



Title	知的財産権・不法行為・自由領域：日韓両国における規範的解釈の試み
Author(s)	丁, 文杰
Citation	北海道大学. 博士(法学) 甲第11509号
Issue Date	2014-09-25
DOI	10.14943/doctoral.k11509
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/57421">http://hdl.handle.net/2115/57421</a>
Type	theses (doctoral)
File Information	Ding_Wenjie.pdf



[Instructions for use](#)

北海道大学大学院法学研究科

博士学位論文

知的財産権・不法行為・自由領域  
— 日韓両国における規範的解釈の試み —

平成 26 年度

(2014 年 9 月授与)

博士後期課程三年 丁文杰

学籍番号 15115104

## 目次

序章	4
第1節 問題の所在	6
第2節 研究方法	7
第1款 理論的視点の必要性	7
第2款 立法と司法の役割分担のアプローチ	8
第3款 比較法的アプローチ	9
第3節 論文の構成	10
第I章 不法行為法の構造	11
第1節 条文の系譜	11
第1款 日本民法709条	11
第2款 韓国民法750条	13
第2節 条文の特徴	17
第3節 帰結	18
第II章 知的財産法の制度趣旨	19
第1節 知的財産権の特徴	19
第1款 知的財産権の本質	19
第2款 権利範囲の拡大	20
第3款 小括	21
第2節 知的財産権の内在的制約	22
第1款 憲法上の根拠条文	23
第2款 本稿の立場	29
第3款 小括	31
第3節 知的財産権の外在的制約	32
第1款 自由領域の確保	32
第2款 政策形成過程のバイアス	38
第3款 小括	41
第4節 帰結	41
第III章 学説	43
第1節 はじめに	43
第2節 日本の学説	44
第1款 柔軟な解釈論	45
第2款 厳格な解釈論	48
第3款 限定的な解釈論	49
第4款 小括	54
第3節 韓国の学説	54
第1款 「特段の事情」の類型化	55
第2款 基本権制限の原則	58
第3款 小括	59
第4節 帰結	60
第IV章 裁判実務	62

第1節	はじめに	62
第2節	日本の裁判例	63
	第1款 最上級審判決	63
	第2款 最高裁判決の射程	71
第3節	韓国の裁判例	92
	第1款 最上級審判決	92
	第2款 大法院判決の射程	101
第4節	帰結	118
<b>結 語</b>		<b>119</b>
<b>資 料</b>		<b>121</b>

## 序章

本稿は、知的財産法と不法行為法の交錯領域に属する論点の一つとして、不法行為法による知的財産法の補完可能性を探るものである<sup>1</sup>。すなわち、個別の知的財産法により明

<sup>1</sup> この論点を扱った日本の文献として、田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008年・有斐閣）3—50頁、同「知的財産法からみた民法709条—プロセス志向の解釈論の探求—」NBL936号（2010年）48—58頁、同「民法の一般不法行為法による著作権法の補完の可能性について」コピライト51号（2011年）26—44頁、同「民法の一般不法行為法による著作権法の補完の可能性について」『ライブ講義知的財産法』（2012年・弘文堂）494—531頁、井上由里子「パブリシティの権利の再構築」『現代企業法学の研究』（筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集・2001年・信山社）127—196頁、板倉集一「商品形態の保護と不法行為法」Law&Technology17号（2002年）40—49頁、諏訪野大「知的財産権非侵害行為による不法行為の成立」紋谷暢男教授古稀記念論文集刊行会編『知的財産権法と競争法の現代的展開』（紋谷暢男教授古稀記念・2006年・発明協会）19—43頁、横山久芳「創作投資の保護」日本工業所有権法学会年報30号（2007年）123—158頁、松本信夫「他人の成果の冒用と不法行為」知財管理57巻6号（2007年）859—874頁、三浦正広「著作権侵害と不法行為法理の機能—著作権の保護と競争秩序の維持—」野村豊弘＝牧野利秋編『現代社会と著作権法』（斉藤博先生御退職記念論集・2008年・弘文堂）361—378頁、窪田充見「不法行為法と知的財産法の交錯」著作権研究36号（2009年）29—57頁、今西頼太「著作権非侵害行為と一般不法行為」同志社法学60巻7号（2009年）1177—1211頁、島並良「一般不法行為法と知的財産法」法学教室380号（2012年）147—153頁、佐藤祐介「著作権法によって保護されない場合の一般不法行為法による保護」『民事法の現代的課題』（松本恒雄先生還暦記念・2012年・商事法務）1151—1172頁、山田知司「知的財産権法の補完としての不法行為法」中山信弘他編『知財立国の発展へ』（竹田稔先生傘寿記念・2013年・発明推進協会）507—524頁、三村量一「一般不法行為」牧野利秋他編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ』（2014年・青林書院）352—372頁、山根崇邦「情報の不法行為を通じた保護」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（2014年・商事法務）351—380頁などがある。また、この論点について言及した判例評釈として、蘆立順美「創作性のないデータベースからのデータの流用に対する不法行為の成立」コピライト486号（2001年）25—27頁、同「新聞記事見出しの著作物性と見出しの利用に対する不法行為の成否」コピライト521号（2004年）60—63頁、横山久芳「情報誌『ケイコとマナブ』編集著作権事件」コピライト523号（2004年）32—39頁、潮見佳男「新聞記事見出しの著作物性と記事見出しの無断利用による不法行為」コピライト538号（2006年）51—57頁、茶園成樹「記事見出しの著作物性と其の利用による不法行為の成否」知財管理56巻7号（2006年）1063—1068頁、山根崇邦「著作権侵害が認められない場合における一般不法行為の成否」知的財産法政策学研究18号（2007年）221—278頁、宮脇正晴「既存の法律書籍に依拠し、類似する内容の法律書籍を執筆・発行する行為について、著作権侵害の成立を否定し、一般不法行為の成立を肯定した例」Law&Technology34号（2007年）56—68頁、張睿暎「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮映画放映事件—」著作権研究36号（2009年）182—198頁、上野達弘「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」速報判例解説5号（2009年）251—254頁、同「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」Law&Technology45号（2009年）60—71頁、同「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」AIPPI57巻9号（2012年）562—583頁、丁文杰「未承認国の著作物の保護範囲（1）・（2・完）—北朝鮮映画放送事件—」知的財産法政策学研究41号・42号（2013年）325

文で規律されていない利用行為に対して、民法上の一般不法行為が成立することがあるのか、仮にあるとすれば、それはどのような要件の下で成立するのかという論点に焦点を当てて検討する<sup>2</sup>。

—357・395—444 頁などがある。

一方、韓国の関連文献としては、ユ・デジョン（유대중）「不正な競争行為とデジタル情報の保護（불공정경쟁행위와 디지털정보의 보호）」インターネット法律（인터넷 법률）42号（2008年）85—106頁、朴濬佑（박준우）「インターネットにおける写真著作物の保護と不正競争（인터넷에서의 사진 저작물의 보호와 부정경쟁）」インターネット法律（인터넷 법률）46号（2009年）1—19頁、同「宣伝写真の探索費用減少機能と著作物性の限界（홍보사진의 탐색비용감소기능과 저작물성의 한계）」季刊著作権（2011年秋季号）83—101頁、鄭鎮根（정진근）「創作性のない非著作物の利用と一般不法行為責任（창작성 없는 비저작물의 이용과 일반불법행위책임）」商事判例研究（상사판례연구）22集3卷（2009年）247—272頁、チャ・サンユク（차상욱）「著作権法の保護対象に該当しない知的成果物の模倣盗用行為と一般不法行為の機能（저작권법의 보호대상이 되지 않는 지적성果물의 모방도용행위와 일반불법행위의 기능）」創作と権利（창작과 권리）（2009年秋季号）82—129頁、ウ・ソンヨブ（우성엽）「韓国法におけるアイデア保護の可能性（한국법상 아이디어 보호의 가능성）」Law&Technology6卷1号（2010年）63—81頁、イ・ホン（이헌）「アイデアの保護に関する研究（아이디어의 보호에 관한 연구）」Law&Technology6卷1号（2010年）138—151頁、シン・ジヘ（신지혜）「パブリックドメインに該当する著作物の利用に対し一般不法行為責任を認めた判決に関する考察（공중의 영역에 해당하는 저작물 이용에 대하여 일반불법행위 책임을 인정한 판결례에 대한 고찰）」Law&Technology6卷2号（2010年）3—20頁、イ・シュクヨン（이숙연）「知的財産権法体系下における不法行為法の役割（지적재산권법 체계하에서의 불법행위법의 역할）」Law&Technology6卷2号（2010年）129—138頁、キム・グァンシク（김관식）「インターネット上における広告の遮断・挿入とその法的問題—知的財産権法と不法行為法の境界—（인터넷상에서 광고의 차단・삽입과 그 법적문제—지적재산권법과 불법행위법의 경계—）」比較私法（비교사법）17卷3号（2010年）405—450頁、朴成浩（박성호）「知的財産法の非侵害行為と一般不法行為—不法行為法理による知的財産法の補完問題を中心に—（지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위—불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를 중심으로—）」情報法学（정보법학）15卷1号（2011年）191—231頁、キム・ビョンイル（김병일）「インターネットウェブページにおける広告の挿入・遮断などをめぐる法的問題（인터넷 웹페이지에서의 광고의 삽입・차단 등을 둘러싼 법적 문제）」私法（사법）16号（2011年）46—71頁、林相珉（임상민）「知的財産法上保護されない知的成果物に対する無断利用と一般不法行為の成否（지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성果물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부）」Justice（저스티스）通卷132号（2012年）134—171頁などがある。

<sup>2</sup> もっとも、知的財産法の補完問題へ接近する方法論としては、解釈論的アプローチと立法論的アプローチとの二つの考え方がありうる。鈴木賢教授の見解によると、立法論とは、「立法者の立場から、未来に相応しい最善の法律を研究し、思考することをいう。例えば、最善の条文は何かを研究し、思考した上で、具体的な条文の設計を行う。このような研究方法が立法論である。さて、解釈論とは何か。それは、裁判官の立場から、現行法の枠組内で現行法について論理的な類推を行い、現実的に発生する法律問題、法律紛争等に対応する説得力のある最善の結論を導き出すことをいう。このような研究方法が解釈論である。」換言すれば、立法論は自分を立法者として仮定し、現行法の瑕疵を指摘した上で、それに対応する改正案を提出するという一種の法律思惟、法律研究、法律適用の方法であ

## 第1節 問題の所在

知的財産権は、有体物の物理的な利用という概念上のフォーカル・ポイントがあるために無限定に権利が拡大することに対する歯止めが存在する所有権とは異なり、極めて人工的かつ自由に制度設計することができる権利である<sup>3</sup>。それゆえ、動きの激しい知的財産法の分野では、コンピュータ・プログラム、バイオテクノロジー、ビジネス方法など、技術の進歩や社会における情報の財産的価値の高まりに応じて、知的財産権の範囲を変更する法改正が頻繁に行われている<sup>4</sup>。それにも拘わらず、知的財産法の補完問題が議論されるようになった背景には、知的財産権を取り巻く環境の変化に的確に対応した立法の実現までにはタイムラグが存在すること、立法に必然的に伴う時間的な経過の間、既存の条文の枠組みを活用して情報の不当な利用行為を禁止しない場合には、情報量の増大化と情報流通の円滑化という観点に照らして望ましくない結果が生じかねないこと等の事情がある。これらの事情は、知的財産法の要件を満たさない情報の利用行為に対しては、現行法の解釈としてその法的保護を否定すべきなのか、それとも知的財産法以外の法理によって保護を可能とする解釈論を模索すべきなのか、仮に他の法理による保護を模索するとすれば、それはどのような要件と範囲内で保護を認めるべきなのかという問題の再考を促す一つの契機となった。

---

る。これに対し、解釈論は自分を裁判官として仮定し、現行法を合理的に解釈した上で、具体的な事件を処理するという一種の法律思惟、立法研究、法律適用の方法である。立法論と解釈論の具体的な区別として、i) 立法論は法律の成り方を重視するに対し、解釈論は法律の使い方を重視すること、ii) 立法論は完全無欠な法律の存在を是認するに対し、解釈論は完全無欠な法律の存在を否認すること、iii) 立法論者は理性至上主義者であるに対し、解釈論者は理性至上主義者でないこと、iv) 立法論は判例研究を重視しないのに対し、解釈論は法律の不足や漏れを補うため、判例研究を非常に重視すること、などを挙げることができる。鈴木賢「中国の立法論と日本の解釈論—日本民法はなぜ百年も続いたのか—（中国的立法論和日本的解释論—为什么日本民法典可以沿用百多年之久—）」渠涛編『中日民商法研究』（第2巻・2004年・法律出版社）538—539頁を参照。

<sup>3</sup> Peter Drahos（山根崇邦訳「A Philosophy of Intellectual Property (6)」知的財産法政策学研究39号（2012年）247—248頁、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年）5頁、同『『知的財産』はいかなる意味において『財産』か—『知的創作物』という発想の陥穽』吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（2014年・商事法務）334頁など。

<sup>4</sup> 知的財産の分野では、1980年代からアメリカ合衆国が国際的に知的財産権を強化する方針を採用し、各種の手段を通じてその実現に動いたことがきっかけとなって、1990年代になってTRIPS協定やWIPO著作権条約、さらには二国間の自由貿易協定等により、知的財産権の保護の水準は国際的に飛躍的に高められることになったことを指摘するものとして、高倉成男『知的財産法制と国際政策』（2001年・有斐閣）115—150・178—183・309—318頁、Peter K. Yu（青柳由香訳）「国際的な囲い込みの動きについて(1) — (4)」知的財産法政策学研究16=17=18=19号（2007年・2008年）、山口直樹「知的財産保護の根拠」同『知的財産権と国際貿易』（2010年・成文堂）55—119頁、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test (2) — (5) — 厳格解釈から柔軟な解釈へ—」知的財産法政策学研究27=30=31=36号（2010年・2011年）などがある。他方で、知的財産法に限らず、法領域一般において「立法のインフレーション」化の動きがみられることを指摘するものとして、井上達夫「立法学の新展開特集にあたって」ジュリスト1369号（2008年）8頁、同「立法学の現代的課題—議会民主政の再編と法理論の再定位—」ジュリスト1356号（2008年）128頁も参照。

これに対し、上記の問題解決の手がかりを示唆したのが民法上の一般不法行為である。日本民法 709 条と韓国民法 750 条は、いずれも裁判所による規範の具体化が必要なスタンダード型の構造となっており、このような条文の構造を前提に考えるのであれば、しかも他者の行為を広汎に制約するという知的財産権の特徴を考慮しない限り、個別の知的財産法の明文がないとしても裁判所が不法行為の成立を認めることはありそうだということになる。

しかし最近、知的財産法上の保護が否定された場合に、一般不法行為の成立を認めるべきか否かという問題が争われた日本と韓国の最上級審判決をみると、両国の裁判所の対応には若干異なる傾向が見られる。すなわち、日本の最高裁判決（最判平成 16. 2. 13 民集 58 卷 2 号 311 頁[ギャロップレーサー上告審]、最判平成 23. 12. 8 民集 65 卷 9 号 3275 頁[北朝鮮映画放送上告審]、最判平成 24. 2. 2 判時 2143 号 72 頁[ピンク・レディー上告審]など）はいずれも不法行為の成立を否定している反面、韓国の大法院判決（大法院 2010. 8. 25. ザ 2008 マ 1541 決定[インターネット広告上告審（인터넷광고）]、大法院 2012. 3. 29. 宣告ダ 20044 判決[ハロー・キティ上告審（헬로우 키티）]など）は積極的に不法行為の成立を認めている。このような現象を招いた根本的な原因は、日韓両国における不法行為法の構造が異なっているところにあったのか、それとも個々の判決の具体的な事案との関係で判断するならば、そのような結果にならざるを得ない特段の事情があったからであろうか。

これが、本稿の問題意識である。

## 第 2 節 研究方法

以上の問題意識に基づいて、本節では、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して、民法上の一般不法行為が成立することがあるのか、という本稿の課題に取り組むための理論的な視点を提示することにした。

### 第 1 款 理論的視点の必要性

もともと、民法上の不法行為に関しては膨大な裁判例の蓄積があり、しかも、知的財産法を補完するものとしての位置づけを与えることに躊躇しないほど重要な裁判例もいくつか存在する。たとえば、不正競争防止法上の商品形態のデッド・コピー規制が制定される以前、デッド・コピーに対して不法行為の成立を認めた東京高判平成 3. 12. 17 知裁集 23 卷 3 号 808 頁[木目化粧紙二審]を一つの契機として、1993 年の不正競争防止法改正により商品形態のデッド・コピーを規律する 2 条 1 項 3 号が導入されることになったが、その典型例と言えよう。

しかし、不法行為法による知的財産法の補完問題を研究するにあたって、不法行為が成立するとされた事例と、否定された事例をすべて網羅しても、その全体像を確実に把握したとは言えない。むしろ、問題解決型の研究になるためには、膨大な裁判例を整理し、全体の中に位置づけ、それらの相互関係を明らかにし、一つの体系的な規範理論を構築する必要があるが、そのような作業は高度に理論的な視角を要求するものである。そのような理論的視覚を提供するのは学説の役割であるが、知的財産法の補完問題を特別法と一般法の単純な調整問題として捉えてきた従来型の研究は、必ずしも裁判例の現実の姿を捉えるのに適合的かつ有用なものでは必ずしもなかったように思われる<sup>5</sup>。

<sup>5</sup> 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（初版・1992年・弘文堂）7頁の問題意識を参照。



以下では、本稿の課題に取り組むための理論的視点を提示することにするが、それは本稿の体系化作業の基礎となるものである。

## 第2款 立法と司法の役割分担のアプローチ

まず、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して一般不法行為の成立を認めるべきか否かという問題について、日本の学説では、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為であっても、自由競争の観点から正当化できない場合には、不法行為に当たる場合があるとする見解や<sup>6</sup>、立法又は法改正が迅速に行われていない現状では、情報の無断利用に不法行為規定による救済が必要であると主張する見解<sup>7</sup>、不法行為法による知的財産法の補完問題を、特別法と一般法の調整問題として捉えつつ、既存の知的財産法が保護を否定している趣旨に立ち返って考えるべきとする見解<sup>8</sup>などが唱えられている。一方、韓国の学説では、不正競争防止法が民法の不法行為法の特別法であるために、不正競争防止法が規定していない不正競争行為も民法上の不法行為として規律すべきとする見解や<sup>9</sup>、現行の不正競争防止法には禁止行為類型が限定列挙されていることを理由に、一般条項を導入すべきとする見解<sup>10</sup>などが提唱されてきた。

これらの学説は、不法行為法による知的財産法の補完問題を、特別法と一般法の調整問題として一元的に把握するという点で共通すると言えよう。しかし、日本民法 709 条（或いは韓国民法 750 条）は抽象的な要件を擁するものであって、ルールとスタンダードの分類論に従えばスタンダードに該当し、司法による規範の具体化が要請されることに鑑みると、この問題を知的財産法と民法という法体系同士の単純な調整問題として捉える見解には違和感を感じるどころである<sup>11</sup>。

<sup>6</sup> 上野達弘「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」速報判例解説 5 号（2009 年）251—254 頁、同「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」Law&Technology 45 号（2009 年）60—71 頁、同「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」AIPPI 57 巻 9 号（2012 年）562—583 頁など。

<sup>7</sup> 今西頼太「著作権非侵害行為と一般不法行為」同志社法学 60 巻 7 号（2009 年）1180、1200 頁は、「法的保護が求められている情報」は保護しなければならないことを前提として、「近時の技術発達により、情報の模倣が非常に容易に成っているが故に、非常に短期間に模倣された類似情報が公にされるなど、従来得ていた情報制作者又は出版社などの情報流通者が本来得べき経済的利益が損なわれているのではないのか」という点を考慮し、「立法又は法改正が迅速に行われていない現状では、情報の無断利用に不法行為規定による救済」が必要であると主張している。

<sup>8</sup> 島並良「一般不法行為法と知的財産法」法学教室 380 号（2012 年）147—153 頁など。

<sup>9</sup> 朴濬佑（박준우）「インターネットにおける写真著作物の保護と不正競争（인터넷에서의 사진 저작물의 보호와 부정경쟁）」インターネット法律（인터넷 법률）46 号（2009 年）13 頁、キム・ビョンイル（김병일）「インターネットウェブページにおける広告の挿入・遮断などをめぐる法的問題（인터넷 웹페이지에서의 광고의 삽입・차단 등을 둘러싼 법적 문제）」私法（사법）16 号（2011 年）59—60 頁など。

<sup>10</sup> 鄭浩烈（정호열）「ドイツ不正競争防止法 1 条の一般条項に関する考察（독일 부정경쟁방지법 제 1 조의 일반조항에 관한 소고）」『企業法の現代的課題（기업법의 현대적 과제）』（1992 年・租税統覧社）496—497 頁など。

<sup>11</sup> 田村善之「知的財産法からみた民法 709 条—プロセス志向の解釈論の探求」NBL936 号（2010 年）54 頁を参照。この点について、窪田充見「不法行為法と知的財産法の交錯」著作権研究 36 号（2010 年）54 頁注 6）も、「不法行為法と知的財産法が、そもそも一般法と特別法の関係に立つのかということ自体、厳密に考えれば議論の余地が残るところで

そもそも、個別の知的財産法によって規律されていない利用行為に対し一般不法行為の成立を認めることは、これまで知的財産法が認めていない新たな知的財産「権」を裁判所が創設することを意味しており、それがスタンダード型の柔軟な条文である日本民法 709 条（あるいは韓国民法 750 条）の解釈論として可能だとしても、そのような判断は民主的な手続きを経た立法に任せるべきか、それとも政治的責任を負えない司法がなすべきかについては、慎重な熟慮と討議を行う必要があるのではなかろうか。それに加えて、たとえ司法と立法の役割分担という観点から、知的財産法が認めていない新たな知的財産「権」を裁判所により創設する場合がありますという結論に導かれたとしても、それを憲法によって保障される知的財産権の有する内在的制約及び外在的制約から切り離して独自に判断することは果たして妥当であるだろうか。

### 第 3 款 比較法的アプローチ

次に、本稿では、日韓両国における規範的解釈の試みを比較する方法論を採用しており、比較法的アプローチも重要な理論的視点の一つである。

それでは、なぜ韓国法を研究するのか。韓国民法典は、基本的には草案作成とその審議の過程において西ヨーロッパ諸国、とりわけドイツ民法学の影響を強く受けて成立したと説明されている。しかし韓国は、19 世紀末に日本との関連で開国され、その後、長期間にわたる日本の支配の下で法的にも近代化されたこと、殊に、民法に関して言えば、「朝鮮民事令」により日本民法典が移植され、第二次世界大戦における日本の敗戦時までには言うまでもなく、戦後においてもしばらくの間、なお原則的に適用されてきたこと等の事情を鑑みると、韓国民法典の形成とその内容について、日本民法学の影響が全くなかったとは言いきれない。実際に、韓国民法典の条文や解釈論などを検討すると、その中には、必ずしもドイツから直輸入したのではなく、日本民法学がかつて継受した法理を再輸入したと思料されるものがあり、また、日本民法学の理論がそのまま入ってきたと推測されるものもかなり見受けられる<sup>12</sup>。

たとえば、韓国民法 750 条がその一例であるだろう。韓国民法 750 条に該当する旧民法 709 条は、違法性ではなく権利侵害を要件としていたところ、日本の大判大正 14. 11. 28 民集 4 卷 670 頁[大学湯]以降、旧民法時代の判例や学説は、既に権利侵害という要件を、法的保護に値する利益の侵害行為あるいは違法な行為として拡大解釈してきた。韓国民法 750 条はそれを立法化し、不法行為責任の成立要件を拡大したものである。すなわち、現在の韓国民法 750 条と日本民法 709 条の構造や解釈論などが基本的に一致することは、こうした立法の経緯に由来するものが多いと思われる<sup>13</sup>。

このような不法行為法の基本構造を前提に考えるならば、知的財産法の補完問題を考察するにあたって、韓国における解釈論を参考にすることは、日本法の下でも意義があるのではないかと、すなわち比較法的研究は、日韓両国でそれぞれ指摘された問題点とその解決策の把握に重要な理論的視点を提供しており、この視点に基づいて知的財産法の補完問題

---

あろう。知的財産法が民事的救済に限定されないより広範なものを対象としており、知的財産関係をめぐる一般的な規律を提供するものであるとすれば、知的財産法に対する（民事）不法行為法を特別の規律として位置づけるという理解もあり得ないわけではない」という旨を述べている。

<sup>12</sup> 鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』（1989年・創文社）89-144頁を参照。

<sup>13</sup> このような立法の経緯については、韓国の民議院法制司法委員会民法案小委員会『民法案審議録（上巻）』440頁、民事法研究会編『民法案意見書』（1957年）199頁を参照。

を直視するならば、実務を説明し、実務に対し問題を提起することができるだけでなく、さらに現実に適合した体系的な理論の構築が可能になるのではないか。

### 第3節 論文の構成

本稿の構成は、次のとおりである。まず第Ⅰ章では、冒頭で提起した問題意識に基づいて、日韓両国における不法行為法の構造を系譜的に考察することにした。その理由は、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して一般不法行為の成立を認めるべきか否かという問題が争われた事案において、日本と韓国の最上級審判決が異なる判断を下したのは、そもそも韓国の不法行為法の構造が日本の不法行為法の構造と異なっていることに起因する可能性があるからである。次に第Ⅱ章では、知的財産権がどのような根拠で認められる権利であるのか、という知的財産法の制度趣旨を明らかにしたい。それは、仮に日韓両国における不法行為法の構造が基本的に一致するのであれば、日本と韓国の最上級審判決の判断が異なる根本的な原因は、不法行為法の条文から知的財産法の補完問題をどこまで規範的に捉えるべきかという解釈論の問題にある可能性も秘めており、知的財産法の補完問題をめぐる規範的解釈の在り方を探求するには、知的財産権がどのような根拠で認められる権利であるのかということを検討しておくことが有益であるからである。そして、第Ⅲ章では、知的財産法の制度趣旨を念頭に置きながら、立法と司法の役割分担という視点に着目し、日韓両国における知的財産法の補完問題をめぐる学説の動向について考察し、知的財産法の制度趣旨に適合した新たな視点の導入を試みることにしたい。続いて、第Ⅳ章では、日本と韓国の裁判例を具体的に分析し、日韓両国における最上級審判決の判断が異なる根本的な原因を明らかにしたい。最後に、第Ⅰ章から第Ⅳ章の考察をまとめて本稿の結語としたい。

## 第 I 章 不法行為法の構造

第 I 章では、序章で提起した問題意識に基づいて、日韓両国における不法行為法の構造を概観することから考察を始めることにしたい。その理由は、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して一般不法行為の成立を認めるべきか否かという問題が争われた事案において、日本の最高裁判決は不法行為の成立を否定している反面、韓国の大法院判決は積極的に不法行為の成立を認めたのは、そもそも韓国の不法行為法の構造が日本の不法行為法の構造と異なっていることに起因するのではないかという疑問に導かれるからである。第 I 章では、その是非を判明することが課題である。

### 第 1 節 条文の系譜

まず、個別の知的財産法によって規律されていない利用行為に対して、民法上の一般不法行為を認めることがあるのかという問題を考察するためには、不法行為法がどのような要件の下で違法行為を規制しているのかということを見極める必要がある。以下では、日本民法 709 条と韓国民法 750 条の系譜について概観しよう。

#### 第 1 款 日本民法 709 条

現在の日本民法 709 条は、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」と規定し、「権利又は法律上保護される利益」が不法行為の保護の対象となると定めている<sup>14</sup>。そのうち、「法律上保護される利益」は、平成 16 年民法改正の際に、「確立された判例・通説の解釈で条文の文言に明示的に示されていないもの等を規定に盛り込む」<sup>15</sup>ことを目的として挿入されたものである<sup>16</sup>。その意味で、日本民法 750 条はスタンダード型の規定になっていると言える。

実際、平成 16 年改正までの民法 709 条は、「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」という条文であり、不法行為責任

---

<sup>14</sup> すなわち、民法 709 条は、故意又は過失により他人の権利を侵害した者のみならず、他人の法律上保護される利益を侵害した者も不法行為に基づく損害賠償の責任を負う旨を明らかにしている。法務省民事局参事官室「民法現代語化案補足説明」NBL791 号（2004 年）87 頁。

<sup>15</sup> 法務省民事局参事官室「民法現代語化案補足説明」NBL791 号（2004 年）87 頁。

<sup>16</sup> 裁判例や学説の変遷について、吉田邦彦『債権侵害論再考』（1991 年・有斐閣）、瀬川信久「民法 709 条（不法行為の一般的成立要件）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（1998 年・有斐閣）559 頁、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望－権理論の視点から」法学論叢 154 巻 4＝5＝6 号（2004 年）、大河純雄「民法 709 条『権利侵害』再考－法規解釈方法との関連において」『市民法学の歴史的・思想的展開』（原島重義先生傘寿・2006 年・信山社）525 頁、前田陽一「不法行為における権利侵害・違法性論の系譜と判例理論の展開に関する覚書」『民法学における法と政策』（平井宜雄先生古稀記念・2007 年・有斐閣）445 頁など。

の成立要件の一つとして「権利侵害」が必要であると明記していた。709条における「権利侵害」の要件は、「(旧民法 370 条が) 単ニ損害ヲ加ヘタル事実ノミヲ明示シ其原因タル事実ヲ明示セサルハ後ニ至リテ疑ヲ生セシムル」おそれがある、という理由で加えられたものである<sup>17</sup>。しかし、『権利侵害』を狭く解することは不法行為の成立を極度に限定するという帰結に導くはずである。ところが、社会における危険の広汎化・高度化が進展し、その結果生じた損害に対する不法行為法上の保護の拡大の要請が増大すればするほど、このような帰結は認められるべきではなくなるはずである。『権利侵害』の要件の制限的解釈は、早晚修正されるべき運命にあったというべきである。<sup>18</sup>

したがって、初期の判例法理、特に大判大正 3. 7. 4 刑録 20 輯 1360 頁[桃中軒雲右衛門]は、「権利」の意義を狭く解し、法律上著作権等の名称を有する具体的な権利の侵害でなければならぬと解釈したが、この解釈は大判大正 14. 11. 28 民集 4 卷 670 頁[大学湯]によって否定され、「七〇九条ハ故意過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出テ以テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト云フカ如キ広汎ナル意味ニ外ラス」と解されるに至り、これが確定した判例の準則となった。

また、学説は、民法 709 条が「権利侵害」を要件に掲げた理由は、それが違法な行為の最も大きな部分を占めているためであり、権利侵害がなくても違法な行為に不法行為責任を認めるべきであると主張し、上記の判例の準則を支持するとともに、それに理論的根拠を与えており、「権利侵害から違法性へ」という命題は日本の不法行為法の発展を示すものとして学説に定着するとともに、「違法性」の内容を明らかにすることが学説の次の課題となった<sup>19</sup>。そして、伝統的不法行為理論は、その内容を次のように説明した。すなわち、「権利侵害」の要件は利益の違法な侵害という意味である。「違法性」の判断は、被侵害利益における「違法性」の強弱と加害行為の態様における「違法性」の強弱とを相関的・総合的に判断してこれを行う。「たとえば既存の法律体系において絶対的な権利と認められるものを法規違反の行為によって侵害するときは違法性は最も強くなる。また新たな社

---

<sup>17</sup> 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』(初版・1992年・弘文堂) 20頁。潮見佳男『不法行為法Ⅰ』(第2版・2009年・信山社) 61頁は、「このように規定の体裁を改め、『権利』侵害という要件を入れた趣旨は、故意または過失によって他人に直接・間接に損害を生じさせることがあっても、権利を侵害する程度に至らないときは、損害賠償請求権を発生させるべきではないという点にあった。あわせて、そこでは、不法行為法は既存の『権利』を保護する法であって、故意または過失によって他人に損害を生じさせただけで損害賠償請求権を発生させたのでは、これまで認めていない権利までも『創設』することにより、不法行為の範囲が不明瞭になる点も指摘されていた。そこには、『権利』の範囲を限定的に解する考え方があらわれている」と述べている。

<sup>18</sup> 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』(初版・1992年・弘文堂) 23頁。

<sup>19</sup> 民法典制定当初の学説は、民法 709 条の起草趣旨に従って、侵害対象となる権利の意味を厳格に解する立場が支配的であった。その後、大学湯事件判決以降の多くの学説では、権利対象となる権利の意味を柔軟に解するのではなく、不法行為の成立要件として「権利侵害」の要件を「違法性」と読み替えるという考え方が有力に主張されたのである。いわゆる「権利侵害から違法性へ」という動きである。この動きに大きく影響を与えたのが末川博の見解である。末川博は、不法行為の本質的要件を違法な行為と捉え、権利侵害はそれが法律により保護された利益の侵害としてそれ自体が違法になるので、いわば違法性の徴表として条文上規定されているだけであり、権利侵害であれば、それは違法性を徴表するものだから違法性は存在することになるが、違法性の中には権利侵害という徴表を持たないものもあると主張した。違法性徴表説と呼ばれるこの説は、権利侵害の要件を違法性に置き換え、従来の限定の枠を破り民法 709 条の成立範囲を拡大したという点に特徴がある。末川博『権利侵害論』(1930年・弘文堂書房) 250・349・361-363・377頁を参照。

会関係の裡に生成しつつある権利を権利の行使によって侵害するときは、その違法性は最も弱くなる」<sup>20</sup>。このような違法性判断における相関的判断枠組みの呈示は、日本の裁判実務の支持を得て、1970年代前半まで通説的な地位を占めてきた。

そして、後述するが、1960年に施行された韓国民法750条が、「故意又は過失による違法行為により他人に損害を加えた者は、その損害を賠償する責任を負う」としたのも、この時代の日本民法学の影響を受けたものと目される。

結局、日本では、平成16年改正により民法典が現代語化された際に、民法709条の「権利侵害」を「権利又は法律上保護される利益」の侵害という文言に改正したが、立案担当者は、この改正を「確立された判例・通説との整合を図るための条文の改正」と位置づけている<sup>21</sup>。

## 第2款 韓国民法750条

他方で、現在の韓国民法750条は、「故意又は過失による違法行為により他人に損害を加えた者は、その損害を賠償する責任を負う」と規定し、不法行為責任の成立要件の一つとして加害行為の「違法性」が必要であることを明確にしている。ここで言う加害行為の「違法性」とは、他人の法律上保護される利益を違法に侵害するという特殊な意味であり、特に何々権という形で明文がなくても、不法行為の対象になりうると解される<sup>22</sup>。その意

<sup>20</sup> 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（1937年・日本評論社）126頁。権利侵害をより広い要件である違法性に読み替えた場合、違法性が本来広い概念であることから、現実の適用にあたっては、どのような場合に違法性ありとするのかという解釈が重要な問題である。これに解答を与えたのが我妻栄である。我妻栄は、侵害行為のみならず被侵害利益にも着目し、違法性の有無は被侵害利益の種類と侵害行為の態様との相関において決定されるべきであると主張した。違法性における相関関係説と呼ばれるこの説は、その後、「被侵害利益（の保護法益性）が強固なものであるときは侵害行為の不法性が小さくても違法性が認められるが、被侵害利益（の保護法益性）があまり強固なものでないときは侵害行為の不法性が大きくなければ違法性は認められない」というより整理された形に定式化された。なお、我妻栄の示した相関関係的考慮の発想は、すでに鳩山秀夫「工業会社の営業行為に基く損害賠償請求権と不作為の請求権」同『債権法における信義誠実の原則』（1955年・有斐閣）441頁における「侵害行為の性質と侵害せらるる権利の性質とを比較して合理的判断を下すべき」とする主張に現れていた。この点を指摘するものとして、原島重義「わが国における権理論の推移」法の科学4号（1986年）69頁がある。

<sup>21</sup> 立案担当者は、ここでの文言変更の意味について、次のように述べている。いわく、「不法行為の成立要件に関しては、前記『大学湯事件』等を受けて、様々な解釈論が展開されている。その代表的なものは、『違法な行為により他人に損害を加えたこと』を不法行為の成立要件にとらえ、本条は違法行為の典型的な場合として『他人の権利を侵害した場合』を掲げているにすぎないと論じるものであるが、こうした解釈論を条文に反映させようとすると、不法行為の成立要件を根幹から改めることになって、今回の現代語化の趣旨を超えることになると考えられる。他方で、これまでの条文に何ら改変を加えず、単純な現代語化への言い換えに徹した場合には、『厳密な意味では権利といえないようなものの侵害でも不法行為が成り立ち得る』という判例上繰り返し確認されてきた実質的規範が条文に反映されない結果となり、これまた、今回の現代語化の趣旨に照らして、問題が残るように思われる。こうした考慮に基づき、今回の改正では、非侵害利益を成立要件の一つに掲げている旧法第709条の基本構造を改めることなく、実質的規範を条文に反映させるという目的の下、『法律上保護される利益』という文言を加えたものである」。吉田徹＝筒井健夫編著『改正民法（保証制度・現代語化）の解説』（2005年・商事法務）116頁。

<sup>22</sup> 郭潤直編『民法注解債権（11）』（第XVIII巻・2005年・博英社）205-227頁、権龍雨『不

味では、韓国民法 750 条もスタンダード型の規定になっていると言える。

この条文に関し、韓国民法典の制定過程を簡単に俯瞰してみよう<sup>23</sup>。それは、条文の構成において韓国民法典は日本民法典と甚だ類似しており、このような類似の原因は韓国民法典編纂に至る歴史的経緯の中に跡づけることができるからである。もっとも、韓国における西欧法の継受は、1894 年に日本政府が強圧的に提出した二つの内政改革案をきっかけとして始まった。すなわち、19 世紀後半に入り、韓国は日本と日朝修好条規という不平等条約を締結することにより「開国」し、1894 年に日本政府の提出した「内政改革法案綱目」<sup>24</sup>及びそれに続く「内政改革綱領」<sup>25</sup>により、法制面における西欧化が急速になされることになった。二つの改革案ともに韓国側の法制度の近代化という内在的な要請というよりも、韓国という国家自体の経験した国際政治的環境から由来する政治的意図ないし圧力から出たものであっただけに、その改革の内容は日本の政治目的と常に結びついてきた<sup>26</sup>。その結果、民法に関していえば、日本の民法学が韓国に何らかの形で影響を容易に及ぼすような状況が、すでに 1905 年から 1910 年までの間に作られたのである<sup>27</sup>。

その後、1910 年に締結された「韓国併合条約」により韓国は日本の植民地と化し、韓国における立法事項を規定しうる権限（制令権）は朝鮮総督に与えられた。その制令一号は併合の日に発布された「朝鮮ニ於ケル法令ノ効力ニ関スル件」であって、これにより併合当時のお効力を有していた韓国法令並びに統監府令が「当分ノ内朝鮮総督ノ発シタル命令」としてその効力が認められた。そして、朝鮮総督に制令権が与えられてから約 2 年後の 1912 年に、制令七号として日本支配下の韓国における民事基本法とも言うべき「朝鮮民事令」<sup>28</sup>が発布された。同令は、その第一条で、韓国人の「民事ニ関スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル」こととし、「左ノ法律」と

---

法行爲論』(初版・1998 年・新陽社) 69-71 頁、金嘯洙『債權各論』(第 2 版・1997 年・三英社) 648-650 頁、金相容『債權各論』(改訂版・2003 年・法文社) 661-662 頁、高翔龍『韓国法』(第 2 版・2010 年・信山社) 188 頁など。

<sup>23</sup> 韓国民法典を、日本民法との関連において比較検討し、韓国が近代的民法に接して以来韓国民法典成立に至るまでの過程を、日本及び日本法との交渉状況を考察に入れて考察したものとして、鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』(1989 年・創文社)がある。

<sup>24</sup> 1894 年 6 月にソウル駐在日本公使大鳥圭介により提出された「内政改革法案綱目」は、五ヶ条二六項の第一部と、それらの細目並びに追加条件を列記した第二部よりなるものである。その内容については、田保橋潔『近世日朝関係の研究(上)』(1941 年) 382-387 頁を参照。

<sup>25</sup> 「内政改革法案綱目」の実施のために「軍国機務処」という最高政策決定機関が設けられ、日本公使大鳥がその顧問になったが、最初から強かった韓国側の反対により、実質的な改革には至らなかった。そのため、日本政府は大鳥を更迭し、日本政府内務大臣の井上馨を新たに公使に任命し、1894 年 11 月新しい改革案を押しつけたのであるが、これが「内政改革綱領」である。大鳥改革案を事実上すべて引き継いだうえ、より大胆な方法で韓国政府への内政干渉を図った井上改革案は全二〇ヶ条からなる。詳しくは、田保橋潔『近世日朝関係の研究(上)』(1941 年) 387 頁を参照。

<sup>26</sup> 鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』(1989 年・創文社) 84 頁。

<sup>27</sup> 日露戦争直前から韓国は日本の影響を強く受けるようになった。1904 年からは日本人によるいわゆる顧問政治が、1905 年からは統監政治が行われた。司法権などが日本に奪われ、その分野については日本の勅令または統監府令により規律された。その他の分野の立法権も日本人顧問により厳しく統制され、あげくのはてには韓国政府の立法権そのものが否定される結果となった。日本の韓国支配のための法令が激増したのもこの時期の現象である。

<sup>28</sup> 朝鮮民事令に関する先駆的研究として、李丙洙「朝鮮民事令について—第一条『慣習』を中心に—」法制史研究 26 号(1977 年) 147-169 頁がある。

して日本の「民法」など多くの法令を掲げた。このように韓国に日本民法が継受され、その他の付属法令も導入された。従来、韓国においては、植民地時代に適用された日本民法のことを何らの説明もなしに単に「依用民法」と呼んでいるが<sup>29</sup>、「依用」という表現は、朝鮮民事令に「依って用いられた」民法であるという意味で作られたのである<sup>30</sup>。

さて、韓国が日本の植民地であった1910年から1945年までの日本民法学は、時代により程度の差はあるにせよ、ドイツ法学の強い影響を受ける状態で営まれた<sup>31</sup>。とくに、1910年頃から日本民法学へのドイツ法学の影響は強まり、「ドイツ法学がほとんど圧倒的にわが法学者の考え方を支配し、ドイツの法解釈理論はほとんど機械的にわが法の解釈に借用されたといつて過言ではない」<sup>32</sup>とさえ言われた。とりわけ、北川善太郎教授は、「民法施行以来第一次世界大戦後の1920年頃までのドイツ法学の圧倒的流入という歴史的現象」を端的に「学説継受」として捉えられ、日本民法学の発展史に位置づけられる<sup>33</sup>。その結果、日本民法典の本来予定している体系と、持ち込まれたドイツ法理論による体系との間の理論的緊張という民法の二重構造が生じるに至った。韓国の法学教育機関で行われた法学教育は、本質的に日本における教育と同様であった。多くの韓国人学生が国内や日本の大学でドイツ法学に染った民法学を学び、韓国民法典の制定関係者もその例外ではなかった。植民地時代の公式用語は日本語であって、判決が日本語で書かれたことは言うまでもなく、日本法の法律用語はすっかり韓国に根強くようになった。このように韓国において日本民法が適用されたのは1912年から1959年までの期間であったが、1960年に施行された韓国民法典が日本民法典と同じ体系でありながらドイツ法的な内容を有することになった背景は、こうした「学説継受」以来の日本民法の二重構造を抜きに説明することは困難である<sup>34</sup>。

そして、第二次世界大戦における日本の敗北の結果、韓国は日本の植民地支配から独立

<sup>29</sup> たとえば、郭潤直『再全訂版民法総則』(1985年)37頁、金曾漢『民法総則』(1972年)42頁、金容漢『全訂版民法総則論』(1986年)13頁、金疇洙『民法総則』(第2版・1988年)47頁、張庚鶴『民法総則』(1985年)62頁など。

<sup>30</sup> 鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』(1989年・創文社)93-103頁を参照。

<sup>31</sup> 日本民法典は、その起草者によって「比較法の所産 (a fruit of comparative jurisprudence)」と言われたように、多くの点で非ドイツ的な要素を含んでいる。このことは、日本民法典の成立前の約30年にわたるフランス法や英米法の影響、民法典の起草委員が必ずしもドイツ法の専門家ではなかった点など、民法典編纂の外在的事情を一瞥しただけでも十分に予測できる。日本民法典の起草者の一人である梅謙次郎によれば、日本民法典は、「形式ニ於テ独逸民法ニ類シテ居ル所カラ世間デ往々誤ッテ是ハ専ラ独逸法ニ則ッタモノデアルトイフ人モアルヤウデアリマスケレドモ、實際決シテサウデナイ、矢張り独逸法ト鮮クモ同ジイ位ノ程度ニ於テハ仏蘭西民法又ハ其仏蘭西民法カラ出デタル所ノ他ノ法典及ビ之ニ関スル学説、裁判例トイフモノガ参考ニナッテ出来タモノデア」とする。梅健次郎「開会ノ辞及ヒ仏国民法編纂ノ沿革」『仏蘭西民法百年紀念論集』(1905年・有斐閣)3-4頁。しかし、日本民法典施行後、日本民法学においてはドイツ民法学の影響が次第に大きくなった。ドイツ法学の影響により、「大正の初期には我国の民法学とドイツ民法学との間には殆ど本質的に何んらの差異がないと考えられる程」までに至った。末弘巖太郎「民法学生時代の回顧」『東京帝国大学学術大観』(1942年・東京帝国大学)116頁。

<sup>32</sup> 伊藤正己編『外国法と日本法(岩波講座現代法14)』(1966年・岩波書店)172頁(野田良之執筆部分)。

<sup>33</sup> 北川善太郎『日本法学の歴史と理論—民法学を中心として—』(1968年・日本評論社)25-26頁。

<sup>34</sup> 具体的な議論について、鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』(1989年・創文社)283-287頁を参照。



し、アメリカ軍政を迎えることになったが、軍政期間に形作られた民法典編纂の動きは、1948年7月、韓国政府の樹立をもって本格化された<sup>35</sup>。韓国政府は、同年9月15日大統領令四号として「法典編纂委員会職制」を公布し、職制及び処務規定を有する法典編纂委員会の委員長には時の大法院長であった金炳魯を任命したのである<sup>36</sup>。民法典制定の具体的な動きは同年12月から見られ、各編の起草担当者が決まり、「民法典編纂要綱」<sup>37</sup>など基本方針も発表された。しかしその後、1950年6月から三年も続いた朝鮮戦争の間に、それまで準備した財産編の起草要綱を含む立法資料が全部消失してしまったのである<sup>38</sup>。このような避け難い原因によって法典編纂委員会はその機能を果たせなくなったので、民法典起草の任は法典委員長の金炳魯一人により遂行され、1954年10月政府案として国家へ提出された。1957年12月17日に国会での民法案審議は終わり、民法は1958年2月5日に政府へ移送され、同22日法律四七一号として公布され、1960年1月1日から施行された<sup>39</sup>。

以上のように、韓国民法典は自国の法律家により起草され、自国の立法機関により制定されたものであるが、長きにわたって日本民法の適用を押しつけられていたので、その中心的内容は日本民法典という形を採っている。しかし、韓国民法典は内容的に日本民法典よりドイツ民法的である。それは、起草者が韓国民法典制定当時の日本民法学を媒介として民法典を作ったためであり、ここに一時期に形成された日本民法学の姿を見ることができるのである。日本民法典と韓国民法典が外見上の類似性にも拘わらず、系譜的に前者がフランス民法に近く、後者がドイツ民法に近いものになったことは、このような背景によって理解しうるのであろう<sup>40</sup>。

したがって、韓国民法典の条文や解釈論などを検討すると、その中には、必ずしもドイツから直輸入したのではなく、日本民法学がかつて継受した法理を再輸入したと思料されるものがあり、また、日本民法学の理論がそのまま入ってきたと推測されるものもかなり見受けられる。民法750条がその一例である。現行民法750条に該当する旧民法709条、すなわち1912年から1959年まで「朝鮮民事令」第一条により韓国に「依用」された日本民法709条は、違法性ではなく権利侵害を要件としていたところ、日本の大判大正14.11.28民集4巻670頁[大学湯]以降、旧民法時代の判例や学説は、すでに権利侵害という要件を、法律上保護される利益の侵害行為あるいは違法な行為として拡大解釈してきた。1960年に施行された現行民法750条はこれを立法化し、不法行為責任の成立要件を

<sup>35</sup> 1948年7月17日、韓国憲法が制定・公布され、韓国政府が樹立された。しかし、憲法100条は「現行法令は、この憲法に抵触しない限り、その効力を有する」と規定して、当時の現行法の効力を認めた結果、民法の場合もそのまま効力を持ち続けて、1960年1月1日、現行民法が実施されるまで、そのまま適用された。

<sup>36</sup> 法典編纂委員会の諸起草委員、国家の審議委員、草案に対して意見を提出した法学者など、韓国民法典の制定に携わった人は誰もが植民地時代に日本の法学教育を受けており、韓国民法典の制定関係者、特に起草者達の受けた法学教育や考え方が民法典の内容に影響していると推定するのはごく自然であろう。

<sup>37</sup> 1948年12月に作成された「民法典編纂要綱」については、今日の韓国法学界において全く知られておらず、韓国政府の法制処や法務部の資料室、さらに大法院や国会図書館など、関連機関においても保存されていないようで、その全貌を知りようがない。

<sup>38</sup> 康明玉「民法典の制定経過報告」法律新聞286号（1958年3月3日）。

<sup>39</sup> 具体的な立法過程については、鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』（1989年・創文社）145-198頁を参照。

<sup>40</sup> 詳しくは、鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』（1989年・創文社）277-325頁を参照。

拡大したものである<sup>41</sup>。すなわち、現在の韓国民法 750 条と日本民法 709 条の構造や解釈論などが基本的に一致することは、このような立法の経緯に由来するものが多いと思われる。

## 第 2 節 条文の特徴

次に、ルールとスタンダードの分類論という観点からすると、日本民法 709 条と韓国民法 750 条の特徴は、いずれも事前に「権利侵害」を特定しておくルール型の不法行為法規範を維持しておらず、「権利又は法律上保護される利益」あるいは「違法行為」というスタンダードな基準だけを設定して、その具体化は裁判所に委ねる手法を採用しているという点を挙げることができる。それは、いったい如何なる理由に基づくものであろうか。

法と経済学におけるルールとスタンダードの区別に関する理論は、Kaplow (1992)<sup>42</sup>が提起したものである。この理論の下では、「法の具体的な内容の決定が法の規律対象である個人が行動する前に行われるか (ルールの場合)、それとも、個人が行動した後で法の具体的な内容が決定されるか (スタンダードの場合)」という分岐点が重要なメルクマールとなっており、「ルールとスタンダードのいずれの形での法の定立を行うべきかは、①法の定立段階で必要なコストの違い、② (a) 個人の意味決定段階で必要なコストの違い、及び、(b) 個人の事前の行動に与える影響の有無、③法の適用段階で必要なコストの違い、によって決定され、これらの要素を考慮する際には、④個人の行動及び法の適用の頻度が重要な考慮要素となる」。そして、両者の優劣は、「スタンダードの形で採用することによる便益 (法内容の詳細さゆえの望ましい行動の惹起) が、法の適用段階での追加的なコスト (法内容の詳細さ及びスタンダードという形式を採用したがゆえのコスト) を上回るか否かによって判断される」ところ、「一般的には、法の適用頻度が高ければ高いほど、スタンダードよりもルールの方が望ましくなりやすい。なぜなら、法の適用頻度が高い場合には、法を適用する度に法の内容を確定するためのコストが必要になる上、個人の行動の頻度も高いので、情報を取得するためのコストも必要になる。また、ルールの方が、個人が情報を得てから意思決定するケースが増加し、望ましい行動が惹起される——当事者の事前の行動に影響を与える——蓋然性が高まるからである」<sup>43</sup>。

もっとも、スタンダードの場合には、次のようなデメリットが存在する。一つは、法に基づいて個人がどのような行動をとるか決定する段階 (②) において、「スタンダードの場合には法の内容が未確定であるので、将来確定するであろう法の内容を専門家等が正確に予測するには、ルールの場合よりも多くのコストがかかる。さらに、そのようにコストが追加的に発生することを考した個人がそもそも情報を取得せず、自らの勝手な推測に基づいて意思決定をした場合、法が望ましいと想定する行動と個人が現実採用する行動との間に乖離が生じるというコストも発生する」。もう一つは、法の適用段階 (③) において、「法の内容が既に確定しているルールよりも、法の適用機関が情報を取得して法の内容を確定する必要のあるスタンダードの方が多くのコスト生むことになる」<sup>44</sup>。

<sup>41</sup> このような立法の経緯については、韓国の民議院法制司法委員会民法案小委員会『民法案審議録 (上巻)』440 頁、民事法研究会編『民法案意見書』(1957 年) 199 頁を参照。

<sup>42</sup> Kaplow, Louis, 1992, Rules versus Standards: An Economic Analysis, DUKE LAW JOURNAL 42:557-629.

<sup>43</sup> 森田果「最密接関係地法—国際私法と“Rules versus Standards”」ジュリスト 1345 号 (2007 年) 66-71 頁を参照。

<sup>44</sup> 森田果「最密接関係地法—国際私法と“Rules versus Standards”」ジュリスト 1345

なお、このようなルールとスタンダードの分類論からすれば、日韓両国における不法行為の条文を簡潔なルール型規範から詳細なスタンダード型規範へ改正したことは、それなりに合理性が認められると思われる。なぜならば、スタンダードの形で事後的に詳細な法内容を実現することが、当事者の意思決定段階において、情報を取得して関係する法規範が望ましいと考える行動を惹起させるのに役立つからである。

### 第3節 帰結

ここまでの議論をまとめよう。現在の日本民法709条は、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」と規定し、「権利又は法律上保護される利益」が不法行為の保護の対象となると定めている。また、現在の韓国民法750条は、「故意又は過失による違法行為により他人に損害を加えた者は、その損害を賠償する責任を負う」と規定し、不法行為責任の成立要件の一つとして加害行為の「違法性」が必要であることを明確にしている。そして、条文の系譜を辿ると、日本民法709条と韓国民法750条の特徴は、いずれも事前に「権利侵害」を特定しておくルール型の不法行為法規範を維持しておらず、「権利又は法律上保護される利益」あるいは「違法行為」というスタンダードな基準を設定して、その具体化は裁判所に委ねる手法を採用している点で共通すると言えよう。このような条文の構造を前提に考えるのであれば、しかも知的財産法の制度趣旨を考慮に入れない限り、個別の知的財産法によって認められていない知的財産「権」を裁判所が創設することは可能となる。

---

号（2007年）67頁を参照。

## 第Ⅱ章 知的財産法の制度趣旨

第Ⅰ章の検討からは、日韓両国における不法行為法の構造が基本的に一致していることが明らかになった。それでは、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して一般不法行為の成立を認めるべきか否かという問題について、日本と韓国の最上級審判決の判断が異なる根本的な原因は、スタンダード型の不法行為法の条文から知的財産法の補完問題をどこまで規範的に捉えるべきかという解釈論の問題にあるのではなからうか。また、知的財産法の補完問題をめぐる規範的解釈の在り方を探求するには、知的財産権がどのような根拠で認められる権利であるのかということを検討しておくことが有益であろう。そこで第Ⅱ章では、知的財産法の制度趣旨を明らかにすることが課題である。

### 第1節 知的財産権の特徴

知的財産権の客体は有体物ではなく無体物であると一般に理解されているが、この無体物という概念はそれほど自明な概念ではない。無体物という概念を用いることは、あたかもそのような「モノ」が存在するかのような印象を与え、行為規制としての知的財産権の側面を覆い隠すという危険性が伴っている<sup>45</sup>。たとえば、田村善之教授は、無体物というものは存在するのかという質問に答える際に、「特定のプログラムの著作物（無体物）の公衆送信（行為）」と「特定のプログラムの送信方法の発明（無体物）」を例に、何が無体「物」とみなされるかということは利用「行為」の抽象度の程度によって決まること、それゆえ人の行為から分離した無体物なるものを観念することは単なるフィクションにとどまること、しかし「無体物」というレトリックが実際には人の行為が制約されていることを覆い隠す効果があること等を指摘している<sup>46</sup>。本稿では、知的財産権の客体がどのような性質を有するのかという点を、所有権の客体と対比させ際立たせるために便宜上無体物という用語を使用するが、無体物という「モノ」が存在するという趣旨で用いるわけではないことを予め断っておきたい。

### 第1款 知的財産権の本質

まず、知的財産権の場合には、その保護客体である無体物が非競合的な性質を有するために、所有権の場合に比べて人の行為の自由な領域を侵食する可能性が極めて高いという

---

<sup>45</sup> Peter Drahos（山根崇邦訳）「A Philosophy of Intellectual Property (6)」知的財産法政策学研究 39号（2011年）240-243頁、田村善之「知的創作物の未保護領域という陥穽について」著作権研究 36号（2010年）3頁、同「メタファの力による“muddling through”：政策バイアス vs. 認知バイアス—『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告—」新世代法政策学研究 20号（2013年）99頁、同「『知的財産』はいかなる意味において『財産』か—『知的創作物』という発想の陥穽」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（2014年・商事法務）331頁など。

<sup>46</sup> 田村善之「知的創作物の未保護領域という陥穽について」著作権研究 36号（2010年）3-4頁。

危険性を孕んでいる<sup>47</sup>。

たとえば、山根崇邦准教授は、無体物の非競合的な性質について次のように説明している。いわく、「動産や不動産などの有体物には、ある人が消費すると他者はそれを消費できないという性質がある。例えば、私が手元にあるリンゴを消費すれば、他者はもはやそのリンゴを消費することはできない。これを一般に、有体物の競合的な性質 (rivalous) という。この競合的な性質のために、本来的に稀少性をもつ有体物を過剰消費すれば、やがて資源の枯渇問題が生じることになる。そして資源を共有状態に置いておくと、各人が自己利益を追求するあまり共有資源を使い果たしてしまう恐れがある。そこで、資源を共有に置いた場合の悲劇を回避するために、私有財産権の設定が必要となる。これがいわゆる『コモンズの悲劇』論に基づく正当化である<sup>48</sup>。」「これに対し、情報などの無体物には、他者の消費を減少させることなく、多数の者が同時に消費可能であるという性質がある。例えば、私が面白いアイデアを思い付いたとすれば、私はそのアイデアを保持したまま友人にそれを伝えることができる。しかも、友人はそのアイデアを私から物理的に奪うことなく利用することができる。これを一般に、情報の非競合的な性質 (non-rivalous) という。つまり情報には本来的に稀少性がないのである。むしろそれは公共財に近い性質をもつ。」<sup>49</sup>

このように、無体物が非競合的な性質を有するということは、そこに何らかの排他権が存在しない限り、多数の者が何処でも同時に無体物を消費することができるということを意味する。すなわち、無体物は法的保護が与えられなければ公共財として本来誰もが自由に利用しうるはずのものであり、知的財産権による保護は、この本来自由になしうるはずの個人の利用行為を制約するという側面を持っている。したがって、知的財産権の本質は、物理的には自由になしうる人の行動のパターンを法的に人工的に制約する特権 (privilege) であり、多数の者の行為に制約を課す権利であると言えよう<sup>50</sup>。

## 第2款 権利範囲の拡大

次に、知的財産権の保護客体である無体物には、物理的に明確な境界や限界が存在しないために、そこに何らかの形で権利性を認めてしまうと、権利範囲が無制限に広がりやすいという危険性も孕んでいる<sup>51</sup>。

<sup>47</sup> 山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (1)」知的財産法政策学研究 28 号 (2010 年) 214-215 頁、同「情報の不法行為を通じた保護」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』(2014 年・商事法務) 357-358 頁など。

<sup>48</sup> コモンズの悲劇については、桜井徹訳「共有地の悲劇」シュレーダー=フレチュット編『環境の論理 (下)』(1993 年・晃洋書房) 445 頁、山本顕治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』」民商法雑誌 133 巻 6 号 (2006 年) 898-903 頁を参照。

<sup>49</sup> 山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (1)」知的財産法政策学研究 28 号 (2010 年) 214-215 頁。

<sup>50</sup> 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究 20 号 (2008 年) 3 頁、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (1)」知的財産法政策学研究 28 号 (2010 年) 219 頁を参照。また、Wendy J. Gordon (田辺英幸訳)「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究 11 号 (2006 年) 1 頁以下では、property というラベルが、所有権のような財産権以上に、知的財産権の本質が人と人との関係であり人と物との関係ではないことを見失わせることを指摘し、知的財産権を類似のパターンに対する権利であると把握すべきである旨、強調している。

<sup>51</sup> Peter Drahos (山根崇邦訳)「A Philosophy of Intellectual Property (6)」知的財産法政策学研究 39 号 (2011 年) 247-248 頁、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現

たとえば、山根准教授は、無体物の明確な境界の欠如という性質について次のように説明している。いわく、「動産や不動産などの有体物には物理的な境界がある。それゆえ有体物の場合には、権利が及ぶ範囲が明確であり、五感をもってその範囲を知ることができる。もちろん、境界というのは習慣的な概念である。土地や領土の境界線について考えてみれば分かるように、境界の決定は、社会的、政治的、軍事的な観点から行われうるものである。しかし、そのような習慣的な境界線であっても、いったん境界が決定されるとそれはある程度有効に維持されうる。このように有体物の場合には、明確な境界線を引くことが可能である。<sup>52</sup>」「これに対し、無体物に関して境界線を引くという作業は、有体物の場合に比べて遥かに困難な作業である。発明や著作物という無形の情報は、物理的な境界線を引くことができない。無体物の境界は多くの場合、知的財産権侵害訴訟における同一性又は類似性判断によって画定される。」「このような習慣的な境界は、いちど境界が決定されてもそれがその後も有効に維持されるとは限らない。」<sup>53</sup>

すなわち、所有権の場合には、特定の有体物に対する物理的な接触を伴う利用というフォーカル・ポイントがあり、そこを中心に権利が組み立てられるために、権利の範囲が無限定に拡大することはない。しかし、特定の有体物との物理的な接触とは無関係に他人の行動のパターンを制約する知的財産権の場合には、無体物の境界線の不明確さのために、権利の拡大に対して物理的な歯止めが利かない。しかも、場所的な限定もなく人の行動を制約しうるので、国境を越えて国際的に無限定に拡大する可能性がある<sup>54</sup>。

### 第3款 小括

以上の内容をまとめれば、次のようになる。すなわち、知的財産権の本質は、物理的には自由になしうる人の行動のパターンを法的に人工的に制約する特権 (privilege) である。しかも、特定の有体物との物理的な接触とは無関係に他人の行動のパターンを制約する知的財産権の場合には、無体物の境界線の不明確さのために、権利の拡大に対して物理的な歯止めが利かなく、その権利は国際的に拡大する可能性がある<sup>55</sup>。

---

代的意義 (1) 知的財産法政策学研究 28 号 (2010 年) 216-217 頁、同「情報の不法行為を通じた保護」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』(2014 年・商事法務) 359-361 頁など。

<sup>52</sup> PETER DRAHOS (山根崇邦訳)「A Philosophy of Intellectual Property (6)」知的財産法政策学研究 39 号 (2011 年) 247-248 頁も参照。

<sup>53</sup> 山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (1)」知的財産法政策学研究 28 号 (2010 年) 216-217 頁。

<sup>54</sup> 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究 20 号 (2008 年) 5 頁、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (1)」知的財産法政策学研究 28 号 (2010 年) 221 頁を参照。中山信弘『工業所有権法 (上) 特許法』(第 2 版増補版・2000 年・弘文堂) 18 頁は、「工業所有権の対象は無体財貨 (一種の情報) であり、有体物と比較するならば、その保護法制は本来的に国際化する傾向を内在している。なぜならば情報に関しては、物と比べれば、国境の有する意味は相対的に低いからである」と指摘する。また、Peter Drahos (立花市子訳)「知的財産関連産業と知的財産の国際化：独占促進と開発阻害？」知的財産法政策学研究 3 号 (2004 年) 35 頁、Peter K. Yu (青柳由香訳)「国際的な囲い込みの動きについて (1) - (4)」知的財産法政策学研究 16=17=18=19 号 (2007 年・2008 年) は、TRIPS 協定の制定や二国間協定の締結による知的財産権の強化に際して多国籍企業が果たした役割の大きさについて論じている。

<sup>55</sup> 知的財産権の正当化原理を検討し、第一に、知的財産権は property ではなく他人の消極的自由を制約する privilege であると理解すべきであるところ、有体物に対する所有権

それでは、公共財に近い性質を持つ無体物を私的財として保護するために、なぜ国家が人々の情報利用の自由を制約する権利を設定し、人工的な稀少状態を作り出さなければならないのだろうか。

## 第2節 知的財産権の内在的制約

もっとも、知的財産権の付与がなぜ認められるのかという知的財産権の正当化根拠については、権利の個人的な淵源に着目する自然権論と、権利を付与することで社会全体にもたらされる利益に着目するインセンティブ論との、二つのアプローチが議論されてきた。前者は、人は自ら創作した著作物に対して当然に権利を持つという考え方であるのに対し、後者は、知的財産権が、発明や著作物等の創作とその普及に適度のインセンティブを与えるために一定のフリー・ライドを防ぐ必要があるから設けられた政策的な権利に過ぎないとする考え方である<sup>56</sup>。本稿では、後者のインセンティブ論を憲法における「公共の福祉」

---

とのアナロジーを用いた「無体物」なる物に対する権利であるとの装いが、他人の行動を制約する権利であるというその性質を覆い隠していること、第二に、有体物に対する利用という限定がある所有権と異なり、知的財産権は制約がなく無限定に広がりうる危険性をもっており、資本主義社会における知的財産の重要性もあいまって、国内はおろか国際的にも権利が強化されるおそれがあること、第三に、そのようななかで、知的財産に関する法制度を設計する際の枠組みは、情報というコモンズに関しては、誰も所有することを容認する negative community ではなく、万人の所有しているものであり first connection だけで個人が所有することを許さない positive community を想定すべきであること等を提唱する示唆的な文献として、DRAHOS, supra note 1 (first connection については、Nari Lee (田村善之＝津幡笑訳「特許対象の再編成と財産権主義の台頭－ビジネス方法の特許適格性－」知的財産法政策学研究 9号 (2005年) を参照)。

<sup>56</sup> 森村進『財産権の理論』(1995年・弘文堂) 168-171頁、Wendy J. Gordon (田辺英幸訳「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究 11号 (2006年) 9頁、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究 20号 (2008年) 1頁、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (1)」知的財産法政策学研究 28号 (2010年) 206頁、同「Robert P. Merges の知的財産法概念論の構造とその意義」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(2013年・弘文堂) 3頁、小泉直樹「著作権制度の規範的理論」同『アメリカ著作権制度－原理と政策－』(1996年・弘文堂) 13頁、島並良「特許客体論の方法と構造」知財研フォーラム 55号 (2003年) 14頁、同「特許制度の現状と展望：法学の観点から」『岐路に立つ特許制度』(知的財産研究所 20周年記念・2009年・知的財産研究所) 13頁など。

もっとも、自然権論としてよく挙げられるのは、John Locke の労働所有理論や G. W. F. Hegel 等の精神的所有権論を援用するタイプの議論である。しかし、Locke 自身は、人が身体的活動の自由を有していることを前提として、その自由を犠牲として労働したことにより得られた物 (Locke 自身は有体物を念頭に置いている) に対して、身体的活動の自由のコロラリーとして当然に権利を主張できると主張していた (JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, 286, 288-289 (1698) (Peter Laslett ed. (Cambridge University Press, 1988))。また、Hegel も、著者の自由の意志の表出としての所有を認めるとともに、有体物の譲渡後も著者の精神につながる無体物としての作品に対する権利を留保しようという形で精神的所有権論を説いた (G. W. F. ヘーゲル (長谷川宏訳) 『法哲学講義』(2000年・作品社) 104・127-129頁)。いずれも、唱道者自身は、人の自由を基礎としているが、著作権というものが、他者の行為の自由を制約する権利であるとする、これは自由対自由で引き分けとなり、人が何かを創作したというだけで他者の自由を制約することは困難なように思われる。ゆえに、著作権を正当化するためには、著作権を認めることが、創作者自身の利益だけでなく、より広く多数の者の利益に資するからだということに求めざ

という要件との関係から捉える立場を採っているが、同じくインセンティブ論の立場に立つ論者の間でも、知的財産権の憲法上の位置づけについて見解の相違がみられる。

以下では、憲法学の分析視点、すなわち知的財産権が憲法典の如何なる条文に基礎づけられるのか、さらに知的財産に関する創作者と利用者の利益のバランスを調整する国家の行為が「公共の福祉」あるいは「個人の自律」に適っているのか、という視点から知的財産法の制度趣旨を考察することにしたい。

## 第1款 憲法上の根拠条文

ところで、知的財産権が憲法典の如何なる条文に基礎づけられるのだろうか。大韓民国憲法 22 条 1 項は、「全ての国民は、学問及び芸術の自由を有する」と規定し、同条 2 項は、「著作者、発明者、科学技術者及び芸術家の権利は、法律により保護する」と規定している。すなわち、大韓民国憲法は、人々が国家の干渉を受けず学問と芸術の自由を享受することができるという消極的な権利だけでなく、著作者や発明者等を保護することにより、学問と芸術の発展を図るといった積極的な内容の権利も規定している。この憲法 22 条は、なぜ著作者と発明者を保護するのか何の言及もしていないが、知的財産法に関する明示的

---

るをえないのではないかと思われる (Locke の労働所有理論を著作権に推し及ぼそうとする考え方に対して、森村進『ロック所有論の再生』(1997 年・有斐閣)121 頁・241～261 頁)。一定のフリー・ライドを規制しないと、著作物を創作する者が過少となり、一般公衆が不利益を被ってしまう。これを防ぐためには、著作権を認める必要があるのではないかと、というインセンティブ論が主張される所以である。

しかし、自然権論のレトリックが完全に無になるわけではない。インセンティブ論は、社会的な利益を権利の積極的根拠に置くので、結局、知的財産権は、人の自由、利用者の自由というものを、社会的な利益のために規制する権利だということになる。このように、社会的な全体の多数の利益のために目的手段思考様式で個人の自由を規制するという理屈には、権利を導き出す衡量として弱いところがある (Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers : Individual rights & Social Values in IP*, 68 CHI-KENT L. REV. 841, 862-864 (1993))。この場合、人が何かを創作したという命題は、効率性の実現を目指して設営された知的財産権によって他人の自由を制約することを正当化する消極的根拠にはなるのではないかと思われる。知的創作物、あるいは人が何かを創作したという命題は、それ単独では積極的に権利を基礎付けることはできないと思われるものの、たとえばインセンティブ論等の理由でその存在が求められた権利について、それによって他者の自由が制約されたとしても仕方がないのではないかと消極的に正当化する論拠たりえるのではないかと考えているのである。

このようなことを踏まえて、田村善之『著作権法概説』(第 2 版・2001 年・有斐閣) 6-8 頁は、著作権制度の存在意義の積極的な根拠をインセンティブ論に特化し、自然権論は消極的な根拠に止めておくという、いわば二元的な立場を採っている。田村善之「知的創作物の未保護領域という陥穽について」著作権研究 36 号 (2010 年) 7 頁、田村善之「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」知的財産法政策学研究 44 号 (2014 年) 64-66 頁注 85 も参照。この立場からは、現在の著作権制度がインセンティブとして適切に機能しているのかということの検証が必要となる。Diane Leenheer Zimmerman (澤田悠紀訳)「インセンティブとしての著作権—単なる空想の産物か?」知的財産法政策学研究 41 号 (2013 年) 1-32 頁、Jessica Litman (比良友佳理訳)「真の著作権リフォーム (1)」知的財産法政策学研究 38 号 189-192・217-220 頁 (2012 年)、河島伸子「現代美術と著作権法」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(2013 年・弘文堂)100-103 頁を参照。



な憲法上の根拠を提供していることは明らかである<sup>57</sup>。しかも、知的財産権は、不動産や動産等の所有権とは異なり、学問と芸術の発展を図るために存在することは、憲法 22 条が財産権に関する憲法 23 条<sup>58</sup>とは別途に、著作権者と発明者の権利を規定している事実から窺い知ることができるであろう。

これに対し、日本国憲法は、大韓民国憲法とは異なり、著作権など知的財産権に関する直接的規定を設けていない。それゆえ、知的財産権が憲法典の如何なる条文に基礎づけられるのかという憲法上の位置づけについて、日本の学説上は、主に憲法 21 条からのアプローチ、憲法 29 条からのアプローチ、及び憲法 13 条からのアプローチという、三つの側面から議論がなされてきた。以下、敷衍する。

### 第 1 項 憲法 21 条からのアプローチ

従来 of 学説の中には、著作権制度を、憲法 21 条が保障する表現市場の制度枠組の中で捉えようとする考え方がある。

たとえば、著作権を自然的な権利ではなく、「著作者に創作のインセンティブを与えることを通じて、市場に多種多様な著作物が流通する機会を生み出す」<sup>59</sup>という手段的な権利として考える横山久芳教授は、次のように述べている。いわく、「表現の自由を“公共財としての表現空間”<sup>60</sup>のありようを示す概念として捉えるならば、憲法上の権利としての『表現の自由』は、個々人の基本権としての表現の自由保障（＝「国家からの自由」）に加えて、国家がかかる表現空間の実現に向けて積極的に作為すること（＝「国家による自由」）をも必然的に要請することになるのである。」「憲法上の『表現の自由』が“公共財としての表現空間”の確保を目的としたものであるならば、そしてその目的を実現するために憲法上の『表現の自由』が『国家による自由（国家の積極的創設義務）』を要請するものであるとするならば、著作権制度は、“公共財としての表現空間”の実効的に確保するための『国家による自由』の表れとして捉え直すことができるであろう。」<sup>61</sup>

すなわち、横山教授は、著作権制度を、個々人としての表現の自由を制約することと引き換えに、より高次の表現の自由を実現するための制度的保障として位置づけようとして

<sup>57</sup> 丁相朝（정상조）編『著作権法注解』（2007 年・博英社）2-3 頁、丁相朝（정상조）＝朴俊錫（박준석）『知的財産権法（지적재산권법）』（第 2 版・2011 年・弘文社）33-34 頁を参照。

<sup>58</sup> 大韓民国憲法 23 条 1 項は、「全ての国民の財産権は保障される。その内容及び限界は、法律により定める」と規定し、2 項は、「財産権の行使は、公共の福祉に適合するようにしなければならない」と規定している。

<sup>59</sup> 横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察—アメリカの CTEA 憲法訴訟を素材として—」学習院大学法学会雑誌 39 卷 2 号（2004 年）77 頁は、「著作権の究極目的は、著作者の経済的利益（正確には著作者の経済的利益獲得の機会）を保障することにあるのではなく、著作者に創作のインセンティブを与えることを通じて、市場に多種多様な著作物が流通する契機を生み出し、それによって“公共財としての表現空間”を実現することにある」と述べている。

<sup>60</sup> “公共財としての表現空間”という考え方は、元々は長谷部恭男『テレビの憲法理論—多メディア・多チャンネル時代の放送規制』（1992 年・弘文堂）12-15 頁が提唱したものである。“公共財としての表現空間”の確保を国家の制度設営義務の一環として捉える見解として、長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト 1244 号（2003 年）31、36 頁も参照。

<sup>61</sup> 横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察—アメリカの CTEA 憲法訴訟を素材として—」学習院大学法学会雑誌 39 卷 2 号（2004 年）74-75 頁。

いる<sup>62</sup>。ここには、「情報が自由にかつ十分に流通しているという客観的法益を確保するために著作権という個人の法益が保障される」という構造が認められる<sup>63</sup>。

しかし、こうした著作権を表現市場の制度枠組の中で捉える考え方について、憲法学者からは批判がなされている。たとえば、大林啓吾准教授は、「制度的保障の目的は少なくともそれが自然的権利である表現の自由に対する制度的保障であるとすれば—制度の保障によって間接的に権利を保障するものである。表現の自由に関する制度的保障がありうるとしても、それは制度に関する立法裁量を狭めこそすれ、個人の表現の自由を犠牲にしてまで成り立つと解することは、本末転倒の帰結となっている」との見解を示した<sup>64</sup>。また、憲法 21 条論がその前提としている長谷部恭男教授の立場、すなわち「公共財としての表現空間」の確保を国家の制度設営義務の一環として捉える長谷部教授の立場を確認してみても、著作権の保護が表現活動の促進になるという著作権制度の前提が果たして現実に妥当するものかという点について慎重な態度を採っており、「公共財としての表現空間」の確保という発想に基づいて著作権の保護範囲の拡大を容認することには否定的である<sup>65</sup>。

## 第 2 項 憲法 29 条からのアプローチ

従来 of 学説の中には、著作権は憲法 29 条<sup>66</sup>に基づく法律（すなわち著作権法）により

---

<sup>62</sup> これは、米国における著作権を「表現の自由のエンジン」として捉える考え方に親和的なものである。たとえば、フォード元大統領の回想録に関する未発表の原稿を第三者が利用したことが著作権侵害に該当するかが争われた事件において、Harper&Row 連邦最高裁判決（Harper&Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471U. S. 539, 558(1985)）は、「憲法起草者は、著作権それ自体が表現の自由のエンジン（the engine of free expression）となることを意図していたということを忘れてはならない。表現の利用に対し市場で取引可能な権利を定めることにより、著作権はアイデアを創作し頒布させる経済的なインセンティブを提供している」と説示している。連邦最高裁は、この「表現の自由のエンジン」という比喩に象徴的に表されているように、著作権と表現の自由を対立関係というよりも親和的な関係に捉えていることが見て取れる。また、著作権法保護期間延長法（Copyright Term Extension Act of 1998=CTEA）の合憲性が争われた Eldred 最高裁判決（Eldred v. Ashcroft, 537U. S. 186, at 219(2003)）は、Harper&Row 最高裁判決の説示を引き合いに出し、著作権が認める制限的な独占性は修正一条の言論の自由と両立するものであると述べる。そして、こうした基本的な視点に基づき、同判決は問題となっていた CTEA に関しても、議会が著作権保護の伝統的な輪郭を変更しておらず、修正一条の審査は不必要であるという結論に至っている。具体的には、比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究（1）」知的財産法政策学研究 45 号（2014 年）?? 頁を参照。

<sup>63</sup> 大日方信春「著作権をみる憲法学の視点について」『著作権と憲法理論』（2011 年・信山社）31 頁。

<sup>64</sup> 大林啓吾「表現の自由と著作権に関する憲法的考察—判例法理の批判から新たな議論の展開へ—」大沢秀介＝小山剛編『東アジアにおけるアメリカ憲法—憲法裁判の影響を中心に—』（慶応義塾大学出版社・2006 年）330-331 頁。制度的保障と自然的自由の関係については、小山剛『基本権の内容形式—立法による憲法価値の実現』（尚学社・2004 年）150 頁を参照。

<sup>65</sup> 長谷部恭男「Interactive 憲法 憲法学者はなぜ著作権を勉強する必要がないか？」法学教室 305 号（2006 年）36 頁、同「著作権と表現の自由」コピライト 616 号（2012 年）8 頁を参照。

<sup>66</sup> 日本国憲法 29 条は、1 項で「財産権は、これを侵してはならない」と規定し、2 項で

創設されたと主張する見解がある。

たとえば、著作権法を「財産法としての側面だけではなく、さらに、情報政策に関する経済的立法」の一つとして捉える今村哲也准教授は、次のように述べている。いわく、「所有権のようなすでに歴史的に確立した財産権とは異なり、現在も発展過程にあり、かつ権利内容や権利性そのものが法の規定の仕方に大きく依存する著作権のような財産権は、新たな規定の創設が、今後の経済社会の枠組みを決定する構造規制となるという側面も有している。そして、この構造規制としての性質は、情報の流通のあり方も含めた経済社会の枠組みを規定している。」「もとより、こうした構造規制は、憲法 29 条 1 項〔ママ〕の財産権の保障規定に従い、公共の福祉に適合するよう定められている。」<sup>67</sup>すなわち、今村准教授は、憲法 29 条 2 項が財産権の内容を形成するものとみて、財産権及びそれに包摂される著作権を、法律によって創設された権利であると理解している。

これに対し、憲法学者の大日方信春教授は、このような議論が「憲法条文を明確に意識しているのか否か定かたではない」と指摘したうえで、次のような見解を示している。いわく、『「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める」と規定している 29 条 2 項の意義は何であろうか。この意義を理解するためのポイントは『財産権の内容』という文言の理解にあると思われる。本書はこの文言を、何が財産権として保護されるのかという財産権の内容そのものことではなく『権利者がそれぞれの財産権に依拠してなしうるものの範囲・程度』のことであると理解している。本条文は法律により財産権の内容形式を行えと国会に命じているのではなく、本来的に他者および社会関係的であることが想定される財産権の行使においては、当該権益と相対する権益との調整が不可欠になるから、この利益調整のためのルールを法律という形式で定めることを国家に要請しているのである。日本国憲法は立憲主義憲法典であるので、29 条 2 項はさらに、この利害調整のルールが『公共の福祉』に適合的であることも国家機関たる国会に要請している。」「翻って著作権法をみたとき、それは著作権という権利を創設したものと理解することはできない。そうではなく、著作権法は無体財産権の中から著作権を範疇化し、当該権利の発生・取得・交換のルールを定めることで著作物の言論市場における取引を安定させると同時に、対立する権益との利害調整を図ったものなのである。」<sup>68</sup>

さらに、大日方教授は、著作者人格権と著作財産権という二つの権益について、言論市場との関係性から一元的理解を示している。いわく、「狭義の著作権の本質は、言論市場に表出されたものに内在する自己所有の客体としての属性ではなかろうか。『思想又は感情を創作的に表現したもの』は、単に物質でないばかり、言論市場における管理可能性も有していない。しかしながら知的営為の産物である著作物の帰属は、表出主体にオーソラ

---

「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定している。この憲法 29 条 1 項と 2 項の関係について、学説上は、形成説と制約説が主張されている。そのうち、形成説は、29 条 1 項で保障される財産権の内容は 2 項に基づき制定される法律により形成されるという。一方、制約説は、所有権の不可侵性を説く 1 項の見解を、20 世紀的社会国家観から修正を加えるところにその意義を見出し、2 項を財産権に対する制約根拠として捉えている。形成説と制約説に関するより詳しい説明及び両説に対する批判については、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（1995 年・成文堂）258-260 頁を参照。

<sup>67</sup> 今村哲也「著作権法と表現の自由に関する一考察—その規制類型と審査基準について—」季刊企業と法創造 1 巻 3 号（2004 年）82 頁。

<sup>68</sup> 大日方信春「著作権をみる憲法学の視点について」『著作権と憲法理論』（2011 年・信山社）38-39 頁。同「著作権の憲法上の地位—合衆国憲法一条八節八項の文理解釈を導きの糸として—」姫路法学 45 号（2006 年）39 頁、同「著作権と憲法理論」知的財産法政策学研究 33 号（2011 年）240-241 頁も参照。

イズされなければなるまい。著作物に内在するこの性質を紡ぎ出して制度化したものが狭義の著作権として法定されたものではなかろうか。このことはときに言論の私有化（privatization of speech）との術語で語られるところであるが、著作物にもたらされた私有化は、法により装填されたものというよりも、それに内在していた経済財的性質から演繹された帰結と理解できるであろう。ただし著作物にもたらされた商品化（commodification）は、著作権保護の目的ではなく、著作物が管理可能になったことに付随して生じた間接的効果としての地位にとどまるであろう。「いま知的営為の産物は表出主体にオーソライズされなければならないと述べた。著作者人格権の保護法益は、ここにあるのではなかろうか。また著作者は、自己所有下にある著作物が言論市場で適切に評価されることに重大な関心を抱いている、と推測できる。ここでの保護対象は、言論市場において適切な評価をうけるという著作者のいわば地位や資格のようなものということになる。」<sup>69</sup>

すなわち、大日方教授が主張する「著作者人格権と著作財産権に関する市場論からの一元論的理解」という理論枠組みの下では、著作財産権はもちろん、著作者人格権の本質も言論市場における著作物取引の安定性を確保するために制度化されたものであると理解される<sup>70</sup>。これは、著作権法の憲法上の根拠を憲法 29 条 2 項に求めることに起因する当然の帰結であると言えよう。なぜならば、憲法 29 条 2 項は、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定しており、著作権法の根拠をこの条文に求める以上、「公共の福祉に適合する」という制約が著作者人格権を含む著作権法の全てを覆うことになり、著作者人格権を基本的人権の一つとして捉える二元論と真っ向から衝突するからである。そうすると、その結論はともかくとして、それに至る過程の論理は一貫していると評価することができよう<sup>71</sup>。

<sup>69</sup> 大日方信春「著作権をみる憲法学の視点について」『著作権と憲法理論』（2011年・信山社）36-37頁、同「著作権の憲法上の地位—合衆国憲法一条八節八項の文理解釈を導きの糸として—」姫路法学 45号（2006年）10-11頁。

<sup>70</sup> 大日方信春「著作権をみる憲法学の視点について」『著作権と憲法理論』（2011年・信山社）37頁は、言論市場における適正な取引の成就という視点から、著作者人格権を以下のように読み替えている。すなわち、「公表権（18条）は、言論市場への参入のタイミングを、著作者が決定できる権益である。言論市場にいつ参入するかで、著作者の名声、地位、成功が左右されるからである。氏名表示権（19条）は、著作物と著作者との結びつきを顕現させ、言論取引に安定性をもたらすであろう。言論市場を豊饒化するためには、著作者が無名でまたは匿名でも当該市場に参入することが許されていると理解できる。また同一性保持権（20条）は、同意のない著作物の改竄を禁止することで、言論市場における表現の取引を歪曲させないための権益であろう。真実とは違う情報（表現物）で評価されない地位を著作者に保障しているともいえる。」

<sup>71</sup> この理論は、著作者人格権と一般的人格権を異なるものと理解する見解、すなわち異質説に親和的なものである。異質説は、第一に、著作者人格権は自然人の全てではなく著作者しか享有することができない権利であるということ、また、第二に、その保護対象が人格自体ではなく著作者の人格から独立した著作物であるということを議論の拠り所とする（半田正夫『著作権法概説』（第14版・2009年・法学書院）116頁）。そのことは、大日方信春「著作権をみる憲法学の視点について」『著作権と憲法理論』（2011年・信山社）34頁が、「著作者人格権の淵源を人格的価値に求めず、当該権益の本質を『著作者と具体的な著作物との間の不可分の結び付き』に見出した『異質説』は、著作権の本質を考察中の本書に大きな影響を与えた。なぜなら、著作者と著作物の『紐帯』というのは、言論市場に著作物を提供するにあたっての著作者の重大な関心事（interest）であるからである」と述べていることから窺い知ることができる。また、潮海久雄「職務著作制度の法的構造」本郷法政紀要 4号（1995年）149-150頁も、著作者人格権に関する処分を認

しかし、現行著作権法の体系は、著作者の財産的利益を保護する著作権と、著作者の人格的利益を保護する著作人格権とを明確に区別する、いわば二元的構成を採用している。たとえば、著作権法 60 条 1 項は、「著作権は、その全部又は一部を譲渡することができる」と規定する一方、同法 59 条は、「著作人格権は、著作者の一身に専属し、譲渡することができない」と規定し、両者を別々の者に分属しうる別の権利として観念しており、また、著作権の存続期間と、著作者死後の人格的利益の侵害に対する民事上の請求権の行使可能期間（116 条）や刑事罰が科されうる期間（60 条、120 条）が異なっていることも、二元論を補強するものと言えよう<sup>72</sup>。このような現行法の体系を前提に考えるのであれば、「著作人格権と著作財産権に関する市場論からの一元論的理解」については、はたして著作権法の根拠を憲法 29 条 2 項に求めることが妥当なのか、全く疑問の余地がないわけではない<sup>73</sup>。

### 第 3 項 憲法 13 条からのアプローチ

従来 of 学説の中には、知的財産法は国民の憲法 13 条の幸福追求権を支援するために設けられた制度であるとする見解がある。

たとえば、著作権制度の存在意義の積極的な根拠をインセンティブ論に認めている田村善之教授は、著作権法に対する時代認識を踏まえて著作権の制限の可能性を論じる際に、次のように述べている。いわく、「著作権の確立を促した印刷技術の普及を第 1 の波、複製技術の普及を第 2 の波、インターネットの普及を第 3 の波とする著作権法の歴史認識については、既に何度か論じたことがある。複製者数、複製数が飛躍的に増大し、複製禁止権中心主義の実効性が問われるようになった第 2 の波に対しては、公の貸与禁止権や複製機器媒体に対する課金制度（日本法の下では、私的録音録画補償金制度として一部実現）などの方策が模索されてきた。さらに、コピー管理技術やアクセス管理技術に対する法的な支援は、公の使用行為規制の土台をも揺るがす第 3 の波対策という意味合いもある。」  
「こうした権利の実効性を確保するための制度設計は、インセンティブ論に立脚する場合、原則として立法の仕事とすることができよう。どの程度、著作権に保護を与えて、創作を刺激し、文化の発展を促すのか、ということは、民主的な決定に委ねてよい問題と考えられるからである。憲法論に持ち込むと、インセンティブ論の下では、著作権は、国民が文化の発展の恩恵を享受するために必要とされる手段であり、ゆえに、国民の憲法 13 条の幸福追求権を支援するために設けられた制度であると理解されることになる。国民全般の権利から切り離された特定の個人（e. g. 著作者）の基本的な人権を保障する制度というわけではないから、立法がない場合に、基本的人権の侵害を理由に司法が介入するという話に

---

めやすくなるということを理由に、異質説に好意的な評価を与えている。

<sup>72</sup> 田村善之『知的財産法』（第 5 版・2010 年・有斐閣）502 頁。また、現行法制定過程における立法者意思を参照しても、現行著作権法が審議された第 61 回通常国会の衆議院文教委員会で、坂田道太文部大臣（当時）は著作権法の提案理由を説明する中で、以下のように述べている。いわく、「著作者の権利の保護を厚くするため、その権利を著作人格権と著作権に大別してそれぞれの内容を明定いたしました」（第 61 回国会衆議院文教委員会議事録第 14 号 1 頁〔昭和 44 年 4 月 25 日〕）。

<sup>73</sup> 山本桂一『著作権法』（新版増補・1973 年・有斐閣）13 頁は、一元論には、日本の著作権法の構造に反してまでこれを採用するほどの実益は認められないと批判している。また、田村善之『著作権法概説』（第 2 版・2001 年・有斐閣）405 頁も、一元論は「無理を承知で、著作人格権と著作財産権とを分属不可能な一個の権利として観念すべきであると説く見解」であると評価しつつ、二元論的理解を示している。

はならないものと解される。」<sup>74</sup>

すなわち、田村教授は、インセンティブ論の観点からすると、知的財産権は国民が技術や文化の発展の恩恵を享受するために必要とされる措置であるから、こうした国民の憲法13条の幸福追求権を支援するために設けられた制度であると主張したが、大日方教授は、「著作権の淵源についてインセンティブ論に立つと、著作権の憲法上の根拠がなぜ13条になるのであろうか。この相関関係が本書にはみえない」<sup>75</sup>との疑問を呈している。

## 第2款 本稿の立場

それでは、知的財産権の憲法上の位置づけを一体どのように考えるべきであろうか。本稿では、基本的に「憲法13条からのアプローチ」という立場に与しているが、その理由は以下のとおりである。

日本国憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定している。この条文の意義を理解するためには、ドゥオーキンが提唱した「切り札」としての人権論が参考になる<sup>76</sup>。すなわち、憲法上の権利の中には、個人の自律を根拠とした「切り札」としての権利と、公共財の提供など社会全体の利益を理由として保障される権利とが含まれていると主張する考え方である。この理論

---

<sup>74</sup> 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号（2003年）128-129頁。知的財産法制度を創作インセンティブの制度化として捉えようとする「田村知財法論」を「競争的繁栄」(competitive flourishing)論と呼び、その理論的・法哲学的基盤を分析する文献として、長谷川晃「競争的繁栄」と知的財産法原理—田村善之教授の知的財産法理論の基礎に関する法哲学的検討—知的財産法政策学研究3号（2004年）17-34頁、同「競争的繁栄」と知的財産法原理—田村善之教授の知的財産法理論の基礎に関する法哲学的検討—田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008年・有斐閣）103-120頁を参照。

<sup>74</sup> 大日方信春「著作権をみる憲法学の視点について」『著作権と憲法理論』（2011年・信山社）31頁注9を参照

<sup>75</sup> 大日方信春「著作権をみる憲法学の視点について」『著作権と憲法理論』（2011年・信山社）31頁注9を参照。

<sup>76</sup> ロナルド・ドゥオーキン（石山文彦訳）『自由の法 米国憲法の道徳的解釈』（1990年・木鐸社）258-260頁。ドゥオーキンは功利主義的、利益衡量的な考えに真っ向から反対し、個人の権利と社会一般の要求とをコスト・ベネフィット分析によって計算してバランスをとることは誤りであると述べている。ドゥオーキンの理論を紹介する文献として、齊藤愛「ドゥオーキンの表現の自由論に関する一考察」本郷法政紀要7号（1998年）347頁、同「表現の自由—核心はあるのか」長谷部恭男編『講座人権論の再定位3人権の射程』（2010年・法律文化社）161頁などがある。また、「切り札」としての人権に関しては、長谷部恭男『憲法』（第5版・2011年・新世社）87-139頁、阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量—『シールド』としての権利と『切り札』としての権利—」一橋法学9巻3号（2010年）721-727頁、駒村圭吾「基本的人権の概念①（人権の意味）」小山剛＝駒村圭吾編『憲法』（第2版・2013年・弘文堂）22頁、巻美矢紀「個人としての尊重と公共性」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』（第2版・2009年・有斐閣）286-291頁、小泉良幸『リベラルな共同体 ドゥオーキンの政治・道徳理論』（2002年・勁草書房）157頁、同「政治的責務と憲法—《法の共和国》の試みとして—」宇佐美誠＝濱真一郎編著『ドゥオーキン 法哲学と政治哲学』（2011年・勁草書房）151-153頁、中曾久雄「民主主義のもとでの司法審査—権限アプローチの構築に向けて—」阪大法学59号（2010年）889頁などがある。

は、功利主義を一応の前提としつつも、功利主義の前提を確保するために「切り札」としての権利を配置するという点に特徴がある。そして、政府がどのような規制をなすかという帰結ではなく、政府がなす規制の理由こそが重要であり、市民の「平等な配置と尊重」を否定するような理由で政府が規制を行う際に「切り札」としての権利が発動されるという<sup>77</sup>。

憲法学者の長谷部恭男教授は、ドゥオーキンの「切り札」としての人権論を積極的に応用した上で、憲法 13 条の意味を次のように説明している。いわく、「憲法 13 条後段は、『生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利』を保障するとともに、その『立法その他の国政の上』での尊重に関し、『公共の福祉に反しない限り』という条件を設けている。」「ここでいう『生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利』とは、個人の自律を保障するための人権ではなく、いわゆる一般的な行動の自由を指しているとするものである。このような一般的な自由は、広範囲にわたって相互に衝突する可能性があるため、裁判所を含む国政上の機関は、この衝突を調整し、対立と摩擦を最小化するためにさまざまな法令を社会生活のルールとして設定する必要がある。一般的な自由は、これらのルールの確立によって、はじめてその効用を発揮し、人々に正当な期待と幸福追求の機会とを与えることができる。したがって、一般的自由に関する国政上の規律が公共の福祉と両立すべきことは明らかである。」「これに対して、個人の自律の核心にかかわる、公共の福祉による制限を受けない権利は、個人の尊重を規定する憲法 13 条前段によって保障されていると考えるべきであろう。同条後段と異なって、前段には、公共の福祉による制限が付されていない。」<sup>78</sup>

この解釈に従うならば、憲法 13 条によって保障される権利の中には、同条前段の宣言する個人の自律を保障するための「切り札」としての人権もあれば、同条後段によって保障される一般的自由権の一要素に過ぎない権利もあると解すべきであろう。そのうち、憲法 13 条後段が国民に対して「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」、すなわち幸福追求権を認めた趣旨は、「国家権力が公共の福祉の許す範囲内でのみ行使されるよう、国民に対して一般的自由を与え、国家権力の側にこの自由の制約を正当化すべき責任を課して、司法部にこの限定を監視する任務を与え」ところにある。また、同条前段が個人の自律を保障する「切り札」としての人権の存在を宣言した理由は、「一定の事項については、たとえ公共の福祉に反する場合においても、個人に自律的な決定権を人権の行使として保障すべきである」からである<sup>79</sup>。

このような憲法 13 条の解釈論を踏まえて、知的財産法の制度趣旨を一体どのように理解すべきであろうか。著作権法 1 条は、「この法律は、著作物並びに実演、レコード、放送及び有線放送に関し著作者の権利及びこれに隣接する権利を定め、これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与することを目的とする」と規定しており、特許法 1 条は、「この法律は、発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もつて産業の発達に寄与することを目的とする」と規

<sup>77</sup> ロナルド・ドゥオーキン（石山文彦訳）『自由の法 米国憲法の道徳的解釈』（1990年・木鐸社）258-260頁

<sup>78</sup> 長谷部恭男『憲法』（第5版・2011年・新世社）142-143頁。

<sup>79</sup> 長谷部恭男『憲法』（第5版・2011年・新世社）99-115頁、142-144頁を参照。なお、長谷部教授によると、具体的にどれが憲法 13 条の前段によって保障される切り札としての権利であり、どれが後段によって保障される、公共の福祉の一環としての権利であるという形で、個別の権利を単位に区別することは不可能であるとする。公共の福祉による制限を受けない「切り札」としての人権が侵害されているかどうかは、いかなる理由に基づいて政府が行動しているかにかかるところが大きいからである。



定している。これらの条文の捉え方について、学説上は、権利の個人的な淵源に着目する自然権論的と、権利を付与することで社会全体にもたらされる利益に着目するインセンティブ論とが対立しているが、いずれの立場を採用したとしても、著作権法と特許法は、文化や産業の発展に寄与するために、著作者或いは発明者の利益と利用者の利益を衡量し、そのバランスを調整したルールであることが前提となっている。すなわち、国家は、著作者或いは発明者の利益と利用者の利益が相互に衝突する可能性があることを勘案した上で、その衝突を調整し、対立と摩擦を最小化するために、社会生活のルールとして著作権法や特許法等の法律を設定したのである。これらのルールの確立は、「文化の発展」及び「産業の発達」という社会全体の利益に寄与することにつながり、それによって人々に正当な期待と幸福追求の機会を与えることができる。その意味で、特許権や著作権は、国民が産業や文化の発展の恩恵を享受するために必要とされる手段であり、国民の憲法 13 条後段の幸福追求権を支援するために設けられた権利であると言える。このような権利は、個人の自律を保障するための人権ではなく、「公共の福祉」にかなう限りで保護を受ける政策的な権利であると理解すべきであろう。

一方、知的財産権には、「公共の福祉」という社会全体の利益を増大させる公共財としての性格を有し、その性格を有するからこそ保障される権利が存在すると同時に、個人に自律的な決定権を人権の行使として保障される、いわば「切り札」としての人権も存在する。たとえば、現行著作権法には、著作者の財産的利益を保護する著作財産権だけでなく、著作者の人格的利益を保護する著作者人格権も含まれている。著作者人格権とは、著作者が創作した著作物に対して有する人格的利益を保護する権利であり、公表権（18 条）、氏名表示権（19 条）、同一性保持権（20 条）、著作者の名誉、声望を害する方法によりその著作物を利用する行為を禁止する権利（113 条 6 項）が認められている。著作者人格権は、その性質上、著作者の一身に専属する権利とされている（59 条）。このような権利は、個人の自律を根拠とする「切り札」としての人権であり、個人の尊重を規定する憲法 13 条前段によって保障されていると考えるべきであろう。

したがって、知的財産法の制度趣旨を考える場合には、知的財産に関する権利者と利用者の利益のバランスを調整する国家の行為が「公共の福祉」あるいは「個人の自律」に適っているのか、という知的財産権の内在的制約を念頭におく必要があるだろう。

### 第 3 款 小括

以上の内容をまとめれば、次のようになる。すなわち、日本国憲法は、大韓民国憲法とは異なり、著作権など知的財産権に関する直接的規定を設けていない。それゆえ、知的財産権が憲法典の如何なる条文に基礎づけられるのかという憲法上の位置づけについて、日本の学説上は、主に憲法 21 条からのアプローチ、憲法 29 条からのアプローチ、及び憲法 13 条からのアプローチという、三つの側面から議論がなされてきたが、本稿では、インセンティブ論を憲法上の「公共の福祉」の制限との関係から捉える立場を採用し、基本的に憲法 13 条からのアプローチの立場に与している。

日本国憲法 13 条によって保障される権利の中には、同条前段の宣言する個人の自律を保障するための「切り札」としての人権もあれば、同条後段によって保障される一般的自由権の一要素に過ぎない権利もある。特許権や著作権は、国民が産業や文化の発展の恩恵を享受するために必要とされる手段であり、国民の憲法 13 条後段の幸福追求権を支援するために設けられた権利であると言える。このような権利は、個人の自律を保障するための人権ではなく、「公共の福祉」にかなう限りで保護を受ける政策的な権利であると理解



すべきである。一方、知的財産権には、著作者人格権のように個人に自律的な決定権を人権の行使として保障される、いわば「切り札」としての人権も存在するが、このような権利は、個人の尊重を規定する憲法 13 条前段によって保障されていると考えるべきである。

それでは、知的財産法の制度趣旨を考えるにあたり、知的財産権を創設した国家の行為が「公共の福祉」あるいは「個人の自律」に適っているのか、という知的財産権の内在的制約だけを検証すれば、それで十分なのだろうか。

### 第 3 節 知的財産権の外在的制約

これまでの議論は、知的財産権の憲法上の根拠を中心として「公共の福祉」あるいは「個人の自律」という内在的制約について検討してきた。しかし、知的財産権は、特定の有体物との物理的な接触とは無関係に他人の行動のパターンを広く制約しており、仮に知的財産権を創設する国家の行為が「公共の福祉」あるいは「個人の自律」に適しているとしても、それが表現の自由や私人の行動の自由等に対する過度の制約となりうる場合がある。しかも、知的財産権には、人工的に他者の行為を制約しうる権利であるために、政策形成過程におけるレント・シーキング（超過利益を求めて行われる諸活動）の対象となりやすいという特徴がある。

そこで以下では、知的財産法における自由の領域の確保、及び、政策形成過程のバイアスという知的財産権の外在的制約に触れてみることにしよう。

#### 第 1 款 自由領域の確保

もともと、知的財産法は、物理的には誰もがなしうる行為に対して人工的に排他権を設定する法技術であるから、他者の行動の自由を制約する度合いが強い。そのために、憲法 13 条に根拠づけられる知的財産権を、私人の行動の自由を過度に規制することのないように制限する工夫を施さなければならない。この場合、どの程度まで権利者の利益を優先し、どの程度まで私人の自由を確保するのかという問題を検討する際には、インセンティブの付与と私人の自由という二つの価値のバランスを衡量する必要があるだろう。

以下では、近時、議論の俎上に載せられている著作権と表現の自由の関係を題材に、知的財産法における自由領域の確保という視点に触れてみよう。

#### 第 1 項 著作権と表現の自由

日本の著作権法は、著作権の対象である「著作物」について、「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」（2 条 1 項 1 号）と定義している。すなわち、著作権法は創作的な「表現」に排他権を付与するものであり、他者の表現行為を制約して著作権を実現するという意味で、憲法 21 条が保障する表現の自由と何らかの形で関係していることは明らかである。

しかし、日本では最近に至るまで、著作権と表現の自由をめぐる議論において、著作権が表現行為を制約するという側面が軽視されがちであった<sup>80</sup>。たとえば、2003 年当時に

---

<sup>80</sup> 従来の研究では、著作権と表現の自由の衝突に関し著作権法学、憲法学の両方からの研究が盛んになっている。著作権と表現の自由との関係に関する先行研究として、中根哲夫「デジタル時代の著作権保護と表現の自由」大学院研究年報 31 号（2002 年）367 頁、横山久芳「著作権の立法と表現の自由に関する一考察—アメリカの CTEA 憲法訴訟を素材

文化庁著作権課長を務めた岡本薫氏は、岩波書店から出版された岡本薫『著作権の考え方』において次のように述べている。いわく、「著作権は、『国際人権規約』にも規定されている『私権（人権）』の一つである。これに対して『規制』とは、本来は人が自由にできるべきことについて、『官』が『民』をコントロールする制度のことであり、例えば、『建蔽率とか容積率とかについて、行政が作った基準を満たして許可を得ないと、自分の土地に自分の家を建てることもできない』というのが『規制』である。これに対して、『他人の土地に無断で自分の家を建ててはいけない』というのは、他人の『私権』（財産権）を侵害するからであって、『規制』の問題ではない。」<sup>81</sup>この記述には、著作権を天賦の人権として捉えており、著作権法による著作権の設定は表現行為の「規制」ではない、との理解が示されている。すなわち、自然権に基づく財産権を保護する著作権法は、表現の自由を侵害するものではないという理論である。

また、著作権法を国家の文化政策の一つとして捉えている小島立准教授は、創作者または権利者は「賭けに勝たなければならない」という比喻を用いて、次のように述べている。いわく、「著作権制度における利害関係者には『リスクを取る』ことが求められるが、その『賭け』に勝った者は、国家若しくは私人または私的団体のパトロナージュから自由になることができるであろう。仮に文化芸術関係者の自立という点を重視するのであれば、彼らの経済的基盤の安定化が重要であるということになるはずであり、著作権はその限りにおいて、表現の自由を支える存在として重要性を持つことになるのではないかと筆者は考えている。」<sup>82</sup>すなわち、小島准教授は、著作権法が国家等によるパトロネージュに依存せずに市場原理を活用して創作者に投下資本の回収を認めることを可能にするという意味で、「創作者の自立を助ける存在」であり、表現の自由を根底で支える存在であるとしている。

これに対し、学説では憲法学を中心に、著作権が個人の表現活動を制約するという側面を強調し、上記の著作権の財産権性を重視する見解や、著作権が言論の産出に資する役割を重視する見解について、反論を投げかけている。たとえば、信山社から出版された大日方信春『著作権と憲法理論』をみてみよう。憲法学者の大日方教授は、著作権における財産権説について、「本書は、著作権の財産権性を重視する見解に、批判的である。それは、表現行為の促進、とりわけ、言論市場での表現物取引の安定を通じてのそれが、著作権設定の目的であると考えているからである。この見解からすれば、著作物〈expression〉に

---

として—」学習院大学法学会雑誌 39 巻 2 号（2004 年）19 頁、今村哲也「著作権法と表現の自由に関する一考察—その規制類型と審査基準について—」季刊企業と法創造 1 巻 3 号（2004 年）81 頁、山口いつ子「表現の自由と著作権」『知的財産法の理論と現代的課題』（中山信弘還暦記念・2005 年・弘文堂）365 頁、大日方信春「著作権と表現の自由の間隙」山崎広道編『法と政策をめぐる現代の変容—熊本大学法学部創立 30 周年記念—』（2010 年・成文堂）1 頁、同「著作権の憲法上の地位—合衆国憲法一条八節八項の文理解釈を導きの糸として—」姫路法学 45 号（2006 年）1 頁、同「著作権法をみる憲法学の視点について」熊本法学 114 号（2008 年）1 頁、同「暗号化と表現の自由：米国デジタル・ミレニアム著作権法を素材に」熊本法学 119 号（2010 年）1 頁、小島立「著作権と表現の自由」新世代法政策学研究 8 号（2010 年）251 頁、比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究（1）」知的財産法政策学研究 45 号（2014 年）？？頁などがある。

<sup>81</sup> 岡本薫『著作権の考え方』（2003 年・岩波書店）6 頁。

<sup>82</sup> 小島立「著作権の保護期間—文化政策の観点から—」知的財産法政策学研究 33 号（2011 年）279—280 頁。同「著作権と表現の自由」新世代法政策学研究 8 号（2010 年）260—263 頁、同「著作権と表現の自由」全国憲法研究会編『憲法問題 21』（2010 年・三省堂）79—80 頁も参照。

財産性が宿ったのも、権利の設定によりそれが管理可能になったからである」<sup>83</sup>という見解を示した。また、仮に著作権が言論量を増加させるならば、著作権と表現の自由の問題は解消されるのかという問いに対し、「著作権制度が将来の言論の産出にとって有効な誘因となったとしても、そのことは著作権と表現の自由の問題に直接的な解放を提示するものではなかろう。表現の自由は、言論産出量に還元できない価値をもっている、と本書は考えている。また、著作権保護の最適量を求めようとしても、その高度の抽象性ゆえに、当該理論の信憑性を殺ぐ結果にいたってしまうのではなかろうか」<sup>84</sup>と述べたのである。

なるほど、著作権の保護と表現の自由の確保は、いわば二律背反の矛盾にあると言えよう<sup>85</sup>。なぜならば、表現の自由は個人が表現行為に従事することについて、国家から統制を受けないことを保障しようとするのに対し、著作権は本来なら誰もが自由にできる表現行為について、国家が一時的に排他的権利を設定するという形で規制を加えるからである。その意味で、後行者の表現行為は先行者の著作物について、国家による利用規制を受けており、著作権は表現の自由を制約するものである。

## 第2項 憲法学の分析視点

ところで、憲法 21 条の保障する表現の自由とは、一体どのような性質のものであるだろうか<sup>86</sup>。

従来の憲法学では、憲法上の権利と公共の福祉とが如何なる基準に基づいて調整されるべきかに関する基本的な考え方として、表現の自由を典型とする精神的自由は経済的自由に比べて優越的地位を占め、それを制限する立法の合憲性審査には、経済的自由の制約立法に一般に妥当する合理性の基準よりも厳格な審査基準が用いられるべきとする、いわゆ

<sup>83</sup> 大日方信春「著作権と表現の自由の間隙」『著作権と憲法理論』（2011年・信山社）229頁。

<sup>84</sup> 大日方信春「著作権と表現の自由の間隙」『著作権と憲法理論』（2011年・信山社）226-227頁。同旨、大林啓吾「表現の自由と著作権に関する憲法的考察—判例法理の批判から新たな議論の展開へ—」大沢秀介＝小山剛編『東アジアにおけるアメリカ憲法—憲法裁判の影響を中心に—』（2006年・慶応義塾大学出版社）330-331頁、長谷部恭男「Interactive 憲法 憲法学者はなぜ著作権を勉強する必要がないか？」法学教室 305号（2006年）36頁、山口いつ子『情報法の構造 情報の自由・規制・保護』（2010年・東京大学出版会）237-239頁も参照。

<sup>85</sup> Melville B. Nimmer, *Does Copyright Abridge The First Amendment Guarantees Of free Speech And Press?* 17 U.C.L.A.L. Rev. 1180 (1970) は、修正一条では連邦議会が言論の自由を縮減する法律を定めてはならない旨規定しているのに対し、著作権法では、ある表現が著作権法によって保護される他人の表現物を無許諾で利用したことで成り立っているような場合には、著作権法によって制限されることになる点を指摘し、著作権が修正一条の命令に真っ向から反するのではないかという疑問から論文を始めている。そして、修正一条に文言通りに従う限り、著作権法が違憲とされる可能性も否定できないという問題意識に基づき、著作権と修正一条を調整する方策を探っているのである。Nimmer 自身、このような両者の関係は広く無視されてきたパラドックス (a largely ignored paradox) であると述べている。

<sup>86</sup> 表現の自由の価値に関する文献として、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』（第2版・1992年・東京大学出版会）3-79頁、市川正人『表現の自由の法理』（2003年・日本評論社）、阪口正二郎「表現の自由の原理論における『公』と『私』—『自己統治』と『自律』の間—」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて—奥平憲法学の継承と展開—』（2009年・日本評論社）39頁、長谷部恭男「続・Interactive 憲法 表現の自由の根拠」法学教室 360号（2010年）65頁など。

る二重の基準論が支持されてきた<sup>87</sup>。この理論が提示する表現の自由を厚く保障すべき理由の一つは、民主的政治過程の維持を根拠とするものである。すなわち、「表現の自由が広範に認められ、社会にさまざまな情報が行き渡ることで、政治を理性的に判断しうる市民が育成され、批判や議論が活発となって民主政治が活性化し、また多様な人生観、価値観が提供されることで人々の間に寛容の精神が育つことなど、重要でしかも社会全体に及ぶ利益が実現される。つまり、自由な表現活動の利益は、表現者自身だけでなく、社会全体に及ぶものであり、大部分の人は、それについて対価を払うことなく、その便益を享受していることになる。」<sup>88</sup>たとえば、表現の自由の中でもマスメディアを権利主体とするプレス自由は、社会における言論・情報の多様性を確保し、民主的政治過程の維持に奉仕するものとして保障されている。報道機関は個人ではない以上、個人の尊厳を理由とする人権が報道機関に与えられるべき理由はない。したがって、放送メディアの場合のように、メディアの活動を規制することがむしろ言論・情報の多様性に奉仕すると考えられる場合には、むしろプレス自由は制約されねばならない<sup>89</sup>。

もう一つは、個人の自律及びそれに基づく人格的發展を理由とするものである。「表現の自由を保護する憲法条項の核心には、いかなる世界観・思想を抱き、いかなる考え方に基いて生きるかは、各個人が選択すべきことがらであるという理念がある。いいかえると、憲法は、各個人が理性的に自己の考え方を選択し、それに基づいて自分の人生を生きるという点で平等な存在として取り扱われなければならないという前提に立脚している。」「このような語り手としての表現の自由を侵害すること、つまり、自ら理性的に思考し行動する個人としての根源的な平等性を侵害することは、たとえそれがなんらかの社会全体の利益に資するとしても許されない。この意味での表現の自由は、個人の『切り札』としての人権を構成する。」<sup>90</sup>たとえば、マルクス主義は誤った理論であるから、マルクス主義学説の発表は禁止できるという理由づけは、個人の自律的な判断を政府が先取りしようとするものである。この種の法律は、個人の根源的な平等性を否定している<sup>91</sup>。

すなわち、表現の自由には、社会全体の利益によって根拠づけられ、それゆえ社会全体の利益のあり方によっては制限を受ける場合もある領域が存在すると同時に、客観的な帰結ではなく保障自体の重要性によって根拠づけられ、そのため社会全体の利益にたとえ反するとしても制約が正当化されない領域もある。

このように、著作権法は表現行為を制約するものであり、しかも表現の自由も絶対的に保障されるわけではないことを前提に考えると、自由領域の確保という観点からは、著作権法による言論規制が合理的理由に基づくものであるのか、という憲法学の分析視点が重要になるだろう。大日方教授は、憲法学が著作権と表現の自由の調整関係を分析する視点について、次のように述べている。いわく、「著作権法は、国家が、具体的には議会が憲法41条権限により『著作者の利益と利用者の利益を衡量したうえでそのバランスを図る』ために制定した法である。つまり著作権法は、相対する利益を国家が立法という手段で調

<sup>87</sup> 阪口正二郎「表現の自由の『優越的地位』論と厳格審査の行方」駒村圭吾＝鈴木秀美編著『表現の自由Ⅰ－状況へー』（2011年・尚学社）558頁、駒村圭吾「表現の自由の『価値』・『機能』・『成立条件』－『優越的地位論』・『思想の自由市場論』の再検討に向けての序論的考察－」慶應義塾大学新聞研究所年報37号（1991年）99頁など。その他、二重の基準論に関する学説を概観する文献として、大河内美紀「『精神的自由の優越的地位』について」ジュリスト1400号（2010年）60頁がある。

<sup>88</sup> 長谷部恭男『憲法』（第5版・2011年・新世社）106－107頁。

<sup>89</sup> 長谷部恭男『憲法』（第5版・2011年・新世社）95頁。

<sup>90</sup> 長谷部恭男『憲法』（第5版・2011年・新世社）194頁。

<sup>91</sup> 長谷部恭男『憲法』（第5版・2011年・新世社）110頁。

整したものと理解することができるであろう。また著作権侵害に与えられる司法的救済は、相対する利益を国家が司法という手段で調整したものと理解できるであろう。このように国家が立法なり司法なりを通して相対立する法益の調整に出ているとき、そこに憲法学の課題が顕在化する。われわれはこの国家行為が適正であるか否か、常に査定しなければならないであろう。」<sup>92</sup>

すなわち、大日方教授は、著作権を分析する憲法学の視点は、著作権と表現の自由の間隙が問われた際に、著作権と表現の自由のどちらがより重要なのかを明らかにすることではなく、著作権法による言論規制が合理的な理由に基づいたものであるのか、表現の自由が必要以上に制約されていないのか、という問いを擬視することであると指摘している。

このような憲法学における分析視点は、本稿の課題にも必要なのではないだろうか<sup>93</sup>。なぜならば、権利として明定されていない利益も日本民法 709 条（あるいは韓国民法 750 条）の保護の対象となるという通説的な理解を前提に考えるのであれば、個別の知的財産法で認められていない知的財産「権」を裁判所により創設することが可能となるからである。そうすると、裁判所により創設された新たな知的財産「権」が規制する行為様式には、表現活動や研究活動など憲法上の基本的価値と密接に結びついた行為が含まれることがあるだろう。

### 第3項 私人間効力

ここでは次なる問題として、知的財産法の補完問題は、あくまでも私人間における民事紛争に過ぎず、国家による言論規制の問題に該当しないのではなかろうか、という疑問が提起されることになる。もっとも、憲法上の権利条項が私人間の関係に如何なる拘束力を有するのかについて、学説上は主に、私法上の一般条項、たとえば公序良俗違反の法律行為を無効とする民法 90 条<sup>94</sup>、不法行為に関する民法 709 条等の解釈に、憲法の趣旨を勘案して適用することにより、間接的に私人間の行為を規制しようとする間接適用説と、憲法上の権利条項が一般的に直接私人間においても効力を有するとする直接適用説との、二つのアプローチが議論されてきたが<sup>95</sup>、こうした論点を提起した事件において、最高裁は

---

<sup>92</sup> 大日方信春「著作権をみる憲法学の視点について」『著作権と憲法理論』（2011年・信山社）28頁、同「著作権と憲法理論」知的財産法政策学研究33号（2011年）244頁。プライバシー権や名誉権の問題を分析する憲法学の視点については、阪本昌成『憲法2基本権クラシック』（全訂第3版・2008年・有信堂）102-103頁も参照。

<sup>93</sup> 従来の憲法学は、プライバシーを侵害する表現、名誉を毀損する表現、肖像権を侵害する表現などのように、ある表現行為について不法行為の判定を受ける表現行為を「不法行為言論 (tortious speech)」として、これらの表現行為とその対立法益との調整原理を検討してきた。実際、個別の知的財産法で規律されていない利用行為に対し一般不法行為の成立を認めることは、現行の知的財産法で認められていない知的財産「権」を裁判所が創設することを意味しており、他人の言論の自由に限界を画する機能を付与している。その意味では、裁判所によって創設された新たな知的財産「権」も、プライバシーや名誉、あるいは「喧嘩言葉 (fighting words)」と同様に「不法行為言論」のカテゴリーに入り、伝統的に憲法学が検討してきた言論規制の問題と同根にあると言えよう。

<sup>94</sup> 男子の定年年齢を60歳、女子の定年年齢を55歳とする就業規則を、性別による差別を定めたものとして民法90条により無効とした判例として、最判昭和56.3.24民集35巻2号300頁[日産自動車上告審]がある。

<sup>95</sup> 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』（第4版・2007年・岩波書店）111-112頁、長谷部恭男『憲法』（第5版・2011年・新世社）125-127頁、阪本昌成『憲法2基本権クラシック』（全訂第3版・2008年・有信堂）57-59頁など。

間接適用説を採用する旨を明らかにした。

たとえば、学生運動歴を入社試験で申告しなかったことを理由に本採用を拒否する企業の行為は、原告の思考・良心の自由を侵害しないか否かが争われた最大判昭和 48. 12. 12 民集 27 卷 11 号 1536 頁[三菱樹脂上告審]をみてみよう<sup>96</sup>。最高裁は、憲法の自由権及び平等権の規定は、「もっぱら国家または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」とし、「私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは」、立法措置による是正の他、民法 1 条、90 条又は不法行為に関する諸規定等によって適切な調整を図ることができる、と説示した。

しかし、憲法上の権利条項は、「一定の方向に結論を導く傾向的な力を持つ原理 (principle) を定めるもの」であり、別の方向に結論を導こうとする他の原理と衝突することは珍しくないために、人権規定の効力が相対化されるとの立場を採るならば、憲法規定の直接的な適用の結果として説明するか、それとも民法 709 条など私法上の一般条項の解釈適用の問題として処理するか、との相違は極めて僅かであると思われる。むしろ、私人間効力の最大の問題は、「法の支配の要請を満たした既存の法秩序を前提として成り立っている私人の行動に、国家が『人権』条項違反を理由にアドホックに介入し、法律行為の効力を否定したり自由な行動領域を狭めたりすることが妥当か否かという問題である」<sup>97</sup>

#### 第 4 項 小括

以上の内容をまとめれば、次のようになる。知的財産法は、物理的には誰もがなしうる行為に対して人工的に排他権を設定する法技術であるから、他者の行動の自由を制約する度合いが強い。そのために、憲法 13 条に根拠づけられる知的財産権を、私人の行動の自由を過度に規制することのないように制限する工夫を施さなければならない。著作権の保護と表現の自由の確保は、いわば二律背反の矛盾にある。なぜならば、表現の自由は個々

---

<sup>96</sup> この事件で、原告は学生運動歴を秘して被告会社に入社したが、3 ヶ月の試用期間満了時に本採用拒否の通知を受けたので、原告は、雇用契約上の地位の確認と賃金の支払いを求める訴訟を提起した。一審、二審では原告が勝訴し、会社側が上告した。最高裁は、私人間の基本権保護について間接適用説の立場を採った上で、企業が特定の思想、信条を有する者を、そのゆえをもって雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできないとしながら、試用期間後の本採用拒否を通常の雇入れ拒否と同視することはできないとし、本件本採用拒否が、解約権保留の趣旨に照らして、客観的に合理的な理由が存し、社会通念上是認されるものか否かについて審理するよう指示して、事件を差し戻した。

<sup>97</sup> 長谷部恭男『憲法』(第 5 版・2011 年・新世社) 126-128 頁、同「基本権条項の私人間効力」法学教室 344 号 (2009 年) 69 頁を参照。また、山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割 (1) (2)」ジュリスト 1087 号 (1996 年) 126-131 頁・1088 号 (1996 年) 100 頁は、公法も私法もいずれも究極的には憲法が保障する基本権を保護、支援するために国家が定めた法であるということを理由にして、両者が基本権の保護、支援という目的を追求することはありうると論じて、公法と私法をカテゴリー的に区別する発想を批判している。そして、不法行為の場面では、基本権保護義務だけを前面に出し、被害者の基本権に保護を与えることは、加害者側の基本権に対して国家が制約を与えることになるために、過剰介入の禁止に反しない限度で被害者の基本権に保護を与えることが要請されるという。その結果、公法的規制であっても、基本権を保護することを目的とする限り、同じ目的を有する不法行為法においてもそれを考慮することになる。

人が表現行為に従事することについて、国家から統制を受けないことを保障しようとするのに対し、著作権は本来なら誰もが自由にできる表現行為について、国家が一時的に排他的権利を設定するという形で規制を加えるからである。その意味で、後行者の表現行為は先行者の著作物について、国家による利用規制を受けており、著作権は表現の自由を制約するものである。

また、憲法 21 条の保障する表現の自由には、社会全体の利益によって根拠づけられ、それゆえ社会全体の利益のあり方によっては制限を受ける場合もある領域が存在すると同時に、客観的な帰結ではなく保障自体の重要性によって根拠づけられ、そのため社会全体の利益にたとえ反するとしても制約が正当化されない領域がある。このように著作権法は表現行為を制約するものであり、しかも表現の自由も絶対的に保障されるわけではないことを前提に考えると、自由領域の確保という観点からは、著作権法による言論規制が合理的理由に基づくものであるのか、という憲法学の分析視点が重要になる。このような憲法学における分析視点は、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して一般不法行為の成立を認めるべきか否かという本稿の課題にも必要であるだろう。

## 第 2 款 政策形成過程のバイアス

他方で、知的財産権の場合は、社会を変化させるインセンティブを与えるという民主的決定がなされたとしても、それで全てが正当化されるわけではない。なぜならば、知的財産法の立法過程には、少数の者の尖鋭的に集約されている組織化されやすい利益のほうが、多数の者に普遍的に拡散している組織化されにくい利益よりも反映やれやすいという限界があるからである。このような知的財産法の立法過程に着目するならば、知的財産権には、少数派バイアスの問題という外在的制約も存在する。以下では、知的財産法の政策形成過程のバイアスという視点に触れてみよう。

### 第 1 項 少数派バイアス

もっとも、著作権法を含む知的財産制度は、有体物の物理的な利用という概念上のフォーカル・ポイントがあるために無限定に権利が拡大することに対する歯止めが存在する所有権とは異なり、極めて人工的かつ自由に制度設計することができるものである。そのため、政策形成過程にレント・シーキング（超過利益を求めて行われる諸活動）が際限なく行われる蓋然性が高いのである。

たとえば、田村善之教授は、政策形成過程のバイアス問題について次のように指摘している。いわく、「集合行為論<sup>98</sup>が示すように、政策形成過程は少数の者の集中した組織化されやすい利益が反映されやすい反面、多数の者の拡散された組織化されにくい利益は反映やれづらいという性質がある。拡散されているということは他者の政策形成活動にフリー・ライドしたほうが得となるというフリー・ライダー問題が発生し、さらに拡散されているために一人当たりが受ける便益が小さい場合には、そもそも、人は経済合理的に行動する限り、活動をするほどの便益がなければロビイング（立法に必要となる様々な情報提供を含む概念である）等の政策形成過程に影響を与えないという事態を招来するからである。したがって、拡散された利益は数が多い分、社会全体で集計すれば、少数の者に集中した利益の総和よりも大きいものであったとしても、政策形成過程

<sup>98</sup> マンサー・オルソン（依田博＝森脇俊雅訳）『集合行為論』（新装版・1996年・ミネルヴァ書房）を参照。



には後者のほうが反映されるというバイアス(=少数派バイアス)が働くことになる。」<sup>99</sup> すなわち、知的財産法の立法過程には、構造的なバイアスがかかっていると見えよう<sup>100</sup>。

こうした立法過程の構造の歪みが存在している限り、知的財産法の改正は常にロビイング活動の影響を受け、少数派の利益に適う形で権利強化の方向に進む蓋然性が高いだろう。その結果、日本の著作権法の条文は、著作権を守る方向では、複製、上演、上映、公衆送信など、権利が相対的に包括的な形で定められている反面、著作権の制限のほうは、一般条項はなく、個別の制限条項も、ピンポイントで特定の利用態様のみを限定的に許容しているに止まるという場合が少なくないという特徴がある。とくに、最近の著作権法改正においても、私的使用目的のダウンロードによる録音録画の違法化やそれに対する刑事罰の導入はもとより<sup>101</sup>、新設された制限規定の背後にも<sup>102</sup>、パソコン業界、携帯電話産業、検索エンジン、オークション・サイト等、特定の利益集団が存しているものが多く、ファックスやメールのコピーペースト等、個別的には零細な利用で、しかも特定の者が突出して利益を受けるわけではない行為についてまで制限規定を新設しようとする動きは鈍いのである。

もちろん、少数の者に集中している利益が十分に大きくて、その総量が多数の者に拡散

---

<sup>99</sup> 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」知的財産法政策学研究 44 号(2014 年) 30 頁。Peter Drahos (山根崇邦訳)「A Philosophy of Intellectual Property (6)」知的財産法政策学研究 39 号(2011 年) 247-249・261-263 頁、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究 20 号(2008 年) 5-6 頁、同「知的創作物の未保護領域という陥穽について」著作権研究 36 号(2010 年) 12-13 頁なども参照。

<sup>100</sup> 著作権法は、有権者が政治的争点として認識せず、改正が票に結び付かないために政治家も積極的に関心を持つとしない「ロー・セイリアンス (low-salience)」の政策分野であるがゆえに、条約と適合しないものとなったり、既存の法制度の抜本的改革をもたらしたりすることになる選択肢を避けようとする官僚の選好が前面に出るという仮説の下、官僚が提案した法案を受けて利益集団が政治家に対しロビイングを行うことにより法案が修正される過程をゲーム理論的にモデル化するものとして、京俊介『著作権法改正の政治学—戦略的相互作用と政策帰結—』(2011 年・木鐸社)がある。

<sup>101</sup> 2009 年の著作権法改正により、インターネット等から著作権を侵害するコンテンツを悪意で録音録画する行為に関しては、それが私的使用目的であったとしても、それがゆえに著作権が制限されることはないとされている(著作権法 30 条 1 項 3 号)。また、2012 年改正では、所定の要件の下、刑事罰までもが課されるようになった(119 条 3 項)。同時に、アクセスをコントロールする技術的保護手段であっても、実態としてコピー・コントロールとして機能している場合に、著作権法上の保護を受ける技術的保護手段に取り込む改正もなされ、その結果、私的使用目的の複製を理由とする制限規定の適用範囲がその分、狭められている(30 条 1 項 2 号)。

<sup>102</sup> 2007 年改正では、記録媒体(ハードウェア)等を内蔵した機器(パソコンや携帯電話)を保守、修理する際に修理業者等が媒体に複製された著作物を一時的に保存する行為に対して著作権を制限する規定が設けられた(2007 年改正当時は 47 条の 3 であったが、2009 年改正後は 47 条の 4)。2009 年改正では、検索エンジンが検索のためにウェブのデータを取り込んだり表示したりする場合の複製(47 条の 6)、美術の著作物等の譲渡等の申出に伴う複製等(47 条の 2)、情報解析のための複製等(47 条の 7)のほか、やや一般的には、キャッシング(47 条の 5)やコンピュータにおける著作物の利用のための複製(48 条の 8)に関して著作権が制限されることになった。さらに、2012 年改正では、著作権の制限に関する一般条項の導入は見送られ、その代わりに、付随対象著作物の利用(30 条の 2)、検討の過程における利用(30 条の 3)、技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用(30 条の 3)、情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用(47 条の 9)という個別の制限規定が新設された。



している利益の総量より大きいのであれば、その保護は「公共の福祉」という観点から正当化することができ、民主的なあり方としても、それほど悪いことではない。しかし、社会全体からみると、往々にして少数の者に集中した利益はそれほど大きな利益ではなく、多数の者に拡散した利益のほうがより大きな利益であるにも拘わらず、少数派の利益のほうが政策形成過程において優先されることが多い。後者の場合は、「公共の福祉」という観点から支持することはできなくなり、そこに「公共の福祉」から乖離したバイアスを認めることができよう。

## 第2項 バイアスの矯正

ところで、政策形成過程のバイアスの産物である知的財産法の構造を、そのまま法解釈に反映するのであれば、権利を広める方向では包括的な解釈を採用し、権利を制限する方向では限定的な解釈を採用するという立場を採ることになる。このような立場は、立法に民主的な正統性が備わっていることを前提としている<sup>103</sup>。しかし、知的財産権のように、人工的に権利を設定できるためにロビイングに晒される可能性が高い権利の場合には、バイアスがかかることを防ぎ得ない政策形成過程を通じて出来上がった立法を、民主的な手続きを経ただけだからそれで済ませるわけにはいかないところがある。この場合、自由を確保するとともにバイアスを矯正する役割を、特に日本の場合はロビイング耐性が強いと考えられる司法に期待することになる<sup>104</sup>。

このことを踏まえて、田村教授は、政策形成過程のバイアスを矯正する司法解釈のあり方について、次のような二重の基準論を提唱している。いわく、「知的財産権を制限する方向の解釈などで、拡散され個別的には小さな利用行為に関するユーザーの利益というのが問題となっているとすると、これは法政策形成過程において立法に反映されにくい利益であって、司法による利益の吸い上げが期待される。さらに、効率性以外の、利用者の自由の確保という政治的な責任に帰着し得ない要素も問題となっていることに鑑みると、より大胆な司法の介入をなすことが望まれる。」「逆に知的財産権を強化する方向の解釈などで、相対的に少数の者に集中している利益の保護が問題となっているとすると、そのような利益は、必要とあれば早晩、法政策形成過程に吸い上げられるものであるから、あえて司法で介入せず、政策形成に委ねておくことができる。しかも、元来、知的財産制度に

---

<sup>103</sup> 藤田友敬「はじめに」『ソフトローの基礎理論』（2008年・有斐閣）1-2頁は「実定法研究者のほとんどは、成文法の条文解釈や判例の研究に主たる関心をもち、ルール形成のダイナミクスを見る目—例えば国家法がいかなる政治過程を経て作られ、いかなる集団の利害がいかに反映し、その結果できたルールはどういう性格を帯びており、現実がいかなるパフォーマンスを果たしているか、外部性は発生させていないか、といった政治経済学的、公共選択的な視点—をしばしば欠いてきた…それにもかかわらず実定法学の『研究』ができてきたのは、民主的な手続きを経て作られた法律（ハードロー）の場合、正当性や拘束力等を一応所与の前提とすることが許されるため、実定法によって採用された一定の規範的な前提を出発点にして、そこから条文操作、論理整合性、場合によってはある種の実践的バランス感覚によって議論を展開できたからである」と述べている。

<sup>104</sup> 政策形成過程のバイアスをもたらした利益集団の影響が、戦略的な事件選択や訴訟行動（フォーラム・ショッピングや和解による先例形成の回避等）を通じて、司法過程にも影響を与えないという保証はないことにつき、藤谷武史「『より良き立法』の制度論的基礎・序説—アメリカ法における『立法』の位置づけを手がかりに」新世代法政策研究7号（2010年）184-185頁、Antonina Bakardjieva Engelbrekt（田村善之訳）「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック（1）」知的財産法政策学研究22号（2009年）47-49頁など。

関しては、制度の改変による効率性の改善の度合いが不明確であって、最終的には政治的な責任でもって正統化せざるをえないところがある。ゆえに、この方向の解釈に関しては、現行法の構造上、いかなる制度を設けようとする民主的な決定がなされていると認められるかということを探る手法で、現行法の合理的な趣旨を明らかにすることを旨とすべきであり、積極的な司法介入には慎重であってしかるべきであろう。」<sup>105</sup>

このような二重の基準論の下で、個別の知的財産法の明文で規律されていない行為を一般不法行為により規制することができるかという問題を考えると、当然のことながら、この方向に司法を活用することには謙抑的であってしかるべきである。知的財産権を創設しようとする者の利益は立法過程に反映されるはずであって、そうした利益を保護するか否かの判断は原則として民主的な決定に委ねておけばよいと考えるからである。

### 第3項 小括

以上の内容をまとめれば、次のようになる。知的財産法の立法過程には、多国籍企業など少数の者に集中し、政策形成過程に影響を与えるロビイング活動を積極的に展開する者の利益は反映されやすいが、ユーザーなど多数の者に拡散し、そのような活動の余裕がない者の利益は反映されにくいという構造的なバイアスがかかっている。このようなバイアスがかかることを防ぎ得ない政策形成過程を通じて出来上がった立法を、民主的な手続を経たのだからそれで済ませるわけにはいかない。この場合、自由を確保するとともにバイアスを矯正する役割を、特に日本の場合はロビイング耐性が強いと考えられる司法に期待することになる。このような考え方からすれば、個別の知的財産法の明文で規律されていない行為を一般不法行為により規制することは、知的財産権を強化する方向の解釈であり、この方向に司法を活用することには謙抑的であってしかるべきである。

### 第3節 帰結

ここまでの議論をまとめよう。個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して一般不法行為の成立を認めるべきか否かという問題について、日本と韓国の最上級審判決の判断が異なる根本的な原因は、スタンダード型の不法行為法の条文から知的財産法の補完問題をどこまで規範的に捉えるべきかという解釈論の問題にあるが、その規範的解釈の在り方を探求するには、知的財産権がどのような根拠で認められる権利であるのかということを検討しておくことが有益である。

著作権や特許権など知的財産権は、国民が文化や産業の発展の恩恵を享受するために必要とされる手段であり、国民の憲法13条後段の幸福追求権を支援するために設けられた権利である。このような権利は、個人の自律を保障するための人権ではなく、「公共の福祉」にかなう限りで保護を受ける政策的な権利である。一方、知的財産権には、著作者人格権のように個人に自律的な決定権を人権の行使として保障される、いわば「切り札」としての人権も存在するが、このような権利は個人の尊重を規定する憲法13条前段によっ

---

<sup>105</sup> 田村善之『知的財産法』（第5版・2010年・有斐閣）26頁。同「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年）11-13頁、同「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報63巻5号（2011年）1-28頁、同「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」知的財産法政策学研究44号（2014年）36-64頁も参照。

て保障されている。また、知的財産権は、特定の有体物との物理的な接触とは無関係に他人の行動のパターンを広く制約しており、仮に知的財産権を創設する国家の行為が「公共の福祉」あるいは「個人の自律」に適っているととしても、それが表現の自由や私人の行動の自由等に対する過度の制約となりうる。しかも、知的財産権には、人工的に他者の行為を制約しうる権利であるために、政策形成過程におけるレント・シーキング（超過利益を求めて行われる諸活動）の対象となりやすい。

このような知的財産法の特徴を前提に考えるのであれば、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して一般不法行為の成立を認めるべきか否かという問題を、第 I 章で提示した「個別の知的財産法で認められていない知的財産『権』を裁判所により創設することが可能」という日本民法 709 条（あるいは韓国民法 750 条）独自の問題として捉える「消極的命題」だけでは十分に語られ得ないものであると思われる<sup>106</sup>。

---

<sup>106</sup> 窪田充見「不法行為法と知的財産法の交錯」著作権研究 36 号（2010 年）35 頁は、著作権法上の保護が否定されたとしても、一般不法行為法上の救済が排除されないという消極的命題だけであれば、その後は、不法行為法の問題として処理するだけであり、そこにあるのは不法行為法の独自の判断である。しかし、かりにここで示唆した見方が正しいとすれば、実は、その後の不法行為法上の救済の判断の際にも、知的財産法的な視点が入り込んでいるのではないかということになる。すなわち、知的財産法と不法行為法との関係は、消極的命題だけによって示される関係ではなく、むしろ不法行為の成否についても知的財産法の視点が入り込んでいるのが両者の関係なのではないかということである。自賠法と不法行為法の関係で問題となるのが、保護法益としては明確な権利であるのに対して、知的財産法と不法行為法の交錯領域で問題となる利益は、そもそもその要保護性や権利としての属性という点でも、より曖昧なものであることが多いことに照らせば、知的財産法の考え方や判断様式を場合によっては借用して、不法行為法上の判断を行っていくということは、それ自体としては、不自然なことではない」と述べている。

## 第三章 学説

第三章では、知的財産法の制度趣旨を念頭に置きながら、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して一般不法行為の成立を認めるべきか否か、という問題をめぐる日韓両国の学説の状況について考察することにした。もっとも、第I章の検討からは、日韓両国における不法行為法の構造が基本的に一致している以上、日本と韓国の最上級審判決が異なる判断を下した根本的な原因は、そのような不法行為法の構造から知的財産法の補完問題をどこまで規範的に捉えるべきかという解釈論のあり方にあることが明らかになり、第II章の検討からは、憲法13条によって保障される知的財産権の有する内在的制約及び外在的制約を考慮するならば、知的財産法の補完問題を一義的に日本民法709条（或いは韓国民法750条）独自の問題として捉える考え方には限界があることが明らかになった。それでは、知的財産法の補完問題をめぐる規範的解釈の在り方を探求するために、日韓両国の学者の間ではどのような議論がなされてきたのだろうか。第三章では、日韓両国における学説の動向を具体的に分析し、知的財産法の制度趣旨に適合した新たな視点の導入を試みることを課題とする。

### 第1節 はじめに

ところで、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して、民法上の一般不法行為が成立することがあるのかという問題について、日本の学説では、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為であっても、自由競争の観点から正当化できない場合には、不法行為に当たる場合があるとする見解や<sup>107</sup>、立法又は法改正が迅速に行われていない現状では、情報の無断利用に不法行為規定による救済が必要であると主張する見解<sup>108</sup>、不法行為法による知的財産法の補完問題を、特別法と一般法の調整問題として捉えつつ、既存の知的財産法が保護を否定している趣旨に立ち返って考えるべきとする見解<sup>109</sup>等が唱えられている。一方、韓国の学説では、不正競争防止法が民法の不法行為法の特別法であるために、不正競争防止法が規定していない不正競争行為も民法上の不法行為として規律すべきとする見解や<sup>110</sup>、現行の不正競争防止法には禁止行為類

<sup>107</sup> 上野達弘「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」速報判例解説5号（2009年）251—254頁、同「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」Law&Technology45号（2009年）60—71頁、同「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」AIPPI57巻9号（2012年）562—583頁など。

<sup>108</sup> 今西頼太「著作権非侵害行為と一般不法行為」同志社法学60巻7号（2009年）1180、1200頁は、「法的保護が求められている情報」は保護しなければならないことを前提として、「近時の技術発達により、情報の模倣が非常に容易に成っているが故に、非常に短期間に模倣された類似情報が公にされるなど、従来得ていた情報制作者又は出版社などの情報流通者が本来得べき経済的利益が損なわれているのではないのか」という点を考慮し、「立法又は法改正が迅速に行われていない現状では、情報の無断利用に不法行為規定による救済」が必要であると主張している。

<sup>109</sup> 島並良「一般不法行為法と知的財産法」法学教室380号（2012年）147—153頁など。

<sup>110</sup> 朴濬佑（박준우）「インターネットにおける写真著作物の保護と

型が限定列挙されていることを理由に、一般条項を導入すべきとする見解<sup>111</sup>等が提唱されてきた。

これらの学説は、不法行為法による知的財産法の補完問題を、特別法と一般法の調整問題として一元的に把握するという点で共通すると言えよう。しかし、日本民法 709 条（或いは韓国民法 750 条）は抽象的な要件を擁するものであって、ルールとスタンダードの分類論に従えばスタンダードに該当し、司法による規範の具体化が要請されることに鑑みると、この問題を知的財産法と民法という法体系同士の単純な調整問題として捉える見解には違和感を感じるどころである<sup>112</sup>。

そもそも、個別の知的財産法によって規律されていない利用行為に対し一般不法行為の成立を認めることは、これまで知的財産法が認めていない新たな知的財産「権」を裁判所が創設することを意味しており、それがスタンダード型の柔軟な条文である日本民法 709 条（あるいは韓国民法 750 条）の解釈論として可能だとしても、そのような判断は民主的な手続きを経た立法に任せるべきか、それとも政治的責任を負えない司法がなすべきかについては、慎重な熟慮と討議を行う必要があるのではなかろうか。それに加えて、たとえ司法と立法の役割分担という観点から、知的財産法が認めていない新たな知的財産「権」を裁判所により創設する場合がありますという結論に導かれたとしても、それを憲法によって保障される知的財産権の有する内在的制約及び外在的制約から切り離して独自に判断することは果たして妥当であるだろうか。

以上の問題意識に基づいて、次節からは、日韓両国における学説の動向を具体的に分析し、本稿の課題に取り組むための理論的な視点を模索することにしたい。

## 第 2 節 日本の学説

まず、日本における学説の動向について考察しよう。従来、不法行為法による知的財産法の補完問題については、主に民法学、知的財産法学の両方から研究が盛んになってきたが<sup>113</sup>、民法学の文脈における従来の研究からは、この問題がどのように説明されている

---

不正競争（인터넷에서의 사진 저작물의 보호와 부정경쟁）」インターネット法律（인터넷 법률）46 号（2009 年）13 頁、キム・ビョンイル（김병일）「インターネットウェブページにおける広告の挿入・遮断などをめぐる法的問題（인터넷 웹페이지에서의 광고의 삽입・차단 등을 둘러싼 법적 문제）」私法（사법）16 号（2011 年）59-60 頁など。

<sup>111</sup> 鄭浩烈（정호열）「ドイツ不正競争防止法 1 条の一般条項に関する考察（독일 부정경쟁방지법 제 1 조의 일반조항에 관한 소고）」『企業法の現代的課題（기업법의 현대적 과제）』（1992 年・租税統覧社）496-497 頁など。

<sup>112</sup> 田村善之「知的財産法からみた民法 709 条—プロセス志向の解釈論の探求」NBL936 号（2010 年）54 頁を参照。この点について、窪田充見「不法行為法と知的財産法の交錯」著作権研究 36 号（2010 年）54 頁注 6）も、「不法行為法と知的財産法が、そもそも一般法と特別法の関係に立つのかということ自体、厳密に考えれば議論の余地が残るところであろう。知的財産法が民事的救済に限定されないより広範なものを対象としており、知的財産関係をめぐる一般的な規律を提供するものであるとすれば、知的財産法に対する（民事）不法行為法を特別の規律として位置づけるという理解もあり得ないわけではない」という旨を述べている。

<sup>113</sup> 知的財産法の補完問題をめぐる解釈論の考え方について、知的財産法、不法行為法の研究者からは、基本的に二つの考え方があるという指摘がなされてきた。たとえば、田村善之教授は、その理念型としては、民法 709 条内で、「各種知的財産法とは別個独立の完結した不法行為法体系を構築するという立場（＝民法自己完結型）」と、「知的財産法

のか。また、知的財産法学における従来の研究からは、この問題がどのように説明されているのか。そして、これらの研究からは何が明らかになっており、何が明らかになっていないのか。以下では、先行研究の限界について検討を行うことにしたい。

## 第1款 柔軟な解釈論

ところで、民法学の文脈における従来の研究からは、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対し民法上の一般不法行為が成立することがあるのか、という問題が一体どのように議論されてきたのか。

たとえば、民法学者の潮見佳男教授は、2006年に公表されたライントピックス事件<sup>114</sup>の評釈において次のように述べている。いわく、「この問題は、営業活動の自由および営業利益さらには財産権というX側の基本権と、同様に営業活動の自由および営業利益を有するY側の基本権との衡量問題として捉えられるべきである。ここでは、前者の基本権を保護するために後者の基本権を制約すべきか否かとその程度とを、権利保護の必要性和権利制約という観点から一権利侵害要件と故意・過失要件のもとで一検討していくことになる」<sup>115</sup>これは、基本権相互間の衡量論<sup>116</sup>による解決を目指すものであり、不法行為法に

---

の体系の一部として同条（の一部である知的財産法関連領域）があると考えられる立場（＝知的財産法中心型）があり得ることを指摘した。具体的に言えば、民法自己完結型は、「民法709条という一個抽象的な条文があるのだから、隣接する知的財産法がどのように規律をしているのかとは無関係に、ただ淡々と民法709条の中だけで、成立要件を解釈していけばよいのだという考え方」であり、知的財産法中心型は、「知的財産法というのは、様々な細かい規律を設けているものの、フリーライドについては規律していませんが、そこに趣旨があるとすると、その趣旨を考えたと、民法709条によって補完すべきかどうかにつき、知的財産法との関係を意識しながら成立要件を検討したほうがよいのではないかという考え方」である（田村善之「知的財産法からみた民法709条—プロセス志向の解釈論の探求」NBL936号（2010年）48頁、同「民法の一般不法行為法による著作権法の補完の可能性について」『ライブ講義知的財産法』（2012年・弘文堂）494—495頁）。

また、不法行為法の研究者である窪田充見教授も、この問題を理論的に考えられる典型的な答えとして、「特別法上の救済が否定されたとしても、なお受け皿（一般法）としての不法行為法の救済が排除されるわけではなく、その要件を満たす以上、不法行為法による保護が認められるというもの」と、「著作権法は、許されない著作権侵害行為を規定して、それを禁止するものである以上、そこで禁止されていないものは許されていると考えざるを得ないということを出発点とするもの」を想定することができると指摘した。そして、窪田教授は、「現行の著作権法が完全無欠であるといったドグマを前提としない限り、あるいは、知的財産法については制定法として規定されたもの以外に法は存在していないというある種の法実証主義を前提としない限り、現行法によりカバーされない部分が存在する」ことを理由に、「著作権法が保護を否定した場合について、民法709条が受け皿的に適用され、救済が認められる」という立場が、現在の状況を示していると述べている（窪田充見「不法行為法と知的財産法の交錯」著作権研究36号（2010年）30—31頁）。

<sup>114</sup> 東京地判平成16.3.24判事1857号108頁[ライントピックス]、その控訴審である、知財高判平成17.10.6平成17（ネ）10049[ライントピックス二審]を参照。

<sup>115</sup> 潮見佳男「新聞記事見出しの著作物性と記事見出しの無断利用による不法行為」コピライト538号（2006年）55頁。

<sup>116</sup> 基本権相互間の衡量論の出発点となるのは、ドイツの法哲学者であるロベルト・アレクシーが提唱したルール・原理モデル（Regel/Prinzipien-Modell）に関する理論であると思われる。ここでいう「ルールとは、常に充足されるかされないかのどちらかでしかありえない規範であって、その対立は例外条項を設けるか、あるいは一方を妥当しないとしてしまうかのどちらかによってのみ除去できるもの」である。たとえば、刑法38条1項

おける「権利論」の意義を主張してきた潮見教授が、民法 709 条内で、各種知的財産法とは別個独立の完結した不法行為法体系を構築しようとする当時の意図が示されている。

もっとも、潮見教授は、被害者と加害者双方の権利の保護とその限界（制限）という観点から不法行為法を捉える立場を示してきた。すなわち、「権利とは、憲法のもとで国家により個人への帰属が承認され、保護されている地位をいう」とし、「不法行為法は、個人間の権利が衝突する私的生活関係の局面において、一権利者の権利が侵害され、または侵害されるおそれがあるときに、国家が個人の権利の保護と権利の制約を実現することを

---

本文にある「罪ヲ犯ス意ナキ行為ハ之ヲ罰セス」というようなものである。これは、「罪ヲ犯ス意」、つまり故意がない場合には処罰されないということの意味する。故意がある場合は、この規定は適用されない。故意はあるかないかのどちらかであるから、このルールは適用されるかされないかのどちらかである。故意がなく、したがってこれが適用される場合には、処罰されないということが確定的に命じられるだけである。もっとも、刑法 209 条には、「過失ニ因リ人ヲ傷害シタル者ハ三十万円以下ノ罰金又ハ科科ニ処ス」とある。これは故意がなくても処罰されるということの意味する。とすると、一方は処罰されないと言い、他方は処罰されると言っているわけである。どちらかが排除されなければこの矛盾は解決不能である。そこで、故意がなければ処罰されないとした 38 条 1 項は、それに続けて「但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス」という例外条項を設けてこの矛盾を回避している。

これに対し、「原理とは、法的可能性と事実的可能性に相関的にできるだけ高い程度実現されることを要請する規範である。」たとえば、憲法 21 条 1 項はの「…表現の自由は、これを保障する」というようなものである。ルールの場合は、充足されるかされないかのどちらかであるが、表現の自由など規範の場合は、どの程度充足されるのかが問題となると考えた方が事態に適している。もちろん、プライバシーと表現の自由が競合する場合には、それぞれの規範はできる限り充足されることが望ましく、その意味でそこには「最適化命令」があると考えべきであるが、その充足の程度は、対抗する規範による制約やそのほかさまざまな事実的な制約を受けざるをえない。こうした、あることが法的可能性と事実的可能性に相関的に可能な限り高い程度で実現されることを命ずる規範が原理とされる。

そして、原理どうしが衝突する場合には、一方の原理が他方の原理に優先する条件を具体的に確定することによって解決が行われざるをえないが、問題は、対抗する原理間の優先条件の確定を如何にして合理的に基礎づけることができるかということになる。その際に、「一方の原理の非充足または侵害の程度が高ければ高いほど、他方の原理の充足の重要性が大きくなければならない」という衡量法則（狭義の比例原則）を基礎とし、さらに「選ばれる手段は原理の実現に適したものでなければならず」という適切性の原則、および「選ばれる手段はそれでなければならず」という必要性の原則によって衡量過程を構造化するというのがアレクシーの立場である。この構造は、あらゆる場合に唯一の結果を機械的に導くようなものものではない。この構造によって示されているのは、衡量においては何が比較されるべきなのか、衡量結果である条件付き優先関係を正当化するためには何が基礎づけられるべきかということである。具体的には、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（二・完）－私法関係における憲法原理の衝突－」法学論叢 133 巻 5 号（1993 年）15－19 頁を参照。

他方で、アレクシーの提唱するルール・原理モデルに関する文献として、亀本洋「法におけるルールと原理－ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に－（1）・（2）」法学論叢 122 巻 2 号（1987 年）18 頁・123 巻 3 号（1988 年）95 頁、佐藤岩夫「信義則分析の基礎視角－トイプナーとアレクシーの比較を中心に－」『民事法学の新展開』（鈴木祿弥教授古稀記念・1993 年・有斐閣）1 頁、田中成明「法的思考についての覚書－R・アレクシーと平井宜雄の理論展開を機縁に－」山下正男編『法的思考の研究』（1993 年・京都大学人文科学研究所）547 頁等も参照。

目的として設けた制度のひとつである」とする<sup>117</sup>。そして、「被害者と加害者の権利相互間の衡量にあたっては、両者の権利がいずれも憲法により保障された権利であることから、比例原則にしたがった衡量がおこなわれることになる（過剰介入の禁止、過小保護の禁止）」との見解を示している<sup>118</sup>。このような立場に立脚するならば、事案ごとの具体的な事情を前提として、情報の創作的・経済的価値と創作者の投下資本回収の有無など創作者の要保護性と、経済活動の自由や予測可能性の保障など相手方の利益を衡量しつつ、柔軟に決定することができるため、当事者間の衡平を実現するという点で優れていると言えよう。

これに対し、田村善之教授は、基本権相互間の衡量論を知的財産法の補完問題へ直接に適用しようとする潮見教授の当時の見解について、次のような観点から疑問を投げかけた。いわく、「そこでは、隣接領域にある著作権法の趣旨との関係や、司法や立法の役割分担という視点は明示的には提示されていない。そもそも、競争のように必然的に他者に対して損害を与えざるをえない行為の不法行為該当性を判断する場合には、ベース・ラインとしてどこから権利が制約されたと考えるのかということ自体を画定することが課題となる。その場合、適切なインセンティブの確保というような第三の尺度を入れることなく、権利と権利の二者間の衡量を行うのか、かりにそうなのだとすればはたしてそこに言われている抽象論を個別の事件に妥当する具体的な基準にまで具象化できるのか、検討課題が残されている。<sup>119</sup>」

これは、隣接領域にある知的財産法がどのように規律しているのか、市場と法の役割分担をどのように考えているのか、適切なインセンティブの確保というような第三の尺度を入れることなく、権利と権利の二者間の衡量を行うことが果たして妥当なのか、などの問題意識を一切考慮に入れず、この問題を単純に一般民法の解釈問題として捉えることの限界を指摘したものである。

このような指摘を受けたか、時が経つにつれ潮見教授の立場には多少変化が見られるようになった。たとえば、2009年に信山社から出版された潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第二版〕』をみてみよう。潮見教授は、「特別法において、何が不法行為構成要件を構成する行為かという態度決定をするにあたり、特別法上の規律対象とする分野で、不法行為となる行為類型と、不法行為とならない行為類型とを、利害関係のある当事者各層の権利・利益、公共の利益等をも考慮して判断している」、「特別法のもとで不法行為類型の完結的な選択・決定がされている以上、そこに『規律の欠缺』はなく、したがって、この選択・矛盾する一般不法行為法による『補充』は認められない。これが原則である」とし、「別途の観点から権利・法益を観念することができる場合」、「当該特別法秩序が形成された時点では想定していなかった事態がその後登場したため、当該特別法秩序において当該事態に対する『規律の欠缺』が存在するに至ったという場合」、あるいは、「当該特別法秩序が形成された際には問題の事態が意識されていて、特別法上で評価の対象とされたのであるが、その後社会・経済事情の変化や市民の意識の変化等が生じ、新たな権利・法益保護の枠組みが必要とされたときに、旧来の特別法秩序を実質的に変更するために、民法によ

<sup>117</sup> 潮見佳男『不法行為法Ⅰ』（第2版・2009年・信山社）10頁。

<sup>118</sup> 潮見佳男『不法行為法Ⅰ』（第2版・2009年・信山社）12頁。

<sup>119</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008年・有斐閣）49頁の注113。具体的には、同「知的財産法からみた民法709条—プロセス志向の解釈論の探求」NBL936号（2010年）53頁も参照。



る規範形成がおこなわれる場合」に例外が認められ得る旨を述べている<sup>120</sup>。ここでは、基本権相互間の衡量論を基礎としながら、知的財産法との関係をも視野に入れた慎重な態度を取っており、潮見教授の基本姿勢の変化を窺い知ることができる。

こうした潮見教授の理論は、知的財産法が特定の目的のために、どのような行為を違法とすべきかを完結的に決定したのだから、同一の目的のために、当該知的財産法に規律されていない行為を違法とすることは原則に違反するが、個別の知的財産法に規律されていない利用行為であっても、既存の知的財産法にない目的に基づいて規律し得ることを示唆しており、その理由づけには筋が通っていると評価することができよう。しかし、この理論枠組みの下では、当該模倣行為を違法としてまで成果開発のインセンティブを確保する必要があるとか、あるいは逆に当該模倣行為を認めたほうが文化や産業の発展にとって望ましいなど、知的財産権の内在的制約との関係が視野に入ってこなくなるが、知的財産権の根拠を憲法 13 条に求める立場からすると、そのような取扱いは不十分であると言わざるを得ない。

## 第 2 款 厳格な解釈論

続いて、知的財産法学の文脈における従来の研究からは、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対し民法上の一般不法行為が成立することがあるのか、という問題が一体どのように議論されてきたのか。

たとえば、知的財産法学者の井上由里子教授は、既存の知的財産法により禁止されていない模倣行為に対し、一般不法行為に基づき損害賠償限りの救済を求めることがあるのかという論点を扱う際に、次のように述べている。いわく、「たとえ損害賠償限りであっても、何ら立法の措置なくこうした模倣行為を違法なものとして問責することで萎縮効果の生ずることは否定できない。フリーライドを放置することが社会全体にとってマイナスの効果があるという政策判断がありうるとしても、個別の事案の違法性を判断するにすぎない裁判所が、大局的な見地から政策的判断をなすことは容易ではない。仮に裁判の蓄積により内容が明らかになるとしても、それまでに時間がかかり法的安定性を欠く。その意味では、差止を伴わない損害賠償限りの救済であっても、立法がない場合には、一般的には慎重な姿勢をとるべきであろう。」<sup>121</sup>

確かに、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対し、民法上の一般不法行為責任を認める場合には、それにより情報の自由利用や市場における自由競争の原則が無意味なものとなるのではないかと、そして他人の文化・経済活動の自由が過度に制約されるのではないかとという問題、すなわち判例が蓄積するまで明らかにならないことによる「萎縮効果」を考慮する必要がある。しかし、たとえ井上教授の懸念が正当なものであるとしても、そのために一般不法行為の成立を認めないとする解釈を採用する必然性はなく、要件論の設定の仕方の問題であって、萎縮効果を想定し得るほど不明確な規範しか定立できない場合には介入を断念するという方策によっても相当程度、解消することができよう<sup>122</sup>。また、裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではないという指摘も、知的財産権を創設する方向での司法による介入を謙抑的に止めるべきであると

<sup>120</sup> 潮見佳男『不法行為法 I』（第 2 版・2009 年・信山社）91-94 頁。

<sup>121</sup> 井上由里子「パブリシティの権利の再構築」『現代企業法学の研究（筑波大学大学院企業法学専攻 10 周年）』（2001 年・信山社）180 頁。

<sup>122</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008 年・有斐閣）45-46 頁注 105）を参照。

する理由ではあるが、司法による介入を完全に否定する理由にはなり得ないだろう<sup>123</sup>。

さらに、後述するが、最近の最高裁判決（最判平成 16. 2. 13 民集 58 卷 2 号 311 頁[ギャロップレーサー上告審]、最判平成 23. 12. 8 民集 65 卷 9 号 3275 頁[北朝鮮映画上映審]、最判平成 24. 2. 2 判時 2143 号 72 頁[ピンク・レディー上告審]など）の傾向も、井上教授が示した「厳格な解釈論」を採用していないことが明らかである。たとえば、日本の著作権法によって保護されない未承認国の著作物の利用行為に対して民法上の不法行為責任が成立するか否かが争われた最判平成 23. 12. 8 民集 65 卷 9 号 3275 頁[北朝鮮映画上映審]をみてみよう。最高裁は、著作権法が権利の及ぶ範囲と限界を明らかにしていることを理由に、著作権法 6 条各号「所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではない」旨を述べている。この説示からは、相当程度不法行為の成立を限定しようとする趣旨が窺えるものの、「特段の事情」が認められる場合には別論が成り立ち得ることも示唆している。

したがって、知的財産法学の分野における多数説は、むしろ知的財産法の明文で権利として承認されている利益でなくとも、不法行為の対象となることがあり得るという「限定的な解釈論」を主張しており、井上教授のような立場に与する文献は極めて稀であるといえよう<sup>124</sup>。

### 第 3 款 限定的な解釈論

最近の多数説は、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対し民法上の一般不法行為が成立することがあるのかという問題について、この問題を一義的に民法上の解釈問題として捉える柔軟な解釈論と、不法行為法による知的財産法の補完的保護を完全に否定する厳格な解釈論をいずれも支持しておらず、むしろその折衷説とも言うべき限定的な解釈論が主流を占めるようになった<sup>125</sup>。

そこで以下では、多数説である限定的な解釈論に着目した学説を概観しながら、如何なる場合に不法行為法による補完的保護が可能なのか、という要件論の検討に焦点を当てることにしたい。

#### 第 1 項 自由競争の観点からのアプローチ

日本の学説の中には、著作権等、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為であっても、自由競争の観点から正当化できない場合には、不法行為に当たる場合があると考える考え方がある。本稿では、これを「自由競争の観点からのアプローチ」という。

たとえば、上野達弘教授は、北朝鮮映画放送事件の控訴審判決である、知財高判平成 20. 12. 24 平成 20（ネ）10012 号[北朝鮮映画放送控訴審]の評釈において、次のように述べている。いわく、著作権法上も不正競争防止法上も違法でない行為が「正当な競争行為

<sup>123</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008 年・有斐閣）45 頁を参照。

<sup>124</sup> 情報は本来自由であるという観点から、ある者の行為が他人に経済的損失を与えることも自由競争のもとで放任される建前という前提で、価値ある情報が直ちに権利化されて侵害を排除できるわけではないと主張するものとして、玉井克哉「情報と財産権」ジュリスト 1043 号（1994 年）74 頁がある。

<sup>125</sup> 限定的な解釈論を具体的に紹介する文献として、拙稿「未承認国の著作物の保護範囲（2・完）—北朝鮮映画放送事件—」知的財産法政策学研究 42 号（2013 年）408—418 頁。

によって行われるのであれば公正な自由競争をより促進するものとして正当化されようが、それが必ずしも正当な競争行為といえないような場合であれば、これを自由競争の観点から正当化することはできない。実際のところ…、従来の裁判例においても、著作権法上も不正競争防止法上も違法でない行為については、自由競争の観点から原則としてこれを自由としつつ、ことさら相手方に損害を与えることのみを目的としてなされたような特段の事情のある場合は、これを自由競争の観点から正当化することはできず、例外的に不法行為が成立する余地を認めるものが多数存在する。これはまさに以上のような観点から正当化できるものとする。」<sup>126</sup>

こうした議論は、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為が、「ことさら相手方に損害を与えることのみを目的としてなされたような特段の事情のある」という前提を満足した場合には、その行為を「自由競争の観点から正当化することはできない」ことを理由に、一般不法行為法による保護が成立することがあるとする、限定的な解釈論の中でも相対的に緩やかな基準を採用している。しかし、個別の知的財産法は、特定の目的のために、どのような行為を違法とすべきかを民主的に決定しているのだから、同一の目的のために、当該知的財産法に規律されていない行為を違法とすることは民主的な決定に違反することに鑑みると、例外的に不法行為の成立を肯定するためには、「自由競争の観点」というやや循環論法的なものを超える論拠が必要であるだろう。

このような疑問に対する上野教授の反論は、次のとおりである。いわく、「知的財産法によって与えられる保護のあり方と、不法行為法のみによるそれとは、差止請求権の有無、保護範囲の明確性、保護期間等の点において実質的に大きな相違がある。そのような観点からすれば、知的財産法による保護から漏れた情報の利用について不法行為法による保護を与えたとしても、ただちに知的財産法の趣旨に潜脱することにはならない…。むしろ、不法行為法による保護は、相対的に柔軟な侵害判断のもとに、損害賠償のみによる救済という中間的な解決を提供するものであり、さしあたり固有の意義を有する。」<sup>127</sup>

確かに、民法 709 条に基づいて差止請求を主張することはできないとする通説的な理解に立脚するならば、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して、相対的に柔軟な判断基準の下で、損害賠償請求のみを認めたとしても、知的財産法による保護と同等の法的保護を与えたといえないから、その理由付けには一定の説得力があるように思われる。ただし、知的財産権の立法がなされる場合には、論理必然的に差止請求権が認められるわけではなく、商業用レコードの二次的使用料請求権（著作権法 97 条）、期間経過商業用レコードの貸与に対する報酬請求権（同 97 条の 3）、私的録音録画補償金請求権（同 104 条の 3）など、報酬請求権に止められる条文も若干存在する<sup>128</sup>。また、この理論の下では、既存の知的財産法と同じ目的のために知的財産法で規定されていない行為を違法とする危険性も孕んでいる。たとえば、創作性のない表現が利用されたに過ぎないことを理由に著作権侵害を否定しながら、その行為について不法行為の成立を肯定した知財高判平成 18. 3. 15 平成 17（ネ）1005 等[通勤大学法律コース控訴審]がその典型例であ

<sup>126</sup> 上野達弘「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」Law&Technology45号（2009年）65頁、同「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」AIPPI57巻9号（2012年）574—575頁。

<sup>127</sup> 上野達弘「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」Law&Technology45号（2009年）65—66頁、同「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」AIPPI57巻9号（2012年）574頁。横山久芳「情報誌『ケイコとマナブ』編集著作権事件」コピーライト523号（2004年）37—38頁も参照。

<sup>128</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008年・有斐閣）43頁の注100）を参照。

るだろう。

むしろ、個別の知的財産法に規律されていない利用行為について、一般不法行為の保護を与えたとしても、直ちに知的財産法の趣旨を潜脱することにならないのは、既存の知的財産法にない目的に基づいて規律するのであれば、そこまで民主的な決定がなされたわけではないからであると思われる<sup>129</sup>。たとえば、著作権の保護は競業行為に限らず広汎に他人の利用を制約する権利であり、その存続期間も著作者の死後50年を原則とするというように長期である。こうした強力な権利を表現ではないアイデアや創作性のない表現に及ぼすわけにはいかないとするのが、著作物性の要件として創作的表現であることを要求した著作権法の趣旨である。そうだとすると、網羅型のデータベース（東京地判平成13.5.25判時1774号132頁[スーパーフロントマン中間判決]）や書体（結論として否定された事例ではあるが、大阪地判平成元.3.8無体集21巻1号93頁[写植機用文字書体]、大阪地判平成9.6.24判タ956号267頁[ゴナU]、大阪高判平成10.7.17民集54巻7号2562頁参照[同二審]等）などに対して、競業行為に限定して、一般に投下資本を回収しようと目される期間、一般不法行為法の保護を与えたとしても、著作権法の趣旨が潜脱されるということにはならないだろう<sup>130</sup>。

## 第2項 知的財産法の趣旨からのアプローチ

日本の学説の中には、不法行為法による知的財産法の補完的な保護が可能なのかという問題を、特別法と一般法の調整問題として捉えつつ、既存の知的財産法が保護を否定している趣旨に立ち返って考えるべきとする見解がある。本稿では、これを「知的財産法の趣旨からのアプローチ」という。

たとえば、島並良教授は、「知的財産法は、一般不法行為法に対して、侵害成立要件を明確化しその効果を拡大しているのだから、両者は特別法と一般法の関係である」とし、「知的財産法による不保護という結果が、(a)一般法たる不法行為法による弱い保護までおよそ否定する強い意図の現れであるのか、それとも(b)侵害に対する拡大された効果（差止請求権）を付与することを否定したに過ぎず、損害賠償止まりの効果については何も触れていない（原則どおり一般法たる不法行為法に委ねる）趣旨であるのかを、個別に検討する必要がある…。そうすると一般不法行為法による補充的保護の可否を決するためには、個別のケースごとに、なぜ知的財産法の保護が及ばないのか、それが(a)と(b)のいずれのパターンなのかを性質決定する必要性が生じることになる…。基本的には、行為者の予測可能性を担保するためにも、(a)パターンが原則となり、一般不法行為法による補充的保護は例外的にのみ認められると解すべき」である、との見解を示した<sup>131</sup>。

こうした議論も、知的財産法の規定が保護を否定している趣旨が、「侵害に対する拡大された効果（差止請求権）を付与することを否定したに過ぎず、損害賠償止まりの効果については何も触れていない」場合（いわゆる(b)パターン）には、不法行為法による補完的な保護が可能であるとする、限定的な解釈論の中で相対的に緩やかな基準を採用している。そして、(b)パターンの具体例として、島並教授は、「著作権法が創作性のない表

<sup>129</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008年・有斐閣）45頁、同「民法の一般不法行為法による著作権法の補完の可能性について」コピーライト51号（2011年）44頁を参照。

<sup>130</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008年・有斐閣）45頁を参照。

<sup>131</sup> 島並良「一般不法行為法と知的財産法」法学教室380号（2012年）151頁を参照。

現について著作物性を否定している（著作2条1項1号）のは、創作性のない表現の産出を、特に強い効果を持つ著作権法上の保護をもって誘引する必要性を認めなかったに過ぎないから、別の制度趣旨から一般不法行為による弱い保護が認められる余地はなお残されている<sup>132</sup>ことを挙げている。知的財産法の規定が保護を否定している趣旨はともかくとして、この理論は、個別の知的財産法に規律されていない利用行為であっても、既存の知的財産法にない目的に基づいて規律する可能性を示唆しており、この点については一応肯定的に評価することができると思われる。

他方で、島並教授は、不法行為法による知的財産法の補完的な保護を謙抑的に止めるべき理由として、行為者の予測可能性を担保する必要があることを挙げている<sup>133</sup>。確かに、個別の知的財産法で規律されていない利用行為について、一般不法行為の保護を肯定することは、本来なら自由であるべき他人の利用行為を制約することを意味するために、表現の自由や私人の行動の自由を保障することも重要である。しかし、これは個別の知的財産法が規律した利益と同質の利益を保護した場合、常に問題となり得る競争の萎縮効果ではないだろうか。なぜならば、後述する知財高判平成18.3.15平成17（ネ）1005等[通勤大学法律コース控訴審]のように、既存の知的財産法と同じ目的のために知的財産法で規定されていない行為を違法とする場合は、行為者の予測可能性を過度に害する結果、競争を過度に萎縮させるおそれがあるからである。

むしろ、不法行為法による知的財産法の補完的な保護を謙抑的に止めるべき積極的な理由は、裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではなく、しかも政治的な責任を負えないからではないだろうか<sup>134</sup>。なぜならば、個別の知的財産法で規律されていない利用行為に対して、一般不法行為の成立を認めるということは、個別の知的財産法で認めていない知的財産権を裁判所の権限で創設することを意味しており、それが民法709条の解釈論として可能だとしても、それなりに知的財産政策に影響を与えてしまうからである。たとえば、不正競争防止法上の商品形態のデッド・コピー規制が制定される以前、デッド・コピーに対して不法行為の成立を認めた東京高判平成3.12.17知裁集23巻3号808頁[木目化粧紙二審]を一つの契機として、1993年の不正競争防止法改正により商品形態のデッド・コピーを規律する2条1項3号が導入されることになったが、これは裁判所の判断が知的財産政策に影響を与えた典型例といえよう。

### 第3項 プロセス志向の解釈論からのアプローチ

日本の学説の中には、民法709条が抽象的な要件を擁するものであって、ルールとスタンダードの分類論<sup>135</sup>に従えばスタンダードに該当し、司法による規範の具体化が要請されることを理由に、個別の知的財産法と民法709条の関係を、立法（個別知的財産法）と

<sup>132</sup> 島並良「一般不法行為法と知的財産法」法学教室380号（2012年）152頁。

<sup>133</sup> 横山久芳「情報誌『ケイコとマナブ』編集著作権事件」コピーライト523号（2004年）38頁も、「知的財産法により保護されない情報については模倣が自由であるという期待が一般に生じているから、不法行為の成否を論じる場合には、情報の利用者の予測可能性に十分配慮しなければならない」と指摘する。

<sup>134</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008年・有斐閣）42—43頁、井上由里子「パブリシティの権利の再構築」『現代企業法学の研究』（筑波大学大学院企業法学専攻10周年・2001年・信山社）180頁を参照。

<sup>135</sup> 精緻な紹介として、森田果「最密接関係地法—国際私法と“Rules versus Standards”」ジュリスト1345号（2007年）66頁以下。

司法（民法 709 条）の役割分担の問題として把握しつつ、「知的財産法のように、市場を活用する仕組みであって、権利の存在意義自体が効率性に求められるところが大きく、それによる効率性の改善の度合いの測定が困難であるがゆえに帰結主義だけで正当化することが困難な法制度の場合には、立法、司法ばかりでなく、市場や行政との役割分担をも考察の対象に包含しながら、いわばプロセス志向で問題の解決に当たらざるを得ない」<sup>136</sup>とする見解がある。本稿では、これを「プロセス志向の解釈論からのアプローチ」という。

たとえば、田村善之教授は、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して、民法 709 条の一般不法行為が成立することがあるのかという問題につき、「組織化されやすい者の利益の保護が問題となっているのであれば、早晚、政策形成過程に反映されることになるのであるから、技術的適格性の問題や、政治的な責任の問題があることに鑑みれば、知的財産権を創設する方向の作業は立法の決定に任せるか、あるいは自由放任という形で市場に委ねておくことを原則とし、司法による保護の創設には、慎重であって然るべき」であるが、「例外的に、問題のフリー・ライドを放置しておく、インセンティブが過度に不足し、成果開発の投資が過少となる場合であって、必要となる成果の供給が過度に不足するということが裁判所にとって明らかな場合には司法による介入も許される」と指摘した上で、「ただし、第一にその種の利用行為を規律しないとする立法による決定がなされている場合に介入を許されなくなることはいうまでもない。第二に、政策形成過程に反映されにくい者の自由を守る砦としての司法の機能は存分に発揮すべきであるから、帰結主義的な観点からは正当化が可能である事例であっても、表現の自由や私人の行動の自由等に対する過度の制約となりうる懸念を払拭しえない場合には、不法行為による保護は否定すべき」である、との見解を示した<sup>137</sup>。

こうした議論は、個別の知的財産法で規律されていない利用行為に対して、一般不法行為の成立を認められるのは、そのような行為を許容してしまうと、成果開発のインセンティブが過少となることが明らかである場合に限られるとする、限定的な解釈論の中でも相対的に厳しい基準を採用している。しかも、その場合でも、具体の民主的な決定がなされている場合には、知的財産権を創設する方向に関してはその決定を変更する必要はないと考えている。

これに対し、文献の中には、例外的に不法行為該当性を肯定するためには、社会的な承認が必要である旨を説く見解もある。たとえば、窪田充見教授は、個別の知的財産法との関係を視野に入れつつ、一般不法行為の成立について次のような立場を示している。いわく、「一定の利益が法的保護に値するという社会的な価値判断が形成されたとしても、それによって、自動的に問題が解決されるわけではない。こうしたいわば生成途上の権利は、所有権のような形で保護されるわけではないだろう。すでに権利として確立している著作権等の知的財産権においても、それを権利として承認することによって問題が尽きているのではなく、そうした権利はどのような行為との関係で保護されるのかという形のルールが示され、はじめて法的救済の全体構造が決まっていると言える。こうした判断構造のプロセスは、知的財産法によって直接はカバーされていないが、しかし、知的財産法による保護が適当だと考えられるような生成途上の権利についても、同様に当てはまるとみるべ

<sup>136</sup> 田村善之「知的財産法からみた民法 709 条—プロセス志向の解釈論の探求」NBL936 号（2010 年）54 頁を参照。

<sup>137</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008 年・有斐閣）42—43 頁、同「知的財産法からみた民法 709 条—プロセス志向の解釈論の探求」NBL936 号（2010 年）56 頁など。

きであろう。」<sup>138</sup>

この議論は、一定の利益が法的保護に値するという社会的な承認がなされることが前提となっている。しかし、田村教授のプロセス志向の解釈論は、個別の知的財産法の総体の向こうには、産業や文化の発展のために、必要なインセンティブに不足があるときは、フリー・ライドを規律することも許されるという法の価値判断を看取し得ると考えている<sup>139</sup>。仮にそうだとすれば、すでにメタの原理となる規範は成立しており、裁判所が謙抑的でなければならない理由は、裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではなく、しかも政治的な責任をとれないからであり、それ以上に社会的な承認に正統化を求める必要はないだろう<sup>140</sup>。

#### 第4款 小括

以上の学説の分析をまとめれば、次のようになる。すなわち、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対し民法上の一般不法行為が成立することがあるのかという問題について、従来の学説では、主に厳格な解釈論、柔軟な解釈論、及び限定的な解釈論という三つの側面から議論されてきた。最近の多数説は、この問題を一義的に民法上の解釈問題として捉える柔軟な解釈論と、不法行為法による知的財産法の補完的な保護を完全に否定する厳格な解釈論をいずれも支持しておらず、その折衷説ともいべき限定的な解釈論が主流を占めるようになった。最近の有力説と言うべき田村教授の限定的な解釈論は、裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではなく、しかも政治的な責任を負えないことに鑑みると、不法行為法による知的財産法の補完的な保護を謙抑的に止めるべきであるが、知的財産の適度な創出を実現するインセンティブに不足することが明らかである場合にまで、その保護を否定する必要はないとする相対的に厳しい基準を採用している。そのうち、産業や文化の発展のために、必要なインセンティブに不足があるときは、フリー・ライドを規律することも許されるという法の価値判断は、まさに憲法13条後段の「公共の福祉」の要件に根拠づけられるものとして理解することが可能である。しかも、「政策形成過程に反映されにくい者の自由を守る砦としての司法の機能は存分に発揮すべき」ことを理由に、「表現の自由や私人の行動の自由等に対する過度の制約となりうる懸念を払拭しえない場合」には、不法行為による保護は否定するなど、知的財産権の外在的制約にも配慮している。

#### 第3節 韓国の学説

次に、韓国における学説の動向について考察しよう。最近、韓国では、田村教授が主張する限定的な解釈論の影響を受けて<sup>141</sup>、「問題のフリー・ライドを放置しておく」と、イン

<sup>138</sup> 窪田充見「不法行為法学から見たパブリシティー生成途上の権利の保護における不法行為法の役割に関する覚書」民商法雑誌133巻4・5号（2006年）741頁。

<sup>139</sup> 長谷川晃「＜競争的繁栄＞と知的財産法原理—田村善之教授の知的財産法の原理の基礎に関する法哲学的検討」知的財産法政策学研究3号（2004年）18~24頁は、このような前提を「競争的繁栄」論と名付ける。

<sup>140</sup> 田村善之「知的財産法からみた民法709条—プロセス志向の解釈論の探求」NBL936号（2010年）56頁を参照。

<sup>141</sup> たとえば、朴成浩(박성호)「知的財産法の非侵害行為と一般不法行為—不法行為法理による知的財産法の補完問題を中心に—(지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위-불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를

センティヴが過度に不足し、成果開発の投資が過少となる場合であって、必要となる成果の供給が過度に不足するということが裁判所にとって明らかな場合には司法による介入も許される」というインセンティブ論の視点を基盤としながらも、そこから一步踏み出すことを試みるという形の限定的な解釈論を提唱する文献が幾つか現れている。

そのような限定的な解釈論に立脚した韓国学者の論拠を整理すれば、主に、「特段の事情」の類型化アプローチと、基本権制限の原則からのアプローチ、という二つの立場に分類することができる。

## 第1款 「特段の事情」の類型化

韓国の学説の中には、知的財産に関連する法益の侵害が不法行為を構成するか否かを判断する際に、知的財産権の正当化根拠であるインセンティブの付与という観点を考慮に入れながら、「違法性」の判断要素となる「特段の事情」を類型化するプロセスが必要だとする見解がある。

たとえば、漢陽大学の朴成浩教授は、大法院 2010. 8. 25. ㄱ 2008 마 1541 決定[インターネット広告上告審(인터넷광고)]を評価する際に、次のように述べている。いわく、「大法院 2008 마 1541 決定のような事案に関しては、知的財産法の理論体系とその正当化根拠を中心に検討しなければならず、知的成果物としての情報又は顧客吸引力のある情報を創出した者に対するインセンティブの付与という観点を媒介として、違法性が大きいと認められる『特段の事情』に対する類型化が行わなければならない。なぜならば、既存の知的財産法により保護されていない他人の成果物等を模倣し、利用することは、原則的に自由であるからである。そのため、原則的に自由な模倣と利用が許容される行為を規制する場合、そのような規制を可能とする例外的な状況は、『特段の事情』が存在する場合に限り

---

중심으로-)」情報法学(정보법학) 15卷1号(2011年) 221-222頁には、「個別の知的財産法により保護されていない『情報』を民法 750 条の不法行為法理で補完的に保護すべきか否かという問題は、知的財産法と民法という「法」体系同士の単純な調整問題に止まるものではない。民法 750 条は、一般条項的な性格の規定であって、司法による具体化が要請されるために、司法の問題である。これに対し、ある『情報』が個別の知的財産法により保護されないという状況は、立法的な欠陥が存在するか否かを判断しなければならない問題であるから、結局、立法に関する問題となる。このような視点に着目した日本の学説には、知的財産法と民法 750 条との関係を立法(個別知的財産法)と司法(民法 750 条)の役割分担の問題として把握する必要があるとする。しかも、現在知的財産制度の正当化根拠として脚光を浴びている『インセンティブ論』を考慮すると、知的財産法は市場を活用する仕組みであって、権利の存在意義自体が効率性に求められるところが大きい。さらに、知的財産制度は、その効率性の改善の度合いの測定が困難であるゆえに、知的財産法と関連する問題は立法、司法ばかりでなく、市場や行政との役割分担をも考慮の対象に包含しながら、いわばプロセス志向で問題の解決に当たらざるを得ないと主張する」と述べて、田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』(2008年・有斐閣)、及び、同「知的財産法からみた民法 709 条—プロセス志向の解釈論の探求」NBL936号(2010年)の内容を大々的に紹介し、引用していることから、田村教授の論文の影響をかなり受けていることが分かる。また、林相珉(임상민)「知的財産法上保護されない知的成果物に対する無断利用と一般不法行為の成否(지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부)」Justice(저스티스) 通卷 132号(2012年) 134-171頁の著者である林相珉判事は、田村教授がセンター長を務める「北海道大学法学研究科情報法政策研究センター」の研究員として研究したことがあり、その論文の中にも田村教授の観点が少なからず反映されている。



例外的に認められるべきである。そうすると、民法上の不法行為法理による補完が要求される知的財産法の『立法的欠缺』とは、不正競争防止法上の不正競争行為に準ずる場合、すなわち、限定的に列挙されている個々の不正競争行為を広く解釈して適用しない限り、知的成果物を創出し顧客吸引力のある情報を獲得した他人に対するインセンティブが過少となることが明らかな場合を意味するものである。したがって、違法性の判断要素となる『特段の事情』を類型化するにあたり、知的財産法の正当化根拠であるインセンティブの付与という観点を違法性の判断要素として具体的に考慮しながら、個々の類型の内容を体系化する必要がある。<sup>142</sup>

こうした議論は、民法上の不法行為法理による補完が要求される知的財産法の「立法的欠缺」<sup>143</sup>とは、不正競争防止法上の不正競争行為に準ずる場合、すなわち、限定的に列挙されている個々の不正競争行為を広く解釈して適用しない限り、知的成果物を創出し顧客吸引力のある情報を獲得した他人に対するインセンティブが過少となることが明らかな場合を意味する、という限定的な解釈論の中でもかなり厳しい基準を採用している。さらに、朴教授は、「特段の事情」の類型化の具体的な内容について、「知的財産法の補完的規範としての民法 750 条という一般条項は、ドイツにおける 1909 年旧不正競争防止法 (UWG) 1 条、及び 2004 年に全面改正された不正競争防止法 3 条<sup>144</sup>のような一般条項が遂行して

<sup>142</sup> 朴成浩 (박성호) 「知的財産法の非侵害行為と一般不法行為—不法行為法理による知的財産法の補完問題を中心に— (지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위-불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를 중심으로)」情報法学 (정보법학) 15 卷 1 号 (2011 年) 217 頁。

<sup>143</sup> 韓国の経済法学者の中には、「1909 年に制定されたドイツ旧不正競争防止法 (UWG) 1 条のような一般条項がなく、限定的に不正競争行為を列挙して規制する韓国の不正競争防止法においては、上記の列挙規定に該当しない一定範囲の『不正な競争行為』に関して、これは『不正競争防止法の立法的欠缺』から生じたものであるから、民法 750 条の不法行為に関する一般条項によって補完するしかない」とする見解がある (鄭浩烈 (정호열) 『不正競争防止法論』 (1993 年・サムジウオン) 79 頁)。すなわち、韓国の不正競争防止法にはドイツ法のような一般条項が存在しないために、不正競争防止法に列挙されていない「不正な競争行為」の規律については、一般不法行為の解釈論に譲るしかないという趣旨である。

このような趣旨の議論は、知的財産法領域の学者の中にもみられる。たとえば、「現行不正競争防止法に列挙されている不正競争行為には該当しないが、消費者を欺罔し、競業者の投資や名声にフリー・ライドする不正競争行為は、広義の不正競争行為とみなすことができるので、現行不正競争防止法に列挙されている不正競争行為 (すなわち、狭義の不正競争行為) に類似した救済を認める必要があり、不法行為や不当利得の要件を満たす場合には、それによる救済を検討してみる必要がある」。すなわち、「成文法上の権利を明白に侵害した場合でなくても、消費者を欺罔し、他人の投資や名声にフリー・ライドして不当な利益を図る行為が、違法と判断される場合には、広義の不正競争行為として不法行為又は不当利得の法理による救済を認めることがあるかを検討してみる必要がある」、さらに、「長期的には、不正競争防止法に広義の不正競争行為をすべて包摂した一般条項を置く必要がある」とする見解もある (丁相朝 (정상조) 『不正競争防止法原論』 (2007 年・世昌出版社) 9-10 頁)。

このような学説の共通点は、不正競争行為を不法行為の一つの類型として把握し、不正競争防止法を一般不法行為法の特別法として理解することにある。そして、このような理解を前提に、不法行為法による不正競争防止法の補完という観点から両者の関係を把握していることが明らかである。

<sup>144</sup> ドイツにおける 1909 年旧不正競争防止法の一般条項 (UWG 1 条) は「業務上の取引において競争の目的をもって善良の風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」と規定したが、2004 年に改正された不正競争防止法の一

きた補完的機能と実質的に同一の役割を果たしている」とし、「ドイツにおける旧不正競争防止法の一般条項（第1条）の解釈と関連して、他人の成果物に対する模倣を規制する『特段の事情』として認められたのは、類似商品の販売や類似役務の営業による出所の混同、商品や役務の良好な評判へのフリー・ライド、先行者との契約上の義務や信義則に反する模倣、その他の『直接的模倣』などの行為類型が存在する。このように、旧法下の判例を通じて、他人の成果物である商品や役務を模倣する不正競争行為として類型化されたものは、2004年に全面改正された不正競争防止法4条9号(a)ないし9号(c)に例示的構成要素として列挙され、明文化されるに至ったのである。<sup>145</sup>これは、まさに「不正競争防止法の一般条項により補完的な保護がなされない限り、知的成果物を創出し顧客吸引力のある情報を獲得した者に対するインセンティブが過少となることが明らかな事案が、裁判所の判決として保護されており、このように類型化され、集積された裁判例が、その後、立法に反映されたと理解される」<sup>146</sup>、との見解を示した。

このような理論枠組みの下で、個別の知的財産法により規律されていない利用行為を民法上の不法行為法で規律することができるのは、そのような行為を許容してしまうと、成

---

一般条項(UWG 3条)は、「競業者、消費者又はその他の市場参加者の不利益になる形で競争を相当程度阻害する性質を有する不正競争行為は禁止される」と規定している。旧法では、一般条項と並行して一連の個別条項(3条、6条ないし8条)を規定したのに対し、新法3条の一般条項が規定する不正競争の概念は、4条ないし7条の例示的な構成要件によって具体化し得る包括的な形で規定されている。この部分に関する文献として、鄭浩烈(정호열)訳『不正競争法』(1996年・サムジウョン)97頁、権五乘(권오승)訳『ドイツ競争法』(1997年・法文社)38-70頁、小泉直樹『模倣の自由と不正競争』(1994年・有斐閣)160-167頁、中田邦博「ドイツ不正競争防止法の新たな展開—新UWGについて—」立命館法学298号(2004年)259頁以下、横山久芳「創作投資の保護」工業所有権法学会年報30号(2007年)137-139頁を参照。

<sup>145</sup> ドイツでは、1909年旧法の一般条項が規制する諸行為を類型化しようという試みは、これまでに数多く存在する。厳密には、今日でも定説と呼ばれるものは存在しない。とは言うものの、各類型のネーミングや、類型間の境界線の引き方の異同を除けば、被侵害法益(競業者、一般消費者)ごとに分類する点では、ほぼ一致がみられる。さらに、そのうち、競業者の利益を侵害する行為として、ボイコット、引き抜き等の妨害行為(Behinderung)、企業秘密の漏示(Geheimnisverrat)と並んで、他人の創作物の模倣(Ausbeutung fremder Leistung)という類型を掲げることにも、今日異論がない。そのうち、知的財産法を補完することを意味するのは、競業者の利益を侵害する行為類型の一つである「他人の創作物の盗用(Ausbeutung fremder Leistung)」である。「他人の創作物の盗用」は、また「隷属的模倣(sklavische Nachahmung)」と「直接模倣(unmittelbare Leistungsübernahme)」の二つの類型に分類され、検討されるのが通常である。「隷属的模倣」と「直接模倣」の違いは模倣の態様にあるが、前者は、他人の仕事の成果を手本として用い、自ら創作をなす行為であるのに対し、後者は、模倣者自らの創作が殆どないか、大部分が他人の創作をそのまま持ってくる行為である。その境界は、必ずしも常に分明であるとはいえないが、ともかく進歩に奉仕する模倣は奨励されるべきで、単なる借用は禁圧するのが全体の利益に適うというドグマがその背景にある。また、「他人の創作物の盗用」に関するドイツの事例群(Fallgruppen)は、出所の混同、または良好な評判・イメージへのフリー・ライド、あるいは契約上の義務や信義則に反する態様の模倣行為、その他の直接模倣を不正競争行為として規律してきた。小泉直樹『模倣の自由と不正競争』(1994年・有斐閣)160-167頁を参照。

<sup>146</sup> 朴成浩(박성호)「知的財産法の非侵害行為と一般不法行為—不法行為法理による知的財産法の補完問題を中心—」(지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위—불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를 중심으로-)」情報法学(정보법학)15巻1号(2011年)225-226頁。

果開発のインセンティブが過少となることが明らかな場合の要件に加えて、そのような行為が不正競争行為の一類型として、今後の不正競争防止法の改正に反映される可能性が高い場合に限られるという解釈になるだろう。たとえば、後述するが、不正競争防止法上の商品形態のデッド・コピー規制が制定される以前、デッド・コピーに対して不法行為の成立を認めた東京高判平成3.12.17知裁集23巻3号808頁[木目化粧紙二審]は、1993年の不正競争防止法改正により商品形態のデッド・コピーを規律する2条1項3号が導入されたことに鑑みると、それが「不正競争防止法上の不正競争行為に準ずる場合」に該当し、不法行為の成立を認めた裁判所の判断は妥当であるが、創作投資に必要なインセンティブを法的に確保するために不法行為の成立を認めた東京地判平成13.5.25判時1774号132頁[スーパーフロントマン中間判決]や、取材体制の構築に必要な投資を法的に保護するために不法行為の成立を認めた知財高判平成17.10.6平成17(ネ)10049[ライトピックス二審]は、いずれも今後の不正競争防止法の改正により明文化されない限り、知的財産法の「立法的欠缺」が存在すると言えない故に、不法行為の成立を認めたことを正当化することができないのである。

しかし、こうした議論は、「特段の事情」の類型化という作業を行う権限を立法と司法のいずれに与えるべきであるのかという、立法と司法の役割分担の視点を看過したのではないだろうか。なぜならば、裁判所がインセンティブの付与という観点を違法性の判断要素として考慮することは可能であるとしても、裁判官が立法過程に直接的に関与するわけではなく、しかも大局的な見地から政策的判断をなすことが困難である点を勘案すれば、「特段の事情」を類型化する具体的な作業は立法の決定に任せるべきであるという帰結に導かれるからである。その代わり、問題のフリー・ライドを規制しないと、成果開発のインセンティブが過度に不足することが明らかであるのかという判断が、裁判所にとって困難ではない場合であるならば、そこまで立法の決定を待つ必要はなく、むしろ裁判所による迅速な対応が期待されると思われる。このような裁判例の蓄積が、今後の立法過程における「特段の事情」の類型化に貴重な参考資料を提供することになるだろう。

## 第2款 基本権制限の原則

韓国の学説の中には、知的財産法上保護されていない知的成果物の侵害行為に係わる違法性認定の問題は、基本権制限の法律に対する憲法上の明確性原則と関連すると主張する見解もある。

たとえば、釜山地方法院の林相珉判事は、「憲法37条2項は、『国民の全ての自由及び権利は、国の安全保障、秩序維持又は公共福利のために必要な場合に限り、法律により制限することができ、制限する場合においても、自由及び権利の本質的内容を侵害することはできない』とし、基本権の制限に関する法律留保を規定する。一方、基本権を制限する法律は明確性を持たなければならない<sup>147</sup>。明確性の原則は、法治国家原理の証として、基本的に全ての基本権制限の立法に対し要求される<sup>148</sup>。規範の意味内容から何が禁止される行為であり、何が許容される行為であるのかを垂範者が分からない場合に、法的安定性と予見可能性は確保されることができなくなり、また、法執行当局による恣意的な執行を可能にするからである」と述べた上で、「不正競争防止法上の明文規定に一般条項を置

<sup>147</sup> 金哲洙(김철수)『憲法学新論』(2010年・博英社)358-359頁、権寧星(권영성)『憲法学原論』(2009年・法文社)351頁など。

<sup>148</sup> 憲裁2011.10.25,2010憲バ272、憲裁2012.2.23,2008憲マ500等。

くことが、違憲の可能性の高い場合に該当するならば、不正競争防止法上の明文の規定もないのに、民法 750 条を媒介として違憲の可能性が高い不正競争防止法上明文の規定を置く場合と同じ結果を導出することは、尚更、その違憲の是非が大きいだろう。この点は、我が民法 750 条の違法性解釈においても参酌されるべきものであるところ、民法 750 条の『違法』という概念は、憲法その他の実定法の秩序違反ないし実定法令により保護される権利又は利益の侵害と解釈するのが妥当である」とし、「医療訴訟や公害訴訟等において民法 750 条の違法性の外延を拡大していくにも拘らず、知的財産法が保護していない権利又は利益の侵害に対する違法性の外延限定は、次のような二つの理由から正当性を見つめることができる。第一に、個別の知的財産法が一定の場合を除き、知的成果物が公共財 (public domain)、すなわち自由に模倣、複製、利用できるものであることを前提する点に鑑みると、知的財産法が保護していない権利又は利益の侵害に対して違法性を認めるべきかという問題は、環境訴訟や公害訴訟等とは異なる側面がある。第二に、知的財産法上保護されない知的成果物対基本権 (営業の自由) の衝突という構造と、身体の自由、環境権、所有権など被害者の憲法上の基本権対加害者の営業の自由など基本権の衝突側面が明らかな医療訴訟や公害訴訟の構造は、その相違性が顕著である」、との見解を示した<sup>149</sup>。

こうした議論は、「知的財産法の明文規定により保護されていない知的成果物の利用行為に対して違法性を原則的に認めることができず、たとえ認める必要があるとしても、それは知的財産法規定の類推解釈ないし拡張解釈により保護される利益の侵害に限定すべきであり、仮に明文規定の類推解釈ないし拡張解釈により認められないとしても、その侵害行為の違法性を認めるべきであると言うならば、その範囲は、インセンティブの不足が明らかであり、知的成果物を創出した者が後日、そのような知的成果物を再創出することを阻害し、最終的に文化と産業の発展に対する阻害が確実に予見可能な場合に限定しなければならない」<sup>150</sup>とする、限定的な解釈論の中でも相対的に厳しい基準を採用している。そして、知的財産法上の保護が否定された場合に、不法行為の成立を認めることを謙抑的に止めるべき理由として、「裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではなく、しかも政治的な責任を負えない」という点を挙げることなく、憲法上の基本権制限の原則を参酌したという点で特徴があると言えよう。

なるほど、これまでの研究は、あくまでも知的財産法と不法行為法の枠内での解決を志向しており、仮に帰結主義的な観点から不法行為法による知的財産法の補完的保護が可能であるとしても、それが表現の自由や個人の行動の自由などを過度に制約するのではないか、という問題については真剣に考えてこなかったのである。しかし、個別の知的財産法で規律されていない利用行為に対し一般不法行為の成立を認めることが不法行為法の解釈として可能だとしても、それが現行知的財産法で認められていない知的財産「権」を裁判所が創設することを意味する以上、この種の知的財産「権」が表現の自由や個人の行動の自由などの制約とならないような調整原理の確立が必要であるだろう。

### 第3款 小括

<sup>149</sup> 林相珉 (임상민) 「知的財産法上保護されない知的成果物に対する無断利用と一般不法行為の成否 (지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부)」 Justice (저스티스) 通巻 132 号 (2012 年) 11-13 頁 [最終版]。

<sup>150</sup> 林相珉 (임상민) 「知的財産法上保護されない知的成果物に対する無断利用と一般不法行為の成否 (지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부)」 Justice (저스티스) 通巻 132 号 (2012 年) 9-10 頁 [最終版]。

以上の分析をまとめれば、次のようになる。韓国では最近、田村教授が主張する限定的な解釈論の影響を受けて、インセンティブ論の視点を基盤としながらも、そこから一步踏み出すことを試みるという形の限定的な解釈論を提唱する文献が幾つか現れている。そのうち、「特段の事情」の類型化アプローチは、「特段の事情」を類型化する権限を立法と司法のいずれに与えるべきであるのかという、立法と司法の役割分担の視点を看過した点で限界がある。その理由は、裁判所がインセンティブの付与という観点を違法性の判断要素として考慮することは可能であるとしても、裁判官が立法過程に直接的に関与するわけではなく、しかも大局的な見地から政策的判断をなすことが困難である点を勘案すれば、「特段の事情」を類型化する具体的な作業は立法の決定に任せるべきであるという帰結に導かれるからである。その反面、基本権制限の原則からのアプローチが、知的財産法上の保護が否定された場合に、不法行為の成立を認めることを謙抑的に止めるべき理由として、憲法上の基本権制限の原則を参酌しており、知的財産権の外在的制約である表現の自由や個人の行動の自由についても配慮した点は極めて示唆的である。

#### 第4節 帰結

第Ⅲ章の検討から明らかになったことをまとめよう。不法行為法による知的財産法の補充問題は、知的財産法と民法という法体系同士の単純な調整問題に止まるものではなく、それ以上に、立法と司法の役割問題として捉える必要がある。そして、たとえ司法と立法の役割分担という観点から、知的財産法が認めていない新たな知的財産「権」を裁判所により創設する場合がありますという結論に導かれたとしても、それを憲法によって保障される知的財産権の有する内在的制約及び外在的制約との関係から判断する必要がある。

日本の学説のうち、潮見教授の理論は、知的財産法が特定の目的のために、どのような行為を違法とすべきかを完結的に決定したのだから、同一の目的のために、当該知的財産法に規律されていない行為を違法とすることは原則に違反するが、個別の知的財産法に規律されていない利用行為であっても、既存の知的財産法にない目的に基づいて規律し得ることを示唆しており、その理由づけには筋が通っていると思われる。しかし、この理論枠組みの下では、当該模倣行為を違法としてまで成果開発のインセンティブを確保する必要があるとか、あるいは逆に当該模倣行為を認めたほうが文化や産業の発展にとって望ましいなど、知的財産権の内在的制約との関係が視野に入ってくなくなるが、知的財産権の根拠を憲法13条に求める立場からすると、そのような取扱いは不十分であると言わざるを得ない。

これに対し、田村教授の限定的な解釈論は、裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではなく、しかも政治的な責任を負えないことに鑑みると、不法行為法による知的財産法の補充的な保護を謙抑的に止めるべきであるが、知的財産の適度な創出を実現するインセンティブに不足することが明らかである場合にまで、その保護を否定する必要はないとする相対的に厳しい基準を採用している。そのうち、産業や文化の発展のために、必要なインセンティブに不足があるときは、フリー・ライドを規律することも許されるという法の価値判断は、まさに憲法13条後段の「公共の福祉」の要件に根拠づけられるものとして理解することが可能である。しかも、「政策形成過程に反映されにくい者の自由を守る砦としての司法の機能は存分に発揮すべき」ことを理由に、「表現の自由や個人の行動の自由等に対する過度の制約となりうる懸念を払拭しえない場合」には、不法行為による保護は否定するなど、知的財産権の外在的制約にも配慮しており、極めて有力な

学説であると思われる。

他方で、韓国の学説のうち、林判事はインセンティブ論の視点を基盤としながらも、そこから一步踏み出すことを試みるという形の限定的な解釈論を提唱している。すなわち、知的財産法上の保護が否定された場合に、不法行為の成立を認めることを謙抑的に止めるべき理由として、「裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではなく、しかも政治的な責任を負えない」という点を挙げることなく、憲法上の基本権制限の原則を参酌しており、知的財産権の外在的制約である表現の自由や個人の行動の自由についても配慮した点で特徴がある。

## 第IV章 裁判実務

第IV章では、知的財産法の制度趣旨を念頭に置きながら、日韓両国における裁判例の動向について考察することにした。もっとも、第III章の検討からは、裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではなく、しかも政治的な責任を負えないことに鑑みると、不法行為法による知的財産法の補完的な保護を謙抑的に止めるべきであるが、知的財産の適度な創出を実現するインセンティブに不足することが明らかである場合には、例外的に不法行為の成立が認められることが明らかになった。このような理論枠組みの下で、知的財産法上の保護が否定された場合に、不法行為法による保護が認められるのかという問題が争われた事案において、日本の最高裁判決はいずれも不法行為の成立を否定している反面、韓国の大法院判決は積極的に不法行為の成立を認めている現象を合理的に説明することができるのだろうか。第IV章では、日本と韓国の裁判例を具体的に分析し、日韓両国の最上級審判決が異なる判断を下した根本的な原因を判明することが課題である。

### 第1節 はじめに

ところで、日韓両国における裁判例の動向を考察する際には、各判決の抽象論に重きを置いて研究しても、得るところは少ないように思われる。なぜならば、不法行為の成立を肯定した判決も否定した判決も、ほぼ同じ抽象的な基準を繰り返すことが多く、この抽象論だけでは、いったいどのような場合に不法行為が成立するのか、よく分からないからである<sup>151</sup>。そうすると、個々の判決の具体的な事案に照らして、換言すれば、不法行為が成立するとされた事例と、否定された事例の事案の差異に着目して、裁判例における不法行為の成否の分岐点を探ることを試みる作業が必要となろう<sup>152</sup>。

このような問題意識をもとに、本章では、個々の判決の具体的な事案に着目しながら、日韓両国における学説の動向を具体的に分析し、知的財産法の補完問題をめぐる規範的解

---

<sup>151</sup> たとえば、不法行為の成立を肯定した裁判例として、東京高判平成 3. 12. 17 知裁集 23 卷 3 号 808 頁[木目化粧紙二審]は、「取引における公正かつ自由な競争として許されている範囲を甚だしく逸脱し、法的保護に値する X の営業活動を侵害するものとして不法行為を構成する」と判示し、東京地判平成 13. 5. 25 判時 1774 号 132 頁[スーパーフロントマン中間判決]は「公正かつ自由な競争原理において、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成する場合がある」と説示している。一方、不法行為の成立を否定した裁判例として、東京地判平成 14. 9. 5 判時 1811 号 127 頁[サイボウズ本案]は、「著作権侵害行為や不正競争行為に該当しないような行為については、当該行為が利益を追求するという観点から離れて、殊更に相手方に損害を与えることのみを目的としてなされたような特段の事情が存在しない限り、民法上の一般不法行為を構成することはない」と判示している。

<sup>152</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』(2008年・有斐閣) 10-11 頁における分析方法を参照。

積のあり方を模索することにした。

## 第2節 日本の裁判例

まず、日本における裁判例の動向について考察しよう。裁判例の動向を考察するにあたっては、関連する最上級審判決の立場を確認した上で、それが裁判実務に与える影響、すなわち最高裁の判断が今後の裁判例に如何なる解釈指針を提示しているのか、という射程を判明することが重要である。以下、敷衍しよう。

### 第1款 最上級審判決

日本では、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して、民法709条の一般不法行為が成立することがあるか、という問題を扱った裁判例は多数存在するものの、最上級審段階の裁判例はその数が限られている(大判大正3.7.4刑録20輯1360頁[桃中軒雲右衛門]、大判大正14.11.28民集4巻670頁[大学湯]、最判平成16.2.13民集58巻2号311頁[ギャロップレーサー上告審]、最判平成23.12.8民集65巻9号3275頁[北朝鮮映画放送上告審]など)。さらに、最上級審判決のアプローチを整理すれば、主に、i) 厳格な解釈を採用したもの、ii) 柔軟な解釈を採用したもの、iii) 限定的な解釈を採用したもの、という三つの立場に分類することができる。

#### 第1項 厳格な解釈を採用した大審院判決

——桃中軒雲右衛門判決——

第1章で述したように、平成16年改正までの民法709条は、不法行為責任の成立要件の一つとして「権利侵害」が必要であることを明確に規定している。これは、「故意または過失によって他人に直接・間接に損害を生じさせることがあっても、権利を侵害する程度に至らないときは、損害賠償請求権を発生させるべきではない」という趣旨に立脚した要件である<sup>153</sup>。そこには、既存の法律体系において権利と認められたものを侵害したのであれば不法行為は成立しないという厳格な解釈を採用することにより、法的安定性を確保しようとする立法者の意図が窺える。

このような起草趣旨に沿って、厳格な意味での権利侵害のみが不法行為になるとする立場を採用した最上級審判決として、浪曲レコードの複製に関する大判大正3.7.4刑録20輯1360頁[桃中軒雲右衛門]が有名である。

この事件は、有名な浪曲師の桃中軒雲右衛門が浪花節をレコードに吹き込んで著作権登録をし、これを原告に譲渡したところ、被告らが購入したレコードから原盤を作成し、無断でレコードを複製販売した。そこで、原告が被告らを刑事告訴するとともに、附帯私訴<sup>154</sup>として複製レコードの販売の差止めと損害賠償を請求した事案である<sup>155</sup>。

<sup>153</sup> 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録5』(1984年・商事法務研究会)249頁、潮見佳男『不法行為法I』(第2版・2009年・信山社)61頁を参照。

<sup>154</sup> 明治23年の刑事訴訟法5条は、「被告人免訴又ハ無罪ノ言渡ヲ受ケタリト雖モ民法ニ從ヒ被害者ヨリ賠償、返還ヲ要ムル妨碍ト為ルコトナカル可シ」と規定しており、公訴について無罪の判決がなされても、同じ裁判所で附帯私訴についても判決することができる。と解されている。

<sup>155</sup> 桃中軒雲右衛門(1873-1916)は、レコード産業の草創期に最も人気があった浪曲師



大審院は、「本件雲右衛門ノ創意ニ係ル浪花節ノ楽曲ニシテ前示ノ如ク確乎タル旋律ニ依リタルモノト認ムヘキ事蹟ノ存セサル以上ハ瞬間創作ノ範圍ヲ脱スルコトヲ得サルモノニシテ之ヲ目シテ著作権法ニ所謂音楽的著作物ト謂フコトヲ得ス」と判示し、雲右衛門の浪花節は著作権の保護を受けることはないとした上で、「他人カ出捐ヲ為シテ蓄音機ノ蠟盤ニ吹込マシメタル楽曲ヲタノ蠟盤ニ写シ取りテ音譜ヲ製造シ利ヲ営ムコトノ正義ノ觀念ニ反スルハ論ヲ埃タサル所ナリト雖モ是レ独リ雲右衛門ノ演奏シタル楽曲ニ付キテ然レトモ之ニ関スル取締法ノ設ケナキ今日ニ在テハ之ヲ不問ニ付スル外他ニ途ナシトス」と述べて、刑事事件を無罪にしたばかりでなく、原告の不法行為を理由とする損害賠償請求の附帯私訴も棄却したのである。

すなわち、大審院は、即興的な音楽が著作権法の保護を受けるためには、反復可能性を有する程度にその旋律が固定されたものでなければならず、演奏とともに消滅してしまう程度では、音楽の著作物として著作権法の保護を受けることはないと判断した<sup>156</sup>。そのうえ、被告の行為が正義の觀念に反するとしても、明文で権利が定められていない限り、民法709条で保護されるべき権利には該当しないという立場を示したのである<sup>157</sup>。

この判決に対して、当時の民法学者からは、「音楽理論に拘泥して浪花節の上の著作権を否定した理論にも承服できないが、それよりも、権利侵害のない以上このような不正行為も不法行為にならない、という根本理念が反省されねばならない」<sup>158</sup>という厳しい批判がなされてきたが、最近では、刑事事件の附帯私訴であるから、罪刑法定主義が妥当すべき刑事事件に与える影響を慮って請求を棄却せざるを得なかったという肯定的な評価もみられる。たとえば、能見善久教授は、「仮に、附帯私訴を用いずに、民事裁判で純粋に不法行為の事件として訴えたならば、あるいは著作権侵害についても、単に民事の不法行為の問題に限定されるので、より柔軟な判断（拡張的な解釈）がなされた可能性もないでは

---

であった。当時、絶大な人気を誇っていた雲右衛門は吹込料がほかと比べて突出して高かったため、雲右衛門の浪花節はなかなかレコード化されなかった。これを実現させたのは、横浜市在住のドイツ人貿易商であるリチャード・ワダマンである。ワダマンは1912年に、15,000円という高額な吹込料を雲右衛門に支払って、「赤垣源蔵徳利の別れ」「南部坂後室雪の別れ」「大石生立」「村上喜剣」「正宗孝子伝」の五種類のレコードを72,000枚製造し、三光堂に販売させた。ところが、雲右衛門の人気に乗じて、正規盤を無断複製して安価で販売する業者が現れたため、雲右衛門から楽曲の著作権を譲り受け、内務省に著作権登録を行っていたワダマンは、模倣レコードの製造業者に対して著作権侵害を主張し、複製行為の差止めと1万円3,960円の損害賠償を求める訴訟を提起するとともに、刑事告訴した。一審、二審とも原告が勝訴したが、上告審である大審院は被告に対して逆転勝訴の判決を下した。

<sup>156</sup> 本判決が契機となって、1920年の旧著作権法改正でその1条1項の著作物の例示に「演奏歌唱」が加えられ、演奏歌唱者は著作者として保護されることになった。齊藤博『雲右衛門』判決へのもう一つの評価」北川善太郎編『知的財産法制』（1996年・東京布井出版）114頁を参照。因みに、著作隣接権制度が導入された現行法下では、浪曲師が創作的な旋律を加えなかったとしても実演家として著作隣接権を享受しうる。

<sup>157</sup> その後、著作権の及ばない蓄音機音譜（レコード）を制作した者が、これを複製した者に対して差止めや損害賠償を請求した、大判大正7.9.18民録24輯1710頁も、「何等法令ノ禁止スル所ニ非シテ各人ノ自由ナレハ之ニ依リテ利益ヲ営ミ創製者ノ営業上ニ損害ヲ被ラシムルモ為メニ複製者ノ行為ヲ目シテ不法行為ト謂フヲ得ス」判示し、著作権や実用新案権等の権利がない以上、原告は請求権を有しないと判示している。この判決を契機として、1934年の旧著作権法改正により、レコード製作者も著作権を享有することになった。齊藤博『雲右衛門』判決へのもう一つの評価」北川善太郎編『知的財産法制』（1996年・東京布井出版）116頁を参照。

<sup>158</sup> 我妻栄＝有泉亨＝川井健『民法2債権法』（第2版・2005年・勁草書房）425頁。

ない。しかし、附帯私訴を用いた結果、裁判官としては、事実上、刑事裁判の判断との連動を強く意識せざるをえなくなったと思われる。不法行為の成立を柔軟に判断するために著作権侵害の判断を柔軟にする（拡張的に解釈）と、事実上連動している刑事事件としての著作権法違反の判断も拡張的に認めることになってしまう。しかし、これは刑事における厳格な罪刑法定主義の考え方からしてできないことである<sup>159</sup>、と指摘している。

ともあれ、知的財産法の観点からすれば、この大審院判決は、即興で旋律を創作しながら歌唱する浪花節につき、著作権法が著作権と認めていないことを理由に、民法 709 条に基づく不法行為の成立を否定したと評価することができるだろう。

## 第 2 項 柔軟な解釈を採用した大審院判決

——大学湯判決——

その後まもなく、大審院が上記の桃中軒雲右衛門判決で採用した権利侵害の厳格な解釈は、大判大正 14. 11. 28 民集 4 卷 670 頁[大学湯]によって変更されるようになった<sup>160</sup>。

この事件の原告 X は先代の代から被告 Y1 が所有する建物を賃借りし「大学湯」の名称で湯屋業を営んでいた者である。被告 Y1 は、右賃貸借契約が合意解除により終了した後、他の共同被告 Y2 と Y3 に当該建物を賃借して湯屋の営業をさせた。しかし原告 X は、先代が借り受ける際に、被告 Y1 との間に、湯屋業にかかる老舗は被告が買い取るか、先代が任意に他に売却することを許す特約が存在したと主張し、債務不履行と不法行為を理由に損害賠償を請求した事案である<sup>161</sup>。

<sup>159</sup> 能見善久「桃中軒雲右衛門事件と明治・大正の不法行為理論」学習院大学法学会雑誌 44 卷 2 号（2009 年）219 頁。

<sup>160</sup> 民法の学者によると、桃中軒雲右衛門判決から大学湯判決への転換は、不法行為の成立要件の一つとして「権利侵害」を置くことによって不法行為責任の拡張を抑制しようとする民法典制定当初の意図が、その後の社会情勢の変化に伴い不法行為的保護を与えられるべき社会的利益が増加するにつれ、それらの利益を権利として構成する方向へと変化せざるを得なかったとされる。林良平「不法行為法における相関関係理論の位置づけ」同『近代法における物権と債権の交錯』（1989 年・有信堂）267 頁、四宮和夫『不法行為』（1987 年・青林書院）396 頁、前田達明「権利侵害と違法性」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座 2 権利侵害と被侵害利益』（1998 年・日本評論社）4 頁、潮見佳男『不法行為法 I』（第 2 版・2009 年・信山社）63 頁など。

<sup>161</sup> 本判決の事案を考えると、本件の被告 Y2 と Y3 は純粹の競業者ではなく、原告 X の先代と契約関係にあった Y1 から造作諸道具付きで建物を賃借りした者である。X の先代と Y1 との間で X 主張にかかるような特約がないのだとしても、X と Y1 との間の継続的な賃貸借契約に関わる信義則上の義務を肯定することにより、Y1 が大学湯の老舗付きで Y2 や Y3 に賃貸することは許されないという解釈を導くとともに、Y2、Y3 に関しては第三者の債権侵害の問題として処理することができた事案であったかもしれない。我妻栄『事務管理・不當利得・不法行為』（復刻版・1989 年・日本評論社）122 頁。なお、Y2、Y3 が「大学湯」という看板を掲げることに限っていえば、現在では、商品等主体混同行為を規制する不正競争防止法 2 条 1 項 1 号による処理が可能である（旧不正競争防止法の制定は 1934 年）。もっとも、X が営業を停止しているとすると、差止めや損害賠償請求の要件である「営業上の利益」を肯定しうるのかという関門があるほか、Y2 と Y3 が看板を変えて営業を継続することまでは止められないという問題がある。田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008 年・有斐閣）6 頁。また、湯屋業などのサービスマークについて商標登録を認めたのは 1991 年の商標法改正である。田村善之『商標法概説』（第 2 版・2000 年・弘文堂）256 頁。

大審院は、「七百九条ハ故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出テ以テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト云フカ如キ広汎ナル意味ニ外ナラス」とし、「当該法上ニ『他人ノ権利』トアルノ故ヲ以テ」、これは民法 709 条のほうです。「必スヤ之ヲ夫ノ具体的権利ノ場合ト同様ノ意味ニ於ケル権利ノ義ナリト解シ凡ノ不法行為アリト云フトキハ先ツ其ノ侵害セラレタルハ何權ナリヤトノ穿鑿ニ腐心シ吾人ノ法律觀念ニ照シテ大局ノ上ヨリ考察スルノ用意ヲ忘レ求メテ自ラ不法行為ノ救済ヲ局限スルカ如キハ思ハサルモ亦甚シト云フヘキナリ」と判示した。そして、本件老舗が取引の対象となるものである以上、法規違反の行為によりその売却が妨げられたことにより、得べかりし利益が失われたとすると、それは所有権の場合と変わるところはなく、かかる利益も不法行為により保護する必要があるとして、不法行為の成立を認めた<sup>162</sup>。

すなわち、大審院は、「民法 709 条が厳格な意味での『権利』が侵害された場合を規律対象としていることを前提としたうえで、『権利』とはいえない『法律上保護される利益』に対する侵害も不法行為による保護を与えるべきである」と判示しており、「不法行為を『法規違反の行為』と捉えているところからは、『権利』に対する侵害行為と、『法律上保護される利益』に対する侵害行為とを『法規違反の行為』という統合された観点のもとで把握しようとする姿勢がみられる」のである<sup>163</sup>。

ここでは、「競業者による適法な競争行為によっても売上げは減退するところ、得べかりし利益の保護が必要となるのはいかなる場合なのか、その鍵となるべき『法規違反の行為』とはどのような行為をいうのかということとは判文上必ずしも判然としない」<sup>164</sup>という問題が残されているが、ともあれ、法律上保護される利益であれば、特に何々権という形で明文がなくても、その利益の侵害として不法行為が成立するという柔軟な解釈を採ったことは明らかである<sup>165</sup>。この意味では、桃中軒雲右衛門判決と異なり、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して一般不法行為の成立を認める途が

<sup>162</sup> 判決の該当部分は、「老舗カ売買贈与其ノ他ノ取引ノ対象ト為ルハ言フ俟タサルトコロナルカ故ニ若被上告人等ニシテ法規違反ノ行為ヲ敢シ以テ上告人先代カ之ヲ他ニ売却スルコトヲ不能ナラシメ其ノ得ヘカリシ利益ヲ喪失セシメタルノ事実アラムカ是猶或人カ其ノ所有物ヲ売却セムトスルニ当リ第三者ノ詐術ニ因リ売却ハ不能ニ帰シ為ニ所有者ハ其ノ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタル場合ト何ノ扱フトコロカアル此等ノ場合侵害ノ対象ハ売買ノ目的物タル所有物若ハ老舗ソノモノニ非ス得ヘカリシ利益即是ナリ斯ル利益ハ吾人ノ法律觀念上不法行為ニ基ク損害賠償請求權ヲ認ムルコトニ依リテ之ヲ保護スル必要アルモノナリ原判決ハ老舗ナルモノハ権利ニ非サルヲ以テ其ノ性質上不法行為ニ因ル侵害ノ対象タルヲ得サルモノナリト為セシ点ニ於テ誤レリ更ニ上告人主張ニ係ル本件不法行為ニ因リ侵害セラレタルモノハ老舗ソノモノナリト為セシ点ニ於テ誤レリ本件上告ハ其ノ理由アリ」である。

<sup>163</sup> 潮見佳男『不法行為法 I』（第 2 版・2009 年・信山社）64 頁は、この枠組みは、①「権利」概念そのものについては厳格な理解を維持しつつ、②不法行為を「法規違反の行為」と捉えたときには民法 709 条の「権利侵害」行為に関する規律だけでは規律の欠缺が存在するから、これを「法律上保護された利益」に対する侵害行為に関する規律を立てることで補充したという意味を持つと評価している。広中俊雄『民法解釈方法に関する 12 講』（1997 年・有斐閣）12 頁も参照。

<sup>164</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008 年・有斐閣）5 頁。

<sup>165</sup> 林良平「不法行為法における相関関係理論の位置づけ」同『近代法における物権と債権の交錯』（1989 年・有信堂）267 頁、四宮和夫『不法行為』（1987 年・青林書院）396 頁、前田達明「権利侵害と違法性」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座 2 権利侵害と被侵害利益』（1998 年・日本評論社）4 頁、潮見佳男『不法行為法 I』（第 2 版・2009 年・信山社）63 頁など。

開かれたと理解することができるだろう。

### 第3項 限定的な解釈を採用した最高裁判決（その1）

——ギャロップレーサー上告審——

その後、この論点に関する最上級審判決は途絶えていたが、最近になって、上記の大学湯事件の大審院が採用した立場を完全に否定したわけではないが、不法行為法理による知的財産法の補完的な保護を制限しようとする判決が幾つか登場している。その一つが、いわゆる物のパブリシティ権<sup>166</sup>に関する最判平成16.2.13民集58巻2号311頁[ギャロップレーサー上告審]<sup>167</sup>である。

この事件は、競走馬の所有者が、その競走馬の名称を無断で利用してゲーム・ソフトを製作、販売した業者に対して、その競走馬の名称等有する顧客吸引力などの経済的価値を独占的に支配する財産的権利（物のパブリシティ権）を侵害したことを理由に、ゲーム・ソフトの製作、販売等の差止め及び不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である<sup>168</sup>。

最高裁は、「現行法上、物の名称の使用など、物の無体物としての面の利用に関しては、商標法、著作権法、不正競争防止法等の知的財産権関係の各法律が、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に排他的な使用権を付与し、その権利の保護を図っているが、その反面として、その使用権の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないようにするため、各法律は、それぞれの知的財産権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、その排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしている」とした上で、「競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、物の無体物としての面の利用の一形態である競走馬の名称等の使用につき、法令等の根拠もなく競走馬に所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく、また、競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行

---

<sup>166</sup> 田村善之『不正競争防止法』（第2版・2005年・有斐閣）505-541頁、上野達弘「パブリシティ権をめぐる課題と展望」高林龍編『知的財産法制の再構築』（2008年・日本評論社）185-207頁、北村二郎「芸能人の肖像写真が雑誌の記事に利用された場合のパブリシティ権侵害の成否」知的財産法政策学研究25号（2009年）301-343頁、橋谷俊「女性週刊誌『女性自身』に『ピンク・レディーde ダイエット』と題する特集記事を組み、ピンク・レディーの白黒写真を無断掲載した行為についてパブリシティ権侵害を否定した事例（1）・（2・完）ーピンク・レディー事件ー」知的財産法政策学研究41号（2013年）231-276頁・42号（2013年）297-340頁など。

<sup>167</sup> この最高裁判決の評釈として、田村善之「競走馬の馬名をゲーム・ソフトに無断利用する行為と物のパブリシティ権侵害の成否」法学教室294号（2004年）21頁、井上由里子「競走馬の名称と『パブリシティ権利』」ジュリスト1291号（2005年）272-273頁、手嶋豊「競走馬の所有者による無断ゲームソフト制作業者への差止め・損害賠償請求」私法判例リマークス（2005年・下）54-57頁、木村和成「物のパブリシティ権侵害に基づく差止請求・損害賠償請求の可否」法律時報76巻11号（2004年）87-90頁、三浦正広「競走馬のパブリシティ権をめぐる最高裁判決」コピーライト2004年7月号26-32頁などがある。

<sup>168</sup> 名古屋地判平成12.1.19判タ1070号233頁[ギャロップレーサー]、名古屋高判平成13.3.8判タ1071号294頁[同二審]は、GIレースへの出走経験のある馬の馬名（一審）もしくはGIレースでの優勝経験のある馬の馬名（二審）には顧客吸引力があるとして物のパブリシティ権の成立を肯定するとともに、不法行為の成立を認めていた。しかし、ほぼ同様の事案で、東京地判平成13.8.27判時1758号3頁[ダービースタリオン]、東京高判平成14.9.12判時1809号140頁[同二審]は、実態法上の根拠がないとして請求を棄却した。

為の成否については、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっているとはいえ、現時点において、これを肯定することはできないものというべきである」と判示し、物のパブリシティ権に基づく差止め及び不法行為の成立を否定した。

すなわち、最高裁は、物の名称の使用など、物の無体物としての面の利用に関しては、著作権法等の知的財産権関係の法律が、権利の保護を図る反面として、使用权の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないよう、排他的な使用权の及ぶ範囲、限界を明確にしていることに鑑みると、競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に排他的な使用权等を認めることは相当ではないと判断した。

この判決を厳しく読めば、最高裁が不法行為法による知的財産法の補完的保護を否定したと理解されることも可能である<sup>169</sup>。しかし、この事件の調査官である瀬戸口壯夫の解説によれば、最高裁が判示したのは、本件のようなケースで所有権や物のパブリシティ権を持ち出したとしても不法行為は成立しないということに過ぎず、「本件とは異なる事実関係のもとで競走馬の名称等が利用された場合に、他の法律構成によって不法行為の成立等が認められる可能性があることまで全面的に否定するものではない」とする。そして、「どのような事実関係があれば、いかなる立場の者に、どのような範囲において不法行為に基づく損害賠償請求権が認められるかは、今後の裁判例や学説の積み重ねによって明らかにされるべき問題」である、と指摘する<sup>170</sup>。その意味では、物のパブリシティ権という新たな権利ではなく、他の法律構成に絞って主張した場合には、その侵害に対して不法行為の成立が認められる余地はあったと思われる。

そうすると、ギャロップレーサー上告審は、著作権法等の知的財産権関係の法律が、権利の保護を図る反面として、使用权の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないよう、排他的な使用权の及ぶ範囲、限界を明確にしていることを理由に、原則として、知的財産法上の保護が否定された場合に、不法行為法による補完的な保護を控えるべきという厳しい態度を採用しつつも、例外的に不法行為の成立が認められる場合があることを示唆したと評価することができるだろう。

#### 第4項 限定的な解釈を採用した最高裁判決（その2）

——北朝鮮映画放送上告審——

もう一つは、北朝鮮の国民を著作者とする著作物が日本の著作権法によって保護されることがあるか<sup>171</sup>、仮に保護されないとすると、その利用行為に対して民法上の不法行為責任が成立するか否かが争われた最判平成23.12.8民集65巻9号3275頁〔北朝鮮映画放

<sup>169</sup> 木村和成「物のパブリシティ権侵害に基づく差止請求・損害賠償請求の可否」法律時報76巻11号（2004年）90頁は、ギャロップレーサー上告審の最高裁判決が、競走馬の名称等の無断使用につき不法行為が認められる余地を全面的に閉ざしたと批判している。

<sup>170</sup> 瀬戸口壯夫「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成16年度（上）』（2007年・法曹会）118-119頁。

<sup>171</sup> 北朝鮮は、平成15年4月28日、世界知的所有権機関の事務局長に対し、ベルヌ条約に加入する旨の加入書を寄託し、同条約は、同年4月28日に北朝鮮について効力を生じた。ただし、日本は北朝鮮を国家として承認しておらず、また、日本は北朝鮮以外の国がベルヌ条約に加入し、同条約が同国について効力を生じた場合には、その旨を告示しているが、同条約が北朝鮮について効力を生じた旨の告示をしていない。そして、外務省及び文部科学省は、日本が北朝鮮の国民の著作物について、ベルヌ条約の同盟国の国民の著作物として保護する義務を同条約により負うとは考えていない旨の見解を示している。

送上告審]である<sup>172</sup>。

この事件は、北朝鮮の文化省傘下の行政機関X1と、当該機関から日本国内における独占的な上映、複製、頒布を許諾された日本法人の有限会社で映画や映像関連の業務を行っているX2が原告となって、被告Yが「ニュースプラス1」と題するテレビニュース番組において、北朝鮮のテレビで北朝鮮の兵士が韓国の兵士よりも強く勇敢であることを強調する内容の映画「命令027号」が朝鮮戦争の開戦日に近接する日に放送されたことを紹介する目的で、その一部をXらに無断で合計2分11秒間放送したことに対し、著作権に基づく差止め及び不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である。

最高裁は、北朝鮮が未承認国であるために、ベルヌ条約に互いに加盟しているとしても日本は北朝鮮の著作物を保護する義務を負わないとの解釈を採用し、著作権法の保護を否定した<sup>173</sup>。そして、民法上の一般不法行為法の成否につき、「著作権法は、著作物の利用

---

<sup>172</sup> 一審判決（東京地判平成 19. 12. 14 平成 18（ワ）5640）の評釈として、茶園成樹「北朝鮮の著作物について我が国が保護する義務を負わないと判断された事例」知財管理 58 巻 8 号（2008 年）1099-1103 頁、横溝大「未承認国家の著作物とベルヌ条約上の保護義務—北朝鮮著作物事件—」知的財産法政策学研究 21 号（2008 年）263-277 頁、猪瀬貴道「ベルヌ条約上の日本と北朝鮮との間の権利義務関係が否定された事例」ジュリスト 1366 号（2008 年）172-175 頁、江藤淳一「北朝鮮の著作物にベルヌ条約が及ばないとされた事例」法セ増刊速報判例解説 2 号（2008 年）251-254 頁などがある。

また、控訴審判決（知財高判平成 20. 12. 24 平成 20（ネ）10012）の評釈として、上野達弘「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」速報判例解説 5 号（2009 年）251-254 頁、同「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」Law&Technology45 号（2009 年）60-71 頁、横溝大「未承認国の著作物—北朝鮮事件：控訴審—」中山信弘＝大淵哲也＝小泉直樹＝田村善之編『著作権判例百選』（第 4 版・2009 年・有斐閣）228-229 頁、張睿暎「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮映画放映事件—」著作権研究 36 号（2009 年）182-198 頁、臼杵英一「多国間条約と未承認国—ベルヌ条約と北朝鮮—」ジュリスト臨時増刊 1376 号（2009 年）321-323 頁、西口博之「未承認国家の著作権の保護—北朝鮮映画判決を読んで—」コピーライト 576 号（2009 年）65-69 頁、濱本正太郎「未承認国家の地位—ベルヌ条約事件—」小寺彰＝森川幸一＝西村弓編『国際法判例百選』（第 2 版・2011 年・有斐閣）34-35 頁などがある。

そして、本判決の評釈として、山田真紀「北朝鮮著作権事件」Law&Technology56 号（2012 年）82-86 頁、上野達弘「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」AIPPI57 巻 9 号（2012 年）562-583 頁、小泉直樹「北朝鮮著作権事件上告審」ジュリスト 1437 号（2012 年）6-7 頁、張睿暎「北朝鮮映画放映事件」法セ増刊速報判例解説 11 号（2012 年）237-240 頁、丁文杰「未承認国の著作物の保護範囲（1）・（2）（完）—北朝鮮映画放送事件—」知的財産法政策学研究 41 号・42 号（2013 年）325-357・395-444 頁などがある。

<sup>173</sup> 最高裁は、「我が国について既に効力が生じている多数国間条約に未承認国が事後に加入した場合、当該条約に基づき締約国が負担する義務が普遍的価値を有する一般国際法上の義務であるときなどは格別、未承認国の加入により未承認国との間に当該条約上の権利義務関係が直ちに生ずると解することはできず、我が国は、当該未承認国との間における当該条約に基づく権利義務関係を発生させるか否かを選択することができる」とした上で、多数国間条約であるベルヌ条約は普遍的価値を有する一般国際法上の義務を締約国に負担させるものではなく、日本は、未承認国である北朝鮮との間においてベルヌ条約に基づく権利義務関係は発生しないという立場を採っていることから、日本は、同条約 3 条 1 項（a）に基づき北朝鮮の国民の著作物を保護する義務を負うものではなく、本件各映画は、著作権法 6 条 3 号所定の著作物には当たらないと解するのが相当であると判断した。この判旨をみる限り、最高裁は、従来の裁判例の一元的な解釈にこだわることなく、いわば「ベルヌ条約の解釈+α（政府の立場）」という二元的な要件論を掲げている。すなわち、従来の裁判例では、日本が北朝鮮に対してベルヌ条約上の保護義務を負わない積極的な根

について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている」と述べて、前掲最判平成 16. 2. 13 民集 58 卷 2 号 311 頁[ギャロップレーサー上告審]の説示を踏襲した上で、「同法により保護を受ける著作物の範囲を定める同法 6 条もその趣旨の規定であると解されるのであって、ある著作物が同条各号所定の著作物に該当しないものである場合、当該著作物を独占的に利用する権利は、法的保護の対象とはならないものと解される」とし、「同条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではない」という一般論を展開した。そのうえで、具体的な当てはめとして、「X2 が主張する本件映画を利用することにより享受する利益は、同法が規律の対象とする日本国内における独占的な利用の利益をいうものにほかならず、本件放送によって上記の利益が侵害されたとしても、本件放送が X2 に対する不法行為を構成するとみることはできない」とし、「仮に、X2 の主張が、本件放送によって、X2 が本件契約を締結することにより行おうとした営業が妨害され、その営業上の利益が侵害されたことをいうものであると解し得るとしても、前記事実関係によれば、本件放送は、テレビニュース番組において、北朝鮮の国家の現状等を紹介することを目的とする約 2 分 20 秒間の企画の中で、同目的上正当な範囲内で、1 時間 17 分の本件映画のうち合計 2 分 11 秒間分を放送したものにすぎず、これらの事情を考慮すれば、本件放送が、自由競争の範囲を逸脱し、1 審原告 X1 の営業を妨害するものであるとは到底いえないのであって、X2 の上記利益を違法に侵害するとみる余地はない」ということを理由に、未承認国の著作物の利用行為が不法行為に該当するとして損害賠償請求を認容した原判決(知財高判平成 20. 12. 24 平成 20(ネ) 10012 号[北朝鮮映画放送控訴審])を取り消し<sup>174</sup>、不法行為の成立を否定したのである。

すなわち、最高裁は、未承認国の著作物の利用行為と一般不法行為との関係について、

---

抛を、ベルヌ条約 3 条 1 項の趣旨に求めているもの(東京地判平成 19. 12. 14 平成 18(ワ) 5640 号[北朝鮮映画放送一審])や、憲法上の内閣の権限に求めているもの(知財高判平成 20. 12. 24 平成 20(ネ) 10012 号[北朝鮮映画放送控訴審]、東京地判平成 23. 9. 15 平成 21(行ウ) 417 号[北朝鮮特許])が微妙に分かれていたところ、最高裁は、これら二つの意見を融合させる立場を採ったのである。そして、ベルヌ条約 3 条 1 項の解釈及び政府の立場の相互関係に着目するのではなく、未承認国の著作物とベルヌ条約上の保護義務の関係を、基本的にはベルヌ条約 3 条 1 項の解釈問題に帰結しているものの、ベルヌ条約の解釈に即して具体的な結論を導くためには、日本政府が、未承認国である北朝鮮との関係で、ベルヌ条約上の権利義務関係をどのように考えているのかという政府の立場も窺う必要があることを明確に述べた点が特徴的である。具体的な議論について、丁文杰「未承認国の著作物の保護範囲(1)－北朝鮮映画放送事件－」知的財産法政策学研究 41 号(2013 年) 325－357 頁を参照。

<sup>174</sup> 知財高判平成 20. 12. 24 平成 20(ネ) 10012 号[北朝鮮映画放送控訴審]の裁判所は、「著作物は人の精神的な創作物であり、多種多様なものが含まれるが、中にはその製作に相当の費用、労力、時間を要し、それ自体客観的な価値を有し、経済的な利用により収益を挙げ得るものもあることからすれば、著作権法の保護の対象とならない著作物については、一切の法的保護を受けないと解することは相当ではなく…、利用された著作物の客観的な価値や経済的な利用価値、その利用目的及び態様並びに利用行為の及ぼす影響等の諸事情を総合的に考慮して、当該利用行為が社会的相当性を欠くものと評価されるときは、不法行為法上違法とされる場合があると解するのが相当である」と判示し、不法行為の成立を認容した。

著作権法が権利の及ぶ範囲と限界を明らかにしていることを理由に、著作権法6条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用行為による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為該当性を否定するという限定的な解釈を採用している。

ただし、最判平成16. 2. 13民集58巻2号311頁[ギャロップレーサー上告審]と異なるのは、「特段の事情」がある場合には不法行為該当性が肯定されるときがあることを明示した上で、どのような場合に不法行為が成立するのかという問いについて、一定の示唆を与えたという点である。具体的には、「同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情」が存する場合には、不法行為が成立する余地があると説示したことに意義があるだろう<sup>175</sup>。

## 第5項 小括

以上の最上級審判決の考察をまとめると、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して、民法709条の一般不法行為が成立することがあるのかという問題をめぐって、大正期には、厳格な解釈を採用した大判大正3. 7. 4刑録20輯1360頁[桃中軒雲右衛門]から柔軟な解釈を採用した大判大正14. 11. 28民集4巻670頁[大学湯]への転換があったものの、最近の最高裁判決の傾向は、知的財産法上の保護が否定された場合に、不法行為法による補完的な保護をなるべく制限しようとする限定的な解釈を採用していることが明らかである。

また、限定的な解釈を採用した最近の最高裁判決、すなわち最判平成16. 2. 13民集58巻2号311頁[ギャロップレーサー上告審]、及び、最判平成23. 12. 8民集65巻9号3275頁[北朝鮮映画放送上告審]は、結論として不法行為の成立を否定したとはいえ、いずれも例外的に不法行為が成立する余地があることを示唆している。そのうち、特に最判平成23. 12. 8民集65巻9号3275頁[北朝鮮映画放送上告審]は、初めて不法行為の成立要件として「著作権法が規律対象とする利益と異なる趣旨の法的利益」を明示した重要な最高裁判決である。このような最高裁判決の要件論は、今後の裁判実務に対して具体的な解釈指針を提示する重要な役割を果たすことになるだろう。

そこで以下では、最高裁の示した「著作権法が規律対象とする利益と異なる趣旨の法的利益」という要件論の射程を考察することにしたい。

## 第2款 最高裁判決の射程

それでは、最判平成23. 12. 8民集65巻9号3275頁[北朝鮮映画放送上告審]（以下、「北朝鮮映画放送上告審」という。）における最高裁の判断は、従来の裁判例との関係でどのように位置づけるべきであろうか、また、最高裁が示した「著作権法が規律対象とする利益と異なる趣旨の法的利益」という要件論は、今後の裁判例に如何なる解釈指針を提示するのであるだろうか。以下、敷衍する。

### 第1項 著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の法的利益

さて、北朝鮮映画放送上告審の調査官である山田真紀は、潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第

---

<sup>175</sup> 田村善之「民法の一般不法行為法による著作権法の補完の可能性について」『ライブ講義知的財産法』（2012年・弘文堂）528頁を参照。



二版]』の言葉を引用し、「著作権法が規律対象とする利益と異なる趣旨の法的利益」という要件論の趣旨を次のように説明している。いわく、「特別法において、何が不法行為を構成する行為かという態度決定をするにあたり、特別法上の規律対象とする分野で、不法行為となる行為類型と、不法行為とならない行為類型とを、利害関係のある当事者各層の権利・利益、公共の利益等をも考慮して判断しているから、不法行為類型の完結的な選択・決定がされているのであり、そこに規律の欠缺はなく、選択・矛盾する一般不法行為法による補充は認められないのが原則であり、別途の観点から法益を観念することができる場合、想定していなかった事態が生じて規律の欠缺が存在するに至ったという場合などに例外が認められ得る」<sup>176</sup>。

なるほど、個別の知的財産法は、特定の目的のために、どのような行為を違法とすべきかを民主的に決定しているのだから、同一の目的のために、当該知的財産法に規律されていない行為を違法とすることは民主主義の原則に違反する鑑みると、原則としては民主的な決定を尊重し、不法行為法による知的財産法の補完的な保護を謙抑的に止めるべきである。しかし、既存の知的財産法にない目的に基づいて規律しうる、しかも民主的な決定がなされていない利用行為が問題となった場合には、そこまで裁判所の自由裁量権が制限されるわけではないから、例外的に不法行為の成立が認められる余地があると解すべきである。そうすると、最高裁判決の要件論はそれなりに筋が通っていると評価することができよう。

以下では、北朝鮮映画放送上告審において原告 X2 が侵害を主張する「独占的な利用の利益」、あるいは「営業上の利益」を手がかりに、最高裁判決の射程をより具体的に考察することにしたい。

## 1. 独占的な利用の利益

まず、北朝鮮映画放送上告審の確定された事実関係によれば、原告 X2 は X1 との間で映画著作権基本契約を締結し、映画「命令 027 号」等の日本国内における独占的な上映、放送、第三者に対する利用許諾等について、その許諾を受けたことが認められる。しかし、このような日本国内における独占的な利用は、その映画が著作権法の保護を享受する著作物に該当することが前提として保護されることになる。そうだとすれば、現行著作権法が、その保護の発生に国家承認を要求しているにも拘わらず、未承認国である北朝鮮の著作物に独占的な利用を認めることは、既存の著作権法と同じ目的のために著作権法で規律されていない行為を違法とする結果にならざるを得ない。著作権法等の知的財産権関係の法律が、権利の保護を図る反面として、使用権の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないよう、排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしている旨を示した、前掲最判平成 16. 2. 13 民集 58 卷 2 号 311 頁[ギャロップレーサー上告審]の判旨に照らせば、著作権法が規律対象とする利益に対して、いったん著作権法の保護を否定しつつ、返す刀で不法行為法による救済を認めることは、著作権法との関係で整合的に位置づけることが困難であるだろう。

なお、従来裁判例の中には、著作権法が規律の対象とする利益に対して、いったん著作権法の保護を否定しつつ、返す刀で不法行為法による救済を認めた裁判例がある(知財高判平成 18. 3. 15 平成 17 (ネ) 10095 等[通勤大学法律コース控訴審])。

<sup>176</sup> 山田真紀「北朝鮮著作権事件」Law&Technology56号(2012年)86頁。それに該当する潮見佳男教授の議論からの引用部分として、潮見佳男『不法行為法 I』(第2版・2009年・信山社)91-94頁を参照。

たとえば、一般人向けの法律解説書「図解でわかる 債権回収の実際」ほか計3冊の書籍と、個別の論述や全体の構成等がよく似ている「通勤大学法律コース」なる文庫シリーズの一環として3冊の書籍を発行した被告の行為に対して、不法行為の成立を認めた知財高判平成18.3.15平成17(ネ)10095等[通勤大学法律コース控訴審]<sup>177</sup>をみてみよう。知財高裁は、原審(東京地判平成17.5.17判時1950号147頁[通勤大学法律コース])の判断を覆し、原判決では侵害が認められた3カ所についても、「法令の内容や判例から導かれる当然の事項を普通に用いられる言葉で表現したものにすぎず、創作的な表現であるとはいえない」ということを理由に、類似性の要件を充足しないとして著作権侵害を否定しながら、「一般人向けの解説を執筆するに当たっては、表現等に格別な創意工夫を凝らしてするのでない限り、平易化・単純化等の工夫を図るほど、その成果物として得られる表現は平凡なものとなってしまう、著作権法によって保護される個性的な表現からは遠ざかってしまう弊を招くことは避け難いものであり、X各文献の場合も表現等に格別な創意工夫がされたものとは認められない。もっとも、X各文献を構成する個々の表現が著作権法の保護を受けられないとしても、故意又は過失によりX各文献に極めて類似した文献を執筆・発行することにつき不法行為が一切成立しないとするのは妥当ではない。執筆者は自らの執筆にかかる文献の発行・頒布により経済的利益を受けるものであって、同利益は法的保護に値するものである。そして、他人の文献に依拠して別の文献を執筆・発行する行為が、営利の目的によるものであり、記述自体の類似性や構成・項目立てから受ける全体的印象に照らしても、他人の執筆の成果物を不正に利用して利益を得たと評価される場合には、当該行為は公正な競争として社会的に許容される限度を超えるものとして不法行為を構成するというべきである」との一般論の下で、不法行為に基づく損害賠償の請求を認容した。

この判決は、不法行為法上の保護を必要とするインセンティブに不足があるという特段の事情(たとえば、後述する創作投資の保護、取材体制の構築など)を挙げることなく、単純に平易化・単純化等の工夫を指摘して不法行為の成立を認めている。しかし、そのような平易化・単純化等の工夫は、著作権法が保護しようとする著作物の創作活動と不可分の関係にあり、著作権法は、まさにそれが創作的な表現に至ってはじめてこれを保護することを宣言しているように思われる<sup>178</sup>。

したがって、北朝鮮映画放送上告審の射程を考慮するならば、知財高判平成18.3.15平成17(ネ)10095等[通勤大学法律コース控訴審]のように、既存の著作権法と同じ目的のために著作権法で規定されていない行為を違法とする場合には、行為者の予測可能性を過度に害する結果、競争を過度に萎縮させるおそれがあるから、破棄されるべきものとなるだろう。

## 2. 営業上の利益

次に、山田調査官の解説によれば、「本判決が、本件放送の具体的な態様を示してX2の営業を妨害するものであるとはいえないとの判断を示している点に関連して、たとえば本件放送が本件映画全体を放映するものであった場合に不法行為が成立するのか否か、議論があり得るところである。どの程度の行為によって営業妨害との評価が可能かの個別的

<sup>177</sup> この判決の評釈として、山根崇邦「著作権侵害が認められない場合における一般不法行為の成否」知的財産法政策学研究18号(2007年)221-278頁などがある。

<sup>178</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』(2008年・有斐閣)32、47頁を参照。

な問題であり、本判決は、本件の具体的な事情の下で不法行為成立の余地がないことを示したにすぎず、営業妨害の不法行為の成否の限界事情を示唆するものではない」とする<sup>179</sup>。すなわち、この解説からすれば、最高裁は営業上の利益を「著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の法的利益」の典型例として考えており、他人の営業妨害により営業活動上の利益が侵害された場合には、別途不法行為が成立する余地があることになる。

実際、従来の下級審裁判例の中にも、営業上ないし事業活動上の利益という観点から、個別の知的財産法で規律されていない行為に対して一般不法行為の成立を認めているかのように読める裁判例がある（東京高判平成 3. 12. 17 知裁集 23 卷 3 号 808 頁〔木目化粧紙二審〕、東京地判平成 13. 5. 25 判時 1774 号 132 頁〔スーパーフロントマン中間判決〕<sup>180</sup>など）。

たとえば、他人の製造販売する木目化粧紙をフォト・コピーし、全く同じ柄の木目化粧紙を競合地域で廉価販売した行為に対して、不法行為の成立を認めた東京高判平成 3. 12. 17 知裁集 23 卷 3 号 808 頁〔木目化粧紙二審〕<sup>181</sup>をみてみよう。東京高裁は、木目化粧紙の模様の原画について、純粋美術と同視できないとして著作物性を否定しながら、「Y は、X 製品の模様と寸分違わぬ完全な模倣である Y 製品を製作し、これを X の販売地域と競合する地域において廉価で販売することによって X 製品の販売価格の維持を困難ならしめる行為をしたものであって、Y の右行為は、取引における公正かつ自由な競争として許されている範囲を甚だしく逸脱し、法的保護に値する X の営業活動を侵害するものとして不法行為を構成する」と判示し、不法行為に基づく損害賠償請求を認容した。

この判決は、不正競争防止法 2 条 1 項 3 号が新設される以前に、個別の知的財産法で規律されていない行為に対して一般不法行為の成立を認めたものである。文献の中には、この判決を、営業上の利益ないし経済活動上の利益を民法 709 条にいう「法律上保護される利益」と捉えることで、知的財産法とは別の観点から、当該営業上の利益ないし経済活動上の利益を侵害する行為を不法行為とみて、これにより利益主体に生じた損害を賠償の対象として認めたものと理解する見解がある<sup>182</sup>。しかし、そもそも競争というものが必然

<sup>179</sup> 山田真紀「北朝鮮著作権事件」Law&Technology56号（2012年）86頁。

<sup>180</sup> 東京地判平成 13. 5. 25 判時 1774 号 132 頁〔スーパーフロントマン中間判決〕の裁判所は、「人が費用や労力をかけて情報収集整理することでデータベースを作成し、そのデータベースを製造販売することで営業活動を行っている場合において、そのデータベースのデータを複製して作成したデータベースを、その者の販売地域と競合する地域において販売する行為は、公正かつ自由な競争原理において、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成する場合がある」と判示した。

<sup>181</sup> 事案は、木目化粧紙の原画を作成し、これを原版として着色・印刷したものを販売していた X が、X 製品をそのまま写真撮影し、製版印刷した木目化粧紙を販売した Y に対して、著作権法等に基づく請求を行ったものである。一審判決（東京地判平成 2. 7. 20 無体集 22 卷 2 号 430 頁〔木目化粧紙一審〕）は X の請求を棄却しており、X は控訴審において、Y の行為は不法行為に該当すると追加的に主張した。この判決の評釈として、田村善之「他人の商品のデッド・コピーと不法行為の成否－木目化粧紙事件－」特許研究 14 号（1992 年）32－43 頁などがある。

<sup>182</sup> 潮見佳男『不法行為法 I』（第 2 版・2009 年・信山社）92－93 頁を参照。なお、潮見教授は、「営業権」あるいは「営業上の利益」と呼ばれるものが、所有権などと違い、外延が固定した絶対権・排他的性質をもつ権利といえないことを理由に、「被害者とされる者のもつ営業上のさまざまな利益の営業権・営業利益としての要保護性は、加害者とされる者（競業者の場合もあれば、そうでない場合もある）のさまざまな権利、すなわち、この者の営業の自由、職業活動の自由、表現の自由（ボイコット・不買運動などの例）、各

的に他者の営業に不利益を与える以上、「自由競争」や「営業上の利益」という抽象的な概念を持ち出したからといって特に違法とすべき競争の類型が浮かび上がるわけではない<sup>183</sup>。たとえば、競争会社の開業により他社の営業の継続が困難にしたとしてもそれだけでは違法となるものではない。また、営業上の利益というものが、論理必然的に個別の知的財産法が規律対象とする利益と異なる趣旨の法的利益になるわけでもない。たとえば、不正競争防止法4条の本文は、「故意又は過失により不正競争を行って他人の営業上の利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずる」と規定しており、ここでいう「営業上の利益」は個別の知的財産法が規律対象とする利益にほかならない。それゆえ、「著作権法が規律対象とする利益と異なる趣旨の法的利益」という要件論の射程を考察するには、「自由競争」や「営業上の利益」という抽象的なものを超える具体の論拠が必要であるだろう<sup>184</sup>。

以上のような理論的な側面はともかくとして、とりわけ東京高判平成3.12.17知裁集23巻3号808頁[木目化粧紙二審]の具体的な事案に照らしてみれば、この判決は、被告が木目化粧紙の模様をデッド・コピーして被告製品を製作し、これを原告と競合する販売地域において廉価販売することによって、原告製品の販売価格の維持を困難ならしめたことを斟酌している。しかし、たとえ廉価販売がなかったとしても、被告はデッド・コピーすることにより商品化のための時間を節約し、被告の市場先行の利益を失わしめているから、そのみで被告の行為を違法とするに十分であったと思われる。

もっとも、他人の商品の模倣手段がデッド・コピーではない場合には、たとえアイデアが盗用されたとしても、模倣は自由であることを原則とすべきである。しかし、単なるアイデアの模倣とは区別してデッド・コピーを問題としなければならないのは、デッド・コピーによる競争まで放任する場合には、模倣者が市場に通用するための商品とする過程、すなわち商品化のための時間、労力、費用を節約することができる結果、先行者の市場先行の利益が失われるからである。それゆえ、市場先行の利益を保護する個別の立法がなされていない当時は、明文の知的財産権による法的保護の外側で働いているインセンティブを守るために、既存の知的財産法と異なる趣旨でデッド・コピーを一般的に規制する必要があったのである<sup>185</sup>。

したがって、知的財産権という権利の枠を超えて包括的に世の中に存在している、商品開発のインセンティブとなる市場先行の利益を担保するために、民法709条の不法行為に基づいてデッド・コピーする行為を規制したとしても、こうした市場先行の利益は個別の知的財産法が規律対象とする利益と異なる趣旨の法的利益であるから、直ちに知的財産法の趣旨を潜脱することにはならなかったと思われる。

---

種の労働基本権（労働争議などの例）などとの衡量を経て、はじめて確定されることになる」とする。潮見佳男『不法行為法I』第2版・2009年・信山社）96頁。

<sup>183</sup> 田村善之『不正競争防止法』（第2版・2005年・有斐閣）459頁の注1）を参照。

<sup>184</sup> たとえば、会社の工場を不法に占拠して営業妨害を行ったとか（営業の自由ないし所有権の侵害の視点）、信用毀損行為が行われたとか（不当需要喚起の視点）、原価割れ売買を行い当該地域内の市場の独占を図ったとか（競争減殺の視点）、営業秘密を不正に利用したとか（成果冒用の視点）、自身が競業避止義務に違反して開業したり、競業避止義務がある従業員を引き抜いたり、そうではなくとも大量の従業員を引き抜いて営業の継続を困難にしたとか（債権侵害の視点）の事情の有無により、違法か否かが判断されることになる。

<sup>185</sup> 田村善之『知的財産法』（第5版・2010年・有斐閣）30-32頁、同「商品形態のデッド・コピー規制の動向」『ライブ講義知的財産法』（2012年・弘文堂）71-78頁などを参照。

しかし、東京高判平成 3. 12. 17 知裁集 23 卷 3 号 808 頁[木目化粧紙二審]を一つの契機として、1993 年の不正競争防止法改正により商品形態のデッド・コピーを規律する 2 条 1 項 3 号が導入されており、市場先行の利益を保護する個別の立法がなされている現在は、市場先行の利益も個別の知的財産法が規律の対象とする利益にほかならず、最高裁判決の射程外にあるだろう<sup>186</sup>。

### 3. 小括

以上の分析をまとめれば、次のようになる。現行著作権法が、その保護の発生に国家承認を要求している以上、未承認国である北朝鮮の著作物に独占的な利用を認めることは、既存の著作権法と同じ目的のために著作権法で規律されていない行為を違法とする効果があるから、著作権法との関係で整合的に位置づけることが困難である。したがって、北朝鮮映画の独占的な利用を否定した最高裁の判断は妥当であるだろう。

また、最高裁は、営業上の利益を「著作権法が規律する利益と異なる法的な利益」の典型例として考えており、他人の営業妨害により営業活動上の利益が侵害された場合には、別途不法行為が成立する余地があることを示唆している。しかし、そもそも競争というものが必然的に他者の営業に不利益を与える以上、「自由競争」や「営業上の利益」という抽象的な概念を持ち出したからといって特に違法とすべき競争の類型が浮かび上がるわけではない。そして、営業上の利益というものが、論理必然的に個別の知的財産法が規律する利益と異なる趣旨の法的利益になるわけでもない。したがって、「著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の法的利益」という要件論の射程を考察するためには、「自由競争」や「営業上の利益」という抽象的なものを超える具体の論拠が必要である。

それでは、「著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の法的利益」という要件論を、一体どのように考えるべきであろうか。第 II 章の述べたとおり、著作権は、国民が文化の発展の恩恵を享受するために必要とされる手段であり、国民の憲法 13 条後段の幸福追求権を支援するために設けられた権利である。このような権利は、個人の自律を保障するための人権ではなく、「公共の福祉」にかなう限りで保護を受ける政策的な権利であると理解すべきである。一方、著作権法には、著作者人格権のように個人に自律的な決定権を人権の行使として保障される、いわば「切り札」としての人権も存在するが、このような権利は、個人の尊重を規定する憲法 13 条前段によって保障されていると考えるべきである。すなわち、著作権法は、著作者の財産的利益を保護する著作権と、著作者の人格的利益を保護する著作者人格権とを明確に区別する、いわば二元的構成を採用している。たとえば、著作権法 60 条 1 項は、「著作権は、その全部又は一部を譲渡することができる」と規定する一方、同法 59 条は、「著作者人格権は、著作者の一身に専属し、譲渡することができない」と規定し、両者を別々の者に分属しうる別の権利として観念している。また、著作権の存続期間と、著作者死後の人格的利益の侵害に対する民事上の請求権の行使可能期間（同 116 条）や刑事罰が科されうる期間（同 60 条、120 条）が異なっていることも、二

---

<sup>186</sup> ただし、不正競争防止法 2 条 1 項 3 号は、販売開始から 3 年に限り、商品形態のデッド・コピーを規制する旨を定めており、3 年の保護期間経過後であっても、市場先行の利益という観点とは別に、先行者に営業上、信用上の損害を被らせたというような特段の事情が存する場合には、不法行為の成立を認める余地がある。山根崇邦「著作権侵害が認められない場合における一般不法行為の成否」知的財産法政策学研究 18 号（2007 年）251-252 頁を参照。

元論を補強するものといえよう<sup>187</sup>。

したがって、北朝鮮映画放送上告審の最高裁が示した「著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の法的利益」の射程についても、財産的利益と人格的利益とを区別して議論する必要があるように思われる。

## 第2項 著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の「財産的利益」

まず、著作権法等の知的財産法が規律対象としていない財産的利益について、不法行為法上の保護を認めることは、その反面、他人の表現の自由や経済活動の自由を制約することを意味するのだから、そのような制限を正当化する根拠が必要である（前掲最判平成16.2.13民集58巻2号311頁[ギャロップレーサー上告審]など）。ここでは、著作権法等で保護されていない利益に財産的価値が認められるという命題だけで、広く他者の自由を制約することを正当化することは困難であると思われる。このような場合には、他者の自由を制約する原理として、社会的に必要な成果開発のインセンティブを確保するために、一定のフリー・ライドを規制することも必要である、というインセンティブ論の観点を入れざるを得ない。すなわち、産業や文化の発展のために、必要なインセンティブに不足があるときは、フリー・ライドを規律することも許されるという法の価値判断を前提にするならば、著作権等の知的財産法で規律されていない利用行為に対して、一般不法行為の成立を認められるのは、そのような行為を許容してしまうと、成果開発のインセンティブが過少となることが明らかである場合に限られることになる<sup>188</sup>。

このように、社会的に必要な成果開発のインセンティブを確保するために、著作権法等の知的財産法が規律する利益と異なる財産的利益について、不法行為法上の保護を認めた従来の裁判例のアプローチを整理すれば、i) 創作投資の保護に着目したもの、ii) 取材体制の構築に配慮したもの、という二つの立場に分類することができる<sup>189</sup>。

<sup>187</sup> 田村善之『知的財産法』（第5版・2010年・有斐閣）502頁を参照。

<sup>188</sup> 田村善之『知的財産法』（第5版・2010年・有斐閣）7-9頁、同「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年）1頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号（2010年）6-7頁などを参照。

<sup>189</sup> 従来、個別の知的財産法によって規律されていない利用行為に対して一般不法行為の成立を認めた下級審の裁判例は少なからず存在するものの、具体的な事案との関係でみれば、商品等主体混同行為（京都地判平成元.6.15判時1327号123頁[佐賀錦袋帯]、大阪地判平成16.11.9判時1897号103頁[ミーリングチャック]）や不当廉売（大阪地判平成14.7.25平成12年（ワ）2452号[オートくん]）、契約締結上の信義則違反（東京地判昭和63.7.1判時1281号129頁[チェストロン]）、あるいは、在職中の地位を利用した競業行為（大阪地判平成10.3.26平成5年（ワ）4983号[コンベヤベルトカバー設計図]）など別の法理により不法行為該当性を認めれば足りる裁判例が多く、単純に他人の成果の利用行為を決め手として不法行為の成立を認めた裁判例は極めて稀である（東京高判平成3.12.17知裁集23巻3号808頁[木目化粧紙二審]、大阪地判平成8.12.24判不競224ノ320頁[断熱壁パネル]、東京地判平成13.5.25判時1774号132頁[スーパーフロントマン中間判決]、知財高判平成17.10.6平成17（ネ）10049[ライントピックス二審]、知財高判平成18.3.15平成17（ネ）10095等[通勤大学法律コース控訴審]、知財高判平成20.12.24平成20（ネ）10012号[北朝鮮映画放送控訴審]など）。田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008年・有斐閣）12-25頁、同「知的財産法からみた民法709条—プロセス志向の解釈論の探求」NBL936号（2010年）50-52頁などを参照。

他方で、個別の知的財産法によって規律されていない利用行為に対して、結論として不

## 1. 投下資本回収に係る利益

従来の裁判例の中には、創作投資に必要なインセンティブを法的に確保するために、投下資本の回収阻害という観点から、著作物性が否定された創作物の利用行為に対して不法行為の成立を認めた裁判例がある（東京地判平成 13. 5. 25 判時 1774 号 132 頁[スーパーフロントマン中間判決]、傍論ながら、大阪地判平成元. 3. 8 無体集 21 卷 1 号 93 頁[写植機用文字書体]<sup>190</sup>、大阪地判平成 9. 6. 24 判タ 956 号 267 頁[ゴナU]<sup>191</sup>、大阪高判平成 10. 7. 17 民集 54 卷 7 号 2562 頁参照[同二審]など）。

たとえば、他人が開発に 5 億円以上、維持管理に年間 4000 万円の費用を投入して製造した自動車整備業者向けの車両データベースのデータを大量に複製し、競合地域で販売した行為に対して、不法行為の成立を認めた東京地判平成 13. 5. 25 判時 1774 号 132 頁[スーパーフロントマン中間判決]<sup>192</sup>をみてみよう。東京地裁は、自動車整備業者向けの車両データベースについて、対象となる自動車の選択やデータ項目の選択、データベースの体系的な構成に創作性を欠くことを理由に著作物性を否定しつつ、「人が費用や労力をかけて情報収集整理することでデータベースを作成し、そのデータベースを製造販売することで

---

法行為の成立を否定した裁判例がほとんどであり、大阪地判昭和 58. 10. 14 無体集 15 卷 3 号 630 頁[修理の時代ちらし]、大阪地判平成 7. 6. 29 平成 5(ワ)3653[製装飾柱]、松江地判平成 8. 3. 13 平成 5(ワ)143[シートシャッター]、広島高判平成 9. 7. 25 平成 8(ネ)26[同二審]、大阪地判平成 9. 12. 25 判不競 224 ノ 477 頁[シャーレンチ]、京都地判平成 11. 12. 24 平成 10(ワ)2980[化粧箱]、名古屋地判平成 12. 10. 18 判タ 1107 号 293 頁[主要自動車部品 250 品目の国内における納入マトリックスの現状分析]、東京地判平成 13. 9. 6 判時 1804 号 117 頁[宅配鮎]、東京地判平成 14. 9. 5 平 13(ワ)16440[サイボウズ本案]、大阪地判平成 14. 11. 28 平成 13(ワ)11198[家具調仏壇Ⅱ]、大阪高判平成 15. 7. 29 平成 15(ネ)68[同二審]、東京地判平成 15. 1. 28 判時 1828 号 121 頁[PIM ソフト]、広島高判平成 15. 9. 16 平成 15(ネ)44[広島風お好み焼せんべい]、東京地判平成 15. 10. 31 判時 1849 号 80 頁[換気口用フィルタ]、東京地判平成 15. 11. 28 判時 1846 号 90 頁[多湖輝の新頭脳開発シリーズ]、東京高判平成 16. 3. 31 平成 16(ネ)39[同二審]、東京地判平成 16. 3. 24 判時 1857 号 108 頁[ライントピックス]、東京地判平成 16. 3. 30 平成 15(ワ)285[ケイコとマナブ]、東京高判平成 17. 3. 29 平成 16(ネ)2327[同二審]、大阪地判平成 17. 7. 12 平成 16(ワ)5130[初動負荷トレーニング]、東京地判平成 22. 6. 17 平成 21(ワ)27691[月刊ネット販売]、東京地判平成 21. 12. 24 平成 20(ワ)5534[弁護士のくず]等がある。

<sup>190</sup> 大阪地判平成元. 3. 8 無体集 21 卷 1 号 93 頁[写植機用文字書体]は、写真植字機用文字書体の機械的複製行為につき、書体の創作のためには多くの労力と時間、費用を要すること、書体を使用する際には書体の製作者に対価を支払う慣行が存在することを指摘した上で、傍論ながら、「著作物性の認められない書体であっても、真に創作性のある書体が、他人によって、そっくりそのまま無断で使用されているような場合には、これについて不法行為の法理を適用して保護する余地はあると解するのが相当である」と判示した。

<sup>191</sup> 大阪地判平成 9. 6. 24 判タ 956 号 267 頁[ゴナU]も、同じく傍論ながら、「真に創作的な書体であって、過去の書体と比べて特有の特徴を備えたものである場合に、他人が、不正な競争をする意図をもって、その特徴ある部分を一組の書体のほぼ全体にわたってそっくり模倣して書体を制作、販売したときは、書体の市場における公正な競争秩序を破壊することは明らかであり、民法 709 条の不法行為に基づき、これによって被った損害の賠償を請求することができる余地がある」と判示した。

<sup>192</sup> この判決の評釈として、蘆立順美「創作性のないデータベースからのデータの流用に対する不法行為の成立」コピライト 486 号（2001 年）25 頁、平嶋竜太『車両データベース事件』について AIPPI47 卷 9 号（2002 年）598 頁などがある。

営業活動を行っている場合において、そのデータベースのデータを複製して作成したデータベースを、その者の販売地域と競合する地域において販売する行為は、公正かつ自由な競争原理において、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成する場合がある」と判示し、民法 709 条に基づく不法行為の成立を肯定した。

そもそも、データベースが著作権法の保護を受けるためには、素材の選択や配列に創作性がなければならず、誰がなしても同じ表現になるものは著作権の保護を享受しないのが原則である（著作権法 2 条 1 項 10 号の 3、12 条の 2 第 1 項）。しかし、現実におけるデータベースの価値は膨大な情報を蓄積している点にあり、作成者の立場からしても情報の収集にこそ多大な投資を要するのであるから、データベースに対する実質的な保護の要請と著作権法の保護との間には齟齬があるといえる<sup>193</sup>。また、データベースの開発にかかる投下資本は、そのデータベースを提供する営業活動により回収されるが、他の競合者がそれにフリー・ライドすることを無制限に許容する場合には、データベースの創作投資へのインセンティブが失われることは明らかである。自由競争の原則がある以上、一方の競業者の営業活動により他方の競業者の営業上の利益が減少したからといって、そのような営業上の利益が直ちに法的保護に値するものとすることはできないが、自らの危険負担の下に営業活動を行うことで投下資本の回収を行っている者の営業上の利益に限って、不法行為法による保護を認めても不合理は生じないと思われる。それゆえ、データベースの開発が促進されることが社会的に望ましいのだとすると、他者の無断利用により、そうした開発が不可能となるか、あるいは、著しく困難となる場合には、一定の法的保護を及ぼすべきであるという点については見解が一致しているところである<sup>194</sup>。

したがって、データベースの開発にかかる創作投資のインセンティブを確保するために、投下資本の回収阻害という観点から、競業行為に限定して一般に投下資本を回収しようと目される期間、一般不法行為法の保護を与えたとしても、こうした創作投資の保護は著作権法が規律する利益と異なる法的な利益を守るものであるから、著作権法の趣旨が潜脱されることにはならないだろう<sup>195</sup>。

---

<sup>193</sup> たとえば、田村善之教授は、データベース保護の必要性と著作権法の保護との間の齟齬について、次のように指摘している。いわく、「既存の編集著作物の法理に従うと、情報を網羅的に集積したうえで時系列に従った機械的な構成を採用しただけのデータベース（e. g. 日本の全判例を時系列に従って並べたデータベース）はその経済的価値は極めて大きいものであるとしても、情報の選択あるいは体系的な構成において創作性を欠き、著作物性を有しないことになる。また、たとえデータの配列によって創作性が認められることにより著作物として扱われる場合には、データを抽出され配列を変えられた場合には、著作権の権利範囲外となる。さらに、オン・ラインによって情報が日々更新されるデータベースがあり、それらについては、何時から著作物となるのか、その保護期間というものを何時から起算するのかなどの問題もある。」田村善之『知的財産法』（第 5 版・2010 年・有斐閣）428—429 頁、同『著作権法概説』（第 2 版・有斐閣・2001 年）27 頁。

<sup>194</sup> 蘆立順美「データベースの保護」著作権研究 36 号（2010 年）79 頁。

<sup>195</sup> この判決は、立法的欠缺を補完する法理として民法 709 条を活用した裁判例として高く評価すべきであるが、伝統的理解に従えば、不法行為法による救済には原則として差止請求権が認められないという限界がある。したがって、差止請求権の必要性に焦点をあてた保護制度を考える場合には、立法論を含めた検討がなされる必要があるだろう（田村善之『不正競争法概説』（第 2 版・2003 年・有斐閣）492 頁、由上浩一「データベースの法的保護」工業所有権法研究 113 号（1993 年）31 頁、中山信弘「財産的情報における保護制度の現状と将来」『情報と法（岩波講座現代の法 10）』（1997 年・岩波書店）275—276 頁、小泉直樹「不正競争防止法による秘密でない情報の保護」判例タイムズ 793 号（1992



年) 41 頁、吉田邦彦「不正な競争に関する一管見－競争秩序規制の現代的展開－」ジュリスト 1088 号 (1996 年) 44 頁、松本恒雄「情報の保護」ジュリスト 1126 号 (1998 年) 194 頁など)。

ところで、その立法的解決の嚆矢となったのは、1996 年に採用された EC のデータベースの保護に関するディレクティブである。1992 年に欧州委員会は、データベースの保護に関する EC ディレクティブ案を提案し、ディレクティブ案はその後様々な修正が加えられ、1996 年に最終的なディレクティブとして採用された。ディレクティブの目的は、データベースが既存の著作権法の原則に必ずしも適合していないことから生じる問題を解決し、EC 域内で統一されたデータベース保護制度を確立することにより、データベース市場が自由に機能することを促すことにある(蘆立順美『データベース保護制度論－著作権法による創作投資保護および新規立法論の展開－』(2004 年・信山社) 200 頁、梅谷眞人『データベースの法的保護－現行法制度の機能・限界と立法論的検討－』(1999 年・信山社) 169 頁、小橋馨「EU データベース指針－ドイツ著作権法における具体化と日本法との比較考察－」石川明編『EU 法の現状と発展』(2001 年・信山社) 155 頁など)。

この EC ディレクティブは、他国のデータベース保護に対して大きな影響を与えており、韓国においても、2003 年に改正された著作権法を契機として、創作性のないデータベースも著作権法の保護を享受しうることが明らかになったのである。改正著作権法は、データベース製作者に、そのデータベースの全部又は相当の部分を複製し、配布し、放送し、又は転送する権利を付与しており(著作権法 93 条 1 項)、その権利はデータベースの製作を完了した年の翌年から起算して 5 年間存続し、その素材の更新等に相当の投資が行われた場合には、その更新等をした年の翌年から起算して 5 年間存続すると規定している(同 95 条)。ただし、その権利がデータベースを構成する素材それ自体には及ばないことを明らかにしている。また、改正著作権法は、著作隣接権の技術的保護措置を無力化することを主な目的とする技術、装置等を提供又は流通させる行為と、権利管理情報を削除し、変更する等の行為を著作権侵害行為とみなすことにより、データベース製作者の著作隣接権を強化している。さらに、データベースの製作、更新等又は運営に利用するコンピュータ・プログラム、無線若しくは有線通信を技術的に可能とするために製作され、又は更新等がされるデータベースには、データベース製作者の権利が及ばないと規定し、排他的な権利が後続のデータベース開発に支障を与える可能性を制限している。

このように、網羅型データベースの保護を著作権法に取り込むことに対して、韓国の学者からは強い批判がなされている。たとえば、丁相朝教授は、「創作性が全くないデータベースについてまで著作権に類似した排他的支配を許容することは、著作権法の基本目的と趣旨に反して、その憲法的根拠となる憲法 22 条に違反する恐れがある<sup>195</sup>。基本的に憲法 22 条が著作権等を付与した趣旨は、我が社会に創作的な寄与をするよう誘導するために、そのような必要性に比例した限度でのみ排他的権利を付与するものであり、創作性を欠如したデータベースに対して排他的権利を付与することは、憲法規定の趣旨に反して、本来なら公共財であるものを私有化(enclosure)する道を開いてくれることに過ぎない」とし、「国内におけるデータベースの産業構造が先進国と比べてまだ幼稚なレベルに止まっている実情を勘案すれば、データベースに対する排他的支配権を新たに創設することに経済的必要性や社会的合意があるとは言えず、データベースを著作権又はそれに類似した排他的権利によって保護するよりは、データベース製作者間の不正利用を禁止する方法論が国内の実情に適合している」との見解を示した(丁相朝(정상조)＝朴俊錫(박준석)『知的財産権法』(第二版・2011 年・弘文社) 306-307 頁、丁相朝(정상조)「韓国におけるデータベースの保護(우리나라의 데이터베이스 보호)」『世界の言論法制(세계의 언론법제)』(2006 年上巻・韓国言論財団) 24 頁)。

そもそも、創作性のない網羅型データベースに関する新規立法を行う場合には、知的財産権の制度との整合性を如何に図るかということを勘案して制度設計を行う必要がある。著作権法は、あくまで情報が創作的に表現された場合に、情報自体ではなくその創作的な表現のみを保護する制度である。その反面、データベースの価値は、情報を網羅的に集積し、効率的に必要な情報を検索可能としている点にあり、作成者の立場からしても情報の

## 2. 取材体制の構築に係る利益

従来の裁判例の中には、もう一つ、取材体制の構築に必要な投資を法的に保護するために、著作物性が否定された新聞記事見出しの利用行為に対して不法行為の成立を認めた裁判例もある（知財高判平成 17. 10. 6 平成 17（ネ）10049[ライントピックス二審]）。

たとえば、日刊新聞の発行等を業とする原告が運営するウェブサイト「YOMIURI ONLINE」に掲載された 25 字以内のニュース記事見出し（以下、「YOL見出し」という。）を使用し、インターネット上で「ライントピックス」（以下、「LT」という。）と称するサービスを提供した行為に対して、不法行為の成立を認めた知財高判平成 17. 10. 6 平成 17（ネ）10049[ライントピックス二審]<sup>196</sup>をみてみよう。知財高裁は、原告のニュース記事見出しについて、ありふれた表現であって創作性がないとして著作物性を否定しつつ、「価値のある情報は、何らの労力を要することなく当然のようにインターネット上に存在するものでないことはいうまでもないところであって、情報を収集・処理し、これをインターネット上に開示する者がいるからこそ、インターネット上に大量の情報が存在し得るのである。そして、ニュース報道における情報は、原告ら報道機関による多大の労力、費用をかけた

---

収集にこそ多大な費用がかかるのである。このような投資を保護する必要性に鑑みると、網羅型のデータベースの保護は、表現の創作性に重きを置く著作権法の発想には馴染まないことが明らかである。したがって、韓国の改正著作権法がデータベース保護の重要性と必要性を認識し、早急に対処したという点では評価されるが、学説の批判にあるようにその制度としては問題点が多いと言わざるを得ない。

他方で、日本でも、データベースの保護に関する EC ディレクティブ案が提出された後、データベース保護の議論が注目され始めた。1995 年に通産省は「デジタル化・ネットワーク化に対応した知的財産権のあり方について」という中間報告の中で、データベースからのデータの抽出行為に対し、何らかの法的措置を講じることが望ましいとの見解を明らかにし、その後、1998 年に提出した「データベースの法的保護のあり方について（中間論点整理案）」の中では、EC ディレクティブを参考し、データベースからの情報の抽出、及び再利用行為を規制するという方向性を示し、その際に考慮すべき問題点を列挙した（蘆立順美『データベース保護制度論－著作権法による創作投資保護および新規立法論の展開－』（2004 年・信山社）240－241 頁を参照）。また、学説の中には、競争関係に着目して保護を付与すべきとする見解が現れはじめ、新規立法に関しても権利付与ではなく不正競争法的な行為規制を提案する見解が有力となった（由上浩一「データベースの法的保護」工業所有権法研究 113 号（1993 年）31－35 頁、中山信弘「デジタル時代における財産的情報の保護」曹時 49 巻 8 号（1997 年）1839 頁、松本恒雄「情報の保護」ジュリスト 1126 号（1998 年）196 頁、梅谷真人『データベースの法的保護－現行法制度の機能・限界と立法論的検討－』（1999 年・信山社）209－211 頁など）。同時に、情報の流通の促進、言論の自由、学問や研究への影響、情報の独占の弊害など様々な問題があることが指摘されるようになった（中山信弘「財産的情報における保護制度の現状と将来」『情報と法（岩波講座現代の法 10）』（1997 年・岩波書店）284－285 頁、白石忠志「データベース保護と競争政策（上）（下）」公正取引 562 号（1997 年）47 頁・563 号（1997 年）64 頁、村上敬亮「知的財産関連制度の整備に向けた取り組み」ジュリスト 1117 号（1997 年）141 頁など）。しかし、データベースに関する新規立法は先送りとなり、現在まで立法化には至っていないのである。

<sup>196</sup> 一審判決（東京地判平成 16. 3. 24 判事 1857 号 108 頁[ライントピックス]）は、原告が YOL 見出しをインターネット上で無償提供していた点を重視し、被告が図利加害目的を有するなど特段の事情のない限り、著作権法の保護を受けない YOL 見出しを利用することは自由であるとして、不法行為に基づく請求を棄却した。

取材、原稿作成、編集、見出し作成などの一連の日々の活動があるからこそ、インターネット上の有用な情報となり得るものである」と説示した上で、「本件YOL見出しは、原告の多大の労力、費用をかけた報道機関としての一連の活動が結実したものと見えること、著作権法による保護の下にあるとまでは認められないものの、相応の苦勞・工夫により作成されたものであって、簡潔な表現により、それ自体から報道される事件等のニュースの概要について一応の理解ができるようになっていること、YOL見出しのみでも有料での取引対象とされるなど独立した価値を有するものとして扱われている事情があることなどに照らせば、YOL見出しは、法的保護に値する利益となり得るものというべきである。一方、…被告は、原告に無断で、営利の目的をもって、かつ、反復継続して、しかも、YOL見出しが作成されて間もないいわば情報の鮮度が高い時期に、YOL見出し及びYOL記事に依拠して、特段の労力を要することもなくこれらをデッドコピーないし実質的にデッドコピーしてLTリンク見出しを作成し、これらを自らのホームページ上のLT表示部分のみならず、2万サイト程度にも及ぶ設置登録ユーザのホームページ上のLT表示部分に表示させるなど、実質的にLTリンク見出しを配信しているものであって、このようなライントピックスサービスが原告のYOL見出しに関する業務と競合する面があることも否定できないものである」と判示し、被告の行為は、原告の法的保護に値する利益を違法に侵害したものと、不法行為の成立を認めた。

この判決に対して、文献の中には多くの批判がなされている。たとえば、茶園成樹教授は、知財高判平成 17. 10. 6 平成 17 (ネ) 10049[ライントピックス二審]の評釈において、被告が無断利用したYOL見出しの個数は1日あたり7個と低い割合であったにも拘わらず、原告が掲出したYOL見出し全体に対する被告のコピーの割合を考慮することなく不法行為の成立を認めたことや、市場の競合性が厳格に要求されておらず、単に相手方のサービスが先行者の業務と競合する面があるという認定にとどまっていることについて、疑問を呈している<sup>197</sup>。また、蘆立順美教授も、東京地判平成 16. 3. 24 判事 1857 号 108 頁[ライントピックス]の評釈において、「インターネット上の新聞記事の提供については…、Xはこれらが無償で提供していることから、Xが投資回収を予定している市場と認定できず、保護が否定されることとなろう。仮に広告料により投資回収を予定しているとしても、この場合には広告料収入獲得の市場において、直接の競業関係の有無、YのライントピックスがXのホームページと同様の機能・目的を有しているかどうかを検討される必要があり、本件の事案からはこれを肯定するのは困難である」との見解を示した<sup>198</sup>。

これらの批判は、いずれもニュース見出しの酷似的なコピーや、競争関係の有無など被告の行為に焦点を当てたものであるが、この判決ではむしろ、その配信行為の背後にある報道機関における取材体制の保護が決め手となっていると思われる。すなわち、新聞社である原告が即時にニュース見出しを作成しアップする体制を整えるまでには、取材体制の構築に莫大な投資がなされていることに鑑みると、ニュースとしての価値が失われないうちに、ニュース見出しの酷似的なコピーを配信する被告の行為を許容する場合には、取材体制の構築のインセンティブが過度に阻害されることは明らかである。しかも、報道機関における取材体制の構築にかけられた投資は、著作権法が保護しようとする著作物の創作とは別個独立に存在するものである<sup>199</sup>。

<sup>197</sup> 茶園成樹「記事見出しの著作物性とその利用による不法行為の成否」知財管理 56 巻 7 号 (2006 年) 1067-1068 頁を参照。

<sup>198</sup> 蘆立順美「新聞記事見出しの著作物性で見出しの利用に対する不法行為の成否」コピライト 521 号 (2004 年) 63 頁。

<sup>199</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—」同

そうすると、取材体制の構築に必要な投資を誘引するために、民法 709 条の不法行為に基づいて一定の競争行為を規律したとしても、その保護対象は著作権法が規律する利益と異なる法的な利益であるから、ニュース見出しについて著作権法の保護を否定したことが平仄が合わないことにはならないだろう。

### 3. 小括

以上の分析をまとめれば、次のようになる。著作権法等の知的財産法が規律対象としていない財産的利益について、不法行為法上の保護を認めることは、その反面、他人の表現の自由や経済活動の自由を制約することを意味するのだから、他者の自由を制約する原理として、社会的に必要な成果開発のインセンティブを確保するためには、一定のフリー・ライドを規制することも必要である、というインセンティブ論の観点を入れざるを得ない。

従来裁判例のうち、創作投資の保護に着目した裁判例（東京地判平成 13. 5. 25 判時 1774 号 132 頁[スーパーフロントマン中間判決]）と、取材体制の構築に配慮した裁判例（知財高判平成 17. 10. 6 平成 17（ネ）10049[ライントピックス二審]）は、いずれも社会的に必要な成果開発のインセンティブを確保するために、著作権法等の知的財産法が規律する利益と異なる財産的利益について不法行為法上の保護を認めたものであり、まさに最高裁の示した「著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の法的利益」という要件論の射程内にあるものと評価することができる。

### 第 3 項 著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の「人格的利益」

次に、著作権法等の知的財産法が規律対象としていない人格的利益について、不法行為法上の保護を認めることも、基本的には他人の表現の自由や経済活動の自由を制約することを意味する。しかし、著作権法で保護されていない財産的利益とは異なり、このような場合には、他者の利用の自由を制約する正当化原理として、インセンティブ論よりも基本的人権の一つである人格権<sup>200</sup>のほうが強力であるために、あえてインセンティブ論を持ち出す意義は乏しいと思われる。そして、著作権法が規律対象としていない人格的利益に対して不法行為法上の保護を認めるためには、その対抗原理である表現の自由との利益衡量が必要であるだろう<sup>201</sup>。

---

編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008 年・有斐閣）28-29 頁、同「知的財産法からみた民法 709 条—プロセス志向の解釈論の探求」NBL936 号（2010 年）52 頁、同「民法の一般不法行為法による著作権法の補完の可能性について」コピーライト 51 号（2011 年）31-34、41-42 頁、山根崇邦「著作権侵害が認められない場合における一般不法行為の成否」知的財産法政策学研究 18 号（2007 年）257 頁を参照。

<sup>200</sup> 五十嵐清『人格権法概説』（2003 年・有斐閣）10 頁は、人格権とは「主として生命・身体・健康・自由・名誉・プライバシーなど人格的属性を対象とし、その自由な発展のために、第三者による侵害に対し保護されなければならない諸利益の総体である」と定義している。これに対し、潮見佳男『不法行為法 I』（第 2 版・2009 年・信山社）194 頁は、「人格権とは、人間の尊厳に由来し、人格の自由な展開および個人の自律的決定の保護を目的にするとともに、個人の私的領域のの平穩に対する保護を目的とする権利である」と定義している。

<sup>201</sup> 著作権法学会「討論」著作権研究 36 号（2010 年）114-118 頁における田村教授の発言部分を参照。

## 1. 著作権法が規律対象する人格的利益

さて、最高裁の示した「著作権法が規律対象とする利益と異なる趣旨の法的利益」の射程を考察するためには、まず、著作権法で保護する著作者人格権とは、如何なる人格的利益であるのか、という問題を明確にしておかなければならない。以下では、著作権法が規律対象する人格的利益について簡単に触れることにする。

著作者人格権とは、著作者が創作した著作物に対して有する人格的利益を保護する権利であり、公表権（著作権法 18 条）、氏名表示権（同 19 条）、同一性保持権（同 20 条）、著作者の名誉、声望を害する方法によりその著作物を利用する行為を禁止する権利（同 113 条 6 項）が認められている。著作者人格権は、民法上の一般的人格権が具体化したものであり、「著作物に顕現された著作者の人格的利益」そのものが保護法益となっている<sup>202</sup>。これは、著作者人格権を著作者の一身専属権として、権利行使をなすか否かを著作者に決定させる現行法の体系に適合したものであると思われる<sup>203</sup>。

また、私的領域一般における人格的利益を保護する民法上の一般的人格権は、憲法 13 条にその基礎を有している。憲法 13 条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定めており、従来判例は、新たな人格権を承認するために、常に憲法 13 条を活用している<sup>204</sup>。たとえば、名誉権に関する最判昭和 61. 6. 11 民集 40 卷 4 号 872 頁[北方ジャーナル]は、「表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護（憲法 13 条）と表現の自由の保障（同 21 条）とが衝突し」と説示し、また、氏名権に関する最判昭和 63. 2. 16 民集 42 卷 2 号 27 頁[在日韓国人名前]も、氏名は、「人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成する」と述べている。

ただし、「著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の法的利益」という最高裁判決の射程を考察するには、著作者人格権が民法上の人格権と同質のものであるとか、憲法 13 条に由来する権利であるとか、などの大上段の議論まで行く必要はないと思われる。なぜならば、北朝鮮映画放送上告審の直後に下された最判平成 24. 2. 2 判時 2143 号 72 頁[ピンク・レディー上告審]が、「みだりに自己の肖像等が商品等と結び付けられることのない人格的利益」という個別の知的財産法とは異なる分野における人格的利益について、その法的権利性を認めたことに照らせば、著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の「人格的利益」とは、単に著作者人格権が規律の対象とする「著作物に顕現された著作者の人格的

---

<sup>202</sup> 齊藤博『人格権法の研究』（1979年・一粒社）232頁を参照。従来の学説では、著作者人格権に関して、自然人が享有する一般的人格権と本質的に同質のものなのか（同質説、齊藤博『著作権法』（第3版・2007年・有斐閣）143頁、同「著作者人格権の理論的課題」民商法雑誌116巻6号（1997年）818頁など）、それとも異質の権利であって著作権法が特別に定めたものなのか（異質説、半田正夫『著作権法概説』（第13版・2007年・法学書院）113頁、三浦正広「著作者人格権の法的性質に関する一考察—一般的人格権と個別的人格権の二重構造論」岡山商大法学論叢7号（1999年）75頁など）、ということが対立している。近時は、「著作者人格権には、一般的人格権に相当するものと、著作権法が特に認めたものが混在しており、前者については放棄できないが、他の部分は放棄できるという柔軟な解釈も可能である」という中間的な考え方もある（中山信弘『著作権法』（2007年・有斐閣）362頁、知的財産研究所「Exposure`94—マルチメディアを巡る新たな知的財産ルールの提唱」NBL541号（1994年）52頁など）。

<sup>203</sup> 田村善之『著作権法概説』（第2版・有斐閣・2001年）404頁。

<sup>204</sup> 五十嵐清『人格権法概説』（2003年・有斐閣）14—18頁を参照。

利益」と異なる人格的利益であれば足りる、と解することができるからである。

## 2. みだりに自己の肖像等が商品等と結び付けられることのない人格的利益

それでは、パブリシティ権が人格権に由来する権利の一内容を構成すると説示し、その排他的な権利性を認めた最高裁判決の位置づけが問題となりうる、最判平成 24. 2. 2 判時 2143 号 72 頁[ピンク・レディー上告審]<sup>205</sup>をみてみよう。

この事件は、ピック・レディーのメンバーである原告らが、原告らを被写体とする写真が無断で週刊誌に掲載した被告に対し、原告らの肖像が有する顧客吸引力を排他的に使用する権利（いわゆるパブリシティ権）が侵害されたと主張して、不法行為に基づく損害賠償を求めた事案である<sup>206</sup>。

最高裁は、「人の氏名、肖像等（以下、併せて『肖像等』という。）は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これをみだりに利用されない権利を有すると解される…。そして、肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があります、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利（以下『パブリシティ権』という。）は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の一内容を構成するものということができる」とし、「肖像等に顧客吸引力を有する者は、社会の耳目を集めるなどして、その肖像等を時事報道、論説、創作物等に使用されることもあるのであって、その使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合もある」と説示した上で、「肖像等を無断で使用する行為は、①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、③肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合に、パブリシティ権を侵害するものとして、不法行為法上違法となると解するのが相当である」という一般論を展開した。そして、被告の行為が、専ら原告らの肖像の有する顧客吸引力の利用を目的とするものではないことを理由に、不法行為の成立を否定し、上告を棄却した。

すなわち、最高裁は、人の氏名、肖像等有する顧客吸引力を排他的に利用する権利（パブリシティ権）が人格権に由来する権利の一内容を構成するとした上、肖像等を無断で使用する行為は、「専ら顧客吸引力の利用を目的とする場合」に、パブリシティ権を侵害するものとして不法行為法上違法になると判断した。そして、「専ら顧客吸引力の利用を目的とする場合」として、①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用する場合、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付する場合、③肖像等を商品等の広告として使用する場合という三類型を示している。

一見すれば、違法とされる行為の範囲、態様が法令等により明確になっていない、いわゆるパブリシティ権を判例で創設したこの最高裁判決と、不法行為法による補完的な保護に厳しい態度を示した前掲最判平成 16. 2. 13 民集 58 卷 2 号 311 頁[ギャロップレーサー上

<sup>205</sup> 一審及び控訴審の評釈として、北村二郎[判批]知的財産法政策学研究 25 号（2009 年）301 頁、奥邨弘司[判批]判時 2078 号 188 頁、上告審の評論として、田村善之「パブリシティ権侵害の要件論考察ーピンク・レディー事件最高裁判決の意義」法律時報 84 卷 4 号（2012 年）1 頁、内藤篤『残念な判決』としてのピンク・レディー最高裁判決」NBL976 号（2012 年）17 頁などがある。

<sup>206</sup> 一審（東京地判平成 20. 2. 2 判時 2023 号 152 頁[ピンク・レディー一審]）、及び控訴審（知財高判平成 21. 8. 27 判時 2060 号 137 頁[同二審]）は、被告が本件各写真を原告らに無断で週刊誌に掲載する行為は、パブリシティ権を侵害するものではなく、不法行為法上違法とはいえないとして、原告らの請求をいずれも棄却した。

告審]との整合性が問題となりうる<sup>207</sup>。なぜならば、ギャロップレーサー上告審が、競走馬の名称等に顧客吸引力があるとしても、法令等の根拠なしに排他的な使用権等を認めることはできないと判示していることは、自然人の氏名や肖像等が有する商業的価値につき、実定法上の権利ではない財産権としてのパブリシティ権を認めることは困難であるからである<sup>208</sup>。また、パブリシティ権の保護を認めることは、氏名や肖像等を利用する他人の表現の自由や経済活動の自由を制約することを意味するのだから、それを根拠付けるためには、財産権とは異なる他の法的な根拠を探求することが必要となったと思われる<sup>209</sup>。

結局、物のパブリシティ権に関する前掲最判平成 16. 2. 13 民集 58 卷 2 号 311 頁[ギャロップレーサー上告審]の射程を考慮するならば、人のパブリシティ権の保護を根拠付けるには、「人は、それ肖像等をみだりに利用されないことに関して、法的な保護に値する人格的利益を有している」という人格権構成を採用する以外にないことが導かれるのではないだろうか<sup>210</sup>。その理由は、人は自己の肖像等が無断で広告に利用されたり商品化されることにより、特定の商品等と結び付けられることに対して、格別の精神的な憤りや困惑、苦痛を生じ、そこに保護されるべき人格的利益が認められるからである<sup>211</sup>。このような利益は、「みだりに自己の肖像等が商品等と結び付けられることのない人格的利益」であって、個別の知的財産法とは異なる分野における利益であるから、その保護が直ちに知的財産法の趣旨が潜脱されることにはならないと思われる。そして、人格的利益に配慮するために、この種の行為を制約したところで、表現の自由や経済活動の自由の不当な制限とまではいえないだろう<sup>212</sup>。

---

<sup>207</sup> 島並良「一般不法行為法と知的財産法」法学教室 380 号 (2012 年) 151 頁を参照。

<sup>208</sup> 設楽隆一「パブリシティの権利」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務体系 22 著作権関係訴訟法』(2004 年・青林書院) 552 頁、宮脇正晴「パブリシティ権・不正競争防止法への招待」法せ 692 号 (2012 年) 12~13 頁などを参照。

<sup>209</sup> 従来の裁判例には、パブリシティ権の法的性質を財産権として捉えるものとして、東京地判平成元. 9. 27 判時 1326 号 137 頁[光 GENJI]、東京高判平成 3. 9. 26 判時 1400 号 3 頁[おニャン子クラブ本案控訴審]、横浜地判平成 4. 6. 4 判時 1434 号 116 頁[土井晩翠]、東京地判平成 10. 1. 21 判時 1644 号 141 頁[キング・クリムゾン一審]、東京高判平成 11. 2. 24 平成 10 年(ネ)第 673 号[キング・クリムゾン控訴審]、名古屋地判平成 13. 1. 19 判タ 1070 号 233 頁[ギャロップレーサー一審]、名古屋高判平成 13. 3. 8 判タ 1071 号 294 頁[ギャロップレーサー控訴審]、東京地判平成 16. 7. 14 判時 1879 号 71 頁[ブブカスペシャル 7 第一審]、東京地判平成 17. 3. 31 判タ 1189 号 267 頁[長島一茂]、東京高判平成 18. 4. 26 判時 1954 号 47 頁[ブブカスペシャル 7 控訴審]などがある。

<sup>210</sup> 橋谷俊「女性週刊誌『女性自身』に『ピンク・レディー de ダイエット』と題する特集記事を組み、ピンク・レディーの白黒写真を無断掲載した行為についてパブリシティ権侵害を否定した事例 (1)・(2・完) -ピンク・レディー事件-」知的財産法政策学研究 42 号 (2013 年) 316 頁を参照。

<sup>211</sup> 田村善之『不正競争防止法』(第 2 版・2005 年・有斐閣) 506-507 頁、同「パブリシティ権侵害の要件論考察 -ピンク・レディー事件最高裁判決の意義」法律時報 84 卷 4 号 (2012 年) 4 頁を参照。

<sup>212</sup> 従来の裁判例には、パブリシティ権の法的性質を人格権として捉えるものとして、東京地判平成 2. 12. 21 判タ 772 号 253 頁[おニャン子クラブ本案一審]、東京地判平成 13. 8. 27 判時 1758 号 3 頁[ダービースタリオン一審]、東京高判平成 14. 9. 12 判時 1809 号 140 頁[ダービースタリオン控訴審]、東京地判平成 17. 6. 14 判時 1917 号 135 頁[矢沢永吉]、東京地判平成 17. 8. 31 判タ 1208 号 247 頁[@BUBKA]、東京地判平成 18. 8. 1 判時 1957 号 116 頁[プロ野球選手パブリシティ一審]、知財高判平成 20. 2. 25 平成 18(ネ)10072 号[プロ野球選手パブリシティ控訴審]、東京地判平成 20. 7. 4 判時 2023 号 152 頁[ピンク・レディー一審]、東京地判平成 20. 12. 24 判タ 1298 号 204 頁[中山麻理第一審]、知財

その意味では、ピンク・レディー上告審の最高裁判決が、「専ら顧客吸引力の利用を目的とする場合」として、①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用する場合、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付する場合、③肖像等を商品等の広告として使用する場合という三類型を示したことの趣旨は、まさにパブリシティ権が人格権に由来する権利の一内容を構成するとして、その法的権利性を正面から認める反面、表現の自由や経済活動の自由等に対する萎縮的效果を防ぐために、侵害となるべき行為をできるだけ限定しようとする点にあるだろう<sup>213</sup>。

また、この最高裁判決の調査官である金築誠志の補足意見も、「顧客吸引力を有する著名人は、パブリシティ権が問題になることが多い芸能人やスポーツ選手に対する娯楽的な関心をも含め、様々な意味において社会の正当な関心の対象となり得る存在であって、その人物像、活動状況等の紹介、報道、論評等を不当に制約するようなことがあってはならない」こと、また、「パブリシティ権について規定した法令が存在せず、人格権に由来する権利として認め得るものであること」、そして、「パブリシティ権の侵害による損害は経済的なものであり、氏名、肖像等を使用する行為が名誉毀損やプライバシーの侵害を構成するに至れば別個の救済がなされ得ること」、という三つの理由を挙げて、パブリシティ権の侵害を構成する範囲をできるだけ明確に限定すべきである、と解している。

したがって、ピンク・レディー上告審は、不法行為法による補完的な保護に厳しい態度を示した前掲最判平成 16. 2. 13 民集 58 卷 2 号 311 頁[ギャロップレーサー上告審]の趣旨を覆したと評価することはできないだろう。

### 3. 著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益

また、従来の裁判例の中には、「著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益」という著作者人格権ではない著作者の人格的利益に対して、その法的保護を認めた最高裁判決がある(最判平成 17. 7. 14 民集 59 卷 6 号 159 頁[船橋市立図書館上告審])。

たとえば、公立図書館の職員が閲覧図書廃棄について不公正な取扱いをすることが、当該図書の著作者の人格的利益を侵害し、国家賠償法<sup>214</sup>上違法となるか否かが争われた最判平成 17. 7. 14 民集 59 卷 6 号 159 頁[船橋市公立図書館上告審]<sup>215</sup>をみてみよう。最高

---

高判平成 21. 8. 27 判時 2060 号 137 頁 [ピンク・レディー控訴審]、東京地判平成 22. 4. 28 平成 21 (ワ) 12902 号 [ラーメン我聞 I]、東京地判平成 22. 4. 28 平成 21 (ワ) 25633 号 [ラーメン我聞 II]、東京地判平成 22. 10. 21 平成 21 (ワ) 4331 号 [ペ・ヨンジュン]、京都地判平成 23. 10. 28 平成 21 (ワ) 3642 号 [The・サンデー審]、大阪高判平成 24. 6. 29 平成 23 年 (ネ) 3493 号 [The・サンデー控訴審] などがある。

<sup>213</sup> 中島基至 [判解] Law&Technology56 号 (2012 年) 72 頁を参照。

<sup>214</sup> 国家賠償法 1 条 1 項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」と規定している。

<sup>215</sup> この判決の評釈として、竹田稔『「公立図書館職員による蔵書除籍・廃棄事件」最高裁判決』コピーライト 536 号 (2005 年) 32-35 頁、松田浩「公立図書館の不公正な蔵書廃棄と著作者の表現の自由」法学セミナー 612 号 (2005 年) 124 頁、山崎友也「公立図書館職員による蔵書廃棄と表現の自由」法学教室 306 号別冊付録判例セレクト 2005 (2006 年) 9 頁、中川律「公立図書館での司書による蔵書廃棄と著者の表現の自由—船橋市西図書館蔵書廃棄事件最高裁判決」季刊教育法 149 号 (2006 年) 77 頁、中林暁生「公立図書館による図書廃棄と著作者の表現の自由」ジュリスト 1313 号 (2006 年) 17 頁、山本順一「船橋市立図書館蔵書廃棄事件最高裁差戻し判決の意義」早稲田法学 81 卷 3 号 (2006 年) 55-79 頁、齊藤博「公立図書館の職員が図書の廃棄について不公正な取扱いをすることと当



裁は、「公立図書館は、住民に対して思想、意見その他の種々の情報を含む図書館資料を提供してその教養を高めること等を目的とする公的な場ということが出来る」とし、「公立図書館の図書館職員が閲覧に供されている図書を著作者の思想や信条を理由とするなど不公正な取扱いによって廃棄することは、当該著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益を不当に損なうものといわなければならない。そして、著作者の思想の自由、表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることにかんがみると、公立図書館において、その著作物が閲覧に供されている著作者が有する上記利益は、法的保護に値する人格的利益であると解するのが相当であり、公立図書館の図書館職員である公務員が、図書の廃棄について、基本的な職務上の義務に反し、著作者又は著作物に対する独断的な評価や個人的な好みによって不公正な取扱いをしたときは、当該図書の著作者の上記人格的利益を侵害する」と判示し、国家賠償法に基づく損害賠償請求を認容した。

すなわち、最高裁は、公立図書館を、住民に対して思想、意見その他の種々の情報を提供してその教養を高めること等を目的とする「公的な場」と把握して、その公立図書館に著作物が閲覧に供されている著作者が有する「著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益」は、法的保護に値する人格的利益であると判断し、公立図書館の職員が図書の廃棄について著作者の思想や信条を理由とするなど独断的な評価や個人的な好みによって不公正な取扱いをしたときは、著作者の人格的利益を侵害すると判断した<sup>216</sup>。

この事件で最高裁が法的保護に値すると認めた「著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益」という著作者の人格的利益は、公立図書館で閲覧に供された著作物によって著作者が受ける利益であり、閲覧に供されることにより著作者が取得するものであって、著作者の著作物に対する名誉、声望等の人格的利益ではなく、創作と同時に発生するものでもない。換言すれば、著作権法で著作者人格権として認めている著作物に対する名誉等の利益ではなく、公立図書館において著作物が閲覧に供されることにより取得する、思想の自由、表現の自由を脅かすおそれのある行為から守られる人格的利益という著作権法とは異なる分野における利益が侵害されたと判断したのである<sup>217</sup>。

この最高裁判決は、厳密に言えば、個別の知的財産法により規律されていない利用行為に対して、民法709条に基づく不法行為の成立を認めたものではないが、著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の人格的利益が侵害された場合には、他の法律構成による補完的な保護が認められることを示唆したと評価することができるだろう。

---

該図書の著作者の人格的利益の侵害による国家賠償法上の違法」民商法雑誌 135 巻 1 号 (2006 年) 169-179 頁などがある。

<sup>216</sup> ここでは、著作者の「思想、意見等を公衆に伝達する利益」が無制約に保護されるものではなく、同じ図書の廃棄であっても、除籍基準の定める範囲内での廃棄など、正当化事由があるときは、「利益」の侵害とはならず、本件のように、閲覧図書が、本件除籍基準の範囲を超え、「不公正な取扱い」によって廃棄されたとき、著作者の利益の侵害、国家賠償法1条の違法が導き出されることになる。齊藤・前掲注125) 175頁を参照。

<sup>217</sup> この判決の調査官である松並重雄の解説によれば、「本判決は、公立図書館において閲覧に供された図書の著作者の思想、意見等伝達の利益を法的な利益として肯定したが、図書館職員がその基本的義務に違反して、独断的な評価や個人的好みに基づく不公正な取扱いによって蔵書を廃棄したという場合について、閲覧に供されていた図書の著作者の上記利益の侵害の救済を認めたものであって、著作者が、上記利益の侵害を理由として、一般的に、公立図書館における図書の選択、排列、除籍・廃棄等に介入することを認めるものではなく、その射程を広くとらえるべきではない」とし、「また、私立図書館等については、本判決の射程外というべきである」とされる。松並重雄「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度(下)』(2008年・法曹会)415-416頁。

#### 4. 民法上の名誉及び名誉感情

そして、山田調査官の北朝鮮映画放送上告審に対する解説によれば、著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の人格的利益として、前掲最判平成 17. 7. 14 民集 59 卷 6 号 159 頁[船橋市立図書館上告審]の最高裁が示した「著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益」の以外にも、「名誉」がそれに該当するとされる<sup>218</sup>。ここでいう「名誉」とは、一体どのように理解すべきであろうか。

実際、著作権法 113 条 6 項には、著作物の利用行為による著作者の名誉毀損として、「著作者の名誉又は声望を害する方法によりその著作物を利用する行為は、その著作者人格権を侵害する行為とみなす」と規定されている<sup>219</sup>。ここでいう名誉又は声望の侵害とは、著作者の社会的な名誉の毀損、すなわち著作物の著作者が公衆から受ける評価を低落せしめる行為を指すものである<sup>220</sup>。また、著作物の同一性を害さない行為であるにも拘わらず、著作者人格権侵害行為とみなすからには、それ相応の行動の基準というものが明確にならないことには著作物の利用者に不測の利益を与えることになりかねないから、単なる名誉感情の毀損は、著作権法 113 条 6 項の枠の外にあると解される<sup>221</sup>。この条項は、著作者の民法上の名誉権の保護とは別に、その著作物の利用行為という側面から、著作者の名誉又は声望を保つ権利を実質的に保護する趣旨に出たものであることに照らせば、同項所定の著作者人格権侵害の成否は、他人の著作物の利用形態に着目して、当該著作物利用行為が、社会的に見て、著作者の名誉又は声望を害するおそれがあると認められるような行為であるか否かによって決せられるべきである<sup>222</sup>。

そうすると、山田調査官が最高裁判決の解説において、著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の人格的利益として示唆した「名誉」とは、著作権法 113 条 6 項が保護する「著作物の利用に係わる著作者の社会的な名誉」それ以外のもの、すなわち民法上の名誉及び名誉感情などを指すものではないだろうか。

民法 710 条及び 723 条は、「名誉」が不法行為法上の保護を受けることを明記しており、従来の判例は、この規定を根拠にして、名誉の保護に努めてきた。たとえば、市長選挙の

---

<sup>218</sup> 山田真紀「北朝鮮著作権事件」Law&Technology56号(2012年)86頁86頁。上野達弘「未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—」AIPPI57卷9号(2012年)578頁も参照。

<sup>219</sup> この規定は、著作物をそのまま利用しているために同一性保持権侵害に該当しない行為であっても、その利用態様如何では、表現が著作者の真の意図とは全く異なる意味合いを持つものとして受け取られることがあるから、著作者の名誉、声望を害する方法によりその著作物を利用する行為を著作者人格権の侵害行為とみなしたものである。田村善之『著作権法概説』(第2版・有斐閣・2001年)452頁を参照。

<sup>220</sup> 田村善之『著作権法概説』(第2版・有斐閣・2001年)452頁、中山信弘『著作権法』(2007年・有斐閣)407頁、加戸守行『著作権法逐条講義』(5訂新版・2000年・著作権情報センター)664頁、上野達弘「著作物の論評における名誉毀損と著作者人格権」知財管理54巻1号(2004年)85頁、小泉直樹「著作者人格権」民商法雑誌116巻4=5号(1997年)602頁、村越啓悦「著作者人格権等の侵害に対する救済」牧野利秋=飯村敏明編『新裁判実務体系22著作権関係訴訟』(2004年・青林書院)602頁などを参照。

<sup>221</sup> 田村善之『著作権法概説』(第2版・有斐閣・2001年)452頁を参照。

<sup>222</sup> 東京高判平成14.11.27判時1814号140頁[古河市兵衛の生涯]を参照。この判決の評釈として、上野達弘「著作物の論評における名誉毀損と著作者人格権—『運鈍根の男』事件」知財管理54巻1号(2004年)79頁、松川実「著作者人格権侵害と名誉毀損」斉藤博先生御退職記念『現代社会と著作権法』(2008年・弘文堂)144頁、同「名誉声望を害する利用」中山信弘=大淵哲也=小泉直樹=田村善之編『著作権判例百選』(第4版・2009年・有斐閣)176頁などがある。

選挙運動の一環として、対立候補を推薦していた対立政党の党員に対し、自党が推薦する候補の選挙対策委員に委嘱する旨の文書を送付したことが、その送付を受けた者の名誉を毀損する不法行為になるか否かが争われた最判昭和 45. 12. 18 民集 24 卷 13 号 2151 頁[選挙対策委員委嘱状]では、「名誉とは、人がその品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的な評価、すなわち社会的名誉を指すものであって、人が自己自身の人格的価値について有する主観的な評価、すなわち名誉感情は含まない」、と定義している。ここで名誉を名誉感情と区別する意味は、名誉毀損については、金銭賠償の原則（民法 722 条 1 項）の例外として、謝罪広告などの名誉回復処分（同 723 条）による救済が規定されている点にある。名誉回復処分は、被害者に主観的な満足を与えるためではなく、金銭による損害賠償のみでは填補されない社会的・客観的評価自体を回復することを可能ならしめるために規定されたものであり、社会的評価の低下を要件とする名誉毀損であるがゆえにこのような救済が与えられるのである<sup>223</sup>。

また、知事選立候補予定者を「天性の嘘つき」「詐欺師」などと誹謗する記事を掲載する予定であった地方雑誌に対する出版の事前差止めの仮処分が違法であるか否かが争われた最判昭和 61. 6. 11 民集 40 卷 4 号 872 頁[北方ジャーナル]<sup>224</sup>では、「人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、損害賠償（民法 710 条）又は名誉回復のための処分（同 723 条）を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる」と述べて、初めて人格権としての名誉権の概念を名実ともに認めたのである<sup>225</sup>。

すなわち、民法上の名誉毀損が規律する利益は、「人に対する社会的評価に係る人格的利益」である。この利益は、著作権法 113 条 6 項の「著作物の利用に係る著作者の社会的な名誉」とは規律の対象が異なるために、最高裁判決の射程に鑑みるならば、著作権法が規律対象する名誉声望を害する行為ではない著作物の利用行為が<sup>226</sup>、その態様如何によっては、別途、民法上の名誉毀損に該当することはあり得ると思われる。

それでは、著作権法が規律対象する名誉声望を害する行為ではなく、他人の社会的評価を低下させるものでもない行為、すなわち単なる名誉感情を毀損する行為に対して不法行為が成立することがあるだろうか。

前掲最判昭和 45. 12. 18 民集 24 卷 13 号 2151 頁[選挙対策委員委嘱状]が定義したように、名誉感情の毀損が規律する利益は、「自己自身に対する主観的評価に係る人格的利益」

<sup>223</sup> 最判昭和 45. 12. 18 民集 24 卷 13 号 2151 頁[選挙対策委員委嘱状]の判旨を参照。能見善久=加藤新太郎『論点体系判例民法 7 不法行為 I』（2009 年・第一法規）297 頁[前田陽一執筆部分]も参照。

<sup>224</sup> 最高裁は、(a)「人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利といふべきである」、(b)「公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等」は、「公共の利害に関する事項」であって、かかる表現行為に対する事前差止めは原則として許されないが、(c) ①公共性がある場合でも、②「その表現内容が真実ではなく」、②「又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、③「かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるとき」には、例外的に事前差止めが許される、として請求を否定した。

<sup>225</sup> 詳しくは、五十嵐清『人格権論』（1989 年・一粒社）177 頁以下を参照。

<sup>226</sup> 著作権法 119 条 2 項 1 号は、著作者人格権を侵害した者は、5 年以下の懲役若しくは 1,000 万円以下の罰金に処し、又はこれを併科すると規定しており、民法の人格権侵害よりは強く保護されている。それゆえ、著作物の創作的表現を利用しているにも拘わらず、著作者の名誉、声望を害する行為であってはじめて、重い罰金額を科す 119 条 2 項 1 号の刑事罰の規律を正当化することができるかと解される。田村・前掲注 113) 453 頁を参照。

であって、著作権法が規律する利益とは異なる人格的利益であるから、社会的評価を低下させる行為ではないとしても、一定の限度を超えて他人の名誉感情を毀損した場合には、別途、不法行為として慰謝料の請求が認められる<sup>227</sup>。たとえば、タクシーの乗客の漫才師が車内で運転手を誹謗侮辱した行為が、不法行為になるか否かが争われた大阪高判昭和54.11.27判タ406号129頁[漫才師暴言]では<sup>228</sup>、「Yの右発言は、Yのために高速料金を立替支弁したXをいわれなく誹謗侮辱したもので、通常の醜行の指摘と異なりタクシー運転手としてのXの社会的評価信用を害うものでないとしても、その内容が極めて不当でしかも相当時間繰返され、公然非公然を問わずXの名誉心を著しく傷つけこれに精神的苦痛を与えるものといわねばならず、単なる酔客の道義的マナーの問題あるいは社会生活上の受忍限度を超えた違法なもので、法律上損害賠償の対象となるものと解すべきである」と述べて、漫才師は運転手の被った精神的苦痛に対し慰謝料を支払う義務があると判断した<sup>229</sup>。

しかし、多くの場合は、名誉感情の侵害は、名誉毀損やプライバシーの侵害に吸収されるために、名誉感情の侵害は補充的に主張されることが多いだろう<sup>230</sup>。

## 5. 小括

以上の分析をまとめれば、次のようになる。著作権法等の知的財産法が規律対象としていない人格的利益について、不法行為法上の保護を認めることも、基本的には他人の表現の自由や経済活動の自由を制約することになるが、この場合には、著作権法が規律対象としない財産的利益とは異なり、他者の利用の自由を制約する正当化原理として、インセンティブ論よりも基本的人権の一つである人格権のほうが強力である。

そうすると、最判平成17.7.14民集59巻6号159頁[船橋市公立図書館上告審]の最高裁が示した「著作権者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益」と、山田調査官が示唆した「民法上の名誉及び名誉感情」、そして最判平成24.2.2判時2143号72頁[ピンク・レディー上告審]が認めた「みだりに自己の肖像等が商品等と結び付けられることのない人格的利益」(＝人のパブリシティ権)は、いずれも著作権法が規律対象

<sup>227</sup> 五十嵐清『人格権法概説』(2003年・有斐閣)26頁を参照。

<sup>228</sup> この事件で確認された事実によれば、高速道路通行の際、タクシーの運転手が乗客の負担である高速料金を一時立替えたところ、それまで酔って妻の方へもたれかかるようにしていた漫才師が、「今は運転手と呼ばれているが昔は駕籠かきやないか」「客の立替などできる身分でない」「人間面をしているが、人間並みには扱わない」「我々の利用によって生活をしているのやないか」などと言出し、その後妻の制止にも拘らず目的地に着くまで20分余りの間同趣旨の言辞を繰返したとされる。

<sup>229</sup> 他にも、名誉感情の侵害を理由に慰謝料を認めた下級審裁判例として、東京地判昭和46.8.7判時640号5頁[女性弁護士]、大阪地判昭和60.2.13判タ554号266頁[無実犯人]、名古屋地判平成6.9.26判時1525号99頁[容貌の揶揄的表現]、東京高判平成7.10.30判時1557号79頁[幸福の科学]、大阪地判平成11.3.11判タ1055号213頁[駅員侮辱言動]、名古屋高判平成12.10.25判時1735号70頁[女高生・OL連続誘拐殺人]、東京地判平成13.12.25判時1792号79頁[SF評論家]などがある。

<sup>230</sup> たとえば、Aが執筆してYが発行する雑誌で公表された小説の登場人物B(Xと同定可能)について、顔面に完治の見込みのない腫瘍があること、父が韓国でスパイ容疑により逮捕された経験があること、高額の寄付を募ることに問題があるかのような団体として記載されている新興宗教に入信したという虚偽の事実などが述べられた事案において、名誉毀損やプライバシーの侵害とともに名誉感情の侵害も認めた最高裁判決として、最判平成14.9.24判時1802号60頁[石に泳ぐ魚]がある。

する利益と異なる趣旨の人格的利益であるために、北朝鮮映画放送上告審の最高裁が示した「著作権法が規律対象する利益と異なる趣旨の法的利益」という要件論の射程内にあるものと評価することができるだろう。

### 第3節 韓国の裁判例

次に、韓国における裁判例の動向について考察しよう。ここでも、裁判例の動向を考察するにあたり、最上級審判決の立場を確認した上で、それが裁判実務に与える影響、すなわち最高裁の判断が今後の裁判例に如何なる解釈指針を提示しているのか、という射程を判明することにしたい。

#### 第1款 最上級審判決

冒頭で述べたとおり、知的財産法上の保護が否定された場合に、不法行為法による保護が認められるのかという問題が争われた最上級審判決をみると、日韓両国の裁判所の対応に若干異なる傾向が見られる。すなわち、不法行為の成立をいずれも否定した日本の最高裁判決とは異なり、韓国の大法院判決（大法院 2010. 8. 25. ㄹ 2008 마 1541 決定[インターネット広告上告審（인터넷광고）]、大法院 2012. 3. 29. 宣告ㄹ 20044 判決[ハロー・キティ上告審（헬로우 키티）]など）は積極的に不法行為の成立を認めたのである。

それでは、韓国の大法院判決が不法行為の成立を認めた理由は、如何なるものであるだろうか。

#### 第1項 柔軟な解釈を採用した大法院判決（その1）

——インターネット広告上告審——

さて、その嚆矢となった大法院判決が、他人のインターネット広告を遮断する行為が問題となった大法院 2010. 8. 25. ㄹ 2008 마 1541 決定[インターネット広告上告審（인터넷광고）]である<sup>231</sup>。

この事件の債権者は、韓国最大手のインターネット検索ポータルサイトである「NAVER（ネイバー）」を運営する会社であって、広告主からポータルサイトにバナー広告を誘致し、優先順位検索結果の導出サービスを提供する方法で広告収入を得ているところ、ユー

---

<sup>231</sup> インターネット広告事件は、同じ事実関係をめぐって仮処分申請、刑事訴訟、民事訴訟が行われており、それぞれの事件で扱った争点は、事件の性質上若干の差異がある。オ・ビョンチョル（오병철）「3D変換TVの著作権侵害の成否（3D 변환 TV 의 저작권 침해 여부）」情報法学（정보법학）14巻3号（2010年・韓国情報法学会）27頁。大法院 2008 마 1541 決定の判示の中には、不正競争防止法に関する判断が下されていないが、これはそれに関する上告がなされていなかったからである。興味深いのは、上記大法院決定の原審（2008 라 618 決定）は不正競争防止法2条1号（ナ）項の営業主体混同行為が認められないと判断したのに対し、刑事事件で大法院 2010. 9. 30. 宣告 2009 도 12238 判決は、不正競争防止法違反（営業主体混同行為）の点について無罪を言い渡した原審（ソウル高等法院 2009. 10. 22. 宣告 2009 노 300 判決）を破棄し有罪としたが、刑事判決の事案では、挿入広告自体に出所表示がなかったという点で、インターネット上の営業主体混同行為を認め、不正競争防止法の違反を認めたのである。刑事判決の詳細な分析については、ユ・ヨンソン（유영선）「Pop-up 広告行為の規制（팝업광고 행위의 규제）」私法（사법）15号（2011年3月・私法発展財団）345頁以下を参照。

ザーが債権者のポータルサイトを訪問した場合に、債務者の提供する広告をユーザーのコンピュータに直接表示させる広告システムを開発し、それを自分が運営するインターネットサイトを介して配布した債務者の行為に対し、その広告システムの製造・販売及び配布の差止めを求めた仮処分事件である<sup>232</sup>。

大法院は、債務者の広告行為によって債権者のプログラム著作物の同一性保持権が侵害されることはないと判断した<sup>233</sup>。そして、一般不法行為の成否については、「競争者が相

---

<sup>232</sup> 具体的な事実関係は、次のとおりである。債権者は、韓国最大手のインターネット検索ポータルサイトである「NAVER（ネイバー）」を運営する会社であって、広告主から上記のポータルサイトにバナー広告を誘致し、優先順位検索結果の導出サービスを提供する方法で広告収入を得ている。債務者は、インターネットサイトを利用した広告システムに関するプログラムを開発し、これを配布している会社であって、自分が運営するインターネットサイトを通じてユーザーに本件プログラムを提供している。債務者は、広告主を募集し、本件プログラムを利用した広告を誘致する一方、債務者のインターネットサイトに会員として加入した企業や個人を「販売パートナー」として指定し、本件プログラムを上記の「販売パートナー」のショッピングモール、コミュニティ、電子メールなどを通じてインターネット上に配布させ、これにより発生する収益の一部を「販売パートナー」に支給した。本件プログラムは、債務者のインターネットサイトで会員登録如何とは関係なくダウンロードしてインストールできるが、本件プログラムはこれを自分のコンピュータにインストールしたユーザーが、インターネット上の特定のサイト（主にポータルサイト）を訪問した場合、債務者の提供する広告をユーザーのコンピュータに直接表示させることを目的としている。しかし、ユーザーが本件プログラムを利用したサービスを一時的に断わる場合には、ボタンを押して元の広告に戻すことができ、本件プログラムの完全削除を希望する場合は、関連メニューから削除することができる。インターネット・ユーザーのコンピュータにインストールされた本件プログラムは、債権者のインターネットサイトの余白を自ら見つけて債務者の選択したバナー広告を露出する方式（以下、「挿入広告方式」という。）、債権者が提供している広告欄に債務者の選択したバナー広告を上書きする方式（以下、「代替広告方式」という。）、または債権者のインターネットサイト検索ボックスの下段と債権者が提供するキーワード広告の間に、債務者の提供するキーワード広告を挿入する方式（以下、「キーワード広告方式」という。）で、それぞれ動作する。債務者が本件プログラムを利用して提供するバナー広告には、「このコンテンツは、インターネットチャンネル二十一から提供されています。」という文句が下段に表示されており、キーワード広告には、検索ボックスの下段と債権者が提供するキーワード広告の間にボックス型の空間を作り出し、その空間内に広告の内容を表示した上で、広告内容の右側と下側に、「Uplink search は、インターネットチャンネル二十一から提供されています。」という文句を表示することにより、各広告の出所が債務者であることを示している。債権者は、債務者の提供する本件プログラムが、著作権法等を違反し、業務妨害の不正な競争行為として不法行為を構成すると主張し、債務者に対して本件プログラムの製造・販売及び配布の差止め等を求めた。

<sup>233</sup> 大法院は、同一性保持権侵害の成否について、「債権者が、そのコンピュータ・プログラム著作物の同一性保持権が侵害されたと主張する HTML(Hypertext Markup Language、ホームページのハイパー・テキスト文書を作成するために使用されるデフォルト言語)コードには、検索結果を表示したテキスト部分と、画面に表示させるための一般的な HTML タグだけが含まれており、著作権で保護すべき創作的な表現まで含まれているという点を疎明する資料がなく、さらに、債権者がユーザーのコンピュータに送信した HTML ファイルは、その内容が画面に表示されるために一時的にランダム(Random Access Memory)の形で複製されることになるが、そのとき本件プログラムによる債務者の HTML コードもランダムに表示され、債権者の HTML コードそれ自体には影響を与えない状態で別途存在する余地がある反面、それが債権者の HTML コードに挿入され、債権者の HTML コードを変更させるという点は、それを疎明する資料が足りない故に、債務者の本件プログラムによる

当な労力と投資をかけて構築した成果物を、商道德や公正な競争秩序に反して自分の営業のために無断利用することで、競争者の労力と投資にただ乗りし、不当に利益を得て競争者の法律上保護される利益を侵害する行為は、不正な競争行為として民法上の不法行為に該当する。上記のような無断利用の状態が続く、金銭賠償を命じることだけでは被害者救済の実効性を期待しにくい反面、無断利用の差止めにより保護される被害者の利益と、それによる加害者の不利益を比較衡量するとき、被害者の利益の方がもっと大きい場合には、その行為の差止め又は予防を請求することができる」という一般論を展開して上で、「債権者は、長期間にわたり相当な労力と投資をかけて情報検索、コミュニティ、娯楽などの様々なサービスを提供する国内最大のインターネット・ポータルサイトである『ネイバー』を構築した上で、インターネット・ユーザーが上記のサービスなどを利用する目的でネイバーを訪問するようにし、このように確保した訪問者にバナー広告を表示させたり、優先順位の検索結果を導き出すサービスを提供する方法などで広告営業をしてきたが、債権者のネイバーを通じた広告営業の利益は法律上保護される利益といえる」とし、債務者の広告は「インターネット・ユーザーがネイバーの提供するサービスなどを利用するためにネイバーを訪問した場合に表示されるものであり、これは結局ネイバーが持つ信用と顧客吸引力を無断利用する行為である。さらに、その広告方式も債権者が提供する広告を削除したり（代替広告方式）、債権者が提供する検索結果の順位が後に押されるようにする（キーワード挿入広告方式）などの方式を使用し、債権者の営業を妨害しながら債権者が得べき広告営業の利益を無断に傍受した」ことを理由に、債務者の行為は、債権者の広告営業の利益を侵害する不正な競争行為として民法上の不法行為に該当すると判断した。また、債務者の広告行為は一時的なものではなく継続的に繰り返され、債務者に金銭賠償を命じることだけでは債権者救済の実効性を期待しにくい反面、債務者の上記のような広告行為を禁止することにより保護される債権者の利益が、それによる債務者の営業自由に対する損失よりもっと大きいことを理由に、債権者は債務者に対し、本件プログラムを利用した広告行為の差止め又は予防を請求できると判断した<sup>234</sup>。

---

広告行為によって債権者の HTML コードの同一性保持権が侵害されたと判断することではない」と判示した。すなわち、大法院は、HTML ファイルのコードが一部変更されることによってキーワード広告が挿入される画面を表示するようになるという事実は認めたものの、HTML は JSP などのような別のウェブ・プログラミング要素が含まれていない一般的な HTML 文書それ自体はウェブ文書を整理して表示するための文法を記述したタグに過ぎず、創作的な表現であるとは見ることができないので、その文書が表示する内容とは別の創作物だと認めることは困難であるところ、本件プログラムは HTML ファイルのソースを変更するのではなく、画面に表示するために RAM で複製したコピー・ファイルのみに HTML コードが挿入され、一部の変更があったとしても、これは著作者人格権としての同一性保持権を侵害するものではないと判断した。しかし、HTML 文書のタグ (tag) が HTML 文書を構成する要素で、それは HTML 文書を作成する文法の一部を構成する要素に該当するので、それ自体には創作性を認めることはできないとしても、タグの配置及び HTML 文書の中でタグを除いた他のテキスト部分の内容は、Internet Explorer などのウェブ・ブラウザによって解読され、画面に文書を表示する指令ないし命令に該当し、HTML 文書は一種のプログラムに該当する。したがって、HTML 文書が他人の HTML 文書を複製した場合でなければ、当然に創作性が認められるので、HTML 文書を単純にタグの集合として理解し、作成された HTML 文書の創作性を否定した点は妥当ではないだろう。

<sup>234</sup> 一審（ソウル中央地方法院 2007. 12. 31. ザ 2007 カハブ 2250 決定）の裁判所は、業務妨害の不法行為は認められるということをも理由に、供託金 5 億韓国ウォンを条件として仮処分決定を下した。これに対し、債権者と債務者はそれぞれ控訴したところ、ソウル高等法院は一審決定を変更し、残りの部分を取消ししながら、取消し部分に対する申立てを棄

すなわち、大法院は、「商標法、著作権法、不正競争防止法等の知的財産権関係の各法律が、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に排他的な使用権を付与し、その権利の保護を図っているが、その反面として、その使用権の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないようにするため、各法律は、それぞれの知的財産権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、その排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしている」(最判平成 16. 2. 13 民集 58 卷 2 号 311 頁[ギャロップレーサー上告審]) ことを理由に、限定的な解釈を採ってきた日本の最高裁判決とは異なり、「競争者が相当な労力と投資をかけて構築した成果物を、商道德や公正な競争秩序に反して自分の営業のために無断利用することで、競争者の労力と投資にただ乗りし、不当に利益を得て競争者の法律上保護される利益を侵害する行為は、不正な競争行為として民法上の不法行為に該当する」という抽象的な基準を示し、一般論のレベルにおいては柔軟な解釈を採用していることが明らかである。

さらに、この大法院決定は、「無断利用の状態が続き、金銭賠償を命じることだけでは被害者救済の実効性を期待しにくい反面、無断利用の差止めにより保護される被害者の利益と、それによる加害者の不利益を比較衡量するとき、被害者の利益の方がもっと大きい場合には、その行為の差止め又は予防を請求することができる」と説示し、一般不法行為の効果として差止請求権まで認容したという点で注目される。

この差止請求権の有無に関連して、韓国の大法院判決の中には、名誉毀損を根拠とする人格権侵害に対する差止請求権を認めたものがある<sup>235</sup>。たとえば、名誉毀損に関する大法院 1988. 10. 11 宣告 85 ダカ 29 判決は、「憲法 9 条の後段は、『すべての国民は、人間としての尊厳及び価値を有し、幸福を追求する権利を有する』と規定し、生命権、人格権などを保障しており、ある個人が国家権力や公権力又は他人によって不当に人格権を侵害された場合には、人格権の侵害を理由にその侵害行為の排除と損害賠償を請求し、その権利の救済を受けることができる」と述べて上で、「我々が民主政治を維持するにおいて必要不可欠な言論、出版など表現の自由は、時々個人の名誉やプライバシーの自由と秘密など

---

却した(ソウル高等法院 2008. 9. 23. ザ 2008 ラ 618 決定)。すなわち、債権者が主張する「情報通信網の利用促進及び情報保護等に関する法律」、著作権法又はコンピュータ・プログラム保護法、不正競争防止法の違反については、いずれも理由がないと判断した。しかし、債務者の本件プログラムを利用した広告方式は、債権者のポータルサイトの信用と顧客吸引力を自分の営業のために無断で利用し、債権者が長期間の努力と投資をかけて構築した著名なインターネット検索ポータルサイトというコンテンツにただ乗りする行為であって、公正な競争秩序あるいは商取引秩序に違反する行為に該当し、これにより債権者の広告に関する営業上の利益を侵害するおそれがあることから、これは債権者のインターネットサイトに関する業務を妨害する不正競争行為として不法行為を構成すると判断した。したがって、被保全権利は疎明され、債務者の本件業務妨害行為は継続的・反復的に行われるものであって、債務者が本件プログラムの適法性を主張しながら、これを継続して製作・配布する意思を明らかにしている点を総合すると、事前予防措置としてその業務妨害行為の差止めを求める保全の必要性も疎明されるとした。

<sup>235</sup> 韓国では、人格権侵害を理由とする侵害訴訟において、人格権に基づく妨害排除ないし予防の差止請求権を認めるべきという点について学説上概ね一致している。キム・ズンハン(김중환)編『注解債権各則(IV)』(1987年・韓国司法行政学会)122-123頁[パク・チョルウ(박철우)弁護士執筆部分]、郭潤直(곽윤직)『民法注解XIX-債権(12)』(2005年・博英社)453-454頁[イ・ジェホン(이재홍)判事執筆部分]、郭潤直(곽윤직)『債権各論』(第6版・2003年・博英社)446-447頁、キム・サンヨン(김상용)『法行為法』(1997年・法文社)142頁、ジ・ホンウォン(지홍원)「人格権の侵害(인격권의 침해)」『私法論集(10集)』(1979年・法院行政処)219-220頁を参照。



人格権の領域を侵害する場合があるが、表現の自由に劣らず、このような私的な法益も保護されなければならないから、人格権としての個人の名誉の保護（憲法9条の後段）と表現の自由の保障（憲法20条1項）という二つの法益が衝突した場合、その調整を如何にするかは、具体的な事案に照らし社会的な様々な利益を比較して表現の自由から得られる利益、価値と、人格権の保護によって達成される価値とを衡量して、その規制の幅と方法を定めなければならない」と判示している。

このような大法院の判示は、人格権に基づく差止請求権が何時でも認められるのではなく、差止めによって発生する加害者側の不利益と被害者側の利益の衡量、または侵害の結果として得られる加害者側の利益と被害者側の不利益を衡量し、侵害行為の違法性が承認される場合に認められるという、いわゆる「利益衡量論」をその認定基準として提示したものである<sup>236</sup>。

なるほど、インターネット広告上告審の大法院決定も、人格権侵害に対する差止請求権の成立要件と同様に、いわゆる「利益衡量論」を認定基準として提示したものであるが、韓国の文献の中には批判的な意見もある。たとえば、釜山地方法院の林相珉判事は、「我が民法が、所有権など物権については物権的請求権を認めており、名誉毀損（人格権侵害はここから類推適用）の場合に、例外的に原状回復請求権を認めながらも、一般的な不法行為の効果として原状回復ないし差止請求を規定していないことは、民法全体の体系的な解釈において物権的請求ないし人格権などに基づく準物権的請求ではない場合に、法律が規定する特段の事情がない限り、差止請求を否定する趣旨で立法されていると解するのが相当である」ことを理由に、不法行為の効果として損害賠償のみを認めるか、それとも差止請求権まで認めるかは立法政策の問題であり、裁判所が解釈として差止請求まで認めることは、司法権の限界を超えたのではないか、という疑問を呈している<sup>237</sup>。また、キム・ビョンイル教授も、大法院が「不正競争防止法に列挙されていない営業妨害による不正競争行為について差止請求を認めたが、これは司法的な解決ではなく、不正競争防止法の改正を通じて『業務妨害』による不正競争行為の類型を追加するか、ドイツ不正競争防止法の一般条項を導入するなど、立法的な解決が望ましい」<sup>238</sup>との見解を示した。

確かに、韓国民法は物権を保護するために、物権それ自体に基づく物権的請求権の存在を明示的に規定（韓国民法214条等）しており、不法行為責任に関しては、その救済手段として金銭賠償（韓国民法750条、751条）と名誉回復処分（韓国民法764条）を認めている。しかし、韓国民法が、明示的に不法行為に対する一般的な救済手段として差止請求権を規定していないのは、そのような救済手段それ自体を否定する趣旨であるというよりは、むしろ、それについて沈黙しているに過ぎないのではなかろうか<sup>239</sup>。それにも拘わらず、不法行為に基づく差止請求権を厳格かつ明確な要件の下で許容しなければならない

<sup>236</sup> このような「利益衡量論」に立脚した学説として、郭潤直（곽윤직）『債権各論』（第6版・2003年・博英社）446-447頁、キム・サンヨン（김상용）『不法行為法』（1997年・法文社）142頁を参照。

<sup>237</sup> 林相珉（임상민）「知的財産法上保護されない知的成果物に対する無断利用と一般不法行為の成否（지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부）」Justice（저스티스）通巻132号（2012年）34頁〔最終版〕を参照。

<sup>238</sup> キム・ビョンイル（김병일）「インターネットウェブページにおける広告の挿入・遮断などをめぐる法的問題（인터넷 웹페이지에서의 광고의 삽입・차단 등을 둘러싼 법적 문제）」私法（사법）16号（2011年）66頁。

<sup>239</sup> 権英俊（권영준）「不法行為と差止請求権（불법행위와 금지청구권）」Law & Technology 4巻2号（2008年）62頁を参照。

理由は、それが思想の自由市場への参入自体を遮断する表現活動に対する事前抑制であるだけでなく、表現行為に対して大きな萎縮効果を持ち得るからである<sup>240</sup>。上記の名誉毀損に関する大法院 1988. 10. 11 宣告 85 ダカ 29 判決も、このような趣旨の下で「利益衡量論」を差止請求権の認定基準として提示したものと思われる。

したがって、インターネット広告上告審の大法院決定が、表現の自由に対する萎縮効果を一切考慮に入れず<sup>241</sup>、簡単に差止請求権を認めた点については疑問の余地が残るが、大法院が一般不法行為の効果として差止請求権を認容した背景には、侵害行為差止め仮処分が、本案判決としての侵害行為命令とは異なり、本案訴訟による最終的解決が図られる仮の措置であるという特有の事情が関係していると考えられる<sup>242</sup>。仮に、不法行為の効果として損害賠償のみを認めるべきか、それとも差止請求権まで認められるのかという問題が本案訴訟で争われた場合には、大法院がより慎重な態度を示したのであろう。

## 第 2 項 柔軟な解釈を採用した大法院判決（その 2）

<sup>240</sup> 日本における名誉権に関する最判昭和 61. 6. 11 民集 40 卷 4 号 872 頁[北方ジャーナル]の最高裁は、「表現行為に対する事前抑止は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法 21 条の趣旨に照らして、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容される」との一般論を示したうえで、表現内容が公務員または公選の候補者を対象とするものである場合には、「そのこと自体から、一般にそれが公共の利害に関する事項であるということができ」るため、「当該表現行為に対する事前差止めは、原則として許されない」ものの、その「表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるとき」に限り、「例外的に事前の差止めが許される」としている。

<sup>241</sup> 債務者は、インターネット・ユーザーは自分がみるインターネット画面の設定を変更し、ユーザーのコンピュータに送信されたコンテンツについて自由に活用する正当な権利があり、その権利の一つとして広告を選択する権利があるものの、技術の進歩は自由な競争とユーザーの権利を保護する方向で行われるべきであるから、債務者がユーザーから明示的に同意を得て本件プログラムを配布し、本件プログラムがユーザーのコンピュータにおいて作動する限り、これはユーザーの上記のような権利を実現するものとして許されるべきであって、債権者のようなポータルサイトがその独占的地位を利用して債権者の広告だけを表示させるように強制することで、自由な競争やユーザーの権利を侵害してはいけない趣旨を主張した。しかし、大法院決定では、債務者が主張したこの点について判断がなされていない。

<sup>242</sup> もっとも、この大法院決定は仮処分に係る事件であるが、伝統的な考え方に従う限り、本案で認められないものがその暫定的な救済に過ぎない仮処分で認められる謂われはない。しかし、事実の問題として、実体法の解釈で本案では認めがたいと考えられている救済であっても、仮処分の事件では比較的自由にこれを認めることができるという傾向がありうることは否めないであろう。なお、長谷部由起子「仮の救済における審理の構造（1）－（3）－保全訴訟における被保全権利の審理を中心として－」法学協会雑誌 101 卷 10 号（1984 年）・102 卷 4＝5 号（1985 年）は、本案訴訟に比して保全訴訟において法律問題の審理を緩和すること（「実体留保的処分」）に対しては、利益衡量の場面において結局、法的な評価を行わなければならないとすると所期の目的を達成しえなくなるのではないか、ということを主な理由に慎重な態度を表明しつつ（同（2）727－738 頁）、本案訴訟において実現されるべき請求権とは異なる請求権を想定する「実体的経過規定」という考え方に対しては、現状凍結型（紛争解決志向型）と情報請求型という二種のものがありうることを指摘し、肯定的な評価を与えている（同（3）1767－1769 頁）。野村秀敏『保全訴訟と本案訴訟』（1981 年・千倉書房）192・194－200・225－269 頁が、前者（「未決処分」と呼ぶ）を積極的に導入することを主張しつつ、後者に関して態度を留保しているのと対照的である。

もう一つ、知的財産法上の保護が否定された場合に、不法行為の成立を積極的に認めた大法院判決として、他人の商品化事業へのフリー・ライドが問題となった大法院2012.3.29.宣告ダ20044判決[ハロー・キティ上告審(헬로우 키티)]がある。

この事件の被告は、「冬のソナタ」、「ファン・ジニ」、「朱蒙」、「大長今」などの韓流ドラマが多くの人気を集めることを狙い、「ハロー・キティ」というキャラクターに各ドラマの主人公の衣装を着せるなどの工夫をして、ドラマの情景を思い浮かべるキャラクター商品を製造し、消費者、特に外国の観光客を相手に販売したところ、原告らが商標権侵害、著作権侵害、不正競争行為及び不法行為に基づく損害賠償を請求したものである<sup>243</sup>。

大法院は、原告らの商標権侵害<sup>244</sup>や著作権侵害<sup>245</sup>、不正競争行為<sup>246</sup>を理由とする請求

---

<sup>243</sup> 具体的な事実関係は、次のとおりである。X1は、「朱蒙」、「大長今」など韓流ドラマの製作者であり、「朱蒙」、「大長今」など商標の商標権者でもある。Yは、「ハロー・キティ」というキャラクターで有名な日本会社の韓国法人であり、韓国国内でハロー・キティのキャラクターを商品化する独占権を有する。Yは、ハロー・キティのキャラクターに様々な衣装を着せたり、小物を利用した人形、ハンカチ、キーホルダー、ボールペンなどを製造・販売しており、2007年8月頃から2007年10月頃まで、自分が運営するホームページに朝鮮時代の医女の服装をして神仙炉を持っているハロー・キティのキャラクターを付着した携帯ストラップ、ハンカチなどの商品、そして、鎧を着て額に帯をかけ、一方の手に剣を持っているか、白地にピンクのドット柄が混ざり、手首の部位にピンクの帯がある服を着ているハロー・キティのキャラクターを付着したボールペン、ボール結び目などの商品のすぐ下にある商品名の前に「大長今」、「長今」、「朱蒙」という標章を表示した。一方、X1は「大長今」、「朱蒙」を主人公にした同じ題名のドラマを製作し、放映して大きい呼応を得ており、上記のドラマは海外にも輸出されたことがある。2005年から2006年頃には、上記各ドラマの全体的な商品化事業進行を内容とするエージェント契約を締結した。

<sup>244</sup> 大法院は、原告らの商標権侵害に基づく上告理由について、「他人の登録商標をその指定商品と同一または類似の商品に利用した場合には、他人の商標権を侵害することになるが、他人の登録商標を使用した場合であっても、それが商標の本質的な機能とする出所表示をするものではなく、商標の使用として認識されていない場合には、登録商標の商標権を侵害する行為とみなすことはできず、それが商標として使用されているか否かを判断するにあたっては、商品との関係、商品に表示された位置、大きさなどの当該標章の使用態様、登録商標の周知・著名性、そして使用者の意図と使用経緯などを総合し、実際の取引においてその表示された標章が商品の識別標識として使用されているかどうかを総合して判断しなければならない(大法院2003.4.11宣告2002ド3445判決を参照)」と述べた上で、「上記標章の使用態様、上記登録商標と『HELLE KITTY』標章の周知著名の明度、Yの意図と、上記標章の使用の経緯などを総合すると、全体的にYがホームページで広告・販売した上記商品の出所がX2又は同一の商品化事業を営む集団であることが明確に認識され、『大長今』などの標章は、商品に付着又は表示された『HELLE KITTY』の文字がX2が製作・放映したドラマのキャラクターとして知られる『大長今』、『朱蒙』を形象化したものであることを案内・説明するためのものであり、商品の識別標識として使用したとは見られないので、『大長今』などの標章が商標として使用されたとは見ることができない」と判断した。

<sup>245</sup> 大法院は、原告らのキャラクター著作物に関する上告理由について、「映画やドラマのキャラクターは、自分だけの独特な外観を有する俳優の実演によって表現され、登場人物の容貌、行動、名称、性格、声、話し方、状況や台詞などを合わせた包括的なアイデンティティ(identity)をいい、視覚的な要素がすべて創作によって作らせる漫画やアニメのキャラクターよりは小説、戯曲など言語著作物のキャラクターに近いというべきである。

をいずれも棄却したが、不法行為の成否については、「競争者が相当な労力と投資をかけて構築した成果物を、商道德や公正な競争秩序に反して自分の営業のために無断利用することで、競争者の労力と投資にただ乗りし、不当に利益を得て競争者の法的保護に値する利益を侵害する行為は、不正な競争行為として民法上の不法行為に該当する」という一般論を展開した上で、「①X1 が放映したドラマ『冬のソナタ』と『ファン・ジニ』、及びX2 が放送したドラマ『大長今』と『朱蒙』は、これらの放送局が相当な労力と投資をかけて

---

したがって、ドラマの登場人物から上記のような属性を排除し、その名称や服装、使用する小物を取り出したキャラクターが、元の著作物から独立して、別途著作権法によって保護されるということとはできない（この点では、視覚的要素がすべて創作によって作られた漫画のキャラクターに関する大法院 1999. 5. 14. 宣告 99 ド 115 判決、2005. 4. 29. 宣告 2005 ド 70 判決は、この事案には適用しない）」と判断し、写真著作物や映画著作物に基づく著作権侵害の主張については、「猫の姿をしているハロー・キティのキャラクターと、上記各映画著作物及び写真著作物の実際の俳優とは全く異なって、全体的な印象において実質的な類似性が認められない」と判断した。

<sup>246</sup> 大法院は、原告らの不正競争防止法上の商品等主体混同行為に基づく上告理由について、「キャラクターが商品化され、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号が規定する国内に広く認識された他人の商品であることを表示する標識となるためには、キャラクター自体が国内に広く知られているだけでは不十分であり、そのキャラクターの商品化事業が行われており、これに対する継続的な宣伝、広告及び品質管理で、そのキャラクターがこれを商品化し得る権利を有した者の商品標識、または上記の商品化権者と商品化契約に従ってキャラクターの使用許諾を得た使用権者及び再使用権者など、そのキャラクターに関する商品化事業を営む集団（group）の商品標識として需要者の間に広く認識されていることが必要である（大法院 2005. 4. 29 宣告 2005 ド 70 判決、大法院 2006. 12. 22. 宣告 2005 ド 4002 判決などを参照）」と前提した上で、原告ドラマの「キャラクターがその商品化事業への継続的な宣伝、広告及び品質管理などで、これを商品化する権利を有する者、またはそのキャラクターの商品化事業を営む集団の商品標識として国内需要者に広く認識されているとみることは困難であり、また本件各ドラマの衣装、小物、背景などを商品化した X 商品商品の形態も、その商品形態が持つ差別的特徴が取引者や一般需要者に特定出所の商品であることを連想させるほど顕著に個別化された程度に達したと評価することはできないために、Y の行為が不正競争防止法 2 条 1 項 1 号には該当しない」と判断した。

また、原告らの不正競争防止法上の商品形態の模倣行為に基づく上告理由については、「不正競争防止法 2 条 1 項 9 号は、不正競争行為の一類型として、他人が製作した商品の形態を模倣した商品を譲渡・貸与またはそのために展示したり、輸入・輸出する行為を規制しているが、ここでいう『模倣』とは、他人の商品形態に依拠して、それと実質的に同一形態の商品を作り出すことをいい、形態に変更がある場合、実質的に同一形態の商品に該当するか否かは、当該変更の内容・程度、その着想の難易度、変更による形態的效果を総合的に判断しなければならない（大法院 2008. 10. 17 ザ 2006 マ 342 決定を参照）」と前提した上で、「①原告ら商品は、本件各ドラマの一場面やドラマの宣伝用スチール写真を背景として使用したり、または背景なく登場人物の特色を反映したカリカチュアや一般的な人形・玩具に登場する人物形態に本件各ドラマを連想させる衣装を結合した形態である一方、被告製品は、猫の姿をしているキティというキャラクターに上記の各ドラマの登場人物を連想させる衣装と小物を結合し、場合によっては各ドラマの背景と類似した絵を結合した形態であって、②本件各ドラマの登場人物が着用した衣装や背景であるという点で共通しているが、衣装の細部の表現や色彩、及び原告ら製品はキャラクターが人であるのに対し、被告製品は猫として差異があり、③被告製品のキャラクターの顔や身体比率、キティ・キャラクターの周知性に照らしてみると、上記のような形態上の相違点は、人の注意を引く重要な部分として形態上強い印象を残し、④被告製品のこのような形態上の特徴は原告ら商品に含まれておらず、原告ら製品と被告製品が実質的に同一であると断定できないから、原告らの上記の主張は理由がない」と判断した。

構築した成果物であり、これらの放送局は各ドラマの評判と顧客吸引力を利用してそれに関する商品化事業を行う権限を他人に付与し、対価を受け取る方式などで営業してきたが、これらの営業を通じてX1、X2 が得る利益は、法律上保護される利益に該当する。②そして、本件各ドラマが国内だけではなく海外でも人気を得ており、国内需要者や外国人観光客の間で、これに関連する商品の需要が大きくなると、Yは本件各ドラマを構築したX1、X2 からの許諾を受けないまま、Y商品に接した需要者が本件各ドラマを直接連想するようにした上で、そのような連想から生まれる需要者の商品購買意欲にただ乗りし、Y商品を製造・販売したことが認められる。③ところが、ドラマ関連の商品化事業を推進するためには、それに関する権利者から許諾を受けることがその取引社会における一般的な慣行である点などを考慮するならば、X1、X2 からの許諾を得ていないYの上記のような行為は、商道德や公正な競争秩序に反する行為である。そして、このような行為は、ドラマを利用した商品化事業の分野で互いに競争関係にある上記Xらの多大な労力と投資にただ乗りし、前述したXらの法律上保護される各ドラマの商品化事業を通じた営業上の利益を侵害する行為でもある」ことを理由に、被告の行為が不正な競争行為として民法上の不法行為に該当すると判断し、損害賠償請求を認容した<sup>247</sup>。

すなわち、大法院は、本案訴訟であるにも拘わらず、「競争者が相当な労力と投資をかけて構築した成果物を、商道德や公正な競争秩序に反して自分の営業のために無断利用することで、競争者の労力と投資にただ乗りし、不当に利益を得て競争者の法律上保護される利益を侵害する行為は、不正な競争行為として民法上の不法行為に該当する」という、前掲大法院 2010. 8. 25. ザ 2008 マ 1541 決定[インターネット広告上告審(인터넷광고)]の説示をそのまま踏襲し、漠然とした抽象論を繰り返している。その意味では、一般論のレベルにおいて柔軟な解釈を採用した判決であると評価することができるだろう。

### 第3項 小括

以上の内容をまとめると、次のようになる。すなわち、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対し、民法上の一般不法行為が成立することがあるのかという問題をめぐって、韓国の大法院判決は、いずれも「競争者が相当な労力と投資をかけて構築した成果物を、商道德や公正な競争秩序に反して自分の営業のために無断利用することで、競争者の労力と投資にただ乗りし、不当に利益を得て競争者の法律上保護される利益を侵害する行為は、不正な競争行為として民法上の不法行為に該当する」という抽象論

---

<sup>247</sup> 一審判決(ソウル中央地方法院 2008. 11. 28. 宣告 2008 ガハブ 16993 判決)は、原告らの商標権侵害、著作権侵害、及び不正競争行為に基づく請求をいずれも棄却した。原告らは、控訴審(ソウル高等法院 2010. 1. 14. 宣告 2009 ナ 4116 判決)において、原告らがドラマや商品化事業を通じて構築したキャラクターを、自分のキャラクターと組み合わせるなど、本件各ドラマの人気にフリー・ライドした被告の行為は不法行為を構成すると主張して、民法 750 条に基づき損害賠償請求を予備的に追加した。ソウル高等法院は、「民法 750 条は、『故意又は過失による違法行為で他人に損害を加えた者は、その損害を賠償する責任がある』と規定しており、不法行為は必ずしも著作権など、実定法に定められた権利が侵害された場合に限らず、法律上保護される利益について公序良俗、その他社会秩序に違反する方法で侵害行為が行われた場合にも成立する。したがって、不正に自らの利益を図る目的で、他人が時間や努力、資本をかけて成し遂げた成果物を同意なく利用し、その名声に不当にただ乗りする行為は、法的保護に値する相手の利益を侵害する違法な行為に該当し、不法行為が成立し得る」という一般論の下で、民法 750 条に基づく損害賠償請求を認めた。

の下で積極的に不法行為の成立を認めており、日本の最高裁判決と比べると、相対的に柔軟な解釈を採用していることが明らかである。

しかし、このような大法院判決の抽象的な一般論に重きを置いて検討しても、一体どのような場合に不法行為が成立するのか、大法院が不法行為の成立を認めざるを得なかった理由のうち、決め手というべき要素は如何なるものであるのか、よく分からないことは変わりがない。また、大法院判決が抽象的な一般論を提示したからといって、必ずしも間違った結論に導かれるわけではないことに鑑みると、むしろ個々の判決の具体的な事案に照らして、大法院判決における不法行為の成否の分岐点を探ることが重要であるように思われる。

## 第2款 大法院判決の射程

ところで、知的財産法上の保護が否定された場合に、不法行為の成立を積極的に認めた大法院判決（大法院 2010. 8. 25. ザ 2008 マ 1541 決定[インターネット広告上告審（인터넷광고）]、大法院 2012. 3. 29. 宣告ダ 20044 判決[ハロー・キティ上告審（헬로우키티）]）を、個別の知的財産法の制度趣旨との関係で考えるならば、どのように位置づけられるのであろうか、また、大法院判決が提示した「競争者が相当な労力と投資をかけて構築した成果物を、商道德や公正な競争秩序に反して自分の営業のために無断利用することで、競争者の労力と投資にただ乗りし、不当に利益を得て競争者の法律上保護される利益を侵害する行為は、不正な競争行為として民法上の不法行為に該当する」という抽象的な判断基準は、今後の裁判例に如何なる影響を与えることになるだろうか。

### 第1項 大法院判決の評価

もっとも、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為を民法上の一般不法行為で規律するためには、各知的財産法の趣旨が潜脱されることのないように、対象となる行為類型の中に、これらの法制度によって汲みつくされていない要素が存在することが必要となる。すなわち、個別の知的財産法は、特定の目的のために、どのような行為を違法とすべきかを民主的に決定しているのだから、同一の目的のために、当該知的財産法に規律されていない行為を違法とすることは民主主義の原則に違反する鑑みると、原則としては民主的な決定を尊重し、不法行為法による知的財産法の補完的な保護を謙抑的に止めるべきである。しかし、既存の知的財産法にない目的に基づいて規律しうる、しかも民主的な決定がなされていない利用行為が問題となった場合には、そこまで裁判所の自由裁量権が制限されるわけではないから、例外的に不法行為の成立が認められる余地があると解すべきである。上記の大法院判決が展開した一般論は、この趣旨であると解すべきであろう。

韓国の学説の中にも、実定法の立法目的を強調して、知的財産法上の保護が否定された場合、不法行為の成立を認めることに慎重な態度を示した見解がある。たとえば、ソウル大学の丁相朝教授は次のように述べている。いわく、「実定法上、著作権等の侵害に該当せず、不正競争防止法等の実定法違反にも該当しないにも拘わらず、民法上の不法行為に該当するとして法的救済を付与するには明白な限界がある。多くの実定法は、その立法目的を達成するため、必要な場合に、しかも必要な範囲内で、著作権等の保護や不正競争行為を禁止するものであるから、そのような実定法の違反に該当しない限り、著作物の自由利用と自由な市場競争を認めることが、そのような実定法の立法目的に相応しいからであ

る」<sup>248</sup>また、釜山地方法院の林相珉判事も、「知的成果物をどの範囲で保護すべきかを定めるのが知的財産法の目的及び機能であるならば、このような知的財産法の規定、趣旨、目的等を考慮して知的成果物を保護すべきか否かを判断することが正確であり、知的財産法の規定、趣旨、目的等を考慮することなく、民法が独自に知的成果物を保護すべきか否かを判断することは法体系に馴染まない」<sup>249</sup>という旨を指摘している。

以下では、このような知的財産法の制度趣旨を念頭に置きながら、韓国の大法院が各判決において「法律上保護される利益」に該当するものとして、その要保護性を認めた「広告営業の利益」、及び「キャラクターの商品化事業による営業利益」を手がかりにし、大法院判決の射程をより具体的に考察することにしたい<sup>250</sup>。

## 1. 広告営業の利益

まず、他社のポータルサイトが有する顧客吸引力にフリー・ライドして広告する行為が問題となった大法院 2010. 8. 25. 자 2008 마 1541 결정[インターネット広告上告審(인터넷광고)]をみてみよう<sup>251</sup>。

この判決の大法院は、債務者が、インターネット広告のプログラムをユーザーに提供し、これをインストールしたユーザーが債権者の運営するポータルサイトにアクセスした場合、その画面に債務者の広告を挿入し代替する形で表示させる行為は、債権者のポータルサイトの有する信用と顧客吸引力を無断で利用する行為に該当するだけでなく、債権者の

---

<sup>248</sup> 丁相朝(정상조)「不公正競争行為の規制:技術と市場の変化に対する法的対応(불공정경쟁행위의 규제: 기술과 시장의 변화에 대한 법적 대응)」法学(법학) 45卷3号(2004年) 183頁。

<sup>249</sup> 林相珉(임상민)「知的財産法上保護されない知的成果物に対する無断利用と一般不法行為の成否(지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부)」Justice(저스티스) 通卷132号(2012年) 10頁〔最終版〕。

<sup>250</sup> このような「営業利益」の保護について、ユ・デジョン(유대중)「不公正な競争行為とデジタル情報の保護(불공정경쟁행위와 디지털정보의 보호)」『インターネット・サービスと著作権法(인터넷 서비스와 저작권법)』(2010年・景仁文化社) 144-145頁は、「著作権法上の保護を受けないデジタル情報を保護するにあたり、民法上の不法行為法理は、技術の発展とデジタル情報市場の変化に伴うデジタル情報利用の不公正性をめぐる紛争を解決する方策になることがある。デジタル情報を生産するにあたり、デジタル情報の生産者はデジタル情報を生産するために、多くの人的・物的資本を投資して、これを利用して経済的利益を得ることになる。これらのデジタル情報を競争事業者が無断で複製し利用することは、デジタル情報の生産者の営業上の利益を侵害するものであり、営業利益も不法行為法で保護される法益に該当し、不法行為法を介してこれを救済するのは当然である。しかし、自由競争経済の下で、特定主体の営業利益を過度に保護すると、反競争の効果が生じる。したがって、営業利益の侵害に対する違法性判断は、自由競争という価値観との相関関係の中で行われることが望ましい」という旨を述べている。しかし、そもそも競争というものが必然的に他者の営業に不利益を与える以上、単に「自由競争」や「営業上の利益」という抽象的な概念を持ち出したからといって特に違法とすべき競争の類型が浮かび上がるわけではないことは、前述したとおりである。

<sup>251</sup> この判決を、顧客吸引力を保護するために著作物性を無理に拡大解釈してきた従来の裁判例の傾向に歯止めをかけた里程碑的な判決であると評価するものとして、朴濬佑(박준우)「宣伝写真の探索費用減少機能と著作物性の限界(홍보사진의 탐색비용감소기능과 저작물성의 한계)」(季刊)著作権(2011年秋季号) 83-101頁がある。

営業を妨害し、債権者が得るべき広告営業の利益を無断で傍受する不正な競争行為として民法上の不法行為に該当すると判断した。

すなわち、大法院は、他人の営業妨害により「広告営業の利益」が侵害された場合には、不法行為が成立する余地があることを示唆している。ここでいう「広告営業の利益」を、一体どのように理解すべきであろうか。

この判決に対し、文献の中には、利用者の広告選択の自由という観点から、債務者の営業行為が正当であると主張する見解がある。たとえば、釜山地方法院の林相珉判事は、次のように述べている。いわく、「ネイバーなどポータルサイトが広告活動を行うことが可能なのは、インターネット・ユーザーが当該ネイバーを検索エンジンとして選択し、自分のコンピューターの画面に表示されるようにするからである。すなわち、インターネット・ユーザーがどのようなポータルサイトを検索エンジンとして選択するか、自分のコンピューターの画面をどのように構成するかについて、ネイバーなどポータルサイトは何の権限もない。ところが、被告プログラムは、基本的にインターネット・ユーザーが自分の自発的な選択により、ネイバーなどポータルサイトの画面と同時にコンピューターの画面に表示されるよう選択することを前提として作動するものである。すなわち、正当な権利者の自由な選択に基づく限り、被告の営業行為も正当である。」<sup>252</sup>

しかし、日本の下級審裁判例のうち、取材体制の構築に必要な投資を法的に保護するために、著作物性が否定された新聞記事見出しの利用行為に対して不法行為の成立を認めた前掲知財高判平成 17. 10. 6 平成 17 (ネ) 10049[ライントピックス二審]と同様に、この判決ではむしろ、他人の顧客吸引力へのフリー・ライドや、利用者の広告選択の自由など行為類型に焦点を当てることなく、ポータルサイトというサービス提供機関における広告体制の保護が決め手となったのではなかろうか。

もっとも、この判決を具体的に検討する際に注意しなければならないのは、他社のポータルサイトが有する信用と顧客吸引力にフリー・ライドする行為が、直ちに禁止されるべき行為となる命題は何処にも存在しないということである。たとえば、田村善之教授は、フリー・ライド即違法となるものではない点について、次のように説明している。いわく、「我々は日々エジソンの発明の恩恵を与り、ベートーベン作曲の音楽を楽しみ、孔子の論語に接するが、彼らの子孫にその対価を払うべきだと思ふ者は殆どいないであろう。世の中はフリー・ライドで発展し、豊かになるのである。したがって、フリー・ライドは原則自由と考えるべきである。ただし、例外的に何らかの規律を設けることを考えるべき場合がある。それは、フリー・ライドにより成果開発者に損害が生じており、その損害があるために成果開発のインセンティブが損なわれているという実態があり、さらにそれだけではなく、そうした場合にフリー・ライドを禁止してまで成果開発のインセンティブを確保する必要があるという価値判断が介在する場合である。逆にいえば、こうした場合に初めて、フリー・ライドを規制すべきであるという命題が導かれることになる。」<sup>253</sup>

<sup>252</sup> 林相珉(임상민)「知的財産法上保護されない知的成果物に対する無断利用と一般不法行為の成否(지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부)」Justice(저스티스)通巻132号(2012年)34頁〔最終版〕を参照。

<sup>253</sup> 田村善之『機能的知的財産法の理論』(1996年・信山社)14頁。田村善之『知的財産法』(第5版・2010年・有斐閣)7頁、中山信弘『工業所有権法(上)』(1993年・弘文堂)6頁なども参照。こうした発想は、たとえば何かを創作した以上、自然権的に他人の模倣を禁止する権利があるはずだという、古典的な理解とは相容れないところがある。ただし、近代私法からの断絶を回避することを意識して、この古典的な理解の意義の見直しを示唆したものとして、満田重昭「不正競争防止法による知的財産権諸法補完の根拠」『現代企



なるほど、このような理論の枠組みは、インターネット広告上告審にも当てはまるのではないだろうか。すなわち、「ヤフ (Yahoo!)」「グーグル (Google)」「ネイバー (Naver)」などのサービス提供機関は、主に広告収入という形で多額の投下資金を回収しており、それにより多大な費用のかかるポータルサイトが構築されることに鑑みると、債権者のポータルサイトが有する信用と顧客吸引力にフリー・ライドして、債権者のバナー広告を遮断し自社のバナー広告を配布する債務者の行為を許容した場合には、ポータルサイトの運営のインセンティブが過度に阻害されることが明らかである。しかも、ポータルサイトの構築に必要なインセンティブを誘引する「広告営業の利益」は、著作権法が保護対象とする利益とは別個独立に存在するものである。仮に、検索エンジン、ウェブディレクトリ、ニュース、オンライン辞書、オークション、メールサービスなど、ポータルサイトの無料サービスが多く提供されることが社会的に望ましいのだという価値判断を前提にするならば、ポータルサイトの利用者に対する広告活動それ自体を妨害する行為を捉えて、それを不正な競争行為と判断すべきであろう。韓国の不正競争防止法には不正競争を禁止する一般条項は存在しないが、サービス提供機関における広告体制の構築のインセンティブを保障する必要があることが明らかな場合には、民法 750 条の不法行為には該当するというべきであろう。

したがって、ポータルサイトの構築に必要なインセンティブの確保という観点からすると、インターネット広告のプログラムをユーザーに提供し、これをインストールしたユーザーが債権者の運営するポータルサイトにアクセスした場合、その画面に債務者の広告を挿入する形で表示させた債務者の行為は、不正な競争行為として民法上の不法行為に該当するとした大法院の判断は正当であると評価することができるだろう。

## 2. 商品化事業の営業利益

次に、他人の商品化事業へのフリー・ライドが問題となった大法院 2012. 3. 29. 宣告ダ 20044 判決[ハロー・キティ上告審 (헬로우 키티)]をみてみよう。

この判決の大法院は、被告が「冬のソナタ」、「ファン・ジニ」、「大長今」、「朱蒙」など本件各ドラマを連想させる衣装、小物、背景などで飾られた「ハロー・キティ」の商品を製造・販売した行為が、ドラマを利用した商品化事業の分野において競争関係にある原告らの多大な労力と投資にフリー・ライドし、各ドラマの評判と顧客吸引力を自社の営業のために不正に利用しており、法的保護に値する原告らの各ドラマの商品化事業を通じた営業上の利益を侵害したことを理由に、被告の製造・販売行為は不正な競争行為として民法上の不正行為に該当すると判断した。

すなわち、大法院は、他人の営業妨害により「商品化事業の営業利益」が侵害された場合には、不法行為が成立する余地があることを示唆している。ここでいう「商品化事業の営業利益」を、一体どのように理解すべきであろうか。

もともと、キャラクター<sup>254</sup>が人気を得るとそれ自体が独立した商品価値を帯有するよう

---

業立法の軌跡と展望』(鴻常夫古稀・1995年・商事法務研究会) 847頁。

<sup>254</sup> キャラクターとは、小説や漫画等に登場する架空の人物や動物等の姿態、容貌、名称、役柄等を総合した人格とでもいうべきものであり、漫画等の具体的表現から昇華した抽象的なイメージである(大阪地判昭和 59. 2. 28 無体集 16 卷 1 号 138 頁[POPEYEⅢ一審]、最判平成 9. 7. 17 民集 51 卷 6 号 2714 頁[POPEYE 腕カバー上告審]など)。すなわち、キャラクター自体はアイディアレベルの存在であり、キャラクターが如何に独創的なものであったとしても、具体の表現を離れたキャラクターについて著作物としての保護を認めること

になり、購買意欲増進のために、文具・食器・衣服等の多くの商品に様々な形で用いられることになる。このようなキャラクターを商品に使用する権利は一般に「商品化権」<sup>255</sup>とも呼ばれている<sup>256</sup>。オ・ソンゾン教授は、商品化権の性質について、次のように述べている。いわく、「商品化権というのは、実定法によって認められている権利ではないので、権利の内容、範囲などが確定されていない。しかし、キャラクターそれ自体が経済的利益を持っている以上、その創作者を保護する必要がある、キャラクターを商品化するためには、創作者から利用契約によって商品化する権利を取得した者だけが利用することができる。結局、商品化権は商標権、著作権等のような独自の権利ではなく、顧客吸引力を持つキャラクターが営利的に利用される場合に、当該キャラクターについて権利を有する者を保護するために案出された概念であり、現行法上は各キャラクターが持つ特性に基づき、著作権法、商標法、意匠法など各種法律によって保護される」<sup>257</sup>。すなわち、実定法上、商品化権という物的な権利は規定されていないために、具体的には著作権法、商標法、不正競争防止法等で保護されている。

この判決と同じく、実定法上の権利ではない物のパブリシティ権が争われた日本の前掲

---

は困難である。なお、滝井朋子「著作物上のキャラクターの法的性質と保護範囲」牧野利秋=飯村敏明他編『知的財産法の理論と実務第4巻〔著作権法・意匠法〕』（2007年・新日本法規）211頁、牛木理一「漫画キャラクターの著作権保護(3)ーキャラクター権の確立への模索ー」『パテント』55巻2号76頁（2002年）は、キャラクター自体を思想又は感情を創作的かつ具体的に表現したものとして捉えている。

他方で、韓国の大法院判決は、キャラクターが表現された作品の著作物性問題と、キャラクターそれ自体の著作物性問題が区別されるのかについて明確にしていなが、近時、野球ゲームのキャラクターの著作物性が争われた大法院2010.2.11.宣告2007ダ63409判決[実況野球(실황야구)]では、「野球を素材とするゲームに登場するキャラクターは、野球選手や審判員に漫画の登場人物の如くキュートなイメージを感じさせるように人物の姿を個性的に図案することで、著作権法が要求する創作性の要件を満たしたので、これは創作性のある著作物として原著作物であるゲームとは別途に著作権法の保護対象になり得る」と判示した。そもそも、キャラクターが原著作物の構成要素として保護される問題と、キャラクターそれ自体に著作物性を認める問題は厳格に区別されるべきであり、言語的、絵画的又は視聴覚的キャラクターが原著作物の一つの構成要素として保護されるには支障がないが、キャラクターそれ自体に著作物性を認めることはできないと思われる。実際、上記の大法院判決も、キャラクターの絵画的表現という一つの要素について著作物性を認めたものに過ぎず、キャラクターそれ自体に著作物性を認めたとはいえないだろう。したがって、キャラクターは登場する著作物の構成要素として創作性が認められる場合に限って保護され、その法的保護は著作権侵害の成立要件である依拠性と類似性の問題に帰結される。丁文杰「キャラクターの絵画的表現の保護範囲ーマンション読本事件ー」『知的財産法政策学』30号（2010年）201～278頁を参照。

<sup>255</sup> チェ・ヨンヒ(최연희)「キャラクター保護に関する研究(캐릭터 보호에 관한 연구)」梨花女子大学修士学位論文（1990年）7頁は、「キャラクターを文具類、衣類、靴、傘、装飾品などの模様又は図案として利用したり、菓子、食品その他の包装用品の模様や図案として利用する場合に、そのキャラクターを「商品化(merchandising)」すると言ひ、こうした商品の販売やサービスの提供等に利用されるキャラクターを所有する権利、ないしそのキャラクターを商品やサービスに利用しようとする者に利用を許諾する権利を「商品化権(merchandising right)」と言う」とする。

<sup>256</sup> 中山信弘『著作権法』（初版・2007年・有斐閣）147～148頁。

<sup>257</sup> オ・スンゾン(오승종)『著作権法』（第2版・2010年・博英社）204頁。オ・セビン(오세빈)「キャラクターの不正利用と不正競争防止法違反罪の成否(캐릭터의 부정사용과 부정경쟁방지법 위반죄의 성부)」『刑事裁判の諸問題(형사재판의 제문제)』（第1巻・1997年・博英社）246頁も参照。

最判平成 16. 2. 13 民集 58 卷 2 号 311 頁[ギャロップレーサー上告審]の最高裁は、「競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、物の無体物としての面の利用の一形態である競走馬の名称等の使用につき、法令等の根拠もなく競走馬に所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではな」いことを理由に、不法行為の成立を否定している。それでは、韓国の大法院が「商品化事業の営業利益」に法的保護を認めたのは、如何なる特別な理由に基づくものであろうか。

一見すると、『冬のソナタ』と『ファン・ジニ』、『大長今』、『朱蒙』などの韓流ドラマは、各放送局が多大な労力と投資をかけて製作したものであり、これらの放送局が各ドラマの評判と顧客吸引力を利用し、それに関する商品化事業の権限を他人に付与する形で対価を受け取ったことに鑑みると、各ドラマのキャラクターの商品化事業へフリー・ライドする被告の行為を許容した場合には、韓流ドラマの製作のインセンティブが阻害される結果にならざるを得ない。しかも、韓流ドラマの製作のインセンティブを誘引する「商品化事業の営業利益」は、著作権法が保護対象とする利益とは別個独立に存在するものであるから、前掲大法院 2010. 8. 25. ザ 2008 マ 1541 決定[インターネット広告上告審(인터넷광고)]のように、民法 750 条に基づいて不法行為を成立を認めることに何の支障もないように見える。

確かに、近年はキャラクターの重要性が高まり、人気の高いキャラクターを使用した商品の売上げの伸びは著しく、さらにアニメの製作に際しては、当初からキャラクター・ビジネスを前提に企画されている場合も多い。しかし、このようなキャラクターの商品化事業が前提となっているアニメ等の製作と比べて、韓流ドラマにかかる「商品化事業の営業利益」に法的保護を認めることが、ドラマの製作に果たしてどのようなインセンティブを与えることになるのかという点については、この大法院判決の判旨をみる限り判然としないままである。なぜならば、韓流ドラマの製作に多大な費用と労力、時間がかかるのは確実であるとしても、各ドラマの製作者である放送局は、主にケーブル放送に伴うスポンサーの広告収入や、ドラマそれ自体のライセンス売上という形で投下資本を回収しており、キャラクターの商品化事業による収益はごく一部を占める可能性もあるからである<sup>258</sup>。このような事実が認められるのであれば、キャラクターの「商品化事業の営業利益」に法的保護を認めなくても、各ドラマの製作者にはスポンサーの広告収入や各ドラマのライセンス売上という、ドラマ製作に必要なインセンティブが十分に存在すると言うべきである。すなわち、この事件が、「フリー・ライドを禁止してまで成果開発のインセンティブを確保する必要がある」という事案に該当するか否かについては、韓流ドラマの製作と商品化事業の因果関係を含めてより具体的な判断を示さなければならないだろう。それが判明されないと、著作権侵害、商標権侵害、及び不正競争防止法違反に該当しない限り、各ドラマのキャラクターの商品化事業へフリー・ライドすることは原則自由と考えるべきであり、被告の行為が不法行為を構成すると判断した大法院の理由付けも説得力を失うことになる<sup>259</sup>。

<sup>258</sup> この事件の原告は、被告商品の販売利益 159, 332, 906 韓国ウォン及び 1, 122, 576, 935 韓国ウォンの損害賠償を請求したが、裁判所が認めた金額は合計 30, 000, 000 韓国ウォンに過ぎず、各ドラマによる収益規模やキャラクターの商品化事業による収益規模については何の説示もなかったのである。

<sup>259</sup> また、大法院は、「ドラマ関連の商品化事業を推進するためには、それに関する権利者から許諾を受けることがその取引社会における一般的な慣行である点」などを考慮するならば、被告の行為は、「商道德や公正な競争秩序に反する行為である」と説示している。確かに、各ドラマの製作者から使用許諾を得て商品化事業を行うことが、その業界における一般的な慣行となっているかもしれない。しかし、このような慣行は、慣習法として根

したがって、韓流ドラマの製作に必要なインセンティブの確保という観点からすると、「冬のソナタ」、「ファン・ジニ」、「大長今」、「朱蒙」など各ドラマを連想させる衣装、小物、背景などで飾られた「ハロー・キティ」の商品を製造・販売した被告の行為は、不正な競争行為として民法上の不法行為に該当するとした大法院 2012. 3. 29. 宣告ダ 20044 判決[ハロー・キティ上告審 (헬로우 키티)]は、やや限界線上の事案であると評価することができるだろう。

### 3. 小括

以上の内容をまとめれば、次のようになる。知的財産法上の保護が否定された場合に、不法行為の成立を積極的に認めた大法院判決を、各判決の具体的な事案に照らして考察すると、大法院 2010. 8. 25. 자 2008 마 1541 決定[インターネット広告上告審 (인터넷광고)] の場合には、債権者のポータルサイトが有する信用と顧客吸引力にフリー・ライドして、債権者のバナー広告を遮断し自社のバナー広告を配布する債務者の行為を許容した場合、ポータルサイトの運営のインセンティブが過度に阻害されることが明らかである。したがって、ポータルサイトの構築に必要なインセンティブの確保という観点からすると、不法行為の成立を認めた大法院の判断は正当であると評価することができる。

しかし、大法院 2012. 3. 29. 宣告ダ 20044 判決[ハロー・キティ上告審 (헬로우 키티)] の場合には、韓流ドラマの製作に多大な費用と労力、時間がかかるのは確実であるとしても、各ドラマの製作者である放送局は、主にケーブル放送に伴うスポンサーの広告収入や、ドラマそれ自体のライセンス売上という形で投下資本を回収しており、キャラクターの商品化事業による収益はごく一部を占める可能性もある。したがって、韓流ドラマの製作に必要なインセンティブの確保という観点からは、不法行為の成立を広く認めたこの大法院判決はやや限界線上の事案であると評価することができる。

## 第 2 項 下級審の裁判例

さて、これまで紹介した韓国の大法院判決（大法院 2010. 8. 25. 자 2008 마 1541 決定[インターネット広告上告審 (인터넷광고)]、大法院 2012. 3. 29. 宣告ダ 20044 判決[ハロー・キティ上告審 (헬로우 키티)]）は、今後の裁判例に如何なる影響を与えることになるのだろうか。

これに関して、上記の大法院判決はいずれも、「競争者が相当な労力と投資をかけて構築した成果物を、商道徳や公正な競争秩序に反して自分の営業のために無断利用することで、競争者の労力と投資にただ乗りし、不当に利益を得て競争者の法律上保護される利益を侵害する行為は、不正な競争行為として民法上の不法行為に該当する」という抽象的な判断基準の下で柔軟な解釈を採用しており、しかも結論として積極的に不法行為の成立を認めたので、今後は、このような大法院判決の影響の下で、抽象的な基準の具体化を向け

---

付いたと断定できるまでに至っておらず、各ドラマの製作者との関係で劣勢的な地位にある者が、法的紛争を避けるために使用許諾を締結せざるを得なかった状況に置かれたことに由来するものではないだろうか。そうだとすると、それは知的財産権の優越的地位に基づいて形成された不当な慣行であると判断される余地が大きいと考えられる。林相珉 (임상민) 「知的財産法上保護されない知的成果物に対する無断利用と一般不法行為の成否 (지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부)」 Justice (저스티스) 通卷 132 号 (2012 年) 33-34 頁 [最終版] を参照。

て下級審裁判例の仕切り直しが続くものと思われる。

そこで以下では、下級審の裁判例についても紹介することにした。

## 1. 営業活動上の信用などの無形の利益

従来の下級審裁判例の中には、知的財産法上の保護が否定された場合に、一般不法行為の成立を認めた裁判例が幾つか存在する（ソウル中央地方法院 2007. 6. 21. 宣告 2007 가합 16095 判決[整形外科ホームページ（성형외과 홈페이지）]、ソウル中央地方法院 2008. 11. 14. 宣告 2007 가담 70153 判決[過去問解説書(기출문제해설집)]<sup>260</sup>など）。

たとえば、整形外科のホームページに掲載されている患者の写真と相談内容の著作物性を否定しながらも、それを無断で利用する行為が不法行為に該当するとしたソウル中央地方法院 2007. 6. 21. 宣告 2007 가합 16095 判決[整形外科ホームページ（성형외과 홈페이지）]<sup>261</sup>をみてみよう<sup>262</sup>。

---

<sup>260</sup> この事件の原告は、インターネット教育情報サイトを通じて、公認仲介士（不動産取引の専門家）試験に関する問題解説のサービスを提供しており、この事件で問題となった過去問解説書も、原告のサイトに掲載されている。被告は、塾で公認仲介士関連の科目を教える講師である。被告は、原告のウェブサイトアクセスして、一部は原告の著作部分をそのまま複製し、一部は修正を加える方法で被告の教材を作成し、配布した。また、ファイルの情報が公開され、何人も簡単にアクセスできる PDF ファイルを作成して、教材の内容を塾のウェブサイトにアップロードし、その教材で講義をした。これに対し、原告が著作権侵害及び不法行為を理由に損害賠償等を請求したという事案である。ソウル中央地方法院は、「一般論として、ホームページ等を介してインターネット上に公開された情報は、著作権法に基づいて排他的な権利として認められない限り、第三者がこれを利用することは原則として自由である。しかし、不法行為が成立するためには、必ずしも著作権などの法律に定められた厳密な意味での権利が侵害された場合に限らず、法律上保護される利益が違法に侵害されたのであれば、不法行為が成立し得ると解すべきである。したがって、不正な利益を図る目的でこれを利用するか、または作成者に損害を与える目的でこれを利用するなど特段の事情がある場合には、ホームページ等を介してインターネット上に公開した情報を無断で利用する行為が、法的保護に値する他人の利益を侵害する違法な行為に該当し、不法行為が成立することも否定できない」と前提しながら、「原告がオンライン教育情報サイトを通じて第 15 回公認仲介士問題解説のサービスを提供する営業と、原告の問題解説の内容を利用して被告が塾の教材及び PDF ファイルなどを作成し、講義を行う行為は、公認仲介士試験対策に関する営業として互いに競合関係にある。また、原告の問題解説は、原告が多く労力と費用をかけて、長年の経験や専門知識に基づいて努力した結果でもある。被告は、このような原告の解説内容を無断で利用することにより、塾の営業に顕著な効果を収めた」と事実関係を確定した後、「原告の問題解説の内容は、原告の研究、労力による成果であり、また、このような内容をインターネット上の教育情報サイトに掲示して運営することは、原告のオンライン教育情報サイトの営業の一環として経済的価値のある活動でもある。それゆえ、原告がインターネット上で公開した問題解説の内容は、たとえ著作物性が認められず、著作権法上の保護を受けなくても、これは当然に法律上保護される利益に該当し、被告が営利を目的として、営業上競合関係にある原告の問題解説の内容を無断で盗用する行為は、公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不公正な手段を使用することにより、社会的に許容される限度を超えて、原告の法的保護に値する営業活動上の信用等、無形の利益を違法に侵害するものと評価することができるから、被告の行為は、民法 750 条の不法行為を構成する」と判示した。

<sup>261</sup> この判決の評釈として、シン・ジへ（신지혜）「パブリック・ドメインに該当する著作物の利用に対して一般不法行為責任を認めた裁判例に関する考察（공중의 영역에

この事件の原告は、植毛手術を専門として研究し、施術してきた整形外科医であって、

해당하는 저작물 이용에 대하여 일반불법행위 책임을 인정한 판결례에 대한 고찰」 Law&Technology 6 卷 2 号 (2010 年) 3-20 頁、イ・ジョン(이종구) 「인터넷 홈페이지에 공개된 정보의 부정이용과 일반불법행위책임」 (季刊) 著作権 79 号秋季号 (2007 年) 59-72 頁、鄭鎮根(정진근) 「創作性のない非著作物の利用と一般不法行為責任 (창작성 없는 비저작물의 이용과 일반불법행위책임)」 商事判例研究 (상사판례연구) 22 集 3 卷 (2009 年) 247-272 頁がある。

<sup>262</sup> ソウル中央地方法院 2007. 6. 21. 宣告 2007 가합 16095 判決[整形外科ホームページ (성형외과 홈페이지)]以前に、個別の知的財産法により明示的に規律されていない情報の利用行為が問題となった裁判例の数は限られている。しかも、裁判例の殆どが、情報の自由利用原則、アイデアの独創性の欠如、あるいは情報の遮断性などの事情に基づき、不法行為の成立が否定されている (ソウル高等法院 1998. 4. 28. 宣告 97 나 15229 判決[하이트비어控訴審 (하이트 맥주)], ソウル地方法院 1999. 5. 14. 宣告 98 나 24852 判決[美術祭 콘텐츠公募展 (미술제 주제 공모전)], ソウル南部地方法院 2005. 3. 18. 宣告 2004 가단 31955 判決[燃える氷壁 (불타는 빙벽)], ソウル中央地方法院 2006. 4. 26. 宣告 2005 가합 79993 判決[千年めのプロポーズ (천년만에 프로포즈)]など。

たとえば、「燃える氷壁」という題号の小説と同じ題号の小説を創作した被告の行為が不法行為に該当するか否かが争われた、ソウル南部地方法院 2005. 3. 18. 宣告 2004 가단 31955 判決[燃える氷壁 (불타는 빙벽)]の裁判所は、「一般論として、知的創作物につき著作権等、知的財産関連法が権利の発生原因、内容、性質、範囲、消滅原因等を規定したのは、その保護内容が明確に規定されていない状態で排他的権利を付与してしまうと、国民の行動の自由を過度に制約する危険性が生じ、妥当ではないという点に起因するものである。逆にいえば、法律の制限がない限り、国民の私的活動の自由は保障されるものであって、著作権法等により定められている排他的権利の範囲に含まれない態様で行動することを、違法だということはできない」と前置いた上で、本件題号が著作物に該当せず、不正競争防止法による保護も受けられないため、既に法的保護の範囲外にあることや、同じ題号で別の言語著作物が出版されるのが現実的に少なくないこと等を知的財産関連法の趣旨に照らして考慮するならば、被告が原告に無断で本件題号を利用した行為は、民法 750 条に基づく不法行為を構成しないと判断した。

また、美術祭のコンテンツと運営企画を公募し、原告が提出した企画案の主題を無断で利用した行為が不法行為を構成するか否かが争われた、ソウル地方法院 1999. 5. 14. 宣告 98 나 24852 判決[美術祭 콘텐츠公募展 (미술제 주제 공모전)]の裁判所は、原告の企画案と被告会社の公募展のコンテンツは、共に「私」を主題としており、我々の真の姿やアイデンティティを追求することを趣旨にしている点で類似性が認められるが、被告会社が原告の企画案のコンテンツを模倣した行為に故意又は過失があるといえず、また、原告の企画案に記載されているコンテンツの内容に何らかの独創性や斬新性があって、これを保護すべき法的価値が認められない限り、被告会社の行為は不法行為を構成しないと判断した。

そして、アクセスの機会が遮断されているという特段の事情を考量した、ソウル中央地方法院 2006. 4. 26. 宣告 2005 가합 79993 判決[千年めのプロポーズ (천년만에 프로포즈)]の裁判所は、「原告は、仮に著作権の保護を受けられない企画案などのアイデアであっても、実際の取引において経済的価値があり、特に映画の脚本などはそうであるから、このようなアイデアを被告らが無断盗用する行為は、財産権に対する侵害に該当し、それによる損害を賠償すべきと主張するが、被告らが原告のアイデアの存在を知っていたという事実を認める証拠がなく、むしろ本件ドラマは原告シナリオに接近する可能性がない状況下で、原告シナリオに依拠せず独立して制作した事実が認められる」ということを理由に、原告の不法行為に基づく損害賠償請求を棄却した。

自分が施術した患者達の毛髪状態を撮影した写真と、オンライン相談コーナーを通じて患者達の質問に回答した相談内容を病院のホームページに掲載したところ、被告はケーブル放送に出演し、原告病院のホームページに掲載されている上記の写真を提示しながら、「この患者は、二年前から徐々にゆっくりとハゲが進んで、様々な民間療法を試してみましたが、効果がなく、本院に来院しました」と宣伝した行為に対し、原告が著作権侵害と不法行為を理由に損害賠償等を求めたという事案である。

裁判所は、植毛手術前後に撮影した写真<sup>263</sup>や相談内容<sup>264</sup>について著作物性を否定しつつ、このような写真や相談内容を利用する行為については、「一般論として、ホームページを介してインターネット上に公開された情報は、著作権法に基づいて排他的な権利として認められない限り、第三者がこれを利用することは原則として自由である<sup>265</sup>。しかし、不法行為が成立するためには、必ずしも著作権法などの法律に定められた厳密な意味での権利が侵害された場合に限らず、法律上保護される利益が違法に侵害されたのであれば、不法行為が成立し得ると解すべきである。したがって、不正な利益を図る目的でこれを利用するか、または原告に損害を与える目的でこれを利用するなど特段の事情がある場合には、ホームページを介してインターネット上に公開した情報を無断で利用する行為が、法

---

<sup>263</sup> ソウル中央地方法院は、一般論として、「写真の著作物は、被写体の選定、構図の設定、光線の方向と量の調節、カメラの角度の設定、シャッターの速度、撮影機会の捕捉、その他の撮影方法、現像と印画などの過程において、撮影者の個性や創造性が認められる場合に限って、著作権法により保護される著作物に該当する」とした上で、植毛手術前後に撮影した原告写真については、「毛髪移植の手術自体に原告の個性や創造性が発揮されているからといって、原告写真に原告の個性や創造性があると認めることはできず、原告写真は、原告が毛髪治療を担当していた患者達を被写体として選定し、患者達の手術前後の姿を対比することによって毛髪治療の効果を示すという目的で撮影したものであって、これら写真の具体的な撮影方法であるカメラの角度、光線の方向と量の調節、撮影時刻の捕捉等に原告の個性や創造性が発揮されているとはいえない。撮影後の現像や印画の過程において、背景、構図、照明、光線の量等に原告の個性や創造性が加味されているともいえないので、原告のこれら写真は、写真の著作物として認めることはできない」と判示した。

<sup>264</sup> 患者の質問に対する原告の相談内容が言語の著作物に該当するか否かについては、「思想、感情又は事実を表現する方法が一つに限られる場合、あるいは、かなり限られる場合には、誰が表現してもほぼ同じ表現にならざるを得ないため、表現において作者の個性が発揮される余地がない。また、表現方法において選択の余地がないわけではなく、著作者が自ら考えて表現した場合でも、その表現が平凡で、ありふれたものに過ぎない場合には、著作者の個性が発揮されていない。したがって、このような場合には、創造性を有しておらず、著作物として認めることはできない」と述べた上で、「原告の相談内容は、患者の質問に対し、植毛手術の概念、効用、手術方法、手術後の処置等に関する原告自身の思想や感情を表現したものであるが、その相談内容の表現形式からみれば、それ自体に著作者の独自の個性が現れていて、法的保護に値する創作的な表現に該当するとはいえない。そこに原告が主張する専門用語ないしレトリックの選択と配列に原告の個性や創造性が現れたともいえないから、上記の相談内容は、言語の著作物として認めることはできない」と判示した。

<sup>265</sup> インターネット上に公開された情報は、著作権法に基づき排他的な権利として認められない限り、第三者がこれを取得し、利用することは原則として自由であるが、例外的にインターネットにおける情報管理者が情報へのアクセスを制限するにも拘わらず、他人がこれにアクセスし取得した場合に、このような情報の取得行為は違法となり得る。権英俊（金勲訳）「インターネット情報へのアクセスおよび取得行為の違法性」知的財産法政策学研究 23号（2009年）93頁を参照。しかし、整形外科ホームページ事件において問題となった原告の写真と相談内容は、何人も自由にアクセスし、利用できる原告病院のホームページに掲載されており、他人によるアクセスを制限する措置が明示的になされていない。

的保護に値する他人の利益を侵害する違法な行為に該当し、不法行為が成立することも否定できない」と前置いた上で、「原告がホームページを通じて紹介する営業と、原告の写真や相談内容を利用する被告の営業は、共に毛髪治療に関する医療業として競合しており、原告が長年植毛手術を専門として研究し、施術してきた臨床経験や知識を活用して毛髪の移植手術を行い、患者達の手術前後に撮影した写真を、患者達の同意を得て原告の病院を紹介するホームページに掲示したこと、及び、ホームページのオンライン相談コーナーに植毛手術について原告の医学知識や長年の臨床経験に基づいた相談内容を作成し、これを掲示したことは、原告が消費者に正確な情報を伝達するために、多くの労力や費用をかけて、臨床経験と専門知識に基づいて努力した産物であり、被告は、このような原告の写真や相談事例をそのまま無断で利用することにより、被告の営業に関する宣伝効果を収めた」<sup>266</sup>と判断し、「原告が写真を撮影し、患者との相談内容を作成したのは、原告の研究と労力による成果であり、また、このように撮影し、作成した写真と相談内容をホームページに掲示して運営することは、原告の病院運営の一環として経済的価値があるため、原告がインターネット上に公開した写真や相談内容は、たとえ著作物性が認められず、著作権法上の保護を受けられないといっても、これは当然に法律上保護される利益に該当し、被告が営利を目的として、被告と営業上競争関係にある原告が多くの労力や費用をかけて患者の同意を得て撮影した写真や、専門知識を活かして作成した相談内容を無断で盗用する行為は、公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不公正な手段を使用することにより、社会的に許容される限度を超えて、原告の法的保護に値する営業活動上の信用などの無形の利益を違法に侵害するものと評価することができるから、被告の上記のような行為は、民法 750 条の不法行為を構成する」と判示した<sup>267</sup>。

この判決に対して、韓国の文献の中には多くの批判がなされている<sup>268</sup>。たとえば、シン・ジへ弁護士は、「裁判所は、創作性がないことを理由に著作物性を否定しながらも、

---

<sup>266</sup> 裁判所は、植毛手術の開発、写真の撮影及び相談内容の作成のために投下した労力や費用なども斟酌しているが、それがどのような位置づけになるのかについては必ずしも明らかでない。まず、原告の植毛手術は、「原告が長年植毛手術を専門として研究し、施術してきた臨床経験や知識を活用して」開発されたものであって、これを開発するに不可欠な資本投下を行ったことは明らかである。しかし、本件は原告の手術方法の冒用行為が問題となったわけではなく、病院ホームページに掲示されている原告写真と相談内容を原告に無断で利用した被告行為の不法行為該当性が争われた事案である。ここでは、植毛手術を開発するために多くの労力や資本などを投下したという判旨が斟酌している事情と被侵害利益との論理的位置付けが不明となる。次に、原告の写真と相談内容については、「原告が写真を撮影し、患者との相談内容を作成したのは、原告の研究と努力の成果」であり、これを完成させるに不可欠な資本投下を行ったことは明らかであるし、このような投下資本は、写真や相談内容を提供することにより原告が経済的利益を受けるという形で回収されるのである。そうすると、投下資本の回収に関わる具体的利益を被侵害利益とする立場から、写真や相談内容それ自体に法益性が認められる可能性は十分あると思われる。しかし、このような投下資本は、著作権法が保護しようとしている著作物の創作活動と不可分の関係にあり、著作権法は、まさにそれが創作的な表現に至って初めてこれを保護することを宣言しているから、著作権法との整合性が問題となる。

<sup>267</sup> この事件の原告と被告は、誰も控訴を提起していなかった。

<sup>268</sup> 著作物性が否定された情報を競争者が営利を目的として利用する全ての行為が禁止される危険性があることを指摘したものとして、鄭鎮根（정진근）「創作性のない非著作物の利用と一般不法行為責任—2007 가합 16095 判決を中心に—(창작성 없는 비저작물의 이용과 일반불법행위책임—2007 가합 16095 판결을 중심으로—)」商事判例研究(상사판례연구) 22 集 3 卷 (2009 年) 264—265 頁がある。



『法律上保護される利益が違法に侵害された』として不法行為責任を認めたが、アイデアと表現が『保護の必要性』によって区別されるのであれば、最終的に法的保護に値するとした本件情報は、保護される表現の領域にあると判断される可能性が高いだろう。このように、結論的に同じであれば、違法かどうかについて比較的明確な基準がある著作権侵害を認めることが、その要件も明らかでない不法行為を認めることより、むしろ良かった<sup>269</sup>、という見解を示した<sup>270</sup>。また、李相理教授は、「仮に植毛写真や相談内容それ自

<sup>269</sup> シン・ジヘ (신지혜) 「パブリック・ドメインに該当する著作物の利用に対して一般不法行為責任を認めた裁判例に関する考察 (공중의 영역에 해당하는 저작물 이용에 대하여 일반불법행위 책임을 인정한 판결례에 대한 고찰)」 Law&Technology 6 卷 2 号 (2010 年) 15 頁。林相珉 (임상민) 「知的財産法上保護されない知的成果物に対する無断利用と一般不法行為の成否 (지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부)」 Justice (저스티스) 通卷 132 号 (2012 年) 36 頁〔最終版〕も、「この事件の写真は、植毛手術を受けた患者を被写体として選択し、患者の額上の部分から頭頂部までを撮影したものであり、患者の額の上部を画面構図の中心に置き、カメラを若干正面から額の中心部に光を照らして患者の毛髪の状態がよく見えるように撮影し、写真に患者の眉毛の下の部分は見えないので、他人の写真等に依拠したものではなく、撮影方法において選択の余地があり、その創作性を認めることができる」と述べている。李相理 (이상정) 「写真の著作物性の関する一考察 (사진의 저작물성에 관한 일고)」 (季刊) 著作権 105 号春季号 (2014 年) 96-97 頁も同旨。

<sup>270</sup> まず、写真の著作物性について、韓国の大法院判決の中には、広告用カタログを製作するために商品自体を撮影した写真の著作物性が問題となった大法院 2001. 5. 8. 宣告 98 다키 43366 判決[広告用写真 (광고용 사진)]がある。大法院は、「写真の著作物は、被写体の選定、構図の設定、光線の方向と量の調節、カメラの角度の設定、シャッターの速度、撮影機会の捕捉、その他の撮影方法、現像と印画などの過程において、撮影者の個性や創作性が認められる場合に限って、著作権法により保護される著作物に該当する」との一般論を述べた上で、原告写真については、広告用カタログを制作するために被写体であるハム製品自体を忠実に撮影したに過ぎないから、そこに原告の個性や創作性が発揮されていないことを理由に著作物性を否定した。もっとも、固定式監視カメラで撮影した写真、自動証明写真、絵画の忠実な写真など、単に被写体を忠実に写し撮った写真については、撮影する方向や構図において制約が多く、表現上工夫する余地は限られているから、著作物性は否定すべきと解される。この判決では、被写体が立体商品 (ハム製品) であることを考慮するならば、アングルや構図等にある程度選択の幅が認められる可能性があり、その意味で著作物性が認められるか否かの限界線上に置かれた事例だと思われる。確かに、ソウル中央地方法院 2007. 6. 21. 宣告 2007 가합 16095 判決[整形外科ホームページ (성형외과 홈페이지)]をみると、原告写真は原告が毛髪治療を担当していた多数の患者達から被写体を選定することが可能であり、写真の撮影においても、患者達の植毛手術前後の姿を有効に対比するために、撮影の時間、撮影の角度などを選択することが可能であるから、そこに撮影者の個性や創作性が認められる余地はあるかもしれない。しかし、厳格に言えば、植毛手術前後に撮影した個々の写真は、証明写真と同じく被写体である患者を忠実に撮影したものに過ぎず、その手術前後に撮影した写真を対比すること自体もアイデアとして著作権法の保護の対象とはならない。ともかく、原告写真の著作物性を否定した背後には、上記のような大法院の影響もないわけではないだろう。

次に、相談内容の著作物性を考える際に、大学入試問題の著作物性が問題となった大法院 1997. 11. 25. 宣告 97 다키 2227 判決[大学入試問題 (대학 입시문제)]が参考となる。大法院は、「1993 年末に施行された延世大、高麗大、西江大、成均館大などの大学入試問題をみると、上記の入試問題は、歴史的な事実や自然科学的な原理に対する認知度や外国語の解読能力などを問うものであり、また、教科書、参考書、その他の教材の一部を抜粋し、変形して構成された側面があるとしても、出題委員が優秀な人材を選抜するために精神的な苦勞をかけて他人のものをコピーせず問題を出題し、その出題された問題の質問

体が原告の商標などの営業表示ないし象徴情報に該当し、それをそのまま使用することが、原告が当該写真などを通じて構築した信用を盗用したことになる場合はともかく、本件で問題となったのは医学的情報にすぎないのである。また、裁判所が認めたように、誰でもなしうる、しかも全く個性のない情報を単純に利用したことを理由に不法行為を認めることは妥当性が乏しく、知的財産権制度を構築した基本理念と矛盾する。通説ともいべき相関関係説、すなわち被侵害利益の強弱と侵害行為態様の強弱を相関的・総合的に考察して違法性を判断すべきとする見解に従っても、本件における不法行為の認容は無理である」<sup>271</sup>、との見解を示した。

しかしこの判決では、むしろ被告が原告の患者を撮影した写真をあたかも自らが手術しているかのように装って積極的に宣伝した誤認行為が決め手となったのではなからうか。たとえば、この判決について林相珉判事は次のような評価を与えている。いわく、「被告の行為は刑事犯罪<sup>272</sup>として起訴されなかったが、刑法 314 条 1 項が定める業務妨害罪に該当する余地がある。被告は、原告が撮影した写真や相談内容を、自分が撮影した写真や相談内容であるかのようにホームページに掲載したので、これは虚偽事実の流布、その他の偽計に該当し、これにより競合者である原告の営業が妨害される恐れがあるからである」<sup>273</sup>。すなわち、被告の偽装行為が犯罪行為として刑法によって保護される利益を侵害

の表現や、提案された幾つかの答案の表現に最低限の創作性が認められれば、これを著作権法によって保護される著作物として認めるには何ら支障がない」と述べて、本件の入試問題は、上記のような要件を満たしていることを理由に著作物性を肯定した。もっとも、大学入試問題というのは、歴史的な事実や文学作品等の人文・社会学に関する知識とその認知度、自然科学的な原理やコンピュータ等に関する知識とその認知度、外国語の解読能力などを問うものであり、試験問題の相当部分は、教科書、参考書、その他の教材の定型化された内容から一部を抜粋し変形して出題するのが通常である。その性質上、歴史的な事実や自然科学的な原理に関する質問や解答が紙面の大半を占めるかもしれない。しかし、歴史的な事実や自然科学的な原理に基づく質問や解答に創作性が欠くからといって、そのような質問や解答から構成された入試問題全体の創作性が認められないわけではない。例えば、入試問題は、出題者が多大な選択肢の中から質問と解答を選出し、その質問や解答の形式（選択問題、填空問題、簡答問題、論述問題等）、順序などを決定して作成したという点に、表現上の創作性を見出すことが可能である。そうすると、本件の大学入試問題は、質問や解答の選択や表現において制約が少ないために、表現の自由度が相対的に大きいと考えられる事案である。この大学入試問題事件と比較すると、ソウル中央地方法院 2007. 6. 21. 宣告 2007 가합 16095 判決[整形外科ホームページ(성형외과 홈페이지)]における原告の相談内容は、植毛手術の概念、効用、手術方法、手術後の処置等に関する記述という点で表現の自由度が大きく制約されると思われる。それは、植毛手術という技術それ自体はアイデアに過ぎず、そのアイデアに従って相談内容を記述する限り、必然的に表現の選択の幅は狭くなるからである。この事件のように、一度植毛手術の技術が決まれば、誰が手術概念や手術方法等を記述しても同様の表現にならざるを得ない場合には、その表現に創作性が認められる余地は非常に限られると解される。原告の植毛手術が如何に独創的なものであるとしても、その表現が創作性を満たさない限り、著作権法の保護の対象とはならないから、原告の相談内容の著作物性を否定した裁判所の判断は妥当であると評することができよう。

<sup>271</sup> 李相理(이상정)「写真の著作物性の関する一考察(사진의 저작물성에 관한 일고)」(季刊)著作権 105号春季号(2014年)96頁。

<sup>272</sup> 韓国刑法 314 条 1 項は、「第 313 条の方法(虚偽事実の流布その他の偽計)又は威力により、他人の業務を妨害した者は5年以上の懲役又は1,500万ウォン以下の罰金に処する」と規定している。

<sup>273</sup> 林相珉(임상민)「知的財産法上保護されない知的成果物に対する無断利用と一般不法行為の成否(지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단

しているという刑事事件の特質に着目した林判事の意見は正鵠を射っているが、本件のような民事事件においても被告の偽装行為が民法上の不法行為を構成する余地は十分あったと思われる<sup>274</sup>。

ところで、韓国の不正競争防止法 2 条 1 項 4 号は「商品若しくはその広告若しくは公衆が知り得る方法により取引上の書類若しくは通信に虚偽の原産地の表示をし、又はその表示をした商品を販売し、頒布し、若しくは輸入し、輸出して原産地について誤認させる行為」を不正競争行為として定めており、商品の原産地を誤認させる表示をなす行為を規律している<sup>275</sup>。これに対し、日本の不正競争防止法 2 条 1 項 13 号は、「商品若しくは役務若しくはその広告若しくは取引に用いる書類若しくは通信にその商品の原産地、品質、内容、製造方法、用途若しくは数量について誤認させるような表示をし、又はその表示をした商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供し、若しくはその表示をして役務に提供する行為」を不正競争行為として定めており、商品だけでなく、役務の原産地や品質を誤認させる行為も規律している。旧法では、商品に関する品質誤認行為のみが禁止されていたから、何が「商品」に該当するのかということが重要な解釈問題であったが<sup>276</sup>、「商品」と「役務」とで規律を異にする合理的理由は乏しく<sup>277</sup>、1993 年の法改正を機に、商品だけでなく役務に関する誤認表示をも規律の対象に加えたのである。

すなわち、韓国の不正競争防止法 2 条 1 項 4 号には、日本の不正競争防止法 2 条 1 項 13 号のように、役務の品質や内容などを誤認させる表示をなす行為が規律の対象に含まれていない以上、本件の被告が原告の患者を撮影した写真をあたかも自らが手術しているかのように装って積極的に宣伝した行為を不正競争防止法で規制することには限界がある。しかし、現行知的財産法上、保護に欠缺があることが頻繁に指摘されているデータベースについて、民法 709 条により補完することを認めた日本の前掲東京地判平成 13. 5. 25 判時 1774 号 132 頁[スーパーフロントマン中間判決]と同様に、立法的欠陥を補完する法理として民法 750 条を活用することには何の支障もないだろう。

これに対し、シン・ジへ弁護士は、「原告は問題となった写真や相談内容について、著

---

## 이용과

## 일반불법행위의

성부)」Justice (저스티스) 通卷 132 号 (2012 年) 36 頁 [最終版]。

<sup>274</sup> 関連する日本の裁判例としては、他社が製造販売する実用新案権の実施品である機械について、他社のカタログに掲載されている機械の写真を剽窃した図案を自社のカタログに転載し、あたかも自社が当該機械を製造販売しているかの如く装う行為について、自由競争の範囲を逸脱して他社の営業活動を妨害する行為であると判示して、不法行為の成立の余地を認めた京都地判昭和 32. 9. 30 下民集 8 卷 9 号 1830 頁[カタログ機械写真]、及び、他社の製品の写真を用いて自社の製品であるかの如く偽って販促活動を行う場合には不法行為が成立する旨を判示した東京高判平成 15. 1. 31 平成 14 (ネ) 1292[パイプ]などがある。

<sup>275</sup> 商品の誤認表示にかかる規定は、パリ条約 10 条 1 項、10 条の 2 第 3 項 3、「虚偽又は誤認を生じさせる原産地表示の防止に関するマドリッド協定」3 条の 2 によって課せられた義務を履践するものである。

<sup>276</sup> 役務は「商品」に含まれないことを理由に、旧法 1 条 1 項 5 号の請求を棄却した判決として、大阪地判昭和 58. 10. 14 無体集 15 卷 3 号 630 頁[修理の時代]がある。

<sup>277</sup> 「商品」「役務」という概念は商標法にも存在するが、商品商標と役務商標の二重登録を防止するほうが望ましい商標法とは異なり、不正競争防止法 2 条 1 項 13 号においては、「商品」であろうが「役務」であろうが不正競争行為となることに変わりはなく、両者の区別を詮索する必要はないと主張する文献として、田村善之『不正競争防止法概説』(第 2 版・1994 年・有斐閣) 418 頁。

作権法上の権利を別論にすると、原告の本業である医療業以外に特別な経済的利益を持たない。被告は、原告が撮影した植毛手術の写真を自分が直接施術した写真であるかのように、ケーブル放送で説明した。この場合、医療法や表示・広告の公正化に関する法律違反の余地はあるが、これは医療消費者と被告との問題として、原告に損害賠償請求権が発生する程の問題とは考えにくい<sup>278</sup>という疑問を呈している。

確かに、被告が原告の患者を撮影した写真をあたかも自らが手術しているかの如く装う偽装行為に対して不法行為の成立を認めるためには、被告の誤認表示により原告が何らかの損害を被ったと認めるに足りる証拠が重要であるが、その確認には困難が付きまとうのである。しかし、被告が原告を写真を用いてケーブル放送で宣伝する場合には、原告写真の宣伝効果により被告病院に来院する顧客が増える可能性があり、それに応じて、何がしかの損害が競争関係にある原告に発生する可能性がある。また、たとえこのような関係を認めがたい場合であっても、役務の誤認表示により当該業界全体に対する消費者の信頼が損なわれる結果、同じ業界の他業者に対する消費者の信頼に悪影響が出る可能性もある<sup>279</sup>。

したがって、この判決の裁判所が法的保護を認めた「営業活動上の信用などの無形の利益」は、被告の偽装行為により同じ業界の原告に対する消費者の信頼に悪影響が出る可能性があるという事実関係から把握すべきであり、その不利益の可能性をもって、原告の営業上の利益が侵害されるおそれありと認めるべきであろう。

## 2. 芸術作者の人格的利益

また、大法院 2012. 3. 29. 宣告ダ 20044 判決[ハロー・キティ上告審(헬로우 키티)]以降の下級審裁判例の中には、「芸術作者の人格的利益」という著作人権に該当しない著作人の人格的利益に対して、その法的保護を認めた裁判例がある(ソウル高等法院 2012. 11. 29. 宣告 2012 나 31842 判決[ドラサン駅壁画控訴審(도라산역 벽화)]<sup>280</sup>)。

たとえば、原告の芸術家に何ら通知もなく、関連法令に規定された手続きも守らずに、ドラサン駅内に設置された壁画を焼却する方法で廃棄した政府の行為が、芸術家の同一性保持権を侵害し、または、国家賠償法2条1項及び民法750条の違反となるか否かが争われたソウル高等法院 2012. 11. 29. 宣告 2012 나 31842 判決[ドラサン駅壁画控訴審(도라산역 벽화)]をみてみよう。

ソウル高等法院は、被告の行為が原告の同一性保持権を侵害しないと判断したが<sup>281</sup>、原

<sup>278</sup> シン・ジヘ(신지혜)「パブリック・ドメインに該当する著作物の利用に対して一般不法行為責任を認めた裁判例に関する考察(공중의 영역에 해당하는 저작물 이용에 대하여 일반불법행위 책임을 인정한 판결례에 대한 고찰)」Law&Technology 6巻2号(2010年)16頁。

<sup>279</sup> 田村善之『不正競争防止法概説』(第2版・1994年・有斐閣)429頁を参照。

<sup>280</sup> この事件を扱った論文として、桂承均「著作権と所有権との関係についての一考察—ドイツの事例を中心として—」知的財産法政策学研究43号(2013年)181-218頁がある。

<sup>281</sup> ソウル高等法院は、「被告が本件壁画を取外した後、焼却して廃棄したことは、本件壁画の所有権者としての権能を行使したものであり、これに対し原告が同一性保持権を主張することはできない。すなわち、原告が著作物の原作品に対する所有権を被告に譲渡し、これに対する対価も得た以上、その著作物に化体された有形物の所有権者である被告の有形物それ自体に対する処分行為を制限する法的根拠はなく、特段の事情がない限り、著作権法上の同一性保持権が保護する『著作物の同一性』は、著作物に化体された有形物それ自体の存在や帰属に対するものではなく、その著作物の内容等を対象とするものであると

告の人格権を侵害する不法行為を構成するか否かについては、「原告は1968年以来、大学教授等を勤めながら作品活動をしており、特に非武装地帯に対して特別な関心があった。本件壁画は、最初から公共場所であり、特別な歴史的・時代的意味があるドラサン駅に設置することが予定されており、壁画の内容も設置場所に合わせて製作され、被告が自ら本件壁画の内容及び意味と共に原告の人的内容を詳細に紹介する広報資料を製作・配布した。被告の推進計画によると、統一文化広場を造成し、ドラサン駅の訪問者に民族の同質性が感じられる作品を展示することにより、統一教育の場として活用し、南北交流協力の現実と統一の未来へ希望を与える内容を大型壁画を通じて表現するために、本件壁画を製作・設置したとする。このような特定の公共場所に設置された特別な意味のある視覚芸術は、その作品の意味や設置場所が結合して新たな芸術的価値と空間的・歴史的な意味を創造することになる。このような創作物が、観光客から相当な認知度を得られる程度にまで達すると、創作者個人は作品の現状が維持されることにより大きな利益を得られるのは勿論、公共的な側面においても、それを後世に文化芸術資産として維持・保全する利益が発生する」とし、「芸術の自由は、人間が自分の個性を芸術的な言語で創造的に自由に表現することを内容としており、特に公権力による芸術活動の侵害から芸術家を保護することを内包する。芸術作品は、こうした芸術の自由に基づいた多様性の発現を本質的な価値とし、芸術作品に対する評価は、時代によって多少変わることがある。また、憲法は、国家に伝統文化の継承・発展と民族文化の暢達に努力する義務を課しており（第9条）、芸術家の権利を法律で保護するように定めている（第22条第2項）。このように、国家は国民に対して芸術の自由を保障すると共に積極的に芸術を保護し奨励する責務を負う。したがって、国家である被告は、本件のように自分が設置して認知度を得た公共芸術作品を完全に廃棄する際に、慎重であるべきであり、公論化の過程を十分に経て決定しなければならない。特定の芸術作品を国家が一定の基準の下で一方的に評価することは、国家の監督につながることで、芸術の自由を正面から侵害する可能性があり、上記の責務を見捨てる危険性も伴う」と述べた上で、被告傘下の南北出入事務所所属の公務員が本件壁画を撤去した後、焼却した行為は、原告が芸術創作者として有する法的保護に値する人格的利益を侵害する違法な行為であり、それによって原告が精神的苦痛を受けたことが明らかであるから、被告は国家賠償法2条1項の規定に基づき、原告に慰謝料を支払う義務があると判断した<sup>282</sup>。

解するのが相当である。仮に、著作者人格権者が、著作物の原作品の所有権を譲渡した後も、同一性保持権を留保し、所有権の行使に対して何時でもこれを追及することができる場合には、著作物の所有権者に著作物の保持に対する予測できない過度の負担を与えることになり、著作物の円滑な流通を阻害し、著作権者の権利を害する虞がある。そして、被告が本件壁画を撤去する過程において損傷した行為、切断した行為、放置して追加で損傷した行為は、個別的に判断すると同一性保持権の侵害行為を構成する余地があるものの、上記のとおり、その最終的な廃棄行為を著作者人格権の侵害と見ることができない以上、上記の損傷、切断等の行為は、廃棄するための段階的行為としてその廃棄行為に吸収されており、別途著作者人格権の侵害を構成しないと解するのが相当である」と述べて、一審判決（ソウル中央地方法院 2012. 3. 20 宣告 2011 ガハブ 49085 判決）と同様に、被告の行為が原告の同一性保持権を侵害しないと判断した。

<sup>282</sup> 大法院は、「憲法第 22 条第 1 項は、『全ての国民は、学問と芸術の自由を有する』と規定し、第 2 項は、『著作者、発明家、科学技術者と芸術家の権利は、法律で保護する』と規定している。このような憲法上の基本権は、第一次的に個人の自由領域を公権力の侵害から保護するための防御的権利である一方、憲法の基本的な決断である客観的価値の秩序を具体化したものであり、私法を含む全ての領域に影響を及ぼすので、私人間の私的な法律関係も憲法上の基本権規定に適合するように規律されなければならない。ただし、基本権の規定は、その性質上、私法関係に直接適用される例外的なものを除いて、私法上の一

すなわち、大法院は、本件壁画が特別な歴史的・時代的意味がある公共場所に設置することで、その訪問者に民族の同質性を伝える統一教育の場として活用し、南北交流協力の現実と統一の未来へ希望を与える内容を表現するために設置された経緯に鑑みると、その文化芸術作品が長期間完全な状態で公衆に展示され、当該作品が文化芸術的遺産として維持されることによって守られる芸術家の利益は、法的保護に値する人格的利益であると判断し、政府が一定の認知度を得た公共芸術作品を完全に廃棄する際に、芸術家に何ら通知もなく、公論化の過程を十分に経ていないまま本件壁画を焼却した行為は、芸術家の人格的利益を侵害すると判断した。

ここで、裁判所が説示した「文化芸術作品が長期間完全な状態で公衆に展示され、当該作品が文化芸術的遺産として維持されることによって守られる利益」という芸術創作者の人格的利益は、特別な歴史的・時代的意味がある公共場所に展示されることにより芸術創作者が取得するものである。このような利益は、公立図書館の職員が閲覧図書廃棄について不公正な取扱いをすることが、当該図書の著作者の「著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益」という人格的利益を侵害すると判断した日本の最判平成 17. 7. 14 民集 59 卷 6 号 159 頁[船橋市公立図書館上告審]と同じく、著作権法で著作者人格権として認めている著作物に対する名誉等の利益ではなく、伝統文化の継承や民族文化の暢達という目的で公共場所に設置された公共芸術作品により享受する、芸術の自由を脅かす恐れのある行為から守られる人格的利益であって、著作権法とは異なる分野における利益である。

その意味で、芸術家の人格的利益に法的保護を認めたとしても、著作権法の趣旨が潜脱されることはないが、それによって所有権の行使が過度に制約される恐れがあることを考慮するならば、日本の最判平成 17. 7. 14 民集 59 卷 6 号 159 頁[船橋市公立図書館上告審]と同様に、その射程を広く捉えるべきではないだろう。

### 3. 小括

---

一般原則を規定した民法第 2 条、第 103 条、第 750 条、第 751 条等の内容を形成し、その解釈の基準になって間接的に私法関係に効力を及ぼすことになる。芸術の自由という基本権侵害に関する不法行為の成否も、上記のような一般規定を通じて私法上保護される芸術に関する人格的法益の侵害などの形で具体化されて論じなければならない（大法院 2010. 4. 22 宣告 2008 ダ 38288 全員合議体判決を参照）。他方で、公務員に課せられた職務上義務の内容が、単純に公共一般の利益のためのもの、又は行政機関内部の秩序を規律するためのものではなく、直接的又は間接的に社会構成員個人の安全と利益を保護するために設定されたものであるならば、公務員がそのような職務上の義務に違反することにより被害者が被った損害については、相当因果関係が認められる範囲内で国家が賠償責任を負うものであり、その場合に相当因果関係の有無を判断するに当たって、一般的な結果発生蓋然性は勿論、職務上の義務を賦課する法令その他の行為規範の目的、それを履行する職務の目的ないし機能から予見可能な行為、加害行為の態様及び被害の程度などを総合的に考慮しなければならない（大法院 2003. 4. 25 宣告 2001 ダ 59842 判決）。また、公務員の行為を理由とする国家賠償責任を認めるためには、『公務員が、その職務を執行するに当たって、故意又は過失により法令に違反して他人に損害を加えた場合』という国家賠償法第 2 条第 1 項の要件を満たさなければならない。ここでいう『法令に違反して』とは、厳密に形式的意味の法令に明示的に公務員の作為義務が定められているにも拘らず、これに違反した場合のみを意味するわけではなく、人権の尊重、権利濫用禁止、信義誠実のように公務員として当然守るべき準則や規範を守らず違反した場合を含めて、広くその行為が客観的な正当性を欠如している場合も含む（大法院 2012. 7. 26 宣告 2010 ダ 95666 判決）という一般論を示している。

以上の分析をまとめれば、次のようになる。韓国の下級審裁判例のうち、競業関係にある原告の宣伝用の写真や相談内容にフリー・ライドする行為を規律したソウル中央地方法院 2007. 6. 21. 宣告 2007 가합 16095 判決[整形外科ホームページ(성형외과 홈페이지)]と、伝統文化の継承や民族文化の暢達という目的で公共場所に設置された公共芸術作品により享受する、芸術の自由を脅かす恐れのある行為から守られる芸術家の人格的利益について、法的保護を認めたソウル高等法院 2012. 11. 29. 宣告 2012 나 31842 判決[ドラサン駅壁画控訴審(도라산역 벽화)]は、いずれも著作権法等の知的財産法が規律対象とする利益と異なる趣旨の法的利益について不法行為法上の保護を認めたものであり、知的財産権の制度との整合性が問題となることはないと評価することができる。

#### 第4節 帰結

これまでの内容をまとめよう。知的財産法上の保護が否定された場合に、不法行為法による保護が認められるのかという問題が争われた日本と韓国の最上級審判決をみると、日本の最高裁判決はいずれも不法行為の成立を否定している反面、韓国の大法院判決は積極的に不法行為の成立を認めている。このような現象を招いた根本的な原因は、日韓両国における不法行為法の構造が異なっているからではなく、むしろそのような不法行為法の構造から知的財産法の補完問題をどこまで規範的に捉えるべきかという解釈論の問題にあった。したがって、個々の判決の具体的な事案との関係で判断するならば、いずれもそのような結果にならざるを得ない特段の事情が認められる。

ただし、韓国では、「競争者が相当な労力と投資をかけて構築した成果物を、商道德や公正な競争秩序に反して自分の営業のために無断利用することで、競争者の労力と投資にただ乗りし、不当に利益を得て競争者の法律上保護される利益を侵害する行為は、不正な競争行為として民法上の不法行為に該当する」という抽象的な判断基準の下で、不法行為の成立を広く認めた大法院判決(特に、大法院 2012. 3. 29. 宣告 20044 判決[ハロー・キティ上告審(헬로우 키티)])の影響を受けて、今後は日本の知財高判平成 18. 3. 15 平成 17(ネ) 10095 等[通勤大学法律コース控訴審]のように、既存の著作権法と同じ目的のために著作権法で規定されていない行為を違法とする裁判例が次々と登場する可能性が全くないわけではない。

したがって、知的財産法上の保護が否定された場合に、例外的に不法行為が成立する特段の事情として、「著作権法が規律対象とする利益と異なる趣旨の法的利益」の侵害を明示した日本の最高裁判決のように、知的財産法の制度趣旨を考慮に入れた具体的な要件論を提示することが、今後の韓国の大法院判決に期待される課題であると言えるだろう<sup>283</sup>。

---

<sup>283</sup> 不法行為規定の抽象性ゆえに、それが伝家の宝刀のように使われることにより取引の安全を害し、自由な競争を妨げることがないように、その要件を詳細化・具体化することが学者の役割であると指摘したものとして、イ・シュクヨン(이숙연)「知的財産権法体系下における不法行為法の役割(지적재산권법 체계하에서의 불법행위법의 역할)」Law&Technology 6 卷 2 号(2010年) 138 頁を参照。

## 結語

最後に、第 I 章から第 IV 章の考察をまとめて本稿の結語としたい。

本稿は、知的財産法と不法行為法の交錯領域に属する論点の一つとして、不法行為法による知的財産法の補完問題を扱ったものである。すなわち、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して、民法上の一般不法行為が成立することがあるのか、仮にあるとすれば、それはどのような要件の下で成立するのかという論点に焦点を当てて検討した。

最近、知的財産法上の保護が否定された場合に、一般不法行為の成立を認めるべきか否かという問題が争われた日本と韓国の最上級審判決をみると、両国の裁判所の対応には若干異なる傾向が見られる。すなわち、日本の最高裁判決（最判平成 16. 2. 13 民集 58 卷 2 号 311 頁[ギャロップレーサー上告審]、最判平成 23. 12. 8 民集 65 卷 9 号 3275 頁[北朝鮮映画放送上告審]、最判平成 24. 2. 2 判時 2143 号 72 頁[ピンク・レディー上告審]など）はいずれも不法行為の成立を否定している反面、韓国の大法院判決（大法院 2010. 8. 25. ザ 2008 マ 1541 決定[インターネット広告上告審（인터넷광고）]、大法院 2012. 3. 29. 宣告ダ 20044 判決[ハロー・キティ上告審（헬로우 키티）]など）は積極的に不法行為の成立を認めている。このような現象を招いた根本的な原因は、日韓両国における不法行為法の構造が異なっているところにあるのか、それとも個々の判決の具体的な事案との関係で判断するならば、そのような結果にならざるを得ない特段の事情があったからであろうか。これが、本稿の問題意識である。

第 I 章では、序章で提起した問題意識に基づいて、日韓両国における不法行為法の構造を系譜的に概観することから考察を始めた。その理由は、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して一般不法行為の成立を認めるべきか否かという問題が争われた事案において、日本の最高裁判決はいずれも不法行為の成立を否定している反面、韓国の大法院判決は積極的に不法行為の成立を認めたのは、そもそも韓国の不法行為法の構造が日本の不法行為法の構造と異なっていることに起因するのではないかという疑問に導かれるからである。第 I 章の検討からは、日韓両国における不法行為法の構造が基本的に一致していることが明らかになった。このような条文の構造を前提に考えるのであれば、しかも知的財産法の趣旨を考慮に入れない限り、個別の知的財産法で認められていない知的財産「権」を裁判所が創設することは可能なのである。

第 II 章では、日韓両国における不法行為法の構造が基本的に一致するのであれば、日本と韓国の最上級審判決の判断が異なる根本的な原因は、不法行為法の条文から知的財産法の補完問題をどこまで規範的に捉えるべきかという解釈論の問題にあるのではないかという問題意識に基づいて、その規範的解釈のあり方を探求する前提として、知的財産権がどのような根拠で認められる権利であるのかという知的財産法の制度趣旨について考察した。第 II 章の検討からは、日本国憲法 13 条によって保障される知的財産権の有する内在的制約（「公共の福祉」あるいは「個人の自律」）及び外在的制約（自由領域の確保、政策形成過程のバイアス問題など）を考慮するならば、知的財産法の補完問題を、第 I 章で



提示した「個別の知的財産法で認められていない知的財産『権』を裁判所が創設することは可能」という日本民法 709 条（或いは韓国民法 750 条）独自の問題として捉える考え方には限界があることが明らかになった。

第Ⅲ章では、知的財産法の制度趣旨を念頭に置きながら、立法と司法の役割分担という視点に着目し、日韓両国における知的財産法の補完問題をめぐる学説の状況について考察した。これらの学説の検討からは、裁判所が大局的な見地から政策的判断をなすことが容易ではなく、しかも政治的な責任を負えないことに鑑みると、不法行為法による知的財産法の補完的な保護を謙抑的に止めるべきであるが、知的財産の適度な創出を実現するインセンティブに不足することが明らかである場合には、例外的に不法行為の成立が認められるという不法行為の成立要件を明らかにした。さらに、個別の知的財産法で規律されていない利用行為に対し一般不法行為の成立を認めることが、現行知的財産法で認められていない知的財産「権」を裁判所が創設することを意味する以上、この種の知的財産「権」が表現の自由や個人の行動の自由などの制約とならないような調整理論の確立が必要であることを提示した。

第Ⅳ章では、知的財産法の制度趣旨を念頭に置きながら、日本と韓国の裁判例を具体的に分析し、日韓両国における最上級審判決の判断が異なる根本的な原因を判明した。これらの検討からは、日本と韓国の最上級審判決の判断が異なる根本的な原因が、日韓両国における不法行為法の構造ではなく、むしろそのような不法行為法の構造から知的財産法の補完問題をどこまで規範的に捉えるべきかという解釈論の問題にあることが明らかになった。それゆえ、個々の判決の具体的な事案との関係で判断するならば、いずれもそのような結果にならざるを得ない特段の事情が認められる。そして、韓国では、「競争者が相当な労力と投資をかけて構築した成果物を、商道德や公正な競争秩序に反して自分の営業のために無断利用することで、競争者の労力と投資にただ乗りし、不当に利益を得て競争者の法律上保護される利益を侵害する行為は、不正な競争行為として民法上の不法行為に該当する」という抽象的な判断基準の下で、不法行為の成立を広く認めた大法院判決（特に、大法院 2012. 3. 29. 宣告ダ 20044 判決[ハロー・キティ上告審（헬로우 키티）]）の影響を受けて、今後は日本の知財高判平成 18. 3. 15 平成 17（ネ）10095 等[通勤大学法律コース控訴審]のように、既存の著作権法と同じ目的のために著作権法で規定されていない行為を違法とする裁判例が次々と登場する可能性があることを指摘し、例外的に不法行為が成立する特段の事情として、「著作権法が規律対象とする利益と異なる趣旨の法的利益」の侵害を明示した日本の最高裁判決のように、知的財産法の制度趣旨を考慮に入れた具体的な要件論を提示することが、今後の韓国の大法院判決に期待される課題であることを指摘した。

以上のように、本稿は、知的財産法の補完問題をめぐる規範的解釈のあり方について一定の方向性を示したものであるが、今後は、解釈論として何が望ましいのかという側面だけでなく、立法論を語る際に、どのような内容の立法を策定するのが望ましいのかという政策論的な側面をも視野に入れて研究を深めることを期待したい。

（以上）

【資料】

## 知的財産権・不法行為・自由領域

— 日韓両国における規範的解釈の試み —

【第一図】 ソウル中央地方法院 2007. 6. 21. 宣告 2007 가합브 16095 判決 [整形外科ホームページ] (典拠：判決文より)

別紙一 (原告の写真)

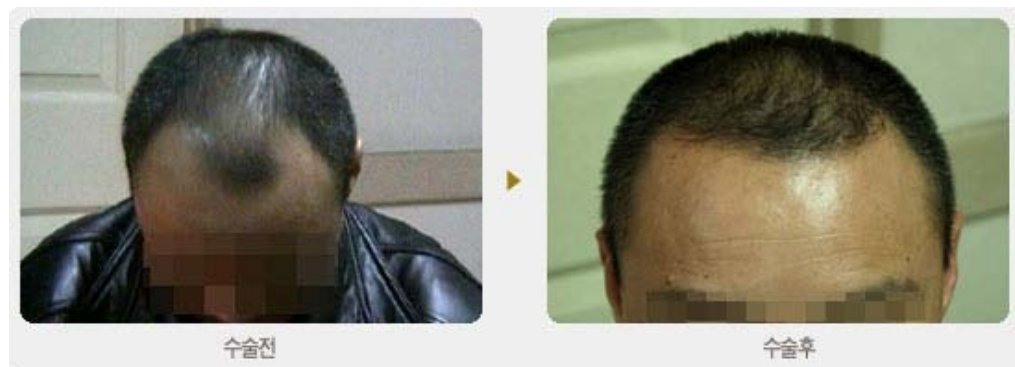
ア.



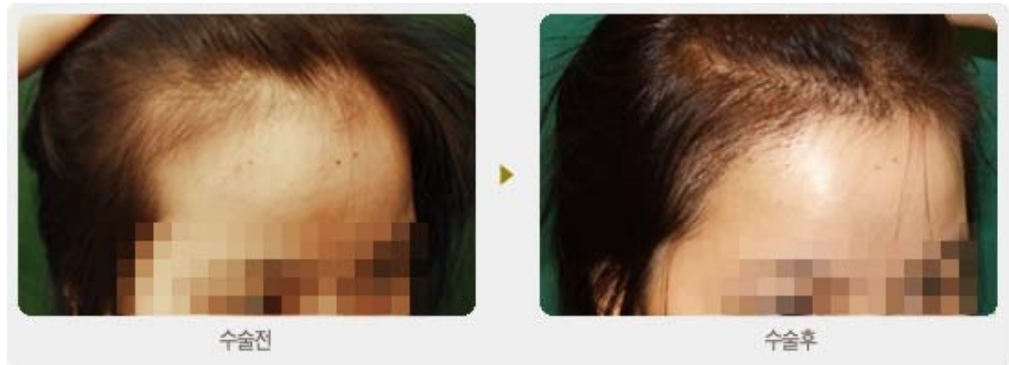
イ.



ウ.



エ.



## 別紙二 (原告の相談内容)

### ア. 2004年11月20日の相談内容

「こんにちは、延世(ヨンセ)毛髪移植センター狎鷗亭(アックジョン)クリニックのキム・デヨン院長です。広い額の悩みも、毛髪移植によって解決される可能性は十分あります。毛髪移植とは、本来あるべき髪の毛が何らかの理由で消失しているか、あるいは不足しているために、美容的に改善する必要がある場合、自分の髪の毛を利用して移し植える手術です。手術方法は、自分の後頭部から毛髪を含む頭皮を採取して、髪の毛を一束、または二束ずつ取り外した後に、植毛機を利用して額に移し植えます。手術は局所麻酔後に施行され、入院は必要なく、手術後、すぐに帰宅することができます。髪の毛を洗うのは、三日後から可能です。…ヘアラインを無理に下げると、ぎこちなくなることがあります。通常、1~1.5cm程度のヘアラインを下げるには、1000~2000本の髪の毛を必要とします。額を狭くする手術は、前髪の毛のヘアラインのデザインが非常に重要であり、境界部のグレートな処理、髪の毛の方向や角度等にも留意する必要があるゆえに、良い結果を得るには、多くの手術経験を必要とします。毛髪移植後、美容的な効果を得るには、約6カ月程度の時間が必要です。その理由は、移し植えた毛髪は1カ月以内にほとんど抜けて、3~4カ月後に新しい髪の毛が生えてくるからです。3カ月後には、植毛したところから毛髪がチクチクと生えてくることを少々感じるほど、短い毛髪を見つけることができます。しかし、ほとんど前髪で簡単に隠せるので、そんなに気にしなくてもいいです。…(筆者訳)」

### イ. 2005年3月15日の相談内容

「こんにちは、延世(ヨンセ)毛髪移植センター狎鷗亭(アックジョン)クリニックのキム・デヨン院長です。広い額の悩みも、毛髪移植によって解決される可能性は十分あります。毛髪移植とは、本来あるべき髪の毛が何らかの理由で消失しているか、あるいは不足しているために、美容的に改善する必要がある場合、自分の髪の毛を利用して移し植える手術です。手術方法は、自分の後頭部から毛髪を含む頭皮を採取して、髪の毛を一束、または二束ずつ取り外した後に、植毛機を利用して額に移し植えます。額を狭くする手術は、前髪の毛のヘアラインのデザインが非常に重要であり、境界部のグレートな処理、髪の毛の方向や角度等にも留意する必要があるゆえに、良い結果を得るには、多くの手術経験を必要とします。毛髪移植後、美容的な効果を得るには、約9~12カ月程度の時間が必要です。その理由は、移し植えた毛髪は1カ月以内にほとんど抜けて、5~6カ月後に新しい


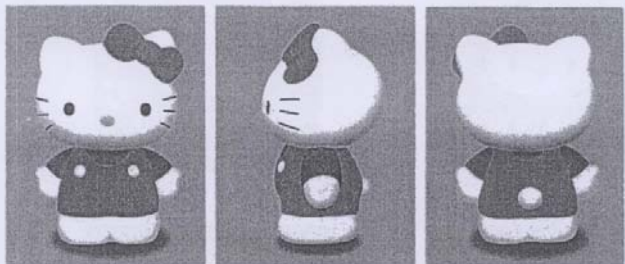
髪の毛が生えてくるからです。6カ月後には、植毛したところから毛髪がチクチクと生えてくることを少々感じるほど、短い毛髪を見つけることができます。しかし、ほとんど前髪で簡単に隠せるので、そんなに気にしなくてもいいです。…（筆者訳）」

**別紙三** （被告の相談内容）

「広い額の悩みも、毛髪移植によって解決される可能性は十分あります。毛髪移植とは、本来あるべき髪の毛が何らかの理由で消失しているか、あるいは不足しているために、美容的に改善する必要がある場合、自分の髪の毛を利用して移し植える手術です。手術方法は、自分の後頭部から毛髪を含む頭皮を採取して、髪の毛を一束、または二束ずつ取り外した後に、植毛機を利用して額に移し植えます。手術は局所麻酔後に施行され、入院は必要なく、手術後、すぐに帰宅することができます。髪の毛を洗うのは、三日後から可能であり、普通の社会生活を送ることもでき、満10～14日後には、抜き糸をすることができます。そして、額を狭くする手術は脱毛（禿げ）手術よりも、可能な限り狭い間隔で、しかも適切な密度で植えなければならないので、1～1.5cm程度のヘアラインを下げるに、1000～1500本の髪の毛を必要とします。…額を狭くする手術は、前髪のヘアラインのデザインが非常に重要であり、境界部のグレートな処理、髪の毛の方向や角度等にも留意する必要がありますゆえに、良い結果を得るには、多くの手術経験を必要とします。…毛髪移植後、美容的な効果を得るには、約9～12カ月程度の時間が必要です。その理由は、移し植えた毛髪は1カ月以内にほとんど抜けて、5～6カ月後に新しい髪の毛が生えてくるからです。6カ月後には、植毛したところから毛髪がチクチクと生えてくることを少々感じるほど、短い毛髪を見つけることができます。しかし、ほとんど前髪で簡単に隠せるので、そんなに気にしなくてもいいです。…（筆者訳）」

【第二図】 大法院 2012. 3. 29. 宣告ダ 20044 判決[ハロー・キティ上告審]（典拠：判決文より）





**別紙一** （被告のキャラクター）

	正面図	正面, 側面, 背面図
ハローキティ		

別紙二 (本件各登録商標)

商標権者	標章の構成	出願日/登録日/登録番号	指定商品	略称
原告 MBC 放送局		2003. 11. 14. / 2006. 1. 13. / 第 0647208 号	略	テ・ジャン グム商標
原告 オリブナイン		2006. 6. 5. / 2007. 6. 28. / 第 0020378 号	略	ジュモン 商標
原告 オリブナイン		2006. 6. 26. / 2007. 12. 6 / 第 0730401 号	略	サムゾク オ商標

別紙三 (被告製品)

					
ITEM NO.	KGI-6	ITEM NO.	KGI-7	ITEM NO.	KNB-14
PRICE	4,500	PRICE	4,500	PRICE	4,800
SIZE	200×300×2mm	SIZE	250×250×2mm	SIZE	135×175×10mm
C/T		C/T		C/T	
					
					
ITEM NO.	KHP-8241	ITEM NO.	KGI-32	ITEM NO.	
PRICE		PRICE	10,000	PRICE	
SIZE		SIZE	80×115×15mm	SIZE	
C/T		C/T		C/T	