HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	知的財産権・不法行為・自由領域（1）：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, 46, 197-268
Issue Date	2015-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59291
Type	departmental bulletin paper
File Information	46_06.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

知的財産権・不法行為・自由領域（1）
―日韓両国における規範的解釈の試み―

丁　　文　杰

序章
　第１節　問題の所在
　第２節　論文の構成
第Ⅰ章　不法行為法の構造
　第１節　条文の系譜
　第２節　条文の特徴
　第３節　帰結
第Ⅱ章　知的財産法の制度趣旨
　第１節　知的財産権の特徴
　第２節　知的財産権の内在的制約
　第３節　知的財産権の外在的制約
　第４節　帰結
第Ⅲ章　学説
　第１節　はじめに
　第２節　日本の学説
　第３節　韓国の学説
　第４節　帰結　（以上、本号）
第Ⅳ章　裁判実務
第Ⅴ章　日本法への示唆
結語

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。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する[1]。

---

[1] 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」同『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 & Technology 17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」小野秀誠ほか編『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」中山信弘ほか編『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」牧野利秋ほか編『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頁等がある。

一方、韓国の関連文献としては、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 (계간 저작권) (2011年秋季号) 83-101頁、鄭鎮根 (정진근)「創作性のな

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[2]。それゆえ、動きの激しい知的財産法の分野では、コンピュ

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巻（2009年）247-272頁、チャ・サンユク（차상육）「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 지적성과물의 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ィア保護の可能性（한국법상 아이디어 보호의 가능성）」Law & Technology 6巻1号（2010年）63-81頁、イ・ホン（이헌）「アイディアの保護に関する研究（아이디어의 보호에 관한 연구）」Law & Technology 6巻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 & Technology 6巻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 & Technology 6巻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巻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巻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 지적성과물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부）」Justice（저스티스）通巻132号（2012年）134-171頁等がある。

[2] Peter Drahos（山根崇邦訳）「A Philosophy of Intellectual Property (6)」知的財産法政

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[3]。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への再考を促す一つの契機となった。

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

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』かー『知的創作物』という発想の陥穽ー」吉田＝片山編・前掲注1）334頁など。

[3] 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)ー厳格解釈から柔軟な解釈へー」知的財産法政策学研究27・30・31・36号（2010年・2011年）等がある。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」化の動きが見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ー議会民主政の再編と法理論の再定位ー」ジュリスト1356号（2008年）128頁も参照。

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として考えるのであれば、しかも他者の行為を広範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見てみると、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］、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　論文の構成

もっとも、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幾つか存在する。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、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、否定された事例を全て網羅しても、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角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なかったように思われる[4]。

本稿では、次のような順序で論述を進めることにしたい。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い。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。そして第Ⅲ章では、司法と立法の役割分担を念頭に置きながら、日韓両国における学説の動向を具体的に分析し、知的財産法の制度趣旨に適合した新たな視点を導入することにしたい。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。第Ⅴ章では、第Ⅳ章までの議論を踏まえて、韓国法から日本法への示唆について若干触れることにしたい。最後に、第Ⅰ章から第Ⅴ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、日本の最高裁判決が不法行為の成立に消極的な態度を示している反面、韓国の大法院判決がより積極的に不法行為の成立を是認したのは、そ

[4] 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。

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が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[5]。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」[6]ことを目的として挿入されたものである[7]。その意味で、日本民法750条はスタンダード型の規定

[5] 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。

[6] 法務省民事局参事官室・前掲注5)87頁。

[7] 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

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。民法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[8]。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、早晩修正されるべき運命にあったというべきである。」[9]

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ないと解釈したが、この解釈は大判大正14.11.28民集4巻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ナラス」と解されるに至り、これが確立した判例の準則となった。

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。

[8] 平井・前掲注4)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。

[9] 平井・前掲注4)23頁。

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[10]。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」[11]。このような違法性判断にお

[10] 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。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。

[11] 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

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[12]。

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。

[12] 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ととらえ、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＝

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得ると解される[13]。その意味では、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[14]。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」[15]及びそれに続く「内政改革綱領」[16]により、法制面

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。

[13] 郭潤直編『民法注解債權(11)』(第ⅩⅧ巻・2005年・博英社) 205-227頁、權龍雨『不法行爲論』(初版・1998年・新陽社) 69-71頁、金疇洙『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。

[14] 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慮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。

[15] 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、5ヶ条26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『近代日朝関係の研究(上)』(1940年・朝鮮総督府) 382-387頁を参照。

[16] 「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

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言うよりも、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いた[17]。その結果、民法に関して言えば、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[18]。

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得る権限（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「朝鮮二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な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」[19]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」として日本の「民法」など多く

設けられ、日本公使大鳥圭介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、日本政府は大鳥圭介を更迭し、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月に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全て引き継いだ上、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20ヶ条からなる。詳しくは、田保橋・前掲注15)387頁を参照。

[17] 鄭・前掲注14)84頁。

[18] 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又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。

[19] 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ー第11条『慣習』を中心にー」法制史研究26号（1977年）147-169頁がある。

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[20]、「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[21]。

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[22]。特に、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って過言ではない」[23]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

---

[20] たとえば、郭潤直『民法総則』(再全訂版・1985年・博英社) 37頁、金曽漢『民法総則』(1972年・博英社) 42頁、金容漢『民法総則論』(全訂版・1986年・博英社) 13頁など。

[21] 鄭・前掲注14) 93-103頁を参照。

[22] 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、実際決シテサウデナイ、矢張リ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」るとする。梅謙次郎「開会ノ辞及ヒ仏国民法編纂ノ沿革」『仏蘭西民法百年記念論集』(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」にまで至った。末弘厳太郎「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。

[23] 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〕。

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[24]。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[25]。

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[26]。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[27]。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

---

[24] 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。

[25] 具体的な議論について、鄭・前掲注14)283－287頁を参照。

[26] 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。

[27] 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。

編纂要綱」[28]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[29]。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日に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[30]。

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。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得るのであろう[31]。

したがって、韓国民法典の条文や解釈論等を検討すると、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、日本の前

---

[28] 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。

[29] 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)。

[30] 具体的な立法過程については、鄭・前掲注14)145-198頁を参照。

[31] 詳しくは、鄭・前掲注14)277-325頁を参照。

掲大判［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或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拡大したものである[32]。すなわち、現在の韓国民法750条と日本民法709条の構造や解釈論等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」或いは「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よう。

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）[33]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)個人の意思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

[32] 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）』（発行年不明）440頁、民事法研究会編『民法案意見書』（1957年）199頁を参照。

[33] Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE LAW JOURNAL 557–629 (1992).

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」[34]。

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採るか決定する段階（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に、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に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」[35]。

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。

---

[34] 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。

[35] 森田・前掲注34)67頁。

第３節　帰結

ここまでの議論をまとめよう。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、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」或いは「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として考えるのであれば、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。

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ろうか。また、知的財産法の補完問題をめぐる規範的解釈のあ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[36]。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[37]。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。

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[38]。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、多数の者がどこ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

---

[36] Drahos・前掲注２）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.認知バイアスー『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告ー」新世代法政策学研究20号（2013年）99頁、同・前掲注２）『財の多様化と民法学』331頁など。

[37] 田村・前掲注36)著作権研究３-４頁。

[38] 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・前掲注１）357-358頁など。

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得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得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得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[39]。

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[40]。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得るので、国境を越えて国際的に無限定に拡大する可能性がある[41]。

---

[39] 田村・前掲注2）知的財産法政策学研究3頁、山根・前掲注38）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。

[40] Drahos・前掲注2）247-248頁、山根・前掲注38）216-217頁、同・前掲注1）359-361頁など。

[41] 田村・前掲注2）知的財産法政策学研究5頁、山根・前掲注38）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。

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ヴ論との、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する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ヴ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[42]。本稿では、後者のインセンティヴ論を憲法における「公共の福祉」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ヴ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見られる。

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」或いは「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。

---

[42] 森村進『財産権の理論』(1995年・弘文堂) 168-171頁、Gordon・前掲注39) 9頁、田村・前掲注2) 知的財産法政策学研究1頁、山根・前掲注38) 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。

第１款　憲法上の根拠条文

ところで、知的財産権は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はなく、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う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な憲法上の根拠を提供していることは明らかである[43]。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[44]とは別途に、著作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だろう。

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、特許権等の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条論、憲法29条論、及び憲法13条論という三つの異なる議論がなされてきた。以下、敷衍する。

第１項　憲法21条論

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

---

[43] 丁相朝(정상조)編『著作權法注解』(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。

[44] 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。

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」[45]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”[46]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（国家の積極的制度創設義務）』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”を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。」[47]

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いる[48]。ここには、「情報が自由にかつ十分

---

[45] 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巻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。

[46] “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。

[47] 横山・前掲注45)74-75頁。

[48] 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、

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[49]。

しかし、こうした著作権を表現市場の制度枠組み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[50]。また、憲法21条論がその前提としている長谷部

Harper & Row連邦最高裁判決（Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.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、著作権はアイディアを創作し頒布させる経済的なインセンティヴを提供している」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と思われる。また、著作権法保護期間延長法（Copyright Term Extention Act of 1998＝CTEA）の合憲性が争われたEldred最高裁判決（Eldred v. Ashcroft, 537 U.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）79頁以下を参照。

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

[50] 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。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－』（2004年・尚学社）150頁を参照。

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[51]。

第2項　憲法29条論

従来の学説の中には、著作権は憲法29条[52]に基づく法律（すなわち著作権法）により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

---

[51] 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。

[52] 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「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主張する。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。

合するよう定められている。」[53]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見て、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ではない」と指摘した上で、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ことの範囲・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成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。」[54]

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』

---

[53] 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。

[54] 大日方・前掲注49）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。

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ろう。」[55]

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[56]。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

[55] 大日方・前掲注49)36-37頁、同・前掲注54)姫路法学10-11頁。

[56] 大日方・前掲注49)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、成功が左右されうるからである。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。」

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[57]。

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得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）や刑事罰が科され得る期間（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[58]。

---

[57] 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・前掲注49）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も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めやすくなることを理由に、異質説に好意的な評価を与えている。

[58] 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

このような現行法の体系を前提として考えるのであれば、「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」については、果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[59]。

第３項　憲法13条論

従来の学説の中には、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ヴ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、インセンティヴ論に立脚する場合、原則として立法の仕事ということができよう。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

の権利を著作者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〕）。

[59] 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、著作者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、二元論的理解を示している。

と、インセンティヴ論の下では、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はならないものと解される。」[60]

すなわち、田村教授は、インセンティヴ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ヴ論に立つと、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」[61]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条論の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」

---

[60] 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ヴ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。

[61] 大日方・前掲注49）31頁の注９を参照。

としての人権論が参考になる[62]。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言う[63]。

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、

---

62 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取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「表現の自由ー核心はあるのかー」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ー『シールド』としての権利と『切り札』としての権利ー」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『リベラルな共同体ードゥオーキンの政治・道徳理論ー』(2002年・勁草書房)157頁、同「政治的責務と憲法ー《法の共和国》の試みとしてー」宇佐美誠=濱真一郎編著『ドゥオーキンー法哲学と政治哲学ー』(2011年・勁草書房)151-153頁、中曽久雄「民主主義のもとでの司法審査ー権限アプローチの構築に向けてー」阪大法学59号(2010年)889頁等がある。

63 ドゥオーキン・前掲注62)258-260頁。

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。」[64]

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」るところにある。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[65]。

---

[64] 長谷部・前掲注62)142-143頁。

[65] 長谷部・前掲注62)99-115・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、如何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。

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ヴ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[66]。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」に適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

[66] 山根・前掲注1)369頁は、「各種の知的財産法は、特定の法目的に基づいて、①何を保護法益とみなすのか、②そうした保護法益をいつからいつまで保護するのか、③当該保護法益に対するどのような侵害行為の態様を違法と評価するのか、を法律で明確化している。①～③の判断をなすためには、関係する諸利益を衡量する必要があるところ、知的財産法の規定は、そうした衡量を立法過程において行い、当該衡量の結果を明文の形で定式化している点にその特徴がある」と述べている。

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が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」或いは「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置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、特許権等の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条論、憲法29条論、及び憲法13条論という三つの異なる議論がなされてきたが、本稿では、インセンティヴ論を憲法上における「公共の福祉」という要件との関係から捉える立場を採用し、基本的に憲法13条論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。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」に適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が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」或いは「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」或いは「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」或いは「個人の自律」に適っているとしても、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得る場合がある。しかも、知的財産権には、人工的に他者の行為を制約し得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

もっとも、知的財産法は、物理的には誰もがなし得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、どの限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、インセンティヴ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[67]。たとえば、2003年当時に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

[67] 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・前掲注45）19頁、今村・前掲注53）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的変容』（熊本大学法学部創立30周年記念・2010年・成文堂）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・前掲注48）79頁等がある。

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。」[68] 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、創作者又は権利者は「賭けに勝たなければならない」という比喩を用いて、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。」[69] すなわち、小島准教授は、著作権法が国家等によるパトロナージ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』を見てみよう。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

---

[68] 岡本薫『著作権の考え方』(2003年・岩波書店)6頁。

[69] 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・前掲注67)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。

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」[70]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」[71]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[72]。なぜならば、表現の自由は個々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。

---

[70] 大日方信春「著作権と表現の自由の間隙」同『著作権と憲法理論』(2011年・信山社) 229頁。

[71] 大日方・前掲注70) 226-227頁。同旨、大林・前掲注50) 330-331頁、長谷部・前掲注51) 法学教室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。

[72] 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。

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[73]。

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、いわゆる二重の基準論が支持されてきた[74]。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。」[75] 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の自由は、社会における言論・

---

[73] 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・東京大学出版社) 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。

[74] 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－』(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。

[75] 長谷部・前掲注62) 106-107頁。

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、むしろプレスの自由は制約されねばならない[76]。

もう一つは、個人の自律及びそれに基づく人格的発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づいて生きるかは、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。」[77] 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[78]。

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

[76] 長谷部・前掲注62)95頁。

[77] 長谷部・前掲注62)194頁。

[78] 長谷部・前掲注62)110頁。

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。」[79]

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[80]。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（或いは韓国民法750条）の保護の対象となるという通説的な理解を

---

[79] 大日方・前掲注49)28頁、同・前掲注54)知的財産法政策学研究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。

[80] 従来の憲法学は、プライヴァ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、プライヴァシーや名誉、或いは「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。

前提として考えるのであれば、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[81]、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[82]、こうした論点を提起した事件において、最高裁は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、原告の思想・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巻11号1536頁［三菱樹脂上告審］を見てみよう[83]。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

---

[81] 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。

[82] 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・前掲注62）125-127頁、阪本・前掲注79）57-59頁など。

[83] 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

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ほか、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。」[84]

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。

[84] 長谷部・前掲注62) 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得ると論じて、公法と私法をカテゴリカル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する。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。

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得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として考えると、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ヴ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、少数の者に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さ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[85]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さ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うる活動をすることは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。」[86] すなわち、知的財産法の立法過程には、構造的

---

[85] 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。

[86] 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。

なバイアスがかかっていると言えよう[87]。

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。特に、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[88]、新設された制限規定の背後にも[89]、パソコン業界、携帯電話産業、検索エンジン、オークシ

Drahos・前掲注2）247-249・261-263頁、田村・前掲注2）知的財産法政策学研究5-6頁、同・前掲注36）著作権研究12-13頁も参照。

[87] 著作権法は、有権者が政治的争点として認識せず、改正が票に結びつかないために政治家も積極的に関心を持とうとしない「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。

[88] 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（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）。

[89] 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

ョン・サイト等の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の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、社会全体から見ると、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[90]。しかし、知的財産権のように、人工的に権

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。

[90] 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

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の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[91]。

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も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

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、現実に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。

[91] 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・ショッピック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－」新世代法政策学研究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。

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。」[92]

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等を積極的に展開し得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、民主的な手続き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。

---

[92] 田村・前掲注58)26頁。同・前掲注2)知的財産法政策学研究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頁も参照。

第４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、その規範的解釈のあ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。

著作権や特許権等の知的財産権は、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」に適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」或いは「個人の自律」に適っているとしても、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得る。しかも、知的財産権は、人工的に他者の行為を制約し得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として考えるのであれば、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（或いは韓国民法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[93]。

[93] 窪田・前掲注1）35頁も参照。

第Ⅲ章　学説

第Ⅲ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い。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あ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Ⅲ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が課題である。

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、不法行為にあたる場合があるとする見解や[94]、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

[94] 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－」AIPPI57巻９号（2012年）562-583頁など。

ると主張する見解[95]、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[96]等が唱えられてきた。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[97]、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[98]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ところである[99]。

---

[95] 今西・前掲注1）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る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。

[96] 島並・前掲注1）147-153頁など。

[97] 朴・前掲注1）インターネット法律13頁、キム・前掲注1）私法59-60頁など。

[98] 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 제1조의 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。

[99] 田村・前掲注1）NBL54頁を参照。この点について、窪田・前掲注1）54頁の注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」旨を述べて

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（或いは韓国民法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得るという結論が導かれたとしても、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、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

いる。

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[100]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、権利保護の必要性と権利制約という観点から――権利侵害要件と故意・過失要件のもとで――検討していくことになる。」[101] これは、基本権相互間の衡量論[102]による解決を目指すものであり、不法行為法における「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

---

[100] 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。

[101] 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。

[102] 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。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』（鈴木禄弥教授古稀記念・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頁等を参照。

目的として設けた制度のひとつである」とする[103]。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[104]。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ヴ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」[105]。

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ヴの確保という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、等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。

---

103 潮見・前掲注8)10頁。

104 潮見・前掲注8)12頁。

105 田村・前掲注1)『新世代知的財産法政策学の創成』49頁の注113)。具体的には、同・前掲注1)NBL53頁も参照。

このような指摘を受けたためか、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〕』を見てみよう。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に登場したため、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」、或いは、「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、その後に社会・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[106]。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採っており、潮見教授の基本姿勢の変化を窺い知ることができる。

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かぎ

[106] 潮見・前掲注8)91-94頁。

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、「たとえ損害賠償かぎりであっても、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かぎ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。」[107]

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、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[108]。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[109]。

さらに、後述するが、最近の最高裁判決（前掲最判[ギャロップレーサー上告審]、前掲最判[北朝鮮映画上告審]、前掲最判[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

---

107 井上・前掲注1)180頁。

108 田村・前掲注1)『新世代知的財産法政策学の創成』45-46頁の注105)。

109 田村・前掲注1)『新世代知的財産法政策学の創成』45頁。

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前掲最判[北朝鮮映画上告審]を見てみよう。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言えよう[110]。

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。

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、その要件論の検討に焦点を当てることにしたい。

---

[110] 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。

第１項　外在的制約に着目した学説
――自由領域の確保の観点――

日本の限定的な学説の中には、自由領域の確保という知的財産権の外在的制約に着目して、不法行為法による知的財産法の補完問題を限定的に捉える見解がある。

たとえば、有斐閣から出版された中山信弘『著作権法』を見てみよう。中山教授は、「物の無形的利用とは、基本的には情報の利用であり、その規整は知的財産法の領域に属する。そのような情報のなかで特に保護をすべきものに法的保護を与えているのが各種知的財産法であり、知的財産法において保護されていないということは、原則として自由利用の領域に属すると考えられる。」「各種知的財産法により保護されない情報であっても、場合によっては不法行為になりえるが、知的財産法で保護しないという制度設計をしたということは、基本的には当該情報は自由利用の領域に属し、その情報を使用して自由に競争し得るということを意味している。また法的安定性の観点からも、単に当該情報を使用したというだけで不法行為の成立を認めるべきではないであろう。不法行為の成立は、単に複製等をしたか否かという点だけではなく、当該情報の入手方法、使用の態様、不当な競業態様等を総合して勘案し、違法性の強い場合に始めて認めるべきである」[111]とし、一般不法行為の成立を限定的に解釈すべき旨を述べている。

また、上野達弘教授は、知財高判平成20.12.24平成20(ネ)10012［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。…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

[111] 中山信弘『著作権法』(初版・2007年・有斐閣) 207-209頁。同『著作権法』(第2版・2014年・有斐閣) 244-246頁も参照。

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考える。」[112]

こうした理論は、いずれも知的財産「権」を創設する方向での裁判所の判断を謙抑的に止めるべき理由として、自由領域の確保という知的財産権の外在的制約を挙げている。すなわち、「情報のなかで特に保護をすべきものに法的保護を与えているのが各種知的財産法であり、知的財産法において保護されていないということは、原則として自由利用の領域に属する」という前提の下で、知的財産法の保護から外れた場合は、むしろ自由競争の観点から積極的に他者の活動の自由を保障すべきであると主張している。知的財産権の外在的制約を考慮する際に、自由領域の確保だけではなく、政策形成過程のバイアス問題等も視野に入れる必要があることに鑑みると、このような理由づけも不十分ではあるが、方向性としては正当なものであると言うことができよう。

ただし、如何なる場合に、例外的に不法行為の成立が認められるのかを判断する基準として、中山教授は、「当該情報の入手方法、使用の態様、不当な競業態様等を総合して勘案し、違法性の強い場合に始めて認めるべきである」ことを提唱しており、上野教授は、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がある」ことを要請しているが、いずれも抽象的な基準に過ぎず、例外的に不法行為の成立を肯定するためには、循環論法の域を超える論拠が必要であるだろう。

---

[112] 上野・前掲注94）Law & Technology65頁、同・前掲注94）AIPPI574-575頁。上野教授は、「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を潜脱することにはならない」と述べて、民法709条に基づく差止請求を否定する通説的理解に立脚する場合には、損害賠償請求のみをなし得るという救済類型を設ける意義があることを指摘している。

第2項　内在的制約に着目した学説
――知的財産法の条文の趣旨――

日本の限定的な学説の中には、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、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。

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[113]。

また、佐藤祐介弁理士も、不法行為法による知的財産法の補完問題は、「結局は、知的財産法が自由にフリーライドできると定めたものであっても、不法行為法上もフリーライド可とまで定めたと解釈できるか、という知的財産法の解釈問題に帰着するように思われる。つまり、不法行為法上も問責されないことを定めているという趣旨なのか、あるいは知的財産法の権利とならないことを定めているだけで不法行為法では責任を問われることもあり得るとの趣旨なのか、知的財産法自体の解釈問題だといえる。」「そして、この解釈問題は、知的財産法全体について一律に決めるべき問題ではないように思われる。該当する個別規定が、問題となった行為の自由にどこまで――不法行為法にまで――及び得るのかという個別具

[113] 島並・前掲注1)151頁。

体的な解釈問題としてとらえるべきなのであろう」[114]、と述べている。

こうした理論は、いずれも裁判所の裁量による知的財産「権」の創設の是非を判断する基準として、知的財産法の条文の趣旨という知的財産権の内在的制約を挙げている。すなわち、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」場合には、一般不法行為法の成立が認められる余地があるという相対的に緩やかな基準を採用している。この理論枠組みの下では、知的財産法の条文の趣旨を、憲法13条後段の「公共の福祉」という制約との関係で捉えているか否か必ずしも明瞭ではないが、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する可能性を示唆しており、この点については肯定的に評価することができると思われる。

また、島並教授は、不法行為法による知的財産法の補完的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[115]。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、知的財産法の補完問題を限定的に解釈すべき積極的な理由は、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に求めざるを得ないだろう。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、

[114] 佐藤・前掲注1）1166-1167頁。

[115] 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）38頁も同旨。

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前掲東京高判[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言えよう。

第3項　二元的解釈に着目した学説
――内在的制約と外在的制約――

日本の限定的な学説の中には、知的財産権の内在的制約と外在的制約という二元的な解釈に着目し、不法行為法による知的財産法の補完問題を限定的に捉える見解もある。

たとえば、田村善之教授は、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」[116]とし、「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、早晩、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と、インセンティヴが

[116] 田村・前掲注1）NBL54頁。

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。」「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」であると主張した[117]。

また、三村量一弁護士は、知的財産権侵害が成立しない場合における一般不法行為の成否について、次のように述べている。いわく、「各種の知的財産法は、それぞれの分野における事項につき、どのようなものを法的保護の対象とし、どのようなものを法的保護の対象としないかという点について選択を行っているものであり、このような選択に従って知的財産権侵害が成立するための要件を定める条文を設けている。そうである以上、各種知的財産分野において、知的財産法の規定する権利侵害の要件を満たさないものは、知的財産法が法的保護の対象としないという選択をした対象として、自由な利用が許容されているというべきである。」「また、そもそも国民の表現行為や営業行為の自由は憲法上尊重され、保護されているものであり、他人の権利との調整や公共の福祉との調和といった観点から法令の規定により必要最小限の範囲で制限を受けることを除けば、これらの行動の自由は無制限に許容されるべきものである。このように考えると、知的財産権侵害が成立しない場合には、極めて例外的な場合を除き、一般不法行為も成立しないと解するのが相当である。」[118]

こうした理論は、知的財産法の補完問題を限定的に解釈すべき積極的な理由を、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に求めており、例外的に一般不法行為の成立が認められるのは、「問題のフリー・ライド

117　田村・前掲注1)『新世代知的財産法政策学の創成』42-43頁、同・前掲注1)NBL56頁など。

118　三村・前掲注1)366-367頁。

を放置しておくと、イン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」、或いは、「他人の権利との調整や公共の福祉との調和といった観点から法令の規定により必要最小限の範囲で制限を受ける」場合に限られる、という二元的な基準を採用している[119]。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ヴ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」という知的財産権の内在的制約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だろう。

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、従来の学説では、主に柔軟な解釈論、厳格な解釈論、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、その折衷説とも言うべき限定的な解釈論が主流を占めるようになった。

最近の学説のうち、有力説と言うべき田村教授と三村弁護士の限定的な解釈論は、知的財産法の補完問題を限定的に解釈すべき積極的な理由を、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に求めており、例外的に一般不法行為の成立が認められるのは、「問題のフリー・ライドを放置しておくと、イン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」、或いは、「他人の権利との調整や公共の福祉との調和といった観点から法令の規定により必要最小限の範囲で制限を受ける」場合に限られ

---

[119] 例外的に不法行為該当性を肯定するためには、一定の利益が法的保護に値するという社会的な承認が必要である旨を説く文献として、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。

る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ヴ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」という知的財産権の内在的制約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。

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、田村善之教授が主張する限定的な解釈論の影響を受けて、インセンティヴ論の視点を基盤としながらも、そこから一歩踏み出すことを試みるという形の解釈論を提唱する文献が幾つか現れている[120]。以下では、そのような立場に立つ韓国学者の論拠を紹介することにしたい。

第１款　二元的解釈に着目した学説
――「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ヴ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、前掲大法院［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マ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

[120] たとえば、朴・前掲注1）情報法学221-222頁は、田村・前掲注1）『新世代知的財産法政策学の創成』、及び、同・前掲注1）NBLの内容を紹介し引用していることからも、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・前掲注1）134-171頁の著者である林相珉判事は、田村教授が所属する北海道大学法学研究科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。

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ヴ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れなければならない。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、原則として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とは、『特段の事情』が存在する場合に限り、その文言のとおり例外的に認められるはずである。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ヴ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ヴ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。」[121]

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条のような一般条項が遂行して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』等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。」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

[121] 朴・前掲注1)情報法学217頁。

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ヴ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」[122]、との見解を示した。

こうした理論は、「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、原則として自由である」ことを前提にしつつ、例外的に、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ヴ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おり、日本の二元的解釈論に親和的であると言えよう。このような理論枠組みの下では、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一般不法行為として規律することが可能なのは、「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ヴが過少となることが明らかな場合」の要件に加えて、そのような行為を不正競争行為に準ずる行為の一類型として類型化することが可能な場合に限られるという解釈になるだろう。

しかし、こうした理論は、「特段の事情」の類型化という作業を行う権限を果たして司法に与えるべきなのかという、法的主体間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ヴ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学者や立法者に任せるべきであるという帰結が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ヴ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、今後の立法過程に貴

[122] 朴・前掲注1)情報法学225-226頁。

重な参考資料を提供することになるだろう。

第2款　二元的解釈に着目した学説
――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、知的財産法により規律されていない利用行為に対する一般不法行為の成否について、次のように述べている。いわく、「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、秩序維持又は公共の福祉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[123]。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[124]。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は、法的安定性と予見可能性が確保されなくなり、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。」「不正競争防止法上の明文規定に一般条項を置くことが、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条を媒介として不正競争防止法に明文の規定を置くことで違憲の可能性が高まる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。」「ただし、医療訴訟や公害訴訟等のように民法750条の違法性の外延を拡張する

123 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。

124 憲裁2011.10.25,2010憲バ272、憲裁2012.2.23,2008憲マ500等。

最近の傾向を考慮する場合、知的財産法の領域においても民法750条の外延を広げる余地はあるだろう。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けることができる。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とする点に鑑みると、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。」[125]。

さらに、林判事は、「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はできず、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、インセンティヴ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」[126]、との見解を示した。

こうした理論は、裁判所が知的財産「権」を創設する方向での判断を謙抑的に止めるべき理由として、憲法37条２項が規定する基本権制限の明確性の原則という知的財産権の外在的制約を挙げており、例外的に一般不法行為の成立が認められるのは、「インセンティヴ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」に限られる、という二元的な解釈論を採用している。しかも、これま

[125] 林・前掲注1）140-142頁。

[126] 林・前掲注1）138-139頁。

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きたが、林判事は積極的に憲法理論を知的財産法の補完問題に導入したという点で特徴があると言えよう。

第3款　小括

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、インセンティヴ論の視点を基盤としながらも、そこから一歩踏み出すことを試みるという形の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、「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、原則として自由である」ことを前提にしつつ、例外的に、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ヴ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。この理論は、日本の二元的解釈論に親和的であるが、「特段の事情」を類型化する権限を果たして司法に与えるべきなのかという、法的主体間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ヴ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学者や立法者に任せるべきであるという帰結が導かれるからである。

そして、基本権制限の原則からのアプローチは、裁判所が知的財産「権」を創設する方向での判断を謙抑的に止めるべき理由として、憲法37条2項が規定する基本権制限の明確性の原則という知的財産権の外在的制約を挙げており、例外的に一般不法行為の成立が認められるのは、「インセンティヴ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」に限られる、という二元的な解釈論を採用している。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きたが、この理論は積極的に憲法理論を知的財産法の補完問題に導入したという点で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完問題は、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得るという結論が導かれたとしても、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。すなわち、知的財産法の補完問題を限定的に解釈すべき積極的な理由を、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に求めるべきであり、例外的に一般不法行為の成立が認められるのは、問題のフリー・ライドを放置しておくと、イン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に限られる、という限定的な解釈論を採用すべきである。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ヴ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」という知的財産権の内在的制約に根拠づけられるものとして理解すべきである。