HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	知的財産権・不法行為・自由領域 (4・完) : 日韓両国における規範的解釈の試み
Author(s)	丁, 文杰
Citation	知的財産法政策学研究, 50, 309-338
Issue Date	2018-04
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/70599
Type	bulletin (article)
File Information	50_08tei.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

知的財産権・不法行為・自由領域（4･完）
―日韓両国における規範的解釈の試み―

丁　　文　杰

序章
第Ⅰ章　不法行為法の構造
第Ⅱ章　知的財産法の制度趣旨
第Ⅲ章　学説（以上、第46号）
第Ⅳ章　裁判実務
　第１節　はじめに
　第２節　日本の裁判例
　　第１款　最上級審判決
　　第２款　最高裁判決の射程
　　第１項　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（以上、第47号）
　　第２項　著作権法が規律対象とする利益と異なる趣旨の「財産的利益」
　　第３項　著作権法が規律対象とする利益と異なる趣旨の「人格的利益」
　第３節　韓国の裁判例
　　第１款　最上級審判決（以上、第49号）
　　第２款　大法院判決の射程
　　第１項　大法院判決の評価
　　第２項　下級審の裁判例
　第４節　帰結
結語

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（前掲大法院［インターネット広告上告審

(인터넷광고)]、前掲大法院［ハロー・キティ上告審（헬로우 키티)]）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、どのように位置付けられるのであろうか。

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新たな競争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、当該知的財産法により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ことに鑑みると、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得る、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。

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、不正競争防止法の違反にも該当しない行為に対し、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、著作権法の保護を与え、不正競争行為を禁止するものであり、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。」[223] また、釜山地方法院の林相珉

[223] 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）

判事も、「知的成果物をどの範囲で保護すべきかを決す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」[224]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係る営業利益」を手掛かりにし、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[225]。

45巻3号(2004年)183頁。

[224] 林・前掲注1)139頁。

[225] このような「営業利益」の保護について、ユ・デジョン(유대종)「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当たり、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の不公正な利用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当たり、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、自由競争の社会において、特定主体の営業利益を過度に保護すると、反競争的効果が生じる。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。

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・ライドして広告を行う行為が問題となった、前掲大法院［インターネット広告上告審(인터넷광고)］を見てみよう[226]。

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窃取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することが可能なのは、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には何の権限もない。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

[226] 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標的な判決であると評価するものとして、朴濬佑・前掲注1)季刊著作権83-101頁がある。

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。」[227]

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［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どこ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う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ヴ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て、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ヴ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。」[228]

---

[227] 林・前掲注1)163頁を参照。

[228] 田村善之『機能的知的財産法の理論』(1996年・信山社)14頁。同・前掲注58) 7頁も参照。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」『現代企業立法の軌跡と展望』(鴻常夫先生古稀記念・1995年・商事法

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、「ヤフー（Yahoo!）」「グーグル（Google）」「ネイバー（Naver）」等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ヴ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ヴを誘引する「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。本件は、不正競争防止法の一般条項が導入される以前に、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ヴを保障するために、民法750条の不法行為を認めたものである。

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ヴ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．商品化事業に係る営業利益

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、前掲大法院［ハロー・キティ上告審（헬로우 키티）］を見てみよう。

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」、

務研究会）847頁。

「朱蒙」など本件各ドラマを連想させる衣装、小物、背景等で飾られた「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「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。

もっとも、キャラクター[229]が人気を得るとそれ自体が独立した商品価値

---

[229] 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巻1号138頁[POPEYEⅢ一審]、最判平成9.7.17民集51巻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＝飯村敏明ほか編『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)－キャラクター権の確立への模索－」パテント55巻2号(2002年)76頁は、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の問題と、キャラクターそれ自体の著作物性の問題が区別されるのかについて明確にしていないが、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表現することで、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

を獲得するようになり、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」とも呼ばれている[230]。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、範囲等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価値を持っている以上、その創作者を保護する必要があり、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作り出した概念であり、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」[231]。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

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い難いだろう。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－マンション読本事件－」知的財産法政策学研究30号（2010年）201-278頁を参照。

[230] 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、装飾品等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）』するといい、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）』という」とする。

[231] オ・スンゾン（오승종）『著作權法』（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

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最判［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の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」、「ファン・ジニ」、「大長今」、「朱蒙」等の韓流ドラマは、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ヴ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ヴを誘引する「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［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の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・ビジネスを前提として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、韓流ドラマに係る「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ヴ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見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

제문제)』(第1巻・1997年・博英社)246頁も参照。

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[232]。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ヴが十分に存在するというべきである。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ヴ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[233]。

したがって、韓流ドラマの製作に必要なインセンティヴ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、背景で飾られた「ハロー・キティ」の

---

[232] 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しなかったのである。

[233] 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」等を考慮するならば、被告の行為は、「商道徳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・前掲注1)166-167頁を参照。

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、前掲大法院[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、前掲大法院［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ヴ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ヴ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、前掲大法院［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ヴ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（前掲大法院［インターネット広告上告審（인터넷광고)］、前掲大法院［ハロー・キティ上告審（헬로우 키티)］）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ている。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い。

1．営業活動上の信用等の無形の利益

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ガハブ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ガダン70153判決［過去問解説書(기출문제해설집)］[234]など）。

---

[234] 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）試験に関する過去問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にアクセスして、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、必ずしも著作権等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、又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」とし、「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ファイル等を作成し、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

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前掲ソウル中央地方法院［整形外科ホームページ(성형외과 홈페이지)］[235]を見てみよう[236]。

合関係にある。また、原告の問題解説は、原告が多くの労力と費用をかけて、長年の経験や専門知識に基づいて作成したものでもある。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いとしても、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。

[235] この判決の評釈として、シン・前掲注1)3-20頁、鄭・前掲注1)247-272頁がある。

[236] 前掲ソウル中央地方法院［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、アイディアの独創性の欠如、あるいは情報の遮断性等の事情に基づき、不法行為の成立を否定している(ソウル高等法院1998.4.28宣告97ナ15229判決［ハイトビール控訴審(하이트 맥주)］、ソウル地方法院1999.5.14宣告98ナ24852判決［美術祭コンテンツ公募展(미술제 주제공모전)］、ソウル南部地方法院2005.3.18宣告2004ガダン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ガハブ79993判決［千年目のプロポーズ(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、前掲ソウル南部地方法院［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

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、自分が施術した患者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の質問に回答した相談内容を病院のホームページに掲示したところ、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示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

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。換言すれば、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、前掲ソウル地方法院［美術祭コンテンツ公募展（미술제 주제공모전）］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はいえず、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なく、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慮した、前掲ソウル中央地方法院［千年目のプロポーズ（천년만에 프로포즈）］の裁判所は、「原告は、仮に著作権法の保護を受けられない企画案のアイディアであっても、実際の取引において経済的価値があり、このようなアイディアを被告らが無断で盗用する行為は、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ィ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。

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[237]や相談内容[238]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[239]。しかし、不法行為が成

---

[237] 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、現像と印画等の過程において、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作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作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を被写体として選定し、患者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作性が発揮されているとはいい難く、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作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。

[238] 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、表現において著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、創作性を有しておらず、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見れば、それ自体に著作者の独自の個性が表れていて、法的保護に値する創作的な表現に該当するとはいい難く、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作性が表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。

[239] 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

立するためには、必ずしも著作権法等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、又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、いずれも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、患者の手術前後に撮影した写真を、患者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」[240]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、

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。權英俊（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示されており、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。

[240] 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等も斟酌しているが、それがどのような位置付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等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。

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[241]。たとえば、シン・ジヘ弁護士は、「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、『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、アイディアと表現が『保護の必要性』に

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等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。

[241] 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行為が全て禁止される危険性があることを指摘したものとして、鄭・前掲注1)264-265頁がある。

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に明確な基準がある著作権侵害を認めることが、その要件も不明確な不法行為を認めることより、むしろ良かった」[242]、という見解を示した[243]。また、李相理

---

[242] シン・前掲注1)15頁。林・前掲注1)169頁も、「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写っていないので、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)「写真の著作物性に関する一考察(사진의 저작물성에 관한 일고)」(季刊)著作権105号春季号(2014年)96-97頁も同旨。

[243] 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ダ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、現像と印画等の過程において、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、広告用カタログを作成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ものに過ぎないから、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、前掲ソウル中央地方法院[整形外科ホームページ(성형외과 홈페이지)]を見てみると、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、撮影の角度等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、厳格にいえば、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ィ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ド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、成均館大等の大学入試問題を見てみると、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読解能力等を問うものであり、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労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、外国語の読解能力等を問うものであり、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が創作性を欠くからといって、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。たとえば、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、穴埋問題、簡答問題、論述問題等）、順序等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、前掲ソウル中央地方法院［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ィアに過ぎず、そのアイディ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

教授は、「仮に植毛写真や相談内容それ自体が原告の商標等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、原告が当該写真等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過ぎない。また、裁判所が認めたように、誰でもなし得る、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。通説ともいうべき相関関係説、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」[244]、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ろうか。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[245]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」[246]。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

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。

[244] 李・前掲注242)96頁。

[245] 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1,500万韓国ウォン以下の罰金に処する」と規定している。

[246] 林・前掲注1)169頁。

分あったと思われる[247]。

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[248]。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[249]、「商品」と「役務」とで規律を異にする合理的理由は乏しく[250]、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

---

[247] 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巻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］等がある。

[248] 商品の誤認表示に係る規定は、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。

[249] 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巻3号630頁［修理の時代］がある。

[250]「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

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、役務の品質や内容等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［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・ジヘ弁護士は、「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」[251]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、被告が原告の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難い場合であっても、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

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・前掲注142)418頁を参照。

[251] シン・前掲注1)16頁。

対する消費者の信頼に悪影響が出る可能性もある[252]。

したがって、この判決の裁判所が法的保護を認めた「営業活動上の信用等の無形の利益」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恐れありと認めるべきであろう。

2．芸術創作者の人格的利益

また、前掲大法院［ハロー・キティ上告審（헬로우 키티)］以降の下級審裁判例の中には、「芸術創作者の人格的利益」という著作者人格権に該当し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裁判例がある（ソウル高等法院2012.11.29宣告2012ナ31842判決［ドラサン駅壁画控訴審（도라산역 벽화)］[253])。

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するか否か、又は、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、前掲ソウル高等法院［ドラサン駅壁画控訴審（도라산역 벽화)］を見てみよう。

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[254]、原告の人格権を侵害する不法行為に該当するか否かについて

---

[252] 田村・前掲注142)429頁を参照。

[253] 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。

[254] ソウル高等法院は、「被告が本件壁画を取り外した後、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体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、

は、「原告は1968年以来、大学教授等を務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、最初から公共の場所であり、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の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

その著作物の内容等を対象とするものであると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。

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[255]。

---

[255] 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等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の義務の内容が、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、公務員の職務上の義務に違反する行為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、一般的な結果発生の蓋然性は勿論、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

すなわち、大法院は、本件壁画を特別な歴史的・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した経緯に鑑みると、その文化芸術作品が長期間にわたって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、公論化の過程を経ずに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にわたって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の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の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前掲最判［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。

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等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与えた場合』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、法令において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、それに違反した場合だけではなく、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に守るべき準則や規範を守らず違反した場合を含めて、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。

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、日本の前掲最判［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

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前掲ソウル中央地方法院［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の場所に設置された公共芸術作品により享受する芸術家の人格的利益について、法的保護を認めた前掲ソウル高等法院［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見てみると、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、不法行為の成立を広く認めた大法院判決（特に、前掲大法院［ハロー・キティ上告審（헬로우키티）］）の影響を受けて、今後は日本の前掲知財高判［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利用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、今後の韓国の裁判所に残されている課題であるといえよう[256]。

結　語

最後に、第Ⅰ章から第Ⅳ章までの考察をまとめて本稿の結語としたい。

本稿は、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、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。

第Ⅰ章では、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るべきか否か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に消極的な態度を示した反面、韓国の大法院判決はより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からではないかという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検討し

---

[256] 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、その要件を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・前掲注1)138頁を参照。

てきたが、その検討からは、日本と韓国の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として考えるのであれば、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手掛かりとして、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。この部分の検討からは、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、一義的に第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である」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、自由領域の確保、政策形成過程のバイアス問題、技術的適格性の問題や、政治的な責任の問題など知的財産権の外在的制約を勘案すれば、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ヴ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。

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。

【付記】

韓国では、前掲大法院「インターネット広告（인터넷광고）上告審」及び前掲大法院「ハロー・キティ（헬로우 키티）上告審」を一つの契機として、2013年の不正競争防止法改正により、いわゆる「catch all 条項」という一般条項が新設された。すなわち、不競法２条１項10号は、「他人の相当な投資又は労力により作成された成果等を公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法により自身の営業のために無断で使用することにより、他人の経済的利益を侵害する行為」は「不正競争行為」に該当すると規定している。これにより、従来の限定列挙主義の立場を変え、不公正な競争行為に対して包括的に不正競争行為を認めている[257]。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課題としたい。

最後に、本稿の作成に当たり、指導教官の田村善之教授から繰り返しご指導を賜った。記して心からお礼申しあげる。

（本研究は、JSPS 科研費 JP17K 1366107の助成を受けたものである。）

[257] 金容甲＝徐蓮珠「韓国不正競争防止法上の不正競争行為一般条項の導入と運用」知財研フォーラム103号（2015年）56-62頁。