

不法行為法における権利・利益の意義

——フランス法における肖像権の議論を手掛りに——

遠藤史啓

目次

第一章 問題の所在

第一節 人の肖像の保護をめぐるわが国の判例の現状——不法行為法という枠組みでの保護と利益の承認

第二節 「肖像『権』」という枠組みでの議論と学説の反応

第三節 検討方法——フランス法を素材として

第二章 わが国における人の肖像の法的保護の議論展開

第一節 肖像の法的保護の生成——肖像という利益の意義

第二節 肖像権の正当化根拠の発展——肖像の帰属

第三節 判例における被侵害利益としての肖像

第四節 わが国の到達点と残された課題

第三章 フランス法における肖像権 (droit à l'image) の検討

第一節 人の肖像の法的保護の基本的な枠組み

第二節	肖像権の定義とその意味——人の肖像の意味
第三節	肖像権の独自性——肖像権に固有の利益が存在するか
第四節	本人の同意（許可）の意義
第五節	肖像権の保護根拠とその性質
第六節	フランス法における肖像権の検討
第四章	考察
第一節	肖像権という問題の枠組みの再設定
第二節	肖像権が保護すべき利益の再検討
第三節	肖像権における本人の同意の位置づけ
第四節	肖像権を保護する根拠と肖像権の性質
第五節	残された課題

第一章 問題の所在

本稿は、人の肖像というまさに個人的な性質を有すると見られ、人格権あるいは人格的利益の一つとして位置づけられる肖像権の問題を再検討するものである。その中心は、人の肖像を保護することは、どのような利益を、どのような枠組みで保護しようとしているのか、そして、そのような利益は、なぜ保護されなければならないのかという点であり、この点について、フランス法における近時のいくつかの議論を参照する。これらの点は、一見すると、現在では、肖像権の問題として解決されたかのように見えるが、この問題は、わが国においても、フランス法においても、現代的な問題として再検討されるべきだと思われる。このような問題意識を位置づけるため、まずは、わが国の現在の肖像権の議論状況を確認しよう。

第一節 人の肖像の保護をめぐるわが国の判例の現状——不法行為法という枠組みでの保護と利益の承認

最判平成二四年二月二日民集六六卷二号八九頁（以下、最判平成二四年と呼ぶ）は、いわゆるパブリシティ権を判断する前提として、「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」と判示した。

本判決は、この結論を導くために、最判平成一七年一月一〇日民集五九卷九号二四二八頁（以下、最判平成一七年と呼ぶ）を参照する。最判平成一七年は、「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないことについて法律上保護されるべき人格的利益を有する」とし、さらに、「人は、自己の容ぼう等を撮影された写真をみだりに公表されない人格的利益も有する」とする。

このように、わが国の判例では、被侵害権利又は被侵害利益として人の肖像が不法行為法における保護の対象となっており、このこと自体には、概ね異論はないと考えられている^①。

他方で、最判平成一七年は、人の肖像を侵害する行為について、次のように判断する。すなわち、「もともと、人の容ぼう等の撮影が正当な取材行為等として許されるべき場合もあるのであって、ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべきである。

……人の容ぼう等の撮影が違法と評価される場合には、その容ぼう等が撮影された写真を公表する行為は、被撮影者の上記人格的利益を侵害するものとして、違法性を有する」としている。つまり、人の肖像という権利・利益に対する侵害を判断する枠組みは、人の肖像が、被侵害権利又は被侵害利益に該当するとなうで、その撮影行為があるいは公表行為が一定の態様をなしたときに初めて不法行為が成立するというものである。

これらから、わが国の現在の判例は、人の肖像の保護に関する問題が、専ら民法七〇九条の問題として生じていることを前提に、その判断枠組みを、次のように理解していると考えられる。第一に、人の肖像が被侵害権利又は被侵害利益に該当する、換言すると、自身の肖像が撮影されないということ、撮影された肖像が公表あるいは利用されないということ、について肖像の本人に法律上の保護すべき権利・利益が存在するということである。第二に、人の肖像に権利・利益性を認めつつも、その肖像が不法行為法上保護される場面は、その肖像に対する撮影行為・公表行為・利用行為がどのようなものであったのかを考慮して判断するという枠組みを採用しているといえる。すなわち、人の肖像が民法七〇九条にいう被侵害権利又は被侵害利益であることを認めつつも、その保護は、一定の行為に対し

てしか及ばないという枠組みを採用していると考えられる⁽²⁾。

第二節 「肖像『権』」という枠組みでの議論と学説の反応

以上のような判例の存在もあり、現在では、人の肖像の法的保護の問題について、不法行為法の学説レベルでは、判例と同様の結論を採用するものが多い。

また、学説では、人の肖像の法的保護について、より具体的解釈を唱える見解も存在する。ここでの見解とは、「人が、その肖像・容貌・姿態を肖像本人の意に反して、みだりに撮影されたり、描かれたり、彫刻されたり、またその撮影された写真・スケッチ・胸像などをみだりに公表されない権利」を肖像権と称し、その中身を具体的に、①自己の肖像の作成（とくに写真撮影）を禁止する権利、②作成された肖像の公表を禁止する権利、③肖像を営利目的で利用することを禁止する権利⁽⁴⁾、の三つに分類するものである。

この見解では、他人が、肖像の本人に無断で、その人の姿を撮影したり、撮影した写真を公表することは、肖像権を侵害し、不法行為を構成することになる。ここでは、人には「肖像『権』」が認められるか否かというレベルの問題、つまり、第三者に対し肖像の無断撮影・公表等を禁止する権利が、換言すると「肖像『権』」という権利が肖像本人に認められるかどうかという問題が重要であった。したがって、肖像権という被侵害権利・被侵害利益に関するこれ以上の具体的な議論はあまり見られず、また、このような理由で法的に認めるべきかという点は、必ずしも十分な検討がなされているとはいえない。それは、人の容貌等を対象とする肖像権は、まさに、その容貌等の個人の人格権・人格的利益だと見られており、それがその保護の根拠として当然視されることも多いため、この点に関する、積極的な議論がなされなかったのではないだろうか。

なお、これまでの議論は、肖像権侵害という不法行為法の議論であり、肖像権という権利は、民法七〇九条における被侵害権利・被侵害利益を念頭に置かれてきた概念である。したがって、ここでの肖像権という権利の性質が、不法行為を対象とする問題以上のことを意識した問題設定かは定かではない。⁽⁵⁾

一方、近時の学説では、そもそも、このような肖像権という概念自体に疑問を見出す見解もある。

例えば、松井茂記は、「肖像権は一般に人格に不可欠な権利として認められており、その侵害が不法行為になることは認められているが、これまでその権利の根拠や本質をどこに求めるのかについては明確な議論はなく、また表現自由との調整をどのように図るべきかについても仔細な検討は行われてこなかったように思われる」と指摘する。⁽⁶⁾ さらに、松井は、肖像権を、プライバシー権のひとつの側面という位置づけで把握し、仮に肖像権がプライバシーの権利と異なる権利だとしたら、肖像権は、どのような根拠で認められるのだろうかという問題提起を行っている。⁽⁸⁾

このように、肖像権という議論も、実際には、どのような法益を保護しようとしているのか、また、そのような利益をなぜ保護しなければならないのか、という点については、検討すべき余地が残されているといえる。

第三節 検討方法——フランス法を素材として

このようなわが国の状況にあつて、本論文では、わが国の肖像権という議論を再確認した後、近時のフランス法における肖像権 (*droit a l'image*) の問題からいくつかの視点を得ることを試みる。⁽⁹⁾

フランス法における人の肖像の保護の問題は、これまでわが国においても、すでにいくつかの検討がなされている。⁽¹⁰⁾ しかしながら、これまでの検討では、人格権あるいは人格的利益の保護を検討するための一材料として検討されたものや、私的生活の尊重を求める権利の検討の際に触れるものが多い。したがって、肖像権という問題を検討の中心

に据えた研究は少ないといえる。

また、わが国と同様、フランス法においても、写真や映像技術の発展により、肖像権の問題が拡大しており、これに応じて、判例や学説の議論が活発である。これらの議論を参照することは、わが国における議論においても有益だと考えられる。さらに、近時に至り、フランス法における肖像の保護の問題について、いくつかの破毀院判決が登場していることから、新たに検討を加えることには意義があると考えられる。特に、フランス法では、肖像権固有の利益や肖像権の性質が議論の対象であることからも有益であるといえよう。

このような理解から、フランス法における肖像権の問題に検討を加えることは、わが国における肖像権の問題を研究するうえでも、少なくない手掛かりを得ることができるとはならないかと考えられる。⁽¹⁾

以下では、まず、わが国における肖像権の議論の展開を改めて確認することとする。前述した通り、わが国における肖像権の問題は、判例・学説共に一定の到達点には達しているものの、現在では必ずしも、保護された利益の具体的な意義や保護されるべき根拠について、明示的に議論されることは多くはない。したがって、わが国における議論も、以上のような観点から再検討する意義があると考えられる。

次いで、フランス法における肖像権の問題に検討を加える。フランス法における肖像権の問題は、相当広範な問題を扱っているため、本稿の問題関心に照らして肖像権の問題のうち、いくつかの点を取り上げて検討したい。

第二章 わが国における人の肖像の法的保護の議論展開

本章では、わが国における肖像権の議論を遡って確認することにした。

わが国の肖像権の議論は古くから存在し、当初の学説では、肖像権という権利を疑問視する見解もあったが、そうではあっても、人の肖像の保護を不法行為法のもとで図ってきた。そこでは、肖像という利益自体を検討し、これらの利益を撮影されない利益と公表されない利益とに区別し、それぞれの保護を異にする見解が登場する。次いで、肖像権を正当化するための議論が登場し、肖像の自己所有という視点や、肖像を人格権として位置づける視点が現れる。このような学説の議論の後、最高裁において、被侵害利益としての人の肖像が問題となった。

第一節 肖像の法的保護の生成——肖像という利益の意義

(一) 他の権利に含まれる人の肖像という利益

わが国における人の肖像の法的保護は、学説上、必ずしも、近時になって新たに生じた問題ではない。¹²⁾

古くは、人の肖像を独立した被侵害権利・被侵害利益と把握せず、名誉権の一部であると理解する見解があった。¹³⁾

このような見解は、一見すると、人の肖像を、被侵害権利・被侵害利益として認めていないようにもみえる。しかしながら、この見解は、必ずしも、人の肖像の法的な保護を等閑視するものではない。すなわち、この見解は、人の肖像の法的保護の問題を名誉権の一部として考えていることから、他の権利を保護する枠組みの中で、人の肖像を保護することが想定されている。したがって、人の肖像が、それがたとえ他の権利の一部であったとしても、保護すべき利益として認識されていたということは確認することができる。

ただし、この見解では、人の肖像を法的に保護しようしていることは確かであるが、具体的に、どのような利益を保護しようとしているのかは明確ではないし、その根拠も定かではない。

(二) 肖像権における利益の意義——肖像権という独自の権利

その一方で、この時期において、人の肖像は、他の権利から独立して法的保護が与えられるという見解がすでに存在していた。

古くは、一九〇四年に、今井嘉幸が肖像の撮影についての問題を論じており、そこでは、外国法への応答としての見解ではあるが、興味深い見解が示されている。¹⁴ すなわち、今井は、外国法における議論に賛同し、この問題につき、人の肖像の撮影行為と公表行為とを区別する。そのうえで、撮影行為自体は、人が、他人の姿を自らの目に映らせることと、同じことを意味するため、これらの行為を禁止してしまうと、鏡に映す行為すら違法になってしまうと指摘する。¹⁵ したがって、撮影行為自体は、違法ではないとする。

さらに、この時期において、乾政彦が、人の肖像の問題を詳細に論じた。乾は、肖像権を、「自己の肖像を他人が濫りに作製（絵画、彫刻、写真の他の方法に依りて）するを禁ずるの権利」と把握したうえで、人がこのような権利を有するかどうか、問題であるとする。¹⁶ そして、この問題を解決するためには、「自己の形像（肖像）が法律上保護すべき利益に該当するかどうかを要点となり、この点については、「殆ど疑を容れず」とし、肯定する。¹⁷ このように、人の肖像を法律上保護すべき利益と承認し、さらに、この利益には、財産的な利益と非財産的な利益（精神的利益）の二種が存在するとする。¹⁸

ただし、乾は、後者の非財産的利益が肖像権では問題の中心であることを前提に、他人が無断で自己の肖像について作成等を行った場合、その利益に対する侵害を感じたとしても、その利益を保護すべきかどうかについて、一定の留保を付す。すなわち、「団体共同の利益と矛盾せざる範囲内に於て個人の利益を尊重し保護」しなければならぬため、肖像のような精神的利益の保護は、一定の範囲内に制限すべきであるとする。¹⁹ それは、共同生活において、他

人の形像（肖像）等を見るといふ需用は、正当なものであるから、個人の精神的利益を団体共同のために、ある程度まで許容する必要があるからである。²⁰そして、我々が生活する世界では、絶対的に他人の視線を避けることはできず、人の目に触れれば、その人の脳裏に記憶され、このことを妨げることはできない。そのため、それを許容する程度とは、肖像の作製が境界となる。すなわち、法律上保護すべき利益としての肖像は、その肖像が他者により頒布・交付される場合に限られることになる。²¹ここでの、頒布とは、肖像の作製に参加した者以外の人に、肖像が到達する一切の行為を指し、交付とは、限定されていない人に到達することを指す。²²したがって、肖像権侵害とは、自己の肖像の頒布・交付を他人が濫りに行うことであり、これらの行為を禁止することができる権利であると理解される。²³

このような権利が認められる根拠は、必ずしも明確には論じられてはいないが、肖像権の性質を次のように論じていることから推測可能だと考えられる。すなわち、肖像権は、人格権に該当し、人格権が人格的法益を客体とするものであるならば、身体の一性質である肖像は、まさに、人格的法益であるとする。²⁴したがって、身体の一性質である肖像は、その本人の人格的利益であると考えられるため、肖像権が認められるということになる。

さらに、乾は、肖像の適法な利用についても論じる。まず、肖像を適法に利用するためには、その者の同意が必要であるとされる。そして、その同意においては、人格権という性質から完全に放棄できるものではなく、特定の場合の肖像権の行使の放棄をするものであり、要式は必要なく、明示あるいは黙示に行われるものとする。²⁵

なお、乾は、人格権という性質について、それは絶対権であることを意味し、権利者の一身専属性を帯びると指摘し、肖像権は本人の死亡と同時に消滅するとする。²⁷

(三) 小括

この時期の見解は、共通理解が得られていたかは定かではないが、人の肖像を保護することにつき、次のような特徴を有する。

まず、人の肖像を被侵害権利・被侵害利益として独立に把握しない見解であつても、名誉等其他の権利の一部として、不法行為法上その保護を図ることが考えられていたという点である。したがつて、学説上は、初期の頃から、人の肖像が不法行為法上の法的保護に値することが意識されていたといえるだろう。⁽²⁸⁾

次に、肖像という利益について、その実質を議論の対象としていたことが注目し得る。例えば、乾は、肖像権の問題の中心を非財産的な利益と据えたうえで、侵害行為に照らした利益の保護を論じていた。この見解では、人の肖像を、他人(第三者)が撮影する行為と公表する行為とを区別し、公表行為のみを肖像権に対する侵害と考えている。すなわち、人の肖像につき撮影されない利益と撮影された肖像を公表されない利益とを区別し、それぞれ異なる結論を導いている。人の肖像というものは、社会生活において、他人の目に曝されるものであり、写真と同様に人の記憶にとどまるということを前者の利益は前提とする。したがつて、肖像の複製や撮影自体を禁止してしまうと、社会生活において我々の肖像が人の目に触れることすら禁止してしまうことになる。それと撮影行為とを区別することができない以上、このような撮影されない利益は、保護の対象とはならず、撮影行為自体は、違法とはならないとされる。

このような見解は、現在からみても、次の二点から、重要な視点であると考えられる。第一に、人の肖像という利益を、肖像の撮影行為(撮影されない利益)と公表行為(公表されない利益)とに区別し、両者が、肖像権の問題を探究するうえで異なる判断基準に服するとする視点である。そして、肖像の撮影行為自体は、人が、その対象となる

肖像を自らの目に映すことと何ら変わりがないため、侵害にならないとしている点である。

第二に、利益の判断の際に、同時に、特定の行為が念頭に置かれているという点である。すなわち、ここでの利益とは、撮影されない・公表されない利益のように、特定の加害行為と結びついた形で判断される利益であるという点である。

では、これらの利益は、どのような根拠で保護されるべきだろうか。乾の見解を参考にすると、人の肖像は、その者の身体の一性質であるため、人格的利益として保護すべきであるという点が、重要であろう。すなわち、人の肖像が身体の一性質であるため、肖像に関する利益は、その本人に帰属するという点を根拠にしているのではないかと考えられる。²⁹これは、乾が、肖像の適法な利用につき、本人の同意を挙げる点からも推測が可能だと考えられる。つまり、肖像についての利益の帰属が本人に帰属していることを前提にしているため、肖像の適法な利用、その利益の処分を、本人の同意と結びつけて考えているのではないかと思われる。ただ、このような本人の同意・承諾を、どのように位置づけているかは必ずしも明確ではない。一見すると、本人の同意・承諾が、不法行為法上の免責を認めるものという位置づけであるが、これが、不法行為法上の肖像権侵害に独自のものか、一般的な違法性阻却事由としての被害者の承諾とどのように異なるのか、という点は定かではないし、肖像の利用に承諾・同意を要するという点に着目すると、ここでの同意・承諾が単なる阻却事由以上のものであるとも解することができる。

なお、乾の理解によれば、肖像権における人格権的な性質は、必ずしも不法行為による損害賠償のみの問題を念頭に置いていたわけではないように見える。すなわち、肖像権が人格権であることから、絶対権的な性質、一身専属的な性質を導きだしており、これらの性質は、不法行為法上も意味を有するものであるが、不法行為法以外の問題にも、波及する問題であり、肖像権という問題設定が不法行為以外のレベルにも影響しうるような分析がなされていた点も

指摘しておく。

第二節 肖像権の正当化根拠の発展——肖像の帰属

(一) 肖像の自己所有的理解

前述した点がその後の学説にどのように受け入れられたかを確実に論じることができないが、一方で、肖像権については、権利侵害要件との関連での議論は存在するものの、肖像権の性質の議論については積極的ではなかったとの説明がある⁽³¹⁾。

しかしながら、この時期には、肖像権そのものに取り組むものは少ないものの、教科書・概説書等には、肖像権の記述が含まれるようになってきていた。

たとえば、鳩山は、肖像の撮影等が身体又は自由に対する侵害あるいは名誉を侵害する場合でなければ、不法行為とならないとする⁽³²⁾。

また、末弘は、肖像権という権利自体を認めることについて疑問を呈するものの、人の肖像自体の保護については、身体の自己所有という観点から、保護を肯定する。すなわち、肖像は、自己の所有物であるため、自己のみが利用でき、本人がその利用を禁止している場合に、他人が濫りに肖像を観覧・写生・撮影する行為は、一種の所有権侵害であるとする⁽³⁴⁾。したがって、他人の肖像を写生・撮影等を行うことは、身体権を侵害するものであるとする⁽³⁵⁾。この見解は、人の肖像が、自らの所有物であるということから、所有権侵害を認める点が特徴的である。

これらの見解は、肖像権という枠組みでの保護ではないが、肖像の法的保護自体は、身体権の侵害という形や名誉権の侵害という形で捉えることを想定していた。特に、自己の肖像を所有するという考えから、肖像の撮影・利用等

が身体権の侵害であるという主張がなされていた点は、確認しておくべきである。

(二) 人格権としての肖像権

さらにこの時期には、人格権と密接に結びつけた理解が拡大していた。⁽³⁶⁾ 例えば、宗宮は、肖像は、氏名と同様に個人を表示し、区別し、人の状態を表すものであるため、人格的法益であるとし、その侵害に対して、一般的人格権侵害が認められるとする。⁽³⁷⁾ そして、具体的には、濫りに肖像を撮影、公布等をする場合が肖像権侵害であるとする。⁽³⁸⁾

また勝本⁽³⁹⁾は、肖像の本人は、人格権としての肖像権を有するため、第三者は、本人の承諾を得なければ、その者の肖像を公表することはできないとする。⁽⁴⁰⁾ 勝本は、著作者人格権の効力として肖像の公表権を認め、その中に、肖像写真等の作成者に帰属する公表的な人格権と肖像本人に帰属する公表的な人格権の存在を認める。そのうえで、後者は、著作権としての権利帰属ではなく、人格権としての肖像権として本人に帰属するものであるとする。⁽⁴¹⁾ ここでの公表とは、著作物に対する表現ではあるが、「不特定人又は特定の多数の者をして著作物を感じせしめること」である。⁽⁴²⁾ そして、公表権とは、著作物をこのような状態に置くことができる権利を指し、したがって、公表権を有することは、公表するか否かを自由に決定することを内容とするものである。⁽⁴³⁾ このような公表権は、著作物を念頭に検討されているが、肖像権にも妥当するならば、⁽⁴⁴⁾ まさに、この肖像本人は、肖像権としての公表権を有するため、第三者は、本人の許諾を得なければ、その者の肖像を公表することができないことになる。

このような勝本の理解は、自らの肖像を公表する権利が、自らに帰属することを人格権を媒介に正当化している点に特徴がみられる。また、著作権法との関係で肖像権を捉えていることも注目に値する。

このような見解に示唆され、岩田は、肖像権は、著作権の観念の中に包含されるものとして問題を把握することが

最も適切であるとする⁽⁴⁵⁾。人の肖像を撮影した場合に、著作権者が、肖像本人の同意を得ることができないと、著作物を公表することができなくなると考えると、肖像権は、著作者の公表権を制限する権利となると指摘する⁽⁴⁶⁾。したがって、肖像権とは、肖像著作者に対し著作の許可（同意）を与える権利と位置づけられ、このような権利を容認すべきであるならば、肖像権が、他の権利や利益と異なる新たなものであるということが必要であるとする⁽⁴⁸⁾。したがって、肖像権とは、肖像の撮影、描写、陳列、複製、頒布等に対する権利であり、本人の同意なく肖像が公表等された場合は、肖像権侵害となるとする⁽⁴⁹⁾。このような肖像権は、自己自身について有する絶対権であるとする⁽⁵⁰⁾。

(三) 小括

以前は、肖像という利益自体を検討する学説が見られたが、この時期の特徴は、利益自体の検討ではなく、肖像権の帰属が議論されている点である。例えば、末弘は、身体の自己所有という観点から、肖像権侵害を身体権侵害として構成することを主張している。

他方、肖像と人格権とを結びつける見解では、自らの肖像に対する権利の帰属を本人に認める点が人格権により説明される。また、著作権法との関係が議論されていた点が注目される。とりわけ、勝本や岩田の見解では、肖像権侵害の成否を本人の同意・承諾のない場合と結びつけ、本人の同意や承諾に意義を認めていることが重要である。すなわち、肖像という利益が本人に帰属するからこそ、同意や承諾のない肖像の公表等が肖像権侵害になるのである。肖像権侵害の要件として承諾や同意のないことを要求すれば、それは、肖像が本人に帰属することを前提にしているであろう。したがって、この時期の学説の議論の中心は、自己所有権的構成にせよ人格権的構成にせよ、肖像そのものが本人に帰属することを正当化するための議論であったといえるのではないだろうか。この点は、肖像という利益

の保護根拠を検討していたと評価することも可能であろう。なお、この時期における利益の捉え方も、やはり、撮影や公表という一定の行為を問題にしていたということを確認しておく。

第三節 判例における被侵害利益としての肖像——最判昭和四四（一九六九）年二月二四日刑集二三卷一二号一六二五頁の登場

これまで、学説上は、被侵害権利・利益としての肖像の実質、その後、肖像という利益の正当化を論じていた。これ以降の学説はそれを受けて、肖像権が人格権的性質を有することを前提に議論を進めるものが多い。例えば、肖像権侵害は、「主として無断で撮影された写真を勝手に公表した場合に問題となる」とされ、「無断撮影自体も場合により人格権侵害になりうる」と考えられていた。⁵¹ この見解からは、肖像権で保護される利益とは、肖像を撮影されないという利益と、撮影された肖像を公表されない利益とを指し、このような利益は、人格権を根拠に、換言すると、人の肖像は、人の人格と結びついたものであるため、その利益は本人に帰属するという理解があるのではないかと考えられる。

このような理解は、刑事事件であり、肖像権と称することについて留保をしつつも、最判昭和四四年二月二四日刑集二三卷一二号一六二五頁（以下、最判昭和四四年と呼ぶ）が、「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（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有するものといふべきである」と判示したことで、さらに確立された立場となっていた。最判昭和四四年が、人の肖像という利益について、撮影されない自由という利益に着目し、承認したことにより、学説上は、概ねこの見解に従った議論がなされて

いる。その後の学説では、本人に無断で（本人の承諾なく）、その人の容ぼう等を撮影・公表されない利益が存在し、それは、肖像本人に帰属する利益であり、そのような利益は、人格権としての利益であるから保護されるといふ説明がなされる。⁵²⁾

このように最判昭和四四年以降は、人の肖像が撮影・公表されない利益を法律上保護すべきという点では、共通理解を形成している。ここでは、それ以前とは違い、撮影行為と公表行為とを区別して論じているわけではなく、その理由は明示的には語られていないが、⁵³⁾肖像の撮影自体を利益として把握していることから、肖像そのものを保護すべきとする方向性を示唆しているとも考えられる。他方で最判昭和四四年も、撮影されない自由としているように、特定の行為から保護される利益を念頭に置いているという点には注意が必要であろう。

このような利益を保護すべき根拠は、人の肖像が人格権的な性質であることに求められているといえよう。それ以上の説明がなされることは少ないが、肖像という人に関する属性を、その人格と密接に結びつける理解が前提となつているといえるのではないだろうか。それは、最判昭和四四年が肖像の侵害について、「その承諾なしに」と論じたことから推測可能である。

第四節 わが国の到達点と残された課題

以上の学説・判例の展開の後、人の肖像の法的な保護については、前述した最判平成一七年、最判平成二四年が、人の肖像が撮影されないこと、撮影された肖像が公表されないことにつき、被侵害利益を認め、その根拠として、人の肖像は、「個人の人格の象徴」であることを挙げる。このような判例の到達点に対して、学説は、概ね異論なく受け入れてきたように思われる。⁵⁴⁾

このような理解は、わが国の議論展開に照らすと、次のような特徴を有すると考えられる。第一に、当初は、人の肖像に対する撮影行為と公表行為とを区別して把握する見解も存在したが、現在では、いずれも被侵害利益として認められている点である。すなわち、撮影・公表されない利益が肖像権として保護されるべき利益であるということが認められている。

ただし、従来の見解が、撮影と公表とを区別していた理由としての、人の肖像は、我々の社会生活においては、他人の目に曝されるものであり、その点が禁止されていない以上、撮影行為、すなわち、撮影されないことを法律上保護すべき利益とすべきか、という点をどのように克服してきたかは、いまだ明確に論じられているわけではないといえる。

確かに、人の肖像が、まさに個人の人格を象徴するものとすれば、撮影されない利益を法律上保護すべき権利・利益として把握することも可能ではある。しかしながら、現在においても、公共の場で、他者によって見られることが何らかの権利侵害を導くことはないのだから、⁵⁵⁾撮影行為自体を肖像権侵害として当然に扱うことについては、再検討の余地があると考えられる。それは、近時においても、「写真撮影の違法性と写真の公表の違法性は切り離して考える必要がある」と指摘されていることから理解できると思われる。⁵⁶⁾

また、このような利益の把握が、撮影や公表といった特定の行為から保護されるという利益の把握をしてきたという点については注意が必要である。つまり、当初から肖像という利益については、撮影されない利益・公表されない利益というように、一定の行為から保護されるべき利益として議論されてきた。この点は、他の権利・利益と比較しても特徴的だといえるだろう。

第二に、現在では、人の肖像は、個人の人格の象徴として、あるいは、人格権の一種として、保護すべきものとし

て理解されている。このような理解は、肖像権としての保護すべき利益が、その肖像を有する本人に帰属することを正当化してきた。そして、この理解は、肖像というものが、自らの姿形であることから違和感なく受け入れられてきたのではないかと思われる。それは、本人の承諾・同意というものを肖像権の問題として位置づけていることから根拠づけられるのではないだろうか。

ところが、近時に至り、まさにこの点を批判する見解が存在する。それは、「なぜ肖像は人の人格そのものと密接に結びついているのだろうか」と指摘し、また、「人の人格と密接に結びついているということは、なぜそれが民法上の権利利益として保護されるべきことを導くのだろうか」という疑問が付されている。⁽⁵⁷⁾ わが国において、従来は、身体の自己所有的視点から身体権の侵害として、肖像権侵害を把握する見解も存在した。ここでは、肖像という利益の帰属が直視されていたといえる。そうすると、現在の理解が、必ずしも、唯一の正当化理由であるとはいえないだろう。

さらに、近時では、プライバシーの発展とともに、人の肖像についての利益をプライバシーとして把握する見解も存在する。⁽⁵⁸⁾ このような状況の中では、肖像権として独自にどのような利益を保護しようとしているのか、そのような利益をなぜ保護しなければならぬのか、がまさに検討されるべき課題となっているといえるだろう。

第三章 フランス法における肖像権 (droit à l'image) の検討

本章では、フランス法における肖像権の問題を、フランス法において肖像権とは、どのような利益を保護すべきとしているか、そのような利益をなぜ保護しているのかという点が明らかになる範囲で検討する。

以下では、フランスの実定法上、どのような枠組みで、肖像権が法的に保護されるのかを確認し、肖像権の定義を検討した後、次の三つを取り上げて検討したい。⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾

まず、第一に、肖像権の利益の独自性についてである。フランス法において、肖像権を、私的生活の尊重を求める権利の一種と捉える見解が存在することから、肖像権が、私的生活の尊重を求める権利とは独立して、成立しうるのかが問題となる。したがって、まさに、肖像権が保護すべき利益についての検討を行っているといえ、わが国の参考になると考えられる。

第二に、本人の同意についてである。フランス法においても、肖像権侵害は、「本人の同意なく」、その人の肖像を利用することを指すと理解されている。すなわち、本人の同意さえあれば、肖像権侵害は成立しない。したがって、この同意の意義、なぜ同意があれば肖像権侵害は成立しないのか（あるいは、肖像権侵害が成立することに本人の同意がないことが必要なのか）、ここでの同意とは、どのような意味での同意を要するかを検討することが、肖像権侵害の成否に際し重要であると考えられる。

第三に、肖像権の性質についてである。わが国と同様、フランス法においても、肖像権は、人格権・人格的利益に位置づけられることが多い。このような理解が、肖像権を保護する根拠として、どのような意義を有するかという点が検討されるべきであるといえる。他方、この点について、フランス法では、肖像権が、商業の対象や、譲渡契約の対象となることから、肖像権の財産的性質が指摘されており、人格権・人格的利益の性質との関係が問題となっている。

ただし、次の点については、検討対象から除外する。肖像権侵害が生じるような場合、わが国と同様、フランス法においても、表現の自由・報道の自由との調整が必要であるが、この点については、除外する。⁽⁶¹⁾

なお、フランス法における肖像権の問題は、その概念自体も曖昧であると指摘されることから、必ずしも明確な方向性があるわけではないようにみえる。⁽⁶²⁾ また、多くの下級審判決において、結論が分かれていたり、論者によって、説明の方法が異なることが多いことも留保する。

第一節 人の肖像の法的保護の基本的な枠組み

(一) 肖像権の実定法上の保護——民法典九条の制定前の状態

フランスにおいて、肖像権 (*droit à l'image*) は、一九世紀後半、判例上確立されたといわれる。⁽⁶³⁾ これらの判例は、基本的に、不法行為の一般的規定である民法典一三八二条に違反するかどうかにより、肖像の保護を図ってきた。この肖像を保護する根拠としては、人格権として自己自身の独占権を有する以上、自己の容貌は自己自身の一部であるということが指摘されていた。⁽⁶⁴⁾ したがって、肖像権の保護は、肖像権が侵害されたとする者から、その者の肖像を撮影・利用した者に対し、民法典一三八二条に基づき損害賠償請求（あるいは差止請求）がなされ、これが認められた場合、法的に保護されたということであった。つまり、この当時まで、肖像権の侵害を主張する際、民法典一三八二条に従い、損害賠償を求める者は、加害者のフォートや損害を証明しなければならなかった。そして、そこでの問題の中心は、どのような行為があつた場合に侵害があつたといえるか、民法典一三八二条の適用を受けるか、という問題であつたと指摘されている。⁽⁶⁷⁾ そして、そこでの根拠にもいくつかのパターンが存在していた。⁽⁶⁸⁾

このような判例による肖像の保護は、人に肖像権という権利を認めたことにも意義があつたが、それ以上に、人格権の進展を意味していたと指摘されている。⁽⁷⁰⁾ すなわち、写真やビデオ等の映像の技術的な革新とともに、人の肖像を第三者が簡易に利用することが可能となり、肖像権やプライバシー権と呼ばれる問題が拡大した。⁽⁷¹⁾ そして、これらを

保護することは、「人」の個人的な性質を保護するものであり、まさに人格権の進展を担ってきたと考えられている。したがって、後述するように、現在では、その性質について議論が見られ、肖像権は再構成の過程にあると指摘されているが、これまでのフランス法においては、肖像権は、人格権の一種であると認められていた。⁽⁷²⁾

ここで重要なのは、後述する民法典九条の制定前より、換言すると、民法典九条に規定されている私生活の尊重を求める権利 (*droit du respect de la vie privée*) が制定されるよりも前から肖像権という存在が認められていたことである。⁽⁷⁴⁾

(二) 民法典九条制定後における肖像権侵害の位置づけ

その後、人の肖像の法的な保護は、立法によって、次のステージに移る。すなわち、一九七〇年、民法典九条に、私生活の尊重を求める権利が新設された。⁽⁷⁵⁾ この民法典九条は、「それぞれの者は自己の私生活の尊重を求める権利を有する」と規定している。⁽⁷⁶⁾ この規定は、一般には、プライバシーを保護するものといわれており、フランスにおける人格権の発展を象徴するものと呼ばれる。⁽⁷⁷⁾ 私生活の尊重を求める権利は、具体的には、「私生活の秘密と自律との領域を保障し侵害の排除を可能とする一つの真の意味の権利であり、その性質上、物権と類似の権利と考えられている」⁽⁷⁸⁾。

私生活の尊重を求める権利に対する侵害が認められる場合、フォートを構成するため民法典一三八二条での救済も認められるが、より簡易に、フランス民法典九条の私生活の尊重を求める権利によって損害賠償が認められる。つまり、不法行為の規定である民法典一三八二条を介さず、民法典九条により直接、損害賠償が認められている。⁽⁷⁹⁾ したがって、現在では、肖像権を侵害されたと主張する者は、民法典九条により損害賠償を求めることができるのであ

り、民法典一三三二条のフォートや損害を証明する必要はない。⁽⁸⁰⁾この点は、破毀院第一民事部一九九六年一月五日の判決において、確認されている。⁽⁸¹⁾ただし、学説上は、一定の場合に、損害の証明が必要な場合があるとの指摘もある。⁽⁸²⁾

この規定により、肖像権概念を中心に行われてきた私的生活の保護が、私生活という概念によって再構成されることになったといわれる。⁽⁸³⁾

民法典九条は、直接的に肖像権に触れるものではないため、肖像権という語が、実定法上明記されているわけではない。⁽⁸⁴⁾しかしながら、肖像権が人格権の一種であることや、民法典九条が人格権あるいは個人的（人格的）利益を保護するための規定と解されているため、肖像権も本規定によって解決されると考えられている。⁽⁸⁵⁾

(三) 私的生活の尊重を求める権利

必ずしも本稿の直接の検討対象ではないが、民法典九条の私的生活の尊重を求める権利についても若干の確認を行う。

民法典九条が、私的生活の尊重を求める権利を規定したことからも、どのような場合に、私的生活の尊重を求める権利が侵害されたことになるのかが問題となる。一般には、私的生活と公的生活とのあいだの境界を画し、私的生活に対する侵害のみがその対象となると考えられてきた。⁽⁸⁶⁾ところが、フランス法においては、その画定の困難さから、⁽⁸⁷⁾必ずしも、この両者を明確には、区別することができておらず、フランスの判例では、政治家であれ、公人であれ、公的生活とは区別された私生活を有することを肯定するが、その上で、公的な場所においても、私生活の要素を見出している⁽⁸⁸⁾と指摘されている。

これに対して、私的生活について、積極的に定義する見解も存在するが、混沌とした状況である。現在では、一方で、客観的な方法により、すなわち、公的生活と私的生活とを画定し、私的生活の尊重を求める権利を定義しようという見解がある一方、主観的な方法、すなわち、人の感情等を基準として、私的生活の尊重を求める権利を定義しようとする見解が存在する。しかしながら、やはり、それ自体を定義することは難しいと指摘されている。⁸⁸⁾

また、私的生活の尊重を求める権利については、その侵害が正当化される事由がある。すなわち、①被害者が自らの私生活の公表に承諾を与えていた場合、②公表された私生活が公表時にすでに一定の公知性を有していた場合、③被害者が公的人物である場合、が挙げられる。⁹⁰⁾

第二節 肖像権の定義とその意味——人の肖像の意味

(一) 肖像権の定義

私的尊重を求める権利の定義が、必ずしも明確ではないことと同様に、肖像権の定義自体も、明確ではない。⁹¹⁾ 肖像権は、他者に対して、自らの外見を自ら支配・コントロールをすることができると見られているが、⁹²⁾ そのことを明示的に定義できているわけではない。このことは、肖像権 (droit à l'image) の法律上の定義が存在しないことも影響していると考えられる。⁹³⁾

その中においても、肖像権の定義として代表的なものは、「それぞれの人は、同意なく、自らの肖像を利用されることに反対する権利を有する」というものである。^{94) 95)} これは、より端的に、破毀院の判決において、次のように表現された。すなわち、破毀院第一民事部は、一九九八年一月二三日の判決及び一九九八年七月一六日判決において、「各々の人は、自らの肖像の利用 (reproduction) に反対する権利を有する」と判示した。もちろん、報道の自由との関係で一

定の留保があるが、肖像権は、このように定義されていると考えられる。⁽⁹⁸⁾

このような定義は、肖像権の立法の提案にも類似の規定があることから、その時点での一応の共通の理解があったのではないかと推測される。この定義をみる限りは、肖像の対象は、有名人であつても、通常の人と同様に肖像権が認められることになる。⁽⁹⁹⁾

ただし、この肖像権の定義を前提にしても、どのような利益を保護しようとしているのかという点には注意が必要である。すなわち、自らの肖像の利用に反対するとは、肖像の本人に自らの肖像に対するすべての行為に反対を認めようとする利益なのか、それとも、肖像の利用等、一定の行為のみから保護するための利益なのかという点は、必ずしも明確ではない。⁽¹⁰⁰⁾ このような権利が排他的な権利として説明されることから、一見すると、肖像権は、人の肖像そのものという客観的な利益を把握しているのではないかと捉えられる。

学説上も、肖像権の機能として、写真等に撮られない権利・自らの肖像をコントロールする権利の二つの機能を有すると指摘があり、肖像につき撮影されない・その肖像を無断で利用されないというまさに客観的な利益を保護しようとしているとも解すことが可能である。⁽¹⁰¹⁾ 他方、そこで示されているとおり、肖像という利益の保護においては、それに対する一定の行為からの保護を念頭に置いているとの見方も可能であろう。

以上のことを留保しつつ、破毀院により認められた肖像権では、フランス法においては、本人の同意なく、第三者が、その人の肖像を撮影したり、利用したりすると、肖像権を侵害したことになり、損害賠償が認められることになる。

このような定義があてはまるとしても、ここでは、その人の肖像とは何を指すのか、本人の同意とは、何を意味するのか明らかにならなければ、その意味が解明されたとはいえない。⁽¹⁰²⁾ したがって、以下では、まず、肖像の意味に

ついて確認する。

(二) 肖像の意味——人の肖像とは

肖像権侵害の事案の多くは、現代的な手段として、フィルムを通して直接撮影した写真の事例である。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾ところが、フランス法においては、写真以外の場合にも、肖像権侵害の問題が生じており、多様な場面が登場する。例えば、人の肖像が、絵画・人形⁽¹⁸⁾に用いられた場合、貨幣に人物像が描かれた場合、マネキン人形 (une poupée) に用いられた場合⁽¹⁹⁾にも肖像権侵害が生じうる。さらに、人の肖像が、漫画に用いられた場合や、ビデオゲームの中に人の肖像が利用された場合⁽¹⁷⁾も、肖像権侵害の問題領域に含まれている。

このような肖像については、抽象的には、同一性が必要であると指摘されている。⁽¹⁷⁾すなわち、本人と利用された肖像との間に、同一性がなければ、そもそも、肖像の利用につき本人の同意すら必要としないと指摘されている。⁽¹⁸⁾例えば、写真の大きさや質により、その肖像画がはつきりしないような場面では、フランスの判例では、賠償を認めない。⁽¹⁴⁾したがって、その人の肖像を認識できるのでない限り肖像としては認められないことになる。⁽¹⁵⁾

また、例えば、散歩中の写真のような平凡な (banal) 写真については、肖像に該当しないのではないかとの見解も存在する。⁽¹⁶⁾下級審判決において、このような傾向があると指摘されており、破毀院においても類似的判例は存在する⁽¹⁸⁾が、破毀院では、直接には認められていない。⁽¹⁹⁾

(三) 小括

フランス法における肖像権は、それぞれの人は、同意なく、自らの肖像を利用されることに反対する権利を有する、

というものである。必ずしも、その実質は明確ではないが、この定義が、現在の到達点と解すことができる。そうすると、フランス法では、人の肖像につき、本人の同意なく、利用されない利益が、被侵害権利・被侵害利益として考えられていることになる。

ここでは、人の肖像の意味が問題となり得るが、フランス法においては、写真に限らず、広く様々な事案において、肖像を把握していることから、その核は、本人と利用された肖像との同一性にあるといえる。したがって、本人であることが確認できるような肖像が保護されるべき肖像の対象といえる。

第三節 肖像権の独自性——肖像権に固有の利益が存在するか

前述した通り、現在、肖像権の問題が民法典九条により保護されることについては、共通理解があると考えられる。一方、民法典九条が私的生活の尊重を求める権利としての保護を図っていることや、私的生活の尊重を求める権利が問題となる状況と肖像権が問題となる状況とが重なる場合が多いことから、肖像権は、固有の領域を持つものなのかフランス法では問題となっている。

すなわち、肖像権侵害が、私的生活の尊重を求める権利に対する侵害とは別個に認められることがあるのか、肖像権侵害は、私的生活の尊重を求める権利に包含されるのではないか、という問題が生じた。具体的には、私的生活の尊重を求める権利に対する侵害が生じた場合に、さらに肖像権侵害が生じうる可能性があるのか、私的生活の尊重を求める権利に対する侵害が否定された場合に、別個に肖像権侵害が成立し得るのか、という問題である。

(一) 肖像権が独立した権利であるとする見解

一般に、フランス法において、私的生活の尊重を求める権利と肖像権とは、一応区別された権利として考えられている。⁽¹²⁾ このことは、判例法上形成されてきたと指摘されており、破毀院二〇〇〇年十二月二日の判決において、「私的生活の尊重を求める権利に対する侵害と肖像権に対する侵害は、それぞれ別個の損害を生じさせる区別された権利である」と確認されている。⁽¹³⁾ 他の破毀院においても同様の結論を採った判決が存在していることから、破毀院は、私的生活の尊重を求める権利と肖像権とを区別して把握している。⁽¹⁴⁾

したがって、両者が重なり合う場面も多いと考えられるが、私的生活の尊重を求める権利と肖像権とは、両者が侵害された場合、それぞれ別々に損害賠償請求をしようことになる。⁽¹⁵⁾

このように、肖像権は私的生活の尊重を求める権利から独立した権利であると考えると、肖像権は、私的生活の尊重を求める権利とは区別された形で、どのような利益を独自に保護するものなのか問題となる。⁽¹⁶⁾

例えば、肖像権が独自に保護する利益として、私的な領域ではない、公的な領域で撮影された写真につき、人の肖像を保護しようかという問題が考えられる。破毀院第一民事部の判決では、このような事例につき、肖像権の侵害を認めた。⁽¹⁷⁾ この事例のように、公道のような私的生活とは呼べない領域で写真が撮影されたような場合は、私的生活の尊重を求める権利に対する侵害とは直接的には呼べない。⁽¹⁸⁾ そうすると、肖像権の独自性の一つとして、私的領域ではない場面での人の肖像の保護という側面が考えられる。⁽¹⁹⁾ このような理解では、本人の肖像それ自体を利益の客体としても把握しているようにも見えるが、私的生活の保護を中心とする民法典九条との間に齟齬が生じる可能性がある。⁽²⁰⁾

(二) 肖像権の独立性を認めない見解

これに対し、肖像権という独立した権利は存在せず、肖像権として議論されてきた問題は、私的生活の尊重を求める権利に含まれるものであるとの見解も存在し⁽¹³¹⁾、このような立場の学説は、近時は多くなっていると指摘されている⁽¹³²⁾。また、肖像は、私的生活に対する侵害の手段 (moyen) でしかないとの評価もある⁽¹³³⁾。この見解では、肖像権というのは、換喩 (metonymie) でしかなく、実際に重要なものは、どのような利益を保護すべきかという点にあるとする⁽¹³⁴⁾。これらの肖像権に対する批判は、肖像権という枠組みが、必ずしも保護すべき利益としての肖像をうまく把握できていないという点を前提にしている。

一方で、この見解に対して、前述の破毀院判決に対抗できていないとの評価もなされているが、他方で、近時、次のような破毀院の判決が登場した。すなわち、破毀院第一民事部の二〇〇八年五月二二日の判決は、私的領域で撮影が行われた写真を出版したことにつき、「私生活を侵害するような人の写真の出版は、肖像を尊重する権利を当然に侵害する」とした⁽¹³⁵⁾。このような言い回しは、民法典九条に沿って肖像権を判断していることになるが、これは、肖像権を私的生活の尊重を求める権利としての肖像権と考える余地を残すことになる。

また、下級審では二つ同時の権利が侵害されるのではなく、一つの権利の侵害しか生じていないようにみえるとの指摘もある⁽¹³⁶⁾。

(三) 小括

フランス法においては、私的生活の尊重を求める権利と肖像権とが、民法典九条の対象となっていることから、両者が、別個独立の権利であるかが問題となっている。

破毀院においては、私的生活の尊重を求める権利に対する侵害とは別に、肖像権侵害の成立を認めている。したがって、両者は、それぞれに独立した権利であり、個別に損害賠償が認められることになる。このように解すと、肖像権として独自に保護する利益とは何かが明示的に検討されなければならぬ問題として生じる。ここでは、公的領域における肖像権という枠組みも考えられており、肖像という利益の保護が、まさに、客観的な肖像そのものという利益の保護を意味するように考えられる。

一方、肖像権を独立した権利とせず、私的生活の尊重を求める権利に一元化する見解も存在する。この立場も、近時では有力であり、これらの議論の前提となるのは、肖像権という枠組みが、その保護すべき利益を捉えることができるのではないのかという問題意識である。

第四節 本人の同意（許可）の意義

フランス法では、肖像権侵害の判断基準として、本人の同意が重要な意味をもつことになる。¹³⁹それは、本人の同意が、肖像権の侵害の成否に直結するからである。この同意については、その同意の位置づけ、態様、限界等が問題となりうる。

（一）同意の位置づけ

人の肖像を利用する場合、本人の同意があれば、肖像権に対する侵害がないとされる。¹³⁹したがって、肖像権侵害を否定する事由として、本人の同意が位置づけられている。この本人の同意は、私的生活の尊重を求める権利、肖像権に対する侵害の主要な例外であり、表現の自由と並ぶものであると指摘されている。¹⁴⁰これは、前述した肖像権は、す

べての人が、自らの肖像の許可なき利用を拒否することができる権利を有する、とのルールから導かれる。

この本人の同意なき肖像の利用は、パブリシティのために (Publicitaire) 用いられる場合も同様の扱いとなり、それは、有名人 (celebre) であろうとなかろうと同じである。有名人である場合、一定の写真撮影を覚悟しなければならぬとも解しうるが、すべての人は、第三者が自らの肖像を利用することについて、反対する権利を有するのであるから、有名人であろうとなかろうとその利用は肖像権の侵害となる⁽⁴¹⁾。

このように同意が、侵害を否定するものと位置づけられる場合、次のことを考慮する必要がある。

まず、一般に、フランス法においても、不法行為につき、被害者の承諾が責任を阻却する事由として位置づけられているが、肖像権侵害での本人の同意が、このような一般的な、被害者の承諾と同様のレベルの議論であるかは定かではない。肖像権侵害は、民法典九条による解決が想定されており、ここでの損害賠償と、一般の不法行為による損害賠償との関係は、必ずしも明確ではない⁽⁴²⁾。仮に、この同意が、肖像権あるいは私的生活の尊重を求める権利に特有なものだとすれば、その具体的な理由が必要である。

他方、ここでの本人の同意は、特に肖像 (の利用に関する) 権利の譲渡と結び付けて議論されることがあり、不法行為責任を阻却するためのみに議論されることは少ないようにみえる。このような点に鑑みると、ここでの同意の問題は、肖像権という権利が、肖像本人に帰属し、その権利行使が本人を基準に構成されているとの見方も可能であろう⁽⁴³⁾。

また、肖像本人の同意・承諾は、肖像権の性質とも密接に関わっていると考えられる。すなわち、フランス法では、肖像権が人格権の一種であるとの理解があるため、肖像本人の同意に意義を見出していると推測される⁽⁴⁴⁾。

(二) 同意の態様——明示・黙示の同意

この本人の同意は、書面である必要性はなく、口頭でも構わないが、原則、明示の同意であることが必要であるとされている⁽¹⁴⁾。その同意は、基本的に本人のみがなすことができる⁽¹⁵⁾。その同意は、前もって行ってもよい⁽¹⁶⁾。また、それは、十分に事実を踏まえていることを前提とする⁽¹⁷⁾。

このような同意については、厳格に認定されるのであるが、それは、とりわけ、肖像の譲渡契約の場面が多い⁽¹⁸⁾。すなわち、報酬 (remuneration) に対する同意の場面である。

それでは黙示の同意の場合は、どのように解すか。同意は、黙示であってもよいとされる⁽¹⁹⁾。この黙示の同意とは、単に同意する際に、黙っていただけではなく、例えば、ある人が、公人であることや公共の場にいることが、その人の黙示の承諾と呼べるかが問題となっている⁽²⁰⁾。

フランス法において、公人であることやパブリックスペース (un lieu public) にいることは、その人の肖像や私的生活についての権利を放棄している、ということと導くわけではないと指摘されている⁽²¹⁾⁽²²⁾。このような場合、フランス法では、公的な場所や、公人の生活の中に、私的な要素を見出し、それに対する侵害を認める⁽²³⁾。したがって、公的な場所や公人であることが、直ちに黙示の同意に結びつくわけではない。

また、肖像権について、フランスの破産院は、一般的に、写真の態様で区別してはいない。例えば、散歩中の写真のような写真であっても、肖像権の侵害を認める⁽²⁴⁾。

この点につき、学説においても、このような考え方は、人が、常に、黙示の同意を与えようような意識を有しているわけではないというフィクショナルな性質を有し、肖像が合法であるのは、より高次元の利益がある場合であり、同意の問題ではないと批判されている⁽²⁵⁾。

(三) 同意の限界

ここでは、同意の限界を確認する。

まず、一定の範囲での利用について当事者間で同意がなされた場合、その同意は、同意外の肖像の利用について、どのような意味を持ちうるかという問題である。

例えば、遺伝的な疾患を公に注意喚起するため、車イスの一歳と一三歳の二人の子供を番組で撮影した画像が、遺伝的疾患についての教科書に利用されたような場合である。¹⁵⁷この点に関しては、破毀院は、「人の肖像の出版は、その人が有名人であっても、撮られた写真の状況が仕事をしている間であっても、写真の利用方法ごとに明示的な許可が必要である」としている。¹⁵⁸したがって、肖像の利用に関する、本人の同意は、それを利用する方法毎に必要なことになる。¹⁵⁹

次に、写真を撮影することの同意が、写真の利用について同意しているのか、以前に得られた同意が現在においても同意となりうるかが問題となっている。¹⁶⁰厳密には、この点は、フランスの判例では、必ずしも明確ではないと指摘されるが、当該肖像の当該利用に関する同意が必要であると理解できる。

さらに、フランス法では、子供の肖像の利用につき、子供本人の同意・承諾に、どのような意義があるのか、子供が同意すらできないような場合に、どのような対応をするべきかが議論されており、同意の限界として評価することができる。¹⁶¹

(五) 小括

フランス法においては、本人の同意（許可）が、肖像権侵害の判断基準として機能していることから、その要件と

して重要な役割が与えられている。

この同意について、フランス法では厳格な解釈がなされているようであり、肖像を第三者が利用する場合には、基本的に、その承諾が、その都度ごとに必要である。このようなフランス法の立場は、本人の同意に、極めて重要な役割を与えていることになる。一方、この同意の責任阻却としての位置づけは明確ではなく、また、同意が、肖像の利用や譲渡という視点から捉えられる点は、肖像権の権利としての意味を考えるうえでも有益であろう。

ただし、このように同意を重要視することについては、子供の同意・承諾に見られるように、同意・承諾そのものが機能しないという場合が存在し、現実の社会において、例えば、複数の人が入る写真において、本当に全員の同意が必要なのか、という指摘も存在することから、一定の留保が必要であろう。

第五節 肖像権の保護根拠とその性質

フランス法においては、肖像権の性質も盛んに議論されている。肖像権の性質は、肖像権を保護する根拠を提示するとともに、その性質に応じた肖像の利用を射程としている。肖像の譲渡のような現代的問題に対応するためにも、この点を確認する。

(一) 肖像権の人格権的性質⁽¹⁶⁾

古くは、所有権と同一視されることもあった肖像権⁽¹⁶⁾は、人の肖像の保護に対する権利であるため、その人の人格の延長線上にあると考えられている⁽¹⁶⁾。したがって、肖像権は、人格権の一種であり、絶対的な権利であると捉えられている⁽¹⁷⁾。このような肖像がその人の人格を表すものであるとの捉え方が、まさに肖像権を保護する根拠として意味を持

つのであろう。

このような理解とは対照的に、肖像は、人格の自律した属性 (attribut) ではないとする見解も存在する。いくつかの指摘があるが、人の肖像それ自体が、専ら直接的にその者の個人的な情報を伝えているのかという指摘がある⁽¹⁶⁾。それは、前述した肖像権を独立した権利として把握しない見解が主張するところである。つまり、肖像権は、人の人格の属性そのものを保護の対象としていたのではなく、それによって生じた財産的・非財産的利益を保護する役割しか持たないと指摘しているのである⁽¹⁷⁾。

このような保護の根拠となる人格権は、それ以上の意味をフランス法では有する。その権利が、人格権（としての性質）であるということは、フランス法では、その権利が、譲渡不可能であること、商業目的に適さないこと、本人の死亡により権利が消滅してしまうこと、等を意味する⁽¹⁸⁾。したがって、当該権利が、人格権であるかどうかは、このような性質を有するかどうかを決定するため、重要となる。そして、具体的な判例において、肖像権は、本人の死亡によって消滅すると判断した判決も存在する⁽¹⁹⁾。フランス法における肖像権の性質についての議論は、損害賠償の議論に止まらず、権利そのものの移転や消滅を議論していることも特徴的といえるだろう。

このように、肖像権が人格権の一種であるとすれば、その権利は、本人の死亡により消滅し、譲渡も不可能であり、商業目的にも適さないはずである。

ところが、フランス法においては、肖像権の譲渡契約や、パブリシティ等の商業的な利用が現実に行われている。つまり、人格権の性質である譲渡不可性に反した性質を、肖像権は有することになってしまう。ただし、このような財産的な性質を有したとしても、伝統的な立場は、それでも、肖像権の根源 (la racine) は、非財産的なものであると説明される⁽²⁰⁾。

また、前述した同意との観点から、人格的な性質を帯びた肖像は、どのような範囲で本人の同意によって自由に処分できるのかという点も問題となる。¹⁷⁾

(二) 肖像権の財産的な性質

この点に関して、フランスの学説では、古くから、肖像権は、人格権的な性質のみではなく、財産権的な性質を有するという指摘がなされている。¹⁴⁾ すなわち、肖像権は、人格権としての地位だけではないという見解が存在するのである。¹⁵⁾ そして、この点は、肖像の財産的な側面に対し、判例による保護も与えられている。¹⁶⁾

また、肖像権は、絶対的《*absolu*》な権利といわれているのであるから、所有権と同様の財産権的な性質を有する、ということが指摘されている。¹⁷⁾

ただし、肖像権の財産化については、多数は反対であると指摘されている。¹⁸⁾ 反対する理由は、人間の身体 (*corps humain*) の商品化 (*Marchandisation*) への反対である。つまり、人の肖像は、身体や人間の延長であり、商業の対象ではないということ根拠とする。¹⁹⁾

これに対し、肖像権の財産化を擁護する立場は、所有権の対象としての身体を認め、身体を生物的な素材として把握することもある。²⁰⁾ したがって、肖像という利益が本人に帰属するのまた、身体の所有という観点から肯定されることになる。このような把握は、必ずしも損害賠償のみを念頭に置いた議論ではない。ここでの財産権的な性質は、肖像の商業的な利用が可能かどうかというレベルの議論も含んでいる。²¹⁾

ここでは、単に肖像権が、抽象的に人格権であるのか財産権であるのかを争っているのではなく、現実起きている肖像に関する紛争を、どのように理解するかという点に主要な点がある。²²⁾ すなわち、肖像権は、契約の対象となり

うるのかという問題が存在し、この問題が、その構成と密接に関わっているのである。¹⁸⁷⁾

(三) 知的財産権との類似性

一方、近時は、肖像権のこのような性質につき、知的財産法との類似性を指摘する見解がある。それによれば、肖像権は、知的財産権のように、立法により権利保持者に排他的な権利を認めるものではないにもかかわらず、それと類似する機能が付与されており、それは、知的財産のように、権利保持者の事前の許諾がなければ、それを利用してきかないという点にも表れているとする。¹⁸⁸⁾ このような見解が成り立つのであれば、肖像という利益が保護され、なぜ本人に帰属するのかという点は、まさに、知的財産法でなされている議論を参照することが可能となる。しかしながら、破毀院は、肖像権の問題について、知的財産法の適用をしていない。¹⁸⁹⁾

(四) 小括

フランス法において、肖像権は、人格権の一種であると捉えるのが、伝統的な考えであった。このような理解が、肖像権の保護を正当化するものと考えていたといえるだろう。そして、この人格権的な性質を認めることは、単に損害賠償を正当化する以上の意味をフランス法では有することになる。

この点について、近時は、肖像権の現実的な実態に鑑みて、その財産的な性質を認める見解が存在する。そこでは、人格権的な性質を正面から否定するのではなく、財産権的な性質を両立させるものであると解される。この立場では、人の肖像が、どのようにして本人に帰属するかが問題となるが、その根拠のひとつとして、身体の所有が論じられている。すなわち、人の肖像は、本人が所有するものであるため、その権利が帰属するという考え方である。

一方、近時では、破毀院において、採用されていないものの、知的財産権との類似性を指摘するものがある。このような見解では、肖像権の正当化も知的財産法と同様の議論がなされると思われる、その性質もまた、知的財産法の影響を受けるのであろう。

第六節 フランス法における肖像権の検討

本稿では、いくつかの観点からフランス法における肖像権について検討を行った。

フランス法における肖像権とは、それぞれの人は、同意なく、自らの肖像を利用されることに反対する権利を有する、というものであり、同意なく肖像が利用された場合には、肖像権侵害として民法典九条違反になり、損害賠償が認められる。したがって、フランス法においては、肖像を利用されないという利益が保護すべき利益として認められており、そこでの人とは、本人との同一性が必要であるとされる。その実質は必ずしも明確ではないが、一方で、肖像そのものを客観的な利益と捉え、それに対する絶対的な保護を与えているとも解しうるが、他方で、肖像に対する一定の行為から保護するための利益とも解しうる。

また、フランス法では、肖像権が、私的生活の尊重を求める権利とは、別個の権利であるとされている点特徴的である。したがって、フランス法では、私的生活の尊重を求める権利から独立して肖像権という領域が存在し、固有の意味を持つのである。このように、フランス法においては、私的生活の尊重を求める権利との異同を明確にするため、肖像権としてどのような利益を独自保護しようとしているのか議論されている点は、わが国においても、参考にならう。

このような肖像権の問題では、本人の同意・承諾が、侵害の成否にあたって重要な役割を果たしており、そこでの

議論は、自らの肖像が肖像本人に帰属することを前提に議論がなされているといえる。それは、この同意・承諾が、その肖像の譲渡契約と関連して議論していることから推察できる。この同意は、厳格に解されているが、同意・承諾の限界が指摘されている。すなわち、子供のような同意・承諾に対する能力がない者を対象とする肖像をどのように扱うのかという視点である。このような点に鑑みると、同意・承諾そのものを過大視するのは危険であろう。なお、阻却事由としての同意・承諾という視点においても、その位置づけは、必ずしも明朗ではない。

さらに、肖像権の性質についても、人格権、財産権、知的財産権に争いがあり、特に、現実の肖像権の譲渡等の問題に対して、性質と生じている問題の解決との間で議論されていることが特徴的である。また、近時では、肖像権と知的財産権との類似性が指摘されており、参考になる見解である。このような肖像権の性質における議論は、肖像権が保護されるべき根拠を議論しているのと同時に、その権利の性質を不法行為に限定されない形で論じており、肖像権という権利としての特徴を見出すことが可能であろう。

第四章 考察

第一節 肖像権という問題の枠組みの再設定

不法行為法において「肖像権」という問題設定をすることは、不法行為責任のレベルでは、他人の権利又は法律上保護される利益という一要件の該当性を検討する問題であって、肖像権という権利が認められたとしても、直ちに不法行為が成立するわけではない。とりわけ、肖像権という問題を不法行為責任のレベルで捉える場合、それは、肖像

権であるかどうかとともに、その成否の判断において、加害行為（侵害態様・行為態様）との衡量が必要な点に特徴があると考えられる。⁽⁸⁶⁾

わが国では、基本的には、肖像権の議論の中心は、不法行為法のレベルであり、肖像権という問題設定が意味するところは、加害行為に照らして、被侵害権利・被侵害利益としての肖像権が認められるかどうかであった。

一方、フランス法の状況を見ると、肖像権として意味するところは、必ずしも、損害賠償を認めるための被侵害権利・被侵害利益としての肖像のみではない。もちろん、フランス法においても、肖像の無断利用に対して損害賠償が認められることも議論の中心ではあるが、肖像の譲渡契約等、権利として、より広い視点から肖像権を把握していると考えられる。

このような視点は、肖像権という問題領域が、必ずしも、不法行為法レベルのみの問題ではなく、その他の領域にも関連する形での権利が議論し得る可能性を示唆する。

そして、わが国のように不法行為法レベルでの肖像権を議論するのであれば、肖像権という権利・利益がどのような内容を有する権利・利益であるかをより直接的に論じる必要があると考えられる。

第二節 肖像権が保護すべき利益の再検討

肖像権が保護すべき利益とは、どのような内容であろうか。フランス法においては、肖像権と私的生活の尊重を求める権利との区別が論じられており、そこから、肖像権は、独自にどのような利益を保護しようとしているのという点が論じられている。

わが国においても、プライバシー（権）という考え方が存在していることから、フランス法と同様に、肖像権とし

ての固有の保護法益が存在するのかという問題は生じうる。⁽¹⁷⁾

学説においては、肖像権をプライバシー権と別個に理解する見解も存在するが、他方で、肖像権をプライバシー権の一部と考える見解も存在する。⁽¹⁸⁾ いずれの立場にせよ、肖像権という保護法益が、どのような利益を保護しようとしているのかにより、プライバシー(権)との棲み分けも自然と決まるはずである。したがって、肖像権が固有にどのような利益を保護しようとしているかを、論じる必要がある。⁽¹⁹⁾

わが国の議論においては、当初は、人の肖像の法的保護につき、肖像に対する撮影行為と公表行為とを分けて議論がなされていた。とりわけ、公表行為については、社会生活において、人の外見は、他人の目に曝されており、それは、禁止されていない、このように、他人の姿を自らの目に映すことと撮影行為とが明確には区別できない以上、撮影行為自体のみを上げ違法行為とはいえないとする見解が存在した。このような視点は、現在の支配的な見解のように、肖像の撮影までを禁止することに対して、重要な視点を提示するものだと考えられる。すなわち、撮影を禁止することにより保護しようとしている利益は、我々の社会生活において当然になされていることまでをも、その対象としているのではないかという指摘が可能であろう。⁽¹⁹⁾

確かに、わが国の支配的な見解においても、公的なスペースでの撮影等に関しては、責任の阻却が認められるのであろうが、そもそも、撮影されない利益を保護すべき利益として検討すべきかは、より慎重な判断が必要である。

わが国では、肖像という利益について、その客観的な利益の把握が現在では主であるといえる。したがって、撮影・公表いづれについても、肖像という利益に対する侵害であると判断することができるのであろう。

ただし、肖像権は、このような利益の把握方法に限られるものではない。というのも、下級審においては、「人は無断でその容ぼう・姿態を写されるだけで苦痛を感じることもある」⁽²⁰⁾、「人が自己の容貌・姿態をその意に反して撮影さ

れ、広く公表された場合、羞恥、困惑などの不快な感情を強いられ、精神的平穏が害される」⁽¹⁹⁾とされているよう、本人の主観的な面に利益の中心をおくことも考えられるからである。

他方、現在のわが国では、肖像を公表・利用されない利益については、それが保護すべき利益となることに異論はみられないものの、その実質をより具体的に把握する必要がある。フランス法においては、必ずしも明示的ではないが、肖像そのものを保護する絶対的な権利が、肖像権であると理解することも可能であろうし、他方で、一定の行為からの保護という解釈も不可能ではないだろう。このような理解は、わが国の理解においても、同様であると思われる。わが国においても人格権としての肖像権は、絶対的な権利として、肖像そのものの利益を把握しているように見えるが、詳細に検討すると、一定の行為から保護される利益として構成していると理解することも可能である。

このように肖像という権利・利益は、それ自体、現在においても、明確な概念とはいえないだろう。

第三節 肖像権における本人の同意の位置づけ

わが国の現在の支配的な学説において、肖像権とは「人が、その肖像・容貌・姿態を肖像本人の意に反して、みだりに撮影されたり、描かれたり、彫刻されたり、またその撮影された写真・スケッチ・胸像などをみだりに公表されない権利」であると指摘されている。⁽²⁰⁾したがって、人が、無断で、ある人の姿を写真で撮影したり、⁽²¹⁾撮影した写真を公表することは、肖像権を侵害することになる。

わが国の判例においても、最判昭和四四年二月二四日刑集第二三卷一二号一六二五頁は、肖像権と呼ぶかについては留保しつつ、「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というべきである」とし、承諾を問題としている。また、最判平成一七年も、「人は、みだ

りに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有する。もつとも、……ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影すること、が不法行為法上違法となるかどうかは……」というように、本人の承諾を問題としている。したがって、本人の承諾があれば、不法行為とはならないといえ、ここでの承諾は、黙示のものでよいと考えられている。¹⁹⁷⁾

このようにわが国の学説・判例においても、本人の同意・承諾が肖像権侵害を判断するにあたっては重要な役割を果たしており、この状況は、フランス法においても同様であり、本人の承諾があれば、違法ではないことになる。¹⁹⁸⁾

まず、このような本人の承諾・同意が、一般的な被害者の承諾と同様の位置づけなのかという点が問題となる。一般に被害者の承諾は、正当防衛等に並び、不法行為責任を阻却する事由として捉えられている。¹⁹⁹⁾この被害者の承諾が、責任を阻却する事由として効果を発生するためには、被害者が、損害の意味内容を十分理解する能力を有しており、公序良俗に反せず、行為の時に承諾が存在すること、が必要である。²⁰⁰⁾

一方で、学説では、一般の不法行為と同様の阻却事由としての被害者の承諾として、肖像権における承諾・同意を位置づける見解も存在する。²⁰¹⁾他方で、肖像権侵害における承諾・同意の意義について、肖像権侵害の特殊性を強調する立場も存在する。例えば、竹田は、「肖像権侵害に限って承諾のないことを権利侵害の要件とするのは、人の容貌・姿態は個人の属性であって、その意に反して撮影・掲載した行為を権利侵害とする考えを基調とする」としており、肖像権侵害に特有の要件だとする。²⁰²⁾

このような状況において、肖像権侵害における承諾・同意をどのように位置づけていくかは今後の検討課題となるが、承諾や同意を要することは、肖像が本人に帰属することを前提にしなければ導けないという点は、注意が必要である。このような立場が自明なものといえるかは、肖像権が認められる根拠とともに、今後検討されるべき課題とい

える。⁽²⁰⁾

また、仮に、本人の承諾や同意を要する場合、そのような承諾・同意とは、どのような承諾であれば足りるかという点を検討する必要がある。とりわけ、黙示の承諾とは、どのような場合を指すのかという点は、検討すべき問題と考えられる。⁽²⁰⁾

なお、肖像権侵害を本人の承諾・同意に関与させることは、次の点に注意が必要であると考えられる。すなわち、本人の同意を要求すると、「人が公的場所にいる場合や公的行事に参加している場合であっても、およそ人の姿態を撮影するときは、被写体たる人の承諾を得ない限り肖像権を侵害することにな」⁽²⁰⁾ってしまふという点であり、また、フランス法の状況を見ると、子供の肖像のように、同意や承諾がスムーズに機能しない場合があるという点である。このように、自明のことのように位置づけられてきた同意や承諾という問題も、そのみを重視することには、一定の配慮が必要であろう。

第四節 肖像権を保護する根拠と肖像権の性質

わが国においても、肖像権は、人格権の一種であると認められている。⁽²⁰⁾ わが国では、「人格権という言葉は、はなはだ多義的であり、……人格権の意味内容については、学者や実務家のあいだに、かならずしも共通の理解があるわけではな」⁽²⁰⁾く、「人格権概念は多岐にわたっている」⁽²⁰⁾と指摘されるため、人格権であると性質決定することに、どのような意義があるかは定かではない。一方で、「人格権は、物権と同様、排他性を有する絶対権であり、天下万人に対して主張できる権利」⁽²⁰⁾であり、「人格権そのものは譲渡できず、また債権者代位権の対象とならない」とする見解もある⁽²¹⁾が、このような理解が、共通理解として形成されているかどうかとも定かではない。

このような人格権的な理解に対しては、「人の人格と密接に結びついているということは、なぜそれが民法上法的権利利益として保護されるべきことを導くのであろうか。なぜ肖像権が人格に不可欠なのか、そして人格に不可欠でなければ民法上法的保護に値するのかをきちんと説明する必要があるはずであらう」⁽²⁵⁾り、「人格に不可欠であるという一言で肖像権を認めてしまうことが説得力を欠くことは明らかであらう」という批判が存在している⁽²⁶⁾。

また、近時では、パブリシティ権との関係で、その財産的性質をどのように説明するのかという点も問題となっている。

このような現状において、人格権であるということの意味は、次の二点を区別して論じるべきであると考えられる。すなわち、フランス法における議論においても、人格権がその権利・利益の正当化根拠となる一方で、人格権であることから導かれる性質があった。わが国でも同様の視点からの分析が可能であらう。

第一に、肖像権を保護する根拠としての人格権という問題である。わが国においては、この意味で人格権が用いられる場合も存在する。しかしながら、不法行為法上の被侵害権利・被侵害利益として肖像権を認めるために、人格権であるということがどれほどの意味を持ち得るかについては、一定の留保が必要である⁽²⁷⁾。特に、肖像権の場合には、肖像という利益が、本人に帰属する積極的な根拠が必要となる⁽²⁸⁾。その意味では、身体の自己所有による所有権的構成や、知的財産権的構成も、有力であると考えられる⁽²⁹⁾。

そのうえで、第二に、肖像権の人格権的な側面という問題が存在するのではないだろうか。すなわち、肖像権という権利を認めたい⁽³⁰⁾でも、そのような権利が、権利としてどのような性質を有するかについて検討する際に、人格権的な性質というものが、問題となり得る。

第五節 残された課題

本稿では、肖像権という問題につき、肖像権は、どのような利益を保護しようとしているのか、また、そのような利益は、なぜ保護されなければならないのかという点を検討してきた。十分な検討がなされたとは言いが、本稿での検討から、肖像権侵害という問題では、その被侵害権利・被侵害利益の判断をめぐって、それらの権利・利益に対する侵害行為がどのようなものであったかという点を考慮要素に含んでいると思われる。すなわち、肖像権の被侵害権利・被侵害利益が、撮影されない利益や公表されない利益だとすると、撮影や公表という加害行為がどのような態様で行われたかという点が重要であると思われる。⁽²⁷⁾このような視点での分析が今後は必要であり、表現の自由や報道の自由との調整として語られてきた問題も、このような枠組みで解決できるのではないだろうかと思われるが、この点は、今後の検討課題とする。

注

(一) 太田晃洋「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成一七年度(下巻)』(法曹会、二〇〇八) 七八七頁。中島基至「判解」曹時六五巻五号(二〇一四)一五八頁は、最判平成二四年について、「肖像に関する人格的利益を権利として初めて承認したという意味においても、『肖像権』についての判例法理上重要な意義を有する」とし、このような肖像権は、精神的価値に着目して構成される権利であるとする。ここでの指摘は、民法七〇九条における「利益」と「権利」との間に一定の差異を見出す見解を前提にしている可能性がある。この点の当否はともかく、ここでの重要な視点は、このような評価は、肖像権という枠組みで人の肖像の保護が法律上確立されつつあること、肖像権は精神的な価値を保護法益とする権利であること、を意味するということである。

ただし、最判平成二四年は、肖像等を「みだりに利用されない」権利としており、ここでの「利用」が、どのような意味を有するか(利用に該当しない行為をどのように斟酌するか)には、一定の解釈の幅があると解することも可能である。

- (2) 窪田充見『不法行為法』(有斐閣、二〇〇七) 一一六―一二七頁、橋本佳幸・大久保邦彦・小池泰『民法Ⅴ 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣、二〇一〇) 一一二頁。
- (3) 五十嵐清『人格権法概説』(有斐閣、二〇〇三) 一六三頁、大家重夫『肖像権』(改訂版) (太田出版、二〇一〇) 七、一八頁。学説の多くは、この定義に従っている。竹田稔『プライバシー侵害と民事責任』(増補改訂版) (判例時報社、一九九八) 二六四頁も、類似的定義であり、「何人もみだりにその容貌・姿態を撮影されたり、撮影された肖像写真を公表されない権利」とする。
- (4) 五十嵐清『人格権論』(一粒社、一九八九) 七二頁、同・前掲注(3)『人格権法概説』一六六頁、大家・前掲注(3) 二五頁。
- (5) わが国における肖像「権」という議論は、不法行為による損害賠償請求が認められるかどうかが議論の中心であったため、ここでの「権」という意味は、民法七〇九条にいう、「他人の権利または法律上保護すべき利益」に該当するかという一要件を議論しているに過ぎないと思われる。したがって、肖像権という「権利」が権利行使の対象となることなどは、想定されているとはいえない。
- (6) 松井茂記『肖像権侵害と表現の自由』(一)『民商』二七巻二号(二〇〇二) 一五六頁。久保野恵美子『判評』重判解平成二四年度(二〇一三) 八五頁も、同旨と考えられる。
- (7) 松井・前掲注(6)『肖像権侵害と表現の自由』(一) 一六九頁。
- (8) 松井・前掲注(6)『肖像権侵害と表現の自由』(一) 一八一頁。
- (9) フランス法における *droit d'image* (肖像権) という問題は、本論文では検討の中心とする。わが国では、不法行為法での議論が中心であった肖像権という問題は、フランス法においては、必ずしも、不法行為法の枠組みに限定した議論ではない。例えば、人の肖像が契約の対象となりうるのかという問題等である。したがって、*droit d'image* をわが国にいう肖像権という枠組みで検討できるかは、一つの問題であると考えられるが、従来の用法に従い、肖像権と訳すことにする。なお、本稿は、人の肖像を、不法行為法上の保護すべき利益から分析するものであることも付言しておく。
- (10) 高橋康之『人格権の比較的研究 フランス』比較二四号(一九六三) 二四頁以下、三島宗彦『人格権の保護』(有斐閣、一九六五) 九〇頁以下、ジェラルド・レジェ、山野日章夫訳『肖像権の保護』ジェラルド・レジェ、ジョラルジュ・リーブ、植野妙実子、山内惟介、山野日章夫訳『フランス私法講演集』(中央大学出版部、一九九五)、柴崎暁『フランス法における私生活・名誉・情報保護』(その二) 山形法政論叢八号(一九九七) 一頁以下、大石泰彦『フランスのマス・メディア法』(現代人文社、一九九九) 二〇一頁以下〔初出「フランスにおける私生活の保護」青法三三巻二号〕、北村一郎『私生活の尊重を求める権利―フランスにおける「人法の権利」の復権―』北村一郎編『現代ヨーロッパ法の展望』(東京大学出版会、一九九八) 二一五頁以下、皆川治廣『プライバシー権の保護と限界』(北樹出版、二〇〇〇)、石井智弥『人格権固有の利益の保護』専大院三三号(二〇〇三) 一頁以下、山口俊夫

- 『概説フランス法(下)』(東京大学出版会、二〇〇四)三二七頁以下、上井長久「フランス法における私的生活の保護について」明治大学社会科学研究所紀要四四卷一号(二〇〇五)一七一頁以下、江藤英樹「フランスにおける表現の自由および私生活保障についての考察」法論七九卷一号(二〇〇六)八五頁以下、大村敦志「『人』の優越」同『学術としての民法Ⅰ 二〇世紀フランス民法学から』(東京大学出版会、二〇〇九)一二四頁以下、内野正幸「プライバシー権論の断面——フランスの場合」『表現・教育・宗教と人権』(弘文堂、二〇一〇)八六頁以下、曾我部真裕「自己像の同一性に対する権利」について」論叢一六七卷六号(二〇一一)一頁以下(同『反論権と表現の自由』(有斐閣、二〇一三)所収)。石井智弥「フランス民法における人格権保護の発展——尊厳義務の生成(五)」茨人五四号(二〇一二)一頁以下等参照。
- (11) わが国における問題意識に照らせば、フランス法における議論は、不法行為責任(民事責任)の観点からも検討される必要がある。したがって、本稿では、G. Viney, *Traité de la condition de la responsabilité civile*, 4ed, LGDJ, 2013; Philippe le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats* 2014/2015, Régimes d'indemnisation, 10ed, Dalloz, 2014, 等の民事責任の概説書に示唆を得る。
- (12) 五十嵐清「人格権」加藤一郎編『注釈民法(19)』(有斐閣、一九六五)一八一頁でも、肖像権は、古くから認められた権利であるとされている。なお、明治期において、人の肖像が法律上どのように捉えられてきたかについては、岩田新「肖像権論(二)」新報五〇巻一〇号(一九四〇)一五八三頁以下参照。
- (13) 菱谷精吾「不法行為論」(清水書店、一九〇五)五七—五八頁は、肖像権は、名誉権の支分したものとす。団野新吉「損害賠償論」(巖松堂、一九一三)五八二頁も同様であるが、自らの見解かは定かではない。
- (14) 今井嘉幸「寫影拒絶權」法協二三卷二号(一九〇四)二六〇頁以下。なお、これらの時期にあつては、外国法、特にドイツ法の強い影響がみられ、論文においても、外国法を紹介した部分であるのか、著者の主張であるか、明示的ではないことを留保しておく。
- (15) 今井嘉幸・前掲注(14)二七〇—二七二頁。
- (16) 乾政彦「肖像権(一)」法協二九卷六号(一九一一)八八七頁。
- (17) 乾政彦「肖像権(三)」法協二九卷九号(一九一一)一四二四頁。
- (18) 乾・前掲注(17)「肖像権(三)」一四二五頁。なお、同「肖像権(四)」法協二九卷一〇号(一九一一)一六二二頁では、肖像権につき、肖像についての利益を財産的利益と非財産的利益とに区別した後、これを一つの権利の中に認める見解と、財産的利益を保護する財産権と非財産的利益を保護する非財産権とを区別する見解があるとする。そのうえで、肖像権は、非財産的利益を重視するため、財産的な利益を独立させる必要性はないとする。
- (19) 乾・前掲注(17)「肖像権(三)」一四二六頁。

- (20) 乾・前掲注(17)「肖像権(三)」一四二六一—四二七頁。
- (21) 乾・前掲注(17)「肖像権(三)」一四二七一—四二八頁。
- (22) 乾・前掲注(18)「肖像権(四)」一六二八頁。ただし、頒布と交付とは、必ずしも明確な区別はできないとする。
- (23) 乾・前掲注(18)「肖像権(四)」一六二六頁。
- (24) 乾・前掲注(18)「肖像権(四)」一六二三頁。
- (25) 乾・前掲注(18)「肖像権(四)」一六二九頁。なお、同一六三三頁は、本人の同意なく肖像が利用された場合であっても、肖像権侵害に当たらない場合も認められるとする。四つ挙げられているが、本稿の問題関心からすると、人物が風景や場所の描写として表現された場合は、特定の人格として認識されないため、侵害には該当しないと認める点が重要である。
- (26) 乾・前掲注(18)「肖像権(四)」一六二五頁。
- (27) 乾・前掲注(18)「肖像権(四)」一六三七頁。
- (28) したがって、裁判例においても、現在からみれば肖像権の問題として捉えうるものが存在する可能性がある。例えば、五十嵐・前掲注(4)「人格権論」二七八頁は、名誉毀損が問題となった東京地判昭和三年八月八日下民集七卷八号二二五頁を現在からみた肖像権の事例として挙げるが、それ以前にも、現在からみると肖像権侵害の事例と呼べるものが存在する可能性はある。
- なお、五十嵐・前掲注(3)「人格権法概説」一六四頁の脚注(36)は、戦前のわが国では、学説・判例とも肖像権を認めることに消極的であったとする。
- (29) 乾・前掲注(18)「肖像権(四)」一六三三頁の指摘は、肖像権侵害の例外として、風景に映りこんだときのように、個人を特定できないような場合を認めるが、ここでの個人を特定できないという視点もまた、個人の特定という人格的な要素が入っているとみることとも可能である。
- (30) 団野・前掲注(13)五八二頁は、人がその肖像についての権利を有するか否かについて、学説は一致していないと評価する。また、岩田新「肖像権論(一)」新報五〇巻九号(一九四〇)一三七八頁は、大正時代におけるこの問題の検討は、外国法の紹介にすぎないとの評価を与えている。
- (31) 岩田・前掲注(30)「肖像権論(一)」一三七九頁では、「権利」侵害要件を厳格に解しない見解が流行したため、肖像権自体の発達が阻害されたと考えうるとしている。
- なお、前述の、撮影行為と公表行為との区別については、粟生武夫「人格権法の發達」(弘文堂書房、一九二九)八一頁の脚注(2)において、必ずしも粟生の見解かは定かではないが、「肖像権は、肖像の陳列や複製・頒布を制限する権利で、撮影そのものに對し

ても同意権をもつが、それは、名誉権の作用」であり、同意なき撮影では、肖像権の侵害とはならないとし、また、沼義雄「債権各論(下)」(巖松堂、一九四三)三六八頁も、肖像権を「自己の肖像に対する利益を内容とする権利に対して排他独占的の性質を有するもの」としたうえで、個人の利益も、団体共同の利益のために犠牲になるものであり、その程度は、肖像の作成に止まるべきであり、頒布は侵害となる。したがって、肖像権の主要なる権能は権利者が自ら自己の肖像を頒布することを他人に禁ずることであるとす。このように、撮影行為と公表行為とを区別し、前者については、肖像権侵害の対象とはならないとする見解は、それ以前の学説の影響を受けたものと解することができる。

(32) 鳩山秀夫「日本債権法(各論下)」(岩波書店、一九二〇)八七五―八七六頁。他にも梅原重厚「不法行為概説」(巖松堂、一九三七)一六五頁も、名誉を害する場合を除けば、肖像権侵害は成立しないとす。

石田文次郎「民法大要(債権各論)」(有斐閣、一九三八)一三九頁、同「債権各論講義」(弘文堂、一九三九)二七八頁も「何人も其意思に反して写生又は写真撮影されないことについて利益を有する。しかし、公的生活をなすもの、ニュースの關係者には肖像権がないから、肖像権の侵害が生ずるのは、他人の肖像を無断にて陳列頒布することが其人に対する侮辱となるような場合であり、「名誉権に含めてもよい」とす。石田の注目すべき点は、その意思に反してというように、本人の意思を肖像権侵害の枠組みに用いている点、さらに、名誉毀損の対象となる行為が、陳列頒布する行為となつて点である。ただし、この点については、同「債権各論」(早稲田大学出版会、一九四七)二六九頁において、「肖像とは容姿の模写であつて、何人も其の意思に反して写生又は写真撮影されないことについて利益を有している」としており、撮影されたこと自体を保護利益としている。

(33) 末弘巖太郎「債権各論」(有斐閣、一九一八)一〇三二―一〇三四頁。

(34) 末弘・前掲注(33)一〇三二―一〇三四頁。

(35) 川添清吉「民法講義」(巖松堂、一九三六)三六六頁も、身体権の侵害として肖像権を把握する。

ただし、末弘は、これには例外があり、自ら公衆の面前に登場するような場合は、撮影の許可を認容する意思あるものとする。

(36) 勝本より前に、人格権としての肖像権を肯定する見解として、中島弘道「民法通論」(清水書店、一九二五)八三二頁。

(37) 宗宮信次「名誉権論」(有斐閣、一九三九)二二四頁。

(38) ただし、宗宮・前掲注(37)二二五頁は、風景等のように特定人として、その肖像を利用してない場合は、肖像権侵害は生じないとする。

(39) 勝本正晃「日本著作権法」(巖松堂、一九四〇)。なお、このような理解の前提として、旧著作権法二五条の存在があつたことを指摘しておく。勝本は、この規定は、著作権財産権に限つたものであるとの理解している。一方、旧著作権法二五条は、「他人ノ囑托

ニ依り著作シタル写真肖像ノ著作権ハ其ノ囑托者ニ属ス」と規定しており、この規定が、肖像権を保護する趣旨であったとの指摘もある。齊藤博『人格価値の保護と民法』（一粒社、一九八六）参照。

(40) 勝本・前掲注(39) 一三九頁。

(41) 勝本・前掲注(39) 一三九頁。

(42) 勝本・前掲注(39) 一三八頁。

(43) 勝本・前掲注(39) 一三八頁。

(44) 岩田・前掲注(30)「肖像権論(二)」一三八四頁は、この勝本の記述は、公表的人格権としての公表権と人格権としての肖像権の公表的人格権とを区別することなく妥当とする。

(45) 岩田・前掲注(30)「肖像権論(二)」一三八一頁。ここでも、勝本と同様に、旧著作権法時代の議論であったことは留保しておく。

(46) 岩田・前掲注(30)「肖像権論(二)」一三八五頁。

(47) 岩田・前掲注(30)「肖像権論(二)」一三八六頁。

(48) 岩田・前掲注(30)「肖像権論(二)」一三八六頁。

(49) 岩田・前掲注(30)「肖像権論(二)」一三九〇—一三九三頁。

(50) 岩田・前掲注(30)「肖像権論(二)」一三九二頁。

(51) 五十嵐・前掲注(12)「人格権」一八一頁。加藤一郎『不法行為』(有斐閣、一九五七)一二九頁も、他人の肖像の使用も、公共性のないものについては、本人の承諾がなければ、違法性を帯びるとしており、本人の承諾を問題としている。

(52) 前田達明『民法Ⅵ(不法行為法)』(青林書院、一九八〇)一〇三頁、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(中巻)』(青林書院、一九八三)三三九頁、川井健『民法教室 不法行為法(第二版)』(日本評論社、一九八八)九三—九四頁。

(53) 撮影行為自体が違法であるため、当然に公表行為も違法となると判断している可能性はあり、そうであれば、そもそも、撮影行為と公表行為とを区別する実益も乏しいと考えられる。他方、五十嵐・前掲注(4)「人格権論」七三頁、同・前掲注(3)「人格権法概説」一七〇—一七二頁では、従来、無断撮影については、肖像権の対象とならないという見解が多かったとしつつ、「たしかに、恋人の肖像をひそかに描いて所蔵していても、公開されないかぎり、肖像権の侵害はないと解すべきであろう。しかし、プライバシーの観念が次第に高まり、他方で撮影技術が異常に進歩するにつれ、写真撮影だけで肖像権の侵害が生ずると考えられるようになってきた。……撮影自体を違法とすることにより、救済手段として、写真屋その原版的廃棄や引渡の請求ができるというメリットもある」とし、技術の促進に伴い、撮影自体も違法となっていくたとしていいる。

- (54) 竹田・前掲注(3)二六三―二六四頁は、「肖像、すなわち人の顔容又は社会通念上特定人であることを識別しうる身体的特徴は、性別・年齢・職業・身分等の如何にかかわらず、その人の人格価値と認めるべきであり、このことは判例・学説とも肯定し、既にわが国社会に定着している」とし、「肖像は、人格的利益に止まらず、肖像権、すなわち、何人もみだりにその容貌・姿態を撮影されたり、撮影された肖像写真を公表されない権利であり、人格権の一つとしてこれを承認することができよう」とする。花本広志「人格権の財産的側面」独協四五号(一九九七)二四四頁、二四九頁は、「氏名・肖像等のベルソナは個人の人格の構成部分であるから」、「個人はその氏名・肖像等のベルソナを誰にどこでどのように利用させるかを決定する権利(自己決定権としての人格権)を有していると考えられる」とし、自己決定権としての肖像権と把握する。
- (55) 松井茂記「肖像権侵害と表現の自由(二・完)」民商二七卷三号(二〇〇二)三二五頁、三二七頁。
- (56) 松井・前掲注(55)「肖像権侵害と表現の自由(二)」三四四頁。
- (57) 松井・前掲注(6)「肖像権侵害と表現の自由(一)」一五八頁。
- (58) 松井・前掲注(55)「肖像権侵害と表現の自由(二)」三二五―三二六頁、平野裕之「民法総合6 不法行為法(第三版)」(信山社、二〇一三)一二七頁、内藤篤・田代貞之「パブリシティ権概説(第三版)」(木鐸社、二〇一四)五七頁。また、潮見佳男『不法行為法I(第二版)』(信山社、二〇〇九)二〇五頁は、平穏生活権、自己情報コントロール権として把握する。
- (59) 本稿では、「人」の肖像の保護を検討の中心に据えるため、わが国のいわゆる「物のパブリシティ」と呼ばれる問題や、ブランドイメージの保護の問題は、検討の対象外とする。このような問題領域は、フランス法上は、肖像権の問題として、人の肖像と同時に検討されることも多いが、本稿では、検討の対象から除く。Philippe le Tourneau, *op. cit.* n.1633。なお、この問題につき、フランス法では、著作権法等の保護の対象とならない限り、物の肖像(*Image des biens*)は、所有権の対象とならないとして、保護されていない(Cass. *Assemblée plénière*, 7 mai 2004)。ただし、わが国と同様、フランスにおいても、この点は、いまだ明確な結論が得られてゐるわけではない。コンセイユデータでは、反対の結論を示しているといわれる(CE, 29 oct 2012, RTD, com. 2013, p271, obs. F. Pollaud-Dulian)。この点に関しては、麻生典「物のパブリシティ」吉田克己編『財の多様化と民法学』(商事法務、二〇一四)三八一頁以下も参照。
- (60) 以下の検討では、フランス法における肖像権の学説における議論や判例を網羅的に紹介するものではないことを付言しておく。この点は、G. Viney, *op. cit.* n.259, でも、私的生活の尊重を求める権利や肖像権に関する民事責任の判例は、きわめて(*extremement*)豊富であるとする。
- (61) 一般に、フランス法においても、報道の自由や、より高次元での事由がある場合には、肖像権侵害が生じないと考えられている。

例えは、Cass. civ. 2^e, 18 décembre 2003, Bull. civ. II, n°404; D. 2002, 2004, note. Ravanas は、Xの肖像が、警察監置 (garde à vue) の際に造られたことに対し、民法典九条により差止を求めた事案で、破毀院は「司法上の尋問の際に造られたデジタル写真は、私的尊重を求める権利の侵害に該当せず、これらの写真は、司法警察官によって保管され、法によって認められた要件内で用いられている」として、請求を棄却した事案がある。

この点、注目すべき判決が近時登場した。Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 2000, D. 2001, somm. p1990, note A. Lepage; D. 2001, p885 et 887, JCP2001, II, 10488, は、肖像権侵害について、次のように判示する。すなわち「人間 (personne humaine) の尊厳を尊重する」という留保のもとで、情報コミュニケーションの自由 (La liberté de communication des informations) は、当該事件に関わった人の肖像の出版を可能にする (正当化する) と判断した。この判決は、肖像が本人の同意なく出版されることを正当化するものであり、極めて重要であると考えられる。また、このような立場は、Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2001, D. 2001, n°15, p1199, note J-P. Grider; JCP, 2003, II, 10533, note J. Ravanas; Gaz. Pal. 2002 (mai-juin), p641; Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2001, D. 2002, Cass. civ. 2^e, 30 juin 2004, Bull. civ. 2004, II, n°340, p. 286; D. 2004, IR, p2350; JCP, 2004, IV, 2820, においても確認されており、破毀院の立場として一定の立場が確立されつつある。特に後者の判決は、原則として、すべての人は、自らの肖像について排他的・絶対的な権利を有し、前もって同意がない場合にはその肖像の利用等に対し反対する権利を有するが、この権利は、情報コミュニケーションの権利と結びつかなければならず、したがって、伝えるべき正当な利益を公が有する場合その権利は生じないとした (Le public a un intérêt légitime à être informé) としている点が重要であると考えられる。

(62) 曾我部・前掲注 (10) 一一二頁も、「肖像権については、一般にはプライバシー権に関連する権利であると位置づけられているが、しかし、公の場における容貌の撮影・公表も肖像権の保護範囲であると理解されており、プライバシー権だけでは説明がつかず、その保護の根拠はなお不明確であることが指摘されている」とする。

(63) 乾・前掲注 (16) 八九〇頁、高橋・前掲注 (10) 五〇頁、五二頁、柴崎・前掲注 (10) 七頁、大石・前掲注 (10) 二〇七頁、北村・前掲注 (10) 二一八頁、皆川・前掲注 (10) 三五頁以下、村上孝止「勝手に撮るな！肖像権がある！」〔増補版〕(青弓社、二〇〇六) 一九一―二〇頁。なお、村上孝止「肖像権とその周辺」久留米三九号 (二〇〇〇) 二九頁では、「判例主義をとったフランスでは、一九世紀の半ばには、撮影も公表も承諾を必要とするという判例がすでに固まっていた」と指摘する。また、同三二頁では、「写真や絵画で人物を扱う場合、フランスでは、本人の承諾を必要とするという判例が一八〇〇年代の中ごろには確立していた」と指摘する。

簡単に、*le droit à l'image des personnes et des biens proposition pour une reform.*, p2. ss°

- (64) 肖像権を初めて認めた判決としてわが国でも著名な判決である一八五八年の *Rachel* 事件がある。女優の臨終の肖像画と写真を親族に無断で雑誌に掲載した事案であり、裁判所は、「ある人の臨終の顔は、たとえその人が有名であっても、家族の同意なしに公表することはできない。公表に反対する権利は絶対権である」とした。本判决については、乾・前掲注(16) 八八八頁において、すでに紹介されており、本判决以外にも、一九世紀後半から二〇世紀初頭のフランスにおける裁判例が紹介されている。
- (65) 例えば、リヨン控訴院一八八七年七月八日判決は、肖像写真を許諾を得ずに、コピーして販売した事案において、「肖像写真のネガと現像写真は撮影された人がその所有権を有する」と判断した。セーヌ民事裁判所一九〇五年二月一〇日判決は、医療上の教育目的で撮影した画像を無断で映画会社がそれを一般に公開した事案において、裁判所は、「すべての人は、自己の肖像、自己の顔立ち、自己の肖像写真に対して、所有権を有しており、この所有権の所持者は自己の肖像写真の公表を禁止することができ、その写真が損害を生じさせるような状況で、本人の意に反して、公表された場合、損害賠償を請求できる」とした。
- (66) 乾・前掲注(16) 八九〇頁では、「人は自由にして縛束せらるる所なきが故に自己以外に自己の主なく自己自ら自己自身の主たり従て人は自己自身の上に神聖にして且つ移轉すべからざるの権利即ち人格権を有す人格権は自己自身の主権なり自己自身の独占権なり既に人が自己自身の独占権を有する以上は其の一部分たる自己の容貌の独占権有すと」とする。
- (67) 高橋・前掲注(10) 五一頁。
- (68) CA Paris, 25 octobre 1982, D. 1983, p.363 は、所有権と人格権との両方を根拠とする。
- (69) G. Viney, op. cit., n°256 は精神的損害の發達に影響したとしている。
- (70) A. Bertrand, *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Litec, 1999, p.1. ss.
- (71) T. Hassler, *Le droit à l'image des personnes: entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, n°3, n°15, Lexis Nexis, p4; CA Paris, 6 juillet 1965, Gaz. Pal. 1966, p39; CA Paris, 13 mars 1965, JCP. 1965, 2, 19423; TGI Seine, 24 novembre 1965, JCP1966, 2, 14521.
- (72) 大石・前掲注(10) 二〇八頁。
- (73) 高橋・前掲注(10) 五一頁。
- (74) なお、フランスでは、当時、民法改正草案が提出されており、その一六二条で、肖像権についての規定がある。
- 民法改正草案一六二条：「事前に本人の同意を得ることなく、他人の肖像を公開・展示・使用した場合には、本人はその中止を求めて訴えることができる。ただし、財産的または精神的損害の賠償請求を妨げられることはない」。この点については、三島・前掲注(10) 一一一頁、野田良之ほか「フランス民法典改正草案」比雑四卷一・二号(一九五八) 一一八一―一九頁、一七七頁参照。
- (75) 民法九条の成立過程については、柴崎・前掲注(10) 一二二頁、北村・前掲注(10) 二二五頁、大石・前掲注(10) 二〇九頁以下、

上井・前掲注(10)一七一頁以下、等参照。なお、五十嵐・前掲注(3)一九七頁では、「フランスではプライバシー法は多様な発展を遂げ、今日ではフランスは世界で最もプライバシーを尊重している国といえる」としている。Le droit à l'image des personnes et des biens proposition pour une reform, p2.

(76) 山口・前掲注(10)三二七頁。なお、同頁では、「現代社会における、『連帯 solidaire』観念の発展とともに、それと対比的に深化する社会構成員各自の『個性 individuelle』の尊重、さらには、『孤独 solitude』の希求に対応するもの」と指摘されている。

(77) 北村・前掲注(10)二一六頁、大村・前掲注(10)一二五頁。

(78) 北村・前掲注(10)二二二頁。

(79) 柴崎・前掲注(10)九頁。

(80) G. Viney, op. cit. n°257, p42; P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3ed, LexisNexis, 2014, n°223, p149.

(81) Cass. civ. 1^{re}, 5 nov 1996; Bull. civ. I, n°378; JCP 1997, I, 4025, n°5, obs. G. Viney; JCP 1997, II, 22805, note J. Ravanas; D. 1997, 403, note S. Laulom; RTD, civ. 1997, p637, obs. J. Hauser. 本判決は、「私的生活の尊重を求める権利の侵害として、原判決が損害賠償の支払いを命じたのに対し、損害賠償が認められるためには、民法典一三八二条を要件としなければならないと告示した事案である。破毀院は、「民法九条によれば、私的生活の侵害が認定された時点で損害賠償を受ける権利が生じる」と判示した。

この判決は、私的生活の尊重を求める権利のみにより損害賠償が認められ、民法典一三八二条の損害やフォートを証明する必要はないとした著名な判決である。なお、本判決は、フランス破毀院のHP上で翻訳が掲載されている。(https://www.courdecassation.fr/IMG//CL_arret19414798_961105_JP.pdf) (最終アクセス日二〇一五・一・一〇)。

それ以降におき、Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997, Bull. civ. 1997, I, n°73; JCP 1997, II, 22873, p319 は、「民法典九条による私的生活に対する侵害があったという事実のみ (constatation) によって損害賠償が認められる」とし、Cass. civ. 1^{re}, Bull. civ. 1998, I, n°274, p191, も「民法典九条によって認められた権利に対する侵害の事実のみによって損害賠償が認められる」として控訴院の判決を正すものであること。その他、Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, bull. civ. II, n°117; Cass. civ. 18 mars 2004, Bull. civ. II, n°135 et n°137; Cass. civ. 1^{re}, 5 juillet 2006, Bull. civ. 2006, I, n°362, p310 が同様の文言を用いることから確立された立場といえる。

(82) Philippe le Tourneau, op. cit. n°1634 et 14. その対象者が有名人である場合を挙げ、いくつかの判決を引用する。TGI Paris, 3 décembre 1997; CA Paris, 14 septembre 1998, Gaz. Pal. 1999, 2, somm. 753; CA Paris, 2 mars 1999, Gaz. Pal. 1999, somm. 321; préjudice économique; Cass. Civ. 1^{re}, 13 avr 1988, Bull. civ. I, n°98.

- (83) 大石・前掲注(10) 二一〇頁。
- (84) J.-P. Ancel, *Protection de la personne: image et vie privée*, Gaz. Pal. 1994, p.93 は、肖像権は、明確なテキストから生じているわけではなく指摘する。
- (85) ジェラルド・レジェ・前掲注(10) 四四—四五頁、J.-H. Saint pau, *Cass. civ. 1^{re}*, 16 juill. 1998, D. 1999, p.541 は、民法典九条を、人格権の《母体 matrice》と呼ぶ。
- (86) 北村・前掲注(10) 二二五頁以下によれば、具体的には、身分的事実の(本名の暴露、住所・住居、電話番号、出生日・場所、銀行口座)、身体的状況(裸体、妊娠・出産、健康状態・入院手術・病歴)等である。
- (87) 北村・前掲注(10) 二二四頁。
- (88) 北村・前掲注(10) 二二四頁。
- (89) M. Serra, *L'image des personnes physiques et des biens*, ECONOMICA, 1997, p.33; G. Viney, op. cit., n°259; Bernard Beignier, *Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer*, op. cit., n°1587ss によれば、私生活以外の部分を定義しそれと比較して、私生活を定義する立場(例えば、公的生活 (la vie public) を定義したうえで、公的生活以外のすべての部分を私生活と呼ぶ見解)、他の概念を参照せずに私生活を定義する見解(私生活の範囲内に入ったか否かを主体に決定権を与える主観的方法での定義等)等である。
- (90) 山口・前掲注(10) 三一九頁。
- (91) Bernard Beignier, *Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer*, op. cit., n°1587.
- (92) Daniel Gutmann, *La nature de l'image, L'image Journal nationale Tome VIII/Grenoble*, Dalloz, 2005, p.7; T. HASSLER, op. cit., n°3.
- (93) Bernard Beignier, *Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer*, op. cit., n°1592.
- (94) 例えば、CA Versailles, 30 juin 1994, D. 1995, 645, note Ravanas は、「すべての人は、いくら著名 (notoriété) であっても、自分の肖像や、その利用について、そのコピーや利用について反対することができる排他的な権利を有する。ただし、それは、報道の自由の法令の留保のもとで、特別の許可がある場合を除く」としている。
- その他にも、下級審としては、TGI Paris, 4 avril 1970, JCP. 1970, II, 16328, note. R. L. (大統領の Pompidou が写真を広告目的に使用されたことに対して差止を求めた事案)、CA, Paris, 14 mai 1975, D. 1976, p.291, note. R. Lindon (女優 Catherine Deneuve が雑誌に夫の写真とともに掲載されたことに対して損害賠償を求めた事案)、TGI Nancy, 15 octobre 1976, JCP. 1977, II, 18526, note. R. Lindon (大統領の Valéry Giscard が差止を求めた事案)等が存在する。このような文言は、近時でも下級審においては、用いられる場合がある(例えば、CA Paris, 31 octobre 2001, CCE, p.4, note A. Lepage; Aix-en-Provence, 2 décembre 2003, CCE, avril 2004, p.39)。

- (95) Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1592.
- (96) Cass. civ. 1^{re}, 13 janvier 1998, Bull. civ. 1998, I, n°14, 中へは Cass. civ. 2^e, 7 juillet 1971, も許可なく撮影した写真を出版することは許さない人が有する肖像に対する権利を侵害すると判断してゐる。
- (97) Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1998, Bull. civ. 1998 I, n°259, p. 181; D. 1999, 541, note Saint-Pau.
- (98) Philippe le Tourneau, op. cit. n°1604.
- (99) フランスでは、肖像権について、国民議会に、社会党の議員により二〇〇三年七月一六日の議員提出法案が付されている。成立には至っていないが、肖像権の意義を知る上でも、重要であると考えられる。ここでは、現行のフランス民法典九条（及び五四〇条）に次のような条文を追加することを提案している。
- 九一―二条として、「それぞれの人は、自己の肖像についての権利を有する。人が有する肖像についての権利は、それぞれの人が自らの肖像の複製や利用について所有するという権利である。
- しかしながら、人の肖像は、彼によつて、現実に重大な損害を生じさせない場合には、複製・利用しうる」が提案されていた。
- ここでは、次の点を指摘しうる。
- まず、肖像権の定義としては、破毀院でも用いられている文言を用いたことである。したがつて、肖像権という語を用いる場合に、一定程度の共通認識が形成されていたといえる。
- 次に、「自己の肖像を所有するという考え方を採用している点である。
- さらに、肖像権侵害の例外として、損害を生じさせない場合を規定している。このことは、フランス民法典一三八二条を反映していると指摘されており、肖像権を保護する枠組みは、加害者の不法行為から保護されるという枠組みを採用していることになる。
- なお、本法律案は、人の肖像だけではなく、物の肖像 (image des biens) についても、民法五四四条に追加する条文を提案していた。
- この提案によつて、J.-M. Bruguire et B. Gleize, *Proposition de loi sur le droit à l'image. Pite pour les jurists*, D. 2003, p2643; L. Marino, *Proposition de loi sur le droit à l'image du 16 juillet 2003*, D. 2004, somm. 1631 を参照。この提案は「肖像権、肖像の商業上の利益、人の尊重、報道の権利を調和させる狙いがあるものであった。さらに、表現の自由を確保するために、判例の現実の展開の方向性を変更させる狙いがあった。
- ただし、学説の一部とは衝突しており、民事責任と権利とを混ぜ合わせたものなどの評価もある。le droit à l'image des personnes et des biens proposition pour une reform. p5.

- (100) Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1637, Paris, 25 octobre 1982, D. 1983, 363, note, Lindon; Cass. civ. 1^{re}, 13 avril 1988, JCP1989, 2, 21320, note Putman; Toulouse, 15 janvier 1991, D. 1991, 600, note, Ravanas; Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993, Bull. civ. I, n°87, D. 1993, 614, note, Verheyde, JCP1994, 2, 22319, RTD, civ. 1993, 3260bs, Hauser. しかしながら、この点については、批判もあり、それは、民法典九条を用いる以上、商業的利用以外の場合に適用されるべきだからである。また、フランス法の分析を、私的生活の尊重を求める権利が問題となるような肖像の利用の場合とパブリシティが問題となるような場面を区別して分析する見解も存在する。Le droit à l'image des personnes et des biens proposition pour une reform. p9, 23.
- (101) T. Hassler, op. cit. n°36.
- (102) *Le droit à l'image des personnes et des biens proposition pour une reform.*, p23.
- (103) Pierre Murat, *Le contrôle de l'image de la personne en droit civil. L'image Journée nationale Tome VIII/Grenoble*, Dalloz, 2005, p18 は、「アメリカ法と同様に、第三者を近寄せない個人の権利とする（ひとりで放っておくのも自由な権利）」。
- (104) Pierre Murat, op. cit., p19.
- (105) CA Paris, 5 décembre 1997, D. 1998, IR32 では、「写真による撮影方法は、卑劣な方法から保護することは不可能である」と考え論じられている。
- (106) TGI Nanterre, 8 décembre 1999, D. 2000, somm. 274, obs. Caron (撮影された写真がインターネットにアップされた事例), Civ. 1^{re}, 20 février 2001, Bull. civ. I, n°43; D. 2001, 1199, note, Grisel; D. 2001, somm. 1992, obs. Caron (写真付の広告), Civ. 1^{re}, 7 novembre 2006, Bull. civ. I, n°466; D2007, 700, note, Bruguière (書類に添付された写真)。
- (107) Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1634.
- (108) CA Versailles, 30 juin 1994, D. 1995, 645, note Ravanas (ギナロ・カロリーナが描かれた SANTON の人形が問題となった事案)。
- (109) CA Paris, 1^{re} ch. A, 19 septembre 2000, Gaz. Pal. 2000, 2, somm. 2717 (貨幣の上に、ドゴール將軍と西ドイツのアダナウアー首相の人物像が描かれていた事案), TGI Nanterre, 2 août 1996, D. 1998, somm. 79, obs. Dupoux (バカンス中の司会者の写真)。
- (110) CA Paris, 14e ch. B, 28 novembre 2008, JCP2009, 2, 10026, note E. Dethieux (コンクリートタイプのサルロジ大統領のブレードゥー教のマネキン人形が問題となった事案)。
- (111) Civ. 1^{re}, 16 juillet 1998, Bull. civ. I, n°259; D. 1999, 541; Versailles, 30 juin 1994, D. 1995, 645, note Ravanas; Cass. civ. 1^{re}, 13 janvier 1998, Bull. civ. I, n14, D. 1999, 120, note Ravanas, JCP1998, 2, 10082, note Loiseau, RTD, civ. 1998, 341; Cass. civ. 2^e, 5 mars 1997, Bull. civ. 2, n°66, D. 1998, 474.

- (11) Murat op. cit. p19, Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer op. cit. n°1632, T. HASSLER op. cit. n°37 参照。判決より、CA Paris, 27 mars 2003, CCE2004, n°10, TGI Nanterre, 25 septembre 2008, Légipresse2008, n°255, I, p314 (アンソンの事業であるが、サルロジの背中姿の写真において肖像権侵害を否定)、TGI Paris, 17 décembre 2008, Légipresse2008, n°258, I, p20 (隠しカメラで撮影された姿が不明瞭で、その人を認識できる要素が隠れていた場合に侵害を否定)。
- (113) Cass. civ. 1^{re}, 5 avril 2012, Bull. civ. 2012, I, n86. (商業的なキャンペーンの際に、三ツリリのインターネット上の写真を同意なく利用した事案)。
- (114) Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2006, Bull. civ. 1, n°170, D2006, 2702, obs. Lepage; CA Paris, 1^{re} ch. A, 8 novembre 1999, Gaz. Pal. 2000, 1389, note (雑誌に顔はすべて隠れているが、三人の素裸の女性の写真が描かれており、そのうち一人はフランス南部の控訴院の裁判長であるとする記事の、元売春婦が転換した成功したという解説付きに掲載された事案)。Cass. civ. 1^{re}, 9 avril 2014, D. 2014, 929.
- (115) Philippe le Tourneau, op. cit. n°1635.
- (116) L'image banale d'une personne ou le triangle des Bermudes du droit à l'image, P. A. 30 decembre 2008, p4.
- (117) CA Paris, 6 novembre 2003, Gaz. Pal. 2004, p48; CA Paris, 27 mars 2003, CCE, 2004, n10, 反た、電話ホテックスに送られた写真を撮影されたことによる侵害を認めた判決も存在。CA Paris, 19 septembre 1995, D. 1995, IR, 238.
- (118) Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, Bull. civ. 2002 I n°110, p.85, 週刊誌に写真を撮られた者が、損害賠償を求めた事案において、破毀院は「私生活を晒しており、写真は、害のなから性質のものとして (caractère anodin) 賠償を認めなかった。」
- (119) T. Hassler, op. cit. n°37.
- (120) Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1586, T. Hassler, op. cit. n°13, Philippe le Tourneau, op. cit. n°1634, LPA, p20; G. Louiseau, *L'autonomie du droit à l'image*, Legicom, 1999, n20, p74, 肖像権は「私の生活の尊重を求める権利の枠内 (dans l'orbite) にあるもの。」
- 下級審判決においても、有名な写真は、私生活の尊重を求める権利も、肖像権も侵害しないとした判決 TGI Nanterre, 15 juil. 1999, 及び、ホテックス中のテレコム会社の写真 TGI Nanterre, 2 aout 1996, D. 1998, somm. 79, obs. Dupeux に基づく判断も存在。
- (121) Cass. civ. 1^{re}, 12 decembre 2000, Bull. civ. 2000, n°321, p208, D. 2001, p2434, note, J-C. Saint Pau.
他、この「破毀院第一民事部」 Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2005, Bull. civ. 2005, I n°206, p175, D. 2005, PAN, 2643, obs. A. LEPAGE, GAZ. PAL. 2006, somm. 4137, obs. Guerdier, RTD, civ. 2005, 572, obs. Hauser, D. 2005, IR, p1380, note J. Daleau, 以下、この「私の生活の尊重を求める権利」と肖像権とは「区別された権利である」とは、この「評価」による。この「Cass. civ. 1^{re}, 27 février 2007,

- Bull. civ. I, n°78, p67; RTD. civ. 2007, 327. obs. J. Hauser; 571. obs. P. Jourdain; RCA2007, comm. 145.
- (122) Cass. civ. 2^e, 18 mars 2004, Bull. civ. 2004, II, n°137 は、控訴院において、写真を掲載した週刊誌二つの記事について、民法典九条に「それは、すべての人が、私的尊重権と肖像権を有するとして、損害賠償を認められた。」
- (123) Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2006, Bull. civ. I, n°170; D2006, 2702, obs. Lepage; CA Paris 1^{re} ch. A, 8 novembre 1999, Gaz. Pal. 2000, 1389, note Sayar-Salvador.
- (124) le droit à l'image des personnes et des biens proposition pour une réforme, p22 は、肖像権の紛争が起るのは、その人の肖像が用いられた「じつじやう、誤った (fausse) 印象を暗示するや場合、例えは、モニター上写真 (TGI Nanterre; 27 octobre 1998, Legipresse, 1999, n15901, p19) や人形 (santon) (CA Versailles, 30 juin 1994, D. 1994, p645) や公人やカード (TGI Nancy, 15 octobre 1976, JCP, 1977, 2, 18526) の場合、肖像の行使に同意したのと別の用いられ方をした場合、であると指摘する。
- (125) T. HASSLER, op. cit. n°13.
- (126) Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009, Bull. civ. 2009, I, n°205, は、一九三〇年から五〇年代のシヤンソンを販売した事案において、公的な領域におお行われた肖像「じつじやう」肖像の再利用を認めなうとらう判決を示した。: Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, Bull. civ. II, n°117, Gaz. Pal. 2006, somm. 572; Cass. civ. 2^e, 18 mars 2004, Bull. civ. n°137; Cass. civ. 1^{re}, 13 mai 2014, Paris, 5 novembre 2008, D. 2009, 470; Cass. civ. 1^{re}, 11 decembre 2008, Bull. civ. I, n°282, D. 2009, 100; JCP2009, 2, 10025, P. Bonifis; La protection du droit a l'image de l'homme politique, Legicom, n10, 1995/10, p3.
- (127) Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1594 は、このやうな場合、公に即座に伝播するため、平穩生活に対する侵害 (atteinte a la tranquillité de l'existence) として処理すべきことを主張する。
- (128) 曾我部・前掲注(10)一四頁も、「そもそも、公的な領域であるのと私的な領域であることを問わず、意に反して写真を撮影されたり、それを公表されたり権利という意味での肖像権」としている。ただし、「その保護の根拠が必ずしも明らかではなら」との注意を付している。P. Kayser, *La protection de la vie privée par le droit, Protection du secret de la vie privée*, 3ed, Économica, 1995, p187; Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1594 は、公的領域におおる「撮影された写真等が社会に広められた場合を檢討する。
- (129) T. HASSLER, op. cit. n°37.
- (130) M. J.-C. Saint-Pau, Cass. civ. 1^{re}, 12 decembre 2000, D. 2000, p2434; T. Hassler, La liberté de l'image et la jurisprudence recente de la Cour de cassation, D. 2004, n°23, p1611.

- (131) 石井・前掲注(10)三五頁、大石・前掲注(10)二〇七—二〇八頁は、肖像権は、一九七〇年法が、私生活の保護という文言を用いたこと、肖像権の非財産的な性質を絶対権として構成してしまうおそれがあること、を理由に、現時点では、解体・再構成の過程にあるとする。
- (132) 石井・前掲注(10)五頁。
- (133) Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1594.
- (134) Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1592. 1594. その「この見解では、私生活の尊重を求める権利においては、肖像を侵害する場合に特殊性が把握できないため la tranquillité de l'existence への侵害として把握する。」
- (135) T. HASSLER, op. cit. n°14.
- (136) Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008. 同様の文言を用いた Cass. civ. 2^e, 23 avril 2003, Bull. civ. II, n°114; D. 2003, p1854, note C. Bigot; Cass. civ. 3^e, 19 février 2004, Bull. civ. II, n°73; D. 2004, somm. p1633, obs. C. Caron; D. 2005, p2647, obs. C. Bigot; RTD. civ. 2005, p99, obs. J. Hauser. (国際コンクールという公的場所においてモノコカロリーナ王妃夫妻が写真を撮影され、週刊誌に掲載されたことにつき、私生活の尊重を求める権利及び肖像権を侵害されたとして損害賠償を求めた事案であるが、私生活の尊重を求める権利に対する侵害については、その記事の本身は、害のない (anodins) ものであるとして侵害を否定したが、肖像権侵害は肯定された。 Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, bull. civ. II, n°117; Cass. civ. 18 mars 2004, Bull. civ. II, n°135 et n°137; また Cass. civ. 2^e, 25 novembre 2004, JCP 2005, IV, 1021, p50; Gaz. Pal. 2006 (janvier-février), p412; D. 2004, IR, p39, 44. 週刊誌に写真が掲載されたことに対し損害賠償を求めた事案において、控訴院は、王族の子供の写真は私生活の尊重を求める権利・肖像権の侵害を生じさせないとしたが、破毀院は、肖像についての尊重を求める権利に対する侵害があったとした。
- (137) T. HASSLER, op. cit. n°14.
- (138) Pierre Murat, op. cit., p19.
- (139) Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1626; G. Viney, op. cit. n°259; THEO HASSLER, op. cit. n°32; Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009, D. 2009, 2110; Cass. civ. 1^{re}, 24 septembre 2009, Bull. civ. I, n184, LP App5.
- (140) Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1626.
- (141) T. HASSLER, op. cit. n°33-34.
- (142) フランス法における民事責任の各テキストにおいて、肖像権侵害が論じられることがあまり多くないことも、これを証明する一要素であると思われる。

- (143) Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1628.
- (144) Philippe le Tourneau, op. cit. n°1635, T. HASSLER, op. cit. n°42; CA Paris, 12 juin 1998, Gaz. Pal. 1999, 1, somm. 40; CA Aix-en-Provence, 30 novembre 2001; CA Paris, 4 Avril 2002, CCE 2003, n°11, obs. Lepage.
- (145) 本人の配偶者の同意では不十分であるとすした判決 (TGI Lille, 4 janvier 2000, D. 2001, 1503, note P. Labbé) がある一方、代理人の同意を本人の同意と同一視した判決も存在する (CA Paris, 14 février 2002, D. 2002, 2004, note Ravanas)。
- (146) Cass. civ. 2^e, 3 juin 2004, Bull. civ. II, n°274, D. 2004, 1867 (幼稚園 (La Maison du petit enfant) で夫妻が、子供の写真の永続的な利用の許可と題された書類にサインをしたが、息子が登場するビデオを見たことから損害賠償を求めた事案において、破毀院は、X の夫妻が幼稚園との間でサインを行ったことを認定した後、このものの写真やフィルムを用いる権限を与えていたと結論付けた原審を正当であると判断した。
- (147) Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2006, Bull. civ. I, n°139; D. 2006, 2703, obs. Lepage; 撮影したタクシーの運転手の仕事についてのルポタージュを放送した事案であり、運転手は、取材に対する同意をしていたが、放送の中身は、肖像権、私的尊重を求める権利を侵害するとして、損害賠償を求めた。
- 破毀院は、原審が、人の肖像を放送することや、私的生活を放送することの同意は、黙示 (tactie) にも行われうると正確に確認した後、一方で、X は、すべての事情を知ったうえで、テレビで放送するための取材の受信を許可し、カセットの編集 (映像化) を示した届け出に含まれていた映像のシーンのすべてを進んで同意しており、他方で、再度作られた肖像は、使われた発言の適切な説明のみであり、それは、職業別のカテゴリーの実務的・経済的な観点を知らせるための放送という文脈の中でのものであるとした判決を正当なものであるとした。
- (148) Philippe le Tourneau, op. cit. n°1635; Cass. civ. 11 décembre 2008, Bull. civ. I, n°282; JCP, 2009, 2, 10025, note, G. Loiseau.
- (149) Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1627; Philippe le Tourneau, op. cit. n°1635; 破毀院では、Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2008, Bull. civ. 2008, I, n°259 では、'トキメンタリーが映画や DVD に使用されたことにつき、黙示の同意を与えていたとする。このような場合に黙示の同意となるかは必ずしも明確ではないが、下級審においては、TGI Paris, 27 novembre 2006, Legipress, n°240, I, p43 では、'その利用態様を正確に完全に知らせており、それに対して反対していない場合、黙示の同意とした。但し、LPA05 は、'黙示の同意を得るのは難しいと指摘する。
- (150) T. HASSLER, op. cit. n°46.
- (151) 高橋・前掲注 (10) 五三頁, Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1627.

- (52) CA Paris, 16 juin 1986, D. 1987, somm. 136, obs. Lindon et Anson. CA Paris, 19 septembre 1995, D. 1995, IR238. CA Versailles, 4 mars 1999, Gaz. Pal. 1999, 2, somm. 812.
- (53) Cass. civ. 2^e, 5 mars 1997, Bull. civ. II, n°66; D. 1998, 474, note. J. Ravanas, RTD civ. 1997, 396, obs. J. Hauser; Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1627; Philippe le Tourneau, op. cit. n°1635.
- (54) TGI Paris, 17 mai 2000, Mazarine Pinget, Gaz. Pal. 2000, 2, somm. 2717; T. HASSLER, op. cit. n°35.
- (55) 例として、CA Paris, 16 juin 1986, D. 1987, somm. 137, obs. R. Lindon et D. Anson 47; 王妃の散歩中の写真が撮影されたことについて侵害を認めざる。その趣旨として、CA Paris, 1 décembre 1965, JCP1966, 14771, obs. R. L. et TGI Seine, 24 novembre 1955, JCP1966, 14521, obs. R. L. 47; 歌手の Petula Clark, et 俳優の Brigitte Bardot の写真にそれぞれ同様の判断を述べた。
- (56) J. Ravanas, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ, 1978, n°155; Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1627.
- (57) Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2007, Bull. civ. 2007, I, n°236, JCP2007, 10158, note. M. Brusorio-Aillaid。類似の判断をしたもののように、Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007, CCE, janvier 2008, comm. 13, note A. Lepage (インターネットサイトへの公開に限定して肖像の利用を同意したが、雑誌に肖像が用いられた事案)。
- (58) Philippe le Tourneau, op. cit. n°1635.
- (59) Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1628.
- (60) CA Paris, 10 septembre 1996, E. Cantona, Gaz. Pal. 1997, 1, somm. 262, note Vray; TGI Paris, 28 juin 2000, D. 2001, somm. 2077, obs. Lepage; CA Paris, 1^{re} ch. B, 15 septembre 2000, D. 2001, somm. 2079 (肖像の利用にすぎない新たな広告キャンペーンのために同意なく、顔の写真を用いた事案)。
- (61) T. HASSLER, op. cit. n°36.
- (62) J. Hauser, *L'enfant ou l'enfance? Le droit à l'image*, D. 2010, chro. n°4 p214; A. Lain Bruel, *L'exploitation de l'image de l'enfant en France*, P.A. 30 novembre 1999, n°238, p14.
- (63) T. HASSLER, op. cit. n°36.
- (64) この点は、わが国でも既に指摘されてくる Trib. civ. Seine, 16 juin 1858, D. P. 1858, 2, p.2, は、肖像権を認めた判決として挙げられるが、その根拠として、人格権とともに、所有権にも触れる判決である。この点は、現在では、人格権の基づくものと考えられているが、所有権法のもとで考えることについて、決して否定的な考え方のみではない。T. HASSLER, op. cit. n°3. 参照。肯定する見解

- と云い、A. Bruel, L'exploitation de l'image de l'enfant en France, PA, 30 novembre 1999, N°238, p14; Jeannot-Pages, L'image du sportif en droit française, Legicom, n°23, 2000, p10; A. Lepage, Ou un droit patrimonial à l'image vient de nouveau inspirer les Juges, CCE, 2000, n°5, p28.
- 否定する見解と云い、Nerson, La protection de la vie privée en droit positif français, rev compare, 1971, p740.
- (165) 高橋康之・前掲注(10)五三頁、三島・前掲注(10)一〇九頁は、肖像権と所有権とを関連させて捉えていた。それは、個人は「自己の身体 (corps) にいつつ所有するものであるから、肖像も所有する」ということを根拠とする。古い判例においては、肖像の所有が論じられていた。例えば、T. civ. Seine, 10 février 1905, DP1905, 2, p930; T. civ. Seine, 24 mars 1937, Gaz. Pal. 1937, 2, p155 (写真について)の絶対的な所有する権利を有すると判示)。T. com. Seine, 11 mai 1939, Gaz. Pal. 1939, 2, p155; T. com. Seine, 26 février 1963, JCP1963, II, 13364 (同意なく誰も利用できない絶対的な所有権を有すると判示)、TGI Seine, 13 mars 1968, Gaz. Pal. 1968, I, p379 (それの人は自らの肖像について占有する所有権をいう判示)。
- (166) 高橋・前掲注(10)五三頁、三島・前掲注(10)一〇九頁、山口・前掲注(10)三二九頁、P. Malaurie et L. Aynes, Droit civil: Les personnes, Cujas, 1992, p157, Philippe le Tourneau, op. cit. n°1604.
- (167) Pierre Murat op. cit. p19 は、肖像権は、他の権利との調整が必要であるから人格権のように絶対的なものではないとする。
- (168) Daniel Gutmann, op. cit. p7 は、例として、愛人との写真が撮られた場合、そこに映じだされて人が愛人であるという情報は、単なる肖像からは読み取れないという例が挙げられている。したがって、情報を有する肖像と云うのは、(context) の中にしか生じなるとする。
- (169) Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1592; D. Acquarone, L'ambiguïté du droit à l'image, D. 1985, chro. p129; T. Rousineau, La notion de droit à l'image: existe-t-elle encore?, CCE, juin 2005, n°6, p14, 1つれに対し、肖像は人格の独立した象徴であるとする見解と云い、J. Stoufflet, Le droit de la personne sur son image, JCP1957, I, 1374; B. Edelman, Esquisse d'une théorie du sujet: l'homme et son image, D. 1970, chro. p119; M. Serna, L'image des personnes physiques et des biens, Economica, 1997, p91; G. Louisseau, L'autonomie du droit à l'image, Legicom1999/4, n°20, p71.
- (170) 人格権であるということは、その人に属する権利という意味をもち、その人の死亡によって消滅したり、商業的利用を認めないといった神聖 (sacré) な性質を持つという意味である。T. HASSLER, op. cit. n°1 参照。ただし、この人格権自体も、あまり明確には示されていながら評価されるべきである。同 n°2, E.H. Perreau, Des droits de la personnalité, RTDC, 1909, p501.
- (171) Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 1999, JCP2000, 10241, conclur. Cass. civ. 1^{re}, 2005 février 15, Bull. civ. 2005, I, n°86, p76; D. 2005, IR, 597.

(一九七七年に死亡した写真を転載したディスクを出版した事案において、破毀院は、原審が、死亡した父の写真の利用について、本人のみが請求できるとした判決を容認した)。したがって、死者の肖像が出版されても、相続人は、本人の権利を行使することはできない。

この点は、フランスの判例では、相続人固有の権利に基づいているとして処理している。Cass. civ. 1^{re} 14 décembre 1999, JCP2000, 10241. は、本人が死亡しているため肖像権の問題は生じなるとし、死者を尊重する権利や、家族の私生活尊重権を用いて相続人らに損害賠償を認める。この点は、Cass. civ. 1^{re} 22 octobre 2009, Bull. civ. I, n°211; Cass. civ. 1^{re} 1 juillet 2010, D. 2010, p2044, note, J. Delage も、本人の死亡後に許可なく、写真を出版した事件において、近親者も、彼の死んだ後、その肖像の利用に反対することができるとする *mémoire* への侵害、死の尊重に対する侵害が認められるとした。

なお、私的尊重を求める権利については、Cass. civ. 2^e, 8 juillet 2004, Bull. civ. 2004, II, n°390, p329; JCP, 2004, IV, 2926, p1663; JCP, 2005, I, 143, n°11, obs B. Beignier; や Cass. civ. 1^{re}, 15 février 2005, D. 2005, IR, p597; JCP, 2005, IV, 1668. は、この判決と同様に、私的尊重を求める権利は、名宛人(本人)その人のみのものであり、死亡によって消滅するため、相続人には移転しない、としている。Cass. civ. 1^{er} Bull. civ. I, n°345, p222 も同旨。

(172) Pierre Murat, op. cit. p18.

(173) Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, op. cit. n°1628.

(174) D. Acquarone, op. cit. p131; E. Gallard, *La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit français*, D. 1984, chronique, p. 161.; Stoufflet, *Le droit de la personne sur son image*, JCP1957, I, 1374 は、肖像には、財産的利益と非財産的利益の二つがあり、非財産的利益は、自己の容貌や外観を覗き見られたり、無断で写真に撮られることを拒絶することからなる人格の身体的要素と、自分の肖像を公表するかどうか、どのような手段で公表するかの判断(公表するための本人の同意)からなる人格の精神的要素に分け、一方、財産的利益に関して、映画俳優などは自己の肖像に大きな知名度と大衆を引きつける魅力を備えており、そのような人は、自己の肖像を職業上利用する独占権を有しているので、それを無断で広告などに利用されたり、物まねによって本人であるように思わせてその知名度を利用された場合、財産的損害に対する損害賠償を求めることができる。

(175) T. HASSLER, op. cit. n°15, 石井智弥「フランス民法における人格権保護の発展―尊重義務の生成(二)―茨城大学人文学部紀要社会科学論集五一号三頁も参照。

(176) 大石・前掲注(10)二〇七頁、石井・前掲注(10)三三三頁。

(177) 例えば、Cass. civ. 2^e, 30 juin 2006, Bull. civ. 2004, I, n°340, p286 は、週刊誌に掲載した三枚の写真について、判決は、「すべての人

- は、自らの肖像について、排他的・絶対的 exclusif et absolu な権利を有し、事前の同意なくその肖像を利用・使用されることに對し、反對する権利を有する」という原則を述べた。下級審では、TGI Paris, 9 novembre 1994, *Leipresse* 1995, I, p.5; TGI Paris, 8 septembre 1999, CCE2000, n°60, note. A. Lepage; CA Toulouse, 25 mai 2004, CCE2005, n°17, note. A. Lepage 等が存在する。
- (17) T. HASSLER, op. cit. n°16 參照。例として、J. Antipapas, *Propos dissidents sur les droit dits (patrimoniaux) de la personnalité*, RTD com. 2012, p.35; L. Marino, *Traite de la presse et des medias*, p.997.
- (17) 例として、L. Marino, *Les contrats portant sur l'image des personnes*, CCE2003, chronique, 7, では、契約の対象は、人の肖像以外でなければならぬと述べている。
- (18) B. Edelman, *Esquisse d'une theorie du sujet, l'homme et son image*, D. 1970, chronique, p.119; F. Bouvard, *La commercialization de l'image de la personne physique*, L'Harmattan, Paris, 2002, p.375.
- (18) T. HASSLER, op. cit. n°17.
- (18) M. Revet, RTD, civ. 2009, p.342.
- (18) フランス法では、例として、Cass. civ. 1^{re}, 11 decembre 2008, CCE2009, n°12, note Caron, にもよることに、肖像の利用が契約の目的となり得ることを認めている。
- (18) T. HASSLER, op. cit. n°3.
- (18) T. HASSLER, op. cit. n°17.
- (18) 戒能通孝「人格権と権利侵害の類型」法時二七巻一一号(昭和三〇年)二八頁。プライバシーの保護についても、同様の指摘がなされる。例えば、藤岡康宏「名誉・プライバシー権」星野英一編『民法講座第六巻 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣、一九八五)三三八頁。
- (18) ここでは、プライバシーについても、独立した法的利益が存在するという立場を前提とする説明とする。この点について、プライバシー権を認める見解も数多く存在する。例えば、山口忍「私生活上の事実の公開」竹田稔・堀部政男『新・裁判実務大系 第九巻 名誉・プライバシー保護関係訴訟法』(青林書院、二〇〇一)一五三頁は、「プライバシーという概念は、成文法上の概念ではないが、プライバシーが法的に保護されるべき権利ないし利益であり、これに対する侵害が不法行為を構成するということは、今日においては、もはや定説といつてよいであろう」としているし、同一五四頁では、「少なくとも、他人の私生活上の事実をみだりに公開することがプライバシー権の侵害に当たることについては、おそらく異論がないところであろう」とする。ただし、このようにプライバシーを独立した法益と認めたとしても、プライバシーという法益が、どのような利益を保護しようとしているのかは、必ずしも明らか

かではないと指摘されている。竹田・前掲注(3)七頁、一六〇頁は、「プライバシーは成文法に直接規定されていない概念であり、その定義自体が学説上も判例上も未確定・不明確である」とする。なお、近時は、情報コントロール権として把握する見解も存在するが、竹田は、情報やコントロールという概念自体が明確ではないと指摘している。

- (188) 教科書・概説書レベルで、プライバシー(権)と肖像権の項目を別にしているものとして、四宮・前掲注(52)、五十嵐・前掲注(4)『人格権論』一一頁、幾代通・徳本鎮『不法行為法』(有斐閣、一九九三)一〇〇頁、広中俊雄『債権各論講義(第六版)』(有斐閣、一九九四)四五八頁、竹田・前掲注(3)一六三頁、鈴木祿弥『債権法講義(四訂版)』(創文社、二〇〇二)二五頁、沢井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為(第三版)』(有斐閣、二〇〇二)一四八頁、竹田稔・堀部政男『新・裁判実務大系 第九卷 名誉・プライバシー保護関係訴訟法』(青林書院、二〇〇二)、五十嵐・前掲注(3)一六七頁、加藤雅信『新民法大系V 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣、二〇〇五)二二五頁、円谷峻『不法行為法・事務管理・不当利得——判例による法形成(第二版)』(成文堂、二〇一〇)八二頁、田山輝明『事務管理・不当利得・不法行為』(成文堂、二〇一〇)一五九頁、石崎泰雄・渡辺達徳編『新民法講義5 事務管理・不当利得・不法行為』(成文堂、二〇一〇)一〇〇頁(岡林信幸執筆)、近江幸治『民法講義VI 事務管理・不当利得・不法行為(第二版)』(成文堂、二〇〇七)一三七頁、吉田邦彦『不法行為等講義録』(信山社、二〇〇八)一二五頁、前田陽一『債権各論II(不法行為法)』(弘文堂NOMIKA)』(成文堂、二〇一〇)五二頁、野澤正充『セカンドステップ』債権法III 事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、二〇一〇)一五七頁、大家・前掲注(3)一一頁、藤岡康宏『不法行為法』(信山社、二〇一〇)一三五頁。藤岡・前掲注(186)四二六頁も、プライバシー侵害の内容が凝縮されることにより、肖像権侵害が、独立した法益を持つ可能性を示唆する。また、憲法上の議論においても、内野・前掲注(10)七六頁では、「肖像は、原則的に自己情報に含まれるといつてよいが、プライバシー権との関係でいえば、肖像権の侵害は、公的生活にかかわるものとしても、アイデンティティの変容や無断利用を内容とするものとして生じうるのであり、プライバシー権の侵害に完全に吸収されるわけではない」とする。

- (189) 中込秀樹『書籍、新聞、雑誌等の出版等差止めを求める仮処分の諸問題』判タ九五八号一一頁、松井・前掲注(55)『肖像権侵害と表現の自由(二)』三三二―三三六頁、平野・前掲注(58)二七頁、内藤篤・田代貞之・前掲注(58)五七頁。また、潮見・前掲注(58)二〇五頁は、平穏生活権、自己情報コントロール権として把握する。

- (190) 松井・前掲注(6)『肖像権侵害と表現の自由(一)』一一八頁。

- (191) 松井・前掲注(55)『肖像権侵害と表現の自由(二)』三三二―三五頁も、撮影行為と公表行為とを区別して分析すべきとする。佃・前掲注(3)三二八頁も、撮影行為と公表行為とを区別するものである。

- (192) 東京地判昭和六十二年六月一日五判時二二四三号五四頁。
- (193) 東京地判平成元年六月二三日判例時報一三一九号一三二頁。
- (194) 五十嵐・前掲注(3)一六三頁、大家・前掲注(3)七、一八頁。学説の多くは、この定義に従っている。竹田・前掲注(3)二四頁も、類似的定義である。すなわち、「何人もみだりにその容貌・姿態を撮影されたり、撮影された肖像写真を公表されない権利」とする。
- (195) 村上・前掲注(64)二九頁は、「人物の写っている写真は、撮影の段階でも、公表の段階でも、写された人の権利を侵害すると考えなければいけない……日本の判例も、肖像権の侵害にならない形で人を撮影するためには、まず写される人の承諾を得なければならないというのが原則であり、その写真を公表するためには、改めて公表についても承諾を得なければいけないというのが原則」であるとする。
- (196) 五十嵐・前掲注(4)七五頁、同・前掲注(3)一七二—一七三頁。
- (197) 五十嵐・前掲注(4)七五頁。
- (198) 五十嵐・前掲注(3)一七二頁。
- (199) 加藤一郎編『注釈民法(19)』三三五—三三六頁〔徳本鎮〕。この点について、異論はないとされる。
- (200) 徳本・前掲注(200)三三六頁したがって、幼児は、それを有しないため、被害者の承諾の対象とはならない。
- (201) 徳本・前掲注(200)三三六頁。
- (202) 佃・前掲注(3)三四六頁。
- (203) 竹田・前掲注(3)二六四—二六五頁。
- (204) 下級審においては、この点が問題となった事件が存在する。例えば、東京高判平成一三年九月五日判時一七七三号一〇四頁は、「肖像権を放棄し、自らの写真を雑誌等に公表することを承諾するか否かを判断する上で、当該写真の公表の目的、態様、時期等の当該企画の内容は、極めて重要な要素であり、人が自らの写真を公表することにつき承諾を与えるとしても、それは、その前提となった条件の下での公表を承諾したにすぎないものというべきである。したがって、公表者において、承諾者が承諾を与えた前記諸条件と異なる目的、態様、時期による公表をするには、改めて承諾者の承諾を得ることを要するものというべきであり、公表自体についての承諾があれば、その公表の態様等に違いがあっても、肖像権の侵害にはならないとする被告の主張は失当である」と判断した判決が存在する。

(205) 竹田・前掲注(3)一四頁。

- (206) 竹田・前掲注(3) 二六六頁。
- (207) 我妻素『事務管理・不当利得・不法行為』(岩波書店、一九三七) 一四二頁、加藤・前掲注(51)、前田・前掲注(52)、五十嵐・前掲注(4) 七五頁、広中・前掲注(188) 四五八頁、沢井・前掲注(188) 一四八頁、加藤雅信・前掲注(188) 一八八頁、川井健『民法概論4 債権各論』(有斐閣、二〇〇六) 四二〇頁、野澤・前掲注(188) 一五七頁、平野・前掲注(58) 一二七頁。
- (208) 五十嵐・前掲注(12) 「人格権の侵害」、同『人格権論』(有斐閣、一九八九) 一頁、同・前掲注(3)。
- (209) 五十嵐・前掲注(3) 九頁、大村・前掲注(10) 一二八頁の脚注(54)。
- (210) 五十嵐・前掲注(3) 一三頁。
- (211) 五十嵐・前掲注(4) 一〇—一一頁。
- (212) 松井・前掲注(6) 肖像権侵害と表現の自由(一) 一八〇頁。
- (213) 松井・前掲注(55) 「肖像権侵害と表現の自由(二)」 三二四頁。
- (214) 窪田充見「人格権侵害と損害賠償」民商一一六卷四・五号(一九九七) 五五五頁、橋本佳幸ほか・前掲注(2) 二二三頁では、「純粹に法技術的観点からいえば、権利法益侵害要件の文脈において、人格権か否かは何等の意味ももたない」と指摘する。
- (215) 藤岡康宏「人格権」同編『新・現代損害賠償法講座 第二卷 権利侵害と被侵害利益』(日本評論社、一九九八) 一二二頁は、人格的利益と呼ぶものを精神的側面と身体的側面とに分類するが、肖像権は、どちらの側面を有するものとして、把握することが可能だろうか。
- (216) 瀬川信久「民法七〇九条」広仲俊雄・星野英一編『民法典の百年』(有斐閣、一九九八) 六一四頁は、「無形の非経済的な利益は、人格と結びついているものとして、人格的利益と総称される……これらの利益が侵害されたとき、判例は各利益ごとに異なる枠組みによって不法行為を判断している」とし、その中において、「好ましい内面生活を目的とするもの」として、プライバシーを取り上げる。
- (217) 窪田充見「不法行為法から見たプライバシー——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」民商一一三三卷四・五号(二〇〇五) 七四一頁以下、同『不法行為法と知的財産法の交錯』著作権研究三六号(二〇〇九) 四八頁、小粥太郎「名誉毀損からみる不法行為法」松本恒雄先生還暦記念『民事法の現代的課題』(商事法務二〇一一) 六四一頁参照。