

肖像の経済的側面に対する法的保護とその意味・序論：「パブリシティの権利」の再構成に向けて

安東，奈穂子
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/10963>

出版情報：九大法学．87，pp.1-38，2004-02-14．Kyudai Hogakkai
バージョン：
権利関係：

肖像の経済的側面に対する法的保護とその意味・序論

——「パブリシティの権利」の再構成に向けて——

安 東 奈穂子

- 一 はじめに
- 二 現状と分析——肖像の経済的側面に対する法的保護を必要とする場面
 - 1 肖像利用の場面で為される利用許諾
 - (一) 肖像権に基づく利用許諾の必要性
 - (二) 肖像の経済的側面に対する肖像権による保護の限界
 - (三) 肖像の経済的側面に対する利用許諾の法的性質
 - 2 利用許諾なき第三者による肖像利用
 - (一) 裁判例紹介
 - (1) 広告宣伝活動
 - (2) 商品化活動
 - (3) 報道出版活動
 - (二) 裁判例に見る侵害内容
- 三 検討——肖像の経済的側面における人格権的意味の重要性
- 四 おわりに——「パブリシティの権利」の再構成に向けて

一 はじめに

テレビコマーシャル一本の出演料が、一億円とも、二億円とも言われる俳優がいる。彼がコマーシャルのなかで口にしたビールは、彼の名声に乗って売り上げを伸ばす。また、何十万人というファンを持っているアイドルグループがある。メンバーの顔が載ったポスターやカレンダーは、彼ら同様、人気を博す――。

両者の場面とも、俳優やアイドルグループメンバーの肖像⁽¹⁾なり氏名⁽¹⁾なりを利用することが、客を惹きつけて商品の売り上げを伸ばし、結果として利益を生み出していることを示している。さらに、肖像や氏名が利用されている俳優やアイドルグループメンバーの側にも、彼らをコマーシャルに起用したり商品に添付したりしようとする第三者によって、相応の対価が支払われている。こうしてみると、両者の場面で利用されている肖像や氏名は、経済的な価値や利益を有していると言えることができるだろう。

だがその一方で、経済的な価値や利益を有する肖像や氏名は、対価を支払うことなく一方的に利益にあずかるとする第三者によって、無断利用されてしまう危険性にもさらされていると言えよう。では実際に、経済的な価値や利益を有する肖像や氏名が第三者により無断利用されたような場合、何が法的に問題とされるべきであろうか。

そもそも、わが国において、肖像や氏名の法的保護に関する一般規定は存在しない⁽²⁾。ましてや、ここに示したような「肖像や氏名の経済的側面」に関して、明確に権利義務関係を規定したような法文も存在していない。それでも、この側面が呈する様相を観察することによって、次のような問題にまず気付かされるだろう。それは、当該肖像や氏名の有する客を惹きつける力（＝顧客吸引力⁽³⁾）に、第三者が金銭を支払わず乗ずることによって、本人に不

利益を与えているということである。そしてこの問題に対し裁判所及び学説は、肖像や氏名の経済的価値や利益は法的に保護されるべき権利または利益と言えること、ひいては、このような利益侵害行為は不法行為の対象となることを認めており、これは「パブリシティの権利」と呼ばれているところでもある。よって問題は、経済的利益の侵害であると確かに言えよう。

しかしながら、肖像や氏名の経済的側面に対する第三者による無断利用の場面に存している問題とは、果たして、肖像や氏名の経済的価値及び利益だけにとどまるものなのであろうか。言葉を換えれば、肖像や氏名の経済的側面は、経済的価値及び利益のみによって構成されているのであって、円滑な金銭の授受といった財産権的なものさえ法的に保障されれば満たされると言い切れるものなのであろうか。例えば、肖像や氏名が人格の表象であるということや、肖像権若しくは氏名権を通して人格権の保護対象であるということなどから、完全に離れて独立して存在しうるものなのであろうか。

確かに例に出したような有名人は、自らの肖像や氏名の利用に際し、一般人なら感ずるであろう不安や羞恥心を有している様子もなく、明らかに自ら進んでそれらを公衆にさらしている。それどころか、人格の表象であるところの肖像や氏名——普通なら、できるだけ秘匿して第三者の利用から遠ざけたいと思うもの——を通じて、第三者より金銭を得てさえいる。これは、一般人においては到底考えられない、有名人に特有のビジネス活動であり、とても経済性の強い話であって、高尚な人格権を問題とするような場ではないと言われるかもしれない。

しかしたとえ、そこで取引されているのが経済的価値や利益だとしても、それらを有し、生み出している源は、紛れもなく人格の表象であることが忘れられてはなるまい。かならずや、肖像や氏名の中核にある人格性が、その表面で取引されている経済的価値や利益と無関係ではないはずである。また、そもそも人格権は、自らの肖像や氏

名を秘匿することにより得られる心の安寧のみを保障するものではないはずである。例えば、自らの肖像や氏名を上手に利用して利益を手にしたというような、自らの意思の下にそれらを露出して得る価値や利益もまた、肖像や氏名の中核にある人格性ゆえの産物として、人格の権利の保障対象とされうるのではなからうか。

以上のような観点からすると、肖像や氏名の経済的側面に対する第三者による無断利用の場面には、「経済的」側面でありながらも「人格権的な」問題も存する余地があるのではないかと考える。

そこで今回は、とくに肖像に着目し、その経済的価値や利益を主としているような経済的側面が、人格権的なもの（人格の作用や働き）とも決して無関係ではないことを明らかにしたいと考える。そして、それゆえに肖像の経済的側面に対する法的保護やその意味は、人格権的な視点に立って考察される必要性があることを論ずるものである。さらにまた、このような作業は、肖像の経済的価値や利益のみが重視されがちな「パブリシティの権利」を、今後どのように再構成していくかに少なくない示唆を与えるものと考えている。

具体的には、まず肖像の第三者による利用が問題となる場面について分析を行うことにする（一 現状と分析）。ここで第三者利用に着目するのは、肖像者本人が自らの思ったように第三者の利用を差配しようとするとき及びそれができなかつたときに、殊に人格権的なものとの関連性が明らかになると考えるからである。そしてその分析から得られた肖像の経済的側面と人格権的なものとの関連性を踏まえ、肖像の経済的側面に対する法的保護とその意味について検討する（三 検討）。そしてその作業から、肖像の経済的側面に対する法的保護の意味が、経済的な価値や利益ばかりでなく人格権的なものの保障という観点にも求められなければならないことを指摘する。最後に今回、肖像の経済的側面に対して得られた考察が、「パブリシティの権利」の再構成に向けてどのような示唆を与えるのかについて触れてみたい（四 おわりに）。

- (1) 肖像とは、端的に言えば「顔」のことであるが、いわゆる有体物としてのそれではない。写真に写しとられたり、絵画に描きとられたり、彫刻に彫りこまれたりした「顔」のことである。
- (2) 「わが国の実定法には、氏名又は肖像の法的保護に関する一般的規定は設けられていない。……商法、商標法及び不正競争防止法も氏名の保護に関する規定を設けているが、……いずれも限られた局面における保護を定めたものであるにすぎない。したがって、氏名・肖像の無断使用に対して、どのような法的保護が与えられるべきかは、主として民法を中心とする一般私法の解釈に委ねられている」安倉孝弘「著名芸能人の氏名・肖像の無断使用と差止請求の可否（積極）」法律のひろば四五巻四号三七頁。
- (3) 内藤篤「田代貞之『パブリシティ権概説』」一八頁（木鐸社、一九九九年）参照。
- (4) 裁判例では、「マーク・レスタター事件」（東京地判昭五一・六・二九、判時八一七号二三頁）、「おニャン子クラブ事件」（東京地判平二・一二・二二、判時一四〇〇号一〇頁、東京高判平三・九・二六、判時一四〇〇号三頁）ほか。学説では、阿部浩二「パブリシティの権利と不当利得」『新版注釈民法（一八）』五〇二頁（有斐閣、一九九一年）、斉藤博「氏名・肖像の商業的利用に関する権利」特許研究一五号二四頁（一九九三年）ほか。
- (5) 「パブリシティの権利」は、アメリカにおいて、一九五三年（Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F. 2d 866 (2d Cir. 1953))、判決理由の中で宣言され、コモン・ロー上生成発展した権利である。日本では、昭和五二年、「マーク・レスタター事件」（前掲注（4）参照）の判決理由の中で、「俳優等は、自らかち得た名声の故に、自己の氏名や肖像を対価を得て第三者に専属的に利用させうる利益を有しているのである。ここでは、……経済的利益を有することになり（右利益は、当然に不法行為によって保護されるべき利益である）」と述べられたことから、本判決が、「パブリシティの権利」を、その用語こそ用いなかったものの、「パブリシティの権利」の嚆矢であると評価されている。日本における「パブリシティの権利」の定義は一樣ではない。代表的な定義として次を挙げる。「氏名・肖像等が一つの経済的価値をもつものとして情報伝達手段に用いられるとき、それをパブリシティ価値とよび、この価値をコントロールすべく想定される権利」（阿部・前掲注（4）五六四頁）。
- なお、本権利は、実定法上の根拠を持たず、その権利内容及び権利性についても明確でないことから「」（かぎっこ）をつけることとした。
- (6) 肖像権や氏名権は、人格権の一類型である（五十嵐清『人格権論』一一頁（一粒社、一九八九年）参照）。

二 現状と分析——肖像の経済的側面に対する法的保護を必要とする場面

本章では、肖像の経済的側面が人格権的なものと関連していることを示す手がかりとして、肖像の第三者利用が問題となる場面について分析を行う。まず1では、肖像が第三者によって利用される場面において、肖像者本人が第三者に与える利用許諾について考察し、2では、肖像の経済的側面が無断利用された場合の被侵害利益について検討する。

1 肖像利用の場面で為される利用許諾

肖像の第三者利用が問題となる要因はどこにあるのだろうか。一の冒頭で述べた前者の例をもう一度考えてみよう。

この利用場面において、俳優は自己の肖像を第三者に利用させることで対価を得、第三者はその宣伝効果によって自社商品の売り上げを増大させて利益を得ようとしている。しかしこれ以前に、第三者は肖像の利用を申し出て、俳優は当該第三者が利用することを許諾している、という事実が見落とされてはならないだろう。

ここで俳優は利用許諾を通し、次の二つのことを可能にしようとしていると言えよう。まず一つめは、それと引き換えに第三者から対価を得るということである。二つめは、自己の肖像を第三者に利用させるに際し、「いつ、誰に、どのような利用態様で利用させるか」など、自らの意思を反映させることである。よって、肖像者本人から利用許諾を得ていない第三者利用は、肖像者本人から対価を得る機会を奪い、且つその意思を無視した行為と言う

ことができるのではないだろうか。すなわち、肖像者本人から利用許諾を得ていないことが、肖像の第三者利用の場面に法的な問題を生じさせる大きな要因の一つと断言することができよう。

では、肖像の経済的側面を第三者が利用する場面において、どのような場合に肖像者本人の利用許諾を得ておけば法的に問題が無いと言えるのだろうか。それを明らかにするため、肖像の経済的側面に対する利用許諾が、そもそも如何なる法的根拠に基づいて必要とされるのかについて、次で検討を加える。

(一) 肖像権に基づく利用許諾の必要性

一でも述べたとおり、肖像は、経済的側面もさることながら、その法的保護一般に関する明文の規定を有しない。しかしながら最高裁判例においては、今のところ刑事事件一件のみではあるが、肖像は第三者のみだりな撮影から保護されることが認められている。最高裁大法廷昭和四四年一月二四日判決⁽⁷⁾、いわゆる「京都府学連事件」⁽⁸⁾最高裁判決では次のように述べられている。

「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、みだりにその容貌・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うべきである。これを肖像権と称するかは別として、少なくとも、警察官が正当な理由もないのに個人の容ぼう等を撮影することは憲法二三条の趣旨に反し、許されないものといわねばならない。」

本最高裁判決は、「肖像権と称するかは別として」と述べたものの、実質的には肖像権を憲法上の権利として承認したものと学説上解されている⁽⁹⁾。また本件では、もっぱら肖像の撮影に焦点が置かれ、その利用については触れられていない。しかし、撮影などの肖像作成行為と掲載などの肖像利用行為とはしばしば一連の関係にあることから、ここにいう「みだりに撮影されない自由」は利用行為に対しても適用されると解するのが妥当であろう⁽¹⁰⁾。

また、自由利用が許されるのも限られた場合⁽¹¹⁾だけであって、第三者による公益目的や表現の自由に基づく利用の際でさえ、相当の方法での撮影及び公表⁽¹²⁾でなくては違法性が阻却されないことなども、下級審判例を含めて学説においても広く認められているところである。さらに、このように肖像に対する第三者の撮影や利用を制限したり禁止したりできる肖像権は、法文にこそ規定は無いものの⁽¹³⁾、名誉権や氏名権とともに人格権の一類型であると解されている⁽¹⁴⁾。

このようなことから、第三者の肖像利用自体は、肖像権に基づいて原則的に許諾を要すると言いうことができよう。しかし一見して分かるように、「京都府学連事件」で問題となっている場面と、本章で着目している肖像の経済的側面が問題となっている場面とは、肖像の利用目的等において相違がある。それゆえ、ここに言う肖像権に裏打ちされた利用許諾の考え方を、肖像の経済的側面にもストレートに適用して良いか、さらに検討しなければならぬ。

(二) 肖像の経済的側面に対する肖像権による保護の限界

肖像の経済的側面に対して利用許諾を必要とする根拠も、肖像権によって充分に説明できるものだろうか。そのことについて、次の二点から考察し、肖像の経済的側面に対する肖像権による保護の限界について言及してみたい。まず一点は、肖像権が確立に至った過程における特徴である。肖像について、戦後それをとりあつたほとんどの判例は、国民对国家の図式のなかにあった。すなわち、それらは刑事判例を中心としており、具体的には、デモの参加者等(被撮影者)が当該警察官(撮影者)に対して撮影を阻止しようとする実力行使したのが公務執行妨害罪にあたるかという争いのなか、被告人の国家権力への対抗手段として「肖像権」は主張されてきた。そして、当初「肖像権」に否定的であった判決の論調も(札幌地判昭三五・八・一七、神戸地裁姫路支判昭三七・一・一七など)⁽¹⁵⁾、し

だいに、「プライバシーの権利」や憲法一二三条との関連のなかで触れるようになり（大阪高判昭三九・五・三〇、東京高判昭四三・一・二六など⁽¹⁶⁾）、そのような過程を経て、前述の最高裁判決⁽¹⁷⁾によって肖像権は確立したのである。よつて、肖像権が権利として主張され、承認を得て確立に至った過程は、国家の公益目的に対して照準が合わされており、営利目的の利用からは遠かったというきらいがある。

とはいえ、肖像権が对国家のみに主張可能であつて私人対私人の場面には適用されないと云っているわけでは決してない。肖像の利用ばかりでなく、撮影までも禁じ得るわが国の肖像権⁽¹⁸⁾は、今までもそして今後も肖像に纏わるあらゆる場面で有用であることに疑いはないと思われる。それでも、肖像権の確立が第三者の撮影や利用に対する「禁止権」を中心としたところで、すなわち利用を許して対価を得ようとするような肖像の営利性とは関係の薄いところで成し遂げられたことは、留意しておかなければならない事実と考える。

第二点は、およそ肖像権の確立過程で想定されている肖像者と肖像の経済的側面におけるそれとは、性質に違いが見られることである。前者は、撮影も利用もはじめから望んでいない、その意味で消極的な人である。それに対して後者は、第三者による撮影や利用によって対価を得ることを望んでいる、その意味で積極的な人である。

よつて後者が実際に、第三者が肖像を無断利用する行為に対して肖像権を主張したとしても、前者の定理では、常日頃より自らすすんで肖像を公衆にさらしているような有名人は、保護が縮減されてしまう虞⁽¹⁹⁾がある。また、たとえ肖像権の主張が認められるとしても、それは後者のような有名人にあつてもとうていその公表が甘受すべきとは言えないような、秘匿されておかれるべきプライバシーや護られるべき名誉にかかわる場面に限られてしまう⁽²⁰⁾だろう。しかしその一方、肖像の経済的側面において保護されなければならぬ価値や利益は、肖像を秘匿しておくことで護られる価値や利益ではなく、肖像をさらすことよつて増大した経済的価値や利益である。しかるに、

肖像権では肖像の経済的側面ですら念頭に置かれるような肖像者は効果的に保護することができない、と言わざるを得ない⁽²¹⁾。

以上のようなことから、肖像の経済的側面を肖像権によって保護することには、一定の限界があると考えられる。そしてひいては、このような肖像権が有する限界は、肖像の利用許諾の必要性を肖像権により導き出す考え方にも自ずとと言えることであろう。すなわち肖像の経済的側面に対する利用許諾の必要性の根拠を肖像権に求める考え方は、肖像者本人にとってその撮影や利用を望まない消極的な部分においては有用であっても、第三者利用によって対価を望むような積極的な部分いわゆる経済的側面においては必ずしもそうではないと言えよう。

(三) 肖像の経済的側面に対する利用許諾の法的性質

前述のとおり、肖像の経済的側面に対して利用許諾を必要とする根拠は、肖像権では十分に説明できないことが分かった。では、肖像権以外の何にその根拠を求めれば良いのであろうか。肖像権では護れ得ない保護の間隙を埋めるべく、肖像権を包括するような上位にある権利概念を持ち出すべきなのか。それとも、肖像の経済的側面が有する営利性や経済性を人格権の一類型である肖像権が十分に保護できないというのであれば、別の財産権からのアプローチが考えられるべきなのか。どちらの方向性が適切かを探るため、肖像者本人が肖像の経済的側面に対する利用許諾を通して成し遂げようとしていることの本质に迫ってみたい。そして本節の冒頭で示した、どのような場合に利用許諾が必要であるのかについても述べてみたい。

設例を少し変えて考えてみよう。俳優は、ここではビールではなく、某飲料メーカーの御茶のコマーシャルに出演したとしよう。このメーカーは、ビールも製造販売していて、その宣伝用ポスターのなかでも彼の肖像を利用し

たが、この点に関しては許諾をとっていなかった。一方、俳優は酒が嫌い、いかに高額な出演料を提示されようと断っていた。

このような場合、メーカー側からするならば、ここでの問題は対価を支払わなかったことに起因する経済的利益侵害に終始すると捉えるところであろう。しかし、当該俳優からするならば、申し入れがあればかならずや断っていたであろうような宣伝への利用は、対価を得られなかったというような経済的な問題というよりはむしろ、彼の嗜好や信念を無視されたことに憤りを覚えるところであろう。すなわち、ここでの俳優にとって自らの肖像を第三者に許諾するか否かの問題は、決して対価としての経済的価値や利益にだけ結びついて解されているわけではないと言えよう。

このように、肖像者本人が自らの肖像の経済的側面における経済的価値や利益に対して行う利用許諾には、「いつ、誰に、どのような利用態様で利用させるか」ということを通して、本人の嗜好や意向、信念やポリシーといったものが反映されている。すなわち、肖像者本人が経済的側面に対する利用許諾によって成し遂げようとしていることは、自らの肖像に存する「経済的」価値や利益を自らの思ったかたちで支配し管理しようとすることに間違いないものの、そのような行為には、このような「人格の作用や働き」といったもの（「人格権的なもの」とも言い得るのではなからうか）が投影されていることが少なくないのではなからうか。その意味で利用許諾とは、第三者を紹介してもなお、その経済的価値や利益に対して肖像者本人の人格の作用や働きを反映させた支配を可能にする、重要な役割を担っているのである。

こうしたことから、肖像の経済的側面に対する利用許諾の必要性は、あくまで「人格」若しくは「人格権的なもの」と関連付けて解されるべきだと考える。さらに、このような「人格」重視の立場からするならば財産権からの

アプローチは適切ではないように思われる。但し、そこにいう「人格の作用や働き」が「人格権」とまで解し得るかについては、2で裁判例を分析したうえ、三においてさらに検討することにしよう。

ではここで、このような「人格権的なもの」に裏付けられるべき利用許諾が、どのような場合に必要であるのかについても述べてみたい。

利用許諾の必要性がもつとも抵触する虞があるのは、第三者の報道出版活動であろう。例えば、第三者が、ある有名タレントの生い立ちを紹介する本のなかで、許諾を得ること無しに肖像写真を利用したとしよう。この行為がタレント側より訴えられた場合、被告側の抗弁として第一に考えられるのが、表現の自由である。但し、いくら、新聞、雑誌、書籍などの存在意義は大きくとも、その中身が肖像の経済的側面を利用して営利のみを追求しているような商業性が強いと解されるような場合は、表現の自由や報道目的での利用は有効な抗弁とはなり得まい。さらに、たとえ肖像権に対しては効果的な抗弁と思われる、有名人は日頃よりすすんで公衆の前に肖像をさらしている、との主張がなされたとしても、こと肖像の経済的側面に関しては、説得力に乏しい。なぜなら、前にも述べたとおり、原告がここで護ろうとしているのは、肖像をさらすことによって増大した経済的価値や利益だからである。

よって、第三者が肖像の無断利用で訴えられたような場合、その利用が肖像の経済的側面に着目した商業性が強いものであると認められるようならば、おおよそ有効な抗弁はないと言えるであろう。

以上のようなことから、次の二つのことが言える。

ひとつは、肖像の経済的側面に対して利用許諾を必要とする法的根拠についてである。確かに肖像権では、肖像の経済的側面が営利性や経済性を有していることから根拠たるに充分とは言えない。しかしながら、経済的側面に

対する利用許諾には人格の作用や働きが反映されていることを何よりも重視しなくてはならない。よってやはりその根拠は、「人格」若しくは「人格権的なもの」に関連して求めることを要するであろう。

もうひとつは、その許諾の必要性についてである。第三者が肖像の経済的側面を利用するに際しては、原則、肖像者本人の利用許諾を取っておく必要があると言えるだろう。⁽²³⁾そして、表現の自由や報道目的に基づく利用の下、商業性が弱いときに限り、それを要しないと解し得る。

2 利用許諾なき第三者による肖像利用

1では、利用許諾という、肖像の経済的側面における肖像者本人主導の利用場面において為される行為が、人格権的なもの（人格の作用や働き）と結びついていることを示した。であるならば、その利用許諾を得ていない具体的な紛争場面において、その被侵害利益として人格的価値や利益が浮かび上がってくるのではないだろうか。

よって本節では、肖像の経済的側面における裁判例を紹介し、以下の三つの問題点に着目して考察したい。第一に、肖像者本人は利用許諾のない第三者利用に対して何が侵害されたと訴えているか、またどのような法的救済を求めているか、第二に、裁判所は第三者の当該利用態様を肖像に対するどのような侵害と捉えているか、第三に、裁判所はいかなる法的効果を妥当としたか、についてである。

(一) 裁判例紹介

ここでは、第三者が肖像の経済的側面を利用する行為の分類——(1) 広告宣伝活動、(2) 商品化活動、(3) 報道出版活動——に沿って、裁判例を示す。そして各々を事案の概要と裁判所の判断に分け、また裁判所の判断

は、(i) 肖像(または氏名)の人格的側面、経済的側面についてどのように理解したか、(ii) どのような肖像(または氏名)の利用態様であると事実認定したか、(iii) 第三者の当該利用態様を、肖像に対するどのような侵害と捉えたか、(iv) いかなる法的効果を妥当としたかという論点ごとに整理して紹介する。

(1) 広告宣伝活動

① 東京地裁昭和五一年六月二九日判決(判時八一七号二三頁)「マーク・レスター事件」

【事案の概要】

被告Y1(東京第一フィルム)は、イギリスの世界的な子役俳優である原告X(マーク・レスター)出演の映画「小さな目撃者」から、Xのクローズアップシーンを採用し、これに『小さな目撃者』より「マーク・レスター」という字幕を表示したフィルム・タイアップ方式⁽²⁴⁾によるテレビコマースシャル製作を企画し、被告Y2(ロッテ)製品の宣伝との関係をもたせるため右製品の映写と同時に、「マーク・レスターも大好きです。」というナレーションを挿入したうえで右コマースシャル(本件コマースシャルは一八コマからなり、うち一七コマはY2製品に関するもの)を、Xの承諾を得ずにテレビ放映した。

Xは、Y1、Y2に対し、Xの氏名権、肖像権の侵害を理由に、財産的損害一五〇〇万円、慰謝料五〇〇万円の賠償と謝罪広告を訴求。

【裁判所の判断】

(i) 人格的利益について、「通常人の感受性を基準として考えるかぎり、人が濫りにその氏名を第三者に使用されたり、またはその肖像を他人の眼にさらされることは、その人に嫌悪、羞恥、不快等の精神的苦痛を与えるものといえることができる。したがって、人がかかる精神的苦痛を受けることなく生きることは、当然に保護を受けべき生活上の利益である」とし、「この利益は、今日においては、単に倫理、道徳の領域において保護すれば足りる性質のものではなく、法の領域においてその保護が図られるまでに高められた人格的利益」であるとも認めしたが、権利とすることについては、「それを氏名権、肖像権と称するかは別論として」と留保した。さらにこの利益の法的保護として、「違法な侵害行為による差止めや違法な侵害に因る精神的苦痛に対する損害賠償が認められる」と解した。

俳優等については、「俳優等の職業を選択した者は、もともと自己の氏名や肖像が大衆の前に公開されることを包括的に許諾し……自己の氏名や肖像が広く一般大衆に公開されることを希望若しくは意欲しているのが通常……」とし、それゆえに「俳優等が……精神的苦痛を被ったことを理由として損害賠償を求め得るのは、その使用方法、態様、目的等からみて、彼の俳優としての評価、名声、印象等を毀損若しくは低下させるような場合……に限定される」とその人格的利益保護を縮減した。

経済的利益については、「俳優等は、……人格的利益の保護が縮減される一方で、一般市井人がその氏名及び肖像について通常有していない利益を保持している……すなわち、俳優は、自らかち得た名声の故に、自己の氏名や肖像を対価を得て第三者に専属的に利用させうる利益を有している」とした。また、その利益は、「当然不法行為によって保護されるべき利益」とし、「権限なき使用によって精神的苦痛を被らない場合でも、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」と解した。

(ii) 利用態様については、「最終コマは映画宣伝の機能も一応果しているものの、……これに伴うナレーションの内容が、原告マーク・レスターがロット・アーモンドチョコレート愛好者である旨を明確に述べるものである……先行する一七コマまでの部分と一体性を有するというべき」と判断し、このようなコマ・シャル放映は、「原告マーク・レスターの承諾の範囲を超えて、違法に同原告の氏名及び肖像を被告ロットの製品の宣伝に利用したものであり」と認められた。

(iii) 財産的利益侵害については、被告らの「原告マーク・レスターの承諾を得ることなくその氏名および肖像を被告ロットの製品の宣伝に利用する」行為によって財産的利益が侵害されたとした。

精神的苦痛については、「森永製菓、電通等同原告の日本招へいに携わった関係者及び日本の広告業界更には一般大衆に対して、同原告が二重に自己の氏名及び肖像を利用させ、これによって利を図ったとの印象を与え、同原告の俳優としての評価、名声を毀損するおそれが生じた」とし、そのことによる精神的苦痛を認めた。

(iv) 一部認容。不法行為による損害賠償として一〇〇万円、その内訳は、財産的損害五〇万円、精神的損害五〇万円である。

本判例は、映画のなかの俳優の肖像を使ったテレビコマ・シャルが、肖像権を侵害するかが争われたが、その際にタイアップ方式が問題となった事例でもあった。これとほぼ同じような利用態様に対し被告側からタイアップ方式であることが主張された次の事例がある。しかしそこでは逆に、肖像権侵害は棄却された。

②東京地裁昭和五五年一月一〇日判決(判時九八一号一九頁)「ステイプ・マッククイーン事件」

【事案の概要】

著名な映画俳優であるステイプ・マッククイーン(原告、X)の主演映画「栄光のル・マン」中の、一コマの彼の肖像写真が、Xに無断で、被告Y1(松下電器)及びY2(ヤクルト)両者の製品宣伝のために、商品宣伝用パンフレットやカタログ、新聞、テレビ等で使用された。

Xは、このように肖像写真を無断で商品の宣伝広告等に利用することは、プライバシーないし肖像権の侵害として不法行為となり得ること、原告のような著名な映画俳優は、肖像権としての保護のほかに財産的、経済的価値を有するものとして保護が与えられるべきであつて、使用許諾の権利として「パブリシティの権利」を「プライバシーの権利」とは別個独立の人格権の内容として、精神的損害プラス別個に財産的損害を生ぜしめることを理由に、Y1とY2、宣伝広告の企画実施等に関与したY3(東宝東和)とY4(電通)を相手にそれぞれ一億八〇〇〇万円の損害賠償請求を提訴した。

しかし、Y1らは、本件タイアップ広告は、XがY1やY2の商品を消費者に保証したり、推奨したりするような表現はとられておらず、ただ、映画の宣伝と商品の宣伝広告が並列的に並べられたにすぎないこと、このような広告は、世界的にも古くから広く行われているものであり、出演俳優の承諾を要しないのが通常であつて、Xの承諾を得ていないことについて過失はないと主張した。

【裁判所の判断】

(ii) 利用態様については、「原告の承諾を得ていなかった」と認めしたが、広告内容は、「一分間のうち最初の五分の四は本件映画画面中から取り出した……場面であり、その中に……原告の歩いている姿や顔の大写しの場面がそう入されているもので、残り五分の一分が「ジョア」の宣伝部分である」こと、「原告が、明示的に当該商品を保証または推奨している文言はなく、また原告が動作等で暗示的に当該商品を保証または推奨していると解される部分やその他原告と当該商品とを客観的に結びつける要素は存在しない」とし、「商品宣伝であると同時に本件映画の宣伝でもあるタイアップ方式による広告であつて、……その方式、方法等において、わが国におけるタイアップ方式による広告の従来からの慣行に従ったものである」と認めた。

(iii) タイアップ広告について、「当該俳優による商品等の保証あるいは推奨という形を取らない限り本人の承諾は不要であるとする考え方のもとに行われてきた」とした。

(iv) 棄却されている。

以上は、肖像を利用して広告宣伝活動を行った者が、この件まで原告と何ら関わりを持ったことのない者であったが、次の事例では、以前に契約関係のあった者が無断利用したケースである。

③富山地裁昭和六一年一〇月三一日判決（判時二二二八号二二八頁）「藤岡弘事件」⁽²⁵⁾

【事案の概要】

藤岡弘の芸名でテレビ、映画に出演している俳優である原告Xが、契約終了の後も同人に無断で、被告の営利目的のため新聞広告、チラシ、テレビコマーシャルに原告の氏名及び肖像を使用した宣伝広告をした業者である被告Yに対して、氏名権及び肖像権の侵害を理由として、民法七〇九条に基づく不法行為責任に基づく損害賠償（財産的損害一〇〇万円、精神的損害（慰謝料）一〇〇〇万円、計三〇〇万円）を求めて提訴。

【裁判所の判断】

(i) 財産的利益について、「原告は、……商品の宣伝広告……の契約金（報酬）……のほか、テレビコマーシャル、スチール撮影の各出演料を得ていた」ことを理由に認めた。

(iii) 利用態様については、「原告の氏名及び肖像を無断使用したものである」として、「これによって被った原告の損害を賠償する不法行為責任がある」と述べた。

(iv) 不法行為による損害賠償として一五〇万円を認容した。内訳は、財産的損害として一〇〇万円、精神的損害（慰謝料）として五〇万円である。

(2) 商品化活動

①東京地裁昭和五三年一〇月二日決定(判タ三七二号九七頁)「王貞治記念メダル仮処分事件」⁽²⁶⁾

【事案の概要】

巨人軍の王貞治選手(債権者)が昭和五三年八月三〇日に達成した通算八〇〇号のホームランを記念して、メダル業者(債務者)が同選手の承諾を得ないで、同選手の氏名、立像あるいは同選手を表象するBIGONE等刻したメダルを製造販売しようとしたのに対し、王選手がその差止めの仮処分を申請した。

申請理由中において、「パブリシティの権利」について「有名人の、その氏名・肖像・サイン文字等を対価を得て第三者に専属的に利用させる権利(「パブリシティの権利」)は、一般人の氏名・肖像がプライバシー(人格権)という側面から保護されるのとはある意味で表裏の関係にあ」とし、その法的救済については、「無体財産的性格に照らし、……差止請求権を認めるべき」とした。

【裁判所の判断】

(iv) メダルの製造販売等の差止めを認容した。

次も同様に、商品化活動に対する差止めを求めた仮処分事件である。

②東京地裁昭和六一年一〇月九日決定(判時二二二二号一四二頁)「中森明菜仮処分事件」

【事案の概要】

中森明菜(債権者)が、「パブリシティの権利」と人格権としての氏名権・肖像権を被保全権利として、その肖像及び氏名を無断でカレンダー、ポスター等に使用した業者(債務者)に対し、販売等の差止めを求める仮処分を申請した。

申請理由中において「被保全権利としては、「パブリシティの権利」(俳優等の氏名、肖像が一つの経済的価値をもつものとして情報伝達手段に用いられるとき、これをパブリシティの価値とよび、その価値をコントロールすべく想定される財産権としての権利を「パブリシティの権利」とよんでいる。)と、人格権としての氏名権、肖像権」を主張した。

【裁判所の判断】

(iv) 無許諾商品販売等の差止めを認容した。

同様の仮処分事件は、このほかにも二件ほどあるが、どれも差止めが認容されている。そのようなことから考えても、確かに仮処分は肖像者本人にとつて簡便で有効な手段と言えよう。しかし、結論へ至る裁判所の具体的判断が示されない残念な面もある。ことに、肖像の経済的側面のように明文の根拠を欠くような場合、裁判所の判断の蓄積が法的構成の重要な要素となるからである。

これに対し次の事例は、被告の商品化活動に対し、差止めばかりでなく、損害賠償をも求めた事例である。控訴審までもつれ、結論として大差はなかったが、被侵害利益については対照的な判断が示された。

③東京地裁平成二年二月二一日判決(判時一四〇〇号一〇頁)「おニヤン子クラブ事件」(一審)

【事案の概要】

昭和六一年、タレントのX1(新田恵利)、X2(国生さゆり)ら「おニヤン子クラブ」に属する五人は、その肖像、氏名を無断でカレンダーに使用し、販売した業者Yに対し、氏名・肖像利用権(財産権としての氏名・肖像を利用する権利)の侵害、氏名権・肖像権(人格権としての氏名権、肖像権)の侵害または不正競争防止法一条一項一号及び一条の二第一項違反の各請求(但し、不正競争防止法については控訴審において主張を取下げた)を選択的に併合して、肖像、氏名を無断で使用したカレンダー(被告商品)の製造販売の差止め並びに原告らそれぞれに一〇〇万円の損害賠償を支払うよう求めて提訴した。

【裁判所の判断】

(i) 人格的な利益について、「人は、自己の氏名、肖像を意思に反してみだりに使用されないことについて、法律上保護される人格的な利益を有している」とし、但し、「芸能人の場合には、通常その氏名、肖像が広く社会に公開されることを希望あるいは

意欲しているのが一般であると解されるから、その意味で、他の一般人とは、保護されるべき利益の範囲や程度に差異が生ずることもありうる。」と解した。

財産的価値について、「原告らの氏名、肖像は、商品に表示して使用されることにより、高い顧客吸引力を持つに至ったと認められ、その意味で原告らの氏名、肖像それ自体が、経済的利益を生じさせる財産的価値を含むものとなった」と認めた。

(ii) 利用態様については、「(被告が) カレンダーを(原告の承諾を得ることなく無断で) 販売した……ここで原告らの氏名・肖像は、商品自体の重要な構成部分とされ」ているとした。

(iii) 人格的側面については、「このような方法、態様による氏名、肖像の使用行為は、原告らのような立場のものであっても、到底承諾が推定されるものとはいえない」と解し、「かかる人格的な利益は、原告ら各自固有の排他的なものであるから、これを害する行為に対する差止請求及び差止めを實行あらしめるため、右行為を組成する物の廃棄請求が認められるべきである」とした。経済的側面については、「原告らに属する財産的な価値を無断で使用する行為は、民法上の不法行為を構成する」とした。

(iv) 氏名・肖像利用権侵害に基づく、被告商品の販売差止め、被告の所有する被告商品の廃棄、損害賠償としては、それぞれに一二〇〇円から一八〇〇円を認めた。

人格的利益の侵害に基づく損害として、慰謝料をそれぞれに一〇万円認めた。

原告らの主張の主旨(選択的請求)に照らし、損害額が高い後者を採用して一〇万円を認めた。

この控訴審が次の事例である。原審、控訴審ともに、肖像の商品化活動においてこれほど大きな争いになった事件は今のところなく、業界に与えた影響を考えても、最も主要な裁判例であると言うことができよう。

④東京高裁平成三年九月二六日判決(判時一四〇〇号三頁)「おニヤン子クラブ事件」(二審)⁽²⁷⁾

【裁判所の判断】

(i) 人格的利益について、「氏名・肖像を利用して自己の存在を広く大衆に訴えることを望むいわゆる芸能人にとって、私事性を中核とする人格的利益の享受の面においては、一般私人とは異なる制約を受けざるを得ない。」とし、「社会的評価の低下をもた

らすような使用行為はともかくとして、社会的に許容される方法、態様等による使用行為については、当該芸能人の周知性を高めるものではあっても、その人格的利益を毀損するものとは解し難い」とした。

財産的利益については、人格的利益が制約される反面、「当該芸能人は、かかる顧客吸引力のもつ経済的な利益ないし価値を排他的に支配する財産的権利を有するものと認めるのが相当である」と認め、「右権利に基づきその侵害行為に対しては差止め及び侵害の防止を實行あらしめるための侵害物件の廃棄を求めることができる」とした。

(ii) 利用態様については、「右カレンダーは、年月日の記載以外は殆ど被控訴人らの氏名・肖像で占められており、その顧客吸引力は専ら被控訴人らの氏名・肖像のもつ顧客吸引力に依存している」と解したものの、「その表示態様は、格別、被控訴人らの人格を毀損するおそれがあるものとは認められない」とした。

(iii) 人格的側面については、「被控訴人ら芸能人にあつては、その社会的評価の低下をもたらすような氏名・肖像の使用をされない限り、その人格的利益の毀損は発生しない……控訴人による被控訴人らの氏名・肖像の使用は、いまだ人格的利益の毀損の領域にまでは達していない」とした。

経済的側面については、「かかる態様による無断使用による被侵害利益の實質は（当該芸能人がもつ顧客吸引力の）経済的利益の侵害であり、特段の事情がない限り、右経済的被害が補填されれば、損害は回復されたものと解するのが相当である」と解した。そして、「商品の販売行為に対し、……財産的権利に基づき、差止請求権を、また、……差止めを實行あらしめる必要上廃棄請求権を、それぞれ有する」とした。

(iv) 原判決を取り消し、商品の販売差止めと廃棄、不法行為による損害賠償として被控訴人それぞれに一〇万円を認めた。

(3) 報道出版活動

①東京地裁平成一〇年一月二二日判決（判時一六四四号一四一頁）「キング・クリムゾン事件」（一審）

【事案の概要】

原告X（ロバート・フィリップ）は著名なロックグループ「キング・クリムゾン」のリーダー。被告Yら（エフエム東京とその代表取締役）は、放送会社で出版事業も営んでいる。Yは「地球音楽ライブラリー」シリーズの一つとして「キング・クリムゾン」

の題号で書籍を出版した(定価一四〇〇円、五〇〇部)が、これには「キング・クリムゾン」に係るグループ構成員の肖像写真やそのレコード等のジャケット写真が多数掲載されていた。そこでXは、Xの有する「パブリシティの権利」が侵害され財産的損害を被ったとして、Yに対し、不法行為に基づく損害賠償(連帯して二一〇万円)及び本件書類の印刷・販売の差止め・廃棄を請求した。

【裁判所の判断】

(i) 「パブリシティの権利」について、「著名人の氏名、肖像から生ずる……顧客吸引力は、当該著名人の獲得した名声、社会的評価、知名度等から生ずる独立した経済的利益ないし価値として把握することが可能であるから、これが当該著名人に特有のものとして帰属するといふべきであり、当該著名人は、その氏名、肖像から生ずる顧客吸引力の持つ経済的利益ないし価値(以下パブリシティ価値という)を排他的に支配する財産権の権利、すなわちパブリシティ権を有するものと認められる」とした。

(ii) 利用態様については、出版物について、「出版物が、パブリシティ権を侵害するか否かの判断は、出版物の内容において当該著名人のパブリシティ価値を重要な構成部分としているか否か、いいかえると重要な部分において当該著名人の顧客吸引力を利用しているといえるか否かという観点から個別具体的に判断すべき」とし、その際には、「当該出版物の言論・出版の自由に対する慎重な判断が必要なことはいうまでもない」と述べた。

(iii) 本件書籍について、「全体として「キング・クリムゾン」及び原告を含むグループに関連する音楽家の氏名、肖像および音楽作品のジャケット写真の有する顧客吸引力を重要な構成部分として成り立っている」と認めた。

(iv) 本件書籍の無断出版による損害額として四〇万円を認容した。本件書籍の販売及び廃棄処分についても認容した。

次は、この控訴審事例である。顧客吸引力に着目した点は同様だが、利用態様に対する認定が逆である。

②東京高裁平成一一年二月二四日判決(平成一〇年(ネ)第六七三号)「キング・クリムゾン事件」(二審)⁽²⁸⁾

【裁判所の判断】

(i) 「パブリシティの権利」については、「著名人がその氏名、肖像その他の顧客吸引力のある個人識別情報の有する経済的利

益ないし価値(以下「パブリシティ価値」という。)を排他的に支配する権利」と解した。さらに「パブリシティの権利」の侵害については、「他人の氏名、肖像等の使用がパブリシティ権の侵害として不法行為を構成するか否かは、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て、右使用が他人の氏名、肖像等のパブリシティ価値に着目しその利用を目的とするものであるといえるか否かにより判断すべきものである」と述べた。

(ii) 利用態様については、「いずれの場合もジャケット写真は当該作品紹介に使用される紙面の四分の一未満に抑えられている」ことから「ジャケット写真がその中心的な役割を果たしているということはできない」と判断し、「氏名や肖像のパブリシティ価値に着目しこれを利用することを目的とするものであるということはできない。」と解した。

(iv) 原判決を取消した。

次の事例は、同じく有名人の肖像を利用した出版活動であるが、有名になる以前の肖像につき「プライバシーの権利」侵害をも主張している。

③ 東京地裁平成一二年二月二九日判決(判時一七一五号七六頁)「中田英寿事件」⁽²⁹⁾

【事案の概要】

原告Xはプロサッカー選手であり、スポーツ界における著名選手としてその氏名・肖像は広く知られている。他方、被告Y1は本件書籍の発行所として、被告Y2は本件書籍の著者兼発行者として、平成一〇年三月頃から、本件書籍を発行・販売していた。

XはY1、Y2に対して、本件書籍は、肖像写真等についてパブリシティ権及びプライバシー権を、詩について著作者人格権(公表権)及び著作権(複製権)をそれぞれ侵害するとして、当該書籍の発行差止め及び損害賠償を求めた。

【裁判所の判断】

(i) 「パブリシティの権利」侵害については、「著名人は、自らが大衆の強い関心の対象となる結果として、必然的にその人格、日常生活、日々の行動等を含めた全人格的事項がマスメディアや大衆等による紹介、批判、論評等の対象となることを免れない」こと、「マスメディア等による著名人の紹介等は、本来言論、出版、報道の自由として保障されるものである」ことなどから「右

使用が他人の氏名、肖像等の持つ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かどうかにより判断すべきもの」とした。

「プライバシーの権利」については、「他人に知られたくない私生活上の事実、情報をみだりに公表されない利益ないし権利（いわゆる「プライバシー権」）は、個人の生活に不可欠な人格的利益として法的保護の対象となるものというべきである。」とし、有名人に関しては、「その私生活上の事項に対しても世間の人々が関心を抱くものということができるから、その関心が正当なものである限り、国民の知る権利や表現の自由の観点から、私生活上の事実を公表することが許される場合があり得る」としながらも、「著名人であっても、みだりに私生活へ侵入されたり、他人に知られたくない私生活上の事実を公開されたりしない権利を有しているのであるから、著名人であることを理由に、無制限にこれが許容されるものではない。」とした。加えて、「本件においては、原告は、従来からプロサッカー選手になる以前の行動や写真につき一切公表したくないという基本的な考え方を持つており、プロになる以前の事柄については、取材を受けても一切話をしていないことに照らすと、原告の承諾が推定されるということは、到底できない」と述べた。

(ii) 利用態様と「パブリシティの権利」については、「著名人について紹介、批評等をする目的で書籍を執筆、発行することは、表現・出版の自由に属するものとして、本人の許諾なしに自由に行い得るものというべき」とし、「当該書籍がその人物に関するものであることを識別させるため、書籍の題号や装丁にその氏名、肖像等を用いる……ような氏名、肖像の利用については、原則として、本人はこれを甘受すべき」と解した。

利用態様と「プライバシーの権利」については、「原告の……サッカー競技に直接関係しない記述は、原告に関する私生活上の事実であり、一般人の感性を基準として公開を欲しない事柄であつて、かつ、これが一般の人々に未だ知られていないものであるということができる。そして、これが公表されたことによつて原告は重大な不快感をおぼえていると認められる。」と解した。

(iii) 本件書籍に私生活上の事実を掲載した行為は、原告のプライバシー権を侵害するとした。

(iv) プライバシー権の侵害により、原告は被告らに対し、侵害行為の差止め及び損害賠償を求めると判断した。

(二) 裁判例に見る侵害内容

以上の裁判例を、本節の冒頭で掲げた三つの問題点に答えながら検討することにした。

第一に、利用許諾のない第三者利用に対して、肖像者本人は何が侵害されたと訴え、またどのような法的救済を求めたか、という点である。

肖像の経済的側面が第三者に無断で利用されたような場合、肖像者本人側から侵害が主張された権利は、肖像権、「氏名・肖像利用権」、「パブリシティの権利」、「プライバシーの権利」である。そして、これらの権利侵害を理由に損害賠償や差止め等が求められている。但し、上述した権利のうち、具体的にどの権利からいかなる救済を求めたかということになると、事案によって相違がある。よって、求めた救済内容ごとに分析してみよう。

まず、肖像者本人が無断利用者に対して損害賠償を請求したのは、仮処分事例を除いてすべてである。これらの裁判例において、肖像者本人は、損害発生の理由として、肖像権（「マーク・レスター事件」、「藤岡弘事件」、「おニヤン子クラブ事件」）、「氏名・肖像利用権」（「おニヤン子クラブ事件」）、「パブリシティの権利」（「ステイプ・マッククイン事件」、「キング・クリムゾン事件」、「中田英寿事件」）、「プライバシーの権利」（「中田英寿事件」）侵害を訴えている。但し、精神的損害と財産的損害が、いかなる被侵害利益（権利侵害）と結びつくかは事案ごとに異なっている。

「マーク・レスター事件」と「藤岡弘事件」では、原告の肖像に経済的価値のあることを主張しながらも、そのような肖像の経済的側面を人格的側面とひとまとめにして、肖像権侵害の対象としている。そのうえで、それぞれの側面に及んだ損害の発生を主張し、その賠償を求めている。

「ステイプ・マッククイン事件」と「おニヤン子クラブ事件」では、「パブリシティの権利」や「氏名・肖像利用権」を、「プライバシーの権利」または人格権とは別個独立の権利として、主張に導入している。但し、「ステイ

「ブ・マックイーン事件」では、「パブリシティの権利」を「プライバシーの権利」とは別個独立のものとするものの、人格権の一内容として位置付けている。それに対し、「おニャン子クラブ事件」における「氏名・肖像利用権」の位置付けは、人格権とは一線を画する財産権としての性格が濃く、そこでは、氏名・肖像に関する権利が二種類に明確に分類されている。「キング・クリムゾン事件」で用いられている「パブリシティの権利」も、財産的損害が主張されていることからすれば、後者の見解に近いと思われる。

「中田英寿事件」では、「パブリシティの権利」とともに「プライバシーの権利」侵害も主張されている。肖像の経済側面を無断で利用する行為に対して、一見して相反するような二つの権利侵害が主張されていて興味深い。

このようにしてみると、肖像者本人は、自己の肖像に経済的価値や利益を認識していて、その利益侵害から、一様に財産的損害が発生していることを主張している。しかしまた、無断利用者の当該肖像利用態様が、肖像者本人の人格的利益もまた侵害することを主張している。但し、ここにいう経済的利益と人格的利益とが一つの権利に集約されるのか、それともそれぞれ別個の権利に基づくかは、事案ごとに相違がある。しかし総じて、肖像者本人が主張する非財産的損害は、当該経済的利益が侵害されたことのみによる精神的苦痛に起因するものでないこと、すなわち、そもそも、このような無断利用につき生ずる精神的苦痛にも根ざしていると言いうことができよう。

差止め等を求めた事件は、裁判例では、「おニャン子クラブ事件」及び「キング・クリムゾン事件」と「中田英寿事件」、仮処分事件では、「王貞治記念メダル仮処分事件」と「中森明菜仮処分事件」がある。

まず仮処分事件にあつては、その申請理由中、前者においては被保全権利として「パブリシティの権利」単独で、後者においては、それに人格権としての氏名権・肖像権をプラスして主張している。

裁判例にあつては、「おニャン子クラブ事件」においては、請求の選択的併合というかたちをとって、財産権と

人格権、両権利それぞれからアプローチがなされている。「キング・クリムゾン事件」は、「パブリシティの権利」単独で主張されている。「中田英寿事件」では、「パブリシティの権利」と「プライバシーの権利」において主張されている。「おニャン子クラブ事件」と「キング・クリムゾン事件」が「パブリシティの権利」のみで差止め等の根拠たるとしていることが注目される。

このようにみると、差止請求には、二つの方向性があると言えよう。ひとつは、「パブリシティの権利」と人格権（「プライバシーの権利」）を併用する方法と、もうひとつは「パブリシティの権利」のみを根拠とする方法である。

差止請求の認容にあたっては、法文に根拠のない場合、当該権利の排他性が要求される。人格権の排他性については、最高裁大法廷昭和六一年六月三日判決⁽³⁰⁾、いわゆる「北方ジャーナル事件」最高裁判決において、次のように述べられている。

「人格権としての名誉権に基づき……侵害行為の差止めを求めることができる……けだし、名誉は生命、身体とともに極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利といふべきであるからである。」

ゆえに、人格権は排他性ある権利であると一般的に解することができる。しかし、「パブリシティの権利」にあつては、未だその域にない。よつて、「パブリシティの権利」単独で差止めを求める背景には、「パブリシティの権利」に人格権的排他性を見ているのか、もしくは、「パブリシティの権利」の、権利レベルでの認知を求めている可能性もあろう。

第二に、裁判所は、第三者の当該利用態様を肖像に対するどのような侵害と捉えたか、または捉えなかつたか、

という点についてである。この点、仮処分は別として、すべての裁判例において無断利用であると認定された事案である。しかしながら、肖像者本人の許諾のないこのような無断利用が、どのような権利(利益)を侵害するのかわ、またどのような場合なら侵害されないのかは、事案によって異なっている。そこで、類似例ごとに見ていこう。

(1) において、「マーク・レスタター事件」と「ステイブ・マッククイーン事件」では、被告側が同じようにタイアップ広告であると主張したのに対し、認められたのは後者だけであった。「マーク・レスタター事件」では、財産的侵害及び精神的苦痛が認められたのに対し、「ステイブ・マッククイーン事件」では、承諾は不要とされた。

この相違点としては、「マーク・レスタター事件」では、一八コマのうち一七コマ、すなわちそのほとんどが被告商品の宣伝であり、そのためもあって映画宣伝の効果はほとんど見込めず、被告商品の宣伝の色彩が濃いこと、それに対し、「ステイブ・マッククイーン事件」では、その該当部分が五分の一であったこと、がまず挙げられる。すなわち、当該コマーションにおける被告商品に関する宣伝部分の占める割合の問題がある。そして何より、「マーク・レスタター事件」では、「マーク・レスタターも大好きです」というナレーションを挿入したことが、商品の推奨と捉えられても仕方がない部分を作り出したことにある。⁽³¹⁾くわえて、本件コマーション放映がなされるのと時を同じくして、マーク・レスタターが、被告と競業関係にある森永製菓と専属契約を結んで、コマーション撮影に臨む矢先であった。

(2) において、「おニャン子クラブ事件・一審」と「おニャン子クラブ事件・二審」では、双方ともが、無断利用であることや、カレンダールのほとんどの重要な部分が、彼らの氏名・肖像で占められていて、その顧客吸引力が専ら彼らの氏名・肖像であると認めながらも、異なる侵害を認定した。一審では、このような利用態様を、原告らの立場のものでも到底承諾が推定されるものではない、と判断したのに対し二審では、いまだ人格を毀損する域に

までは達していないとしたのである。この差異は、このような無断利用の被侵害利益の実質が何であるかを如何に捉えたかにある。

(3) において、「キング・クリムゾン事件・一審」と「キング・クリムゾン事件・二審」では、「パブリシティの権利」について、ほぼ同様の定義をしているにもかかわらず、結論は逆になった。これは、利用態様認定段階での差異が反映されたとも言えよう。一審では、彼らの氏名や肖像は中心的な役割を果たしているとされたが、二審では、それほど重要ではないとされた。

最後に第三の、裁判所は、いかなる法的効果を妥当としたかについてである。

肖像者本人からの請求がまったく認められなかったのは、「ステイブ・マックイーン事件」と「キング・クリムゾン事件・一審」である。(2) 商品化活動において、差止請求については、根拠にこそ差異はあるものすべからず認められている。

損害賠償に関しては、財産的損害と精神的損害とを個別に示したもの(「マーク・レスター事件」、「藤岡弘事件」、「おニャン子クラブ事件・一審」)がある一方、なかには、精神的損害を明確に否定した「おニャン子クラブ事件・二審」もある。

総じて言えることは、肖像の経済的側面を無断で利用する行為は、とくに表現の自由などの抗弁が考えられる報道出版活動の場合を除けば、原則、損害賠償や差止めの対象となり得るということである。また、肖像の経済的側面を無断で利用する行為によって侵害される権利(利益)は、差止めが認容されうるほどに、排他性を有していると言ふことができよう。

- (7) 刑集二三卷一六二五頁、判時五七七号一八頁。
- (8) 京都のデモ行進を警察官が写真に撮り、これに対して抗議した参加者が、当該警察官に無視されたことから旗竿で傷つけた。
- (9) 五十嵐・前掲注(6) 七二頁参照。
- (10) 大家重夫「肖像権侵害」『新・裁判実務大系9名譽・プライバシー保護関係訴訟法』二七一頁(青林書院、二〇〇一年) 参照。
- (11) 大家重夫『肖像権』二四六頁以下(新日本法規出版、一九七九年) 参照。五十嵐・前掲注(6) 七五頁以下参照。
- (12) 刑事事件における相当の方法での撮影については、村上孝止『勝手に撮るな!肖像権がある!』七三頁以下(青弓社、二〇〇二年)、民事事件における相当の方法での撮影・公表については、同二〇一頁以下参照。
- (13) 「旧著作権法」(明治三二年)には次のような規定があった。
第二五条「他人ノ囑托ニ依リ著作シタル写真肖像ノ著作権ハ其ノ囑托者ニ属ス」
しかし、昭和三七年より著作権法の大改正作業が始まったおり、写真関係者の「撮影者に著作権があるのが原則」との強い反論にあった。本条は当初、修正の道が探られたが、昭和四五年、改正された著作権法には、これに該当するような条文はなかった。
- (14) 五十嵐・前掲注(6) 一一頁以下参照。
- (15) 刑事裁判資料一六三号五四二頁、下級刑集四卷一・二号六四頁。
- (16) 高裁判集一七卷四号三八四頁、高裁判集二二卷二号二三三頁。
- (17) 「京都府学連事件」最高裁判決(前掲注(7) 及び(8) 参照)。
- (18) 例えば、アメリカにおいては肖像権という概念はなく、肖像は「プライバシーの権利」や「パブリシティの権利」によって保護されるが、肖像の撮影については原則自由と解されている。ドイツにおいては肖像権単独では撮影まで禁じえないと解される場合がある。
- (19) 五十嵐・前掲注(6) 一一頁以下参照、大家・前掲注(11) 二五二頁参照。但し両者を含む学説および裁判例において、肖像権がいつさい認められないとまでは解されていない。
- (20) 東京地判昭四三・一一・二五(判時五三七号二八頁)、東京地判昭四九・七・一五(判時七七七号六〇頁)。
- (21) 但し肖像権が、経済性に親しむ肖像を積極的に包含するほど柔軟性に優れていると解せば別である。確かに、学説の中には

肖像権に営利利用権を含ませるものもある(大家・前掲注(11)二頁、五十嵐・前掲注(6)七二頁参照)。しかし、わが国では有名人は別としても、一般市民感情としては「肖像権があるのだから、写すな、利用するな」であって、「肖像権があるのだから、写すのなら、利用するのなら金をくれ」とは解しづらいように思われる。

(22) このような場合に「顧客吸引力を利用した行為であるか否か」という判断を適用すると、報道および出版関係者のリスクをいわずらに大きくする虞がある。

(23) 実際の肖像利用の場面においては、第三者の側に、法的に許諾が必要かという問題を抜きにして、明確な許諾を取って無断利用を避けようとする向きがある。いったん肖像者本人側よりクレームがつけば、当該第三者は消費者によって悪い印象を持たれかねない。よって、このような事態を未然に防ごうとする現れであるといえよう。

(24) 「典型的には、映画の封切の前後において、映画の一シーンや映画中のキャラクターを特定企業の商品等の広告宣伝に登場させることにより、当該映画と当該商品とを同時に広告する手法」(内藤Ⅱ田代・前掲注(3)一〇七頁)。

(25) 阿部・前掲注(4)五七六頁参照。

(26) 大家重夫『最新肖像権関係判例集』六九五頁(ぎょうせい、一九九八年)参照。

(27) 大家重夫『著作権判例百選(第三版)』一九四〜一九五頁(有斐閣、二〇〇一年)参照。

(28) 『著作権判例百選(第三版)』一九六〜一九七頁、三浦正広「出版物におけるパブリシティ価値の利用」発明九七巻二二号一〇一頁(二〇〇〇年)参照。なお、本件は判例集未登載である。また、本件は最高裁へ上告されたが、平成二二年一月九日、上告には理由がないとして棄却された。

(29) 『著作権判例百選(第三版)』一九八〜一九九頁、大家重夫「パブリシティ権について」久留米大学法学三九号二四一頁(二〇〇〇年)参照。なお、本件は、Yらから控訴されたが棄却された(東京高判平二二・二二・二五、判時一七四三号一三〇頁)。

(30) 民集四〇巻四号八七二頁、判時一一九四号三頁。

(31) 「俳優を紙面に載せたり、テレビ画面に映すことは、横に商品宣伝があるタイアップ広告の場合、それだけで商品等への保証推奨になると思う。」(大家・前掲注(26)六六三頁)。大家教授はまた、タイアップ広告を慣行と認めず、仮に認めた場合は不都合の一つに、俳優にとって嫌いな商品(暮らしの手帖一九八一年早春号六八頁において、ステイブ・マッククイーンはヨーグルトが嫌いだと述べている)の片棒を知らぬうちにしかも無償でかつぐことを挙げている。よって「ステイブ・マッククイーン事件」の判決には賛成し得ないとする。

「(タイアップ広告の主張を前にして、すでに制限されているはずの著名人の「肖像権」も) 宣伝広告された商品がコンドームのようなもの、その俳優が同じ画面で写されることに強い嫌悪、羞恥、不快の念などを覚えるものであるとしたら、再び主張されうる場面となる。」(斉藤博・判評二六八号二三頁)。

三 検討——肖像の経済的側面における人格権的意味の重要性

本章では、一での問題意識に従い、二での考察を踏まえて検討を行う。そこでまず、章、節ごとに振り返ってみよう。

一では、肖像の経済的側面を法的に保護することの意味が、果たして経済的価値や利益を護ることのみに終始するものなのか、かならずや人格権的なものとも関連しているはずではないのか、という問題意識を提示した。

二一では、肖像の経済的側面に対する第三者利用を前提に、肖像者本人が第三者に与える利用許諾に着目した。そして、その利用許諾の必要性を法的に根拠付けるものについて、肖像権を補完する法的概念もまた「人格」若しくは「人格権的なもの」と関連したものでなければならぬと解した。

次に二二では、肖像者本人が、肖像の経済的側面に対する利用許諾を第三者に与えていなかったような場合について、裁判例に着目して考察を行った。そして、次の二点が明らかになった。まず一点は、肖像が許諾なく無断で利用されたことに対して、肖像者本人は、経済的利益侵害ばかりでなく、人格的利益侵害に対する救済をも求めていることである。第二点は、そのような肖像者本人側の主張に対して裁判所が、経済的侵害に終始するとの立場も

ありはするものの人格的利益侵害を認める余地をも示し、不法行為による損害賠償を認めていること、さらに差止めが認められるほどに侵害されている権利(利益)には排他性があると判示していることである。

以上のようなことから、肖像の経済的側面に対する第三者利用が問題となる場面の分析を総合すると、肖像者本人は、肖像の経済的側面において、いつ、どの第三者に、いかなる利用態様を以って許諾するか、または拒絶するかを決定する権利⁽³²⁾を有すると言うことができよう。よって、肖像の経済的側面において、ある第三者に、肖像の利用を許諾するということは、それと引き換えに対価を得るという事ばかりでなく、当該第三者及び当該利用態様を認めている、または良しとしているという彼の内面が、表れ出ていることでもある。そして、拒絶するということは、またその逆で、対価を受け取らない代わりに、彼の当該第三者及び当該利用態様に対する嫌悪や不快の意思に忠実であろうとしている表れと言えるだろう。

さらに、肖像者本人は、第三者に対する利用許諾を行うことによつて、新たな利用場面においてどのような新たな属性を人格に付与する⁽³³⁾のかしないのか、ひいては、どのような方向性で人格を発展させるのかということ、主体的にコントロールすることができるのである。そして、ここにいう人格の自由な発展、すなわち人格をどのような方向性で発展させるのかは、人格権⁽³⁴⁾の保障内容のひとつと言えるのではなからうか。その意味では、肖像の経済的側面に対して為される利用許諾は、肖像者本人の人格の自由な発展を保障する、人格権⁽³⁵⁾に根ざした行為であると言ふことができる。

さらに、このような肖像の経済的側面と人格権との関連性については、裁判所も一定の理解を示していると言えよう。例えば、肖像の経済的側面が第三者によつて無断利用された場面、すなわち利用許諾を得ていない利用によつて、肖像者本人の人格に勝手に新たな属性が付与されたような場面で、しばしば「精神的利益」や「人格的利益」

などの問題が論じられていることである。さらに、差止請求を認容した裁判例のなかには人格権の排他性に根拠を求めたものも存する。

以上の検討を通して、肖像の経済的側面は、それが現実にご利用されている場面においても、かたや紛争場面においても、人格権若しくは少なくとも人格権的なものと関連していることが明らかとなった。そしてまた、肖像の経済的側面に対する法的保護は、肖像者本人の決定権やコントロール権を保障するものでなくてはならない。さらにその意味は、肖像者本人の経済的価値や利益を保護することばかりでなく、人格の自由な発展にも求められなければならないと考える。なお、人格の属性付与に関しそれを法的に保障するものとしては著作者人格権⁽³⁶⁾も考えられる。しかし、人が社会とじかに接触する部分、すなわち人格と社会とが目に見えて接触する部分のひとつに肖像があることを踏まえれば、著作物を介する著作者人格権で保護をはかることはあまり適切ではないように思われる。

(32) 三浦正広「肖像写真の撮影・公表と自己決定権」青山法学論集三六卷二・三合併号二五五〜三〇九頁(一九九五年) 参照。

(33) 北村行夫「顧客吸引力理論の破綻とパブリシティ権利論の再構築」コピライト五〇五号一九頁(二〇〇三年)。

(34) 「主として身体・健康・自由・名誉など人格的属性を対象とし、その自由な発展のために、第三者による侵害に対し保護されなければならない諸利益の総体」(五十嵐・前掲注(6) 七頁参照)。

(35) ここにいう人格権は、例えば、アメリカにおいて「パブリシティの権利」概念を含むことができなかつたような保護範囲が制限的に解された当初の「プライバシーの権利」のようなものではない。秘しておくことも、利用することも自由意思で行えることを保障する権利であると解したい。

(36) 齊藤博『著作権法』一三三頁(有斐閣、二〇〇〇年) 参照。

四 おわりに——「パブリシティの権利」の再構成に向けて

本章では、これまでの考察によって得られた肖像の経済的側面を法的に保護することの意味が、「パブリシティの権利」の再構成に向けてどのような示唆を与えるか触れてみたい。

「パブリシティの権利」は、アメリカで誕生した権利概念である。一九三〇年代より、有名人の氏名や肖像を無断で営利目的に利用した事件が相次いだ³⁷が、従来から存在していた「プライバシーの権利」³⁸では、「私的性」、「秘匿性」などといったものが重視されるため、俳優などの「公的」部分を持つ者に対しては、保護が消極的にならざるを得なかった。そこへ「パブリシティの権利」は、一九五三年、「ヘーラン・ラボラトリーズ社対トップス・チューインガム事件」³⁹において、ジェローム・フランク判事によって宣言されたのである⁴⁰。その後も、アメリカにおいては、多数の「パブリシティの権利」判例が登場し⁴¹、権利そのものは定着している状況にあると言えよう。

このような「パブリシティの権利」の、日本における嚆矢とされる判例は、「マーク・レスター事件」である⁴²。一九七六年のことであった。それから三〇年になるうとしているが、法文の根拠もなく、判例も充分集積しているとは言えない⁴³。そもそも「パブリシティの権利」が、いったい人格権なのか財産権なのか、ということすら判例において明確でなく、学説の中にも対立がある⁴⁴。さらに、近年、「モノのパブリシティの権利」⁴⁵なる言葉も登場して、「パブリシティの権利」がどちらの権利を根拠とするか、判例上混迷している状況にある。このようなことから、「パブリシティの権利」は現在、再構成を迫られていると言えよう。

では、本論文は、その再構成へ向けてどのような示唆を与えることができるだろうか。本論文では、肖像の経済

的側面を保護することの意味が、経済的な価値や利益ばかりでなく、人格や人格の働きといった人格権(的なもの)にも求められなければならないことを指摘した。さらに、肖像者本人による利用許諾という行為が、経済的な価値や利益が重視されがちな肖像の経済的側面のなかに、中核に存するところの人格を浮かび上がらせているとの考察を得た。以上のことから、「パブリシティの権利」を人格権または利用許諾という観点から再構成できる可能性が示唆されていると言ふことができよう。なお、「パブリシティの権利」は、日本においては一般的には、氏名または肖像を対象としており、本論文が肖像のみから考察されていることからすると、確かに部分的であると言わざるをえない。しかし、一で述べたとおり、氏名もまた置かれている法的状況は肖像とあまり変わらない。よって、本論文で得られたこのような指摘や考察は、氏名にもある程度妥当することだと考える。

(37) *Martin v. F. I. Y. Theatre Co.*, 10 Ohio Ops. 328, 26 Ohio L. Abs. 67 (1938). *Paramount Pictures, Inc. v. Leader Press, Inc.*, 24 F. Supp. 1004 (W. D. Okla. 1938). *O'Brien v. Pabst Sales Co.*, 124 F. 2d 167 (5th Cir. 1941) など。

(38) アメリカにおける「プライバシーの権利」を語るとき、まず挙げなければならないのは、ウォーレンとブランドイスの論文 (*Warren & Brandeis, The Right to Privacy*, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890)) であり、「ロバートソン対ロチェスター・フォルディング・ボックス社事件」(*Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N. Y. 538, 64 N. E. 442 (1902)) である。前者で彼らは、一人で放っておいてもらう権利 “right to be let alone” を唱え、過去の判例の正確な分析から、プライバシーの権利は、いまや法的擬制を用いることなく正面から権利として認めるべきであることを強調し、一般的な法則を確立しようとした。後者で多数意見は、「いわゆるプライバシーの権利なるものは、未だ我々の法律学の分野において確固たる地位を占めていない……」、「立法権をもたない裁判所としては、原則に基づいて事件を判決することが要請されている……」などとして権利を認めることには消極的であった。これに対する社会の反応は思いのほか厳しく、プライバシーの権利の法制化は急がれ、翌年にはアメリカで初のプライバシー法であるニュー・ヨーク州法(現 NY Civil Right Law §§50-51) が制定される運びとなった。

「一九四〇年代までに、プライバシーの権利とは、個人の人格権であって所有権ではないこと、その冒用は人格権を侵す不法行為であり、損害賠償はもっぱら精神的苦痛に対してなされるべきこと、等の輪郭が形づくられた。」（豊田彰『パブリシティの権利』五頁（日本評論社、二〇〇〇年））。

(39) *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F. 2d 866, 868 (2d Cir. 1953).

「われわれは、(ニュー・ヨークで法に由来する) プライバシーの権利に加えて、またそれとは独自に、人は、写真のパブリシティ価値における権利、すなわちその写真を公表することについての排他的な特権を付与する権利を持つものであり、またそのような権利付与は、合法的に、すなわち事業の或いはそれ以外の譲渡を使ってなされていると思う。……この権利は“right of publicity”と呼びうるかも知れない。というのは、多くの有名人（とくに俳優、野球選手）は、自分の肖像を一般にさらされることによって感情が傷つけられるということとは別に、新聞、雑誌、バス、列車、地下鉄等に展示される宣伝物等にその肖像の使用を認める対価として金銭を受け取ることができないとすれば彼らが苦痛を覚えるということは常識だからである。このパブリシティの権利が、彼らの写真を他の広告主が使用することを禁じる排他的権利の客体となり得ないならば、彼らが金銭を受け取ることが通常できなくなってしまうだろう。」

(40) 「ここでフランク判事は、「パブリシティの権利」という新しいラベルを発明し、従来のプライバシー法の思考類型に封じ込められて動きの取れなくなっていた渋滞をいっきよに取り除こうとした。」（豊田・前掲注（38）九頁）。

(41) なかでも、「ザッチーニ対スクリップス・ハーワード放送局事件」(*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977)) によって、「パブリシティの権利」は確固たるものとなった。

(42) 判時八一七号二三頁、五十嵐清・判評二二六号三四頁、阿部浩二『著作権判例百選（第二版）』一八七頁（有斐閣、一九九四年）、大家・前掲注（11）七九頁以下、五十嵐・前掲注（6）二七二頁参照。

(43) 氏名や肖像に関する判例のうち、判決理由中に「パブリシティの権利」を明言しないが関連していると解されるものを含めて、現在のところ、判決が一二例、決定が四例ほどである。

(44) 「パブリシティの権利」の人格（権）的性質を充分に考慮すべきだとする立場は、土井輝生（土井輝生「有名人の氏名・肖像の商業的利用とパブリシティ権（2）」『コピーライト二〇三号五頁（一九七八年）』、齊藤博（齊藤博「氏名・肖像の商業的利用に関する権利」特許研究一五号一八頁（一九九三年））などが中心である。それに対し、「パブリシティの権利」の財産権的性質を重視すべきとする立場は、阿部浩二（阿部・前掲注（42）一八七頁）、牛木理一（牛木理一『キャラクター戦略と商品化

権』四〇三頁(発明協会、二〇〇〇年)、竹田稔(竹田稔『増補改訂版』プライバシー侵害と民事責任』二八七頁(判例時報社、一九九八年))などが中心である。

- (45) 名古屋地判平一三・一九(判タ一〇七〇号二三三三頁、「ギャロッププレーサー事件」(一審))、名古屋高判平一三・三・八(判タ一〇七一号二九四頁、同事件の二審)。東京地判平一三・八・二二七(判時一七五八号三頁、「ダービースタリオン事件」(一審))、東京高判平一四・九・一二二(判タ一一四号一八七頁、同事件の二審)。