

競争行為の正当性評価における 道徳化に関する再考

蔣 舸
孫 友容(訳)

要約：学説と裁判実務の趨勢は、道徳による解釈をして不正競争防止法とりわけその一般条項にとって重要な地位を占めさせている。しかし、競争には、道徳的評価と異なる内在的ルールがあるため、一般条項を応用するには、不正競争防止法の文言を遵守し、行為の競争秩序に対する客観的影響に注目すべきであり、道徳感を競争行為の正当性を判断する際の終局的基準とすべきではない。

キーワード：不正競争防止、道徳基準、競争本位基準、競争の本質

インターネットサービスプロバイダがインターネット検索プロバイダの検索結果に商業広告を挿入する行為は正当であろうか¹。退職した社員が新しい会社を設立して退職した会社の重要な取引機会を奪取する行為は正当であろうか²。無名の作家が名前を変え、著名な作家と同じ名前で本を出版する行為は正当であろうか³。クローラーを用いて他のウェブサイ

* 訳者注：本稿は脚注(1, 2, 3……)と文末注([1], [2], [3]……)という2種類の注を使い分けている。脚注は、追加的説明や裁判文書の出典に関するものであり、文末注は参考文献を引用する。

¹ 北京百度網訊科技有限公司訴青島奧商網絡技術有限公司・中国聯合網絡通信有限公司青島市分公司・中国聯合網絡通信有限公司山東省分公司・青島鵬飛國際航空旅遊服務有限公司不正競争事件、最高人民法院公報2010年8期に登載。

² 山東省食品進出口公司・山東山孚集團有限公司・山東山孚日水有限公司と馬達慶・青島聖克達誠貿易有限公司不正競争事件、最高人民法院(2009)民申字第1065号(以下「昆布配分額事件」と略する)を参照。

³ 湖南王躍文訴河北王躍文等著作權侵害、不正競争事件、湖南省長沙市中級人民法

トが収集した情報を取得する行為は正当であろうか⁴。次々に現れる新種の競争行為に対して、中国の不正競争防止法5条から15条にわたる類型化された条項ではしばしば対応困難に陥り、その際、一般条項である2条の応援を求めざるを得なくなる。もっとも、現段階における2条に対する研究と適用は、往々にしてその道徳の属性を強調するものの、類型化条項に比べて一般条項は、いまだ有効な市場ルールが形成されていない領域に対して、その開放性をなお保つ必要がある。総体的な良性的競争秩序としては道徳上の評価から離脱してはならないということは確かであり、また、大半（全部ではなく）の類型化された不正競争行為の構成要件にも一定程度の道徳上の評価が含まれている。しかしながら、ある競争行為が不当とされるのは、あくまでその客観的効果として、市場のメカニズムを歪め、市場の構造を破ったからであり、行為者の主観的動機が悪質であるからではない^[1]。したがって、市場において類型化されていない新型の競争行為が現れたとき、第一義的に着眼点が置かれるべきは当該行為の客観的効果なのであって、行為者の主観的動機ではない。競争の中の道徳的要素を過度に強調すると、新型の競争行為が正当であるか否かを正確に判断することを妨げることになってしまう。

1. 中国の不正競争防止法の一般条項における道徳基準に関する分析

(1) 一般条項の文言とその実施の背離

一般条項は、文言と実施という2つの面からなるものである。前者は、立法者の眼に映る一般条項で、いわゆる「law on the books」であり、後者は、司法実務者の眼に映る一般条項で、いわゆる「law in action」である。法律関係にある当事者にとって、前者はたしかに重要ではあるが、個々の事件における権利と義務の配分や利益の構図の変化に真に影響するのは後者である。よって、現行不正競争防止法の一般条項には道徳要素が含ま

院が2004年に審理。

⁴ 上海漢濤信息咨询有限公司と愛幫聚信(北京)科技有限公司不正競争控訴事件、(2011)一中民終字第7512号。

れるか否かという問いに答えるためには、法律の文言を分析するのみならず、法律条文が如何に実施されているのかということにも注目する必要がある。

不正競争防止法の一般条項は、その文言上、道徳を競争行為の正当性を判断するための考慮要素として定めているわけではない。一般条項の範囲について見解の相違が存在しており、特に2条の最初の2つの項のうち、どれが一般条項であるかについて意見が分かれている⁵が、法律の文言や不正競争防止法の文脈を体系的に解釈する場合には、いずれも、行為者の主観的動機を強調する2条1項に比し、行為の客観的効果を強調する2条2項の方が一般条項として適任であることは明らかである。

第一に、条文の文言に着目しよう。2条1項は、「経営者は、市場取引において、自由意志、平等、公平、信義誠実の原則に従い、公認の商業上の道徳を遵守しなければならない」ということを求めている。このような文言は、単に経営者に対する立法者の期待を表したにすぎず、そこには、その期待に背くことで即、行為が不正となるという意味は込められていない。一方、2条2項は、「本法にいう不正競争とは、経営者が本法の規定に違反し、他の経営者の適法な権益を損害し、社会の経済的秩序を乱す行為を指す」と定めている。この規定は、行為の効果を競争行為が正当か否かを判断する根拠としている。第二に、この2つの条項の文脈に目を転じよう。いずれの項もともに総則の部分に配置されているが、この中に一般条項になり得るものは、類型化された不正競争行為を統括し得るものであるか、あるいは、類型化された不正競争行為の共通性を抽出したものでなければならない。そこで、5条から15条までに列挙された11種類の不正競争行為類型を考察すると、各条は、いずれも行為の効果に言及しているものの、その全てが行為の背後の主観的動機に注目しているわけではない。たとえば、13条3項の規定によると、経営者が、賞金の最高額が5,000円を超える抽選式の懸賞付き販売を行う場合、悪意があるか否か、あるいは、当該

⁵ 裁判実務においては稀に、立法目的を定める第1条が裁判規範とされることがある。たとえば、湖南王躍文訴河北王躍文等著作権侵害、不正競争事件、(2004)長中民三初字第221号。このような解釈方法は有益であるが、事例に乏しく、実務への影響も大きいとはいえないため、本稿ではこれ以上の分析を割愛する。

行為が他の経営者や競争秩序にもたらす影響を認識しているか否かに関係なく、不正競争行為は成立する。また、監察機関は、その行為を停止するよう命じ、かつ、過料を科することができる（26条）。他の経営者に損失をもたらした場合、その損失を賠償しなければならない（20条）。たしかに、不正競争行為類型の条項の一部には、その文言に行為者の主観的動機に対して価値判断を行う色あいを見せるものもないわけではない。たとえば、5条の模倣行為における「無断」、6条の競争制限行為における「排除」、7条の権力的経営行為における「濫用」、11条にいう「排除」等である。しかしながら、他の類型化条項は、たとえば前述した5,000元を超える懸賞付き販売の禁止がその典型例であるが、価値中立的な用語を採用し、行為の客観的状态を描写することにとどまり、その背後にある主観的動機について憶測することはしない。このように、道徳的評価は一部の類型化条項に見え隠れすることはあるとしても、他の類型化条項に見当たらないものである以上、道徳基準が競争行為の正当性を衡量する一貫した尺度たり得ないことは、当然の理といえよう。

以上の分析から、不正競争防止法は、その文言からしてすでに道徳基準を一般条項として格上げする可能性を排除したことが明らかである。しかしながら、司法実務においては、このことは正確には認識されておらず、逆に、多くの事件において、行為者の主観的動機に関する推定が行為の正当性を判断するための主たる基準とされている。不正競争防止法に関する事件の数は少なくないが、筆者は、107個の司法文書と判決要旨に対して分析を行った上で⁶、不正競争防止法の一般条項を根拠とする14個の判決

⁶ 北大法宝データベースにおける「司法案例—判例と裁判文書」から、事件理由として「不正当竞争紛争」を選択すると、2,240個の文書が表示される。範囲を縮小するために、本稿は、条文の限定、審級の限定、有名な事件の手作業による補充という3段階の作業を行った。条文を限定するために、北大法宝「司法案例」の欄にキーワード「反不正当竞争法第二条」を入力して全文検索すると、16個の司法文書が表示された。審級を限定するために、北大法宝「司法案例」の欄にキーワード「反不正当竞争」を入力して全文検索して、裁判所を最高人民法院に限定すると、88個の司法文書が表示された。これらに本稿が冒頭に言及した4つの典型的な事件（すでに表示された「昆布配分額事件」を除く）を加え、初動調査の結果として107個の司法文書を収集した（上記の検索の基準時はいずれも2013年8月27日である）。

と裁定を抽出した⁷。これらの14個の文書は、中級法院⁸から最高法院⁹まで、経済が発達している東部地域¹⁰から相対的に発達していない西部地域¹¹までカバーする異なる事件に関するものであり、一定程度の代表性があるといえる。判定または裁定の具体的根拠に基づき、これらの14個の文書は以下の3類型に分けることができる。

判決または裁定の根拠	数量	割合
2条1項	6	43%
2条2項	1	7%
2条1項および2条2項	7	50%
合計	14	100%

2条1項に反映されるのが道徳基準で、2条2項に反映されるのが客観的な秩序基準であるため、上記の表から明らかになった事実は、一般条項に従って判断を行った司法文書のうち、ただ7%の文書のみが道徳基準への考慮を排除したにすぎず、それ以外の93%のものが、行為者の動機が道徳的であるか否かということを当該行為が正当であるか否かを判断する考慮要素とし、さらに43%の事件においては、行為者の主観的動機に対する考察が競争行為の正当性に関する判断に直結している、ということである。本来、一般条項は、類型化条項を援用して判断することができず、市場のルールがいまだ模索中であり、かつ相対的に新種の競争行為について

⁷ 初動調査の結果得られた107個の司法文書に対して個別的に分析した上で、不正競争防止法と無関係または重複する文書30個を排除し、不正競争防止法に直接に関係する文書77個を手許に残した。そして、判決の根拠となった主たる条項に基づき、これらの文書を以下のように分類した。一般条項2条に関するものが14個(18%)、模倣禁止の5条に関するものが31個(40%)、競争滅殺行為を禁止する6条に関するものが1個(1%)、虚偽宣伝を禁止する9条に関するものが11個(14%)、営業秘密への侵害を禁止する10条に関するものが15個(20%)、信用毀損を禁止する14条に関するものが5個(7%)。

⁸ (2007)長中民三初字第0246号。

⁹ (1999)知終字第17号。

¹⁰ (2007)高民終字第181号。

¹¹ (2000)渝高法知終字第18号。

適用するものであることを考えると、慣習を基礎とする道徳がどれほどの機能を果たし得るものであるのかということに関しては、慎重な考察が求められるところであろう。もっとも、93%という高い割合は裁判官が道徳基準に一般的に賛同する傾向を示しており、より焦点を絞った分析を展開するためには、まずそのような一般的な傾向の根源を分析する必要があるといえよう。

(2) 競争秩序の道徳化という観点

一般条項の文言とその実施がこれほど乖離している原因は、その一部は裁判官の正義感に由来しており、また、他の一部は競争秩序の道徳化に対する学界の支持に起因している^[2]。学界における一般条項に関する文献は、おおよそ「道徳説」、「秩序説」、「統一説」に分類することができる。これらは、それぞれ前記の表に列挙した、2条1項にのみ依拠するもの、または2条2項にのみ依拠するもの、もしくは同時に2つの項に依拠して非類型化の競争行為の正当性を判断するもの、という3つの実務的な傾向に対応している。

この3つの学説のうち、「統一説」^[2]は2条の1項と2項を一括して適用するという実務の現状により合致しているものの、これに関する体系的な論述は多くはない^[3]。また、「秩序説」は法律の文言が伝える意味に合致しているが、これを論じる者は乏しい^[3]。かかる論述があっても、その論理の広がりに限界があるため、その深遠な考察をなしているわけでもなく、したがって競争秩序を歪めないということを何故行為の正当性を判断する理由とするのかということに対して正面から探究することに失敗する一方で、何故道徳基準を排除するのかという議論を展開することもできない。これらに比べると、「道徳説」は、その旗印が最も鮮明であり、一般条項の内容を突き詰める文献の中で重要な地位を占めている^[4]。同説は、自然法の理念から出発し、市場領域において公平、公正、調和を実現することを求め、その核心は道徳を競争行為の正当性の判断基準とすることにある。

「道徳説」は、競争秩序における既定の慣習の重要性を認識し得るところにその合理性の一端を窺うことができるが、反面、秩序の形成の異なる段階を区別せず、よって異なる種類の競争ルールの性質に対する研究を省

略してしまうという欠点も孕んでいる。競争秩序というものは、全般的に固定化したあるがままのルールというものではなく、すでに定型化したものといまだ変化の途上にあるものという2種類のルールからなるものである。如何なる時期を取り上げたとしても、競争のルールの多くの部分が取引慣習や公認された商業上の道徳に確実に占められている一方で、なお曖昧である一部の領域が常に存在する。そうした領域内にあっては、個々の当事者が力を争っており、利益の構造が定型化しておらず、各当事者が普遍的に受け入れられる行為モデルが現れておらず、言い換えれば、均衡がまだ現れていない。ゆえに、秩序の形成の異なる段階にとって必要なルールをまとめる際には、それらの個性を考慮に入れる必要があり、そして、このような考慮の必要があるからこそ、一般条項は不正競争防止法において格別に重要視される。

類型化条項と一般条項の間には、互いに協力もあり、分業もある。二者がそれぞれの役割を果たすことではじめて、不正競争防止法の体系全体の円滑な作動を確保することができる。類型化条項の任務は、すでに定型化した市場の理性を集約することであるが、一般条項の任務は、むしろ、条文の読み手に、この領域において参考に値する定型化した市場の理性が必ずしもあるわけではない、ということを示唆することにある。前者は行為のモデルを直接に提供することができるのに対し、後者が提供するのは往々にして価値判断の指針である。一般条項に反映されるのは、最もレベルの高い、最も根本的な競争のルールであり、そして、このような根本的なルールの表現は、法律の文言の読み手による競争の本質に対する理解を制約することになる。そこで、競争行為の正当性を理解するための「標準語」が「道徳」に設定されてしまうと、司法実務に携わる者が競争に対する本来的かつ直観的な認識に基づいて競争行為を不正であると判断するか否かにかかわらず、「道徳」的な言語は、それらの者をして個別の事案において道徳という枠組みを用いて競争のモデルを制限するように仕向け、さらには、無意識のうちに非道徳的な要素への考慮を排し、もっぱら行為の動機への考察に意を注ぐようになり、客観的效果に対する認識を欠くようなことになる。特に関係する競争領域において既定の慣習も道徳上のコモンセンスも存在しない場合、かかる思惟による制約はなお相應の効果を発揮する。相当程度において「言語の限界はすなわち思想の限界であ

る」^[4]ともいわれるように、一般条項の用語の選択を慎重になすことが肝要といえる。そのために、本稿は道德基準が一般条項において発揮する言葉の力を考察する。その考察はやや厳格に過ぎるように思われるかもしれないが、道德が非典型的な競争行為の正当性を判定するための主たる視点の如き機能を果たしているという現状に鑑みる場合には、本稿のような些細な批判的な検討もなにかしかの意義を有するものといえるのではなかろうか。

2. 競争のルールにおける道德基準に対する解読

道德に対する解読を分析する前に、競争のルールという文脈における「道德」の概念を明らかにする必要がある。本稿は、法哲学のレベルから道德の地位を検討するところまで踏み込むものではなく、単に「道德」が不正競争防止法の領域内において含有し得る意味と、「道德」の異なる意味をもって競争行為の正当性を判断する際に随伴する固有の限界を明らかにすることを試みる。

道德概念の曖昧性の端緒は、「道德」が少なくとも2つの異なる意味を指すことができるというところにある^[5]。ここでさしあたり倫理の意味における道德と慣習の意味における道德と呼ぶこととする。前者は、崇高な「善」、利他、聖人の徳をその終極的な目標とする一方、後者は、通常の「良」、不害他、最低限の徳をもって十分とする。前者は価値判断であり、「あるべき」世界を駆けめぐるものであり、未知の領域で人々の実践を導き得るものである一方、後者は、主に事実に対する評価であり、「ある」ことに着眼し、遵守し得る古いしきたりがいまだない新天地において立ち往生することを免れ得ない。これらの相違点のみに鑑みる場合には、一般条項の目的が想定しがたい新状況のために判断基準を提供することにある以上、現行法の体系に拘らない、倫理上の道德の方が、新種の競争行為の正当性を判定する役に相応しいものであるといえるようにも思われる。

しかし、倫理の意味における道德は競争行為の是非を判断する際に参照すべき体系としてはたして適切なものなのであろうか。結局のところ、市場が従うのは、自身の利益を最大化するという原理であり、利他という崇高な境地ではない。「利己」という高尚な倫理上の道德におよび得ない動

力こそ、道德の高地に位置する「利他」等のようなスローガンに比べて、市場秩序の論理的な起点たるに相応しい。思想の浄化を鼓吹する道德運動ではなく、倫理の外で超然としている市場こそ、「穀物倉が充実してはじめて礼を知る」という社会の基礎を築くものなのである^[5]。優勝劣敗の市場システムにおいては、「聖人の徳」は「競争のしきたり」に譲位すべきである。競争のルールという文脈の下の道德は、倫理の意味上の道德ではなく、慣習の意味上の道德と理解した方が、比較法的にも支持し得るものとなる¹²。さらにいえば、競争秩序に対して道德的な解説を行う立場に与する研究者ですらこの種の限定に賛同している^[6]。

以下、慣習の意味上の道德が正当性に求める3つの視角に関する分析を行い、道德的な解釈が、法哲学・比較法・司法実務という3つの視角から支持を得られるかを検討する。

(1) 道德基準に関する論証に存在する法哲学的な陥穽

一般条項を道德的に解釈すべきことの論証として、代表的なものは、法律の形式上の理性が、法の簡潔さと抽象さを要求するため、ある程度、個別の事件の正義の貫徹を諦めたり、犠牲にせざるを得ないことがあるが、個別の事件における正義にこそ法の価値は存在するという論理が用いられる^{[6]32-37}。この種の論証の背後には自然法の信念がある。「如何なる行為も、不道德、不誠実であると証明されてはじめて、法の範囲に取り込まれて明確に禁止することが可能となる。このような正当性に関する論証は立法に先行するものであり、行為が道德的に合理的であるか否かということが、立法によって禁止すべきか否かということを考察する際の起点となる」^{[1]29}。

しかしながら、このような論法はなおさらなる吟味を要するように思われる。まず、「如何なる行為も、不道德、不誠実であると証明されてはじめて、法の範囲に取り込まれて明確に禁止することが可能となる」という理解は、法律と道德の関係の一局面しか捉えておらず、法律と道德の関係には、法律が道德の最低限の保障として機能する場面以外の類型が存在す

¹² たとえばパリ条約にいう「商業上の公正な慣習」や、ドイツの1909年から2004年までの不正競争防止法1条にいう「良俗」など。

ることを無視している。一部の法規範は——技術性が強い商法や経済法の領域において——道徳上の規範から導出されるものではないことがあり、ゆえに道徳はそうした多くの問題についてそれを解釈する力が限られているといわざるを得ない。たとえば、如何に道徳観をもって個別の事件の正義を追求したところで、競合する経営者集中申告のうちいずれを許可し、いずれを拒絶すべきかということに関して、審査員に何らかの指導理念を与えることができるものではない。法律と道徳の関係に関して、「法律が禁止するもの」は「道徳が禁止するもの」の部分集合であり、「道徳が許すもの」は「法律が許すもの」の部分集合であるというような安易にすぎる理解は到底、採用しがたいものでしかない。両者は重なる部分があるものの、互いに関係ない専属的領域をも有する。また、「個別の事件の正義」は、常に公衆または裁判官の正義感と合致するというわけでもない。とりわけ市場経済の関係をその調整対象とする法分野において道徳が果たし得る機能は、一般に想像されているもの以上に限定的なものでしかない。正義の観念は相当程度、直感に根ざすものであり、感情的な色彩が強く、細かな計算を要することなく「是」または「非」という結論に到達し得るものであるが、市場経済の関係をその調整対象とする個別の事件における正義にとって必要であるのは、往々にして直感ではなく計算であり、衝動ではなく均衡である。

(2) 道徳基準に関する論証の立法上の限界

比較法も一般条項に対して道徳的な解釈を行うべき証左として援用されることがある。一般条項に対して研究を行うほぼ全ての文献が、ドイツの不正競争防止法¹³の旧1条の「良俗」原則に言及している。他に、パリ条約¹⁴の「工業上又は商業上の公正な慣習に反する」という規定に言及する文献も多いが、近時、この規定には歴史的な限界があることが指摘され

¹³ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)は、最初に制定されたのが1896年であり、1909年の大改正まで一般条項は定められていなかった。その後、1909年改正法は2004年まで実施されていた。最も新しい改正は2009年に行われ、その目的はEU2005/29/EG指令を国内法化するためであった。

¹⁴ Paris Convention for the Protection of Industrial Property, Article 10bis.

ており、研究者の耳目を集めている^[7]。ドイツの研究者は、パリ条約が規律する対象は、主として特許や商標の領域における便乗行為であり、新たな商業的実践ではないゆえに、その規定における「公正な慣習」を用いて新しい問題を解決しようとする際に、その限界を考慮し、かつ、慎重な態度をとらなければならない^[8]、と考えている。不正競争防止法の領域におけるドイツの立法例の重要性に鑑み、以下ではその近年の展開を俯瞰しておく。

1909年から2004年までの間、ドイツの不正競争防止法は「良俗」¹⁵を一般条項の核心的な概念としており、中国における不正競争防止法の一般条項に関する研究論文で、この条項に言及しないものはないほどである。しかしながら、「良俗」概念は長年の間にドイツの不正競争防止法領域において少なからざる批判に晒されてきた。その結果、立法者は2004年の法改正の際に、「不公正」(Unlauterkeit)という言葉を用いて、旧不正競争防止法1条の「良俗に違反する」(gegen die guten Sitten)という規定に置き換えることとした。このような変更の理由は、良俗基準は不必要に不道德(Unsittlichkeit)という汚名を競争者に押し付けるものでしかないところ、そのような手法はもはや時代遅れと考えられたからであるという¹⁶。新法は「良俗と決別する」¹⁷という立場をとったのである。「不公正」の直接な

¹⁵ 2004年法改正前の一般条項の文言は「業務上の取引において競争の目的をもって良俗に反する行為をなす者に対しては、差止および損害賠償を請求することができる」というものであった。

¹⁶ BT - Drucksache 15/1487:16.

¹⁷ Schricker. *Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs* [J]. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1974, (9): 582. ここで説明を要するのは、新法2条7項による「職業要求上の注意義務」の定義が「良俗」の要素を依然として内包しており、信義誠実の原則と市場の慣習をもって職業要求上の注意義務を判断する基準としていることである。しかし、同項は、学者等から厳しく糾弾されている。信義誠実と市場の慣習という概念には、競争行為の価値の判別という任務を遂行し得るものではないことが繰り返し指摘されており、信義誠実と市場の慣習をもって注意義務を定義することはまさに「無用のトートロジー」であると批判されているのである(Harte - Bavendamm/Henning - Bodewig. *UWG* [M]. Muenchen: C.H. Beck, 2009: 179-190を参照)。

定義はないが、ドイツの学界の主流を占める考え方の観点はずでに明らかなものとなっており、目的解釈を志向し、不公正に関しては「脱道徳化」¹⁸を伴った「機能的理解」をなすべきであり¹⁹、「競争志向の市場経済がその役割を果たすための条件」が不正競争防止法体系における中心的な地位にあることを確保するべきであるとされている¹⁹。このような転換は、ドイツの学界による「良俗」基準への長年の批判が結実したものと評することができよう。このことは、不正競争防止法に対して道徳的な解釈をなしていた代表例とでもいうべき国においても、立法者は少なくとも概念のレベルにおいて道徳基準を競争本位に置き換えられたということを示している。概念の変更はただちに司法実務における一般条項の適用の劇的な転換を意味するものではないが、立法者が学界の長年の議論の末に一般条項から「良俗」概念を排したのは、司法実務が事件を扱う際の視点を転換し、道徳上の評価の導入に慎重であるべきというメッセージを送っているように見受けられる。

(3) 道徳基準を論証する際の司法上の苦境

法哲学と比較法の視角から行った以上の分析は、道徳基準が競争行為の正当性を評価することに不適切であることを示す第一歩ということが許されよう。しかし、実際には、中国の裁判実務において、道徳的な解釈は競争行為の正当性を判断する際の重要な役割を依然として果たしている。その原因は、道徳的評価はかなりの程度、直感に訴求するものであり、論理に対する要求がそれほど高くない場合において、簡便かつ迅速な取扱いを可能とするからである。ただし、一部の裁判官はずでに「一般条項に従って法律に列挙のない不正競争行為を認定する際には、その行為が競争を害する効果を特に分析する必要があり、……その様々な効果のうち、便益が弊害を上回るかそれとも弊害が便益を上回るかを分析することによつ

¹⁸ Schuenemann in Harte - Bavendamm/Henning - Bodewig. UWG [M]. Muenchen: C.H. Beck, 2009, 2. Aufl., §3, Rn. 122-126.

¹⁹ Baudenbacher. Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht [M]. Schulthess Verlag, 1978: 134; Emmerich. Unlauterwettbewerb [M]. Muenchen: C.H. Beck, 2012: 53-54; Harte - Bavendamm/Henning - Bodewig. UWG [M]. Muenchen: C.H. Beck, 2009: 199 を参照。

て、行為が不正であるか否かということ判断することを心がけなければならない」、と述べている。言い換えれば、非道徳的に阻害効果という視点によって行為の性質を判別してから、不正競争防止法2条1項が定める「自由意思、公平、信義誠実の原則」や「公認の商業上の道徳」に従って判断することになる。行為の性質の判断においては、非道徳的な衡量こそ決定的であり、道徳的な衡量はせいぜい補助的な役割を果たすに止まる。もともと、運用の便宜のために、前述した不正競争防止法の一般的な法の精神、すなわち競争行為に「便乗」する行為、他人を害して自らの利益を図る行為、投機的なまたは騙し取る行為が存在するか否かということから衡量をなすことは妨げられるものではない。これらの法の趣は、むしろ理解や把握が容易であり、……「目に見える」、「手で触る」ことができるようになるのである^[10]。

しかし残念なことは、このような便利な運用には2つの問題が存在するという点である。第一に、前述したように、不正競争防止法の領域における「道徳」は、市場の道徳や慣習の意味における道徳であるにすぎず、倫理上の道徳や聖人の徳は市場取引を調整することに適していない、という問題である。裁判官は道徳基準を適用しようとするれば、まず係争行為に関する市場の慣習とは何かということを示さなければならない。ところが、裁判実務においては、かかる市場の慣習について裁判官が具体的に説明することは滅多にない。道徳基準を適用した場合においても、往々にして行為者の動機が譴責されるべきであると指摘するか、その行為が非道徳的であると一般的に認定するに止まる。このような素朴な正義感を具現した曖昧な道徳に訴求する手法は、必ずしも市場の要請に合致するものたり得るものではない。とはいえ、このような道徳と市場の要請の間で客観的に齟齬が生じるという現象は、成熟した司法実務においてもしばしば認識される場所である。アメリカでは、「ただ乗りすなわち不公正」という法理を定立したINS v. AP事件²⁰の多数意見は、「不正競争法の礎石」といわれるまでの位置づけを与えられている^[11]にもかかわらず、その後の裁判例において貫徹されているわけではない^{[11]15}。欧州連合のコモン・ロー国は、競争の自由を——いわゆる「ただ乗り」という模倣の自由を含め——十分

²⁰ 248 U.S. 215 (1918).

に尊重している。大多数の大陸法国においても、「フリー・ライド」行為を直に不正競争行為と認定することを拒否し、その例外は、「フリー・ライド」と同時に情報の事実的かつ自由に流通することまでもが妨げられる場合に限られている^[12]。

第二に、裁判官が道德基準を「理解や把握が容易である」と感じる背景には、中国においては、裁判所の判決の論理（すなわちあてはめの部分）に対する要求が高いものではないという事情が存在する。市場が機能するメカニズムに明らかに反している行為に限って、「目に見える」、「手で触れる」といった道德基準に基づいて判断することが、中国の司法実務の慣習に合致することも可能となり、問題を迅速に解決し得るものとなるがゆえに、中国の司法の現状に鑑みれば、このような手法にも一定の合理性を認めることができるのかもしれない（もっとも、このように白黒がはっきりしている領域においては、道德基準を排し、競争秩序に頼っても、同じく迅速に結論に到達することができる）。しかし、問題は、一般条項の存在の最も根本的な意義は、立法者の予想し得る範囲を超えた新しい問題を解決するところにある。現実の経済が日進月歩の展開を見せる現代社会において生起する新しい問題は「難病」となる可能性が高い。こうした「難病」に対してこそ、一般論としての公正や正義は無力であり、悪くすれば、間違った方向に司法を導いてしまう可能性すらある²¹。また、司法実務がさらに発展していけば、その過程において、判決のあてはめ部分は次第にその緻密さを高めていくことであろう。以下、競争秩序を解釈する局面における道德の限界、すなわち、道德を基準とすると、不正競争防止法の一般条項に関して人々を納得させるような演繹的なあてはめを挙行することが困難となり得ることを論証する。

3. 道德的な解釈の限界

倫理上の道德であれ、慣習上の道德であれ、いずれも、多元化、予見不可能性、遅滞性、価値のデフォルト設定をその特徴とするため、普遍性、

²¹ 素朴な公平と正義観に駆り立てられることによる、危うい競争秩序の形成について、崔国斌「知識産権法官造法批判」[J] 中国法学2006年1期146頁を参照。

先導性、進化性、価値中立性のある競争ルールに合致しないところが少なくない。前述した通り、競争という文脈の下の道徳は慣習の意味における道徳でなければならないため、分析が無意味に拡散しないように、以下では、慣習の意味上の道徳に重点を置き、道徳をもって競争の立ち入り禁止区域を設定することには、市場活動の範囲を過度に制限するおそれがあることを指摘する。

(1) 道徳基準の多元性と競争ルールの普遍性

健全な競争ルールには普遍性がある。独占の禁止は、アメリカにおいて競争秩序の道しるべであり、中国もその例外ではない。これに対し、道徳という命題は、往々にして曖昧で多義的である。ポズナーのいうように、たとえあらゆる人間社会に共通する普遍的な道徳ルールをいくつか見出すことに成功したとしても、「これらの原則は抽象的にすぎ、衡量の基準として用いることはできない」^[6]。特定の社会における人々の口端に上る道徳は、特定の競争環境の下の良俗を含めて、往々にして時代性、地方性、個別性のある知識である。ドイツの学者は「良俗」基準を批判する際に、「良俗」の「俗」という言葉自体が複数形²²となっているのに、如何に市場を先導することができるか、と指摘していた^{[8]119}。急速に発展し、社会の構成員の価値志向が日増しに多元化していく現在の中国社会において、道徳の多元化傾向は一層歴然なものとなっている。少し考えれば分かるように、経済が発達している地区とそれほど発達していない地区においては、同じ問題に関する市場の慣習も全く異なるものであるかもしれない。いまだ大規模な市場経済の段階に到達していない地区においては、経営者の間または経営者と消費者の間に、互いをよく見知った人同志の社会における双方向的な慣習が相当程度、存続している一方で、移り変わりの激しいグローバルな経済競争に溶け込んだ地区においては、経営者の間または経営者と消費者の間には、もはや「義を求める」のではなく「利を求める」慣習が浸透している。道徳の共通形態を画定するという道徳哲學家を悩ます難問^[13]が、現在の中国の市場経済領域において突如問題とはならなくなっ

²² ドイツ語「guten Sitten」（良俗）の「Sitten」は、「Sitte」（風俗、道徳）の複数形である。

た、と楽観視することは許されるものではない。

先に言及した「昆布配分額」不正競争事件を例として挙げよう。事案については、各審級の裁判所の認定に変わるところはない。それは、被告である馬達慶氏が原告に勤めている期間内に、原告と競争関係にある会社を投資し設立したところ、この新会社が被告の退職後、被告が原告の職場で獲得した人脈に大きく依存して、日本への昆布輸出領域における原告の市場における地位に取って代わった、というものである。それにもかかわらず、この同じ事実から、各審級の裁判所は全く逆の結論に辿り着いた。第一審裁判所は、被告「馬達慶氏は本来原告に属する競争の優位をその自ら投資し設立した会社に移転させているところ、この行為は自らの職務に属する行為に対する日本の顧客の信頼に対する濫用であり、信義誠実の原則に甚だしく違反し、公認の商業上の道徳にも違反する」^[14]がゆえに、不正競争に該当する、と認定した。これに対し、控訴裁判所と最高裁判所は、「法定または約定の競業への制限がなく、営業秘密等の特定の民事法上の権益を侵害していない場合……、馬達慶氏の係争行為は信義誠実の原則にも、公認の商業上の道徳にも違反しておらず、この行為は不公正とはいえない」と認定した。被告の馬達慶氏が信義誠実の原則や商業上の道徳に違反したか否かについて、裁判所が各様の見解を示したのみならず、社会の全体の利益という観点から研究を行う学者^[15]や、自身の利益から出発する原告の従業員等²³もそれぞれ正反対の結論に到達している。客観的な事実が同じものであるにもかかわらず、そこから異なる主観的認識が生まれるということは、市場の転換期においてより十分な競争へ向かう過程において、異なる集団が市場の正義に対して異なる理解または期待をしていることを示している。保守的な観点であれ革新的な観点であれ（いずれも中立的な意味において）、個々人の見方は、それぞれの出身地域、成長環境、性別や年齢、教育の背景、審美や趣味ないし偶然的な要素を含む個人的な

²³ (2009) 民申字第1065号判決の記載によると、(被告は) 山東食品会社、山孚集団会社、山孚日水会社の昆布の取引機会を強奪し、山東食品会社の1,000名以上の定年退職者、早期退職者、在職者の「生活資金」を奪い取るものであったため、社会的に激しい反発が引き起こされ、従業員の代表は陳情のために複数回省都や北京に赴いた。

経歴が重なって、特別な問題に投影された結果であり、観点の相違する他人の道德的な説教という一言によって改悛するような類のものではない。

これは、競争のルールを展開する司法実務において道德基準がもたらす危険性を例証するものである。裁判官は形式上、市場の良俗の名の下で事件を解決しなければならないが、市場において固定された見方がいまだ現実には形成されていない段階では、同じ良俗概念から出発しても、異なる裁判官が互いに異なる結論に到達してしまう可能性は小さくない。担当の裁判官が、形式的に探究する必要があるのはいわゆる社会の大衆的な道德観というものであるが、新しい領域で競争が展開される場合、このような客観的な道德はそもそもいまだ形成されていないか、裁判官の知るところではないという可能性が大いにある²⁴。いわゆる民衆の立場を探ることは、司法実務における混乱を引き起こすかもしれない²⁵。客観的な道德が存在しない場合、判断者の主観的な道德を働かせざるを得ず、その結果、最終的に決定的な影響を生み出すのは個人の好き嫌いであるという事態に陥ってしまう^[16]。「良俗」の導きに従った結果は往々にして裁判官の個人の道德感に独占されることになる^[17]。

(2) 道德による評価の予見不可能性と競争のルールの指導性

すでに言及した道德の多元性は、道德規範が直接に競争のルールへ格上げされる可能性を大きく妨げる。その理由は、競争のルールは、明確な指針を提示し、競争者にその行為が競争法によって禁止されるか否かを教示すべきものであるからである。ところが、伝統的な道德に関係しない新型の競争パターンの元で、道德の名を借りて行う「いわゆる解釈は必要とさ

²⁴ BGH GRUR 1960, 558, 560 f. - Eintritt in Kundenbestellung. 本件は、ドイツ裁判事務における屈指の、アンケート調査という形で特定の商業的慣習を探究した事件の1つである。

²⁵ たとえば、大衆主義の立場を採用したウォーレン・コートによってもたらされた反トラスト法領域における混乱はその一例である。この混乱は、反トラスト法領域における経済的分析の大衆主義立場に対する勝利によって終結した(ボズナー著、蘇力訳『道德和法律理論的疑問』[M]北京：中国政法大学出版社(2001)265頁を参照)。

れる口実を丁寧な言い方に変換したにすぎず」、その結論も人々にとって捕捉しづらい「偏屈な道徳的直感」^[6]57]にすぎない。市場の参加者に道徳の準則に従って行動せよと教えるだけでは、自らの行動とりわけ伝統的な業界慣習を突破した行動に関する行為者の予見可能性が高まることはない。

道徳は知人社会に由来するものであるに対し、市場経済は——そのグローバル化時代に入る遥か以前から——とうに血縁や友情の枠組みを越えて、他人同士の間を駆け引きという時代に踏み込んだ。他人同士によって構成される現代社会は郷土社会の慣習で対応できるものではない^[7]。一般的にいえば、知人社会に由来する道徳の体系は他人同士の秩序とは大きな隔たりがあり、これを完全に埋めることは不可能である。中国の道徳の伝統は序列差の構造や人間関係を特に重視しており^[18]、このような伝統と市場経済との距離を解消するには特別な努力が必要である。たしかに、理想的な裁判官は、客観的かつ中立的であり、知人社会の背景から離脱し、市場の正義を洞察しなければならない。しかし問題は、裁判官の道徳上の「正義」と客観的な市場の「正義」とは常に一致しているわけではないということである。抽象的な「裁判官」が具体的な「裁判官」となり、理論上の完璧な裁判官が現実に（他のあらゆる職業の従業者と同様に）完璧にはなり得ない裁判官に置き換えられると、前述のような隔たりにより、判断者は知恵と見識上の頼りを失って独断的になり、その判断は一貫した基準に欠けその指針となる力を失ってしまう。裁判官にとって道徳が明確な指導を与えられない空白の領域において、なお道徳をその指針とするよう法が要求すると、裁判官が現実に訴えることができるのはもはや一個人としての内心への確認というものしかなくなる。他方、競争者にとって、裁判官の内心への確認は外部から知る由もないため、自らとる行動が不公正と判定されるかについて予見することができない。以下のような事態を想定することができよう。ある郷土社会に生まれ育った裁判官は都市で成長してきた裁判官に比べてより保守的な競争観を持ち、また、細かい点に対する観察に長じているある裁判官は、イメージ思考 (imaginal thinking) が粗雑である裁判官に比べると、競争者間の模倣に対して否定的な評価をする傾向にある。このように、成長の環境と観察の能力は本来道徳に関係するものではないはずであるが、道徳という道具が裁判を指導するという目的を達成できず、かつ、立法者が合理的に実行し得る基準を提示し得てい

ない場合、道德上の確信にも競争秩序にも関係のない要素が事件の結果を左右することになってしまう。道德という視点から見る世界は個人や角度によって異なるものの、競争には普遍性のあるルールが存在する。個人の道德をもって普遍性のある競争を規律しようとする、司法者であれ競争者であれ、遵守できるものがないという苦境を免れることができない。

(3) 道德的な実践の遅滯性と競争活動の進化的性

慣習の意味における道德は、既定の時空領域において既定の集団にある程度備わった既定の共通認識を反映する。その知恵と見識が過去を指し示し、現在に終結し、その訴求が保守的であり、革新的ではないゆえに、それが適用されるのはルールがすでに固定化されている領域である。逆に、道德基準は、新旧交代が永遠のテーマである市場競争領域で適用されると、その機能に限界があることを露呈するのである。

ある慣習の確立は、往々にして無数の実践をその前提として必要とする。通例、社会がすでにある種の実践を受け入れてはじめて、人々が主観的な視点から当該実践の背後の慣習という命題を追認する。商業的実践にも同様の原則が妥当し、個別事件における合理的な妥当性から普遍的に適用される慣習に至るまで長大な過程を経ることを要する。

慣習の受動性と遅滯性は、新旧交代が能動的に行われており、永遠に自己進化をとげていくという競争の属性に反している。競争に勝つために最も重要なことは、他人の行為に逐一追従するのではなく、主導権を握ることである。この理は、現代の取引社会においてとりわけ顕著となっている。生産力の発展や基本的な衣食の問題が一般的に解決されるにつれて、消費者の需要は開放化と多様化の傾向にあり、この2つの傾向はともに、既存の実践を廃棄し、新たな競争優位を追求し続けるよう競争者にインセンティブを与えている。

開放化の視点からいえば、現在の多くの市場領域の競争者は、単により低い価格で人の衣食の需要を満たすことだけで競争を勝ち抜くことが明らかに不可能となっており、消費者自身ですら意識していなかった需要を掘り起こし、その優位を獲得することで他の競争者に勝つ必要がある。競争が十分になされ、参加者が合理的であることを仮定する伝統的な経済学のモデルとは異なり、現実の市場は完全とはいえず、消費者も常に合理的

に行動するわけではない。市場において「りんご1つはみかんといくつ交換できるか」ないし「いくつのみかんを交換したいか」ということを知っていることを消費者に求めることは、しばしば非現実的な望みである^[8]。この点をもう少し敷衍しておく、過去の市場では、消費者の需要が先行し（流行語におけるいわゆる「剛需」）、競争者による供給がその後続くというものであった。ここにおいて供給は受動的なものであったといえる。これに対して、現在の市場においては、しばしば競争者による供給が先行し、消費者の需要がその後続くことがあり、ここにおいて供給は先導的な特徴を示している。仮に消費者が着用するに十分な衣類を得た場合には以降、新規の購入を停止し、あるいは、携帯電話に通話と電子メールの機能がついていればもはや新たな携帯電話を購入する意欲を失うのだとすれば、市場は大いに停滞することであろう。もちろん、現実の市場はこのような仮想の市場とは異なり、より活況に満ちている。その理由は、消費者が積極的に様々な新たな要求を提出したからというよりは、互いに競争する市場の参加者等が絶えず知恵を絞って新たな消費を探し、育成しようと努めていることに求められる。現代市場における「真の問題は、我々が既定の限界費用で既定の商品または役務を提供することができるか否かにはなく、如何なる商品または役務が最廉価で人々の需要を満たすことができるか否かということである」。そして、この問題に関する思考は「これまで知られていなかった領域に深く入り込む探索の旅である」^[9]。この視角から見れば、現在の経営者は過去の経営者に比べてより大きく「前進あるのみ、さもなければ後退」という圧力を掛けられている。過去の消費者の需要を完成したリストにとえるのであれば、現代社会における消費者の需要は未完成のリストとすることができる。ゆえに、後者における競争秩序が前者の競争秩序に比べてより複雑で、移ろいやすく、さらに予測が困難となっている。

多様性の視角から見れば、伝統的な取引社会において競争者が提供できる商品の内容は相対的に明確であった。しかし現代社会の競争者が消費者に提供するのには多くの心血が注がれた努力の総合であり、一体何が消費をもたらした決定的な要素であるかを判断することがときとして困難となる。現代社会におけるブランドに対する人々の憧れはその証拠となり得る。すなわち、ブランド商品はたしかに品質においてより優れているかもしれ

ないが（もちろん必ずではない）、消費者にとってより高額な価格でブランド商品を購入するインセンティブは、往々にして品質の差にはなく、ブランド商品が消費者に与える達成感、または他人の賛美を受ける際の愉快感、あるいは豪華な内装のある店舗で買い物をするという消費者の特別な体験自体にあるのかもしれない。競争者は如何なるものが消費者の心を動かし得るものとなるのかということとその労力と叡知を尽くして見極めようとしている。競争者が価格を適宜コントロールしたり、品質をさらに向上させることだけで十分であったという過去に対し、現在の競争者はより鋭敏に、より豊かな想像力をもって、より大きな努力の下に古い因習を打破し、試行錯誤を繰り返す、創造と淘汰の過程の果てに、消費者自身ですら説明しがたい需要との動的な黙示の合意を達成しなければならない。

生産力が十分に発達しておらず、物資も決して豊かといえない過去においては、消費者の需要の類型が限られていたため、競争者の努力の方向はある特定の製品（商品または役務）の領域において他の競争者より高い生産効率を実現し、もってより低い価格で同じ製品を提供して他の競争者に勝ち抜くという目的を達成することにあつた。この段階において、競争の優位を高める努力はほぼ競争者の内部に向いており、競争の全体的環境に対する影響は相対的に小さかった。また、競争における資源の流動を導く主力は消費者の既定の需要（たとえば衣食の十分さ）であつたため、競争秩序が相対的に安定していた。同時に、商業上の慣習も相対的に確定しやすく、同一の実践が相当期間継続すると、慣習の遅滯性がさほど顕著ではなくなり、よって慣習を競争秩序の標尺とすることも実効性のあるものとなり得た。しかし、今日に至っては、一部の領域における慣習は、固定化される間もなく、すぐに時代遅れとなる可能性があり、ゆえにこのような慣習をもって競争を規制することは、ときとして旧態依然とした誤った因習を固守することと同義となり得る。

(4) 道徳のルールにおける価値のデフォルト設定と競争過程における価値中立性

道徳基準が競争行為を評価することへの試みについて限界を露呈する根本的原因は、道徳がある行為パターンが他の行為パターンより優越的で

あるということを予め措定していることにある。これに対し、競争はその本質からいえば単なる発見の過程にすぎず^[19]、如何なる行為に対しても優越性を仮定しない。競争が我々に提供するものは、試行錯誤の場所にすぎない。活気にあふれている競争者もいれば、暗然と退場する競争者もいる。「1つの有効な競争市場において……、個人が期待できる相対的な報酬は、その努力に対する人々の主観的評価ではなく、その努力の客観的結果に一致する。……我々個人の正義感は頻繁に市場の非人格的な決定に衝突する」^[10]。実際、競争本位論者と道徳論者は、不正競争防止法の領域において追求する目標が競争を保障することにあるとすることに変わりはなく、ただそれを如何に保障するかという方法の点において対立する。競争本位論によると、競争への保障というものは、如何なる競争者から見ても、自らが、水平レベルにおける他の競争者に対しても、また、産業チェーンという垂直レベルにおける上流の供給者と下流の消費者に対しても、行動の自由と決定の自由を有することを保障しなければならない^{[8]243-244}。また、外部的な常に予め設定した価値判断を通じて、如何なる行為であればそれを求めて良いのか、如何なる行為であればそれを求めてはならないのかということを選択すべきではない、というのである。一方、道徳論は、過去の経験のまとめを通じて（異なる人に異なる経験があるだけではなく、一部の行為について過去の経験というものがそもそも存在しないということをしておくとしても）、競争の傍観者が、如何なる行為が市場において追求できるもので、如何なる行為が追求してはならないものかを予め判断することができることを唱えている。新たなタイプの競争行為が追求してはならないものであるならば、これを予め禁止し、その現出を未然に防ぐべきであるというのである。以上の2つのアプローチの区別についていえば、競争本位論者が行うのは、競争の機能を維持することを目標とする「正誤」の判断であり、道徳本位論者が行うのは、行為者の主観的意図や現行の市場構造を参照系とする「善悪」の判断である^[20]。「経済領域においては、経済の方式で議論すべきであり」、「善」と「非善」ではなく、「利」と「非利」を主導的な基準とすべきである^[21]。道徳論と競争本位論は、たとえ目標が同じであるとしても、アプローチとしては異なるものを採用しているため、ときとして全く逆の結果を導く場合がある。市場に導きを与えたいという衝動が制御されてはじめて市場はその機能をよりよく発揮するこ

とができる。まさにこの意味において、「競争秩序」(competitive order)は、人々が口にする「整然とした競争」(orderly competition)とは実に正反対のものなのである^{[10][11]}。

ここで明確にする必要があるのは、競争行為の正当性の判断が行為の道徳上の評価と連結しないことを、道徳が競争秩序を維持することにおいて果たす重要な役割を否定することと誤解してはならないということである。慣習を含む道徳規範は、社会の自発的な進化過程において積み重ねられてきた実践的理性として、個人の知能が十分に理解できる範囲を越えた合理性を含有し、人々が無数のコミュニケーションからまとめ上げてきたものであり、しばしば繰り返しゲームの後の均衡状態に最も到達し得る行為のパターンであるため、これに依拠することにより全ての市場の参加者は試行錯誤を重複して行うことを避けることができる。たとえば、互いの商業的信用を攻撃して共倒れになるよりは、全ての参加者が最初からその種の乱闘に踏み込まない方が良いということを認識するために、新たな市場の競争者は逐一、それを試すことを要しない。したがって、いわゆる「信用毀損行為を禁止する」というルールは、道徳の要素が含まれている法律とみなし得るものであって、競争意義上の合理性もあるものといえる。このルールは均衡への道筋を示しており、競争が正常に機能することを保障しているからである。したがって、不正競争防止法の最も重要な構成部分は、類型化された、具体的な不正競争行為規範である。これらの規範が調整済みの範囲内においては、ルールの基本が定型化しており、基本的な共通認識がすでに醸成されており、競争秩序と道徳的な体験も基本的に一致している。本稿の目的は、市場と道徳の自然的連結²⁶を切断することにも、両者を完全に対立させることにもなく、ただ両者が異なるシステムとして、それらの内在的なルールも異なることを指摘しようとするところにある。新型の競争行為に関する不正競争防止法とりわけその一般条項はしばしば、まさに両者が重なり合っていないところに適用されるものであるため、道徳基準の扱いについて特に慎重に行うべきなのである。

通常、我々の正義感とはしかに競争秩序の要求に都合よく一致するが、

²⁶ このテーマに関する文献は数多く、たとえば、万俊人「論市場経済的道徳維度」[J]中国社会科学2000年2期4～13頁。

評価の結果が偶然合致しているということから、逆に評価の基準も合致していると推認することは許されない。中国の不正競争防止法9条が規制する虚偽広告や14条が規制する競争相手の名誉を毀損する行為を例として挙げよう。これらの2種類の行為はいずれも不正競争防止法にも、正義感にも反しているが、このことは、不正競争防止法が否定的な評価を与える原因はそれらが正義に反するからである、ということの意味しない。これら2つの行為を禁止する真の理由は、それが「本質的に意見を形成する過程としての」競争^[10]¹⁰⁶を破壊し、競争を歪曲したからである。禁止の正当性は競争自体にあり、道徳上、非難すべき行為の性質にあるわけではない。禁止の現象と禁止の原因との間の明晰な区別は、これを維持しなければならない。

4. 道徳解釈の矯正

道徳基準を適用し得る領域は、遵守できる成熟した市場道徳があるところに限られるが、不正競争防止法は、まさにこうした適用をなしがたい領域にある。とりわけ一般条項が直面する問題は、往々にして市場の進化の過程において遭遇する新しい問題である。市場経済を完備化していく過程の中では、競争に対する規律が当時の人々の素朴な正義感に反する状況を招来することを避け得ない。したがって、行為の正当性に対する分析は、競争を歪曲したか否かという基準自体に見据えるべきである。

たしかに、ある競争行為が「競争を歪曲した」か否かを判断することは、ときとして当該行為が道徳的であるか否かを答えるよりも容易でないことがある。それは、「競争システムが複雑にすぎ、システム自体をもってするより具象度の低い方法で判断や説明をすることができない」^[22]からであるが、そのことは道徳には根本的に競争秩序を評価する能力がないという結論に影響しない。競争の複雑性は、如何なる理論でも裁判官に迷わずに答えを見出すことができるというマジック的な処方箋を提供することができない、ということを既定する。また、競争の本質は、異なる理論が競争秩序にとってそれぞれ有する価値が異なる、ということを既定する。2種類の基準は、たとえ競争の最良モデルが明確となった一部の領域においてそれらの結論が同様であるとしても、競争ルールの核心的価値を正確

に反映しているとは限らない。この核心的な価値は相当程度において、知恵と見識には限界があることを認め、市場のルールを尊重し、開放的な態度をもって競争の力を信用し、価値中立的な試行錯誤や錯誤訂正の場所が存在しており、かつ、この場所が、如何なる賢い人間の道德感に基づいて設計される人為的ルールやただ存在しているだけで合理的であると推定される慣習のどれよりも、社会自体の進化法則に合致していることを信じる、ということにある^[23]。

以上の観点は実際中国の不正競争防止法の文言に反映されている。2条1項と2項の異なる言葉選びは、立法者がすでに道德と競争秩序それぞれに異なる地位を与えているということを示している。それは、道德感をして、競争行為の正当性を判断する終局的な基準とすべきではなく、他の経営者の利益と市場秩序への客観的影響こそ、ある行為が不正競争防止法によって禁止されるか否かを判断するための適切な根拠である、という立場である。現在の中国の国情に鑑みれば、不正競争防止法とりわけその一般条項を適用する際に、全ての事件に対して詳細な経済的分析を行うことは不可能である^[24]が、競争法則という視点に立脚して、道德的な視角よりは、むしろ市場構造という視角から競争行為を評価することこそが、市場法則を前にして当然求められるべき謙虚さを具現するものであり、法律の文言を尊重することにもつながると考える。

[1] Karl-Heinz Fezer. Objektive Theorie der Lauterkeit im Wettbewerb[G]/ /Ohly. Festschrift fuer Gerhard Schrickler. Muenchen: C.H. Beck, 2005: 671.

[2] 王先林「論反不正当竞争法調整範圍的擴張—我国《反不正当竞争法》第2条的完善」[J] 中国社会科学院研究生院学报2010年6期71頁。

[3] 邵建東「反不正当竞争法中的一般條款」[J] 法学1995年2期33頁。

[4] 孟雁北「反不正当竞争法視野中的商業道德解讀—以互聯網行業反不正当竞争行為的規制為例証」[J] 中国工商管理研究2012年12期19-20頁。

[5] Smith. The Wealth of Nations: The Economics Classic - A Selected Edition for the Contemporary Reader [M]. Wiley, 2010: 236-237.

[6] 謝曉堯『競争秩序の道德解讀：反不正当竞争法研究』[M] 北京：法律出版社(2005) 10-16頁。

[7] Glöckne, Henning - Bodewig. EG - Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem “neuen” UWG? [M]. Wettbewerb in Recht und Praxis, 2005: 1317.

[8] Harte - Bavendamm, Henning - Bodewig. UWG [M]. Muenchen: C.H. Beck, 2009:

143-145.

[9] Emmerich. Unlauterwettbewerb [M]. Muenchen: C.H. Beck, 2012: 53.

[10] 孔祥俊『商標与不正当競争法：原理与判例』[M] 北京：法律出版社（2009）681-682頁。

[11] Dinwoodie, Janis. Trademarks and Unfair Competition [M]. New York: Aspen Publishers, 2004: 15.

[12] Ohly. The Freedom of Imitation and Its Limits—An European Perspective [J]. International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2010, (5): 506-507.

[13] ロン・フラー著、鄭戈訳『法律の道德性』[M] 北京：商務印書館（2011）209-210頁。

[14] 戴磊「利用工作經驗獲取貿易機會的行為定性」[J] 人民司法2010年6期4-8頁。

[15] 劉春田「一絲不苟的法律精神，不拘一格的務實態度—評青島市中級人民法院一審對“進口日本海帶貿易機會”糾紛的判決」[J] 電子知識產權2009年4期65-69頁。

[16] Hayek. The Road to Serfdom [M]. The University of Chicago Press, 1975: 156.

[17] Piper, Ohly, Sosnitzer. UWG [M]. Muenchen: C.H. Beck, 2010: 25.

[18] 費孝通『鄉土中国生育制度』[M] 北京：北京大學出版社（1998）24-42頁。

[19] Hayek. Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren [G]/ /Streit, Vanberg. Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung: Aufsätze zur Politischen Philosophie und Theorie. Mohr Siebeck, 2012: 322.

[20] Andriychuk. Thinking inside the Box: Why Competition as a Process Is a Sui Generis Right—A Methodological Observation [G]/ / Zimmer. The Goals of Competition Law. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012: 95, 96.

[21] 于飛「違背風俗故意致人損害与純粹經濟損失保護」[J] 法學研究2012年4期49頁。

[22] Stucke. What Is Competition [G]/ /Zimmer. The Goals of Competition Law. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012: 52.

[23] Gloy, Loschelder, Erdmann. Wettbewerbsrecht [M]. Muenchen: C.H. Beck, 2010: 10.

[24] Podszun. Der “More Economic Approach” im Lauterkeitsrecht [J]. Wettbewerb in Recht und Praxis, 2009, (5): 509-518.

【訳者付記】

本訳は、文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成23年～平成27年度）「情報財の多元的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築」による研究成果の一部である。