

「ピンク・レディー」上告審・パブリシティ権侵害差止等請求事件：知財高裁平成20(ネ)10063・平成21年8月27日(4部)判決<棄却>/最高裁平成21(受)2056・平成24年2月2日一小判決<上告棄却>〔特許ニュース No.13175〕

### 【キーワード】

民法709条(不法行為), 著名芸能人, 顧客吸引力, パブリシティ権, 週刊誌掲載, ピンク・レディーのダイエット法の写真入り記事

### 【はじめに】

本紙No.12334で紹介した「ピンク・レディー」振付写真掲載事件(東京地判平成20年7月4日・請求棄却)では、芸能人等の氏名, 肖像の使用行為が、そのパブリシティ権を侵害する不法行為を構成するか否かは、その使用行為の目的, 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である、と裁判所は説示した後、本件写真1ないし14の使用により、必然的に原告らの顧客吸引力が本件記事に反映することがあったとしても、それらの使用が原告らの顧客吸引力に着目し、専らその利用を目的としたものであるとは認められないと判示した。

そこで、本紙においては、地裁判決に対する控訴審判決及び上告審判決を紹介するが、地裁判決についての前記本紙もぜひ参照されたい。

### 【最高裁の判断】

上告代理人中村稔ほかの上告受理申立て理由について

1 本件は、上告人らが、上告人らを被写体とする14枚の写真が無断で週刊誌に掲載した被上告人に対し、上告人らの肖像が有する顧客吸引力を排他的に利用する権利が侵害されたと主張して、不法行為に基づく損害賠償を求める事案である。

2 原審の適法に確定した事実関係の概要等は、次のとおりである。

(1)ア 上告人らは、昭和51年から昭和56年まで、女性デュオ「ピンク・レディー」(以下、単に「ピンク・レディー」という。)を結成し、歌手として活動をしていた者である。ピンク・レディーは、子供から大人に至るまで幅広く支持を受け、その曲の振り付けをまねることが全国的に流行した。イ 被上告人は、書籍、雑誌等の出版、発行等を業とする会社であり、週刊誌「女性自身」を発行している。

(2) 平成18年秋頃には、ダイエットに興味を持つ女性を中心として、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が流行した。

(3)ア 被上告人は、平成19年2月13日、同月27日号の上記週刊誌(縦

- 26 cm, 横21 cmのA B変型版サイズで約200頁のもの。以下「本件雑誌」という。)を発行し, その16頁ないし18頁に「ピンク・レディー de ダイエット」と題する記事(以下「本件記事」という。)を掲載した。
- イ 本件記事は, タレント(以下「本件解説者」という。)がピンク・レディーの5曲の振り付けを利用したダイエット法を解説することなどを内容とするものであり, 本件記事には, 上告人らを被写体とする14枚の白黒写真(以下「本件各写真」という。)が使用されている。
- (4)ア 本件雑誌16頁右端の「ピンク・レディー de ダイエット」という見出しの上部には, 歌唱している上告人らを被写体とする縦4.8 cm, 横6.7 cmの写真が1枚掲載されている。
- イ 本件雑誌16頁及び17頁には上下2段に分けて各1曲の振り付けを, 同18頁の上半分には残りの1曲の振り付けをそれぞれ利用したダイエット法が解説されている。上記の各解説部分には, それぞれのダイエット効果を記述する見出しと4コマのイラストと文字による振り付けの解説などに加え, 歌唱している上告人らを被写体とする縦5 cm, 横7.5 cmないし縦8 cm, 横10 cmの写真が1枚ずつ, 本件解説者を被写体とする写真が1枚ないし2枚ずつ掲載されている。
- ウ 本件雑誌17頁の左端上半分には, 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の効果等に関する記述があり, その下には水着姿の上告人らを被写体とする縦7 cm, 横4.4 cmの写真が1枚掲載されている。また, 同頁の左端下半分には, 本件解説者が子供の頃にピンク・レディーの曲の振り付けをまねていたなどの思い出等を語る記述がある。
- エ 本件雑誌18頁の下半分には「本誌秘蔵写真で綴るピンク・レディーの思い出」という見出しの下に, 上告人らを被写体とする縦2.8 cm, 横3.6 cmないし縦9.1 cm, 横5.5 cmの写真が合計7枚掲載されている。その下には, 本件解説者とは別のタレントが上記同様の思い出等を語る記述があり, その左横には, 上記タレントを被写体とする写真が1枚掲載されている。
- (5) 本件各写真は, かつて上告人らの承諾を得て被上告人側のカメラマンにより撮影されたものであるが, 上告人らは本件各写真が本件雑誌に掲載されることについて承諾しておらず, 本件各写真は, 上告人らに無断で本件雑誌に掲載された。

3(1) 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(氏名につき, 最高裁昭和58年(オ)第1311号同63年2月16日第三小法廷判決・民集42巻2号27頁, 肖像につき, 最高裁昭和40年(あ)第1187号同44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁, 最高裁平成15年(受)第281

号同17年11月10日第一小法廷判決・民集59卷9号2428頁各参照)。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一内容を構成するものといえることができる。他方、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といえるべきである。そうすると、肖像等を無断で使用する行為は、①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、③肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合に、パブリシティ権を侵害するものとして、不法行為法上違法となると解するのが相当である。

(2) これを本件についてみると、前記事実関係によれば、上告人らは、昭和50年代に子供から大人に至るまで幅広く支持を受け、その当時、その曲の振り付けをまねることが全国的に流行したというのであるから、本件各写真の上告人らの肖像は、顧客吸引力を有するものといえる。

しかしながら、前記事実関係によれば、本件記事の内容は、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。そして、本件記事に使用された本件各写真は、約200頁の本件雑誌全体の3頁の中で使用されたにすぎない上、いずれも白黒写真であって、その大きさも、縦2.8cm、横3.6cmないし縦8cm、横10cm程度のものであったというのである。これらの事情に照らせば、本件各写真は、上記振り付けを利用したダイエット法を解説し、これに付随して子供の頃に上記振り付けをまねていたタレントの思い出等を紹介するに当たって、読者の記憶を喚起するなど、本件記事の内容を補足する目的で使用されたものといえるべきである。

したがって、被上告人が本件各写真を上告人らに無断で本件雑誌に掲載する行為は、専ら上告人らの肖像の有する顧客吸引力の利用を目的とするものといえず、不法行為法上違法であるといえることはできない。

4 以上によれば、本件各写真を本件雑誌に掲載する行為が不法行為法上違法であるとはいえないとした原審の判断は、以上の趣旨をいうものとして是認することができる。論旨は採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官金築誠志の補足意見がある。

裁判官金築誠志の補足意見は、次のとおりである。

パブリシティ権の侵害となる場合をどのような基準で認めるかについては、これまでの下級審裁判例等を通じいくつかの見解が示されているが、パブリシティ権が人の肖像等の持つ顧客吸引力の排他的な利用権である以上、顧客吸引力の無断利用を侵害の中核的要素と考えるべきであろう。

もともと、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。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。したがって、肖像等の商業的利用一般をパブリシティ権の侵害とすることは適当でなく、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考える。また、我が国にはパブリシティ権について規定した法令が存在せず、人格権に由来する権利として認め得るものであること、パブリシティ権の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も、侵害を構成する範囲を限定的に解すべき理由としてよいであろう。こうした観点については、物のパブリシティ権を否定した最高裁平成13年（受）第866号、第867号同16年2月13日第二小法廷判決・民集58巻2号311頁が、物の名称の使用など、物の無体物としての面の利用に関しては、商標法等の知的財産権関係の法律が、権利の保護を図る反面として、使用权の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないよう、排他的な使用权の及ぶ範囲、限界を明確にしていることに鑑みると、競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に排他的な使用权等を認めることは相当でない」と判示している趣旨が想起されるべきであると思う。

肖像等の無断使用が不法行為法上違法となる場合として、本判決が例示しているのは、ブロマイド、グラビア写真のように、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場合、いわゆるキャラクター商品のよう  
に、商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付する場合、肖像等を商品等の広告として使用する場合の三つの類型であるが、これらはいずれも専ら顧客吸引力を利用する目的と認めべき典型的な類型であるとともに、従来の下級審裁判例で取り扱われた事例等から見る限り、パブリシティ権の侵害と認めてよい場合の大部分をカバーできるものとなっているのではないと思われる。これら三類型以外のものについても、これらに準ずる程度に顧客吸引力を利用する目的が認められる場合に限定することになれば、パブリシティ権の侵害となる範囲は、かなり明確になるのではないだろうか。

なお、原判決は、顧客吸引力の利用以外の目的がわずかでもあれば、「専

ら」利用する目的ではないことになるという問題点を指摘しているが、例えば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、取り扱われ方等と、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」といってよく、この文言を過度に厳密に解することは相当でないと考える。

(裁判長裁判官 櫻井龍子 裁判官 宮川光治 裁判官 金築誠志 裁判官 横田 尤孝 裁判官 白木 勇)

## 【知財高裁の判断】

### 1 争点(1) (パブリシティ権侵害の有無) について

#### (1) いわゆるパブリシティ権に係る検討

氏名は、人が個人として尊重される基礎で、その個人の人格の象徴であり、人格権の一内容を構成するものであって、個人は、氏名を他人に冒用されない権利・利益を有し(最高裁昭和58年(オ)第1311号昭和63年2月16日第三小法廷判決・民集42巻2号27頁参照)、これは、個人の通称、雅号、芸名についても同様であり、また、個人の私生活上の自由の1つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有するもの(最高裁昭和40年(あ)第1187号昭和44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁参照)であって、肖像も、個人の属性で、人格権の一内容を構成するものである(以下、これらの氏名等や肖像を併せて「氏名・肖像」という。)ということができ、氏名・肖像の無断の使用は当該個人の人格的価値を侵害することになる。したがって、芸能人やスポーツ選手等の著名人も、人格権に基づき、正当な理由なく、その氏名・肖像を第三者に使用されない権利を有するということができるが、著名人については、その氏名・肖像を、商品の広告に使用し、商品に付し、更に肖像自体を商品化するなどした場合には、著名人が社会的に著名な存在であって、また、あこがれの対象となっていることなどによる顧客吸引力を有することから、当該商品の売上げに結び付くなど、経済的利益・価値を生み出すことになるところ、このような経済的利益・価値もまた、人格権に由来する権利として、当該著名人が排他的に支配する権利(以下、この意味での権利を「パブリシティ権」という。)であるということができる。

もっとも、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障という憲法上の要請からして、また、そうとしないまでも、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うことができ、結局のところ、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較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ものということができる。そして、一般に、著名人の肖像写真をグラビア写真やカレンダーに無断で使用する場合には、肖像自体を商品化するものであり、その使用は違法性を帯びるものといわなければならない。一方、著名人の肖像写真が当該著名人の承諾の下に頒布されたものであった場合には、その頒布を受けた肖像写真を利用するに際して、著名人の承諾を改めて得なかったとして、その意味では無断の使用に当たるといえるときであっても、なおパブリシティ権の侵害の有無といった見地からは、その侵害が否定される場合もあるというべきである。

この点につき、控訴人らは、パブリシティ権侵害の判断基準として、「当該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どうか」によるべきであると主張する。しかしながら、出版事業も営利事業の一環として行われるのが一般的であるところ、正当な報道、評論、社会的事象の紹介のために必然的に著名人の氏名・肖像を利用せざるを得ない場合においても、著名人が社会的に著名な存在であって、また、あこがれの対象となっていることなどによって、著名人の氏名・肖像の利用によって出版物の販売促進の効果が発生することが予想されるようなときには、その氏名・肖像が出版物の販売促進のために用いられたということができ、また、営利事業の一環として行われる出版での著名人の氏名・肖像の利用は商業的理由ということができる。そして、控訴人ら主張に係る上記基準における「出版物の販売促進のために用い」ることや「商業的利用」につき、このような場合をも含むものであるとすると、そのような基準に依拠するのでは、出版における正当な報道、評論、社会的事象の紹介のための著名人の氏名・肖像の利用も許されない結果となるおそれも生じることからしても、控訴人らの主張は一面的に過ぎ、採用し得ないというべきである。

他方、被控訴人は、パブリシティ権侵害の判断基準として、「その使用行為の目的、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り判断すべきである」と主張する。しかしながら、このうち、その

使用行為が「専ら」当該芸能人等の顧客吸引力の利用を目的とするか否かによるべきとする点は、出版等につき、顧客吸引力の利用以外の目的がわずかでもあれば、そのほとんどの目的が著名人の氏名・肖像による顧客吸引力を利用しようとするものであったとしても、「専ら」に当たらないとしてパブリシティ権侵害とされることがないという意味のものであるとすると、被控訴人の主張もまた、一面的に過ぎ、採用し得ないというべきである。

そこで、上記説示したところに従い、本件事案におけるパブリシティ権の侵害の有無について検討する。

## (2) 本件写真の使用とパブリシティ権侵害の有無

前記第2の3のとおり、本件記事は、昭和51年から昭和56年にかけて活動して広く世間に知られ、子供から大人に至るまで幅広く支持を受け、その振り付けをまねることが社会的現象にさえなり、また、昭和59年以後数回にわたり期間限定で再結成されてコンサート活動を行ったピンク・レディーの写真14枚（本件写真）を掲載するなどの『『ピンク・レディー』ダイエット』との見出しの本件雑誌の16ないし18頁にかけての全3頁の記事であって、その構成は、〈ア〉見出し部分（16頁右端）、〈イ〉5つの楽曲についての各説明（16頁上下、17頁上下、18頁上部）、〈ウ〉ナイスバディ記事（17頁左端上半分）、〈エ〉Aの語る思い出（17頁左端下半分）、〈オ〉本誌秘蔵写真で綴るピンク・レディーの思い出（18頁下部）、〈カ〉Cの語る思い出（18頁下端）から成るものであって、上記〈ア〉ないし〈ウ〉においては、それぞれ歌唱中（本件写真1ないし5、7）又はビーチでビキニ姿で立っている（本件写真4）控訴人らの写真が1枚ずつ計7枚掲載され、上記〈オ〉においては、歌唱中（本件写真9、11、14）、歌唱のための衣装姿（本件写真8）、リハーサル中（本件写真10、13）、インタビューを受けている（本件写真12）控訴人らの写真計7枚が掲載されているところ、①本件記事は、本件雑誌の読者層が子供時代にピンク・レディーに熱狂した女性ファン層と重なることから、16頁上下、17頁上下及び18頁上部において、ピンク・レディーの曲に合わせてその振り付けを踊ることによってダイエットをすることを紹介することとし、その関連で、17頁左端上半分に振り付けしながら踊って楽しくやせられてピンク・レディーのような体型も夢ではないとの記載、17頁左端下半分にAが語る小学生時代にピンク・レディーの振り付けをまねて踊っていたとの思い出やピンク・レディーの楽曲に合わせて踊ることによって楽しくダイエットができることなどを語る記載、18頁下部に「本誌秘蔵写真で綴るピンク・レディーの思い出」として、歌唱中やインタビューを受けるなどして活躍中のピンク・レディーの写真の掲載、18頁下端にCが小学生時代にピンク・レディーの振り付けをまねて踊っていたとの思い出などを語る記載をするものであること、②別紙「本件写真の大きさ等」のとおり、本件写真は、その面積において、大きなもので約80cm<sup>2</sup>（本件写真7）から小さなもので約10.1cm<sup>2</sup>（本件写

真13)まで、平均約36.4cm<sup>2</sup>の14枚の白黒写真であって、それぞれの写真において、縦26cm、横21cm、面積546cm<sup>2</sup>のAB変形版サイズである本件雑誌の各頁との比較でさほど大きなものということができず、また、このことからして、本件写真は、通常の読者がグラビア写真として鑑賞の対象とするものとしては十分なものとは認め難く、本件写真が週刊誌等におけるグラビア写真の利用と同視できる程度のものということもできないこと、③本件記事のうち16頁上下、17頁上下及び18頁上部の各楽曲を歌唱中の控訴人らの写真の周囲には、「Bのひとつことアドバイス」と題する踊り方の簡単な説明の文章、本件写真の大きさに比肩する大きさでの踊りの姿勢を取るAの写真、各楽曲についての4コマのイラストと説明による振り付けの図解解説が掲載されるなどしており、本件記事を全体として見た構成において、必ずしも控訴人らの写真が本件記事の中心となっているとみることができるものではないこと、以上の事実等が認められ、本件記事は、昭和50年代に広く知られ、その振り付けをまねることが社会的現象になったピンク・レディーに子供時代に熱狂するなどした読者層に、その記憶にあるピンク・レディーの楽曲の振り付けで踊ることによってダイエットをすることを紹介して勧める記事ということができ、また、本件雑誌の表紙における本件記事の紹介も、その表紙右中央部に、赤紫地に白抜き「B解説！ストレス発散“ヤセる”5曲」の見出しと大きさが縦9.6cm、横1.7cmのピンク色の下地に黄色で『ピンク・レディー』ダイエット」との見出しを記載するものであって、これは、Aが解説するピンク・レディーにかかわるダイエット記事が掲載されていることを告知しようとするものということができ、さらに、本件雑誌の電車等の中吊り広告(乙4)及び歌唱中の控訴人らの写真1枚が付けられた新聞広告(甲6,7)も同様の趣旨のものであるということができ、以上によると、本件写真の使用は、ピンク・レディーの楽曲に合わせて踊ってダイエットをするという本件記事に関心を持ってもらい、あるいは、その振り付けの記憶喚起のために利用しているものということができる。

また、本件写真は、控訴人らの芸能事務所等の許可の下で、被控訴人側のカメラマンが撮影した写真であって、被控訴人において保管するなどしていたものを再利用したものではないかとうかがわれるが、その再利用に際して、控訴人らの承諾を得ていないとしても、前記したとおり、社会的に著名な存在であった控訴人らの振り付けを本件記事の読者に記憶喚起させる手段として利用されているにすぎない。

以上を総合して考慮すると、本件記事における本件写真の使用は、控訴人らが社会的に顕著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を超えて、控訴人らが自らの氏名・肖像を排他的に支配する権利が害されているものということとはできない。

これに対し、控訴人らは、本件記事においてダイエットを行う記事であると



された部分を見ると、動きを説明しているのは一部に限られ、ピンク・レディーが演じたダンスの振り付けを知らなければ一連の運動として行うことが不可能であること、読者が本件記事の運動を実践するためにピンク・レディーの楽曲及び振り付けを最も鮮明に想起させるのはピンク・レディーの肖像写真であり、読者もピンク・レディー本人らの振りまねだからこそ実践したくなるものであって、被控訴人はピンク・レディーの肖像に大きな顧客吸引力があることを認識し、これを利用してゐるものであるということができると主張して、本件記事は実質的にダイエット記事ということができないと主張するが、当時、子供から大人に至るまで幅広く支持を受け、その振り付けをまねることが社会的現象にさえなったピンク・レディーについては、本件雑誌の読者層においてもその楽曲や振り付けを記憶している者が多数存在するものと考えられ、本件記事は、そのような読者層に簡略に楽曲や振り付けを紹介して記憶を喚起してもらった上で、その楽曲に合わせて踊ってもらおうとする程度のものであって、本件記事の説明が簡略であること、被控訴人において、読者がピンク・レディーの楽曲及び振り付けの記憶を思い返す助けや本件記事のダイエットを実践しようとする意欲を起こしてもらうために控訴人らの肖像写真である本件写真を掲載したものであることなどをもってしても、本件記事がダイエット記事であることが否定されるものではなく、控訴人らの主張は採用することができない。なお、控訴人らは、読者等にピンク・レディーの楽曲の振り付けを思い出してもらうために本件写真を利用することも控訴人らの顧客吸引力を利用するものであるかのような主張もするが、読者等の記憶喚起のために控訴人らの写真を利用することが控訴人らの顧客吸引力を利用するものとなるというものではない。

さらに、控訴人らは、本件写真1、6、8ないし14の9枚の写真は、本件記事のダイエット運動とは無関係のステージ写真やリハーサル写真等であって、このようなダイエット運動と無関係な写真が多数使用されていることは、本件記事が実質的には控訴人らの肖像そのものを鑑賞するグラビア記事であったことを示すなどと主張するが、上記のとおり、本件記事におけるこれらの写真の掲載は、読者にピンク・レディーの楽曲の振り付けで踊ってダイエットをすることを紹介し、これを勧めることに関連して、読者にピンク・レディーが活躍したことの記憶を喚起してもらおうとする趣旨によるものと解することができ、本件記事が実質的に控訴人らの肖像そのものを鑑賞するグラビア記事であるということはできない。

なお、上記のとおり、ピンク・レディーが昭和50年代に子供から大人に至るまで幅広く支持を受け、その振り付けをまねることが社会的現象にさえなったことに照らし、本件雑誌の購入者中には、当時や現在においてピンク・レディーのファンであるなどで、本件記事にピンク・レディーの氏名・肖像が登場したことによって購買意欲を高められ、本件雑誌を購入した者が仮にいたとし

ても、上記のとおり、本件記事の主題は、ピンク・レディーの楽曲の振り付けで踊ることによってダイエットをすることを紹介して勧める記事ということができ、本件記事における本件写真の使用をもって違法性があるということとはできない。

また、控訴人らの肖像写真が雑誌に使用されて控訴人らにその使用の対価が支払われたとしても、少なくとも、本件記事における本件写真の使用につき違法とすることができないとの本件の結論に影響するものではない。

### (3) 小括

以上によれば、本件記事における本件写真の使用によって控訴人らの権利又は法律上保護される利益が侵害されたということとはできない。

(別紙) 本件写真の大きさ等		縦 (約cm)	横 (約cm)	面積 (約cm <sup>2</sup> )
16 頁見出し部分	本件写真 1	4.8	6.7	32.2
16 頁上段	本件写真 2	8.0	5.5	44.0
16 頁下段	本件写真 3	9.3	6.3	58.6
17 頁上段	本件写真 4	7.8	5.7	44.5
17 頁下段	本件写真 5	5.0	7.5	37.5
17 頁左端	本件写真 6	7.0	4.4	30.8
18 頁上段	本件写真 7	8.0	10.0	80.0
18 頁下段	本件写真 8	9.1	5.5	50.1
	本件写真 9	5.0	5.6	28.0
	本件写真 10	4.1	5.6	23.0
	本件写真 11	4.1	6.3	25.8
	本件写真 12	4.1	6.3	25.8
	本件写真 13	2.8	3.6	10.1
	本件写真 14	5.4	3.6	19.4
合計				509.8
平均				36.4

## 【論 説】

1. 「ピンク・レディー」という2人コンビの歌手といえば、筆者の2人の娘たちが昭和50年代に、自宅でも広い座敷やステージでも踊っていたのを思い出す。そういう彼女らが今や母親としての日常生活を送っている中で、ダイエットのためにピンク・レディーの振り付けダンスを踊っているとは耳にしないが、もしダイエットすることに関心があり、そのような記事や写真を掲載している雑誌のことを知ったならば、そこに登場している人物が、自分たちの記憶の中にある有名歌手であることから、購入したかも知れない。ということは、「ピンク・レディー」の2人の歌手自身は、その氏名も肖像も需要者に対する顧客吸引力を十分有するアテンションゲッターだからである。

そして、雑誌社の意図は、2人の実行しているダンスをすればダイエットに成功することであり、そのモデルが「ピンク・レディー」であるとして記事と写真を掲載したのだから、それが広告効果となり、本号の売上げが促進されたことは十分納得することができる。換言すれば、これは雑誌売上げのための手段でもあるから、玩具メーカーが人形の売上げを促進するために、著名なマンガキャラクターを利用して商品化するのと同じ目的である。

2. さて、まず最高裁判所は、人の氏名、肖像等は個人の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であり、これは、肖像等それ自体の商業的価値に基づく商品の販売等を促進する顧客吸引力を排他的に利用する権利である「パブリシティ権」<sup>(1)</sup>であると説示した。

したがって、人の肖像等を無断で使用する行為は、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とする場合には、パブリシティ権を侵害するものとして、不法行為上違法となると解するのが相当であると説示した。

これを本件について、裁判所は、認定された事実から、本件各写真の上告人らの肖像は顧客吸引力を有するものであることを確認した。しかし、判決は、雑誌記事の内容は、ピンク・レディー自体の紹介ではなく、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について、その効果を見出しに掲げ、イラストと文字によって解説し、タレントの子供の頃の思い出等を紹介するものであり、本件各写真は本件記事の内容を補足する目的で使用されたにすぎず、被上告人が本件各写真を上告人らに無断で本件雑誌に掲載する行為は、専ら上告人らの肖像の有する顧客吸引力の利用を目的とするものとはいえないから、不法行為上、違法には当たらないと判示したのである。

しかしながら、ピンク・レディーの踊っている本件各写真1～7、8～14が、本件記事の内容を補足するものとの認定は失当であると思う。即ち、正にダイエット法を具体的に掲示しているのが本件各写真であってみれば、記事と

一体の内容となっているものである以上、単なる付け足しというものではない。したがって、これをもって被上告人による本件各写真の本件雑誌への無断掲載行為を、専ら上告人の肖像等が有する顧客吸引力の利用を目的としたものではないと認定し、不法行為法上の違法性はないと判示したのは理解できない。

3．本件にあつての主役は「パブリシティ権」であり、この権利はプライバシーの権利から登生しているとはいえ、個人の肖像等が有する顧客吸引力という商業的利益を生む経済的価値を保護客体とする財産的権利であることは、わが国司法裁判所は一貫して認知したといえる。

ただ問題は、その保護対象となる個人の肖像等が無断使用された原因の違法性の存否にあったのだが、最高裁は本件各写真1～7、8～14について、本件記事の内容を単に補足する目的で使用されたものと把握した点は、疑問として残るだろう。

4．本件は、5人の裁判官全員の一致した意見によって判決されたというが、金築誠志裁判官は補足意見を述べている。

同裁判官は、原判決が「専ら」利用の目的いかんについて触れており、筆者が興味を引いたのは、「物のパブリシティ権」を否定した最高判平成16年2月13日を引用していることである<sup>(2)</sup>。これは、顧客吸引力を有する競争馬の名称の保護には、法令等の根拠なしに競争馬の所有者に排他的な使用権等を認める（名古屋地判・名古屋高判平成13年3月18日）ことの不当性を判示した事案である。

そうであれば物の一種であるマンガキャラクターの肖像等の商品利用への保護を、著作権法による複製権や翻案権によると解することは、果たして妥当なのかを再検討する必要がある。

けだし、マンガキャラクターの絵や名称を他人の商品や役務に利用する行為を複製や翻案と見るのは、現行の著作権法に依存する仮り物的な考え方であり、周囲には意匠法や商標法という他の知的財産法が存在している以上、これらの周辺法との関係を見捨てることはできないからである。もしこの既存の周辺法への適用を拒否するというのであれば、現行著作権法との矛盾を打開するために、新法を制定するしかないから、現状では法令の根拠なしに著作権者に排他的な使用権等を認めることになるという、前記金築意見と同様に不当であるといわねばならない。これは、今後の立法問題として考えてもらいたい<sup>(3)</sup>。

- (1) パブリシティ権 (the Right of Publicity) については、牛木理一「キャラクター戦略と商品化権」385 頁 発明協会 (2000)。ここでは、W. Prosser: "Privacy" Calif.L.Rev. Vol.38 P.383 (1960) の4つの類型のプライバシー権を紹介し、この中の第4の類型として **Appropriation, for defendant's advantage, of plaintiff's name and likeness** (他人の氏名・肖像の営利的使用) を挙げている。伊藤正己「プライバシーの権利」30 頁 岩波書店 (1963)。牛木旧版「商品化権」223 頁 六法出版社 (1980)。
- (2) 牛木理一「競走馬にパブリシティ権はなぜないのか」特許ニュース 2004 年 3 月 26 日号。
- (3) 牛木理一『商品化権法への道ー著作権法適用の限界ー』知財ぷりずむ 2012 年 1 月号 (経済産業調査会。マンガキャラクターにあっても、シリーズ・キャラクターとオリジナル・キャラクターと分類できるように、キャラクター自体がすでにパブリシティ・バリューを有している前者と全く有していないで誕生した後者とが存在する。なお、「パブリシティの権利をめぐる諸問題」を研究した肖像権委員会の報告書について、著作権情報センター付属著作権研究所発行 2009 年 3 月 (筆者も委員の1人) 参照。この中で、田倉保委員はわが国における立法案として、「肖像権法」という特別法を提言されている。

[牛木 理一]