

パブリシティ権の権利構成の展開とその意味に関する覚書

本
山
雅
弘

一 問題の所在

二 「権利」の特殊性の側面からの考察

- 1 人格権構成論は権利の排他性なり差止請求権を導くために要するか
- 2 人格権構成論は「ギャロップレーサー」最高裁判決の帰結と解し得るか
- 3 「権利」の特殊性との因果関係の希薄性

三 権利侵害成立の「判断枠組み」の側面からの考察

- 1 判断枠組みの変化の存在
- 2 パブリシティ権侵害事案における侵害判断枠組みの変遷
- 3 権利侵害の判断枠組みの類型化と人格権侵害の判例法理の確立
- 4 パブリシティ権侵害の判断枠組みの移行と人格権法理の発展との関連性
- 5 人格権構成論の整合的位置づけと理由

四 「ピンク・レディー」最判の人格権構成論の意味と評価

- 1 人格権構成論の意味するもの
- 2 権利の性質論の帰結
- 3 判断枠組みの類型論からみたパブリシティ権侵害の類型化

パブリシティ権の権利構成の展開とその意味に関する覚書（本山雅弘）

4 パブリシティ権の譲渡可能性と相続性の検討

五 まとめ

一 問題の所在

人の氏名、肖像等の人格要素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る。そして、この肖像等の顧客吸引力の利用に関し、その排他的支配を可能にする権利がパブリシティ権である。わが国におけるパブリシティ権は、依然その権利概念自体の形成はなかったものの、子役俳優の氏名・肖像の無断コマース利用について、経済的利益侵害の不法行為の成立を認めた東京地判昭五一・六・二九判時八一七号二三頁「マーク・レスター」事件において、その実質的な姿を現し、それ以後、判例法の展開によって形成されてきた。そして、最高裁がはじめてこの問題と取り組んだ最判平成二四・二・二判時二一四三号七二頁「ピンク・レディー」事件において、パブリシティ権の権利概念が承認され、わが判例法上の確立された概念となったのである。

ところで、パブリシティ権の性質なりその権利構成をいかに解すべきかという問題は、権利承継の可否の問題とも直結し得ることから、重要な論点となり得る。右最判は、この点について、つぎのように判示し、この権利が人格権との関係において理解されるべき権利であることを明らかにした。

「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、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、

…人格権に由来する権利の二内容を構成するものといふことができる。」

右最判のように、パブリシティ権の権利構成に際し、「人格権」との関連でそれを理解する、いわば人格権構成論（ないし人格権説⁽¹⁾）は、近時の下級審裁判例においてはひとつの傾向をなしてきたものといえる。すなわち、東京地判平一七・六・一四判時一九一七号一三五頁「矢沢永吉パチンコ」事件が、「人は、氏名・肖像などの自己の同一性に関する情報を無断で商業目的の広告・宣伝あるいは商品・サービスに付して使用された場合には、…人格権を根拠として、当該使用の差止め、慰謝料、財産的損害の賠償請求…などを求めることができるものと解される。」（傍点筆者）と判示したのを嚆矢として、その後の裁判例は、パブリシティ権の説明に際し、「人格権の一部」⁽²⁾、「人格権に由来する権利」⁽³⁾などと説いて（いずれも傍点筆者）、その人格権構成を示唆する—少なくとも純然たる財産権とは異なる権利構成を示す—見解を示してきた。

とはいえ、この人格権構成論は、わが国のパブリシティ権をめぐる議論において、必ずしも自明の考え方であったとは言い難い。学説上の議論は、むしろ、パブリシティ権を人格権とは別個独立の財産権と理解する、いわば財産権構成論（ないし財産権説⁽⁴⁾）を出発点としてきた。裁判例も同様である。高裁判決としてはじめてパブリシティ権侵害に対する差止請求を承認した東京高判平成三・九・二六判時一四〇〇号三頁「おニャン子クラブ」事件が、「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」（傍点筆者）と説いて、パブリシティ権を人格権とは異なる排他的な財産権と構成して以降、東京地判平成一六・七・一四判時一八七九号七二頁「ブカスベシャル7」事件が、「経済的価値を独占的に享受することのできるパブリシティ権と称される財産的利益」（傍点筆者）と説くに至るまで、明瞭な財産権構成論が示されてきた。すなわち、前記最判が示した人格権構成論は、パブリシティ

権の理解としてわが国においていわばデフォルトであった財産権構成論の修正にあたる。

他方、学説の説く人格権構成論の内容も、一様とは言い難い。初期の学説は、財産権構成が導く権利の譲渡可能性が、人格要素の営利利用場面において人格的利益の保護に不足を生じさせかねないとの問題意識から、パブリシティ権を、その保護法益は専ら財産的利益と解しつつも、ドイツ法の比較法的考察を参考としつつその一元的構成（すなわち、人格権が氏名・肖像の精神的利益と財産的利益の双方を保護するとの構成）に依拠して、権利の譲渡可能性が否定されるが故に右のような問題を生じさせない人格権構成を支持する見解であった。ところが近時の学説は、もはや財産権構成による権利譲渡の帰結を問題視するまでもなく（権利譲渡の否定は、人格権構成から導かれる当然の帰結にすぎない）、パブリシティ権の保護法益なり根拠そのものを人格的利益なり人の尊厳に求めることにより、パブリシティ権を、より直截的に、人格権に基づく権利あるいは人格的利益の保護を中核とする権利と解し、その財産権構成の必要を否定する。⁽⁹⁾

これに対し、前記最判は、パブリシティ権を「肖像それ自体の商業的価値に基づくもの」と説いているように、人格権構成論を示したとはいえ、近時の学説のごとく、その保護法益までも人格的利益と解しているものとは解し難い。これに先行して人格権構成論を示した下級審裁判例も同様であった。前記「矢沢永吉パチンコ」事件は「収益機会の喪失……などの経済的利益の侵害をも受けることから、……人格権を根拠として……」（傍点筆者）と述べ、他の裁判例も「財産的価値を冒用されない権利は、パブリシティ権と呼ばれる」、「このような経済的利益・価値もまた、人格権に由来する権利として、当該著名人が排他的に支配する権利（以下、この意味での権利を『パブリシティ権』という）、である」⁽¹²⁾（いずれも傍点筆者）と述べており、その理論的性格は、パブリシティ権の財産権としての側面を全否定したものの、換言すれば、パブリシティ権についてその保護法益を人格的利益と解し財産権構成の必要を否定する見解と

は解し難い。

以上を要すれば、右最判が示した人格権構成論は、かつての裁判例が示した財産権構成論（人格権とは別個独立の財産権としてのパブリシティ権）とは異なるその修正論と解し得るが、一方で、近時の学説が説くような人格的利益を保護法益と解する人格権構成論とも、必ずしも一致する考え方とは言い難いこととなる。

そこで問題となることは、前記最判に裁判理論として一応の結実をみた人格権構成論の意味するところは何であるのか、それは、とりわけ、わが国のデフォルトであった財産権たるパブリシティ権という発想とどのような位置関係に立っているのか、ということである。この問題は、単なる理論的な関心のみ出るものではない。人格権構成論の意味するところ、あるいは、その財産権構成論との位置関係を知らぬことにより、裁判理論が前提とするパブリシティ権の性質論についての検討の手がかりを得ることは、権利の譲渡可能性や相続性といった、より実践的な課題の検討の前提にもなるのである。

このような問題意識に促されて、本稿では、以下にまず、パブリシティの権利構成が、裁判理論として、その財産権構成から人格権構成へと展開を遂げた理由を探ろうと思う。わが国の人格権構成論は、右に述べたとおり財産権構成論からの修正論と位置づけ得るのであるから、当該修正の理由のなかにこそその修正後の人格権構成論の意味を知る手掛かりが潜むはずである。より具体的には、これまで学説で人格権構成論が主張される際にその理由として説かれてきた事情が、実務における人格権構成論への修正を現に合理的に説明し得ているかを改めて批判的に検証したうえで（二）、本稿独自の観点から、当該修正の解釈論的な事情なり背景を探り、その合理的な説明を試みる（三）。ついで、権利構成の展開の理由について得られた知見を基にして、前記「ピンク・レディー」最判が示した人格権構成論の意味するところと、その帰結としての権利の性質論、侵害類型論および権利移転（譲渡、相続）の可能性の問題

とについて、若干の検討を試みようと思う(四)。

二 「権利」の特殊性の側面からの考察

1 人格権構成論は権利の排他性なり差止請求権を導くために要するか

(1) 人格権構成は差止効果の必要条件であるか

パブリシティ権侵害に対する救済措置として差止請求が重要な意義を有することは、当該パブリシティ価値の維持・発展にかんがみて、言うまでもない。パブリシティ権の人格権構成を支持する学説には、しばしば、その論拠として、財産権構成論を以てしては、パブリシティ権侵害に対する差止めの根拠に窮する点を指摘する見解が認められる。すなわち、パブリシティ権の排他的な財産権構成により差止請求権を導くことは、慣習法上の絶対権を認めることにほかならず、物権法定主義に反するなどとして、差止請求の認容根拠を改めて得る必要から、いわば目的論的に、人格権による権利構成の必要性が説かれるのである⁽¹⁴⁾。

パブリシティ権は、有体の「物」の使用・収益・処分に関する「物権」ではなく、氏名・肖像等の無体物を保護対象とする権利と解される。したがって、物権法定主義に基づく右立論も、あくまで「物権」に関する考え方のアナロジーにすぎず、無体財産に関するパブリシティ権の排他性を否定する決定的な論拠となり得るかという点も改めて問われよう。しかし、そもそも、右学説が示した懸念にもかかわらず、従来の裁判実務は、現に財産権構成をとる場合にあっては、権利侵害に対する差止めの根拠に窮することはなかったことに注目すべきである。

すなわち、財産権たるパブリシティ権について、その侵害時の差止請求を基礎づけ得る権利の排他性なり独占性を

明示的に判示した裁判例には、地裁判決としては、①横浜地判平成四・六・四判時一四三四号一六頁「土井晩翠」、②東京地判平成四・三・三〇判タ七八一号二八二頁「加勢大周」、③東京地判平一〇・一・二二判時一六四四号一四一頁「キング・クリムゾン」、④東京地判平一六・七・一四判時一八七九号七一頁「ブブカスペシャル7」の各事件が、また、高裁判決としては、⑤東京高判平成三・九・二六判時一四〇〇号三頁「おニャン子クラブ」、⑥東京高判平五・六・三〇判時一四六七号四八頁「加勢大周」控訴審、⑦東京高判平一一・二・二四「キング・クリムゾン」控訴審の各事件が、それぞれ認められる。またこのうち、②、③および⑤の各判決は、結論において差止め等の物権的な請求を認めている。

そもそも、わが国の裁判例に、パブリシティ権侵害が認められた事案において差止請求が排斥された事例はこれまでに存在しない。⁽¹⁵⁾ そうすると、パブリシティ権の人格権構成は、侵害に対する差止効果の獲得との関係で、いわばその有効な「必要条件」となり得ているかが、まず疑問となる。

もっとも、パブリシティ権の裁判実務の分析を行う学説には、過去の人格権侵害事案に関する最高裁判例を引用しつつ、現在の裁判実務において、差止請求については、人格権、物権といった排他的権利に基づくものでなければ認められないと説き、人格権による権利構成が、差止効果の獲得のための必要条件である旨を指摘する見解がある。⁽¹⁶⁾ しかし、そこで学説が論拠として引用する最高裁判例（最判平成九・一二・一八判タ九五九号一五三頁）においても、判旨は人格権的権利に基づく妨害排除請求を認めているにすぎず、財産権に基づく同様の請求に関し、その成否を判断するものではない。財産権としての権利構成がその侵害に対する差止効果の取得にとって必要条件としての資格を欠くことについては、十分な説得力を備えた見解とは言えない。

(2) 人格権構成は差止効果の十分条件となり得るか

さらに、他方で、人格権による権利構成が、差止効果の取得にとってのいわば「十分条件」といい得るかも、民法学説の説くところによれば、必ずしも自明とはいえない。窪田充見教授は、従来のパブリシティ権＝人格権説の論旨が差止効果の獲得に向けられていたことを批判して、「人格権であるという属性決定は、従来の判例に照らしても、それだけでは具体的事案における差止を肯定することにはつながらないだろう。…パブリシティの権利の性格をどのように理解するのか、あるいは、パブリシティという固有の権利を承認するか否かという問題は差止の問題を直接に左右するわけではない。」と説かれる（傍点筆者）。要するに、差止の効果は、人格権構成の有無のみならず権利構成の有無とも必然的に結び付かないとされるのである。窪田教授は、パブリシティの権利承認の問題が、差止との関係で「論理必然的に直結するわけではない」とすら述べる。⁽¹⁸⁾

この理が実務上も妥当する例を、われわれは、人格権（肖像権）侵害に関する裁判例から知り得るところである。すなわち、東京高判平成二・七・二四判時一三五六号九〇頁「週刊フライデー」事件は、肖像写真を無断掲載した写真週刊誌の回収等が請求された事案において、「肖像権は、その対象たる肖像について物権と同様な包括的かつ完全な支配を包含する程熟成した権利ではない」と説いたうえ、「総合判断」としつつも、「肖像権に基づく妨害排除ないし予防請求権は発生しない」との結論を導いている。要するに、人格権たる肖像権であっても、物権と同様の包括性・完全支配性を承認することはできないと述べ、物権的請求権の端的な承認を否定するのである。

一般に、実務上、人格権が差止効果の有効な根拠たり得ると理解されるのも、名誉棄損やプライバシー侵害の場合のように、保護法益に対する損害の事後的な回復が困難な場合が想定されるからである。⁽¹⁹⁾そこにおいて、差止効果を導く考慮要素は、損害の事後回復の困難性であって、人格権という権利の性質それ自体ではない。そうすると、パブリシティ権が侵害される場合であっても、その権利の人格権構成自体によって差止めの救済措置が得られると期

待し得るほど、議論は単純ではなさそうである。

(3) 人格権構成の裁判実務は差止効果を要したか

ひるがえって、いま一度パブリシティ権の裁判実務に立ち返って検討すべきことは、人格権構成論を説くものと解される裁判例が、果たして、差止めの救済措置を現に必要としていたのかという点である。

まず、パブリシティ権について「人格権を根拠」と説いた前記「矢沢永吉・パチンコ」事件は、肖像の無断利用が問題とされたパチンコ遊技機の使用に関し、その差止請求をむしろ棄却している。また、パブリシティ権を「人格権の一部」と説いた前記「ピンク・レディー」事件、そして、「人格権に由来する権利」と説いたその控訴審、「河合我聞」、「ベ・ヨンジュ」および「ピンク・レディー」最判の前記各事件では、そもそも差止めが請求内容に含まれていない。要するに、これまで裁判所が示してきた人格権構成論は、例外なく、救済措置としての差止めの効果とは無関係の事案に登場した考え方であったのである。

周知のとおり、今日の裁判理論として、不法行為に基づく損害賠償は、権利侵害ではなく、何らかの法的利益の侵害があれば足りる（大判大一四・一一・二八民集四卷一二号六七〇頁「大学湯」事件）。したがって、パブリシティ権侵害に対する救済措置として損害賠償のみが求められた事案においては、当該法的利益の存否を判断すれば足り、その性質につき、人格権と財産権の別を判断する必要は原則として存在しないはずである。それにもかかわらず、右の裁判例が、それ以前の財産権構成論の裁判理論を修正し、あえてパブリシティ権の構成を人格権に求めていることからすれば、その背景には、差止請求の認容という侵害の効果論とは直接の関係をもたない、何らかの特別な事情があるものと考えざるを得ないところとなる。

もっとも、学説には、右の裁判例のような損害賠償のみが求められた事案や差止請求が棄却された事案に関して、

むしろ「パブリシティ権の権利の性格については明確に判断されない傾向」を認めようとする見解もある。⁽²⁰⁾しかし、先に述べたとおり、これまでに人格権構成論を採用した裁判例が、例外なく、差止めの効果とは無関係の事案であったことを踏まえるならば、右学説の説くところは、つまるところ、これまで裁判例に示された人格権構成論の先例価値をいずれも否定するものとなる。そもそも、右学説のような裁判例の評価が妥当し得ないことは、前記「ピンク・レディー」最判が、まさに損害賠償のみの請求にかかる事案であるにもかかわらず、最高裁として——本稿が課題とするところ、その意味するところの解明がなお必要であるとしても——明確にパブリシティ権の性格につき判断を示していることから明らかであろう。

人格権構成論を説く裁判例が、例外なく、差止効果の取得とは無関係の事案であったことを知るならば、それら裁判例を権利の性質論・構成論について得るべきものがないとして度外視し得るところか、むしろ、そうした裁判例は、権利侵害の効果なり救済措置とは異なる観点なり問題意識から、その人格権構成論を導いたと考えるのが、より合理的な解釈となろう。つまり、先の学説における人格権構成論が、その論拠を、差止効果の取得に求めていたのとは対照的に、現実の裁判実務における人格権構成論には、そのような説明がうまく妥当していないのである。

2 人格権構成論は「ギャロップレーサー」最高裁判決の帰結と解し得るか

(1) 「物のパブリシティ権」否定の最高裁判決との接点

パブリシティ権の人格権構成論を示した前記「ピンク・レディー」事件最判に先立って、最高裁は、物（競走馬）のパブリシティ価値の無断利用の可否が争われた最判平成一六・二・一三民集五八卷二号三一頁「ギャロップレーサー」事件において、いわゆる「物のパブリシティ権」を否定した。同最判の判決要旨は、「競走馬の所有者は、：

その名称等が有する顧客吸引力などの経済的価値を独占的に支配する財産的権利（いわゆる物のパブリシティ権）の侵害を理由として…差止請求又は不法行為に基づく損害賠償請求をすることはできない」と説く。

学説には、この「ギャロップレーサー」最判を手掛かりに、パブリシティ権の人格権構成論を導こうとする見解がしばしば見られる。すなわち、右最判が競走馬の名称に関する排他的な使用権を認めなかったのは、「財産権としてのパブリシティの権利を認めるとする考え方を取ることの困難性を予測させる」と説かれ、当該最判の判断がパブリシティ権の人格権構成の論拠と解されるのであり、あるいは、「ピンク・レディー」最判の人格権構成論も右最判の物のパブリシティ権を否定する判旨と整合的関係のもとに捉えられ、「ピンク・レディー」最判の解説に際し、右「ギャロップレーサー」最判を引用しつつ財産権構成論への批判的見解が示されるのである。⁽²³⁾

確かに、「物」のパブリシティ権の否定は、「人」ないし自然人との関係でのみ妥当し得る人格権によってパブリシティ権を構成する発想と、相互に反対推論を可能とするだけに、論理的には整合しやすいところである。しかし、右最判の「物のパブリシティ権」否定の真意を問うまでもなく、そのような論理的な可能性のみを以て、人格権構成論と同最判を結びつけ、あるいは同最判を人格権構成論の論拠とすることは、そもそも、同最判の判旨の意図するところと整合し得るのであるか。

そこで、右「ギャロップレーサー」最判が競走馬名称に関し「物のパブリシティ権」を否定した主たる理由を改めて吟味し、そこに、人格要素のパブリシティ権の権利構成のあり方との関係でいかなる含意を汲み取り得るかを検討する必要がある。

(2) 「ギャロップレーサー」最判の意図は人格権構成論を支持するか

まず、そのひとつ目の理由は、専ら所有権の保護範囲の限界を指摘するものである。すなわち、物の外観の無形的

利用と所有権の関係についての最判昭和五八・一・二〇民集三八卷一号一頁「顔真卿自書建中告身帳」事件を先例として引用しつつ、⁽²⁴⁾「競走馬の名称等有する顧客吸引力などの競走馬の無体物としての面における経済的価値を利用したとしても、その利用行為は、競走馬の所有権を侵害するものではない」と判示し、競走馬の所有権が当該顧客吸引力の支配にまでおよばない点を指摘するものにすぎない。この判旨に、パブリシティ権の権利構成のあり方を示唆する判断は含まれない。

そしてふたつ目の理由は、商標法、著作権法、不正競争防止法等の、物の無体物としての面の利用に関する知的財産権関係の諸法律・法令の存在に強い関心を払い、その制定法の枠組みに未だ取り込まれていないいわば「生成途上の権利」物のパブリシティ権⁽²⁵⁾に対し、安易な法的保護を承認することへの抵抗感にある。すなわち、「物の無体物としての面の利用の一態様である競走馬の名称等の使用につき、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく、また、競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行為の成否については、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっているとはいえない現時点において、これを肯定することはできない」と判示する。同最判の調査官解説も、物の名称等の使用規制に関する知的財産関係法の存在を指摘し、その関係法の重要な目的を「法的安定性の確保」に認めたうえで、このような既存の知的財産関係法の法的安定性を害する懸念から、物のパブリシティ権が否定されたとの理解を示している。⁽²⁵⁾すなわち、この判旨において、「物のパブリシティ権」否定の結論は、あくまで、物の無体物としての面の利用に関する制定法の実情を前提に、その法的安定性の確保の要請から導かれているのである。その問題意識の焦点は、専ら「物」に関する法のあり方に置かれる。そこに、「物」の枠を超え、人格要素をも保護対象に包摂し得るパブリシティ権について、その権利構成のあり方を示唆する判断を見出すことはできない。その問題意識は、人格要素の利用に関する法のあり方とは無縁である。

要するに、同最判を以てパブリシティ権の人格権構成論を支える論拠と解することは、そもそもその判旨の意図するところと相違するので、困難となる。学説には、右最判に関して、「法律上の根拠のない排他的権利を認めないと解釈態度を示したことの影響は大きかった」と述べ、当該解釈態度がその後のパブリシティ権の人格権構成論を導いたとの見方を示す見解がある⁽²⁶⁾。しかし、同最判のそうした解釈態度は、あくまで、「物の無体物としての面の利用」に関する法体系の文脈において示されたことに注意すべきである。当該解釈態度に、その限定的な文脈を超えて、人の氏名・肖像等の人格要素のパブリシティ権に関する何らかの理論的示唆を汲み取ろうとするならば、それは最判の意図するところと異なるのであろう。調査官解説も、同最判が人格権との関係に言及していないことに關し、「著名人のパブリシティ権と人格権との関係についていまだ判例や学説が錯綜している状況で、…あえて人格権について言及するのは時期尚早であるという考慮があった⁽²⁷⁾」と説く。また、「本判決は、いわゆる著名人のパブリシティ権については何らの判断もしていない⁽²⁸⁾」とも説かれる。むしろ、右最判の判旨は、氏名・肖像等の人格要素のパブリシティ権の権利構成に関する議論とは、理論的に遮断されたものと解すべきであろう。このことは、人格権構成論を明示した前記「ピンク・レディー」最判が、パブリシティ権に関連する唯一の最高裁判例であるにもかかわらず、この「ギャロップレーサー」最判を引用していない事実からも、明らかである。

3 「権利」の特殊性との因果関係の希薄性

以上に考察したところによれば、従来、パブリシティ権の人格権構成論を支える論拠としてしばしば学説によって説かれてきた事情、すなわち、①権利侵害の救済措置としての差止請求の認容根拠の獲得、②「物のパブリシティ権」を否定した「ギャロップレーサー」最判との整合性確保の必要という事情は、いずれも、裁判実務における人格

権構成論への修正の理由について、合理的な説明を提供し得ないことが明らかにされたように思われる。

要するに、人格権構成論は、「差止効果の獲得」や「保護対象の人格要素への限定」という、いずれも「権利」の特殊性に由来する目的論的な事情に着目しても、その意味するところを説明することが困難なのである。

かくして、本稿がさらに人格権構成論の理由なりその意味を探究うえでは、考察の観点なり視角を大幅かつ大胆に変える必要がある。

そこで本稿が注目するのは、パブリシティ権侵害をめぐる裁判理論の修正・展開において、その傍らで、しかし明瞭に認めることのできる、権利侵害の成否（＝不法行為の成否）を導く判断枠組みの変化である。言い換えるならばパブリシティ権の不法行為要件論における変化のなかに、その権利構成論の修正の理論的背景なり理由を見出すことができるのではないかと考えるのである。

次章では、まず、そうしたパブリシティ権侵害に関する判断枠組みの変化の实情を、改めて認識することから始めよう。

三 権利侵害成立の「判断枠組み」の側面からの考察

1 判断枠組みの変化の存在

前記「ピンク・レディー」最判が現れる以前の段階では、パブリシティ権侵害の判断基準が、控訴審のレベルにおいて、氏名・肖像等の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否かの基準（専ら基準）や顧客吸引力を有する氏名・肖像等を商業的な方法で無断利用したか否かの基準（無断の商業的利用の基準）等で分かれ、

右最判の原審である控訴審でも、そうした判断基準の対立を解消し得るような具体的基準が確立されることはなかった。⁽²⁹⁾ そのようなこともあり、近時の学説の少なからぬ関心も、パブリシティ権侵害の判断基準に注がれる傾向にある。もちろん、権利侵害の判断基準についてその具体的内容を明らかにすることは、パブリシティ権侵害の予見可能性を高めるうえで高い実務上の意義を有する仕事である。とはいえ、そのような基準論にのみ目を奪われていると、パブリシティ権侵害の裁判において、その背後に生じていた判断枠組みの変遷を、見失うことになりかねない。

2 パブリシティ権侵害事案における侵害判断枠組みの変遷

まず、東京地判昭五一・六・二九「マーク・レスター」事件である。この事例は、俳優等の氏名・肖像に関して、人格的利益の保護は縮減される旨を説く一方で、その経済的利益は保護される旨を判示したものである。その判断構造をみるならば、人格的利益の保護は、侵害行為の態様等との比較衡量の判断枠組みのもとで制約を受け得る一方で、パブリシティ権の内容に相当する経済的利益は、まさに人格的利益の比較衡量的な制約とは裏腹に、無断の宣伝利用という形式的要件さえ整えば「当然に」不法行為法によって保護される、というものとなっている。ここに認め得るのは、氏名・肖像に関する人格的利益が総合衡量的に制約されるがゆえにこそ、その経済的利益—すなわちパブリシティ価値—については、形式的保護が可能とされるとの考え方である。

つぎは、東京地判平二・一二・二一「おニャン子クラブ」事件の一審である。この事例は、氏名・肖像のカレンダ―使用に関して、「人格権侵害の認定」と「財産価値の侵害認定」とを区別して行ったものである。その判断構造をみるならば、人格権侵害の認定場面では、肖像使用行為の目的・方法・態様等を総合的に考慮する比較衡量的な判断枠組みが採用される一方で、財産価値—すなわちパブリシティ価値—の侵害認定に際しては、そうした総合衡量的

即座に不法行為を成立させるのではなく、使用行為の態様等も総合的に判断して権利侵害の有無が判断されるとの理解が示されるのである。

そして、これ以降の裁判例は、前記の「ピンク・レディー」最判に至るまで、その肖像等の使用類型を基本的には問うことなく、すなわち、パブリシティ価値が雑誌等の表現媒体で使用される場合であろうとパチンコの遊戯機で使用される場合であろうと、この比較衡量の判断枠組みを用いるに至る。もっとも、このような理解は、東京高判平成一八・四・二六判時一九五四号四七頁「ブカススペシャル7」事件控訴審が示した前記「無断の商業的利用の基準」と整合しないとの見方もあるかもしれない。しかし同事件をそう解するべきではない。同事件の裁判所は、表現の自由等の対抗利益との比較衡量の必要は認識していても、問題となった表現物が「正当な表現活動」の成果とはいえず、そこに対抗利益に値する「表現」が存在しないとの理解から、比較衡量の判断枠組みを用いるまでもなく、パブリシティ価値の無断使用＝即違法の判断枠組みで処理すれば足りるものと考えたのであろう。

以上を図式化して述べるならば、過去のパブリシティ権の裁判例は、平成一年の「キング・クリムゾン」事件の控訴審をいわば「分水嶺」として、形式的な侵害判断から相関関係的な比較衡量による判断へと、パブリシティ権侵害とその不法行為の成否の判断枠組みを転換してきたとみることができる。

3 権利侵害の判断枠組みの類型化と人格権侵害の判例法理の確立

ところで、この不法行為の成否に関する判断枠組みであるが、民法学説には、右にみてきたような形式的な判断枠組みと比較衡量のそれとに類型化して整理・把握しようとする考え方が示される。すなわち、加藤雅信教授によれば、不法行為法上保護される利益には二種類あり、一方は、権利侵害が形式的に認定できれば常に損害賠償が認められる

権利・利益（「絶対的権利・利益」、他方は、被侵害利益の種類・性質、侵害行為の態様等を総合的に判断して違法性の有無が判断される権利・利益（「相対的権利・利益」）であるとされ、両者は、まさにその不法行為成否の判断枠組みの相違から、前者が「権利侵害類型」、後者が「違法侵害類型」として整理されるところである。⁽³⁰⁾

この類型論にあてはめるならば、パブリシティ権侵害に関する裁判所の判断枠組みは、先の平成十一年の「分水嶺」（キング・クリムゾン」事件控訴審）を境として、この二類型の間を、すなわち前者の形式的判断による「権利侵害類型」から、後者の比較衡量による「違法侵害類型」へと移行してきたとみることができる。

そして興味深いことに、この移行期は、最高裁において、プライバシー・肖像等の人格権侵害に関する不法行為の判断枠組みが、諸考慮要素の総合的な判断によるものであり、しかも、対立する表現の自由等との調整に際し相関的な比較衡量の枠組みを採用すべきものであることが初めて明確にされてきた時期と一致している。

すなわち、最判平六・二・八民集四八卷二号一四九頁「ノンフィクション逆転」事件において、プライバシー保護と加害行為（表現の自由）との比較衡量の判断枠組みが最高裁判例としてはじめて確立し、⁽³¹⁾ ついで、同じくプライバシー侵害事案である最判平一五・三・一四民集五七卷三三三・二九頁「週刊文春」事件で、この比較衡量論が改めて承認のうえ踏襲され、⁽³²⁾ さらに、最判平一七・一一・一〇民集五九卷九号二四二八頁「毒入カレー」事件では、いわゆる肖像権の侵害との関係でも、肖像の保護に関する利益と肖像の撮影とその公表に関する利益との比較衡量による総合的判断の判断枠組みが是認・踏襲されてきたのである。⁽³³⁾

4 パブリシティ権侵害の判断枠組みの移行と人格権法理の発展との関連性

このような、パブリシティ権侵害の判断枠組みの比較衡量型への「移行」と、その背後で進んでいた、人格権侵害

の判断枠組みの比較衡量型での「確立」という事実には、その両者の間には、つぎのような推論が可能となるように思われる。

すなわち、パブリシティ権の裁判例がその侵害成否に関する判断枠組みにおいて先の移行をみせたのは、人格要素のパブリシティ権侵害が問われる場面も、プライバシー・肖像等の人格権の侵害場面と同様に、人格要素の保護と表現の自由等の対抗利益との調整局面に他ならないことが認識され、その侵害判断の判断枠組みを、そうした人格権侵害との関係で最高裁の先例が明確にした比較衡量論と整合させるためである。そして、さらに近年に至り、パブリシティ権の裁判例が、「人格権」の明示的な言及を始めたのも、自らが採用する比較衡量型の判断枠組みの正当化根拠なり理論的後盾を、一連の人格権侵害に関する最高裁判例に求めるためであった。

そして、このような推論を可能にする徴憑は、いくつか指摘可能である。

まず、侵害判断の枠組みとして初めて比較衡量論を採用した平成十一年の「キング・クリムゾン」事件控訴審は、最高裁が、人格的利益（プライバシー）と表現の自由との調整局面において比較衡量の判断枠組みを確立した「ノン・フィクション逆転」事件最判ののちに現れた、最初のパブリシティ侵害事案かつ控訴審判決であった。

また、パブリシティ権の裁判例として人格権構成論の嚆矢となった平成一七年の前記「矢沢永吉パチンコ」事件であるが、この裁判例は、原告肖像の識別困難性を根拠にその侵害否定の結論を導くうえで、権利構成の如何の問題は無関係であったにもかかわらず、人格権構成をあえて採用するとともに侵害成否の判断にあたり比較衡量論を展開する。しかも、その判断要素に、それまでの比較衡量論にはみられなかった考慮要素として、「人格情報の内容・性質」と「被害者の損害の程度」とをあげる。この要素は、同事件の二年前に現れた平成一五年の前記「週刊文春」事件最判が、比較衡量の考慮要素として掲げた「プライバシー情報の種類・内容」と被害者が被る「具体的被害の程度」に

類似するのである。⁽³⁴⁾

そして、前記「ピンク・レディー」事件最判に採用された「人格権に由来する権利」なる定義をパブリシティ権について初めて説いた平成二年の同事件控訴審である。そこでは、著名人の肖像使用の違法性の判断は、「利益衡量の問題として相関関係にとらえる必要がある」と述べられ、著名人の属性、その著名性の程度、肖像使用の目的、方法、態様等の考慮要素を示したうえで、これら要素を「総合的に観察して判断されるべき」旨が判示されている。つまり、諸考慮要素の相関関係的な総合的判断による比較衡量論が取り入れられている。そして、この判断手法は、その直近の、肖像権侵害に関する最高裁判例である平成一七年の前記「毒入りカレー」事件最判が示した判断手法と基本的に一致している。同最判は、肖像の無断撮影行為は当然に違法となるものではないとして、被撮影者の社会的地位・活動内容、撮影場所、撮影目的、撮影態様、撮影の必要性等の考慮要素を示したうえで、これら要素を総合考慮して、被撮影者の人格的利益の侵害が社会生活上受忍すべき限度を超えるものかどうかを判断してその違法性を相関関係的に決すべき旨の比較衡量論を判示するのである。⁽³⁵⁾

5 人格権構成論の整合的位置づけと理由

以上のような考察を踏まえるならば、人格権構成論をパブリシティ権の裁判理論の展開のなかに整合的に位置づけるには、つぎのような説明が可能となる。すなわち、前記「ピンク・レディー」最判とそれに先行する下級審裁判例とが人格権構成への修正なり展開をみせるに至った理由は、差止請求権の正当化なり権利客体の限界づけといった、パブリシティ権に期待されるべき「権利」の特殊性にあったとみるべきではなく、むしろ、「侵害の判断枠組みのあり方」という点において、最高裁の人格権侵害法理を参照しあるいはそれを踏襲しようとするところにあったと解さ

れるのである。

そして、このような説明を得ることで、先に考察したとおり、人格権構成論を説く裁判例が、右「ピンク・レディー」最判を含め例外なく、差止請求という救済措置の必要とは無関係の事案であったにもかかわらず、その人格権構成を採用する必要があったことについても、合理的な理解を得ることができるのである。

四 「ピンク・レディー」最判の人格権構成論の意味と評価

1 人格権構成論の意味するもの

さて、右に考察したように、前記「ピンク・レディー」最判が人格権構成論を採用した理由、あるいは、かつての裁判例の純然たる財産権構成からのその修正理由を特定し得るとするならば、その意味するところも、自ずと明らかになってこよう。

すなわち、裁判例が示してきた人格権構成論は、その合理的な説明を求めていくならば、パブリシティ権の期待されるべき「権利特性」に由来する考え方と解することは困難なのであるから、それを、人格権の権利の性質それ自体と結び付けて理解する必然性・必要性は、必ずしもないということになる。むしろ、それは、権利の性質論とは次元を異にする考え方であって、パブリシティ権侵害で依拠すべき判断枠組みも、最高裁が人格権侵害に関して確立したそれと同様であることを、示唆するものと解すべきこととなる。総じてみるならば、パブリシティ権の侵害判断に際して、当初の「おニャン子クラブ」事件控訴審（平成三年）のようないわば素朴な「権利侵害類型」³⁶の侵害理論は、その後の人格権法理（判例法理としての総合衡量説）における侵害の判断枠組みないし判断基準に関する影響を受け

て、「使用目的・方法・態様の全体的・客観的考察」を特徴とする比較衡量型の「専ら基準」として、「キング・クリムゾン」事件控訴審（平成一一年）に展開するが、その影響は侵害の判断枠組みに対するものに止まっており、その人格権構成を以って、パブリシティ権の権利の性質それ自体が、「財産権としてのパブリシティ権」から「人格権としてのパブリシティ権」へと変容したものと解すべき事情は見出し難いのである。

そして、このような理解は、財産権構成論をかねてより明確にしてきた学説にあって、パブリシティ権の根源は「人格権たる氏名・肖像権に由来する」と説いて、あたかもパブリシティ権を「人格権に由来する権利」と判示した前記『ピンク・レディー』最判の人格権構成論を予見・想起させる見解を述べてきたことも、整合するのであろう。

2 権利の性質論の帰結

裁判例が示してきた人格権構成論への修正が、「人格権としてのパブリシティ権」という性質決定を一義的に導くわけではないとするならば、つぎに問われることは、パブリシティ権の権利の性質あるいはその財産権としての性質との位置関係をいかに解すべきかという問題である。そこで改めて吟味すべきは、前記「ピンク・レディー」最判が示した人格権構成論の具体的な判示内容である。

重ねて述べるように、右最判はパブリシティ権を「人格権に由来する権利」と述べている。しかし、そもそも、「人格権」なる権利概念を、非財産的・精神的利益をその保護法益とする理解で捉えるならば、パブリシティ権をそうした意味において「人格権」構成する場合には、右最判の「人格権に由来する権利」という表現は、その固有の意義を認めにくい。むしろ、パブリシティ権を財産権なり経済的利益を保護法益とする権利と解する場合においてこそ、「人格権に由来」なる表現はその意義を認め得る。すなわち、パブリシティ権は財産権ではあるけれども、人格権を

母権とする権利であるが故に、譲渡等の処分や相続に関して一般の財産権にはない考慮を要することを、素直に説明できるように思われる。

他方、判決の他の部分にも目を転じてみるならば、右最判は、パブリシティ権に論及する前段階で、過去の最高裁判例（氏名権に関する最判昭和六三・二・一六民集四二卷二号二七頁、および、いわゆる肖像権に関する最判平成一七・一一・一〇民集五九卷九号二四二八頁等）を引用しつつ、氏名権および肖像権をも「人格権に由来するもの」と捉えている。すると、これと整合的な理解を試みるならば、右最判は、「人格権」を専ら精神的・人格的利益を保護法益とする権利と捉えるのではなく、その保護法益には「精神的・人格的利益」の構成部分と、「経済的利益」の構成部分とが併存し、パブリシティ権は、この後者の構成部分をなすと理解しているとも解し得るところである。

そもそも、民法学においても、人格権概念の共通理解が未確立である旨が依然指摘されるのであり、上記のような理解もけっして不可能ではないのであろう。そして、このような理解に立つならば、わが国のパブリシティ権に相当する権利を、制定法上の概念であるという点では顕著な相違があるが、「人格権の財産価値的構成部分（die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts）」と構成するドイツ法の理解は参考になる。その際、このドイツの理論構成が、人格権を、人格要素の備える非財産的・精神的利益のみならずその経済的利益をも一元的に保護する単一の権利と理解するいわゆる一元論モデル（monistisches Modell）が母体であることに注意すべきである。³⁹この考え方によれば、一方の経済的利益を保護法益とするパブリシティ権も他方の非財産的・精神的利益を保護法益とする氏名・肖像権も、いずれも「人格権に由来する」同根の権利と捉え得ることになる。それは、文字通り、右「ピンク・レディー」最判の説いた人格権構成論とも整合することになるだろう。

3 判断枠組みの類型論からみたパブリシティ権侵害の類型化

他方で、裁判例における人格権構成論が示唆するように、パブリシティ権侵害事案の判断枠組みとしては、人格権の侵害事案のそれが参照されるべきであるとしても、パブリシティ価値の使用態様・目的によっては、そもそも表現の自由等の対抗利益に対する顧慮の要請が極めて低い侵害類型が存すると考えることも可能であろう。

その典型例が、プロマイド、カレンダーのようないわゆる商品化のケースである。商品化のケースも、そこに表現行為がある以上は、表現の自由等の対抗利益と全く無関係ということはあり得ない。それゆえ、比較衡量論を一切無用視することはできないであろう。たとえば、ドイツ最高裁の事例であるが、著名サッカー選手の肖像写真が、他のサッカー選手の一二枚の写真で構成されるカレンダーのタイトルページに無断使用された事案において、当該肖像写真が、一二枚の写真を結びつけるカレンダーの統一的コンセプト・テーマに関する情報利益を備えることに着目し、その情報利益との衡量を経て無断掲載の違法性を否定した裁判例（ドイツ連邦通常裁判所一九七九年二月六日「サッカー選手」事件⁴⁰⁾）も知られている⁴¹⁾。しかし、商品化の場合、実際上は、衡量すべき対抗利益には乏しく、あるいは、表現の自由のもとでの表現行為も「パブリシティ価値へのただ乗り」と限りなく重なり合うのが通例であろうから、実質的には比較衡量を要するまでもなく、違法性が認定されることになろう。

また、商品や役務の広告に肖像等のパブリシティ価値を使用するケースでも、比較衡量論を要しない場合があり得よう。現に、肖像権侵害の判断枠組みには総合衡量的な「違法侵害類型」⁴²⁾が妥当するはずであるにもかかわらず、一般人の肖像写真の商品広告での無断掲載に関する事案において、裁判所（東京地判平成一・八・二九判時一三三八号一一九頁）は、肖像を法的保護に値する利益としてその侵害による不法行為の結論を、「使用する理由」との比較衡量を経るまでもなく「無断掲載」の一事をもって導く。このことは肖像等の商品広告での使用の場合には、不法行為

成否の判断を、形式的な権利侵害の存否で検討してしまえばそれで済むのであり、敢えてその他の使用利益との相関的衡量を要しないことを意味し、換言すれば、肖像等の無断使用の類型次第で、その不法行為成否の判断枠組みも相対化され得ることを示す。

もっとも、商品や役務の広告に肖像等のパブリシティ価値を使用する場合は、先の肖像等それ自体を商品化するケースほど問題は単純ではない。たとえば、広告対象の商品がまさに表現の自由、言論・報道の自由に直結する新聞・雑誌の場合には、一般商品・役務の広告の場合と比較して、そこでの著名肖像の使用が、他の新聞・雑誌との差別化を図って表現活動を活発化する目的との関係で、より正当化されやすいとも考えられる。また、広告使用の態様にも商品・役務の推薦、賞賛の場合から、単に注意を引き付ける態様あるいは商品・役務の品質へのイメージ移転等、さまざまあり、その各態様で利益衡量の結果は異なっているよう。

以上の考察から知り得ることは、パブリシティ権侵害の判断枠組みも、パブリシティ価値の無断使用の類型によって、差異化・相対化することは理論的に不可能ではなく、むしろ、そのように差異化・相対化して考えるべきことが人格権法理の展開に照らすならばより妥当であるということである。実際、前記「ピンク・レディー」事件の控訴審判決も、グラビア写真やカレンダー使用のような肖像自体の商品化の場合にはその無断使用の違法性を端的に承認したうえで、それとは異なり、利益衡量の問題として「表現の自由」等の使用理由と相関関係的に違法性判断をすべき使用類型があることを示唆する。要するに、パブリシティ権侵害事案は、「権利侵害」の判断が形式的判断で決着する「肖像商品化類型」と、「権利侵害」の判断が表現の自由をはじめとする「他の利益との相関的衡量のレベル」ではじめて決着する「総合衡量類型」とに大別し得ることになるう。

この点との関係で、菊地浩明判事も、商品化類型との関係での「権利侵害」の判断基準について、「端的に『専ら

本人の氏名・肖像の持つ顧客吸引力を利用していると評価できるか否か』を判断基準とすれば足りる」と述べて、「権利侵害」の判断を、「顧客吸引力の有無」という権利の構成要件レベルに集約しようとする。また「表現の自由」との相關的衡量型の事例では、裁判例は、当該衡量問題を、抗弁としてではなく請求原因レベルでの総合判断として位置付けていることを指摘する。いずれも示唆に富む指摘であると考えられる。

4 パブリシティ権の譲渡可能性と相続性の検討

(1) 譲渡可能性

前記「ピンク・レディー」最判に結実した人格権構成論が、理論的には必ずしも「人格権としてのパブリシティ権」を意味するものと解すべき理由はなく、むしろ、一種の「財産権構成」として、あるいは、「人格権の財産価値的構成部分」構成と捉えることが妥当であるとすれば、その譲渡可能性と相続性の論点についても、人格権の一身専属性なり不可相続性と同列に論ずる必要はないということにもなる。

確かに、パブリシティ権の客体に注目した場合、それは権利主体の人格要素にほかならず、その支配権の譲渡を認めて主体と客体との分離状況を作り出すことには、権利主体と客体たる「物」とが異なる所有権の場合などと比較して、違和感を禁じ得ない。この点は、氏名権・肖像権等の純然たる人格権の場合と同様である。すなわち、パブリシティ権における主体と客体との関係を静的関係として捉える限りでは、人格的利益を保護法益とする人格権の場合と同様に、不可譲渡性の結論が導かれることになろう（「権利における主体と客体の静的関係」の視点）。

しかし、権利の機能に着目した場合、人格権とパブリシティ権には相違がある。前者は、保護客体たる人格要素（生命、身体、名誉、プライバシー、氏名・肖像）の消極的な利用禁止ないし毀損防止、すなわち人格要素の「不使

「用」を起点とする権利機能を、権利ベクトルの基本的な方向性とするのに対し、後者のパブリシティ権は、人格要素のむしろ積極的な利用範囲の限界づけ、すなわち人格要素の「使用」を起点とする権利機能を、そのベクトルの基本的な方向とするものと解することができる。このような権利のベクトルないし機能の相違に着目すると、前記のように権利の静的関係における主客分離の違和感を共通させるにもかかわらず、パブリシティ権は、むしろ、人格要素が主体から離れて利用される場面をデフォルトとしてそれを規律する権利である点において、主体と客体との分離状況をデフォルトとしてそれを規律しようとする人格権とは、権利における主体と客体との動的な関係が異なることに気づく（「権利における主体と客体の動的関係」の視点）。

そうすると、主体と客体との静的な関係からみた場合に、パブリシティ権が人格権と同様に主客分離状況に違和感を有するとしても、その権利の本質から、その動的な関係として、主体と客体とを捉えた場合には、主客の分離状況に決して違和感はなく、それは権利の本質からして当然の状況なのであるから、主客分離の懸念に由来するパブリシティ権の不可譲渡性の結論は説得力を欠くことにもなる。また、権利の不可譲渡性を前提とすることにより、その譲渡を望む権利主体の意思にも反して権利譲渡を無効とし、権利譲渡の機会を権利主体から一般的に奪うことにも少なからず疑問を覚えるところである。このように考えるならば、パブリシティ権の譲渡可能性は、むしろ肯定すべきこととなる。そして、譲渡によって生じた主客分離状況における人格主体の利益保護は、その人格的利益（非財産的利益）の存する限りにおいて、人格権侵害法理に委ねてその救済をはかることが妥当となる。

もっとも、パブリシティ権の譲渡可能性に対しては、対抗要件としての公示方法を欠く点に批判があり得る。⁽⁴⁴⁾しかし、パブリシティ権は、現状において、最高裁によって承認された不法行為法上の権利とはいえ、依然、基本的には諸考慮要素の総合的判断による比較衡量によって侵害成否が判断される相対的な権利である。そうとすれば、この権

利自体が、公示を要するほどの絶対権的な保護を受ける権利ではないと解することも可能であろう。

(2) 相続性

相続の場合は、すでに人格要素の主体が存在せず、その相続を認めたとしても、そもそも権利譲渡の場合のような主客の分離問題は生じないのであるから、先に述べた権利主体と客体の動的関係の視点のみならず、その静的関係の視点からも、相続可能性を否定すべき有効な根拠はないのではないかと思われる。

この点につき、比較法的な考察によれば、既述のとおりパブリシティ権に相当する権利を「人格権の財産価値的構成部分」と構成するドイツ法では、最高裁が、「財産価値的な構成部分は、独占相続人たる原告に移転している。というのも、当該構成部分は——觀念的な利益の保護に資する高度に人的な構成部分とは異なり——、生前におけるその譲渡可能性とは無関係に、相続されるべきであるからである」⁽⁴⁵⁾（傍点筆者）と判示し、その相続性を明確に承認していることが知られている。⁽⁴⁶⁾ もっとも、このように相続性が承認されるとはいえ、それは、相続人による任意の権利行使を可能とするわけではない。故人の生前の明示的意思があればその制約を受け、あるいは、それがなくとも、推断される故人の意思の範囲内で、その権利行使が許されるにすぎないところである。⁽⁴⁷⁾

このように、パブリシティ権の相続可能性を肯定すると、今度は、その存続期間の有無が問われよう。

この点については、著作権なり特許権等の知的財産権が、存続期間を限定した有期保護であることが比較考察の対象となし得る。とはいえ、著作権なり特許権は、その文化発展（著作権法一条）なり産業発達（特許法一条）の法目的に照らして、その存続期間中に制約され得る権利主体以外の者の創作活動等の自由について、それを回復させる観点から、いわば公益的限界として、権利期間の有限設定を備えていると解することも可能である。たとえば、著作物は新たな創作活動の礎ともなり得る文化的所産でもあるから、著作権の存続期間は、その権利効力のゆえに制約を受

けていた後進他者の創作活動を自由化し、さらなる文化的多様性を高めるために、それを限定したものといえる。また特許発明は、それを基礎としたさらなる技術の発展・開発と産業発達が期待され得るから、その可能性を十分に開くために、特許権の存続期間を限定したものといえる。

ところが、パブリシティ権は、その侵害認定の諸考慮要素の比較衡量論による判断手法からも明らかとおり、その権利の輪郭は、社会共同体に存在する表現の自由等の様々な對抗諸利益との相関的衡量によってはじめて画定される権利である。すなわち、パブリシティ権は、すでに、その権利承認の場面で、著作権や特許権がその存続期間を有期に限定する段階で考慮すべき対抗利益をすでに織り込んだ権利であるとも解し得る。

このように考えるならば、すでに公益的な配慮のなかで承認されたパブリシティ権については、あらためてその存続期間を設ける必要は薄いであろう。すなわち、現実問題として、氏名・肖像等の人格要素がその人格主体の存命期間を超えてなお顧客吸引力という経済的価値を備えるのであれば、そもそも對抗する諸利益との相関的な比較衡量のもとで承認される限定的な権利内容について、さらにその存続期間との関係で制限を課すべき対抗利益は存しないはずであるから、その顧客吸引力を備える期間において保護を承認することに問題は生じないように思われる。

もっとも、前記「ピンク・レディー」最判は、パブリシティ価値との比較衡量の対抗利益として、「正当な表現行為」なるものを例示している。すなわち、「肖像等に顧客吸引力を有する者は、…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」（傍点筆者）と説く。この「正当」の意味についてはなお解釈の余地があり得るが、その点を措くとしても、この基準によれば、パブリシティ権の保護（権利効力）によって、「正当」とは評価し得ない表現行為がその制約を受けることになる。すると、そうした正当評価が困難な表現行為については、パブリシティ権の存続期間を設けて、その期間経過後はそ

れを無制約に許容することが公益に資するという考え方もあり得ることになる。とはいえ、「正当」の評価は社会共同体の一般的な通念を基準とすべきであろうから、そのような社会的な正当評価の不可能な表現行為について、なおその促進を支持する「公益」が存在するかについては、検討を要するところである。

五 まとめ

以上に論じ考察したところをごく圧縮したかたちで示すならば、つぎのいうことができる。すなわち、前記「ピンク・レディー」最判に結実したところのパブリシティ権の権利構成、つまり、同権利を「人格権に由来する権利」等と解する人格権構成論は、その権利侵害の成否の判断に際して、当初の素朴な氏名・肖像等の無断利用の認定による形式的な判断を修正し、ブライバシー・肖像等の人格権侵害に関して最高裁判例に確立をみた、表現の自由等の対抗諸利益との比較衡量の判断枠組みへと転換するために採用されたものと解することができる。したがって、まず、人格権構成論に、パブリシティ権の権利の性質を決定づける含意を認めることはできないのであるから、前記「ピンク・レディー」最判の判示内容との整合的理解によるならば、パブリシティ権は、人格権が、その構成要素として含む、精神的・人格的利益の構成部分と経済的利益の構成部分とにおいて、この後者に該当する権利と解すべきである。つぎに、他方で、人格権構成論は、権利侵害の基本的な判断枠組みのあり方Ⅱ比較衡量論を示唆するものである。つきに、権利侵害の態様・類型によっては、この比較衡量論を要するまでもない場合が想定され得るところであり、パブリシティ権の実践的な侵害判断の枠組みは、氏名・肖像等の無断使用の態様ないし侵害類型によって差異化・相対化され得ることになる。右のような理解を前提として、さらにパブリシティ権の実際上の権利機能、す

なわち主体と客体との動的関係にも着目しつつ、その譲渡可能性と相続性とを検討するならば、それらは、いずれも肯定的に解されるべきであり、その存続期間は、当該権利の侵害判断に際して考慮される對抗諸利益との相関的衡量による権利輪郭の慎重な限界づけに照らして、特段の設定を要しないものと解されることになる。

パブリシティ権については、前記最判により、その人格権構成論の確立はみたところであるが、権利の性質、譲渡可能性あるいは相続性等の問題は、いずれも、いわゆる「残された課題」にあたる。本稿は、右のごとく、これらの課題について若干の検討を試みたものである。

(1) たとえば最も近時のものとして、中島基至「最高裁重要判例解説(ピンク・レディー事件)」187五六号(二〇一二年)七〇頁における用語法。

(2) 東京地判平二〇・七・四判タ一二八〇号三〇六頁「ピンク・レディー」事件一審。

(3) 知財高判平二一・八・二七判時二〇六〇号一三七頁「ピンク・レディー」事件控訴審、東京地判平二二・四・二八「河相我聞」事件、東京地判平二二・一〇・二一「ペ・ヨンジュ」事件。

(4) 阿部浩二「パブリシティの権利とその展開」現代社会と民法(第一法規、一九八一年)、同「パブリシティの権利と不当利得」谷口知平ほか編『注釈民法(二八)(有斐閣、一九九一年)五七八頁、竹田稔『プライバシー侵害と民事責任(増補改訂版)』(判例時報社、一九九八年)二八七頁、斉藤博『人格価値の保護と民法』(一粒社、一九八六年)一三七頁、同「判批」判例評論五八五号四〇頁。

(5) 渡邊修「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(一九九七年)三三二頁、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」獨協法学四五号(一九九七年)二四六頁・二四七頁。

(6) 渡邊・前掲書二八六頁・三〇六頁、花本・前掲書二四二頁。

(7) 田村善之『不正競争法概説(第二版)』(有斐閣、二〇〇三年)五〇七頁、同『ライブ講義知的財産法』(弘文堂、二〇一

パブリシティ権の権利構成の展開とその意味に関する覚書(本山雅弘)

- (二年) 五三七頁、設案隆一「パブリシティの権利」牧野利秋ほか編『著作権関係訴訟法（新・裁判実務体系（二））』（青林書院、二〇〇四年）五五四頁、潮見佳男『不法行為法Ⅰ（第二版）』（信山社、二〇〇九年）二二五頁。
- (8) 高林龍『標準著作権法』（有斐閣、二〇一〇年）二八六頁。
- (9) 設案・前掲書五五五頁は、最判昭和六三年二月一六日（民集四二卷二二七頁）が示した人格權たる氏名權の定式（「氏名を他人に冒用されない權利・利益」）をほぼそのまま用い、パブリシティ權を「氏名、肖像を他人に冒用されない權利・利益」と定義する。
- (10) 潮見・前掲二一六頁。
- (11) 前掲「ピンク・レディー」事件一審。
- (12) 前掲「ピンク・レディー」事件控訴審。前掲「河相我聞」事件および「ベ・ヨンジュ」事件も同旨。
- (13) 花本・前掲書二四五頁、渡邊修「人格權から見たパブリシティ權—パブリシティ權の理論構成の検討」著作權研究二六号（二〇〇〇年）三五頁、設案・前掲書五五五頁。
- (14) 渡邊・前掲著作權研究三六頁・四〇頁、設案・前掲書五五六頁、菊地浩明「パブリシティ權についての裁判例の分析（上）」判タ一三四六号（二〇一一年）二九頁。
- (15) 菊地浩明「パブリシティ權についての裁判例の分析（下）」判タ一三四七号三八頁。
- (16) 菊地・前掲書（上）二六頁。
- (17) 窪田充見「不法行為法學から見たパブリシティ—生成途上の權利の保護における不法行為法の役割に関する覚書—」民商法雜誌二二三卷四・五号七四八頁注（三六）。
- (18) 窪田・前掲書七四六頁。
- (19) 中込秀樹「書籍、新聞、雜誌等の出版差止めを求める仮処分の諸問題」東京地裁保全研究会編『詳論民事保全の理論と實務』（判例タイムズ社、一九九八年）二七〇頁・二七五頁。
- (20) 菊地・前掲書（上）二六頁。
- (21) 設案・前掲書五五二頁、中川達也「同最判判批」著作權判例百選（第四版）（二〇〇九年）一八三頁および奥邨弘司「同最判判批」判例評論六一八号（二〇一〇年）一九〇頁も同旨。

- (22) 内藤篤「『残念な判決』としてのピンク・レディー最高裁判決」『民九七六号（二〇一二年）』七八頁。
- (23) 中島基至「最高裁重要判例解説（ピンク・レディー事件）」『民九五六号（二〇一二年）』七一頁。
- (24) 瀬戸口壯夫・最高裁判所判例解説民事篇平成一六年度一〇八頁。
- (25) 瀬戸口・前掲書一一四頁。
- (26) 菊池・前掲書（上）二九頁。
- (27) 瀬戸口・前掲書二二八頁（注三一）。
- (28) 瀬戸口・前掲書一九頁。
- (29) 本山雅弘「判批」速報判例解説（法学セミナー増刊）七卷二四三頁。
- (30) 加藤雅信『新民法体系Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為（第二版）』（有斐閣、二〇〇五年）一八四頁。
- (31) 滝澤孝臣・最高裁判所判例解説民事篇平成六年度一三五頁。
- (32) 三村晶子・最高裁判所判例解説民事篇平成一五年度一六〇頁。
- (33) 太田晃詳・最高裁判所判例解説民事篇平成一七年度七九二頁。
- (34) 三村・前掲書一六一頁。
- (35) 太田晃詳・最高裁判所判例解説民事篇平成一七年度七九二頁。
- (36) 加藤・前掲書一八四頁。
- (37) 竹田・前掲書二八八頁。
- (38) 加藤・前掲書一八八頁。
- (39) 本山雅弘「ドイツにおける肖像に関する経済的利益の保護」『パブリシティの権利をめぐる諸問題（著作権研究所研究叢書 No. 一八）（二〇〇九年）』四八頁・四九頁。
- (40) BGH GRUR 1979, 425-Fußballspieler.
- (41) 本山・前掲書六〇頁。タイトルページでの人格要素の使用の違法性判断に関する特別な考慮の傾向については、本山雅弘「肖像の財産価値の保護とドイツ法の展開」知財年報2010（二〇一〇年）一七五頁。
- (42) 加藤・前掲書一八四頁。

パブリシティ権の権利構成の展開とその意味に関する覚書（本山雅弘）

- (43) 菊地・前掲書三五頁。
- (44) 花本・前掲書二四五頁。
- (45) BGH GRUR 2000, 709, 712-Marlene Dietrich.
- (46) 本山・前掲知財年報2010一六八頁。
- (47) 本山・前掲知財年報2010一六八頁。