

Title	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
Sub Title	La contractualisation du droit à l'image : Les effets des contrats portant sur un droit de la personnalité
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	2017
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.113, (2017. 6) ,p.105- 137
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20170615-0105

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.

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 ——

隈 元 利 佳

一 序 論

二 人格権を対象とする契約の有効性

- (一) 非財産的権利の取引対象性——資産理論との関係
- (二) 人格権を対象とする契約の適法性
- (三) 適法とされる契約の法的性質
- (四) 小 括

三 取引対象としての肖像権の構造論

- (一) 「財産化」・債権構成
- (二) 人格権一元構成
- (三) 人格権・財産権二元構成
- (四) 知的財産権二元構成
- (五) 「有名性」権独立構成
- (六) 小 括

四 結 語——パブリシティ権を対象とする契約の分析への示唆

一 序 論

肖像の財産的側面に対する不法行為法上の保護は、顧客吸引力を有する肖像の無断利用行為のうち違法とされる類型を示した最一小判平成二四・二・二民集六六卷二号八九頁（ピンク・レディー事件上告審）（以下、平成二四年最高裁判決と表記する）によって、判例法上確立した。これは、肖像の財産的側面が被侵害利益として捉えられる局面である。他方で、肖像の財産的側面が取引対象として捉えられる局面がある。商品化や広告の目的での利用を肖像本人が他者に許諾する契約の効力⁽¹⁾や、そのような契約によって肖像の利用を許諾された者がさらに第三者に対して利用許諾又は肖像利用権の譲渡をする契約の効力⁽²⁾が問題となる場合である。このような取引の局面について論じた最高裁判決は未だない。学説においては、これらの論点はパブリシティ権の「譲渡可能性論」の問題として挙げられることがある⁽³⁾。

「譲渡可能性論」は、パブリシティ権が人格権としての性質を有すると解するならば、一身専属性から「譲渡」されえないという帰結ともなり得るゆえに生じる問題である。かつては、パブリシティ権を純粹な財産的権利と解し、一身専属性を否定し移転可能性を認める見解もあつた⁽⁴⁾。しかし、平成二四年最高裁判決はパブリシティ権を「人格権に由来する」権利として承認しており、この点は、同権利の法的性質論としての人格権説に立つものと一般的に解されて⁽⁵⁾いる。ここで、「譲渡可能性論」が、客体たるパブリシティ権の性質論として展開されるのに対して、「譲渡」に際して締結される契約はいかなる場合になぜ有効かを問う議論⁽⁶⁾は少ない。エンタテインメントビジネスの現状からすれば、肖像の商業的利用につき、何らかの契約を承認すること自体には異論がないであろう。もともと、一身専属性を有する人格権の保護法益として古典的には捉えられてきた肖像が、取引の世界に入ることについての理論的基礎づけが必要である⁽⁷⁾。また、有効な契約と無効とされる契約の線引きにつき、具体的基準の確立には判例・裁判例の集積を

要するとしても、指針を理論的観点から導くことは有用である。そこで、本稿では、人格権としての性質を有するパブリシティ権を契約の対象とすることの理論的構造と限界について考察する。

一方で、取引客体たりうるための「適格」の問題として、「物」に要求される非人格性や、将来債権譲渡における対象債権の特定性が挙げられることがある。他方で、人格権の取引対象としての適格については必ずしも十分に明らかとはいえない⁹⁾。また、個々の法律行為の有効性は、目的の確定性、可能性、適法性、社会的妥当性に照らして判断される¹⁰⁾。しかし、契約の対象が人格権であることが、契約の有効性判断にいかなる影響を及ぼすのかについては、十分に明らかとはいえない。

そこで、検討の手法としてはフランス法の議論を参照する。フランスにおける契約の有効要件論では、契約内容の適法性という枠組において、肖像権のような人格権も適法とされる契約の対象に含まれるかが検討される。この点は、契約の対象が人格権であることと契約の有効性判断の関係につき、日本法に示唆を与えうる。また、肖像権論という各論においても、フランスでは、肖像権を対象とする契約の有効性という論点が日本よりも顕在化している。二〇〇八年には破毀院判決 (Cass. 1^{re} Ch. civ. 11 déc. 2008, J. C. P. 2009, II, 10025, note Grégoire LOISEAU 以下、二〇〇八年破毀院判決と表記する) により、プロのモデルの肖像権を対象とする契約の有効性が承認された。この二〇〇八年破毀院判決は、肖像の財産的側面につき、人格権としての肖像権と別個の権利を承認することはしていない。この点は、狭義の肖像権とパブリシティ権の二権利を擁する日本法とは異なる。しかし、日本においてもパブリシティ権は平成二四年最高裁判決によって「人格権に由来する」ものとされている。そのため、人格権としての性質を有するパブリシティ権を契約の対象として考察するためにフランス法を参照することは、有用であると考える。

検討の手順は次の通りである。まず、フランスでは、人格権を対象とする契約はいかなる理論的基礎によって有効と解されているかを明らかにする。すなわち、人格権を契約の対象とすることの障壁として想定される、資産理論及

び人格権の取引対象外性・処分不可能性論の射程を検討する(第二章第一節及び第二節)。その上で、人格権を対象とする契約はいかなる性質のものであれば有効かを明らかにする(第二章第三節)。次いで、人格権である肖像権が契約の対象となることは、肖像権の構造論にどのように反映されるのかを検討する(第三章)。

なお、本稿における検討の対象は、肖像本人と相手方との間で締結される肖像の利用許諾契約とする。そのような契約によって肖像の利用を許諾された者が、さらに第三者に対して利用許諾又は肖像利用権の譲渡をする契約についての検討は、他日を期したい。

二 人格権を対象とする契約の有効性

本章では、フランス法において、人格権を対象とする契約はなぜ有効と考えられているか、いかなる契約が有効と考えられているかを検討する。なぜ有効かの考察につき、不動産・動産の売買や売掛債権の譲渡などの財産的権利の移転を目的とする契約と比べた場合に、人格権を対象とする契約においては、どのような理論的障壁が想定されるかを検討する(第一節及び第二節)。また、いかなる契約が有効かにつき、人格権を対象とする契約のうち適法とされる類型の契約である、人格属性の利用合意の性質を検討する(第三節)。

(一) 非財産的権利の取引対象性——資産理論との関係

人格権を対象とする契約と、財産的権利を対象とする契約には、有効性を左右する理論上の相違があるのか。これを明らかにするための前提として、財産的権利という性質決定がフランス法において持つ意味を確認する。

フランス法では、ある権利が人の資産(*patrimoine*)に属するものであれば、財産的権利(*droits patrimoniaux*)と性

質決定される。資産に属さない権利は、非財産的権利 (droits extra-patrimoniaux) とされる。つまり、財産的権利の対概念は非財産的権利であり、人格権は非財産的権利の一例である⁽¹²⁾。他の非財産的権利には、政治的性質の権利や親権などがある⁽¹³⁾。ここで、ある権利が人の資産に属するか否か、すなわち資産の構成要素たりうるかの判断が問題となる。資産化可能性 (patrimonialité) の有無とも言われる問題である。フランス法上、資産という概念は「法的な包括体 (universalité de droit) を構成するものとして把握される、一人の人の財産の集合 (l'ensemble des biens)」⁽¹⁴⁾、「一人の人に帰属し、金銭的価値を備える権利及び債務の集合」⁽¹⁵⁾などと定義される。人の資産に属するということは、債権者の引き当てとなる責任財産に入ることの意味する。この責任財産としての意味合いから、資産化可能性の本質は、金銭評価可能性であるとされる⁽¹⁷⁾。この点、人格権は、それが侵害された場合の損害賠償によってしか金銭に評価することができないことを理由に、資産に属さない非財産的権利であるとされる⁽¹⁸⁾。そして、「完全な資産化可能性 (pleine patrimonialité)」とは、「金銭評価可能性・譲渡性 (cessibilité)・移転可能性 (transmissibilité) を有することだ」という説明がされる⁽¹⁹⁾。

他方で、金銭評価可能性がただちに「完全な」資産化可能性に結びつくわけではないことが指摘されている。たとえば、金銭評価が可能であるものの、譲渡性がなく、差押えされ得ず、また債権者によって代位行使され得ないものとして、扶養請求権が挙げられている⁽²⁰⁾。この点は、資産化可能性、すなわち財産的権利と非財産的権利の区別における「段階的様相 (degrés)」⁽²¹⁾、「相対性」⁽²²⁾などと評されている。

また、資産に属するか否かの境界線は明瞭でなく、肖像も、労働力・人の名・声などと共にその境界領域にあるという指摘がある。そこでは、名・肖像・声などの人格属性 (attributs) につき、譲渡は否定されるものの、人格属性の利用についての設定的移転 (concession) は認められている⁽²³⁾。

このように、一方で、財産的権利という性質決定を導くものである資産化可能性概念自体の相対性が指摘されてい

る。他方で、資産可能性の問題と、法律行為の対象たり得るかという問題が区別されることを説く見解もある。⁽²⁴⁾

(二) 人格権を対象とする契約の適法性

次に、人格権を対象とする契約は、対象の性質を理由として有効性が認められないのではないかという問題を検討する。契約の対象を規律する民法典の条文は、「契約はその条項によっても目的 (but) によっても公序に反することはできない」旨を定める一一六二条である。この条文は、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一〇日のオールドナンス二〇一六―一三一号による改正後のものである。この改正後一一六二条についての概説書の記述では、「取引される物 (les choses qui sont dans le commerce) でなければ、合意 (conventions) の対象 (objet) とすることができない」と定める改正前一一二八条が参照されている。⁽²⁵⁾ 改正前一一二八条と同様の条文が改正後も再び置かれることはなかったものの、改正前一一二八条が示す規範は、契約の有効要件として内容の適法性及び確定性・可能性を示す改正後一一二八条三号及び、改正後一一六二条において維持されているとの分析がされている。⁽²⁶⁾ したがって、人格権を対象とする契約の有効性の検討は、改正後では一一六二条の、改正前では一一二八条の解釈の問題となる。本節では、この問題に対する学説上のアプローチとなる「取引対象外の物 (choses hors le commerce)」論及び、人格権の処分不可能性 (indisponible) 論を検討する。

1 人格権の取引対象外性 (extra-commercialité) との関係

「取引対象外の物」及び「取引対象外性」概念の定義は論者によって多少異なるものの、法律用語辞典では、「取引対象外の物」とは「私人間での契約の対象となることができない物」とされる。⁽²⁷⁾ また、同概念についての学位論文を著したモワヌは、改正前一一二八条に頭れる取引対象外性とは「特に契約的手段における、流通 (circuler) が不可能

なこと」だとする。⁽²⁹⁾モワヌは「流通」につき敷衍して、ある主体の資産からもう一つの主体の資産への流通の適性だとする。このような取引の特徴は、移転される財産が主体といかなる結びつきをも保っていないことにあるとする。このようにしてモワヌは、物を保持する者の人格との関係においてその物が外部性を有することが、物の原則的で常な状態であり、その状態が「取引対象性 (commercialité)」であると⁽³⁰⁾する。他方で、法的取引 (commerce juridique) とは全ての法律行為 (actes juridiques) であると定義し、取引対象外性とはいかなる法律行為の対象にもなり得ないことだとする論者も存する。⁽³¹⁾

取引対象外の物の例として、概説書では、公物・人体・民事顧客などが挙げられている。⁽³²⁾そして、肖像権も、人に密接に結びついた権利として取引対象外と解されている。⁽³³⁾

しかし、肖像権を取引対象外とする文献においても、肖像権を対象とするあらゆる契約を否定するのではなく、一定の契約を認めるという姿勢がうかがえる。たとえば、ベナバンは、肖像権についての概括的な契約は締結できないとしつつ、ある写真の公表に個別的な許可を与えることは認める。⁽³⁴⁾また、ロワゾーは次のことを説く。取引対象外性は相対的なものでしかなく、当該法律行為がその物を取引の外に置いた目的 (fin) に反しないときは、その物が法律行為の対象となることは妨げられない。⁽³⁵⁾このことから、取引対象外性概念は、一定の変質を被っており、同概念は、単純譲渡ができないということに限られる。このように縮減された取引対象外性概念は、その物が一定の形式において流通することと両立する。このことは、特に肖像権や名の権利などの人格権において顕著であり、そのような権利は、譲渡できないものの合意の対象になり得るとロワゾーは指摘する。⁽³⁶⁾

2 人格権の処分不可能性 (indisponibilité) との関係

人格権を対象とする契約の有効性を検討するにあたってのもう一つの学説上のアプローチとして、人格権という権

利の処分可能性についての議論がある。

議論の出発点は、フランスにおける初期の人格権論の代表的存在であるペローの論文である。ここでは、「人格権は、取引対象外であるゆえに、譲渡され得ない。あるいは、より一般的に言えば合意になじまない。あるいは、より広く言えば、人間の意思の捕捉 (arbitres) の外にある」と宣明される。ペローは続けて、これは理論であつて、実務においてはこのような考え方が大いに緩和されている旨を指摘する。⁽³⁷⁾ その例として、顧客を惹きつけるために自らの名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らの名を製品に与えること、⁽³⁸⁾ 肖像画のモデルがその画の公表を許可することも挙げられている。⁽³⁹⁾

その後の学説は、人格権は合意になじまないというペローによる規範と、人格権が契約と接点を持っているという現実との関係をどのように理解すべきかを、人格権の処分可能性論として考察した。たとえば、ネルソンは、非財産的権利についての合意は可能かという問題を、処分可能 (disponible) か否かという用語によって言い換えながら提起する。その際には、非財産的権利の処分可能性原則の正確な射程は何か、という視点が提示される。⁽⁴⁰⁾ そして、ネルソンは、同原則の射程は大いに制限されており、非財産的な状況に関する合意はそれ自体を以て無効とはならず、他のあらゆる合意と同じ根拠において、一定のものは有効とされ、他のものは無効とされると説く。⁽⁴¹⁾ この点、アンセルは、人格権に関する合意の有効性は、通常の合意の有効性判断、つまり公序良俗違反の判断と変わらないとする。⁽⁴²⁾ 論文全体における主張として、アンセルは、人格権の処分可能性は法技術上の意味を持たないと説く。⁽⁴³⁾

処分可能性という規範の射程範囲を画定するという視点は、さらに後の論者にも見られる。ロワゾーは、処分可能性という規範の内容を、帰属主体が譲渡や放棄によつて権利や物を手放すことを禁じることで、帰属主体の自由を制限することだと解する。⁽⁴⁴⁾ その上で、名の権利の議論としてではあるが、次のことを示す。名の権利の処分可能性の趣旨の一側面として、帰属主体の人格の尊重という保護目的がある。⁽⁴⁵⁾ この要請が満たされる場合には、処分不可

能性はその趣旨を失うため⁽⁴⁶⁾、同規範はあらゆる法律行為を挫折させることを企図する絶対的なものではない⁽⁴⁷⁾。その上で、ロワゾーは、当該権利の主体への排他的帰属を覆す行為や、当該権利を主体から全面的に切断する行為を、人格の尊重のために禁じる、という点に規範の領域は画定されていると主張する⁽⁴⁸⁾。

また、人格権一般の契約化 (contractualisation) についての学位論文を著したフィリポンも、人格権・人格属性は他の物・他の権利と同様に契約の対象を形成することができるとする。ただし、人の保護という観点から、人格権・人格属性に及ぶ合意は一定の限界を守らねばならないと説く⁽⁴⁹⁾。その帰結として、名・肖像・声といった人格属性を契約の直接の対象とする合意は、適法でない合意と適法な合意に分けられることを示す。適法か否かの判断については、人格権及び人格属性を帰属主体から永続的に剝奪することになる全ての契約は適法でない、という総論的な指針を提示する⁽⁵⁰⁾。

このような、人格権の取引対象外性及び処分不可能性についての議論からは、契約の対象が人格権であることそれ自体によって、その契約の有効性が否定されることはない、ということがうかがえる。

(三) 適法とされる契約の法的性質

前節で扱った議論からは、人格権の取引対象外性及び処分不可能性という規範は、人格権を対象とするあらゆる契約の有効性を否定することを意味するものではないことがうかがえた。そして、この規範の射程は、帰属主体から当該権利の帰属を全面的・永続的に奪う契約の有効性を否定することに限られることがうかがえた。では、この総論的な指針の下で、どのような契約が有効性を否定され、どのような契約が有効と認められるか。この点につき、フィリポンが、契約の法的性質によって類型化を行い考察をしている。

1 適法性が否定される合意

フィリポンは、次のような契約が不適法とされることを示す。まず、売買を適法でない合意に振り分ける。その際に、次のように理由を説明する。非財産的権利は、人格の種々の側面にもたらされる侵害への制裁を獲得することを、帰属主体にのみ可能たらしめるものであり、保護的機能のみを有する。その上で、このような前提においては、非財産的権利の売買とは、譲渡人から譲受人への人格の保護権の移転を意味する。それゆえ、人格権や人格属性の売買というものを語ることはできない。このことの例として、あるテレビ番組に参加した者が、その肖像及び私生活の記録の拡散につき、無条件かつ撤回不可能な許可をすることは適法でないとする。⁽⁵¹⁾ フィリポンは、このような、人格の保護を奪うゆえに不適法という理由は交換契約にも及ぶとする。⁽⁵²⁾ また、有償か無償かにかかわらず妥当する理由であるため、贈与にも及ぶとする。⁽⁵³⁾ それゆえ、人格権や人格属性の交換契約及び贈与も適法でないとする。さらに、人格権や人格属性の保護権を担保に供することについても、強制競売を想定した場合には、人格の保護権を帰属主体から引き離すことになるという売買と同様の理由があてはまるため、適法でないとする。⁽⁵⁴⁾ また、人格権の撤回不可能な放棄(renonciation)についても、売買などの移転的合意と同じ理由によって適法でないとする。すなわち、人格権の撤回不可能な放棄は、人格を保護する能力を個人に残すという要請に反するため、適法でないとする。⁽⁵⁵⁾

2 人格属性の利用合意の法的性質

翻って、人格属性や人格の非財産的権利を帰属主体から奪う効果を持たない合意は適法とされる。⁽⁵⁶⁾ 適法とされる合意の例としてフィリポンの挙げるもの一つに、人格属性の利用の合意(les conventions d'usage d'un attribut de la personnalité)がある。この合意は、一方当事者(受益者)が、他方当事者(利用の許可を出す者)の人格要素の一つ又は複数を利用することにつき、利用の許可の条件を定めることを当事者に可能たらしめる合意であるとフィリポんに

よって定義づけられている⁽⁵⁷⁾。このような人格属性の利用合意の例として、肖像の商品化・広告目的での利用合意も挙げられている⁽⁵⁸⁾。この合意の対象は、第三者による精神的利益の侵害に対して行使される非財産的権利ではなく、人格属性の上にもたらされる利用権であると説明される⁽⁵⁹⁾。そして、その性質は、人格権の不行使と、人格属性の利用権の設定的移転 (transfer) であるとされる。人格権の不行使については、人格権の行使の表明の一つと説明される。放棄の場合は、権利の帰属主体は決定的に権利を奪われるのに対して、不行使の場合は当該権利を休眠状態に置くのみであり、本人から権利を決定的に奪うわけではないゆえに、保護的公序が害されることはなく、その適法性が正当化されると説かれる⁽⁶⁰⁾。また、人格属性の利用権の設定的移転については次のように敷衍される。人格属性の利用合意は、利用の許可を出す者がその人格属性の帰属主体であり続け、その属性の自由な利用を続けることができるという理由により、当該人格属性の単純な譲渡ではないと理解される⁽⁶¹⁾。人格属性の利用合意は、人格属性を通じた有名性 (notorie) の移転であり、人格属性の利用権それ自体を設定的に移転させるものである。この人格属性の利用権は個人の保護という機能を持たない財産的権利であり、これを移転させる合意は、帰属主体から人格保護の可能性を少しも奪わない以上、その有効性が問題視されることはない⁽⁶²⁾と結論づけられている。

四 小 括

本章では、フランス法において、人格権を対象とする契約はなぜ有効と考えられているか、いかなる契約が有効と考えられているかを検討した。人格権を対象とする契約の有効性を認めるにあたって想定される理論的障壁である、資産理論及び人格権の取引対象性・処分不可能性の議論からは、人格権をあらゆる契約の対象から除外するという内容はうかがえなかった。すなわち、契約の対象が人格権であることそれ自体によって、その契約の有効性が否定されるわけではない。帰属主体から当該権利の帰属を全面的・永続的に奪う契約のみが、その有効性を否定される。この

総論的な指針の下で、肖像のような人格属性の利用合意は有効なものとされる。その性質は、人格の保護権の一時的な不行使及び、財産的性質を有するとされる人格属性の利用権の設定的移転であると説かれる。

三 取引対象としての肖像権の構造論

第二章においては、人格権である肖像権を契約の対象とする場合に、いかなる契約であれば有効と認められるのかというアプローチにおいてフランス法の議論を参照した。これに対して本章では、人格権である肖像権を取引対象として扱うことは、肖像権の構造把握にいかなる影響を及ぼすのかというアプローチにおいてフランス法を検討する。

フランス法においては、伝統的に、肖像権 (*droit a l'image*) という単一の権利概念の下で、精神的利益と、商業的利用に伴う財産的利益の双方が、不法行為法上保護されてきた。⁽⁶³⁾ところが、一九八〇年代以降の学説では、肖像の商業目的による積極的活用によって生じる財産的利益についての側面と、肖像の公表による精神的利益の侵害から保護されるという消極的側面とを、別個の権利として観念する言わば二元的構成が台頭した。⁽⁶⁴⁾しかし、破毀院は、二元的構成を採用したとみられる複数の下級審裁判例への支持を表明するまでには至っていない。すなわち、序論にて既述の二〇〇八年破毀院判決は、一方で、当事者が「肖像権の譲渡 (*cession*)」と称する契約の有効性を認めている。他方で、肖像の法的保護の財産権的側面をその人格権的側面とは別個独立の権利として構成する、いわゆる「肖像の財産的権利 (*droit patrimonial a l'image*)」の承認の問題については沈黙している。これを、沈黙による事実上の否定と捉える見解⁽⁶⁷⁾もあるものの、判例の立場は必ずしも明確ではないといえる状況にある。

本章では、このような肖像権の権利構造につき、主な学説を、取引対象としての肖像権をいかなる性質の権利として説明しているかという視点から分析する。

(一) 「財産化」・債権構成

まず、取引対象としての肖像権を物権的な権利として構成しない学説を取り上げる。マリノーは、人格属性である肖像が不動産や動産のような財産と同様に取引される現象——肖像の「財産化 (Patrimonialisation)」現象——を、契約から発生する債権によって説明する⁽⁶⁸⁾。マリノーが論文において想定する実務状況は次のようなものである。現代社会においては商品化が発展している。それにより、人の名や肖像のような人格属性、すなわちその性質上は非財産的な要素が、金銭評価可能な価値を有している。これは、人の物化 (réification des personnes) と言える状況である。具体的には、芸能人・スポーツ選手・役者・歌手・モデルがその名・肖像・声を金銭に換えることによってメディアに置かれる状況のことである。このような人格属性の財産化現象が、マリノーの問題意識の背景にある⁽⁶⁹⁾。

この財産化現象の存在の認識自体は学界において共有されている中で、それをどのように説明すべきか⁽⁷⁰⁾。この点につき、マリノーは、名・肖像・声の上に所有権や物権を觀念する構成を否定し、財産化現象を、為す債務と為さざる債務という債権によって説明すべきだと主張する。これを敷衍すると、マリノーによれば、名・肖像・声自体は、人に内在しており人から分離されえないため契約の対象とならない。肖像は、肖像の作成 (réalisation) と利用を給付とする為す債務の媒体 (support) である⁽⁷¹⁾とされる。また、肖像本人が対価と引き換えに防御権としての肖像権を行使しないことを、契約から発生する為さざる債務によって説明する。これは、人格の尊重を確保するための権利自体の放棄ではなく、権利の一次的な不行使だとされる⁽⁷²⁾。このように説明される人格属性の財産化現象においては、いかなる物権の移転も存せず、契約の受益者が手にする権利は債権であるというのがマリノーの主張である。そして、人格属性である肖像の財産化現象とは、契約に由来するこのような債権のことを指すとされる⁽⁷³⁾。

(二) 人格権一元構成

肖像を法的に保護する初めての裁判例の登場が一八〇〇年代半ばであったのに対して、肖像の財産的側面への注目と保護が学説と裁判例によってなされたのは一九五〇年代以降である。⁽⁷⁵⁾ そのため、一九五〇年代以前に、肖像権が人格権という性質の単一の権利として把握されていたことは自然である。⁽⁷⁶⁾ しかし、近時においても、そのような財産的側面も含めて単一の肖像権概念において把握するいわゆる肖像権一元論が少数ながら存在する。

1 人格権に精神的側面と経済的側面の双方を見出す学説

アンティパの論文は、人の肖像・名・声・私生活の要素の利用に関する合意の発展及び、そのような人格属性を許可・報酬なしに利用された者が提起する訴訟の多様化という実務状況を背景として、次のような理論的提案をするものである。経済的目的での合意による利用及び訴訟による援用という現象を理由として、人格属性についての財産的権利——いわゆる「人格の財産的権利 (droits patrimoniaux de la personnalité)」——を人格権と別個の権利として認めることは正しくない。すなわち、人格の財産的権利というものは認められるべきではないという主張である。⁽⁷⁷⁾

このような提案ゆえ、アンティパによれば、肖像の利用合意という、肖像の経済的目的による利用も、人格権としての肖像権のみによって説明される。それでは、アンティパは、肖像の利用合意と、人格権としての肖像権の関係につきどのように考えているのか。

アンティパは、肖像・名・声・私生活の秘密についての人格権は、それらの帰属主体に、正当な利益なくその人の肖像・名・声を使用したり、私生活の要素を明かしたりすることを禁じる権限を与えるとする。この禁止の権限は、公序良俗を尊重する限りにおいて、他者に使用を許可をする権限をもまた含むとする。その上で、他者に対して対価

と引き換えに肖像や名を広告目的で利用する権利 (droit d'exploiter) を設定的に移転 (concéder) できるとする。これは、肖像や名の利用を許可又は禁止する権利を享受していることに基づく。そして、個人の人格属性の利用に対する基本的支配 (monopole de principe) は、消極的側面・積極的側面・精神的側面・経済的側面という多様な局面を持ち、その多様な局面は、非財産的権利と財産的権利を構成するほど十分に独立していないと説き、人格の財産的権利を観念することを批判する自説につなげている。⁽⁷⁸⁾

つまり、アンティパは、肖像権はどの局面から捉えても非財産的権利であるとした上でなお、人の肖像の利用合意の有効性を認める。この理解において、合意の対象は、「広告目的で利用をする権利」である。

2 人格権を「所有権」として理解する学説

アンティパの主張が、人格属性の経済的目的による利用・援用という社会的現実は人格の財産的権利の承認という理論的帰結を導くかという問題意識からなされるのに対して、ゼナティールベの学説は、人格権一般論につき独自の主張をする中で、肖像などの人格属性の利用合意に関する記述をも含むというものである。ゼナティールベは、概説書において、人格権を所有の論理によって説明している。⁽⁷⁹⁾ その基礎には、所有を排他的関係によって定義するという、一般的な見方とは異なる所有権観がある。⁽⁸⁰⁾ この前提の上で、人格権が所有の論理によって説明される。また、人体は物として性質決定され、所有権の客体 (objet) とされる。⁽⁸¹⁾ そして、肖像は人体の効用として位置づけられる。⁽⁸²⁾ 肖像権の法的性質については、肖像権の排他性を理由に、所有権であると解する。⁽⁸³⁾ その上で、所有権としての肖像権が主体にもたらず諸効用の一つに、各人が自己の肖像を自由に複製でき、複製の禁止又は許可をすることができることを挙げ⁽⁸⁴⁾る。この効用の説明にあたって、それが財産的利益と精神的利益のどちらに関わるものかという視点は持ち込まれていないようか⁽⁸⁵⁾がえる。

そして、ゼナティールベは、肖像権は人格権であるという前提を有しつつ、肖像は契約の対象たり得るとする⁽⁸⁵⁾。そして、肖像を有償契約の対象として認めることのために肖像権を財産的権利と非財産的権利の二つに分けることは、無益であるとする⁽⁸⁶⁾。契約の性質は、次のように説明される。肖像の所有者は、契約によって、相手方に対して肖像の収益権 (*droit d'en jouir*) の設定的移転をする (*concéder*)⁽⁸⁷⁾。この設定的移転という説明は、譲渡 (*alienation*) との区別を意識してなされており、肖像の譲渡をすることはできないとされる。肖像を与える (*donner*)、ということとは、法主体が自己の身体について有する排他的権能の侵害をもたらし、これは公序に反するからだと言明される。この制約については、具体的には次のようなことが許されないと説明される。肖像本人が、他者に対して、自己の肖像をその他者が意のままにする (*approprié*) することを同意し、その同意を受けた者が、その者が欲するあらゆる肖像の公表及び利用を肖像本人から新たな許可を得ることなく行うことは許されないとされる⁽⁸⁸⁾。

3 両説の共通点と相違点の分析

第1項と第2項で示した二つの見解は、肖像権に所有権という性質を見出すか否かが異なるものの、次のような共通点がある。肖像権を人格権として一元的に構成する見解においても、対価を得て相手方に肖像の利用をさせる契約は有効なものとして想定されており、肖像に契約の対象としての側面があることが認識されている。両説共に、そのような契約は、肖像の利用権 (アンティパ) 又は収益権 (ゼナティールベ) の設定的移転という性質で説明されている。したがって、両説においては、取引対象としての肖像権は、人格権としての肖像権の中に含まれており、契約によって肖像権の取引対象としての面が相手方に設定的に移転されるといえる。

(三) 人格権・財産権二元構成

第二節で挙げた人格権一元構成は少数説である。肖像が商業的利用によって財産的価値を獲得している現実を肖像権の法的性質論及び権利構造論に反映させ、人格権としての肖像権と財産的権利としての肖像権の二つを観念する見解がフランス学説においては多数といえる。⁽⁸⁹⁾このような見解からは、肖像権の契約の対象としての側面は権利構造においてどのように位置づけられるか。二元論者の中でも特に、契約と権利構造論の関係についても詳しく論じているものを、本節において検討する。

1 有名人に人格権から派生する財産的権利を認める学説

ロワゾーは、有名性を持つ肖像や名の商業的価値を利用する場面、たとえば製品の広告に有名人の肖像や名を使う場面を念頭に置く。そして、このような有名人は、努力と引き換えに有名性を得たため、そのような有名人から誰もが対価なく利益を引き出すことは不公平だとする。また、人格の広告・商業利用に排他性を持たせることによって、顧客吸引力 (pouvoir attractif) を最大化することができると述べる。ここから、有名性の経済的価値を、その有名性を努力によって獲得した者に割り当てることは、そのような努力を促進することになるとする。⁽⁹⁰⁾

このような要請から、ロワゾーは、有名な肖像や名の商業的価値の利用につき、財産的権利を観念することを主張する。すなわち、非財産的権利たる人格権のみによっては、上記商業的価値の利用を目的とする合意を捕捉できないため、肖像や名といった人格属性の利用権 (droit d'exploitation) の付与を、財産的権利の移転として構成すべきだと主張する。⁽⁹¹⁾非財産的権利たる人格権が人格の一次的権利 (droit primaire de la personnalité) と称され譲渡不可能と解されるのに対して、ここで移転される財産的権利は人格の派生的権利 (droit dérivé de la personnalité) と称される。⁽⁹²⁾

このような合意につき、ロワゾーは、人格の顧客吸引力を他者に委ねるために締結する契約は、主としてその相手方に人格属性についての利用の支配を移転することを目的とすると述べる。そして、性質決定としては、譲渡とライセンス (Licence) の双方があり得るとする。人格の派生的権利の譲渡とは、有名人が他者に人格を商業化する権利を与え、その結果、有名人が、利用の独占の全部又は一部を手放す契約だと説明する。他方で、人格の派生的権利のライセンスとは、有名人が第三者に対して人格属性から利益を引き出すことを対価を得て許諾し、その第三者に利用権を設定的に移転する契約だと説明される。両者の差異は、譲渡は当事者が利用権の一部又は全部を手放すもので、ライセンスは利用権の収益を認めるだけである点に見出される。その上で、人格の派生的権利の譲渡に関しては、契約一般法における売買が持つ決定的・撤回不可能的性格は持たない点が指摘される⁹⁵。

2 契約の効果として財産的権利が創設されるとする学説

このようなロワゾーの見解は、サン・ポーの体系書において、人格属性の尊重を求める非財産的権利とは別に人格属性の使用収益についての財産的権利の存在を認めるものとして紹介される⁹⁴。そして、サン・ポーは、自説の展開として、このような財産的権利が存在すると考えられる根拠は契約に見出されるとする。すなわち、サン・ポーによれば、人格属性の使用収益権 (droit d'utilisation ou de jouissance) を相手方に認める契約というのは、ロワゾーの言う派生的権利のような物権を設定する (constituer) 契約である。この契約の効果は財産的権利の合意による創設 (création) であるとされ、また、付随的效果として、人格権の一次的な不行使があるとされる。このような契約を締結する自由は、非財産的権利である人格権の行使の方式として理解される。このような合意の対象は、非財産的権利の帰属主体たる地位 (titulaire) ではなく、人格属性に及ぶ財産的権利であるとされる。そして、前者が取引対象外であるのに対して後者は取引対象であるため、このような合意は改正前民法典一一二八条に抵触せず有効であると

される。また、サン・ポーは、二〇〇八年破毀院判決が「肖像権の譲渡」と当事者が称する契約の有効性を認めるにあたって、人格権一般の根拠条文である民法典九条と契約自由の原則の双方を参照しつつ、民法典九条は「契約自由に従う」としたことは、以上のような考えに基づいていると分析する⁽⁹⁵⁾。

3 両説の共通点と相違点の分析

ロワゾーとサン・ポーでは、肖像権の人格権としての面と財産的権利としての面を別個の権利として捉える点は共通している。また、後者につき、ロワゾーは利用権と、サン・ポーは使用収益権と称するが、これも、肖像から利益を引き出す権利という点で実質的には共通する。

ただし、その財産的権利が契約締結前から存在するものと捉えるか、契約によって発生するものなのかについては理解が異なっていると考える。ロワゾーは、有名人の肖像の商業的利用を念頭に置いた議論しており、有名性獲得のための努力に報い、有名性の経済的価値を有名人本人に割り当てることの必要性を自説の実質的根拠としている。そのような有名性の経済的価値と要保護性は、契約締結前から存するものといえるので、ロワゾー説における財産的権利は契約締結前から肖像本人に帰属するものといえる。

これに対して、サン・ポーの論述においては、有名性の経済的価値を、その有名性を努力によって獲得した者に割り当てるというロワゾーのような問題意識は見られない。むしろ、民法典九条によって全ての人に認められる人格権の行使の一方式として、人格属性の使用収益についての権利を付与する契約の締結の自由が認められるという根拠が説かれる。そのため、想定する肖像本人も、有名人に限られるものではないといえる。そして、法的構成においても、サン・ポーは、財産的権利は契約の効果として創設されるものと理解しており、契約締結前には財産的権利の存在は観念しないと思われる。そのため、この観点からは、サン・ポー説はむしろ、肖像の「財産化現象」とは債権の発生

のことであり、契約に由来するものだとするマリノー説に近似する。ただし、発生した財産的権利の性質はサン・ポー説においては物権であるため、この観点からはサン・ポー説はロワゾー説に近い。

(四) 知的財産権二元構成

本節で扱うのは、肖像についての非財産的権利と財産的権利につき、前者を譲渡不可、後者を譲渡可として分けて考え、また、肖像権を知的財産権とのアナロジーにおいて捉える学説である。カロンは、モデル・無名の人・子供などの肖像が契約によって利用される局面を想定した上で、非財産的法領域に属する肖像が利用契約 (contrat d'exploitation) の対象となる現実を、法的にいかに説明すべきかという問題を論じる。それに際して、肖像を利用する側の人 (exploitant) に対して弱い立場にある、モデル・無名の人・子供などの保護をどのように図るべきかを検討する。⁽⁹⁶⁾

カロンは、肖像の利用についての財産的権利の規律につき、必要な範囲で著作権法を指針とすることを提案する。すなわち、一方で、人の肖像は著作物ではないため、肖像権を著作権と同視することは間違いだとする。他方で、著作権は、財産的権利が精神的権利と共存している二面的な権利である点において、肖像の財産的権利にとって良い例になるとする。⁽⁹⁸⁾

その上で、カロンは、肖像の利用契約の性質としては、譲渡とライセンスの二種類を示す。譲渡においては、譲受人は、たとえばある一枚の写真のような、特定された肖像の利用権の帰属主体となる。これに対して、ライセンスは、契約相手方にある肖像の利用を許可することを指すとされる。⁽⁹⁹⁾

また、肖像の利用権が譲渡されるとしても、肖像の精神的権利は譲渡され得ないとされる。たとえば、肖像の非財産的権利を譲渡する条項又は、肖像の非財産的な権利の行使の概括的 (générale) な放棄に関する条項を置くことは

できない⁽¹⁰⁾。また、契約の対象は、必ず、その範囲が厳密に限定されなければならないとされる。すなわち、譲渡又は設定的に移転される権利が列挙され、利用方法が明確化されなければならない。逆に言えば、肖像の利用者に白紙委任をもたらすような非常に概括的な条項にとどめることはできない。たとえば、人の肖像についての権利を、あらゆる利用方法において、あらゆる利用のために譲渡する条項は、その概括性ゆえに無効とされる⁽¹¹⁾。

なお、二〇〇八年破毀院判決は、「肖像権の譲渡」と当事者が称する契約に関して、「唯一、民法典九条が適用され、特に知的財産法の適用は排除される」と示す。この判示につき、知的財産法の規範の完全な排斥を意味すると読む⁽¹²⁾べきか、形式的には一般法を参照しながら実質的に知的財産法を参照しているに等しいと読む⁽¹³⁾べきかは、同判決の評釈においても立場が分かれている。

(五) 「有名性」権独立構成

第一節から第四節までに挙げた各説は、肖像がもたらす財産的価値につき、人格権と何らかの関連を有する権利を構成することによって把握していた。しかし、このようなアプローチとは異なる学説も存する。ブリュギエールは、肖像権・名の権利・声の権利等の人格権が財産的性質を呈していることにつき、他の多くの論者のようにそれを人格権の枠内で説明することが果たして適切なのかという問題意識を有する⁽¹⁴⁾。その上で、他の多くの論者が人格属性の財産的価値を「人格の財産的権利 (droits patrimoniaux de la personnalité)」という構成で把握するのに対して、ブリュギエールは、そのような価値を人格権から独立した存在としての「有名性の権利 (droits de la notoriété)」として構成することを提唱する。

ブリュギエールは、「有名性の権利」とはスポーツ選手・モデル・芸能人等が持つ「有名性」を客体とする権利であると説明する。それは人格権とのつながりを持たない権利とされる。というのも、有名性は、芸名・肖像・声など

といった、人格とは区別された徴表 (Sign) の上に確立するものであり、それらの徴表は必ずしも人格の正確な転写ではないからだと説明される⁽¹⁰⁶⁾。このような客体の性質から、人格権が全ての人に認められる生得的権利であるのに対して、有名性の権利は、獲得された権利であるとされる。このことは、知的財産権が全ての人には認められず、努力への報酬であることと同様であると説明される⁽¹⁰⁶⁾。

そして、この見解においては、契約とその対象については次のように説明される。スポーツ選手・モデル・芸能人等がその人格属性につき契約を締結する場合に、その譲渡契約又はライセンス契約の対象は有名性である。そして、この有名性は合意に先行して存在すると説かれる⁽¹⁰⁷⁾。

有名人の有名性に着目する点、及び、契約の対象たる有名性を契約締結前から存在するものとして観念する点は、ロワゾーと似通う。しかし、有名性ゆえに認められる権利を、帰属主体の人格との結びつきを持たないものとして捉える点が、人格の派生的権利を帰属主体の人格との結びつきの中で捉えるロワゾー説と決定的に異なる。この相違点は、ブリュギエル自身が論文中でロワゾーの見解を引用して強調するところである⁽¹⁰⁸⁾。

(六) 小括

本章では、人格権である肖像権を取引対象として扱うことは、肖像権の構造把握にいかなる影響を及ぼすのかを検討した。その結果を、取引対象としての肖像権は人格権とどのような関係に立つ権利なのかという点、及び、肖像の利用において締結される契約の性質及び効果はどのようなものかという点から以下にまとめる。

債権構成によれば、取引対象としての肖像権は物権的な権利としては把握されず、契約は、肖像を利用させる為す債務と、肖像権を一時的に行使しない為さざる債務を発生させるものと理解される。人格権一元構成によれば、取引対象としての肖像権は、人格権としての肖像権の中に含まれる。契約は、肖像の利用権・収益権を相手方に設定的に

移転する性質を持つ。人格権・財産権二元構成によれば、取引対象としての肖像権は人格権としての肖像権とは別個の権利となる。二元論者のうち、ロワゾーによれば、契約は、取引対象としての肖像の利用権の譲渡又はライセンストとなる。また、サン・ポーによれば、契約の性質は取引対象としての肖像の使用収益権を創設するものとして理解される。知的財産権構成によれば、精神的権利としての肖像権は譲渡され得ないものの、肖像の利用についての財産的権利は譲渡契約又はライセンス契約の対象となる。したがって、取引対象としての肖像権は、精神的権利としての肖像権と区別された取扱いを受ける。「有名性」権独立構成によれば、取引対象としての肖像権に相当するものは、人格権からは完全に独立した権利である「有名性の権利」である。肖像の利用についての契約は、同権利の譲渡又はライセンスとして理解される。

このように、肖像権の契約の対象としての側面についての構造把握及び、肖像の利用についての契約の法的性質・効果の理解は学説毎に異なる。しかし、この見解の相違は、いかなる実質的内容の契約であれば有効かという判断についての対立には必ずしも結びついていない。むしろ、次の点は、契約の法的性質論・効果論の立場の違いを超えて見出すことができる傾向である。すなわち、第二章の検討において、人格権を対象とする契約の有効性判断の指針として示された、帰属主体から当該権利の帰属を全面的・永続的に奪うことのない契約であれば有効となるという考え方が尊重されている点である。第一に、契約の性質につき、人格権一元構成の論者は設定的移転を、人格権・財産権二元構成の論者の一部は譲渡を認める。これは契約の性質論としては形式的には異なる帰結である。しかし、元々の権利構造把握が異なるゆえに、肖像権の人格保護機能としての面を帰属主体に残すという同じ目的を達成するために、一元構成からは設定的移転が導かれ、二元構成からは財産的権利のみの譲渡が導かれるにすぎない。第二に、一元構成のゼナティールベは、相手方にあらゆる肖像の公表・利用を許可することを認めず、二元構成のロワゾーは、人格属性の利用権の譲渡が決定的・撤回不可能の性格を持つことを否定し、また、知的財産権構成のカロンは、肖像利用

者に白紙委任をもたらすような非常に概括的な条項を置くことを認めない。これらには、肖像権の人格保護機能としての面を帰属主体から全面的・永続的に奪うことを認めないことを指向する共通の姿勢が見受けられる。

四 結語——パブリシティ権を対象とする契約の分析への示唆

破毀院が人格権としての肖像権と別個に「肖像の財産的権利」を承認していないフランスと、狭義の肖像権とパブリシティ権の二権利を擁する日本では、肖像の財産的側面についての権利構造が異なるともいえる。しかし、有名人の肖像の商業的利用という社会的現実の尊重と、そのような人々の人格の保護の両立が課題である点は共通している。そのため、フランス法の議論から次の示唆が得られる。日本のパブリシティ権が、平成二四年最高裁判決が示すように「人格権に由来する」権利であっても、そのこと自体によってパブリシティ権を対象とする契約の有効性が否定されることはない。肖像本人の人格の保護を全面的・永続的に奪う契約のみが無効となる。たとえば、肖像の利用を許可された者が、肖像本人のあらゆる肖像を、あらゆる態様で、永久的に利用できるとする契約は、たとえ当事者によって「譲渡」とされておらず、「利用許諾」とされていたとしても、無効となるであろう。他方で、パブリシティ権の譲渡可能性論は、このような、肖像本人と肖像を利用したい相手方との間で締結される契約の有効性判断の対立ではないと考える。むしろ、その契約が「譲渡」か「利用許諾」かという点や、契約によって相手方が取得する権利は何かという点を問う、契約の性質決定論・効果論の対立であるように思える。⁽¹⁰⁾

本稿では、肖像本人と肖像の利用を許可される者（相手方）と間で締結される契約（第一契約）の有効性判断と法的性質を論じた。契約の当事者間及び対外的効力の具体的検討については今後の課題としたい。また、相手方が、さらに第三者に自己が取得した肖像の利用権を譲渡したり、肖像利用の再許諾をしたりするという取引（第二契約）も

想定される。両者はいずれもパブリシティ権の取引局面の問題であるものの、第一契約は肖像本人が有する人格権を取引対象とする問題であるのに対して、第二契約は、第一契約の効果として相手方が取得した権利を取引対象とする問題であるという違いがある。そのため、後者の検討については今後の課題としたい。

- (1) 知財高判平成二〇・二・二五判例集未登載(平成一八年(ホ)一〇〇七二号)「プロ野球選手事件・控訴審」の争点。
- (2) 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)の争点。
- (3) 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』一九四—一九五頁(日本評論社、二〇〇八年)など。ただし、中島甚至「判解」最判解民事篇平成二四年度一八三一—一八七頁(二〇一五年)は、パブリシティ権の「譲渡・相続の可否」の問題と「利用許諾契約の成否」の問題を分けて論じる。
- (4) 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(8) 債権(9)』五七八頁(有斐閣、一九九一年)など。
- (5) 奥邨弘司「判批」『平成二四年度重要判例解説』二七三—二七四頁(有斐閣、二〇一三年)、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』四〇八—四一〇頁(商事法務、二〇一四年)など。ただし、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」国士館四五号七八頁(二〇一二年)は、このような解釈に反対する。また、竹田稔「判批」コピライト六一四号一八頁(二〇一二年)は、パブリシティ権が「人格権に由来するものである」とも、それ自体独立した財産的価値を有する意味において、氏名・肖像という人格からは切り離して把握すべきであると説く。
- (6) 中島・前掲注(3)一八五—一八六頁は、パブリシティ権の「譲渡・相続の可否」の問題と「利用許諾契約の成否」の問題を分けた上で、後者につき、「パブリシティ権の利用許諾契約は」、「包括的許諾や再許諾を認める場合も含め、不合理なものであるとはいえない」とする。その理由としては、パブリシティ権は人格権に由来する権利であるものの、「その内容自体に着目すれば、肖像等の商業的価値を抽出、純化させ、名誉、プライバシー権等の人格権ないし人格的利益とは切り離されている」とする。それゆえ、「利用許諾の実体」である「差止請求権、損害賠償請求権等の権利を行使しない旨の不行使特約」をしても「上記人格権ないし人格的利益まで利用許諾の対象とするものではない」と説く。

- (7) 川島武宜『民法総則』七〇―七一頁(有斐閣、一九六五年)は、「人格権の処分(物権的処分)は公序良俗違反として民法九〇条により無効である」としつつ、「人格権の行使を制限する債権的契約」については、同権利の制限に「或る程度限定」がある場合にのみ有効と解する。ただし、例として挙げられているのは営業、労働、婚姻の自由であり、肖像に関する例示はない。この点、大村敦志『民法読解 総則編』一二〇頁(有斐閣、二〇〇九年)は、「氏名権・肖像権などは人格権の一部なので、処分は不可能」としつつ、「氏名・肖像の利用契約は、人格権に基づく請求権を放棄する約定」として可能であるとする。本稿は、このような問題についての比較法検討である。
- (8) 川島武宜⇨平井宜雄編『新版注釈民法(3) 総則(3)』一四三―一四五頁(森田修)(有斐閣、二〇〇三年)。
- (9) 米村滋人「人格権の権利構造と『一身専属性』(一)」(五・完)『法協』一三三卷九号一頁、一二号九八頁(二〇一六年)、一三四卷一八〇頁、二二四一頁、三三六七頁(二〇一七年)は、譲渡性・相続性論に向けて人格権を検討する。これに対して、本稿での人格権の検討は、契約の対象としての適格の有無という観点から行われる。
- (10) 我妻榮『新訂民法総則』二四八頁(岩波書店、一九六五年)。
- (11) 日本におけるフランスの資産理論の検討として、横山美夏「財産——人と財産の関係から見た信託」NBL七九一―一六頁(二〇〇四年)、原恵美「信用の担保たる財産に関する基礎的考察——フランスにおけるパトリモニー(patrimoine)の解明」論究六三三―三五七頁(二〇〇四年)、原恵美「フランスにおけるパトリモニー論の原型——オーブリー⇨ローの理論的分析」論究六九三―三五七頁(二〇〇六年)。これらは、全ての人は一つの資産しか持たないという資産の不可分性原則と緊張関係にある制度である。信託、財産管理、財産隔離との関連という問題意識から資産理論を検討するものである。これに対して、本稿では、資産の構成要素たり得る権利はいかなる権利かという視点から同理論に触れるものである。他に、片山直也「財産——bienおよびpatrimoine」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』一七七頁(二〇〇六年)、横山美夏「財産概念について——フランス法からの示唆」早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法——基本法の比較法的考察』四七頁(二〇一四年)、瀬川信久「資産(patrimoine)」理論は日本民法学にとってどのような意味をもつのか——横山報告へのコメント」早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法——基本法の比較法的考察』八一頁(二〇一四年)などを参照。
- (12) Judith ROCHERD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., P. U. F., 2013, pp. 354–357.
- (13) Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Les biens*, 6^e éd., L. G. D. J., 2015, n° 29, p. 30.

- (14) Charles Aubry et Charles Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 6, 4^e éd., 1873, §573, p. 229.
- (15) 一般的には資産は積極財産と消極財産の双方を含むものとする (MALAURIE et AYNÈS, *Supra* note 13, n° 13, p. 24 ; ROCHER, *Supra* note 12, p. 355 ; Pierre BERLIOZ, *La notion de bien*, L. G. D. J., 2007, n° 528, p. 170)°。したがって、資産を構成するものに積極財産のみを含むものを見解を採る (Alain SERIAUX, *La notion juridique de patrimoine*, *RTD civ.*, 1994, n° 1, p. 803)°。
- (16) MALAURIE et AYNÈS, *Supra* note 13, n° 12, p. 23.
- (17) BERLIOZ, *Supra* note 15, n° 528-532, pp. 170-172.
- (18) BERLIOZ, *Supra* note 15, n° 518-520, pp. 166-167.
- (19) MALAURIE et AYNÈS, *Supra* note 13, n° 30, p. 30.
- (20) Pierre CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, *RTD civ.*, 1966, n° 27, p. 209 ; MALAURIE et AYNÈS, *Supra* note 13, n° 30, p. 30.
- (21) CATALA, *Supra* note 20, n° 28, p. 210.
- (22) MALAURIE et AYNÈS, *Supra* note 13, n° 30, p. 30.
- (23) SERIAUX, *Supra* note 15, pp. 807-808.
- (24) Grégoire LOISEAU, *Le nom, objet d'un contrat*, L. G. D. J., 1997, n° 8, p. 7. 著者 Frédéric ZENATI, *Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine*, *RTD civ.*, 2003, pp. 675-676 以下。肖像などの非金銭的な利益の処分が可能であることは争いなく、資産化可能性と処分不可能性の混同に反対する°。
- (25) Philippe MALAURIE et al., *Droit des obligations*, 8^e éd., L. G. D. J., 2016, n° 601, p. 343 ; Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., L. G. D. J., 2016, n° 170, p. 138 ; Remy CABRILLAC, *Droit des obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2016, n° 85-88, pp. 84-85.
- (26) MALAURIE et al., *Supra* note 25, n° 601, p. 343.
- (27) ASSOCIATION HENRI CAPITANT (sous la direction de Gérard CORNU), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., P. U. F., 2014, p. 173.
- (28) Isabelle MOINE, *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, L. G. D. J., 1997, これを検討する研究として、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

- 協二〇〇卷一〇六一一〇七頁(二〇〇三年)(再録:『学術としての民法―二〇世紀フランス民法学から―』一四二―一四四頁、東京大学出版会、二〇〇九年)、櫛橋明香「人体の処分の法的枠組み(四)」法協二二二巻八号一二二―一二七頁(二〇一四年)。
- (29) MOINE, *Supra* note 28, n° 11, p. 17.
- (30) MOINE, *Supra* note 28, n° 2-3, pp. 11-12.
- (31) LOISEAU, *Supra* note 24, n° 6, p. 5; Corinne FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, thèse, Paris, 2001, n° 19, pp. 35-36.
- (32) BÉNABENT, *Supra* note 25, n° 170, p. 138.
- (33) BÉNABENT, *Supra* note 25, n° 170, p. 139. 同旨の文献として MOINE, *Supra* note 28, n° 503-504, pp. 330-332. なおこの理解の前提として権利が物と性質決定されること(MOINE, *Supra* note 28, n° 472, p. 312)。Pierre BERLIOZ, *Droit des biens*, *Elipses*, 2014, n° 44, pp. 61-62. も「物概念には有体物のみならず無体物も含まれ、権利とある物権や債権も物の範疇に入るとす。」
- (34) BÉNABENT, *Supra* note 25, n° 170, p. 139.
- (35) Grégoire LOISEAU, Typologie des choses hors du commerce, *RTD civ.*, 2000, n° 25, p. 63.
- (36) *Ibid.*, n° 26, p. 63.
- (37) Étienne-Ernest-Hippolyte PERREAU, Des droits de la personnalité, *RTD civ.*, 1909, p. 517. この論文の詳細な検討として石井智弥「フランス民法における人格権保護の発展―尊重義務の生成(一)」茨社五〇号二〇一―二五頁(二〇一〇年)。
- (38) *Ibid.*, p. 518. これら二つの例は「石井・前掲注(37)において「ソブリティ権に相当するものだと考えられる」と評される。」
- (39) *Ibid.*, p. 519.
- (40) Roger NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse, Paris, 1939, n° 181, pp. 393-394.
- (41) *Ibid.*, n° 190, pp. 421-422. 人格権はうかざる台意のゆえなるわけではなく、結論はさうすべ。Pierre KAYSER, Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques, *RTD civ.*, 1971, n° 37, p. 493. 同旨。
- (42) Pascal ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, thèse, Dijon, 1978, n° 196, pp. 194-195.

- (43) *Ibid.*, n° 291, pp. 291–292.
- (44) LOISEAU, *Supra* note 24, n° 15, pp. 17–18.
- (45) LOISEAU, *Supra* note 24, n° 17, pp. 23–24.
- (46) LOISEAU, *Supra* note 24, n° 101, p. 98.
- (47) LOISEAU, *Supra* note 24, n° 166, p. 177.
- (48) LOISEAU, *Supra* note 24, n° 156, p. 172.
- (49) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 21, p. 37.
- (50) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 168, pp. 177–178.
- (51) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 173, pp. 179–181.
- (52) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 175, p. 182.
- (53) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 178, pp. 183–184.
- (54) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 181–182, pp. 185–187.
- (55) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 185, pp. 188–189.
- (56) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 201, p. 199.
- (57) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 230, p. 216.
- (58) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 295–297, pp. 278–283.
- (59) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 232, p. 217.
- (60) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 240–242, pp. 223–224.
- (61) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 248, pp. 226–227.
- (62) FILIPPONE, *Supra* note 31, n° 249, p. 228.
- (63) 隈元利佳「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」論究一〇九号二〇四—二二一頁(二〇一六年)。
- (64) 後々本文中で紹介するが、この他に Emmanuel GAILLARD, La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français, *D.* 1984, *Chron.* 162 ; Daniel ACQUARONE, L'ambiguïté du droit à l'image, *D.* 1985, *Chron.* 129 ; Marie SERNA,

- L'image des personnes physiques et des biens*, Economia, 1997 ; André BERTRAND, *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Litec, 1999 など。概説書として Gilles GOUBEUX, *Traité de droit civil : Les personnes*, L. G. D. J., 1989, n° 315, pp. 295-296 など。肖像権を人格権と財産的権利の二元的構成にしようとする捉え方にと賛同している。
- (65) Trib. gr. inst. Lyon 17 déc. 1980, *D.* 1981, 202, note Raymond LINDON et Daniel AMSON ; Trib. gr. inst. Aix-en-Provence 1^{re} Ch. 24 nov. 1988, *J. C. P. G.* 1989, 21329, note Joël HENDERYCKSEN など。
- (66) 二〇〇八年破産院判決の事案における契約は、プロのモデルが、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間の期間において、肖像の利用を許可するものであった。これにつき破産院は、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束されている」として、契約の有効性を承認した (Cass. 1^{re} Ch. civ. 11 déc. 2008, *J. C. P.* 2009, II. 10025, note Grégoire LOISEAU)。
- (67) Grégoire LOISEAU, La crise existentielle du droit patrimonial à l'image, *D.* 2010, 450.
- (68) 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, p. 997.
- (69) *Ibid.*, n° 1717, pp. 998-999.
- (70) *Ibid.*, n° 1718, pp. 999-1000.
- (71) *Ibid.*, n° 1763-1764, pp. 1027-1028.
- (72) *Ibid.*, n° 1765, pp. 1028-1029.
- (73) *Ibid.*, n° 1765, pp. 1028-1029, n° 1767, pp. 1031-1032.
- (74) Trib. civ. Seine 1^{re} Ch. 16 juin 1858, *D.* 1858, 3. 62.
- (75) 著述として Jean STOUFFLER, Le droit de la personne sur son image : quelques remarques sur la protection de la personnalité, *J. C. P.* 1957, I. 1374. 藤原徳之として Paris 5^e Ch. 1^{re} déc. 1965, *J. C. P.* 1966, II. 14711, note Raymond LINDON.
- (76) Henri FOUCHEROL, *La figure humaine*, thèse, Paris, 1913, p. 19 ; NERSON, *Supra* note 40, p. 144 ; Jean CARBONNIER, note sous Trib. corr. Grasse 8 févr. 1950, *D.* 1950, J. 714.
- (77) Jeremy ANTIPAS, Propos dissidents sur les droits dits « patrimoniaux » de la personnalité, *RTD com.*, 2012, n° 1, p. 35.

- (78) *Ibid.*, n° 3, pp. 38-40.
- (79) Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVERT, *Manuel de droit des personnes*, P. U. F., 2006, n° 262, pp. 222-223.
- (80) Frédéric ZENATI-CASTAING, Pour une renouveau de la théorie de la propriété, *RTD civ.*, 1993, p. 314. ヌナナィの理論を紹介するものとして、奥田昌道「ベナナイ教授の所有権論——姫路独協大学における『フランス物権法セミナー』（一九九三年三月二十九日・三〇日）に出席して」法時六五巻一、号一五頁（一九九三年）、横山美夏「フランス法における所有（propriété）概念——財産と所有に関する序論的考察」新世代法政策学研究一二巻二七〇頁、二七九—二八五頁（二〇一一年）など。
- (81) ZENATI-CASTAING et REVERT, *Supra* note 79, n° 275-277, pp. 237-241.
- (82) ZENATI-CASTAING et REVERT, *Supra* note 79, p. 282.
- (83) ZENATI-CASTAING et REVERT, *Supra* note 79, n° 327, p. 287. 村田健介「フランスにおける所有概念の意義（七）・完——著作者人格権の法的性質を題材として」論叢一七四巻六号七九—八〇頁はこのような見方につき肯定的である。
- (84) ZENATI-CASTAING et REVERT, *Supra* note 79, n° 329-331, pp. 289-290.
- (85) ZENATI-CASTAING et REVERT, *Supra* note 79, n° 338, pp. 295-296.
- (86) ZENATI-CASTAING et REVERT, *Supra* note 79, n° 325, p. 286.
- (87) ZENATI-CASTAING et REVERT, *Supra* note 79, n° 338, p. 295.
- (88) ZENATI-CASTAING et REVERT, *Supra* note 79, n° 337, p. 295.
- (89) 本節で取り上げる見解の他に、注（64）に挙げたものがこの立場に属する。
- (90) Grégoire LOISEAU, *Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français*, McGill L. J., 1997, 42, p. 331.
- (91) *Ibid.*, p. 330.
- (92) *Ibid.*, p. 333.
- (93) *Ibid.*, pp. 345-347.
- (94) Jean-Christophe SAINT-PAU et al., *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, n°1156, p. 714. 本稿において参照した箇所はサン・ポール自身が執筆した部分である。
- (95) *Ibid.*, n° 1157, p. 715.
- (96) Christophe CARON, *Les contrats d'exploitation de l'image de la personne*, in *L'image, journée nationale*, Tome 8, Grenoble,

Dalloz, 2005, n° 1, pp. 95-96.

- (97) 知的所有権法典一一一の一条二項が、著作権は「知的及び人格的特質並びに財産的特質を包含する」と定める。
- (98) CARON, *Supra* note 96, n° 11, p. 101.
- (99) CARON, *Supra* note 96, n° 13, p. 102.
- (100) CARON, *Supra* note 96, n° 18, p. 105.
- (101) CARON, *Supra* note 96, n° 15, pp. 102-103.
- (102) Christophe CARON note, *CCE*, n° 2, Février 2009, comm. 12.
- (103) Yves-Marie LATHIER note, *RDC*, Avril 2009, p. 477.
- (104) Jean-Michel BRUGUIÈRE, « Droits patrimoniaux » de la personnalité, *Plaidoyer en faveur de leur intégration dans une catégorie des droits de la notoriété*, *RTD civ.*, 2016, n° 2, p. 2.
- (105) *Ibid.*, n° 29-33, pp. 15-17.
- (106) *Ibid.*, n° 35, p. 19.
- (107) *Ibid.*, n° 4, p. 4.
- (108) *Ibid.*, n° 33, p. 17.
- (109) 譲渡性否定説といえる中島・前掲注(3)一八三—一八四頁は、譲渡の客体として、被侵害利益としての「人格権に由来する」パブリシティ権を想定した上で、それが譲渡され得ない旨を説いているようにうかがえる。ただし、この論者においても肖像の利用許諾の有効性は承認される。また、譲渡性肯定説である、竹田・前掲注(5)一八頁は、「氏名・肖像という人格からは切り離して把握すべきもの」として捉えられた「パブリシティ権」が譲渡の客体であることを前提として、譲渡を肯定する見解だと思われる。

隈元 利佳（くまもと りか）

所屬・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、日仏法学会

専攻領域 民法

主要著作 「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」『法学政治学論究』第一〇九号（二〇一六年）