

デジタルアーカイブ化されるオープン型コンテンツの 権利処理において残存あるいは生成される パブリシティ権の限界

栗原 佑介^{1,a)}

受付日 2014年6月19日, 採録日 2014年12月3日

概要: MOOC 等のオープン型教育コンテンツや文化財（文化資源）のデジタルアーカイブ化が政府主導によって、推進または推奨されている。本稿では、このようなデジタルコンテンツの権利処理過程において、残存あるいは事後的に生成されるパブリシティ権の問題点を明らかにする。特に、ピンク・レディー事件（平成 24 年 2 月 2 日）の最高裁判決をふまえ、なお残る論点との関係で言及する。パブリシティ権の問題は、学説判例によって権利性が承認されているが、立法化されていないため、権利範囲が明確ではないという問題点がある。しかし、パブリシティ権は、これまで知的財産法制との類似性が指摘されてきた。他方で、パブリシティ権は人格権法とも親和性があり、権利範囲について、知的財産権法制との関係では解決しきれない。そこで、この問題を解決するためには、前述した最高裁判決をもとに、権利侵害となる範囲を解釈によって明確にしなければならない。この際に、有効な手段が、憲法論的アプローチであり、財産的権利と人格的権利を区別する「二重の基準」論である。さらに、わが国著作権法においては、著作者人格権が規定され、実演家にも実演家人格権が認められているため、著作権者の権利制限規定の解釈もパブリシティ権の権利の制約を考えるうえでは有効である。

キーワード: パブリシティ権, デジタルアーカイブ, オープンコンテンツ, 知的財産法, 人格権法

Limitations on the Right of Publicity, which Remains an Issue in Rights Clearance of Digital Archives for Open Content

YUSUKE KURIHARA^{1,a)}

Received: June 19, 2014, Accepted: December 3, 2014

Abstract: Open educational contents, for example MOOC, cultural property or resources, have been archived by the government. This paper addresses the issue of the right of publicity in regard to rights clearance, and clarifies the limitations on this right. There are certain critical issues regarding this right since the Supreme Court of Japan provided a legal definition for the term on February 2, 2012. The definition is accepted in theory and there have been precedent cases, but it remains controversial. Thus, limitations on this right aren't uncommon. However, this right is related to intellectual property laws; it's also very similar to moral rights law. For solving the problem on the basis of the above-mentioned leading case, the scope of the infringement on the right of publicity as a moral right is clarified by the interpreter. I address the interpretation of the constitutional-law approach that distinguishes property rights from moral rights, which is a double standard that adversely affects the search for a solution to this problem. Second, the restrictions on copyright holders that are enshrined in copyright-law take advantage of an interpretation of the right of publicity, because copyright-law in Japan is tied to the moral rights of the performer.

Keywords: the right of publicity, digital archives, open content, intellectual property laws, moral rights law

1. はじめに

パブリシティ権は、明文がないが、従来から裁判例や学説によって承認され、法的に保護されていた。最近では、ピンク・レディー事件^{*1}（以下、本文中では本件とよぶ）によって、パブリシティ権を人格権に由来する権利の1つとして正面から認めた。

これまでも、パブリシティ権は、知的財産権を補完する役割があった。たとえば、著作権法では、実演家の実演を写真撮影すること等の行為が無許諾でなされた場合、パブリシティ権や人格権侵害として不法行為責任を問うことができる。

ところで、近年、歴史的文書等の文化資源保存のために行う公益的デジタルアーカイブ化の重要性が指摘されている。また、その推進のために、国立国会図書館を中心に、公文書館、博物館の連携の重要性が説かれている。

また、MIT^{*2}から始まったOCW^{*3}やMOOC^{*4}等のオープン型教育コンテンツ（公開教育資源^{*5}ともよばれる）、あるいは反転授業のために自宅で予習を行う際に自習用に受講中の学生に対してのみ限定的に公開する教育コンテンツもデジタル化している。

このようなデジタルコンテンツの流通のためには、権利処理が欠かせないが、オープン型教育コンテンツには著作権、特許権等の財産的権利および著作者人格権等の人格権的権利の双方を含めた知的財産権の管理が求められる。

教育コンテンツを例にとると、教員が、図を示しながら、講義をしているだけでも、そこでは、著作権や著作隣接権、実演家人格権が複雑に絡み合っている。このようなコンテンツの場合、事前の契約が可能であるため、費用面（裁定制度（著作権法 67 条）を用いる前提となる権利者を探すための人件費等のトランザクションコストを含む）を捨象して考えると、著作権等の権利処理の点は比較的容易であるといえる。

しかし、一方で著作者人格権等の人格権は、一身専属性を有する性質であり、譲渡できないとされている。そこで、通常は、権利の不行使特約を締結することが一般的であるが、人格権の1つであるパブリシティ権も同様に、あるいは著作者人格権以上に、権利処理が困難であり、デジタルコンテンツに残存することが想定される。

さらに、デジタルアーカイブ化で長期的な“保存”がなされると、保存時には、著名でなかった人物が、死後、長期間して公開されたときに、副作用として著名性を獲得し、パブリシティ権が生成される可能性がある。

これは、著作権の保護期間の経過後も問題となりうるこ

とを意味する。つまり、著作権法的な意味でパブリックドメイン化したデジタルコンテンツにおいても、パブリシティ権に基づく権利行使のリスクが残存している。このリスクは、孤児著作物において顕在化する裁定制度の問題に匹敵する。

そこで、本稿では、現在進行中のデジタルアーカイブ推進とパブリシティ権の保護の調整という観点から、パブリシティ権の保護範囲を模索する。

2. パブリシティ権の意義と沿革

2.1 意義

現在に至るまで、最高裁は、肖像権という名称を付した権利は認めていない。しかし、京都府学連事件^{*6}以降、“承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態…を撮影されない自由”が承認され、それ以降、プライバシー権としての肖像権は、学説上、裁判例で認められている [1], [2], [3]。

もともと、肖像権は、憲法上の権利として承認される自己情報コントロール権の中で論じられていたが、この権利は、対公権力だけでなく、国民相互（私人）間の争いとしても問題となり、一般不法行為に基づき、法的に保護される権利としても承認されている。

一方、自己の氏名や肖像等を商業的に利用する芸能人等はそのような情報を積極的に開示する成果として、その氏名や肖像等それ自体に経済的な価値が発生する。そして、このような肖像等の財産的利益の保護を図る権利としてパブリシティ権が認められてきた。

パブリシティ権の定義は、それ自体が問題となるが、“人がその氏名や肖像等の自己の属性表示を他者が商業的に利用することを禁じ、また他者によるその利用を認めることができることを内容とする権利もしくは法律上保護される利益” [4] や、“氏名肖像の商品化を許諾する権利” [5] 等とされる。

2.2 法的性質論

パブリシティ権が議論されるようになってからは、その法的性質として、財産権説と人格権説、そして両面があるとする二元説や不正競争防止法 2 条 1 項 1 号を根拠とする見解 [6] がある。

財産権説は、著名人の肖像等には顧客吸引力があり、それ自体に財産的価値があるとして、パブリシティ権を認めるものである。

一般的に、おニャン子クラブ事件控訴審事件^{*7}は財産権

¹ 放送大学大学院
The School of Graduate Studies, the Open University of Japan, Chiba 261-8586, Japan

a) 1418001332@campus.ouj.ac.jp

^{*1} 最判平成 24 年 2 月 2 日（民集 66 卷 2 号 89 頁）。

^{*2} マサチューセッツ工科大学の略称。

^{*3} “Open Course Ware” の略称。

^{*4} “Massive Open Online Courses” の略称。

^{*5} “Open Educational Resources” の略称。

^{*6} 最判昭和 61 年 2 月 14 日（刑集 23 卷 12 号 1625 頁）。

^{*7} 東京高判平成 3 年 9 月 16 日（判例時報 1400 号 3 頁）。

説に立脚するとされ、“芸能人の獲得した名声，社会的評価…から生ずる独立した経済的利益ないし価値として把握”でき“かかる顧客吸引力のもつ経済的利益ないし価値を排他的に支配する財産的な権利を有するものと認めるのが相当”であるとした。なお，この事件では，パブリシティ権に基づいて侵害行為に対する差止めおよ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も求めることができるとしている。

しかし，財産権説に対しては，顧客吸引力があり，それにフリーライドしているという命題だけで他者の自由を束縛することを肯定することはできないという問題がある [7]。

人格権説は，他者の自由を束縛する自由を正当化する根拠として，人格権を中核とする見解である。つまり，その肖像等をみだりに利用されないことに関して，法的な保護に値する人格的利益を有する。

一方，二元説は，“人格的利益の側面にとどまらず，芸能活動等の事業のインセンティブを保持するために保護が認められる財産的利益の側面がある”とする [7]。

法的性質論の帰結として，財産権説からは，芸能人や著名人等に限定されるという見解と親和性があり，物のパブリシティ権を認める根拠ともなりやすい。他方，人格権説からは，そのような限定もなく，物のパブリシティ権は否定する方向となる。また，パブリシティ権の移転可能性については，財産権説からは肯定的，人格権説からは否定的な結論となり，二元説に関しては，“人格権と切り離して譲渡，相続の対象となる結論と親和的になるのかもしれない”とされる [7]。

2.3 沿革 [8], [9]

アメリカで判例上，明確にパブリシティ権を文言として承認したのは，“Haelean Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F 2d 866 (2nd. Cir. 1953)”である。プロ野球の選手の肖像をチューイングガムに使用したことが問題となった事案である。Jerome Frank 判事は，判決の中で，著名人が自己の肖像の無断利用により経済的利益が損なわれた場合の保護は，プライバシー権とは別個独立になされるべきであることを明示し，この財産的利益をパブリシティ権と称した。

日本においてパブリシティ権侵害を認め，不法行為による損害賠償請求を認めたのは，マーク・レスター事件である（ただし，パブリシティ権の名称は用いられていない）。同事件では，俳優等は，“氏名や肖像が（中略）人格的利益とは異質の，独立した経済的利益を有”し，“権限なき使用によって精神的苦痛を被らない場合でも，右経済的利益の侵害を理由として法的救済を受けられる”と判示した。パブリシティ権の用語は，光 GENJI 事件*8において初めて

用いられた。

3. ピンク・レディー事件の概観と意義

3.1 判旨

まず，本件は前提問題として，肖像等が法的な保護の対象となるかにつき，“人の氏名，肖像等は，個人の人格の象徴であるから，当該個人は，人格権に由来するものとして，これをみだりに利用されない権利を有する”と判示したうえで，パブリシティ権を“肖像等は，商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があり，このような顧客吸引力を排他的に利用する権利”と定義し，肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから，上記の人格権に由来する権利の一内容を構成するものと判示した。

次に，パブリシティ権侵害の要件については，“他方，肖像等に顧客吸引力を有する者は，社会の耳目を集めるなどして，その肖像等を時事報道，論説，創作物等に使用されることもあるのであって，その使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合もあるというべきである。そうすると，肖像等を無断で使用する行為は，① 肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し，② 商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し，③ 肖像等を商品等の広告として使用するなど，専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合に，パブリシティ権を侵害するものとして，不法行為法上違法となる”と判示した。

3.2 本件の意義

多数の判例評釈が出ている [10], [11], [12], [13], [14], [15], [16], [17], [18] が，本件はパブリシティ権を定義したこと，法的性質につき，人格権説に立つことを明示したこと，パブリシティ権侵害の要件として，本件第一審の“専ら”基準に回帰し，その具体例として，前記侵害類型として3つを例示したことに意義があろう。

4. ピンク・レディー事件以降のパブリシティ権

4.1 パブリシティ権の残された課題

パブリシティ権が判例により承認され，その後，それに従った裁判例*9も登場し，発展期に入った [19]。しかし，パブリシティ権には，残された課題がある。

本件調査官解説では，① 肖像権との関係，② 譲渡・相続の可否，③ 利用許諾契約の成否，④ ライセンサー固有の救済手段等を検討している [18]。

① は，肖像等の経済財と人格財の側面は前者がパブリシティ権，後者が肖像権によって保護され，それは著作権法の構造，肖像権はパブリシティ権とパラレルである。

② は，本件では明確に判示していないが，人格権を採用

*8 東京地判平成元年 9 月 27 日（判例時報 1326 号 137 頁）

*9 知財高裁平成 25 年 10 月 16 日（裁判所 HP）。

した以上、相続の対象とならない（民法 896 条）とするものの、立法的な解決を否定しない。

③ は、パブリシティ権の利用許諾（不行使特約）は、包括的な場合でも人格権それ自体を対象としないため、公序良俗（民法 90 条）に反するとまではいえないであろう。

④ については、差止請求権は認められないとする。

4.2 パブリシティ権の主体に関する問題

“物のパブリシティ権”については、最高裁は否定しており（ギャロップレーサー事件，最二小判平成 16 年 2 月 13 日），実務上の決着はついている。したがって，人格権説の帰結としてパブリシティ権の主体は人に限定される。他方で，法人が主体となるかは明らかでない。この点，たとえばパブリシティ権の主体を法人に認め，著名人の偉業を残す目的で設立した一般財団法人にパブリシティ権が譲渡されると，デジタルアーカイブ化にあたり，パブリシティ権の権利処理コストがかかることになる（これは，後述する譲渡可能性と保存期間の問題とも関連する）。

確かに，本件では，肖像等を“個人の人格の象徴”としていることから，法人は，権利主体とはならないと考えられる。

しかし，この結論は人格権から当然に導かれるものではない。一般的人格権は，団体に帰属しないが，個別的人格権については，団体の構成等を考え合わせながら権利帰属の有無を決すべきとし，肖像権については，団体への帰属を否定する見解もある [20]。

もっとも，後述するように，パブリシティ権は，実演家と所属事務所との間の契約で事務所に譲渡されていることがある。その契約の有効性は問題となるが，有効とすれば，パブリシティ権が法人に帰属することもありうる。また，氏名権は，法人も保護の対象となりうる [21], [22]。

4.3 相続対象の可否

調査官解説では，前述のとおり，人格権説を根拠に相続を否定している。

アメリカでは，肯定する裁判例（Lugosi v. Universal Pictures Co., Inc. 172 U.S.P.Q. 541 (Cal. Super. Ct.L.A. County) (1972)）と否定する裁判例（Memphis Dev. Foundation v. Factors Etc. Inc., 616 F. 2nd 656 (1980), Factors Etc. Inc., v. Pro Arts, Inc., 652 F. 2d 278 (1981)）があり，国際的にも統一されていない。また，アメリカでは，パブリシティ権を州法によって立法的に解決している場合があるが，ニューヨーク州では死亡と同時に消滅とする一方，カリフォルニア州では死後 70 年間存続する等一様でない。わが国では，学説上，（限定的でも）肯定する見解と否定する見解があり，統一をみていない。本件の調査官解説では，人格権説からは，相続を当然に否定しているが，同説に立つ学説は，遺族固有の人格権侵害は認められるとする。

4.4 ライセンスの可否 [24]

実務上，芸能人がプロダクションとの間で専属契約を締結する際，パブリシティ権の不行使特約が盛り込まれる。この場合，有効性に疑義があることを承知しつつ，パブリシティ権の譲渡も盛り込んでいることがある。さらに，譲渡が可能としても，パブリシティ権の準共有という新たな問題が生じる。準共有の場合，知的財産権法制においては，実施または使用自体は，特段の定めがない限り，他の共有者の同意を得る必要がない（特許法 73 条 2 項，実用新案 26 条，意匠法 36 条および商標法 35 条で特許法 73 条 2 項準用）。

不行使特約は，この準共有の場合の特段の定めにあたり，プロダクションの債権的な効力を有する独占的实施（使用）権を獲得する。

しかし，所属契約終了後は，またさらに別の問題を生じる。独占的・包括的性質を有する同特約の効力は，通常の双方の合意に基づく契約解除の場合は，一身専属性を根拠にパブリシティ権の不行使特約も同時に終了するが，死亡による契約終了は，前述したとおり，相続を否定すると，商品化事業等を死後も継続させる旨の特約がある場合とそうでない場合では結論が異なるべきである。

この点，独占的な商品化事業の管理者が存在する場合には，当該管理主体にパブリシティ権を認めることができるとする見解がある [7]。これは，パブリシティ権が，死者のパブリシティ権として存続し，かつ，生前の契約が死後も有効であることを前提としているが，その有効となる契約類型については，明確に指摘されていない。

4.5 保護期間

死後のパブリシティ権を肯定する立場からは，保護期間を著作隣接権にならい死後 50 年とする説 [8]，顧客吸引力を有する限りとする説がある [25]。

前述した人格権説から，死亡によって当然終了とする立場によっても，独占的包括的利用許諾が可能な場合がある。特に，著名人であればあるほど，死後の商品化事業が長期にわたり続けられていることがありうる。また，前述したような著名人の偉業を後世に伝えるための遺族等が設立した一般財団法人が独自に管理することはありうる。

5. デジタルアーカイブ化の意義とパブリシティ権との関係

5.1 デジタルアーカイブ化の意義

アーカイブの意義は多義的であるが，一般的に ① アーカイブ（人間が活動する過程で作成した膨大な記録のうち，現用価値を失った後も将来に保存する歴史的価値がある記録資料）のデジタル化，② デジタル技術を活用した収蔵物のアーカイブ化，③ デジタルデータ化したもののアーカイブの 3 つの種類の総称を指す。

① は、現物としてのアーカイブであり、イメージをデジタル化することにより、データベース化することを指す。

② は、収集された原資料の目録等が未整理の場合に、デジタルアーカイブ化と現物のアーカイブ化を並行して行うことを指し、国立国会図書館法に基づく納本制度とその代替としての電子納本制度がこれに該当する。

③ は、デジタルデータ化したアーカイブのみで構成された、現物の所在がないか、散在するアーカイブ群を指す。MOOC や OCW 等のオープン型教育コンテンツ群は、これに該当する。

デジタルアーカイブ化は、Google のように民間企業においてなされることもあり、また、Google のように大規模でなくても、業界団体が共同で設立した法人で関連広告のデジタルアーカイブ化をする場合があるが、基本的には、文化政策に直結している [26]。欧州委員会が運営する Europeana (ヨーロッパアナ) は、その典型例である。

5.2 デジタルアーカイブ化促進のための法改正

デジタルアーカイブ化の議論が進む中で、著作権法をはじめとする権利処理の関係が議論されている。たとえば、文化審議会著作権分科会の中の“過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会”は、文化審議会著作権分科会報告書(平成 21 年 1 月)に先立ち、平成 20 年 10 月に中間整理を公表し、① 過去の著作物等の利用の円滑化方策について(権利者不明の場合等の著作物の利用の円滑化方策)、② アーカイブへの著作物等の収集・保存と利用の円滑化方策について(図書館、博物館、放送事業者等においてアーカイブ事業を円滑に行うための方策)、③ 保護期間の在り方について(保護期間の延長、戦時加算の取扱い)、④ 意思表示システムについて(クリエイティブ・コモンズ、自由利用マーク等の利用にともなう法的課題等)の 4 つを取り上げる。

さらに、知的財産推進計画 2014 の策定に向けてパブリックコメントを付する資料の一部としてあげられた“アーカイブに関するタスクフォース報告書”でも、著作権法の裁定制度の活用または見直しの必要性について言及している。

著作権法分野では、デジタルアーカイブ化の強化に対し、国立国会図書館、公文書館、博物館の権限強化に着目した法改正を行っている。特に、国立国会図書館法 25 条の 3 (国、地方公共団体等のインターネット資料の記録)により、国立国会図書館の館長が著作権者の許諾なく収集できるとされ、平成 21 年著作権法改正で同法 42 条の 3 が新設され [27]、さらに平成 24 年同法改正で、電子納本制度やオンライン資料の記録(国立国会図書館法 25 条の 4)に対応するために同条が改正された(著作権法 42 条の 4) [28]。

5.3 デジタルアーカイブ化とパブリシティ権の衝突

これまで、生放送等のテレビ番組のデジタルアーカイブ化に際して、特定できない肖像権上の問題がある場合、デ

ジタルアーカイブ化をした後、少なくとも該当部分については、それを公開することができないことになる。

他方、著名人であれば、一定限度でプライバシー権を放棄したものとされるため [29]、肖像権の問題は生じにくく、また、許諾を得ることも比較的容易であろう。

本来的に、デジタルアーカイブ化は、“保存”に重点をおけば、すでに公表された肖像等であり、商業的利用をする第三者に対してのみ権利行使が許容されているのであるから、デジタルアーカイブ自体は、パブリシティ権の侵害となることは想定しにくい。

しかし、デジタルアーカイブ化の意図は、未来への資源の保存という消極的な意義にとどまらず、公開を目的にしたコンテンツのパブリックドメイン化が指向される。そうであれば、オープンコンテンツに現れる人物が当初は顧客吸引力が存在しないにもかかわらず、死後数十年あるいは数百年経過してから、顧客吸引力を有することが想定され、このときに、他の知的財産権法制においては、保護されないにもかかわらず、パブリシティ権が生成される可能性をはらみ、結果として、コンテンツの流通が阻害される事態がありうる。

6. パブリシティ権の保護範囲、権利行使の可否

パブリシティ権の立法化による承認は 1 つの方策であるが、現時点で明文がない以上、解釈によって権利の輪郭は決定される。そして、その解釈指針が人格権法と知的財産法制の 2 本立てであったといえる。

6.1 知的財産法制アプローチ

知的財産法制の中でもデジタルアーカイブ化とパブリシティ権が関係するのは、商品化を目的とする限り、著名人が芸能活動をすれば、実演家(著作権法 2 条 1 項 4 号)となり、実演家の著作隣接権(録音・録画権(同法 91 条 1 項)、送信可能化権(同法 92 条の 2 第 1 項)や実演家人格権(同法 89 条 1 項、90 条の 2 第 1 項、90 条の 3 第 1 項)等の著作権法制である。

著作権法には以下の制約がある。“実演家、レコード製作者及び放送機関の保護に関する国際条約”では、ワン・チャンス主義を採用しており、日本では同条約よりも実演家に対して手厚い保護をしているが、録音・録画権は同法 91 条 2 項、送信可能化権は同法 92 条の 2 第 2 項の制約を受ける。

実演家人格権にも一定の制約があり、行政機関等が保有する実演データを開示する際に制限がある(同法 90 条の 3 第 4 項)。デジタルアーカイブとの関係では、平成 24 年改正によって新設された同項 3 号がある。同号は、公文書等の管理に関する法律 16 条 1 項によるもののみが対象となる。

次に、保護期間であるが、実演の著作隣接権は、実演を行った時(同法 101 条 1 項 1 号)より始まり、同条 2 項 1

号により、50年で満了する。

実演家人格権は、生存する限り認められ、一身専属性を有する（同法101条の2）が、実演家の死後も、実演が貴重な文化的資産であることを理由に人格的利益が保護される（同法101条の3本文、116条）。

さらに、実演家人格権、著作隣接権侵害は、著作権侵害と同様に、差止請求（同法112条1項）が可能であり、損害賠償請求の際も、著作隣接権者として、損害額の推定規定（同法114条）により損害額を算定できる。もっとも、人格権侵害の慰謝料算定については、基準がなく、裁判所の判断となる。

加えて、パブリシティ権は、本件が例示した第1類型（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）は、実演の無断使用に類似し、第2類型（商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付すこと）は他人の登録商標の使用（商標法2条3項各号）に類似し、第3類型（肖像等を商品等の広告として使用）は、顧客吸引力を有したブランドイメージのフリーライド規制である著名表示冒用行為（不正競争防止法2条2号）に類似する[30]。

しかし、商標権は設定登録から10年が存続期間（商標法19条1項）だが、更新登録（同条2項）により、半永久的に続き、相続も可能である。また、著名表示冒用行為は、ライセンサーも差止請求（不正競争防止法3条）が認められており、商品等表示が存続している以上、消滅時効等にかかることはない。

このように、類型ごとに異なる性質を包括したパブリシティ権は、存続期間や相続、譲渡にわたり、従前の解釈や立法では一義的に決定しきれないものの、権利の性質は、知的財産権法制と相関性がある。しかし、これまでパブリシティ権は、非譲渡性において、著作者人格権との関係、財産的利益の点（特に差止請求権）との関係で、著作権法との類似性の中で議論されてきたにすぎず、知的財産法制に組み込まれる正当性について議論はみられない[31]。

6.2 人格権法学的アプローチ

人格権法の沿革は、憲法上の自由権としての人格権にある。これは、国家に対する権利であり、民法上の人格権とは、人格的利益侵害行為に対する権利として区別される。しかし、現代では、ビッグデータのように個人情報の断片を集積させてビジネスに活用する私企業は、従来の国家権力と同等の権利侵害主体になりうる。このような状況、かつ、典型的な公法私法二分論の実益がない現在、人格権の制約主体について公私を区別の実益は少ない。

また、侵害場面では、人格権法からは、差止請求権が認められる。損害賠償請求権については、精神的損害に限定されるため、知的財産法制で認められる損害額の推定規定は妥当しない点でむしろ不利になる。

平成24年著作権法改正で、同法18条、42条の3、42条

の4、90条の2第4項を改正したように、デジタルアーカイブ化による保存と公開のための権利制限規定があるが、これらは、公益的規制である。デジタルアーカイブが持つ文化的意義は公益的だからである。そして、このような公益的規制は、憲法上、伝統的に財産権（憲法29条）と人格権（同法12条、13条）による制限の程度を区別してきた（二重の基準論）。

したがって、正当化根拠は、憲法論的には、著作権法においても、著作権と著作者人格権とは区別されるし、パブリシティ権の規制は後者の規制に準ずる限度でしか認められないことになる。

アメリカでは、視覚芸術家の保護に関する法律^{*10}により、芸術作品に限り、moral rightsとして、著作者人格権を保護している。破壊防止権等、差止請求権にその本質があるが、文化財保護政策の側面もあり、さらにカリフォルニア州美術保護法^{*11}では、公益の目的の場合に権利制限されることがある。

デジタルアーカイブとパブリシティ権が問題となるのは、そのコンテンツの中で実演する人物が（生前は著名でなかったのにもかかわらず）著名人となり、生前であれば当然にパブリシティ権の権利主体となりうるような場合である。

このような場合、人格的権利と経済的権利に分けて検討する必要がある。たとえば、芸能事務所であれ、オープン型教育コンテンツであれ、コンテンツの中での“実演”にあたり、放送事業者との間で肖像に関する権利について不行使特約が締結されている場合、肖像権はプライバシー権とパブリシティ権で構成されているとすると、前者はコンテンツの公開を前提とするため、問題は生じにくい。

しかし、パブリシティ権は、最高裁が示しているように、そのコンテンツの商品化等の派生的利用に生じる可能性があり、契約当事者の死後も同様のリスクがある。

当事者の死後、その商品化事業が独立していた場合、その経済的利益は保護されるべきだろうか。

この点は、前述したパブリシティ権の譲渡の可否と関係する。譲渡が認められ、プロダクションがパブリシティ権を有している場合または準共有関係にある場合、権利が残存していることから、経済的利益は、保護されることとなる。しかし、譲渡が認められず、準共有関係も認められなければ、保護される利益は死者の人格的利益のみになる。

そうすると、死後にパブリシティ権侵害を主張することは、実演家人格権（著作権法101条の3）のような請求に限られる。したがって、そのような場合は、同法101条の3類推適用をすべきである。

また、ライセンサー固有の差止請求は認められず、本件第2、3類型のような場合は、登録商標であれば、差止（商

^{*10} 正式名称は、“Visual Artists Rights Act of 1990”である。

^{*11} 正式名称は、“California Art Preservation Act”である。

標法 36 条 1 項)だけでなく、損害額の推定規定(同法 38 条)や過失の推定(同法 39 条, 特許法 103 条)がある。あるいは、商品等表示として、不正競争防止法 3 条による差止請求ができる。また、損害額の推定規定(同法 5 条, 著作権法 114 条)もある。このように、現行法による方が差止請求や損害額の立証、過失の推定等原告に有利な法制度となっている。これらの法領域で保護されないパブリシティ権について類推適用がなされるべきではない。

以上から、死後のパブリシティ権は、純粋に人格権の保護の側面が強くなり、その保護の要請は限定的となる。

他方で、パブリシティ権が残ることの取引リスクは、デジタルアーカイブ化に限らない文化政策的な側面において、結果的に、後世に当該個人の活動を伝達するための“保存”の実効性が低くなるという損失が生ずる場合がありうる。

以上から、人格権に由来するパブリシティ権は、核となる経済的価値のある顧客吸引力という財産的側面が強調されているが、その価値は、人格権と切り離せない状態にあり(ゆえに人格権法による規律を受ける)、経済的な自己情報コントロール権として機能する。そして、そのコントロールは、生存中の人格的利益が根拠となるべきであるから、死後は人格権といういわば母権の臍帯が切れた権利として、きわめて限定的に考えられるべきである。

そして、この理論的整合性をいかに図るかが問題となる。パブリシティ権は、人格的権利であるが、差止の対象は、商品化といった経済的活動に対するもっぱら経済的利益の市場において看過できないフリーライドが存在する場合であり、ここに捩れが生じている。少なくとも、経済的利益侵害が、保護すべき人格的利益の侵害と同等と評価できる程度までに達していなければならない。

6.3 小括

結論として、本件で例示する類型に関して、本人の死後は、原則として、いずれもパブリシティ権侵害は成立しないと考えるべきである。つまり、権利行使の側から検討すると、経済的利益を確保する財産的権利は、オープン型コンテンツの公益性から、権利制限をする正当性がある。

一方で、人格的利益は残存するので、その利用態様が公序良俗違反(本人の生前の名誉を害する等)に該当するような態様での商品化等のコンテンツの派生的利用行為はパブリシティ権侵害となりえよう。これは、人格権法的アプローチより正当化できる。つまり、単に公益目的があったとしても、人格的利益はそれを上回るからである。

7. おわりに

コンテンツの管理にあたっては、権利処理が不可欠であり、契約的アプローチとしては、MIT の OCW が準拠するクリエイティブ・コモンズのような、コンテンツにメタデータとして内在させる意思表示システムや、契約当事者

となりうる範囲を拡大することが考えられる(電子商取引におけるクリックオン契約は好例である)。

しかし、契約類型化できない権利は、侵害基準を明確にしなければ、オープン型コンテンツの流通が円滑化されない。コンテンツの自由利用は、権利保護範囲を明確にしたうえで、その枠外を保証する必要がある。

そして、その“自由”の中で、クリエイティビティが促進され、新たなコンテンツが生成されうるといふ、知的創造サイクルの好循環が生じる。

デジタルアーカイブ化、MOOC 等、一連のムーブメントの中で、発生しうる権利処理上の問題については、検証していかなければならない。

謝辞 日頃からデジタルコンテンツの知的財産管理につき示唆に富む指摘をいただいている指導教授である児玉晴男教授(総研大・放送大)に、謹んで感謝の意を表する。

参考文献

- [1] 芦部信喜(高橋和之補訂): 憲法(第5版), 岩波書店(2011).
- [2] 佐藤幸治: 日本国憲法論, 成文堂(2011).
- [3] 大家重夫: 肖像権 新版, 太田出版(2007).
- [4] 高林 龍: 標準著作権法(第2版), 有斐閣(2013).
- [5] 渋谷達紀: 著作権法, 中央経済社(2013).
- [6] 井上由里子: パブリシティの権利の再構成(筑波大学大学院企業法学専攻 10 周年現代企業法学の研究所収), pp.127-196, 信山社(2001).
- [7] 田村善之: 不正競争法概説(第2版), 有斐閣(2003).
- [8] 阿部浩二: パブリシティの権利と不当利得, 新版注釈民法(18), 谷口知平, 甲斐道太郎(編), pp.564-594, 有斐閣(1991).
- [9] 阿部浩二: 芸能プロダクションの生成とそれを巡る若干の問題, 現代知的財産法講座 4 知的財産法学の歴史的鳥瞰, 高林 龍, 三村量一, 竹林俊子(編), pp.267-289, 日本評論社(2012).
- [10] 田村善之: 法律時評 パブリシティ権侵害の要件論考察: ピンク・レディー事件最高裁判決の意義, 法律時報, Vol.84, No.4, pp.1-4(2012).
- [11] 小泉直樹: 知財判例速報 ピンク・レディー事件上告審, ジュリスト, No.1442, pp.6-7(2012).
- [12] 竹田 稔: 判例紹介 最高裁が明らかにしたパブリシティの権利: 芸能人のパブリシティ権侵害損害賠償請求事件最高裁判決, コピライト, Vol.614, pp.16-18(2012).
- [13] 宮脇正晴: 判例研究 ピンク・レディー事件 パブリシティ権の性質と侵害の判断基準件, Law & Technology, Vol.58, pp.69-78(2013).
- [14] 辰巳直彦: 判例批評 パブリシティ権と不法行為, 民商法雑誌, Vol.147, No.1, pp.38-59(2012).
- [15] 橋谷 俊: 判例研究 女性週刊誌「女性自身」に「ピンク・レディー de ダイエット」と題する特集記事を組み、ピンク・レディーの白黒写真を無断掲載した行為についてパブリシティ権侵害を否定した事例(2・完) ピンク・レディー事件(1), 知的財産法政策学研究, No.41, pp.231-276(2013).
- [16] 橋谷 俊: 判例研究 女性週刊誌「女性自身」に「ピンク・レディー de ダイエット」と題する特集記事を組み、ピンク・レディーの白黒写真を無断掲載した行為についてパブリシティ権侵害を否定した事例(2・完) ピンク・レディー事件(2・完), 知的財産法政策学研究, No.42, pp.297-340(2013).

- [17] 安東奈穂子：ピンク・レディー最高裁判決とパブリシティ権：知的財産権の周辺にある権利の動向，知財管理，Vol.63, No.3, pp.323-335 (2013).
- [18] 中島基至：人の氏名，肖像等を無断で使用する行為がいわゆるパブリシティ権を侵害するものとして不法行為法上違法となる場合 2 歌手を被写体とする写真を同人に無断で週刊誌に掲載する行為がいわゆるパブリシティ権を侵害するものではなく不法行為法上違法とはいえないとされた事例，法曹時報，Vol.65, No.5, pp.151-209 (2013).
- [19] 安東奈穂子：実演家のパブリシティ権，実演家概論，公益社団法人日本芸能実演家団体協議会実演家著作権隣接センター（CPRA）（編），pp.135-157，勁草書房（2013）.
- [20] 斉藤 博：人格権法の研究，一粒社（1979）.
- [21] 五十嵐清：人格権法概論，有斐閣（2003）.
- [22] 竹田 稔：プライバシー侵害と民事責任，判例時報社（1991）.
- [23] 升本喜郎：パブリシティの権利の侵害について，知的財産法の理論と実務第 4 巻，牧野利秋ほか（編），pp.220-233，新日本法規（2007）.
- [24] 豊田 彰：パブリシティの権利 II，日本評論社（2007）.
- [25] 牛木理一：キャラクター戦略と商品化権，発明協会（2000）.
- [26] 小林真理：文化政策の法的枠組み，文化政策学，後藤和子（編），pp.73-106，有斐閣（2001）.
- [27] 池村 聡：著作権法コンメンタル別冊平成 21 年改正解説，勁草書房（2010）.
- [28] 池村 聡，壹貫田剛：著作権法コンメンタル別冊平成 24 年改正解説，勁草書房（2013）.
- [29] 内田 貴：民法 II（第 3 版），東京大学出版会（2011）.
- [30] 経済産業省知的財産政策室（編）：逐条解説不正競争防止法平成 23・24 年改正版，有斐閣（2012）.
- [31] 新保史生：パブリシティ権の知的財産権における位置づけ，情報処理学会研究報告，EIP，[電子化知的財産・社会基盤]，pp.87-94（2008）.
- [32] 作花文雄：詳解著作権法（第 4 版），ぎょうせい（2010）.
- [33] 水谷長志（編）：MLA 連携の現状・課題・将来，勉誠出版（2010）.
- [34] 児玉晴男：オンライン講義の公開に関する知的財産権管理，情報通信学会誌，Vol.32, No.1, pp.13-23（2014）.
- [35] 児玉晴男：教育コンテンツのネット公表に伴って必要な権利処理について MIT オープンコースウェアをめぐる米国と日本の社会制度の違い，情報管理，Vol.55, No.6, pp.416-424（2012）.
- [36] 設楽隆一：パブリシティの権利，新・裁判実務大系 22 著作権関係訴訟法，牧野利秋，飯村敏明（編），pp.546-557，青林書院（2004）.
- [37] 上野達弘：パブリシティ権をめぐる課題と展望，企業社会の変容と法創造 7 知的財産法制的再構築，高林 龍（編），日本評論社（2008）.
- [38] 肖像パブリシティ権擁護監視機構（JAPRO），入手先（<http://www.japro.or.jp/index.html>）（参照 2014-6-12）.
- [39] 福森大二郎：文化財アーカイブの現場—前夜と現在，そのゆくえ，勉誠出版（2010）.
- [40] 笠羽晴夫：デジタルアーカイブ基点・手法・課題，水曜社（2010）.
- [41] 加戸守行：著作権法逐条講義（六訂新版），著作権情報センター（2013）.
- [42] 斉藤 博：氏名・肖像の商業的利用に関する権利，特許研究，No.5, pp.18-26（1993）.
- [43] 千葉邦史：「パブリシティ権」と著作者人格権の相似性，情報通信学会誌，Vol.29, No2, pp.33-43（2011）.
- [44] 大沼友紀恵：著作者人格権の文化財保護機能の考察：アメリカ連邦著作権法およびカリフォルニア州法における所有権の制限を素材として，一橋法学，Vol.11, No.3, pp.1049-1078（2012）.

- [45] 内藤 篤，田村貞之：パブリシティ権概説（第 3 版），木鐸社（2014）.



栗原 佑介（学生会員）

放送大学大学院（情報学プログラム）
修士課程 1 年，2008 年早稲田大法学
部卒業，2014 年筑波大学大学院ビジ
ネス科学研究科博士前期課程修了，修
士（法学）.