

P2P ネットワークにおける共同不法行為としての 著作権侵害の成否と 損害額の算定方法についての考察

弁護士、博士（情報学） 伊藤英明
弁護士、甲南大学法学部非常勤講師 茅根 豪

1 はじめに

従来、民法719条の共同不法行為は、例えば公害問題のように複数行為者の存在を前提に各自（各企業）の行為と全体の結果との間の因果関係が明確ではない場合において、どのような範囲において各自の責任が認められるのか、裁判例が蓄積され、学説においても議論されてきた。

一方、近時の裁判所は、著作物を細分化した「著作物片」とでもいうべきデータ列（細分化された段階では思想感情の表現を知覚することができない無意味なデータ列に過ぎないために「著作物」とは言えないと考える方が素直だろう）がBitTorrent（ビットトレント）と呼ばれるP2Pネットワーク上の不特定ノード間で共有された事案において、ノードとなるクライアントソフトの実行者の一部に対し、共同不法行為の成立を認めることで著作権侵害を認めている（例えば、知財高裁令和3年（ネ）第10074号事件）。

従来の共同不法行為に関する議論では、719条1項の前段が適用されるのか後段が適用されるのかで、その損害の範囲が大きく異なる。したがって、当該P2Pネットワークによる著作権侵害事案においても、いかなる理由により、どういった共同不法行為が認められるのか、その理論的分析は不可欠と言える。しかし、先の知財高裁令和3年（ネ）第10074号事件では、残念ながら民法上の共同不法行為に関する理論面との関係については（原告被告間

では争われていたものの）裁判所による明確な判断は示されなかった。

そこで、従来、民法分野においてなされてきた共同不法行為に関する知見を参照しながら上記事案の理論的な位置付けや、認定された侵害範囲の妥当性を検討する中で、可逆的に分離及び結合が可能なデジタル著作物（片）をインターネット上で分散的に共有される態様での著作権侵害の考え方について考察する。具体的には、第2として伊藤が共同不法行為における本件事案の理論的な位置付けを検討し、第3及び第4として茅根が損害論の側面から本件事案を考察する。

2 共同不法行為における本件事案の理論的な位置付けの検討

1 知財高裁令和3年（ネ）第10074号事件（以下「本件事案」という。）の概要

(1) 形式的事項

一審 東京地裁：

令和2年（ワ）第1573号 債務不存在確認請求事件

原告：X1～X11

被告：株式会社 WILL

控訴審 知財高裁：

令和3年（ネ）第10074号 債務不存在確認請求控訴事件

控訴人：X2、X5、X11を除く一審原告

被控訴人：一審被告

請求（控訴）の趣旨：

原告各自の被告に対する著作権侵害に基づく損害賠償債務は存在しないことを確認する。

控訴審の判断の概要：

X5とX11のみ請求認容。それ以外の原告／控訴人については、高裁では地裁より損害の範囲（期間）を絞って認定した結果、確認された「債務が存在しない範囲」が広がったものの、実質的にX5とX11以外の著作権侵害行為が認められた。

(2) 本件事案の内容

ア 概要

Xらは、BitTorrent（ビットトレント）のユーザーである。

Yは、映像制作会社である。

Yは、XらがBitTorrentネットワークを介して、自身が著作権を有する動画を違法に共有（ダウンロード及びアップロード）したと主張し、著作権侵害（複製権、送信可能化権等）による損害賠償請求に必要であることを理由として、Xらのプロバイダーに対して発信者情報開示請求をした。これに対して、XらはYに債務不存在確認請求をした。

一審裁判所は、X5及びX11については損害賠償債務がないことを確認し、それ以外の原告には各数万円程度の金額を超えては債務が存在しないことを確認する判決をした。

これに対し、X2、X5、X11を除く一審原告、及び、一審被告が控訴した。本件事案は当該控訴審についての知財高裁の判決である。

イ 争点

本件においては、以下の争点について裁判所の判断が示された。

(ア) 著作権侵害について

- ① 著作権侵害の有無（争点1-1）
- ② 共同不法行為性（争点1-2）

(イ) 損害について

- ① 共同不法行為に基づく損害の範囲（争点2-1）
- ② 減免責の可否（争点2-2）

以上の争点のうち、(ア)については2として、(イ)については3として検討する。

2 本件事案を理解する上での前提知識：BitTorrent（ビットトレント）について

(1) 「BitTorrent」の意味

・「BitTorrent」（「ビットトレント」）という言葉は、少なくとも下記3つの意味において使われているように思われる。

この点について、原審では言葉の意味のうえで一部曖昧さがあったように思うが、高裁では、少なくとも②とそれ以外を意識的に区別して使用していると思われる。

① BitTorrent という、P2P方式のファイル共有を実現するプロトコル（通信規約）の意味

② 上記①のプロトコルに従って実際にファイル共有するためのクライアントソフトウェアの意味（なお正確には、BitTorrentプロトコルに従って（あるいは一部従わないで）動作するクライアントソフトウェアはOSS（オープンソースソフトウェア）として複数の実装が確認されており、「BitTorrent」という名称以外のクライアントソフトウェアも存在する

③ 上記②のクライアント多数と、Tracker／トラッカと呼ばれる全体をマネジメントするサーバとで構成される、BitTorrentプロトコルに従って動くネットワーク全体の意味

なお、正確にはトラッカと各P2Pノード間の通信はサーバ・クライアント方式であるため、ビットトレントネットワーク全体ではいわゆるハイブリッド方式に分類される。しかし、著作権侵害事案においては主にノード間のファイル共有に関する事実関係に注目されるため、本件事案における分析では特段の事情がない限りP2P方式として扱う。

(2) P2Pネットワークによるファイル共有とは

P2Pネットワークとは、ネットワークに参加する全てのコンピュータが、サーバ役とクライアント役

を兼ねた、一人二役の機能を任されたネットワークである。

これを例えばWEBページの閲覧と比較してみると、WEBページは、ブラウザを起動したコンピュータから、WEBサーバが起動したコンピュータに対し、http(s)と呼ばれるプロトコルで接続することにより、WEBサーバからHTML言語等により記載された情報を取得し、ブラウザによって人が見やすいように解釈された後に表示される。

WEBページを見るという場面において、ブラウザを起動したコンピュータは常にクライアント役を担い、WEBサーバが起動したコンピュータは常にサーバ役を担う。この役割が逆転することは一般的には想定されない。

一方、P2Pネットワークにおいては、AさんのコンピュータA、BさんのコンピュータB、CさんのコンピュータC…といった、当該ネットワークに参加するコンピュータそれぞれがサーバー役もクライアント役も担う。

クライアントとサーバによる非対称な方式だと、クライアント数が増えるとサーバ側の負荷が高くなって、安定的にダウンロードできない問題が生じるが、P2P方式ならこうした混雑を緩和できるなどのメリットがある（著作権法的には、サーバークライアント方式では、送信可能化権侵害の主体はサーバー側に限定されるが、P2P方式では、ネットワークに参加する全ノードが送信主体となる可能性がある）。

(3) 他のP2Pネットワークと比較したBitTorrentの特徴

ア サーバ/クライアント方式とP2Pとのハイブリッドであること

先ほど少し述べたが、ビットトレントのユーザはまず、Webから取得したいファイルに対応する「Torrentファイル(*.torrent)」をダウンロードする必要がある。

ダウンロードしたTorrentファイルをBitTorrent

クライアントから読み込むと、クライアントは管理サーバ（「トラッカ」）に接続する。トラッカは、自分のBitTorrentネットワークに参加するクライアント（「ピア」）のIPアドレスを管理しており、新規ピアに対して、既存のピアのIPアドレスを紹介する。トラッカ役のコンピュータとピア役のコンピュータの役割は固定されているため、この間の通信はサーバ・クライアント方式である。

ピアは、トラッカから紹介されたIPアドレスをもつピアに対して直接接続し、ファイルを小さく断片化したデータ（「ピース」）単位で、データを受信する。また、別のピアに対して、受信したピースを送信する（P2P方式）。なお、ファイルを完全に受信しきると、当該ノードは「シーダ/ seeder」と呼ばれ、送信のみ行うモードになる。

プロトコル上は、受信したら必ず送信も行うように決まっている。

なお、送受信されるピースの順序は必ずしも決まっていないため、たとえばある動画（仮に1分の動画で、100ピースに分断されたとする）のピースを10個ダウンロードしたからといって、6秒分の動画を再生できるわけではない。

イ ピアのIPアドレスが秘匿されないこと

BitTorrentのネットワークに参加しているピア等のIPアドレスは通信上秘匿されておらず、例えばクライアントを起動すると、P2Pで通信している相手のIPアドレスが画面に表示される。

3 本件事案についての争点の整理と裁判所の判断

(1) 著作権侵害の有無（争点1-1）

ア 争点の内容

「ピース」の送受信が複製権、送信可能化権の侵害となるのか

イ 裁判所の判断（基本的に高裁は原審の判断を支持した）

(ア) X5及びX11について：

X5及びX11が本件著作物をダウンロードしたと認めるに足りる証拠はない（証拠提出されたプロバ

イダの発信者情報開示の結果において、当該ファイル共有をしていたIPアドレスがX5及びX11のものであるか、確定的ではない（記載されていない）ことなどが根拠」と認定し、債務不存在確認の請求を認容した。

(イ) 上記以外のXらについて：

① Xらは本件ファイルをダウンロードした事実を認定した。

② BitTorrentの仕組みから、ファイル全体をダウンロードする前であっても、ピースをダウンロードすると、このピースは、他のピアと共有するためにアップロード可能な状態におかれるところ、Xらは、(一部の)ピース(のみ)をダウンロードした場合でも、BitTorrentに参加する他のユーザからその余のピースをダウンロードすることで完全なファイルを取得し、また、自己がアップロード可能な状態に置いたピースと、他のユーザがアップロード可能な状態に置いたピースとが相まって、Xら以外の他のユーザが完全なファイルをダウンロードすることを可能にした。

③ また、XらはBitTorrentを利用するに際し、その仕組みを当然認識・理解し、又は容易に認識・理解し得たのに認識・理解しないまま、これを利用した。

以上、①から③の事実を認定したうえで、「Xらは、動画ファイルを分割したピースをユーザー間で共有し、これをインターネットを通じて相互にアップロード可能な状態に置くことにより、ネットワークを通じて一体的かつ継続的に完全なファイルを取得することが可能になることを理解した上で又は容易に理解し得たのに理解しないまま、これを利用し、他のユーザーと共同して、本件著作物の完全なファイルを送信可能化したものと評価」し、「仮に、…この点を理解していなかったとしても、…送信可能化したことについて少なくとも過失があるものと評価」した。

したがって、Xらは、「いずれも、他のユーザーとの共同不法行為により、本件著作物に係る被告の

送信可能化権を侵害したものと認められる。」とした。

(ウ) また、原告らによる、「アップロード可能な状態に置いたファイルが全体のごく一部であり、個々のピースは著作物として価値があるものではないから、原告らの行為は著作権侵害に当たらない」との主張に対しては、「原告X1らによる行為は、他のユーザーと共同して本件著作物を送信可能化したものと評価できるから、原告らの主張は採用することができない」(原審通り)との判断を示した。したがって、Xらの中に共同不法行為が成立することが、著作権侵害が成立することの前提になっているといえる。

(2) 共同不法行為性(争点1-2)

ア 争点の内容

原告らには共同不法行為が成立するのか。成立する場合、719条1項前段か後段のいずれが適用されるべきか(減免責の可否に影響するため争いになる)。

イ 裁判所の判断

(ア) 「原告らは、シーダーとして本件著作物の動画ファイルの配布を行ったものではなく、原告X6や原告X10の共有比に照らしても、被告の主張するダウンロード総数の全部や主要な部分を惹起したということはできないので、民法719条1項前段を適用する前提を欠くと主張する。しかしながら、そもそも、民法719条1項前段は、個々の行為者が結果の一部しか惹起していない場合であっても、個々の行為を全体としてみた場合に一つの加害行為が存在していると評価される場合に、個々の行為者につき結果の全部につき賠償責任を負わせる規定であるから、仮に個々の原告がアップロード可能な状態に置いたデータの量が少なく、結果に対する寄与が少なかつたとしても、そのことは、原告X1らの共同不法行為責任を否定する事情にはならない」(原審通りの判断)

(イ) 「一審原告X1らは、常にBitTorrentを利用

していたものではないことから、一時的なファイルの供給源の役割を担っていたと考えられること（甲12、15、21）、あるトラッカーが、特定の時点で把握しているリーチャーとシーダーの数は0～5件程度と、特定時点における特定のファイルに着目した場合には必ずしも多くのユーザー間でデータのやり取りがされているものではないこと（乙2～4、8～10）、BitTorrent を利用したアップロードの速度は、ダウンロードの速度よりも100倍以上遅く、また、ファイルの容量に比しても必ずしも大きくなく、例えば本件各ファイルの容量がそれぞれ8.8GB、7.0GB、2.3GBであるのに照らしても、アップロードの速度は平均0～17.6kB/s程度（本件著作物以外の著作物に関するものを含む。）と遅く、ダウンロードに当たっては、相当程度の時間をかけて、相当程度の数のピアからピースを取得することで、1つのファイルを完成させていると推認されること（甲5、6、乙2～4、6）がそれぞれ認められる。」

以上の認定事実を前提にして、「BitTorrent を利用した本件各ファイルのダウンロードによる一審被告の損害の発生は、ある BitTorrent のユーザーが、本件ファイル1～3の一つ（以下「対象ファイル」という。）をダウンロードしている期間に、BitTorrent のクライアントソフトを起動させて対象ファイルを送信可能化していた相当程度の数のピアが存在することにより達成されているというべき」であり、「一審原告 X1 らが、上記ダウンロードの期間において、対象ファイルを有する端末を用いて BitTorrent のクライアントソフトを起動した蓋然性が相当程度あることを踏まえると、一審原告 X1 らが対象ファイルを送信可能化していた行為と、一審原告 X1 らが対象ファイルをダウンロードした日から BitTorrent の利用を停止した日までの間における対象ファイルのダウンロードとの間に相当因果関係があると認めるのも不合理とはいえない¹⁾。」

としたうえで、「一審原告 X1 らは、BitTorrent を利用して本件各ファイルをアップロードした他の一審原告 X1 ら又は氏名不詳者らと、本件ファイル1～3のファイルごとに共同して、BitTorrent のユーザーに本件ファイル1～3のいずれかをダウンロードさせることで一審被告に損害を生じさせたということが出来る」ために、「一審原告 X1 らが本件各ファイルを送信可能化したことについて、同時期に同一の本件各ファイルを送信可能化していた他の一審原告 X1 ら又は氏名不詳者らと連帯して、一審被告の損害を賠償する責任を負う」とした。

この部分から、裁判所は719条1項前段を適用しているようだが、共同不法行為成立の要件をどう考えているのかは不明確である。そこで共同不法行為に関する従来の裁判例で用いられてきた判断枠組みから見て本件の判断は妥当なのかという点について、後ほど検討する。

(3) 共同不法行為に基づく損害の範囲（争点2-1）

ア 争点の内容

X らは、各自が BitTorrent を利用する前及び利用終了後の権利侵害についてまで責任を負うのか

イ 裁判所の判断

(ア) 「審原告らと本件各ファイルをアップロードしている他の一審原告ら又は氏名不詳者との間に共謀があるものでもないのであるから、一審原告らは、BitTorrent を利用して本件各ファイルのダウンロードをする前や、BitTorrent の利用を終了した後においては、本件著作物について権利侵害行為をしていないのは明らかである。また、本件各ファイルの送信可能化による損害は、1ダウンロードごとに発生すると考えられるところ、一審原告らが BitTorrent の利用をしていない時期におけるダウンロードについてまで、一審原告らの行為と因果関係があるなどということとはできない。そうすると、

1) 個々の行為と結果との因果関係が不明な場合に登場するのが共同不法行為のはずだが、共同不法行為を認定する際に因果関係を認めているようにも読める。「因果関係があるとしても不合理ではないから、法律上因果関係を推定する共同不法行為が成立しても良い」という、許容性の観点からの言及と見るべきか。

一審原告らは、BitTorrentを利用して本件各ファイルのダウンロードをする前及びBitTorrentの利用を終了した後については、本件著作物の権利侵害について責任を負わないというべき」（高裁で追加された判断）

（イ）「一審原告らは、BitTorrentの利用者が、ファイルのアップロードを24時間継続することはまずないことや、シーダーやピアが数百以上散在していることなどを踏まえ、本件の損害額については、例えば原判決の認定する額の100分の1などとして算定すべきと主張する。しかしながら、前記（1）及び（2）（※本論文の第2の3（1）（2）に対応）に判示したとおり、一審原告X1らは、BitTorrentを利用して本件各ファイルをダウンロードしてから、BitTorrentの利用を停止するまでの間の本件各ファイルのダウンロードによる損害の全額について、共同不法行為者として責任を負うと認めることが相当である。」（高裁で追加された判断）

当該（イ）の判示部分について、理由づけの趣旨が明確ではないが、民法719条1項前段が適用された時点で、一審原告らが主張するような減額は認められないように思われる。

（4）減免責の可否（争点2-2）

ア 争点の内容

719条1項前段が認められる場合にあっては、Xらの関連共同性が弱い（∵客観的な寄与が小さい、他のユーザと面識がない、経済的な結合関係がない）ことを根拠に減免責が認められるか。

イ 裁判所の判断

「原告らは、原告らにおいて複製物を作成しようという意思が希薄であり、客観的にも本件著作物の流通に軽微な寄与をしたにすぎないことや、原告らとユーザーとの間の主観的・経済的な結び付きが存在しないことからすれば、関連共同性は微弱であ

るとして、損害額につき大幅な減免責が認められるべきである旨主張するが、原告らの指摘するような事情をもって、前記認定の損害額を減免責すべき事情に当たるといふことはできない。」（原審通り）

4 共同不法行為についての裁判例の整理

（1）はじめに

共同不法行為については条文にない概念や類型で語られるところが多く、参照する本によっても用語の定義の段階で混乱しがちなように思われる。ここでは裁判例をベースに議論を進めるため、共同不法行為に関する裁判例が歴史的に多かった、公害、薬害、じん肺訴訟で展開されてきた理屈の整理として、前田ら^{2~4)}による以下の整理を前提に考える。

前田らは、民法719条についての議論の前提として、まず以下の4つのケースを例に挙げて民法719条が典型的に適用されるケースを確認している。

Case1：（権利侵害についての）共謀がある場合は、719条1項前段が適用され、各被告の免責・減責は認められない。例えば、AとBがXの殺害を共謀し、同時にピストルを打ったら、Aの弾だけXにあたってXが死んだ場合、AとBは共に、Xの死亡について損害賠償責任を負う。

Case2：共謀がなく、単独の権利侵害の故意がある行為が競合した場合は、各被告の免責・減責の主張は許される。AとBは、意志の連絡なく、Xを殺害しようとして（たまたま）同時にピストルをうち、Aの弾だけXにあたってXが死亡した場合、BはXの死亡について損害賠償責任を負わない。

Case3：共謀はないが権利侵害以外の合意があり、各自に過失がある場合には、719条1項前段が適用される。AとBが山道の通行に邪魔な大量の石を

2) 前田達明、原田剛 共同不法行為法論、成文堂選書54、2012年2月10日

3) NBL No.1098 (2017.5.15) 前田達明、原田剛 共同不法行為法論の動向について（上）

4) NBL No.1101 (2017.7.1) 前田達明、原田剛 共同不法行為法論の動向について（下）

どけようと協働して石を下に落としていた場合、A が落とした石のみが X にあたって X が死亡した場合、A と B は共に X の死亡について損害賠償責任を負う。

Case4：単独の過失行為の競合の場合は、各被告の免責・減責の主張が許される。A が山道を通るのに邪魔な石を下に捨てたら、下にいた X にあたって X が死亡した。A と無関係な B が直後に同じ道で邪魔な石を下に捨てたが、X にはあたらなかった。このとき、A のみが X の死亡について損害賠償責任を負う。

このうち、Case2で A と B のどちらの弾丸が X にあたったか分からない場合や、Case4で A の落とした石と B の落とした石のどちらが X にあたったか分からない場合に、719条1項後段が適用される（よって、A と B の免責・減責の抗弁も認められる）。

以上の Case1 ～ Case4 以外に 719 条を適用することのできる範囲について争いがあるところ、これを前田らは以下のように分類している。

(2) 719 条 1 項前段（「強い関連共同性」）が認められる 2 類型

裁判所が、行為者間での共謀を要求しない客観的関連共同性説を採用していることまでは争いがないと思われるところ、ここでは 719 条 1 項前段は「強い関連共同性」を要求し、同項後段は「弱い関連共同性」で足りるとする説が前提にされる。

ア 第一類型（意思的関与を要件とする類型）

公害等の訴訟では、実質的には、場所的近接性、時間的近接性、及び意思的関与の事実をもって、強い関連共同性を認定しているとされる。そしてここでいう「意思的関与」とは、単なる意思的関与では足りず、「より密接な組織としての人的資本的一体性」が要求されるとされる。逆に言えば、人的

資本的に密接な関係のある人格間に「意思的関与」がある場合、その行為には「一体性」が認められ、これにより「強い関連共同性」が認められると分析される。

よく挙げられる例として、A 社が原料の供給、B 社が半製品の供給、C 社が製品の供給を担っていて、A、B、C 社が コンビナートを形成しているだけでは、強い関連共同性を認めるには足りないとされる。

そして上記判例法理の帰責根拠は「意思」であるとされる。つまり、他人を「行為支配」することにより、その他人の行為が自己の行為とされ、その結果も自己に帰責されることが正当化されると考えられる。

イ 第二類型（不作為不法行為の一類型として作為義務を要求する類型）

被告間の協働すべき法的義務（作為義務）を設定し、この義務に違反することが共同不法行為にあたるとされる類型である。

作為義務の根拠としては、法律が作為義務を規定する場合のほか、企業が公害防止協定を締結するなど当事者間の契約により作為義務を約定する場合や、慣習・条理により認められる場合などが挙げられている。

(3) 719 条 1 項後段（「弱い関連共同性」）が適用される要件

719 条 1 項後段の規定は、複数の者が加害行為（損害を発生させる危険のある行為）をし、被害者に損害が発生した場合において、だれがその損害を与えたか不明であるときに、被害者保護の見地から、加害者各人の行為と損害の因果関係を推定し、被告ら各自が自己の行為と損害の因果関係の不存在を立証しない限り、被告らに連帯責任を負わせるという、立証責任の転換規定とされる。

後段が適用される要件は主にじん肺訴訟において詳細に定式化されており、要件としては

①各被告が因果関係以外の独立の不法行為の要件を

満たしていること

- ②択一的競合であること
- ③加害者の各行為が損害をもたらし得るような「危険性」を有すること
- ④現実に発生した損害の原因となった「可能性」があること

について、原告が主張・立証責任を負い、被告は自らの行為と損害との因果関係の全部または一部の不存在について主張・立証責任を負うことになる。

ここで、③は、じん肺訴訟で言えば、被告の行為が病理学的または疫学的に損害と因果関係があることであり、抽象的な危険性の判断とされる。また、④は、例えば被告企業に原告が勤めていたことがある、といった、被告と原告との現実の接点が問題とされ、具体的な危険性の判断とされる。

さらに、②で択一的競合であるが前提となっていることから、各被告「単独」の行為であっても、損害が生じ得たことが必要になる。

こうした判例法理の根拠は、「複数の加害者のどれかが損害と因果関係を有することが明らかでありながら、被害者が損害と因果関係のある加害行為を特定し立証しない限り敗訴するということは不合理であり、むしろ加害者の側に、自己の加害行為と損害の因果関係の不存在を立証させるのが公平」というところにある（公益上の規定）とされる。

そのため、原告には、被告の行為の抽象的危険性だけではなく、具体的危険性も立証責任を負わせる一方で、被告の方は、原告の法益侵害を発生させる可能性がないか、あっても寄与度が部分的であることを主張・立証することで、免責・減責の抗弁を提出することができると考えられる。

(4) 719条1項後段が類推適用される場面

上記(3)に述べた719条1項後段の要件のうち、②の択一的競合については、この要件を緩和した類推適用が認められる傾向にある。以下、前田らによる類推適用の分類について述べる。

ア 千葉じん肺訴訟判決型（加害行為の全損害に対

する割合の不明性を主眼におくもの）

当該事案において、被害者である原告は、じん肺の具体的危険性のある複数の企業で働いた経験があった。そのため、各企業の加害行為が全損害に対してどの程度の割合で因果関係を有するのかが不明とされた。

しかし裁判所は、「複数の加害行為のそれぞれが損害の全部または一部を発生させる可能性があり、ただその全損害に対する割合が不明である場合にも類推適用されるとみるべき」であり、「加害者に因果関係の一部の不存在について立証責任を負わせることは、何ら背理ではない」として、後段の（類推）適用を認めた。

719条1項後段の本来の適用場面は、個々の因果関係が0か1かで不明な場合を想定しているところ、因果関係の寄与が1/2なのか1/5なのか不明な場合にも類推することに問題はない、という判断をしたものと思われる。

すなわち、本来の場合の要件②（択一的競合）を前提として、各加害行為の具体的危険性を（当該事案では、原被告間の労働契約及び安全配慮義務違反による債務不履行によって）基礎づけ、そのうえで加害行為の全損害に対する寄与割合の不明性（じん肺の具体的危険性のある複数の会社で働いた経験があった）の救済のために類推適用したもの、と整理できるように思われる。

イ 筑豊じん肺訴訟控訴審型（重合的競合の場合への類推適用）

裁判所は、じん肺訴訟の場合には、「単独ではじん肺を発症させるとは考えにくい…ような短期間・少量の暴露（相加的暴露）もあり得る。このような場合には、上記（719条1項後段本来の）要件を満たさないから、直ちに同条後段が適用されるとはいいがたい。」と原則を示した上で、「しかし、重合的競合の場合にも、複数の行為が相加的に累積して被害を発生させていること（客観的共同）と、各行為者が同様の他者の行為を認識しているか、少なくとも自己と同様の行為が累積することによって被害を

生じさせる危険があることを認識していること（主観的共同）」を要件に、同条後段の類推適用を認めた。

すなわち、719条後段の要件②の代わりに、客観的共同と主観的共同という2つの要件が加重された場面と考えられる。

5 本件裁判所の判断について妥当性の検討

上記4. で述べた前田らの分析を参照しながら、本件事案においてどのような共同不法行為が成立すると考えるべきかを以下検討する。

(1) 本件事案に719条1項前段が適用されるべきか？

前段の適用があるとすれば、作為義務を設定する根拠に乏しいため、4(2)アの第一類型（意思的関与を要件とする類型）にあたるように思われる。

しかし、本件事案において、Xらは単に同時期にBitTorrentのネットワークを利用していただけで、互いにあったことがなく、名前も知らない関係にあったはずである。

公害との対比で言えば、「著作物の共有」という権利侵害について、Xら各自が当該著作物の一部（ピース）を共有しあうことによって、最終製品である著作物の材料や半製品に相当する「データ」をP2Pネットワークを介して供給し合う、コンビナートのような関係にあるのではないと思われる。

そうであれば、「人的資本的に密接な関係」がない、単なるコンビナートの一員であるXらに、719条1項前段を適用したのは、従来の裁判例の理屈からは外れているように思われる。

(2) 本件事案は719条1項後段が適用可能か？直接適用できない場合、後段の類推適用は可能か？

通常のBitTorrentクライアントの通信量は、ダウンロード>>アップロードであり、各クライアントが完成品としての「著作物」（具体的には、きちんと視聴できる動画など）にあたるデータをアップロードしたことは、たとえBitTorrentネットワー

クに参加していたとしても、自明ではない（高裁も同趣旨のことを述べている）。

よって、Xら各自の行為は、それだけで「著作権侵害」を生じさせる行為であると認定できず、択一的競合の場合にはあたらないように思われる。そこで、類推適用の可否が問題になる。

この点を検討すると、前述したBitTorrentの仕組み自体は、これが著作物について使用されると、著作権（複製権及び送信可能化権）を侵害する具体的な危険がある行為であるし、同P2Pネットワークに参加するノード同士がピースを共有し補い合うことで、著作権侵害の完成に向けて相加的に累積して被害を発生させるといえる（客観的共同）。また、裁判所が認定するようにBitTorrentの仕組み上、ダウンロードしたデータは、そのうちアップロードもされることは容易に認識等しうることを前提にするならば、少なくとも自己と同様の行為が累積することによって被害を生じさせる危険があることも認識していること（主観的共同）という認定も可能だろう。

したがって、地裁及び高裁で裁判所が行った事実認定をもとにすると、719条1項の後段を重合的競合に対して類推適用するのが従来の裁判例と整合的であるように思われる。

そして、同項後段の帰責根拠からすると、（裁判所は認めなかったが）原告が主張するような「客観的にも本件著作物の流通に軽微な寄与をしたにすぎないこと」による、減責は認められても良いのではないと思われる（例えば、筑豊じん肺訴訟控訴審判決では、じん肺暴露期間が2年未満では1/3、2年以上5年未満では2/3と、段階的に負担額を減らす判決をしている）。とはいえ、寄与が軽微であることを客観的に立証することは一般に困難だろう。

6 小括

本事案は、BitTorrentによる著作権侵害で本格的に争われた珍しい事案であり、また裁判例の蓄積

が十分とは言えないが、共同不法行為自体は、インターネットや、無体物である知的財産権において今後も注目される法律構成だと思われる。今後も同様の事案について検討を進めたい。

本事案において裁判所は具体的な損害額の算定をしているが、その際の損害の範囲の問題についても、裁判所が認定した719条1項前段という枠組みと整合するのか、などの残る疑問点については、章をあらためて以下検討する。

3 損害論についての本件事案の判旨

損害論について検討する際に必要となる本件事案の判旨部分について、本論文第2の記載と一部重複する部分もあるが以下に再掲する。

1 争点2-1 (共同不法行為に基づく損害の範囲) について

侵害行為の始期終期については、「一審原告らと本件各ファイルをアップロードしている他の一審原告ら又は氏名不詳者との間に共謀があるものでもないのであるから、一審原告らは、BitTorrentを利用して本件各ファイルのダウンロードをする前や、BitTorrentの利用を終了した後においては、本件著作物について権利侵害行為をしていないのは明らかである。「本件各ファイルの送信可能化による損害は、1ダウンロードごとに発生すると考えられるところ、一審原告らがBitTorrentの利用をしていない時期におけるダウンロードについてまで、一審原告らの行為と因果関係があるなどということではできない。そうすると、一審原告らは、BitTorrentを利用して本件各ファイルのダウンロードをする前及びBitTorrentの利用を終了した後については、本件著作物の権利侵害について責任を負わないというべき」と判示した。

侵害行為の具体的な終期については、一審原告らが「プロバイダからの意見照会を受けたことで怖くなり、BitTorrentのクライアントソフトを削除し

たり、BitTorrentの利用を控えるのは通常の行動」と認定した。

共同不法行為者として責任を負う範囲については、「一審原告X1らは、BitTorrentを利用して本件各ファイルをダウンロードしてから、BitTorrentの利用を停止するまでの間の本件各ファイルのダウンロードによる損害の全額について、共同不法行為者として責任を負うと認めることが相当である。」と判示した。

侵害行為の継続性については、「BitTorrentの仕組みに照らすと、本件各ファイルのダウンロードキャッシュを削除するか、BitTorrentの利用を停止するまでの間は、一審原告X1らの端末にダウンロード済みの本件各ファイルが送信可能な状態にあったのであるから、一審原告X1らが本件各ファイルのダウンロードキャッシュを削除したこと又はBitTorrentの利用を停止したことが認められる時点までは、一審原告X1らの不法行為は継続していたと認めるのが相当」と判示した。

2 争点2-2 (減免責の可否) について

「引用した原判決の…3記載のとおりである」とし、原判決を維持した。原判決(一審)の「3記載」では、「原告らは、原告らにおいて複製物を作成しようという意思が希薄であり、客観的にも本件著作物の流通に軽微な寄与をしたにすぎないことや、原告らとユーザーとの間の主観的・経済的な結び付きが存在しないことからすれば、関連共同性は微弱であるとして、損害額につき大幅な減免責が認められるべきである旨主張するが、原告らの指摘するような事情をもって、前記認定の損害額を減免責すべき事情に当たるとすることはできない。」と判示した。

3 その他

本件では「争点2-3(損害の補填)」も争点ではあるが、本稿では割愛させていただく。

4 損害論についての検討

1 本判決の意義

本件は、ファイル共有ソフト（BitTorrent のクライアントソフト）を利用した場合も、民法719条前段が適用され、利用期間が重複する者については同期間中の全損害について連帯責任を負うことを認めた点に意義がある。

2 争点2-1（共同不法行為に基づく損害の範囲）

(1) 総論

本件「共同不法行為の損害の範囲」に関する主な争点は、侵害行為（送信可能化行為）の始期と終期はいつかという点である。損害の計算上必要となるダウンロードの回数を算出する前提として、始期と終期（侵害行為の期間）を確定することが必要となり、この点についての BitTorrent の仕組みを踏まえた攻防が繰り返されている。また、この始期と終期の確定については、侵害者にどの範囲で責任を負わせるべきか（因果関係を認め連帯責任とするべきか）という帰責性の観点からも議論されている。

当該事案は債務不存在確認訴訟なので、権利侵害者が一審原告になっており、損害賠償を求める側が一審被告となっている。以下、本件（控訴審）についての理解を助けるため、一審から順に本件まで、当事者の主張を含め判決中の理由に沿って検討する。

(2) 一審被告の主張

一審被告は「加害者が連帯して賠償すべき損害の範囲は、共同不法行為と相当因果関係に立つ全損害である。」とし、本件においては一審原告らが「BitTorrent の利用を開始する以前に行われた他のユーザーによるアップロード行為により生じた損害についても責任を負う。」と主張した。

その論拠として、一審原告らが「最初のシーダーが本件著作物の動画ファイルをアップロードして以

降、多数のユーザーが連綿と行ってきた同ファイルのダウンロード及びアップロード行為に参加し」ていたという事実を挙げ、その結果、「全体として、BitTorrent ネットワーク内で同ファイルを共有するという共同行為に及んだものである。」とし、さらに「このような共同行為は、社会的にも実質的にも密接な関連を持つ一体の行為であり、権利侵害も当該最初のアップロード以降継続して生じている」と主張した。

以上の主張は、一審原告らは各人の BitTorrent の実際の利用の前後を含め、「全損害」を負うべきとの主張であり、719条前段をあてはめたことによる論理的な帰結として主張したものである。また実質的な論拠として、一審原告らが同人らより先に BitTorrent を利用していた者（以下「先行者」という。）らの一連のアップロード（ダウンロード）の流れを利用している点と、自らが利用を停止したとしても、後行する他のユーザー（以下「後行者」という。）に対して、今度は自らアップロードしたことで一連の流れに棹さしている点を捉え、これらの点に客観的な関連共同性を見て、利用の前後を問わず責任を負うべきと主張したと思われる。

(3) 一審原告らの主張

一審原告らは、上述した全損害を負うべきとの主張に対し、「BitTorrent を通じてファイル共有を行う前に複製されたファイルにより生じた権利侵害については、原告らによるアップロード行為との間に因果関係は存在しない。同様に、原告らがアップロード行為を終了した以降の複製行為についても、原告らが責任を負う余地はない。」と主張した。

同主張は、自ら直接関与していない行為（先行者や後行者によるダウンロード・アップロード）については、本来的に責任を負わないはずだという、因果関係の原則論を論拠にしたものと思われる。

そもそも一審原告らは、共同不法行為性の争点の段階で、「複数の不法行為が集合したものとするべき」と主張しており、719条の適用を前提としない

主張をしていた。さらに「原告らが本件著作物の最初にシーダーになったわけではない。」ことや「データ量…からすれば、ごく軽微な行為をしたにすぎない。」ことから、実質論でも民法719条前段が適用されるべきではない旨の主張をしていた。一審原告らの主張の前提（自らのアップロード終了後は関与がないこと、最初のシーダーではないこと、データ量が軽微と考えられること）は、いずれもBitTorrentの仕組みや同仕組みから推認し得ることである。

さらに、具体的なBitTorrentの利用停止の時期（終期）については、一審原告らの多くは「プロバイダ各社からの意見照会を受けた時点で、直感的にBitTorrentの利用を停止した」、「原告ら代理人も…法律相談において…今後利用することがないように必ず指導している。」と主張した。これらの実情については、本件様の事案を取り扱う弁護士であれば首肯しやすいものと思われる。

(4) 一審の判断

上述した一審原告と同被告の主張を踏まえ、一審では、侵害行為との因果関係が認められる損害の範囲について、一審原告ら（の一部）はBitTorrentの「本質的特徴」を「十分に理解」して利用していたことを論拠に、719条前段の適用を認めた。しかし、その具体的な帰責範囲については、始期について「民法719条1項前段に基づき共同不法行為責任を負う場合であっても、自らが本件各ファイルをダウンロードし又はアップロード可能な状態に置く前に他の参加者が行い、既に損害が発生しているダウンロード行為についてまで責任を負うと解すべき根拠は存在しない」と一部の損害に限定し、一審被告の主張を退けた。

さらに、侵害行為の継続性については、「原告X1らがBitTorrentを通じて自ら本件各ファイルを他のユーザーに送信することができる間に限り、不法行為が継続していると解すべきであり、その間に行われた本件各ファイルのダウンロードにより生じた

損害については、原告X1らの送信可能化権侵害と相当因果関係のある損害に当たるといふべきである。」と判示した。

さらに、具体的な始期終期について次のように認定した。アップロードの始期については、一審原告らが本件各ファイルをアップロード可能な状態に置いた時点を各人毎に認定し、他方、アップロードの終期については、一審原告らがプロバイダ各社から意見照会を受けて代理人へ相談した際に、BitTorrentの利用を直ちに停止すべき旨の助言を受けたと推認できることから、このタイミングをもって各人がアップロード可能な状態を終了した（代理人の助言に従って利用を停止した）と認定した。

結局、以上のような一審の判断は、719条前段が適用されるのだから各人の具体的な利用の前後を問わず全てに因果関係を認めるべきとの一審被告の主張を退けつつ、同条前段が適用されたとしても一審原告らが直接的にBitTorrentを利用可能だった期間に限定して因果関係を認めたものである。かかる判断は、侵害行為の終期が具体的にどのタイミングかについて若干の修正がされるものの、本件でも維持されている。以下、本件における一審被告の主張から検討する。

(5) 本件での一審被告の主張

一審被告は、BitTorrentの特徴として「ファイルをダウンロードするユーザーは必然的に、同一ファイルをアップロードするよう設計されている」点を挙げ、一審原告らの行為は、「第一アップロード者が当該ファイルをアップロードして以降、BitTorrentネットワーク内において、連続と当該ファイルを共有してきた」とし、かかる共有を「共同行為」とであると主張した。

そして、「本件では、一審原告らの行った共同行為は、第一アップロード者による最初のアップロード以降、社会的にも実質的にも密接な関連をもつ一体として行われている行為であるから、権利侵害も

当該最初のアップロード以降一体として生じている。これは、公害訴訟や交通事故訴訟において先行行為者による行為及び損害を含めて後行行為者が共同不法行為者として連帯責任を負うこととパラレルであって（例えば最判平成13年3月13日民集55巻2号328頁）、原告ら自身のアップロード前の先行者によるアップロードにより生じた損害についても連帯して責任を負うと主張した⁵⁾。

上記で引用された判例では、確かに「共同不法行為によって被害者の被った損害は、各不法行為者の行為のいずれとの関係でも相当因果関係に立つものとして、各不法行為者はその全額を負担すべきものであり、…損害額を案分、限定することは…719条の明文に反」すると判示しており、そのまま本件に当てはめれば、一審被告の主張の通り全ての損害について連帯して責任を負わせるべき結論が導かれ得る。

(6) 控訴審での一審原告の主張

ア 侵害の始期終期

一審原告は、「原判決は、始期と終期の間の期間についてはアップロードの継続が事実上推定されるとの理解に立っているが、そのような経験則はな」と主張し、一審の損害の捉え方を批判した。そして、損害の捉え方の代案として「BitTorrentの一般ユーザーは数時間でアップロードを終えることが多く、…こうした実態を踏まえれば、例えば、一審被告がアップロードの開始時点を立て、加えて後日のある時点のアップロードを立てた場合に…その2点の間の期間のうちの少なくとも一定期間…についてアップロードが続いたものとして損害を計算する方が実態に近く妥当である。」と主張した。

上記批判については、BitTorrentの利用をスター

トした日から利用を終了した日まで、何十日間も連続で利用するユーザーの方が例外的な存在と思われ、上記第3の1(4)で述べたように、一審が侵害行為の継続性を事実上推定していた点については確かに疑問が生じる（本件については後述する。）。

イ 侵害の継続性

さらに、侵害行為の具体的な態様を考慮して、「BitTorrentの利用者が、ファイルのアップロードを24時間継続することはまずないことや、シーダーやピアが数百以上散在していることなどを踏まえ、本件の損害額については、例えば原判決の認定する額の100分の1などとして算定すべき」とし、見積もるべき損害のボリュームについてより圧縮すべきとの主張をした。

上記算定の具体的な数字（100分の1）は置くとしても、アップロードを24時間継続することは少ないと思われることや、そもそも、サーバー管理会社のPC（サーバー）とは異なり、一般個人が私的にPCを24時間連続で起動しておくことは例外であると思われ⁶⁾、一審原告の上記主張については否定しがたい部分があると考えられる。

(7) 本件（控訴審）の判断

ア 侵害の始期及び終期

本件では、上述の一審被告と一審原告の主張を踏まえ、次のように判断した。まず、本件ファイルが最初にBitTorrentにアップロードされて以降の権利侵害の全ての責任を一審原告らは負うべきか否かについては、「一審原告らと本件各ファイルをアップロードしている他の一審原告ら又は氏名不詳者との間に共謀があるものでもないのであるから、一審原告らは、BitTorrentを利用して本件各ファイルのダウンロードをする前や、BitTorrentの利用を

5) 民法判例百選Ⅱ [第8版] 216頁（大塚直）では、「本判決は、本件の損害が死亡したという「不可分の一個」のものであり、いずれの不法行為も死亡に対して相当因果関係を有する点を、寄与度減責を認めない理由としたと考えられる。」と評されている。

6) 平成26年版情報通信白書によると、PCでのインターネット利用時間は、平均して、平日・休日それぞれ20代で48.6分・48.5分、30代で28.1分・29.0分、40代で40.6分・33.9分である。ただし、PC以外にも携帯やタブレットによる利用時間は別途存在する。
<https://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/h26/html/nc253230.html>

終了した後においては、本件著作物について権利侵害行為をしていないのは明らかである。」と判示した。

さらに、損害の単位に着目して、「本件各ファイルの送信可能化による損害は、1ダウンロードごとに発生すると考えられるところ、一審原告らがBitTorrentの利用をしていない時期におけるダウンロードについてまで、一審原告らの行為と因果関係があるなどということではできない。」とも判示した。文の繋がりがやや不明確であるが、送信可能化による損害を1ダウンロードごとに発生すると考えた場合は、一審原告らがBitTorrentを利用していない時期の任意の1ダウンロードについての損害は、同時期の内側でその損害の発生から終了までが完結しているのだから、一審原告らの行為とは何らの関係もなく因果関係を観念する余地もない、という理解を示したものと思われる。

ただし、侵害行為の終期については次のように認定し、一審の判断を改めた。すなわち一審原告らが「プロバイダからの意見照会を受けたことで怖くなり、BitTorrentのクライアントソフトを削除したり、BitTorrentの利用を控えるのは通常の行動であ」と認定した。

この点、一審では、プロバイダ各社から意見照会を受けた時点での利用停止を認めず、原告ら代理人に相談した際に利用停止の助言を受けてから利用を停止したに過ぎないと判断されていた。筆者が所属する事務所の事案に過ぎないが、毎月複数の本件同様の相談を受けるなかで、過去1年間で相談時にも利用を継続していた相談者はほとんど存在しなかった。少なくとも9割以上の相談者が遅くとも意見照会書が届いたタイミングで利用を停止していた。

イ 侵害の継続性

侵害行為の始期と終期については、上記第3の(7)アで述べたとおりであるが、始期と終期の間も侵害が継続しているかに関しては、始期(BitTorrentで本件各ファイルをダウンロードした時)から終期(BitTorrentの利用を停止した時)の間も、全て責

任を負うと判示した。

さらに、継続性については次のとおりかなり具体的な理由付けを行った。すなわち、「BitTorrentの仕組みに照らすと、本件各ファイルのダウンロードキャッシュを削除するか、BitTorrentの利用を停止するまでの間は、一審原告X1らの端末にダウンロード済みの本件各ファイルが送信可能な状態にあったのであるから、一審原告X1らが本件各ファイルのダウンロードキャッシュを削除したこと又はBitTorrentの利用を停止したことが認められる時点までは、一審原告X1らの不法行為は継続していたと認めるのが相当」だとし、「送信可能化による不法行為を継続していたと推認するのが相当」と判示した。

このように本件では、一審よりも侵害行為の継続性(終期)の目安について、その外延を明確に述べている。確かに、「本件ファイルのダウンロードキャッシュの削除」と「BitTorrentの利用停止」の二つは、一つ実施されれば、本件ファイルについてBitTorrentを利用してダウンロードがされなくなることが明らかである。

2 争点2-2 (減免責の可否について)

この点については、一審原告らは、一審から本件までに、本件では関連共同性が弱いこと、シーダーでもなく本件著作物の流通にBitTorrentの仕組み上客観的に軽微な寄与しかしていないこと、他のユーザーと面識もなく主観的な結びつきも希薄であること、裁判所に認定された始期と終期の間でアップロードが継続する経験則はないこと等々を理由に、減免責が認められるべきと主張した。

これに対し、一審被告は本件では719条1項前段が適用され、「単なる寄与度の低さを理由に連帯を破ることは、現状では認められていない」(内田539頁)などと主張した。

本件では、一審が「原告らが指摘するような事情をもって、…損害額を減免責すべき事情に当たるといことはできない。」と判断したことを、そのま

ま是認した。一審から本件まで、実質的な理由付けは行われなかった。

3 検討

以上、一審から本件までの大きな流れを確認した。その中で、本件において判断された点として、次の4点を以下取り上げてみる。

- ①侵害期間を各人の BitTorrent 利用期間としたこと
- ②データ送信の貢献度が低くても侵害期間中の全損害を負うとしたこと
- ③侵害期間では BitTorrent を連続利用していると認定したこと
- ④減免責を全く認めなかったこと

(1) 始期終期（侵害期間）を各人の BitTorrent 利用期間としたこと

ア 因果関係からの画定

本件では、侵害行為の始期終期について、一審原告らが BitTorrent を直接利用し得た期間とした（一審の判断もほぼ同様である。）。しかし、侵害行為の始期終期をどこで区切るかについては別な判断もあり得たのではないだろうか。

始期については、例えば次のような時点を考え得る。

- ①何者か（シーダー）によって最初に本件ファイルがダウンロードされた時
- ②一審原告らが BitTorrent の利用を開始した時（一審原告らが本件ファイルを初めてダウンロードした時）

終期についても、例えば次のような時点を考え得る。

- ③一審原告らが BitTorrent の利用を停止した時
- ④一審原告らからダウンロードされた本件ファイルが、後行者の何者かに最後にダウンロードされた

時

本件では、②と③をそれぞれ始期と終期に認定した。その理由は、「BitTorrent を利用していない時期…についてまで、一審原告らの行為と因果関係があるなどということはできない」からである。

一審被告は、上述した判例⁷⁾を挙げ、①の時点から責任を負うと主張していた。しかし、同判例は、交通事故と医療過誤の競合した事案であり、本件とは加害者の関係や損害発生の機序がかなり異なる。さらに、同判例の射程については、「複数の不法行為の場合一般に及ぶ」とまでは解されていない⁸⁾。そうすると、同判例をそのまま本案に当てはめることは困難であり、少なくとも一審被告の主張する①から④までとはならないと考えられる。

他方で本件が因果関係を否定する際に着目したのは「一審原告らの BitTorrent の利用」である。確かに、利用前のダウンロードに関しては、ダウンロード行為はもちろん、ダウンロードされたデータについても、一審原告らが物理的・情動的な影響を及ぼすことはない。故に、先行者らとの共謀等がない限りは、①に始期を見いだすのは困難だと思われる。しかし、利用後のダウンロードに関しては、後行者のダウンロード行為に直接の関与はしていないが、ダウンロードされたデータについては一審原告らがアップロードしたデータが展転流通している可能性が残っている。むしろ、BitTorrent の仕組み上、その可能性が高いと考えるのが素直であろう。そうすると、利用を停止した後であっても、後行者によるダウンロードによって発生した損害に一審原告らは関係している（寄与している）可能性が高いはずである。であれば終期については④を認める方が、実態に近いのではないだろうか⁹⁾。

イ ネットワーク上の関係性・距離感

また、本件では、「一審原告らと…氏名不詳者と

7) 平成13年7月13日最高裁判決

8) 民法判例百選Ⅱ [第8版] 216頁 (大塚直)

9) しかし、④まで認める場合は、BitTorrent の仕組みから自分が残した影響を解消するような手立てがないと思われ、逆に、どこまでも責任を追ってしまうという問題が生じる。

の間に共謀があるものでもない」ことも論拠にして始期終期を確定している（因果関係を②と③の間に絞っている）。

しかし、この氏名不詳者ら（一審原告らと同時期に本件各ファイルをアップロードしている者ら）と、一審原告らによる利用の後にも存在しているはずの氏名不詳者ら（以下「後行する氏名不詳者ら」という。）は、一部が重複している可能性がある。また、ダウンロードされたデータの流れを見ても、BitTorrentの仕組上、②から③までに一審原告らからダウンロードされたデータが、④の近くまで流通していた可能性がある。さらに、一審原告らが違法に入手したデータについて、後行する氏名不詳者らもこれを違法に入手し、さらに後行する別の氏名不詳者らが違法に入手するというように、BitTorrentを利用し違法なデータ入手が繰り返されるが、先の違法行為が後の違法行為の不可欠の前提となっている構造は、②から③の間と③から④の間で共通している。また、共謀についても、一審原告らと同時期の氏名不詳者らとの間にも、同じく後行する氏名不詳者らとの間にも存在しないことは共通している。ほかに、③から④の間の氏名不詳者らは、確かに一審原告らからデータを直接受け取っていないが、②から③の間であっても、一審原告らからデータを直接入手せず、氏名不詳者らを介して入手した（別の）氏名不詳者らが存在したはずであり、データを第三者を介して入手した点では共通している。

そうすると、一審原告らと同時期の氏名不詳者らの関係と、一審原告らと後行する氏名不詳者らの関係は、共通する点が多く、截然と取り扱いを違えるほどには異ならないように思われる。そうであれば、上記アの検討も踏まえ、終期を④とすることは可能なのではないだろうか。

(2) データ送信の貢献が低くても侵害期間中の全損害を負うとしたこと

本件では、「損害の全額について、共同不法行為者として責任を負うと認めるのが相当である。」と

して、始期終期の間を生じた全損害について、一審原告らに帰責させている。同結論には因果関係で展開された理由付けが援用された。次のようなものである。

まず、①大半のピアは短時間のBitTorrent利用時に一次的にファイルの供給源となるだけなので、一審原告らも常にBitTorrentを利用していただけではないこと、②特定時点における特定のファイルに着目するなら必ずしも多くのユーザー間でデータのやりとりがされているわけではないこと、③ダウンロードでは相当程度の時間をかけ、相当程度の数のピアからピースを取得して1つのファイルを完成させていると推認されること、である。そして、①②③に照らせば、「BitTorrentを利用した本件各ファイルのダウンロードによる一審被告の損害の発生は…BitTorrentのクライアントソフトを起動させて対象ファイルを送信可能化していた相当程度の数のピアが存在することにより達成されているというべき」と認定した。これは本件のようなトレントソフトによる違法ダウンロードによる損害が生じる条件として、一審原告らのような人間が同人ら以外にも同時に多数存在している必要があることを認めたものである。

続けて本件では、「一審原告X1らが、上記ダウンロードの期間において、対象ファイルを有する端末を用いてBitTorrentのクライアントソフトを起動した蓋然性が相当程度あることを踏まえると」と述べている。この意味は、上述の条件のほかに、一審原告らがクライアントソフトを（氏名不詳者らと同じタイミングでほぼ間違いなく）利用していたであろうという条件を重ねたことを意味する。

前者の条件は一審原告らが同時期の違法行為者全体から見ると少数であることを、後者の条件は侵害期間中であっても侵害行為に関与していない時期があったことをそれぞれ含意しており、いずれの条件も損害結果について一審原告らの貢献が実際は相当に限定的だったことを示している。

そして本件では、上記二つの条件が重なっている

ことを前提として、「一審原告 X1 らが対象ファイルを送信可能化していた行為と、一審原告 X1 らが対象ファイルをダウンロードした日から BitTorrent の利用を停止した日までの間における対象ファイルのダウンロードとの間に相当因果関係があると認めるのも不合理とはいえない。」と結論したのである。

上述の理由付けを見れば、本件では一審原告らの行為のみでは本件の対象ファイルのダウンロードの全損害までは生じなかったことになる。また、共謀についても否定していることも合わせれば、客観面でも主観面でも、一審原告らに全損害を賠償させる論拠は強固なものとはまでは言えないと考えられる。

他方で、上述したように、始期終期（侵害期間）については②から④までは認めず、②から③までに留めている。本件では、侵害期間をやや短めに認定し、侵害期間中は全損害を認定したのである。後述する侵害期間中は BitTorrent の連続利用を事実上推定したことも合わせると、原告被告ともに不満が残るのではないだろうか。

(3) 侵害期間は BitTorrent を連続利用していると事実上推定したこと

本件では、始期終期間の侵害の継続性について、「原告 X1 らが BitTorrent を通じて自ら本件各ファイルを他のユーザーに送信することができる間に限り、不法行為が継続していると解すべき」とした。すなわち、「送信可能化」な状態が継続していたのである。

条文上、「送信可能化」とは、「公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置…の公衆送信用記録媒体に情報を記録」（著作権法2条1項9号の5のイ）することや、「公衆の用に

供されている電気通信回線への接続（配線、自動公衆送信装置の始動、送受信プログラム等の起動その他の一連の行為により行われる場合には、当該一連の行為のうち最後のものをいう。）を行う」（同法2条1項9号の5のロ）ことを定義に含んでおり、インターネットに実際に接続されていることは前提だと思われる¹⁰⁾。

この点について、ファイルログ事件¹¹⁾を見てみる。同事件は、ファイル交換サービスの提供事業者等が送信可能化権を侵害したとされた事案であるが、送信可能化の認定にあたっては、同サービスの利用者が電子ファイルを自分の PC 内の共有フォルダに蔵置して、クライアントソフトを起動し、同提供事業者のサーバに接続すると、同利用者の PC は、同サーバに既に接続している他の利用者のリクエストに応じて、自動的に上記電子ファイルを送信し得る状態となるとされ、この状態をもって、電子ファイルを蔵置した利用者の PC が提供事業者のサーバと一体となって情報の記録された自動公衆送信装置（法2条1項9号のイ）に当たるとされた。さらに、その時点で、公衆の用に供されている電気通信回線への接続がされ、同電子ファイルの送信可能化（同号ロ）がされたものと解された。

しかし、同事件では、提供事業者による「本件サービスは、…平均して同時に約340人もの利用者が債務者サーバに接続して電子ファイルの交換を行って」いた事実が認定されており、責任を問われた提供事業者のサーバが常時「送信可能化」の状態にあったと前提することは自然だった。

つまり、同事件は、問題となった権利侵害の主体が1つであり、その主体は事業者であって、自社が提供するサービスの性質上連続してインターネット

10) 著作権法逐条講義7訂新版（加戸守行）では、「送信可能化」の定義について、「（著作権法第2条1項9号の）イの形態のほうは、「既にネットワークにつながっているサーバー等」に情報を何らかの形で入れ込むこと、ロの形態のほうは、「情報が記録・入力等されていていつでも送信できる状態にある」のだけれどもネットワークに接続されていないサーバー等を、ネットワークに接続して中に入っている情報を「インタラクティブ送信」できるようにすること」であるとし、さらに、「ここで注意しておいていただきたいのは、送信可能化という行為は、これらイ及びロという行為を行うことにより、自動公衆送信し得ない状態にあったものを自動公衆送信し得る状態にして初めてそのように評価される」と述べられている。

11) 平成14年4月11日東京地裁決定

に接続していたわけで、常にデータが送信され得る状態だったことは明らかと言える事案だったのである。

一方で本件は、権利侵害者がサービスを提供している事業者等ではなく、逆に事業者が提供しているサービスを利用している一般個人である。そうすると、各個人が自分の生活ペースの中で必要に応じてPCの電源を入れインターネット回線に接続し、使わなければ電源を落とすなどするのが通常と思われる。そうであれば、一審原告らが裁判所に対し、「始期と終期の間の期間についてはアップロードの継続が事実上推定されるとの理解に立っているが、そのような経験則はな」との批判には相応の理由があると考えられる。

また、本件は、判決の理由中で「利用」との文言を多様しているが、この文言が条文上のどの状態を具体的に指しているのか不明確であると思われる。

(4) 減免責を全く認めなかったこと

一審及び本件では、一審原告らに対し、「原告らが指摘するような事情をもって、…損害額を減免責すべき事情に当たるといことはできない」と判示し、全く減免責を認めなかった。同判示した趣旨が、一審原告らが主張するような事情についてはそもそも一般的に減免責の論拠にならないのか、それとも、なり得るとしても具体的に減免責を認めるまでには達していないに過ぎないのかについては、直接の理由付けはない。

しかし、寄与度減責の根拠を公平の理念に求めるならば、理論的にはどのような態様の共同不法行為

についても、その余地はあると考えられるはずである¹²⁾。さらに、帰責における一体性を判断する場面に関し、「全損害についての賠償義務を負わせるのが妥当な程度に加害行為に一体性があるかどうか、という評価の問題なのである。」との意見がある¹³⁾。

そうすると、因果関係を認めた上で減免責を検討する場面にせよ、事実的因果関係がない損害について賠償責任を負わせる加害行為の一体性を検討する場面にせよ、公平や評価という規範的な概念を含んでいるわけであり、この点を強調すれば、本件で判示された結論とは別な見方をする余地もあり得ると考えられる。

また、本件は、一審被告が援用した判例（交通事故と医療行為の競合による死亡）の事案とは大きく異なり、数多くの損害（違法ダウンロード）が生じた中で一審原告らの侵害行為が原因になるものが一部含まれていたという事案であるから、同判例の射程も及ばないと考えられる¹⁴⁾。

そうすると、719条後段（類推）適用の可否等については別途検討が必要だとしても、上記（1）から（3）で検討したように、一審原告らの主張の中には肯首すべき点があり、少なくとも、これらの主張に対し何ら理由付けをせず減免責を全く認めないとするのは、訴訟当事者らの納得感を得にくいと思われる。

(5) まとめ

本件では因果関係の認定と共同不法行為の認定のそれぞれの場面で、裁判所によって、侵害行為の継

12) 平成13年3月13日最高裁判決調査官解説243頁（三村晶子）では、寄与度減責の趣旨について、「寄与度減責は、行為と損害との間に相当因果関係のあることを前提として、それでもなお、加害者の事情を考慮してその責任を減じようという思想」とし、その理論的根拠として、諸説を概観した上で、「寄与度減額をするとすれば、その根拠は、損害の公平な分担という損害賠償の基本理念「公平の理念」それ自体に基づき、金銭評価のレベルで減額するという説明にならざるを得ないように思われる。」としている。

13) 民法Ⅱ〔第3版〕債権各論537頁（内田貴）では、「判断の基準は…法的に見て、複数の加害者の加害行為が、損害との関係で、ひとつの加害行為と評価できる程に帰責における一体性を有するかどうかにかかっているように思われる。もちろん、加害行為の一体性といっても、それで基準が明確になるわけではない。いささかトートロジカルであるが、」として上記の引用部分を導いている。

14) 民法判例百選Ⅱ〔第8版〕216頁（大塚直）では、当該判例について「本判決は、本件の損害が死亡したという「不可分の一個」のものであり、いずれの不法行為も死亡に対して相当因果関係を有する点を、寄与度減責を認めない理由としたと考えられる。」と評している。

続が事実上推定されたり、一審原告らと氏名不詳者らとの関係が評価された。その推定や評価の中で、BitTorrent の仕組みや使われ方などから予想され得る状況と必ずしも合致しないのではないかと感じさせる部分があった。今後、増加するかもしれない同種事件においては、当事者の納得感をさらに高めるため、裁判所によるより一層の充実した訴訟指揮と判決における具体的な理由付けを期待したい。