

## 研究ノート

# 物のパブリシティ権

新井みゆき

### はじめに

#### 一 パブリシティ権の保護対象の拡大可能性

1. 日本における議論
2. アメリカにおける議論
3. まとめ

#### 二 物のパブリシティ権の必要性

1. 所有権との関係
2. 知的財産権との関係
3. まとめ

おわりに

はじめに

平成二二年一月一九日、名古屋地裁は競走馬にパブリシティ権を認めた画期的な判決を下した。<sup>(1)</sup>「人」以外の「物」

に正面からパブリシティ権を認めた判決としては、これが初めてである。これは、原告らが所有する競走馬の馬名等を、被告がゲームソフトに使用して製作販売した事例である。名古屋地裁は、物の名称等、顧客吸引力のある情報の経済的価値を支配する権利を、従来の「パブリシティ権」の定義には含まれないが、これに準じて広義の「パブリシティ権」として保護し得るとし、パブリシティ権の侵害を認定した。従来、パブリシティ権とは「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（パブリシティ価値）を排他的に支配する権利<sup>(2)</sup>」であると解されてきたが、その対象範囲については未確定であったといえる。<sup>(3)</sup>パブリシティ権は、アメリカにおいてプライバシー権から派生した権利であるため、対象は人格的要素に限られるとする説が多数である。そのため、「人」以外の「物」である競走馬にパブリシティ権を認めたこの判決は、大いに議論を呼びこととなろう。

そこで本稿では、パブリシティ権の概念を再検討することにより、物についてもパブリシティ権を認める余地があるか否かを考察することを目的とする。そのため、まず、パブリシティ権の保護対象の拡大可能性を、日本およびアメリカの議論を通して検討し（一）、その後、物のパブリシティ権の必要性を、所有権および知的財産権との関係から考察する（二）。

- (1) 名古屋地判平成二二年一月一九日判例集未登載。
- (2) 東京高判平成三年九月二六日判時一四〇〇号三頁参照。
- (3) 侵害の認定基準等においても未確定であるが、本稿では対象範囲のみを考察する。

## 一 パブリシティ権の保護対象の拡大可能性

物にもパブリシティ権が成立するかという問題を検討するには、そもそもパブリシティ権とは何をその保護対象とする権利であるかということを問題にしなければならない。しかし、パブリシティ権の対象範囲は未だ流動的で確定されていないため、これを明確に定義することは難しい。

そこで本章では、パブリシティ権に関する議論を、日本およびその発祥地であるアメリカの判例、学説を通して検討し、パブリシティ権とはどのようなものをいうと解ってきたのか、そしてそれは保護対象をどこまで拡大する可能性を有しているのかを、以下に検討していくことにする。

### 1. 日本における議論

#### (1) 判例

##### a. パブリシティ権に関する従来の判例

日本において「パブリシティ権」の語が判例上初めて登場したのは、光GENJI事件判決<sup>(4)</sup>である。「光GENJI」と称するタレントの氏名・肖像を無断使用した商品を販売しようとした会社に対し、当該タレントが販売禁止の仮処分を申請し、認容された。その後、商品販売会社が申立人として、この仮処分の取消を求めたのが本件である。

東京地裁は、仮処分決定を取り消すべき特別事情が認められないとして、申し立てを却下したのであるが、その理由

中でパブリシティ権について言及した。「パブリシティ権の帰属主体は、自己の氏名、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<sup>(6)</sup>」。このように、本判決では、パブリシティ権が具体的にいかなる性質を有するのかについてまでは判断されなかつた。

この点につき、パブリシティ権を財産権として初めて定義したのは、おニャン子クラブ事件の高裁判決<sup>(7)</sup>である。これはまた、パブリシティ権についての初めての高裁判決でもある。「おニャン子クラブ」と称するタレントの氏名・肖像を、被告が無断でカレンダーにして販売したことにつき、本件の地裁は人格権に基づく判断をした。<sup>(8)</sup>これに対し、高裁は、「芸能人の氏名・肖像がもつかかる顧客吸引力は、当該芸能人の獲得した名声、社会的評価、知名度等から生ずる独立した経済的な利益ないし価値として把握することが可能であるから、これが当該芸能人に固有のものとして帰属することは当然のことというべきであり、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<sup>(9)</sup>」とした。このように、高裁判決が、地裁判決と異なり、財産権としての氏名・肖像利用権を認めたところに重要な意味がある。

そして、パブリシティ権の対象が、人の「氏名、肖像」に限定される必要はないと初めて判断したのは、キング・クリムゾン事件地裁判決<sup>(10)</sup>である。本件は、世界的に著名なロックグループである「キング・クリムゾン」が、その肖像写真及びレコード等のジャケット写真を多数掲載した書籍の出版に対し、パブリシティ権の侵害を主張したものである。裁判所は、「パブリシティ価値の本質は、著名人が有する顧客吸引力にあるから、氏名、肖像がその主要なもの

のであることは、争いがないところであるが、必ずしもそれに限定する必要はなく、著名人が獲得した名声、社会的評価、知名度等から生ずる経済的な価値で、顧客吸引力があると認められる場合には、それをもパブリシティイ権の内容に含まれると解すべきである<sup>(11)</sup>とした。

そして、物にもパブリシティイ権があると初めて認めたのが、前述の競走馬判決<sup>(12)</sup>である。本件は、原告らが所有する競走馬の馬名等を使用したゲームソフトを製作販売する被告に対し、「パブリシティイ権」の侵害であるとして、差止および損害賠償を請求した事例である。裁判所は、「物の名称等の顧客吸引力のある情報の有する経済的利益ないし価値を支配する権利は、従来の『パブリシティイ権』の定義には含まれないものであるが、これに準じて、広義の『パブリシティイ権』として、保護の対象とすることができる」と判断した。「物」についてパブリシティイ権を正面から認めた判決は、これが初めてである。

#### b. 物のパブリシティイ権の萌芽とみられる判例

競走馬判決においては、馬の名称のみが問題とされたが、「物の名称等の顧客吸引力のある情報の有する経済的利益ないし価値を支配する権利」が物のパブリシティイ権であるとすれば、物の名称のみならず、影像についてもその対象となると考えることができよう。この点について、日本においては、所有権に基づく判断がなされているものの、実質的には物のパブリシティイ権を認めたものと思われる事例があるため、以下に検討する。

##### ① 広告用ガス気球事件判決<sup>(13)</sup>

原告は広告宣伝等を目的とする会社であり、当時の日本の広告業界においてはガス気球を広告媒体として活用する

傾向に至っていない点に着眼して、ドイツのバルーン製造会社に特別注文して本件気球を製造させ購入した。原告は訴外A協会に対し、同協会がその主催する行事の会場シンボル等として使用するために本件気球を有償で賃貸した。

その際、同協会は行事の前宣伝として、神宮外苑広場において本件気球を公開した。

ところが、プロの写真家である訴外Bが、本件気球が広場で公開されていることを報道で知り、直ちに同広場へ赴き、これを営利目的で無断撮影し、写真代理店である訴外P社に第三者への賃貸の仲介を委託した。その後、自動車等の製造販売を業とする被告が、ポスターの製作を訴外C社に注文し、C社はP社より前記気球の写真を借り受け、これを用いて被告会社のポスターを作成した。

そこで原告は、被告の写真使用等により本件気球の広告媒体としての新規性と独占性が失われ、他に賃貸することができなくなつたと主張し、被告に対し賃料相当額の逸失利益の損害賠償を請求した。

地裁は、「第三者は……他人の所有物を如何なる手段・方法であつても使用収益することも許されない<sup>(14)</sup>。」と判示した。

高裁は、「第三者が……右気球を特定商品ないし特定企業の宣伝に利用し、それにより、控訴人の主張するように、右気球に特定の商品ないし企業のイメージを密着させてしまって、所有者である控訴人が使用収益の目的を達成することを不可能にしたとすれば、控訴人が右気球の所有者として有する利益を侵害したものというべく、かかる控訴人の所有目的及びこれを阻害する結果の発生を予見しうべき地位にある第三者が、あえて前記のような挙に出たときは、控訴人に対し損害賠償の責は任すべき<sup>(15)</sup>」であると判示した。

なお、地裁も高裁も、被告は広告ポスター製作の専門企業から当該写真を買い受けたのであり、適法に処理されたものと信じていた事実が推認できるとして、広告主の過失を否定し、結果としては損害賠償請求を棄却した。しかし、これが本件気球を無断撮影した写真家を被告とした事例であれば結論は異なっていたであろう。

## ② 長尾鶲事件判決<sup>(16)</sup>

国の特別天然記念物に指定されている長尾鶲の所有者が、この長尾鶲の写真を無断で観光用の絵葉書に複製して土産物店などで販売していた者に対し、長尾鶲が著作物であるとして著作権侵害を理由に提訴したが、その後長尾鶲の所有者が請求を放棄したためにその訴訟は終了した。そこで、長尾鶲の觀光用絵葉書を販売していた者が原告となり、長尾鶲の所有者を被告として、前訴の提起が不当であつたと主張して損害賠償を請求した。

本件長尾鶲は、被告の父が永年丹精こめて長尾鶲の品種改良につとめた結果生まれた、尾の長さは九メートル位ある美しい鳥で、他に類をみない逸品と評価され、国の特別天然記念物にも指定されている。被告の父は、本件長尾鶲を観光客に見せるための施設を経営し、有償で鑑賞に供していた。父から本件長尾鶲の所有および飼育を引き継いだ被告も、父が飼育していたことと同様に、その名声を保持すべく、交配による品種改良と特殊な管理飼育方法によつて育てていた。

裁判所は、「本件長尾鶲の飼育についての被告の管理飼育方法についての特殊性は、まだ独創性のある創作的表現とみることはできない」<sup>(17)</sup>ことなどから長尾鶲の著作物性を否定しつつも、「本件長尾鶲には……独特な美しさがあり、その管理、飼育にもそれなりの工夫と人知れぬ苦労があり、永年の努力のつみ重ねの結果、ようやくにしてこれが育

て上げられたものであることを考えると、本件長尾鶲を写真にとつたうえ絵葉書等に複製し、他に販売することは、右長尾鶲所有者の権利の範囲内に属するものというべく、その所有者の承諾を得ることなくして右写真を複製して絵葉書にして他に販売をする所為は、右所有権者の権利を侵害するものとして不法行為の要件を備えるものとみられ、右権利を侵害した者はその損害を賠償する義務がある<sup>(18)</sup>」と判示し、被告の提起した前訴は不当訴訟に当たらないとして、原告の請求を棄却した。

### ③ クルーザー事件判決<sup>(19)</sup>

原告は大型サロンクルーザーを所有し、自らが経営するマリンホテルのシンボルとしてホテル利用客の観光用等に使用していた。本件クルーザーは、輸入販売会社である被告が輸入し、A社に販売したところ、A社がこれを原告に転売したものであった。被告は、自社の発行する雑誌に本件クルーザーの写真をユーザーの使用例として掲載するにあたり、A社の承諾は得たが、その後本件クルーザーの所有権が原告に移転したことを知ったにもかかわらず、原告の承諾を得る等の措置をとらなかつた。原告は、当該写真の掲載により、本件クルーザーのみならず、ホテルも売りに出されているとの噂が世間に広まり、その名誉が毀損されたと主張し、損害賠償を請求した。

裁判所は、「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宣伝広告等に使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<sup>(20)</sup>」としたうえで、「本件クルーザーの所有権が右前所有者から原告へ移転したことを知つたのであるから、被告は、その時点で、新所有者である原告に対し、改めて右写真の雑誌掲載についてその承諾を得るべき義務があつたというべきである。しかし、被告は、原告に対してその承諾を求めるこ

ともせず、また右雑誌掲載中止の手続をとることもせずに、そのまま掲載したものであるから、被告は、原告に無断で本件クルーザーの写真を自己の宣伝広告用に右雑誌に掲載したこととなり、これによつて原告が蒙つた損害を賠償すべき責任があるといわざるを得ない」と判示して、原告の請求を一部認容した。

## (2) 学 説

a. 人格権説

パブリシティ権の保護対象についての学説は、人格的要素に限定する説としない説とに大別される。ここでは、人格的要素に限定する説を人格権説として扱い、限定しない説を財産権説として扱う。財産権説はさらに、人格権的要素を含む財産権説と、純粹な財産権説とに大別される。

まず、渡辺説は、「人格権」という概念の存在するドイツ法を考察し、人格権と別に「パブリシティ権」を認めるのではなく、すべてを人格権の問題として考えるとの構成をとり、次のように述べている。「多くの学説が、パブリシティ権の財産権的性質を認めながらも、なお、これを純然たる財産権であるといい切ることに躊躇し、パブリシティ権の権利内容を明定できずにいるのは、やはり、氏名・肖像という人格の刻印を受けた財貨が、人格主体から全局的に切り離されて営利利用される場合には、人格主体の精神的利益が害されることになるのではないかと懸念しているからではあるまいか。……このように解して、氏名・肖像等と人格主体との密接な紐帯を重視すれば、一元的構成（引用者註：人格権と人格メルクマールの営利利用権を一体の権利とする構成）が妥当だということになる」。<sup>22)</sup>

次に、「『モノのパブリシティ権』批判」の立場に立つ内藤・田代説は、「『モノのパブリシティ権』を認めることで、

既存の標識保護法の体系がなし崩しになつてしまふことを危惧するから」これを批判するのであるとし、アメリカのマッカーシーの学説を引用して、「パブリシティ権は自然権の発現であるとの理由から人間に限定されねばならぬ」として、それを人間以外のものに拡大適用するときには、商標法や不正競争防止法における枠組みを混乱させることとなる<sup>(23)(24)</sup>としている。

#### b. 人格権的要素を含む財産権説

この立場を探ることを明確に示しているのは、土井説である。同説は、「パブリシティ権は、財産権的性質を有するが、著作権や商標権のように譲渡することができると断言することはできない。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つて、通常の財産権のように所有者を変えることはできない」としている。<sup>(25)</sup>

さらに、齊藤説もこの立場であろう。同説は、パブリシティ権を、人格権としての氏名・肖像権とは異なるものとして、氏名・肖像利用権との語を用いて説明しつつ、その権利の客体は、「職業としてその氏名・肖像そのものが公衆の関心を集め、自らもその顧客吸引力を他に利用させるなど、顧客吸引力を自らで意識的にコントロールし、顧客吸引力から利益を得る者」に限定され、このように限られた者の氏名・肖像が、「例外的に、財産価値を保有する」として<sup>(26)(27)</sup>いる。

#### c. 純粹な財産権説

物についてもパブリシティ権が成立すると解することができるのは、唯一この説のみである。

前述のクルーザー判決の判例評釈において、阿部説は、「Xが所有者として本件クルーザーの写真をXに無断で他人により宣伝広告等に使用されることがない権利があるとすれば、それは有体物としての本件クルーザーを目的とする所有権そのものではなく、本件クルーザーの所有者としてもつ所有権以外の権利によるとでもいうほかはあるまい」、として、「人間の氏名にパブリシティの権利を認めるのと同じく、動物や無生物の名称にもそれを認めてよいであろう」としている。<sup>(28)</sup>

また、伊藤説は、「物のパブリシティイ権」と題する論文で、パブリシティイ権を、対象となる「物」の面と、その物の「使用態様」の面から分析している。同説はまず、「物」の面からは、「一般に市販されたり利用されたりする物についてはパブリシティイの権利は認められない」が、「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」についてはパブリシティイ権が認められ、具体的には、F1のレースカーや人気の競走馬が「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」にあたるとする。また、「使用態様」の面からは、例えばF1のレースカーについては、そのミニチュアカーやプラモデルに対してもパブリシティイ権が及ぶが、多数のレースカーが掲載されている写真集の一部や一般的の書籍の本文中にレースカーの写真が利用されている場合にはパブリシティイ権が及ばないとする。その根拠は、「専らその特定のF1カーの顧客吸引力を利用していとはみられない」からであるとしている。<sup>(29)(30)</sup>

### (3) 小括

以上、日本における物のパブリシティイ権に関する議論を概観した。日本の学説上、パブリシティイ権の性質については、人格権説、人格権的要素を含む財産権説、純粹な財産権説があるが、物のパブリシティイ権を認めるのは、純粹な

財産権説のみである。

それでは、物の影像についての権利をその所有者に認めた諸判例では、いかなる物の所有者にいかなる権利が認められたのであろうか。

まず、広告用ガス気球判決で問題となつた氣球は、原告が、当時の広告業界では広告媒体としてバルーンを使用する例のないことに着眼して、ドイツのバルーン製造会社に形状、色彩に特徴のある氣球の製造を特別注文して購入したものであった。ところが、他人に無断でその氣球を写真撮影され、他の企業により先に広告媒体として用いられた。そこで裁判所は、原告が広告媒体としての氣球を「独占的に」あるいは他に「有償で賃貸して」、「新規に」使用することを企図して購入した点に着目し、その利益が侵害されたことを理由に損害賠償責任を認定した。<sup>(31)</sup>

次に、長尾鶏判決で問題となつた鶏は、長尾鶏飼育者である被告が、父の代から永年丹精をこめて特殊な管理飼育方法により育て上げたものであった。ところが、これを趣味での観賞用に写真撮影を許諾した者により、無断で絵葉書に複製され商業的に利用された。そこで裁判所は、「永年の努力のつみ重ねの結果」育て上げられた長尾鶏を写真にとつて絵葉書等に複製して販売する権利を、その長尾鶏の所有者のみが持つものと判断した。

さらに、クルーザー判決で問題となつたクルーザーは、元は被告が輸入したものであるが、現在は原告が所有しているものである。被告が原告に無断でそのクルーザーの写真を広告に利用したことにつき、裁判所は、「自らが経営する」ホテルの「シンボル」として用いているクルーザーの影像を使用する権利を、その所有者である原告のみが持つものと判断した。

すなわち、これらの判決は、物の影像についても、それが「形状、色彩に特徴」があり「独占的に使用することを企図して「相当な対価」を支払い購入された物、「永年の努力」の結果育て上げられた物、あるいは「自らが經營する」事業の「シンボル」である物の場合には、それ顧客吸引力のある物の所有者に「排他的権利」を認めたものであるといえよう。

このように、すべての物の所有者にその物の影像等を独占的に利用する権利が認められるわけではなく、その物の顧客吸引力という経済的価値が、その所有者の「相当な努力、時間、費用」の結果得られたものである場合にのみ、物の顧客吸引力につき所有者に排他的権利が認められると解するのが相当であろうと思われる。

ところで、日本の判例上、パブリシティ権は次のように解されている。例えば、光GENJI判決は、パブリシティ権を「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」であるとし、おニャン子クラブ高裁判決およびキング・クリムゾン地裁判決は、パブリシティ価値を「芸能人の獲得した名声、社会的評価、知名度等から生ずる独立した経済的な利益ないし価値」であると認識している。すなわち、これらの判決は、著名人の氏名・肖像のパブリシティ価値を、著名人が獲得した名声等から生ずる経済的価値と解しており、これを他人が使用するには対価および許諾を要するもの、つまり「排他的権利」であると解しているといえよう。

このようにみると、先にみた物の影像に保護を与えた諸判例と、人の肖像にパブリシティ権により保護を与えた諸判例とは、自らが獲得した財産的価値を排他的に支配する権利が保護されたという点で、実は本質において同じ法益が保護された判例であると読むことができよう。にもかかわらず、財産的価値のある「物」の影像等は所有権により

保護され、財産的価値のある「人」の肖像等はパブリシティ権により保護されるという異なる結果が生じたのはなぜだろうか。

日本において初めて「パブリシティ権」という語が判例上登場したのは、上述のように、平成元年の光GENJI 判決が最初であり、有体物における無体財産価値は所有権の対象ではないと判断した後述の顔真卿最高裁判決が出されたのは、昭和五九年のことである。一方、上記の物の影像に関する諸判例は、これらの判決に前後して出されたものである。そのため、当時はまだ裁判所の判断が定着していなかつたものと考えられ、また、当事者たちにも、これが無体財産価値に関する争いであるとの認識がなかつたものと考えることができよう。このことが、同じく財産的価値を排他的に支配する権利について、一方はパブリシティ権により、他方は所有権により保護されるという異なる結果を生じさせたものと思われる。

もっとも、上記三つの判例のうち、純粹に所有権を適用しているのは、「使用収益権」に言及した広告用ガス気球判決のみであり、長尾鶏判決およびクルーザー判決では、「使用収益権」や「所有権」という語は用いられていない。長尾鶏判決は、長年の努力の結果独特な美しさを持つに至った長尾鶏の影像を絵葉書等に複製して販売する権利を、「所有者の権利の範囲内に属する」ものとしたのであり、クルーザー判決は、クルーザーの影像写真等が「第三者によって無断で宣伝広告等に使用されることを認めたものである。つまり、これらの二つの判決は、物の影像を独占する権利として所有権を認めたのではなく、所有者が有する所有権以外の権利を認めたものと読むこともできるのである。<sup>(32)</sup>

「」のように、従来は、顧客吸引力をもつ物を保護する根拠に「パブリシティ権」という語が用いられなかつただけの「」であり、人にパブリシティ権を認めた判決の理論は、物にも適用し得る可能性を含んでいるといえよう。そのように解すると、日本において競走馬にパブリシティ権を認めた判決が出されたことも、パブリシティ権に関する論理が飛躍したわけではなく、以前から認められていた物の顧客吸引力が「パブリシティ権」の名のもとで初めて保護されたということにすぎないと見えるだらう。

それでは次に、パブリシティ権の発祥の地であり、日本よりもパブリシティ権に関する判例が多数蓄積されているアメリカの議論を見ていくことにする。

## 2. アメリカにおける議論

### (1) 判 例

#### a. パブリシティ権に関する従来の判例

アメリカにおいて「パブリシティ権」の語が判例上初めて登場したのは、ヘルラン (Haelan) 判決<sup>(33)</sup>である。<sup>(34)</sup>これはあるプロ野球選手との間にその写真を排他独占的に使用する契約を締結した業者が、その契約期間中である「」を知りながら同様の契約を当該選手と締結した被告業者に対し、写真の使用差止および損害賠償を求めた事例である。フランク (Frank) 判事は次のように判示して、パブリシティ権の存在を宣証した。「人はプライバシー権に加え、かつそれとは別に彼の写真のパブリシティ価値 (publicity value) における権利、すなわち、彼の写真を公表する排

他独占的権利 (exclusive privilege) を与える権利を有すると考えられる。このような権利は「パブリシティ権」と呼べるであろう。多くの有名人（特に俳優、野球選手）が、その肖像が公にさらされることによって感情が傷つけられるといったことは別に、新聞・雑誌・バス・電車・地下鉄等に展示される広告等に、その肖像の使用を認める対価として金銭を受けることができないとすれば、彼らが苦痛を感じるであろうことは常識である。そして、このパブリシティ権が、その写真・肖像を他の広告者が使用することを妨げうる排他的権利として認められなければ、通常金銭的価値を生じさせることはできないであろう<sup>(35)</sup>。

そして、この権利が判例上確立されたといえるのが、ザッチーニ (Zacchini) 判決<sup>(36)</sup><sup>(37)</sup>である。これはザッチーニが「人間砲弾」として郡のフェアで行つた約一五秒間のパフォーマンスの全部が、地方テレビ局により無断で録画、放送されたことについて、ザッチーニが損害賠償を求めて提訴したという事例である。裁判所は、パブリシティ権の保護利益は、「個人の財産的な利益を保護し、他方ではエンターテインメントを促進すること」にあり、「個人がその労力の報酬を獲得し得る権利に焦点を合わせており、感情や評判とは関係がない点において、特許法や著作権法の目標と密接に類似している」と判断した<sup>(38)</sup>。そして、「パブリシティ権を保護する理由は、グッドウイルを盗むことによる不当利得 (unjust enrichment) を阻止する」というはつきりしたものである。原告のある側面に市場価値があり、通常はそれに対して金銭の支払われるような場合に、これを被告の自由にさせるということは、何の社会的な目的にも奉仕するものではない<sup>(39)</sup>」とした。

さらに一九九五年の不正競争法リストメントにより、人の氏名、肖像のみならず、人物を特定するもの

(*indicia of identity*) も保護対象とされたことにより、判例上、パブリシティ権は拡大され得たといえる。したがって、氏名、肖像以外の、人物を特定するものとは、判例上どのように解釈されてきたのかを検討する。

① カーフン (Carson) 判決<sup>(40)</sup>

控訴人ジョン・カーソンはアメリカの人気テレビ番組のホスト役コメディアンであり、毎回、“*Here's Johnny (ジョニー登場)*”との掛け声で登場していた。被控訴人はポータブルトイレを“*Here's Johnny*”の名称で販売した。裁判所は、「著名人のアイデンティティが商業的に利用された場合、氏名あるいは肖像が用いられたか否かにかかわらず、その著名人の権利侵害が生じる」として、カーソンのパブリシティ権は侵害されたと判断した。本件では、カーソンのニックネームが用いられたのみで、氏名も肖像も用いられていなかつたが、カーソンのアイデンティティは無断利用されたと判断されたのである。<sup>(42)</sup>

② ウィンターランド (Winterland) 判決<sup>(43)</sup>

原告はローリングストーンズ等の音楽グループから排他独占的ライセンスを得て、それらの名前の入ったシャツを製造する業者である。被告はそれらの音楽グループ等からライセンスを得ることなく彼らの名前入りのシャツを販売していた。裁判所は、被告の行為は、音楽グループ等のメンバーの各個人及びグループのパブリシティ権を侵害するものであるとした。この判決は、各メンバー個人のみならず、グループそのものにもパブリシティ権を認めたものといえる。<sup>(44)</sup>

### ③ オナシス (Onassis) 判決<sup>(45)</sup>

原告はアメリカのケネディ元大統領の未亡人ジャクリーン・ケネディ・オナシスである。被告クリスチャン・ディオール社はその宣伝広告に、原告に非常によく似た人物の写真を用いた。その広告には、原告の氏名は掲載されていなかつた。裁判所は、ニューヨーク市民権法五〇条（広告あるいは商業目的で人の氏名、肖像あるいは写真（portrait or picture）をその人物の事前の書面による同意なく用いることを禁じている規定）にいう“portrait or picture”は、ある人物の肖像そのもののみならず、その人物であることを示すもの全てを指すと判断し<sup>(46)</sup>、本件における原告に酷似した人物は「マーク、ヘアスタイル、アクセサリー、表情等」により、原告の姿そっくりに表わされ<sup>(47)</sup>るとした。裁判所はまた、原告に酷似した人物は自らの顔を広告等に用いることが全て禁止されるわけではなく、「混同を生じさせ、あるいは消費者を欺瞞するような方法で用いる」とのみ禁止される<sup>(48)</sup>と判断した。

本件ではパブリシティ権の語は用いられていないものの、ある人物に酷似した人物、いわゆる「そっくりさん」に対する対して、パブリシティ権をどのように考えるかについて役立つ判例であると考えられる。

なお、ニューヨーク州においては、本判決と同じ一九八四年に、州法上のパブリシティ権の存在を否定し、これらはプライバシー法（ニューヨーク市民権法五〇、五一条）に包括されると判断した事例がある。<sup>(49)</sup> 本判決でパブリシティ権の語が用いられなかつたのは、そのようなニューヨークの特殊事情によるものと思われる。<sup>(50)</sup>

### ④ ミドラー (Midler) 判決<sup>(51)</sup>

控訴人ベット・ミドラーはプロの歌手である。被控訴人フォード社はその宣伝広告でミドラーに歌つてもうよう

依頼したが断られたため、ミドラーの歌声によく似た声をもつ人物に、可能な限りミドラーの声に似せて歌うように指示し、宣伝広告用のレコードを作製した。この宣伝広告には、ミドラーの氏名や肖像は用いられていなかつた。裁判所は、「被控訴人がミドラーの声まねを用いたのは、ミドラーが被控訴人のために歌つているという印象を消費者に伝えるためである」<sup>(52)</sup>とし、「ミドラーの声をまねることは彼女のアイデンティティを盗用することである」と判断した。裁判所はまた、広告への声まねの使用が全て禁止されるわけではなく、「プロの歌手の特徴のある声が広く知られており、その声が商品等の販売促進のために故意に模倣された場合」<sup>(54)</sup>にのみ、その販売者らは彼らのものでないものを用いたとして、カリフォルニア州における不法行為をなしたものと判断されたものとした。このように、本件では、顧客吸引力のある声の持ち主は、その本人の声のみならず、それに故意に似せた声を他人が使用することについても、不法行為責任を主張しうることが明らかにされた。<sup>(55)</sup>

#### ⑤ プライス (Price) 判決<sup>(56)</sup>

原告は、元有名コメディアンであるハーディ (Hardy) の未亡人プライス (Lucille Hardy Price) と、ハーディの相方であったローレル (Laurel) の未亡人及び、彼らコメディアンの氏名、肖像等を契約により排他独占的に永久に使用する権利を取得し、商品への使用許可事業を経営している映画会社である。被告映画会社は、ローレルとハーディの氏名、肖像を商品化する世界中に及ぶ排他独占権を譲渡するとの契約を別の被告会社と締結した。そこで原告等は、被告にはそのような権利は法的に与えられておらず、被告の主張は原告に与えられた排他独占権と矛盾するとして提訴した。被告はローレルとハーディが出演した映画の著作権を有すること、契約により氏名、肖像の排他独占

的使用権を有することと、両名の死亡により氏名、肖像は今では公共のもの（public domain）となつたこと等を主張して、反訴した。裁判所は、「被告との間で締結された、コメディアンの氏名、肖像を映画作品の宣伝と無関係に商業目的で使用する」ことを許可するとの契約は、その契約の期間内に限つてのことである<sup>(57)</sup>とした。また、「パブリティイ権が死亡によって終わるとするのに論理的な理由は存在しないように思われる。なぜなら、この権利は財産権（property rights）であると考えられるからである」<sup>(58)</sup>とした。

なお、ローレルとハーディが出演した映画の著作権については、これを被告が有するとの証明ができなかつたため、被告の著作権は否定されているが、この証明がある場合に、著作権とパブリティイ権との関係はどうに考えられるのかは興味ある問題である<sup>(59)</sup>。

#### ⑥ ヴァナ・ホワイト（Vanna White）判決<sup>(60)</sup>

控訴人ヴァナ・ホワイトは「運命の紡ぎ車（Wheel of Fortune）」と題するゲーム・ショーのテレビ番組において、ホステス役を務める女優である。被控訴人サムスン（Samsung）社は家電製品の販促キャンペーンにおいて、「運命の紡ぎ車」の番組のセットに似せたゲームボードと、その前に、ヴァナ・ホワイトが身につけていたものと似たから、ガウン、宝石を身につけたロボットを置いて、コマーシャルを作成した。その際、「もつとも息の長いゲーム・ショウ。二〇一二年。」との見出しつけた。このコマーシャルは、ゲーム・ショウ番組ではヴァナ・ホワイトがロボットに取つて代わられている二〇一二年にも、サムスン社の家電は売れ続けている、とのメッセージを伝えるものである。裁判所は、前述のミドラー判決、カーソン判決及び後述のモッチャエンバッカー判決を引き合いに出し、「

れらの判決における被告らは、原告のアイデンティティを利用するのに最も明白な手段を避けているにもかかわらず、彼らの行為は結果的には直接に商業的利益に影響を与えていた。そして、この商業的利益こそが、パブリシティ権が保護しようとするものなのである<sup>(61)</sup>」と判断した。その上で、本件におけるロボットはそれ自体ではヴァナ・ホワイトであるとは認識できないものの、ゲームボード等、他の要因を総合して見ると、それは明らかにヴァナ・ホワイトを示していると認識できるとして、パブリシティ権の侵害を認め<sup>(62)</sup>た。

#### ⑦ モッテンバッカー (Motschenbacher) 判決<sup>(63)</sup>

被告は自社製品のテレビコマーシャルに、複数のレーシングカーがレース場を走行している様子を撮影したりされた写真を用いた。その写真では、原告の顔姿は写っていないものの、原告のレーシングカーは最も目立つ前景に位置しており、被告はこれを広告に使用するに際し、若干の変更は加えたものの、赤地に白の細い縦縞等、原告のレーシングカーの特徴については何ら変更を加えていなかった。そこで原告は被告会社に対し、原告の氏名、肖像等の不正利用 (misappropriation) に基づき差止および損害賠償を請求した。地裁は、これをプライバシー権侵害訴訟と分類し、レースカーのドライバーが原告であるとは特定できないとして、原告の請求を棄却した。控訴裁は、レースカーの中に原告の顔、姿そのものの存在は確認できないとしながら、(イ)レースカー上の特徴的な装飾に特有の意味があるとする」とを愈り、レースカーのドライバーが原告であるとは特定できないとした地裁の判断はあやまりであること、(ロ)これらのシンボルマークは原告のレースカーに特有のものであるのみならず、そのレースカーが原告のものであり、ドライバーも原告であると推断させるものであることを指摘し、次のように結論づけて地裁の判断を破棄

し差戻した。「これに関連するカリフォルニア州の先例によれば、われわれは個人のアイデンティティにおける財産的利益 (individual's proprietary interest in his own identity) に法的保護を与えるべきであろう。しかしその保護が「プライバシー」、「財産権 (property)」、「パブリシティ」といった項目の下でなされるかどうかを確定する必要はない、ただそした利益の存在が認識され、それが保護されるものであると確定するのみである<sup>(64)</sup>。

このように、物についても、それが人物を特定する場合には、パブリシティ権が認められるのである。

#### b・物のパブリシティ価値を保護したとみられる判例

アメリカにおいては、以上にみたパブリシティ権に関する事例の他に、「パブリシティ権」の語は用いられていないものの、実質的には物のパブリシティ権が認められたものと思われる判決があるため、以下に検討する。

まず、ロジャース (Rogers) 判決<sup>(65)</sup>を検討する。原告は有名な俳優であり、被告会社の制作する映画に数多く出演した。原告は長年にわたり、トリガー (Trigger) といふ馬とともに出演していた。現在は、原告が自己の負担においてこの馬を所有している。被告映画会社は、そのスポンサーのコマーシャルに、原告および原告の所有する馬の名前および原告らが出演した映画のワンシーンを用いた。裁判所は、「原告ロイ・ロジャース (Roy Rogers) の名前、声、肖像、及び彼の馬であるトリガー (Trigger) の名前、肖像を、商業広告の目的で利用する権利は、原告のみが有する」<sup>(66)</sup>として、被告の行為の差止を認めた。このような結論に至ったのは、トリガーという名の馬が、長年にわたって原告とともに出演してしまったことにより、原告との結びつきが強いものと認められたためであるといえよう。<sup>(67)</sup>

物に関する事例である、以上のヴァナ・ホワイト判決、モッキンバッカー判決、ロジャース判決は、いずれも原

告のアイデンティティを指し示す物、すなわち、人と結びつく物についての事例であつて、その人との結びつきに顧客吸引力の根拠がありパブリシティ権が問題になつた事例であるといえよう。それでは、人と直接には結びつかない物、すなわち、その物それ自体に顧客吸引力がある物については、アメリカではどのように考えられているのであるうか。

この点につき、ローレンス (Lawrence) 判決<sup>(68)</sup>を検討する。これは、原告の所有する犬を写真家が原告の依頼に基づいて撮影し、後にその写真の一枚を写真家が広告代理店に販売し、広告代理店がそれをナショナルビスケット社に販売し、ナショナルビスケット社がそれを新聞広告に用いたため、原告が写真家、広告代理店、ナショナルビスケット社、新聞社それぞれを被告として、プライバシー権侵害を主張して提訴した事例である。原告は写真撮影に際し、その複製使用については一切許諾しなかつた。ニューヨーク州地裁は、州法の下ではプライバシー権は犬の写真を保護するものではないとしたが、被告の一人である写真家は契約上の責任を負うとした。なお裁判所は、他の被告、つまり広告代理店、ナショナルビスケット社、新聞社に対してもその犬の写真について以後の使用を差し止めた。ここで注目すべきことは、写真家はもちろん、その他の被告、つまり広告代理店、ナショナルビスケット社、新聞社に対しても、その犬の写真について、以後の使用の差止めが認められたことである。通常、契約違反の効果としては、損害賠償のみが認められ、差止めは認められない。<sup>(69)</sup> それゆえ、ニマー (Nimmer) はローレンス判決をパブリシティ価値の保護を認識した最初の事例であるとしている。<sup>(70)</sup>

一方、同じく動物の写真が問題となつた事例としてベイヤー判決<sup>(71)</sup>があるが、差止めは認容されていない。この事例は

次のようなものである。馬の所有者である原告が友人にその馬の世話を頼み、その友人が原告の許諾を得て馬を放牧場に連れていったところ、被告がその友人と馬の写真を撮影した。被告はその写真を自社の広告に使用するにあたり、その友人からは許諾を得たが、その友人から馬の所有者が別に存在することを知らされていながらも、所有者である原告の許諾を得ることはしなかつた。そこで原告はプライバシー権の侵害を主張して提訴したが、裁判所は、「広告に用いられた馬の写真是原告を特定していない」<sup>(72)</sup>として、プライバシー権の侵害を否定した。

以上、物に関する五つの判決からは、次のことが言えよう。アメリカではプライバシー権によつてもパブリシティ権によつても、その物が特定の人物と結びつくのではない限り保護されない。それは、パブリシティ権がプライバシー権から派生したものであるため、権利の対象は人格的要素あるいは人格と結びつく物に限られると考えられているためであろう。マッカーシーも、ペット等の動物は、「明らかにその飼い主と結びつく」場合にのみパブリシティ権が認められるとしている。<sup>(73)</sup>

しかし、馬に関するベイヤー判決について、次のような説もある。「この結論を決定的なものと解することはできな  
い。なぜなら、この判決は一九七一年に出されたものだからである。ちょうどその頃より後に、パブリシティ権は非  
常に発展し拡大していったのである」。<sup>(74)</sup>

さらに、物にパブリシティ権を認めるに商標法に混乱を来たすとの、後述のマッカーシーの懸念に対しても、馬につ  
いては、企業や組織と異なり、商標権とパブリシティ権の重複はない、とする説もある。<sup>(75)</sup>

## (2) 学 説

アメリカにおいては、学説上、人のアイデンティティのみをパブリシティ権の保護対象とする見解が優勢であるようと思われる。それは後述するように、一九九五年に不正競争法リストメントにおいて、「パブリシティ権は自然人にしか及ばない」と規定されたことと無関係ではないだろう。そして、このことが、(1)にみた判例群で、「人物を特定するもの」にのみパブリシティ権が認められるという結果をもたらしたものといえる。ところが、初期の学説では、パブリシティ権は財産権であると解されていたのである。ここでは、それぞれの立場の見解を詳しくみていくことにする。

## a. 人のアイデンティティのみを保護対象とする見解

## ① 不正競争法リストメント

一九九五年の不正競争法リストメント<sup>(76)</sup>の四六条から四九条までは、パブリシティ権に関する規定である。四六条は「取引のために人物の氏名、肖像その他その人物を特定するもの (indicia of identity) を同意なく使用することにより、その人物のアイデンティティの営業上の価値を利用する者は、四八条及び四九条に定める準則のもとで適切な救済について責任を負う<sup>(77)</sup>」と規定されている。四八条は差止、四九条は損害賠償による救済の規定である。そして、そのコメントでは、「パブリシティ権及びプライバシー権の両方の根拠をなすのは、人間の尊厳及び自律における利益であるから、パブリシティ権は自然人にしか及ばない」とされている。

## ② マッカーシー (McCarthy) の説

マッカーシーはその一九八七年の著書<sup>(79)</sup>の中で、パブリシティ権の対象について触れている。その中で、本稿の問題と関連するものとして、動物<sup>(80)</sup>及び会社、組織等のシンボルに関する説を検討する。

まず、動物については、次のように述べている。「パブリシティ権はできる限り、その根拠である、すべての人間のアイデンティティおよびペルソナの商業的利用をコントロールする自然権というものに限られるべきであると考える。……ペットあるいはスター動物の所有者である人間は、パブリシティ権以外による救済も可能であることに気づくべきである。……人間である所有者は、著作権侵害、商標権侵害、あるいは虚偽広告や虚偽の推奨の法理による救済を主張して、十分な賠償を得ることができるであろう」。<sup>(82)</sup>

次に、会社、組織等のシンボルについては、次のように述べている。「疑いなく、パブリシティ権はある側面においては商標と類似している。それはまた、著作権、名誉毀損、そして様々な形のプライバシー侵害にも類似している。パブリシティ権はまた物的財産にも類似している。しかし、隣接する法的権利との部分的類似のみを見ることは、パブリシティ権を法に統合するために裁判所を動かす根拠を見失うことになる。その根拠とは人間のアイデンティティという独自性である。パブリシティ権への合理的な支持を生じさせ提供し続ける最も説得力のある根拠は、人間のアイデンティティは自然権であるということである。一旦パブリシティ権がこの人間のアイデンティティという支撑構造を超えて引っ張られてしまうと、その基礎を支持するものを失うことになるのである。：私はパブリシティ権を、生存中あるいは死後の実在人物を指示示すものを越えて拡大することには反対である。そしてそれゆえ私は、

『パブリシティ権』を会社のシンボル、商標、およびサービスマークに認めることに反対である。マークとして用いられる名前、絵、あるいはシンボルが、実在人物をもまた指示するものである場合にのみ、パブリシティ権が持ち出されるべきであると考える。……パブリシティ権は、人間のアイデンティティの商業的価値を保護するために創られた、比較的新しくまだ洗練されていない法的手段である。法律家の多くはその範囲と制限に確信がない。パブリシティ権に、予定外の役割を果たすことを要求するのは誤導である。確かに、まだ多くの人によく知られていないこの新しく奮闘中の法的権利は、会社、組合あるいは施設などのような法人の商業的アイデンティティに関する、一五年もかけて慎重に築かれた商標法に代用するよう期待されるべきではない<sup>(83)</sup>。

#### b. 財産権としてのパブリシティ価値を保護対象とする見解

##### ① ニマー (Nimmer) の説

ニマーはその一九五四年の論文<sup>(84)</sup>の中で、パブリシティ権を「パブリシティ価値を創り出したあるいは購入した者が、その価値を支配し、そこから利益を得る権利」<sup>(85)</sup>であると定義した。パブリシティ権の対象の範囲については、「動物から無生物あるいは企業その他の団体に至るまでのすべてが、生まれながらにパブリシティ価値を有しており、それら無生物の所有者である人間が、その所有物におけるパブリシティ権を有する」<sup>(86)</sup>として、人以外の物についても、努力によりそれを人気のある物にした場合は、その物の所有者がパブリシティ権を持つとした。そしてニマーは、パブリシティ権を「公共の利益に反しない限り、すべての人はその労働の成果について権利を持つ、という英米法学の第一原則」<sup>(87)</sup>に言及して根拠付けている。

## ② ウィナー (Winner) の説

ウィナーはその一九八一年の論文<sup>(88)</sup>の中で、商標の「ペルソナ (persona)」の保護にパブリシティ権の概念を用いることを提唱した。商標のペルソナとはすなわち、その商標の出所表示機能とは異なり、混同のおそれやダイリュー<sup>(89)</sup>ションの基準等の伝統的制限を越えた、その商標自体のアイデンティティを指すものであるとしている。

### ③ モスター (Mostert) の説

モスターはその一九八六年の論文<sup>(90)</sup>の中で、次のように述べた。「人のアイデンティティにおけるパブリシティ価値の認識は、自然法理論の根底にある報酬理論とインセンティブ理論により正当化される。自然法理論は、人がその独自の努力と労力により創造したものはその人の財産としてその人に帰属するという基礎理論に基づく。商標、キャラクター、人の肖像に付与された、顧客吸引力、人気価値、パブリシティ価値の創造者は通常、その結果に達するのに努力、労力、時間、相当な費用をかけているのであるから、彼はそれらの利用に関して排他的独占権を持ち、利益を得る権限を与えられるべきである」。<sup>(91)</sup> その上で、「商標やキャラクターに付与された顧客吸引力や人気価値を独立の法的利益として保護するにあたり、これらに関して労力をかけて新しい権利を創造するのではなく、既存のパブリシティ権を拡大して、同一の知的財産利益であるこれらを保護すべきである。財産的利益があるので、パブリシティ権は創造者から離れて存在し、創造者の人格とも切り離されて存在する。このように商標やキャラクターに付与された顧客吸引力や人気価値は同一の独立した財産的利益に相当するのであるから、人の肖像のパブリシティ価値が保護されるのと同様、これら財産的利益を保護するためにパブリシティ権を拡大することができない理由はないものと思われる」と同様、これら財産的利益を保護するためにパブリシティ権を拡大することができない理由はないものと思われる。

れる<sup>(92)</sup>」と述べた。

### (3) 小 括

以上、アメリカの判例および学説を検討した。アメリカの判例では、著名人の氏名・肖像といった狭い範囲にとどまらず、広く「人物を特定するもの」に対してパブリシティイ権による保護が認められてきた。これまでに検討した判例では、人物の氏名・肖像そのもののみならず、声、あるいはそれらを模倣したもの、さらには、そのような人的属性を離れた物、例えばレーシングカー等にもパブリシティイ権が認められた。

ただし、現時点ではアメリカにおいてパブリシティイ権が判例上認められたのは、「人物を特定するもの」に限られ、顧客吸引力はあるが「人物を特定」しないものについては、上にみたように、パブリシティイ権によつては保護されない。したがつて、アメリカの判例は、「人」とのつながりを超えた顧客吸引力のある物一般にパブリシティイ権を認めることには否定的であるといえる。

もつとも、学説上は、「人」とは結びつかない物にもパブリシティイ権を認めることを肯定する立場も存在する。二マーは以前からパブリシティイ権の根拠を「すべての人はその労働の成果について権利を持つ」との原則に求め、これを財産権であると解し、動物等の物にもパブリシティイ権が及ぶとして、ローレンス判決をその一例とみている。また、モスターも「パブリシティイ価値の創造者は、通常、その結果に達するのに努力、労力、時間、相当な費用をかけているのであるから、彼はそれらの利用に関して排他的の独占権を持ち、利益を得る権限を与えられるべきである」としている。

では、「人を特定するもの」をパブリシティ権により保護した諸判例においては、パブリシティ権とはそもそもいかなる権利であると解されたのであろうか。例えば、ヘーラン判決は、パブリシティ権を、原告の肖像写真を「他の広告者が使用することを妨げうる排他的権利」であると解しており、ザッチャー判決は、パブリシティ権を「個人がその労力の報酬を獲得し得る権利」と解し、「特許法や著作権法の目標と密接に類似している」としている。また、ミドラー判決は、プロの歌手の特徴のある声を商品等の販売促進のために用いることができるものはその歌手のみであると解し、それを第三者が故意に模倣した場合には、「彼らのものでないものを用いた」として不法行為責任が生じると解している。

このように、パブリシティ権の対象範囲を「人を特定するもの」に限定しているかに思われる判例群も、実質的には、「相当な努力、時間、費用」により獲得された顧客吸引力に対し、その報酬として認められる「排他的独占権」をパブリシティ権であると解しているといえ、対象範囲を「人」のみならず「物」にも拡大し得る可能性を含んでいといえるのである。

それでは、アメリカの判例では、なぜパブリシティ権の対象範囲に「人を特定するもの」との限定がなされるのであろうか。それは、アメリカにおいて、パブリシティ権がプライバシー権から派生したものであることに由来すると考えられる。<sup>(93)</sup>しかし、このことのみを根拠にして、パブリシティ権の対象が「人を特定」しない「物」には及ばないと解することには疑問が残る。

### 3. まとめ

以上のように、日本においては、顧客吸引力のある物は、パブリシティ権と同じ根拠で保護されており、今のところ、その根拠とする法理が異なっているだけにすぎないといえよう。一方、アメリカにおいては、パブリシティ権がプライバシー権から派生したという起源にこだわり、その対象範囲に「人を特定するもの」という制限が設けられているにすぎないと見えよう。

すなわち、現段階では、まだ「人」に関する判例しか蓄積されていないというだけのことであり、パブリシティ権の根拠が、「相当な努力、時間、費用」により獲得された顧客吸引力という「財産的価値」の保護にあると解せば、何もその対象を「人」に限定する必要はないのである。

このようにみてくると、パブリシティ権がアメリカにおいてプライバシー権から派生したものであるとの理由だけで人格権説にたち、パブリシティ権は「人」にしか及ばないと解するのは、極めて硬直した考え方であるといえよう。もつとも、以上のことは、人格権説も納得するところであろう。それでもなお、人格権説を探るのは、結局のところ、その対象とされる「物」は、既存の法理により保護され得る、あるいは保護されるべきものであるから、物にパブリシティ権を認めると、その物に重複した保護が与えられることになり、既存の法体系を崩すおそれがある、との懸念があるためであろう。

そこで次章では、既存の法理によつては必ずしも物のパブリシティ価値が完全に保護され得るとはいえないことを証明し、物のパブリシティ権の必要性を検討する。

(4) 東京地判平成元年九月二七日判時一三二六号一三七頁。

(5) もつとも、氏名・肖像の財産的利益は、これ以前から判例上承認されている。例えば、マークレスター事件判決（東京地判昭和五一年六月二九日判時八一七号二三頁）がある。原告マークレスターは「小さな目撃者」と題する映画に主役出演した子役俳優である。この映画の日本における上映権及び宣伝権を有する被告会社は、被告ロッテの製品と本件映画の宣伝を組み合わせたフィルム・タイアップ方式によるコマーシャルを行った。原告はこれより以前に、森永製菓と商品宣伝の専属出演契約を締結していたため、本件コマーシャル放映により、自己の氏名権、肖像権が侵害されたとし、謝罪広告及び損害賠償を請求した。裁判所は、精神的財産的両損害に基づき原告の請求を認容した。その財産的損害に関して判決は、「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」として、氏名等が商品等に無断使用されることにより侵害される利益は、人格的利益とは異質のものであることを明確にした。他に、王選手記念メダル事件決定（東京地決昭和五三年一〇月二日判時三七二号九七頁）、ステイーブ・マックイーン事件判決（東京地判昭和五五年一一月一〇日判時九八一号一九頁）等がある。

(6) 前掲註(4)、一三八頁。

(7) 東京高判平成三年九月二六日判時一四〇〇号三頁。

(8) 同、一〇頁以下参照。

(9) 同、七頁。

(10) 東京地判平成一〇年一月二一日判時一六四四号一四一頁。

(11) 同、一四六頁。

(12) 名古屋地判平成一二年一月一九日判例集未登載。

(13) 東京地判昭和五二年三月一七日判時八六八号六四頁。

(14) 同、六九頁。

(15) 東京高判昭和五三年九月二八日最新著作権関係判例集第三集八四六頁以下。

- (16) 高知地判昭和五九年一〇月二九日判タ五五九号二九一頁。
- (17) 同、二九四頁。
- (18) 同上。
- (19) 神戸地伊丹支判平成三年一一月二八日判時一四二二号一三六頁。
- (20) 同、一三八頁。
- (21) 同上。
- (22) 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——」法学六〇巻六号二八六頁、三三二二頁（一九九六年）。
- (23) 内藤篤・田代貞之『パブリシティ権概説』（木鐸社、一九九九年）第五章一一六頁以下。
- (24) 同旨の説として、花本広志「人格権の財産権的側面——パブリシティ価値の保護に関する総論的考察」獨協法学第四五号二四一頁（一九九七年）がある。
- (25) 土井輝生「キャラクター・マーチャンダイジング——法的基礎と実務契約」（同文館、一九八九年）二二七頁。
- (26) 斎藤博「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）。
- (27) 同旨の説として、播磨良承「パブリシティの概念と法的性格（一）（二）」判時一〇五〇号一五頁、判時一〇五一号一三頁がある。さらに、パブリシティ権を、商品推薦決定権（一身専属的でない人格権）と対価請求権（財産権）からなると解する田倉説（田倉保「パブリシティ権」田倉整古稀『知的財産をめぐる諸問題』（発明協会、一九九六年）四七三頁がある。
- (28) 阿部浩二「ホテルのシンボルとして使用するクルーザーの写真の無断掲載と賠償責任」特許管理四三巻七号八八一頁、八八四一八八五頁（一九九三年）。
- (29) 伊藤真「物のパブリシティ・権」田倉整古稀『知的財産をめぐる諸問題』（発明協会、一九九六年）五〇七頁。
- (30) 同旨の説として、牛木理一「パブリシティの権利と共同不法行為責任」田倉整古稀『知的財産をめぐる諸問題』（発明協会、一九九六年）五二三頁がある。なお、牛木弁理士のホームページにも同旨の見解が示されている（<http://www.u>

pat.com)」。

(31) もうじゅふ、喪失なしといへ、結果的に損害賠償請求は棄却されしる。

(32) 阿部・前掲註(28)。

(33) Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F. 2d 866 (2<sup>nd</sup> Cir. 1953).

(34) もうじゅふ、パトロントライティ権といへ用語を明示しなじゅのい、因習的といれに触れてしる先例は多く。例えども、オブライエン判決 (O'Brien v. Pabst Sales Co., 124 F. 2d 167 (5<sup>th</sup> Cir. 1941)) におけるホーリー (Holmes) 判事の反対意見がある。事実は次のようなものである。原告オブライエンはプロフットボール選手であったが、自己の学生時代のユニフォーム姿の肖像写真が無断で被告パブストビール社の広告用カレンダーに使用されたことを発見し、損害賠償を請求した。連邦控訴裁判は、当該広告用カレンダーにおいて原告オブライエンは被告の商品を推奨してしるわけではない、と、及びビール製造業者正直なビジネスであることを理由に、原告の請求を棄却した。しかし、反対意見としてホームズ判事は、「プライバシー権は、広告目的で人の氏名や肖像を使用する権利とは異なるのである」、「技術やスポーツの分野における才能や業績のある者の肖像写真等を無断で使用する権利とは異なるのである」、「技術やスポーツの分野における才能や業績のあなたが代價を払はりしなべ、且しJの商品の販売促進のためにこの人気を利用すぬであら。」これは広告主間の慣習に反するものであら。彼の反対意見は商品の需要と企業の信用を創めたため、人の氏名や肖像を使用する権利を買つ習慣をもつてゐる所へと述べた。アーノルド・ブロードコントライティ権を容認する理諦的基礎を読みしむるかじわぬ。他に、Uproar Co. v. N. B. C., 8 F. Supp. 358 (D. Mass. 1934), *aff'd*, 81 F. 2d 373 (1<sup>st</sup> Cir.), *cert. denied*, 298 U. S. 670 (1936); Madison Square Garden Corp. v. Universal Pictures Co., Inc., 255 App. Div. 459, 7 N. Y. S. 2d 845 (1938); Paramount Pictures, Inc. v. Leader Press, 106 F. 2d 229 (10<sup>th</sup> Cir. 1939); Gautier v. Pro-Football Inc., 304 N. Y. 354, 107 N. E. 2d 485 (1952) はおさぬベサハシ (Desmond) 判事の反対意見などがあら。

(35) *Id.* 202 F. 2d 866, at 868.

(36) Zaccini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U. S. 562, 53 L. Ed. 2d 965, 97 S. Ct. 2849 (1977).

物のパトロントライティ権

- (37) マッカーハーは、裁判所が「公衆の権利を侵害する」として「公衆の権利」(so called)として公衆の権利を保護する法律の範囲に属する。 McCarthy, THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY (1987) at 1, 10 [A] note 1 (release number 7, 1992).
- (38) *Id.* 433 U.S. at 573.
- (39) 433 U.S. 562, at 576, *citing*, Kalven, *Privacy in Tort Law-Were Warren and Brandeis Wrong?* 31 LAW & CONTEMP. PROBS. 326, 331 (1966).
- (40) Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc., 698 F. 2d 831, 218 U.S.P.Q. 1, 9 Media L. Rep. 1153 (6<sup>th</sup> Cir. 1983).
- (41) *Id.* 698 F. 2d 831, at 835.
- (42) 画廊の権利をもつ Hirsch v. S. C. Johnson & Son, Inc., 90 Wis. 2d 379, 280 N.W. 2d 129, 205 U.S.P.Q. 920 (Wis. 1979) “公衆の権利”。
- (43) Winterland Concessions Co. v. Siteo, 528 F. Supp. 1201, 213 U.S.P.Q. 813 (D.C. Ill. 1981).
- (44) 画廊の権利をもつ Bi-Rite Enterprises, Inc. v. Button Master, 555 F. Supp. 1188, 217 U.S.P.Q. 910, 9 Media L. Rep. 1531 (D.C.N.Y. 1983) “公衆の権利”。
- (45) Onassis v. Christian Dior-New York, Inc., 122 Misc. 2d 603, 472 N.Y.S. 2d 254, 10 Media L. Rep. 1859 (N.Y. Sup. 1984).
- (46) 122 Misc. 2d 603, at 611.
- (47) *Id.* at 613.
- (48) *Id.*
- (49) Stephano v. News Group Publications, Inc., 64 N.Y. 2d 174, 485 N.Y.S. 2d 220, 474 N.E. 2d 580 (1984).
- (50) 画廊の権利をもつ Tin Pan Apple, Inc. v. Miller Brewing Co., Inc., 737 F. Supp. 826, 15 U.S.P.Q. 2d 1412, 17 Media L. Rep. . 2273 (S.D.N.Y. 1990) “公衆の権利”。
- (51) Midler v. Ford Motor Co., 849 F. 2d 460, 7 U.S.P.Q. 2d 1398, 15 Media L. Rep. 1620 (9<sup>th</sup> Cir. 1988).

- (52) 849 F. 2d 460, at 463.
- (53) *Id.*
- (54) *Id.*
- (55) **匡捲の事例** *v. Waits v. Frito-Lay Inc.*, 978 F. 2d 1992, 23 U.S.P.Q. 2d 1721, 20 Media L. Rep. 1585 (9<sup>th</sup> Cir. 1992) **参考範例**。

- (56) *Price v. Hal Roach Studios, Inc.*, 400 F. Supp. 836 (S.D.N.Y. 1975).
- (57) *Id.* at 841.
- (58) *Id.* at 844.
- (59) **匡捲の事例** *v. 女性の性別を規定する規則* **参考範例**
  - *Groucho Marx Productions, Inc. v. Day and Night Co., Inc.*, 523 F. Supp. 485, 212 U.S.P.Q. 926, 7 Media L. Rep. 2030 (D.C.N.Y. 1981), *rev. on other grounds*, 689 F. 2d 317, 216 U.S.P.Q. 553, 8 Media L. Rep. 2201 (2<sup>nd</sup> Cir. 1982)
  - *Lombardo v. Doyle, Dane & Bernbach, Inc.*, 58 A.D. 2d 620, 396 N.Y.S. 2d 661, 2 Media L. Rep. 2321 (N.Y.A.D. 1977)
  - *Lugosi v. Universal Pictures*, 25 Cal. 3d 813, 160 Cal. Rptr. 323, 603 P. 2d 425, 10 A.L.R. 4th 1150, 205 U.S.P.Q. 1090, 5 Media L. Rep. 2185 (Cal. 1979)
  - *McFarland v. Miller*, 14 F. 3d 912, 1994 U.S. App. Lexis 1225, 29 U.S.P.Q. 2d 1586, 22 Media L. Rep. 1205 (3<sup>rd</sup> Cir. 1993)
  - (60) *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 971 F. 2d 1395, 23 U.S.P.Q. 2d 1583, 20 Media L. Reptr. 1457 (9<sup>th</sup> Cir. 1992), *petition for rehearing en banc denied*, 989 F. 2d 1512, 26 U.S.P.Q. 2d 1362, 21 Media L. Rep. 1330 (9<sup>th</sup> Cir. 1993).
  - (61) *Id.* 971 F. 2d 1395, at 1398.
  - (62) *Id.* at 1399.
  - (63) *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F. 2d 821 (9<sup>th</sup> Cir. 1974).
  - (64) *Id.* at 825-826.

- (65) Rogers v. Republic Productions, 104 F. Supp. 328 (S. D. Cal. 1952).
- (66) *Id.* at 343.
- (67) See, at 332.
- (68) Lawrence v. Villa, 184 Misc. 807, 55 N. Y. S. 2d 343, 65 U. S. P. Q. (BNA) 342 (1945).
- (69) ジュリアス・C・S・ピンカース著「個人の権利と個人のプライバシー」(Julius C. S. Pinckaers, FROM PRIVACY TOWARD A NEW INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT IN PERSONA (1996))
- (70) Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 LAW & CONTEMP. PROB. 203 (1954).
- (71) Bayer v. Ralston Purina Co., 484 SW2d 473, 87 ALR3d 1275 (1972).
- (72) 87 ALR3d 1275, at 1278.
- (73) J. Thomas McCarthy, THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY (1987), at § 4.7.
- (74) Britton, *Publicity Rights in the Horse Industry*, 7<sup>th</sup> ANNUAL CONFERENCE ON EQUINE LAW 1992, at M-27-31 (U.K. Office of Continuing Legal Education).
- (75) Kun, Race Horses and Intellectual Property Rights: Racing Towards Recognition ?, 17 QUINNIPAC L. REV. 207 (1997) at 236.
- (76) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION (1995).
- (77) *Id.* at § 46.
- (78) *Id.* comment d. 「競争・営業成績・企業恒久的「マニカ不正競争法」による保護 (K・M)」此種の 1 1 1類11号 1 | 国際 (世界) の保護。
- (79) J. Thomas McCarthy, THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY (1987).
- (80) *Id.* at § 4.7.
- (81) *Id.* at § 4.8.

- (82) *Id.* at § 4. 7 [B].
- (83) *Id.* at § 4. 8 [D] (release number 3, 1990).
- (84) Nimmer, *supra* note (70).
- (85) *Id.* at 216.
- (86) *Id.*
- (87) *Id.*
- (88) Winner, *Right of Identity: Right of Publicity and Protection for a Trademark's "Persona"*, 71 TRADEMARK REP. 193-214 (1981).

(89) 同様の論文は Crowther, *Misappropriation of Trade Symbols- Synthesis of Public and Private Priorities*, 60 TRADEMARK REP. 321 (1970) が掲載。ヘローホーム、「個人の名前、人々の商業的利用を妨げない権利」著者たる商業への実際の悪用に及ぼす効果」 (*Id.* at 325) と主張します。

- (90) Mostert, *The Parasitic Use of the Commercial Magnetism of a Trade Mark on Non-Competing Goods*, 11 EUR. INTELL. PROP. REV. 342 (1986).
- (91) *Id.* at 346.
- (92) *Id.* at 348.
- (93) 田本博士のものでは歴史をたどりながら概念のみがアメリカから輸入されたため、理論上物によくパブリックライセンス権が及ぶと解され、競走馬判決が取られたのかかもしれない。

## 11 物のパブリックライセンス権の必要性

前章では、物のパブリックライセンス権の可能性を検討した。本章では、物のパブリックライセンス権の必要性を検討する。既存の物のパブリックライセンス権

法理で物のパブリシティ権の対象を完全に保護できるのであれば、なにも新たに物のパブリシティ権という概念を認める必要はないからである。

ここではまず、物についての権利であるから、所有権との関係を述べる必要があろう。所有権による保護とはいかなるものか、その限界を探り、物のパブリシティ権の必要性を検討する。次に、物が有する無体財産価値についての権利であるから、既存の知的財産権との関係を述べる必要があろう。各知的財産権による保護の限界を探り、物のパブリシティ権の必要性を検討する。

### 1. 所有権との関係

前述の競走馬判決は、所有権は有体物をその客体とする権利であるから、パブリシティ価値のような無体財産権を権利の内容として含むものではないことを理由に、「パブリシティ価値は、所有権の内容の一部であるとは観念できず、所有権とは別個の性質の権利である」と判断した。以下、これについて検討する。

競走馬判決が参照した顔真卿自書建中告身帖事件最高裁判決<sup>(94)</sup>は、著作権と所有権の関係を明確にしたものである。著作権の消滅後は、著作権者の有していた著作物の複製権等が所有権者に復帰するのではなく、著作物は公有（パブリック・ドメイン）に帰し、何人も自由にこれを利用することになると判断している。

前述した広告用ガス気球事件、長尾鶏事件、クルーザー事件における被写体は、いざれも著作物には該当しないが、その形、色等に珍しさ、美しさがあるため、他人によりその影像を利用されたものである。これらの判決においては、

いざれも所有権による判断がなされたのであるが、果たしてそれは妥当であろうか。

顔真卿事件判決が示す、著作権が消滅した物についての著作権と所有権の関係の考え方を、これらの著作物には該当しない物について当てはめてみると、著作権が消滅した物を複製する行為（例えば写真撮影）は所有権の内容とはならないのであるから、もともと著作物でない物を写真撮影により複製する行為も所有権の内容ではないと考えられるのではないか。もつとも、この顔真卿事件判決は、著作権の保護期間が終了した作品の所有者は、第三者による複製物の出版等が「有体物としての原作品に対する排他的支配をおかすことなく行われたものであるときには」、その行為の差止及び損害賠償を請求することができないと判断したものであるため、「有体物としての原作品に対する排他的支配をおかして」複製された場合には、所有権侵害が成立する可能性を残している。しかし、有体物としての原作品に対する排他的支配をおかして複製する場合は、物理的に覆われている物を、無理やりその覆いを取り去って写真撮影する等、何らかの不法な有形力の行使を伴う場合をいうものと解せば、上記のような事例においてはやはり、所有権侵害は成立しないものと考えられる。<sup>(95)</sup>

また、写真撮影についての許諾権は所有権の範囲内であるとしても、その写真をどのように利用するかについて決定する権利まで、所有権の範囲内であるといえるだろうか。広告用ガス気球事件判決において東京地裁は、気球の影像利用行為を、使用収益権を根拠に所有権侵害であると認定したが、角屋事件最高裁判決<sup>(96)</sup>は、「写真を撮影され公表されただけで所有権に基づく所有物の利用権が侵害されたとはとうてい言えない」として、影像利用行為が所有権の内容ではないことを明確にした。角屋事件判決の判断が妥当であると考える。

さらに、広告用ガス気球判決は、公開された気球を撮影することは許されているというべきであるとの被告の抗弁に対し、「公開された目的・態様に鑑みれば、訴外写真家が本件気球を撮影して本件写真を利用することまでの公開により許可されていた、と認めるのは相当ではない」と判断している。長尾鶲判決は、本件長尾鶲を写真撮影した者が、長尾鶲の所有者に対する、本件長尾鶲を趣味で撮影したいと申し出て撮影許諾を受けておきながら、その後所有者に無断で写真を複製して絵葉書にし、これを観光業者に販売して利益を得ていたことにつき、所有者の権利を侵害すると判断した。クルーザー判決は、以前の所有者が所有していた際にその承諾を得て撮影した写真であっても、現在の所有者の許諾を得ていなければ、その写真を利用するることは、現在の所有者の権利を侵害すると判断した。これら三つの判決に共通しているのは、物が公開されている、趣味での写真撮影が認められている、以前の所有者の許諾を得て撮影した等、写真撮影行為自体は許容されていることである。それらの写真を商業的に利用する際には、その物の所有者から、別途商業的利用の許諾を得なければならないとすれば、それはもはや所有権の効力ではないだろう。なぜなら、所有者の許諾を得て撮影された写真にまで、その所有者の所有権は及ばないものと思われるからである。

著作物の内在する秘蔵の所有物をその所有者に無断で撮影できないのは、その物への物理的アクセスが所有者の許諾なしには不可能であるという事実上の問題であり、その際貸出料や使用料を所有者が徴収し得るのは、貸出等の条件を所有者が所有権に基づき自由に決定し得るからにすぎない<sup>(97)</sup>。所有権の及ぶ範囲は、このように秘蔵の所有物を表示するか否かという有体物の側面に関してまでであり、①以前に撮影された写真を第三者が合法的に入手した場合、

②その所有物が秘蔵されているわけではなく、第三者が合法的にアクセスでき、写真撮影しうる場合には、所有権の効力は及ばないといえよう。

また、有体物の影像に所有権が及ぶものと解すると、①自由利用が認められている著作物よりもその保護が厚くなり、②所有権者の影像の支配に時間的制限が及ばないこととなり、極めて不当な結果となる。<sup>(98)</sup>

このように考えると、自己の所有物の影像写真を他人に無断利用されない権利というのは、所有権の内容ではないことになる。競走馬判決が「パブリシティ価値は、所有権の内容の一部であるとは観念できず、所有権とは別個の性質の権利である」と判断したことは妥当である。<sup>(99)</sup>

## 2. 知的財産権との関係

パブリシティ価値は無体財産であるため、現行の知的財産権法による保護を受け得る。競走馬判決における被告は、「現行法上『物のパブリシティ権』を権利として認める規定は存しないし、標章であれば商標法により、商号であれば商法により、著作権（著作隣接権を含む。）であれば著作権法により、あるいは不正競争防止法により、法的に保護が図られるのであるから、それ以外の権利を創設すべきではない」と主張していた。これに対し、名古屋地裁は、「商標法による保護は、それが指定商品又は指定役務について商標登録された場合にのみその範囲において認められるものであり、商法による保護は商人が営業活動をするについて用いる商号に限られるし、不正競争防止法による保護を受けるためには、それが同法にいう需要者の間に広く認識された商品等表示に該当し、かつこれと同一又は類似

の商品等表示を使用する等して商品又は類似の商品等表示を使用する等の行為がされる場合に限られる。また、物の名称等は、思想、感情の表現でなく、著作物性が認められないから、著作権法（著作隣接権を含む。）の保護を受けない。このように、商標法、商法、不正競争防止法、著作権法など現行の知的財産権法による権利だけでは、前記経済的価値の保護に十分ではない」と判示した。以下、これについて検討する。

### (1) 著作権法

著作物とは、著作権法二条一項一号で「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」と規定されている。「創作的に表現」されたものでなければ著作物に該当しないため、通常、著作物のタイトルや登場人物の名称等は、著作権法による保護を受けない。同じ理由で、物の名称は著作権法による保護を受けないといえる。また、物の影像についても、被写体が「創作的に表現」されたものに該当しなければ、著作権法に基づく保護は求め得ない。そのため、たとえその影像に価値があるため他人により商業的に無断利用された場合であつても、被写体が著作物に該当しないと判断された場合、そのような価値のある物の影像は、著作権法上は誰もが自由に利用し得ることとなる。先に見た長尾鶏事件判決においては、「本件長尾鶏の飼育についての被告の管理飼育方法についての特殊性は、まだ独創性のある創作的表現とみることはできない」として、飼育方法の著作物性について判断されているが、これは長尾鶏自体が著作物に該当しないことを、当然の前提としているとの表現であるといえよう。

さらに、被写体が建築物の場合には次のような問題がある。著作権法四六条は、「美術の著作物でその原作品が街

路、公園その他一般公衆に開放されている屋外の場所又は建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所に恒常的に設置されているもの又は建築の著作物は、①彫刻を増製する場合、②建築の著作物を建築により複製する場合、③右屋外の場所に恒常的に設置するために複製する場合、④もっぱら美術の著作物の複製物の販売を目的として複製する場合、を除いて、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる」と規定する。そこで問題となるのが、同条四号の解釈である。建築の著作物（著作権法一〇条一項四号）と美術の著作物（著作権法一〇条一項五号）が別個に規定されていることから、著作権法四六条四号は「建築の著作物」については適用されないとの見解があり得る。<sup>(10)</sup> このように考えた場合、建築の著作物については、その影像を販売目的で複製することは、著作権法上は自由であることとなる。

以上のことから、著作物に該当しない物及び建築の著作物の影像利用行為に対しては、著作権法に基づく保護は求め得ないといえる。

## (2) 商標法

商標法二条一項は、「『商標』とは、文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合であつて、次に掲げるものをいう。一 業として商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするもの 二 業として役務を提供し、又は証明する者がその役務について使用をするもの」と規定している。また、三条一項は、「自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標については、次に掲げる商標を除き、商標登録を受けることができる。……六 前各号に掲げるもののほか、需要者が何人かの業務に係る商品又は役

務であることを認識することができない商標」と規定している。これらの規定より、「自己の業務に係る商品又は役務」について使用する商標であること、及び、登録された商標であることが、商標法の保護を受ける要件であるといえる。

そのため、いかに被写体が顧客吸引力を有する物であっても、出所表示を目的として使用されている場合でなければ、商標権による保護は受け得ない<sup>(101)</sup>。さらに、第三者による無断使用に際しても出所表示性は要件となるため、第三者による無断使用が「出所表示」を目的としない場合、例えば装飾的に用いる場合などは、その被写体自体は商標権により保護されても、そのような第三者による使用に対しては、商標権の効力が及ばないこととなる<sup>(102)</sup>。以上のような場合には、物の影像について商標権に基づく保護は求め得ないといえる。

### (3) 不正競争防止法

不正競争防止法二条一項一号は、不正競争とは、「他人の商品等表示として需要者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品等表示を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、若しくは輸入して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為」をいうと規定している。この規定より、不正競争防止法による保護を受けるには、「商品等表示（人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するもの）」であり、それが「需要者の間に広く認識されているもの」であること、及び、不正競争行為により「混同」が生じるあるいは生じるおそれのあることが必要であるといえる。また、同法二条一項二号は、「自己の商品等表示として他人の著名な商品等表示と同一若しくは類似

のものを使用」等する行為を不正競争行為であると規定し、著名表示については「混同のおそれ」が生じない場合でも保護することを定めている。それゆえ、顧客吸引力のある物の名称が著名表示である場合には、混同のおそれが生じなくても不正競争防止法により保護され得る。しかし、この場合にも、その物の名称が「商品等表示」であることは必要である。従って、競走馬の馬名や影像等についても、これらの要件を満たさない限り、不正競争防止法による保護は受け得ないといえる。

#### (4) 意匠法

意匠法一条は、「『意匠』とは、物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であつて、視覚を通じて美感を起こさせるものをいう」と規定している。この規定より、権利の客体は「物品」にかかるものでなければならぬことになる。物品とは通常、不動産以外の有体物をいうから、建築物等の不動産は意匠法による保護を受けないといえる。また、同法三条一項は、「工業上利用することができる意匠の創作をした者は、……意匠登録を受けることができる」と規定している。この規定より、権利の客体は「工業上利用することができる意匠」でなければならないことになる。工業とは、同一物が反復して生産されること、すなわち量産性のあることを意味する。従つて、工業的過程を経て量産されないもの、あるいは量産可能性のないものは、意匠法による保護を受けないとされる。さらに、同条二項は、「意匠登録出願前にその意匠の属する分野における通常の知識を有する者が、日本国内又は外国において公然知られた形態、模様若しくは色彩又はこれらの結合に基づいて容易に意匠の創作をすることができたときは、……意匠登録を受けることができない」と規定している。従つて、すでに公開されている意匠、あるいはそれに類似する

意匠は、意匠法による保護を受けないといえる。<sup>(103)</sup> このように、競走馬や建築物等の影像を意匠法により保護するには、様々な要件を満たさなければならないといえる。

### 3. まとめ

それでは、これまでに見たような知的財産権法の枠組みから外れたものは、果たして知的財産として保護するに値しないといえるのであろうか。これにつき、「既存の無体財産権法体系によつて許される使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」とする見解がある。<sup>(104)</sup> しかし、競走馬判決も示しているように、社会状況の変化により新たな価値ないし利益が社会的に容認され、かつその社会において成熟したものであれば、それが現行の知的財産権法の保護対象には該当しないものであつても、これまでにみたような知的財産価値を有するものには法的保護を与えるべきであると考える。

周知のとおり、日本の不正競争防止法は一般条項を規定していない。そのため、日本においては、不正競争防止法に列挙された「不正競争行為」には該当せず、その他の知的財産権法にも違反しない行為であれば、それは適法とされる。しかし、日本の不正競争防止法上は適法行為であつても、一般条項を有する不正競争防止法<sup>(105)</sup>においては、それが不正競争行為に該当する場合があり得る。本稿で問題としてきた、他人の所有する顧客吸引力のある物を無断で商業的に利用することは、これに該当するといい得るのではないか。

さらに、日本の不正競争防止法二条一項四号から九号に規定される営業秘密は「秘密に管理されている」ことを要

件に保護される。本稿で問題としてきた顧客吸引力のある動物等についても、所有者が公衆のアクセスを何らかの形で制限している場合、例えば、希望者には閲覧させるが、その際に写真撮影は禁止している、あるいは有償で閲覧させ写真撮影も許可するが、その写真を商業的に利用することは禁止するなどしている場合については、公衆のアksesスが制限され「管理されている」という点で、不正競争防止法が保護する「秘密に管理されている」ものと同様、知的財産価値があるといえるのではないかと考える。<sup>(106)</sup>

このように、「相当な努力、費用、時間」を費やして獲得された顧客吸引力という「経済的価値」を「管理」している者には、その経済的価値を知的財産価値として「排他的に支配する権利」を認めることが必要であると考える。

(94) 最判昭和五九年一月二〇日民集三八巻一号一頁、判時一一〇七号一二七頁。事実は次のようなものである。中国唐代の著名な書家である顏真卿真蹟の「顏真卿白書建中告身帖」を所蔵する財団法人である上告人は、かつての所有者より適法に写真撮影を許諾された者から、その写真乾板を譲り受けた被上告人出版社が、これを複製し刊行物を発行したことに対し、その原書の所有権に基づいて、当該刊行物の販売差止と複製部分の破棄を求めて提訴した。裁判所は、「美術の著作物の原作品に対する所有権は、その有体物の面に対する排他的支配権能であるにとどまり、無体物である美術の著作物 자체を直接排他的に支配する権能ではない……。……美術の著作物に対する排他的支配権能は、著作物の保護期間内に限り、ひとり著作権者がこれを専有するのである。……著作権の消滅後は……著作権者の有していた著作物の複製権等が所有権者に復帰するのではなく、著作物は公有（パブリック・ドメイン）に帰し、何人も……自由にこれを利用しうることになるのである」としたうえで、「保護期間の満了後においても第二者が美術の著作物の複製物を出版すると、所論のように、美術の著作物の原作品の所有権者に対価を支払って原作品の利用の許諾を求める者が減少し、原作品の所有権者は、それだけ原作品によって収益をあげる機会を奪われ、経済上の不利益を受けるであろうことは否定し難いところであるが、第三者の複製物の

出版が有体物としての原作品に対する排他的支配をおかすことなく行われたものではあるときには、右複製物の出版は単に公有に帰した著作物の面を利用するにすぎないのであるから、たとえ原作品の所有権者に右のような経済上の不利益が生じたとしても、それは、第三者が著作物を自由に利用することができる事実上の結果であるにすぎず、所論のように第三者者が所有権者の原作品に対する使用収益権能を違法におかしたことによるものではない」と判示して、上告を棄却した。

(95) 辻説は、不法な有形力の行使を伴わなくても、他人の所有物を写真撮影することは、所有者の明示又は默示の許諾がない限り、違法であり、所有権の侵害に当たるというべきであるとする（辻正美「所有権と著作権」斎藤博・牧野利秋編『裁判実務大系二七知的財産関係訴訟法』（青林書院、一九九七年）三九〇頁、四〇〇頁、同『民法総則』（成文堂、一九九九年）第三章一七五頁）。また、田中説は、写真撮影が認められるか否かは所有者の許諾によるものであり、私的使用のためであれば既に撮影された写真の廃棄は求め得ないが、販売目的であれば撮影禁止、写真の廃棄等を求め得るとする（田中康博「写真撮影に対する所有権保護について」京都学園法学一九九三年第二・三号合併号七四頁、一〇八～一〇九頁）。

(96) 最判平成一〇年三月二十四日判例集未登載。事実は次のようなものである。被告らが著述し出版した書物中に、原告財団法人角屋保存会の所有する建物の写真が無断で掲載されたため、原告らが法人の肖像権ないし本件建物の使用収益権の侵害を理由として被告らに対し損害賠償を請求した。本件書物中には、原告法人の所有する、重要文化財の指定を受けた建造物の外観及び内観写真が計八枚掲載されている。本件各写真は、被告が訴外京都新聞社等から提供を受けたものである。被告らが本件各写真を本件書物に掲載したことが、原告法人の肖像権ないし本件建物の使用収益権を侵害したものかどうかが争点となつた。京都地裁（平成六年一二月一六日）はまず、肖像権侵害については、「原告法人の設立趣旨は角屋の重要な文化財等を公開することにより揚屋文化について広く一般の理解を深めることにあるのであり、そこには営利性は見られない。そして、原告中川が京都新聞社らに撮影を許諾した際、その用途について何らかの限定をしたとの証拠はない……。原告らは、原告法人設立後は、本件建物の写真撮影や撮影済の写真の掲載を有償で許可することにしており旨を主張するが、そうであつたとしても、それ以前に撮影された写真の利用について新たな制限を加えうるものとは解されない。そうであれば、原告法人ないし原告中川に肖像営利権としての、本件各写真の利用拒絶権はないものと解される」と判断した。また、使用

収益権侵害については、「写真を撮影され公表されただけで所有権に基づく所有物の利用権が侵害されたとはどうてい言え「ない」と判断した。高裁（平成七年二月二一日）、最高裁とも同様の判断を示した。

(97) 中山信弘「最高裁判所民事判例研究」法協一〇一巻五号一〇四五頁、一〇四九頁等。

(98) 田中・前掲註(95)、一〇七頁。

(99) 一九九九年三月一〇日、フランス破毀院は、有体物の外観を写真撮影し複製利用する」とは、所有者の使用収益権の侵害となると判断した（“Café Gondrée”，Cass. civ., 10 mars 1999, JCP 1999 II. 10078）。著作権制度との関係から大いに議論をよんでもらふようである。詳しくは、駒田泰土「有体物の外観利用と所有権——カフェ Gondrée 事件フランス判例——」（ピライト）一〇〇〇年一月号三四頁参照。

(100) 建築の著作物には適用されないとあるものとして、田中・前掲註(95)、一〇五頁がある。他方、適用されるとするものとして、田村善之『著作権法概説』（有斐閣、一九九八年）一七八頁がある。

(101) その例として、競馬場の影像に関するアメリカの事例である、ニューヨーク州に二ヶ所のサラブレッドの競馬場を所有し経営している。そのうちの一ヶ所が本 York Racing Association, Inc., v. Perlmutter Publishing, Inc., 1996 WL 465298 (N.D.N.Y.) が挙げられる。

原告は競馬協会であり、ニューヨーク州に二ヶ所のサラブレッドの競馬場を所有し経営している。そのうちの一ヶ所が本件で問題となるサラトガ競馬場（Saratoga Course）である。原告は長年にわたり、サラトガ競馬場での競馬風景をティーシャツやポストカード等に表して記念品として販売していた。被告はサラトガ競馬場の風景を絵画にして販売し、またそれらの絵画をカードとティーシャツに表して販売した。被告の絵画のタイトルには、原告の登録商標である「Saratoga Course」等の語が含まれていたため、原告はラナム法四二(a)条等に基づき提訴した。一方被告は、原告はその所有する競馬場の影像を所有あるいは支配する権限を有しないとの確認判決を求めて反訴した。そこで原告の競馬場の影像がラナム法の下で保護されるトレードドレス（trade dress）にあたるか否かが争点となつた。

裁判所は、トレードドレスとは商品の全体的なデザインや外観であるとしたうえで、ラナム法の保護を受けるには、トレードドレスが、本来的にあるいは関連市場におけるセカンダリーミーニングを獲得しており、他と区別しうる

(distinctive) めのでなければならぬとした。そして、そのようなトレーディングは出所表示を主目的とするものでなければならないとした。この点につき裁判所は、「原告が競馬場の影像を用いる主目的は芸術性をアピールする」とにあつたものと思われる」(Id. 1996 WL 465298, \*2 (N. D. N. Y.))として出所表示が主目的ではないと判断し、結論としてラナム法に基づく保護を否定した。

アメリカ法において商標として保護されるには、当該商標がある特定の出所に結びつく自他商品識別力 (secondary meaning) を獲得していねりとが要件となる。州際の商標については連邦商標法 (ラナム法) が適用され、その効力は「他人により製造販売される商品と区別し、商品を自己の商品であると証明するためにその製造業者あるいは商人により用いられる文字、名称、マーク (商標)」に及ぶことが規定されている (Lanham Act § 45, 15 U. S. C. § 1127)。商標法は主として「出所の虚偽の呼称、その他の虚偽の記述、表示」に対する保護を図るものである (Id. at § 1125 (a))。それゆえ、ニューヨークレーションソーシェーション判決では、原告が自己的販売する記念品に競馬場の影像を使用する目的が、「出所表示」ではなく「芸術性をアピールする」ことにあると判断されたため、商標権による保護が否定されたのである。

(102) 拙稿「商品化された著名なキャラクターの法的保護」同志社法学五一卷[一]号（一九九九年）一二〇頁以下、一四五～一四六頁、一七一頁参照。

(103) 斎藤暉「『意匠法概説（補訂版）』（有斐閣、一九九五年）第三章五一頁以下参照。

(104) 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[二]五号[一]頁（11000年）、二頁。

(105) ドイツの不正競業法 (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*: UWG) の一条は、「業務上の取引で、競業の目的で善良な風俗に反する行為を行う者に対しては、差止及び損害賠償の請求ができる」と規定している。また、スウェーデンの不正競業法 (*The Marketing Act*) の一条は、「企業のマーケティング活動に対し、消費者の利益の増進、消費者や競争企業の利益を損なう不当なマーケティング活動の阻止を目的とする」と規定している。

(106) もともと、不正競争防止法上の企業秘密たりうる要件としての「秘密管理」と、これで問題にしている「アクセスの制限」とは異なるものである。「秘密管理」は公知になれば保護されないが、「アクセスの制限」はそこまで厳格な基準ではな

いと考える。

## おわりに

本稿では、物にもパブリシティ権が成立する可能性と必要性を検討した。日本およびアメリカの判例、学説より、パブリシティ権とは、「相当な努力、時間、費用」により獲得された顧客吸引力の有する「財産的価値」であると解され、このように解する限り、人のみならず物にもパブリシティ権の成立する可能性がある。また、物のパブリシティ価値を保護するのに、既存の法理によつては保護が不十分であることから、物にもパブリシティ権を認める必要性があるといえる。

それでは、そのような物にパブリシティ権を認めるとして、その侵害に対してはどのような救済が与えられるのであろうか。まず、不法行為が成立し、契約関係にあれば債務不履行が発生するといえるが、日本の民法上、これらについては損害賠償請求が認められるのみであり、差止請求は認められない。これについては、競走馬判決も、差止が認められることにより侵害される利益が多大であり、「物権や人格権、知的所有権と同様に解するためには、それと同様の社会的必要性・許容性が求められる」として、現段階においては物のパブリシティ権に基づく差止は認められないとした。従つて、同じパブリシティ権であるのに、人を対象とする場合には差止が認められ、物を対象とする場合にはそれが認められないこととなる。この点につき、「法効果においてかくも大きな違いを有するものを一つの概念で統一的に觀念することは困難」であるとする見解がある。<sup>(10)</sup>しかし、人を対象とする場合に認められる差止請求権

は、パブリシティ権ではなく、人格権に基づくものと考える。<sup>(108)</sup> そのように考えると、現段階ではパブリシティ権そのものが、未だ他の知的財産権と同様の排他的独占権であると社会において認められていないため、物についての差止請求権は否定されるにすぎないともいえよう。もつとも、不正競争防止法上の営業秘密についても、同法三条に差止請求権が規定されるまでは損害賠償のみが認められていた。営業秘密は未だ権利ではないが、立法により差止請求が認容されているのである。これを類推適用して、物のパブリシティ権にも差止請求権を認める余地はあるといえよう。

(107) 内藤・前掲註(104)。

(108) これは、パブリシティ権の性質を人格権であるととらえての解釈ではない。人の氏名や肖像が商業的に利用された場合、財産権的侵害、すなわちパブリシティ権侵害と、人格権的侵害、すなわちプライバシー権侵害の両方が生じ、そのうち差止の効果は人格権侵害により生じるとの解釈である。