

ドイツ新不正競争防止法

Dr. Frauke Henning-Bodewig*
ドイツ知的財産法研究会(訳)**

抄録 本稿 (Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) は、ドイツ語により、GRUR誌2004年版 (713頁~720頁) において刊行された。この翻訳については、出版社であるC. H. Beck社から、その御好意による許諾を得ている。(Der Aufsatz ist in deutscher Sprache in GRUR 2004, 713-720, abgedruckt. Die Übersetzung des Abdrucks erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Verlags C. H. Beck.) また、本稿の翻訳は、ドイツに留学等の経験のある研究者および実務家からなるドイツ知的財産法研究会において、東京大学教授大淵哲也先生の監修もいただきながら、完成させたものである。なお、翻訳中〔 〕内は「訳注」である。また、必要最小限の範囲で原語を入れた。

ドイツにおいて新しい不正競争防止法 (UWG) が施行された。旧不正競争防止法の施行からほぼ100年が経過した後のことである。これによりドイツの公正競争法 (Lauterkeitsrecht) は新たな基礎を得た。本稿は、2004年の新不正競争防止法の主な立法理由、新しい体系、主要な規定について解説する。その際、これまで施行されていた旧法との相違点に焦点を当てる。

I. はじめに

2004年7月3日、新不正競争防止法が可決成立し、2004年7月7日、連邦法令官報において公布された¹⁾。この法律には経過規定がないことから、公布の翌日である2004年7月8日に既に施行されている。それと同時に、それまで施行されていた1909年の旧不正競争防止法は廃止された。これにより、ドイツ公正競争法の初めての抜本的な改革は完了した。競争法 (Wettbewerbsrecht) は、旧不正競争防止法の施行からほぼ100年が経過した後、新たな法的基礎の上におかれた。

II. 改正の背景

公正競争法の改正を理解するためには、これ

まで施行されていた旧不正競争防止法、特にその適用と対照すべきである。ただし、本稿では、1909年6月7日に施行された旧不正競争防止法 (およびその前法である1896年5月27日法) の詳細にまでは立ち入らない²⁾。

ここでは、1909年の旧不正競争防止法は、その制定において、意識的に断片的な規定を設けるにとどめたという点を指摘したい。旧法は、実質的には不法行為法の一分野であることに異論はなく、新たな不正競争の構成要件による「公正な営業者」の保護について、安定した理論的な基礎を与えるためのものであった。した

* マックス・プランク研究所ミュンヘン (知的財産法、競争法及び税法) 研究員

** German Intellectual Property Law Seminar (幹事・川田篤 (弁護士))

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

がって、旧法は、新たな法的領域における自己完結的な規定を設けるといよりは、一般不法行為法の特別法としての性格を、立法上も明らかにするものであった。

1909年の旧不正競争防止法は、ドイツ民法826条〔同条は、不法行為の一類型として、故意の良俗違反行為による損害賠償を定める。〕の「良俗」という用語に準ずる一般的な規定を有していた。しかし、それは、競争目的での営業取引上の行為にのみ関していた。その一般的な規定に続いて、いくつかの特別な構成要件が規定されていた。その中では、一般条項的な性格をも有している誤認を生じさせる表示の広汎な禁止（旧法3条）のほか、中傷の禁止（旧法14条）、営業秘密の保護（旧法17条）が最も重要な規定である。旧法の立法者は、実体法上の請求適格を拡大することを非常に重視していた。それは、旧不正競争防止法は、いくつかの罰則のある構成要件があるとはいえ、主として民事訴訟により実現されるべきものと考えたからである。しかし、それ以外の点においては、その法的効果や手続について、体系的とはいえない注意的規定を設けたにすぎない。それは、いずれにしても、ドイツ民法（BGB）および民事訴訟法（ZPO）が補充的に適用されるからである。

旧不正競争防止法1条の広汎な一般条項に基づいて、判例および学説により、注目すべき法理論的な枠組みが築かれた。その法理論的な枠組みについては、著名なヘーファーメール（Hefermehl）の注釈書の分類に、その到達点が示されている³⁾。旧法では実体法上の請求適格が広汎なものとされたことから、競業者や営業者団体により多くの訴訟活動がなされた（それらの訴訟においては、初期のころから、多くは仮処分の手続により、過失を要件としない差止請求が中心的な役割を果たしていた）。それに基づいて、判例および学説は、精緻な事案の

類型を発展させた。それらの類型の一部は、独自の存在意義を展開させたといえる。

このような過程において、何度も基本的な方向転換がなされた。ここでは、最も重要な方向転換のうち3点についてのみ掲げておく。第1は、保護の目的が変更されたことである。不正競争防止法は、本来は純粋な競争保護法として起草されたが、まず、公共の利益をも目的として取り入れ、さらには消費者保護をも目的とした。そして、最終的には、競争者、消費者および公共の利益がそれぞれ同等に保護されるものとされた⁴⁾。第2は、欧州司法裁判所（EuGH）の判決の影響を受けて、「理解力のある平均的な消費者」という基準がドイツ法にも導入された。特に誤認を生じさせる行為に関する規定が従来は非常に厳しく適用されていたが、この基準の導入により緩和された⁵⁾。第3は、憲法の影響がより強められたことである。それにより、ショッキングな宣伝広告や、感情に訴えるような宣伝広告について新たな評価がもたらされた⁶⁾。

これらの方向転換は、主として判例により導入された。判例が旧不正競争防止法の理解にもたらした変化は、旧法の条文にはほとんど反映されなかった。確かに、時間の経過とともに、ときどき調整的な立法がされた。立法者は、早い時期から公正競争法における消費者の利益を間接的に承認し、消費者団体の訴訟上の原告適格を認めたり、消費者にのみ有利な解除権を認めたりした。中小企業の保護という隠された意図において、数量を限定したり、価格を比較したりする宣伝広告の禁止という抽象的危険犯を創設した（この禁止規定は、問題が多く、その後廃止された）。また、広汎な実体法上の請求適格が認められていく中で、警告による弊害を抑制するために、実体法上の請求適格や「裁判管轄地を転々とさせること」を制限することも試みられた。最近では、比較宣伝広告に関する

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

規制も、欧州共同体指令97/55/EGを国内法化することにより立法化された。しかし、すべての状況が変化している中、これらは単なる「小改正」にすぎなかった。旧法の基本的な構成自体の改正には着手されなかった。

本当の重要な第一歩として、2001年に至りようやく、判例により導入されていた自由化が立法上も明確にされた。すなわち、旧不正競争防止法と関連する価格割引法（Rabattgesetz）と景品令（Zugabeverordnung）の二つの法令が、それに代わる立法もされることなく廃止された。これらの法令が廃止されたのは、一つには、これらの法令の厳格な規制は時代遅れであるとの長年にわたる批判を考慮したことによる。また、欧州共同体法において、インターネットにおけるいわゆる送信地国主義〔インターネット取引の規制は、送信地の国の法令により規制されるという原則〕⁷⁾が導入されたことにより、〔ドイツのような規制がない他の欧州各国の国民との関係において〕内外国民を差別することにもなりかねないことも圧力となった。

Ⅲ. 2004年不正競争防止法の準備作業と立法手続

上記に概観したような旧法の展開のみからでも、最終的に新不正競争防止法へと導かれた理由を知ることができる。新法制定の直接のきっかけは、価格割引法と景品令の廃止である。これらの法令が規制していた商品価格に関する宣伝広告の類型については、〔これらの法令の廃止後も〕旧不正競争防止法の規定、特に旧法7条の特別販売の開催や、旧法1条の「過剰な誘引行為」を直接に適用する余地があり、競争法上の価値判断が不統一な状態が生じた。少なくとも、この点については調整をする必要性があった。

そこで、連邦司法省は、2001年、旧不正競争防止法の調整と近代化に関する提言を示すため

の作業部会を設置した。その際、ドイツ競争法の自由化および欧州化という理念が、明確に中心に置かれた。しかし、それと同時に、消費者の正当な利益を反映し、かつ欧州委員会（EU-Kommission）に対し説得力のある姿勢を展開するということも課題とされた。〔欧州委員会に対し説得力のある姿勢を展開するという〕後者の課題の背景としては、いくつかの欧州共同体法上の計画（販売促進に関する指令や、不公正な取引慣行に関する指令についての提言）⁸⁾が、欧州共同体のレベルにおいて明確にされつつある中で、旧不正競争防止法のままでは、欧州委員会のレベルにおいてもドイツの正当な利益を反映させることが困難と考えられたことが挙げられる。なぜなら、1909年の旧不正競争防止法の規定自体からは、その背後において実際にはなされていた価値判断、特に判例により既になされていた自由化を明確に認識することができなかったからである⁹⁾。作業部会は、フェーザー（Fezer）の見解書¹⁰⁾と、シュリッカー（Schricker）およびヘニング・ボーデヴィヒ（Henning-Bodewig）の見解書¹¹⁾という二つの専門家の見解書を基礎として、非常に集中的に効率よく、かつ虚心に意見を交わしたが、その議論において、すぐに全く新しい不正競争防止法を制定しようという考えが生まれた。その新しい不正競争防止法においては、以前から既に導入されているドイツ競争法における自由化についても、消費者保護の思想とともに明確にすべきであるとされた。それと同時に、ドイツ競争法の実証的な蓄積ともいべき判例法を、21世紀における要請に応えるように、「欧州法との互換性」があるような形で成文化すべきであるとされた。

作業部会における議論や、ケーラー（Köhler）、ボルンカム（Bornkamm）およびヘニング・ボーデヴィヒにより準備された公正競争法の指針および不正競争防止法の改正のた

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

めの提案¹²⁾に基づいて、2003年の初めに不正競争防止法の改正について、参事官草案が公表された¹³⁾。参事官草案に基づいて2003年8月22日に不正競争防止法の政府案¹⁴⁾が提出されたが、その政府案が参事官草案と大きく異なる点は、特別販売の開催、記念販売、在庫一掃販売などに関する規定を置かなかつたことである。連邦参議院は、その法案（ボン基本法上、連邦参議院の同意が不要な立法事項に関する。）を審議するに当たり、特に、競争者（Mitbewerber）の概念をより明確にすべきことを求めた（「具体的な競争関係」との文言を入れることが求められた。この要請は、連邦政府により採用された。）。また、新不正競争防止法案4条11号の公正競争法的な法令違反行為に関する構成要件を拡大すべきこと、電話セールスの禁止を緩和すべきこと、および利益徴収請求権を限定すべきことを求めた（これらの要請については、連邦政府は採用しなかつた。）。

2003年9月15日、法案は、連邦衆議院における第一読会に付され、次いで、法務委員会における審議に付託された。その結果、「人格の尊重に反するような方法により」自由な判断を妨げる行為を禁止することが追加された。利益徴収請求権を再構成する修正もなされ、また、それ以外の修正もなされた¹⁵⁾。これに対し、法令違反行為に関する構成要件の修正や電話セールスの一層の自由化に関する要請については実現されなかつた¹⁶⁾。

2004年4月1日、ドイツ連邦衆議院は、法務委員会により付託された内容のまま同法案を可決した¹⁷⁾。これに対し、連邦参議院の求めにより開かれた両院協議会においても合意案を提案するには至らず、電話セールスおよび利得徴収請求権についての意見の不一致を調整することはできないことが明らかにされた。

2004年6月16日、ドイツ連邦衆議院は、連邦参議院の異議を退け、新不正競争防止法は、首

相選出に必要な過半数と同数の多数決により可決された。この法律は、同年7月3日に署名され、同年7月7日に連邦法令官報により公布された¹⁸⁾。それに伴い、この法律は、公布の日の翌日である同年7月8日から効力を生じた。

IV. 新不正競争防止法の構成および体系

改正の目的は、公正競争法を、有効性が実証されていた既存の枠組みを維持しながら、根本的に近代化し、かつ欧州化することにあった。この目的は、新不正競争防止法の構成および体系に反映されている。すなわち、この2004年の新不正競争防止法は、できる限り、立法者の主要な価値判断を明確にするとともに、判例および学説が展開してきた「事案類型」のうち、立法者の検証に耐えたもののみを成文化した。その際、本法は、他の諸国における近代的な競争法のアプローチに従った。そのため、新不正競争防止法は、必然的に従来とは異なる構成となり、その結果、「(新法では)どの規定が、どこに置かれているのか?」と、改めて規定の位置を確認し直さなければならなくなつたが、そればかりではなく、実体法上の構成要件の理解、特に一般条項の理解も変化するであろう。

新不正競争防止法の冒頭の同法1条には、法の目的を定めた条項が置かれている（三つの保護目的）。続いて、同法2条には、定義の一覧が設けられている。そこでは、「競争行為」、「市場参加者」、「競業者」および「通知」について定義がされている。また、「消費者」および「企業」の概念については、それぞれ、ドイツ民法13条および14条に準じるものとしている。

次に、新不正競争防止法3条として一般条項が置かれている。本規定は、「良俗」を基準とする代わりに、「不正競争行為」を基準とした。そして、さらに、軽微な事案を除外する範囲が定められたことから、不正競争行為といえるに

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

は、競争を「わずかではなく、それ以上に侵害する」ものでなければならない。

新不正競争防止法4条は、不正競争行為を例示的に列挙し、これにより、一般条項では詳細に定義されていない「不正性」(Unlauterkeit)を明確にしている。ここに列挙されているものは、旧不正競争防止法1条における事案類型として認められてきたものである。ただし、これらの事案類型は、1対1の関係において、そのまま取り入れられたわけではない。例えば、過剰な誘引行為、市場をかく乱する行為および公共団体による競争行為のように、いくつかの(下位の)事案類型は、意識的に考慮されなかった。

このように、不正競争行為について、次の11の例示的な事案が規定されている。これらの事案についても、一般条項の例示であることから、一般条項の「軽微な事案を除外する範囲」に関する要件の適用を受ける。

- 自由な判断を阻害する行為(1号)
- 経験不足を利用する行為など(2号)
- 宣伝広告の性質を隠ぺいする行為(3号)
- 販売促進手段、懸賞広告などにおける情報の欠如(4号, 5号)
- 懸賞広告および賞金ゲームと販売との抱き合わせ(6号)
- 競業者を誹謗する行為(7号)
- 信用を毀損する行為(8号)
- 補完的な競業者による商品および役務の模倣からの保護(9号)
- 競業者に対する妨害行為(10号)
- 法令違反行為(11号)

(上記と同様に、新不正競争防止法3条の「不正性」と関連付けながら)、新不正競争防止法5条では、誤認を生じさせるような宣伝広告、同法6条では比較宣伝広告、同法7条では「不

当な勧誘行為」について定めが置かれた。

他方、第2章(新不正競争防止法8条以下)では、初めて、まとめられた形で、競争法上の請求権およびその手続が規定されている。新不正競争防止法8条1項では差止請求権および妨害排除請求権、同法9条では損害賠償請求権、同法10条では利益徴収請求権が新たに定められている。新不正競争防止法11条は消滅時効について定めており、また、同法12条は、警告、[不正競争を将来しないとの]不作為義務を負担する旨の[警告の相手方による]意思表示、仮処分、訴額などを含めた請求権の実現方法について定めている。新不正競争防止法13条および14条は、それぞれ、事物管轄および土地管轄を定め、そして、同法15条は調停委員会について定めている。

それに続いて、罰則が、誤認を生じさせる虚偽の宣伝広告(新不正競争防止法16条)、営業上および事業上の秘密の漏えい(同法17条)、見本の流用(同法18条)ならびに漏えいをそのかす行為(同法19条)について定められている。新不正競争防止法22条は施行期日について定める。

V. 重要な規定に関する概説

1. 保護目的(新不正競争防止法1条)

新不正競争防止法1条によれば、この法律は、「競争者、消費者およびその他市場への参加者を不正な競争から保護し、ならびにこれと同時に公正な競争に関する公共の利益を保護すること」を目的とする。

これらの3つの保護目的〔①競争者の保護、②消費者の保護、③公共の利益の保護〕は、これまでの判例や学説における通説的な理解のとおりにある。しかし、これらの3つの保護目的を法律に[確認的に]規定することが必要であることは、次の点からも明らかである。すなわ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ち、3つの保護目的を明らかにすることにより、欧州共同体レベルにおいて「B2B規則」[Business to Business] および「B2C規則」[Business to Consumers]¹⁹⁾への分割が計画されていることに対し、競争者保護および消費者保護を統合するという説得力のあるコンセプトを堅持するとともに、消費者の利益が保護の対象として初めて明示された。それとともに、3つの保護目的においては、新不正競争防止法における公共の利益が「競争がわい曲されないこと」に限定されることを明確にした。それ以外の公共の利益の保護、例えば、差別行為からの保護については、競争法²⁰⁾によるのではなく、それ以外の方法により実現されるべきものである。

2. 適用範囲（新不正競争防止法2条1項1号）

適用範囲は、基本的に「競争行為」(Wettbewerbsshandlung)の概念により画される。この概念は、新不正競争防止法2条1項1号において、「自己または他人の商品の販売または購入を促進させる目的を伴うあらゆる行為」と定義づけられている。その定義の内容は、従来の「競争目的でなされる商取引における行為」の概念と比べると、従来の概念が原則として独占企業に適用されるものとされていた点を除けば、ほとんど差違はない。純粹に個人的または事業的な意見の表明、報道的または編集的な意見の表明、消費者団体の活動などは、従来と同様、適用範囲には入らない。いくつかの他の欧州共同体の加盟国は競争法を「市場に関する法」の一つとして改正したが、2004年の新不正競争防止法は、そのような方法を選択しなかった。しかし、競争行為の概念は、抽象的であろうと具体的であろうと、競争関係が存在することを要件とはしていない。競争関係が必要かどうかは、実体法上の請求適格に関わる問題である。

3. 一般条項（新不正競争防止法3条）

新不正競争防止法3条の一般条項は、同法1条と密接に関連付けて理解されるべきである。また、同条項の解釈において、新たな体系、特に例示的な構成要件を採用したことが影響を与えている。

この一般条項は、「不正競争行為」(unlautere Wettbewerbshandlung)の概念を基礎としている。この概念により、「良俗」という、ますます時代遅れを感じさせる概念を置き換えはしたものの、内容的には何ら新たな指針を示してはいないように思われる。というのは、新法において、不正性の定義がされていないからである。不正性を定義することが断念されたのは、議論がされたいずれの定義も、同じように不明確なものに止まったことと（政府案の提案理由書はパリ条約10条の2の「公正な慣習」を参照している²¹⁾）、一般的な合意が得られなかったことによる。新不正競争防止法1条の新法の目的に関する規定、欧州共同体的な基準および憲法的な価値判断の影響により、旧法からの変更がもたらされるか、どの程度もたらされるかは、次第に明らかになるであろう²²⁾。「不正性」の概念は、将来的には、例えば主観的な基準により法倫理的に定められるのではなく、競争機能的（市場参加者による行為および判断の自由）に決定されるであろう²³⁾。

他方、一般条項の適用に当たり、不正競争防止法の体系が変更されたことを顧慮しなければならないことは確かである。一般条項の解釈に当たり、特に不正競争のうち最も重要な構成要件がいくつか法定されたという事情を考慮すべきである。競争行為が新不正競争防止法4条以下の構成要件に該当しない場合に初めて、一般条項に基づく独自の判断をすべきかどうかの問題となる。その際、例示的な事例の一部は一般条項のように広く構成されていることから、

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

[例示的な事例類型に規制を] 限定することを意図したものであるかどうか、まず検討されなければならない。このように、新法においては、一般条項は「補充的」であり、一般条項が介入するための閾値は、以前より高くされたといえるであろう²⁴⁾。例示的な構成要件に該当しない競争行為を、旧不正競争防止法1条の事例類型におけるように、直ちに一般条項の適用範囲に「移し替えること」を認めるべきではない。個別の事案において、一般条項が考慮されるべきときは、その根拠があるかどうかについて、積極的な検討がされるべきである。

一般条項の新しい点の二つめは、「軽微な事案を除外する範囲」(Bagatellgrenze)の導入にある。従来、旧不正競争防止法13条の実体法上の請求適格について、重大な事案に限定されるべきであるとされていた。この考え方が一般化され、ほぼ実体法的な構成要件として新法の一般条項に取り入れられた²⁵⁾。不正な競争行為であるとしても、単に「顕著でないとはいえない程度に競争を阻害する性質を有する」場合のみ禁止される。新不正競争防止法1条に定められた利益に抵触せず、軽微なものとして除外される事案については、同条は適用されない。新不正競争防止法4条から7条までの構成要件についても、同法3条の一般条項と関連していることから、軽微な事案を除外する範囲に関する要件が適用される。

4. 不正競争行為の例（新不正競争防止法4条）

- a) 客観性のない影響を自由な判断に与える行為および商業的経験不足を利用する行為（新不正競争防止法4条1号および2号）

新不正競争防止法4条1号は、消費者およびその他の市場参加者を、客観性のない影響を与える行為から保護している。そのような行為の

禁止は、同条2号によって補完されており、例えば、子供や若者が商業的経験が不足し、または軽率に信じやすいことを利用することにより、自由な判断が阻害されるような事案を含んでいる²⁶⁾。

新不正競争防止法4条1号および2号の一類型でもある「顧客獲得」の類型に、従来の「過剰な誘引行為」および「心理的な購入強制」も属している。これらの観点は、新不正競争防止法においても重要であるが、旧法とは異なる価値付けがされている。旧法とは異なり、例えば、過剰な誘引行為自体は問題とされないし、不正な行為であると判断するための根拠にもなり得ない。過剰な誘引行為や心理的な購入強制が問題とされるのは、個別の事例において、それらが、自由な判断を阻害する行為とみられる場合、例えば、経験不足を利用する行為とみられるような場合のみである。

新不正競争防止法4条1号および2号は、新法の中心的な構成要件である。なぜなら、それらの類型は、市場における取引の相手方をだますとまではいえないが、不正な影響を及ぼすような行為に対する防御壁として重要だからである。そのような類型を規定することが、予定されている不正な取引慣行についての欧州共同体の指令においても要請されるであろう²⁷⁾。そのような構成要件を原則的に承認すること自体については、それほど問題はない。しかし、その適用範囲をどのように設定すべきかについては問題が多い²⁸⁾。効果的な宣伝広告および販売方法はすべて、消費者の自由な判断に影響を与える行為になりかねないことから、合理的な判断の可能性を遮断するか、または少なくとも強く阻害するような意味において自由な判断を「わい曲する行為」だけが問題とされることになる。このような行為といえるには、一般には明確な態様および方法でなされる必要があり、新法自体、例示的に、「圧力の行使、人格の尊重

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

に反するような方法」または「それ以外の不適切な客観性を欠くような」影響を与える方法によるものを挙げている。

大量の宣伝広告による影響については、いずれにしても「理解力のある平均的な消費者」という基準が適用される。そのような基準に基づけば、非常にまれな事例のみが、判断をわい曲させるに足る影響を与える行為に該当しよう。その際、新法は自由化の考えによって支えられており、これまでの判例の基準を後退させるものではないことが考慮されるべきである。いわゆるショッキングな宣伝広告や、感情に訴えるような宣伝広告については、既に旧法の下でも広範に許容されていた²⁹⁾。それらは、一般に新不正競争防止法4条1号の許されない影響を与える行為とされるべきではない。もし、そのような許されないような行為に当たるとしても、それは一般条項の枠組みにおいてのみ把握される。この点について、特に「人格の尊重に反するような」宣伝広告に関する規定を設けたことによる変更はない。なぜなら、新不正競争防止法4条1号において、このような宣伝広告自体が禁止されるのではなく、自由な判断をわい曲させるような行為だけが禁止されるからである。

新不正競争防止法4条1号および2号の適用範囲の中核は、いわゆる「商品の価値に関する宣伝」であり、例えば、抱き合わせ販売、射倖性のある刺激およびパワーショッピング〔インターネットにおいて、期間を限定し、かつ購入申込者の数が増えるに従い販売価格を下げることを明示してなされる販売方式〕などである³⁰⁾。しかし、ここでもやはり商品の価値に関する宣伝自体は不正ではなく、それが具体的な事案において、消費者や取引業者などの他の市場参加者の自由な判断を阻害する性質を有する場合のみ不正とされる。その点については、旧法から新法への移行期においても、これまでの判例

は、価格割引法および景品令の廃止後も参考となり得るものである³¹⁾。その際、注意すべきことは、新不正競争防止法は、確かに消費者保護関係者の一部から要求されていた一般的な情報提供義務を設けることは意識的に避けたが、販売促進手段については情報提供義務を規定したことである。

b) 販売促進および賞金ゲームの際の情報提供義務（新不正競争防止法4条4号から6号）

これらの情報提供義務は、不正競争防止法4条4号および5号に定められている。これにより、インターネット取引（E-Commerce）には既に認められていた情報提供義務（電子役務提供法（TDG）5条）が、メディアによるかどうかを問うことなく、販売促進のためのあらゆる手段に拡大された。懸賞広告と賞金ゲームには、さらに抱き合わせ販売の禁止も適用される。

新不正競争防止法4条4号によれば、割引、景品またはプレゼントが例示されているが、どのような販売促進のための手段についても、「利用の条件は、明確かつ理解できる程度に表示されていなければならない」。同じことが、懸賞広告および賞金ゲームへの参加条件についても、同条5号で改めて規定されている。このような義務が法律上明確に定められたことから、重要な情報を告知していない場合には、不作為による誤認を生じさせる行為かどうかを検討する必要はない。その点は、個別の事案において、どのような情報が、どのような時に、どのような場所で与えられなければならないかという問題に置き換えられている³²⁾。このような問題設定は、法律上、提供義務のある情報が既に洪水のように増大している中で、ますます重要になっている。

欧州委員会が計画している「販売促進に関する指令」においては、驚くほど詳細に〔提供すべき〕情報のカタログが定められている。この

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

欧州委員会の規制を考慮することについて、新不正競争防止法の立法者は態度を留保した³³⁾。ドイツの立法者は、意識的にそのようなカタログの導入を避け、一般的な規制で足りるものとした。したがって、正確な判断に客観的に必要とされるすべての情報を提供する義務はない。また、例えば、常に景品やその他の「利益」の価値を示す義務もない³⁴⁾。情報提供義務の内容および範囲は、むしろ、それぞれの販売促進のための手段の対象、製品の種類、対象となる購買層、情報提供に係る費用の負担配分などの要素により強く左右される。また、どのような情報が消費者にとり意味があり、どのようなものが宣伝広告をする側に負担を課すばかりで、消費者の判断の確実性には「プラス」にならないかという点にも強く左右される。

しかし、情報提供義務の範囲を解釈するに当たり、次の点が考慮されなければならない。すなわち、価格割引法および景品令、旧不正競争防止法7条の特別な催事に関する規定が廃止され、かつ「過剰な誘引行為」のような視点が後退した後において、情報提供義務は、従来の商品の価値に関する宣伝に関する禁止をまさしく補完するものである。新不正競争防止法4条1号および2号や、誤認を生じさせる行為の禁止とともに、情報提供義務は、新法における基本的な制限である。これらの制限に照らして、販売促進のための手段についても判断がされなければならない。一般条項によるかどうかは、例外的な事例においてのみ考慮されるであろう。

しかし、新不正競争防止法の立法者は、ある禁止規定を維持した。懸賞広告および賞金ゲームについて、旧不正競争防止法1条について従来の判決が既に認めていたように、商品または役務の販売との抱き合わせ販売の禁止（新不正競争防止法4条6号）が定められた³⁵⁾。この禁止される範囲から「当然」に除外されるものは、商品または役務自体に付属している懸賞広告や

賞金ゲーム、例えば、新聞の編集者欄の懸賞クイズなどである。

c) 隠ぺいされた宣伝広告（新不正競争防止法4条3号）

新不正競争防止法4条3号は、競争行為において、宣伝広告的な性格を隠ぺいする行為を禁止している。これは、旧不正競争防止法1条および3条に基づいて、既に判例により、メディアによるかどうかを問うことなく形成されてきた従来の判断を変更するものではないが、特にメディアが関与している場合に「競争行為」が存在するかどうか重要である。どのようなときに宣伝広告的な性格を不正に「隠ぺいする行為」になるかは、従来と同様、個別の事案における特別の事情に強く依存する。例えば、メディアの種類や、それに消費者がどのような期待を具体的に結び付けているかによる。

d) 誹謗する行為／信用を毀損する行為（新不正競争防止法4条7号および8号）

競業者を誹謗する行為（Herabsetzung）または中傷する行為（Verunglimpfung）の構成要件は、従来の「妨害行為」の類型から抽出され、新不正競争防止法4条7号に規定された。この構成要件には、評判を毀損する行為のうち不正競争防止法6条に当てはまらないすべての類型が含まれている。いわゆる営業上の名誉毀損は、評価を低下させるような言動や評価によることもある。誹謗的または中傷的な事実の告知において、その事実が真実であることを証明することができないものは、不正競争防止法4条8号の特別の構成要件により判断される。その構成要件は、旧不正競争防止法14条に含まれていたものである。

e) 補完的な競業者による商品または役務の模倣などからの保護（不正競争防止法4条9号）

新不正競争防止法は、初めて、いわゆる補完

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

的な競業者による商品または役務の模倣などからの保護 (ergänzender Leistungsschutz) について定めている。競業者の商品または役務の模倣については、これまで旧不正競争防止法1条の一般条項に基づいて不正競争に当たるかどうか判断されていた³⁶⁾。旧法における判断と比べて強調されている点に変化していることは確かである。しかし、基本的な変更は認められないし、特別法による保護との境界をどのようにして画するかという点においても変更はない。

中心的な概念は、競業者の商品または役務の「模倣」である。法律上、次のような3類型において、模倣した商品または役務の提供が、不正なものとしてされている。すなわち、これまでの用語に従えば、(a) 回避することができるにもかかわらず、出所を混同させた場合、(b) 競業者の評判を利用した場合、および、(c) 模倣に必要な情報などを不正に入手した場合である。これらの3つの類型により、立法者は、模倣との関連において、3つの最も重要な事実関係をとらえようとしていた。しかし、新法において、それ以外のすべての模倣の態様が適法になるというように限定解釈されるわけではない³⁷⁾。いずれにしても、模倣したものによる妨害行為は、原則として新不正競争防止法4条10号に該当する。また、新不正競争防止法4条9号aからcまでに当てはまらない他人の商品または役務の盗用的な利用は、新不正競争防止法3条の一般条項により捕捉されることになる³⁸⁾。

f) 競業者に対する妨害行為 (新不正競争防止法4条10号)

「競業者を標的とした妨害行為」という新不正競争防止法4条10号の規制は、旧不正競争防止法1条の基礎の上に発展された「妨害行為」という一般条項の事例類型の一部を含んでいる。立法者の意思によれば、その規定の評価については、原則的には変更はない³⁹⁾。もっとも、購入側による「需要力」の濫用的な行使は、こ

れからは、むしろ新法4条1号の「自由な判断を阻害する行為」、4条7号の「営業上の名誉を毀損する行為」、4条9号の「標章の濫用」に該当する⁴⁰⁾。新不正競争防止法4条10号において問題とされているのは、個別的な妨害行為である。そこでは、「標的とした」という用語により、単なる競争の結果にすぎないものは除外されているので、いわゆる「一般的な市場かく乱行為」は、この類型には該当しない⁴¹⁾。市場かく乱行為は、新不正競争防止法3条の一般条項に基づいて判断することになる。そこでは、一般条項の理解が変化したこと、特に侵害とされる範囲が高く設定されたことを考慮しなければならない⁴²⁾。

g) 法令違反行為 (新不正競争防止法4条11号)

市場参加者の利益のために市場における行動を規制する法令に違反する行為は、新不正競争防止法4条11号の不正競争に該当する。従来の「道徳的に基礎付けられた」規範と「価値中立的な」規範との区分は、既に新たな判例により放棄されており⁴³⁾、新法においても承継されていない。また、主観的な構成要件要素(計画性、意図、競争上の優位を獲得する目的)とも関係づけられていない。違反に係る法令が、市場参加者の利益のために市場における行動を規制していれば足りる。それは、しばしば、消費者保護に関する規制にもあてはまる。もちろん、軽微な事案を除外する条項があるので、違反が「競業者、消費者あるいはそれ以外の市場参加者の不利益における競争の阻害が軽微なものではない」性質のものであるかどうか常に検討されなければならない。

立法経過(前記Ⅱ.)において、市場における行動を規制する法令と並んで、市場への参入を規制する法令も挙げられるべきかどうか、最後まで議論がされた⁴⁴⁾。新法は市場における行動を規制する法令に限定した。しかし、当局の

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

提案理由が強調しているとおりに、市場における行動をも同時に規制するような二重の性格を有する法令は含まれる。

5. 誤認を生じさせる宣伝広告〔新不正競争防止法5条〕

誤認を生じさせる宣伝広告 (irreführende Werbung) の規制 (新不正競争防止法5条) は、欧州共同体指令84/450/EWGの規定の文言に準拠している。しかし、欧州司法裁判所により展開された基準、例えば、指標となるべき消費者像、競争との関連性、誤認を生じさせるものと認められる比率を成文化することは断念された。したがって、従来の判断基準、特に「状況に応じた」注意力を基準とすることについては、変更はない⁴⁵⁾。新不正競争防止法5条2項2号において、事実の黙秘が誤認を生じさせるものとなり得るものとされたこともまた、基本的には、これまでの判例を成文化したものである⁴⁶⁾。

これに対し、新不正競争防止法5条4項1号は新たに設けられた規定である。この規定は、価格割引法と旧不正競争防止法7条の特別販売の開催の禁止とがいずれも廃止され、値引きについては誤認を生じさせる行為の禁止の類型に該当するかどうかによることとされたことを考慮したものである。したがって、不相当に短期間のみ適用される価格の宣伝広告がされるときは、誤認を生じさせる行為と推定される。争いがあるときは、新不正競争防止法5条4項2文により、値引きをした宣伝広告者が、相当な期間をおいたことを立証する責任を負う。個別の商品の特別値引き (おとりの申込み) のための宣伝広告については、従来の判断枠組みよりも、厳密かつ正確な規定がされている。新不正競争防止法5条5項により、予想される需要が十分に満足されないときは、誤認を生じさせる行為と認められる。その際、需要が少なくとも2日

間満たされないときは、反証は可能であるものの、商品の在庫が不適切であったことが推定される。したがって、企業者が、事情により在庫が不足したことを正当化する責任を負う。

6. 比較宣伝広告 (新不正競争防止法6条)

比較宣伝広告に関する規定は、旧不正競争防止法2条から受け継がれた。従来の解釈からの変更はない⁴⁷⁾。

7. 不当な勧誘行為 (新不正競争防止法7条)

不当な勧誘行為の禁止は、新不正競争防止法7条において特別の構成要件とされているが⁴⁸⁾、その構成は多段階である。新不正競争防止法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、市場参加者を勧誘する行為は、それが不当な態様である場合には、不正な行為となる。個々の当事者が主観的に何を勧誘行為と感じるかを問題とすることはできないので、「不当性」(Unzumutbarkeit) の概念が最も重要である。すなわち、この「不当性」は、通常、特定の宣伝広告方法およびマーケティング方法の「方式と態様」から判断される。新不正競争防止法7条2項によれば、不当な勧誘が認められるのは、とりわけ、宣伝広告 (およびマーケティング) が、受け手の認識可能な意思に反して行われる場合である。そこでは、いずれの場合も、いわゆる「opt out」方式〔受領を拒絶したかどうかにより判断する方式〕が最低限のものとして妥当する。つまり、受け手が明示した意思または (明りょうに) 認識可能な意思に反する宣伝広告方法およびマーケティング方法が不正となる。このことは、ダイレクトメール、パンフレットなどと同様に、公衆での呼びかけ⁴⁹⁾ との関係で妥当する。

不正競争防止法7条2項2号で個別に規定されているものが、電話による宣伝広告である。

電話による宣伝広告は最後まで政治的な議論の対象となった。連邦政府と連邦衆議院は、連邦参議院の要請に反して、消費者に対する電話広告との関係では、厳格ないわゆる「opt in」方式〔受領を容認したかどうかにより判断する方式〕を堅持し、それと同時に、従来の判例を成文化した。要するに、必要とされるのは、消費者の明示または明白な事前の同意である。これに反して、企業者との関係では、推定的同意で足りる。

新不正競争防止法7条2項3号によれば、いわゆる「opt in」方式は、自動的に電話をかける装置、ファックス機器および電子郵便〔電子メールが典型的だが、電子メールに限定されない。〕⁵⁰⁾を利用した宣伝広告にも適用され、しかも、単に「受取人」との表現が使用されることから、消費者のみならず、企業者についても同様に適用される。ただし、電子郵便を用いた宣伝広告は、新不正競争防止法7条3項により、特定の要件、とりわけ、既に行われた販売との関連における、あて先の知得については、許容される。この用語として難解な規定は、新不正競争防止法7条2項4号と同様に、2002年7月12日のデータ保護指令2002/58/EGを編入したものである。

8. 法的効果／手続法

a) 概観

新不正競争防止法は、不正競争行為によって生じる民事法上の法的効果について、包括的ではないものの、初めて、まとまりのある規定を設けた⁵¹⁾。すなわち、新不正競争防止法8条から10条までには、妨害排除請求権、差止請求権（侵害差止および予防的不作為請求権）、損害賠償請求権に関する規定、新しく導入された利益徴収請求権に関する規定がおかれている。新不正競争防止法12条3項には、さらに、（訴訟法的に構成された）判決公告請求権が含まれてい

る。その一方で、不当利得請求権、情報請求権および計算書提示請求権については規定が設けられなかった。そのため、これらの請求権は、今までどおり、従来の判例によって発展された原則により判断されなければならない⁵²⁾。新不正競争防止法11条は消滅時効について、そして、新不正競争防止法12条から15条までは競争法上の手続について規定している。

b) 差止・妨害排除請求権（不正競争防止法8条）

新不正競争防止法8条1項の差止および妨害排除請求権に関する規定は、判例が旧不正競争防止法13条を踏まえて、これまで展開してきた原則を、ほとんどそのまま成文化したものである。本規定は特に最初の侵害行為の危険および反復のおそれが認められるための要件について言及している。また、侵害者本人に対して、また特定の場合においては企業の所有者に対して、本請求権を主張すべきものとしている（新不正競争防止法8条2項）。他方で、新不正競争防止法8条3項において包括的に規定されている実体法上の請求適格については、重要な変更が見られる。実体法上の請求適格を有するのは、従来と同様、競業者、営業的または職業的利益の促進を目的とする権利能力を有する団体、新不正競争防止法8条3項2号の要件を充たす消費者団体および商工会議所である。しかし、新法においては、新不正競争防止法2条1項3号に定義された「競業者」の概念により、実体法上の請求適格を有する競業者は、侵害者と「具体的な競争関係」を有する競業者に限定された。したがって、単に抽象的な競争関係を有するにすぎない営業者にも認められていた実体法上の請求適格（旧不正競争防止法13条2項1号）は、新法では認められなくなった。なお、実体法上の請求適格を有する者による権利の濫用に関する規定については、旧法を変更することなく、新不正競争防止法8条4項に設けられ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ている。

新不正競争防止法12条1項には、新たに、実務上重要な警告に関する規定がおかれた。不作為請求の訴えが提起されるよりも前に訴訟外の警告がされることにより、債務者には、違約罰により担保された不作為義務を負う旨を宣言して紛争を解決する機会が与えられている。言い換えれば、債務者がこのような宣言をした場合には、差止請求権の要件である「反復のおそれ」がなくなるともいえる。なお、警告に理由がある場合には、新不正競争防止法12条1項2文において必要な費用の償還を請求することができることが定められた。したがって、費用償還請求権について、準事務管理のような法的構成を適用することは不要となった。なお、新法においても、警告は訴訟要件ではないが、あらかじめ警告をすべき義務を履行することなく訴えを提起した場合には、原告が訴訟費用を負担する旨の決定がされることもある。新不正競争防止法12条2項は、保全手続における請求権の主張について規定している。従来どおり、仮処分理由について疎明までは必要とされないし、緊急の必要性は推定される。

c) 損害賠償請求権（新不正競争防止法9条）

損害賠償請求権は、新法においては、包括的に新不正競争防止法9条に規定されている。損害賠償請求権に関する基本的な原則に変更はない。ただし、「新聞報道機関の特権」の適用範囲は、新法では誤認を生じさせるような宣伝広告に限定されず、すべての競争法違反に拡張されている。

d) 利益徴収請求権（新不正競争防止法10条）

この規定は、新法において一番議論を呼んでいるようである。それは、一部の消費者保護団体により求められていた水準までは、消費者の利益に対する配慮がされなかったという背景事情によるものと考えられる⁵³⁾。この点については、新不正競争防止法10条の利益徴収請求権に

より補完されたとされる。すなわち、〔個別の消費者においては〕軽微な事案における「分散した損害」にすぎないものでも、侵害者においては相当な利益になり得るが、本規定は特にそのような利益を徴収することができるようにした。したがって、本請求権は「不正競争行為は割に合わない」ようにする効果をもたらすものとされている。

不正競争防止法10条の構成要件を成文化するに当たり困難がみられた点は、どのようにして、それを、真の「悪性のある行為者」についてのみ適用されるようにするかという点である。また、斬新または挑発的な宣伝広告の様相が競争法に違反することが事後的に判明したような事案において、どのようにして、そのような宣伝広告をした者を、同条の適用範囲から除外するかという点である。このような目的を達するため、本規定は、故意に基づく違反行為であること、多数の買主の負担において利益を取得したことを要件としている。実体法上の請求適格を有するのは、差止請求権について当事者適格を有する団体である。その徴収した金員は国庫に支払われる。ちなみに、新不正競争防止法10条2項から5項までには、計算に関する詳細な規定が置かれている⁵⁴⁾。

VI. 罰則（新不正競争防止法16条から18条まで）

新不正競争防止法は、基本的には民事上の制裁を規定するものであるが、第4章にいくつかの犯罪構成要件を規定している⁵⁵⁾。次のものは、1909年の旧不正競争防止法においても、既に刑事上の制裁を受ける構成要件として規定されていたものである。ただし、旧不正競争防止法15条の営業上の信用を毀損する行為に関する構成要件は承継されていない。

—虚偽の記載により誤認を生じさせる宣伝広

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 告（新不正競争防止法16条1項）
- 無限連鎖講（新不正競争防止法16条2項）
- 営業上および事業上の秘密を漏えいする行為（新不正競争防止法17条）
- 見本を流用する行為（新不正競争防止法18条）
- 漏えい行為を誘引し、依頼する行為（新不正競争防止法19条）

VII. 廃止規定

代替規定を設けることなく廃止された規定は、特別販売の開催、記念および期末売出し（旧不正競争防止法7条）、在庫一掃売出し（旧不正競争防止法8条）ならびに倒産企業のもののような表示をした製品販売における抽象的危険犯（旧不正競争防止法6条）、〔製造元直販などのように〕製造業者または卸売業者と関連付けた宣伝広告（旧不正競争防止法6条a）および購入資格証明証書を用いた取引（旧不正競争防止法6条b）である。これらは、新法では、基本的に、誤認を生じさせる行為を禁止する規定により判断されるべきものである。

誤認を生じさせる宣伝広告について刑事罰が科された場合に、消費者に認められていた契約解除権も、実務上意味が失われていたことから、廃止された（旧不正競争防止法13条a）。

VIII. 旧法下の事件

この法律は、経過規定を設けていないので、新不正競争防止法22条により、公布の日から施行される。このとき問題が生じるのは、「旧法下の事件」について、当該競争行為が旧法では許されないが、新法では許される場合である。このような場合、債務名義を得ていない〔旧法上の〕差止請求権は消滅する。既に実行されている〔旧法上の〕差止請求権の債務名義に対しては民事訴訟法767条に基づく請求異議の訴えが、仮処分命令に対しては民事訴訟法927条に

基づく取消しの申立てが、それぞれ認められるべきである⁵⁶⁾。

IX. 要約と展望

新不正競争防止法は、その構成において、時代に適合した基本的な価値判断を明確にするように努めた。これにより、現代の法令に課されている透明性に関する要求を満たすものとされる。判決や学説により生成され、確立してきた判例法は、立法者による検証に耐えたものは成文化された。新法においても、旧法と同様、一般条項が不正競争防止法の中心的な規定であるが、事案類型が例示されたことにより明確化された。

内容的に方向転換が行われた点との関係では、既に相当以前から開始されていた自由化がさらに進められた。これは、特に特別販売の開催、在庫一掃売出し、誤認を生じさせる抽象的なおそれがある行為の構成要件に関する規定が、代替規定がおかれることなく廃止されたことにも示されている。また、新法において、実体法上、一般条項の中で規定され、すべての例示的な事案類型にも適用される重大性の要件により、軽微な事案は不正競争とはされなくなった。

立法者は、消費者側のいくつかの要求（一般的な契約解除権や、独立の情報提供義務など）を導入しなかった。しかし、この新法において、市場における取引の相手方、とりわけ消費者に有利になるような重要な保護のメカニズムを設けている。そのようなことから、電話による宣伝広告や懸賞広告および賞金ゲームについては、従来の厳格な線が堅持され、自由な意思決定を不正に阻害することや、特に児童や少年などが取引の経験が不足していることを悪用するような行為を禁止し、攻撃的な市場開拓や宣伝広告の手法に対する法的措置をとる手段が設けられた。最後まで議論を呼んだ利益徴収請求権

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

が、実務的な意義を持つかどうかについては、結果が待たれるところである。

新不正競争防止法は、その性質上、個別の問題については解釈の余地を残している。欧州共同体のレベルにおいて輪郭が現れてきたシナリオとの関係においては、ドイツの立法者が現在の時点で「大きな改正」を決定したことに敬意を表すべきである。それ以外の選択肢をとれば、欧州委員会の一部矛盾のある種々の計画、例えば、保護の目的を分割したり、担当する官庁を設立したりすることを待つばかりで、そのたびごとに個別の点を国内法に編入するという不安定な状態を生じさせたであろう。そして、ドイツの公正競争法の統一性と体系性を損なったであろう。このようなおそれは、新法により防ぐことができたといえる。新不正競争防止法には、その体系を崩すことのないわずかな変更により、ブリュッセルの欧州共同体からの新たな基準を「受け止める」ための備えがなされている。

注 記

- 1) BGBl (連邦法令官報) I 2004, 1414 = GRUR 2004, 660。
- 2) 詳しくは、例えば、*Schricker*, GRUR Int 1996, 473; *Gloy*, in: Festschr. GRUR 1991, 855; *Beater*, UWG, 2002, § 3。
- 3) *Hefermehl*の注釈書は、不正競争防止法における5つの事案類型、すなわち、顧客獲得、妨害行為、搾取的行為、法令違反行為および市場かく乱行為を区別している。*Baumbach/Hefermehl*, WettbewerbsR, 22. Aufl.(2001), Einl. UWG Rdnrn. 160 ff.を参照。
- 4) このような3つの保護目的については、判決および学説において、争いがない。*Köhler/Piper*, UWG, 3. Aufl.(2002), Einf. Rdnrn. 21 ff.を参照。
- 5) 欧州法の発展および影響について、詳しくは、*Glöckner*, in: *Harte-Bavedamm/Henning-Bodewig* (Hrsg.), UWG, 2004, Einl. B (以下 *Harte/Henning* という。)
- 6) 参考として、BVerfG, GRUR 2001, 170 —ショッキングな宣伝広告; GRUR 2002, 455—動物および

び種の保護、のみ挙げておく。

- 7) いわゆるE-Commerce (電子商取引) 指令 (欧州共同体指令31/2000/EG) によるものであり、それは、電子役務提供法 (TDG) 5条中に規定された。
- 8) これについて、詳しくは、例えば、*Henning-Bodewig*, GRUR Int 2002, 389。
- 9) いずれにしても、ドイツの不正競争防止法が「欧州においてもっとも厳しいもの」との印象は払拭しがたい。ただし、そのような印象は、他の国のものと比較しても、ある時点からは正確とはいえない (なお、他の欧州各国の競争法の概要については、(前掲注5) *Harte/Henning*, UWG, Einl. Eを参照のこと。)
- 10) *Fezer*, WRP 2001, 989。
- 11) *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, 1307
- 12) WRP 2002, 1317に掲載。これについては、GRUR 2003, 127の社団法人ドイツ産業財産権保護および著作権協会の意見を参照。
- 13) 理由書と共に、GRUR 2003, 298に掲載。これについては、例えば、*Sosnitza*, GRUR 2003, 739を参照。
- 14) BT-Drucksache (連邦衆議院公報), 15/1487 v. 22. 8. 2003; これについては、例えば、*Micklitz/Kessler*, WRP 2003, 319; *Sack*, BB 2003, 1073; *Engels/Salomon*, WRP 2004, 32を参照。
- 15) BT-Drucksache 15/2795, S. 43 ff.を参照。
- 16) BT-Drucksache 15/2795, S. 39。
- 17) Plenarprotokoll (本会議議事録) 15/102. S. 9280 ff.
- 18) 注1)を参照。
- 19) とりわけ、欧州委員会により立案されている不正なビジネス方法についての指令は、保護の目的を消費者保護に限定するものとされている。これについて、詳しくは、*Henning-Bodewig*, GRUR Int 2002, 389; *Veelken* WRP 2004,1; (前掲注5) *Glöckner*, in: *Harte/Henning*, Einl. B。これらの規定のアプローチとドイツUWG2004との整合性については、*Köhler/Letl*, WRP2003, 1019; *Henning-Bodewig*, GRUR Int 2004, 183; *Glöckner*, WRP 2004, 936を参照。
- 20) (前掲注14) BT-Drucksache, S. 16を参照。詳しくは、(前掲注5) *Schünemann*, in: *Harte/Henning*, § 1 UWG Rdnrn. 52 ff。
- 21) BT-Dr 15/1487, S. 16。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 22) 一般条項の具体化の可能性が多様であることについて、詳しくは、(前掲注5) *Schünemann, Harte/Henning*, § 3 Rdnrn. 52 ff. *Berlit*, WRP 2003, 563も参照。
- 23) (前掲注5) *Schünemann*, in: *Harte/Henning*, § 3 Rdnrn. 219 ff. は、そのように理解している。
- 24) (前掲注5) *Schuenemann*, in: *Harte/Henning*, § 3 Rdnrn. 34 ff. は、そのように理解している。
- 25) これについては、*Heermann*, GRUR International 2004, 94; *Sack*, WRP 2004, 30.
- 26) 詳細は、(前掲注5) *Stuckel, Harte/Hennig*, § 4 Nr. 1 Rdnrn. 1 ff.
- 27) 指令の草案は自由な判断を妨害する行為を非常に重視している。その点および新不正競争防止法との整合性については、前掲注19に引用されている文献を見よ。
- 28) 詳しくは、(前掲注5), *Stuckel, Harte/Hennig*, § 4 Rdnr. 1 ff.
- 29) BVerfG, GRUR 2001, 170—ショッキングな宣伝広告; BVerfG, GRUR 2002, 455—動物と種の保護; OLG Hamm, GRUR 2003, 975—熱帯雨林計画も参照。
- 30) 例えば, *Ohly*, NJW 2003, 2135; (前掲注5) *Stuckel*, in: *Harte/Henning*, § 4 Rdnr. 1 ff. を参照。
- 31) 特に BGH, GRUR 2002, 976 und 979—抱き合わせ販売 I および II を参照。
- 32) この点について、詳しくは、(前掲注5) *Bruhn*, in: *Harte/Henning*, § 4 Nr. 4 Rdnrn. 15 ff.
- 33) 詳しくは、(前掲注5) *Bruhn*, in: *Harte/Henning*, Vorb. § 4 Nr. 4 Rdnrn. 20 ff.
- 34) ただし、黙秘することにより、不正競争防止法5条2項2号にいう誤認を生じさせる行為と認められることがない限りにおいてである。
- 35) この限りにおいて、計画されている販売促進規則 (Sales PromotionVO) とは異なる。なお、同規則は、当初はすべての抱き合わせを自由に行うこととされていたが、最終案においては賞金ゲーム (懸賞広告を除く。) における抱き合わせを禁止する可能性を認めている。
- 36) 詳しくは、(前掲注5) *Sambuc*, in: *Harte/Henning*, § 4 Nr. 9。
- 37) (前掲注14の) Begr. z. RegE zu § 4 Nr. 9。
- 38) この点については、(前掲注5) *Sambuc*, in: *Harte/Henning*, § 4 Rdnrn. 23 ff.
- 39) (前掲注14) Begr. z. Reg, S. 19を参照。
- 40) この点については、*Omsels*, WRP 2004, 136。
- 41) 「標的とした」との要件が、意図という意味における主観的な要素をどの程度含んでいるのかは、必ずしも明確ではない。この点については、(前掲注5) *Omsels*, in: *Harte/Henning*, § 4 Nr. 10 Rdnr. 7。
- 42) (前掲注5) *Omsels*, in: *Harte/Henning*, § 4 Nr. 10 Rdnr. 273。
- 43) 例えば, BGH, GRUR 2000, 1076—排ガスの排出; BGH, GRUR 2002, 825—電気工事; BGH, GRUR 2003, 164—中古車の利用。
- 44) この点については、特に、*Ullmann*, GRUR 2003, 817。
- 45) そのように解するものとして、(前掲注14) Begr. z. Reg, S. 15。「関連性のある欺罔行為」について、詳しくは、*Sack*, WRP 2004, 521。
- 46) (前掲注4) *Köhler/Piper*, § 3 UWGの引用文献を参照。
- 47) この点については、(前掲注5) *Sack*, in: *Harte/Henning*, Komm. zu § 6 UWG; *ders*, GRUR 2004, 85。
- 48) 当初は4条の例示的なカタログに含まれていた。
- 49) この点については、連邦通常裁判所の (旧法のもとに現れた) 判決である、BGH, GRUR 2004, 699—公衆での呼びかけ—を参照。
- 50) 電子メールによる宣伝広告の (旧法における) 評価については、BGH, GRUR 2004, 517—電子メールによる宣伝広告—を参照。
- 51) 詳しくは、(前掲注5) *Beckedorf*, in: *Harte/Henning*, Vorb. § 8 UWG。
- 52) 例えば、(前掲注3) *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdnrn. 398ff.参照。
- 53) 新不正競争防止法は、消費者の個別的請求権、一般的な契約解除権、一般的な情報提供義務、団体訴訟 (class action) のいずれについても規定していない。もともと実務上意味が失われていた旧不正競争防止法13a条 (解除権) は削除された。新不正競争防止法における消費者保護については、*Fezer*, WRP 2003, 127; *Köhler*, GRUR 2003, 265; *Lettl*, GRUR 2004, 449を参照。
- 54) 利益徴収請求権の詳細については、*Sack*, WRP 2003, 549; *Stadler/Micklitz*, WRP 2003, 559; *Wimmer-Leonhardt*, GRUR 2004, 12を参照。
- 55) この点については、*Alexander*, WRP2004,407を

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

参照。

- 56) 不作為義務を負う旨の意思表示との関係については、(前掲注5) *Harte-Bavendamm*: in *Harte/Henning*, § 22 Rdnrn. 5を参照。

* An dieser Stelle möchten wir Frau Dr. Frauke Hennig-Bodewig danken, die uns die Genehmigung

erteilt hat, diese japanische Übersetzung in *Chizai-Kanri* zu veröffentlichen. (フラウケ・ヘニング＝ボーデヴィヒ博士から、この日本語の翻訳を『知財管理』において公刊することを承諾いただきましたことに御礼申し上げます。)

(原稿受領日 2008年2月15日)

