

芸能人の肖像写真が雑誌の記事に利用された 場合のパブリシティ権侵害の成否 —ピンクレディー・パブリシティ事件—

第一審—東京地判平成20年7月4日・判時2023号152頁・判タ1280号306頁
控訴審—知財高判平成21年8月27日平成20年(ネ)第10063号最高裁HP

北村 二郎

一 事件の概要

本件は、有名アイドルデュオ「ピンク・レディー」として活動していた原告らが、被告会社（光文社）の出版する女性週刊誌「女性自身」において、原告らの写真を無断で使用した記事を掲載した行為は、原告らのパブリシティ権を侵害するものとして、被告会社に対し不法行為（民法709・715条）を理由として損害賠償金及び遅延損害金を請求した事件である。

二 争点

パブリシティ権の侵害の有無

三 判旨

第1 第一審（請求棄却）

1 前提事実

(1) まず、原告らの著名性について「パブリシティ権侵害の有無を検討す

る上で、原告らは、ピンク・レディーのメンバーとして、著名な芸能人である。」とする。そして、「本件雑誌及びその表紙等」の形式、体裁について述べ、「本件記事及び本件写真」として、「本件雑誌の白黒グラビア頁部分のうち16頁から18頁までの3頁に、ピンク・レディーの代表的楽曲である『渚のシンドバッド』『ウォンテッド』『ペッパー警部』『UFO』『カルメン'77』の5つの楽曲における振り付けを利用したダイエットに関する『ピンク・レディー de ダイエット』と題する記事が、原告ら両名が写っている写真14枚を使用して掲載されている。」とする。

(2) 次に、個々の記事（振付写真7枚、本件写真1ないし7）について述べている。「本件雑誌16頁右端には、『…』との見出しが、大きさ縦約20cm×横約4.7cmの範囲内に4行にわたって掲載されている。」「この見出しの上部に、大きさ縦4.8cm×横6.7cmの『サウスポー』をステージで歌唱中の原告らの写真（以下「本件写真1」という。）が掲載され、その下に『奇跡のBODYを作る!!』との文章が記載されている。」と、写真の大きさ、記事・文章の内容について、それぞれの記事（振付写真である本件写真1ないし7）について判示する。

(3) 続けて、過去の芸能活動に関する原告らの写真（本件写真8ないし14）について、「本件雑誌18頁の下半分（面積で約3分の1）には、『本誌秘蔵写真で綴るピンク・レディーの思い出』との見出しがある。」「大きさ縦9.1cm×横5.5cmのバックステージで『透明人間』の衣装姿をしている原告らの写真」があるとす。残りの写真についても同様に、写真の大きさについて、それぞれ判示する。その下に付されている文章及び、原告ら以外の写真の大きさについて「この部分は、本件写真8ないし14のすぐ下にあり、同写真との間に仕切り線のようなものもないから、同写真と共に、『本誌秘蔵写真で綴るピンク・レディーの思い出』を構成しているものと認められる。」とする。写真の撮影について「原告らの同意があった。」とする。

(4) 次に、「本件記事掲載の経緯」について「平成18年秋ころ、ダイエットに興味を持つ女性、特に主婦らを中心として、ピンク・レディーのヒット曲に合わせてダンスを踊ってダイエットをすることが流行した。」こと、「講談社からは、原告らが振り付けを実演する『ピンク・レディー フリツク完全マスターDVD』が発売されていた。」とする。そして、

本件記事の企画の動機・経緯について述べている。振り付け以外の写真については「本件担当記者らは、読者が往時のピンク・レディーのことに思いを巡らせることが当然予想できたため、本件写真8ないし14を掲載するとともに、これに、人気振付師で、ピンク・レディーのファンでもあるEによる回顧談を付した。」とする。また、「本件記事中に本件写真を使用することにつき、原告らの承諾を求めることはしていない。」とする。

(5) さらに、新聞広告での利用態様、電車での中吊り広告での利用態様について述べている。新聞広告では、原告らの写真の利用があり、電車での中吊り広告では原告らの写真の利用はないとする。

2 パブリシティ権侵害の有無について

(1) パブリシティ権について、一般論として「人は、著名人であるか否かにかかわらず、人格権の一部として、自己の氏名、肖像を他人に冒用されない権利を有する。人の氏名や肖像は、商品の販売において有益な効果、すなわち顧客吸引力を有し、財産的価値を有することがある。このことは、芸能人等の著名人の場合に顕著である。この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とがある。」

「他方、芸能人等の仕事を選択した者は、芸能人等としての活動やそれに関連する事項が大衆の正当な関心事となり、雑誌、新聞、テレビ等のマスメディアによって批判、論評、紹介等の対象となることや、そのような紹介記事等の一部として自らの写真が掲載されること自体は容認せざるを得ない立場にある。そして、そのような紹介記事等に、必然的に当該芸能人等の顧客吸引力が反映することがあるが、それらの影響を紹介記事等から遮断することは困難であることがある。」

「以上の点を考慮すると、芸能人等の氏名、肖像の使用行為がそのパブリシティ権を侵害する不法行為を構成するか否かは、その使用行為の目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察して、その使用行為が当該芸能人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といえるか否かによって判断すべきである。」

(2) 「なお、原告らも被告も、通常モデル料が支払われるべき週刊誌等におけるグラビア写真としての利用と同視できる程度のものか否かの基

準に言及するが、この基準ないし説明は、東京地裁平成16年7月14日判決（判例タイムズ1180号232頁〔ブブカアイドル第一次事件〕）の事実関係の下では適切なものであるとしても、他の事実関係の事件にそのまま適用することができるものではないことに注意を要する。」とする。

(3) そして、当てはめにおいて、本件写真1ないし7と、本件写真8ないし14に分けて判断する。

(ア) 本件写真1ないし7については、「本件雑誌及びその表紙の態様、本件記事及び本件写真の掲載態様、本件記事掲載の経緯及び本件雑誌の宣伝広告状況」は、「①ピンク・レディーが歌唱し演じた楽曲の振り付けを利用してダイエットを行うという女性雑誌中の記事において、その振り付けの説明の一部又は読者に振り付け等を思い出させる一助として、本件写真1ないし5及び7を使用し、さらに、ダイエットの目標を実感させるために、本件写真6を使用したものであり、②使用の程度は、1楽曲につき1枚のさほど大きくはない白黒写真であり、③Cの実演写真、Cのひとつとアドバイス、4コマの図解解説など振り付けを実質的に説明する部分が各楽曲の説明の約3分の2を占め、本件写真2ないし5及び7は、各楽曲についての誌面の3分の1程度にとどまり、④その宣伝広告や表紙の見出しや目次においても、殊更原告らの肖像を強調しているものではない。」

「したがって、本件写真1ないし7の使用により、必然的に原告らの顧客吸引力が本件記事に反映することがあったとしても、それらの使用が原告らの顧客吸引力に着目し、専らその利用を目的としたものと認められない。」

(イ) 本件写真8ないし14については、「本件雑誌及びその表紙の態様、本件記事及び本件写真の掲載態様、本件記事掲載の経緯及び本件雑誌の宣伝広告状況によれば、①本件写真8ないし14を使用した記事は、ピンク・レディーが歌唱し演じた楽曲の振り付けを利用してダイエットを行うという記事に付随して、現在も芸能活動を続ける原告らの過去の芸能活動を紹介する記事であり、②誌面1頁の約3分の1の中に、原告らが撮影されたさほど大きくはない白黒写真7枚を掲載し、③その宣伝広告や表紙の見出し及び目次においても、殊更原告らの肖像を強調しているものではない。」

「したがって、本件写真8ないし14の使用により、必然的に原告らの顧客吸引力が本件記事に反映することがあったとしても、それらの使用が原告らの顧客吸引力に着目し、専らその利用を目的としたものと認められない。」

(ウ) 以上のように判示し、パブリシティ権侵害を否定し、原告らの請求を棄却した。

第2 控訴審（控訴棄却）

1 原判決の加除

「本件写真は、テレビ番組や歌謡祭のリハーサルの際などに、控訴人らの芸能事務所等が許可し、被控訴人側のカメラマンが撮影した写真であって、控訴人側から、その使用方法、態様、回数等について特段の事情の申入れがされていないものであった。」とする。

2 パブリシティ権侵害について

(1) パブリシティ権について

「氏名は、人が個人として尊重される基礎で、その個人の人格の象徴であり、人格権の一内容を構成するものであって、個人は、氏名を他人に冒用されない権利・利益を有し（最高裁昭和58年(オ)第1311号昭和63年2月16日第三小法廷判決・民集42巻2号27頁参照）、これは、個人の通称、雅号、芸名についても同様であり、また、個人の私生活上の自由の1つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有するもの（最高裁昭和40年(あ)第1187号昭和44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁参照）であって、肖像も、個人の属性で、人格権の一内容を構成するものである（以下、これらの氏名等や肖像を併せて『氏名・肖像』という。）ということができ、氏名・肖像の無断の使用は当該個人の人格的価値を侵害することになる。したがって、芸能人やスポーツ選手等の著名人も、人格権に基づき、正当な理由なく、その氏名・肖像を第三者に使用されない権利を有するということができるが、著名人については、その氏名・肖像を、商品の広告に使用し、商品に付し、更に肖像自体を商品化するなどした場合には、著名人が社会的に著名な存在であつ

て、また、あこがれの対象となっていることなどによる顧客吸引力を有することから、当該商品の売上げに結び付くなど、経済的利益・価値を生み出すことになるどころ、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。）であるということができる。」

「もっとも、著名人は、自らが社会的に著名な存在となった結果として、必然的に一般人に比してより社会の正当な関心事の対象となりやすいものであって、正当な報道、評論、社会事象の紹介等のためにその氏名・肖像が利用される必要もあり、言論、出版、報道等の表現の自由の保障という憲法上の要請からして、また、そうといわないまでも、自らの氏名・肖像を第三者が喧伝などすることでその著名の程度が増幅してその社会的な存在が確立されていくという社会的に著名な存在に至る過程からして、著名人がその氏名・肖像を排他的に支配する権利も制限され、あるいは、第三者による利用を許容しなければならない場合があることはやむを得ないといえることができ、結局のところ、著名人の氏名・肖像の使用が違法性を有するか否かは、著名人が自らの氏名・肖像を排他的に支配する権利と、表現の自由の保障ないしその社会的に著名な存在に至る過程で許容することが予定されていた負担との利益較量の問題として相関関係的にとらえる必要があるものであって、その氏名・肖像を使用する目的、方法、態様、肖像写真についてはその入手方法、著名人の属性、その著名性の程度、当該著名人の自らの氏名・肖像に対する使用・管理の態様等を総合的に観察して判断されるべきものといえることができる。そして、一般に、著名人の肖像写真をグラビア写真やカレンダーに無断で使用する場合には、肖像自体を商品化するものであり、その使用は違法性を帯びるものといわなければならない。一方、著名人の肖像写真が当該著名人の承諾の下に頒布されたものであった場合には、その頒布を受けた肖像写真を利用するに際して、著名人の承諾を改めて得なかったとしても、その意味では無断の使用に当たるといえるときであっても、なおパブリシティ権の侵害の有無といった見地からは、その侵害が否定される場合もあるというべきである。」と

(2) パブリシティ権侵害の有無について

「本件記事は、昭和51年から昭和56年にかけて活動して広く世間に知ら

れ、子供から大人に至るまで幅広く支持を受け、その振り付けをまねることが社会的現象にさえなり、また、昭和59年以後数回にわたり期間限定で再結成されてコンサート活動を行ったピンク・レディーの写真14枚（本件写真）を掲載するなどの『『ピンク・レディー』ダイエット』との見出しの本件雑誌の…全3頁の記事であって、その構成は、〈ア〉見出し部分、〈イ〉5つの楽曲についての各説明、〈ウ〉ナイスバディ記事、〈エ〉Aの語る思い出、〈オ〉本誌秘蔵写真で綴るピンク・レディーの思い出、〈カ〉Cの語る思い出から成るものであって、上記〈ア〉ないし〈ウ〉においては、それぞれ歌唱中（本件写真1ないし5、7）又はビーチでビキニ姿で立っている（本件写真4）控訴人らの写真が1枚ずつ計7枚掲載され、上記〈オ〉においては、歌唱中（本件写真9、11、14）、歌唱のための衣装姿（本件写真8）、リハーサル中（本件写真10、13）、インタビューを受けている（本件写真12）控訴人らの写真計7枚が掲載されているところ、①本件記事は、本件雑誌の読者層が子供時代にピンク・レディーに熱狂した女性ファン層と重なることから、…、ピンク・レディーの曲に合わせてその振り付けを踊ることによってダイエットをすることを紹介することとし、その関連で、17頁左端上半分に振り付けしながら踊って楽しくやせられてピンク・レディーのような体型も夢ではないとの記載、17頁左端下半分にAが語る小学生時代にピンク・レディーの振り付けをまねて踊っていたとの思い出やピンク・レディーの楽曲に合わせて踊ることによって楽しくダイエットができることなどを語る記載、18頁下部に『本誌秘蔵写真で綴るピンク・レディーの思い出』として、歌唱中やインタビューを受けるなどして活躍中のピンク・レディーの写真の掲載、18頁下端にCが小学生時代にピンク・レディーの振り付けをまねて踊っていたとの思い出などを語る記載をするものであること、②別紙『本件写真の大きさ等』のとおり、本件写真は、その面積において、大きなもので約80cm²（本件写真7）から小さなもので約10.1cm²（本件写真13）まで、平均約36.4cm²の14枚の白黒写真であって、それぞれの写真において、縦26cm、横21cm、面積546cm²のA B変形版サイズである本件雑誌の各頁との比較でさほど大きなものといえることができず、また、このことからして、本件写真は、通常の読者がグラビア写真として鑑賞の対象とするものとしては十分なものとは認め難く、本件写真が週刊誌等におけるグラビア写真の利用と同視できる程度のものといえることも

できないこと、③本件記事のうち16頁上下、17頁上下及び18頁上部の各楽曲を歌唱中の控訴人らの写真の周囲には、『Bのひとつアドバイス』と題する踊り方の簡単な説明の文章、本件写真の大きさに比肩する大きさでの踊りの姿勢を取るAの写真、各楽曲についての4コマのイラストと説明による振り付けの図解説明が掲載されるなどしており、本件記事を全体として見た構成において、必ずしも控訴人らの写真が本件記事の中心となっているとみることができるものではないこと、以上の事実等が認められ、本件記事は、昭和50年代に広く知られ、その振り付けをまねることが社会的現象になったピンク・レディーに子供時代に熱狂するなどした読者層に、その記憶にあるピンク・レディーの楽曲の振り付けで踊ることによってダイエットを紹介して勧める記事ということができ、また、本件雑誌の表紙における本件記事の紹介も、その表紙右中央部に、赤紫地に白抜きの『B解説！ストレス発散“ヤセる”5曲』の見出しと大きさが縦9.6cm、横1.7cmのピンク色の下地に黄色で『『ピンク・レディー』ダイエット』との見出しを記載するものであって、これは、Aが解説するピンク・レディーにかかわるダイエット記事が掲載されていることを告知しようとするものということができ、さらに、本件雑誌の電車等の中吊り広告(乙4)及び歌唱中の控訴人らの写真1枚が付けられた新聞広告(甲6、7)も同様の趣旨のものであるということができ、以上によると、本件写真の使用は、ピンク・レディーの楽曲に合わせて踊ってダイエットをするという本件記事に関心を持ってもらい、あるいは、その振り付けの記憶喚起のために利用しているものということができる。」

「また、本件写真は、控訴人らの芸能事務所等の許可の下で、被控訴人側のカメラマンが撮影した写真であって、被控訴人において保管するなどしていたものを再利用したものではないかとうかがわれるが、その再利用に際して、控訴人らの承諾を得ていないとしても、前記したとおり、社会的に著名な存在であった控訴人らの振り付けを本件記事の読者に記憶喚起させる手段として利用されているにすぎない。」

「以上を総合して考慮すると、本件記事における本件写真の使用は、控訴人らが社会的に顕著な存在に至る過程で許容することが予定されていた負担を超えて、控訴人らが自らの氏名・肖像を排他的に支配する権利が害されているものということとはできない。」

「なお、上記のとおり、ピンク・レディーが昭和50年代に子供から大人に至るまで幅広く支持を受け、その振り付けをまねることが社会的現象にさえなったことに照らし、本件雑誌の購入者中には、当時や現在においてピンク・レディーのファンであるなどで、本件記事にピンク・レディーの氏名・肖像が登場したことによって購買意欲を高められ、本件雑誌を購入した者が仮にいたとしても、上記のとおり本件記事の主題は、ピンク・レディーの楽曲の振り付けで踊ることによってダイエットを紹介して勧める記事ということができ、本件記事における本件写真の使用をもって違法性があるということとはできない。」

「また、控訴人らの肖像写真が雑誌に使用されて控訴人らにその使用の対価が支払われたとしても、少なくとも、本件記事における本件写真の使用につき違法とすることができないとの本件の結論に影響するものではない。」として、パブリシティ権侵害を否定し、原告らの請求を棄却した原判決は正当であるとして控訴を棄却した。

四 評釈

第1 はじめに

本件は、ピンク・レディーとして活躍していた原告らの氏名・肖像を、被告出版社が無断で週刊誌に掲載した行為につき、原告のパブリシティ権を侵害するとして損害賠償を請求した事件であるところ、一審、控訴審ともにパブリシティ権侵害を否定し請求を棄却したものである。

雑誌媒体において、無断で著名人等の氏名・肖像を利用した場合のパブリシティ権の有無の判断基準を示し、判断基準への当てはめにおいて、どのような事実を考慮要素とし、どのような評価を受けるのかを示したものである。そこで、出版物におけるパブリシティ権侵害の成否について検討し、続けて本件一審判決、控訴審判決を検討する。

第2 表現の自由とパブリシティ権

一般論として、著名人等はその肖像等を大衆に公開していることから、

肖像等に対する人格的利益が制限されることがある¹。さらに、著名人等は論評・批判の対象になり、社会の正当な関心事として、表現物にその肖像等を利用されることが多くなる。そして、表現物に対してパブリシティ権の侵害を認めるということは、その反面において、表現の自由を制約することを意味する。

表現物における肖像等の利用につきパブリシティ権侵害が争点となった従来の裁判例においても、表現の自由への配慮がなされている²。本件一審判決も「芸能人等の仕事を選択した者は、芸能人等としての活動やそれに関連する事項が大衆の正当な関心事となり、雑誌、新聞、テレビ等のマスメディアによって批判、論評、紹介等の対象となることや、そのような紹介記事等の一部として自らの写真が掲載されること自体は容認せざるを得ない立場にある。そして、そのような紹介記事等に、必然的に当該芸能人等の顧客吸引力が反映することがあるが、それらの影響を紹介記事等から遮断することは困難であることがある。」とする。

また、同様に本件控訴審判決も「著名人は、自らが社会的に著名な存在となった結果として、必然的に一般人に比してより社会の正当な関心事の対象となりやすいものであって、正当な報道、評論、社会事象の紹介等のためにその氏名・肖像が利用される必要もあり、言論、出版、報道等の表

¹ 裁判例でも、例えば、東京地判昭和51年6月29日判時817号23頁[マーク・レスター]は「俳優業を選択した者は、もともと自己の氏名や肖像が大衆の前に公開されることを包括的に許諾したものであって、右のような人格的利益は大幅に制限されると解し得る余地がある」として、「それだけでなく、人気を重視するこれらの職業にあっては、自己の氏名や肖像が広く一般大衆に公開されることを希望若しくは意欲しているのが通常であって、それが公開されたからと言って、一般市井人のように精神的苦痛を感じない場合が多いとも考えられる」とする。他に、東京地判平成2年12月12日判時1400号10頁[おニャン子クラブ第一審]・東京高判平成3年9月26日判時3頁[同控訴審]等。

² 例えば、東京高判平成2年24日平成10(ネ)673号判例集未登載[キング・クリムゾン控訴審]は「著名人は、自らが大衆の関心の対象となる結果として、必然的にその人格、日常生活、日々の行動等を含めた全人格的事項がマスメディアや大衆等による紹介、批評、論評等の対象となることを免れない」とする。他に、東京地判平成12年2月29日判時1715号76頁[中田英寿第一審]等。

現の自由の保障という憲法上の要請からして、…著名人がその氏名・肖像を排他的に支配する権利も制限され、あるいは、第三者による利用を許容しなければならない場合があることはやむを得ないといえることができる」とする。

そこで、出版物において、表現の自由とパブリシティ権の調整を如何に図るべきであるかが問題となる。

第3 裁判例

1 「専ら」基準による裁判例

出版物におけるパブリシティ権侵害の有無が問題となった従来の裁判例では「他人の氏名、肖像等を使用する(使用行為の)目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察し、上記使用が当該芸能人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によって判断」するものが、その多数である(東京高判平成11年2月24日平成10(ネ)673号判例集未登載[キング・クリムゾン控訴審]³、東京地判平成12年2月

³ なお、同事件の一審である東京地判平成10年1月21日判時1644号141頁[キング・クリムゾン第一審]は、「出版物が、パブリシティ権を侵害するか否かの判断は、出版物の内容において当該著名人のパブリシティ価値を重要な構成部分としているか否か」という判断基準の下、『キング・クリムゾン』なる書籍は、装丁等で「キング・クリムゾン」の文字、ジャケット写真、伝記部分の5枚の肖像写真等、作品紹介部分で利用されているジャケット写真等が購入者の視覚に訴え、販売の目的を達成しようとする意図があるとして、本件書籍は全体として、「キング・クリムゾン」のパブリシティの価値たる顧客吸引力を重要な構成部分として成り立っているとして、パブリシティ権侵害を認めている。同判決は、控訴審により取り消されている。

⁴ 上野達弘「パブリシティ権をめぐる課題と展望」高林龍編『知的財産法政策の再構築』(2008年・日本評論社)200頁は、前掲[キング・クリムゾン控訴審]と、[中田英寿第一審]・[ブブカスペシャル7第一審]とは、「専ら」という文言がないという点以外はほぼ同様の基準を示すものとみられる」とする。しかし、[キング・クリムゾン控訴審]は被控訴人(一審原告)の主張に応えるかたちで「専ら他人の氏名、肖像等のパブリシティ価値に着目しその目的とする行為であるか否かにより判断すべきものであって」と判示している。そうすると、「専ら」という要

29日判時1715号76頁[中田英寿第一審]、東京地判平成16年7月14日判時1879号71頁[ブブカスペシャル7第一審]⁵⁾。

これらの裁判例は、かかる判断基準の下で以下のように判断をしている。まず、前掲[キング・クリムゾン控訴審]についてみる。事案は、世界的に人気のあるロック・グループ「キング・クリムゾン」を取り上げた『キング・クリムゾン』という書籍⁶⁾において、同グループのリーダーである原告及び同グループの肖像写真、ジャケット写真187枚（うち肖像写真が用いられているのは5枚、残りはイラスト）を無断で書籍に掲載したものである。裁判所は、一流音楽家の魅力と軌跡を解明することが編集目的であり、利用されている肖像写真の数も多くな⁷⁾、紙面に占める割合も全体の4分の1未満に抑えられていること、作品概要や解説文が果たす役割も無視することができないこと等を理由に、パブリシティの価値を利用する目的があるということとはできないとして、パブリシティ権侵害を否定している。

次に、著名サッカー選手である原告中田英寿の半生をつづった『中田英寿 日本をフランスに導いた男』という書籍に、原告の氏名・肖像を無断で掲載した事案に関して、前掲[中田英寿第一審]⁸⁾は、文章と関連して利

件を含む判断基準を採用しているものであるといえると考えべきであろう。

⁵⁾ もっとも、パブリシティ権侵害を認めた箇所については、後述のように「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としての利用に比肩すべき程度に達している」とする。一審判決において、かかる基準は「本件事実関係の下では、そのまま適用できない」とされる。

⁶⁾ 裁判所の認定した事実によれば、書籍は、上質の紙を使用した新書判サイズで、全体の15%が、カラー印刷の頁であり、182頁の本文で構成され、90%近くをレコード等のジャケット写真と収録楽曲の題名を掲げ、これに2行から30数行程度の解説文が付されているものとされる。

⁷⁾ ジャケット写真187枚のうち、原告の肖像写真が使用されているのはわずか3枚、「キング・クリムゾン」の構成員の肖像写真を加えても合計5枚にすぎないとされる。

⁸⁾ 他に、プライバシー権等も争点となっている。なお、東京高判平成12年12月25日判時1743号130頁[同控訴審]では、パブリシティ権侵害の成否は審理対象となっていない。

用されている写真については、書籍の中心部分は文書⁹⁾であり、原告写真は、本文記述を補う目的で用いられており、また、独立して利用されている写真について、著名人の紹介、批評等をする目的での書籍の出版は、表現の自由に属し、書籍がその人物であることを識別させるために、氏名・肖像等を用いることは当然あり得ることで、本人は受忍しなければならない。独立して利用されている氏名・肖像写真については、その態様（プロマイドやカレンダーのように、そのほとんどが氏名・肖像等で占められていない）、書籍の人物の識別のための表現の自由に属するものとして、原則自由であるとし、顧客吸引力に着目して専らこれを利用しようとするものであるとは認められないとして、パブリシティ権侵害を否定している。

しかしながら、「専ら」顧客吸引力を利用する目的か否かとする判断基準は、「専ら」か否かという判断が程度概念であることから判断基準として不明確であると思われる¹⁰⁾。裁判例でも「専ら」基準を採用しながら、パブリシティ権侵害を認めた部分については「写真の利用態様は、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としての利用に比肩すべき程度に達しているものと言わざるを得ない」という判断基準によるものがある（前掲[ブブカスペシャル7第一審]¹¹⁾）。事案は、原告である女優・アイドルら¹²⁾の通学写真や小学生時代の写真等¹³⁾を、被告会社が

⁹⁾ 裁判所の事実認定によれば、書籍はB6判サイズで、光沢紙を使用したグラビア部分4頁と普通紙を使用した237頁の本文部分からなっているとされるところ、写真、サイン等が掲載された部分を除く残り約200頁は、関係者に対するインタビューその他の取材活動に基づいて、原告の生い立ち等について記述された文章で構成されているとされる。

¹⁰⁾ 上野/前掲注(4)200頁参照。また、龍村全[判批]『著作権判例百選』(第3版・2001年・有斐閣)199頁によれば、「専ら」これを利用することを目的とするか否かの判断は表現内容に踏み込んだ判断を要求するものであるが、その基準は程度概念であり、実際にはその判断は微妙であるとされる。

¹¹⁾ 後述のように、プライバシー権侵害の成否も争点となっている。

¹²⁾ 原告らを順不同に挙げると、佐藤江梨子、藤原紀香、川村亜紀、後藤理沙、平山綾、新山千春、堀越のり、後藤真希、安倍なつみ、市井紗耶香、中澤裕子、飯田圭織、矢口真里、保田圭、深田恭子、優香である。

発行する「ブブカ」なる雑誌¹⁴に無断で掲載したものである。裁判所は、一部の記事にパブリシティ権侵害を認め、残りの部分はパブリシティ権を否定した。パブリシティ権侵害を認めた部分については、文章部分は極めて少なく、原告の写真が見開き2頁のほぼ全面に掲載されているものであり、写真の利用態様は、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としての利用に比肩すべき程度に達しているものと言わざるを得ない、としてパブリシティ権侵害を認めている¹⁵¹⁶。一方で、パブリシティ権侵害を否定した部分については、写真は、原告らを紹介する記事の一部をなしているものであり、その枚数及び大きさも、その記事に必要な範囲を超えるものではないとして、原告ら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とは認められないとして、パブリシティ権侵害を否定している¹⁷。

¹³ いわゆる「お宝写真」「投稿写真」とされるものである(内藤篤[判批]判タ1214号20頁(2006年))。

¹⁴ 「ブブカスペシャル7」という雑誌は、A4判サイズ(縦B5、横A4)、全116頁、全4頁のオフセット印刷カラーで構成されている(裁判所の事実認定による)。

¹⁵ パブリシティ権侵害を認めた部分は4箇所ある。写真の枚数は見開き2頁で4、5枚の掲載で、文章の量は1頁の10%~15%程度とされる。具体的な写真の大きさは、①25.6cm×20.9cm・12.9cm×9cm・12.6cm×9cm・19.4cm×11.6cm、②25.6cm×18.6cm・9.5cm×5.5cm・9.6cm×11.2cm・12.7cm×9.4cm、③12.6cm×20.9cm・13cm×19.3cm・12.6cm×20.9cm・13cm×19.9cm(以上が、原告後藤の写真)、④25.6cm×20.9cm・6.9cm×4.9cm・19.4cm×11.2cm・10.9cm×9.4cm・13.6cm×9.4cm(原告深田の写真)である。いずれの写真も、通学写真や友人との写真であったりと私的な写真である。

内藤/前掲注(13)22頁は、パブリシティ権侵害が認められた部分について「大雑把な総括をすれば、『文章が少ない状態で見開き2頁にわたりタレントの写真を無断で使うとアウト』ということになる」とする。また、同25頁において、一応の基準らしきものを提示したとして、一定の評価をする。

¹⁶ ただし、事件当時は「芸能人の私生活を取り上げる記事の中でどの程度写真を利用するとパブリシティ侵害となるかが正面から争われ、パブリシティ権侵害が認定された事例はなかった」として、被告らはパブリシティ権の侵害について「違法性の認識可能性がなかったものであり、有責性を欠くものといわざるを得ない。」とし、結論としてパブリシティ権侵害に基づく損害賠償請求は棄却されている。

¹⁷ パブリシティ権侵害を否定した部分を一部抜粋すると、原告佐藤について、1頁

2 明確な基準による裁判例

従来の裁判例の多数である「専ら」顧客吸引力を利用する目的か否かという判断基準よりも、明確な基準を採用した裁判例がある。原告である女優を始めとする芸能人ら¹⁸の肖像写真等を、雑誌「@ブブカ」¹⁹に無断掲載した事案に関して、東京地判平成17年8月31日判タ1208号247頁[「@ブブカ」]は、パブリシティ権侵害が認められるには「著名人に関する肖像等その他の情報の利用という事実のほか、情報発信行為が名誉毀損、侮辱、

(目)での利用で、写真の大きさは5cm×4cm・9.9cm×11cm・直径7cm・8.9cm×14.2cm・直径7cmであり、文章の量に関する判示は何もない。他の原告について、1頁において、写真の大きさは25.6cm×18cmで1枚の掲載、文章の部分は、頁の8分の1程度のものである。他に、写真の大きさを認定せずに、パブリシティ権侵害を否定する部分もある。

パブリシティ権侵害が否定された部分で、最も多く写真が利用されているのは、原告藤原である。①8頁(目)のほとんど全面にわたって掲載されており、写真の大きさは25.6cm×19.7cm(アサヒビールのイメージガール時代の写真とされる)で、知名度の低かった時期に撮影されたものであることが示されている。②38頁(目)の下側約4分の3にわたって掲載されており、写真の大きさは25.6cm×18.6cm写真で「藤原紀香の透け乳首写真発掘!」との見出しと、その内容を紹介するコメントから構成されている、③39頁(目)の上半分に掲載されており、写真の大きさは11.7cm×15.2cm、3.8cm×5.1cmの2枚の写真で、「お顔パンパン丸の藤原紀香。何とTVドラマ『毎度おジャマします』(TBN系(ママ))にチョイ役で出てたのだ」との見出しと、同趣旨の説明部分から構成されている。裁判所は、これらの写真は「現在は大変売れっ子となった原告藤原の売出し中の活動歴を紹介する記事の一部となっているものであるから、…本件雑誌の構成や…写真の大きさを考慮しても、原告(筆者注:藤原)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とは認められない」として、パブリシティ権侵害を否定している。

¹⁸ 原告らの氏名については、判決文では仮名にされており不明である。パブリシティ権侵害訴訟で仮名を使用することについては批判がある(内藤/前掲注(13)19・20頁)。

¹⁹ 「@ブブカ」は、A4判サイズ、全132頁であり、全体の約4分の3頁がカラーページであり、残りが白黒ページである。芸能人等の肖像等が掲載されている記事は、全体の4分の1程度であり(広告を除くと3分の1)、約半分は、非芸能人の姿を掲載したものであるとされる。また、付録として、雑誌とほぼ対応する内容のDVDが付いている(裁判所の事実認定による)。

不当なプライバシー侵害など民法709条に規定する不法行為上の違法行為に該当する場合、著名人のキャラクターを商品化したり広告に用いるなど著名人のいわゆる人格権を侵害する場合ははじめとする何らかの付加的要件が必要であるというべきである。」とする。そして、同判決は、当てはめにおいて、記事における写真は過去の雑誌記事の紹介の一部を構成していること、記事の主眼が芸能人を面白おかしく記載、または発言であること、写真の大きさも小さいこと²⁰、写真の不鮮明さ²¹、写真の利用が当該原告の記事に占める割合等を理由に、原告らの顧客吸引力の利用を目的とするものではないとして、原告らに対するパブリシティ権侵害を否定している。

前掲[@ブブカ]の基準によれば、パブリシティ権侵害が認められるには、商品化、広告化という使用態様がなければならないことになる²²。かかる基準は、パブリシティ権侵害を認める範囲を狭く解しているものといえ、厳格な審査基準であるといえる²³。

3 緩やかな基準による裁判例

一方で、パブリシティ権侵害を緩やかな基準により判断する裁判例がある。前掲[ブブカスペシャル7 第一審]の控訴審である東京高判平成18年4月26日判時1954号47頁[ブブカスペシャル7 控訴審]は「著名な芸能人の名声、社会的評価、知名度等、そしてその肖像等が出版物の販売、促進のために用いられたか否か、その肖像等の利用が無断の商業的利用に該当するかどうかを検討することによりパブリシティ権侵害の不法行為の成否を判断するのが相当である。」「この場合、芸能人の職業を選択した者は、芸

能人としての活動とそれに関連する事項が、雑誌、新聞、テレビ等のマスメディアによって批判、論評、紹介等の対象となることや、そのような紹介記事等の一部として自らの写真が掲載されること自体は容認せざるを得ない立場にあるので、芸能活動に対する正当な批判や批評、紹介については、表現の自由としてこれが尊重されなければならないし、慶弔時には、その著名度に比例する重大さが認められる社会的事実としてそれが報道されることも容認されるべきことは動かないところであるが、表現の自由の名のもとに、当該芸能人に無断で商業的な利用目的でその芸能人の写真(肖像等)や記述を掲載した出版物を販売することは、正当な表現活動の範囲を逸脱するものであって、もはや許されないとはいわなければならないし、芸能人としての活動のほかこれに『関連する事項』を紹介の対象とする記述を内容とする出版物の販売を容認するとした場合、例えば、若手の芸能人については、芸能活動の内容面(演技、歌唱力など芸能の本来的部分)よりも美貌、姿態、体型といった外面に記述の中心が向けられ、芸能活動に対する正当な批判、批評の紹介の域にとどまらなくなったり、当該芸能人のプライバシーに関わることも芸能活動に関連するとしてそのすべてに批評や紹介が及ぶことになったりしかねないのであるし、また、その写真等の利用のされ方によっては、例えば読者の性的関心に訴えるような紹介方法などその芸能人のキャラクターイメージを毀損し、汚すような逸脱も生じかねず、これらの事態が表現の自由としてであれ許されるべくもないことは明らかというべきである。」とする。

その上で、一審でパブリシティ権侵害を肯定された部分についてのみならず、侵害が否定された箇所についても、例えば、原告佐藤の記事²⁴について、表紙をめくった最初の頁に掲載されており、A(原告氏名)という文字も注目を集める大きさであること、原告を紹介する記事の部分は、私的な生活の記事であって、原告の芸能活動についての正当な紹介や批判に該当するとは認められないことを合わせて判断し、パブリシティ権侵害を認めている。また、原告藤原の写真²⁵について、過去の芸能活動を紹介する形式を取りながら、読者の性的な関心を呼び起こさせる不当な記載とな

²⁰ 写真の大きさは、最大のもので13.5cm×7.5cmである。

²¹ そもそも原告であるかどうか判明しないほどに不鮮明であるとする。また、本人の写真でないかと判示する部分もある。

²² もっとも、判決の当てはめ部分では、多様な事情を総合考慮して顧客吸引力を利用しているか否かを判断している。

²³ 上野/前掲注(4)201頁は、当判決の判断基準について「従来よりも厳格な基準で侵害を判断するようにみえる」裁判例とする。花本広志[判批]私法判例リマークス35号65頁(2007年)も厳格な基準であると評価する。

²⁴ 記事の態様については、注(17)参照。

²⁵ 記事の態様については、注(17)参照。

っている²⁶などの理由で、顧客吸引力に着目して雑誌販売による利益を得る目的であるとし、パブリシティ権侵害を認めた。

しかし、前掲[ブカスペシャル7控訴審]の判断基準では、芸能活動に対する正当な批判、論評でなければ、正当な表現の自由の範囲を逸脱するものとして、パブリシティ権侵害を認められかねず、表現の自由への配慮を著しく欠くものであると思われる²⁷。また、出版物を販売する際、ほと

²⁶ 注(17)参照。前掲[ブカスペシャル7第一審]では、かかる部分については、「現在は大変な売れっ子となった原告藤原の売出し中の活動歴を紹介する記事の一部となっているものであるから」として、パブリシティ権侵害を否定する。

[ブカスペシャル7控訴審]が挙げる「性的関心の惹起」について、内藤/前掲注(13)24頁は次のように指摘する。すなわち、控訴審は、読者の性的な関心を引き起こさせる不当な内容となっていない記事についてもパブリシティ権侵害とする以上、原告藤原の記事について重要な要素としていた「性的関心の惹起」なるものは、そもそもパブリシティ権侵害にとって本質的な事実ではないことを告白しているに等しいというべきであろう、とする。また、内藤24・25頁は、[ブカスペシャル7控訴審]が、実質的に「著名芸能人の顧客吸引力を利用する目的で雑誌や書籍の中に興味本位の記事や写真を掲載した」だけでパブリシティ権侵害を結論付けているとして、これは表現の自由にとって由々しき問題であるとし、また、司法がある作品を前にして「興味本位か否か」を問うてはならないとする(反対、小野田丈士[判批]コピライト576号30頁(2009年)は、興味本位に当たるような表現は、社会の正当な関心事に当たらず許されるものではないとする)。

²⁷ ここで、「ブカ」という雑誌(「お宝写真」や「投稿写真」を中心に構成)を表現の自由の範囲外と考える向きもあろうが、情報の有益性の選別は困難であるし、正当な表現行為を委縮させる恐れも生じかねない。そうすると、表現内容によりパブリシティ権侵害の判断を異にするべきではないと考える(内藤/前掲注(13)30頁注36)、大家重夫[判批]コピライト548号46頁(2006年)参照)。また、豊田彰[判批]日本法学74巻3号322頁(2008年)は、同判決([ブカスペシャル7控訴審])の問題点を「正当な表現活動に当たらない」部分を、すべて実質的に憲法上保障されない表現物としたことであろう」とする。

もちろん、パブリシティ権侵害とならなくとも、後記検討(第4)のように別の法理による救済は可能である。お宝写真や投稿写真の寄せ集めであるからといって、プライバシー権や肖像権等の制約の他に、パブリシティ権による制約を加えるべきではないように思われる(大家重夫[判批]判時2042号170頁(2009年))。ただし、大家氏は、雑誌「ブカスペシャル7」は「商品」であるとして、パブリシティ権

んどの場合に商業目的があると思われるところ、「商業的な利用」があれば、パブリシティ権侵害が認められることになると、出版物の販売の多くがパブリシティ権侵害となりかねず、表現の自由に与える委縮効果は大きくなると思われる²⁸。したがって、[ブカスペシャル7控訴審]の判断基準は採用すべきでないと考えらるべきであろう²⁹。

の適用があるとする(同171頁))。

²⁸ 牛木理一=早稲田祐美子「日本におけるパブリシティの権利に関する主な裁判例」肖像権委員会編『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18号・2009年・著作権情報センター)159頁(早稲田執筆部分)は、ブカスペシャル事件は、アイドル・タレントのいわゆるお宝写真・投稿写真集であり、著名人の有するパブリシティ権と表現の自由との関係の判断基準を定立する事案として適切なものとは言い難いとし、芸能人の氏名・肖像を商業的な利用目的で出版すればどんな場合でもすべてパブリシティ権の侵害ということにはならないと思われるとする。

²⁹ 前掲[ブカスペシャル7控訴審]の採用する判断基準を支持するものとして、花本/前掲注(23)63頁。花本氏は、パブリシティ権が問題となるのは、商業的利用、すなわち、個人識別情報の広告または商品への利用、またはそれと同視し得る態様での利用であるとする。その上で、「ブカスペシャル7」なる雑誌は、原告らの芸名・肖像等の個人識別情報を「商品化」したものと評価し得るとする(「私家版アイドル写真集」のように思われる、ともする)。しかし、「ブカスペシャル7」なる雑誌は、複数の芸能人の写真を掲載しているものであり、個々の芸能人の肖像写真等の利用は多くても2頁程度である。これを「写真集」(商品化)であるとする、わずかに利用された場合にすぎない場合でも、パブリシティ権侵害ということになりかねない。やはり、パブリシティ権が自己の氏名・肖像をコントロールする権利であることからすれば、特定の芸能人等の肖像等の利用が「商品」となっているか否かによるべきであろう。おそらく「ブカスペシャル7」を「商品」と評価する背後には、雑誌「ブカスペシャル7」に掲載された写真の性質を考量しているものと思われる(「商品」と評価する理由として、掲載写真と関連付けて読者の性的関心を引き起こさせるような記述、芸能活動と無関係な写真や記述が含まれていることを挙げる。しかし、雑誌に付されている表現や雑誌の特性を、パブリシティ権侵害の成否の判断に取り入れるべきではない。注(27)、(28)参照)。パブリシティ権侵害の成否からは「ブカスペシャル7」を「商品」と評価することは適切でないように思われる。また、[ブカスペシャル7控訴審]の判決文を読む限り、「商業的利用」とは、必ずしも、商品化に至らない場合であっても、これを認定す

4 裁判例の判断基準のまとめ³⁰

従来の裁判例の判断基準について検討すると、裁判例の趨勢は、「専ら」顧客吸引力を利用する目的か否かの基準である。一方で、前掲[*@ブカ*]の採用する商品化ないし広告化等という使用態様がある場合にパブリシティ権侵害を認める基準は、表現の自由に配慮したものであり、パブリシティ権侵害の範囲を狭く解するものであるといえる。さらにその一方で、前掲[*ブカスペシャル7* 控訴審]の採用する表現内容が芸能活動に対す

る趣旨のものと思われる。

³⁰ なお、本件控訴審において、前掲[*ブカスペシャル7* 控訴審]の採用する「商業的利用」の有無による判断基準、「専ら」基準は、以下のように、その採用を否定されている。

まず、パブリシティ権侵害の有無は、肖像等の利用が無断で「商業的利用」に該当するか否かにより判断すべきとの控訴人（一審原告）の主張に対して次のように説示する。「出版事業も営利事業の一環として行われるのが一般的であるところ、正当な報道、評論、社会的事象の紹介のために必然的に著名人の氏名・肖像を利用せざるを得ない場合においても、著名人が社会的に著名な存在であって、また、あこがれの対象となっていることなどによって、著名人の氏名・肖像の利用によって出版物の販売促進の効果が発生することが予想されるようなときには、その氏名・肖像が出版物の販売促進のために用いられたということができ、また、営利事業の一環として行われる出版での著名人の氏名・肖像の利用は商業的理由といえることができる。そして、控訴人ら主張に係る上記基準における『出版物の販売促進のために用い』ることや『商業的利用』につき、このような場合をも含むものであるとすると、そのような基準に依拠するのでは、出版における正当な報道、評論、社会的事象の紹介のための著名人の氏名・肖像の利用も許されない結果となるおそれも生じることからしても、控訴人らの主張は一面的に過ぎ、採用し得ないというべきである。」とする。

また、パブリシティ権侵害の有無は「専ら」基準により判断すべきであるとの、被控訴人（一審被告）の主張に対して次のように説示する。「このうち、その使用行為が『専ら』当該芸能人等の顧客吸引力の利用を目的とするか否かによるべきとする点は、出版等につき、顧客吸引力の利用以外の目的がわずかでもあれば、そのほとんどの目的が著名人の氏名・肖像による顧客吸引力を利用しようとするものであったとしても、『専ら』に当たらないとしてパブリシティ権侵害とされることがないという意味のものであるとすると、被控訴人の主張もまた、一面的に過ぎ、採用し得ないというべきである。」とする。

る正当な批判、批評の紹介の域にとどまらなくなった場合や「商業的利用」がある場合にパブリシティ権侵害を認める基準は、パブリシティ権侵害の範囲を広く解するものであるといえる³¹。「専ら」基準は、これらの基準の中間に位置する基準であるといえる。

そして、「専ら」基準の中で、[*ブカスペシャル7* 第一審]の採用する「通常モデル料が支払われるべき週刊誌等におけるグラビア写真としての利用と同視できる程度のものか否かの基準」は、[*ブカスペシャル7* 控訴審]の基準と「専ら」基準の中間に位置する基準であると思われる。

³¹ 前述のように、前掲[*ブカスペシャル7* 控訴審]では、前掲[*ブカスペシャル7* 第一審]でパブリシティ権侵害が否定された記事の全てについて、パブリシティ権侵害を認めている。

前掲[*@ブカ*]と比較してみても、例えば、[*@ブカ*]では、原告乙山（仮名）について、写真の大きさ縦約9.5cm弱×横約13cm、縦約6cm×横約7.5cm、縦3.5cm×横約5cm、写真の付された記事に対応する形で、付録DVDに乙山の姿を2分55秒にわたって収録した動画があるところ（判決文を読む限りにおいて、一番大きなサイズの肖像写真であり、長い時間での動画の利用である）、かかる写真ないし動画は、情報の自由市場において許容される著名人の芸能活動のレポートに添付されたものとして、パブリシティ権侵害を否定している（なお、写真に付されている文章は「乙山B子『私、脱ぎまくり!?』美巨乳宣言」等の内容のものである）。この記事における写真の利用態様、そこに付された文章内容は、前掲[*ブカスペシャル7* 控訴審]の基準の下では、パブリシティ権侵害が認められることになると思われる。なぜなら、[*ブカスペシャル7* 控訴審]では、大きさ7.2cm×5.8cmの写真、そこに付されている文章が「牛乳石鹸で洗っているのだろう（妄想）肌艶がたまらない!」「腋汚染が進行中の青カビ軍団」等の記事について、写真の大きさは、原告の顧客吸引力の大きさに対する着目度ないしその利用に係る被告らの関心の大きさを相応に反映していること、記事の記述が、読者の性的関心を引き起こす不当なものや、悪意のある記述をもってキャラクターイメージを汚そうとしているものがあるとして、パブリシティ権侵害を認めている。

写真の大きさ、枚数は、[*@ブカ*]の事案の方が大きく、多いこと、写真に付されている文章は大差ないことからすれば、結論を異にしているのは、判断基準の相違によるものであるといえる。

第4 別の法理による救済の可能性

出版物での著名人の氏名・肖像の利用についてパブリシティ権侵害が否定される場合であっても、別論として、人格権侵害が成立する場合がある。写真に付された文章や、写真そのものが、著名人の名誉を毀損するものであれば、名誉毀損による不法行為が成立する(東京地判平成13年9月5日判時1773号104頁[女子アナウンサー・ランジェリーパブ]は、原告がランジェリーパブにおいて、あたかも積極的に客が望むような性的なサービスを提供していた事実を伝達することや、そもそもランジェリーパブに勤務していたという虚偽の内容を雑誌に掲載することは、原告の社会的評価を低下させるものとして名誉毀損を理由とした不法行為に基づく損害賠償請求を認容している。なお、前掲[@ブカ]も名誉毀損による損害賠償請求を認容している³²⁾。

また、無断で写真等を掲載すれば肖像権、またそれが私的事項に及べばプライバシー権侵害となる。著名なファッション・デザイナーである原告の顔写真がテレビショッピングにおいて無断で使用された事案である東京地判平成16年10月21日平成13(ワ)22886号・平成15(ワ)20066号[BODY・MAX]は、顔写真の利用による経済的価値の侵害がなくパブリシティ権侵害の事実は認められないものの、無断で顔写真を使用したことは肖像権を侵害するものとして損害賠償請求を認容している。

著名なサッカー選手と著名な女優との深夜のクラブでのキス写真の掲載につきプライバシー権、肖像権侵害を認めたものとして東京地判平成16年11月10日平成15(ワ)23221号判例集未登載[深夜のディーブキス]³³⁾。前掲[中田英寿第一審]はサッカー選手となる以前のサッカーと関連しない写真について、前掲[ブカスペシャル7第一審]・[同控訴審]は、小学生時

³²⁾ 同事件の名誉毀損にかかる具体的な事実関係については不明である。

³³⁾ なお、同判決の控訴審である東京高判平成17年5月18日判時1970号50頁[深夜のディーブキス控訴審]は、プライバシー権侵害、肖像権侵害の問題は生ずるものであるとしながら、私生活上の事実を公表されない法的利益が、これを公表する理由に優越するものとまでは認め難いものといわざるを得ない、として不法行為の成立を否定し、同一審判決を取り消している。

代の写真、公道における私服姿写真³⁴⁾について、それぞれプライバシー権侵害を認めている。

さらに、著名人であっても、自宅付近の写真や情報については公開を望むものとはいえないことからプライバシー権の侵害となると考えられる。宝塚歌劇団に所属する原告らの住所等を無断掲載した書籍を出版した事案に関してプライバシー権を侵害するものとして神戸地尼崎支決平成9年2月12日判時1604号127頁[宝塚おっかけマップ](他に、東京地判平成9年6月23日判時1618号97頁[ジャニーズ・ゴールド・マップ]、東京地判平成10年11月30日判時1686号68頁[ジャニーズおっかけマップ・スペシャル])。前掲[ブカスペシャル7第一審]・[同控訴審]においても、自宅周辺や最寄り駅を掲載した「ストーカーズハイ」なる記事について、プライバシー権侵害を認めている。大衆に公開していない私的な事項(趣味・嗜好等)を公開することについて東京地判平成18年3月31日判タ1209号60頁[人気芸人FLASH写真掲載]³⁵⁾。

³⁴⁾ この点について、公道等の公共の場所ではプライバシー権への期待が減少していることから、原則としてプライバシー権侵害とはならない(前掲[宝塚おっかけマップ]は、宝塚歌劇団に所属する女優のファンと同道する写真、街頭に立っている写真について、肖像権侵害を否定する(なお、掲載書籍の出版差止めの事案))。前掲[ブカスペシャル7第一審]は、公共の場所であっても、承諾なく特定の個人に焦点を当てた写真を撮影、公表までは許容されるものではないとして、プライバシー権侵害を認めている(その中で、[宝塚おっかけマップ]は事前差止めを認めるほどに違法性があるか否かの観点からの判断であるとして、被保全権利がないと明言した裁判例ではない、とする)。なお、公道における一般人に焦点を当てた写真を、無断でウェブサイトへ掲載した行為につき、表現方法の相当性を欠くとして、肖像権侵害を認めるものとして東京地判平成17年9月27日判時1917号101頁[先端ファッションウェブ掲載]。

³⁵⁾ 事案は、雑誌「FLASH」の表紙及び記事において、原告である人気芸人が、アダルトビデオを物色しているとの内容を記載し、ビデオカメラ(防犯カメラ)に映った人物の写真を原告であると掲載し、その写真の説明として、アダルトビデオを買っていることや、SMモノを物色していること、女子高生の制服モノ1本を買ったこと等の内容を掲載したものである。裁判所は、原告が、テレビ番組等において、アダルトビデオをよく鑑賞し、自ら購入することもあるなどと公言していたことが

前掲[ブカスペシャル7 第一審]で、パブリシティ権侵害が否定された過去の芸能活動の写真であっても、本人が再度の公開を望まない場合には過去に許諾を得て撮影されたものであったとしても、その許諾の範囲を超えている場合には無許諾で雑誌等に掲載をすれば肖像権を侵害するであろう(裁判例として、前掲[女子アナウンサー・ランジェリーパプ]、東京地判平成18年5月23日判時1961号72頁[元AV女優])。

使用されている写真が本人でなくとも、写真に付された説明と併せ読むと読者が原告であると考えような場合に、肖像権侵害に近接した人格的利益を侵害するものとして前掲[人気芸人FLASH写真掲載]³⁶。この点について、前掲[@ブカ]において写真が本人そのものでないことを理由にパブリシティ権侵害を否定している部分³⁷に、人格的利益の侵害を理由に不法行為が成立する可能性がある。

このように従来の裁判例からみて、パブリシティ権侵害が成立しなくとも、別の法理、特に人格権侵害による救済が可能である。

ら、かかる部分については、未だ一般の人に知られていない事柄とまでは言い難いとするものの、具体的にいかなる種類のアダルトビデオに興味を示して購入しているかなどといった具体的事実については、個人の性的趣向までも窺わせる事項ともなり得ることからすれば、自己の最も私的な事項に属するものとして相当程度秘匿性の高い情報と解されるとして、本件事実関係の下では、具体的なアダルトビデオの種類等については公知性があるとは言い難いとして、プライバシー権侵害を認められている。

³⁶ 注(33)の事案において、本件写真自体からは原告であることは特定できるとは言い難いけれども、写真に付されている説明と併せて読めば、読者は、写真の人物が原告であると考えべきとして、肖像権に近接した人格的利益を侵害するとする。

なお、「肖像権に近接した人格的利益」という概念は成熟したものではないから、類似事案についての判断の積重ねが期待される、とされる(判タ1209号62頁・解説部分)。

³⁷ もっとも、前掲[人気芸人FLASH写真掲載]は、雑誌に掲載された写真は、防犯カメラで撮影された映像であり、かかる映像が週刊誌等に公開されることを予定するものでないことも、不法行為法上の違法となる理由としていることから、他の事案において、掲載された写真が、いかなる方法において撮影されたかについては、別途検討を要するものと思われる。

第5 本判決について

雑誌媒体に関する裁判例(前掲[ブカスペシャル7 第一審]・[同控訴審]・[@ブカ])は、パブリシティ権以外での法理の救済が可能であった事案であるが、本件は、掲載された原告らの写真は、承諾の下で撮影されたもので、写真の内容も芸能活動時のものであったことから、パブリシティ権侵害以外に、人格権・人格的利益が特段に問題とならない事案であったという点で、雑誌媒体に関する従来の裁判例と事実関係を異にするものであったといえる³⁸。以下では、一審・控訴審について具体的に検討する。

1 一審判決について

一審判決は、従来の裁判例の趨勢といえる「専ら」顧客吸引力を利用する目的か否かの基準によりパブリシティ権侵害を判断するものとして、一事例を追加するものである。また、その当てはめにおいても、従来の裁判例が判断要素として考慮している事実に着目している点³⁹で、従来の裁判例に倣ったものである。そこで、一審判決について、「専ら」顧客吸引力を利用する目的か否かの基準を採用した他の裁判例の当てはめと比較して検討する。

まず、一審判決で、雑誌掲載の経緯として考慮されている事実は、前掲[キング・クリムゾン控訴審]・[中田英寿第一審]という編集目的(使用目的)と同じであるといえよう⁴⁰。正当な編集目的が認められる場合には、

³⁸ なお、大家/前掲注(27)判時2042号170頁は、本件について「原告側は、人格権としての『肖像権』によって訴えてもよかったと考える。」とする。

³⁹ 記事の掲載の経緯(編集目的)、写真の大きさ、文章と写真との関連性(文章を補助するものである)等である。

⁴⁰ それぞれの編集目的は以下の通りである。前掲[キング・クリムゾン控訴審]が、一流の音楽家の魅力と軌跡を解明すること。前掲[中田英寿第一審]が、書籍発行のねらいは「中田英寿という天才プレーヤーの歩んだ足跡を追ってみた。」とされ、「著名人について紹介、批評等をする目的で書籍を執筆、発行すること」とされている。

正当な表現の自由の範囲内であるとして、書籍・記事で著名人等の顧客吸引力を専ら利用する目的が否定される方向へ考慮される事情となる。

本件では、記事掲載の経緯として、ピンク・レディーの振り付けによるダイエットが流行していること、その振り付けを実演するDVDが発売されていることを考慮し、かかる事情は、パブリシティ権侵害を否定する事情として斟酌されている。ピンク・レディーの振り付けが、公開されることにより、それが大衆の関心事となり、大衆の関心に応えるため表現の対象とすることは、正当な表現の自由の範囲内というべきであるから、本件で認定されている記事掲載の経緯は、パブリシティ権侵害を否定する事情となると考えられる。したがって、裁判所が、本件事実関係の下での、記事掲載の経緯について、パブリシティ権侵害を否定する事情とすることは正鵠を射ているものであると考える。

次に、写真の利用についてみる。前掲[キング・クリムゾン控訴審]は、書籍の中心部分である作品紹介部分（184頁中のうち154頁が作品紹介部分）の中で肖像写真が利用されているのは5枚にすぎないこと⁴¹、作品概要と解説文が果たす役割の重要性も無視できないとしている。前掲[中田

一審判決は、記事掲載の経緯として、ピンク・レディーのヒット曲に合わせてダンスを踊ってダイエットをすることが流行し、講談社（被告会社の親会社）から、原告らが振り付けを実演する「ピンク・レディー フリツケ完全マスターDVD」が発売されていること。そして、本件雑誌の読者層が子供時代にピンク・レディーのファンであった主婦層であることから、ピンク・レディーの振り付けにより、親子でコミュニケーションを図りながらダイエットすることを紹介することとする。過去の芸能活動の写真（本件写真8ないし14）については、読者がピンク・レディーのことに思いを巡らせることが当然予想できたため掲載したとする。

⁴¹ 前掲[キング・クリムゾン控訴審]は、原告らの肖像が使われているのは5枚のみであり、他の大部分はイラストによるジャケット写真であった。イラストに顧客吸引力の反映が認められるかは、別途論点となるが、同判決は、ジャケット写真について「ジャケット写真が音楽家自身を連想させるという効果は、それが当該レコード等を視覚的に表示ないし想起させる効果と対比して相当減弱されたものであるといわなければならない」とする。同判決は、ジャケット写真を、肖像写真と同列に論じていない。

英寿第一審]がパブリシティ権侵害を否定する理由として、書籍の中心部分が文書であるとする点（書籍全体約240頁のうち約200頁）で、写真と文章の割合を考慮している。

一審判決も、誌面において、ダイエット記事の占める割合が各楽曲の説明の約3分の2を占め、写真の利用が3分の1程度にとどまるとする。また、過去の芸能活動に関する記事についても、誌面の3分の1程度であるとし、写真と文章の割合を考慮している。前掲[キング・クリムゾン控訴審]・[中田英寿第一審]に比べて、本件では記事全体に写真の占める割合は大きいことからすれば、写真と文章との割合について一審判決は「専ら」顧客吸引力を利用する目的に当たらない限界線を広げたものであると思われる⁴²。

また、前掲[キング・クリムゾン控訴審]・[中田英寿第一審]・[ブカススペシャル7第一審]は、写真と文章との関係について考慮している⁴³。一審判決も、本件写真1ないし7（振付写真）については、写真の利用は振り付けを思い出す一助として、本件写真8ないし14（過去の原告らの芸能活動の写真）については、現在も活動を続ける原告らの過去の芸能活動を紹介する記事で利用されているものとする。

従来の裁判例においては、写真と関連性のある文章を付すことは、パブリシティ権侵害を否定する事情とされるところ、一審判決も従来の裁判例に倣っている。本件記事が振り付けによるダイエット記事であることからして、記事と本件写真1ないし7の振付写真は関連性を有しているといえよう。しかし、本件写真8ないし14に付されている文章は、「Eがピンク・レディーの思い出を語る31行の文章」とされるところ、Eという芸能人の

⁴² もちろん、書籍媒体と雑誌媒体との相違は考慮され得ることとなる。

⁴³ 前掲[キング・クリムゾン控訴審]は「作品概要と解説文が果たす役割の重要性も無視することができない」とし、前掲[中田英寿第一審]は、「原告の写真は、その前後の文章で採り上げられた時期の原告に対応するものであって、本文記述を補う目的で用いられたものといえることができる」とする。前掲[ブカススペシャル7第一審]（一部抜粋）は「容姿のかわいさ等の同原告の芸能活動について論評する記事の一部として（写真を利用している）」とする。

思い出の文章であり、必ずしも、原告らピンク・レディーを紹介する記事となっていないものであると思われる。そうすると、本件写真8ないし14に付されている文章は、写真との関連性が希薄なものと評価され、パブリシティ権侵害を肯定する事情として考慮されるべきであろう⁴⁴。

一審判決は、掲載された写真が大きくなく白黒であるとする点もパブリシティ権侵害を否定する事情とする。個々の写真の大きさは、前掲[ブカスペシャル7第一審]で考慮されている事実である。[ブカスペシャル7第一審]で、パブリシティ権侵害が否定された部分の写真はカラー写真で、最大のもので25.6cm×18cmであるところ⁴⁵、本件の写真は白黒で、最大のものでダイエツト記事部分で8cm×10cm、過去の芸能活動記事で9.1cm×5.5cmである。利用された写真が白黒であることや小さいということは、カラー写真や大きい写真と比較すると顧客吸引力の反映が小さいと考えられるから、これらの事情は、[ブカスペシャル7第一審]の事案と比較しても、「専ら」基準の下ではパブリシティ権侵害を否定する事情とならう。

ここで、[ブカスペシャル7第一審]は「文章が極めて少なく、見開き2頁にほぼ全面掲載」の状態、「通常モデル料が支払われるべき週刊誌等におけるグラビア写真としての利用と同視できる程度のものか否かの基準」を適用してパブリシティ権侵害を認めているところ、一審判決は、か

⁴⁴ 写真と文章との関連性が希薄なものであったとしても、「専ら」基準による判断は、他の事実との総合衡量による判断とならざるを得ない。この一事を以て、パブリシティ権侵害を認めるという結論には至らないと思われる。結局は裁判所の判断次第ということになる。この点で、「専ら」基準は、判断基準として明確性に欠けるものと思われる。

⁴⁵ もっとも、前掲[ブカスペシャル7第一審]では、個々の写真の大きさを考慮しているものの、パブリシティ権侵害を認めた記事の態様は、見開き2頁にほぼ全面掲載で利用されているかという、形式的な判断によるものである。そうすると、さほど大きくない写真を数多く並べ、見開き2頁ほぼ全面に、特定の著名人の写真を掲載すれば、パブリシティ権侵害となる可能性がある。そうだとすれば、写真の大きさは、パブリシティ権侵害の有無を判断する上で、決定的な事情とならないとも思える。なお、[ブカスペシャル7第一審]は、当てはめにおいてはカラー写真であるということは、特段考慮していない。

かる基準は「他の事実関係の事件にそのまま適用できるものではないことに注意を要する」として本件への適用を否定している。「通常モデル料が支払われるべき週刊誌等におけるグラビア写真としての利用と同視できる程度のものか否かの基準」がいかなる場合に適用されるかについてみると、前掲[ブカスペシャル7第一審]肖像写真の利用態様が「文章部分は極めて少なく、25.6cm×20.9cmの大きさの…写真を中心に4枚の写真を見開き2頁のほぼ全面に掲載しているものである」場合に、かかる基準を適用している。同基準は、利用態様を形式的に判断して、文章の極めて少ない状態で、見開き2頁ほぼ全面に写真を掲載している場合に適用されるものと思われる⁴⁶。本件の事実関係では、このような利用態様は認められないことから、[ブカスペシャル7第一審]の基準の適用は否定されるものであったといえる。

さらに、一審判決は判断基準への当てはめにおいて「その宣伝広告や表紙の見出しや目次においても、殊更原告らの肖像を強調するものではない」として、宣伝広告、表紙等の装丁等利用態様を考慮要素としている。表紙での利用態様については、前掲[キング・クリムゾン控訴審]・[中田英寿第一審]で考慮されている⁴⁷。もっとも、雑誌媒体が問題となった前掲

⁴⁶ そうは言っても、次のような事実の相違が基準の適用の有無を分けたようにも思える。すなわち、本件で問題となった記事は全頁白黒写真であるが、これに対して「ブカスペシャル7」は、全頁カラー写真であり、紙質も光沢紙（裁判所の事実認定による）である点、もう一つは、利用されている写真が本件では原告らの同意の下で撮影されていること（モデル料の支払を受けている）に対し、「ブカスペシャル7」で利用されている写真は、私的な写真であり同意なく撮影されたものである（モデル料の支払を受けていない）という点である。そうだとすれば、同基準の適用は、写真の利用態様を形式的にのみ判断するのではなく、雑誌の特性や、掲載写真の特性をも考慮しているものと思える。例えば、文章が極めて少ない状態で、見開き2頁ほぼ全面に写真を掲載した場合であっても、その写真が白黒写真や同意の下に撮影されていれば、同基準の適用が否定されることになる。ただし、前述のように、「ブカスペシャル7」だから判断基準を異にするということは妥当でない。注(28)参照。

⁴⁷ 前掲[キング・クリムゾン控訴審]は、表紙、裏表紙及び背表紙の体裁は「キング・

[ブブカスペシャル7 第一審]・[同控訴審]・[@ブブカ]では考慮されていない事実である⁴⁸。しかし、雑誌媒体では、表紙・広告で顧客吸引力を反映させることが可能であるといえる。そうだとすれば、表紙・広告等における使用態様を考慮すべきであり、一審判決がこれらの利用態様を考慮要素とした点、評価も穏当である点で、妥当なものと思われる。

2 控訴審判決について

控訴審判決は、従来の裁判例で採用された判断基準とは異なる判断基準によりパブリシティ権侵害の有無を判断している。控訴審の採用した判断基準は「著名人の氏名・肖像の使用が違法性を有するか否かは、著名人が自らの氏名・肖像を排他的に支配する権利と、表現の自由の保障ないしその社会的に著名な存在に至る過程で許容することが予定されていた負担との利益較量の問題として相関関係的にとらえる必要があるのであって、その氏名・肖像を使用する目的、方法、態様、肖像写真についてはその入手方法、著名人の属性、その著名性の程度、当該著名人の自らの氏名・肖像に対する使用・管理の態様等を総合的に観察して判断」するものである。

また、「一般に、著名人の肖像写真をグラビア写真やカレンダーに無断で使用する場合には、肖像自体を商品化するものであり、その使用は違法性を帯びるものといわなければならない。一方、著名人の肖像写真が当該著名人の承諾の下に頒布されたものであった場合には、その頒布を受けた肖像写真を利用するに際して、著名人の承諾を改めて得なかったとして、その意味では無断の使用に当たるといえるときであっても、なおパブリシティ権の侵害の有無といった見地からは、その侵害が否定される場合もあ

クリムゾン」の書籍であることを購入者の視覚に訴え印象付けるものとなっているとする。また、前掲[中田英寿第一審]は「表紙、背表紙及び帯紙並びにグラビア頁に利用された原告の氏名及び肖像写真については、文章部分とは独立して利用されており、原告の氏名等が有する顧客吸引力に着目して利用されていると解することができる。」とする（しかし、全体としてみれば、その一部分にすぎないとして、肖像等の顧客吸引力に「専ら」依存しているとはいえない、とする）。

⁴⁸ ただし、雑誌「ブブカ」は典型的な雑誌広告を打っていないようである、とされる（内藤／前掲注(13)30頁）。

るといふべきである。」ともする。

控訴審の判断基準によれば、著名人の肖像写真をグラビア写真やカレンダーに無断で使用した場合にはパブリシティ権侵害が認められることになる⁴⁹。侵害が認められる利用態様について明示したものである。

次に、グラビア写真やカレンダーに至らない氏名・肖像写真の無断での使用は、「氏名・肖像を使用する目的、方法、態様、肖像写真についてはその入手方法、著名人の属性、その著名性の程度、当該著名人の自らの氏名・肖像に対する使用・管理の態様等を総合的に観察して判断される」こととなる。総合考慮による判断基準である。判断基準について、従来の裁判例の趨勢である「専ら」基準と比較した場合、「氏名・肖像を使用する目的、方法、態様」を考慮要素とする点は同様であるが、控訴審判決の判断基準による場合にはさらに肖像写真についての入手方法、著名人の属性、その著名性の程度⁵⁰、当該著名人の自らの氏名・肖像に対する使用・管理

⁴⁹ ここでいう「グラビア写真」の利用とは、当てはめにおいて「本件写真が週刊誌等におけるグラビア写真の利用と同視できる程度のものということができない」とすることからして、週刊誌等におけるグラビア写真を意味するものであると考えられる。そうすると、一審において適用が否定された「通常モデル料が支払われるべき週刊誌等におけるグラビア写真としての利用と同視できる」か否かの基準が、再び採用されているように思われる。

前掲[ブブカスペシャル7 第一審]でパブリシティ権侵害が認められた部分、すなわち、文章が極めて少ない状態で見開き2頁にほぼ全面的に掲載しての肖像写真の無断利用について、パブリシティ権侵害を認める基準の一般化を試みたのであろうか。もっとも、控訴審の判示からは、写真が「週刊誌等におけるグラビア写真の利用と同視できる程度」とは、どのような場合が考えられるのかは、必ずしも明らかでない。少なくとも、雑誌等において、[ブブカスペシャル7 第一審]が示した、文章が極めて少なく見開き2頁にほぼ全面掲載での肖像写真の無断利用は、パブリシティ権侵害が認められることになりそうである。

なお、原審で用いられている「通常モデル料が支払われるべき」かどうかは、特に問題としていないものと思われる。この点については注(63)参照。

⁵⁰ 「著名人の属性、その著名の程度」は、どのような基準により判断するのか明らかでなく、裁判所の恣意的な判断を許しかねず、考慮要素とすべきでないものと思われる。控訴審判決文を読む限り、ピンク・レディーの属性、著名の程度は、昭和

の態様等を考慮要素として採り入れることになる。

また、著名人等の承諾の下に頒布された肖像写真を利用する場合、再利用に際して承諾を改めて得なかつとしてもパブリシティ権侵害が否定される場合もあるとされる。

このように控訴審の採用した判断基準は、「専ら」という文言がないという点では異なるものの、総合考慮によりパブリシティ権侵害の有無を判断するという点で異なるところはないと思われる。そうすると、いかなる事実がいかなる評価を受けるのかという点が重要となろう。そこで、控訴審判決の当てはめについて検討する。

まず、本件記事について、本件雑誌の読者層が子供時代にピンク・レディーに熱狂した女性ファンと重なることから、ピンク・レディーの曲に合わせて振り付けを踊ることによってダイエットすることを紹介することとし、振り付けの写真でないもの⁵¹についてはダイエット記事に関連しているとする。かかる事実、一審でも考慮されている編集目的に当たる事実である。前述のように、正当な編集目的があればパブリシティ権侵害を否定する事情として斟酌される。この点についての控訴審における評価も、一審と同じく正当であろう。しかし、過去の芸能活動の写真(本件写真8ないし14)をダイエット記事に関連している記事とするが、ダイエット方法の紹介を目的とするならば過去の芸能活動の写真に掲載する必然性はない。控訴審判決のような判断によると、正当な編集目的さえあれば全ての肖像写真が目的と関連性を認められることとなりかねない。そうすると、本件では、過去の芸能活動写真は使用する必然性はなく、総合考慮による判断をする場合にはパブリシティ権侵害を肯定する事情となると考えるべきであろう⁵²。

50年代に広く知られ、その振り付けをまねることが社会現象になった、ということであろうか。

⁵¹ ピンク・レディーが水着姿で立っている写真(ダイエットの効果として、ピンク・レディーのような体型も夢ではないとされる記載)、振り付けをまねて踊っていたとの思い出の記載や、過去の芸能活動の写真等。

⁵² かかる部分については、控訴人らは、ダイエット運動とは無関係であるとして実

写真の大きさ(誌面に占める割合)、その利用態様(白黒写真であること)を考慮し、本件写真は読者がグラビア写真として鑑賞の対象とするものとして十分なものと認め難く、週刊誌等におけるグラビア写真の利用と同視できる程度のものであることはできないとして、パブリシティ権侵害を否定する事情とする。白黒であること、写真が小さいことをパブリシティ権侵害を否定する事情とすることは前掲[ブカスペシャル7第一審]と同様であり、その評価も正当な判断であると思われる。

記事の構成について、ピンク・レディーの写真が記事の中心ではなく、ピンク・レディーの楽曲の振り付けで踊ることによってダイエットを紹介して勧める記事であり、表紙・広告での利用も同様の趣旨であるとする。そして、写真は記事に関心を持ってもらうこと、振り付けの記憶喚起のために利用しているものにすぎないものであるとする。記事の中心が、写真であるか、または文章であるかは、「専ら」基準を採る裁判例でも考慮されているものである。記事中の文章の内容や振り付けのイラスト等の占める割合等を勘案すると、ダイエットを紹介する記事であるということができると思われ、控訴審の評価は妥当であると考えられる。

本件写真は一度控訴人ら(一審原告)の承諾の下に撮影されていたものであるところ、本件記事における再利用は振り付けが本件記事の読者に記憶喚起させる手段として利用されているものにすぎず、控訴人ら(一審原告)が社会的に顕著な存在に至る過程で許容することが予定されていた負担を超えていないとして、パブリシティ権侵害を否定する事情として考慮されている⁵³。肖像写真の撮影の際の承諾の有無・再利用については従来

質的には肖像そのものを鑑賞するグラビア記事であると主張している。

なお、一審は、振付写真と、過去の芸能活動の写真を分けて、パブリシティ権侵害の成否を検討している。

⁵³ かかる事情が、パブリシティ権侵害を否定する事情として考慮される理由として、次の点が考えられる。まず、肖像写真が承諾して撮影されたものである以上肖像に対する人格的利益が希薄化していること。そして、承諾の際に撮影に対する対価を得る機会があったこと。

の裁判例では考慮されていない。控訴審は承諾の下に頒布された肖像写真の再利用が無断でなされた場合であっても、パブリシティ権侵害の成否の見地からパブリシティ権侵害が否定される場合もあるとする。どのような場合に侵害が肯定され、または否定されるかは明らかでない。もっとも、本件の場合には写真の方法、態様、回数等について特段の事情の申入れがされていないものであったとされることからすれば、撮影の際に使用方法、態様、回数等について申入れをしておいた場合には承諾の範囲を超えて再利用したとしてパブリシティ権侵害を肯定する事情として考慮され得ることとなる⁵⁴。

以上のように、控訴審判決は、本件記事はピンク・レディーの振り付けによるダイエット記事であり、記憶喚起の手段のために振付写真や過去の芸能活動の写真が使用されたにすぎないとして、パブリシティ権侵害を否定する。

ここで、控訴審判決のいうパブリシティ権侵害が認められる利用態様である「グラビア写真」としての利用、すなわち「通常の読者がグラビア写真として鑑賞の対象とするものとして十分なものと認められ「写真が週刊誌等におけるグラビア写真の利用と同視できる程度のもの」とは、どのような場合であるかについて検討する。

本件で利用された写真は、前述のように白黒写真でありその面積も大きくないもの⁵⁵であるとして「グラビア写真」には当たらないとする。誌面

そうすると、承諾なき肖像写真の利用や再度の利用であっても社会的に顕著な存在に至る過程で許容することが予定する負担を超えている場合は、控訴審判決の判断基準ではパブリシティ権侵害を肯定する事情と斟酌されようである。控訴審の頭の中は「ブカスペシャル7」のような投稿写真（そもそも承諾がなく撮影されたもの）や、お宝写真（承諾があるものの、再度の公開を望まない）の利用についてはパブリシティ権侵害を認めようとしているものであると思われる。

⁵⁴ 前述のように、再利用が承諾の範囲を超えている場合には肖像権を侵害することがあり得る。肖像権侵害の場合には、撮影に際して特段の申入れがなくとも肖像権侵害が認められるが、パブリシティ権侵害の場合には特段の申入れが要求されるように思われる。

⁵⁵ 控訴審判決は「本件雑誌の各頁との比較でさほど大きなものということができ

各頁の3分の1程度の白黒写真であれば、「グラビア写真」に当たらずパブリシティ権侵害が否定されることとなろう⁵⁶。一方で、前掲[ブカスペシャル7第一審]の説示から勘案して、カラー写真で文章が極めて少ない状態⁵⁷での見開き2頁での利用はパブリシティ権侵害が肯定されそうである⁵⁸。

誌面各頁の3分の1程度のカラー写真を利用した場合と、白黒写真で文章が極めて少ない状態での見開き2頁での利用は、写真の大きさと写真の性質（カラー写真であるか、白黒写真であるか）のどちらが重視されるかにより結論に相違が生じそうである⁵⁹。また、例えば、カラー写真を片面1頁で利用した場合や、誌面の3分の1程度で白黒写真を複数頁にわたって利用⁶⁰した場合についてはパブリシティ権侵害の有無は判然としにくいところである⁶¹。

ず」とするが、一審判決によれば各頁の3分の1程度でピンク・レディーの写真が利用されているとされる。

⁵⁶ ただし、本件は利用された写真が一度承諾の下で撮影され再利用されたものであるという事案であったという点に注意を要する。

⁵⁷ 前掲[ブカスペシャル7第一審]でパブリシティ権侵害が認められた部分の文章の量は、各頁の10%～15%である。文章が極めて少なく見開き2頁に至らない利用態様の場合であっても、[ブカスペシャル7第一審]の原告藤原の利用態様（注(17)参照）が限界線に近いものと思われる。なぜなら、[ブカスペシャル7第一審]は「原告藤原の売出し中の活動歴を紹介する記事の一部となっているものであることから、雑誌の構成や構成写真が大きいものであることを考慮」しているところ、活動歴（芸能活動）に関連しない場合にはパブリシティ権侵害が認められるとも思えるからである（[ブカスペシャル7第一審]は「専ら」基準を採用しているが、パブリシティ権侵害を認めた部分は「モデル料が通常支払われるべき週刊誌等におけるグラビア写真と同視することができる」とするものであり、「グラビア写真」についての意味は控訴審の判示と異ならないといえよう）。

⁵⁸ ただし、前掲[ブカスペシャル7第一審]の事案は承諾なく撮影された写真を利用したという点に注意を要する。

⁵⁹ この場合でも、利用された写真が承諾されて撮影されたものかどうかは、重要な考慮要素となろう。

⁶⁰ 本件は連続3頁にわたって写真を使用している。

⁶¹ 結局、裁判例の集積を待つことになろう。

第6 検討

以上のように、一審判決は「専ら」基準の裁判例に一事例を加えるものである。しかしながら、「専ら」基準ではパブリシティ権侵害の有無の判断は個々の事案における事実関係の下での総合考慮とならざるを得ない。いかなる事実があれば、パブリシティ権侵害となるかが必ずしも明確なものとはいえない。前掲[ブブカスペシャル7第一審]は、「専ら」基準の不明確性を認識しモデル料が通常支払われるべき週刊誌等におけるグラビア写真の利用と同視できるか否かという基準（以下、モデル料基準）によってパブリシティ権侵害の有無を判断している。ただし、一審ではモデル料基準が適用できないとされるところ、かかる基準がいかなる事実関係で適用されるかは明らかでない⁶²。また、モデル料が支払われるべきという業界慣習に基づく規範形成については、その規範として危うさもある⁶³という点で、モデル料基準は基準として採用することはできないと考えるべきであろう⁶⁴。そうすると、結局のところ「専ら」基準は不明確なものであり対立利益が表現の自由であることからしても、出版物におけるパブリシティ権侵害の成否を判断するものとして適切なものとはいえないと考えるべきであろう⁶⁵。

⁶² もっとも、注(49)のように本件控訴審において「モデル料が支払われるべき」という部分を削除した判断基準が採用されているように思われる。

⁶³ つまり、政策形成過程においては、構造的に組織化されやすい者（大企業等）の利益が反映され、組織化されにくい者の利益（中小企業、私人等）は反映されにくいというバイアスがある（田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号11頁(2008年)）。モデル料基準による場合、結局は、その業界・市場において発言力のある者の意思が反映されることとなり、少数者や弱者の意思が汲み取られないまま、法規範が形成されることになりかねない。

⁶⁴ 前述のように、「モデル料」基準は、前掲[ブブカスペシャル7第一審]によれば、「文章が極めて少ない状態で見開き2頁にわたり写真を無断利用した」場合に適用されるところ、内藤/前掲(13)25頁は、次のように指摘する。すなわち、文章が多かるうが少なかるうが、そこに切実な表現の対象があるとき、このような一見まともに見える基準は吹き飛ばざるを得ないとする。

⁶⁵ なお、「専ら」基準について、「グッズ」、「商品」と見なされるようなものをパブ

これに対して、控訴審判決は従来の裁判例の趨勢である「専ら」基準を「一面的に過ぎ、採用し得ないというべきである」⁶⁶として、新たな判断基準を示したものである。新たな考慮要素を判示したものの、前述のように控訴審判決の採用した判断基準は「専ら」基準と比べて「専ら」という文言の有無のみの相違しかないように思われ、結局のところ総合考慮によらざるを得ないものであるといえる⁶⁷。⁶⁸。「専ら」基準と同様、いかなる事実関係があればパブリシティ権侵害が認められるかが明らかでなく表現の自由の委縮効果が大きいものであり、やはり控訴審の判断基準も採用すべきではないと考える。

出版物におけるパブリシティ権侵害の有無は、従来学説においても見解が分かれているところである。まず、表現・報道の自由の観点から名誉毀損やプライバシーの侵害となるような場合を除き、パブリシティ権侵害を否定する見解がある。かかる見解は、パブリシティ権の根拠を不正競争防止法2条1項1号・2号に求めるものである⁶⁹。しかし、かかる見解は出版物によるパブリシティ権侵害の保護は私的利益の側面が大きく保護を

リシティ権侵害となると解する見解も存する（大家/前掲注(27)コピライト548号44頁）。

⁶⁶ 注(30)を参照。

⁶⁷ むしろ、「専ら」というハードル（一応の目安）を除去したものであり、パブリシティ権侵害が認められる範囲が広い基準であると思われる。

⁶⁸ もちろん、「専ら」基準にせよ、控訴審の判断基準にせよ、裁判例の蓄積により明確な判断基準となろうが、その蓄積がなされるまで、またなされたとしても、パブリシティ権侵害の成否の判断を出版者（社）に負担させることとなりかねず、表現への委縮効果が生じてしまうことになろう。

⁶⁹ 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周年記念論集』（2001年・信山社）178頁。この見解は、混同防止規定の適用を受けるためには氏名や肖像が「商品等表示」として、「商品」（書籍）の出所を識別しなければならないはずであると、氏名や肖像は書籍の内容の一部となっている場合には書籍の出所を識別するものとはいえないとする。また、他人が自己について批評・紹介することをコントロールするビジネスは法的保護に値しないと「商品等表示としての使用」と評価することはできないとする。

与えるとしても他の社会的利益を損なわないように配慮することが必要であるとするが、パブリシティ権が人格的利益を帯びていることを看過するものであろう⁷⁰。

次に、特に雑誌媒体について、宣伝・広告における使用の態様と商品それ自体における使用の態様を中心として「相關的・総合的な観察」によりパブリシティ権侵害を判断する見解⁷¹がある。しかし、同見解は、氏名・肖像が「どう伝えられたか」、「どれだけ使われたか」の相関関係において顧客吸引力の利用を認定するものであるが、「どう」「どれだけ」出版物に利用されたかは、やはり程度概念による判断とならざるをえないものであり、判断基準としては明確性に欠くものであると思われる⁷²。

⁷⁰ 花本／前掲(23)65頁参照。そもそも、パブリシティ権の根拠を不正競争防止法に求めることに対する批判として、田村善之『不正競争法概説』(第2版・2003年・有斐閣)510頁注6)。

⁷¹ 内藤／前掲(13)29～31頁。かかる見解は、パブリシティ権とは、様々なスペクトラムの中にある法であり、顧客吸引力使用の基準も、いくつかのポイントでも相關的・総合的な評価によるとし、それを大別すると「宣伝や広告における使用態様」と「商品それ自体における使用の態様」の2つのポイントであるとする。そして、総合判断を下すに際しては、標識性を念頭に置いた上での価値判断であるとする。同見解は、宣伝・広告で目玉的な表記(イチオシ状態)を使っていれば、商品それ自体での使用が1頁であっても、顧客吸引力利用を認定できる。一方で、広告等での利用が「イチオシ状態」でなければ、パブリシティ権侵害が認められるには、それに見合う商品自体における使用が必要であるとする。

一審判決において「その宣伝広告や表紙の見出し及び目次においても、殊更原告らの肖像を強調するものではない」とすることは、かかる見解による判断と近接するものと思われる。

他の見解として、関堂幸輔「パブリシティ権の再構成」著作権研究29号188頁(2003年)は、(パブリシティ権を「情報コントロール権」として捉えた上で)「パブリシティ情報」と「パブリシティ情報の利用態様」(主観的利用態様と、客観的利用態様からなる)とに分類し、これらの相関関係によって、パブリシティ権侵害の成否を判断すべきとするものがある。しかし、かかる見解に対しても同様の批判がいえよう。

⁷² もっとも、標識法を念頭においている点、宣伝・広告での使用態様と商品それ自体の使用態様をめぐる相關的・総合的判断であるという点では、「専ら」基準によ

そこで、出版物におけるパブリシティ権侵害の有無の判断は、表現への萎縮効果を与えないためにも一定の明確な判断基準によるべきであろう。この点、前掲[@ブカ]の採用する判断基準は商品化ないし広告に用いるなどという、使用態様に着目したものである。この基準は、程度概念による判断という不明確性を克服するものであり、表現の自由への配慮を重視しているものであるといえよう⁷³。このような明確な判断基準、すなわち肖像写真等を使つての商品化または広告という利用態様に至っているかどうか⁷⁴により、パブリシティ権侵害の有無を判断すべきであると考えられる^{75 76}。

このように考えると、本件雑誌は、ピンク・レディーの肖像写真等を利

用した総合考慮や控訴審の判断基準よりは、一定の方向性を示した判断基準であるとされる。

⁷³ もっとも、前述のように、前掲[@ブカ]は、当てはめ部分では総合考慮により、「顧客吸引力」の利用の目的がないとして、パブリシティ権侵害を否定する。

⁷⁴ 出版物の場合は、写真集ないし写真集の代替的機能を果たすものが考えられよう。田村／前掲注(70)518頁参照。なお、伝記本や評論本は、正当な表現物であり、「商品」には当たらない(もちろん、形式的に伝記本や評論本を装っているにすぎないような書籍・雑誌は「商品」と評価されることがあり得よう)。

⁷⁵ 北村行夫「顧客吸引力理論の破綻とパブリシティ権理論の再構成」コピライト505号2頁(2003年)、田村／前掲注(70)520頁参照。三浦正広「パブリシティの権利における『顧客吸引力』—キング・クリムゾン事件—」岡山商大論叢35巻1号177・179頁(1999年)。北村・17頁は、パブリシティ権を、顧客吸引力を使用するすべての場面に働く権利ではなく、人の氏名・肖像を、広告や商品化等に利用する場面でのみ働く権利とする。花本／前掲注(23)64頁も同旨。

⁷⁶ パブリシティ権侵害を商品化に至っているか否かという基準で判断すれば、1冊の雑誌に複数の芸能人等の肖像・氏名が使用されている場合、商品化されているとはいえないと考える(ただし、特定の芸能人等の写真等が、雑誌の大部分を占めていれば商品化されていると評価されることはあり得る)。

「ブカスペシャル7」を「商品」と評価するものとして、大家／前掲注(27)判時2042号171頁、花本／前掲注(23)65頁。なお、注(27)(28)(30)参照。

しかし、雑誌「ブカスペシャル7」の内容が不当なものであるから「商品」と評価するのであれば、雑誌の内容に立ち入った実質的な判断を要することとなり、パブリシティ権侵害の有無の判断を肖像等を使用した「商品化」という明確な基準とした意義を失うこととなりかねない。

用した「商品」とはいえず、ピンク・レディーのパブリシティ権を侵害しないという結論になる。一審・控訴審の請求棄却の結論には賛成であるが、採用した判断基準(理由)には反対である。

[付記] 本稿は、2009年7月17日に北海道大学で開催された知的財産法研究会における報告原稿に加筆修正したものである。同大学大学院法学研究科・田村善之先生には、本稿執筆の開始から脱稿に至るまで、また研究会での席上において、懇切丁寧なご指導を賜った。同法学研究科の安藤和宏先生には、同研究会での席上において、大変貴重なご教示を賜った。改めて厚く御礼申し上げます。

また、北海道大学法科大学院同期生の橋本幸太郎氏には、本稿の執筆にあたり、内容・構成等について貴重な意見を頂いた。感謝申し上げます。



このボディを作ったのがあの振付なのです

ピンク・レディーに、また新たな神証が。"振付"しながら美しく愛せられる。と、この2人のナイスボディが夢ではないのです。お子さんや友達とコミュニケーションをとりながら楽しく楽しみましょう。『振付』は「ピンク・レディー」プロダクション完全マスター。(編集) てください。



女の子が褒めて前田健

「大好きでした。当時から小学生でしか、教員とかで踊っている女の子たちが羨ましかった。僕ではもちろん踊ってましたよ(笑)。ビデオのない時代だから、テレビの箱だけ録音して振り仮名を必死に見て。アイドルを憧れたアイドル。衣装も可愛くてパービー人形みたいで感心しかかった。前にテレビのお仕事で一緒にさせていたこともあって、全然変わらなずキレイで可愛い。自然な女の子の全盛期を知らない若い人もカクオクで踊って踊ったりしてきますよ。時代を越えて受け入れられる未来の能力がある。僕は何も関係するにあつて意外にハードだったりするから、思ったあとはいい声かけます。親子で踊りながら楽しむのもよし、楽しくて明るいダイエットができますよ。」



本件写真6

① 全身のラインを美しく見せるには、まず上半身のラインを整えることが大切です。肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

② 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

③ 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

④ 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

本件写真4

内モモを細くしてヒップアップ!! 『ペッパー警部』

見えやすく踊りやすい回です

まえけんのことアドバイス

全体的に軽快に楽しく踊って。特にこの段階でのポーズは、踊ってかき入れればヒップアップ効果が期待できます。前に歩いても可憐に、ヒップアップ効果をもたらしましょう

胸すかしがらずに足を開きまじろ



① 全身のラインを美しく見せるには、まず上半身のラインを整えることが大切です。肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

② 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

③ 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

④ 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

本件写真5

太ももと腰回りを強くする 『UFO』

誰もが知っているあのポーズもエクササイズに

まえけんのことアドバイス

このポーズは、太ももと腰回りを強くする効果があります。踊る際には、太ももをしっかりと伸ばし、腰回りを強く意識して踊ることが大切です。

腰のひねりを意識的に"グツ、とね"



カルメン

① 全身のラインを美しく見せるには、まず上半身のラインを整えることが大切です。肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

② 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

③ 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

④ 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

本件写真11

① 全身のラインを美しく見せるには、まず上半身のラインを整えることが大切です。肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

② 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

③ 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

④ 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

本件写真7

上半身のラインを美しく 『カルメン'77』

これぞピンク・レディーSEXNo.1! エロティックにいきましょう

まえけんのことアドバイス

上半身のラインを美しく見せるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保することが大切です。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。



本件写真13

① 全身のラインを美しく見せるには、まず上半身のラインを整えることが大切です。肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

② 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

③ 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

④ 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

本件写真9

本誌秘蔵写真で綴るピンク・レディーの思い出



本件写真8

小学生のときは私はピンク・レディーとして活動してました

KABAちゃん

超スキ、ハイテンションなKABAちゃん。私はピンク・レディーとして活動してましたよ(笑)。小学生のときは、うちの姉がピンク・レディーの衣装を着て、ダンスを踊っていました。私も憧れて、ダンスを習っていました。今でも、ダンスを踊ると、あの頃の思い出が蘇ります。

本件写真10

① 全身のラインを美しく見せるには、まず上半身のラインを整えることが大切です。肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

② 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

③ 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

④ 上半身のラインを整えるには、肩甲骨を下げ、首の後ろを伸ばし、肩甲骨と首の間に空間を確保します。この空間が狭まると、上半身のラインが崩れ、全体的にだらけた印象を与えます。

本件写真14

本件写真12

筆者注:「女性自身 2007年2月27日号」(光文社)16-18頁から転載した記事に写真番号を追加した。