

Title	不正競争について
Sub Title	Unfair competition
Author	高鳥, 正夫(Takatori, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1950
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.23, No.7 (1950. 7) ,p.1- 30
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19500725-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

不正競争について

高 鳥 正 夫

はじめに

第一章 不正競争の意義

第一節 營業上の競争

第二節 營業上の不正競争

第三節 不正競争の態様

第四節 不正競争の取締

第二章 不正競争と民法第七百九條

第一節 不正競争と民法第七百九條の關係

第二節 權利の侵害を必要とする説

第三節 行為の違法性のみを必要とする説

第四節 權利濫用説

第五節 準不法行為説

第三章 不正競争防止法（以下次説）

第一節 不正競争と不正競争防止法の關係

第二節 不正競争防止法の私法的規定

第三節 不正競争防止法の公法的規定

第四章 不正競争防止法における不正な競争方法

第一節 不正競争と商標禁止法の關係

第二節 不正な競争方法に關する規定

おそひ

は じ め

經濟生活における利潤追求の欲望に基く自由競争の理念と、法律關係における契約を中心とする法律行為自由の原則とが、封建制度の沈滞した社會狀態を打破して、近代資本主義社會の確立に極めて大きな貢獻をなしてきたことは疑いもない事實であるが、資本主義社會の發展に伴つて現實に生じた富の集中、大企業の組織化、労働者階級の出現という諸現象は、

不正競争について

それらの理念或は原則が維持され發展させられることによつて、個人的にも社會的にもその福祉を増大するとしても、もはや過去における理念或は原則とは同一のものであり得ないことを示している。即ち法律行為自由の原則は現行法上既に幾多の制限を受け、公序良俗觀念のようにこれを包括的に制限する一般的規範も存在しており、經濟生活における自由競争の理念に對しても多くの修正が加えられ、そのうちのあるものは既に現行法の體系にとり入れられている。本稿は後者即ち自由競争の理念に對する修正を法律的側面から検討しようとするものである。

元來、資本主義社會における自由競争の制限ということは、次の二つの方面から觀察することができであろう。第一は資本主義經濟の發達それ自身から生れてきた制限である。即ち自由競争によつて企業の自然淘汰が行われ、弱小企業は没落して強大な企業が残存し、これらの強大な企業は相互の利潤を確保するためにカルテル、トラスト等を結成するが、そこにはもはや以前に行われたような自由な競争は存在しない。その上これらの獨占的な大企業はその大量生産物のはけ口を求めて、國家權力と結びついて帝國主義的進出を試みようとする。他方においては獨占の一般化が慢性的不況と慢性的失業者を招來するが、これを打開するために國家は獨占的企業組織の結成を助長し、或は公共事業、軍備擴張に對する支出を増大しようとする。けれどもこのような政策は戰爭への刺激を伴うものであり、一旦戰爭が勃發すれば、今度は戰爭遂行のための國家統制が強化され、そこに統制經濟と呼ばれる新しい型の經濟が生れてくるわけである。このように資本主義經濟が自由資本主義經濟から拘束資本主義經濟の段階を経て、獨占資本主義經濟へと發達するに従つて、そこに行われる競争の自由も次第に制限され、その競争の範圍も漸次減少してきたことに注目しなければならない。第二は企業者間の自由競争を放任すること、がその當時の社會通念に照して不當なものである場合、國家が法律をもつて特定の競争方法を禁止することであり、不正競争の國內法的制限と呼ばれるものである。けれども社會生活の發展に伴つてその社會通念もまた動搖するわけであるから、自由資本主義の時代には豫想されなかつた不公正な競争方法が、獨占資本主義の段階において出現すること、或は逆に自由

資本主義の時代には不正競争とされたものが、獨占資本主義の段階に至つてその重要性を失うこともあり得るし、又同じく資本主義經濟といつても、各國の資本主義經濟にはそれぞれの特殊事情によつて生れてくる差異があるから、何が不正競争であるかということを法律で指定し禁止することになると、その表現の形式は必ずしも同一なものではないであらう。然しながら一國の立法者がこの種類の法律を制定する場合には、他の國々の法律を廣く參照することは當然のことであるし、制定された各國の法律を整理して並べてみると、そこにはかなり共通した傾向を見出すことができるのである。そこで本稿においては我國の民法、不正競争防止法及び獨占禁止法等の中から、自由競争の理念に對する修正と、それに關連する法律制度の變遷の特色を理解することを直接の對象とし、それに必要な範圍において各國の法律制度にも言及するものである。

第一章 不正競争の意義

第一節 營業上の競争

資本主義社會における經濟活動の動機は營利の追求であり、企業者はあらゆる創意を働かして利潤を増大しようとする。例えば新しい生産技術を導入して品質を改良し、工場 of 立地及び規模についても最適の條件を選ぼうとする。更に營業上の競争が激しければ激しい程、企業者は生産組織を合理化して生産費を減少しなければならないし、同時にできるだけ有利な競争方法を發見しなければならないわけである。従つてそこには極めて多種多様な競争方法の出現が豫想されるし、それらの競争方法の中には、その當時の社會通念に照して不當なものも混在するのであることは否定できない。このように營業上の不正競争の本質を理解するためには、先ず營業上の競争とは何かという問題を検討しなければならないが、營業上の競

争とは、他の營業者の供給可能範圍の犠牲によつて、自己の供給可能範圍を擴張し若しくは維持しようとする行爲であると定義できるであらう。これを詳細に説明すれば、營業上の競争といわれるためには次の要件を具備しなければならない。⁽¹⁾

(1) その行爲が營業上の行爲に關連するものであること 營業の部類に屬する行爲そのものは勿論、營業のためにする

行爲についても競争が行われることは説明を要しないであらう。又ここで營業という觀念の中には、利益を得る目的で繼續的にかつ反覆的になされる行爲を廣く含むものであつて、いわゆる自由職業的行爲、原始産業に關する諸行爲、音樂家、美術家等の収益上の行爲も含まれて差支えない。但し學者、醫師、音樂家、美術家等は、必ずしも營利のためにのみ行動するものといふことができないから、いわゆる商工業上の行爲が、こゝでいう營業上の行爲の中心をなすものであることは勿論である。

(2) その行爲が競争の目的を達成するために役立つものであること 營業上の競争の目的が、他の營業者の供給可能範圍の犠牲によつて、自己の利潤を増大しようとするものである以上、その目的を實現するために役立たない行爲はこゝでい

う競争行爲にはならない。そこで競争の目的を達成するために役立つ行爲であれば、商品の流通を容易にしかつ顧客の獲得のためにするあらゆる行爲、例えば商品の製造、販賣、仕入、宣傳等の行爲については勿論のこと、營業妨害に對する防衛行爲についても競争行爲が成立するわけである。

(3) 同一又は類似の營業をなすものが多數同時に存在すること 競争という觀念は、同一の目的に對して多數の努力が同時に存在する場合に生ずる觀念であるから、營業上の競争が行われるためには、同一又は類似の營業をなすものが多數同時に存在すること、いいかえれば供給可能範圍を共通にするという客觀的な事實の存在することが必要である。

(4) その行爲が競争の意圖をもつてなされたものであること 營業者のある行爲が營業上の競争となるためには、營業者に競争の意圖が必要である。それ故、ある行爲が客觀的には營業上の競争に近いものであつても、その營業者が競争の目的以外の意圖をもつてなした行爲、例えば慈善のために商品を廉賣するというような行爲は營業上の競争には含まれない。⁽²⁾

(1) 堀部靖雄「不正競争の法律上の性質」(商業と經濟第一六年第一冊)四三七—四三九頁。

(2) 有馬忠三郎「不正競争論」四八—六五頁。

第二節、營業上の不正競争

營業上の競争が公正に行われるならば、生産費、販賣費の最も低廉なものが勝を占め、社會的にも能率の低いものを淘汰して全體の能率を高めるものであつて、社會的生產費の低下、價格の低下、消費者の利益の増大等の好ましい結果を齎すものである。それ故、資本主義社會においては、産業經濟の運營を原則として私的企業に委ね、企業者の自由な競争を促進することによつて、豊富で低廉な商品の供給と經濟の自動的な調整とを期待するものであるが、この競争を企業者の利己心の赴くままに放任すると、逆に社會的能率の増進のためには障礙となる不正競争も行われ、一國の産業經濟の健全な發達が望めなくなつてしまうことがある。そこでこのような不正競争が行われた場合には、法律をもつてそれを禁止することはかなり早くから行われたことであつた⁽¹⁾。けれども特にこの問題が注目されるようになったのは、資本主義經濟の發達に伴つて次第に企業者間の競争が激化し、そこに優秀な企業者に對して世間の向けている信用を悪用しようとする傾向が顯著になつてきからであり、更に進んで獨占資本主義經濟の段階において、ダンピングが盛んに行われるようになってから、再びこれが重要視されるに至つたものである。

そこで不正競争或は不公正な競争方法とは何かという問題が提出されるわけであるが、前述したようにこれらの觀念は歴史的に發展するものであるから、その定義も極めて概略的な枠の外には發見することが困難であらう。假りに不正競争とは、營業上の競争において用いられた競争方法が、ある一定の限度を越えたものであると説明しても、次にはその一定の限度とは何かという問題を解決しなければならぬことになる。營業上の不正競争の禁止される理由が、その當時の社會通念

に照して許すことのできない競争方法であるという點に基くことは既に述べたところであるが、この場合の社會通念というのは、いわゆる公序良俗觀念のように廣く一般社會を背景とするものではなく、量的にはそれより狭い取引社會を背景とする道德的判斷を意味することに注意しなければならない。⁽²⁾元來取引社會においては、一般社會と異つた特殊の技術を必要とし、或は特殊な慣習を生ずるものであるから、ある競争方法が妥當なものであるか否かということは、その特殊な背景を考慮して決定しなければならぬわけである。けれども取引社會という特殊な社會は、他の一般社會から離れて存在するものではないから、一般社會の公序良俗というような道德的判斷は、取引社會の道德的判斷にも極めて大きな影響を與えることはいうまでもない。その上營業上の不正競争という場合の營業の觀念の中には、前述したように自由職業、原始産業等に関する諸行為を含むものであるから、その意味では商法の規制する商人のみを背景とする取引社會における道德的判斷よりも、むしろ一般社會の道德的判斷に近いものといふことができるであらう。このような事情に加えて、資本主義經濟の最近における發達は、營業上の不正競争の問題を單に企業者間の公平という立場からだけではなく、一般消費者に及ぼす影響という點からも考察するように要求してきたから、過去における一般社會の道德的判斷との關連よりも、更に一層大きな關連をもつようになつたことを看過することができない。然しながら今日の情勢においては、未だ一般社會におけるそれとは異つた取引社會の道德的判斷の存在することを否定できないし、その競争方法が妥當なものであるか否かの判斷の基準をそこに求めることも適切であらう。このように理解するならば、前述したある一定の限度という箇所をいいかえて、不正競争とは、營業上の競争において用いられた競争方法が、取引社會における道德的判斷に照して許すことのできないものであると定義することができるであらう。

(1) 有馬、前掲八六頁以下

(2) 堀部、前掲四四一—四四二頁

第三節 不正競争の態様

營業者のある特定の行爲を不正競争であると判斷する基準が、その當時の取引社會における道德的判斷であること、そのため社會的經濟的事情の變化が當然に不正競争の觀念に影響を與えることなどについては既に述べてきたが、ここで廉賣という競争方法を例に説明してみよう。元來この廉賣は營業上の競争方法として行われ、別段特殊なものとは見られなかつたのであるが、資本主義經濟の發達に伴うカルテル、トラスト等の出現によつて、競争的立場にある他の營業者特に弱小な營業者を倒して、市場の獨占を實現する手段として使用されるようになってから、次第に取引社會の道德的判斷はこれを不正競争として排斥し、遂に法律もこれを禁止するようになってきたのである。このように不正競争の態様は時代と共に變化し、いよいよ複雑なものとなつてきているので、これを適確に把握することは困難であるが、これまで不正競争であると考へられてきたものを、一應次の基準によつて三つのグループに大別することができであらう。即ち、先ず(A)自己の供給可能範圍を他の營業者の供給可能範圍と混同させることによつて、自己に有利な局面を打開しようとする競争方法であり、第二は(B)不正な行爲によつて他の營業者の供給可能範圍を侵害する競争方法であり、最後は(C)自己の供給可能範圍を不正な行爲によつて擴大する競争方法である。そこでこの分類に従つて、各個の不正競争について検討してみよう。(1)

(A)(1) 商品の混同 商品の名稱、商標、容器、包裝、貼紙等の模倣によつて、一般大衆をして自己の商品を恰も他人の商品であるかのように誤認させる行爲であり、不正競争としては最も典型的な又最も早く發達したものである。そのためこれに對する取締法規も各國においてかなり發達しており、今日においては商標法、意匠法等の特別法によつて、單に登錄されたものに止まらず、未だ登録されないものでも、これらと混同させようとする行爲を禁止している國が多い。

(2) 營業の混同 他人が營業上使用する氏名、會社名その他の商號又は家紋、記號等の標章を使用し、或は他人の營業

とは關係がないにも拘らず、支店又は繼承者等の特別な關係があるかのように表示する行爲、或は他の營業者の看板、店舗、裝飾、使用人の服裝等を模倣して他人の營業と混同せざる行爲も、現在では商品の混同の場合と同様に、登記、登録の有無に拘らず禁止する國が多い。

(8) 原産地の詐稱 商品の原産地を詐稱することも古くから行われ、それに對する各國の取締法規も發達しているが、この種類の不正競争は單に國內において行われるのみでなく、國際的な問題をも含む點に注意しなければならない。即ち外國品の尊重された時代には原産地を外國と詐稱し、又資本主義社會の後進國が海外市場で先進國と競争する場合にもしばしば用いた競争方法である。

(9) 營業上の秘密の窃取 他の營業者が多年の經驗、努力又は多額の費用を投じて取得した各種の營業上の秘密、例へば得意先、發明、考案等を正當の權限なくして自己の營業に利用する行爲も、比較的早くから行われた不正競争である。このうち特殊の發明、考案等については、各國共に特許法その他の法律によつて保護しているが、それらの法律によつては保護されない發明、考案その他の營業上の秘密についても、被僱者が競争の目的をもつて不正に利用し、或は他人に漏洩することを禁止している國が多い。

(10) 營業上の誹謗 他の營業者の商品、營業或は人格、營業方針等に関して、虚偽の事實を流布して社會の信用を失わしめようとする行爲は營業上の誹謗と呼ばれる。このような行爲をなした者に對しては、單に行爲の差止及び損害賠償に止まらず、刑罰規定を適用し、又は信用回復に必要な措置例えは行爲者の費用をもつて判決文を公表し、或は新聞紙上に謝罪公告の掲載を命ずる國も少くない。

次に誹謗という程度には至らないが、他の營業者を差別待遇することが不正競争となる場合もある。この種類の行爲の中で最も普通に行われるものは、同種の營業を行うすべてのものを表示する同業者名簿その他の廣告において、特にある特定

の營業者の氏名を除外したり或は劣等な位置に掲載する行爲である。

(2) 原料、商品、機械等の取得妨害 他人の營業を侵害する目的で原料、機械の取得を妨害し、又は商品の仕入れを困難ならしめる競争方法が用いられることがある。この種類の妨害行爲は團結して遂行するほど強力になるため、一群の營業者が特定の營業者に對して非取引同盟（ボイコット）⁽²⁾を結成することがある。けれども特定の營業者と取引するか否かは各營業者の自由であつて、これを制限することは營業の自由を害するものであるとの理由から、この種類の妨害行爲を禁止している國が多い。

(3) 契約破棄の誘惑、脅迫 競争的な立場にある他の營業者の顧客又は被傭者を誘惑して、その間に存在する契約に違反させたり或は契約そのものを破棄させる行爲である。この種類の誘惑行爲は他の營業者が第三者と商品、原料等の供給又は取得契約を締結し、或は勞務、技術、藝術等の提供契約を締結している場合にしばしば行われる不正競争である。更に他の營業者或は顧客又は被傭者を脅迫して、他人の營業を妨害することも行われる。例えば他の營業者を困惑させるような訴訟を提起するとか、差押を行うと威嚇する行爲がこれである。この種類の不正競争のうちで、特に社會の注目的となつたものは熟練工の爭奪問題である。即ち他の營業者に傭われている熟練工の契約期間が満了していないにも拘らず、これを誘惑して雇主との契約を破棄させ、新たに自己又は第三者と雇傭契約を締結させることである。このような行爲は營業上の秘密を漏洩する危険があるのみでなく、熟練工を失つた營業者は大きな損害を受けるおそれがあるので、多くの國においては不正競争として禁止されている。

(4) 不正廣告 廣告は取引社會における最も有効な競争方法の一つであるが、そのため虚偽又は不正の廣告をして、顧客をして自己の營業又は商品を特に有利であると誤信させ、それによつて他の營業者の顧客を奪う行爲も早くから行われていた。そこで多くの國においては、商品の起源、製造方法、價格、賣却の目的、名譽章の所持、現存數量等について、特に

有利な外觀を生ずるような虚偽の表示を禁止している。

この不正廣告に似たものに、商品それ自体に對する不正と呼ばれる行爲がある。即ち商品の外觀はそのまま變えることなく、品質をおとし又は數量を減少すると同時に價格を割引することによつて、その商品の購買を特に有利であると誤信させる行爲である。このような行爲は消費者を欺くと共に他の營業者の利益を害するものであるから、廣く各國において取締を要している。

(3) 強制取引 これは比較的最近に注目されてきた不正競争であつて、營業者が顧客に對し、その意に反して取引關係の繼續又は創設を強制する行爲である。即ち顧客がある營業者の特定の商品を強く希望する場合に、それを提供する條件として他の商品の購入をも求めたり、又は競争的立場にある他の營業者から商品を購入しないことを約して、他人の營業を妨害すると同時に顧客の利益をも害する行爲である。この種類の不正競争は特許品の供給に關連してしばしば行われたものであり、そのため特別の法律を設けて取締りを行つてゐる國もある。

(3) 被備者又は受任者の買収誘惑 營業上賄賂の方法で不當に利益を得ることは公序良俗に反するのみでなく、他の營業者に對する不正競争であるとされている。そこで他の營業者の被備者又は受任者殊に熟練工、特殊技術家等に對して金錢その他の利益を提供し、その者の不正な行爲によつて自己の營業に有利な取扱をするように約束する行爲、及び被備者又は受任者がその賄賂を受けて差別待遇をする行爲は各國共に禁止している。

(4) 見切販賣 見切販賣とは手持商品を處分するために特に廉價で賣出す行爲であるが、時にはこれが顧客吸收の意圖をもつて濫用され、又は見切販賣のために特に製造された商品が多量に販賣されるため、他の營業者の利益を害することがある。そこで各國においては、見切販賣に際して投資用商品を仕入れて販賣することを禁止するのみでなく、その見切販賣の生じた原因を表示することを要求し、或は見切販賣の原因、開始の時期、投資される商品の種類及び數量等を官廳に届出る

ことを命ずるなど嚴重な監督を加えている。この見切販賣は營業閉鎖の場合に行われるのが通常であるが、ある一定の商品の取扱を廢止する場合或は一定の手持商品の處分の際に行われることもあり、その他懸賞又は富くじ類の射替條件附販賣方法の伴うことの多い點にも注意しなければならない。

どの見切販賣に似たものに不當廉賣と呼ばれるものがある。不當廉賣とは不當に低い價格で商品を販賣することであるが、特に資本主義經濟の發達に伴つて出現した強大な企業者が、市場を獨占する目的でこの種類の競争方法を用いると、他の企業者は極めて大きな損害を蒙るものであるため、最近においては營業上の不正競争として禁止する國が多くなつてきている。

(5) ダンピング ダンピングとは國內市場における取引價格よりも廉價に海外市場に商品を販賣する行爲である。現在ではダンピングという言葉はきわめて廣い意味に用いられ、時には國內市場における類似的行爲をもダンピングと呼ぶこともあるが、その固有の意味は海外ダンピングという所からきているものである。即ち資本主義經濟における後進國が自國の産業の發達を助成するために、先進國の商品の侵入に對して保護關稅の障壁を設けたが、そこに育成された大企業がやがてその大量生産のはけ口を求めて、關稅の高さによつて決定される特別利潤の一部を割いて、外國の競争者より低い價格で海外ダンピングを行うに至るのである。この場合ダンピングされる國の産業經濟は均衡を破壊されるのが通常であるから、ダンピングされた商品に對して高率の關稅を課したり、或は不正競争として取締るなどの防衛手段を講じている。⁽³⁾

上述したところは、不正競争の態様を供給可能範圍の點から三つのグループに大別し、それぞれのグループに屬する各個の競争方法を順次に検討したものである。けれども實際の取引社會においては、各個の競争方法がはつきり區別して用いられるというよりも、むしろ一つの競争方法が他の競争方法と結合し、或は各個の競争方法の中間的な色彩をもつものが用いられる場合の方が多いであらう。このように不正競争は極めて複雑な内容をもつものであるから、いろいろの觀點から検討

するに從つて、それぞれ異つた分類法の生れることはいうまでもなく、本稿のとつた分類法はそのうちの一つに過ぎないわけである。

(1) 各例の競争方法の内容については、左記の文獻に負うところが多い。

肥内角、「内外に於ける不正競争取締の實情」(法律時報 第六卷第七號) 二七頁以下。 有馬・前掲三四八頁以下。 東京商工會議所「不正競争に関する調査」四頁以下。

(2) ポイコットという言葉は、元來一群の賃金労働者が團結して企業者の生産した商品を排斥し、或は第三者にもそうすることを勧誘又は強制することの意味に用いられたが、それがやがて生産者と消費者、生産者同志、更には輸出國と輸入國との關係にまで押し廣められたものである。

平田隆夫「ポイコット」岩波、經濟學辭典、第五卷、二一七一—二一七二頁。

(3) 名和純「ダンピング」岩波、經濟學辭典、第四卷、一六九九—一七〇〇頁。

(4) 各種の分類法については左記の文獻を參照されたい。

W. H. Stevens, *Unfair Competition*, 1917.

板根哲夫「不正競争方法について」(財政經濟弘報第一一〇號)

堀部増雄「不正競争の憲法概説」(長崎高商研究館彙報第二四卷第一〇號)

今村成和「不正競争方法の禁止について」(財政經濟弘報第一七八號)

第四節 不正競争の取締

不正競争によつて他の營業者の利益狀態が侵害された場合、そこに私的損害の賠償が問題となるためには、營業上の競争行為の正當性が社會的にも承認されていなければならないことはいうまでもない。それ故嚴格な階級制度が維持され又獨占的團體の存在した中世の領主經濟又はギルド經濟の時代には、そのような不正競争が行われても、その行為はむしろ主權の侵害又は同業者規則の違反として刑罰の對象となつたが、營業者間の個人的利益の侵害として考えられることは少なかつ

た。これに對して自由競争が經濟的にも法制的にも確立された十九世紀以後においては、不正競争による他の營業者の利益狀態の侵害は私法上の不法行為として注目されるに至つた。更に資本主義經濟の發達に伴つて營業上の競争は激化し、そこに行われる不正な競争方法も一層深刻な又複雑な様相を帶び、その被害者も單に特定の營業者に止まらず同種の營業者全體に及ぶと同時に、消費者である一般大衆の利害にも關係をもつようになると、不正競争の取締に關する法規の中に、その前の時代の私法的規定に加えて、公益擁護のための公法的規定の設けられる傾向が生ずるに至つた。⁽¹⁾

そこで各國における不正競争の取締に關する法規を觀察すると、特許、商標等については一樣に特別法を設けているが、それ以外のものについては二つの立法主義が對立している。即ち一方は不正競争の取締のために一般的概括的な規定をもつ法律を設けるものであり、他方は特殊な規定の外は概括的なものを制定しない立法主義である。ドイツ（舊法一八九六年、新法一九〇九年制定、一九二五年修正）、デンマーク（一九一二年）、ギリシャ（一九一三年）、オーストリア（一九二三年）、チエッコスロバキヤ（一九二七年）、ベルギー（一九二七年）等の諸國においては、いずれも不正競争禁止法という一般的な法律を制定し、不正競争とされる行為を掲げて、私法上はその行為を差止め又は損害の賠償を請求する權利を認め、公法上は加害者に對して制裁を加えることなどを定めている。その他ポルトガルには商工業所有權法（一八九六年）、スペインには工業所有權法（一九〇二年）という法律があつて、それらの中に不正競争に關する相當詳細な規定を設けてこれを取締つている。これに對してイギリス、アメリカ、フランス、イタリー、オランダ、スイス等の諸國においては、不正競争禁止法という一般的な法律はなく、又工業所有權法等の中にも不正競争に關する一般的規定はないが、例えば誇大廣告を禁止するとか、店仕舞と偽つて粗悪品を賣賣するというような行為を罰する特別の法規があり、又その他色々の方面に各別の規定があつてこれを取締つている。そこでこれらの特別の規定の適用外にある一般的不正競争については、私法上はその行為を差止め又は損害の賠償を請求する權利を認め、公法上は加害者に制裁を加えることになつてゐる。特にイギリス、アメリカ、フランス等においては、判例によつ

て不正競争がかなり廣範圍に亘つて禁止され、被害者に對しては救済の手段が與えられている。

このように不正競争の取締に關する法律の制定を周つて、いわば一般法主義と個別的立法主義と呼ばれる二つの立法主義が對立しているが、そこに共通な傾向の一つは、營業上の不正競争として取締を受ける行爲が、流動しながらも次第にその範圍を擴大しつゝあることであらう。この傾向は民法その他の規定の解釋によつて不正競争を取締つてゐる國々においては、それらの法規を運用する判例の中に見出すことができるが、ドイツのように不正競争禁止法という一般的な法律を設けている國々において特に明瞭に現れてきている。即ちドイツの千八百九十六年の舊不正競争禁止法の制定にあつて、不正競争に關する一般的規定を設けるか否かについて盛んに議論されたが、當時取引界には營業上の不正競争の觀念が未だ徹底せず、裁判所が果して適切な判斷をなす能力があるか否かは疑問に思われたため、結局これを設けるには至らなかつた。けれどもその後不正競争は一層深刻になりその種類も益々多様になつてきたため、舊法の中に列擧された種類の不正競争を取締るだけでは充分にその効果をあげることができなくなり、千九百九年の新法の制定においては新に第一條に一般的規定を設け、列擧された種類の不正競争に含まれないもの、及び將來新に發生するであろう種類の不正競争をも處理できるようにするに至つた。その他オーストリアの不正競争禁止法第一條及びチェコスロバキヤの不正競争禁止法第一條は、いずれもこの趣旨から設けられた不正競争に關する一般的規定である。要するに資本主義の發達に伴つて營業上の競争が激化し、そこに行われる不正競争が益々複雑になりその種類が多くなると共に、これを取締るにも一般的概括的な規定を設けて禁止するか、或は判例の弾力性に依存する外はなくなつてくる事實を理解しなければならぬ。⁽²⁾

(1) 記内、前掲二六頁

(2) 東京商工會議所、前掲四一六頁及び附錄、商工省商務局「歐米各國ニ於ケル不正競争防止ノ法制及ビ取締ノ實情」

第二章 不正競争と民法第七百九條

第一節 不正競争と民法第七百九條の關係

我國においてこれまで制定された法律の中で、不正競争の禁止に關連のあるものとしては、先ず不正競争防止法（昭九・三・二七）をあげなければならぬ、次に私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律（昭二二・四・一四）の第五章その他の不正な競争方法の禁止に關する規定をあげなければならないであらう。けれどもこれらの法律の諸規定は、いずれも極めて制限された種類の不正競争についてのみ適用されるものであるから、それ以外のいわば一般的な不正競争に對して、民法、商法その他の法律の中から、不正競争の禁止に關する法律理論を構成できるであらうかという點が本章の課題である。⁽¹⁾

そこで民法、商法その他の法律の中から、不正競争の禁止に何等かの關連ある規定を探してみるならば、それに該當する規定の少くないことに氣がつくであらう。例えば商法第十九條、第二十條は登記商號の保護について規定し、同第二十一條は未登記商號の保護についても規定している。次に同第二十五條には營業讓渡人の營業禁止の規定が設けられている。更に商標法、意匠法、特許法、實用新案法、著作權法等の中にも、不正競争の禁止に關連のある多くの規定が存在している。その他、信用及び業務に對する罪を規定した刑法第二百三十三條及び同第二百三十四條の規定、輕犯罪法（昭二三・五・一）第一條第一項第三十一號及び第三十四號、醫藥法（昭二三・七・三〇）第三十九條乃至第四十一條等の規定も、不正競争の禁止に關連するものとして注目しなければならない。

然しながら不正競争の禁止に最も密接な關係をもつ規定は、民法第三編第四章不法行為の條章であり、特にその第七百九條の規定であらう。民法第七百九條は「故意又は過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」という極めて一般的な規定であるから、若しも營業上の不正競争が同條の不法行為の成立要件を具備するならば、一般的な不正競争による被害者はこの規定によつて救済されるわけである。けれども不正競争が果して第七百九條の要件、特に權利の侵害という要件を充すか否かについては激しく争われている。即ち同條にいう權利が法律によつて積極的に認められた權利の意味であるならば、營業上の不正競争が果してそのような權利を侵害するか否かは問題であり、從つて不正競争の被害者が同條によつて損害賠償を請求できるか否かは、更めて検討を要することになるからである。勿論不正な行為によつて現實に損害が加えられ、しかもそれが權利の侵害と呼ぶことができない場合でも、何等かの方法によつて被害者を救済することは望ましいことに違ひない。それならばこの第七百九條の權利の意味を廣い意味に、例えばある種類の利益狀態をも含むと解することができないであらうか、或は果して不法行為の成立に權利の侵害を要するであらうか、と問題は一歩前進するわけである。このように不正競争と民法第七百九條の關係を検討することは、直接に不法行為理論の根本にまで遡るほどの重要性をもつものである。そこで民法第七百九條に關する學說、判例を検討する前に、この點に關するドイツ民法及びフランス民法の規定について考察してみよう。ドイツ民法は不法行為に關しては非常に進歩した規定を備えており、第八百二十三條に權利侵害を要件とする不法行為について一般的規定を設けると共に、第八百二十六條には善良な風俗に反する方法により他人に損害を加えたものは、それに對して損害賠償の責任を負ふべきことを規定し、權利侵害のない場合にも被害者に救済方法を認め、營業權等の特別の權利を法律上認めなくとも、不正競争の被害者を救済できることを示している。フランス民法においても、千三百八十二條及び千三百八十三條は、故意又は過失によつて他人に損害を加えた場合には、その損害の賠償をなすべきことを規定し、いずれも權利侵害を要件としていない。このようにドイツ民法及び

フランス民法においては、解釋上不正競争をもつて不法行為とし、加害者に損害賠償責任を認めることは一般に承認されているのである。⁽²⁾これに對して我が民法にはこうした規定が存在しないため、不法行為の一般的規定である第七百九條の解釋について争いがあるわけである。そこで次節以下においては、民法第七百九條に關する學說、判例を検討し、一般的な不正競争と民法第七百九條の關係を明らかにしようとするものである。

(1) 藤本正晃「不正競争防止法の理論及び適用」(法律時報第六卷第七號)一〇—一六頁。

不正競争に關する本稿の研究に大きな指針を與えたものは藤本博士の右の論文であり、特に本章における問題把握の方向は右の論文に負うところが極めて大きい。たい筆者の未熟のため論文を正しく理解してゐない點があつたとすれば博士の寛恕を乞いたい。

(2) 藤本、前掲論文一〇—一一頁。

第二節 權利の侵害を必要とする説

この説は民法第七百九條は「他人ノ權利ヲ侵害シタル者」と規定してゐるのであるから、不法行為の成立には權利の侵害を要件とする主張する立場である。そこで若しもこの場合の權利という言葉を狹義に解して、法律によつて積極的に認められた權利に限るとするならば、必ずしも權利の侵害を伴わない營業上の不正競争による被害者は、この規定によつては救済されない場合があるわけである。そのためこの説をとる學者の多くは權利の意義を廣義に解して、不正競争による被害者を救済しようとするのであるが、その場合の廣義の權利の内容についても亦かなり意見が分れてゐる。前述したようにドイツ民法及びフランス民法は權利の侵害を必ずしも不法行為の要件としてゐないのであるが、これらの法制の下においてもなお不正競争によつて侵害される利益狀態が、果していかなる種類の權利に屬するかを争うものがあり、或は工業所有權であるといひ又は人格權であると主張し、その他營業權、自由權等であるとする學說が對立してゐる。⁽¹⁾そこで我國の法制の下においては、不正競争によつて侵害される利益狀態は果していかなる權利であろうかという點について、從來の學說を(1)工業

所有權侵害説(2)人格權侵害説(3)營業權侵害説の順序に考察し、不法行為の成立に權利の侵害を必要とする説が、不正競争による被害者を救済するに足る根據を與えるか否かを検討してみよう。

(2) 工業所有權侵害説

この説は營業上の得意關係について工業所有權という絶對權を認め、不正競争はこの種の權利を侵害する行為であるとするものである。工業所有權侵害説はフランス及びイギリスにおける初期の見解であり、ドイツにおいても少數の學者によつて唱えられたが、工業所有權という絶對權が法律上認められるか否かは極めて問題であらう。從家フランスの學者は特許權、意匠權、商標權、商號權等に工業所有權(Propriété Industrielle)という名稱を用い、又國際間においてもこのような權利の保護に關する條約に工業所有權保護同盟條約(Convention d'Union pour la protection de la propriété industrielle)という名稱を附している。然しながら固有の意味における所有權とこの工業所有權と呼ばれるものの間には、いくらかの外観上の類似點はあるとしても、又かなりの差異のあることも看過することはできない。即ちローマ法以來、物權は有體物についてのみ成立するものとされ、今日の通説もその有體物という觀念を擴張しなければならぬことは認めながら、なお固有の意味における有體物がその主なる對象であることについては一致している。これに對して工業所有權は元來無形物に關する權利であり、しかもそれは人類の智識的創作物であるから、固有の意味における所有權の客體とは全く對立している。次に所有權は時間的制限のないいわゆる絶對權であるが、工業所有權と呼ばれる種々の權利は時間的に制限され、一定の期間の経過によつて消滅するのを常としてゐる。又工業所有權の主體である營業者はその客體である得意先に對して、完全な支配權及び自由處分權を缺くのが通常であらう。いいかえればその得意先は相手方たる營業者を選択する自由を廣汎にもつてゐるのであつて、この點でも固有の意味における所有權とは極めて鮮明に對立している。(2)要するにこの工業所有權侵害説は不正競争の法律的性質が充分究明されない時代に、相手方の利益狀態を保護する實際の必要上、從來の工業所有權という觀念を應用したもので、現在ではフランス及びイギリスにおいても排斥されてゐる。(3)

④ 人格權侵害説

不正競争とは營業活動における人格權を侵害するものであると主張する學説を人格權侵害説という。この學説をとるものの中にも、人は獨特の個性において認められる權利若しくは他と識別される權利をもつものであるという基礎觀念から、人格的利益若しくは貨物の總體の上に單一的な人格權の成立することを認めて、個人の營業活動は當然にこの一般的人格權の中に包含され、不正競争はこの意味における一般的人格權を侵害するものであるとする學説と、個人の營業活動における權利としての個別的人格權を認め、假りにこれを營業權と呼ぶならば、不正競争はこの意味における人格權である營業權を侵害するものであるとする學説とがある。前者の學説について検討するならば、果してそのような一般的人格權と呼ばれるものの存在を承認することができらうかという點が問題になる。殊にこの不正競争の問題においては、客觀的な存在としての營業そのものを必要とするわけであるが、この一般的人格權侵害説においては、客觀的な存在としての營業と個人の人格とは分離することができないものとするのであるから、この點においてその所説には従うことができない。次に不正競争の侵害對象は個別的人格權殊に營業權と呼ばれる人格權であるとする後者の學説を検討してみよう。⁽⁴⁾

③ 營業權侵害説

そこでこの營業權侵害説を検討する前に、人格と分離した營業活動における權利を人格權と呼ぶことは果して適切であらうか、むしろ營業權の本質は財産權ではなからうかという問題を解決しなければならぬ。元來商號權は人格權であるか否かという問題、或は營業權の本質については學説が激しく對立しているが、その對立の原因乃至區別の實益は、主として譲渡可能性の有無の點にあることを反省しなければならぬ。從來の學説によれば人格權は經濟的取引の客體となることができず、財産權のみが取引の客體となるものであるから、營業權は人格權ではなく財産權であると主張するものが多い。けれども營業の譲渡ということ、取引の相手方を自己に代つてその營業の經營者としての地位につかせること、いわば經營者としての地位の交代という意味に理解するならば、同様に人格權と呼ばれるものの中にも、性質上

競渡できるものとできないものとが存在するわけであり、ここで問題となつてゐる營業權は競渡できる人格權であると主張することは少しも差支えないことになる。けれども本稿においてより重要なことは、このような營業に伴う利益狀態が法律によつて積極的に認められた權利であるか否かという點である。前述したように我國の法律の中には營業に伴う利益狀態の保護を認めた規定は存在するし、一國の産業經濟組織の中で營業者の地位を保護する實際の必要上、或は營業者間の公平をはかるという見地から、次第に立法或は判例の作用によつて、營業權が具體的權利として容認される傾向にあることは否定できないが、現在の段階においては我國の法律が營業權の存在を積極的に認めてゐるとはいへないであらう。それ故不正競争は法律が積極的に認めた權利を侵害するものであるとする立場をそのまゝうけいれることはできない。

(1) 勝本、前掲、一二頁

(2) 中世に存在したといわれる *Bannrecht* は例外である。*Bannrecht* というのは、ある營業者が一定の得優先に對して、他の營業者と取引することを禁ずる權利である。

有馬、前掲、二五三頁

(3) 有馬、前掲、二五〇—二五一頁

(4) 獨逸帝國「獨逸不正競争防止法の基本的理論」(「長崎高等研究館叢報第二二卷第四號」) 一六一—一九頁。

民法第七百九條を適用するには、常に權利侵害が存在することが必要であると主張するこの學說をとるならば、不正競争によつて侵害される利益狀態は果していかなる種類の權利と呼ぶことができるであらうかという疑問から、その利益狀態の本質を工業所有權であるとする説、人格權或は營業權であるとする説を順次検討してきたが、遂に不正競争は一般的には獨行法上積極的に認められた權利を侵害するものではないという結論に到達した。ここで特に一般的にはと斷つたのは、不正競争によつて明確に權利が侵害された場合には、直接第七百九條が適用されるからである。それ故これらの學說からは不正

競争に民法第七百九條を適用し、その被害者に損害賠償請求權を與えるという點について、合理的な根據を導き出すことができなかった。けれどもこの第七百九條は不法行為による損害賠償の歸責關係を合理化する規定として、判例によつて常に新しい生命を與えられなければならない性質の規定であるといひ得るであらうし、又我國の判例も實際の必要からかなり權利の意義を廣く解して、不正競争の極めて多くの部分をこの第七百九條に包含しようとしていることに注目しなければならぬ。

大審院の判例を検討してみると、既に明治三十九年三月二十三日の判決（民錄第一二四四五頁）において故意又は過失に因りて他人の權利を侵害するは即ち不法行為にして、其他人の權利は必ずしも法令の明文を以て濫許せられたるものなることを要せずとし、權利の意義を廣く解すべきことを示しているが、大正三年四月二十三日の判決（民錄第二〇三三八頁）は、商品販賣の委託を受けた者を脅迫してその販賣を停止せしめた者は、受託者に對し損害賠償の責に任すべきこと所論の如しと雖も、如上の事實に因り委託者が委託販賣に依り得べき利益を喪失するに至りたるときは、委託者も本自己の營業を妨害せられたるものなるを以て、委託者に對しても民法第七百九條の規定に従い不法行為の責に任すべきものとしているが、この判決は不正競争に對して民法第七百九條が適用されたものとして注目すべきものである。更に大正十四年十一月二十八日の判決（民錄第四〇六頁）は湯屋業の老舗を害して損害を加えた事件について、民法第七百九條における侵害の對象たる權利は、所有權、地上權、債權、無體財產權、名譽權等の所謂具體的權利なることあるべく、或は此と同一程度の嚴密なる意義における權利とすべからざるも、而も法律上保護せらるる一の利益なること、即ち吾人の法律觀念上その侵害に對し、不法行為に基く救済を與うることを必要と思惟する利益なることあるべし。當該法條に「他人ノ權利」とあるの故を以て、これを具體的權利の場合と同様の意味における權利の義なりと解し、その侵害せられたるは何權なりやとの穿鑿に苦心し、吾人の法律觀念に照して大局の上より考察するの用意を忘れ、求めて自ら不法行為の救済を局限するが如きは、思ふ

さるも亦甚しと云うべきなりとしている。次いで昭和七年十月六日の判決（民集第一一巻二〇三六頁）も、民法第七百九條に依る損害賠償は、嚴密なる意味に於ては權利と云うを得ざるも法律上保護せらるべき利益に該るものの侵害あり、其侵害に對し不法行為に基く救済を與うるを正當とすべき場合に於ては、之を請求することを得るものとし、著るしく目的論的に權利の意義を廣く解している。それにも拘らず判例は營業權に關しては從來比較的冷淡な態度をとつてゐる。例えば大審院の明治四十四年九月二十九日の判決（民錄第一七輯五一九頁）は、湯屋營業權なるものは民法上存在せざるものなれば、上告人に於て之を取得すべき理由なく、其侵害を名として賠償を求むる上告人の訴の失當なるは論を俟たずとしてその存在を否定し、名古屋控訴院の大正五年五月十日の判決（新開一一七八號）は渡船營業について、又東京控訴院大正七年三月七日の判決（新開一四一六）は一般營業權について、いずれもその存在を否認している。殊に後者の判決は、他人と同一營業を爲し營業上損害を蒙らしむるも、法令に禁止なき限り賠償の責任なしとしている。これに對して營業權の存在を認めた判例もいくらかあり、例えば前述した大正三年四月二十三日の大審院判決の外に、京都地方裁判所の大正六年五月九日の判決（評論第六卷）は、華道の或る家元なる名稱を專稱し得る者は、之が僭稱者に對し其の使用を爲さざる不作爲を求め得るものと判決している。これは氏名稱の侵害としてとり扱つたものであらうが、實は一つの不正競争の場合であることに注意しなければならぬ。東京地方裁判所の昭和二年十一月二日の判決（新報第一三八號）も、營業困難に際し更に其の信用を失墜せしめたるときは、不法行為を構成するものとしている。このように判例は第七百九條の解釋にあたつては極めて目的論的に、いいかえれば實際上の必要から同條の權利の意義を廣く解する傾向があるが、營業權の問題となるとかなり消極的であり又營業上の不正競争が第七百九條の不法行為になるか否かという本節の中心課題に對しては、これに解答を與える判例も乏しくその論旨も統一を缺くものといわなければならぬ。⁽¹⁾

第三節 行為の違法性のみを必要とする説

この説は民法第七百九條を適用するためには權利の侵害を必要とせず、ただ行為の違法性のみを要するとする説である。前述したようにドイツ民法及びフランス民法においては、いずれも權利の侵害のない場合にも、違法な行為によつて他人に何等かの損害を加えたものは、それに對して賠償の責任を負うようになつてゐるから、この説はそのまゝ妥當するものといえるが、我が國の民法第七百九條の解釋についても最近有力に主張されてきた見解である。そこでこの説をとつた場合、不正競争と第七百九條とはどのような關係に立つかを検討してみよう。我國においてこの説を最も強く主張される末川博士の見解によれば、民法第七百九條の「權利の侵害」ということは、違法性の最も顯著なものを例示したのに過ぎない。いいかえれば第七百九條に權利侵害とあるのは、違法な行為の徵表としての意味をもつものに過ぎないのであり、行為の違法性を不法行為の本質であると主張される。又ローマ以來の各國の法制を仔細に觀察しても、違法に損害を加えることを不法行為の要件としているのが通常であつて、權利侵害を絶対不可缺の要件であるかのように規定してゐるものはない。それ故從來の多くの學說のように、我が民法第七百九條の規定が權利侵害を成立要件としてゐると解するのは妥當ではない。要するに、民法第七百九條に所謂權利侵害は被害者個人の主觀的な立場の爲めに認められてゐる要件ではなくて、寧ろ法律全體のいわば客觀的な立場から加害行為についての評價を爲すために認められてゐる要件なのであると解しなければならぬから、それは、畢竟、他人に損害を加える行為が不法行為たるについて必要とせられるところの違法性の徵表たるにとどまり、權利侵害がなければ不法行為は成立しないという程に強い本質的な要件を成すものとはいへない。本質的な要件としては加害行為の違法性が求められてゐるのである。従つてまた、たとひ權利侵害があつても違法性が阻却されてゐる場合には不法行為

爲は成立しないのである」と述べておられる。⁽¹⁾それならばいかなる理由で、第七百九條は權利侵害を違法性の徵表とするのであろうか。この點について博士は、不法行爲法の沿革と近世諸國の立法例とに重きを置いて説明されるが、同時に「個々の權利の内容はそれぞれ私の所謂法律秩序の部分を形成しているものといふことができる。だから權利を侵害するといふことは直ちに法律秩序を破るということであつて、それは法律の是認しないところであると解しなければならぬ。換言すれば、權利の侵害はそれ自體違法であると評價されるのである。」⁽²⁾又權利本位の基調に立つ今日の法律制度の下においては、違法と評價されるものは權利侵害という形態において認められるのが普通であるが、それと同時に「命令的法規がそれ自身で評價的機能を有することによつて獨自に違法という評價の規準たることもあれば、また顯現的法規が缺けている場合には公の秩序又は善良の風俗に反するといふので違法という評價が爲さるべきこともある」と説明され、結局、違法と評價されるものは必ずしも權利侵害という形態においてのみ現われるとは限らない所以を強調される。元來、一般的不正競争に權利侵害が果して常に存在するか否かという點は疑問の餘地があり、むしろ多くの場合に權利侵害を伴わないであろうといふ點については、既に前節において述べてきたところである。けれどもそのような行爲は不正即ち公の秩序又は善良の風俗に反するものであるから、不法行爲の成立に行爲の違法性のみを必要とするこの説をとれば、第一説のように權利の概念を擴張する法的技術を用いなくても、不正競争は明瞭に不法行爲の場合に包含され、一般的に不正競争による被害者は民法第七百九條によつて救済されることになるわけである。

然しながら我が民法における不法行爲の成立に權利の侵害を要件とせず、行爲の違法性のみを必要とする説は果して妥當な解釋理論であらうか。いうまでもなく民法第七百九條には「故意又は過失ヲ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」と規定してあり、そこには權利侵害の外に何等の要件をも要求していない。このことは法律が權利は當然に保護されるべきものであるという立場から、故意又は過失によつて權利を侵害する行爲をそのみで

直ちに不法行為となし、被害者に救済を與えるという趣旨なのである。いいかえれば第七百九條においては、權利の侵害それ自體が不法行為であり、そこに賠償責任を認めていたのであつて、權利侵害に加えて違法性を要求し又は權利侵害を措いて違法性を要求してゐるのではない。それ故被害者が損害賠償を請求するに當つては、加害者が故意又は過失によつて權利を侵害した事實を立證すれば足り、加害者の行為が違法性を具備することを立證する必要はない。然るに不法行為の成立に行為の違法性のみを必要とするというこの説をとるならば、民法第七百二十條に規定する正當防衛、緊急避難行為は、刑法第三十六條及び第三十七條によつても明らかなように、公の秩序又は善良の風俗に反しないものいへば違法行為ではないから、特にここに規定する必要のない條文となるであらう。けれども我が民法がこの第七百二十條の規定を設けたのは、前述したように第七百九條が權利侵害のみを不法行為の要件としたため、正當防衛、緊急避難行為も不法行為となるおそれがあるところから、特に例外的規定として設けたものと理解する方が一層妥當ではあるまいか。⁽⁴⁾

- (1) 末川博「權利侵害論」三二五頁。
- (2) 末川、前掲、二九二—二九三頁。
- (3) 末川、前掲、三〇一頁
- (4) 勝本、前掲、一四頁

第四節 權利濫用説

不正競争の禁止に關する理論的根據を權利の濫用に求めようとする學説は、從來主としてフランス及びイギリスにおいて唱えられたものであるが、我國においてもこの立場をとる學者が少くない。⁽¹⁾殊に牧野博士はこの權利濫用の問題を多くの著

書論文の中でとりあげ、啓蒙的な役割を演じておられるから、その一節を引用して考察してみよう。博士の見解によれば、權利という觀念は十九世紀の個人主義的雰圍氣の裡に發展したため、本來極めて個人主義的色彩をもつものである。そこで「第一に、權利は其の權利者をして其の權利の形式の範圍に於て無限に活動せしめる傾向を持つものである。此の故に、權利は自由競争の原理と相表裏し、相援引して十九世紀の文明を大成したのである。しかし權利の斯の如き性質は、おのずから、權利が公の秩序善良の風俗に反して活躍することを妨げることができなかつた。そこに權利本位の文明の禍根がある。斯くして權利の濫用なる思想が考え出され、權利はその反對思想としての公の秩序善良の風俗なる原理に依つて制約されねばならぬものとなつた。第二に、權利は其の對手者をして其の權利なきところに突入せしめる性質を持つものである。權利者の權利に苟も形式上の缺陷あらんか、他人の權利が其の缺陷に乗じてそこに活躍するのである。これまた自由競争の思想の他の一面と解すべきであらう。斯くして、他人がその權利の名の下に公の秩序善良の風俗に反して活躍するに拘らず、權利者は自己の權利を妥當に擁護することを得ない地位に止まらねばならぬのである。されば、不法行為の規定の下に保護せらるべき權利の範圍を妥當に定めんとするには、權利の缺陷に乗じて突入を爲さんとする者に對し、其の突入を公の秩序善良の風俗に反せざる範圍に止まらしめねばならぬことになるのである。」⁽²⁾そこで從來の個人主義的な權利の觀念は公の秩序善良の風俗という方面より改造し、人は常に公の秩序善良の風俗に反して行動してはならないということと、その反面、他人のそのような行為によつて損害を加えられることはないという權利をもつものであると理解することはできないであろうか。いいかえればそのような公の秩序善良の風俗に違反する行為によつて損害を受けた場合は、そこに必ず權利の侵害を伴うものと考えることが妥當ではなからうかと主張されている。⁽³⁾そこで營業上の不正競争についても、元來資本主義社會においては自由競争は認められているのであるが、それが公の秩序善良の風俗に反して行われたときに不正競争となるのであり、その意味で權利濫用の觀念で把握することができると説明されている。⁽⁴⁾

このように不正競争を一種の權利の濫用として理解する場合、問題の中心はその濫用という點にあることはいうまでもない。前述したように濫用ということは公の秩序善良の風俗に反する行使ということであるから、それは不法行為における違法性が、より適切にはいわゆる適法行為による不法行為における違法性が權利の行使について存在することである。この意味において權利濫用説は、第二の行為の違法性を必要とする説と極めて密接な關係に立つものであり、第二説を代表される末川博士が適法行為による不法行為について、適法行為そのものから特に損害を生ずべき客觀的な事實狀態の危險性をきり離して、それに違法という評價を與えるべきであるとされるその後の見解に、かなり類似したものとなるであろうことは想像に難くない。⁽⁵⁾ それ故この權利濫用説は損害賠償の根據を權利の侵害ではなく一種の權利の濫用に求めているため、權利侵害のないところにも賠償義務を認めることができる長所をもつている。けれどもそこに濫用される權利は果していかなる種類の權利であろうか、更に競争という觀念は同種のものについて發生するものであるから、その相手方の權利の種類も明らかにしなければならないわけである。又假りにその權利の種類を問わないとしても、この説が損害賠償の根據を一種の權利濫用に求めているという點は果して民法第七百九條の解釋として妥當であろうかという疑問、即ち不法行為の成立に行為の違法性のみを要するという前説に對して向けられたと同様な疑問が残されるわけである。要するに不正競争を一種の權利濫用の觀念で理解しようとするこの立場は、前述した二つの學說のもつ長所と同時に、それぞれの短所をも含んでいるものと批評することができようであろう。

- (1) 牧野英一「法律に於ける具體的妥當性」二九〇頁以下。
- 末弘嚴太郎「民法講話」上卷一一二頁以下。
- (2) 牧野、前掲、三四七—三四九頁。
- (3) 牧野、前掲、三五—三五三頁。
- (4) 奥野健一「不正競争防止法に就て」(法曹會雜誌第二二卷第六號)六—七頁。

- 牧野英一「法律における信義の要請と保護」(法學志林第三六卷第六號)二二—二三頁。
(5) 末川博「權利濫用の研究」二一九頁以下。

第五節 準不法行爲説

これまで一般的な不正競争と最も密接な關係に立つ民法第七百九條について、同條の不法行爲の成立のためには(1)權利侵害を必要とする説(2)行爲の違法性のみを必要とする説及び(3)權利の濫用があれば足りるとする説をあげて検討を加えてきた。これらの諸説を批判する場合に大切なことは、いずれの學説が現行法を最も正しく理解して理論を構成しているかという點である。いうまでもなく法律が固定的であるのに對して社會情勢は流動的であり、そこに立法者の豫想しなかつた變化の起ることも少なくないであらう。けれども立法者が豫想することのできなかつた社會情勢は之を考慮に入れるわけではないから、たとえそうした變化が起きたとしても、それはその立法者の作つた法律の内容に變化を與えるわけではない。それ故、現行法の豫定していない事態が現に發生し又發生することが豫想されたとしても、若しも立法者を今日その地位に置いたとするならば、恐らくそれらの事態を法文にとり入れるであらうというだけの理由で、解釋の力によつて法律の豫定しないものを是認するような過りを犯してはならないのである。勿論研究の進むにつれて以前に行われていた解釋の誤りが發見され、訂正されるということは豫想しなければならぬが、それは以前の解釋が研究の不完全のために誤つていたからで、初めから完全な學問的研究を施していたならば、初めから正しい解釋に到達しているはずのものである。そこで法律が改正されない限り法律の内容も亦變化しないものであつて、解釋の時期が異つてもその解釋の結果は常に同一に歸著しなければならぬものである。⁽¹⁾ 前述したように一般的な不正競争による被害者を救済するために、先ず侵害される利益狀態は果していかな

る權利と呼ぶことができるであらうかということを検討してみたが、不正競争は一般的には現行法上積極的に認められた權利を侵害するものではなく、そこに直ちに第七百九條を適用することは不可能であることを知つた。そこで次に不法行爲の成立には行爲の違法性のみを必要とするもので、必ずしも權利侵害を要件とするものではないという學説を検討してみたが、第七百九條の文言上及び第七百二十條との關係から、その解釋をとることが困難であることを見出した。最後に不正競争を一種の權利濫用として理解しようとする説を検討したが、そのような權利の本質の不明確なこと及び第七百九條の文言上、やはりその解釋にも難點のあることを知つた。そこでこの一般的な不正競争と民法第七百九條の關係について、現行法の正確な理解の上に樹立された法律理論が要請されるに至つたわけである。

この問題は損害賠償責任の社會的意義の點にまで關連する極めて重要なものである。民事責任と刑事責任の分化しなかつた古代においては、民事責任は同時に刑事責任の色彩をも包含していた。即ちローマにおいては債務不履行の責任さえも多分に刑事責任の意義をもつており、不法行爲の責任においては兩者は密接不可分の關係に立つていた。けれども刑事責任と民事責任とが分化するに及んで、刑罰的制裁の意義をもつ部分は刑事法によつて規定され、私法上の損害賠償は漸次刑罰的意義のない補償的制度と化していつた。このように責任の分化した段階においては、民事賠償の問題點は發生した損害をいかにして填補するかという點に統一されるから、刑罰におけるように犯人の反社會性従つて主觀的な故意過失は問題でない。それ故現代の民法においては原則として故意による場合と過失による場合との間に、損害賠償責任の範圍を異にしないのである。いいかえれば他人の權利を侵害した場合には、比較的損害發生に密接な關係をもつものが先ずその損害を負擔するのであつて、原因行爲における故意又は過失の存在は、この損害の負擔者を判定する一つの標準即ち歸責條件決定の標準として認められているわけである。従つてたとい故意又は過失のない場合にも、現に損害が發生したならばそれを被害者に負擔させるのと、或は過失はないとしても原因行爲に何等かの關係あるものに負擔させるのとは、いずれが妥當であるか

という無過失賠償責任の問題も、結局この民事賠償における當事者の地位の比較較量という點から導き出されるのではあるまいか。⁽²⁾そこで法律上積極的に認められた權利の侵害がなくても、現にある種類の利益狀態が侵害され損害が発生した場合には、その損害を何人がいかにして負擔すべきかという問題が生じてくるのであるが、その損害が營業上の不正競争によつて生じたものであるならば、競争方法の正、不正を歸責條件決定の標準とすることが他のいかなる標準よりも妥當であろう。そしてこれを故意又は過失による權利侵害の場合と比較してみると、兩者は共に歸責條件決定の標準であること、又それによつて歸屬した責任の内容に何等の差異もないから、不正競争による損害賠償については民法第七百九條を類推するところが妥當であろう。この場合に類推するということは、前述したようにその要件においては異なるけれども、その結果即ち損害賠償義務を認めるという重要な屬性の點では何等理論を異にしないからである。それ故不正競争によつて明瞭に權利が侵害された場合には直接民法第七百九條が適用され、權利侵害を伴わない一般的な不正競争による損害の賠償についてはこれを類推するという導、不法行為説の理論によつて、この問題は初めて解決されるのではあるまいか。⁽³⁾

- (1) 津田利治「法の解釋と運用」(慶應義塾大學通信教育教材)一八一—一九頁。
- (2) 勝本正晃「債權總論」上卷三〇四—三〇五頁。
- (3) 勝本「不正競争防止法の理論及び適用」一六頁。