

肖像権の二元的構成

——ジャニーズ無断写真集事件を題材として——

松 本 俊 輔

肖像権の二元的構成

——ジャニーズ無断写真集事件を題材として——

松 本 俊 輔

The Dualistic Architecture of The Right of Personal Image

— By reference to A Recent Japanese Idols' Image Case —

MATSUMOTO Shunsuke

In 2012, Japanese Supreme Court gave the first finding of the Right of Publicity in itself, which had included the definition and the nature of the right.

But the finding is still ambiguous in several issues of the right as following :

- (1) The subject matter of the right
(What kind of subject matter the right could take ?)
- (2) The nature of the right (Is it patrimonial or not ?)
- (3) The transferability (Is this right could be transferred or not ?)
- (4) The holder of the right (Who could hold it ?)

After this finding, some district courts and some appeal courts have followed to it.

Therefore in this research, I will find out the dualistic architecture of the right of human image, which has a patrimonial aspect and a non-patrimonial aspect, by comparing a recent Japanese famous Idol groups' case with the Supreme Court case.

So this research will lead to a consistent understanding of the right with the other similar and related rights in Japanese Legal System, which is a so-called “melting pot” of several similar legal concepts from different origins, such as the right to privacy, the personal right, the right of publicity and so on, in other words, which is a mixture of Anglo-American Approach and European Approach.

Key Words : right of publicity, right of one's image, nature, architecture, digital network environment

1. 問題の所在

(1) 財産権としての肖像権保護の必要性

デジタル・ネットワーク環境の地球規模での普及は、万人が、国境を越えた情報発信者となることを可能にした。それに伴い、人間の属性の一つである肖像について、財産的価値を保護する必要性は、近年、益々、高まっている。

(2) 「パブリシティ権」判例の不十分性

今日、日本では、人の肖像等の財産的利用に関する権利は、「パブリシティ権」として、最高裁判所でも認められている。しかし、その理論構成や内容等には、依然、不明確な点が多い（法的性質、保護対象、譲渡性、享有主体性、等）。

(3) 日本法の特殊性と国際調和の必要性

また、日本法の場合、この問題に関連する法概念として、英米法系の憲法とヨーロッパ大陸法系の民法の下で、アメリカ法系の「プライバシー権」「パブリシティ権」と、ヨーロッパ大陸法系の「人格権」の概念が共存するという特殊性がある（いわば、「法律のるつぽ状態」）。そこで、そのような特殊事情の下で、それぞれの概念を、どう、整合性を持って理解、説明するのかという問題がある。

他方、現在の国際的な情報環境は、デジタル・ネットワークで相互接続されており、地球規模の視野でみると、こちらでも、「法律のるつぽ」状態が出現している。よって、日本法の特殊性を整合性を持って理解・説明する方法の模索は、結果として、地球規模での共通ルールの模索に示唆を与えることにもなる。

(4) 先行研究

そこで、肖像の財産的側面についての先行研究を見ると、最高裁判例で「パブリシティ権」が認められる以前から、「プライバシー権」、「人格権」、「パブリシティ権」に関して、様々な観点から、様々な研究がなされてきた。⁽¹⁾

しかし、いずれの研究も、日本法の「法律のるつぽ」状況における、関連する各種権利概念（「プライバシー権」、「パブリシティ権」、「人格権」、「個人情報保護」など、相互）の整合的理解に十分留意することなく行われてきた点で、

不十分であった。

また、地球規模で相互接続された情報環境下における、類似概念の整合的理解という観点も欠けており、不十分なものであった（現在では、その整合性の検討は放置したまま、「パーソナルデータ」の商業目的での活用について議論されているのが実情）。

(5) 本稿の概要

そこで本稿では、まず、パブリシティ権に関する最近の判例（＝「ジャニーズ無断写真集事件」判決）を紹介し（第2章）、次に、パブリシティ権関連の各論点に関する日本の判例理論を確認し（第3章(1)）、それらを前提に、本稿で着目した各論点について、法思想史と法社会学の観点から検討し（第3章(2)）、最後に、パーソナルデータ活用時代における、近接する概念の整合性ある理解について、何らかの示唆がないか、私見を述べることにする（第3章(3)）。

(6) 本稿における用語の定義

なお、本稿において、下記の用語は、下記の内容を指すものとする。

- 1) 肖像権とは、（最高裁判決では、肖像に関する人格権のみをさすことになっている[京都府学連事件、最判昭和44年12月24日判決]が、一般の用語法では、財産権も含むのが通常であることから、本稿でも、肖像に関する人格権（人格権としての肖像権＝非財産権）を指すのみならず、肖像に関する財産権（すなわち、財産権としての肖像権）の両方を指すものとする。
- 2) パブリシティ権とは、財産権としての肖像権を指すが、判例理論では、人格権に由来し、著名人が著名となる過程で当該著名人の精進努力によって顧客吸引力を獲得した結果、単に、人格的価値ばかりでなく、財産的価値をも保護するに至った権利とされており（「人格権説」。人格権と財産権は明確には区別されない一つの権利だという意味で、「一元論」＝「一元的構成」）、その結果、その享有主体は、著名人に限られるとされるが、私見（提案）では、著名人に限定されないものとする。
- 3) プライバシー権とは、非公知の私的事柄に関する人格的利益（＝非財産的利益）を保護する権利のことを指すものとし、肖像に関するプライバシー権とは、肖像の人格的（＝非財産的）

側面を保護するものを指し、財産的側面を保護するパブリシティ権とは、「保護対象」は同じであるが、「保護法益」を異にする別の権利を指すものとする。

- 4) 人格権とは、人の氏名や肖像などの、人的属性の人格的(=非財産的)価値を保護する権利、を指すものとする。

2. 最近の判例（ジャニーズ事件判例）の紹介

それでは、パブリシティに関する最近の判例を見よう。

【事例】

本件は、原告ら（ジャニーズ事務所所属のアイドルグループとして活動を行っている「嵐」および「KAT-TUN」）が、被告（書籍や雑誌の企画、編集、制作、発行及び販売等の事業を目的とする株式会社）が原告らを被写体とする写真を掲載した書籍を出版、販売し、これにより、原告らの肖像等が有する顧客吸引力を排他的に利用する権利及びみだりに自己の容貌等を撮影されず、また、自己の容貌を撮影された写真をみだりに公表されない人格的利益が侵害されたと主張して、それぞれ、被告に対し、不法行為による損害賠償金及びこれに対する不法行為の後である訴状送達の日から支払済みまで民法所定の年5分の遅延損害金の支払を求めるとともに、上記侵害のいずれかに基づく書籍の出版及び販売の差止め並びにその廃棄を求めた事案である。

そして、以下の点に、争いはない。

被告は、別紙書籍目録の各「発行年月日」欄記載の日に、同目録の各「題名」欄記載の題名で、原告らを被写体とする写真（以下「本件各写真」という。）を掲載した書籍（甲1ないし12。以下、それぞれを同目録の番号に従い「本件書籍1」のようにいい、併せて「本件各書籍」という。）を出版し、これらをいずれも定価1300円（消費税を除く。）で販売した。

原告らは、被告側のカメラマンが本件各写真を撮影したり、被告が本件各写真を本件各書籍に掲載したりすることを承諾しておらず、本件各写真は、原告らに無断で撮影され、本件各書籍に掲載された。

【争点】

この裁判における争点は、以下の4点であった。

- (1) 被告が本件各写真を本件各書籍に掲載する行為

が、原告らの肖像等が有する顧客吸引力を排他的に利用する権利を侵害するか否か。

- (2) 被告が本件各写真を撮影し、これを本件各書籍に掲載する行為が、みだりに自己の容貌等を撮影されず、また、自己の容貌を撮影された写真をみだりに公表されない人格的利益を侵害するか否か。
- (3) 上記(1)の権利の侵害及び上記(2)の利益の侵害により各原告らが受けた損害の額。
- (4) 原告らが被告に対し本件各書籍の出版及び販売の差止め並びに廃棄を請求することができるか否か。

【判旨】

- (1) 東京地方裁判所

（平成25〔2013〕年4月26日）判決

前記の事実と争点を前提に、東京地方裁判所は、下記の通り判示して、請求を一部認容した（本稿に特に支障のない、詳細な事実認定部分は「(中略)」として省略し、重要部分には下線を付した）。

「第3 当裁判所の判断

1 争点1（被告が本件各写真を本件各書籍に掲載する行為が、原告らの肖像等が有する顧客吸引力を排他的に利用する権利を侵害するか否か）について、判断する。

- (1) 人の氏名、肖像等（以下、併せて「肖像等」という。）は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があります、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利（以下、この権利を「パブリシティ権」という。）は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、人格権に由来する権利の1内容を構成するものといえることができる。他方、肖像等に顧客吸引力を有する者は、社会の耳目を集めるなどして、その肖像等を時事報道、論説、創作物等に使用されることもあるのであって、その使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合もあるといえるべきである。そうすると、肖像等を無断で使用する行為は、①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、③肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合に、パブリシティ権を侵害するものとして、不法行為法上違法となると解するのが相当である（最高裁平成21年（受）第2056号同24年2月2日第一小法廷判

決・民集66巻2号89頁参照)。

(2) 前提となる事実、証拠(甲1ないし12、16、17、18の1及び2、19、乙1の1ないし12、2、7ないし10)及び弁論の全趣旨を総合すれば、原告H、原告I、原告J、原告K及び原告Lは嵐のメンバーであり、原告M、原告N、原告O、原告P、原告Q及び原告RはKAT-TUNのメンバーであるところ、嵐及びKAT-TUNは、いずれも本件各書籍が出版されたところから現在に至るまで人気のあるアイドルグループであることが認められるから、原告らの肖像等は、顧客吸引力有するものと認められる。

(3) そこで、被告が本件各写真を本件各書籍に掲載する行為が、原告らのパブリシティ権を侵害するものとして、不法行為法上違法となるか否かについて、検討する。

ア 本件書籍1について

(中略)

サ 本件書籍11について

(中略)

2 次いで、争点3のうち、パブリシティ権の侵害により原告らが受けた損害の額について、判断する。

(1) 被告が本件各写真を本件各書籍に掲載する行為は、原告らのパブリシティ権を侵害するものであるところ、パブリシティ権は、先に判示したように、肖像等有する商品の販売等を促進する顧客吸引力を排他的に利用する権利であるから、原告らは、それぞれ、被告の行為により、本件各書籍の出版に当たり、それぞれを被写体とする写真の使用を許諾する場合に通常受領すべき金銭に相当する額の損害を受けたものと認められる。

(2) そこで、原告らが、本件各書籍の出版に当たり、それぞれを被写体とする写真の使用を許諾する場合に通常受領すべき金銭の額についてみる。

ア

(中略)

(4) したがって、被告は、原告Hに対し511万9400円、原告Iに対し454万7400円、原告Jに対し383万2400円、原告Kに対し469万0400円、原告Lに対し554万8400円、原告M、原告N、原告O及び原告Pに対しそれぞれ337万2416円、原告Qに対し859万1916円、原告Rに対し837万7416円並びに上記各金員に対する不法行為の後の日である平成21年8月26日(訴状送達の日)から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金を支払う義務があ

る。

3 そこで、争点2(被告が本件各写真を撮影し、これを本件各書籍に掲載する行為が、みだりに自己の容貌等を撮影されず、また、自己の容貌を撮影された写真をみだりに公表されない人格的利益を侵害するか否か)について、判断する。

原告らは、被告の行為により、上記利益を侵害され、その結果、被告が本件各書籍を出版するについて、その肖像写真、氏名及びグループ名等の使用を許諾した場合に得ることができる利益に相当する額及び弁護士費用相当損害金の損害を受けたと主張する。

ところで、仮に被告が本件各写真を撮影し、これを本件各書籍に掲載する行為が原告らの上記利益を侵害するものであるとしても、このことから、直ちに、原告が写真等の使用を許諾した場合に得ることができる利益に相当する額及び弁護士費用相当損害金の損害を受けることにはならず、本件において、原告らが上記のような損害を受けたことを認めるに足りる証拠もない。

したがって、原告らの上記利益の侵害を理由とする損害賠償請求は、その余の点について判断するまでもなく、理由がない。

4 争点4(原告らが被告に対し本件各書籍の出版及び販売の差止め並びに廃棄を請求することができるか否か)について、判断する。

弁論の全趣旨によれば、被告は、本件各書籍の販売を継続していることが認められ、また、被告は、本件各書籍を出版、販売することが原告らのパブリシティ権を侵害するものではないと主張しているから、これらの事情によれば、被告は、今後、本件各書籍を出版してこれを販売し、又は占有する本件各書籍を販売するおそれがあるものと認められる。

そして、パブリシティ権が人格権に由来する権利の一内容を構成するものあることに鑑みれば、原告らは、被告に対し、原告らのパブリシティ権の侵害の停止又は予防のために、本件各書籍の出版及び販売の差止め並びに被告が占有する本件各書籍の廃棄を求めることができるというべきである。

第4 結論

以上のとおりであって、原告らの請求は、主文第1ないし第3項に記載の限度で理由があるが、その余は理由がない。

よって、主文のとおり判決する。」

(2) 知的財産高等裁判所

（平成25〔2013〕年10月16日）判決

前記地裁判決を不服として被告は控訴したが、知財高裁は、下記の通り判示して、控訴棄却した。

「第3 当裁判所の判断

当裁判所も、控訴人が本件各写真を本件各書籍に掲載する行為は被控訴人らのパブリシティ権を侵害するものであるので、被控訴人らの請求は、原判決の認容した額の限度での損害金及び遅延損害金の支払請求、本件各書籍の出版及び販売の差止請求並びに控訴人の占有する本件各書籍の廃棄請求につき理由があるものと判断する。

その理由は、次のとおり原判決を補正する（以下、掲記の証拠のうち、枝番のあるものは枝番を含む。）ほかは、原判決「事実及び理由」の第3の1ないし4記載のとおりであるから、これを引用する。

1 原判決20頁20行目「顧客吸引力」の次に「を」を加える。

2 原判決104頁8行目末尾に、改行の上、次のとおり加える。

「(4) これに対し、控訴人は、本件各書籍において文章は独立した意味のない添え物ではなく、本件各書籍は、肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用したものではないので、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするものとはいえない旨種々主張する。

しかし、上記(3)認定の本件各書籍における本件各写真の大きさや枚数等の掲載態様、コラム等の文章の内容や分量、本件各写真とコラムとの関連性の程度等に照らすと、控訴人の種々主張する点は、いずれも本件各書籍への本件各写真の掲載が、被控訴人らの肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、専ら上記被控訴人らの肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするものであるとの認定を左右するものとはいえない。

よって、控訴人の上記主張を採用することはできない。」

3 原判決104頁16行目末尾に、改行の上、次のとおり加える。

「控訴人は、本件各書籍の出版に当たり、被控訴人それぞれを被写体とする写真の使用を許諾する場合に通常受領すべき金銭に相当する額の損害は、控訴人による本件各書籍の出版、販売から通常生ずべ

き損害ではない旨主張する。

しかし、パブリシティ権を侵害する態様で被控訴人それぞれを被写体とする写真を使用する場合には被控訴人それぞれから許諾を得る必要があるところ、パブリシティ権が肖像等それ自体の商業的価値に基づくものである以上、通常、上記の許諾を得るためにはその対価の支払が必要となるものと認められる。そして、無許諾で上記のような写真が使用されれば、被控訴人らは上記の許諾の対価を得られなくなる以上、被控訴人それぞれを被写体とする写真の使用を許諾する場合に被控訴人それぞれが通常受領すべき金銭に相当する額は、控訴人による本件各書籍の出版、販売から通常生ずべき損害であるといえる。

よって、控訴人の上記主張を採用することはできない。」

4 原判決106頁14行目「イ」の次に「ア」を加える。

5 原判決106頁20行目末尾に、改行の上、次のとおり加える。

「(イ) 控訴人は、被控訴人らの正規の写真集に係る契約における使用料率等は、印税や写真集への出演料等とされているものもある上に、ジャニーズ事務所やそのグループ会社間のものも含まれているほか、ジャニーズ事務所の許諾を得て制作された被控訴人らの写真集では、出版社が指定するロケ地に被控訴人らを派遣し、要求されるポーズをとらせるといった付加価値が提供されており、出版社から支払われる金員にはこれらに対する報酬が含まれるので、上記使用料率等は被控訴人らに支払われる肖像等の使用料を適切に反映したものではないとか、仮に出版社等から被控訴人らに使用料等が支払われるとしても、そのうちの一定額は、仲介手数料等としてジャニーズ事務所に徴収されるのであるから、被控訴人らの正規の写真集に係る契約書の内容は、本件各書籍で被控訴人らの肖像等が使用されたことによって被控訴人らが被った損害の額を算定する際の参考にはならないなどと種々主張する。

しかし、被控訴人らの正規の写真集に係る契約書（甲16～19）は、それぞれ専ら被控訴人らの肖像を利用する写真集（乙7～10）の出版に関わるものである上に、その契約内容に照らしても、支払われた対価は、その名目に関わらず、被控訴人らの肖像等の使用に対して支払われたものであるものと認められる。

また、被控訴人らの提出した被控訴人らの正規の写真集に係る契約書には、ジャニーズ事務所のグ

ループ会社ではない出版社との間のもの（甲16、18）も含まれている。

さらに、出版社が指定するロケ地に被控訴人らを派遣すること等が、被控訴人らの正規の写真集に係る契約における使用料率等に反映されていることを裏付ける的確な客観的証拠はない。

仮に出版社等から被控訴人らに支払われた使用料等の一定額が仲介手数料等としてジャニーズ事務所に支払われたとしても、それは被控訴人らとジャニーズ事務所との間の問題であって、これが本件各書籍で被控訴人らの肖像等が使用されたことによって被控訴人らが被った損害の額に影響を及ぼすものとはいえない。

そして、控訴人が他に種々主張する点も、いずれも上記(ア)の認定を左右するものではない。

以上に加え、本判決の認定する使用料率が10%であり、被控訴人らの正規の写真集に係る契約（甲16～19）におけるものより低率であることも併せ考えると、控訴人の上記主張はいずれも採用することができない。

(ウ) 控訴人は、本件各書籍は、一流のライターに委託して作成された相当量のコラム等を掲載しており、本件各書籍における被控訴人らの肖像等の寄与度は被控訴人らの正規の写真集における寄与度よりも低いなどと主張する。

しかし、前記1認定のとおり、控訴人が本件各写真本を本件各書籍に掲載する行為は、被控訴人らの肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、専ら上記被控訴人らの肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするものである上に、本判決の認定する使用料率が10%であり、被控訴人らの正規の写真集に係る契約書（甲16～19）におけるものより低率であることも併せ考えると、本件各書籍にコラム等が掲載されているからといって、前記(ア)の認定が左右されるものではなく、控訴人の上記主張を採用することはできない。

(エ) 控訴人は、損害金を算定するに当たっては、本件各書籍の発行部数でなく、実売部数を基礎とすべきである旨主張する。

しかし、控訴人は被控訴人らの許諾を受けない限り本件各書籍を発行することができない以上、控訴人が本件各書籍を発行すること自体が被控訴人らのパブリシティ権の侵害行為となるものと解される上に、被控訴人らの正規の写真集に係る契約（甲16～19）においても発行部数に応じて対価が定められていることに照らすと、控訴人の上記主張を採用する

ことはできない。」

6 原判決118頁10行目から同頁11行目にかけての「あること」を「であり、かつ、顧客吸引力を排他的に利用する権利をその内容とすること」と改める。

7 原判決118頁13行目末尾に、改行の上、次のとおり加える。

「控訴人は、平成14年判決に照らすと、権利侵害により生ずべき損失が金銭賠償によっては回復が困難であるという特別な事情がない限り、パブリシティ権に基づく書籍等の出版、販売の差止めは許されないと解すべきであるなどと主張する。

しかし、平成14年判決は、名誉権ないしはプライバシーの利益等に基づく書籍の出版等の差止めに関する事案であり、本件とは事案を異にするので、控訴人の上記主張はその前提を欠くというほかないし、上記のパブリシティ権の性質に照らしても、控訴人の上記主張を採用することはできない。」

(3) 最高裁判決（平成26〔2014〕年8月中旬）

：被告は、地裁判決を不服として上告したが、最高裁は、これを上告棄却した＝確定。⁽²⁾

3. 検討と私見

(1) 財産権としての肖像権の論点と判例

「パブリシティ権」をめぐるのは、多くの論点があるが、本稿では、前記ジャニーズ事件判例と、それに類似した判例を素材とし、下記の4点について、判例理論を確認・検討する。

- ① 保護対象（保護対象は何か＝人的属性か）
- ② 法的性質（権利の性質は人格権か財産権か）
- ③ 譲渡性（その権利の譲渡はできるのか）
- ④ 享有主体性（権利を持てるのは本人のみか）

1) 「保護対象」と「法的性質」

①と②の論点に関しては、このジャニーズ事件判例の少し前に「ピンク・レディ事件」最高裁判例（最高裁が初めて「パブリシティ権」を認めた判例）があるので、まず、それを確認しよう。

- 「ピンク・レディ事件」最高裁判所（平成24〔2012〕年2月2日）判決

【事例】

本件は、昭和51年から56年までに活動し、過激なステージ・アクションで広く世間に知られ人気を博していた女性デュオ「ピンク・レディー」を構成していた原告らが、原告らの肖像を含む写真を無断で使用したダイエットの記事を平成19年2月13日および2月27日刊行の女性週刊誌に掲載した被告（出版社）に対し、不法行為（パブリシティ権侵害、民法715条）に基づく損害賠償金及び遅延損害金の支払いを求めた事案である。

【争点】 ここでは、パブリシティ権侵害の成否が問題となった。

【判旨】 これに対し、最高裁は、下記のように、パブリシティ権侵害を否定する判決を下した。

（前記の論点に関連するところに絞って引用し、特に重要なところには、下線を付した。）

「3(1) 人の氏名、肖像等（以下、併せて「肖像等」という。）は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これをみだりに利用されない権利を有すると解される（氏名につき、最高裁昭和58年(オ)第1311号同63年2月16日第三小法廷判決・民集42巻2号27頁、肖像につき、最高裁昭和40年(あ)第1187号同44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁、最高裁平成15年（受）第281号同17年11月10日第一小法廷判決・民集59巻9号2428頁各参照）。そして、肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があります、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利（以下「パブリシティ権」という。）は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の一内容を構成するものということができる。他方、肖像等に顧客吸引力を有する者は、社会の耳目を集めるなどして、その肖像等を時事報道、論説、創作物等に使用されることもあるのであって、その使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合もあるというべきである。そうすると、肖像等を無断で使用する行為は、①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、③肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合に、パブリシティ権を侵害するものとして、不法行為法上違法となると解するのが相当である。

(2) これを本件についてみると、前記事実関係によれば、上告人らは、昭和50年代に子供から大人に至るまで幅広く支持を受け、その当時、その曲の振り付けをまねることが全国的に流行したというのであるから、本件各写真の上告人らの肖像は、顧客吸引力を有するものといえる。

しかしながら、前記事実関係によれば、本件記事の内容は、ピンク・レディーそのものを紹介するものではなく、前年秋頃に流行していたピンク・レディーの曲の振り付けを利用したダイエット法につき、その効果を見出しに掲げ、イラストと文字によって、これを解説するとともに、子供の頃にピンク・レディーの曲の振り付けをまねていたタレントの思い出等を紹介するというものである。そして、本件記事に使用された本件各写真は、約200頁の本件雑誌全体の3頁の中で使用されたにすぎない上、いずれも白黒写真であって、その大きさも、縦2.8cm、横3.6cmないし縦8cm、横10cm程度のものであったというのである。これらの事情に照らせば、本件各写真は、上記振り付けを利用したダイエット法を解説し、これに付随して子供の頃に上記振り付けをまねていたタレントの思い出等を紹介するに当たって、読者の記憶を喚起するなど、本件記事の内容を補足する目的で使用されたものというべきである。

したがって、被上告人が本件各写真を上告人らに無断で本件雑誌に掲載する行為は、専ら上告人らの肖像の有する顧客吸引力の利用を目的とするものとはいえず、不法行為法上違法であるということではできない。

4 以上によれば、本件各写真を本件雑誌に掲載する行為が不法行為法上違法であるとはいえないとした原審の判断は、以上の趣旨をいうものとして是認することができる。論旨は採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官金築誠志の補足意見がある。

裁判官金築誠志の補足意見は、次のとおりである。

パブリシティ権の侵害となる場合をどのような基準で認めるかについては、これまでの下級審裁判例等を通じいくつかの見解が示されているが、パブリシティ権が人の肖像等の持つ顧客吸引力の排他的な利用権である以上、顧客吸引力の無断利用を侵害の中核的要素と考えるべきであろう。

もっとも、顧客吸引力を有する著名人は、パブリシティ権が問題になることが多い芸能人やスポーツ選手に対する娯楽的な関心も含め、様々な意味に

において社会の正当な関心の対象となり得る存在であって、その人物像、活動状況等の紹介、報道、論評等を不当に制約するようなことがあってはならない。そして、ほとんどの報道、出版、放送等は商業活動として行われており、そうした活動の一環として著名人の肖像等を掲載等した場合には、それが顧客吸引の効果を持つことは十分あり得る。したがって、肖像等の商業的利用一般をパブリシティ権の侵害とすることは適当でなく、侵害を構成する範囲は、できるだけ明確に限定されなければならないと考える。また、我が国にはパブリシティ権について規定した法令が存在せず、人格権に由来する権利として認め得るものであること、パブリシティ権の侵害による損害は経済的なものであり、氏名、肖像等を使用する行為が名誉毀損やプライバシーの侵害を構成するに至れば別個の救済がなされ得ることも、侵害を構成する範囲を限定的に解すべき理由としてよいであろう。こうした観点については、物のパブリシティ権を否定した最高裁平成13年（受）第866号、第867号同16年2月13日第二小法廷判決・民集58巻2号311頁が、物の名称の使用など、物の無体物としての面の利用に関しては、商標法等の知的財産権関係の法律が、権利の保護を図る反面として、使用权の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないよう、排他的な使用权の及ぶ範囲、限界を明確にしていることに鑑みると、競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に排他的な使用权等を認めることは相当でないと判示している趣旨が想起されるべきであると思う。

肖像等の無断使用が不法行為法上違法となる場合として、本判決が例示しているのは、プロマイド、グラビア写真のように、肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用する場合、いわゆるキャラクター商品のように、商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付する場合、肖像等を商品等の広告として使用する場合の三つの類型であるが、これらはいずれも専ら顧客吸引力を利用する目的と認めるべき典型的な類型であるとともに、従来の下級審裁判例で取り扱われた事例等から見る限り、パブリシティ権の侵害と認めてよい場合の大部分をカバーできるものとなっているのではないかとと思われる。これら三類型以外のものについても、これらに準ずる程度に顧客吸引力を利用する目的が認められる場合に限定することになれば、パブリシティ権の侵害となる範囲は、かなり明確になるのでは

はないだろうか。

なお、原判決は、顧客吸引力の利用以外の目的がわずかでもあれば、「専ら」利用する目的ではないことになるという問題点を指摘しているが、例えば肖像写真と記事が同一出版物に掲載されている場合、写真の大きさ、取り扱われ方等と、記事の内容等を比較検討し、記事は添え物で独立した意義を認め難いようなものであったり、記事と関連なく写真が大きく扱われていたりする場合には、「専ら」といってよく、この文言を過度に厳密に解することは相当でないと考える。

（裁判長裁判官 櫻井龍子 裁判官 宮川光治 裁判官 金築誠志 裁判官 横田尤孝 裁判官 白木 勇） _」

以下、論点①と②について、ジャニーズ事件との異同を確認してみよう。

【論点①＝保護対象】

要するに、ピンク・レディ事件の最高裁判決では、

「人の氏名、肖像等（以下、併せて「肖像等」という。）は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これをみだりに利用されない権利を有する」

として、パブリシティ権の「保護対象」に「肖像」が含まれることを当然とし、含まれる理由は、「個人の人格の象徴」だからだとしている。

他方、ジャニーズ事件の知財高裁判決も、

「当裁判所も、控訴人が本件各写真を本件各書籍に掲載する行為は被控訴人らのパブリシティ権を侵害するものである」

として、原判決（東京地裁判決）を維持し、控訴棄却にし、最高裁でも、この高裁判決に対する上告は棄却され、本件は確定したので、東京地裁の下記の判示内容は維持されていると考えられる。

「人の氏名、肖像等（以下、併せて「肖像等」という。）は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があります、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利（以下、この権利を「パブリシティ権」という。）は、肖像等それ自体の商業的価値に

基づくものであるから、人格権に由来する権利の内容を構成する」

すなわち、パブリシティ権の「保護対象」に、「肖像」が含まれるのは当然のこととし、その理由づけは、明示していないが、人格権に由来することからして、最高裁判決同様に、「個人の人格の象徴」だからだと推測され、ジャニーズ事件判決においても、この論点については、最高裁と同様の立場に立つと思われる。

この「個人の人格の象徴」とは、本稿で言う、「人的属性」と同義と解してよいであろう。

なお、この保護対象に、肖像、氏名のほかに、何が含まれるかについて、いわゆる「物のパブリシティ権」などをめぐって、争いがあるが、本件では、紙面の関係もあるので、特に、これ以上、この点には深入りしない。

【論点②＝法的性質】

これについては、前記の通り、ピンク・レディ事件の最高裁判決でも、ジャニーズ事件の地裁・高裁・最高裁のいずれの判決でも、パブリシティ権の法的性質を「人格権」と理解していると想われる（「財産権」と区別しない一元的構成）。

2）「譲渡性」と「享有主体性」

論点の③と④に関しては、ジャニーズ事件では、タレント本人が原告だったが、タレントのマネジメント事務所が原告となった事例として、「長嶋一茂事件」の地裁判決があるので紹介し、本論点についての判例理論を確認・検討する。

●長嶋一茂事件（注：判例は〔長嶋〕と記載する） 東京地方裁判所

（平成17〔2005〕年3月31日）判決

【事案】

タレント長嶋一茂のマネジメント事務所（原告）が、ポスター用にのみ、長嶋一茂の肖像を使用許諾したスポーツ用具等の販売業者（被告）に対し、被告が訴外Z社に対し、その肖像等の雑誌における広告宣伝目的での使用を無権限で許諾したことがパブリシティ権侵害すると主張した事案である。

【争点】

この事案において、争点は下記の4点であった。

① 被告は当該肖像等を訴外Z社に使用許諾した

か。

② 原告の損害額。

③ 原告の記者発表が被告への不法行為になるか否か。

④ 被告の損害額。

これらの争点の前提として、タレントのマネジメント事務所は、パブリシティ権の享有主体である得るのか（パブリシティ権の譲渡性＝他人に譲渡できるのか？）が、事実認定された。

【判旨】

上記争点①の前提として、マネジメント事務所が長嶋一茂の肖像権の譲渡を受けているか否か、を確認する必要があったが、下記の通り、争いのない事実と認定し、争点①と②については請求認容、争点③と④については、請求棄却。

「原告は、長嶋の肖像等の管理や、長嶋の俳優、タレント活動に関するマネジメント等を行うことを業とする有限会社であり、平成8年12月6日、長嶋から、そのパブリシティ権の譲渡を受けた者である。」⁽³⁾

(2) 検討（「法思想史」「法社会学」の観点から）

以上の判例理論を踏まえて、本稿では、本稿における前記の4つの論点について、主に、法思想史、法社会学の観点から、検討してみよう。

1）「財産権」の進化と分化（＝人格価値の保護の分化）

まず、パブリシティ権に関する論点①＝「保護対象」と論点②＝「法的性質」については、「財産権」思想の進化に着目すべきである。

市民革命によって、封建社会から市民社会に移行した際に、国家と市民との間の、国家権力制限のルールとして、憲法が制定された。その際に、憲法の概要は、人権保障と統治機構の二部構成とされ、前者の眼目は、主に、言論の自由や財産権（Property）保障であった。ただ、当初、国家が社会に保障した人権としてのPropertyは、現在の財産権的なものばかりでなく、その他の様々な人権を含む内容であったと理解されている。つまり、国家は、市民に対して、固有な（Proper）ものを保障しなければならないという意味でのPropertyであったと理解されている。⁽⁴⁾

よって、その後、そこに含まれていた他の自由や権利が、権利章典では、別の権利として分化、独立していくことになる。

このような、財産権の進化と分化の法思想史から見れば、人権の中には、大別して、財産権的なものと非財産権的なものがあり、前者が、財産権、後者が人格権、という理解になって自然だし、そう理解すべきだ、ということになりそうである。

2) 「知的財産権」の進化と分化 (= 人格的価値の保護の分化)

次に、論点①と②については、情報化に関する権利の先輩格としての、知的財産権(特に、著作権)における財産権と人格権の進化と分化も、参考にされてよいのではなかろうか。

すなわち、著作権の生成と展開に関しては、無論、地域や時代に格差はあるものの、概要、
① 市民革命に同期する形で人権として成立、
② 権利内容としての財産権と人格権の認識、
③ 財産権と人格権を分ける法制度の出現
という進化と分化を辿ってきた。⁽⁵⁾

すなわち、著作権は、市民革命直後に承認され、内容的には、英米法系では、複製権を中心とした財産権として出発し、欧州大陸法系では、著作権者の権利として、財産権と人格権を含む一つの権利と理解されてきた(= 一元構成を採る)が、後者をモデルとした最近の他の文明諸国(日本、韓国、台湾など)では、著作権者の財産権と人格権は、別箇独立の二つの権利と理解される(= 二元構成を採る)のが通常である(これを図解すると、下記の通り)。

[[著作権者の権利] と著作物の「財産権」「人格権」]

【イギリス・アメリカ】

著作権者の権利 = 著作権 = 財産権 *

* (もともと、功利主義の影響で、財産権を中心に理解されていたが、後日、判例やベルヌ条約の影響で、人格権も含まれると、理解されるようになっていく)

【ドイツ・フランス※】(一元構成)

著作権者の権利 = 著作権 = 財産権 + 人格権

※ (同じ、一元構成とはいえず、厳密には、両国の間には、両権利間の密接不可分さの程度について理解の相違があり、ドイツの

方が両者をより密接不可分と理解する)

【日本、韓国、台湾など】(二元構成)

著作権者の権利 = 著作権 = 財産権 + 人格権

このようにしてみると、後記の通り、プライバシー権は、著作権者の人格権にインスパイアされて提唱された面もあり、知的財産権において、財産権と人格権とが、保護対象は同じくするものの、法制度としては、別物として法制度化されるようになってきていること、すなわち、「一元構成から二元構成へ」という、権利進化のプロセスは、大いに参考にすべきと思われる。

3) 「プライバシー権」の進化と分化 (= 財産的価値の保護の分化)

また、同様に、「プライバシー権」の生成と展開も、法思想的、法社会的に見直すとき、いろいろな示唆があるように思われる。

そもそも、「プライバシー権」は、英米法の伝統の中には、口頭および書面による名誉毀損による不法行為はあるものの、名誉は毀損しない(社会的評価を下げることはない)が、私事を「公表」されること自体によって損害が生じる場合があり(そのような情報環境が出現し)、従来の名誉毀損の法理のみでは不都合になったということを前提として提唱されたものである(その提唱の際に、著作権には、財産権の他に人格権[特に、公表権]があり、それが、著作権者の非財産的利益を保護するものであることに着目・触発された)。⁽⁶⁾

よって、本来、「プライバシー権」の保護の中核は非財産的利益の保護であったと言える。

その後、概念規定の不明確なまま、判例が積み重ねられることによって、プロッサーによるプライバシー侵害による不法行為の4類型の中には、財産的利益侵害も含まれることが指摘された。⁽⁷⁾

しかし、プロッサーの4類型以前に、著作権法の大家でUCLAの教授であったニンマーによって、肖像等の財産的利益の保護に関しては、理論的には、プライバシー権による保護では不都合であることが指摘され、財産権としての肖像権等について、別途、「パブリシティ権」が提唱されていた。⁽⁸⁾

よって、プライバシー権の進化のプロセスも、法思想史、法社会学的観点から肖像権を再検討すると、「保護対象」は同じ人的属性（肖像など）であっても、「保護法益」や権利の「法的性質」は、財産権と非財産権に分化する、すなわち、権利の進化と分化が、ここでも、見られることに、着目する必要がある。

4) 整合性ある理解への示唆

（＝「プライバシー権」、「人格権」、「個人情報保護」の整合的理解への視座）

以上を前提に、以下、他の、類似・関連する他の権利との整合性も考慮の上、論点③＝「譲渡性」および論点④＝「享有主体性」の問題を、検討する。

【論点③＝譲渡性】

これについては、論点②＝「法的性質」を財産権ととらえる場合、「譲渡性」も肯定する方向に強く傾く。

ここで問題となるのが、論点①＝「保護対象」が人的属性であるため、譲渡できないのではない、という疑問点である。

しかし、人的属性に関する法思想を、地球規模で、歴史的にみると、前記の通り、明らかに、二元論（財産権と人格権＝非財産的権利を別箇独立の権利と考える考え方）＝二元的構成の方向に進化してきているのであるから、法理論上も、譲渡可能と考えてよからう。

これに対しては、そうは言っても、例えば、本人が一旦は譲渡したが、その後、翻意したような場合、譲渡性を肯定すると、いわば、「面（ツラ）の皮を剥いてでも、譲渡できるというのか?」という反論もあり得る。

しかし、このような場面における譲渡は、著作権の管理目的での譲渡同様に、（契約書で「譲渡」とされていても）、当事者間の合理的意思解釈として、「信託的譲渡」と理解することで、「面の皮を剥く」ような不都合は、避けることができると考える。

また、このように譲渡性を肯定することは、国際的整合性の観点からも歓迎すべきだろう。なぜならば、米国では、財産権の面を承認する以上、譲渡性について特に異論はないとされている実情⁹⁾にも合致するからである。

【論点④＝享有主体性】

これについても、権利の法的性質を財産権と解する以上、パブリシティ権（財産権としての肖像権）の「享有主体」は、本人に限られず、マネジメント事務所のような「他人」（「法人」を含む）も、含まれると考える。

これら2つの論点については、以上の様に考えることが、業界の実態（肖像権には、財産権と人格権＝非財産権という二つの別の権利が存在すると考えている実態＝業界の常識）にも合致し、好都合だろう（法社会学的観点）。

なお、パブリシティ権の享有主体には、「著名人」ばかりでなく、「非著名人」、いわゆる「素人」や「普通の人」も含まれると考えるべきであろう。なぜならば、パブリシティ権の本国のアメリカでも、特に、享有主体を著名人に限定していないし、日本では判例・通説の顧客吸引力理論は、この権利について、日本独自に生成されてきた理論であり、特に、パブリシティ権と結びつく必然性はないからである。¹⁰⁾

また、この権利の享有主体に「非著名人」まで含める理解は、万人が情報発信者となっているデジタル・ネットワーク環境に合致するばかりでなく、そのような環境下において、著名人ばかりでなく、「チャームな素人」の肖像等の財産的価値も高まっている社会的実態にも合致しているからである。

(3) 私見＝二元的構成を採るべきではないか。

よって、肖像権に関しては、財産的側面と、非財産的（人格的）側面とを区別して、法制度上も、別々の権利として制度化すること（二元的構成）が望ましいと、私は、考える。

また、このように肖像権について二元的構成を採ることによって、（本来は、英米法系と欧州大陸法系など、別々の方系統に属するが、日本法では、混在している）関連する各種法制度の相互関係を、下記のように、整合性を持って理解することができると考える。

【肖像権関連の各種概念の相互関係の一覧表】

権利（法制度）の名称	救済は事前か 事後か	保護対象	保護法益 (法的性質)	権利付与か 行為規制か
プライバシー権	事後	非公知の人的属性	非財産権	権利付与
個人情報保護	事前	人的属性 (公知＋非公知)	財産権＋非財産権	行為規制 (行政的規制)
人格権	事後	人的属性 (公知＋非公知)	非財産権	権利付与
パブリシティ権	事後	人的属性 (公知＋非公知)	財産権	権利付与

すなわち、

- ・「プライバシー権」も、「人格権」も、「パブリシティ権」も、「個人情報保護」も、全て、氏名や肖像などの「人的属性」を「保護対象」とする点では、共通する。
- ・しかし、「プライバシー権」と「パブリシティ権」は、「保護対象」が「人的属性」という点では同じだが、「保護法益」の点で、「人格権（＝非財産権）」か「財産権」かという相違がある。
- ・また、「プライバシー権」と「人格権」は、「保護法益」が非財産権だという点では同じだが、「保護対象」が、前者の場合、「非公知」の人的属性に限定されるのに対し、後者の場合、特に、限定されない（＝公知でも、非公知でもよい）点が異なる。
- ・更に、「個人情報保護」制度も、他の3つの権利も、直接の「保護対象」は、氏名・肖像などの人的属性という点では共通する。しかし、他の3つの権利は、当該人的属性を有する本人に「権利付与」とするという構成（手段）で、権利保護（目的）を達成しようとしているのに対し、「個人情報保護」の場合、その人的属性に関する権利利益を侵害しそうな個人情報取扱事業者に対して、「事前」の、行政的な「行為規制」を課すこと（手段）によって、権利利益保護（目的）を達成しようとしている点が異なる。別の見方をすれば、権利構成の場合、事後の救済だが、行為規制の場合、事前の救済ということになる。

このように、同様の保護対象を、様々な角度から重層的に保護することは、人的属性に関する情報の

価値が、益々、高まっている現代にあっては、人的属性に関する権利利益を保護しながら、その利活用をも図る観点から、今後、益々、重要になってくるものと思われる。

特に、昨今の、消費者プライバシーとビッグデータの利活用のせめぎあいの状況下においては、単に、行政的な規制である個人情報保護法の制度や運用をいじるだけでは、権利利益保護も利活用も、うまく、進展することはないであろう（個人情報の要件である「個人識別可能性」は、低減させても、それが残る以上は、個人情報には変わらないのであるし、民間事業者による個人情報の利用方法・内容の適否の判断を、一般個人情報保護委員会の判断に委ねるのであれば、場合によっては、検閲や業務妨害の問題も生じ得るであろうし、そもそも、民間事業者の利用方法・内容を一行政機関が管理しきれるか、大いに疑問でもある。

その意味でも、関連する各概念・法制度を理論的に進化させ、精緻化させて、重層的に保護と利活用の両方を図ることが、今後、益々、求められるであろう。

4. 残された課題

今回は、最近の、財産権としての肖像権に関する下級審判例をきっかけとし、パブリシティ権関連の問題提起と試論にとどまった。機会があれば、より、全般的で、理論的な研究をして、このテーマを深めたいと考えている。

以上

【参考文献】

- (1) 阿部浩二「パブリシティの権利と不当利得」
（有斐閣、谷口知平・甲斐道太郎編「新版注釈民法⁽¹⁸⁾」、1991年）、大家重夫「肖像権（改訂新版）」（太田出版、2011年）、内藤篤・田代貞之「パブリシティ権概説（第2版）」（木鐸社、2005年）〔以下、「内藤・概説」と略称する〕他。
- (2) 弁護士ドットコムニュース「ジャニーズ『無断写真集』販売差止め、一カギとなった『パブリシティ権』ってなに？—」（2014年9月9日）
[<http://news.goo.ne.jp/article/bengoshi/life/bengoshi-topics-2024.html>]、2014年10月30日、参照。
- (3) 判例タイムズ、No.1189、267～274頁。
- (4) 田中英夫「英米法総論（上）」（東京大学出版会、1980年）、248～249頁。樋口陽一「比較憲法〔改定版〕」（青林書院新社、1984年）、88～89頁。森村進「財産権の理論」（弘文堂、1995年）12～13頁。白羽祐三「プロパティと現代的契約自由」（中央大学出版部、1998年）、5～15頁、18～19頁。
- (5) 半田正夫「著作権法概説（第14版）」（法学書院、2009年）1～6頁。白田秀彰「コピーライトの史的展開」（信山社、1998年）、クロード・コロンベ著、宮澤溥明訳「著作権と隣接権」（第一書房、1990年）など。外国法制に関する資料は、著作権情報センターの資料を参照 [<http://www.cric.or.jp/db/world/index.html>]。
- (6) Warren & Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv.L.Rev. 193 (1890).
- (7) Prosser, Privacy 48 Cal. Rev. 383 (1960).
- (8) Melville Nimmer, The Right of Publicity, 19 Law and Contemporary, 203-223 (1954).
アメリカにおけるパブリシティ権関連の、法制、判例、学説の展開（一覧表）は、拙稿「表現の自由と肖像権—情報法の構造を求めて—」〔外国法研究⁽¹⁾：アメリカ編〕（相模女子大学紀要VOL.74C [2010]）、43～56頁を参照。
- (9) 内藤・概説、250～251頁。
- (10) 内藤・概説、305頁。

