



|              |                                                                             |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------|
| Title        | 韓国におけるパブリシティ権の保護（二・完）：二〇二一年不正競争防止法の改正を中心に                                   |
| Author(s)    | 申，賢哲                                                                        |
| Citation     | 阪大法学. 2022, 72(2), p. 53-66                                                 |
| Version Type | VoR                                                                         |
| URL          | <a href="https://doi.org/10.18910/88611">https://doi.org/10.18910/88611</a> |
| rights       |                                                                             |
| Note         |                                                                             |

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

## 韓国におけるパブリシティ権の保護（二・完）

——二〇二一年不正競争防止法の改正を中心に——

申 賢 哲

第一章 はじめに

第二章 下級審裁判例の紹介及び分析

第一節 下級審裁判例の紹介

第二節 下級審裁判例の分析

第三章 『アイドルグループ事件』 大法院決定の紹介

第一節 不正競争防止法の一般条項

第二節 『アイドルグループ事件』 大法院決定の紹介（以上、七二卷一号）

第四章 肖像等冒用行為規定の分析

第一節 序論

第二節 肖像等冒用行為規定の適用要件

第三節 肖像等冒用行為規定の適用範囲

第五章 おわりに（以上、本号）

## 第一節 序論

第二章で述べたように、韓国では、流動的な下級審裁判例が続く中で、明文の根拠規定の要請に関する社会的コンセンサスが醸成されるに至った。ただ、韓国不競法では、既に投資により形成された成果にフリーライドすることを規制するために一般条項の運用が行われており、一般条項は、技術の発展と社会の変化により、既存の知的財産法体系では十分な保護が受けられない知的財産を保護するために設けられているため、一般条項がパブリシティ権の保護の根拠規定になり得るかに関する議論が続いていた。『アイドルグループ事件』大法院決定（以下、「本件決定」という。）は、パブリシティ権の保護について一般条項の適用を認めた最初の大法院の判断であり、一般条項がその根拠規定であるとする多数の肯定説を裏付ける形で、一般条項の存在意義を明確にしているといえよう。

学説の多くは、不競法が権利付与法ではなく、行為規制法であることを考慮し、本件決定は一般条項を根拠に、パブリシティ権を有する有名人に対して、物権類似の独占排他権的財産権ではなく、不公正な商慣行からの保護を与えることを明確にしたものと評価している<sup>(53)</sup>。この評価には、パブリシティ権の法的性質を、財産権の中で不競法により保護される「広い意味の財産権」と解する考え方が影響していることから、本件決定では、財産権説としてのアプローチがなされているものと推測される<sup>(55)</sup>。

肖像等冒用行為規定の新設は、近年人格権説に基づくパブリシティ権の保護の流れの中で、社会的に告知することなく、財産権としての性質が強いパブリシティ権の救済措置として強力な制裁手段である差止請求権の行使を認めることに對して、本来自由に行えるはずの領域の萎縮効果をもたらすという懸念を、立法という形で一定程度解

消させるものと思われる。また、有名人のパブリシティ権の保護を明確に規定することで、少なくとも物権法定主義の違反を理由とした財産権説への批判論は一層説得力を失うことになるといえよう。

改正規定は、一般条項と比較し、保護対象の部分のみが異なり、改正の検討報告書も、一般条項の特別条項として分化されたものであると明確に述べていることから、次節では、<sup>(56)</sup>一般条項そのものの適用要件に関する分析は拙稿に委ねることにして、<sup>(57)</sup>改正規定に関する内容を中心に検討する。

## 第二節 肖像等冒用行為規定の適用要件

### 一 肖像等冒用行為規定の概要

韓国不競法二条一号（一二）は、以下の規定を設けている。以下では、同規定に該当する行為を「肖像等冒用行為」と称する。

#### ・不競法二条一号（一二）

国内に広く認識されて経済的価値を有する他人の氏名、肖像、音声、署名等その他人を識別することができる表示を公正な商取引や競争秩序に反する方法で、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

同規定の検討報告書は、その立法趣旨について、「有名人の肖像・氏名等を不正に使用する行為は、（一般条項を含めて）個別不正競争行為に該当するかが明確ではなかったが、『アイドルグループ事件』大法院決定は一般条項

の適用を認めている）。……大法院決定は、当該事件にのみ拘束力を有する点を考慮すれば、今後類似事案で同一の判断がなされるとはいえない側面があるため、改正案は、有名人の肖像・氏名等の無断使用行為を不正競争行為として明記し、法適用の明確性や統一性を確保し法的安定性や予測可能性を高める」と述べている（括弧筆者）<sup>58</sup>。

このことから、改正規定は本件決定を受けて立法されたものと理解することができる。肖像等冒用行為規定の侵害行為に対しては、その救済措置として、損害賠償請求のみならず差止請求が認められている（韓国不競法第四条、第五条）。

以下では、一般条項の適用要件に関する解釈に言及しながら、改正規定の適用要件を分析する。

## 二 肖像等冒用行為規定の適用要件

本件決定に適用された一般条項は、柔軟性を有する規定であるため、その新設当初からその適用範囲についての議論が活発に行われていたが、近年立て続けに大法院判決が下されて、一般条項の適用について予測可能性が高められつつある。本件決定もその延長線上の判断である。

改正規定の文言を要件ごとに分けると、「国内に広く認識されて経済的価値を有する他人の氏名、肖像、音声、署名等その他人を識別することができる表示」（以下、「識別表示」という。）を「要件①」に、「公正な商取引慣行や競争秩序に反する方法で、自身の営業のために無断で使用」を「要件②」に、「経済的利益の侵害」を「要件③」とした場合、一般条項の要件と比較して異なるのは要件①であり、その他の要件は一般条項の要件と同様である。

### （一）要件①：「識別表示」

本件決定は、一般条項の保護対象である「成果等」について、「有体物だけでなく、無体物」、「既存の知的財産

権法に基づく保護を受けることが難しかった新しい類型の結果物」であるとし、その制限を設けていない。学説では、一般条項が経済的価値のある無体財産も保護するために立法されていることから、その「成果等」の具体例として、パブリシティ権を挙げることに<sup>(60)</sup>ついて異論がない。本件決定は、「成果等」として、（名誉・信用・顧客吸引力を有する）「アイドルグループ名」を認めていることからすれば、改正規定は、本件決定を受けて、経済的価値のある周知な識別表示をその保護対象として明確にしていると評価することができる。なお、本件決定は、「成果等」の判断においては、「結果物が有する名声や経済的価値、結果物に化体された顧客吸引力、当該事業分野で結果物が占める割合及び競争力等を総合的に考慮しなければならない」と述べているが、この判示が、改正規定の識別表示の判断においてどのように解されるかについては、更なる議論や検討が待たれるところである。

また、「国内に広く」という周知性の範囲については、全国周知まで要求すると、芸能人等に限定されて保護対象が狭くなる可能性があり、また、識別表示の顧客吸引力が認められる程度の範囲でよいと考えられるため、全国周知までは必要ではないと解するほうが望ましいと思われる<sup>(61)</sup>。もしそのように解せられるとするならば、第二章の下級審裁判例で争点になった識別表示の場合は、その主体が文化人や芸能人、スポーツ選手であり、改正規定の周知性の要件を容易に満たすと考えられ、それらの識別表示は改正規定の保護対象にもなり得ると思われる。一方、一般人の識別表示は、周知性の程度を満たせない可能性が高いため、改正規定の保護対象から除かれるだろう。

さらに、全ての肖像等が識別表示として保護されるわけではなく、そこには、「経済的価値」を有することが必要であり、この点、一般条項が「相当な投資や努力で作られた」ことを要件として求めていることと異なる。つまり、肖像等が周知な識別表示であっても、「経済的価値」の立証に失敗すれば、要件①を満たさず、改正規定の保護対象にはならないということになる。もし「経済的価値」を肖像等の「顧客吸引力」と解せられるとするならば、

改正規定の運用では、一般条項の場合とは異なり、理屈の上では、顧客吸引力の形成に「相当な投資と努力」がなくても、「経済的価値」が認められる可能性があると考えられるが、あまり想定できない。すなわち、本件決定は、一般条項の「相当な投資と努力」の判断について、アイドルグループメンバーの選出・稽古、音楽配信・公演・放送等コンテンツ制作・流通等のためにかけた債権者の投資と努力を考慮しており、改正規定の運用の場面でも、これらの投資と努力がなく、アイドルグループの識別表示に経済的価値が生まれるとは考えられないだろう。

(二) 要件②…「公正な商取引慣行や競争秩序に反する方法で、自身の営業のために無断で使用」

行為規制法である不競法は、民法の不法行為法の特別法として位置付けられ、不正競争行為の成否の判断では、法益侵害の要因となる行為の違法性の判断が極めて重要である。一般条項の要件②の解釈を借りるならば、要件②の違法性を容易に認めてしまうと、他の知的財産保護規定の存在が形骸化するおそれがあるため、その違法性の程度は、少なくとも他の知的財産保護規定での違法性よりは、高く設定する等抑制的解釈論が必要であると考えられており、賛成である。<sup>(63)</sup>改正規定の要件②の場面では、違法性の判断が経済的価値のある識別表示の冒用行為に限定されるが、基本的な考え方としては、他の知的財産保護規定による規制とのバランスを考慮して、一般条項の運用と同じく解したほうが、望ましいと思われる。

要件②の判断基準や具体的な考慮要素について、本件決定は、「①権利者と侵害者が競争関係にあるか近い将来に競争関係に置かれる可能性があるか、②権利者が主張する成果等が含まれる産業分野の商取引慣行や競争秩序の内容及びその内容が公正であるか、③上記成果等が侵害者の商品やサービスによって、市場で代替されるか、④需要者や取引者に成果等がどの程度知られているか、⑤需要者や取引者の混同可能性があるか等を総合的に考慮しなければならない」と述べている。右判示の「成果等」を改正規定の周知な「識別表示」と読み替えても、解釈上

差し支えはないと思われる。

一般条項の要件②の判断では、①～③の要素が必須要件として考慮される傾向にあるが、本件決定は、要件②の判断において、①～③の要素に加えて、④の要素も考慮していることが読み取れる。とりわけ、④の要素に関連して、アイドルグループ名に「蓄積された名声・信用・顧客吸引力が相当のレベルに達している」という顧客吸引力等の程度の高さを考慮していることは、パブリシティ権の保護の場面では、要件②の違法性を肯定する方向へ働くために重要な役割を果たすものと解される。もともと、一般条項の場面では、その違法性判断において、要件①との相関関係を考慮するという考え方が採用されているところ、この判断手法は、改正規定の場面では、より積極的に活用されるものと考えられる。なお、⑤の要素の混同のおそれについては、本件決定や下級審裁判例でそれがどのように考慮されているかが定かではないが、本件決定でいうと、仮に債務者が、債権者と組織的、経済的に何らかの関連性があるような識別表示の顧客吸引力の利用を行っているならば、そのことは肖像等冒用行為を肯定する方向で働く要素になろう。

本件決定では、債務者は、A深層取材版に有名なアイドルグループの肖像等という識別表示をエンターテインメント業界の商取引慣行に反する形で利用していることが明確であるため、要件②の違法性判断に疑問の余地はないと考えられる。今後の運用では、事実ごとに異なる要素が考慮されることから要件②の判断基準を一般化することはできず、その外延は、必ずしも明確なものではない。

### （三）要件③…「経済的利益の侵害」

一般条項の「経済的利益」とは、「成果等」と関連した営業上の利益であり、財産上の損害を意味すると解され（66）ており、この解釈は、改正規定の運用場面でも同様に当てはまるものと思われる。ただ、一般条項の裁判例では、

経済的利益が特定されない場合が多く、要件①と要件②に該当すれば、「経済的利益」が侵害されたと推断する傾向にある<sup>(67)</sup>。本件決定も経済的利益については述べていないが、おそらく、アイドルグループの知名度から得られる営業上の利益であると考えられる。なお、要件③の判断では、一般条項の解釈によれば、競業関係を要件としていないため、仮に下級審裁判例の「李輝昭事件」のように、識別表示の主体が文化人であり、自己の識別表示を冒用されて経済的利益を害されないと考えられる場合でも、改正規定の適用を認めたいえ、損害賠償の額の算定で調整する運用がよいと考える。

### 第三節 肖像等冒用行為規定の適用範囲

#### 一 主体性・保護対象

本件決定は、単に、「Aに蓄積された名声・信用・顧客吸引力が相当のレベルに達した……成果等」であると判断しているだけであり、改正規定からもパブリシティ権の帰属主体について読み取ることとはできない。「債権者は……Aの活動に多大な投資と努力をかけている」という文面からすれば、債権者である芸能事務所がパブリシティ権の帰属主体であるとも読めるが、この解釈は、実質的にパブリシティ権の譲渡性を認める可能性もあるため、望ましくないとと思われる。もともと、Aが他の芸能事務所に移転した場合、パブリシティ権は顧客吸引力の形成に寄与した元の芸能事務所に残り、アイドルグループは、Aというグループ名で音楽活動ができず、現在の芸能事務所も一般条項による侵害主張ができなくなることになる。この解釈は改正規定でも同様に当てはまり、改正規定には一般条項の「相当な投資や努力」という要件はないが、主体性判断の一要素として考慮されることになる。主体性について、一審と二審の判断を是認した原審は、「Aの名称、その構成員の氏名、写真等に化体された信用や名

声、顧客吸引力はA構成員に帰属する」と明示し、本件決定は原审の判示をそのまま受け入れているため、大法院もパブリシティ権の帰属主体がAのメンバーであると認めていると解しても差し支えはないと思われるが、本件決定からは、明らかではない。本件決定は、不要な議論を減らすために、パブリシティ権の帰属主体がAの各メンバーであることを明示する必要があったものと思われる。なお、本件決定の債権者は、Aのパブリシティ権の帰属主体ではなく、本件専属契約（独占的利用許諾契約）に基づく代位請求権者であると思われる。<sup>(69)</sup>

## 二 譲渡性・相続性・保護期間

本件決定で、債権者は独占的利用許諾契約による請求を行ったものと考えられるため、依然として、本件決定からも、パブリシティ権の譲渡性・相続性・保護期間に関する考え方は読み取れない。また、財産権説や人格権説のいずれの学説でも、譲渡性の認否と相続性の認否は連動しない等様々な見解が主張されているため、これらの論点に関する通説的な見解を見いだすこともできない。私見としては、第二章第二節の分析で述べたように、譲渡性を否定し、相続性を肯定する立場を取りたい。その理由は、本人の死後においても、肖像等の顧客吸引力が存続し、それを利用する取引環境が形成されている場合があるため、死後のパブリシティ権の利用を保障する手当が必要であり、また、改正規定は、本人の識別表示性を前提にしているため、譲渡性を認めてしまうと、譲渡を繰り返すことで識別表示性が本人から離れて、識別表示の経済的価値が薄れるおそれがあるからである。<sup>(70)</sup> 識別表示の経済的価値を考慮する当事者にとっても、パブリシティ権の譲渡性を否定することが合理的であろう。

このことについて、改正規定の運用の場面でも、識別表示の遺族への相続（や本人死後の管理団体への遺贈）を認めたいえ、それらの者による商品化事業の展開や権利処理、及び、それらの者との利用許諾契約の締結によるパブリシティ権の利用を図るほうが、肖像等の顧客吸引力の向上を図ることができるという意味で、本人死後の権利

主体にとつても望ましいものと考ええる。

なお、保護期間については、第二章第二節で述べたように、様々な見解があるが、改正規定の趣旨からして、識別表示の経済的価値（顧客吸引力）を有している限り、死後においても法的保護を与える必要があり、これには法的根拠が必要であると考えられるが、現状では、裁判所の判断に委ねることになろう。

### 三 適用除外事由

本件決定は、債務者がアイドルグループAの肖像等をA深層取材版に利用している行為が不正競争行為に該当すると判断しており、侵害類型としては、下級審裁判例の分析における「商品化での利用」に該当する。一方、どのような場合にパブリシティ権が制限されるかについては明確に述べていない。このことについて、下級審裁判例では、表現の自由との調整がされており、今回の不競法の改正に関連する韓国特許庁の研究報告書<sup>(7)</sup>においても、不競法でパブリシティ権を保護する場合、表現の自由を保護するための制限規定を設けることが提案されていたが、改正規定には反映されていない。改正規定の運用次第では、表現の自由を萎縮させる効果をもたらす可能性があろう。

この点、原審は、本件雑誌での肖像等の利用について、「報道範囲ないし言論・出版及び表現の自由」との調整を行ったうえ、債権者の請求を棄却する一方、本件特別付録については、その八〇%がアイドルグループの肖像等で占められているという事実認定をしており、商業的利用による利益が表現の自由の範囲を超えているのは明らかである。ただ、事案によつては、本人の肖像等を利用しなければならない必然的な理由の有無等の詳細な検討が必要であろう。一方、大法院の判断では、「成果等を無断で使用することにより侵害された経済的利益が何人も自由に利用することができる、いわゆる公共の領域（public domain）に属していないものであると評価されなければならない」と述べた部分を反対解釈すると、公共の領域に属する経済的利益は、改正規定でも保護されないことに

なると解せられるため、『李輝昭事件』やメジャーリーグ野球選手の肖像等が問題となった事案のように、表現の自由の範囲内での識別表示の無断利用行為は、公共の領域に属する経済的利益であると考えられるため、改正規定の保護範囲から除かれるものと思われる。

## 第五章 おわりに

本稿は、パブリシティ権の保護に関する韓国の下級審裁判例を分析したあと、『アイドルグループ事件』大法院決定を素材として、近年不競法の個別不正競争行為の一類型として追加された肖像等冒用行為規定の適用要件や適用範囲について検討を試みた。

韓国では、パブリシティ権の保護に関する大法院判決や明文の根拠規定がない状況において、流動的な下級審裁判例の流れが形成されており、このことに対しては、法と社会問題との乖離の解決策として立法による法制化への要請が強くあった。このような背景の下、今回の不競法改正は、パブリシティ権の保護に関する一つの根拠規定を創設して差止請求権の行使を可能にしており、行為規制による積極的な保護を与える点で実務的な意義は大きい。また、広い意味の財産権としてのパブリシティ権の承認を明文化することは、肖像等を価値あらしめるべく努力せしめるインセンティブとして働くという点で、肖像等の無分別な盗用を相当部分防止することができ、安定的な取引により芸能、スポーツ産業及び広告産業の活性化をもたらすものと期待される。

他方、今回の改正によっても、パブリシティ権の法的性質、譲渡性・相続性、適用除外事由との関係等従来の問題は、依然として、学界や裁判実務に委ねられることになる。このことに対しては、行為規範としての予測可能性に欠けるとの批判が考えられるが、改正規定は、立法趣旨から、一般条項の特別条項として分化された条項である

ことに鑑みると、やむを得ないものと考えている。何よりも、肖像等冒用行為規定の立法趣旨にも述べられているように、裁判例の蓄積を通じて、裁判所が法適用の明確性や統一性を確保し法的安定性や予測可能性を形成していくことが重要であると考ええる。

今後、韓国は、改正規定に基づいて積極的なパブリシティ権の保護を図ることになる一方、日本は『ピンクレディー事件』最高裁判決の規範の解釈に委ねることになるため、根拠規定の欠如という現状は、依然としてパブリシティ権の地位に不安定な要素を残すことになる。日本でも、かつて不競法の枠組みでパブリシティ権の保護を図ろうとする動きはあったが<sup>(72)</sup>、現在に至っては活発な議論が行われていない。そこには、一般条項の欠如と『北朝鮮映画事件』最高裁判決の壁の高さがあるが、それらに再考の余地はないだろうか。一国の制度運用は、少なからず同様の問題に関する他国の制度設計の方向性の手掛かりを与えるところ、パブリシティ権の保護に関する日本法の行方が、将来財産権説への移行の可能性を秘めていることを念頭におくならば、韓国法の改正動向は、日本の立法政策の方向性を決めるにあたって参考になると思われる。

これからもパブリシティ権に関する韓国法の動向を注視し、その分析を改善していきたい。

(52) 孫千雨「不正競争防止法第二条第一号（一三）が規定する成果物利用不正競争行為に関する研究」司法五五号（二〇二一年）一〇三二頁。

(53) 丁相朝編・前掲注（27）二九五頁「朴成浩」。

(54) 朴俊錫「人格権と区別されるパブリシティ権を認めるべきかに関する考察——最近の批判論に対する論理的再反論を中心に——」ソウル大学法学五六巻四号（二〇一五年）九七頁以下は、一般条項により、パブリシティ権が「対世的効力を有する地位」から、「権利（物権、絶対権）に近いもの」として保護されると説明している。

(55) 申智恵「不正競争防止法によるパブリシティ権の規律」民法法学九四号（二〇二一年）三四八頁。

- (56) バクチョルホ（専門委員）「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律一部改正法律案（代案）検討報告」四頁。
- (57) 拙稿・前掲注（48）二四〇頁以下参照。
- (58) バクチョルホ（専門委員）・前掲注（56）四頁。
- (59) 拙稿・前掲注（48）二三三頁以下参照。
- (60) 丁相朝編・前掲注（27）二一〇頁、二二五頁「文善英」。
- (61) たとえば、韓国不競法二条一号（一）・（二）（商品営業主体混同行為、日本の不競法二条一項一号（周知な商品等表示主体の混同行為）の周知性の解釈を援用することが考えられる。
- (62) 羅鍾甲「成果『模倣』ドグマと不正競争防止法第二条第一号（一一）の適用範囲」産業財産権六二号（二〇二〇年）一六三頁。
- (63) 羅鍾甲・前掲注（62）一八七頁、朴正喜「不正競争防止法第二条第一号旧（一〇）の適用範囲」特許法院開院二〇周年記念論文集（特許法院、二〇一八年）八四八頁。
- (64) 拙稿・前掲注（48）二四八頁。
- (65) 拙稿・前掲注（47）一七一頁。
- (66) 丁相朝編・前掲注（27）二二二頁「文善英」、崔正烈・李圭鎬『不正競争防止法』（辰元社、二〇一七年）二三二頁。
- (67) 拙稿・前掲注（47）一七〇頁。
- (68) ジョンムンギ「エンターテイメント産業で業務上の信用の保護」法学論叢四四卷三号（二〇二〇年）一八二頁。
- (69) 申智恵・前掲注（55）三五一頁、ジョヒョンチャン「所属芸能人イメージの無断活用行為に対する芸能企画社の権利救済方法」法学研究六二卷一号（二〇二一年）四二五頁。
- (70) 權英俊・前掲注（21）一一四頁。
- (71) 丁相朝・朴俊錫・前掲注（10）一一頁以下参照。
- (72) 田村善之『ライブ講義 知的財産法』（弘文堂、二〇二二年）五五九頁、宮脇正晴「パブリシティ権・不正競争防止法への招待」法学セミナー六九二号（二〇二二年）一二頁、肖像権委員会『パブリシティの権利をめぐる諸問題』（著作権情報センター、二〇〇九年）三七頁等がある。

(73) 井上由里子「パブリシティの権利の再構成——その理論的根拠としての混同防止規定——」筑波大学大学院企業法学  
専攻十周年記念論集刊行委員会『現代企業法研究 筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集』（信山社、二〇〇一  
年）一四一頁。

(74) 最判平成二三年二月八日民集六五卷九号三三七五頁。