

パブリシティ権と表現の自由

大日方信春

「コモン・ローを特徴づけるすばらしい発展性は、立法府の介入なしに、裁判官が必要とした保護を与えることができるようにした。」¹⁾

はじめに

第一節 パブリシティ権の発祥

第二節 Nimmer, Prosser, 及び RESTATMENT

第三節 侵害要件と損害

第四節 表現の自由との調整理論

おわりに

はじめに

一 平成二四年二月二日、最高裁第一小法廷は、最高裁としてはじめて「パブリシティ権」の法的権利性を認めて⁽²⁾いる。下級審段階ではすでに法的権利であるとされてきたパブリシティ権⁽³⁾の、その法的論拠については、人格権説と財産権説の対立があったところ、第一小法廷は人格権説を採用した、と一般に評価されている⁽⁴⁾。それは、第一小法廷のつぎの言説についての理解であろう。いわく、

「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（参照判例省略）。そして、肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があります、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利（以下「パブリシティ権」という。）は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の「内容を構成するものといえることができる。」

ところで、肖像等のもつ「商品の販売等を促進する顧客吸引力」は、本来に「人格権に由来する」のであろうか。とくに金築誠志裁判官の「パブリシティ権の侵害による損害は経済的なもの」とする補足意見をあわせ読むとき、パブリシティ権についての多数意見の権利の淵源論に、本稿は、若干の疑義をいただいている。とはいえ、わが国の最上級審は、それを人格権に由来する権利である、という⁽⁵⁾。

二 パブリシティ権の論拠を人格権に求めることは、わが国の典型的な議論を前提にするなら、肯けることで

ある。なぜなら、

1. 単なる感情侵害もパブリシティ権侵害として救済の対象に含めることができる。

仮に、自己の氏名や肖像等がなんの断りもなく商品広告等に使われたなら、誰でも精神的な憤りや多少の困惑を覚えるであろう。氏名や肖像等にもともと経済的価値のある「セレブリティ」だけでなく、通常の一般人にとっても、仮に右のような氏名・肖像の使われ方をしたなら、精神的な困惑をうけることは容易に想像できる。パブリシティ権が人格権を論拠とするなら、このような「単なる感情侵害」をも人格権侵害として、不法行為と認定し救済するという道筋がみえる。⁷⁾

2. パブリシティ権侵害に対する差止権を肯定できる。

パブリシティ権侵害に対する救済手段としての差止めは、当該権利の論拠を財産権とするなら、物権法定主義からその基礎づけに苦心することになる。パブリシティ権を財産権的に構成しようとしてきた諸裁判例で差止請求を認容したものは、本来なら「差止請求権が法定されていないパブリシティの権利について、これを財産権として理解した上で差止請求を認めるについては、何らかの合理的な根拠が提示される必要がある⁸⁾」と評されている。しかし、「差止請求権を認める特段の理由」については明示されていないようである。⁹⁾ 現在の差止法理からすると「その保護法理が一定程度確立している人格権」にパブリシティ権の論拠を求める方が容易なのである。¹⁰⁾

三 ところで、裁判実務においてわが国では確立したように扱われている「人格権」であるが、その内容および外縁について、確たる法理論は形成されているのであろうか。「人格」概念は、はなはだ多義的で、プライバシー、名譽、氏名にはじまり、生命、身体にまで及ぶ法益を導き出すには、あまりにも曖昧模糊とした法概念ではなからうか。それがときに「人間の尊厳」や「個人の尊重」といった最高価値を背景に表現の自由の対抗権益とし

て引き出されたとき、¹⁶⁾「人格権は人を黙らせる」と揶揄されるのもうなずける。

本稿は、パブリシティ権の保護法益は金銭裁判官補足意見のいうように「経済的なもの」であり、当該権利の「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」という彼の言明に賛同するものである。そう理解し、その効果としてパブリシティ権の範囲を限定できはじめ、当該権利を法認(enforce)したとしても表現の自由の侵害にはあたらない、とする憲法理論が構築できると考えている。また、パブリシティ権は、氏名、肖像等、それ自体を客体とした権利ではない。それは、氏名、肖像等にふれた市井の人が懐く「イメージ」に¹⁷⁾「ただ乗り(フリーライド)」¹⁸⁾されない権利である、と本稿は考えている。したがって、パブリシティ権の権利主体は、氏名、肖像等が不特定多数の者に知れわたっている者に限定されることになる。これらのことを、行論の過程で述べていきたいと思う。

ある種の言論行為を不法行為と認定し、その財産的損害および精神的損害を賠償させる法的枠組は、憲法学において、従来から、表現の自由のカテゴリで盛んに議論されてきている。本稿は、人の氏名、肖像等に由来する「イメージ」という無体財を用いた言論行為がテーマである。仮にこの「イメージ」の排他的使用が法認されるなら、それは国家行為を通して、われわれの表現行為が制約されていることになる。パブリシティ権の法認は、憲法学における表現の自由の伝統的カテゴリで論究されるべきテーマなのである。

では「パブリシティ権と表現の自由」との標題を掲げて、憲法学では、具体的にはなにを検討すべきなのか。ここでも本稿は、パブリシティ権の定義(法的性質)、その侵害要件、そして憲法上の保護というトリアードについて、論述することになる。そして、このテーマについて議論の蓄積のある合衆国の法理論を、本稿でも参照している¹⁹⁾ことと思う。

第一節 パブリシティ権の発祥

第一項 緒言

一 わが国と同様、合衆国においても、パブリシティ権の論拠について二つの見立てがある。ひとつが「プライバシー」を論拠（“privacy-based”）とするもの、他方が「プロパティ」を論拠（“property-based”）とするもの、この二つである。⁽¹⁶⁾ 本節では、前者の思考法の基盤には Brandeis & Warren による新法益（プライバシー）の提唱と、その後のニューヨーク州での裁判例、それをうけての法制定が、後者の思考基盤には、二〇世紀にはいつの「有名人（セレブリティ）」産業の確立と、彼／彼女らのもつ「パブリシティ価値」（顧客吸引力）の商品化をみている。

二 一八九〇年の L. Brandeis と S. Warren の論文（The Right to Privacy, 4 HARV. L. REV. 193 [1890]）は、有名人の私生活をゴシップに晒されないために、あるいは、一般人が氏名、肖像、写真を同意なく使用されないために、いまだではお馴染みの「プライバシー権」という法益の確立を導いた。それは衆目の興味から「私生活の平穩」という法益を守るための法概念として理解されてきている。

一九〇二年の Roberson v. Rochester Folding Box Co., 64 N.E. 442 (N.Y. 1902) は、原告写真の無断使用に救済を与えていない。被告による当該行為を違法とする法的論拠がない、というのである。これをうけて、一

九〇三年にニューヨーク州議会は、*Roberson* で争われた無断使用を違法とする州法を制定している。

これらの影響の下、ニューヨーク州のパブリシティ法理は、プライベート理論に依拠しているという。但し、それは合衆国でも特異なもののようにである。⁽¹⁷⁾

三 パブリシティ権は、プライベート権の生成、確立の過程から発祥した法概念である。本節では、このことを、有名人（セレブリティ）の誕生やパブリシティ価値の商品化との関係をみながら、論述していこうと思う。そのなかで、*Brandeis & Warren* が説いた「プライベート」と、そこに発祥をみたとはいえ「パブリシティ」とは、異なる法概念であることが明らかになるであろう。

一九五三年の *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953) は、有名人がもめたことを忠実に理解した判決であると思われる。この裁判例をうけて、法学界、あるいは、実務界は、プライベート論の影響をうけつつも、プロパティ理論に依拠したパブリシティ権論を展開している。このことは改節して論述する。⁽¹⁸⁾

第二項 fame, famous

「評判」「名声」を意味する“fame”、「有名な」（評判の多い、名声をもつ）を意味する“famous”は、ラテン語“fama”を語源とするようにある。それは「功績の顕れ」(manifest deeds) に由来するところ⁽¹⁹⁾。

初期のアメリカで、この価値をあつめたのは、建国の父たちであった。彼らは肖像（姿、形、images）のいわゆる無断での使用（appropriation）に不満をもつことはなかったという。⁽²⁰⁾ それは、彼らの肖像の幅広い頒布が、「独立」や「建国」といった大義にむかう人民の意識を高揚させる、と信じられていたからであるといわれている。⁽²¹⁾

近年における「評判」や「名声」あるいは「有名人」(celebrity)という言葉に付着する経済的意思想は、建国期にはなかつたと思われる。その頃には、「評判」や「名声」に由来するパブリシティ権と自由な言論を求める修正一条の価値が対抗すると、想像することはなかつたであろう。⁽²²⁾

ある論者は、セレブリティ概念、そして、パブリシティ価値は、マス・メディアの発展、そして、プライバシー概念の生成、権利化のあと生じたものであるという。⁽²³⁾ パブリシティ権と表現の自由の対抗も、そのプロセスのなかで、顕在化してきた問題なのであろう。そこで、本稿も、まずはパブリシティ権の発祥をふり返ることからはじめよう。

第三項 プライヴァシー権

一 一九世紀後半に輪転機が発明されると、ほどなく、新聞の大量頒布がはじまった。それと時を同じくして、庶民の興味を官能的、煽情的にあつかう俗うけを狙った表現 (sensational human-interest journalism) の勃興をみる。⁽²⁴⁾ それ以来、大衆紙、雑誌の成功は、大事件や悲劇的出来事のなかで人びとを「びっくりさせる、驚かせる、仰天させる」営為を見つけ出し、いかに広範囲にひろめられたかにある、といわれるようになったという。⁽²⁵⁾ ここにきて、「評判」や「名声」は、「ニュースとなる名前」と連関性をもつものとなったようである。⁽²⁶⁾

二 センセーショナルを銜うジャーナリズムの出現は、L. Brandeis と S. Warren によるプライバシー権の構想をもたらした、といえるかもしれない。彼らは、プレスから、個人のプライバシーを守るための法的権利の必要性を説いている。ボストンの素封家であった Warren は、地元紙に夫人の金銭感覚や娘の盛大な結婚式について書かれたことに嫌気が差し、弁護士時代の同僚 Brandeis とともに構想したのが「ひとりで放っておいてもら

う権利」(right to be let alone) という新しい法益概念であった。そこにおいて主張されたのは、慎重に限定された「私事」について好奇の目に晒されない、という法益だった。

Warren と Brandeis の主張は、そのあと、コモン・ロー上の、あるいは、制定法上のプライバシー権として確立されていった。²⁷⁾しかし、そこで法認されていったプライバシー権は、彼らが構想した、慎重に限定された「私事」について好奇の目に晒されない²⁸⁾という法益を守るものとは、随分と「異質」なもののようにみえる。

三 Roberson でコモン・ロー上のプライバシー権の主張が斥けられたことをうけて、ニューヨーク州議会は、プライバシー権の法定にむかっている。商業用ポスターに肖像が無断掲載され精神的、身体的苦痛をうけたとする原告の主張が認容されなかったことに対する「公衆の不承認の嵐」も、法定の追い風になったようである。

Roberson をうけて一九〇三年に制定された「ニューヨーク州プライバシー法」はつぎのようである。

「生存する個人の氏名、肖像または写真を、当人の書面による同意をえずに、広告目的または取引目的で使用した個人、企業または法人は」²⁹⁾「軽罪 (misdemeanor) に処する。」

また、ジョージア州最高裁は、Pavesich v. New England Life Insurance Co., 50 S.E. 68 (Ga. 1905) で、プライバシー権をコモン・ロー上の権利として法認している。生命保険会社の新聞広告に肖像が無断使用され、それは自己の偽りの姿の描写にあたるという原告に対し、被告が「訴訟原因」(cause of action) がないと抗弁した本件について、最高裁はつぎのようである。

「原告主の利益や収益の増加だけのために、ある人の肖像をその人の同意なく他者が広告に使うことは、その権利」(「プライバシー権」) の侵害にあたる。³⁰⁾

ここにパブリシティ権の原型をみることができる。ただそれは「名もなき人」の「私事」を人びとの好奇の目に

さらさないために、その氏名、肖像等を同意なく使用されない権利としてのものである。それは、プライバシー権とシンクロナイズされた、パブリシティ権概念であった。以来しばらくは、氏名、肖像等を同意なく商業使用されない権利として、パブリシティ権は理解され、それは「名もなき人」のプライバシー権としてとらえられていた。⁽³¹⁾それはまだ、有名人（セレブリティ）のものではなかったのである。

第四項 有名人（セレブリティ）

一 二〇世紀になると、新聞や雑誌の他に、ラジオ、映画といったメディアが登場した。G. Franke は、こうした「ニュー・メディア」の進展を通して、有名人（セレブリティ）と消費（consumption）は結びついていったという。⁽³²⁾ここにきて、「評判」、「名声」のもつ経済性が取引されるようになったのである。⁽³³⁾有名人（セレブリティ）を「クローズアップ」するメディア手法は、彼らの「私生活」をも知りたいという大衆の意識をおおっていったという。有名人（セレブリティ）の描くライフスタイルは、大衆の憧れをあつめ、大衆に「なにを買うべきか、いかに生きるべきか」を指示するような存在となっていくともいわれる。⁽³⁴⁾「よく知られている」ということで有名な者、⁽³⁵⁾「セレブリティ」はこうして誕生した。

二 有名人（セレブリティ）は、コミュニケーション・メディアの発展のなかで、映画やラジオというメディアの進展と広告業界の営業手法により、ある意味で「つくられた」存在なのである。セレブリティの誕生は、映画スターや有名アスリートの名前や顔かたちを多くの商品にもちいた販売手法を、必然的に発展させていった。ここに「パブリシティ価値」⁽³⁶⁾の生成をみた M. Meadow は、つぎのようについている。

「新しい『消費の継ぎ目』（joint consumption）となったコミュニケーション技術（映画やラジオ）は、評

判・名声を生みだす仕組みをかえたばかりでなく、それ〔評判や名声〕の商業上の重要性にも変容をもたらした。そのもつとも劇的な変化は、セレブリティ自体を莫大な経済的価値を生みだす源にした、ということである。映画スターやスポーツ選手の『パブリシティ価値』のもつ収益性は、いまや幅のひろい付随的活動 (collateral endeavors) において使用されるようになってい³⁷⁾る。]

こうしたなかで、次第に、有名人を「売りもの」(marketing) にすることだけを業とする企業が発生してきた。そこで、映画俳優／女優やスポーツ選手の姿、形 (images) は、広告業者や商品の販売促進のために、ライセンズされるようになっていったのである。³⁸⁾「評判や名声の経済性」に気づかれたことにより、セレブリティのもつ images の商品化 (commodification) がもたらされたといえよう。³⁹⁾

三 ところが、この新発見の概念を保護する法理論は、まだ生成されてはいない。なぜなら、Roberson や Pavesich の原告は、市井の人に知られた存在ではなかったからである。そこで争われたのは、はからずも世間の注目に晒されることになったことに対する救済であった。これに対して、有名人 (セレブリティ) は、世間の注目を意図的に求める存在である。したがって、彼／彼女が意図せず注目を集めたとしても、そこには Roberson や Pavesich の原告のような損害はない。セレブリティにとつての損害は「氏名や肖像等が使われたことではなく、その代償をえられなかったことにある」⁴⁰⁾のだから。

それは「プライベートシー」で包摂される法益ではない。なぜなら、セレブリティは、市井に積極的に登場することで、むしろプライベートシー権を放棄しているとさえ、理解されていたからである。したがって、セレブリティの損害は、プライベートシー権についての法理論では救済されない。事実、往時の裁判所は、プライベートシー侵害を理由とする有名人 (セレブリティ) の主張を、認容することはなかった、あるいは、非常に不十分な救済しか与えな

かった、といわれている。⁽¹¹⁾

第五項 パブリシティ権

一 合衆国において、評判、名声の経済的側面について、はじめて法的権利が認められたのは、一九五三年の *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953) であるとされている。⁽¹²⁾ J. Frank 裁判官は、判決文のなかで、有名人は「プライバシー権とは独立して、彼らの写真のパブリシティ価値についての権利をもつ」という。彼の見解に少し耳を傾けてみよう。⁽¹³⁾

「この権利は『パブリシティ権』とよべるであろう。というのも、広告に使われること、顔かたちの露出、新聞、雑誌、バス、電車および地下鉄で展示されること、仮にもはやこれらについての許諾から多くの著名人（とくに俳優や野球選手）が報酬をうけられないとするのは、彼らの肖像等が公衆の面前に晒されたことに由来する感情侵害から離れて、「彼らが」大きな損害をうけた（deprived）と感じるであろうとの理解は、一般の共通認識にまでなっているからである。そして、このパブリシティの権利は、他の広告主が著名人の写真を使用することを禁止する排他権付与の実体をもつものでなければ、そこにはいかなる金銭的価値も生みだすことはないものとなってしまう。」⁽¹⁴⁾

さらに、Frank 裁判官は、この「無体の」(immaterial) 法益は「プロパティ」(property) の権利に分類されるという。この「プロパティ」の性質として、彼は、それがもつ金銭的価値 (pecuniary worth) を裁判所が第三者との関係で法認する (enforce) 効果を生じさせるもの、との理解を示している。⁽¹⁵⁾

二 M. Nimmer は、*Haelan* をうけて、その翌年にあたる一九五四年、萌芽期にあるこの権利に、理論的基盤

を提供しようという論文を発表している。⁽¹⁶⁾ 彼は、つぎのようにいう。

「長い時間かけて、そして、苦勞して、パブリシティ価値を仕込んできた者が、ここでパブリシティの権利として——すなわち、各人が努力や犠牲をはらってつくり上げてきたパブリシティ価値からの利益をコントロールする権利〔として〕——言及しているところのものを裁判所が認容しない限り、その果実を剥奪されてしまうであらう。⁽¹⁷⁾」

Nimmerのこの言説をとらえて、G. Frankeは、それに「勞働の果実はその人に帰属する」というJ. Lockeの所有権論に基づくパブリシティ権論である、との評価を与えている。⁽¹⁸⁾

三 はじめはこの新しい権利の認容に消極的であった裁判所も、法学界での漸進的な議論をうけて、ようやく一九七七年には、この権利が合衆国最高裁の舞台に登場している。Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 562 (1977)⁽¹⁹⁾ び、White裁判官執筆の法廷意見は、たとえ報道目的であったとしても「人間大砲 (human cannonball) ショー」の全行程を放映することはパブリシティ権の侵害にあたる、と判示したのである。⁽²⁰⁾ Zacchiniは、パブリシティ権を知的財産権の変種に位置づけた事例として、また、当該権利と修正一条との関係についてはじめて判断した事例として、後世につたえられてきている。⁽²¹⁾ このことについては、本稿の行論に必要な限りで、再述するとしよう。

第六項 パブリシティ権の主体

本節を閉じるにあたり、パブリシティ権の主体について、考えておこう。この問題については、まず、パブリシティの権利が自然人を想定しているとしても、それは有名人あるいはセレブリティという一定の属性をもつ者に限

定されているのか、それとも、「名もなき人」一般にも認められる権利なのか、について、若干の議論がある〔1〕。つぎに、おそらく自然人を想定しているであろうパブリシティ権は、自然人以外の主体にも認められるのか、について、争いがある。パブリシティ価値をもつ動物・モノにも、パブリシティ権の主体性が認められるのであろうか〔2〕。団体や法人ならどうか〔3〕。

(1) 著名人の権利か、それとも、「名もなき一般人」にも認められるのか。

一 パブリシティ権侵害に対する救済を訴訟で求めようとする者のほとんどは、おそらく有名人およびその関係人であろう。合衆国の裁判例を垣間見ても、いずれの原告も、有名人（セレブリティ）本人か、あるいは、その相続人、権利管理団体である。但し、このことは、当該権利の主体が、有名人に限定されることの論拠を提示するものとはいえない。なぜなら、当該権利の救済を提起してまで求めようとする者は、その氏名、肖像等に基づいて経済的価値をもとに事業を営んできたビジネスモデルの住人であることは、容易に予想されることがだからである。

では、学説ではどうか。次節で詳述している、RESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION § 46 (1995) にふされた Comment b には、パブリシティの権利主体を、有名人に限定していないように読める論述がみられる。そこでは、「あまり知られていない原告」(plaintiff is not well known) にも「営業上の損失を立証すること」が妨げられていない⁸²。また、合衆国の論者も、あるいは、わが国でも、パブリシティ権の主体は有名人（セレブリティ）に限られると明言した者は、管見の限りでは、いない。多くの者は、要するに、有名人であるか否か、原告がよく知られた存在であるかどうかということは、パブリシティ権侵害の救済における考量要素であって、仮

に原告が「名もなき人」であったとしても、それは損害賠償額の多寡に反映されることはあっても、それによって権利主体性が限定されるわけではない、というのである。

二 そうであろうか。いや、そうかもしれない。これは「有名人」、「セレブリティ」の言葉の問題であり、氏名、肖像等がもたらすパブリシティ価値は、いずれの主体にもあり、それが損害を受けたなら、その損害を填補するに適切な量の救済は、いずれの主体でも受けられる、と（一般人の場合には、その経済的価値が低だけである、と）。でも、そうであろうか。氏名、肖像等のもつ「顧客誘引力」（パブリシティ価値）は、どの氏名、肖像等にも宿る商業的価値なのであろうか。

パブリシティの権利は、氏名、肖像それ自体を客体としていない。氏名は、特別な場合にしか権利客体とされないし、人の外見そのものもつ経済的価値は財産権の変種であろう。これに対して、パブリシティの権利とは、氏名、肖像等のもつイメージを、不法に商業利用されない権利である。これを法認(enforce)することは、当該イメージを商業利用していた者の、まさにその経済的利益に法的保護を与えようとする、を目的にしているのではなからうか。氏名、肖像等のもつイメージを商業利用していた者、パブリシティ(publicity)とは「知れわたっていること」という意味だという。

三 有名人、セレブリティは、その存在が知れわたっているからこそ、言論の対象(figures of speech)なのである。当該主体を、言論空間ではなく、商業空間で不法に使用されないこと、これがパブリシティ権を法認する意義ではなからうか。それでも、やはり、「有名人」／「名もなき人」の区別⁵³は、言葉の問題なのかもしれない。ただ、ときに言論制約的側面を併有する経済的価値の保護制度は、権利の内実を限定的に理解する理論を模索してこそ、憲法上の疑義を薄めることにつながる、と本稿は考えている。

(2) 自然人に限定されるか、それとも、動物やモノの所有者にも認められるか。

一 これも次節に詳しいが、かつて M. Nimmer は、モノ、動物にも、パブリシティの権利が認められる、と説いたことがある。⁽⁵⁴⁾

Nimmer は、飼い主が犬の写真をビسケットの広告に無断使用されたことをニューヨーク・プライベートシー法違反として提訴した *Lawrence v. Ylla*, 184 Misc. 807, 55 N.Y.S.2d 343 (Sup. Ct. 1945) について、その所有者の財産権としてのパブリシティ権が問題になった事例として検討すべきである旨の議論を展開している。また、この他に、馬の所有者が当該馬の写真を牧場の広告に無断使用されたことをプライベートシー侵害に問うた *Bayer v. Ralston Purina Co.*, 484 S.W.2d 473 (Mo. 1972) がある。

しかし、人間以外のものにパブリシティの権利が認められた例はほとんどない、とのことである。⁽⁵⁵⁾

二 RESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION (1995) は、W. Prosser の影響をうけようけているといわれている（後述）。その第四章第三節に規定されたパブリシティ権の冒頭 § 46 に付された Comment 2 に、そのことがあらわれている。当該コメントは、パブリシティ権の論拠を「人間の尊厳および自律」に求め、したがって、パブリシティ権の主体は、自然人に限定されるという。⁽⁵⁶⁾

ところが、Prosser の「冒用」(appropriation) プライヴァシー論は、パブリシティ権の論拠に、すくなくならず混同を与えてしまっている、と本稿は考えている。彼は、氏名、肖像等を他者が不法使用することをプライベートシーの「冒用」と定義し不法行為としている。ただ、この法的枠組が氏名、肖像等に経済的価値をもたらすことも、認めている。⁽⁵⁷⁾ 「人間の尊厳および自律」と経済的価値、このまったく異なる二つの価値を明確に区別することのない

Prosserの議論を「J. T. McCarthy」は「法理論に「難問と混乱」を導いた」と評している。⁽⁸⁸⁾

三 わが国に目を転じると、モノのパブリシティ権を認めた裁判例として、競走馬の名称にパブリシティ権を認めた平成一二年の名古屋地裁判決⁽⁸⁹⁾がある。本件においては、競走馬の所有者の許諾をえないで当該競走馬の名称を使用したゲームソフトについて、その制作、販売、貸与等の差止め、および、不法行為法にもとづく損害賠償が請求されている。平成一二年名古屋地判は、競走馬等の動物をふくむ特定のモノについて、その名称のもつ顧客誘引力が法的に保護すべきである、とする議論を展開している。但し、平成一三年の名古屋高裁判決⁽⁹¹⁾ではその理論構成が支持されたこの判決も、平成一六年の最高裁第二小法廷判決⁽⁹²⁾では、覆されている。そこでは、知的財産権に関する法令は国民の経済活動、文化活動と排他的権利の発生、範囲、限界について明確にしており、したがって、競走馬の名称等、モノの無体面の使用の一形態につき仮に顧客誘引力があるとしても、法令等の根拠もなく当該モノの所有者にその無体物に関する排他的権利を付与することはできない、とされている。

また、平成一三年の東京地裁判決⁽⁹³⁾は、右と同様、競走馬の名称を無断でゲームソフトに使用されたことにつき差止めおよび損害賠償が求められた事案において、パブリシティ権は人格権を論拠とするという理論構成により、競走馬のパブリシティ権を否定している。第三者が、他人の所有物を無断で使用したとしても、そのモノの所有者の人格権は直ちには侵害されないとするのである。控訴審である平成一四年の東京高裁判決⁽⁹⁴⁾も、原審を認容している。

上述してきたように、わが国における裁判実務は、制定法に根拠がない、あるいは、当該権利はそもそも人格権を論拠とする、というような理由により、自然人以外の動物やモノに、パブリシティ権の客体性を認めてきてはいない。

(3) 団体や法人のパブリシティ権主体性

この点についても、Nimmerは、企業名のパブリシティ権を認める論陣をはっていた。⁽⁶⁵⁾ 彼が *Vassar College v. Loose-Wiles Biscuit Co.*, 197 Fed. 982 (W.D.Mo. 1912)⁽⁶⁶⁾ や *Madison Square Garden Corp. v. Universal Pictures Co.*, 255 App. Div. 459, 7 N.Y.S.2d 845 (1st Dept. 1938)⁽⁶⁷⁾ を示して述べたことは、当時の不正競争法は「直接の競争」を侵害要件としていたので、企業名やそのシンボルが適切に保護できない場合がある、ということであった。しかし、このパブリシティ権拡大論は、後に、McCarthyのつよい批判に晒されている。⁽⁶⁸⁾

わが国のようにパブリシティ権の論拠を人格権にもとめるとすると、それは「当然に原始的に自然人のみに発生・帰属することになる」と思われる。ただ、人格権に由来する経済的価値については、団体や芸能プロダクション等が権利主体性をもつともいえそうである。この点について、ロックグループのパブリシティ価値につき、結成以来の唯一の固定構成員個人が、グループのパブリシティ権の大部分を有している、と認定した裁判例がある。⁽⁶⁹⁾ ただ、芸能プロダクション等がパブリシティ権の原始帰属を主張した裁判例はないという。また、企業名等、法人のパブリシティ権が問題になった裁判例もない、という。商標法、不正競争防止法等、通常の知的財産法理論による保護が可能であるからであろうか。⁽⁷⁰⁾

第二節 Nimmer, Prosser による RESTATEMENT

第一項 緒言

一 前節では、有名人（セレブリティ）の登場が、プライバシー権に由来するとされていたパブリシティ権（privacy-based publicity）を、プロパティ理論を基底に（property-based）理解される契機となったことを論述した。

本節では、こうしたパブリシティ権理解の変遷に影響をあたえた二人の論者を取り上げ、彼らの言説が合衆国における実務上の指針を示しているとされている RESTATEMENT にとり入れられていった軌跡を見ようと思う。これは、彼の国のパブリシティ権論が、それがプロパティであることを前提に展開されていることを裏づけるためのプレリユードである。

二 J. T. McCarthy は、*Haeflin* の Frank 裁判官がパブリシティ権の「設計者」（architect）なら、M. Nimmer は、そのはじめの「施工者」（builder）である、と⁷¹いう。Nimmer は、「パブリシティ価値」を古典的な「プライバシー」の項目で説明することの不適切性を説いている。

そこで Nimmer は、この新しい権利の性質を「プロパティ」で説く理論を提示している。彼の一九五四年の論文は、現在でも、パブリシティ権を論じるための重要な導きの糸となっておりと思われる。但し、パブリシティ権

がプロパティ理論に依拠して説かれるようになるには、すこし時間がかかった。

三 W. Prosser の一九六〇年の論文は、米国におけるプライバシー論をめぐる裁判実務に大きな影響を与えている。後述している彼の「四つの不法行為プライバシー論の第四類型「冒用プライバシー」には、いまでも、パブリシティ権の淵源としての地位が与えられているといえるであろう。ただ、そこに、いままで続くパブリシティ権の論拠をめぐる「難問と混乱」をみたのが、McCarthyであった。Prosser自身が認めているように、他の類型が保護法益とする「精神的なもの」とは異なり、この第四類型は「財産的なもの」(proprietary)を論拠にもつという。とはいえ、ある論者は、Prosserの理論はパブリシティ権の確立を「遅らせた」と評価している¹²⁾。

Prosserの不法行為プライバシー論は、彼がReporterを務めたRESTATEMENT (Second) OF TORTS (1977)に採録されたことで、実務上の影響を確立したといえる。「パブリシティ権」をプライバシーと同居させるこの見解に導かれて、その後、いくつかの裁判実践は、パブリシティ価値の不法使用にあったという有名人(セレブリティ)の訴えを、斥けているという。有名人は、プライバシーを放棄した存在である、というのであろう。

四 こうした「難問と混乱」は、パブリシティ権を不正競争の一カテゴリーとして取りあげるRESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION (1995)にも引き継がれている、と本稿はみている。それは、判例法を再記述(restate)するという、この実務書の性質にも負うところがあるのであろう。ただそこで展開されているパブリシティ権の論拠を追う試みは、そこへのProsserの影響を薄める契機をもたらしているともいえそうである。

では、米国におけるパブリシティ権萌芽期における議論から説き起こし、実務に対する影響のつよ、RESTATEMENTにおけるパブリシティ権のとり上げられ方を確認していこう。

第二項 M. Nimmer

Nimmerによるパブリシティ権の「施工」は、当該権利と、既存の法概念、法理論との「不一致」(inadequacy)を説くという工程で進められている。Warren & Brandeisの論文と同様、新権利概念をうち立てたと評される一九五四年の論文で、Nimmerは、パブリシティ権論と、プライバシー概念、不正競争の法理、契約の法理といった往時すでに確立されていた法理論との不一致を手ざわよく論じている。⁽⁷⁴⁾

本稿は、ここで、プライバシー権とパブリシティ権との異同を説くNimmerの言説に耳を傾けようと思う。なぜなら、彼は、パブリシティ権の論拠が財産権であることを、人格権 (personal right) を論拠とするプライバシー権との不一致を説くことで、論証しようとしていると理解できるからである。⁽⁷⁵⁾

それでは、「氏名、写真、および、肖像の使用がもたらす」「金銭的価値」を「パブリシティ価値」と定義し、「パブリシティ価値をコントロールし、そこから利益をえる権利」を「パブリシティ権」としている彼の理論をしばらく追っていく。

(1) 〈有名人 (セレブリティ) は、その職業生活 (professional life) の領域で、プライバシー権を放棄 (waiver) していると考えられている。したがって、パブリシティ価値をプライバシー権を論拠にコントロールできない。〉

著名人は、その評判、名声が他者を商業的に誘引するため、氏名、顔写真を無断使用されやすい立場にある。そこで彼らがプライバシー権の侵害に対する救済を訴訟を通して求めたとしても、セレブリティであるがゆえの論

理に阻まれることになる。すなわち、「セレブリティは、その生活を公衆にささげている。プライベートの権利を放棄した存在なのである」⁽⁷⁸⁾。但し、Nimmer は、いくつかの裁判例では、セレブリティのプライベートは完全に放棄されていると判示されていることを示しつつも、多くの裁判例では、それが限定された放棄にとどまっていることを、「公開が抑止されるべき事柄は、……個人の私的な生活に関するもの」という Warren & Brandeis の言説を部分的に引用するかたちで述べている。そこでうへの命題「俳優は、その職業生活に係る限り、プライベートの権利を放棄している」⁽⁷⁹⁾が導き出されるのである。

Nimmer は、この項目を、つぎのように締めくくっている。『有名人（セレブリティ）は、プライベートを放棄している』という法理論は、職業生活の外でのプライベート放棄まで意味していない。しかし、「それ（プライベート）は、彼を有名にしてきた才能あるいは役柄において彼を示している、その氏名、肖像を他者が無断で使用し収益を上げることから、彼を守ることはない」⁽⁸⁰⁾。

(2) 〈通常の感受性をもつ人にとって offensive であることが、プライベート侵害の要件とされてきた。したがって、パブリシティ価値の non-offensive 使用については、プライベート訴訟では救済されない。〉

Brandeis & Warren の論文の出発点が、Warren および彼の夫人の私生活について、Boston 誌が書き立てたことがあった（とに例証されるように）、「プライベートの法理は、不快な世間の注目（offensive publicity）を防止する手段として考案されたものである」⁽⁸¹⁾。

また、Nimmer は、この点を、RESTATEMENT OF TORTS で確認している。往時の § 867 の comment d には、つぎのようにあるという。プライベート訴訟は、「被告の行為が通常の感受性をもつ者にとって不快

(offensive) を与える、という要件を満たしている場合にのみ、不法行為の責めを負うことになる。侵害が一定の水準 (decency) の範囲を超える場合にのみ、不法行為となるのである。⁽⁸⁴⁾

したがって、有名人 (セレブリティ) が、その氏名、写真、肖像等にあるパブリシティ価値を、プライバシーの権利のもとでコントロールすることはできない。なぜなら、それらは、通常、「通常の感受性をもつ者にとって不快を与える」方法で用いられることはなく、「侵害が一定の水準の範囲を超え」たとは認定できないからである。⁽⁸⁵⁾

(3) 〈人格権 (personal rights) を論拠とするプライバシー権は、譲渡不可能であるとされてきた。パブリシティ権が人格権を論拠とするプライバシー権の変種ならば、パブリシティ価値の使用を許諾された者は、その許諾を第三者との関係では enforce されないことになってしまふ。〉

多くの法域において、プライバシーの権利は、財産権としてではなく、人格権 (personal rights) として確立してきている。⁽⁸⁶⁾ したがって、譲渡不可能である、とされてきた。⁽⁸⁷⁾ ところが、「著名人の氏名や顔写真にあるパブリシティ価値は、仮にそれらが譲渡できないものであるとすると、大きく減少するであろう。」⁽⁸⁸⁾ と、Nimmer はいう。また、著名人のパブリシティ価値に使用料を支払う者は、それを使用する排他的権利の獲得を前提としているはずである、というのが Nimmer の見立てである。⁽⁸⁹⁾ しかして、*Haalan* の参照をもとめるかたちで、つぎのようにいう。

「プライバシーの権利は譲渡できない性質のもので、譲渡者の氏名や顔写真を使用させる権利を与えるとの同意は、「それが仮にプライバシーの権利を論拠とするものなら」その購入者との関係で「訴権を」放棄するということ効果しかもたらずものではなく、購入者が第三者との関係でその権利を法認 (enforce) されること

にはならない」⁽⁹⁰⁾

Nimmerは、パブリシティ権の論拠を、人格権ではなく財産権であるととらえていた。それは、当該権利を譲渡可能な権利とすることで、それが保護しようとしているパブリシティ価値の経済的価値がより高まると考えたからである。⁽⁹¹⁾

(4) 〈パブリシティ価値は、動物にもある。しかし、動物、そして企業名も同様に、プライバシーの権利では保護されない。〉

パブリシティ権の論拠がプライバシー権であるとすると、それは、人間 (human being) だけに認められる権利になる。しかし、Nimmerは、つぎのようにいう。「映画に出演した Lassie という犬の名前や写真をドックフードと関係させて使用させることに金銭的価値が生じることは明らかであろう」⁽⁹²⁾

著名な動物の名前や写真だけでなく、著名な企業名なども、パブリシティ価値を生むときがある。Nimmerは、プライバシー権をパブリシティ権の論拠とする見解を否定することで、パブリシティ権の主体を人間に限定しないという理解を示している。

(5) 不正競争論ではパブリシティ権を保護できない

Nimmerは、上述してきた四つの項目で、パブリシティ価値がプライバシーの権利論では保護できないことを論述している。この他に、前述したように、とくに不正競争と契約に関する各法理をとりあげ、パブリシティの権利を「施工」しないと、従来の法理論ではパブリシティ価値は保護できないという。最後に、不正競争論との関

係を、少しだけ、みておこう。⁽⁹³⁾

Nimmer は、不正競争の法理による損害の成立要件である「混同」(confusion) に着目している。McCarthy によると、被告の行為により、対象物を原告が「後援している」(sponsorship)、「取引がある」(connection)、「あるいは、「提携している」(affiliation) という「混同」を発生させること、商標法あるいは不正競争法では、このことがいまでも違法性認定の要件となっているようである。⁽⁹⁴⁾ところが、Nimmer は、パブリシティ価値の使用が「是認」(endorsement) という性質を常にもつとは限らない、という。彼は、「是認」と「タイアップ」(tie up) という概念を区別し、後者につきの註記を与えている。「宣伝行為として用いられる『タイアップ』とは、広告のなかで俳優ほかのセレブリティの氏名や顔写真をみせることである。それは、必ずしも、俳優たちがその広告されている商品を是認していることを表示してはいない」⁽⁹⁵⁾

パブリシティ価値は、有名人(セレブリティ)による商品の是認や賞賛とは離れて、当該商品や広告への注目をもともと使用されることもある。Nimmer は、この現象をつぎのようについて、「個人や企業のパブリシティ価値は、収益性をもって不正に使用されることもある。しかしながら、それは、その個人や企業が、不正使用者が企図している(パブリシティ価値の)利用と関係している、と必然的にいえるわけではないのである」⁽⁹⁶⁾

不正競争の法理論でも、パブリシティ価値を十分に保護することはできないようである。Nimmer は、パブリシティ価値の不正使用が不正競争法にいう不正行為の要件を常に満たすわけではないことを示して、パブリシティの権利という新しい法理論の「施工」を試みたのである。

第三項 W. Prosser

一 一九六〇年、W. Prosser は、後の学界および裁判実務に甚大な影響を与えることになる論文を公表している。Warren & Brandeis 論文以降のプライバシー訴訟を整理し、四つの異なる不法行為の群 (cluster) に構成した彼の論文「プライバシー」⁽⁹⁷⁾ は、Nimmer の財産権としてのパブリシティ権論の発展を足踏みさせる効果を (彼が意図したか否かにかかわらず) もたらした、といえるであろう。⁽⁹⁸⁾ その四つの不法行為とは、つぎのものである。

(1) 私生活への侵入 (intrusion) 、(2) ばつが悪い私的事柄の暴露 (disclosure) 、(3) 公衆に誤解を与える虚偽の照明 (false light) 、(4) 氏名、肖像の無断使用 (appropriation)。

Prosser の「四つの不法行為プライバシー」論は、法概念としてのプライバシーを正確に規定していない、と批判されたこともあった。⁽⁹⁹⁾ しかし、裁判実務では、彼の理論はプライバシー法の「福音書」として、迎えられているという。⁽¹⁰⁰⁾ さらに、彼自身が編者として名を連ねる RESTATEMENT (Second) OF TORTS に採録されたことで、Prosser の「四つの不法行為プライバシー」論は、その影響を益々高めていったといえるであろう。

この四つのプライバシー類型のうち、第四類型が、パブリシティ権の「歴史的祖先」(historical antecedent)⁽¹⁰¹⁾ である。

二 Prosser の第四類型は、ときに「冒用」(appropriation) プライヴァシーと表記されている。この意味は、Prosser によれば、ある人のアイデンティティを、より正確には、ある人のアイデンティティを表象している氏名や肖像等を、他者が自己の便利や利益のために用いること、というほどの意味である。⁽¹⁰²⁾ 他者の氏名等を使用するこ

とで、そのアイデンティティを無断で販売 (pirate) するから、「冒用」(appropriation) であるといふ。⁽⁸⁶⁾

ところで、Prosser のここでの意図は、氏名それ自体の使用を禁止することにはない。彼は、John Smiths という氏名をあげて、誰もこれを排他的に使用する権利をもたない、という。「そこになんらかの不法行為となる使用法がない限り、誰もが好きな名前をもつことができるのである。」⁽⁸⁷⁾したがって、氏名、肖像等が、なんらかの法的責任 (liable) を負うような方法で使用されたとき、「冒用プライバシー」の不法行為が構成されることになる。

さらに、Prosser は、この「冒用プライバシー」による損害は、他の三類型とは異なり、精神的なもの (mental) というよりも、所有しているといふこと (proprietary) に対するものである、としている。⁽⁸⁸⁾彼は、こういふ。「ここで保護されている利益は、精神的なものというよりも、その人のアイデンティティを顕現させる氏名や肖像を排他的に使用できるといふ、〔すなわち、〕ある物を所有している、ということについてのものである。」⁽⁸⁹⁾

三 こうして、「冒用プライバシー」論の保護法益を他の三類型とは異なるものであるとした Prosser ではあるが、ただ、それが「財産権」(property) であるか否か議論することには「全く意味がない」(quite pointless) としていることは、ここで注記しておくべきであろう。彼は、こういふ。「仮にそうでなくとも、少なくとも、ひとたび法により保護されれば、ライセンスを販売することによって原告が収益をえることができるというのが、その権利の価値なのであるから。」⁽⁹⁰⁾

Prosser は、前述してきているように、「冒用プライバシー」の保護法益を、精神的なものを超えて、「財産的なもの」(proprietary) であるとしていた。また、McCarthy は、Prosser のこの議論について、それは「冒用プライバシー」の保護法益には商業的利益と個人の尊厳 (personal dignity) の価値が併存しており、それはど

明らかに傾倒するものではない、との分析を与えている。⁽¹⁰⁾ 彼は、Prosserがこの二つの全く異なる価値を区別せず、ひとつの法概念(すなわち、プライバシー)に包摂しようとしたことに、パブリシティ権論の混乱を見てとっている。⁽¹¹⁾ わが国のある論者も、Prosser論文、そして、McCarthyの評価を詳細に検討し、つぎのようにいっている。「プロッサーの輝かしい業績は、ことパブリシティの権利の成長という視点からすれば、その「独り歩き」を阻んだのである。」⁽¹²⁾

第四項 RESTATEMENT (Second) OF TORTS

1 RESTATEMENT OF THE LAW⁽¹³⁾

一九二三年創設のアメリカ法律協会(American Law Institute)は、膨大な数に上り、かつ、各法域において必ずしも一定ではない判例法を、アメリカ法としての統一性を保つ試みを実施している。その成果物が、RESTATEMENT OF THE LAW シリーズである。これは、各法分野の「権威」とされる法学者により、判例法を「再記述」(restate)するという手法でなされている。

具体的な形式としては、まず、基礎的な法の準則が条文形式で示され、つぎにComment、そしてIllustrationsがあり、さらにReporter's notesで構成されている。

RESTATEMENTは、裁判例や評釈類で頻繁に引証されているけれども、性質上は、法学者の他の書物と同じ権威をもつのみで、それ自体が法律でないのは勿論、裁判所を法的に拘束するものでもない。とはいえ、右にも述べたように、RESTATEMENTは、当代一流の法学者が起草し、各分野における専門家の討議をへて編集されているだけに、とくに実務に与える影響は大きいと評価できる。また、RESTATEMENTは、裁判例群の大まかな一致点を記

述することを超えて、以後の実務をリードすべき法理論については、それが裁判例数としては僅かであっても「条文」にとり込むという方針を採用している、という。彼の国の法理論を理解する導きの糸としての地位をもつといえるであろう。

なお、ご覧になる RESTATEMENT (Second) OF TORTS (1965-1979) は、Prosser が一九七〇年まで起草者 (Reporter) を務めたところ⁽⁸¹⁾。また、項を改めつみる RESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION (1995) は、Robert C. Denicola と Harvey S. Perlman が起草者を務めたところ⁽⁸²⁾。

2 RESTATEMENT (Second) OF TORTS § 652C

1 Prosser によるプライバシー侵害の四類型は、一九七七年の RESTATEMENT (Second) OF TORTS の §§ 652A-652E に採録されたこと、実務上の影響力を確立したといえる。

11 「冒用」 (appropriation) について規定している § 652C をみておこう。

「§ 652C 氏名または肖像の冒用

他人の氏名又は肖像を、自らの使用又は便益のために冒用する者は、プライバシー侵害の責任を負う。」

RESTATEMENT (Second) OF TORTS は、Prosser の影響をうけついで、「冒用」をプライバシー侵害の一類型として語っている。但し、付された Comment をみると、「冒用」保護しようとしている法益は、「財産権」 (property right) としての性質をもつものである、と理解されていることがわかる。

たとえば、§ 652C Comment a は、このようにいう。「精神的被害 (mental distress) に対する個人的な感情 (personal feelings) を保護する」ともこの準則の理解を導く重要な要素ではあるが、「本準則によって」創設された権利は、財産権としての性質をもっている。というのも、当該権利を行使するということは、排他的な使用权を第三者に与えるということであり、使用权を与えられた者は、それについて訴訟上の保護を受けられるということであるからである。」また、§ 652A (プライバシーが四類型に分類できることを規定している) の Comment b にも、§ 652C に規定されている氏名、肖像等の冒用は、「個人に財産権に類似したものを授けているようにみえる」という記述がみられる。

三 しかしながら、§ 652C に付された Comment b は、ここでのプライバシー侵害の一般的形態について、それを原告の氏名、肖像等を被告の営業、商品に無断使用することであるとした後で、但し、それは「商業的な冒用」に限定されない、と⁽¹⁶⁾いう。そして、「損害」(damages) の項 (§ 652H) では、§ 652C の「冒用」に対しても「精神的被害」(mental distress) に対する損害賠償が認められるとされている。

ここに、氏名、肖像といった個人のアイデンティティの使用について、当該個人の感情の保護と、アイデンティティの商業的価値の保護という二側面を、「冒用」というプライバシーのカテゴリに融合させた RESTATEMENT (Second) OF TORTS の見解をみることができる。すなわち、Prosser の意向をつよく反映した RESTATEMENT (Second) OF TORTS は、氏名、肖像等の「冒用プライバシー」(それは、パブリシティ権の「祖先」であると考えられる) について、それを財産権であると断定していない。その理由を、本稿は管見の限りで、知りえなかつた。⁽¹⁶⁾

第五項 RESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION

1 緒言

一九九五年、RESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION が公表され、パブリシティ権は、不正競争法の分野に、確立された。その第四章「営業上の価値の冒用」の第三節 (§ 46-49) に位置づけをもつことで、パブリシティ権は、「プロパティ」しての性質がよりつよめられた、⁽¹⁷⁾ といつてよいであろう。

この項では、パブリシティ権の実体を規定している、§ 46 および § 47 を詳述することにする。⁽¹⁸⁾

2 RESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION § 46

(1) § 46 は、つぎのように規定している。

「§ 46 人物を指し示すもの (identity) の商業的価値の冒用：パブリシティ権

取引のために人物の氏前、肖像その他の当人であることを指し示すものを同意なく使用することにより、その者を示すものに宿っている商業上の価値を冒用した者は、§ 48 及び § 49 に定める準則のもとで、適正な救済についての責任を負う。」

(2) Comment

1. § 46 は、人物を示すものにある商業的価値を、同意なく「取引目的」(purposes of trade) で使用する⁽¹⁹⁾ ことを違法行為としている (Comment a)。

2. 本章に定められている諸準則で保護される利益は「パブリシティ権」と呼ばれている (Comment a)。
3. 当人を示すものにある商業的価値が無断で使用されたことから生じた人格的利益 (personal interests) に対する侵害については、不法行為法に基づいて、対処されている。これらの人格的利益の保護は「プライバシー権」の一側面として述べられている (Comment a、Comment b も参照)⁽¹⁸⁾。これに対して、パブリシティ権は、その人を示すものにある商業的価値の冒用に対する矯正 (redress) を提供するものである (Comment a)。
4. 詐欺 (deception) や消費者の混同 (consumer confusion) は、本節の責任を課す要件ではない (Comment b)⁽¹⁹⁾。人物を示すものを使用して、商品の販売を誘引したり広告するだけで、侵害は成立する⁽²⁰⁾。
5. パブリシティ権の論拠は多様である。プライバシーと同様、「人間の尊厳と自律」 (personal dignity and autonomy) を論拠としていることもある。また、その対象に自己の名声 (fame) についての商業上の価値を確保すること、その価値を他者が無断で使用することから得る不当利得 (unjust enrichment) を阻止することにあるといわれることもある。さらに、知的財産権を法認する理由と同様のインセンティブ理論に依拠した判例もある (Comment c)。
6. パブリシティ権は、自然人だけの権利であり、企業や法人には認められない (Comment d)。
7. パブリシティ権は、多くの場合、有名人 (セレブリティ) を示すものに宿る価値を保護するものであるが、知られていない人 (unknown person) のそれも商業的価値をもつ場合には、彼を示すものの価値は、保護される (Comment d)⁽²¹⁾。
8. 氏名、肖像等は、あるいは、それらを指し示すものは、著作権法の保護対象ではないので、それらに著作権法と同質の保護を与えることはできない (Comment i)⁽²²⁾。

(3) 小括

まず、パブリシティ権とは、人物を示すものに宿る商業的価値について、その無権限の使用を防止する権利である、とされている(1、2)。そして、そこから発生する商業的利益の侵害についてだけ本節で対処し、人格的利益の側面については、なお不法行為法に留め置くとされている(3)。「本節はパブリシティ権を、従来の不法行為プライバシーから分離して単独に引き出し、それに焦点を当て」⁽⁸⁾ているといえる。

また、パブリシティ権の論拠については、「人間の尊厳と自律」の確保、対象のパブリシティ価値の下落の防止、無断利用者の不当利得の阻止、あるいは、知的財産権を保護する理由として唱えられることのある「インセンティブ」論などをあげている(5)。パブリシティ権の論拠に personal interest をあげているように、RESTATEMENT (Second) OF TORTS § 652C (1977) の影響を、そして、なにより Prosser の影を見ざるを得ない。ただ、このコメントが、パブリシティ権を自然権的に理解していることのアラわれである、と評価することもできよう。⁽⁹⁾

したがって、パブリシティ権の主体を自然人に限定していることも平仄が合う。この点、Nimmer がその主体を自然人に限定していなかったことと、対照的である。ある論者は、この RESTATEMENT の書きぶりについて「動物、モノのパブリシティ権という発想は、その後まったく進展せず、定着しなかったことを示している」と評している。⁽¹⁰⁾ 企業や法人のパブリシティ価値の保護は、商標法や商号についての準則による、ということなのであるう。

最後に、パブリシティ権の主体は、有名人(セレブリティ)に限定されていない、としている。この点についての本稿の見解は前述している。そこで本稿は、パブリシティ権の主体は「知れわたっている人」である、と述べて

いる（参照、第一節第六項①）。これは「有名人」の定義の問題ではないのではなからうか。

3. RESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION § 47

(1) § 47 は、つぎのように規定している。

「§ 47 取引のための使用

氏名、肖像その他の人物を示すものは、それを使用する者の商品もしくは役務の広告に使用されるとき、使用する者が取引する製品に付されるとき、又は、使用する者によって提供される役務に関して用いられるときに、§ 46 にいう『取引のための』使用にあたる。ただし、時事報道、批評、娯楽、フィクション、もしくは、ノンフィクション作品、又は、右の使用に付随する広告において人物を示すための使用は、「ここにいう」『取引のため』の使用には、通常、含まれない。」

(2) Comment

1. 「取引のため」の使用の範囲は広い。人物を示すものを使用者が取引する商品または役務の広告のために使用することは、§ 46 に規定されている準則の下で、「取引のための」使用にあたる (Comment a.)^(註)。
2. 但し、時事報道、批評、娯楽、または、フィクション、もしくは、ノンフィクションの作品において、人物を示すものを使用することは、通例、パブリシティ権を侵害するものではない (Comment a, Comment c も参照)。
3. なぜなら、制定法およびコモン・ローによって認められているパブリシティの権利は、表現の自由という憲

法上の利益によって、基本的には制約を受けるからである (Comment c)。

4. また、エンターテインメント、ニュース、その他の創作的作品においてある人を示すものの使用を広範に制限するならば、そのことは、重要な憲法上の利益の制限にあたる。したがって、パブリシティ権によって認められる人格的 (personal) な、あるいは、財産的 (proprietary) な利益と、自由な表現やオリジナルな作品を創作するという公共の利益 (Public interests) との均衡をはかるために、いくつかの裁判所では、著作権法におけるフェア・ユースの判定と類似した分析を実施している (Comment d)。

(3) 小 括

§47は、パブリシティ権の保護と、表現の自由や創作の自由といった憲法上の価値を調整する法理論を、パブリシティ権を侵害する無断使用を「取引目的」(purpose of trade)での使用に限定することで、提示したものである。

「取引目的」というのは、広告宣伝における使用、製品化しての使用、あるいは、サーヴィスと関連づけての使用というほどの意味である。⁽⁸⁷⁾それは、ニュース報道、論評、エンターテインメント、あるいは、フィクション、および、ノンフィクション作品での人物を示すもの (アイデンティティ) の使用を含んでいない。

ここでの要諦は、原告を示すものが、商品の興味を引くために使用されたという限定された例外的状況においてのみ、被告は不法行為の責任を負う、ということにある。⁽⁸⁸⁾

第三節 侵害要件と損害

第一項 パブリシティ権の侵害要件

一 ある論者は、合衆国にはパブリシティ権に関する統一的な法理論はない、という。それは、州法で当該権利を規定するところもあれば、そうでない州もあり、また、裁判例においても、その権利の実体、侵害要件、救済等について、「不統一」が顕著である現状をとらえての言説であろう。⁽⁸⁾

たしかに、ある裁判例では、他者の商業的営為に知らないとこで関わりたくないという原告の意思を重視したかと思えば、⁽⁹⁾ 他方、被告の不当利得 (unjust enrichment) に注目した判決もある。⁽¹⁰⁾ また、原告と被告の間の不正競争 (unfair competition) を指摘するもの、⁽¹¹⁾ 演技者や有名人 (セレブリティ) の経済的誘因に言及するもの、⁽¹²⁾ さらには、消費者に与える誤解、商品市場の混乱 (confusion) に目配せしたものもある。⁽¹³⁾

二 右で述べたように、パブリシティ権侵害訴訟を一貫して説明できる法理論は、未だ確立されてはいないように思われる。但し、事例依存的な要素を捨象して、より一般的なパブリシティ権の法理を導こうとすると、パブリシティ権の意義として当該権利の侵害要件は、つぎの項目に一応の集束をみることができようである。ここでは、V. Grandpre の手を借りて、その要約を試みておこう。

まず、Grandpre は、パブリシティ権とは、自己を示すものを、他者によって商業目的でかつ無断で使用されな

いための権利であり、それは、すべての者に認められる権利である、という⁽¹³⁾。つづいて、Grandpre は、パブリシテイ権の侵害要件として、つぎの四要件を指摘している。(1)被告による原告のアイデンティティ(氏名、肖像等)の使用、(2)原告の氏名、肖像、あるいは、顕著な特徴の冒用(appropriation)が被告の利益、通常は商業上の利益、になつてゐること、(3)同意がないこと、(4)権利侵害(injure)の発生、これらである⁽¹⁴⁾。Grandpre も参照をうながすように、パブリシテイ権のこの種の侵害要件は、RESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION § 46 のそれに依拠したものである。

三 ところで、近時、裁判所は、パブリシテイ権侵害の認定範囲を拡張する傾向にあるようである。それは、パブリシテイ権の意義として侵害要件にいう「アイデンティティ」という「不定型な概念」に基因している、といえるであろう⁽¹⁵⁾。パブリシテイ権の意義、そして、侵害要件の(1)にある「アイデンティティ」の意味あいについて、すこしふれておこう。

多くの州法で、氏名や肖像に限定されていた「アイデンティティ」の客体が、その後、ある州では、声(voice)や署名(signature to name)まで、この「アイデンティティ」に含める改正を実施している⁽¹⁶⁾。また、この傾向は、制定法上のものばかりでない。裁判所も、この「アイデンティティ」の客体を拡張してきている。たとえば、ニューヨーク州法は、パブリシテイ権の対象を「肖像、写真」「氏名」に限定しているのに、裁判例では、「そっくりさん」(look-alike)⁽¹⁷⁾や「マネキン」による「模倣、物真似」(imitations)⁽¹⁸⁾まで、パブリシテイ権侵害を認定している⁽¹⁹⁾。

こうして、パブリシテイ価値を生成する「アイデンティティ」の客体は、拡張傾向にあるといえる。それは、とりもなおさず、パブリシテイ権の保護範囲が拡張されていること(したがって、それに対抗する権益を軽視する傾

向)を意味している。

四 パブリシティ権の侵害要件(1)に該当する場合であっても、氏名、肖像等の無断使用すべてが、パブリシティ権侵害の認定をうけるわけではない。「広告としての、あるいは、商業上の使用が(パブリシティ権侵害の)責任をひき起こすのである」⁽¹⁵⁾侵害要件(2)について、すこしふれておこう。

ここにいう「広告」(advertisement)とは、「『関連商品やサービスの販売を目的とした』顧客への勧誘」のことである。⁽¹⁶⁾それには、営利を目的としないものもある。⁽¹⁶⁾一方、「商業上の」(commercial)とは、営利を意図してのもので、かつ、「公共の利害」(public interest)の免責をうけない手段でのもの、というような漠然とした定義しかあたえられていない。⁽¹⁶⁾この二つの文言に含意されたこと、それは、営利を目的としない広告であったとしても、パブリシティ権侵害の認定をうけることがあるということ。他方、たとえ営利を目的とした営為であったとしても、そのことだけで、パブリシティ権侵害の認定をうけるわけではないこと、この二点である。とくに、後者は、パブリシティ権と表現の自由の調整をはかる企図にとつて、重要な視点を提供することになろう。

五 パブリシティ権侵害の要件(3)「同意の不存在」について、最後に、すこしふれておく。パブリシティ権の内実が、財産権であるなら、それは、自己が築いてきた「自己イメージ」(これを現前させるものが「アイデンティティ」であろう)から得られる経済的価値に、フリーライド(ただ乗り)されない権利と言い換えることができると思われる。パブリシティ権が、こうした他者の「イメージ」から勞せずして利益をあげることを防止するために法認された権利なら、権利の主体の同意の有無を権利侵害の要件に上げることが、論理必然的帰結であろう。

第二項 損害の内容

前項で、パブリシティ権侵害の要件として、「権利侵害の発生」をあげている（侵害要件④）。この権利侵害の基底には、事実上の損害（harms）の存在がある。ところで、パブリシティ権が仮に法認められないなら、いかなる損害が生じるのであろうか。

本項では、訴訟要件としての「権利侵害」を出発点として、広く、仮にパブリシティ権が法認められないなら、いかなる損害の発生が予想されるのかについて概述しようと思う。それは、裏を返せば、なぜパブリシティ権を法認すべきなのか、つまり、パブリシティ権の正当化根拠を探究する試みでもある。

ある論者は、「創作性を促進し、労働の果実の享受を守り、消費者を欺くことを予防し、そして、不当利得を防止する」ことに、パブリシティ権法認の意義を見出している。⁽¹⁰⁾ 本稿は、ここでこれらを敷衍していく。

1 権利論

パブリシティ権の正当化論拠として第一にあげられてきたのは、ここでも J. Locke の「労働の果実」の理論（fruits of labor theory）である。セレブリティは、経済的誘引力をもつアイデンティティを、時間をかけて、努力を傾け、技能を磨き、ときに、金員さえ支出して獲得してきたのであるから、彼らは、そのアイデンティティの使用から得られる報酬をうけるに値する、そして、彼らの試みから生成されるものをコントロールする権利をもつ、というのがここでの理由である。⁽¹¹⁾

但し、こうした「権利論」には、批判もある。ある論者は、有名人（セレブリティ）が経済的誘引をもつとして

も、彼ら自身の「時間、努力、技能、金員」はその獲得のひとつの要因ではあってもそれが主な要因ではない、という⁽¹⁸⁾。才能を開花させ、名声をもたらしたものは、「原石」本人の努力もさることながら、「専門家集団——助言者、教育役、指導者、相談役、事務所、写真家、出版者たち」によるところが大きいというのである⁽¹⁹⁾。また、大衆やメディアも、セレブリティという存在に、欠かせないものである。そもそも「名声」(fame)とは、他者集団との関係性のなかで生成されるものであるのだから⁽²⁰⁾。このように考えれば、「労働の果実」の理論からすると、セレブリティのもつ経済的誘引は、本人だけのものではなく、その生成に関わるすべての者でわけ合われるべきもの、ということになる。ここにはパブリシティ権の法力を相対化する契機がありそうである⁽²¹⁾。

2 経済理論

パブリシティ権は、二つの経済理論により、正当化されることもある。ひとつは「インセンティブ論」、もうひとつは「配分的効率性の理論」(allocative-efficiency theory)である。

一 パブリシティ権は、パブリシティ価値の生成の誘引(incentive)になることを理由に、当該権利の法認が正当化されることがある(「インセンティブ論」)。本稿は、反対意見上においてではあるが、Bird裁判官のつぎの言説をここで引証しておく。「その同意なき商業的利用に対抗するために、ある人のアイデンティティにある経済的価値に法的保護を与えることは、公衆に注目されるために欠かせない技能や功績を求めて時間や資源を投入する強力な誘引となるであろう⁽²²⁾。」合衆国最高裁も、次節で詳述するZacchiniで、パブリシティ権を法認する「インセンティブ論」を展開している⁽²³⁾。

但し、こうした「インセンティブ論」にも批判が寄せられている。ある論者は、「名声」(fame)はパブリシティ

の権利なき頃から求められてきた価値である、という。そのさいには、価値ある印象 (persona) を得ようとする行為は、経済的インセンティブとは関係なきものであったのである。⁽⁸⁵⁾ とくにスポーツ選手やある種のエンターティナーは、パブリシティ価値を得ようと活動しているのではなく、まさに当該分野での成功や功績を求めているのである。その意味で、彼らのパブリシティ価値は、非経済的動機から生成された、ともいえそうである。⁽⁸⁶⁾

二 もうひとつの経済理論、「配分的効率性の理論」は、パブリシティ権の法認が、希少な資源の、すなわち、セレブリティ・アイデンティティの商業的価値の、効率的な利用を促進する、という。⁽⁸⁷⁾ R. Posner が提唱するこの理論の要諦は、セレブリティ・アイデンティティについてのパブリシティ権をセレブリティ自身に帰属させれば、彼らはその価値の最大化を望み価値の減少を嫌うはずなので、パブリシティの過剰利用を防止できる、という点にある。⁽⁸⁸⁾ 「誰かのものにする」、ということが、当該資源の効率的利用に資する、というのであろう。

この理論にも批判がある。ひとつあげると、パブリシティの利用を妨げる他の要因、たとえば、人びとの選好とか流行の移り変わりなどをこの理論は考慮していない、というものがある。また、私的所有の制度に内在する取引コストの問題などが、指摘されている。⁽⁸⁹⁾

3 消費者保護

有名人 (セレブリティ) の名前や肖像が、ある商品に添付されていたとき、消費者は、彼らが当該商品を是認している、と思うであろう。パブリシティ権の論拠を「消費者保護」に求める論者は、当該権利を法認すれば、著名人が当該商品を是認しているという消費者の「混同」 (confusion) を防止できるであろう、という。⁽⁹⁰⁾

これに対しては、これはランハム法 (連邦商標法) の役割であり、したがって、パブリシティ権にこの役割を期

待するのは、もはや「余分」(redundant)である、との批判がある⁽⁶⁾。また、消費者は、広告に利用された有名人(セレブリティ)がすべて広告商品を是認している、とも考えてもいけないのではなからうか。

4 不当利得防止

パブリシティ権侵害訴訟の被告は、多くの場合で、その「フリー・ライド」行為を非難されてきた。合衆国最高裁も、*Zacchini*で、つぎのようにいつている。「市場価値のある、したがって、通常金銭の支払を要するとされる原告のもの(some aspect)を、タダで得られる特別な理屈などない。」⁽⁷⁾パブリシティ権の法認は、被告の不当利得を防止する効果も認められるというものである。

ところが、この論拠にも批判がある。有名人(セレブリティ)も、多くの先人の芸術的、あるいは、競技上の技能/技法の上でその地位を得ている、というものである。ある論者は、つぎのようにいう。「文化的産物は、…既存の典型的な形式、音、物語、そして、映像などの、再生、再結合、あるいは、再展開したものであることがしばしばである。」⁽⁸⁾既存のものから新規なものを生成しようとする者を、権利侵害者にしてはならない。うえの論者は、つぎのようにもいう。「パブリシティ価値を」許諾なく商業上使用したとされた者は、滑稽さとか芸術性とか機知といった彼ら独自のものを、彼らが『とった』とされたものに、しばしば添加していることがある。彼らがつくり出したものは、セレブリティがあるいは、使用承諾を得た者が供給してきたものとは違うマーケットで有用なものとされうる⁽⁹⁾ことがある。」⁽¹⁰⁾パブリシティの権利も、「トランスフォーマティブ」(transformative)の法理(次節で詳述する)により、制約される場合があるというのであろう。

以上、それぞれ批判はあるものの、パブリシティ権を正当化するいくつかの論拠をみてきた。パブリシティ権の正当化論拠としては、①有名人（セレブリティ）の自然権保護、②パブリシティ価値生成の誘引、③パブリシティ価値の効率的利用、④消費者保護、⑤不当利得の防止、といった視点からの議論があることを上述してきた。もちろん、これらは必ずしも相互に排他的な理由づけではない。

パブリシティ権は、こうした論拠が事案依存的に集積して、その保護法益を形成しているのであろう。合衆国でも、そして、わが国でも、「人格権」かそれとも「財産権」かと説かれてきたパブリシティ権の論拠は、このダイコトミーには還元できない価値の輻輳である、といえそうである。

第四節 表現の自由との調整理論

第一項 緒 言

一 パブリシティ権の発祥、パブリシティ権の意義、そして、その侵害要件と進めてきた行論は、ようやく「パブリシティ権と表現の自由」の本論に辿りついた。本節では、ある表現行為がパブリシティ権を侵害していると見られるとしても、表現の自由の価値に基づき、当該表現行為に憲法上の保護（あるいは、特権）が与えられるべき場合について、論述していく。

二 ところで、パブリシティ権の侵害を訴えるのは、有名人などの私人で、また、その侵害者と名指しされるのも私人なので、パブリシティ権侵害訴訟は、私人間での民事訴訟であり、憲法理論の出る幕はないのではないか、との疑問をここでは解いておく必要がある。本稿は、この点について、パブリシティ権を法認(enforce)する立法行為および司法行為に国家行為(state action)を見出している、と解答しておく⁽⁸⁶⁾。パブリシティ権を法認する国家行為は、市井の言論行為を規制している。第三節第二項であげた論拠により、パブリシティ権の法認が正当化されるとしても、パブリシティ権の範囲、その侵害要件、そして表現の自由による保護あるいは特権が与えられるべき理由の探究は、なお憲法学に負わされているといえよう。

三 表現の自由は、パブリシティ権に優位する権益であろうか。この点につき、まず、パブリシティ権がいわゆる営利的言論により侵害されているとき、当該言論行為がパブリシティ権より優位して保護されることは、従来の議論枠組を前提にすればない、と思われる。その理由としては、第一に、表現の自由は、同意なきパブリシティ価値の使用のもと、有名人が商品等を認しているという誤った印象を受領者に与える言論を、保護するものではないからである⁽⁸⁷⁾。第二に、当該営利的言論が消費者を惑わすものでない場合でも、表現の自由は、他人のプロパティを利用しての言論行為を、われわれに一般的に認める法理論ではない、と思われるからである⁽⁸⁸⁾。

つづいて、非営利的言論の場合はどうか。ここでも、パブリシティ権を直接とり上げている「唯一」の合衆国最高裁判決とされる *Zacchini* を参照しておきたい。なぜなら、当該事例は、パブリシティ権が言論の自由、情報の自由流通という価値に対して、常に優先するわけではないことを論じた判例として、重要であるからである。本稿のちに参照することになる *Comedy III* も、非営利的言論とパブリシティ権との調整については、営利的言論との場合とは違う理論枠組の必要性を強調している⁽⁸⁹⁾。パブリシティ権と表現の自由の調整場面で合衆国の多くの裁判

例が用いている議論枠組は、この点を本稿の視点から換言して、パブリシティ権の法認による表現の自由制約についての憲法適合性審査の枠組は、名誉毀損やプライバシー侵害の事案でも用いられているところの、「個別的利益衡量テスト」(balancing test)である。⁽¹⁰⁾そこでは、一方の皿にパブリシティ権を、他方の皿に言論の自由、情報の大衆流通という価値を載せて秤にかける、個別事案に則した判定が要求されている。

本稿は、第三節の第二項(損害の内容)で、パブリシティ権側の皿の内容をみている。そこで、本節では、表現の自由の価値の内実をみようと思う。

第二項 報道、ニュース価値、論評

一 パブリシティの権利によって保護される利益は、RESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION § 47によると、「取引のため」(for purposes of trade)のものに限定されている。⁽¹¹⁾

二 したがって、ZacchiniのPowell裁判官反対意見にあるように、有名人の氏名、肖像等が通常の報道番組の一部として使用された場合には、たとえそれが同意なき使用であったとしても、報道機関に対するパブリシティ権侵害訴訟において、彼らには修正一条上の保護が与えられるであろう。⁽¹²⁾

また、同意のない評伝の出版やその評伝の広告における対象者の氏名、肖像等の使用も、パブリシティ権を侵害しないと考えられている。たとえば、夫婦が自伝的書物を共同で出版しようとしていたところ離婚し、その後、妻が完成させたこの自伝を夫の許諾を得ずに出版したことの違法性が争われたMathews v. Wozencraft, 15 F.3d 432 (5th Cir. 1994)では、評伝の出版の自由が認められている。⁽¹³⁾さらに、小説、演劇、映画などの創作的作品に氏名、肖像等を使用することも、パブリシティ権の侵害にはあたらない、と解される。

三 しかし、有名人の氏名、肖像等が、その人物とは関係のない作品に対する注意をひくためだけに使用されているときには、当該使用行為は、パブリシティ権を侵害する場合がある、と思われる⁽⁸⁾。たとえば、*Parks v. LaFace Records*, 329 F.3d 437 (6th Cir. 2003) では、楽曲の内容とはかけ離れてはいるが「Rosa Parks」という市民権運動の象徴の名を冠したレコードについて、商標法およびコモン・ロー上のパブリシティ権を侵害すると判示されている。

さらに、対象者の写真が、報道目的ではなく、対象者のモデルとしての商業的価値を不当利用しようとするものであるときにも、当該使用行為はパブリシティ権を侵害している、とされるであろう⁽⁹⁾。こうした事例は、多くの場合に、性的な表現物（雑誌、ビデオ、ウェブサイトなど）に見られるようである。裁判例としても、対象者の同意のない写真等の掲載に対して、修正一条の特権を与えていない。たとえば、*Ali v. Playgirl*, 447 F.Supp. 723 (S.D.N.Y. 1978) は、ボクシング元世界チャンピオンの肖像絵を無断で雑誌に掲載した行為について、当該使用形態を単なる「取引目的」と認定し、修正一条の保護を否定している。また、著名な女子レスラーの殺害記事と略歴にそえて過去撮影されたヌード写真が無断で掲載された *Toffoloni v. LFP Publ. Group, LLC*, 572 F.3d 1201 (11th Cir. 2009) では、当該ヌード写真は記事および略歴の紹介に付随したものである (incidental) とはいえず、したがって、ニュース価値 (newsworthy) による特権をうけない、と判示されている⁽¹⁰⁾。

四 この項の最後に、氏名、肖像等を用いる「主目的」に着目し、当該目的が対象についての論評であるとき、同意のない氏名、肖像等の使用について、表現の自由の価値により免責されるとした裁判例を紹介しておく。 *Doe v. TCI Cablevision*, 110 S.W.3d 363 (Mo. 2003) では、かつてアイスホッケーのプロ選手であった原告が、自身を悪党役で描いたコミック本をパブリシティ権を侵害するものであると提訴した事案において、商品の「主目

的」が有名人についての論評であるときには、当該商品の表現的価値が商業的価値に優位する、とされている。

第三項 フェア・ユース

一 RESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION § 47 Comment d もいうように、創作的作品における他者の氏名、肖像等を広範に規制することは、表現の自由の価値を低下させることになりかねない。こうした危惧を背景に、パブリシティ権と表現の自由の調整を、著作権法におけるフェア・ユース (fair use)⁽⁶⁾ に類似した法理論によって実施しようとする裁判例もある、という。⁽⁷⁾ ここでは、氏名、肖像等の同意なき使用の実質性や市場への影響が、当該使用の態様や創作性に照らして、分析されているという。⁽⁸⁾ この分析において、氏名、肖像等の同意なき使用が、その態様や市場への影響からして「フェアである」といえるならば、当該表現行為は不法行為法上の責任を負わない、というのであろう。

二 では、どのような事例がフェア・ユースに該当するのだろうか。これについては、まず、§ 47 Comment d のもとにある Illustrations を参照しておこう。これは、Zacchini をモデルとした Illustrations である。

Hugo Zacchini は、「人間大砲」(human cannonball) の演技者であった。オハイオ州 Burton で開催されてきた Geauga County Fair で、彼は一五分間にわたるショーを展開していた。本件は、Scripps-Howard Broadcasting Co. のレポーターが、一五分間にわたるこのショーのすべてを写したビデオを、その日の夜のニュース番組で放送したのがはじまりである。Zacchini は、彼のショーのすべてを同意なく放送したことは「商品 (professional property) の違法な盗用 (appropriation) である」として、提訴している。報道機関の修正一条

上の特権を認めた原審（オハイオ州最高裁）の判決を破棄するなかで、合衆国最高裁は、つぎのようにいう。すなわち、ショーのすべてを放送したことは、Zacchiniから「彼のパーソナリティを商業的に表示すること、利用すること、あるいは、彼の才能の実行に対する彼の支配」を奪ったことになる、と。

この事案をモデルに、上述の Illustrations は、つぎのようにいう（あたまたの数字は、§ 47 にふされた Illustrations の通し番号である）。

7. テレビ局の編集者である B は、地方のニュース番組で A によって実演された「人間大砲」のビデオテープを、それを賞賛するコメントとともに放送した。そのビデオテープは、地方の農産物品評会の期間中、A によって予定されていたひと続きの実演をおさめたもので、A の不同意にもかかわらず、作成されたものであった。B は、A の実演のすべてを放送している。裁判所は、許諾なき使用の実質性および市場への影響に照らして、つぎのように判示するのがよいであろう。B は、§ 47 に述べられている準則に照らして A のパブリシティ権を侵害しており、したがって、A に対する不法行為法上の責任がある。

8. 事案の他のところは同じであるが、B の放送は、A の死後、二年を経過したあとの、農産物品評会の歴史をふり返る番組のなかでのことであったとしよう。A のパブリシティ権は、A の息子である C が、現在では保有している。裁判所は、つぎのように判示するのがよいであろう。A の個人的利益に対するいかなる損害もないこと、および、C のものを使用したことによる市場への影響はごく僅かであることに照らして、B は C に対する不法行為法上の責任を負わない。

著作権法のフェア・ユース規定も、裁判の帰趨を決定づける準則 (rule) ではなく、表現規制的性質をもつ著作権保護と表現の自由の価値とを調整する法原理 (principle) として位置づけられるものであろう。C 以下の RESTATEMENT

の説示も、「許諾なき使用 (appropriation)」の实质性、市場への影響、個人的利益の損失等を、事例に則して判定せよ、といっているように読める。

第四項 トランスフォーマティブ・ユース

一 パブリシティ権の法認により権利者の同意なしではできないとされた行為は、パブリシティ価値をもつ人物の氏名、肖像その他の同一性を指し示すものを、取引のために使用することであった⁽⁸⁾。そして、パブリシティ価値をもつ人物の氏名または肖像を付した製品の販売は、ここにいう「取引」に該当するとされていた⁽⁹⁾。同意なく氏名、肖像等を用いた製品の販売は、パブリシティ権を侵害する。なんら疑義がなさそうなこの構図に、表現の自由の視線を注いだ裁判例がある。加州最高裁判決 *Comedy III Production, Inc. v. Gary Sanderup, Inc.*, 21 P.3d 797 (Cal. Ct. App. 2001) である。

二 *Comedy III* の原告は、“The Three Stooges” (米のコメディ・グループ) のすべての権利を管理していた。被告は、この権利者の同意なく、グループのメンバーの肖像を使用したリングラフを制作し、それをプリントしたTシャツを販売している (但し、このリングラフおよびTシャツは、なんらかの製品を広告するものではなかった)。原告が Cal. Civ. Code § 990(3)(b) に基づき、損害賠償と販売の差止めを求めて提訴したのが本件の概要である。

原審は、原告の主張を認容し、損害の賠償、弁護士費用の弁済、および、販売の差止めを被告に命じている。この判決自体は、加州最高裁でも維持されている。しかし、被告のこの行為を機縁として、氏名、肖像の同意なき使用が修正一条の保護をうけるか否かの判断について、原審と最高裁で、見解が分かれている。すなわち、同意のない氏名、肖像等の使用は修正一条の保護をうけないとする原審に対し、加州最高裁は、つぎのようにいう。

「芸術的表現が、営利的利得を求めて、セレブリティを写真に描く、あるいは、「そのさまを」真似るという形でなされているとき、侵害を上回る重要な表現が付加されずにパブリシティ権を直接的に侵害しているなら、アーティスト〔セレブリティ〕の労働の果実を守るといふ州法の利益は、模倣家 (imitative artist) の表現の利益より重要である。……」

他方、創出物 (work) に重要なトランスフォーム要素 (transformative element) が含まれているなら、修正一条の価値による保護をうけると同時に、パブリシティ権が保護している経済的利益との抵触も少ないであろう。……このとき、その創出物についての修正一条の保護は、パブリシティ権を法認する州のいかなる利益よりも、より重要であるといえるであろう。⁽⁸⁾」

Comedy Ⅲ の原審および原々審は、セレブリティ・イメージを再現することに、修正一条の保護を与えていない。そこには、「修正一条は販売される言論も保護しているが、「有名人の」イメージを再現することは、それが販売による利益をもとめてなされているなら、それ自体は言論とはならない。」という思考法があるところ。この思考法は、最高裁では否定されている。最高裁は、著作権法におけるフェア・ユースの法理、なかんずく、右記の引用のように「トランスフォーマティブ・ユース」の法理を借用してきて、パブリシティ権と表現の自由の衡量において、後者を優先させるべきときがある、というのである。

三 では、有名人 (セレブリティ) のイメージにもとづく表現にどのような「トランスフォーム要素」があるとき、当該表現を行う自由がパブリシティ権に優先するといふのであろうか。Comedy Ⅲ は、その判断要素につき、つぎの「七項目」をあげている。⁽⁹⁾

まず、著作権法のフェア・ユース条項との関係では、つぎの二つがあげられている。

① オリジナルを代替する (supersede) のではなく、新たな表現、意味、意図でオリジナルを変え、新しい目的や異なる性格をオリジナルに与えて、なにか新規なものを創出していること。⁽⁸⁾

② 創出されたものに、オリジナルの正確な模倣をこえる、重要な表現がくわわっていること。正確な模倣なら、オリジナルの市場価値に影響を与えるかもしれないので。⁽⁹⁾

その他の考慮要素として、Comedy IIIは、つぎの項目をあげている。

③ 有名人の肖像等を「生の素材」(raw materials) としていること。あるいは、有名人の描写や模倣が創出されたものの本質として扱われていること。⁽¹⁰⁾

④ 変容されたことにより、有名人の肖像というよりも、独自の表現となっていること。⁽¹¹⁾

⑤ 創出されたものの市場での価値が、有名人の名声からのものではないこと。その価値が作品の創造性、技能、作者の評判からのものであること。⁽¹²⁾

⑥ 著作権法におけるフェア・ユースと同様に、有名人の描写が「単なる些細な」変更をこえ、作者「自身のもの」と認識できるものであることが、法的保護のための要件である。⁽¹³⁾

また、Comedy IIIは、変容の規模を重視している。

⑦ 創出されたものの芸術性、作品の質は、関係ない。低俗な (vulgar) ものも修正一条の保護をうけている。⁽¹⁴⁾ 逆に、質は高くとも、完全なる模倣は、パブリシティ権と抵触する。創出されたものの大部分に、変容的要素がなければならぬ。⁽¹⁵⁾

四 Comedy IIIのトランスフォーマティブ・テストにより、パブリシティ権侵害が否定された例として、ETW Corp. v. Jireh Publishing, Inc., 332 F.3d 915 (6th Cir. 2003) がある。本件では、著名プロゴルファーの優

勝を記念した絵画に *Comedy III* のトランスフォーマティブ・テストを参照して、修正一条上の保護が与えられている。⁽⁴⁴⁾

その他に、著名なアーティスト兄弟をコミック本のなかで一方を半身は虫、他方を人間として描いた *Winter v. DC Comics*, 69 P.3d 473 (Cal. 2003)、『ビデオゲームにダンスグループを登場させた *Kirby v. Sega of America, Inc.*, 50 Cal.Rptr.3d 607 (Ct. App. 2006)』などが、*Comedy III* の「変容要件」を満たすとして、修正一条の保護を得ている。⁽⁴⁵⁾

第五項 小 括

知的財産権の客体が「知的」なものに限られないことは人口に膾炙されて久しい。本稿が議論の俎上に上げていくパブリシティ権も、多くの論者が、知的財産権として、あるいは、それ類似の権利として、その法理論を構築させてきている。また、この権利が、表現の自由の対立利益であることにも、多くの論者に見解の一致があると思われる。有名人（セレブリティ）のイメージと、それを使用した言論、この間隙に憲法上の問題を見出したのが、*Zacchini* であった、と *Comedy III* の Mosk 裁判官はいう。本節では、有名人にパブリシティ権が認められるとしても、その権利を修正一条上の価値が上回る場合について、論述してきた。

本節で述べた第一のこと、それは、パブリシティ権と表現の自由の調整は、個別的衡量 (balancing) の手法で行われる、ということである。有名人のイメージを使用した言論がそれに便乗した営利的目的である場合を別として、それが非営利的言論であるとき、そして、営利／非営利の区別が困難であるときにも、一律背反的な両価値を、事案に則して判定するこの手法は、パブリシティ権と表現の自由を調整する原則的枠組として、有用であると思わ

れる。

その衡量のさいに考量されるべき表現行為側の目的、性質が、本節で述べた第二のことである。著名人を用いての表現が、報道、論評目的でなされるとき、また、フェア・ユースに該当するとき、あるいは、そのより精緻な形体であると思われるトランスフォーマティブ・テストをパスするとき、当該表現行為の保護はパブリシティ権の保護に優先されるべきである。本節の要諦はここである。

もちろん、いかなる場合にも、表現の自由がパブリシティ権に優位すべきであるとはいっていない。個別的衡量の手法は、名誉毀損、プライバシー侵害などの場面でも、事例依存的性質をもつことは否めない。

おわりに

一 芸能人、プロスポーツ選手などのいわゆる著名人は、わたしたちの日常生活において、実に、刺激的存在である。わたしたちは、彼らの生き様とときに感化され、また、彼らをめぐるゴシップを話題にすることもある。彼らは「文化的諸価値」を体现する存在なのかもしれない。わたしたちは、有名人（セレブリティ）の振る舞いをまね、容姿に憧れ、ときに、彼らに消費の流行をみている。彼らそのものが、わたしたちのコミュニケーションの供給源 (resource) となっている状況がそこにある。^(註)

有名人、セレブリティの生活の場は、わたしたちの言論空間のなかにある。彼らは、そのなかで日常生活を営む存在であり、したがって、常にわたしたちの言論の対象となる存在なのである。

二 平成二四年第一判は、人の氏名、肖像等がもつ顧客吸引力を排他的に利用する権利を「パブリシティ権」と定義している。それが人格権に由来すると捉えた多数意見の評価をここでは措くとして、当該権利の侵害は「経済的な」損害を発生させると捉える補足意見、および、合衆国での当該権利の主要理解によれば、パブリシティ権は、有名人、セレブリティのイメージがもつ経済的価値について、その不法使用を防止するための権利である、と理解することができる。それは、著名人の氏名、肖像等がもつパブリシティ価値という無体物に設定された排他的権利（管理権）である、といえよう。

ところで、有名人、セレブリティは、「一」で述べているように、わたしたちの言論空間のなかにいる。彼らはその一挙一動に注目を集める存在であり、わたしたちの言論の供給地でもある。パブリシティ権は、この言論の供給源附近に設定された排他的権利であるので、その効果がわたしたちの表現活動に及ぼす影響に注視しなければならない。本稿の執筆動機はここにある。

三 パブリシティ権と表現の自由という両価値をどう調整するか。この問題の解法は、パブリシティ権を経済的権利にとどめることで与えられる、と本稿は考えている。

パブリシティの権利は、「二」で述べているように、有名人、セレブリティのもつ経済的価値を不法使用されない権利である。それは、著名人らの氏名、声、サイン、写真、肖像等のもつ経済的価値を、権利者に無断で商品化（merchandise）されない権利なのである。いや、それにとどめられるべきである。パブリシティ権を法認（enforce）することで、権利者に、言論に対する検閲権を与えてはならない。

再述であるが、有名人、セレブリティは、わたしたちの言論空間のなかにいる。わたしたちは、彼らについて、論評、諷刺、戯画化の対象としている。それらの行為は、表現の自由による保護をうけてきた。わたしたちは、有

名人らのイメージを、言論活動にも使用してきている。こうした行為に対する検閲権を、パブリシティ権の法認で、権利者に与えてはならないのである。

とはいえ、有名人、セレブリティ、そして、彼らの使用者も、有名人らの氏名、肖像等のもつパブリシティ価値（顧客誘引力）で、生きていかなければならない。わたしたちも、それをもちいての言論が、いかなる場合でも表現の自由の保護をうけるとは考えていないであろう。ここでもパブリシティ権が経済的権利であるということが解決である。パブリシティ権は、経済的権利である。営利的言論との関係ではパブリシティ権が優先するが、論評、パロディ、諷刺等との関係では、当該権利は、表現の自由に劣位する。不十分ではあるが、本稿の到達点はここまである。

四 パブリシティ権は、わが国では、制定法上の根拠をもっていない。したがって、当該権利を法認する論拠、その主体、性質等については、まだ論争があると思われる。^(註)

本稿は、この不確定な権利の理解について、合衆国の法理論、裁判実践を導きの糸としてきた。ただ、彼の国でも、いや連邦制をとる彼の国であるからこそ、当該権利の論拠（制定法上のものか、それとも判例法上のものか）、主体（自然人のものか、法人にもか）、性質（プライバシーシーカ、それとも、財産権か）等について、百家争鳴の状況にあるように思われる。それを瞥見した著者の限界に、読者は隔靴搔痒の感をもたれたことであろう。理論の一段の精緻化を期して、ひとまず、本稿を閉じたい。

(註)

(一) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193, 195 (1890). なお、内藤＝

田代・後掲書(註15)一〇六頁は、パブリシティ権について、「日本では珍しい判例法起源の法である」としている。

(2) 最高裁第一小法廷平成二四年二月二日判決(民集六六卷二号八九頁)。なお、本件の第一審(東京地判平成二〇・七・四判時二〇二三号一五二頁(民集六六卷二号一一六頁))および控訴審(知財高判平成二一・八・二七民集六六卷二号二二一頁)を紹介する北村二郎「判批」知的財産法政策学研究二五号(二〇〇九)三〇一頁で、パブリシティ権侵害が争われた写真をみることができ(三四一頁以下)。

(3) わが国の裁判実務でパブリシティ権(氏名、肖像等に関する経済的利益)をはじめて認めたのは、「パブリシティ権」なる言葉の使用はないものの、東京地裁昭和五一年六月二九日判決(判時八一七号二三頁(マーク・レスター事件))であるとされている。また、東京高裁平成三年九月二六日判決(判時一四〇〇号三頁(おニャン子クラブ事件控訴審))では、「芸能人の氏名・肖像がもつ……顧客吸引力のもつ経済的な利益ないし価値を排他的に支配する財産的権利」として同権利が捉えられ(但し、未だ「パブリシティ権」なる言葉には言及されていない)、芸能人に限定されない著名人の権利であるとした東京地裁平成一〇年一月二二日判決(判時一六四四号一四二頁(キング・クリムソン事件第一審))などを経て、わが国の下級審には、パブリシティ権に関する多くの裁判例の蓄積がある(ちなみに、「パブリシティ権」ないし「パブリシティの権利」という言葉がはじめて裁判書にあらわれたのは、東京地裁平成元年九月二七日(判時一三二六号一三七頁[光GENJI仮処分事件])であるとされている)。

但し、わが国での最初の事例とされる右記昭和五一年東京地判には、それをパブリシティ権なる固有の権利が争われた事案ではなく、人格権である氏名権、肖像権を認めた裁判例としてとらえるべきであるとした見解もある(参照、五十嵐清「判批」判評二一六号三四頁(判時八三五号))。この事例で認定された損害賠償が、原告が求めた氏名、肖像の利用承諾料相当額ではなく、原告が仮に肖像撮影を承諾していたと仮定した場合の、その撮影に要する時間相当額であったこと

が、その論拠である（参照、齋藤鳩彦「パブリシティ権の背景と問題（上）」NBL四二七号二八、二九頁註（一）（一九八九）。

（4）参照、最一判平成二四・二・二を掲載する判例時報の匿名解説（判時二二四三号七二、七三頁）、田村善之「パブリシティ権侵害の要件論考察——ピンク・レディー事件最高裁判決の意義」法律時報八四巻四号（二〇一二）一、一頁、小泉直樹「判批」ジュリスト一四四二五号（二〇一二）六、七頁。

（5）パブリシティ権が「人格権に由来する権利として認め得るものであること」は、金築補足意見も認めている。

パブリシティ権の論拠については、それを氏名、肖像等を冒用（appropriation）されない権利の一部として人格権に含めて考えるか（人格権二元的構成）、それとも氏名、肖像等を冒用されない権利のうち経済的側面だけ人格権とは別個独立の財産権として構成するか（人格権／財産権二元的構成）、二つの見解があるようである。

前者、一元的構成をとる代表的論者に、土井輝生「有名人の氏名・肖像の商業的利用とパブリシティ権（二）」コピライト二〇三号二、五頁（一九七八）、花本広志「人格権の財産権的側面——パブリシティ価値の保護に関する総論的考察」獨協法学四五号二四一、二四七頁（一九九七）がある。後者、二元的構成をとる論者には、阿部浩二「パブリシティの権利と不当利得」谷口知平・甲斐道太郎編『新版注釈民法（18）…債権（9）事務管理・不当利得』§697~708（有斐閣、一九九一）五六四頁以下、牛木理一『キャラクター戦略と商品化権』（発明協会、二〇〇〇）四二五頁、竹田稔『プライバシー侵害と民事責任（増補改訂版）』（判例時報社、一九九八）一六一~一六二、二八四~二八七頁、斉藤博「氏名・肖像の商業的利用に関する権利」特許研究一五号一八頁（一九九三）がある。

ところで、最高裁多数意見によるパブリシティ権の淵源論は、「人格権は私法の最上位の構成原理」であるとするとドイツの一般的人格権論を彷彿とさせる。渡辺修「人格要素の財産的利用——ドイツにおける氏名・肖像の保護を中心として」

著作権研究二一〇一頁（一九九四）は、D. Kippelの論説の、つぎの部分を用いている。「人格権の基礎にある人格概念は、まさに、一定の経済的利益のための保護権としての人格権の発展を促しているのである。少なくとも、人格概念はそのような理解に対立するものではない」（二二頁）。彼の地では「人格的利用権（パブリシティ権という法概念をもたないドイツの、パブリシティ価値についての財産的利用権を示すために渡辺が設定した道具的概念——引用者註）が人格権の枠の中に位置付けられており、人格権と切り離して、独自の財産権として構成する思考は一般的ではない」（二二頁）という。ドイツの議論を正確にトレースする能力はわたしにはない。わたしの謬見を正す意味でも、ドイツの議論を精査する試みを期待したい。

（6）本稿が「単なる感情侵害」という言説を用いるのは、それは名誉毀損やプライバシー侵害にはあたらない、ということとを意図してのものであることに注意されたい。氏名や肖像等の使用態様が名誉を毀損するものであったり、プライバシーを侵害するものであるなら、それは、わざわざパブリシティ権侵害として、新しい法概念をたてる必要はない、と思われる。それは、不法行為に関する従来の議論枠組、確立した判例に依拠して処理されればよいであろう。

（7）本稿は「単なる感情侵害」まで救済対象であると考えることには、疑問をいだいている。氏名や肖像等の使用が経済的利益を失わせたり名誉・プライバシーの侵害にはあたらない場合でも、たしかに「なんだか気持ち悪い」という感覚が残る場合もある、と思われる。ただ、このような精神的困惑まで、法は、救済の対象としているのであろうか（住所、氏名といった個人情報までプライバシー権の保護の対象になりつつあることにつき、内藤 田代・後掲書（註15）五五頁は、同様の言いまわしを用いて、その漏洩が損害賠償の対象にされていることに疑問を呈している）。本稿が米国の理論を参照しようとしているのも、この疑問を解消しようと思っっているからである。彼の国では、単なる精神的損害だけでは不法行為たりえない。それがIED (Intentional Infliction of Emotional Distress) の要件をみたしてはじめて、救済の対

象であると考えられる。

RESTATEMENT (Second) OF TORTS §46 (1977) は、*reckless*、*HEED* の成立要件はつぎのようにされている。当該不法行為が、①故意に (*intentionally*) あることは無謀にも (*recklessly*) なされていること、②極端、かつ、言語道断的な行為 (*extreme and outrageous conduct*) であること、③精神的苦痛との因果関係があること、④苦痛が重大 (*severe*) であること、これらである。

HEEDについては、参照、樋口範雄『アメリカ不法行為法』(弘文堂、二〇〇九) 五一〜五五頁、梶原健佑『Intentional Infliction of Emotional Distress の表現の自由——*Hatfill v. New York Times*, 532 F.3d 312 (2008) の判例研究から』山口経済学雑誌五八巻六号 (二〇一〇) 一一五、とくに一一三頁以下。

(8) 参照、東京高裁平成三年九月二六日判決 (判時一四〇〇号三頁)、東京地裁平成四年三月三〇日判決 (判タ七八一号二八二頁)、東京地裁平成一〇年一月二二日判決 (判タ九九七号二四五頁)。但し、これらの裁判例は、必ずしも「パブリシティ権」なる言葉を使用しているわけではない。

(9) 升本喜郎「パブリシティの権利の侵害について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 (著作権法・意匠法)』(新日本法規出版、二〇〇七) 二二〇、二二二頁。

(10) 升本・同論文二二二頁は、東京高裁平成三年九月二六日判決を例示して、こう述べている。

(11) 菊池浩明「パブリシティ権についての裁判例の分析(上)」判例タイムス一三四六号 (二〇一一) 二五、二九頁。

(12) 升本・前掲論文(註9)は「人格権の場合には、人格的利益に関わる重要な権利であることや事後的救済の不十分さ等を根拠に、従来から、不法行為に対する救済方法として、差止請求が認められるというのが判例・通説である」と述べている(二二二頁)。「重要」か否かという相対概念に差止請求権の論拠を見出す理論に、門外漢であるからこそなのか、本

稿は疑問をいだいている。ただ、ここでは措くとする。

- (13) プライヴァシーを侵害する表現、名誉を毀損する表現、喧嘩言葉 (fighting words) などがその典型としてあげられる。
- (14) 人の氏名や肖像等に由来する「イメージ」と表現行為、一般化して、無体財と表現の自由⁶の分析枠組については、参照、大日方信春『著作権と憲法理論』(信山社、二〇二二)とくに第一章「著作権をみる憲法学の視点について」、同「特許と憲法——表現の自由を中心に」熊本法学二二五号(二〇二二)一頁以下。
- (15) 邦語で読めるパブリシティ権の「概説書」として、つぎの数冊をあげておく。豊田彰『パブリシティの権利』(日本評論社、二〇〇〇)、同『パブリシティの権利Ⅱ』(日本評論社、二〇〇七)、内藤篤⁷田代貞之『パブリシティ権概説(第二版)』(木鐸社、二〇〇五)。また、非売品ではあるが、社団法人著作権情報センター附属著作権研究所発行の『パブリシティの権利をめぐる諸問題』(著作権研究所研究叢書No.18⁸、二〇〇九)も同じであげておく。
- (16) See Thomas F. Cotter & Irina Y. Dmitrieva, *Integrating the Right of Publicity with First Amendment and Copyright Preemption Analysis*, 33 COLUM. J. L. & ARTS 165, 170-173 (2010).
- (17) See *ibid.*, at 172.
- (18) なお、本節の以下の行論は、G. Franke さんのに依拠している⁹。See Gloria Franke, Note, *The Right of Publicity vs. the First Amendment: Will One Test Ever Capture the Starring Role?*, 79 S. CAL. L. REV. 945, 947-953 (2006).
- (19) See RICHARD SCHICKEL, *INTIMATE STRANGERS: THE CULTURE OF CELEBRITY IN AMERICA* 24 (1985).
- (20) See Franke, *supra* note 18, at 947.
- (21) See Michael Madow, *Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights*, 81 CAL. L. REV. 125, 150 (1993).

(22) See Franke, *supra* note 18, at 948.

(23) See *ibid.*

R. Kwallによると、有名人（セレブリティ）という概念は、一九六〇年代まで、それほど一般的なものではなかったようである。それが、一九六〇年代以降の雑誌のタイトルには、「有名人（セレブリティ）」の文字が躍るようになったといふ。See Roberta Rosenthal Kwall, *Fame*, 73 IND. L. J. 1, 8 (1997).

(24) Franke, *supra* note 18, at 948. See CHARLES L. PONCE DE LEON, SELF-EXPOSURE : HUMAN-INTEREST JOURNALISM AND THE EMERGENCE OF CELEBRITY IN AMERICA, 1890-1940, at 44-47 (2002).

(25) See SCHICKEL, *supra* note 19, at 29-30.

(26) See Franke, *supra* note 18, at 948. Madow はこの点に言う。「名前というものは、何らかの意味でその持ち主が際だった人の典型とされない限り、よく知られた名前 (household word) とはいえない。〔たとえば〕権力者である Napoleon「富者」である J. P. Morgan「徳者」である St. Francis「そして、悪の典型 Bluebeard」といったように。」(Madow, *supra* note 21, at 160)。

(27) See Pavesich v. New England Life Insurance Co., 50 S.E. 68 (Ga. 1905). 本件の原告は「生命保険の新聞広告に自己の肖像が無断使用されたことについて、救済を求めている。これに対して、ジョージア州最高裁は、「プライバシー権をロモン・ロー上の利益として法認しない。その代りに、Warren と Brandeis の議論にもとめられてくる (50 S.E. at 74)。」

また、製粉所のポスターに原告の肖像が無断で掲載されたところ、Roberson v. Rochester Folding Box Co., 64 N.E. 442 (N.Y. 1902) でロモン・ロー上のプライバシー権の主張が斥けられたのを契機として、ニューヨーク州議会は「制

定法上のプライバシー権を規定している。

- (28) 豊田・前掲書(註15)『パブリシティの権利』四頁。
- (29) 現在の「ニューヨーク公民権法五〇条」(NY CLS Civ R § 50 [2012])。なお、同法五一条には「差止および損害賠償請求」の標題の下で民事責任について規定されている。
- (30) 50 S.E., at 81.
- (31) See Madow, *supra* note 21, at 168.
- (32) See Franke, *supra* note 18, at 950.
- (33) *Ibid.* See Madow, *supra* note 21, at 163.
- (34) See Franke, *supra* note 18, at 950. See also SCHICKEL, *supra* note 19, at 34-36; Kwall, *supra* note 23, at 29; Madow, *supra* note 21, at 162.
- (35) See Franke, *supra* note 18, at 950.
- (36) 本稿のいう「パブリシティ価値」は、氏名、肖像等の有する「商品の販売等を促進する顧客吸引力」(最一判平成二四・二・二民集六六卷二号八九頁)と同義であると考えてもらってよい。内藤篤も同様の見解を示している。参照、内藤「パブリシティ権——競馬ゲーム判決をめぐって」法学教室二二三五号(二〇〇〇)二、二頁。
- (37) Madow, *supra* note 21, at 166.
- (38) わが国におけるこのビジネスモデルの先駆けは、渡邊晋が立ち上げた芸能事務所・渡辺プロダクションであろうか。参照、野地秩嘉『芸能ビジネスを創った男 渡辺プロとその時代』(新潮社、二〇〇六)。
- (39) See Franke, *supra* note 18, at 951.

- (40) *Ibid.* See Madow, *supra* note 21, at 169.
- (41) See *ibid.*, at 952. See also Madow, *supra* note 21, at 169.
- See e.g. Miller v. Madison Square Garden Corp., 28 N.Y.S.2d 811 (Sup. Ct. 1941) (有名選手は、スポーツイベントの公式プログラムの表紙に写真が使われたことを知ったとしても、屈辱的なことはない。六セントの賠償を命ずる)； Fisher v. Murray M. Rosenberg, Inc., 23 N.Y.S.2d 677 (Sup. Ct. 1940) (フライヴァシー侵害として救済されるべきものは「感情の侵害」に限定されている。有名ダンサーの写真を靴の広告に使用したとしても、三〇〇ドルの賠償だけに値する)。
- (42) 本件における原告と被告は、ともに、お菓子メーカーである。ともに、メジャー・リーガーのプロマイドをチューインガムのオマケにするために、選手からの許諾を争う関係にあった。そして、原告が肖像使用について選手から許諾をえたうちの何人かについて、被告がその肖像等を無断で使用していたことが判明したので、原告は訴訟を提起したものである。被告は、原告には訴訟原因がない、との抗弁を提示している。なぜなら、原告とメジャー・リーガーとの契約は、選手のプライバシー権を原告との関係で放棄するという効果しか発生させず、したがって、被告との関係で原告は、なんらかの法益侵害を主張できる地位にはない、というのである。Frank 裁判官は、被告によるこの抗弁を否定して、本文のように述べたのである。
- (43) 202 F.2d, at 868.
- (44) *Ibid.*
- (45) *Ibid.* See Franke, *supra* note 18, at 952.
- (46) See Melville B. Nimmer, *The Right to Publicity*, 19 LAW & CONTEMP. PROBS. 203 (1954).

(47) *Ibid.*, at 216.

(48) See Franke, *supra* note 18, at 953.

(49) 但し、多くの文献は、合衆国最高裁がパブリシティ権について扱ったのは、この一件だけであるとしている。See e.g., Cotter & Dmitrieva, *supra* note 16, at 175.

(50) While 裁判官執筆の法廷意見には、Burger 首席裁判官ほか、Stewart、Blackmun、Rehnquist の各裁判官が同調している。一方、Powell 裁判官が執筆した反対意見には Brennan、Marshall の各裁判官が同調し、Stevens 裁判官は独自の反対意見を執筆している。五対四という僅差の法廷意見である。

(51) See Franke, *supra* note 18, at 953.

但し、多くの論者が指摘しているように、*Zacchini* は、パブリシティの権利に関する典型例ではなからう。なぜなら、そこで原告が求めたことは、彼のパフォーマンスのすべてを無料で放送されたことから受けた損害に対する賠償であり、彼の氏名、肖像等に宿るパブリシティ価値の不法使用に関する事柄ではないからである。

著作隣接権をもたない合衆国の法制度の下では、パブリシティ権がこの権利を代替する場合がみられるようである。内藤＝田代・前掲書(註15)一四四頁は、つぎのようにいう。「……人間砲弾のパフォーマンスをパブリシティ権で保護した *Zacchini* 判決などは、さしずめ日本であれば『芸術的な性質を有するもの』として著作隣接権で保護される『実演』の保護の問題だっただけと思われる。」

Zacchini がパブリシティ権訴訟における典型例でないとの彼の地での評価については、ひとまず、Vincent M. de Grandpre, *Understanding the Market for Celebrity: An Economic Analysis of the Right of Publicity*, 12 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L. J. 73, 76 fn. 18 (2001) 444n6、Grandpre が参照を促している、Douglas G. Baird,

Note, *Human Cannonballs and the First Amendment*: *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 30 STAN. L. REV. 1185, 1186-1187 (1978) を参照。

(2) RESTAURMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION §46 comment. b (1995) [hereinafter RUC] には、ごまのようにある。

「いくつかの判例においては、取引のために人物を示すものを無断で使用することは、原告が有名人である場合には営業的利益だけを侵害し、原告が広く認識されていない場合には人格的利益だけを侵害すると示唆されている。しかしながら、一個の訴訟原因によって賠償され得るのか別の訴訟原因によるのかは別にして、有名人は、営業上の損失とともに、審理されるべき人格的利益の侵害を立証することを妨げられず、また、あまり知られていない原告でも、人格的利益の侵害とともに、営業上の損失を立証することを妨げられない。」(at 529-530)。

(53) もちろん、このダイコトミーの間には、「知れわたっていること」の「グラデーション」がある。パブリシティ権を「様々なグラデーションの中にある法体系」ととらえる、内藤篤「第2版への序文」内藤田代・前掲書(註15)三、四頁参照。

(54) See Nimmer, *supra* note 46, at 210.

(55) 参照、豊田・前掲書(註15)『パブリシティの権利Ⅱ』二六頁。

(56) See RUC, *supra* note 52, at 532 (§46 cmt. d).

(57) See PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS 854 (W. Page Keeton ed., 5th ed. 1984).

(58) J. THOMAS MCCARTHY, THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY 41 (vol.1 2d ed. 2009) (§1: 24).

(59) 名古屋地裁平成二二年一月二十九日判決(判タ二〇七〇号三三三頁)〔ギャロップレーサー事件第一審〕。

(60) 菊池・前掲論文(註11)二八頁註7は、この他にも、東京地判昭和五二年三月一七日判タ三六二号二八八頁・同事件の

控訴審である東京高判昭和五三年九月二八日最新肖像権関係判例集八五九頁〔広告用気球事件〕、高知地判昭和五九年一月二九日判タ五五九号二九一頁〔永尾鶏事件〕、神戸地伊丹支判平成三年一月二八日判時一四二二号一三六頁〔クルーザー事件〕を「物のパブリシティ権を認めた事例」としてあげる論者もいるとしたあと、いずれも、パブリシティ権侵害そのものが争われたものではない、との評価を与えている。

- (61) 名古屋高裁平成一三年三月八日判決（判タ一〇七一号二九四頁）〔ギャロップレーサー事件控訴審〕。
- (62) 最高裁第二小法廷平成一六年二月二三日判決（判タ一一五六号一〇二頁）〔ギャロップレーサー事件上告審〕。
- (63) 東京地裁平成一三年八月二七日判決（判タ一〇七一号二八三頁）〔ダービースタリオン事件第一審〕。
- (64) 東京高裁平成一四年九月一二日判決（判タ一一一四号一八七頁）〔ダービースタリオン事件控訴審〕。
- (65) See Nimmer, *supra* note 46, at 210.
- (66) 原告Vassar大学のVassarという名称と大学シンボルを模したシールおよび角帽を被った女性の写真を、被告が無断で商品に使用した事例。
- (67) Universalのアイスホッケー映画にMadison Square Gardenの名称および写真が無断で使用された事例。
- (68) See McCARTHY, *supra* note 58, at 268 (§4 : 39).
- (69) 東京地裁平成一〇年一月二二日判決（判タ九九七号二四五頁）〔キング・クリムゾン事件第一審〕。
- (70) 参照、菊池・前掲論文（註11）三〇頁。
- (71) See McCARTHY, *supra* note 58, at 54 (§1 : 27).
- (72) See Andrew B. Sims, *Right of Publicity : Survivability Reconsidered*, 49 FORDHAM L. REV. 453, 465 (1981)
Prosserの類型化は「パブリシティ権が生き残りうるものである」という認識の生成を、間違いないで「遅らせた」。See

also Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc., 698 F.2d 831, 834 (6th Cir. 1983) (「Prosser 等部長の分析は「パブリシティ権」の法理論のある種の混乱の源となつて来た。】)。

(23) 上の評論は S. Hoffman によるものである。See Steven J. Hoffman, *Limitations on the Right of Publicity*, 28

BULL. COPYRIGHT SOC'Y 111 (1980)。

(74) 一九五四年の Nimmer 論文の「要旨」については、参照、豊田・前掲書(註15)『パブリシティの権利』一〇一―一六頁。

(75) See Nimmer, *supra* note 46 at 209.

(76) *Ibid.*, at 204.

(77) *Ibid.*, at 216.

(78) Nimmer は「パブリシティ」加州南部地区連邦地裁首席裁判官 L. R. Yankwich の論文を引用している。See Leon R. Yankwich, *The Right of Privacy*, 27 NOTRE DAME LAW 499 (1952)。

(79) Nimmer が参照をなしているのは、この裁判例である。Donahue v. Warner Bros. Pictures, District Court of the Third Judicial District, State of Utah, No. 87,714 (1952) ; Peay v. Curtis Publishing Co., 78 F.Supp. 305 (D.D.C. 1948) ; Reed v. Real Detective Publishing Co., 162 P.2d 133 (Sup. Ct. Ariz. 1945)。

(80) Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 215.

なお Warren & Brandeis は「この部分に註記を付し、この対象が官吏だけでなく、この者も含まれると述べている。それは「みずから受け入れ、または、みずから課した使命によって、あるいは、産業芸術演劇等において、みずから引き受けた役割によつて、みずから一般の関心の的となるような人」である (Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 215 n.1)。

- (82) Nimmer, *supra* note 46, at 205.
- (83) *Ibid.*
- (84) *Ibid.*, at 206-207.
- (85) RESTATEMENT OF TORTS §867, comment *d* (1939) (*citing* Nimmer, *supra* note 46, at 207).
- (86) Nimmer は六つの裁判例を引きながら、プライバシー訴訟はパブリシティ権侵害の救済に適合的でないことを詳述している。リッピは、その詳細は措へ。 See Nimmer, *supra* note 46, at 207-209.
- (87) Nimmer は、この二つの裁判例の参照をなしている。 See *Mau v. Rio Grande Oil*, 28 F.Supp. 845 (N.D.Calif. 1939) ; *Metter v. Examiner*, 35 Cal. App. 2d 304, 95 P.2d 491 (1939).
- (88) Nimmer は、この裁判例および文献の参照をなしている。 See *Manna Manufacturing Co. v. Hillerich & Bradsby*, 78 F.2d 763 (5th Cir. 1935) ; Note, 45 *YALE L. J.* 520 (1936) ; *see also* *Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).
- (89) Nimmer, *supra* note 46, at 209.
- (90) See *ibid.* Nimmer は、この裁判例の参照をなしている。 See *Rogers v. Republic Productions*, 104 F.Supp. 328, 341 (S.D.Calif. 1952).
- (91) Nimmer, *supra* note 46, at 209.
- (92) さらに、つねに表現の自由の価値を重視し、当該権益と対立する法益との関係を検討しつづけてきた Nimmer が、パブリシティ権を人格権ではなく、財産権を論拠とするものとの理解を示していることに、本稿は注目している。それは、パブリシティ権を「人格権に由来する」との理解を示したわが国の最高裁と対照をなしているからである。Nimmer の見解

が、おそらく合衆国では有力な理解ではなからうか。

- (92) Nimmer, *supra* note 46, at 210.
- (93) McCarthy のものに依拠して、不正競争の法理との「不一致」を説く Nimmer の議論を要約している。See MCCARTHY, *supra* note 58, at 55-56.
- (94) See 3 MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §24 : 6 (4th ed., 1992).
- (95) Nimmer, *supra* note 46, at 212 n. 64.
- (96) *Ibid.* Nimmer は、この言説について Paramount Pictures, Inc. v. Leader Press, 106 F.2d 229 (10th Cir. 1939) をあげて説明を加えている。本件の被告は、原告制作の映画に関係する広告商品（ポスターなど）を制作し、映画館に販売している。この広告商品には、原告の映画やその出演者のパブリシティ価値を使用したからこそ、価値があり、また、売りあげも上がったはずである。ところが、第一〇巡回区合衆国控訴裁は、不正競争の存在を否定している。なぜなら、被告が制作した広告商品は、原告によって是認されているものであることを主張しているわけではない、からである。
- (97) William L. Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383 (1960).
- (98) 註 (72) の文献および裁判例参照。
- (99) See Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity : An Answer to Dean Prosser*, 39 N. Y. U. L. REV. 962 (1964) ; Harry Kalven, Jr., *Privacy in Tort Law : Were Warren and Brandeis Wrong ?*, 31 LAW & CONTEMP. PROBS 326 (1966).
- (100) See MCCARTHY, *supra* note 58, at 32.
- (101) *Ibid.*, at 39.

- (20) See Prosser, *supra* note 97, at 401.
- (21) See *ibid.*, at 403.
- (22) *Ibid.* See McCARTHY, *supra* note 58, at 39.
- (23) Prosser は、この例をあげ、この点を説明している。本人になりすまして信用情報および秘密を聞き出すこと (Goodyear Tire & Rubber Co. v. Vandergriff, 52 Ga. App. 662, 184 S.E. 452 [1936])、原告の妻を装って見せた、(Burns v. Stevens, 236 Mich. 443, 210 N.W. 482 [1926])、子の出生証明書を父親に提示した、(Vanderbilt v. Mitchell, 72 N.J.Eq. 910, 67 Atl. 97 [Cl. Err. & App. 1907])。
- (24) See Prosser, *supra* note 97, at 406.
- (25) *Ibid.*
- (26) *Ibid.*
- (27) See McCARTHY, *supra* note 58, at 41.
- (28) See, *ibid.*
- (29) 豊田・前掲書(註15)『パブリシティの権利』一八頁。
- (30) RESTATEMENT OF THE LAW の説明については、この文献を参照した。BLACK'S LAW DICTIONARY 1428 (Bryan A. Garner ed., 9th edition, 2009)、田中英夫『英米法総論 下』(東京大学出版会、一九八〇)五一―五一三頁、茶園茂樹・小泉直樹「アメリカ不正競争法リストイテメント試訳(一)」『民商法雑誌』一一卷三号(一九九四)四九三、四九三―四九四頁〔翻訳の趣旨〕、豊田・前掲書(註15)『パブリシティの権利Ⅱ』二頁。
- (31) See McCARTHY, *supra* note 58, at 42.

- (114) 参照、茶園Ⅱ小泉・前掲訳(註112) 四九三頁、豊田・前掲書(註15) 『パブリシティの権利Ⅱ』二頁。
- (115) 但し、制定法で「商業的使用」に損害賠償を限定している州がある、とはされている。
- (116) 内藤Ⅱ田代・前掲書(註15) 『パブリシティ権概説(第2版)』八一頁には、つぎのようにある。「フランク判事、プロッサー教授いずれもパブリシティ権の財産的性質を指摘しつつも、これを『財産権』ないし『財産的利益』と断定することを躊躇しているのはなぜであろうか。権利性よりは行為の類型化や違法性を重視するコモン・ローの不法行為法体系ゆえであろうか。」
- (117) なお、RESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION (1995) の訳については、茶園Ⅱ小泉・前掲訳(註112)を参照した。但し、訳文には、適宜、変更をくわえている。
- (118) 「数多くの州(jurisdiction)の裁判所は、原告を示すものを無断で使用したことから生じる個人的感情の侵害に対する請求と、その営業上の価値の無断使用から生じた損害に対する救済を求める請求とを区別するに至った。後者の請求は、しばしば『パブリシティ権』と呼ばれて、『プライベートシュー権』に基づいて人格的利益に与えられる保護と区別されている。そのため、いくつかの州においては、現在では、人物を示すものを無断で営業的に利用することから生じる営業的損害と人格的損害に対する救済とを、別々の訴訟原因としている。もともと、パブリシティ訴訟とプライベートシュー訴訟の区別は、主として、原告が被る損害の性質に係わる。」(RUC, *supra* note 52, at 529 [§46 cmt. a])。
- (119) See RUC, *supra* note 52, at 547 [§47 cmt. a] (「氏名、肖像などを使用されている人物(identified person)に、当該使用者の商品又は役務を推賞し(endorse)又は後援していると需要者が信ずるおそれがあることの立証責任は、負わなければならない」)。
- (120) See McCARTHY, *supra* note 58, at 75.

(121) 前述したように、本稿は、パブリシティ権の主体は「有名人」(celebrity)に限られない「すべての人」(all person)である、という言説は慎重に読むべきである、と考えている。ここでは、つぎのコメントだけ、記しておく。「パブリシティ権は、他人を示すものを取引のために利用することによって、侵害される。したがって、その使用は、被告が他者を示すものを無断使用したとされる場合には、その〔指標は〕当該者を十分に指し示すものでなければならぬ。例を挙げると、それが氏名の無断使用であるなら、被告により使用された氏名は、見聞きする人びと (audience) によって、原告を指示するものと理解されるものでなければならぬ。同様に、視覚的な肖像が問題となる場合には、写真その他の描写が、原告を合理的に指し示めしうるものでなければならぬ。」(RUC, *supra* note 52, at 531 [§46 Cmt. d])。

このコメントでもわかるとおり、パブリシティ権の主体は、その氏名、肖像等を見聞きした人びとが、その主体を、まさにアイデンティファイできる者に限定されている。その意味では、氏名、肖像等にパブリシティ価値がある者は、「すべての人」(all person)ではないことになるであろう。この点は、前述した。

(122) 連邦著作権法の適用対象 (17 U.S.C. § 102, 103, 106) は、当該連邦制定法が専占しているの(17 U.S.C § 301)、新たな法益概念を去々することはできない。このコメントは、氏名、声、肖像そのものは「著作物性」に欠けるので、著作権法の客体性をもたない、というのである。

(123) 豊田・前掲書 (註15) 『パブリシティの権利Ⅱ』四頁。

(124) McCARTHY は、property の自然権的正当性を検討する項目で、つぎのようにいう。「人は誰でも、彼あるいは彼女を示すものの商業的使用をコントロールする権利が与えられるべきである。」See McCARTHY, *supra* note 58, at 85-87.

(125) 豊田・前掲書 (註15) 『パブリシティの権利Ⅱ』一三頁。

(126) 「新聞又は雑誌の広告、テレビやラジオのコマーシャル、あるいはその他の方法で需要者を勧誘するために無許諾で使用

することは、通例、当該使用者に他人のパブリシティ権を侵害したことに對する法的責任を負わせる〔原因になる〕。他人を示すものを商標又はトレードネームとして不当利用することも、同様に出訴可能である。慈善、教育、政府系、友愛会、又は宗教団体のような非営利団体が、寄付又は加入の勧誘目的で、ある人物を示すものを無許諾で使用することもまた、取引のための使用にあたる。〕(RUC, *supra* note 52, at 547 [§47 cmt. a])。

- (17) See McCARTHY, *supra* note 58, at 75.
- (18) See *ibid.*, at 75-76, *see also*, §8 : 59.
- (19) See Grandpre, *supra* note 51, at 73.
- (20) See *e.g.*, *Waits v. Frito-Lay, Inc.*, 978 F.2d 1093, 1097 (9th Cir. 1992) ; *Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc.*, 33 F.Supp.2d 867, 873 (C.D.Cal. 1999) ; and *Onassis v. Christian Dior-N.Y., Inc.*, 472 N.Y.S.2d 254, 263 (Sup. Ct. 1984).
- (21) See, *e.g.*, *Zacchini v. Scripps-Howard Broad. Co.*, 433 U.S. 562, 575-576 (1977) ; *Lerman v. Flynt Distrib. Co.*, 745 F.2d 123, 134 (2d Cir. 1984) ; and *Lugosi v. Universal Pictures*, 603 P.2d 425, 438, 441 (Cal. 1979) (Bird, C. J., dissenting).
- (22) See, *e.g.*, *Zacchini*, 433 U.S., at 575; *Lugosi*, 603 P.2d, at 438.
- (23) See, *e.g.*, *Zacchini*, 433 U.S., at 573; *Matthews v. Wozencraft*, 15 F.3d 432, 437 (5th Cir. 1994) ; *Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball Players Ass'n*, 805 F.2d 663, 678 (7th Cir. 1986) ; and *Lugosi*, 603 P.2d, at 441 (Bird, J., dissenting).
- (24) See, *e.g.*, *State ex rel. Elvis Presley Int'l Mem'l Found. v. Crowell*, 733 S.W.2d 89, 99 (Tenn. Ct. App. 1987).

但し、原告が広告商品を是認しているといった消費者の誤解はパブリシティ権侵害の立証には不要であるとする裁判例として、参照 Eastwood v. Superior Court, 149 Cal.App.3d 409, 419 (1983).

(135) See Grandpre, *supra* note 51, at 80.

本文中の Grandpre によるパブリシティ権の定義で注視されるべきは「すべての者」にパブリシティ権を認めていることでもあろう。この「すべての者」(everyone)であるが、Grandpre は、みずから認めているように、それは McCarthy のこの言説、有名人(セレブリティ)だけでなくすべての者がパブリシティ権の主体である、に依拠して述べられている。ただし、McCarthy は、人物を示すもの(マイデンティティ)に他者が価値を見出す者を「有名人(セレブリティ)」としている。したがって、Grandpre のいう「すべての者」は、「名もなき者」という意味で理解されるべきではない。この点も、パブリシティ権の主体は、氏名、肖像等に価値ある者に限定されている、と理解されるべきであらう。See Grandpre, *supra* note 51, at 80 n. 25. See also MACCARTHY, *supra* note 58, §§4 : 1~4 : 3.

(136) See Grandpre, *supra* note 51, at 80.

(137) See *ibid.*, at 80-81.

(138) See e.g., N. Y. Civ. Right Law 50 & 51 (NY CLS Civ R §§50, 51 [2012]) and Cal. Civ. Code 3344 (Cal Civ Code § 3344 [2013]).

(139) California州では、「氏名」「肖像」「くわえ」「声」「署名」を「個人の属性」(personal attributes)に含めて、それらの同意なき使用を禁止する法改正を実施している。See 1984 Cal. Stat., 1704, 2.

(140) See Onassis v. Christian Dior-N.Y., Inc., 472 N.Y.S.2d 254 (Sup. Ct. 1984).

(141) See Young v. Grenaker Studios, Inc., 26 N.Y.S.2d 357, 358 (Sup. Ct. 1941).

(142) また、つぎのような裁判例もある。

著名なカーレーサーが、彼が搭乗していた赤で統一されたレーシングカーを思わせる写真(レーサーの姿が明確なわけではない)を不正使用されたとして訴訟を提起した事案において、第九巡回区合衆国控訴裁は、パブリシティ権を認定したと思われる判決を下している (Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co., 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974))。

あるゲームショウで、ロボットにドレス、宝石、ウィックをつけさせ著名芸能人を思わせる姿で登場させたことが、当該芸能人のパブリシティ権を侵害したとされた裁判例もある (White v. Samsung Electronics Am., Inc., 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992))。

(143) Grandpre, *supra* note 51, at 82.

(144) *Ibid.*

(145) *See ibid.*

(146) *See ibid.*, at 83. 佐々木秀智「パブリシティ権とアメリカ合衆国憲法修正第一条」法律論叢八四巻二・三合併号(二〇一一)三三三・三四頁は、「修正一条上の審査基準による正当化事由に該当しない利用を対象とする」としている。

(147) Roberta Rosenthal Kwall, *The Right of Publicity vs. the First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis*, 70 IND. L. J. 47, 54 (1994).

(148) *See Franke, supra* note 18, at 954.

(149) *See Madow, supra* note 21, at 195.

(150) *See ibid.*, at 191.

(151) *See Franke, supra* note 18, at 954.

(152) 本稿冒頭で参照した最一判平二四・二・二の原審たる知財高判平成二二年五月二八日(民集六六卷二号一三二頁)には、つぎのような件がある。「……著名人は、自らが社会的に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いものであって、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護という憲法上の要請からして、また、そうといわないまでも、自らの氏名・肖像を第三者が喧伝などすることでのその著名の程度が増幅してその社会的な存在が確立されていくという社会的に著名な存在に至る過程からして、著名人がその氏名・肖像を排他的に支配する権利も制限され、あるいは、第三者による利用を許容しなければならない場合があることはやむを得ないといつことができ〔る〕(一四一頁)。

(153) *Lugosi v. Universal Pictures*, 603 P.2d 425, 441 (Cal. 1979) (Bird, C. J., dissenting).

(154) *See, Zacchini*, 433 U.S., at 576 (パブリシティ権は「公衆が関心を示す演技を生産するために必要となる投資を〔演技者に〕させる経済的誘引を提供している。」、

合衆国最高裁は、パブリシティ権の論拠としてのインセンティブ論を、知的財産権条項のもとでのそれに類比させ、つぎのようにいう。「合衆国議会に特許権および著作権を設定する権限を与えている当該条項の背景にある経済哲学は、つぎの信念である。すなわち、個人の収益〔を保障すること〕による個々の試みの奨励は、著者および発明者の『学術及び有益な技芸』における才能を通して、公衆の福利 (public welfare) を増進するための最善の方法である。そのような創作的活動に捧げられた日々は、産出されたものに匹敵する報酬を得ることを正当化している。」(433 U.S., at 576, quoting *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954))。

(155) *See Grandpe, supra* note 51, at 103.

(156) *See Madow, supra* note 21, at 214-215.

(87) See Franke, *supra* note 18, at 957.

(88) See Richard A. Posner, *The Right of Privacy*, 12 GA. L. REV. 393, 411 (1978). See also Madow, *supra* note 21, at 221; Franke, *supra* note 18, at 957.

(89) See Franke, *supra* note 18, at 957.

(90) See James M. Treese, *Commercial Exploitation of Names, Likenesses, and Personal Histories*, 51 TEX. L. REV. 637, 647 (1973).

(91) See Madow, *supra* note 21, at 231-233.

(92) 433 U.S., at 576 (quoting Harry Kalven, Jr., *Privacy in Tort Law : Were Warren and Brandeis Wrong?*, 31 LAW & CONTEMP. PROBS. 326, 331 (1966)).

(93) Madow, *supra* note 21, at 196.

(94) *Ibid.*, at 204. フラック Madow は、マイ・ショップで販売されていたカード二例をあげている。ひとつは、ハリウッド・スターがカーボニーの装いで口紅をひく [It's such a bitch being bitch] と添えられていたもの。もうひとつは、大物女優・歌手がオズの魔法使いの Dorothy に扮して、Toto と共にマイ・バーでオズの魔法使いのオープニング場面を演じている様子が描かれたものでもある。

(95) See New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 265 (1964).

(96) See Central Hudson Gas & Elec v. Public Serv. Comm. of N. Y., 447 U.S. 557, 563-564 n. 6 (1980) (営利的言論の典型である広告が虚偽、詐欺的で消費者を惑わすようなときには、言論の内容に基づく制約も許される)。

(97) See Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination : Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L. J., 1, 24 (2002).

「スコアボード」裁判書のなかでも指摘されている。See e.g., Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Scoreboard Posters, Inc., 600 F.2d 1184, 1188 (5th Cir. 1979) ; Cable/Home Communication Corp. v. Network Prods., Inc., 902 F.2d 829, 849 (11th Cir. 1990).

商標権と表現行為との関係でも同様の指摘がある。See Rochelle Cooper Dreyfuss, *Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation*, 65 NOTRE DAME L. REV. 397, 404-407 (1990).

(89) See 21 P.3d, at 802.

(90) 加州最高裁は *Comedy III* の判決文を執筆した Mosk 裁判官は *Zacchini* を参照して「個別的衡量 (balancing) の手法でパブリシティ権と表現の自由の調整を手がけた裁判例として、Guglielmi v. Spelling-Goldberg Productions, 25 Cal.3d 860 (1979) ; Estate of Presley v. Russen, 513 F.Supp. 1339 (D.N.J. 1981) をあげて参照している。但し *Zacchini v. Guglielmi v. Russen* についてはパブリシティ権が優先された事例である (see 21 P.3d, at 806)。

(91) RESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION §47 (1995) は「このように規定している。再掲しておく。

「§47 取引のための使用

氏名、肖像その他の人物を指し示すものは、それを使用する者の商品もしくは役務の広告に使用されるとき、使用する者が取引する製品に付されるとき、又は、使用する者によって提供される役務に関して用いられるときに、§46 にいう『取引のための』使用にある。ただし時事報道、批評、娯楽、フィクション、もしくは、ノンフィクション作品、又は、右の使用に付随する広告において人物を示すための使用は、「この」にいう『取引のため』の使用には、通常、含まれない。」

(92) See 433 U.S., at 581 (Powell J., dissenting).

(93) See also *Jeffries v. N. Y. Evening Journal Publ. Co.*, 124 N.Y.S. 780 (N.Y.S. 1910).

(173) See RUC, *supra* note 52, at 549 (§47 cmt. c).

(174) See *ibid.*

(175) See also *Douglas v. Hustler Magazine*, 769 F.2d 1128 (7th Cir. 1985) ; *KNB Enters v. Matthews*, 92 Cal.Rptr.2d 713 (Ct. App. 2000) ; *Bosley v. Wildwet.com*, 310 F.Supp.2d 914 (N.D. Ohio 2004).

(176) See 17 U.S.C. §107. 合衆国法律集第一七編第一〇七条は、つぎのように規定している。

「第一〇七条 排他的権利の制限：フェア・ユース

第一〇六条及び第一〇六条Aにかかわらず、著作権のある著作物のフェア・ユースは、著作権侵害にはあたらない。フェア・ユースには、批評、論評、ニュース報道、教授（教室内使用のための複数のコピー作成を含む）、学術、研究等の目的のための、コピーないしフォノレコードによる複製、その他の上記規定の方法による複製行為が含まれる。ある著作物における既存著作物の利用がフェア・ユースにあたるか否かの判断にあたっては、つぎのファクターが考慮されるべきである。

(1) 利用の目的と性質。これには、その利用が商業的なものか非営利の教育的なものかといった考慮も含まれる。

(2) 利用される著作物の性質。

(3) 利用された著作物全体に占める、利用された部分の量と実質的な価値。

(4) 利用された著作物の潜在的な市場ないし価値に与える利用の影響。

著作物が未発表であるということ、そのこと自体は、仮にその認定が前記のファクターすべての検討の下でなされていれば、フェア・ユースの認定を禁ずるものではない。」

(177) See RUC, *supra* note 52, at 550-551 (§47 cmt. d).

(81) See *ibid.*, at 551.

(79) 433 U.S., at 510.

(80) See RUC, *supra* note 52, at 551 (§47 cmt d, illust. 7 & 8).

(18) See RUC, *supra* note 52, at 528 (§46).

(20) See *ibid.*, at 548 (§47 cmt. b).

(23) 現行法では、§3344.1として再編成されている当該法は、つぎのように規定している (Cal Civ Code § 3344.1 [2013])。

訳文は、内藤＝田代・前掲書(註15)四五九頁以下を参照し、一部変更している。

「§3344.1 物故有名人：アステア著名人イメージ保護法

- (a) (1)物故有名人の氏名、声、署名、写真または肖像を製品もしくは商品上において、または製品、商品またはサービスの広告、販売または購入勧誘の目的で、(c)項に定める人物の事前の同意を得ないで、いかなる方法においてであれ使用した者は、その使用を理由として当該人物が被った損害を賠償する責任を負うものとする。さらに本条に基づいて提起された訴訟においては、本条に違反した当事者は侵害を受けた当事者に対して、①七五〇ドルないし②無権限の使用の結果として損害を受けた当事者が被った損害額のより大きい方の金額、ならびに無権限使用を理由としてその使用から得られた利益額で損害額算定の際に要素として参入されなかった金額につき、賠償責任を負うものとする。その利益額の証明において、侵害を受けた当事者は、無権限使用から得られた総収入額を証明することのみを要求され、本条に違反した当事者はその総収入額から控除されるべき費用を証明することが要求される。侵害を受けた当事者のために懲罰的損害賠償を認めることもできる。本条に基づき訴訟において勝訴当事者は、弁護士費用および報酬を求めることもできるものとする。

(2) および(3)省略)

(b) 本条によつて認められた権利は、財産権であり、契約、信託または遺言によつて全部または一部を自由に移転することができる。その移転は、本人の死亡よりも前に、本人自身またはその譲受人によつて行うこともできるし、死亡後に、本条に基づいて権利を取得する人またはその譲受人によつて行うこともできる。

(c) 本条によつて要求される同意は、(b)項に基づいて同意権(またはその一部分)の移転を受けた人、またはこうした移転が生じていない場合には、(d)項に基づいて同意権(またはその一部分)の承継を受けた人が行使できるものとする。

(以下、省略。)

(84) 21 P.3d, at 808.

(85) トランスフォーマティブ・ユースが成立しているか否かの判定のさい、裁判所が審査すべき項目を「七項目」としたのは、佐々木秀智の整理に負っている。参照、佐々木・前掲論文(註46)三五七頁。

(86) See Comedy III, 21 P.3d, at 808. 17 U.S.C. §107 (1) を解釈するこの理解は、Campbell における Souter 裁判官執筆の法廷意見のめりである。See Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994).

(87) See Comedy III, 21 P.3d, at 808. 17 U.S.C. §107 (4) の「潜在的市場テスト」を援用している。

(88) See *ibid.*, at 406.

(89) See *ibid.*

(90) See *ibid.*,

(91) See *ibid.*, at 810. 以下で参照が求められている先例は、L. Batlin & Son, Inc. v. Snyder, 536 F.2d 486, 490 (2d Cir. 1976) である。

- (181) *Comedy III, LLC v. Hustler* および *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* の合衆国最高裁判例の参照を促している。See *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988) ; *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, *supra*, 510 U.S., at 582.
- (182) See *Comedy III*, 21 P.3d, at 809.
- (183) 最終盤で、Graham 裁判官は、このように判決文をこめてくる。「作品 (Rush's work) は、もっぱらゴルフアー (Woods) の正確な描写を商品化 (capitalize) したのではない。むしろ、作品は、芸術的手法で歴史的スポーツイベント、そしてそのなかでのゴルフアーの偉業の意義をつたえることを、ゴルフアーのイメージに重ねるという手法で、制作されている。作品は、変容的要素を備えているので、修正一条の完全なる保護をうける。」(332 F.3d, at 938)。
- (184) 但し、*Comedy III* のトランスフォーマティブ・テストは、また、パブリシティ権と修正一条上の価値とを衡量する確立された基準とまではいえないようである (see *Cotter & Dmitrieva*, *supra* note 16, at 178)。
- たとえば、メジャーリーグの選手をパロディ化したトレーディング・カードの販売に関する事案である *Cartoons, L.C. v. Major League Baseball Players Ass'n*, 95 F.3d 959 (10th Cir. 1996) の裁判書 (Tacha 裁判官執筆) のなかには、商標や著作権などの知的財産権とは異なり、修正一条上の価値とパブリシティ権の調整をはかる法律がないことを理由として、このような手法による修正一条との調整を慎重にとらえている件がある (95 F.3d, at 970)。
- (185) See *Madow*, *supra* note 21, at 128.
- (186) 齋藤鳩彦「パブリシティ権の背景と問題 (上) (下)」NB L 四二七号二八頁、四二八号五二頁 (一九九八) は、パブリシティ権概念には「本質的な欠陥」があるとして、その「権利の要件と効果との間に (ある) 根本的な不均衡」を説明するかたちで「わが国では、アメリカでいわれているパブリシティ権という特別な権利は、存立できない」と説く。

(※) 最終校正の段階で、最一判平二四・二・二の概要を紹介する伊藤真「ピンク・レディ de ダイエット事件」法学セミナー (二〇一三) 六頁以下にふれた。

【付記】本稿は科学研究費補助金(基盤(C)・・・課題番号22530034)の成果の一部です。