

パブリシティ権の憲法上の位置付け

牧野 太希

(小山研究会 4 年)

- I はじめに
- II パブリシティ権の沿革
 - 1 パブリシティ権とは
 - 2 アメリカでの沿革
 - 3 日本での沿革
- III パブリシティ権の内容
 - 1 人格権・財産権としてのパブリシティ権
 - 2 パブリシティ権と諸論点
- IV 憲法上の位置付け
 - 1 私法上の人格権と憲法上の人格権
 - 2 パブリシティ権は憲法上の権利といえるか
- V 憲法上の位置付けを踏まえた諸論点の考察
 - 1 物にパブリシティ権を認めることの可否
 - 2 パブリシティ権の主体
 - 3 パブリシティ権の譲渡性・相続性、使用許諾契約の可否
- VI 表現の自由との調整
 - 1 はじめに
 - 2 事前差止め
 - 3 事後的救済
- VII おわりに

I はじめに

パブリシティ権は、私法上の人格権として承認された権利であり、これに関する我が国の最高裁判決も存在するところである。民法のうち特に不法行為法や、知的財産法の分野におけるパブリシティ権の研究は、最高裁判決が出る以前より盛んに行われてきた。パブリシティ権の議論は、我が国におけるエンターテインメント業界や出版業界への影響が大きいからである。

ところで、パブリシティ権は、歴史的に見ればプライバシー権から発展した権利であり、また、その財産権としての性質を考慮しても、憲法的論点を考察する余地を多分に含むものである。また、パブリシティ権は、表現の自由との衝突がしばしば問題となる権利でもある。表現の自由から見れば敵対関係となる権利なのである。しかしながら、パブリシティ権を憲法の視点から考察した研究は、他の法分野からの研究に比べて多くはない。

時代の変遷とともに、目まぐるしい速さで情報化社会の構築が進み、憲法の明文上明らかなでない権利であっても、新しい権利としての価値を考察する意義が生じている。他方で、エンターテインメント業界や出版業界の自由な活動を保護するためにも、「いかなる表現が許されないか」という基準を明確にすることは重要である。

そこで、仮にパブリシティ権が憲法的価値を有するものであるなら、憲法的視点からパブリシティ権の諸論点を再考察することは有益である。本稿では、パブリシティ権の憲法上の位置付けを考察しつつ、その性質が各論点に与える影響について考察したい。

II パブリシティ権の沿革

1 パブリシティ権とは

まずパブリシティ権の定義及び沿革の概略について触れるが、このような定義及び沿革を分析することは本稿で分析する論点との関係でも重要な意義を持つ。第一に、パブリシティ権は我が国では、憲法はもちろん、現行法上、明文の規定は存在しないため、本稿で検討の対象とする出発点を明らかにする意義がある点である。第二に、パブリシティ権の法的性質については、議論が変遷しているた

め、沿革を分析することにより変遷の背景を分析できる点である。

パブリシティ権とは人格権に由来し、氏名、肖像等（肖像、サイン、署名、声、ペンネーム、芸名等識別情報を広く含む）が有する顧客吸引力を排他的に利用する権利¹⁾と定義される。かかる定義だけを一読して権利の内容を理解するのは、些か困難なものと思われるが、それは「顧客吸引力」「人格権」といったテクニカルタームを多く含むからだろう。すなわち、氏名、肖像等は、商品等に付され、または商品等の広告として使用されることによって、当該商品等の販売を促進する効力を有する場合があるが、このような効力のことを、「顧客吸引力」と表現し、パブリシティ権とはそのような効力を排他的に利用する利益ないし権利を指す²⁾。「人格権」の意義については、Ⅳ 1 で後述する。

2 アメリカでの沿革

沿革を辿れば、パブリシティ権はアメリカ合衆国の判例法理から確立してきた。プライバシー権が法的権利として確立していく中で、1953年のいわゆるハーラン事件判決³⁾において、フランク判事によりパブリシティ権の概念が創設された。

ハーラン事件判決の内容は以下の通りである⁴⁾。事案としては、チューイングガムのライバル企業同士（原告・被告）が、ガムのおまけに付けるプロ野球選手のカード用に、訴外某野球選手の肖像に関する権利獲得競争をしていた。その結果、独占的権利を獲得した企業（原告）が、獲得できなかった企業（被告）を、「すでに（原告と）独占契約締結済みの本件選手らに対し、被告が、独占契約締結済みと知りつつ契約するように誘引し、肖像を無断使用したこと」を理由に、訴えたという事件である。

被告は、抗弁として、「肖像を用いることはプライバシーの問題になるが、これを利用させる契約というもの（原告と本件野球選手間の本件契約）は、今後における肖像の利用がプライバシーの侵害にならないための、利用の同意にあたるにすぎないから、被告の行為は原告の財産権その他法的利益を侵害したものではない」と主張した。

これに対して、フランク判事は、「人は、その肖像写真の持つ宣伝的価値につき権利を持つものであり、これを財産と呼ぶかどうかは別として……しいていえば「パブリシティ」の権利と呼びうるものである」として、有名人の肖像をプライバシーとは異なる構成で保護し、原告を勝訴させた。

ハーラン事件判決は次の意義を持つ。すなわち、アメリカでは歴史的には、氏

名肖像の無断の営利利用は、プライバシー権侵害の一類型として捉えられてきた。しかし、そのような中で同判決が、氏名・肖像等の冒用を、プライバシーとは異なる観点、すなわち財産権的なアプローチから（なお、 فرانク判事はパブリシティ権を「財産権」として認めるかどうかについて明確にすることを避けている点に留意すべきである）⁵⁾ 保護したのが、パブリシティ権の誕生である。

パブリシティ権とプライバシー権の関係については、フランク判事により創設された当初から、考え方が対立していた。①プライバシー権の一内容としてパブリシティ権が存在すると理解する立場としてウィリアム・L・プロッサー教授、②これに対する反対説としてパブリシティ権をプライバシー権とは別個独立した権利として捉える立場としてメルビル・B・ニマー教授がいた。以下、各立場を簡単に整理しておく⁶⁾。

①プロッサー教授は、過去の判例を分析し、プライバシー侵害の行為類型を、（１）私生活への侵入、（２）私事の開示、（３）虚偽事実の開示、（４）氏名・肖像の不正使用、の４類型に分類した。（４）をパブリシティ権と考えたのである。これら４類型は、「一人にしておいてもらう権利」であることで共通すると説いた（４類型に共通する保護法益を「人間の尊厳及び個性」、「不可侵の人格」と整理する立場もある）⁷⁾。（４）の類型においても、プライバシー権との共通点を指摘し、同類型であると考える立場である。

これに対して、②ニマー教授はパブリシティ権を著名人の写真・名前・似顔絵の使用はパブリシティ価値（金銭的価値）を持つが、この価値は既存のプライバシーの法理等では保護し得ない（パブリシティ価値をプライバシーの法理で捉える不都合点⁸⁾を指摘した。）として、パブリシティ権をプライバシー権とは別個独立の財産権として説いた。

この対立は、パブリシティ権の有する人格権的な側面と財産権的な側面との対立軸の問題（この点はⅢ２で後述する。）と密接である。

当初は、①プライバシー権の一類型としてのパブリシティ権という考え方が支配的だったが、現在のアメリカでの通説的見解は「パブリシティ権は、プライバシー権と同様に人間の尊厳及び自律における利益に由来するものではあるが、肖像等の利用に関する財産的利益を保護する財産権であり、人格的利益を保護するプライバシー権とは異なり、他人に譲渡することができる権利である」⁹⁾として②に近い立場である。

3 日本での沿革

日本では、ピンク・レディー事件判決¹⁰⁾までは、顧客吸引力を有する「物」（競走馬）のパブリシティ権を否定したギャロップレーサー事件判決¹¹⁾のほかは、下級審裁判例が存在するにとどまり、パブリシティ権につき正面から判断された判例はなかった。

裁判例としては、以下のものが、我が国におけるパブリシティ権の展開を整理するうえで重要な意義を持つ¹²⁾とされる。すなわち、①我が国で初めて顧客吸引力という経済的利益が法的に保護されるに至ったマーク・レスター事件判決¹³⁾、②パブリシティ権が不法行為上の法的利益から排他的な権利まで発展したおニャン子クラブ事件控訴審判決¹⁴⁾、③パブリシティ権の法的性質について正面から議論された時期に、のちに最高裁が採用した「専ら」基準（この点は後述する。）を示したキング・クリムゾン事件判決¹⁵⁾などである。

ピンク・レディー事件判決は、このような状況下で、最高裁として初めてパブリシティ権を承認するとともに、その法的性質及び侵害判断の基準についても見解を明らかにした。すなわち、パブリシティ権につき「人の氏名、肖像等……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……。そして、肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があり、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利（以下「パブリシティ権」という。）は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、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」が、「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」として、「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」との判断基準を示した。

Ⅲ パブリシティ権の内容

1 人格権・財産権としてのパブリシティ権

パブリシティ権の法的性質は、Ⅱ2の沿革で既に確認したように、人格権説と財産権説に分かれている。あらかじめ留意すべき視点は、人格権説と財産権説のいずれも、パブリシティ権が人格的利益の側面と財産権の側面の両面を持つ権利であることを否定するものではないことである。パブリシティ権の法的性質は結局どちらによるのかという問題である。

人格権説¹⁶⁾は、パブリシティ権が人格の商業的価値に着目した権利であり、人格権であると考ええるものである。

財産権説¹⁷⁾は、顧客吸引力という財産的価値に着目し、パブリシティ権を物権類似の財産権として構成すると考えるものである（なお、ここでの財産権説は憲法29条の財産権であるかという論点とは区別される。あくまで、私法上の権利の性質の論点である。）。

一般に、財産権説には、法令等の明文の根拠なく排他性のある権利を認めることは、物権法定主義に反するという批判がある¹⁸⁾。また、顧客吸引力そのものを保護し排他的な権利を与えるということは、人に限らずおよそ顧客吸引力を備えた物にもパブリシティ権を認めることになるため、保護範囲が無限定になるという批判がある。この点については、ギャロップレーサー事件判決が物のパブリシティ権を否定した趣旨とも重なる。

他方で、人格権説は、明文がなくとも排他的な権利を構成することができる点で実益がある。パブリシティ権の沿革を考えても、人格権に由来する権利であると考えことはむしろ自然である。

下級審では人格権説と財産権説は対立していた¹⁹⁾が、最高裁はピンク・レディー事件で人格権説を採用し、人格権説は判例・学説上の通説となった。

ただし、人格権説に立つとしても、その具体的な理解は論者により異なり、人格権であることは承認しながらも、財産権的な側面を強調する理解もある。以下便宜上このような立場を人格財産権説とする。

例えば、ピンク・レディー事件判決の調査官解説は、以下のように述べる。すなわち、肖像等の人格的な価値が「精神的価値」と「商業的価値」に区分されることを前提に、パブリシティ権は、人格の「精神的価値」と「商業的価値」が混

在する権利ではなく、「商業的価値」のみを取り出してこれを権利として構成したという立場に立つ。

かかる立場は、我が国のパブリシティ権の発達は、人格権の源泉となる個人の尊厳というよりは、商業的価値を利用するビジネスが展開したことによりこれを保護する必要が生じたことにある点に根拠を求める。そして、パブリシティ権は「精神的価値」に基づく肖像権とは、明確に区別されるものであると考える²⁰⁾。

人格財産説は、人格権説の枠内で財産権説との折衷を図ったものと評価し得る²¹⁾。しかし、ピンク・レディー事件判決の、「上記人格権の一内容を構成する」という文言の「上記人格権」は、肖像等をみだりに利用されない権利にかかっていると読むのが素直である。そうだとすれば、肖像権と並んでそれとは異なるパブリシティ権を導くのは判旨の意図するところではない²²⁾と考えることもできる。

本稿では、パブリシティ権が人格権であることを承認しつつ、パブリシティ権の実益は従来の人格権では保護できなかった人格の側面（人格の財産権的価値）を保護することにあると考えるから、人格財産権説を採用する。

2 パブリシティ権と諸論点

そもそも、パブリシティ権の法的性質が議論されてきたのは、パブリシティ権がプライバシーの権利から派生してきたという沿革に由来するからでもあるが、最も重要な意義として、パブリシティ権に関する諸論点との関係で実益を持つからである。

例えば、①パブリシティ権に基づく差止めの可否、②表現の自由その他法益との比較衡量を要する場面における不法行為の成立要件、③物にパブリシティ権を認めることの可否、④パブリシティ権の主体（芸能人・スポーツ選手など著名人に限ってパブリシティ権があるのか）、⑤法人に固有のパブリシティ権を観念できるか、⑥パブリシティ権の譲渡性、⑦故人のパブリシティ権（パブリシティ権の相続性）、⑧使用許諾契約の可否、⑨パブリシティ権侵害の損害賠償算定価格の基準（使用利益相当分に限られるのか）などである。

①と②については、本稿のテーマと密接であるため、Ⅵで後述する。⑨は、本来であれば実務上重要な論点であるが、本稿のテーマとは離れて不法行為法における判例の分析が重要となるので本稿では論じない²³⁾。

③、④、⑤、⑥、⑦、⑧の論点は、財産権説からは、③につき物のパブリシティ

権を肯定し、④につき顧客吸引力を有する著名人のみが主体となっても論理的矛盾はなく、⑤自然人ではない法人に固有のパブリシティ権を認めることも可能である、⑥財産権である以上パブリシティ権を譲渡することも可能である、⑦故人のパブリシティ権は本人の死亡と同時に相続され（民法896条但書の被相続人の「一身に専属したもの」にはあたらない）、⑧パブリシティ権の使用許諾契約についても当然に成し得る、との結論をとるものが多い。

他方で、人格権説からは、③につき（人ではない）物のパブリシティ権は否定され、④につき顧客吸引力を有する著名人が主体となる側面は否定できず、⑤法人固有のパブリシティ権を否定し、⑥人格権であるパブリシティ権の譲渡には否定的であり、⑦故人のパブリシティ権についても否定する、との結論に整合的である。他方で、⑧パブリシティ権の使用許諾契約については、実務上需要があることから肯定する見解が多い。

上記各論点は、いずれの立場からも必ずしも一定の結論が導かれるわけではなく、パブリシティ権のどのような性質に着目するか、実務上の需要とのバランスをどのように調整するかなどで、結論が左右される場合も多い。

そこで、本稿ではパブリシティ権の憲法上の位置付けを明らかにしたのち、各論点について検討する。

Ⅳ 憲法上の位置付け

1 私法上の人格権と憲法上の人格権

はじめに、体系的な論点を整理しておきたい。すなわち、ピンク・レディー事件判決はパブリシティ権は人格権に由来するというのが、ここでいう「人格権」とは何を意味するかという問題である。

この点、民法その他私法には人格権を直接定める規定はない。もっとも、各人の人格に本質的な生命、身体、健康、精神、自由、氏名、名誉、肖像、及び生活等に関する利益の総体は、広く人格権と呼ばれ、私法上の権利として古くから認められてきた²⁴⁾。私法上の人格権が広範すぎる概念となってしまうては、かえって実体法上の権利として承認しにくいという批判（私法上の人格権ないし人格的利益の「インフレ状態」²⁵⁾が起きているという指摘があるところである。）がある。これを踏まえれば、私法上の人格権は限定的に解釈されるべきである。そこで、私法上の人格権とは、主として前述に列挙した利益のうち人格的属性に限定して、そ

の自由な発展のために、第三者からの侵害に対し保護されなければならないものに限る²⁶⁾という有力な指摘がある。

他方で憲法にも、人格権を直接保護する規定はない。しかし、憲法13条を根拠に、個人の尊厳・幸福の追求を保障するうえにおいて不可欠なものであれば、人格権は新しい権利として憲法上保障されるとするのが通説的な理解²⁷⁾である。憲法上の人格権は、国家に不作為を求める権利のうち、ある状態ないし法益を保全するもの（「表現」や「職業」のように、ある活動の自由を保障するものとは区別される）である²⁸⁾。

以上を踏まえて問題となるのが、私法上の人格権と憲法上の人格権の関係をどのように考えるかである。

この点、最高裁は北方ジャーナル事件判決²⁹⁾において「人格権としての名誉の保護（憲法13条）」として憲法13条が私法上の人格権の根拠であると認めた。また、下級審の裁判例ではあるが、宴のあと事件判決³⁰⁾は私法上のプライバシー権の根拠の一つを「日本国憲法の個人の尊厳という思想」に求めている。

そもそも、憲法は国家を名宛人とするものであり、憲法上の権利の基本形は「具体的な国民が、国に対して、侵害の不作為を求める」ものである。他方で、民法は私人を名宛人とするものであり、民法上の権利は「具体的な私人が、私人に対して、作為不作為を求める」ものである。ここで、憲法上の権利とされるものが、国ではなく私人に対して主張できるのが問題となるが、これはいわゆる「私人間効力」として知られる問題である³¹⁾。

「私人間効力」は、その理論的妥当性の考察は複雑であるため、詳述は避けるが、通説は間接適用説を採用³²⁾する。すなわち、間接適用説は、私的自治の原則を維持しながらも、憲法的価値を市民秩序に取り込むために、私法の一般条項の中に憲法の価値を読み込むことで、間接的に憲法を適用すると考える。憲法の名宛人は国家であるということを維持しつつ、私的自治の原則が基本的に尊重され、まず法律を参照することから、法律上の問題を過剰に憲法問題化しない点で、間接適用説は実益がある³³⁾。

私人間効力の判例は、①契約関係と私人間効力、②不法行為と私人間効力、③団体と個人の私人間効力と分類できる³⁴⁾が、本稿で問題となる私法上の人格権と憲法上の人格権の関係は、②と密接である。ある法的利益が不法行為法上の「他人の権利又は法律上保護される利益」にあたるか、あるいはいかなる基準で違法となるかを解釈するにあたり、憲法的価値を充填する作業である。

もっとも、②の問題は必ずしも私人間効力の問題として扱われるわけではない。例えば、名誉やプライバシー、生命・健康や財産など、憲法が直接には国家との関係において保障した法益は、私人によっても侵犯されるが、これらは通常私人間効力の問題として構成されない。これは、私人間効力が議論される前から判例の蓄積がある問題については、対立する諸利益の具体的調整の基準のみに関心を向ければよいためであり、先例のない新しい問題に限り、私人間効力を論証することの実践的意味が生じるためである³⁵⁾。

判例を見るに、私人間効力についての最高裁の立場を示した三菱樹脂事件判決³⁶⁾について、エホバの証人輸血拒否事件判決³⁷⁾（同判決は意思決定をする権利を人格権の一内容として尊重するとした）はこれを引用しなかった。他方で、自衛官合祀事件判決³⁸⁾（「静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送る利益」といった確立していないものにつき、人格権として認めなかった）は、三菱樹脂事件判決を引用する。

個人の尊厳に関わる利益が私法上の権利として確立している場合には、あえて私人間効力の問題としないのである。早大江沢民講演会名簿提出事件³⁹⁾がプライバシーの根拠として憲法13条を明示しなかったのは、私法上の権利としてのプライバシーを認めれば足り、プライバシー権をあえて憲法13条の人権という構成をとる必要がないと指摘される⁴⁰⁾のも同様の趣旨であろう。

このように、私法上の人格権と憲法上の人格権は、そもそも登場する場面が異なるが、少なくとも私法上の人格権の根拠は最高法規である憲法上の人格権に由来し、憲法のそれより広範なものである。

したがって、あくまで、私法上の人格権であることが、憲法上の人格権であるということにはならない。かえって、最高法規である憲法の議論が下位法の結論に左右されるということになれば、法体系の逆転となり妥当でない。私法上議論されていることが、憲法上どのような意義を持つかどうかは、別途憲法的視点で考察すべきことである。

本稿では以上のような理解を前提に、パブリシティ権の憲法上の位置付けを分析していく。

2 パブリシティ権は憲法上の権利といえるか

（1）問題の所在

パブリシティ権は、ピンク・レディー事件判決以降、憲法の基本書でも紹介されることがある。その登場場面は、①憲法13条の包括的基本権の一内容として紹

介される場合⁴¹⁾、②憲法29条の財産権の一内容として紹介される場合⁴²⁾、③表現の自由との衝突の場面（ピンク・レディー事件判決⁴³⁾）の3つである。

①はピンク・レディー事件判決で明らかになった「人格権に由来する」権利としてのパブリシティ権が、憲法13条の新しい人権として承認されないかという問題、②は人格の有する顧客吸引力という経済的利益の、排他的支配権の実質に着目し、憲法29条の財産権として保障されないかという問題である。

①と②は、前述した私法上のパブリシティ権の対立軸と同様の問題が根底にある。もっとも、問題意識は同様であるとしても、前述のようにパブリシティ権が憲法何条の範疇であるかという問題は別次元である。以下、私法上は人格財産説に立ちながら、別次元の問題として、憲法的視点からパブリシティ権がいかなる意義を有するかを検討していく。

（２） 憲法13条の権利であるか

憲法13条を根拠に、憲法の明文にない権利を導き出した判例は、前述の名誉権を導き出した北方ジャーナル事件判決、「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」を認めた指紋押捺拒否事件判決⁴⁴⁾、京都府学連事件判決⁴⁵⁾ など限られた例のみである。

ピンク・レディー事件判決は、私法上の肖像権について判示した和歌山毒入りカレー事件判決⁴⁶⁾のみならず、憲法上の権利を示した京都府学連事件判決を引用している。

京都府学連事件判決は「個人の私生活上の自由の一つとして、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……これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されない」として、憲法13条を根拠に明文になき憲法上の権利を導き出したと解されている。

私法上の肖像権に由来するとの結論を導くためには、和歌山毒入りカレー事件判決を引用すれば足りるはずである。そうだとすれば、あえて憲法上の権利を判示した京都府学連事件判決を引用した意味は、パブリシティ権の根拠は肖像権にあるが、さらに踏み込めば憲法13条を根拠に承認されている権利に由来するという点を強調する趣旨ではないかという疑問が生じる。

そこで、ピンク・レディー事件判決が、パブリシティ権を導き出すために、このような新しい権利を導き出した判例を引用した意義が問題となる。

この点、確かに、パブリシティ権は最高裁判決としては私法上も未だ確立していなかった権利であるから、ピンク・レディー事件判決においてはその権利自体を肯定できるかという未知の論点に対する答えを、先例を参照しつつ判示する必要があった。Ⅱ2の沿革で述べたように、パブリシティ権のルーツはプライバシー権にあり、肖像権もプライバシー権から派生してきたものである。ピンク・レディー事件判決が「人格権に由来する」権利と示したのは、パブリシティ権がプライバシー権から派生してきた肖像権からさらに派生したものであることを確認する趣旨であろう。

しかしながら、京都府学連事件判決を引用しながら、パブリシティ権の根拠に直接憲法13条を用いなかったことや、「人格権としての権利」ではなく「人格権に由来する」権利という表現を用いた意味は大きいと思われる。すなわち、北方ジャーナル事件判決は、名誉は極めて重大な保護法益であるとして、「人格権としての名誉権」につき物権の場合と同様の排他性を有する権利と解されている。これに対して、ピンク・レディー事件判決が、肖像権・氏名権・パブリシティ権について「人格権に由来する」権利としたのは、排他的権利という点では他の人格権と同様ではあるものの、生命・身体・名誉という法益と比べて重要性において一段低い権利であると位置付けられたからである⁴⁷⁾。

そうだとすれば、パブリシティ権が憲法上の権利に由来する権利であるとしても、本判決が京都府学連事件判決を引用したことをもって、パブリシティ権が憲法上の権利である根拠とすることはできないだろう。

実質的に考えるに、明文にない権利であるからといって、必ずしも13条の問題として捉える必要はない。明文にある他の憲法上の権利の一類型として捉えられるのであれば、必ずしも13条の権利として構築する必要はない。そもそも、13条の権利と無関係な憲法上の権利は存在せず、憲法上の権利はすべて幸福追求に不可欠な権利として13条の性格を持つ。13条で保障する実益は、明文の憲法上の権利とは異質であるが、幸福追求に不可欠な明文なき権利の承認である。

パブリシティ権は、「名誉権」「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」のような人格の持つ精神的価値を保護する権利とは異なり、肖像等が有する財産的価値を保護する権利である。パブリシティ権が人格の精神的価値の保護に主眼を置く権利であるとすれば、肖像権との区別が困難となり、その混同が進めば、独立した新たな権利として承認する実益がなくなってしまう。

そうだとすれば、パブリシティ権は13条で保障される権利とは異質であり、むしろその実質は財産権と捉えるべきである。

したがって、本稿では、パブリシティ権は13条で保障される憲法上の権利とはいえないと考える。

(3) 憲法13条に由来する価値

ここまで「人格権」として出てきたものを整理すると、①公権力との関係で憲法13条により保障された権利（京都府学連事件）、②憲法13条を根拠として触れられたもの（北方ジャーナル事件）、③私法上の権利として認められたもの（ピンク・レディー事件判決）、④権利には至らないが法的保護に値する人格的利益（氏名読み方訴訟事件判決⁴⁸⁾・他人からその氏名を正確に呼ばれることなど）、⑤法的利益であることが否定されたもの（自衛官合祀事件）に分類できる⁴⁹⁾が、憲法上の権利というには①、②として認められる必要がある。もっとも、③、④は憲法上の権利とはいえない利益であっても、立法裁量が憲法の要請する水準を逸脱しないかどうかを検討するにあたり、重要な考慮要素となり得ることがある。

例えば、夫婦別姓訴訟事件判決⁵⁰⁾が「氏の変更を強制されない自由」について、憲法13条該当性を次のように否定した。すなわち、「氏名は……個人を他人から識別し特定する機能を有する……が、同時に……人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成する……しかし、氏は……憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまっぴらめて初めて具体的に捉えられ……氏が、親子関係など一定の身分関係を反映し、婚姻を含めた身分関係の変動に伴って改められることがあり得ることは、その性質上予定されている」といえ、婚姻の際に「氏の変更を強制されない自由」が憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはいえないとした。

当該権利が憲法上の権利といえなければ権利侵害も観念し得ないのだから、憲法上の権利と明言されるかどうかは違憲性を争う出発点ともいえる重要な問題であり、これを否定する意味は大きい（なお、本判決につきあまりに狭小な場面設定は、保護領域／制限の段階と正当化の段階の差異を消滅させることにもつながるため妥当でないとの批判⁵¹⁾がある）。

もっとも、同判決は「氏を改める者にとって……アイデンティティの喪失感を抱いたり、従前の氏を使用する中で形成されてきた他人から識別し特定される機能が阻害される不利益や、個人の信用、評価、名誉感情等にも影響が及ぶという

不利益が生じ……ることは否定できず……これら……を婚姻後も維持する利益等は、憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとまではいえないものの……氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき人格的利益であ……り、憲法24条の認める立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項である」として、憲法上の権利とまではいえない人格的利益が憲法24条を媒介として立法裁量の限界の判断の一考慮要素となることを示した⁵²⁾。

同判決の趣旨によれば、憲法上の権利とはいえない利益であっても、立法裁量が憲法の要請する水準を逸脱しないかどうかを検討するにあたり、重要な考慮要素となり得るのである。本稿では、この意味で、憲法上の権利とはいえない権利の、憲法的価値を検討する意義があると考えらる。

本稿では、以上のように、パブリシティ権を①、②のような憲法上の権利と捉えることはできないと考えるが、少なくとも③の類型として人格的価値を持つ権利であることは再度明確にしておく。13条の権利といえなくとも、13条の趣旨から導かれる利益を有するという指摘である。

(4) 憲法29条の権利であるか

パブリシティ権は、財産権として憲法上の権利にあたるのではないかという問題について考える。なお、私法上のパブリシティ権の性質では人格権説に立つという前提をとりながら、パブリシティ権は憲法29条の権利であると捉えることは可能である。私法上の権利としての性質の対立軸と、憲法何条の権利であるかという考察は別次元である。すなわち、ここで論じるのは、人格権に由来する権利であるパブリシティ権も財産的価値を少なからず有するのであるから、この面を憲法上の財産権として捉えられないかという問題である。

まず、人格財産権説によれば、パブリシティ権は人格権に由来する権利であるが、その保護領域は人格の持つ財産的価値にあるから、むしろこれを人格の持つ精神的価値（名誉権、プライバシー権、肖像権等）と同格に並べる方が些か不自然である。そうだとすれば、肖像等の持つ顧客吸引力ないし顧客吸引力のポテンシャルにつき排他的に支配する権利としてのパブリシティ権を、憲法上の財産権として捉えることもできるだろう。

もっとも、憲法29条2項は「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」とするが、前述のようにパブリシティ権は明文なき権利で

あるから、財産権的側面に着目したとしても「法律」で規定された権利でない以上、憲法上の権利と呼べないのではないかが問題となる。

この点、財産権の保障範囲を、①「自然に境界付けられた財」、②「質的に境界付けを必要とする財」、③「法律によってまず特定されてなければならない財」に分類し、立法者は①については承認（あえて法律により内容を規定する必要はない）し、②については境界付けを行い、③については内容規定を定めてこれに財産権性を認めなければならないと考える立場⁵³⁾がある。

知的財産は③の典型例ともいえるが、パブリシティ権は①ないし③のいずれに分類されるかが問題となる。パブリシティ権の人格権的要素を強調すれば①とも評価することができ、財産権的要素を強調すれば③とも評価できよう。しかしながら、判例は私法上のパブリシティ権の法的性質につき人格権説を採用し、物のパブリシティ権は法律がない現段階では承認できないとしたギャロップレーサー事件判決の趣旨をも踏まえれば、人のパブリシティ権は物のパブリシティ権とは区別されて（物のパブリシティ権は③にあたるだろう）①にあたる应考虑すべきであろう。

したがって、上記立場からは、パブリシティ権を29条2項の「財産」として承認することは可能だろう。本稿としても、人格の一面が有する財産的価値は人が本来的に有するものであるから、「法律」で規定されていなくても「財産」性は肯定されるべきだと考える。

以上より、パブリシティ権は憲法上の財産権にあたると考える。

ところで、29条2項の意義については、多数の解釈が存在する。例えば、29条2項は財産権の範囲・程度を一般性・抽象性・平等普遍性を持った法律の形式で定めるように求めているもの⁵⁴⁾と理解する立場や、29条2項の本質は財産権の内容を民主主義に定めることにありとし「国会」という国家機関が「法律」という法形式によって定めることには重きをおかない立場⁵⁵⁾などがある。これらの対立は、基本的な枠組みを定める法律による財産権の内容形成が、憲法上どのように行われなければならないのかという問題が根底にある⁵⁶⁾。本稿では、29条2項の意義についての各理論は詳述を避けるが、パブリシティ権を29条2項という「財産権」として認めうるかどうかは、次のような視点から有益であると考えられる。すなわち、憲法上の財産権であれば、憲法が立法者に対して、その内容・行使の方法等につき憲法に適合するように定めることを要請し、財産権の保障の一つとして憲法の基準に反した法律による制限を受けることはないという視点⁵⁷⁾であ

る。

パブリシティ権が、明文の根拠規定がなくとも私法上の人格権として承認され、不法行為法上の保護を受けることは前述した通りである。しかしながら、パブリシティ権が憲法上の財産権であるとするならば、前述した法的性質に付随する各論点に対する法整備がなされた時に、第一次的には立法者が憲法の要求する水準に適合するように法整備をすることを義務付けられ、それは憲法に適合するように解釈されるべきであり、憲法の水準に反するならば当該法律は違憲無効となり得る。

パブリシティ権を、人格権的側面を有する財産権として承認できないかという実益は以上の点にある。

(5) 小 括

パブリシティ権は13条の要素も29条の要素も兼ね備えるのは上記の通りである。

憲法上の権利であるか、また何条に基づく権利であるか、これらの問題は違憲審査基準の定立との関係で重要な意味を持つ。論者により複雑多岐なアプローチがあり得るが、本稿では、私法上のパブリシティ権の性質につき人格財産権説をとりながら、憲法上の権利としてパブリシティ権を承認する余地があるとすれば、憲法29条によるべきであるとした。

もっとも、通常の財産権とは異なり、パブリシティ権は人格的利益を有する点に特性があり、この点は立法府の判断を尊重できるかという総合考慮がなされる中で重要な考慮要素となるだろう。

パブリシティ権は未だ多くの論点が解決されていない権利であるが、以上のような憲法上の特殊な財産権であることを踏まえて、諸論点につき考察を加えていきたい。

V 憲法上の位置付けを踏まえた諸論点の考察

1 物にパブリシティ権を認めることの可否

物（例えばペットなど）が顧客吸引力を有する場合はあり得るが、物の肖像等が有する顧客吸引力を把握する権利も、憲法29条の財産権の問題であると考ええる。もっとも、同じ財産権の問題であっても「法律による権利の創設が必要か否か」が異なると考える。

最高裁はギャロップレーサー事件判決において、物（競走馬）のパブリシティ権を否定している。すなわち、「競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、物の無体物としての面の利用の一態様である競走馬の名称等の使用につき、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に対し排他的な使用权等を認めることは相当ではなく、また、競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行為の成否については、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっているとはいえない現時点において、これを肯定することはできない。」とする。同判決は、物の無体物としての使用は知的財産法が規制・救済すべき領域であり、物のパブリシティ権を規定する法律がない現段階では、物のパブリシティ権を認めることはできないことを判示した⁵⁸⁾。

確かに、人のパブリシティ権が顧客吸引力そのものを保障するのであれば、物であろうと人であろうと要保護性は同様であり、物のパブリシティ権について「法律」で保障していないことは、立法不作為の憲法違反と考える余地はある。

しかし、本稿でいうパブリシティ権は、あくまで人格の持つ商業的価値に着目した権利であるから、明文の規定がなくとも保護されるべきものであると考える。裏返せば、物のパブリシティ権はまさに「法律」で定まる財産権の問題なのである。

このように、人の有するパブリシティ権と物のパブリシティ権は区別される権利である。両者は、①法令による明文の根拠なくして保護されるべき権利であるか、②権利として保障された場合の価値の2点で異なる。

本稿では、物のパブリシティ権を認めることの可否は、専ら立法政策の問題であると考えている。この意味で、根拠規定のない現段階では、物のパブリシティ権は憲法上の財産権とはいえず、人のパブリシティ権とは区別されるべきものと考えている。

2 パブリシティ権の主体

パブリシティ権を憲法上の権利と構成する場合、著名人等に限って保障されるという指摘は不適切であると考えている。

確かに、およそ顧客吸引力を有しない者（一般人の多くはそうであろう）はパブリシティ権を行使することができない。しかし、これは権利を行使できる状況に至っていないだけであり、潜在的にはパブリシティ権は何人であれ認められるべきである。

そもそも、顧客吸引力はいわゆる著名人であれば認められるというわけでもない（著名人という言葉の解釈問題に尽きるが、土井晩翠事件判決⁵⁹⁾は、著名な詩人の有する顧客吸引力の存在自体を否定的に認定した）。また、著名人ではないが顧客吸引力を持ち得る者として長寿者やミスコン優勝経験者等が挙げられるが⁶⁰⁾、これらの者も著名人もかつては顧客吸引力を持たない一般人である。誰もが顧客吸引力を得るポテンシャルを持ち、時代の潮流や本人の活動次第で顧客吸引力は上下するのである。

したがって、パブリシティ権が権利である以上、それは著名人が権利を行使できる状況を具備していることが多いだけであり、潜在的には国民に権利として保障されているのである。まだ言葉を話さない子供にも表現の自由があり、学ばざる者にも学問の自由があることと本質的には異ならない。

もっとも、法人については、別途考察を要する。そもそも法人に肖像は観念できないことから、主として「法人名」につきパブリシティ権が認められるかが問題となる。

この点について、ピンク・レディー事件判決は、人格権に関する過去の判例を引用しているが、そのうち宗教法人について人格権由来の名称権を認めた天理教豊文教会事件判決⁶¹⁾は含まれていないことから、最高裁は法人固有のパブリシティ権には否定的な立場であろう。また、法人のパブリシティ価値が無断利用された場合には、不正競争防止法上の商品等表示に該当し保護される余地がある⁶²⁾。そうだとすれば、法人にパブリシティ権を肯定すべき実益は必ずしもあるとはいえず、通説は、人格権説からは法人のパブリシティ権は否定する。

論理的な問題点としては、権利の性質上可能な限り（八幡製鉄事件判決）⁶³⁾法人にも人権享有主体性はあるとされるが、人格権説という人格権概念を、法人においても観念できるかである。

確かに、パブリシティ権の根拠は自然権的な概念に求められるべきであるとして、人工的に作られた人格に過ぎない法人格に、原始的なパブリシティ権を認めるべきでないとする考え方⁶⁴⁾も多く論者の支持を得るものとする。また、裁判例のうち、泉岳寺事件判決⁶⁵⁾は法人の氏名権を「人格権である自然人の氏名に準ずる権利」として、自然人のそれと区別をしている。

しかし、法人も人格的利益を有しており、その名称が当該法人を象徴するものとして保護されるべきことは、個人の氏名と同様である⁶⁶⁾。また、人格権の一つとして承認されている名誉権については、法人への名誉毀損に不法行為を認めた

事例⁶⁷⁾もあり、刑法230条に規定される名誉毀損罪の客体には法人も含まれる⁶⁸⁾（なお、刑法上の保護法益論中の指摘ではあるが、名誉は自然人の憲法13条で保障される人格権に由来するものであるから、法人に社会的評価があることが直ちに法人が名誉権を持つという結論を導くものではない⁶⁹⁾という指摘に留意したい）ことから、法人の人格権自体は保護されるべきものとして観念できるはずである。

以上より本稿は、法人のパブリシティ権について肯定するべきと考える。

3 パブリシティ権の譲渡性・相続性、使用許諾契約の可否

本人しか保有できないとも思える人格の肖像価値から生まれるはずのパブリシティ権を譲渡・相続し得るのかという問題である。

これらにつき否定的な見解は、パブリシティ権が人格権に由来する権利であることを強調して、パブリシティ権が一身専属的で他人に譲渡し得ないもの⁷⁰⁾であると考ええる。

相続性について検討するに、確かに、パブリシティ権を純粹な人格権と捉えれば、上記結論になる。しかし、パブリシティ権は人格的価値を有する財産権と捉える以上は、その性質上、相続性を肯定すべきである。ただし、パブリシティ権が半永久的に相続されるとすれば、法律関係を複雑にさせ、肖像等の使用に萎縮効果を与えかねないから、「法律」による一定の調整（存続期間や民事上の権利行使の主体、要件等）は図られるべきであり、かかる調整は、財産権の性質や規制・調整の目的を吟味した立法府の判断によるべきものと考ええる。

例えば、人格権の一類型である著作者人格権は譲渡が禁止され（著作権法59条）、一身専属権と解されている⁷¹⁾。しかし、著作権は相続性が肯定されるし、著作者人格権についても死後においても一定の保護を受け（同法60条）、遺族による差し止め請求権（同法116条）も認められており、著作物の有する経済的価値が死後において無保護にならないように調整されている。

実務上は、死後における肖像等の顧客吸引力は、不正競争防止法の商品等表示性を満たす限り、死後も保護を受ける⁷²⁾。また、パブリシティ権自体の相続は認められないが故人の肖像等の管理利用権のみが相続されるとする見解もある⁷³⁾。これらの調整は、構成を異にしても、死後のパブリシティ権の調整という実務上の問題点に応えるものであり、この点につき立法措置がなされることが本来望ましい。なお、財産権の保障のあり方を公共の福祉に適合する限り柔軟に「法律」によって規定することは当然あり得るが、本稿の立場とは異なりパブリシティ権

を13条の権利と捉えれば、死後の調整については法整備を複雑化させるように思える。

したがって、本稿では、パブリシティ権の相続性を肯定する。

次に、譲渡性について検討するに、パブリシティ権を財産権として捉える以上は、その性質上、譲渡性を肯定する。使用許諾契約についても同様である。人格の経済的側面を本人の自由意志のもと処分できると考える。

しかし、パブリシティ権は通常の財産権とは異なり、人格的利益を有する特殊な財産であるからこそ、以下のように、包括譲渡や、独占的使用契約を認めるべきでなく、一部譲渡や一部使用など限定がある場合に限り譲渡性が肯定され则认为る。

実務上は、芸能人等と所属事務所との間で締結される専属実演家契約において、当該芸能人の肖像に関する権利は所属事務所に帰属する旨が定められることは多い⁷⁴⁾。

裁判例を見るに、ラーメン我聞事件判決⁷⁵⁾は、タレントと所属事務所の間で締結された専属実演家契約中の「本契約の有効期間中……制作された著作物、商品その他のものに関する……パブリシティ権……は……すべて〇〇事務所に帰属するものとします」という条項につき、かかる条項がタレントの有するパブリシティ権全体ではなく、契約上特定された当該タレントの実演に関する限りでのパブリシティ権の帰属を所属事務所に認めたものである、と認定して有効な契約としている。

また、プロ野球選手肖像権事件判決⁷⁶⁾は、パブリシティ権が人格権であることを前提に、現役プロ野球選手らと所属する球団との間で締結された野球選手契約中の「球団が指示する場合、選手は写真、映画、テレビジョンに撮影されることを承諾する。なお、選手はこのような写真出演等にかんする肖像権、著作権等のすべてが球団に属し、また球団が宣伝目的のためにいかなる方法でそれらを利用しても、異議を申し立てないことを承諾する。」との条項につき「所属する」という文言に着目し、かかる条項が独占的使用契約を定めるものであると認定した。そのうえ、独占的使用契約はそれ自体不合理なものではないから、民法90条にいう公序良俗に反するものではなく契約を有効なものとして認めている。

これらの判例はピンク・レディー事件判決以前の裁判例ではあるが、実務上重要な意義を有している。いずれの判決も、パブリシティ権の一身専属性を根拠として権利の移転帰属を一律に否定するという法律構成を採用していないことは注

目される⁷⁷⁾。

確かに、パブリシティ権を独占的に利用する契約を締結したとしても、人格的利益を侵害されるような肖像等の利用を受けた場合には、パブリシティ権以外の人格権、すなわち名誉権、プライバシー権、肖像権を根拠とした救済を受けられるのだから不合理とはいえない⁷⁸⁾。

もっとも、独占的使用契約が実質的にパブリシティ権の包括譲渡、あるいは、放棄の強制と異ならないような内容であれば、憲法上の権利の放棄の強制になるから、公序良俗違反を構成する不合理なものと思われる。このような契約は、私人間効力の問題として、公序良俗違反を検討するにあたり、憲法的価値充填をし得ると思われる。

ただし、このような価値充填はある事例につき人権の価値を積極的に充填させることも、消極的にすることも、行おうと思えばできる⁷⁹⁾し、形式的には対等な私人間の合意に憲法的価値を導入させることにほかならないから、価値充填が厚いほど望ましいというわけではなく、締結された契約の尊重を原則としたうえで例外的に憲法的価値による修正を加えるべきであることには注意しなければならない⁸⁰⁾。

したがって、本稿では、パブリシティ権の譲渡性は一定限度に限り肯定されるところを考える。

VI 表現の自由との調整

1 はじめに

パブリシティ権は顧客吸引力をみだりに使用された場合、すなわち肖像等を無断で使用された場合に、これに対する救済を求める根拠として機能するが、多くの場面では表現の自由と衝突する。人格権が表現の自由と衝突してきた事例は、大別して、事前差止めの可否が問題となった事例と事後的救済を求める事例に分けられる。

2 事前差止め

事前差止めの可否が問題となった事例として、北方ジャーナル事件判決、「石に泳ぐ魚」事件判決⁸¹⁾等がある。表現の事前差止めは、憲法21条2項が禁じる検閲でないとしても、表現物を自由市場に出す前に抑止する点や、濫用のおそれ

が大きい点、抑止効果が事後制裁の場合より大きい点で問題があるため、厳格な要件でのみ許容される。

北方ジャーナル事件判決では名誉権、「石に泳ぐ魚」事件判決ではプライバシーが、表現の自由と衝突する人格権として問題となったが、事後的救済の困難性に着目する指摘がある。すなわち、名誉毀損の場合には事後的な損害賠償や名誉回復処分である程度救済可能であるのに対して、プライバシー侵害の場合は一度侵害された場合にはおよそ事後的回復は困難であるという指摘である⁸²⁾。

これをパブリシティ権について考えると、確かに、パブリシティ権により侵害される利益自体は顧客吸引力の無断使用により失われた価値であるから、事後的な金銭賠償にむしろ馴染みやすいといえる。しかし、パブリシティ権侵害の場面として、事前に許可を得ていれば肖像等を利用することに同意した事案と、事前に許可を求められたとしても肖像等を利用することを拒絶した事案が考えられる。前者の場合は事後的金銭賠償に馴染むが、後者の場合は事後的金銭賠償を求めることは、当事者に強制的にライセンス契約をさせたのと同様の帰結になる⁸³⁾。

そもそも、顧客吸引力自体は経済的利益に直結するが、顧客吸引力を有する者がそれを利用したいと常に考えるわけではなく、適切なタイミング・方法で自らのイメージを利用することを望むはずである。場合によっては、顧客吸引力が増大することを望まず、自らの持つイメージとは異なるライフスタイルを望む場合すらあるだろう。このような利益が、まさに人格権に密接な利益であり、従来のプライバシー権や肖像権のみでは保護できなかった利益にほかならない。

そうだとすれば、パブリシティ権侵害の事案が必ずしも事後的救済に馴染むかどうかは疑問である。なお、ピンク・レディー事件判決以降の裁判例であるENJOY MAX事件⁸⁴⁾は、「パブリシティ権は、人格権に由来する権利の一内容であっても、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、精神的損害を認めることは困難である」としてパブリシティ権侵害に際して精神的損害に否定的であることに留意したい。

ピンク・レディー事件判決がパブリシティ権を排他的権利である私法上の人格権と示したことから、名誉権・プライバシー権と並んで、パブリシティ権が事前差止め請求の根拠となることを肯定的に考える立場は多くある⁸⁵⁾。知的財産法分野においても、差止めが認められている（著作権法112条1項参照）ことから、パブリシティ権に基づく差止め自体は肯定されても良いだろう。

本稿でもパブリシティ権に基づく差止め自体は肯定されるべきであるとする。

もっとも、パブリシティ権は人格的価値を持つ特殊な財産権にすぎないから、名誉やプライバシーという法益と比べて重要性が相対的に低く、差し止めの要件はより厳格なものとなるだろう。

3 事後的救済

(1) 名誉・プライバシー侵害と事後的救済

表現の自由と人格権とが衝突した事例のうち、事後的救済が問題となる事例は以下のものが参考になる。まず、損害賠償事件として、長崎教師批判ビラ事件判決⁸⁶⁾（名誉権と表現の自由）、長良川事件報道訴訟事件判決⁸⁷⁾（名誉権、プライバシー権と表現の自由）等がある。次に、削除請求の仮処分の事案としては、投稿記事削除仮処分決定認可決定に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件決定⁸⁸⁾（「個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益」と表現の自由）がある。同決定の第一審⁸⁹⁾は「忘れられる権利」と表現の自由という対立構造を採用したが、最高裁は「忘れられる権利」に基づく差止めは、プライバシーに基づく差止めに帰着するから、独立に検討する必要はないものと⁹⁰⁾して括弧書きの構成を採用した。その他関連する事例としては、ノンフィクション「逆転」事件判決⁹¹⁾（「前科等にかかわる事実を公表されない利益」と表現の自由）等がある。

事後的救済は、表現を自由市場に出す前に抑制するものではない点で、事前差止めと同レベルの表現に対する配慮は要求されない。もっとも、事後的救済であっても、権力による表現行為の抑制という点では表現行為一般に萎縮効果をもたらすものである。萎縮効果の面に絞れば、表現が否定されてしまう点では事前差止めも事後的救済も同様であり、むしろ損害賠償額が高騰する点で、事後的救済の方が事前差止めより強力な萎縮効果をもたらすとの指摘⁹²⁾もある。

まず、名誉権との関係では、判例は基本的には刑法230条の2の趣旨に沿って、不法行為の成否を判断している。刑法230条の2は、名誉毀損罪の構成要件に該当する行為につき、①公共の利害に関する事実に係り、②その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、③事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときはこれを罰しないとする。

判例は、客観的事実の摘示による不法行為の成否について、かかる法理を基本的には参照する。他方で、主観的な意見の表明ないし論評については、長崎教師批判ビラ事件判決が示したように、③の真実性の要件につき「前提としている事実が主要な点で真実であることの証明」と緩和した要件を用いて、第4要件とし

て「人身攻撃に及ぶなど論評としての域を逸脱したものでない限り」という限定要件をかける。論評の場合は、主観による表現であるから真実性の証明が本来不可能であるという表現自体の特殊性に着目した基準が定立されている⁹³⁾。

他方で、プライバシー権との関係では、プライバシーに属する事実を公表されない利益とこれを公表する利益を事例ごとに比較衡量し、前者が後者に優越する場合に事後的救済をするという判断枠組み（例えば、長良川事件報道訴訟事件判決やノンフィクション「逆転」事件判決がこれにあたる）がとられている。もともと、検索結果削除について、最高裁は「石に泳ぐ魚」事件判決のように、比較衡量という基準を採用しながらも表現の自由に重きをおく判断枠組みを採用している⁹⁴⁾。

プライバシーの場合は、そもそも保護の対象となるプライバシーか、保護がどの程度あるのかという問題が生じる。「プライバシーのインフレ」と指摘されるように、今日においては、プライバシーはその内容を拡充している⁹⁵⁾。また、ノンフィクション「逆転」事件が示したように、当該事実の公益的な性質が比較衡量の要素となる場合がある。

このように、名誉権やプライバシー権という人格権が表現の自由と衝突した場合は、表現の性質や態様に留意しつつ、人格権の性質も慎重な吟味がなされている。

（２）パブリシティ権侵害と事後的救済

では、パブリシティ権についてはどのような基準が採用されているか検討する。

この点、ピンク・レディー事件判決は、パブリシティ権侵害が不法行為を構成する場合は「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」であると判断した。

かかる基準は「専ら」基準と評され、実務上は定着しつつあった基準であったとされる⁹⁶⁾。

人格権と表現の自由が衝突する場合の調整基準として、名誉権型の構成、プライバシー権型の構成があったが、本稿では、パブリシティ権侵害の調整は、これとは別個独立の類型であると考ええる。

思うに、類似の人格権と表現の自由が衝突する場面を比較すると、侵害行為の違法性に以下のような相違点がある。

すなわち、人格権のうち生命・身体・名誉などを侵害する行為は直ちに違法となり（これらについては刑事罰も存在することもその参考になるだろう）、例外的な位置付けである違法性阻却事由の抗弁（前述の刑法230条の2をベースとする議論である）が認められないかを争点とする。

プライバシー権と表現の自由の場合は、どちらかが一義的に優越するという関係にはなく、個別事案に応じて、より保護に値するのはプライバシーか、あるいは表現態様であるかを天秤にのせて違法性を判断する必要がある（「石に泳ぐ魚」事件判決など、表現の自由に重きをおく場合があるように、必ずしも釣り合った天秤から始まるわけではない）。

反対に、本稿のようにパブリシティ権を、人格的価値を持つ財産権と考える場合、パブリシティ権を侵害する行為は、顧客吸引力を使用する行為が直ちに違法となるわけではなく、「専ら」基準を満たして初めて違法となるという相違点がある⁹⁷⁾。反対に、パブリシティ権は13条により保障されると考えた場合には原則違法という構成の方が整合的であろう。しかし、表現方法には極めて多様な態様があり得るが、肖像等を利用する表現の場合には、顧客吸引力の利用は不可避免的に起こる。そうだとすれば、これを原則として違法なものと構成してしまうと、およそ肖像等を利用する表現は、肖像等を有する者とパブリシティ権の利用契約を結ばなければ違法であるということになり、表現の多様性を奪い、表現行為自体を萎縮させるおそれもある。

そこで、パブリシティ権侵害の場合は、原則は違法ではなく、例外的な場面において違法となると考えるべきである。ピンク・レディー事件判決が「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」としたのも、同様の趣旨であろう。

したがって、他の人格権と表現の自由が衝突する場面と比較して、侵害行為の違法性が異なるため、パブリシティ権における調整基準は、他の人格権の調整基準と別個のものが用いられるべきである。

具体的な基準としての意義を以下検討する。

そもそも、パブリシティ権は、人格権のうち財産的価値に着目している性質を持ち、実務上は知的財産権と同様にコンテンツビジネス等における取引の対象となることから、経済活動の行動指針を示す規範として表現者にとって明確な調整基準が確立されるべき⁹⁸⁾である。この意味で、肖像権の侵害行為と不法行為の

成否の判断基準とされる総合考慮基準説（和歌山毒入りカレー事件判決）は、具体的事案での行動指針として明確さに欠けるため、判例はこれを採用しなかったといえる。

パブリシティ権侵害と表現の自由の調整基準として、学説の中では、ある出版物が著名人のパブリシティ権を侵害する場合は、それは当該出版物が「表現物」でない場合であると指摘するものがある。同説は「表現物」でない場合として、（１）肖像等を商品（表現物でない商品としての出版物）として利用する場合、（２）肖像等を出版物の広告へ利用する場合を挙げる。具体的には（１）は、肖像等が利用されている頁の中で紹介・論評もなく、肖像等のみが目立つように露出されている場合であり、かかる場合は、もはやその肖像等は情報伝達のためではなく、その魅力によって読者に対して購入を誘引するために利用されていると解されるため、商品にあたる。（２）の具体例は、肖像等と記事が関係しない場合や、虚偽の記述が掲載されている場合であり、かかる場合は、肖像等は単に当該記事に注意を惹くためだけに使用されていると解されるため、広告にあたる⁹⁹⁾。かかる分類は、ピンク・レディー事件判決が示した「専ら」基準のうち、概ね①・②が（１）と対応し、③が（２）と対応する。

つまり、パブリシティ権侵害の場合には、原則として表現が優位であるが、「専ら」基準を満たす場合、すなわち、もはや「表現物」でない場合に不法行為を構成すると考えるのである。

判例が、「専ら」基準を採用したのは、表現の自由・経済文化活動の自由に影響を与える場面を限定的にするため¹⁰⁰⁾と指摘される。表現の自由への配慮は、前述のようなパブリシティ権侵害行為の違法性の判断基準として、原則として表現が優位であるという判断基準を採用していることにも現れている。しかし、表現の自由への配慮は、「専ら」基準のより本質的な機能に現れていると考える。「専ら」基準は、パブリシティ権侵害の調整基準は、表現物が内容としてどれほどの価値を有するか（例えば公益に資する情報であるとか）などには着目せず、表現物の肖像等の利用方法が許されるものであるか（肖像等の利用の仕方として、もはや「表現物」とはいえないのではないか）に着目し、表現方法の手段の限界を画するものである。すなわち、「専ら」基準は、無断での、肖像等の商品的提供・広告的利用という表現の手法が、保護に値しないことを明確に指摘する点で、表現者に予測可能性を与えるという機能である。

このようにパブリシティ権侵害の調整基準に「専ら」基準が採用された趣旨は、

表現者に不法行為となる予測可能性を示し、表現の萎縮の防止を図ることであるといえる。事例の蓄積により、限界事例のようなものが出た時に、「専ら」基準で調整できるかどうかが今後の課題となるであろう。

以上のように、他の人格権と、別個独立の基準が定立される根底には、突き詰めれば、パブリシティ権の憲法上の位置付け論が大きな影響をもたらしているといえる。パブリシティ権は、人格権に由来する権利であるが、その正体は財産権である点で、人格権の中でも特殊な位置付けにある。このような、表現の自由との衝突の場面における考え方に、他の人格権との差異がうまれることも、本来当然なのである。

(3) 競合事例

最後に検討する問題として、いかなる人格権の侵害であるかの判断が困難な事例を挙げる。美容整形手術を受けたタレントの手術を受ける前の写真が雑誌に無断で掲載された場合である。

かかる事例は、「舞台」のうで自己のイメージを呈示していた芸能人が、「舞台裏」の様子が流布されたことにより、それまでとは異なる枠組みから自己を解釈される危険があるもの¹⁰¹⁾である。名誉権・プライバシー権が侵害された事例として構成することもできるし、「専ら」基準における①の類型か、場合によっては③の類型に該当し「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」にあたり、パブリシティ権侵害として不法行為を構成するといえる事例だろう。

この場合には、どの人格権との関係でも、救済を求め得る（救済の要件を満たすかは別問題であるが）のであり、救済としても妥当な結論を導くだろう。そうすると、パブリシティ権は人格とりわけ肖像等の有する財産的価値のみを把握する権利だと捉えても、他の人格権侵害を理由に救済を求め得るのだから不都合はない。むしろ、これまで人格権として承認されてきたものではカバーできない範囲こそが、人格の財産的価値であり、パブリシティ権が権利として承認され、任された守備範囲である。他の人格権とは区別することはできるが、切り離すことができない親類である点が、人格権とへその緒でつながっている権利と表現される¹⁰²⁾本質であろう。

VII おわりに

本稿では、パブリシティ権の憲法上の位置付けを分析しながら、諸論点について考察した。パブリシティ権に対する最高裁の立場が明らかになって以降パブリシティ権に関する議論は大きく整理されたが、残された論点も多い。

パブリシティ権は、これまでに承認されていた名誉権・プライバシー権・肖像権では保護できなかった人格権利益を保護・救済することができる点で画期的な権利である。しかし、ここでいう人格権の要素を強調しすぎると、エンターテイメント業界や出版業界の活動を萎縮させるおそれがある。憲法学から、パブリシティ権を論じる意味は、今後パブリシティ権に関する法整備がなされた場合に、どのように憲法的価値が落とし込まれるかを明確にしておく点、そして表現者に対する萎縮を減らすために理論的妥当性を明らかにしておく点にある。

今後、事案の蓄積が進むことで、さらに各論点の検討は進むと思われるが、本稿がその際に問題意識を^{ひもと}く一助となることを願いたい。

- 1) 小泉直樹『知的財産法』(弘文堂、2018) 217頁。
- 2) 中島基至「判解」『最判解民事篇平成24年度(上)』22-23頁。
- 3) Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir.), cert. denied, 346 U.S.816, 74S.Ct.26, 98L.Ed.343 (1953).
- 4) 伊藤正己『プライバシーの権利』(岩波書店、1963) 148-149頁、松本俊輔「表現の自由と肖像権—情報法の構造を求めて」[外国法研究(1):アメリカ編] 相模女子大学紀要C(社会系) 74号(2010) 43頁参照。
- 5) 内藤篤=田代貞之『パブリシティ権概説〔第3版〕』(木鐸社、2014) 83-86頁。
- 6) 内藤=田代・前掲注5) 54-55頁、85-89頁。
- 7) 千葉邦史「『パブリシティ権』と著作者人格権の相似性」情報通信学会誌29巻2号(2011) 35頁。
- 8) 著名人の場合はプライバシー権を放棄しているとされ得ること、著名人の肖像の営利的利用は通常侮辱的でないこと、プライバシーの権利は譲渡できないこと、プライバシー権では動物や企業のパブリシティ価値がカバーできないこと等を指摘する。内藤=田代・前掲注5) 87頁参照。
- 9) 中島・前掲注2) 23頁。
- 10) 最判平成24年2月2日民集66巻2号、89頁。
- 11) 最判平成16年2月13日民集58巻2号、311頁。
- 12) 中島・前掲注2) 24-26頁。

- 13) 東京地判昭和51年 6 月29日判タ165号、184頁。
- 14) 東京高判平成 3 年 9 月26日判タ772号、246頁。
- 15) 東京高判平成11年 2 月24日 LEX/DB 25462869。
- 16) 中島・前掲注 2) 26頁。人格権説を採用する学説は多くあるが、ピンク・レディー事件以降のものとして、潮見佳男『債権各論Ⅱ 不法行為法〔第3版〕』（新世社、2017）219頁など。
- 17) 中島・前掲注 2) 26頁。財産権説を採用する学説としては、竹田稔『知的財産権侵害要論〔不正競争編 第3版〕』（発明協会、2009）442頁など。なお、渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』（有斐閣、2017）310頁はパブリシティ権を憲法29条1項の財産権として紹介するが、同見解は人格権説に立ちながらもこれを憲法上の財産権と構成する本稿の立場と同様の見解である。
- 18) 井上由里子「判批」長谷部恭男ほか編『メディア判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2018）106-107頁。
- 19) 人格権説を採用する裁判例としては、東京地判平成17年 6 月14日判タ1217号、310頁（矢沢永吉事件判決）、東京高判平成18年 4 月26日判タ1214号、91頁（ブブカ事件控訴審判決）、東京地判平成22年 4 月28日（ラーメン我聞事件判決）、東京地判平成22年10月21日（ベ・ヨンジュン事件判決）。
財産権を採用する裁判例としては、東京高判平成 3 年 9 月26日判タ772号、246頁（おニャン子クラブ事件控訴審判決）、東京地判平成10年 1 月21日判タ997号、245頁（キング・クリムゾン事件判決）。
- 20) 中島・前掲注 2) 28-31頁参照。
- 21) 斉藤邦史「肖像情報に関する権利利益の諸相」情報通信学会誌30巻 3 号（2012）48頁。
- 22) 水野謙「パブリシティ権の法的性質—ピンク・レディー事件」法学教室408号（2014）135頁。
- 23) 中島・前掲注 2) 70-71頁参照。
- 24) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015）124頁参照。
- 25) 平野裕之『不法行為法（第3版）』（信山社、2013）75頁。
- 26) 五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003）8-9 頁。
- 27) 芦部・前掲注24) 119-125頁参照。
- 28) 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』（尚学社、2016）24-25頁参照。
- 29) 最大判昭和61年 6 月11日民集40巻 4 号、872頁。
- 30) 東京地判昭和39年 9 月28日判タ165号、184頁。
- 31) 小山・前掲注28) 11頁参照。
- 32) 間接適用説の内容も一義的ではなく、基本権保護義務論（小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998）136頁）や憲法の最高法規性を援用（君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008）258-272頁）した再構成論がある。間接適用説の他にも、無適用説（高橋和之「人権の私人間効力論」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004）1 頁）がある。無適用説からは、憲法の参照

につき、あくまで憲法の適用の問題ではないと考える。

- 33) 小山・前掲注28) 136-137頁参照。
- 34) 穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第2版』(日本評論社、2014) 95頁。
- 35) 小山・前掲注28) 142頁参照。
- 36) 最大判昭和48年12月12日民集27巻11号、1536頁。
- 37) 最判平成12年2月29日民集54巻2号、582頁。
- 38) 最大判昭和63年6月1日民集42巻5号、277頁。
- 39) 最判平成15年9月12日民集57巻8号、973頁。
- 40) 内野正幸「講演会参加者名簿とプライバシー」法学教室281号(2004) 146頁。
- 41) 芦部・前掲注24) 124頁、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ 基本権』(日本評論社、2016) 120頁〔松本和彦執筆〕。
- 42) 渋谷・前掲注17) 312頁。
- 43) 渡辺ほか・前掲注41) 108頁。
- 44) 最判平成7年12月15日刑集49巻10号、842頁。
- 45) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号、1625頁。
- 46) 最判17年11月10日民集59巻9号、2428頁。
- 47) 中島・前掲注2) 29頁参照。
- 48) 最判昭和63年2月16日民集42巻2号、27頁。
- 49) 畑佳秀「判解」ジュリスト1490号(2016) 98頁。
- 50) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号、2586頁。
- 51) 小山剛「判批」平成28年度重判解(2017) 22-23頁。
- 52) 卷美矢紀「憲法と家族—家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」論究ジュリスト18号(2016) 90頁。
- 53) ドイツの自然権的財産権モデルを説くライスナー教授の見解である。平良小百合『財産権の憲法的保障』(尚学社、2017年) 119-122頁参照。
- 54) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂、1995年) 261頁。
- 55) 山本龍彦「憲法上の財産権保障とデモクラシー」駒村圭吾編著『テキストとしての判決—「近代」と「憲法」を読み解く』(有斐閣、2016年) 265頁参照。
- 56) 平良・前掲注53)、17-23頁参照。
- 57) 平良・前掲注53) 39-43頁、小山・前掲注28) 158頁参照。
- 58) 井上由里子「判批」平成16年度重判解(2005) 272-273頁、顔真卿事件判決最判昭和59年1月20日民集38巻1号、1頁参照。
- 59) 横浜地判平成4年6月4日判タ788号、207頁。
- 60) 小泉・前掲注1) 218頁。
- 61) 最判平成18年1月20日民集60巻1号、137頁。
- 62) 小泉・前掲注1) 218-219頁。
- 63) 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号、625頁。
- 64) 内藤=田代・前掲注5) 71-72、325頁参照。
- 65) 東京高判平成8年7月24日判時1597号、129頁。

- 66) 五十嵐清「宗教団体の名称使用権をめぐる」知的財産法政策学研究14巻(2007) 12頁。
- 67) 最判昭和39年1月28日民集18巻1号、136頁、東京高判平成6年9月7日判タ893号、175頁など。
- 68) 大判大正15年3月24日大刑集5巻117頁。裁判例として東京高判平成26年3月19日LEX/DB 25505931など。
- 69) 川口浩一「判批」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ〔第7版〕』（有斐閣、2014）47頁。
- 70) 中島・前掲注2）59頁参照。
- 71) 小泉・前掲注1）264頁。
- 72) 小泉・前掲注1）220頁。なお、裁判例としてマイケル・ジャクソン遺産財団事件（東京地判平成27年8月31日LEX/DB 25447458）参照。
- 73) 福本布紗「パブリシティ権の法的性質とその侵害要件—ピンク・レディー事件」法律時報85巻9号（2013）120頁。
- 74) 小泉・前掲注1）219頁。
- 75) 東京地判平成22年4月28日LEX/DB 25442131。
- 76) 知財高判平成20年2月25日LEX/DB 25442131。
- 77) 小泉・前掲注1）219頁。
- 78) 中島・前掲注2）61-62頁参照。
- 79) 川崎政司＝小山剛編『判例から学ぶ憲法・行政法〔第3版〕』（法学書院、2011）30頁参照〔新井誠執筆〕。
- 80) 小山剛「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第六版〕』（有斐閣、2013）25頁。
- 81) 最判平成14年9月24日判時1802号、60頁。
- 82) 阪口正二郎「判批」長谷部ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第六版〕』（有斐閣、2013）154頁。
- 83) 水野・前掲注22）137頁。
- 84) 東京地判平成25年4月26日判タ1416号、276頁。
- 85) 例えば、小泉・前掲注1）223頁や中島・前掲注2）29頁。
- 86) 最判平成元年12月21日民集43巻12号、2252頁。
- 87) 最判平成15年3月14日民集57巻3号、229頁。
- 88) 最決平成29年1月31日判タ1434号、48頁。
- 89) さいたま地判平成27年6月25日判時2282号、83頁。
- 90) 棟居快行「判批」『検索エンジンと「忘れられる権利」の攻防—最高裁平成29年1月31日第三小法廷決定を契機として』法学教室441号（2017）51頁。
- 91) 最判平成6年2月8日民集48巻2号、149頁。
- 92) 田島泰彦ほか編『表現の自由とプライバシー』（日本評論社、2007）87頁参照〔町村泰貴執筆〕。
- 93) 長岡徹「判批」長谷部ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第六版〕』（有斐閣、2013）

148-149頁。

- 94) 鈴木秀美「検索サービスにおける表現の自由とプライバシー」ジュリスト1507号（2017）103頁。
- 95) 田島ほか・前掲注92）123-124頁〔須加恵子執筆〕。なお、金築誠志裁判官の補足意見は「専ら」という文言を過度に厳密に解することは相当でないとする。
- 96) 中島・前掲注2）37頁参照。
- 97) 中島・前掲注2）29-30頁参照。
- 98) 中島・前掲注2）38頁。
- 99) 豊田彰「パブリシティの権利Ⅱ」（日本評論社、2007年）141頁。
- 100) 井上由里子「判批」長谷部ほか編『メディア判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2018）107頁。
- 101) 水野・前掲注22）139頁。
- 102) 小泉・前掲注1）217頁。