

第1章 はじめに

(1) 問題の所在

我が国では、個人の肖像の保護については、主に二つの側面から議論されてきた。すなわち、自己の肖像を本人の意に添わない方法で他人に使用されないという人格的利益の保護の側面と、自己の肖像から専ら本人が経済的利益を得る利益の保護の側面である。

このうち、上記の、肖像から経済的利益を得る利益の保護に関しては、近年特に芸能人の氏名・肖像等を無許可のまま用いた商品、すなわち、いわゆる海賊版商品が市場に跋扈しており、かかる権利の保護が十分に図られていないとの問題意識が芸能プロダクション等から表明されている¹。我が国コンテンツ産業を着実に発展させるためには、同産業における重要な商品の一つである芸能人の氏名・肖像等について適切な利用を図る商慣行を確立することは、産業政策としても重要である。

この点については、著作権法や商標法で保護されているアニメキャラクターなどの海賊版に対する取締りと同程度の取締りを可能とする法制度を整備する必要があるのではないか、そして、この方法を通じて個人の氏名・肖像等の保護をより充実させる必要があるのではないか、との意見²が出されている。また、一方では、かかる個人の氏名・肖像等の保護の充実については、報道の自由を含む表現の自由との調整に配慮する必要があるとの指摘もなされているところである³。

そこで、本委員会においては、かかる氏名・肖像等の保護の拡充の要請に対応し、その可能な方策を探るため、様々な視点から検討を加えたところ、その検討の成果につき本報告書に取りまとめたものである。

(2) 検討の対象

個人の氏名・肖像等の利用形態としては、ポスターやカレンダー等の商品における利用、広告における利用、映像・ゲームソフトの製作、インターネットへの掲載、アイコラ(アイドルの肖像を他人の身体の写真と組み合わせたもの。)の製作、書籍や雑誌等(暴露本を含む)における利用、パロディ・物真似・ソックリさん・似顔絵における利用等、多岐に渡る。

¹ 芸能プロダクション、芸能人関連商品取扱業者等からのヒアリングによる。

² 特定非営利活動法人肖像パブリシティ権擁護監視機構からのヒアリングによる。

³ 出版社からのヒアリングによる。

そこで、本報告書においては、(1)の問題意識を踏まえ、一般に「肖像に関する権利」とされているもののうち、「個人の氏名・肖像等を商品等に利用することの利益、及びこのような氏名・肖像の利用から生じる利益をその本人が独占することの保護」に限定して、その充実の可能性について検討することを主な課題とし、必要に応じて、その他の国内外における「肖像に関する権利」の議論についても言及することとした。

この前提として、保護される氏名・肖像等の客体としては、職業として芸能活動を行う芸能人、野球選手等、その氏名・肖像等に商業的価値のある者(以下、「芸能人等」という。)に限定し、そのような価値のない一般市民を除外した。他方、氏名・肖像等を利用する主体としては、氏名・肖像等の商業的利用という観点から事業者に限定して、営利を伴わない個人的利用を検討の対象外とした。

なお、個人の氏名・肖像等の報道上の利用や、当該芸能人等を紹介・研究することを目的とする出版物における利用等の、報道の自由を含む表現の自由との調整が必要な領域については、今回の検討範囲から除外している。

(3) 検討の順序

本報告書においては、以下の構成を採用している。

すなわち、第2章においては、諸外国における肖像の保護の状況として、ドイツ及びアメリカにおける肖像の法的保護について概観している。

第3章では、わが国において肖像の保護がどのように扱われてきたかにつき、肖像に関する裁判例及び事例を検証する。

第4章は、かかる裁判例及び事例の検証を踏まえたわが国の法制度の問題点についての分析である。

第5章は、以上の整理を前提にしたわが国における肖像の保護に関する今後の検討の方向性についての試論である。

第2章 諸外国における氏名・肖像等の保護の在り方

我が国における芸能人等の氏名・肖像等の保護について参考とするために、氏名・肖像等の保護の在り方について、ドイツとアメリカの現状についての調査を行った。(資料2、3参照)

(1) ドイツの例

ドイツ法においては、人格権という概念は包括的な概念であって、この中には精神的な要素のみならず、財産的な要素も含まれている。また、かかる人格権と別個には、パブリシティ権のような肖像の営利利用権を認める発想はないとされている。

そこで、ドイツの最上級審である連邦通常裁判所(BGH)の判例によると、肖像の無断利用を含む人格権侵害の場合、被害者の精神的利益の侵害か財産権的利益の侵害かのいずれの構成によるべきかを判断して、適切とされた救済方法のみを認めている。

例えば、対価を支払って利用の承諾がなされることが期待されているような事例であれば、判例は人格権侵害を財産権侵害のように扱う。すなわち、「通常支払われるべきライセンス料相当額分の損害が生じていると擬制する」方法による損害賠償請求や不当利得請求が認められる。

これに対して、対価を払っても同意を得ることが期待できないような事例(無断で精力剤の広告に肖像を利用される等)においては、判例は財産権的利益の侵害とは見ない。すなわち、損害賠償も不当利得も認められず、被侵害者には差止請求権、撤回請求権、そして場合によっては慰籍料請求権が与えられることになる。

しかし、かかる選択的な(重複的でない)保護については、一方ではライセンス料相当額の損害しか賠償して貰えないのでは肖像の無断利用に対するサンクションにならないとか、他方では被害者が肖像を利用する意思があることを財産的損害の賠償の要件とすることは、肖像を財産価値のあるものとして利用している加害者を徒に有利にすることになって不当であるという批判がある。

このため、ドイツ法においても、肖像の利用に関する適切な保護法策の模索が続けられているようである。

なお、肖像の無断利用に関しては、「美術及び写真的著作物に関する法律」(KUG/1907年1月9日)が、著作者の著作権の制限の問題として、肖像の利用

に関する規定をおいている⁴。

同法 22 条では、肖像は肖像本人の承諾を得なければ、これを頒布等することはできないとされており、肖像の本人の死後においても、死後 10 年を経過するまではその親族の許諾を必要とすると規定されている。また、本条の違反については刑事罰（1 年以下の自由刑（懲役、禁錮、拘留など身体を拘束する刑罰）または罰金）が規定されている（同法 33 条）⁵。

（2）アメリカの例

アメリカにおけるパブリシティの権利は、判例によって形成されてきたコモン・ロー上の権利であって、アンフェア・コンペティションの法理の一類型という捉え方が一般的である。アンフェア・コンペティションに関するリステイトメント⁶においても、パブリシティ権はその内容として摘示されており、その保護は、人の名前、容姿、その他の特徴（person's name, likeness, or other indicia）を、無断で商業目的に利用することを禁止するという形で顕れている。

アメリカでは、パブリシティの権利は、その本質としては有名人・非有名人を含めた人間の自然権（natural right of every human being）であって、プライバシーの権利と同様の人格的な権利であると捉えられている。そのため、会社や動物やフィクション上のキャラクター、物などには認められないとされる。動物や物の無断使用については、混同のおそれ等を要件として、他の不正競争の法理（passing off 等）によって保護されることになる。

また、アメリカの 18 の州においては、パブリシティの権利の保護につき、州

⁴ 美術および写真的著作物に関する法律（KUG/1907 年 1 月 9 日）

22 条（肖像権）

肖像は肖像本人の承諾を得なければこれを頒布し、又は公衆に提示することができない。疑いある場合は肖像本人が肖像を作成させるために報酬を得たときは右の許諾が与えられたものとみなす。肖像本人の死後においては、10 年を経過するまでは、その親族の許諾を必要とする。本法の意味における親族とは、肖像本人の生存配偶者、子を意味し、配偶者も子もない場合には、肖像本人の両親である。

23 条（肖像権の制限）

1 項 以下に掲げるものは、22 条により必要な承諾なくして頒布し、又は公衆に提示することができる。

1 号 現代史の領域に属する肖像

2 号 人物が風景又はその他の場所に単に附随しているにすぎない画像

3 号 描かれた人物が参加した集会、パレード及び同様の催しの画像

4 号 注文によらずに作成された肖像。但し、頒布又は展示がより高い芸術の利益に資する場合に限る。

2 項 この権限は肖像本人の正当な利益又は肖像本人が死亡している場合には親族の正当な利益を害する頒布及び展示には及ばない。

⁵ 33 条〔刑事罰規定〕

1 項 22 条〔肖像権〕、23 条〔22 条の例外〕に反して、肖像を頒布又は公衆に提示した者は、1 年以下の自由刑又は罰金に処す。

2 項 前項の罪は告訴を待ってこれを論ずる。

⁶ American Law Institute “Restatement of the Law Third, Unfair Competition”

法において明文で規定している⁷。州法または判例法においては、本人の死後の権利の存続を認めているところ州もあり、短いものでは死後 20 年間、長いものは死後 100 年間の保護が認められている。また、3 つの州（ニューヨーク、オハイオ、ヴァージニア）においては、かかるパブリシティの権利の侵害につき、刑事罰を規定している。

⁷ 参考 ニューヨーク州市民権法

第 50 条 プライバシー権

広告の目的または商業の目的のために、生存している個人の氏名、肖像画または肖像写真を、本人（本人が未成年である場合は本人の親ないし後見人）の書面による事前の同意なく使用する個人、会社または企業は、刑罪に処せられるものとする。

第 51 条 差止 / 損害賠償訴訟

本州において、前条に定める書面による同意を事前に得ないで、自己の氏名、肖像画、肖像写真ないし声を、広告の目的または商業の目的で使用された個人は、本州の上級裁判所において、自己の氏名、肖像画、肖像写真ないし声を使用している個人、会社または企業に対して、当該使用を差止めるために、衡平法上の訴訟を提起することができる。また、当該使用によって被った損害の賠償を請求し、回復を求めることができる。（後略）

第3章 我が国における氏名、肖像等の保護の状況

本委員会では、氏名・肖像等の商業的利用の保護に関する現行法の問題の所在を検証するため、過去の裁判例及び事例について調査を行った(資料1参照)。

この調査では、自然人の氏名・肖像等の商業的利用の保護に限らず、人格権の侵害とされた事例、自然人以外の外観・氏名等を対象とする事例を含め、氏名・肖像の利用に関する事例についても幅広く収集し、検討を加えた。また、自然人の氏名・肖像等を扱った事案ではないものの、不正競争防止法に関する判例についても調査の対象とした。

(1) 芸能人等の氏名・肖像等の利用に関する主要な判例の動向

マーク・レスター事件(東京地判昭和51年6月29日判時817号23頁、判タ339号136頁)

本事件では、一般人を含めて人は自らの氏名・肖像等につき、濫りに第三者に使用されない「人格的利益」を有するとし、一方で、芸能人等においては、その職業選択の時点で自己の氏名・肖像等載の使用についての包括的許諾があるので、上記のような人格的利益の保護は大幅に制限されたとした。

他方、芸能人等には「自己の氏名や肖像を対価を得て第三者に専属的に利用させうる利益」として、上記の人格的利益とは異質の、独立した「経済的利益」の存在を認め、肖像の利用に関しては人格的利益と経済的利益の側面があり、一般人についてはその人格的利益が、芸能人等については制限された人格的利益と経済的利益が保護されたとした。

男闘呼組事件(東京地判平成元年9月27日)

本事件では、パブリシティ権につき、「氏名・肖像の有する独立した財産的価値を積極的に活用するため、自己の氏名・肖像につき、第三者に対し、対価を得て情報伝達手段に使用することを許諾する権利」と解している。

その上で、芸能人等の氏名・肖像が商品に表示される形態で利用される場合においては、当該芸能人等においてその利用の許諾をする際に、商品の品質・内容・供給量等について慎重に検討し、パブリシティ権を維持発展させるよう配慮するものであるから、その意に反し、許諾が得られない本件仮処分対象商品の販売を可能にするときは、そのパブリシティ権自体の価値を害する恐れがないとは言えず、販売差止めの仮処分決定を取消すことによる被申立人らの損害が使用許諾料相当損害金に止まるとは即断し難いと判示し、原告の氏名・肖像を冒用した商品の販売差止めの仮処分決定の取消しを認めなかった。

おニャン子事件（第一審：東京地判平成2年12月21日判時1400号10頁）
（第二審：東京高判平成3年9月26日判時1400号3頁）

本事件は、芸能人等の承諾を得ることなくその氏名及び肖像を掲載したカレンダーを販売している業者に対し、販売の差止め及び廃棄並びに損害賠償を請求した事案である。

第一審はこれを「自己の氏名、肖像を、意思に反してみだりに使用されないことについて、法律上保護される人格的な利益」の問題と構成し、「かかる人格的な利益は、原告ら各自固有の排他的なものであるから、これを害する行為に対する差止請求及び差止めを実効あらしめるため、右行為を組成する物の廃棄請求が認められるべきである。」とした。

これに対し、第二審は、芸能人等の氏名・肖像の使用に関する人格的利益は制約を受けるが、他方「芸能人の氏名・肖像を商品に付した場合には、当該商品の販売促進に効果をもたらす」ことは公知であるとし、芸能人等の氏名・肖像のこのような「顧客吸引力」は、当該芸能人の獲得した名声、社会的評価、知名度等から生ずる独立した「経済的な利益」であり、「当該芸能人は、かかる顧客吸引力のもつ経済的な利益ないし価値を排他的に支配する財産的権利を有」しており、右権利に基づき、「その侵害行為に対しては差止め及び侵害の防止を実効あらしめるために侵害物件の廃棄を求めることができる」と判示した。

キング・クリムゾン事件（第一審：東京地判平成10年1月21日判時1644号141頁）（第二審：東京高判平成11年2月24日判例集未搭載）

本事件は、著名なロックグループ「キング・クリムゾン」のリーダーである原告が、ラジオ局が出版したその肖像写真等を多数掲載した単行本「キング・クリムゾン」が、原告のパブリシティ権を侵害するとして、損害賠償と使用差止を求めて提訴した事案である。

第一審では、「本件書籍は全体として、『キング・クリムゾン』及び原告を含む右グループに関連する音楽家の氏名、肖像及びこれらの者の音楽作品のジャケット写真の有する顧客吸引力を重要な構成部分として成り立っていると認められる。」として、原告の請求が認められた。

しかし、第二審では、「他人の氏名、肖像等の使用がパブリシティ権の侵害として不法行為を構成するか否かは、他人の氏名、肖像等を使用する目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察して、右使用が他人の氏名、肖像等のパブリシティ価値に着目しその利用を目的とするものであるといえるか否かにより判断すべきものであると解される。」（中略）「著名人の紹介等は必然的に当該著名人の顧客吸引力を反映することになり、紹介等から右顧客吸引力の影響を遮

断することはできないから、著名人の顧客吸引力を利用する行為であるというためには、右行為が専ら著名人の顧客吸引力に着目しその経済的利益ないし価値を利用するものであることが必要であり、単に著名人の顧客吸引力を承知の上で紹介等をしたというだけでは当該著名人の顧客吸引力を利用したということとはできない。」との基準を設定し、「本件書籍が被控訴人自身の顧客吸引力に着目しその経済的利益ないし価値の利用を目的として発行されたものとみることとはできない。」として原告の請求は棄却された。

(2) 判例における法律構成

マーク・レスター事件を始めとする従来判例においては、氏名・肖像等の無断使用からの保護につき、自らの氏名・肖像等をみだりに第三者に使用されない権利として人格権と構成するものと、自らの氏名・肖像等の経済的価値(特に顧客吸引力)を独占する権利としての財産権と構成するものがあった。

このうち、芸能人等の氏名・肖像等の商品への無断使用に関しては、(1)において概観したとおり、財産権として構成しているものが多いことがわかった。

例えば、マーク・レスター事件における「自己の氏名や肖像を対価を得て第三者に専属的に利用させうる利益」、男闘呼組事件における「氏名・肖像の有する独立した財産的価値を積極的に活用するため、自己の氏名・肖像につき、第三者に対し、対価を得て情報伝達手段に使用することを許諾する権利」、おニャン子事件控訴審における、氏名・肖像の「顧客吸引力のもつ経済的な利益ないし価値を排他的に支配する財産的権利」等である。

また、芸能人等の氏名・肖像等の使用については、名誉毀損罪⁸が成立するとして、刑事告訴された事例もあったが、それ以外に芸能人等の氏名・肖像等の使用について刑事罰が適用された事例は判例集には見当たらなかった。

⁸ 刑法 230 条

第4章 我が国の法制の問題点

(1) 法律構成別の問題点

人格権的構成

人格権の侵害に対しては、損害賠償請求が認められるとともに、その人格的利益を保護するためには差止め請求も認められるのが通常である。

しかし、マーク・レスター事件判決が述べるとおり、芸能人等の氏名・肖像等については、その人格的利益の側面については保護が必然的に制限されることが多く、芸能人等の氏名・肖像等の商品化や広告利用の事案を念頭に置く場合、人格権的構成による保護に多くを期待することはできない。また、人格権は一身専属的な権利であって、その譲渡性、相続性には疑問があり、後に述べるような請求権者の限定の問題が生じる可能性が高い。

財産権的構成

芸能人等の氏名・肖像等の商品化や広告利用の事案においては、保護されるべき利益はまさしく経済的利益であって、かかる経済的利益の侵害を前提とした民法上の不法行為⁹として構成することが最も自然な法律構成である。

しかし、民法上の不法行為においては、財産権の侵害については金銭的な賠償で十分とされており¹⁰、原則として侵害行為自体の差止めは認められていないことが重大な問題となる。すなわち、海賊版の横行に対しては、迅速かつ的確な差止めを行うことがもっとも効果的であり、実際に著作権法や商標法においてはかかる差止めが認められているが、氏名・肖像等の冒用についてこれが認められないとなると、その保護は実効性を失うことになるのである。

このように、氏名・肖像の保護を経済的利益の保護と構成してしまうと、侵害物品の差止めが困難となるので、実務上は、裁判所に差止めを認めてもらうために、やむなく人格権的要素があることを主張せざるを得ないという状況が生じている。ところが、そこで人格権的構成を取ると、上記で述べたような問題が生じることになる。

この点に関し、おニャン子事件(第二審:東京高判平成3年9月26日判時1400号3頁)では、保護される利益は人格権ではなく、「経済的利益を排他的に支配する財産的権利」であるとしながらも、差止め請求が認容されているのは注目に値する。今後、このような判例が蓄積されれば、経済的利益と構成しながらも差止めが認められるようになる可能性も考えられる。

⁹ 民法709条

¹⁰ 民法722条、民法417条

刑事罰による抑止

著作物に現れるキャラクターや商標を利用した商品と、芸能人等の氏名・肖像等を利用した商品とは、ライセンス契約に基づいていること等、そのビジネスモデルが似ているが、著作権侵害や商標権侵害が刑事罰の対象となっている一方で、民法上の不法行為の加害者は必ずしも刑事的に処罰される訳ではないことから、著作物に現れるキャラクターや商標の保護と比較すると、芸能人等の氏名・肖像等は十分な保護が図られていないとの指摘がある。

もっとも、芸能人等の氏名・肖像等の利用の結果、当該芸能人等の名誉を毀損する場合は、刑法上の名誉毀損罪で処罰される可能性があり、またアイコン等がわいせつ物に当たる場合にはわいせつ物陳列罪で処罰される可能性がある。ただし、これについては芸能人等の肖像の利用に限った問題ではない。

次に、これらの場合、刑法上処罰の対象となる犯人は自然人であり、法人としては処罰されないのが問題となる。

そこで、不正競争防止法第 14 条には刑事罰の規定があり、不正競争防止法違反の罪については、両罰規定による法人重科も可能（3 億円以下の罰金）であることが注目される。ただし、芸能人等の氏名・肖像等の冒用について、不正競争防止法違反として処罰された事例は判例集にはない。

（ 2 ） 訴訟遂行上の問題点

請求権者の問題

芸能人等の氏名・肖像の保護につき財産権的構成をとる場合には、その権利の譲渡性が肯定される。また、人格権的構成を採る場合、人格権は一身専属的な権利であるから、その侵害を根拠とする請求権は当該芸能人等本人にのみ認められることになる¹¹。

問題になるのは、芸能人等の本人でない芸能プロダクション等やライセンス事業者の請求権であるが、ライセンス事業者の請求権に関連する事案としては、ナショナル・フットボール・リーグ（NFL）マーク事件（最高裁昭和 59 年 5 月 29 日民集 38 卷 7 号 920 頁、判時 1119 号 34 頁、本報告書判例・事例 52 頁）があげられる。

この事件においては、NFL のシンボルマークを管理している米国の管理事業者と日本におけるマークの独占的ライセンスがひとまとまりの（ライセンス）

¹¹ 参考：ドイツの有力説では、人格権の設定的移転を認め、本人が、他者に対して、その肖像について排他性のある権利を設定することができるとする。このドイツの設定的移転の考え方が受け入れられるならば、肖像に関する人格的利益を芸能プロダクション等に設定的に移転することにより、当該芸能プロダクション等に請求権が認められる可能性がある。

グループを形成していると認められ、当該マークは商品化事業の管理者を示す表示として機能しており、当該マークを無断で自社製品に付して販売した被告の行為は、商品等主体混同行為の禁止に該当するとして、販売の差止め及び損害の賠償が認められている。

この最高裁判例に見られるように、氏名・肖像等を利用した商品化事業を行うグループとして、芸能人等に加えて、その芸能プロダクション自体にも請求権が認められる可能性がある¹²。

しかし、これは独占的なライセンサーについてのみ認められるものであり、非独占ライセンサーの場合は難しいとの指摘があった。また、このような場合であっても、特に、人格権的構成をとった場合には、被害を受けた芸能人等が自ら訴訟の当事者となって出廷し陳述等を行うことは当然のことであり、当該芸能人等の意向に反して勝手に訴訟を提起することはできない。なお、芸能人が未成年である場合には、更に親権者の同意が必要である。

この判例に関連して、財産権的構成をとった場合には、商品化事業の信用形成そのものに積極的に関わらない芸能人等本人については、逆に請求権が認められにくいのではないかとの意見もあった。これに対しては、芸能人等は、商品化事業を行うにあたり品質管理等を適切に行う事業者を慎重に選定した上でライセンス契約を結ぶのであるから、請求権は本人にも重疊的に認められ得るという意見もあった。

損害額の算定の問題

自己の氏名・肖像等を冒用された被害者は、その損害の賠償を請求する場合には、民法第 709 条の不法行為に基づく損害賠償として、侵害行為、損害の発生、損害額、侵害行為と損害の相当因果関係を立証する必要がある。

しかし、冒用されたことによる損害の額及び冒用行為と損害額の因果関係の立証は困難であり、また、日本の損害賠償制度が実額賠償主義を採用していることもあって、たとえ立証に成功したとしても裁判所によって認められる損害賠償額が低額にすぎるとの批判がある。

特に、裁判所の認定する損害額については、氏名・肖像等の社会的評価の毀損を含む実質的な損害額を反映していない、ライセンス料相当額程度の損害賠償しか認められない、従業員の負担、弁護士費用の負担を適切に反映しない、等の指摘がなされており、我が国においてはいわゆる「侵害し得^{どく}」の状況が生

¹² 例えば、芸能プロダクション等が利害関係人として訴訟参加することになる。また、芸能人等のみが請求権者となる場合であっても、芸能プロダクション等が事実上の訴訟協力によって対応することも考えられる。

じていると言われている。

また、実際にも、芸能人等関連商品の市場においては、芸能人等の氏名・肖像等を無断で使用している商品のシェアは、許諾を受けて使用している商品のそれを上回っているとの調査¹³もあることから、現状の不法行為法による事後的な救済のみでは、抑止力として十分に機能していないとの指摘もある。

この点に関し、過去に認められた損害賠償額の例を見ると、マーク・レスター事件（東京地判昭和51年6月29日判時817号23頁、判タ339号136頁）では100万円（財産的損害として50万円、精神的損害として50万円）、おニャン子事件（第二審）では一人あたり15万円、藤岡弘事件（富山地裁昭和61年10月31日判時1218号128頁）では150万円（財産的損害として100万円、慰謝料として50万円）となっており、必ずしも十分な額とは言えない。

しかし、最近では、芸能人の大原麗子名誉毀損事件（2001年3月）に500万円、野球選手の清原和博名誉毀損事件（2001年3月）に1,000万円という損害賠償判決が出ており、今後、賠償額の高額化が可能との見方もある。

（3）判決執行上の問題点

差止めの執行上の問題

差止め請求においては、行為者を特定し、かつ、目的物（侵害物品）を特定して行う必要がある。

しかし、例えば行為者が法人として事業を行っている場合には、訴訟を提起された段階で、又は判決を受けた段階で法人を清算してしまい、別法人を設立して事業を継続したりすると、新たに訴訟を提起し直さない限り、当該事業者に対して判決を執行することはできない。侵害物品についても、訴状及び判決で特定された侵害物品を少しでも変更した物品であれば、当該判決の効力は及ばないことになる。また、当該研究会では、仮処分の審尋段階で相手方が状況を察知し、逃亡するケースなども指摘されたが、債務者審尋をせずに命令を出す等、民事保全法23条4項の活用が期待される。

このような問題は著作権法等、知的財産権の侵害訴訟にも該当するものではあるが、執行時の特定性の要求のため、守るに易く、攻めるに難い構造が生じてしまっており、これについては上記審尋の問題点等、裁判所による運用改善が求められるところである。

損害賠償の執行上の問題

¹³ 肖像パブリシティ擁護監視機構委託事業「氏名・肖像使用商品の市場分析」2003年12月5日（受託事業者 株式会社野村総合研究所）

芸能人等の氏名・肖像等の冒用に対して、仮に裁判を通じて損害賠償を認める判決が出たとしても、冒用者に資力が無い等の理由で、その判決を執行できない可能性がある。これは氏名・肖像等の保護に固有の問題点ではないものの、海賊版を作成する事業者には資力が無い者が多いので、この問題が顕著に現れている。

第5章 今後の対応及び検討の方向性

(1) 不正競争防止法の活用

芸能人等の氏名・肖像等を、無断で自己の商品に付して商業的利用に供する行為類型については、不正競争防止法によって規制することができないかが問題となる。

これについては、不正競争防止法においては損害賠償請求権に加えて差止め請求権が認められていること、損害額の立証容易化のための規定が整備されており、不正競争防止法が活用できれば、少なくとも制度的には著作権法等、他の知的財産権法並の保護が期待できること、また、不正競争防止法第2条第1項第1号については刑事罰の定めもあり、海賊版事業者に対する有効な対策となること等がその利点として挙げられる。もっとも、実際には芸能人等の氏名・肖像等の商業的冒用からの保護に関して、過去に同法を適用した判例は存在しない。

そこで、本研究会では、芸能人等の氏名・肖像等を商業的に無断使用する行為については、芸能人等の営業を妨害し、又は、芸能人等の著名性や高い社会的評価に不当に乗じた商行為であるという性質に注目して、不正競争であると捉え、不正競争防止法第2条第1項第1号（混同惹起行為）及び第2条第1項第2号（著名表示冒用行為）の適用可能性について検討を行った。上記各号に定める要件のうち、芸能人の氏名・肖像等の保護に関連すると思われる要件は以下のとおりである。

商品等表示性

芸能人等の氏名・肖像等が、当該芸能人等の商品等表示と言えるかについては、当該芸能人等において、その氏名・肖像等を「商品の出所又は営業の主体を示す表示」として利用していると言えるか否かによる。具体的事案においては、このような商品等表示該当性が認められる場合もあり得ると考えられる。

委員会においては、この点に関連して、ポパイ事件¹⁴では、商品に付されたポパイのキャラクターが出所表示機能を果たしているとして不正競争防止法で保護されたことから、キャラクターに近い性質を持つ芸能人等の氏名・肖像等であっても、その出所を表示する機能を有するものとして、不正競争防止法で保護を図ることは可能ではないかとの意見があった。

しかし、芸能人等の氏名・肖像が当該芸能人等の商品等表示であることが認

¹⁴ 最判平成9年7月17日民集51巻6号2714頁

められるとしても、さらに進んでこれをもって当該芸能人等の所属する芸能プロダクションの商品等表示であるといえるかについては、もう少し踏み込んだ議論が必要であり、当該芸能人等と、当該芸能プロダクション等の契約の内容、その氏名・肖像等の管理の状況、及びその出所表示機能によって表示される出所とは何か等について、慎重に検討する必要がある。

この点に関しては、商品化事業により、複数の事業者が一のグループを形成していると認められる場合には、当該マークが商品化事業の管理者である本部を示す表示として機能しているとする判例（前記 NFL マーク事件）がある。この判例から類推すれば、芸能人等の氏名・肖像等の表示により、当該芸能人等を中心に複数の事業者が商品等表示の主体としてのグループを形成していることが可能となるケースもあり得ると考えられ、このように構成できる場合には、芸能プロダクションや商品化事業におけるライセンスについても、侵害者に対する請求権が認められる余地もあると考えられる。

周知性 / 著名性

不正競争防止法では、一定の周知性又は著名性がある商品等表示が保護の対象となっているが、芸能人等の中には、同法の周知性又は著名性の要件を満たすものがあると考えられる。しかし、無名のタレントの場合は、周知性又は著名性を認定することができないと考えられる。

混同のおそれ

不正競争防止法第 2 条第 1 項第 1 号の混同惹起表示については、権利者の商品等表示と侵害者の商品等表示につき「混同のおそれ」があることが求められている。

しかし、判例上、同号における「混同のおそれ」としては、ライセンス関係やスポンサーシップ等、何らかの密接な関係があることを覗かせる、いわゆる「広義の混同のおそれ」があれば足りるとされており¹⁵、芸能人等の氏名・肖像等が冒用された場合に、この要件を満たすことについて支障は生じないと思われる¹⁶。

以上、 から の検討に照らし、芸能人等の氏名・肖像等が、無断で商品に用いられる等の事案においては、不正競争防止法第 2 条第 1 項第 1 号ないし第 2

¹⁵ 日本ウーマン・パワー事件（最判昭 58 年 10 月 7 日民集 37 卷 8 号 1082 頁）
NFL マーク事件（最判昭 59 年 5 月 29 日民集 38 卷 7 号 920 頁、判時 1119 号 34 頁）
スナック・チャンネル事件（最判平 10 年 9 月 10 日判時 1655 号 160 頁）

¹⁶ 高知東急事件（東京地判平 10 年 3 月 13 日判時 1639 号 115 頁）

号の適用が認められる可能性は相当程度高く、このような事案における同法の今後の活用が期待される。他方、これまでの実務、特に不正競争防止法を用いて刑事責任を追及しようとする場合には、民事上の判例がないこととあいまって、上記の解釈が警察実務サイドで十分定着していないため、事実上、告訴を受理されない等の指摘がなされている。したがって、この際、 から の点に関して現行の規定に不明確な点があれば、これを法改正により明確化することも考えられる。

(2) パブリシティ権立法の可能性

諸外国の立法状況を踏まえ、我が国においても「パブリシティの権利」を正面から認める特別な立法を行うべきではないかとの意見があった。

しかしながら、我が国においては、パブリシティの権利とはいかなるものを指すのかについて社会的に共通の認識が得られているとは言えず、その外延は未だ不明確であるため、本委員会においても、そのような認識が醸成されるまでは、パブリシティの権利を認める立法については時期尚早であるとの見解が多数を占めた。

また、実際に立法を行う場合には、権利設定法という構成をとるのか、行為規制法という構成をとるのかについても検討する必要がある。

権利設定法とする場合には、権利の発生、消滅、存続期間、移転、相続等についても社会的な合意が得られる内容において規定する必要がある。また、権利設定法とする場合については、パブリシティ権としての要件を満たす氏名・肖像全般に権利が生じる結果、使ってもいない氏名・肖像等についてまで権利が発生し、何年間もこれが存続するという結果を将来してもよいかという点について疑問が呈されている。この観点から、実際に商業的に利用されている氏名・肖像等についてのみその冒用から保護されるような、簡便な法制度にした方が合理的であるとの意見もあった。このように、パブリシティ権を明定していくことは大きな課題として残された。

一方、行為規制法とする場合は、現行の不正競争防止法と大きく変わらないものとなるので、同法を活用することが適切である。

(3) 訴訟手続き遂行上、及び執行上の問題

氏名・肖像等の保護に限らず、民事訴訟全般に通じる問題であるが、特に海賊版の製作・販売事業者は、法人格を変える、住所を変える、商品を変える、事業譲渡する等によって、判決の執行を回避するための方策を容易に講じるこ

とができる立場におり、訴訟遂行の困難さに比べて、武器不均衡の状況が生じているといえる。

更に、損害賠償請求においても、認定される損害額が低廉にすぎること、資力がない等の理由でその執行が確保されない事案が多々見られること等の問題があり、また芸能人等の氏名・肖像等を無断使用する商品については商品のライフサイクルが短い物が多く、通常の裁判では時間がかかりすぎて間に合わず、訴訟手続きによる保護の実効性がない等の批判もある。

このような問題点にかんがみる時、知的財産権侵害訴訟については、他の民事訴訟とは格別の解決策が必要であり、氏名・肖像等に限らず、知的財産権侵害訴訟の執行のためには、その特定性の要件を緩和する等の独自の仕組みが検討されてしかるべきではないかとの意見もありうるところである。

また、このような民事訴訟の機能不全を目の当たりにするとき、裁判所侮辱の制裁措置、知的財産権侵害に対する刑事罰の厳罰化及びその運用の活性化についても司法当局と連携の上、協議をすすめる必要がある。

具体的には、上記(1)で述べたように、氏名・肖像等の冒用については、不正競争防止法の活用が考えられるところであるが、現在、同法では「3年以下の懲役又は300万円以下の罰金」となっている科刑について、「5年以下の懲役又は500万円以下の罰金」に引き上げ、かつ、懲役と罰金を併科することを可能にすることで、執行猶予を回避する¹⁷と共に、仮に執行猶予判決がなされた場合にも罰金を科することができるよう厳罰化することを早急に検討すべきである¹⁸。

¹⁷ 刑法第25条

¹⁸ 現在、同様の改正内容を含む「著作権法の一部を改正する法律案」が国会審議中である。

第6章 おわりに

本委員会では、芸能人等の氏名・肖像等を取り巻く諸問題の中から、その商業的な利用、特に海賊版対策に限定して検討を進めた。

このような、芸能人等の氏名・肖像等の冒用に対する保護のための法律構成としては、判例に一定の蓄積が認められる民法上の不法行為の制度を活用する他、未だ判例となった事案はないものの、不正競争防止法の活用の可能性があることが指摘された。不正競争防止法による氏名・肖像等の冒用からの保護に関しては、今後ともその適用可能性について臨床的に検討を進めるとともに、実際に不正競争防止法を活用した判例が蓄積されることを期待したい。これに際して、必要に応じて同法の規定の明確化を図ることも検討すべきである。

また、差止め、損害賠償等の判決を得た後のその判決の執行困難性については、民事訴訟全般にかかわる問題であるが、その実体法の実効性を確保するためにも、特に知的財産法については、より効果的な方法が検討される必要がある。更に、不正競争防止法の刑事罰の厳罰化は、早急に検討を進めるべきである。

なお、今回の検討の対象とはしなかった問題点、例えば、芸能人等に該当しない一般人の氏名・肖像等の保護の在り方については、プライバシーや個人情報保護の問題としても慎重に検討を加える必要がある。また、インターネット上の情報の保護や、報道における氏名・肖像等の利用の在り方についても、今後、議論が進むことを期待している。