

# パブリシテイの権利の包括性について

坂 田 均

## 1 はじめに

あるラジオ放送局が、世界的に有名なロックグループ「キング・クリムゾン」を紹介する書籍を発行した。書籍の冒頭部分は、同グループ結成以降の歴史が七期に分けて紹介されており、同グループの写真や構成メンバーの氏名が使用されていた。また、その本体部分は、同グループがリリースしたディスクが紹介されており、ジャケットの写真と解説文で構成されていた。同グループのメンバーは、この書籍が、同グループの許諾を得ずに出版されたことから、その印刷及び出版の差止及び損害賠償を求める訴訟を提起した。東京地裁（平成一〇年一月二二日判決 判時一六四四一―四一）は、同書籍が、「全体として、キング・クリムゾンないし原告の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られる。」として、パブリシテイの権利の侵害を理由に、印刷及び出版の差止め及び、請求の一部である四〇

万円の損害賠償を認容した。これに対し、東京高裁（平成一一年二月二四日判決 判例集未掲載 なお、著作権判例百選（第三版）九七に抜粋が掲載されている。）は、パブリシティの権利の侵害は、「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、右使用が専ら他人の氏名、肖像等のパブリシティの価値に着眼しその利用を目的とする行為であるといえるか否かにより判断すべきものである。」が、同書籍はこの基準を充たさないと、パブリシティの権利の侵害を否定し、第一審判決を取り消し原告の各請求を棄却した。

同事件はロックグループのパブリシティの権利とラジオ放送局の表現の自由が衝突した事件として注目された。いうまでもなく、表現の自由は民主政を基礎付ける自由であるから、憲法上優越的地位を有し、他の自由より厳格な基準（二重の基準の理論）によらなければ制限することはできないとされている。表現の自由が他の利益よりも優先されるべきことは、私法上も同様であり、「言論、表現等は他の法益すなわち名誉、信用などを侵害しない限りでその自由が保障されている」といわれてきた。<sup>②</sup>ところが、本件第一審裁判所は、当該書籍がキング・クリムゾンの顧客吸引力を重要な構成部分として利用していることを理由に、ラジオ放送局の出版の自由を制限した。

従来、スポーツ選手、俳優、歌手などの氏名・肖像等はパブリシティの権利として保護されてきたが、その法的性質については、パブリシティの価値を排他的に支配する財産的権利と考えられてきた。<sup>③</sup>右第一審もパブリシティの権利を財産的権利と考えているようであるが、仮に、そうであるなら、ラジオ放送局の表現の自由は優先して、パブリシティの権利を保護した理由はどこにあるのだろうか。また、控訴審の採用した基準の意味は必ずしも明確でないが、仮にその点はおくとしても、なぜ、「専ら他人のパブリシティ価値を利用」すれば、その表現の自由はパブリシティの権利に敗れて違法となるのであるのか。このような疑問に対して、パブリシティの権利の性質を財産的権利と理解するだけでは納得のいく答えは得られない。

## 2 アメリカにおけるパブリシティの権利の発展

アメリカでは、氏名・肖像等は、当初新聞・雑誌等のプレスに対するプライバシーの権利 (the right to be let alone) として保護されると考えられていた。<sup>(4)</sup>その後、二〇世紀のハリウッド映画の勃興とともに、有名人の氏名・肖像等の財産的利益を保護する必要性が認識され、パブリシティの権利が生成してきた。<sup>(5)</sup>

パブリシティの権利という名称を使用して、最初に、氏名・肖像等のパブリシティ価値を保護した裁判例は、一九五三年の *Haeflin Lab.* 事件判決である。<sup>(6)</sup>

同事件は、ある野球選手がチューインガム会社に宣伝のため自己の写真利用を許諾したところ、他のガム会社が無断でその選手の写真を宣伝に利用したというものである。Jerome Frank 判事は、「プライバシーの権利から独立した権利として、人は肖像のパブリシティ価値について権利を有し、この権利を財産的権利と呼ぶかどうかは別に、パブリシティの権利と呼ぶことができる。」としたうえで、続けて、「有名人は、肖像が公開されることによって、その感情が害されたからではなく、その利用料が支払われなかったことよって略奪されたと感じるのである」と説明して、財産的利益としてのパブリシティ価値を保護するものであることを明らかにした。<sup>(7)</sup>

翌一九五四年、著作権法学者である Melville B. Nimmer は、「パブリシティの権利」と題する論文を発表した。<sup>(8)</sup>その中で、同教授は、有名人の氏名や肖像が無断で利用された場合に侵害される利益は、多くの場合、私生活の平穩ではなく、パブリシティ価値が無断で利用されたことによる経済的利益であることを指摘し、パブリシティの権利がプライバシーの権利とは別個の財産的権利であることを明らかにした。有名人は、パブリシティ価値を確立するまでに多大の努力と時間をかけてきたのであるから、その成果は (the fruit of his labors) は、財産的権利として労働を行った者に帰

属させるべきであるというロック学派の思想に根拠をおく。<sup>9)</sup>

これに対して、William L. Prosser教授は、一九六〇年、その論文「プライバシー」の中で、パブリシティの権利をプライバシーの権利の一類型と位置づけた。<sup>10)</sup>

Prosser教授は、プライバシーの権利に関する不法行為を、①私事へ立ち入ること (Intrusion)、②私事を公開すること (Public disclosure of embarrassing private facts)、③公衆が誤解するように私事を公開すること (Publicity which places a false light in the public eye)、そして、④人の氏名や肖像が利用されないこと (Appropriation) の四つの類型に分類した。この四番目の類型がパブリシティの権利に相当するのであるが、プライバシーの権利の一類型としてとらえているところに特徴がある。ただし、この四番目の類型によって保護されるのは人格的利益よりもむしろ財産的利益であり、譲渡や利用許諾が可能であると指摘しつつ<sup>11)</sup>、後に述べるように、この点が大事であるのだが、四類型がいずれも人格的権利に関わるものであることは否定していない。<sup>12)</sup>

Prosser教授の四類型は後に、他の三類型と異質のものを混在させていると批判され、学説の展開は、パブリシティの権利をプライバシーの権利から独立した別個の財産的権利と考える方向に向かうことになる。

現在でもこの権利をプライバシーの権利と別個の財産的権利と理解する考え方が有力である。<sup>13)</sup>

しかし、人の属性である氏名や肖像に関する権利をこのように財産的権利として割り切ることが可能なのだろうか。遑つて考えてみると、氏名・肖像等は、人格権若しくはプライバシーの権利として保護されてきた。この生い立ちからみても、氏名・肖像等から人格権的要素を洗い流し、純粹に財産的利益としてのパブリシティ価値のみを保護することには疑問が残る。

むしろ、Prosser教授の分類こそ、パブリシティの権利の本質を理解するうえで重要ではなからうか。McCarty教授

が同分類を批判するにあたって、正しく指摘したように、Posser教授は、この四番目の類型によって、強弱の差はあっても、商業的利益 (commercial interest) とともに人格的利益 (personal dignity interest) も併せて保護しようとしたのである。<sup>(14)</sup>むしろ、有名人の氏名・肖像等には、財産的利益と人格的利益に係わる属性が並存していると考えるのが相当ではないか。

アメリカでは、近時、カント学派やポストモダン主義の立場等から、パブリシティの権利の人格権的要素に注目する見解が有力になってきている。<sup>(15)</sup>

その一人であるMark P. McKenna教授は、「パブリシティの権利と自律的自己定義の権利」<sup>(16)</sup>の中で、ポストモダン主義の立場から、パブリシティの権利は、財産的権利であるだけでなく、自律権としての自己定義の権利でもあることを明らかにした。<sup>(17)</sup>

米国の有名なシンガソング・ライターであるトム・ウェイツや、歌手であり女優であるベット・ミドラーは、商品コマーシャルに出演しないことで知られている。<sup>(18)</sup>McKenna教授の分析によると、彼らがコマーシャルに出演しないのは、氏名・肖像等のパブリシティ価値の商業的利用に関して十分な利用料が得られないからではなく、商品コマーシャルに出演することで、特定の商品との関連付け (associations) がなされ、それによって、彼らの芸術家としての本来の姿 (integrity) が傷つけられると考えたからである。このような関連付けを回避することで、芸術家としての同一性を保持しようとしたのである。そこでは、財産的権利としてのパブリシティの権利の侵害は問題にならない。

この自律的自己定義の権利を理解するには、次の説明が分かりやすい。

“... unauthorized use of her identity interferes with her autonomy because the third party takes at least partial control over the meaning associated with her.”<sup>(19)</sup>

情報化社会において個人の属性に関する情報を自律的に決定する利益を保護しようとする提案であり示唆にとんでい<sup>(20)</sup>る。

### 3 わが国におけるパブリシティの権利の議論の状況

わが国では、パブリシティの権利は、スポーツ選手や俳優等の有名人の氏名・肖像等の顧客吸引力がもつ経済的利益ないし価値を排他的に支配する財産的権利であると定義され、<sup>(21)</sup>人格権としての氏名・肖像権とは別個の財産的権利ととらえる見解が有力である。<sup>(22)</sup>

これに対して、財産的権利ととらえる見解に対しては、根強い反論がある。大家重夫教授は、パブリシティの権利は、「財産的権利といっても完全な財産的権利ではなく、人格権の色彩も色濃く残した財産的権利であり、この人格権的色彩の部分により差し止め請求が可能と解せられよう。」として、財産的権利としての性格と同時に人格権としての性格を有しているとされている。<sup>(23)</sup>同教授のいう「人格権の色彩を残した財産的権利」という表現からは、これを一個の権利とみているかのようなのであるが、同教授は、別の機会には、「人格権たる肖像権と肖像パブリシティ権は水面下では繋がっているが、水面上では別個の権利である」(コピライト二〇〇六・一二、四二頁)ともいつておられることからすると、権利を二個と考えておられるのかもしれない。

五十嵐清教授は、「パブリシティ権の人格権法における特殊性を理解するのにやぶさかではないが、今のところ、それを人格権、特に氏名権と肖像権の一部として位置づけたい。差し止めを認める根拠としてはそれで十分であるし、損害賠償についても、もともと人格権の侵害により財産的損害の発生することは珍しくない(たとえば、信用毀損)、

理論的障害にはならない。」とされて、人格権として一元的に構成される<sup>24</sup>。人格権が、財産的利益の保護を排除するものでないことを指摘されているところに意味がある。

更に、斉藤博教授は、財産的権利としての氏名・肖像権を、人格権としてのそれとは区別されるべきことを主張され、氏名・肖像利用権という別個の権利概念をたてておられる。両者の関係については、「氏名・肖像を個人の属性、それも、人格価値を表すものとするこれまでの認識の延長線上に財産価値を認識することはできない。敢えてこれを行おうとすれば、人格価値を有する氏名・肖像を売り物にすることになってしまう。そこで、まずは、氏名・肖像に人格価値から独立した財産価値の存する旨の認識が別途行われなければならない。」として、人格権と利用権を完全に別個の権利としたうえで、財産的権利としての利用権に差止請求を認める根拠を模索するという立場を取っておられる<sup>25</sup>。

このように、わが国におけるパブリシティの権利の法的性質に関する議論は諸説が乱立し、百家争鳴の感がある。

高度情報化社会においては、氏名・肖像等の人の属性に関して保護される利益の内容は多様化しており、必ずしも人格権を狭くとらえて財産的利益の保護は内包しないと考える必要はないのではない<sup>26</sup>。さらに、後に述べる試論のように包括的権利として構成すれば、財産的利益を保護する権利を譲渡しても、人格的利益を保護する権利は一身專屬権として本人に残るから、「人格価値を有する氏名・肖像を売り物にする」という結果にもならない。

また、二個説にたつ財産的権利説の課題は、差止請求を認める根拠を明らかにしなければならないことである。さらに、表現の自由との関係で何故財産的権利としてのパブリシティの権利が優越する場合があるのかを説明できなければならない。

この点、井上由里子教授は、独自の観点から、不正競争防止法等の標識法の理論を適用して差止請求の根拠を模索されている<sup>27</sup>。しかし、表示等標識の誤認混同の問題と、氏名・肖像等の人の属性の保護の問題は、おのずから議論の局面

が異なり、別個の問題と考えるのが相当である。

#### 4 わが国における氏名・肖像権の保護と人格権

わが国では、氏名権は、沿革的には、人格権として認められてきた。<sup>(28)</sup> 最高裁は、NHK外国人氏名日本語読み事件（昭和六三年二月一六日三小判 民集四二二二二七、判時一二六六九）で、「氏名は、社会的に見れば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人から見れば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であつて、人格権の一内容を構成するものである。」として、氏名権を人格権として位置づけている。

憲法上の基本的人権としての肖像権については、最高裁（京都府学連事件昭和四年二月二四日大判 刑集三三二二一六二五、判時五七七一一八）は、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人にも、その承諾なしに、みだりにその容貌・姿態を撮影されない自由を有するものとゆうべきである。」として憲法二三条の幸福追求権の一内容と捉えている。私法上の肖像権については、家庭用サウナの宣伝広告に消費者の顔写真と氏名が、一〇〇名程度の他の消費者とともに掲載するという当初の条件と違う形で掲載されたという事案で、東京地裁は、「人がその意思に反して氏名を使用されず、また肖像を他人の目にさらされずにいられる自由は法的保護に値する」として慰謝料請求を認容した例がある。これは肖像を人格権の一内容として保護したものであるといえる。<sup>(29)</sup>

なお、下級審判例の中には、肖像権を人格権として構成するものが多いが、プライバシーの権利としてとらえている判例もある。<sup>(30)</sup>

人格権は人格的利益を法的に保護する権利といわれ、人間の尊厳及び人格の自由な発展に根拠をおくものである<sup>31)</sup>。人格権の内容は、生命、身体、健康、自由、自己情報、名誉、プライバシー、氏名、肖像、平穏な生活などを守る権利と解するのが一般的である<sup>32)</sup>。

物権の請求権と同様に、侵害行為に対して差止請求権が認められるところに法技術的意味がある<sup>33)</sup>。ドイツ民法は、八二三条一項で絶対権について規定をしておき、「その他の権利」という文言には一般的人格権が含まれていると解されている。従って、ドイツ民法の解釈としては、一般的人格権は絶対権と解さざるを得ない。

しかし、わが国においては人格権が絶対権であるとの実定法上の強制はないから、必ずしも頑なに絶対権性に固執する必要はなく、弾力的な利害の調整が可能である。実際上も、人格権に内包されている利益の性質に着眼して、生命、身体、健康、自由を絶対的人格権とし、それ以外のものを相対的人格権とする見解がある<sup>34)</sup>。この見解によれば、例えば、不法行為の成否に関しては、絶対的人格権は、権利侵害が形式的にでもあれば不法行為が成立するが、相対的人格権の場合は、不法行為の成否を総合的に考察して判断するということになり、衝突する利益を柔軟に調整することが可能になる。確かに、名誉、プライバシー、氏名、肖像は、生命、身体、健康、自由と異なり、形式的に権利が侵害されたというだけでは必ずしも当然に違法となるものではなく、公共の福祉や表現の自由などの他の利益と比較考量を行い総合的に違法性の判断を行わなければならないことがある。このような場合には、相対的人格権概念は有効である<sup>35)</sup>。特に、後に述べるように、氏名・肖像の財産的利益と人格的利益が併存する場合には、他の法益との弾力的な利害の調整が可能になる。

ただ、絶対的人格権と相対的人格権の間に明確な境界線を示すことは必ずしも容易でないことが予想されるから、本来絶対権として強く保護されてきた人格的利益が、相対権という曖昧な概念を導入することで、絶対権として的人格権

の効力が弱められるおそれがある。そこにこの見解の克服すべき課題があるといえる。

## 5 人格権とプライバシーの権利の関係

プライバシーの権利の保護の歴史は、一九世紀後半、ウォーレン及びブランドイアの「一人ではあっておいてもらう権利」から出発したが、その後、二〇世紀における情報化社会の到来とともに、この権利は大いに変容して来た。積極的に自己の情報をコントロールする権利として、死ぬ権利、堕胎の自由など私的な事柄を自律的に自己決定する権利として、多様な内容を含むことになった。<sup>(36)</sup>

わが国では、プライバシーの権利は、「宴のあと」事件判決<sup>(37)</sup>で、「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利」として認められたが、その後、最高裁も、住民基本台帳事件で、「自己情報コントロール権は人格権の一内容であるプライバシーの権利」としている（最判平成二〇年三月六日判決民集62-3-665<sup>(38)</sup>）。

憲法学者の間でも、アメリカと同様に、プライバシーの権利の内容を、「自己に関する情報をコントロールする権利」としてとらえる見解が有力である。<sup>(39)</sup>

では、人格権とプライバシーの権利との関係をどのように理解すればよいのだろうか。

斉藤博教授は、「プライバシーの権利を大陸法的な枠組みの中で把握し、ある程度その内包外延を確かめた上で、人格権の法体系の中に位置づけるほうが妥当のように思う」としている（判例評論五八五―三八）。

これに対して、潮見佳男教授は、人格権を、①個人の自律・自己決定の保障、行動の自由、思想・信条の自由の保障

を内容とする「人格の自由な展開の保障」と、②氏名・肖像などの保障を内容とする「個人の私的生活領域の平穩の保護」を目的とする権利であると、人格権をプライバシーの権利として議論しようとする<sup>40</sup>。この見解は、人格権を、自己決定権という個人の人格の自由展開を保障する権利としての「人格の動的安全」と、自己情報のコントロールという「人格の静的安全」とで構成することで、プライバシーの権利と同様の内容を盛り込み、衝突する他の利益との調整を試みている<sup>41</sup>。

伊藤正巳教授も、憲法上の観点ではあるが、同様に、「プライバシーの権利を（表現の自由との関係で）総合的に考察する場合には、肖像権や氏名権を含めて考えてよいと思われる」として、氏名・肖像権を人格権ではなく、プライバシーの権利の中で考察しようとしている（「プライバシーの保護と表現の自由」（憲法の判例第三版一九七七年一二五頁））。

このようにプライバシーの権利を包括的な権利として多様な内容を含むと解することを前提にして、従来、人格権として保護されて来た利益を、自己の情報をコントロールする権利として保護することは十分に説得的であるといえる。複雑に利益が衝突する現代社会のある場面では、権利は相対化されざるを得ないし、その権利の内容を一義的に決することもできないからである。

この観点からは、むしろ、表現の自由、報道の自由、公共の利益、そのほかの他人の利益との間で、衝突する利益を総合的に比較考量するには、権利範囲が明確であることが求められる人格権よりも、多様な権利内容を含み且つ利益調整に馴染みやすいプライバシーの権利として構成するほうが妥当であるともいえる。

もつとも、いずれの概念を使用しても、氏名・肖像等の人格的利益の保護内容に差が生じるわけではなく、権利の内容を整理するうえでどちらが使いやすいかという問題はあっても、あまり実益のある議論ではないかもしれない。

ただ、わが国では、体系的には大陸法の枠組みとしての人格権として氏名権・肖像権が形成されてきたこと、最高裁がプライバシーの権利を「人格権の一内容」として認めていることからすると、プライバシーの権利の自律的自己決定権としての発展状況には魅力があるが、ここは、人格権として構成しておきたい。

## 6 包括的権利としての構成

高度情報化社会においては、個人情報、コンピュータ、インターネットを通じて、第三者に収拾・利用・公表され侵害されるおそれが高い。このような社会における氏名・肖像等の人の属性の保護は、財産的利益への配慮だけでは十分でない。高度情報化社会における、氏名・肖像等の人の属性は、人格的利益及び財産的利益の保護という両観点から考察されなければならない。

氏名・肖像等の人の属性に係わる多様な利益を保護するためには、プライバシーの権利の発展過程においてみたように、多様な利益を包含する包括的な権利構成が有用である。わが国においても、既に、憲法の分野では、自己情報をコントロールする権利としてプライバシーの権利を構成する立場だけでなく、私法の分野でも、人格権若しくはプライバシーの権利として、包括的権利性を認める見解が有力に主張されている。<sup>(42)</sup>このことからすると、氏名・肖像等人の属性の利用についても包括的な権利構成を試みることは、異例のことではない。

また、氏名・肖像等の人の属性の利用の態様は千差万別で、財産的利益と人格的利益のいずれが侵害されたかを概念的に区別することは困難なことが多い。例えば、スポーツ選手、俳優、歌手等の有名人が、第三者にその氏名、肖像、声、容姿、かけ声等の属性を商業的に利用させようとする場合、得られる財産的利益とは別に、属性が、どのような企業に

よって、どのような媒体を通して、どのような宣伝手法で利用されるのかにも関心を示すことがある。例えば、女優ジーン・フォンダはベトナム反戦運動家として知られているが、彼女は兵器産業のCMには出ないであろうし、CMの内容が戦争を鼓舞するようなものなら当然修正を求めらるであろう。このように、パブリシティの権利の商業的利用に關しても、人格的利益としての自律的自己決定の利益の保護が問題になる。プロゴルファーのタイガー・ウッズは、スポーツ用品のナイキの広告塔として知られているが、ナイキがかつてアジアでの幼児労働で糾弾された事実を重視するなら、タイガー・ウッズは、自己のイメージとナイキのイメージが関連づけられること (associations) を欲しなかつたであろう。北村行夫弁護士は「ある氏名や肖像が広告やサービスと結びつけられることによって、そこから受ける評価を別の属性として本人の属性の中に加える結果になる事実が人格権にとって重要だと考える。」との指摘は、同様の問題意識を有するものであろう。

このように、氏名・肖像等の人の属性は、一方で財産的利益であるとともに、他方で人格的利益としての側面を有しているといえる。氏名・肖像等人の属性の商業的利用といっても、必ずしも、財産的利益のみが問題になるわけではなく、財産的利益と人格的利益が分離されることなく複雑に交錯しながら保護を求めているのが現状である。内包する利益の多様性と交錯を考えると、パブリシティの権利を人格権と別個の権利としてとらえる一個説も、人格権ととらえる一個説も、保護される利益の実態をとらえていない。前者は、パブリシティの権利が差止請求をし得る理由を上手く説明できず、後者は、譲渡性についてうまく説明できずにいる。

むしろ、パブリシティの権利構成としては、このような多様性を有し、交錯する利益状況を端的にとらえ、財産権と人格権を下位概念として内包する上位概念としての包括的権利として構成すべきではなからうか。<sup>43</sup>

Prosser教授は、その論文「プライバシー」の中で、四つの類型がいずれも人格的な権利であることを認め、且つ、これら四つの類型をプライバシーの権利という共通の名(“common name”)で括つても矛盾がないことを明らかにしている。参考になるので、以下にそのまま引用する。<sup>(45)</sup>

There has nevertheless been a good deal of consistency in the rules that have been applied to the four disparate torts under the common name. As to any one of the four, it is agreed that the plaintiff's right is personal one, which does not extended to the members of his family, unless as is obviously possible, their own privacy is invaded along with his. . . . It seems to be generally agreed that the right of privacy is one pertaining only to individuals, and that a corporation or a partnership cannot claim it as such, although either may have an exclusive right to the use of its name, which may be protected upon some other basis as such as that of unfair competition.

包括的権利(名称としては、人格権)の内容としては、①氏名・肖像等の人の属性に関する財産的権利、②人格的自  
律権(自己決定権)——氏名・肖像等の人の属性に関する人格的権利、③人格価値そのものに関する権利——名誉権、  
私生活の平穩権としてのプライバシー権、名誉権、環境権などを内容とする、④生命、身体、自由、安全に関する権利  
を含むことになろう。

この包括的権利は、憲法上の幸福追求権から導き出された権利ととらえることができる。憲法一三条が保障する幸福  
追求権は、個別の基本権を包括する基本権であり、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体といわれ  
ているが、<sup>(46)</sup>この包括的権利も、同様に、①④の権利を包括する権利として構成され、憲法上の幸福追求権が私法の分  
野に意味充填されたものと解することができる。

ただ、このように構成すると、包括的権利の内容として、性質の異なる人格的利益と財産的利益が、同一の権利の中に併存することが問題になりうる。

しかし、このような併存状態は、すでにみたようにPosner教授の四類型にもみられるし、その他にも、最近の人格及びプライバシーの権利の構成においても同様に認められるものである。先述したように、人格権も財産的利益を保護しようとの五十嵐教授の指摘からも併存することにさほど奇異なものはないのではないか。<sup>47</sup>

繰り返しになるが、この構成は、トム・ウエイツ、ベット・ミドラー、タイガー・ウッズの例に見られるように、人の属性の財産的利益と人格的利益が複雑に絡み合っている状態を端的にとらえているだけでなく、差止請求を認める理由も譲渡性を認める理由も上手く説明できる。

今後、更なる議論の積み重ねが必要ではあるが、保護すべき利益が多様化して互いに複雑に絡み合う結果として、人格的利益と財産的利益が包括された利益が萌芽し、判例法によりこれらの利益が包括的権利として形成されたものであると理解することができる。

なお、プロ野球選手氏名肖像事件で、知財高裁は、パブリシティの権利を「人は、生命・身体・名誉のほか、承諾なしに自らの氏名や肖像を撮影されたり使用されたりしない人格的利益ないし人格権を固有に有すると解されるが、氏名や肖像については、自己と第三者との契約により、自己の氏名や肖像を広告宣伝に利用することを許諾することにより対価を得る権利（いわゆるパブリシティ権。以下「肖像権」ということがある。）として処分することも許されると解される。」と定義した。この立場は、氏名・肖像の商業的利用について、氏名・肖像が人格権の一内容であることを前提に、それを「宣伝広告に利用することを許諾することにより対価を得る権利」として処分することができる構成したものである。人格権としての氏名・肖像権が利用の態様によっては財産的利益の処分という財産権としての性質を併

せ包含することを認めたものであり、包括的権利構成に繋がる考えを示したものとして評価できる（知財高裁第二部平成二〇年二月二五日判決TKC法律情報データベース）。

## 8 具体的課題について

このような法的構成をとった場合、例えば、歌手の歌声が本人に無断で自動車コマーシャルに利用されたとして、不法行為に基づいて損害賠償を請求する場合は、この包括的な権利を被侵害利益と構成すれば足りる。権利の性質が財産的権利であるか、人格権的権利であるかに関わりなく、利用の対価が支払われていない場合は財産的損害を賠償請求すればよいし、コントロールを失ったことで精神的苦痛を被った場合は精神的損害を賠償請求すればよいのではなからうか。

### (1) 差止請求について

この権利は、人格権としての包括的権利としてその侵害に対しては、差止請求を認めるべきである。ただし、内包する権利のうち財産的権利の部分のみを譲り受けた者には差止請求を認める必要はない。

### (2) 譲渡性について

包括的権利全体については一身専属性を根拠に譲渡は認めるべきではないが、財産的権利に関する部分については、譲渡性を認めるべきである。

(3) 権利の主体について

譲渡性の議論と同様に、包括的権利全体については、法人帰属を認めるべきではないが、財産的権利に関する部分については、球団、プロダクション等の法人による保有を認めてよい。ただし、球団、プロダクションは、財産的権利の利用に関しては、残存する部分の権利を有する本人の人格的権利を侵害してはならない。

この権利の帰属は有名人に限定する必要はなく、無名人にも認められる。ただし、無名人のパブリシティの価値には財産的利益がない場合が多いであろう。

9 表現の自由との関係

冒頭に紹介したのは「キング・クリムゾン」事件であるが、東京高裁は、「専ら他人の氏名、肖像等のパブリシティ価値に着眼してその利用を目的とする行為か」という判断基準を使って、ラジオ局によるパブリシティの権利の侵害を否定した。専らパブリシティ価値に着眼するという意味は明確でない。書籍の内容が氏名・肖像等のパブリシティ価値のみに依存し、他に付加された価値が認められず、実質的にみて商品販売の場合と違いがなく、表現の自由として保護に値しないという意味と解しうる。これはこれで、書籍出版と商品販売行為を識別する基準としては有効であろう。ただ、表現行為の内容に立ち入ってその価値を評価することは、表現の自由の保障を弱める懸念が否めないし、表現の自由とパブリシティの権利が衝突する場合に、単に、その書籍が商品と同視し得るかという基準だけでは判断基準として一面的である。

むしろ、表現の自由と人格権としての包括的権利が衝突していると考え、表現の自由を制限することにより生じる

不利益と、人格権としての包括的権利を保護することによる利益を総合的に比較考量して、違法性を判断すべきである。そして、財産的利益としてのパブリシティ価値が侵害されているに過ぎない場合は、表現の自由を優先して保護すべき方向に判断が傾くことになるし、そうでなく、自律的自己決定の権利等の人格的利益が侵害されている場合には、むしろパブリシティの権利の保護を優先させるべきことになる。

書籍「キング・クリムゾン」は、その紹介本としての内容からみて、たとえ、ロックグループの氏名・肖像等のパブリシティ価値を利用していても、その内容は付加的価値を含むものであり、表現の自由により保護されるべきものであった。当該書籍はパブリシティ価値をかなり利用していたことは否定できないが、その内容は、ロックグループの同一性を傷つけるものではなかったし、ロックグループは書籍「キング・クリムゾン」と関連づけられることによって、グループの同一性が歪められてもいなかった。この観点からは東京高裁がとった結論は妥当であったといえる。

芸能人の肖像写真や記述を掲載した雑誌の出版がパブリシティの権利を侵害するとして争われた「ブブカ」事件（東京高裁平成一八年四月二六日判決 判時一九五四一四七）で、裁判所は、「芸能活動に対する正当な批判や批評、紹介については、表現の自由としてこれが尊重されなければならない」としつつ、「芸能人としての活動のほかにこれに『関連する事項』を紹介の対象とする記述を内容とする出版物の販売を容認するとした場合、芸能活動の内容面（演技、歌唱力など芸能の本来的部分）よりも美貌、姿態、体型といった外面に記述の中心が向けられ、芸能活動に対する正当な批判、批評の紹介の域にとどまらなくなったり、当該芸能人のプライバシーに関わることもでも芸能活動に関連するとしてそのすべてに批評や紹介が及ぶことになったりしかねないのであるし、また、その写真等の利用のされ方によっては、たとえば読者の性的関心に訴えるような紹介方法などその芸能人のキャラクターイメージを毀損し、汚すような逸脱も生じかねず、これらの事態が表現の自由として許されるべくもないことは明らかというべきである。」としている

が、氏名・肖像等の人格的利益に配慮しながら、表現の自由の限界を明らかにしたところが評価できる。

また、ほぼ同じ時期に提起された「アット・ブカ」事件（東京地裁平成一七年八月三十一日判決 判タ一二〇八一―四七）において、裁判所は、「制定法上の根拠もなく、慣習としても成立しているとはいえないパブリシティ権を認めるには慎重でなければならず、公法私法を通じた法の一般原則とみられる正義・公平の原則、信義則、比例原則等に照らしても、著名人としての顧客吸引力があることだけを根拠としては、著名人に関する情報発信を著名人自らが制限し、又はコントロールできる権利があるとはいえない」として、「著名人が、このような情報発信が違法であるとして損害賠償請求（場合によっては差止請求）ができるのは、著名人に関する肖像、氏名その他の情報の利用という事実のほかに、情報発信行為が名誉毀損、侮辱、不当なプライバシー侵害など民法七〇九条に規定する不法行為上の違法行為に該当する場合、著名人のキャラクターを商品化したり広告に用いるなど著名人のいわゆる人格権を侵害する場合はじめとする何らかの付加的要件が必要である」としている。この基準の妥当性については議論があるだろうが、表現の自由との関係でより厳格な基準を採用しているところが興味深い。

いずれも、氏名・肖像等の属性について自律的自己決定権に配慮した判断として評価できる。

## 10 むすびに

パブリシティの権利は、氏名・肖像等の人の属性が有するパブリシティ価値の商業的利用を排他的に支配する権利として、実際に、有名人の属性を財産的権利として保護し、商品化ビジネスを支えてきたが、パブリシティ価値を財産的権利としてだけとらえるのは一面的である。パブリシティの権利を上位概念としての包括的権利に内包する権利のひとつ

つとしてとらえ直すことで、氏名・肖像等の人の属性が、人格的利益としての性質を有しながら、商業的利用に供されている状況を端的に把握するものであり、より実態に即した明快な権利処理が可能となると考える。

- (1) 芦部信喜・高橋和之補訂「憲法」(第四版 岩波書店) 一八一頁以下参照。
- (2) 「宴のあと」事件(東京地裁昭和三九年九月二八日判決 判時三八五—二二)
- (3) おニャン子クラブ事件(東京高裁平成三年九月二六日判決 判例時報一四〇〇号三頁)。
- (4) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right of Privacy*, 4 *Harvard Law Review* 193 (1890)
- (5) Michael Madow, *Private Ownership of Public Image* (California Law Review 1993) は、パブリシティの権利の生成の歴史に詳しい。
- (6) *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.* (202 F.2d 866, 2nd Cir. 1953)
- (7) 伊藤正巳「プライバシーの権利」(岩波書店 一九六三年) 一五〇頁は、肖像権を、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果たして、適切な方法であるかどうかには疑問が残る。としながらも、「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、財産的権利の面が強くなっていく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、経済的利益として人から独立して法的な客体となるように、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。」(以下、この権利の性質の本質を述べている)。
- (8) Melville B. Nimmer, *The Right of Publicity, Law and Contemporary Problems* 203p (1954) 以下、"The right of publicity must be recognized as a property (not a personal) right" (以下、p. 217頁)。
- (9) Nimmer, *Id.* p.214, "It is unquestionably true that in most instances a person achieves publicity values of substantial pecuniary worth only after he has expended considerable time, effort, skill, and even money. It would seem to be a first principle of Anglo-American jurisprudence, an axiom of the most fundamental nature, that every person is entitled to the fruit of his labors unless there are important countervailing public considerations."
- (10) William L. Prosser, *Privacy*, California Law Review (1960), p.389, "The law of privacy comprises four distinct kinds of invasion of four different interests of the plaintiff, which are tied together by the common name, but otherwise have almost nothing in common except that each represents an interference with right of plaintiff, in the phrase coined by Judge Cooley, "to be let alone.""

- (11) Prosser 上掲 p.406, The interest protected is not so much a mental as a proprietary one, in the exclusive use of plaintiff's name and likeness as an aspect of his identity. It seems quite pointless to dispute over whether such a right is to be classified as "property." If it is not, it is at least, once it is protected by the law, a right of value upon which the plaintiff can capitalize by selling license.
- (12) *Id.* p.408.
- (13) J. Thomas McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy* (2d. ed. 2000)
- (14) McCarthy, 前掲 1-116. Prosser seemed to view the label "Right of Publicity" as redundant. Perhaps this is because he was somewhat equivocal as to the nature of the interest and injury involved. He viewed his fourth "appropriation" category as protecting both a commercial and a personal dignity interest, no matter what label was attached. Prosser 上掲, p415, The celebrity can undoubtedly complain of the appropriation of his name or likeness for purposes of advertising, or the sale of a product, and so can the victim of an accident.
- (15) Alice Haemmerli, *Whose who? The Case for a Kantian Right of Publicity*, *Duke Law Journal* 383 (1999), 「サント哲学」49号「意味の自律」を根拠に、「パブリシティの権利を人の自律権に基づく財産的権利と見なすべきである。」“Even more broadly, this philosophical orientation permits us to reconceive the right of publicity as a freedom-based property right with both moral and economic characteristics, rather than being forced to make a dichotomous choice between a privacy right concerned with moral injury on the one hand, or a purely pecuniary publicly right on the other.” Michael Madow, *Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity*, *California Law Review* 125 (1993), はポストモダニズムの立場から「有名な人のイメージは一般人にとっても同時代に生きる人間として自己を表現するために必要要素であるべきである。」“The whole postmodern movement in music and art, as in everyday life, is one in which pre-existing works and images are consciously and openly appropriated, reworked, and recycled.”
- (16) *The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition*, *University of Pittsburgh Law Review* Vol. 67 225 (2005), p281, “the choices we make with respect to the cultural objects and images we incorporate into our lives play an important role in reflecting our personalities.”
- (17) McKenna前掲二一〇頁は、パブリシティの権利を財産的権利としながらも、「人格的権利 (Moral Rights) としての側面に着眼する。」“Thus, while it makes some sense to conceptualize a right to prevent unauthorized uses of one's identity as “independent” of the right to privacy, a better distinction would have been between all identity appropriation claims, whether by celebrities or private citizens, on the one hand, and traditional privacy claims on the other hand.”

パブリシティの権利の包括性について

同志社法学 六〇巻七号 八三〇（三八四八）

- (18) *Watts v. Frito-Lay, Inc.*, 978 F.2d 1093 (9th Cir.1992), *Bette Midler v. Ford Motor Company*, 849 F.2d 460 (9th Cir.1988).
- (19) McKenna 前掲 p.282.
- (20) 大家重夫「人格権とパブリシティ権」特許研究 一九九〇年一〇月一〇頁、は「肖像・氏名は、人格との結びつきが深いから、その有名人が嫌いな商品の広告にも、一定の金額を支払えば使用できるという結論は容認しがたい。」として同様の問題意識を有している。
- (21) おニャン子クラブ事件（東京高裁平成三年九月二六日判決 判例時報一四〇〇号三頁）。わが国でパブリシティの権利という名称を初めて使用した判例は光GENJI事件（東京地裁平成元年九月二七日判決 判時一三三二六一三七）である。
- (22) マーク・レスター事件判決（東京地裁昭和五一年六月二九日判決 判例時報八一七二二三）では、パブリシティの権利という名称は使われていないが、「俳優等は、自らかち得た名声の故に、自己の氏名や肖像の対価を得て第三者に専属的に利用させる利益を有しているのである。ここでは、氏名や肖像が、……人格的利益とは異質の、独立した経済的利益を有している。」としている。阿部浩二「パブリシティの権利と不当利得」(注釈民法一八卷五五四頁、五六一頁 有斐閣)は、パブリシティの権利を「一種の財産的権利」と見做し、「パブリシティの権利においては、“right to be let alone”と云うよりは、“right to be free from commercial exploitation”が重要になる。」と云うH. Gordonの見解を引用したうえで、「パブリシティの価値が問題にされるときは、人の精神・感情に対する侵害 (injury to feelings) は二次的な考察の対象になるに過ぎない」とする。また、牛木理一「キャラクターの法的保護について」(著作権研究五五号三五頁)は、「氏名や肖像の営利的使用について、これを純粋な私事への介入という人格権侵害の面から考えるよりも、むしろ第一義的にはその商品的価値を見て財産的権利侵害であると考えた方が適当となります。」としている。竹田稔「プライバシー侵害と民事責任(八)」判例時報一三三三三五頁は、「氏名、肖像の有する財産的価値を利用する権利である」とし、また、「排他性のある財産権である」ともいう(同六頁)。
- (23) 大家重夫前掲九頁。
- (24) 五十嵐清「人格権法概説」(有斐閣 二〇〇三年)一八六頁。
- (25) 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、一九九三年)二〇頁。
- (26) この点、五十嵐前掲一八六頁参照。
- (27) 井上由里子「パブリシティの権利の再構成」(現代企業法学の研究 二〇〇一年)。
- (28) 五十嵐清前掲一五〇頁によると、一九二〇年鳩山秀夫により始めて承認された。
- (29) 家庭用サウナ新聞広告事件（東京地裁平成元年八月二九日判決 判例時報一三三八一一九）。なお、肖像をプライバシーの権利として保

護している下級審判例も存在する（東京地裁平成一七年一〇月二七日判決 判時一九二七―六八）。

- (30) 大家重夫「雑誌の記事や写真に『パブリシティ』を認めた判決―ブパカ・スペシャル七事件」(コピライト二〇〇六―二一三五)で詳しく分類されている。

大新聞会長カウン姿事件（東京地裁平成一七年一〇月二七日判決 判時一九二七―六八）、フォークス人違い事件（東京地裁昭和六二年六月一五日判決 判時一二四三―五四）など。

- (31) ポン基本法一、二条参照。斉藤博「人格権法の研究」(一粒社 一九七四年) 九九頁。

- (32) 加藤雅信「新民法体系 事務管理・不当利得・不法行為」(有斐閣 二〇〇五年) 一八八頁。五十嵐前掲一九頁以下では、人格権が包括的な概念であるとし、その類型としては、生命・身体・健康など人間の身体的属性に対する権利としての身体的人格権、および名誉権・氏名権・肖像権・プライバシー権などを中心とした精神的な人格権とする。

- (33) 平井宜雄「債権各論Ⅱ不法行為」(弘文堂 一九九二年) 一〇七頁。

- (34) 加藤雅信前掲同頁。

- (35) 加藤雅信前掲二二二頁。

- (36) Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1967), A. R. Miller, *The Assault on Privacy* (1971). 詳しくはMcKenna前掲参照。Pavesich v. New England Life Insurance Co., 50 S.E. 68 (Ga. 1905) は、無名人の肖像が知らない間に保険会社の広告に使用されていたという事案であったが、当該無名人が欲しない広告をしたことは感情を害するとしてプライバシーの権利の侵害を認めた。また、堀部政男「プライバシーと高度情報化社会」(岩波新書 一九八八年) に詳しい。

- (37) 註2前掲。

- (38) ノンフィクション作品に服役し事実が掲載された「逆転」事件(平成六年二月八日三小判決 民集四八―二一四九、判時一五九四―五五)で、最高裁は、「有罪判決を受け、服役したという事実は、その者の名誉あるいは信用に直接に関わる事項であるから、そのものはみだりに右の前科等に関わる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有する。」としたが、プライバシーの権利という名称を使用しなかった。なお、小説の中で、顔の腫瘍や父の犯罪歴が公表された「石に泳ぐ魚」事件で、最高裁(平成一四年九月二四日三小判決 民集二〇七―二四三、判時一八〇二―六〇)は、「名誉を毀損され、プライバシー及び名誉感情が侵害されたものと認められる」として、プライバシーの名称は使用しているが、人格権の侵害を認めた原審の判断をそのまま認容している。

パブリシティの権利の包括性について

同志社法学 六〇巻七号 八三二(三八五〇)

- (39) 芦部信喜・高橋和之補訂、註一前掲。佐藤幸治「憲法」(青林書院新社 一九八〇年) 三二六、三二八頁。
- (40) 潮見佳男「債権各論Ⅱ不法行為法」(新世社 二〇〇五年) 一八五頁。
- (41) 松井茂記「肖像権侵害と表現の自由」(民商法雑誌一二七―三―)は、プライバシーの権利を自己の情報をコントロールする権利ととらえている。
- (42) 潮見前掲。五十嵐前掲。
- (43) 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」(コピライト二〇〇三・五) 一九頁。
- (44) Mark P. McKenna, 前掲 p. 280 “Thus, while it makes some sense to conceptualize a right to prevent unauthorized uses of one’s identity as “independent” of the right to privacy, a better distinction would have been between all identity appropriation claims, whether by celebrities or private citizens, on the one hand, and traditional privacy claims on the other hand.”
- (45) Id. p. 408.
- (46) 芦部信喜・高橋和之補訂前掲 p. 116.
- (47) 花本広志「芸能人の写真等の公表・雑誌掲載と情報プライバシー権・パブリシティ権の侵害」(私法判例リマックス三五 二〇〇七下) 六四頁は、「パブリシティ権とは、自己の個人識別情報の商業的利用を排他的に許諾することのできる法的地位であり、自己決定権としての人格権そのものであるが、現代では、人格権ですら感化の対象となりうることから、財産的権利としての性質を併せもつ。」として同様の考え方を示している。