

テ ー マ 競走馬名のパブリシティー権事 例 1 ダービースタリオン事件

第1審 原告 馬主等 (X)
被告 株式会社アスキー (Y₁)

第2審 控訴人
被控訴人



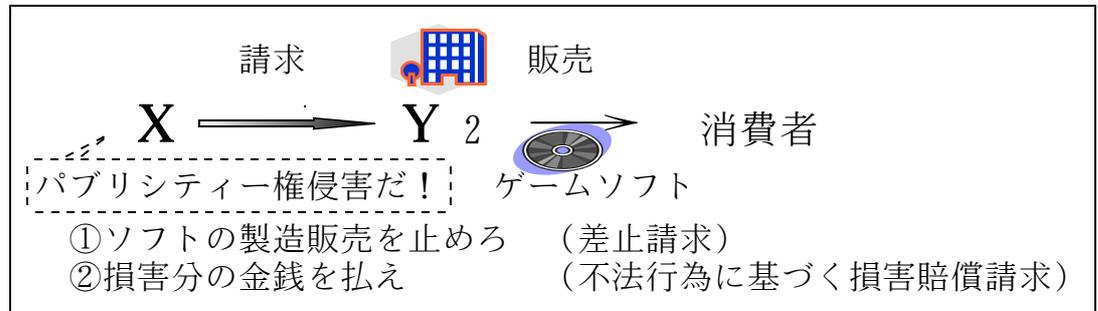
アスキーは、ダービースタリオンシリーズの各種ゲームソフト（ダビスタ）を製作・販売している。

このダビスタは、X が所有する競走馬の馬名を使用したゲームソフトで、プレイヤーは馬主になり競走馬を取得・育成して、数々の大会に出場し、賞金及びタイトルを獲得していくゲームで、見事全タイトル制覇するとゲームが終了する。

事 例 2 ギャロップレーサー事件

第1審 原告 馬主等 (X)
被告 テクモ株式会社 (Y₂)

第2審 被控訴人
控訴人



テクモは、ギャロップレーサーシリーズの各種ゲームソフトを製作・販売している。

このギャロップレーサーは、X が所有する競走馬の馬名を使用したゲームソフトで、プレイヤーはジョッキーとなり、全国で開催される大会に出場し、優勝を目指すゲームで、レースの際の技術採点を行いレース感覚を重視したゲームである。

参照判例

事例 1 東京地裁 平成 1 3 年 8 月 2 7 日判決
東京高裁 平成 1 4 年 9 月 1 2 日判決

事例 2 名古屋地裁 平成 1 2 年 1 月 1 9 日判決
名古屋高裁 平成 1 3 年 3 月 8 日判決

要 旨

事例 1

東京高裁判旨

1 著名人のパブリシティ権について

- ① パブリシティ権の存否 →著名人にはある
- ② その法的根拠 →人格権

自然人の肖像権

自然人は、もともとその人格権に基づき、正当な理由なく、その氏名、肖像を第三者に使用されない権利を有すると解すべきであるから（商標法4条1項8号参照）、著名人も、もともとその人格権に基づき、正当な理由なく、その氏名、肖像を第三者に使用されない権利を有するということができる。

もともと、著名人の氏名、肖像を商品の宣伝・広告に使用したり、商品そのものに付したりすることに、当該商品の宣伝・販売促進上の効果があることは、一般によく知られているところである。

著名人のパブリ シティ権

このような著名人の氏名、肖像は、当該著名人を象徴する個人識別情報として、それ自体が顧客吸引力を備えるものであり、一個の独立した経済的利益ないし価値を有するものである点において、一般人と異なるものである。自然人は、一般人であっても、上記のとおり、もともと、その人格権に基づき、正当な理由なく、その氏名、肖像を第三者に利用されない権利を有しているというべきなのであるから、一般人と異なり、その氏名、肖像から顧客吸引力が生じる著名人が、この氏名・肖像から生じる経済的利益ないし価値を排他的に支配する権利を有するのは、ある意味では、当然である。著名人のこの権利をとらえて、「パブリシティ権」と呼ぶことは可能であるものの、この権利は、もともと人格権に根ざすものというべきである。

著名人も一般人も、上記のとおり、正当な理由なく、その氏名・肖像を第三者に使用されない権利を有する点において差異はないものの、著名人の場合は、社会的に著名な存在であるがゆえに、第三者がその氏名・肖像等を使用することができる正当な理由の内容及び範囲が一般人と異なってくるのは、当然である。すなわち、著名人の場合は、正当な報道目的等のために、その氏名、肖像を利用されることが通常人より広い範囲で許容されることになるのは、この一例である。

しかし、著名人であっても、上述のとおり、正当な理由なく、その氏名・肖像を第三者により使用されない権利を有するのであり、第三者が、単に経済的利益等を得るために、顧客吸引力を有する著名人の氏名・肖像を無断で使用する行為については、これを正当理由に含める必要はないことが明らかであるから、このような行為は、前述のような、著名人が排他的に支配している、その氏名権・肖像権あるいはそこから生じる経済的利益ないし価値をいたずらに損なう行為として、この行為の中止を求めたり、あるいは、この行為によって被った損害について賠償を求めたりすることができるものと解すべきである。

2 競走馬のパブリシティ権の有無について

- ① 競争馬と著名人は同様か →人格権の有無において違う
- ② 所有権から導き出せないか →できない
- ③ 顧客誘引力を有する権利を保護する法体系との調整→特に保護していない

Xの主張

Xらは、その所有する本件各競走馬について、その馬名・形態等から想起される競走馬としての顧客吸引力を利用して、商品を製作し、あるいは、対価を得てその商品化を許諾するなど、経済的利益ないし価値を排他的に支配する財産的権利である、いわゆるパブリシティ権を専有するものである、このパブリシティ権の本質は、顧客吸引力にあるから、その権利が生じ得る場合を人に限定する必要はなく、競走馬という物であっても、顧客吸引力がある場合には、パブリシティ権が生じ得るものというべきである、このパブリシティ権は、所有権や人格権に基づくものではない、と主張する。

判断

①人と馬の差

しかし、著名人のパブリシティ権は、前述のとおり、もともと人格権に根ざすものと解すべきであるから、競走馬という物について、人格権に根ざすものとしての、氏名権、肖像権ないしはパブリシティ権を認めることができないことは明らかである。

②所有権に基づく排他的権利

また、Xらが本件各競走馬について所有権を有し、所有権に基づき、これを直接的に支配している（民法206条）ということではできるものの、単に本件各競走馬の馬名・形態が顧客吸引力を有するという理由だけで、本件各競走馬の馬名、形態等について、その経済的利益ないし価値を排他的に支配する財産的権利であるパブリシティ権を有している、と認め得る実定法上の根拠はなく、Xらの主張を認めることはできない。

③知財法との調整

顧客吸引力を有するものの保護一般については、商標法に基づく保護、不正競争防止法に基づく保護等が検討されるべきである。しかし、本件においてXらがしているパブリシティ権についての主張は、これらの法律に基づく保護を求めるものではなく、単に本件各競走馬の馬名が顧客吸引力を有するものであることのみを根拠として、各競走馬の所有者に、その馬名を使用する排他的権利を認めるべきである、とするものである。本件各競走馬の所有者に、物の直接的な支配権である所有権と離れて、このような権利を認めることが、現行法の解釈としてできるものではないことは、上述したところから明らかというべきである（仮に、社会情勢の変化等により、このような権利を認める必要が生じていると考える者があるとしても、権利として認めるべきか否か、認めるとしてどのような形で認めるべきかは、立法的手続の中で幅広く社会の意見を集約した上で、決するにふさわしい問題であるというべきである。）。

事例 2

名古屋高裁判旨

(一) Yの当審主張1(一)について

現行法の下においても、馬主は、自己の所有する競走馬の馬名を商標法に基づいて登録することによって第三者による馬名の無断使用を防御できるから未だ社会において成熟しているとはいえない物のパブリシティ権を新しい権利として承認する必要はない

反論

しかしながら、商標法によって商標として登録した馬名が保護されるのは、登録した商標を自己の業務にかかる商品又は役務について使用する場合に限られるのであって、本件のように競走馬の馬主が競走馬の有する名声、社会的評価、知名度等から生じる顧客吸引力という経済的利益ないし価値を支配し、これを利用しようとするときには、必ずしも有効とはいえないことが明らかである。

根拠

・顧客吸引力

そして、芸能人、プロ野球の選手、著名なプロスポーツ選手について、その氏名、肖像の有する顧客吸引力という経済的利益ないし価値を支配するものとしてパブリシティ権が承認されており、このような著名人ではないけれども、中央競馬又は地方競馬に出走する競走馬についても、いわゆる重賞レースなどにおいて優勝する競争に強い競走馬そのものに対する名声、社会的評価、知名度等が生じており、それが著名人におけるのと同様の顧客吸引力を有していることは公知の事実であり、証拠及び弁論の全趣旨によれば、現にこのような競走馬の馬主が競走馬の馬名、肖像等をゲームソフトで使用するについてゲームソフト製作販売会社との間で一定額の使用許諾料の支払を受ける旨の契約を締結したりして、右馬名のもつ顧客吸引力から経済的利益を得ようとし、又は得ている状況にあることが認められる。そうすると、現在、著名人に限らず競走馬等の物のパブリシティ権を一定の要件のもとに承認し、これを保護するのを相当とするような社会状況が生まれているというべきである。

結論

以上のとおり、馬主が有する競走馬の有する名声、社会的評価、知名度等から生じる顧客吸引力という経済的利益ないし価値を保護するには、商標法による保護のみでは十分とはいえず、一定の要件のもとに物のパブリシティ権を承認してこれを保護する必要があると解するのが相当であるから、Yの右主張は採用できない。

(二) Yの当審主張1(二)について

Yは、物のパブリシティ権が成立するのは、その権利の帰属主体である物の所有者が宣伝、広告等において明示、黙示に当該商品を推薦していると観念される場合、すなわち所有者とその所有物との関連性が宣伝、広告等の中に示されている場合に限定され、そうでない場合には、物のパブリシティ権は承認されるべきでない旨主張する。

反論

しかしながら、競走馬等の物の名称等に顧客吸引力が生じるのは、物の所有者の属性等に左右されるものではなく、その物自体がもつ名声、社会的評価、知名度等によるものであって、これによって生じる顧客吸引力のもつ経済的利益ないし価値を支配する権利を物の所有者に対して承認するのが物のパブリシティ権であるから、必ずしも所有者とその所有物との関連性が宣伝、広告等の中に示されている場合に限定される必要はないというべきである。

結論

したがって、Yの右主張は採用できない。

(三) Yの当審主張1(三)について

物のパブリシティ権が一方では所有権でなく物の無体的価値を支配の対象とする無体財産権であるとしたうえで、他方で物自体の名称等によって生じるために所有権に付随する性質を有し、所有権を離れて観念することができないものとするのは、所有権の中に無体財産権を含めることになって所有権と無体財産権とを混同させるか、又は所有権概念を不当に拡張させることになる。

反論

しかし、物のパブリシティ権は、有体物を排他的に支配の対象とする所有権ではなくその物の有する無体的価値を支配の対象とする無体財産権であるところ、その無体財産権の内容、その成立、存続又は消滅、権利の帰属等の要件を物の所有権に関連させて把握しているに過ぎないものであって、所有権と無体財産権である物のパブリシティ権とが別個のものであることは明らかであり、所有権と無体財産権とを混同するものでも、所有権概念を不当に拡張させるものでもない。

結論

したがって、Yの右主張は採用できない。

(四) Yの当審主張1(四)及びXらの当審主張2について

現段階において、物のパブリシティ権に基づく侵害行為の差止めをも承認すべきである。そもそも経済的側面に着目した権利であるパブリシティ権について、人と物とでパブリシティ権の内容に差異を認めることは論理一貫せず、著名人のパブリシティ権について差止めを承認するのであれば、同様に物のパブリシティ権についてもこれを承認するのが相当である。そうでないとすると、金銭賠償をすれば足りるとする悪質な侵害者に利益を与えるだけであって、権利の実効性が大きく損なわれる。

また、本件について差止めを承認したとしても、本件各ゲームソフトの中からパブリシティ権を侵害している馬名のみを削除すれば、本件各ゲームソフトの製作販売は可能であるから、侵害者に過大な負担を強いることにはならない。」旨主張し、Yも、「差止請求権を有しない物のパブリシティ権を承認することは、物のパブリシティ権をして差止請求を不可欠の要素とする排他的支配権であることと矛盾する。

差違があることとは認めない
矛盾ではない

しかし、現在、著名人の氏名、肖像その他の顧客吸引力のある個人識別情報の有する経済的利益ないし価値（パブリシティの価値）を排他的に支配するパブリシティ権が社会的に承認されており、右パブリシティ権に対する侵害行為がなされたときには、不法行為に基づく損害賠償請求が許されるのみならず、当該侵害行為の差止めや侵害物の廃棄を求めることが許されると解されているところ、社会状況の変化とともに、中央競馬又は地方競馬に出走する競走馬などの動物を含む著名な物の名称等が、著名人の氏名、肖像の有する顧客吸引力がもたらす効果と同様の効果をもたらすことが認識されるようになり、これが物のパブリシティ権として承認され、保護されるようになったものであるが、著名人に関するパブリシティ権は、その著名人のプライバシー権、肖像権を含む人格権と密接に関連するものであることから右パブリシティ権に基づく差止請求が承認されているところ、物のパブリシティ権は、物の所有者の人格権等と関連するものではなく、その物の顧客吸引力という経済的利益と関連するものであり、著名人に関するパブリシティ権と同じように扱うことはできない。

物のパブリシティ権は、現在の社会状況の下で新しい権利として承認されるようになったものではあるが、その侵害行為に対する差止めが許されることによって、第三者に予期しない多大な犠牲を強いるおそれもあり、他方、物のパブリシティ権の侵害に対しては、不法行為に基づく損害賠償が許されることによって右侵害による経済的損害を回復することが可能である。

以上の諸点を考慮すれば、現段階では、物のパブリシティ権に基づく差止請求を認めることは相当でないというべきである。

したがって、Y及びXらの右各主張は採用できない。

(五) Yの当審主張1(五)について

反論 競走馬が死亡したときは、その死亡後には、死亡した馬の最終所有者は右競走馬の馬名についてのパブリシティ権を有しない。そうでないとするれば、所有権に付随する権利と解されている物のパブリシティ権が本体である物の所有権よりも強く保護されることになって不合理である。

しかしながら、競走馬の馬名についてのパブリシティ権は、競走馬に対する所有権ではなく競走馬の有する無体的価値を支配の対象とする無体財産権であって、所有権とは別個のものであるから、右馬名についてのパブリシティ権についてその無体財産権としての内容、その成立、存続又は消滅、権利の帰属等の要件が競走馬の所有権に関連させて把握されているにすぎないから、競走馬の死亡によりその競走馬に対する所有権が消滅したとしても、それに連動して、右競走馬の馬名についてのパブリシティ権が消滅すると解する必要はない。右競走馬が死亡したとしても、その馬名にかかる顧客吸引力が存続している限りパブリシティ権は消滅することなく存在し続けることはありうるのであり、その場合、右パブリシティ権は、その対象である競走馬等の物の消滅した時点における所有者に帰属するものと解すべきである。

結論 したがって、Yの右主張は採用できない。

二 本件各ゲームソフトにおける本件各競走馬の馬名等の使用がパブリシティ権侵害といえるか。

原判決の訂正 本件各競走馬のうち、別紙一覧表の「優勝」欄に○の記載のある馬はG1レースに出走して優勝したことがあり、その名称に顧客吸引力があるということが出来るが、その余の馬の名称には顧客吸引力があるということとはできない。したがって、右G1レースに出走して優勝したことがある競走馬は顧客吸引力を有するものとして、その名称を無断で使用したときにはパブリシティ権の侵害となるというべきである。

損害額 Yは、本件各競走馬のうち、G1に出走して優勝したことのあ
る馬について、損害賠償義務があるというべきである。
製品上代の3パーセントのロイヤリティの金額を、本件各ゲームソフトに登場する馬数で除した金額に、Xらの各使用馬名に応じた金員とするのが相当である。

以下、それぞれ原審の判旨

事例 1 東京地裁判決（原審）

1 いわゆる「パブリシティ権」の内容及び法的根拠について

(1) X らは、物の所有者は、所有に係る物が、商品の購買に当たっての訴求力又は顧客吸引力等の経済的利益、すなわち「パブリシティ価値」を備えるに至った場合には、物の「パブリシティ価値」を利用して、商品を製造したり、対価を得て商品化を許諾したりするなど、その経済的利益を排他的に支配する財産的権利、すなわち「パブリシティ権」を取得すると解すべきであることを前提に、Y が本件各ゲームソフトを製作・販売する行為は、この排他的権利を侵害すると主張して、同行為の差止め等を求めた。

(2) X らの法的根拠に関する主張の有無にかかわらず、広く「物の経済的価値を排他的に支配する権利」が認められるか否かについて考察する。

当裁判所は、X らの主張に係る「物の顧客吸引力などの経済的価値を排他的に支配する財産的権利」の存在を肯定することはできないと判断する。その理由は、以下のとおりである。

① 排他的な権利を認めるためには、実定法の根拠（人格権など明文がないものも含む。）が必要であるが、X らが主張する「物の経済的価値を排他的に支配する権利」を、従来から排他的権利として認められている所有権や人格権の作用を拡張的に理解することによって、根拠付けることは到底できない。

② 排他的な権利を認めるためには、実定法の根拠が必要であるが、知的財産権制度を設けた現行法全体の制度趣旨に照らし、知的財産権法の保護が及ばない範囲については、排他的権利の存在を認めることはできない。

また、「物の経済的価値を排他的に支配する」利益を尊重する社会的な慣行が長い間続くことによって、これが慣習法にまで高められれば、明文上の根拠がなくとも、排他的権利の存在が認められるとの見解に立ったとしても、X らが主張する排他的権利を肯定することは到底できない。

2 損害賠償請求権に関する付加的判断

なお、X らが本件各競走馬から生ずる経済的価値の利用について、単に事実上の利益（期待権）を有するにすぎない場合であっても、このような X らの利益の程度と Y の行為態様の反社会性の程度とを総合的に考慮することにより、Y の行為が民法所定の不法行為に該当するとして、損害賠償義務を負うと解する余地もないではない。

当裁判所は、本件ゲームソフトを製作、販売した Y の行為の態様、性質競走馬の名称を使用するに至った経緯、X らの事実上の利益の性質、内容等を総合考慮して、Y の行為が民法所定の不法行為に該当すると解することはできないと判断する。その理由は以下のとおりである。

(1) 前提となる事実、証拠によれば、以下の事実が認められ、これに反する証拠はない。

ア.本件各ゲームは、一定の資金等を与えられたプレイヤーが、費用を支出しつつ競走馬の交配・生産、調教、あるいは厩舎の維持等を行い、資金が底をつけばゲームが終了するという制約の中で、どのように交配して馬を生産し、これをどのように調教するか、どのレースに馬を出走させ、どの騎手に騎乗させて騎手にどのような指示を与えるか、いつ馬を引退させあるいは売却するかといった様々な事柄について、馬の交配や血統に関する知識を利用し、あるいは馬の特性や適性を考慮しつつ決定や選択を繰り返すことによって、あたかも実際に馬の生産者、馬主又は調教師になったかのようにゲームを進め、その過程でプレイヤーが成功や挫折を経験するという、競走馬育成シミュレーションゲームである

イ.本件各ゲームソフトでは、種牡馬、繁殖牝馬、競走馬の一部に実在する多数の競走馬の名称や、その他血統、距離特性、実績などのデータが使用されている。しかし、本件各競走馬の名称等は、プレイヤーが、本件各ゲームソフトを使用して、プレーをする段階でゲーム中の要素として現れるにすぎない。Y は、本件各ゲームソフトを販売するに当たって、特定の競走馬に対する関心、好意又は憧憬に訴えて、顧客の購買意欲を高めようとしたことはなく、また、特定の競走馬に関連する宣伝広告をしたことはない。

ウ.他方、X らの中には、Y 以外の競馬ゲームソフトを製作、販売するメーカー数社に対し、それぞれの有する競走馬の肖像、名称等の使用を許諾し、ゲームの販売額や使用する馬の数に応じて使用料の支払を受けた者がいる。本件各競走馬の中には、いわゆる G 1 レースに出走した馬もあるけれども、X らが、その所有する競走馬の顧客吸引力等を利用して、格別の営業活動を行っていた形跡はない。なお、このように排他的利用権を有しない領域においても、当事者間において使用許諾契約が交わされる例は世上あり得るが、その目的は、究極的には、紛争を予め回避したり、より詳細な情報を得るためのものと解される。

(2) 上記認定した事実、すなわち、Y の本件ゲームソフトにおける本件各競走馬の名称の使用態様、ゲームソフトの内容、性質と、X らが本件競走馬の名称等を利用していた状況等を総合考慮すると、本件ゲームソフトを製作、販売した Y の行為が、X らの所有する本件各競走馬の利用を妨げたり、その客観的価値を著しく損なうような反社会性の強い不法行為に当たると解することはできない。

事例2 名古屋地裁判旨(原審)

一 競走馬の馬名等について、いわゆる「パブリシティ権」が認められるか。

◆ 従前からのパブリシティ権の性質・内容

固有の名声、社会的評価、知名度等を獲得した著名人の氏名、肖像を商品の宣伝、広告に利用しあるいは商品そのものに付することにより、当該商品の販売促進に効果をもたらすことがあることは一般によく知られている。

これは、著名人に対して大衆が抱く関心や好感、憧憬、崇敬等の感情が当該著名人を表示する氏名、肖像等に波及し、ひいては当該著名人の氏名、肖像等と関連づけられた商品に対する関心や所有願望として大衆を当該商品に向けて吸引する力を発揮してその販売促進に効果をもたらす結果であると理解できる。その結果、著名人の氏名、肖像等は、当該著名人を象徴する個人識別情報としてそれ自体が顧客吸引力を持つようになり、一個の独立した経済的利益ないし価値を具備することになる。そして、このような著名人の氏名、肖像等が持つこのような経済的な利益ないし価値は著名人自身の名声、社会的評価、知名度等から派生するものといえることができるから、著名人がこの経済的利益ないし価値を自己に帰属する固有の利益ないし権利と考え、他人の不当な使用を排除する排他的な支配権を主張することは正当な欲求であり、このような経済的利益ないし価値は、現行法上これを権利として認める規定は存しないものの、財産的な利益ないし権利として保護されるべきである。このように著名人がその氏名、肖像その他の顧客吸引力のある個人識別情報の有する経済的利益ないし価値（パブリシティの価値）を排他的に支配する権利がいわゆる「パブリシティ権」と称されるものである（東京高裁平成三年九月二六日判決、同平成十一年二月二四日判決参照）。そして、パブリシティ権は、排他的にパブリシティの価値を支配する権利であるから、無断で氏名肖像その他顧客吸引力のある個人識別情報を利用するなどパブリシティの価値を侵害する行為がなされた場合には、不法行為に基づく損害賠償請求権が認められるのみならず、当該侵害行為の差止めや侵害物の廃棄等を求めることができることとされている。

◆ 著名人と物の類似性

→顧客吸引力等が類似する

パブリシティ権が認められるに至ったのは、著名人に対して大衆が抱く関心や好感、憧憬、崇敬等の感情が当該著名人を表示する氏名、肖像等に波及し、ひいては当該著名人の氏名、肖像等と関連づけられた商品に対する関心や所有願望として大衆を当該商品に向けて吸引する力を発揮してその販売を促進する効果をもたらす結果、氏名、肖像その他の顧客吸引力のある個人識別情報そのものが経済的利益ないし価値を有するものと観念されるに至ったものである。

そうであるとするならば、大衆が、著名人に対すると同様に、競走馬などの動物を含む特定の物に対し、関心や好感、憧憬等の感情を抱き、右感情が特定の物の名称等と関連づけられた商品に対する関心や所有願望として、大衆を当該商品に向けて吸引する力を発揮してその販売促進に効果をもたらすような場合においては、当該物の名称等そのものが顧客吸引力を有し、経済的利益ないし価値（パブリシティの価値）を有するものと観念されるに至ることもあると思われる。

すなわち、パブリシティ権は、アメリカの判例法上承認され、認められてきたものであり、わが国の判例においても、芸能人について、パブリシティの権利が認められたが、プロ野球の選手、サッカーのJリーグの選手をはじめとして、著名なプロスポーツ選手についても、その氏名、肖像に同様の顧客吸引力があり、パブリシティの権利を有するものと認められていることは、公知の事実である。プロ野球の球団名や選手名等、Jリーグのクラブ名、選手名等を、ゲームソフトで使用するについて、社団法人日本野球機構及び社団法人日本プロサッカーリーグが、それぞれゲームソフト製作販売会社との間において、一定額の使用許諾料を支払う旨の契約が締結されているが、これはプロ野球の選手やJリーグのサッカー選手がパブリシティ権を有することの現れである。

◆ 物のパブリシティ権の有無 →肯定

ところで、競馬は、騎手が競走馬に騎乗して速さを競うものであるが、大衆の関心は、騎手のみならず、競走馬そのものに対しても集まり、重賞レースに優勝するなど、競争に強い馬の知名度、好感度は増し、プロスポーツ選手同様にファンからスター扱いされていることは、公知の事実である。このような競走馬の人気を商業的に利用しようとした場合には、著名人と同様な顧客吸引力を発揮するものと思われる。

このように、「著名人」でない「物」の名称等についても、パブリシティの価値が認められる場合があり、およそ「物」についてパブリシティ権を認める余地がないということとはできない。また著名人について認められるパブリシティ権は、プライバシー権や肖像権といった人格権とは別個独立の経済的価値と解されているから、必ずしも、パブリシティの価値を有するものを人格権を有する「著名人」に限定する理由はないものといわなければならない。

このような物の名称等がもつパブリシティの価値は、その物の名声、社会的評価、知名度等から派

生するものということができるから、その物の所有者（後述のとおり、物が消滅したときは所有していた者が権利者になる。）に帰属する財産的な利益ないし権利として、保護すべきである。

このような、物の名称等の顧客吸引力のある情報の有する経済的利益ないし価値を支配する権利は、従来の「パブリシティ権」の定義には含まれないものであるが、これに準じて、広義の「パブリシティ権」として、保護の対象とすることができるものと解される（以下「パブリシティ権」とは、断らない限り、広義のそれを意味するものとする。）。

（批判に対する反論）

ト. その物の名称等を利用することにより、その物の価値が希薄化する（ダイリューション）することはないから、その物の価値を害するような利用方法（ポリューション）でない限り、何人も顧客吸引力を有する物を自由に利用し得るものであり（フリーライドは違法でない）、その物の所有者が排他的にパブリシティの価値を支配する権利はない。

←「物」一般について、物の有する顧客吸引力について所有者以外の者が利用するのは自由であるという根拠はなく、その物の内容、顧客吸引力の程度とこれを備えるに至った事情によっては、所有者以外による顧客吸引力の利用は制約されるべきであるとの商業的通念が形成される場合もあるものであり、顧客吸引力が主としてその運動能力により形成され、広い範囲の大衆の人気を得ているなど、他のプロスポーツ選手の場合と現象的には異ならない本件のような競走馬については、顧客吸引力の商業的利用の制限についての通念が形成されている可能性が大であり、どのような利用も違法にはならないと断言することはできない。

ト. 現行法上「物のパブリシティ権」を権利として認める規定は存せず、また、標章であれば商標法により、商号であれば商法により、著作権であれば著作権法により、あるいは不正競争防止法により、法的に保護が図られるのであるから、それ以外の権利を創設すべきではない。

←・商標法による保護

それが指定商品又は指定役務について商標登録された場合にのみその範囲において認められる

・商法による保護 商人が営業活動をするについて用いる商号に限られる

・不正競争防止法による保護

それが同法にいう需要者の間に広く認識された商品等表示に該当し、かつこれと同一又は類似の商品等表示を使用する等して商品又は類似の商品等表示を使用する等の行為に限られる。

・著作権法（著作隣接権を含む。）の保護

物の名称等は、思想、感情の表現でなく、著作物性が認められない

このように、商標法、商法、不正競争防止法、著作権法など現行の知的財産権法による権利だけでは、前記経済的価値の保護に十分ではない。

ト「物のパブリシティ権」は新たな権利であり、公示手段の不明確性とあいまって種々の問題がありその権利の主体や客体、成立要件や権利期間、譲渡方法、公示方法、侵害手段等が明確にされる必要がある。

←社会状況の変化により、新たな権利が認められてきたことは、歴史的事実であって、その価値ないし利益が社会的に容認されるものであり、かつ、その社会において成熟したものであれば、これを保護する必要がある、また社会的正義にもかなうものと解される。

◆物のパブリシティ権の内容

物の名称、肖像等が顧客吸引力を有する場合の、成立要件、効果としての権利期間、救済手段、譲渡の効果等はどのようなものと解すべきかを確定することが必要となる。

・人との差違に着目

前記のとおり、物についてのパブリシティ権が認められる根拠は著名人のそれと同様であるから、基本的に同様に解することが可能であるが、物であることにより生ずる差異もあるので、どのような点で異なるか、その前提として、いわゆる物についてのパブリシティ権の性質について検討する。

（著名人に関するパブリシティ権）

人格権として認められるプライバシー権や肖像権とは別個独立の経済的価値として把握されるものの、パブリシティの価値が著名人自身の名声、社会的評価、知名度等から派生することから、著名人がこれを自己に帰属する固有の利益ないし権利と考えるのは自然であるとして、その発生時から人格権の主体である当該著名人に帰属するものとされており、人格権の帰属と表裏一体の密接な関係を有するものとして認められる。

（物に関するパブリシティ権）

人格権を観念することはできず、物に対する所有権との関係で考慮する必要がある。

↓
所有権は、有体物をその客体とする権利であるから（民法二〇六条、八五条）、パブリシティ価値のような無体物（無体財産権）を権利の内容として含むものではない（最高裁昭和五九年一月二〇日判決参照）。

したがって、パブリシティ価値は、所有権の内容の一部であるとは観念できず、所有権とは別個の性質の権利であると解するほかない。ただし、パブリシティ価値は、飽くまでも物自体の名称等によって生ずるのであり、所有権と離れて観念することはできないものといわざるを得ず、所有権に付随する性質を有するものと解される。

よって、著名人のパブリシティ権と、物についてのパブリシティ権とでは、その性質が人格権との密接な関係か、所有権との密接な関係かで、差異が生ずるものと解される。具体的には、以下で述べるとおり、救済手段として差止請求ができるかどうか、所有権が移転した場合に移転するかどうかの点で異なるものと解される。

◆成立要件

著名人にパブリシティ権が成立する要件と同様となるものと解される。つまり、大衆が、特定の物に対し、関心や好感、憧憬、崇敬等の感情を抱き、右感情が特定の物の名称等と関連づけられた商品に対する関心や所有願望として、大衆を当該商品に向けて吸引する力を発揮してその販売促進に効果をもたらすような場合であって、物の名称等が固有の名声、社会的評価、知名度等を獲得して、それ自体が顧客吸引力を持つと客観的に認められることが必要であるものと解される。

そして、物がそのような顧客吸引力を有すると認められる場合、これを経済的に利用できる者はその物の所有者であるから、パブリシティ権は、その物の所有者に帰属するものである。

◆権利の移転

その物が顧客吸引力を有している限り、日々発生するから、物の譲渡などにより、所有権が移転した場合には、特段の合意がない限り、移転の日以前の分は、以前の所有者に残るが、以後のパブリシティ権は新所有者に移転する。

◆権利対象の消滅

権利の対象が消滅した場合であっても、パブリシティ価値が存続している限り、対象が消滅した時点における所有者が、パブリシティ権を主張できるものと解する。

◆救済手段

不法行為に基づく損害賠償を請求することは認められるものの、差止めは許されない。

たしかに、パブリシティ権を排他的支配権と理解すれば、これを侵害する者に対し、その排除を求めることができることが権利の実効性を果たすために必要である。物権に基づく妨害排除請求権や知的所有権や人格権に基づく差止請求権が認められる理由の一つもこのようなものである。しかしながら、差止めが認められことにより侵害される利益も多大なものになるおそれがあり、法律上の規定なくしては、これを認めることはできず、物権や人格権、知的所有権と同様に解するためには、それと同様の社会的必要性・許容性が求められる。

物権法定主義（民法一七五条）により新たな物権の創設は原則として禁止されているので、所有権と密接に関わる権利である物についてのパブリシティ権は、慎重に考える必要がある。

結局、物のパブリシティ権が経済的価値を取得する権利にすぎないことを考慮すると、現段階においては、物についてのパブリシティ権に基づく差止めを認めることはできないものと解する。

ただし、物についてのパブリシティ権であっても、不法行為に基づく損害賠償の対象としての権利ないし法律上保護すべき利益には該当するものと認められるから、損害賠償は認められる。

◆本件でパブリシティ権は発生しているか

Xらが本件各競走馬についてのパブリシティ権者であり得るかは、各ゲームソフトの販売時において、本件各競走馬を所有していたかで判断する。

◆本件各競走馬のどのような要素に顧客吸引力が認められるか。

パブリシティ価値を持ち得る要素としては、馬名、性別、産種及び毛色ということになるが、性別、産種及び毛色はそれ自体として、顧客吸引力が生ずるものということは考えられず（これらの要素が本件各競走馬の肖像の一部を構成し得るものであることは認められるものの、本件各ゲームソフトは、現実の競走馬ではなく、架空の映像で表現されるものであるから、その一部に過ぎない要素のみで顧客を吸引することは考えがたい。）、パブリシティ価値が生じ得る要素には、馬名のみを考慮する。

◆物についての名称、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

物についての名称、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、右使用が物の名称、肖像等のパブリシティ価値に着目して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である。

◆あてはめ

本件各競走馬は、いずれも中央競馬におけるいわゆる重賞レース（G1、G2、G3を含む。）に出走した経験を有する馬であり、重賞レースは、その一部がテレビ・ラジオで実況されたり、スポーツニュース等で放送されるものであり、雑誌等でも取り上げられ、G1レースについては、いわゆるスポーツ新聞以外の一般新聞においても取り上げられることがあることは明らかである。し

たがって、少なくともG1レースに出走したことがある競走馬についていえば、大衆がこれらマスメディアを通じて認識し、これに関心、好感、憧憬等の特別な感情を抱くこともあり得るところ、Yは、本件各ゲームソフトの販売にあたり、パッケージの裏面に「能力や脚力はもちろん毛色やシャドーロールに至るまで再現された実在の競走馬が一〇〇〇頭以上も登場、三六〇度視点であのライバルとの迫力の叩き合いが目の前で再現！！」と記載したり、パンフレットには、「ジョッキーになって、『あの馬に乗ってみたい』・『あの馬と戦ってみたい』・・・。そんな夢を全て叶えてくれるのがこのゲームだ。」「騎乗可能な馬は一〇〇〇頭以上。この中にはトウカイテイオーやナリタブライアンといった名馬たちはもちろん、ラガービッグワンやドングリといったマニアックな馬も多数登場！」と記載して、一〇〇〇頭にも及ぶ実在馬について、それと同様の特徴を備えた競走馬を操作して遊ぶことができることをセールスポイントとしていることから、顧客としては、自らが関心、好感、憧憬の感情を抱いた競走馬を自ら操作できるとして、その馬名が当然あるものとして（あるいはそれがあると認識して）本件各ゲームソフトを購入するものと解される。

よって、本件各競走馬のうち、G1レースに出走したことがある馬については、顧客吸引力があるものと解される。

(批判に対する反論)

└総登場馬数に占める本件各競走馬が一部にすぎない

←本件各ゲームソフトは、ほとんどが実在馬を登録馬としており、競馬場やレース名も実在のものを使用していることから、プレイヤーが実際のジョッキーとなり、G1のようなレースにおいて実在馬に騎乗してアクションを楽しむものであり、アクション性と共に、実在馬に騎乗、操作することを目的とし、その際、著名な競走馬を操作することに魅力があるものと認められるからそのことのみで顧客吸引力がなくなるものではない。

└競馬に興味がある人に限られる

←そもそも競馬ゲームソフトを購入する人は、純粋に競馬によるアクションのみを楽しむだけという人はまれであり、競馬に興味がある人が大半であるものと解される

└顧客は馬名を確認して購入するわけではない

←各ガイドブックを見れば、どのような馬が登録されているか分かるものであり、パッケージを開けなくても、中にどのような馬が登録されているかは知り得るのであり（一般に、ゲームソフトは多数発売されているものであり、購入者がどのソフトを購入するかどうか決定する際には、テレビ・ラジオ等の宣伝・広告のみでなく、各種の雑誌においてその内容を含めて紹介されることもあり、店頭においてデモンストレーションとして置かれていることもあり、また、他人の購入したゲームソフトを利用したり、いわゆる人づてで情報が伝わることも十分あり得る。

◆ 損害額

Yは、別件契約において、本件各ゲームソフトに登場する馬の一部の馬主との間で、製品上代の三パーセントのロイヤリティを、本件各ゲームソフトに登場する馬数で除した金額に、使用馬名に応じた金員を支払う合意をしており、Xらにおいて、Yと同様の契約をしていたならば、同様の金額を対価として得られたことが認められるから、Yが本件各ゲームソフトを製作販売することによりXらに生じた損害は、別件契約において、自己の競走馬の馬名等を利用した対価として得られる額と同様の算定による額が相当と認められる。

3 したがって、Xら各自の損害額は、各ソフト毎、別紙一覧表の「一頭当たり損害額」を乗じて得た額の合計額で算定される。