

平成九年(ワ)第三八〇五号 著作権に基づく侵害差止等請求事件  
判 決

原告 【A】  
右訴訟代理人弁護士 武 田 正 彦  
被告 ロート製薬株式会社  
右代表者代表取締役 【B】  
右訴訟代理人弁護士 田 中 克 郎  
同 遠 山 友 寛  
同 五 十 嵐 敦

主 文

- 一 被告は、原告に対し、金二九〇八万四六二七円及びこれに対する平成一〇年三月一日から支払済みまで年五分の割合による金員を支払え。
- 二 原告のその余の請求をいずれも棄却する。
- 三 訴訟費用は、これを五分し、その四を被告の、その余を原告の各負担とする。
- 四 この判決の第一項は、仮に執行することができる。

事 実

第一 当事者の求めた裁判

一 請求の趣旨

- 1 被告は、別紙目録一の(一)ないし(三)の図柄を付した胃腸薬「パンシロントリム」の包装箱、薬効・使用説明書及び同図柄を付した右薬品に係るチラシ、商品リーフレット、サンプル用小冊子、店頭ディスプレイ、店頭ポスター等の販促用資料を製作し、これらを頒布してはならない。
- 2 被告は、その所有する別紙目録一の(一)ないし(三)の図柄の原画並びに前項記載の包装箱、薬効・使用説明書及び販促用資料を廃棄せよ。
- 3 被告は、原告に対し、金一億五〇〇〇万円及びこれに対する平成一〇年三月一日から支払済みまで年五分の割合による金員を支払え。
- 4 訴訟費用は被告の負担とする。
- 5 仮執行宣言

二 請求の趣旨に対する答弁

- 1 原告の請求をいずれも棄却する。
- 2 訴訟費用は原告の負担とする。

第二 当事者の主張

一 請求原因

1 (原告の著作権)

(一) 訴外【C】(【C】。以下「【C】」という。)は、別紙目録二の(一)ないし(五)記載の著作物(以下「原告著作物」という。)の著作者で、フランス国籍を有していた。

(二) 【C】は一九六八年に死亡し、同人の権利は、同人の子【D】に相続により承継され、さらにその子である原告により相続により承継された。したがって、現在、原告が原告著作物の権利者である。

2 (被告の行為)

被告は、平成七年八月から販売を開始した胃腸薬「パンシロントリム」(以下「被告医薬品」という。)の包装箱及び同箱に収められた薬効・使用説明書に別紙目録一の(一)ないし(三)の図(以下「被告図柄」という。)を印刷使用し、また、被告図柄を使用して右医薬品に係るチラシ、商品リーフレット、サンプル用小冊子、店頭ディスプレイ、店頭ポスター等の販促用資料を製作し、これらを頒布し、幅広い広告宣伝活動を行っている。

3 (被告図柄による原告著作物の複製又は二次著作)

(一) 原告著作物のうち、別紙目録二の(一)ないし(三)(以下「原告著作物A」という。)は全体として一個の著作物であり、(四)(以下「原告著作物B」という。)及び(五)(以下「原告著作物C」という。)はそれぞれ別の機会に創作されたそれぞれが別個の著作物である。

(二) 原告著作物には以下の特徴を有する男性(以下「本件キャラクター」という。)が描かれている。

① 山高帽とみられる帽子を着用していること。

② 容貌は、大きく丸い白い眼球と小さな黒目と、細い眉毛と、さらに額から鼻頭にかけて直線的な稜線を有することを特徴とする横顔であること。

(三) 被告図柄と原告著作物で描かれている本件キャラクターの特徴とを比較する

と、(1)両者は表現されている男性が着用している帽子において極めて類似しており、(2)その容貌及び表情上の特徴も一致し、特に個性的な眼が人物の感情を生き生きと表現する点において一致している。

(四) 被告は、被告図柄の製作を訴外株式会社コア・グラフィス（以下「コア・グラフィス」という。）に委託し、同社のデザイナーである訴外【E】（以下「【E】」という。）は、訴外ペンタグラム社発行に係るデザイン画集「IDEAS ON DESIGN BY PENTAGRAM」所載の訴外【F】作のデザイン画（以下「【F】画」という。別紙目録三）を参考にして被告図柄を製作した。

右【F】画は、原告著作物の複製又は二次著作物である。

(五) したがって、被告図柄は、原告著作物の複製又は二次著作物というべきである。

#### 4（被告による過失）

(一) 【E】が参考としたデザイン画集の【F】画所載の頁には、原告著作物Cの写真が掲載されており、説明文として、原告著作物Cは【C】の創作に係るもので、【F】画のオリジナルである旨記載されているから、【E】は、【F】画が原告著作物の複製又は二次著作物であることを認識し得たはずである。

(二) 【E】は、訴外株式会社ピーピーエス通信社（以下「ピーピーエス社」という。）に対して【F】画の著作権の帰属の調査と使用許諾を得ることを依頼したところ、ピーピーエス社から許諾が得られた旨の誤った通知を受け、著作物の使用許諾には通常付随する使用料及び使用態様等の条件がないにもかかわらず、右通知を漫然と信用した。

(三) また被告は、【E】から使用許諾が得られた旨の報告を受けて、許諾条件について調査確認等を行うことなく、右報告を軽々に信用し、被告図柄を使用した。

(四) 以上より、被告には、被告図柄の使用によって原告の著作権を侵害するについて、少なくとも過失が存する。

#### 5（損害額）

(一) 本件のようなキャラクターの商業的使用の場合において、キャラクターが商品の一部になっている場合、すなわち商品に化体している場合には、当該商品の販売額に対して定率を乗じた額を使用料とするのが一般である。

(二) 右定率を決定するに当たっては、著作者及び当該著作物の著名性、芸術性並びに侵害態様（使用形態、数量、回数及び期間等）など種々の要素を考慮する必要がある。

(1) 原告著作物は、今世紀初頭の代表的ポスター作家であり、巨船、特急列車等の当時の先端的風潮を巧みに取り入れた大胆な遠近法を用いて独創的なポスターを創作し、【C】時代とも呼ばれる一時代を画した時代の寵児であった【C】の代表作の一つであり、【C】及びその作品は、各国に紹介され、我が国においても著名なものとなっている。

(2) 被告は、被告図柄を被告医薬品のキャラクターとして採用し、包装箱及び使用説明書に使用するだけでなく、多数の販促用資料を作成頒布し、テレビコマーシャルを多数放映するなど、長期間にわたって極めて多岐、多数に及ぶ侵害行為を行っている。

(3) 被告は、医薬品の販売は薬効によって左右され、被告図柄の使用によって売上が左右されるわけではないから、売上高に比例する使用料の算定は不当であると主張するが、本件医薬品は一般の薬局において自由に販売されている胃腸薬であって、数多くの競争品があり、各製薬会社においては宣伝広告によって顧客吸引力を高めていることは一般商品と同様である。

(4) 以上を考慮すれば、本件での使用料相当額（著作権法一一四条二項）としては、売上高の五パーセントを下らない。なお、この場合の「売上高」とは、再販売価格維持の指定を受けて定価販売が行われる医薬品の場合、通常使用料は卸売価格ではなく、小売価格（定価）を基準とし、これに右料率を乗じて損害額を算定すべきである。

(三) 平成七年八月から平成一〇年二月末日までの被告医薬品の総売上額（小売価格ベース）は、七四億二五四五万〇六六六円である。

したがって、原告が被告に対して請求し得る損害額は、三億七一二七万二五三三円（ $7,425,450,666 \times 0.05$ ）である。

#### 6（まとめ）

よって、原告は被告に対し、次の請求をする。

(一) 著作権法一一二条一項に基づき、被告図柄を用いた被告医薬品の包装箱、使用説明書及び販促資料の製作・頒布の差止め（請求の趣旨一項）。

(二) 同二項に基づき、被告図柄の原画、(一)の包装箱等の廃棄（請求の趣旨二項）。

(三) 平成七年八月から平成一〇年二月までの著作権侵害（不法行為）に基づく損害賠償として、三億七一二七万二五三三円のうち一億五〇〇〇万円及びこれに対する平成一〇年三月一日から支払済みまで民法所定の年五分の割合による金員の支払。

## 二 請求原因に対する認否

1 請求原因1（原告の著作権）の(一)は認め、(二)は知らず、原告が原告著作物の著作権者であることは争う。

2 請求原因2（被告の行為）のうち、被告が被告図柄を使用した被告医薬品を平成七年八月から平成九年八月まで製造し、平成一〇年二月九日まで販売したことは認めるが、その後は使用していない。

3 請求原因3（被告図柄による原告著作物の複製又は二次著作）は否認する。

(一) 著作物の複製とは、「既存の著作物に依拠しその内容及び形式を覚知させるに足りるものを再生すること」をいうと解すべきところ、被告図柄のデザイナーである【E】は、被告図柄の作成に際し、①原告著作物A及びBを一切見ておらず、②【F】画のみを参考にし、原告著作物Cは参考にしなかったのであるから、被告図柄は原告著作物に依拠して作成されたものではなく、複製には当たらない。また、同様に二次著作にも当たらない。

(二) また、①原告著作物Cは人物像の他に、ワインのボトルや鉄アレイ、カーテンが一体になったポスター画であるのに対し、被告図柄は単なる人物画にすぎないこと、②原告著作物Cの人物像は白黒画で、裸に縞模様の水泳パンツを身につけており、直立し頭も傾いていないのに対し、被告図柄の人物像はカラー画で、青色のネクタイ・スーツ姿であり、体を前後に反らせたり、頭を傾けたりして動きが表現されているのであり、これらの相違からすれば、被告図柄が原告著作物Cの内容及び形式を覚知させるに足りるものを再生したとはいえず、複製には当たらない。同様に、二次著作にも当たらない。

4 請求原因4（被告による過失）は否認する。

(一) 被告は、被告図柄の採用に当たっては、デザイン業務を専門的に行う外部のデザイン会社であるコア・グラフィックに発注しただけであり、デザイナーの【E】が何を参考として被告図柄を作成したものかは知らず、また、【E】からは被告図柄が第三者の著作権を侵害するものではないことを確認することに加え、万一、第三者から著作権侵害を理由とする訴えが提起された場合には、すべてコア・グラフィックが責任を負うこととしている。被告医薬品のパッケージデザインの制作依頼者である被告としては、これ以外に著作権に関する確認の方法を持っておらず、被告はコア・グラフィックに対する指揮権も支配権も有していないから、被告の立場においてなすべき注意はすべて尽くしたというべきである。したがって、被告自身には被告図柄の使用に関して過失はない。

(二) さらにコア・グラフィック（【E】）にも過失はない。【E】は、被告図柄の作成を行うに当たって、【F】画について、著作権処理の専門業者であるピーピーエス社に対し、著作権の帰属の調査と使用許諾の取得について依頼したところ、ピーピーエス社から使用許諾が得られた旨の回答を受け取ったのであり、コア・グラフィック（【E】）としては、社会通念上尽くすべき注意は尽くしている。

5 請求原因5（損害額）は否認する。

(一) 被告医薬品における被告図柄の使用は、キャラクターの知名度に依拠し新たに商品が作られる「商品化」ではなく、販促的な利用にとどまるものであり、このような利用の場合は、ロイヤリティ料率による使用料ではなく、固定の金額を使用料とするのが通常の取扱いである。

(二) また、被告医薬品は、全国的に極めて知名度の高い「パンシロン」シリーズの医薬品であるのに対し、原告著作物はこれまで我が国において一度も商業的に供したこともなく、全く知名度がない。さらに医薬品の販売・購入においては、医薬品の用法、効能等及び製造業者が重要なのであり、パッケージデザインに惹かれて購入する消費者はいない。

(三) したがって、本件における使用料相当額は、定額かつ低額に設定されるべきであり、同じ【C】の作品が文庫本の表紙に使用された事例の一作品当たり一〇万九〇〇〇円という例にならうべきである。

### 三 抗弁（請求原因1に対して）

#### 1（著作権のデュボネ社への帰属）

原告著作物は、すべてヨーロッパで著名なワイン・リキュールメーカーであるデュボネ社から委嘱を受けて、同社の宣伝用ポスターとして製作されたものであるが、デザイナーが特定企業の委嘱によりポスター等のデザインを行う場合、その著作権等は依頼主である企業に属するのが通常であるから、原告著作物の著者は【C】でも、その著作権自体はデュボネ社に帰属している。

#### 2（著作権の譲渡又は信託的譲渡）

【C】のすべての作品の著作権は、ADAGPという団体（フランス）又は美術著作権協会（SPDA）に譲渡又は信託的に譲渡されていて、原告には帰属していない。

### 四 抗弁に対する認否

いずれも否認する。

### 第三 争点

一 原告は原告著作物の権利者か（請求原因1及び抗弁）

二 被告が将来、被告図柄を被告医薬品の包装箱等に使用するおそれはあるか（請求原因2）。

三 被告図柄は原告著作物の複製又は二次著作物か（請求原因3）

四 被告に過失はあるか（請求原因4）。

五 損害額（請求原因5）

### 第四 証拠

本件記録中の書証目録及び証人等目録の各記載を引用する。

（なお、書証の掲記は甲1などと略称し、枝番号のすべてを含む場合には各枝番号の記載を省略する。）

### 理 由

一 請求原因1（原告の著作権）及び抗弁について（争点一）

1 【C】が原告著作物の著作者であることは、当事者間に争いがない（請求原因1（一））。

2 原告がその主張のとおり【C】の権利を相続により単独で承継したことは、甲2及び甲3により認められる。

3 抗弁1（著作権のデュボネ社への帰属）については、乙1の3及び弁論の全趣旨によれば、原告著作物は、【C】がデュボネ社のポスターのために創作したものと認められるが、その場合でもその著作権は原始的に【C】に帰属するから、その著作権がデュボネ社に帰属するには契約上の特段の定めが必要であるが、それを認めるに足りる証拠はない。

したがって、抗弁1は認められない。

4 抗弁2（著作権の譲渡又は信託的譲渡）については、甲9の参考資料2によれば、【C】の他の著作物を我が国で出版されている文庫本のカバーに使用する場合の著作権表示は、「C by ADAGP, Paris & SPDA, Tokyo」とされており、甲9及び甲23を併せれば、右著作物の管理はパリにあるADAGPに委ねられており、その日本における独占的代理業務を日本の美術著作権協会（SPDA）が行っているものと認められる。しかしながら、原告とADAGPとの法律関係が具体的にどのようなものであるか、また、本件での原告著作物の管理もADAGPに委ねられているかについては、これを明らかにする証拠はない。

したがって、抗弁2も認められない。

5 以上より、原告著作物の現在の著作権者は原告であると認められる。

二 請求原因2（被告の行為）について（争点二）

1 請求原因2の事実は、被告が被告図柄を使用した被告医薬品を平成七年八月から平成九年八月まで製造し、平成一〇年二月九日まで販売したとの限度で、当事者間に争いがない。

2 乙24、25、検乙1、2及び弁論の全趣旨によれば、被告は被告医薬品の包装箱等のデザインを被告図柄を用いないものに変更し、平成一〇年二月ころ以後は変更後のデザインの被告医薬品のみを販売しているものと認められ、今後も被告が被告図柄を被告医薬品の包装箱等に使用等するおそれがあると認めるに足りる証拠はない。

したがって、本件請求のうち、請求の趣旨一項の差止請求及び同二項の廃棄請求は、その余の判断に進むまでもなく理由がない。

三 請求原因3（被告図柄による原告著作物の複製又は二次著作）について（争点

三)

1 乙1、乙20ないし22、証人【E】の証言によれば、次の事実が認められる。

(一) 被告はデザイン会社であるコア・グラフィック社に対し、平成七年三月三十一日付けの契約にて、被告医薬品のパッケージ、ラベル、パンフレット等のデザインの作成を委託した。

(二) コア・グラフィック社の代表者である【E】は、ペンタグラム社から発行されていた「IDEAS ON DESIGN」というデザイン集に所載の【F】画(乙1の3)を参考にして被告図柄を作成した。右デザイン集には、「All rights reserved © Pentagram Design Limited 1986」との表示があった。

(三) 右デザイン集には、【F】画が掲載されている同じページの左肩部分に原告著作物Cが登載されており、その下に【F】画の説明として、「ロンドンのデザイナーズ アンド アートディレクターズ協会の二周年記念に再登場。昔のデュボネの広告でおなじみのキャラクターで、すでに引退していたのだが、盛装してお祝いに。オリジナルのアーティストは、【C】。この新キャラクターも、大切なグラスを手離していないことに、彼が満足してくれるといいのだが。」と記載されている。

(四) 【E】は、被告医薬品の特徴である「弱った胃をイキイキ動かす」点をうまく表現するために、【F】画を参考として、被告図柄を作成した。

2 ところで、【F】画と原告著作物Cとを比較すると、そこで描写されている男性の姿は、①白黒かカラーか、②左向きか右向きか、③服装が縞模様のパンツ姿か青色のスーツ姿かという違いがあるだけであって、原告著作物Cの特徴である(a)丸い山高帽をかぶった男性が力こぶを出すポーズで立っており、(b)大きく丸い眼球と小さな黒目と、細い眉毛と、顔から鼻頭にかけて直線的な稜線を有することを特徴とする横顔が描かれ、(c)顔から上の部分は真横から見た描写であるのに対し、首から下の部分は斜め前方から見た描写となっており、(d)身体の線が直線的に描かれ、(e)力こぶを出している腕と反対側の腕を曲げて、手にウィンググラスを持っている等の点において共通しているから、原告著作物Cの内容及び形式を覚知させるに足るものを再生していることは明らかというべきであり、しかも【F】画が原告著作物Cに依拠して作成されたものであることは前記認定事実のとおりであるから、【F】画は少なくとも原告著作物Cの複製物であると認められる。

3 そこで次に、被告図柄が原告著作物Cの複製物又は二次著作物であるか否かについて検討する。

被告図柄は別紙目録一のとおり三つの図柄から構成され、検甲1によれば、これらの図柄が三コマ漫画のように連続して、「弱った胃を、イキイキ動かし、スッキリさせる」ことを表現していると認められるから、被告図柄には原告著作物Cとは別個の創作性があるものと認められる。

しかしながら、被告図柄と原告著作物Cに描かれている男性の図柄の間には、前記2の(a)のうち丸い山高帽をかぶった男性が立っている点、(b)及び(c)の点において共通しており、また、別紙目録一(二)(三)の被告図柄については(d)(e)のうち左右の肩から腕、手にかけての線で、さらに同(三)の被告図柄については(a)全部の点で類似しており、そこにはなお原告著作物Cの創作的表現が再生されているものというべきであるから、被告図柄においては右原告著作物Cの内容及び形式を覚知させるに足るものを再生していると認められる。

そして、先に1で認定した事実からすれば、被告【E】は、原告著作物Cの複製物である【F】画に依拠して被告図柄を作成したものと認められる。

以上よりすれば、被告図柄は、少なくとも原告著作物Cの二次著作物というべきである。被告は、両者について種々の相違点を指摘するが、それらはいずれも複製物でないことの根拠とはなり得ても、二次著作物性までをも否定する根拠とはなり得ない。

したがって、被告図柄を被告医薬品の包装箱等に使用した被告の行為は、二次著作物に関する原告の複製権(著作権法二八条、二一条、一一条)を侵害したものである。

四 請求原因4(被告による過失)について(争点四)

1 乙1、2、10ないし15、20ないし23、証人【E】の証言によれば、被告図面の作成と被告による使用について、次の事実が認められる。

(一) 被告は、平成六年三月、「弱った胃をイキイキ動かす」点に特徴がある新胃腸薬(被告医薬品)を販売することを決定し、同年一月二二日に、パッケージデザインについて外部業者によるコンペを実施した。このコンペの実施に当たって

は、被告は、デザイン会社に対し、商品コンセプト等を伝えたにとどまり、具体的なデザインについての指示は行わなかった。

(二) コア・グラフィスは、他一社とともに右コンペに参加し、その際、前記三1記載のような経緯で作成した被告図柄の原型のほか、数種類のデザイン案を提示した。その後、コア・グラフィス及び他の一社による数回の修正及び再プレゼンテーションを経て、同年二月二十八日、被告では、コア・グラフィス作成の図案を採用することに決定し、翌平成七年一月六日にその旨コア・グラフィスに通知した。そして、その後も数回の修正を経て、同年二月二十四日、最終的なパッケージデザインとして、被告図柄が決定された。

(三) そのころ、コア・グラフィスの代表者である【E】は、被告図柄を【F】画を参考にして作成したことから、その著作権表示主体であるペンタグラム社の著作物使用許諾を得るべく、国内外の著作物使用許諾に関する交渉業務や著作権調査業務を行っているピーピーエス社に対し、ペンタグラム社から【F】画の使用許諾を得るよう交渉を依頼した。

そこでピーピーエス社は、ニューヨークにある子会社（パシフィック・プレス・サービス）を通じてペンタグラム・ニューヨークに使用許諾交渉を行い、さらにペンタグラム・ロンドンにも確認を取ったところ、同年三月一〇日付けのファックスにて、ペンタグラム社からパシフィック・プレス・サービスに対して、「デザイナー・アンド・アート・ディレクターズ協会のためのペンタグラムのデザインは、デュボネのオリジナルを借りたものであり、我々は、イメージ又は著作権について、権利を持っていません(We do not have any claim to the image or copyright)」との回答があった。

これに対して、ピーピーエスの担当者である【G】（以下「【G】」という。）から、【E】には、同年二月二六日ころに、口頭で、使用許諾が得られた旨の回答があり、その後の同年三月九日付けの請求書にて、「ペンタグラムイメージ借用許可リサーチフィー」として、三万〇九〇〇円の請求がなされ、「当社小会社 Pacific Press NY の【H】が電話にてOKを確認（ペンタグラムNYがペンタグラムロンドンに確認しOKとなる）」との添書がなされた。【E】は、【G】に対し、右請求金額以外にペンタグラムへの著作物使用料の支払の要否を尋ねたところ、それ以上は不要である旨の回答があった。

(四) 被告は、【E】に対し、被告図柄を最終的に採用するに当たり、右デザインが第三者の著作権等を侵害することがないかどうか確認をとったところ、【E】は、(三)の結果を踏まえて、問題がない旨回答した。なお、被告には、【E】がペンタグラム社のデザイン集所載の【F】画を参考にして被告図柄を作成したことは、伝えられておらず、被告の側では特に【E】に確認することなく、被告図柄が同人のオリジナル作品であると考えていた。

そこで、同年三月三日、被告とコア・グラフィスとの間で、被告医薬品に関する商品及びパンフレット等のデザイン作成を被告がコア・グラフィスに委託する旨の契約が締結された。その中では、右デザインに関して第三者から著作権侵害等の訴えが提起された場合、被告が指示した商品名及びキャッチコピーに関する問題は被告が、その他のデザインに関する問題はコア・グラフィスが責任を持って解決し、相手方に累を及ぼさない旨の条項が設けられた。また、【E】には、デザイン料として一〇〇万円ないし二〇〇万円程度の定額の対価が支払われた。

(五) しかし、被告医薬品に被告図柄を使用するについて、原告に対する原告著作物の使用許諾手続はとられていなかった。また、【E】は、ピーピーエス社に対して、ペンタグラム社から【F】画の使用許諾を得るよう求めただけであり、原告から原告著作物Cの使用許諾を得るよう求めたことはなかった。

2 以上認定の事実先に三1で認定した事実を併せ考慮すれば、【E】が参考にした乙1には、【F】画と共に原告著作物Cが掲載されており、その頁には【F】画のオリジナルは右原告著作物である旨の説明文もあるのであるから、たとえ【E】が直接参考にしたのが【F】画のみであっても、右原告著作物と類似する被告図柄を作成し、使用するに当たっては、【F】画に関するペンタグラム社の使用許諾のみならず、右原告著作物に関する権利者の使用許諾をも得ることが必要であると気付くことは可能かつ容易であり、そのための措置を講じる注意義務があったというべきである。したがって、それにもかかわらず【E】は、ピーピーエス社に対し、ペンタグラム社に対する使用許諾を依頼したに過ぎず、原告に対する使用許諾については何ら措置を講じなかったのであるから、【E】には過失があるというべきである。

この点について被告は、ピーピーエス社は著作権処理の専門業者であり、【E】はそのピーピーエスに対して著作権の帰属の調査と使用許諾の取得について依頼し、使用許諾が得られた旨の回答を受け取ったのであるから、【E】に過失はないと主張する。確かにペンタグラム社からピーピーエス社になされた回答書の内容に照らせば、【G】が【E】に対して単に使用許諾が得られた旨の連絡をしたにとどまるといえるのは不可解な面もあるが、そもそも【E】がピーピーエス社に対して依頼したのは、【F】画についてペンタグラム社の使用許諾を得ることのみであって、原告から使用許諾を得るための依頼はしていないのであるから、ペンタグラム社の関係で使用許諾が得られた旨の連絡を受けて、それによってすべての著作権関係の使用許諾が得られたと判断した点においてすでに【E】には過失があるというべきである。

3 以上を前提に、被告の過失について検討する。

(一) この点について被告は、自らは単なるデザインの発注者にすぎず、デザイナーの【E】が何を参考として被告図柄を作成したのかは知らなかったし、【E】からは被告図柄が第三者の著作権を侵害するものではないことを確認することに加え、万一、第三者から著作権侵害を理由とする訴えが提起された場合には、すべてコア・グラフィスが責任を負うこととしたのであり、被告としては、これ以外に著作権に関する確認の方法を持っておらず、被告の立場においてなすべき注意はすべて尽くしたと主張する。

(二) そこで検討するに、まず、本件で被告図柄を作成したのはコア・グラフィスであり、原告著作物Cの二次著作物を作成してデザイン料を得るためには、コア・グラフィス自身、自らのために、原告著作物Cに関する使用許諾を得るべき立場にある。しかし、さらに、コア・グラフィス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といえるべきである。もちろん、被告が右注意義務を尽くすに当たっては、第三者に委託することも差し支えなく、本件ではそれがコア・グラフィスに委託されていると見られるわけであるが、右に述べたところからすれば、コア・グラフィス（【E】）が著作権侵害の有無を調査し、使用許諾を得るための措置を講じる行為は、自己の注意義務を尽くすための行為であるとともに、被告の注意義務を尽くす行為を被告から委託を受けて代行するという性質も有するものであるから、被告は、コア・グラフィス（【E】）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解すべきである。

この点について被告は、コア・グラフィスは外部の独立したデザイン会社であり、コア・グラフィスに対して何ら指揮権や支配権を持っていないと主張するが、右に述べたところからして採用できない。

(三) しかるところ、デザイン会社がパッケージ等のデザインを行うに当たって、他人のデザインを参考にすることは一般にあり得ることであり（証人【E】の証言〔13頁〕）、だからこそ被告も【E】に対して被告図柄が第三者の著作権を侵害することはないかとの確認をしたものと考えられるのであるが、前記認定事実によれば、被告は、わずかに右の点を簡単に【E】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・調査してい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いわざるを得ない。

この点について被告は、契約書（乙22）において、被告図柄が第三者の著作権を侵害した場合の責任は被告が負う旨の条項があることを指摘するが、これは被告とコア・グラフィス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。

4 以上より、被告には、被告商品の包装箱等に被告図柄を使用して原告の著作権を侵害するについて、過失がある。

五 請求原因5（損害額）について（争点五）

1 損害額を検討する前提として、被告医薬品における被告図柄の使用形態及び原告著作物の著名性について検討する。

(一) 乙7、8及び弁論の全趣旨によれば、被告医薬品は、被告の販売に係る著名な胃腸薬である「パンシロン」シリーズの一つとして販売されたことが認められ、甲6ないし8、検甲1及び弁論の全趣旨によれば、被告図柄はその包装箱及び使用

説明書に使用されるほか、チラシ、商品リーフレット、サンプル用小冊子、店頭ディスプレイ、店頭ポスター等の販促用資料に使用されたことが認められる。

(二) 甲1、9、10、11、13及び14、20ないし22によれば、【C】は、一九二〇年代から三〇年代に活躍した著名なポスター作家であり、我が国においてもサントリ一美術館、東京国立近代美術館等その作品を保有する美術館もあり、平成三年には東京都庭園美術館で「【C】展」も開催され、【C】の作品については高校用の美術教科書にも紹介されているほか、新潮社から新潮文庫として出版されている人気シリーズの【I】著「深夜特急1～6」の表紙カバーにも使用されていること、平成七年七月には我が国で【C】の作品集が刊行されていること、原告著作物Aは、【C】の代表作品の一つであり、原告著作物Cは、原告著作物Aと同じモチーフで描かれていることが認められる。

これよりすれば、【C】は我が国においても有名なポスター作家であり、原告著作物Cもその代表作の一つとして相当程度の知名度を有するものと認められる。

2 本件において原告は、著作権法一四二条二項に基づき、著作権の行使につき通常受けるべき額に相当する額（以下「通常使用料」という。）を損害額として主張している。

この点について原告は、本件のように商品の包装箱及び使用説明書等に被告図柄を使用する使用形態においては、被告図柄を商品自体に取り入れ、それにより商品の価値が大きく増加することから、業界における慣行として、通常使用料は定率方式によって算定されるべきであると主張する。

これに対し、被告は、本件における被告図柄の使用は、著名な著作物が有する顧客吸引力に依存して他の同種商品との識別を図り、商品を販売する方法ではなく、既に「パンシロン」のシリーズ名で十分に商品識別力を獲得している被告医薬品について、その販売促進に資するために被告図柄を使用する形態であるから、通常使用料は定額方式によって算定するのが業界における慣行であると主張する。

3 この点について、業界の慣行を示す証拠としては、次のものが存している。

(一) 原告の主張に沿う証拠としては、いずれもキャラクター等の著作物の使用許諾に関わっている者の意見を記載した甲16ないし19があり、それぞれ若干のニュアンスの差はあるが、おおむね、キャラクターや著作物の使用許諾においては、①商品化的使用の場合には定率方式により、販促的使用の場合には定額方式をとること、②市販商品の物品自体に化体した形でキャラクター等が使用されている場合は商品化的使用に該当し、市販の対象となる個々の商品とは離れた方法でキャラクター等が使用されている場合は販促的使用に該当すること、③商品の包装箱にキャラクター等を使用する場合には、商品化的使用に該当することが述べられている。

(二) また、甲9及び証人【J】の証言では、一般に美術作品を商業的に使用する場合には、通常、定率方式を採用しており、それが同証人の主催する美術著作権協会での使用料規程で定められているとされている。その具体例として甲9の参考資料4及び5が挙げられているが、他方、定額方式を採用した甲23のケースもある

(ただし証人【J】は、後者のケースは文庫本のカバーに使用を許諾したケースであり、文化的要素が大きいことと利幅が低いことから特殊な使用料を設定したケースであると述べている。)

(三) 他方、被告の主張に沿う証拠としては、いずれもキャラクターや著作物の使用許諾に関わっている者の意見を記載した乙4ないし6があり、それぞれ若干のニュアンスの差はあるが、おおむね、キャラクターや著作物の使用許諾においては、①商品化的使用の場合には定率方式により、販促的使用の場合には定額方式をとること、②キャラクター等の知名度等に基づいて新たに商品を作る場合は商品化的使用に該当し、商品自体として既に市場で認知されている又は認知され得る商品につき、商品の販売促進のためにキャラクター等を使用する場合は販促的使用に該当すること、③商品の包装箱にキャラクター等を使用する場合でも、当該商品が既に市場において認知されているもので、キャラクター等を商品化するものではない場合には、販促的使用に該当することが述べられている。

(四) また、乙16ないし19によれば、市販のデザインカタログにおいては、そこに掲載されているデザインの使用料について定額方式により規定されていることが認められ、また、証人【E】の証言によれば、被告医薬品について被告図柄を使用するに当たって同人に支払われたデザイン料も定額であったことが認められる。

4 このように当事者の主張及び証拠は、同じくキャラクター等の使用許諾に携わる者の意見に基づいていながら食い違っており、一致した業界慣行を見出し難いが、この点については次のように考えられる。

そもそもある商品を製造販売する者がその商品のためにある著作物を使用するのは、その著作物の顧客吸引力を商品の販売に利用しようとするからであり、著作物使用料は、この顧客吸引力の利用に対する対価であるということが出来る。ところで、(a)独自の識別力を有していない商品について、その商品の包装箱や形状に知名度の高い著作物を用いて商品の識別化を図る場合には、著作物の顧客吸引力が直接に商品価値に反映しているといえるから、そのような使用形態の場合の使用料が定率方式を採ることになるのは合理的である。4(一)及び(三)の各証拠が指摘する商品化的使用の場合というのは、このような場合を典型とするものといえることができる。

他方、(b)ある商品について、その宣伝広告にのみ有名な著作物を使用する場合には、それによって商品の顧客吸引力が高められたとはいっても、その効果は間接的で、著作物の顧客吸引力の利用と商品の販売量とが比例すると見ることが合理的とはいえず、著作物の利用度を販売量を基準に計ることができないことから、使用料として定額方式が選ばれることになるものと考えられ、4(一)及び(三)の各証拠が指摘する販促的使用の場合というのは、このような場合を典型とするものといえることができる。

また、(c)ある商品について著作物を使用する場合、包装箱に使用する場合にせよ宣伝広告にのみ使用する場合にせよ、その著作物が有名でない場合には、やはりそれを使用することによる効果は間接的であるから、使用料として定額方式が選ばれることになるものと考えられ、4(四)はこのようなケースに妥当するものと考えられる。

このような検討からすれば、(d)たとえ既に独自の識別力を有している著名な商品であっても、その包装箱に知名度の高い著作物を使用する場合には、商品独自の顧客吸引力と著作物の顧客吸引力とが相俟って、全体としての商品の価値を構成すると見るべきであり、著作物の利用度を販売量を基準に計ることが出来るものであるから、この場合も(a)と同様に、使用料は定率方式によることが合理的である。そして、前記1で認定した事実からすれば、本件での被告図柄の被告医薬品への使用はこの類型に該当するといえることができるから、本件における使用料相当額の算定も、定率方式によることが相当である。

5 そこで次に、具体的な使用料率について検討する。

(一) この点について証人【J】は、美術著作権協会の使用料規程によれば、同協会が管理を委託されている美術著作物を商業的に使用する場合には、売上額の一〇パーセントを使用料とすることとなっていると証言している。しかし、同協会が過去に使用許諾をした例として示されているものを見ると、①甲9の参考資料4(ワインやジャムに絵画をあしらう使用形態)においては三・三三パーセント、②甲9の参考資料5(ワインやテレホンカードに絵画をあしらう使用形態)においては三又は五パーセント、③甲23(文庫本の表紙に絵画を使用する形態)においては定額(あえて料率を計算すると〇・四五パーセント)となっており、同証人は特殊事情があることを指摘するものの、果たして売上額の一〇パーセントという基準が現実の相場として通用しているものなのか疑問がある。

(二) 右①及び②の事例は、いずれも5(a)の場合のように、許諾に係る著作物が使用されることによって初めて商品の識別力が得られるケースであると認められるところ、前示のとおり、本件の被告医薬品は、既に独自の顧客吸引力を有している我が国で著名な医薬品のシリーズの一つとして販売されているものであって、著作物の使用による売上げへの寄与は右①及び②の事例よりもはるかに低いというべきである。もっとも、①の事例については、被許諾者が当該絵画の作者の作品の熱心な愛好者で収集家でもあり、その画家の絵を一般に広めるといった面もあったことが配慮されたという特殊事情がある(証人【J】の証言)ことから、この点を考慮に入れて検討する必要がある。

他方、本件においては、前記5(d)の場合のように、既に識別力を有する商品に著名な著作物を使用する使用形態である点で右③の事例と共通した性質を有するが、右③の事例における商品は文庫本であり、文化的作品を廉価で公衆に頒布するという特殊事情があることからすれば、本件の場合を右③と同列に論じることも妥当でない。

(三) 以上の点を総合考慮すれば、本件における使用料は、売上額に対して二パーセントとするのが相当である。また、この場合の売上額について、原告は消費者販売価格を基準とすべきとするが、それが通常的方式であることを認めるに足る証拠はないから、被告が現に販売した販売額を基準とするのが相当である。

6 そこで次に、具体的な使用料額について検討する。

(一) 乙9によれば、平成七年八月二五日（発売日）から平成一〇年二月二八日までの被告医薬品の売上額は、合計一四億五四二三万一三六四円であったことが認められる。

原告は、被告が被告医薬品に投入した宣伝広告費との比較及び被告における胃腸薬全体の売上高（乙7、8によれば平成七年度は約五一億円、同八年度は約四九億円）との比較から、乙9の信用性を争うが、被告が被告医薬品に投入した広告費は定かではなく、また被告医薬品は被告が製造販売する胃腸薬の中では主力商品ではないこと（乙7）、乙9は社外の公認会計士が数量及び金額を基礎づけるための試査による検証をした上で適正と認められたものであることからすれば、乙9の信用性を否定することはできない。

(二) したがって、本件における使用料額は、二九〇八万四六二七円（ $1,454,231,364 \times 0.02$ ）と認められる

六 結論

以上によれば、原告の請求は、被告に対して主文第一項掲記の金員の支払を求め限度で理由がある。

（平成一一年四月二七日口頭弁論終結）

大阪地方裁判所第二一民事部

裁判長裁判官 小 松 一 雄

裁判官 高 松 宏 之

裁判官 安 永 武 央