

## 【メイン資料】 無断CDレンタルと楽曲配信事件

(知財高判平成 28 年 11 月 2 日 (平成 28 年 (ネ) 第 10029 号、平成 28 年(ネ)第 10064 号)

平成 30 年 11 月 14 日  
担当 佐藤哲哉、荏畑龍太郎

### 第 1 事案の概要

#### 【事案の当事者】

##### ◆Shima

ジャズ歌手。平成 26 年 8 月 31 日からノアの代表者を務めている。

##### ◆株式会社ノアコーポレーション

楽曲等に係る音楽・映像作品の録音、編集、制作及び販売等を業とする会社。

##### ◆タツズ・インターナショナル株式会社

音楽コンテンツの音源の企画、制作及び映像コンテンツソフトの配給及び販売等を目的とする株式会社、資本金 400 万円。いわゆる音楽レーベル。

##### ◆バウンディ株式会社

スペース社の子会社であり、H23. 10. 1 に営業譲渡して、スペース社の一事業部となる。音楽 CD 等のレコード流通事業を営んでいた。

##### ◆株式会社スペースシャワーネットワーク

通信衛星又は地上回線を用いた映像コンテンツソフトの配給及び販売等を目的とする会社であり、JASDAQ 市場に上場する国内最大手の衛星一般放送事業者

#### 【事案の時系列表】

H19. 9 以前	Shima、米国内で本件楽曲の歌唱を行い、当該実演のレコーディングを実施。
H20. 3. 23	Shima は、本件楽曲の録音権を含む実演家の著作隣接権及び本件実演を録音した録音物である DVD 原盤に係る権利を取得。
H21. 8. 27	Shima はノア社に対し、本件楽曲に係る実演家の著作隣接権、レコード及びビデオ用原盤の制作者となる地位、DVD 原盤の所有権等の DVD 原盤に係る全ての権利を譲渡。
H22. 8. 1	タツズ社とバウンディ社は販売委託基本契約を締結(資料 B の②)。
H22. 9	ノア社は、本件楽曲のミキシング(音楽のバランス、音色及び定位の創作等)やマスタリング(音量、音質及び音圧の調整等)などの作業を経て、本件楽曲を録音した音楽原盤を完成させ、本件原盤についてレコード製作者としての著作者隣接権を取得。

H22. 10. 25	ノア社は、タツズ社との間で本件原盤を音源とする音楽CD(本件CD)の製造販売業務の委託契約(以下、「 <u>本件契約</u> 」という。資料Bの①)を締結し、ノア社はタツズ社に対し、 <u>本件契約</u> に基づき、本件CDの量産及び販売チラシ等の制作のための実費及び報酬を支払う。
H22. 11 頃	タツズ社は、バウンディ社に対し本件CDの販売(レンタル事業者に対する販売・流通を含む。)及び本件楽曲の配信等を委託する旨の契約(以下、「 <u>本件再委託契約</u> 」という。資料Bの③)を締結。タツズ社、 <u>本件契約</u> に基づき、本件CD1000枚を製造。
H23. 2. 23 ～ 4	バウンディ社は、 <u>本件再委託契約</u> に基づき、本件CDを全国の小売店やレンタル事業者に販売し、また、インターネット配信事業者を通じて本件楽曲の公衆送信を行う。本件CDは、H23. 2. 23に販売され、同年4月までに合計213枚販売。
H23. 3. 11	ノア社は、DMMが本件CDをレンタルに供しようとしていることを知り、DMM本社を訪れ、レンタル延期要望を通知する。DMMはスペース社に対して抗議を行う。
～H23. 4. 5	バウンディ社は、本件CDを廃盤にすることを決定し(以下、「 <u>本件廃盤処置</u> 」という。)、バウンディ社はH23. 4. 5付の文書で、本件廃盤処置についてタツズ社に通知。タツズ社は、同通知を受けて、同日、ノア社に対して本件CDが廃盤になったことをEメールで通知(以下、「 <u>本件廃盤通知</u> 」という。)
H23. 6. 1	バウンディ社は、小売店に対し、本件廃盤処置を実施することを通知するとともに、同年9月10日までに本件CDをスペース社に返品するよう依頼する旨の文書を発出。
H25. 11. 7	タツズ社、現金書留にて、ノア社に対し1万9329円を送付。
H25. 12	ノア社、本訴提起
H28. 2. 16	原判決言渡し(東京地判平成28年2月16日)
H28. 11. 2	本判決言渡し(知財高判平成28年11月2日)

## 第2 当事者の主張

ノア社	スペース社
-----	-------

争点①著作隣接権侵害の不法行為 <sup>1</sup>	
ノア社(被控訴人)	スペース社(控訴人)
<p>【本件再委託契約時】</p> <p>①スペース社はタツズ社の利用許諾権限の有無を確認する注意義務を負うものであり、契約書などによって確認することは通常の業務の一環である。</p> <p>②スペース社とタツズ社間の本件基本契約及び本件企画書には、多数の誤記を含むものであり、スペース社においてこのように不備のある書面を確認したとしても、注意義務を果たしたことはない。</p> <p>【本件廃盤措置決定時(H23. 4/5)】</p> <p>③スペース社の従業員は、廃盤処置決定の翌日に行われた、ノア社との協議の時、ノア社がタツズ社からレンタルについて全く説明を受けていなかった事情を知りえたのであるから、タツズ社が利用許諾を得ていない可能性を認識することが出来たはずであるにもかかわらず、ノア社に対する問い合わせや本件契約書の確認をしなかった。</p> <p>【本件楽曲の無断配信についての刑事告訴及びタツズ社からの配信停止依頼時(平H23. 11)】</p> <p>④タツズ社のノア社宛内容証明によれば、タツズ社はノア社が本件楽曲の無断配信について刑事告訴した事実を認識しており、同事実はタツズ社が利用許諾を得ていない可能性を強く疑わせるものであった。</p>	<p>【締結契約内容】</p> <p>①タツズ社とスペース社は再委託契約の根拠とする本件基本契約において、タツズ社がスペース社に対し、著作権及び著作権隣接権が自らに帰属し、又は利用許諾権限を有していることについて責任を持ち、表明保証している。</p> <p>⇒スペース社はタツズ社の表明保証の違反を疑わせる特段の事情がない限り、タツズ社から委託を受けた業務に本件CDのレンタル業者への販売及び本件楽曲の配信が含まれていることを確認すれば、受託者としての注意義務を尽くしたというべきである</p> <p>⇒本件企画書提出の過程において、タツズ社の利用許諾権限に関する表明保証の違反を疑わせるような事情は存在しなかった。</p> <p>②タツズ社は著作権及び著作隣接権の取り扱いについて十分な知識及び経験を有し、業界の信用を得ていた。</p> <p>【ノア社の主張に対して】</p> <p>③スペース社がタツズ社から業務を委託する際に、利用許諾権限の表明保証に依拠するにとどまらず、<u>同権限の有無をノア社に問い合わせることや、本件契約書に提示を求めるなどすることは、商取引の相手方であるタツズ社を信用していないことを示す対応であり、業界における取引通念上、非常識なものである。</u></p>

<sup>1</sup> 本発表では、争点1のみ取り扱い、残りの争点については割愛する。

<p>⑤スペース社は、タツズ社から本件楽曲の配信停止を求められていたのであるから、即時に配信会社による配信を停止する義務を負っていたにも関わらず、これを怠り、その後も配信を1年4カ月にわたり続けた。</p> <p>⑥本件契約書中、対価の取り決めに関する部分を黒塗りにすることなどによって、秘密保持義務に抵触することなく、本件契約書を提示することは可能。</p>	<p>④タツズ社は、ノア社から許諾を得ていたと信じていたのであり、また、本件契約書には秘密保持義務が定められていたため、たとえスペース社がタツズ社に対して、利用許諾権限の有無に関し、ノア社に対する問い合わせや本件契約書の提示を求めたとしても、タツズ社が直ちに応じたとは考えにくい。</p> <p>⑤スペース社が仮に、本件契約書を提示されたとしても、タツズ社から本件CDのレンタル業者への販売及び本件楽曲の配信も本件契約の内容に含まれるとの説明を受けたものと考えられる。</p> <p>⇒仮にスペース社がノア社に対する問い合わせや本件契約書の提示を要求したとしても、ノア社の著作隣接権を侵害するという結果を回避することはできなかった。</p>
<p>争点②本件原盤等に対する所有権侵害の不法行為の成否</p>	
<p>ノア社(被控訴人)</p>	<p>スペース社(控訴人)</p>
<p>①本件CDには発売元や販売元が明記されているため、廃盤以降は第三者に販売委託等することができない。</p> <p>⇒廃盤とされたことによって、本件原盤、本件CD及びポスター等の販促物は無価値になるのであり、本件廃盤措置を行ったことは、本件原盤等に対する所有権を侵害する不法行為である。</p>	<p>(第1審のスペース社の主張を引用)</p> <p>①クレーム拡大を回避するための自衛手段として、本件CDを廃盤にせざるを得なかったのであって、本件廃盤措置を執ったことに何ら問題はない。</p> <p>②本件CDが廃盤となったとしても、当該レコード商品番号にて流通に供することが認められなくなるに過ぎず、手売りすることが可能であり、別のルートで流通を図ることは何ら妨げられないのであるから、本件原盤等が無価値となることはない。</p>
<p>争点③損害額</p>	
<p>ノア社(被控訴人)</p>	<p>スペース社(控訴人)</p>
<p>【著作隣接権侵害の損害】</p>	
<p>①レコード製作者としての複製権及び貸与</p>	<p>①レコード製作者としての複製権及び貸</p>

<p>権の侵害に係る損害</p> <p>→レコードの複製権侵害については、CD1枚3000円であるから、少なくとも30万円(3000円×10枚)の利益を得ており、114条2項により損害額と推定される。</p> <p>→貸与権については、レンタル回数ごとにCDのレンタルに係る二次使用料250円が支払われる。少なくとも100社にレンタルを依頼していたと考えることが出来、各社のレンタル回数は11回を超える可能性が高い。したがって、スペース社は、少なくとも27万5000円(250円×100枚×11回)の利益を得ており、同額がスペース社の損害額と推定される(114条2項)。</p> <p>②楽曲無断配信の損害</p> <p>→78社のインターネット配信事業者から、12曲が、少なくとも2年間、月2回ダウンロードされていたので、1曲あたり48回ずつ(2回×12か月×2年)公衆送信された。</p> <p>→ダウンロード代金200円のうち、20パーセントが委託料として配信事業者を支払われるので、販売代金の80%の160円が利益である。</p> <p>→718万8480円(160円×12曲×48回×78社)</p> <p>③二次使用料相当額</p> <p>→1万円</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・調査嘱託の費用相当額</li> </ul> <p>→8226円</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・所有権侵害に係る損害</li> </ul> <p>→839万1174円</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・弁護士相談料</li> </ul> <p>→113万3232円</p>	<p>与権の侵害に係る損害</p> <p>→ノア社の主張する損害額は客観的裏付けを欠く。スペース社がレンタル事業者に販売したCDは合計8枚に過ぎず、既に返品処理が済んでいる。</p> <p>②楽曲の無断配信に係る損害</p> <p>→実際にダウンロードした配信事業者は9社にとどまり、売上金額は2万4406円にすぎない。タッツ社はノア社にロイヤリティ1万9329円をすでに支払い済みである。</p> <p>③二次使用料相当額</p> <p>→争う。</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・所有権侵害に係る損害</li> </ul> <p>→争う。</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・弁護士相談料</li> </ul> <p>→争う。</p>
--	--

### 第3 請求についての本判決の判断

	ノア社による本訴請求	本判決の判断
--	------------	--------

①	レコード製作者の著作隣接権(複製権、貸与権、譲渡権、及び送信可能化権)及び本件楽曲についての実演家の著作隣接権(送信可能化権)侵害の不法行為に基づく損害賠償 778 万 1706 円	4 万 6023 円の限度で認容
②	本件CDを廃盤にしたことによる本件CD及びポスター等の所有権侵害の不法行為に基づく損害賠償 839 万 1174 円	棄却
③	①及び②に関する弁護士相談料に係る損害賠償 113 万 3232 円	棄却

#### 第4 争点についての本判決の判断

##### (1) 争点①：著作隣接権侵害の不法行為の成否

###### ア 結論

不法行為責任を負うものと認められる。

###### イ 理由(原判決)

第三者が著作権や著作隣接権を有する著作物の利用について契約を締結する場合、当該契約の相手方が当該著作物の利用を許諾する権限を有していなければ、当該契約を締結しても当該著作物を利用することはできない。したがって、①当該契約の当事者としては、相手方の利用許諾権限の有無を確認する注意義務があるというべきであり、これを怠って当該著作物を利用した場合、当該第三者に対する不法行為責任を免れないと解される。

これを本件についてみるに、②被告スペース社は、本件再委託契約の締結時において、被告タツズ社がレコード製作者及び実演家の各著作隣接権を有しないことを認識していたと認められるところ、スペース社は、タツズ社の利用許諾権限に疑義等を抱かしめるような事情はなかったと主張するのみで、スペース社において、著作隣接権者に問い合わせ、又は本件契約書を確認するなどの方法によって、本件CD及び本件楽曲についてのタツズ社の利用許諾権限を確認した等の主張はないし、証拠上もこうした事実を認めることはできない。

そうすると、スペース社は、本件CDの無断レンタルや本件楽曲の無断配信について少なくとも過失があると認められるから、ノア社に対し、タツズ社らとの共同不法行為が成立する。

###### ウ 理由(本判決)

(ア) スペース社は、①上記のとおり、タツズ社との間の本件再委託契約に基づき、上記販売及び配信を行ったものである。そうすると、スペース社において、ノア社の許諾がないことを知りながら、あえて上記販売及び配信を行ったとは、考え難い。

そこで、スペース社が上記販売及び配信に当たりノア社の許諾の有無を確認すべき注意義務を負うか否かについて検討する。

- (イ) 本件再委託契約に際してタツズ社が作成した本件企画書に、「著作権 未処理」、「原盤会社 株式会社ノア社」と記載されていることに鑑みれば、スペース社は、本件再委託契約を締結した頃、タツズ社が本件原盤について著作権及び著作隣接権を有しないことを認識していたものと推認することができる。
- (ウ) タツズ社による本件CDのレンタル事業者への販売及び本件楽曲の配信は、いずれも著作権者又は著作隣接権者の許諾がない限り著作権又は著作隣接権を侵害する行為である。そして、前記のとおり、②スペース社は、通信衛星又は地上回線を用いた映像コンテンツソフトの配給及び販売等を目的とする株式会社であり、東京証券取引所JASDAQ市場に上場する国内最大手の衛星一般放送事業者であるから、CDのレンタル事業者への販売及び楽曲の配信は、日常の営業活動の一環として、それぞれの著作権者又は著作隣接権者の許諾を得た上で、行っているものと考えられる。他方、タツズ社は、音楽コンテンツの音源の企画、制作及び販売等を目的とする株式会社であるが、資本金400万円の比較的小規模な会社である。
- (エ) そして、③本件再委託契約が締結されたのは、平成19年11月のタツズ社設立の約3年後であり、平成22年8月1日のスペース社との本件基本契約の締結から間もない同年11月頃であったことを併せ考えると、本件再委託契約締結当時、スペース社とタツズ社との取引実績はまだそれほど蓄積されていなかったものと推認される。加えて、④スペース社は、本件原盤に関し、本件企画書に原盤会社として明記されているノア社とタツズ社との利用許諾関係を確認することができたものと考えられ、同確認をすれば、本件CDのレンタル事業者への販売及び本件楽曲の配信についてノア社の許諾がないことを明確に認識し、以後、上記販売及び配信をしないことによって、ノア社が有する著作隣接権の侵害を回避することができたといえることができる。
- (オ) ⑤以上によれば、スペース社は、本件CDのレンタル事業者への販売及び本件楽曲の配信に当たり、タツズ社の許諾の有無を確認すべき条理上の注意義務を負うものと解するのが相当である。
- (カ) ⑥そして、本件において、証拠上、スペース社が本件CDのレンタル事業者への販売及び本件楽曲の配信に当たってノア社の許諾の有無を確認した事実は、認められない。
- ⑦したがって、スペース社は、上記条理上の注意義務に違反して、タツズ社が本件原盤を複製して製作した本件CDをレンタル事業者に販売し、また、インターネット配信事業者を通じて本件楽曲を配信したのであるから、ノア社の許諾なく上記複製、販売及び配信を行ったことにつき、少なくとも過失が認められる。スペース社は、〈1〉本件再委託契約が根拠とする本件基本契約は、タツズ社による表明保証に依拠することで成り立つものであること、〈2〉タツズ社らは、

著作権及び著作隣接権の取扱いについて十分な知識及び経験を有し、業界の信用も得ていたことに鑑みれば、スペース社は、タッズ社が本件CD及び本件楽曲の利用許諾権限を有している旨の表明保証の違反を疑わせる特段の事情がない限り、タッズ社から委託を受けた業務に本件CDのレンタル事業者への販売及び本件楽曲の配信が含まれていることを確認すれば、本件再委託契約の受託者として負うべき注意義務を尽くしたというべきであり、本件においては、同注意義務を果たしている旨主張する。

(キ) 確かに、⑧本件基本契約書の第14条（保証）及び別紙Ⅲ7.（保証）には、タッズ社による表明保証が規定されている。

しかし、本件基本契約書は、以後、タッズ社がスペース社に対して業務委託をする際の基本的取決めを記載したものにすぎず、委託の対象とする商品や音源等の名称などの具体的内容は記載されていない。また、上記保証に係る条項には、スペース社が本件基本契約の定めに従って委託された業務を行ったことに起因して第三者からの請求や訴訟提起を受け、それによって何らかの損害を被った場合には、タッズ社が一切を賠償する責任を負うなどと規定されているが、これは、第三者からの請求や訴訟提起により生じる損害につき、本件基本契約の当事者であるタッズ社と控訴人との間において内部的な負担割合としてスペース社の負担分をゼロとしたものであり、対第三者との関係でスペース社の責任を減免するものとはいえない。

加えて、前記のとおり、本件再委託契約締結当時、スペース社とタッズ社との取引実績はまだそれほど蓄積されておらず、証拠上、タッズ社の代表者であった同SHIMA自身とスペース社との間で取引実績があったと認めることもできない。

以上によれば、本件においてスペース社が負うべき注意義務につき、上記主張のように解することはできない。

(ク) スペース社は、仮にスペース社がノア社に対する問合せや本件契約書の提示の要求をしても、ノア社の著作隣接権を侵害するという結果を回避することはできなかつた旨主張する。

しかし、前記のとおり、⑨スペース社は、本件CD及び本件楽曲に関し、本件企画書に原盤会社として明記されているノア社とタッズ社との利用許諾関係を確認することができ、同確認をすれば、本件CDやレンタル事業者への販売及び本件楽曲の配信についてノア社の許諾がないことを明確に認識し、以後、上記販売及び配信をしないことによって、被控訴人が有する著作隣接権の侵害を回避することができたということが出来る。

以上によれば、スペース社は、タッズ社らと共に、ノア社のレコード製作者としての複製権、譲渡権、貸与権及び送信可能化権並びに実演家としての送信可能化権を侵害したものであるということができ、共同不法行為責任を負うものと認めら

れる。

## (2) 争点②：本件原盤等に対する所有権侵害の不法行為の成否

### ア 結論

当たらない。⇒所有権侵害の不法行為の成立は否定。

### イ 理由（原判決）

ノア社は、本件廃盤処置によって本件原盤、本件CD及びポスター等の販促物が無価値となったとして、これが、スペース社らによるノア社の本件原盤等に対する所有権を侵害する旨主張する。

しかしながら、本件廃盤処置がされたからといって、ノア社において本件原盤等を使用し、又は収益することが禁じられるわけではない上、これらをノア社らにおいて販売する方法によって適宜処分することも可能なのであるから、本件廃盤処置がノア社の本件原盤等に対する所有権を侵害するものということとはできず、ノア社の上記主張を採用することはできない。

### ウ 理由（本判決）

(ア) 当時のノア社代表者において、本件CDがレンタル事業者のウェブサイト上でレンタルに供されていることに気付き、上記事業者を訪問して、本件CDの原盤権者であるノア社は、本件CDをレンタルに供することは承知しておらず、レンタルを延期してほしい旨を告げた。当時のノア社人代表者によるこの訪問は、上記事業者において原盤権者からのクレームとして処理され、その結果、上記事業者の仕入元である大手レンタル卸代行業者が控訴人に抗議を申し入れる事態にまで発展した。スペース社は、本件再委託契約の相手方であり、本件CDの発売元であるタツズ社の承諾を得たのみで、ノア社には何ら事前に知らせることもなく、本件廃盤処置を行った。

(イ) これらの一連の経過によれば、本件廃盤処置は、前記のとおり、スペース社及びタツズ社が、ノア社の許諾を得ないまま、本件CDをレンタル事業者に販売したことに端を発するものである。しかも、スペース社は、前記抗議を受けた後、わずか一か月足らずで、被控訴人に大きな影響を及ぼす本件廃盤処置を、ノア社に何ら事前に知らせることもなく、実行した。スペース社において、より穏当な事態収拾手段を十分に検討したことは、認めるに足りない。以上によれば、本件廃盤処置は、それ自体、問題があった措置というべきである。

(エ) 本件廃盤処置後も、ノア社は、本件原盤を使用することができる。また、本件CDについても、ノア社においてライブコンサート場で手売りする、品番及びPOSコードを改めて新規の業者に販売を委託するなどして販売することは可能である。さらに、前記のとおり、タツズ社は、本件契約第3条1項に基づいてノア社から供給を受けたジャケットデザインの完全版下並びにポスター、チラシ及び広告原稿デザインの完全版下をノア社に返却する意思を有し、これを表

明していたのであるから、ノア社においてこれらの完全版下の返却を受け、販促品を作成することも可能である。

以上によれば、本件廃盤処置によっても、ノア社が本件原盤、本件CD、ジャケットデザインの完全版下並びにポスター、チラシ及び広告デザインの完全版下の所有権者としてこれらを使用、収益及び処分をする権利（民法206条）が損なわれているとは認められない。仮に、本件廃盤処置によって上記の本件原盤や本件CD等に対する視聴者等の評価が低下し得るとしても、それが上記権利を損ない、ノア社が主張するような損害を発生させるほどのものとまで認めるに足りない。

したがって、本件廃盤処置により被控訴人の所有権が侵害されて被控訴人主張の損害が発生したことは、認めるに足りない。

### **(3) 争点⑧：損害額について**

#### **ア 結論**

7077円の範囲で肯定(原判決)。

4万6023円の範囲で肯定(本判決)。

#### **イ 理由 (原判決)**

##### **(ア) 無断レンタルに係る損害**

証拠によれば、スペース社は、タッツ社との本件再委託契約に基づき、本件CD 8枚をレンタル事業者に販売し、これらがレンタル事業者において一般消費者へのレンタルに供されたことが認められる。そして、本件CDを貸与により公衆に提供する権利は、レコード製作者である原告ノア社が専有するところ(法97条の3第1項)、証拠によれば、アルバムCD 1枚当たりのレンタル・レコード使用料は少なくとも250円と認められるから、本件CDの無断レンタルによって共同不法行為者であるスペース社及びタッツ社らが得た利益は2000円(250円×8枚)と認めるのが相当であり、よって、同額がノア社の損害額と推定される(法114条2項)。

##### **(イ) 無断配信に係る損害**

証拠によれば、スペース社が、合計78社の配信事業者に本件楽曲の配信を依頼し、うち9社が同依頼に応じて実際に本件楽曲の配信を行ったこと、これら9社の配信事業者のユーザーによる本件楽曲のダウンロード回数が合計207回であり、これによってスペース社が合計2万4406円の売上をあげたこと(なお、同売上のうち8割はタッツ社に支払うこととされている。)がそれぞれ認められるところ、タッツ社は、ノア社に対し、平成25年11月7日付け現金書留により、本件楽曲の配信によって得た金銭のうち1万9329円を送付している。

したがって、本件楽曲の無断配信によって共同不法行為者であるスペース社

及びタツズ社らが得た利益は5077円（計算式は2万4406円－1万9329円）と認められ、よって、上記5077円が原告ノア社の損害額と推定される（法114条2項）。

以上によれば、本件CDの無断レンタル及び本件楽曲の無断配信に係るノア社の損害は、合計7077円であると認められる。

#### ウ 理由（本判決）

##### （ア） ノア社のレコード製作者としての本件原盤に係る複製権及び譲渡権の侵害による損害について

証拠によれば、スペース社がレンタル事業者に譲渡した本件CDの数量は、8枚であることが認められる。

共同不法行為者であるスペース社とタツズ社は、本件契約8条2項に基づき、本件CD1枚当たり、販売元手数料434円及び発売元手数料185円の合計619円を受領するものとされているから、上記侵害によって4952円（619円×8枚）の利益を受けたものと認められ、著作権法114条2項により、同額を上記損害の額と推定する。

##### （イ） ノア社のレコード製作者としての本件原盤に係る貸与権の侵害による損害について

証拠によれば、邦盤アルバム一枚当たりのレンタル・レコード使用料は、約250円と認められる。よって、スペース社らは、上記侵害により2000円（250円×8枚）の利益を受けたものと認められ、著作権法114条2項により、同額をノア社が受けた損害の額と推定する。

ノア社は、CDのレンタルに係る二次使用料250円は、当該CDの枚数ごとではなく、レンタル回数ごとに支払われるものである旨主張する。

しかし、前記の邦盤アルバム一枚当たりのレンタル・レコード使用料約250円は、予想貸出回数（10回）を基に算出したレコード協会のレコード1枚当たりのレンタル使用料から、一定経費（卸代行店の手数料12%と経費10%前後の合計約25%）を控除したものであり、レンタル回数ごとに支払われるものではない。

##### （ウ） ノア社のレコード製作者としての本件原盤に係る送信可能化権及び実演家としての本件実演に係る送信可能化権の侵害による損害について

スペース社は、原審において、配信事業者一覧として平成27年1月19日作成の乙第7号証を提出した。乙第7号証には、本件楽曲の配信を依頼した配信事業者として「オトトイ（株）」（以下「オトトイ社」という。）、「（株）レコチョク」、「iTunes（JP）」、「IODA」など78社の名称が記載されているが、上記78社に、後出のOrchard Enterprises Nスペース社、Inc.（以下「OEN社」という。）は含まれていない。

また、スペース社は、原審において、本件楽曲の配信事業者別ダウンロード数及び売上金額一覧として平成25年4月頃作成の乙第5号証を提出した。乙第5号証には、平成23年5月から平成25年3月までの間に、上記78社のうち8社から、本件楽曲が合計207回ダウンロードされ、合計2万4406円の売上げが得られた旨記載されているが、オトトイ社及びOEN社の配信実績は記載されていない。

スペース社が原審の口頭弁論終結後である平成28年1月14日付けで作成した回答書には、概要、以下のとおり記載されている。

スペース社は、乙第5号証作成後、本件楽曲の配信停止手続が完了したものととして、売上げを計上するシステムから、本件楽曲を外した。しかし、オトトイ社及びOEN社においては、配信停止措置が完全ではなく、合計18回の配信があり、スペース社に合計127・94円の売上げが生じていた。この売上げは、上記のとおり本件楽曲が売上げを計上するシステムから外されていたので、同システムとは別の諸口というシステムに計上されていた。

スペース社が平成28年2月26日付けで作成した回答書には、概要、以下のとおり記載されている。

OEN社は、各配信事業者の仲介をまとめて行う「アグリゲータ」と呼ばれる事業者であり、海外の配信事業者や他のアグリゲータに本件楽曲を提供しており、したがって、実際に本件楽曲を配信するのは、OEN社が仲介した海外の配信事業者である。スペース社は、同配信事業者とは契約関係にないことから、直接本件楽曲の配信停止を要請する権限はなく、OEN社を通じて配信停止を依頼するにとどまる。しかも、上記配信事業者においては、本件楽曲をサブスクリプション型音楽配信サービスに供しており、同サービスは、ユーザが配信事業者に対して一定額を支払えば、一定期間当該配信事業者が提供する楽曲を再生することができ、その再生数に応じて楽曲の権利者に売上げが生じる仕組みであり、いったん、ユーザが楽曲を再生又はダウンロードすると、その楽曲は同ユーザの端末に残り、以後、同端末に残存する楽曲が再生されるとその再生数に応じて売上げが生じる。よって、配信事業者が本件楽曲の配信を停止した後も、ユーザの端末に残存する本件楽曲が再生されることにより、売上げが発生し得る。

また、スペース社は、平成28年2月26日付け回答書をノア社に送付した後、スペース社が利用しているiTunes Matchのシステムにエラーが生じ、その売上げが反映されていないというトラブルが生じていたことが判明したとして、乙第10号証を提出した。乙第10号証には、「実績月」平成26年7月から平成28年1月にかけて、本件楽曲の「再生数」合計35回、売上金額の合計が約6・6円であった旨記載されている。

さらに、スペース社は、ノア社の平成8年6月24日付け文書提出命令申立て

に対し、同年7月14日付けの意見書においては、申立てに係る本件基本契約書別紙Ⅲ9.〈1〉の売上報告書（スペース社が配信事業者から受領した配信データをもとに作成するとされているもの）につき、「2011年10月期以降のデータや写しを保持しており（それより前のデータや写しは保持していない。）」と記載しながら、翌15日付けの意見書において「更なる社内調査を行ったところ、2011年10月期よりも前の資料（2011年5月期～9月期）が見つかった」として上記記載を訂正した。

そして、スペース社は、「2011年5月度」から「2015年8月度」までのスペース社の売上報告書を提出した。これらのスペース社の売上報告書によれば、平成23年5月度から平成25年3月度にかけて本件楽曲がダウンロードされており、それによる売上金の総額は、1万9523円である。

スペース社は、本件楽曲の配信による売上げは、配信事業者からの報告によって把握しており、実際の配信時期とスペース社への報告時期との間にタイムラグがあり、特に海外の配信事業者は、実際の配信から1年以上後に報告してくることもある旨述べている。

スペース社は、ノア社から、前記売上報告書の一部につき、`regist__date`、`update__date`の表示が欠落しているとの指摘を受け、指摘に係る部分のうち、乙第11号証の11・13から15・17から22・24から31については、プリントアウトの際にエラーが生じたとして、修正したものを乙第12号証の1から18として提出した。

乙第7号証に記載された78社のうち、ノア社が選択した18社に対する調査囑託に対し、14社から回答があり、そのうち以下の3社が、本件楽曲の配信実績がある旨回答し、その余の11社は、同配信実績はない旨を回答した。

株式会社レコチョクは、〈1〉平成23年3月2日に本件楽曲の配信を開始し、同年11月14日に配信を停止したこと、〈2〉その間、合計47回のダウンロードがあり、その売上合計は1万150円（税抜）、スペース社に支払った金額の合計は8120円（税抜）であったことを回答した。なお、スペース社から配信停止の要請があった日については、「なし」と回答した。

株式会社レーベルゲートは、〈1〉平成23年3月2日に本件楽曲の配信を開始し、同年11月11日に配信を停止したこと、〈2〉その間、3回のダウンロードがあり、その売上合計は610円（消費税込み）、スペース社に支払った金額は、スペース社への事業譲渡日（平成23年10月1日）以降に配信を行った音源1曲にかかわるものとして、124円（消費税込み）であったことを回答した。なお、スペース社から配信停止の要請があった日については、「不明」と回答した。

アマゾンジャパン合同会社は、〈1〉平成23年3月2日に本件楽曲の配信を

開始し、平成24年1月17日に配信を停止したこと、〈2〉その間、「アルバム販売」(本件楽曲12曲全てを一括して販売したものと解される。)に係るダウンロード数2回、その売上合計は4800円、スペース社に支払った金額の合計は2990円、本件楽曲の配信合計18回、これらの売上合計は3600円(なお、同社作成の平成28年9月1日付け「調査嘱託に対する回答書(再送)」中、「ご質問(4)売上金額」の「合計」欄の「8,600」は、違算であり、正しくは、「8,400」となる。)、スペース社に支払った金額の合計は2250円であった旨回答した。なお、スペース社からは、平成24年1月17日に配信停止の要請があった旨を回答した。

スペース社及びタッズ社によるスペース社のレコード製作者としての本件原盤に係る送信可能化権及び実演家としての本件実演に係る送信可能化権の侵害によって損害が生じたことは、明らかである。

しかしながら、上記のとおり、スペース社が本件楽曲に係る配信実績及び売上金を明らかにするものとして作成・提出した乙第5号証には、スペース社自身の調査不足等により、オトトイ社、OEN社及びiTunes Matchの少なくとも3社の配信実績が反映されていなかった。加えて、スペース社は、スペース社の売上報告書につき、ノア社の文書提出命令申立てに対する平成28年7月14日付け意見書においては、平成23年10月期よりも前のデータや写しは保持していないと記載しながら、翌日付け意見書においては、更なる社内調査の結果、2011年10月期よりも前の資料が見つかったとして上記記載を訂正し、さらには、ノア社からの指摘を受けて一部にプリントアウトの際にエラーが生じていたことに気づき、修正したものを提出するなどしており、正確性に欠ける点があることは、否定し難い。この経過に鑑みても、スペース社が本件楽曲に係る配信実績及び売上金につき、十分な調査をして資料を提出しているかについては、疑問がある。

また、上記のとおり、OEN社が仲介した海外の配信事業者による本件楽曲の配信は、スペース社が捕捉し難いものである。さらに、スペース社の説明によれば、スペース社は、本件楽曲の配信を専ら配信事業者からの報告によって把握しており、その報告が遅れば、配信による売上げの計上も遅れることになる。そうすると、スペース社自身がいまだ把握しきれていない本件楽曲の配信実績が存在する可能性も、否定できない。

以上によれば、前記のノア社のレコード製作者としての本件原盤に係る送信可能化権及び実演家としての本件実演に係る送信可能化権の侵害による損害額を立証するために必要な事実を立証することは、当該事実の性質上極めて困難なものといわざるを得ない。

そこで、著作権法114条の5により、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、事実審の口頭弁論終結日である平成28年9月28日までの本件楽曲の無断配信の回数は、400回と認める。

また、本件楽曲の配信による売上額も、配信事業者ごとに差があり（調査嘱託の結果）、配信の方法によっても相違するものと推認される。

そこで、前記の調査嘱託の結果によれば、配信1回当たりスペース社が受領した金額の平均は、おおむね146円と認める。

他方、原タツズ社は、ノア社に対し、本件訴え提起前の平成25年11月8日にノア社に配達された現金書留により、本件楽曲の配信によって得た売上金のうち1万9329円を送付したことが認められる。

したがって、ノア社の損害額は、5万8400円（146円×400回）から支払済みの1万9329円を控除した3万9071円となる。

#### (エ) 小括

したがって、被スペース社の損害額の合計は、4万6023円である。

## 第5 ディスカッションポイント

- (1) 本件CDの「レンタルと音楽配信」の許諾有無を確認する注意義務について、どのように考えるか？

### (ア) 本判決における考慮要素

① 「会社規模」

国内最大手の衛星放送事業者であり、日常の営業活動の一環である。

② 「取引実績」

タツズ社は比較的小規模、新しい会社であり、取引実績も多くなかったと推認。

③ 「タツズ社の企画書」

原盤会社名と利用許諾関係の確認が可能であった。

④ 「契約書の表明保証条項」

2社間の表明保証はあくまでも内部的な負担割合が定めているだけで、第三者との関係でスペース社の責任を減免するものではない。

### (イ) 本訴における当事者間の主張

⑤ 「警告・刑事告訴」

ノア社は、DMMへの申し立て以外にも、H23.11に刑事告訴している模様。

⑥ 「タツズへの信頼（業界慣習）」

タツズ社への信頼があったから、確認を行わなかった。

このような確認を行うことは業界の取引通念上、非常識である。

#### (ウ) 本案件を基にした仮想事例

【前提】本案件における「③タツズ社の企画書」と「⑤警告・刑事告訴」が無い場合に、どのように考えるかを議論したいと考えています。

##### ⑦ 「報償の度合い・ビジネスにおける支配性」

本ビジネスにおいてスペース社の報償および関与の度合いが低かった場合。

##### ⑧ 「第三者（原盤権利者）の存在が明確ではない場合」

スペース社からは、原盤権を保有する第三者の存在が確認できない場合。

##### ⑨ 「事業分野が異なる場合」

本件は音楽分野における争いであったが、(1) 広告における写真、(2) メディアにおける記事などの場合は、どのように考えられるか？

##### ⑩ 専門家見解

スペース社が弁護士等の第三者見解を取得している場合、考慮されるか？

(2) フリーディスカッション：このような共同不法行為から自社を守るために考えられる対策やアドバイスはあるか？

## 第6 ゼミ生等によるコメントサマリ

◆企業で法務担当しているゼミ生を中心に、スペース社に使用許諾の確認義務を課す判例に反対する者が多かった。

⇒取引相手と締結する契約書（保証条項）以上に、取引相手の使用許諾に関してその都度、確認を行う注意義務を果たすことは、実務上不可能である。

◆使用許諾の有無に関する注意義務を全て履行することは不可能である。従って、注意義務を果たすのではなく、注意義務リスクを含めた取引対価を考えるべきである。

⇒この場合、注意義務リスクを対価に含めると、取引対価（コスト）が高くなるため、市場全体を考慮すると流通コストの増大に繋がるため、権利者の利益が下がり、望ましくはないのではないかとの指摘もあった。

◆また、取引時には、取引相手の信頼に頼ることはせず、求償を想定して取引相手の資産確認を行うことが重要である。

◆著作権は、権利者の思いが著作物に込められているため、賠償額などの経済性を超えた争いになることが多い。このような案件において紛争の長期化を避けるためには、経済性だけでなく、人の想いも加味した対応が鍵になるかもしれないと思われる。