

## I 序

パブリシティ権<sup>1</sup>に関しては、その嚆矢となった東京地判昭和 51・6・29 判時 817 号 23 頁 [マーク・レスター]、その名を用いた東京地判平成元・9・27 判時 1326 号 137 頁 [光GENJI] などの展開を経て、下級審段階ではそれが権利として認知されることが明らかになっており、その根拠について財産権説と人格権説との争いはあるものの、議論の焦点はむしろいかなる行為が侵害となるのかという侵害要件の確定に移行している。そのようななか、最判平成 24・2・2 平成 21(受)2056 [ピンク・レディー] は、最上級審として初めて「パブリシティ権」という用語の下で、人格権説に与してこの種の権利を容認することを明らかにするとともに<sup>2</sup>、一定の要件論を打ち出した<sup>3</sup>。

---

<sup>1</sup> 紙幅の都合上、学説、裁判例の詳細は、田村善之『不正競争法概説』（第 2 版・2005 年・有斐閣）505～541 頁に譲る。その後の展開につき、上野達弘「パブリシティ権をめぐる課題と展望」高林龍編『知的財産法制の再構築』（2008 年・日本評論社）、北村二郎 [判批] 知的財産法政策学研究 25 号（2009 年）、田村善之「パブリシティ権の侵害行為」同『ライブ講義知的財産法(仮)』（近刊・弘文堂）。

<sup>2</sup> 「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……。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。」

<sup>3</sup> かつては、特に顧客吸引力があることを理由にして財産権としてパブリシティ権を基礎づける見解の下では、その主体を、芸能人や著名人に限る見解が提唱されていたが、その限界線は極めて不明確であった。他方、人格権説をとると、そのような線引きは不要である。たとえば、私人が、サウナ風呂の広告に、他の大勢の購入者と並べて小さく掲載するという条件に違反してその顔写真を大きく掲載された上、言ってもいない感想を発言したかのような記載がなされたという事案で、不法行為の成立を認めて損害賠償を認容した判決がある（東京地判平成元・8・29 判時 1338 号 119 頁 [サウナ風呂広告]）。およそ人が肖像等をみだりに広告に利用されたり商品化されることがない権利を有することを明らかにしたピンク・レディー事件最判後は、この種の事案においても、パブリシティ権侵害と呼ぶことができよう。

## II 従前の裁判例の展開-宣伝広告と商品化の2類型への収束と雑誌記事の扱い-

パブリシティ権侵害の要件論について従前の多くの下級審裁判例が用いていた文言は、「他人の氏名、肖像等の持つ顧客吸引力に着目し、専らその利用を目的とするものであるかどうか」（東京地判平成12・2・29判時1715号76頁〔中田英寿〕）、というものであった。

しかし、パブリシティ権なるものを保護するということは、その反面、肖像等を利用する他人の自由を制約することを意味するのだから、「専ら」のようないかようにも解することができる要件論のみで他者の活動の自由を制約することは、その萎縮効果を考え合わせると、表現の自由を害する危険が大きい。そこで、かつて筆者は、事案との関係でそれまでの裁判例を整理しながら、パブリシティ権は、自然人の氏名や肖像が、① 宣伝広告に利用される場合か、② 商品化される場合でなければ侵害にならない、と定式化したことがある<sup>4</sup>。

裁判例には、筆者が提示した宣伝広告と商品化という定式化を用いた例もあるが（東京地判平成17・8・31判タ1208号247頁〔@ブブカ〕）、大半は、依然として「専ら」という抽象的な基準を説く。しかし、その具体的な事案に基づいて整理していくと、①宣伝広告と②商品化という2類型に収斂することには変わりはない。

たとえば、① 宣伝広告への利用が違法とされた例として、たとえば、テレビCMへの無断利用（前掲東京地判〔マーク・レスター〕、テレビCM、新聞広告、チラシへの無断利用（富山地判昭61・10・31判時1218号128頁〔藤岡弘〕）がある。

また② 商品化が違法とされた例として、たとえば、スポーツ選手の肖像がメダルに用いられた例（東京地決昭和53・10・2判タ372号97頁〔王貞治〕）、アイドルグループや歌手の氏名や肖像が、テレホンカード、下敷き、うちわ、キーホルダー、カレンダー、ポスター、ブロマイド、時計等に用いられた例（東京地決昭和61・10・6判時1212号142頁〔おニャン子クラブ仮処分〕、東京地決昭和61・10・9判時1212号142頁〔中森明菜 I〕、東京地決昭和61・10・17判タ617号184

---

<sup>4</sup> 田村・前掲注1 不正競争法概説 513～521頁。

頁〔中森明菜Ⅱ〕がある。

ただし、書籍や雑誌に用いられた例に関しては、裁判例に対立が見られる。

まず書籍との関係では、書籍全体に肖像写真が用いられているならばパブリシティ権侵害となるが(東京地判平成22・10・21平成21(ワ)4331〔ペ・ヨンジュン来日特報〕)、他方で、揺籃期の例外的な判決(東京地判平成10・1・21判時1644号141頁〔キング・クリムゾン〕)を除けば、文章が主体の書籍において氏名、肖像等を一部に利用したからといってパブリシティ権侵害となることはない(東京高判平成11・2・24平成10(ネ)673〔キング・クリムゾン〕、東京地判平成12・2・29判時1715号76頁〔中田英寿〕<sup>5</sup>、とされていた。

他方、雑誌の一部に何枚かの写真や特集記事が載っているときには争いがあり、抽象論としては多様なものが提示されていたが、事案との関係では、グラビア写真に匹敵するような利用態様に限って、パブリシティ権の侵害が認められていた<sup>6</sup>。

---

<sup>5</sup> もっとも、別途、プライバシー権の侵害が肯定される場合がある。顔面に腫瘍を持つ友人をモデルにした小説が違法とされた、最判平成14・9・24判時1802号60頁〔石に泳ぐ魚〕のほか、侵害肯定例として、東京地判昭和39・9・28下民集15巻9号2317頁〔宴のあと〕、前掲東京地判〔中田英寿〕、東京高判平12・12・25判時1743号130頁〔同〕。否定例として、前掲最判〔石に泳ぐ魚〕以前の判決であるが、東京地判平成7・5・19判時1550号49頁〔名もなき道を〕。ピンク・レディー事件最判によりパブリシティ権も人格権に基礎を置くことが明らかとなった今では、プライバシー権とパブリシティ権は同じ人格権の範疇に属するが、被疑侵害者の利用行為との関係でなお別の側面に着目する法理であると考えられる。<sup>6</sup> もっとも、ここでも別途、プライバシー権の侵害が肯定されることがある。たとえば、アナウンサーになる以前に、その承諾の下で撮影され同雑誌に掲載された水着写真を再度掲載したことについて、肖像権を侵害する不法行為であると帰結する判決(東京地判平成13・9・5判時1773号104頁〔女子アナウンサー・ランジェリーパブ〕)がある。同じく水着写真の再掲載の事例であるにも関わらず侵害が否定されたピンク・レディー事件との差異は、原告が広い意味でのタレントとはいえグラビア・アイドルではなかったということに求めることができよう。

同様に、居宅などの公にさらされていない場所での姿態を、公道や建物外部から撮影した写真を刊行物に掲載した場合には、プライバシー権侵害になる(東京地判平成元・6・23判時1319号132頁〔作家交際相手写真掲載〕、東京高判平成2・7・24判時1356号90頁〔同〕)。

他方で、公道等の公衆に開放されている場所で、被写体の芸能人の承諾の下に撮影されており、広くそれが公開されることも覚悟しうる場合であるとか(参照、神戸地尼崎支決平成9・2・12判時1604号127頁〔タカラヅカおっかけマップ〕)、コンサートや講演会など一般に公衆に晒すことを予定している姿態を撮影した写真に関しては、プライバシー権侵害となることはなく、別途、その写真が広告に利用されたり、商品化された場合に限り、パブリシティ権侵害の成否が問題と

たとえば、雑誌の特集記事の一環として利用された原告の写真が解像度の低い白黒写真であった場合には、パブリシティ権侵害が否定される（東京地判平成20・7・4判時2023号152頁〔ピンク・レディー〕、知財高判平成21・8・27平成20(ネ)10063〔同〕）。他方で、カラー写真が掲載されているものの、写真が小さく、文章の分量が多い場合には、侵害が否定されるが（東京地判平成17・8・31判タ1208号247頁〔@ブブカ〕）、写真が大きく、文章の分量が少ない場合には、侵害が肯定される余地が生じる。裁判例の中には、その分岐点を、写真のサイズが見開き2頁程度か否かという基準で画そうとした判決がある（東京地判平成16・7・14判時1879号71頁〔ブブカスペシャル7〕）。

例外的に、こうした肖像等の利用を一定程度容認する主流派の裁判例とは一線を画し、「芸能活動に対する正当な批判、紹介」でなければおよそ侵害となることを肯定する説示をなす判決もある（東京高判平成18・4・26判時1954号47頁〔ブブカスペシャル7〕）<sup>7</sup>。

### Ⅲ ピンク・レディー事件最判

#### 1 3類型の提示

---

なると理解すべきである。

しかし、公道等の公衆に開放されている場所であっても、公衆に晒すことを予定していない姿態を無断で撮影し刊行物に掲載する場合には、プライバシー権侵害となりうる。たとえば通学の場面（パブリシティ権侵害も肯定しているが、東京地判平成16・7・14判時1879号71頁〔ブブカスペシャル7〕、東京高判平成18・4・26判時1954号47頁〔同〕）、アダルトビデオを物色している場面（東京地判平成18・3・31判タ1209号60頁〔人気芸人FLASH掲載〕）、一般人が着用していた服の胸部に「SEX」の文字がデザインされていたために、そのような姿態を写真撮影されたり、それをウェブサイトに掲載されることを望まないような場面（東京地判平成17・9・27判時1917号101頁〔Tokyo Street Style〔銀座〕〕）。もちろん、公道等の公衆に開放されている場で撮影された写真に写り込んでいるからといって、逐一、プライバシー権侵害に該当してしまうのでは、およそ公の場所を撮影した写真や映像を利用することが困難となりかねない。被写体を中心に据えるものではない写り込みの事例は、原則として、侵害を否定すべきである。<sup>7</sup> この事件の記事の中には、女性アイドルの脇の下の処理具合を論評したものなどがあり、そのようなものはプライバシー権その他の人格的利益を侵害するといつて差し支えないであろう。しかし、そのために、判旨のような大上段の議論を用意する必要はない（判旨を表現の自由に対する重大な脅威ととらえる、内藤篤「標識法としてのパブリシティ権の限界：ブブカアイドル訴訟判決を読む」判例タイムズ1214号24～25頁（2006年）も参照）。

そのようななか、前掲最判〔ピンク・レディー〕は、従前の裁判例における「専ら」の意味をより具体化し、以下のように説いた。

「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。」

このうち①と③は、宣伝広告と商品化に該当する。②についても、各種グッズに氏名等が用いられることを想定しているとするれば、筆者の分類では商品化類型に属する。また、「高知東急」という芸名が同氏の芸能活動の商品等表示として使用されていることを認めて、東急グループに所属しているとか、資金援助を受けているとか、使用許諾を受けている<sup>8</sup>という混同のおそれがあることを認める、東京地判平成10・3・13判時1639号115頁〔高知東急〕の理屈を用いれば、逆に、芸能人等が自己の氏名や肖像等を周知の商品等表示であるとして、同号、あるいは著名の商品等表示であるとして2条1項2号の保護を享受しうるはずだから<sup>9</sup>、特に異とする必要はない。

むしろ、問題は①の類型の外延である。その拡がり次第では、他者の自由を過度に害することになりかねない<sup>10</sup>。以下、事案との関係で判旨の具体的な帰結を分析してみよう。

---

<sup>8</sup> もっとも、かかるライセンス関係があるとの誤信までも不正競争防止法2条1項1号の混同に含めることには、同号の外延を無限定に拡張しすぎることになりかねず、採用すべきではない(田村・前掲注1・不正競争法概説89～90頁、才原慶道〔判批〕知的財産法政策学研究12号(2006年))。本文で後述するような市場におけるバイアスを法規範に高めてしまう危険性があるからである。

<sup>9</sup> この方向を極端にまで押し進め、パブリシティ権侵害をおよそ不正競争防止法の商品等表示としての保護で包括することを提唱するのが、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』(筑波大学大学院企業法学専攻10周年・2001年・信山社)であるが、宣伝広告に氏名や肖像を用いられる事例の全てを商品等表示の使用と擬制することには無理がある(田村・前掲注1・不正競争法概説510～511頁)。

<sup>10</sup> 最高裁判決自身、「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」と述べている。

## 2 事案への当てはめ

この事件の事案は、被告の発行する女性週刊誌に、「ピンク・レディーdeダイエット」と題する特集記事が3頁にわたって掲載され、その記事中で、同誌のカメラマンが過去に撮影したとみられる原告の写真14枚が掲載されたことが問題となったというものである<sup>11</sup>。これらの写真には水着写真1枚が含まれており、当該記事に関係する振付けに関わるものは5枚に止まっていた。

原審の東京地裁は「専ら」基準で侵害を否定。控訴審の知財高裁は「専ら」基準を批判し総合衡量型の基準を提示したが、やはり侵害を否定した。これに対し、最高裁は、再度、「専ら」基準に回帰するとともに、前記3類型を例示したうえで、以下のように説示した。

「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とはできない。」

この判決により、雑誌の記事のほうが主体となっており、それを補足するために白黒写真が用いられた場合には、パブリシティ権侵害が否定されることが明らかになった。

問題は、従前の裁判例で争われていたカラー写真が主となっているケースであ

---

<sup>11</sup> 北村/前掲注1・341～343頁に全頁が転載されている。

る。本判決が、雑誌全体の3頁のなかで利用されているに過ぎないことを侵害を否定する方向に斟酌した点を重視すれば、侵害が否定されることとなろうが、他方で、白黒写真であることや、記事の補足に過ぎなかったことに言及していることを重視するのであれば、違法となる場合がありえよう。最高裁が、「専ら」の例示として掲げた3類型には、雑誌内で数頁グラビア写真として利用することは該当しないようにも読めるが、「など」と付されていることから明らかなように、3類型はあくまでも例示に過ぎない。

本判決に付された補足意見は、「グラビア写真」を第一類型に該当する例として掲げているが、それが補足意見に止まったということもあって、@ブブカ事件、ブブカスペシャル7事件のような事案に関する判例法理の確立は、今後委ねられたと言わざるを得ない。

#### IV 結びに代えて

先に筆者は、パブリシティ権侵害は、人の肖像、氏名が①宣伝広告に利用されるか、②商品化される場合に限り、違法と目すべき旨を説いた。

まず、① 宣伝広告への利用を違法視する理由は、自ら推奨していない商品やサービスであるにもかかわらず、その宣伝広告に自己の氏名や肖像が利用され、当該商品等を推奨しているかのような誤解が一般に喚起される場合には、たとえ名誉を害されなくとも、精神的な憤りや多少の困惑を誰もが覚えるように思われるからである。他方、他人の氏名や肖像等を利用した営利活動のための宣伝広告を規制したところで、これをもって、表現や経済活動の自由の過度の制約とはいえないだろう。

② 商品化についても、肖像や氏名自体が商品、サービスの対象とされる場合にも、被利用者は精神的な憤りや困惑、苦痛を覚えるように思われる。事情次第では、名誉感情を害される場合もありえよう。とはいえ、宣伝広告の場合と異なり、他人の肖像、氏名の商品化といっても、その態様は千差万別である。自然人の氏名や肖像以外の表現がほとんど付加されていない商品もあれば、書籍や雑誌となると、文章等が付加されていることが多く、表現の自由との衡量がより切実な問題になってくるものもある。

特に、書籍の一部や雑誌記事に使用している程度では、他人の肖像度に対する

依存度が大きいために違法と目すべき「商品化」とはいい難く、プライバシー権侵害に該当しない限り、表現の自由を重んじて侵害を否定すべきではなかろうか。そのように解したところで、雑誌のコンセプトに適合した新たな写真を撮影するためには、物理的に被写体の協力が必要となるので、撮影に際して、事前に契約により対価が支払われることになろう<sup>12</sup>。第三者の無断使用に対しては、権利者は異なるかもしれないが、少なくとも、一連の契約の中に巻き込まれているはずの著作者か、その権利の承継人が著作権を主張することもできる。それならば、それで十分であって、近時の下級審の裁判例のように、雑誌記事に利用される場合にまでパブリシティ権を拡大する必要はないように思われる。

ピンク・レディー事件最判はこの問題を先送りしたが、今後、裁判例が集積することによって、さらにパブリシティ権の侵害の境界線が明確とされていくことを期待する。

---

<sup>12</sup> 関連して、裁判例のなかには、「モデル料等が通常支払われるべき週刊誌等におけるグラビア写真」に匹敵するような態様だった場合に侵害となるという基準を提示するものがある(前掲東京地判[ブブカスペシャル7])。具体的な適用としては、この裁判所は、カラー写真が見開き2頁に掲載されているか否かというところを侵害と非侵害と分ける境界線としている(ただし、記事内で芸能人を取り上げる場合のパブリシティ権侵害に関しては、先例が乏しいことを理由に、違法性の認識の可能性がないと論じて、不法行為該当性を否定した)。

しかし、世の中で慣行として、あたかも権利が及んでいるかのように取引の対象となっているものの中には、権利を認めるべきであるという社会的な規範が成立して取引されているものばかりでなく、単純に、訴訟になるのが煩わしいとか、その金銭的な負担に耐えられないという理由で、利用者側が対価を支払っているものもある。特に、多数の者が利用できるパブリシティに関しては、権利を主張する側は、いったん訴訟で勝つと、その相手方だけではなく、多数の潜在的な利用者に対しても、その勝訴判決を事実上活用して対価をとることができるようになるので、1つの訴訟についてかけることができる金額が大きく、反面、利用者側は、その1回限りだけの利益しかないので、1つの訴訟にかけることができる金額は非常に少なくなる。その結果、交渉で決裂すると訴訟に移行するという威嚇は、利用者に対してのみ威嚇として機能するので、一定のライセンス料が提示された場合には、利用者側が訴訟になることを慮って、唯々諾々とそれに応じることが少なくない。したがって、現実的に妥結された取引には、司法を利用できる者が一方に偏っているかもしれないというバイアスの産物である可能性があり、そのまま裁判規範に反映すると、バイアスが法規範にまで高められることになりかねない。それが循環して、社会における取引をさらに促進するという問題があることも考慮に入れると、このバイアスには増幅的効果がある。したがって、モデル料が通常支払われるという取引の現実を即、パブリシティ権侵害の成否の基準に昇格させることには疑問を呈さざるをえない。