

|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 肖像の商業的利用を目的とする取引の法的構成：<br>フランス学説における二つのモデル  |
| Sub Title        | L'analyse du contrat d'exploitation de l'image de la personne   |
| 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 | 2018  |
| Jtitle           | 法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu :<br>Journal of law and political studies). Vol.116, (2018. 3) ,p.69- 102   |
| JaLC DOI         |   |
| Abstract         |   |
| Notes            |   |
| Genre            | Departmental Bulletin Paper   |
| URL              | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20180315-0069">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20180315-0069</a> |

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——

隈元利佳

- 一 序論
- 二 肖像概念と財産的価値の関係
  - (一) フランス法における「肖像 (image)」とは——容貌と具体的肖像
  - (二) 肖像の機能と財産的価値の関係
  - (三) 小括
- 三 肖像の利用を目的とする取引の法的構成
  - (一) 判例・裁判例の状況
  - (二) 債権契約
  - (三) 利用独占権移転契約
  - (四) 小括
- 四 考察

## 一 序 論

人の肖像は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合がある。このような、肖像等それ自体の商業的価値が法的保護に値することは、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）によって既に示されている。同判決の事案は、顧客吸引力を有する歌手の肖像を、出版社が、肖像本人の承諾なく無断で雑誌記事に使用したことにつき、肖像本人が原告となって出版社に損害賠償請求をしたものである。すなわち、平成二四年最高裁判決が扱ったのは、肖像の使用につき肖像本人と契約関係を持たない者による、肖像の商業的価値への違法なフリーライドの局面である。他方で、このような局面においてのみならず、肖像の商業的価値が取引を介して肖像本人以外の者によって享受される局面においてもまた、その商業的価値の法的把握が問題となる。<sup>(1)</sup> その商業的価値の享受は、具体的には、たとえばカレンダーやプロ野球カード等の商品にアイドルや野球選手の肖像を付すこと等による肖像の商品化や、健康器具の広告ポスターにタレントの肖像を付すこと等による肖像の広告利用という態様において行われる。<sup>(2)</sup> このとき、肖像に顧客吸引力を有する者の典型例である芸能人や人気スポーツ選手（このような者に代表される肖像本人を、以下、Aと称する）は、事務所や球団（以下、Bと称する）に所属していることが多い。そのため、実際には、肖像本人の肖像を商品化や広告の形で利用することを望む者（前述の例においてはカレンダーや健康器具を製作・販売する会社であり、以下、Cと称する）は、Aの肖像の利用についての許諾をBから得て、Bにその対価を支払うことが多い。<sup>(3)</sup> そして、Aの肖像についてのこのような許諾をB自らが行うことができるようにするために、A・B間の取引（専属契約、選手契約等）においては、Aのパブリシティ権につき、Bに「譲渡」する旨や、<sup>(4)</sup> Bが「専属的に取得」する旨が定められることがある。<sup>(5)</sup> 本稿は、このようなA・B間及び

BC間の取引を考察の対象とするものである。

このような取引において生じる紛争についての最高裁判例は未だないものの、下級審裁判例からは、次のような紛争が生じ得ることがわかる。まず、(1)肖像本人Aの所属事務所等Bは、AB間契約を根拠として、Aにあらためて承諾を取ることなく第三者CにAのパブリシティ権を再譲渡することはできるのか、又は、CにAの肖像の使用を再許諾することはできるのか、ということをめぐる紛争が生じ得る。訴訟においては、Cによる肖像利用を快く思わなかったAが、①CはAの肖像使用权を有さず、Cによる使用は違法であるとしてCに損害賠償請求をする場合と、②BはCにAの肖像の使用を許諾する権限を有しないことの確認を求める場合とが考えられる。次に、(2)所属事務所等Bは、AB間の取引に基づき、Aの肖像を違法に利用した者(以下、Dとする)に対して自己の名において損害賠償請求をできるのかが問題となる。<sup>(8)</sup>

そして、これらの問題の前提には、パブリシティ権の「譲渡可能性論」<sup>(9)</sup>があると指摘される。すなわち、パブリシティ権は譲渡性のある権利だと解し、AB間に「パブリシティ権の譲渡」を認める場合には、BによるCへの再譲渡・再許諾、及びBの自己の名におけるDに対する責任追及を認める方向に傾くとされる。逆に、パブリシティ権の譲渡性を否定し、AB間の契約に債権的効力しか認めない場合には、それらが可能でないと考える方向に傾くとされる。<sup>(10)</sup>そのため、前述の(1)・(2)の紛争への対処について、パブリシティ権の譲渡可能性についての考察が前提として必要になることは事実である。ところが、パブリシティ権の譲渡可能性についての議論状況を見ると、譲渡の客体たる「パブリシティ権」の内容としていかなる権利を想定しているかの相違がそのまま譲渡可否の帰結を左右することがある。<sup>(11)</sup>また、「譲渡」を肯定する立場の中でも、その「譲渡」の効果として具体的に何を想定しているのかは一律でない。<sup>(12)</sup>したがって、前述の(1)・(2)の紛争への対処のために必要となる基礎作業は、パブリシティ権の譲渡の可否につき二者択一を行うことよりはむしろ、AB間の取引においてはいかなる権利を対象としていかなる法律行為が行われ

ているかを明らかにすることである。

そこで、本稿においては、肖像本人Aとその所属事務所等Bとの間における取引につき、肖像の利用に関する部分はいかなる法的構成において把握されるべきかを検討することを課題として設定する。

肖像本人Aとその所属事務所等Bとの間の取引についての従来の議論をみると、A B間契約を債権的効力のみを持つ契約として構成する見解<sup>(13)</sup>と、譲渡といえる物権的効力を持つ契約として構成する見解<sup>(14)</sup>とに分かれている。これは、表現を換えれば、氏名・肖像等の個人の人格を構成する要素が持っている経済的価値であるパブリシティ価値<sup>(15)</sup>を、契約という法的枠組においてどのように位置づけるかについての見方の違いといえる。そのため、肖像のパブリシティ価値とは何か（そのような経済的価値と人の肖像がどのようなメカニズムで結びついているか）という問題と、パブリシティ価値の本人以外の者による享受のために行われる取引の法的構成の問題を、連結した議論として行うことが有用だと考える。

そこで、本稿では、パブリシティ価値の本質論とA B間取引の法的構成との関係という視点から検討をするために、フランス法に示唆を求める。フランスにおいても、肖像が商品化や広告のために利用され、肖像に関して経済的価値が生じているという社会実態は共通している。そして、そのような肖像の利用を目的とする何らかの契約が有効であることについては破毀院が承認しており<sup>(16)</sup>、学説上も異論はない。しかし、フランスにおいても、そのような取引の法的構造をいかに解するかについては、破毀院は明確に示しておらず、学説による議論は収束していない。そこで、フランス学説における肖像の利用を目的とする取引の法的構成についての見解の違いは、何についての理解の違いに起因するものなのかを分析すると、肖像自体に財産的価値を認めるか否かの違いに由来することがわかる。そして、その違いをさらに遡れば、肖像概念をどう捉えるかということ、そして、肖像にいかなる機能を見出すかということに行き着く。この点は、日本法におけるパブリシティ価値の本質論とA B間取引の法的構成との関係を検討する本稿に

示唆を与え得るものと考ええる。したがって、次章以下では、フランス法における肖像概念と財産的価値の関係を分析し(第二章)、その後、肖像の利用を目的とする取引の法的構成についてのフランス学説を検討する(第三章)。

## 二 肖像概念と財産的価値の関係

フランス法における肖像の利用を目的とする取引の法的構成の分析にあたっては、利用される「肖像」がフランス法上どのような概念として理解されているのかを確認する必要がある(第一節)。その上で、その「肖像」にどのような機能が見出されているのか、その結果として肖像自体に財産的価値が存することが認められるのかを検討し(第二節)、第三章における取引の法的構造の分析の材料を得る。

### (一) フランス法における「肖像 (image)」とは——容貌と具体的肖像

フランス法において、「肖像 (image)」という語は、「肖像権 (droit à l'image)」や「肖像の利用 (exploitation de l'image)」等の形で用いられる。この「肖像」とは何を指すのかを、本節において確認する。

まず、法律用語辞典においては、肖像は二つの項目に分けて説明される。一つ目の項目においては、肖像は「ある個人又はある物の外見 (appearance visible)」すなわち「ある人又はある財産の物理的側面」と定義される。この物理的側面は、人の場合については「その人の人格の一部分」とされる。二つ目の項目においては、肖像は「ある人又はある財産の描写表現 (représentation)」と定義される。この二つ目の意味の肖像は、一つ目の意味の肖像を、絵画や写真等の何らかの手段によって再現したものとされる。<sup>①</sup>

肖像概念を二種類に区別するという姿勢は、人体の効用の一つとして肖像を位置づける学説においても見られる。

ゼナティールベは、肖像について述べる際に、ある人間又はある物の外形 (forme) を指す「源泉としての肖像 (image-source)」と、その外形をデッサン・絵画・彫刻・写真・映画等の媒体の上に固定することによって描写したものを指す「再現としての肖像 (image-reproduction)」に分けて説明する。前者の肖像は、人格の基盤である身体と不可分一体のものとされ、後者の肖像の源泉であるとされる。このような区別の意味は、たとえば風刺画がそうであるように、「再現としての肖像」は「源泉としての肖像」の忠実な複製ではないこと、及び前者は人格権によって保護され後者は著作権によって保護されることに存すると説かれる。<sup>(18)</sup>

また、財産 (bien) 概念を主題とする学位論文においても、二つの肖像概念の区別が説かれる。ベルリオズは、人の外見 (apparence) を意味する抽象的・一般的な肖像と、その人物のある特定された瞬間における痕跡が写真・絵画・彫刻等によって何らかの媒体へ固定されたものを意味する個別具体的な肖像を区別する。前者の肖像については、人から分離され得ず、時の経過によってその人が変遷をすることに伴って、肖像もまた変化するとされる。これに対して、後者の肖像は、モデルたる人物とは区別されたものであり、変化しないものだとして理解される。<sup>(19)</sup> これに対応すれば、後者の意味での肖像は、人から切り離された客体たる肖像として、財産と性質決定され、モデルたる人物の資産 (patrimoine) の構成要素となる。<sup>(20)</sup>

このように、フランス法では、肖像を法的に把握するにあたって、人の容貌としての肖像、すなわち抽象的意味における肖像 (apparence 又は image-source) と、容貌が媒体に固定されたものとしての肖像、すなわち具体化された肖像 (image-representation 又は image-reproduction) の二種類の肖像があるとする考え方が複数の論者によって採られている。以下では前者を「容貌」と称し、後者を「具体的肖像」と称する。肖像の利用を目的とする取引を扱うフランス学説では、単に「肖像」とのみ表記して論じていたとしても、容貌と具体的肖像のどちらを念頭において論じているかが論者によって異なる。この点は次節において確認する。

## (二) 肖像の機能と財産的価値の関係

次に、肖像の利用を目的とする取引について論じる各学説においては、肖像がいかなる機能を有するものとして捉えられているかを分析する。大別して、個人を同定する機能のみを見出す考え方と、有名な人格を想起する機能をも見出す考え方とがある。前者の考え方は肖像に財産的価値を認めない帰結となり、後者の考え方は、肖像において財産的価値を認める帰結となる。

## 1 肖像において財産的価値を認めない見解

マリノーは、本来は非財産的な要素である人格属性 (*attribut de la personnalité*) が、金銭評価可能な価値を持つようになるという「財産化 (*patrimonialisation*)」<sup>(21)</sup>現象の法的な説明を目的とする論文において、肖像を、個人を同定する機能を持つものとして把握することから議論を発売させている。すなわち、人の氏名・声・肖像につき、その人自身を反映するものであるという共通点を見出し、個人の同一性 (*identité*) の認識をもたらすものとして扱っている。<sup>(22)</sup> 法律用語辞典では、同一性は、ある自然人がその人自身であり他の人物ではないこと、すなわちその人が他の人物と区別され識別されることを基礎づけるものとして説明される。<sup>(23)</sup> またマリノー自身も、同一性の問題とは、社会生活すなわち他人との関係において、容姿の上で、及び社会的に、人を識別可能にすることだと説く。<sup>(24)</sup> そして、マリノーは、氏名・声・肖像といった三つの人格属性の他に、ファーストネーム・イニシャル・芸名・あだ名も同定機能を持つとする。そして、同定機能を持つこれらのものは、個人情報 (*informations personnelles*) というカテゴリにおいて捉えられる。それゆえ、これらは個人情報の総体として定義される私生活 (*vie privée*) を共通項とするものだとされる。<sup>(25)</sup> ただ、これらの種々の個人情報の中でも、マリノーは肖像について次のような固有の特徴を見出している。それは、た



たとえばその人自身が年を取れば肖像も老けるように、肖像が本人と共に変遷するという点である。この変遷するという特徴は、全ての人格属性における通有性ではなく、たとえば名においては見出されない特徴だとされる。そして、変遷性の有無の差は、具体的帰結の差を正当化するものであるとマリノーは述べる<sup>(26)</sup>。その具体的帰結として、肖像は人と内在的に結びついており人から分離され得ない、すなわち客体たることを可能たらしめる外部性がないのに対して、名であれば、その抽象性を理由として人から分離され得るとされている<sup>(27)</sup>。

このように、マリノーが肖像につき、本人と共に変遷し、本人から分離され得ないという特徴を見出していることから、前節において提示した二種類の肖像のうちマリノーが念頭におくのは容貌の方であることがうかがえる。

では、容貌という意味における肖像を念頭において議論を進めるマリノーからは、肖像それ自体に財産的価値が存することが認められるのか。この点、マリノーは、マレールプジョルが先鞭をつけ、ドレイエが深化させた分析を支持することによって、肖像それ自体の財産的価値を否定する。マレールプジョルの論文は、情報に対する専有 (appropriation) をテーマとするものである<sup>(28)</sup>。その後半では、個人情報に対して専有が認められるか、個人情報を所有権の客体とすることができるか、という問題が論じられる<sup>(29)</sup>。その議論の中で、人の肖像も人についての情報の特殊な形であるとされた上で、人の肖像につき、専有にはなじまないという評価がされている<sup>(30)</sup>。そして、肖像が専有になじまないという評価はドレイエによっても下されている。ドレイエは、肖像は、人自身から切り離して捉えることができるような独自の財産的価値を持たないと考える<sup>(31)</sup>。その上で、肖像は財産概念に還元され得ず、物権の客体たり得ないと理解する。このような理解から、ドレイエは、肖像を客体とする財産権が契約を経ずして先存することはないという立場を採る<sup>(32)</sup>。マリノーは、このドレイエの結論を支持している<sup>(33)</sup>。

## 2 肖像において財産的価値を認める見解

### (1) 人格属性に付加された財産的価値

前項で挙げた見解とは異なり、ロワゾーは、有名人の肖像については個人の同定機能にとどまらない効用を見出す。この効用は、人格属性の一次的機能の上に付加された二次的効用として位置づけられる<sup>34</sup>。すなわち、ロワゾーも、肖像が人格属性として個人を識別する機能を有していることは前提としつつ、そのような機能に付加された形で存在する肖像の価値を問題にしている。この点につき以下に敷衍する。

ロワゾーは、肖像の二次的効用を、商標が有する一次的機能と二次的効用の関係とパラレルに捉えられるものだとする。商標は、商品又は役務の識別を可能にし、その出所 (origine) の同一性 (identité) を保証することが本質的機能だとされている<sup>35</sup>。このような機能を一次的機能と位置づけたときに、ロワゾーは、次のような実務において、商標の二次的効用が表れるとする。たとえば、コカ・コーラの消しゴムや、ペリエのボトルの形をしたキーホルダーを販売する場合には、消しゴムやキーホルダーという商品の出所の表示としてコカ・コーラやペリエの商標が使われているのではない。すなわち、コカ・コーラやペリエの商標は、その一次的な機能としては、飲料製品の出所の表示として使われるものであるところ、この場合には商標は消しゴムやキーホルダーに付されているので、一次的機能を発揮しているのではない。それらの商標は、それらが付される商品とは無関係なものとして利用されている。すなわち、その商標の有名性 (notoriété) 及び顧客吸引力 (pouvoir attractif) の効果として、その商標自体から利益が引き出されるという形において利用されている。このような、コカ・コーラの消しゴムやペリエのボトルの形をしたキーホルダーは、二次製品 (produits dérivés) として紹介されている。また、Tシャツ、ステッカー、ポスター、人形等の様々な商品に、マンガ、アニメ、映画等の登場人物を付して販売するという商品化事業 (キャラクター・マーチャンダイジング) におけるこれらの商品も、上記のコカ・コーラの消しゴムやペリエのボトルの形をしたキーホルダーとア

アイデアを同じくする二次製品だとされる。両者に共通するアイデアは、有名性を理由として、商標や登場人物それ自体が、商品化し得る要素となることである。そして、人格属性の利用もこのアイデアにおいて理解することができる。すなわち、氏名・肖像・声等の人格属性は、大衆がそれに接したときに特定の人格を想起することができるという働きを持つものとされる。<sup>37)</sup> このような機能は、肖像等の人格属性を同定機能を持つ情報としてのみ捉えるマリノアの理解からは見出されていなかったものである。そして、人格属性は、このような主体の有名性の効果によって財産的価値を獲得し、それによって商品化し得る財産に変化すると主張される。<sup>38)</sup> このことについては、人格属性が有名性という財産的価値の媒体として機能するとも説明される。<sup>39)</sup> 一般に、「有名性」という概念は、「個人の名声 (renommée, réputation)」と定義されることがある。その一方で、同概念を、才能等の質的・主観的評価を含む「名声」概念より広く解して、広範囲にわたって認識されていること、という量的・客観的意味において用いる学説もある。<sup>41)</sup> そのような中で、ロワゾーは、「有名性」とは映画界、スポーツ界、文学界等における職業活動の所産であり、それ自体が経済的価値を有し、その価値は顧客吸引力によって評価されるのだと捉えている。<sup>42)</sup>

有名性の効果によって人格属性が獲得する財産的価値を保護すべき根拠として、ロワゾーは次の三つを挙げる。第一に、ある人が有名であることは、偶然の産物というよりも、長きにわたる労働 (Effort) の結果であるからだとされる。すなわち、その労働とは、ある人物が公衆の認識を得るために数々の投資を行うことである。それゆえ、有名性がもたらす経済的価値は、努力の対価としてその有名性を獲得した者に与えられる必要がある、それによって努力を促進することができる。第二に、もし有名な氏名や肖像があらゆる人によってあらゆる目的で使われるならば、それらの人格属性の価値が失われかねないことが挙げられる。すなわち、そのような氏名や肖像が伝達しているブランドイメージ (image de marque) と両立しない利用があった場合には、その人格属性の価値は下がる。このような利用の例として、普段は高級な香水の広告に使用されていた女優の氏名が、廉価な食品の広告に自由に用いられる

場合が挙げられている。第三に、消費者を誤った方向に誘導しないためという理由が挙げられる。有名人の氏名・肖像が、実際にはその有名人本人が推奨していない商品又は役務の販売促進のために無断で用いられた場合には、消費者保護に影響が出ると説明される。<sup>(43)</sup>このような根拠によつて認められる、人格属性における財産的価値の保護は、全ての人に等しく認められる人格保護のための権利（人格の一次的権利）を第一段階として位置づけた場合の、第二段階における法的保護だとされる。ロワゾーは、この第二段階の法的保護を担う財産的権利を、人格属性における財産的価値を客体とする「人格の派生的権利（droit dérivé de la personnalité）」と呼称する。<sup>(44)</sup>そして、「人格の一次的権利」が「人格の派生的権利」の発生条件となる関係にあるとされる。<sup>(45)</sup>

以上の議論において、ロワゾーは肖像につき「image」とのみ表記しているものの、ロワゾーによる肖像理解は、第一節にて提示した二種類の肖像のうち、具体的肖像を念頭においていると推察できる。ロワゾーは、有名人の肖像が果たす機能を、Tシャツ、ステッカー、ポスター、人形等の様々な商品にマンガ、アニメ、映画等の登場人物を付すという商品化事業との類比において捉えているところ、このような様々な商品こそ、容貌を媒体に固定したものに他ならず、それはすなわち具体的肖像の典型例だからである。

## (2) 人格属性から独立した有名性の価値

有名性がもたらす肖像の経済的価値を、人格属性が有する財産的価値として法的に把握するロワゾーの見解に対して、そのような価値を人格権の問題とは切り離して法的に捉える見解もある。

ブリュギエールは、肖像の経済的価値が問題になる場合における「肖像」は、個人の人格属性としての肖像ではないと考える。この理解の前提として、芸能人等の公人の肖像と、私人の肖像では、法的性質が異なると主張される。私人の肖像は、顔立ち（traits physiques）の単なる再現又は表現であるのに対して、公人の肖像はブランドイメージと同一視できるものとされる。すなわち、公人の芸名・肖像・声・演出された公生活は有名性を持つものであるとこ

ろ、これらの要素はその人物の私人としての人格を正確に転写したのではなく、むしろ私人としての人格とは全く別の標章 (signet) であると指摘される。その例として、ある国民的ロック歌手が、芸能人としての生活においては反権力的な姿勢を示しつつ、個人としての生活においては全く以て保守的であることもあり得ることが挙げられる。そして、公のイメージ (image publique) ともいうことのできる、上記の公人の芸名・肖像・声・演出された公生活が持つ有名性は、「有名性の権利 (drois de la notoriété)」という人格権とは全く関わりのない新たな無体所有権によって、その財産的価値の保護が図られるべきだとされる。<sup>(46)</sup> その財産的価値の保護根拠は、有名性の構築に向けて行われた経済的投資 (investissement économique) に求められている。<sup>(47)</sup>

このように、ブリュギエルにおいては、議論の対象としている肖像が、マリノーやロワゾーが念頭におく人格属性としての肖像とは異なるといえる。このことを端的に表すブリュギエルの説明として、「肖像権の客体としての image と有名性の権利の客体としての image は同じ性質のものではない」<sup>(48)</sup> というものがある。しかし、このような見方も、肖像において財産的価値を認める見解の一種といえるだろう。

### (3) 著作物としての価値

また、肖像が何らかの金銭的価値を有していることを、肖像本人の顔立ち (traits) に対する一種の著作権を認めることによって保護する見解もある。著作権を認めるためには著作物の創作が必要とされるところ、この見解を唱えるアカロンは、次の二つの理由により、創作は存在すると主張する。一つ目に、スター、芸能人、又は商業的に利用し得る顔立ちを有する全ての人は、自分自身についてブランドイメージを創り出しているとする。そのブランドイメージは、それらの者が、自身の行動や、自身が公衆の前に姿を見せるその方法、あるいは自身の生活様式や嗜好を公開すること等を通して、創られるとされる。二つ目に、アカロンは、取引においてより求められる肖像を公衆に提供することを目的として、生まれつきの顔立ちを変えようと外科手術を用いる者もいることを挙げる。<sup>(49)</sup> この見解は、創作

を根拠として肖像において財産的価値を認めるものといえる。

もつとも、アカロンのように、人の顔立ちを著作物に見立てた上で著作権そのものの成立を認める見解には、反対する意見もある。カロンは、人の肖像は、人の手による独創の介在を必要とする著作物ではないとする。唯一、整形手術の場合において、人体を媒体とした著作物が成立し得ると述べるものの、主張の文脈においてはそのようなケースは例外として捉えられている。そして、著作隣接権が、投資を保護する目的で認められるにとどまるとする<sup>(50)</sup>。また、カロンは、肖像は人自身から分離することはできないと捉えるマリノーのような立場に反対する。その理由として、著作物とその物理的媒体とを区別することができるのと同様に、肖像も、人体という物理的媒体から分離され得るからだと述べる<sup>(51)</sup>。この点、第一節にて提示した二種類の肖像のうち容貌は、その人自身と共に時の経過に従って変遷するものとして捉えられているため、人体から分離され得ない存在だといえる。したがって、カロンの見解においては、第一節にて提示した二種類の肖像のうち具体的肖像が想定されているといえる。

### (三) 小括

第二節において挙げた各説は、肖像の使用に対して金銭が支払われることによって現実として浮彫になる経済的価値を、肖像それ自体の財産的価値として法的に把握するか否かによって大きく二つに分かれる。一方で、マリノーの考え方は、「肖像」を問題にする際に、第一節にて提示した二種類の肖像のうち、容貌の方を想定する。その上で、容貌としての肖像を、私生活に関する情報として個人を同定する機能を持つものと捉える。それゆえ、肖像は、人自身から分離され得ない存在として理解される。したがって、肖像の商業的利用によって現実に経済的価値が生じたとしても、それは法的には肖像それ自体が有する財産的価値としては把握されない。すなわち、肖像は財産としての法的性質が否定され、肖像を客体とした財産権を観念することも否定される。他方で、ロワゾーを中心として、肖像の

商業的利用によって生じる経済的価値を、肖像それ自体が有する財産的価値として法的に評価する見解がある。論者によって具体的な法律構成は異なるものの、そのような財産的価値を保護するための何らかの財産権が肖像に対して観念される。この二つの見方は、同じ客体について財産性を認めるか否かが対立しているのではなく、人格属性の経済的価値についての議論をする際にいかなる「肖像」を念頭においているのかの違いに由来して帰結が変わっているといえる。

### 三 肖像の利用を目的とする取引の法的構成

前章では、肖像において財産的価値を認める見方と認めない見方があることを示した。もともと、どちらの見方に拠っても、肖像の使用に対して金銭が支払われることによって経済的価値が浮彫になっているという現実は否定できないこと、及びそのような取引の有効性を認めることは共通している。二つの見方の違いは、取引の有効性ではなくその法的構成において反映される。そこで、本章においては、それぞれの見方によれば、そのような取引を法的に構成した場合に、現実が生じている経済的価値は契約という法的枠組のどこに位置づけられるのかを検討する。特に、債権的效果のみを生じさせる契約と理解されるのか、それとも利用独占権の移転という物権的効力を持つ契約と理解されるのかを明らかにする。

#### (一) 判例・裁判例の状況

##### 1 二〇〇五年ベルサイユ控訴院判決による利用独占権移転効の承認

フランスにおいては、肖像の利用を目的とする取引の法的構成として、財産的性質を持つ独占権の譲渡を示したこ

とで有名な下級審裁判例がある（二〇〇五年ベルサイユ控訴院判決<sup>(52)</sup>）。その事案は、有名歌手であるジョニー・アリデイが、レコード会社であるユニバーサルミュージックに、様々な製品の上に自身の肖像を複製することができる独占的権利を設定的に移転（concede）しているという前提において、被告会社が、カレンダー（almanach）にジョニー・アリデイの肖像を無断で使用したというものである。この使用行為につき、ユニバーサルミュージックが原告となり、被告会社に損害賠償を請求した。その際、原告は、ジョニー・アリデイの肖像を商品化の目的で使用する権利の唯一の帰属主体であるという資格を援用した。ベルサイユ控訴院は、一般論として、肖像権が財産的な性質を帯びる旨、及びその財産的な権利を対象とした契約が締結され得る旨を述べた。そして、その契約は譲渡であり、譲受人は契約の対象たる権利に付与されている特権の帰属主体となるということを認めた。この説示は、原告が、被告に対して損害賠償を求める訴権を有することを根拠づけるためになされている。そのため、この説示によって、損害賠償は肖像本人であるジョニー・アリデイではなくユニバーサルミュージックに支払われることになる。ベルサイユ控訴院の立場は、契約の対象として、肖像の利用を独占できる財産権を覬念し、肖像本人であるジョニー・アリデイと、レコード会社であるユニバーサルミュージックとの間の契約においてその権利の移転効を認めるものである。そして、そのことの実益は、ユニバーサルミュージックが自己の名において直接に肖像の違法利用をした第三者に損害賠償を請求することを認めることであつたとうかがえる。この立場については支持をする評釈<sup>(54)</sup>がある一方で、ユニバーサルミュージックは契約外の第三者である被告会社を訴えることはできず、本件訴訟の原告はジョニー・アリデイであるべきだとする評釈<sup>(55)</sup>もある。

## 2 二〇〇八年破毀院判決が残した課題

その後、二〇〇八年に、肖像権を契約の対象とすることを破毀院が初めて承認する判決が出た<sup>(56)</sup>。その事案は、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の間で、「肖像権の譲渡 (cession de droits à l'image)」という名称の契約を締結し、その契約において、一回分の写真撮影とそれらの写真の商業的利用を許可したというものである。原告が、許可の対象となる利用の様相が限定されていないことを理由に契約の無効を主張したのに対して、破毀院は契約を有効と判断した。本件は、二〇〇五年ベルサイユ控訴院判決の事案とは異なり契約当事者間の訴訟であり、肖像の利用に関して締結された契約が独占権の移転という物権的効力を伴うものであるかにつき判断の必要がないものである。そのため、本判決は肖像につき財産的権利を観念するか否かについても、本件契約の法的性質についても言及していない。このことは、学説による本判決の理解が分かれることの原因となっている。一方では、「肖像権の譲渡」という当事者により与えられた契約の名称が判決文においてもそのまま用いられていることを受けて、本判決は権利移転効を伴う譲渡の性質を持つ契約を指向するものと理解されることがある<sup>(57)</sup>。他方で、破毀院は契約に先立って存在する財産権も、その移転効を伴う譲渡契約も認めていないと理解する学説もある<sup>(58)</sup>。したがって、肖像の利用を目的とする取引の法的構成の問題は、破毀院が今後の課題として残しているものといえる<sup>(59)</sup>。よって、以下では学説の検討を行う。

## (二) 債権契約

### 1 人格権の一时的な不行使の債務を中心に把握する見解

肖像において財産的価値を認めないマリノーによれば、肖像は物権の客体となり得ず、契約に先立って契約の対象たり得るような財産権が存在するわけではない。そのため、この見方からは、肖像の利用を目的とする契約においてはいかなる物権の移転も生じない。そのような契約の対象は、契約によって発生する債権債務だと理解される。すなわち、肖像の利用を許可した者が負う、防御的権利としての肖像権の一时的な不行使という為さざる債務、及び為す

債務だと説かれる。この為す債務の内容は、具体的肖像の作成及び拡散に関わる給付だとされる。<sup>(60)</sup>ただし、この為す債務が債権債務関係の中心に置かれるのではなく、中心となるのは肖像権の一時的な不行使という不作為債務だとされる。そのため、マリノーは肖像それ自体において財産的価値を認めない代わりに、肖像権の一時的な不行使の対価が発生することを以て間接的に肖像に関わる財産的価値を見出す。また、もし為す債務に重点をおいて契約を把握するのであれば、その契約は請負契約と性質決定されるべきだとされる。<sup>(61)</sup>

このような見方は、肖像の使用に対して金銭が支払われる取引によって現実に浮彫になる肖像の経済的価値を、発生する債権債務という法律効果の次元で把握しないものといえる。それでは、マリノーの見方からは、そのような経済的価値は契約という法的枠組のどこに位置づけられるのか。マリノーは、その論文中で無名人の肖像をテレビ番組等に使用するケースを例に挙げる一方で、自身の債権契約構成を、有名人の肖像の利用を除外した射程において主張しているわけではない。国民的歌手のジョニー・アリディが眼鏡の広告に出演するにあたって受け取った金銭の額や、サッカー選手のジダン、及びファッションモデル・歌手でありサルコジ元大統領の夫人であるカアラ・ブルーニ・サルコジの例を挙げながら、芸能人、スポーツ選手、コメディアン、歌手、モデルが人格属性を金銭化することを社会的な現象として指摘し、このような現象の法理論的説明を論文のテーマとしている。<sup>(62)</sup>そのため、マリノーの立場からも、このような有名人の肖像を含めた肖像に関する経済的価値を法的に無視することはできないことになる。

この点、マリノーは、契約当事者が追求する肖像の利用は、契約の対象とはならないものの、動機 (Motive) であり、肖像利用者が得る利益として理解されるコーズ (Cause) だとする。言い換えれば、マリノーにとって、肖像の利用を目的とする契約の対象、すなわち契約において発生する法律効果の次元に属するものは、肖像権の一時的な不行使である。そのため、有名人人物の肖像の利用から生じる経済的価値は、この次元の法律効果としては表れていない。その代わりに、そのような経済的価値は、契約のコーズとして法律構成に反映されている。このように考えるべ

き理由として、マリノーは、肖像本人の有名性というものを法的にどう評価すべきかにつき言及する。すなわち、有名性は流動的で把握が難しいものであるため、契約における対価を算出するための尺度にはなり得ても、それを権利の客体として構成することはできないと主張する<sup>(64)</sup>。

このことの帰結として、マリノーは、肖像の利用を肖像本人保護又は公序の観点からコントロールするという契約の規律を、コースの適法性という枠組で行うことを提唱する。すなわち、マリノーは、肖像利用のコントロールにつき、期間の限定及び利用態様の限定の二つを挙げる。前者については、永久に利用を許可することは許されない旨及び期間の定めがなければ一方的に解約できる旨が説かれる。後者については、包括的でない特定された同意が要求される旨が説かれる<sup>(65)</sup>。肖像本人保護の観点からの契約のコントロールについては、後述のように、実質的に同様のことが利用独占権移転契約を想定する論者からも主張される<sup>(66)</sup>。マリノーによる構成の特徴は、このコントロールを、発生する法律効果である契約内容の規制としてではなく、契約のコースの適法性の問題として捉える点にある。なお、契約法、債務に関する一般的制度及び証拠法を改正する二〇一六年二月一〇日のオールドナンス第一三一号による民法典の改正によって、適法なコースの存在は契約の有効要件から形式的には削除された<sup>(67)</sup>。マリノーの論文はこの法改正の前に執筆されている。

## 2 為す債務を中心に把握する見解

人格権の一時的な不行使の債務を中心に把握するマリノーに対して、ドレイエは、肖像の利用を目的とする契約は、肖像本人が肖像権の一時的な不行使の債務を負うという消極的な合意にとどまるものではないと考える。すなわち、契約の効果について、為さざる債務ではなく、利用を許可した者が負う為す債務の方に重点を置いて捉える。その為す債務の内容は、利用者が契約文言の範囲内において本人の肖像を使用できるように担保することだとする。この説

明の際にドレイエは、工業所有権のライセンスを引合いに出す<sup>(68)</sup>。フランス法においては、特許、商標、著作権等の各知的財産権に共通する利用の手段としての契約に、大きく分けて二つの種類があるとされる。一つ目が、権利移転効を伴う契約としての譲渡 (cession) であり、民法上の売買に類似するとされる。二つ目が、権利移転効を伴わない契約としてのライセンス (concession de licence) であり、民法上の物の賃貸借に類似するとされる。このライセンス契約によってライセンスサーが負う義務には、ライセンスシーの利用を妨げない義務に加えて、ライセンスシーが利用できる状態を契約の全期間において維持する義務 (obligation de garantie) <sup>(69)</sup>がある。ドレイエは、この知的財産権のライセンスサーの義務を、為す債務の内容についての参照源にしていると思われる。この見方は、肖像の使用に対して金銭が支払われる取引によって現実には浮彫になる肖像に関する経済的価値を、契約上の債務という法律効果において受け止めるものといえる。

契約において発生する為す債務の内容については、マリノーとドレイエで上記のような違いがあるものの、二者とも、肖像の利用を目的とする取引を債権的効力のみを持つ契約として理解し、そこから次の帰結を導く点では共通している。まず、契約によって許諾を受けた利用者は、肖像本人の承諾なしに、第三者に再許諾をすることはできない。そして、許諾を受けた利用者は、第三者の違法な利用につき自己の名において損害賠償請求をすることはできない<sup>(70)</sup>。マリノーが、前掲二〇〇五年ベルサイユ控訴院判決の評釈において、判旨に反対の立場から、ユニバーサルミュージックは契約外の第三者である被告会社を訴えることはできず、本件訴訟の原告はジョニー・アディであるべきだと述べた<sup>(71)</sup>ことは、以上のような考えに基づいている。

### (三) 利用独占権移転契約

第二章第二節第二項にて挙げた、肖像において財産的価値を認める見解からは、肖像の利用を目的とする取引はど

のように法的に構成されるか。まず、契約の対象は、「人格の派生的権利」(ロワゾー)、「肖像利用権」(*droit d'exploiter* または *droit d'exploitation*) (アカロン及びカロン)、「有名性の権利」(ブリュギエール)等と構成されるところの、肖像の利用を独占する権利だとされる。そして、各見解ともに、肖像の利用を目的とする取引の法的構成として、これらの利用独占権の「譲渡」(*cession*)を觀念する<sup>(12)</sup>。では、その「譲渡」とは具体的にどのような効果を持つものとして想定されているのか。有体物の売買契約において生じる譲渡と同様のものなのか否か。この点につき、特に詳しい説明がなされているロワゾーの見解を参照する。

ロワゾーの想定する人格の派生的権利の譲渡契約は、肖像本人たる有名人が、自己の人格属性を商業化する権利を他者に付与し、それによって本人が自己の人格属性の利用の独占の一部又は全部を失うことだと定義づけられる。これにおいては、肖像本人を譲渡人、利用者を譲受人として、人格の派生的権利の移転効が生じる。すなわち、譲受人の資産の中に人格の派生的権利が移ることとなる。その結果として、利用者は、第三者による肖像の無断使用等の侵害行為に対して、譲渡によって自身が有することとなった利用独占権を主張することができる。すなわち、自己の名において第三者に責任追及ができることとなる。また、利用者は、本人の肖像の利用についての契約を、第三利用者と直接に締結できる。この説明に際し、ロワゾーは、肖像本人たるサッカー選手を譲渡人とし、その選手の属するサッカーチームを譲受人とする譲渡契約を例に挙げる。この例において、サッカーチームと選手との間に権利移転効を持つ譲渡契約を認めることができるゆえに、チームは第三者に選手の肖像の利用を許諾することができる<sup>(13)</sup>。このように、ロワゾーは、スポーツ選手とクラブチームの関係を念頭におき、クラブチームが選手の肖像を管理することの必要性を意識した上で、この二者の間の取引に物権的効力を付与することを主張する。その一方で、この譲渡契約は民法典上の売買のような終局的な性格を持つわけではないとも分析されている。具体例としては、人格の派生的権利の譲渡契約が、肖像本人と利用者との間の労働契約の中に組み込まれている場合には、労働契約が終了すれば

人格の派生的権利は肖像本人の資産に戻ると説明されている。<sup>(73)(74)</sup>

また、ロワゾーは、権利移転効を持たない契約としての人格の派生的権利のライセンスもまた想定されるとする。

これは、本人が、相手方たる利用者が本人の人格属性から利益を引き出すことを許可し、その対価が本人に支払われるという債権的構成になるとされる。この契約は債権的効力しか持たないがゆえに、ライセンスはライセンスの譲渡や再ライセンスを行うことはできないということが、利用独占権の移転が生じる譲渡構成とは異なる点として説明される。<sup>(75)</sup>このように、譲渡契約とライセンス契約の双方を、当事者が選択し得る契約として想定する点は、ブリュギエール及びカロンにおいても共通している。<sup>(76)</sup>

ところで、肖像の利用を独占する財産権の移転という構成を認める見解においても、その契約は、必ずしも、人格権の色彩を全く持たない他の財産権の移転を内容とする契約と同様には捉えられない。契約の解釈手法及び契約の拘束力の緩和の点において肖像本人の保護を図ることが、譲渡構成を認める論者の一部から提唱されている。契約の解釈手法について、ロワゾーは、人格の派生的権利の譲渡は、著作権の利用契約とのアナロジーにおける厳格な解釈の原則に服するとする。すなわち、譲受人が行うことのできる肖像の利用は、契約において明示的に定められた利用態様に限定され、契約時において未知の利用態様については譲受人は利用をすることができないとする。<sup>(77)</sup>これと同様に、カロンも、肖像の利用態様は契約において明示されなければならず、明示されていない媒体への肖像の再現はできないと述べる。<sup>(78)</sup>契約の拘束力の緩和については、人格属性の利用を目的とする取引を譲渡として構成することを認める複数の論者の中で立場が分かれている。カロン及びアカロンは、肖像本人に契約の撤回権 (*droit de retrait de repentir*) を付与することを肯定する一方、<sup>(79)</sup>ロワゾー及びブリュギエールはこれに反対する。<sup>(80)</sup>反対の理由づけにおいて、ブリュギエールは、撤回権の肯定論者は知的所有権法典一一の四条とのアナロジーに拠っていると、前掲二〇〇八年破毀院判決は肖像権の「譲渡」契約には知的財産法の規定が適用されない旨を明示した点を挙げている。

#### (四) 小括

以上のように、肖像に財産的価値を認める見方からは、肖像の利用を目的とする取引は、肖像の財産的価値を保護する利用独占権の移転という効果を持つ契約として構成され得る。それに対して、肖像に財産的価値を認めない見方からは、肖像の利用を目的とする取引は、当事者間に債権債務を生じさせる効果のみを持つ契約として構成される。では、債権契約として構成する場合と利用独占権移転契約として構成する場合では、帰結においてどのような差異が生じるか。利用独占権移転契約として構成した場合に、譲受人と呼ばれる契約相手方(第一章における設例ではBにあたる)は、第三者による本人の肖像の違法利用に対して自己の名において責任追及をすること、及び第三利用者との間で本人の肖像の利用許諾契約を締結することの二つができる。それに対して、債権契約と構成した場合には、許諾を受けた契約相手方はこの二つを行うことができない。

対外的効力においてはこのような差異が生じるものの、当事者間効力について、利用独占権移転契約と構成した場合と債権契約と構成した場合でどの程度大きな差異が生じるかは一概にはいえない。すなわち、肖像本人は自己の肖像について有する支配を契約によってどの程度相手方に奪われるか、という点について、法的構成の違いがどの程度具体的帰結に影響しているのか一概にはいえない。利用態様の具体性や契約の拘束力に関して、肖像本人保護のための規律を図る見解は、どちらの構成においてもみられる。本人保護をどの程度まで行うかは論者によって異なるものの、肖像本人の利益保護への懸念は、利用独占権移転契約か債権契約かという法的構成にのみ反映されているわけではなく、各構成を選択した上でその先の本人保護手段による調整にもなお委ねられているといえる。

## 四 考 察

前章までのフランス法分析においては、肖像の利用を目的とする取引を債権契約として構成する見方と、利用独占権が移転する契約として構成する見方があることを示した。この二つの見方が日本法にとっていかなる意味での視点をもたらすかを検証するために、本章では、日本法の状況と、前章までのフランス法の議論が前提とする事情とを比較する。

日本においては、有名人の肖像の無断使用行為をプライバシーの利益の侵害として評価できない場合を救済するために、有名人の肖像が有する財産的利益を保護する権利としてパブリシティ権概念が生成された経緯がある<sup>(81)</sup>。また、裁判例において、同権利は、顧客吸引力をコントロールすることによって経済的利益を得るといふ芸能人の特殊性を根拠として認められるところの、「歌手、タレント等の芸能人」が有する権利だと説示されたこともある<sup>(82)</sup>。学説としても、「職業としてその氏名・肖像そのものが公衆の関心を集め」、「顧客吸引力を自らで意識的にコントロールし、顧客吸引力から利益を得る者」のみがパブリシティ権の主体となるとする見解<sup>(83)</sup>がある。ただ、現在では、パブリシティ権が有名人に特有の権利であるかは定かでないという議論状況にある。顧客吸引力を有する者であれば誰でもパブリシティ権の主体たりえ、一般人の場合は顧客吸引力を有する場合が少ない又は顧客吸引力による財産的価値が非常に低いといえるにとどまるとする見解は多い<sup>(84)</sup>。また、平成二四年最高裁判決がその説示において「芸能人」等の文言を用いず、「肖像等に顧客吸引力を有する者」という文言において権利主体を表現していることから、一般人であっても氏名・肖像等に顧客吸引力があれば同判決のいうパブリシティ権の主体たり得るとする分析もある<sup>(85)</sup>。このような議論状況からは少なくとも次のことがいえる。パブリシティ権の主体を有名人に限定するにせよ、しないにせよ、



日本におけるパブリシティ権論は、顧客吸引力を有する肖像にその射程が限定されている。このことと、日本法が肖像権の他にパブリシティ権という権利概念を判例法上承認したということとを併せれば、次のようにいえる。日本において、肖像に対する法的保護は、肖像権による精神的利益の保護と、パブリシティ権による顧客吸引力の保護という二つの枠組において行われている。そして、肖像に関する経済的価値の法的把握を担うのは後者の枠組であり、この枠組の射程は顧客吸引力を有する肖像に限定されている。

これに対して、フランスにおいては、かねてより、無名人の肖像の無断使用により生じる損害の賠償も、有名人の肖像の無断使用により生じる財産的損害の賠償も、「肖像権 (droit à l'image)」という一つの権利概念において基礎づけられてきた。<sup>(86)</sup> たしかに、近年においては、望まない肖像の使用から精神的利益を守るための「肖像権」と、肖像の積極的な商業利用によって生じる財産的利益を捉える「肖像の財産的権利 (droit patrimonial à l'image)」とを、別個の権利として観念する学説が台頭している。<sup>(87)</sup> その中でも特に、前章までにおいて紹介したロワゾーの見解は、顧客吸引力を有する有名人の肖像のみに射程を限定した議論をした上で、財産権としての肖像権とその財産権の契約による移転を認めるものである。この考え方は、顧客吸引力を有する肖像の保護のために肖像権とは異なる権利概念としてパブリシティ権を用意する日本法と比べてときに、顧客吸引力への着目と権利構成の別個性という点でその発想が共通する。両者の考え方は実質的に変わらないともいえる。しかし、フランスにおいて「肖像権」とは別の「肖像の財産的権利」が破毀院によって承認されたことはなく、そのような権利を提唱するのは、あくまで学説の一部である。<sup>(88)</sup> そのため、判例法上承認されているというレベルにおける法状況としては、フランスにおける肖像に対する法的保護は、顧客吸引力を有する肖像か、そうでない肖像かによってその枠組が分かれているわけではない。このことは、肖像に関する経済的価値の法的把握を担う枠組は肖像一般の保護法理であるということを意味する。したがって、フランスにおける肖像に関する経済的価値の法的把握は、顧客吸引力を有する肖像に限らない広い射程において行われ得る。

そして、肖像に関する経済的価値の法的把握に関して看取されるフランス法の議論の射程の広さは、肖像の利用を目的とする取引の法的構成論の射程にも影響していると考ええる。この点につき、第三章にて示した債権契約構成と利用独占権移転契約構成の各論者が議論の対象として想定する事例の幅を比較する。債権契約構成の代表的論者であるマリノーは、第三章第二節第1項にて既述のように、有名人の肖像の利用を目的とする契約を議論の対象から排除しない上で、なお、いかなる有名性も持たない無名人の肖像が利用されるケースをも射程に入れる。これに対して、ロワゾーとブリュギエールは、第二章第二節第2項において示したように、有名性を肖像の財産的価値の保護根拠とするゆえに、有名人の肖像の利用に射程を限定した議論をしているといえる。また、カロンは、肖像に対する財産権は、有名人や一時的に注目を浴びている者といった、その肖像に価値がある者にとってしか意味がないと述べる。<sup>89</sup> すなわち、債権契約構成か利用独占権移転契約構成かという違いは、幅の重なり合う議論対象についての意見の対立ではない。ここから、フランス法の議論状況全体としては、肖像の利用を目的とする取引の法的構成論について、顧客吸引力を持たない無名人の肖像も射程に入っているということがうかがえる。そして、このフランス法の議論の内訳を見るときには、次の二つのどちらのように考えるべきかという点について見解の違いが見られる。一つは、マリノーのように、顧客吸引力を備える有名人の肖像と無名人の肖像につき同一の契約枠組において把握することを指向し、肖像が有名であるか否かは契約の対象の問題とせずに対価を決定づける要素において取り込む考え方である。もう一つは、ロワゾーのように、有名人の顧客吸引力の利用が目的とされている契約類型についてはそのような場合に特有の議論として財産権の移転という法律構成による把握を行い、顧客吸引力という財産的価値を契約の対象において取り込むという考え方である。

以上のようなフランス法の議論の構造は、日本法に対して次のような示唆を与えると考える。すなわち、日本法においても、肖像の商業的利用を目的とする取引はいかなる法的構成において把握すべきかということを考える際には、

顧客吸引力を有する肖像の利用の場合と顧客吸引力を持たない無名人の肖像の利用の場合とを同一の契約枠組において把握すべきか否かという視点を持つことが有用である。

商業的利用の対象となるのは、有名人の場合のように、肖像それ自体が予め顧客吸引力を備えているという肖像ばかりではない。たとえば、ある商品の購入者である全くの無名人の写真を撮影し、その商品の新聞広告に大きく掲載することも、ある種の肖像の商業的利用である。この例のモデルである裁判例<sup>(90)</sup>の事案は、肖像の使用につき対価を設定しなかったものである。しかし、このようなケースにおいて、肖像本人が対価を受け取ることが契約で定められることも想定し得る。その際には、取引に先立ってその肖像に商業的価値が内在するとはいえないとしても、その肖像に関して何らかの経済的価値が生じていることは事実である。そのため、その経済的価値の法的把握及び契約枠組への取込みの仕方が問題となる。また、無名人らの肖像写真によって構成されたカレンダーを販売することも、肖像の商業的利用の一種である。このような無名人の肖像の商業的利用を目的とする契約の規律は、パブリシティ権論の枠内で問題となるところの顧客吸引力を備える肖像の利用を目的とする契約の規律と、同一の法枠組で行われるべきか。この点を今後の検討課題としたい。仮に、両者を別の法枠組で捉えるならば、それは、顧客吸引力を有する肖像とそうでない肖像を区別できるということを前提としている。しかし、顧客吸引力があるといえるか否かの判断基準は不明確であることが指摘されている<sup>(91)</sup>。また、顧客吸引力をパブリシティ権保護の根拠とする説明理論は見直されるべきだという主張もある<sup>(92)</sup>。今後の検討課題に取り組みにあたっては、これらの点への留意が必要であることを確認することを以て、本稿の結びにかえたい。

(1) 人格属性性である肖像の取引局面における法的把握については、フランス破毀院による人格権法理と契約法理の接続を中心に扱うものとして、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」法政論究一〇九

- 号二〇一頁（二〇一六年）がある（以下、隈元「二〇一六」と表記する）。また、その接続の理論的基礎につき検討するものとして、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」法政論究一—一三〇一頁（二〇一七年）がある（以下、隈元「二〇一七」と表記する）。本稿はこれらの続きとして位置づけられる。
- (2) 商品化型利用と広告型利用の具体例については、田村善之「不正競争法概説〔第二版〕」五一—五二頁（有斐閣、二〇〇三年）が詳しい。また、商品化型利用につき、牛木理一「商品化権—キャラクター盗用に勝つ法」二二—二五頁以下（六法出版社、一九八〇年）、土井輝生「キャラクター・マーチャング—法的基礎と契約実務」五五頁以下（同文館出版、一九八九年）も参照。
- (3) 内藤篤「エンタテインメント契約法〔第三版〕」二八七—三一四頁（商事法務、二〇一二年）。特に二九九頁。
- (4) 東京地判平成一七・三・三一判タ一八九号二六七頁（長嶋一茂事件）の事案より。
- (5) 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）の事案より。
- (6) 黒夢事件・控訴審・前掲注（5）がこの場合にあたる。
- (7) 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）がこの場合にあたる。
- (8) 長嶋一茂事件・前掲注（4）は、この点を直接の争点とする訴訟ではないものの、肖像本人Aの所属事務所Bが、Aから「パブリシティ権の譲渡を受けた」ことを認定した上で、Bが自己の名において無断使用者Dに対して損害賠償を請求することを認めている。
- (9) 譲渡性肯定説といえるものとして、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（88）債権（9）』五七八頁（有斐閣、一九九一年）、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）、竹田稔「判批〔平成二四年最高裁判決〕」コピライト六一四号一八頁（二〇一二年）等。譲渡性否定説といえるものとして、花本広志「人格権の財産権的側面—パブリシティ価値の保護に関する総論的考察」独協四五号二四六頁、二五〇頁（一九九七年）、中島基至「判解〔平成二四年最高裁判決〕」最判解民事篇平成二四年度（上）一八三—一八四頁（二〇一五年）等。また、ドイツ法に示唆を得てパブリシティ権を人格権として構成した上で、その「拘束的譲渡」を認めるものとして、米村滋人「人格権の権利構造と『一身專屬性』（五・完）」法協一三四卷三号一一八—一二二頁、

- 一四二—一四五頁(二〇一七年)。
- (10) 内藤篤「判批(黒夢事件・控訴審・前掲注(5))」判評五三七号三五—三六頁(二〇〇三年)。
- (11) たとえば、譲渡性否定説といえる中島・前掲注(9)一八三—一八四頁は、平成二四年最高裁判決によって保護が認められた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、譲渡の客体として念頭においた上で、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。また、譲渡性肯定説といえる竹田・前掲注(9)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。
- (12) たとえば、斉藤・前掲注(9)一六頁は、「ひとたび肖像や氏名の商業的利用が肖像本人、氏名本人により同意された後は、肖像や氏名の商業的利用に関する権利は、肖像本人、氏名本人の人格権を不当に害するような使用態様がない限り、人格権の法理に服することなく、人格権からは独立した財産的権利として、譲渡、相続等、財産法の枠内で扱われることになる」として、その譲渡が特殊な譲渡である旨は特に説いてはいない。それに対して、渡辺修「人格メルクマールの利用権—人格権の一元的構成に関する覚書き」法学六〇巻六号三一—八頁(一九九七年)は「常に契約目的に必要な範囲で制限的に譲渡される」という意味での「拘束された譲渡」をドイツ法の紹介として説く。その背景には「一旦、自己決定権の行使として、人格要素を処分したら最後、永遠にそのコントロールのチャンスを失うという結果は妥当ではない」という評価がある(同書三二二頁)。また、辰巳直彦「パブリシティ権再論 人格的要素の『私的所有』」同志社大学的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』三五〇頁(弘文堂、二〇一三年)は、パブリシティ権の「譲渡性」を肯定しつつ、「第三者に対する使用許諾のための信頼関係のある者への委任による信託的譲渡または授權が可能であるとする程度にとどめておくことが実際の」だとする。
- (13) 「パブリシティ価値の使用許諾契約ないし使用許諾事務の委任契約」と捉える見解として、花本・前掲注(9)二五〇頁。パブリシティ権の不行使を約するものとして捉える見解として、田村・前掲注(2)五三七頁、中島・前掲注(9)一八五頁等。
- (14) 米村・前掲注(9)四六四—四六五頁等。
- (15) 花本・前掲注(9)二四四頁、二五三頁における「パブリシティ価値」の定義に倣った。
- (16) Cass. 1<sup>re</sup> Ch. civ. 11 déc. 2008, J. C. P. 2009, II, 10025, note Grégoire LOISEAU. また、スポーツ選手については、人格属性

- における肖像・氏名・声の商業的利用に関する契約を締結せしめ、この立法に基いて承認せしめらるる (Code du sport, art. L. 222-2-10-1, introduit par L. n° 2017-261 du 1<sup>er</sup> mars 2017, art. 17)°
- (17) ASSOCIATION HENRI CAPTANT (sous la direction de Gérard CORNU), *Vocabulaire juridique*, 11<sup>e</sup> éd., P. U. F., 2016, p. 519.
- (18) Frédéric ZENATT-CASTANG et Thierry REVERT, *Manuel de droit des personnes*, P. U. F., 2006, n° 322, pp. 283-284, n° 325, pp. 285-286, 464° William DROSS, *Droit civil, Les choses*, L. G. D. J., 2012, n° 18, p. 24 34° 物の影像は、同じく同様の区分に在るべき説明を要する。
- (19) Pierre BERLIOZ, *La notion de bien*, L. G. D. J., 2007, n° 1583-1584, pp. 493-494.
- (20) *Ibid.*, n° 1585, p. 494.
- (21) 「財産化 (patrimonialisation)」のこの用語の定義は、ASSOCIATION HENRI CAPTANT (sous la direction de Gérard CORNU), *Supra* note 17, p. 747 2449-90を参照する。
- (22) 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° 1716, p. 997. 21° 国文種を MARINO [2009] の解説を参照。
- (23) ASSOCIATION HENRI CAPTANT (sous la direction de Gérard CORNU), *Supra* note 17, p. 517.
- (24) MARINO [2009], *Supra* note 22, n° 1716, p. 997. 1) の説明に際して、YONNERÉ *Encyclopédie philosophique universelle*, sous la direction d'André Jacob, v. 2, t. 1, 1990, p. 1209, *Identité* 及び Daniel Gutmann, *Le sentiment d'identité*, L. G. D. J., 2000, n° 6, pp. 5-6 に於ける同一性の定義に倣うべきである。
- (25) MARINO [2009], *Supra* note 22, n° 1741, p. 1014.
- (26) Laure MARINO, Les contrats portant sur l'image des personnes, *CCF*, n° 3, Mars 2003, chron. 7, p. 10. 21° 国文種を MARINO [2003] の解説を参照。
- (27) MARINO [2009], *Supra* note 22, n° 1737, pp. 1010-1011.
- (28) Nathalie MALLEY-POUOL, Appropriation de l'information : l'éternelle chimère, *D*, 1997, chron., p. 330.
- (29) *Ibid.*, n° 16, pp. 333-334.
- (30) *Ibid.*, n° 22-25, p. 335.
- (31) Emmanuel DREYER, Image des personnes, *JCI, Communication*, 2015, fasc. 40, n° 90, p. 27.

- (32) *Ibid.*, n° 109-110, p. 33.
- (33) MARINO [2009], *Supra* note 22, n° 1764, p. 1028. ヴリノーが参照したのは DREYER, *Supra* note 31 の二〇〇八年版であるが、同じ主張が二〇一五年版においても維持されている。
- (34) Grégoire LOISEAU, Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français, *McGill L. J.*, 1997, 42, p. 334. 以下、同文献を LOISEAU [McGill L. J.] と表記する。
- (35) Jacques LARRIERU, Les nouvelles fonctions de la marque, in *Les métamorphoses de la marque*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, pp. 55-56 ; Jacques RANFARD et al., *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2016, n° 452, p. 252.
- (36) LOISEAU [McGill L. J.], *Supra* note 34, pp. 333-334.
- (37) LOISEAU [McGill L. J.], *Supra* note 34, p. 343.
- (38) LOISEAU [McGill L. J.], *Supra* note 34, p. 334. なお、日本においても同様の説明がされることがある。堀江亜以子「パブリシティ価値の定義と『パブリシティの権利』」東京都立大学法学会雑誌四四卷二号二七九—二八〇頁、二八四—二八五頁、二九九頁（二〇〇四年）は、自他商品・役務の識別を本質的機能とする商標も、それが著名な場合にはその出所表示機能（二次的コンテクスト）から離れてその商標自体にパブリシティ価値が発生する（二次的コンテクスト）と述べる。そして、これと同様に、芸能人やスポーツ選手の肖像等には、芸能活動・競技活動における当該芸能人の識別機能（一次的コンテクスト）と、本来的業務から離れたコンテクストにおける商品化や宣伝・広告への利用価値（二次的コンテクスト）という二つの機能があることを指摘する。後者が、パブリシティ権が保護の対象とする顧客吸引力すなわちパブリシティ価値だとされる。
- (39) LOISEAU [McGill L. J.], *Supra* note 34, p. 340.
- (40) ASSOCIATION HENRI CAPITANT (sous la direction de Gérard CORNU), *Supra* note 17, p. 694.
- (41) Claude-Albéric MAETZ, *La notoriété, essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, P. U. A. M., 2010, n° 11, p. 29.
- (42) Grégoire LOISEAU, *Le nom, objet d'un contrat*, L. G. D. J., 1997, n° 379, pp. 374-375. 以下、同文献を LOISEAU [Thèse] と表記する。
- (43) LOISEAU [McGill L. J.], *Supra* note 34, pp. 330-331.

- (44) LOISEAU [McGILL L. J.], *Supra* note 34, p. 333.
- (45) LOISEAU [McGILL L. J.], *Supra* note 34, p. 339.
- (46) 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° 33, pp. 17-18.
- (47) *Ibid.*, n° 40, pp. 22-23.
- (48) Jean-Michel BRUGUIÈRE et Bérengère GLEIZE, *Droits de la personnalité*, Ellipses, 2015, n° 222, p. 209.
- (49) Daniel ACQUARONE, L'ambiguïté du droit à l'image, *D.* 1985, chron., n° 27-28, pp. 134-135.
- (50) Christophe CARON, Les contrats d'exploitation de l'image de la personne, in *L'image, journée nationale, Tome 8, Grenoble*, Dalloz, 2005, n° 11, p. 101. カロンは「肖像の財産的価値を保護する権利を著作権そのものとして法的に決定することは否定するものの、肖像の利用については、著作権の利用についての契約規範を必要な変更を加えた上で用いることができると主張する」。
- (51) *Ibid.*, n° 5, p. 98.
- (52) Versailles, 12<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 22 sept. 2005, *CCE*, n° 1, Janvier 2006, comm. 4, note Christophe CARON.
- (53) この点から、本判決は「伝統的には人格権として把握されてきた肖像権とは別に「肖像の財産的権利 (droit patrimonial sur l'image)」を承認した下級審裁判例として受け止められた」とは「Christophe CARON note, *CCE*, n° 1, Janvier 2006, comm. 4)」。
- (54) Jean-Michel BRUGUIÈRE note, *Légipresse*, n° 232, Juin 2006, p. 112.
- (55) Laure MARINO note, *D.* 2006, pp. 2705-2706.
- (56) Cass. 1<sup>re</sup> Ch. civ. 11 déc. 2008, *J. C. P.* 2009, II, 10025, note Grégoire LOISEAU. 詳細については「限元」[二〇一六]・前掲注(一) 二二六—二二〇頁を参照。
- (57) BRUGUIÈRE et GLEIZE, *Supra* note 48, n° 234, p. 221.
- (58) MARINO [2009], *Supra* note 22, n° 1718, p. 1000, n° 1738, p. 1011.
- (59) Thibault GISCIARD, *La personnalité humaine comme élément du patrimoine*, thèse, Paris 1, 2012, n° 180, p. 122 以下「破毀院」の点につき立場を示して「なる」と述べる。



- (60) MARINO [2003], *Supra* note 26, p. 11. フリノー自身は、これ以上の具体的な説明をしていない。ただし、この見解を紹介する別の文献では、「記録の記録 (enregistrement)」をなすも撮影に応じるべきとが為す債務の内容だとされる (Grégoire LOISEAU, note sous *Thib. gr. inst.* Paris 7 oct. 2015, *CCE*, n° 12, Décembre 2015, *comm.* 97)。また、フリノーのいう為す債務の「物理的な給付」を伴うとの紹介する文献を (GISCARD, *Supra* note 59, n° 180, p. 122)。
- (61) MARINO [2009], *Supra* note 22, n° 1764-1765, pp. 1028-1029 ; MARINO [2003], *Supra* note 26, p. 11.
- (62) MARINO [2003], *Supra* note 26, pp. 11-12.
- (63) MARINO [2009], *Supra* note 22, n° 1717, pp. 998-999.
- (64) MARINO [2003], *Supra* note 26, p. 11.
- (65) MARINO [2003], *Supra* note 26, pp. 11-12.
- (66) CARON, *Supra* note 50, n° 15, pp. 102-103, n° 18, pp. 105-106 等。
- (67) Alain BÉNABENT et Laurent AYNÈS, Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général, *D.* 2016, p. 434.
- (68) DREYER, *Supra* note 31, n° 99, p. 30.
- (69) RAYNARD et al., *Supra* note 35, n° 744, p. 430, n° 723-732, pp. 416-424.
- (70) DREYER, *Supra* note 31, n° 99, p. 30. 「レノン」の標題や本誌を (MARINO [2009], *Supra* note 22, n° 1764, p. 1028, n° 1779, p. 1038)。
- (71) Laure MARINO note, *D.* 2006, pp. 2705-2706.
- (72) BRUGUIÈRE et GIEIZE, *Supra* note 48, n° 234, pp. 220-222 ; CARON, *Supra* note 50, n° 13, p. 102 ; ACQUARONE, *Supra* note 49, n° 35, p. 136.
- (73) LOISEAU [McGill L. J.], *Supra* note 34, pp. 346-347.
- (74) BRUGUIÈRE et GIEIZE, *Supra* note 48, n° 234, p. 221 等。期間の定められた譲渡を想定しており、「譲渡」における権利移転効が終局的なものであることを前提としている。
- (75) LOISEAU [McGill L. J.], *Supra* note 34, pp. 345-346.
- (76) BRUGUIÈRE et GIEIZE, *Supra* note 48, n° 234, pp. 220-222 ; CARON, *Supra* note 50, n° 13, p. 102.
- (77) LOISEAU [Thèse], *Supra* note 42, n° 500, p. 485, p. 487.

- (78) Caron, *Supra* note 50, n° 15, p. 103.
- (79) Caron, *Supra* note 50, n° 18, p. 106 ; Acquarone, *Supra* note 49, n° 32, p. 135.
- (80) Loiseau [McGill L. J.], *Supra* note 34, p. 339 ; Bruguère et Gleize, *Supra* note 48, n° 231, pp. 217-218.
- (81) 伊藤正己『ブライバシーの権利』一四五—一五一頁（岩波書店、一九六三年）。
- (82) 横浜地判平成四・六・四判時一四三四号一六頁（土井晩翠事件）。
- (83) 斉藤博「氏名・肖像の商業的利用に関する権利」特許研究一五号二三頁（一九九三年）。
- (84) 阿部浩二「パブリシティの権利とその展開」齋藤秀夫ほか編『現代社会と民法』二九三頁（第一法規、一九八一年）、三浦正広「パブリシティの権利と『有名人』概念—2つの判決を手がかりとして」青社二二卷一号一六—一七頁（一九九三年）、中島・前掲注（9）一五七頁等。
- (85) 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』四一六頁（商事法務、二〇一四年）。
- (86) 隈元「二〇一六」・前掲注（一）二〇四—二一一頁を参照。
- (87) 嚙矢とこ『Emmanuel GAULARD, La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français, D. 1984, chron., p. 161 が挙げられる。詳細は、隈元「二〇一六」・前掲注（一）二二—二二五頁を参照。
- (88) 隈元「二〇一七」・前掲注（一）一六頁以下を参照。
- (89) Caron, *Supra* note 53, n° 2.
- (90) 東京地判平成元・八・二九判時一三三八号一九頁（サニーペット事件）。
- (91) 三浦正広「パブリシティ権と顧客吸引力—裁判例におけるパブリシティ権概念の変遷」牛木理一先生古稀記念論文集刊行会編『意匠法及び周辺法の現代的課題』七八八頁（発明協会、二〇〇五年）。
- (92) 北村行夫「顧客吸引力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四頁（二〇〇三年）。

**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)

「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』第一一三号 (二〇一七年)