



# 知的財産法の規律対象 : 判例の統合的理解に向けて

島並, 良

---

**(Citation)**

知的財産紛争の最前線 : 裁判所との意見交換・最新論説 (Law & Technology別冊), 5:41-51

**(Issue Date)**

2019-09-14

**(Resource Type)**

journal article

**(Version)**

Version of Record

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90008103>



論

説

## 知的財産法の規律対象

——判例の統合的理解に向けて——

神戸大学教授 島 並 良

## 1 はじめに

知的財産法の規律対象はどのように画されるか。「知的 (intellectual)」という形容を掲げる以上、知的財産法は有体物ではなく無体物 (情報) の保護のあり方に焦点をあてた法領域であることに異論はないだろう。しかし、たとえば個人情報や名誉に関する諸分野が知的財産法とは別の法領域であることからわかるとおり、知的財産法が無体物の利用の可否について、すべてを規律し尽くしているわけではない。では、知的財産法は無体物の利用のうち、どのような範囲を規律対象としており、またその範囲から外れる事項について、知的財産法の枠外で別途、一般不法行為法等による無体物の保護が認められるのはいかなる場合なのか。

最高裁判所は近時、この問題に関連する四つの重要な判決を立て続けに下した。ギャロップレーサー事件判決 (平成16年)<sup>1)</sup>、船橋市西図書館事件判決 (平成17年)<sup>2)</sup>、北朝鮮映画事件判決 (平成23年)<sup>3)</sup>、そしてピンク・レディー事件判決 (平成24年)<sup>4)</sup> である。これらの事件では、既存の知的財産諸法では保護が認められない権利・利益——具体的には順に、①物のパブリシティ権、②著作物によってその思想・意見等を公衆に伝達する利益、③未承認国で作成された著作物の利用による利益、④人のパブリシティ権——に関する

法的保護の可否が争われた。そして、このうち①と③については知的財産法の規律対象であることを前提として、既存の知的財産諸法で保護されていないことを理由にその枠外での保護も否定され、②と④については知的財産法の規律対象でないことを前提として、既存の知的財産諸法との関係に触れることなく保護可能性が肯定されている。

これまでのところ、それら四つの判例の相互関係について、十分な共通理解が得られているわけではない。とりわけ、人のパブリシティ権、すなわち人の氏名・肖像という無体物が有する顧客吸引力を排他的に利用する権利について法的保護の可能性を認めたピンク・レディー事件判決については、先行する三つの判例との理論的關係が未解明なまま残されているように思われる。そこで本稿では、これら4判例を順に読み解き、その統合的な理解を図りながら、知的財産法の規律対象を画定する原理と基準を探求する。

## 2 ギャロップレーサー事件判決

知的財産法の規律対象にかかわる最初の最高裁判所判例は、競走馬の所有者に「物のパブリシティ権」が認められるかが争われた平成16年ギャロップレーサー事件判決である。

**【事実】** ゲームソフト会社Xは、プレイヤーが騎手となり、登録されている競走馬の

1) 最一小判平16・2・13民集58巻2号311頁 (本誌23号74頁参照)。

2) 最一小判平17・7・14民集59巻6号1569頁。

3) 最一小判平23・12・8民集65巻9号3275頁 (本誌56号82頁参照)。

4) 最一小判平24・2・2民集66巻2号89頁 (本誌56号68頁参照)。

中から選択した馬に騎乗し、実在の競馬場を模した画面においてレースを展開する内容の本件各ゲームソフト「ギャロップレーサー」を製造販売した。登録されている競走馬の名称は、ほとんどが実在の競走馬の名称であったが、それらの所有者（馬主）であるXらの承諾は得ていない。Xらは、Yが、本件各競走馬の名称等が有する顧客吸引力などの経済的価値を独占的に支配する財産的権利（いわゆる物のパブリシティ権）を侵害したと主張し、本件各ゲームソフトの製作、販売、貸渡し等の差止めおよび不法行為による損害賠償を請求した。

第1審<sup>5)</sup>、控訴審<sup>6)</sup>ともに損害賠償請求のみ認めた<sup>7)</sup>ため、双方が上告受理申立て。他方、本件とは異なるゲームソフト「ダービースタリオン」について本件と同様の点が争われた別件訴訟では、東京地方裁判所と東京高等裁判所がいずれも現行法上このような財産的権利を認めることはできないとして、差止請求のみならず損害賠償請求についても退けていた<sup>8)</sup>。そうした混乱の中、最高裁判所<sup>9)</sup>は、本件について次のとおり述べて差止請求と損害賠償請求のいずれも棄却した。

**【判旨】**「現行法上、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、著作権法、不正競争防止法等の知的財産権関係の各法律が、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に排他的な使用権を付与し、その権利の保護を図っているが、その反面として、その使用権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にするため、各法律は、それぞれの知

的財産権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、その排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしている。

上記各法律の趣旨、目的にかんがみると、競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、物の無体物としての面の利用の一態様である競走馬の名称等の使用につき、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく、また、競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行為の成否については、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっているとはいえない現時点において、これを肯定することはできないものというべきである。したがって、本件において、差止め又は不法行為の成立を肯定することはできない」。

本判決は、競走馬の名称等について排他的な使用権等を否定するとともに、その無断利用による不法行為の成立についても否定した。いずれも、物のパブリシティ権が既存の知的財産諸法によって（明確に）保護されていないことが主な理由とされている。物の名称・影像に関する規律がそもそも知的財産法の対象でなければ、（たとえば個人情報や名誉に関する規律がそうであるように）知的財産諸法による保護の欠缺がその法的保護の否定の根拠とはなり得ないから、本判決は物のパブリシティ権が知的財産法の規律対象であることを前提としている。そのうえで、知的財産法の規律対象については、法律こそが保護（独占）と不保護（自由）の境界を先占的に規律していること、すなわち、裁判所による法創造を許さないことを本判決は示した。

このうち、物のパブリシティ権が知的財産法の

5) 名古屋地判平12・1・19判タ1070号233頁。

6) 名古屋高判平13・3・8判タ1071号294頁。

7) ただし、Xらが物のパブリシティ権を主張した各競走馬のうち、1審がG1「出走」馬の名称について顧客吸引力が認められるとして侵害成立を肯定したのに対して、控訴審はこれをさらにG1「優勝」馬に限定した。

8) 東京地判平13・8・27判時1758号3頁（本誌14号72頁参照）、東京高判平14・9・12判時1809号140頁（本誌18号68頁参照）。

9) 前掲〈注1〉。なお、ダービースタリオン事件・前掲〈注8〉については、競走馬の所有者が上告・上告受理申立てをしたのに対して、本判決と同日に、例文による上告棄却・不受理決定がされている（公刊物未登載）。

規律対象であるとした根拠は必ずしも明確ではないが、本稿では、本件へのあてはめにあたり本判決が「上記各法律の趣旨、目的にかんがみると」と述べるくだりに注目したい。ここでは、規律内容がある程度明確に定められた既存の知的財産諸法の趣旨・目的を没却させないために、知的財産諸法の枠外から別途、物のパブリシティ権について保護することは避けなければならないという思考が働いている。

それに対して、知的財産法の規律対象は法律こそが保護／不保護の境界を先占的に規律しているという点は、有体物に関する物権法定主義（民法175条）<sup>10)</sup>とよく似ており、本判決はいわば、無体物について「知的財産権法定主義」を宣言したことになる。

ここで、物権法定主義とは、民法その他の法律にない新たな種類と内容の物権を創設することはできないことをいう。このような種類と内容の両面にわたる制約は、契約自由の原則の下で強行規定や公序良俗以外に制約がない債権とは異なる、絶対効をもつ物権ならではの特徴である。その射程に違いはあるものの<sup>11)</sup>、物権法定主義はなお多くの国で採用された原則であるという<sup>12)</sup>。

このような物権法定主義の趣旨は、①土地の上に存在していた旧来の雑多な封建的物権関係を整理し、法定された制限物権のみを認めることで、有体物に対する全面的支配権としての近代所有権を確立するべきであるということのほか、②排他性（絶対効）のある物権については、行為者の注意義務を限定するために権利の公示を要するところ、占有を公示方法とする動産はもちろんのこと、登記をもって公示方法とする不動産につい

ても、当事者が自由に設定する物権をすべて公示することは制度運営上困難なので、あらかじめ法律で定めた権利類型の中から当事者の選択に委ねるのが望ましいということがあげられる。このうち、①は沿革に即した歴史的な理想であり、封建的物権関係がいったん整理された後の現時点での物権法定主義の根拠は、②の物権の絶対効ゆえの公示の必要性に着目した機能的な説明が重要である。

では、このような公示の必要性という物権法定主義の趣旨は、本判決のように物のパブリシティ権を否定する論拠としても妥当するだろうか。あらゆる有体物の名称と影像の利用について独占権を認めるわけにはいかない以上、仮に物のパブリシティ権を承認するとしてもどのような要件の下で権利侵害を認めるのが問題となるが、法令上の根拠を欠く現状においてその要件を公示する手段はない。このことが誰にとって不都合なのか、物権法定主義をとることによって保護されるべき主体、つまり絶対効をもつ物権を公示すべき相手方を、物の所有者と所有権に関する取引関係に入る者と、事実行為をすることを通じて当該物権の排他効を受ける者に分けて、それが物のパブリシティ権に妥当するかを考えてみたい。

第1に、たとえば売買で土地所有権を取得しようとする者が、目的物に予想外の物権である上土権（地表のみの所有権）が付着していると、売買の目的である土地の使用収益を実現することができない。そこで、物権の種類と内容をあらかじめ法定したものに制限することで取引の安全を保護し、ひいては取引コスト（調査コスト）を節減して効率性を高める必要がある。そして、このよう

10) 物権法定主義に関する以下の記述は、次の各論攷に負う。中尾英俊「物権法定主義」星野英一編『民法講座Ⅱ』1頁、舟橋諄一＝徳本鎮ほか編『新版注釈民法(6) 物権(1)物権総則』208頁〔徳本鎮〕、能見善久「信託と物権法定主義—信託と民法の交錯—」西原道雄先生古稀『現代民法学の理論 上巻』29頁、平野裕之「物権法及び担保物権法と契約自由—物権法定主義をめぐる—」法律論叢84巻2・3号401頁。

11) たとえばわが国では、物権法定主義の修正として、古くから慣習法上の用益物権（温泉権など）が法律上の根拠なく承認されてきたほか、必要に応じて新たな担保物権（譲渡担保権など）が解釈によって認められてきた。

12) 制定法国のうちフランスは物権法定主義に関する明文の規定（フランス民法543条）をもつものに対して、ドイツでそれは解釈上の原則とされており、また判例法である英米でも裁判所は無制約に物権を承認するわけではないとされる（能見・前掲〈注10〉45頁以下）。特に米国については、Thomas W. Merrill and Henry. E. Smith, Optimal Standardization in the Law of Property: the Numerus Clausus Principle, 110 Yale L.J. 1 (2000)を参照のこと。

な取引の安全の要請は、物のパブリシティ権を否定する理由としても妥当するだろう。すなわち、たとえば競走馬を購入したところ、そこに公示されていないパブリシティ権が付着しており、購入者が自由にその名称や影像を利用できなくなるというのでは、競走馬について完全な使用収益権能を取得しようと期待した購入者の期待を裏切ることとなる。もちろん、そのような期待は、物のパブリシティ権の帰属主体を当該物の所有者に限定し、所有権の移転に伴い物のパブリシティ権も移転するという制度をとれば、購入者が他者から物のパブリシティ権を行使されることはないので解消できる。しかし、こうした所有者に所有物のパブリシティ権を常に付与するという制度は、所有権の効力を有体物の無体的な利用に拡張するのに等しいものであって、採用することはできない<sup>13)</sup>。

第2に、たとえば自己の農地に農薬散布のために低空飛行しようとする事実行為者が、それによって隣接の土地所有権だけでなく、隣地に設定されているかもしれない物権的眺望権や物権的空中権のようなものについてもいろいろと配慮して行動しなければならなくなるというのでは、煩瑣に過ぎる<sup>14)</sup>。存在するかもしれないあらゆる物権のことを考え、これらを侵害しないように過大な注意を払うのではなく、種類と内容が限定された物権だけに注意して日常生活を送れば足りるという制度によって、人々の行動の自由を確保する必要がある。そして、このような行動の自由確保の要請は、先にみた取引の安全以上に、物のパブリシティ権を否定する理由としても妥当すると思われる。なぜなら、たとえば上土権という新たな用益物権が勝手に創設されると、地表を通行する事実行為者はたしかに困るが、しかし他人の土地であれば無断侵入が少なくとも土地所有権の侵害にあたることは予期すべきである。それに対し

て、物のパブリシティ権という公示を伴わない新たな排他権が勝手に創設されると、物の名称や影像を利用する事実行為者は、所有権侵害の規範に全く直面することなく、不意にパブリシティ権侵害責任を負うこととなるため、用益物権以上に日常生活における人々の行動の自由を過度に制約する結果となるのである。

以上から、物権法定主義は物の有体物の面の利用のみを対象とした建前であるが、有体物に関する取引の安全および事実行為者にとっての行動の自由という趣旨は物の無体物の面の利用についても及ぶので、公示手段のない排他権である物のパブリシティ権を法令等の根拠なく承認することはできないという判例の立場は十分に正当化できるように思われる。

### 3 船橋市西図書館事件判決

先述のとおり、ギャロップレーサー事件最高裁判所判例は、物の無体物としての面の利用について、知的財産法の規律対象であるとした。では、逆に、何が同法の規律対象外にあるのか。この点に関する一例を付加するのが、平成17年の船橋市西図書館事件判決である。本件では、公立図書館における蔵書の廃棄について著作者の人格的利益の侵害の成否が争われた。

**【事実】** 公立図書館である船橋市西図書館の司書Aは、権利能力なき社団X（「新しい歴史教科書をつくる会」と、その賛同者の著書に対する否定的な評価と反感から、独断で、利用者の閲覧に供されていた蔵書のうちXらの執筆・編集した書籍を含む107冊を、市図書館資料除籍基準に該当しないにもかかわらず、除籍・廃棄した。Xらは、本件廃棄により、著作者としての人格的利益等を侵害されたとして、船橋市に対して国家賠償を求めた。

13) 最二小判昭59・1・20民集38巻1号1頁〔顔真卿自書建中告身帖事件〕は、美術の著作物の原作品の所有者でない者が、有体物としての原作品に対する所有者の排他的支配権能を侵すことなく原作品の無体物としての著作物の面を利用しても、原作品の所有権を侵害するものとはいえないと判断した。

14) 能見・前掲（注10）52頁のあげる例である。

第1審<sup>15)</sup>、控訴審<sup>16)</sup>は、いずれも法的に保護された権利・利益の侵害があったとはいえないとして請求を棄却したため、Xらが上告受理申立て。最高裁判所<sup>17)</sup>は次のとおり述べて、Xらの人格的利益の侵害成立を認めた。

**【判旨】**「公立図書館の図書館職員が閲覧に供されている図書を著作者の思想や信条を理由とするなど不公正な取扱いによって廃棄することは、当該著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益を不当に損なうものといわなければならない。そして、著作者の思想の自由、表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることにもかんがみると、公立図書館において、その著作物が閲覧に供されている著作者が有する上記利益は、法的保護に値する人格的利益であると解するのが相当であり、公立図書館の図書館職員である公務員が、図書の廃棄について、基本的な職務上の義務に反し、著作者又は著作物に対する独断的な評価や個人的な好みによって不公正な取扱いをしたときは、当該図書の著作者の上記人格的利益を侵害するものとして国家賠償法上違法となるというべきである」。

本判決は、図書の廃棄が、図書に化体した著作物に関する著作者の人格的利益を損ない、国家賠償法上違法になるとしたものである。著作権法との相互関係については全く触れていないが、本判決の立場によれば、著作物に関する著作者の人格的利益の保護は、著作権法が明文規定をおいた著作者人格権（著作権法18条、19条、20条、113条7項）に限られず、著作物によって思想・意見等を公衆に伝達する利益も一定の場合には不法行為

法によって保護されることとなる。

先にみたギャロップレーサー事件判決によれば、仮に本件事案が著作権法の規律対象に含まれるとするならば、著作権法に規定のない著作者の人格的利益はおよそ保護され得ないこととなるから、本判決は本件事案が著作権法の規律対象には含まれないことを前提としていることとなる。では、なぜ本件は知的財産法の規律対象外であるとされるのか。ギャロップレーサー事件の事案との相違を考察してみよう。

一つの考え方は、侵害行為の客体に着目するものである。本件でその是非が争われたのは、図書（有体物）の廃棄行為であり、競走馬の名称（無体物）の利用行為が問題とされたギャロップレーサー事件とは異なる。しかし、たとえば著作権に含まれる譲渡権や貸与権は、著作物の化体した複製物の流通をコントロールする支分権であり、有体物を介した無体物の間接的な利用（提供）も知的財産法の規律対象に含まれる。また、著作権法上、無体物の直接的な利用（提示）として整理されている上映についても、たとえば映画ブルーレイ・ディスクを上映機器にかける場合には、有体物を介した間接的な利用行為ともいえる。したがって、図書という有体物の廃棄は、そこに化体した著作物という無体物の利用でもあり、侵害行為の客体が有体的か無体的かという観点から本件事案を知的財産法の規律対象外に位置づけることはできない。

いま一つの考え方は、ギャロップレーサー事件は財産的利益に関するものであり、人格的利益に関する船橋市西図書館事件とは、被侵害利益の性質が異なるというものである。たしかに、知的財産法において人格的利益の保護はごく例外的であり、著作権法上に明文規定がおかれた著作者人格権はその少ない例外である。そして、著作権法上の著作者人格権と一般的人格権との関係は、前者

15) 東京地判平成15年9月9日民集59巻6号1579頁。

16) 東京高判平成16年3月3日民集59巻6号1604頁。

17) 前掲〈注2〉。

が後者の具体例であるという理解（いわゆる同質説）<sup>18)</sup> が一般的であろう。そうであれば、同じ著作作者の人格的利益であっても、他の利益が著作権法の枠外で不法行為法上保護されることは当然であるようにもみえる。しかし、このような理解は結論の先取りであって、なぜ人格的利益については知的財産法上の保護が具体例にすぎず、財産的な利益については知的財産法上の保護がそのすべてである（他に例外はない）とされるのかについて、根拠を与えるものではない。

おそらく、人格的か財産的かという大きな括りではなく、もう一步踏み込んで、保護された客体の性質を対比することが必要だろう。船橋市西図書館事件で法的保護に値するとされたのは、「著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益」であった。これは、一見すると著作物の利用に関する利益にみえるが、実はそうではない。本件Xが公衆に伝達しなかったのは、著作物という表現（伝達手段）ではなく、思想・意見というアイデア（伝達内容）そのものであった。表現とアイデアはいずれも手で触れることはできない無体物であるが、著作権法が前提とする表現アイデア二分論の視点からは互いに異質なものとして区別され、著作人格権の客体である著作物は前者の表現のみを指すことになる<sup>19)</sup>。本件でも言及された憲法上の「表現」の自由は、著作権法の観点からは「表現」に関する自由ではなく「アイデア」に関する自由であることに留意が必要である。

そうすると本件では、比喩的にいえば、＜図書（有体物）という包装紙＞に包まれた＜著作物（表現）という箱＞に入れられた＜思想・意見（アイデア）という品物＞が保護されたことになる。それでは、著作権法が表現アイデア二分論の下で、表現のみを保護してアイデアを保護しないにもか

かわらず、本判決がアイデアを保護していることは、どのように正当化できるのだろうか。その点の検討は、次の平成23年北朝鮮映画事件判決を待つことになる。

#### 4 北朝鮮映画事件判決

本件は、未承認国（北朝鮮）で製作された映画の著作物の日本国内での利用について、著作権侵害と一般不法行為の成否が争われたものである。北朝鮮は日本と同じく著作権法に関するベルヌ条約に加盟しているものの、日本は同国を国家として承認していないため、同国を本国とする著作物について日本がベルヌ条約上の保護義務を負うかどうか、そしてそれが否定された場合になお一般不法行為が成立するかが問題となった。

**【事実】** X<sub>1</sub>は北朝鮮の民法により権利能力が認められた行政機関であり、北朝鮮で製作された本件映画の日本国内における独占的な上映等についてX<sub>2</sub>に利用許諾を与えていた。日本で放送事業を行うYは、そのニュース番組において、本件映画の一部をXらの許諾を得ることなく2分間程度放送した。そこで、X<sub>1</sub>は、Yの行為が本件映画に関する公衆送信権を侵害しているなどとして、Yらに対して本件映画を含む各映画について放送の差止めを請求するとともに、Yの行為がX<sub>1</sub>の著作権およびX<sub>2</sub>の利用許諾権を侵害する不法行為にあたるとしてYらに対して差止めと損害賠償を請求した。

第1審<sup>20)</sup>は差止めと損害賠償の請求をいずれも棄却、控訴審<sup>21)</sup>は控訴で追加された一般不法行為に基づく損害賠償請求のみ一部認容したため、XらとYの双方が上告受理申立て。最高裁判所<sup>22)</sup>は、未承認国である北

18) 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』404頁、斉藤博『著作権法〔第3版〕』146頁。

19) 著作権法2条1項は、著作物を「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」と定義する。

20) 東京地判平19・12・14民集65巻9号3329頁（本誌39号99頁参照）。

21) 知財高判平20・12・24民集65巻9号3363頁。

22) 前掲〈注3〉。

朝鮮の著作物は、わが国の著作権法により保護されないとしたうえで、さらに一般不法行為の成立についても、次のとおり述べて否定した。

【判旨】「著作権法は、著作物の利用について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている。同法により保護を受ける著作物の範囲を定める同法6条もその趣旨の規定であると解されるのであって、ある著作物が同条各号所定の著作物に該当しないものである場合、当該著作物を独占的に利用する権利は、法的保護の対象とはならないものと解される。したがって、同条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である」。

本判決は、まず、未承認国の国民が著作者となる著作物について、ベルヌ「条約によりわが国が保護の義務を負う著作物」（著作権法6条3号）にはあたらないと判断した。この点は、国際法および著作者の権利の法的性質論が交錯する興味深い論点であるが、本稿の関心とは離れるため、以下では本件映画について（日本）著作権法上の保護は与えられないことを前提とする<sup>23)</sup>。

これに続いて本判決は一般不法行為の成立を否定するが、その理由として、著作権法がすでに「独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている」

点をあげている。これは、先述したギャロップレーザー事件判決が、既存の知的財産諸法の存在を理由にそこで保護されていない物のパブリシティ権の保護を否定した際の論理と同じである。そのうえで、著作権侵害が成立しない場合であっても、著作権法が「規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情」がある場合については、一般不法行為の成立の余地を認めた。

ここで、先の船橋市西図書館事件判決と本判決を対比してみよう。前者では、思想・意見というアイデアについて国家賠償法上の保護が肯定され、後者では未承認国の著作物について一般不法行為法上の保護が否定された。アイデアと未承認国の著作物は、いずれも著作権法の保護が及ばない客体であるという点で共通するにもかかわらず、著作権法の枠外での法的保護についてこのような結論の相違が生じたのはなぜか。

その理由として、一つの考え方は、被疑侵害行為の違いに着目するものである。船橋市西図書館事件では、図書の廃棄という著作権法上の支分権が割り当てられていない行為の是非が問題となったのに対して、この北朝鮮映画事件ではテレビ放送（公衆送信）という法定利用行為の是非が争われた。たしかに、著作権法が、自ら明示した法定「利用」行為についてだけ規律対象としており、そのうえで保護される客体と保護されない客体を区別していると考えれば、両判決の結論の相違を説明できそうである。しかし、著作権法は、絵画・音楽の鑑賞や読書に代表されるような、著作物のいわゆる「使用」行為についても裏から規律対象とし、それらを積極的に適法と位置づけることを通じて、人々の行動の自由領域（広義のパブリック・ドメイン）を確保している場面もあり、著作権法上の支分権が割り当てられていない法定利用行為に著作権法がおよそ関心をもたないわ

23) なお筆者は、著作者の権利が国家による条約批准と国内法整備によって初めて保護される後国家的・政策的な権利であって、たとえばジェノサイドから生命・身体等が守られる人格的権利のような前国家的・普遍的な権利ではないと考えられることから、未承認国を本国とする著作物についてわが国はベルヌ条約上の保護義務を負わないと考えており、本件訴訟に対してその旨の意見書を寄せる機会を得た。

けではない。

むしろ、本判決の論理に従い、両判決を整合的に読むためには、被侵害利益（「〇〇について～されない利益」のように客体と行為で画定されることになろう）の違いに着目するのが妥当であろう。船橋市西図書館事件で問題となった利益は著作権法の規律対象でない（したがって、一般不法行為法によって保護される「特段の事情」がある）のに対して、この北朝鮮映画事件で問題となった利益は著作権法の規律対象であるから、両者の結論が分かれたと考えられる。本判決は、著作権法の規律対象である利益についても、またそうでない利益についても、具体的な内容を明示していない。しかし、本判決の調査官解説<sup>24)</sup>では、名誉、営業の自由<sup>25)</sup>と並んで、船橋市西図書館事件判決で保護された「著作物が公立図書館において著作物が閲覧に供されることにより取得する、思想の自由、表現の自由を脅かすおそれのある行為から守られる人格的利益」が、著作権法の規律対象ではない利益の例としてあげられている。他方で、本判決で問題とされた「著作物が無断でテレビ放送されない利益」は、日本が保護義務を負う著作物の場合と、そうでない著作物の場合とで質的な違いはないので、いずれも著作権法の規律対象に含まれると理解してよいように思われる。

## 5 ピンク・レディー事件判決

上述した三つの判例によると、知的財産法の規律対象かどうかは被侵害利益によって判断され、その規律対象に含まれる場合には法令等の根拠なく裁判所の法創造で保護することは許されないが、そこに含まれない場合にはたとえ法令等の明文の根拠がなくても一般不法行為法等での保護が認められる。では、人の氏名・肖像に関するパブリシティ権についてはどうだろうか。この点がわが国

の最上級審で初めて争われたのが、次のピンク・レディー事件である。

**【事実】** 女性デュオ「ピンク・レディー」を構成していたXらが、Xらを被写体とする14枚の写真を無断で週刊誌「女性自身」に掲載した出版社Yに対して、X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請求した。

第1審<sup>26)</sup>と控訴審<sup>27)</sup>は、いずれも請求を棄却したため、Xらが上告受理申立て。最高裁判所<sup>28)</sup>は、次のとおり述べて、一般論として人のパブリシティ権保護の可能性を認めつつ、本件については同権利の侵害はないとして上告を棄却した。

**【判旨】** 「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 [NHK氏名称呼事件]、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 [京都学連事件]、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巻9号2428頁 [和歌山カレー事件] 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、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

24) 山田真紀「判解」曹時66巻10号111頁、118頁。

25) 北朝鮮映画事件判決は、本件へのあてはめにおいて、「本件放送が、自由競争の範囲を逸脱し、Xの営業を妨害するものであるとは到底いえない」ことを理由に不法行為の成立を否定しており、営業の自由を念頭においているように読める。

26) 東京地判平20・7・4判時2023号152頁（本誌41号146頁参照）。

27) 知財高判平21・8・27判時2060号137頁（本誌46号81頁参照）。

28) 前掲〈注4〉。

るものということができる。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うべきである。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」。

「Yが本件各写真をXらに無断で本件雑誌に掲載する行為は、専らX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ず、不法行為法上違法であるということとはできない」。

本判決は、最高裁判所が初めて、人の氏名・肖像等の有する顧客吸引力を排他的に利用する権利、すなわち（人の）パブリシティ権の保護可能性を認めたものである。日本法は、パブリシティ権概念の故郷である米国の一部の州とは異なり、パブリシティ権を保護する明文規定をもたない。本判決は、事案へのあてはめとしては同権利の侵害成立を否定したが、それまで主に芸能タレントの氏名・肖像の商業的利用の可否が争われた複数の下級審裁判例<sup>29)</sup>で徐々に蓄積されてきたパブリシティ価値の規律のあり方について、不法行為法上の保護のみならず排他権としての保護を正面から認めたいうで、正当な表現行為とのバランスの下で侵害類型を整理したものであり、実務的のみな

らず理論的にも重要な判決である。

知的財産法の規律対象という本稿の関心からは、明文の根拠規定を欠く人のパブリシティ権が、裁判所の法創造によって保護可能となったことをどのように正当化するのか、中でも上述した三つの判例との関係が問題となる。先述のとおり、ギャロップレーサー事件判決によると、人のパブリシティ権が知的財産法の規律対象であるなら、法令等の根拠なく裁判所の法創造により保護をすることは許されないのだから（知的財産権法定主義）、この先例と整合的に読む限り、本判決は排他効を有する人のパブリシティ権は知的財産法の規律対象ではないことを前提としていることとなる。また、北朝鮮映画事件判決によると、知的財産法の規律対象かどうかを判断する基準は、被侵害利益が既存の知的財産諸法と重複するかどうかであった。そうであれば、この先例とやはり整合的に読むならば、本判決は人のパブリシティ権で保護される利益を、既存の知的財産諸法とは重複しない別のものとしてとらえていることになる。

はたして、本判決をそのように読むことは可能だろうか。ここで目をひくのは、本判決が人の肖像等の有する「顧客吸引力」に言及している点である。本判決は、肖像等の有する顧客吸引力を排他的に利用する権利としてパブリシティ権を定義し、また、その侵害を「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」に限定する。しかし、次の二つの理由から、顧客吸引力をパブリシティ権によって保護される利益として観念することはできないように思われる。

第1に、美味しい料理のレシピや、マジックのネタ、推理小説のプロットなど、無体物（情報）に限っても顧客吸引力を有する客体は無数にあり、それだけで法的保護を与えられるわけではないからである。同じパブリシティ価値のうち、競走馬

29) 多くの例があるが、画期をなす裁判所の判断は次の三つである。①裁判例において氏名・肖像等に関する経済的利益の保護可能性を初めて認め、俳優からの損害賠償請求を認容した東京地判昭51・6・29判時817号23頁〔マーク・レスター事件〕、②（仮処分の事案ではあるが）裁判例においてパブリシティの権利の語をはじめて用いた東京地決平1・9・27判時1326号137頁〔光 GENJI 仮処分事件〕、③判決において（パブリシティ権の語は用いないもの）「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」を承認した東京高判平3・9・26判時1400号3頁〔おニャン子クラブ事件〕。

の名称・影像にも顧客吸引力はあり（だからこそそれを冒用してゲームソフトを製造する者が現れる）、顧客吸引力を人のパブリシティ権における被害利益ととらえる限り、そのような物のパブリシティ価値が法的に保護されないこととの整合性がとれないだろう。判例を統合的にとらえようとする限り、顧客吸引力のあるアイデンティティのうち、人の氏名・肖像だけが法的に保護されることを説明できる被害利益の理解が必要となる。

顧客吸引力が法的保護を基礎づけないという第2の、そして判例の統合的理解という点ではより重要な理由として、いわゆる標識法との関係がある。商標法による登録商標の保護や、不正競争防止法における周知・著名表示の保護（同法2条1項1号・2号）は、営業上の標識に蓄積した（ないし蓄積過程の）顧客吸引力を保護する制度である。そうすると、それと重複する顧客吸引力を被害利益と捉える限り、いまだ法定されていない人のパブリシティ権を、裁判所の法創造によって、とりわけ排他権として保護することは、先例と抵触し許されないように思われる。

したがって、先例との統合的な理解を図るには、人のパブリシティ権によって保護される利益は、顧客吸引力以外のものに求めざるを得ない。それは、本判決も言及する、「人がその氏名・肖像という個人の人格の象徴をみだりに利用されない利益」そのものと考えべきではないだろうか。この利益は、顧客吸引力のような財産的なそれではなく、人格的なそれであり、だからこそその侵害に対して差止めまでが認められる排他権の付与も

正当化されるものと考えられる<sup>30)</sup>。また、そうだとすると、そもそもパブリシティ権という新たな用語すら不要であり、本来であれば端的に氏名権・肖像権の一内容として捉えれば足りるのではないか。本判決が、氏名権と肖像権に関する先例を引きながら、人のパブリシティ権が「人格権に由来する権利の一内容を構成する」と述べるのも、同趣旨に出るものと解される。

では、このような理解の下では、顧客吸引力はどのような位置づけを与えられるのか。パブリシティ価値の法的規律にあたり、本稿のような人格権構成をとることの最大の障害は、それが顧客吸引力という経済的な利害をめぐる問題と理解されてきたという点にある。しかし、本稿は、パブリシティ権侵害を、氏名・肖像という人格の象徴をみだりに利用されないという人格的「利益」の侵害によって、顧客吸引力の冒用という財産的「損害」が発生する状況を指すものにとらえることで、この障害は解消可能であると考え<sup>31)</sup>。不法行為法において、侵害された権利・利益の法的性質と、それによって生じた損害の法的性質を直結させる必要はない<sup>32)</sup>。氏名・肖像の無断利用によって誰しも心が傷つくが、そのような加害によって発生する損害は精神的なものや財産的なものがあり、後者が（どの程度）発生するかは氏名・肖像のもつ財産的価値、つまりパブリシティ主体の有名度によって異なる。同じ人格的利益の侵害であっても、氏名・肖像が高い顧客吸引力をもつ場合には、財産的な損害の額が膨らむわけである<sup>33)</sup>。

30) 本判決がパブリシティ権を人格権であるとは明言せず、人格権に「由来する権利の一内容を構成する」権利であると述べるにとどめたこともあり、本判決がパブリシティ権の法的性質をどのようにとらえているかについてはなお争いがある。人格権をとると理解するものとして、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」法時84巻4号1頁、小泉直樹「判批」ジュリ1442号7頁。他法、大日方信春「パブリシティ権と表現の自由」熊本法学127号108頁は、パブリシティ権を表現の自由に劣位する経済的権利と理解することで初めて憲法適合的な権利として法認されうると述べる。なお、念のため付言すると、パブリシティ権を人格権ととらえることは、侵害判断にあたっての利益衡量の排除を意味しない（大塚直「差止請求権の根拠について」瀬川信久＝能見善久ほか編『民事責任法のフロンティア』378頁以下参照）。その点で、人格権説は、正当な表現行為との衡量を図ったピンク・レディー事件判決と矛盾するものではない。

31) 参照、五十嵐清『人格権法概説』186頁、島並良「著作者人格権の客体」著作権研究33号41頁（注1）、窪田充見「不法行為法学から見たパブリシティ権生成途上の権利の保護における不法行為法の役割に関する覚書」民商133巻4・5号728頁。

32) 窪田・前掲（注31）727頁は、「被害法益の属性が人格的なものか経済的なものかという判断と、その法益の侵害から生ずる損害が非財産的なものか財産的なものかという判断は、レベルを異にする」としたうえで、人格的法益の侵害で財産的損害が生ずる例として、生命・健康の侵害による治療費や収入喪失をあげる。

## 6 おわりに

本稿の結論を要約すると、次のとおりである。

知的財産法の規律対象かどうかは被侵害利益（「〇〇について～されない利益」のように客体と行為で画定される）によって判断され、その規律対象に含まれる利益を法令等の根拠なく裁判所の法創造で保護することは許されない（知的財産権法定主義）。他方で、知的財産法の規律対象に含まれない利益については、たとえ法令等の明文の根拠がなくても一般不法行為法等での保護が認め

られる。

人のパブリシティ権によって保護される利益は、人がその氏名・肖像という個人の人格の象徴をみだりに利用されない人格的利益であって、既存の知的財産諸法の保護利益との重複はない。したがって、明文の根拠規定を欠く人のパブリシティ権について排他権をもって保護することも許される。これまでパブリシティ権の侵害として語られてきたことは、氏名権・肖像権という人格的「利益」の侵害によって、財産的「損害」が発生した状況を指すものにすぎない。

33) なお、パブリシティ権を人格的権利そのものにとらえても、排他権を行使しない旨の合意が公序良俗に反しない以上、「パブリシティ権の（有償）ライセンス」も可能である。他方で、人格権である以上は、氏名・肖像主体からの権利移転（譲渡、相続等）は認められないことになる。もっとも、権利移転が認められなくても、芸能事務所（プロダクション）やプロスポーツ団体が本人の意思に基づいて権利を代理行使したり、サブライセンスしたりすることによって、事実上の管理を他者が行うことは可能であろう。なお、フランス法における肖像権ライセンスについて、隈元利佳「フランス法における取引対象としての肖像権——人格権を対象とする契約の有効性をめぐる議論から——」法学政治学論究113号105頁、同「肖像の商業的利用を目的とする取引の法的構成——フランス学説における二つのモデル——」法学政治学論究116号69頁参照。