

明治大学知的財産法政策研究所(IPLPI) セミナー

「パブリシティ権を巡る諸問題 ピンク・レディー判決を契機に」

文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成 23~27 年度）

情報財の多元的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築

## 第二部 パネルディスカッション

「ピンク・レディー判決の評価と課題」

(パネラー) 内藤篤 田村善之 本山雅弘 (司会) 金子敏哉

司会 時間になりましたのでパネルディスカッションを開始します。まずはピンク・レディー事件最高裁判決の評価やパブリシティ権をめぐる各種論点、特にプライバシーの位置づけ、グラビア的使用をめぐる問題について、報告者の間で議論していただきます。その後、フロアにもパブリシティ権について一言ある先生方がたくさんいらしていますので、時間の許す限り、ご質問やご意見をいただければと考えています。

最初に、ピンク・レディー事件の最高裁判決の判断について、本山先生、内藤先生、田村先生、それぞれ簡単に感想や評価等を述べていただきたいと思います。それではまず本山先生、お願いします。

本山 この事件については、たまたま控訴審から非常に興味を持っていました。ご紹介にありましたとおり、私はパブリシティ権に相当するドイツの肖像利用権についても多少勉強していました。特にドイツでは、表現の自由との衡量問題について最高裁判決として正面から取り組む事例が古くからありましたので、今回、いよいよ日本の最高裁判決として、この問題について正面からがっぷり四つに取り組んで、何らかの判断基準を出してくれるのではないかと期待していました。もちろん、最高裁の役目としては、当該事案の解決をすればそれでよいのであり、不要な点に言及する必要はなかったとしても、もう少し表現の自由との衡量について具体的な考慮要素に踏み込んだ判決を得られれば、それは非常に勉強の対象になったという気はします。そういう意味で、若干期待はずれのところはあります。しかし、勉強すればするほど、表現の自由をはじめとする対抗利益との衡量問題は、非常に難しい問題であると感じます。もちろん難しいと言っているだけでは済まされないのでありまして、田村、内藤両先生も明確な基準の設定が必要という問題意識をお持ちだとは思いますが、とは言ってもなかなか難しい問題だと思いますので、最高裁としても、さらなる事案の蓄積に委ねるほかはなかったのではないかという気もします。以上です。

司会 ありがとうございます。では内藤先生、お願いします。

内藤 最近の「NBL」にも『残念な判決』としてのピンク・レディー最高裁判決」という表題で書いたとおり、「残念な判決」というのが僕の感想です。本山先生がおっしゃったとおり、表現の自由をどう考えるのかに関して、結局のところ、「専ら」の話で終始し、典型的な侵害事例を3つに整理したというところですが、僕に言わせれば「そんなこと分かってたよ」に近いものがあります。人格権由来の権利だということこそを言った意義はあると思いますが、本山先生と違って、僕は人格権と人格に由来する権利はそれほど厳密に分けて考えていなかったもので、「そんなの当たり前。ギャロップレーサー判決でほぼ決まっていたじゃない」と見ていました。最大の問題は、ブブカ・スペシャルが上告にかかっていたのだから、そこで判断していれば、もう少し骨のある判決になったであろうものを、ピンク・レディーという、やさしい事案を選んで判断したという点です。やさしいならやさしいなりに、表現の自由との関係で何か言えばいいのに、結局それを「専ら」で済ましてしまったという、言ってみれば本来すべき難しい宿題をしていない小学生が、やさしい宿題に取り組んで、やさしく何かを解決してみましたみたいな感じがしてならないわけで、やや辛口かもしれないかもしれませんが、「残念な判決」というのが僕の受け止めたところです。

司会 ありがとうございます。それでは田村先生、お願いします。

田村 私の意見はだいたい申し上げましたが、皆さんとても厳しいな、と感じています。事件選択の問題はあったかと思いますが、内藤先生がおっしゃることは正しいかもしれません。この裁判体だけを批判するわけにはいかないと思いますが、限られた資源でどちらを選ぶかといえば、より限界性が分かる事案を選んでくれたほうがよかったというのはよく分かります。他方で、ブブカ・スペシャルは、最高裁でどう評価するのか。私のようなブブカもセーフにしようという考えの人間からすると、へたにアウトを出されるよりは、まずセーフのところを明らかにしてもらえただけでも意義のあることだと思えますし、私の立場からいくと、「等」と「など」がなければさらによかったです。どうでしょう。「等」と「など」がなければ、内藤先生もそれほどご不満はないのではないのでしょうか。

内藤 でも田村先生はパブリシティ権にはやさしいけど、プライバシー権にはとても厳しいでしょう。

田村 はい。

内藤 ブブカ・スペシャルは、パブリシティ権的には全部セーフですが、プライバシー権的には全部アウトですよ。

田村 腋の下論争に入りますか。

内藤 ああ、はい。それは置いて (笑) (注:「腋の下論争」とは、内藤弁護士がブブカスペシャル判決での「腋ー1 グランプリ」と題する記事でのアイドルたちの写真の使用につき、表現の自由が優先されるべきだと NBL 誌上で主張したことに対し、田村教授がやんわりと疑念を呈したことを指す。また、下記の田村教授の発言中の「イボ痔」とは、内藤弁護士が本シンポジウムの報告中に、プライバシー権の侵害に関してある有名人がイボ痔であるとの情報の例を挙げたことを指している)。

田村 私も今日、内藤先生のお話を聞いて、非常に感銘も納得するところもありますので、あとでまたお話ししたいと思います。腋の下の論点は、イボ痔との比較等、これから深く考えてみたいと思います。

司会 ではプライバシーについては、またパネルディスカッションの後半で検討したいと思います。最高裁としては、「腋ー1 グランプリ」についてコメントするよりは、ピンク・レディーダイエットのほうが扱いやすかったということなのかもしれません。

以下、私のレジュメの諸論点の順に基づいて話したいと思います。この最高裁判決は直接の対象にはしていないかもしれませんが、パブリシティ権をめぐる主体の論点として、私および田村先生のご報告でも言及のあった主体の著名性という論点があります。従来、顧客吸引力としては、著名性による顧客吸引力を中心に論じられてきましたが、この最高裁判決を見ると、当てはめではピンク・レディーの著名性から主体性を認定していますが、むしろ、肖像等の美しさに基づく顧客吸引力のほうを重視しているかのようにも、「肖像とそれ自体の顧客吸引力」という言い方や、「独立して鑑賞の対象となりうる」という点では、あまり著名性とは関係のない判断のようにも思います。また、いわゆる3類型について、著名でない人でも不法行為の成立は認められるのではないかと思います。そういう意味で、パブリシティ権について、著名性のある主体に限定されるのか、限定されないとすると、パブリシティ権と肖像権とを分けて議論することに、どういう意義があるのかということについて、では本山先生、ご意見を伺いたいと思います。

本山 最高裁は人格権由来とあって、人格権は基本的には著名性の有無にかかわらず生じうるものですから、広く保護対象が把握されるかと思いますが、他方で、やはり顧客吸引力というキーワードは外していないわけですから、私はあくまでも顧客吸引

力という価値がなければ、パブリシティ権の保護対象にはなっていないのではないかと思います。そういう意味で、著名人でない人に顧客吸引力が備わっていなければ、著名人でない人は保護の対象にならないと思います。ただ、現実的には、例えば電車の車内広告でも一般人と思われる、少なくとも著名人ではない人が広告に使われている場合も見受けられます。最近、よく注意して見ているのですが、英会話学校や大学、予備校といった特にスクール系の広告に多いです。普通の学生の姿を写して、広告に使っているのが見受けられます。彼らは恐らく著名人ではないのですが、それがパブリシティ権の対象になるかどうかというと、私はならないと思います。というのも、そこで使われている肖像は、決してその顧客吸引力が使われているのではなく、むしろ提供される教育サービス＝役務について、それをリアリティーをもって説明するために使われている、いわばマネキンのように使われているのではないかと考えています。つまり顧客吸引力の使用ではなく、肖像の記述的ないしは説明的な目的のための使用に過ぎず、保護の対象にはならないのではないかと考えています。

司会 そうすると、もし学生に無断で、しかもメインで、肖像を高校の宣伝等に使ったとしても、違法行為にならないということですか。

本山 それは人格権としての肖像権のほうでいけばいいと考えます。基本的に私は、パブリシティ権というのは、どうも保護法益は経済的な価値、利益であり、人格的利益ないし是非財産的利益を保護法益とする人格権とは違うのではないかと考えていますので、そこは分けて考えればいいのではないかと思います。

司会 分けることの具体的な効果は、損害論が変わってくるとか、侵害となる範囲が変わってくるということでしょうか。

本山 具体的な効果論といいますか、やはり保護法益が違うというところです。

司会 分かりました。では内藤先生は、主体の著名性についてどのようにお考えですか。

内藤 基本的に著名人に限るとは思っていません。タレントの卵みたいな者から、デビューして本格的なタレントになる間で、線引きできない以上、それらについて侵害があった場合に同じような説明ができるように考えないといけない、という消極的な理由が一つです。もう一つは、そんなにパブリシティ権と肖像権を厳密に分ける必然性はないといいますか、顧客吸引力とは相対的なものだから、といった理由です。例えばスクールの宣伝で実際に学んでいる学校の生徒の写真も、おそらく女子生徒ならよりきれいな女の子、男子ならよりイケメンが選ばれているでしょうから、そ

の意味での相対的な、たいした差ではないですが、顧客吸引力の強弱があつて、そういう子が選ばれたということがあるでしょうから、その限りで「パブリシティ権でいいんじゃない？」という程度です。そんな深い意味はありませんが。

司会 ありがとうございます。田村先生、コメントがあればお願いします。

田村 プライバシー権は基本的に連続的なものだと思っていますので、報告で申し上げたとおり、議論する実益がほとんどないと思われます。それから本山先生の事例は、主体で判断するというより、利用のほうの対応で、写りこみのようなケースと同じように考えることで、逆に1人だけ写っている場合は許諾したかのように誤解を与えるかもしれません。私はプライバシー権でもパブリシティ権でもどちらでもいいのですが、人格権の侵害は認められると思いますので、あまり気にしていません。

司会 ありがとうございます。主体をめぐっては、ほかにもグループの名称やプロダクションの問題がありますが、プロダクションについては、むしろ譲渡可能性や独占的ライセンスのところで議論させていただきます。

次に、これは1つのヤマ場ですが、侵害となる行為類型について、グラビア的使用についてご意見をうかがいます。グラビア的使用をどう考えるのかにもよりますが、典型的なのは、週刊誌のグラビア写真です。よく写真集などとタイアップで載せているタイプの、ページ全体にきちんと正面から撮影された写真そのものを載せるタイプのグラビア写真についてどう考えるのかという点。そしてブブカ・スペシャルのような事案で、グラビアの写真と本当に同視できるかどうかは別として、第一審で侵害が認められたような写真の利用態様についてどう思うのかをあわせてお聞きします。まず本山先生は、グラビア写真としての利用、あるいはブブカ・スペシャルのような利用形態について、パブリシティ権侵害の成立は認められるとお考えですか。

本山 一般論として、グラビア使用は、ある程度具体例を想定したほうが議論しやすいと思いますが、例えば週刊誌等の「美女図鑑」、特定の女優を対象に全面写真が数ページというものがあります。こういうものをグラビア写真として捉えるのであれば、やはりそれは無断で使用することはパブリシティの観点からできないのではないかと思います。要するに顧客吸引力を利用していると考えざるを得ないと思います。ただ私の報告の中でも申し上げましたが、そのような使用であっても、当然それは一種の表現行為でありますから、当然表現の自由は保障されるべき余地が皆無とはいえませんが、そこはやはり読者を引き付ける肖像の価値の利用という面と、表現の自由としての表現の側面、それを比較したとき、やはりはるかに前者が後者を上

回っていると考えるを得ず、これはアウトであろうと。ただ、これも昨日、中吊りで見かけたのですが、「美女図鑑」という数ページを周知するために、女優の正面の肖像写真を電車の中吊り広告の一角に使っているのです。これは表現の自由との関係で許される使用態様ではないかと思います。表現の自由というのは、裏返せば要するに受け手の知る利益に対応するものと思いますが、受け手にはやはり中に何が書いてあるかを知らせないと、表現行為も実質的なものになるわけではないので、内容物を知らしめる広告やタイトルページでの使用は、中でのグラビアページでの使用とはまったく別で、表現の自由が凌駕すると思いますので、これはセーフと考えます。

司会 雑誌自体はアウトだが、雑誌記事の宣伝広告はセーフと。

本山 ええ。内容、つまりグラビアページがあるということを知らせるような使用は、たとえ無断であったとしてもセーフです。まあ実務上はそれも含めて合意形成をしているのですが、それはパブリシティ権の違法かどうかの見地からすれば、セーフではないかと考えています。

司会 ありがとうございます。内藤先生はグラビア写真についてはどうお考えですか。

内藤 「原色美女図鑑」など、週刊誌が普通に2～3ページのカラー写真ページをもってきれいな女の人の写真を載せる、仮にそれを無断で掲載してしまった場合がいわゆるグラビア的使用の問題だと思いますが、基本的には僕はセーフだと思っています。要するに顧客吸引力の利用というのは、メディアにおいて使われた場合に、ある種の緩いマークのようなものとして使われていると評価できるかどうかのポイントだと思っていますので、例えば200ページの週刊誌の中に3～4ページの写真があることによって、強烈にその週刊誌を買いたいと思わせる誘因になっているかどうかだと思います。普通はならないと私は思います。ただブブカの場合は、どういうアイドルの写真が載っているかを表紙に如実に示しています。同じような例で、いわゆる袋とじ系の週刊誌がありますが、一種のおまけ、景品的なものだと、やはり景品欲しさに週刊誌を買うこともあり得るので、それはそれで、侵害になる場合もあり得るかなと思います。これはグラビア的使用というのは少し違うのかもしれませんが。同じようにブブカの場合も、「こういうおネエちゃんたちの隠し撮りの写真が満載ですよ、ダンナ」というアプローチは、少しマークっぽい使用にあたるのではないかと。その意味では深キョンの見開き2ページを侵害とした一審判決は、心情的にはアリかなという気がします。

司会 田村先生は、今の点についてどうお考えですか。

田村 私は内藤先生が報告で強調されたように、表現の自由での関係が非常に重要だと思います。そのために今、お2人が絞り出すかのような、「うーん」と悩むような基準はよくない基準はあまりよくないと私は思います。例えば、今日見せていただいた中田英寿の本でも、口絵にカラーも含めて写真が2～3ページ付いていたものをセーフというなら、週刊誌で3ページとどこが違うのかにまた「うーん」と悩まなくてはいけなくなることが非常に問題だと思います。次にブブカ・スペシャルの一審が出るまで、基本的に日本の裁判例ではグラビア写真について侵害を認めないままに雑誌産業も芸能界も何十年も共存してきて、特に誰かが困ったわけではありません。もう1つ言えることは、著作物ですので、写真家のところに著作権があり、雑誌との間で何らかの取引が行われ、また写真撮影のときにモデルとの間で何らかの取引が行われており、対価の連鎖をつなげようと思えばつながっているはずです。そう考えると、基本的には、今はっきりしないものについて、何か権利を認めることに踏み出した上で、いろいろな事案に「うーん」と悩んで萎縮するのはいかなものかだと思いますので、思い切ってセーフのままでいいのではないかと私は思います。

司会 田村先生のお立場では、ブロマイド写真のような場合ならば侵害を典型的な商品化として認められると。そうすると商品全体に占める肖像の割合がどのくらいかということ判断を分けるということでしょうか。

田村 はい。結局、顧客吸引力はもちろん最高裁も使っていますから、それだけが決め手になるとは思いませんが、違法性を決する1つの要素であることは間違いないわけです。私の見方でいくと、「専ら」それだけに依存した商品であることが精神的憤りを受忍限度を超えたものに高めると考えていく、そこにはある程度フィクションはあるかもしれませんが、そのように擬制して考えていくので、おっしゃるとおりです。量的にみれば、ブロマイド1枚と雑誌内の3ページでなぜ前者は権利範囲内とされ、後者は範囲外とされるのかという疑問を持たれる方も出てくるかもしれませんが、絶対値ではなく、一つの商品がどの程度の割合で人の肖像等に依存しているのかという割合の問題として考えています。

司会 いろんな肖像を集めた雑誌で、個々の肖像は3ページという場合にもパブリシティ権の侵害は否定されると。

田村 そうです。

司会 逆に、その3ページだけを雑誌の記事で出したあと、電子配信する場合はどうなるのでしょうか。

田村 難問ですが、割合で考えますので、3ページだけが独立して電子配信されている場合には、違法となると考えます。他に付加される要素もなく、もっぱら人の肖像等に依存してお金を稼いでいるということが、フィクションかもしれませんが、利用された人の精神的な憤りを法的な保護が必要な水準にまで高める、そのように定型的に理解することができるのではないかと考えます。

本山 今、中田英寿事件との関係が出ましたが、私はまさに口絵にある「美女図鑑」のようなものはアウトと申し上げましたが、中田英寿の場合はセーフだと思います。というのは、確かに形態としては出版物の口絵数ページに肖像写真が集中的に使われているということでは同じですが、中田英寿の場合、読者もやはり中身の伝記を読む上で、中田英寿の肖像写真があったほうが、伝記小説のメッセージが、よりリアリティーを持って明確に伝わってくると思います。ということは、伝記小説の前の部分については、まさに当該伝記小説の登場人物に関する肖像写真は、まさに伝記小説を表現する上で、表現の自由との関係で、重要な機能を果たしていると考えますので、私は週刊誌のグラビア数ページとは分けて考えています。

司会 本編中に出てくる記事の、ある種の補足的な意味でグラビア写真が利用されている。

本山 そうです。

司会 分かりました。侵害の種類の別の問題としては、ゲーム等でプロ野球選手の名前を使用する行為について、これが判決の3種類の第1類型には当てはまらないと思いますが、差別化に当てはまるかどうか。また差別化というのが実際にキャラクターグッズ以外の事案に射程が及ぶのかという点について、田村先生はどのようにお考えですか。

田村 やはりさきほどの依存度の問題だと思います。イチローだけに焦点を絞った「イチロー 4000 本安打の道」といった感じのゲームなら、依存度が高いので「専ら」に当たるとはと思いますが、プロ野球の集団的なゲームですと、個別の選手に対する依存度は非常に低いと思いますので、個別の選手が権利を訴えることはできず、あとはむしろ、例えば不競法との関係での日本プロ野球機構でしょうか、そこでの権利処理の問題、不競法2条1項1号とか、2号との処理で問題になってくる気がします。



司会 内藤先生はどのようにお考えですか。

内藤 全く同じです。ギャロップレーサー判決も、本来的に、権利の中身に入る前に、「専ら使っていないよ」で切れた事例ではないかと思っています。1頭の競走馬についてのゲームというよりは、集団として、いろいろな競走馬が出てくるゲームであり、本来の「専ら」的な基準でいけば、そこで切れてしまって、モノのパブリシティ権に入るまでもなかったものだったという感想を持っています。

司会 本山先生はいかがお考えですか。

本山 ゲームでの使用ですか。

司会 プロ野球選手がたくさん使われているようなゲームです。

本山 私は1つの商品化の事例ではないかと思っており、そこで衡量すべき対抗利益はかなり薄いのではないかと考えています。顧客はそれによって現実のプロ野球選手が登場する臨場感があるからこそ、そのゲームに手を伸ばすのでしょから、それはやはり商品としての利用と捉えられるのではないかと考えています。

司会 その上でおうかがいしたいのは、むしろ田村先生にお聞きすべきかもしれませんが、雑誌等であれば表現の自由がストレートに出てくると思いますが、ゲームの場合にも、表現の自由との調整とお考えになるのでしょうか。

田村 本来はそうなのでしょうね。ですから、私のゲームに対する1つの態度が如実に出ていますね。また考えなくてはいけないかもしれないですね。

司会 実は私も結論としてはほぼ田村先生に賛同する立場です。全体の分量の中の割合が重要ではないかと思っています。

田村 ゲームのイメージがつかみにくいのですが、僕が思っているのは「イチロー4000本への道」とか、とにかくイチローが出てきて、あとはスタジアムとか、かなり陳腐な表現ばかりをイメージしているので、どうしてもイメージとして、写真集の域を出ないものを念頭に置いて話しているのですが、これが「イチロー 恐竜帝国に挑む」とか様々な要素が付加されると、普通の小説と同じように考えなくてはいけないのではないかと思います。確かに限界線を画するのは難しいかもしれません。

司会 ブログやファンサイトでの無償での使用については、田村先生の報告でも触れられましたが、内藤先生はどのようにお考えですか。

内藤 営利的、商業的な使用をどう考えるのかということでしょう。いわゆる営利的ではない、商業的でないものについて、無断で使っても文句は言えないのか、ということですね。しかし世の中には、例えば「次期衆議院選挙に投票しましょう」とAKB48が呼びかける選挙啓発ポスターのようなものもあります。営利的なもの以外にも使われていたからといって、無断で使ったらやはり文句は言えるだろうということが1つあります。同時に、ではそれは、ファンのいわゆるアーティスト応援活動と同視していいのかということもあり、結論的には僕は消極です。パブリシティ権とは少し違うような。

司会 本山先生も基本的にパブリシティ権の問題ではないと位置づけられることになりませんか。

本山 ブログ等での使用が、私益の増進にかかわっているかどうかポイントになると思うのですが、その点が認められなければセーフではないかという気もします。内藤先生が例に出されましたが、選挙行為を促す場面での利用は、まさに顧客、選挙権者の注意を引き付けるという意味では吸引力はあると思うのですが、選挙という民主主義にとって非常に重要な行為をうながすという、公益的な見地から、対抗利益としての公益が想定されそうですので、そこは私益の増進はないと考えると、これはパブリシティの違法利用の有無という見地からはセーフなのではないかとも考えたりします。

内藤 ということは、無断でもパブリシティ権侵害にはならないと？

本山 はい、あくまでもパブリシティの見地からは、です。

内藤 なるほど。

本山 ただ現実的にはそんなことはないのでしょうか。

内藤 そうすると肖像権か何かで処理する？

本山 そうです。

司会 権利の客体という点について、特にキング・クリムゾン事件の第一審では、ジャケット写真もパブリシティ価値を表すものとして対象に含め、またキング・クリムゾンという名前についても、リーダー個人についてかなりパブリシティ価値が共通するというを一審では認めていましたが、高裁では「専ら」肖像にだけ着目した判断がなされたということがあります。内藤先生は代理人としてかかわられていたので言いづらくかもしれませんが、パブリシティの客体について、この最高裁判決から、おそらく人の氏名や肖像、場合によっては肉声などの人格の要素となるものが対象となると思うのですが、それ以外の著名人の象徴となるもの、ジャケット写真等についてもパブリシティ権の客体として考慮すべきとお考えでしょうか。

内藤 何が保護対象かという意味では、アイデンティティー情報全般と考えているので、履歴のようなもの、キング・クリムゾン事件に即していえばいわゆるディスコグラフィ、どういう活動をしてきたかという音楽家としての履歴情報を、アルバムカバーによって示すということも含めて主張したわけです。かつ主体の問題として言うと、これはなかなか理解していただきづらいところかもしれませんが、キング・クリムゾンのリーダーのロバート・フィリップ＝キング・クリムゾンであるという説に立っての主張でした。なぜかというところ「私がキング・クリムゾンである」と本人が断言している関係上、やはりフィリップ＝クリムゾンということで主張しているわけです。ですからグループ原告というよりは、実際に個人原告でしたのですが、個人原告＝グループ原告という立場で遂行した裁判でした。

司会 個人のバイオグラフィのようなものを対象とするというと、中田英寿事件とキング・クリムゾン事件の一番の差異はどの点にあるのでしょうか。

内藤 見方によって差異が出てくる場所だと思います。例えば先ほどのペ・ヨンジュン事件で出てきた対象は、週刊誌の増刊号という体裁だったと思いますが、簡単に言えばあれば週刊誌の皮をかぶった写真集、グッズであるというところを突いた判決だろうと思います。私に言わせれば、やはり「キング・クリムゾン」というあの本は、やはりファングッズだろうと思います。そういう意味で、出版物の皮をまとったファングッズという考え方で訴訟遂行でした。何にせよ、皮をかむったかどうかの判定は難しいだろうとは思いますが。

司会 田村先生、本山先生、何かコメントがあれば。

田村 あまりアイデンティティー情報という形で漠と広げていくと、かなり危険な広がり

を持つ気がします。全般的に共通していますが、今はインターネットの時代で、著作権でも同じように問題になっていますが、昔以上に、さまざまなパブリシティ権の対象になるかもしれない利用形態を、私人も含めていろいろな人がいろいろな形で行えるようになってきている状況ですので、この状況に鑑みますと、外縁がものすごく広くなりそうな形の保護客体のようなものをイメージしないほうがいいのではないかと考えています。今まで議論されてきたものも、今回の最高裁でも、相変わらず「等」は付いていますが、一応氏名、肖像が例示にあがっていますので、基本的には氏名と肖像で考えたほうがいいのではないのでしょうか。例えば先ほどの金子先生の著作権問題の比較のときにも少し議論したことですが、著作権の場合は創作という行為が入っており、かつ権利範囲はその創作された表現の類似の範囲に止まるという形で、限定される仕組みになっていますが、アイデンティティーとなると、辿ればすべてのグッズがどうやっても入るとなると、著作権をはるかに超える強大なコントロール権のようなものになりかねない危険性もあります。もちろん最終的にはそうではないでしょうが、そう思われること自体が意識効果を生んで、さまざまな軋轢を生むと思いますので、限定しておくに越したことはないのではと思います。

司会 ありがとうございます。ここまで行為類型の話をしてきましたが、侵害の判断における考慮要素について、本件の控訴審の場合、和歌山の林真須美事件のように、入手過程といったものも考慮要素としてあがっていたわけですが、最高裁判決からすると、どうもそういった要素は直接には考慮されないかのような判示で、被告側の行為に主に着目して判断するような、「専ら」顧客吸引力の利用を目的とするかどうかということ判断する枠組みに立っていると思われま。その点で、控訴審のような、諸要素の総合考慮の枠組みと、最高裁のような基準について、本山先生はどのように思われますか。特に入手の対応などを最高裁が考慮要素にしないかのように見える点についてどうお考えですか。

本山 なかなか考慮要素については難しい問題だと思います。まさにそこが基準の焦点という気がします。そもそも最高裁は、具体的な考慮要素と申しますか、控訴審が示したような考慮要素を示していませんので、比較の対象にはしにくいのではないかという気がします。ですから本件の最高裁の事案の解決としては、一般的な考慮要素を示すまでもなく、明らかにセーフだということがあったのだと思いますので、その必要がなかったのでしょうか。そんな感じです。

司会 時間も押してきました。次に、相続や譲渡については、基本的には譲渡については、人格権構成という点に加えて、法律の規定がないときに譲渡が認められるかという

点で難しいようにも思いますが、死後のパブリシティ権の保護の問題について、内藤先生はどのようにお考えでしょうか。

内藤 特別法がない以上、そして最高裁が人格権あるいは人格権由来の権利と言ってしまった以上、今後、死後のパブリシティ権が問題になったとき、「それは生きてる権利です」とは非常に言いにくい状況になったのではないかと思います。言った途端、「では、いつまで存続しているのか」というツッコミは当然入ります。マリリン・モンローのように約 50 年は経っているが、その肖像等は現実問題としてよく使われ、かつたぶんお金も払われているというようなものを、現に取引されているから生きてると、言いづらい状況になったのではないのでしょうか。

司会 私自身もおそらく実定法がない状態で死後の権利を認めると言うのは、期限をどこまでにするかという問題もあり、難しく、今回の最高裁判決で、より難しくなったのではないかと考えています。

次に譲渡可能性と合わせて、プロダクションによる権利行使についてです。例えば、プロダクションに、独占的ランセンシーとしての地位に基づいて、固有の損害賠償請求権を行使することができるのか、また差し止め請求権を代位行使することができるのか。あるいは不法行為法上の法律上保護される利益が、プロダクションに独立に認められるのかという点について、本山先生はどのようにお考えでしょうか。

本山 これも非常に難しく、私自身、代位行使の可能性も含めて、考え方の整理がついていない問題です。

司会 では内藤先生は、プロダクションによる権利行使についてどのようにお考えですか。

内藤 よく言われるのは、プロダクションによる権利行使を認めると、損害がより取りやすくなるということだと思いますが、田村先生のような損害の捉え方をすると、たぶん変わらないのですよね。

田村 はい、基本的にはそうです。

内藤 しかし現実には、例えば藤岡弘事件では、損害を認定するにあたって、藤岡弘がどのくらい CM 出演料を稼いでいるかを基準にして、しかし「期間や地域が限定的だから 10 分の 1 ぐらい」など、最終的にはかなりアバウトなことを言っているのです。慰謝料みたいなものだと言ってしまえば言えるわけですし、かつ著作権法の 114 条

のパブリシティ権について類推を否定した判決はいくつかあります。それこれを考えると、実際の効果はあまり変わらなくなってきてしまうのでは、と。例えばブブカの深キョンの写真は、プライバシー権侵害で 40 万円、パブリシティ権侵害で 30 万円で、プライバシー権侵害のほうを高く認めています。そういう意味では実際の効果はあまり変わらないかもしれません。要するにパブリシティ権を財産権的に考えて、「1 個売れたら、本来プロダクションにいくら入ってきたはずなのに、それが無い」という著作権法 114 条的なものを否定するのだと、あまり変わらないような気がします。

司会 認めてもあまり実益がないのではないかと。

内藤 はい。

司会 田村先生はどのようにお考えでしょうか。

田村 相続可能性、譲渡可能性を含めてですが、内藤先生が最初におっしゃったとおり、人格権と位置づけた以上、相続は、但し書きで民法 898 条がある以上は、一身専属的権利ですから無理だろうと思います。譲渡可能性も基本的には否定されると思います。損害論に関しては確かに面白いところです。日本法では認めていませんが、そういった問題を一举に解決してしまう利得剥奪の制度、つまり準事務管理のような制度を取っている国なら悩まないで済むのでしょうか、それが無い現状で、確かに個人だけの権利行使で、賠償論による解決では、理屈の上では確かに金額が下がるのは否定できないかもしれません。しかしもともと財産権ではない以上「そういうものだ」と割り切るのも 1 つの考え方だと思います。もう 1 つ、権利行使の点では、例えばグループ名があります。例えば今話題の AKB48 ですと、個人がコントロールする権利を個々のメンバーに認めるのはおよそ無理なほど入れ替わりが激しいわけです。しかし逆にあのくらいになってくると、まさにそういうときこそ、AKB48 という表示は 1 つの商品等主体にまとめるものを示す表示として十分に機能していますから、不競法の保護のほうで行けるのだらうと思います。ですから、よほど個人がほとんど権利行使できない事態では不競法でカバーできますし、事業としてきちんと成り立っているものであれば、死者のパブリシティ権などというものを無理に認めなくても、不競法でカバーできるのではないかと思います。ですから譲渡などを認めて、例えば分属したりアンチコンモンズ問題を発生させたりすることを覚悟の上に、必死になって考えるようなことをしないほうが望ましいのではないかと思います。

司会 ありがとうございます。救済に関してはもう一つ、差し止め請求権の論点がありますが、人格権構成と差し止め請求権は必ずしも結びつくものではないのではないかとご指摘が本山先生からありました。本山先生は結論として、パブリシティ権侵害について、差し止め請求権の行使は認められるべきとお考えでしょうか。それとも限定されるべき、あるいは全く認められるべきではないというお考えでしょうか。

本山 今回の裁判の読み方としても、私はパブリシティ権そのものを純然たる人格権と必然的に解することにはならないのではないかと。財産的な権利として解する余地もあるのではないかと考えています。そうすると人格権にもとづく差し止めというよりも、財産権にもとづく差し止めになってくると思いますが、これについては、やはりこれも非常に制定法上の根拠のない段階で、難しい問題ですが、私は事案によっては差し止め請求権までは認めずに、損害賠償のみを認める場合があってもいいと思っています。これはやはり財産権の問題ですので、自由競争の原理を逸脱するような利用の仕方がある場合、無断利用行為、それによって相手方の経済活動が萎縮してしまう状態があるような場合には、財産権の観点からも放置することはできないので差し止め請求を認めることはあってもいいと思いますが、そこまでいかない場合には損害賠償のみに止めておくということも、考え方としてはあっていいのではないかと考えています。

司会 ありがとうございます。差し止め請求について、内藤先生、田村先生、何かあれば。特になければ先に進みたいと思います。

では、もう1つの論点、プライバシー権、肖像権と、パブリシティ権の関係、プライバシー権、肖像権の侵害となるべき行為をどう捉えるかという点で、内藤先生からは、いわゆるプライバシー権についてはセンシティブ情報に限定すべきで、肖像権については、いわゆる竹田セオリーにもとづいた範囲に限定すべきだという趣旨のご報告をいただいたと理解していますが、そのようなプライバシーおよび肖像権の拡大に対する警戒の理解に対して、本山先生、田村先生はどのようにお考えになるのか。あるいはご紹介いただいた個々の事案に関するコメントでも結構ですのでいただければと思います。ではまず本山先生からお願いします。

本山 内藤先生が自己情報コントロール権としての方向への変節の例として、江沢民講演会と毒入りカレーの事件を出されていましたが、江沢民講演会事件の見方としては、大学当局と受講者との間の合意にもかかわらず、大学当局が問題となる個人情報や渡してしまったという事案の特殊性があったのではないのでしょうか。無断の人格価値の利用という場面とは少し違い、当事者の合意違反があったので、裁判所として

も放置するわけにはいかなかったのではないかという見方も可能ではないかと思えます。また、毒入りカレー事件は、肖像権として保護の対象となる肖像写真ないしスケッチと、そうではない写真、スケッチを分けているような気がします。被告が手錠か何かで拘束された状態の姿は肖像権の対象となり、そうでないものは対象にならないという切り分けをしていたかに思います。そこではやはり先生のおっしゃるセンシティブと非センシティブの情報の切り分けはまだ生きている気はしたのですが。

内藤 ただ中田英寿本の類の非センシティブな情報でもプライバシーになるというあたり、やはり裁判の流れとしては、情報コントロール権に大きく傾いているのではないかと。林真須美であれば、裁判の場ですから、僕に言わせれば公道以上に公的な場面だと思えます。公的に手錠なり腰縄でいるということが、プライバシー的にセンシティブというのであれば、それはむしろそのように運用している裁判実務が問題なのであって、公的な場でどういう格好をしようかと、公的な場での姿なのですから、プライバシーではないと僕は思うんですが。

司会 田村先生はプライバシー権についてどのようにお考えですか。

田村 この問題もやはりインターネットとのかかわりあい抜きには議論できない状況だと思えます。インターネットの時代になって、誰もがメディアになれるとき、2つの考え方があると思えます。1つは、誰もがメディアになれるようになった為に、非常に危険な状態になったので、個人のコントロールをより高めなければいけない、だから情報コントロールを高めるという立場です。もう1つは誰もがメディアになれるのはむしろ慶賀すべき事態なので、必要最小限の規制に止め、人の自由が技術的に広がった以上、それに合わせて権利も、今までのように同じものは守るけれども、それ以上に拡大する必要はないと考えるのかは1つのスタンスだと思います。内藤先生が挙げられた「セックス」のTシャツを着た人の利益をどう保護するかには2つあると思えます。昔であれば、それは滅多なことでは世の中には出ないので、いきなり雑誌やテレビにさらされることはないと思って普通に歩いていたものが、今は、事実として内藤先生のおっしゃることは正しく、今のこの会場の写真がいつ世の中にツイートされるかブログに載るか分からない時代です。それを覚悟して生きていくことを迫るかどうかという問題だと思います。私はどちらかという、常に人の自由を重んじるほうですので、結論としては内藤先生に賛成で、センシティブか非センシティブかは1つの分け方だと思います。ただ切り分けの仕方は本当に難しいと思えます。私は、他人の自由をコントロールするような形での情報コントロール権の創設にくみする気は全くないのですが、自分が平穩に暮らしていく権利



は、価値を非常に重視したい自由です。それを仮にプライバシーと呼ばせていただくなから、そう呼びたいと私は思います。そうすると、深田恭子の通勤問題に関しては、竹田先生がおっしゃっていることがよく当てはまるのではないかと思います。通勤である以上、映せないなどということになれば、テレビで街頭も映せなくなりますから、当然ながら映せるはずですが、ただそうは言っても、普通に歩いている姿を写されるのは構いませんが、あくびをしている一瞬の姿を捉えられて、いきなり広告にされたり、変なあくび顔ランキング1位とかにされると、始終あくびをしないようにして歩かなければならなくなり、私の平穩を害すると思います。ですから具体的な文言は忘れましたが、通常なら望まれないような対応のときを除けば、公道に出ているときはセーフという分かりやすい1つの基準として、まず「平穩を守る」という、情報コントロールの件ではないほうの、平穩に対する侵襲を防ぐという意味でのプライバシー権の分かりやすい基準だと思います。ただそうは言っても限界があると思うのは、深田恭子の通勤写真です。あれは決して写りこんだのではなく、始終追いかけていた例で、これは芸能人になった以上、受忍限度論を取るかどうかです。芸能人を選択した以上、日々、いつ写されるか分からない、だから車で通勤しなさいと言えるかどうかで、芸能人であっても、たまたまではなく常に追っていくことはその人の平穩な生活を害するはずですので、プライバシー侵害だと思います。

司会 内藤先生、何かコメントがあれば。

内藤 微妙な差異なのですが、「腋の下はいかん」というのは、一種分からなくはないのですが、深キョン写真は、別にあくびとか変な写真ではなく、普通にかわいく撮れた写真です。かつ望遠レンズで撮っているわけですから、撮られた時点で本人に何か心理的負担を生じさせるというものでもないのです、その意味ではプライバシー的にはセーフなのではないかと思います。

田村 しかし、あのような写真が出るということは、始終、気をつけなくてはいけなくなりますよね。

内藤 そういうことはありますね。

田村 評価は分かれると思いますが。腋も、たまたま写るならいいのですが、私には論評の仕方が攻撃的に思えるのですが。

内藤 だから、腋……。

司会 腋の論争になってしまいましたね（笑）。最後、内藤先生お願いします。

内藤 だから僕はパンチラはまずいと思う。でも、腋は仕方がないでしょう、と。

司会 腋の話題になったところで、そろそろ時間も押してきました。ここでフロアの皆様からご質問、ご意見があればお受けしたいと思います。なお本セミナーの議論の内容は、明治大学私的財産法政策研究所のホームページにおいて議事録を掲載する予定です。フロアからのご発言も掲載したいと考えていますので、その点をご了承いただければと思います。

ご発言いただける方は挙手をお願いします。私から係の者に指示しますので、マイクを受け取ってからご所属とお名前をご発言のあと、特定の先生に対するご質問の場合は、その先生をご指名いただいてからご質問ください。それではご質問やご意見等あれば、挙手をお願いします。

小倉 弁護士の小倉といいます。「商品化」の点についてですが、例えば中田英寿本のような例についていいますと、そういうものを出すこと自体がその人の著名性の商品化になってしまうともいえるわけで、そうすると本人の同意なくして特定の芸能人やスポーツ選手に関する本を出すこと自体がパブリシティ権侵害になる危険性があるのか否か、もし本人の同意なくして特定の著名人に関する本を出すこと自体は表現の自由の範囲内である程度使用が認められるということになると、著名人の氏名・肖像の顧客吸引力を「専ら」利用しているかどうかの判断のとき、そういうもの、例えば中田英寿に関する本を作るということの中でのその氏名・肖像の使用については、必然的なものかそうでないものかによって要件が変わってくるのか否か、がまず聞きたいことの1点です。

もう1つは、主体のところ、著名かどうかは関係ないという話がありましたので、この点について質問させて下さい。従前、土居晚翠事件では、芸能人として活躍してその結果著名になったケースはパブリシティ権の対象になるが、例えば作家として有名になったとき、その氏名はパブリシティ権の対象にならないという議論があったと思います。その議論は今回の最高裁判例でなくなって、どんな形で有名になろうとも、その氏名や肖像についてはパブリシティ権が発生するという事になったのか、以上の2点をおうかがいします。

田村 先ほど最初のほうで出た客体の話と関係していると思いますが、私はパブリシティについては、氏名と肖像を中心に考えたいと思っています。そうすると氏名と肖像以外にいろいろな文章が加わっていると、依存度がだいぶ薄まっていると思います。内藤先生の言い方でいうと、アイデンティティー情報などしてしまうと、中田英

寿にまつわるもので全編を占めているから、その商品化で依存度は100、と判断されかねないのですが、ここはそうではなく、氏名、肖像それ自体がどの程度使われているかということで「専ら」商品化ということを考えていきたいと思っています。

土井晩翠事件のほうは、少なくとも顧客吸引力を利用するタイプであれば、今回の最高裁判決で区別しないことになるのではないのでしょうか。

司会 あ的事件自体は、晩翠通りという道の名前を付けるという、泉岳寺事件に近い事案でしたので、おそらく著名人であったとしてもパブリシティ権の侵害は成立しない事案でしょうが、この最高裁判決からすると、おそらく区別しないことになるのではないかと私も思います。内藤先生、本山先生から、もし何かあれば。

内藤 最初の質問ですが、やはり商品というものは、歴史的に定義されたものではないかという気がしています。例えば評伝本は歴史的に存在してきたものです。先ほどの言葉と矛盾するようですが、それがテレビゲームや、カタログ的なもの、特にカタログ本のようなものは、どちらかというそれは歴史的に出版物というよりも商品寄りに考えられてきたもの、そういうところもあるような気がします。

司会 本山先生からは。

本山 ご質問の第1点目、必要性のことだったと思いますが、毒入りカレー事件で肖像権侵害の比較衡量上の考慮要素にも確か上がっていた気がします。そういう意味では、必要性の考慮要素は、それこそ必要といいますか、妥当ではあると思います。ただ必要がなければもうアウトということにはならないのではないかと。パブリシティの利益と対抗されるべき表現の自由の利益には、もう少し包容力があって、例えば中田英寿の本にしても、確かに口絵の写真がなくても中は読めるわけで、ある程度伝記の内容を理解できます。そういう意味では必要ではないといえるかもしれません。ただ先ほど申したとおり、表現しようとする伝記の内容のリアリティーをより高め、読者にメッセージをより明確に伝えるという意味では必要ともいえますので、表現の自由との関係でそれは許されると考えるべきではないのでしょうか。それほど表現の自由の包容力は厚いのではないかと考えています。

司会 ありがとうございます。ほかにご意見やご質問等あればお願いします。

村田 弁理士の村田と申します。きょうの話で、触れられそうで触れられなかったことで、気になっていたことが1つあり、お聞きします。パブリシティ権が人格権もしくは人格由来という形を取った場合、ピンク・レディーという名称についての使用は、

パブリシティ権侵害に該当するのかもしれないのか。例えばピンク・レディーという文字を大きくプリントしたTシャツであったり、「ピンク・レディーが愛用」といった広告宣伝的使用についてどう考えるのか。ピンク・レディーは、メンバーは2人で、先ほどのキング・クリムゾンのところでもお話がありましたが、自然人と同視すべきと考えられるとしても、その場合 AKB 48 の場合はどうなるのか。そのあたりをお聞きしたいと思います。

司会 村田先生、ありがとうございます。それでは田村先生、お願いします。

田村 ピンク・レディーに関しては、すでに村田先生ご自身がお答えを用意されていたように思います。2人しかいなくて、入れ替わることはまったく予定されていないまま何十年も活動していますので、個人の人格的な、ピンク・レディー1号、2号といえれば格が落ちますが、そうでなくても、あれ自身がそれぞれ一人ひとりに対して人格的な結びつきが強いと思います。また人数が少ないことも、1つの大きな要素かもしれません。逆に対極にあるのは AKB48 で、それに対する私の立場は先ほど申し上げたとおりです。あれだけ入れ替わりが激しく、人数も何十人いるのか分からない状況では、もはや自己の氏名とは同視できなくなっていると思います。ただそれで保護が全くなくなるということではなく、まさにそういうものこそ、商品表示、営業表示が機能している可能性があるので、プロダクションのほうが、パブリシティ権では決してありませんが、不競法の請求権者になるのではないかと思います。中間をどうするのかは、いろいろ悩みどころではないかと思います。

司会 内藤先生、本山先生、何かあれば。よろしいですか。

内藤 いや、特に補足はありません。

司会 よろしいでしょうか。他に何かあればお願いいたします。

奥邨 神奈川大学の奥邨です。本日はどうもありがとうございました。1点、おうかがいしたいのですが、今回の判決は「専ら」という言葉を使っていますので、「専ら」基準を採用したという言い方がされますが、従来の「専ら」については、中身がないというご指摘もありますが、どちらかといえば総合考慮型「専ら」基準といえるようなもので、いろいろなことを考慮して「専ら」と言っているわけです。しかし、今回の判決は、基本的には3類型で、あとそれに順ずるもの、と極めて限定しておりまして、3類型準拠型もしくは3類型列挙型「専ら」基準といえるのではないかと思います。私は今回の3類型準拠型「専ら」基準と従来の総合考慮型「専ら」基

準の間には、断絶、大きな溝があり、過去の判決を見て整合性云々ということではもはやなくなってしまったのではないかと思っております。私自身は、ピンク・レディー事件の高裁判決の判例評釈のときには、もっと進んで3類型限定型「専ら」基準が妥当だと書いたのですが、今回の最高裁判決はさすがにそこまではいかず、3類型列挙型になっていると思うのですが、一層のこと3類型限定型に割り切ってしまうのは、割り切り過ぎるでしょうか、それともそういう余地もあるのでしょうか。どの先生でも結構です、ご意見をおうかがいしたいと思います。

司会 奥邨先生、ありがとうございました。では田村先生、お願いします。

田村 私の立場はもう明らかだと思います。割り切るという立場です。

司会 最高裁判決自体をそう理解していかどうかという点はいかがでしょう。

田村 最高裁は慎重なので、「等」のところ次第です。ただ奥邨先生も指摘されていましたが、完全割り切りではなく、要するに「准ずる」は要求していると思います。僕は本山先生のように、人格権由来のところも含めて、衡量に戻すのは危険ではないかと思っていますので、せっかくあのように最高裁で出たのですから、少なくともまず3つに当てはめて、当てはめられなかったときには、「准ずる」の「等々」を読み込むのがこれからの手順になってくるかと思っています。さらに今回はそういう争点になっていませんが、一応最高裁も、類型度の前書きでは、他者の表現の自由等に配慮しなくてはいけないと書いてあったのですから、そういった大きな違法性阻却のようなものは、最終的にはかかってくるという感じで考えるべきではないかと思っていますので、奥邨先生には賛成です。ただ過去の判決としても、事案との関係で見ると、総合考慮を本当にしたのか、している判決もありますが、総合考慮といえますか、絶対違法視というものもありますが、あまり抽象的な提示がきいていなかった気がします。

司会 実際、ピンク・レディーの控訴審でも、使用態様などは考慮せず、結局はグラビア的使用に達していないとか、そういった要素が考慮されている点ではご指摘のとおりかと思っています。今のような最高裁の理解に対して、本山先生はご異論などあるかもしれませんが、いかがでしょう。

本山 いや、特に異論はないです。1、2、3と最高裁はまとめていますが、田村先生のご指摘通り、かなりほわっとして、いろいろなものが入るものを列挙したに過ぎないと思っていますので、奥邨先生がおっしゃった質問との関係でいえば、そもそも

3類型があいまいなのですが、それにイメージ的にぴったりと当てはまる以外のものを、私は比較衡量にこだわらざるを得ないと思うのですが、比較衡量上、許されるということがあってよろしいのではないかと思っています。

司会 ありがとうございます。内藤先生から何かあればお願いいたします。

内藤 奥邨先生がおっしゃったようなことは、基本的にそうだと思っています。ただ僕の場合、やはり「〇〇の皮をかぶった××」系にこだわっており、「〇〇の皮をかぶった××」の、いわば適用が、田村先生らよりも広いのです。だから具体的な使用類型をめぐって結論が違ってくるのだと思います。

司会 適用が広いというのは、特に標識法に近いような利用形態だと、「〇〇の皮をかぶった××」と認めやすいと。

内藤 そうなのかもしれませんが。よく例としてあげるのが、ブブカに載った中田英寿宮沢りえディーブキス事件というのがあります。ブブカ本誌は当然、中田にプライバシー侵害で訴えられて負けるのですが、それを報じた週刊現代の見開き2ページ写真付きの記事が、一審はプライバシー侵害で負けるのですが、二審は勝つんです。要するにそれは裁判報道である、と。これはギリギリの例で、裁判報道の皮をまとった暴露記事と見るのか、純然たる裁判報道と見るのか、一審と二審で分かれたように、やはりそこは見方で相当に違いが出るところで、それと同じものだと思います。僕の言う「キング・クリムゾン本はファングッズやファンアイテムだ」という見方と、「いや、あれは正当な表現活動にもとづく紹介本だ」と。その具体的当てはめは、やはり個別事案ではどこまでいっても食い違いはあるだろうと思います。

司会 ありがとうございます。奥邨先生、よろしいでしょうか。他にご意見やご質問等があればよろしくお願いします。

山内 弁護士の山内と申します。顧客吸引力を利用する行為といわれるわけですから、画像等を利用する側は、顧客吸引力を利用していかにか製品を売るかということを考えて利用するものと思われまます。例えば雑誌や書籍にグラビアを載せた場合、雑誌であれば毎号毎号、売っているわけですが、この号に限ってはこのスクープの記事あるいはグラビアを載せた結果、売り上げが伸びたというような事実があった場合、そのような効果・結果というものはパブリシティ権侵害の成否の判断に当たって考慮されるのでしょうか。それともそういう点は考慮から除いた上で、雑誌に掲載された表現だけを見て、裁判官の目から「これは顧客吸引力を利用している」「利用し

ていない」と考えるのか、そのあたりはどうお考えでしょうか。皆さまにお聞きしたいと思います。

司会 山内先生、ありがとうございました。

田村 基本的には、やはり「専ら」に注意したほうがいいと思っています。私の答えでいきますと、雑誌の一部である以上、最初から「専ら」ではないので、そこで切ってしまうということです。それとは別に、事後的に売り上げを入れるのはやめたほうがいいと思います。なぜなら行為時点、印刷時点で分からない事情ですので、予測可能性を著しく害すると思います。二重の意味で当たらないと考えたほうがいいのではないかと思います。

司会 内藤先生のお立場からすると、直接に考慮しないとしても、それをメインに売ったかどうかという考慮をする際に、間接事実として売り上げが上がったという事実を考慮するという考え方もあり得ると思うのですが、その点はいかがでしょうか。

内藤 あまり考慮しないのではないかと思います。例えば「タレントの誰々さんと誰々さんの同棲が発覚した」的なものであれば、そのタレントに関心のある人が買って読むという意味では、顧客吸引力を利用していないとはいわないわけですが、ある種、それはいわゆる芸能ジャーナリズム的に特有の利用事例ですから。僕なんかは芸能ジャーナリズム的な表現の自由でカバーされるのではないかと思います。むしろ先ほど言ったように袋とじで「イヤらしい盗撮写真をバッチリお付けしますぜ、ダンナ」というのは、顧客吸引力利用はありかな、という感じはしますが、そうではない普通の芸能ジャーナリズム的なスキャンダル写真の類は違う気がします。

司会 確かに、売り上げに対して、肖像等の顧客吸引力がどのくらい影響を与えていて、それ以外の芸能人のスキャンダラスな情報がどのくらい影響を与えているのかを区別できないとすると、売り上げを考慮するべきではないということになるかもしれません。

山内 そうしますと、例えば無断で雑誌におけるグラビア的な使用をしても、200ページのうち3ページしか載っていない、しかも今をときめく芸能人で、皆がそのグラビアを求めて買ったという場合でも、それはセーフになるのでしょうか。「AKBの前田敦子」などとドーンと出てもOKと。

金子 OKということになるのではないのでしょうか。内藤先生からすると、それを全面に売り出して、それを一番の商品として売った場合については、そういう売り方をした、紙面の構成であったということが重要であって、売り上げの問題は関係ないということになるのではないのでしょうか。

内藤 結果として売れなかったかもしれませんが、売れなくても、なるときはなると思います。

司会 ということで、よろしいでしょうか。

山内 分かりました。

司会 ほかに何かあれば。それでは時間になりましたので、最後に今さらですがパブリシティ権を認めるべきか、あるいは今後の議論のあり方として、立法による議論が望ましいのか、それとも判例や学説の積み重ねが望ましいのか、あるいはもっと明示的な、明瞭な基準を示すとすれば、どのようにそれを示していくべきなのかについて、少し抽象的な質問ですが、それぞれコメントをいただければと思います。これまでの議論の確認になるかもしれませんが、本山先生からよろしくお願いします。

本山 私の立場としては、まだまだ、下級審も含めてこれまでの判例法理の沿革ないし展開からしても、最高裁判決文の個々の文言からしても、その権利の性質論からしてまだ決着はついていないのではないかという気がします。さらに、表現の自由が対抗利益になる場合のみならず、商品化等の場合も含め、衡量すべき利益との比較をする場合の考慮要素もまだ明確になっていませんので、今後の議論、研究がさらに必要ではないかと思います。その点では制定法と、制定法ではないという違いもあり、一概に同列には論じられないのですが、この分野は、我が国のみならず他国でもかなり判例の展開も見られるようですので、比較法的な検討も忘れるべきではないかと思っています。

司会 内藤先生、お願いします。

内藤 先ほどの報告では時間を大幅にオーバーしてすみません。報告の結論として話したように、今はやはり肖像権、プライバシー権との関係で、パブリシティ権がある意味でグジャグジャになっている状況です。そういう意味では、死者の権利の問題も含めて、立法したほうがいいのかという考え方もあるかもしれませんが、立法する



とすれば、これまで判例で積み重ねてきた既存のパブリシティ権をそのまま取り込んで、以後はもう判例法上のパブリシティ権はなくなり、制定法に全部一元化するという、アメリカ法的なプリンプト（preempt）をしないと、結局、わけの分からなさはそのまま引きずることになるわけで、そんな大それたことはおそらく無茶で、かつ立法したとしても、表現の自由との関係などを法律上きれいに切り分けられるはずもないので、結局は、とっちらかした結論ですが、今のままよく分からず、今後判例が重なる中で、ウジャウジャやっていくしかないのかと思っています。

司会 ありがとうございます。田村先生、お願いします。

田村 僕はあまり立法に期待していないほうです。また、内藤先生もおっしゃったように、特に考慮要素が多く、いろいろな事案があり得るという状況下で、事前にルールを定めることが果たしてできるのかという気もしますので、基本的には裁判例で積み重ねていくべきものだと思います。今回は人格権の一種になったわけですが、同じく考慮が必要な人格権自体がそもそも立法されていませんから、ここだけ突出して立法するのもおかしい話という気もしますので、ここはあまり立法は考えないほうがいいのではないのでしょうか。次は裁判例に期待することになると思います。何度も申し上げますが、今回の最高裁判例で一応3類型が出てきたわけですから、基本的にはそれを明らかにしていくことになると思います。今回、非常に期待されながら、事案との関係で、一番皆が関心があり裁判例が3つに分かれていたグラビアの使用については結局、ブランクのままですから、しばらくは試行錯誤といえますか、各裁判所の対立のようなものが出てくるかと思っています。ですから最高裁に関しては、今回、確かに抽象論としては「など」と入れる書き方にした以上、さらに磨くということは、文章としては必要ない書き方をしていると思います。そうすると、もしかすると今後、上告受理が続いてしまうかもしれません。裁判例が統一されていけばいいのですが、もしこのままグラビア的使用が多岐にわたる状況が続くのなら、やはりもう1度受理していただき、文言はともかく、当てはめの立場も示してほしいと思います。それがこの1回で終わることのないよう期待したいと思っています。

司会 本日はご多忙のところ、ご参加いただいた皆さま、またご報告をお引き受けいただき、ご登壇いただいた本山先生、内藤先生、田村先生には改めてお礼申し上げたいと思います。報告者の先生方に改めて拍手をお願いします。

パブリシティ権をめぐっては、今後もさまざまな形で議論は繰り返されていくと思いますが、今回のセミナーでの議論が、今後の議論の1つの礎となれば幸いです。特にパネルディスカッションの内容については、先ほど申し上げたとおり、ホームページ上で議事録を公開させていただく予定です。また本セミナーにおいても、機

会があれば、民法学や憲法学の先生も交えてパブリシティ権について論じる機会等も設けたいと考えています。明治大学知的財産法政策研究所でも、また別のセミナー等開催するかもしれませんので、よろしければご参加ください。それでは以上を持ちまして本セミナーを終了します。本日はありがとうございました。