

肖像の経済的な側面に対する法的保護のあり方を 探って：「パブリシティの権利」の法的性質をめぐる 議論の検証

安東，奈穂子
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/10968>

出版情報：九大法学. 88, pp.1-50, 2004-09-15. Kyudai Hogakkai
バージョン：
権利関係：

肖像の経済的な側面に対する法的保護のあり方を探る

——「パブリシティの権利」の法的性質をめぐる議論の検証——

安 東 奈穂子

- 一 はじめに——前号を振り返りながら
- 二 「パブリシティの権利」の法的性質をめぐる議論が検証される必要性
- 三 「パブリシティの権利」をめぐる裁判例および学説の動向
 - 1 裁判例の動向に対する考察
 - 2 学説の動向に対する考察
- 四 「パブリシティの権利」が有する人格権または財産権との親和性
 - 1 肖像の利用場面における利用許諾と人格権としての「自己決定権」との親和性
 - (一) ドイツにおける肖像の利用場面で行使される「自己決定権」
 - (二) 日本における「自己決定権」の近時の展開
 - 2 肖像の経済的な側面が有する価値の利用と著作権法との親和性
 - (一) 肖像の二つの側面に呼応する著作者の権利
 - (二) 著作隣接権にさらに隣接する権利として把握することの有用性
- 五 検討
 - 1 人格権として構成した場合の問題点——見失われるおそれのある「財産の処分である」という性格
 - 2 財産権として構成した場合の問題点——欠落するおそれのある「人格の自由な発展を指向する」という性格
- 六 おわりに——人格権でもあり財産権でもある権利として構成される可能性への示唆

一 はじめに——前号を振り返りながら

私たちの肖像はどのような役割を担っているといえるだろうか。たとえば、私たちは社会と関わり合いをもちながら生活を営んでいくうえで、肖像によって第三者を認識し、識別することで、より円滑なコミュニケーションが可能にしようとしている。私たち人間が社会性を有した動物である以上、肖像が果たしているこのような役割は重要であるといえるだろう。仮に、あらゆる人々がネット上のチャットのように覆面をかぶっているのは、円滑に社会生活を営むことなど難しいといわざるをえない。

このように、社会生活と密接に結びついている肖像は、意識的にせよ、そうでないにせよ、特定少数に露出されており、その意味では、社会生活における役割上から、ある程度の露出を引き受けているということもできよう。さらに情報網がくまなく広がった現在にあつては、メディア媒体に乗せさえすれば、あつという間にその肖像は不特定多数に向けて露出されることにつながっていく。

肖像者本人と第三者は、このような肖像の社会的な役割や現状をふまえながら、肖像には、およそ次の二つの側面があることを理解しているように思われる。

まず一つめは、肖像者本人は、社会生活を営む上で、ある程度の肖像の露出を行いながらも、他人によって断り無く肖像が何かにとどめられること——たとえば無断で絵画に描かれたり写真に撮られたりすること——に対し嫌悪感や憤りを覚えるという側面である。ましてや、その絵画や写真がメディア媒体を通じて公開されたり頒布されたりし、不特定多数に知れ渡ることに対してはなおさらである。そして第三者もまた、このような個人感情に努め

て配慮しようとし、むやみにカメラを他人に向けたりすることを慎み、報道関係機関のなかには、報道ルールを自主的に設けたりしているところもある。

次に二つめは、肖像がメディア媒体に乗って不特定多数に向けて露出されてしまうことを、一方で上手に利用しようとする側面である^①。肖像者本人は、ここでは積極的に肖像を人の目にさらして知名度を高めることにより、自らの肖像の利用を第三者に独占的に許諾することをとおして、金銭を得ようとしたりする。さらに第三者も、肖像者本人の知名度や社会的な評価、話題性が有する「人をひきつける力」顧客吸引力に乘ずることにより、自らのまたは自社商品の売り上げの増大を狙おうとする。

これら二つの側面について、前者を「肖像の人格的な側面」、後者を「肖像の経済的な側面」と呼ぶこととしたい。そして今回も前号に引き続き、肖像の後者の側面、すなわち、肖像の経済的な側面に着目し、その側面に対する法的保護のあり方をめぐって考えてみたい。

前号では大きく次の二点について指摘した。まず一点目は、裁判例および学説が、「肖像者本人に無断で第三者が肖像を利用し、そのことから生ずる経済的な利益に与えることは、原則として不法行為にあたり法的に許されない」と解していることである。二点目は、「肖像の経済的な側面における人格権的な意味の重要性」に対する指摘である。とくに二点目についてはここでもう一度ふれておくことにしよう。

肖像の経済的な側面の問題を取り上げて論ずるような場合には、とかく経済的な(金銭的な、財産権的な)価値や利益が着目されがちである。しかしながら、肖像者本人と肖像を利用する第三者との間で、その価値の利用が円滑に、そしてまた、その利益の帰属が正当になされているような場面を分析してみると、そこで取り交わされている利用許諾の内実は、単に経済的なものだけに關する合意では決してないことが分かる。すなわち、たとえば「経済

的な」価値の処分であろうとも、利用許諾という行為をとおして「自らの肖像を、いつ、だれに、どのような態様で利用を許すか、または許さないか」を決するということは、人格権が保障するところである。「自らの人格に、いかなる新たな属性を付与するのか」、つまり人格の自由な発展を指向することにほかならないと考えられる⁽²⁾。よつて、肖像の経済的な側面を法的に保護するということは、経済的な（金銭的な、財産権的な）価値や利益の正当な帰属を保障するばかりでなく、肖像者本人の人格の自由な発展を保障するものでもあると解した。

そしてこのようなことから、「パブリシティの権利」⁽³⁾——その権利概念は、氏名や肖像の経済的な側面に対する法的な保護を考えるうえで一般的に有用であると解されてはいるが、とかく経済的な（金銭的な、財産権的な）価値や利益が着目されがちである——が、利用許諾または人格権という観点から再構成される方向性を示唆した。

本稿では、以上をふまえたうえ、「パブリシティの権利」について、まず、その法的性質をめぐる議論が、今、検証される必要性のあることを指摘したいと思う（一）「パブリシティの権利」の法的性質をめぐる議論が検証される必要性）。次に、その検証の材料となる、現在までの「パブリシティの権利」の法的性質をめぐる現在の裁判例および学説の動向を整理する。そして今、「パブリシティの権利」の法的性質をめぐることは、人格権として把握するか、または財産権として把握するか、大きく二つの方向性で議論が展開していることを確認する（三）「パブリシティの権利」をめぐる裁判例および学説の動向）。さらにそのことをふまえ、「パブリシティの権利」を人格権（的権利）または財産権（的権利）として構成することが、それぞれのどのような部分で肖像の経済的な側面に対する法的な保護を図っていく意義と親和性を有しているのかを考察する（四）「パブリシティの権利」が有する人格権または財産権との親和性）。以上のような考察から、「パブリシティの権利」の法的性質に鑑みて権利構成を試みる場合、議論の方向性が二者択一に限定されてしまっているような傾向があることを検証し、その問題点について言及する

(五 検討)。最後に、「パブリシティの権利」を人格権または財産権のどちらかのみによって構成することには限界があるのではないか、との疑問のもとに、「パブリシティの権利」を「人格権でもあり財産権でもある権利」として構成しうる余地についてふれてみたい(六 おわりに)。なお、この部分についての本格的な検討は稿を改めて行うこととする。

注

(1) 具体的には、芸能人やスポーツ選手のコマースシャル出演や彼らの肖像が付されたカレンダーやグッズの販売を見ても分かるように、肖像には客をひきつける力(Ⅱ顧客吸引力)があり、その力に着目した利用によって肖像者本人にはコマースシャル出演料や使用許諾料などをおとして、また第三者には商品の売り上げの向上などをおとして、経済的な利益がもたらされているという現状がある。このように肖像が金銭を生み出すことが意識されるようになったのは、そう新しいことではない。江戸時代の役者絵が、その典型であろう。当時の絵師たちは民衆に人気のある役者の「顔」が、そこらあたりの人物を描いたものより人をひきつけ、金になることをちゃんと知っていたのである。

(2) よって、肖像者本人の許諾を得ていない第三者の無断利用は、肖像者本人の人格の自由な発展を阻害する行為であり、いいかえれば第三者により勝手に新たな属性が肖像者本人に対して付与されてしまうということでもある。

(3) アメリカにおける当該権利の誕生や発展の簡単な経緯については出稿九大法学八七号三五頁参照。日本においては一九七六年、「マーク・レスター事件」(東京地判昭和五一年六月二九日、判時八一七号二三頁)に初めて導入されたと解されている。現在、人の氏名・肖像その他個人識別情報の有する経済的利益ないし価値を排他的に支配する権利として裁判例上認知されつつあるが、未だ定義は流動的である。このようなことから、パブリシティの権利には「」(かぎかっこ)をつけることとした。プライバシーの権利および自己決定権についても同様の趣旨からそのようにした。

二 「パブリシティの権利」の法的性質をめぐる議論が検証される必要性

さらにここで、実際に「パブリシティの権利」の再構成を試みる前段階として、当該権利の法的性質をめぐる議論が、今、検証される必要性のあることを指摘しておきたい。だが、そのことにふれる前にまず、肖像の経済的な側面に対する法的な保護をめぐる、その保護の対象とされるものが利益次元ではなく権利次元で語られていることについて、理由を述べなければならぬだろう。

たしかに、肖像の経済的な側面に対する利益（権利）侵害の有無が争われた裁判例において、肖像者本人側の訴えに根拠がないとした裁判所の判断は今のところ皆無である。さらに、こと不法行為との関係でいうならば、あえて「権利」として確立を目指す意義は小さいといわざるをえない。⁽⁴⁾

しかしながら、今ここで問題としているのは、肖像という人格の表象が有する利益の法的な保護であり、そのような利益が侵害された場合の特徴——原状回復が難しく、早急に有効な手立てを講じなければ、甚大な被害へとつながるおそれがあること——を何よりふまえておく必要があると思われる。このような状況にあって肖像者本人が必要としているものとは、不法行為から導き出される損害賠償のような事後的な救済もさることながら、やはり第一には、排他性ある「権利」に基づく差止めの実現によって、侵害行為を即刻やめさせることであり、侵害のおそれを取り除く事後的な救済も含めて可能にすることではないだろうか。⁽⁵⁾そしてまた、肖像者本人だけでなく第三者（利用者）も必要としているものとは、双方の間で、いわゆる「権利」のような分かりやすい土台の上にガイドラインを構築することであろう。よって、肖像の経済的な側面に存する利益を、不法行為の権利生成機能などを活用

しながら、「権利」の次元にまで高めて確立することは、より確実な法的な救済を可能にするだけでなく、当事者にとって分かりやすい(把握しやすい、使い勝手のある)概念を提供することにもなると思われる。⁽⁶⁾

では、以上をふまえたうえで、「パブリシティの権利」が人格権か財産権かという、法的性質をめぐる議論が、今、検証される必要性のあることを指摘しておきたい。

そもそも、「パブリシティの権利」の考え方がアメリカより初めて導入されたと解されている裁判例は、一九七六年(昭和五一年)の「マーク・レスター事件」⁽⁷⁾である。判決理由中に、「パブリシティの権利」という文言が示されたわけではなかったが、⁽⁸⁾肖像が有する人格的な利益との対比において、その経済的な利益の法的保護の必要性を説いたものだった。このことから、当時、「プライバシーの権利」との対比において日本に紹介されていた「パブリシティの権利」が、⁽⁹⁾ここにきて導入されたと解されたのである。⁽¹⁰⁾

しかしながら、本件は損害賠償請求事案であったこと、さらに、その後に行った事案は差止めを求めた仮処分事件が主であったため、⁽¹¹⁾しばらくは「パブリシティの権利」の法的性質について大きく問題とされることはなかった。

「パブリシティの権利」の法的性質をめぐる議論が活発化するのには、一九九〇年(平成二年)の「おニャン子クラブ事件」⁽¹²⁾以降である。本件の一審と二審において、認定された利用態様にはそれほど差異が無かったものの、被侵害利益および認容された差止請求権の根拠をめぐる、異なる見解が示された。

具体的には、一審では、「人格的利益」および「氏名・肖像利用権」を侵害しているとし、「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」からとして、差止請求を認容した。それに対し二審では、「人格的利益」侵害を否定し、「氏名・肖像利用権」を侵害しているとし、「財産的権利に基づき」差止請求を認容した。

すなわち、肖像の経済的な側面(「パブリシティの権利」)に対する侵害および差止めを、人格権を中心として構

成する立場と、かたや財産権として構成する立場とが裁判例上、提示されたのだった。このことを受け、「パブリシティの権利」の法的性質をめぐる学説における対立は表面化するにいたったといえるだろう。

さらに、このように「パブリシティの権利」の法的性質が、人格権であるのか財産権であるのか見極めようとする試みは、差止請求の根拠を左右するだけでなく、権利の主体を「モノ」にまで拡張できるのか、または死後の権利存続は許されるのかといった問題にまで波及していく重要性を有している¹³。しかしながら、現在にいたるまで、その対立は集約の方向へは決して向かっていないように思われる。たとえば、近時の裁判例において示された、裁判所の「モノのパブリシティの権利」に対する見解も一致をみておらず、これは、そもそも「パブリシティの権利」の法的性質に対する認識の違いから、揺らぎが生じているものと考えられる¹⁴。このような現状のままでは、初めて、「パブリシティの権利」の死後の権利存続の可否を争う具体的な事案が登場した場合に、同様に安定性を欠く結果が導き出されかねないだろう。

また一方では、前にも述べたように、「パブリシティの権利」を「権利」として構成しようとする意味は、排他性ある「権利」に基づく差止めの実現であり、ひいては肖像者本人と第三者（利用者）との間で、いわゆる「権利」のような分かりやすい土台の上にガイドラインを構築することに求められなければならないと考えられる。

よって、今、「パブリシティの権利」の法的性質をめぐる議論を整理し、検証し、問題点を指摘する必要性は、このような「パブリシティの権利」をめぐる混迷した現状の原因を究明し、さらに、前述したような現実に即した視点から、新たな「パブリシティの権利」のあり方を提案するためにほかならないといえることができる。

注

- (4) なぜなら、「大学湯事件」(大判大正一四年二月二八日、民集四卷六七〇頁)によって不法行為の成立要件は「権利」から「違法性」へと置き換えられ、法的に保護するに値する利益であれば足りると一般的に解されているからである(末川博『権利侵害論』(弘文堂、一九三〇年))。
- (5) 差止請求権の根拠として、通説、判例は、排他性を有する物権類似の絶対権ないし支配権とする。人格権は「北方ジャーナル事件」(最大判昭和六二年六月二一日、民集四〇卷四号八七二頁)において、「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。」と述べられ、排他性を有し差止請求の根拠になりうると一般的に解されている。
- (6) 無論このようなことは、立法によっても解決が可能なことではあるが、今後、より現実に即した立法化がなされるためにも、現在、「権利」として社会的な認知を得ていくことは重要なことではないだろうか。
- (7) 東京地判昭和五一年六月二九日、判時八一七号二三三頁。【事案の概要】や【裁判所の判断】については、出稿九大法学八七号一四頁参照。
- (8) 初めて「パブリシティ(の)権(利)」の文言が判決理由中に登場したのは、東京地判平成元年九月二七日(判時一三二六号一三七頁、「光GENJI仮処分事件」)においてである。
- (9) 伊藤正己『プライバシーの権利』一四五頁ほか(岩波書店、一九六三年)参照。
- (10) このような見解を採るものとして、阿部浩二『著作権判例百選(第二版)』(別冊ジュリスト一二八号)一八七頁(有斐閣、一九九四年)など。
- (11) 東京地決昭和五三年一〇月二日(判タ三七二号九七頁、「王貞治記念メダル仮処分事件」)。東京地決昭和六一年一〇月六日(判時一二二二二号一四二頁、「おニャン子クラブ仮処分事件」)。東京地決昭和六一年一〇月九日(判タ六一七号一八四頁、「中森明菜仮処分事件」1)。東京地決昭和六一年一〇月二七日(判タ六一七号一九〇頁、「中森明菜仮処分事件」2)。
- (12) 「おニャン子クラブ事件」(一審)(東京地判平成二年十二月二二日判時一四〇〇号一〇頁)、(二審)(東京高判平成三年九月二六日判時一四〇〇号三頁)。【事案の概要】や【裁判所の判断】については、出稿九大法学八七号一九〜二二頁参照。ただし本件でも、「パブリシティの権利」との文言は用いらなかった。

(13) たとえば人格権と構成すれば、その主体は人的属性にかざられることになり、死後の権利についても、人格権の性質である一身専属性により消滅すると考えられる。一方、財産権と構成すれば、その主体は人にかざられず、死後の権利存続についても肯定的に考えられる。

(14) 名古屋地判平成一二年一月一九日(判タ一〇七〇号二三三頁、「ギャロッププレーサー事件」(一審))、名古屋高判平成一三年三月八日(判タ一〇七一号二九四頁、同事件の二審)、最判平成一六年二月一三日(民集五八卷二号三一頁、同事件の上告審)。東京地判平成一三年八月二七日(判時一七五八号三頁「ダービースタリオン事件」(一審))、東京高判平成一四年九月一二日(判タ一一一四号一八七頁、同事件の二審)、最決平成一六年二月一三日(判例集未登載、上告棄却、上告不受理、同事件の上告審)。

三 「パブリシティの権利」をめぐる裁判例および学説の動向

裁判例において、初めて「パブリシティの権利」概念を導入したといわれるのは、前述のとおり「マーク・レスター事件」である。⁽¹⁵⁾ 本件は、有名人の肖像が無断に営利目的に利用されたことに対し損害賠償が請求された事案で、裁判所はその判決理由中、俳優等に人格的な利益から独立した経済的な利益を認めた。この裁判例が登場するまで、肖像は非営利目的の利用を中心に争われており、⁽¹⁶⁾ 営利目的の利用が本件ほど大きく扱われたのは初めてのことだった。

学説において、アメリカで誕生した「パブリシティの権利」を日本に紹介した代表的なものとして挙げられるのは、書籍では伊藤正己『プライバシーの権利』⁽¹⁷⁾と、論文では阿部浩二「パブリシティの権利と不当利得」⁽¹⁸⁾であろう。伊藤(敬称略。以下同じ)の本著書は、「プライバシーの権利」を世に知らしめたものとして名高く、当該権利の概念構築および裁判所の判断に大きな影響を与えた。その著書のなかで伊藤は、「パブリシティの権利」について、

有名人に関する「プライバシーの権利」の限界事例にふれながら、次のように述べている。⁽¹⁹⁾

「たしかに、俳優その他の肖像の営利的利用をパブリシティの権利という新しい概念で保護しようとするのが、適切な方法であるかどうかには疑問が残る。しかし、考え方としては、このような場合に救済を与えることは必要であるとみてよいであろう。そして、そのために、……俳優やその他の人気稼業の人の場合には、プライバシーという人格権の要素が稀薄になり、財産的な側面が強くなることを認めるべきであろう。あたかも、著作権が人格の表現でありながらも、財産的利益として人から独立して法的客体となるように、肖像権もまたこのようにして人格権から脱落してゆく場合があるわけである。なぜならば、ここでは、精神的苦痛の救済という、プライバシーの権利の本性が失われているからである。」

このような、「プライバシーの権利」と「パブリシティの権利」の法的な位置付けの提示は、どちらの権利も未成熟な日本にとって、大いに参考になるものであった。

一方、阿部は、前掲論文において、アメリカにおける「パブリシティの権利」概念の形成について、裁判例を中心に考察をくわえている。そして、当該権利概念が「プライバシーの権利」保護の理論や不正競争の理論などでは必ずしも十分に保護しえないことを指摘した。阿部は、「パブリシティの権利」について以下のよう⁽²⁰⁾に紹介している。

「二〇世紀後半である現在においては、有名人の氏名・肖像・写真等が金銭価値を生み出す機会にはるかに多く、テレビ、ラジオ、その他情報伝達手段の発展とともに、ますますその機会は増大していく。これらの氏名・肖像等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をパブリシティの権利とよぶのである。」

このようにして裁判例および学説に登場した「パブリシティの権利」は、どのような経緯をたどって現在にいたっているのだろうか。

以下、本章では、裁判例について(1) 裁判例の動向に対する考察)、および学説について(2) 学説の動向に対する考察)、それぞれの動向に対する考察をまじえながら整理する。

1 裁判例の動向に対する考察

一九七六年（昭和五一年）の「マーク・レスター事件」⁽²¹⁾において、原告側より初めて、「経済的な」価値を有する氏名および肖像が無断で利用されたことに対する法的な救済が求められた。これを受けて裁判所は、「パブリシティの権利」という言葉は用いなかったものの、俳優等は「プライバシーの権利」が縮減される代わり、経済的利益を得る権利がある、と説いた。裁判所のとったこのような理論構成は、アメリカにおける「パブリシティの権利」の礎となったニンマー論文⁽²²⁾を髣髴とさせるものだった。この裁判例が「パブリシティの権利」の嚆矢とされる所以でもある。

一方で、本件の判決理由中に、「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ふことができる。……人がかかる精神的苦痛を受けることなく生きることは、当然に保護を受けるべき生活上の利益であるといわなければならない。そして、この利益は……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（それを氏名権、肖像権と称するかは別論として）といふべきである。」⁽²³⁾などの論述のあることから、本件により、肖像権が民事において初めて名実ともに認められたと解する考察もある。

これらのことから、「マーク・レスター事件」によつて、有名人の氏名や肖像が営利目的に無断に利用されたような場合、肖像者本人はそれに対抗するための少なくとも何らかの権利を担保していることが示されたといふことがいえよう。

本件の後しばらくは、有名人の氏名や肖像を無断に利用したカレンダーやステッカーの製作および販売などに対する、主として差止請求仮処分事件（「王貞治記念メダル仮処分事件」⁽²⁴⁾、「おニャン子クラブ仮処分事件」⁽²⁵⁾、「中森明菜仮処

分事件」1、「中森明菜仮処分事件」2⁽²⁷⁾が提起された。

「おニャン子クラブ仮処分事件」を除き、ほかの三事件はいずれも被保全権利として「パブリシティの権利」を申請理由中に挙げていた。これらの事件はすべて差止めが認容されたが、ただし仮処分決定であったため、請求が認容された具体的な根拠は明らかにされることはなかった。

そこへ、一九九〇年(平成二年)、「おニャン子クラブ事件」⁽²⁸⁾が提訴された。一、二審とも、損害賠償および差止めが認められたが、差止めの根拠をめぐり両者には相違があった。一審は、人格権侵害(判決理由中は人格的利益侵害)に求めたのに対し、二審は、本件における人格権侵害そのものを否定し、財産権侵害(判決理由中は財産権的侵害)を理由に差止めを認めたのである。

本件でも、「パブリシティの権利」という言葉は用いられなかった。しかしながら、二審のとったこのような差止め認容にまでいたる経緯は、氏名や肖像の経済的な側面(「パブリシティの権利」)を財産権として構成しようとする試み、かつその権利に差止めの根拠となりうるような排他性——一般には、明文の規定がある場合と人格権とにかざられると解されているもの——を積極的に承認しようとしたと捉えることもできた。こうして、「パブリシティの権利」の差止めの根拠をめぐって二つの方向性が提示された。以後、裁判所がどちらの方向を選択するのか、たいへん注目されていたが、それを確かめる機会はなかなか訪れなかった。

ところで、「パブリシティの権利」という文言は、長く当事者の主張のなかに見られるだけの状態が続いた。初めて裁判所が言及するにいたったのは、一九八九年(平成元年)の「光GENJI仮処分取消申立事件」⁽²⁹⁾においてである。しかしながら、頻繁に判決理由中に引用されるようになったのは、ここ最近のことである。

東京地裁平成一〇年一月二二日判決(「キング・クリムゾン事件」一審)⁽³⁰⁾は、「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……、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」と述べた。また、本件の二審⁽³¹⁾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」と判断した。双方とも、有名人（判決理由中は著名人）の氏名や肖像が有する顧客吸引力に着目した点では共通するが、一審が「パブリシティの権利」を「財産権の権利」と明言したことが着目された。

さらに、東京地裁平成一二年二月二十九日判決（「中田英寿事件」一審⁽³²⁾）では、「パブリシティの権利」について、「著名人の氏名、肖像等が持つ顧客吸引力について、これを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し、当該著名人は、かかる顧客吸引力の持つ経済的価値を排他的に支配する財産権の権利（いわゆる「パブリシティ権」）を有するものと解して、右財産権に基づき、当該著名人の氏名、肖像等を使用する第三者に対して、使用の差止めおよび損害賠償を請求できる」との見解を採用した⁽³³⁾。

ここまですべてを振り返ってみると、裁判例上、「パブリシティの権利」は、その法的性質を把握する立場として二つの方向性が示され、また、文言として引用することについては、一定の認知を得られるにいたったということがいえよう。しかし、具体的な紛争事例における「パブリシティの権利」の主体が人であるかぎりには、裁判所がどちらの方向性を選択するかということは、結論に大きな揺らぎを生じさせるものではなかった。

それがここに来て、「モノのパブリシティの権利⁽³⁴⁾」を取り扱う裁判例が登場するにいたって、この新しい権利概念を認めるかどうかをめくり、そもそも「パブリシティの権利」の法的性質をいかに捉えるかということが、正面

から論じられるようになった。すなわち、「パブリシティの権利」の法的性質を人格権として捉えれば、おのずと権利の主体は「人」にかぎられるが、人格権と切り離して財産権として捉えれば、決してそのかぎりではないということになる。

名古屋地裁平成二二年一月一九日判決（「ギャロップレーサー事件」（一審）³⁵）および名古屋高裁平成一三年三月八日判決（同事件の二審）³⁶）においては、裁判所は、パブリシティの価値を人格権とは別個独立の経済的価値とみなし、有名人に限定する理由はないとして、「モノのパブリシティの権利」の認容に積極的であった。

ことに一審は、「モノのパブリシティの権利」について、「『著名人』でない「物」の名称等についても、パブリシティの価値が認められる場合があり、およそ「物」についてパブリシティ権を認める余地がないということではできない。また、著名人について認められるパブリシティ権は、プライバシー権や肖像権といった人格権とは別個独立の経済的価値と解されているから、必ずしも、パブリシティの価値を有するものを人格権を有する「著名人」に限定する理由はないものといわなければならない。」と述べ、当該権利の成立要件や権利の移転、権利対象の消滅、救済手段などについても詳細に提示した。ただし、差止めについては、「差止めが認められことにより侵害される利益も多大なものになるおそれがあり、不正競争防止法による差止請求権の付与など、法律上の規定なくしては、これを認めることはできず……」とし、差止めは棄却した。³⁷

それに対し、東京地裁平成一三年八月二七日判決（「ダービースタリオン事件」（一審）³⁸）および東京高裁平成一四年九月一二日判決（同事件の二審）³⁹）は、前述の「ギャロップレーサー事件」と利用態様などの点でかなり酷似したケースであったにもかかわらず、「モノのパブリシティの権利」は否定された。

一審は、「モノのパブリシティの権利」が排他的権利と認められるかどうか、いくつかのアプローチを試みるが、

そのどれからも根拠づけが得られないと判断した。さらに二審では、「パブリシティの権利」について、「氏名、肖像から顧客吸引力が生じる著名人が、この氏名・肖像から生じる経済的利益ないし価値を排他的に支配する権利を有するのは、ある意味では、当然である。著名人のこの権利をとらえて、「パブリシティ権」と呼ぶことは可能であるものの、この権利は、もともと人格権に根ざすものといふべきである。」とし、「モノのパブリシティの権利」については、「パブリシティ権は、前述のとおり、もともと人格権に根ざすものと解すべきであるから、競走馬という物について、人格権に根ざすものとしての、氏名権、肖像権ないしはパブリシティ権を認めることができないことは明らかである。」と判示した。また、仮にも「モノのパブリシティの権利」を認める必要があるならば、立法的手続が必要であるとも述べた。

つい先ごろ、「ギャロップレーサー事件」の上告審が結審した⁽⁴⁰⁾。今見たような裁判例の経緯もあり、「パブリシティの権利」の法的性質について、何らかの最高裁の判断が示されるのではないかと注目が集まった。しかし、残念ながら最高裁は「パブリシティの権利」の法的性質にはふれず、「モノのパブリシティの権利」は法定されていないことなどを理由として判示するにとどまった。

本件は、たしかに「モノのパブリシティの権利」の認容をめぐる争われた事件であるから、「パブリシティの権利」の認容に直接の影響を与えるものではないと思われる。しかしながら、このような、権利が法定されていないことを理由に、その認容を斥ける最高裁の態度は、今後、「パブリシティの権利」がその場で判断されるにおいて、決して達観できるものではないだろう。

近い将来、「パブリシティの権利」は、死後の権利存続についても具体的に争われていくことであろう⁽⁴¹⁾。また、「キング・クリムゾン事件」や「中田英寿事件」のように「パブリシティの権利」が表現の自由などと拮抗する、

デリケートな問題を含んだ裁判例もさらに現れてくるであろう。けれども、「パブリシティの権利」の現状では、以上に見てきたような権利の法的性質をめぐる裁判例上の動揺を抱えながら、個々の事件に対処していくほかないといわなければならない。

2 学説の動向に対する考察

ここでは、「パブリシティの権利」(的なもの)を取り扱ったとされる裁判例が積み重ねられていくなか、学説はいかなる方向性を目指してきたかを整理する。

「パブリシティの権利」をめぐる、学説の立場は大きく二つに分かれよう。まず、「パブリシティの権利」そのものを肯定するか、否定するかによって立場が分かれ、さらに肯定派のなかで、その法的性質を人格権に求めるか、財産権に求めるかによって二つに分かれる。

「パブリシティの権利」の否定派として挙げられるのは、齋藤鳩彦である。齋藤(鳩)は、「パブリシティの権利」の存立を否定する理由として、まず、その権利内容の多くが、日本における実演家の著作隣接権で処理できることを強調する。そして、アメリカにおける当該権利概念の未成熟さ(たとえば、権利の相続や遺贈をめぐる裁判所の判断にばらつきがみられること)などを指摘している。⁽⁴²⁾

肯定派のなかの対立が表面化したのは、「おニャン子クラブ事件」⁽⁴³⁾からであろう。この事件の一審は、氏名や肖像の経済的な側面を無断で利用する行為が、経済的な利益侵害ばかりでなく、人格権を侵害するおそれのあることを示した。一方、二審は、人格的な利益に対する侵害は認めず、あくまで経済的な侵害のみを認容したが、その行為は権利侵害、それも「財産権」的侵害にあたりと判示した。このような一、二審のそれぞれの態度が、直結、

「パブリシティの権利」の人格権性もしくは財産権性を物語っているとはいえないかもしれない。それでも、一審が人格権侵害に、二審が財産権侵害に重点を置いたことは確かであるといえるのではないだろうか。

よって、同一事案でありながら、差止めの根拠をめぐって裁判所の判断が対立したことは、学説において「パブリシティの権利」(的なもの)を認容するとしても、二つの対峙する方向性があることを、強く意識させるものであったということができよう。本件の後、多くの論者によってこの点の考察がなされている。

「パブリシティの権利」の人格(権)的な法的性質を十分に考慮すべきだとする立場は、土井輝生⁽⁴⁴⁾、斉藤博などが中心である。

斉藤博は、氏名・肖像利用権が、氏名権、肖像権という人格権とは分離し、財産権としてどこまで独立に存しうるかを論ずるに際し、「財産価値を氏名・肖像本人から分離することの可否をめぐっては、なお不透明な部分が残った。……今のところ、氏名・肖像利用権にしても、人格要素を払拭できないでいる」と述べている⁽⁴⁵⁾。

それに対し、「パブリシティの権利」の財産権的な法的性質を重視すべきとする立場は、阿部浩二⁽⁴⁶⁾、牛木理一⁽⁴⁶⁾、竹田稔などが中心である。

阿部は、「それ(「パブリシティの権利」)は、氏名、肖像等についての人格権とは区別された一種の財産権である」と述べている⁽⁴⁷⁾。

また竹田は、「これをパブリシティの権利と名付けるかどうかは別として、氏名・肖像という人格を具現するもののもつ経済的価値を利用する財産権としてこれを保護すべきであろう。」と述べる⁽⁴⁸⁾。

印象としては、勢力的には、財産権説支持が、若干優位のように思える⁽⁴⁹⁾。
ところが近年、いくつかの変化が見られた。

「モノのパブリシティの権利」を認めた「ギャロッププレーサー事件」(一審)をめぐり、いうまでもなく財産権説側は好意的な受け止め方だったが、⁽⁵⁰⁾逆にそれを否定した「ダービースタリオン事件」(一審)をうけ、岡邦俊は、前者における裁判所の判断を次のようなことから批判した。

まず、本件のような事案は、あえて「パブリシティの権利」的構成を採らなくても、民法による損害賠償や不正競争防止法による差止請求の対象となりうること、さらに、「このように制定法にこだわらない解釈論を自由に展開することは、……物権法定主義や、知的財産法全体との整合性からは問題がある」⁽⁵¹⁾ことなどからである。

また、「パブリシティの権利」を真正面から取り扱った書籍が相次いで出版された。

豊田彰は、その著書において、アメリカにおける「パブリシティの権利」の判例を中心に考察を行っている。⁽⁵²⁾日本における当該権利のあり方などには直接ふれられてはいないのだが、「パブリシティの権利」生誕の地における判例動向への考察は、大きな示唆を与えるものとなっている。

内藤篤・田代貞之はその共著において、日本における「パブリシティの権利」の権利構成に詳細な検討をくわえている。⁽⁵³⁾彼らは、アイデンティティ権(「プライバシーの権利」と「パブリシティの権利」とを包括する上位概念)の構成について、それには、氏名・肖像の人格価値と財産価値との牽連性に対する理解が反映される——すなわち、それぞれの価値が不可分のものと解するなら一元的に、可分のものと解するなら二元的に構成される——と述べている。⁽⁵⁴⁾そして、彼らは、「モノのパブリシティの権利」への強い批判から、一元的構成(一元論)をとるべきだと主張する。⁽⁵⁵⁾

さらに、比較法研究から、興味深い考察がなされている。

三浦正広は、論文「肖像写真の撮影・公表と自己決定権」のなかで、ドイツ美術著作権法二二条で求められる肖像

像者本人の同意に着目した考察を行っている。⁽⁵⁶⁾

また、渡辺修は、ドイツにおける氏名や肖像の保護についての判例の考察、および人格権に関する最近の学説の検討から、ドイツの人格権概念は、経済的な権利をもその内容に含んでいると解する。⁽⁵⁷⁾そして、日本における多くの学説が、「パブリシティの権利」の財産権的性質を認めながら、純然たる財産権であるといい切る事に躊躇しているのは、ニンマーのいうように当該権利が「プライバシーの権利」とコインの表と裏の関係にあつて二者択一であるとの前提が、そもそも誤っているからだと指摘する。⁽⁵⁸⁾

その一方で、肖像権に造詣が深い大家重夫は、これには賛成し難いとしている。彼は、一九七九年に記した著書『肖像権』のなかで、肖像権のなかに撮影拒絶権や利用拒絶権とならび財産権としての肖像権も含まれると解し、⁽⁵⁹⁾「人格権を引きずった権利である」ともかつて述べていた。⁽⁶⁰⁾しかし最近、「ここは素直に、もうズバリ財産権といふべき」との態度をとっている。⁽⁶¹⁾

以上をとおして考察するに、「パブリシティの権利」をめぐる学説の動向について次のようなことがいえよう。まず、「パブリシティの権利」そのものの存在を否定する立場は、現在では影をひそめている。よって、権利を認容することに対しては、総じて肯定的であるといえよう。しかし、肯定派のなかでの立場の相違は依然としてあるといわなければならない。

さらに、当初、問題の中心であった差止めの根拠の差異は、概ね結論に影響を与えることがなかったが、「モノのパブリシティの権利」が問題とされるようになってからは、その差異は結論を大きく左右するようになった。よって現在のほうが、立場の相違が意識されやすくなっているともしえよう。

さらに、「モノのパブリシティの権利」の認否をめぐる、明文に根拠の無い権利を財産権と解する場合の弊害が

指摘されたこと、くわえて、アメリカにおける「パブリシティの権利」の育ての親ともいえるニンマーの理論を、ドイツ法の見地から疑問視する立場が示されたことなどが、今後の学説の動向にどのような影響を与えるのか注目されるところである。

注

- (15) 前掲注(7)および(10)参照。
- (16) 肖像が有する利益が、非営利目的の利用を中心に争われてきた簡単な経緯については、出稿九大法学八七号八頁参照。このような日本独自の経緯もあって、「パブリシティの権利」が「プライバシーの権利」と対峙する概念として意識されやすかったのではないだろうか。ただし和解においては、一般人の肖像写真を営利目的で無断転用したケースがある(洋服製造業者の宣伝のために写された写真が、無断でコンドームの宣伝のために利用したことに対し、原告(当該モデル)が肖像権の侵害を主張した事件(東京地裁昭四四・(ヨ)・二五二八号事件、判時八〇〇号三頁)。
- (17) 伊藤・前掲注(9)参照。本書の出版時は、折しも、日本における「プライバシーの権利」の先陣を切った、三島由紀夫の「宴のあと事件」(東京地判昭和三九年九月二八日(下民集一五卷九号三二七頁))が争われているさなかであった。
- (18) 阿部浩二「パブリシティの権利と不当利得」『注釈民法(一八)』五五四〜五六七頁(有斐閣、一九七六年)参照。
- (19) 伊藤・前掲注(9)一五〇頁。
- (20) 阿部・前掲注(18)五五四〜五五五頁。さらに本論文では、日本における当該権利と不当利得との関連において、「パブリシティ価値の無断使用者に対し不当利得者として利得の返還請求をするにあたっては、著作権法一一四条の趣旨が適用されてよいのではないか」と述べられている。
- (21) 前掲注(7)および(10)参照。
- (22) Melville B. Nimmer, *The Right of Publicity, 19 Law & Contemp. Probs.* 203 (1954).
 ニンマーは、アメリカにおける「パブリシティの権利」の育ての親といえる。彼は、パブリシティがプライバシーとコインの表裏の関係にあること、そして、有名人の氏名や肖像が生み出す金銭的価値は、既成の伝統的な法理論をもってしては、保

護が困難であること（たとえば、①プライバシーの教義では、有名人は権利を放棄していると解され、一身専属性ゆえ譲渡が不可能となること、②不正競争教義では、競争やパッシングオフを要件とするが、パブリシティ価値は、その要件にふれることなく、冒用されうること等）を指摘し、「パブリシティの権利」の確立を唱えた。なおかつ、「パブリシティの権利」は人格権ではなく、財産権として把握されなければならない。そして、それは譲渡できるものであり、譲受人によって引き続き、権利が行使されるものである。そのうえ、パブリシティ価値の冒用は、原告の感受性を侵すか否かにかわりなく提訴しうるものでなければならぬ。そしてまた補償額は、プライバシー侵害が原告の苦痛の度合いによって算定されるのに比し、冒用されたパブリシティ価値によって算定されるべきであろう。」などと主張した。

(23) 五十嵐清「判批」判例評論二一六号三四頁（一九七七年）。

(24) 東京地決昭和五三年一〇月二日、判タ三七二号九七頁【**事案の概要**】や【**裁判所の判断**】については、出稿九大法学八七号一八頁参照。

(25) 東京地決昭和六一年一〇月六日、判時一二二二号一四二頁。

(26) 東京地決昭和六一年一〇月九日、判タ六一七号一八四頁【**事案の概要**】や【**裁判所の判断**】については、出稿九大法学八七号一八頁参照。

(27) 東京地決昭和六一年一〇月一日、判タ六一七号一九〇頁。

(28) 前掲注（12）参照。

(29) 東京地判平成元年九月二七日、判時一三二六号一三七頁。

【事案の概要】

昭和六三年、光GENJI（Yら）は、「パブリシティの権利」を被保全権利として、XがYらの許諾なしにYらの氏名・肖像を表示した商品につき物品販売禁止等の仮処分を申請し、認められた。本件は、Xが、仮にXがYらの「パブリシティの権利」を侵害しているとしても、Yらの被る損害は使用料に相当する金額であり、金銭的補償が可能であるとして、特別事情による仮処分決定の取消を求めたものである。

【裁判所の判断】

「パブリシティの権利の帰属主体は、氏名・肖像の有する独立した財産的価値を積極的に活用するため、自己の氏名・肖像につき、第三者に対し対価を得て情報伝達手段に使用することを許諾する権利を有すると解される。……Yらの意思に反しそ

の許諾が得られない本件仮処分対象商品の販売を可能にすることは、Yらのパブリシティ権自体の価値を害するおそれがないとはいえず、またYらの氏名・肖像を表示した各種商品が、供給過剰となって大衆からあきられ、嫌悪感を抱かれることにより、パブリシティ権の価値までも毀損されるおそれがないとはいえない。……また、パブリシティ権の商業価値は、その権利主体の名声や社会的評価の変化に伴って変動すると解され、Yらのように名声や社会的評価の浮沈が激しい若年の芸能人の場合には、本件口頭弁論の終結時における使用許諾料相当損害金の算定が著しく困難である。……さらに、YらがX以外の第三者に氏名・肖像の商品への表示を許諾しようとする場合、右商品とXの販売する商品とで種類、デザイン、品質等が異なり得るから、Xの商品販売によって第三者の商品販売実績にどの程度影響が及ぼされるかの予測が困難であり、Yらの得べかりし利益の算定が困難である。……本件被保全権利の金銭的補償の可能性を肯定するのは相当でない。……Xが本件仮処分決定の存続によって通常被ることが予想されるものを越えて異常な損害を被る事情があるとは認められない。」とし、Xの申立を却下した。

(30) 判時一六四四号一四一頁。【事案の概要】や【裁判所の判断】については、出稿九大法学八七号二二頁参照。

(31) 東京高判平成一一年二月二四日(判例集未登載、平成一〇年(ネ)第六七三号)、【事案の概要】や【裁判所の判断】については、出稿九大法学八七号二二頁参照。

(32) 判時一七一五号七六頁。【事案の概要】や【裁判所の判断】については、出稿九大法学八七号二三頁参照。同事件の二審(東京高判平成二二年二月二五日(判時一七四三号一三〇頁))では、一審の経緯から「パブリシティの権利」についてはふれられなかった。

(33) ただし、裁判所はこれに続けて「仮に、著名人の顧客吸引力の持つ経済的価値を、いわゆるパブリシティ権として法的保護の対象とする見解を採用し得るとしても、著名人がパブリシティ権の名の下に自己に対するマスメディア等の批判を拒絶することが許されない場合があるというべきである。」と述べるなどして、本件はその場合に該当することから「パブリシティの権利」侵害は認められないとした。

(34) 「パブリシティの権利」が「人」の顧客吸引力に着目するのと同様、「モノ」の顧客吸引力に着目し、それを排他的にコントロールしようとする権利。このような権利概念それ自体は、「パブリシティの権利」がこのような程度に認められる程度に認められる以前から、東京地判昭和五二年三月一七日(判時八六八号六四頁、「広告用ガス気球事件」(一審))や神戸地判伊丹支判平成三年一月二八日(判時一四一二号一三六頁、「クルーザー事件」)における「所有権理論」に垣間見ることができないわけでは

ない。

- (35) 判タ一〇七〇号二三三頁。前掲注(14) 参照。
- (36) 判タ一〇七一号二九四頁。前掲注(14) 参照。
- (37) 二審も同様に差止めを認めなかった。
- (38) 判時一七五八号三頁。前掲注(14) 参照。
- (39) 判タ一一一四号一八七頁。前掲注(14) 参照。
- (40) 最判平成一六年二月一三日、民集五八卷二号三一一頁。前掲注(14) 参照。
- (41) 死後の権利存続に関連するものとしては、横浜地判平成四年六月四日(判時一四三四号一一六頁、「土井晚翠事件」)が挙げられよう。本件は、土井晚翠(詩人)の相続人より、人格権および「パブリシティの権利」が侵害されたと主張された事件であったが、裁判所は、「詩人は、……氏名や肖像の持つ顧客吸引力そのものをコントロールすることによって経済的利益を得ることを目的に活動するものではなく……本件証拠によっても、晚翠が生前自己の氏名や肖像の持つ顧客吸引力により経済的利益を得、又は得ようとしていたとは認めることはできないから、晚翠の氏名、肖像等についてパブリシティの権利が発生することは到底認められない。」と判示し、結局、死後の権利存続について争われるまでにはいたらなかった。
- (42) 齋藤鳩彦「パブリシティ権の背景と問題(上)(下)」NBL四二七号二八頁および同四二八号五二頁(一九八九年)参照。これに対し、阿部浩二は「わが国においても、パブリシティの権利と著作隣接権とは区別されなければならない。」(阿部浩二「パブリシティの権利と不当利得」『注釈民法(18)』五七六頁(有斐閣、一九九一年)と述べる。なお、齋藤(鳩)は、「おニヤン子クラブ事件」(前掲注(12) 参照)における被告(控訴人)側の弁護士を務めた。
- (43) 前掲注(12) 参照。
- (44) 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(二)」コピーライト二〇三号五頁(一九七八年)参照。「パブリシティ権は、プライバシー権とともに、本人の人格から派生し、かつこれと不可分一体のものであって、通常の財産権のように所有者を変えることはできない」。
- (45) 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)参照。
- (46) 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)参照。
- (47) 阿部・前掲注(10)一八七頁参照。また阿部は、権利の死後存続にも積極的であり、著作権法における、著作者人格権と著

作(財産)権との関係に着目し、「氏名、肖像等についての人格的権利とは別に、その財産的側面であるパブリシティの権利が相続の対象とされることに支障があるとは思われない。」(同・前掲注(42)五八四頁)と述べる。

- (48) 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)参照。
- (49) 同旨、長尾英彦「パブリシティ権と人格権」憲法論叢一〇号五頁(二〇〇三年)参照。
- (50) 三浦正広「競走馬のパブリシティ権—ギャロップレーサー事件—」発明九八巻四号一一五頁(二〇〇一年)、井上由里子「パブリシティの権利」月刊法学教室二五二号三四頁(二〇〇一年)参照。
- (51) 岡邦俊「物のパブリシティ権」と所有権・人格権の法理」JCAジャーナル四八巻一〇号四八頁(二〇〇一年)参照。
- (52) 豊田彰『パブリシティの権利』(日本評論社、二〇〇〇年)。
- (53) 内藤篤||田代貞之『パブリシティ権概説』(木鐸社、一九九九年)。
- (54) 内藤||田代・同右、二九頁参照。
- (55) 内藤||田代・同右、一一六頁以下参照。
- (56) 三浦正広「肖像写真の撮影・公表と自己決定権」青山法学論集三六巻二・三合併号二五五頁(一九九五年)参照。
- (57) 渡辺修「人格要素の財産的利用—ドイツにおける氏名・肖像の保護を中心として—」著作権研究二二号一一頁(一九九四年)参照。
- (58) 渡辺修「人格メルクマールの利用権—人格権の一元的構成に関する覚書き—」法学六〇巻六号二八七頁(一九九六年)参照。
なお、ニンマーの主張については、前掲注(22)参照。
- (59) 大家重夫『肖像権』(新日本法規出版、一九七九年)。
- (60) 大家重夫「人格権とパブリシティ権」特許研究一〇号八頁(一九九〇年)。
- (61) シンポジウム「パブリシティの権利」著作権研究二六号五三頁(一九九九年)。

四 「パブリシティの権利」が有する人格権または財産権との親和性

三章では、裁判例および学説上の見解を整理しながら、「パブリシティの権利」には、それを人格権として構成しようとする方向性と、財産権として構成しようとする方向性と、二つの方向性のあることを示した。そしてさらに、どちらの方向性で見解が集約されていくかは不透明な現状にあることも指摘した。

しかしながら現状はともかくも、今後「パブリシティの権利」が直面するであろう死後の権利存続の問題などを考えると、どちらの方向性をとることが妥当であるのか、またはどちらの方向性をとることに問題があるのかということが、さまざまな視点から繰り返し検証されることはたいへん重要なことだと思われる。そこで本章および五章では、その視点を「肖像の経済的な側面を法的に保護する」ということの意味」という点に置きつつ、検証を進めていきたいと考える。

まず本章では、「パブリシティの権利」を人格権（的権利）として、または財産権（的権利）として構成するに際して、肖像の経済的な側面において表面化する事象（利用許諾や価値利用の実態）が、それぞれの権利と具体的にはどのような部分で親和性を有しているのかを検証したい。

そこで、肖像の経済的な側面も含んだ利用がなされている場面一般で、肖像者本人によって第三者に対して行われている利用許諾が、人格権としての「自己決定権」と、どのような点で共通性もしくは類似性を持っているかについて言及し、「パブリシティの権利」が有する人格権との親和性を明らかにしてみたい（1 肖像の利用場面における利用許諾と人格権としての「自己決定権」との親和性）。

次に、肖像者本人ならびに第三者が日ごろより行っている肖像の経済的な価値の利用の実態が、知的財産権の一つである著作権と、どのような点で共通性もしくは類似性を持っているかについて言及し、「パブリシティの権利」が有する財産権との親和性を明らかにしてみたい(2 肖像の経済的な側面が有する価値の利用と著作権法との親和性)。

1 肖像の利用場面における利用許諾と人格権としての「自己決定権」との親和性

日本においては現在のところ、肖像全般の価値や利益に関して規定した法文は存しない。しかしながら、関連する裁判例の集積や、肖像権ならびに「プライバシーの権利」などを法的に実効性のある権利概念として構築しようとする研究者の試み、さらには権利の社会的な認知が進んだことなどをおして、次のように解することはできよう。

すなわち、他者の肖像を利用する場合、原則、肖像者本人の利用許諾が必要であるということ、くわえて肖像者本人に無断で利用する行為は、一部の場合を除いて不法行為に該当するということである。⁽⁶²⁾

ここで着目したいのが、肖像者本人の利用許諾という行為である。自らの肖像が第三者を介して利用(公表または頒布)されるとき、肖像者本人は利用許諾をとおして「いつ、だれに、どのような態様で利用させるか」を決めることができるのである。

いいかえれば、肖像者本人は、利用許諾という意思の決定によって、どのような新たな属性を人格に付与するかしないのか(または、しないのか)、ひいては、どのような方向性で人格を發展させていくのかということ、主体的にコントロールすることが可能となる。これこそ、「肖像の経済的な側面を法的に保護するというの意味」の大きな一つであるといえるのではないだろうか。さらに、ここにいう人格の自由な發展、すなわち、各人が良し(または善し)とする方向性に沿って人格を發展させることは、人格権⁽⁶³⁾の保障内容の一つということもできよう。

以上のようなことから、肖像が利用されている場面一般で肖像者本人が行っている利用許諾と、その利用許諾に反映されている肖像者本人の意思決定（「自己決定権」）との関係に言及し、そのことによって、「パブリシティの権利」と人格権との親和性を明らかにしたいと考える。

具体的には、まず（一）では、肖像の法的な保護が、人格権および肖像権によって重疊的になされているドイツに関して、次に、（二）では「自己決定権」について近ごろ新しい動きの見られる日本に関して述べることにする。

（一）ドイツにおける肖像の利用場面で行使される「自己決定権」

ドイツにおける肖像の法的保護には二つの大きな特徴がある。一つは、その保護が人格権と肖像権と重疊的になされているということである。

具体的な法的保護の内容は、①肖像の作成、②肖像の公表、③肖像の頒布である。ドイツにおいて、①は一般的人格権によって、②および③は主に肖像権によってなされる。しかし、肖像権（das Recht am eigenen Bild）は一般的人格権（allgemeines Persönlichkeitsrecht）が具体化したものと解されており、その意味で一般的人格権は個別的人格権の一つである肖像権を補完する機能を果たしている。⁽⁶⁴⁾

もう一つは、一般的人格権も肖像権も実定法上の根拠を有しているということである。

一般的人格権は、明記こそされていないものの、ボン基本法（GG）⁽⁶⁵⁾ 一条（「人間の尊厳」（Menschenwürde））一項および二条（「人格の自由な発展」（die freie Entfaltung der Persönlichkeit））一項⁽⁶⁷⁾によって、判例上、基礎付けられていると解されている。また、肖像権は、ドイツ美術著作権法（KunstUrhG）⁽⁶⁸⁾ 一二―二四条⁽⁶⁹⁾において規定されている。

ことに、ドイツ美術著作権法二二条は「肖像は、本人の同意を受けた場合にかぎり、これを頒布または公に展示することができる。」と明言している。著作権法でありながら、肖像を含んだ著作物の取り扱いに関しては、できるだけ著作者の権利を制限的に解し、肖像者本人の同意を第一の条件と定めているのである。

すなわちドイツにおいて、他人が人の肖像を作成、公表、または頒布しようとする際には、原則的に、肖像者本人の「同意 (Einwilligung)」を得ることが法的に要求される。いいかえれば、肖像者本人による利用許諾、すなわち自らの肖像をいつ、だれに、どのような態様で利用させるかが、肖像の利用場面において必要不可欠な要素であるということができよう。

よってドイツにおける肖像権は、肖像者本人の「自己決定権」(Selbstbestimmungsrecht) であると解され、その目的は人格権と同様、人格の自由な発展にあると捉えられている。⁽⁷⁰⁾

ドイツにおける「自己決定権」概念は、日本におけるそれとは少し異なり、ただ単に「他人に迷惑をかけないかぎり何をしてよい権利」といった程度で受け止められている。⁽⁷¹⁾しかし、その間口の広さ、親しみやすさは、このようなボン基本法の明記によって人間の尊厳および人格の自由な発展を指向する権利が、公法上も私法上も基礎付けを得ていることに裏打ちされている。よって、肖像の利用場面で要される肖像者本人の同意、すなわち利用許諾は、まず一つに、自分のこと(ここでは自らの肖像について、それが有する価値をどのように処分するか)は自分自身で決めるという、「自己決定権」が具体化した手段であると同時に、人間の尊厳および人格の自由な発展を指向するためには不可欠な重要な役割も担っているということができよう。そしてここにいう、人間の尊厳および人格の自由な発展を指向することこそ、一般的人格権そのものにほかならない。

このようなことから、ドイツにおける肖像を法的に保護することの意味とは、一般的人格権に法的な基礎を置き

ながら、肖像者本人の「自己決定権」の行使を保障することにあると解しうる。

たしかに、以上に見たような日本とドイツの差異に留意すれば、ドイツにおけるような、利用許諾と「自己決定権」との関係性を、そのまま日本に置き換えることは難しい。また、日本国憲法一三条における「個人の尊重」とボン基本法一条における「人間の尊厳」とは同質でない⁽⁷²⁾と解する見解もあり、このような見解をとるならば、自ずとそこから導き出される権利の指向するところも異なつてこざるをえない。

このことは、人格権や肖像権を個別に取り扱う場合はあまり問題ないように思われるが、一般的人格権と肖像権との関係、または、一般的人格権と「自己決定権」との関係など、権利の総体とその具体化について考察するような際には憂慮すべき事柄といえるのではないだろうか。たとえば「自己決定権」について、それは日本ではとくに裁判例を中心に、憲法一三条の問題として論ぜられるという特徴がある。このようなことから考えても、「自己決定権」と一般的人格権との関係、ならびに人格権の基礎付けに際して、憲法一三条の「個人の尊重」に対する解釈が与える影響は、消して小さくはないであろう。

しかし、ドイツと日本の間にたとえそのような差異があろうとも、日本に人格権概念をもたらしたドイツにおいて、肖像の利用場面でなされる肖像者本人による利用許諾が、一般的人格権の下位概念である「自己決定権」の下に保障されていることは、十分に考慮されなければならないことではないだろうか。

また日本の裁判例において、これまで主として憲法の領域で問題とされてきた「自己決定権」も、近時、新たな展開を見せている。次では、そのことについて述べることにしよう。

(二) 日本における「自己決定権」の近時の展開

日本における「自己決定権」は、学説上、憲法一三条の幸福追求権から導き出される概念として、「一定の重要な私的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」⁽⁷³⁾などと説明される。

とくに、このような権利概念を、公法（とくに憲法）上の問題として意識させ、その創設および発展に影響を与えているのは、アメリカにおける「プライバシーの権利」の展開である。アメリカにおいて「一定の私的事項について自由に決定できること」は、合衆国憲法修正一四条に規定されているデュー・プロセス条項の「自由」に含まれる権利として、「プライバシーの権利」の自律権的な側面の問題として扱われるにいたっている。⁽⁷⁴⁾ そのような権利概念が日本に導入されるに伴い、「自己決定権」という文言が多用されるようになった。

ただし、「自己決定権」が私法（とくに民法）上の問題として意識されていないわけではなく、私的自治の原則や契約自由の原則などと関連して論ぜられることもしばしばである。しかし一方で、「自己決定権」が日本国憲法上の問題として、さかんに論ぜられていることに着目するならば、やはりそれが、公権力との関係において意識されていることに注意しなければならぬだろう。また裁判例も、「自己決定権」をこれまでは主として憲法の領域での問題として取り扱ってきた。⁽⁷⁶⁾

それが近年、民事の訴訟でも「自己決定権」が取り上げられるようになってきている。そのなかでも、平成二二年二月二九日の「エホバの証人信者の輸血拒否事件」の最高裁判決は、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」と判示して、人格権の一つとして「自己決定権」を認める方向性を示した。

たしかに本件は、患者の意思決定（「自己決定権」⁽⁷⁸⁾と解せよう）の機会をうばう行為が、患者と医師との私法上の関係において、人格権を侵害するとして民法七一五条に基づき不法行為責任を負うと結論したものである。よって、これをもって直ちに「自己決定権」が憲法上の権利として認められたということはできないだろう。ただし、最高裁が私法上、人格権と「自己決定権」との関係についてどのように捉えようとしているかについては、重要な手がかりを与えるものといえるのではないだろうか。

たとえば、このように私法上、「自己決定権」を人格権から導き出すような考え方を採用するならば、憲法上の「自己決定権」のように「公権力から干渉されることなく」という限定も緩和され、ドイツにおける「自己決定権」に近いかたちのものが、日本においても解釈として可能となるのではないだろうか。さらに、このように解することができるとすれば、日本においても、肖像者本人が利用許諾をとおして行う「いつ、だれに、どのような態様で利用させるか」の意思決定は、人格権を指向する「自己決定権」の行使であると位置付けることができよう。

以上のようなことから、「パブリシティの権利」は、肖像の経済的な側面に対する肖像者本人の「自己決定権」の行使をとおして、人格権と親和性を有するものであるということができよう。

ただし、「自己決定権」（アメリカ合衆国憲法上の「プライバシーの権利」と関連付けられた概念として解するか、ボン基本法に根拠付けられた一般的人格権に内包された概念として解するかを問わず）を、日本における人格権または「プライバシーの権利」（公法上の権利か、私法上の権利かを問わず）の守備範囲に置くことは、不必要なまでに人格権概念や「プライバシーの権利」概念を広げてしまうおそれも有している⁽⁷⁹⁾。よって、「自己決定権」を人格権の一つとして認容していく方向性を安易に支持することは慎まなくてはならないことなのかもしれない。しかしながら、ぜひ、日本における「自己決定権」の新たな展開として人格権との関係を今後とも考えていきたい。

2 肖像の経済的な側面が有する価値の利用と著作権法との親和性

肖像の法的保護のあり方をめぐっては、著作権法と対比して解されることがしばしばある。⁽⁸⁰⁾ その理由として二つほど挙げられよう。

まず一つは、肖像が有している側面と著作権法の有している側面とが類似しているからである。一章でも述べたように、肖像には人格的な側面と経済的な側面とがある。すなわち人は、自らの肖像に対して、相反するような二つの異なる側面を有している。一方、知的財産権の一つである著作権を定める著作権法もまた、著作物⁽⁸¹⁾が有する価値や著作者の権利⁽⁸²⁾に関し、二つの異なる側面を有している。そして、肖像と著作権法、そのそれぞれにおいて対比されている二つの側面が有する性質は、肖像と著作権法との間で類似しており、呼応しているかのようでもある。

もう一つは、肖像の経済的な側面を語る際に想定される場面と、著作権法で定められた実演家⁽⁸³⁾の有する著作隣接権⁽⁸⁴⁾が想定している場面とが、少なからず似ていることにある。たとえば、肖像の経済的な側面が有する価値や利益の利用に積極的な人として、まず浮かぶのは俳優や歌手であろうが、著作権法にいう実演家とはまさに彼らのことであり、著作物をとおして彼らの権利を保護しようとするものが著作隣接権である。

ここでは、以上のような肖像と著作権法との類似点を対比することにより、「パブリシティの権利」と財産権との親和性を明らかにしたいと考える。

具体的には、まず、(一)で著作者の権利の二元的構成に着目し、次に、(二)で「パブリシティの権利」を著作隣接権に関連する権利として捉えることの有用性について述べることにする。

(一) 肖像の二つの側面に呼応する著作者の権利

肖像には、まず一つの側面として、第三者によってみだりに肖像の作成、公表、頒布がなされることを望まず、心の安寧というような人格的な利益を得ようとする側面がある。その一方で、ある一定の条件の下でなら、自らの肖像の利用を第三者に独占的に許諾し、その見返りとして積極的に経済的な利益を得ようとする側面もある。前者は肖像の人格的な側面、後者はその経済的な側面と呼ぶことができよう。かたや著作権法において、肖像のように、ある一つの客体が、人格的な価値や利益および経済的な価値を有するものとして、著作物がある⁽⁸⁵⁾。著作物には人格価値と財産価値とが同居している⁽⁸⁶⁾。

またとくに、著作物の有する人格価値は、著作者の自らの人格を懸けて創作した著作物に対する、まるで「自らの分身」ともいえる思い入れの強さに根差している。このような著作物と著作者との関係は、肖像と肖像者本人との関係にも似ていてのではないだろうか。肖像者本人にとっても自らの肖像は、人格が第三者や社会に向けて現れ出でたもの、すなわち人格の表象にほかならない。その意味では、「著作物と著作者」と「肖像と肖像者本人」との関係は類似しているといえることができる。

さらに、著作者の権利は、著作物の人格価値に対応する著作人格権と、財産価値に対応する著作(財産)権とから構成されている。著作人格権は人格権同様、一身専属性に服するとされているのに対し、著作(財産)権は、財産権として自由に譲渡などが許されている⁽⁸⁷⁾。では、このような著作者の権利の二元的な構成を、さきほどみた著作人と肖像者本人との類似性から、肖像者本人の権利に呼応させてみてはどうだろうか。

肖像の人格的な側面は著作人格権と呼応することで人格権的な側面といえることができ、肖像の経済的な側面は著作(財産)権と呼応することで財産権的な側面といえることができるのではないだろうか。ひいては、前者は人格

権の守備範囲、後者は財産権の守備範囲として解することも可能ではないかと思われる⁽⁸⁸⁾。そしてこのような呼応する権利を対比させた図式は、ニンマーが「プライバシーの権利」と「パブリシティの権利」との関係を「コインの表と裏」と評した表現を借りて説明できるかもしれない⁽⁸⁹⁾。すなわち、ここでの「肖像の経済的な側面を法的に保護する」ということの意味は、肖像の財産権的な側面を保護することにほかならない。

以上のようなことから、肖像者本人が肖像に認識している価値と、著作者が著作物に認識している価値との類似性に着目し、肖像の経済的な側面が有する価値の利用を著作権法の視点から見た場合には、「パブリシティの権利」は著作(財産)権の権利概念をとおして財産権と親和性を有しているということができらるだろう。

ただし、忘れてはならないのは、肖像は著作物ではないということである。肖像は写真や絵画のかたちをとらなくても法的な保護の対象である⁽⁹⁰⁾。すなわち、肖像という、自らの身体の一部である「顔」に基因するような人格の表象そのものを保護することによって、肖像者本人の人格権や財産権を保障しようとするものである。よってこの点では、著作物を介して著作者の人格権や財産権を保護しようとする著作権法とは大きく異なるところといわざるをえない。

しかしながらそれでも、このような著作権法の二元的な構成は、肖像者本人が有している権利または「パブリシティの権利」を、相対する権利を含むようなかたちで構築を試みる場合には、たいへん参考になると思われる。

(二) 著作隣接権にさらに隣接する権利として把握することの有用性

肖像の経済的な側面が有する価値の利用に積極的な人として、俳優や歌手等の有名人が挙げられる。彼らは、自らの肖像が有する価値の利用をとおして経済的な利益を得ている。かたや著作権法では、彼らのような俳優、歌手

等を実演家と呼んでいる。そして著作物の利用に関しては著作隣接権によって保護を図っている。

前者においても後者においても、経済的な利益を現実に生み出しているのは、俳優や歌手等の「実演家」の氏名、肖像等の利用に関連してのことである。さらに、第三者に対して要求する許諾料の高低に反映されるところの、彼らの氏名や肖像等の価値に増減をもたらすものも、主にその「実演⁹¹」である。よって、その意味では、肖像者本人が肖像の経済的な側面に対して有する権利は、実演家の有する著作隣接権と類似しているということができよう。

しかしながら、肖像の経済的な側面が有する価値の利用に積極的な人は、俳優や歌手にかぎられたことではなく、著作権法の実演家の概念のなかには含まれていないような、たとえばスポーツ選手なども考えられる。くわえて、たしかに肖像の価値や利益の増減が実演によるところが大きいとはいえ、たとえば演じていないまたは歌っていない彼らにも経済的な価値や利益を見出すことは可能である。よって、これらのことを充分にふまえたうえで、肖像者本人が肖像の経済的な側面に対して有する権利を、著作隣接権にさらに隣接する権利として構成する方法が考えられる。⁽⁹²⁾このような立場をとることによって、「パブリシティの権利」は、著作権法に規定されている実演家の著作隣接権との類似性をとおして、財産権と親和性を有しているということができよう。

また、「パブリシティの権利」をこのような権利として把握しうるならば、肖像者本人が死亡した後の権利の存続期間など、具体的な権利の運用に際して著作隣接権の条文を準用することも可能となるのではないだろうか。今まさに、この部分で混迷している「パブリシティの権利」にとっては、有用な試みといえるであろう。そして、ここで、「肖像の経済的な側面を法的に保護するということの意味」は、肖像の財産権的側面を、法文に規定のある類似した権利に依拠しながら、具体的に運用可能な財産権として確立することに求められよう。

ただし、たしかに肖像の経済的な側面が有する価値を積極的に利用する人は実演家を含めた有名人が中心といえ

ようが、価値を有しているのは彼らばかりでない。一般人もまた、彼らに比べれば極小ながらも価値を有していることが見落とされてはならない。よって、著作隣接権にさらに隣接すると解釈したとしても、あくまで実演家を出発点としているかぎり、一般人に対するこのような配慮に欠けてしまう懸念がある。さらに、五章2節で後述するが、知的財産制度の制度主旨からいっても、安易に準用が許されるべきかという問題もあろう。

しかしながら、それでも仮に、肖像者本人が有している権利や、「パブリシティの権利」の立法化が試みられる際には、既に具体的な条文を有している著作隣接権との関係はまちがいに重要視されると思われる。

注

- (62) この部分に対する検討については、出稿九大法学八七号一三三頁参照。
- (63) 「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」(五十嵐清『人格権論』七頁(一粒社、一九八九年)参照)。
- (64) 一般的人格権は、連邦通常裁判所一九五六年五月八日判決(BGHZ 20, 345) (「ダールケ事件」)において、「ドイツ美術著作権法」(KunstUrhG)一三条一項一号の肖像権制限規定の緩和に働く、補充機能としての役割を担った。さらに連邦通常裁判所一九五七年五月一〇日判決(BGHZ 24, 200) (「クイック誌事件」)では、一般的人格権は統一的本源的権利と解され、従来は保護が及ばなかった肖像の撮影自体が権利侵害となることが導き出された。
- なお、本稿において、一般的人格権の文言を用いる場合は、個別的人格権(肖像権や「自己決定権」など)との関係を論ずる際にかぎることとした。
- (65) Grundgesetz.
- (66) 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することは、すべての国家権力の義務である。
- (67) 各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法秩序または道徳律に反しないかぎり、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する。
- (68) Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie, 1907 (RGBl. S. 7).

一九六五年、現行著作権法 Urhebergesetz (UrhG) が制定されたことよって美術著作権法 (KunstUrhG) は廃止されたが、著作権法 (UrhG) 一四一条五号の定めにより、肖像の保護に関しては、従来どおり美術著作権法の対象である。

(69) 第二二条(肖像権)

肖像は、本人の同意を受けた場合にかぎり、これを頒布または公に展示することができる。本人が自発的に撮影させかつ報酬を受けた場合において、別段の取り決めがない場合には、同意があつたものと推定される。本人死亡の場合においては、死後一〇年を経過するまでは、その近親者の同意を要する。この法律において「近親者」とは、本人の配偶者および子をいい、配偶者も子もない場合は、本人の両親をいう。

第二三条(第二二条の例外)

(一) 次の場合には、第二二条によつて必要とされる同意なしに、頒布または展示しうる。

- 一、現代史 (Zeitgeschichte) の領域に属する人物の肖像 (Bildnisse)
- 二、風景またはその他の場所で人物が付随して描写されている画像 (Bilder)
- 三、描写されている人物が参加した集会、行列およびそれに類似した事件の画像
- 四、囑託によらずして作成された肖像で、頒布または展示がより高尚な芸術上の利益をもたらず場合

(二) しかしながら、その権限は肖像者本人または近親者の正当な利益を害する頒布や展示の場合には拡張されてはならない。

第二四条(公共目的の除外)

刑訴および公共の安全のため、権利者または近親者の同意なしに官公庁によつて複製、頒布、公に展示することは許容される。

(70) 前掲注(56) 二六一頁参照。

(71) 同右・三〇一頁参照。日本における「自己決定権」概念については、次の(二)で述べる。

(72) 同右・三〇〇〜三〇三頁参照。五十嵐清『人格権法概説』一五頁(有斐閣、二〇〇三年)参照。

(73) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注釈日本国憲法(上巻)』二〇二頁以下(青林書院、一九八四年)参照。しかしながら現状は諸説あり、必ずしも一般的に憲法上の権利として認められているとはいえない。

(74) 新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』一五九頁(成文堂、二〇〇〇年)参照。松井茂記「自己決定権(二)」阪大法学四五卷二号二四五頁参照。

(75) たとえば「自己決定権」を憲法によつて保障された基本的人権の一つとして捉えようとする試みがなされたりもしている。

新保・前掲注(74) 一六五頁以下参照。

(76) 東京地判昭和三八年七月二九日判時三四二号四頁、熊本地判昭和六〇年一月一三日判時一一七四号四八頁、高松高判平成二年二月一九日判時一三六二号四四頁など。

(77) 民集五四卷二号五八二頁。

(78) 同様の見解をとるものとして、新美育文「『エホバ証人』輸血拒否事件 生命か信仰か——患者の自己決定権の意義とその限界」法教二四八号一四頁や、野口勇「エホバの証人無断輸血訴訟とインフォームド・コンセントの法理」法七五四九号六六頁など。

(79) 五十嵐・前掲注(72) 二四六頁参照。

(80) 阿部・前掲注(42) 参照。

(81) 著作権法第二条(定義) 第一項第一号 著作物 思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう。

(82) 著作権法第一七条(著作者の権利) 第一項 著作者は、次条第一項、第十九条(略) 第一項及び第二十条(略) 第一項に規定する権利(以下「著作人格権」という。)並びに第二十一条から第二十八条まで(略)に規定する権利(以下「著作権」という。)を享有する。

(83) 著作権法第二条(定義) 第一項第四号 実演家 俳優、舞踊家、演奏家、歌手その他実演を行なう者及び実演を指揮し、又は演出するものをいう。

(84) 実演家、レコード製作者、放送事業者、有線放送事業者の四者に対し著作物の利用に関して与えられる権利の総称。

(85) 「著作物は、商業的な利用に供せられる財産財であるとともに、精神的創作物でもあり、財産価値および人格価値という、二つの価値を表象するものである。」齊藤博『著作権法』一三二頁(有斐閣、二〇〇〇年)。

(86) しかし、人格価値のほうが財産価値よりも以前に意識されていた。著作物の複製などが容易でなかった時代においては、著作人は著作物に対して、財産価値よりも第三者による著作物の無断の公表や改変を拒否することによってその人格価値や利益を重視していた。

(87) 一つの権利のなかで、一身専属性に服する部分と自由に譲渡できる部分とが、混乱なく共存できるのは、やはり法によって詳細に規定されていることに拠るところが大きいだろう。また、著作人格権は、その一身専属性ゆえに、著作人の死亡とともに消滅するが、著作権法は、著作人が存しなくなった後においても、著作人が存しているとしたならば著作人格権の侵害

となるべき行為をしてはならない旨の規定を設けている（著作権法六〇条本文）

(88) 阿部・前掲注(42) 五七八頁参照。

(89) 前掲注(22) 参照。

(90) 出稿九大法学八七号七頁参照。

(91) 著作権法第二条(定義) 第一項第三号 実演 著作物を、演劇的に演じ、舞い、演奏し、歌い、口演し、朗詠し、又はその他の方法により演ずること（これらに類する行為で、著作物を演じないが芸能的な性質を有するものを含む。）をいう。

(92) 阿部・前掲注(42) 五八七頁参照。

五 検討

四章では、「パブリシティの権利」が、人格権とも財産権とも親和性を有した権利であるということが分かった。さらに、三章でみた「パブリシティの権利」の法的性質をめぐる二つの方向性のそれぞれが、「肖像の経済的な側面を法的に保護するということの意味」から問い直す作業を行っても、十分に根拠のあることが確認された。ただし、その一方で、三章での「パブリシティの権利」の法的性質をめぐる議論は、それが人格権か財産権か、二者択一に限定されてしまっている感のあることも事実であった。だとすると、このように一見して相反するような二つの法的性質を有する「パブリシティの権利」を、そのどちらか一方のみの権利として、または、どちらか一方の権利に重点を置いて構成しようとするれば、何らかの支障が生ずるのではないだろうか。

以下では、その問題点について、人格権として構成した場合（1 人格権として構成した場合の問題点）と、財産権として構成した場合（2 財産権として構成した場合の問題点）と、それぞれ分けて検討を行う。

1 人格権として構成した場合の問題点——見失われるおそれのある「財産の処分である」という性格

ここでは、「パブリシティの権利」を人格権として、または人格権に重点を置いて構成した場合の問題点として、次の二点を挙げたい。

まず一点は、「パブリシティの権利」の財産権としての法的性質が排除または縮減されてしまうことによって、肖像の経済的な側面が利用される場面で、肖像者本人と第三者の間で現実には何が取引されているかについて、充分に注意が払われないおそれのあることである。肖像の経済的な側面が、肖像者本人の許諾を得て第三者によって独占的に利用されているような場面を考えた場合、肖像者本人と第三者の間で実際に取引されているものの中には、人格権とは別個独立した純粋な財産権としての性格もあるように思う。くわえて、肖像の経済的な側面で想定されるようなあらゆる利用場面において、人格権（「人格の作用や働き」⁽⁹³⁾）が関与しているとは解しづらいところもある。これらの点について具体的に二つほど指摘したい。

一つは、第三者が有名人の肖像を営利目的に利用する場合などに、当該有名人や所属プロダクションに対して支払う許諾料についてである。

許諾料の高低は、当該有名人の知名度や社会的な評価の高低によるところが大きい。そしてとくにその社会的な評価にあつては、努力と技量と時間と、ときには金銭までも費やして獲得したものである。このような特徴を有する有名人の社会的な評価は、肖像の営利目的の利用とは縁遠いような、いいかえれば、自らの社会的な評価が金銭に換算されるなど普段は念頭に置くことのないまま培った一般人のそれとは、性質が異なつて当然であろう。有名人のそれは、まるで商人の持っている「のれん」⁽⁹⁴⁾と同じく財産の一部といえよう。

よつて、肖像者本人（ことに有名人）が第三者に肖像の利用について許諾を与える場面では、そこにいう財産の

一部(「のれん」のように社会的な評価が金銭に換算されたもの)が現実の取引の対象となっているということが出来るだろう。

もう一つは、常に人格権(「人格の作用や働き」)を問題にしなれないような肖像の利用場面ばかりなのか、ということである。

たとえば、ある俳優が自らの氏名や肖像の利用について、第三者に対し利用態様や利用期間などをふくめて許諾したものを、当該第三者が許諾された期間を過ぎてもなお利用を続けたとしよう。⁹⁵このような第三者の行為は俳優が人格の自由な発展を指向しつつ許諾した内容を逸脱するものといえようが、果たして当該俳優の人格の自由な発展を阻害するものであるとか、予想もしない人格の属性を付与するものであるとかまでいえることができるであろうか。

やはり、ここで第一に当該俳優にとって問題とされるのは、許諾期間を過ぎて利用した分に見合う報酬の支払いを受けていないということ、すなわち、得られたであろう金銭を得ていないということだろう。そして、仮に精神的苦痛があるとするなら、それは自らの嗜好や意向、信念やポリシーといったいわゆる「人格の作用や働き」が無視されたことに起因するというよりは、あくまで財産権が侵害されたことによるものであるだろう。

また、現実のところ、歌手活動にくわえテレビのトーク番組やドラマの出演にと忙しい芸能人が、第三者との契約の場に現れることはほとんど無い。それはもっぱら、所属プロダクションとの間でなされるのが通常である。⁹⁶このような場合であっても、肖像者本人の「人格の作用や働き」によって、人格権に基づく人格の自由な発展が厳密に指向されているとは、安易にいうことはできないように思われる。

二点目は、メディアの発達により今後ますます活発化し多様化していくと思われる肖像ビジネスに、人格権として構成された「パブリシティの権利」が対応できるのか、という点である。

「パブリシティの権利」を人格権として、または人格権に重点を置いて構成した場合、「パブリシティの権利」は人格権特有の一身専属性を有すると解されるから、本人の人格と不可分一体のものと捉えられる。よって、財産権のように、権利を移転したり相続の対象としたりすることはできないことになる。しかしながら、それでは硬直的過ぎるきらいがあるのではないだろうか。

肖像ビジネスが活発化し多様化するなか、パブリシティ価値の増大を狙った投資は今後も継続して行われるであろう。そして、渦中の当事者たちの間には、その資本の円滑な回収および更なる進展を図るためには、肖像者本人ならびに正当な利用者のインセンティブが十分に尊重されなければならないことが強く自覚されている。このような当事者たちの要求（社会的な要求といってもよからう）にこたえるには、肖像の無断利用者に厳然と対抗できるような「パブリシティ価値の排他的なコントロール権」の確立が不可欠であることは言うに及ばない。それとともに、さらに、このようなコントロール権の自由な譲渡などを許して肖像者本人の選択肢を増やしたり、死後の権利存続を認め資本の回収の機会を増やしたりすることなどをおし、権利の運用に可能性や柔軟性を持たせる必要もあるのではないだろうか。

このように解するならば、「パブリシティの権利」が、一身専属性を有するような硬直的な人格権に感じられるに拘束されることは、決して望ましいことではないように思われる。

2 財産権として構成した場合の問題点——欠落するおそれのある「人格の自由な発展を指向する」という性格

ここでは、「パブリシティの権利」を財産権として、または財産権に重点を置いて構成した場合の問題点として、次の二点を挙げたい。

まず一点は、人格権の法的性質が排除または縮減されてしまうことによって、肖像を法的に保護する意味の一つである人格の自由な発展が、十分に成し遂げられなくなってしまっておそれのあることである。

社会の移り変わりによって、肖像はいろいろな場面で従来とは異なる状況に置かれ、第三者による肖像の無断利用の危険性はいつそう増大したといえる。けれども、その一方で肖像者本人の側も、利用の目的（ただし、第三者から金銭を得ようとする目的とはかぎらない）や公表や頒布の範囲を拡大することができたということもできる。今や人は、商標法にあるような登録も必要とせず、無限の可能性に向けて、自らの肖像を公表することが容易となり、多くの選択肢のもと、自由意思でかつ積極的に行うことが可能になったのである。

すなわち、人は現在、第三者による自らの肖像の無断利用（第三者の側がその行為によって金銭を得ようとする目的があったかは関係ない）から遠ざけることが難しくなった反面、肖像の利用をとおして自己発現をなすことに多様性と広がりをもてるようになったのである。たとえば自らの肖像の利用によって金銭を得るという行為も、数ある自己発現の形態のなかの一つである。

このように、自己発現に際して、多様性と広がりのあるさまざまな形態をとることが可能となった現在において、どのような形態を選択するか、その具体的な手段としての許諾や意思決定の重要性はますます増大するであろう。肖像の経済的な側面にかぎらず、肖像の価値全般を法的に保護することの意味は、このような個人の自由な自己発現を保障することに、究極、求められなければならないと考える。そして何度も繰り返すように、この自由な自己発現の保障こそ人格権の指向するところである。

たしかに、「パブリシティの権利」を財産権として構成し、肖像者本人が財産権に対する許諾や意思決定をとおして人格の自由な発展を指向すると解することは不可能ではない。しかしながら、ここで肖像者本人が求めている

のは、経済的な価値にかぎらない肖像の価値全般にわたる価値に対する排他的なコントロール権である。であるならばやはり、「パブリシティの権利」から人格権としての法的性質を排除してしまうことには、大きな問題があるといわざるをえない。

二点目は、「パブリシティの権利」を財産権として構成し実際に運用していく際には、どうしても、差止請求の根拠や知的財産制度を設けた現行法全体の制度趣旨などをめぐる問題に直面せざるをえない、という点である。⁽⁹⁷⁾

差止めは、法文により規定のある場合、もしくは排他性ある権利に基づいて行われる。肖像について一般的に規定された法文は今のところないが、人格権は、排他性のある権利であることが最高裁の判例⁽⁹⁸⁾および学説によって認められている。しかしながら、「パブリシティの権利」を法文に規定のない財産権として構成してしまうと、人格権でもないことから、差止請求の根拠を導き出せない可能性が大きくなる。

たしかに、そもそも肖像の経済的な側面を法的に保護するにあたって、差止めという法的な救済が必要でないとの立場をとれば別であるが、一章でも述べたように、「パブリシティの権利」を、単に利益としてではなく権利として構築することを目指す理由こそ、差止めの実効性を高めることにほかならない。であるならば、肖像の経済的な側面に対する差止請求の根拠を人格権に求めるほかない現状にあつては、「パブリシティの権利」を人格権とまったく切り離して財産権として構成することには快諾できない。

さらには、知的財産制度を設けた現行法全体の制度趣旨との問題がある。

四章2節で述べたように、肖像の経済的な側面に対する法的な保護は、しばしば知的財産制度の解釈を用いて説明が試みられる。そして、「パブリシティの権利」の排他性もまた、その解釈から導き出されようとする。

しかしながら、排他的な権利を法文で明確に規定することによって、差止めの場面を限定し、また第三者に前もつ

て示しておくことで、彼らに不測の損害を与えないようにすることが、知的財産法の制度趣旨のはずである。よつて、みだりにそれを類推し、法文にない排他的な権利を増幅させることは、知的財産制度の制度趣旨に反するといわねばならない。

注

- (93) 出稿九大法学八七号一一頁参照。
- (94) 商人は「のれん」について営業上の無形の利益を持っており、その利益の侵害は、判例上、不法行為の対象となると解されている。
- (95) 類似の裁判例として、富山地判昭和六一年一〇月三十一日、判時一二一八号一二八頁（「藤岡弘事件」）。【事案の概要】や【裁判所の判断】については、出稿九大法学八七号一七頁参照。
- (96) 芸能プロダクションと芸能人との間で実務上取り交わされている肖像の営業的利用等に関する書式について、北川善太郎ほか『解説実務書式大系一七』「パブリシティ権」四三六～四三九頁参照。
- (97) 岡邦俊・前掲注（51）参照。「パブリシティの権利」は、明文の根拠を持たない。かような状況にあって、たとえ「権利」として構成することができても、それを「財産権」と位置付けるならば法定されている必要がある。
- (98) 「北方ジャーナル事件」、前掲注（5）参照。

六 おわりに——人格権でもあり財産権でもある権利として構成される可能性への示唆

五章で検討したように「パブリシティの権利」の法的性質をめぐる二つの立場には、それぞれ致命的ともいえる重大な問題点があることが分かった。そして、これらの問題点は、「パブリシティの権利」を人格権または財産権

のどちらかのみによって構成することから生ずるだけでなく、たとえ一方の権利がもう一方の権利に付随するという構成をとつても、⁽⁹⁹⁾ 十分な解決にはいたることが難しいようにも思われた。⁽¹⁰⁰⁾ このことは、「パブリシティの権利」をめぐる現状の議論の限界を示しているのではないだろうか。

であるならば、「パブリシティの権利」は人格権と財産権のどちらとも親和性を有していることを素直に認め、「人格権でもあり財産権でもある権利」として構成することはできないだろうか。⁽¹⁰¹⁾ すなわち、どちらかの法的性質のみというわけではなく、またどちらかに付随しているわけでもなく、二つの法的性質が「パブリシティの権利」のなかに独立して存在していると構成するのである。⁽¹⁰²⁾

たしかにこのように「パブリシティの権利」を人格権でもあり財産権でもある権利として構成することは、次の三点のような問題が指摘されるであろう。

第一点は、異なる二つの法的性質をそもそも一個の権利（ここでは「パブリシティの権利」）に包含させる必要性があるのか、ということである。たとえば、財産権としての法的性質のみを「パブリシティの権利」に担わせて、残りの人格権としての法的性質は肖像権に担わせるといった具合にすればよいのではないかと指摘されるかもしれない。

しかしながら、肖像の法的な保護のあり方を考えた場合、まず念頭に置かれなければならないのは、一章でも述べたように、肖像には二つの側面——人格的な側面と経済的な側面——があることである。よって、それぞれの側面と一個の権利を対応させることが望ましいように思われる。さらに、仮にその一つの側面が、性質の異なる二つの法的性質を必要とするならば、それに対応する権利もまた、その内に二つの法的性質を含むべきではないかと考える。

では、肖像の経済的な側面に対応する権利としてふさわしいのは、肖像権であろうか、それとも「パブリシティの権利」であろうか。肖像権については、出稿の前号において、肖像の人格的な側面は保護できるものの、経済的な側面を保護するには充分でないとの考察を得ている⁽¹⁰⁾。やはりここは、「パブリシティの権利」を設定すべきであろう⁽¹¹⁾。そして、肖像の経済的な側面に存する人格権と財産権の二つの法的性質を、「パブリシティの権利」もまた含んでいると解すべきなのではないだろうか。そしてさらに、そのような従来なかった特徴を有するところにこそ、「パブリシティの権利」の存在価値があるということもできよう。

第二点は、「パブリシティの権利」のように法文に定めのない権利を、このように二つの異なる法的性質を有する権利であると構成すると、法的安定性を欠くおそれがあるのではないかということである。

しかしながら、「パブリシティの権利」が二つの法的性質を併せ持っているということとは、肖像の経済的な側面が実際に利用されている場面、すなわち現状を分析することによって得られた結論である。現状に即したかたちで権利の社会的な認知を求めていくことは、積極的な権利行使を促し、実務レベルでは今以上の配慮が生まれ、第三者の無断利用も抑制されるのではないだろうか。

第三点は、権利といっても、人格の表象に関する権利が、人格権と財産権という二つの対峙するような権利を含むような構成をとることができるのかということである。

この点に関しては、たとえば肖像権のなかに三つの権利（撮影拒絶権、利用拒絶権、肖像営利権）を含める考え方が⁽¹²⁾ある。さらに、三章2節で述べたように、かならずしも人格権と財産権とが対峙する権利概念である捉える必要もないようである⁽¹³⁾。それでもなお、人格の表象に関する権利を、その両方の権利が並立的に定められている著作権のように構成できるのか疑問が無いわけではない。なぜなら、著作権はあくまで著作物を介し、さらに権利の運用

に関して詳細に法定されたうえで保護を図っているからである。このような疑問は、今後さらに追究を要するところであろう。

ここにこうして、「パブリシティの権利」を人格権でもあり財産権でもある権利として構成される可能性について述べたわけだが、これはあくまで、「パブリシティの権利」の法的性質をめぐる議論の行き詰まり、すなわち消極的な理由から導き出されたものであって、いわば現段階では示唆にとどまっているといわざるをえない。よって、積極的な根拠付けから、「パブリシティの権利」を人格権でもあり財産権でもある権利として具体的に権利構成を試みることは、一章でも述べたように稿を改めて行いたいと考えている。

それに向けては、たとえば、アメリカにおける「プライバシーの権利」と「パブリシティの権利」との関係についての最近の議論⁽⁹⁹⁾に対する考察や、ドイツにおける人格の表象に関する権利と財産権との関係⁽¹⁰⁰⁾についての探求が急務であろう。さらにまた、日本における、情報と「プライバシーの権利」の議論⁽¹⁰¹⁾なども、参考になると思われる。

注

(99) このような立場は、「パブリシティの権利」を、人格権に淵源を持つ財産権的権利であるとか、財産権ではあるが人格権的な部分を引きずっていると、か、いうような説明をなす。齊藤・前掲注(45)参照。

(100) 五章参照。人格権に重点を置きながら財産権が付随しているというような構成では、「パブリシティの権利」が有する人格権には左右されない財産権の部分を説明することが難しい。かたや、財産権に重点を置きながら人格権が付随しているというような構成では、肖像の経済的な側面を法的に保護することの意味、すなわち人格の自由な発展の保障が充分に果たされないおそれがある。

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

(102) たとえば、「パブリシティの権利」を「パブリシティ人格権」と「パブリシティ財産権」とに二元化することは考えられな

いであろうか。

(103) 出稿九大法学八七号八頁参照。さらに、肖像権に経済的な側面の保護を担わせることは、日本における肖像権の権利生成の過程や社会一般が有する肖像権に対する理解の内容からいっても、現段階では難しいように思われる。

(104) 「パブリシティの権利」の呼称がある程度社会的な認知を得ていることなどからいっても、「パブリシティの権利」をこのまま用いることには有用性があると考ええる。

(105) 大家・前掲注(59)二頁参照。

(106) 前掲注(57)参照。

(107) J. Thomas McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy*, 2nd. West Pub. Co., 2004, etc.

(108) 鈴木秀美「有名人のプライバシーと写真報道の自由——ドイツ連邦憲法裁判所モナコ・カロリーヌ女王事件判決」石川明古希記念『EU法・ヨーロッパの諸問題』二九三頁(信山社、二〇〇二年)など。

(109) 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』四五三頁以下(青林書院、二〇〇三年)、船越一幸『情報とプライバシーの権利』(北樹出版、二〇〇一年)など。