

論
説

パブリシティ権侵害による不法行為の成否…最一判平成二四年二月二日民集六六
卷二号八九頁

遠藤史啓

【事実の概要】

原告らは、昭和五十一年から昭和五六年にかけて、女性デュオ「ピンク・レディー」を結成して活動し、子供から大人に至るまで幅広く支持を受け、その振り付けを真似することが社会的現象にさえなり広く世間に知られていた。

被告は、書籍、雑誌等の出版、発行等を業とする会社であり、週刊誌「女性自身」を発行しており、その発行部数は約五二万部である。本件において、被告は、平成一九年二月一三日、週刊誌「女性自身 平成一九年二月二七日号」(以下、「本件雑誌」)を発行した。

その表紙右中央部には、「C解説! ストレス発散_グヤセる_グ五曲」の見出しと「『ピンク・レディー』ダイエット」の見出しがあり、本件雑誌三二頁の目次欄には、その中央下部に、「踊って脂肪を燃焼! 『ピンク・レディー』deダイエット」との見出しがある。また、本件雑誌の白黒グラビア部分のうち一六頁から一八頁までに、ピンク・レディーの代表的楽曲である「渚のシンデバッド」「ウォンテッド」「ベッパ―警部」「UFO」「カルメン'77」の五つの楽曲における振り付けを利用したダイエットに関する「ピンク・レディーdeダイエット」と題する記事が、原告らが写っている写真一四枚(以下、これらを「本件写真」という。)を使用して掲載されている(以下、この記事全体を「本件記事」という。)

掲載された態様の詳細は、以下の通りである。

本件雑誌一六頁右端の「ピンク・レディーdeダイエット」という見出しの上部に、歌唱している原告らを被写体とする縦四・八cm、横六・七cmの写真が一枚掲載されている。

本件雑誌一六頁及び一七頁には上下二段に分けて各一曲の振り付けを、同一八頁の上半分には残りの一曲の振り付けをそれぞれ利用したダイエット法が解説されている。上記の各解説部分には、それぞれのダイエット効果を記述す

る見出しと四コマのイラストと文字による振り付けの解説などに加え、歌唱している原告らを被写体とする縦5 cm、横7・5 cmないし縦8 cm、横10 cmの写真が一枚ずつ、本件解説者を被写体とする写真が一枚ないし二枚ずつ掲載されている。

本件雑誌一七頁の左端上半分には、ピンク・レディーの曲の振り付けを利用したダイエツト法の効果等に関する記述があり、その下には水着姿の原告らを被写体とする縦7 cm、横4・4 cmの写真が一枚掲載されている。また、同頁の左端下半分には、本件解説者が子供の頃にピンク・レディーの曲の振り付けをまねていたなどの思い出等を語る記述がある。

本件雑誌一八頁の下半分には「本誌秘蔵写真で綴るピンク・レディーの思い出」という見出しの下に、原告らを被写体とする縦二・8 cm、横三・6 cmないし縦九・1 cm、横五・5 cmの写真が合計七枚掲載されている。その下には、本件解説者とは別のタレントが上記同様の思い出等を語る記述があり、その左横には、上記タレントを被写体とする写真が一枚掲載されている。

なお、本件写真は、原告らが取材時間として特に許可した機会に被告が撮影した写真であり、撮影自体については、原告らの同意があったが、本件記事に掲載することへの同意は得ていなかった。

これらの写真一四枚の使用について、原告らが、原告らの写真を無断で使用した記事を女性週刊誌に掲載した被告に対し、不法行為に基づいて、損害賠償金及び遅延損害金の支払を求めた。

第一審（東京地判平成二〇年七月四日）は、まず、パブリシティ権について、「人は、著名人であるか否かにかかわらず、人格権の一部として、自己の氏名、肖像を他人に冒用されない権利を有する。人の氏名や肖像は、商品の販売において有益な効果、すなわち顧客吸引力を有し、財産的価値を有することがある。このことは、芸能人等の著名人

の場合に顕著である。この財産的価値を冒用されない権利は、パブリシティ権と呼ばれることがある」とする。

その一方で、「芸能人等の仕事を選択した者は、芸能人等としての活動やそれに関連する事項が大衆の正当な関心事となり、雑誌、新聞、テレビ等のマスメディアによって批判、論評、紹介等の対象となることや、そのような紹介記事等の一部として自らの写真が掲載されること自体は容認せざるを得ない立場にある。そして、そのような紹介記事等に、必然的に当該芸能人等の顧客吸引力が反映することがあるが、それらの影響を紹介記事等から遮断することは困難であることがある」とし、したがって、「芸能人等の氏名、肖像の使用行為がそのパブリシティ権を侵害する不法行為を構成するか否かは、その使用行為の目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察して、その使用行為が当該芸能人等の顧客吸引力に着目し、専らその利用を目的とするものであるといえるか否かによって判断すべきである」と判示し、本件雑誌の態様を検討したうえで、「使用の程度は、一楽曲につき一枚のさほど大きくはない白黒写真であり、殊更原告らの肖像を強調しているものではない」ため、「それらの使用が原告らの顧客吸引力に着目し、専らその利用を目的としたものと認めることはできない」として賠償請求を棄却した。

原審（知財高判平成二一年八月二七日）も、まず、「氏名は、人が個人として尊重される基礎で、その個人の人格の象徴であり、人格権の一内容を構成するものであって、個人は、氏名を他人に冒用されない権利・利益を有し（最高裁昭和五八年（オ）第一三一一号昭和六三年二月一六日第三小法廷判決・民集四二卷二号二七頁参照）、これは、個人の通称、雅号、芸名についても同様であり、また、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有するもの（最高裁昭和四〇年（あ）第一一八七号昭和四四年二月二四日大法廷判決・刑集二三卷一二号一六二五頁参照）であって、肖像も、個人の属性で、人格権の一内容を構成するものである（以下、これらの氏名等や肖像を併せて「氏名・肖像」という。）ということができ、氏名・肖像の無

断の使用は当該個人の人格的価値を侵害することになる。したがって、芸能人やスポーツ選手等の著名人も、人格権に基づき、正当な理由なく、その氏名・肖像を第三者に使用されない権利を有するということができるが、著名人については、その氏名・肖像を、商品の広告に使用し、商品に付し、更に肖像自体を商品化するなどした場合には、著名人が社会的に著名な存在であつて、また、あこがれの対象となつてゐることなどによる顧客吸引力を有することから、当該商品の売上げに結び付くなど、経済的利益・価値を生み出すことになるところ、このような経済的利益・価値もまた、人格権に由来する権利として、当該著名人が排他的に支配する権利（以下、この意味での権利を「パブリシティ権」という。）であるといふことができる。

もっとも、著名人は、自らが社会的に著名な存在となつた結果として、必然的に一般人に比してより社会の正当な関心事の対象となりやすいものであつて、正当な報道、評論、社会事象の紹介等のためにその氏名・肖像が利用される必要もあり、言論、出版、報道等の表現の自由の保障という憲法上の要請からして、また、そうといわないまでも、自らの氏名・肖像を第三者が喧伝などすることでのその著名の程度が増幅してその社会的な存在が確立されていくという社会的に著名な存在に至る過程からして、著名人がその氏名・肖像を排他的に支配する権利も制限され、あるいは、第三者による利用を許容しなければならない場合があることはやむを得ないといふことができ、結局のところ、著名人の氏名・肖像の使用が違法性を有するか否かは、著名人が自らの氏名・肖像を排他的に支配する権利と、表現の自由の保障ないしその社会的に著名な存在に至る過程で許容することが予定されていた負担との利益較量の問題として相關関係にとらえる必要があるのであつて、その氏名・肖像を使用する目的、方法、態様、肖像写真についてはその入手方法、著名人の属性、その著名性の程度、当該著名人の自らの氏名・肖像に対する使用・管理の態様等を総合的に観察して判断されるべきものといふことができる。そして、一般に、著名人の肖像写真をグラビア写真やカレン

ダーに無断で使用する場合には、肖像自体を商品化するものであり、その使用は違法性を帯びるものといわなければならない。一方、著名人の肖像写真が当該著名人の承諾の下に頒布されたものであった場合には、その頒布を受けた肖像写真を利用するに際して、著名人の承諾を改めて得なかったとして、その意味では無断の使用に当たるといえるときであっても、なおパブリシティ権の侵害の有無といった見地からは、その侵害が否定される場合もあるというべきである」と判示した。

次に、本件における、行為態様について、「本件写真は、原告らの芸能事務所等の許可の下で、被告側のカメラマンが撮影した写真であって、被告において保管するなどしていたものを再利用したものではないかとうかがわれるが、その再利用に際して、原告らの承諾を得ていないとしても、前記したとおり、社会的に著名な存在であった原告らの振り付けを本件記事の読者に記憶喚起させる手段として利用されているにすぎない。

以上を総合して考慮すると、本件記事における本件写真の使用は、原告らが社会的に顕著な存在に至る過程で許容することが予定されていた負担を超えて、原告らが自らの氏名・肖像を排他的に支配する権利が害されているものということはできない」とし、本件記事における本件写真の使用をもって違法性があるということではできず、本件記事における本件写真の使用によって原告らの権利又は法律上保護される利益が侵害されたということではできないとした。

【判旨】

(1) 人の氏名、肖像等（以下、併せて「肖像等」という。）は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これをみだりに利用されない権利を有すると解される（氏名につき、最高裁昭和五八年

(オ) 第三三二一号同六三年二月一六日第三小法廷判決・民集四二卷二七頁、肖像につき、最高裁昭和四〇年(あ) 第一一八七号同四年一月二四日大法廷判決・刑集二三卷二二二二二二五頁、最高裁平成一五年(受) 第二八一号 同一七年一月一〇日第一小法廷判決・民集五九卷九号二四二八頁各参照)。そして、肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があり、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利(以下「パブリシティ権」という)は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の二内容を構成するものといふことができる。他方、肖像等に顧客吸引力を有する者は、社会の耳目を集めるなどして、その肖像等を時事報道、論説、創作物等に使用されることもあるのであって、その使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合もあるといふべきである。そうすると、肖像等を無断で使用する行為は、(一)肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、(二)商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、(三)肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合に、パブリシティ権を侵害するものとして、不法行為法上違法となると解するのが相当である。

(2) これを本件についてみると、前記事実関係によれば、原告らは、昭和五〇年代に子供から大人に至るまで幅広く支持を受け、その当時、その曲の振り付けをまねることが全国的に流行したというのであるから、本件各写真の原告らの肖像は、顧客吸引力を有するものといえる。

しかしながら、前記事実関係によれば、本件記事の内容は、ピンク・レディーそのものを紹介するものではなく、前年秋頃に流行していたピンク・レディーの曲の振り付けを利用したダイエット法につき、その効果を見出しに掲げ、イラストと文字によって、これを解説するとともに、子供の頃にピンク・レディーの曲の振り付けをまねていたタレントの思い出等を紹介するというものである。そして、本件記事に使用された本件各写真は、約二〇〇頁の本件

雑誌全体の三頁の中で使用されたにすぎない上、いずれも白黒写真であつて、その大きさも、縦二・八cm、横三・六cmないし縦八cm、横一〇cm程度のものであつたというのである。これらの事情に照らせば、本件各写真は、上記振り付けを利用したダイエット法を解説し、これに付随して子供の頃に上記振り付けをまねていたタレントの思い出等を紹介するに当たつて、読者の記憶を喚起するなど、本件記事の内容を補足する目的で使用されたものといふべきである。したがつて、被告が本件各写真を原告らに無断で本件雑誌に掲載する行為は、専ら原告らの肖像の有する顧客吸引力の利用を目的とするものとはいえず、不法行為法上違法であるということとはできない」と判示した。

なお、本判決には、金築誠志裁判官の補足意見がある。

【検討】^①

一 はじめに

本判決は、パブリシティ権の存在、パブリシティ権の法的性質、それが侵害された場合の不法行為の成立要件について、最高裁として初めて判断した判決である。

いわゆるパブリシティ権の問題は、氏名・肖像等有する顧客吸引力を排他的に利用する権利又は利益をいうものとして、わが国において判例法理上形成されてきたものであり、下級審では、権利として認められることが明らかとなつて⁽³⁾いる。しかしながら、現状においては、パブリシティ権の侵害判断について明確な基準は存在しないともいわれ、⁽⁴⁾これらの問題点については、下級審判決も、結論が分かれているところであり、この点について最高裁として判断を下した本判決は、重要な意義を有すると考えられる。⁽⁵⁾

パブリシティの問題は、従来、学説上も、その法的性質等を巡って、激しく議論が行われてきた。^⑥ これまで、これらの議論は、知的財産法、あるいは、それと類似するものとしてなされてきたが、その一方で、民法上、パブリシティの問題を位置づける試みもある。^⑦ 本判決は、参照条文として、民法七〇九条を挙げていることから、民法七〇九条の損害賠償責任が成立するかという点について論じていることになる。したがって、以下では、あくまで、民法七〇九条の要件に照らした損害賠償という観点におけるパブリシティの問題として、本判決を検討する。

二 本判決が前提とする判断枠組み

1 知財高裁での判断の意義——知的財産法の判断枠組みの影響

民法七〇九条における損害賠償の問題として、本判決を検討するとしても、いわゆるパブリシティという、無体物の問題は、現実には知的財産法の一定の影響があったことは否定できない。それは、本判決においても次に検討するように同様であると考えられる。

そこで、本判決の具体的な検討に入る前に、本判決が前提としている枠組みについて、とりわけ、民法と知的財産法との関係を意識しつつ、検討する。

まず、本判決の形式的な側面を確認しよう。本判決の原審は、知財高裁が担当となっている。^⑧ 一般に、特許権等に関する訴えについては、民事訴訟法六条一項、三項により、東京高裁が、管轄となり、知的財産高等裁判所設置法（以下、設置法）二条一号以下により、知財高裁が設置されることになる。本案は、設置法二条一号、あるいは二号に該当しないため、おそらく、三号の「主要な争点の審理に知的財産に関する専門的な知見を要する事件」に該当するということである。^⑩

一方で、最高裁も、原審においても、参照条文として挙げているのは、民法七〇九条である。もちろん、民法七〇九条は、既存の知的財産法に該当しない行為であつても、不法行為が成立する可能性を積極的に排除していない。したがつて、医療訴訟が、医療に関する専門的な知識が必要となるように、民法七〇九条の問題であつたとしても、「知的財産に関する専門的な知見を要する」場合は、あり得る。しかしながら、設置法二条の規定自体には、パブリシティの問題は含まれていないし、仮に二条三号に該当するものとして、本事案を扱っているのであれば、むしろ、積極的に、知的財産に関する事案であると、裁判所は判断していることになる。そうであれば、知的財産法の体系的枠組みが、民法七〇九条の判断に際して、影響を及ぼしている可能性が高いといえる。

2 民法七〇九条の成否に対する知的財産法の影響

それでは、知的財産法は、民法七〇九条の成否にあたつて、どのような影響を与え得るのだろうか。¹¹⁾ 本判決自体からは、この点を論じた事項はなく、明確に読み取ることができない。しかしながら、知的財産法が不法行為の成否に影響を与える可能性があるとすると、理論的には、不法行為の成否どちらにも影響を及ぼし得る場面が想定される。¹²⁾ 以下では、この点を検討する。

例えば、既存の知的財産法の枠組みで保護されていないものについて、不法行為法での保護が可能であると考えるとき、知的財産法で保護されていないという事実は、不法行為法としての保護を判断する際には、あまり考慮されていないようにみえる。したがつて、ここでは、知的財産法は、不法行為法に対して直接的には影響していないと考えられる。すなわち、当該行為が、不法行為に該当するか否かのみを、民法独自の観点で判断していることになる。換言すると、この場合には、知的財産法という法律が積極的に保護していないという事実は、不法行為の成立に対して影

響を及ぼさないことになる。¹³この場合には、知的財産法の枠外の利益についても、一定の要件が備わり、その利益が保護されるのであれば、当該人は、その利益を独占できることになる。

一方、知的財産法の影響が不法行為の成立を否定する方向に働くとすると、知的財産法が保護しなかった利益について、不法行為法も知的財産法と同様の観点を考慮する可能性もある。つまり、知的財産法が法律により保護しなかった利益は、誰かに独占的に支配させる利益ではない、という政策的な判断をしている可能性があり、¹⁴不法行為の成否にあつても、その観点を尊重していると解すことが可能である。¹⁵したがって、不法行為法においても、その利益は、当該人の独占をさせるべき利益ではなく、法的な保護に値しないと判断したことになり、ここに知的財産法の影響をみるができる。

本判決も、パブリシティ権の侵害を否定していることから、後者の影響があつたとも考え得る。この場合、このような利益は、一定の条件の下では、特定の者に独占させるべきではない利益として、法的空間に存在することになり、¹⁶フリーライドが原則許されているといえる。¹⁷近年では、このようなパブリシティの権利について、実務上も権利性を前提として契約が締結されてきたといえる¹⁸と指摘されている。したがって、このような判断がなされれば、氏名・肖像の利用について対価を得るような契約は減少することになると推測されるし、¹⁹また、ある利益に対するフリーライドが法感情に反するともいわれる。²⁰

しかしながら、そのような利益が仮に存在するという場合であっても、一定の場合に、その利用が許される場面を想定するのであれば、その利益は、当該場面において法的に独占させるべき利益ではなかったという²¹ことになろう。このような判断は、それ自体政策志向型の思考方法であり、例えば、「損害の公平な分担」といった不法行為法上の命題を判断する思考方法とは、一線を画するように思われる。したがって、このような前提が成り立ち得るのであれば、

すでに、知的財産法の思考枠組が、民法七〇九条の成否にあたって影響していることになる。

3 パブリシティ権侵害の分析視点——物のパブリシティとの関係を参考に

本判決は、人の肖像等のパブリシティが問題となった事案であったが、その一方で、物のパブリシティという問題も存在する。これは、物につけた名称等の排他的な利用を問題とするものであった。

この点に関して、最高裁は、物のパブリシティとして問題となった最判平成一六年二月一三日民集五八卷二五号三一頁（以下、最判平成一六年）において、以下のように判示している。すなわち、「現行法上、物の名称の使用など、物の無体物としての面の利用に関しては、商標法、著作権法、不正競争防止法等の知的財産関係の各法律が、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に排他的な使用権を付与し、その権利の保護を図っているが、その反面として、その使用権の付与が国民の経済活動や文化活動の自由を過度に制約することのないようにするため、各法律は、それぞれの知的財産権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、その排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしていく。

上記各法律の趣旨、目的にかんがみると、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態様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く、また、競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行為の成否については、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっているとはいえない現時点において、これを肯定することはできない」としている。つまり、最判平成一六年は、表現活動をする場合に誰にでも利用できる物の無体物としての側面は、その利用を制限すると、これらの表現活動を阻害するため、法律によって一定の行為を制限していない場合には、制

限してないという側面を不法行為の成否においては考慮すべきである、ということ述べていると思われる。⁽²²⁾

本判決は、人の肖像等が問題となり、人格権に言及していることから、最判平成一六年とは、全く異なる事案であると解することも可能である。つまり、最判平成一六年は、「物」から生じる無体物の利用方法であるから、「人」から生じる肖像等とは、全く事案が違うという見解もあろう。⁽²³⁾ その場合には、本判決と、最判平成一六年との整合性も問題はないと解し得る。

しかしながら、ここで問題となっているのは、どちらも顧客吸引力を有する情報について排他的な利用ができるかどうかであり、この点を強調するならば、最判平成一六年のような、価値判断も、本判決を位置付けるにあたっては、考慮されるべき点であるように思われる。⁽²⁴⁾

4 パブリシティ権侵害の判断枠組みと知的財産法の判断枠組みとの類似

本判決は、あくまで、民法七〇九条の問題であるから、損害賠償を求める場合、七〇九条の要件が成立するかどうか、要点である。ただ、民法七〇九条の問題だとしても、必ずしも、すべての要件を検討する必要はなく、どれか一つの要件に絞って、要件を充たさないという判断をする場合もある。例えば、原審では、法的な保護をすべき利益かどうか明示的に問題となっており、法的な保護に値する利益ではないという判断がなされている。

本判決は、まず、「肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があり、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の内容を構成するものといえることができる」とし、パブリシティ権という権利があるということ認定する。その上で、「肖像等に顧客吸引力を有する者は、社会の耳目を集めるなどして、その肖像等を時事報道、論説、創作物等に使用さ

れることもあるのであって、その使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合もある」ため、その使用行為の態様として、「(一)肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、(二)商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、(三)肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合」を挙げ、この場合には、パブリシティ権侵害が、不法行為法上違法となると判断している。このように、本判決は、ある権利があることを前提に、その権利に対する侵害行為に焦点を当てて不法行為の成否を判断している。つまり、これらの侵害行為と照らして、不法行為の成否を判断するという思考枠組みが図られている。このような思考枠組みは、ある行為を制限することが正当化されるかどうかという点から、不法行為の成否を論じていることになり、⁽²⁵⁾パブリシティのような問題を不法行為法で扱う上での特徴といふべきであろう。⁽²⁶⁾

従来 of 不法行為法の判断枠組みにおいても、ある行為に焦点を当てて不法行為の成否を判断する場合が存在するとしても、このような思考方法自体に、著作権法のような侵害態様を列挙する知的財産法の枠組みの影響を見出すことは可能だと考えられる。

なお、本件では、民法七〇九条に規定されていない違法性の有無が、不法行為の成否の焦点となっている。不法行為法上の違法性をどのように位置付けるかはなお残された問題であるが、今後、本判決を前提にパブリシティ権侵害の問題を民法七〇九条の違法性の有無として検討するのであれば、違法性の有無として争われている対象がより明確にならなければ、そもそも何を争うべきかが、明らかとならない。この点には注意が必要である。

三 本判決の具体的検討

1 パブリシティ権の意義——パブリシティ権の定義

本判決まで、いわゆるパブリシティの権利の問題として、学説上は、様々な問題が論じられてきたが、パブリシティの定義自体も、必ずしも明確な定義が与えられておらず、論者によつて若干の違いがみられる。例えば、第一審では、財産的価値を有する人の氏名や肖像の顧客吸引力を冒用されない権利としており、また、原審では、顧客吸引力のような経済的利益・価値を、当該著名人が排他的に支配する権利、と定義しており、若干ではあるが、文言にも差異がみられる。

この点、本判決は、パブリシティ権を肖像等についての顧客吸引力を排他的に利用する権利と、定義付けた。このことについて、本判決は、パブリシティ権を定義し、それを私法上の権利として認めたものと評価されている。権利として承認することに意味があるかどうかはともかく、これにより、パブリシティ権として論じられてきた問題は、肖像等についての顧客吸引力を排他的に利用する権利が、侵害されているかどうかの問題となることになる。そして、本判決は、この権利が、「肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の内容を構成するもの」としている。

ところで、このように、パブリシティ権を定義したとしても、具体的にどのような利益を保護の対象とするのか、また、そのような利益を保護しなければならない根拠、が依然として検討すべき問題として残されている。

そこで、以下では、パブリシティ権が保護する利益、パブリシティ権を導く根拠と推測される人格権に由来する権利の内容を中心に検討する。

2 パブリシティ権が保護する利益

(1) パブリシティ権が保護する利益の性質

本判決は、パブリシティ権を、肖像等自体による顧客吸引力を排他的に利用する権利と定義する。したがって、パブリシティ権があるという状態は、ある人の肖像や、氏名が、顧客吸引力を有する場合に、パブリシティ権を有する者がそれらの肖像、氏名を排他的に利用できることを指す。本件で問題となっているのは、あくまでこのような肖像等それ自体の商業的価値の排他的な利用をする利益であり、肖像の無断利用による不快感等による人格権侵害の問題ではない。³⁰⁾このように、肖像等の商業的価値を利用する利益を中心に据えるのであれば、ここでは、財産的な利益としてのパブリシティ権が想定されているものと考えられる。³¹⁾

ここで、注意が必要なのは、ある人に、顧客吸引力があつたとしても、それにより生じる利益自体は、当然に法的な保護に値するわけではない。³²⁾したがって、後述するように、その人の肖像や氏名に排他的な利用権が認められるとするのであれば、その排他的な利用を法的に認める積極的な根拠が必要となる。本判決は、この点を、人格権に求めていることになり、原審でも、同様に、人格権への言及が認められる。

また、このように排他的な利用が認められるパブリシティ権であるが、いわゆる絶対権としての完全な性質を有するわけではない。本判決も、「肖像等に顧客吸引力を有する者は、社会の耳目を集めるなどして、その肖像等を時事報道、論説、創作物等に使用されることもあるのであって、その使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合もあるというべき」とし、排他的利用が制限される場合を当然視している。³³⁾この点は、第一審も、「芸能人等の仕事を選択した者は、芸能人等としての活動やそれに関連する事項が大衆の正当な関心事となり、雑誌、新聞、テレビ等のマスメディアによって批判、論評、紹介等の対象となることや、そのような紹介記事等の一部として自らの写真が掲載され

ること自体は容認せざるを得ない立場にある」とし、原審でも、「著名人は、自らが社会的に著名な存在となった結果として、必然的に一般人に比してより社会の正当な関心事の対象となりやすいものであって、正当な報道、評論、社会事象の紹介等のためにその氏名・肖像が利用される必要もあり、言論、出版、報道等の表現の自由の保障という憲法上の要請からして、また、そうといわないまでも、自らの氏名・肖像を第三者が喧伝などすることでの著名の程度が増幅してその社会的な存在が確立されていくという社会的に著名な存在に至る過程からして、著名人がその氏名・肖像を排他的に支配する権利も制限され、あるいは、第三者による利用を許容しなければならない場合があることはやむを得ない」としており、肖像等の排他的利用が制限されるということについては、共通理解があるようである。一般に、情報のような無体物について、特定の人に排他的な利用を認めると、それを利用したい人は、利用できないという状況に陥る。したがって、本件で問題となった肖像等については、それを利用する側との調整が常に必要であり、情報のような無体物について、絶対的な排他性を認めないという判断は当然であるように思われる。⁽³⁴⁾

(2) パブリシティ権が保護する利益の源——著名人性と顧客吸引力

さらに、パブリシティ権を有する人について検討する。まず、パブリシティ権が問題となる主体についてである。学説上も、著名人にしかパブリシティが認められないのかということが問題となった。⁽³⁵⁾ すなわち、いわゆる一般人は、社会の関心を集め、様々な評価をされる立場である著名人とは異なるため、いわゆるパブリシティの問題とはならないのではないかという考えがあった。そのため、パブリシティの問題を著名人に限定する立場も、存在した。⁽³⁶⁾

この点、著名人か否かという点は、正確に定まるものではないし、⁽³⁷⁾ それ自体を決定したからといって、一定の結論が出るわけではない。本判決について、著名人かどうかを問題としていないため、一般人にかかわらず、パブリシティ権の問題が妥当するという見解もある。⁽³⁸⁾

ただ、本判決自体は、「肖像等に顧客吸引力を有する者」との主語があるため、本判決の枠組みは、「肖像等に顧客吸引力を有する者」に適用されることになり、顧客吸引力を持たないような者については、別途検討の必要があると考えられる⁽³⁹⁾。したがって、従来議論されてきたパブリシティ権の発生源である人の著名人性については、「肖像等に顧客吸引力を有する者」に限定されるのではないかと考えられる。この点は、本判決が、「社会の耳目を集めるなどして」といつていることから、社会の耳目を集めない人は、本判決とは対象の異なるものとなるはずである。なお、このことと、すべての人を対象としていられると思われる人格権との関係は、さらなる検討が必要である⁽⁴⁰⁾。

次に、この顧客吸引力の意味自体も問題となる。本判決自体は、この点を明確にしていなが、顧客吸引力という概念自体明確ではなく、再検討すべきではないかと考えられる⁽⁴¹⁾。一般に、芸能人や、スポーツ選手が、他の人より有名であることは確かであるが、だからといって、顧客吸引力があるといえるかどうかは定かではない。本事案で問題となったピンク・レディーが有名であることは事実認定でも触れられているが、だからといって、本が売れるような力があるかは定かではない。この点は、損害を証明するにあたり、例えば、前月号より、何部売上げしているといった証明がなされるのだろうか、それ自体、ピンク・レディーの顧客吸引力によるものかは定かではない。このように、顧客吸引力という概念自体の意義が現実には機能していないとすると、本件で争われているのは、端的に、自らの肖像等の商業的価値の利用に関する排他的利用を認めるか否かという点にあった可能性がある。

3 パブリシティ権の根拠—人格権に由来する権利の一内容であるパブリシティ権⁽⁴²⁾

上述したように、パブリシティ権が想定している顧客吸引力の排他的な利用をする権利は、それ自体、当然に保護に値するわけではない。したがって、法的保護に値するための積極的な根拠が必要となる。実際に、学説上も、パブ

リシティ権の根拠を人格権に求めるのか、財産権に求めるのかという対立があった⁽⁴⁴⁾。

本判決は、この点につき、「人の氏名、肖像等は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これのみだりに利用されない権利を有する」とする前提に立ち、人の氏名や肖像等による顧客吸引力を排他的に利用する権利を、人格権に由来する権利の一内容とする。このことを理由に、顧客吸引力の排他的な利用を、侵害された者に認めることになる。したがって、パブリシティ権の根拠を、人格権に近い立場に求めていることになる⁽⁴⁶⁾。このような考え方には、好意的な見解も多い⁽⁴⁷⁾。

この点、本判決は、「人の氏名、肖像等は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これのみだりに利用されない権利を有する」として、いくつかの最高裁判決を参照する。このように、人の肖像等に、人格権としての権利を認めれば、それを根拠に、その一内容としてパブリシティ権を認めることも可能である。ただ、上述のように、本判決自体が、知的財産法の影響を受けたものであり、さらに、その肖像等の利用による財産的な利益が問題となつていたのであれば、人格権であるからといって、パブリシティ権を保護すべきかどうかは決まらぬのではないかと考えられる⁽⁴⁸⁾。すなわち、本件で問題となつてゐる肖像等から生じる顧客吸引力の排他的利用をする利益が、人格権に由来するものといえるかどうか、定かではない⁽⁴⁹⁾。むしろ、本判決は、法律上保護される利益があることを前提に、その説明の一部として、人格権を用いている可能性もある⁽⁵⁰⁾。そうであれば、実際に、パブリシティを保護すべき根拠については、明確に示していないともいえる（ただし、本判決は、保護を否定していることから、その点に言及する必要はなかつたといえる）。

もちろん、人格権を論じることにより、差止請求権との関係や、その譲渡性、相続性等の問題の手がかりを与えているとすれば、人格権を論じたことには、大いに意義があるといえよう⁽⁵²⁾。例えば、本件が人格権を論じたため、パブ

リシティ権の譲渡性、相続性を認めることが困難になったとする見解もある⁵³。また、パブリシティ権が、知的財産法に類似した性格のものであるとの性質決定をしているのであれば、その排他性を認めるということにもなる⁵⁴。さらに、パブリシティに基づく差止請求権への道を肯定的に捉える見解もある⁵⁵。

ただし、人格権に由来する権利だからといって、必ずしも、譲渡性や、相続性がないという必然性はないと考えられる⁵⁶。それは、本判決で問題となっているパブリシティの問題が商業的な価値の利用に関するものであれば、それ自体を、譲渡、相続することは可能であるとすると可能性もある。また、譲渡性や、相続性については、その制度自体として、何が許容されているかを個別に判断すべきだからである。

なお、人格権への侵害が、必ずしも、何を保護しようとしているのか定かではないという現状に鑑みると、パブリシティ権を人格権に結び付けて考えることは、パブリシティ権が保護すべき利益を不明確にしてしまうのではないかとこの疑問も残る。

4 パブリシティへの侵害態様

パブリシティの侵害態様については、下級審レベルでは、様々な判断がなされており、本判決の第一審、原審⁵⁷でも、それぞれ異なる判断がなされている。第一審では、「その使用行為の目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察して、その使用行為が当該芸能人等の顧客吸引力に着目し、専らその利用を目的とするものであるといえるか否かによって判断すべきである」と⁵⁸されている。この考え方は、専ら基準説と学説上呼ばれているものであり、下級審レベルでは、有力な考え方であった⁵⁹。このような考え方については、顧客吸引力のみに着目したものではない商品等の場合、専らとはいえなくなるため、同様の使用態様について、一方では、保護され、もう一方が保護されなくなるのは

妥当ではないとの批判があつた。⁽⁵⁹⁾ また、専ら自体の不明確さも指摘されていたところである。⁽⁶⁰⁾

他方、原審は、「その氏名・肖像を使用する目的、方法、態様、肖像写真についてはその入手方法、著名人の属性、その著名性の程度、当該著名人の自らの氏名・肖像に対する使用・管理の態様等を総合的に観察して判断」する総合考慮説と呼ばれる判断をした。⁽⁶¹⁾ この説については、総合判断では、基準となりえていないとの批判があつた。⁽⁶²⁾

また、学説上は、宣伝広告に利用される場合か、商品化される場合、に侵害となるとする見解もあり、また、裁判例上も、侵害の基準をより明確化する見解もある。⁽⁶⁴⁾

この点について、本判決は、パブリシティの侵害態様として、以下の三つの要件を挙げた。すなわち、「(一)肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、(二)商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、(三)肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合、である。このような判断は、従来の特許基準説と呼ばれていたものを、より具体化したものといえるだろう。⁽⁶⁵⁾⁽⁶⁶⁾ ただし、なぜ「専ら要件」を充たすと不法行為が成立するのかという点については明確ではない。⁽⁶⁷⁾

この三つの要件については、まず、この要件が、例示であるかどうか、すなわち、この要件に該当しない場合には、不法行為責任が成立しないかが問題となる。本判決が、三要件を示した後、「など」という文言を使っていることから、問題となる。一方では、三要件を例示とみるべきとする見解がある。⁽⁶⁸⁾ これらの見解は、判決が示した要件は、あくまで例示であり、この要件以外の場合にも、パブリシティ権侵害が成立することを示唆している。補足意見も、これらの要件は、パブリシティが問題となった場合の特許基準によるべき場合であり、ほとんどの場合をカバーできるとしながら、これに準ずる場合でも、パブリシティ権侵害が、成立することを示唆している。ただ、同じく補足意見が指摘するように、このような無体物の利用に関しては、表現の萎縮がみられないように、その利用の制限について

は、事前に行えるだけ明確にする必要がある⁽⁶⁹⁾。そうであれば、これらの要件は、むしろ、そのような無体物の利用方法について、明確に定めたものであり、これらの要件の枠内で、パブリシティ権侵害を解決するほうが妥当といえるのではないだろうか⁽⁷⁰⁾。

また、本判決における三要件の該当性の問題もある。本件では、「本件記事に使用された本件各写真は、約二〇〇頁の本件雑誌全体の三頁の中で使用されたにすぎない上、いずれも白黒写真であって、その大きさも、縦二・八cm、横三・六cmないし縦八cm、横一〇cm程度のものであった」ため、三要件に該当しないとされた。本件に関して、専ら原告らの肖像の有する顧客吸引力の利用を目的とするものであるという余地もあつたのではないかとする見解もある⁽⁷¹⁾が、本件雑誌のような利用態様は、そもそも「①本件各写真は、その大きさに照らし、それ自体独立して鑑賞の対象となるようなグラフィア写真等とは異なるため、第一類型に該当しないこと、②本件雑誌は、写真集やキャラクターの紹介等を主とするキャラクター本とは異なるため、第二類型にも該当しないこと、③本件各写真は、本件雑誌の広告として使用されるものではないため、第三類型にも該当しないことを当然の前提とするもの」であろう⁽⁷²⁾。それでは、カラー写真が用いられた場合では、どうなるであろうか。「本判決が、雑誌全体の三頁のなかで利用されているに過ぎないことを侵害を否定する方向に斟酌した点を重視すれば、侵害が否定されることとなろうが、他方で、白黒写真であることや、記事の補足にすぎなかったことに言及していることを重視すれば、違法となる場合がありえよう⁽⁷³⁾」と見る見解もあるが、結局は、個別に三要件を検討するほかになく、例えば、本件雑誌に、本件と同様の記事をカラーで載せた場合であっても、三要件自体には該当しないのではないだろうか。したがって、グラフィアのように「肖像自体を独立した鑑賞の対象とはできるが、明らかに商品の一部でしかないもの」は、パブリシティ権侵害の対象とはならないことになる⁽⁷⁴⁾⁽⁷⁵⁾。

なお、「(一)」の要件に関し、商品等としてしているため、ブログ等に無償無断で写真等をアップした場合には、商品等と呼べないため、侵害されないとするのは妥当ではないとする見解もあるが、本判決からすると、パブリシティ権侵害が生じる場合ではないと思われる。⁷⁷⁾その他に、氏名・肖像等以外の客体については、今後の課題となるのであろう。⁷⁸⁾

5 被告の同意とパブリシティ権侵害の成否との関係

本件で使用された肖像自体は、本人の同意がなされて撮影されたものである。したがって、本件写真自体は、著作物として保護されるものである（著作権法一〇条一項八号）。この写真自体の著作権の帰属は、撮影したカメラマンか、カメラマンから著作権が譲渡された被告にあつたのではないかと指摘され、そのため、原告らは、著作権侵害を主張できなかつたと推察されるといわれている。⁷⁹⁾

それでは、これらの写真の撮影自体について原告らが同意していたことは、不法行為の成否に何らかの影響を与え得るだろうか。上述した、本判決における侵害の態様には、この点は含まれていないが、原審においては、侵害態様の部分に判示されている。

この点、本件写真の撮影を原告らが承諾した意味も、侵害行為の違法性判断において考慮にいれる余地があるとする見解もある。⁸⁰⁾この場合には、おそらく、不法行為の成立を否定する方向に、撮影の承諾が影響することになるのであろう。

一方で、「原告らによりかつての取材時における『同意』は、当該目的で本件写真を使用することに対するものであり、その取材から数年を経て、本件記事に使用することまでをも含めて同意したわけではなかつたとみるのが合理的であろう⁸¹⁾」とする見解もある。

本件事案から、本件写真自体について、どのような契約がなされていたかの詳細は、明らかではない。いずれにせよ、パブリシティとして問題となった価値が、法的に保護すべきかどうかを前提とした上での議論であり、その上で、仮に、パブリシティ権に関する契約があった場合に、パブリシティ権を有する本人が、自らの氏名や肖像等を利用できなくなる場合を許容するのかという判断が必要になるが、この点は今後の課題である。

四 おわりに

上記で示した問題以外にも、パブリシティ権侵害が成立した場合の損害額の問題、写真の著作権者との関係、パブリシティの保護期間や譲渡性、相続性など、パブリシティ権について、解決すべき問題は多いと思われる。⁽⁸⁵⁾

また、本事案のような場合には、差止請求権の要件が、解決しなければならぬ問題として残されている。もともとパブリシティの権利の問題は、著名人らが、その著名性や名声を得るために、何らかの労力、時間、費用等を費やしているという経済的利益についての、フリーライドの問題を許すか許さないかという発想を有していたと思われる。そして、そこでは、このようなタダ乗りは、法感情から許されないとされてきたのである。⁽⁸⁶⁾しかしながら、このようなフリーライドについて、その前提となる利益を誰かに一定の排他性を持って保護すべきかどうか、まさに、本判決での問題である。

この点について、本判決は、人格権という要素を用いつつ、パブリシティの対象となる権利、及び、それについての侵害態様を判断し、不法行為が成立する場面を画定したことになる。パブリシティ権侵害の態様については、今後の裁判例によりその範囲が固まってくると考えられるが、本判決が、侵害要件を明確にしたことは、積極的に評価されるべきである。

- 四三頁以下、第一審判決の評釈として、牛木理一「判批」特許ニュース二二三三四号（二〇〇八）二頁以下、大家重夫「判批」判評六〇六号（二〇〇九）一六七頁、等がある。
- (2) 奥邨・前掲注(1) 一九〇頁、中島・前掲注(1) 曹時一五六頁、松田・中島・前掲注(1) 六四頁。
- (3) 安東・前掲注(1) 三三〇頁、奥邨・前掲注(1) 一九〇頁、田村・前掲注(1) 一頁、吉田・前掲注(1) 五九頁。
- (4) 下級審判決の動向については、田中信義「氏名・肖像の財産的価値（パブリシティの権利）の侵害」竹田稔・堀部政男編『新・裁判実務体系 第九巻 名譽・プライバシー保護関係訴訟法』（青森書院、二〇〇一）三三三頁以下、上野達弘「パブリシティ権をめぐる課題と展望」高林龍編『企業社会の変容と法創造（第七巻） 知的財産法制の再構築』（日本評論社、二〇〇八）一八五頁以下、等参照。
- (5) 「芸能人の氏名・肖像の法的保護およびパブリシティ権の最近の動向」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』（成文堂、二〇一一）「コーデイナー」上野達弘、パネリスト・奥邨弘司・本山雅弘・伊藤真一 一九四頁（上野達弘、発言）。
- (6) この問題点については、阿部浩二「パブリシティの権利とその展開」打田峻一先生古稀記念『現代社会と民事法』（第一法規出版、一九八二）二九一頁以下、齋藤鳩彦「パブリシティ権の背景と問題（上）（下）」NBL四二七号（一九八九）二八頁以下、NBL四二八号（一九八九）五二頁以下、大家重夫「人格権とパブリシティ権」特許研究一〇号（一九九〇）四頁以下、「パブリシティの権利と不当利得」谷口知平・甲斐道太郎編『新版 注釈民法（一八） 債権（九）（有斐閣一九九一）五六四頁以下（阿部浩二）、齋藤博「氏名・肖像の商業的利用に関する権利」特許研究一五号（一九九三）一八頁以下、田倉保「パブリシティ権」田倉整先生古稀記念『知的財産をめぐる諸問題』（発明協会、一九九六）四七三頁以下、花本広志「人格権の財産的側面——パブリシティ価値の保護に関する総論的考察」獨協四五号（一九九七）二四一頁以下、「パブリシティの権利」著作権研究二六号（一九九九）一頁以下、岡邦俊「パブリシティの権利」斉藤博・牧野利秋編『裁判実務体系 第二七巻 知的財産関係訴訟法』（青森書院、二〇〇〇）四〇一頁以下、井上由里子「パブリシティの権利」法教二五二号（二〇〇一）三四頁以下、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編『現代企業法学の研究』（信山社、二〇〇一）一二七頁以下、田中・前掲注(4) 三三三頁以下、龍村全「パブリシティの権利（肖像権）」『著作権特殊講義 視覚的著作物の諸問題 日本音楽著作権協会（JRSRAC）寄附講座 二〇〇〇年度』（成蹊大学法学部、二〇〇二）、和田真一「パブリシティ権の保護と不法行為法」L&T一五号（二〇〇二）五三頁以下、金井重彦「パブリシティ権——東京弁護士会弁護士研修委員会編『弁護士研修講座 平成二三年度秋』（商事法務、二〇〇二）一頁以下、五十嵐清「人格権法概説」（有斐閣、二〇〇三）一七九頁以下、金井重彦「パブリシティ権問題研究会編『パブリシティ権——判例と実務』（経済産業調査会、二〇〇三）、田村善之「不正競

- 争法概説〔第二版〕(有斐閣、二〇〇三)五〇五頁以下、北村行夫「顧客吸引力理論の破綻とパブリシティ権理論の再構築」コピライト五〇五号(二〇〇三)二頁以下、安東奈穂子「肖像の経済的な側面に対する法的保護のあり方を探って」『パブリシティ権利』の法的性質をめぐる議論の検証」九法八八号(二〇〇四)一頁以下、設楽隆一「パブリシティの権利」牧野利秋・飯村敏明編「新裁判実務体系 著作権関係訴訟法」(青森書院、二〇〇四)五五〇頁以下、内藤篤・田代貞之「パブリシティ権概説〔第二版〕」(木鐸社、二〇〇五)、窪田充見「不法行為法字から見たパブリシティ——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」民商一三三巻四・五号(二〇〇六)七二頁以下、堀江亜以子「パブリシティ価値の定義と『パブリシティの権利』」都法四四巻二号(二〇〇六)二七五頁以下、山崎卓也「著作権、パブリシティ権侵害における『実質的違法性』——引用、パロディを中心として——」コピライト五四四号(二〇〇六)二頁以下、升本喜郎「パブリシティの権利の侵害について」牧野利秋・飯村敏明ほか「知的財産法の理論と実務 第四巻〔著作権法・意匠法〕」(新日本法規、二〇〇七)二二〇頁以下、上野・前掲注(4)一八五頁以下、上北正人「パブリシティの権利への侵害に対する差止請求権における違法性要件の判断枠組み——差止請求権の要件論の定位に向けて」神奈四一巻二・三号(二〇〇八)一頁以下、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)一頁以下、潮見佳男「不法行為法Ⅰ〔第二版〕」(信山社、二〇〇九)二二四頁以下、作花文雄「詳解 著作権法〔第四版〕」(ぎょうせい、二〇一〇)一六〇頁以下、大家重夫「肖像権〔改訂新版〕」(太田出版、二〇一〇)一八五頁以下、前掲注(5)「芸能人の氏名・肖像の法的保護およびパブリシティ権の最近の動向」一八九頁以下、阿部浩二「芸能プロダクションの生成とそれを巡る若干の問題」高林龍ほか編「現代知的財産法講座Ⅳ 知的財産法学の歴史的鳥瞰」(日本評論社、二〇一〇)二六七頁以下、内藤篤「メディアにおける著名人アイデンティティ情報の使用」コピライト六一四号(二〇一〇)二頁以下、本山雅弘「パブリシティ権の考察」法論八五巻六号(二〇一三)一頁以下、辰巳直彦「パブリシティ権再論——人格的要素の『私的所有』」同志社大学知的財産法研究会編「知的財産法の挑戦」(弘文堂、二〇一三)三三九頁以下、等参照。
- (7) 石井・前掲注(6)二二頁、窪田・前掲注(6)七二頁以下、花本・前掲注(6)二四一頁以下、和田・前掲注(6)五三頁以下、等参照。
- (8) 伊藤・前掲注(1)八頁は、本件では、掲載された記事中の振り付け等が著作権などと関連することから、東京地裁の知的財産専門部での審理を請求したとしている。
- (9) 知的財産高等裁判所、及び、知的財産高等裁判所設置法については、篠原勝美「知的財産高等裁判所の概要」NBL八〇四号(二〇〇五)二五頁以下、茶園成樹「知的財産関係事件を取り扱う裁判所の集中化と専門家」ジュリ一二九三号(二〇〇五)五六頁以下、

森義之「知財高裁における審理等の実情」判タ一三〇一号(二〇〇九)九九頁以下、真辺朋子「知財高裁における審理の実情などについて」判タ一三四八号(二〇一一)二四頁以下、飯村敏明「知的財産高等裁判所の創設およびその果たす役割について」牧野利秋先生傘寿記念論文集『知的財産権 法理と提言』(青林書院、二〇一三)三頁以下、等参照。

(10) 三号に関する事件については、篠原・前掲注(9)三三頁参照。例えば、森・前掲注(9)一〇〇頁は、設置法二条三号に該当する例として、パブリシティに関する事件を挙げる。また、岡本岳「東京地裁における知財関係訴訟の実務について」判タ一三四八号(二〇一一)三一頁においても、東京地裁の知財部が取り扱う事件として、パブリシティに関する訴訟が挙げられている。さらに飯村・前掲注(9)一五頁も、二条三号において、パブリシティに関する事件を扱うことは、設置法の趣旨に沿うものとしている。

(11) この点に関しては、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『知的財産権法と競争法の現代的展開』(発明協会、二〇〇六)一九頁、田村善之「知的財産権と不法行為」同編『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣、二〇〇八)四六頁以下、三浦正広「著作権侵害と不法行為法理の機能」斎藤博先生退職記念論集『現代社会と著作権法』(弘文堂、二〇〇八)三六一頁以下、窪田充見「不法行為法と知的財産法の交錯」著作権研究三九号(二〇〇九)二九頁、今西頼太「著作権非侵害行為と一般不法行為法」同法六〇巻七号(二〇〇九)四一九五頁以下、田村善之「ライブ講義 知的財産法」(弘文堂、二〇一二)四九四頁以下、佐藤裕介「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」松本恒雄先生還暦記念『民事法の現代的課題』(商事法務、二〇一二)一一五頁以下等参照。

(12) その前提として、知的財産法で違法とされる行為は、当然に不法行為法上も違法となるとされる。鳥並良「一般不法行為法と知的財産法」法教三八〇号(二〇一一)一四七頁参照。

(13) 三浦・前掲注(11)三七六―三七七頁は、著作権法との関係ではあるが、公正な競争秩序を維持することを目的とする不法行為類型があり、この場合には、不法行為法の適用が否定される理由はないとする。

(14) 鳥並良「知的財産の法的な保護と不保護」法教三七九号(二〇一二)九八頁脚注(5)は、「選び取られなかった知的財産を、万人が利用自由なパブリックドメインに留める」ということもまた、知的財産法が関係人の利害を調整した結果であると言える」としている。

(15) 田村・前掲注(11)四九五頁。

(16) 窪田・前掲注(6)七三三―七三五頁参照。宮脇・前掲注(1)七三頁も、「問題となる情報が経済的価値を有しているからといって、利用者側に与えられる制約による不利益を無視して保護を与えることは許されない」とする。

(17) 井上・前掲注(6)「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―」一四〇頁。

- (18) 山田・前掲注(1) 四〇頁。
- (19) 井上・前掲注(6) 「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―」二二八頁。
- (20) 花本・前掲注(6) 二四二頁。
- (21) フリーライドを許容すると、知的財産を創出するものへの抑制につながり、産業の発展を阻害するものとなり得るが、まさしく、このような産業の発展を法的に許容するのが問われることになる。
- (22) この点、物のパブリシティの問題を、情報の利用という権利あるいは利益を、人に帰属させる問題であると捉えたと、人の肖像等の利用についても、この肖像等を利用する権利あるいは利益を、人に帰属させる問題であるのだから、両者には、大きな違いがないとも考え得る。
- (23) 和田・前掲注(1) 二二―二三頁。
- (24) 金築誠志裁判官の補足意見も同様の視点といえる。中島・前掲注(1) 曹時一一九五頁。
- (25) 橋谷・前掲注(1) 二三八頁も同様の視点かと推察される。
- (26) 和田・前掲注(6) 五六頁では、「他人の生命、身体、健康への侵害や所有物の毀損のように、侵害結果がもつばら違法性を徴表し、侵害行為の正当性を主張するには、侵害者側からの違法性阻却事由の証明が必要となるタイプのもと、行為の自由との調整の余地を広く残し、さまざまな事情が総合的に利益考慮された結果、侵害行為の違法性が初めて画定されるタイプがある。裁判所によって創造過程にある権利であって限界が明確であるとは言えず、侵害行為が有している経済活動の自由との調整も必要であること」を考えると、パブリシティ権侵害は、後者のタイプに属する不法行為と考えられよう」と指摘されている。
- (27) この点に、意義があるものとして、松尾・前掲注(1) 一五四頁、吉田・前掲注(1) 六七頁。
- (28) 一方で、民法七〇九条の「権利」と「法律上保護される利益」との間に、意義を見出す見解があるが、他方で、「〇〇権」であるといったことは、少なくとも損害賠償の成否としては、現在では、重要視されていないとする見解もある。どちらの見解に立つたとしても、重要なのは、問題となっている利益がどのようなもので、それをなぜ法律上保護すべきかという点ではないかと思われる。この点については、窪田・前掲注(6) 七二二頁参照。
- (29) 奥邨・前掲注(1) 一九〇頁は、「パブリシティ権の侵害となるのは、氏名肖像の経済的価値に関わる部分に限るべきということにならう」とする。
- (30) 松尾・前掲注(1) 一五四頁は、「本件の問題の本質が、原告らの肖像がダイエツト法の解説に無断使用されたことへの不快感にあるとすれば、人格権侵害が問われる」余地があるとする。一方、龍村・前掲注(6) 二六九頁は、「パブリシティ権の侵害という

事案では……自分の氏名・肖像を無断で使われるのが嫌だということがかかり多いのではないかと思います。そうだとすると……自分の氏名・肖像を自分でコントロールしたいという自己決定権、一種の自己の氏名・肖像の利用に関する自律権を侵害されたので怒っているわけですので、必ずしも経済的な利益を侵害されたから裁判を起こしているのではないのか。必ずしも経済的利益は侵害されていないことすらあるのではないかと指摘する。

(31) 渋谷・前掲注(1) 二四頁は、肖像権・氏名権とパブリシティ権を区別したうえで、本判決は、パブリシティ権を人格権とは性質の異なるものと明示すべきであったとする。

(32) 田村・前掲注(6) 『不正競争防止法(第二版)』五〇五頁、北村・前掲注(6) 四一五頁。

(33) 石井・前掲注(6) 五頁。

(34) 北村・前掲注(1) 三一〇頁。下級審判決においても、東京高判平成一二年二月二四日判例集未搭載は、「著名人は、自らが大衆の強い関心の対象となる結果として、必然的にその人格、日常生活、日々の行動等を含めた全人格的事項がマスメディアや大衆等による紹介、批判、論評等の対象となることを免れない」としている。

(35) 設樂・前掲注(6) 五五六頁。

(36) 金井・前掲注(6) 一三頁、田中・前掲注(4) 三一九頁以下。下級審判決においても、横浜地判平成四年六月四日判時一四三四号一六頁は、「詩人は、……その氏名や肖像が直ちに顧客吸引力を有するわけではない」等として、パブリシティ権は認められないとした。

(37) 升本・前掲注(6) 二二三頁、宮脇・前掲注(1) 七四頁。

(38) 吉田・前掲注(1) 六七頁、和田・前掲注(1) 二二頁。

(39) 宮脇・前掲注(1) 七四頁は、「一般人」より広い範囲で、他者による肖像等の利用行為を受任すべきことが予定されている者、としている。

(40) 和田・前掲注(1) 二二二頁は、本判決が、人格権を根拠としているのだから、一般人にもパブリシティ権が認められるとする。ここでは、法的に人として認められた人格主体に、人格権として付与されている権利の中身が問われることになる。

(41) 北村・前掲注(6) 五頁。

(42) 人格権に関しては、窪田充見「人格権侵害と損害賠償」民商一一六巻四・五号(一九九七)五五四頁以下、藤岡康宏「人格権」同編『新・現代損害賠償法講座 第二巻 権利侵害と被侵害利益』(日本評論社、一九九八)二二頁以下、五十嵐清「人格権法概説」(有斐閣、二〇〇三)一頁以下、山本敬三「人格権」内田貴・大村敦志『民法の争点』(有斐閣、二〇〇七)四四頁以下、潮見佳男「不

- 法行為法〔第二版〕(信山社、二〇〇九)一九四頁以下、等参照。
- (43) 人格権を根拠とする見解として、渡邊修「人格メルクマールの利用権——人格権の二元的構成に関する覚書」法学六〇巻六号(一九九七)三〇六頁以下、花本・前掲注(6)三〇六頁以下、五十嵐・前掲注(6)一八六頁。
- (44) 財産権を根拠とする見解として、阿部・前掲注(6)二九八頁以下、同・前掲注「パブリシティの権利と不当利得」五七八頁以下、齋藤・前掲注(6)一九頁以下、渋谷・前掲注(1)二二頁。
- (45) その他に、井上・前掲注(6)は、混同防止規定に根拠を求める。
- (46) 中島・前掲注(1)曹時一一八五頁は、本判決は、人格権説の採用を明らかにしたものだとしている。その一方で、本山・前掲注(6)六一頁は、本判決は、近時の学説が説く保護法益を人格的利益とする人格権構成と、必ずしも一致するわけではないとする。なお、中島・前掲注(1)曹時一一八六頁は、氏名権、肖像権は、精神的価値に、パブリシティ権は、商業的価値に、着目するものとして、両者を区別する。
- (47) 竹田・前掲注(1)一八頁、内藤・前掲注(6)三頁、松尾・前掲注(1)一一四五頁以下、吉田・前掲注(1)六八頁。
- (48) 齊藤・前掲注(1)五二頁も、パブリシティ権を人格権として認めるならば、あらためてパブリシティ権を認める必要もないため、パブリシティ権を別個に認めるのであれば、その法的性格を検討する必要があるとする。
- (49) 大日方信春「パブリシティ権と表現の自由」熊法一二七号(二〇一三)五六頁も、肖像等のもつ「商品の販売等を促進する顧客吸引力」が人格権に由来することについて、疑問を呈している。また、齊藤・前掲注(1)五二頁も、パブリシティとして問題となっている利益は、人格権から切り離して保護すべきとしている。
- (50) 窪田充見「不法行為法」(有斐閣、二〇〇七)一一八一—一三〇頁。渋谷・前掲注(1)二三頁も、人格権に由来する権利の二内容を構成する権利の意味は、はっきりしないとす。
- (51) 奥邨・前掲注(1)二七四頁。吉田・前掲注(1)七三頁の脚注(9)において、排他的な利用権であることは、パブリシティ権に基づく差止請求が可能であることは当然であるように思われるとしている(ただし、本件は損害賠償請求事案であることから、このような考え方が当然ではないと考える余地もあるとしている)。中島・前掲注(1)曹時一二二〇頁も、差止請求ができることを前提としているとしている。
- (52) 久保野・前掲注(1)八六頁は、この点を消極的に解す。
- (53) 奥邨・前掲注(1)二七四頁、橋田・前掲注(1)「(二)三二二頁、吉田・前掲注(1)六九頁、福本・前掲注(1)一一二〇頁は、相続性を否定する(ただし、死者の肖像の管理・利用する権利は相続可能であるとする)。

- (54) 吉田・前掲注(1)六七頁。
- (55) 竹田・前掲注(1)一八頁。
- (56) 吉田・前掲注(1)六八―六九頁は、人格権に由来することから、その譲渡性、相統性を肯定することは困難になったとしつつ、パブリシティ権が、財産的な利益を保護するものであることを前提とすると、これらを肯定することの可能性を示唆する。
- (57) 下級審判決における、侵害態様の基準については、肖像権委員会・前掲注(6)一頁以下、北村・前掲注(1)三二一頁以下、上野・前掲注(4)一八五頁以下、菊池浩明「パブリシティ権についての裁判例の分析(上)(下)」判タ一三四六号(二〇一一)二五頁以下、一三四七号(二〇一一)三二頁以下、等参照。
- (58) 例えば、このような基準を用いるものとして、東京高判平成一二年二月二四日判例集未搭載、東京地判平成一六年七月一四日判時一八七九号七一頁。
- (59) 田村・前掲注(1)一頁、和田・前掲注(1)二四頁。
- (60) 北村・前掲注(1)三二三頁、和田・前掲注(1)二四頁。
- (61) 東京地判平成一八年四月二六日判タ一一八〇号二三三頁が、このような基準を示す。
- (62) 本山・前掲注(1)二四五頁。
- (63) 田村・前掲注(1)一頁。
- (64) 例えば、東京地判平成一七年八月三二日判タ一二〇八号二四七頁は、侵害が認められるためには、「著名人に関する肖像等その他の情報の利用という事実のほかに、情報発信行為が名誉毀損、侮辱、不当なプライバシー侵害など民法七〇九条に規定する不法行為上の違法行為に該当する場合、著名人のキャラクターを商品化したり広告に用いるなど著名人のいわゆる人格権を侵害する場合はじめとする何らかの付加的要件が必要であるというべきである」としている。
- (65) 中島・前掲注(1)曹時一九四頁。福本・前掲注(1)一九九頁。ただし、中島・前掲注(1)曹時一九五頁は、「実務上の最も限定的な判断基準の一つである『商品化又は広告』基準説を採用した上、これと違法性において等価な場合を含むとする基準であると評価することもできる」としている。
- (66) 渋谷・前掲注(1)二四頁では、「専ら要件」を採用すると、専ら要件を充たさないが、肖像等を無断利用されている場合に、使用料相当額の損害を請求できないため、専ら以外の場合にも不法行為を成立させざるべきとするが、肖像等が無断利用されている場合に、現実には、使用料相当額の損害が発生しているといえるかどうか、まさに本件で問題となっており、それを「専ら要件」で画していると考えられる。

- (67) 久保野・前掲注(1) 八六頁。
- (68) 田村・前掲注(1) 四頁、内藤・前掲注(1) 一八頁、福本・前掲注(1) 一一九頁、宮脇・前掲注(1) 七五頁(ただし、その範囲を広く解するのは適切ではないとする)。
- (69) 石井・前掲注(6) 二二頁、井上・前掲注(6) 「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―」 一四〇―一四一頁、中島・前掲注(1) 曹時一一九五頁。
- (70) 奥邨・前掲注(1) 二七四頁、中島・前掲注(1) 曹時二二〇八頁は、本判決が具体的な三類型を示し、パブリシティ権侵害の範囲を制限した趣旨から、三要件以外でのパブリシティ権侵害を認めるには、極めて例外的な場合に限り得るとする。
- (71) 牛木・前掲注(1) 九頁、吉田・前掲注(1) 七一頁。
- (72) 判時二四三三三(二〇二二) 七三三頁の匿名コメント。
- (73) 田村・前掲注(1) 四頁。
- (74) 内藤・前掲注(1) 一九頁、は反対。
- (75) 内藤・前掲注(6) 三頁。
- (76) 宮脇正晴「パブリシティ権法・不正競争防止法への招待」法セミ六九二号(二〇二二) 一四頁。
- (77) 中島・前掲注(1) 曹時一一九八頁も、インターネット上の個人サイトに肖像写真を掲載するような場合は、「商品等」に該当しないとしている。
- (78) 「芸能人の氏名・肖像の法的保護およびパブリシティ権の最近の動向」前掲注(5) 一九一、一九三頁(「上野達弘、発言」、はそのほかに声を指摘する。和田・前掲注(1) 二七頁の脚注(7)も、声をその一例として挙げる)。
- (79) 進士・前掲注(1) 八〇頁。
- (80) 松尾・前掲注(1) 一五四頁。北村・前掲注(1) 三三三頁は、その理由として、承諾の下での撮影は、人格的利益を希薄化させること、承諾の際に対価を得る機会があったことを挙げる。
- (81) 進士・前掲注(1) 八〇頁、判時二四三三三(二〇二二) 七三三頁の匿名コメント。なお、判時二四三三三(二〇二二) 七三三頁の匿名コメントでは、「本件では、本件各写真の撮影に係る許諾の有無は結論を左右するものとはならないが、肖像等を無断で公表した行為につき肖像権侵害が問題とされるような事案では、撮影に係る許諾の有無は違法性の判断を左右する重要な考慮要素になると思われる」とされている。松尾知子・前掲注(1) 一一五〇頁は、撮影したものについての過去の許諾が、現在どういう意味を有するのかという点についても検討する必要があると指摘する。

(82) 潮見・前掲注(6) 二二五頁は、パブリシティの権利の譲渡については、権利そのものの譲渡は認めず、債権的な(独占的)使用許諾契約としての有効性を探れば足り、また当事者死亡のパブリシティ権の問題は、死者の人格権の場合におけるのと同様に考えればよく、相続人固有の人格権侵害によって処理すれば足りる、とする。

(83) 阿部・前掲注(6) 「パブリシティの権利とその展開」二九八頁。

(84) 吉田・前掲注(1) 七一頁。

(85) 龍村・前掲注(6) 二七〇頁は、「そもそも実定法上の権利でもないのに、権利の存続期間が何年です、と決めてしまおうとする」と自体、無理があると感じられます。翻って考えますと、そもそも、『パブリシティの権利』というものをあたかも実定法上の権利であるかのように処遇して、権利の要件、効果論を展開するというようなアプローチ自体に問題があるというようになっていくのではないのでしょうか」と指摘している。

(86) 花本・前掲注(6) 二四二頁。また、大家・前掲注(6) 一八九頁でも、「有名人の肖像写真を肖像本人に無断で販売し、利益を一人占めする者がいる場合、この状態を甘受せよというのは、不公平であり、不公正である」とするが、不公平、不公正の根拠が問われているのが、本判決と言える。