慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	肖像に対する法的保護の財産権的側面の分析 : フランス法の検討を通して
Sub Title	Analyse de l'aspect économique du droit à l'image : Au travers de l'examen du droit français
Author	隈元, 利佳(Kumamoto, Rika)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2016
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.109, (2016. 6) ,p.201- 234
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20160615-0201

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

肖像に対する法的保護の財産権的側面の分析
——フランス法の検討を通して——

隈元利佳

一　序論
二　フランス法における肖像に対する法的保護の財産権的側面
(一)　不法行為法による保護
(二)　権利構成による保護——肖像権の法的性質論
(三)　契約的保護——人格権法理との結びつきの中で
三　考察
(一)　フランス法の検討から得られる視点
(二)　日本法への示唆
四　結びにかえて

一　序　論

肖像に対する法的保護は、肖像権による精神的側面の保護に加えて、人のパブリシティ権による財産的側面の保護も併せて行われてきた。[1] 人のパブリシティ権が最高裁によって初めて承認されたのが、[2] 最一小判平成二四・二・二民集六六巻二号八九頁〔ピンク・レディー事件・上告審〕である（以下、「平成二四年判決」と表記する）。平成二四年判決は、パブリシティ権を、人の氏名、「肖像等それ自体の商業的価値に基づくもの」とし、「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」と定義した。判決要旨は、パブリシティ権の侵害として違法と評価される肖像の無断利用行為は、「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」であると示しつつ、当該事案における肖像利用行為の違法性を否定した点から成る。

平成二四年判決は、事案における行為の違法性を否定したため、違法と評価されるパブリシティ権侵害があった場合にどのような損害が生じるかという点について直接に判示したものではない。この点、平成二四年までの間に蓄積された下級審裁判例における損害賠償請求認容判決[3]においては、肖像の使用料相当額を損害の内容としている。平成二四年判決は、従来の下級審裁判例においてパブリシティ権侵害とされた行為の大部分をカバーする規範を示しており、[4] 同判決は下級審裁判例による肖像の財産的側面の法的保護を承認したものと言えるため、同判決の下においても主として想定されている損害は使用料相当額と見てよい。[5]

日本におけるパブリシティ権の判例法上の生成は、肖像本人と契約関係にない第三者による肖像の無断利用につき、不法行為責任を問う事案に対する判決を中心として行われてきた。[6] 契約で定められた範囲を超える肖像利用につき争

う事案[7]や、肖像の利用を許諾する契約の有効性を争う事案[8]はわずかである。また、人のパブリシティ権は、体系上も、民法の不法行為法において保護される権利・利益の中に位置づけられている[9]。

しかし、パブリシティ権侵害によって生じる損害につき肖像使用料相当額を想定することは、肖像の利用を許諾する契約が締結され得ることが前提となることに留意すべきである。この点、肖像は、主体である人の人格属性であるため、肖像の利用を許諾する契約を締結することは、本来は取引になじまない人格属性を取引の客体とする点につき理論上の障壁がある。そして、肖像使用料相当額の損害を観念することは、この理論上の障壁が越えられていることを前提としている。エンタテイメントビジネスにおける現実的必要性に鑑み、一定の態様の肖像の無断利用行為につき不法行為責任を認める結論自体に異論はないとしても、人格属性である肖像がなぜ取引の客体となり得るのかという視点からの理論的な整理が必要ではないか[10]。

他方で、これまで学説において議論されてきたパブリシティ権の譲渡可能性論は、同権利が人格権としての性質を有するならば一身専属性ゆえに譲渡になじまないのではないかという問題意識に基づくものであった[11]。しかし、パブリシティ権の譲渡可能性論は、パブリシティ権の存在を前提とするものである。そのため、そのパブリシティ権の存在自体が内包する前提である、人格属性の取引客体としての把握につき、その理論構造を探究することは、パブリシティ権の譲渡可能性論とは次元の異なる問題である。

本稿は、以上の問題意識に基づき、人格属性である人の肖像はどのような理論構造において取引の客体となるのかを探ることを目的とするものである。

既述のように、日本の判例・裁判例においては、肖像本人と肖像利用者の間に現に契約が存在し、その契約に端を発する紛争が訴訟になった例は少ない。一方、フランス法に目を転じると[12]、肖像に対する法的保護は十九世紀半ばから判例・裁判例において図られているが、そこでは肖像の利用につき契約を締結し、又は同意した当事者間において、

契約又は同意の範囲を超える肖像利用につき争う事案が日本と比べて多いという特徴がある。[13] また、二〇〇八年には、肖像の商業的利用に関して締結された契約の有効性が直接の争点となる破毀院判決が出された。[14] そのため、フランス法は、肖像が人格属性であることと、それが取引客体となることの理論的な整合性を探究するための材料に富むといえる。

したがって、本稿においては、フランス法において肖像に対して行われてきた法的保護を財産的側面から分析し、肖像が取引客体として把握されていく様子を、時系列に沿って以下の区分に従い観察することとする。まず、肖像の無断利用につき不法行為法に基づいて財産的な損害の賠償が認められていく過程を分析する（第二章第一節）。次に、肖像に関する財産的価値を権利として把握する学説の展開につき検討する（第二章第二節）。そして、肖像の商業的活用に関して締結される契約の有効性を認めた二〇〇八年の破毀院判決及びその後の学説を検討する（第二章第三節）。

二　フランス法における肖像に対する法的保護の財産権的側面

㈠　不法行為法による保護

1　戦前の裁判例の特徴

フランスでは、一九世紀半ばから、許可なく行われた肖像の公表又は肖像写真の譲渡行為につき不法行為制度を適用し、原告の損害賠償請求を認める形において、肖像に関する利益が保護されていた。裁判例においては、「何人も、家族の明白な同意なく死の床にある人の表情を複製し、公衆にとどけてはならない」[15]、「人の肖像画・肖像写真をその者の同意なく複製・公表してはならない」[16]等の表現で行為規範が定められた。

日本では、肖像に関する利益の民事における保護は、公権力である警察から無断で撮影されない利益の不法行為法上の保護[17]を出発点としている。そして、その後、判例・裁判例における侵害行為者の多くが私人となるという流れをたどる[18]。

これに対して、フランスの戦前の裁判例においては[19]、損害賠償を命じられた行為者は、何らかの営利目的を持って肖像の公表または肖像写真の譲渡を行ったと推測される私人が多い。写真の複製を第三者に渡さないという約束の下、死亡した女優の最期の表情を撮影することを女優の家族から依頼されたカメラマンが、これに反して写真の複製を第三者に譲渡した行為につき遺族による損害賠償請求が認められた事案[20]では、写真の複製の譲渡が有償で行われていたかは判決文からは読み取れないが、複製を受け取った者がそれをもとにデッサンを描き、売却したという事実があるため、被告カメラマンの行為は営利目的であった可能性がある。また、その他に、被告が食品の広告に無断で芸能人の肖像を利用した事案[21]、既に死亡している代議士の肖像写真を被告が無断で複製し、その結果複製が大量に売却された事案[22]、外科教育目的以外での上映を禁じた上で自己の執刀する手術の様子を被告に撮影させたにもかかわらずそれが全国の劇場で上映された事案[23]、ファッション誌でよく知られたモデルをスタジオで撮影した写真を有効な許諾なくして雑誌に公表した事案[24]などがあるが、これらの事案の被告の行為は営利目的であったと思われる。

被害者、すなわち被侵害利益の主体は、一般人である三歳の子供[25]などについての裁判例に加え、前述のように、女優、モデルなどの有名人である事例も複数見られる。そして、これらの有名人も、損害賠償請求の認容を通して保護されていく上で、一般人と区別して扱われているわけではない[26]。

そして、賠償が認められる損害については、精神的損害のみならず、財産的損害も場合によっては認められうることを示唆する裁判例が複数ある。肖像を無断で利用された原告が芸能人であり、行為態様も広告への肖像利用であった一八九二年のセーヌ商事裁判所判決[27]は、原告からは精神的損害のみが主張されている旨を留保した上で、精神的損

害の賠償のみを認めた。その精神的損害の内容については、原告が金銭と引き換えに肖像の広告利用を許諾したこと、つまり商業活動としてその美しさを金に換えたことを他者に想起させたことによる損害とされている。また、原告が自身の三歳の娘の写真の撮影を被告に依頼したところ、被告発行のカタログに娘の写真が無断で掲載されたという一九三四年のセーヌ商事裁判所判決[28]では、原告は財産的損害と精神的損害の双方を主張したが、財産的損害については立証ができていないとして精神的損害のみが認められた。掲載誌における同判決の紹介記事には「精神的損害、場合によっては財産的損害に応じた賠償が課せられる[29]」と記されており、この事案において、仮に原告が立証に成功していた場合には財産的損害の賠償が認められていたといえる。そして、劇場や映画で芸能人としての職務を行う原告の写真を無断で利用した一九三九年のセーヌ商事裁判所判決[30]の無署名コメントでは、一般論として、「被写体は、自己において生じた精神的及び財産的な損害の賠償を得ることが法律上できる[31]」と明言された。

このように、戦前の裁判例の特徴としては、肖像に対する法的保護が裁判例において認められた当初から既に、芸能人等の有名人の利益の保護が認められていた点、及び、賠償が認められる損害は精神的損害と財産的損害の双方が想定されていた点が指摘できる。

2　人格権としての肖像権

裁判例において初めて肖像に対する法的保護が認められた一八五八年には、人格権理論はフランスにおいてまだ提唱されていなかった。肖像に対する法的保護が裁判例を通して行われるようになった後から、人格権という理論的な根拠がその保護につき与えられたことになる。

フランス法における人格権理論[32]の嚆矢とされる一九〇九年のペローの論文では、人格権は金銭評価の不可能性という基本的性質から導かれる譲渡不可能性を有していること、すなわち人格権は取引対象外であり（hors du commerce）、

譲渡できないゆえに、合意になじまないこと、さらに広く言えば人間の意思の捕捉の外にあることが述べられる。[33] しかし、ペローは、上記のような人格権の性質は理論上のことであり、実際にはこの原則は緩和されるとする。その例として、顧客を惹きつけるために自らの名前を工場の商標の中に入れることを許可すること、有名人がある製品の広告に役立てるために自分の名を製品に与えること、[34] 肖像画のモデルがその画の公表を合意すること[35]も有効であると説く。このようなペローの指摘からは、人格権理論の登場の当初から、人格権による保護の対象となる氏名や肖像という属性の財産的側面が取引の対象となることが例外として容認されていたと言える。

また、一九三二年のジョスランの論文においては、「人間とその様々な属性は約定の埒外にあり、公序に属し、財産的価値はない」という公理がある一方で、財産（patrimoine）と人間の接点が徐々に増え、人間は時に経済的価値として扱われ、物の階層まで落ちていること、すなわち商業化し、財産化していることが指摘される。[36] このことからは、人格属性の財産化の認識が、人格権理論が登場して間もない頃から問題意識のレベルでは既に存在していたことが分かる。[37]

人格権理論の登場は、肖像権の根拠の議論に影響を与えた。肖像に対する保護の法律構成は、裁判例においては、単に「被写体の同意なくして公表できない」と示すもの、[38] 被写体には公表を許可するかしないかについての「自由」があると示すもの、[39] 写真作品の著作者の著作権が被写体の意思により制限される旨を説くもの[40]がある。その一方で、「全ての人がその肖像、顔立ち、肖像画・肖像写真の上に有する、時効にかからない所有権」をその法律構成とするもの[41]もある。

しかし、学説上は、フジュロル[42]、ネルソン[43]そしてカルボニエ[44]によって、所有権構成は否定された。[45] 前二者に共通する批判として、人が自己の肖像につき所有権を有することを肯定することは、身体所有権を前提としているが、それは主体と客体の混同であり認められないということがある。[46] そして、万人に対抗できる絶対的な権利だということを

言いたいのであれば、その法的構成は個人に内在する非財産的権利に求められるべきだと前二者は主張した[47]。また、カルボニエは、肖像権を所有権と見るとささいな侵害であっても損害の証明なくして非難の対象となるため、人の肖像は民法典一三八二条の下で損害の存在を証明した上で保護されるべきであると説き、その上で、その損害は専ら精神的損害であり、それゆえ人間の肖像からは人格権しか生じないとした[48]。

3　肖像の財産的側面への注目と保護

しかし、その後フランスでは肖像の財産的価値に注目が集まるようになる。ストゥフレによる一九五七年の論文[49]は、フランスで初めて肖像が有する財産的価値に言及するものであり、その後の学説においても先駆的な文献として扱われている[50]。ストゥフレは、「非財産的利益が侵害されたときにそれを金銭評価する必要があるのみならず」、「肖像はしばしばその公表を目的とする契約の締結により、財産的価値を獲得する」と説く[51]。この論文で、ストゥフレは、肖像が有する財産的価値に着目する理由として、人格権概念は時に、自由の概念があれば足りるという批判を受けるが、権利概念を用いなければ人格の身体的属性についての特権を捕捉できない場合があると述べる。そして、そのような場合とは、氏名や肖像が、非財産的利益のみならず、それと別個ではあるが密接に結びついた財産的利益の対象となる場合であるとする。そのため、ストゥフレによれば、肖像に関する利益の財産的側面に着目する場合に、権利概念で肖像に関する利益を捕捉する意味が生じることになる[52]。ただし、ストゥフレは、財産権という権利概念による捕捉を主張しているのではない。人格権としての肖像権が呈する非財産的側面と財産的側面につき検討することよって、精神的価値の財産化を指摘し、その財産化には、人間の完全性を保つことの要請による限界があること[53]を説くことを主眼としている[54]。

他方で、判例・裁判例上の変化としては、一九六五年のパリ控訴院判決において、初めて肖像の無断利用に関して

財産的損害の賠償が認められたと理解されている判断が下される。[55] これは、有名歌手のペテュラ・クラークとその夫の写真が雑誌に無断で掲載されたものである（以下、「ペテュラ・クラーク事件」と表記する）。原告夫婦がイギリスの出版社からインタビューを受け、そこで夫婦の承諾の下に撮影された写真が、転々譲渡され、最終的に本件の被告であるフランスの出版社に売却され、その被告出版社が雑誌に公表した、という経緯である。裁判所は、「無名の人に関してであろうと、公衆に知られた芸能人のカップルであろうと同様に、被告は民法典一三八二条以下において宣明される一般原則によって、個々人の肖像権（droit à l'image）を尊重するように義務づけられる」と判示して雑誌出版社の損害賠償責任を認めた。その際、判決文の損害の評価の箇所において、原告夫婦が、無断公表された写真が芸能人としてのキャリアの妨げになることや、写真の公表が不快であることは主張していないこと、及び、原告がイギリスの雑誌に対して許可したインタビューの対価を受け取っていないことが指摘されている。そのため、ランドンによる評釈では、当該事案では無遠慮な写真や私生活への侵入という要素はない旨と、判決は明確には述べていないものの賠償がなされたのは報酬の逸失利益であると推察される旨が指摘された。[56]

戦前の裁判例においては、肖像の無断利用に関して生じた財産的な損害も賠償されうる余地があることが示されていたのみであったのに対して、この判決をもって、肖像に関する報酬の逸失利益の賠償が現に認められたといえる。

その翌年には、破毀院においても肖像の無断利用に関する財産的損害の賠償が認められる。[57] 事案は、俳優である原告ブリアリーの写真が被告である紳士服メーカーらによる広告行事の際に同意の下で撮影されたものの、そのうちの一枚が広告目的において明示的な同意なく利用されたというものである（以下、「ブリアリー事件」と表記する）。原告は、紳士服メーカーの顧客に対して写真を使うこと自体には同意したが、実際に行われた写真の利用は同意された権利を超えており、それは自分が同意したよりも多くの報酬に値する、と主張し、この主張は認められた。ランドンの評釈においては、従来認識されていた肖像権とは異なる肖像権の登場が指摘されている。すなわち、「これまでは肖

像権は人格権の一つとして分析され、それゆえ基本的に非財産的性格を持つとされていた」が、「ペテュラ・クラーク事件、ブリアリー事件の判決で宣明された権利はそれとは異なり、芸能人が肖像の複製に異議申立てする権利である」と分析された[58]。ここで言う複製は、「契約又は慣習による限界を超えた複製」や、「相当の報酬（rémunération correspondante）を当人が受け取らなかった上での複製」であるとされる[59]。肖像に関する利益の財産的側面が訴訟において問題となった場合につき、非財産的な人格権として分析されてきた肖像権に新たな一面が見えたと捉えるか、あるいは既存の肖像権で把握しきれない利益であると捉えるか、という点までは、このランドルの評釈の文言からは読み取れない。

他方で、これらの判決とは損害賠償の認容の仕方が異なる判決もあるため、二つを挙げる。一つ目に、一九七三年のパリ大審裁判所判決[60]の事案においては、原告のモデルが、ファッションショーに際して脱衣と化粧のシーンを撮影されることを同意した。その際、原告はその撮影が、ドキュメンタリー、教育又は時事の目的における短い映画のためであると認識していた。しかし、実際には撮影されたものは長い映画となって、パリにあるポルノ映画に特化した映画館で上映された。判決においては、「すべての自然人はその肖像の支配者であり、その人のみがその肖像の利用状況及び条件を定める権利を有する」と示され、損害の性質の詳細は述べられずに原告の請求が認められた。また、一九七五年のパリ控訴院判決[61]の事案においては、原告である女優カトリーヌ・ド・ヌーブのヌード写真が後の夫となる者により承諾の下で撮影され、後に雑誌 Lui に四枚のヌード写真が過去の男性関係やその結果生まれた子供のエピソードなどについての文章と共に、原告の同意なく掲載された。この掲載を受けて、原告は、文章につき私生活の尊重を求める権利の侵害を理由として、写真に関して肖像の上に有する権利の侵害として損害賠償を請求した。裁判所は、「全ての人は肖像及びその利用につき、許可なき拡散に異議申立てできる排他権を有する」との一般論を示した上で、原告は他のすべての雑誌においてネガを公表することを同意していたとは考えられないと認定し、雑誌 Lui の

出版社に対し、原告の私生活の尊重を求める権利及び肖像権の侵害を理由として損害賠償を命じた。この判決では、ペテュラ・クラーク事件やブリアリー事件において、芸能人の肖像の無断利用についての逸失利益の賠償請求の道が既に開かれていたにもかかわらず、財産的損害がある旨が明記されていない。また、原告のエピソードを記した文章については私生活の尊重を求める権利の侵害が明確に認められているのに対して、写真の利用については私生活の尊重を求める権利の侵害が認められていない。したがって、この判決においては、肖像の無断利用に関して、肖像の使用料相当額の逸失利益という財産的損害でもなく、また私生活の尊重の侵害による精神的損害でもない損害が認定されたといえる。ここから、有名人の肖像に対する保護は、必ずしも逸失利益の財産的損害の賠償に限られないことがうかがえる。

4 小括

フランス法において、財産的な側面における肖像に対する法的保護は、不法行為法による被侵害利益としての保護を出発点としていた。裁判例において初めて肖像の保護が認められてから約五〇年後には人格権理論の提唱が始まり、やがて、肖像権は非財産的な権利たる人格権であるという理論的位置づけの下、専ら精神的な損害の賠償が民法典一三八二条の下で認められ得ると説かれた。

しかし、戦前の時代から、肖像の保護を認めた裁判例においては精神的損害のみならず財産的損害の賠償もあり得ることが、可能性としては認められていた。そして、一九五七年には学説による肖像の財産的価値への注目が始まり、一九六〇年代半ばより、判例・裁判例において肖像の無断利用につき財産的損害の賠償が認められるようになった。それらの裁判例においては、原告が有名人であっても、損害の性質を財産的なものと明記しない場合がある点が特徴として見受けられる。

(二)　権利構成による保護――肖像権の法的性質論

一九七〇年に、民法典九条が新たに制定され、その一項においては「それぞれの者は自己の私生活の尊重を求める権利を有する」と規定される[62]。この条文は、技術の発達により、人々がオーディオ・ヴィジュアルと情報による危険にさらされることが増えていることから、立法の介入によって人々の私生活を保護することが必要になったという背景から新設された[63]。この九条は、人格権の母体（matrice）として機能すると理解されている。すなわち、条文に直接規定されているのは「私生活」のみであるが、肖像等、他の人格を保護することの根拠条文としての機能も有し、人格の保護一般の根拠となると言われる[64]。これ以後、少なくとも、人が肖像の無断公表に関して有する、私生活の尊重と同種の精神的利益については、民法典九条を根拠として保護されることに争いはない[65]。

肖像に関する精神的な利益が権利の構成で保護されるようになった後には、財産的な側面について、それが権利という構成で把握されるのかが学説上問われることになる。すなわち、肖像の財産的権利（droit patrimonial à l'image）の承認をめぐって行われる、肖像権の法的性質論である。

1　精神的権利と財産的権利という視点から

肖像の財産的権利の提唱の嚆矢として認識されている、一九八四年のガイヤールの論文では、非財産的な肖像権とは別個に、財産的性質を持つ真の主観的権利が認められるべきだと主張される[66]。その実益としては、肖像の無断利用の被害者が、非財産的性質の損害を何ら主張せずとも損害賠償を得られる点[67]、肖像権の二重譲渡の解決に資する点[68]、肖像権が肖像本人の死を原因として相続人に移転可能になるため、死者の親族に、感情を害されたことを理由とする彼ら固有の権利を認めること以上の保護を与えることができる点[69]などを挙げる。この学説は、譲渡の局面を想定し、

肖像に関する利益の取引客体としての面に着目する視点を持つ提唱と言える。ほぼ同時期に出された一九八五年のアカロンの論文は、別の問題意識から肖像の財産的権利の承認を提唱する。[70] アカロンは、肖像権と私生活の尊重を求める権利の区別を意識し、肖像権が私生活の尊重を求める権利と別個のものとして存在意義を有するのは財産的な利益につながっている場合のみであると説く。[71] つまり、俳優などの有名人は私生活の尊重を求める権利を主張できない場合があるが、そのときに有名人の肖像が商業的価値を有していれば、その有名人は自己の肖像についての財産的権利を主張し、肖像の無断利用を訴えることができる。そのような場合には、有名人は自己の肖像につき私生活の尊重が害されたなどの精神的権利の侵害を訴える余地がないため、この場合に、肖像の財産的権利を認める実益が生じるという主張である。[72] アカロンは、ガイヤールの論文で多くの紙幅を割いて述べられていた肖像権の譲渡と相続の問題に全く触れていない。そのため、アカロンの主張は、ガイヤールとは異なり、肖像に関する利益の財産的側面を保護する手段として肖像の財産権概念が必要だとするものであり、侵害の局面を念頭に置いていると言える。

2　消極的権利と積極的権利という視点から

肖像の財産権の提唱はその後の他の論者にも引き継がれていき、非財産的権利としての肖像権と、肖像の財産的権利という二つの権利を観念する見解は学説の流れとして定着する。[73] 後の論者による見解の中には、財産権的な肖像権を観念するまでの問題提起において、契約による肖像の商業的活用に重点を置くものが見られる。たとえば一九九七年のセルナの学位論文[74]では、有償での肖像の利用が市場を支え、金銭的利益を促進しているという現実[75]をふまえた上で、次の主張がなされる。人の身体の像である肖像は民法典一一二八条の「取引の対象たる物」から外れ[76]、肖像を商業的に活用する契約が成立要件を満たさないのではないかという疑念は否定されるべきという主張である。[77] その上で、肖像権は、二つの法的性質を有すると説かれる。一つが、肖像の望まない公開に対する保護を提供する消極的権利で

あり、これは肖像への権利（droit à l'image）と呼称される。そして、もう一つが、権利の帰属主体に肖像の金銭的活用を可能たらしめる積極的権利であり、これは肖像に対する権利（droit sur l'image）と呼称される。[78] このセルナの見解からは、一九八〇年代におけるガイヤールとアカロンの主張においては財産的権利と精神的権利という視点で肖像権の二面性が語られていたのに対して、積極的権利と消極的権利という視点が二面性の分析において加わったことが、[79] 学説の発展として読み取れる。[80]

3　一次的権利と派生的権利という視点から

一九九七年のロワゾーの論文[81]は、肖像や名を念頭においた人格属性につき、非財産的権利としての人格権のみならず、人格の財産的権利を確立することを主張するものである。そこでは、人格の金銭的活用を可能とすることにつき、非財産的権利は適合的でないと指摘される。[82] 侵害からの保護ではなく、人格属性の積極的な活用を念頭において問題提起をする点はセルナと共通するが、ロワゾーは、人格の金銭的活用について、人格権概念の理論的考察の深化をもって応答する点において特徴的である。その考察においては、まず、人格権という権利における、権利の性質上その基底にある精神的価値と、現実上制度を規定していくであろう経済的関心との相克に問題関心が払われる。[83] そして、そのような状況に直面するにあたっては、人格権は、一方で非財産的権利としての性質の変質を避ける必要があり、また他方で商業化への不適合もまた避けるべきであるとされる。[84] このような要請を満たす解決として、人格について、非財産的な権利としての「人格の一次的権利（droit primaire de la personnalité）」と財産的権利としての「人格の派生的権利（droit dérivé de la personnalité）」の二つを観念する提案がなされる。「人格の一次的権利」は、「全ての人が、第三者が名や肖像や声のような特徴づける表象を通して人格にアクセスすることをコントロールする基本的権利」であり、「各人の人間性と尊厳に鑑み全ての人間に認められる」とされる。それに対して、「人格の派生的権利」は、肖像、名、

声などの人格を想起させる要素の魅力としての価値を、商業的・広告的目的において自分自身で用い、又は、他者に活用を許可し、又は、同意のないあらゆる商業化に異議申立てする権利だとされる(85)。そして、一次的権利と派生的権利の関係性について、ロワゾーは、一次的権利は派生的権利が発生することの条件であると説き、その上で、この二つのタイプの権利は共存するのであり、有名人はこの一次的権利及び派生的権利の二つの根拠に依拠することが可能だとする(86)。

4 小括

肖像の財産的側面に対する不法行為法による保護が確立した後は、その財産的側面を権利として構成し、肖像権とは別個の財産的権利として承認し保護することが学説によって主張された。このような諸学説は、肖像権を二元的に捉えるものであるが、はじめは精神的権利と財産的権利という視点から区分が提唱されていた。その後、区分の視点は、消極的権利と積極的権利という点に移るが、積極的権利という視点が持たれる背景たる問題意識には、肖像を商業的に活用する契約の有効性への関心があった。そして、より近時においては、全ての人が平等に有する一次的権利としての人格権と、その権利の存在を条件として発生する財産権としての派生的権利という二区分が提唱された。この説は、肖像権に財産権的側面があるとしても、人格属性の財産的側面の権利である以上は人格権的側面との関係が問題となるが、その点をどのように説明するのかということに言及するものといえる。

このように、肖像権を二元的に捉える学説の発展の過程をたどると、肖像権の人格権的な側面と財産権的な側面において、前者と後者の論理的な関係が徐々に見出されていくことがうかがえる。

(三)　契約的保護――人格権法理との結びつきの中で

一九八〇年代以降、非財産的権利たる肖像権とは別個の権利としての肖像の財産的権利概念によって、肖像の財産的側面の把握をする試みが進んでいた。そして、下級審裁判例の中にはそのような学説の傾向に従うものも複数存在した[87]。しかし、二〇〇八年には、肖像の財産的権利を沈黙によって事実上否定したと評される[88]破毀院判決が出される。この判決が、肖像の財産的権利を承認する代わりに示した法律論は、肖像権を契約法理との関係において捉えること[89]である。

1　二〇〇八年破毀院判決

(1)　事案及び判旨

二〇〇八年破毀院判決 Cass. civ. 1re Ch. 11 déc. 2008, *J. C. P.* 2009. II. 10025（以下、「二〇〇八年破毀院判決」と表記する）の事案は、原告であるプロのモデルの女性が、被告である写真代理店と次のような契約を結んだというものである。まず、原告が写真撮影の一セッションを提供する。そして、原告は、その写真を被告が利用することを許可し、それと引き換えに二〇〇〇フラン（三〇五ユーロ）を受け取るというものである。被告による写真利用の条件は、ポルノ利用を除くあらゆる形態で、あらゆる技術的手段により、あらゆる媒体において、世界中で、黙示の更新が可能な一五年の期間において利用できるというものであった。原告はこの契約を後悔したのか[90]、次のように、契約が無限定的であることを理由に無効であることの確認を求めて被告を訴えた。その主張は、「モデルが有する、肖像の価値を引き出しその活用条件をコントロールする排他権、すなわち肖像について有する財産的権利が、同権利に付随する財産的権能の一部を移転する契約の設立の原因となるとしても、譲渡対象たる権利の活用範囲は、活用目的や期間な

どにおいて限定され、明確に定められなければならない」。それゆえ、「肖像権の譲渡契約」と名付けられた本件契約は、無限定的であるが故に無効となるというものである[91]。判決においては、「肖像権の譲渡契約には、唯一、民法典九条が適用され、特に知的財産権法〔の適用〕は排除される」こと、及び「本件においては与えられる許可の範囲が期間、地理的領域、〔写真の掲載〕媒体、一定の文脈の除外[92]に関して十分に明確に約されている」ため、「民法典九条の規定は契約自由に従う[93]」ことが示され、契約を有効と判断した原審の判断が是認された。

(2) 判決の意義

この判決の意義は大きく三点に分けられる。一つ目は、破毀院の具体的な判示に直接関わる意義ではないが、肖像の財産的権利につき、破毀院が沈黙し、事実上否定したと学説において受け止められた[94]点である。原告は、主張において、モデルは「肖像の価値を引き出しその活用条件をコントロールする排他権、すなわち肖像について有する財産的権利」を有すると述べている。つまり、肖像の財産的権利を承認できる機会にもかかわらず、破毀院がそのような構成についての言及を回避したことは、破毀院が肖像の財産的権利の承認につき否定したに等しいと受け止められた[95]のである。

二つ目に、肖像が人格属性であることからその合法性が当然には認められるわけではない肖像権の譲渡契約につき、その合法性を破毀院が承認した点が判決の意義である[96]。本件では、契約において肖像の利用手段や媒体が限定されていなかったことから、確定した目的があることが合意の有効要件であることを定める民法典一一〇八条との関係において契約が無効になるか否かが直接の争点である。しかし、そのようなことを問題とし、事案の解決として契約の有効性を承認するということは、人格属性としての肖像に関する契約の有効性をその前提として承認していると言える。

三つ目が、肖像権譲渡契約につき適用される条文が民法典九条であるとしながら、同時に適用される規範として契

約自由を提示したという点である。この点は、裏から見れば、破棄院が肖像権譲渡契約に関して知的財産権法の適用を明確に否定したという意義を持つ[97]。

この判決の帰結につき付言すれば、少なくとも、事案のようなレベルの包括性を有する契約であれば、包括性ゆえに無効になることはない。そして、本判決の射程は次の通りに限定されている。契約自由の宣言に際して「本件においては与えられる許可の範囲が期間、地理的領域、〔写真の掲載〕媒体、一定の文脈の除外に関して十分に明確に約されているため」という留保が付されているため、本件以上に包括的な契約（たとえば「ポルノ利用を除く」という文言が契約に無く、いかなる文脈での利用も禁止されていなかった場合）も契約自由の名の下に有効になるのかという点には射程が及んでいない。つまり、契約自由の貫徹がどこまで行われるのかの線引きについては示されておらず、今後に残された課題になっている[98]。

(3)　評釈による分析・評価

この判決に向けられている、評釈による分析・評価を概観する。人格権の「母体」として位置付けられる民法典九条と契約自由の原則の双方を参照している点は、ロワゾーからの批判を受けている。そこでは、「静かに放っておいてもらいたいという人の権利を無視することで不同意拡散により生じる肖像権の侵害」と「肖像の商業的価値を害するような活用から生じる侵害、すなわち当事者が肖像の活用をコントロールする権利の侵害」は分けて扱うべきで、それぞれに対応する規範が九条と契約法理である以上、肖像権の譲渡契約に関して両方を参照するというような法律構成には賛成できない、と主張される[99]。

しかし、この「判決によって打ち建てられた、民法典九条と契約自由の原則の緊密で直接的な関係性[100]」の意味を解釈しようという試みも複数の評釈により行われている。

カロンは、民法典九条が「契約自由に従う」という判決の文言を受けて、この判決は、肖像契約が人格属性に関する契約であるという特殊性を考慮しなかったものだと分析する。そして、契約法理の調整原理として既に存在する知的財産権法上のルール（悔悟権など）の参照をはっきり退けた判決だと述べる。そして、自身の見解としては、（本件でのモデルのような）弱者と見られる者の保護のために特別な法律を掛け合わせることを提案する。[101]

本判決を、知的財産権法の規範を完全に排斥したと見ているカロンに対して、他方でレティエは、「本件においては与えられる許可の範囲が期間、地理的領域、〔写真の掲載〕媒体、一定の文脈の除外に関して十分に明確に約されているため」という本判決の留保が、知的財産法典L一三一条の三と共通しており、形式的には共通法たる契約法を参照しながら実質的に知的財産法典を参照しているに等しいとする。そして、特別法（知的財産法典）が対象とする状況についての保護を強化するために共通法を変質させるものであるとして、このような判決の構造を批判する。[102]

そして、オゼは、本判決は、上記の留保（地理的領域、媒体、文脈に関して明確に訳されていること）の限りで契約自由が人格保護に一歩先んじることを述べたものと理解し、肖像権を売ることは可能であるが、契約によって限定された方法によってのみ可能となると総括する。その際、その様子を消費者法になぞらえており、いかにして限定をかけることが望まれているのかが今後問われているとする。[103]

評者によって分析のニュアンスに違いはあるものの、概ね次の方向性で理解は一致しているように思える。すなわち、この判決では、本件事案の程度の包括性を有した肖像権の譲渡契約が有効とされた点で、人格属性を対象とする契約にも契約自由の原則が及ぶことが示されたが、その契約自由の原則が完全に及ぶのかという限界の線引きは今後に残された課題とされているということであろう。

そうであっても、従来、人格属性は取引になじまないとされ、民法典九条を条文上の根拠として人格権法理の下で保護されていたことと、その人格属性に関して契約法の大原則である契約自由を及ぼすこととの理論的整合性はいか

にして図るのか。この点につきルベは、本判決によって、肖像を尊重する権利と契約自由の原則の接合が結びつけられたことは、「肖像の客体としての地位（condition de *res* あるいは condition d'objet）」の承認を意味すると説く[104]。このルベによる論評は、人格属性である肖像が契約領域に入ることにより客体化することが、九条と契約自由の二重の参照の論理的前提として存することを示すものといえる。

(4)　契約の法的性質に関して

二〇〇八年破毀院判決の事案において行われた、十五年にわたる肖像利用を包括的に許可する契約の法的性質に関して、若干の言及をする。本件においては、当事者が契約に付与した名前が譲渡（cession）であったため、破毀院も判決文においてその名を括弧を付した上で使用している。また、「譲渡」があくまで当事者の付けた名であることを断った上で書かれた評釈[105]もある。そのため、このような契約を「譲渡」と法性決定するかについては、さらなる議論を要するといえる。しかし、本稿の問題意識は、人格属性としての肖像が取引の客体として捉えられることを探る点にある。したがって、二〇〇八年破毀院判決を「譲渡」との関連に注目して取り上げるのではなく、肖像に関する財産的利益が契約法理との関連において捕捉されたことを汲み取ることに重きを置きたい。

(5)　その後の破毀院の動向

さらに、二〇一一年には、芸能人ではない人の肖像に関する紛争、すなわち、エンタテイメントビジネスの一環としての肖像の利用許諾以外の事案においても契約法理を用いることを示した破毀院判決が出される[106]。事案は、警察官である原告の職務中の様子をテレビ局である被告が撮影してテレビ放送をしたもので、階級と名を伏せて放送される約束であったのにもかかわらず、被告はそれらの情報を付して放送した。破毀院は、映像の拡散自体には同意があっ

たことから当該事案においては私生活の侵害がなかった旨を示した。その上で、階級と名を伏せる旨の同意には、適法に形成された合意はそれを行った者に対しては法律に代わる旨を定める民法典一一三四条が適用されることを示した。フランス法における肖像に関する利益の契約法理による把握は、芸能人が有する財産的利益を超えて行われていることがうかがえる。

2　人格権法理と契約法理の接続

二〇〇八年破毀院判決は、肖像の商業的活用を企図する取引につき明示的に民法典九条を根拠条文として示すものであった。しかし、肖像の無断利用について生じた財産的損害の賠償を請求する際には民法典九条は適用されず、不法行為責任の一般規定である同一三八二条の適用によって処理されるとする裁判例が二〇〇六年に出されている[107]。判決文は、民法典九条の適用を排除するに際して、「私生活の尊重の侵害からの保護を行う民法典九条は、本件では問題にならないこと」及び、請求は「精神的損害の賠償ではなく、肖像・名・声の対価なき活用から生じる財産的損害の賠償を得ることを真の目的としている」ことを示す[108]。それにもかかわらず、肖像を相手方に商業目的で利用させる契約の有効性を認める二〇〇八年破毀院判決において民法典九条が参照されたことは何を意味するのか。この点につき、後の学説において考察が深められている。

サン・ポーは、人格権の体系書[109]における自らの執筆箇所[110]において、本稿第二章第二節第三項において挙げたロワゾーの論文を参照しながら、「〔人格〕属性の尊重についての非財産的権利の傍らに、人格属性の使用収益についての財産的権利が存する」ことを、自らが与する見解として記す[111]。その上で、このように人格権を二元的に捉える着想の根拠は契約法の視点において見出されるとする。すなわち、「人格属性の使用収益についての権利を付与する契約」は、「人格の派生的権利」を設定する契約であるとした上で、この権利の創出は「公序良俗の範囲内において」認め

られる契約自由によって説明されるとする。そして、この契約自由は「非財産的な主観的権利の行使の一方式」であると述べることによって、契約自由の根拠を人格権に求めている[112]。この点の理論的基礎につき、サン・ポーは、各人は自らの人格属性を、人間の尊厳の原則に合致する範囲内で活用する自由を有しており、民法典九条がその自由の基礎となると説明する[113]。

この説明からは、肖像が人格属性として取引の客体となることは、契約自由という根拠のみに支えられているのではないことがうかがえる。その契約自由の根拠が人格権に存することからは、人格権が、人格属性の商業活用を企図する取引を理論的に支えているといえる。この点において人格権法理と契約法理の接続が見られる。

3　小括

二〇〇八年破毀院判決は、包括的に肖像の利用を許諾する内容の契約の有効性を、人格権法理（民法典九条）と契約法理（契約自由の原則）の双方を参照することにより検討し、当該事案においては契約自由が妥当することを認め、契約を有効と判断したものであった。直接的には、契約が包括的であるがゆえに無効になるか否かを検討した判決であるが、そのような検討の前提として、人格属性である肖像を契約の目的とすることを破毀院は認めたといえる。この点につき、理論的な構造が学説によって示された。そこでは、肖像が財産的な側面を有し取引の客体となることは、人格権の行使として締結される契約によって発生する財産権という構造によって説明された。これは、契約自由の原則だけによって支えられる構造ではなく、人格権法理と契約法理が結びつくことによって成り立つ構造である。

三　考　察

㈠　フランス法の検討から得られる視点

フランスにおいて、肖像の財産的側面に対する法的保護は、当初は侵害により生じた財産的損害の賠償を通した不法行為法上の保護を中心としていた。

そして、一九八〇年代になると、学説上の試みにおいて、肖像に関する財産的利益が権利として構成されるようになり、肖像権につき人格権と財産権という二つの法的性質が見出されるようになった。フランス破毀院の立場はこの二面性を別個の権利として構成するまでには至っていないものの、多数の学説において二つの肖像権を観念することが主張されている状況は、日本において肖像権とパブリシティ権の二つが別個の権利として存在する状況と実質的には同一といえる。その第一の理由として、フランスにおいて肖像権を二元的に把握する見解に立つ複数の論者によって、人格権としての肖像権と別個に肖像の財産権を観念する発想はプライバシーの権利とパブリシティの権利を区別するアメリカ法に着想を得るものであることが指摘されている点がある[114]。第二に、フランスにおいて人格の財産的権利の確立の必要性を主張する見解においては、その実質的根拠として、製品の広告を通した人格属性の活用の事例を念頭においた顧客吸引力（pouvoir attractif）の存在が挙げられるからである[115]。日本におけるパブリシティ権論の導入もアメリカ法の参照に端を発しており[116]、また、同権利の中核概念は、平成二四年判決における権利の定義にも掲げられている顧客吸引力である[117]。そのため、フランス法が「パブリシティ権」そのものを観念する形を取らず、肖像の財産的権利、あるいは広く一般に、人格の財産的権利というものを論じているとしても、両国の議論は実質的には同じ問題についてのものといえよう。

しかし、肖像に関する法的保護につき人格権と財産権の二つを想起することから検討の段階を一歩進めて、フランス法の学説における、肖像権の人格権的側面と財産権的側面の関係性を理論的に説明する試みに着目した場合には、日本法への示唆となりうる有益な視点を汲み取ることができる。それは、肖像の財産的側面に対する法的保護が契約法理との関連において把握されるようになる点である。第二章第三節第二項で挙げたサン・ポーの見解は、人は自らの人格属性を活用する契約を締結する自由を有し、このことは人格権の「母体」としての機能を有する民法典九条によって基礎づけられるとする。この理論に従えば、人格権としての肖像権と肖像についての財産権を媒介するのが契約といえる。このような考え方からは、契約自由という契約法における指導原理と、人格保護を担う人格権法理との関係を、相容れない価値を体現し反目しあう関係とは捉えない発想がうかがえる。人格権法理と契約法理とを適切に接続させる形で議論することによって、人格属性である肖像を、被侵害利益としてのみならず、取引客体として把握することが可能になることがフランス法の検討から汲み取れる。

㈡　日本法への示唆

従来、日本法は、エンタテイメントビジネスにおける肖像の商業的活用が人格権と財産権の両方の問題であることに関して、パブリシティ権の法的性質論という形でクローズアップしてきたといえる。それは、侵害事案を中心とした判例法理が形成するパブリシティ権の法的性質として、人格権と財産権の両方の可能性を見出し、どちらかを選択し、あるいは双方の併存のあり方を整序するものである。しかし、フランス法における肖像に対する法的保護の財産権的側面の分析は、侵害局面における人格権的側面と財産権的側面の二面性とは異なる局面の存在を浮彫にする。それは、人格属性である肖像についての権利が契約の目的となる取引の局面である。このような契約の有効性については、日本では、序論にて示したように、侵害事案での損害賠償が肖像使用料相当額の逸失利益につき認められること

から、その有効性を肯定することが当然の前提となっていることが察せられるのみで、この点が正面から問題となることは少ない[118]。パブリシティ権の人格権的側面と財産権的側面をいかにして整序すべきかという問題は、肖像の商業的活用のために締結される契約の有効性論の次元においても、より意識されるべきである。この次元における整序の視点は、契約締結の自由の根拠としての人格権と、契約の効果として発生する財産権となろう。

四　結びにかえて

本稿は、人格属性である人の肖像はどのような理論構造において取引の客体となるのかを、人のパブリシティ権の議論を深めるための前提問題として検討することを目的としたものであった。そして、肖像取引の理論的基礎づけにおいて、人格権法理と契約法理を適切に接続するという視点を得た。ただ、その先の帰結である、肖像に関して締結される契約の有効性の個々の事案に応じた判断方法、締結された契約の性質決定の問題、契約の効果として発生する財産権は物権か債権かという問題などには検討が及ばなかった。これらの点を今後の課題として示すことをもって、本稿の結びにかえたい。

〔付記〕本研究は平成二七年度日本学術振興会科学研究費助成事業（13J02579）の助成を受けたものである。

（1）　パブリシティ権に関する議論状況と文献については、上野達弘「パブリシティ権をめぐる課題と展望」高林龍編『知的財産法制の再構築』一八五頁（日本評論社、二〇〇八年）が詳しい。最近の主な文献としては、著作権情報センター附属著作権研究所『パブリシティの権利をめぐる諸問題　肖像権委員会』（著作権情報センター、二〇〇九年）、本山雅弘「パブリシ

ティ権の権利構成の展開とその意味に関する覚書」国士館四五号五七頁（二〇一二年）、辰巳直彦「パブリシティ権再論――人格的要素の『私的所有』」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』三二九頁（弘文堂、二〇一三年）、内藤篤＝田代貞之『パブリシティ権概説（第三版）』（木鐸社、二〇一四年）、上野達弘「人のパブリシティ権」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』三九九頁（商事法務、二〇一四年）などがある。

（2）下級審裁判例に関しては、肖像に対する法的保護が財産的側面において初めて認められたのは東京地判昭和五一・六・二九判タ三三九号一三六頁〔マーク・レスター事件〕までさかのぼる。なお、「パブリシティ権」の語を用いた上での保護は、東京地判平成元・九・二七判時一三二六号一三七頁〔光 GENJI 事件〕において初めて認められた。

（3）東京地判平成一七・三・三一判タ一一八九号二六七頁〔長島一茂事件〕、東京高判平成一八・四・二六判タ一二一四号九一頁〔ブブカスペシャル7事件・控訴審〕、東京地判平成二二・一〇・二一判例集未登載（平成二一年（ワ）四三三一号）〔ペ・ヨンジュン事件〕など。

（4）平成二四年判決の金築誠志裁判官の補足意見による。

（5）ただし、平成二四年判決後に出された下級審裁判例（東京地判平成二五・四・二六判例集未登載（平成二二年（ワ）四六四五〇号）〔ENJOY MAX 事件〕）においては、使用料相当額とは別の損害として「パブリシティ権の毀損」が認定された。この事案においては、キャラクターイメージが重要である女性芸能人の写真の無断掲載にあたり、性的な関心を喚起する内容の記述を写真に付されたことによる損害がパブリシティ権の毀損にあたるとされている。

（6）前掲注（2）マーク・レスター事件、前掲注（2）光 GENJI 事件、東京地決昭和五三・一〇・二判タ三七二号九七頁〔王貞治事件〕、東京高判平成一一・二・二四判例集未登載（平成一〇年（ネ）六七三号）〔キング・クリムゾン事件・控訴審〕、前掲注（3）ブブカスペシャル7事件・控訴審、平成二四年判決など、他多数。

（7）富山地判昭和六一・一〇・三一判時一二一八号一二八頁〔藤岡弘事件〕。原告俳優と被告の間で締結された広告出演契約が終了した後も被告が原告の肖像を広告に使用し続けた事案。

（8）知財高判平成二〇・二・二五判例集未登載（平成一八年（ネ）一〇〇七二号）〔プロ野球選手事件・控訴審〕。また、肖像使用権の譲渡契約の対抗力が争われたものとして、東京高判平成一四・七・一七判時一八〇九号三九頁〔黒夢事件・控訴審〕。

（9）特にこの点に重きを置いて人のパブリシティの保護を論じるものとして、窪田充見「不法行為法学から見たパブリシ

ティ――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」民商一三三巻四・五号一四一頁（二〇〇六年）。

（10）なお、「身体の財産的価値の活用とその帰属という観点から」人のパブリシティ権を検討することの必要性を指摘するものとして、吉田克己「身体の法的地位（一）」民商一四九巻一号一一頁（二〇一三年）。

（11）たとえば、譲渡可能性につき消極的な見解として、中島基至「判解」最判解民事篇平成二四年度一八三頁（二〇一五年）など。積極的な見解として、斉藤博「プロ野球選手の氏名・肖像が有するパブリシティ価値」新潟四四巻四号一六頁（二〇一二年）など。パブリシティ権を分割する発想により、その一部の譲渡を認める見解として、坂田均「パブリシティの権利の包括性について」同法六〇巻七号八二四頁（二〇〇九年）など。

（12）フランスの肖像権についての先行研究として、石井智弥「人格権固有の利益の保護――肖像権を中心に――」専大院三二号一頁（二〇〇三年）、遠藤史啓「不法行為法における権利・利益の意義――フランス法における肖像権の議論を手掛りに――」神奈四七巻三号一一九頁（二〇一四年）など。

（13）Trib. civ. Seine 10 févr. 1905, *D.* 1905. 2. 389 ; Cass. civ. 1re Ch. 20 juin 1966, *J. C. P.* 1966. II. 14890, note Raymond Lindon ; Trib. gr. inst. Paris 3e Ch. 16 févr. 1973, *D.* 1973. *inf. rap.* 212 ; Paris 14 mai 1975, *D.* 1976. 291, note Raymond Lindon ; Cass. civ. 1re Ch. 4 nov. 2011, *CCE.* n°3, Mars 2012, comm. 33, note Agathe Lepage など。

（14）Cass. civ. 1re Ch. 11 déc. 2008, *J. C. P.* 2009. II. 10025, note Grégoire Loiseau.

（15）Trib. civ. Seine 1re Ch. juin 16 1858, *D.* 1858. 3. 62.

（16）Trib. com. Seine 13 juin 1892, *Gaz. Pal.* 1892. 2. 107.

（17）東京地判昭和二七・一〇・八判タ二四号四五頁〔人違い連行・撮影事件〕、最大判昭和四四・一二・二四刑集二三巻一二号一六二五頁〔京都府学連事件〕など。

（18）日本の肖像権判例の事案類型の変遷については、村上孝止『勝手に撮るな！肖像権がある！増補版』（青弓社、二〇〇六年）を参照。

（19）この時期の裁判例についての先行研究として、石井・前掲注（12）二五頁以下。

（20）*Supra* note 15.

（21）*Supra* note 16.

（22）Lyon 8 juill. 1887, *D.* 1887. 2. 180.

(23) Trib. civ. Seine 10 févr. 1905, *D.* 1905. 2. 389.

(24) Trib. civ. Seine 9e Ch. 24 mars 1937, *Gaz. Pal.* 1937. II. 154. その事案は、原告と被告が当初は合意の上で、被告が原告に五〇フランを払う約束において、広告に使用するために被告がスタジオで原告を撮影したというものである。その後原告は五〇フランという安い金額を拒否し、写真の公表を禁じたが、その禁止に背いて被告が雑誌に原告の写真を公表したという事情がある。

(25) Trib. com. Seine 11e Ch. 12 mai 1934, *Gaz. Pal.* 1934. II. 238.

(26) このことはSupra note 16 に付された無署名コメントにおいて、「あらゆる個人はその肖像画・肖像写真のあらゆる形態における公への展示を禁じる権利を有する。そして、この規範に対するいかなる例外も、被写体が劇場において公に演じられた劇に出演した芸能人であるという本件の状況から導かれない」と説かれていることからもうかがえる。

(27) *Supra* note 16.

(28) *Supra* note 25.

(29) *Id.*, p. 238.

(30) Trib. com. Seine 11 mai 1939, *Gaz. Pal.* 1939. 2. 243.

(31) *Id.*, p. 245.

(32) フランスにおける人格権理論の発展については、石井智弥「フランス民法における人格権保護の発展（一）」茨社五〇号一七頁（二〇一〇年）を参照。

(33) Étienne-Ernest-Hippolyte Perreau, Des droits de la personnalité, *RTD civ.*, 1909, p. 517.

(34) *Id.*, p. 518. これら二つの例は、石井・前掲注（32）二三頁において、「パブリシティ権に相当するものだと考えられる」と評されている。

(35) *Supra* note 33, p. 519.

(36) Louis Josserand, La personne humaine dans le commerce juridique, *D.* 1932. *Chron.* 1.

(37) ただし、ジョスランの論文で挙げられている具体例は、航空輸送における人身損害の責任の事前免除、アトラクションや美容外科手術における危険の引受け、人の運送に関わる契約責任につき物のルールを準用すること、などにつき「人間」の金銭化を指摘するものであり、氏名や肖像につき直接言及するものではない。しかし、後の肖像権に関するフランス学説は、

このジョスランの論文を、人格属性の商業化について語る際の代表的な先行業績として扱っている（そのような扱いをするものとして Jean Stoufflet, Le droit de la personne sur son image : quelques remarques sur la protection de la personnalité, *J. C. P.* 1957. I, 1374. n°25 ; Jeremy Antippas, Propos dissidents sur les droits dits « patrimoniaux » de la personnalité, *RTD. com.*, 2012, n°1, p. 35 など）。

(38) *Supra* note 16.
(39) Poitiers 1re Ch. 21 oct. 1935, *D.* 1936. 45.
(40) *Supra* note 25.
(41) *Supra* note 23.
(42) Henri Fougerol, *La figure humaine*, thèse Paris, 1913, p. 19.
(43) Roger Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse Paris, 1939, p. 144.
(44) Jean Carbonnier, note sous Trib. corr. Grasse 8 févr. 1950, *D.* 1950. p. 714.
(45) ただし Bernard Edelman, Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image, *D.* 1970, *Chron.* 119 は自己所有権理論を前提として所有権構成を肯定する。
(46) *Supra* note 42, p. 18, *Supra* note 43, p. 142.
(47) *Supra* note 42, p. 18 et p. 27-31, *Supra* note 43, p. 142 et p. 144-145.
(48) Carbonnier, *Supra* note 44, p. 714.
(49) Stoufflet, *Supra* note 37.
(50) Grégoire Loiseau, Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français, *McGill L. J.*, 1997. 42. 326.
(51) Stoufflet, *Supra* note 37, n°25.
(52) Stoufflet, *Supra* note 37, n°4-5.
(53) 具体的には、財産的利益と非財産的利益の適切な調整のために、肖像に関する契約の一方的破棄を認めることが論じられている。
(54) Stoufflet, *Supra* note 37, n°34.
(55) Paris 5e Ch. 1re déc. 1965, *J. C. P.* 1966. II. 14711, note Raymond Lindon. 本稿に先行する紹介として、石井・前掲注

（12）三〇頁。

（56）*Id.*

（57）Cass. civ. 1re Ch. 20 juin 1966, *J. C. P.* 1966. II. 14890, note Raymond Lindon.

（58）*Id.*

（59）*Id.*

（60）Trib. gr. inst. Paris 3e Ch. 16 févr. 1973, *D.* 1973. *inf. rap.* 212.

（61）Paris 14 mai 1975, *D.* 1976. 291. note Raymond Lindon.

（62）フランス民法典九条に関する日本語文献として、北村一郎「私生活の尊重を求める権利――フランスにおける《人の法＝権利》の復権」『現代ヨーロッパ法の展望』二一五頁（東京大学出版会、一九九八年）を参照。条文の日本語訳もこの論文に従った。

（63）François Terré et Dominique Fenouillet, *Droit civil, Les personnes*, 8e ed., 2012, n°108, p. 118.

（64）Agathe Lepage, L'article 9 du code civil peut-il constituer durablement la "matrice" des droits de la personnalité ?, *Gaz. Pal.* 2007. 1497.

（65）Emmanuel Gaillard, La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français, *D.* 1984. *Chron.* 162 において、この点が前提状況として理解されている。また、肖像権と私生活の尊重を求める権利の関係性については見解が分かれており、肖像権における精神的な利益の保護に関しては私生活の尊重を求める権利の一態様にすぎないと見る見解もある（Daniel Acquarone, L'ambiguïté du droit à l'image, *D.* 1985. *Chron.* 129. など）。しかし、Trib. gr. inst. Grasse, Référés, 27 févr. 1971, *J. C. P.* II. 16734 においては、私生活の内密の侵害がない事案につき肖像権の侵害が認められている。また、Cass. civ. 1re Ch. 12 déc. 2000, *D.* 2001. 2434. note Jean-Christophe Saint-Pau は、「私生活の尊重への侵害と、肖像に対する侵害は、損害発生原因として区別され、異なる賠償請求権を導く」と判示した。

（66）Gaillard, *Supra* note 65, p. 161.

（67）*Id.*, p. 162–163.

（68）*Id.*, p. 163.

（69）*Id.*, p. 163.

(70) Acquarone, *Supra* note 65.

(71) *Id*, n°17, p. 132.

(72) *Id*, n°25, p. 134.

(73) Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil : Les personnes*, L. G. D. J, 1989, n°315, p. 295-296 はこのような見方を承認するものと言える。

(74) Marie Serna, *L'image des personnes physiques et des biens*, Economia, 1997. なお、この学位論文については、大村敦志「二〇世紀が民法に与えた影響（一）――人・物・契約をめぐる現代フランス民法学の研究動向――」法協一二〇巻一号二一九―二二〇頁（二〇〇三年）（再録：『学術としての民法Ⅰ　二〇世紀フランス民法学から』一三一―一三三頁、東京大学出版会、二〇〇九年）において論評がなされている。そこでは、「droit à l'image」と「droit sur l'image」につき、「イメージへの／に対する権利」という訳語が使用されている。ただ、本稿においては、日本における肖像権及び人のパブリシティ権との比較対象として捉える目的から、日本法と共通の用語である「肖像権」の語を使ってこれらの権利を訳すこととした。

(75) Serna, *Supra* note 74, p. 1.

(76) フランス民法典一一二八条は「取引される物でなければ、合意の目的とすることができない」と定めており、人の肖像が「取引される物（choses qui sont dans le commerce）」に該らない場合には同一一〇八条が定める「約務の内容（matière）を形成する確定した目的（objet）」という合意の有効性要件を満たさず、人の肖像の取引は違法となる。セルナはそのような帰結に反対する。なお、法改正によってこれらの条文には変更が加えられる。契約法、債務の一般的規律及び債務の証明の改正に関する二〇一六年二月一六日のオルドナンス二〇一六―一三一号は、改正前の一一二八条を削除している。この点については、契約法、債務の一般的規律及び債務の証明の改正に関する二〇一六年二月一六日のオルドナンス二〇一六―一三一号についての共和国大統領への報告書に記載がある。契約内容から見た契約の有効要件についての記載箇所において、改正前は契約の目的の合法性（licéité de l'objet）の観点から理解されていたものが、新条文では契約が公序に合致していることの要求（la nécessaire conformité du contrat à l'ordre public）として表れていることが説明されている（新一一六二条は、「契約は公序に悖ってはならない」ことを規定する）。

(77) Serna, *Supra* note 74, p. 23-24.

(78) *Id*, p. 48.

（79）　本文中で言及したセルナの見解のほかに、André Bertrand, *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Litec, 1999, p. 134-138 も、肖像に関する権利を受動的・防御的側面と積極的側面に分けて捉える。また、Pierre Berlioz, *La notion de bien*, L. G. D. J., 2007, n°1593-1594, p. 496 も肖像への権利（droit à l'image）と肖像に対する権利（droit sur l'image）という区分を示すが、その説明においては、前者を人自身から切り離しえないその人の外観へのアクセスを拒む権利と理解し、後者を人自身から切り離されたその人の外観の使用に関しての権利と理解する視点が提示されている。

（80）　なお、肖像権の二面性を指摘するこれらの見解に反対する学説も少数ではあるが存在する。アンティパ（Antippas, *Supra* note 37）は、肖像等は、経済的な目的で行使・援用される場合であっても、精神的利益保護の場合と同じく一つの同じ人格権の下で保護すべきであると主張する。肖像の精神的利益を保護する権利も、経済的利益を保護する権利もどちらも単一の権利としての人格権であるという理解を前提としている。また、肖像には財産的権利としての肖像権しか存在せず、従来肖像権と捉えられてきた精神的利益保護のための権利は私生活の尊重を求める権利に吸収されるとする見解（Théo Hassler, Contribution à la nature juridique du droit « patrimonial » à l'image, *RLDI* avr. 2010, p. 70）も存在する。

（81）　Loiseau, *Supra* note 50, p. 321.

（82）　*Id.*, p. 48, p. 329.

（83）　*Id.*, p. 48, p. 328.

（84）　*Id.*, p. 48, p. 328 et p. 330.

（85）　*Id.*, p. 48, p. 333.

（86）　*Id.*, p. 48, p. 338.

（87）　ガイヤールの論文以前に「財産的権利」の語を判決文中で用いたものとして、Trib. gr. inst. Lyon 17 déc. 1980, *D.* 1981. 202, note Raymond Lindon et Daniel Amson がある。ガイヤールの論文以後では Trib. gr. inst. Aix-en Provence 1re Ch. 24 nov. 1988. *J. C. P. G.* 1989. 21329, note Joël Hendrycksen が、初めて肖像の財産的権利を承認した判決として理解されている。

（88）　Antippas, *Supra* note 37, n°9, p. 46-47.

（89）　学説において、肖像権を契約の観点から論じることの重要性を主張する代表的なものとして、Christophe Caron, Les contrats d'exploitation de l'image de la personne, *in L'image journée nationale Tome 8 Grenoble*, Dalloz, 2005, p. 95. なお、日

本語文献においては、大村・前掲注（74）二二一―二二二頁が、人格属性の商業化における契約の機能に着目する。また、遠藤・前掲注（12）一五四頁及び一六五頁は、肖像権を不法行為法上の保護から分析する論文ではあるが、フランス法においては肖像が契約の対象となりうるかという問題が存することに言及する。

（90） Jean HAUSER note, *RTD. civ.*, 2009, p. 296. による表現。

（91） Cass. civ. 1re Ch. 11 déc. 2008, *CCE.* n°2, Février 2009, comm. 12.

（92） 具体的には、本件においてポルノ利用が許可の範囲から外されたことを指すと思われる。

（93） *Supra* note 91.

（94） Grégoire LOISEAU, La crise existentielle du droit patrimonial à l'image, *D.* 2010. 450.

（95） ANTIPPAS, *Supra* note 37, n°9, p. 46-47.

（96） Christophe CARON note, *CCE.* n°2, Février 2009, comm. 12.

（97） *Id.*

（98） HAUSER, *Supra* note 90, p. 296.

（99） LOISEAU, *Supra* note 94.

（100） Thierry REVET note, *RTD. civ.* 2009. 343.

（101） CARON, *Supra* note 96.

（102） Yves-Marie LAITHIER note, *RDC.* Avril 2009. p. 477.

（103） HAUSER, *Supra* note 90, p. 296.

（104） REVET, *Supra* note 100, p. 344.

（105） Laurent LEVENEUR note, *CCC.* n°3, Mars 2009, comm. 68.

（106） Cass. civ. 1re Ch. 4 nov. 2011, *CCE.* n°3, Mars 2012, comm. 33, note Agathe LEPAGE.

（107） Trib. gr. inst. Paris 3e Ch. 28 sept. 2006, *Légipresse* n°239, Mars 2007, III, p. 54, note J.-M. BRUGUIÉRE. この判決が出る以前には、Agnès Lucas-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, t. 1, PUAM, 2002, n°375, p. 283 によってこの帰結が説かれていた。また、判決が出た後の学説においても、Laure MARINO, La patrimonialisation du nom, de la voix, et de l'image, *in Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, n°1796, p. 1047

によりこの帰結は受け入れられている。

(108) Trib. gr. inst. Paris 3e Ch. 28 sept. 2006, *Légipresse* n°239, Mars 2007, III, p. 55.

(109) Jean-Christophe Saint-Pau (sous la direction de), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013.

(110) Saint-Pau, Le droit au respect de la vie privée, *Id.*, n°1077, p. 673.

(111) *Id.*, n°1156, p. 714.

(112) *Id.*, n°1157, p. 715.

(113) Jean-Christophe Saint-Pau, JCl. Civil Code, Art.9, fasc. 20, 2012, n°104, p. 20.

(114) Gaillard, *Supra* note 65, p. 162 ; Bertrand, *Supra* note 79, n°290, p. 137 ; Loiseau, *Supra* note 50, p. 321 et p. 333-334.

(115) Loiseau, *Supra* note 50, p. 331. なお、顧客吸引力（pouvoir attractif）への言及は、他にも例えば Stouffelet, *Supra* note 37, n°26 において見られる。

(116) 阿部浩二「パブリシティの権利と不当利得」谷口知平編『注釈民法（一八）債権（九）』五五四頁（有斐閣、一九七六年）。

(117) ただし、北村行夫「顧客吸引力理論の破綻とパブリシティ権理論の再構築」コピライト五〇五号二頁（二〇〇三年）は顧客吸引力概念の有用性について懐疑的である。

(118) 数少ない例として、前掲注（8）プロ野球選手事件では、プロ野球選手と球団の間で締結された、選手の氏名及び肖像の使用を独占的に許諾する契約条項が民法九〇条により無効となるかが争点となった。第一審判決・控訴審判決の双方において、選手側による契約条項無効の主張は退けられた。

隈元　利佳（くまもと　りか）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　日本私法学会
専攻領域　民法