

判例研究

女性週刊誌「女性自身」に「ピンク・レディー de ダイエット」と題する特集記事を組み、ピンク・レディーの白黒写真を無断掲載した行為についてパブリシティ権侵害を否定した事例(1) —ピンク・レディー事件—

上告審：最判平成24年2月2日平成21(受)2056号・判時2143号72頁¹

控訴審：知財高判平成21年8月27日平成20(ネ)10063号・判時2060号137頁²

第一審：東京地判平成20年7月4日平成19(ワ)20986号・判時2023号152頁

橋 谷 俊

I. 事案の概要

1. 事実

書籍や雑誌等を出版する株式会社光文社（被上告人・被控訴人・被告。以下「被告」という。）は、平成19年（2007年）2月13日に被告が発行した女性週刊誌「女性自身」2月27日号（縦26cm、横21cmのAB変形判サイズ、

¹ 本判決の評釈等として、田村善之「パブリシティ権侵害の要件論考察—ピンク・レディー事件最高裁判決の意義」法律時報84巻4号（2012年）1頁、内藤篤『『残念な判決』としてのピンク・レディー最高裁判決』NBL976号（2012年）17頁、内藤篤「メディアにおける著名人アイデンティティ情報の使用」コピライト614号（2012年）2頁、竹田稔〔判批〕コピライト614号（2012年）16頁、中島基至〔判解〕Law & Technology 56号（2012年）68頁、小泉直樹〔判批〕ジュリ1442号（2012年）6頁、松尾弘〔判批〕法セ691号（2012年）154頁、宮脇正晴〔判批〕Law & Technology 58号（2013年）69頁等がある。

² 控訴審、第一審の評釈等としては、北村二郎〔判批〕知的財産法政策学研究25号（2009年）301頁、奥邨弘司〔判批〕判例評論618号（2010年）26頁等がある。

約200頁。以下「本件雑誌」という。)の紙面中、16頁から18頁までの3頁にわたって「ピンク・レディー de ダイエット」と題する記事(以下「本件各記事」という。)とともに、人気女性歌手「ピンク・レディー」(X1とX2の2名、上告人ら・控訴人ら・原告ら。以下「原告ら」という。)を被写体とする白黒写真14点³(以下「本件各写真」という。)を、原告らに無断で掲載した。

原告らは、昭和51年(1976年)から昭和56年(1981年)にかけて、女性デュオ「ピンク・レディー」を結成して歌手として活動し、全国的に幅広い人気を得ていた著名な芸能人である。

本件各記事は、原告らのデビュー曲「ペッパー警部」を含む代表的楽曲「渚のシンドバッド」「ウォンテッド」「UFO」「カルメン77」における振り付けを利用したダイエット方法に関するものである。

本件各記事において掲載されている本件各写真は、テレビ番組や歌謡祭のリハーサルなどにおいて、原告らが振り付けとともに上記各楽曲を歌唱する姿や、水着姿、インタビューを受ける姿を、原告らの承諾を得て被告側のカメラマンが撮影したものであるが、原告らは本件各写真の本件雑誌への掲載を承諾しておらず、本件各写真は原告らに無断で掲載された。

本件記事掲載の経緯は次のとおりである。平成18年(2006年)秋頃、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することが流行し、原告らが振り付けをする「ピンク・レディーフリツケ完全マスターDVD」が、訴外講談社から発売されていた。

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り、現在は小さい子供を抱える主婦層となっていることから、本件雑誌の契約記者と被告の編集担当者らは、ピンク・レディーの曲に合わせて振り付けし、親子でコミュニケーションしながらダイエットすることを紹介する本件記事を企画した。

なお、平成19年(2007年)2月14日付け毎日新聞と朝日新聞の各朝刊において本件雑誌の広告が掲載され、いずれも『『ピンク・レディー』ダイエット』などの見出しと「渚のシンドバッド」を歌唱する原告らの写真1点

³ 本件各写真は、北村・前掲注(2)[判批]341-343頁を参照されたい。

が使用された。また、電車等の公共交通機関の中吊り広告には『『ピンク・レディー』ダイエット』などの見出しが掲載されたが、写真の掲載に関する事実認定はなされていない。

原告らは、被告の上記行為によって、原告らの肖像が有する顧客吸引力を排他的に利用する権利(パブリシティ権)が侵害されたと主張し、不法行為に基づく損害賠償を求めた。

2. 事件の経過

第一審、控訴審ともに請求棄却。

被告が本件各写真を原告らに無断で本件雑誌に掲載する行為は、原告らのパブリシティ権を侵害するものとはいえないと帰結する一方、上記事実に当てはめたパブリシティ権侵害の判断基準は、第一審ではいわゆる「専ら」基準、控訴審では総合衡量型の基準、と異なるものであった。パブリシティ権の法的性質については第一審、控訴審ともに人格権説に立った。

これに対して原告らが上告。

II. 判旨

上告棄却。

1. パブリシティ権の法的性質—人格権説の採用

「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(氏名につき、最高裁昭和58年(オ)第1311号同63年2月16日第三小法廷判決・民集42巻2号27頁、肖像につき、最高裁昭和40年(あ)第1187号同44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁、最高裁平成15年(受)第281号同17年11月10日第一小法廷判決・民集59巻9号2428頁各参照)。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えることができる。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えるべきである。」

2. パブリシティ権侵害の要件論—3つの違法行為類型の例示による「専ら」基準の具体化

「そうすると、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。」

3. 事案への当てはめ

「上告人らは、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、その当時、その曲の振り付けをまねることが全国的に流行したというのであるから、本件各写真の上告人らの肖像は、顧客吸引力を有するものといえる。」

しかしながら、前記事実関係によれば、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えるべきである。

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。」

4. 結論

「以上によれば、本件各写真を本件雑誌に掲載する行為が不法行為法上違法であるとはいえないとした原審の判断は、以上の趣旨をいうものとして是認することができる。論旨は採用することができない。」

本判決は全員一致によるものであったが、金築誠志裁判官の補足意見が附された。

5. 補足意見

「パブリシティ権の侵害となる場合をどのような基準で認めるかについては、これまでの下級審裁判例等を通じいくつかの見解が示されているが、パブリシティ権が人の肖像等の持つ顧客吸引力の排他的な利用権である以上、顧客吸引力の無断利用を侵害の中核的要素と考えるべきであろう。」

もっとも、顧客吸引力を有する著名人は、パブリシティ権が問題になることが多い芸能人やスポーツ選手に対する娯楽的な関心をも含め、様々な意味において社会の正当な関心の対象となり得る存在であって、その人物像、活動状況等の紹介、報道、論評等を不当に制約するようなことがあってはならない。そして、ほとんどの報道、出版、放送等は商業活動として行われており、そうした活動の一環として著名人の肖像等を掲載等した場合には、それが顧客吸引の効果を持つことは十分あり得る。したがって、肖像等の商業的利用一般をパブリシティ権の侵害とすることは適当でなく、侵害を構成する範囲は、できるだけ明確に限定されなければならないと考える。また、我が国にはパブリシティ権について規定した法令が存在

せず、人格権に由来する権利として認め得るものであること、パブリシティ権の侵害による損害は経済的なものであり、氏名、肖像等を使用する行為が名誉毀損やプライバシーの侵害を構成するに至れば別個の救済がなされ得ることも、侵害を構成する範囲を限定的に解すべき理由としてよいであろう。こうした観点については、物のパブリシティ権を否定した最高裁平成13年(受)第866号、第867号同16年2月13日第二小法廷判決・民集58巻2号311頁が、物の名称の使用など、物の無体物としての面の利用に関しては、商標法等の知的財産権関係の法律が、権利の保護を図る反面として、使用权の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないよう、排他的な使用权の及ぶ範囲、限界を明確にしていることに鑑みると、競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に排他的な使用权等を認めることは相当でない」と判示している趣旨が想起されるべきであると思う。

肖像等の無断使用が不法行為法上違法となる場合として、本判決が例示しているのは、プロマイド、グラビア写真のように、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する場合、いわゆるキャラクター商品のように、商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付する場合、肖像等を商品等の広告として使用する場合の3つの類型であるが、これらはいずれも専ら顧客吸引力を利用する目的と認めべき典型的な類型であるとともに、従来の下級審裁判例で取り扱われた事例等から見る限り、パブリシティ権の侵害と認めてよい場合の大部分をカバーできるものとなっているのではないと思われる。これら三類型以外のものについても、これらに準ずる程度に顧客吸引力を利用する目的が認められる場合に限定することになれば、パブリシティ権の侵害となる範囲は、かなり明確になるのではないだろうか。

なお、原判決は、顧客吸引力の利用以外の目的がわずかでもあれば、『専ら』利用する目的ではないことになるという問題点を指摘しているが、例えば肖像写真と記事が同一出版物に掲載されている場合、写真の大きさ、取り扱われ方等と、記事の内容等を比較検討し、記事は添え物で独立した意義を認め難いようなものであったり、記事と関連なく写真が大きく扱われていたりする場合には、『専ら』とあってよく、この文言を過度に厳密に解することは相当でないと考えられる。

Ⅲ. 評釈

1. はじめに

本判決は、パブリシティ権が人格権に由来するものであるという法的性質を明らかにして、排他的な権利性を容認した最初の最高裁判決である。人は、一般に自己の氏名・肖像が無断で宣伝広告に利用され、あるいは商品化されることをコントロールする権利を有していると考えられ、「パブリシティ権」と呼ばれてきたところ⁴、女性週刊誌にアイドル歌手の全盛期を写した肖像写真を記事とともに無断掲載したことについて、最高裁が、パブリシティ権侵害となる典型的な3つの行為類型を新たな判断基準として示し、出版社の損害賠償責任を否定した。すなわち、従来の裁判例が示してきたパブリシティ権侵害の判断基準のうち、本件第一審を含む5つの裁判例⁵でのいわゆる「専ら」基準を採用し、従前の「専ら」基準から一歩踏み込む形で侵害となるべき三類型を具体的に例示することによって、肖像等有する顧客吸引力を「専ら」利用するというこの意味を具体化し、判断基準をより明確化した上で侵害を否定したことから、判決の射程に関心が集まっている。

他方、違法行為となる三類型といっても、判旨2のとおり「など」が付されていることから、これらは例示にすぎず、期待できるような外延が必ずしも画されたわけではないと考えられる。事実、補足意見は、上記三類型以外の肖像等の利用行為についても、これらと準ずる程度に顧客吸引力を利用する目的が認められる場合には、権利侵害となることを示唆している。

また、「パブリシティ権」は実定法上の権利ではない。あくまで「専ら

⁴ 田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』（2003年・有斐閣）505頁参照。

⁵ ①東京高判平成11年2月24日平成10(ネ)673号〔キング・クリムゾン控訴審〕、②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〕、③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〕、④東京地判平成20年7月4日判時2023号152頁〔ピンク・レディー第一審〕、⑤東京地判平成22年10月21日平成21(ワ)4331号〔ペ・ヨンジュン来日特報〕。

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」行為が不法行為法上違法とされるにすぎない一方、この抽象的な文言自体からは具体的にどのような行為が違法とされるのかは不明であり、しかも上記三類型は前記のとおり例示にとどまると解される。

思うに明文規定を持つ著作権でさえ、侵害となるべき範囲が確定されてはじめて権利の範囲が決まることになる⁶のだから、実定法上の権利ではない「パブリシティ権」は著作権に比してなおさら、違法行為とされる範囲が確定されなければ、権利の実質は何も決まらないのではない。

さらに、世間の関心を集める者の氏名や肖像は、メディアによって必然的にさまざまな形で伝えられるものであるところ、パブリシティ権の「人格権に由来する」排他性が強調されすぎると、表現の自由や経済活動の自由など人の行為を過度に制約することや萎縮させることにつながりかねない。パブリシティ権は、実務上、表現の自由等との関係で、どこまで保護されるべきかが最も問題とされる⁷。ゆえに侵害の判断に当たっては、表現の自由等との衡量が必要との留保が付されたように思われる。問題は、どのように衡量するかということになる。

以上のことから、本判決が「パブリシティ権」の排他的な権利性を承認したからといって、「権利」概念にとらわれ、パブリシティ権を抽象的・固定的に把握していくのではなく、あくまで特定の侵害行為と衝突する他人の自由との関係で、当該肖像等有する顧客吸引力が不法行為法上保護されるのか否か、保護に値するならばどのような保護が適当かという行為

⁶ 実定法上の権利である著作権は、著作権者が著作権法21条から28条に明記された法定の利用行為をなすことができることを認めるという積極的な利用権ではなく、他人による法定の利用行為に対する消極的な禁止権にすぎないことにつき、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（2001年・有斐閣）iii頁および47頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009年・有斐閣）126-127頁参照。

また、窪田充見「不法行為法から見たパブリシティ—生成途上の権利の保護における不法行為法の役割に関する覚書—」民商法雑誌133巻4号（2006年）742頁も、「著作権法は、一定の形で定義される著作権が権利であると宣言することに尽きているわけではなく、そうした権利がどのような侵害行為との関係で保護されているのかを示す法律であると言える。」と指摘する。

⁷ 中島・前掲注(1)[判解]72頁参照。

規範の観点⁸から本判決およびパブリシティ権の射程を考察していくことが求められるように思われる。

そこで本稿では、判旨の順にかかわらず、本判決によって今後どのような行為がパブリシティ権侵害とされ、または非侵害とされるのかという実務的に重要な侵害の要件論を中心に検討を進めていく。具体的には、従来の裁判例においてどのような行為がどのような判断基準によって権利侵害とされてきたのか、行為類型ごとに裁判例の流れを整理した後、本判決が打ち立てた「専ら」基準の三類型が、どのような行為を念頭に置いているのか、補足意見を手がかりにその射程を検討し、パブリシティ権侵害の新たな判断基準としての意義を明らかにしたい。

その上で、パブリシティ権とプライバシー権等との関係や、パブリシティ権に基づく差止めの当否といった論点、すなわちパブリシティ権を「人格権に由来する権利」と位置付けた効果についてもあわせて検討することとしたい。

2. パブリシティ権侵害の要件論について

(1) はじめに

パブリシティ権をめぐって我が国では、イギリス人子役俳優の氏名・肖像がテレビCMに無断利用され、不法行為に基づく損害賠償責任を認めた東京地判昭和51年6月29日判時817号23頁 [マーク・レスター] を皮切りに、以降約40年間、広告、ポスター、プロマイド、文房具類、書籍、ゲーム、雑誌などさまざまな商品役務、メディアにおいて、著名人の氏名・肖像の利用にかかる権利侵害が争われてきた⁹。そこには、時の経過とともに裁判例が積み重なり、影響し合うことによって、不法行為法上保護され

⁸ 窪田充見『不法行為法』（2007年・有斐閣）136-137頁参照。

⁹ [マーク・レスター]から本判決の直前に出された東京地判平成22年10月21日平成21(ワ)4331号 [ベ・ヨンジュン来日特報] までのパブリシティ権侵害をめぐる裁判例の網羅的な分析として、菊地浩明「パブリシティ権についての裁判例の分析(上)(下)」判タ1346号25頁・1347号32頁(2011年)がある。

る権利・利益の内容が明らかになってきた、という流れがある。以下では、類型ごとに事案と結論を概観していく。

(2) 宣伝広告、商品化での利用

① 宣伝広告

人の氏名・肖像等有する商業的価値について、不法行為法上保護される利益であると認めた最初の裁判例が、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]¹⁰で、テレビCMにおける映画の部分的な利用に伴う宣伝広告への俳優の氏名・肖像の無断利用が問題となった事件である。

イギリス人著名子役俳優マーク・レスターこと原告マーク・レッツァーが出演したイギリス映画「小さな目撃者」の独占配給や宣伝に関する権利を有していた被告東京第一フィルムは、昭和46年(1971年)のロッセ・アーモンドチョコレートテレビCMと映画の宣伝のタイアップ広告を企画。原告の上半身が画面いっぱいクローズ・アップされているシーンを同映画から抜き出し、全体で16秒間のCMの最後3秒間部分として挿入。画面全体に原告を映し出して、『『小さな目撃者』より。マーク・レスター』との字幕スーパーを貼り、「マーク・レスターも大好きです。」とのナレーションを挿入するなどしてテレビCMを制作、北海道および東京地区でテレビ放映した。原告は、他の商品宣伝への自己の氏名・肖像の利用は承諾しておらず、商品宣伝に無断利用されたとして氏名権および「肖像権」侵害に基づく損害賠償を求めた。裁判所は氏名および肖像に関する人格的利益(精神的利益)と経済的利益(財産的利益)を侵害する不法行為に当たるとして原告の訴えを認めた¹¹。

¹⁰ 評釈等としては、内藤篤 [判批] 著作権判例百選〔第3版〕(2001年)95事件192頁、阿部浩二 [判批] 著作権判例百選〔第2版〕(1994年)92事件186頁、阿部浩二 [判批] 著作権判例百選〔初版〕(1987年)77事件164頁、五十嵐清 [判批] 判例評論216号(1977年)34頁等がある。

¹¹ もっとも、マーク・レスター事件における損害賠償の算定は、財産的損害につい

マーク・レスター事件以降の宣伝広告をめぐる裁判例としては、松下電器の商品宣伝用パンフレット、カタログ、新聞広告、ヤクルトのテレビCMに、原告スティーブ・マックイーン主演映画「栄光のル・マン」のワンシーンやスチール写真を、タイアップ広告として原告に無断で利用したことについて、これらの広告の内容は、原告が商品等の保証・推奨をしているわけではないことから、俳優の事前承諾の不要なタイアップ広告に該当し、承諾の要否を契約内容にまでさかのぼって調査検討すべき注意義務はなかったとして被告の過失を否定した東京地判昭和55年11月10日判時981号19頁 [スティーブ・マックイーン]、原告俳優藤岡弘の氏名・肖像写真を原告に無断で洋品店の新聞広告、チラシ、テレビCMへ利用したとして被告の不法行為を認め、財産的損害額100万円、慰謝料50万円の損害賠償の支払いを命じた富山地判昭和61年10月31日判時1218号128頁 [藤岡弘]、家庭用サウナー一式を購入した一私人である原告の顔写真と実名、購入した製品に関して原告の言ってもいない感想が載った被告製品の広告を、原告に無断で計12回にわたって新聞に掲載したことについて、被告の不法行為責任を認め慰謝料150万円の支払いを命じた東京地判平成元年8月29日昭和63(ワ)4652号 [サウナ風呂広告] (大澤巖裁判長) 等がある。

このように、パブリシティ権侵害訴訟は、宣伝広告への氏名・肖像の無断使用をめぐるのはじまり、昭和50年代初頭から平成に入るまでの間、宣伝広告での利用はパブリシティ権侵害行為の典型例として裁判例を重ねていった。

近年では、侵害を肯定した事例に、スポーツ用具・健康器具の販売会社である被告が、元プロ野球選手でタレントの訴外長島一茂の氏名・肖像お

て、氏名・肖像の利用にかかるライセンス料相当額ではなく、専属出演契約に基づき原告に一定期間の不作為を義務付けることの対価(契約金)を含むことを前提に、CMなど広告出演のために通常要する拘束に対する報酬(役務提供の対価)として所要時間1時間で50万円とされたことから、パブリシティ価値に対して損害賠償を認めたものとはいえず、草創期における単なる損害賠償請求事件の一例とされる。田村善之「パブリシティ権の侵害行為」『ライブ講義 知的財産法』(2012年・弘文堂)532-533頁、内藤篤=田代貞之『パブリシティ権概説〔第2版〕』(2005年・木鐸社)386-387頁参照。

よびコメントを、被告商品の宣伝広告に使用し、仲介人を通じて被告商品の訴外販売代理店に、自動車雑誌や風俗関係の求人雑誌へ計4回、被告商品の宣伝広告を掲載させたことについて、被告によるパブリシティ権侵害を認め、訴外長島の肖像等を管理する原告が雑誌・新聞等の広告で訴外長島の肖像等の使用を許諾する場合に受領すべき金額を損害額として算定、1,000万円の損害賠償の支払いを命じた東京地判平成17年3月31日判タ1189号267頁〔長島一茂〕(河村吉晃裁判長)、被告コムロ美容外科・歯科のホームページにおいて、原告女優中山麻理の氏名・顔写真を、治療・施術内容に対する原告のコメントを付して、契約終了後も無断で掲載したことについて、被告の不法行為を認めて財産的損害額約116万円、慰謝料30万円の損害賠償の支払いを命じた東京地判平成20年12月24日判タ1298号204頁〔中山麻理第一審〕(清水節裁判長)がある¹²。

他方、テレビショッピング番組での氏名・肖像の使用について、パブリシティ権を否定しつつ、「肖像権」侵害を肯定した事例に、東京地判平成16年10月21日平成15(ワ)20066号・平成13(ワ)22886号〔山本寛齋〕(宇田川基裁判長)がある。

テレビショッピングでバッグを販売する被告通販業者らが、著名なファッションデザイナーである原告山本寛齋がデザインした腕時計を、バッグ商品の景品として使用するために腕時計の訴外メーカーから購入。テレビショッピング番組において、バッグの景品である腕時計の紹介として原告の氏名・肖像が数十回にわたって全国放送された。裁判所は、被告による氏名の使用は、原告が代表取締役である訴外原告事務所と腕時計の訴外メーカーとの間の製造販売にかかるライセンス契約に基づき、原告は黙示に承諾していたと認めた。また、肖像の使用についても、腕時計がテレビショッピング商品の景品であること、腕時計が原告のデザインによるものであることを説明するために、訴外メーカーが作成した商品カタログに掲載されていた原告の白黒顔写真を借用して数秒間放映されたというものであるから、原告を特定するという以上の効用はないとして、パブリシティ権侵害

¹² なお、原告は損害額の算定を不服として控訴。控訴審の知財高判平成21年6月29日平成21(ネ)10009号〔中山麻理控訴審〕(飯村敏明裁判長)は、原告の財産的損害額を約173万円に、慰謝料を50万円に、算定額をそれぞれ引き上げた。

を否定した。

もっとも、裁判所は「自然人は、その人格権に基づき、正当な理由なく、その肖像を第三者に使用されない権利、即ち肖像権を有するというべき」とも述べ、被告らによる原告の上記顔写真の使用については、原告ないし原告事務所の同意が得られていないとして、精神的損害に対する慰謝料30万円の損害賠償の支払いを命じた。

② 商品化

パブリシティ権侵害行為のもうひとつの典型例が、商品化(いわゆるグッズ商品などマーチャンダイジングへの利用)である。氏名・肖像の商品化(メダル)と宣伝(チラシ)に対して、差止めを認めた最初の裁判例が、東京地決昭和53年10月2日判タ372号97頁〔王貞治〕である。差止めの対象となったものは、プロ野球王貞治選手の「片足をあげた野球選手のバッティングフォームの立像」、「王貞治」「八〇〇号達成」「王貞治選手」「王選手」「BIG1 王貞治」といった文字を表示したメダルおよびその包装紙・包装箱・宣伝用チラシの製造・販売、拡布である。その後も昭和の終わりまで、アイドル芸能人の氏名・肖像が、カレンダーやポスター、プロマイド(生写真)、テレホンカード、キーホルダー、きんちゃく、財布、バッジ、はちまき、下敷き、うちわ、ステッカーなどのいわゆるグッズ商品に無断利用された事案で、差止請求を容認した東京地決昭和61年10月6日判時1212号142頁〔おニャン子クラブ仮処分〕、東京地決昭和61年10月9日判時1212号142頁〔中森明菜Ⅰ〕、東京地決昭和61年10月17日判タ617号184頁〔中森明菜Ⅱ〕等の仮処分決定が相次いだ。

平成に入るとまもなく、本案訴訟で「パブリシティ権」という言葉を用いた東京地判平成元年9月27日判時1326号137頁〔光GENJI〕が現れる。人気男性アイドルグループ「光GENJI」らアイドル歌手15名の氏名・肖像写真を用いたカレンダーやポスターを、業者が無断製造・販売していたことについて、「光GENJI」らのパブリシティ権を被保全権利として差止めを命じた仮処分決定の取消しを業者が申し立てた。

裁判所は「パブリシティ権の帰属主体は、氏名・肖像の有する独立した財産的価値を積極的に活用するため、自己の氏名・肖像につき、第三者に

対し、対価を得て情報伝達手段に使用することを許諾する権利を有すると解される。」と判示して、業者の申立てを却下した。

そして、本案訴訟で商品化の差止めを認めた、おニャン子クラブ本案事件が登場する。昭和60年から61年にかけて全国の中学・高校生から人気を集めていた女性アイドルグループ「おニャン子クラブ」のメンバーである新田恵利、国生さゆり、高井麻巳子、渡辺美奈代らの肖像写真を掲載したカレンダーを、業者が無断で製造・販売していたことに対して、原告らが、財産権としての氏名・肖像を利用する権利、人格権としての氏名権、肖像権、旧不正競争防止法1条1項1号¹³違反の三点に基づいて、差止めと損害賠償を選択的に求めた。

第一審の東京地判平成2年12月21日判タ772号253頁[おニャン子クラブ本案第一審](房村精一裁判長)は、人の氏名・肖像には法律上保護されるみだりに使用されない人格的利益が認められるが、広く社会に自己の氏名・肖像を公開する芸能人と一般人とは、保護されるべき利益の範囲や程度には差があり得るとの一般論を提示。カレンダーでの氏名・肖像の無断利用では、氏名・肖像が売買取引の対象物とされており、芸能人であっても自己の氏名・肖像をみだりに使用されない原告らに固有の排他的な人格的利益があるとして、カレンダーの販売差止めと廃棄請求を認めた。損害賠償については、財産的損害額を原告ら一人当たり数千円、人格的利益の損害にかかる慰謝料は一人当たり10万円と算定、最も高額な慰謝料各10万円の支払いを命じた。

¹³ 旧不正競争防止法「第一条 左ノ各号ノ一ニ該当スル行為ヲ為ス者アルトキハ之ニ因リテ営業上ノ利益ヲ害セラルル虞アル者ハ其ノ行為ヲ止ムベキコトヲ請求スルコトヲ得

一 本法施行ノ地域内ニ於テ広く認識セラルル他人ノ氏名、商号、商標、商品ノ容器包装其ノ他他人ノ商品タルコトヲ示ス表示ト同一若ハ類似ノモノヲ使用シ又ハ之ヲ使用シタル商品ヲ販売、拡布若ハ輸出シテ他人ノ商品ト混同ヲ生ゼシムル行為」(下線筆者)。

現行不正競争防止法2条1項1号は、旧法1条1項1号(商品表示)と2号(営業表示)をまとめたもので、周知の他人の商品ないし営業表示と同一または類似する表示を用いることにより、商品等の主体に混同を生じさせる行為を規制する。詳しくは田村・前掲注(4)『不正競争法概説〔第2版〕』35頁参照。

これに対して控訴審の東京高判平成3年9月26日判時1400号3頁[おニャン子クラブ本案控訴審](松野嘉貞裁判長)¹⁴は、社会的評価を低下させるような氏名・肖像の使用でなければ、芸能人の人格的利益は毀損されないが、芸能人は自らの氏名・肖像が有する顧客吸引力の持つ経済的な権利ないし価値を排他的に支配する財産的権利を有するとした。そして、カレンダーは専ら原告らの氏名・肖像の持つ顧客吸引力に依存しているから、原告らは財産的権利に基づく差止請求権を有する一方、カレンダーは社会的評価を低下させておらず、人格的利益を毀損させるには至っていないため、原告ら固有の人格的利益の保護の要請に基づいて差止請求権が認められるとした第一審の判断は失当とした。結論として、上記財産的権利に基づいてカレンダーの販売差止めと廃棄を認めるとともに、損害賠償額は通常のライセンス料相当額として一人当たり15万円と算定する一方、原審が容認した人格的利益の損害にかかる慰謝料各10万円を限度に支払いを命じた。

なお、表現の自由との関係が問題となった、書籍・雑誌での利用に関する後の裁判例を受けた近年の事例に、パチンコ機での画像使用についてパブリシティ権侵害を否定した東京地判平成17年6月14日判時1917号135頁[矢沢永吉](永野厚郎裁判長)がある。パチンコ機中央の液晶部分に表示される画像として、ロック歌手の原告矢沢永吉を描いた人物絵¹⁵が無断使用され、コミカルで軽薄な雰囲気を持つキャラクターとして描かれたことによって「一途でストイックな音楽家」というイメージが大きく傷つけられ顧客吸引力が傷つけられたとして、謝罪広告とパチンコ機の使用差止めを求めた事案である。

裁判所は、後掲知財高判平成21年8月27日判時2060号137頁[ピンク・

¹⁴ 評釈等としては、大家重夫[判批]著作権判例百選〔第3版〕(2001年)96事件194頁、大家重夫[判批]著作権判例百選〔第2版〕(1994年)93事件188頁等がある。

¹⁵ 「楽屋裏の通路で、白い上着とズボンの男が、赤いタオルを肩にかけ、右手で地面を指さし、傾けた白いスタンドマイクを左手で持って、横を向いてポーズをとっている様子を描いたものである。本件画像中の人物絵は写實的に描かれておらず、いわゆる漫画絵に属するもの」。

レディー控訴審(本件控訴審)のさきがけとなった総合衡量を展開¹⁶。当該人物絵は客観的に見ると、ある程度原告を想起させる一方、特に醜悪あるいは滑稽な描かれ方でもなく¹⁷写真やビデオ、写実画でもないことなどから、原告に対して法的な救済を必要とする人格的利益の侵害が生じているとは認められないとして請求を棄却した。

③ 小括

宣伝広告、商品化に関する上記裁判例では、法律構成はさておき、本案訴訟、仮処分申請のいずれにおいても損害賠償または差止め¹⁸を認めていることから、非侵害と帰結した前掲[スティーブ・マックイーン]は例外事例ということになる。同じタイアップ広告において侵害を認めた前掲[マーク・レスター]との結論の違いは、[スティーブ・マックイーン]におけるタイアップ広告には俳優による商品等の保証・推奨がなく、そのような場合俳優の事前承諾は不要とする慣行の存在を認めたこと¹⁹によるのかもしれないが、しかしながらこのような慣行の存在を前提とする草創期の裁判例が、現在のビジネスシーンにおいても妥当するかどうかには、疑問が呈されている²⁰。

¹⁶ 「表現の自由や経済活動の自由などの対立利益をも考慮した個別的利益衡量が不可欠であり、使用された個人の同一性に関する情報の内容・性質、使用目的、使用態様、これにより個人に与える損害の程度等を総合的に勘案して判断する必要がある」とした。

¹⁷ もっともこの事案が、後掲ブカスペシャル7事件や@BUBKA事件のような事案、すなわち、ある種の「汚染的利用」を含むものであったならば、総合衡量の下ではどのような結論となっていたであろうか。

¹⁸ [マーク・レスター]から[おニャン子クラブ本案控訴審]での差止請求容認へと至るパブリシティ権の生成プロセスに関する示唆的な分析として、井上由里子「パブリシティの権利の再構成—その理論的根拠としての混同防止規定—」筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集刊行委員会編『現代企業法学の研究—筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集』(2001年・信山社)133頁以下参照。

¹⁹ 判タ425号(1980年)65頁解説参照。

²⁰ 田村・前掲注(11)『ライブ講義 知的財産法』546頁、内藤=田代・前掲注(11)

また、前掲[サウナ風呂広告]が示唆することは、宣伝広告へ他人の氏名・肖像を無断で利用することは、著名ではない—私人の氏名・肖像であっても人格的利益を侵害することになる、ということである。—私人の氏名・肖像を無断で商品化する場合も同様の精神的苦痛を強いることは想像に難くないことから、パブリシティ権の主体は著名人に限られるわけではなく、人は一般に主体となると解される²¹。そして、この理を敷衍したような事例が、商品カタログに掲載された白黒肖像写真のテレビショッピング番組での無断使用につき、パブリシティ権侵害を否定しつつも、「肖像権」侵害を肯定した前掲[山本寛齋]と思われる。

なお、「パブリシティ権」と「肖像権」という名称に関する本稿の立場を明らかにしておく、前掲[サウナ風呂広告]と[山本寛齋]は、いずれも宣伝広告における氏名・肖像の無断使用について人格的利益の侵害を認めていることから、侵害されたとする「権利」の明示の有無や付された名称の違いは、具体的な侵害の成否には影響しないことが分かる。本稿の主な関心は、人の氏名・肖像の利用についてどのような行為が不法行為法上違法とされるのかであるから、「権利」の名称が何であるか自体はあまり気にする必要がない(どちらでもよい)ということになる²²。

以上をまとめると、宣伝広告、商品化において他人の氏名・肖像を無断で利用する行為は、基本的に不法行為を構成し、損害賠償または差止めの対象になると見られる。

『パブリシティ権概説[第2版]』147-148頁参照。

²¹ 田村・前掲注(4)『不正競争法概説[第2版]』512頁以下参照。

²² 田村・前掲注(11)『ライブ講義 知的財産法』542頁参照。「肖像権」が問題となる事案は「プライバシー権」の問題と重なる点が多く(たとえば、前田陽一[判批]判例評論567号(2006年)198頁は、後掲最判平成17年11月10日判時1925号84頁[FOCUS法廷内写真・イラスト上告審]に関して、『容ぼう等を撮影・公表されない人格的利益』については、『プライバシー』に近い性質を有する」と述べる。)、要するに「肖像権」と「パブリシティ権」はいずれも肖像にかかる人格的利益を保護する概念であり、権利の名称にこだわる実益は少ないように思われる。

(3) 書籍での利用

平成3年(1991年)の前掲[おニャン子クラブ本案控訴審]の後、パブリシティ権侵害が問題となった氏名・肖像の新たな利用態様が、書籍における氏名・肖像写真の利用である。パブリシティ権の保護をめぐる最大の問題は、表現の自由との関係で、パブリシティ権はどこまで保護されるべきかという点にある。以下では、書籍における氏名・肖像の利用に関するふたつの事件を見ていく。

① キング・クリムゾン事件

被告エフエム東京が発行した「地球音楽ライブラリー」シリーズの『キング・クリムゾン』と題する書籍²³において、英国の世界的に著名なロック・グループ「キング・クリムゾン」のリーダー、原告ロバート・フリップを含む「キング・クリムゾン」のメンバーもしくは原告個人が写った肖像写真や「キング・クリムゾン」の名称、原告の氏名、「キング・クリムゾン」および原告を含む「キング・クリムゾン」に関連する音楽家の作品等のジャケット写真が原告に無断で多数掲載されたことにより、パブリシティ権侵害による財産的損害を被ったとして、原告が不法行為に基づく損害賠償、同書籍の印刷および販売の差止めならびに廃棄を求めた。

第一審の東京地判平成10年1月21日判時1644号141頁[キング・クリムゾン第一審](前田順司裁判長)は、原告と「キング・クリムゾン」との関係について、原告はグループ結成以来のリーダーであり唯一のメンバー

²³ 平成7年(1995年)発行、新書判サイズ、本文182頁、複製部数5,000、販売定価1,400円。全ページに上質な紙が使用され、「キング・クリムゾン」のジャケット写真を中心に、全体の約15パーセントがカラー印刷。書籍の題号には「キング・クリムゾン」のグループ名そのものを使用し、書籍の表紙、裏表紙、および背表紙には、いずれも「キング・クリムゾン」の文字が大書きされ、ファーストアルバム「IN THE COURT OF THE CRIMSON KING」(クリムゾン・キングの宮殿)、第6アルバム「LARKS' TONGUES IN ASPIC」(太陽と戦慄)のジャケット写真がデザインされ、その面積の約7割を占めており、一見して「キング・クリムゾン」に関する書籍であることが分かる装丁となっている。

であるから、原告以外に「キング・クリムゾン」の名称を使用した者は存在せず、ゆえにグループとしての「キング・クリムゾン」のパブリシティ価値・地位は、原告のそれと大部分において重なりと評価。伝記部分における原告を含むメンバーの肖像写真計5点に加えて、作品紹介の扉部分4頁における原告を含むメンバーもしくは原告個人の肖像写真、原告を含むメンバーもしくは原告の肖像が写っていないジャケット写真をあわせたすべてのジャケット写真について、原告および「キング・クリムゾン」のパブリシティ価値を利用するものであるとした。そして同書籍は、書籍の装丁からも全体として「キング・クリムゾン」および原告を含むグループに関連する音楽家の氏名、肖像およびこれらの者の音楽作品のジャケット写真の有する顧客吸引力を「重要な構成部分」として成立し、氏名、肖像写真およびジャケット写真は、同書籍へ購入者の関心を引き付ける機能を果たしているから、このような利用は言論・出版の自由の範囲には属さないとして、不法行為に基づく損害賠償請求210万円に対して40万円を認め、同書籍の販売差止めと廃棄を認めた。

これに対して控訴審の東京高判平成11年2月24日平成10(ネ)673号[キング・クリムゾン控訴審](新村正人裁判長)²⁴は、真逆の評価を示して第一審を全面的に覆し、侵害を否定した。

すなわち、肖像写真とジャケット写真の使用態様と目的について、作品紹介におけるジャケット写真のうち、原告の肖像写真が使用されているのはわずか3枚、メンバーのものを加えても合計5枚にすぎず、ジャケット写真の占める部分は当該紙面の4分の1未満に抑えられている上、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から、ジャケット写真がその中心的な役割を果たしているとはいえず、ジャケット写真計187枚の使用は、パブリシティ価値を利用することを目的とするものとはいえないとした。さらに、原告を含むメンバーが写っている肖像写真のうちパブリシティ価値の面から問題となるのは、伝記部分の5枚と作品紹介の扉部分4頁に掲載されている肖像写真にすぎないが、その掲載枚数はわずかであり、全体として見れば同書籍にこれらの肖像写真が占める質的な

²⁴ 評釈等としては、豊田彰[判批]著作権判例百選[第3版](2001年)97事件196頁等がある。なお、原告による上告は平成12年11月9日に棄却されている。

割合は低く、同書籍の発行の趣旨、目的、書籍の体裁およびページ数等に照らすと、これらの肖像写真は原告および「キング・クリムゾン」の紹介等の一環として掲載され、紹介等の実質を備えたものと考えられるから、これをもって原告の氏名や肖像のパブリシティ価値に着目し、これを利用することを目的とするものとはいえないとした。

そして、表現の自由との関係について、「著名人の氏名、肖像等とはもともと著名人の個人識別情報にすぎないから、著名人自身が紹介等の対象となる場合に著名人の氏名、肖像等がその個人識別情報として使用されることは当然に考えられることであり、著名人はそのような氏名、肖像等の利用についてはこれを原則的に甘受すべきものであると解される。もちろん、そのような場合でも著名人の氏名、肖像等の顧客吸引力が発揮されることは否定できないから、顧客吸引力という一面において、氏名、肖像等の顧客吸引力がその余の紹介等の顧客吸引力を上回る場合も考えられるが、顧客吸引力の観点だけで紹介等の部分の価値の軽重を判断することはできないし、氏名、肖像等の顧客吸引力が認められる場合でも全体としてみれば著名人の紹介等としての基本的性質と価値が失われないことも多いと考えられるから、その場合には右紹介等は言論、出版の自由としてなおこれを保護すべきである。

したがって、判断基準の異なる氏名、肖像等の顧客吸引力と言論、出版の自由に関する紹介等を単純に比較衡量することは相当でなく、パブリシティ権の侵害に当たるか否かは、他人の氏名、肖像等を使用する目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察して、右使用が専ら他人の氏名、肖像等のパブリシティ価値に着目しその利用を目的とする行為であるといえるか否かにより判断すべきものであって、原則的に他人の使用が禁止されている著作物の引用の場合と同一に考えることはできない（下線筆者）と説示した上で、「氏名、肖像等を使用する行為は営利目的の有無を問わず発生し得るものであって、紹介等の行為の営利性とパブリシティ権の利用とは直接関連しないから、本件書籍の発行が営利行為に当たることをもって前記認定を動かし得るものではない。」として、パブリシティ権侵害を否定した。

② 中田英寿事件

キング・クリムゾン事件に続いて、書籍における表現の自由とパブリシティ権、さらにはプライバシー権と著作権も加わりさまざまな利益が交錯した事例が、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〕（三村量一裁判長）²⁵である。

プロサッカー選手の原告中田英寿の半生を紹介する『中田英寿 日本をフランスに導いた男』と題する書籍²⁶において、カバー表紙、グラビア、本文中にそれぞれ原告の肖像写真計23点²⁷と、原告が中学校在学時代に創作し卒業文集に掲載された「目標」と題する詩、本文の内容として原告の出生時の状況、性格、学業成績や在学中の評価記録といった原告に関するさまざまな事実情報が、それぞれ原告に無断で掲載されたことに対して、原告がパブリシティ権、プライバシー権ならびに著作者人格権（公表権）および著作権（複製権）侵害を主張し、同書籍の発行の差止めおよび4,700万円余の損害賠償を求めた。

裁判所は、肖像写真についてのパブリシティ権と詩についての公表権侵害を否定する一方、一部の写真と本文内容についてのプライバシー権侵害と詩についての複製権侵害を肯定した。以下では、パブリシティ権侵害の否定に関する判断に絞って見ていくこととする。

まず、写真、サイン、「詩」の掲載部分以外の約200頁が、関係者に対す

²⁵ 評釈等としては、龍村全〔判批〕著作権判例百選〔第3版〕（2001年）98事件198頁、公表権侵害の争点を取り上げるものに荒竹純一〔判批〕著作権判例百選〔第4版〕（2009年）80事件162頁等がある。

なお、控訴審の東京高判平成12年12月25日判時1743号130頁〔中田英寿控訴審〕（篠原勝美裁判長）は、伝記の文章の内容にかかるプライバシー権侵害と「詩」の無断掲載にかかる著作権（複製権）侵害を肯定した。

²⁶ B6判サイズ、グラビア部分4頁、本文237頁。被告出版社のラインブックスが発行、著者は同社代表取締役の被告高部務。

²⁷ プロ選手契約締結以前のもの14点、締結以後のもの9点。カバー表紙はカラー写真、グラビアと本文内の写真はすべて白黒。グラビアの1頁目はページ全面がサッカー日本代表ユニフォーム姿の原告の肖像写真で占められており、文章は見られない。

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や言動について記された文章で、同書籍の中心的部分であるとし、本文中の原告の写真は、本文の記述を補う目的で用いられているとした。次に、表紙、背表紙および帯紙ならびにグラビアページに利用された原告の氏名およ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。しかし、右のような態様により原告の氏名、肖像が利用されているのは、本件書籍全体としてみれば、その一部分にすぎないものであって、原告の肖像写真を利用したプロマイドやカレンダーなど、そのほとんどの部分が氏名、肖像等で占められて他にこれといった特徴も有していない商品のようになり、当該氏名、肖像等の顧客吸引力に専ら依存している場合と同列に論ずることはできない。また、著名人について紹介、批評等をする目的で書籍を執筆、発行することは、表現・出版の自由に属するものとして、本人の許諾なしに自由にこれを行い得るものというべきところ、そのような場合には、当該書籍がその人物に関するものであることを識別させるため、書籍の題号や装丁にその氏名、肖像等を用いることは当然あり得ることであるから、右のような氏名、肖像の利用については、原則として、本人はこれを甘受すべきものである。」と説示した。

結論としては、本文中の記述、一部の写真について原告のプライバシー権侵害を認め、書籍の販売差止めとともに、書籍の販売から得られた利益を3,700万円余と認定、複製権侵害にかかる財産的損害として右利益の約5%相当額の185万円、プライバシー権侵害にかかる精神的損害を200万円と算定し、合計385万円の損害賠償の支払いを被告に命じた²⁸。

²⁸ 内藤・前掲注(1)コピライト614号8-9頁は、伝統的なプライバシー権から自己情報コントロール権へ、プライバシー権が「変節」、プライバシーの概念が膨張化し、著名人が自らに有利に訴訟を進めるためにプライバシー権を持ち出すか(後掲ブブカスペシャル7事件)、あるいは過度に自己情報をコントロールしようとするか(中田英寿事件)という意味で、特に前者の事態を指して「隠れパブリシティ権」を生んだとして批判する。

③ 小括

〔キング・クリムゾン控訴審〕は、書籍におけるジャケット写真の使用目的と掲載サイズ(作品を読者に紹介し想起させ、強く印象付ける目的、サイズは4分の1以内)、伝記部分(5点)と作品紹介(扉部分4頁)における肖像写真の使用態様(掲載数はわずかで質的な割合は低い)を踏まえて、「キング・クリムゾン」の活動や作品を紹介する内容としての実質性を具備していることに着目し、言論・出版の自由の保護をより慮って侵害を否定した²⁹。一般論の提示部分では出てこないものの、当てはめでは「専ら」の語を用いていることから、実質的に「専ら」基準を提示したものと見られる³⁰。

さらに注目される点が、パブリシティ権侵害の判断基準として「専ら」基準を示すに至る理由、その意味合いである。というのも、〔キング・クリムゾン控訴審〕が、その氏名・肖像等が顧客吸引力を有する著名人の紹介等において、個人識別情報として氏名・肖像等を使用することに伴ってその顧客吸引力が発揮・使用されたとしても、紹介等については「言論、出版の自由となおこれを保護すべきである」と述べ、表現の自由の優越的地位³¹を所与として「判断基準の異なる氏名、肖像等の顧客吸引力と言論、出版の自由に関係する紹介等を単純に比較衡量することは相当でな」と断った上で、パブリシティ権侵害に該当するかどうかは「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利用を目的とする行為であるといえるか否かにより判断すべき」との新たな判断基準を提示したからである。この判旨の流れからは、表現の自由に対する萎縮効果による

²⁹ 設楽隆一「パブリシティの権利」牧野利秋=飯村敏明編『新・裁判実務大系22 著作権関係訴訟法』(2004年・青林書院)550頁は、「パブリシティ権をどのように構成しようとも、出版及び報道の自由による制約は認められるべきであり、その意味で、この判決の持つ事例的意義は大きい」と指摘する。

³⁰ 北村・前掲注(2)[判批]311頁注(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『知的財産法制の再構築』(2008年・日本評論社)199-200頁注(52)参照。

³¹ 長谷部恭男「表現の自由の根拠」法教360号(2010年)65頁以下、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』(1988年・東京大学出版会)59頁以下参照。

自主規制をできるだけ除去するためには、パブリシティ権侵害の判断を「個別的衡量」に委ねるのではなく、予測可能性の点で優れる「定義付け衡量」によるべきとの裁判所の意向が窺われる。そして、表現の自由との「定義付け衡量」がなされた結果示されたものが、「専ら」基準だったのではないかと思われる³²。

「定義付け衡量」とは、利益衡量の手法のひとつで、保護されるべき人権の範囲、あるいは人権としては保護されない範囲を明確に定義し、具体的事例がその定義に該当するかどうかを判断するものである。いったん定義付けがなされると、個別に利益衡量する必要がなくなるから、予測可能性・安定性が高まる。このため「定義付け衡量」は一般に、表現の自由に対する萎縮効果を除去する上で、より好ましいアプローチとされる³³。

³² ピンク・レディー事件における被告の訴訟代理人の一人である伊藤真弁護士は(ピンク・レディー事件において「専ら」基準に即して非侵害を主張)、[キング・クリムゾン控訴審]が「専ら」基準を出した理由について、「表現の自由があって、そこからバランスの中で『専ら』というかたちで判断基準を持ってこなければいけないのだと。…表現の自由との較量の結果としての基準が『専ら』基準だとわたし自身理解しております。」と述べる。以上につき、上野達弘ほか「芸能人の氏名・肖像の法的保護およびパブリシティ権の最近の動向」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』(2011年・成文堂)236頁〔伊藤真発言〕参照。

他方、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」判タ1214号(2006年)22頁以下は、「専ら」基準を「総合判断アプローチ」として批判する。

³³ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』(2010年・有斐閣)123-124頁・195頁以下参照。「定義付け衡量」は「類型的衡量」「限界確定衡量」とも呼ばれ、米国における表現の自由の規制立法の合憲性審査基準として、Melville B. Nimmerらによって1960年代後半から主張され出した憲法理論であることを詳しく紹介するものとして、榎原猛『表現権理論の新展開』(1982年・法律文化社)参照。

また、長谷部恭男「表現の自由と著作権」コピライト616号(2012年)3頁は、定義付け衡量を「表現の自由の保護範囲を範囲外とされる概念の定義付けによって画する手法」と定義し、著作権法では思想と表現の区分によって「定義付け衡量」が行われているとする一方、一般論としてfair use条項による利益衡量は個別的衡量となるため、ある種の萎縮効果が出てくる可能性がある」と指摘する。同様に憲法学の観点から著作権と表現の自由の調整問題を取り上げるものとして、大日方信春「著

これに対して「個別的衡量」とは、人権の保護範囲をあらかじめ明確に定義付けるのではなく、個別の事件ごとに問題となっているすべての利益を衡量して結論を出すアプローチ、すなわち総合衡量であるから、一般に事案に対する結論の具体的妥当性は向上する一方、予測可能性は小さくなるというものである³⁴。

なお、侵害を肯定して差止請求と損害賠償請求を認めた[キング・クリムゾン第一審]は、芸能人の氏名・肖像が持つ顧客吸引力には経済的な利益ないし価値があるから、芸能人はこれを排他的に支配する財産的権利を有し、著名人の氏名・肖像の無断利用は財産的権利を侵害するといった論旨³⁵にてパブリシティ権侵害を認めた、無断商品化に関する一連の裁判例³⁶

作権と憲法理論」知的財産法政策学研究33号(2011年)246頁以下参照。

³⁴ 高橋・前掲注(33)『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』123-124頁参照。

³⁵ 田村善之=小嶋崇弘「商標法上の混同概念の時的拡張とその限界」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『ブランドと法』(2010年・商事法務)243頁以下では、商標が出所識別機能を越えて、それ自体が財産的価値を有するようになってきたことについての米国の学説を紹介しながら、価値がある以上は当然に保護すべきだという議論は循環論法でしかない」と指摘する。山口いつ子『情報の構造 情報の自由・規制・保護』(2010年・東京大学出版会)322頁以下も同旨。氏名・肖像の個人識別機能と氏名・肖像自体が有する財産的価値との関係は、商標における議論に類似している点が興味深い。

循環論法について、田村・前掲注(4)『不正競争法概説〔第2版〕』では、かような論法はリーガルリーズニングにならない旨を随所で喝破している。たとえば、「当該行為が『公正な競争秩序』に違反するのであれば不正競争行為として禁止すべきであり、そうでなければ許容されるといった議論」(iii頁)や「競争社会の道徳や公序良俗に反する行為が不正競争行為である」、「不正競争行為とは競争社会の規範違反である」といった議論(10頁)は、公正な競争秩序、道徳あるいは公序良俗、競争社会において違反とされるべき規範の意味内容を明らかにしない限り、証明すべき事柄自体を援用する循環論法の域を脱しないとする。同510頁注(6)では、パブリシティの利用により利用者が不当利得を得ていることを理由に、パブリシティ権を肯定しようとする見解について、民法703条によれば、当該利得を取得したことにつき法律上の原因のないこと、すなわち、当該利得の状態が財産法の秩序を定める法規に反していることが必要であるところ、そのような法規を有する権利があるとすればそれはパブリシティ権にほかならないから、上記のような見解は循環論

に影響を受けた過渡期における例外事例ということになろう。もっとも、事案との関係で見れば〔キング・クリムゾン第一審〕は、原告ロバート・フリップの氏名・肖像はもとより「キング・クリムゾン」というグループ名をも使用していないジャケット写真³⁷の使用行為を含めてパブリシティ権の侵害を認定している点で、今から見れば「物」のパブリシティ権に関する萌芽的事例と捉えることもできるのかもしれない。

名誉毀損やプライバシー侵害に該当すれば格別、客観的に見て書籍『キング・クリムゾン』は過去に発行されたレコードアルバムのジャケット、公表されたアーティスト写真等を再構成した「キング・クリムゾン」のディスクグラフィックであり、活動・歴史の紹介にほかならないと思われる。しかしながら、これが「グッズ」に位置付けられるとなると、パブリシティ権侵害でない表現までが萎縮し、自主規制されてしまう効果は殊の外大きいと思われる。同書籍を「商品化」類型と捉える見方³⁸もあるが、にわかに賛成し難い³⁹。

一方、〔中田英寿第一審〕は、『中田英寿 日本をフランスに導いた男』におけるサッカー競技に直接関係しない記述や幼少期の写真の掲載につ

法にすぎず、理由付けになっていないと指摘する。

³⁶ 東京地判平成元年9月27日判時1326号137頁〔光GENJI〕、東京高判平成3年9月26日判時1400号3頁〔おニャン子クラブ本案控訴審〕。

³⁷ たとえば、書籍『キング・クリムゾン』18頁「IN THE COURT OF THE CRIMSON KING」(キング・クリムゾンの宮殿)、同22頁「ISLAND」(アイランズ)、同26頁「LARKS' TONGUES IN ASPIC」(太陽と戦慄)といったもの。

³⁸ キング・クリムゾン事件における原告の訴訟代理人の一人である内藤篤弁護士は、内藤＝田代・前掲注(11)『パブリシティ権概説〔第2版〕』355頁注(4)において、同書籍を「境界線上のもの」と分析するとともに、内藤・前掲注(1)NBL 976号22頁では「書籍の皮をかぶったグッズ」と評している。中島・前掲注(1)〔判解〕76頁も、「〔キング・クリムゾン事件〕で問題とされた書籍がキャラクター本としての第二類型の限界事例であり、本判決の判断基準を適用しても非侵害とされるように思われる」と指摘する。

³⁹ キング・クリムゾン事件における被告の訴訟代理人の一人である北村行夫弁護士は、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築」コピライト505号(2003年)17頁において「評伝、評論、紹介を目的とする書籍であることが明らかだった」と評している。

いて、プライバシー権侵害と「詩」の掲載にかかる複製権侵害は肯定(公表権侵害は否定)した。

しかしパブリシティ権については、前掲〔キング・クリムゾン控訴審〕が提示した「専ら」基準⁴⁰の趣旨を敷衍して、表紙やグラビア部分の写真は文章部分から独立した顧客吸引力の利用であると認めながらも、書籍全体に占める当該写真の割合を斟酌し、氏名・肖像等の使用行為を相対的に吟味することを通じて、プロマイドやカレンダーといった著名人の氏名・肖像等の顧客吸引力に専ら依存する商品(商品化類型)との質的線引きを図った点にきわめて大きな意義があると思われる。また、同書籍の題号、表紙のカラー写真は、個人識別情報としての氏名・肖像の利用であり表現の自由として認められる旨言明した点も注目される⁴¹。

思うに、他人が著す伝記や評論等における肖像写真の使用を、対象となる著名人等が一般にパブリシティ権によってコントロールできるとなると、いくらでも虚像を伝えることができるようになるし、著名人の意に沿わないものは出版されないことにつながりかねない。伝記や論評の対象となる著名人が、どのような容姿であるかを伝えるといった情報の送手手の自由は、表現の受け手の自由(聞く自由、読む自由、見る自由)、すなわち国民の「知る権利」が前提にあるとされる⁴²。

振り返ってみると、〔キング・クリムゾン第一審〕以前の「商品化」をめぐる一連の裁判例は、ことごとく差止めを認めていた。すなわち、前掲〔王貞治〕以来20年、事例の蓄積によって「パブリシティ権侵害は差止めの対象」という裁判法理が出来上がっていたように思われる。

キング・クリムゾン事件および中田英寿事件は、「商品化」をめぐる事件と同様、差止めを求めた事案であるが、「商品化」をめぐる事件との大

⁴⁰ 一般論の提示で「専ら」の語が用いられたのは、〔中田英寿第一審〕が最初のものである。

⁴¹ 〔中田英寿第一審〕の担当裁判長である三村量一元判事・弁護士による同判決についての若干のコメントとして、三村量一「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピライト594号(2010年)20頁参照。

⁴² 芦部信喜＝高橋和之補訂『憲法〔第5版〕』(2011年・岩波書店)170-171頁、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』(1995年・青林書院)513頁参照。

きな違いは、表現の自由との衝突であった。ゆえに「専ら」基準の出現と展開には、従前の裁判例とは一線を画して、新たな行為類型である出版という事実との関係からパブリシティ権侵害の要件論を新たに示すに当たって、裁判所による恣意的判断と表現の自由に対する萎縮効果を防止していくためには、著名人の氏名・肖像等が有する顧客吸引力と表現の自由を等価的に個別的衡量(総合衡量)するのではなく、表現の自由の優越的地位を所与として、定義付け衡量によって表現の自由に優越する行為を「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利用を目的とする行為」に類型化し、不法行為法上違法となるべき要件を判例法で明確にしていこうとする意図があったのではないか。そこには、雑誌記事が名誉権侵害に当たるとして事前差止めを認めた仮処分決定を事案として、個別的衡量ではなく定義付け衡量によって出版物の事前差止めに関する実体的要件を定立し、記事の内容から同仮処分決定は表現の自由の保障を定めた憲法21条に違反しないと帰結した最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁[北方ジャーナル上告審]⁴³で採られた判断枠組み⁴⁴と類似のものが

⁴³ 事案は以下のとおりである。昭和38年から昭和49年まで旭川市長を務め、北海道知事選挙に立候補予定だった債権者五十嵐広三が、債務者出版社の発行する月刊誌「北方ジャーナル」昭和54年4月号に掲載予定の「ある権力主義者の誘惑」と題する記事のグラを入手。同記事が債権者五十嵐に関する虚偽の事実を列挙し、非難・中傷を加えているため債権者の名誉権侵害に当たるとして同雑誌の出版の事前差止めを認める仮処分決定(札幌地決昭和54年2月16日昭和54(ヨ)72号)がなされた。

これに対して、出版社が取って代わって原告となり、同仮処分決定について、①憲法21条2項が禁ずる「検閲」に当たり、②表現の自由を保障する憲法21条1項にも違反すると主張。仮処分決定をなした国を被告に加えて損害賠償を求めた。第一審(札幌地判昭和55年7月16日民集40巻4号908頁)、控訴審(札幌高判昭和56年3月26日民集40巻4号921頁)ともに記事の名誉毀損を認めて請求を棄却。

最高裁大法廷は、①仮処分による事前差止めは「個別的な私人間の紛争について、司法裁判所により、当事者の申請に基づき差止請求権等の私法上の被保全権利の存否、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるものである」として「検閲」には当たらないと判示した。

他方、②「表現に対する事前抑制は、表現の自由を保障し、検閲を禁止する憲法21条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容される」と述べた上で、「公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批評等の表現行為に関す

窺われる。

(4) 雑誌での利用

雑誌でのカラー写真のグラビアの利用とパブリシティ権の関係をどのように考えるか。平成12年(2000年)の中田英寿事件の後、「物」のパブリシティ権が争われ、名古屋と東京で侵害/非侵害に判断が分かれた一連のゲームソフト訴訟⁴⁵(後に扱う)を間に挟んで、次に登場した「人」のバ

るものである場合には、そのこと自体から、それが公共の利害に関する事項であるということができ、…その表現が私人の名誉権に優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであることにかんがみると、当該表現行為に対する事前差止めは原則として許されない」と説示した。

そして、「ただ、…その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときは、当該表現行為はその価値が被害者の名誉に劣後することが明らかであるうえ、…かかる実体的要件を具備するときに限って、例外的に事前差止めが許されるものというべきであり、このように解しても上來說示にかかる憲法の趣旨に反するものとはいえない。」(下線筆者)として名誉毀損に基づく事前差止めの要件論を提示した上で、記事の内容に関して「ことさらに下品で侮辱的な言辞による人身攻撃を多分に含むものであって、到底それが専ら公益を図る目的のために作成されたものということとはできず、かつ、真実性に欠けるものであることが…明らかであったというべきところ、…北海道知事選挙を2ヶ月足らず後に控えた立候補予定者…としては、本件記事を掲載する本件雑誌の発行によって事後的には回復しがたい重大な損失を受ける虞があったといえることができるから、…本件仮処分は、差止請求権の存否にかかわる実体面において憲法上の要請をみたしていた」と認めて上告を棄却した。

⁴⁴ 大法廷は、事前差止めの要件として「類型的衡量」(定義付け衡量)を多数意見として採用し、大橋進判事補足意見が「類型的衡量」を採るべき旨を強調し、牧圭次判事がこれに同調した。個別的衡量と定義付け衡量およびその他の要件論の比較検討に関する解説は、加藤和夫・最高裁判例解説民事篇昭和61年度291頁以下参照。

⁴⁵ 名古屋地判平成12年1月19日判タ1070号233頁[ギャロップレーサー第一審]、名古屋高判平成13年3月8日判タ1071号294頁[ギャロップレーサー控訴審]、東京地判平成13年8月27日判時1758号3頁[ダービースタリオン第一審]、東京高判平成14年9月12日判時1809号140頁[ダービースタリオン控訴審]、最判平成16年2月13日

プライバシー権侵害の行為類型が、雑誌におけるカラー写真の無断掲載である。前掲キング・クリムゾン事件や中田英寿事件のような書籍とは異なり、雑誌では特にカラー写真の利用が多く、掲載される写真や記事の大きさ、内容もさまざまであり、本件の事案もこの類型に位置する。以下に見ていくとおり、雑誌における写真の利用行為は、その態様によって侵害／非侵害に裁判例が分かれている一方、表現の自由との関係では、書籍と同様に高い緊張関係にある行為類型といえる。

① ブカスペシャル7事件

ブカスペシャル7事件は、アイドルタレントの姿態を素人が無断撮影したカラー写真や、芸能界デビュー前にさまざまな方法で撮影されたカラー写真等が、いわゆるお宝投稿写真雑誌へグラビア的に無断で多数掲載されたことについて、一部の写真がパブリシティ権、プライバシー権双方の侵害と認定されたはじめての事例である。第一審と控訴審とで異なる判断基準が示され、ともにパブリシティ権侵害と認めたものの、第一審は有責性を否定し、控訴審は肯定した。この事件は、いわばパブリシティ権とプライバシー権の侵害／非侵害の分岐点を具体的に示唆するきわめて重要な裁判例といえる。

「ブカスペシャル7」と題するいわゆるお宝写真投稿雑誌⁴⁶において、原告女性タレント16名のカラー肖像写真⁴⁷が無断で多数掲載され、当該肖像写真や記事の内容に私的事柄が含まれているとして、原告らがプライバシー権（肖像、個人情報）およびパブリシティ権の侵害を主張、被告に対して不法行為に基づく損害賠償を求めた。以下ではパブリシティ権にかか

判時1863号25頁 [ギャロップレーサー上告審]。

⁴⁶ 被告出版社コアマガジンが平成14年(2002年)6月に発行。AB判サイズ、縦B5判、横A4判、表紙等含む全116頁がカラー印刷。

⁴⁷ これらの写真は、「追っかけ」または「カメラ小僧」が無断撮影したもので、追っかけ等から被告が買い取ったものであることを被告が認めている。また、ア佐藤江梨子の小学校時代の修学旅行の写真は卒業アルバムからの転載で、卒業アルバムの頒布を受けた同級生から提供を受けた旨と被告は主張している。

る判旨に絞って見ていくこととし、プライバシー権侵害に関しては後に触れる。

第一審の東京地判平成16年7月14日判時1879号71頁 [ブカスペシャル7第一審] (市川正巳裁判長) は、以下に整理した原告らアからシを被写体とするカラー肖像写真について、前掲 [キング・クリムゾン控訴審] [中田英寿第一審] と同様の「専ら」基準により、写真の内容、大きさ、紙面に占める割合、記事の内容、写真と記事の関係を吟味し、それぞれ侵害・非侵害を判断した。

【表①】 [ブカスペシャル7第一審] における写真・記事の評価と侵害判断

備考 PB: パブリシティ権、PR: プライバシー権、非: 非侵害、侵: 侵害				
被写体	掲載頁	写真の内容、記事との関係	侵害判断	
			PB	PR
ア 佐藤江梨子	1	芸能人となった後に撮影された写真(符号一)、芸能人となる前に撮影された小学校時代の修学旅行の写真(符号二～五)。各写真はスタイルの良さで人気を博している原告の小学校時代の体型や生活振りを紹介する記事の一部で記事に必要な範囲を超えるものではない(符号二～五の掲載がプライバシー権侵害を構成するかは別問題)。	非	侵(符号二～五)
イ 藤原紀香	8, 38-39	アサヒビールイメージガール時代の水着姿 ⁴⁸ 写真、TBSドラマの出演シーンの写真(符号七六・七七)。各写真は大変な売れっ子となった原告の売出し中の活動歴を紹介する記事の一部。	非	非

⁴⁸ 北村・前掲注(2) [判批] 335頁注(57)は、相対的に大きな写真でもパブリシティ権非侵害とされた藤原紀香のアサヒビールイメージガール時代の水着姿の写真(8頁25.6cm×19.7cm [符号六]、38頁25.6cm×18.6cm [符号七五])について、活動歴を紹介する記事の一部となっていることから非侵害とされた点に着目、活動歴に関連しない取り扱いであれば侵害と見て「限界線に近いもの」と分析する。

ウ 後藤真希ら6名	9-11	腋の下が見える姿態の写真(符号七〜一二) ⁴⁹ 。「アイドル腋-1 グランプリ」と題する女性アイドルの腋の下の美しさに順位を付けて紹介した記事。各写真はやや品位に欠けるところがあるが論評する記事の一部に必要な範囲。	非	非
エ 後藤真希	16-17	デビュー後に通学中(私服姿で路上を通行中等)の写真(符号三六〜三九)。見開き2頁ほぼ全面写真、通学中の姿を紹介する記事の一部ではあるが、文章部分の大きさは15%程度と極めて少ない。	侵	侵
オ 後藤真希	20-21	デビュー後の正月休みに私服で路上待ち合わせ中(私服姿で路上を通行中等)の写真(符号四八〜五三)。見開き2頁ほぼ全面写真、私服で休暇中の姿を紹介する記事の一部ではあるが、文章部分の大きさは15%程度と極めて少ない。	侵	侵
カ 後藤真希	26-27	芸能人となる前、中学1、2年の頃に友人と一緒に撮影した写真(符号六五〜六八)。見開き2頁全面写真、中学1、2年の頃の姿を紹介する記事の一部ではあるが、文章部分の大きさは10-15%程度と極めて少ない。	侵	侵
キ 後藤真希	28	デビュー後、通学した中学校で教師らと一緒に(私服姿で路上を通行中等)に撮影した写真(符号六九)。デビュー直後の容姿のかわいさ等芸能活動を論評する記事の一部に必要な範囲。	非	侵
ク 後藤真希	42-43	イベント会場で撮影した写真(符号七八・七九)、実家の最寄り駅、通学した中学、実家の店構え等の写真(一部処理、符号八〇)。「ストーリーズハイ」と題して原告の実家を探し出す文章が主な記事の一部(原告の実家を探し出す記事がプライバシー権(個人情報)侵害を構成するかは別問題)。	非	侵(符号八〇、記述)

⁴⁹ 内藤・前掲注(1)コピライト614号4頁資料2参照。

ケ 安倍なつみ	24	映画の撮影目的でひたちなか少女駅伝大会に出場した際の写真(符号六一〜六三)。芸能活動における珍しい一面を紹介する記事の一部。	非	非
コ 市井紗耶香	25	デビュー後、中学校卒業式(制服姿で通学中)の写真(符号六四)。芸能活動を論評する記事の一部。	非	侵
サ 深田恭子	34-35	デビュー後、制服姿で通学中の写真(符号七〇〜七四) ⁵⁰ 。見開き2頁ほぼ全面写真、通学中の姿を紹介する記事の一部であるが、文章部分の大きさは15%程度と極めて少ない。	侵	侵
シ 優香	56-57	デビュー後、制服姿で通学中の写真(符号八三〜八五)。最寄り駅、通学した小・中・高校、元実家の付近の路上風景、元実家の写真(符号八一・八二)。「ストーリーズハイ」と題して原告の元実家を探し出す文章が主な記事の一部(原告の元実家を探し出す記事がプライバシー権(個人情報)侵害を構成するかは別問題)。	非	侵(符号八一〜八五、記述)

上記のうち、「写真を見開き2頁のほぼ全面に掲載している」と判断した後藤真希と深田恭子の写真は、いずれも「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」と認定し、パブリシティ権侵害を肯定した⁵¹。

⁵⁰ 内藤・前掲注(1)コピライト614号4頁資料1参照。

⁵¹ 無体物の保有者—利用者間の取引では、当事者の力関係や業界慣行、相手方との関係性の維持が必要、争いとなるのが煩わしい、江戸の敵を長崎で討たれることは避けたい等の理由から、知的財産権による保護を受けないものでも利用者が無体物の保有者に許諾を求め、あるいは利用料も支払っていることがよくある。たとえば寺社での撮影等に関して、加戸守行ほか「座談会 著作権法制100年と今後の課題」ジュリ1160号(1999年)27頁〔佐野文一郎、中山信弘発言〕、内藤・前掲注(1)NBL 976号24頁注(22)参照。

このような取引慣行には、継続的取引関係にあるまたは潜在的な利用者に対する権利主張や威嚇(イヤなら訴える、とか、二度と取材させない、といった類の主張の背景)として活用できることから、費用をかけてでも勝訴判決を得るメリットが

他方、裁判所は「本件雑誌が出版された平成14年6月当時、そもそも制定法の根拠を欠くパブリシティ権を認めることができるか否か自体について議論があり、パブリシティ権侵害を認めた裁判例は、すべて芸能人の氏名や肖像を広告又はカレンダー等の商品に付して利用したというものであり、本件のように、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権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ことが認められる。」と判示し、被告には違法性の認識可能性がなく有責性を欠くとして、原告のパブリシティ権侵害にかかる損害賠償請求をすべて棄却した。

結論として、写真と記事についてプライバシー権侵害(肖像および個人情報)を認め、弁護士費用を含め原告一人当たり24万円から165万円、原告ら10名へ合計516万円の損害賠償の支払いを被告に命じた。

これに対して控訴審の東京高判平成18年4月26日判時1954号47頁〔ブカスペシャル7控訴審〕⁵²では、第一審原告の主張を一部認めてプライバシー権侵害の認定⁵³を維持しつつ、一転して雑誌でのパブリシティ権侵害と

大きい、という「権利を主張する者寄り」のバイアスが反映している可能性があり、それをいきなり裁判規範に反映させることは当該バイアスが法規範にまで高められ、社会における取引でさらに当該バイアスが増幅するおそれがある、と判示を批判するものとして、田村・前掲注(1)法律時報84巻4号4頁注(12)参照。

また、藤田友敬「規範の私的形成と国家によるエンフォースメント：商慣習・取引慣行を素材として」ソフトロー研究6号(2006年)14頁は、契約当事者の日常の行動規範(関係維持的規範)が、裁判所との関係では立証不能情報を前提に作り上げられている場合、裁判所がこれを無理に裁判規範にしようとする、必要な一部の要素を無視したエンフォースメントになってしまう可能性が高いことから、裁判所がこのような商慣習・取引慣行を積極的に取り込んで紛争を解決しようという態度を取ることは大変危険であると分析する。

⁵² 評釈等として、内藤・前掲注(32)判タ1214号19頁、大家重夫[判批]コピライト548号(2006年)35頁、斉藤博[判批]判例評論585号(2007年)36頁、内藤篤[判批]著作権判例百選〔第4版〕(2009年)89事件180頁等がある。

⁵³ 控訴審は、プライバシー権が「自己情報コントロール権」に基づくものとの理解を明らかにしている。「自己情報コントロール権」に関して、佐藤幸治「現代社会とプライバシー」伊藤正己編『現代損害賠償法講座2—名譽・プライバシー』(1972年・日本評論社)60頁以下参照。

損害賠償請求を認めた初の事例となった。以下では、第一審とは異なる判旨の内容を確認していく。

控訴審が採ったパブリシティ権侵害の判断基準は、著名な芸能人の氏名・肖像が有する顧客吸引力を無断で商業的な方法で使用したという一事をもってこれをパブリシティ権侵害とし、不法行為を構成、被告が損害賠償義務を負う、という「商業的利用」基準⁵⁴である。

また、表現の自由との関係については、マス・メディアによる芸能人の「芸能活動に対する正当な批判や批評、紹介」は表現の自由として尊重され、「慶弔時」の報道も容認されるべきとする一方、若手芸能人について「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」、「プライバシーにかかわること」の批評や紹介、写真について「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」に該当するような表現の自由は許されないと考えを明らかにした。

以上の立場から、裁判所は、原告ら10名はパブリシティ権の主体となり得る著名性を有していたと認め⁵⁵、被告によるすべての肖像写真の掲載を

⁵⁴ 芸能人の著名性、氏名・肖像が有する顧客吸引力は、芸能人が修練、労苦を重ねた結果獲得するものであって、このような顧客吸引力にかかる経済的価値を著名な芸能人が独占できるのは当然であるという立場から、著名な芸能人の氏名・肖像が有する顧客吸引力の商業的な無断利用は「当該芸能人の固有の名声、社会的評価、知名度等を意識的無意識的に歪曲ないし軽視し、これを損なわせ、汚す(当該芸能人が自らあるいはその許諾のもとにその顧客吸引力を商品化し、あるいは宣伝に用いる場合とは異なり、とかく猥雑、下品、劣等なものとなりがちである)こととなり、ファンなどが離れ、当該芸能人の肖像等のイメージが悪くなり、これが飽きられるなどの不人気の弊害すら招きかねない」として、著名人の肖像等の商業的な無断利用を、緩やかに(広く)侵害と捉えようとするものである。上記の立場は、パブリシティ権侵害の実質を、他人による商品等表示の汚染(ポリューション)行為として捉えているようにも見受けられる。控訴審の立場に賛成する文献として、小野田丈士「タレントならびにプロダクションにとっての『ブカスペシャル vol.7』東京高裁判決の意義について」コピライト576号(2009年)28頁がある。

一方、内藤・前掲注(52)[判批]181頁は、「商業的利用」基準について「パブリシティ権とプライバシー権を同視しているに等しい」と指摘する。

⁵⁵ 佐藤江梨子、藤原紀香、後藤真希、深田恭子、優香らについては「顧客吸引力が

「無断行為」と認定した。次いで個々の記事⁵⁶について、「芸能活動についての正当な紹介や批評に該当するとは認められない」とした上で、原告らの「顧客吸引力に着目して本件雑誌販売による利益を得る目的でこれらの写真(肖像等)を利用した」と帰結した。

なお、第一審において「写真を見開き2頁のほぼ全面に掲載」している使用態様が「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」として侵害と認定された写真(エ・オ・カ 後藤真希、サ 深田恭子)については、控訴審も第一審と同様に理解して「顧客吸引力に着目して本件雑誌販売による利益を得る目的でこれらの写真(肖像等)を利用した」と判示した。

このように、パブリシティ権侵害の追加認定によって、損害賠償の算定は大幅増額、控訴取り下げによりプライバシー権侵害にかかる第一審での損害賠償算定額48万円にて確定した原告市井紗耶香を除き、原告ら14名に対する合計848万円(弁護士費用含む)⁵⁷ ⁵⁸の損害賠償の支払いを被告に命

拔き出して高」と認定している。

⁵⁶ 「小学校時代の体型や生活振りを紹介する…私的な生活の記事」(ア 佐藤江梨子)、「アサヒビールのイメージガール時代の…芸能活動の紹介である形式を取っているものの…読者の性的な関心を引き起こさせる甚だ不当な記載」(イ 藤原紀香)、「腋の下の見え方の紹介といった読者の性的な関心を引き起こす不当な方法での…品位に欠ける記事」(ウ 後藤真希ら5名)、『『ストーカーズハイ』と題して…原告後藤の実家を探し出す記事』(キ 後藤真希)、「駅伝に出場したのは、映画の撮影のためであるが、映画について紹介する記事はない」(ク 安倍なつみ)、『『ストーカーズハイ』と題して…原告岡部の元実家を探し出す記事』(キ 優香)。

⁵⁷ 一人当たりの最高総額は220万円(プライバシー権侵害分150万円、パブリシティ権侵害分50万円、弁護士費用20万円)の後藤真希(第一審ではプライバシー権侵害分150万円、弁護士費用15万円、合計165万円)、最低総額は「腋-1」での8.1cm×7.2cmの大きさの写真1点の掲載が新たにパブリシティ権侵害と認定され、17万円(パブリシティ権侵害分15万円、弁護士費用2万円)と算定された、堀越のり。

⁵⁸ 写真1点当たりの最高額は、水着写真2点、ドラマ出演写真2点計4点の写真掲載についてパブリシティ権侵害のみ控訴審で新たに認定された藤原紀香で、損害賠償総額120万円、単価は30万円である。損害賠償の総額こそ後掲東京地判平成22年10月21日平成21(ワ)4331号[ベ・ヨンジュン来日特報]が400万円と上回るが、単価で見ると[ベ・ヨンジュン来日特報]では約6万円余であることから、藤原紀香の

じた。

② @BUBKA 事件

いわゆるお宝写真投稿雑誌での芸能人の肖像写真の無断掲載について、パブリシティ権侵害が問題となったもうひとつの事件が、東京地判平成17年8月31日判タ1208号247頁[@BUBKA](野山宏裁判長)⁵⁹である。

写真雑誌「@BUBKA」⁶⁰において、原告ら⁶¹芸能人21名の容姿を無断撮影した肖像写真⁶²、テレビ番組の映像を写真画像にしたもの、あるいはイラストと実名入りの漫画等が原告らに無断で多数掲載され、さらに付録DVDには、原告らが映画の試写会やトークショーに出演した様子を撮影

パブリシティ権侵害にかかる損害賠償額は、「甚だ不当」との評価が反映してか、相対的にきわめて高く算定されたようである。

⁵⁹ 評釈等としては、内藤・前掲注(32)判タ1214号19頁等がある。

⁶⁰ 前掲ブカスペシャル7事件と同じ被告出版社コアマガジンが、平成15年(2003年)9月に発行。A4判サイズ、表表紙および裏表紙の表裏合計4頁を含め全132頁、全体の約4分の3がカラー印刷、残りが白黒印刷。

⁶¹ この事件では、原告芸能人が所属する芸能プロダクション会社計9社が、原告らとの契約によって原告らのパブリシティ権が侵害された場合の排除および損害の回復等に必要一切の裁判上および裁判外の権限がプロダクションらに与えられていることを根拠に、芸能人らのパブリシティ権の侵害による損害賠償請求権を請求原因として、自らが原告となって訴訟を提起した。しかし、裁判所は「原告プロダクションらに原告適格を認める合理的必要性があるとはいえず、専門家以外による訴訟代理の禁止や訴訟信託の禁止に由来する規制潜脱のおそれもないとはいえないから、本件訴訟において任意的訴訟担当を認めるのは相当でない」としてプロダクションらの訴えを却下した。

⁶² たとえば、掲載された写真の中で最も大きなものは、原告乙山の顔から胸部にかけての写真約9.5cm×約13cmの写真で、「乙山B子『私、脱ぎまくり!』美巨乳宣言」と題する記事とともに掲載されている。なお、原告らの氏名が明らかになっているブカスペシャル7事件では、原告らの氏名・肖像の有する顧客吸引力の違いが明らかであるから事案を正しく把握できる一方、@BUBKA事件では原告らの氏名が分からないため、抽象的な分析しかできない。以上につき、内藤・前掲注(32)判タ1214号19-20頁参照。

した数分間の動画等が原告らに無断で収録された。これに対して原告らはパブリシティ権侵害を主張して合計約3,870万円余の損害賠償の支払いを求めた。

裁判所は、まず、他人の情報発信に対して著名人が損害賠償や差止めを請求できるのは、「著名人に関する肖像、氏名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、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」と指摘し、パブリシティ権侵害は氏名・肖像の広告利用や商品化に限られるとするより明確な判断基準を示した。

当てはめでは、「@BUBKA」における写真に添付された記事が、原告芸能人らにとって名誉毀損、侮辱等に当たるとしても、それは原告らのパブリシティ権侵害に基づく請求の範囲外であるから判断を示さないと断った上で、被告による原告らの肖像写真や動画の掲載についてはいずれも、「記事の紹介の一部」「写真の大きさも小さく、記事における必要な範囲」「記事において補助的に掲載」「発言を報じる手段として収録」「原告のものであると判明しないほどに不鮮明」「魅力的な姿を報じる趣旨」などが認められるから、「原告の顧客誘引力の利用を目的とするものであるとは認められず、情報の自由市場において許容される」利用にすぎないとして侵害を否定した⁶³。

③ ピンク・レディー事件第一審

本件第一審の東京地判平成20年7月4日判時2023号152頁〔ピンク・レディー第一審〕(市川正巳裁判長)は、判断基準として「専ら」基準を示

⁶³ もっとも、詳細は明らかではないが、原告のうち2名について名誉毀損に基づく損害賠償請求を認め、各11万円の支払いを被告に命じている。ちなみに、上野ほか・前掲注(32)『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』198頁〔上野達弘講義〕によれば、上記の名誉毀損を肯定した部分は、原告伊東美咲に関する写真、原告名倉潤に関する漫画であるという。

す一方、同様の「専ら」基準によりながら雑誌の「見開き2頁のほぼ全面に掲載」された肖像写真について「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と同視できる程度のもの」として侵害を肯定した前掲〔ブブカスペシャル7第一審〕の採った上記「基準ないし説明」は、本件の事案には適用できないとした⁶⁴。

当てはめにおいて本件各写真を次のとおり判断している。まず、本件写真1から7について、肖像写真の使用の目的(原告の振り付けを読者に思い出させる一助)や、使用の程度(紙面の3分の1程度のさほど大きくない白黒写真で、振り付けの説明部分が誌面の3分の2を占め、宣伝広告や表紙、目次でも肖像を殊更強調せず)に着目している。

続いて本件写真8から14について、肖像写真と記事の関係(ダイエット法を紹介する記事に付随して原告の過去の芸能活動を紹介する記事にすぎないこと)や、使用の程度(紙面の3分の1の中にさほど大きくはない白黒写真7枚で肖像を殊更強調せず)を同様に吟味している。

結論として、本件各写真の使用によって「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ることはできない。」と説示し、侵害を否定した。

④ ピンク・レディー事件控訴審

本判決の原審である知財高判平成21年8月27日判時2060号137頁〔ピンク・レディー控訴審〕(滝澤孝臣裁判長)は、本件第一審とは異なり、前掲〔矢沢永吉〕と同様の総合衡量型の基準⁶⁵を示し、著名人の肖像写真を

⁶⁴ [ブブカスペシャル7第一審]と[ピンク・レディー第一審]は、ともに市川正巳判事が裁判長を担当した。

⁶⁵ 「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

グラビア写真やカレンダーに無断使用することは肖像自体の商品化に当たるとして、違法性を帯びるとの見解を示した。

他方で、前掲「ブブカスペシャル7控訴審」で採られた判断基準である「商業的利用」基準（原告が主張）によれば、出版における正当な報道、評論、社会的事象の紹介のために著名人の氏名・肖像を利用することすら許されないおそれがあるとしてこれを退けるとともに、本件第一審が採用した「専ら」基準についても、「専ら」の意味を、顧客吸引力の利用以外の目的がわずかでもあれば、顧客吸引力を「専ら」利用したことにはならないと解し、「商業的利用」基準と同様「一面的に過ぎ」として退けた。

当てはめでは、本件各写真の内容、使用枚数、大きさ、記事の内容との関係から、「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である」ということもできない。「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ない」「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」「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」ことを考慮して、原告らが「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」とはいえないと説示し、侵害を否定した。

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というもの。

⑤ ペ・ヨンジュン来日特報事件

東京地判平成22年10月21日平成21(ワ)4331号[ペ・ヨンジュン来日特報]（阿部正幸裁判長）⁶⁶は、前掲ピンク・レディー事件控訴審と上告審（本判決）の中間に出されたものである。雑誌におけるカラー肖像写真のグラビア的利用に関して、後に本判決によって採用されることとなった判断枠組みにより、パブリシティ権を侵害するものと侵害しないものとに分けて判断している点が注目される事例である。

「X来日特報 a 誌 7月号増刊」と題する上質の光沢紙を使用したカラーグラビア印刷の雑誌⁶⁷において、日本で絶大な人気がある原告韓国人俳優が平成20年5月30日に約2年ぶりに来日した際の様子を中心とする原告の肖像写真計74点、原告の氏名、関連記事・広告が、ほぼすべてのページにわたって原告に無断掲載されたことに対して、原告がパブリシティ権侵害による不法行為に基づき約2,695万円の損害賠償（慰謝料100万円含む）の支払いを求めた。

裁判所は、本判決と同様の判旨を展開。パブリシティ権侵害／非侵害の判断は「専ら」基準によるべきと述べるとともに、「専ら」の意味に関する本件控訴審が採った解釈を否定。すなわち、出版等に顧客吸引力の利用以外の目的がわずかでもあれば「専ら」に当たらないという意味ではなく、顧客吸引力の利用以外の目的があったとしても、利用目的のほとんどが著名人の氏名・肖像の顧客吸引力を利用するような場合には、顧客吸引力の「専ら」利用に当たると説示した⁶⁸。

当てはめでは、表表紙および本文内「見開き2ページ」または「1ページ」の「全面」または「ほぼ全面」に原告のカラー肖像写真が掲載され、

⁶⁶ 評釈等としては、小泉直樹[判批]ジュリ1435号(2011年)90頁等がある。

⁶⁷ 被告オークラ出版が平成20年(2008年)6月に発行。縦29.7cm×横21cmのA4判サイズ、本文50頁。

⁶⁸ この点は金築誠志裁判官も本判決の補足意見の最後で付言している。また、中島・前掲注(1)[判解]73頁は、「『専ら』を『only』『exclusively』の意味に限られるものとして使用するのではなく、『mainly』の意味を含みうるものとして使用する」と解説する。

「記事部分がない」または「記事部分がページの上部、下部等にわずかしかない」（ページに占める記事の大きさの割合が5分の1から6分の1程度以下）計31頁について、「原告一人を被写体とし、又は、原告を被写体の中心として、原告の顔や上半身、全身をクローズ・アップで撮影したものであり、原告の肖像を独立して鑑賞の対象とすることができるもの」とし、「原告の氏名及び肖像は強い顧客吸引力を有すること、本件雑誌が上質の光沢紙を使用したカラーグラビア印刷の雑誌であることなどを併せ考えると、本件雑誌において、その人気ぶりが一種の社会現象となっている原告の本件来日時の芸能活動を紹介するという一面があったことは否定されないとしても、本件雑誌のように表紙及び本文の大部分において、原告の顔や上半身等の写真をページの全面又はほぼ全面にわたって掲載するような態様での原告写真の使用は、原告の顧客吸引力に着目し、専らその利用を目的とするものと認められ、原告のパブリシティ権を侵害するものというべき」と説示した。

他方、写真と記事の関係から、「原告の顧客吸引力に着目し、専らその利用を目的とするものとまでは認め難い」として非侵害と判断したものは次のとおりである。

【表②】カラーグラビア印刷の雑誌「X来日特報 a 誌7月号増刊」で写真と記事の関係から非侵害と判断されたもの

「原告の写真よりも記事部分の方が多くを占めているページ」		
掲載ページ	写真の内容と大きさ	記事の内容とページに占める大きさの割合
14	原告を他の出演者とともに撮影した（複数の演者が原告を取り囲んでいる）全身写真（約8.9cm×約12.2cm）	本件来日の際に大阪で行われたドラマ「太王四神記」のプレミアムイベントに出演した原告の様子を紹介する記事（2分の1程度）
25	原告の顔写真2点（各直径約4cmの円形）	本件来日の際に東京で行われた記者会見に出席した原告の様子を紹介する記事（5分の4程度）
38	原告の顔写真（約15.9cm×約13.2cm）	「数字でみる、ヨン様スゴッ！」の見出しが付き、数字をキーワードに、これまでの原告の芸能活動等を紹介する記事（2分の1程度）
39	原告の顔写真（約13.3cm×約11.9cm）	「数字でみる、ヨン様スゴッ！」の見出しが付き、数字をキーワードに、これまでの原告の芸能活動等を紹介する記事（2分の1程度）
「原告の写真の他に共演者等の写真が掲載され、記事部分も相当程度を占めているページに原告の写真が掲載したことや、原告の姿がごく小さくしか写っておらず、原告の肖像を独立して鑑賞の対象とすることができるものとはいえない写真を掲載したこと」		

掲載ページ	写真の内容と大きさ	記事の内容と大きさ
16	原告を他の出演者とともに撮影した（原告とドラマ出演者4名の）全身写真（約14.5cm×約26.5cm）※右写真は17頁右上にも掲載	東京で行われたスクリーンイベントに関する記事（2分の1程度）
17	左上部分に原告の上半身の写真（約21.9cm×約24.9cm）	東京で行われたスクリーンイベントに関する記事、大阪で行われたドラマ「太王四神記」のプレミアムイベントに出演した原告の様子を紹介する記事（3分の1程度）
34	ドラマ「太王四神記」の衣装を着た原告の上半身の写真（約17.0cm×約19.2cm）	『太王四神記』の共演者&スタッフが語る「ペ・ヨンジュンが完璧主義者！」の見出しが付き、ドラマ「太王四神記」の監督及び共演者等が、撮影中の原告の姿等について述べた内容を紹介する記事（3分の1程度）
37	ドラマ「太王四神記」の衣装を着た原告の上半身の写真（約14.9cm×約17.5cm）	『太王四神記』の共演者&スタッフが語る「ペ・ヨンジュンが完璧主義者！」の見出しが付き、ドラマ「太王四神記」の監督及び共演者等が、撮影中の原告の姿等について述べた内容を紹介する記事（4分の1程度）

損害賠償額の算定に関して原告は、パブリシティ権侵害は著作隣接権侵害と同様に損害の算定・立証に困難があるから、著作権法114条2項および同3項の類推適用を主張したが、裁判所はこれを棄却⁶⁹。「パブリシティ権とは、人格権に由来するものであって、同項の適用される著作財産権とは性質を異にするものである」から、損害額は「原告が本件雑誌の出版に当たり、原告の氏名及び原告写真の使用を許諾した場合に、原告が通常受領すべき金員に相当する額と解するのが相当」として、販売単価580円お

⁶⁹ 中島・前掲注(1)[判解]80頁は、本判決によって、パブリシティ権の排他的権利性が承認された以上、パブリシティ商品に対するパブリシティ権を有する者の地位は、著作物に対する著作権者の地位と市場において共通するため、著作権法における損害賠償額の算定にかかる規定（114条1項・2項・3項）はパブリシティ権侵害に類推適用できると指摘する。著作権法114条類推適用説は、初期の学説においても見られる。阿部浩二「パブリシティの権利と不当利得」谷口知平編『注釈民法（18）債権（9）』（1976年・有斐閣）566頁以下参照。また、上野・前掲注(30)『知的財産法制度の再構築』206-207頁は、パブリシティ権が著作権法の定める実演家の権利と密接な関係を有するとして、パブリシティ権に関する立法論の方向性のひとつとして著作権法の改正を挙げる。

および販売部数41,275冊を前提に原告の損害額を400万円と算定した。また、精神的苦痛を受けたとして原告があわせて請求した慰謝料100万円も、「本件雑誌に原告写真が掲載されたことにより、原告の俳優としての評価等が低下したとは認められず、本件証拠を精査しても、本件雑誌の出版、販売により、原告において、前記財産的損害に対する損害の賠償だけでは償い難いほどの精神的苦痛を被ったと認めるに足りる証拠はない。」として棄却した。

⑥ 小括

[ブカスペシャル7控訴審]には、表現の自由との関係の捉え方に対する厳しい批判⁷⁰がある。本判決によって「専ら」基準の三類型がパブリシティ権侵害の判断基準として新たに明示された以上、[ブカスペシャル7控訴審]が採った「商業的利用」基準は、もはや侵害の判断基準としての意味は持ち得なくなったといえる⁷¹。

⁷⁰ たとえば、田村・前掲注(11)『ライブ講義 知的財産法』558頁は、「芸能活動の意義に関しては多元的な理解が可能であるところ、一握りの裁判官が独断で推奨すべき本来的な芸能活動なるものを定義し、それを表現の自由を制約する基準の中核に据えることは極めて危険である」と裁判所による表現に対する恣意的判断の危険性を指摘する。安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス 基礎編 4th Edition』(2011年・リットーミュージック)359頁は、「文化には上品なものもあれば、下品なものもある。エログロもあれば、ナンセンスもある。裁判所が文化のあり方や内容に口を出す社会に未来はない」とする。内藤・前掲注(32)判タ1214号30頁注(36)の『ブカのような雑誌に表現の自由など…』という声がありそうだが、ブカのために表現の自由を主張するというよりも、ブカが禁圧されることで、他のより『まともな』表現が萎縮することを恐れるのである。」という指摘は、まさに萎縮効果による自主規制の危険性を指摘するものにほかならないように思われる。なお、中島・前掲注(1)[判解]76頁は、グラビア写真と記事の内容との関連性について、「私生活のものか否か、虚偽の内容を含むものか否か等は、プライバシー侵害、名誉毀損などで考慮されるべき事柄であり、『独立要件』を判断するにあたり、表現の自由の保障が等しく及ぶ記事について、その内容の不当を問題とすべきではない」とする。

⁷¹ もっとも、この判決は雑誌における芸能人の肖像写真のグラビア的利用について、

[@BUBKA]は、パブリシティ権侵害を商品化・広告利用に狭く限るという点で、著名人の氏名・肖像の「商業的利用」を広く侵害と捉える[ブカスペシャル7控訴審]の対極に位置する裁判例といえる。また、[@BUBKA]の採った「商品化又は広告」基準は、表現の自由との関係で過度の萎縮効果を排除するために、パブリシティ権侵害の判断は総合衡量ではなく、より明確な基準によるべきとの観点から裁判例を分析し、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いう定式で、田村善之教授によっていち早く提唱されていたものである⁷²。この基準は、「専ら」基準よりもさらに一步踏み込んだ定義付け衡量の帰結と捉えることもできるように思われる⁷³ところ、従前の裁判例が示してきたパブリシティ権侵害にかかる複数の判断基準の中で最も明確であるといえる一方、他人による自己の氏名・肖像の商業的な利用行為をコントロールしたい著名人にとっては、最も厳格な判断基準といえる⁷⁴。

他方、本件控訴審と前掲[矢沢永吉]では、総合衡量のもと、写真・記事の内容や入手方法、人物絵の描写態様も考慮要素として参酌して侵害を否定したが、判断基準としては最も抽象的で漠然としたものといえる。総合衡量によると、いかなる場合に違法となるのか、あるいはならないのかを区別・予見することが難しく、過度の萎縮効果が働いてしまうという問題点の指摘⁷⁵もあったところ、下級審では表現の自由を慮って侵害の判断

パブリシティ権とプライバシー権の両方で侵害を認め、具体的な損害額を算定した事例であることから、雑誌における写真集の利用についてパブリシティ権侵害を認めた前掲[ペ・ヨンジュン来日特報]とともに、損害賠償額の算定の相場観を知る上で今後も参考となると思われる。

⁷² 田村・前掲注(4)『不正競争法概説〔第2版〕』508頁・513頁以下、田村・前掲注(1)法律時報84巻4号1頁参照。

⁷³ 田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号(2010年)23頁が示唆する。

⁷⁴ 北村・前掲注(2)[判批]315-316頁参照。

⁷⁵ 田村善之ほか「討論—シンポジウム 著作物の隣接領域と著作権法」著作権研究36号(2010年)114頁[田村善之発言]参照。

一般論として、高橋・前掲注(33)『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』195頁は、事件ごとにあらゆる利益を考慮に入れて行なう「個別的衡量」(ad hoc balancing)で

基準が複数示されてきたことは、これまで見てきたとおりである。

最後に、本判決の直前に出された〔ペ・ヨンジュン来日特報〕は、実質的な写真集と見受けられるカラーグラビア雑誌を、単に全体としてパブリシティ権侵害と認定しただけにとどまらない意義を有すると思われる。というのも、侵害／非侵害の判断に当たって採用した判断基準が、知財高裁が本件控訴審で示した総合衡量型の基準ではなく、「専ら」基準であったからである。これには、パブリシティ権侵害の判断基準をめぐる裁判例の流れの揺り戻しを図るという目的があったのかもしれない。そして、定義付け衡量アプローチと思われる従前の「専ら」基準を敷衍して、肖像を独立して鑑賞の対象とできるかどうかという侵害／非侵害の分岐点を新たに提示、個々のページについて写真と記事の関係を参酌し、侵害／非侵害の判断を分けた点が特に注目される。この独立鑑賞という行為類型は、本判決が提示した三類型の第一類型に相当するものであるから、〔ペ・ヨンジュン来日特報〕は判例形成に大きく影響したのではないかと推察される。

は、対立する利益のレベルや大きさを測る尺度がないため、裁判官の主観的・恣意的な判断に委ねざるを得なくなると指摘する。