

著作権侵害を回避するために広告宣伝物の制作委託者が負うべき注意義務

東京地裁 平成20年3月13日判決
平成19年(ワ)第1126号損害賠償請求事件

森 脇 肇*

抄 録 自らは直接・物理的な著作権侵害行為をしていない制作委託者に対し損害賠償責任を問う場合、委託者の故意・過失が必要である。本判決は、神社が祭の宣伝ポスター制作をデザイン会社といういわば「プロ」に委託する場合であっても、委託者たる神社において侵害の有無を調査・確認すべき高度の注意義務を負うと判断した。疑問の残る判断だが、一般企業も過度の信頼を控え、侵害リスクに備えた契約書作成はもちろん、委託先に対する具体的な確認、さらには自ら侵害調査や確認を行う慎重さが要求される。

目 次

- はじめに
- 事案の概要
 - 当事者と主な事実経緯
 - 争 点
- 判決の検討
 - 翻案権侵害について
 - 侵害主体性について
 - 過失について
- 実務でのポイント
 - 契約書の充実
 - 過失を否定するための対応
- おわりに

1. はじめに

本件は、祭の光景を収めた一枚の写真の利用（写真そのまま又は水彩画化してのポスター、新聞、雑誌掲載）を巡って、祭を主催する神社、デザイン会社、出版会社等による著作権（複製権、翻案権）及び著作者人格権（氏名表示権、

同一性保持権）侵害が問われた。新規・特殊な論点が展開されたわけではないが、これまで、出版、放送、広告等の事業を営む会社が他人の作品等を出版・放送等したり第三者に著作物等の制作を委託（又は他人の作品等を利用して自ら制作）する場合に高度の注意義務を課するのが裁判例の流れであったところ¹⁾、本判決は、デザイン会社にポスター制作を委託した神社についてまで損害賠償責任を認めるという注目すべき判断を下している。

そこで、本稿では、翻案権侵害の判断手法や委託者の侵害主体性といった問題にも若干触れた上で、委託者の注意義務の程度につき非常に厳しい判断を示した点を中心に検討し、それを踏まえつつ、広告宣伝物等の制作委託において委託者として留意すべき点を考えてみたい（なお、本稿中の下線は全て筆者による。）。

* 弁護士 Hajime MORIWAKI

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

2. 事案の概要

2.1 当事者と主な事実経緯

(1) 当事者

原告は、祇園祭等を題材に活動するアマチュアカメラマン。

被告Xは、祇園祭を執行する神社。

被告Y1は、印刷・デザイン企画等を営む会社。被告Y2はその代表取締役であり、また被告Xの三若神輿会会長でもある。

被告Z1は、雑誌・単行本の出版・販売等を営む会社。被告Z2は、その代表取締役。

(2) 主な事実経緯

H14.7.17：被告Xの許可の下、原告が祇園祭の写真撮影（本件写真）。

H15.6.10：原告氏名を表示して、被告Zらが本件写真を雑誌掲載。←原告抗議。

H15.6.15：被告Y1の製版印刷により、原告が本件写真を表紙にした写真集発行。うち100部を、原告は被告Xに無料配布。

H16：被告Xの依頼を受け、被告Y1が本件写真ポスターを印刷制作し、被告Xに納品（本件写真ポスター²⁾）。

H16.7：原告氏名を表示せず、被告Xが本件写真ポスターを京都市内各所に貼付。また同月、被告Y2が本件写真を新聞掲載。←原告抗議。

H17.6：被告X・Y2相談の上、写真でなく絵のポスターにすることにし、被告Xの依頼を受け、被告Y1が本件写真に依拠した水彩画制作（本件水彩画）。また、被告Xの依頼を受け、被告Y1が本件水彩画を大きく掲載したポスターを印刷制作し、被告Xに納品（本件水彩画ポスター）。

H17.7.1：原告氏名を表示せず、被告Xが本件水彩画ポスターを京都市内各所に貼付。

H17.7.17：被告Y2が本件水彩画を新聞掲載。

2.2 争点

4名の被告について、使用許諾の有無、原告請求は権利濫用か、本件写真の複製権、翻案権及び著作人格権の侵害、侵害主体性及故意・過失の有無、損害額を巡り、相当数の争点が存在するが、本稿では、①本件水彩画制作による本件写真の翻案権侵害の成否、本件写真ポスター制作における、被告Xの②侵害主体性及び③過失の有無、を取り上げる。

(1) 本件水彩画制作は翻案権侵害か

1) 本件写真の著作物性

「撮影者がとらえた、お祭りのある一瞬の風景を、上記のような構図、撮影ポジション・アングルの選択、露光時間、レンズ及びフィルムの選択等を工夫したことにより効果的な映像として再現し、これにより撮影者の思想又は感情を創作的に表現したとみ得る場合は、その写真によって表現された映像における創作的表現を保護すべきである」と、本件写真に著作物性があることを前提にしている。

2) 本件水彩画は本件写真の翻案か³⁾

翻案かどうかの判断に当たり「著作物の翻案とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう」との基準を採用した。

そして、本件写真の創作的表現とは「祭りの象徴である神官と、これを中心として正面左右に配置された4基の黄金色の神輿を純白の法被を身に纏った担ぎ手の中で鮮明に写し出し、これにより、神官と神霊を移された神輿の威厳の下で、神輿の差し上げ（中略）の直前の厳粛な雰囲気を感じさせるところにある」とした上で、

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

本件写真と本件水彩画を詳細に対比し、「本件水彩画においては、写真とは表現形式は異なるものの、本件写真の全体の構図とその構成において同一であり、また、本件写真において鮮明に写し出された部分、すなわち、祭りの象徴である神官及びこれを中心として正面左右に配置された4基の神輿が濃い画線と鮮やかな色彩で強調して描き出されているのであって、これによれば、祇園祭における神官の差し上げの直前の厳粛な雰囲気を感じさせるのに十分であり、この意味で、本件水彩画の創作的表現から本件写真の表現上の本質的特徴を直接感得することができる」と翻案権侵害を認めた。

(2) 被告Xの侵害主体性

本件写真ポスター制作による氏名表示権侵害について「(祇園祭の看板ポスターとしての[筆者注])本件写真ポスターの重要性からすれば、被告Xが、初めて依頼する被告Y1に対して、そのポスターの写真の具体的選択につき、神輿を中心とすること等の注文をした以外は被告Y1の裁量に委ねていたとしても、ポスターを大量に印刷する前には、注文者である被告Xが、本件写真を掲載して制作されたポスターでいかどうかを最終確認するのが通常であるから、本件写真ポスターに本件写真を使用することを最終的に了解したのは、被告Xであったと解するのが相当」として、被告Y1との共同侵害を認定した⁴⁾。

(3) 被告Xの過失

「被告Xは、重要文化財、著作物その他文化的所産を取り扱う立場にある者であって、もとより著作権に関する知識を有するものであるから、著作物を使用するに際しては、当該著作物を制作した者などから著作権の使用許諾の有無を確認するなどして、著作権を侵害しないようにすべき注意義務がある」との一般論を述べた

上、本件では「被告Xは、その(=本件写真ポスター制作の[筆者注])最終判断に当たり、被告Y1に対して、本件写真の著作者名や当該著作者名を表示しないことに対する承諾の有無を具体的に確認し、その状況次第では、更に著作者に当該承諾の有無を直接確認するなどして、著作者人格権を侵害しないようにすべき注意義務」があったとし、「被告Xは、このような確認行為をすべき注意義務を怠り、本件写真ポスターの制作を依頼した被告Y1が本件写真の著作者名を表示せずに本件写真ポスターに本件写真を掲載するのを漫然と容認したものであって、被告Xには、この点において過失がある」と結論付けた⁴⁾。

3. 判決の検討

3.1 翻案権侵害について

絵画や物品を忠実に複製・再現する場合には創作性が存せず著作物性は否定されるが、通常、写真には、被写体の選択や構成(背景、天候、時間、ポーズ、配置等)や撮影技術・方法(レンズ、アングル、シャッターチャンス等)といった要素により創作性が認められるので著作物性が肯定される。本判決の指摘する本件写真の性状・特性からすれば創作性は明らかで、著作物性を認める本判決に疑義はない⁵⁾。

次に、翻案権侵害では、当該著作物が原著物から単にヒントを得たに過ぎないのか、それとも原著物の創作的表現に依拠したものとして「翻案」に当たるのかの区別が重要になるが、この点、最高裁は、言語著作物につき、原著物への依拠性及び原著物の本質的特徴の直接感得性という判断基準を採用している⁶⁾。かかる基準は、言語以外の著作物についても度々採用されており⁷⁾、本件のように写真から絵画への翻案というケースでも妥当しうると考えられる。本判決も同基準に則り翻案権侵害を認定す

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

るが、基準及び具体的あてはめともに相当と思われる、とりわけ、写真における「表現上の本質的特徴」の捉え方や本件写真と本件水彩画の対比の手法（いかなる場合に「本質的特徴」が直接感得できるか）は、同種事例における参考となる。

3. 2 侵害主体性について

本件では必ずしも侵害主体性を認定する必要はないが⁸⁾、委託者たる被告Xの侵害主体性も争点とされた。これは、直接的・物理的な利用行為者以外に関与者が存在する場合における侵害主体性判断という問題の一類型であるが、本判決は、その判断基準に触れることなく、前記2.2 (2) のとおり侵害主体性を肯定した。

この点、利用行為に対する管理・監督状況や経済的・営業的利益の享受・帰属状況に着目⁹⁾して関与者の侵害主体性を判断する裁判例が多くみられるが、関与者が存在する場合と一口に言っても、例えば、店舗・劇場等の営業に関連して利用行為が実行されるケース、本件のような委託関係、利用行為の実行に必要又は有益な物品・サービスを提供するケース等(さらには、各ケースが混在することもある)、その態様は様々であり、先の基準を一般的に適用すべきかについては再考の必要があるように思われる¹⁰⁾。間接侵害や差止めの相手方等の論点を含め立法による解決が本来と考えるが、他方、規制の必要性も否定できず、具体的事案毎に、利用行為者との関係、利用行為への関与態様・程度、得られる利益の帰属状況、侵害に至る蓋然性の程度等を総合考慮して、(共同の)侵害主体となるか教唆・幫助にとどまるか、又はいずれにも当たらない関与行為なのか、を判断せざるを得ないのではなかろうか¹¹⁾。

本件では、被告Y1の代表者Y2は被告Xの三若神輿会会長でもあり受委託者の関係性が深いこと、最終確認はもちろん委託内容が「祇園祭

用の写真ポスター制作」とある程度特定されており、かつ神輿を中心とした写真にすること等業務遂行についても具体的な指示があること、本件写真は被告Xにとり重要な意義がある祇園祭の看板ポスターに大きく掲載されていること、等の事情を踏まえれば、被告Xに侵害主体性を認める判断もあり得ると思われ、本判決の結論に反対はしない。しかし、制作委託において委託者が制作物の最終確認をすることは一般的であるところ、本判決の考え方によると、委託者には常に侵害主体性を認める結論ともなりかねず、その判断方法には疑問が残る。

3. 3 過失について

(1) 損害賠償請求は民法709条・710条（及び719条）によるため、侵害について少なくとも過失が必要であるが、この点、被告Xのように著作物の制作委託者にとどまる者については、いかなる場合に過失を認めるべきか。

過失とは、一定の行為をする際に要求される注意義務に違反することであり、その注意義務の程度は、当該立場・地位にある者が一般的・平均的に有する（有すべき）能力を基準に捉えるべきとされる。そして、出版、放送、広告、デザイン会社等、正に著作権が直接に関わる事業を営む者については、高度の注意義務が要求される例が多く¹⁾、本判決も被告Zらが本件写真を雑誌掲載した点につき、「業として雑誌を出版する者であるから、著作物を使用するに際しては、当該著作物を制作した者などから著作権の使用許諾の有無を確認するなどして、著作権を侵害しないようにすべき注意義務がある」としている。

(2) 他方、委託者がそういった地位にない場合は判断が分かれる。

1) 高度の注意義務を認めたもの

【判決①】大阪地判平成11年7月8日（平成

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

9年(ワ)第3805号)：製薬企業の過失肯定

「Aが作成した被告図柄を大量に複製して使用するのは被告自身なのであるから、被告もまた、被告図柄を被告医薬品に使用するに当たって、自ら他人の著作権を侵害しないよう調査し、場合によっては使用許諾を得る措置を講じる注意義務を負っている」、「被告は、Aが右行為を行うに当たって、しかるべき注意を尽くすよう指揮・監督すべき義務がある」ところ、「被告は、わずかに右の点(=侵害の有無 [筆者注])を簡単に【E】(=Aの代表者 [筆者注])に確認したにとどまり、それ以上に【E】がどのようなデザインに依拠して被告図柄を作成し、どのような著作権の使用許諾手続をとったのかといった点について、何ら確認・調査してないことが認められるのであるから、被告は尽くすべき注意義務を尽くしていない」とした。

【判決②】東京地判平成10年7月24日(平成6年(ワ)第23092号)：東京都の過失肯定

事前に業務の執行計画を明らかにすること、計画立案に際して協議調整すること、必要に応じ業務状況につき説明・報告を求め、業務執行について改善方法を指示できること、図録等出版物の販売に際してはあらかじめ協議して計画を立て承諾を得なければならないこと、と定めた委託契約を踏まえ、「被告都は、被告財団に委託している業務の範囲に含まれる本件書籍の販売に関して、被告財団を指導監督する権限があったものというべきである。そうすると、被告都は、本件書籍の発行に当たり、事前にそれが著作権法等の法律に違反しないものであるか否かを検討し、違法であるおそれがある場合には、その変更を指示するとか、その販売(実質的には、その発行)の承諾を与えない措置を採るべきであったというべきであり、したがって、本件書籍の発行、販売を漫然承諾した点において、被告都には過失があった」とした。

2) 高度の注意義務を認めなかったもの

【判決③】大阪地判平成17年1月17日(平成15年(ワ)第2886号)：建築関係会社の過失否定

「被告らは、建築材料の製造販売や、建築工事の設計施工等を目的とする会社であり、宣伝広告の広告主となることはあっても、自ら広告を制作することを業とする会社ではない。このような会社が、少なくとも、被告Bのような広告制作会社から、その顧客として、広告用写真のフィルムを借り受け、これを使用するに当たっては、その写真について別に著作権者が存在し、使用についてその許諾が得られていないことを知っているか、又は知り得べき特別の事情がある場合はともかく、その写真の使用に当たって別途著作権者の許諾が必要であれば、貸出し元の広告制作会社からその旨指摘されるであろうことを信頼することが許され、逐一、広告制作会社に対し、その写真の使用のために別途第三者の許諾が必要か否かを調査確認するまでの注意義務を負うものではない」、「すなわち、広告制作会社から、その顧客として、広告用写真のフィルムを借り受け、これを使用するに当たっては、その広告制作会社から、別途著作権者の許諾が必要であると指摘されない限り、その写真の著作権が既に消滅しているか、その広告制作会社が著作権を取得しているか、著作権者から使用の許諾を受けているかはともかく、その写真を使用することが他者の著作権を侵害するものではないものと考えて、その写真を使用したとしても、注意義務に違反するものとはいえない」とした。さらに、「広告制作会社が保管しているフィルムの写真が、その会社の従業員が撮影したその会社の職務著作にかかるものか(中略)、外部の写真家の撮影にかかるものかといったことは、広告制作会社の顧客には直ちに知り得ないものである。しかも、外部の写真家が撮影した写真であっても、その著作権については、当該撮影者が有していたり、第三者に譲渡されていたり、広告制作会社に譲渡さ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

れていたり、あるいは既に消滅していたりと、様々な状況があり得るのであり、しかも、当該撮影者や第三者が著作権を有している場合であっても、使用について著作権者の許諾が得られているときもあり得るのであって、これらの事情も、広告制作会社の顧客には直ちに知り得ないことである」とも指摘した。

【判決④】大阪地判平成17年12月8日（平成17年(ワ)第1311号）：コーヒー会社の過失否定

判決③とほぼ同様の理由で、パンフレットの制作を委託した一般企業の過失を否定した。

(3) かように判断が分かれる中、本判決は、前記2.2 (3) のとおり、主催する祭の宣伝用ポスター制作をデザイン会社に委託した被告Xも高度の注意義務を負うとの一般論を示した。

しかし、これでは神社仏閣等「文化的所産を取り扱う」者であれば、常に高度の注意義務を負担するということになる上、相当規模の企業なら広告宣伝活動はもちろん著作権を含む知的財産管理も行っているであろうから、本判決のように特段その程度に触れることなく「著作権に関する知識を有する」という点を強調されれば、一般企業も常に高度の注意義務を負担すべきとの結論ともなりかねない¹²⁾。

このように本判決や前記判決①のような考え方に立つと、広告、デザイン会社等のいわばその道の「プロ」に対して、自社の広告宣伝物の制作を委託する場合であっても、自ら著作権侵害を確認すべき注意義務を負担しなければならない場合が極めて多くなってしまいが、それでは一般企業における自由活発な広告宣伝活動が萎縮し健全な事業活動の支障ともなりかねない。特殊性・専門性に対する信頼・期待があるからこそ、受委託関係がビジネスとして成立するのであり、そこでの信頼・期待は保護されてしかるべきであって、やはり、「プロ」とそうでない者における注意義務の程度は異なるとい

うのが常識的な理解というものであろう。

従って、かように高度な注意義務を負うのは自らが営む事業そのものが著作権と密接に関係する場合に限るべきであり、事業に付随して広告宣伝を行うとか著作関連物品を管理するにとどまる者が「プロ」に制作委託する場合¹³⁾は、前記判決③④のとおり、「プロ」に対して事細かに確認するとか自ら積極的に侵害調査を行うまでの注意義務はなく、「特段の事情がない限り」委託者を信頼しても過失はないという原則論に立つべきである。そして、特段の事情があった場合には、委託者の地位・性質（事業と著作権の関連性や有する知識の程度等）や著作者と委託者の関係性（委託者による著作者へのアクセスの難易等）といった個別事情を踏まえて、当該事案に即した注意義務の内容を導くという判断方法を採用すべきと考える。

(4) 被告Xは、付随的に祭事宣伝や文化的所産管理等を行っているが、神社神道に従って祭祀等を行う宗教法人の地位にとどまるのであるから、直ちに高度の注意義務を負うものではない。しかし他方、本件写真が表紙になった写真集を原告から受け取っており、そうすると「別に著作権者が存在し、使用についてその許諾が得られていないことを知っているか、又は知り得べき特別の事情」が存したといえる。そして、本判決も指摘するように被告Xの事業は著作権との関連が深く、一定の知識も保有しており、写真集の無料配布を受けるとか撮影許可を与える等原告と面識もあったという、本件個別事情を踏まえれば、被告Y1に対し「承諾の有無を具体的に確認し」、「更に著作者に当該承諾の有無を直接確認する」べき注意義務を負い、単に「心配ありませんか」と確認するだけでは注意義務を尽くしたとは言えず過失がある、との結論を導くことはできよう。

縷々述べたが、結局、本判決の指摘する具体

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

的な注意義務の内容や過失を肯定する結論には賛成するが、「一般論として」被告Xに高度の注意義務を負わせる点は賛成できない。

4. 実務でのポイント

本稿で触れた争点のうち、実務上最も留意すべきは、被告Xに過失を肯定した点であろう。本判決が示す一般論に賛成するものではないが、とはいえ、「プロ」に制作委託した場合であっても高度の注意義務が課されて賠償責任を負わされる可能性は否定できない。

そこで、著作権を委託者が取得する形態での制作委託において、本件のごときリスクを極小化するために委託者として留意すべきポイントを指摘することとする。

4. 1 契約書の充実

リスクを的確に予見し、それへの手当を契約書の形で表現しておくことが必要である¹⁴⁾。

その際、著作権を確実に委託者に帰属させ、自らの成果物の利用に支障を来さないようにしつつ、権利侵害等に基づく第三者からの各種請求について受託者側で対処してもらえ、そういった条項を規定することが肝要となる。

【成果著作物にかかる権利譲渡】

第●条（権利譲渡）

1 成果著作物にかかる全ての著作権は、別段の定めのない限り、受託者から委託者に対し、その完成時に何らの方式も要さず当然に譲渡される。

2 委託者と受託者は、前項の譲渡対象に、翻訳権、編曲権、変形権、脚色権、映画化権その他翻案権、及び二次的著作物の利用に関する原著作物の権利が含まれていることを確認する。

▶ 著作者とは著作物を創作する者（著作権法（以下単に「法」）2条）であって、「創作」し

たかどうかという事実問題なので、「委託者が著作者となる」とか「著作権は委託者に帰属する」との表現は避けた方がよい。

▶ 譲渡時期を明らかにすべきで、ここでは完成時としたが、実際の完成時に書面確認しておくで一層特定できる。

▶ 成果著作物は、可能なら事前に題目等の要素で特定することになるが、少なくとも完成時には特定するための書面を作成して契約書に添付する等の対応をとるべきであろう。

▶ 著作支分権の一部だけの又は地域や期間で区切った譲渡も可能だが¹⁵⁾、原則的には全部の譲渡を受けておくべきである。

▶ 翻案権等は、これらも譲渡対象である旨明示（＝特掲）しなければ移転しないと推定されるが（法61条2項）、この点、「著作権法27条や28条の権利を具体的に挙げることにより、当該権利が譲渡の対象となっていることを明記する必要がある」との判決例¹⁶⁾もあることから、具体的に列記しておくべきである。

▶ 二重譲渡の危険回避のため移転登録（法77条）を行う場合は、「受託者は、委託者が第●条に基づく著作権譲渡の登録を行うことを承諾し、これに必要な範囲で協力する。」といった条項を置くことになろうが¹⁷⁾、現実には登録はあまり利用されておらず、当該条項を置く例も少ない。

【著作者人格権の不行使】

第●条（不行使の同意）

受託者は、成果著作物について、委託者及びその後の権利の正当な承継人に対し、公表権、氏名表示権及び同一性保持権といった著作者人格権を行使しないことに同意する。

▶ 著作者人格権は、著作者の一身に専属し、譲渡することができない（法59条）が、成果著作物の改変等は予想される事態であるから、同一性保持権を始めとする著作者人格権行使によ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

る不利益を回避しておく必要がある。

▶ 著作者人格権は名のとおり「人格権」とされ、不行使条項が公序良俗違反等により無効になる可能性がないとは言いきれないが、必要性も高く実務慣行として定着しつつあるので、相当な範囲であれば有効とみてよいと考える。

▶ 放棄の可否は法に規定がないが、法59条の趣旨から有効性は疑わしく、「受託者は、～を放棄する」という表現は控えた方がよい。

▶ 委託者限りの利用ではなく、その後さらに譲渡等する可能性がある場合には、不行使の相手方をできるだけ広くしておくべきである（但し、有効性が否定される可能性はあろう。）。

▶ 条項が無効となる可能性をできるだけ軽減するという観点からは、「受託者の名誉又は声望が害される場合でない限り」といった留保文言を置くことも考えられる¹⁸⁾。

【侵害等についての保証】

第●条（保証）

1 受託者は、成果著作物が、第三者の著作権、著作者人格権その他いかなる権利（著作権以外の知的財産権、商号、営業秘密に関する権利、肖像権、名誉権、パブリシティ権、プライバシー権を含むがそれらに限らない。）も侵害しておらず、かつ合法的なものである旨保証する。

2 受託者が成果著作物の制作に関連して前項に定める権利を利用等している場合、受託者は、その権利者から当該権利の譲渡又は許諾を正当に受けており、委託者による成果著作物の利用・処分は何らの支障も及ぼさないことを証明すべき資料等を、委託者に提供する。

3 受託者は、前1項の保証に違反するおそれを認識した場合、直ちに、その旨を、具体的内容を示して委託者に通知するとともに、権利の譲渡や許諾を受ける等、その

違反状態を解消すべき対応をとり、かつ違反状態を解消したことを証明すべき資料等を受託者に提供する。

▶ 制作過程で他人の著作権等を利用している場合、本件のように委託者が責任を問われるおそれがあるが、そういった事態をできる限り予め排除しておくための条項である。

▶ 著作権以外にも侵害危険のある権利は種々想定されるので、できる限り具体的に列挙しておくべきである。また例えば、わいせつ表現や禁制品助長的な内容を含む場合は、刑法等の法令に違反する場合もあるので、侵害に限らず一般的な「合法性」についての保証も置くとよい。

▶ 受託者が当然に負担すべき義務とは言えないが、具体的事情を踏まえ「著作権侵害に至らない態様であっても、相当程度に合理的な根拠に基づいて著作権侵害との疑義を受けるような態様で、他人の出版物を模倣・複製しない旨の付随的な債務があった」と認定した判決例もあるので¹⁹⁾、例えば、「相当程度に合理的な根拠に基づき、（～等の）権利侵害その他非合法との疑義を受けることがないこと」までの保証を求めることも考えられる。

【侵害等があった場合の補償】

第●条（補償）

受託者は、成果著作物について、第三者から権利主張、異議あるいは苦情の申立て、又は名目の如何を問わず金銭的請求等があった場合、自己の費用と責任においてこれに対応かつ処理し、委託者には、金銭的か否かを問わず、一切の負担を掛けないものとする。

▶ 保証条項を置いたとしても、實際上、侵害等の可能性を完全に払拭することはできない。そこで、不幸にも問題が生じた場合に、受託者の責任において対応させることで、事後的なり

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

スクを極小化するための条項である。

【再委託のコントロール】

第●条（再委託）

1 受託者は、委託者の事前の書面承諾なく、制作業務の全部又は一部を第三者に再委託することはできない。

2 再委託する場合、受託者は、再委託先をして、自己に対してはもちろん委託者に対しても直接的に、本契約に基づき自己が負担するのと同じ義務を負担させ、かつその旨を証明する資料等を委託者に提供するとともに、再委託先の行為について全責任を負うものとする。

▶再委託は、業務に対する委託者のコントロールが間接的になるし、権利侵害の可能性も高まるのが一般的である。従って、原則的には再委託を禁止し、仮に再委託する場合は、再委託先に受託者と同一の義務を負担させるべきである。

▶再委託先には、委託者に対しても直接的に義務を負担させることで、再委託先からの更なる委託（孫請等）についてまで委託者のコントロールが可能になり、また再委託先等への直接の責任追及も容易になる。

4. 2 過失を否定するための対応

侵害自体につき委託者に過失がなければ、委託者が（共同）不法行為に基づき損害賠償責任を負うことはないが、これまで記載したポイントは、あくまでも受託者と委託者の内部関係を定めたものにとどまり、現実には侵害クレームを提起する第三者に対してまで効力が及ぶものではなく、必ずしも対第三者との関係で侵害についての過失を否定できるわけではない²⁰⁾。

この点、過失ありとされる危険性を完全に払拭することは困難であると言わざるを得ないが、それでも、過失を否定する方向に働きうる事情をできるだけ多く、かつ証明可能な状態で

積み上げておく必要性は高く、本判決や前記判決①②を踏まえ、考えられる実務上の対応を挙げておく。

【受託者への具体的確認】

単に侵害等の問題の有無を漠然と確認しただけでは足りず、受託者に対する「具体的な確認」が要求されている。具体的確認の中身は明らかでないが、次のような対応は必要であろう。

▶他人の著作物等を利用しているという場合は、契約条項例でも記載したとおり受託者に権限があることを証する資料等の提供を受ける。

▶利用していないという場合、改めて受託者から完全なオリジナルである旨を確認する書面の提供を受け、また参考にしたたりヒントを得た著作物等があるなら、それは何か及び参考にした程度等を確認し、疑義が残れば、「問題ない」とする理由・事情の説明を求める。

▶受託者が述べずとも、委託者において利用等の可能性を疑う場合（有名な著作物に類似しているとか、本件のごとく、経緯上、委託者が知っている（知り得べき）場合等）も、上記同様の対応が必要であろう。

【権利者への確認】

▶事情によっては委託者から権利者に対して直接確認すべきとの指摘もあることから²¹⁾、説明に疑義が残るとか、委託者自ら権利者にアクセス可能な状況にある場合（本件はそういう場合である。）には、できる限りの方途を尽くして、当該権利者に対し直接に侵害の有無を確認する必要もあろう。

【権能の行使】

▶委託契約では委託の趣旨を実現すべく委託者が業務をコントロールする各種権能²²⁾を持つことがあるが、前記判決②では委託者が有する指導監督権限を根拠に高度の注意義務が導かれている。従って、権利であって行使する義務ではないと単純に捉えることは危険で、そのような権利・権能を保有しているのであれば、これ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

を適時・適切に行使（行使状況は記録に残す）するとともに、その際、権利侵害のおそれを認識した場合には、既述のような対応をとるべきである。

【契約交渉の真摯な実施】

▶仮に前記のような契約条項や委託業務をコントロールする権能を獲得できなかったとしても、漫然と曖昧な内容の契約を受け入れるのではなく、委託者としては要求したが叶わなかった、という交渉プロセスを残しておくことも、「できる限りの対応をした」事情として意味のあることだと思われる。

5. おわりに

被告Xの注意義務に関して本判決の示す一般論は相当でなく、裁判例の流れとして定着しないことが望まれる。

とはいえ、リスクある限り対応を怠ることはできず、企業法務担当者であった経験も踏まえ、筆者なりの視点で留意点を示させて頂いた。十分ではないが、皆様の日々の実務に少しでも役立つところがあれば望外の喜びである。

注 記

- 1) 出版につき東京地判H2.4.27 (S62(ワ)10466)、同H6.4.25 (H4(ワ)17510)、同H14.4.15 (H13(ワ)22066)、同H16.6.25 (H15(ワ)4779)、同H17.5.17 (H15(ワ)12551)等、放送につき東京高判H8.4.16 (H5(ネ)3610)、東京地判H15.12.19 (H13(ワ)3851)等、広告関係につき本文判決③、東京地判H20.4.18 (H18(ワ)10704)等。
- 2) 本件写真ポスターの制作、市内貼付や本件写真の新聞掲載は、平成15年にも行われている。
- 3) 依拠性については大きな争いはなかったようである。
- 4) 翻案権侵害についても同様に被告Xの侵害主体性や過失を認めている。
- 5) 本判決は、「お祭りの写真のように客観的に存在する建造物及び動きのある神輿、輿丁、見物人を被写体とする場合には、客観的に存在する被写体自身を著作物として特定の者に独占させる

結果となることは相当ではない」等とも述べる。被写体の選択や構成だけに創作性が認められる場合における写真の著作物性の判断にかかる問題意識であると思われるが、ここでは触れない。

- 6) 最判H13.6.28 (H11(受)922)。
- 7) 東京高判H14.9.6 (H12(ネ)1516)、東京地判H15.11.12 (H14(ワ)23479)、同H16.6.25 (H15(ワ)4779)、同H16.12.24 (H15(ワ)25535)等。
- 8) 差止請求の場合は差止めの相手方との関係で侵害主体性を論じる必要があるが、損害賠償請求の場合は侵害主体でなくとも侵害について故意・過失があれば足りる(本文判決②は、被告都の侵害主体性を否定しつつ、共同不法行為に基づく損害賠償責任を認めている)。
- 9) いわゆる「カラオケ法理」(最判S63.3.15 (S59(オ)1204))。
- 10) 同様の問題意識を指摘するものとして、「作花文雄、詳解著作権法(第3版)、pp.778~810、2004年、ぎょうせい」、「高部真規子、ジュリスト、No.1306、pp.114~133、2006年」、「大塚一郎、藤原宏高、齋藤浩貴、津田幸宏、第二東京弁護士会知的財産法研究会編:著作権法の新論点、p.393~446、2008年、商事法務」等。
- 11) 委託者の侵害主体性を論じたものとして「坂田均、知財管理、Vol.55、No.5、pp.593~604、2005年」等。
- 12) 被告Xのホームページに境内建物の写真集が掲載されていること、掲載写真の利用許可申請を受け付けるものとしていること、撮影許可に当たっては著作権に留意する旨の条件を付していることも指摘しているが、この程度の事情は一般企業でも珍しいことではなく、高度の注意義務を課す根拠として十分とは思えない。
- 13) 「プロ」でない者に委託する場合は、信頼の要保護性は相対的に低く、注意義務の程度は高くなるだろう。
- 14) 筆者の経験では、そもそも契約書がないか、あっても極めて簡単な内容のまま広告会社やデザイン会社に丸投げしてしまっているケースも多い。
- 15) 「加戸守行、著作権法逐条講義(五訂新版)、pp.371~372、2006年、著作権情報センター」、東京地判H9.9.5 (H3(ワ)3682)等参照。
- 16) 東京地判H18.12.27 (H17(ワ)16722)、同(H16(ワ)13725)。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 17) 著作権法施行令17条, 21条参照。
- 18) 法113条6項参照。
- 19) 知財高判H18.5.31 (H17(ネ)10091)。
- 20) 本文判決①は「これ(=権利侵害時の責任条項[筆者注])は被告とAとの間でのみ意味を持つにすぎず, 著作権者に対する関係で注意義務が軽減されることの根拠となり得るものではない」とし, 東京高判H8.4.16 (H5(ネ)3610) や東京地判H14.4.15 (H13(ワ)22066) 等も同旨を述べる。
- 21) 本文判決④も「自ら調査すべき義務」が生じる可能性について触れている。
- 22) 進捗報告・管理, 検査, 再委託, 検品, 修正といったものが挙げられよう。なお, 委託者によるコントロールの度合いが大きくなるほど, 侵害主体性が認められる可能性は高くなるかも知れないが, 委託の趣旨・意図実現のために有益であるし, チェックの機会が増えて侵害自体の回避可能性も高まると思われるので, 侵害主体性を肯定されないように関与度合いを薄める, といった発想は妥当でなかろう。

(原稿受領日 2008年8月6日)

