

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

花 本 広 志

一 はじめに

スーベニールの製作・販売会社Aが、有名タレントBの肖像写真をBの許諾を得ないで使用してカレンダーを製作し、販売した場合、BはAに対してカレンダーの製作・販売の差止や損害賠償を請求することができるであろうか。カレンダーに使用された写真が、私室でくつろいでいるBを盗み撮りしたものであったり（プライバシーの侵害）、ヌード写真にBの顔写真をはめ込み合成したものであった場合（名誉毀損）であれば、差止や損害賠償を請求することができるのは明らかであるが、インタビュー記事に添付するためにBの許諾を得て撮影された写真が流用されたり、記者会見やコンサートの会場など公の場で撮影された写真が使用された場合にもそのように言えるであ

ろうか。⁽¹⁾

タレント・歌手・俳優等の芸能人は、自己の存在が広く大衆に知られることを望んでいると考えられるから、その社会的評価を低下させるような態様で氏名や肖像が利用される場合はともかく、右の設例のように当該芸能人の社会的評価を(高めこそすれ)低下させない場合には、芸能人の人格的利益が侵害されたとはいえない⁽²⁾と一応考えられる。ところが、他方で、芸能人がその氏名や肖像を他人の営利目的での利用に供させる際には、その対価(使用許諾料)を要求するのが通常であるから、右設例のように芸能人の氏名・肖像が無許諾で利用されると、芸能人は経済的利益を侵害されることになる。このような経済的利益は、必ずしも著作権・商標権等の知的財産権による保護の対象ではないし⁽³⁾、また、人格的利益が侵害されているわけではないから、(伝統的な理解によれば)社会的に許容される方法・態様による利用である限り不法行為を構成するとも直ちには言いがたい。

しかしながら、芸能人の氏名や肖像が商品や商品の広告に利用されるのは、芸能人の名声に付加価値(顧客吸引力)があるからであり⁽⁴⁾、しかも芸能人がその名声を獲得するには、そのもって生まれた才能だけではなく、多大の労力や時間、費用を費やしているのが通常であるから、氏名・肖像等を無断で利用する行為は、他人の成果に「ただ乗り(free ride)」する行為であると評価することも可能である(なお、この観点からは、右のような経済的利益は、政治家、スポーツ選手、小説家、研究者などの著名人にも生じうると考えられるので、以下では、これらの者も含む趣旨で「著名人」という)。そうだとすれば、著名人の右のような経済的利益をまったく法的保護の埒外に置いてしまうことは法感情からも許しがたい。そこで、著名人の右のような経済的利益を⁽⁵⁾保護するための法的構成を模索することが必要になる。

二 パブリシティ価値⁽⁶⁾の保護に関するわが国の現状

1 判例による保護の現状　パブリシティ価値の保護が問題となった公判判例は、筆者の知る限り今のところ（仮処分決定および同一事件の異なる審級を含めて）一三件存在する⁽⁷⁾。これらの諸判決は、少なくともパブリシティ価値（顧客吸引力）が不法行為法上の保護法益であり、その侵害が差止請求および損害賠償請求の対象となりうることを認めている⁽⁸⁾。たとえば、リーディング・ケースとされるマーク・レスタター事件で（チョコレート⁽⁹⁾のテレビ・コマーシャルにおいて、映画「小さな目撃者」の中から原告のクローズ・アップシーンが一コマ採用され、氏名（芸名）がナレーションで用いられたので、原告が被告（製菓会社とコマーシャル製作会社）に対して損害賠償と謝罪広告の掲載とを請求した事件）、東京地判昭和五一・六・二九は（出典は注⁽⁷⁾参照）、「俳優等は、右のような人格的利益の保護が縮減される一方で、一般市井人がその氏名及び肖像について通常有していない利益を保持しているといえる。すなわち、俳優等の氏名や肖像を商品等の宣伝に利用することにより、俳優等の社会的評価、名声、印象等が、その商品等の宣伝、販売促進に望ましい効果を収めうる場合があるのであって、これを俳優等の側からみれば、俳優等は自ら勝ち得た名声の故に、自己の氏名や肖像を対価を得て第三者に専属的に利用させう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することになり（右利益は、当然に不法行為法によって保護されるべき利益である）、俳優等は、その氏名や肖像の権限なき利用によって精神的苦痛を被らない場合でも、右経済的利益の侵害を理由として法的救済を受けられる場合が多いといわなければならない（傍点は筆者による）」と判示している（ただし損害賠償請求のみを認容）。

ただし、諸判決の採用する法的構成は必ずしも一致していない。マーク・レスター事件判決のように、人格的利益とは別個の財産的利益として、パブリシティ価値が不法行為法上の保護法益にあたるにとどまるものから、より直截に、パブリシティ価値を支配する排他的財産権としての「パブリシティ権」を認める構成までさまざまである⁽¹⁰⁾。しかしながら、パブリシティ価値が侵害された場合に、財産的損害の賠償請求権を導きだしうる点では、いずれの構成を採っても同じであるが、差止請求を肯定するには前者の構成では不十分であろう⁽¹¹⁾。今日の判例・学説は一般に、絶対権またはこれに類する権利や法益の侵害でない限り、単に財産的利益が侵害されただけでは差止請求まで認めない傾向にあるからである(逆に言うと、後者の構成は、差止請求を直截的に認めるために排他的財産権構成を採用したものだとも評価しうる)。そうだとすると、前者の構成で差止請求を認めるのであれば、その根拠をより明確にする必要がある⁽¹²⁾。

また、パブリシティ価値の侵害に対して損害賠償を請求することができるといっても、その額は、財産的利益の賠償のほか慰藉料が認められた場合でも最高一五〇万円であり、これでは、侵害者にとって「やり得」だということになりかねない。「はじめに」で述べたように、パブリシティ価値の保護が、侵害者による「ただ乗り」を防ぐことにあるとすれば、パブリシティ価値が侵害された場合の損害賠償のあり方についても検討する必要がある⁽¹³⁾。ただし、この点は、知的財産権が侵害された場合にも同様であり、本稿の目的の範囲を超えるので、別稿で論じる予定である。

2 パブリシティ価値の保護と人格権との関係

(1) 言うまでもなく、氏名・肖像等のペルソナ^(13a)は個人の人格の構成部分であるから、パブリシティ価値が保護に値する法益であるとしても、そのことと人格権との関係を考慮しないわけにはいかない。人格権とパブリシティ

価値の保護との関係については、⁽¹⁴⁾氏名・肖像等のペルソナから人格権とパブリシティ権との二種類の権利が生じるとする立場（二元的構成）と、人格権には財産権的側面もあることを指摘して、パブリシティ価値は人格権によって保護されうるとする立場（一元的構成）⁽¹⁵⁾とが対立している。二元的構成はさらに、①パブリシティ価値を排他的に支配する純粹の財産権として、人格権とは別個独立に「パブリシティ権」が認められるとする見解と②「パブリシティ権」を財産権として構成する点では①と同じであるが、人格権的要素も含まれるとする見解⁽¹⁶⁾とに別れる。

（2）二元的構成①とその問題点 二元的構成①を最も徹底した形で主張される阿部教授によれば、⁽¹⁷⁾パブリシティ権は、パブリシティ価値をコントロールする一種の無体財産権であって、いわば著作隣接権にさらに隣接しない類似する権利とみられるとされる。したがって、同教授によれば、パブリシティ権は、それを譲渡することが可能であるし、また相続の対象ともなるとされる。同様に、パブリシティ権の範囲については、著作隣接権の制限規定（著作権法一〇二条・三〇条以下）を準用することができ、権利の存続期間についても著作隣接権の存続期間に関する規定（著作権法一〇一条一項〔ただし改正前〕）を類推して、本人の生存中とその死後三〇年であるとされる。パブリシティ権が侵害された場合の救済策についても、著作権法一一四条を類推適用することができると主張される。

阿部教授の見解は、いわば慣習法上の無体財産権を認めようとする立場であるが、物権法定主義からして、そもそも慣習法上の絶対権を認めることには抵抗がある。もちろん、慣習法上の物権もまったく認められないわけではない。しかし、判例・学説上認められている慣習法上の物権は、温泉権にせよ譲渡担保権にせよ、有体的利益が対象であるだけに権利の内容と範囲とがかなり明確であるし、まがりなりにも公示を備えうるのに反し、パブリシティ権の内容と範囲は、著作権法一〇二条が手掛りになるとしても明確とはいえない⁽¹⁸⁾がたいし、公示方法もない⁽¹⁹⁾。

また、パブリシティ権が譲渡可能なものであるとすると、いったん本人がパブリシティ権を他に譲渡してしまうと、本人はパブリシティ価値の支配権能を失うことになるから、プライバシー権侵害や名誉毀損にならない限り、どのような利用形態が採られても救済を求めえないことになろう(たとえば、嫌煙権の主張者たる人格主体の肖像がたばこの広告に利用された場合を想起せよ)⁽²⁰⁾。さらに、わが国では、芸能人がその所属プロダクションと専属契約を締結するに際し、氏名(芸名)・肖像等を利用する権利をプロダクションに与えることが多いといわれるが(パブリシティ権が譲渡されたと解される場合と独占的使用許諾契約がされたと解される場合とがであろう)、芸能人が独立をしたり、引き抜きにあった場合には、プロダクションからの氏名(芸名)・肖像等の使用差止請求を阻止しえず、当該芸能人は芸能活動を事実上封じられることになる。もちろん、この場合でも、契約の補充的・修正的解釈によって救済することは可能であるが、契約書の文言によってはそれも困難な場合が生じうるであろう⁽²¹⁾。

なお、譲渡可能性を認める実際上の意義は、芸能人の所属プロダクションの経済的利益を保護することにあると考えられる。というのは、芸能人のパブリシティ価値の形成、維持・増大に現実に関心を払い、多大の労力や費用、時間、ノウハウを費やしているのは、芸能人本人よりもむしろその所属プロダクションであることが多いと言われているからである⁽²²⁾。この点については四で検討する。

(3) 二元的構成②とその問題点 二元的構成②は、すでに紹介したように、人格権である氏名・肖像権等と氏名・肖像等の利用権とを区別し、後者を財産権とみるが、人格権的な要素も含まれると解する立場である。この見解では、そもそも「財産権でありながら人格権的要素がある」ということの具体的意味が明確にされておらず、その結果、パブリシティ権の譲渡性・相続性の有無等も明らかにされていない。むしろ、二元的構成①に対して前述のような危惧を示すことで、一元的構成に道を開く一歩となったものと評価すべきであろう。

(4) 一元的構成とその問題点 一元的構成は、先に紹介したように、人格権には財産権的側面もあることを指摘して、パブリシティ価値が人格権によって保護せられるとする立場である。すなわち、一元的構成は、二元的構成が、プライバシー権とパブリシティ権とを区別するアメリカ法の枠組みに従って、プライバシー・名誉等の人格的利益の侵害がない以上、人格権侵害もないとする仮定⁽²⁵⁾を前提としていることを批判する。そして、個人は、誰にどこでどのような態様で自己のペルソナが利用されるかを決定する権利（自己決定権）があると捉え、この権利が一定の場合に一般人よりも制限されることがあるにせよ、著名人にもあると解することにより、パブリシティ価値の侵害が自己決定権の侵害であり、したがって人格権の侵害であることを指摘するのである。⁽²⁶⁾

筆者も右の指摘が正当であると考える。しかしながら、パブリシティ価値の侵害を自己決定権の侵害と捉え、従来 of 伝統的な思考では財産的損害の賠償をストレートに導き出すことが困難になる。二元的構成のメリットの一つは財産的損害の賠償および不当利得の返還を直截に基礎づけることができる点にもあるが、一元的構成ではこの点のメリットが失われるようにみえる。そこで、人格権侵害＝慰藉料という認識を突き崩す論理構成が必要になる。この点について、渡辺・前掲論文（注（14））法学六〇巻六号三一二頁以下は、ドイツでは人格権が歴史的には財産権を含む内容を有する権利として展開されてきたが、人間の尊厳を重視する近代法の発展に伴って精神的な領域に比重を移していったこと等を指摘して、本質的には人格概念と経済的地位とは対立するものではなく、むしろ人格権が一定の経済的利益の保護権として発展を促されてきたと理解している。⁽²⁶⁾ 筆者には、右の理解を子細に検証する能力はないので、本稿では別の角度、すなわち不当利得法の観点から人格権の財産権的側面を検討することにする。⁽²⁷⁾ というのは、パブリシティ価値が侵害された場合、使用許諾料相当額の「損害賠償」は不法行為⁽²⁸⁾ だけでなく、不当利得によっても基礎づけられるからである。

三 人格権の財産権的側面 ……不当利得法の観点から

(1) 不当利得の類型論⁽²⁹⁾ 不当利得の類型論とは(以下、類型論という)、「形式的・一般的には正当視される財産的価値の移動が、実質的・相対的には正当視されない場合に、公平の理念に従ってその矛盾の調整を試み⁽³⁰⁾」る制度であると不当利得を理解する従来の通説・判例を批判し、不当利得制度の存在理由を統一的に説明することはできず、利得の「不当性」の根拠に即して類型的に把握し、各類型ごとにその要件・効果を考えるべきだとする立場である。類型論によれば、不当利得は大別して給付利得と侵害利得とに分けられる。給付利得とは、契約など一定の法律上の原因の存在を前提として給付がされたが、実はその前提である法律上の原因が存在しなかったという場合である(本稿で問題のパブリシティ価値の侵害がこの類型でないことは明らかであるから、これ以上の説明を省略する)。

侵害利得とは、財貨の使用・収益・消費・処分などが本来その帰属すべき者ではなく、無権限者によってされた場合で、その価値を金銭で返還させる場合である。たとえば、他人の土地を不法占拠して使用した場合の土地の適正賃料相当額であるとか、他人の物を勝手に処分したり消費したときのその物の時価相当額を返還させる場合がこれにあたる。すなわち、侵害利得は、所有権その他の絶対権によって権利者に割り当てられている内容が侵害された場合に成立する。このように侵害利得は、財貨の帰属割当内容に対する違反を是正する制度であるから、権利の割当内容に反する侵害が即ち、利得者にとっては受益であり、損失者にとっては損失であるとされる⁽³¹⁾。この点で、類型論によれば、不当利得における受益・損失概念はきわめて抽象化された概念であることがわかる。した

がって、侵害利得返還請求権の成否および内容にとつては、「侵害された権利がどのような割当内容を有していたか」が重要な関心事となる。ゆえに、本稿で問題の人格権侵害が侵害利得を構成するか否かは、ひとえに、人格権がその権利者に割当内容を帰属させているか、またその内容はどのようなものにかかっている。

(2) 人格権の割当内容　すでにみたように、個人はその氏名・肖像等のペルソナを誰にどこでどのような利用させるかを決定する権利（自己決定権としての人格権）を有していると考えられる。この権利には、ペルソナを商品化して利用させることや広告・宣伝に利用させることも含まれる。そして、事実上、パブリシティ価値が顧客吸引力という経済的価値を有しており、しかも著名人であればパブリシティ価値を獲得するために多大の労力や時間、費用を費やしているのが通常であるから、ペルソナの使用許諾に際して対価を要求するのは、事物の当然の成り行きであろう。そうだとすれば、右のような意味での自己決定権は、対価を得てペルソナを利用させる権能を割当内容として含んでいるといえるのではなからうか。⁽³²⁾ もちろん、このような理解に対しては、「人格の商品化につながる」という批判がありえよう。しかしながら、人格権の割当内容に関する右の理解は、侵害利得成立の前提として人格権に割当内容を認めているにすぎず、人格の商品化と同じではない。⁽³³⁾

(3) 以上のように、個人のペルソナを無断で利用する行為は人格権侵害であり、侵害利得を構成することが明らかになった。このことは同時に、個人のペルソナを無断で利用する行為が人格権に基づく差止請求の対象であり、かつ、使用許諾料相当額の利得返還義務を基礎づけることを意味する。そうだとすると、差止と財産的損害の賠償を直截に導き出すことができるという二元的構成のメリットを一元的構成も享受しているということができ
る。

四 パブリシティ価値の帰属主体の変更（「パブリシティ権」の譲渡可能性および相続可能性）

(1) 譲渡可能性 前章2(2)で述べたように、筆者は、パブリシティ価値の帰属主体を本人から他に変更すること（二元的構成では、パブリシティ権の譲渡可能性）を認めることは人格主体からペルソナを管理する権能を完全に奪ってしまうことになりかねないので認められるべきでないと考ええる。しかしながら、前章2(2)末尾で触れたように、譲渡可能性を認める実際上の意義は、芸能プロダクション等の経済的利益を保護することにある。そうだとすれば、このことを考慮する必要がある。けれども、芸能プロダクション等の前記経済的利益を保護するためだけに譲渡可能性を認めることは、パブリシティ権に公示方法がないことおよび芸能人とその所属プロダクションとの力関係の差を考慮すると、やはりいきすぎだと思われる。せいぜいパブリシティ価値の使用許諾契約ないし使用許諾事務の委任契約（ないし委任類似の無名契約）を締結しうるだけであり、芸能プロダクション等はその契約の効力の及ぶ範囲でのみ経済的利益の保護を享受しうる³⁴と考えるべきであろう。このように考えても、まったくの無許諾利用者に対しては、債権者代位権の転用によって、権利者が有している人格権に基づく諸権利（差止・損害賠償）を代位行使することができようし、権利者たる芸能人本人から許諾を受けた利用者に対しては、債権侵害ないし不正競争行為に該当することを条件として、差止や損害賠償を請求することが可能であり、かつそれで十分だと思われる。

(2) 相続可能性 人格権に基づいてパブリシティ価値の保護がはかれるとすると、人格主体が死亡すると同時に人格権は消滅するから、人格主体の死後は、パブリシティ価値が保護されないことになる。ただし、故人の

ペルソナは遺族の追憶の対象でもあるから、故人のペルソナの利用が遺族の追慕の情を害するときには不法行為となりうる。⁽³⁵⁾

問題はそれを越えて、故人の人格権に由来するパブリシティ価値をコントロールする権利が遺族に相続されるか否かである。理論的には、右のように人格主体の死亡とともにパブリシティ価値は保護されなくなると解するほかない。そうはいっても、結局、差止請求や慰藉料請求をしないことの対価として遺族に対して許諾料が支払われることになるであろうから、一定期間（追慕の情が存続すると考えられる期間。長くて一〇年くらいか）相続性を認めることが立法論上は望ましいと考えられる。⁽³⁶⁾ というのは、解釈論としては右のように、遺族の追慕の情が侵害されると構成するのがせいぜいであるが、そのように解すると遺族がすでに故人のペルソナの利用を許諾している場合とそうでない場合とで不均衡を生ずるからである。すなわち、遺族がすでに故人のペルソナの利用を許諾している場合には、第三者が無断で故人のペルソナを利用したとしても、それが名誉毀損的な利用でないかぎり、遺族の追慕の情を侵害するとはいえないから、慰藉料請求は認められないことになる（せいぜい、成立要件の厳しい債権侵害ないし不正競争行為に該当するときに限り財産的利益の賠償（逸失実施料の賠償）が認められるにすぎない）。そうだとすると、故人のペルソナを利用したいと考えている者にとっては、誰かが遺族から使用許諾をえるのを待ったほうが得だということになる。

五 むすびに代えて ……まとめと残された課題

1 以上の検討結果をまとめると次のようになろう。

(1) パブリシティ価値の保護のためには、人格権に財産権的側面があることを直視すれば足りる。すなわち、個人にはそのペルソナを誰にどこでどのように利用させるかを決定する権利があり、それは人格権であるが、その侵害は不当利得および財産的損害を構成しうると捉えれば足りる。この点で、「パブリシティ権」という概念は、人格権の財産権的側面を直視するための道具概念にすぎなかったと評価することができる。

(2) パブリシティ価値が人格権によって保護されている以上、パブリシティ価値の帰属主体は人格主体に限定され、帰属主体を変更することはできない(「パブリシティ権」の譲渡はできない)。債権的な使用許諾を通じて、パブリシティ価値をいわば間接的に享受させうるだけである。

(3) 人格主体の死亡によってパブリシティ価値は保護されなくなる。遺族には相続されない。ただし、法政策的な理由から、立法論上は一定期間の存続を認めることが望ましい。

2 残された課題 本稿は、個人のパブリシティ価値の保護に関して、特にその法的構成に焦点を絞って総論的に考察したにとどまる。パブリシティ価値が保護されるとしても、その保護の限界(報道・表現の自由との関係)、侵害となる利用形態(保護の限界の問題でもあるが、そっくりさん、カリカチュア、フィクション中の氏名・肖像の利用、ノンフィクションなど)、保護の主体(著名人に限られるのか、無名人でもよいのか。法人は主体たりうるか)、保護の具体的内容(差止の範囲、損害賠償の内容)など各論的な考察を要する問題が残っている。これらの問題については、今後の課題としたい。

また、近時、「パブリシティ権」を認める根拠としてペルソナの有する顧客吸引力を中心に据える立場からは、著名性を有する物が顧客吸引力を有することを指摘して(たとえば、映画やテレビで人気を博した動物や奇岩などを想起せよ)、「パブリシティ権」を人についてだけでなく、物についても認めようとする主張がされている。⁽³⁷⁾「物

の「パブリシティ権」の問題は、所有権の効力が及ぶ範囲の問題と関連しており、また建築著作物・公開の美術著作物に関する著作権の制限規定（著作権法四六条）との関係で興味深い。この問題についても後日を期したいと思う。

注

- (1) 同様の問題は、芸能人の氏名・肖像が商品の広告・宣伝に際して使用される場合にも生ずる。
 - (2) 後掲、おにゃん子クラブ事件控訴審判決（東京高判平成三・九・二六判時一四〇〇号三頁以下）参照。
 - (3) 歌唱・演技等の芸能活動を映像化したものであれば、著作隣接権（実演権）による保護が（著作権法二条一項三号・八九条以下）、商標化された氏名・肖像については、商標権および不正競争防止法による保護が及びうる（商標法四条八号括弧書、不正競争防止法二条一項一号）。
 - (4) 商品そのものの価値よりも、付加価値のほうがはるかに高い場合もある（たとえば、ブロマイドや氏名・肖像を印刷したバッジ・キーホルダーなど）。
 - (5) 個人の人格を構成する要素でありながら経済的価値を有しうるものは、本文の設例のような氏名・肖像に限られるわけではない。たとえば、特徴のある声や癖、体型など、個人の特徴を表象するものであって、それによって特定の個人を識別することのできるもの（アイデンティティないしペルソナ (Persona)）であれば、その利用に際して許諾料の授受が行なわれることは予想されるから、経済的価値を有しうる。
- なお、アイデンティティないしペルソナが持っている右のような経済的価値のことを、以下では、従来からの呼び方に従って（たとえば、阿部浩二「パブリシティの権利と不当利得」谷口知平・甲斐道太郎編・新版注釈民法（18）（一九九一年・有斐閣）五七〇頁）、「パブリシティ価値」と呼ぶ。「パブリシティ」という語は、「パブリシティ権」という形で用いられることが多く、「パブリシティ価値」という言い方もパブリシティ権による保護の客体という文脈で用いられる。後述するように、「パブリシティ権」を人格権とは別個独立の排他的財産権として構成する見解が有力であるが、筆者はそのような構成に疑問を感じているので、本稿では引用および「パブリシティ権」構成を説明する際以外ではできるだけ「パブリシティ

権」という語を用いないことにし、説明の都合上やむをえない場合はカギ括弧でくくることにする。

(6) 前注(5)後段参照。

(7) すなわち、①東京地判昭和五一・六・二九判時八一七号二三頁(マーク・レスター事件判決)、②東京地決昭和五三・一〇・二判タ三七二号九七頁(王選手記念メダル事件仮処分決定)、③東京地判昭和五五・一一・一〇判時九八一号一九頁(ステイプ・マックイーン事件判決)、④東京地決昭和六一・一〇・六判時一二二二号一四二頁(おニャン子クラブ事件仮処分決定)、⑤東京地決昭和六一・一〇・九判時一二二二号一四二頁・判タ六一七号一八四頁(中森明菜カレンダー事件仮処分決定)、⑥東京地決昭和六一・一〇・一七判タ六一七号一九〇頁(中森明菜プロマイド事件仮処分決定)、⑦富山地判昭和六一・一〇・三一判時一二一八号一八二頁(藤岡弘事件判決)、⑧東京地判平成元・八・二九判時一三三八号一一九頁(家庭用サウナ風呂事件判決)、⑨東京地判平成元・九・二七判時一二二六号一三七頁(光GENJI事件仮処分決定取消申立事件判決)、⑩東京地判平成二・一二・二二判時一四〇〇号一〇頁(おニャン子クラブ事件第一審判決)、⑪東京地判平成三・九・二六判時一四〇〇号三頁(おニャン子クラブ事件控訴審判決)、⑫横浜地判平成四・六・四判時一四三四号一一六頁(土井晚翠事件判決)、パブリシティ価値の保護が問題となった事件ではないが、傍論でこれに触れたものとして、⑬東京地判平成四・三・三〇判時一四四〇号九八頁(加勢大周事件第一審判決)。

(8) 実質的にはパブリシティ価値の保護が問題となっていながら、判決にはあらわれなかったものとして、前掲(注(7))東京地判昭和五五・一一・一〇(③)、前掲(注(7))東京地判平成元・八・二九(⑧)、
 ・一二・二二(⑩)。

(9) マーク・レスター事件判決のほか、前掲(注(7))富山地判昭和六一・一〇・三一(⑦)、前掲(注(7))東京地判平成二・一二・二二(⑩)。

(10) 「パブリシティ権」という語を初めて用いたのは、前掲(注(7))東京地判平成元・九・二七(⑨)である。また、パブリシティ権を排他的財産権として構成するものとして、前掲(注(7))横浜地判平成四・六・四(⑫)(ただし、当該事案ではパブリシティ権不成立と判示)。パブリシティ権という語は用いないものの排他的財産権として構成するものとして、前掲(注(7))東京地判平成三・九・二六(⑪)、前掲(注(7))東京地判平成四・三・三〇(⑬)。

(11) 同旨、斉藤博「氏名・肖像の商業的利用に関する権利」特許研究一五号(一九九三年)二四頁。なお、とくに芸能人の場合には、その氏名や肖像等を無許諾で使用した商品が大量に製造・販売されると、供給過剰の結果、許諾を受けた商品の

- 価値が低下するのみならず、当該芸能人が大衆から飽きられたり、嫌悪感を抱かれたりして、パブリシティ価値の低下・消滅をもたらすことがあるから、パブリシティ価値を保護するためには損害賠償だけでは十分でないといわれる（仮処分決定を維持する理由としてではあるが、前掲（注）（7）東京地判平成元・九・二七（9）参照）。
- (12) 前注（11）参照。
- (13) たとえば、営業上の利益が侵害されたにすぎない場合でも、それが不正競争行為による場合、不正競争防止法五条は、特許法一〇二条や著作権法一四条と同様に「ただ乗り」防止の観点から、実施料相当額をいわば最低限度の損害額とし（二項）、さらに侵害者が侵害行為によって得た利益の額を損害額と推定している（一項）。氏名・肖像等を営利目的で利用する行為が必ずしも不正競争行為にあたるとは言えないであろうが、不正競争防止法の趣旨を勘案する余地はあろう。
- (13-a) 前注（5）前段参照。
- (14) 以下の分類および名称は、渡辺修「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」法学六〇巻六号三〇二頁以下による。
- (15) 渡辺・前掲論文（注）（14）法学六〇巻六号三二二頁〜三二三頁。二元的構成②か一元的構成か明確でないが、前掲（注）（7）東京地判平成二・一二・二一（10）。なお、人格権の財産権的側面を認める見解ではないが、パブリシティ価値が人格権によって保護されうるとする見解として、齋藤鳩彦「パブリシティ権の背景と問題（下）」NBL四二八号五五頁・五六頁。
- (16) 阿部「パブリシティの権利とその展開」現代社会と民法法（一九八一年・第一法規）二九一頁以下、同・前掲注民（注）（5）五七八頁。竹田稔・ライバシー侵害と民事責任（一九九一年・判例時報社）一九八頁〜二〇一頁。牛木理一「パブリシティの権利と共同不法行為責任」田倉整先生古稀記念・知的財産権をめぐる諸問題（一九九六年・発明協会）五二五頁。物についてのパブリシティ権を認める前提としてであるが、伊藤真「物のパブリシティ権」田倉整先生古稀記念・知的財産権をめぐる諸問題（一九九六年・発明協会）五〇七頁。
- (17) 土井輝生「有名人の氏名・肖像の商業的利用とパブリシティ権（2）」コピライト二〇三号（一九七八年）二頁〜六頁。播磨良承「パブリシティの概念と法的性格（1）（2）」判時一〇五〇号一七頁、判時一〇五一号一七頁〜一八頁。斉藤博・前掲論文（注）（11）特許研究一五号二五頁。龍村全「パブリシティの権利の保護の現状と諸課題」コピライト四一五号（一九九

- 五年)六頁。多少ニュアンスが異なり、しかも人格権か財産権かの問題は譲渡性・相続性の有無の問題であって議論の実益はないとする見解であるが、田倉保「パブリシティ権」田倉整先生古稀記念・知的財産権をめぐる諸問題(一九九六年・発明協会)四七九頁〜四八一頁(結論としては譲渡性・相続性を認める)。
- (18) 阿部・前掲論文(注(16))二九三頁〜三〇五頁、同・前掲注民(注(5))五七七頁以下、五八四頁以下、五九二頁以下。
- (19) 氏名・肖像等のペルソナは常に本人を指し示すから(表現手段に化体させうる著作権・著作隣接権とはこの点が異なる)、パブリシティ権の公示は常にペルソナの帰属主体たる本人自身にあることになる。そうすると、パブリシティ権が譲渡・相続された場合には、譲受人・相続人には公示を備える手段がない。
- (20) パブリシティ権に譲渡可能性を認める場合の問題点については、想定しうる反論と再反論を含めて、渡辺・前掲論文(注(14))法学六〇巻六号三〇六頁以下参照。
- (21) たとえば、前掲(注(7))東京地判平成四・三・三〇(13)参照(パブリシティ権の譲渡ではなく、期間一〇年の独占的使用許諾契約の事例)。
- (22) 東京高判平成五・六・三〇判時一四六七号四八頁(前掲(注(7)))東京地判平成四・三・三〇の控訴審判決)参照(契約期間を一年と解釈し、更新拒絶により終了したと判示)。
- (23) 芸能人・スポーツ選手とその所属プロダクション・所属チーム(ないし競技団体)との間の力関係の差に着目して、パブリシティ権構成を批判するものとして、齋藤鳩彦・前掲論文(注(15))。
- (24) プロダクションの訴訟当事者適格に関わる文脈であるが、龍村・前掲論文(注(17))コピライト四一五号一四頁以下。
- (25) Healan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F. 2d. 866 (2 nd. Cir. 1953); Nimmer, The Right of Publicity, 19 Law & Contemp. Probs. 203 (1954)。アメリカ法において「パブリシティ権」という構成が発展した理由には、(a)アメリカ法には人格権の概念がなく、しかも著名人にはプライバシー権がないという前提を採用してしまつたために、著名人が自己のペルソナに関して有している利益を顧慮することができなかったこと、(b)アメリカには実演家の実演を保護する制定法がないことから、「パブリシティ権」がこれを部分的にせよ補完する役割を担つたという背景が存在すると思われる(この点につき、齋藤鳩彦・前掲論文(注(15))NBL四二七号三〇頁以下)。
- (26) 渡辺・前掲論文(注(14))法学六〇巻六号三二二頁。パブリシティ権を商品推薦決定権という狭い範囲に限定して理解

する立場ではあるが、田倉・前掲論文（注17）田倉古稀記念四七九頁以下も同旨か（ちなみに同論文は、パブリシティ権の本質を人格権たる「自己決定権」として正しく認識しながら、不当利得に関する理解が誤っているために、商品推薦決定権と対価請求権という譲渡・相続可能な二権利からなる権利として「パブリシティ権」を構成している）。

(26) a 人格と所有権との関連については他に、松尾弘「人格と所有権—所有制度の構造論的分析のための覚書き」横国第四巻第二号（一九九六年）二四七頁以下参照。

(27) 不当利得法からのアプローチについては、ドイツ法の紹介としてはあるがすでに、渡辺「人格要素の財産的利用」ドイツにおける氏名・肖像の保護を中心として「著作権研究」二一〇号（一九九四年）一六頁以下。

(28) むしろ、絶対権またはこれに類する権利が侵害された場合の「使用許諾料相当額の損害賠償」は本質的には不当利得の「返還」であると筆者は考えている。侵害者に故意・過失があるときは、同時に不法行為の要件を充足しうるるので、法律構成としてはどちらでもよいにすぎない。もっとも侵害者に過失がなくても不当利得は成立しうるから、パブリシティ価値の侵害が認められる場面は不法行為によるよりも広がる。たとえば、芸能人の代理人と称する者から善意・無過失で氏名・肖像等の使用許諾を受け、自己の製品に利用した者は、当該芸能人に対して使用許諾料相当額の利得返還義務を負うと考えられる。

(29) 不当利得の類型論の基本的な枠組みに関しては、好美清光「不当利得法の新しい動向について」(1)(2)判タ三八六号・三八七号（一九七九年）、四宮和夫・事務管理（一九八一年・青林書院新社）、加藤雅信・財産法の体系と不当利得法の構造（一九八六年・有斐閣）、Caemmerer, Ernst von, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabal, Bd. 1, 1954, S.333ff. 参照。

(30) 我妻榮・債権各論下巻一（民法講義V4）（一九七二年・岩波書店）九三八頁。

(31) この点で、齋藤鳩彦・前掲論文（注15）NBL四二八号五四頁以下は、類型論を理解しないまま論旨を展開している。

(32) ここでは権利の抽象的な割当内容が問題とされているのであるから、実際に権利者が対価を得るつもりであったか、また実際に得ることができたかは問題とならない。なお、ドイツ法上の人格権には、個別的人格権（氏名権〔 BGB 一二条 〕・肖像権〔造詣美術及び写真著作物の著作権に関する法律（KUG）二二条以下〕と判例によって認められるに至った一般的な人格権とがあるが、個別的人格権については割当内容を認めるのが多数説であり、（たとえば、Caemmerer, a.o.

- (29). S. 354; Reuter/Martinek, ungerechtfertigte Bereicherung (Handbuch des Schuldrechts Bd. 4), 1983, S. 266 ff.; Schwerdner, Peter, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 1993, § 12 Rdnr.154. 45
 5) 一般的な人格権についても割当内容を認める見解が有力である (たぐやま 誠, Caemmerer, Der Privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach Deutschem Recht, Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, 1967, S.40. 反復読み
 1) 7) Mestmäcker, Ernst-Joachim, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, S. 521)
- (33) Schlechtriem, Peter, Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht, Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, 1976, S. 453. 44 商品化するか否かは市場が決めることだろう。
- (34) 同前, 龍村・前掲論文(注(17))コピライト四一五号一三頁以下。準物権的な効力を有する「拘束された譲渡 (gebundene Übertragung)」(わが無体財産権法上の「専用実施権」設定(特許法七七条, 実用新案法一八条, 著作権法七九条以下など参照)に対応する)のみが許されるという見解であるが、「譲渡」の意味を制限的に解釈する立場として、Forkel, Hans, Lizenzen an Persönlichkeitsrechten in durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR, 1988, 491 ff.; Götting, Horst-Peter, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1992, S. 282.
 siehe BGHZ8, 318 = NJW 1953, 577; BGHZ 107,384 など (いずれも氏名権侵害の事例)。
- (35) ドイツでは、肖像権についての明文規定があり、肖像本人の死後一〇年間、遺族(原則として配偶者と子)に肖像利用の同意権が認められている (KUG 二二条第三文)。
- KUG 二二条「肖像は、本人の同意を受けた場合に限り、これを頒布又は公に展覽することができる。本人が自発的に撮影させかつ報酬を受けた場合において、別段の取り決めがない場合には、同意があったものと推定される。本人死亡の場合においては、死後一〇年を経過するまでは、その親族の同意を要する。この法律において「親族」とは、本人の配偶者及び子女をいい、配偶者も子女もいない場合は、本人の両親をいう。」邦訳は、大家重夫・肖像権 (一九七九年・新日本法規) 一三七頁以下による (ただし、第何文かを示す番号は筆者が付け加えた)。
- 肖像権と同じく個別的人格権である氏名権には、本人死後の存続期間に関する規定がないが、KUG 二二条第三文を類推して一定期間の存続を認める見解が有力のようである (Münch. Komm./Schwerdner, a.a.O (32), § 12 Rdnr. 68. ただ

し、年数については態度を留保している。一般的人格権についても同様である。

(37)

伊藤・前掲論文（注（16））田倉古稀記念五〇七頁以下。物のパブリシティ権が認められたとも評価しうる判例として、東京地判昭和五二・三・一七判時八六八号六四頁（広告用ガス気球事件第一審判決）、東京高判昭和五三・九・二八最新肖像権関係判例集八五九頁（広告用ガス気球事件控訴審判決）、高知地判昭和五九・一〇・二九判タ五五九号二九一頁（長尾鶏写真事件判決）、東京地判平成三・一一・二八判時一四一二号一三六頁（クルーザー写真事件判決）がある。他方、所有権と著作権との機能分担を理由に、物のパブリシティ権を認めなかったと評価することも可能な判決として、最判昭和五九・一・二〇民集三八卷一号一頁（顔真卿自書建中告身帖事件上告審判決）がある。