

美しさで著名な巨木の所有者が、その木を無断撮影し無許可で写真集として出版した写真家と出版社を相手に、木の所有権に基づく書籍出版の差止めと不法行為による損害賠償を請求したが、いずれの請求も棄却された事例

——「大峰高原の大かえで」の「肖像権」事件——

(東京地(二〇〇二年(ワ)一一五七号)判二〇〇二(平一四)年七月三日判時一七九三号一二八頁判夕一一〇二号一七五頁)

池田恒男

一 事案の概要

Xは、牧場経営を始めるため、その候補地として本件土地付近に目星をつけ物色していたが、一九六八年九月ようやくAと共同でその広大な土地を取得し、八四年六月にはAからその共有持分の譲渡を受けた。ところで、Xは、土地取得の為の現地調査または本件土地を牧場として整備する際に本件楓の木を発見し、以来三〇年以上にわたりその保全管理に務めてきた。本件楓の木は、その優美な姿をだんだん世間に知られるようになって

ていたが、一九九五年頃から新聞で報道され「大峰高原の大かえで」として一躍有名になり、大勢の観光客が押し寄せて根の部分の土が踏み固められたり、枝が折られたりした。特に職業の写真家は撮る写真に美しい映像を収めるために長時間にわたり本件楓に悪影響を与える行為をする傾向があった。本件楓が危機的な状況に陥っていることを知ったXは、二〇〇〇年七月、「根を踏まない。枝を折らないなど樹を大切に下さい。本件かえでに対する私有地での撮影および映像使用の権利は所有

者にあります。撮影した映像を個人が個人として楽しむ以外は撮影、使用許可を得て下さい。無断で公に使用することはできません。」と記載した看板を設置し、許可の際には本件楓の保全のために金銭的援助をするように求めることを決め、その事務を現地にいるBに委ねた。実際、看板設置後、報道マスコミ関係等が撮影するにあたってXから許可を得ている。しかし、二〇〇一年一月、Y₁はXの許可なく本件楓の木を撮影した写真を掲載した本件書籍を出版した。撮影者Y₂による本件楓の木の撮影はXに無断で多数回に及んでいたが、本件看板設置前であると認定されている。

そこでXは、本件かえでの写真を掲載した書籍を出版・販売した出版社Y₁に対して、かえでの所有権に基づき書籍の出版等の差止めを、Y₁と写真を撮影した写真家Y₂に対して、本件かえでの所有権侵害の不法行為に基づき損害賠償金の支払を求めて提訴した

Xは、本件楓のように独特の美しさ、魅力があり、その管理・成育にもそれなりの工夫と人知れぬ苦労があり、長年の努力の積み重ねの結果育てられたものについては、その所有者が、これを撮影し、写真集等としてこれを出版する行為を専有できるというべきであるから、Xは本件楓の所有権に基づく本件書籍の出版等の差止めや、本件楓の所有権侵害による不法行為に基づく損害賠償を請求できる、と主張した。

これに対して、Yらは、有体物の所有権の内容はその有体物としての排他的な支配権能に留まり、本件楓を撮影した写真集の複製、出版等を排他的に支配する権能を含まないこと、差止め請求権は、法律に明文規定がある場合にのみ認められる、と反論した。

二 判 旨

棄却。「所有権は有体物をその客体とする権利であるから、本件かえでに対する所有権の内容は、有体物としての本件かえでを排他的に支配する権能にとどまるのであって、本件かえでを撮影した写真を複製したり、複製物を掲載した書籍を出版したりする排他的権能を包含するものではない。そして第三者が本件かえでを撮影した写真を複製したり、複製物を掲載した書籍を出版、販売したとしても、有体物としての本件かえでを排他的に支配する権能を侵害したということとはできない。したがって、本件書籍を出版、販売等したことにより、原告の本件かえでに対する所有権が侵害されたということとはできない。」

三 論 評

1 本件は、自己所有地に所在し、丹精して育てた非常に優美な木の持主が、その木を無断撮影し商業出版した写真家と出版社を相手に、いわば木の「肖像権」を主張して、所有権に基づ

く差止めと不法行為による損害賠償を請求した、珍しくはあるが、所有権概念について考えさせる興味深い事件である。

本判決は、この問題に対して木で鼻を括ったような所有権の概念的説明で応答し、原告の請求をあっさりと棄却している。

しかし、一般論として言えば決して間違っていないこの教科書的判旨は、本件の事件事実が具体的な形で提起する現代的な問題を解決する規範としては焦点がずれており、その問題性を捉えることに失敗している。この判旨が念頭に置いている有体物の所有権とその物を対象とした無体の著作権との関係については後に触れる(2)が、写真の著作権(広義のものであり出版権を含む)が撮影者たる写真家や撮影者と契約した出版社に帰属し、その主体も写真撮影の対象となった木の所有者とは別個であり、この二つの権利は性質も異なれば効力の期間も異なっており、著作権者が写真対象である木の所有者のように振舞えないのと同様に、所有者が著作権を振り廻したり著作権者に成り代わったりできないことは、当然のことである。

しかし、本件での問題は、使用・収益・処分¹の絶対的・排他的な権能を有する所有権者が、その所有物の写真を撮り、不特定多数の者に頒布し、あまつさえそれによって商的利益をあげる他人の行為をコントロールする権利はないのかどうか、ということであって、所有権による有体物への物理的支配権能は当該有体存在の物理的空間内の排他的支配に止まる¹という論点は

それに応えていない。

本件のような、いわば「所有物についての肖像権」の存否が争われた過去の事例は、公刊された裁判例を見る限り多くなく、管見の限りではすでに判例誌の解説に挙げられた数例を数えるだけである。

これらの問題を扱った裁判例のうち、営業のシンボルとなっている物の他人による無断使用の問題³については、差止めも損害賠償も商標法や不当競争防止法の類推によって可能であろうし、より個人に関わる名称や肖像等の営業上や商的な利益の問題の場合にはパブリシティ権⁴についての論議の類推によって適切な解決が可能であろうから、相対的に問題は少ないと思われる。

しかし、所有権(ないしそれに由来する有体物を対象とする財産権)の作用のうち、営業権的側面でない、真正の人格権的側面に関する問題については、本件と類似の事例は、僅かに、不当濫訴の損害賠償事件における判決理由中の判断で、右の点を肯認した高知地判一九八四(昭五九)年一〇月二九日判タ五五九号二九一頁が知られているのみである。

この高知の事例は、所有者が丹精して育てた非常に優美な長尾鳥が「肖像権」問題の対象であり、本件と事件の構図が類似しているが、本件と違って対象が動産であるから、問題がより純粹に発現する。

長尾鳥はなお所有者たる飼主から自立的に動き回る動物であり、家屋のような閉鎖空間の中だけでなく、通常の飼い方であれば庭や野原などの開放空間にすることもあるから、それを対象とする写真撮影は、所有者の許可によらないでも、物理的には困難ではない場合もあるう。

しかし、これが家宝とか所有者によって門外不出とされているような主観的な貴重品、貴重な芸術あるいは工芸作品などの対象であれば、どうであろうか。このような動産を所有者による一般的禁止を潜脱して写真撮影（盗撮ということになる）に及び、それを出版などとして広く商業的に利益を挙げることを想定すれば、もはや本判旨のように「所有権は：有体物としての対象を排他的に支配する権能にとどまるのであって、対象を撮影した写真を複製したり、複製物を掲載した書籍を出版したりする排他的権能を包含するものではない。」などと涼しい顔で述べるだけで済まないことは、明らかではなからうか。

2 このように動産であれば、より純粹に問題が析出するが、本判決でも見え隠れしている所有権と著作権との対立と関連を考える上で参考となるものが、両者の関係についてのリーディングケースとされる、最二小判一九八四（昭五九）年一月二〇日民集三八卷一頁（以下、単に八四年判決という。）である。

これは、中国唐代の著名な書家の真蹟を所有する原告（貴重

な墨蹟類を多数所蔵し古美術館を経営する財団法人）が、原告が所有する以前にそれを対象とする写真乾版を譲受け、これを用いて複製物を含む書籍を印刷・発行した被告（主として書道関係の図書を出版している会社）を相手に所有権に基づき当該書籍の販売を差止め、複製部分の廃棄を請求した事案である。当該写真の著作権が保護期間を経過していたので、写真の複製権は所有権の下に復帰したというのが原告の主張であった。

八四年判決は、詳細な教科書判旨を展開し、原告の請求を棄却した原判決を維持した。その中心的な論旨は、所有権と著作権とは権利対象が有体物か無体物かで根本的に異なり、目的も作用も異なり、片や無期限であり、片や一定の保護期間を過ぎると公有に帰し、基本的には交わるところがなく、両者は混同し得ず、保護期間が経過して公有に帰した著作物は経過前の法定の制約がなくなつて誰でも使用可能となるだけで所有権者に専有されるものではないから、被告の以前の写真乾版を利用した出版行為が、原告の原物に対する所有権の権能たる使用収益権を侵害すると解することは出来ない、というにある。

この論旨だけを取り出せば、なにやら本判決の上記引用の判旨に似てくるが、八四年判決は、右に事実関係を抜き書きしたように、既に所有者から許可を得て写真撮影して製作された乾版を譲り受けた者がその乾版を利用して出版した事案で、禁止を潜して無許可で出版しているわけではなく、また、保護期間

経過後の著作物の扱いが中心的争点になった事案であるから、本判決のそれと全く違い、要するに「著作権」なる権利は、対象を著作に変換する「著作」(ここでは写真撮影)過程のArt(人為的加工)としての無体的価値を保護する、法政策上の産物であることを強調しているのである。したがって、その判旨は事案との関係で本判決のそれとは似ても似付かぬものである。

そればかりか、右に要約した判旨の展開過程で、次のような判示もある。「博物館や美術館において、著作権が現存しない著作物の観覧や写真撮影について料金を徴収し、あるいは写真撮影をするのに許可を要するとしているのは、原作品の有体物の面に対する所有権に縁由するものと解すべきであるから、右の料金の徴収等の事実、所有権が無体物の面を支配する権能までも含むものとする根拠とはなりえない。料金の徴収等の事実は、一見所有権者が無体物である著作物の複製等を許諾する権利を専有することを示しているかのようにみえるとしても、それは、所有権者が無体物である著作物を体现している有体物としての原作品を所有していることから生じる反射的效果にすぎないのである。」

八四年判決のこの部分は、その第一審判決がその判決理由の最後でより詳細に論じた次の部分に対応し、これを意識して一般論として判示したものと考えられる。「もっとも、原告が、請求の原因第4項(二)で主張しているごとき実務上の慣行

「大峰高原の大かえで」の「肖像権」事件

(「一般に博物館や美術館は、著作権により保護されている所藏品であると否とにかかわらず、…所蔵品の写真撮影や写真掲載に対する収入を重要な経費調達の手段としている」こと——引用者注)の確立を前提にすると、そのような慣行に従うことなく、所有者に無断で複製物の製作・頒布する行為は、その具体的な態様いかんによっては、所有者が複製許諾の対価として一定の経済的利益を得ることについて有する正当な利益を侵害するものとして、不法行為が成立し、損害賠償責任を負担すべき場合がないではないであろうし、所有者と所有物利用者との間で、著作物利用契約類似の合意がなされている場合に、契約当事者間において特約に基づく差止請求権を認める余地を全く否定することもできないであろう。」

これらのくだりは事案との密接な関係のない抽象的な判示であるから傍論というべきであろうが、第一審判決の判示が原告主張の「慣行」の存在を媒介として「法秩序違反↓不法行為」とするやや漠然としたものであるのに対し、その上告審である八四年判決は、その事件処理の基礎とした法思考が、有体物の写真撮影等に対する所有者の料金徴収の権利(裏から言えば写真撮影者の義務)の根拠は、許可制(すなわち同意権)を通路とする当該有体物の所有権の権能にあるとする考え方を演繹するものであることを明瞭に確認できる。なるほど、同判決は、所有物を対象とする写真撮影の料金徴収権を「反射的效果に過

ぎない」と、その所有権の権能から派生する権利性についてい
わば斜に構えたものの言い方をしているが、その内実は所有者
の自由な意思による所有物の使用収益権以外の何ものでもない。

現に、この事件の第一審判決（東京地判一九八二（昭五七）年
一月二五日判時一〇二八号三五頁）を評釈した齊藤博氏は、こ
の事件の提起した二大論点として、「著作権と所有権の関係い
かん」とともに、「博物館、美術館等の所蔵する美術作品の写
真撮影などに際して与えられる許諾やその際なされる金銭の徴
収の性格いかんという問題」を挙げ、後者については、いち早
く「それが著作権法上の権能に由来するものでないとすれば、
作品の所有権に由来するものと考えざるを得ない。…作品の所
蔵者はその有体物についての所有権者として使用収益の権能を
有し、ここに、作品の撮影などについても料金を徴収すること
ができるのである。」⁽⁶⁾とされている。

もっとも、この論説と対立する学説もある。八四年判決の論
評の中で中山信弘氏は次のように論じる。「多くの博物館では
その所蔵品につき許可制にしたり料金の徴収を行っていること
は（原告）Xの主張の通り事実であろう。しかし、それは所有権
の効果として許可を与え料金を徴収しているのであるか。も
しそうであるとするならば、およそ他人の所有物の撮影は許可
なくしてはできないことになってしまい、不都合であることは
言うまでもなからう。」「美術品の所有者は、通常その美術品を

外部から遮断した形で保管しているため、第三者は許可なくし
て合法的にその物にアクセスすることはできないため、その物
にアクセスして撮影するためには所有者の許可を必要とし、あ
るいは料金の支払いが必要となるに過ぎない。すなわち、第三
者が当該物を撮影し出版するために所有者の承諾を必要とする
のは、所有権の効果を考えるべきでなく、第三者が当該物につ
いて合法的にアクセスできないことの結果に過ぎないのである。」⁽⁷⁾

この論説は、八四年判決の右引用の判示部分が「斜に構えて
いる」と右に私が評したその論じ方を更に大きく傾けさせてい
る。しかし、この所説に対しては直ちに次の疑問が想起される。
人は何故当該対象に対して自由に、すなわち「合法的に」アク
セスできないのであろうか？ また、そこには違法にアクセス
した結果生じる当事者間の法関係が明示されていないが、出版
等の行為の差止めまで認めなければ、このような場合に権利者
に必要な保護は果たせないのでは、差止請求も可能だとする構成
を考えなければならないが、その根拠は何であらうか？

中山氏が念頭に置いておられる事例はここでは美術館である
が、美術品のような動産であれば、まさに本判決が抽象的に判
示したように、その所有権の権能の範囲は基本的にはその対象
の有体性の物理的空間内に限定される。しかし、経営体（社団
あるいは財団であることが多いであろう）としての美術館は通
常美術品の他に美術館という建物とその敷地という不動産を有

しており、その不動産所有権の作用として、通常は所有者の排他的支配が当該土地の上下に及び、他人はその敷地内・建物内に原則として許可なしに立ち入ることができない。したがって、中山説はこの場合については不動産所有権説とも名づけるべき見解だと推測されるのである。

中山氏は続いて、マラソン競技を自由に撮影・出版できる典型例として挙げられているが、氏自身が注釈して留保されるように、選手にも肖像権やパブリシティがあるから、他人が自由に撮影できるのは、實際上個人的な楽しみのために使う場合に限られており、他方、主催者から許可を受けなければ撮影できない典型とされているテレビ中継のスポーツ（種類が特定されていないが、日本ではその代表に野球を挙げる点で問題はあまい）でも、個人の楽しみのためには撮影が許されている場合が多いであろうし、禁止される場合としては、当該観戦をする場所である野球場等で所有権（あるいはその変形としての管理受託者による管理権）の発動として写真撮影を禁じている場合がその主な場合であろう。

このように考えると、中山氏が「第三者が当該物について合法的にアクセスできないことの結果に過ぎないのである」と強調される「アクセス制限」の内容は、「所有権の効果を考えるべきでなく」との注釈とは正反対に、まさに所有権あるいはその元来の思想的母体である人格権を典型例とする絶対権の権能

ないし作用だと考えるほかないのである。

3 以上のように考えると、右のように合理的に再解釈された八四年判決の傍論、言い換えれば、先に引用した齊藤氏の所説のように、「博物館、美術館等の所蔵する美術作品の写真撮影などに際して与えられる許諾やその際なされる金銭の徴収の性格」が物の所有権に由来することが確かめられる。ただ、従来の議論は、右傍論の斜の構え方に象徴されるように、所有権の権能とするのいかにもおそおそとした風情を湛えており、中には右に挙げた中山説のように明確な否定的見解まで見られる。それは何故であろうか。

それは、この種の議論が、著作権法、もっと一般化して言えば知的財産権法——これらは知的領域ないし産業領域での政策的産物であることは言うまでもないが、一定のアイデアそのものの経済的独占作用を保護するという高度に人為的な法政策の正当化のためには所有権のアナロジーないし「所有権の思想」を必要としたことも紛れのない事実であろう——の自立化された財産権としての概念論理に引っぱられ過ぎて、所有権との対抗・対立の側面のみを強調するあまりに、その思想的母体であった「所有権の思想」との関係を整理し切れない憾みがあるからではなからうか。そして、その場合の著作権法等の知的財産権の捉え方¹⁰そのものが、所有権のアプリオリの財産権性を前

提とし、「所有権」の内包外延を形態的に縛ってしまい、所有権がそもそも正当化される前提たる思想的文脈を切り離してしまっていることに由来しているように思われる。

思うに、所有権は、漢字を当てた訳語の元であったヨーロッパ語 (Property, Propriété, Eigentum) が表現するように、元来は人間が個人的に固有する身体・精神の働きの延長として捉えられた概念であり、人格的権利としてこそその対象に対する独占的支配・領有権能を正当化されて成立した権利であつた⁽¹¹⁾。そして、ますますこの原点から遠くなり人間疎外的財産権性を見せる場面——例えば、巨大金融資産に対する所有権、とりわけ投機的財産対象の所有権——が多くなってきた現代においても、またそうであればあるほど、それと対蹠的に、所有権が人格権的性質を強く帯びる局面——庶民の生存への術に不可欠な財産や家族同様に遇するペットなど所有者ないし彼や彼女が属する集団の精神生活により強く関わる「財産」に対する所有権などがその代表格であろう——も増え、富の多寡に関わりなく人間としての尊厳を支える財産に対する所有権は必然的に——要するに主体によりまた客体の種類・あり方によってより大きくより小さく——人格権的な色彩を帯びる。

所有物の撮影についていえば、先に挙げた所有権説否定論がその明白な論拠とした「他人の所有物の撮影は許可なくできる」という命題は、決して自明ではない。むしろ、物のみだりに写

真等にして公衆の目に晒されたくないという所有者がその物に對して懐く感情は、物についてのいわばプライバシー権とも言えようが、所有権概念の右のような元来のあり方からして、所有者のこうした気持は尊重され法概念内容に反映されて然るべきである。人は正当に占有する秘宝を他人によって写真に撮らせない自由、勝手に撮られた写真を出版させない権利があると考えることは、今日でも普通に通用するまっとうな感覚である。

もちろん、これは個人財産を想定した議論である。対象物が特段の社会的なものでない限り、個人所有権の人格権的性格に基づき他人が原則として所有権者の許可なしに撮影することは、所有権法の論理としては違法が推定されるべきである。ただ所有権法の論理よりも優先する法理(例えば、国民の「知る権利」を基礎とする「報道の自由」や、個人のプライバシー権に及ばさない範囲での自己の外界を「描く」・「写す」自由など)の前には、劣後し、あるいは一定の原理による調整作用の結果、一定の秩序の下に制限される、と考えるべきであり、また、個人財産であっても、町並みや町の景観を形成する建物の道路から見える外観、あるいは建物内部であっても常時他人の自由な立ち入りを受け入れている店舗の部分などは、公衆の目に晒しておりあるいは予定しているという事実性から、原則として、この人格権的所有権の論理は及ばないと考えるべきであろう。

他方、所有権者が独占する目的物の使用・収益・処分権能

には、進んで「肖像」化して販売する利用の仕方や処分などの経済的側面が含まれていると考えるべきであって、他人はこれを侵害する自由を持たない。

このように所有権の外延としてその積極的作用を考察する際には、所有権から分岐し自立化した領域としての著作権と所有権との作用重畳領域での——著作権法などの法令とすでに多くの判例・裁判例の事例の集積、多くの学問的論考によって普遍化されて整序されて来た——利益調整とその結果確立してきた秩序を考慮に入れ、それと整合させなければならないことは言うまでもない。そして、所有権の権能が調整を必要とする相手は何も知的財産権関係に止まらないことも言うまでもなからう（憲法二九条二項参照¹³）。

そうであれば、他人の所有物を撮影するのは一切構わないという野放図な原則を掲げて、「事実上のアクセス制限」によってその制限を説明する（その場合の制限や差止請求権の法的根拠がどうなるのかという疑問が生じることは上述した）よりも、所有権の性質（本稿の立場では、対象が何であれ主体が誰であれ一律に所有権を考えるという態度を放棄している）と撮影する側の自由ないし権利（例えば、後で触れる報道目的による撮影の場合）との衡量によって、ルールが形成されると考える方が格段に合理的ではあるまいか。

4 最後に以上の拙論を本件の事案との関連でコメントしたい。

（1）本件で問題となっている楓の木は、書画骨董の類と違って自然の一部であり、地盤である土地と一体の財産対象であって、風景写真などの「表現の自由」と微妙な関係に立つ。蓋し、周りの風物と一体化し、風景の一要素として溶け込んでいるものにまで、所有権の論理を振り回すのは所有者の横暴であり、本稿のいう所有権の人格権的権能が及ばない領域と考えるべきであり、そうでなくても少なくとも権利濫用と評価されよう。

また、報道写真等については、報道目的に使用される限り、その撮られる対象たる「物の肖像権」は国民の「知る権利」を背景とする報道の公益性（報道機関としては第二次的権利としてのみ認められ得るであろう）に道を譲らなければならないであろう。但し、その際、当該物の露出度、露出内容が公益性を持つ当該報道目的にとって必要充分かといった比例の原則が働かなければならないであろう。

しかし、本件楓の木は、牧場の営業用財産の一部として公開しているものでもなく、逆に所有者はある時点から本件のような特定された撮影目的には許可を得るように求めていたのであり、報道のような特段の公益目的以外に、その所有する特定の物を他から区別して取り出して、焦点化する写真の無断撮影は、したがってその書物の形での無断出版は原則として違法であると考えてよいであろう。

本件では、Yは楓の木を写真集（のおそらく一部）にして出版したのであるから、当該の木を焦点化した構図で撮影したに違いない事案であり（判例誌に不明瞭ながらその写真が掲載されている。判タ一七九頁参照）、したがって、掲影禁止等の看板が掲示されなくても、そのような写真の出版にはXの同意を要すると考えるべきであるから、Xの所有権に基づく差止め、損害賠償の請求は基本的に認められて然るべき事案ではなかったかと思われる。

(2) なお、本件では、Yの撮影時期が看板設置前であって、公衆が楓の木を鑑賞するためにその周辺に立ち入ることをXが容認していた、とされている。しかし、仮にYがX所有地に無断で立ち入りXによる禁止掲示板を見たにもかかわらず撮影したというケースを考えると、楓を定着物とする広大な土地の所有権は、もちろん動産でなく不動産のそれとして土地の上下に及ぶのであるから、その場合には他人の土地への禁止された侵入による悪意の侵害不当利得の成立も考えられてよい。

しかし、訴訟は確定したようであり、残念ながらこの事件でせっかく明確化しそうなった以上の論点を深化させることは、訴訟による争論の形では不可能となってしまうた。

註

(1) なお、かえでの木は土地の定着物であり不動産を構成す

るから、この命題も対象との関わりでは不正確の誇りを免れないことになる。これは本件の事案の内容に即した、後述する論点に連なる。

(2) 判時一七九三号一二九頁及び判タ一一〇二号一七五頁参照。

(3) 東京地判一九七七(昭五二)年三月一七日判時八六八号六四頁(広告用ガス気球の無断撮影・ポスター利用)、神戸地伊丹支判一九九一(平三)年一月二八日判時一四一二号一三六頁(営業シンボルのクルーザー写真の無断雑誌掲載)参照。これらは他人の商標の無断使用に類似している。後者は認容判決であり、前者は本文で述べたことを抽象論として肯認した上で、具体的事案では被告の過失は認められないとした。この事件は、原告にとっては被告とすべき相手を間違えた訴訟と評すべきであろう。

(4) 個人の氏名や肖像についてのパブリシティの権利について概括的に論じたものとして、谷口知平・甲斐道太郎編『新版 注釈民法(18)』五六四頁以下(阿部浩二(有斐閣、一九九一年)、最近の文献については、後掲・二〇〇二年東京高裁判決のコメント(判タ一一一四号一八八頁)を参照。わが国における裁判例については上掲書五七三〜五七七頁参照。ごく最近の事例としては、東京地判一九九八(平一〇)年一月二一日判時一六四四号一四一頁(有名ロッ

ク・グループの名称・肖像の無断掲載書籍出版—肯定例)、東京地判二〇〇〇(平一二)年二月二十九日判時一七一五号七六頁(有名サッカー選手の肖像付きの無断紹介—否定例)等が挙げられ、顕著に増加している。このほか、本件事案により類似するパブリシティの権利問題の事例として、名古屋地判二〇〇〇(平一二)年一月十九日判タ一〇七〇号二三三頁、名古屋高判二〇〇一(平一三)年三月八日判タ一〇七一号二九四頁および東京地判二〇〇一(平一三)年八月二十七日判時一七五八号三頁、東京高判二〇〇二(平一四)年九月二日判タ一一一四号一八七頁(競争馬の名称のパブリシティ権—前二者は肯定、後二者は否定)がある。これらの判決に見られるように、わが国の裁判所は、人そのものに関わるものだけでなく「その『所有』物の所有権に帰属する財産的な利益ないし権利」(右二〇〇一年名古屋高裁判決)すなわち営業的ないし商的利益に対する法的保護については、人間の尊厳や感情など本来の人格的利益の保護の課題に比べて遙かに敏感である。このような裁判所の姿勢は今日の日本社会の「通念」の反映でもあり、本稿の主題に関わる。

(5) 齊藤博「有体物の所有権と、その物の体现している無体の美術的価値自体の排他的支配の可否」特許管理三三卷一号五六頁。

「大峰高原の大かえで」の「肖像権」事件

(6) 同右五七頁。同じ事件の上告審である八四年判決を論評した同「有体物の支配と無体物の支配」昭和五八年度重要判例解説(ジュリスト臨増八一五号)二四六頁も同旨。また、半田正夫・八四年判決批評・民商九二卷三号三九〇頁も、同事件の仮定的ケースとして真蹟自体から新たに複製する場合に所有者が使用料を科すことができる根拠を「所有権行使の一場合」としている。但し、この場合は明確に動産である美術品そのものの所有権を指すことは明らかである。

(7) 以上、中山信弘・八四年判決評釈・法協一〇二卷五号一〇四八・一〇四九頁。

(8) 経営体としての美術館が建物・敷地を他人から借用していても、それが債権形態を纏う場合に周知の議論はあるが、いずれにせよ結果的に他人の所有権を援用できて同じであるから、この場合を別個の議論の対象とはしない。

(9) 但し、例に挙がっている野球の中継などは、野球場Ⅱ不動産の管理権の他、主催者の権能が付加されるから、これは撮影される直接的な対象たる選手個々人の人格権というよりも球団ないし主催者の興行権Ⅱ営業権を考えるべきであろう。この場合にはその範囲や権能につき営業権特有の問題が内在するが、いずれにせよこれらは実定法によって保護される絶対権である。

(都法四十四一) 四三三

(10) もっとも等し並みに知的財産権とは言えないのであって、例えば著作権と特許権とは非常に社会的性格が異なるが、その点はさしあたり留保しておかなければならない。

(11) 因みに、intellectual property が代表的であるが、property は「財産権」と訳すのが今風のようにであり、現在の欧米社会の用法からみてもちろん誤りではないが、それには本文で述べたような陥穽——原義がますます忘れ去られ、概念の生成発展を理解する上で、思想としての統一的把握がしにくくなる——もある。

(12) ここでいう社会性は、それ故に原則として肖像プライバシー権から除かれるべきである物の属性について言うのであるから、全ての物が商品の性質を帯びるが故に社会的な定在性を獲得する資本主義経済体制における「社会性」(川島武宜『所有権法の理論』岩波書店、一九四八年)を意味するのではなく、それ以前の用法あるいは使用態様としての社会性を指している。したがって、同じ物が所有者の使用の仕方やそれが置かれる社会的文脈によって個人的ないし私的な性質となったり、社会的な性質を帯びることがある。一般に個人の所有物は、続く本文に例示するように、置かれた空間的位置によってあるいは営業用財産として、公衆の目に常時晒されておりあるいは営業政策等の理由から予定されているものは、この文脈では社会的存在で

あるが、それ以外は一般的には個人的ないし私的な存在と考えるべきである。しかし、法人は、初めから丸ごと社会的存在であり、法政策の産物であるから、その法人の依拠すべき法令によってその財産のこの文脈における社会性の判定基準が与えられ、それぞれ法によって定まった設立目的と社会的存在態様によるであろう。と言っても、常にその財産が常に社会性を帯びることを意味しない。例えば、国や地方公共団体の財産は、法律・条例ないし法律・条例に根拠を置く管理規則等によって公衆の用に供せられない空間以外の物は、この文脈における強度の社会性を帯びようが、営利法人(つまり会社)の財産などは、当該法人の営業方針上、法人の私用とする部分(= private)として業務関係者以外を基本的に排除する場所)には、この文脈での社会性がなく、相当のものが社会性から排除されよう。宗教法人については尚更である。

(13) 但し、憲法のこれらの条文が財産権を主語としていることに注意したい。本稿が強調するもう一つの側面である人格権については、憲法解釈論としては、憲法二一条以下、とりわけ一三条の問題として論じられるであろう。しかし、本稿で議論対象とするべき問題は、それらの両性を備えた総合問題であり、またそもそも根拠条文が憲法のいずれの条文にあるかということが中心問題ではない。