例によって旧1条および旧3条にもとづいてメディアを包括して行われているこれまでの判断の変更はなされていない。これまで通り、とくに、メディアを含んでいるときに、競争行為が存在しているかどうかという問題は中心的意味を持つ。広告的性質の不当な隠蔽があるかどうかは、いずれにせよ依然として、個別事例の特殊な事情に強く左右される。たとえば、メディアの種類や、それと結びつく具体的な消費者の期待である。

3-5 誹謗および中傷行為

従前の事例群である「妨害行為（Behinderung）」から取り出された要件である競業事業者の誹謗および中傷は、今回は4条7号で規定されている。同規定は、もはや6条には包摂されていない、名声の低下のすべての事例を含んでいる。しかしながら、このような、いわゆる営業上の信用の侵害は、酷評や価値判断によって、また真実の事実の主張によって行われることがある。これに対して、証明できない真実の名誉毀損的、中傷的な事実の主張は、旧14条に規定されていたが、新法では4条8号の特別な要件に基づいて判断されることになる。

3-6 補完的な成果保護

新法は、はじめてこれまで1条の一般条項にもとづいて判断されてきた、いわゆる補完的成果保護についても規定を置くことにした。この判断においては、確かに重点の違いがあるものの、基本的なところは何も変わっていない。同様に、特別保護権との限界付けの問題についても同じである。

競争事業者による製品や役務の「模倣（Nachahmung）」はそこでの中心的概念となる。4条4条9 a号ないし9 c条によれば、次の三つの種類の提供が不正となる。つまり、これまでの用語法によれば、回避可能な出自の欺罔（9 a号）、名声の利用（9 b号）、不正手段による入手（9 c号）であり、立法者は模倣に関連する最も重要な場面を規定しようとしたのである。これらは模倣のすべての他の形態を許されないとする排他的なもの

ではない⁵³⁾。模倣による妨害はいずれにせよ、原則的には4条10号に包摂されうる。4条9a号ないし9c号に規定されていない、他者の寄生的な利用は3条の一般条項によって捕捉されている。

3-7 意図的な競争事業者妨害

競争事業者の意図的な妨害は、これまでの妨害事例群を一般条項的に捉える形式で規定されている(4条10号)。その判断は旧1条にもとづいて発展してきたところと原則として異ならない。たとえば、すでに判例により旧1条において認められていたように、購入力(Nachfragemacht)の濫用もそれに属する⁵⁴⁾。とりわけ、いわゆる「利益要求(Anzapfen)」である。「意図的な」行為は、妨害が競争の単なる帰結であるときには要件を満たすには足りない。他方で常に妨害の意思が存在していなければならないとはされない。むしろ一定の行為がその性質上、競争事業者による競争の妨害に向けられていることで足りる。限界事例では、競争自由の原則を考慮して利益衡量が必要になる。なお、一般的市場阻害はここには含まれない3条に基づいてのみ捕捉可能となる。その場合、一般条項についての変わらぬ理解、とくに高められた侵害のハードルが考慮されなければならないのである⁵⁵⁾。

4 法 違 反

4-1 概 説

4条11号の法違反の要件は、近時の判例⁵⁶⁾を基礎にして作られたものである。市場参加者の利益のために、または市場行動を規律するために定められた法律上の規定に違反する者は、不正に行為することになる。この場合にも、軽微違反除外条項(3条)が妥当するので、その違反が、競争事業者、消費者、その他の市場参加者の不利に競争を、ごくわずかでない程度に侵害するおそれがあるものかどうかを常に補充的に検討しなければならない。たとえば、開店時間制限法に一回違反することは原則として競争にわずかな影響を与えるにすぎず、違反行為として追及されることはな

い。

4-2 市場行動規制

法違反としては市場行動を規律する法律規定のみが考慮される。直接または間接的に事業者の販売・購入を促進する市場での一切の行動が包摂される。商品あるいは役務の提供と購入のみならず、たんなるイメージ広告を含む広告も、これに属することになる。市場行動規制はドイツ基本法12条1項2号の意味での職業の自由の規制となる。したがって、十分に吟味せずに適用するのではなく、常に、それが憲法上の要請（優位にある公共の福祉の考慮、比例原則）を充たしているかどうかを問いかける必要がある。しかし、4条11号によっては排他的な規制となる規定は補足されない。とりわけ、社会法、商標法、カルテル法、書籍価格拘束法がこれに属している⁵⁷⁾。

4-3 その他の規制との区別

市場に関連しない規制、たとえば製造物責任、建築法、労働者保護法、データ保護法や、純粋な市場参入規制（地方の事業者の市場参入への地方自治法上の制限）に対する違反は、競争法上重要でないとされる。もちろん、ある規定が市場参入あるいは市場行動規制として性格づけられるのではなく、むしろ両方の要素を含むものとなることもある⁵⁸⁾。しかし、4条11号の適用に際しては、その文言によれば、すでに規定が市場行動をも規制していることで足りる⁵⁹⁾。「二重の機能」を持つ規制が前提としているのは、市場への参加が公法上の許可を必要とする場合で、そのことで提供される商品および役務の一定の質あるいは安全性の確保が目的とされるときである⁶⁰⁾。とりわけ、自由な職業に対する許可規制がこれにあたる。

4-4 主観的構成要件要素

旧法とは異なって、たとえば規範の認識、行為の計画性、競争での突出の意図といった主観的な要件は求められていない。

4-5 市場行動規制の事例群

市場行動規制は、とりわけ、職業上の行動、提供される製品、販売高、

および意図された契約に関係する。価格表示法、および開店時間制限法もまた市場行動規制に属している⁶¹⁾。法実務には、競争制限および情報提供義務が重要となるであろう。法律上の情報提供義務においては十分な保護があり、欠けるところはない⁶²⁾。

5 誤認惹起的広告

5-1 概 説

5条は誤認惹起的広告を、旧3条のような特別構成要件としてではなく、不正行為の例示的構成要件の一つとして規定している。また立法者は、起草にあたっては旧3条の内容を引き継ぐのではなく、むしろ誤認惹起広告指令3条1項に従っている。このことで、以前の過剰に厳格なドイツの誤認惹起に関する法準則との離別が形式的にもなされたことになる。むしろ判断の基準は、最近の連邦通常裁判所BGHの判例では、普通に情報を提供された、状況に適合した注意深さと理解力を有している消費者とされているのである⁶³⁾。

5-2 不作為による誤認の惹起

5条2項3号には「事実の黙秘 (Verschweigen einer Tatsache)」による誤認惹起が明示的に規定されている。その際、とくに、それが取引観念からして契約の締結の決定にとって意味をもつものであること、および、その黙秘が決定に影響を与えるに足りるものでなければならないことが重要である。この規定は、これまでの判例法を法典化したものであり⁶⁴⁾、潜在的な市場の相手方に対する事業者の競争法上の不文の情報提供義務の基礎 (透明性の要請) となりうるであろうとされている⁶⁵⁾。

5-3 価格引き下げによる広告

さらに、5条4項は推定規定を含んでいる。これによって推定されることは、価格値下げによる広告は、価格が不適切な短い期間だけつけられていた限りで、誤認を惹起するものとなる。こうした規制は、ある程度、特別の催しの禁止を廃止したことに代替するものとなる。これは、昔からよ

く知られた口約束の価格広告と関係している。それは、おそらく将来的には、なお増えることになろう。たとえば、魅力的な価格の値下げを広告することを可能にするために、あまり現実的でない価格を最初につけるのである。しかしながら、この新たな規制に実効性があるかどうかは疑問であるとされている。というのは、どのように競争事業者が、どのぐらい最初の価格がつけられていたかを知ればよいのか、はっきりしないからである。これについては、5条4項2号が証明責任を規律しているが、それでも事情は同じである。証明責任規定は、訴えが提起された場合に、初めて介入するものだからである。原告はつまり、場合によっては、ただ漠然と、最初の価格が不適切に短期間だけつけられていたと主張し、被告が反証に成功しないことを期待することにならざるをえなくなるであろう。原告がこうしたリスクを冒したくない場合は、この者は終局的には証拠（たとえば証言など）を手にしていなければならないことになる⁶⁶⁾。

5-4 十分な在庫がない商品の広告

5条5号によれば、十分な量の在庫商品が確保されていないのに、その商品を広告することは誤認惹起となる。これは旧3条に関するこれまでの判例を明文化する試みである。原則として、「二日間の在庫」が適切なものとしている（5条5項2号）。しかし、商人は、提供できる商品在庫を広告で明瞭に示すことで誤認惹起を回避することができる⁶⁷⁾。

6 比較広告

比較広告の規制は旧2条から引き継がれている（6条）。これまでの解釈に対して、何らの変更もなされていない⁶⁸⁾。

7 受忍を求めることができない迷惑行為

迷惑行為の禁止は、7条において特別の要件を形成しており、それは多段階的に構築されている。まず7条1項は一般条項的な広い原則を含んでいる。それによれば、市場参加者に受忍を求めることができない仕方であ

担をかけることは、不正となる。決め手となるのは、個々人が主観的に迷惑をかけられたと感じることではなく、受忍を求めることができる (Zumutbarkeit) という概念にある。これは、原則として、一定の広告ないしマーケティング方法のやり方から明らかにされる。次に、7条2項によれば、受忍を求め得ない負担となるのは、とくに、広告あるいはマーケティングが受領者の認識可能な意思に反して行われている場合である。このことによって、いずれにせよ、最下層の制限として、オプト・アウト解決がとられている。広告およびマーケティングは、それが受領者の明示された、あるいは認識可能な意思に反している場合には、不正となる。このことは、公共の場所で話しかける場合、広告郵便やパンフレットなどにも妥当する⁶⁹⁾。

さらに、電話勧誘は、7条2項2号によって規律されているが、最後まで政治的に論議された。連邦参議院に対抗して、連邦政府および連邦議会は、消費者に対する電話勧誘について、厳格なオプト・インを維持し、明示的ないし推断的な事前の消費者の同意を必要とするこれまでの判例を法典化することを主張した。これに対して、事業者に対しては推定的 (mutmaßlich) 同意で十分であるとされた。

7条2項3号によって、オプト・インが留守番電話機、ファクス、電子郵便の利用による広告にも妥当する。しかも、名宛人という表現のみを用いているので、消費者にも事業者にも同様に妥当する。もっとも、電子郵便を利用した広告は、7条3項によれば一定の要件に、とくにすでに行われた売買との関係でそのアドレスを獲得するときには、許容されている。同規定は、7条2項4号と同様に、データ保護指令 (2002/58/EG) を国内法化するものである。

ドイツ不正競争防止法上の請求権とその実現

1 総 説

新不正競争防止法は、はじめて不正競争行為の民事法上の効果を、包括的ではないものの、あわせて規定している。上述したように、8条から10条までにおいて、除去請求権、不作為請求権（侵害差止、予防的差止請求権）、および損害賠償請求権が、そして新たに利得剥奪請求権（Gewinn abschöpfungsanspruch）が規定されている。12条3項は判決の公表を求める（訴訟法上形成された）請求権を含んでいる。11条は時効を規定し、12条ないし15条は競争法上の手続きを規定する。これに対して、不当利得返還請求権、情報開示および会計報告（Auskunft und Rechnungslegung）請求権は、明文の規定を欠いたままである。これらは、これまでの判例によって展開された諸原則に応じて判断されることになる。さらに、消費者の一般的契約解消権および個別的損害賠償請求権を法律に取り込もうとする努力⁷⁰⁾も受け入れられなかった⁷¹⁾。

2 差止請求権および排除請求権

新法（8条1項）では、差止（不作為）請求権は侵害差止請求権⁷²⁾と予防的差止請求権⁷³⁾という二つの形式において規定されており、それに加えて除去請求権⁷⁴⁾も規定されている。これらの規定は、主として旧13条にもとづいて判例が発展させてきたこれまでの法原則を法典化したものである。そこでは、とくに、第一の侵害の危険性および反復の危険性の必要性があげられている。請求権は侵害者に対して、また一定の場合には事業の占有者（Unternehmerinhaber）に対して行使することができる。これに対して、8条3項において排他的に規定されている請求権者については重要な変更がなされている。たしかにこれまでと同様に、競争事業者、営業上の、職業上の利益を促進するための法人格ある団体、8条3項3号の

要件を満たした消費者保護団体、商工会議所に提訴権が与えられている。もっとも、2条1項3号の「競争事業者」という定義の結果として、侵害者と具体的な競争関係にある競争事業者のみが、つまりこれまでの判例によれば直接に侵害された者が提訴権を有することになる(8条3項1号)。したがって、旧13条2項1号の、抽象的にのみ該当する事業者(Gewerbetreibenden)の提訴権が脱落することになった。従業員および受任者(同条2項)に関する責任および濫用(4項)についての規制は内容的に旧法の13条4項および5項に対応している。

3 損害賠償請求権

旧法とは異なって新法では損害賠償請求権が9条1文で統一的に規定された。9条2文のプレス特権はすべての競争違反に拡張された。

4 利得剥奪請求権

3条に故意で違反した場合の利得剥奪請求権は、ドイツ法および外国法においてモデルをみない新たな制度である(10条)。この場合、競争事業者の犠牲で獲得された利益ではなく、「購入者の負担(zur Lasten der Abnehmer)」で獲得された利益が問題とされている。こうした規制は、次のような理由から正当化される。購入者、とりわけ消費者は、不正競争によってその利益を奪われることがしばしばである。しかし、消費者はその法律上の権利(たとえば、解除、減額など)を行使しない。競争違反を知らないことにその理由があるにせよ、比較的少額ゆえに法的に争うことが割に合わないにせよ、いずれにせよそうなのである⁷⁵⁾。こうした事態はこれまで、次のように表現されてきた。「不正競争はいつでも割に合う」と。まさにこうした事態を変えるために、8条3項2号ないし4号の団体には、事業者が得た不当な利得を剥奪するための権限が与えられたのである。こうした規制については、ある者たち⁷⁶⁾は十分ではないといい、他の者たちは、これには大きな危険があるといい、これをめぐって熱い議論

が繰り広げられた。請求権の発生を故意行為の場合に制限することによって、立法者はこうしたリスクを帰責可能な枠組みに収めたのである。また、濫用を防止するために、こうした請求から得られた利益は団体そのものに帰属するのではなく、国庫に帰属するものとされた⁷⁷⁾。

5 時 効

新法の11条によれば、8条、9条、12条1項2号に基づく請求権に関しては6ヶ月の時効期間が妥当する。この時効期間は、請求権が成立し、債権者が、請求権を基礎づける事情を知り、かつ、債務者が誰であるかを知った、あるいは、重過失がなければ知りえた場合に、進行を開始する（11条2項）。その限りで、かつ、損害賠償請求権（11条3項）の場合に、BGB 199条との調整が行われる。その他の請求権、とりわけ利得剥奪請求権は重過失あるいは認識の有無を考慮することなく、発生から3年で時効消滅する（11条4項）

6 請求権の実現

6-1 裁判外の実現

警告及び服従表示の方法による請求権の実現については、12条1項においてこれまでの判例の諸原則が法典化されている。正当な警告に関する費用請求権も今回は12条1項2文で規律されている⁷⁸⁾。(63)したがって、事務管理の原則に依拠することはもはや必要ない。

6-2 裁判上の実現

裁判上の実現に関しては、仮処分における緊急性の推定（12条2項）、判決の公表（12条3項）、そして請求額（Streitwert）の減額（12条4項）が規定されている。それらは、大部分において旧法に対応している。第一審裁判所として今回から、地方裁判所（LG）が排他的に管轄権を有することになる（13条1項）。14条の事物管轄の規定は主に旧24条に対応している。調停所（Einigungsstelle）の活動も規定されている（15条）。それは

内容的には旧27 a 条に対応するものである。

7 刑罰規定

新法では刑罰規定が第4章(16条ないし19条)に集められた。不実の表示によって誤認を惹起する広告(16条1項)、連鎖販売取引(16条2項)、営業上の秘密の漏洩(17条)、原型の利用(18条)、漏洩の教唆および幫助(19条)である。これらの刑事罰規定は、すでに1909年不正競争防止法において設けられていた規定である。なお、旧15条の名誉毀損(Verleumdung)に関する規定はドイツ刑法187条で十分であるとされたことから、今回は承継されなかった。そして、競争法上の刑事犯罪に対する民法上の制裁は8条以下ではなく、むしろもっぱら BGB 823条2項を通して行われることになっている。

旧法に対する変更

さらに、新法は旧法の特別規定の多くを承継しなかった。それらはもはや競争政策上の環境に適合しないものであり、とりわけ、新たな消費者像に合致しえないものだからである。こうした観点から、代替の規定を設けることなく廃止されたのは、特別の催し、記念および閉店セール(旧7条)および在庫一掃販売(旧8条)、および破産処分品の売買に関する抽象的危険不法行為(旧6条)、製造者および卸売商の性質を持った広告(旧6条)、売買取引による取引(旧6 b条)。つまり、これまできわめて厳しい要件のもとでのみ許されてきた特別の催し及び全品入れ替えセールは新法では原則的に許されており、新5条の一般的な誤認惹起禁止にのみ服することになる。さらに、新法に承継されなかったのは、実務では意味のなかった、刑事罰を受ける誤認惹起広告の場合の消費者の解除権(旧13 a 条)、営業秘密漏洩の場合の損害賠償請求権(旧19条)、名誉毀損の刑事規定(旧15条)、それに関連する判決の告示(旧23条1項)、および

訴額の減免（Streitwertbegünstigung）規定（旧23b条）である⁷⁹⁾。

EU 法との関係

ヨーロッパ法のレベルでは、公正競争法はこれまで部分的にのみ規律されてきたにすぎない⁸⁰⁾。これに関しては、とりわけ誤認惹起的広告、比較広告に関する指令、電子商取引指令、データ保護指令があげられる⁸¹⁾。さらに、域内市場におけるセールスプロモーション規則案⁸²⁾や域内市場における不正な取引慣行についての指令案⁸³⁾も出されている。ここでは、ヨーロッパ委員会が強く遂行しようとしている後者の指令案について、新法との関係に限定して述べておくことにする⁸⁴⁾。まず域内市場における不正な取引慣行についての指令案の目的は、同1条によれば、消費者の経済的な利益を、事業者と消費者との間の取引における不正な取引慣行から保護することにある。この保護目的は、つまりドイツ不正競争防止法とは異なり、事業者と消費者との関係に制限されている。そして、この保護は、標的とされたグループの平均的消費者が基準となって定められ、競争事業者および市場参加者（たとえば、営業上の購入者、公法上の団体）の保護は反射的利益として把握される。同指令案2条においては多くの定義がなされているが、そこでは「取引慣行（Geschäftspraktiken）」に言及がある。この下では、消費者への販売促進および製品販売・引渡しに直接的に関係する一切の行為、不作為、行動、表示、商業上の通信が含まれる。さらに事業者の広告、マーケティングも合わせて含まれる。

指令案5条1項には、「不正な取引慣行は禁止される」という簡潔な文言の一般条項が規定されている。この「不正な取引慣行」のもとで何を理解するかは、指令案の5条2項で説明されている。それによれば、取引慣行は、それが職業上の注意義務の要請に反し、かつ、平均的な消費者の経済的な行動に、その時々製品の購入に際して本質的な影響を与え、かつそのおそれがある場合には、不正となるとされている。不正な取引慣行の

規制事例として、指令案5条4項は誤認惹起的かつ攻撃的な取引慣行をあげている。この規定の要件は、同6条以下において、さらに具体化されている。付表には、「どのような場合にも不正となる」取引慣行に関する詳細なリストがあげられている。指令案に誤認惹起広告を取り込むことは、誤認惹起指令の変更が必要となる。この指令は将来的には、事業者間のみ妥当するものとなろう。こうした指令案は、構成国に、事業者相互の関係(B2B)における競争法上の規制を行うものとするのかどうかの決定を委ねている。消費者保護との関係でドイツ不正競争防止法がこれに適合することが必要かどうか、もし必要とあればどの程度それをしなければならぬのか、という問題が残る。たしかに両者の間には実際上の大きな違いはみられない。誤認惹起的取引慣行についての規制は、5条および4条11号によって、攻撃的取引慣行についての規制は4条1号および2号によってかなりの範囲でカバーされる。いずれにせよ、迷惑行為となる広告(7条)については指令案では問題とされていない。場合によっては、実質的な変更は必要とはされないものの、文言修正による適合が必要となるかもしれない。

まとめにかえて 日本法への若干の示唆

以上みてきたところからも明らかなように、新法は時代に適合する構造を得ようと努め、現代の立法に課せられる透明性の要請を満たそうとするものといえよう。判例や学説によって創造されてきた確かな判例法は、再検討に耐えられる限りで、新法に取り込まれた。一般条項はこれまで通り法律の中心的な位置にあるものの、具体的事例が付与されている。

内容面でも、新法は、以前からの自由化の流れをさらに推し進めるものといえる。このことはとくに、特別の催し、在庫一掃セール、誤認惹起に関する様々の抽象的な要件についての規定を代替規定なしに廃止したことに明らかである。他方で、立法者は消費者サイドからのいくつかの要

求（一般的契約解除権，独立の情報提供義務など）を受け入れることに消極的であったものの，市場参加者，とくに消費者のための重要な保護メカニズムが取り入れられている。たとえば，電話勧誘，懸賞募集，賞金ゲームについては，決定自由に対する不当な影響を問題とすることができるし，とくに子供や青少年の取引上の経験のなさの利用を禁止することによって，これまでの厳格な制限を維持している。過度に攻撃的な販売方法や広告方法に対抗して法的手段をとる可能性も付与されている。利得剥奪請求権も，実際の意義を獲得するかどうかはまだわからないが，認められているのである。

このようにして，ドイツにおいては，不正競争防止法の改革によって，一方で，自由化の要請，すなわちヨーロッパ共同体が基本条約に規定する人・物・サービス，資本の自由の展開に対応するとともに，他方で，（将来的な）EU 消費者保護の展開を受け止めたということができよう。これに対して，周知の通り，わが国の不正競争防止法はドイツ法を母法にするものであるが，一般条項を欠いており，その展開は母法とはかなり異なるものである。しかし，ドイツ法のこれまでの展開とその機能の変遷をみるなら，その改正の方向を見極めた上で，改めてわが国の不正競争防止法の機能について考え直してみることは，あながち無意味なことではないであろう。これについて少し敷衍して述べてみよう。

昨年，わが国では，規制緩和の流れを受けて，自立した消費者理念像を前面に出した消費者基本法が制定されたが，消費者の自己決定環境は，その権利実現施策を含めてまだ十分に整備されたとはいえない。団体訴権もその導入が議論されているが，その実現の道筋ははまだ明らかであるとはいえない。これに対して，ドイツに目を転じてみると，ドイツ不正競争防止法は，まさにこうした分野のパイオニア的役割を果たしてきたのである。ドイツが，競争法と消費者保護法とに分ける，いわゆる分離型のアプローチをとるのではなく，今回の改正においても，これまで通りの統合型のアプローチを採用したところに，その伝統と独自性を感じさせられる⁸⁵⁾。他

国の立法例をみるまでもなく、どのようなアプローチをとるにせよ、競争法と消費者保護法が密接に関連していることはいうまでもない。

今回、ドイツは債務法の現代化に続いてEUでの一つの理想的法モデルを不正競争防止法の領域においても提示しようとした。わが国も、ドイツが採用した立法モデルに、その内容を含めて学ぶことができるように思われる。その際、注意すべきは、不正競争防止法とその他の民事法の権利救済システムとの関連である。消費者の個人としての権利救済は、ドイツでは、学説上認識の違いはあるものの、民法や判例によってそれがほぼ十全にはかられていると考えられている⁸⁶⁾。それでも、今回の改正作業において、権利救済に欠けるところがあるならば、それに対して手当をしようという積極的な姿勢がみられるのである。新たに規定が設けられた利得剥奪請求権はその試みの一つである。また、改正作業において、学問的な貢献が学会をあげて行われたことも重要な意味を持っていた⁸⁷⁾。現代的立法課題を、専門家集団において公開された場所で討議し、学問的なレベルで十分に検討して、それを立法において反映するという手法がとられたのである。内容面のみならず、こうした手法にも、わが国はもっと学ぶことができてもよいのではなかろうか。

付 記

学部生であった頃、恩師荒川重勝先生のゼミが一番人気であり、ゼミに入るのは至難の業であった。実力ではなく、くじ運に恵まれて、先生のゼミで学ぶことを許されて以来、今日まで先生のご指導を受ける機会に恵まれている。私が研究を曲がりなりにも続けていられるのも、すべて先生のおかげである。これまで受けた学恩への感謝の気持ちを込めて、先生のご健康とさらなる繁栄を祈念する次第である。

なお、本稿は、科研費基盤研究(C2)「EU消費者保護法の展開と広告規制法・不正競争防止法の対応」(代表=中田邦博)の研究成果の一部であることもここに記しておく。

1) BGBI I 2004, 1414.

- 2) 本文においては、1904年不正競争防止法を旧法と略する。旧法の条文を示すときは条文番号に旧を付する。2004年新法については、他の法律と混同のおそれがない限り、原則として条文番号のみで表示する。なお、本文中においてBGBと表記するのは、ドイツ民法のことである。
- 3) たとえば、WRP 2002, 1317 以下を参照。
- 4) 本稿における新法の叙述に際しては、とくに以下の文献を参照した。Köhler, Das neue UWG, NJW 2004, 2121 頁以下, Fauke Henning-Bodewig, Das neue Gesetz gegen den unlautern Wettbewerb, GRUR 2004, 713 頁以下, Ansgar Ohly, Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb? GRUR 2004, 900 頁以下。さらに最新の注釈書として、Baumbach/Heferhmel, 23. Aufl., bearb. v. Köhler/Bornkamm 2004; Harte-Bavedamm/Henning-Bodewig, UWG 2004 (以下では Harte/Henning として引用する); Ahrens, Der Wettbewerbsprozeß, 5. Aufl. 2004 を参照した。新法についての最近の概説書として、Tobias Lettl, Das neue UWG 2004 があるが、とくに4頁以下参照。
- 5) とりわけ、ドイツの不正競争防止法による民事的救済については、いくつかの調査研究がなされている。とりわけ、商事法務研究会『規制緩和後の市場ルール重視型経済社会における競争秩序の在り方に関する調査研究』(1999年)をあげておく。筆者もメンバーとしてこの作業に加わった。さらに、総合研究開発機構・高橋宏共編『差止請求権の基本構造』(2001年)商事法務研究会も参照。
- 6) 本稿は新法に主に焦点をあてるものであるが、すでに団体訴権の展開という観点から新法の成立過程を分析した研究もなされている。政府草案段階の内容を検討したものとして、宗田貴行「ドイツにおける団体訴訟の新展開 不正競争防止法大改正連邦草案」上・中・下 国際商事法務(2003)31巻10号1368頁, 31巻11号1547頁, 31巻12号1886頁がある。新法・改正法の条文訳として、同「ドイツ新不正競争防止法(翻訳)」奈良法学会雑誌17巻1・2号193頁以下があるが、本稿での条文訳についてはかならずしもそれに従うものではない。さらに、昨年から共同して作業を進めている科研費基盤研究(C2)「EU消費者保護法の展開と広告規制法・不正競争防止法の対応」(代表=中田邦博)の共同研究者である角田美穂子助教授の条文訳(未発表)を参照させていただいた。なお、旧法の訳文については、角田美穂子「ドイツ不正競争防止法(仮訳)」亜細亜法学第37巻第2号211頁以下を参照。
- 7) Heferhmelの偉大な功績とされるこの5つの類型については、Baumbach/Heferhmel, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001 Einl. UWG Rdnrn. 160 ff. を参照。
- 8) 旧1条の違法行為類型について判例を踏まえながら整理したものとして、第2章「不正競争防止法上の差止請求(各論)」前掲『規制緩和後の市場ルール重視型経済社会における競争秩序の在り方に関する調査研究』(1999年)23頁以下[中田邦博執筆]を参照。
- 9) 個別の利益衡量でいずれかの目的が他の目的に優越することは排除されていない。
- 10) ヨーロッパ法の影響とその発展については、Glöckner, in Harte-Bavedamm/Henning-Bodewig UWG 2004 Einl. B を参照。
- 11) Vgl. BVerfG, GRUR 2001, 170-Schockwerbung; GRUR 2004, 455.
- 12) 97/55/EG.

- 13) 改革の背景については, Fauke Henning-Bodewig, GRUR 2004 713-714 および Köhler, NJW 2004, 2121 頁を参照。また, 出所国主義については, ハンス・コルゲン・アーレンス〔中田邦博訳〕「電子商取引(インターネット取引)に関する EC 指令について」川角由和・中田邦博・潮見佳男・松岡久和編『ヨーロッパ私法の動向と課題』(2003) 425頁以下に詳しい。
- 14) たしかに, 1909年不正競争防止法は, 判例が推し進めてきた自由化の現時点での到達点をその条文において体现しておらず, それゆえ EU 委員会に対して現行不正競争防止法で対応可能であることを説得的に説明することは難しいと考えられたのである。いずれにせよ, ドイツ不正競争防止法はヨーロッパでもっとも厳しいものであるとの観念は払拭できていないが, こうした観念は, 他の国々に比べて必ずしも当を得ていない。他の国々の競争法の概観については, Glöckner, in Harte/Henning, UWG, Einl. E が詳細である。
- 15) WRP 2001, 989.
- 16) WRP 2001, 1307.
- 17) Abgedr. in WRP 2002, 1317. これに関して, GRUR 学会の意見については die Stellungnahme der Vereinigung, GRUR 2003, 127 を参照。
- 18) 連邦参議院は, 具体的競争関係の採用を求めたが, この要求には連邦政府は従った。
- 19) BT-Dr 15/2795, S. 43 ff. を参照。
- 20) BT-Dr 15/2795, S. 39.
- 21) Plenarprotokoll 15/102, S. 9280.
- 22) 成立史については Henning-Bodewig, GRUR 2004 714. および Köhler, a. a. O. 2121 を参照。
- 23) Begr. RegE UWG, BT-Dr 15/1487, S. 1, 12.
- 24) Henning-Bodewig, GRUR 2004, 715.
- 25) Henning-Bodewig, GRUR 2004, 715.
- 26) これは同じく, 3 条の不正要件と結びついている。
- 27) 消費者概念は, きわめてまれな例であるが, 原文では Verbraucherinnen und Verbraucher と表現されている。
- 28) Ansgar Ohly, Das neue UWG— Mehr Freiheit für den Wettbewerb? GRUR 2004, 900 頁以下。
- 29) Köhler, NJW 2004, 2121.
- 30) Köhler, NJW 2004, 2122.
- 31) Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Dr 15/1487, S. 16.
- 32) もちろんこれらの定義は, 契約の締結に合わせて切り取られたものであるが, 少し修正すれば競争法上適用することができると思われる。Köhler, in Baumbach/Hefnermehl (前掲注 1) / § 2 Rdnrn. 76 ff. を参照。
- 33) 以下の叙述は, Köhler, NJW 2004, 2122 に依拠している。
- 34) Vgl. Köhler, in Baumbach/Hefnermehl (前掲注 1), § 3 Rdnrn. 12 ff.
- 35) Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Dr 15/1487, S. 40.
- 36) Vgl. Köhler, in Baumbach/Hefnermehl (前掲注 1), § 3 Rdnrn. 41 ff.
- 37) これについては, Heermann, GRUR 2004, 89 および Sack, WRP 2004, 30 を参照。

- 38) BVerfG, NJW 2002, 1187 (1188); NJW 2003, 277; WRP 2003, 69 (71)– Veröffentlichung von Anwalts-Ranglisten.
- 39) Vgl. Köhler, in: Baumbach/Hefermehl (前掲注 1), § 3 Rdnrn. 49 ff.
- 40) Köhler, NJW 2004, 2123.
- 41) Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Dr 15/1487, S. 19.
- 42) Köhler, in: Baumbach/Hefermehl (前掲注 1), § 4 Rdnrn. 13. 1 ff.
- 43) Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Dr 15/1487, S. 19 (20). 立法過程においては、一般的情報提供義務は、とりわけ消費者保護の要請に対応するものとして主張されていたのである。
- 44) 4条1号の一般条項形式での広範な例示構成要件は重要な意味を持つ。これによれば、「圧力を行使して、または人間の尊厳を無視するような仕方、あるいはその他の適切な事実に即さない影響によって消費者およびその他の市場参加者の決定自由を侵害するおそれのある競争行為を行う者」は不正に行為することになる。
- 45) 同指令案は決定自由の侵害の法理に強く依拠している。
- 46) 詳細については Stuckel, in: Harte Henning § 4 Rdnr. 14 を参照。
- 47) この場合、「事実に即さない不適切な影響」として何を理解すべきかが重要となる。これまでの判例の流れでは競争行為が購入決定の合理性を封じ込めるものかどうかが問題とされていた。その場合、平均的な情報を得た(状況に適合的な)、注意を払う、分別のある平均的な消費者像が前提とされている(これについては Bornkamm, in: Festschr. 50 Jahr BGH, 2000, S. 343; Lettl, GRUR 2004, 451 (453f) を参照)。このことによって過剰な勧誘および心理的購入強制というこれまで用いられてきたカテゴリーは原則として時代遅れのものとなる。景品、値引き、見本提供などを含めて抱き合わせ販売は、これまで通り、個別事例において、誤認を惹起するものでなく、また不透明でないものである限りで、許容される。感情に訴えかける広告も原則として事実に即さない不適切な影響を与えるものとはなりえない。
- 48) このかぎりでは、割引法および景表法の廃止後においてはいずれにせよ過渡期であるので、これまでの判例が参考となるとされる。Henning-Bodewig, GRUR 2004, 715 を参照。
- 49) Henning-Bodewig, GRUR 2004, 715.
- 50) Ansgar Ohly, Das neue UWG– Mehr Freiheit für den Wettbewerb? GRUR 2004, 900 頁以下参照。
- 51) その限りで計画されているセールスプロモーション規則とは異なっている。本来的にはすべての抱き合わせを自由に認めようとしていたが、最後のバージョンでは、(懸賞応募ではなく)賞金ゲームにおける抱き合わせの禁止の可能性を認めている。Vgl. Henning-Bodewig, GRUR 2004, 715.
- 52) Henning-Bodewig, GRUR 2004, 715.
- 53) Begr. z. RegE (BT-Dr 15/1478 v. 22. 8. 2003) zu § 4 Nr. 9.
- 54) もっとも、購入力の行使は、新法においては、むしろ4条1号の決定自由の侵害となり、取引上の信用の侵害は4条7号に、商標の乱用 Kennenzeichenmissbrauch は4条9号にあることになるだろうとする見解もある。vgl. Henning-Bodewig, GRUR 2004, 718.
- 55) Omsels, in: Harte/Henning § 4条10号 Rdnr. 273

- 56) これまでの分類である、「倫理的基礎づけられた」かつ「価値中立的」規範は、すでに最近の判例によって放棄されている。BGHZ 144, 255=NJW 2000, 335=GRUR 2000, 1076-Abgasemissionen; BGH, NJW 2002, 2645=GRUR 2002, 825-Elektroarbeiten; NJW 2003, 586=GRUR 2003, 164.
- 57) Köhler, in: Baumbach/Hefermehl, § 4 Rdnrn. 11. 10 ff.
- 58) Ullmann, GRUR 2003, 817.
- 59) Begr. z. RegE, BT-Dr 15/1478, S. 19.
- 60) Köhler, GRUR 2001, 777 (781); Ullmann, GRUR 2003, 817 (824).
- 61) Vgl. Ullmann, GRUR 2003, 817 (823).
- 62) Vgl. Ullmann, GRUR 2003, 817 (823). なお、学説・判例における情報提供義務の内容、さらに民法の規律との関係について、Köhler, UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 200, 265ff. を参照。
- 63) Vgl. Begr. z. RegE, BT-Dr 15/1478, S. 19., Bornkamm, in: Baumbach/Hefermehl, § 5 Rdnrn. 1. 49 ff.
- 64) Vgl. Begr. z. RegE, BT-Dr 15/1478, S. 19.; Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl. 2002, § 3
- 65) Köhler, NJW 2004, 2124.
- 66) Köhler, NJW 2004, 2125.
- 67) Köhler, NJW 2004, 2125
- 68) Sack, in: Harte/Henning, komm. zu § 6 UWG
- 69) こうした規制が現実と乖離していることを指摘するのは、Ohly である。GRUR 2004, 900 頁以下参照。
- 70) Fezer, WRP 2003, 127.
- 71) 理由書 (Begr. z. RegE, BT-Dr 15/1478, S. 19) では、不正競争防止法は今後も BGB 823 条 2 項の意味での保護法規ではないことが明確にされていた。このような法政策的な決定は、事実在即しても正当化しうる。というのは、不正競争によって生じる負担、事実に基づかない不適切な影響および損害に対して民法が十分な不法行為及び契約法上の保護を個々の消費者に与えているからである。不正競争防止法における補完的消費者保護は、民法の権利保護のシステムとのバランスをとることが必要だからであった (Köhler, UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 2003, 265; BT s. 22)。
- 72) Bornkamm, in: Baumbach/Hefermehl, § 8 Rdnrn. 1. 30 ff.
- 73) Bornkamm, in: Baumbach/Hefermehl, § 8 Rdnrn. 1. 15 ff.
- 74) Bornkamm, in: Baumbach/Hefermehl, § 8 Rdnrn. 1. 52 ff.
- 75) Köhler, in: Baumbach/Hefermehl, § 10 Rdnrn. 3.
- 76) Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559 (562) は、利得剥奪請求権のことをいろいろな色をつけられたきれいな張り子の虎である Schöner bunter Papiertiger) と評している。
- 77) Köhler, NJW 2004, 2125.
- 78) Bornkamm, in: Baumbach/Hefermehl, § 12 Rdnrn. 1. 77 ff.
- 79) Vgl. Henning-Bodewig, GRUR 2004, 719 f.
- 80) EU 法との関係、とくに指令との関係については、Ansgar Ohly, Das neue UWG- Mehr

ドイツ不正競争防止法の新展開 (中田)

Freiheit für den Wettbewerb ? GRUR 2004, 900 頁に詳しい。

- 81) Köhler/Lettl, WRP 2003, 1003 ; Micklitz/Keßler, GRUR Int 2002, 887.
- 82) Vorschlag v. 2. 10. 2001 (KOM [2001] 546 endg.=BR-Dr 853/01).
- 83) Vorschlag v. 18. 6. 2003 (KOM [2003] 356 endg.=BR-Dr 471/03).
- 84) 以下の叙述は, Köhler, NJW 2004, 2126 f. に依拠している。
- 85) Ansgar Ohly, Das neue UWG– Mehr Freiheit für den Wettbewerb ? GRUR 2004, 900 頁。
- 86) Köhler, UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 2003, 265 頁以下に詳しい。
- 87) UWG の改正問題については, アーレンス教授の配慮によって筆者も参加を許された 2003年の GRUR 年次大会のテーマとして取り上げられていた。なお, 前掲注17も参照。