

# パブリシティと表現の自由

石井 美緒<sup>(\*)</sup>

パブリシティ事件に関する初の最高裁判決は、パブリシティ権侵害の判断基準として、「芸能人の氏名・肖像等の使用が、専ら当該氏名・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か否か」という専ら基準説を採用した上で、当該行為の該当性について3類型を示した。しかし、同判決は、当該3類型へのあてはめを行っておらず、専ら基準説の中でも従来の下級審判決の主流であった「使用行為の目的、方法及び態様」によって専ら顧客吸引力を有する目的があったか否かを判断している。当該あてはめの問題点を、専ら基準説やその他の見解の理由づけ、すなわち、保障されるべき表現の自由はどのような範囲か、又は表現の自由以外に考慮すべき事由があるのかに遡りつつ検討し、また、当該判決後の下級審判決が3類型説を採用していることから、そのあてはめの仕方の妥当性を検討しつつ、侵害の範囲の可及的明確化を図りたい。

## <目次>

- I はじめに
- II 侵害の判断を巡るこれまでの判例・学説
  - 1 判断基準
  - 2 侵害の範囲を制限する根拠——対立する利益との関係で勘案されている事情
- III 侵害の判断基準、パブリシティ権制約の正当化根拠及びこれらとあてはめとの各関係
  - 1 各見解の検討
  - 2 保障の対象となる表現の自由の範囲
  - 3 専ら基準説のうち3類型説と他の専ら基準説との関係
  - 4 ピンク・レディー事件最判多数意見の3類型定立とあてはめの齟齬の背景
- IV 表現の自由の対象範囲と3類型説との関係
  - 1 総説
  - 2 パブリシティ権との関係で保障されるべき表現の自由の範囲
  - 3 ピンク・レディー事件最判後の下級審判例
  - 4 肖像写真の独立鑑賞性の判断要素

## I はじめに

平成24年にパブリシティに関する初の最高裁判決が下され(最判平成24・2・2判時2143号72頁[ピンク・レディー事件最判])、侵害の基準として専ら基準の類型化(3類型)が示された。しかし、当該3類型に含まれる範囲の外延等が不明確であるのみならず、3類型のあとに「など」が付されたように、侵害行為がそ

れらに限定されない余地を残している。パブリシティ権侵害の判断基準としていかなるものが合理的かを考えるにあたっては、パブリシティ権と対立する利益が何なのか立ち返る必要もあるし、他の人格権との関係も考える必要がある。

筆者は、別稿<sup>(1)</sup>で、書籍等における著名人の肖像の使用に関する事件について、ピンク・レディー事件最判までの判例を俯瞰することを通して、各判決で示された判断基準の理由となるパブリシティ権と対立する利益が何なのか、その判断基準が具体的にどのようなあてはめられているか、さらには、同じく他人の肖像使用が問題となるプライバシー肖像権との関係はどのようなか等について論じた。本稿では、上記別稿で論じた内容のうち、侵害の判断基準とパブリシティ権制約の正当化根拠との関係をベースとしつつ、ピンク・レディー事件最判及びその後の下級審判決の検討等を通して、同最判が定立した専ら基準の3類型説について、他の専ら基準との具体的異同を中心に論じつつ、判断基準の明確化を図りたいと思う。

## II 侵害の判断を巡るこれまでの判例・学説

### 1 判断基準

ピンク・レディー事件最判までの判例や学説で唱えられてきた主な判断基準は、以下のとおりである。

#### (1) 専ら基準説

芸能人の氏名・肖像等の使用が、専ら当該氏名・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

(\*) 弁護士・明治大学法学部兼任講師

(1) 石井美緒「パブリシティと周辺領域に関する若干の考察」法律論叢85巻6号(2013)1-70頁。

場合に、パブリシティ権を侵害するという見解がある。これに該当するか否かについては、

- ① 使用行為の目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察して、その使用行為が、当該芸能人等の顧客吸引力(あるいは、その氏名・肖像等のパブリシティ価値)に着目し、専らその利用を目的とするものであるといえるか否かによって判断すべきとする見解(東京地判平成11・2・24最高裁HP[キング・クリムゾン事件控訴審])、東京地判平成12・2・29判時1715号76頁[中田英寿書籍事件1審]、東京地判平成16・7・14判時1879号71頁[ブブカスペシャル7事件1審]、東京地判平成20・7・4判時2023号152頁[ピンク・レディー事件1審]、東京地判平成22・10・21最高裁HP[ペ・ヨンジュン事件])や、
- ② 行為の類型化を図り、(i)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、(ii)商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、(iii)肖像等を商品等の広告として使用するなどの場合がこれに該当するという見解(3類型説)(ピンク・レディー事件最判)や、
- ③ さらに具体的に、あてはめ段階において、モデル料が支払われるような使用態様か否かで判断する見解(モデル料基準説)、すなわち、文章部分の僅少性で見開き2頁のほぼ全面に亘る写真掲載をもって、「モデル料等が通常支払われるべき週刊誌等におけるグラビア写真としての利用に比肩すべき程度に達している」として、パブリシティ権侵害にあたるという判例(東京地判平成16・7・14判時1879号70頁[ブブカスペシャル7事件1審])

がある。

## (2) 緩やかな(侵害範囲を広く認める)基準(商業的利用基準)説

著名な芸能人の名声、社会的評価、知名度等、そしてその肖像等が出版物の販売、促進のために用いられたか否か、その肖像等の利用が無断の商業的利用に該当するか否かを検討することにより、不法行為の成否を判断するのが相当であるという見解である(東京高判平成18・4・26判時1954号46頁[ブブカスペシャル7事件控訴審])。

## (3) 付加的要件を必要とする説(付加的要件必要説)

著名人の芸能活動を伝える記事や著名人の噂話に関する記事に、著名人の写真等が添付、使用されたとしても、そのことだけを理由に著名人の権利(パブリシティ権)が侵害されたということではできず、著名人に関する肖像、氏名その他の情報の利用という事実のほか、情報発信行為が名誉毀損、侮辱、不当なプライバシー侵害など民法709条に規定する不法行為上の違法行為に該当する場合、著名人のキャラクターを商品化したり広告に用いたりするなど、著名人のいわゆる人格権を侵害する場合ははじめとする何らかの付加的要件が必要であるという見解である(東京地判平成17・8・31判タ1208号247頁[@ブブカ事件])<sup>(2)</sup>。

## (4) 総合考慮説

著名人の氏名・肖像の使用が違法性を有するか否かは、著名人が自らの氏名・肖像を排他的に支配する権利と、表現の自由の保障ないしその社会的に著名な存在に至る過程で許容することが予定されていた負担との利益考量の問題として相関関係的にとらえる必要があるのであって、その氏名・肖像を使用する目的、方法、態様、肖像写真についてはその入手方法、著名人の属性、その著名性の程度、当該著名人の自らの氏名・肖像に対する使用・管理の態様等を総合的に観察して判断されるべきという見解である(東京高判平成21・8・27判時2060号137頁[ピンク・レディー事件控訴審])。

## (5) 重要な構成部分説

広告出版物が、パブリシティ権を侵害するか否かの判断は、出版物の重要な部分において、当該著名人の顧客吸引力を利用しているといえるか否かという観点から、個別具体的に判断すべきとする(東京地判平成17・8・31判時1644号140頁[キング・クリムゾン事件1審])。

## 2 侵害の範囲を制限する根拠——対立する利益との関係で勘案されている事情

パブリシティ権は無制限に認められるものではなく、これと対立する利益の保護の必要性等、権利の主体が、自己の氏名や肖像等を第三者が利用することを甘受せざるを得ない事情により制約を受ける。そして、一般

(2) 同旨のものとして田村善之『ライブ講義 知的財産法』(弘文堂、2012)555頁、北村二郎「芸能人の肖像写真が雑誌の記事に利用された場合のパブリシティ権侵害の成否—ピンクレディー・パブリシティ事件—」知的財産法政策学研究会25巻(2009)339頁。「専ら」基準が具体的事実関係の下で総合考慮とならざるを得ず明確性を欠くこと、モデル料を基準とするのは業界慣習に基づき形成する規範の危うさの点で問題があること、宣伝・広告における使用の態様と商品それ自体における使用の態様を中心として相関的・総合的な観察により侵害を判断することも程度概念による判断とならざるを得ず明確性を欠くこと、これに対して@ブブカ事件判決の判断基準は使用態様に着目しており、程度概念による判断の不明確性を克服していることをその理由とする。

的には、その制約根拠が侵害の判断基準の理由付けになると考えられることから、上記各事情として、前記1の各判例がどのようなものを挙げているかを検討することが、判断基準の妥当性を論じるにあたり必要となる。

### (1) 専ら基準説

#### ① ブブカスペシャル7事件1審、ピンク・レディー事件1審

パブリシティ権を制約する根拠として、芸能人等の仕事を選択したことに伴い、第三者の肖像等の使用について受忍しなければならないという制約に言及している。受忍すべき内容としては、「芸能人等としての活動やそれに関連する事項」が大衆の関心事となり、マス・メディアによって批判、論評、紹介等の対象となったり、紹介記事等の一部として自らの写真が掲載されたりすることが挙げられている。

#### ② キング・クリムゾン事件控訴審、中田英寿書籍事件1審

パブリシティ価値を財産的権利と捉えた上で、一方、①著名人は、大衆の強い関心の対象となる結果として、必然的にその人格、日常生活、日々の行動等を含めた全人格的事項がマス・メディアや大衆等による紹介、批判、論評等の対象となることを免れず、これは本来、言論、出版、報道の自由として保障されるし、また②現代社会においては著名人が著名性を獲得するに当たってはマス・メディア等による紹介等が大きく与って力となっていることを否定することができないという2点を挙げている。

#### ③ ピンク・レディー事件最判

##### (i) 多数意見

パブリシティ権は、人格権に由来する権利の1内容を構成すると位置づけた上で、「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、創作物等に使用す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」ことを権利の制限根拠として挙げている。本見解と専ら基準説のうち上記①の制約根拠とを比較すると、社会の耳目を集める対象を「芸能人等としての活動やそれに関連する事項」に特定しているのか明言していないかの違いはあるものの、全体的に見て、その表現に大きな相違は見られない。

##### (ii) 金築誠志裁判官補足意見

顧客吸引力を有する著名人は、「芸能人やスポーツ選手に対する娯楽的な関心をも含め、様々な意味

において社会の正当な関心の対象となり得る存在であって、その人物像、活動状況等の紹介、報道、論評等を不当に制約するようなことがあってはならない。そして、ほとんどの報道、出版、放送等は商業活動として行われており、そうした活動の一環として著名人の肖像等を掲載等した場合には、それが顧客吸引の効果を持つことは十分あり得る」こと、また、パブリシティ権に関する明文規定がないこと、人格権に由来する権利として認め得るものであること、当該権利侵害による「損害は経済的なものであり、氏名、肖像等を使用する行為が名誉毀損やプライバシーの侵害を構成するに至れば別個の救済がなされ得ることから、侵害を構成する範囲を限定的に解すべきであり、」<sup>3</sup>類型説によれば侵害範囲がかなり明確になると述べている。

### (2) 商業的利用基準説

芸能人の職業を選択した者は、芸能人としての活動とそれに関連する事項が、批判、論評、紹介等の対象となったり、紹介記事等の一部として写真が掲載されたりすること自体は容認せざるを得ない立場にあるので、表現の自由として尊重されなければならないし、慶弔時には、その著名度に比例する重大さが認められる社会的事象としてそれが報道されることも容認されるべきであることを理由に、パブリシティ権の限界を認めている。一方、芸能人に無断で商業的な利用目的で芸能人の写真や記述を掲載した出版物を販売することは、正当な表現活動を逸脱するものであって、もはや許されない。のみならず、「芸能人としての活動のほかにこれに『関連する事項』を紹介の対象とする記述を内容とする出版物の販売を容認するとした場合、例えば、若手の芸能人については、芸能活動の内容面(演技、歌唱力など芸能の本来の部分)よりも美貌、姿態、体型といった外面に記述の中心が向けられ、芸能活動に対する正当な批判、批評の紹介の域にとどまらなくなったり、当該芸能人のプライバシーに関わることもまでも芸能活動に関連するとしてそのすべてに批評や紹介が及ぶことになったりしかねない」として、芸能活動の内容面も古典的な範囲に限定するなど、かなり限定的に捉えている。

他方、芸能人が著名性を獲得するにあたってのマス・メディアによる情報発信の役割については言及されていない。むしろ、芸能人が著名性を獲得できたのは、天賦の才能等、相当の精神的、肉体的な修練とその修練を積み重ねるにつき必要不可欠な出費に耐える労苦によるものであり、当該芸能人が「顧客吸引力に

係る経済的価値を独占的に享受することは、当該芸能人が努力した上記のような修練、労苦等のもたらす当然の帰結である」としている。

### (3) 付加的要件必要説

芸能人等の著名人が経済的利益を得ている源泉が、情報の自由な流通により多くの人々の著名人に対する興味、関心を惹きつけていることにあることに着目し、また、著名人の情報使用に対価を支払う現象が多くみられるからといって、著名人に対する情報の無断使用が、著名人の権利侵害になるかどうかは別論であり、そのような権利を認めると、情報の流通が著名人のコントロール下におかれ、著名人の意向に沿わない情報が自由に流通しなくなるなどの現象が生じ、ひいては著名人が自己の活動基盤とする情報の自由な流通市場という環境が破壊されるともいえる。

これらのことから、制定法の根拠なく、慣習としても成立しているとはいえないパブリシティ権を認めることに慎重でなければならず、著名人の顧客吸引力のみを根拠に著名人に関する情報発信を著名人がコントロールする権利があるとはいえない。したがって、著名人の芸能活動を伝える記事や著名人の噂話に関する記事に著名人の写真等が添付、使用されたとしても、そのことだけを理由に著名人の権利が侵害されたとはいえず、情報の自由な流通市場の確保が肝要であるとして、前記のとおり付加的要件を必要としている。

### (4) 総合考慮説

①著名人は、著名な存在となった結果として、必然的に一般人に比してより社会の正当な関心事の対象となりやすく、正当な報道、評論、社会事象の紹介等のためにその氏名・肖像が利用される必要もあり、言論、出版、報道等の表現の自由の保障に配慮する必要があること、及び②社会的に著名な存在に至る過程(著名人の自らの氏名・肖像を第三者が喧伝等することにより著名の程度が増幅・社会的存在が確立されていく)を、氏名・肖像の第三者利用の正当化根拠とする。

この点で、前記(1)の専ら基準説のうち②のキング・クリムゾン事件控訴審や中田英寿書籍事件1審と共通している。

### (5) 重要な構成部分説

パブリシティ権を財産的権利と捉えつつ、当該権利の制約については「当該出版物の言論・出版の自由に対する重要な配慮が必要なことはいうまでもない」と述べるに留まっている。

## Ⅲ 侵害の判断基準、パブリシティ権制約の正当化根拠及びこれらとあてはめとの各関係

### 1 各見解の検討

以上のとおり、専ら基準説と総合考慮説とでは、侵害の判断基準の実質的根拠として挙げているところは共通することが多い。このうち、総合考慮説は判断基準として不明確であると指摘されることが多いが、専ら基準説も一義的でなく予測可能性を欠くという批判を受けている。この点、専ら基準説の中でも3類型説は、表現の自由の保障のために萎縮的效果を生じさせないことが図られている。

もっとも、専ら基準説のピンク・レディー事件1審及び最判やブブカスペシャル7事件1審が、「大衆の関心事であるが故に批判等の対象とされる」として、表現の自由との関係のみをパブリシティ権の限界の根拠として挙げているのに対し、キング・クリムゾン事件控訴審、中田英寿書籍事件1審と総合考慮説のピンク・レディー事件控訴審<sup>(3)</sup>は、表現の自由の保障に加えて、芸能人が著名になりそれにより経済的利益を得るようになったのは、マス・メディア等による肖像等の利用があったからということも併せて挙げている点に相違が見られる。この点を正当化根拠として加えることにより、具体的事件での専ら基準や総合考慮説でのあてはめにおいて、第三者による肖像等の利用を広く認めるという価値判断に向かう可能性がある<sup>(4)</sup>一方、著名人によっては、著名性を獲得するに至る経緯としてマス・メディアの力を積極的に借りていないという主張もなされることがあり得るのであり、その場合、当該事情がパブリシティ権侵害を肯定する事情として加味される可能性もある<sup>(5)</sup>。

(3) ピンク・レディー事件控訴審判決では、マス・メディア等の肖像等の利用による著名性の増幅については明言されていないが、「著名に至る過程で許容することが予定されていた負担」という文言にこれを読み取る余地がある。

(4) 特に、総合考慮説は、明らかに写真の入手方法等も侵害判断の要素として取り入れているため、承諾の下に頒布された写真を利用する場合、その際に著名人の承諾を改めて得なかったとしても、パブリシティ権侵害を否定する要素になる可能性がある。このため、専ら基準説の中でも当該入手方法を勘案しない見解に比べて、総合考慮説の方が侵害成立を狭く解釈しているとも考えられる。

(5) 「著名人とはいえ、芸能人の場合とスポーツ選手の場合など、著名性を獲得するに至った歴史的背景によって、許容すべきとされる紹介記事等のレベルに差異が生ずる」という見解として、高林龍「標準 著作権法」(有斐閣、2010)289頁。なお、このような「マス・メディアの恩恵」という価値判断は、総合考慮説で勘案されている「著名人の属性、その著名性の程度、当該著名人の自らの氏名・肖像に対する使用・管理の態様」(場合によっては肖像写真についての入手方法という要素も含まれる可能性がある)という要素に反映されると考えられる。

さらに、このようなマス・メディアの肖像等の利用による著名性の増幅という点と、その前提としての自由な情報流通市場の確保の必要性をより強調しているのが、付加的要件必要説である<sup>(6)</sup>。ただし、付加的要件として挙げられた類型のうち2つめの商品化又は広告は、専ら基準のうちの3類型説に通ずるものがあり、必ずしも専ら基準よりも厳しい基準ということとはできない。この点は、ピンク・レディー事件最判補足意見と付加的要件必要説との双方が、パブリシティ権に関する明文規定がないことを制約根拠として挙げていることとも関連していると思われる。

もっとも、ピンク・レディー事件最判多数意見では、どのようなものが商品化にあたるかが明らかにされていないので<sup>(7)</sup>、具体的行為が商品化にあたるかどうか(例えば、雑誌中の一部記事における写真の掲載が商品化にあたるか)を判断する段階では、情報の自由な流通の確保を強調している付加的要件必要説の方が、3類型説よりも商品化を否定する傾向にあり得るかもしれない<sup>(8)</sup>。

なお、付加的要件必要説の要件として挙げられている類型の1つ目である「情報発信行為が名誉毀損、侮辱、不当なプライバシー侵害など民法709条に規定する不法行為上の違法行為に該当する場合」をパブリシティ権侵害の問題として取り上げることについては些かの疑問が生じる。本来であればこれらの問題はパブリシティ権ではなく、直截に名誉毀損、侮辱やプライバシー権侵害の問題として判断されるべきであり、人格権とはいえ経済的利益の保護を目的とするパブリシティ権と自由な情報市場の確保の調整という観点から、何故、名誉毀損等にあたる肖像使用行為がパブリシティ権の問題として取り上げられているのかが不明確である。また、このような利用行為に対して、肖像の主体が名誉毀損やプライバシー権侵害とパブリシティ権との両方を主張した場合の問題点もある(詳細は前記注(1)筆者別稿を参照されたい)。

この点、後述IV3(2)の週刊実話事件1審及び控訴審は、パブリシティ権侵害と侮辱行為との峻別を示している点でも妥当な結論である。

## 2 保障の対象となる表現の自由の範囲

少なくとも芸能人に関する事項が大衆の関心事でありこれに関する表現の自由が保障されなければならないという点では、各説が共通しているが、表現の自由が保障されるべき対象たる「芸能人に関する事項」の範囲はどこまでかという点で各見解に大きな相違がある。

すなわち、本来的芸能活動と慶弔事に限定するのか(商業的利用基準説)、芸能活動に関連する事項なのか(専ら基準説のうちピンク・レディー事件1審)、「正当な報道、評論、社会現象の紹介等」に限るのか(総合考慮説)、芸能人の噂話全般まで含めるのか(付加的要件必要説)、「その人格、日常生活、日々の行動等を含めた全人格的事項」を包摂するのか(専ら基準説のうちキング・クリムゾン事件控訴審・中田英寿書籍事件1審)等という点で各見解が異なる。

このような相違は、前記のパブリシティ権を制約する根拠における見解の相違にも多少関係してくると考えられる。キング・クリムゾン事件控訴審や中田英寿書籍事件1審の制約根拠によれば、著名性を獲得するにあたってマス・メディア等による紹介に負うところが多い以上、表現の自由という表現内容の範囲も、ピンク・レディー事件1審やブブカスペシャル7事件1審よりも広く解するべきであるという論理帰結を導きやすい<sup>(9)</sup>。

この点をより鮮明に示しているのが付加的要件必要説であり、表現の自由の保障があつてこそ、著名人は自己への大衆の関心を惹きつけることができるのであり、当該自由は著名性を獲得する基盤であることから、噂話等の紹介であっても名誉毀損やプライバシー侵害等の人格権侵害に当たらない限り、許容されることになる<sup>(10)</sup>。

一方、ピンク・レディー事件1審は「芸能人等としての活動やそれに関連する事項」としており、芸能人の活動が多種多様化している現代において「芸能活動に関連する事項」にどこまで含まれるかということが必ずしも明確でないし、後記で再度述べるとおり、ピンク・レディー事件控訴審や同最判は「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

(6) 水野謙「判批」法学教室408号(2014)136頁。

(7) 多数意見で述べられている「商品等」の用語の定義が明確でなく、また、補足意見では「商品等」としてプロマイドに加えてグラビア写真を例示として挙げているが(松田俊治=中島慧「判批」知財研フォーラムVol.89(2012)70頁)、さらには、ここでいうグラビア写真の範囲も明確ではない。

(8) 特に雑誌内でのグラビア写真の取り扱いが問題となる。詳細は、前掲石井27-32頁参照。

(9) もっとも、ピンク・レディー事件控訴審判決は、パブリシティ権の制約根拠として表現の自由とともに、第三者の宣伝等による著名性の増幅を挙げているが、「社会の正当な関心事」の対象となりやすい著名人についての「正当な報道」等のための肖像等使用が許容されると述べるに留まり、ここでいう「正当な」関心事や表現行為の範囲が明確でない。

(10) 同旨のものとして前掲高林289頁。

の使用を正当な表現行為として受忍すべき場合もある」と述べるに留まり、正当な表現行為の範囲(時事報道等として保障されるべき報道等の対象範囲)が示されていない。

### 3 専ら基準説のうち 3 類型説と他の専ら基準説との関係

前記のとおり、ピンク・レディー事件最判多数意見は、専ら基準説の中でも 3 類型説を打ち立てているが、そのあてはめ段階においては、本件記事が 3 類型のうちいずれかに該当するか否かについて検討を加えずに、使用行為の目的、方法及び態様を考察して、その使用行為が専ら当該芸能人の顧客吸引力の利用を目的とするものであるか否かを論じてしまっており、その点で他の専ら基準説と相違がない<sup>(11)</sup>。すなわち、多数意見は、①本件記事の内容が、ピンク・レディーそのものを紹介するものではなく、前年秋ころに流行していたピンク・レディーの曲の振り付けを利用したダイエット法につき、その効果を見出しに掲げ、イラストと文字によって、これを解説するとともに、子供の頃にピンク・レディーの曲の振り付けをまねていたタレントの思い出等を紹介するというものであること、②本件記事に使用された各写真は、約 200 頁の本件雑誌全体の 3 頁の中で使用されたものにすぎないこと、③本件各写真は、いずれも白黒写真であって、大きさも、縦 2・8cm、横 3・6cm ないし縦 8cm、横 10cm 程度のものであったことから、本件写真の使用目的は、読者の記憶を喚起するなど本件記事の内容を補足するためであったと認定し、専ら顧客吸引力の利用を目的とするものではないとしている。

このように、上記多数意見は、3 類型説を採用しながら、記事の目的等との関係を主な判断基準としてあてはめを行っており、専ら基準説のうちの前記の使用行為の目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察して、その使用行為が、当該芸能人等の顧客吸引力(あるいは、その氏名、肖像等のパブリシティ価値)に着目し、専らその利用を目的とするものであるといえ

るか否かによって判断すべきとする見解(ピンク・レディー事件 1 審、キング・クリムゾン事件控訴審、中田英寿書籍事件 1 審、プブカスペシャル 7 事件 1 審、ペ・ヨンジュン事件)との相違が不明確になっている。

### 4 ピンク・レディー事件最判多数意見の 3 類型定立とあてはめの齟齬の背景

ピンク・レディー事件最判は、表現の自由との関係についても、他の専ら基準説や総合考慮説との大きな相違を見出せない。前記のとおり、パブリシティ権の制約根拠として、単に「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」ことを掲げているにすぎず、人格権に由来するパブリシティ権よりも表現の自由にウェイトを置くべきであることを明言しているわけでもなく、上記制約根拠から専ら基準説の中でも 3 類型説を採用するに至った理由が判旨上明らかではない<sup>(12)</sup>。上記制約根拠と具体的判断基準の定立との間には間隙があり、それが一因となり、最判多数意見は、あてはめ段階において、本件記事と上記制約の正当化根拠である「時事報道、論説、創作物等」との結びつきを意識し、専ら顧客吸引力を利用する目的ではないと認定するために、本件記事の内容がピンク・レディーの過去の活動の紹介を中心とするものではなく、近時流行になっていたピンク・レディーの振り付けによるダイエットという「時事」に関する記事であることを強調したと思われる。多数意見のいう「時事の報道」の対象は芸能活動に根幹的な事項に限定するのかが、また、対象となる事項についての「時事報道、論説、創作物」の後に「等」が付されていることから、この「等」には何が含まれるのか、例えば過去の芸能活動の紹介も含むのかは必ずしも明らかではないが、同意見があてはめ段階で過去の芸能活動を記事の主目的としていなかったことが、当該紹介を表現の自由の対象に含むことに消極的であることを示唆しているようにも思われる<sup>(13)</sup>。

(11) 松田俊治=中島慧「判批」知財研フォーラム Vol.89(2012)69 頁。

(12) 最判多数意見の意図するところが、「時事報道、論説、創作物」といった表現行為に限定せずに広く表現行為を保護する必要があるため(それ故、これらの表現行為の後に「等」が付されている)、侵害にあたる類型を 3 類型に絞ったのか、あるいは、それ以外の表現行為は必ずしも保護に値するとはいえないが、両者の区別をする客観的基準が見出されないため、前者の表現への萎縮的効果に鑑み 3 類型に限定したのかが明らかではない。仮に、後者であれば、客観的判断基準を見出すことができれば 3 類型に限定されず、判旨で記されている 3 類型「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」に当たる余地が残されることになる。

(13) 一方、金築裁判官の補足意見では「顧客吸引力を有する著名人は、パブリシティ権が問題になることが多い芸能人やスポーツ選手に対する娯楽的な関心をも含め、様々な意味において社会の正当な関心の対象となり得る存在であって、その人物像、活動状況等の紹介、報道、論評等を不当に制約するようなことがあってはならない。」として、対象となる事項に「娯楽的な関心をも含め、様々な」事項が含まれることは明らかにされているものの、「人物像、活動状況等の紹介、報道、論評等」と多数意見のいう「時事報道、論説、創作物等」との広狭も必ずしも明らかではない。

しかし、そもそも、パブリシティ権の制約根拠となる表現の自由の範囲として、後記Ⅳのとおり、「時事」等に限る必要があるのか疑義がある。また、同意見は、本件記事を、「前年秋頃に流行していたピンク・レディーの曲の振り付けを利用したダイエット法」という時事に関連してピンク・レディーの過去の活動に関する「タレントの思い出を紹介」し、これらに関連してピンク・レディーの過去の活動写真が掲載されたとしているが、果たして記事の構成及び写真の掲載がこのような関係にあるのか若干の疑問もある。

本件記事のメインテーマは、振り付けによるダイエット記事に限られるというよりも、振り付けによるダイエット記事とタレントによる思い出記事とピンク・レディーの過去の活動記事とが並列して構成されているとも思われるからである。また、多数意見のあてはめに対しては、ピンク・レディーの水着写真には、「このボディを作ったのがあの振付なのです」という見出しはあるものの、その記事の末尾には、「詳細は『ピンク・レディー フリツケ完全マスター』（講談社（筆者注：本件雑誌の出版社））でどうぞ。」という宣伝文句が載せられていることとの整合性という点でも疑問が生じる。当該水着写真は白黒で小さいものであるが、当該記事の目的の1つには「宣伝目的」が含まれると思われるからである。

表現の自由との関係で、専ら基準説の中でも3類型説を採るに至った理由としては、表現の自由という表現の対象を広く認めるべきことに加えて、金築裁判官の補足意見にあるとおり、パブリシティ権に関する明文規定がないことや表現の自由の萎縮効果の観点から、明確性や予測可能性をも重視したからと考えるのが妥当であり、あてはめ段階でも3類型の該当性を検討することが必要であったと考える。

## Ⅳ 表現の自由の対象範囲と3類型説との関係

### 1 総説

本章では、まず、パブリシティ権との関係で保障されるべき表現の自由の範囲について私見を述べる。それに続き、ピンク・レディー事件最判の後に示された下級審判決は、同最判の3類型説を採用しているが、当該事案は、同最判のあてはめの手法に則った場合どのように判断されただろうか、また、実際の判決はどのようなあてはめを行ったかを検討したい。

### 2 パブリシティ権との関係で保障されるべき表現の自由の範囲

パブリシティ権が人格権に由来しているということとはピンク・レディー事件最判で述べられているとおりであるが、そのことと表現の自由との関係との対立構造をどう考えるかという点で、人格権対人格権の問題である故にパブリシティ権保護を強調するという結論に直結しないように思われる。すなわち、人格権ということで述べるのであれば、著作権の正当化根拠についても、労働への代償とする説との間で争いがあるものの、著作者の個性を反映した作品は人格権の一部（人格の発露）であり、著作者が人であることで本来的に有している自然権であるという見解も根強く支持されている。そのような著作権であっても、引用等による広範囲な権利制限が認められていること<sup>(14)</sup>、引用の目的も「報道、批評等」は例示列举にすぎずこれに限定されないこと<sup>(15)</sup>、しかも引用は、原則として著作権侵害にあたる中で、例外的に権利制限が認められるのに対し、パブリシティ権は成文法の根拠がない中で、人格権に縁由するとはいえその経済的利益を保護するために表現の自由が制限されるという問題であるから、これらの権利に比して同等又はより緩やかな基準で「専ら顧客吸引力を利用することを目的」としていない範囲を認めるべきであろう<sup>(16)</sup>。

ピンク・レディー事件最判補足意見でも述べられて

- (14) なお、ピンク・レディー事件は、ダイエットを推奨する記事へピンク・レディーの肖像写真を載せたものであり、著作権法の「引用」あるいは「教育目的利用」と考えられるとする見解もある（大家重夫「判批」判例評論606号（2009）25-26頁（判時2024号170-171頁））。
- (15) 権利の保護と利用間のバランスを図る基準提示である引用に関する著作権法32条と、パブリシティ権侵害の判断基準は通じるところがあり、氏名・肖像等の経済的利益を従として利用するのであれば、報道、批評、研究その他の利用の目的上正当な範囲内であり、公正な慣行に合致して許されるであろうし、芸能人であれば著名性獲得に当たりマス・メディア等による紹介等が大きく与っている点をとらえて、面白半分や興味本位の紹介であっても、名誉声望・プライバシー等が侵害されない限り、許されるという見解がある（前掲高林289頁）。
- (16) キング・クリムゾン事件控訴審判決は、「氏名、肖像はもともと個人識別情報にすぎないのであり、判断基準の異なる氏名、肖像等の顧客吸引力と言論、出版の自由に関する紹介等を単純に比較衡量することは相当でなく、パブリシティ権の侵害に当たるか否かは、他人の氏名、肖像等を使用する目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察して、右使用が専ら他人の氏名、肖像等のパブリシティ価値に着目しその利用を目的とする行為であるといえるか否かにより判断すべきものであって、原則的に他人の使用が禁止されている著作物の引用の場合と同一に考えることはできない」としている。

いるとおり、パブリシティ権は人格権であるが、経済的利益に関するものであり、人格的側面と競争法的側面の中間的なものであると考えられる。さらに、パブリシティ権は成文法の根拠のないものであり不法行為法によって救済されるのであり、不法行為法は他の法的規定との役割分担によって考えるべきである<sup>(17)</sup>。

したがって、顧客吸引力以外の目的は限定を付すべきでなく、侵害の成否を検討する際に、記事の内容等が時事的なものか娯楽的なものか等は、結論を左右する事情とはならず、また、私生活のものか、虚偽の内容を含むか等は、プライバシー侵害、名誉毀損等で考慮されるべき事柄であり<sup>(18)</sup>、「独立要件」を判断する際には、表現の自由の保障が等しく及ぶ記事について、その内容の不当を問題とすべきでない<sup>(19)(20)</sup>。

### 3 ピンク・レディー事件最判後の下級審判例

#### (1) 東京地判平成25・4・26最高裁HP[嵐・「KAT—TUN」事件1審]、知財高判平成25・10・16最高裁HP[同事件控訴審]

本件では12冊の書籍が問題となったが、そのうちの1冊について見てみると、1審判決は、書籍の題名が「H コンプリートお宝フォトファイル」とされている等、全112頁の書籍のうち表・裏表紙及び表表紙の袖を含めて、芸能人を被写体とするカラー写真合計162枚を掲載し、頁の大部分は写真だけか、写真の脇に短い記述を添えただけのものであること、コラムには比較的まとまった文章があるが、その具体的な内容と掲載された写真との間に格別の関連はないから、掲載された写真がコラムの内容を補足するものということではできず、コラムは各写真の添え物であって独立した意義があるとは認められないことから、本件書籍への各写真掲載行為は、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、専ら当該肖像等の

有する顧客吸引力の利用を目的とするものであると認定した。

また、控訴審判決も、「本件各写真の大きさや枚数等の掲載態様、コラム等の文章の内容や分量、本件各写真とコラムとの関連性の程度等に照ら」して同様の判断を下している。

これらの判決では、ピンク・レディー事件最判とは異なり、3類型に該当するか否かを検討し、これを認めるという手法が採られている。また、同補足意見が、「肖像写真と記事が同一出版物に掲載されている場合、写真の大きさ、取り扱い方等と、記事の内容等を比較検討し、記事は添え物で独立した意義を認め難いようなものであったり、記事と関連なく写真が大きく扱われていたりする場合には、『専ら』といってよいと付言していることを受けて、上記のとおりコラムを写真の「添え物」と認定している。

#### (2) 東京地判平成27・1・29最高裁HP[週刊実話事件1審]、知財高判平成27・8・5最高裁HP[同事件控訴審]

##### ① 事案の概要

ある雑誌出版社が、複数の女性芸能人の肖像写真を使い、胸の部分に乳房のイラストを合成したものを雑誌に掲載した。当該肖像写真には、芸能人の氏名と、執筆者による性的な表現を含む短いコメント、胸の推定サイズと評価5項目(感度、母性本能等)が付されていた。

##### ② ピンク・レディー事件最判の判断手法に則った場合

前述のとおり、ピンク・レディー事件最判多数意見では、正当な表現の対象が明らかにされていないが、仮に同意見が、当該表現の対象を芸能活動に関する事項に限定していると解釈した場合、同じ肖像写真とヌード・イラストとの合成写真であっても、当該写真の主体がヌードを芸能活動とするか否かに

(17) 同旨のものとして中村哲也「営業批判と名誉毀損法——違法類型をめぐって——」鈴木祿彌・徳本伸一編『財産法学の新展開』(有斐閣、1993)481頁。本論文では、名誉毀損法理と信用毀損的表現行為との関係について論じられているが、その中で、不法行為法を一般条項のもとで直接に利益衡量の支配に委ねることは、予測可能性の回復にとって不十分であるだけでなく、不法行為法の担当範囲が広大であり、市民社会の現実・その変化からの要請を直接に受けることの多い部分であるだけに、法への不信を増大させることに導きかねない、不法行為法の機能は、基本的には、独自のものとしてではなく、他の法的諸制度・規定との役割分担にあるとみる考えを前提にすべきである、と述べられている。

(18) 名誉毀損等の場合には、「公共の利害に関する事実とは、専らそのことが不特定多数人の利害に関するものであることから、不特定多数人が関心を寄せてしかるべき事実をいうものであって、単なる興味あるいは好奇心の対象となるにすぎないものを含むものではなく、一個人の経歴あるいは私生活上の言動等については、当該個人の社会的地位、活動等が公的なものであるような場合はともかく、そうでない場合には、特段の事情がない限り、公共の利害に関する事実とはいえない」(東京地判平成13・9・5判時1773号104頁[アナウンサーランジェリーバブ事件])。

(19) 中島基至「判解」Law & Technology No.56(2012)75頁。

(20) もっとも、その場合、娯楽目的での記事(例えば芸能人の紹介そのものの記事)であり写真と記事との関連性がない場合には、ピンク・レディー事件第1類型の商品化にあたるかという問題と同第2類型(差別化を図るための使用)としてのキャラクター本等にあたるかという問題が生じるであろう。

よって正当な表現かどうか異なってくる可能性がある。ただし、ヌードを芸能活動とするかどうかは、1回に限り当該活動をした芸能人もこれに該当するの否か等、線引きが困難であろう。

一方で同最判の補足意見に従うと、「娯楽的な関心も含め、様々な意味において社会の正当な関心の対象」と認められるのであり、時事ネタも芸能人のヌードに対する妄想ネタも表現として同価値と考えることもできよう。

さらに、女性芸能人の肖像写真にヌード・イラストを合体させたりコメントを付したりすることが、同多数意見や補足意見のいう「論説」や「論評」に該当するの否かも必ずしも明らかではない。あるいは、後述の週刊実話事件控訴審判決で述べられているとおり、本件の事例は、肖像写真にヌードのイラストを合成させており、当該イラスト部分が同多数意見のいう「創作物」に該当するとも考えられる。ただし、時事報道と同様に、創作物についても「芸能活動に関する事項」に関する創作物でなければ「正当な表現活動」とみなされないのが問題となろう。

他方で、このように、ピンク・レディー事件最判多数意見で示されているようなパブリシティ権を制限する正当化根拠にまで遡らずに、週刊実話事件の写真掲載行為が、3類型に当てはまるか否かを直截に検討した場合には、本件のような事例は、後述の同事件控訴審判決のとおり、肖像写真に独立の鑑賞性があるのではなく、ヌード・イラストと合成することに鑑賞性があるのであるから、当該類型に該当しないといえるであろう。

### ③ 週刊実話事件1審

1審判決は、ピンク・レディー事件最判の3類型説を引用した上で、①女性芸能人の肖像に裸の胸部のイラストを合成し、性的な表現を含むコメント等を付したものであり、肖像等そのものを鑑賞させるのではなく、女性芸能人の乳房ないしヌードを読者に想像させる(妄想させる)ことを目的とするのみことができ、しかも、②本件記事は、全248頁の本件雑誌中の巻末に近いモノクログラビア部分に掲載されたもので、表紙には取り上げられていない上、③各原告の肖像等は1頁当たり9名又は10名のうち1名として掲載されるにとどまっていると認定した。そして、「そうすると、本件記事に原告らの肖像等を無断で使用する行為は、」最判の3類型のうち

1つ目の行為類型である「肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用するものとはいえず、また、上記類型「以外の理由によりもっぱら原告らの肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするものと認めることもできない」とした。

このように、本判決は、記事の目的と、本件記事と本件雑誌全体における記事の掲載場所と写真の性質、1頁当たりの各写真の割合から、3類型に該当しないと認定し、専ら顧客吸引力の利用を目的としないという判断手法を採っており、最判多数意見とは異なり3類型へのあてはめを行っている点で妥当である。ただし、写真の割合やイラスト・コメント等との関係を捉えるより先に「肖像そのものを鑑賞させることなく」妄想させることを目的とすると認定している点については、若干の疑問が残る。すなわち、単に芸能人の「氏名」にヌードのイラストを掲載しているのとは異なり、女性芸能人の「肖像」をヌードのイラストと合成させている以上、読者は、女性芸能人の肖像を鑑賞しながらヌードを妄想しているのであり、肖像それ自体を「独立して」鑑賞の対象としているか否かは別として、肖像も鑑賞の対象となっているのは否めないし、後述のとおり、記事の目的は写真等との関係を認定した上で判断されるべきものだからである<sup>(21)</sup>。

### ④ 週刊実話事件控訴審

控訴審判決は、「表紙を含めて248頁ある本件雑誌全体のうち、グラビア部分とはいえわずか3頁の中に、合計25名の女性の写真を組み込んだ記事において、その一部として用いられたものにすぎ」ず、しかも、モノクロ写真であり、「写真の大きさも、縦6cm、横4cmのものから縦12・2cm、横10・7cm程度のものであり、それ自体として見れば、独立した鑑賞の対象としてはややありふれたものである」としている。そして同控訴審は、記事の内容や体裁に照らして、本件記事は、「女性芸能人らの肖像それ自体を鑑賞の対象とすることを目的とするというよりもむしろ、上記肖像写真に乳房のイラストを合成することによって、これらに付された上記のようなコメントやレーダーチャートと相俟って、1審原告らを含む女性芸能人らの乳房ないし裸体を読者に想像させることを目的とするものである」と結論づけている。そして、本件記事は、当該目的に供するために、当該「肖像写真に乳房の

(21) 「妄想目的だから鑑賞目的にはならないという点は、異論がある」とするものとして、内藤篤「判批」ジュリスト1483号(2015)9頁。

イラストを加えることによって新たに創作されたものを、読者による鑑賞の対象とすることができる」のであり、イラスト部分は、「コメントやリーダーチャートとともに本件記事における不可欠の要素となっており、これらを単なる添え物と評価することは相当ではない」とし、3類型にあてはめた上で専ら肖像の顧客吸引力を利用することを目的としないと認定している。

控訴審判決は、肖像写真の大きさ、雑誌全体及び記事内における写真の割合や色合いを含めた記事の内容や体裁から、3類型(のうち類型1)に該当するか、ひいては記事の目的が専ら鑑賞目的に該当するか否かを判断している点で妥当である。

商品化か否かを検討する際には、「正当な表現行為」としての記事の内容や目的を狭く解すべきではない。また、3類型説のアプローチは、肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用するなどの場合に限定することにより明確性を図っているのであり、侵害判断の客観性を高めるために、3類型の該当性の判断要素として、肖像写真使用の体裁を中心に独立の鑑賞の対象となるか否かを判断すべきであると考えられる。

週刊実話事件控訴審判決は、同事件1審判決と同様の要素を3類型該当性の有無の判断要素としているが、若干の相違が認められる。控訴審判決においては、1審判決のように、本件記事の目的や写真の体裁を並列して認定した上で肖像の独立鑑賞性を否定しているのではなく、まず、本件雑誌全体及び本件記事における肖像写真の割合や写真の色合い、大きさから「それ自体として見れば、独立した鑑賞の対象としてはややありふれたものである」としており、記事の内容や目的を検討することに先立ち、写真の独立鑑賞性に懐疑的な姿勢を示している点で妥当な判断といえよう。

そしてこのようなアプローチをしている点で、前記Ⅱ1(1)の専ら基準説のうち同③のモデル料基準説(モデル料が支払われるような使用態様か否かで判断する見解、ブブカスペシャル7事件1審)との間に多少の親和性が認められよう。因みに、前記のとおり、モデル料基準説におけるパブリシティ権の制約根拠の内容も、ピンク・レディー事件最判多数意見のそれと大きな相違がない(ただし、モデル料が支払われているという現実の取引事情を以て、独立鑑賞性があるか否かを判断することが妥当か否かは、議論の余地のあるところである(前記注2参

照))。

なお、控訴審判決では、「女性芸能人らの肖像写真に乳房のイラストを加えることによって新たに創作されたものを、読者による鑑賞の対象とするものといえる」ともしており、この点でピンク・レディー事件最判多数意見の理由付け(権利制限の正当化根拠)が、また「単なる添え物」か否かという点では同最判の補足意見が、それぞれ意識されているといえよう。

前記のとおり、1審判決と控訴審判決とでは、3類型のあてはめの仕方に違いが見られるのであり、控訴審判決の手法が妥当であろう。ただし、両判決ともに、パブリシティ権侵害有無の判断の際に、保護されるべき表現活動を芸能活動に関するものに限定していない点で、妥当であると思われる。そして、肖像写真と乳房のイラストを合体させることが当該芸能人の名誉感情を害するかどうかは、パブリシティ権侵害の成否にあたっての「正当な表現行為」の認否に影響するものではなく、両判決で述べられているとおり、人格権侵害の有無で争われるべき問題である。

#### 4 肖像写真の独立鑑賞性の判断要素

前記のとおり、肖像写真の独立鑑賞性を判断するには、記事の内容や目的を中心に検討するよりも、むしろ写真の大きさや色合い等の体裁を中心に判断すべきである。記事の目的は写真の体裁等が認定された後に判断する方が、客観性を保つ意味でも正当な表現活動を不当に制限しない意味でも妥当であると思われる。記事と写真との関連性は問題となるが、芸能人等の肖像を利用する場合、当該芸能人に関する事項を取り上げているので、何らかの関連性はあるはずであり、芸能人のお宝本等、芸能人の肖像を紹介するものであっても関連性があることは否めないのであり、肖像写真とそれ以外の部分のどちらが中心となるのか、記事等、肖像に付加されたものについて、独立の価値があるかどうかの問題である。

前記のとおり、週刊実話控訴審判決等において肖像写真の独立鑑賞性のメルクマールが示されており、具体的行為を3類型にあてはめる際に大いに参考になるが、今後さらに3類型に関する判例が積み重ねることにより、その外延がより明確になることが期待される。ただし、そのような積み重ねがない現段階では、独立鑑賞性が問題となった著作権の制限規定である引用該当性を巡る裁判例での判断基準も参考になろう(東京

高判昭和60・10・17判時1176号33頁[レオナルド・フジタ美術全集事件控訴審])。

本件は、著名な画家に関する第三者による論文中に当該画家の絵画12点が掲載されていたことについて引用に該当するか否かが争われた事件であるが、控訴審判決は、「本件書籍の紙質、図版の大きさ、掲載の配置、カラー図版の色数に関する各事実と本件絵画の複製物としての仕上り状態を総合すれば、右複製物は、モノクローム図版のものも含め、いずれも美術性に優れ、読者の鑑賞の対象となりうるものとなっており、本件絵画の複製物の掲載されたページを開いた本件論文の読者は、同論文の記述とは関係なく、本件絵画の複製物から美的感興を得、これを鑑賞することができるものである」としている。具体的には、「本件絵画の複製物のうちカラー図版は特漉コート紙を、また、モノクローム図版は特漉上質紙を用いており、各図版の大きさも、最も小型のものでも約8分の1ページであり、大型のものは約3分の2ページと、鑑賞図版のうちの数点に勝る大きさであり、また、本件絵画の複製物のうち3点を除く他のものは、大小様々の大きさではあれ、1ページに1点の割合で掲載されており、その掲載場所も、そのうち3点は表題の下に、他の9点は、各該当ページの約3分の1を占めるにすぎない本件論文の上部に前記認定のサイズで割付けられているものであり、特にカラー図版については色数こそ4色以下に止めたが、『原色』美術全集を標榜する関係から、その紙質の開発に苦心したところであつたことが認められ、叙上の本件書籍の紙質、図版の大きさ、掲載の配置、カラー図版の色数に関する各事実と本件絵画の複製物としての仕上り状態を総合すれば、右複製物は、モノクローム図版のものも含め、いずれも美術性に優れ、読者の鑑賞の対象となりうるものとなっており、本件絵画の複製物の掲載されたページを開いた本件論文の読者は、同論文の記述とは関係なく、本件絵画の複製物から美的感興を得、これを鑑賞することができるものである」としている。

もっとも、前記のとおり、明文規定がある著作権とこれがないパブリシティ権とは全てを同等に扱うことはできないのであり、肖像写真の独立鑑賞性を判断するにあたって、週刊実話事件控訴審判決の他に、レ

オナルド・フジタ美術全集事件控訴審判決を参考にすることも、その相違を意識しつつ検討していくことが必要となろう。