

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]
松 本 俊 輔

**Freedom of Expression vs. Right of Publicity :
Searching for the Architecture of Information Law
(Comparative Law PART1: USA)**

SHUNSUKE Matsumoto

In expanding Digital-Network environment, the need to protect Personal Identity such as personal image becomes greater. On the other hand, Freedom of expression is necessary for self-governance and self-realization in Civil Society. And Personal Identity such as personal image is necessary for Freedom of Expression as a material. So when we think the legal protection of personal image, we must think the balance between the right of personal image and Freedom of expression.

Furthermore, in Japanese Law, there are two tidal streams of Legal Theory. The one is so-called European Continental Approach and another is so-called Anglo-American Approach. Japanese Civil Code has been based upon the former since Meiji Era. On the other hand, Japanese Constitution has been based upon the latter, because it was drafted with the assistance of USA after World War II. Consequently Japanese legal system is a mixture of the two tidal streams. In Japanese court decisions, the personal image has been protected in two ways. The non-proprietary aspect of it is protected by the moral right based upon the former. On the other hand, the proprietary aspect of it is protected by the right of publicity based upon the latter. So if we want to understand the rights of personal image in Japan coherently, we must review the origin and development of the rights from the perspective of comparative law.

Therefore on PART I in this search, I review the origin and development of the right of publicity, the proprietary right of personal image, in USA, for some suggestion to the coherent understanding of Japanese Law. This challenge will also lead to the coherent understanding of the architecture of Information Law.

Keywords: Freedom of Expression , Right of Publicity, the Architecture of Information Law, criteria for balancing, coherent understanding of Japanese Law

1. 問題の所在

(1) 肖像権保護の必要性

デジタルカメラやインターネットに象徴されるデジタル・ネットワーク環境の普及にともない、自己の肖像を無断撮影されたり、無断撮影された肖像を公表されたくないという個人の非財産的な利益を、保護する必要性は高まっている。

それに加え、自己の肖像を利用して経済的利益を得ることができるという個人の財産的な利益にも、保護の必要性が高まっている。

そこで、現在では、世界のどの国でも、形態や程度の差こそあれ、前記利益は、何らかの法制や判例により保護されることになっている。

(2) 表現の自由との調和の必要性

他方、肖像のような個人識別情報は、個人の尊厳の保障のために国家が市民に基本的人権を保障している市民社会では、それ自体、「人格権」や「財産権」の保護対象であるばかりでなく、それを素材とした「表現の自由」が保障されるべき対象でもある。

よって、市民社会においては、本人の肖像権と他者の表現の自由との調整が必要になる。

(3) 日本法の特異性

また、法律に関する思想には、概要、英米法系の思想と（ヨーロッパ）大陸法系の思想の二大潮流があり、日本では、アメリカ流の憲法の下で、ドイツ流の民法が制定されていることから、法律やその解釈に関しては、英米法系のものと、大陸法系のものが混在しており、肖像権に関しても、また、同様である。たとえば、わが国の判例では、肖像に関する人格的利益を保護する権利のことを、肖像権と称することが多く、また、肖像に関する財産的利益を保護する権利のことを、パブリシティ権と称することが多いが、後者の法的性質に関しては、財産権とするものと人格権とするものがある、というふうに、整合性があるとは言い難い。

(4) 外国法参照の必要性

よって、肖像権を明文で定める法律がなく、英米法系と大陸法系が混在する日本法では、これら二つ

の法系の肖像権関連の法律や解釈を、日本法でどのように整合的に理解すべきか検討する必要がある、外国法の研究は、これに役立ち、それは、情報に関連する各種の法（以下、単に「情報法」という）の構造を解明することにもつながる。

(5) 先行研究

そこで、先行研究に目をやると、パブリシティ権に関しては、既に、すぐれた個人の先行研究が多数あるばかりでなく、⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾⁽⁴⁾ 近年は、共同研究でも、すぐれた研究が発表されている。⁽⁵⁾

しかし、それらは、本稿の目的、すなわち、アメリカ流の憲法の下でドイツ流の民法を持つ日本で、肖像権（特にその財産的側面）は、どのように整合性をもって理論構成され得るのか、その結果、情報法の構造をどう考えられるのかに、十分に答えて来たとは思われない。

(6) 本稿の概要

そこで、本稿では、まず（本号で）、アメリカにおける肖像権（主に財産権としての肖像権）に関する、主な判例、法制および学説を検証し、それらの日本法への示唆を検討し、次に（次号で）、ヨーロッパ大陸（ドイツおよびフランス）における主な法制、判例および学説を検証し、それらの日本法への示唆を検討し、財産権としての肖像権の整合性ある理論と情報法の構造を探求する。

(7) 本稿における用語の定義

本稿において、「肖像権」とは、肖像に関する権利全般を指し、財産的権利と非財産的権利の両方を含むものとする。

また、本稿において、「人格権」または「人格的利益」とは、人的属性に関する非財産的権利または利益を指し、財産的権利または利益を含まないものとする。

2. 米国の場合

—「パブリシティ権」の生成と展開—

米国において、肖像権は、まず、人格的利益を保護する「プライバシー権」によって保護された。そして、その後、その「プライバシー権」保護の類型の一部には、財産的利益保護の類型も含まれていることが意識され、やがて、そのような利益の保護は、「プライバシー権」とは別の、「パブリシティ権」によってなされるべきであるという説も出現する。

他方、財産権としての肖像権を、依然として「プライバシー権」で保護する法制や学説も根強く残っており、現状では、「プライバシー権」による保護と「パブリシティ権」による保護が併存している。

また、肖像に関して守るべき法的利益を、「プライバシー権」や「パブリシティ権」のような「権利付与」の形ではなく、「行為規制」の形で保護しようとする考えや法制もある。

以下、財産権としての肖像権が、アメリカ法において、「パブリシティ権」として生成し展開するプロセスを、個別具体的な判例、学説、および法制をたどることによって、概観・検証してみよう。

(1) プライバシー権の一部としての肖像権 —プライバシー権の生成と展開—

1) 名誉毀損からの法的保護 (英国法の継承)

アメリカ法は、法思想的には、イギリス法を継受している。よって、肖像権の保護も、当初は、英国法の継受から始まった。

そもそも、イギリスには、ドイツにおける「人格権」のような、人的属性にかかわる利益全般を（財産的利益と非財産的利益の区別なく）保護する包括的権利概念はなく、名誉毀損のような、個別具体的な場合に限り、口頭による名誉毀損 (slander) や文書による名誉毀損 (libel) という形で、人格的利益が保護されていたにすぎなかった。

初期のアメリカでは、このイギリス法を継受していたため、アメリカでも、肖像権の保護は、主に、名誉毀損 (他人の社会的評価を低下させる行為) からの保護という形で、なされてきた。⁽⁶⁾

2) プライバシー権の提唱 (学説)

しかし、19世紀末のアメリカでは、「イエロー・ジャーナリズム」と称される、私事の暴露を売り物とするような新聞雑誌の出版ビジネスが、競い合う形で繁栄し、社会問題になっていた。

そこで、1890年に、ウォーレンとブランダイスが「ハーバード・ロー・レビュー」に論文の形で、「プライバシーの権利」を発表することで提案した。⁽⁷⁾

この論文の論旨は、人格的利益を損なう表現行為は、名誉毀損以外にもあり、そのような表現行為は、社会的評価を損なわなくても、私生活上の非公知の事実を無断で公開しただけで、プライバシー権侵害とされるべきである、というものであった。その背景としては、新聞等の発達により保護されるべき人格的利益の範囲が拡大してきたこと、法的根拠としては、コモン・ロー上も、著作物の公表に関する人格的利益は、権利として保護されてきたこと、私事の公開に関する人格的利益は、黙示の契約違反または信託もしくは信頼違背として保護されてきたことが挙げられていた。

3) プライバシー権の承認 [1] (判例)

このような私事の公開からの保護の必要性和、そのための法制度の不備を眼前にして、やがて、このプライバシー権の考え方が、判例でも承認されることになる。

そこで、プライバシー権が、判例上、どのように承認されたのか、具体的に見てみよう。プライバシー権の侵害が、判例上はじめて承認された事例は、人格権としての肖像権侵害が争われた例であった。

●ロバーソン事件 [1902]⁽⁸⁾

【事案】アビゲール・ロバーソンという若い女性の肖像写真が、メリケン粉のポスターに無断掲載され掲示され、知人からの嘲笑等によるショックで寝込み、医師の診察まで受けたとして、プライバシー権侵害に基づく慰謝料請求をした、という事件である。

【争点】この事件では、肖像の無断 (の商業目的での) 利用がプライバシー権侵害になるか否か、が争われた。

【判旨】これに対し、ニューヨーク上訴裁判所は、訴訟原因を述べていない、として、上訴棄却した。

【本判決の意義】

この判決の意義は、以下の2点にある。

- ① プライバシー権としての肖像権の保護が求められた事例だが、判例自体では、否定された、という点、
- ② しかし、その判決結果には多くの批判が寄せられ、直後に、ニューヨーク州市民権法による法制化の契機となった点にある。

●ペイブジック事件 [1905]⁽⁹⁾

【事案】新聞の生命保険の広告中に、ペイブジック氏の肖像が無断使用され、保険加入により人生に満足している人物として虚偽の描写をされたとして、プライバシー権侵害および信頼・信託違反に基づく慰謝料請求をした、という事件である。

【争点】この事件でも、肖像の無断使用がプライバシー権侵害にあたるか否か、が争われた。

【判旨】これに対し、下記の判決が出た。

(下級裁判所)

：原告は訴訟原因を述べていないとして、プライバシー権侵害を否定。

(州最高裁判所)

：プライバシー権は自然法によっても先例の類推によっても明らかに必然なものであること、本件広告物には憲法が保障するアイデア、思想、意見の表面はほとんどないことを理由として、肖像の無断使用に対し、プライバシー権侵害を認定した。

【本判決の意義】

この判決の意義は、前記（ロバーソン事件）判決（肖像の無断利用をプライバシー権で保護することを否定した判例）に強い批判が寄せられた結果制定された、ニューヨーク州市民権法に基づいて、今度は、判例上も、肖像のプライバシー権による保護が肯定された点にある。

4) プライバシー権の承認 [2] (法制)

それでは、時間的には、前記3)の①の判例と②の判例の間に位置するニューヨーク州市民権法⁽¹⁰⁾とは、どのような内容の法律なのだろうか、見てみよう。

同法は、「プライバシー権」と題する § 50で、以下のように規定している。⁽¹¹⁾

「広告の目的または商業の目的のために、生存している個人の氏名、肖像画または肖像写真を、本人（本人が未成年である場合には本人の親ないし後見人）の書面による同意なく使用する個人、会社または企業は、軽罪に処せられるものとする。」

そして、§ 51で、差止め・損害賠償訴訟について定めている。

5) 類型化の試みと問題の顕在化 (学説)

前記2)の法制化を受けて、その後、プライバシー権は、他の州の法制上も取り入れられる例が出てくるとともに、そのような法制化のなされた州において、その制定法に基づく判例が出され、判例の集積がなされていく。しかし、プライバシー権侵害事例と言っても、実は、多様な内容を含んでいた。

そこで、1960年に、不法行為法の大家であるプロッサーが論文で、プライバシー権侵害事例の分類を試み、プライバシー権は、概要、4つの類型に分かれることを明らかにした。

すなわち、彼によると、プライバシー権は、①「私生活への侵入」(intrusion)、②「私事の公開」(public disclosure of private facts)、③「誤認を生ずる表現」(false light in the public eye)、④「私事の営利的使用」(appropriation)の4つの類型に分類できる、というのである。⁽¹²⁾

この4類型のうち、①から③までは、「人的属性に関する非財産的利益」という意味でのプライバシー権を保護するものであったが、④は、明らかに、「人的属性に関する財産的利益」を保護するものであった。

この論文の意義は、概要、次の2点にある。

- ① 一言でプライバシー権侵害と言っても、多様な内容を含む事を明らかにした点、
- ② その結果、プライバシー権侵害事例には、人格的利益侵害の事例と財産的利益侵害の事例の両方が含まれていることを明らかにした点。

6) 問題点の顕在化と注意点

本来、人格的利益保護を目的として提唱されたプライバシー権が財産的利益保護を含むのは論理的に

矛盾している（問題点の顕在化）。

しかし、ここで注意すべき点は、この問題点の顕在化は、必ずしも、パブリシティ権の創設・承認とは結び付かず、商業目的利用の類型を、プライバシー権から分離独立しさせない考えも依然、根強く残ったのである。

よって、以後、アメリカでは、財産権としての肖像権保護に関し、いわば「プライバシー権派」と「パブリシティ権派」が、並存する形になった。

（2）パブリシティ権としての肖像権

それでは、その後、財産権としての肖像権侵害を、パブリシティ権で保護するという判例、学説、法制は、どのように展開されていったのか、個別具体的に、検証してみよう。

1）パブリシティ権の提唱〔1〕（判例）

判例については、まず、州法レベルの判例から、パブリシティ権を承認するものが出てくる。

●ハーラン事件〔1953〕⁽¹³⁾

【事案】 チューンガムのライバル企業同士が、ガムのおまけに付けるプロ野球選手の肖像のカード用に、肖像に関する権利獲得競争をし、その結果、独占的権利を獲得した方の企業が、獲得できなかった方の企業を、独占契約済の選手らに対し、独占契約済と知りつつ、自社と契約するように誘引したこと、および、一部の選手については、彼らの肖像を無断使用したことを理由に、訴えた事件であった。

これに対し、被告側は、プロ野球選手にとってのプライバシー権とは、その肖像がカードに無断使用されて感情を傷つけられない権利であり、個人的な譲渡不能の権利であるから、プロ野球選手が自己の肖像について独占的使用権を付与する契約をしたということは、プライバシー権侵害で訴える権利を放棄したことを意味するので、原告は被告を訴えることはできない、と抗弁した。

【争点】 本件は、複数の論点を含んでいたが、本稿と関係する争点は、プロ野球選手の肖像の無断使用はプライバシー権侵害を構成するか、（プライ

バシー権侵害ではないが、何らかの権利侵害であるとするれば、それは何権の侵害なのか）という点であった。

【判旨】 判決は、プライバシー権侵害ではないが、パブリシティ権侵害にはあたる、として、次のように判示した。

「我々は、プライバシーの権利（ニューヨークでは州法に由来）に加えて、それらから独立して、人は、その写真のパブリシティ価値について権利を持つ、と考える。それは、その肖像を広報する排他的な特権を付与する権利である。—この権利は、『パブリシティの権利』と呼べるであろう。多くの著名人（特に俳優や球技選手）が、新聞、雑誌、バス、列車、地下鉄の広告物にその容姿を露出され、それを認める代わりに報酬を受けられないとすれば、その公開を通じて傷ついた感情を持つこととはまったく別個に、ひどく収奪されたと感ずるであろうことは常識である。そして、このパブリシティの権利は、他の広告主がそれを使うことを妨げる排他的付与の実態を持たなければ、通常金を取ることはできないであろう。」

【本判決の意義】 本判決の意義は、肖像の無断使用事例において、パブリシティ権を、プライバシー権とは別個独立の訴訟原因として、認定した、初めての判例だ、という点にある（判例による提唱）。

このような判例が集積し、その後、パブリシティ権をプライバシー権とは別個独立の財産権として、州法で認める州が出てくる。

2）パブリシティ権の提唱〔2〕（学説）

前記のような判例を受け、学説でも、肖像などの人的属性の財産権的利益の保護については、プライバシー権とは別に、財産権を認める必要があるとして、著作権法の大家であるニンマー教授が論文によって、1954年に、「パブリシティ権」を提唱する。⁽¹⁴⁾

ニンマーがパブリシティ権を提唱したこの論文の概要は、以下のとおりである。

すなわち、現代社会の発展につれて、著名人たち

の氏名や肖像などの使用が、かつては夢想だになかった金銭的価値（パブリシティの価値）を生み出し、この価値は、既成の伝統的法理論では、保護が困難であるとした。そして、①プライバシーの理論では不適切であること、②不正競争の理論でも不適切であること、③その他の理論（契約など）でも不適切であること、④パブリシティ権の内実、⑤権利の実質と限界を論証していった。

① まず、プライバシーの理論では不適切だ、というのは、著名人は自己の氏名・肖像の使用禁止を望んでいるわけではなく、コントロールを望んでいるところ、プライバシー権の場合、著名人は、著名であるという意味においてプライバシー権を放棄しているため、プライバシー権によってパブリシティの価値を守ることは不可能だというのである。

② 次に、不正競争の理論でも不適切だ、というのは、この理論で救済を求めるためには、被告と原告との間に競争がなければならないが、パブリシティの価値の侵害に関する多くの事例の場合、この競争の要件を充たさないから、というのである。

③ そして、その他の理論でも不適切だ、というのは、パブリシティの価値は、契約によって、ある程度保護されるが、契約では、契約当事者間にしか効力が及ばず、つまり、第三者効がないため、第三者による権利侵害に対して、保護の手段足り得ない、というのである。

④ さらに、パブリシティ権の内実は、金銭価値としての経済的財産権であり、それにもかかわらず、伝統的な理論では、これの侵害事案を、人格権侵害ととらえ、プライバシー権で救済しようとするため、不適切だというのである。

⑤ また、パブリシティ権の実質は財産権であるから、この権利と表現の自由の調整が図られるべき限界事例においては、プライバシー権の場合のように、「著名人による権利の放棄」という抗弁は認められるべきではなく、むしろ、「公共の利益」の抗弁の方が、プライバシー権の場合よりも効果的であろう、というのである。

この学説の意義は、以下の2点にある。

① まず、このニンマーによるパブリシティ権の提唱は、プロッサーによるプライバシー権侵害の類型化より「前」に行われた、という点（時系列の前後関係については、末尾の「図1」の一覧表を参照）。

② 次に、このニンマーによる提唱は、時間的には、前記のハーラン判決の1年後ではあるが、パブリシティ権の理論化を行ない、後の理論の基礎を築いたという点。

3) パブリシティ権の承認（法制）[1]

前記1)のような州レベルでパブリシティ権を承認する判例や前記2)のような有力な学者によるパブリシティ権の提唱を受けて、州法レベルでは、やがて、パブリシティ権を法制化する事例も出てくる。

その例として、1972年に制定された、カリフォルニア州民法（Civil Code）の該当部分を見てみよう。¹⁵⁾

同法では、§ 3344と § 3344.1で、氏名・肖像の財産的利益を保護している。

すなわち、§ 3344の(a)では、以下のように規定されている。¹⁶⁾

「(a)他人の氏名、声、署名、写真または肖像を製品もしくは商品上において、または製品、商品またはサービスの広告、販売または購入勧誘の目的で、当該人（当該人が未成年者の場合にはその親もしくは後見人）の事前の同意を得ないで、いかなる方法においてであれ故意に使用した者は、その使用を理由として当該人が被った被害を賠償する責任を負うものとする。さらに本条に基づいて提起された訴訟においては、本条に違反した当事者は侵害を受けた当事者に対して、①750ドルないし②無権限の使用の結果として侵害を受けた当事者が被った損害額のより大きい方の金額、ならびに無権限使用を理由としてその使用から得られた利益額で損害賠償額算定の際に要素として算入されなかった金額につき、賠償責任を負うものとする。その利益額の証明においては、侵害を受けた当事者は、無権限使用から得られた総収入額を証明することのみを要求され、本条に違反した当事者はその総収入額を控除されるべき費用を証明することが要求される。侵害を受けた当事者のために懲

罰的損害賠償を認めることもできる。本条に基づく訴訟において勝訴当事者は、弁護士費用および報酬を求めることもできるものとする。」

この立法の意義は、肖像などの持つ財産的価値（パブリシティの価値）の無断利用を、プライバシー権侵害ではなく、財産的価値の侵害ととらえている点にある。

他方、この立法では、肖像等に財産権（ましてや、「パブリシティ権」）があるとは規定しておらず、肖像などを無断利用する行為は財産的損害を発生させるとして規制している点（「行為規制」型の法制である点）にも、注目する必要がある。

4）パブリシティ権の承認（判例）[2]

その後、パブリシティ権は、連邦レベルでも認められるに至っているが、パブリシティ権が争われて連邦最高裁判決まで出ているのは、今日に至るまで、この1件しかない。

●ザッチーニ事件 [1977]⁽¹⁷⁾

【事案】ザッチーニは「人間大砲」の弾丸として、大砲から打ち出されるパフォーマンスで生計を立てている芸人であった。その彼が、郡の催物でその芸を披露しているところを、地元のテレビ国が無断で録画して、ニュースで、そのパフォーマンスの全編（15秒間）を放映した。そこで、ザッチーニが、自己のパブリシティ権が侵害されたとして、損害賠償を求めたのが、この事件である。

この訴えに対し、オハイオ州の最高裁判所は、ザッチーニには自己のパフォーマンスについてパブリシティ権があることは認めたが、当該パフォーマンスは公共的関心事であるから、それを地元の放送局が放送することは、合衆国憲法修正第1条の保障する報道の自由に該当するので、放送局は免責される、と判示した。

これを、ザッチーニが不服として、連邦裁判所に上訴したものである。

【争点】この事件の争点は、①このようなエンターテナーにパブリシティ権はあるのか、②あるとしても、これを放送局が報道することは、報道の自由として免責されるのではないか、にあった。

【判旨】これに対し、連邦最高裁判所は、州の最高裁判所の判決とは逆に、以下のような理由で、上訴人（当該エンターテナー）にパブリシティ権を認めた上で、当該放送局は免責されず、ザッチーニのパフォーマンスの全演技の報道は、パブリシティ権侵害にあたる、と判示した。

まず、理由の一つとして挙げられているのが、要保護利益の相違である。すなわち、州の最高裁判所が依拠した判決の事件は、プライバシー権のうち、プロッサーの類型でいえば「誤認を生じる表現」の類型にあたるので、その場合の要保護利益が名誉毀損における精神的苦痛に類するものであるのに対し、本件の要保護利益は、パフォーマンスに対する個人の所有権的利益であって、特許権や著作権における要保護利益の類である。

そして、上訴人の州法上のパブリシティ権は、非上訴人が上訴人の演技をニュース価値ある事実として報道することを妨げるものではない。しかし、放送局が、パフォーマーの同意もなしに、その全演技を報道する場合まで、修正第1条及び第14条は、放送局を免責するものではない。なぜならば、上訴人の全演技の放送は、そのパフォーマンスの経済的価値への実質的な脅威であり、エンターテナーとして生計を立てている上訴人の骨身にこたえるものだからである。

【本判決の意義】

この判決の意義は、以下の点にある。

- ① パブリシティ権の存在を、連邦最高裁レベルで、初めて認めた判決だという点。
- ② パブリシティ権と表現の自由の関係を、はじめて検討した判決だという点。

なお、この判決に関しては、連邦最高裁判所の唯一の判例だということもあり、また、実演を、放送局が、すべて、放送の中で、報道として、放送したケースということもあり、かなり特殊な事例であり、パブリシティ権と表現の自由の調整基準、権利侵害認定基準としては、あまり参考にならない、という批判・論評も多い。

5) パブリシティ権の承認 (法制) [2]

その後、パブリシティ権は、リステイトメントでも規定されることになる。

リステイトメントは、各州の制定法と判例法の共通項を、法律分野の識者によって構成される民間団体が法典の形にまとめたものである。よって、厳密には、制定法ではない。

しかし、判例にも引用されるほどに権威あるものであり、いわば、連邦レベルでの制定法への足がかりともいえる。よって、ここで紹介する。

① 第2次不法行為法リステイトメント (1977)⁽¹⁸⁾

ここでは、次のように規定された。

「§ 652 C

氏名もしくは肖像の冒用のカテゴリは…個人の所有権に類似したものを授けたものである。これによって創られる権利は財産権の性質を持ち、これの行使である排他的許諾は第三者に与えられ、ライセンスはそれを守るため、訴権を維持する資格を得る」⁽¹⁹⁾

このリステイトメントの意義は、パブリシティの価値の持つ利益を、「財産権」と明確に規定している点にある（「権利付与」型の法制）。

ただ、このリステイトメントにおいても、その権利を「パブリシティ権」と明示してはいない点は、注目に値する。「不法行為」のリステイトメントなので、プロッサーによる「プライバシー権」の第4類型と解釈する余地も残したのだろうか。

② 第3次不正競争リステイトメント (1995)⁽²⁰⁾

その後、「パブリシティ権」と明定する例も現れる。

「第46条 人の属性の商業的価値の利用

：パブリシティ権

人の氏名、肖像、その他個性の徴憑を、同意なしに、取引目的で利用することにより、当該人の個性の徴憑の商業的価値を利用する者は、第18条および49条所定の適切な救済の責任を負う。

第47条 取引目的の利用

氏名、肖像、その他の人の個性の徴憑が、当

該利用者の商品もしくは役務の広告において利用されている場合、または、当該利用者によって販売されている商品に付されている場合、または、当該利用者によって提供されている役務に関連して利用されている場合、第46条に定める規則に従って『取引目的で』利用されているものとする。但し、「取引目的のための」利用は、通常、報道、批評、娯楽、作り話もしくは実話、または、それらの利用にたまたま付随する広告宣伝を、含まないものとする。」

このリステイトメントの意義は、条文の見出しにおいて「パブリシティ権」と明確に規定している点にある（第二次不法行為法リステイトメントの規定では明示がなく、学者の間でも解釈が分かれていたのと対照的）。

6) パブリシティ権と表現の自由 (判例)

前記4)の事例でも表現の自由とパブリシティ権との関係が争われたが、必ずしも、明確な調整基準が提示されたわけではなかった。

そこで、その点に注目しつつ、その後の判例をいくつか見てみよう。

① ホフマン事件 (連邦地裁判決) [1999]⁽²¹⁾

【事案】俳優のダスティン・ホフマンの以前に主演した映画の肖像が静止画として、ある雑誌に掲載され、顔やポーズは主演映画のままであったが、着衣は、デジタル技術により、映画とは異なる、あるデザイナーの服を着て、ブランド物の靴を履いているように変えられていた。

ダスティン・ホフマンは、以前から、一切の商品の推奨活動をしないう主義であったことから、当該雑誌に掲載された自己の肖像は、特定の商品の広告になっている点で、自己の肖像等に関する財産的権利や利益が侵害されたとして、損害賠償等が請求された事件である。

【争点】本件の争点は、当該写真の掲載が原告の肖像等に関する財産的権利や利益を侵害しているか、にあった。

【判旨】これに対し、連邦地方裁判所は、当該肖像の利用行為は、ホフマンの肖像等に関する財産

的権利や利益を侵害するものと認定して、損害賠償等の請求を認容した。その理由は、当該表現は、ホフマン本人およびその際だった経歴を犠牲にした無制約的搾取的表現であり、表現の自由によって保護されるものではないからだ、とした（なお、本件では、コモン・ロー、カリフォルニア州民法、連邦商標法、州の不正競争関連法という4つの法律に基づく権利・利益侵害が検討されたが、この判例では、前二者につき、「パブリシティ権」侵害と明記している点も、注目される）。

② ホフマン事件（連邦巡回裁判例）[2001]²²

【判旨】これに対して、控訴審である連邦巡回裁判所の判決は、逆に、当該表現行為は、連邦憲法修正第1条の表現の自由によって保護される、と判示した。

その理由は、当該表現行為に、仮に営利的側面があるとしても、その営利的表現と他の表現とは、解きほぐすことが困難な程度に絡み合っており、両者を完全に分離することは困難だから、とした。

③ ダウニング事件 [2001]²³

【事案】著名なサーファーの写真が、サーフィン用として服装のカタログに、無断で使用されたため、当該サーファーの肖像等に関する財産的利益が侵害されたとして、損害賠償が請求された事件である。

【争点】本件の争点は、このような表現が、当該サーファーの肖像等に関する財産的利益侵害になるのか、それとも、表現の自由によって保護され、表現者が免責されるのか、にあった。

【判旨】これに対し、ダスティン・ホフマンと同じ第9巡回裁判所は、この事件では、当該サーファーの肖像等に関する財産的利益侵害を認め、表現の自由による免責を認めなかった。その理由は、この事件では、当該カタログにおける原告の写真の利用は、営利的表現であり、表現の自由の完全な保護は受けない、ことにあるとされた。

④ CBC事件 [2006]²⁴

【事案】メジャーリーグの野球選手の氏名、肖像、データ等を、その管理者（メジャーリーグ野球選

手会）に無断で利用して、インターネット上に仮想の野球ゲームを提供している会社を、その管理者が、当該選手らのパブリシティ権侵害だとして、差止め及び損害賠償を求めて提訴した、という事例である。

【争点】本件の争点には、各選手の平均打率などのデータにもパブリシティ権が及ぶか、などの争点もあったが、本稿の関係では、本件のような表現の場合、パブリシティ権と表現の自由の調整はどのようにして図られるのか（どちらが、どのように保護され、どちらがどのように制限されるのか）が争点であった。

【判旨】これに対し、ミズーリ州西区連邦地方裁判所は、ミズーリ州では、本件のようなプロ野球選手には、氏名・肖像に関するパブリシティ権と表現の自由との優劣を考慮するとき、パブリシティの権利は制限され、表現の自由が優先する、と判示した。

7) パブリシティ権と表現の自由（学説）

マッカーシーは、判例や法制を踏まえた研究成果として、パブリシティ権と表現の自由の調整基準として、ニュース価値、商品、取引、といった要素を挙げている。²⁵

(3) 小括

以上、プライバシー権（人格権）としての肖像権の生成と展開、および、パブリシティ権（財産権）としての肖像権の生成と展開を、それぞれ、分けた上で、時系列でみて来た。

しかし、両方を、より巨視的な観点で俯瞰してみると、これらの権利は、別個独立に生成展開してきたのではなく、少なくとも、初期の段階では、未分化で、相互に関連・影響しつつ生成・展開してきたことが分かる。

よって、本稿ではそのことが一覧できるようにするため、ここで、両権利の生成と展開を、判例、法制、学説という3つの観点から、時系列の一覧表に整理してみた（次頁の「図1」を参照）。

【図1】 ●米国の判例・法制・学説の整理

[年]	[判例]	[法制]	[学説]
1890			「プライバシーの権利」 (ウォーレン、ブランドイス)
1902	ロバーソン事件		
1903		ニューヨーク州市民権法 § 51	
1905	ベイブジック事件		
1953	ハーラン事件		
1954			「パブリシティの権利」(ニンマー)
1960			「プライバシー」(プロッサー)
1972		カリフォルニア州 民法典 § 3344- § 3346	
1977	ザッチーニ事件 (連邦最高裁)	第2次不法行為法リステイトメント § 652C	
1995		第3次不正競争法リステイトメント § 46	
1999	ホフマン事件 (2d)		
2001	ホフマン事件 (3d)		
	ダウニング事件		
2006	CBC 事件		

次に、アメリカにおけるパブリシティ権の生成と展開の要点を、文章で要約してみよう。

1) パブリシティ権の出自

パブリシティ権の生成の出発点がプライバシー権だったことは、事実である。

2) プライバシー権の射程範囲と商業的利用

他方、プライバシー権の射程範囲が、提唱・承認の経緯からみて、人格的利益の保護にあることも明白であるから、財産権としての肖像権の保護に関し、パブリシティ権が提唱・承認されたことも、極めて理論的であった。

3) パブリシティ権の保護対象と保護法益

パブリシティ権が、プライバシー権とは別途、

提唱・承認されてきた背景には、両権利の、物理的保護対象(=「保護対象」)は同じ(人的属性)だが、法的に保護すべき利益(=「保護法益」)は明らかに違っていた(前者が財産権で後者が人格権)という事情があった。

財産権としての肖像権をめぐるアメリカの法制等が、「プライバシー権派」と「パブリシティ権派」に分かれるのは、両権利を理解する上で、この保護対象と保護法益とを峻別する必要があることを示唆している。

4) パブリシティ権の理解と理論的帰結の相違

よって、プライバシー権派とパブリシティ権派とでは、当然、関連する各種の論点の帰結に、様々な形で相違することになる(この点を試みに視覚化したものが、次の「図2」である)。

【図2】肖像権の各論点についての各判決の見解

	ロバーソン事件	パイプジック事件	ハーラン事件	ザッチーニ事件
保 護 対 象	人的属性 (肖像)	人的属性 (肖像)	人的属性 (肖像)	人的属性 (肖像)
保 護 法 益	非財産的利益	非財産的利益	財産的利益	財産的利益
権 利 の 性 質	プライバシー権	プライバシー権	パブリシティ権	パブリシティ権
権 利 の 主 体	非著名人	非著名人	著名人	著名人
表現の自由との 調 整 基 準	①広告目的の無断利用か否か（但し、プライバシー権侵害を主張するには立法が必要） ②非広告の場合、現実の害悪の法理	①広告物か否か？ ②非広告の場合、現実の害悪の法理。	明示なし (被告の抗弁が、[表現の自由ではなく、]原告によるプライバシーの権利放棄だったため)	報道の自由は、全演技の放送を免責しない。*

*ザッチーニ連邦最高裁判決と他の判例の比較

(ザッチーニ連邦最高裁)

：報道の自由は、全演技の放送を免責しない。

(ホフマン1)：無制約的搾取的表現か否か。

(ホフマン2)：営利的側面でも、保護される表現と分離不可能か否か。

(ダウニング)：営利的表現か否か。

(C B C 事件)：プロ野球選手のパブリシティ権は、表現の自由で制限される。

3. 日本法への示唆

それでは、本稿でこれまでに試みて来た、アメリカにおけるパブリシティ権（財産権としての肖像権）の法的保護の生成と展開の検証は、アメリカ流の憲法の下で、ドイツ流の民法を持つ日本において、別々の出自の法概念が混在する状況を、整合性ある形で理解するために、どのような示唆を含んでいるのであろうか？また、それらの検証は、情報法を、整合性ある形で理解する上で、どのような示唆を含んでいるのであろうか？以下、検証してみよう。

(1) 「保護対象」としての人的属性の承認

まず、プライバシー権の一形態としてではあるが、肖像のような、人の人的属性にも、保護されるに値するなんらかの権利があることを認めた点で、示唆に富んでいる（権利の保護対象としての人的属性＝

肖像の承認）。

(2) 「保護法益」としての財産的利益の承認

次に、肖像のような人的属性については、非財産的権利としてのプライバシー権とは別に、財産的権利として保護されるべき権利、すなわち、パブリシティ権がある、という見解が出現した点で、示唆に富んでいる（人的属性に関する「保護法益」としての財産的利益の承認）。

(3) 2つのアプローチの併存＝二元論の可能性

そして、それにもかかわらず、州によって、肖像に関する財産権を、プライバシー権の一類型とする法制度と、それとは別の財産的権利としてのパブリシティ権とする法制度とが採られている（併存している）点も、示唆に富む。この、2つのアプローチの併存する状況は、パブリシティ権の生成と展開

を象徴的している。すなわち、「保護対象」と「保護法益」峻別の「困難性」と「必要性」を同時に示しており、法理論進化の先の二元論の可能性も示唆している。

(4) 権利化以前の要保護利益の存在の承認

また、「権利付与型」以外にも「行為規制」型の立法例やリステイトメントがあることも、示唆に富んでいる。すなわち、法制度上、権利化されていなくても、保護に値する利益が存在する場合、行為規制の形で保護する方法があるということを示しているからである。

(5) 表現の自由と肖像権の調整基準

さらに、表現の自由と肖像権との調整の際には、次のように場合分けする必要性を示唆している。

- ① 肖像そのものを「商品」として利用する場合
- ② 肖像そのものの以外の商品や役務など「取引」の推奨に、肖像を利用する場合
- ③ 肖像を報道その他「公益目的」で利用する場合

(6) 情報法の構造への示唆

それでは、より大きな問題として、情報法の構造に対する示唆は、どうだろうか？

1) 公知・非公知（公開・非公開）基準の提示

まず、プライバシー権の生成と展開は、人的属性の非財産的側面については、当該情報が公知か非公知かによって要保護性が異なり、公知の人的属性よりも非公知の人的属性の方が要保護性が高いことを示唆している。

2) 財産権・非財産権という基準の提示

次に、パブリシティ権の生成と展開は、プライバシー権と同じ人的属性に関してであっても、その財産的価値が商業目的で無断利用される場合、プライバシー権とは別の要保護利益があることを示唆している。

3) 保護対象と保護法益の峻別の必要性

このように、パブリシティ権の生成と展開は、情報法の構造を考えるにあたって、保護対象と保

護法益の峻別が必要であることを示唆している。

4) 情報法各制度間の調整の必要性

そして、アメリカにおけるパブリシティ権の生成と展開は、情報法の構造の観点からみると、情報関連の各種法制度間には、情報の保護と利用をめぐり、相互に調整が必要なことを示唆している。すなわち、以下のような示唆を含んでいる。

- ① まず、表現の自由と人的属性に関する権利との間でも、（表現の自由と知的財産権との間におけると同様に）調整が必要であるが、人的属性に関する権利にも、財産権的なものと非財産権的なものがあり、表現の自由との調整のレベルは、そのいずれかで、異なるということ。
- ② よって、次に、プライバシー権やパブリシティ権のように同じ人的属性に関する権利間でも、情報法の整合的理解のためには、権利の保護対象と保護法益は厳格に峻別したうえで守備範囲を決定する必要があること（たとえば、財産権としての肖像権は、どちらの権利で保護するのか）。
- ③ また、一口に、表現の自由といっても、民主主義や自己実現に必要な類のもの（非営利的言論）と、それ自体がほとんど商品であるものや商品の推奨にかかわるような表現（営利的言論）とがあり、どちらなのかによって、他の制度との調整レベルが異なるということ。

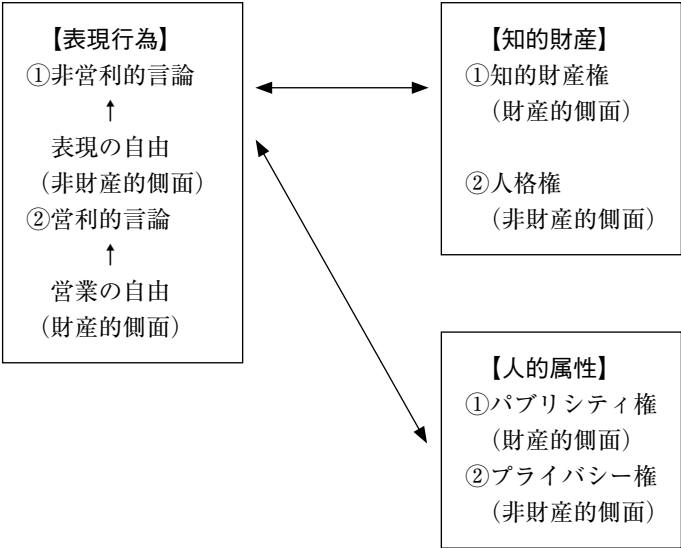
5) 相互調整基準の分類・整理の必要性

上記のことから、権利相互間の調整の際には、下記の分類に基づく相互調整の必要性も示唆している。

- ① 表現の自由につき、営利表現か非営利表現か
- ② 知的財産につき、財産的利益か非財産的利益か
- ③ 人的属性につき、財産的利益か非財産的利益か

これらの示唆を、「情報法の構造」について、権利・自由を中心に、検討の上、視覚化したものが「図3」であり、本稿のテーマである「表現の自由と肖像権」の関係で、（日本法を前提に）情報法の構造を検討の上、視覚化してみたものが「図4」である。

【図3】情報法の構造（権利・自由制度間の調整関係を中心に）



【図4】肖像権をめぐる情報法の構造（日本法を前提としたもの）

保 護 対 象	人 的 属 性（肖像＝個人情報）	
保 護 法 益	非 財 産 的 利 益	財 産 的 利 益
公知（公表済）	権利保護なし＊（個人情報保護）	パブリシティ権（個人情報保護）
非公知（未公表）	プライバシー権（個人情報保護）	権利保護なし＊（個人情報保護）

＊一覧表化してみると、権利付与による保護がない場合でも、個人情報という行為規制による保護は、対象となる情報の公知・非公知、保護法益の財産的・非財産的にかかわらず、全ての場合にも及ぶことがわかる。

4. 残された課題

以上、アメリカ法の検証により、それなりの成果が得られたが、それでは、残された課題には、どのようなものがあるだろうか？

本稿では、まず、アメリカ法の検証により、財産権としての肖像権の、日本法における整合性ある理解、ひいては、情報法の構造の探究を行なってきた。

しかし、アメリカ流の憲法の下で、ドイツ流の民法を有する日本においては、ドイツ法における人格権の中で肖像権をとらえる考え方も検証しなければ、十分に整合性ある肖像権の理解、および、情報法の

構造の探究は、できない。また、その際に、参考として、同じヨーロッパ大陸法系の隣国、フランスにおける法制、判例、議論なども参照した方が、よりよいだろう。

よって、次回は、ドイツ法およびフランス法における、肖像権についても、検討して、より、研究を深めたい。

また、アメリカ法に関しても、時間や能力の関係で、興味深いのが、検討・紹介し切れなかったものがあるので、それらについても、別の機会に、改めて、検討の上、紹介したい。

【参考文献】

- (1) 阿部浩二「パブリシティの権利とその展開」(斎藤秀夫編集代表「打田峻一先生古希記念—現代社会と民事法—」, 第一法規, 1981)。
- (2) 大家重夫「肖像権 (新版)」(日本ユニ著作権センター, 2007)。
- (3) 豊田彰「パブリシティの権利」(日本評論社, 2000年)。
- (4) 田代貞之・内藤篤「パブリシティ権概説 (第2版)」(木鐸社, 2005)
- (5) 肖像権委員会「パブリシティの権利をめぐる諸問題」(著作権情報センター附属著作権研究所, 2009)
- (6) 伊藤正己「プライバシーの権利」(岩波書店, 1963)、三島宗彦「人格権の保護」(有斐閣, 1965)。
- (7) Warren & Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv.L.Rev.193 (1890). 翻訳は、外間寛訳「プライバシーの権利—The Right to Privacy」(伊藤正己・戒能通孝「プライバシー研究」、日本評論新社, 1962、所収)を参照。
- (8) Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 NY 538, 64 NE 442 (1902). 日本語文献は、豊田「権利」を参照。
- (9) Pavesich v. New England Life Insurance Co., 122 Ga. 190; 50 S.E. 68 (1905). 日本語文献は、豊田「権利」を参照。
- (10) 原文は、下記のURLを参照。
[[http://public.leginfo.state.ny.us/LAWSSEAF.cgi?QUERYTYPE=LAWS+&QUERYDATA=\\$%CVR50%\\$%TXCVR050+&LIST=LAW+&BROWSER=EXPLORER+&TOKEN=38706153+&TARGET=VIEW](http://public.leginfo.state.ny.us/LAWSSEAF.cgi?QUERYTYPE=LAWS+&QUERYDATA=$%CVR50%$%TXCVR050+&LIST=LAW+&BROWSER=EXPLORER+&TOKEN=38706153+&TARGET=VIEW)]
- (11) 条文の翻訳は、田代・内藤「概説」455頁によっている。
- (12) Prosser, Privacy 48 Cal.L.Rev.383 (1960).
- (13) HAE LAN LABORATORIES, Inc. v. TOPPS CHEWING GUM, Inc. 202 F.2d 866; 1953 U.S. App. 日本語文献は、豊田「権利」を参照。
- (14) Nimmer, The Right of Publicity, 19 Law & Contemp Probs 203 (1954).
- (15) 原文は、下記のURLを参照。
[<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=civ&group=03001-04000&file=3344-3346>]
- (16) 条文の翻訳は、田代・内藤「概説」457頁によっている。
- (17) Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 US 562 (1977). 日本語文献は、豊田「権利」を参照。
- (18) 原文は、下記のURL参照。
[http://cyber.law.harvard.edu/privacy/Privacy_R2d_Torts_Sections.htm]
- (19) 翻訳は、豊田「権利」18頁によっている。
- (20) 原文は、下記のURL参照。
[<http://www.law.uconn.edu/homes/swilf/ip/statutes/restatement46.htm>] [<http://www.law.uconn.edu/homes/swilf/ip/statutes/restatement47.htm>]
- (21) Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc., 33 F.Supp. 2d 867 (C.D. Cal. 1999). 日本語文献は、委員会「諸問題」を参照。
- (22) Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc., 255 F.3d 1180 (9th Cir. 2001). 日本語文献は、委員会「諸問題」を参照。
- (23) Downing v. Abercrombie & Fitch, 265 F.3d 994 (9th Cir. 2001). 日本語文献は、委員会「諸問題」を参照。
- (24) C.B.C. Distribution and Marketing, INC. vs. Major League Baseball Players' Association, 443 F.Supp.2d 1077 (2006) 日本語文献は、委員会「諸問題」を参照。
- (25) J.Thomas McCarthy "The Right of Publicity and Privacy" (2006, Thomson/West), Chapter 8.