

## 信用毀損による不法行為責任に関する一考察：いわゆる侵害警告による損害を題材として

高岡，大輔  
九州大学大学院法学研究院：准教授

<https://doi.org/10.15017/4705302>

---

出版情報：法政研究. 88 (2), pp.1-70, 2021-10-15. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics)  
Kyushu University  
バージョン：  
権利関係：

# 信用毀損による不法行為責任に関する一考察

——いわゆる侵害警告による損害を題材として——

高岡大輔

はじめに

(一) 不当な侵害警告の意義

(二) 問題の所在

(三) 検討の視角

第一章 ドイツ法における不当な保護権警告による責任

第一節 営業権侵害における保護権警告の位置づけ

(一) 設立され稼働中の営業の権利の侵害

(二) 営業関連性要件と保護権警告

(三) 違法性の判断

(四) 警告者の過失の判断

(五) 補充性

(六) 不当な保護権警告による責任

第二節 保護権警告とその他の不当請求との対比

(一) 問題の所在

(二) その他の不当請求による責任

(三) 保護権警告とその他の不当請求との関係

第二章 侵害警告における信用損害に関する日本の裁判例

第一節 問題の所在

(一) 侵害警告の意義

(二) アンケートによる調査

(三) 検討の方針

第二節 裁判例における信用損害の分析

(一) 責任の判断基準の概観

(二) 裁判例における信用損害の分析

第三節 直接警告による逸失利益

おわりに

アンケート調査

## はじめに

### （一） 不当な侵害警告の意義

信用毀損に関する民事事件の中でも、いわゆる侵害警告ないし権利侵害警告の類型については極めて多くの裁判例が知られている。ある者の営業活動によって自己の特許権、実用新案権などの営業上の権利が侵害されると考えた者が、その侵害に対して自己の権利を防衛しようとして、侵害行為を停止するよう要求したり、侵害を継続すれば差止請求や損害賠償請求などの法的措置を講じる旨の警告を行う事例である。特許権等の知的財産権侵害に基づく警告が典型であるが、そのほかに不正競争防止法違反（例えば形態模倣行為（不正競争防止法二条一項三号））に基づく警告も多く行われており、これを含めて以下では侵害警告という。

侵害警告は二つに大別される。第一は、警告者が、ある競業者が自己の権利を侵害する行為等をしていると考えたとき、その競業者自身に対して、その侵害となつている特定の営業活動を停止・縮小することを要求するものである（直接警告）。第二は、その競業者の取引先に対して、当該競業者との取引を控える等の要求をするものであり（対顧客警告）、こちらが議論の中心となつてきた。要求の態様は、特定の取引先に書面を送付する場合から、一般消費者に向けてウェブサイトで競業者による権利侵害を主張する場合まで、幅広い。ところで、例えば特許権の場合には物の生産による侵害のほかに物の使用・譲渡による侵害も成立しうるから、対顧客警告がその顧客自身の使用・譲渡による権利侵害に対する警告という体裁をとることがある。しかしこの場合も、対顧客警告の真の標的は被警告者ではなくて、やはり、生産等を行いその被警告者に製品の供給を行っている競業者であることが多い。被警告者自身は、競業者の顧客であると同時に警告者の顧客でもあったり、警告者の顧客となるよう勧誘される潜在的顧客であったりするからであ

説  
論  
る。そのため、従来から、対顧客警告はこの不正競争行為としての性質に着目して論じられてきた。この警告の標的とされた競業者を、以下では単に警告の相手方という。

警告は、相手方に後述のような種々の不利益を生じさせるが、相手方が実際に警告者の権利を侵害していたのであればそれを受忍すべきである。しかし、警告の基礎とされた権利ないし侵害が存在しないという意味で、警告が不当な場合がある。警告者が警告の根拠とした権利に無効事由があり警告後に無効の審判を受けたとか、警告者の権利は存在していたが被告者の行為はその侵害に当たらなかった、といった諸事例である。このとき、相手方に生じた不利益を全てそのまま相手方に引き受けさせることは適切ではない。もともと、警告が先の意味で不当であったことから直ちに、警告者に相手方の不利益に対する責任を負わせることも適切でない。侵害警告は、営業上の権利の保護という観点から非常に重要な役割を担っており、実務上、ある機会に被告者となる者も、別の機会にはしばしば警告者となる。そのことは、上場企業を対象として実施した権利侵害警告に関するアンケート調査<sup>26</sup>からも、うかがうことができる。不当な侵害警告に対する責任をあまりに広く認めるときは、警告がもともと営業上の権利保護のために果たしている機能を損なってしまう、結局は当事者双方にとって有益とならない。

## (二) 問題の所在

第二章において改めて触れるように、裁判例においても学説においても、不当な直接警告に対する責任は実際上ほぼ認められていない。これに対して、対顧客警告については、昭和四〇年代以降、不正競争防止法二条一項二一号の信用毀損行為あるいは民法七〇九条の不法行為として、相手方による訴訟が多数提起されてきた。責任が肯定された例も多い。相手方からの請求の内容は事例に応じて異なるが、金銭的損害賠償請求をみると、いくつかの代表的な損害項目が

ある。第一に、この警告に対応した防衛を行うために費用を支出したこと。典型的には警告者との交渉や裁判手続を行う弁護士費用であり、ほかに従業員を動員して社内調査を行う費用などがある。第二に、問題とされている営業活動を停止したり縮小したりしたことや、対顧客警告に顧客が応じて従来の取引を失うことで、警告がなければその営業活動から得られたであろう収益を失ったこと。警告者から差止め処分を受けた場合や、相手方が警告内容について疑義を持ちながらも、交渉中の経過的な措置としてやむを得ず、いったん当該活動を停止・縮小した場合にも生じる。第三に、対顧客警告をはじめとして、警告を受けたことが相手方の取引先等に知られたときは、取引上の信用を失うこと。対顧客警告の場合に、この信用低下は典型的にはいわゆる無形損害として取り上げられる。

このうち逸失利益や防御費用は直接警告の場合にも生じうるが、裁判例や通説はこれに対する責任を否定し、対顧客警告の場合に限って責任を認める。ここに責任成立要件としての信用の機能がある。また、第二章で扱う裁判例を見れば、各損害項目はそれぞれ孤立しているのではなく連続的である。逸失利益や防御費用のうちで立証に成功しなかったものが、無形損害として取り上げられ、その請求の一部を認められる。信用という受け皿を持たない他の営業侵害で逸失利益の立証困難が大きな障害となることと比較すれば、こうして立証責任を緩和することもまた、信用の重要な機能である。そして、信用損害としての無形損害には、逸失利益とも防御費用とも異なる部分もある。

不当な侵害警告による損害を、これらの信用の機能に着目して分析することは、信用という法益、ひいては営業侵害による責任を考察するために好適の材料である。こうした点の検討は、従来は必ずしも十分でなかった。

### （三） 検討の視角

議論の中心となってきたのは対顧客警告による責任である。その規律の特徴は、営業侵害のうちで侵害警告が一般に

有する特性と、対顧客警告固有の特性すなわち信用という法益の特性とに、それぞれ由来すると考えられる。侵害警告一般の特性として、客観的に誤った権利主張による加害であるという、不当訴訟をはじめとする不当請求の他の事例との類似性がある。<sup>(1)</sup> また、信用という法益の特性を考える上で、直接警告と対顧客警告を対比しつつ裁判例における信用損害（いわゆる無形損害）の内容を分析することが有益である。

以上の課題に取り組むために、第一に、侵害警告（保護権警告）に関して不当請求や他の営業侵害との関係という視点から議論の蓄積があるドイツ法との比較を行い、第二に、下級審ながら豊富な材料を有する日本法の裁判例の分析を行う。ドイツ法との比較は日本の裁判例の特徴を明らかにするために有益である。

- (1) 先駆的文献として、土肥一史「営業誹謗行為としての権利侵害警告」日本工業所有権法学会年報五号（一九八二年）五六頁以下。
- (2) その内容と結果については本稿の末尾に掲載する。
- (3) 権利侵害警告に関する裁判例において、『不正競争防止法研究「権利侵害警告」と「営業秘密の保護」について』（日本弁理士会中央知的財産研究所、二〇〇七年）一五二頁以下。
- (4) 従来の議論においても、特に後述のいわゆる新傾向の裁判例を支持する見解は、この視点を有していた（代表的なものとして、高部真規子「知的財産権を侵害する旨の告知と不正競争行為の成否」ジュリスト二一九〇号（二〇〇五年）九七頁。ときにはより一般的に、「訴訟外の権利行使における不法行為該当性を考えるに当たっては、訴訟上の権利行使における不法行為該当性との均衡を図る必要がある」（いわゆる過払金請求に関する最判平成二十一年九月四日民集六三卷七号一四四五頁について、判時二〇五八号（二〇一〇年）五九頁の解説）という感覚も、一部の実務家の間に見られた。

## 第一章 ドイツ法における不当な保護権警告による責任

ドイツ法において、特許権等の営業上の保護権を侵害する行為に対する警告は実務上重要な機能を果たしている。す

なわち、特許訴訟を提起する前に警告を行うことで、金銭的・時間的負担の大きい訴訟に至る前に紛争を解決することが期待される。<sup>(5)</sup>これは両当事者にとって有益である。<sup>(6)</sup>しかし同時に、警告が不当であった場合のために、警告の相手方にも一定の保護が与えられる必要がある。ドイツ法においては、不当な保護権警告 [Schutzrechtsverwarnung] による責任は、民法上の不法行為（ドイツ民法八二三条一項、以下本章においてドイツ民法は条文のみで引用する）として責任を生じさせる。

八二三条一項は、権利侵害による不法行為の規定であり、その要件となる権利を限定列挙している。営業は、この明文には含まれていない。八二三条一項には絶対権と並んで「その他の権利」も挙がっているが、これは所有権に類似するような排他的支配権を指すと解されてきた。<sup>(8)</sup>判例は、営業保護のために、古くから、所有権との類比に依拠して「その他の権利」としての営業権を認めてきた。いわゆる設立され稼働中の営業の権利 [Recht am eingerichteten ausgeübten Gewerbebetrieb] である。<sup>(9)</sup>保護権警告は、判例において営業権侵害として認められる最大の類型である。この領域における規律の展開は判例によって主導されているため、以下では判例の展開を中心に述べる。<sup>(10)</sup>保護権警告事例の特性を浮かび上がらせるために、まず、保護権警告に関する一般的規律と、営業権侵害の規律全体の中でのその位置づけを確認する（第一節）。続いて、判例が保護権警告による責任の規律を扱う中で不当請求事例との対比という視点をとることから、不当訴訟等の不当請求の規律との対比を行う（第二節）。

## 第一節 営業権侵害における保護権警告の位置づけ

筆者は以前、ドイツ法における営業の間接的侵害について検討したことがある。<sup>(11)</sup>以下の内容のうち営業権侵害の全体についての記述は、そこで述べたことと重なる部分があるが、簡単に確認する。

## (一) 設立され稼働中の営業の権利の侵害

営業権侵害には八二三条一項が適用されるが、その規律には、同項に列挙された他の権利の侵害とは異なる特徴がある。第一に、生命・身体等の絶対権の場合は、それらが侵害されただけで権利侵害の要件が満たされる。これに対して、営業権侵害の場合は、営業が何らかの侵害を受けたことに加えて、侵害の直接性ないし営業関連性[Betriebsbezogenheit]が要求される。<sup>12)</sup> 第二に、絶対権侵害は、少なくとも直接的侵害の場合には、侵害によって違法性が徴表される。これに対して、営業関連性のある営業権侵害はそれだけでは侵害の違法性を徴表しない。侵害の違法性は、原則として、別途、当事者間の利益衡量を経て判断される必要がある。<sup>13)</sup> 第三に、営業権侵害の構成は、他の構成によって損害賠償請求権が成立しない場合にのみ用いることのできる、受け皿的構成要件である。<sup>14)</sup> 例えば所有権侵害等の他の構成によって損害賠償請求権が成立する場合には、営業権侵害の構成に依拠することはできない。

営業権侵害として挙げられる事例には、直接の物理的妨害、間接的侵害など、<sup>15)</sup> いくつかのパターンがあり、それぞれの種類について前記諸要件を満たすか否かが議論されてきた。保護権警告(特に単なる直接警告)に関しては、そもそも何らかの意味で侵害といえるのかどうか問題となりうるように見える。被警告者としては、自らの意思で警告による要求を拒絶することもできるからである。判例は、この点をその他の不当請求と対比して説明するので、この問題は第二節において後述する。ともあれ、保護権警告事例は、判例が一貫して営業権侵害による不法行為を認めてきた代表例である。歴史的には、保護権警告事例に対処するために、営業権の法理が展開されてきたともいえる。<sup>16)</sup>

（二）営業関連性要件と保護権警告

営業権侵害にのみ侵害の営業関連性という特別の要件が要求されるのは、八二三条一項がもともと、生命・身体や所有権をはじめとする有体的法益の直接的・物理的侵害を念頭に置いて構成されており、営業権はそれらとは性質が異なることによると考えられる。生命・身体や所有権は権利者に一定の物理的空間の支配が割り当てられており、権利侵害の存否は外形的に判断できる。これに対して、営業にはそのような割当内容はないため、営業権は第三者に対する行為規範の束として理解し、その個別の規範とその侵害の存否を判断するほかないと考えられてきた（粹的権利<sup>(19)</sup>）。そのためには行為自由等との衡量が必要となることから、営業関連性要件を社会生活上の義務という形で位置付ける学説も有力に主張される<sup>(20)</sup>。

営業関連性ないし直接性要件の具体的内容は、判例・学説においても明らかにされていない。しかし少なくとも、判例は、その定義として古くから、「営業を事実上妨害する」侵害と並んで、「営業の法的許容性を否定しその停止または縮小を要求する」侵害を挙げってきた<sup>(21)</sup>。前者は物理的な入店妨害等の事例を、後者が保護権警告事例を念頭に置いていることは明らかである。この二つの事例類型が、ドイツ法における営業権保護の原点である<sup>(22)</sup>。もともと、これらの事例において営業関連性が一般に肯定される理由について、判例は明確には説明しない。物理的妨害の事例が営業関連性を有することは、所有権侵害との類比という観点から説明できる。そもそも、営業権の保護自体も、侵害の営業関連性ないし直接性の要件も<sup>(24)</sup>、ともに、この類比から出発したものであった。一定の物理的領域に対する保護であるという点では、物理的入店妨害の事例は所有権保護の延長線上にあるといえる。

これに対して、保護権警告事例では物理的境界は問題とならない。判例は、「法律が保護に値するとみなした対象とその保護領域を定める客観的限界を超えて、競争が制限されない<sup>(25)</sup>」ことの必要性を強調し、近時でもまた、不当な保護

権警告の場合には「八二三条一項の絶対的保護権と等置される客観的成立要件」<sup>(26)</sup>が問題となると述べているが、その趣旨は明確でない。確かに、対立利益である警告者の保護権の側は客観的限界を有しており、<sup>(27)</sup>保護権との間の境界に関する限り、営業ないし競争の自由の外延は客観的に明確になりうる。もし判例が、その外延の内部では競争者の営業自由（設立され稼働中の営業に「対象として有体化」<sup>(28)</sup>「gegenständliche Verkörperung」）を不法行為法上保護すべきだ、というのであれば、ここにも所有権との類比が見出される。

### (三) 違法性の判断

営業権侵害の通常の事例においては、違法性の徴表は認められていない。<sup>(29)</sup>そもそも、大部分の競争行為は他の企業の営業活動領域を侵すものであり、<sup>(30)</sup>営業活動を結果として害する行為の全てを、違法な営業権侵害として扱うことはできない。ここでは、法益を害することが原則として違法である、という典型的絶対権侵害の考え方は実態に即しておらず、加害者の利益と被害者の利益との衡量によって、侵害の違法性を判断する必要がある。

もともと、実際に具体的な利益衡量によって違法性の判断が行われている事例は、争議行為や表現行為<sup>(31)</sup>のように、一般的な行為自由とは別に、侵害行為を正当化しうるような基本法上の権利が存在する場合である。<sup>(33)</sup>保護権警告の事例においては、単に警告の基礎となった保護権またはその侵害が実際には存在しなかった、ということによって客観的に、警告の違法性が認められる。<sup>(34)</sup>そのことについて初期の判例は、警告者は、排他的権利の主張による利益を享受することの対応物「Korrelat」として、その権利の主張と結びついたりリスクも負担しなければならぬのだと説明していた。<sup>(35)</sup>その後の判例は、警告者の主観的善意を問題とせずに客観的に違法性を判断することを、保護権警告の事例ではさらなる警告に対する差止請求権が実務的に重要な意義を持つているということから正当化する。<sup>(36)</sup>二〇〇六年には、保護権警告事例においても違法

性判断のために利益衡量を課した判決があつたが、この方向性はその後踏襲されず、現在でも、警告の客観的不当性によって違法性を認める態度がとられているようである。<sup>(37)</sup> 違法性の客観的判断方法を正当化する上で、判例においては、不当訴訟等の不当請求の事例との対比も重要な役割を果たしている。この点については第二節において述べる。

#### （四）警告者の過失の判断

侵害の営業関連性及び違法性が肯定される結果として、不当な保護権警告の事例における実質的な責任判断の焦点は、警告の不当性すなわち保護権侵害の存否と、過失の存否の判断に置かれる。この点は、他の営業権侵害の事例において営業関連性あるいは違法性の判断が決定的問題であるのと異なっている。

判例によれば、不当な保護権警告による責任の要件は、警告者が過失によって行為したこと足りる。しかし、警告者に対する過失非難を基礎づけるためには、警告の相手方が当初から警告の不当性を主張していて、かつその警告の不当性が後に明らかになったというだけでは足りない。<sup>(38)</sup> 過失を基礎づけるためには、警告者が自分の保護権ないしその侵害を誤信したことについて、要求される注意を尽くしていなかったといえることが必要である。そして、専門家に依頼して助言を受けたというだけでは注意を尽くしたことにはならない。<sup>(40)</sup> 注意義務が緩和される場合として、特許権のように保護権成立のために十分な審理がされる権利に基づく警告の場合は、警告者としては、権利の存在について公官庁の判断を信頼してもよいとされている。<sup>(41)</sup> それ以外の、成立要件の実質的な審理なしで成立する権利に基づく警告の場合は、警告者により慎重な行動が求められる。<sup>(42)</sup>

さらに、直接警告と対顧客警告の相違も、過失判断に影響を与える。顧客は一般に、争いを避けることを好み、警告の正当性を詳しく検討することなく、警告に屈する傾向にある。警告対象である製造者等は、そもそも警告の存在を知

らないままこの不利益を受けることがあり、また自分の顧客に対して警告があったと知った場合でも、有効な措置を取ることが難しい。そのため、対顧客警告は、製造者を特に甚だしく害する。したがって、直接警告が奏功しなかったとか、特別な事情が例外的に製造者警告を適切でないとと思わせ、かつ権利状況を注意深く検討して、客観的に考慮すれば警告者が自己の請求権が正当であると考えてよい場合に、初めて対顧客警告を行うことが許される。<sup>(43)</sup>

### (五) 補充性

(一) で述べたように、設立され稼働中の営業の権利という構成は補充性を有する。これとの関係で問題となるのは、次のような他の法律構成の可能性である。しかし、通説・判例はそのいずれも認めていない。

第一に、保護権警告事例においては、警告者は、相手方に対して損害を与えること自体は認識しており、ただその基礎となる保護権ないしその侵害の存在を誤信している(正当化事由の錯誤)だけである。そのため、学説では警告者には故意があり、故意の良俗違反による責任(八二六条)<sup>(44)</sup>が成立する、という見解が主張される。<sup>(45)</sup>しかし、通説は、存在しない保護権ないしその侵害を過失によって誤信して警告を行う事例は、過失による侵害であると理解している。<sup>(46)</sup>

第二に、不当な対顧客警告は、第三者である顧客に対して、相手方が保護権侵害をしているという誤った情報を伝えるのであるから、真実に反する事実の流布として、競争目的であればUWG四条二号、それ以外であれば信用毀損(八二四条)による責任を成立させようにも見える。学説ではこれを支持するものもあり、オーストリアでは判例がこの立場で事実主張に関するオーストリア不正競争防止法七条を適用する。<sup>(48)</sup>しかし、ドイツの判例は、保護権警告において問題となるのは法的見解の表明すなわち価値判断であり、事実主張ではないとして信用毀損規定を適用しない。<sup>(49)</sup>対顧客警告が一般不法行為として構成されるのはこの欠缺を補うためである。

（六） 不当な保護権警告による責任

責任が成立する場合、被害者は、警告者に対し、警告によって生じた損害の賠償を求めることができる。警告が弁護士等の誤った助言に基づいて行われたときは、警告者と並んでその弁護士等の責任を追及することも認められうる。<sup>(54)</sup>

典型的な損害は、警告に対抗するための防御費用、例えば、訴訟に至るまでに支出した弁護士費用（訴訟のために支出した弁護士費用については、後述するドイツ民法九一条の問題となる）<sup>(55)</sup>や、警告者の保護権の無効を申し立てるために支出した手続費用であり、金銭的損害賠償の内容としてただこれだけが請求されることも多い。

逸失利益も一般論としては損害賠償の対象に含まれる。<sup>(56)</sup>例えば、交渉の過程で一時的に、問題となった製品の製造・販売を停止・縮小したことによる損害がこれに当たる。実際には、第一訴訟において、不当な警告によって被害者が請求されることもあるが、<sup>(57)</sup>そうでない場合も多いようである。ときには、第一訴訟において、不当な警告によって被害者に生じ、今後生じる全ての損害の賠償義務を確認する確認判決を得て、第二訴訟において逸失利益の賠償を請求するという方法も見られる。もつとも、第二訴訟において、防御費用の賠償は認められても逸失利益の賠償が否定されることもある。<sup>(58)</sup>

不当な警告の相手方は、金銭的賠償とは別に、警告者にさらなる警告をしないよう求める差止請求権を有する。<sup>(59)</sup>特に対顧客警告の拡大や、直接警告から対顧客警告への移行を差し止める点に意味がある。

## 第二節 保護権警告とその他の不当請求との対比

## (一) 問題の所在

第一節(二)・(三)において述べたように、保護権警告はその基礎とされた保護権ないしその侵害が存在しないときは営業権侵害であり、違法となる。ところで、不当な保護権警告の事例は、自己の権利の存在を誤信して相手方に要求を行うことによつて損害を生じさせる点で、不当請求のその他の事例と共通する。しかし、一般的には、客観的に不当な権利主張が、それだけで相手方の権利の侵害になることや違法であることは、認められていない。判例は、この相違を正当化するために不当請求のその他の事例との対比を行つており、保護権警告事例の特殊性を強調してきた。

これを検討する前提として、まず不当請求による責任の一般的規律を確認しておきたい。司法手続外での単純な不当請求と、訴訟など各種の司法手続を利用して不当請求を行う事例があり、それぞれ責任の規律が異なる。

また、不当請求の各事例における規律では、一般的に、請求が一時的にもせよ実現されたことによつて生じる損害と、その他の損害とで、扱いが異なる。第一節で見たように、保護権警告の事例では逸失利益と付随的損害の賠償で要件に差はなかったが、不当請求の他の事例との対比から、この損害の性質による区別という示唆が得られる。<sup>(58)</sup>すなわち、請求が何らかの理由で実現された場合の、いわば請求内の損害の賠償は、実質的には不当利得返還の問題である。しかし、何らかの理由で損害賠償構成が選択されることがあり、一般的には損害賠償請求が認められやすい傾向にある。付随的損害としては、防御費用、信用低下によるものを含む営業上の損失、ときには健康悪化による損害なども主張される。これらの付随的損害に対する責任は、若干の例外(とりわけ防御費用)を除いて認められない傾向にある。

(二) その他の不当請求による責任

(ア) 司法手続外での不当請求による責任

司法手続を用いないで、単に当事者間で、客観的に不当な請求がなされる場合が、不当請求事例の基本といえる。後に請求が不当だと明らかになったとき、請求内の損害としていったん請求に応じて物やサービスなどの給付をしたことと、付随的損害としては、請求が不当だと考えて防御のために調査費用・弁護士費用等を支出したことが問題となる。<sup>(59)</sup>

(a) 請求内の損害

不当な請求に基づいて給付がされたとき、給付したものについての不当利得返還請求が認められうる。<sup>(61)</sup> 原物返還可能な単純な物・金銭の給付であればこれで足りる。しかし、一定の役務等の給付が問題となつているとき、相手方はあえて損害賠償請求の構成をとることがある。損害賠償の構成がとられるのは、給付の価値を問題とせず、ただ給付に要した費用を請求するためと考えられる。不当請求の当事者は契約関係あるいはそれに準じる関係にあることが多いが、ここでは契約法上の損害賠償請求権が用いられる。判例も、有責な契約違反（二八〇条一項）や契約締結上の過失（三二一条）による責任の適用可能性を認めている。<sup>(62)</sup>

例えば、売買契約の目的物であるナースコール装置が正常に動作せず、買主が目的物に瑕疵があったと考えて売主に對して瑕疵の排除を請求し、売主が修補作業を試みたところ、実際には動作不良の原因は買主の配線にあったという事例では、有責な契約違反による損害賠償が認められた。損害賠償の内容は、売主が作業のために支出した費用（六時間分の労働について一時間当たり九〇ユーロと、四二四km分の移動費用）であつた。これは売主が不当な請求に応じたことによる費用であり、配線の修正という容易な作業の客観的価値は問題とならない。その代わりに、損害賠償請求権独

自の要件、すなわち、自己の答責領域に問題の事象の原因があることを知らなかったことについての過失が要求される（本件では買主も電気設備を扱う事業者であったことから、買主の過失は肯定されている）<sup>(85)</sup>。

(b) 付随的損害（防御費用）

判例によれば、司法手続の利用による請求に特有の正当化（後述）は働かず、過失不法行為の規定（八二三条一項）がそのまま適用される<sup>(86)</sup>。しかし、結論としては損害賠償責任は成立しない。ドイツ不法行為法の基本的規定である八二三条一項は、前述の通り絶対権に準じる権利侵害を要件とする。そして、判例によれば、請求によって相手方に弁護士費用等を支出させることは、八二三条一項の意味での権利侵害ではなく、いわゆる純粹財産損害を生じさせるものに過ぎない<sup>(86)</sup>。したがって、たとえ請求権があると誤信したことについて請求者に過失があっても不法行為は成立しない。

例外的に、防御費用について損害賠償請求権が成立しうるのは、主張された請求権が、明らかに事実上または法律上の基礎を有していなかった場合である。この場合には、故意の良俗違反の加害による不法行為（八二六条）として、相手方が支出した弁護士費用等について損害賠償責任を負うことがある<sup>(86)</sup>。

なお、防御費用については民法上の費用償還請求権（ドイツ民法九一条<sup>(87)</sup>）が援用されることもあるが、判例はこれを否定している<sup>(88)</sup>。ドイツ民法の費用償還請求権はあくまで訴訟費用の負担の規律であって、不当な請求に対する一般的な費用償還請求権を意図したものではなく、一般的には、不当な請求を受けることは一般生活危険に属しているからである。ただし、請求を受けた側から消極的確認訴訟を提起するという方法をとれば、そこでの弁護士費用等はドイツ民法九一条の費用償還請求権を用いることができる。

防御費用の他の請求根拠として、不当請求当事者間では請求に当たって相手の利益を害しないように配慮する特別結合関係が生じるなどと主張されたこともあったが、判例はこれも退けている<sup>(89)</sup>。

(イ) 訴訟による不当請求による責任

司法手続を利用した不当請求の場合には、それぞれの手続に依じて不法行為責任の成立を限定する制度上の考慮が働く。その頂点が訴訟による不当請求の事例であり、責任はごく限られた場合にしか生じない。

(a) 原則的規律

請求内の損害が問題となるのは、判決確定後に不当性が明らかとなる事例である。ここでは、既判力制度の機能を確保するため、ドイツ民訴法五七八条以下の再審事由がない限り、その不当性を主張することは許されない。<sup>(70)</sup>

これに対して、付随的損害が特に問題とされるのは、請求の不当性が判決確定前に明らかとなって請求が棄却される事例である。このうち防御費用は、訴訟費用敗訴者負担の規定（ドイツ民訴法九一条）によって、償還請求することができる。かくして、ドイツでは、請求の不当性を知りながら、ただ訴訟費用の負担を生じさせることによる相手方への嫌がらせなどの目的で訴訟を提起し追行する典型的な不当訴訟の判例はあまり見られないようである。<sup>(71)</sup> 第二に、防御費用以外の付随的損害については実体法上の損害賠償請求権の問題となる。<sup>(72)</sup> 例えば、特定の物に関する紛争が故意に長期化させられ、その物の利用・処分による営業等に支障が生じたことによる損害などがこれに当たる。故意の場合には八二六条の責任が成立しうるが、自己の権利を誤信していたに過ぎない場合は、原則として責任は認められない。<sup>(73)</sup> 自力救済とは異なり、訴訟提起はまさに私人間の紛争解決のために設けられている手段を利用することだからである。<sup>(74)</sup> 訴訟の制度目的は、事実関係に争いがある場合にも紛争を解決することであり、一方の当事者の認識が結果的に誤っていることは制度が法律上もともと想定している利用形態であって、それだけでは不法な行為とはいえない。<sup>(75)</sup>

## (b) 既判力の覆滅

既判力ある判断に対して、例外的に損害賠償法の規定を援用すること（いわゆる既判力の覆滅 [Durchbrechung]）が認められることがある。このとき、八二六条による不法行為責任の効果として、執行は許されないものとなり、既に執行が開始されていたときは原状回復を求めることもできる。<sup>(77)</sup> その典型例として、古くから、判決が詐取された事例のように、良俗違反の方法で判決が取得された場合が想定されてきた。<sup>(78)</sup> これに加えて、債務名義の取得自体には良俗違反がなくとも、その債務名義を執行のために利用することが良俗違反となるときも、八二六条の責任の成立可能性が認められてきた。<sup>(79)</sup>

判例によれば、既判力の覆滅をもたらす要件は、法的平和と法的安定性のために狭く限定されるべきであり、<sup>(80)</sup> 具体的には次の三つである。①判決が実質的に誤っていること、<sup>(81)</sup> ②判決の既判力が援用され、その判決を利用する側が、判決は正しくないと知っていること、<sup>(82)</sup> ③その判決の利用を良俗違反と思わせるような、特別の事情が付け加わること。とりわけ、③の特別の事情が実際に肯定されることはほとんどない。これを肯定した判例は、通常の裁判ではなくて、一九八〇年代に現れた督促手続の事例に限定されている。<sup>(83)</sup> これに対して、訴訟のように当事者の手続保障が充実している手続の場合には、もともとドイツ民法五七八条以下が既判力を破るものとして定めている事由に至らない程度の瑕疵は、既判力の覆滅をもたらすものではないと考えられているようである。<sup>(84)</sup>

## (ウ) 仮執行等の規定とその類推適用の可否

ドイツ法は、仮執行、仮差押え、仮処分が不当であった場合について、執行債権者の無過失責任を規定している（ドイツ民法七二七条二項、<sup>(85)</sup> 九四五条<sup>(86)</sup>）。これらの手続を利用する者は、自己に権利があると過失なく誤信していた場合であっても、相手方に与えた損害を賠償しなければならぬ。ここには、仮執行の対象となった財産が失われたり、仮差押えの結果として営業活動が不可能になったことによる損害など実行自体による損害と、防御費用が含まれる。<sup>(87)</sup>

この規定は、その基礎にある法思考に基づいて、一定の場合に類推適用が認められている。その法思考とは、終局的でない仮の債務名義に基づいて執行するとき、その請求が実体的に根拠のないものであるかもしれないというリスクは、債権者が負担することが適切なリスク分配にかなう、というものである。<sup>(88)</sup> このような、許されてはいるが危険をはらむ権利行使「Ausübung」に基づく損害は、自己の利益を他人の費用で追及する者、損害の原因を与えた者に負担させることが自然である。<sup>(89)</sup> 具体的には、租税法上の仮差押え、報道法上の反論権<sup>(90)</sup>について、類推適用が認められている。

この趣旨が当てはまらないその他の司法手続については、無過失責任の規定の類推適用は認められていない。そこで問題となりうるのは、過責を要件とする一般不法行為法に基づく責任である。<sup>(92)</sup> 判例は、「錯誤権」の原則と呼ばれる判例法理によって、この責任を限定する態度をとっている。

#### （エ）いわゆる錯誤権の原則

強制執行手続や破産手続開始申立てなども、相手方に不利益を生じさせうる。特に問題となるのは付随的損害に対する責任である。判例は、次のような法理を発展させてきた。すなわち、司法上の手続の利用者は、原則として、自己の権利等を誤信したことに過失があった場合にも責任を負わない（いわゆる「錯誤権」[Recht auf Irrtum]）。

#### （ア）判例法理の展開

判例の出発点といえるのは、（イ）で触れた、訴訟上の不当請求に関する連邦通常裁判所（BGH）の一九五六年三月七日判決であった。<sup>(93)</sup> 続いて、不当な破産手続開始申立てによる損害が問題となったBGH一九六一年一〇月三日判決は、「国が定める、法律で定められ規律された手続を利用する者は、その行為が実体的には正当化されず、相手方にその手続から不利益を生じさせたとしても、直接かつ違法に、債務者の保護された権利領域に対する侵害をするもので

はない」と述べた。<sup>(91)</sup>この部分が、後の判例において「錯誤権」として繰り返し引用される。この原理をさらに展開して現在の判例法理を確立したといえるのが、債務名義成立後に任意に支払いがなされたにもかかわらず、それを見越して不当に強制執行手続が続行された事例に関するBGH一九七九年三月一三日判決である。<sup>(92)</sup>

(b) 錯誤権の原則の基本的内容

以上の判例によれば、第一に、この種の事例でしばしば問題となる営業権侵害に関しては、もし手続の開始それ自体が風評等によって不利益をもたらさしうるとしても、それは被害者が受忍すべきことである。風評等による不利益の発生は、手続の付随的効果であって加害者が自ら直接に加害行為をする場合とは異なっており、営業権侵害とはならない。<sup>(93)</sup>

第二に、健康侵害等の絶対権侵害の場合にも、その違法性は徴表されない。手続利用者は、手続を申し立てる前に自分の権限の正当性を注意深く吟味したり、自己の利益と相手方の利益とを衡量する義務を負わない。<sup>(94)</sup>これは手続法上正当な行為には合法性の推定が働くためである。この推定の根拠は、形式的にのみならず実体的にも正当な法律上の手続の開始及び追行もまた、請求の貫徹それ自体を超えた定型的な損害結果を伴うことがあり、相手方はそれを賠償なくして受忍しなければならない、という点に求められる。<sup>(95)</sup>相手方である債務者の保護は、手続それ自体が、法律上形成された仕組みに応じて引き受けるものであり、手続利用者は、原則として、既に手続法上予定されたサンクション以外に、不法行為実体法によって、単なる過失による権利状況の誤認の結果に対して責任を負うことはない。そうでなければ、重大な国家的利益の存する国家的司法手続の自由な利用可能性を、憂慮すべきほどに縮小させるからである。<sup>(96)</sup>

例外的に責任が成立しうる場合として、故意の良俗違反の加害(八二六条)の場合が挙げられる。また、債権者が債務者の破産手続開始を申し立てたという事実を自ら流布したときは、手続を利用したことではなくその事実を流布したことについて、直接性ないし営業関連性のある営業権侵害(八二三条一項)による責任が成立しうる。<sup>(97)</sup>

（c） 錯誤権の例外

判例によれば、第一に、相手方に手続自体が保障を与えていることが、錯誤権の前提として必須の対応物 [Korrelat] である。そのような手続的保障がないところでは、錯誤権の原則は妥当しない<sup>(10)</sup>。例えば、通常の強制執行手続においては、相手方は対審的手続の下で受領証（三六八条）を提出するなど確実な防御可能性が与えられるので、錯誤権の原則が妥当する。これに対して、例えば執行債務者が占有している物に対して債権者が強制執行を行ったところ、その物が譲渡担保に供されていたり所有権留保を付されていたとき、譲渡担保権者や所有権留保者には手続保障が与えられない。強制執行手続は債務者である譲渡担保設定者等に向けられていて、譲渡担保権者等は手続に参加しないし、参加を求める権利もないからである。そのため、これらの者との関係では錯誤権の原則は妥当せず、法益侵害の違法性も徴表される<sup>(10)</sup>。ここで問題となる損害は、主に強制執行によって担保を失ったために担保目的物の価値に相当する損害を被ったことにある。この点では、相手方の手続保障の必要性による例外は、主に請求内の損害に関するものであるとみることができる。

第二に、手続参加者の錯誤権の限界として、「手続的な意思決定・行為の自由が、責任リスクによって、受忍できないほど侵害されるわけではない」場合には錯誤権は及ばない<sup>(10)</sup>。具体的には、権利追求が不当であることが相手方から指摘され、しかもそれを容易に検討できる場合には、その指摘を認識して適切に対応するよう要求しても、司法手続の利用可能性は侵害されないという。

この二つの限界が意味を持つのは、絶対権侵害と構成されうる場合（第一の例では物権の侵害、第二の例では健康侵害）のみである。営業侵害に関しては営業関連性が存在しないため、営業権侵害の構成をとることはできず（b）、相手方に防御費用を生じさせることも、それだけでは一般生活危険の実現に過ぎない（a）（b）。いずれも純粹財産損害であり、八二三条一項の適用対象ではない。

## (三) 保護権警告とその他の不当請求との関係

## (ア) 問題の所在

ここまで述べてきたことによれば、不当な保護権警告の規律とその他の不当請求の規律の相違は、次の二点にある。第一に、不当な保護権警告が営業権侵害という権利侵害として扱われたのに対して、その他の不当な請求による営業損失は営業関連性がない純粹財産損害に過ぎない。第二に、不当な保護権警告がその不当性だけで違法性を基礎づけるのに対して、その他の不当請求は、権利侵害が認められても、錯誤権の原則によつて容易に違法性が認められなかった。

判例は、この相違を保護権警告の特殊性に依拠して説明しようとしている。次の二つの判例はいずれも直接警告の事例であるが、明らかに、対顧客警告の事例をも意識している。

(イ) 判例における保護権警告とその他の不当請求との関係

【判例一】BGH一九六二年一月五日判決<sup>(16)</sup>

## 〔事案〕

XとYは、それぞれ子供用ミシンの製造を行う工場を経営しており、長年にわたつて競争関係にあった。Yは、ある子供用ミシンについて実用新案を取得し、Xに対して、Xはこの実用新案を侵害していると通知した。しかしXは、Yの実用新案の重要な要素は公知であったとして異論を唱えた。Yは、訴訟を提起すると警告した後、約半年後には実際にXに対する訴訟を提起して、Xの子供用ミシンの製造・販売の停止、損害賠償等を求めた。これを受けてXは、問題となっている商品の製造または販売を自ら一時的に限定しつつ、訴訟においては請求棄却を求め、さらに特許庁にYの実用新案の抹消を申し立てた。その結果としてYの実用新案は抹消され、Yはこれを受けて訴訟を取り下げた。しかし、

Xは取り下げの同意を拒否して、不当な警告を理由とする損害賠償を求めて反訴を提起した。

Yは、実用新案の要件の検討は困難であるから錯誤は許容されるべきである、また被告は任意に警告に従ったのだから、その損害について重過失がある、と主張した。原審は、反訴請求を一部認容し、Xの共同過責（二五四条）として四分の一を減額した。これに対してYが上告した。

〔判旨〕

上告棄却。他の不当請求との対比については、大要次のように述べる。

(i) 保護権警告の特殊性について

不当な保護権警告は、不当な給付請求の一事例に過ぎない。そして、不当な給付請求の場合、給付したものの返還を求めることは別として、原則として損害賠償を請求することはできない。しかし、保護権警告（直接警告）の事例においては、その例外を正当化しようとする特殊性が存在している。決定的なのは、警告による差止請求が相手方の営業主体に生じさせる深刻な作用である。それは、一般に不当請求によって相手方に生じる結果をはるかに超えている。また、被警告者から警告の結果として奪われたものがまさに警告者に流入した、ということを通常は証明できないから、不当利得返還請求権によつては補償を受けられない。保護権警告は相手方を、問題の製品の製造・販売を継続するか否かという問題に直面させる。そこでは知的財産法上の判断がほとんど常に困難であり、時間がかかる。また、警告者の損害の計算が特殊であり、被警告者が正当な警告を無視して営業を継続したときは、その営業によって取得した収益を、たとえ被警告者の侵害がなくても警告者が得られていなかったものであろうと、支払わなければならない。<sup>(16)</sup>そのため、保護権警告における被警告者は、その他の不当な請求を受けた債務者とは全く異なる問題状況に置かれる。

(ii) 錯誤権との関係について

司法手続外の警告とは異なり、警告に対応する差止訴訟が提起される場合には、司法手続における請求についての錯誤の原則が問題となりうる。しかし、この場合は、錯誤権が認められている事例とは完全に利益状況が異なる。誤信した保護権に依拠した訴訟の違法性も、訴訟外で表明された警告と同様に判断すべきである。直ちに訴訟を提起する者を、事実及び権利の状況を明らかにするために事前に警告をする者よりも、法的に有利な地位に置くべきではない。訴訟外での警告は、権利状況明確化と紛争回避の意義があり、営業上の保護権の領域における法生活の、不可欠で特別に重要な構成要素をなす。保護権者を、直ちに訴訟を提起した場合には八二三条一項の賠償義務から免れさせるとすれば、そのような根拠のない優遇は法的平和を脅かし、営業上の権利保護の領域における耐えられないほどの法的不安定性をもたらすに違いない。さらに、警告は、通常は、その背後に存在する差止訴訟の可能性によってのみ、その意味と効果を有する。この理由からも、警告が違法であるのに、それに対応する訴訟が適法であると考えすることはできない。

【判例二】BGH二〇〇五年七月一日五五決定<sup>(10)</sup>

〔事案〕

水道の湯水混合栓と付属品を製造・販売するYは、混合水栓の出水路について立体商標を有していた。Yは、水栓の出水調節器の製造業者であるXに対して、商標権侵害を主張して、製造・販売の差止め等を求めた。Xはこれを根拠がないとして拒絶し、特許商標庁に商標の抹消を申請した。これに対してYは、Xによる対象商品製造・販売の差止と損害賠償義務の確認等を求める訴訟を提起したが、その間に、特許商標庁はYの商標を抹消した。Yは訴えを取り下げたが、Xは反訴を提起して、抹消手続において支出した費用の損害賠償を求めた。控訴裁判所が反訴を棄却したためXが上告した。

BGH第一民事部は、錯誤権の原則によれば保護権警告は不当であっても原則として違法ではなく、従来の判例を維持できないのではないかと考え、<sup>(11)</sup> 回付「Vorlage」を行った。<sup>(12)</sup> しかし、大法廷はこれを退けて従来の判例を維持するこ

とを明らかにした。判決は、大要次のように述べて錯誤権の原則の適用を否定した。

〔判旨〕

(i) 保護権警告による責任の必要性について

自分の権利を主張する保護権者の利益と、既存の権利の外側で自由に行為する競争の利益とは、どちらも基本法上保障されており、調整が必要である。保護権者が、自分に帰属する保護権の範囲外の保護を請求することが許され、かつ、その保護範囲を有責に見誤ったことから経済的利益を引き出してよく、それによって競業者に生じさせた損害に対して賠償義務を負うこともないとすれば、その調整はもはや有効に担保されていない。

とりわけ対顧客警告の場合には、顧客は競業者とは違って保護権者と交渉する利益をほとんど持つておらず、特に不利益なく、保護権者の製品に鞍替えするという選択をすることができる。この状況では、不当な保護権警告による責任の制度がなければ、被告者が深刻な被害を受け、有効に対処することができない。

競業者が、過失により営業上の保護権の保護領域を実際よりも狭く考えるリスクを引き受けなければならないのと同様に、保護権に基づく警告者は、自分に与えられていない保護を過失により請求したことについて責任を負わさる。これによって、知的業績の保護と競争の自由が、主張の手段に関しても限界の踰越に対する責任に関しても、同等に取り扱われる。個別の事例において、保護権に関する事実状況・法状況の判断の困難さは、当事者双方に存在するかもしれないが、そのことは共同過責の抗弁によって考慮されうる。

(ii) 錯誤権の原則との関係について

判例においては、裁判上の手続の相手方に対する違法性阻却効果（錯誤権）が認められている。確かに、保護権に基づく不当な司法手続上の請求が行われる場合には、この原則が妥当する。しかし、そこから不当な保護権警告に対する

責任の原則的排除を支持することには決してならない。また、対顧客警告に引き続いて顧客に対する訴訟が提起される場合にも、警告の対象である競業者には手続保障が与えられないため、錯誤権の原則は妥当しない。

第一民事部は、裁判上の権利保護請求への特権の付与を、裁判外または裁判前の警告にまで拡張すべきであると考えているが、それに従うことはできない。サンクシヨンの必要性は、警告の場合に訴訟の場合よりもずっと大きい。裁判外での警告は、競業者の多数の顧客に行う場合であっても、総体的に小さな費用しかかからないため、実務上しばしば行われるからである。これに対して、同じ顧客に同時に裁判上の請求をすることは、相当な金銭的・時間的費用やリスクと結びついており、かつ、警告者はその顧客を自らの顧客として獲得しようとしているのに、その取引関係を警告の場合よりもはるかに持続的に妨げてしまう。被害者から不法行為法上の保護を奪うことは、知的財産権と自由競争との間の適切かつ実務的に有効な調整という目的にとって、極度に有害である。

(ウ) 判例における不当な保護権警告とその他の不当請求との対比

(a) 裁判外での不当な保護権警告と裁判外での不当請求

前掲の二つの判例において、警告という形で働きかけを営業権の侵害とみることの基礎にある考慮は、過失により保護権に関する権利状況を誤判断することのリスクを、競業者である警告者とその相手方との間で調整し、両者の利益状況を均衡させるべきである、という点に見出すことができる。

これを敷衍すれば、次のようである。保護権に関する権利状況の判断は両当事者によって困難であるから、過失によって誤判断するリスクの分配を均衡させることが、保護権の保護と競争自由の保護との調整として適切である。警告者は、警告が正当であるとき、相手方が警告を無視して当該営業活動を継続すれば、それによって生じた損害の賠償を請求することができる。相手方の営業活動から得られた利益と警告者に生じた損害との対応関係の立証は困難であるが、この点は

相手方が挙げた収益を基準とする損害計算によって救済される。これに対して、警告の相手方が、警告が不当であるのにそれに従ったとき、警告者は、相手方の営業活動停止・縮小による利益を受ける。ここでも、警告者の利益と相手方の損失との対応の立証は困難であるから、不法行為の成立を認めることで、警告者の利益との対応を問わずに相手方の損害に対する責任を認めるべきである。

違法性の判断において、錯誤権の原則の適用を排除する理由は、対顧客警告の事例では、相手方の手続保障の欠如という錯誤権の一般的例外のうちにある。これに対して、直接警告の事例については、不当な保護権警告に対して相手方に救済を与える必要性、とりわけ差止請求権を与える必要性が高いことが理由とされている。当事者双方の判断の困難さ等は、違法性判断においてではなく、過失及び共同過責の判断において考慮される。

(b) 裁判上での不当な保護権の主張と司法手続を利用した不当請求について

【判例一】は、警告者側が警告に対応する差止訴訟を提起する場合について、錯誤権の原則と対比しつつ、訴訟外の警告と同様に扱うべきことを説いた。その理由のうちでは、直ちに訴訟提起する者を警告者よりも有利な地位に置くべきでないという点が決定的であったように思われる。もしこの優遇を認めれば、自分の保護権を侵害されたと考える者に対して、警告をするよりも単に訴訟を提起するよう動機づけることとなるが、警告が果たす有意義な機能を考慮すれば、それは適切でない。【判例一】の後の判例には、保護権警告に引き続いて警告者が差止訴訟を提起し、その第一審で警告者が勝訴した後に、初めて相手方が警告に従い、その後で第二審において警告の不当性が明らかとなった場合に、警告者の不法行為責任を認めるものもあった。<sup>(11)</sup> 不当だと考えた警告にいったん従わないで様子を見て、訴訟が提起された後や、第一審で敗訴した後になって、損害賠償のリスクを考えて初めて警告に従うのは自然な対応だからである。<sup>(12)</sup> これに対して、【判例二】は、保護権に基づく裁判上の主張に錯誤権の原則による保護が妥当することを認めた。<sup>(13)</sup> 学

説は、これを従来の判例を変更したものと受け止めた。<sup>(11)</sup> そうだとすれば、不当な保護権警告に引き続いて裁判上の保護権の主張がなされたとき、単に裁判外で警告が行われていた時点で生じた損害と、警告後に訴訟が提起された後に生じた損害とが、区分して扱われることになる。このような区分は批判されていたが、<sup>(12)</sup> 最近になって判例は、【判例二】がこの点で従来の判例を変更したのではなく、警告と結合した訴訟が提起されたとき、相手方は訴訟提起前の損害も提起後の損害も賠償を求めることができる、ということを明らかにした。<sup>(13)</sup>

以上によれば、少なくとも、裁判外の保護権警告に引き続いて訴訟上で不当な保護権が主張されるときは、既に訴訟提起前から相手方に損害が生じていたのであれ、訴訟提起後に初めて生じたのであれ、不法行為責任に影響はない。これに対して、初めから訴訟上でのみ不当な保護権の主張を行う場合については、【判例二】は錯誤権の原則が妥当すると述べているが、傍論である。

(c) 保護権警告とその他の不当請求との差異

ここまでに述べたように、不当な保護権警告による責任の規律は、権利侵害及び違法性の判断において、不当訴訟をはじめとするその他の不当請求の事例と異なっている。

もっとも、金銭的損害賠償の内容という点では、その差は外見ほど大きくはない。裁判例において、不当な保護権警告における金銭的損害賠償の中心は、防御費用としての弁護士費用の賠償にある。確かに、訴訟外の不当請求の事例では、これは一般生活危険の実現であり純粹財産損害に過ぎないとされていた<sup>(14)</sup> (二) (ア) (b)。しかし、訴訟上の不当請求など、防御費用については法律の規定により責任を認めることが多いから、保護権警告との差異は実質的にはそれほど大きいわけではない。保護権警告事例における防御費用について訴訟等の場合に近い扱いをする実質的理由は、おそらく、防御を実質的に強いられる程度が高いことによるものであろう。

最大の違いは、営業損失が金銭的賠償の対象となるか否かにある。営業損失はその他の不当請求の事例では営業関連性がないために営業権侵害として構成できなかったが、不当な保護権警告においては、少なくとも一般論としては、逸失利益として損害賠償の対象となる。もつとも、不当な保護権警告の事例の特性として、警告による請求がまさに営業活動の停止・縮小を内容としているので、これによる損害は、請求内の損害ともいうことができる。これに対して、不当請求のその他の事例では、営業損失は請求内の損害ではなく、それらの事実が何らかの理由で周知となったことによる取引上の信用低下の結果生じる付随的損害にすぎなかった。不当請求の他の事例においても一般的に、請求内の損害については、法律構成はともかく責任を認める傾向があったから、営業損失に対する取り扱いは差異は、この点から説明されうる。

また、不当請求の他の事例でも、請求者自らが、相手方に対して破産手続開始を申立てたなどの手続利用の事実を生布する場合には、不当な請求や手続利用それ自体ではなくまさにその流布行為が信用の低下という営業侵害の結果を生じさせることから、判例も、この流布行為を営業関連性を有する営業権侵害だと解した<sup>(6)</sup>。保護権警告事例のうち対顧客警告の事例は、まさに流布行為としての側面も有している<sup>(7)</sup>ので、対顧客警告に関しては、この点からも、営業損失が損害賠償の対象となることを説明することができる。

(5) 他の目的として、訴訟を提起したところ相手方が直ちに請求を認諾した場合には訴訟費用を原告が負担するという規律（ドイツ民法九三条）の適用を避けること、少なくとも警告の時点から相手方の侵害行為の有責性を基礎づけて（BGH NJW 1966, 1560）、後の権利侵害訴訟を有利にする<sup>(8)</sup>ことが挙げられる（Marc Zimmermann, Die unberechigte Schutzrechtsverwarnung, 2008, S. 30ff.）。

(6) それゆえ、警告が正当であった場合の警告費用について、事務管理（六八三条）に基づいて侵害者に償還を求めることができる場合がある（BGHZ 52, 393, 396f.）。警告が不当であったとき、相手方がその警告は不当である旨を告げなかったために警告が行われた場合も含めて、費用は警告者自身が負担する（BGH NJW 1995, 715）。

(7) ドイツ民法八二三条一項 故意または過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権またはその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対して、その侵害によって生じた損害を賠償する義務を負う。

- (8) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, 111. Aufl. 1981, S. 603f.
- (9) 営業権一般に関するドイツの法状況の紹介として、錦織成史「ドイツにおける営業保護の法発展——判例に見る民事不法二元論の局面——(上)・(下)」判例タイムズ三五二二号(一九七七年)二頁以下、三五三号(一九七七年)一一頁以下、和田真一「ドイツの不法行為法における権利論の発展(一)・(二)・(三)・(完)」立命館法学二〇四号(一九八九年)四六頁以下、二〇七号五九三頁以下、二〇八号七一九頁以下、中村哲也「営業利益」とドイツ不法行為法——営業権概念と生活上の義務論をめぐって」新潟大学法政理論二四卷(一九九一年)二号一頁以下がある。
- (10) 比較的最近のドイツ法の保護権警告について日本で紹介したものと、土肥一史「取引先に対する権利侵害警告と不正競争防止法」相澤英孝、小泉直樹、大淵哲也、田村善之編『知的財産法の理論と現代的課題——中山信弘先生還暦記念論文集』(弘文堂、二〇〇五年)四四六頁以下がある。ただし、土肥がその結論として、二〇〇四年にB G Hが大法廷決定で従来の「判例理論を変更」したとするのは誤解である。この点については、駒田泰土「理由のない特許権侵害警告と不正競争防止法——権利行使の「真正さ」を論じる必要があるか——」特許研究六六号(二〇一八年)一九頁注一四も参照。
- (11) 拙稿「営業の間接的侵害による責任(一)・(三)」法学論叢一八七卷二号(二〇二〇年)七一頁以下、一八八卷三号六六頁以下。
- (12) 営業関連性という表現は、BGHZ 29, 65 74以後に用いられるようになった。
- (13) BGHZ 45, 296, 307; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 7. Aufl., 2017, §823 Rn. 32ff. [Gerhard Wagner].
- (14) BGHZ 8, 387, 394.
- (15) この類型については、拙稿・前掲注(11)を参照。
- (16) 既に普通法下でも、類似の事案について、B G Bの不法行為法の原型であるアクイリア訴権が認められた例がある(RGZ 22, 208)。
- (17) Hans Stoll, Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP 162, 203ff.
- (18) Ernst von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. II, 1960, S. 89.
- (19) この用語はフイケンチャーに始まる(Wolfgang Fikentscher, Das Schuldrecht, 1965, S. 562)。
- (20) Caemmerer, aa.O. (18), S. 96ff.
- (21) RGZ 73, 107, 112.
- (22) 以上にこのつづは、拙稿・前掲注(11)(12)におおつても述べた。

- (23) RGZ 58, 24, 30; RGZ 73, 107, 111.
- (24) BGHZ 3, 270, 279f.
- (25) BGHZ 164, 1 (後述の【判例一】), 3.
- (26) BGHZ 208, 119, 125.
- (27) それゆえ、特許権等の保護権それ自体は、八二三条一項にいう「その他の権利」として絶対権に準じる保護を受ける。
- (28) RGZ 58, 24, 30; RGZ 73, 107, 111.
- (29) BGHZ 45, 296, 307.
- (30) RGZ 163, 21, 32; BGHZ 36, 252, 257.
- (31) BAGE 25, 226.
- (32) BGHZ 45, 296.
- (33) Rolf Sack, Das Recht am Gewerbebetrieb, 2006, S. 311.
- (34) BGH GRUR 1979, 332, 336. 以下同様に、拙稿・前掲注(11)(12)も参照。
- (35) RGZ 58, 24. 同判決の詳しい紹介として、錦織・前掲注(9)判タ三五二五号一三三頁以下。同様の論拠はBGHZ 164, 1, 3についても繰り返し述べられている。これに対する比較的詳細な批判として、Tobias Jourdan, Unbegründete Abmahnungen aus Schutzrechten, 2008, S. 174ff.
- (36) BGHZ 38, 200 (後述の【判例一】), 206.
- (37) BGH GRUR 2006, 432.
- (38) BGH GRUR 2018, 832.
- (39) BGH NJW 1963, 531, 534f. (BGHZ 38, 200に未収録の部分)。
- (40) 保護権警告事例に関する判例の近年の分析として、Christoph Rademacher, Die gerichtliche Durchsetzung von Patent- und Markenrechten in Deutschland, Japan und den USA, 2010, S. 112f.
- (41) BGH GRUR 2006, 432.
- (42) BGH NJW 1963, 531, 534.
- (43) BGH GRUR 1979, 332; BGHZ 164, 1; BGH GRUR 2018, 832. 通説もこれを支持するものがある(Münchener/Wagner, aa.O. (13), Rn. 333)。BGHZ 62, 294<sup>45</sup>、直接警告と同時に対顧客警告がなされたことを過責判断の際に考慮の外に置くが、それはこの事件における損害(製造停止)が、被害者が対顧客警告を認識する前になされていたためであった。
- (44) ドイツ民法八二六条 良俗に反する方法で故意に他人に損害を加えた者は、その他人に対して損害を賠償する義務を負う。

- (45) Rolf Sack, Unbegründete Schutzrechtsverwarungen, 2006, S. 37f.
- (46) 例々<sup>24)</sup> Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2/II, 13. Aufl., 1994, S. 539.
- (47) Sack, a. a. O. (45), S. 153.
- (48) OGH ÖBl 1977, II: 2000, 35.
- (49) BGH GRUR 1979, 332.
- (50) BGHZ 208, 119, 弁護士の過失により不当な強制執行がなされた場合と同様である (BGHZ 74, 9)。
- (51) 近時<sup>25)</sup>の例々<sup>26)</sup> LG Hamburg, Urteil vom 16. Januar 2020 – 327 O 128/19 –, juris; LG Hamburg, Urteil vom 24. Mai 2018 – 327 O 363/17 –, juris; LG Hamburg, Urteil vom 24. Mai 2018 – 327 O 364/17 –, jurisなどを挙げることが出来る。複数の事件で、例々<sup>27)</sup>182296ドルの異なる特定の金額がしばしばみられるのは、訴訟に応じた法定(弁護士報酬法 (RVG) 一三条)の弁護士報酬が基準とされたためである。
- (52) BGHZ 164, 143a)。
- (53) BGH NJW 1963, 531, 534; BGHZ 165, 311, 315.
- (54) 近時<sup>28)</sup>の例々<sup>29)</sup> LG Frankfurt, Urteil vom 24. August 2016 – 206 O 426/15 –, juris. また、認容せられなかったが請求はして承認された<sup>30)</sup> Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 17. Februar 2009 – 6 U 10/07 –, juris.
- (55) BGH NJW 2020, 332.
- (56) RG GRUR 1936, 100.
- (57) 判例とは異なり、不当請求のその他の事例からの類推によって保護権警告による責任を限定する見解として、Zimmerman, a. O. (5), S. 264f., 293f., 432. 反対に、不当請求のその他の事例について、保護権警告との対比から責任を拡大する方向を主張する<sup>31)</sup>の例々<sup>32)</sup> Fritz Bauer, Anmerkung zum BGH U. 3. 10. 1961, JZ 1962, 95ff.; Klaus Hopf, Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseileitung, 1968, 特<sup>33)</sup>S. 192ff.
- (58) ツェン法<sup>34)</sup>の例々<sup>35)</sup> 保護権警告による責任による損害のどのような区別に着目する<sup>36)</sup>の例々<sup>37)</sup> Zimmerman, a. O. (5).
- (59) BGH NJW 2008, 1147 (瑕疵排除請求権)。
- (60) BGH NJW 2007, 1458 (資金債権)。
- (61) BGHZ 38, 200, 204.
- (62) BGH NJW 2007, 1458.
- (63) BGH NJW 2008, 1147, 1148.

- (64) BGH NJW 2008, 1147.  
 (65) BGH NJW 2007, 1458, 1459.  
 (66) BGH NJW 2007, 1458, 1459.  
 (67) ドイツ民訴法九三条一項一文 敗訴した当事者は、訴訟の費用を負担しなければならず、とりわけ相手方に生じた費用を、その費用が目的適的な権利追求 [Rechtsverfolgung] または権利防御 [Rechtsverteidigung] のために必要であった限りで、償還しなければならぬ。  
 二項一文 勝訴した当事者の弁護士料の、法律上の料金 [Gebühren] と立替払金 [Auslagen] とは、あらゆる手続において償還されるべきであるが、手続裁判所 [Prozessgericht] の区域で開業しておらず手続裁判所の場所に居住してもいない弁護士の旅費は、目的適的な権利追求または権利防御のために必要であった限りでのみ、償還されるべきである。  
 (68) BGH NJW 2007, 1458, 1459.  
 (69) BGH NJW 2007, 1458, 学説上、このような観点から、契約締結上の過失に類する請求上の過失 [culpa in petendo] を主張し つたため(ツム) Martin Lipp, Ersatzansprüche zwischen Ehegatten wegen vorprozessualer Aufwendungen- BGH NJW 1988, 2032, Jns 1990, 790ff.  
 (70) 誤った裁判がなされた理由が相手方の情報提供義務違反であっても、同様である。その誤情報の提供から敗訴とは別に独立の損害が生じているときは、その損害の賠償を求めることはできる (BGH NJW 1993, 3024)。  
 (71) 例えば、後掲注 (74) の BGHZ 20, 169 などにはこれに近いといえる。学説が不当訴訟について議論するときにもこの判例が挙げられる。  
 (72) 契約当事者間での不当訴訟の事例では契約上の損害賠償責任という構成も問題となりうるが、判例はやはりこれも原則として否定している (BGHZ 20, 169; BGH NJW 1980, 169)。ただし、一般的に不当訴訟が有責な契約違反であるとする主張を退けたものであり、具体的な請求が具体的な契約条項に違反する場合について判断されたものではない。  
 (73) BGH LM Nr. 4 zu 823 (Da); BGHZ 36, 18.  
 (74) BGHZ 20, 169, 171.  
 事案はやや複雑であるが、簡略化すれば次のごとくである。一九三九年に、Y が X に土地を売却した。契約費用は X が負担することになっていた。当時の価格統制下で必要となった各種手続を、Y の親類に当たる弁護士 S が行った。① Y は、X に対して、S への弁護士料金など五〇〇ライヒスマルクの支払いを求めて訴えを提起した（第一訴訟）。一九四一年に、公定料金にあたる五八マルクのみ請求を認容する判決が確定した。X は相殺によってこれを弁済したが、Y は土地の所有権移転を拒絶した。② Y は、

Xに対して、第一訴訟の判決は不正に取得されたものだとして、五六七マルクの支払いを求めて訴えを提起した(第二訴訟)。一九四六年に、請求棄却判決が確定した。③ Xは、Yに対して、土地所有権移転などを求めて訴えを提起し、一九四七年に請求認容判決が確定した(第三訴訟)。④ Yは、Xに対して、Xが第三訴訟判決に基づく権利を有しないこと、Sへの料金支払いを履行しなかったことによる損害賠償義務を負っていることの確認などを求めて訴えを提起した(第四訴訟)。一九五一年に、請求棄却判決が確定した。⑤ 一九五二年になって、Xは、Yに対して、Yが所有権移転義務を履行しなかったことにより建築計画が実行できず、その間に建設費用が高騰したことなどを理由とする損害賠償請求訴訟を提起した(本訴、第五訴訟)。本訴では、Yの行為が建築計画遅延の原因となった可能性を前提として、そもそも何度も訴訟を提起した行為について責任を問うことができるかが検討された。

- (75) Soergel Kommentar Bd. 5/2, 12. Aufl., 1998, §823 Rn. 118f. [Albrecht Zeuner].
  - (76) RGZ 61, 359, 126, 239.
  - (77) BGH NJW 1998, 2818 (結論は否定)。
  - (78) 良俗違反の無効な行為によって取得したと誤信した債権の請求も、それ自体良俗違反行為の継続であるから、やはり八二六条の不法行為の成立が認められる(RG JW 1932, 938 (暴力的行為))。
  - (79) RGZ 155, 57.
  - (80) BGH NJW 1951, 759.
  - (81) これを証明するためには、前訴において主張され排斥されたのと同じ事実主張、証拠方法、権利主張をもう一度主張するだけでは足りなく(BGH NJW 1951, 759)。
  - (82) この要件はかなり緩やかに認められており、例えば相手方が(八二六条に基づく請求として)強制執行の不許を求める裁判を起したことによってはじめて不当性の認識を得たのでも足りるとされている(BGHZ 101, 380, 385)。
  - (83) 督促手続においては、実体法上の審理を受けることなく既判力のある債務名義を得る可能性がある(ドイツ民訴訟法六九二条一項二文、同六九九条)、金融業者が消費者の防衛の不適切さに乗じて、暴利的な信用供与契約について、督促手続を利用して債務名義を取得することがあったためである(BGHZ 101, 380; BGHZ 112, 54 否定例として、BGH NJW 2005, 2991)。ただし現在では、利息が高額である場合には督促手続を利用することができ(ドイツ民訴訟法六八八条一項一文)。
  - (84) 既判力の覆滅は督促事例に限られると述べる判例として、BGH NJW 1998, 2818, 2819; BGH NJW 1999, 1257, 1258.
  - (85) ドイツ民訴訟法七二七条一項一文
- 仮執行宣言の付された判決が取り消されまたは変更されたときは、原告は、被告に当該判決の執行によって生じた損害、または

当該強制執行の阻止のために行われた給付によって生じた損害を賠償する義務を負う。

(86) ドイツ民法九四五条

仮差押えまたは仮処分請求が当初から不当であったことが証明されたとき、または命じられた処分が九二六条二項もしくは九四二条三項により取り消されたときは、その命令を取得した当事者は、相手方に対して、命じられた処分の実行によって生じた損害、またはその実行を回避しもしくは処分取消しを得るために担保を供与したことによって生じた損害を、賠償する義務を負う。

(87) 例えは、BGHZ 30, 123

(88) BGHZ 30, 123, 129; 95, 10, 13. かつての判例は、これらの規定は過失責任の例外であるとして類推適用を認めていなかった (RG JW 1906, 89)。

(89) BGHZ 54, 76, 80f.

(90) BGHZ 30, 123.

(91) BGHZ 62, 7, 9.

(92) BGHZ 95, 18. この判決は、そのこととの均衡から、強制執行の一時的な停止（民法七七一一条三項）についても、無過失責任の規定の類推適用を認めない。強制執行の一時停止はやはり仮の裁判である。しかし、債務者財産に属しない対象に強制執行をする執行債権者は過失責任しか負わないことを考慮すれば、執行の対象が自己に属すると主張する者に、より厳格な責任を課すべきではなご、という。

(93) BGHZ 20, 169. 前掲注 (74) で述べたように、問題となったのは度重なる訴訟によって所有権移転が長引かされ、建築計画が遅れたことから生じた損害の賠償であった。

(94) BGHZ 36, 18, 20f. 事案は、債務者と債権者の間で債務の金額について争いがあり、債権者側が、支払いを督促する手段として、債務者に資力があることを知りえたにもかかわらず債務者の破産手続を申立てたというものであった。債務者は、手続の続行により取引上の信用が低下するなどの不利益をおそれ、ほとんど債権者の主張した通りの金額を支払ったので、債権者は申し立てを取り下げた。その後、この破産手続の審理が周知のこととなったことにより営業上の損害を被ったとして、債務者が損害賠償を請求したのが本訴である。したがって、ここで問題となったのは付随的損害としての営業損害であった。

(95) BGHZ 74, 9. 事案は、前訴でXに勝訴して債務名義を取得したAが、代理人YによりXに対する強制執行手続を開始し、その後、Xが任意にAにその金額を支払ったが、Yの事務員の過誤によってその支払いが記録されなかったというものであった。そのため、YはXに対する強制執行手続を続行し、開示宣誓（ドイツ民法八〇七条）の申し立てを行い、これを受けた区裁判所は、Xを債務者名簿「Schuldnerverzeichnis」に登録した。後で事情が明らかとなったためYは強制執行申立てを取り下げたが、Xは、

債務者名簿に登録されたことにより、保険代理人としての自己の営業に損失を被り、また興奮によって健康を害された。この損害賠償を請求したのが本訴である。ここでも、問題となったのは付随的損害のうち営業損害と健康損害であった。

- (96) BGHZ 36, 18, 21.
- (97) BGHZ 36, 18, 21.
- (98) BGHZ 74, 9, 15. 健康侵害の違法性は、例えば債務者が健康上の危機的状态にあり、請求によって非常に重大な損害を受けるおそれがある<sup>96)</sup>、ということを債権者が積極的に認識しているときは、信義則による限界によって、肯定されうるといふ。
- (99) BGHZ 74, 9, 15.
- (100) 真実の流布であるため、信用毀損(八二四条)は成立しない。破産手続開始申立ての事実の流布が利益衡量(第一節(三)参照)により違法であるとき、営業権侵害による責任が成立する。
- (101) BGHZ 74, 9, 16.
- (102) BGHZ 55, 20 (所有権留保); BGHZ 118, 201 (譲渡担保)。
- (103) BGHZ 118, 201, 207.
- (104) 結論としては、債務者の健康侵害についてさらに審議するため差し戻されている。
- (105) BGHZ 38, 200.
- (106) RGZ 70, 249, 251. 当時の判例は準事務管理(六八七条二項)によってこれを認めていた。なお、故意または過失による特許権侵害に関する現行ドイツ特許法一三九条二項二文「損害賠償額を算定するにあたっては、侵害者が権利の侵害からによって獲得した収益も考慮することができる」も参照。
- (107) BGHZ 164, 1.
- (108) 学説上も、とりわけ二〇〇四年のUWG改正後は、故意の良俗違反の加害による責任(八二六条)と、UWG三条(二〇〇四年改正前一条)の一般条項によって、保護権警告事例における営業主体の保護は十分に図られる、という見解も強く主張されており、第一民事部の見解を支持する立場も有力であった(Claus-Wilhelm Canaris, Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts, VersR 2005, 577, 582f.)。
- (109) 裁判所構成法(GVG)一三二条四項  
裁判に当たるべき小法廷は、小法廷自身の見解によれば法の継続形成のためまたは統一的判例の確保のために必要であるときは、原則としての意義を持つ問題を、判断のために大法廷に回付することができる。
- (110) BGH NJW 1996, 397.

- (11) BGH NJW 1996, 397, 399.
- (112) ただし、【判例二】において実際に問題となっていたのは裁判上の主張の前に生じた相手方の防御費用であったため、裁判上の主張によって相手方に生じた損害についての判示はまだ傍論であった。
- (113) Münchener/Wagner a.a.O. (13) Rn. 329. このような考え方を支持するかのように見えた判決として、BGH GRUR 2006, 432.
- (114) Münchener/Wagner a.a.O. (13) Rn. 334.
- (115) BGH GRUR 2018, 832.
- (116) BGHZ 36, 18, 23.

## 第二章 侵害警告における信用損害に関する日本の裁判例

### 第一節 問題の所在

#### (一) 侵害警告の意義

日本法においても、侵害警告が用いられる最大の理由は、訴訟手続の時間的・金銭的な負担を回避するところにある。当事者双方があくまで争う場合にはこうした負担もやむを得ないが、そうでない場合には、訴訟外での交渉によって、金銭的・時間的な負担を避けつつ、紛争を互いに妥協可能な形で終結させることができる。そのため、合理的な当事者であれば、訴訟に至る前にまずは訴訟外での交渉による妥結を図る。その典型的な方法が侵害警告である。

相手方がこの警告に終局的に従うならば、そこで紛争は終了する。また、相手方が警告に直ちには従わないとしても、ひとまず交渉に入ることに応じたときは、訴訟に至る前に問題を解決する可能性が残される。この手段が奏功せず、か

つ、両当事者が、自己の主張を諦めるよりも民事訴訟の負担を受けることを選択するときにはじめて、紛争が終結せず民事訴訟に発展することになる。侵害警告は営業上の権利をめぐる紛争の解決のために重要な意義を有している。

## (二) アンケートによる調査

筆者は、上場企業を対象とした簡単なアンケート調査を実施した。その結果を末尾に示す。研究の初期段階で行ったこともあつて設問が必ずしも適切でなかった点はあるが、次のようなことが読み取られうる。<sup>(10)</sup>

まず、侵害警告は営業上の保護権の確保のために重要な手段であり、実際に重要な役割を果たしている。警告をした経験・された経験のある企業は、ともに、得られた回答のうち半数近くに上った。<sup>(11)</sup>ただし、この回答には偏りがあり、多くの場合、警告をされた経験のある企業は、自らも警告をした経験を有している。業務の性質等により知的財産権を多く扱う企業は、警告者の立場にも被警告者の立場にも立つためであろう。すなわち、「アンケート結果」問2で「警告を受けたことがある」と答えた一七六社のうち、問1で「警告をしたことがある」、または「計画したことがある」と答えていたものは一三二社と、約四分の三に上った。ところで、仮に警告者と被警告者が一般に入れ替わるなら、警告者と相手方の利益の扱いが均衡していなくとも競業者間では不公平はなく、不当な警告による責任を殊更に強調する必要もない。各競業者が互いに、権利状況の判断を警告者が誤るリスクと相手方が誤るリスクの両方を、そのときごとに相手方の地位に置かれた側が負担するということになるだけだからである。しかし実際にはおそらく、警告者側に立ちやすい営業主体（例えば老舗企業）と相手方側に立たされやすい営業主体（例えば新規参入者）が存在する。これを考慮すれば、少なくとも警告者と相手方の均衡に一定の配慮をする必要がある。このような観点からは、ドイツ法が、警告者と被警告者の間のリスク分配の均衡を重視していたことも理解しうる。とはいえ、権利状況の判断を警告者が誤

る場合（不当な警告）は、いったん相手方ないし顧客の対応を介する点で、相手方が誤る場合（知的財産権侵害そのもの）とは加害の構造が異なるので、権利状況の判断について要求される注意水準は異なるであろう。

警告の基礎とされた権利は、裁判例においてと同様に、特許権、商標権、著作権、意匠権など知的財産権全般にわたり、そのほかに不競法違反による警告も行われている<sup>(10)</sup>。警告の形態としては、侵害者と考えた相手方に直接、特定の製品の製造・販売という侵害行為を停止するよう求める直接警告が多いが、対顧客警告もある程度の割合で行われる<sup>(11)</sup>。

被告者の対応は、調査対象企業が警告をした立場にある場合と、警告を受けた立場にある場合とで差異がみられる<sup>(12)</sup>。しかし、いずれにせよ、被告者が警告による要求の全部または一部に応じて紛争が終了する割合は十分に高く、営業上の権利に関する紛争が警告によって決着することが、実際にある程度期待できる。また、被告者が警告に応じない場合には、訴訟を提起するなどの措置をとったことがあるとする回答も多<sup>(13)</sup>いところ、営業上の権利について訴訟を提起したとする回答のうちほとんどが、警告を前置したとしている<sup>(14)</sup>。

事後的に、警告が誤っていたこと、例えば警告の基礎となった権利が存在しなかったとか、被告者の行為が権利の侵害に当たらなかったということが後に明らかになる事例は、相当数存在している<sup>(15)</sup>。この場合に被告者側は、それで紛争を終了させてそれ以上は何らの対応もとらないことが多い。もつとも、被告者側が損害賠償を請求する事例もあ<sup>(16)</sup>り、それは裁判例としても後述する多数のものが知られている通りである。何らの対応もとらなかった理由として、多くの回答は費用対効果を挙げた<sup>(17)</sup>。

### （三） 検討の方針

日本法においては、主に、対顧客警告に対する信用毀損（不正競争防止法二条一項二一号。不競法の前記条文は複数

回の改正によってその位置が二一号、一三号、一四号など何度か入れ替わっているが、以下の本文では、断りのない限り全て単に「現二一号」というの適用が議論されてきた。日本でも、この領域では裁判例が先行して、それをめぐって学説の議論が展開されている。

もっとも、従来の学説の議論の関心は、いわゆる「新傾向」の裁判例による権利行使論に集中しており、信用損害の分析についての議論は十分ではなかった。いわゆる新傾向とは、警告が不当であれば責任を認める傾向が強かった従来の裁判例に対して、特に平成中期ごろ、一部の裁判例が、警告が正当な権利行使であるか否かという観点から警告者の目的や警告の内容・態様に着目した違法性阻却を論じるようになった、ということを指す。<sup>(18)</sup>ただし、近時の裁判例でもこの構成に従わないものは多い。<sup>(19)</sup>裁判例を見る限り、新傾向を支持するか否かが実際の結論に大きな影響を及ぼしているわけではないようである。<sup>(20)</sup>本稿ではこの点には立ち入らないが、ただ第一章でみたドイツの判例との比較としては、次の二点を確認しよう。第一に、現二一号において「違法性」は明文の根拠を持たないことが従来批判されてきたところ<sup>(21)</sup>、明文の違法性要件を持つドイツでも違法性阻却の構成はとられず、争点の中心は警告の不当性と警告者の過失に置かれる。第二に、いわゆる「新傾向」の裁判例が違法性阻却構成をとる際に不当訴訟に関する判例に影響を受けたとみられる点は、従来から批判されていた。<sup>(22)</sup>ドイツの判例においても、不当訴訟等に関するいわゆる錯誤権の規律を警告の規律に類推することは、意識的に拒否されていた。

以下では、冒頭で述べた問題関心に従い、侵害警告による責任の規律を通じて、特に裁判例に現れた信用損害の分析を通じて、信用あるいは営業という法益について考察することを試みる。

## 第二節 裁判例における信用損害の分析

裁判例の中心をなすのは対顧客警告の事例であり、直接警告に対しては原則として責任を認めないため、直接警告の事例について損害の取り扱いを分析することは難しい。以下ではまず、直接警告・対顧客警告に関する裁判例の基本的な責任判断基準を概観した後で、特に対顧客警告の事例について、その信用損害の取り扱いを分析することにした。

### （一）責任の判断基準の概観

#### （ア）直接警告

裁判例の態度は一貫しており、直接警告に対しては原則として責任を認めない。なお、実用新案権については、実用新案法二九条の三が直接警告に対する責任を含むと解されているが、<sup>(14)</sup>実際に適用した例は乏しいようである。

直接警告は、現二一号の信用毀損を構成することはない。裁判例によれば、信用毀損は外部的評価を毀損した場合に成立するものであり、直接警告を發しただけでは外部的評価に影響を与えないからである。<sup>(15)</sup>

民法七〇九条に依拠した不法行為の主張も認められていない。不法行為の成立には、単に警告の基礎となった権利なしの侵害が存在しないという意味で不当でなく、「手段もしくは態様が悪質である等特別の事情」<sup>(16)</sup>、あるいはさらに、警告の基礎とされた権利なしの侵害がないことについての故意または公序良俗違反が要求されており、<sup>(17)</sup>実際の事例の結論としてはそれらは認められていない。

過失責任が成立しない理由として、「警告が相手方の製造、販売を差止める法律上の効果を何ら有するものでなく、相手方自らの判断により当該物品の製造を継続するか否かの選択をなすこと」<sup>(18)</sup>が挙げられる。

## (イ) 対顧客警告

第1節で触れたいわゆる新傾向の裁判例を別とすると、従来からの判断手法は次のようなものである。第一に、警告の基礎とされた権利ないし侵害が客観的には存在しなかったことをもって、警告を現二一〇号にいう「虚偽の事実」の流布と認める。第二に、警告の差止請求をする場合、あるいは警告者が警告通りの差止請求権を有しないことの確認を求める場合には、警告者の過失を要件としない<sup>(10)</sup>。第三に、損害賠償請求の要件である過失について、対顧客警告は相手方の信用を著しく害するおそれがあるから十分な調査を経てから行う義務がある、という基本的立場に立つ。この義務違反としての過失は、警告が結果的に不当であった場合には、通常は肯定される<sup>(10)</sup>。

## (ウ) 侵害警告と司法手続の利用

侵害警告は司法手続の利用を伴うことがある。これに関して、裁判例はしばしば、最高裁の昭和六三年判決を引用する。同判決は、訴訟提起が不法行為となるのは当該訴訟において主張した権利が事実的、法律的根拠を欠くものである上、そのことを知りながらまたは通常人であれば容易にそのことを知り得たのにあえて訴訟を提起したなど、裁判制度の趣旨的に照らして著しく相当性を欠く場合に限られる、と述べたものである<sup>(11)</sup>。結論として、裁判例は一般に、警告に伴う司法手続の利用を不法行為とすることには慎重である。もともと、司法手続の利用に対するこの責任制限は、裁判を受ける権利の保障を目的とするものであり、直ちに警告そのものに及ぼしうるわけではない<sup>(12)</sup>。

## (a) 直接警告に対応する司法手続

上記の最高裁判決以前から、警告に対応する訴訟提起をすること、または、第一審で敗訴したにもかかわらず控訴、上告によってさらに争うことは、原則として不法行為責任を成立させないと考えられてきた<sup>(13)</sup>。最高裁の前記昭和六三年

判決以後は、裁判例も、直接警告に対応する司法手続についてそれに従う。訴訟上の権利主張を現二一号の信用毀損行為と構成する場合にも、同様の理によって責任は非常に狭く限定されている。<sup>(14)</sup>

判例のいう「通常人であれば容易に知りえた」といえるためには、通常の過失よりかなり著しい注意義務違反が要求される。例えば、「本訴提起に際してなすべき調査義務を十分尽くさなかつた懈怠が原告にあることは明らかである」ことを認定しながらも責任を否定したり、<sup>(15)</sup> 同時に行われた対顧客警告については根拠不十分で過失ありとしながら、それと同じ根拠を直接警告に伴う訴訟提起について「先行訴訟の提起が権利行使の範囲内か否かという観点からみれば、相応の根拠」と評価するのが、その例である。<sup>(16)</sup> ときに、一般論として訴訟提起にも通常の対顧客警告と同等程度の調査義務を課すように見える裁判例もあるが、具体的には責任を否定したものであり、先例とはいえない。<sup>(17)</sup>

この態度は、裁判を受ける権利の保障という観点から説明される。例えば、「たとえ特許権者が特許権侵害訴訟を提起・追行し、そのことが知れ渡ることによって、被告とされた者の製造販売する製品が顧客らに買い控えられる事態が生じ、それによって被告とされた者に売上減少等に伴う損害が発生するとしても、そのことは、裁判を受ける権利を保障することに伴い、被告とされた者に反射的に生ずる不利益として想定された範囲のものにすぎない」という。<sup>(18)</sup>

(b) 対顧客警告に対応する司法手続

特許権のように、特許権侵害製品の生産だけでなく使用や譲渡も特許権侵害となるときは（特許法六八条、二条三項一号）、相手方の顧客もまた、この二次的侵害を理由とする差止請求や仮処分申立て等の司法手続の対象となる。はじめに述べたように、被告者自身による権利侵害を理由としていても、これらの者に対する警告は通常は実質的には対顧客警告であるから、この司法手続は対顧客警告に対応する司法手続である。

裁判例は、訴訟提起については直接警告の場合と同様に最高裁判例に従う。すなわち、不法行為が成立するのは、事

実的、法律的根拠を欠くことを知りながら、または通常必要とされている事実調査及び法律的検討をすれば、実的、法律的根拠を欠くことを容易に知り得たのにあえて訴訟を提起した場合など、裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られる、という。<sup>(10)</sup>

仮処分申立てについても基本的には同様に考えられているが、ここでは事実的・法律的根拠を欠く場合に加えてもう一つ、不法行為類型が認められることがある。すなわち、「当該仮処分申立てにおいて、債権者の主張した権利又は法律関係が、事実的、法律的根拠を欠くものであることを、通常人であれば容易に知り得たものとまでいえない場合であつても、権利の行使に藉口して、競業者の取引先に対する信用を毀損し、市場において優位に立つこと等を目的として、競業者の取引先を相手方とする仮処分申立てがされたような事情が認められる場合には、同仮処分の申立ては違法な行為として不法行為を構成する」<sup>(11)</sup>。

## (二) 裁判例における信用損害の分析

### (ア) 一般的特徴

対顧客警告に対する責任を問う事例には、警告者による差止請求権不存在確認あるいは警告行為の差止めのみを求める場合と、金銭的損害賠償も（またはこれのみが）請求される場合がある。以下では後者を取り上げて、そこでの信用毀損による損害の分析を試みる。

ここで、ドイツ法と比較した場合の、日本における対顧客警告裁判例の一般的特徴と思われるものを挙げておきたい。次の三点の特徴から、損害の内容を分析することが、信用ひいては営業という法益の分析に資すると考えられる。

第一に、全体として、侵害警告に対する責任を追及する訴訟における逸失利益の損害賠償を求める割合が多い。その

実際の判断において、ドイツと同様に警告の基礎となった権利ないし侵害の存否に最大の比重が置かれる。日本の裁判例の特色は、これに次ぐ決定的問題として、ときに過失の判断をも上回る比重が、逸失利益の数额または相当因果関係の立証の判断に置かれることである。この逸失利益の相当因果関係の立証が認められるには、通常は、全体的な売上高比較によって警告後の収益減少が示されただけでは足りず、具体的な個別の契約への影響が示されなければならない。

第二に、防御費用（弁護士費用等）の賠償を求める例が多いのはドイツと同様だが、その算定基準は安定しない。

第三に、信用損害としていわゆる無形損害の賠償が請求され、概算的に一定金額が認容されることが多い。これについては請求者の側も裁判所も、立証にあまり注意を払っていない。さらに、冒頭で述べたように、逸失利益や防御費用のうち立証に失敗した部分が、この無形損害の中に入り込んで、いわば復活することがある。これは日本法の中でみても、営業侵害のうち信用毀損以外の場合にこのような立証の緩和が認められないことは対照的である。

#### （イ）裁判例に現れる信用損害

①裁判所は、多くの場合、無形損害の金銭評価と称する作業を行っている。ここで裁判所が認定する金額は極めて概算的である。そこにはある程度の「相場」が形成されているとみられ、五〇万円<sup>(88)</sup>、一〇〇万円<sup>(89)</sup>、一五〇万円<sup>(90)</sup>、二〇〇万円<sup>(91)</sup>、三〇〇万円<sup>(92)</sup>といったキリのよい数字が認定されることが多い。その金銭的評価の際に、以前は単に「一切の事情」を考慮したと述べるだけのものが多かったが、近時ではやや詳細に考慮事項を示すことがあり、そこでは特に警告の内容や経緯などが挙げられる傾向にある。

通常は、逸失利益や弁護士費用とともに信用損害が主張され、それらの損害項目とは独立で無形損害が認定されるか、原告が他の損害項目も主張したけれども、裁判所がそれらの損害を認めずにただ無形損害のみが認定される。しかし、それ以外にも、主張された他の損害と一体として無形損害の賠償が認められる場合や、原告が財産上の損害項目を特に

指定しなかったり、逸失利益を具体的に主張せずに無形損害のみを主張する事例などがある。<sup>(18)</sup>

②原告が弁護士費用の支出と一体のものとして信用毀損の損害を主張したり、または原告が損害項目を区別していても裁判所が両者を一体的に認定したり、弁護士費用等の防衛費用のうち相当因果関係を証明できなかった部分を信用損害としての無形損害を認定する考慮事情とすることがある。<sup>(19)</sup>

③逸失利益の全部または一部について、警告との相当因果関係の具体的立証に失敗したと判断されたとき、それにもかかわらず、警告が売上等に何らかの悪影響を与えた可能性がある等という形で、逸失利益として主張された事実が無形損害を評価する際の考慮事情にされたとみられることがある。<sup>(20)</sup> この種の裁判例における無形損害の認容額は、他の場合と比較して、大きくなることがある。<sup>(21)</sup> 無形損害の金額が五〇〇万円を超える事例の多くは、こうした事例である。

④警告に対応するために、弁理士や弁護士に依頼したり従業員を出張させるなどして顧客らへの説明を行うことを余儀なくされたため、その依頼料や出張費用を請求する事例がある。<sup>(22)</sup> これらの事例においては、裁判所はその具体的な金額を認定した上、信用毀損による損害（またはその一部）として賠償を認める。

#### (ウ) 信用損害の分析

対顧客警告による信用毀損で認められる無形損害の内実には、いくつかの性質の異なるものが含まれている。

##### (a) 評価回復費用としての信用損害

信用という法益の「社会的評価」としての一般的定義に最も忠実なのは④であろう。すなわち、信用を名誉と並べ、人の人格に対する社会的評価である名誉に対して、信用が「経済的な側面における人の社会的な評価」<sup>(23)</sup>であるとすれば、その評価の低下を回復させるために実際に支出した費用は、まさに信用低下による損害の核心である。<sup>(24)</sup> この信用損害の

内実は謝罪広告の対象と重なる。低下した社会的評価を回復するために、他人の名および費用で措置を求めるのが謝罪広告であり、自己の名でとった措置の費用の賠償を求めるのが④である。これに加えて、自ら回復措置を将来行うことを予定してその費用の賠償を求めることも、同じ信用損害の賠償といえる。この損害賠償と謝罪広告は、具体的事案においてどちらか一方では社会的評価を回復しきれなかったときに両立しうる。

さらに、侵害警告に対抗する訴訟活動そのものが、信用回復の手段でもある。差止めや差止請求権不存在確認の判決を得ることは、取引上の信用を回復するための手段として損害賠償よりも有効でありうる。警告の対象となったために取引を停止してしまっている特定の顧客から、取引を再開してもらうために勝訴判決が要求されていて、それが訴訟の真の目的であるという場合には、何らかの形で警告が不当であると明らかにすることが最も重要であって、金銭的損害賠償の内容はそれほど意味を持たない。このような場合には、一般的な不法行為における弁護士費用の賠償のように、他の損害項目の請求認容額の一割といった基準を用いて相当因果関係ある弁護士費用を認定する方法は、<sup>(66)</sup>適当でない。②のように、弁護士費用を無形損害の一部として計算したり、弁護士費用を独立の損害項目としつつも無形損害の算定事情としても同時に考慮したりする方法は、<sup>(66)</sup>この観点から理解することができる。

(b) 逸失利益的な信用損害

経済的能力に対する評価としての信用は、収益活動を有利にする。この意味で、信用という法益は、将来、収益の一部として金銭的に具体化するべきものである。信用はもともと収益獲得可能性の一部をなすのであり、信用毀損による損害と営業上の逸失利益とは、性質上の共通性、連続性がある。この点が人格的利益としての名誉とは異質である。名誉は人格的価値そのものと一心切り離すことができるが、信用は経済的能力そのものを左右する。③で挙げた多数の裁判例が、逸失利益の立証が成功したとまで認められないが、漠然と何らかの収益低下があると想定された中間的な状態

を、信用毀損による無形損害という形で評価して賠償を与えたのは、このような意味で理解される。

被害者側から見れば、これは逸失利益の立証の困難を緩和するという役割を持つ。もともと、逸失利益の立証困難に對して、法は不正競争者の収益額による損害額の推定（不競法五条二項）を用意していた。裁判例でもこの規定の適用自体は認めるものがあるが、その結論はいずれも、警告者の収益額が立証できていないという形で損害額の立証を否定するものである。<sup>(16)</sup> この推定は不正競争行為がそれ自体直接に収益を獲得する活動である場合を想定したものであって、不当な警告のように、不正競争行為それ自体から積極的な収益が発生していないときは、相手方が獲得した収益を立証すること自体が困難であるために、うまく働かない。

立証困難の緩和のもう一つの手段として、不競法九条が「相当な損害」の認定という方法を用意している。もつとも、民訴法二四八条は、不競法九条と同様に相当な損害の認定を認める規定を置いているが、他の営業侵害の逸失利益認定に關して、この規定はそれほどの効果を持たない。賃金センサス等を用いた概括的認定の許されている人身侵害の場合と違って、営業侵害の場合に逸失利益の立証が困難なのは一般的特徴であり、信用毀損固有の特徴ではない。そのことは、現二一号の裁判例と、営業侵害による不法行為が成立して逸失利益の立証が問題となる他の事例、例えば営業の間接的侵害のうちでいわゆる「経済的一体性」要件を満たしうる事例における逸失利益の認定を比較すれば、明らかである。信用という法益を介することによる立証責任緩和という技術は、信用損害という受け皿をたまたま有する侵害警告の事例でしか、用いることができない。これが正当であるか否かは、信用毀損の他の類型を含めた全体的検討が必要となるので、別稿を期することとしたい。<sup>(17)</sup>

### (c) それ以外の信用損害

信用損害が(a)・(b)に尽きるとすれば、対顧客警告によっても実際には信用が揺るがず、逸失利益が立証できな

いだけでなく実際にも存在しなかったと思われるような場合、無形損害はないと判断されるはずであり、そのような裁判例も存在する。<sup>(10)</sup>しかし、このような事例だと思われる場合に、ある程度の金額で、やはり概算的な無形損害の賠償を認める裁判例がある。<sup>(11)</sup>ここでは、社会的評価の低下や逸失利益とは別の損害が想定される。その内容としてはいくつかのものがありうるが、それを裁判例から読み取るとは困難である。

### 第三節 直接警告による逸失利益

第二節（一）でみた裁判例によれば、直接警告は、たとえ結果的に誤っていても、通常は、権利行使や交渉ないし調査の手段として許される。不当な直接警告は「手段もしくは態様が悪質」<sup>(12)</sup>と認められる場合に限って不法行為となる。問題は「悪質」性の具体的判断にある。

第一に、不当訴訟よりも責任を限定する理由はないから、警告が事実上または法律上の根拠が存在しないことを認識している場合や通常人が容易に認識しえたような場合は不法行為となる。通常人が容易に不当性を知りうる場合にあって警告に従うことは考え難いから、後者で想定される損害は主に弁護士費用等の防御費用であろう。したがって、その被侵害利益の中心は防衛の負担にあり、この点で、ここまでに見た逸失利益を中心とする責任とは異なる。第二に、警告に暴力的手段を伴う場合なども不法行為となる。これは警告が正当であっても許されない行為であり、本稿の意味での警告の不当性は要件ではない点で、やはりここまで検討してきた責任と異なる。

これ以外に、過失による不当な直接警告によって生じた逸失利益について、警告者が不法行為責任を負うことはあるか。対顧客警告では、顧客が警告に対して争う利益を持たないために警告に比較的容易にに応じてしまうことから、相手方の逸失利益が生じる。これに対して、直接警告で逸失利益が生じるのは相手方が自ら警告に応じた場合である。

不当な要求に応じたことが損害であるから、ここでは不当利得的構成も考えられるが、要求の内容が不作為であるため、多くの場合は逸失利益と警告者が得る利益との対応関係が存在しないか、明らかでない<sup>(18)</sup>。不法行為としては、対顧客警告と異なり直接警告を信用毀損と見ることはできないから、ほかに法律上の保護に値する利益の侵害が必要である。実際に裁判例で直接警告について責任追及がなされた事例は、応じなければ次は重要な顧客に対する対顧客警告に及ぶ、という旨の警告がされているという特徴がある<sup>(19)</sup>。実際の相手方らはこの警告に従っていないが、その顧客との取引が営業にとって決定的に重要であるときは、警告が不当だと判断していても、一時的にせよ警告に応じて対顧客警告を回避せざるを得ないことがありうる。ここでは、結局は対顧客警告が現実化しなかったとしても、発生させた損害について、いわば対顧客警告による保護を前倒すような形で直接警告を捉える意味がある。強要性を認識していたとみられるような場合、例えば、はじめから反論や交渉の余地を与えずに要求に応じるか対顧客警告を受けるかの選択を迫ったような場合は、対顧客警告の差止請求だけでなく、「悪質」かつ不当な直接警告として損害賠償請求を認めてもよいであろう。

(17) ただし、一部明らかな誤記などを修正した部分、記述回答のうち一部を掲載しなかった部分がある。調査票の送付・回収等は株式会社リサーチワークスに委託した。対象とした企業は、二〇二〇年九月一四日時点での東証一部・二部・マザーズの上場企業のうち、外国株式を除いた二九七九社であり、うち三五九社から回答を得た。企業秘密ともされやすいテーマであることに加えて、コロナウイルス禍で困難な状況にあったことにもかわらず、回答をいただいた企業の方々には、この場を借りて厚く御礼申し上げたい。

調査の際に、中国法における警告に関して質問を受けるなど企業の関心が高いことが感じられた。しかし、この点については筆者の力が及ばない。中国法については、毛立群「中国における警告書の送付と不正競争防止法の関係について」パテント七〇号(二〇一七年)六八頁以下などを参照。

(18) 対象とする権利の定義を明確にしなかったことから、想定していなかった権利(日照権など)についての回答があったり、中国法を中心にもっぱら外国法が適用される状況下の事例についての回答が若干数あった。これらの事情が明記された回答のほか

にも、実は筆者の想定を外れている回答があると予想される。しかし、その回答を判別できないため、結局、本稿末尾の「アンケート結果」の数字（n）は、外国法等の回答も除外しないまま集計した。とはいえ、警告の根拠として各種知的財産権の侵害や不法違反を挙げた回答の多さからいえば、大部分は本稿の対象である侵害警告についての回答だと考えても許されよう。

(119) 「アンケート結果」問一、問二。

(120) 「アンケート結果」問一一、問二一一。

(121) 「アンケート結果」問一二、問二一二。

(122) 「アンケート結果」問一三、問二一三。これはおそらく、本調査の対象が上場企業であり、回答に応じた企業は比較的、法務部機能が充実していることに起因するものと推測できる。

(123) 「アンケート結果」問一四、問二一四。

(124) 「アンケート結果」問三一、問三一一。

(125) 「アンケート結果」問一五、問二一五。回答企業が警告をする立場で誤りだったことがあるとした回答は少ないが、警告を受ける立場で相手の警告が誤りだったことがあるとする回答はかなり多い。

(126) 「アンケート結果」問二七、問四。

(127) 「アンケート結果」問二八。

(128) 東京地判平成一三年九月二〇日判タ一一一五号二七二頁（特許権）及びその控訴審である東京高判平成一四年八月二九日判時一八〇七号一八頁がリーディングケースであるといわれる。

(129) この「新傾向」裁判例の判断枠組みに批判的なのとして、田村善之『不正競争法概説（第二版）』（有斐閣、二〇〇三年）四四九頁、鈴木将文「判批・東京地判平成一六年一月二八日」判時一八七〇号（二〇〇四年）一八八頁、金子敏哉「判批・東京高判平成一四年八月二九日」ジュリスト二八六号（二〇〇五年）一七二頁、畑郁夫・重富貴光「不正競争防止法二条一項一四号の再検討——近時の東京高裁・地裁の新傾向判決を考える——」判タ二一四号（二〇〇六年）一七頁、瀬川信久「知的財産権の侵害警告と正当な権利行使（再論）」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣、二〇〇八年）一六五頁、岡田洋一「特許権侵害の警告と信用毀損行為」法律論叢八二巻二・三号（二〇一〇年）六八頁、愛知靖之「判批・知財高判平成二三年二月二四日」Law and Technology 五五号（二〇一二年）四八頁、小野昌延編『新・注解不正競争防止法（第三版）上』青林書院、二〇一二年）七九〇頁「木村修治執筆」など。「新傾向」裁判例に好意的なものとして、高部・前掲注（4）九六頁、土肥・前掲注（10）四五六頁、三村量一・平津慎副「判批・東京地判平成二四年五月二九日」知財フォーラム七二号（二〇〇七年）七六頁、外川英明「特許事件と営業誘惑行為——違法性阻却事由を中心に——」『不正競争防止法研究「権利侵害警告」と「営業秘密の保

護」について」（日本弁理士会中央知的財産研究所、二〇〇七年）四九頁、三山峻司「判批・東京地判平成一八年七月六日」小松陽一郎還暦記念論文集刊行会「最新判例知財法 小松陽一郎先生還暦記念論文集」（青林書院、二〇〇八年）五七九頁、岡田春夫「判批・東京地判平成二四年五月二九日」知財管理六三三号（二〇一三年）三七二頁、齋藤亮介「侵害警告に対する営業誹謗行為の成否——近時の裁判例の傾向を踏まえて——」パテント七二二号（二〇一九年）四九頁。

(130) 明言するものとして、大阪地判平成二九年六月一五日裁判所ウェブサイト（平成二八（ワ）五一〇四）（意匠権）。また、東京地判平成一八年一〇月一一日裁判所ウェブサイト（平成一七（ワ）二二八三四）（特許権）は違法性阻却によって原告の損害賠償請求権と差止請求権を否定したが、その控訴審である知財高判平成一九年九月一二日裁判所ウェブサイト（平成一八（ネ）一〇〇八〇）は違法性阻却に触れずに差止請求を認容した上で、過失を否定して損害賠償請求を退けている。不競法三条一項の差止請求が過失を要件から外している趣旨を考えれば、警告者の主観を重視した形での違法性阻却は、少なくとも差止めについては認めるべきでない。そこで、違法性阻却論を支持する見解では、損害賠償の対象である裁判所の判断以前の警告については違法性が阻却されるが、差止請求の対象である以後の警告は違法性が阻却されない、という時的区分をする（三村・平津・前掲注(129)）。裁判所の判断の前後で権利状況は変化していかないのだから、そこという違法性は警告者の認識にかかっていることが明らかである。

(131) 瀬川・前掲注(129) 一五四頁も同旨。

(132) 田村・前掲注(129) 四五〇頁。

(133) 田村・前掲注(129) 四四八頁、鈴木・前掲注(129) 一八八頁、金子・前掲注(129) 一二七頁、瀬川・前掲注(129) 一六二頁、愛知・前掲注(129) 五〇頁など。

(134) 大阪地判平成二二年一〇月三一日裁判所ウェブサイト（平成一〇（ワ）五〇九〇）（実用新案権）。

(135) 大阪高判平成九年一月二五日LEX/DB文献番号28060039（実用新案権）、大阪地判平成七年八月三一日特許庁公報五三三号三八二頁（意匠権、混同）も同旨。学説においても争いはない。

(136) 名古屋地判昭和五九年二月二七日無休集一六卷一〇九二頁（特許権）、広島地福山支判平成七年一月一八日LEX/DB文献番号28031613（特許権）。

(137) 名古屋地判昭和五九年八月三一日無休集一六卷二〇五六八頁（実用新案権）。

(138) 名古屋地判昭和五九年二月二七日・前掲注(136)。

(139) 差止請求について、明言するものとして大阪地判昭和五三年二月一五日判タ三八六号二三八頁（実用新案権）。

(140) 推認されると述べるものとして、大阪高判昭和五五年七月一五日判タ四二七号一七四頁（意匠権）。具体的には、長年にわたつ

て相談してきた弁理士の意見に従った場合でも、過失を否定する相当の理由にはならないと判断されている。他方で、いわゆる従来型の裁判例で過失を否定したものとして、例えば大阪地判昭和五三年一月二十九日無体集一〇巻二号六一七頁（実用新案権）がある。ここでは、実用新案権が無効となった理由が、発明の新規性自体は認められるものの進歩性がないというところにより、進歩性の判断はより困難であるというところから、警告者側の過失を否定した。

- (141) 最判昭和六三年一月二十六日民集四二巻一号一頁。
- (142) 田村・前掲注(129)四四八頁、鈴木・前掲注(129)一八八頁、金子・前掲注(129)一二七頁、愛知・前掲注(129)五〇頁。
- (143) 名古屋地判昭和五九年八月三十一日・前掲注(137)参照。
- (144) 東京地判平成一四年一〇月二十九日裁判所ウェブサイトに（平成一三(ワ)一五〇四七）（商標権）。
- (145) 大阪地判平成五年七月二日LEX/DB文献番号28031988（実用新案権）。
- (146) 大阪地判平成二七年二月一九日裁判所ウェブサイトに（平成二六(ワ)三一一九）（特許権）。
- (147) 東京地判平成一六年三月三十一日判時一八六〇号一九頁（実用新案権）。
- (148) 大阪地判平成一九年二月一五日裁判所ウェブサイトに（平成一七(ワ)二五三五）（特許権）。
- (149) 知財高判平成一九年五月二十九日裁判所ウェブサイトに（平成一八(ネ)一〇〇六八）（特許権）。
- (150) 知財高判平成一九年一〇月三十一日判タ一二七九号二八四頁（特許権）。
- (151) 従来の分析として、林・前掲注(3)がある。また、瀬川・前掲注(129)一五九頁は、当時の裁判例における損害を分析して、損害の種類に応じて過失要件と権利行使論による違法性阻却が使い分けられていたという。
- (152) 大阪地判平成二九年六月一日・前掲注(128)、大阪地判昭和六一年四月二十五日判タ六〇九号八九頁（実用新案権）、東京地判平成二九年三月一六日裁判所ウェブサイトに（平成二七(ワ)三七三三九）（著作権）、東京地判令和二年七月一〇日裁判所ウェブサイトに（平成三〇(ワ)二二四二八）（商標権）。
- (153) 大阪地判平成元年九月一日特企二五二七六頁（特許権）、大阪地判平成二年九月二三日無体集二二巻三号五七三頁（実用新案権）、大阪地判平成二年一〇月九日特企二六五五八頁（形態模倣）、大阪高判平成三年六月二〇日知的集二三巻二号四八頁（実用新案権）、大阪地判平成一〇年一月二六日審決公報七号一〇二九頁（形態模倣）、東京地判平成一一年一月二八日判時一六七〇号七五頁（商標権）、大阪高判平成一二年二月二七日裁判所ウェブサイトに（平成一一(ネ)四五）（形態模倣）、東京高判平成一二年四月一九日裁判所ウェブサイトに（平成一一(ネ)一四六四）（商標権）、大阪地判平成一二年五月二三日特企三七一号五八頁（実用新案権）、大阪地判平成一三年三月一日裁判所ウェブサイトに（平成一〇(ワ)七八二〇）（特許権）、東京地判平成一九年一月二六日裁判所ウェブサイトに（平成一八(ワ)一八二八三）（意匠権等）、大阪地判平成二七年二月一九日・前掲注(一四六)、

- 東京地判平成二七年九月一七日裁判所ウエブサイト（平成二五（ワ）一九九七四）（著作権）、大阪地判平成二九年四月二〇日裁判所ウエブサイト（平成二八年（ワ）二六一〇号）（形態模倣）、東京地判平成二九年八月三二日裁判所ウエブサイト（平成二七（ワ）三三九八二）（特許権）、知財高判平成三〇年二月二三日裁判所ウエブサイト（平成二九（ネ）一〇〇八九）（特許権）、東京地判令和二年二月二三日裁判所ウエブサイト（平成三〇（ワ）二二一五）（著作権）。
- (154) 名古屋地判平成五年二月一七日特許庁公報三六号二二七頁（特許権・実用新案権）、大阪高判平成九年一月二五日・前掲注(135)、大阪地判平成一六年二月一六日裁判所ウエブサイト（平成二五（ワ）六五八〇等）（形態模倣）、大阪地判平成二五年一月三一日裁判所ウエブサイト（平成三三（ワ）七四〇七）（特許権）、東京地判令和二年三月六日裁判所ウエブサイト（平成三〇（ワ）一八八七四）（実用新案権）。
- (155) 名古屋地判昭和五九年八月三二日・前掲注（一三七）、大阪地判平成五年七月二二日・前掲注（145）、東京地判平成一四年一月二二日判時一八二四号九三頁（特許権）、東京地判平成一七年二月一三日判タ一二六号三一八頁（特許権）、知財高判平成一八年一月二五日裁判所ウエブサイト（平成一七（ネ）一〇〇六〇等）（形態模倣）、知財高判平成一八年六月二六日裁判所ウエブサイト（平成一八（ネ）一〇〇〇五）（特許権）、大阪地判平成一九年二月一五日・前掲注（148）、大阪地判平成二〇年五月二〇日裁判所ウエブサイト（平成二六（ワ）一〇九一等）（商標権）、大阪地判平成二六年七月一七日裁判所ウエブサイト（平成二三（ワ）九二三八等）（著作権）。
- (156) 大阪高判平成五年二月二二日LEX\_DB文献番号2802228（特許権）、京都地判平成七年一月三〇日LEX\_DB文献番号28031860（実用新案権）、東京地判平成一六年八月三〇日裁判所ウエブサイト（平成一五（ワ）一〇三九等）（商標権）、東京地判平成一六年一月二四日判時一八九六号一四一頁（形態模倣）。
- (157) 大阪地判平成元年九月一八日・前掲注（153）、大阪地判平成二年九月一三日・前掲注（153）、大阪高判平成三年六月二〇日・前掲注（153）、東京地判平成一二年一月二八日・前掲注（153）、東京高判平成一二年四月一九日・前掲注（153）。
- (158) 大阪地判昭和四四年六月二九日特企二一九号三三頁（意匠権）、大阪地判昭和六〇年五月二九日判タ五六七号三〇七頁（実用新案権）、名古屋地判平成五年二月一七日・前掲注（154）、大阪地判平成五年七月二二日・前掲注（145）、大阪地判平成一一年一月二二日裁判所ウエブサイト（平成一〇（ワ）三〇〇八等）（意匠権）、大阪地判平成一三年三月一日・前掲注（153）、大阪地判平成一三年一月二二日裁判所ウエブサイト（平成二三（ワ）一三三九〇）（実用新案権）、東京地判平成一四年八月二二日裁判所ウエブサイト（平成一三（ワ）二七三一一）（意匠権）、大阪地判平成二五年一月三二日・前掲注（154）、大阪地判平成二七年三月二六日判時二二七号一一三頁（実用新案権）、東京地判平成二九年三月一六日・前掲注（152）、大阪地判平成二九年六月一五日・前掲注（130）。

- (159) 大阪地判昭和五九年一〇月二六日判タ五四三号一七一頁（特許権）、東京地判平成二六年一月二八日判時一八四七号六〇頁（商標権、著作権）、東京地判平成二六年三月二日・前掲注(147)。
- (160) 大阪地判昭和六〇年五月二九日・前掲注(158)、大阪地判平成四年二月二七日LEX/DB文献番号2782458（特許権）、東京地判平成六年一月二六日特許庁公報四八号三五九頁（意匠権）、大阪地判平成二二年五月二三日・前掲注(153)、東京地判平成二六年三月二日・前掲注(147)、東京地判平成二六年一月二四日・前掲注(156)、知財高判平成二八年一月二五日・前掲注(155)、東京地判平成二八年七月六日判タ二二三三三〇八頁（特許権）、知財高判平成二九年五月二九日・前掲注(149)、大阪地判平成二〇年五月二〇日・前掲注(155)、東京地判平成二九年三月一六日・前掲注(152)、大阪地判平成二九年六月二五日・前掲注(130)。
- (161) 一〇〇〇万円・大阪地判平成四年二月二七日・前掲注(160)、東京地判平成二六年三月二日・前掲注(147)。七〇〇万円・東京地判平成二八年七月六日・前掲注(160)、知財高判平成二九年五月二九日・前掲注(149)。六〇〇万円・東京地判平成六年二月二六日・前掲注(160)。五〇〇万円・大阪地判昭和六〇年五月二九日・前掲注(158)。明示されていないが同様の趣旨を含むと理解されるものとして、東京地判平成二四年二月二日・前掲注(155)、東京地判平成二六年一月二八日・前掲注(159)、東京高判平成二六年八月三日裁判所ウェブサイトに(平成一六(ホ)八三六)（商標権、著作権）。
- (162) 大阪地判平成元年九月一八日・前掲注(153)、大阪地判平成二年九月二三日・前掲注(153)、大阪高判平成三年六月二〇日・前掲注(153)、大阪地判平成六年一〇月二七日特許庁公報四五号三九三頁（実用新案権）、東京地判平成六年二月二六日・前掲注(160)、東京地判平成二六年一月二八日・前掲注(159)、大阪地判平成二六年一月二日裁判所ウェブサイトに(平成一六(ワ)五七二三等)（商標権）。
- (163) 最判平成二五年三月一日刑集二八三三号七五三頁。
- (164) この種の損害を無形損害算定の基礎とするものとして、田村・前掲注(129)四五四頁。
- (165) 例えば、大阪地判昭和六一年四月二五日・前掲注(152)、大阪地判平成二〇年五月二〇日・前掲注(155)、東京地判平成二四年三月二日裁判所ウェブサイトに(平成二二(ワ)一四五等)（形態模倣）、大阪地判平成二七年二月一九日・前掲注(146)、大阪地判平成二七年三月二六日・前掲注(158)など。金銭的損害賠償請求が中心であればこの方法でも問題はない。
- (166) また、弁護士費用の賠償額を無形損害から独立にのみ認定する際にも、他の損害賠償請求認容額との関係で比較的高額な金額を認定することがある（大阪地判昭和五九年一〇月二六日・前掲注(159)、東京地判平成二八年七月六日・前掲注(160)、知財高判平成一九年五月二九日・前掲注(149)、東京地判平成二九年八月三日・前掲注(153)など）。
- (167) 東京地判平成二八年七月六日・前掲注(160)、知財高判平成一九年五月二九日・前掲注(149)、大阪地判平成二九年三月二六日・前掲注(153)、東京地判令和二年七月二〇日・(152)。

(168) 大阪地判平成五年五月三十一日交民集二六卷三三六九頁、大阪地判平成一三年七月十七日交民集三四卷四九二二頁、東京地判平成一五年三月二日交民集三六卷二二二頁、東京地八王子支判平成一六年六月三〇日交民集三七卷三三八五頁、大阪地判平成一八年六月二〇日交民集三九卷三三九八二頁など参照。

(169) 対顧客警告の裁判例にも、逸失利益の立証困難を信用損害の構成によって解消するのではなくて、そもそも逸失利益の具体的立証をそれほど厳密に要求せず、不競法規九条や民訴法二四八条によって相当な金額を認定したり(名古屋地判平成一五年一月二三日裁判所ウェブサイトに(平成一五(ワ)八五五)(著作権、東京地判平成一七年二月一三日・前掲注(155))、いわゆる控えめな認定を用いたり(大阪地判平成一三年九月二五日裁判所ウェブサイトに(平成二二(ワ)九一〇四)(商標権)、そのほか概算的な認定で満足するものは散見される(東京地判昭和四七年三月一七日無体集四卷一四九八頁(実用新案権)、東京地判平成六年一月二八日特企三〇一五五頁(商標権)、大阪高判平成九年一月二五日・前掲注(135)、東京地判平成一七年八月二日LEX/DB文献番号28101582(特許権(な))。)

(170) 例えば、東京地判平成二二年二月二六日裁判所ウェブサイトに(平成二〇(ワ)一六九六三)(特許権)。

(171) 東京地判平成一四年二月二日・前掲注(155)、大阪地判平成一七年九月二六日裁判所ウェブサイトに(平成一六(ワ)一二七

一三)(特許権、大阪地判平成二五年一月三十一日・前掲注(154)、東京地判平成二七年九月一七日・前掲注(153)、東京地判平成

二八年一月二七日裁判所ウェブサイトに(平成二七(ワ)一〇五二二等)(混同)など。

(172) 名古屋地判昭和五九年二月二七日・前掲注(136)、広島地福山支判平成七年一月一八日・前掲注(136)。

(173) 例外としては、相手方が警告に応じて製品製造等を停止したために、それまで大口顧客だった取引先が警告者への取引変更を行ったことが取引先の証言から確認できるような場合が考えられる。もともと、対顧客警告による具体的な利益の移転の対応が立証できていない事例に関してではあるが、逸失利益を不当利得と構成することを否定したものととして大阪地判平成一九年二月一五日・前掲注(148)。

(174) 直接警告も何らかの理由で周知されれば信用損害を生じうるが、ここでの信用損害は警告それ自体から生じる損害ではなくて、警告があったという事実が何らかの理由により周知されたことによる付随的な損害に過ぎず、一般的には警告の相手方が受忍すべきである。もし警告者自身が直接警告の事実を流布したのであれば、その流布自体を信用毀損として扱えばよい。

(175) 東京地判平成一四年二月二日・前掲注(155)、東京地判平成一八年三月二四日判タ一二七九号三〇七頁。直接警告の内容自体は明らかでないが、直接警告がなされた後に対顧客警告もなされていた事例で直接警告に対しても責任が追及されている例として、名古屋地判昭和五九年二月二七日・前掲注(136)、名古屋地判昭和五九年八月三二日・前掲注(137)、広島地福山支判平成七年一月一八日・前掲注(136)。

## おわりに

ここまで、侵害警告における信用損害の分析を通じて、信用という法益の考察と営業侵害における信用毀損の位置づけを検討してきた。

第一に、名誉と信用とは並列して説明されることが多いが、損害賠償の内容にはその性質上の違いが顕著に現れている。名誉の場合は個人の人格と外部的評価としての名誉を一応切り離して考えうるのとは違って、信用の場合には本体である経済的能力そのものが外部的評価である信用の変動によって著しい影響を受ける。信用は営業に対する単なる外部的評価ではなく、営業の極めて重要な一部であるからこそ、信用毀損には営業保護の一環として責任成立要件としての重要な機能が与えられてきたと考えられる。この観点では、侵害警告の場面に限らず信用の保護は逸失利益の保護と密接な関係を持つ。しかし、従来は、競争行為以外の営業誹謗行為による信用毀損は非財産的な人格的名誉の問題として捉えられており、裁判例は無形損害概念をほとんど非財産的損害という意味で用いているとされてきた。<sup>(16)</sup> また、不正競争行為によって信用損害が生じるとされる事例のうちでも、その実質が逸失利益でないものもある。<sup>(17)</sup> これらの点については再検討する余地がある。

また、名誉と信用との異質性が侵害警告以外の場面でも妥当しうるとすれば、それが成立要件及び免責事由に及ぼす影響も問題となる。信用毀損と名誉毀損の要件の差異は刑法では規定されているが、民事不法行為については明らかでない。<sup>(18)</sup> とりわけ、報道行為による名誉毀損に関して発展してきた免責事由が、各種の信用毀損との関係でどのような射程を有しうるかといったことは、まだ議論が十分ではない。<sup>(19)</sup> これを検討するためには、信用に対する侵害の類型化を進める必要がある。<sup>(20)</sup>

これと関連して、不当な侵害警告の事例は錯誤の一事例としても捉えうるから、その一般的な検討のためにも材料を

提供する。近時では、誤想防衛等の正当化事由の錯誤の事例を、損害賠償法においては刑法とは異なり故意不法行為として位置付ける、という方向性が主張されている。<sup>(16)</sup>この議論は、侵害警告のほかにも不当な仮処分など正当性を誤信して行われる類型の不法行為一般に影響を与えるであろう。<sup>(16)</sup>

第二に、学説における議論の中心として警告者の過失ないし違法性が論じられてきたところ、裁判例においては、逸失利益の数额ないし相当因果関係の立証に争点が移っている場合が多く見受けられた。そしてここでは、信用が逸失利益の立証の緩和という重要な機能を担っていた。この機能の正当性は、信用毀損の他の事例において信用が逸失利益の賠償のためにどのような機能を果たしているかを確認した上で、営業上の逸失利益が問題となるその他の事例と比較しつつ検討する必要がある。逸失利益の賠償は、営業侵害一般について損害賠償の中核をなしうるものだからである。そして、不当訴訟の規律との関係も、不当な権利主張という加害行為の類似性だけでなく、損害の内容と被侵害利益の實質に着目して分析する必要がある。この観点からの検討は、今後も不当請求・不当訴訟の各類型について進められるべきである。例えば、第一章のドイツ法の判例に現れた不当請求の諸事例でも、被侵害利益は応許の負担そのものだけではなく、信用毀損と見られるもの、物権や担保権の喪失と見られるもの、目的物の利用・処分の妨害と見られるものなど様々であった。

これらの残された課題については改めて検討したい。

(176) 中村哲也「非競争行為による営業妨害について——不法行為法の機能の整理のために——」新潟大学法政理論二七卷二号（一九九四年）二五頁。

(177) 例えば高級ブランドの偽造品を安売りすることによる信用損害の中心とされてきたのは、高級感の希釈である（大阪地判平成六年三月二二日LEX/DB文献番号28022046、東京地判平成一〇年三月二〇日LEX/DB文献番号28032935）。

(178) 近時の議論状況の整理については、建部雅『不法行為法における名誉概念の変遷』（有斐閣、二〇一四年）一〇二頁以下を参照。  
(179) 裁判例は一般に、表現行為による信用毀損に対しては名誉毀損のこの法理を適用する。侵害警告による責任に関する違法性阻

却論にも、この名誉毀損法理の影響は窺われた（高部・前掲注（四）九二頁）。この点に対する批判として、瀬川・前掲注（129）一六〇頁。

（180）信用侵害ないし信用損害（無形損害）が主張される事例は多岐にわたっており、表現行為に限られるわけではない。諸種の信用損害についての裁判例の紹介として、升田純『風評損害・経済的損害の法理と実務（第二版）』（民事法研究会、二〇一三年）。

（181）道垣内弘人「不法行為における『過失』の対象——名誉毀損事例を出発点に」瀬川信久・能見善久・佐藤岩昭・森田修編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣、二〇一九年）三三九頁。

（182）条文上は明らかでないが、伝統的にある種の債権侵害など特定の不法行為類型において過失では足りず、故意が責任成立要件として要求される（奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、一九九二年）二三七頁）。そしてとりわけ、有力な学説において、故意は賠償範囲の決定基準として特別な意義を与えられてきた（平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七一年）四五七頁）。本文の事例との関係でも故意概念の内容と機能をどのように捉えるかは重要な問題となる。

## アンケート調査

最後に、第一節（二）で触れたアンケート調査とその結果を掲載する。

## 「権利侵害警告」に関するアンケート

九州大学法学研究院  
准教授 高岡 大輔

## 【ご協力をお願い】

(省略)

- ※ 権利侵害警告とは、裁判上の手続ではないところで、「特許権、著作権など自分の権利を侵害している」という理由で、特定の他人に対してある営業活動をやめるよう警告したり、あるいは特定の他人の取引相手にその者との取引を控えるよう警告したりするものです。

以下、平成6年(1994年)5月1日以降のご状況についてご回答ください。

問1. 貴社では、他社または個人に対して、上記の権利侵害警告をしたこと、もしくはしようと計画したことがありますか(単一回答)。

1. したことがある
2. しようと計画したことがある
3. どちらもなし ⇒ 3ページ問2にお進みください

問1-1. 問1で「1. したことがある」または「2. しようと計画したことがある」と答えた方に質問です。それはどのような権利の侵害に対する警告ですか(複数回答可)。

1. 特許権
2. 著作権
3. 商標権
4. その他( )

問1-2. 問1で「1. したことがある」または「2. しようと計画したことがある」と答えた方に質問です。その警告は、どのような内容のものでしたか(複数回答可)。

1. 侵害者と考えた者に対して、製造や販売など特定の営業活動の停止を求める。
2. 侵害者と考えた者に対して、金銭などの支払いを求める。
3. 侵害者と考えた者に対して、自社との交渉に応じるよう求める。
4. 侵害者と考えた者の顧客に対して、侵害者と考えた者との取引を停止するよう求める。
5. その他( )

問1-3. 問1で「1. したことがある」と答えた方に質問です。その警告を受けたとき、相手方はどのように対応しましたか。(複数回答可)

1. 全面的に要求に応じる。
2. 要求の一部のみ応じる。(応じた要求: )
3. 要求を全面的に拒絶する。
4. 要求を無視する。
5. その他( )



問2. 貴社では、他社または個人から、権利侵害警告を受けたことはありますか。(単一回答)

1. ある      2. ない⇒ 4ページ問3にお進みください

問2-1. 問2で「1. ある」と答えた方に質問です。それはどのような権利の侵害に対する警告ですか。(複数回答可)

1. 特許権      2. 著作権      3. 商標権      4. その他 (      )

問2-2. 問2で「1. ある」と答えた方に質問です。その警告は、どのような内容のものでしたか (複数回答可)。

1. 侵害者と考えた者に対して、製造や販売など特定の営業活動の停止を求める。  
 2. 侵害者と考えた者に対して、金銭などの支払いを求める。  
 3. 侵害者と考えた者に対して、自社との交渉に応じるよう求める。  
 4. 侵害者と考えた者の顧客に対して、侵害者と考えた者との取引を停止するよう求める。  
 5. その他 (      )

問2-3. 問2で「1. ある」と答えた方に質問です。その警告を受けたとき、貴社はどのように対応しましたか。(複数回答可)

1. 全面的に要求に応じる。  
 2. 要求の一部のみ応じる。(応じた要求：      )  
 3. 要求を全面的に拒絶する。(拒絶の理由：      )  
 4. 要求を無視する。  
 5. その他 (      )

問2-4. 問2-3で「2. 要求の一部のみ応じる。」または「3. 要求を全面的に拒絶する。」または「4. 要求を無視する。」と答えた方に質問です。その後、応じなかった要求について、相手方はどのように対応しましたか。(複数回答可)

1. 訴訟を提起するなど司法的措置をとった(交渉の後で訴訟を提起した場合を含む)。  
 2. 交渉によって解決または妥協した。  
 3. それ以上の措置をとることなく要求をあきらめた。  
 4. その他 (      )

問2-5. 問2で「1. ある」と答えた方に質問です。後に、何らかの過程で、相手方の警告の根拠としていた権利またはその侵害が実際には存在しなかったなど、警告は誤っていたと明らかになったことはありますか。(単一回答)

1. ある      2. ない      3. その他 (      )

問2-6. 問2-5で「1. ある」と答えた方に質問です。警告が誤っていたことは、どのような経緯で明らかになりましたか。

問2-7. 問2-5で「1. ある」と答えた方に質問です。その際、貴社ではどのように対応しましたか。(複数回答可)

1. 訴訟外で損害賠償を請求した。(損害の主な内容：)	)
2. 訴訟を提起して損害賠償を請求した。(損害の主な内容：)	)
3. 何もしなかった。	
4. その他 (	)

問2-8. 問2-5で「1. ある」と答えた方に質問です。貴社が問2-7. のような対応を選じたのは、どのような理由によるものでしたか。

問2-9. 問2-7で「1. 訴訟外で損害賠償を請求した。」と答えた方に質問です。その際、相手方はどのように対応しましたか。(複数回答可)

1. 全面的に請求に応じた。	
2. 請求の一部に応じた。(応じた内容：)	)
3. 請求を全面的に拒絶した。	
4. 請求を無視した。	
5. その他 (	)

問3. 貴社では、他社または個人に対して、特許権、著作権など自分の営業上の権利を侵害しているという理由で訴訟を提起したことがありますか。(単一回答)

1. ある	2. ない
-------	-------

問3-1. 問3で「1. ある」と答えた方に質問です。その訴訟を提起する前に、裁判外で相手方に権利侵害警告を行いましたか。(単一回答)

1. 行った	2. 行わなかった
--------	-----------



信用毀損による不法行為責任に関する一考察（高岡）

アンケート結果：調査名 [「権利侵害警告」に関するアンケート]			
(1) 問1. 権利侵害警告をしたこと、もしくはしようと計画したことがあるか... (SA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	したことがある	149	41.5
2	しようと計画したことがある	21	5.8
3	どちらもない	186	51.8
	不明	3	0.8
	全体	359	100.0
(2) 問1-1. どのような権利の侵害に対する警告か... (MA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	特許権	100	58.8
2	著作権	34	20.0
3	商標権	99	58.2
4	その他	26	15.3
	主な内容（複数回答可）： 意匠権	(13)	(7.7)
	模倣品・デッドコピー	(3)	(1.8)
	不競法に基づく警告とのみ回答されたもの	(13)	(7.7)
	不明	0	0.0
	非該当	189	
	全体	170	100.0
(4) 問1-2. その警告は、どのような内容のものか... (MA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	侵害者と考えた者に対して、製造や販売など特定の営業活動の停止を求める。	134	78.8
2	侵害者と考えた者に対して、金銭などの支払いを求める。	55	32.4
3	侵害者と考えた者に対して、自社との交渉に応じるよう求める。	56	32.6
4	侵害者と考えた者の顧客に対して、侵害者と考えた者との取引を停止するよう求める。	12	7.1
5	その他	20	11.8
	不明	1	0.6
	非該当	189	
	全体	170	100.0
(6) 問1-3. 警告を受けたとき、相手方の対応... (MA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	全面的に要求に応じる。	93	62.4
2	要求の一部のみ応じる。	48	32.2
	一部応諾の主な内訳：商品の製造・販売の停止	(14)	(9.4)
	要求した金額の一部の支払い	(10)	(6.7)
	在庫分だけの販売を認める	(2)	(1.3)
3	要求を全面的に拒絶する。	70	47.0

4	要求を無視する。	34	22.8
5	その他	6	4.0
	不明	1	0.7
	非該当	210	
	全体	149	100.0
(9) 問1-4. 相手が応じなかった要求について、どのように対応したか... (MA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	訴訟を提起するなど司法的措置をとった。	48	44.9
2	交渉によって解決または妥協した。	51	47.7
3	それ以上の措置をとることなく要求をあきらめた。	36	33.6
4	その他	6	5.6
	不明	2	1.9
	非該当	252	
	全体	107	100.0
(12) 問1-5. 警告は誤っていたと明らかになったことはあるか... (SA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	ある	7	4.7
2	ない	138	92.6
3	その他	1	0.7
	不明	3	2.0
	非該当	210	
	全体	149	100.0
(13) 問1-6. 誤っていたことが明らかになった経緯 (記述)			
	(主な回答内容の趣旨)	n	%
	相手方からの資料提示・説明によって明らかになった。	4	57.1
	特許無効審判によって明らかになった。	3	42.8
	裁判の判決によって明らかになった。	1	14.3
	全体	7	100
(14) 問1-7. 警告が誤っていたときの相手方の対応 (記述)			
	(主な回答内容の趣旨)	n	%
	和解	2	28.6
	何もしなかった	1	14.3
	争った	2	28.6
	不明	2	28.6
	全体	7	100
(15) 問1-8. 警告を計画して実行しなかった理由 (記述)			
	(主な回答内容の趣旨)	n	%
	立証困難など、手続上の問題	6	28.6
	権利の有効性・侵害の該当性などに自信がなかった	4	19.0

信用毀損による不法行為責任に関する一考察（高岡）

	警告の前に相手に対応した	4	19.0
	費用対効果	2	9.5
	顧客との関係（侵害者と共通の顧客を持っているなど）	2	9.5
	相手方からの権利行使のリスク	1	4.7
	不明	2	9.5
	全体	21	100
(17) 問2. 権利侵害警告を受けたことはあるか... (SA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	ある	176	49.0
2	ない	182	50.7
	不明	1	0.3
	全体	359	100.0
(18) 問2-1. どのような権利の侵害に対する警告か... (MA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	特許権	128	71.7
2	著作権	33	18.8
3	商標権	56	31.8
4	その他	26	14.8
	その他の主な内訳：意匠権	(13)	(7.4)
	デッドコピー・模倣	(3)	(1.7)
	実用新案権	(2)	(1.1)
	不競法とのみ回答されたもの	(9)	(5.1)
	不明	0	0.0
	非該当	183	
	全体	176	100.0
(20) 問2-2. その警告は、どのような内容のものか... (MA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	侵害者と考えた者に対して、製造や販売など特定の営業活動の停止を求める。	112	63.6
2	侵害者と考えた者に対して、金銭などの支払いを求める。	89	50.6
3	侵害者と考えた者に対して、自社との交渉に応じるよう求める。	73	41.5
4	侵害者と考えた者の顧客に対して、侵害者と考えた者との取引を停止するよう求める。	8	4.5
5	その他	14	8.0
	不明	1	0.6
	非該当	183	
	全体	176	100.0
(22) 問2-3. 警告を受けたときの対応... (MA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	全面的に要求に応じる。	40	22.7

2	要求の一部のみ応じる。	60	34.1
	一部応諾の主な内訳：金銭（賠償、ライセンス料、実 施料）の支払い	(19)	(10.8)
	製造・販売停止や名称変更によ る侵害回避	(16)	(9.1)
	交渉には応じる	(4)	(2.2)
3	要求を全面的に拒絶する。	107	60.8
	拒絶した主な理由：自社の行為が侵害に当たらない	(57)	(32.4)
	特許無効、期間経過など権利が存 在していない	(21)	(11.9)
4	要求を無視する。	10	5.7
5	その他	22	12.5
	不明	3	1.7
	非該当	183	
	全体	176	100.0
(26) 問2-4. 応じなかった要求について、相手方はどのような対応をしたか... (MA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	訴訟を提起するなど司法的措置をとった。	50	36.8
2	交渉によって解決または妥協した。	60	44.1
3	それ以上の措置をとることなく要求をあきらめた。	60	44.1
4	その他	9	6.6
	不明	11	8.1
	非該当	223	
	全体	136	100.0
(28) 問2-5. 警告は誤っていたと明らかになったことはあるか... (SA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	ある	61	34.7
2	ない	98	55.7
3	その他	14	8.0
	不明	3	1.7
	非該当	183	
	全体	176	100.0
(29) 問2-6. 誤っていたことが明らかになった経緯 (記述)			
	(主な回答内容の趣旨)	n	%
	自社側での調査によって明らかになった。	26	40.6
	訴訟あるいは判決によって明らかになった。	15	23.4
	相手との訴訟外でのやり取り・交渉の途中で明らかになった。	10	15.6
	特許無効審判・特許異議申し立てによって明らかになった。	9	14.1
	同様の警告を受けた他社の対応によって明らかになった。	3	4.7
	事前に当該権利を知って侵害を回避していた。	1	1.6
	全体	64	100

信用毀損による不法行為責任に関する一考察（高岡）

(31) 問2-7. どのように対応したか... (MA)			
No.	カテゴリ名	n	%
1	訴訟外で損害賠償を請求した。	3	4.9
2	訴訟を提起して損害賠償を請求した。	3	4.9
3	何もしなかった。	44	72.1
4	その他	16	26.2
	不明	1	1.6
	非該当	298	
	全体	61	100.0
(32) 問2-8. そのように対応した理由（記述）			
	(主な回答内容の趣旨)	n	
	実質的損害がなかったため何もしなかった。	10	
	費用対効果を考慮して何もしなかった。	9	
	紛争の終了を優先して何もしなかった。	4	
	相手方との今後の関係を考慮して何もしなかった。	3	
	一時的に製造を停止した損害、利益機会損失の損害賠償を請求した。	2	
(36) 問2-9. 相手方の対応... (MA)			
No.	カテゴリ名	n	%
1	全面的に請求に応じた。	2	66.7
2	請求の一部に応じた。	3	100.0
3	請求を全面的に拒絶した。	1	33.3
4	請求を無視した。	1	33.3
5	その他	0	0.0
	不明	0	0.0
	非該当	356	
	全体	3	100.0
(39) 問3. 特許権、著作権など自分の営業上の権利を侵害しているという理由で訴訟を提起したことはあるか... (SA)			
No.	カテゴリ名	n	%
1	ある	67	18.7
2	ない	283	78.8
	不明	9	2.5
	全体	359	100.0
(40) 問3-1. 裁判外で相手方に権利侵害警告を行ったか... (SA)			
No.	カテゴリ名	n	%
1	行った	61	91.0
2	行わなかった	5	7.5
	不明	1	1.5
	非該当	292	
	全体	67	100.0

(41) 問3-2. 特許権、著作権など営業上の権利を侵害したという理由で訴訟を提起されたことはあるか... (SA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	ある	83	23.1
2	ない	224	62.4
	不明	52	14.5
	全体	359	100.0
(42) 問3-3. 相手方から裁判外で権利侵害警告を受けたか... (SA)			
No.	カテゴリー名	n	%
1	受けた	70	84.3
2	受けなかった	12	14.5
	不明	1	1.2
	非該当	276	
	全体	83	100.0
(43) 問4. 自由記述			
	(主な回答内容の趣旨)		
	この種の紛争の多くは、訴訟に至る前に金銭支払いや和解・仲裁で終了する(8件)。		
	この種の紛争は訴訟に至ったとしても和解で終了することが多い(5件)。		
	外国企業との間でこの種の紛争を経験した(4件)。		
	紛争が長引くよりもビジネスに集中したい(2件)。		
	警告をする前には、必ず試買等の調査を行う。		
	商品の入れ替わりが激しい業界では、大きなトラブルにはならない。		
	請求を拒絶すると相手が対顧客警告に移行した。相手の特許は無効だと考えたが、無効審判にかかる時間・費用を考慮すると顧客の理解が得られないため、金銭を支払って終了した。		

i

<sup>i</sup> 本研究は科学研究費補助金(19K23153)の助成を受けたものである。