

パブリシティ権の憲法問題

縣 幸 雄

序

パブリシティ (publicity) とは、言葉的には、広告活動、宣伝活動、広報、記事や放送で取り上げられる間接的な広告のことをいうが、パブリシティ権といった場合には、法的な権利として明確な意味をもつ。パブリシティ権とは、氏名・肖像のもっている財産的価値を利用しコントロールする権利として把握されている。つまり、タレントなど著名人は、その氏名・肖像をCMに使用することにより商品の販売を促進することができ、この顧客吸引力をもつ経済的な利益をコントロールする権利を有するということである。この権利は、憲法上保障される人権として把握されるべきものであるのか否かを問題とするのが、本稿のテーマである。それが憲法上の権利といえるかどうかは、その行為や利益が個人の人格的生存に不可欠であるのか、その行為や利益を社会が個人の自律的決定に委ね独占を当然のものと考えているのか、その行為や利益の独占が他者の人権を侵害するおそれがないのか、などを考慮して判断されるべきものである。⁽¹⁾

パブリシティ権の存在の根拠はなにか。それは、人格権に根拠があるとされる。人格権とは、個人の身体・自由・健康・肖像・氏名・名誉、プライバシーなどに認められる人格的利益の総称であり、それらは個人の利益を違法に侵害すると不法行為となり損害賠償責任が生じ、また侵害が生じないように事前差止めが認められる権利と把握されている。この権利は、古くから私法上の権利として認められ、民法709条の「故意または過失により他人の権利を侵害したる者は、これによりて生じた損害を賠償する責に任ず」および710条の「他人の身体、自由または名誉したる場合と財産権を害したる場合とを問わず、前条の規定によりて損害賠償の責に任ずる者は財産以外の損害に対しても、その賠償をなすことを要す」との規定により、人格権の侵害は不法行為としてその責任の追及をなしうるものとされてきた。

この人格権につき、それは私法上の権利であるが、「宴の後」事件で、個人の尊厳をたもつ上で必要不可欠なものであるとされ、それが憲法上に基礎づけられた権利であることを認め、⁽²⁾また「北方ジャーナル」事件でも最高裁は「人格権としての名誉の保護 (憲法13条)」として憲法13条が人格権の根拠規定であると判示している。⁽³⁾

そこで、個人の名誉に関する人格権は人権であるとしても、その経済的利益を主張するパブリシティ権が、そのまま憲法13条に根拠がある人格権であるといえるかが、憲法解釈上の問題となりうる。パブリシティの権利の性質につき、2つの見解がある。第1説は、肖像・氏名の人格価値とその財産価値 (パブリシティ) を分けてそれぞれの特性があるとする見解であり、第2説は、パブリシティ権の特性を純粋に経済的価値とした上でその権利の特性を見出そうとする見解である。⁽⁴⁾

憲法上の問題として、2つの説を捉え直してみると、第1説の見解に則すれば、人格権は内容において同じ肖像であっても個人の尊厳に不可欠なものとして名誉やプライバシーとされる部分と純粹に財産として把握される部分があることになり、人格権は階層的なものであり、それぞれ処理する法理が異なるということになる。第2説の見解に則すれば、本人の肖像はもとより本人が所有する動物、建物、風景にもパブリシティ権があることになり、本人の名誉と関係する人格権とは別個の私法上の権利ということになり、パブリシティの利益に関することは、憲法29条の財産権の法理により処理すべきものということになる。第1説を、ここで便宜的に、人権階層説、第2説を単純財産説とよぶ。以下、いずれのものかにつき判例で扱われた事例をとおしてパブリシティ権の性質を抽出し、また判例において問題とされたことを個別に検証をしてみたい。

二 肖像と財産権

① 判例の動向

主だった判例の流れをたどれば、次のごとくである。

裁判所は、古くはイギリスの子役俳優の写真を無断で広告に使用したことの違法性が争われた「マーク・レスター」事件で、この財産権としてのパブリシティ権を初めて実質的に認め⁽⁵⁾、また人気グループの肖像を利用しキャラクター商品を製造・販売したことの違法性が争われた「光GENJI」事件ではじめてパブリシティ権という語を明記している。⁽⁶⁾その後、このパブリシティ権の権利の意義は、拡大をしていく。

「キング・クリムゾン」事件ではパブリシティ権の対象について、氏名・肖像に限定せず、その者の伝記を記述することもそこに含まれる場合もありうるとしている。すなわち、パブリシティ権の侵害は、広告・商品への利用に限定することなく、書籍のような著名人に関する各種情報を発表する出版物においてもパブリシティ権を侵害することはありうるとする。この場合、その権利の侵害があるか否かの判断基準は、当該出版物の言論・出版の自由に対する慎重な配慮を前提として、出版物の内容がその著名人のパブリシティの価値を重要な構成部分としているか否か、すなわち本の重要部分において当該著名人の顧客吸引力を利用しているか否かという観点から個別的具体的に判断すべきであるとしている。そして、当該事件においては、キング・クリムゾンという著名な音楽家の氏名・肖像を使用して書物を出版したことにつき「著名人が獲得した名声、社会的評価、知名度等から生ずる経済的な価値で、顧客吸引力があると認められる場合には、それもパブリシティ権に含まれる」と判示した。⁽⁷⁾この判決は、パブリシティ権の侵害行為としては、広告への利用・商品への利用に限定することなく、当該著名人に関する各種情報を発表する出版物においてもパブリシティ権を侵害がありうるとしている。その侵害の有無の判断は、当該出版物の言論・出版の自由に対する慎重な配慮を前提として、出版物の内容において当該著名人のパブリシティの価値を重要な構成部分としているか否か、すなわち本の重要部分において当該著名人の顧客吸引力を利用しているか否かという観点から個別的具体的に判断すべきである、としている。そして、その書物が、全体としてキング・クリムゾンという著名な音楽家が獲得した名声、社会的評価、知名度等から生ずる経済的な価値で、顧客吸引力があると認められる場合には、パブリシティ権の内容に含まれるとしている。これらの判例は、肖像・氏名の中には財産的価値があり、それを保護すべきとの立場をとるものであるから、前記の人権階層説の立場をとるものといえる。

また、「ギャロップレーサー」事件では、物についての名称・肖像等についてもパブリシティ権を認めている。⁽⁸⁾馬主とゲームソフトメーカーが、競争馬の名前を無断使用したことにつきその違法性

の有無が争われた事件で、判例は、人が著名人に対すると同様に競走馬などの動物を含む特定の物に対し関心や好感、憧憬等の感情を抱きその感情が特定の物と名称等と関連づけられた商品に対する関心が所有願望とし、人を当該商品に向けて吸引する力を発揮して販売促進に効果をもたらすような場合には、当該物の名称等そのものが顧客吸引力を有し、経済的利用ないし価値を有するものといえるとしている。そして、当該事例につき、競馬は、騎手が競走馬に騎乗して速さを競うものであるが、人の関心は騎手のみならず競走馬そのものに対しても集まり、レースに優勝するなど競争に強い馬の知名度、好感度は増し、プロスポーツ選手同様にファンからスター扱いされていることは、公知の事実である。このような競走馬の人気を商業的に利用した場合には、著名人と同様な顧客吸引力を利用したものと考えられるから、馬主の有する馬のパブリシティ権侵害があるとしている。この判例は、物のパブリシティ権を認めるという意味では、人格権とは別個の権利を認めているということで、人格権とは別個のパブリシティ権を認める前記の単純財産説によるものといえよう。

また、この馬には、パブリシティ権を認めることはできないとする判例もある。「ダービースタリオン（ダビスタ）」事件では、パブリシティ権がもつ排他的権利は自然人の人格権が侵害された場合に認められるもので、競走馬には認められない。第三者が競走馬のような所有物の名前を無断で利用しても、直ちに所有者の人格権の侵害とはならないと判示している。⁽⁹⁾これは、パブリシティ権を人に限定しているという意味で、前記の人権階層説の立場によるものといえる。このように「ギャロップレーサー」事件と「ダービースタリオン」事件とでは、物に対するパブリシティ権に関する認識はまったく異なり、下級裁判所では結論はでていない。「ギャロップレーサー」事件は、最高裁に上告されているので、どのような判決が出されるのか注目されるどころである（これらの判決の問題については、個別の問題として後で触れることにする）。

② 成文法主義とパブリシティ権の判例

このように判例で、パブリシティ権の拡大がなされてきた理由は、それを定める成文法がないことによる。日本は、憲法41条が「国会は、国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である」と規定するように法律を制定し国民の権利義務を確定していく成文法主義を採用するものである。この原則により、一般に、財産権は、その権利の内容について争いがないように、民法、商法、無体財産法（知的所有権法）などによりそれぞれ個別の法律によりその権利の内容の規定がなされている。それは、民法による物権、商法による商号使用权、著作権法による著作権、特許法による特許権、実用新案法による実用新案権、意匠法による意匠権、商標法による商標権、不正競争防止及不当表示防止法による商品等表示の使用権・営業秘密保持権、半導体集積回路の回線配置に関する法律による半導体集積回路配置利用権、種苗法による植物新品種利用権などが、その成文法主義の現れである。これに対して、パブリシティ権についてはその内容を明示する立法がなされていない。そのために、このように判例によりパブリシティ権が形成されるにいたっているが、アメリカのような判例法主義をとらない日本における立法の不作為は、憲法解釈上、格別の意味をもつ。それは、その権利を認めていないということがあるということである。

「マーク・レスター」事件以来約25年が経過しているが、パブリシティの利益に関する立法はなされていない。これを、立法の怠慢と考えるべきか、それともパブリシティ権に対して否定的なあるいは消極的な姿勢をとっていると考えるべきか。いずれにしても、法解釈の基本的なスタンスは、人格権にパブリシティ権が内在していると解しても、人権階層説によろうと単純財産権説によろうと、その財産的な権利内容につき無体財産法のような立法がなされていない以上は、実定法主

義をとる日本においては司法消極主義をとり制限的に解すべきものであって、積極的かつ拡張的に解していくことは憲法理論上において認められないものであるといえる。

③ 肖像権の人格権的側面

それでは、司法消極主義に立場にたったとして、なにが司法的救済を受けるべき利益であるのか。つまり、個人は自己の肖像や氏名に、どのような憲法上の保護を受けるものであるのか。それは、人格権として、他者の自由な撮影、使用を認めないという形で保護を受けるということになる。

氏名・肖像の人格権とはどのようなものであるのか、また財産権とはどのようなものであるのか、周知のことではあるが、本稿の論旨の展開上、若干の敷衍をしてみたい。この個人の氏名・肖像をコントロールする権利は、概念的にいうならば、その区分は相対的なものではあるが、著名人と一般人とは異なる。一般人は、氏名・肖像につき人格的価値があり、氏名権・肖像権として保護され、一定の場合以外は本人の了承なくして使用されることはない。本人の了承なく撮影・使用する一定の場合とは、たとえば写真撮影に関していえば、人が風景やその他の場所に付随して現われている場合、集会・行列のような公の行事に参加している場合、芸術のようなより高度の利益に役立っているような場合であり⁹⁹、また現行犯であり、証拠保全を行う必要性があり、撮影方法が相当であるような場合にも¹⁰⁰、その撮影は認められるし、報道機関が事件の報道で被告人の肖像を使用することも、公益があるが故に認められている。有名人については、一般人と同様にその氏名・肖像につき人格的価値があり氏名権・肖像権として保護される。ただ、一般人と異なり、犯罪の被害者などの不本意なことにより有名となった者ではなく、自己を社会にアピールして著名となった有名人については、公の場所にいる場合には公的な顔として本人の了承なく撮影されることについては問題がないが、これを使用し顧客吸引の手段として利用することはできない。その肖像は、財産的価値があるものとして、パブリシティ権が認められるものである。このようにパブリシティ権は、その性質として、判例が構築してきた肖像権のカテゴリーの中で発展していたものであり、憲法に基盤を有する人格権と財産権の性質を併せもち（ただし「ギャロップレーサー」事件では人格権の問題はなく専ら財産権の問題として把握されるもの）、その権利が侵害された場合には、差止請求権と損害賠償請求権が認められる具体的権利として認められるものとされてきた。

④ 肖像権の財産権的側面

パブリシティ権が財産権としての性質をもつものであるから、それは憲法29条が保障する人権として把握すべき内容を有するものであるのか否か、が問題となる。学説的には、財産権の中には「人権としての財産権」と「人権ではない財産権」とがあると見解がある。これによると、憲法の保障する人権である財産権は、歴史的にも、理論的にも、個人の生存の基盤として認められているものが憲法により保障されているものであるとする。したがって、資本の集積による個人の生存財産と独占財産との区別は必要であり、前者については憲法により保障され、後者については憲法により保障されていないと解すべきものとする。憲法は、明文の上では、これらの区別を行っていないが、財産権一般を保障し、また財産権一般は公共の福祉による制約に服するものと規定しているだけである。そのため、解釈論的にどのように財産権の法的性質を確定していくかが課題となるが、それにつき財産権の消極規制（内在的制約）による厳格な合理性の基準による規制立法の合憲性の判断基準の設定、財産権の積極規制（政策的制約）による明白の原則による合憲性の判断基準の設定により、社会国家ないし福祉国家における財産権の法的性質を確定しようとしている。¹⁰¹この法理については、「薬事法距離制限事件」判決¹⁰²「小売市場事件」判決¹⁰³などにおいても確

立されたものといえる。

パブリシティ権は、この財産権に関する規制には消極規制と積極規制があるとする憲法理論のなかで、どのような位置を占めるものであるのかが問題となるものであるが、人権階層説では、この法理によって処理できるものではないと考えられる。パブリシティ権は、財産権としての性質があるが、物や金銭の所有の権利やその活用を行うという財貨をもとにする財産権とは異なり、人格権のひとつである肖像権にその基礎をおくからである。つまり、財産権における二分論を活用し、人権であるパブリシティ権と人権ではないパブリシティ権という区別はできないであろうということである。したがって、通常の財産権に関する法理とは異なったパブリシティ権に対応する独自の憲法理論の構築、またそれに対応する憲法解釈の基盤を提示しなければならないと考える。単純財産権説によるならば、その個人の肖像およびその個人の所有物のパブリシティは財産権であるが故に消極規制を受けるものと考えるが、立法がなされることにより無体財産権として具体化される権利であると考えられる。

⑤ 2つの説と権利侵害への対応の差異

財産としてのパブリシティが侵害された場合には、どのような扱いを受けることになるのか。無断で肖像や氏名を使用した場合のその救済を求めた事例の判例をトレースし、その問題を検討してみたい。

判例によれば、人が自己の顔・姿について有する利益は、憲法13条に基礎をおく人格権のひとつとして肖像権とされ「個人の私生活上の自由の一として、何人も、その承諾なしに、みだりにその容貌・姿態を撮影されない自由を有する」⁹⁹とすることにより、自己の肖像をコントロールがあることが確認されている。そして、著名人の肖像につき無断で撮影しそれを雑誌に掲載した「週刊フライデー」肖像権侵害事件控訴審判決では、その権利の具体性を認めその侵害に対し損害賠償請求は認めているが、その権利の性格につき「写真自体鮮明なものではなく、それと一体となす説系記事も、原告自身にとって不快な点がないではないとしても、一般的・客観的にはその掲載による効用そのものを排除・減殺するための措置を講じなければ被撮影者・被掲載者の精神的苦痛を除去することができないとまで評価するには足りない」とみるのが相当である。その上、本件フライデーのような週刊誌は、その性格上一般読者によりその一時的興味の対象として受け取られるにすぎず、読後長期間保存することは多くなく、その文献的価値も高いものではなく、後に資料として利用される可能性は極めて少ないものと推測される。そして肖像権は、その対象たる肖像について、物権と同様に包括的かつ完全な支配を包括する程成熟した権利ということとはできない。以上を総合判断すると、本件においては、肖像権に基づく妨害排除ないし予防請求権は発生しないものといわざるをえない¹⁰⁰として、肖像権を物権としての性質は認めず、雑誌そのものの回収処分を行うことまでは認めていないことにより、妨害排除請求権を有する財産権と同一視する姿勢は取ってはいない。しかし、肖像のパブリシティ権の侵害があった場合には、これと異なり、人権階層説によろうと単純財産権説によろうと権利侵害の書籍の存在がそのまま財産権の侵害を継続するものであるから、所有権と同様な妨害排除請求権を認めることが必要なケースもあるであろう。

次に、人が自己の名前について有する利益も、人格権のひとつとして氏名権として判例上認められている。韓国語で氏名が正確に発音されなかったことの違法性が問題とされたNHK氏名称呼事件において、氏名は「その個人からすれば、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ものというべきであるから、人は、氏名の正確な呼称については、不法行為上の保護を受ける」とした。ただし、「氏名を正確に呼称される利益は、氏

名を他人に冒用されない権利・利益と異なり、その性質上不法行為としては必ずしも十分に強固なものとはいえない¹⁰⁷として氏名のもつ人格的価値を認めるものの正確に呼称される権利は厳格に保障されているものではないとするも、他者に自由に自己の氏名を冒用されることはない、との原則をこの判決は認めている。そして、タレントやプロスポーツ選手は「人格的利益の保護が減縮される一方で、一般人がその氏名及び肖像について通常有していない利益を保持している」として、「自己の氏名や肖像を対価を得て第三者に専属的に利用させうる利益」を有しているとし、この人格的利益と異質の経済的利益を侵害された場合には、法的救済を求めることができるとし、名前に財産としての価値を有する者がいることを認めている。¹⁰⁸この氏名のパブリシティ権侵害の場合も、権利侵害の存在がそのまま財産権の侵害を継続するものであるから、人権階層説によろうと単純財産権説によろうと所有権と同様な妨害排除請求権を認めることが必要なケースもあると考えられる。以上のように、パブリシティ権は人格権に結びつくが故に、損害賠償請求権に加えて強度な排他的な利用を主張することができる性質をもった権利である。そのため、権利侵害への対応たる差異はない。

⑥ パブリシティ権の譲渡・放棄制限の有無

パブリシティ権は、人格との結びつきのつよい財産権として認められるべきものであるが、この権利の内容としては、どこまで人格的要素を含まない純粋な財産権として構成できるのか、存続期間としていつまで権利として把握できるのか、など問題は解決されていないとの指摘がなされている¹⁰⁹、判例の見解は、人格権とパブリシティ権としての財産権を区別し、顧客吸引力を有する者にその権利を認めるという立場をとっているといえる。このような人権階層説をとる判例の立場によれば、人格権である氏名・肖像権は本人一人に専属して譲渡も放棄もされえないものであるが、これとは別個の権利であるパブリシティ権は財産権として譲渡や売買あるいは放棄ができるということであろう。しかし、それを取得した者は、それを自由に使用することができるが、その者の人格権を侵害するような利用の仕方、またその者が望まない者への転売・譲渡もやはり人格権を侵害するものとして認められないであろう。この意味では、他の財産権と性質を異にする。単純財産権説によれば、転売・譲渡は人権階層説と異なり自由ということになるのであろう。

また、権利の存続期間については、人権階層説によれば、本人の存命中は失われることはないと考えられる。その理由は、人格権がこの権利の出自であるがためであり、すでにタレントとしての人気を失い顧客誘引力を有していなくパブリシティの効果なくなっているとしても、その無断の利用は人格権の侵害となるものであろう。パブリシティ権の出自は人格権にあり、その栄光は本人にとって消滅するということがないからである。単純財産権説によれば、人権階層説とは異なりその使用は所有権を有した者が自由し使用しうるということになるのであろう。

以上、人権階層説、単純財産権説の立場で、それぞれ対応すべきケースについて記してきた。それでは、どの説が憲法解釈上妥当かという点、結論的には、単純財産権説は、人権階層説に比較して、人の肖像を物として扱い本人の意思を離れて処理されることを認めることになることが論理の帰結となるものであろうから、本稿としては疑問をもたざるをえない。¹¹⁰

三 人権としてのパブリシティ権

① パブリシティ権と新しい人権

パブリシティ権は、憲法が保障する人権であるのか。どの条文に根拠を置くものであるのか 判

決では、パブリシティ権を権利として認めるものであるが、それを憲法上のどの条文に根拠におく人権であるのかについては明確に言及してはいない。パブリシティ権は違憲であるとの争点の提示がなされない以上、私法上の問題として、裁判所は民法709条の不法行為の問題として紛争を解決すればその職分を果たしうるからである。もし、かりに違憲訴訟が提起された場合には、人格権の中にパブリシティ権が含まれているものと明示するものであろうか。肖像・氏名は人権であり人格権の保障するところであるが、そこに出自があるパブリシティ権も不可分一体のものとして解するものであろうか。この権利が人権として把握されか否かにつき、憲法制定時には全く意識されていなかったものを人権として保障されているものと解することができるものであるかが問題となる。

裁判所の判例において、新たに人権を創設することは認められない。すなわち、憲法制定時に意識しなかった意味内容を憲法条文のなかに見出すという解釈方法を裁判所が行うということは、司法による憲法制定行為ということになり、司法権の範囲を超えているからである。つまり、憲法制定時に人権保障の対象とならないとして意図的に規定しなかったにもかかわらず、その意図に抵触する形で人権が存在すると憲法解釈を行うことは認められない。これに対して、裁判所は、社会情勢の進化に対応して、その情勢の変化に対応した人権の意義を確定していくことはありうる。つまり、第1に、憲法制定時には意識されなかったとしても、もし憲法制定時にその権利が存在が意識されたならば、明文をもって人間の尊厳に不可欠なものとして憲法に織り込むことが予想されるものであれば、裁判所が憲法解釈により人権として憲法条文の中より新しい人権を判例により抽出することはありうる。プライバシーの権利、肖像権、環境権などは、憲法13条により認められる人権と解するのはその例である。また、第2に、社会通念の変化により、憲法制定時にまったく意識されていなく憲法が沈黙しているものであっても、その条文に内包するものとして保障されているものと解されるものもある。21条には、知る権利や自由、アクセス権が含まれると解するような場合である。²¹憲法の保障する人権の保障の意義につき、アメリカ合衆国憲法修正9条「憲法中に特定の権利を列挙した事実をもって、人民の保有する他の諸権利を否認し、または軽視したものと解することはできない」としているのはその例であらうし、また日本の最高裁判決でも「憲法の人権と自由の保障リストは歴史的に認められた重要性のあるものを拾ったもので網羅的ではない。我々が日常生活において享有している権利や自由は数かぎりなく存在している。それらはとくに名称を附されていないだけである。それらは一般的な自由または幸福追求の権利の一部をなしている」²²としてその原則を認めているのは、この意味であるといえる。

それでは、パブリシティ権は、憲法が禁止する人権の創設する場合であるのか、第1の場合、それとも第2の場合であるといえるのか。パブリシティ権の観念は、個人の人格権を基礎としその経済的利益を保護するというものであるから、個人の権利と経済活動の自由を認めている憲法が禁止するものに抵触するものであるとはいえないと考える。したがって、憲法が禁止する人権の創設の部類に属するものではないといえよう。しかし、このことをだけをもって、そのことを理由にパブリシティ権が人権であると解することができるというものではない。それでは、第1、あるいは第2の部類に属する人権であるといえるのか。この場合、パブリシティ権は、自己の情報の管理権は自己が有するものとして認められている人格権に出自がある。この意味でパブリシティ権は、一応は人権の線上にあるものであり、憲法条文の中より新しい人権を判例により抽出する第1の場合の人権としての様相をもつものといえる。パブリシティ権は、現在、その利益はその位置にある個人の生存にとって必要なものであり、その利益を社会が自律的決定に委ねその独占を当然なことと考えられ、その独占が他者の人権の侵害とならないといえるから、憲法13条に根拠をおく権利であるといえる。

問題は、それが、憲法11条が規定する人権の特性としての固有性、不可侵性、普遍性を有している⁸³、とまでいえる程度のもといえるのか、ということである。

② 人権の特性とパブリシティ権

パブリシティ権は、判例において、人格権に付随しその内実ではなくその外延にあるものとして認められた権利というべきものと考えられる。憲法11条は「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことができない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる」と規定する。この意味は、憲法に規定している人権は、この憲法により与えられるものではなく、人間に固有する権利であることをいうものであり、人権は公権力により侵害されない不可侵性を有し、人権は人種・信条・性別・社会的身分・門地の区別に関係なく人間であることにもとづいて当然に享有できる権利として普遍性を有するということである。パブリシティ権は、独立した人権として、この固有性、不可侵性、普遍性をもつものであるといえるものであろうか。11条は、「侵すことができない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる」と人権の意義を規定する。パブリシティ権は、すべての国民が人間たることにもとづいて、永久の権利として、つまり日本国憲法が制定される前より各人間の本質に内在している権利として憲法改正をもって奪うことができない権利といえるような性質を有しているものといえるものであろうか。パブリシティ権は、そのようなものではなく、人格の核心にあるものを保障しているものではなく、その外延にあるものとして認められているものとする。そして、その保障の程度は、その本質が財産的利益にある以上は、財産権につき制度的保障の法理があるようにパブリシティ権についてもその権利の核心を否定できないという意味であり、プライバシーの権利と密着した人格権とはその保障の程度は大きく異なるものと考えられる。

また、パブリシティ権が憲法の保障する人格権と同じレベルの人権であると解する立場にたてば、次のようなことを主張するであろう。日本国憲法のなかには、憲法によって定められている権利であっても、国または地方公共団体に損害賠償を求める権利（17条）や、刑事補償を求める権利（40条）などについては、憲法12条にいう「この憲法が保障する自由及び権利」に含まれるものであるとしても、これらが人であるが故に当然に有するとされる固有の人権といえるものであるのか否か疑わしいものもあるが、それは憲法が保障した権利として法律をもって、また判例法によって侵奪することはできないものと解すべきであるという法理がある。⁸⁴したがって、人権ではないものを憲法上の権利として保障することはありうるものであるから、人格権より派生したパブリシティ権は憲法が保障した人格権も17条と40条と同じものと解することができるのではないのか、ということである。この見解のようにパブリシティ権を解すれば、パブリシティ権を法律により制限すること、判例により制約的に解することは、憲法違反ということになる。しかし、この主張は、憲法により明文により規定されていることが論拠となるべきものであるから、明文によりパブリシティ権が規定されていない以上は、その人格権と同種かつ同列の強度な不可侵な権利であることの主張には無理があるものと考えられる。

③ パブリシティ権の侵害の範囲

以下、パブリシティ権はどのような者が有する権利であるのか、個別の問題について触れてみたい。

判例の基本的立場は、著名人が自己の氏名や肖像の無制限の使用を理由に精神上的損害賠償を求めることができるのは、その肖像や氏名の使用の方法、態様、目的等からみて、そのタレントなど

のとしての評価、名声、印象等を毀損もしくは低下させるような場合に行うことができるとする。また、タレントは、自らかち得た名声の故に、自己の肖像や氏名につき対価を得て第三者に専属的に利用させうる利益を有しており、ここでは、肖像や氏名は独立した経済的利益を有することになり、精神的苦痛を被らないような場合であっても、経済的利益の侵害を理由としてその無断使用につき法的救済を受けられるものとする。⁹⁴これらのことは、次のことを意味する。まず、肖像や氏名の利用につき、事実無根なことを指摘されたり、あるいはいたずら書きをされたような個人の名誉を傷つけられる精神的苦痛については一般人と同様に人格権の侵害を主張することができる。この点においては、憲法上の人権侵害ととらえることができる。次に、著名人は、本来的には自己の肖像や氏名が広く一般大衆に公開されることを希望しているも、その肖像や氏名が他者の経済的利益に結びついて利用される場合にはパブリシティ権の侵害があるとして、その経済的利益の侵害を民法709条の不法行為として主張することを認めている。この二面があるということは、肖像権や氏名権に関する権利について、著名人には権利の二層構造を判例は構築しているといえる。そして、権利の二層構造の上部構造にあるというべき名誉に関しては、すべての著名人は等しく権利救済の権利を有するものであるが、下部の構造にあるというべきパブリシティ権に関してはそれを有する者については限定されている。

著名人ならばすべてパブリシティ権を有するものではないとする判例として、土井晩翠事件判決がある。それによると「詩人は、一般の詩作や文学作品を翻訳するといった創作的活動に従事し、その結果生み出された芸術作品について社会的評価や名声を得、印税等として収入を得る反面、氏名や肖像がもつ顧客吸引力そのものをコントロールすることによって経済的利益を得ることを目的として活動するものではなく、また、その氏名や肖像が直ちに顧客吸引力を有するわけではない」として、土井晩翠という著名な詩人が「生前自己の氏名や肖像のもつ顧客吸引力により経済的利益を得、また得ようとしていたことを認めることはできないから、晩翠の氏名、肖像についてパブリシティ権の権利が発生するとは到底認められない」としている。⁹⁵この判決の趣旨によるならば、パブリシティ権を有すると認められる著名人は、単に氏名、肖像に顧客誘引力があるだけではならず、積極的に自分の氏名、肖像が顧客誘引力をもつように努力をしている者に限られる。したがって、土井晩翠のような著名な詩人あるいは作家が、無断で自己の氏名や肖像を商品に利用された場合には、どのような権利の救済がはかれるのか。それは、パブリシティ権ではなく、通常人の感受性を基調として考え、人が濫りにその氏名を第三者に使用されたり、またその肖像が他人の眼にさらされることは、その人に嫌悪、羞恥、不快の念が生ずる精神的苦痛を受けることなく生活を営む権利があるとする人格権であるプライバシーの権利の侵害ということになる。

どのような者がパブリシティ権を有するかの判断基準として示されているものとして、次のように区分すべきであるとする見解がある。顧客吸引力に着目をし、まず、非著名人と著名人とを分類する。非著名人であっても、その肖像に消費者に好意をもたせるような原初的魅力がある場合があるが、これを無断で使用した場合には人格権の侵害であり、パブリシティ権の侵害ということはない。

著名人については、作家や政治家のような非芸能人系の場合の無断使用につき、強い侵害行為と弱い侵害行為とを分け、商品や広告への利用のような典型的な顧客吸引力を得るための氏名・肖像の使用であるならばそれは強い侵害行為であり人格権への侵害であるが同時にそこにはパブリシティ権の弱い侵害行為の面があるとする。たとえば、その作家や政治家の名前をつけた「饅頭」や「漬物」を売り出すような場合である。弱い侵害行為とは、前述の土井晩翠事件判決にみられるように街路やバス停に晩翠の名前を本人・遺族の許可なくして冠するような場合であり、このような

場合には特定の商品などへの顧客誘引力を確保しようとするものではないから、人格権の侵害でありパブリシティ権の侵害というものはないものとする。これに対して芸能人系の著名人については、強い顧客誘引力を有するためにどのような利用であっても、無断使用はパブリシティ権の侵害ということになるとする。⁹⁹

このようにパブリシティ権の二分論が提示されるが、このように権利を有する者と有しない者が法理上あることは、憲法上の問題としてみた場合、パブリシティ権が人権として認められる権利ではない、ということを示すものであると考える立場もありうる。その立場からすれば、人権はすべての者が等しく有するものであり、もしそれが制限されるものであるならば、その区別に合理的理由があることによって認められるものである。パブリシティ権が認められる根拠は、この人権の制限の法理により処理されていない。つまり、パブリシティ権は芸能人系の著名人となって取得することができる権利であって、個人が人であるが故に固有する権利として把握されていないからである。このような性質をもつ権利を、人権として把握することは、人権のもつ意味を根底として否定するものであり承認しうるものではないと主張するであろう。しかし、憲法が保障したパブリシティ権はプライバシー権の内実を有するものであり、この意味では人格権の保障の線上にあるものであるから、人権とは別個な権利であるとはいえないと考える。

④ 物にパブリシティ権を認める立場

また、物にパブリシティ価値があるか否かにつき、問題となることも、パブリシティ権が人権としないことを示す証左である。物（馬）の所有者は、所有に係る顧客吸引力の経済的利益、すなわちパブリシティ価値を備えるに至った場合には、物のパブリシティ価値を利用して、その経済的利用を排他的に支配して財産的権利を取得すべきか否かについて争われた事件がある。先にあげた「ギャロップレーサー」事件では「大衆が、特定の物に対し、関心や好感、憧憬等の感情を抱き、右感情が、大衆を当該商品に向けて吸引する力を発揮してその販売促進に効果をもたらすような場合、当該物の名称等そのものが顧客吸引力を有し、経済的利益ないし価値（パブリシティの価値）を有する。著名人について認められるパブリシティ権は、プライバシー権や肖像権といった人格権とは別個独立の経済的価値と解されているから、必ずしも、パブリシティの価値を有するものを人格権を有する『著名人』に限定する理由はない。このような物の名称等がもつパブリシティの価値は、その物の名称等がもつパブリシティの価値は、その物の名声、社会的評価、知名度等から派生するものといえることができるから、その物の所有者に帰属する財産的な利益ないし権利として保護すべきである」としている。この事件の争点は、物の所有者は、その物について、顧客吸引力から生じる経済的利益ないし価値を排他的（独占的）に支配する権利を有するか否か、ということであった。¹⁰⁰したがって、この判決は、物を所有する者がその名声を独占的に排他的に利用できるという財産的利益を有するということを判示したが、その物にパブリシティがあるか否かということは単に言葉の問題であり、その物の名声による顧客吸引力を有する財産を所有する者がいわば法定果実としてその利益を所有するものであるとの原則を示したものであるといえる。パブリシティという語を使用しなくとも、この法理は成り立つものである。この判決の立場は、動物、建物、風景すべてその所有者にはパブリシティの利益があるとの論理に結びつき、そこまで財産権の保障を拡張することが必要であるか疑問をもつ。

⑤ 物にパブリシティ権を認めない立場

同じように、物（馬）の名前を無断使用したことの違法性を争った事件として「ダービースタリ

オン」事件がある。この事件においては、「ギャロップレーサー」事件とまったく異なることを示している。判決は「第三者が、社会的評価、名声等を獲得した自然人の氏名、肖像等を、当該自然人の承諾なく利用した場合に、その利用行為が、当該自然人の社会的評価、名声等を低下させると評価させると評価される限りにおいて、当該自然人の人格権を侵害することになるため、当該自然人は、自己の人格権に基づいて、氏名、肖像等を利用する第三者の行為を差し止めることができる。このことを経済的な側面から観察すれば、自然人が社会的評価、名声を獲得した場合には、顧客吸引力などの経済的価値を利用する一切の行為を独占することができる」と理解することもできよう。しかし、このような排他的な権利は、あくまでも、自然人が本来有している人格権を侵害されたと評価される場合に初めて認められるものであって、これと異なり、そもそも、第三者が、他人の所有物を利用して、直ちに所有者の人格権を侵害するものでないから、人格権を基礎として、原告らの主張するような排他的権能を根拠付けることは到底できないといわざるを得ない」として、物にはパブリシティ的な利益を主張することは認めない。その理由は「所有権は、有体物を客体とする権利であって、その作用は、有体物を物理的に占有支配する権能及びこれを円滑に行使するに必要不可欠な権能（例えば登記請求権等）にとどまる。物の所有者以外の第三者が、物に備わった顧客吸引力を利用する場合であっても、所有者の物に対する物理的支配を妨げない限り、所有者が物について有する排他的な支配権と矛盾しないというべきである（最高裁昭和59年1月20日判決民集37巻1号1頁参照）、所有権の作用によって、物の顧客吸引力などの経済的価値を排他的に支配する権利を基礎付けることはできない」とし、人格権に基礎づけられない理由として「他人の所有物を、所有者の承諾なく、物理的に毀損したような場合であっても特段の事情が存しない限り所有者の人格権を侵害することがないことは明らかである。これと同様に、第三者が、他人の所有に係る物について、所有者の承諾なく、その物が備える顧客吸引力を利用したとしても、所有者の人格権を侵害することにはならないことも明らかである」としている。この判決は、パブリシティ権の権利を人格権に限定し、物へのパブリシティの利益を否定し、抑制的な立場をとっている。²⁸パブリシティ権を人権の線上にあると考える人権階層説をとる本稿の立場からすれば、この判決を支持したい。

注

- (1) 芦部信喜 「憲法」(新版・補訂版) 116～117頁
- (2) 東京地裁判 昭和39・9・28 下民集15巻9号2317頁
- (3) 最高裁判 昭和61・6・11 判例時報1194号3頁
- (4) 内田篤・田代貞之 「パブリシティ権概説」 25～26頁
- (5) 東京地裁判 昭和51・6・29 判例時報817号23頁
- (6) 東京地裁判 平成1・9・27 判例時報1326号137頁
- (7) 東京地裁判 平成10・1・20 判例時報1644号141頁
- (8) 名古屋地裁判 平成12・1・19, 名古屋高裁判 平成13・3・12, 最高裁に平成13・5・10に上告
<http://www.ben.li/artcle/Gallop.1st.html>
- (9) 読売新聞 平成13・8・28
- (10) 平山信一 「名誉毀損」(自由国民社) 92頁
- (11) 最高裁判 昭和61・3・14 刑集40巻1号48頁
- (12) 浦部法穂 「財産権制限の法理—積極目的・消極目的二分論をめぐる—」公法研究第51巻103～105頁
- (13) 最高裁判 昭和50・4・30 民集29巻4号572頁
- (14) 最高裁判 昭和47・11・22 刑集26巻9号586頁
- (15) 最高裁判 昭和47・12・24 判例時報577号8頁

- (16) 東京高裁判 平成2・11・24 判例時報1356号90頁
- (17) 最高裁判 昭和63・2・16 民集42巻2号27頁
- (18) 東京地裁判 昭和51・6・29 判例時報817号23頁
- (19) 大家重夫 「芸能人の肖像」著作権判例百選（第2版） 189頁
- (20) 「肖像権の性質—人格権概念のゆらぎ」 CPRAnews (Center for Performer's Rights Administration News) 9号巻頭メッセージ（2001年5月）では、次のようことを指摘している。氏名・肖像のような人格的要素のあるものを利用することは、精神的および経済的利益と直接に結びついているので、やはり、氏名・肖像権は財産的価値のある人格権として一元的に構成されなければならない、との論理には正当性があるという。一元論にたてば、肖像・氏名の利用は人格権によってカバーされるものであるから、パブリシティ権という特別の権利を構築する必要性はなくなる。このような一元論が存在しうる背景には、パブリシティ権という物権的な性質をもつ財産権を法律の根拠なく認めることは物権法定主義の原則からみて望ましくないとする法論理の整合性より主張するところである。この法解釈は、人格権にパブリシティの権利が内包することになり、二元論のもつあいまいさを払拭するものである。権利の一元性が基本であるという意味で十分に説得力はあるが、判例ではこの立場を採用していない。 <http://wwwl.odn.ne.jp>
- (21) 棟居快行 「憲法講義案Ⅰ」 6～9頁
- (22) 最高裁判 昭和33・9・10 判例時報162号 「帆足計」事件における田中耕太郎・飯村潤夫裁判官の補足意見
- (23) 芦部信喜 前掲書 78頁
- (24) 宮沢俊義 芦部信喜補訂「全訂日本国憲法」 193頁
- (25) 阿部浩二 「俳優の氏名・肖像」著作権判例百選（第2版） 186頁
- (26) 横浜地裁判 平成4・6・4 判例時報1434頁
- (27) 内田篤・田代貞之 前掲書 175～180頁
- (28) 東京地裁判 平成13・8・27 判例時報1758号4～5頁