

# 翻訳と解説 オットー・ギールケ『不正競争に対する保護の法律上の根拠』(1895年)

メタデータ	言語: ja 出版者: 公開日: 2024-04-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 庄子, 良男 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://tohoku-gakuin.repo.nii.ac.jp/records/2000214">https://tohoku-gakuin.repo.nii.ac.jp/records/2000214</a>

翻訳と解説

オットー・ギールケ  
『不正競争に対する保護の法律上の根拠』  
(1895年)

庄子良男訳

Der Rechtsgrund des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb. Von Prof. Dr. Otto Gierke. Vortrag, gehalten in der Sitzung des deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums am 21. März 1895. Zeitschrift f. Gewerblichen Rechtsschutz IV (1895), S. 109-121. Abdruck (“aus der Berliner Neuzeit”): Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis. Bd. X III, 1895, S. 558-577.

【訳者解説】

一 以下に訳出したのは、オットー・フォン・ギールケが1895年3月21日「ドイツ営業的所有権保護協会」の会議で行った講演記録であり、当時公表されて連邦参議院に提出が見込まれていた「ドイツ不正競争防止法案」を素材に、その内容とくに法律上の根拠について論じたものである。ギールケは、すでにその前年（1894年）のクリスマスに脱稿して翌95年に出版された大著『ドイツ私法論』第一巻（Otto Gierke, Deutsches Privatrecht Erster Band, Allgemeiner Teil und Personenrecht.）において、諸人格権一般（S. 702f.）とそれに続く氏名権と標章権（S. 717f.）、著作権（S. 726f.）、発明権（S. 848f.）を詳述して、物権法・債権法・家族法と並

ぶ独自の人格権法の体系を示し、その中で、生来的な「一般的人格権」から自己の人格を構成する各部分への支配を保証する特別の「諸人格権」が派生するとして、この諸人格権の一つに「不正競争に対する私権保護を求め一般的請求権(S. 714)」を位置づけていた（auch vgl. S. 705 Anm. 9.）。本講演は、そのことに触れていないが、とくに不正競争の問題を中心に、彼の人格権の思想を敷衍したものである。

二 全体の構成は、第I章から第V章までが総論、第VI章以降が各論にあたる。総論のうち第IV章までは、不正競争に対する保護立法のための前提部分にあたり、本論である第V章において、その法律上の根拠に関するギルケのいわゆる人格権論が詳細に展開される。第VI章と第VII章では、彼の理論が、草案の規定する不正競争行為の諸類型に当てはめて検証され、第VIII章での罰則規定の検討を経て、第IX章の結びに至る、というものである。各章の表題や脚注はない。各章の主な要点を概観すれば、以下のとおりである。

1. まず第I章（S. 558-S. 560）では、問題提起として、不正競争行為に対する立法措置が必要であることに疑問の余地はないとして、自由競争の時代にあっても、法秩序は、公的な営業秩序を必要とし、私法もまた営業自由の濫用に向き合うべきであると主張する。

2. 第II章（S. 560-S. 563）では、その問題に関して、フランス法とドイツ法とでは、正反対の実務が導かれている現状とその理由が示される。

すなわち、フランスでは、氏名と標章、評判と信用、得意先と取引上の諸関係に関する営業的所有権を認め、この権利への侵害が差止めや損害賠償の対象となるとして、不正競争行為に対する包括的な保護を導いてきたのに対して、ドイツでは、営業的所有権の概念を認めず、明示的に禁止されていないあらゆる他人の営業上の氏名・標章への侵害を法律上許されるものとして扱い、裁判所が援助を拒否しているのが当時の実状であった。ギルケは、ドイツにおける所有権の解釈は妥当だが、不正競争をそれ自

体として許される行為とみて、ただその法律的禁止を待望するだけのドイツの裁判所の態度を厳しく批判している。

3. 第Ⅲ章（S. 563）では、私法と並んで、刑法的保護の要求からもまた、不正競争に対する立法が必要だが、両法が結合されると、刑法のためには広すぎ、私法のためには形式的すぎることになる恐れや、刑法の有効性が過大評価されることなどが、指摘される。

4. 第Ⅳ章（S. 563-S. 565）では、不正競争の場合のA.「営業経営者の保護」とB.「一般公衆の保護」という二種類の保護基準を厳格に区別すべきである（S. 564）とする。このうちA.は、私権に根ざすもので、中傷や誤認混同により顧客を奪うなどの場合、あらゆる営業経営者に一定の取引領域を彼の領域として他人の侵害に対して保証すべきであり、他人の侵害は善意・悪意を問わず、また、その保護は、その侵害が消費者を害するか否かを問わずに行われなければならない。これに対して、B.では、個別契約上の詐欺ではなく、一般公衆に対する詐欺が行われて、取引の誠実信義が害されることによる公共福祉の危殆化が、一般的な刑罰による威嚇を正当化するのであり、この公衆に対する詐欺が、不正競争として前者の場合にもあたるか否かは、どちらでもありうる。ギールケは、二つの保護基準の区別は従来しばしば曖昧にされてきたが、本草案は、営業経営者の私権保護から出発して、刑罰威嚇の際に同時に公衆の保護を導いている点で、原則的に正当である、と述べている。

5. 第Ⅴ章（S. 565-S. 569）では、不正競争に対する保護の法律上の根拠を営業経営者の基本的権利の中に求める、ギールケのいわゆる人格権論が展開される。

イ. まず前提として、彼は、不正競争の概念から、I.営業自由の公法的制限の場合（S. 565）と、II.営業自由を制限する特別の私権が構成される場合（S. 566）とを、除外する。I.では、委託された公的職業、教授・弁護士・医師の秩序と監視、ツunftの職業秩序等の公法的規制により、II.

では、私権への変化後のツunft権、物的営業権、独占権、鉄道権、著作権、意匠権、実用新案権、発明権、カルテル等による競争禁止によって、いずれも、競争自体が許されない結果、不正競争の余地もなく、それに対する保護も必要ないからである。

□. ギールケによれば、営業の自由は、営業経営の権利が一般的人格権の流出物であることに基づくもので、生命・身体・自由の権利と同様に、人格それ自体と共に与えられた生来的な権利である（S. 566-S. 567）。従って、あらゆる営業経営者は他者との自由競争の権利を有しており、彼の活動の成果が他者に惹起する不利益に配慮する必要はないが、それが名称の混同による評判の横取りなど卑劣な手段による場合には、被害者を保護すべきである。ここでは、競争が、もはや競争の権利の行使ではなく、他人の私権を侵害しているからである。それでは、不正競争によって侵害される私権とはいかなるものか。

ハ. 彼によれば、不正競争に停止を呼びかける権利は、正当に獲得された私権であって、その源泉は、人格権そのものである。すなわち、「競争の権利が人間に生来的な一般的人格権から流出するとすれば、それを妨げる権利は、個々の営業経営者が自らのために獲得した特別的人格権である（S. 568）。」彼は、人格権の概念に、様々な領域と多様性を割り当て、各人格権に、それぞれ対応する自己の人格領域の各構成部分に関する排他的支配を与えて、人格権の各対象を人格財産と呼ぶ。そして、この人格財産には、a. 生命・自由・名誉、あるいは、単なる氏名・標章、b. 特別の活動条件やその諸成果、c. 外部から受けた諸恩典・自力で製造した精神的作品や発明など、様々なレベルと性質のものがある、とした上で、d. 現存の営業的経営にも、人格財産が付着している（S. 568）、と述べている。そして、この人格財産としてのd. 経営について、ギールケは、それが営利活動の従来の成果と将来の基礎として現れる特別の経済活動の領域であって、商店の物質的基礎と現在高とは独立した財産的価値を有し、この価値は、持続

的な仕入先・信用調達先・取引先などの諸関係に基づき、その保持・拡張は、商店の評判や信用によるものであり、評判と信用の外的手段は、氏名と標章であるが、これらの財産は、商店を設立し続行している商店主の人格に由来している（S. 568）、とする。そして、同じく人格財産としての a . 氏名・標章の権利についても、その背後に、商店経営の個性について的人格権があり、この人格権の中に、不正競争に対する保護の法的根拠がある、とし、それは絶対的な私権であるがゆえに、営業者は、妨害者に対し侵害の差止めや損害賠償を求めうる、として、人格権からの一貫した基礎づけを展開している（S. 569）。なお、営業自由の下での保護の限界として、他人の営業領域上の人格財産を攻撃する行為だけが禁止され、その他の行為は、道徳的に非難されうるものであっても、経済的自由の生来的な権利行使として許されることも、指摘している。

6. 引き続き第Ⅵ章において、ギールケは、不正競争を営業上の人格財産に対する攻撃とみる構成論を前提に、草案による個々の類型について検討する。

まず、①商品や商店主の信用を害する主張の提出または流布を禁止する草案四条の場合、他人の人格権への違法な侵害に疑いはないが、真実の評判等のみが保護に値いするから、主張者に真実性の立証責任を課し、違反者は営業経営者に限るべきことを提案する（S. 570）。

次に、②他人の営業上の人格財産を奪う場合のうち、i ある他人の生業行為の氏名・商号等との混同を狙う行為を禁止する六条と、ii 商品や給付の状態や価格・商品の仕入先・栄誉の占有・在庫量と販売機会に関する、不正な表示によってとくに有利な提供の外観を惹起することを禁止する一条を取り上げる。このうち② i については、氏名・商号または商品意匠の排他的権利を含まない当時の現行商法典（ADHGB）および商品意匠法を、上記の新規定を設けて補充する緊急の必要があること（S. 571）、② ii は、①や② i とは異なり、現行法にはない新法であって、詐欺的な宣伝による

不正競争を対象とする、草案の最重要の規定であること、が強調される（S. 571-S. 572）。

ギールケは、② ii の詐欺的宣伝の禁止について、一条が、現実の加害を要せず、他人が虚偽に自己賞賛している長所の有無とも独立に、全ての競争者に対する私権〔私法〕違反として構成していることを支持して、その根拠をほぼ次のように説明する（S. 573）。すなわち、

ここで詐欺師が、不当にも我がものと宣伝する人格財産は、全ての競争者にとって自由な公共領域に帰し、その分だけ、個々の競争者によって獲得された営業活動の固有領域の限界を拡張する。働いて自ら特別に有利な提供を可能にする長所を獲得する者は、その限界を許される方法で競争者の不利益に移動する。これに対して、そのような長所を不当に僭称する者は、営業上の公共財産と営業上の固有領域を横領する。それゆえに、草案は、正当にも、彼の行為を私権の侵害として扱い、脅かされたかまたは損害を与えられた全ての競争者を被害者として扱っている、とする。なお、個々の競争者の有する侵害の差止請求訴権が、営業部門の公共利益の代理人たる経営者団体にも付与されるべきことを勧告している。

7. さらに、第Ⅶ章では、草案七条の規定する③雇用関係にある労働者等の「商店または経営の秘密漏洩」を扱う。

ギールケは、ここでの秘密は、特許権や実用新案権などと同列の、絶対的な私権としての人格権とは認められないこと（S. 573）、本条の秘密を競争目的で盗み取る第三者に対する保護は予定されていないこと、雇用関係に基づく一定の人々に対する保護も、二年間に制限されていること、けっきょく法律上の原因は契約法だけであること（S. 574）、などの特色を指摘する。その上で、彼は、秘密保持義務は雇用契約に基づく誠実関係から生ずるし、特別の合意も可能であるのに、合意もなしに雇用関係の効果をさらに二年間持続させること、損害賠償のほか刑罰をも課すこと、には、端的に理由がない、と批判し、信頼違反の罰則を雇用期間内に限定するフラ

ンス法の立場に倣うべきである（S. 574）と主張している。

なお、経営の秘密について絶対的な人格権が認められるであろう場合には、第三者およびかつての労働者も尊重しなければならない。しかしすべての秘密を法の財産へと上昇させることは有用でも実現可能でもなく、著作権や発明権の思想にも反する。彼があらゆる面で保護された排他的権利を取得しようとするときは、届け出によって世間へと登場し、一定期間経過後は、彼の人格財産が共同体に帰し、公共財産としてあらゆる者のために解放された文化財を増加させるという条件に服させなければならない（S. 574）、と述べている。

8. 第Ⅷ章では、草案の刑罰規定について、意図的な不法というメルクマールの付加により、全ての場合に可罰的構成要件を私権侵害よりも狭く限界づけている、としたうえで、それと異なる取扱いをしている五点について論じている（S. 574-S. 576）。さらに、草案では、刑罰と並んで、被害者の要求により支払われるべき一万マルクまでの賠償を認めうるが、それ以上の賠償請求は排除されること、ここでは、著作権法・特許法・商品意匠法と同種的人格権の特徴が、損害の証明を要しない賠償給付の思想と名誉回復の思想とが結びついている点に認められること、などを指摘している。

9. 最後の第Ⅸ章で、ギールケは、草案を、改善の余地はあるが、全体として健全な思想による差し迫って必要な法律作品である（S. 576）と評価して、本講演を終えている。

三 以上が本講演の概要である。 i. 本講演で最も注目されかつ高く評価されると思われるのは、ギールケが（1869年の営業条例1条で宣言されている）営業自由そのものを一般的人格権によって基礎づけ、営業経営者の〔特別〕人格権とその対象たる人格財産の概念を用いて、不正競争に対する保護の根拠を説明している点である。彼はコーラーの先駆者的功績にも触れているが（S. 568）、『ドイツ私法論』の中で体系的に展開された独自の人格権の理論によって、それを独創的に推し進めていることは明らかで



あろう。

ii. 本講演の緻密な組み立てと分析は、その冒頭に引用されたシュテーゲマンの著書や講演素材とした本草案や理由書の存在と相俟って、最初の立法としての不正競争防止法の構造と枠組みが、当時、すでに基本的に確立されていたことを窺わせる。国際約束の履行を含む複雑で多様な対象を扱う現在の不正競争防止法との比較は、両者の距りの背景に、その間の資本主義の発展や、技術革新と情報化・国際化による取引社会の激変があり、その時々不正競争行為との絶え間のない取組みの歴史があったことを物語っている。本講演は、そのごく初期の立法をめぐる努力の状況を伝える資料として貴重なものである。

iii. もっとも本講演の範囲でも、ギールケは、「競争の権利は人間に生来的な一般的人格権から流出する」（S. 568）と述べつつ、自由競争が禁止された残りの範囲のみを自由競争の領域とみて、いわば最初から公権力や独占権により制限された自由競争を考えるのである（上述五イ）が、他方で、彼自身、この一般的人格権から特別の諸人格権が分離されないまま、人格の自由な活動を保証する憲法の基本的人権と重ねて取り扱われうる余地を認めており（Gierke, aa.O.S.704.Anm.8）、この側面を徹底すれば、自由競争の範囲は無制限が原則で、競争の禁止と不正競争による制限との差異は、程度ないし政策的な差異に過ぎないとみることもできよう。また、彼が別の次元として区別している、競争禁止とされる公法的措置が刑罰の場合と、不正競争にあたる一般公衆保護の場合の刑罰的措置との差異は相対的であるし、また、営業者保護が問題となる場合についても、私権の問題ではあるが、公法的措置たる罰則の定めのある場合もある。

このようにみえてくると、本講演は、複雑な現行法に至るまでの学説と立法の発展の出発点たるに相応しい、対象の多様性と法律構成の可能性を示しているともいえよう。ベッゲラーは、本講演を「読者に美的な享受と豊かな教示とを提供するのみならず、永い間このかた我々の下で行われてき

た不正競争に対する立法諸措置を求める諸努力に目標と方向を指示」したものと評しているが（aa.O. S. 675）、正当な評価であると思われる。

**四** 我が国におけるこの分野の古典的業績である満田重昭教授の『不正競争法の研究』（昭和60年、発明協会）をみると、1909年の不正競争防止法の翻訳の解説（427頁以下）の中で、「ドイツで制定された最初の不正競争防止法は1896年のものであるが、この立法は個別条項によって若干の不正競争行為を列挙したにとどまったので、成果が上がらなかった。」（441頁）と指摘されている。ギールケが本講演で検討した草案は、恐らくここで言及されたドイツで最初の不正競争防止法に結実したのであろう。第二次大戦後ドイツで標準的であったヘーファーメールの注釈書における同法の成立前史の記述（Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl 1978, S. 51 f.）では、本講演と本草案はもとより1896年法もまたなぜか言及されていない。だが出発点を知らずに全体像を理解することはできない。今回、本講演の翻訳をとおして出発点の姿に触れる機会を得たことを幸いとしたい。

**五** 私は本講演の存在をシュトゥットの「オットー・フォン・ギールケの思い出」（拙訳・ドイツ団体法論第一巻第四分冊付録所収）巻末の著作目録で知ったが、そこに示された原典には直接当たり得なかったので、翻訳のテキストとしては、ペッゲラー（Otto von Gierke, Aufsätze und kleinere Monographien, Mit einer Einleitung herausgegeben von Wolfgang Pöggeler, Band II, S. 675-694.）に収録のものを使わせていただいた。

【以上、解説、終り】

## 【以下、ギールケの本講演】

### 【S.558】

#### I.

数年来、不正競争に対するドイツの営業の保護を求める呼び掛けが響い

ている。先日、“不正競争を防止するための法律の草案”が、理由書と並んで、公表され、そして、連邦参議院の下におけるその近々の提出が見込まれている。

そのような保護の差し迫った「需要」が存在することは、ただ余りにも確かである。このことについてまだ疑う者は、シュテューゲマン博士（Dr. Stegemann）によって執筆された二冊の——そのうち最初の一冊は“典型的な諸場合”を、二冊目は“諸報告、諸提案および諸審議”をまとめている——“不正な営業上の振舞い”（über unlauteres Geschäftsgebahren）に関する小冊子を綿密に調査するとよいであろう（Braunschweig 1894）。我々は、自由競争の時代に生きている。法秩序は、営業の自由（Gewerbefreiheit）の告知をとおして、競争に対して自由な道を創造してきているが、実際上の発展は、戦場の拡大と武器の先鋭化をとおしての営業上の生存闘争を、絶えず仮借のないものに形成してきている。予感されなかった方法において、自由競争は、創造的であると同時に破壊的な力を露わにしている！。自由競争は、まどろんでいる諸力を覚醒させ、創造する諸力を刺激する。自由競争は、経済活動を高め、文化財を増加させる。しかし、情け容赦なく、自由競争は、その自らの子供たちを飲み込むのである。それは、ごく少数の強者を王位に登らせるために、絶えず成長する数において弱者を犠牲にする。自由競争は、道徳的な紐帯を解き、そして、利己主義的な衝動を束縛する。自由競争が無制限に支配するところでは、間違いなく短い輝かしい飛躍に、民族生活の破綻が続かざるを得ないであろう。技術のいかなる開花も、取引のいかなる容易さも、富のいかなる蓄積も、〈万人の万人に対する闘争が、社会的な身体を、その調和的な継ぎ目の破壊をとおして、奇形にし、そして、共同精神の消失をとおして魂を奪う場合に〉、新たな野蛮の始まりを防止しないであろう。すでにその自己保存のために、それゆえ、あらゆる共同団体〔社会、国家〕は、自由競争に活動の余地を与えるのみならず、限界をもまた設定しなければならない。そのことを、

最初の陶醉に覚醒が続いた後に、我々の立法もまた、次第に多く再び意識してきている。我々は、【S. 559】まさに「営業の自由」のみならず、「営業秩序」(Gewerbeordnung)をもまた有するのである！。営業の自由の理由づけのためには、唯一の法文で十分であろう。営業秩序のさらなる内容全体は、経済的自由の諸制限からなり、そして、全ての新法、全ての補充諸法律は、これらの保護防具を強化してきている。成長する程度において、公法によって、営業経営のための法は、再び特別の前提条件およびその行使の法律的な規律に、拘束されており、契約自由を制限し、社会的諸団体の組織をとおしての諸個人の統合を実現してきている。この公法的な垣根がさらに広い強化を必要とするかどうか、おそらく将来が営業自由のシステムとの原則的な決別さえも体験するであろうかどうかは、ここでは未解決に置かれるであろう。今日、いずれにせよ、我々の公的な法秩序をとおして、なるほど、自由な競争の帝国は制限されるが、しかし、この限界内においては、その自由な競争の支配は、侵害されていない。営業の自由は、我々がその上に立っている法の大地である。しかし、その場合には、〈法秩序に委ねられた領域において、相互に対立する個人々の経済的自由の領域は、《自由の使用が必ずしもその濫用の場合に他人の損害に変質するわけではない》というように、境界を定めることの〉勧告が、私法にとってそれだけいっそう差し迫ったものとなる。なぜなら、私法は、自由そのものの概念において与えられたその濫用の可能性をそもそも切断する能力も使命もないにもかかわらず、私法は、それでもしかし、自由の濫用に〈それが他人の固有領域へと加害的に侵害する〉至る所向き合うことができるし向き合うべきだからである。すでに、まさに我々の下で、包括的な立法は、営業的諸経営の個別のすでに獲得された構成諸部分を、〈立法が、それらに基づいて特別に保護された諸権利を形成したことによって〉、自由競争から奪い取ってきている。しかしながら、需要はさらに広く及ぶ。他人の損害になる競争の自由の濫用は、一般的にそして原則的に闘われるべき

である。そして、これに対する要求は、〈この場合、同時に、公共の福祉を脅かす諸危険の防止が問題となる〉という感覚が広まれば広まるほど、それだけ一層生き生きとしたものとなる。不正競争の烙印を押されるべき行動（Treiben）は、結局は、市民社会の道徳的諸基礎を失墜させるのである！。

需要は存在する。私は、その需要を我々の民族の「法意識」が迎えることを、証明することを殆ど必要としない。ここでは、あらゆるドイツの男性の内心の法廷への上訴で十分である。それとも、例えば、我々の法感情は、卑劣な競争をとおしての抑圧に反対する誠実な営業の保護を要求しないのであろうか？。我々に、例えば、内心の声は、格闘技において闘技者から毒を仕込んだ武器を奪い取ることを正当でない、と言うのであろうか？。

それゆえ、もし私が、あなた方に、まさに不正競争に対する「保護の法的根拠」について語ることを試みるならば、それは余計なことと思われるかもしれない。外的な需要と内的な法確信が出会う場所では、法規の設定のためのさらなる正当化を必要としない。しかしながら、ひとがただ法律家たちのもとで出会うだけではない奇妙な迷信【S. 560】は、法の継続的形成を、〈そもそもそしてどのように新たな法が伝統的な法律上の諸概念に当てはまるのか〉に掛からせることへと、誤り導くのである。法律上の諸概念は、法生活の創造者ではなく、その被造物である。生ける法から、法律学（Jurisprudenz）は、その諸概念を獲得し、そして、生ける法に、その諸構成を適合させなければならない。しかし、それにもかかわらず、この法律学的な思想作業は、決してたんに理論的意味のみならず、極度に実務的な意味をも有する。ただその作業だけが、現行法のより確実な支配と一様な取り扱いとを可能にする。その作業は、しかし、促進的にもあるいは阻止的にも、人知れず行われる法の諸変化に影響を与え、立法的な関与を準備し、そして、新たな法律観が出現に到達する形式を決定するので

ある。法律家たちは、まさに今日、圧倒的に裁判官としておよび立法者として活動している。いかにして、それゆえ、〈法律的思考が多くの世紀の経過の中で、生活の諸現象が提供した頑固な素材から彫琢し出してきた〉概念的な諸形成物が、生活への強力な遡及効果をもたないままであるということがあるであろうか？。

いかなる程度において、まさに不正競争の取り扱いにおける法律的構成という問題が、実務的な法形成にとって決定的となってきたかは、直ちに、フランスとドイツの発展の対立への一瞥がこれを明らかにすることができる。

## II.

「フランス」においては、判例は、《他人に違法に損害を加える者は、その損害を賠償すべきである》とするフランス民法典（Code civil）一三八二条の全く一般的な規定以外の法律的基礎をそのために有することなしに、“不正競争”（concurrency déloyale）に対する包括的で一部分はおそらく過度でさえある民事法的な保護を形成してきた。ただ氏名（Namen）、商標（Marken）および営業上の識別（Auszeichnungen）に関してだけは、一八二四条、一八五七条および一八八六条の特殊の諸法規が、この保護を強化している。ベルギー、イタリア、スイスのフランス語地域、および、最近では一部分スイスのドイツ語地域においてもまた、ひとは、この模範に従ってきた。

「ドイツ」においては、諸裁判所は、ほとんど慣行的に、不正競争に対する同様の民事法的保護を与えてきていない。とくにライヒスゲリヒトは、特殊法規が介入しない至るところで、あらゆる保護を拒絶してきている。そして、しかも、プロイセンラント法の領域においては、法律が、非常に正確にフランス民法典のような確固たる支えをこのために提供してきていた一方では、普通法の領域では、慣習法における〔フランス法〕類似

の基礎の受け入れには、いかなる深刻な障害も対立しなかったであろうにもかかわらずである。全く首尾一貫して、とにかくライヒスゲリヒトもまた、ラインフランス法領域においてすら、ここで取り上げられたフランスの実務を斥けてきている。ドイツにおけると類似するのは、オーストリアにおいてである。

保護の「必要性」は、ラインの彼方でと同様に、此方でも、欠けてはいないであろう。ひとはまた、我々の下で、【S. 561】保護がそれ自体「正当」であることについては、我々の隣人の下でとは異なると考えることは、困難であろう。〈まさにそれでもしかし、諸裁判所がそれに拘束されているところの〉ただ「実定法」の内容に対する問いだけが、異なって回答されたのである。しかし、この場合に決定打を与えたのは、不正競争の「法律的構成」が、フランスにおいては、不正競争をとおして損害を受けた営業経営者の侵害された主観的権利に衝突すると信じたが、ドイツにおいては、そのような権利を発見することができなかつた、という事情である。

「フランス」の法律学は、ここでは、何時でもそうであるように、生活にとってのその公然たる意味を、しかし同時にその概念的な皮相性を、現わしつつ、単純にあらゆる営業者に〈存続する営業経営に独立の価値を付与するところの〉特別に獲得された諸関係についての「所有権Eigentum」（propriété）の返還を請求したのである。フランス法律学が、著作物、芸術作品、諸発明についての精神的所有権（ein geistiges Eigentum）を構成してきていたように、同法律学は、氏名と標章（Zeichen）、評判と信用、得意先と取引上の諸関係についての営業上の所有権（ein gewerbliches Eigentum）を構成した。そのような所有権が存在するとすれば、〈その所有権への無権限の干渉が権利侵害であること〉、および、〈それゆえに営業者はあらゆる第三者に対して干渉の中止を、そして、有責の加害の場合においては損害賠償を、訴求することができること〉については、いかなる疑いも生じえない。実務に生じている困難は、ここでは、逆に、保護の限

界に存する。なぜなら、所有権保護をここで物の所有権におけると同じ範囲において実現することは、端的に不可能であるからである。

法の諸概念のより根本的な精査に慣れた、しかし同時に生活に対する関係で臆病なまでに注意深い、そして、銜学癖に至るまで良心的である、ドイツの実務は、営業的所有権の承認を拒絶せざるを得なかったのである。事実、そのような所有権は、より鋭い観察の際には、解け去っていく朦朧とした像である。私は、それによって、決して、わが紳士諸君、私がそれを前にお話をする名誉を有するところのあなた方の協会に対し、“営業的所有権の保護のための協会”と名乗る権利を争おうとは、思わない。それは、全く良いそして容易に理解しうる名称である。もし私が、必ずしもまさに法律的な分析において捉えられていなかったとするならば、私自身は、“営業的所有権”について語る何のためらいももたないであろう。それでもしかし、私は、“所有権”を私の学問的思考へと書き加えることをもまた、追ひ払おうとは思わない。私は、〈質権や債権、あるいは、父の権力と同様に、所有権が、ひとがそれに乗って散歩することができない権利であること〉を正確に知っているけれども、私は、私の庭においては、私の“所有権”に乗って散歩するであろう〉と主張することを恥じとしない。法律用語は、しかし、言葉と概念の精確な一致を要求する。そして、“営業的所有権”は、法概念ではない。おそらく完全な物支配としての所有権は、非有体物 (unkörperliche Sachen) にも拡張される。いつでも、しかし、その概念は、権利客体の独立した対象たること (selbständige Gegenständlichkeit) を前提とするが、不正競争によって侵害される諸財産には、それを欠くのである。これらの諸財産は、それらが営業経営者の支配領域に属する限りでは、ひと〔ペルゾン〕に付着しており、そして、【S. 562】それらの財産がひとから離される限りで、同時にそのひとの支配から奪い去られるのである。ひとは、経営の財産価値のために中心的な財産、すなわち、正当に得られた「取引先」(Kundschaft) を考えればよいであろう。私の顧客た



ちを卑劣な諸手段によって自らへと引き寄せる者は、不正競争をとおして私に損害を与える。しかし、所有権侵害とは、彼の行為は類似性を持っていない。何が、一体、私から奪われた所有権の目的物であったことになるのか？。顧客たちそのものでは、もちろんない！。しかし、顧客たちの信頼であるか？。彼らの信頼は、まさに任意に、他の営業者に向かうことができるであろう。それとも、彼らの習慣か？。彼らには、自らをほかのものに慣れさせることは、自由であった！。しかり、まだ諸専売権（Bannrechte）が存在したとするならば！。専売権は、もちろん営業営業者に、専売地区の顧客範囲に関して、あらゆる第三者が所有権同様に顧慮しなければならなかったところの確固とした権利支配を保証した。だれかが、指定製粉業者（Bannmüller）の顧客を、自らの下で粉を挽かせるように扇動したならば、その者の侵害は、ひよっとすれば所有権侵害に比較されるかもしれない。その場合、そう、しかしまた、手段は、問題とはならなかった。これとは反対に、得意先のいかなる種類の法的拘束性も存在せず、そして、顧客たち自身が私に対し気まぐれに不誠実になることが許されるのみならず、あらゆる競争もまた、顧客たちを私から公然たる競争において獲得することもまた許されるところでは、そのようにもろい諸関係の破壊は、その破壊が不正の諸手段によって生ずることをとおしてもまた、所有権の破壊とはなり得ないのである。

営業的所有権については、それゆえ、ドイツの実務は何ものも知らうとはしなかった。しかし、いまや、ドイツの実務は、そのロマンシト的なメガネをとおして、不正競争が侵害する何らかの権利を、そもそも認めることができなかつた。権利が存在しないところでは、権利侵害もまた存在しない。ただ明示的な禁止だけが、とひとはさらに結論した、そのような“それ自体としては許される”行動を不法（Unrecht）と捺印することができる、と。そのようにして我々の裁判所は、援助を拒絶し、そして、氏名と標章の僭称の法律的禁止を待望したし、今日もなお、不正競争の一般

的な法律的禁止を待望しているのである。

我々の裁判所のこの態度は、わが紳士諸君、徹底して遺憾である！。裁判は、諸法規の自由な展開をとおして法を生活との絶えざる一致において継続的に形成するというその高い課題を、この点において、我々の下で忘れたままに留まってきている。それがフランスにおいて行われたような発展は、立法の突進的に介入する先行によって引き出されなければならない。まさに、極めて多くのものがいまだ生成中である領域においては、健全なそして機転の利いた実務は、硬直した法律よりも比較にならないほど内的に、生活に適合することができ、そして、不公平を双方の側に向かってはるかにより良く避けることかできるのである。非常に注意深く作業された法律も、それが我々の下では残念ながら極めて通例な文字解釈に服するときは、生活の豊かさを決して汲み尽くさないであろう、そして、しばしば十分に、無害なばか者を捉えるわなをとおして、狡猾な狐をこっそりと逃れさせるのである。商号および商標の保護（Firmen- und Markenschutz）に関する我々の諸法律の歴史が、証拠を提供している！。そして、非常に祝福豊かにこれらの諸法律が活動してきているとしても、それらの諸法律は、それでもしかし、〈それら諸法律がいずれにせよ存在する【S. 563】《不正競争を原則的に却下する裁判所慣習の形成のための》諸発端を窒息させるのを助けた〉という不利な結果を有した。なぜなら、諸裁判所は、コーラー（Kohler）のよく基礎づけられた反対論にも拘らず、〈これらの諸法律においては、材料は網羅的に規定されていること〉に固執していたことによって、諸裁判所は、いまやまさに、明示的に禁止されていないあらゆる他人の営業上の氏名および紋章への侵害を、法律上許されるものと判示し、そして、〈刑務所がそれらをただ袖で払うとだけ教えるところの学校において考え出された〉非常に熟考された卑劣な諸行為を合法化したからである。私は、将来においてもまた、あらゆるカズイスティッシュ〔決疑論的〕な法律が、同じ諸弊害を引き起こすであろうことを恐れている。しか

しながら、〈事態が、現にともかく、我々の下で存在しているように〉、立法への訴えは不可避である。なぜなら、実務の急変が生ずるまでには、取り返しのつかない損害が成立してしまっているかもしれないからである。

### Ⅲ.

それに、法律の制定に賛成するさらなる理由が加わる。ひとは、不正競争に対する私法の保護のみならず、同時に、刑法の保護を要求している。私法の保護は、これを現行法の洞察力ある裁判が保証しうるのであろう。諸刑罰が判決されうるためには、もちろん法律が必要である。

公表された法律草案は、刑法の保護を、先行する私法の保護との緊密な関連において、規定しようとしている。この手続きは、大きな疑念を有する。ある良き民事法律の諸要件とある良き刑罰法律の諸要件とは、一致しない。刑法においては、悪（Uebel）についてのいわゆる“カウチューク条項〔ゴム条項〕”（Kautschukparagraphen）が存在する。ここでは、可罰的な構成要件の可能な限り正確な法律上の確定と境界設定とを必要とする。自由な裁判官の裁量は、とりわけ、ただ証拠評価の際と刑罰量の測定の際においてのみ、支配すべきである。これとは反対に、私法の諸法規は、より自由な、より柔軟な表現を必要とする。それらの法規は、あらゆる個別の場合において構成要件に適合されるためには、発展能力がなければならない。私法と刑法とが、互いに結合されるときは、諸法規は、容易に、刑法のためには、余りにも広がりすぎる結果になるか、それとも、私法のためには、余りにも形式的すぎる結果になる。

私には、しかし、そもそも今日、我々の下では、しばしば刑法の有効性が過大評価されており、そして、私法の有効性は、どちらかという過小評価されているように思われる。余りにもしばしば、ひとが民事裁判官の呼び出しをもつて満足すべきところで、刑事裁判官が煩わされているのである！。

#### IV.

不正競争に対する私法の反応と刑法の反応との間のこの対立と接触するのは、その対立と重なるわけではないが、営業経営者の保護と公衆の保護との間の対立である。不正競争の概念は、営業経営者相互の関係を指示する。誠実な競争者たちに損害を与える卑劣な営業上の振舞いは、公衆の詐欺という視点のもとでもまた、闘われうる。もちろん、誠実な営業の保護は、公衆にもまた役立つ、【S. 564】そして、公衆の保護は、誠実な営業のためにもまた役立つであろう。それでもしかし、二種類の保護基準を厳格に区別することが重要である。なぜなら、それぞれは、徹底して異なる法的諸基礎を有し、そして、それゆえに個別において広く相違するからである。

「営業経営者の相互に対する保護」は、我々がみたように、私権に根を下ろしている。あらゆる営業経営者に、何らかの範囲における一定の取引領域を、彼の領域として、他人の侵害に対して保証すべきである。それゆえ、保護は、そのような侵害が消費者を害するかまたは益するかどうかの顧慮なしに、行われなければならない。そこで、例えば、商人は、〈彼から、組織的な中傷をとおして、または、狡猾に工夫された取り違えの陰謀をとおして、取引先を奪い取ってきている〉同業者に対して、〈この者が、略取された顧客を、厳格に極めて正直に、あるいは、全くさらにより良く、世話をする〉場合にもまた、保護を熱望しうる。その他の諸私権と同様に、さらに、営業経営者の権利は、悪意の侵害に対してのみならず、善意の侵害に対してもまた、保護されなければならない。そもそもそしていかなる故意過失（Verschulden）が客観的に違法な行為の基礎に存在するかという問いが、損害賠償が要求される場合に、最初に浮かび上がる。私法の保護の強化が刑法の保護をとおして登場するや否や、責任問題（Schuldfrage）は、全く別の照明の中へと移動することは、自ずから理解される。

詐欺的な営業上の振舞い（täuschendes Geschäftsgebahren）に対する一

一般的な「公衆の保護」は、私法からは、出発し得ない。営業経営者たちと彼らの顧客たちとの間の私法諸関係は、特別の諸契約に基づく債権債務の形態において解決される。契約法は、個々の欺罔された顧客たちに特別の民事法的な訴権または抗弁権を与えることができる。しかし、個別の場合とは独立に、公衆の詐欺が争われるべきであるとするれば、個々人の害された諸私権は問題とならないので、公法が突破口へと登場しなければならない。この意味において生ずるあらゆる一般的な刑罰威嚇は、取引の誠実の転覆をとおしての公共の福祉の危殆化においてのみ、その正当化を見出すのである。保護される法益は、それゆえ、ここでは、取引における誠実信義という公的財産である。公衆の詐欺に向けられた手続きが、同時に、不正競争として競争者を害するかどうかは、ここでは、それ自体、どちらでもよい。刑罰の威嚇をあらゆる種類の不正な営業上の振舞いへと拡大することを、何ものも妨害しない。

営業経営者の保護と公衆の保護との間の適切な分離は、稀ならず怠られている。注目すべき不明瞭性が、この点において、商品意匠の保護のための法律（Gesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen）の審議に際して帝国議会において提出された提案に付着していたし、議論をとおしてもまた、除去されなかった。商品意匠法（Waarenbezeichnungsgesetz）への提案された追加は、商業および取引において詐欺の目的でなされる〈商品の状態、価値または由来に関する錯誤の惹起に適するであろう〉全ての虚偽の表示を、刑罰をもって威嚇しようとしている。同時にしかしその追加は、  
【S. 565】“被害者”の補償請求権（Entschädigungsanspruch）を留保し、そして、“当事者の申立てによる”仮処分をとおしての詐欺的な諸準備や諸広告の阻止を、規定しようとしている。詐欺の意図は、公然と公衆に対して向けられている。“被害者”として、および、“当事者”としては、しかし、ひとは、騙された買主を考えることは困難であって、少なくともまず第一には、〈それらの者を詐欺することは、全く意欲される必要がないとこ

ろの）損害を受けた競争者たちと考えたのである。そのように不明瞭な規定が法律になってきていないことを、我々は、殆ど遺憾とはしないであろう。現在存在する法律草案もまた、二義性から自由ではない。それでもしかし法律草案は、原則的に正しい道を取っている。草案は、営業経営者の私権保護から出発し、そして、刑罰の威嚇の際にはじめて、同時に公衆の保護を眼中に捉えている〔からである〕。

## V.

営業経営者の権利の中に、それゆえ、我々は不正競争に対する保護の法律上の根拠を探求しなければならない。しかし、それを見出すためには、我々は、不正競争の概念が、そもそも禁止された競争の概念よりも狭いことを、明らかにしなければならない。

不正競争は、営業自由の領域の中において許されない競争である。

営業自由の全ての諸制限は、自由競争の諸制限である。自由競争（freie Konkurrenz）を無視する競争（Wettbewerb）は、禁止されている。禁止された競争は、しかしながら、不正競争という技術的概念のもとには落ちない。不正競争に対する保護は、特別の法律上の根拠に基づいており、そして、別の法的性質を有する。

営業自由の公法的制限の違反に対しては、公法が反応している。生業活動一般が、私法的自由の流出物でなく、委託された公的職業の行使として現れるところでは、公法をとおして、職権のない者の競争はそもそも防御されているが、しかし、同業者間では、〈競争を適当な限界内に保つことを求める〉拘束的な職業条例が創設されている。教授たち、弁護士たち、医師たちの間でもまた、下品な競争の争いが聞かれないではない。それを防止することは、学部、弁護士会、医師会によって取り扱われる同業者団体の秩序およびそれに関して存在する国家的監視の問題である。全く類似する関係であったのは、〈手工業が《共同団体からツunftに譲渡され、そし

て、個々のマイスターによって、ゲノッセンシャフトの権利への彼の持分により、ゲノッセンシャフト的な拘束性において支配されたところの》公的官職とみなされた限りでの）、かつての手工業に関してである。ツンフトは、ツンフト仲間を仲間でない者のあらゆる競争に対して保護した。ツンフト仲間たちの間では、しかし、ツンフトは、ツンフトの半ば社会主義的な職業秩序をとおして、競争を〈仲間の間で要求される平等と兄弟関係の基本思想と調和するように見える〉程度に制限した。このゲノッセンシャフト的な職業秩序は、原料の調達、仕事の完成、およびその評価に及んだ。その秩序は、職人および【S. 566】徒弟および営業所の数を制限し、そして、労働諸条件を規定した。それらは、営業経営者、彼の仲間にもまた、労働者を値切ることと同様に、顧客を巻き上げて奪うことを禁じた。しかし、ある仲間の顧客が彼に自由意思で申し込んだ注文は、〈もし仲間によって既に始められた仕事が問題となっていたとき〉または〈注文者が仲間に対して、引き渡された仕事について未だいくらか債務を負っていたとき〉は、ツンフトマイスター〔組合長〕は、これを決して引き受けてはならなかった。そして、自分の仕事の目くらましいな誇張のみならず、あらゆる宣伝、顧客のあらゆる呼び出し、商品のあらゆる陳列場所が、下品なこととして拒絶されていたのである。そのようなところでは、さらに、いかにして今日の意味における不正競争に対する特別の保護を必要としたであろうか？。今日でもまた、しかし、この保護は、〈なるほど営業経営の権利が私法的自由から流出するが、しかしながら公法から狭められている限りでは〉、公的な職業秩序によってカバーされており、かつ営業警察によって一緒に配慮されている。そうして、行商（Wandergewerbe）の諸制限は、同時に、疑わしい競争に対して固定した営業の保護に奉仕している。そのようにして、一定の営業経営の劣等の諸要素を遠ざけておくことに向けられたすべての諸規定が、同時に、望まれない競争者に対する保護を求めて尽力している。そうして、食料品や嗜好品の変造に対する諸措置が、同時に、

卑劣な競争者の争いの一定の諸形態を防止している。

しかし、営業自由の公法的な枠組みのみならず、営業自由を制限する特別の諸私権もまた、競争禁止を基礎づけ、そして、それは、不正競争の概念への後戻りを省くのである。このことは、旧法の排他的な営業権（Gewerblichungen）、私権へのそれらの変化後のツunft諸権利（Zunftgerechtigkeiten）、物的営業権（Realgewerberechte）、独占（Monopole）、鉄道権（Bahnrechte）についても妥当する。それは、同様に、近代の営業的著作権（Urhberrechte）、意匠（Geschmacksmuster）および実用新案（Gebrauchsmuster）についての権利、発明権（Erfinderrecht）についても、妥当する。そして、それは、〈競争禁止が、勤務中における商業使用人のため、または、組合の存続中の組合員のためのように、法律の規定によって契約関係から結果するのであれ〉、あるいは、〈競争禁止が、《いわゆる競争排除諸契約および諸カルテル（Kartell）におけるように》契約自由によって、契約自由に経済的自由の放棄不可能性をとおして設定された諸限界の内部で明示的に合意されるのであれ〉、とりわけ、契約法において根ざしている競争禁止についてもまた、妥当する。営業経営者が、そのような私法に基づいて決定された諸行為を、あらゆる人またはある特定人に禁止できる限りでは、不正競争に対する保護は必要ではない。

ただ営業自由の領域においてのみ、それゆえ、この概念が浮かび上がる。ここでは、競争自体は許されており、そして、特別のメルクマールの付加をとおして初めて、不正となるのである。

営業自由は、営業経営の権利が人格の一般的権利〔一般的人格権〕（das allgemeine Recht der Persönlichkeit）の流出物として認められていることを意味する。それは、自己の力の自由な活動の構成部分とみなされ、【S. 567】そして、生命に対する権利または身体的自由に対する権利と同様に、人格それ自体と共に与えられている。個人にその個人自身のために当然に帰すべき権利として、それは、私権（Privatrecht）である。すなわち、そ



れは、まず初めに取得されることは必要ではなく、人間に生来的のもの（dem Menschen angeboren）である。この人間に生来的な私権については、あらゆるひとが、彼自身の利益のために、任意に使用することが許される。いつ、どこで、そしてどのように、彼が意欲しようとも、彼は営業経営を開始し、または、彼の営業経営を拡張しうる。それゆえ、彼は、あらゆる他の営業経営者との自由競争の権利を有する。彼の成果が他人に惹起する諸不利益を、彼は、配慮する必要はない。彼が、彼の活動をとおして、労苦と費用をもって開花へともたらされた他人の商店（Geschäft）を破滅させ、そして、競争者から、働いて得た不味いパンを奪うことができるとしても、彼は、ただ経済的な生存闘争における彼の権利を行使しているだけであり、そして、いかなる権利侵害も犯していない。ある熱心な男性が、もしかすると、ある新しい市区において彼の僅かな財産を犠牲に供してある商店を設立し、そして、休みなき勤労をとおして、数年後には、彼を養う取引先を獲得してきている。ところで、隣家において、同種の商店が設立される。もしかして、それは、ある大商館の支店であって、より安価で販売することができる。もしかすると、その所有者は、気に入った諸形態または一人の可愛い娘をもっているかもしれない。もしかすると、彼に有利であったのは、ただ新たなものの魅力または偶然の気まぐれに過ぎなかったのかもしれない。要するに、ここでバイオニヤとして活動した熱心な男性の店は空っぽになり、そして、それまでつつましいが裕福に生活していた家族が、乞食の境遇に至るのである。我々の法は、しかし、犯された不法について何も知らない。それは、勝利者にシュロの葉をあたえ、そして、他者の故意過失のない没落を超えて、同情をもつことなしに日常秩序に移行するのである。

ところで、ひとが、しかしながら、隣人がその成長する成果を卑劣な諸武器に負う場合、すなわち、隣人が同じ道路にある新商店の場所や抜け目ない計算で新商店に与えられた類似の名称を、《混同を惹起して旧商店の良

い評判を横取りするために》、巧妙に利用する）場合や、〈隣人が、逆に、本当ははるかに堅実な旧商店の顧客を騙して信じ込ませることを意図している〉場合を、前提とするならば、ひと〔顧客〕は、そこでは、真正でない商品ではあるが、そして、彼〔顧客〕においては、これとは反対に、より安い価格ではあるかにより良い品質のものを、受け取るのである。直ちに、その図は、互いに入れ替わり合う。今や、すでに、我々の法は、その営業上の資産（Besitzstand）〔所有者たる地位〕において脅かされたかまたは損害を受けた、男性の助けになるべきであったし、そして、いずれにせよ、新たに提案された法は、上記男性の助けになろうとするものである。

この差異の根拠は、ただ〈ここでは、競争（Concurrent）が、もはやただ競争（Wettbewerb）の権利を行使しないだけでなく、他人の私権をも侵害している〉ことの中にのみ、存在しうる。なぜなら、営業自由のシステムもまた、もちろんただ自己の経済的自由を任意に利用し尽くす権限のみを保証しており、これとは反対に、他人の権利領域への諸侵害のためのいかなる略奪免許状（Kaperbrief）も、いかなる自由免許状（Freibrief）も付与していないからである。

しかし、いったい、不正競争が攻撃するのは、どのような私権であろうか？。営業上の資産そのものは、【S. 568】我々が見てきているように、攻撃に対して開かれており、所有権または所有権類似の権利は、それについては認められていない。そして、それにもかかわらず、ここでは、競争に停止を呼びかける権利は、正当に獲得された私権であり、そして、神聖さについては、所有権に後れるものではないのである。

その源泉は、人格権そのもの（das Recht der Persönlichkeit selbst）である。競争の権利が、人間に生来的である一般的人格権から流出するとすれば、それに対立する権利は、個々の営業経営者が自らのために獲得した、特別的人格権である。諸人格権の概念は、ドイツの学問によって明らかにされてきていたが、もちろん、これまでは、その概念が厳格にロマニスト

的なドグマに矛盾するゆえに、一般的な承認を見出すことはなかったのである。不正競争に対する保護の構成のために、先ず最初に、コーラー（Kohler）が、人格権を引き寄せてきている。開拓者の行為の功績は、当然に彼に帰するのである。コーラーは、侵害された“個人権”（Individualrecht）について語っている。私は、この若干曖昧な名称に“人格権”（Persönlichkeitsrecht）という名称を優先させ、そして、諸人格権（Persönlichkeitsrechte）の概念にさらなる領域とより大きな多種多様性を割り当てたい。全てのこれらの諸権利の本質を、私は、〈それらの権利がペルゾンに自己の人格領域の一定の構成部分に関する排他的支配を保証する〉ことの中に見出す。それらの対象は、短く人格財産（Persönlichkeitsgut）と呼ばれる。〈あるいは、生命、自由または名誉のような最高の外的なペルゾンの諸財産、あるいは、単なる氏名および標章〉、〈あるいは、特別の活動の諸条件、あるいは、その、諸成果〉、〈あるいは、外部から受け取った諸恩典、あるいは、自分の力をとおして創造された精神的作品や諸発明〉[などのような]、極めて様々の順位と極めて様々な性質の人格諸財産は、今日の権利において形成された個々の諸人格権がそれに関係するところのものである。

ところで、現存の営業的経営そのものの中に、人格財産は潜んでいるか？。そのような経営は、〈生活経験によれば、継続への一定の見込みを与え、そして、それによって従来の生業活動（Erwerbsthätigkeit）の成果を示すだけでなく、同時にさらなる生業活動の保証された基礎として現れる〉特別の経済的活動領域である。それゆえ、そのような経営は、〈商店の物質的な基礎とその時々現在の高とは独立に存在し、そして、商店の譲渡の場合において、素材の価値を超える剰余として、黄金へと作られうるところの〉独立の財産的価値を有する。営業経営のこの経済的価値は、とりわけ持続した生活諸関係へと固定させられた、〈営業経営に将来のためにもまた、仕入先、および、信用調達先、および、取引先を見込ませるところ

の) 業務諸関係に基づいている。しかし、そのような諸関係を保持するのみならず、拡張もし、あるいは、補充もする力は、商店には、とりわけ、商店と関連づけられた評判および商店によって呼び起こされた信用から、生ずるのである。評判と信用の伝播の外的手段は、【S. 569】〈商店の個性に見うる聴きうる表現を与え、そして、商店の関連において属する全てのものを、確たる区別のメルクマールをとおしてその他の取引世界全体から別除するところの) 氏名と標章 (Namen und Zeichen) である。しかし、どこからこれらの非肉体的な、計り得ないそして測定し得ない、そして、それでもしかし極めて物的な諸財産が由来するのか?。それらの諸財産は、商店を設立し、そして、続行してきているところの者の人格 (Persönlichkeit) に由来するのである!。商店主 (Geschäftsleiter) は、彼の人格を商店の中へと投入する。そして、彼の人格の価値と活動力に従って、および、経営に編入されそして用いるものとされた他人の人的諸力をとおしての彼の人格の強化に従って、商店の中に設定された経済的権力が測定される。それゆえ、商店に特有の諸力と諸手段もまた、〈それらにおいて活動的な人格の沈殿が、特別の営業的な個性として明らかになるのと同じ範囲において〉、次第に強く人格の諸財産 (Persönlichkeitsgüter) として現れる。それらの財産について、排他的な権利が存在するのである。それは、商店所有者のペルゾンに拘束されているが、しかし、商店所有者たる地位 (Geschäftsinhaberschaft) とともに相続人へと移行し、そして、右地位とともに法律行為をとおして譲渡されうる。相続人たちと商店承継人たちは、まさに先行者の人格領域の中へと、この領域が営業的領域の中へと帰する限りで、登場するのである。

氏名と標章についての諸権利は、一部分、商号制度 (Firmenwesen) に関する商法典の諸規定をとおして、そして、商品意匠 (Warenbezeichnungen) に関する帝国法律をとおして、独立の諸人格権として、形成されており、そして、特別の保護を備えている。その限りで、

それら諸権利は、不正競争に対する特殊な保護を必要とする諸関係のクライスから離れるのである。なぜなら、それら諸権利は、まさに〈独特の、包括的な特別法 (Specialrecht) をとおして確固として限界づけられそして全ての面で規律された〉諸私権であるからである。むろん、それら諸権利は、疑いなく、まず第一に不正競争に対する保護防衛の機能を果たす。しかしながら、それらの意味は、それを超えて及ぶ。そして、いずれにせよ、商号および商標保護にとって自由競争の抑止は、形式的に決定的な視点ではない。

しかし、その背後には、商店経営そのものの個性についての人格権が立っている。その人格権の中に、不正競争に対する保護の法的根拠が存在する。なぜなら、この人格権は、それが明らかにされるや否や、全ての諸人格権と同様に、絶対的な私権として認められなければならないからである。そのような絶対的私権として、それは、あらゆる人の注目を要求する。そこから、それゆえ、他人の侵害に対する禁止権が由来する。そのような侵害の除去と将来の中止を、営業経営者は、妨害者の善意または悪意とは独立に、要求することができる。悪意の侵害の場合においては、彼は、このほかに損害賠償請求権を有する。

同時に、これによって、〈その内部で、営業自由の支配のもとで競争に対する保護が可能であるところの〉諸限界が指摘される。不正競争としては、ここでは、ただあの〈ある他人の営業上の領域に属する人格財産を攻撃する〉行為だけが禁止されうる。あらゆる他の競争行為は、それがたとえ道徳的に非難されうるものであるとしても、経済的自由の生来的な権利の行使として許されたままに留まるのである。【S. 570】

## VI.

ところで、この構成が不正競争の個々の諸類型のもとで確証されるかどうかは問われる。我々は、ここで公表されている〈諸場合を可能な限り正

確に書き写しそして可能な限り完全に把握しようとしている）法律草案に我々を引きとどめることにする。

I. 他人の営業上の人格領域の攻撃は、まず最初に、彼に属する人格諸財産の破壊に向けられているあらゆる行為において存する。これに対しては、法律草案の第四条が向けられている。何びとも、生業行為（Erwerbsgeschäft）に関して、その所有者たるペルゾンに関して、ある商店またはその所有者の商品または営業上の諸給付に関して、〈商店の販売または所有者の信用を害する〉実際的な種類の諸主張を提出しまたは流布すべきではない。彼は、そもそも諸主張の真実性を証明することができなければならないであろう。被害者もまた、諸主張の反復または流布が停止することを要求することができる。

他人の人格権への違法な侵害の存在は、そのような諸場合においては、疑いはない。評判と信用は、経営にその独特な諸力が付与する人的に働いて得られた諸財産である。これらの諸力を抑圧する者は、他人の人格領域を犯すのである。それでもしかし、真実に基礎づけられた評判とただ誠実に獲得された信用のみが、保護に値する。詐欺的な外観を破壊し、あるいは、瞞着の仮面を剥ぐ者は、いかなる権利侵害も犯すものではなく、称揚すべき行為を行うものである。しかし、そのような仕事を、ひとは自己の危険において企図する。それゆえ、主張者たちに真実の証明の負担が帰ることが公平である。

提案された規定は、しかし、不正競争の闘いを超えて行く。右規定は、まさに、決して、違反行為者が営業経営者であることを要求していない。ただ部分的にのみ、第四条の第二項において追加された制限をとおしての本来の課題への再接近が生じている。規定は、販売または信用を害する意図が、伝達者の下で排除されているように見える限りで、適用されるべきではない。このことは、とくに通知者または通知受領者が通知について正当な利益を有する場合に、認められるべきである。これによって、とくに、

案内所（Auskunfts bureaux）の営業的活動を含む商人的な案内授与は、誹謗（Unterstellung）の危険に対しては、法律の下ではおそらく十分に保護される。一般に、しかし、いまや主として、ただ不正競争の諸場合のみが対象とされるのである。なぜなら、大部分、他人の商店に損害を与える意図と自分の商店を持ち上げる意図は、結びつくであろうからである。しかしながら、このことは必然的ではない。それでもしかし、恐らく、不正競争の闘いのための法律がその特別の課題の解決に自らを制限することが、選ばれなければならないであろう。

Ⅱ. 他人の営業的な人格諸財産の攻撃の第二の種類は、それらの篡奪（Aneignung）である。法律草案は、これに属する諸場合の二つのグループを取り扱っている。【S. 571】

1. 第六条において、法律草案は、営業取引において、生業行為の氏名、商号または特別の表示を、〈ある他人が権限を有して用いている生業行為の氏名、商号または表示との混同（Verwechslungen）を惹起することを狙って仕組まれ、または、そうするのに適切である〉方法において用いることを禁止している。被害者は、ふたたび損害賠償を求める請求権をも、濫用的な種類の使用の不作为を求める請求権をも、有すべきである。

ここでは、〈現行法によれば、氏名、商号または商品意匠についての排他的権利への侵害を含まない〉諸行為をとおしての、他人の商店の具体的な区別の標章をこっそりと共に享受すること（Erschleichung）が問題となる。商法典および商品意匠法のこのような補充は、差し迫って必要である。それゆえ、例えば、現行法の保護は、〈だれかがある商号の評判を、別の場所に存在する彼の同名の商号の二義的な使用をとおして、自己のために利用する場合〉、〈彼が、《例えば、ファリーナ・オーデコロン商店、あるいは、ファーベル鉛筆商店のような》氏名の一致を、単に混同からの利益を狙って仕組まれた競争商会（Concurrenzfirma）の設立のために、利用する場合〉、〈黄金の百十、ユニヴァーサル・ボデガ、衣服司令官などのような、

商店表示の模倣をとおして、他の人々から、取得された取引先そのものをむしり取る場合）には役に立たないのである。そのような諸場合においては、新たな法律規定が助けになるであろう。旅館の名称、新聞のタイトル、店の看板の利己的な模倣においても、おそらくはまた〔助けとなるであろう〕。私は、ただ、〈新たな法律規定がそのカズイスティッシュな表現において、それにもかかわらず類似の種類の極めて多くの抜け道を開いておくこと〉を恐れるのである！。経験が決定しなければならないであろう。

しかしながら、規定が及ぶ限りでは、規定は、不正競争の烙印をはっきりと額に担っている諸行為を射当てるのである。明らかに、そのように行為する者は、他人の雌牛をもって耕す。彼は、他人の商店の諸力を自らにむしり取るための手段として、具体的な営業上の個性のための標章を横領し、そして、これをとおして違法に特定の他の営業経営者の、正当に獲得された彼的人格諸財産についての私権へと侵害するのである。

2. 法律草案の第一条が関係する諸場合である第二グループにおいては、問題は、それほど単純ではない。ここでは、営業的取引において、〈商品および営業的諸給付の状態または価格測定に関する〉、〈商品の仕入先に関する〉、〈諸榮譽の占有に関する〉、〈在庫の量または販売の機会に関する〉実際のな種類の不正な諸表示をとおして、とくに有利な提供の外観を惹起することが禁止されている。そのようなことを企図する者は、不正の諸表示の不作为を、そして、彼が諸表示の不正を知りまたは知らなければならなかった場合には、さらに損害賠償を、請求されうる。〈同種類の商品または給付を製作または営業的取引において提供する〉あらゆる営業経営者、および同様に、営業経営者たちの団体は、これらの請求権の行使の権限が与えられてあるべきである。【S. 572】そのような諸表示に対する保全のための仮処分（*einstweilige Verfügung*）をもまた、あらゆる競争者は、特別利益の証明なしに申立て得るべきである。実際のな種類の諸表示には、このような諸表示を補充することを狙って仕組まれたおよびそれに適切であ



るような諸企画は、同列に置かれる。

それゆえ、射当てられるべきは、詐欺的な宣伝による不正競争である。この目的を追求する広範な規定は、ただ外形的に法律草案の頂点に立っているのみならず、実務的な重要性についてもまた、草案のその他の内容を凌駕している。これまで言及された諸規定が——他人の商店地位の引き下げの場合には信用棄損の禁止に、詐欺を狙う名称使用の場合には商号および標章の保護に——いずれにせよ現行法に依存している一方、ここでは全く新たな法（ganz neues Recht）が問題となっている。そして、この新たな法が闘おうとしているのは、その拡がりにおいて測りがたく、その多面性において見渡しきれない、近代の宣伝制度によって完成された乱暴狼藉（Unfug）なのである！。

許されない行為は、ここでは、〈それらの外観が、自らの商店に競争者に対する優位を与えることになる〉存在しない諸特徴を僭称すること（Anmaassung）の中に存在する。宣伝そのものは、許されたままである。むろん、それは、その今日的な展開において、すでに社会的な害悪である。それ〔許されない行為〕は、非生産的な目的のためにももの凄い諸手段と諸力とを織り合わせている。それは、誇大宣伝的な活動を手堅い勤勉さの上に上昇させる。そして、それは、大経営をとおしての小経営の食い尽くしを促進する。それは、それが新聞に用いる道徳的に腐敗させる影響をとおして、最も有害に作用する。それと並んで、それは、良き趣味を駄目にし、目と耳を侮辱し、家々や乗り物の壁や側面を歪ませ、そして、孤独な絶壁の壁さえもゆがませ、そして、紙くず籠を溢れさせるのである。しかしながら、“自画自賛は鼻持ちならぬ”ということわざは、営業取引にとっては流通を止められてしまっており、そして、自分の長所を誇張してほめそやしそして可能な限り声高にかつ執拗に世間全体に明らかにすることが、ここでは下品とはみなされない限りでは、法秩序もまた、これに対して殆ど踏み込むことができない。これとは反対に、法が真実でない諸事実の見せ

かけが助けに呼ばれるそのような宣伝制度の諸逸脱を禁止する場合には、法は、今日の取引モラル（Geschäftsmoral）ともまた、完全に一致している。法〔権利〕を偽ることを、営業自由もまた、与えない。法律草案が可能な限り虚偽の賞賛（falsche Berühmung）の全ての諸形態を射当てようとしていることは、徹底して是認されなければならない。最も僅かにしか寛大に値しないのは、見切り品の買入れまたは販売というフィクション、売り尽くし販売というフィクションなど、あるいは、それどころか、軽蔑されるべき利益のために自分の恥辱がねつ造される場合における、破産というフィクション、あるいは、密輸による取得というフィクションである。

許されない行為は、それゆえ、存在する。しかし、それは、第一条において生ずべきであるように、全ての競争者たちに対する私権の違反として構成されるであろうか？。そして、しかも、彼らの現実の加害とは独立に、たんに可能的に脅かされた損害によって既に？。そして、競争者自身が【S. 573】、他人が虚偽に自らを賞賛している諸長所を有しているか否かとは独立に？。私は信ずる。しかり！〔と〕。不正競争がここで攻撃するところのものは、もちろん、他人の人格領域の具体的な構成部分ではない。むしろ宣伝いかさま師は、彼が主張した諸事実が真実の場合には取得し得ていたであろう人格諸財産を、不当にも我が物として行使している。しかしながら、彼は、まさしくそれら人格諸財産を取得してきていない。そして、それら人格諸財産が営業経営者によって取得されていない限りでは、それら人格諸財産は、全ての競争者たちにとって自由な公共の領域（Gemeinsphäre）へと帰し、その拡張は、同時に個々の競争者たちによって獲得された営業的活動の固有諸領域の諸限界を決定する。彼に特別に有利な提供（Angebot）を可能にする諸長所を働いて自らに獲得する者は、これらの諸限界を許される方法において、彼の競争者たちの不利益に移動する。しかし、そのような諸長所を不当にも我がものとする者は、営業上の公共財産を横領し、そして、これをとおして同時に、それらの諸限界を

彼が彼の利益のために混乱させるところの、全ての営業上の固有諸領域を横領する。彼は、それゆえ、間接的に、競争する諸経営に属する他人の人格諸財産の諸力を、違法に自分へと引き寄せることをとおして、不当にも自らのものとしているのである。正当にも、それゆえ、法律草案は、彼の行為を私権の侵害として扱い、そして、脅かされたかまたは損害を与えられた全ての競争者たちを被害者として扱っている。個々の競争者に与えられる侵害の差し止めを求める訴えは、しかし、営業部門全体の公共利益が問題となっているので、民衆訴訟（Popularklage）の何ものかを、それ自体として有している。それゆえ、この訴権が営業上の公共利益の使命を与えられる代理人としての営業経営者たちの諸団体にもまた与えられるならば、それは徹底して首尾一貫しているものであり、〈実務的に最大の意味があるであろう〉規定は、まさに真実でない宣伝をとおしての不正競争に対する闘争に、ようやく正当な後押しを与えることになるであろう。

## Ⅶ.

私権の保護を、最後に、法律草案は、第七条において、さらに、「商店または経営の秘密の漏洩」（Verrath von Geschäfts- oder Betriebsheimnissen）に対して与えようとしている。雇用関係によって、ある商店経営の被用者、労働者または徒弟として、そのような秘密が託されているか、または、そうでないとしても秘密に近づきうるものとなっている者には、〈彼が、雇用関係の終了以来二年の経過前に、その商店経営との競争の諸目的で、無権限で他者たちに通知、または、その他の方法で利用するとき〉、罰せられるべきであるのみならず、生じた損害の賠償についてもまた義務を負わされるべきである。

この規定は、それが書いているように、これまで言及された保護基準とは完全に別の地盤の上に立っていることは明らかである。なぜなら、それは、あらゆるひとに向けられているのではなく、ただ一定の人々に対して

のみ向けられているからである。〈絶対的な私権としてあらゆる第三者が尊重しなければならないであろう〉商店または経営の秘密について的人格権は、認められない。そのような諸秘密は、決して商店のために獲得された諸特許権（Patenten）や登録された実用新案（Gebrauchsmuster）または意匠（Geschmacksmuster）と同列には置かれない。それらの秘密を競争の諸目的で経営から盗み聞きし、または、盗み取る第三者に対しては、保護は、見込まれていない。【S. 574】そして、被用者、労働者および徒弟に対する保護もまた、時間的に制限されている。

ここで基礎とされている法律上の根拠は、明らかに、ただ「契約法」（Vertragsrecht）だけである。雇用契約をとおして基礎づけられた誠実関係（Treuverhältnis）は破られるべきではなく、与えられた信頼は、濫用されるべきではない。その場合、秘密保持の義務は、ただ「雇用関係の継続する間」もまた登場するに違いないであろう。特別の合意は、このことを変更するかもしれない。右の合意は、それが競争排除契約に引かれた諸限界を超えない限りで有効であろう。そのような合意なしには、雇用関係をさらに二年間効果を持続させること、および、雇用契約から諸権利をもはや導出することができないところのかつての被用者にさらに契約上の義務を課すること、他の人々には自由であり、そして、後には彼自身にも自由になるであろうところの諸行為について、彼に賠償の給付が、それどころか刑罰さえもが威嚇することには、端的に理由が存在しない。私は、また、徹底してしばしば声高になっている〈自由となっている諸力をこのような方法において萎えさせ、そして、かつての労働者や徒弟たちを継続する二年間の従属性の中に保持し、学ばれたことの利用を妨げようとする措置に対する〉経済的および社会的な疑いに与するものである。契約法の立場からは、それゆえ、法律は、一八六六年五月一三日のフランスの法律の模範に従って、信頼違反（Vertrauensbruch）の懲罰を、雇用関係の間に自ら制限しなければならない。

商店および経営の秘密について、あるいは、そうでないとしても後者〔経営の秘密〕について、絶対的な人格権が認められるであろう場合には、もちろん事態は異なって存在するであろう。このことを、あらゆる第三者およびそれによってかつての労働者もまた、尊重しなければならないであろう。彼の保護は、また、一定の時間内に制限されないであろう。私には、それにもかかわらず、実際的な諸利益と関連づけられたすべての秘密を法の諸財産へと上昇させることは、有用でないし、実現可能でもないように思われる。それには、営業上の諸著作権（Urheberrechte）および発明権（Erfinderrecht）に関する我々の近代の立法全体の基本思想もまた、対立する。秘密保持は、まさにどこでも禁止されていない。しかしながら、秘密保持を選択する者は、秘密が明らかになる危険を担わなければならない。彼があらゆる面で保護された排他的な権利を取得しようとするときは、彼は、届け出をとおして公の世間へと登場し、これによって自らを同時に〈一定の時間の経過後は、彼の人格財産は共同体に帰し、そして、公共財産としてあらゆる者のために解放された文化財を増加させる〉という条件に服させなければならない。この方向における立法のさらにその先の整備は、可能であり、そして、望まれるかもしれない。秘密の小売り業を推奨する反対の方向における立法の改変を、私は弁護することができない。

## VIII.

不正競争に対する私法の保護の法律上の根拠に関しては、以上である。刑法の保護に関しては、私は、以前にその法律上の根拠一般に関して言及されたことに従って、【S. 575】個別の点において、ただ、二三の言葉だけを付け加えなければならない。〈私に一部分、余りにも広く行きすぎ、そして、大言壮語とシカーネを促進するように、思われる〉法律草案の個々の刑罰の諸威嚇の批判には、私は立ち入ろうとは思わない。ただ、私によって示された原則的な諸視点に対するそれらの関係だけを、私は指示したい。

法律草案は、それが公的な刑罰で威嚇する全ての諸場合において、〈草案が意図的な不法というメルクマールを付加することによって〉可罰的な構成要件を私権侵害よりも狭く限界づけている。加えるに、法律草案は、五点にわたり異なって取り扱っている。

I. 法律草案は、名称の詐欺的な使用をとおしての不正競争に対して（第六条）、いかなる公的な刑罰も設定していない。ここでは、〈ただ《既存の諸法律の中では、商品表示法が、まさに刑罰の威嚇に富んでいるのであるが、その》既存の諸法律の補充のみが熱望されているゆえに〉私法の保護は十分なものとみなされている。

II. 私権保護と並ぶ公的刑罰を、しかしながら、ただ申立てにのみ基づく刑事訴追を、法律草案は、商店の讒謗（Geschäftsverleumdung）をとおしての、および、秘密の漏洩（Geheimnisverrat）をとおしての、不正競争において規定している。

前者〔讒謗〕では、一五〇〇マルク以下の罰金または一年以内の懲役、ならびに、判決を公告するという被害者の権限が、後者〔秘密漏洩〕では、三〇〇〇マルク以下の罰金または一年以内の懲役（第五条、第七条および第九条）が〔規定されている〕。それによって、第一の場合においては、他人の人格財産の攻撃が、第二の場合においては、信頼の破壊が、刑罰的な反応を惹起すべきである。しかし、公衆の利益は、第一の場合にはただ付随的にのみ、第二の場合には、そもそも直接には侵害されていないゆえに、これらの軽罪は、親告罪（Antragsvergehen）として取り扱われるべきである。

III. 私権の保護と公的な刑事訴追とならぶ公的な刑罰をもって、法律草案は、詐欺的な宣伝（schwindelhafte Reklame）の場合において威嚇している。刑罰は、一五〇〇マルク以下の罰金、または、拘留、または、六か月以下の懲役となる（第二条）。職権によって、判決の公告もまた、命令されうる（第九条第二項）。それでもしかし、可罰的構成要件として、〈人々

のより大きなクライスに向けられる公告（öffentliche Bekanntmachungen）または通知（Mitteilungen）において、真実でない諸表示（unwahre Angaben）がなされること〉が要求されている。すでにこの追加から、〈ここでは、競争者たちの権利領域への侵害と並んで、公衆の詐欺が、本質的な刑罰の根拠を構成していること〉が、明らかになる。それゆえ、単なる親告罪（Antragsvergehen）でもまたないのである！。

Ⅳ. 他人を秘密漏洩へと誘惑することを企てる者に向かっては、ただ公的な刑罰、刑事訴追が、ただ申立てに基づいてのみ適用されるべきである（第八条、および、第九条第一項）。刑罰の上限は、漏洩者（Verräter）自身の半分であり、一五〇〇マルクまたは六か月の懲役である。誘惑者（Verführer）は、まさに彼の側では、必ずしも直接的に損害を受ける者の権利を侵害せず、他人を信頼破壊へとそそのかすのである。

Ⅴ. ただ公的な刑罰だけで、しかしながらたとえ親告がなくても刑事訴追で、法律草案は、量のごまかし（Quantitätsverschleierung）を威嚇している（第三条）。量のごまかしは、多くの営業部門において、とくに糸およびビールによる取引において、【S. 576】〈公衆にとって小売取引においては気づきえない量の減少をとおして外観上の価格の値引きを可能にし、そして、これをとおして《この奸策を斥ける》競争者が損害を受けることによって〉不正競争のひとつの手段として形成されてきている。法律草案は、しかしながら、このような振舞いを原則として争おうとはせず、ただ連邦参議院に〈それによれば、一定の諸商品は、個別取引においては、ただ、一定の分量単位において、または、商品またはその包装によって売り込まれるべき分量表示をもってのみ、営業上販売されまたは売りに出されることが許される〉とする諸規定の発布を授権しようとしている。連邦参議院の諸規定に反する違反行為は、軽犯罪（Uebertretung）として、一五〇マルク以下の罰金または拘留をもって罰せられるべきである。ここでは、それゆえ、救済は、〈公衆の保全と並んで卑劣な競争の制限を目的とする〉た

だ営業警察的な処置のみが求められる。量のごまかしの不作為を求める競争者たちの私権は、そもそも認められていない。

最後に、法律草案による公的な刑罰のシステムは、判決された刑罰と並んで被害者に、彼の要求によって彼に向けて払い込まれるべき一万マルクに至るまでの賠償（Busse）が認められることができ、その場合、賠償はさらなる賠償請求権を排除する限りで、私権保護の形態形成には後ろ向きに作用（zurück wirken）すること（第九条第五項）が、さらに言及されなければならない。法律草案は、ここでは、我々の著作権諸法律全体、特許法、および、商品意匠の保護のための法律の知られたる模範に従っている。この一致の中に、全てのこれらの諸法律は、同じ種類の諸権利そしてそれもまさに人格権が問題となっていることのための徴候が認められる。なぜなら、まさに諸人格権の本質に、そのような賠償をとおしてのそれら人格権の侵害の懲罰が対応しており、そしてそれらにおいては、一方では、一定の損害の証明は必要ではなく、他方では、賠償給付の思想と同時に名誉回復（Genugthuung）の思想が結びついているからである。

さらに、不正競争に対する保護の、著作権、発明権、商号権、および、商標権の保護との親近性を、法律草案の第一一条もまた、指示している。それによれば、ドイツ帝国の中に主たる営業所（Hauptniederlassung）をもたない者は、法律の保護を求める請求権を、彼の主たる営業所の国家がドイツの営業経営者たちに同じ保護を与えている限りでのみ、持つべきである。

## IX.

我々が要約するならば、公表された法律草案は、個別においては改善の余地があり、全体的には、しかし、健全な思想によって担われた〈ドイツにおいて存在する法律状態のための〉基礎として、差し迫って必要な法律作品であることが、我々に明らかとなる。



理性的なひとは、もちろん〈不正競争に対する未だ極めて有効な法律が、自由競争の全ての影の側面を【S. 577】光の側面へと変化させる！こと〉を期待しないであろう。そしてまた、何びとも、不正競争との闘いにおいて、立法の改革課題が、営業制度における経済的自由の諸逸脱に対する関係で汲み尽くされるとは、考えないであろう。しかし、そのような法律は、営業自由の領域においてもまた、競争が、無規律な万人の万人に対する闘争に変質するのではなく、誠実な、規律された諸形態において、かつ、品位ある諸手段によって遂行される競争に留まるために、寄与するであろう。このことが達成されますように。祝福が、その点において我々のドイツの営業のために十分にありますように、祝福が我々の民族全体のために十分にありますように！。

【以上、ギールケの本講演、終り。本講演に注はない。】

### 【訳者あとがき】

満田重昭教授の前掲『不正競争法の研究』では、同法の本質の把握は、その保護法益を明らかにして、法体系中での同法の位置づけを行う形でなされるほかはないとの立場から、詳細な検討が行われている（3頁以下）。ここでは、保護法益論に、客観的な法秩序の側から発想するものと、主観的な権利の側から発想するものとの二つの流れがあり、初期には後者がギールケを含めて多数説だったが、現在では前者が多数説となっていること、ドイツ連邦基本法が人格の自由な展開の権利（二条）を保障して再び人格権理論への新たな基礎を提供したことで、連邦通常裁判所も一般的人格権を承認するに至っていること、などを指摘する（7頁以下）。その上で、競争地位、すなわち、「利益を目的とする給付交換に到達する機会の総体」を保護法益とみるクンマーの競争地位権説（9頁）に注目し、これに修正を加えて「公正な給付交換に到達する機会の総体」を保護法益と解し、これを「市場地位」ないし「市場地位権」と呼ぶべきことを提唱している（20

頁)。客観的な市場秩序からの視点を加味しつつ、遠くギールケの人格権説に連なる立場に立つものと認められる。なお、わが現行不正競争防止法がドイツ法の影響を格別受けていないことは、制定の事情や規定の内容から明らかだが、その前提となる一般民事法が実体法、手続法共にドイツ法系であることなどから、ドイツ法との比較研究が有益なことは疑いない（444頁）、とも指摘されている。

人格権論については、これにやや先立つ斎藤博教授の『人格権法の研究』（昭和54年、一粒社）が、基礎的で包括的なものである。そこでは、ローマ法から現代ドイツに至る人格権論を克明に辿って、一般的人格権の承認が民法の問題として次第に意識されるに至ったとして、その性格や内容、さらには一般的人格権の侵害に対する救済問題、などが考察されている。ギールケについても38頁乃至41頁に『ドイツ私法論』に即した紹介が行われている。なお、ドイツ自然法論の中で展開された人格権論は、政治的公法的意味での人権とは関連しないことも指摘されている（19頁）。このほか、斎藤教授の人格権法のその後の研究を集大成した『人格権法の発展』（2021年、弘文堂）の中では、一般的人格権を承認しつつその財産権との関係が問題となっているドイツ連邦通常裁判所の判例を巡る議論の検討の結論として、「人間の属性が有する財産価値については、一般的人格権の射程範囲の外に位置付け、別途、保護の途を探る考えに賛同」しつつ、「一般的人格権は人間の尊厳の尊重と人格の自由な発展を理念とした純然たる人格価値を保護する権利と位置付けることが妥当と言えよう（149頁）。」と説かれている。ギールケは、『ドイツ私法論』の中で、「諸人格権は特別の諸私権として、法秩序によって保証された〈人とみなされるべき〉請求権において存する一般的人格権から区別される。」（S. 703）とし、この一般的人格権は「〈特別の主観的諸権利を基礎づけ、それらすべての中へと及ぶところの〉、〈従って公権も私権も、物に対する権利も人に対する権利も担いかつ伴うところの〉統一的・主観的な基本権（Grundrecht）である。」（SS.

703- 4）と述べている。学説史的な流れの中でみると、斎藤教授の立場もまた、救済は別に広く認めつつ、一般的人格権の純粹化を図ろうとしている点で、ギールケの人格権法思想の流れを汲むものと位置づけられよう。

なお、脱稿後、木村和成「人格権概念の形成—人格権概念に仮託された意味・機能に着目して—（1）（2・完）」立命館法学295号・296号に接した。

【訳者あとがき、終わり】