

# いかなる場合にパブリシティ権は 表現の自由に優越するか

～米国における近時のビデオゲーム関連判決を参考に～



弁護士 関 真也

## 要 約

パブリシティ権は、著名人の氏名及び肖像等をコントロールするという権利の内容からして、表現の自由と交錯しやすい権利であり、多くのケースで両者の利益調整が要求される。特に難しいのは、様々な創作的要素が盛り込まれたコンテンツの中で、写実的に描いた著名人の肖像を利用した際に、パブリシティ権と表現の自由のいずれが優越するかという問題である。

米国では、この問題について、統一的な基準を示す連邦法や合衆国最高裁判決がない。そのため、各管轄区域の裁判所が独自の判断基準（大きく分けて4種類に分類される。）を採用して判断しているのが現状である。したがって、事件を審理する裁判所がどの判断基準を採用するかによって、事案が同じでも結論が変わることがある。適切なライセンスによる権利処理をするため、あるいは権利侵害を当初から回避する商品企画をするためには、自社商品に適用され得る管轄区域の判断基準を把握しておくことが有益である。

写実的な肖像を利用した最新のビデオゲーム関連判決を含め、数多くの裁判例を題材に、主な判断基準とその具体的な事案への適用方法、及びトレンドを解説する。

## 目次

- はじめに
- 問題の所在：州ごとに異なる米国のパブリシティ権
- 表現の自由との調整方法：複数の判断基準と従来の関連判決
  - 導入
  - 個別的利益衡量テスト (The Ad-Hoc Balancing Test)
  - 主要目的テスト (The Predominant Purpose Test)
  - 関連性テスト (The Relatedness Test/ Rogers Test)
  - 変容的利用テスト (The Transformative Use Test)
- 更なる錯綜：近時のビデオゲーム関連事件に見る変容的利用テストの適用方法の差異
  - 概要
  - カリフォルニア州における変容的利用テストの適用例
  - 第3巡回区及び第9巡回区における変容的利用テストの適用例
  - 小括
- 議論の整理：関連性テストと変容的利用テストの関係
- 日本法との比較考察
- おわりに

は、様々なメディアや作品において論評その他の表現の対象となり、しばしばその氏名、肖像等が利用される。したがって、パブリシティ権は、本来的に表現の自由と対立しやすい権利であり、表現の自由に適合する限度でのみ行使され得る権利といえる<sup>(2)</sup>。

米国においては、これまで多くのケースでパブリシティ権と表現の自由（合衆国憲法修正第1条）をいかに調整するかが問題となったが、合衆国最高裁判決や立法による統一的な判断基準が示されないまま、各州・各巡回区の裁判所が異なる判断基準に基づいて判断しており、混乱した状態が続いている。特に議論が錯綜しているのは、著名人等のリアルな描写を利用した作品がパブリシティ権を侵害するか否かである。近時、リアルな描写を追求し、スポーツ選手等の著名人を本人そっくりに再現したデジタルアバターを用いたビデオゲームに関して、パブリシティ権と表現の自由の優劣をいかに解決するかが争われた裁判例が立て続けに出され、注目を集めている。

リアリティを追求するビデオゲームその他のコンテンツにとっては、いずれの判断基準が採用されるかによって、その販売の可否が分かれることになり得る。ひいては、コンテンツ製造・販売会社のパブリシティ

## 1. はじめに

パブリシティ権は、人の氏名、肖像等が持つ商業的価値を、他者が無断で利用することを禁止する機能を果たす<sup>(1)</sup>。スポーツ選手やアーティストなどの著名人

権クリアランスの方針をも左右するだろう。ビデオゲームその他のコンテンツに関する米国の最新裁判例を数多く紹介し、各管轄区域で異なる判断基準を解説しその整理を試みるとともに、各事件において結論に影響した事実関係を把握することで、適切な判断をする一助となることが本稿の目的である。

## 2. 問題の所在：州ごとに異なる米国のパブリシティ権

米国においてパブリシティ権に基づく請求が認められるか否かは、まず、どの州の法律が適用されるかに大きく依存する。米国では、パブリシティ権について規定する連邦法はなく、ほとんどの州が制定法又はコモン・ロー上の権利としてパブリシティ権を認めている<sup>(3)</sup>。しかし、各州における権利内容は、統一的なものではない。Restatement (Third) of Unfair Competition<sup>(4)</sup>のアプローチを取り入れて立法した州もあれば、広告における氏名又は肖像の使用に限って保護する州もある<sup>(5)</sup>。パブリシティ権の主体は著名人に限られるのか否かも州によって異なるし、パブリシティ権の相続性も、適用される州法次第である<sup>(6)</sup>。

さらに、パブリシティ権と表現の自由との調整が問題となる事案において、米国の各裁判所が採用する判断基準が統一されていない。しかも、その差異は決して些細なものではない。適用される判断基準次第で、事案が同じでもパブリシティ権侵害の成否が変わり得るほどの差異である。この問題が当事者の予測可能性を害する大きな要因となっており、連邦議会による統一的なパブリシティ権立法を求める声が上がっている理由でもある<sup>(7)</sup>。これを次項で詳しく述べる。

## 3. 表現の自由との調整方法：複数の判断基準と従来の関連判決

### (1) 導入

パブリシティ権と表現の自由の関係について初めて判断を示した判決は、Zacchini 事件合衆国最高裁判決（「人間大砲」のパフォーマーであった Zacchini が、その意思に反してイベントでのパフォーマンス全体を撮影しニュース番組で放送したテレビ放送会社に対し、損害賠償を求めた事案）<sup>(8)</sup>である。合衆国最高裁判所は、合衆国修正第 1 条は Zacchini の同意なくパフォーマンス全体を放送したメディアを免責するものではないと判示した。この事案ではパブリシティ権が

表現の自由に優越するとしたのである。

しかしながら、Zacchini 事件合衆国最高裁判決は、パフォーマンス「全体」を無断利用したということに直接の理由とするのみで、他の同種事案に適用できるような明確な判断基準を示さなかった。このため、下級裁判所は、パブリシティ権と表現の自由を調整する様々な基準を考案し適用してきた。その主たるものが、次項から述べる個別的利益衡量テスト（the ad-hoc balancing test）、主要目的テスト（the predominant purpose test）、関連性テスト（the relatedness test/Rogers test）、及び変容的利用テスト（the transformative use test）の 4 つである。

### (2) 個別的利益衡量テスト（The Ad-Hoc Balancing Test）

個別的利益衡量テストは、当該事案における表現の自由に対する権利の重要性と、その権利を制限することによる影響を分析したうえで、その影響とパブリシティ権に対する侵害によってもたらされる影響とを比較衡量し、表現の自由とパブリシティ権のいずれの利益を優先すべきかを判断するものである。同テストは、Cardtoons 事件判決（第 10 巡回区控訴裁判所）<sup>(9)</sup>及び C.B.C. Distribution & Marketing 事件判決（第 8 巡回区控訴裁判所）<sup>(10)</sup>で採用された。

Cardtoons 事件は、表面にメジャーリーグ選手の風刺画が描かれ、裏面に当該選手に関するユーモラスなコメントが記載された Cardtoons のパロディトレーディングカードについて、選手たちのパブリシティ権と Cardtoons の表現の自由との優劣が争われた事案である。第 10 巡回区控訴裁判所は、商標法や著作権法が、修正第 1 条との関係を調整する固有のメカニズム（商標法における「混同のおそれ」、著作権法におけるフェア・ユース）を備えているのに対し、オクラホマ州のパブリシティ権制定法にはパロディに対応する規定がないことを理由に、前述のとおりパブリシティ権と表現の自由の利益を直接に比較衡量する手法を採用した。裁判所は、「著名人が社会において象徴するアイデア又は価値の弱点を明らかにする」という著名人を題材にしたパロディの表現的価値を高く評価した上で、パブリシティ権を侵害されることによるメジャーリーグ選手の経済的及び非経済的な不利益の内容及び程度を詳しく分析し、パブリシティ権を制限する影響は重大ではないとし、表現の自由が優越すると

結論付けた。

第8巡回区控訴裁判所も、C.B.C. Distribution & Marketing 事件（実在のメジャーリーグ選手の氏名やデータを組み込んだ野球ゲームが問題となった事案）で、個別的利益衡量テストを採用した。同裁判所は、同ゲームに利用された情報はパブリックドメインであり、誰でも使える情報の利用が修正第1条によって保護されないのはおかしいなどと述べ、結論としてパブリシティ権侵害による責任を否定した。

個別的利益衡量テストは、明確なルールのない直接的な利益衡量であるため、「予測不可能」なものとして批判されている<sup>(11)</sup>。

### （3） 主要目的テスト（The Predominant Purpose Test）

Tony Twist 事件<sup>(12)</sup>でミズーリ州最高裁判所によって採用された主要目的テストでは、「主として個人のアイデンティティーの商業的価値を利用する商品が販売される場合には、たとえその商品が別の状況下では『言論』と評価され得るいくらかの『表現的』内容を含むものであるとしても、その商品はパブリシティ権を侵害し、修正第1条の保護を受けない」が、「その商品の主要目的が著名人についての表現的な論評をすることである場合には、その表現的価値がより重視される」という枠組みを用いて、パブリシティ権と表現の自由の優劣を判断する。ミズーリ州以外の裁判所は、主要目的テストを採用していない<sup>(13)</sup>。

Tony Twist 事件において、NHL ホッケー選手であり、“enforcer”（敵チームの乱暴から自チームの攻撃陣を守る選手）として評価されていた原告は、原告をもとにした悪役キャラクターである Anthony “Tony Twist” Twistelli が登場するコミック本についてパブリシティ権侵害を主張した。裁判所は、被告らは原告の氏名及びアイデンティティーを営利目的で使用したが、「tough-guy “enforcers” に対する隠喩として」原告の氏名及びアイデンティティーを使用する表現的要素もあったと認定した。その上で、被告らによる原告の氏名の使用は「芸術的又は文学的表現」として機能してはならず、「主として商品売り込む戦略」になっていたと認定し、原告のパブリシティ権が表現の自由に優越すると判断した。

### （4） 関連性テスト（The Relatedness Test/Rogers Test）

関連性テストは、著名人の肖像等の使用が、作品（のタイトル）に「全く関連しない」か、又は「単に商品若しくはサービスの提供に向けた商業的な偽装広告（disguised advertisement）である」場合でない限り、表現の自由を優先させてパブリシティ権侵害としないとする判断基準である。Rogers 事件（第2巡回控訴裁判所）で初めて採用され<sup>(14)</sup>、Parks 事件（第6巡回区控訴裁判所）<sup>(15)</sup>でも採用された。

Rogers 事件において、Fred Astaire とコンビを組んだハリウッドミュージカルで知られる女優である Ginger Rogers は、被控訴人らが製作した映画の“Ginger and Fred”（Ginger Rogers と Fred Astaire を真似ることで“Ginger and Fred”として知られるようになった2人のパフォーマーを描いたフィクション映画）というタイトルが、Rogers の名前を利用することでランナム法に違反して消費者を混同させるものであり、また、Rogers のコモン・ロー上のパブリシティ権を侵害するものであると主張した。裁判所は、ランナム法に基づく主張について採用した判断基準と同様に、タイトルと作品の芸術性との関連性を問う前述の判断基準を適用し、“Ginger and Fred”というタイトルと、そのコンビ名で知られる2人を主人公とする作品内容との間に関連性があることを認め、表現の自由がパブリシティ権に優越すると判断した。

また、Parks 事件判決は、楽曲のタイトルに“Rosa Parks”という原告の氏名が利用された事案で、そのタイトルと楽曲内容の関連性を認め、パブリシティ権侵害を否定した<sup>(16)</sup>。

### （5） 変容的利用テスト（The Transformative Use Test）

変容的利用テストは、作品が、単なる著名人の肖像又は模写を超えたものに変容されたと言えるほどに、重要な創作的要素を加えるものであるか否かを基準に、表現の自由とパブリシティ権のいずれを優先すべきかを決定するものである。Comedy III 事件<sup>(17)</sup>においてカリフォルニア州最高裁判所が初めて採用した。関連性テストが商標法と関わりが深いものであるのに対し、変容的利用テストは、Campbell 事件<sup>(18)</sup>を引用して、著作権法上の理論であるフェア・ユースの第1要素（使用の目的及び性質）から、「変容的利用」



(transformative use) の概念を導入したものである。変容的利用テストの根拠は、これを満たすほど変容された作品であれば、修正第1条による保護に値する表現といえ、かつパブリシティ権によって保護される経済的利益を阻害するものでもないことにある。



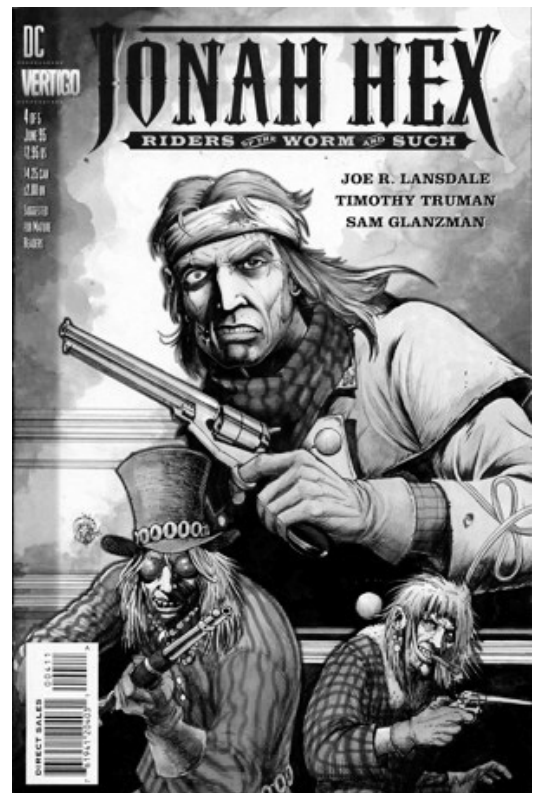
(図1 : Comedy III 事件/Gary Saderup の作品<sup>(19)</sup>)

Comedy III 事件において、コメディアングループである The Three Stooges の氏名及び肖像に係る権利の保有者は、The Three Stooges の肖像 (図1) を付した T シャツ等を販売したアーティストらに対し、カリフォルニア州制定法上のパブリシティ権を侵害すると主張した。裁判所は、作品が修正第1条による保護に値するほど十分に変容的であるか否かの判断に関し、次の5つの考慮要素を示した。

- ① 著名人の肖像が当該作品の「素材」の1つにすぎないのか、それとも著名人の描写又は模写が当該作品の要点であるのか
- ② 著名人の肖像を含む作品が、当該肖像というよりも、主として被告自身の表現となっているか否か
- ③ 写實的又は模写的な要素と創作的要素のいずれが、当該作品を占める主要な要素となっているか (質ではなく量的な観点で判断する。優れた技能によるものであっても、著名人の写實的な描写はパブリシティ権侵害となり得る)
- ④ 当該作品の市場性及び商品価値が、主として、描写された著名人の名声から生じるものであるか、それともアーティストの創造性、技能、及び評価から生じるものであるか
- ⑤ アーティストの技能及び才能が、著名人の名声を商業的に利用するために著名人の独創性のない描写を作成するという全体的な目的に明らかに従属するものであるか否か

カリフォルニア州最高裁判所は、The Three Stooges の描写が、十分な独創的表現の付加がない写實的なものであり、当該作品の価値は The Three Stooges の名声から生じるものであるなどと認定し、変容的とは言えないと判断した。

その後も、カリフォルニア州最高裁判所が再度 Winter 事件<sup>(20)</sup>で、また第6巡回区控訴裁判所も ETW Corp. 事件<sup>(21)</sup>で、変容的利用テストを採用した。Winter 事件は、著名人の肖像からヒントを得た空想的・パロディ的なキャラクターが問題となった事案であり、肖像の写實的な描写が問題となった Comedy III 事件とは対極に位置する事案である。Winter 事件において、ミュージシャンであった Winter 兄弟 (Johnny and Edger Winter) は、コミック本で悪役の半虫人間として描かれた “brothers Johnny and Edgar Autumn” (図2の下部に小さく描かれた2人のキャラクター) について、そのキャラクター名や Winter 兄弟と同じ長い白髪などの特徴が共通していることを指摘し、パブリシティ権侵害を主張した。



(図2 : Winter 事件/DC Comics のコミック本<sup>(22)</sup>)



(図3：ETW Corp. 事件/Rick Rush の“The Masters of Augusta”<sup>(23)</sup>)

裁判所は、当該キャラクターが Winter 兄弟を写實的に描いたものではなく、Winter 兄弟は当該コミック本を形作る素材の一部にすぎなかったこと、非常に表現的なストーリーの中のキャラクターとして、風刺・パロディを目的に、変形して利用されていることから、変容的利用であると認めてパブリシティ権侵害を否定した。

ETW Corp. 事件は、問題となった Rick Rush の絵画が、プロゴルファーの Tiger Woods を写實的に描いた作品(図3)であるにもかかわらず変容的利用と認められ、パブリシティ権侵害が否定された事案である<sup>(24)</sup>。ETW Corp. 事件において、第6巡回区控訴裁判所は、Comedy III 事件の作品(図1)と異なり、Rick Rush の作品は Tiger Woods を含めた複数の要素(オーガスタ・ナショナル・ゴルフクラブのクラブハウス、リーダーボード、Tiger Woods のキャディ、6人の過去のマスターズ優勝者等)から成るコラージュ作品であり、それらの要素の組み合わせによって、スポーツにおける歴史的な出来事を芸術的に表現するとともに、Tiger Woods の功績についてのメッセージを伝えているから、当該作品は全体として相当な変容的要素を備えているとし、修正第1条がパブリシティ権に優越すると判断した。

#### 4. 更なる錯綜：近時のビデオゲーム関連事件に見る変容的利用テストの適用方法の差異

##### (1) 概要

前述3.のとおり、米国では、パブリシティ権と表現の自由の調整に関し、管轄区域ごとに裁判所が異なる判断基準を採用しているのが現状である。そのうち、作品のタイトルに著名人のアイデンティティーを利用

したケースではなく、作品の内容自体に著名人の肖像等を利用した事案にあっては、変容的利用テストを採用した判決が多く、最近のトレンドといえる。

しかし、ひとくちに変容的利用テストと言っても、その適用方法は裁判所によって異なる場合がある。前述3.(5)で触れた3件の裁判例からすると、大まかに言えば、変容的利用テストのもとでは、写實的に描いた著名人の肖像のみから成る作品は、変容性がなく、パブリシティ権侵害とされやすい一方の極である(図1：Comedy III 事件)。他方の極は、パロディのような表現的要素が付加された作品であり、そのような作品は変容性があるものとして表現の自由が優越し、パブリシティ権侵害が否定されやすい(図2：Winter 事件)。その中間に位置するものとして、描かれた著名人の肖像は写實的であるが、作品中に当該肖像以外の要素が含まれる場合がある(図3：ETW Corp. 事件)。この中間的なケースの一例である ETW Corp. 事件によれば、肖像それ自体に限って見れば写實的であるため変容性が認め難いとしても、作品全体として変容性があると認められる場合には、パブリシティ権侵害が否定されることになりそうである。

ところが、かかる全体的な観察手法は絶対的なものではなかった。近時、ゲームソフトの中で著名人の写實的な肖像を利用したケースについて変容的利用テストを採用した裁判例が複数出されたが、作品中のどの部分に変容性を求めるかという点で、同テストの適用方法に差異が生じている。すなわち、作品全体としての変容性の有無に着目する全体観察的な変容的利用テストを採用する裁判例がある一方で、いくつかの裁判例では、作品全体としての変容性ではなく、作品中に利用された肖像それ自体に変容性があるか否かを重視する、いわば限定観察的な変容的利用テストが採用された。写實的な肖像利用の場合、前者の適用方法を採用するとパブリシティ権侵害が否定される余地が大きくなる。しかし、後者の適用方法を採用すると、肖像それ自体が写實的で変容性に乏しい以上、表現の自由が優越しにくくなり、パブリシティ権侵害が肯定されやすくなる。次項より、管轄区域ごとに、変容的利用テストを適用したビデオゲーム関連裁判例を概観する。



## (2) カリフォルニア州における変容的利用テストの適用例

### ア Kirby 事件<sup>(25)</sup>

はじめに参考になるのが、2006年のKirby事件カリフォルニア州控訴裁判所判決である。Kirby事件において、“ooh la la”や“dee-lish”といったキャッチフレーズで知られる歌手Lady Kierは、顔や体格の特徴、服装において類似点があり、Kierと共通するキャッチフレーズを使い、また“ooh la la”というフレーズに音的に近い“Ulala”という名前のキャラクターが登場するビデオゲームについて、パブリシティ権侵害を主張した。しかし、裁判所は、極端に背が高く細身のUlalaの体格やダンスの動きがKier本人と異なることなどに加え、25世紀の宇宙時代のレポーターというKier本人とは異なるUlalaのゲーム上の設定を考慮に入れ、UlalaはKirbyの単なる模写ではなく、新たな創作的要素が加えられているとして変容性ありと認めた。

キャラクターが著名人の肖像の写実的利用とまでは言えなかったことに加えて、ゲーム全体の設定・世界観がUlalaをKierとは全く別の新しいキャラクターに変えたのである。肖像自体以外の創作的要素が肖像利用の性質にも影響を与えたということができ、管轄区域は異なるがETW Corp.事件の全体観察的な変容的利用テストに近いものといえよう。

### イ No Doubt 事件<sup>(26)</sup>

次に、カリフォルニア州控訴裁判所は、2011年のNo Doubt事件で再度、変容的利用テストを適用した。No Doubt事件において問題となったActivisionのビデオゲーム“Band Hero”は、プレイヤーが人気曲に合わせてロックバンドと一緒に演奏することを模擬体験できるゲームであった。同ゲームに登場するポップグループNo Doubtのメンバーは、同ゲーム中でNo Doubtが他のアーティストの楽曲を演奏でき、あるいはNo Doubtの各メンバーがソロで歌唱できるなど、No Doubtのメンバーのアバターを使用することを認めるライセンス契約の範囲を逸脱した肖像利用がなされているとして、パブリシティ権侵害を理由に訴えを提起した。同ゲーム中のアバターは、モーションキャプチャー技術を用いてNo Doubtのメンバーの肖像、動き、及び音声を正確に再現したものであり、かつ、プレイヤーがアバターを全く変更できないように設定

されていた。

裁判所は、「著名人の写実的な描写が置かれた脈絡(“context”)が、『新たな表現、意味、又はメッセージによって当初の肖像を変更するような、新たな目的又は異なる性質を持つ新しいもの』を創作したと言えるときには、その描写は、修正第1条によって保護される」と述べ、たとえ写実的な再現であっても変容性を持ち得ることを確認した。

しかし、裁判所は、当該ゲームにおいて、No Doubtが宇宙空間などの空想的な場を含めた独創的、創造的な要素に囲まれ、かつ実際には決して演奏しないであろう楽曲を演奏しているというActivisionの主張を受け入れず、そのような脈絡を踏まえても、No Doubtの写実的な肖像の利用は修正第1条で保護されないと判断した。No Doubtのアバターは、当該ゲームにおいて、No Doubtが名声を勝ち得ている所以たる行為そのものであるロックソングの演奏を、当該バンドメンバーの正確な再現として行うのであり、そのことはゲーム中で他に何が起これようとも影響を受けない。このことから、No Doubtのアバター以外の創作的要素は、実際のNo Doubtのメンバーが著名人として行う行為そのままの描写であるということ以外の何らの要素も当該アバターに加えるものではない。さらに、裁判所は、Activisionの目的が、No Doubtの名声を利用してファンの購買意欲を促すことにあったとし、ゲームの創作的要素は「著名人の名声を商業的に利用するために著名人の独創性のない描写を作成するという全体的な目的に明らかに従属する」ものであったと述べた(前述3.(5)中の⑤の考慮要素)。

ゲームの設定・世界観その他の「脈絡」の中で著名人本人とは異なる役割・職業が与えられ、全く新しいキャラクターとして認識されたUlalaとは異なり、ゲームの設定・世界観の中でも、No Doubtのメンバーはその本人以外の何者でもなかったため、反対の結論に達したのである。

### ウ Noriega 事件<sup>(27)</sup>

さらに、2014年にカリフォルニア州ロサンゼルス郡上級裁判所がしたNoriega事件判決がある。問題となったActivisionのビデオゲーム“Call of Duty: Black Ops II”は、冷戦下や2025年というフィクションの設定の中で、プレイヤーが歩兵の役割を担うシューティングゲームであり、その一部にパナマの元

将軍・独裁者であった Manuel Noriega が登場するものであった（図4）。ゲーム中の Noriega は、他の歴史上の人物を含む 45 人以上のキャラクターのうちの 1 人であり、2つのミッションで数分間だけ登場するキャラクターであった。



（図4：Manuel Noriega 本人（左）とゲーム中の Noriega（右）<sup>(28)</sup>）

裁判所は、Noriega のアバターを作成するために用いられた公表された写真は、当該ゲームの数多い「素材」の一部にすぎず、複雑で多面的なゲームは、Noriega の肖像を僅かに使用した被告ら自身の表現であると述べ、当該ゲーム全体としての変容性を認め、パブリシティ権侵害を否定した。変容的利用テストにおいて作品全体の変容性を問うべきか、それとも肖像のみの変容性を問うべきかについて、裁判所は、判決の脚注4で、変容的利用テストの適用において当該作品の全体を考慮するべきではないとした Keller 事件（後述）は当該判決部分の限りで Noriega 事件の裁判所が依拠すべきカリフォルニア州の先例に抵触すると指摘している。この指摘から、Noriega 事件判決が全体観察的な変容的利用テストを採用していることは明らかであろう。

### （3）第3巡回区及び第9巡回区における変容的利用テストの適用例

#### ア Hart 事件<sup>(29)</sup>

第3巡回区控訴裁判所及び第9巡回区控訴裁判所は、2013年から2014年にかけて、アメリカンフットボール選手の肖像を利用した Electronic Arts のビデオゲームシリーズ“NCAA Football”に関する事件について、立て続けに変容的利用テストを採用した判決をした。

第3巡回区控訴裁判所の Hart 事件判決は、Rutgers 大学のクォーターバックであった Ryan Hart が、その肖像や背番号、身長・体重、遠投力等の数値に加え、

ホームタウン、所属チーム、クラスイヤーその他の詳細事項（氏名は利用されなかった。）を無断でゲームソフトに利用されたとしてパブリシティ権侵害を主張した事案である。

裁判所は、Hart のアバターが、髪の色、ヘアスタイル及び肌の色から Hart が試合中に身につけるアクセサリに至るまで、Hart 本人に酷似していたこと、並びに身長等の生体情報や経歴も正確に一致していたことから、その使用は修正第1条によって保護されるものではないと判示した。その上で、当該アバターが、実際の Hart 本人と同じく、競技場を含め実際と同じ環境で大学フットボールをプレイするものとされていたことから、本人のアバター以外の創作的要素は Hart の肖像の使用が変容的か否かという問題とは関係がないとした。変容性の判断にあたり、Hart の肖像それ自体に重点を置いたのである<sup>(30)(31)</sup>。

#### イ Keller 事件<sup>(32)</sup>

Keller 事件は、Hart 事件とほぼ同じ事実関係に基づき、第9巡回区控訴裁判所で争われた事件である。元アリゾナ州立大学のクォーターバックであった Samuel Keller は、Hart 事件と同じゲームシリーズにおけるアリゾナ州立大学のクォーターバックが、背番号、身長、体重、肌の色、髪の色、ヘアスタイル、プレイスタイル（ポケット・パサー）、サンバイザー、顔の特徴、及びスクールイヤーが Keller 本人と同じだったことから、パブリシティ権侵害を主張した（図5）。

裁判所は、Hart 事件と同様に肖像の使用それ自体に重点を置き、Keller のアバターが本人を再現したものであり、フットボールという本人と同じ行為をしていることから、Keller の肖像の使用は大きな変容的要素を含んでいないと判示した。

これに対して、Keller 事件判決の反対意見は、Hart 事件の反対意見と同様に、ゲーム全体としての変容性を検討して、Keller のアバターは変容的であったと結論付けた。すなわち、反対意見は、プレイヤーが選手やチームを作成して指導するなどのロールプレイング的側面と、アバターの特徴を変更することができるという当該ゲームの機能を挙げ、Keller のアバターはゲーム中の数多くの創作的かつ変容的な要素の1つにすぎないと考えた。



(図5：Keller事件/Samuel Keller 本人(左)とゲーム中のKeller(右)<sup>(33)</sup>)

#### ウ Davis 事件<sup>(34)</sup>

さらに第9巡回区控訴裁判所が2015年に出した判決が、Davis 事件判決である。元NFLのフットボール選手であったMichael Davisらは、ポジション、NFLでのプレイ年数、身長、体重、肌の色、及び能力レベルを、ビデオゲームシリーズ“Madden NFL”に利用されたとして、パブリシティ権侵害を理由にゲーム会社であるElectronic Artsに対し訴えを提起した。同社は、現役NFL選手についてはライセンスを得ていたものの、現役を退いた選手たちについてライセンスを得ていなかった。

変容的利用テストの適用につき、裁判所はやはり、Hart 事件及びKeller 事件と同様に、Davisらのアバターが本人の特徴を再現したものであり、かつ、NFLチームでのフットボールのプレイという本人らが実際に行っていたのと同じ行為をゲーム上で操作できるにすぎないことから、変容性を認めず、パブリシティ権侵害を認めた。ゲーム会社は、Keller 判決は作品全体としてではなく個別のアバターの変容性を問題とした点で誤りがあると主張したが、第9巡回区控訴裁判所は、事実関係が実質的に共通しているKeller 事件判決に拘束されることを理由にこれを排斥した。同裁判所が、肖像の利用自体に重点を置いた限定観察的な変容的利用テストを採用していることを明らかにするものといえよう<sup>(35)</sup>。

#### (4) 小括

以上のとおり、変容的利用テストを採用する裁判所の中でも、カリフォルニア州の裁判所は作品全体としての変容性を問う全体観察的な手法をとり、第3巡回区及び第9巡回区の裁判所は肖像それ自体に重点を置いて変容性を問う限定観察的な手法をとっている。そ

の結果、特にリアリティを追求して写実的な肖像利用をしたコンテンツの事案は、カリフォルニア州の裁判所で審理されるときは表現の自由が優越して侵害が否定されやすい傾向にあり、逆に第3巡回区及び第9巡回区の裁判所で審理されるときは侵害が認められやすい傾向にあるといえる<sup>(36)</sup>。

さらに、他の判断基準を採用している裁判所も合わせれば、第8巡回区及び第10巡回区の裁判所は個別的利益衡量テストを採用し(C.B.C. Distribution & Marketing 事件, Cartoons 事件)、ミズーリ州の裁判所は主要目的テストを採用し(Tony Twist 事件)、第2巡回区及び第6巡回区の裁判所は関連性テストを採用しており(Rogers 事件, Parks 事件<sup>(37)</sup>)、問題は一層複雑化する。

このように、ビデオゲームなどのコンテンツにおける肖像の利用がパブリシティ権侵害となるか否かは、それを審理する裁判所ごとに非常に不統一な状況にある。

### 5. 議論の整理：関連性テストと変容的利用テストの関係

前述4.の状況から、合衆国最高裁判決や立法によって統一的な基準が示されるまでは、ゲームなどのコンテンツ会社としては、自社の商品に適用される州法と、紛争になった場合の管轄裁判所を想定しつつ、商品開発や権利クリアランスを検討することが有益である<sup>(38)</sup>。中でも、現状において見通しが難しいのは、第2巡回区の裁判所で審理される場合であろう。というのも、第2巡回区控訴裁判所はRogers 事件において関連性テストを採用した裁判所であるが、同テストが主に作品のタイトルに著名人の氏名を利用した事案に適用されており、かつHart 事件及びKeller 事件といった近時の裁判例で批判されていることから、特に作品の内容において著名人の肖像等を利用する事案において、第2巡回区控訴裁判所が今後も関連性テストを採用するか変容的利用テストを採用するのかは、未確定な状況にあると思われるからである。

関連性テストと変容的利用テストの関係については、次のように考えられる。すなわち、両テストは、いずれか一方が絶対的に正しいという関係にはなく、肖像利用の目的や肖像の利用又は制限に起因する不利益の内容・性質に応じて両テストを使い分けるのが適切である。具体的には、創作的表現として肖像を利用



している場面では変容的利用テストを適用すべきであり、他の商品又はサービスの販売促進という商業的利益のために肖像を利用している場面では関連性テストを適用するのが適切である。

前述のとおり、変容的利用テストは著作権法のフェア・ユースに起源を持ち、自己の肖像等の経済的価値をコントロールするというパブリシティ権者の利益と、他人の肖像を題材にした新たな創作的表現を保護する表現の自由の利益とを比較衡量するものである。これに対し、関連性テストは商標法に由来し、著名人の氏名又は肖像等が付されることにより、著名人が商品を推薦ないし保証しているとの誤認を与えること（虚偽保証/“false endorsement”）<sup>(39)</sup>を防止するという、消費者保護の公益目的が背景にあるとされており、肖像の利用が作品に全く関連しない場合か又は偽装広告である場合でない限りパブリシティ権侵害を認めないという（前述 3.(4)参照）、表現の自由の保護に重点を置いた判断基準である。このように、両テストでは、肖像の利用を保護あるいは制限すべき理由が異なるから、肖像をもとにした創作的表現の保護が問題となる事案では変容的利用テストを、虚偽保証からの消費者保護が問題となる事案では関連性テストを、それぞれ使い分けることができる。実際に、コンテンツの内容にフットボール選手の肖像を利用したビデオゲームについてランナム法違反が問題となった事件<sup>(40)</sup>では、変容的利用テストではなく関連性テストが適用された上に、判決の脚注2において、その控訴がランナム法に基づく請求にのみ係るものであったことを強調し、パブリシティ権に基づく請求があった場合には異なる分析をしたであろうことが示唆されている<sup>(41)</sup>。そうだとすると、第2巡回区控訴裁判所も、作品の内容に肖像等が利用され、肖像をもとにした創作的表現の保護が問題とされた場合には、関連性テストに代えて変容的利用テストを採用する可能性があると考えられる。

また、パブリシティ権に基づいて表現的作品への著名人の肖像の利用を制限することは、表現の内容に着目した制限であるから<sup>(42)</sup>、合衆国憲法のもとでは“strict scrutiny”という厳格な枠組み（目的がやむにやまれぬ公共利益（“compelling government interest”）にあり、かつ手段がその公共利益のみを達成するように厳密に調整されている（“narrowly tailored”）場合にのみ適法とする審査基準）で適法性が

審査されるべきという観点からの検討もある<sup>(43)</sup>。このような表現の自由の重要性と審査基準との適合性を強調する観点からは、より適切なのは、公益目的のための厳格基準である関連性テストであるという意見がある<sup>(44)</sup>。変容的利用テストも、パブリシティ権の価値が、労力や資本をかけて作り上げた著名人の肖像の経済的価値を保護することで著名人による創作的表現を奨励するという公共利益にあるとすれば<sup>(45)</sup>、全体観察的な変容的利用テストにより表現の自由を広く保護する形で適用する限りは“strict scrutiny”の枠組みで機能し得るのかもしれないが、少なくとも肖像のみに着目して変容性を評価する手法をとった場合には、表現の自由に対する制約が大きすぎると理解されると思われる<sup>(46)</sup>。変容的利用テストは、パブリシティ権と表現の自由の利益を、柔軟性のある枠組みの中で最もうまくバランスをとることができる基準として、多くの裁判所で用いられている。

第2巡回区控訴裁判所、合衆国最高裁判所の動向を注視する必要がある。

## 6. 日本法との比較考察

次に、日本のパブリシティ権と表現の自由の関係について少し比較考察してみたい。

ピンク・レディー事件最高裁判決は、「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。」として、表現の自由との調整の必要性を確認したうえで、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、パブリシティ権侵害になると判示した。同判決は、いわゆる「専ら」基準を採用し、同説において侵害が成立する典型的な三類型を掲げるものであるとされる<sup>(47)</sup>。

「専ら」とあるが、同判決の補足意見によれば、「この文言を過度に厳密に解することは相当でなく、顧客吸引力の利用以外の目的との併存を認めている。このことからすると、「専ら」基準は、米国の各判断基準のうち主要目的テスト（前述 3.(3)）に最も近いといえよう。しかし、主要目的テストにおいては表現的な論

評が主要目的であるときに初めて表現の自由が優越するのに対し、「専ら」基準では、原則として表現の自由が優越し、顧客吸引力の利用が「専ら」の目的である場合に限りパブリシティ権侵害を認めるという点で、主要目的テストよりも表現の自由に重きを置いた基準であるといえる。“false endorsement”の問題をパブリシティ権のカテゴリーで処理しておらず<sup>(48)</sup>、また transformative use の概念を含めた米国著作権法上のフェア・ユースに相当する理論を持たない日本法のもとでは、関連性テスト及び変容的利用テストをパブリシティ権に導入する基盤がないから、これら米国のトレンドとは異なる基準を採用するのは自然なことであろう。

「専ら」基準の問題点は、表現の要素がどれくらいあれば、「専ら・・・顧客吸引力の利用を目的とする」といえないかが不明確な点である。たとえばビデオゲームのケースでは、3つのタイプのうち前記②の類型に当たることは分かりやすいが、だからといって常にパブリシティ権侵害とされるわけではないだろう。いくつもの創作的要素が組み合わさったビデオゲームの中で著名人の肖像が利用された場合に、いかにして肖像利用の目的を判断するのか、客観的な判断方法が必要となる<sup>(49)</sup>。最高裁判所調査官解説では、肖像が付される「人物が多数に及ぶ場合には、『差別化』といえるか否かが問題となる場面が生ずると思われる。」という問題意識が挙げられているが、現状ではこれに対する客観的な判断手法は提示されていない<sup>(50)</sup>。また、創作的作品中の表現の内容とその目的を的確に理解して、作品に占める「目的」としての重要性を判断することの困難性も難点に挙げられるだろう<sup>(51)</sup>。この点、質ではなく量的な観点から作品を占める主要な要素が写実的要素と創作的要素のいずれかを判断することとするなど（前述3.(5)中の考慮要素③）、判断の客観性を高めようとしている変容的利用テストの考え方は参考になる。

## 7. おわりに

本稿では、写実的な肖像をビデオゲームなどのコンテンツに利用したケースにおけるパブリシティ権と表現の自由の調整方法を中心に論じた。パロディの問題と異なり、描写された肖像自体の表現的要素が少ない中で、表現の自由を如何に、どの程度保護すべきかという問いが、この問題の本質であり、難しいところ

であると思う。日本のコンテンツを安心して米国に展開するためには、合衆国最高裁判所の統一的判決や立法による解決が最も望ましいが、それまでの間、本稿が海外展開の際の手助けとなれば幸いである。

## 注

- (1)日本におけるパブリシティ権の定義について、ピンク・レディー事件最高裁判決（最判平成24年2月2日民集66巻2号89頁・判時1549号1頁・判タ1367号97頁）。米国におけるパブリシティ権について、Restatement (Third) of Unfair Competition §46 (1995).
- (2)Harvard Law Review Association, *First Amendment Right of Publicity - Ninth Circuit Rejects First Amendment Defense to Right-of-Publicity Claim. - In re NCAA Student-Athlete Name & Likeness Licensing Litigation*, 724 F.3d 1268 (9<sup>th</sup> Cir. 2013), 127 Harv. L. Rev. 1212 (2014).
- (3)J. Thomas McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy* §6:1 (2d ed. 2013); William K. Smith, *Saving Face: Adopting a Right of Publicity to Protect North Carolinians in an Increasingly Digital World.*, 92 N.C.L. Rev. 2065, 2108-16 (2014). 後者は、Table I. で各州におけるパブリシティ権の保護状況を整理しており、参考になる。
- (4)Restatement は、全米法律協会が、米国法としての統一性を保つために、判例法を「再記述」という手法で編集された権威あるソースであるが、法律ではなく、裁判所に対する拘束力もない（大日方信春「パブリシティ権と表現の自由」熊本法学127号55頁、81-82頁（2013年））。
- (5)Alex Wyman, *Defining The Modern Right of Publicity*, 15 Tex. Rev. Ent. & Sports L. 167, 168-69 (2014).
- (6)前掲注5 Wyman 169-71頁; 前掲注3 Smith 2108-16頁
- (7)See, e.g., Kyle D. Simcox, *Selling Your Soul at the Crossroads: The Need for a Harmonized Standard Limiting the Publicity Rights of Professional Athletes*, 63 DePaul L. Rev. 87 (2013); Jeremy A. Wale, *Adequate Protection of Professional Athlete's Publicity Rights: A Federal Statute is the Only Answer*, 11 T.M. Cooley J. Prac. & Clinical L. 245 (2009).
- (8)*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).
- (9)*Cardtoons, L.C. v. Major League Baseball Players Ass'n*, 95 F.3d 959 (10<sup>th</sup> Cir. 1996).
- (10)*C.B.C. Distribution & Marketing, Inc. v. Major League Baseball Advanced Media, L.P.*, 505 F.3d 818 (8<sup>th</sup> Cir. 2007).
- (11)前掲注3 McCarthy §8:23; Roberta Rosenthal Kwall, *A Perspective on Human Dignity, the First Amendment, and the Right of Publicity, the First Amendment, and the Right of Publicity*, 50 B.C.L. Rev. 1345, 1362-63 (2009).
- (12)*Doe v. TCI Cablevision*, 110 S.W.3d 363 (Mo. 2003).
- (13)Mark S. Lee, *OTHER PEOPLE'S PERSONAS: Three*

- Recent Decisions Balance the Right of Publicity Against the First Amendment Right of a Video Game Maker*, 37-MAY L.A. Law. 36, 38 (2014).
- (14) *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994, 1004 (2d Cir. 1989). 事件名に由来して、一般に“Rogers Test”と呼ばれることが多い。
- (15) *Parks v. LaFace Records*, 329 F.3d 437 (6<sup>th</sup> Cir. 2003).
- (16) もっとも、Parks 事件判決の後1か月足らずのうちに、第6巡回区控訴裁判所が後掲注21のETW Corp. 事件で関連性テストの適用を否定したため、Parks 事件判決が同テストを採用したことに関する先例性には疑問が呈されている(後掲注29のHart 事件判決)。
- (17) *Comedy III Prods., Inc. v. Gary Saderup, Inc.*, 21 P.3d 797, 808-09 (Cal. 2001).
- (18) *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).
- (19) Comedy III 事件カリフォルニア州最高裁判決の APPENDIX より
- (20) *Winter v. DC Comics*, 69 P.3d 473 (Cal. 2003).
- (21) *ETW Corp. v. Jireh Publishing Inc.*, 332 F.3d 915 (6<sup>th</sup> Cir. 2003).
- (22) <http://www.printmag.com/interviews/winter-bros-v-dc-comics/>より(参照日:2015年1月11日)
- (23) [http://rickrushart.com/index.php?main\\_page=product\\_info&cPath=43\\_45&products\\_id=36](http://rickrushart.com/index.php?main_page=product_info&cPath=43_45&products_id=36)より(参照日:2015年1月11日)
- (24) ETW Corp. 事件第6巡回区控訴裁判所判決は、個別的利益衡量テストに変容的利用テストを組み合わせた判断基準を採用したものである。
- (25) *Kirby v. Sega of America, Inc.*, 50 Cal. Rptr. 3d 607 (Ct. App. 2006).
- (26) *No Doubt v. Activision Publ'g, Inc.*, 122 Cal. Rptr. 3d 397 (Ct. App. 2011).
- (27) *Noriega v. Activision Blizzard, Inc.*, BC 551747 (Cal. Super. Ct., L.A. 2014).
- (28) <http://www.gamespark.jp/article/2014/07/16/50100.html> (参照日:2015年1月11日)
- (29) *Hart v. Elec. Arts, Inc.*, 717 F.3d 141 (3d Cir. 2013).
- (30) Kyle D. Simcox, *Selling Your Soul at the Crossroads: The Need for a Harmonized Standard Limiting the Publicity Rights of Professional Athletes*, 63 DePaul L. Rev. 87, 96-97 (2013).
- (31) 加えて、Hart 事件判決は、No Doubt 事件のアバターとは異なり、Hart のアバターに変更を加えることができる機能があったことを理由に、変容性が認められるか否かを検討した。裁判所は、デフォルト設定された選手たちによく似たアバターがゲームの核心であること(リアルさによって自チームのファンやライバルチームのファンに訴求していること)を重視し、変容性を認めなかった。
- (32) *Keller v. Elec. Arts Inc. (In re NCAA Student-Athlete Name & Likeness Licensing Litig.)*, 724 F.3d 1268 (9<sup>th</sup> Cir. 2013).
- (33) <http://latimesblogs.latimes.com/entertainmentnewsbuzz/2010/02/judge-denies-ea-ncaa-claim-to-dismiss-lawsuit-.html> より(参照日:2015年1月11日)
- (34) *Davis v. Electronic Arts Inc.*, No. 12-15737 (9<sup>th</sup> Cir. 2015).
- (35) Davis 事件においてゲーム会社は、変容的利用の抗弁のほかに、“the public interest defense”(公益に関わる事項の公表については訴因が生じないとする抗弁)、及び“the incidental use defense”(付随的利用の抗弁)を主張したが、いずれも認められなかった。裁判所は、“the public interest defense”は出版又は報道のみに適用されることを理由に、同抗弁を排斥した。また、“the incidental use defense”(カリフォルニア州の裁判所においてパブリシティ権の事案で採用されたことはなかったとしながら、両当事者がカリフォルニア州法において同抗弁が存在することに賛同したことから、同抗弁が存在するとの前提の上で判断をした。)については、(1)当該使用が、被告に商業的利益をもたらす独自の質又は価値を備えているものであるか、(2)当該使用が重大なものを付加するものであるか、(3)原告への言及と作品の目的及び対象との間の関係、及び(4)公表のその他の部分と比較した、氏名又は肖像の期間、重要性、又は頻度等の要素を考慮して判断するとの基準を示した上で、結論として抗弁を排斥した。
- (36) 限定観察的な変容的利用テストも、肖像以外の要素を全く考慮しないとしているわけではなく、肖像の利用の性質に影響を及ぼし得るという意味で関連性のある創作的要素に限定して、変容性の考慮に取り入れているという理解も可能であると思われる。もっとも、全体観察的な変容的利用テストが、Keller 事件の反対意見が挙げたような、問題となっている肖像と直接に関連性のないものを含めて作品の全ての要素を広く考慮に入れるとすれば、やはりその判断手法の違いが結論に与える影響は極めて大きいといえる。
- (37) ただし、前掲注16を参照。ETW Corp. 事件は、個別的利益衡量テストと変容的利用テストを組み合わせた判断基準を用いたことから、第6巡回区の裁判所は、今後、関連性テストに代えてETW Corp. 事件判決に倣う可能性もある。
- (38) もっとも、パブリシティ権に関する紛争にどの州の法が適用されるかという問題も、各州の抵触法に関するルールによって様々であり、訴えられる側が事前に正確に予測することは困難な場合があると思われる。一般的に言えば、生存中の著名人のパブリシティ権が問題となる事案では、訴えが提起された裁判所の属する州の法(the law of the forum)、侵害地の属する州の法(the law of the place of infringement)、原告(著名人)の住所が属する州の法(the law of the place of plaintiff's domicile)が候補とされることがあり、死者のパブリシティ権が問題となる事案では、死亡時の住所が属する州の法(the law of the domicile at the time of death)が適用されることが多い。パブリシティ権に関する紛争に適用される米国内の法の選択に関し、前掲注3 McCarthy §11:12 - §11:18; 前掲注7 Wale; Melinda R. Eades, *Choice of Law and the Right of Publicity: Domicile*



- as an Essential First Step*, 66 Brook. L. Rev. 1301 (2001); Laurie Henderson, *Protecting a Celebrity's Legacy: Living in California or New York Becomes the Deciding Factor*, 3 J. Bus. Entrepreneurship & L. 165 (2009).
- (39) Mary LaFrance・矢野敏樹(訳)「詐称通用(パッシングオフ)と不正競争:競争法における対立とコンバージェンス」知的財産法政策学研究 37号1頁, 7-8頁(2012年)参照。
- (40) *Brown v. Elec. Arts, Inc.*, 724 F.3d 1235 (9th Cir. 2013).
- (41) 作品のタイトルが問題になった事案ではなく, 作品中における商標の使用が問題となった事案において関連性テストが適用されたことも参考になる (*Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894 (9th Cir. 2002); *E. S. S. Entertainment 2000, Inc. v. Rock Star Videos, Inc.*, 547 F.3d 1095 (9th Cir. 2008).)。
- (42) Eugene Volokh, *Freedom of Speech and the Right of Publicity*, 40 Hous. L. Rev. 903, 912 n.35 (2003).
- (43) *Brown v. Entm't Merchs. Ass'n*, 131 S. Ct. 2729, 2738 (2011).
- (44) 前掲注2 127 Harv. L. Rev. の1215-16頁
- (45) パブリシティ権の価値に関するこのような理解に批判的なものとして, 前掲注2の127 Harv. L. Rev. の1216頁を参照。
- (46) パブリシティ権に“transformative use”の概念を持ち込むもとなったCampbell事件判決は, 作品の変容性を問うものであったから, 全体観察的な変容の利用テストになじむものである。
- (47) 中島基至「判解」Law and Technology 56号68頁, 72頁(2012年)。そこでは, 「実質的には, 最も限定的な判断基準の一つである『商品化又は広告』基準説を採用したうえ, これと違法性において等価な場合を含むとする基準であると評価することもできる。」とされている。
- (48) 広義の混同や虚偽保証が問題となり得る場合には, 不正競争防止法1条1項1号又は2号で検討されるであろう。もっとも, パロディという表現性の高いものが問題となる場合ですら特別の処理方法を採用せず, あくまで商標の類否や混同のおそれの有無という既存の枠組みで処理する日本法のもとでは, 写実的な肖像の利用による虚偽保証等の問題についても, 表現の自由との調整を根拠に特別な枠組みをとることはないと思われる。
- (49) この点, 主要目的テストは, Hart事件判決において「良くて主観的, 最悪の場合は恣意的」と批判されている。
- (50) 前掲注47「判解」77頁。そこでは, 「たとえば, 野球ゲーム等の場合には登場人物が多数に及ぶことになるが, ゲームの性質上選手全員がそれぞれ重要な役割を果たしているのであるから, 選手一人に関する肖像等の使用にも, 『差別化』を充足するとして, 同選手のパブリシティ権侵害を構成すると解すべきであろう。」と述べられている。
- (51) Hart事件判決も, 主要目的テストを採用しなかった理由として, 表現の芸術的価値を裁判所が判断することが必要となる点を挙げている。

(原稿受領 2015. 1. 12)