HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	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（2・完） : ピンク・レディー事件
Author(s)	橋谷, 俊
Citation	知的財産法政策学研究, 41, 297-340
Issue Date	2013-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52427
Type	departmental bulletin paper
File Information	42_08.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

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(2・完)
―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
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
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

(5) ピンク・レディー最高裁判決「専ら」基準の三類型の射程

ピンク・レディー事件の争点は、ピンク・レディーの白黒肖像写真を記事とともに雑誌へ無断で掲載した行為が、パブリシティ権侵害に当たるか否か（パブリシティ権侵害の有無）であった。本件のような雑誌において記事とともに芸能人等著名人の氏名や肖像写真が利用される場合に、最も問題となるのが、表現の自由との関係でどのような行為が違法とされるのか、という点である。

この点について本件第一審と控訴審は、導いた結論は非侵害と同じであったが、結論を導くために用いた侵害の判断基準は異なっていた。すなわち、本件第一審が示した判断基準は、専ら氏名・肖像の有する顧客吸引力の利用を目的とするものであるかどうかという、いわゆる「専ら」基準であったが、本件控訴審では、氏名・肖像を利用する目的、方法、態様等を総合的に判断する総合衡量型の基準であった。

そして本判決は、原審の提示した総合衡量型の基準ではなく、本件第一審および前掲［ペ・ヨンジュン来日特報］が採った「専ら」基準を是認して回帰するとともに、パブリシティ権侵害となる具体的な３つの行為類型

を次のとおり例示した。

> 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。

以下では、パブリシティ権侵害を構成するとされる上記の3つの行為類型が、それぞれどのような肖像等[76]の利用行為を念頭に置いているのかについて、補足意見との関係を確認しながら射程を検討する。

① 第一類型―独立鑑賞対象としての肖像の使用

そもそも第二類型にいう「商品化」との線引きが難しいとも思われるが、補足意見は、「三類型」の第一類型として「ブロマイド」「グラビア写真」を挙げる[77]。ただ、事案との関係で見れば、本判決はカラーグラビアではなく雑誌記事におけるさほど大きくない白黒写真の掲載であったから、グラビア写真について判断したものとはいえないのではないか。すなわち、本判決によって明らかとなった、非侵害とされる利用態様というのは、雑誌において記事と関連性のある白黒写真を用いる程度に限られていると解されるから、出版物におけるカラーグラビアに対する最高裁としての決

---

[76] 中島・前掲注(1)[判解]74頁は、「肖像等」について、人物識別情報をいうものであり、たとえば、サイン、署名、声、ペンネーム、芸名等をいうものであるとする。歌真似(実演)に対して著作権法による規制は及ばないことについて、安藤和宏「米国法における有名人の歌真似(sound-alike)録音物の違法性に関する一考察」知的財産法政策学研究21号(2008年)192頁参照。

[77] 中島・前掲注(1)[判解]74頁以下は、第一類型の典型例として、ブロマイド、ポスター、ステッカー、シール、写真集、画像の配信サービスを挙げる。氏名もサイン等のように鑑賞対象となる場合、第一類型に含まれるとする。

定的判断は、見送られたともいえる[78]。

他方、ページのほぼ全面がカラー写真で占められる実質的な写真集を、独立鑑賞対象であるとして侵害を肯定した前掲［ペ・ヨンジュン来日特報］、カラー写真を雑誌の見開き2ページのほぼ全面に掲載したものを侵害とした前掲［ブブカスペシャル7第一審］、「グラビア写真」「カレンダー」は「商品化」との考えを明らかにした本件控訴審などの裁判例からは、下級審の共通理解として、ページのほぼ全面に写真を掲載し、ページに占める記事部分の割合が5分の1程度以下であるようなものは、第一類型にいう「グラビア写真」に該当する、ということなのであろう。

だとすると、『中田英寿　日本をフランスに導いた男』のグラビア第1頁の写真が事案のような白黒ではなくカラーだった場合、どうなるのだろうか。本判決の第一類型による独立鑑賞対象か否かという絶対的基準で見る場合、非侵害という結論は必ずしも出てこないのかもしれない。

しかしながら、前掲［中田英寿第一審］の判断、すなわち、書籍全体に占める当該ページの分量の割合やその他のページの価値内容にも着目する相対的基準で見ていく場合には、写真の色や大きさにかかわらず非侵害の結論を導くことができるように思われる。

さらに、『中田英寿　日本をフランスに導いた男』に掲載された肖像写真は、カバー表紙のカラー写真を除く22点がすべて白黒写真であったところ、仮にこれらがすべてカラー写真であったとしても、伝記や評論の対象者がどのような人物なのかに関してより多くの情報を読者に伝えようとするに過ぎず、出版物全体の一部を構成するものに過ぎないのであるから、出版・言論活動を萎縮させないためには、ページに占める写真の色や大きさにかかわらず同様にパブリシティ権侵害とはならないと解すべきではないだろうか[79]。

---

[78] 田村・前掲注(1)法律時報84巻4号3-4頁、内藤・前掲注(1)NBL976号22頁参照。

[79] 中島・前掲注(1)［判解］75頁は、『中田英寿　日本をフランスに導いた男』のグラビア第1頁にあるページの全面に掲載されたユニフォーム姿の原告の写真について、「記事の内容自体と関連がある以上、本判決にいう『独立要件』を充足せず、パブリシティ権侵害を構成するものではない。」とする。だとすると、書籍出版物に掲載される写真について、記事の内容自体との関連性が認められるならば、写真

テレビニュースや情報番組、バラエティー番組におけるタレント等の氏名・肖像の放送使用も、番組のテーマとして当該タレントを専ら取り上げるような構成・演出、あるいは名誉毀損やプライバシーの侵害となるような内容であれば格別、人物の紹介や人物についての言及として用いられる（個人識別情報としての使用）に過ぎない場合には、独立鑑賞対象とは言い難く、カラー写真、白黒写真、似顔絵を問わず、パブリシティ権については当然非侵害となろう[80]。なお、似顔絵に関して、前掲［矢沢永吉］と後掲最判平成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］の判旨から、肖像の利用は、写真であれば侵害、イラストであれば非侵害といった媒体による判断ではなく、肖像・姿態の描かれ方、描

の色や大きさに関しても、同様に問題とすべきではないように思われる。

[80] なお、実演家が過去に出演したテレビ番組のあるシーンを、静止画として使用する行為も、もともと実演家の録音・録画禁止権（著作権法91条１項）の対象ではなく（著作権法２条１項13号・14号）、名誉毀損や侮辱等を構成する場合は格別、実演家の紹介やその活動について言及するために当該静止画を使用するに過ぎない場合には、写真やイラストと同様にパブリシティ権が及ぶ余地はないものと解される。前掲［@BUBKA］では、原告らが出演したテレビ番組の映像を写真（最も大きいもので縦約９㎝×横約10㎝と事実認定）にして無断掲載したことにつき、原告らを直接撮影した写真と同様に扱い、記事との関係からパブリシティ権侵害を否定している。

他方、静止画（写真）としての使用にはそもそも実演家の録音・録画禁止権が及ばないとしても、前掲［マーク・レスター］に代表される広告目的での利用や、肖像等自体を商品化するような場合には、テレビ番組の静止画であろうが実演を直接撮影した写真であろうが、パブリシティ権は及ぶものと解される。

ちなみに、実演家が過去に出演した局制作の歌謡番組やドラマ番組等の一部を、静止画ではなくVTR（映像）として別の番組で放送使用（いわゆる部分使用）する場合には、著作権法93条１項（放送のための固定）に基づいて録音・録画された放送のための実演の固定物の目的外使用となり、実演家の放送禁止権（92条１項）が再度及ぶことになるため、パブリシティ権とは別の話として実演家（の権利を管理する団体や所属事務所）から、あらためて実演の放送使用についての許諾を得ることになる。テレビ番組と実演家の権利との関係、放送事業者と実演家の権利者団体等との関係についてのまとまった解説として、金井重彦＝龍村全編著『エンターテインメント法』（2011年・学陽書房）455頁以下および490頁以下〔手島康子＝日向央執筆〕参照。

写態様によって、肖像にかかる人格的利益の侵害・非侵害が判断されることが分かる。

② 第二類型―商品化での使用

第二類型が想定しているのは、キャラクター商品、いわゆるマーチャンダイジングである。担当調査官解説によれば、多種多様な具体例[81]を挙げるほか、前掲キング・クリムゾン事件で問題となった書籍『キング・クリムゾン』もキャラクター本として第二類型の限界事例と位置付け、実在の人物をテーマにゲーム化する行為も第二類型に含めている[82]。他方で、ポスターやカレンダー、ブロマイドといった、肖像や姿態を鑑賞するためにあるようなグッズは、前述のとおり第一類型との区別が難しく、どちらに分類されるかを区別する実益はあまりないのかもしれない。

「差別化」の意味については、マーチャンダイジングビジネスの実務の観点からは、ある商品等に特定の肖像等が付されているからこそ、同じ商品群の他の商品ではなくそれが「欲しい」と(潜在的な者を含め)ファンに思わせる、すなわち顧客を引き付ける使い方、と解される。したがって、商品自体に肖像等が付されているわけではないが、商品等のおまけに肖像等を使用する行為、たとえば食玩[83]での利用も第二類型に入るだろう。

---

[81] 中島・前掲注(1)[判解]76頁参照。Tシャツ、マグカップ、ポーチ、ストラップ、タオル、下敷き、カレンダー、キーホルダー、マグネット、スポーツ用具、切手、食品、インターネットのプロバイダーサービスなど。メダル(前掲[王貞治])、きんちゃく、財布、バッチ、はちまき、うちわ、ステッカーなど(前掲[おニャン子クラブ仮処分]、[中森明菜Ⅰ]、[中森明菜Ⅱ])もこの類型に入るだろう。

[82] 内藤篤『エンタテインメント契約法〔第3版〕』(2012年・商事法務)365頁は、映画の特集本やゲームの攻略本は「商品化物」であるとする。

[83] 知財高判平成20年2月25日平成18(ネ)10072号[プロ野球選手パブリシティ控訴審](中野哲弘裁判長)は、「カルビープロ野球チップス」のおまけである「カルビープロ野球カード」にプロ野球選手の氏名・肖像を使用することについて、昭和48年以降プロ野球12球団がカルビーに対して使用許諾していること、昭和63年以降は野球を題材としたテレビゲームでの実在の球団名、選手名の使用について社団法人日本野球機構を通じてゲームソフトメーカーへ使用許諾していることなどを前提に、

なお、パブリシティ権が対象とするのは「商品等」であるから、有体物の商品だけなく役務（サービス）、無体物での使用も範疇に入ることになる[84]。前掲［矢沢永吉］では、パチンコ機の中央で表示される画像としてのイラスト画の使用について、客観的に見てある程度原告と類似性のある漫画絵であるものの写実的ではなく、パチンコ機において当該画像が１日に表示される回数は平均２回で、しかも１回当たりの表示時間はわずか0.3秒であること等を総合衡量してパブリシティ権を否定したが、他方で、写実性が高い描き方、顧客吸引力の潜用あるいはその毀損、遊技中の識別可能性が高いなどの使用態様であったならば、サービスを差別化するものとして侵害を構成することを示唆している。

最後に、肖像の平面的使用を事案とした前掲［矢沢永吉］を踏まえて、肖像の立体的使用であるいわゆるフィギュア商品[85]を事例に、第二類型の限界事例を考えてみたい。

人の氏名や肖像写真、イラストを商品やサービスに付することは、他の商品との差別化を図る商品化に該当し、パブリシティ権侵害を構成することになるのは上記のとおりであるが、これは人の氏名・肖像を直接的、明示的に商品等へ使用する場合のことを言っているものと思われる。逆にい

選手（原告）と各球団（被告）との間で締結している統一契約書に定める「宣伝目的」条項に基づき、各球団は選手からプロ野球選手としての行動に関してその氏名・肖像を第三者に対して商品化を含めて使用許諾する独占的な権限が与えられていると認めた。そして、「宣伝目的」条項の趣旨は、球団ないしプロ野球の知名度の向上に資することを目的とするものであるから、野球カードや野球ゲームにかかる選手の氏名・肖像の使用はその目的に沿うものであり、選手においても長年、明示または黙示によりこれを許容してきているとして、各球団が選手の氏名・肖像を第三者に対して使用許諾する権限の不存在確認請求を棄却した原判決（東京地判平成18年８月１日判時1957号116頁［プロ野球選手パブリシティ第一審］〔髙部眞規子裁判長〕）を維持した（平成22年６月15日上告棄却）。

84 中島・前掲注(1)［判解］73頁参照。

85 フィギュア商品といっても実に多様なものがある。以下のウェブサイトを参考とされたい。株式会社海洋堂（http://www.kaiyodo.co.jp/）、株式会社メディコム・トイ（http://www.medicomtoy.co.jp/）、ユニオンクリエイティブインターナショナル株式会社（http://www.union-creative.jp/）など。

えば、人の氏名・肖像の商品化での使用が直接的、明示的でなければ、氏名・肖像の有する顧客吸引力を専ら、間接的、非明示的に使用していたとしても、パブリシティ権侵害にはならないと解される。

たとえば、映画やテレビ番組の出演者やキャラクターをフィギュア商品化する場合、フィギュア商品の顔が当該出演者本人とはっきりと認識できるもの（ファンが容易に出演者本人と判別でき、当該出演者本人を知る者が容易に当該本人であると識別し得るほどの類似性を備えたもの)、すなわち写実性が高く精巧な作りのフィギュアでは、明らかにパブリシティ権侵害を構成すると思われる。

他方、フィギュア商品の外観からは一見して当該出演者本人であると認識できないもの、すなわち肖像の特徴をある程度捉えていても当該出演者本人との類似性がさほど高くないもの、つまり肖像が写実的に再現されておらず客観的に見て似ていないものや、肖像がイラスト画的にデフォルメされていたりする場合、あるいはサングラスをかけていたり、マスクをしていたり、帽子等をかぶっているような場合には、顔の一部が露出しているとしても、上記のように明らかに顔が見えるわけではないから、必ずしも侵害となるわけではないのかもしれない。

また、覆面や着ぐるみ衣装を着用したキャラクターのフィギュア商品化では、フィギュア商品の外観からは覆面下の顔や着ぐるみ衣装の中の顔を見ることができず、当該出演者本人の氏名・芸名が付されていないものは、ファンにとっては当該実演家本人が演じているキャラクターであることが明らかで、人気の高い商品であったとしても、顔が見えず名前を明示していなければ、氏名・肖像自体の商品化には該当せず、パブリシティ権侵害にはならないと思われる。もっとも、覆面や着ぐるみ衣装が着脱自由で、当該出演者本人の顔が写実的に精巧に作りこんであるような商品の製造販売は、無断でこれを行えばパブリシティ権侵害となるのだろう。

つまり、商品化類型においても、特に肖像の使用について、イラストや立体化したものが、本人の顔や姿態と似ている、似ていないといった程度問題が実際に存在すると考えられることから、外延は完全に画されたわけではないと考えられる。

③　第三類型―広告での使用

商品等の広告における氏名・肖像の無断使用を侵害と捉える第三類型は、比較的分かりやすい分類とも思えるが、どのような行為が「広告」に当たるのかは議論があるかもしれない。

担当調査官解説では、商品等の出所を示すものとして肖像等を使用することは「広告」には当たらないとされる。たとえば、本の広告の中にその本の著者の肖像等を使用する行為や、飲食店等に芸能人が来店した写真を店内に飾る行為は、出所や事実を示すものに過ぎず侵害にはならないという[86]。

本件雑誌の新聞広告に使用された写真は、本件雑誌16頁上半分に掲載された「渚のシンドバッド」を歌唱中の写真（本件写真２）とは原告らのポーズが異なるもの、すなわち本件雑誌に掲載されたものとは別の写真であったところ、このような新聞広告もパブリシティ権侵害の範疇から外れるものと判断されたのであろう。飲食店の店内に飾られた芸能人の来店を示す写真やサインを、当該飲食店を紹介するテレビ番組の中で撮影して放送しても、同様に来店の事実を伝えることに変わりないから侵害とはならないと解される。

新たに制作される広告での氏名・肖像の利用については、過去の裁判例から基本的にパブリシティ権の禁止効が及ぶと解されるが、過去に制作された広告を再度利用する行為について考えてみたい。

広告を広告として再利用する行為は、新規の広告制作における氏名・肖像の利用と目的に変わりないため、パブリシティ権侵害になると解される。裁判例においても、前掲［藤岡弘］や［中山麻理］では、広告出演契約の満了後も広告として氏名・肖像が無断使用された事案について侵害を認めている。

他方で、広告を広告として使用する目的が認められない場合、たとえば、広告を批評論評する雑誌等において批評論評を目的として過去の広告を掲載する行為、テレビ番組において話題として過去のテレビCMを振り返る際、当該テレビCMを過去のテレビCMとして紹介（放送）する行為、

[86] 中島・前掲注(1)［判解］77頁参照。

また、美術館、博物館、資料館等の展示スペースにおいて広告の現物や複製物を展示・上映して、過去の広告の実例として一般の観覧に供する行為、当該展示内容の紹介・案内としてパンフレット、チラシ、ウェブサイト等に掲載する行為などは、広告を広告として使用するものではないと考えられるから、第三類型の範疇からは外れ、パブリシティ権については侵害が否定されるべきであろう[87]。

(6) ピンク・レディー事件最高裁判決「専ら」基準の三類型の意義

本判決が、上記「専ら」基準の三類型を打ち立てた意義は、本件控訴審が総合衡量型の基準を採用する理由として挙げた「専ら」の意味についての誤解を正し、最高裁としてパブリシティ権侵害の判断基準を「専ら」基準に統一することに加えて、差止請求権が視野に入る排他的な権利性を認める以上、表現の自由に対する萎縮効果を防止していくことが必要との観点から、侵害となるべき行為をできる限り明確に限定して予測可能性を確保しようとした点にある、といえるだろう。この点は、補足意見はもとより担当調査官解説においても随所で強調され、同様に指摘する学説もある[88]。

ここで、本判決の判断基準と、本判決の引用判例である最判平成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］[89]が採った

---

[87] もっとも、人の氏名・肖像を用いた広告のほとんどは、美術の著作物や映画の著作物であり、広告そのものや広告を構成する音楽・実演等の権利関係にはさまざまな取引慣行が存在し、きわめて複雑であると考えられるところ、著作物等の複製や公の利用行為(法定の利用行為、著作権法21条以下)に対しては、基本的に著作権・著作隣接権に基づく禁止権が及ぶ。田村・前掲注(6)『著作権法概説〔第2版〕』47頁参照。

[88] 中島・前掲注(1)[判解]72頁、宮脇・前掲注(1)[判批]75頁参照。中島・同81頁は「パブリシティ権は成文法上の根拠をもたない法概念であるが、本判決を契機として、さらに議論が発展し、行為規範としての予測可能性が高い法概念として、我が国に定着してゆくことが期待されている。」と締めくくる。また、宮脇・同76頁は、「肖像等の顧客吸引力の保護は、表現の自由の保障に常に劣後するというのが本判決の立場であ」ると評する。

[89] 別件刑事事件の被告人である原告が、被告新潮社に対して「肖像権」侵害を主張

判断基準である総合衡量による受忍限度論との関係を明らかにしておきたい。

［FOCUS法廷内写真・イラスト上告審］は、法廷内における手錠・腰縄姿の刑事被告人の容姿を法令に反して無断で写真撮影し、イラスト画で描写して写真週刊誌へ掲載した行為について、「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有する」[90]と説示した上で、諸事情を総合衡量（個別的衡量）した受忍限度論に基づいて侵害／非侵害を判断した事例であった。問題となった写真・イラスト画は、原告が被疑者として出頭していた法廷内で手錠・腰縄により身体的拘束を受けている状態の容ぼう等を撮影・描写したものであったが、最高裁は、写真について、刑事訴訟規則215条に違反して隠し撮りされたものであるから撮影の態様は相当性を欠き、手錠・腰縄姿をあえて撮影することの必要性も認め難く、写真撮影が予想される状況の下に任意に公衆の前に姿を現したものではないとし、また、手錠・腰縄姿のイラスト画を公表する行為は、原告を侮辱し、原告の名誉感情を侵害するもの

して提訴したことについて、写真週刊誌「FOCUS」平成11年５月26日号で「法廷を嘲笑う『Ｘ』の毒カレー裁判―この怪物を裁けるのか」との見出しを付した記事、同平成11年８月25日号で「『肖像権』で本誌を訴えた『Ｘ』殿へ―絵ならどうなる？」との見出しを付した記事をそれぞれ掲載。法廷内で無断撮影された原告の肖像写真、手錠・腰縄により拘束された原告を描いたイラスト画をそれぞれ掲載したことなどを総合衡量し、社会生活上受忍すべき限度を超えるとして不法行為法上違法と判示した。なお、イラスト画のうち「被上告人が訴訟関係人から資料を見せられている状態及び手振りを交えて話しているような状態が描かれたもの」について、法廷内における被告人の動静を報道するために新聞、雑誌等へ掲載することは社会的に是認された行為であるとして、人格的利益の侵害を否定している。

[90] 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁［京都府学連上告審］を引用。京都市内を行進していた学生デモ隊が、公安条例に基づく許可条件に反したため機動隊と衝突、違反状態を確認するために警察官が令状なくデモ隊の先頭を無断で写真撮影したところ、デモ隊が憤慨して警察官を負傷させたことから公務執行妨害罪で起訴された刑事事件において、被告人は「肖像権」侵害を主張して警察官による撮影行為の非適法性を主張したが、最高裁大法廷は「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」ことを認める一方、警察官による当該撮影行為は、適法な職務執行と認めた。

とした[91]。

これに対して、本判決で問題となった写真は、当時人気絶頂であったアイドル歌手であるピンク・レディーがテレビ番組等で歌唱中等の様子、すなわち公の場において自らの本業としての芸能活動を行っている様子を、本人らの承諾を得て撮影したものであった。

したがって、[FOCUS法廷内写真・イラスト上告審]と本判決とは、そもそも事案が大きく異なっていたといえるだろう[92]。

また、[FOCUS法廷内写真・イラスト上告審]が示した「肖像権」侵害の判断枠組み、すなわち受忍限度論に対しては、とりわけ自己の表現に対する法的責任をより強く意識するメディアが、予測可能性に乏しい総合衡量の射程に入ることを避けようとするあまり、自ら表現活動の限界を画する萎縮効果を生むおそれがあるとして懸念が示されていた[93]。

---

[91] 渡辺康行[判批]ジュリ1313号(2006年)10頁は、手錠・腰縄により拘束を受けている状態を撮影した写真は、原告が有罪であることを強く印象付けるとともに、原告に屈辱感を与えると一般に認められる本件写真を撮影し、公表する行為は、不法行為を成立させる要因と見るべきであろうと指摘する。

[92] 太田晃詳・最高裁判例解説民事篇平成17年度(下)800頁は、「本判決は、タレント等の肖像、氏名に関するいわゆるパブリシティ権の法的性質等について触れるものではない。本判決の原告であるXは有名人ではあるが、タレント等とは異なり、本件事案はパブリシティ権が問題とされる典型的事案ではない」とする。

[93] 窪田・前掲注(8)『不法行為法』128頁、竹田稔「肖像権侵害と表現の自由　最高裁判決で示された『受忍限度の基準』」Journalism 228号(2009年)20頁参照。内藤・前掲注(1)コピライト614号10頁は、「実際、ジャーナリズムの現場では、こんな総合考慮・比較衡量など、不可能を強いるものでしょう。弁護士が判断したって、どっちにころぶかわからないわけですから。」と述べる。この理はジャーナリズムの現場だけなく、広くメディアの現場全体に当てはまるように思われる。

また、利用者の予測可能性の重要性に関する示唆的な提言として、三村量一「判例の規範定立機能について」知財管理61巻9号(2011年)1304-1305頁は、一般論として、特に知的財産権分野での裁判所による積極的な行為規範の定立の重要性を説き、「実定法上の規定が存在せず、もっぱら当該法概念の内容が裁判例に任されている分野においては、積極的に一般法理を提示することにより、法概念を明らかにして、一般的な予測可能性を高めることに努力するのが適切である。…知的財産権分野においては、裁判所は、企業等の知的財産制度の利用者が予測可能性の下にお

こうした中、本判決は、[FOCUS法廷内写真・イラスト上告審]や本件控訴審が採った総合衡量ではなく、差止請求をなし得る人格権と表現の自由との定義付け衡量の帰結と見られる「専ら」基準に回帰し、パブリシティ権侵害の判断基準を統一して権利侵害となるべき行為の明確化を図った[94]。

つまり、本判決が採った「専ら」基準の三類型と、[FOCUS法廷内写真・イラスト上告審]の採った総合衡量による受忍限度論は、異なる事案に対する異なる判断基準として線引き・棲み分けがなされ、並存しているものと解される。本判決の判文に「受忍」という言葉が見られるため、一見すると受忍限度論を採用しているようにも見えるが、判旨の流れを読み込めば、本判決が総合衡量によって判断したものではないということが分かる。

以上の検討のとおり、「専ら」基準の三類型を打ち立てたといっても、本判決はパブリシティ権侵害／非侵害の境界線を、完全に明らかにしたとまでは必ずしもいえないだろうが、本判決は、下級審の蓄積を踏まえて、人格権に由来するパブリシティ権の排他的権利性を認める一方、表現の自由に配慮して「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」（補足意見）との観点から、侵害となるべき行為を具体的に類型化し、萎縮効果を防止しようとしている。このアプローチは、人格権としての名誉権に基づく差止請求を最高裁として明示的に認めつつ、表現の自由との定義付け衡量（類型的衡量）を展開し、人格権と表現の自由の衝突という憲法問題を判断した唯一の最高裁大法廷判決である前掲［北方ジャーナル上告審］の法理判例を強く意識したものではないかと思われる。

いて経済活動を行なうことを可能とするような内容の判決をすることを、心がけるべきである。」と説いていた。

94 竹田・前掲注(1)[判批]18頁参照。中島・前掲注(1)[判解]72頁は、「本判決の基準は、実質的には、最も限定的な判断基準の一つである『商品化又は広告』基準説を採用したうえ、これと違法性において等価な場合を含むとする基準であると評価することもできる。」と述べる。このことから、本判決の形成に最も強い影響を与えている学説が、田村・前掲注(4)『不正競争法概説〔第2版〕』505頁以下かと思われる。

したがって本稿は、本判決を憲法の「道徳的判断」[95]に沿った新たな最高裁判決として評価したい。

3．パブリシティ権の法的性質について

(1) はじめに

本判決は、パブリシティ権が「人格権に由来する権利」であると述べ、パブリシティ権の法的性質をめぐる議論を決着させた。

従前の裁判例は、パブリシティ権の法的性質を財産権として構成するもの[96]と、人格権として構成するもの[97]とに大別されるところ、本判決が説示

---

[95] 長谷部恭男「憲法判例の権威について」論究ジュリスト1号(2012年)8頁は、「憲法の、とりわけ基本権条項の解釈に関わる議論は、立憲主義を支える公私の境界はいかに引かれるべきか、そして、各人がその価値判断に基づいて各自の人生を自律的に生きるために、また、社会公共の利益に関する判断が理性的になされるために、いかなる自由がどの範囲で保障されるべきか等の論点に関する道徳的な議論である。こうした憲法レベルでの道徳的判断は、法律以下の実定法によって排除したり、変更することは許されない。」と説く。

[96] 前掲[光GENJI]、[おニャン子クラブ本案控訴審]、横浜地判平成4年6月4日判時1434号116頁[土井晩翠]、前掲[キング・クリムゾン第一審]、[キング・クリムゾン控訴審]、[ギャロップレーサー第一審]、[ギャロップレーサー控訴審]、[ブブカスペシャル7第一審]、[長島一茂]、[ブブカスペシャル7控訴審]。

[97] 前掲[おニャン子クラブ本案第一審]、[ダービースタリオン第一審]、[ダービースタリオン控訴審](「人格権に根ざすもの」)、[矢沢永吉](「人格権を根拠として」)、[@BUBKA]、[プロ野球選手パブリシティ第一審](「人格権に根ざすもの」)、[プロ野球選手パブリシティ控訴審](「人格的利益ないし人格権」)、[ピンク・レディー第一審](「人格権の一部」)、[中山麻理第一審](「慰謝料によって慰謝すべき精神的損害が生じている」)、[ピンク・レディー控訴審](「人格権に由来する権利」)、東京地判平成22年4月28日平成21(ワ)12902号[ラーメン我聞Ⅰ](「人格権に由来する権利」)、東京地判平成22年4月28日平成21(ワ)25633号[ラーメン我聞Ⅱ](「人格権に由来する権利」)、前掲[ペ・ヨンジュン来日特報](「人格権に由来する権利」)、京都地判平成23年10月28日平成21(ワ)3642号[The・サンデー第一審](「人格権に由来する権利」)、大阪高判平成24年6月29日平成23(ネ)3493号[The・サンデー控訴審](「人

した人格権説に収斂していく次のような裁判例の大きな動きが見て取れる。

すなわち、昭和50年代の草創期から約30年間は、初期の学説の影響を受けつつ氏名・肖像が有する顧客吸引力の財産的価値ないし利益自体に着目する財産権説を採るものが主流であった。

ところが、競走馬の名称等の保護をめぐるいわゆる「物」のパブリシティ権に関する前掲[ギャロップレーサー上告審]の前後から流れが変わる[98]。

以降、人の氏名・肖像が有する顧客吸引力も人格的利益の一部であるという人の氏名・肖像の本質に即して法的性質を捉える人格権説に立脚するものが占めるようになる。

以下では、まず、パブリシティ権の法的性質の位置付けに大きな影響を与えていると思われる「物」のパブリシティ権に関連する主な裁判例と本判決の関係を確認し、法的性質にかかる本判決の位置付けを明らかにする。その上で、本判決がパブリシティ権を「人格権に由来する権利」と位置付けた効果を考察する。具体的には、プライバシー権等に基づく救済の可能性、差止請求の可否といった論点を検討することとしたい。

(2)「物」のパブリシティ権との関係

固有の名声、社会的評価、知名度等を獲得した芸能人の氏名・肖像が持つ顧客吸引力は、独立した経済的利益・価値であり当該芸能人固有のものとして帰属することは当然であって、当該芸能人は氏名・肖像にかかる顧客吸引力の持つ経済的利益・価値に対する排他的な財産的権利を有するといった財産権説(代表的事例として、前掲[おニャン子クラブ本案控訴審])が主流であった、権利の性質をめぐる裁判例の流れに転機をもたらしたの

格権に由来する権利」)。なお、前掲[中田英寿第一審]は、パブリシティ権の法的性質を積極的に明示してはいないものの、財産権構成に基づく原告の主張を退けた判旨全体から、消極的に人格権構成を採ったものと解して差し支えないように思われる。

[98] 宮脇正晴「パブリシティ権法・不正競争防止法への招待」法セ692号(2012年)12頁参照。

は、ゲームソフトにおける実在の競走馬の名称等の無断使用に対して、競走馬の馬主らが所有権に基づいてパブリシティ権侵害を主張し、損害賠償と差止めを求め、名古屋と東京で判断が分かれた一連の事件の登場だった。

そこでは、物の所有権に基づくパブリシティ権の主張が吟味される過程で、人のパブリシティ権の主張を正当化し得る根拠は、本質的に人格権に求めるほかないという裁判例の理解が浮かび上がってくるように思われる。

① ギャロップレーサー事件（名古屋訴訟）

プレイヤーがジョッキーとなって競走馬に騎乗してレースに挑戦する「ギャロップレーサー」、「ギャロップレーサー２」というテレビゲームソフトにおいて、中央競馬のG1 レースで活躍したオグリキャップなど実在の競走馬の名称や特徴などの情報を、ゲームソフトメーカーの被告テクモが競走馬の所有者である原告ら馬主に無断で使用したことに対して、原告らが競走馬の所有権に基づくパブリシティ権を主張して差止めと損害賠償を求めた。

第一審の前掲［ギャロップレーサー第一審］（野田武明裁判長）、控訴審の前掲［ギャロップレーサー控訴審］（小川克介裁判長）は、ともに不法行為の成立を認めて損害賠償請求は容認したが、差止請求は棄却した。両判決は、前掲［おニャン子クラブ本案控訴審］、［キング・クリムゾン控訴審］を引用、財産権説に立脚して、物の所有者には所有物の名称等の顧客吸引力が有する経済的価値や利益を支配する権利があるとした。

他方で、著名人のパブリシティ権がプライバシー権や肖像権を含む人格権と密接に関連するものであるのに対して、所有権に基づく物のパブリシティ権は、プライバシー権や人格権には関連しない点で著名人のパブリシティ権とは異なるから、物権法定主義の原則（民法175条）からも、物のパブリシティ権には著名人のパブリシティ権のような差止請求権は認められないとした。その上で、物のパブリシティ権は物の名称等の顧客吸引力に認められるもので、G1 レースの出走馬（第一審での判断）、G1 レースの優勝馬（控訴審での訂正判断）には顧客吸引力が認められるから、その名称等を無断使用することは不法行為に該当し、損害賠償請求は認めら

れるとした。

② ダービースタリオン事件（東京訴訟）

一方、東京では名古屋とは異なる法律構成が展開された。被告アスキーが製作・発売した、競走馬を生産・育成するいわゆるシミュレーションゲームの「ダービースタリオン」において、実在の競走馬の名称を無断で使用されたとする原告ら馬主が、競走馬の顧客吸引力が有する経済的価値を排他的に支配する財産的権利（パブリシティ権）を主張して、差止めと損害賠償を求めた事案で、第一審の前掲［ダービースタリオン第一審］（飯村敏明裁判長）、控訴審の前掲［ダービースタリオン控訴審］（山下和明裁判長）はともに、人格権を根拠とすることはできず、実定法上の根拠も持たない以上、物のパブリシティ権には排他権を認めることはできないというある種決定的な理由によって、差止請求、損害賠償請求いずれも棄却した。

東京訴訟が差止請求を否定した理由は名古屋訴訟とほぼ同じであるところ、名古屋訴訟が物の所有権を背景とするパブリシティ権の存在を前提に、不法行為による損害賠償請求を認めたのに対して、東京訴訟は、そのような物のパブリシティ権の存在自体を完全に否定して不法行為該当性もないと判断した。

人のパブリシティ権の法的性質についても、自然人の氏名・肖像を、第三者が正当な理由なく利用したり、社会的評価や名声を低下させたりすることは、当該自然人の人格権を侵害するから、当該自然人は人格権に基づいて第三者の行為を差し止めることができるのであって、著名人の氏名・肖像が有する顧客吸引力等の財産的価値を支配する排他的権能もまた、人格権に基づくという立場を明らかにしている。

③ ギャロップレーサー最高裁判決

そして、東京訴訟での法律構成は、前掲［ギャロップレーサー上告審］[99]

[99] 評釈等として、田村善之［判批］法教別冊294号（2005年）21頁、井上由里子［判批］ジュリ1291号（2005年）272頁、松岡千帆［判批］判タ1184号（2005年）68頁、瀬戸口壯

において採用される。すなわち、「競走馬等の物の所有権は、その物の有体物としての面に対する排他的支配権能であるにとどまり、その物の名称等の無体物としての面を直接排他的に支配する権能に及ぶものではない」として所有権と著作権の保護対象を峻別した最判昭和59年1月20日判時1107号127頁［顔真卿自書建中告身帖］[100]を引用し、被告による馬の名称の使用行為は原告ら馬主の所有権を侵害しないと説示した。さらに「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権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」と述べ、原告らの請求をすべて棄却した。

もっとも、実定法上の根拠がなければ、いかなる場合においても不法行為による損害賠償請求が認められないのかというと、そうともいえないようである。というのも、［ギャロップレーサー上告審］は、「法令等」という含みのある言葉遣いによって、解釈の余地を残しているとも解されているからである[101]。同最判は、被告自身も馬名に馬主の権利を認めてその使

夫・最高裁判例解説民事篇平成16年度(上)97頁等がある。

[100] 中国唐代の書家・顔真卿の真蹟「顔真卿自書建中告身帖」を所有する原告が、同書の複製物である写真乾板から同書を複製して書籍出版した被告出版社に対して、同書の所有権に基づいて出版物の販売差止めと同書の複製部分の廃棄を求めた事案で、最高裁は、美術の著作物の原作品に対する所有権は、その有体物の面に対する排他的支配権にとどまり、無体物である美術の著作物自体を直接排他的に支配する権能はないとして、原告の請求を棄却した。評釈等として、中山信弘［判批］法学協会雑誌102巻5号(1985年)1045頁、清水利亮・最高裁判例解説民事篇昭和59年度1頁等がある。

[101] 田村善之「知的財産権と不法行為」同編著『新世代知的財産法政策学の創成』(2008年・有斐閣)8頁、田村善之「知的財産法からみた民法709条―プロセス志向の解釈論の探求」NBL936号(2010年)56頁、田村善之「民法の一般不法行為法による著作権法の補完の可能性について」同・前掲注(11)『ライブ講義 知的財産法』501頁および570頁参照。

用許諾を受け、対価を支払う旨一部の馬主と契約しているという実例があるからといって、それは紛争をあらかじめ回避して円滑に事業を遂行するためなど、さまざまな目的[102]で行われるものに過ぎず、「競走馬の所有者が競走馬の名称等が有する経済的価値を独占的に利用することができることを承認する社会的慣習又は慣習法が存在するとまでいうことはできない」として原告らの主張を退けた。このことから、法的保護に値する社会的慣習または慣習法が認められるような事案であれば、同説示の裏返しの解釈によって不法行為該当性を導き出すことも今後ありうるのではないかとも思われる[103]。

したがって、［ギャロップレーサー上告審］の判旨は、法律上保護される利益があると裁判所によって認められれば、法律上明文の権利がなくとも当該利益は不法行為法上保護の対象となるとした最上級審判決・大判大正14年11月28日民集４巻670頁［大学湯］[104]の判例法理を必ずしも変更したものではないと解してよいのかもしれない[105]。

---

[102] 仕事を円滑に進めるために締結されるさまざまな契約関係、取引慣行の存在について、前掲注(51)参照。

[103] 瀬戸口・前掲注(99)［判解］118頁は、「本判決は、本件とは異なる事実関係のもとで競走馬の名称等が利用された場合に、他の法律構成によって不法行為の成立が認められる可能性のあることまで全面的に否定するものではない。」とする。

[104] 原告の先代が大正４年から被告所有の建物を賃借して、「大学湯」という名称にて湯屋業を営んでいた原告が、原告の先代と被告との間には「大学湯」という「老舗」（のれん）を被告が買い取らなければ、原告の先代は老舗を自由に第三者へ売却できる旨の特約があったことを主張。「大学湯」の建物の賃貸借契約の終了後に被告が共同被告へこの建物を湯屋業の造作等とともに賃貸したことに対して、原告が上記特約に関する債務不履行と不法行為に基づく損害賠償を求めた事案で、大審院は、「老舗」が法律上保護される利益であると認めて損害賠償請求を容認した。

[105] 田村・前掲注(101)『新世代知的財産法政策学の創成』８頁、田村・前掲注(101)NBL 936号56頁、田村・前掲注(101)『ライブ講義 知的財産法』501頁および570頁参照。

④　人格権説への収斂と本判決の位置付け

［ギャロップレーサー上告審］以降の「人」のパブリシティ権をめぐる裁判例は、一部[106]を除いてパブリシティ権の法的性質を人格権と捉えている。前掲［矢沢永吉］は、パブリシティ権侵害に対しては「人格権を根拠として」差止め、慰謝料、財産的損害の賠償請求、信用回復措置などを求めることができるとしながらも、「人格権の支配権たる性格を過度に強調することなく、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」と判示し、結論としてパブリシティ権侵害を否定したものであったが、著名人のパブリシティ権は「もともと人格権に根ざすものというべきである」と述べた前掲［ダービースタリオン控訴審］の説示を敷衍して、最も明確に人格権説を打ち出した裁判例と位置付けられる。

その後続いた本件第一審と本件控訴審は、ともに人格権説に立ってパブリシティ権の法的性質を把握するとともに、本判決によって採用されることとなった本件控訴審の法律構成、すなわち、著名人も人格権に基づいて自己の氏名・肖像を他人に冒用されない権利を有し、特に氏名・肖像の顧客吸引力が有する財産的価値・利益も「人格権に由来する権利」として把握する立場が、本判決に至るまでのパブリシティ権をめぐる裁判例（前掲［ラーメン我聞Ⅰ］、［ラーメン我聞Ⅱ］、［ペ・ヨンジュン来日特報］、［The・サンデー第一審］〔杉江佳治裁判長〕[107]）において踏襲されてきた。

---

[106] 前掲［ブブカスペシャル７第一審］（パブリシティ権侵害を否定、プライバシー侵害を肯定）、前掲［ブブカスペシャル７控訴審］（パブリシティ権侵害、プライバシー侵害いずれも肯定）は、財産権説に立っていると思われる。前掲［長島一茂］について、判タ1189号267頁解説では、「本判決は、パブリシティ権の権利性につき特段の検討を加えていない」と述べるが、判旨および同解説から、財産権説を前提としているように思われる。

[107] 被告日本テレビのニュース番組「The・サンデー」において、いわゆる「光市母子殺害事件」を取り上げた約18分間のニュースのうち、同事件の差戻後控訴審（広島高判平成20年４月22日平成18（う）161号）の公判で被告人の精神鑑定を行った、精神科医である原告大学教授が被告系列局の讀賣テレビのインタビューに応える映像（上半身が映ったもので、音声は使用せず映像のみ使用）が11秒間と８秒間の２回

そして本判決は、人の氏名・肖像は「個人の人格の象徴」であるから、人には自らの氏名・肖像をみだりに利用されない「人格権に由来する権利」があると判示した上で、パブリシティ権とは、人の氏名・肖像が有する「商品の販売等を促進する顧客吸引力」を排他的に利用する権利であり、人の氏名・肖像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」と判示して、パブリシティ権の法的性質を確定した。

物のパブリシティ権をめぐる事件である［ギャロップレーサー上告審］は、人のパブリシティ権について直接は何の判断もしていないとされるが[108]、［顔真卿自書建中告身帖］を所与として、競走馬の名称等にいくら顧客吸引力があるとしても、法令等の根拠なしに排他的な使用権を認めることはできないとの立場を明らかにしたことによって、パブリシティ権を根拠付けるには人格権構成を採る以外にないことが導かれることから、実定法上の権利ではない財産権としてのパブリシティ権を認める考え方はもはや困難であると予測させるものであったといえる[109]。ゆえに、間接的にではあるが［顔真卿自書建中告身帖］を受けた［ギャロップレーサー上告審］は、補足意見が引用して言及するとおり本判決の形成にきわめて大きな影響を与えているものと考えられる。

さらに俯瞰的に見れば、本判決は、人の氏名・肖像が有する顧客吸引力の商業的価値には何を根拠として法的保護が及ぶのかという論点について、人格権に基づく保護が与えられると判断したものといえるところ、個

使用され、コメンテーターの一人が「やっぱりA大学のですね、精神鑑定医がですね、裁判で、山のような、この、鑑定資料のいろいろのコピーをね、物を、ホント全部読むのがじゃまくさかったと。…」と番組内で発言したことに対して原告が、名誉毀損、肖像権、パブリシティ権、著作権、著作者人格権を侵害するとして慰謝料1,000万円と謝罪放送を求めたが、裁判所はいずれの請求も棄却した。

なお、本判決後に出された、前掲［The・サンデー控訴審］（田中澄夫裁判長）は、本判決の「専ら」基準三類型を適用して、パブリシティ権の非侵害を認定し、原審の結論を是認している。

108 瀬戸口・前掲注(99)［判解］119頁参照。

109 瀬戸口・前掲注(99)［判解］119頁、設樂・前掲注(29)『新・裁判実務大系22 著作権関係訴訟法』552頁、宮脇・前掲注(98)法セ692号12-13頁参照。

別の知的財産法では保護しない無体物にかかる権利ないし利益に対する不法行為法上の保護の可否をめぐる大審院以来の最上級審判決群[110]を構成するものといえるだろう[111]。

(3) 肖像の利用に関する法的権利性の承認

① 肖像を他人に冒用されない権利の承認

本判決がパブリシティ権の排他的権利性を承認するに当たって、「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

---

[110] ①大判大正3年7月4日刑録20輯1360頁[桃中軒雲右衛門]。浪曲師による浪花節を固定したレコードを被告らが無断複製して販売した行為に関する著作権法違反刑事事件の附帯私訴という事案で、正義の観念には反するけれども、浪花節は即興的な瞬間創作であり音楽著作物ではなく著作権の保護が及ばないため、これを固定したレコードを無断で複製販売しても著作権侵害ではなく、不法行為には当たらないとして請求を棄却。最近の解説として、能見善久「桃中軒雲右衛門事件と明治・大正の不法行為理論」学習院大学法学会雑誌44巻2号(2009年)183頁以下、大村敦志『不法行為判例に学ぶ 社会と法の接点』(2011年・有斐閣)80頁以下参照。②前掲[大学湯]。③前掲[顔真卿自書建中告身帖]。④前掲[ギャロップレーサー上告審]。⑤最判平成23年12月8日判時2142号79頁[北朝鮮国民著作物上告審]。被告フジテレビが、北朝鮮における映画を利用した国民に対する洗脳教育の状況を報じる約6分間の企画ニュースにおいて、北朝鮮で制作された劇映画の主演女優が当該映画の製作状況等を語る際、当該映画を2分8秒間無断で部分使用して放送した。最高裁は、日本にとって北朝鮮は未承認国家であるから、北朝鮮がベルヌ条約に加入しても同条約に基づく権利義務関係は発生しないという立場を日本政府が採っている以上、北朝鮮国民の著作物である映画は、著作権法6条3号所定の著作物(条約により我が国が保護の義務を負う著作物)に当たらないとして著作権侵害を否定する一方、不法行為の成立を認めた原審(知財高判平成20年12月24日平成20(ネ)10011号[北朝鮮国民著作物控訴審Ⅰ])の不法行為肯定部分を破棄。⑥最判平成24年2月2日判時2143号72頁[ピンク・レディー上告審]。

[111] 田村・前掲注(101)『ライブ講義 知的財産法』527頁以下および569頁以下参照。このほか、島並良「一般不法行為法と知的財産法」法教380号(2012年)147頁以下参照。

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」と説示したことには、重要な意味があると思われる。

というのも、氏名について本判決が引用した最判昭和63年２月16日判時1266号９頁［NHKニュース氏名日本語読み］[112]が人格権としての氏名権を明示的に承認したものとされていた[113]のに対して、肖像について本判決が引用したふたつの判例、①最大判昭和44年12月24日判時557号18頁［京都府学連］[114]は、警察官が捜査活動として個人を撮影する行為の適法性が争われた刑事事件であり、「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」が法的保護の対象となり得る趣旨を述べていた

---

112 在日韓国人である原告が、被告NHKのニュースで氏名を日本語読みされたことについて謝罪放送等を求めた。最高裁は、氏名は「個人の人格の象徴」であり、「人格権の一内容を構成するもの」と述べて、氏名を正確に呼称されることは、不法行為法上保護され得る利益であると認める一方、原告が被告の氏名を当時の慣用的な方法である日本語読みで呼称した行為には違法性はないとして請求を棄却した。評釈等として、塚原朋一・最高裁判例解説民事篇昭和63年度21頁、飯塚和之［判批］判タ671号（1988年）81頁、斉藤博［判批］判タ706号（1989年）96頁、最近の解説として、大村・前掲注(110)『不法行為判例に学ぶ 社会と法の接点』221頁以下等がある。

113 この判例は、氏名を正確に呼称される利益を承認する前提として、「氏名を他人に冒用されない権利・利益」すなわち専用権としての氏名権の存在を承認したものとされ、判例形成上二段跳びをして氏名権を認めたものと解されている。以上につき、塚原・前掲注(112)［判解］35頁参照。なお、本件控訴審も［NHKニュース氏名日本語読み］を引用して「氏名は、人が個人として尊重される基礎で、その個人の人格の象徴であり、人格権の一内容を構成するものであって、個人は、氏名を他人に冒用されない権利・利益を有」すると説示している。

114 海老原震一・最高裁判例解説刑事篇昭和44年度491頁は、「本大法廷判決も、『肖像権と称するかどうかは別として』とし、また、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない『自由』を有するとして『権利』という言葉は使っていないが、実質的には、肖像権を承認したものと解して差し支えないであろう。」とする一方、「しかし、本件はあくまでも、捜査行為としての写真撮影に関するものであるから、報道機関や一般私人が撮影する場合までを本件と同一に考えるわけにはいかないであろう。」と解していた。

にとどまるもので[115]、抽象的な説示に過ぎず侵害の要件や効果については何も触れてはいなかった。また、②前掲［FOCUS法廷内写真・イラスト上告審］[116]は、法廷内における手錠・腰縄姿の刑事被告人を隠し撮りした写真およびイラストを週刊誌へ無断掲載したことに対して「人格的利益」の侵害を認め、不法行為に基づく出版社の損害賠償責任について判断した事例であった。これらはいずれも、私人が他人による肖像の無断利用行為に対して排他権を主張できるか否か、できるならばその根拠は何かという点について判断・言及した事例ではなかったところ、本判決はこれを一歩押し進めて、肖像についても他人に冒用されない権利が人格権に由来するものであることを明らかにして、最高裁としてはじめてその排他的な法的権利性を明示的に認めたものと解されているからである[117]。

② パブリシティ権と一般的人格権との関係

本判決は、「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」と定義した上で、パブリシティ権は「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うことができる。」（下線筆者）と説示した。

通説によると、「人格権」とは「主として生命・身体・健康・自由・名誉・プライバシーなど人格的属性を対象とし、その自由な発展のために、第三者による侵害に対し保護されなければならない諸利益の総体」とされる[118]。そして、「人格権は、一般的人格権と個別的人格権に分けられる。後者は、氏名権・肖像権・名誉権のように、今日では、かなり限定された

---

115 前田・前掲注(22)［判批］35頁参照。

116 太田・前掲注(92)［判解］800頁は、「本判決は、不法行為に基づく損害賠償請求の可否が問題となった事案についてのものであって、肖像に関する人格的利益に基づく差止請求の可否、要件等については触れるものではない。」とし、差止請求の可否、要件等は「別途検討を要すると思われる」と述べていた。

117 中島・前掲注(1)［判解］71頁参照。

118 五十嵐清『人格権法概説』(2003年・有斐閣) 10頁参照。

構成要件をもつ権利である。これに対し前者は、個別的人格権の総体をいう。それは特に、まだ十分に限定されるにいたらない人格的利益（たとえば、プライバシー）を保護する点に、主な機能を果たす概念である。」とされる[119]。また、人格権法から見たパブリシティ権については、「独立の権利ではなく、それぞれが氏名権や肖像権の一側面（さらにいえば、人格権の一側面）と考えるべきである」と指摘されていたところである[120]。

このように、通説によれば「人格権」とは人の人格的利益を保護する根拠となる包括的概念であり、本判決は、「人格権」の概念と「人格権」によって保護され得る具体的な人格的利益、すなわち「肖像等それ自体の商業的価値に基づくもの」とを、「由来する権利」という言葉で繋ぐことによって、その法的性質、権利性を明らかにしているものと思われる。

したがって、氏名を他人に冒用されない権利について、前掲［NHK ニュース氏名日本語読み］のように「人格権の一内容を構成するもの」と呼ぼうが、本判決のように氏名・肖像をひとまとめにして「人格権に由来する権利」と呼ぼうが、いずれにしても人格権によって保護される人格的利

---

[119] 五十嵐・前掲注(118)『人格権法概説』10頁参照。また、斉藤博「著作者人格権の理論的課題」民商法雑誌116巻6号(1997年)7－8頁は、著作者人格権と一般的人格権の関係について、「著作者人格権にしても、一般的人格権を母権とする個別的人格権の一つと位置付けることができよう。一般的人格権との関係で著作者人格権をことさら異質の権利と考える必要はない。著作者人格権は、名誉権、氏名権、肖像権、プライバシー権という、新旧さまざまな個別的人格権と同じ線上に位置付けることができる。」と述べる。斉藤博教授の学説を敷衍して考えれば、パブリシティ権は、著作者人格権のような実定法上の権利ではないが、個別的人格権のひとつ、ということになろう。

ちなみに、著作者人格権については上記のように一般的人格権の一現象形態と捉える「同質説」と、他方、著作者人格権が自然人のすべてではなく著作者しか享有できない権利であること、保護対象が人格自体ではなく著作者の人格から独立した著作物であることを議論の拠り所として本質的に異なるものと解する「異質説」とがあるところ、著作者人格権は著作者の一身専属権（著作権法59条）として権利行使をなすか否かを著作者に決定させることから、同質説が現行法の体系に適合した捉え方であるとされる。以上につき、田村・前掲注(6)『著作権法概説〔第2版〕』403-404頁参照。

[120] 五十嵐・前掲注(118)『人格権法概説』180頁参照。

益自体に違いはないものと解される。換言すれば、「人格権」とはそもそも抽象的・根源的概念であるから、個別的人格権として保護される人格的利益の呼び方の違いを取り上げて保護の度合いの違いを議論しても、あまり実益はなさそうである。

ちなみに、パブリシティ権は「人格権に由来する権利」であるから、一身専属権であり他人に譲渡することも相続することもできないと解される（民法896条ただし書）[121]。同様に人格権である以上、死者がパブリシティ権の主体となることもできないだろう。さらには、パブリシティ権は実定法上の権利ではない。したがって、実定法上の根拠を欠くパブリシティ権を財産権と捉えて譲渡や相続の可能性を議論することも、問題の立て方自体根拠のないものであるから、机上の空論といわざるを得ない。

実務上重要なのは、「人格権の一内容を構成する権利」、「人格権としての○○権」、「人格権に由来する権利」などと銘打たれた氏名・肖像の一定の利用行為にかかる権利ないし利益の侵害に対して、差止めが認められるのかどうか、差止めが認められるとすればその根拠は何か―「人格権」にほかならない―という点なのではないだろうか。

パブリシティ権に基づく差止めの当否の問題は後に扱うこととして、権

[121] 田村・前掲注(4)『不正競争法概説〔第２版〕』539頁参照。ちなみに、東京地判平成23年３月15日平成21(ワ)34773号［故人歌手マネージメント契約］(河村浩裁判長)は、昭和60年８月12日に航空機事故で亡くなった歌手が生前所属していた被告芸能事務所とのマネージメント契約に関して、故人歌手の妻である原告が、昭和61年12月４日付けで被告と締結した「マネージメント契約に関する覚書」に基づき、故人歌手の契約上の地位を継承していたところ、原告が平成18年11月28日をもって被告との間のマネージメント契約を一切解除する旨意思表示したことにより、被告との契約関係の不存在の確認を求めるとともに、契約解除以後も被告が得ていたとされる故人歌手の歌唱印税等702万3,830円および遅延損害金の支払いを求めたことに対して、裁判所は、契約解除は有効として原告の請求を容認した。この裁判例は、問題となったマネージメント契約が対象とする権利に、故人歌手の「肖像権（パブリシティ権)」が含まれているため、被告芸能事務所に対する「肖像権（パブリシティ権)」の譲渡、原告に対する相続が認められた事例のように見えるが、事案との関係をよく見れば、商慣習に基づいて実際に被告が取得してしまった利益を原告に移転させたに過ぎず、譲渡や相続、第三者に対する死者のパブリシティ権の行使を認めた事例とはいえないだろう。

利の名称にあまりこだわらない本稿の立場[122]では、パブリシティ権は、顧客吸引力を有する氏名・肖像等を一定の無断利用行為から保護する（一般的）人格権の一側面であって、排他性を有することが本判決によって明らかにされた、と理解しておくこととしたい。

(4) プライバシー権等に基づく救済の可能性

本判決によって、パブリシティ権が「人格権に由来する権利の一内容を構成するもの」とされたことで、プライバシー権や名誉権等と淵源的に同じものであることが判例法上より明らかになったと思われるが、補足意見も述べるとおり、氏名・肖像の、ある利用行為がパブリシティ権を侵害しない場合でも、名誉毀損やプライバシー侵害に該当する場合がある。

すなわち、パブリシティ権は、前記のとおり顧客吸引力を有する氏名・肖像を一定の行為類型（「専ら」基準の三類型）によって他人が無断利用することを禁止しようとするものであるところ、個人識別情報である氏名・肖像等の利用行為が、「私生活への侵入」、「他人に知られたくない私生活上の事実の公開」、「他人に知られたくない自己に関する情報の公開」等に該当する場合は、顧客吸引力に着目しているかどうかにかかわらず、パブリシティ権侵害の成否とは別に、プライバシーの侵害を構成することになるという論点である[123]。

① パブリシティ権侵害との交錯事例

前掲［中田英寿第一審］では、「原告の出生時の状況、身体的特徴、家

---

[122] 前掲注(22)参照。顧客吸引力を有しない一私人の氏名・肖像等の一定の無断利用行為に対しては、人格権によって保護され得る。前掲［サウナ風呂広告］参照。

[123] 田村・前掲注(4)『不正競争法概説〔第２版〕』519頁以下、田村・前掲注(11)『ライブ講義 知的財産法』550頁以下参照、田村・前掲注(1)法律時報84巻４号２頁注(5-7)、宮脇・前掲注(1)［判批］76頁参照。プライバシーの侵害行為についての全般的な解説として、竹田稔『プライバシー侵害と民事責任〔増補改訂版〕』（1998年・判例時報社）178頁以下、五十嵐・前掲注(118)『人格権法概説』206頁以下参照。

族構成、性格、学業成績、教諭の評価等、サッカー競技に直接関係しない記述は、原告に関する私生活上の事実であり、一般人の感性を基準として公開を欲しない事柄であって、かつ、これが一般の人々に未だ知られていないものであるということができる。そして、これが公表されたことによって原告は重大な不快感をおぼえていると認められる。さらに、幼少時代に出席した結婚披露宴でのものなど、サッカーという競技に直接関係しない写真や、本件詩についても、右と同様に解することができる。」と説示し、プライバシー侵害に関するリーディングケースとされる[124]東京地判昭

[124] 五十嵐・前掲注(118)『人格権法概説』198頁は、「いうまでもなく、わが国で最初にプライバシーを扱った判決であり、下級審裁判例でありながら、その後のプライバシー法の発展に対して、指導的な役割を果たしている判決である。」と評する。

その後、プライバシー侵害を扱った最初の最高裁判決として、最判平成6年2月8日判時1594号56頁[『逆転』上告審]がある。

本土復帰前の沖縄での米兵に対する致死傷事件を扱った昭和52年(1977年)刊行のノンフィクション小説、伊佐千尋『逆転』が、同事件の被告人の一人について、有罪の実刑判決を受け服役したという前科にかかわる事実を、当該被告人の実名を使用して公表した。

前科等を公表された原告は、服役後上京して10年余の間、出所後に勤めた会社や出所後に結婚した妻にも前科を秘匿し、一市民として平穏な社会生活、家庭生活を送ってきたところ、前科は人に知られたくない事実であり、この事実を公表されないという利益は、「プライバシーの権利」として、法的に保護されるべきものであると主張して、不法行為に基づく損害賠償請求として慰謝料300万円の支払いを求めた。

最高裁は、ある者の前科等にかかわる事実がみだりに公表されないことについて、法的保護に値する利益があることを認め、原告は服役後無名の一市民として生活していたのであり、公的立場にある人物のように社会的活動に対する批判ないし論評の一資料として前科にかかわる事実の公表を受忍しなければならない立場にはないことから、本件著作において実名を明らかにする必要があったとは解されないこと、また、本件著作では陪審員についてはすべて仮名を使用していることから、事件の当事者である原告について特にその実名を使用しなければ、当時の米国による沖縄統治の実態を明らかにしようとする本件著作の目的が損なわれると解することもできないこと等を総合考慮して不法行為責任を認め、慰謝料50万円を限度に支払いを命じた原審(東京高判平成元年9月5日判時1323号37頁[『逆転』控訴審]〔丹野達裁判長〕)の判断を是認した。

和39年９月28日下民集15巻９号2317頁［宴のあと］[125]が提示した判断基準により、パブリシティ権侵害を否定しつつもプライバシー侵害を認定した[126]。

同じく前掲［ブブカスペシャル７第一審］では、前掲**【表①】［ブブカスペシャル７第一審］における写真・記事の評価と侵害判断**にて整理したとおり、事案に即して、①パブリシティ権とプライバシー権の両方を侵害と認定したもの、②パブリシティ権侵害を否定しつつプライバシー権侵害を認めたもの、③パブリシティ権、プライバシー権ともに非侵害としたものとに結論が分かれていたところである。このうち、プライバシー権侵害とされたものが、深田恭子や後藤真希など女性タレントである原告らが芸能人となる前の姿、私服姿で路上を通行中の姿、制服姿で通学中の姿を撮影した写真である。裁判所は「私生活上の事実であって、一般人の感受性

上記最高裁判決について、滝澤孝臣・最高裁判例解説民事篇平成６年度135頁以下は、原告の前科等を公表されない法的利益と被告の著作における前科等の公表の理由を相関関係的に捉え、総合考慮によって不法行為の成立を認めたひとつの事例判決に過ぎないが、その判断過程はプライバシーの侵害が問題となる一般的な事案においても敷衍し得るとする。その他評釈等として、前田陽一［判批］法学協会雑誌113巻２号(1996年)196頁、山本敬三「前科の公表によるプライバシー侵害と表現の自由―ノンフィクション『逆転』訴訟を手がかりとして―」民商法雑誌116巻4=5号(1997年)615頁、大村・前掲注(110)『不法行為判例に学ぶ 社会と法の接点』182頁以下参照。

[125] 元外務大臣の原告・有田八郎をモデルとし、仮名ながら一般読者には明らかに原告と分かる内容の小説・三島由紀夫『宴のあと』について、原告が被告三島由紀夫と被告新潮社に対して、プライバシーの侵害を理由に謝罪広告の掲載と100万円の損害賠償を求めた。裁判所は、妻を踏んだり蹴ったりする描写、寝室での行為や心理の描写などについてプライバシーの侵害を認めつつ、私生活(私事)がみだりに公開されても原状回復は不可能であり、名誉の毀損、信用の低下を理由とするものでない以上は、民法723条による謝罪広告等は請求し得ないとして損害賠償80万円の支払いのみを命じた。評釈等は、内野正幸［判批］メディア判例百選(2005年)43事件88頁ほか多数。最近の解説として、大村・前掲注(110)『不法行為判例に学ぶ 社会と法の接点』167頁以下参照。

[126] 前記のとおり、プライバシー権侵害にかかる精神的損害は200万円と算定している。控訴審の前掲［中田英寿控訴審］も原審の算定を維持。

を基準として他人への公開を欲しない事柄であり、これが一般にいまだ知られておらず、かつ、その公表により同原告らが不快、不安の念を覚えたことが認められる」として、[中田英寿第一審]同様、[宴のあと]が示したプライバシー侵害の判断基準を当てはめ、被告が原告らの上記写真を雑誌に掲載、出版、販売したこと[127]は「プライバシー権(肖像)の侵害に当たる」とした[128]。また、実家の所在地等に関する写真および記述についても、「プライバシー権(個人情報)を違法に侵害したものである」と判示している[129]。

---

[127] 撮影行為に関するプライバシー権侵害は認定されていない。

[128] 芸能人となる前の写真撮影、公表は違法であることを十分了知し得る裁判例の存在として、前掲[中田英寿第一審]および[中田英寿控訴審]を挙げ、また、私的領域に侵入して撮影したものではなく一般的な公共の場所で撮影したものであっても、承諾なく特定の個人に焦点を当てた写真の撮影、公表は、個人の尊重の理念に反して許されないとした。たとえば、私服姿で路上を通行中等の原告らの姿を撮影した写真のうち、羽田空港での後藤真希らを撮影した符号一三～二三の写真について、年末の帰省時期における空港での人混みの様子を、帰省風景の一部として流すように撮影したようなものではなく、原告らに焦点を当て、特定することができるように撮影したものであるから、通常一般人の常識的理解として公開を許容しているものとは到底認められない、としている。

[129]「ストーカーズハイ」なる企画がプライバシー権(個人情報)侵害となることを容易に知ることができた裁判例の存在として、宝塚歌劇団のスター12名の自宅住所を表示し(番地は記載せず)、私鉄駅から住所に至るまでの道順を地図で示した上、居住する住宅(マンション等)の写真を掲載した書籍『タカラヅカおっかけマップ』について、プライバシー権侵害を認定し(ただし、スター2名の顔写真やファンと撮影した写真、街頭でのワンショット写真の掲載について、一般人の見地から見て撮影・公開されることを本人が拒絶することが明らかな写真あるいは他人の行状・私生活の状況を取り立てて暴き出した写真には当たらないとして「肖像権」侵害は否定)、出版差止めの仮処分申請を容認した神戸地尼崎支決平成9年2月12日判時1604号127頁[タカラヅカおっかけマップ](朴木俊彦裁判官)、芸能人の住所や電話番号等の掲載についてプライバシー侵害を認定した東京地判平成9年6月23日判時1618号97頁[ジャニーズ・ゴールド・マップ](福田剛久裁判長)、東京地判平成10年11月30日判時1686号68頁[ジャニーズおっかけマップ・スペシャル](梶村太市裁判長)を挙げている。

また、当該雑誌の出版、販売以前に、被告は芸能人の肖像等に関する人格権等の

他方、侵害を否定した事例に以下のようなものがある。東京地判平成16年11月10日平成16(ワ)8236号[FRIDAY新聞広告見出し](井上哲男裁判長)は、写真週刊誌「FRIDAY」の新聞広告等に掲載された「惨殺事件とX1(原告俳優・画家の芸名)」「フリージャーナリスト殺しの“人脈”と“金脈”」といった見出しについて、原告は惨殺事件に関与しておらず、一義的に原告が惨殺事件に関与している事実が推測されると評価することも困難であるから名誉毀損には当たらず、見出しに原告の芸名を付したことによって、雑誌の販売が促進された可能性は否定できないが、現実に販売が促進された事実を認めるに足りる証拠は存在しないとして原告主張のパブリシティ権侵害も否定した。

また、元グラビアアイドルのタレント(債権者)が、ストリップショーへの出演を禁じる仮処分決定に従わずに出演し、劇場内で撮影された債権者タレントの裸の写真につき、人格権、肖像権およびパブリシティ権を被保全権利として、出版社(債務者)の図書へ掲載することを禁止する仮処分決定[130]がなされたところ、債務者出版社が被保全権利および保全の必要性を争って保全異議を申し立てた東京地決平成21年8月13日判時2053号65頁[ストリップショー写真出版仮処分異議審](難波孝一裁判長)は、人は「人格権としての肖像権」に基づき、撮影された裸体の写真の公表を事前に差止めすることができ、ストリップショーの写真はすでに債務者出版社の週刊誌2誌において掲載・公表されているとはいえ、同写真が図書に掲載されて公表されれば債権者タレントの人格的利益の侵害は拡大し、より重大な損害がもたらされる危険があるとして原決定を認可した。

しかしながら、抗告審の東京高決平成22年3月4日判時2112号43頁[ストリップショー写真出版仮処分抗告審](原田敏章裁判長)は一転、原審の認可決定を取り消して仮処分命令の申立てを却下した。裁判所は、人は「人格権としての肖像権」に基づいて裸体の写真の公表を事前に差し止め

保護につき問題が生じた際、社団法人日本音楽事業者協会との間で合意書を取り交わしたり、謝罪文を送付していたことなどから、プライバシー権を侵害しないように配慮すべき義務を負っていたので被告には過失があり、違法性の認識可能性にも欠けるところはなかったと認定されている。

130 東京地決平成21年6月19日平成21(ヨ)2261号。

ることができるとする一方、相手方タレントは自己の裸体を一般社会に広く晒すことによって社会の耳目を集めて話題性を作り、芸能活動への復帰を成功させようと企図している現状と、表現の自由の観点から表現の事前抑制を裁判所が命ずることについては謙抑的であるべきことに照らせば、相手方は「抗告人が今後出版する図書への本件写真の不掲載を一般的に事前に差し止め得るまでの強い権利（本件仮処分命令申立ての被保全権利（肖像権、人格権又はパブリシティー権））を有しないものというべき」であり、保全の必要性も認められないとした。

②　一般に苦痛・羞恥心を抱く姿態の無断撮影・公表

プライバシー権侵害をめぐる裁判例には膨大な蓄積があるところ、以下では表現の自由との関連で緊張関係にある出版、放送等をめぐる事例を概観しながら、氏名・肖像の利用にかかる人格権侵害の限界線を探ってみる。

第一に、人の裸やセミヌードを無断で撮影・公表することは、「被撮影者の同意があるなど特段の事情がない限り許されず」（前掲［ストリップショー写真出版仮処分抗告審］）、人格権侵害となる。

たとえば、絶対に公表しない約束で撮影された女優のヌード写真の無断出版（東京地決平成８年３月14日判時1566号73頁［女優ヘアヌード写真集無断出版］〔山口浩司 裁判官〕）[131]、30年以上前に撮影されたヌード写真、セミヌード写真の無断掲載（東京地判平成13年12月19日平成12(ワ)17864号［元女優出演映画宣伝用ヌード写真］〔井上哲男裁判長〕）[132]、業界から

[131] 訴外写真家・荒木経惟が撮影した債権者女優のヌード写真を、契約に反して債務者出版社がマスコミへ頒布し、週刊誌「フライデー」にヌード写真集の発売告知とともにヌード写真が掲載されたことについて、ヌード写真集出版の差止め（図書および写真の出版、配達、発送、頒布、販売等一切の禁止）および写真ネガの執行官保管を求めた仮処分申請を認めた。

[132] 訴外元横綱・若乃花および貴乃花の母である元女優の原告が昭和45年に二子山親方と結婚する以前に出演していた映画のプロモート用に撮影された写真が、週刊誌「フライデー」および「週刊現代」に無断掲載されたことについて、本人がその公表に一度同意した場合においても、「人格権（肖像権）」を有する本人の同意の範囲の判断に当たっては、その公表の時期、態様等に照らし、慎重に解釈すべきであ

引退して約５年が経過した元AV女優の宣伝用写真の無断掲載（東京地判平成18年５月23日判時1961号72頁［元AV女優写真］〔水野邦夫裁判長〕）[133]、公衆浴場の盗撮DVDの制作・販売（大阪地判平成21年３月27日平成18（ワ）13342号［浴場盗撮DVD］〔府内覚裁判官〕）[134]などの事例がある。

第二に、下着姿や水着姿の無断撮影や公表に対しても一般には羞恥心を抱くという点で、上記の裸やセミヌードに準じて侵害を構成することになるだろう。このような姿態は、一般人が通常公開を欲しないものであることは想像に難くない。

たとえば、ブルセラ愛好家の間のみで公開を予定していた下着姿写真の無断掲載（東京地判平成15年６月20日平成14（ワ）5926号［ブブカ・ブルセラショップ写真］〔佐村浩之裁判長〕）[135]、芸能人の下着姿やセミヌード写

り、また、その同意の範囲を超えたものについては、特段の事情のない限り、「人格権（肖像権）」を侵害する違法な行為であると評価すべきであり、30年以上前のヌードやセミヌードの写真を公表されることは、かつて公表に同意した範囲外のものであることは明白として500万円の慰謝料の支払いを命じた。

[133] 著名なアダルトビデオ女優であった原告が過去に出演したビデオの宣伝用として撮影された、下着姿の原告が股を開き右腕を上げて脇毛を見せている姿の写真や、原告の裸体・性行為を撮影したビデオの静止画写真が週刊誌に掲載されたことについて、ビデオの公表から10年以上が経過し、原告が業界を引退して約５年が経過しており、原告が承諾を与えていたとは認められないとして慰謝料200万円の支払いを命じた。

[134] 公衆浴場における女性用脱衣室および女性用浴場の内部ならびに女性の脱衣風景や全裸の姿が盗撮・編集された商業用DVDの販売について、「他人に知られたくない私生活上の事実や情報をみだりに公表されない利益（プライバシー権）や、みだりに自己の容貌ないし姿態を撮影され、これを公表されない利益（肖像権）を侵害するものであって、」「出演者の承諾のない盗撮に係るものであることを認識しつつ、商品の売上増加を目しこれを認容して、商業目的でこれらの制作及び販売行為を行い多大な利益を得ていたものであり、その違法性は極めて大きい。」として計600万円の慰謝料の支払いを命じた。

[135] 女優である原告がかつて、いわゆるブルセラショップ（「女子中高生が着たセーラー服や体操着、下着等を買い取り、着用していた証拠になる写真を付けて愛好者に販売する店舗」）内でスカートをまくり下着を見せるなどして撮影された写真が、雑誌「ブブカ」に無断掲載されたことについて、ブルセラ愛好家の間のみでの公開

真の無断掲載（東京地判平成18年11月28日平成17(ワ)5990号・平成18(ワ)3838号［芸能人下着姿・セミヌード写真ウェブ掲載］〔橋本昌純裁判長〕)[136]といった事例がある。

第三として、水着姿は判断の分かれる限界線上にある、ということになるのかもしれない。すなわち、私人性が強ければ侵害、芸能人性が強ければ非侵害の方向で、受忍限度論[137]に基づいて事案が斟酌されることになろう。

侵害を認めた事例として、学生時代に撮影された水着姿の写真の無断掲載（東京地判平成13年9月5日判時1773号104頁［女子アナウンサー・ランジェリーパブ］〔高田健一裁判長〕)[138]、水着姿のアマチュア女性モデルの不注意につけ込んで胸部を撮影した写真の無断掲載（東京地判平成19年4月25日平成17(ワ)24339号［ブブカ・モデル水着撮影会写真］〔加藤謙

を予定した上で撮影を承諾していたこと、正当な社会的関心事であったとはいえず、読者の単なる興味あるいは好奇心をあおるものに過ぎないものであることをあわせ考えると、写真の掲載は受忍限度を超えた「肖像権侵害」であるとして慰謝料200万円の支払いを命じた。

136 被告と専属実演家契約を締結した原告の承諾の下に撮影された原告の下着姿やセミヌード写真を原告に無断複製した上、これを被告らの管理・運営するウェブサイトに無断掲載して公衆が閲覧可能な状態にした行為は、歌手としての活動を目的とする専属実演家契約に基づく「独占的使用」の範囲外であり「肖像権」侵害および名誉毀損に当たるとして、慰謝料100万円の支払いを命じた。

137 前掲［FOCUS法廷内写真・イラスト上告審］。

138 全国朝日放送(現・テレビ朝日)の原告アナウンサーの学生時代に、雑誌に掲載する目的で撮影された原告の水着姿の写真が、原告がランジェリーパブに勤務していたとの記事とともに週刊誌「フライデー」や「週刊現代」に原告に無断で掲載されたことについて、記事は虚偽の事実であり名誉毀損に当たるとともに、写真の掲載は目的外公表であって、本人の同意や「肖像権」の放棄等の事実が認められなければ再度原告の承諾が必要であるとともに、容姿を広く社会に露出している者はそうでない者に比べて肖像の公表について受忍すべき限度が高いと評価され得るとしてもそれには限度があり、アナウンサーといえども学生時代の水着姿等についてまで「肖像権」を放棄しているとは到底解し難いとして、名誉毀損と「肖像権」侵害についての慰謝料計700万円の支払いと「週刊現代」での謝罪広告の掲載を命じた。

一裁判長〕)[139]などがある。

他方、プライバシー権は非侵害とされた事例として、前掲ブブカスペシャル７事件における藤原紀香の水着姿の写真の再掲載が挙げられる。もっとも、第一審、控訴審ともにプライバシー権は問題となってはいないが、第一審では記事との関係からパブリシティ権侵害が否定されたものであり、記事との関係によっては判断もまた異なった可能性があることから、肖像の利用をめぐる人格権または人格的利益の侵害／非侵害の限界線上の事例には変わりないと思われる[140]。

なお、同じく前掲ブブカスペシャル７事件における後藤真希ら６名の腋の下が見える姿態の写真（「アイドル腋－１グランプリ」と題する記事とともに掲載)[141]は、原告からプライバシー権侵害の主張はなされなかったものであるが、このような姿態を撮影され公表されることに対して、女性は一般に羞恥心を抱くあるいは心理的負担を覚えることが多い（他人に見られることすら嫌悪するのではないか）と考えられるため、同じく限界線にあるものといってよいのではないか。

自らの私生活等を積極的に暴露することで人気や評価を得ようとする者のプライバシーは、本人がそう望むのだから特段保護する必要もないのであろうが（前掲［ストリップショー写真出版仮処分抗告審］)、ある者が過去になしたヌード、セミヌード、下着姿、水着姿等の撮影・公表についての同意が、時の経過や本人の立場の変化に伴って現在でもそれが相当するのかどうかは、慎重な吟味が必要となるだろう（前掲［元女優出演映画宣伝用ヌード写真］、［女子アナウンサー・ランジェリーパブ］)。

---

[139] 将来プロのモデルになることを希望してモデルエージェンシーに所属し実名で活動していた原告女性モデルが、訴外ヨドバシカメラ主催のモデル撮影会に水着モデルとして出演したところ、撮影会参加者が原告の不注意につけ込んで撮影したと思われる原告の胸部を捉えた写真が、雑誌「ブブカ」と月刊誌「フラッシュEX」に無断掲載されたことについて、原告は大きな衝撃を受け夢が完全に絶たれたと感じており、明示的にも黙示的にも承諾していなかったことは明らかで、原告が受けた人格的利益の侵害の程度は社会生活上受忍の限度を超えているから、原告の「肖像権」を侵害する違法な行為であるとして慰謝料30万円の支払いを命じた。

[140] 前掲注(48)参照。

[141] 前掲注(49)参照。

③　公衆に晒すことを予定していない姿態の無断撮影・公表

水着姿等のように必ずしも羞恥心を抱くようなものでなくとも、公衆に晒すことを予定していないものは、誰であっても基本的にプライバシー侵害となり得る。

たとえば、私人が私的に撮影した写真を本人に無断でウェブサイトやブログ等に掲載すること(東京地判平成23年6月30日平成20(ワ)13142号[作家ウェブサイト日記]〔大鷹一郎裁判長〕)、戸外から塀越しに他人の居宅内を密かにのぞき見るような形態で隠し撮りした写真を週刊誌に掲載すること(東京地判平成元年6月23日判時1319号132頁[作家交際相手写真掲載第一審]〔石垣君雄裁判長〕、東京高判平成2年7月24日判時1356号90頁[作家交際相手写真掲載控訴審]〔丹野達裁判長〕)、人気芸人がアダルトビデオを物色する様子を撮影した防犯カメラの映像を無断で週刊誌に掲載し、私生活を暴露すること(東京地判平成18年3月31日判タ1209号60頁[人気芸人FLASH掲載]〔深見敏正裁判長〕)、著名な原告サッカー選手と有名女優が、会員制クラブ内で原告の承諾のもと撮影されたキスシーン写真を雑誌に袋とじで無断掲載すること(東京地判平成16年6月9日平成15(ワ)22112号[BUBKA・キスシーン写真]〔井上哲男裁判長〕)、同キスシーン写真が掲載された同雑誌の掲載ページを撮影し、原寸より縮小して白黒で週刊誌に再掲載すること(東京地判平成16年11月10日平成15(ワ)23221号[週刊現代・キスシーン写真再掲載第一審]〔市川正巳裁判長〕)[142]といった事例がある。

判断の分かれる限界線上に位置するもうひとつの類型は、公の場所での

[142] もっとも、控訴審の東京高判平成17年5月18日判時1907号50頁[週刊現代・キスシーン写真再掲載控訴審](秋山壽延裁判長)は、同キスシーン写真の撮影は原告中田英寿が容認していたものであること、同キスシーン写真は雑誌「BUBKA」がすでに掲載していたこと([BUBKA・キスシーン写真])、スポーツ新聞においても、キスシーン写真は掲載されなかったものの原告が有名女優と濃厚なキスをしたと報じられたこと等諸事情を比較衡量すると、原告の私生活上の事実を公表されない法的利益が週刊誌で公表する理由に優越するものとまでは認め難いものといわざるを得ないとして一転して侵害を否定した。評釈として、前田・前掲注(22)[判批]194頁参照。

無断撮影およびその公表ということになろう。公道など公衆に開放されている場所で撮影された写真に写っている肖像については、承諾のないものも含めて原則としてプライバシーの侵害は問題にならないと解され[143]、またそう解さなければ、人の容ぼう・姿態を撮影するときは、被写体たる人の承諾を得ない限り「肖像権」を逐一侵害することになり、日常ごく当たり前に行われている写真撮影の合法性すら否定する事態となる。すなわち、およそ公の場所を撮影した写真や映像を利用することが困難となりかねない[144]。

他方、特定の個人にことさら焦点を絞る、特定の個人を大写しする、他人に知られたくないような状況をことさら写す、といった被撮影者に対して心理的負担を覚えさせるような態様での撮影や撮影されたものの公表

---

143 田村・前掲注(4)『不正競争法概説〔第２版〕』519頁以下、内藤＝田代・前掲注(11)『パブリシティ権概説〔第2版〕』52頁以下、太田・前掲注(92)［判解］793頁参照。中山・前掲注(100)［判批］1051頁注(1)は、マラソン大会に出場中の選手を無断で撮影して公表することについて、「肖像権」を人格権と捉えた上で、選手は衆人環視の中で走ることを承諾しているから原則として問題となり得ないとする。

以上に関連して、田村・前掲注(4)『不正競争法概説〔第２版〕』515頁は、コンサート、プロ野球など、大相撲、祭りなどにおける群集写真を利用した広告に肖像が写り込んでいる場合については、特定人を際立たせる形で撮影されている場合は別論となるが、「偶発的利用」として原則として個々の肖像の本人はパブリシティ権を主張し得ないと解すべきとする。また、同516頁注(5)では、不倫のカップルが広告に掲載されたことで、本人がプライバシー権の侵害を主張するという事態も想定し得るが、公衆の目に晒される場に登場している以上、ある程度のリスクは覚悟すべきであろうと指摘する。

144 竹田・前掲注(123)『プライバシー侵害と民事責任〔増補改訂版〕』266頁以下、田村・前掲注(1)法律時報84巻４号２頁注(6)参照。肖像についてのいわゆる「写り込み」問題といえよう。田村・同注(6)は、被写体を中心に据えるものではない写り込みの事例は、原則として侵害を否定すべきであるとする。

なお、写り込みに関して、平成25年１月１日施行の著作権法30条の２（付随対象著作物の利用）は、著作権等（同102条１項で著作隣接権に準用）の制限規定であるから、基本的にパブリシティ権やプライバシー権の問題には関しないと解される。同規定の解説として、さしあたり、文化庁長官官房著作権課「解説 著作権法の一部を改正する法律（平成24年改正）について」コピライト618号（2012年）21頁以下参照。

は、対象となるのが私人はもとより著名人等であっても、承諾がなければプライバシー侵害になると考えることになろう。著名人がその職業上の性格から、一般人よりもプライバシーの範囲が縮減することはあるとしても、著名人あるいは芸能人が私生活の平穏を享受する人格的利益を喪失するいわれはないからである[145] [146]。

その代表事例は、前述のとおり前掲ブブカスペシャル７事件である。制服姿で通学中の深田恭子を胸部から顔にかけて大写しにしている写真[147]、羽田空港での私服姿の後藤真希らに焦点を当て特定できるように撮影した写真など、いわゆる隠し撮りされたものについて、第一審、控訴審ともにプライバシー権侵害を認定している。

ブブカスペシャル７事件においてプライバシー権侵害とされた深田恭子の通学時の写真に関して、あくまで公の場所での撮影であり、特段威圧的な撮影方法によることなく撮影したものであるから違法性がなかったとの見方[148]もある。

しかし、芸能人といえども未成年の生徒が通学しているところであるか

---

[145] 長谷部恭男［判批］法律時報70巻２号(1998年) 115頁参照。

[146] もっとも、次のように侵害を否定した事例もある。

大阪地判平成20年７月17日平成19(ワ)8101号［FLASHタレント弁護士］(澤田忠之裁判官)は、原告弁護士が正午前に番組出演を終えて、大阪・読売テレビの玄関車寄せでタクシーに乗り込むところを、週刊誌「FLASH」のカメラマンと記者が、無断でフラッシュを浴びせて原告を写真撮影取材した。結局「FLASH」には当該写真は掲載されなかったが、原告は不法行為に基づき慰謝料30万円の支払いを求めた。裁判所は、原告が弁護士としてテレビ番組に相当数出演するなど全くの一私人とは立場を異にしていたこと、取材の目的が「日本人による買春は中国へのODAみたいなもの」と原告が過去にテレビ番組で発言し、それが原因で番組を降板したことについて意見・真意をたずねるものであり、相応の合理性・公共性を有していたこと、撮影の場所・時間も原告との関係では著しく相当性を欠くとはいえず、適切とはいえない方法での取材撮影によって原告が相当の憤りを覚えたことは想像に難くないものの、原告にとって社会生活上受忍限度を超えるだけの人格的利益の侵害が生じたとか、金銭的慰謝の措置を講じるだけの違法性を有するものとまでいうことはできないとして請求を棄却した。

[147] 前掲注(50)参照。

[148] 内藤・前掲注(1)コピライト614号11頁参照。

ら、少なくとも芸能人としての仕事ではない時間、すなわち人前に出ることを予定していない時間については、一般の生徒と同様の私生活の平穏が確保される配慮があってしかるべきではないだろうか。芸能人が家（私的な場所）から一歩外（公的な場所）に出たならば、オン・オフを問わず、常にその姿態が監視され、威圧的な方法でなければ盗撮が許されてもよいのかというと、表現の自由の重要性を踏まえても、芸能人だからといってそこまでの精神的緊張を強いる必要性はないように思われるからである。私生活への侵襲に対して苦痛を感じるのは、芸能人であっても私人であっても変わりないであろう。

このほか侵害を認めた事例として、休日に夫婦で買い物中のところを隠し撮りして週刊誌のグラビアに掲載したこと（東京地判平成19年５月23日平成18(ワ)11790号［週刊新潮グラビア・ニュースキャスター］〔矢尾渉裁判長〕）[149]、新幹線のグリーン車内で眠り込んでいた様子を無断撮影して週刊誌に掲載したこと（東京地判平成21年3月13日平成17(ワ)27190号［フライデー元横綱親方］〔松井英隆裁判長〕）[150]、胸部に「SEX」の文字がデザインされた衣服を着て公道を通行中の女性を、承諾なく撮影して当該画像をウェブサイトに掲載したこと（東京地判平成17年９月27日判時1917号101頁［Tokyo Street Style〔銀座〕］〔石井浩裁判長〕）[151]、業界を引退して８

---

[149] TBS「NEWS23」のキャスターの妻である原告が、夫婦で休日に東京・銀座のデパートの紳士服売り場で買い物をしているところを店員や原告らに気付かれないように隠し撮りされ、原告らの容ぼうが鮮明に認識し得る写真が「週刊新潮」のグラビアに無断掲載されたことについて、純然たる私生活上の行為であって週刊誌での公開は一般人の感受性からして欲しないものであるから受忍限度を超えるとして、慰謝料150万円の支払いを命じる一方、謝罪広告の請求は棄却した。

[150] 同じく元横綱を兄に持つ大相撲の元横綱で原告の親方が新幹線に乗車中、グリーン車客席において眠り込んでいたところを無断撮影され、「フライデー」に写真が無断掲載されたことについて、「新幹線の車内という不特定多数の者が立ち入り可能な空間で撮影されたものではあるが、そもそも、座席で眠るという行為は、完全に私生活上のものである上、このような状態の容ぼうや姿態が撮影されることを好まない状態のものであることは明らか」であり受忍限度を超えるとして、記事に関する名誉毀損とあわせて慰謝料300万円の支払いを命じた。

[151] 銀座の横断歩道上を歩く原告の全身像を、容ぼうを含めて大写しに撮影したも

年以上が経過しすでに一般市民となっている元AV女優を公園で無断撮影し、顔に目隠しを付した写真を週刊誌に掲載したこと（東京地判平成19年4月13日平成16(ワ)27009号・平成16(ワ)27010号［週刊ポスト元AV女優］〔瀧澤泉裁判長〕）[152]、殺人事件の現場からのニュースの生中継で、廃棄物収集の従事者に現場の様子をインタビューして全国放送したこと（東京地判平成21年4月14日判時2047号136頁［TBSみのもんたの朝ズバッ！］〔須藤典明裁判長〕）[153]などがある。

のであり、原告の衣服の胸部には大きく赤い文字で「SEX」というデザインが施されていること、同写真がそのまま被告のウェブサイトに掲載されたこと、同写真の撮影および被告ウェブサイトへの掲載について、被告らは原告の承諾を得ていなかったことについて、一般人であればこのような写真を撮影されたり、これをウェブサイトに掲載されることを望まないものと認められるところ、このような写真の撮影方法は、撮影した写真の一部にたまたま特定の個人が写り込んだ場合や不特定多数の者の姿を全体的に撮影した場合とは異なり、原告の全身像に焦点を絞り込み、容ぼうを含めて大写しに撮影したものであるから、被写体となった原告に強い心理的負担を覚えさせるものというべきであるとして慰謝料30万円の支払いを命じた。

[152]「かつての“わき毛女王”も今はひっそりと…」とのキャプション付きで、中腰になりカメラ付き携帯電話で写真を撮影しているところを無断撮影された原告の全身写真で、顔に目隠しをしたものが「週刊ポスト」に無断掲載されたことについて、顔には目隠しされ撮影は公的な空間である公園でなされたものであるが、原告は業界を引退して8年以上が経過して一般市民となっており、50万部強発行される週刊誌に掲載されることによって、原告の全身像は掲載されない場合とは比べることができない程多数の人の目に晒されることになるのであって、その精神的な負担感は相当重いものといい得るから受忍限度を超えるとして、プライバシー情報を暴露する記事に関するものとあわせて慰謝料100万円の支払いを命じた。

[153] 殺人事件の現場を中継放送していた被告TBSの番組内において、廃棄物収集車を運転して現場付近を通りかかった原告に対して、被告のアナウンサーがテレビカメラとともに駆け寄ってインタビューを始めたところ、原告の顔が比較的大きく映し出され、一般の視聴者においても原告が廃棄物収集業に従事していることが容易に認識できる様子で約2分間全国放送された。事情が飲み込めない原告はアナウンサーに対して「これテレビ出るんですか？」と二度たずねた。この様子をスタジオで見ていた司会みのもんた(被告)が「映っちゃってるよ、もう十分」と発言したことも放送された。裁判所は、被告が原告の承諾なく原告を撮影して放送したことは原告の「肖像権」を侵害し、放送によって原告が廃棄物収集車の運転手をしている

以上の侵害認定事例のうち、本稿にとって評価が難しいと思われるのが、［Tokyo Street Style〔銀座〕］と［TBSみのもんたの朝ズバッ！］である。

［Tokyo Street Style〔銀座〕］は、胸部に「SEX」の文字がデザインされた衣服を着た女性が銀座の街を通行中に承諾なく大写しで撮影された写真が、被告日本ファッション協会のウェブサイトに無断掲載された事案であったところ、当該衣服は著名なブランドである「DOLCE AND GABBANA」がパリコレクションに出展したもので、そのように目を引くデザインの衣服を積極的に着用していたからこそ、最先端のファッションの一例として撮影されたとも考えられる。芸能人等が人前に出ることを予定せず、他人からことさら注目されることを望まないオフや移動中の時間には、帽子や眼鏡などを着用して容姿が目立たないようにしていること等も考えると、［Tokyo Street Style〔銀座〕］の判示は事案との関係で見れば被告にとってはいささか酷だったようにも思える。

［TBSみのもんたの朝ズバッ！］については、秘匿しておきたい自らの職業が結果として知人・親戚に知られることとなった原告には気の毒にも思える一方、この事案は殺人事件の現場を取材中の出来事であった。テレビのニュース・情報番組での生中継というのは、ロケ、編集と手順を踏んで放送に至るVTR構成のドキュメンタリー番組等とは異なり、撮影（取材）と放送が同時進行する。会ったこともない取材相手がどのような事情や他人に知られたくない背景を持つのかは、残念ながら取材者には分からない。事実認定によれば、原告は収集車から下りてきて、中継現場付近における廃棄物の収集状況等について説明しているというのであるから、取材相手の承諾が得られたものと報道現場が瞬間的に理解したとしても不思議ではないだろう。判旨は、ニュース番組での生中継の取材相手には、カメラとマイクを向ける前に、放送される地域の範囲を含めて生中継であることを相手に伝えて明示的な承諾を得ない限り、撮影・放送は違法行為となることを示唆するものである一方、生中継はやり直しのきかないものである

ことが原告および妻の知人や親戚に明らかとなってしまったことはプライバシーの侵害に当たるとして、慰謝料100万円の支払いを命じた。なお、被告みのもんたの発言は原告を嘲笑したり侮蔑しようとする意図はなく、当不当の問題であり違法性はないとした。

から、テレビ局でもとりわけ機動性、速報性を重視しているニュースの現場にとっては、生中継に対する萎縮効果[154]が生じかねない厳しい判決だったのではないか。

(5) パブリシティ権に基づく差止請求の当否

最後に、本判決がパブリシティ権についての排他的な権利性を承認した効果として想起される差止請求の可否を検討する。

本判決は、損害賠償請求の事案に対して判断したものであるから、差止請求の可否については直接の射程外と考えられる。しかし、パブリシティ権は「人格権に由来する権利」であると判示し、判文において排他性を明言していることからすると、パブリシティ権侵害に対しては、人格権に基づく差止請求が可能と解される[155]。

人格権としての名誉権に基づく差止請求の可能性は、最高裁大法廷が前掲［北方ジャーナル上告審］においてはじめて明示的に認めたものであった[156]。すなわち、「人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、損害賠償（民法七一〇条）又は名誉回復のための処分（同法七二三条）を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である。」と判示し、「けだし、名誉は生命、身体とともに極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利というべきであるからである。」との理由を述べている。

その後、最判平成14年９月24日判時1802号60頁［石に泳ぐ魚］[157]によっ

---

154 前掲注(93)参照。

155 中島・前掲注(1)［判解］78-79頁参照。田村・前掲注(4)『不正競争法概説〔第２版〕』529頁以下は、パブリシティ権侵害＝人格権侵害に対する効果として自然人は侵害者に対して差止めを求めることができる旨を早くから説く。

156 五十嵐清『人格権論』(1989年・一粒社) 177頁以下参照。

157 芥川賞作家の被告・柳美里の小説『石に泳ぐ魚』の登場人物が、被告と交友関

て、名誉とともにプライバシーおよび名誉感情が侵害されたときにも、人格権に基づいて出版の差止めが認められ得ることが明らかにされた[158]。すなわち、「人格的価値を侵害された者は、人格権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である。」と判示し、最高裁としてはじめてプライバシーと名誉感情の侵害を理由として差止請求が是認されることを明らかにしたが、個別作品の出版差止めを認めた原審を是認した事例判決に止まり、出版等の差止めの一般的要件を示したものではないと解されていた[159]。

そして、上記判例に続いて、本判決が人格権に基づくパブリシティ権の排他的権利性を明らかにする一方、表現の自由を慮って、侵害となるべき行為を新たに類型化した。もっとも、すでに見てきたとおりその外延は必ずしも明らかであるとはいえない。ゆえに、表現の自由との関係が特に問題となる報道、論評、紹介等を行う出版、放送等の行為が、差止請求権の威嚇をもって不当に制約され、萎縮するようなことがあってはならないと思われる。すなわち、パブリシティ権侵害と表現の自由との衝突が大きい場合には、損害賠償請求は認めるにしても、出版等の差止請求は制限されることもあるべきなのではないか、というのが本稿の問題意識である。

係にあって顔面に不治の腫瘍を持つ原告をモデルとするもので、経歴、身体的特徴、家族関係等の描写・記述によって原告であると容易に同定が可能であったことから、原審（東京高判平成13年２月15日判時1741号68頁〔淺生重機裁判長〕）は、同小説の公表により原告の名誉、プライバシー、名誉感情が侵害されたとして慰謝料100万円の支払いを命ずるとともに、人格権に基づく出版の差止めを認めた。最高裁は、「原審の確定した事実関係によれば、公共の利益に係わらない被上告人のプライバシーにわたる事項を表現内容に含む本件小説の公表により公的立場にない被上告人の名誉、プライバシー、名誉感情が侵害されたものであって、本件小説の出版等により被上告人に重大で回復困難な損害を被らせるおそれがあるというべきである。したがって、人格権としての名誉権等に基づく被上告人の各請求を認容した判断に違法はな」いと判示した。

158 永井美奈［判批］判タ1154号（2004年）99頁、滝澤孝臣［判批］NBL 814号（2005年）89頁参照。

159 永井・前掲注(158)［判批］99頁、滝澤・前掲注(158)［判批］89頁参照。

この点について、担当調査官解説は、「一般に人格権侵害を理由として請求権を行使する場合に、差止請求が認められるときの違法性は、損害賠償請求が認められるときの違法性よりも高いといわれている。このような人格権の性質に照らせば、数百頁の出版物の1頁のみに『グラビア写真』が掲載され、これが第一類型に該当するとしてパブリシティ権侵害を構成するような場合には、表現の自由等に対する萎縮的効果をも踏まえて、不法行為法上違法とされても、差止請求までは認められないと解する余地もあろう。」と指摘している[160]。

ここで、著作権侵害事件ではあるが、上記の指摘での場合と似た事例を確認しておきたい。那覇地判平成20年9月24日判時2042号95頁［写真でみる首里城］（田邉実裁判官）である。那覇市内に所在する歴史的建造物である首里城等を、写真と文章で紹介する「写真で見る首里城」と題するB5サイズ全95ページの写真集に掲載された写真計177点（イラスト3点含む）に関して、最終ページに掲載された写真9点のうち1点（座喜味城跡の写真、縦4cm×横5cm）について、同写真集の制作を受託した被告会社の元従業員・取締役で、同写真集の制作も担当していた原告が、被告会社に入社する前に撮影したもので、旧版から掲載されていた。被告会社の代表者との人間関係が悪くなって取締役を辞任した原告が、被告会社と写真集を出版した被告財団に対して、当該写真の著作権侵害に基づく出版の差止めと損害賠償、謝罪広告を求めた。

裁判所は、原告の当該写真に関し、被告に対する著作権譲渡、複製許諾または氏名表示権の不行使合意はいずれもなかったと認め、被告写真集は原告の著作権（複製権、譲渡権、氏名表示権）を侵害するものと認める一方で、原告は被告会社における元担当者として写真集の制作に深く関与し、写真集の改訂に際して当該写真を差し替えなかったのは原告の判断であったことから原告は当該写真の掲載を望んでいたと推認されるとした上で、複製権等にかかる損害賠償は2万5,000円、氏名表示権侵害にかかる慰謝料10万円、弁護士費用2万5,000円、計15万円と算定。損害額は写真集の製作に投じられる費用と比べてごくわずかであり、写真集に掲載される写真177点のうち問題となっているのは原告の当該写真1点だけである

160 中島・前掲注(1)［判解］79頁参照。

ことから、ごく小さい割合を占めるに過ぎないことを比較衡量して、原告による差止請求は権利の濫用として棄却した。

［写真でみる首里城］の意義としては、単に損害額が軽微であることと、関係特殊的投資がなされていることだけを理由に差止めを制限してしまうと、いわば「やったもの勝ち」になりかねないことから、これを避けるために関係特殊的投資の理由まで調べるなど経緯をよく斟酌している点が非常に重要とされる[161]。［写真でみる首里城］は、著作者人格権（個別的人格権）[162]のひとつである氏名表示権（著作権法19条）侵害を認定し、その損害額の算定も、財産権である複製権（同21条）と譲渡権（同26条の2）侵害にかかる損害額の算定を上回っていることから、いわば人格権侵害に基づく差止請求の制限を認めた事例と捉えることができるようにも思われる。実定法上の権利である著作権・著作者人格権の差止請求が、事案との関係で制限され得るならば、本判決によって排他性が承認されたとはいえ、実定法上の権利ではないパブリシティ権に基づく差止請求は、表現の自由との衝突や関係特殊的投資の問題が大きな事案では、［写真でみる首里城］のように事案・経緯を十分斟酌した上で、より柔軟に制限される場合もあってよいのではないだろうか。

［付記］

校正後、渋谷達紀「ピンク・レディー最高裁判決について」知財ぷりずむ11巻123号（2012年）22頁、伊藤真［判批］法セ697号（2013年）6頁に接した。

本稿の執筆に当たって、指導教官の田村善之教授から繰り返しご指導を賜った。また、北海道大学法学研究科グローバルCOEの髙橋直子研究員には校正で大変お世話になった。記して心からお礼申し上げる。なお、本研究は公益財団法人吉田秀雄記念事業財団の研究助成を受けた成果の一部である。

---

[161] 田村善之「イノヴェイションの構造と特許制度のあり方」同・前掲注(11)『ライブ講義 知的財産法』252-253頁参照。「関係特殊的投資」とは、この製作物の利用に使えないのであれば無駄になってしまうような投資のことで（同250頁）、［写真でみる首里城］は関係特殊的投資という言葉は使っていないが、関係特殊的投資が問題となった事例とされる。

[162] 斉藤・前掲注(119)民商法雑誌116巻6号7－8頁参照。