

いわゆる「パブリシティ権」をめぐる 行為規範の具体化に向けた総合的考察

瀬戸宗一郎
(片山研究会 4年)

はじめに

I 人のパブリシティ権

- 1 ピンク・レディー事件の事実の概要と判旨
- 2 パブリシティ権の法的性質
- 3 侵害要件
- 4 「3類型」にはどのような場合が該当するか
- 5 ピンク・レディー事件判決によっても明らかになっていない点
- 6 損害額の立証

II 物のパブリシティ権

- 1 ギャロップレーサー事件
- 2 パブリシティ権の法的性質と物のパブリシティ
- 3 物のパブリシティ権を認めるべきか
- 4 考えられる法律構成

むすびに代えて

はじめに

氏名・肖像等は、商品等に付され、または商品等の広告として使用されることにより、当該商品等の販売を促進する効力を有する場合がある。このような効力は顧客吸引力といわれ、パブリシティ権とは、著名人等の氏名・肖像が有する顧客吸引力を排他的に利用する利益または権利をいう¹⁾。このパブリシティ権は、明文がなく、権利の内容は既存の法体系に規定されているわけではなく、判例法上認められてきたものである。すなわち、その法的性質、侵害要件、考慮要素等に至るまですべてその権利の内容は不明確である。ここで、権利が行使されると

いうことは、それによって侵害者とされる者の行為が制限されることとなるのであり、行為者は自分の行為が侵害行為とならないよう行動する必要がある。すなわち、権利には裏返しとしての行為規範としての性質があるところ、権利の内容が不明確なパブリシティ権については、行為規範として予測可能性が高いものとはいえない現状があった。もっとも、(人の)パブリシティ権について最高裁が初めて言及した最判平成24年2月2日(ピンク・レディー事件)によって、パブリシティ権の行為規範としての不明確性はやや改善されたように思える。本論文では、この判決を通して、法的性質や侵害要件論の学説の状況や判例法理について検討し、パブリシティ権を行為規範として予測可能性の高いものとして明らかにしていきたいと思う。

また、顧客吸引力のある人のみならず、顧客吸引力のある物にパブリシティ権が認められるかという問題がある。これも、パブリシティ権の法的性質論と一緒に論じられることが多かったものであるが、前掲最判より先にパブリシティ権について言及した最判平成16年2月13日(ギャロップレーサー事件)は、物のパブリシティ権による原告の請求を全面否定した。しかし、顧客吸引力を有しているものが人ではなくたまたま物であったという理由だけで、保護が一切認められなくなるという結論には疑問が残るところである。そこで、物のパブリシティ権については、この判決を通して、学説の状況や判例の妥当性、法的構成などについて論じていきたいと思う。

I 人のパブリシティ権

1 ピンク・レディー事件²⁾の事実の概要と判旨

事実の概要

女性デュオ「ピンク・レディー」を結成していた著名な芸能人である X_1 ・ X_2 (原告・控訴人・上诉人)が、 X らの肖像写真(本件写真)が Y (被告・被控訴人・被上诉人)発行の週刊誌「女性自身」掲載の記事に無断掲載されたことがパブリシティ権を侵害する不法行為にあたるとして損害賠償金186万円(写真1枚あたり9万円+弁護士費用60万円)の支払を求めた事案。

判旨

「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58年（オ）第1311号同63年2月16日第三小法廷判決・民集42巻2号27頁、肖像につき、最高裁昭和40年（あ）第1187号同44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁、最高裁平成15年（受）第281号同17年11月10日第一小法廷判決・民集59巻9号2428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ます、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一内容を構成するものといえることができる。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うべきである。そうすると、肖像等を無断で使用する行為は、①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、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、③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 パブリシティ権の法的性質

(1) 学説の状況と判例法理

パブリシティ権の法的性質については、人格権説と財産権説の二つの説が対立している。人格権説は、学説上の通説であり、パブリシティ権が人格の商業的価値に由来するものであることに着目し、これを人格権に由来するものとする。他方財産権説は、顧客吸引力という商業的価値そのものに着目し、パブリシティ権を物権類似の財産的権利として構成するものである³⁾。パブリシティ権を我が国で最初に認めたとされるマーク・レスター事件（東京地判昭和51年6月29日判時817号23頁）では、「氏名や肖像が……人格的利益とは異質の、独立した経済的利益を有することになり、俳優等は、……右経済的利益の侵害を理由として法的救済を受けられる……」とあり、経済的利益を人格的利益とは別の法益として認めている点で、財産権説に立つものと理解できる⁴⁾。しかしながら、財産権説は、法令の根拠なく物権法定主義の例外を認めることに批判も多かった⁵⁾。法令の根拠なく差止め可能な排他的な権利を創出することになってしまうからである。ま

た何より、この判決より前の最高裁判例であるギャロップレーサー事件（最判平成16年2月13日）が「法令等」の根拠もなく名称の顧客吸引力について排他的使用権を認めることは許されないと強調しており、パブリシティ権を保護する「法令」が存しない現状においては、「法令等」である最高裁判例によって差止請求・損害賠償請求が認められた人格権にパブリシティ権の根拠を求めるとというのが自然な流れであった⁶⁾。

そんな中でピンク・レディー事件判決は、「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、これをみだりに利用されない権利を有する」と前置きした後、パブリシティ権について「上記の人格権に由来する権利の一内容を構成する」としている。これについては、パブリシティ権は肖像等をみだりに利用されない権利の一内容であり、別個独立の権利と位置づけられるわけではない、という読み方（解釈A）と、人格権に由来するものではあるが、あくまで肖像等をみだりに利用されない権利とは別種の権利を認めた、との読み方があるが（解釈B）⁷⁾、判旨を素直に読めば「上記の人格権に由来する権利の一内容を構成する」とは、すなわち肖像等をみだりに利用されない権利の一内容を構成するということであり、解釈Aに立つものと理解されよう。したがって、本判決は人格権説に立つものと理解できる。では、本判決が人格権説に立ったことで、パブリシティ権実務についてどのような影響が及ぶか。

（2）譲渡可能性、相続可能性

人格権説を採用すれば、パブリシティ権はその人物の一身に専属し、これを譲渡することができず、相続の対象とすることもできない。これによって、タレントの所属事務所などによるパブリシティ権行使は難しくなる。タレント本人を紛争の原告として担ぎ出すことには多くの事務所が消極的であると思われるから、この点の不都合は否めない。タレント本人の行使しか認められないということになるのであろう。もっともドイツ最高裁判決1999年12月1日は、肖像権を人格権に由来する権利と位置づけながら、肖像権の商業的部分が相続の対象となることを正面から認めており、人格権説からも相続性が否定されない余地を残していることからすれば、我が国においてもこれを認めることは不可能ではない⁸⁾。人格権説は、あくまでパブリシティ権の物権法定主義との抵触を防ぐためのもので、パブリシティ権が経済的価値を有するものであることは疑いない。また、いくら人格権に基づくものであるとはいっても、同じく譲渡できない著作者人格権とは

根本的に性質が異なるように思える。とすれば、譲渡が認められるという結論も全く不自然ではないのではないか。

また、パブリシティ権の相続が認められないということになると、死亡したとたん無断利用が自由となり、人が死に際して、その後不本意な形で肖像を利用されることを覚悟しなければならぬという精神的不利益を受ける。また特にタレント等が老年の場合、生前の商品化事業が本人の死によりパブリシティ権の庇護を失うということになれば、ライセンサー等の投資意欲を減退させ、事業活動に支障をきたすと思われる⁹⁾。とすれば、死後一定期間は何らかの形でパブリシティ権の存続を認めるということが必要ともいえそうである。しかし、パブリシティ権の性質を人格権ととらえた以上、死亡すれば人格権は消滅するので、解釈上相続可能性を認めることは難しいことは否めない。もっとも、著作権法60条は、著作者人格権が相続されず、死亡によって消滅することを当然の前提として、著作者の死後における人格的利益を保護している。パブリシティ権に比べれば、著作者人格権は人格権的側面が明らかに強いものであるにもかかわらず、このような立法をすることができているのであるから、パブリシティ権についてもそのような立法をすることは十分可能であるといえよう。パブリシティ権について死後一定期間の保護を図る方法としては、十分参考になる。

(3) 差止めの可否

不法行為法においては、権利要件が厳格に規定されているわけではなく、「他人の権利又は法律上保護される利益」を侵害すれば不法行為が認められるとされる。すなわち、パブリシティ権の性質を権利とみても利益とみても、不法行為の成否には直結しない。もっとも、パブリシティ権を排他的な「権利」としてみる重要な意義は、差止めを認める余地が出てくる点である。ここで財産権説は、前述のように、法令の根拠なく排他的な物権類似の財産権を認めることに批判も多かった。しかしながら我が国の判例法理では、人格的価値を侵害された者は、人格権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、または将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるとされており¹⁰⁾、本判決がパブリシティ権を人格権に由来する権利の一内容を構成すると位置づけ、その法的権利性を正面から認めている趣旨を踏まえれば、今後は問題なくパブリシティ権に基づく侵害行為の差止めが認められることになると思われる¹¹⁾。もっとも、一般的に差止めが表現行為に対する事前規制であることに対応

し、差止めが認められるには表現行為が不法行為に該当するだけでは足りず、その違法性が高い必要があるとされている¹²⁾。では、パブリシティ権の場合はどうかというと、本判決は後述のようにパブリシティ権侵害となる場合を限定的に示したものであり、これに該当した場合の侵害者の違法性は強いと思われる。ここからさらに差止めの範囲を限定すれば、差止めが認められる場合が極めて限定され、差止めを認めた意味が全くなり、不法行為者が賠償金を支払う資力がある場合、つまり不法行為者にとって賠償請求をされることを何ら恐れる必要がない場合に全く抑止力がなくなってしまう。とすれば、パブリシティ権の場合、不法行為法上違法とされるような場合であれば、そのすべての場合について権利の排他性に基づく差止めも認めてもよいのではないと思われる。後述のように、最高裁が表現行為に対する萎縮的効果を最大限に少なくしようとしていること、フリーライドは原則として違法とされるべきではないことは考慮しなければならないが、ここまで違法とされる範囲が限定されている以上、このような場合に表現行為を保護すべきという理屈はまかり通らないであろう。よって、パブリシティ権侵害の場合、不法行為に該当すればそのすべての場合について、その権利の排他性に基づく差止めを肯定すべきであると考ええる。

3 侵害要件

(1) はじめに

著名人はその肖像等を大衆に公開しており、肖像等に関する人格的利益が制限されることがある。また著名人等は論評や批判の対象になり、社会の正当な関心事として表現物にその肖像等を利用されることが多くなる。表現物に対してパブリシティ権侵害を認めるということは、反面において、表現の自由を制約することになるということに留意しなければならない。そこで、表現の自由とパブリシティ権の調整を図るべく、侵害の有無の判断基準、すなわち侵害要件が問題となる。これについて裁判例では、「専ら」顧客吸引力を利用するものにあたるかによって判断するものが多数を占めていたものの、それによらない裁判例も多かったところである。ピンク・レディー事件判決は、実務上の通説である「専ら」基準説によった(と思われる)上、その具体的な侵害類型を例示した点で特徴的である。そこで、侵害要件論の従来の議論を踏まえ、本判決を分析していきたいと思う。

(2) 学説の状況

(a) 「専ら」基準説

「他人の氏名、肖像等を使用する目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察し、上記利用が当該芸能人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」というものである¹³⁾。この基準は、他人の肖像等を出版物等において使用する者の表現の自由に配慮して、パブリシティ権の侵害を認めることに謙抑的な立場の表れであるといえそうである¹⁴⁾。しかし、「専ら」か否かという判断が程度概念であることから、判断基準として不明確な点は否めないであろう¹⁵⁾。実際に裁判例では、「専ら」基準を採用しながら、パブリシティ権侵害を認めた部分については「写真の利用態様は、モデル料等が通常支払われるべき週刊誌等におけるグラビア写真としての利用に比肩すべき程度に達しているものと言わざるを得ない」という明確な判断基準を重ねて採用しているものがある¹⁶⁾。

(b) 「商品化又は広告」基準説

「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、……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はじめとする何らかの付加的要件が必要である」とする説である¹⁷⁾。この基準は、先ほどの「専ら」基準に比べて明確であり、またパブリシティ権侵害が認められるためには商品化、広告化という使用態様がなければならないとする点で、パブリシティ権侵害を認める範囲を狭く解するものであり、「専ら」基準に比べても厳格な審査基準である¹⁸⁾。

(c) 「商業的利用」説

「肖像等が出版物の販売、促進のために用いられたか否か、その肖像等の利用が無断の商業的利用に該当するかどうかを検討する」というものである¹⁹⁾。商業的利用があればすべからくパブリシティ権侵害を認めるという点で、緩やかな基準であるといえる。同判決は加えて「当該芸能人に無断で商業的な利用目的でその芸能人の写真や記述を掲載した出版物を販売することは、……芸能活動に対する正当な批判、批評の紹介の域にとどまらなく」としているが、出版物を販売する場合、ほとんどの場合に商業目的があると思われるし、正当な批判、論評でなければ正当な表現の自由の範囲を逸脱するとして、パブリシティ権侵害を認められかねない点で問題がある²⁰⁾。

プブカスペシャル事件はアイドルやタレントのいわゆるお宝写真・投稿写真集

であり、通学写真や友人との写真が掲載された極めて悪質なものであったことからすれば、本判決の基準は事例判断的な色彩が強く、一般化すべきではないと考えられる。

(d) 「総合考慮説」

利用の目的、態様等を総合的に判断するという基準であり、これを採用する東京地判平成17年6月14日(判時1917号135頁)「矢沢永吉パチンコ事件」では、「使用された個人の同一性に関する情報の内容・性質、使用目的、使用態様、これにより個人に与える損害の程度等を総合的に勘案」するとしている。本判決の原審も基本的にはこれと同旨の基準を採用していると思われる。この説は、「専ら」基準説が「顧客吸引力の利用以外の目的がわずかでもあれば、そのほとんどの目的が……顧客吸引力を利用しようとするものであったとしても、『専ら』に当たらないとしてパブリシティ権侵害とされることがない」可能性があることを考慮したもの(本件原審)と思われるが、その基準の不明確性は否めないというべきであろう。

(3) 最高裁判決の基準

本判決では「肖像等を無断で使用する行為は、①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、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、③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」としており、「専ら」とあることから、実務上の通説である「専ら」基準説を採用したと考えるのが素直である。フリーライドは基本的には許されるものであり、表現として保障されるべきものであること、これに対する萎縮の効果は絶対に避けるべきであることからすれば、「専ら」という要件を課すのは極めて妥当といえよう。

さらに加えて、本判決はこの基準を充足する具体的な3類型を提示している。これは、パブリシティ権侵害となる場面をできるだけ限定し、肖像等の利用者側の表現の自由に最大限配慮しつつ、結果の予見可能性を高めようとしたものである²¹⁾。ここで、3類型の内容であるが、第一類型と第二類型は肖像等の有するキャラクターの価値を「商品化」する場合であり、第三類型が肖像等を「広告化」する場合をいうものである。とすると、実質的には、最も限定的な基準である「商品化又は広告」基準説を採用したと評価することもできる²²⁾。これは本当に最高

裁が「商品化又は広告」基準説を採用したという意味なのかはわからないが、そのように評価することもできるということは、「商品化又は広告」基準説と同程度にまで侵害の範囲が限定されているということの意味するだろう。これは表現行為への萎縮的効果は最小限にすべきという、最高裁の姿勢を示すものであり、同様の事件が発生した場合にもこの趣旨は考慮されていくべきであるし、パブリシティ権に関するその他の論点についてもこの趣旨は反映されるべきであろう。また、3類型に付け加えられた「など」とは、3類型と違法性において実質的同一と評価できる場合に、パブリシティ権の及ぶ範囲を例外的に拡張するものである。もっとも、本判決が具体的に3類型を明示して、侵害となる範囲を厳格に制限しようとしたという前述の趣旨からすれば、「など」にあたるのは極めて例外的な場合に限られるというべきである²³⁾。

本最高裁判決の原審の示した基準は、「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」を考慮要素として挙げており、行為者の利用態様のみならず、著名人側の事情もあわせて考慮するものとされているが、本最高裁判決の3類型は、行為者の利用態様にのみ着目している。この点については様々な見方がありうるところではあるが、顧客吸引力の利用が問題となる場合には、肖像等を利用される者が利用に値する顧客吸引力を有していることが典型的に予定されるから、個々の事例の違法性の評価において被侵害者側の具体的事情を改めて考慮する必要はないと考えたからであるというべきである²⁴⁾。もっとも、個々の著名人によって顧客吸引力の大きさは違うし、各著名人がどの程度自らの顧客吸引力を利用するか姿勢が違う場合もあろう。また、事実上顧客吸引力を有するが、顧客吸引力を用いる意思のない著名人や一般人も考えられる。とすれば、被侵害者側の具体的事情を改めて考慮する必要はないと言ってしまふのは行き過ぎのように思え、たとえば、3類型の上位概念である「専ら」の有無を判断する際にこれらの事情を考慮していくことが妥当と思われる。

本最高裁判決の示した基準は、従来の「専ら」基準や総合考慮基準の抱えていた不明確性について3類型を挙げることで払しょくし、行為者の予測可能性を確保し、表現の自由に萎縮的効果が及ぶことを防ごうとしている点で評価すべきであり、基本的に判例の立場は支持すべきであると考えられる。

4 「3類型」にはどのような場合が該当するか

(1) はじめに

ピンク・レディー事件判決は「専ら」基準を充足する場合として3つの類型を挙げており、これが従来の下級審裁判例と決定的に異なるところである。本件の事案はパブリシティ権侵害とならないことが比較的明らかな場合であり、事案の解決にとっては、特にこのような類型を示す必要はなかったといえるし、3類型に具体的に本件事案の事実があてはめられることもなかった。そのため、これら3類型にあてはまるのはいかなる利用態様なのか、必ずしも明らかでない状況が生じている。よって、これら3つの類型についても触れておく必要があるだろう。

(2) 「商品等」

まず、3類型についてみる前に、「商品等」の意義について確定させなければならない。本件のような雑誌の記事によるパブリシティ権侵害の有無の認定にあたっては、どの範囲を「商品等」とみるかによって、「商品等」全体においてどの程度の分量で肖像等が使用されていたかが変わるからである。たとえば、ある著名人についての記事があり、その記事自体は著名人の顧客吸引力に依存しない表現がほとんど付されていないが、記事の分量は雑誌全体の100分の1程度にとどまるような場合に、「商品等」を雑誌全体とみるか記事のみとみるかによって、侵害の有無の判断は大きく変わると思われる。この点、本判決は「本件記事に使用された本件各写真は、約200頁の本件雑誌全体の3頁の中で使用されたにすぎない」との認定を行っており、「商品等」に該当するのは本件雑誌全体であるとの認識に立っているようである。これについては、判例が「商品等」の範囲は、現実の取引単位によって決せられると考えているのではないかと指摘もある²⁵⁾。もっとも、そのように画一的に考えると、問題となる記事がその雑誌におけるいわゆる目玉記事である場合などに不都合が生じる。読者がほぼその記事のみを目的に買っている場合も少なくないと思われ、その記事のみを「商品等」とみるべきではないかと思われるからである。とすれば、そのように画一的に判断することは妥当ではなく、あくまで個別の事案に応じて「商品等」の範囲を決定すべきである。この考え方については、何の結論も示しておらず、法的安定性に欠けるという批判は妥当するかもしれない。しかしながら、本判決の趣旨である「表現行為への萎縮的効果を避ける」ということをここにも及ぼせば、問題となる記事

が目玉記事ではなく数ある記事の一つであるような場合には、その記事一つのためにほかの記事の表現まで認められなくなることを避けるため、「商品等」は雑誌全体とする解釈が導かれる。一方その記事が目玉記事で、買い手もその記事のみを目当てに買い、売り手もそれを企図しているような場合は、専らその著名人のみを利用しようとしている点で悪質性が高く、その記事自体を「商品等」としてよいと思われる。このように、記事の雑誌内での重要性によって線引きする方法をとれば、法的安定性を欠くとの批判はある程度避けられると思われる。

(3) 3 類型の分析

(a) 第一類型

第一類型は「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」というものであり、典型例としてはプロマイド、ポスター、写真集などがある。この場合、肖像や氏名に依存しない表現がほとんど付されていないので、表現の自由に配慮する必要性が大きくなく、肖像が直接利用されている点で人格的利益も深くかかわっているため、パブリシティ権が及ぶ場合が多い²⁶⁾。裁判例では、メダル（東京地決昭和53年10月2日判タ372号97頁「王貞治記念メダル事件」）、ポスター、プロマイドなど（東京地決昭和61年10月6日判時1212号142頁「おニャン子クラブ仮処分」）などで差止めが認められている。なお、いわゆる「グラビアの使用」の問題については、後述する。

(b) 第二類型

第二類型は「商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し」というものであり、具体例としてはTシャツ、カレンダー、キーホルダー、タオル、ストラップなど多種多様なものがある。この場合、前述のように肖像等に依存しない表現がほとんどない場合はパブリシティ権が及ぶことに問題はないが、この類型では肖像等に依存しない付加価値が相対的に高く、表現の自由に配慮する必要がある場合も多い²⁷⁾。たとえば、同類型には、写真集とまではいえないまでも、キャラクターの紹介、解説等を中心とする本も含まれ、このような本は、著名人についての論評部分など、創作者の個性的表現が付加されている場合が多い。たとえば東京高判平成11年2月24日「キング・クリムゾン控訴審」では、ロック・グループのキング・クリムゾンの魅力と軌跡を解明することを目的として創作したカタログ本について、肖像写真を伝記部分に5枚、作品紹介の扉部分に4枚、さらにジャケット写真を187枚用いたという行為態様が問題となった。この判例におい

ては187枚のジャケット写真の意味をどうとるかについて判断が分かれた。高裁は肖像写真の掲載枚数はわずかであってキング・クリムゾンの紹介の一環として掲載されたものであり、またジャケット写真についてはキング・クリムゾン自体ではなく、キング・クリムゾンの曲が収録されたレコードを視覚的に想起させるものである、すなわち紙面に貼りつけられない音楽を視覚的に想起させ、紙面に「張り付ける」ためのものであったとして、キング・クリムゾン自体のパブリシティ価値の利用を目的とするものではないとした。しかし、原審ではジャケット写真はキング・クリムゾンを直接に印象づけるとして侵害が肯定されている。これは、第二類型の事案の判断の難しさを如実に表すものであり、まさに同事例は第二類型の限界事例であったといえる。個人的には、世の中には有名で顧客吸引力を有するキャラクターについての「〇〇全集」のようなものは多分にあふれており、しばしばテレビCMで放送されている「週刊〇〇、創刊号は……」といった雑誌はまさにその典型であり、そのような雑誌がすべて悪質なものであるとは限らず、むしろ綿密に取材を重ねた正当な表現物であることがほとんどであろう。そのことは本件でも例外ではないと思われるから、ここで本件のような事案で侵害を肯定すれば、あのような商売はすべからず認められないことになりかねず、それを専門とする企業の事業活動にとっては非常に大きな打撃となってしまう。よって、高裁の結論自体は正当であるように思われる。しかし、「ジャケット写真についてはキング・クリムゾン自体ではなく、キング・クリムゾンの曲が収録されたレコードを視覚的に想起させるものである」との理由づけには、疑問が残る。このような書籍が著名人を題材としているものであることは明らかであるし、また音楽でない場合は侵害が肯定されかねないからである。やはり、第二類型の限界事案について説得力のある論証をすることは極めて難しいのであろう。今後パブリシティ権が争われる場合はこのような限界事例が多いと思われるから、その場合は基本的に立ち返り、それが保護すべき表現かどうかという観点も重要になってくるだろう。

また、第二類型にいう「差別化」とは、商品に肖像等を付してこれをキャラクター商品にするような場合をいう。この要件において問題となるのは、複数人の肖像等が付されている場合である。3人程度の人数の肖像をマグカップに付す場合は、そのうち1人の肖像によってもマグカップを「差別化」するものということができるだろうが、その人数が多数に及ぶと、そのうち1人の肖像によって商品を「差別化」するものであるということができるといえるかが問題となる場合も多いで

あろう。その場合、集団を構成する人物一人一人が重要な役割を果たしているかどうかによって個別具体的に判断していくほかない²⁸⁾。

(c) 第三類型

第三類型は「肖像等を商品等の広告として使用する」ものであり、パブリシティ権のリーディングケースである前掲「マーク・レスター事件」が典型例である。同事件は、他者の商品の宣伝に相乗りする形で劇場用映画を宣伝するタイアップ広告による肖像使用が問題となった。普通映画の出演者は、出演した映画の宣伝広告に自己の肖像等を使用することについては明示ないし黙示の許諾があるであろう。もっとも、自己の出演した映画と同時にほかの商品等を宣伝するタイアップ広告がその許諾の範囲といえるのかが明らかではなかった²⁹⁾。同判例では、コマーシャルが16秒全18コマで、そのうちロッテアーモンドチョコレートに関する部分は17コマであり、最終コマに初めて映画に関する部分が登場する点をとらえて、映画宣伝としての要素が希薄で全体としてロッテ製品の宣伝を内容とするものであるとして、許諾の範囲外とした。映画宣伝部分の少なさからすれば、同判決の判断は妥当ではあるといえることができるが、タイアップ広告のすべてが許されないというわけではないのは当然である。タイアップ広告が許されるかどうかは、広告の具体的内容や広告内での両者（本判決の事案でいえば映画と商品）の比率、それと許諾契約（黙示の場合もありうるだろう）の解釈によって許諾の範囲内か否かが決せられるということであろう。もっとも、通常人は自らが推薦しない商品等に自分の肖像等が付され、その商品を自らが推奨しているような印象を大衆に与えるような場合、そのことについて不快感を覚えると思われ、それは著名人であっても異ならないから、人格権保護の必要性が生じる。また、他人の肖像を無断で広告等に付す行為を表現行為として保護する必要性はなく、それはタイアップ広告であっても同じである。タイアップ広告の適法性を考える際には以上のような趣旨を反映すべきである。

また雑誌や書籍などの商品化の際に肖像利用が許諾されている場合、その雑誌等の内容を視覚的にわかりやすく紹介するために肖像写真を利用することができるかという問題もある。この点、商品は売れなければ意味がないのであるから、肖像利用が許された商品の販売を可能とするために、内容紹介の目的での肖像利用も許されるとする必要があるだろう。しかし、単なる内容紹介の域を超えて、本人が許諾を与えたり、推奨したりしているかのような誤解を生む態様で利用されている場合は、内容紹介のために許容されるものである以上、それを逸脱する

ものとして使用が認められないというべきである³⁰⁾。本人が許諾を与えたり、推奨したりしているかのような誤解を生む態様で利用されている場合、前述の人格権保護の必要性、表現行為としての保護の必要性といった観点からも、侵害を肯定することが説明できると思われる。

(4) 本判決の事案について

本最高裁判決の事案は、①各写真が記事と密接に関連しており、「独立して」肖像等を使用する場合とはいえないし、②原告ピンク・レディーの紹介等を目的とする解説本などとは明らかに異なるし、③各写真が本件の雑誌の広告として使用されているような類型でもないため、上記の3種類のどれにあたることも言い難い、肖像等の非典型的な使用事例であるといえる。とすれば、「など」として3類型と均等と認められればパブリシティ権侵害となる場合の事例であるとみることになる。

そのうえで本判決は、本件記事の内容は、現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を解説するとともに、タレントのピンク・レディーに関する思い出などを紹介するというものであるということ、本件各写真は本件雑誌200頁中3頁中で使用されたにすぎず、いずれも白黒写真であり、その大きさは縦2.8cm×横3.6cmないし縦8cm×横10cm程度のものであったとの事実を認定した上で、「本件記事の内容を補足する目的で使用された」としてパブリシティ権非侵害とした。現に流行していたダイエット法について解説を加えることは当然に表現行為として保障されるべきであるし、すでにダイエット法自体は流行しているのだから著名人側が被る追加的不利益は少ない。その表現の態様としても小さい白黒写真を用いるという穏当なものであり、写真集などの代替物となるとは到底いえず、原告らの人格的価値に及ぼす影響も希薄であるから、結論として非侵害とした最高裁の判断は妥当というべきであろう。

しかしながら、本件記事がピンク・レディーの肖像写真をダイエット推奨という不純ともいえる目的で無断使用しているものであり、表現行為の性質に問題点が全くないわけではないことは決して看過すべきでない。著名な芸能人であれば、当該著名性を育成した社会のために、その無断使用行為がどのようなものであろうとこれを受忍すべきであるなどすることは、当然認められない³¹⁾、その表現態様によっては、すでに流行しているものの紹介であっても違法とされる余地はあるというべきである。本判決の事案では白黒写真でサイズも大きくないもの

が用いられたという利用態様の穏当さから侵害とはならなかったが、用いられたのが鮮やかなカラー写真である場合、また本人らが羞恥心を覚えるような水着写真等が多数使われていた場合（本件では1枚のみ）は、侵害となるとみるべきだろう。

5 ピンク・レディー事件判決によっても明らかになっていない点

(1) 「グラビア的利用」について

本判決の第一類型である「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」にあたるには、それ自体が単体の商品であり、「独立して」いるといえなければならない。この点、従来から「グラビア写真」のように出版物の一部を構成するにすぎない場合にも、侵害を肯定してよいかが問題とされてきた。この点について、金築誠志裁判官の補足意見は「プロマイド、グラビア写真のように、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する場合」として、グラビア写真という例示を行っている。しかしながら、法定意見はこの点について何らの説示を行っていないのである。これは、グラビア写真が明らかに商品の一部でしかなく、これを「独立して」ないし「商品等」といっていいのかという問題意識を最高裁も持っており、よって判断を避けたものと思われる³²⁾。下級審においては、「モデル料が通常支払われるようなグラビア写真として肖像写真を利用する場合」にはパブリシティ権を構成するとする裁判例もあり、あわせて補足意見がグラビア写真について明示を行っている以上、本判決も同様の立場に立つということであろうか³³⁾。最高裁がこの点についての明言を避けている以上、どのような趣旨なのかは不明といわざるをえず、残念といわざるをえない。

グラビア写真は、その被写体の顧客吸引力を利用する典型例であると思われる以上、これを非侵害とするのは妥当とはいえない。また、その写真が水着写真等である場合は、表現の保護の必要性も低く、これに対する萎縮の効果を避ける必要もないだろう。とすれば、パブリシティ権侵害としても問題はないだろう。「独立して」といえるかであるが、グラビア写真を写真集の形態として売れば当然侵害になると思われる一方、雑誌の中に組み込んだだけで侵害が否定されることになるのは結論として不均衡である。これは、グラビア写真が、それ自体商品として「独立して」取引されうるものであることを示している。したがって、「独立して」といいいいと思われる。

(2) 「下品な表現」における表現の自由

本判決の「専ら」基準からすれば、肖像写真に関連する何らかの記事が付されている場合は「専ら」顧客吸引力を利用する目的であるといえず、非侵害となるのであろう。では、このような場合はどうか。前掲「ブカススペシャル」では「アイドル腋-1 グランプリ」と題して10人のアイドルがノースリーブの腋の下をみせている写真を掲載している。この掲載態様が1位とされた者こそ最初の1ページすべてを使い掲載されているものの、残りの9人については見開き2頁に詰め込まれており、写真もそれほど大きくない。この場合の問題点は、下品ながらも「誰が美しい腋の持ち主か」という一応のテーマに沿ってコメントが付されており、それはもちろん肖像写真と関連を有するものなのである³⁴⁾。これを前述の基準にあてはめれば、小さいサイズの肖像写真に、関連した記事が組まれているのであるから、表現の補足として肖像写真が用いられている場合として、「専ら」とはいえないということになるのであろう。しかしながら、記事の下品さを無視して、無条件でパブリシティ権侵害を否定することができるのだろうか。このような下品な表現について、萎縮の効果を考慮する必要はないし、また、このような下品な表現は憲法上「低価値表現」として保護の必要性が大幅に減退するといった議論もなされる。憲法上の理論がここにそのまま妥当するものではないのかもしれないが、表現の自由を保護すべく「専ら」基準に加えて3類型まで提示した判例の趣旨からすれば、このような場合はむしろ積極的にパブリシティ権侵害を肯定すべきなのではないかとすら思えてくるのである。しかし、最高裁の示した「専ら」基準では、このような表現の下品さをどのように考慮すべきなのかは必ずしも明らかでない。女性タレントを取り上げた記事の場合はこのような下品な記事であることも多いと思われるので、この点について最高裁による判断が待たれるところである。

6 損害額の立証

パブリシティ権侵害が認められた場合、救済を求める側は侵害者が賠償すべき損害額を立証しなければならない。しかしながら、この立証は容易なものではない。侵害者が無断で顧客吸引力を利用したことで、本人の経済活動に不利益が生じ、売上等の低下が生じたということであろうが、具体的に本人がどの程度の利益を上げることができたのか、侵害によってそれがどのような影響を受けたのか、明らかでない場合が多いと思われ、因果関係の証明に困難が予想される。

そこで、本人の救済としては、著作権法114条の類推適用が考えられる。ここで、肖像等がスポーツ選手のものである場合、その競技について著作隣接権を有するわけではない。歌手等であっても、それらの実演を録音・録画などしない限り、著作隣接権は及ばない。しかしながら、パブリシティ権を有する歌手等の肖像等の価値をもたらすのは、その実演にほかならない。よって、これらの者の肖像等に関するパブリシティ権は、著作隣接権にさらに隣接するものといえることができる³⁵⁾。とすれば、因果関係の立証の困難救済を図った著作権法114条の類推適用が可能なのではないかということである。具体的には、パブリシティ権を有する者が受けた損害の賠償を請求する場合、侵害者が譲渡した物の数量に、権利者が販売することができた物の単位数量あたりの利益の額を乗じて得た額を損害額とすることができる(114条1項)。また、侵害者がその侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額が、権利者が受けた損害の額と推定される(同上2項)。かかる推定が否定された場合や、権利者が同種の製品を販売しておらず、これらの規定の類推の基礎を欠く場合でも、彼らのパブリシティの価値につき通常受けるべき使用の対価の額に相当する額が最低限度の保障として確保される³⁶⁾。もっとも現実には、たとえば2項の適用において、侵害者の受けた利益の立証は非常に困難であり、また3項の適用においても、通常受けるべき使用の対価の認定は困難であるという問題もある³⁷⁾。しかしながら、権利者はそれさえ証明すれば、因果関係の挙証責任が転換されるという大きな利益を得るのであり、権利者にとって有利な規定であることには変わりない。

II 物のパブリシティ権

1 ギャロップレーサー事件³⁸⁾

肖像等に顧客吸引力が認められる場合には、パブリシティの権利が認められるが、顧客吸引力を有するに至るのは人の氏名、肖像の場合のみではない。有名なF1カーや著名性を獲得した動物タレントなど、顧客吸引力を有する物も社会には存在する。このような顧客吸引力を有する物についてパブリシティの権利が認められるのかという論点がある。この点についての最高裁判決が、最判平成16年2月13日である。

事実の概要

ゲームソフトの製造販売を業とする被告（上告人・附帯被上告人）が、多数の実在の競走馬を登場させる集合型の競馬ゲームを制作、販売したところ、一部の馬主が自己の所有する競走馬の馬名が無断利用されたと主張して訴えた。名古屋地判平成12年1月19日（一審）、名古屋高判平成13年3月8日（二審）は、GIレースへの出走経験のある馬の馬名（一審）もしくはGIレースでの優勝経験のある馬の馬名（二審）には顧客吸引力があるとして物のパブリシティ権の成立を肯定するとともに、その請求権者は所有権者になると論じて、不法行為の成立を認めていた。

判 旨

不法行為の成立を否定。

「一審原告らは、本件各競走馬を所有し、又は所有していた者であるが、競走馬等の物の所有権は、その物の有体物としての面に対する排他的支配権能であるにとどまり、その物の名称等の無体物としての面を直接排他的に支配する権能に及ぶものではないから、第三者が、競走馬の有体物としての面に対する所有者の排他的支配権能を侵すことなく、競走馬の名称等が有する顧客吸引力などの競走馬の無体物としての面における経済的価値を利用したとしても、その利用行為は、競走馬の所有権を侵害するものではないと解すべきである。

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ものというべきである。したがって、本件において、差止め又は不法行為の成立を肯定することはできない。

競走馬の名称等の使用料の支払を内容とする契約が締結された実例があるとしても、それらの契約締結は、紛争をあらかじめ回避して円滑に事業を遂行するためなど、様々な目的で行われることがあり得るのであり、上記のような契約締結の実例があることを理由として、競走馬の所有者が競走馬の名称等が有する経済的価値を独占的に利用することができることを承認する社会的慣習又は慣習法が存在するとまでいうことはできない。」

2 パブリシティ権の法的性質と物のパブリシティ

(1) 法的性質論と物のパブリシティ

パブリシティ権の理論構成については、前述のように、その根拠を人格権に求める見解と、人格権とは別個独立の財産的権利とする見解がある。物には人格的利益が絡まない以上、人格権説からすれば、物のパブリシティ権をいかなる根拠で認めるのかが問題となり、財産権説に立てば物についても「人格権とは別個独立の（排他的な）財産的権利」は認められると思われ、物のパブリシティ権は認められやすいといえる。ここで、本判決は「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权等を認めることは相当ではなく」とし、前述のピンク・レディー事件がこれを受けて「法令等」である最高裁判例によって差止請求・損害賠償請求が認められた人格権にパブリシティ権の根拠を求めたということからすれば、本判決も人格権説よりの立場に立つものと理解できる。とはいえ、人格権説からも事業活動のインセンティブを保護するという要請は働かし、これがパブリシティ権保護の根拠の一つになっていると思われる³⁹⁾、なにも著名人のパブリシティ権と物のパブリシティ権の根拠を同一に考える必然性はない。ピンク・レディー事件が人格権説をとったのは、ただ単に差止めの根拠に明文がないとの批判を避けるための方便であったにすぎないと考えれば、顧客吸引力を有する物についてもインセンティブ保護の要請は認められる以上、パブリシティ権が認められる余地があり、法的性質論と物のパブリシティ権の許否は論理必然という関係にはないというべきである。

(2) 所有権と物のパブリシティ

そのうえで押さえておかなければならないのは、物のパブリシティ権と所有権との区別である。長尾鶏事件といわれる判決（高知地判昭和59年10月29日判タ559号291頁）では、「本件長尾鶏を写真にとったうえ絵葉書等に複製し、他に販売することは、右長尾鶏所有権者の権利の範囲に属する」としている。物を写真にとって絵葉書を複製、販売することは物のパブリシティ権の領域に属することと思われ、判文を素直に読めば、所有権を根拠にして、物のパブリシティ権を認めたようにみえる。また、クルーザー事件として知られる事件では（神戸地判平成3年11月28日判時1412号136頁）、「原告は、本件クルーザーの所有者として、同艇の写真等が第三者によって無断でその宣伝広告等に利用されることがない権利を有し

ていること明らかである」とし、これも所有権を根拠にしてパブリシティ権を認めたように見える。しかしながら、本最高裁判決のいうとおり、所有権は、その物の有体物としての面に対する排他的支配権能であるにとどまり、その物の名称等の無体物としての面を直接排他的に支配する権能に及ぶものではないはずである。たとえば、競走馬の所有者が、馬を外部から撮影できない場所においている場合、写真を撮影する際に馬主と交渉する必要がある、馬主は対価を受領することもできるだろう。しかし、これは馬へのアクセスを物理的に制限しえたからにすぎず、対価の収受は所有権に基づくものではない⁴⁰⁾。したがって、少なくとも現行法上は、物のパブリシティ権の根拠を考える上では、所有権とは別の根拠による必要があるだろう。

もっとも、現在物のパブリシティ権の根拠として所有権によることができないのは、所有権があくまで有体物を客体とした権利とされているからにすぎず、民法上物のパブリシティ権を新たに「所有権に付随する権利」や「所有権から派生する権利」と位置づけることは否定されないのではないか。情報化社会の進展は、物に対する価値観に変化をもたらしており、物から生じる価値が物自体の経済的価値のみならず、物の情動的価値をも含むことは広く承認されているといえる⁴¹⁾。競走馬のように、その「馬」という有体物としての面よりも、「顧客吸引力」という無体的な面の方が重要である場合も極めて多い。このような状況においては、有体物のみを客体とした伝統的な所有権理論はもはや社会の実態に合っていないとも考えられる。とすれば、物それ自体の物質的な価値を把握する権利が本来的な意味における所有権であるのに対し、物から生ずる経済的な付加価値こそが所有権に付随するパブリシティ価値であり、それを物のパブリシティ権として構成し、民法上位置づけることも禁止されないというべきである。これが認められないとしても、少なくとも、社会の実態に伝統的な所有権理論が合っていないのではないかという問題意識は持つておくべきである。

3 物のパブリシティ権を認めるべきか

(1) 学説における肯定説と否定説

そのうえで、物のパブリシティ権を認めるかについては争いがあり、大きく肯定説と否定説に分けることができる。本最高裁判決は、そのうち否定説に立つものである。否定説の論拠としていわれるものが、本判決にもあるとおり「物の無体物としての面の利用……につき、法令等の根拠もなく……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」というものである。物のパブリシティ権侵害に（仮に）該当する事例では、著作権法や商標法の適用を主張することはできない。このような無体財産権諸法において侵害とされない行為については、許された行為であると受け止められるはずであり、これを不法行為にあたるのであれば、これらの無体財産法を制定した意味が失われてしまう。既存の無体財産法体系によって許される利用は、一般法としての不法行為法で禁止されるべきではないということである⁴²⁾。これに対して肯定説は、実定法上の根拠がないからといって、判例による新たな排他的権利の承認を躊躇する理由はなく、また、物に対する価値観の変化によって、判例法上新しい権利が承認されたとしても何ら不思議ではないと主張する。このような違いは、実定法に根拠のない排他的独占権の存在を認めるべきか否かという「権利」に対する見解の相違に帰着するといえるだろう⁴³⁾。また肯定説の論拠としては、現代情報社会においては、パブリシティ価値を有する物についての情報はそれ自体財産的保護に値し法的保護に値する利益である⁴⁴⁾。いいかえれば、物のパブリシティ権は社会的に認識されている概念であり、保護の必要性があるということである。著名人が有する顧客吸引力も、物が持つ顧客吸引力も、実生活においてはあまり大差がなく、同じ顧客吸引力として評価されるのだから、同様に保護する仕組みが与えられていいのではないか⁴⁵⁾。これに対して否定説からは、たとえば映画等を撮影する場合に、画面のフレームに入ってくるあらゆる物に関して、その所有者から許諾を得なければならず映像を使えないような法制度にすることが、果たして社会的ニーズであるのかという批判がなされる⁴⁶⁾。

この違いは、物の経済的価値を排他的に支配する利益を保護するという社会的慣行が存在しているといえるかという認識の相違に帰着するともいえる⁴⁷⁾。また、自然人の場合ですらも、パブリシティ権侵害となるのは、「専ら」顧客吸引力を利用する目的といえる場合のみであり、人格的利益の絡まない物のパブリシティ権については、さらに限られた場合に初めて保護の必要性が認められると思われ、そのような場合のみのために物のパブリシティ権という新たな権利を創出することが妥当かという指摘も、注目に値する⁴⁸⁾。

（２）一般法としての不法行為法は抑制的であるべきか

この問題は、特別法の知的財産法などが積極的には規定していない生成途上の権利や利益について、一般法としての不法行為法がどのように対応すべきか、不

法行為法によって違法としてもいいのかという問題としても整理することができる。そこで、同じように特別法と一般法の関係にある場合、たとえば道路交通法の場合を例にとって考えると、もし道路交通法で禁止されていない行為であるとしても、他人に危険をもたらす行為は一般法としての不法行為法によっても決して許容されないというべきである。道路交通法は危険な行為について典型的な場合を特に列挙したものにすぎず、これにかかわらず危険な行為はすべて禁止されるべきだからである。ここで、このような論理がすべての特別法に及ぶのであれば、知的財産法との関係でも、特別法上禁止されていない行為を、一般法たる不法行為法が独自の立場で判断をしてよく、不法行為が成立する場合もあるということになる。しかし、知的財産法においては、他人の成果にフリーライドをすることは原則として自由であり、禁止された行為以外は積極的に容認されるべきである、という価値判断が存在する。このように、知的財産法の基本的な性格が、個人の利益の保護と社会の共有財との調整を図るものと考えられるなら、禁止されていない行為は共有財の利用として許容されており、一般法たる不法行為法は抑制的であるべきということになる⁴⁹⁾。

個人的には、まず一つ目の点、すなわち実定法に根拠のない排他的独占権の存在を認めるべきか否かという点であるが、社会的実態として保護の必要性があるならそれは保護すべきである。また、立法の際には多数の関係当事者の多様な利害を調整しなければならず、その困難性から立法が断念される場合も考えられ、そのような場合に一切保護が受けられないのは妥当でない。よって、肯定的に解すべきである。また二つ目の点、すなわち物の経済的価値を排他的に支配する利益を保護するという社会的慣行が存在しているといえるかという点であるが、物の場合であっても、事業のインセンティブを保護しなければ、事業活動に対する意欲が減退してしまう場合もあるというべきであり、パブリシティ権保護の社会的要請は認められるというべきと考える。もっとも、パブリシティ保護の実質的理由としては、人格的利益の保護とインセンティブ保護の二つが考えられるところ⁵⁰⁾、物のパブリシティ権には人格的利益が絡まない分、保護の実質的理由としてはインセンティブ保護の要請のみとなる。したがって、必然的に侵害要件は厳しくなるものと思われるが、そのような要請が認められる場合ならば、保護の必要性が高い以上、判例法上新しい権利である物のパブリシティ権を認めることも許容されるというべきであろう。その観点からすれば、本最高裁判決は、いささか硬直的な解釈に立っているといえる。

4 考えられる法律構成

(1) 学説の状況

(a) 商品推薦決定権説

ではここで、物のパブリシティ権を認めるための法的構成には、現行法上どのようなものがありうるのか。たとえば、所有者と所有物との関連性が広告中に明示されている限り、すなわち、所有物を使用した広告を見た消費者において、所有者が商品を明示または黙示に推薦したと思うような場合には、パブリシティ権侵害が認められるとする説がある。この説は、パブリシティ権の法的性質について人格権説に立った上で、物の所有者の人格的利益が害される場合に侵害を認めると考えているのであろう。しかしながら、消費者が求めているのは、物の所有者という何ら関係ない一般人の推薦でなく、物自体のイメージや知名度であることは明かである⁵¹⁾。とすれば、この説は、物のパブリシティ権の実態に全く即しておらず、パブリシティ権侵害が認められる場合はほぼ皆無となってしまいうだろう。

(b) 顧客吸引物限定説

また、物をその所有者の所有する意図において区別し、特別な顧客吸引力や宣伝広告効果を得ることを目的としている物（顧客吸引物）と、一般消費者に購入されたり利用されたりすることを目的としている物に二分し、前者にのみ物のパブリシティ権を肯定するという説がある。顧客吸引物においては「操っている人間」の存在が重視されるから、このように所有者の意図によりパブリシティ権の有無を異にする結論が導かれるということである。もっとも、所有者の意図をもとに区分するということに、法的安定性の危うさがあるというべきである⁵²⁾。また、所有者意図というのが、具体的にどこから出てきた概念なのか、法的根拠は何なのかも全く明かでない。

(c) インセンティブ説

パブリシティ権には、人格的利益の側面にとどまらず、芸能活動等の事業のインセンティブを保持するために保護が認められる財産的利益の側面があるのは否定できない。ここで、他者のフリーライドによって事業活動をすることで一定の成果を挙げようとする意欲が過度に減退し、当該成果が市場に十分に供給されなくなるという関係が認められる場合は、法的な介入の余地が生ずる⁵³⁾。この法的介入の必要性をもって、パブリシティ権の根拠としようとする説もある。とする

と、パブリシティ権は人格的利益を有する人の肖像等のみではなく、事業のインセンティブを保護すべき物にも認められることがあるということになる。この説では、パブリシティ権の法的性質について人格権説に立ちつつ、別の要請を認めることで、自然人のパブリシティ権と物のパブリシティ権を統一的に把握することができる。しかし、インセンティブというのは、何に対するインセンティブであるか幅のある概念であるし、あいまいであるから、インセンティブ論のみによってパブリシティ権の適用を画することができるのかという批判もある⁵⁴⁾。また、インセンティブ保護という必要性のみでパブリシティ権を保護するというのは、必要だから保護するという論理であり、何の説明にもなっていないのではないかと考えられる。

(d) 情報コントロール権説

情報社会においては、物の情動的価値が経済的色彩を帯びる結果、パブリシティ権とは、自然人の肖像等であると物のパブリシティ権であるとを問わず、一種の「情報コントロール権」であると理解されるとする説もある。自然人のパブリシティ権は肖像等の個人情報を経済的利用をコントロールする財産的権利であり、物のパブリシティ権は物から生ずる付加価値としての情報をコントロールする財産的権利であるというのである⁵⁵⁾。この説も、自然人のパブリシティ権と物のパブリシティ権の根拠を統一的に把握することができる。しかし、前述のように自然人のパブリシティ権については、最高裁が人格権の一内容として位置づけると述べており、これをいきなり別概念である「情報コントロール権」などという概念を持ち出して説明するのは、ピンク・レディー判決との整合性が問題になるように思われる。

(2) 私見

このように物のパブリシティ権の理論構成については現行法上様々なものが考え出されてはいるが、そのどれもが決定的な解釈であるとは言い難い。個人的にはこの中では、顧客吸引力を利用した事業活動があり、それを保護する必要性があるという社会的実態に最も即した、インセンティブ説が最も妥当なように思えるが、これもいまだ決定的な見解とはいえないだろう。これはすべて、物の有体物としての側面を規律する伝統的な所有権理論が情報社会の実態に沿っていないことが原因なのではないか。そしてそのことが、このように物のパブリシティ権の保護の説明の難しさに表れてしまっているのではないか。確かに、所有権は有

物を客体とする権利であるという建前を崩すことは難しいだろう。しかし、物のパブリシティ権の理論構成を考えるにあたっては、所有権に付随する何らかの権利として構成することはできないか、民法上所有権を物の無体物としての側面に拡張するような解釈をすることができないか、さらには民法上規定することができないかという点についても検討されるべきである。

むすびに代えて

パブリシティ権は明文のない権利であり、その権利の性質、侵害要件、具体例などについて、すべて解釈で明らかにする必要がある。これがあいまいであると行為者への行為規範としての意味が失われ、行為者の予測可能性がなくなる結果となる。それを避けるためにここまでパブリシティ権について総合的に考察してきて、パブリシティ権にまつわる解釈において最も重視すべきと私が考えたのが、最高裁が「専ら」基準に加えてわざわざ3類型を挙げ、パブリシティ権侵害となる場合を極めて限定してまで達成しようとした趣旨、すなわち表現行為への萎縮的効果は最小限にすべき、フリーライドは原則として違法とすべきでないという趣旨である。これはいってしまえば最高裁がピンク・レディー判決で示そうとした最も重要な命題である。そして、パブリシティ権を保護する際にはこのような表現行為に対して最大限の配慮を払い、それでも表現の保護の必要性がないといえる場合に、表現行為の対向概念であるパブリシティ権が機能すると考えるべきである。このことはパブリシティ権に関するいかなる論点においても考慮されていくべきであるし、未知の論点についてもこの趣旨は反映されるべきである。キング・クリムゾン事件のような限界事例においても、この価値判断を中心に据えることで事実評価の大まかな方向性はみえてくると思われる。そして、この大原則を常に中心に置くことによって、行為規範としての予測可能性も少なからず担保されるように思われる。

また、物のパブリシティ権については、著名な人と著名な物で顧客吸引力の本質はなんら変わりなく、要保護性も同様に認められる以上、これを認める必要性は十分に肯定できるというべきである。雑誌等に掲載されたのが人の場合は侵害だが、たまたま物だったから侵害とならないとするのは、取引社会の実態には合っていない。もっとも、物のパブリシティには人格的利益が絡まない分、保護の実質的理由としては事業活動のインセンティブ保護の要請しかなく、その結果

人のパブリシティよりは保護要件が厳しくなるものと思われる。しかし、そのような厳しい条件を満たす場合であれば、保護の必要性も極めて高く、物のパブリシティを認める必要があることに疑いはないだろう。

もっとも、前述のように物のパブリシティ権を認める法律構成の中にも決定的な説得力を持つものはなく、法律的に物のパブリシティを保護する難しさがここに表れている。私は、これが有体物の支配を内容とした既存の所有権理論によって物のパブリシティを補足できないことの結果のように思えてならない。物の有体物としての面を支配する「所有権」に付随するものとして、物の無体物としての面を支配する「物のパブリシティ権」を民法上位置づけることはできないのかという議論も必要であると思う。

- 1) 中島基至「最高裁重要判例解説」Law and Technology56号 (2012年) 70頁
- 2) 最判平成24年2月2日 (民集66巻2号89頁)
- 3) 中島・前掲70頁
- 4) 宮脇正晴「判例研究」Law and Technology58号 (2013年) 69頁
- 5) 中島・前掲70頁
- 6) 小泉直樹〈知財判例速報〉「ピンク・レディー事件上告審—最一小判平成24・2・2—」ジュリ1442号 (2012年) 7頁
- 7) 久保野恵美子「いわゆるパブリシティ権の侵害と不法行為」ジュリ1453号 (2013年) 86頁
- 8) 内藤篤「残念な判決としてのピンク・レディー最高裁判決」NBL976号 (2012年) 24頁、中島・前掲79頁参照
- 9) 田村善之『不正競争法概説』(第2版・2005年・有斐閣) 539頁
- 10) 最判平成14年9月24日「石に泳ぐ魚」事件 (判時1802号60頁)
- 11) 中島・前掲78頁
- 12) 中島・前掲79頁
- 13) 東京高判平成12年2月24日 (判例集未登載)「キング・クリムゾン控訴審」、東京地判平成12年2月29日 (判時1715号76頁)「中田英寿第一審」など
- 14) 宮脇・前掲74頁
- 15) 北村二郎「芸能人の肖像写真が雑誌の記事に利用された場合のパブリシティ権侵害の成否」知的財産法政策学研究25号 (2009年) 313頁
- 16) 東京地判平成16年7月14日 (判時1879号71頁)「ブブカスペシャル7第一審」
- 17) 東京地判平成17年8月31日 (判タ1208号247頁)「@ブブカ」
- 18) 北村・前掲315頁
- 19) 東京高判平成18年4月26日 (判時1954号47頁)「ブブカスペシャル7控訴審」
- 20) 北村・前掲318頁

- 21) 宮脇・前掲75頁
- 22) 中島・前掲72頁参照
- 23) 中島・前掲77頁、宮脇前掲75頁参照
- 24) 久保野・前掲86頁参照
- 25) 宮脇・前掲77頁
- 26) 田村・前掲517頁参照
- 27) 田村・前掲517頁参照
- 28) 中島・前掲77頁
- 29) 田村・前掲514頁
- 30) 田村・前掲515頁
- 31) 松尾和子『『ピンク・レディー de ダイエット』パブリシティ権保護の成否』『牧野利秋先生傘寿記念 知的財産—法理と提言—』（青林書院・2013年）1149頁
- 32) 内藤・前掲19頁
- 33) 中島・前掲75頁参照
- 34) 内藤・前掲23頁参照
- 35) 阿部浩二「パブリシティの権利と不当利得」『[新版] 注釈民法（18）』（有斐閣・1991年）587頁
- 36) この点につき、前掲田村・532頁も参照
- 37) 阿部・前掲593頁
- 38) 最判平成16年2月13日（民集58巻2号311頁）
- 39) 田村・前掲524頁参照
- 40) 田村・前掲522頁参照
- 41) 三浦正広「競走馬のパブリシティ権—ダービースタリオン事件—」判例評論521号（2002年）34頁参照
- 42) 内藤篤「パブリシティ権—競馬ゲーム判決をめぐって—」法学教室235号（2000年）2頁参照
- 43) 三浦・前掲203頁
- 44) 三浦・前掲203頁
- 45) 伊藤真「物に関するパブリシティの成否」著作権研究26号（1999年）25頁
- 46) 内藤篤＝田代貞之『パブリシティ権概説（第3版）』（木鐸社・2014年）22頁
- 47) 三浦・前掲203頁
- 48) 中川達也「競走馬の名称」『著作権判例百選（第4版）』（有斐閣・2009年）183頁
- 49) 窪田充見「不法行為法から見たパブリシティ」民商法雑誌133巻4＝5号（2006年）737頁参照
- 50) 田村・前掲506頁参照
- 51) 内藤＝田代・前掲213頁、218頁参照
- 52) 内藤＝田代・前掲213頁、219頁

254 法律学研究54号 (2015)

53) 田村・前掲507頁

54) 内藤=田代・前掲221頁

55) 三浦・前掲205頁