

平成14年(ワ)第4237号著作権侵害差止等請求事件
口頭弁論終結日 平成15年10月15日

判 決

原 告
訴訟代理人弁護士

同
同
被 告
被 告

上記兩名訴訟代理人弁護士
主 文

社団法人日本音楽著作権協会

田 中 豊
藤 原 浩
市 村 直也

有限会社日本エム・エム・オー

A
小 倉 秀 夫

1 被告有限会社日本エム・エム・オーは、被告有限会社日本エム・エム・オーが「ファイルローグ」(File Rogue)という名称で運営する電子ファイル交換サービスにおいて、送受信可能な状態にされた電子ファイルの存在及び内容等を示す、利用者のためのファイル情報のうち、ファイル名及びフォルダ名のいずれかに別紙楽曲リストの「原題名」欄記載の文字(漢字、ひらがな、片仮名並びにアルファベットの大文字及び小文字等の表記方法を問わない。)及び「アーティスト」欄記載の文字(漢字、ひらがな、片仮名並びにアルファベットの大文字及び小文字等の表記方法を問わない。姓又は名のいずれか一方のみの表記を含む。)の双方が表記されたファイル情報に係る、MP3(MPEG1オーディオレイヤー3)形式によって複製された電子ファイルを送受信の対象としてはならない。

2 被告らは、原告に対して、連帯して、3450万円及び内金2650万円に対する被告有限会社日本エム・エム・オーについては平成14年3月26日から、被告Aについては同月21日から各支払済みまで各年5分の割合による金員を支払え。

3 原告のその余の請求をいずれも棄却する。

4 訴訟費用は、これを3分し、その1を原告の負担とし、その余は被告らの負担とする。

5 本件判決は、原告勝訴部分に限り、仮に執行することができる。
事実及び理由

第1 請求の趣旨

1 被告有限会社日本エム・エム・オーは、別紙楽曲リスト記載の各音楽著作物につき、自己が運営する「ファイルローグ」(File Rogue)という名称のインターネット上の電子ファイル交換サービスにおいて、MP3(MPEG1オーディオレイヤー3)形式によって複製された電子ファイルを送受信の対象としてはならない。

2 被告らは、原告に対し、連帯して金2億1433万円、及びこれに対する被告有限会社日本エム・エム・オーについては平成14年3月26日から、被告Aについては同月21日から各支払済みまで各年5分の割合による金員を支払え。

3 被告らは、原告に対し、連帯して、平成14年3月1日から被告有限会社日本エム・エム・オーがその運営する「ファイルローグ」(File Rogue)という名称のインターネット上の電子ファイル交換サービスにおいて別紙楽曲リスト記載の音楽著作物がMP3形式で複製された電子ファイルの送受信を停止するに至るまで1か月金3969万円の割合による金員を支払え。

第2 事案の概要

事案の概要及び前提となる事実は、当裁判所が本件訴訟について平成15年1月29日に言い渡した中間判決(以下「本件中間判決」という。なお、本件中間判決の本文部分を本判決に添付する。)記載のとおりである(なお、本判決における略称等の表記は本件中間判決のとおりである。)

1 争点

(1) 被告エム・エム・オーは、本件各管理著作物について原告の有する著作権を侵害しているといえるか。

(2) 被告エム・エム・オーに対する差止請求はどの範囲で認められるか。

(3) 原告の被告らに対する著作権侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求は理由があるか。

(4) 損害額はいくらか。

2 争点についての当事者の主張

(1) 争点(1)及び(3)については、本件中間判決記載のとおりである。

(2) 争点(2) (被告エム・エム・オーに対する差止請求の範囲) について

(原告の主張)

本件サービスによる本件各管理著作物に対する著作権侵害を停止し、予防するためには、本件各管理著作物につき、MP3形式で複製した電子ファイルを本件サービスによる送受信の対象とすることを禁止する必要がある。

別紙楽曲リストの「原題名」欄記載の題名と同リストの「アーティスト」欄記載の実演家名とを組み合わせた文字列がファイル名に使用されているにもかかわらず本件各管理著作物の複製物ではないMP3ファイルが本件サービスにおいて送信可能化される可能性は理論的にはあり得ないではないが、実際に、本件サービスにおいて、被告らが主張する「多額の宣伝広告費がかけられない無名のアーティスト」が既存の楽曲の「原題名」及び「アーティスト名」をそのファイル名に付することは考えられない。

(被告らの反論)

ア MP3形式で複製した電子ファイルを送受信の対象とすることを差し止めることについて

被告サーバは、利用者の共有フォルダに蔵置された本件各MP3ファイルを送受信の対象としていないから、被告エム・エム・オーは、いかなる内容のMP3ファイルが利用者間で送受信されているかを認識することはできない。したがって、被告エム・エム・オーに対して、本件各管理著作物をMP3形式で複製した電子ファイルを送受信の対象とすることを差し止める旨の判決がされても、同被告は、本件サービス全体を中止するなど、本来義務のない行為まで行わない限り、上記判決の内容を履行することはできない。

イ 題名と実演家名とを組み合わせた文字列が使用されたファイル情報に係る電子ファイルを送受信対象とすることを差し止めることについて

また、たとえ、別紙楽曲リストの「原題名」欄記載の題名と同リストの「アーティスト」欄記載の実演家名とを組み合わせた文字列がそのファイル名に使用されていたとしても、原告が管理する著作物（以下「原告管理著作物」という。）の複製物ではないMP3ファイルについては、これを自動公衆送信ないし送信可能化することは、原告の管理する著作権を侵害することにはならない。したがって、別紙楽曲リストの「原題名」欄記載の題名と同リストの「アーティスト」欄記載の実演家名とを組み合わせた文字列が使用されたファイル情報すべての送信の差止めを命ずることは、実体法上の義務がない行為まで、不作為義務を課する余地が生じ得るのであって、その限度では許されない。

(3) 争点(4) (損害額) について

(原告の主張)

ア 使用料相当損害金 (著作権法114条2項)

(ア) 使用料相当の損害金については、原告において現に実施している使用料規程に則して算定した金額によるべきである。

原告の使用料規程 (実施の日を平成13年11月1日とするもの。以下「本件使用料規程」という。) の第12節「インタラクティブ配信」には、ダウンロード形式での公衆送信及びこれに伴う複製による著作物の利用について、情報料がなく、広告料等収入がある場合で、利用者がダウンロードの回数等の報告をできないときは、同時に送信可能化する曲数10曲までにつき6000円に消費税額を加算した額を月額使用料とする旨が定められている (12節1(2)②)。

そして、本件サービスは、情報料がない場合であって、また、広告料等の収入を得ている場合である。また、本件サービスにおいて同時に送信可能化されているMP3ファイルの数は平均7万ファイルを超えており、このうち少なくとも90パーセントは本件各管理著作物の複製物であるから、本件サービスにおいて送信可能化されている本件各管理著作物の数は少なくとも6万3000曲 (7万曲×90パーセント) である。そうすると、本件サービスによる本件各管理著作物の公衆送信について、本件使用料規程を適用して使用料相当損害金の額を算定すると、1か月当たり少なくとも3969万円 (6万3000曲÷10曲×6000円×1.05) を下らない。

したがって、被告エム・エム・オーが本件サービスの提供を開始した平成13年11月1日から平成14年2月末日までに原告が被った使用料相当損害金の額は1億5867万円 (3969万円×4か月) を下らない。

さらに、被告エム・エム・オーが本件サービスにおいて本件各MP3ファイルの送信可能化、自動公衆送信を停止するまでは、平成14年3月1日以

降、1か月当たり少なくとも3969万円の割合による損害が発生する。

(イ) 被告らの主張に対する反論

a 本件使用料規程第12節の1の「広告料等収入」について

被告らは、本件使用料規程において広告料等収入があるか否かは、著作物を提供するサイトと広告の対象となるサイトが峻別されているか否かを基準とすべきであるとして、本件サービスでは利用者が楽曲をダウンロードする際にアクセスするサーバ領域には広告を掲載していないから、本件サービスは本件使用料規程の「広告料等収入がない場合」に当たる旨主張する。

しかし、原告におけるインタラクティブ配信の使用料規程の適用上問題とされるのは、当該配信サービスに広告料等収入があるかどうかであり、広告が掲載されているサーバと配信行為を行うサーバが物理的に同一のものであるかどうかは基準になり得ないから、この点の被告らの主張は前提において失当である。

本件サービスにおいて、利用者がダウンロードする際にアクセスするサーバ領域に広告が掲載されていないとしても、利用者がその領域にアクセスするためには、まず自己のパソコンを被告サイトに接続して本件クライアントソフトをダウンロードしなければならないが、被告サイトには広告が掲載されているし、また、利用者がダウンロードの方法を知るためには、本件クライアントソフトの画面上の「ヘルプ」ボタンをクリックしなければならないが、これにより表示される画面上にも広告が掲載されている。このように、本件サービスにおいて、その不可欠な要素である被告サイト上に広告が掲載されているので、本件サービスは本件使用料規程の「広告料等収入がある場合」に当たる。

また、被告らは、ユーザにおいて広告が掲載されているサーバから本件クライアントソフトをダウンロードしなければならないのは最初の1回だけであること、ヘルプ画面は汎用的なウェブブラウザで見えるものであるため、本件クライアントソフトを被告サーバにアクセスしながら広告掲載されている「ヘルプ」画面を見ることは通常ないことを理由として、本件サービスは、本件使用料規程の「広告料等収入のない場合」に該当する旨主張する。

しかし、本件サービスを受けるために、広告の掲載されている被告サイトにアクセスして本件クライアントソフトをダウンロードすることが必要不可欠であること、本件クライアントソフトの画面上に「ヘルプボタン」を置いた目的が、本件クライアントソフトを立ち上げた状態で被告サイト上のヘルプ画面を見られるようにするためであること等の点に照らすならば、被告らの上記主張は失当である。

b 本件使用料規程第12節1の「同時に送信可能化されている曲数」について

被告らは、本件使用料規程において、使用料算定の基礎となる「同時に送信可能化されている曲数」の意義について、ファイル数ではなく、著作物の個数と解すべきであると主張し、ネットワーク音楽著作権連絡協議会（以下「NMRC」という。）のホームページに掲載された「インタラクティブ配信にかかる使用料（案）についてのご説明」と題する文書（以下「ご説明」という。）を根拠としている。

しかし、同一著作物であっても、多数の複製物が送信可能化されれば、著作物が自動公衆送信される頻度もそれに応じて増大するのであるから、送信可能化された複製物の個数を基準として使用料を算定するのが合理的であり、実際にも、原告の許諾・徴収の実務はこれを前提に行われている。

また、「ご説明」は、NMRCが、原告とNMRCとの間で行われたインタラクティブ配信の使用料規程に関する協議における原告の説明内容と理解したものを独自に要約して自己のホームページに掲載したものであり、原告の作成に係る文書ではないから、被告らの上記主張はその前提を欠いている。

c 被告らは、ピア・ツー・ピアによるファイル交換システムにおいて共有フォルダに蔵置されている電子ファイルには、「ダミーファイル」が多数紛れ込んでいると主張する。

しかし、原告及び日本レコード協会は、平成14年3月1日、本件サービスにおいて送信可能化されているMP3ファイルを現実にダウンロードしてその内容を確認する調査を行ったが（甲20）、無作為に抽出してダウンロードした26個のMP3ファイルの中に、被告らのいう「ダミーファイル」は一つもなかった。

d 被告らは、「iTune Music Store」サービスでさえ、約20万曲に対

して1週間で100万ダウンロード、すなわち、1曲1か月当たり約20ダウンロードを実現するのが精一杯である旨主張するが、同主張には、何らの裏付けもない。また、3パーセント程度のシェアといわれるマックOSユーザのみを対象とする有料サービスである「iTune Music Store」サービスのダウンロード数とOSを選ばない無償サービスである本件サービスのダウンロード数を比較すること自体が全く無意味である。

e 被告らは、本件使用料規程に定める使用料の額は、それに従っていたら当該サービスが経済的に成立しないような使用料率であるから、著作権法114条2項の「受けるべき金銭の額」に該当しないと主張する。

しかし、原告においては、本件使用料規程に基づき、今日まで音楽著作物のインタラクティブ配信に対する利用許諾業務を行っているものであり、多数のインタラクティブ配信業者から同規程により算定された使用料の支払を受けているので、被告らの上記主張は、理由がない。

f 本件サービスにおいて自動公衆送信が可能なMP3ファイル数について

被告らの主張は、以下のとおり失当である。

(a) 被告らは、本件サービスの利用者の通信環境の比率は、アナログ回線が約78パーセント、ISDN回線が約16パーセント、ブロードバンド回線が約6パーセントであった旨主張する。

しかし、被告らはその根拠としている平成14年度版情報通信白書の数値は、インターネット接続のために利用されている回線の数値ではなく、企業や家庭に設置された一般固定電話やFAX等の回線を含めた全通信回線の数値であるから、このような統計において、一般固定電話等に利用されているNTTの電話回線の数が圧倒的多数となるのは当然のことである。

本件で問題となるのはインターネット接続のために利用されている回線数の比率であるが、この比率について、同白書は、ブロードバンド回線(DSL、ケーブルインターネット、光ファイバー)を利用していた者は約14.9パーセント、ISDN回線のダイヤルアップを利用していた者は約24.6パーセント、電話回線のダイヤルアップを利用していた者は約47.2パーセントであると報告している。しかも、同白書の数値は本件サービスが稼働し始めた平成13年11月に行われた調査に基づくものであるが、ブロードバンド回線は、正にこの調査が行われた平成13年11月から本件サービスが停止した平成14年4月までの間に爆発的に増加したといえるから、本件サービスの稼働期間を平均したブロードバンド回線利用者の割合は、上記数値を大きく上回することは明らかである。同白書の8頁にも、「(DSL加入者は)平成13年前半以降、急速に加入者が増加し始めた。同年11月末には100万加入を突破し、翌月の12月末には152万加入に達し、・・・その後も毎月約30万加入のペースで増加を続け、平成14年2月には200万加入の大台に乗り、現在では、DSLが我が国のブロードバンド化の牽引役を果たしているといえる。」、「ブロードバンド回線加入数は平成14年3月末で387万加入に達し、この1年間で約4.5倍と飛躍的に拡大している。同年4月末には428万加入となっている。」と記載されている。また、財団法人インターネット協会監修による「インターネット白書2002」は、平成14年2月時点における個人世帯からインターネットへの接続方法について、32.8パーセントがブロードバンド回線利用者であるとの調査結果を報告している(甲26)。

そして、本件サービスのようなピア・ツー・ピアファイル交換システムにいち早く加入した先進的なインターネット利用者のほとんどは上記32.8パーセントのブロードバンド回線利用者に含まれていると推定できる。

(b) 被告らは、本件サービスの利用者は、ビットレート192kbpsで圧縮してMP3ファイルを作成している旨主張する。

しかし、MP3形式が利用されるのは、ファイルサイズをできるだけ小さくしてインターネット等における送受信負担を軽減させようとするからであり、192kbpsのような低圧縮率でMP3ファイルが作成されることはほとんどない。現に、原告が行った調査(甲20)で現実にダウンロードしたMP3ファイルのビットレートを調査したところ、26ファイル中21ファイルはビットレート128kbpsで圧縮したものであり、他の5ファイルについても160kbpsで圧縮したものであり、192kbpsで圧縮したものは一つもなかった。そして、上記26ファイルの平均演奏時間は3分22秒、平均ファイルサイズは26292キロビットであった(甲27)。

(c) 被告らは、通信の実効速度は、アナログ回線で30kbps、ISDN回線で45kbps程度であるから、5分程度の楽曲のダウンロードにそれぞれ約32分、21分を要し、また、ブロードバンド回線を利用しても、約15分を要する旨主張する。

しかし、本件サービスが稼働していた当時、本件サービスの利用者の中心を占めていたADSL回線の利用者同士のファイル交換について、仮にその実効速度を最大速度の60パーセント程度と想定しても300kbps（上り速度512kbps×0.6≒307kbps）程度のダウンロード速度を確保することができる。そして、原告の前記調査における平均サイズである26292キロビットのファイルであれば、1分28秒（26292キロビット÷300kbps≒88秒）でダウンロードすることができる。

イ 弁護士費用

原告は、本件訴訟の提起を弁護士に依頼せざるを得なかったところ、本件訴訟のための弁護士費用は、本件サービスによる使用料相当損害金の金額に24か月分（将来請求として12か月分、差止請求として12か月分）の使用料相当損害金の金額を加算した額の5パーセントである5557万円を下らない。

ウ 過失相殺の主張に対する反論

(ア) 被告らは、原告が、本件サービスの性質は、専ら、MP3ファイルが無償で交換するためのサービスであると宣伝した旨主張するが、そのような事実はない。

(イ) 被告らは、原告は、MP3ファイルを送信可能化等している利用者に対し、訴訟を提起せず、警告を発することなく、また、ノーティス・アンド・テイクダウン手続を申請しなかったことが、原告の過失に当たると主張する。しかし、原告が利用者に対して訴訟を提起しなかったなどが、原告の過失相殺の理由になることはない。

(ウ) 被告らは、原告が被告エム・エム・オーに対して要求した侵害予防措置は不可能を強いるものであったと主張する。しかし、原告は、被告エム・エム・オーが本件サービスを開始するに当たり、著作権侵害を防止する措置を採るよう求めたにすぎないのであって、何ら問題はない。被告エム・エム・オーは、自らが主体となって、著作権侵害を引き起こす蓋然性の極めて高い本件サービスを提供しようとしていたのであるから、原告の警告に対し、自らの責任において著作権侵害の防止措置を採るべきであった。

(エ) 以上のとおりであるから、過失相殺がされるべきであるとする被告らの主張は失当である。

エ したがって、原告は、被告らに対して、本件サービスによる著作権侵害に基づく損害金として、平成13年11月から平成14年2月28日までの使用料相当損害金及び弁護士費用合計2億1433万円並びに平成14年3月1日以降1か月当たり3969万円の割合による損害金の支払を求める。

(被告らの反論)

ア 使用料相当損害金

(ア) 本件使用料規程の不合理性

以下のとおり、本件使用料規程における許諾料は、著しく合理性を欠く。

すなわち、本件使用料規程は、送信可能化に対する許諾料について、広告料等の収入のない場合には1曲当たり500円、広告料等の収入がある場合には1曲当たり600円と、規定する。しかし、このような高額な許諾料を支払って採算の取れる音楽配信サービスを運営することは不可能である。

また、本件使用料規程は、送信可能化されている楽曲1曲について、1か月に90.9回ダウンロードされることを想定しているが、本件サービスにおいて送信可能化されている楽曲のすべてについて、1か月に90.9回ダウンロードされることは不可能である。仮に、本件サービスにおいて送信可能化されているMP3ファイルについて、1か月に90.9回ダウンロードされたとすると、理論上は、1個のMP3ファイルが、4か月の間に90.9の4乗、すなわち約7133万個に増加することになるが、実際に、本件サービスにおいて送信可能化されているMP3ファイルが、そのように増加することはない。したがって、本件使用料規程の許諾料は、著しく合理性を欠く。

本件使用料規程は、使用料相当損害金額を算定するに当たり重要な資料となり得るが、絶対的な基準ではない。本件使用料規程は、著作権者が一方的に

宣言したものにすぎないのであるから、その使用料率が、客観的に相当な使用料相当額を上回っている場合、客観的に相当な使用料相当額を限度とすべきである。

(イ) 本件使用料規程の解釈

仮に、使用料相当の損害金について、原告において実施している本件使用料規程を参酌したとしても、本件使用料規程は、以下のとおり解釈すべきである。

a 本件使用料規程第12節の1の「広告料等収入」について

本件サービスは、以下のとおり、本件使用料規程所定の「広告料等収入がない場合」に当たる。

(a) 本件使用料規程において広告料等収入があるか否かは、著作物を提供するサイトと広告の対象となるサイトが峻別されているか否かを基準とすべきである。原告は、平成12年8月17日に、報道関係者に「この規定の必要性について」と題する書面を配布したが、同書面には、「広告料等収入がある場合は、それは直接的な著作物提供の対価ではないにせよ、著作物を提供する機能を持つホームページ上の番組に係る収入であることは確かであると考えます(著作物の提供以外の目的の収入であるとした場合には、著作物を提供する番組を広告の対象となっている番組から分けることは容易にできるからです。)」と記載されている。そうすると、本件使用料規程における「広告料等収入がある」か否かは、著作物を提供するサイトと広告の対象となるサイトが峻別されているか否かによって区別すべきことになる。

本件サービスにおいては、利用者が楽曲をダウンロードする際にアクセスする領域には、広告等は一切掲載されておらず、また、広告が掲載されているサイトから楽曲をダウンロードすることができないので、本件サービスは、本件使用料規程の「広告料等収入を得ていない場合」に当たる。

したがって、本件サービスは本件使用料規程の「ダウンロード形式で、公衆送信及びこれに伴う複製による著作物の利用について、情報料がなく、広告料等収入がない場合で、利用者がダウンロード回数等の報告をできないとき」に当たるから、本件使用料規程を基礎にした本件サービスの利用許諾料は、同時に送信可能化する楽曲10曲につき月額5000円である。

(b) この点について、原告は、本件サービスにおいて、ダウンロードするための領域にアクセスするためには、まず自己のパソコンを広告が掲載されている被告サイトに接続して本件クライアントソフトをダウンロードしなければならぬから、本件サービスは本件使用料規程の「広告等収入がある場合」に当たる旨主張する。しかし、利用者が被告サイトに接続して本件クライアントソフトをダウンロードしなければならないのは最初の1回だけであり、その後は利用者が被告サーバにアクセスする際には一切被告サイトに接続する必要はなく、また、本件クライアントソフトをダウンロードする際に利用者がアクセスするサーバは、本件サーバとは別のサーバである。

また、原告は、被告サイトにおける「ヘルプ」画面にも広告が掲載されている旨主張する。しかし、利用者は本件サービスを利用するには、必ずしも「ヘルプ」画面にアクセスする必要はない。のみならず、利用者が、クライアント画面上の「ヘルプ」ボタンをクリックすると、標準ブラウザに設定したブラウザソフトが起動してしまい、「ヘルプ」画面を見ているときは、本件クライアントソフトは、ブラウザ画面の陰に隠れてしまうため、本件クライアントソフトを操作して電子ファイルの送受信を行うことはできない。

b 本件使用料規程第12節1の「同時に送信可能化されている曲数」について

本件使用料規程の許諾料は、以下のとおり、電子ファイルの個数ではなく、著作物の個数を基礎として算定すべきである。

(a) すなわち、本件使用料規程においては、許諾料は「同時に送信可能化する楽曲10曲ごと」に算定するとされているが、送信可能化されるのは、著作物であって、著作物の複製物たる電子ファイルではないから、許諾料は、送信可能化されている電子ファイルの個数ではなく、著作物の個数を基礎に算定するのが合理的である。

また、原告は、本件使用料規程の改定に際してのNMRCとの協議において、「ご説明」と題する書面を作成、提出しているが、同書面には、「同一著作物でも、受信する機種・データのバージョン・音質の異なる形で複数のファイルを用意してインタラクティブ配信することあるため、この場合は別々の著作物と

して取り扱うこと」と記載されている。同記載を反対解釈すれば、受信する機種・データのバージョン・音質を異にすることなく、複数のファイルを用意してインタラクティブ配信を行う場合には、「1曲」と算定すべきことになる。また、本件使用料規程の第12節でも、「本節において『曲』とは、歌詞、楽曲、及び歌詞を伴う楽曲をいい、いずれの利用の場合も1曲とみなす。」と規定されていることから、上記の解釈が裏づけられる。

(b) この点について、原告は、多数の複製物が送信可能化されれば、著作物が公衆送信される頻度もそれに応じて増大するのであるから、送信可能化された複製物の個数を基準として使用料を算定するのが合理的であると主張する。しかし、原告は、NMRCとの協議の中で、音楽配信に関する適正な使用料を決定するに当たって、法人ないし個人が、より多数の公衆送信にも耐えられるように、同一楽曲に関する多数の複製物を送信可能化する場合は、1曲について送信可能化を行ったものとして取り扱うこととして、その結果、NMRCとの最終合意し、文化庁から本件使用料規程の認可を受けたのであるから、本件使用料規程の楽曲数は、電子ファイルの個数ではなく、著作物の個数を指すと解するのが相当である。

(ウ) 本件サービスに本件使用料規程の使用料率を適用することの合理性は以下のとおり、一人の利用者が1時間当たり送受信できるファイル数は約1,925個であり、本件サービスを同時に利用している人数である340人(争いはない。)であるから、本件サービスにおいて送信可能化されている楽曲のすべてを1曲当たり月90.9回ダウンロードすることは到底不可能である。したがって、本件使用料規程の使用料率を本件サービスに適用することは不合理である。

a 本件サービスにおいて一人の利用者が1時間で送受信できるMP3ファイル数に関して、次の事実が存在する。

(a) 総務省による平成14年度版情報通信白書によれば、平成13年末の通信インフラの普及状況は、NTTの電話回線(アナログ)が約5074万契約、ISDN回線が約1033万契約、ケーブルインターネットが約146万契約、DSL回線が約238万契約、光ケーブル回線が約3万契約であった。すなわち、利用者の約78パーセントはアナログ回線、約16パーセントはISDN回線を利用し、ブロードバンド回線を利用していたのは約6パーセントにすぎなかった。

そして、本件サービスの利用者が用いていた通信環境の比率は、上記の一般の比率と同じであったと推測できる。

また、総務省通信基盤局の「インターネット接続サービスの利用者数等の推移【平成14年5月末現在】(速報)」によれば、大手プロバイダ15社の電話回線等を利用したダイヤルアップ型接続によるインターネット接続サービスの加入者数は平成13年10月末の時点で約1940万人、平成14年3月末日の時点で約2023万人であるのに対し、DSLサービスの利用者数は、平成13年10月末の時点で約92万人、平成14年3月末日の時点で約238万人であり、CATVを利用したインターネット接続サービスの加入者数は平成13年12月末の時点で約130万人、平成14年3月末日の時点で約146万人であり、FTTHサービスの利用者は平成14年3月末日の時点で約2万6000人であった。また、日経マーケットアクセスの調査によると、平成14年3月時点での国内主要44プロバイダの契約数は、従来からのダイヤルアップにADSLとFTTHを加えた数値で約2880万強であった。以上より、ブロードバンド加入率は、平成14年3月末日の時点で、多くとも 12.8 パーセント($(238+146+2.6) \div (2880+146) \times 100$)程度にすぎない。また、大手プロバイダと主要プロバイダ44社の加入者比率が一定だと仮定した場合、平成13年10月末日時点の主要プロバイダ44社の加入者数は2762万人($1940 \text{万人} \times (2880 \div 2023)$)と想定されるから、この時点でのブロードバンド加入率は、多くとも 7.7 パーセント($(92+130) \div (2762+130) \times 100$)である。そして、上記主要プロバイダ44社のシェアを3分の2であったと仮定すると、平成13年10月末日時点でのブロードバンド加入率は、 5.2 パーセント($(92+130) \div (2762 \div (2/3) + 130) \times 100$)となり、平成14年3月末日の時点でのブロードバンド加入率は 8.7 パーセントとなる。このように、被告エム・エム・オーが本件サービスを提供していた期間は、ブロードバンド回線が主流となる前であった。

(b) そして、NTTのアナログ回線経由でインターネットに接続する場合、平成13年末当時最もデータ送受信速度が大きかった56kタイプのモデムで

も、実行速度は30kbps程度であった。また、ISDN回線でインターネットに接続する場合には、64kタイプのものであっても、実効速度は45kbps程度であった。

そうすると、56kタイプのモデムでインターネットに接続している利用者が1秒間に送受信できるデータ量は約30キロビットであり、ISDN回線でインターネットに接続している利用者が1秒間に送受信できるデータ量は約45キロビットである。そして、送信側の利用者が送信する送信速度と受信側の利用者が受信する送信速度とが異なる場合は、いずれかの遅い送信速度でデータが送受信されることになる。

したがって、本件サービスにおいては、送信側か受信側のいずれかがアナログ回線を使用していた場合、すなわち、95.2パーセント $\{1 - (1 - 0.78) \times (1 - 0.78)\} \times 100$ の場合で、利用者は1秒間に約30キロビット程度しかデータの送受信ができなかったことになる。ブロードバンド回線による高速通信でファイルを送受信できたのは、双方の利用者がブロードバンド回線を使用していた場合、すなわち、全体の0.4パーセント $(0.06 \times 0.06 \times 100)$ の割合にすぎない。ISDN回線の実効速度を活かして1秒間に約45キロビットのデータを送受信できたのは、全体の4.5パーセント $\{(0.16 \times 0.16 + 0.06 \times 0.16 + 0.16 \times 0.06) \times 100\}$ 程度であった。

なお、実際には、送信側の利用者が同時に複数の受信側利用者に向けてデータを送信することも行われていたが、この場合、それぞれの受信側利用者へ送信するデータ量の合計の上限が当該送信側利用者が送信できるデータ量となる。また、アナログ回線及びISDN回線では、一つの回線を送信及び受信に用いるので、2者間でファイルを交換する場合は、一方的にダウンロードする場合に比べて、理論的には2倍のダウンロード時間を要することになる。

(c) CDに収録された楽曲をビットレート192kbps、サンプルレート44.100kHzでMP3ファイルに変換した場合、そのファイルサイズは実演時間1秒につき約24キロバイトとなり、その送受信に要する時間は、30kbpsで送受信した場合は実演時間1秒当たり6.4秒、45kbpsで送受信した場合は実演時間1秒当たり4.3秒となる。

この点、原告は、本件サービスの利用者は192kbpsなどという高いビットレートでMP3ファイルを作らなかったと推測されると主張する。しかし、192kbpsというビットレートは、市販CDに収録されている楽曲をMP3形式に電子化する際の標準圧縮率であること、128kbps以下のビットレートで圧縮したものは音質の低下が著しく、音楽の鑑賞を目的としてMP3化する場合には、192kbps以上のビットレートで圧縮する必要があることから、原告の上記主張は理由がない。

(d) B作成に係る「インターネット上の音楽著作権A&M Records, Inc. vs. Napster, Inc. 判決を題材として」との書面には、下り8MのADSL回線を用いて、WinMXによりファイルの送受信を行った場合、「412kbpsでダウンロードできればよい方であり、多くはもっと遅い速度でのダウンロードしかできない。5分の楽曲をダウンロードしようと思えば、平均して5分から10分かかると思われる。」と記載されている。

b 以上の事実を前提として、本件サービスにおいて送信可能化されているMP3ファイル1曲当たりの平均実演時間を5分として、本件サービスにおいて一人の利用者が1時間で送受信できるファイル数を算定する。

1曲をダウンロードするためには、全体の約95.2パーセントを占めていた30kbps通信で約32分、約4.5パーセントを占めていた45kbps通信で約21分30秒、約0.4パーセントを占めていた上がり最大512kbpsのブロードバンド間通信で約15分(5分と10分との中間値7.5分を、上がり最大値の差に合わせて2倍にした。)を要する。

したがって、本件サービスにおいて、一人の利用者が1時間で送受信できるファイル数の平均は、約1.925個 $\{(60 \div 32 \times 95.2 + 60 \div 21.5 \times 4.5 + 60 \div 15 \times 0.4) \div (95.2 + 4.5 + 0.4)\}$ になる。

(エ) 本件サービスに対する相当な許諾料

本件使用料規程の使用料率を本件サービスに適用することは、以上のとおり不合理である。そこで、本件サービスに対する相当な許諾料は、以下のとおり算定されるべきである。

a 同時に送信可能化されている曲数

(a) 原告は、本件サービスにおいて、「同時に送信可能化されている本件各管理著作物の楽曲数」を立証したといえない。本件各MP3ファイルのうち、送信可能化された楽曲として確認されているのは、原告の調査員が、本件各管理著作物と判断された楽曲のみであるから、それ以外の楽曲については、送信可能化されている楽曲と認めるべきではない。

また、ピア・ツー・ピアファイル交換システムで共有フォルダに蔵置されている電子ファイルには、ファイル名とファイルサイズ表示をみるとあたかも市販のコンテンツを複製した電子ファイルのように見えるが、実際は、その楽曲が複製されていないダミーファイルが紛れ込んでいることがある。原告の調査員がファイル名のみから本件各管理著作物の複製物であると判断した電子ファイルには、このようなダミーファイルが含まれている可能性があるため、この点を考慮すべきである。

(b) 「同時に送信可能化されている本件各管理著作物の楽曲数」は、以下のとおり、346曲又は1580曲であると推測される。

すなわち、本件使用料規程が想定しているように、一つの楽曲が1か月当たり平均90.9回ダウンロードされ、かつ、ダウンロードされたMP3ファイルのほとんどが受信側パソコンの共有フォルダに蔵置されると仮定すると、一つの楽曲につき同時に送信可能化されているMP3ファイル数の平均は、約182個となる。他方、本件サービスにおいて同時に送信可能化されているMP3ファイル数が平均7万ファイルであり、そのうちの90パーセントが本件各管理著作物の複製物であるとすると、本件サービスにおいて送信可能化されている本件各MP3ファイルの数は平均して6万3000個となる。そうすると、本件サービスにおいて送信可能化されている本件各管理著作物の楽曲数は平均346曲(6万3000÷182)となる。

また、米国のアップル社が提供する「iTune Music Store」サービスと同様に、1曲当たり1か月にダウンロードされる回数を20と仮定すると(「iTune Music Store」では、1曲1か月当たり約20ダウンロードである。)、本件サービスにおいて送信可能化されている本件各管理著作物の楽曲数は平均1580曲となる。

b 送信可能化に対する1曲1か月当たりの妥当な許諾料

現時点で最も成功した音楽配信サービスである「iTune Music Store」サービスでさえ、約20万曲に対して1週間で100万ダウンロード、すなわち、1曲1か月当たり約20ダウンロードしか実現していない。また、米ソニー・ミュージックエンタテインメント社と米ユニバーサルミュージック・グループ社が共同設立した音楽サイト「プレスプレイ」では、30万曲以上の楽曲について、1か月9.95ドル(日本円で約1152円)で、同サイトのカタログからダウンロードやストリーミングを無制限に行うことができるとされているが、1曲につき1か月当たり600円の使用料を原告に支払うという条件でこのサービスを日本に導入するとすると、原告に支払うべき使用料を売上の7.7パーセント程度に収めるには、平成14年3月時点での日本全体のブロードバンド加入者数387万人の半数以上の203万人(30万×600÷0.077)を会員としなければ採算が採れないことになる。このような状況を考慮すると、送信可能化に対する許諾料は、1曲1か月当たり商用目的の場合は120円、非商用目的の場合は110円とするのが妥当である。

c 相当な許諾料

したがって、本件サービスの運営について、被告エム・エム・オーが原告に支払うべき許諾料は、送信可能化1曲1か月当たり17万3800円(1580曲×110円)が相当である。

イ 過失相殺の主張

(ア) 以下のとおり、本件サービスの利用者が本件各MP3ファイルを自動公衆送信、送信可能化するための手段として本件サービスを利用したことによって、原告が損害を被った原因のいくつかは、原告に起因しているため、過失相殺として考慮すべきである。

a 原告は、本件サービス開始時において、本件サービスの性格について、本件各管理著作物を複製した市販のレコードをMP3形式にて複製した電子ファイルが無償で交換するためのサービスであるなどと宣伝した。

b 原告は、本件サービスを利用して本件各MP3ファイルを送信可能

化等している利用者に対し、訴訟を提起することはもちろん、個別に警告を発することすらしていない。

c 被告エム・エム・オーは、本件サービスにより自己の権利を侵害する情報を流通された被害者のために、ノーティス・アンド・テイクダウン手続を設けたが、被害者である原告から、送受信を停止させるべき電子ファイルを特定した申請がされなかったため、上記手続が実効的に機能しなかった。

インターネット上で自己の権利を侵害する情報が流通しているときに、これを阻止することができる唯一の方法は、当該情報の流通を阻止できる者に対し、具体的に権利侵害情報が流通していることを告げて、その流通を阻止するよう求めることである。特に、発信者が情報を発信してから受信者が情報を受信するまでの間に何人もその情報の内容を検閲することができないシステムにおいては、権利者側で具体的な権利侵害ファイルの存在を指摘しない限り、当該情報の流通が阻止されることは通常期待できない。したがって、本件サービスにおいて本件各MP3ファイルの送信可能化を阻止することを求めるのであれば、まず、原告において、どのファイルが原告の著作権を侵害するのかを摘示しなければならない。

d 原告が被告エム・エム・オーに対してした要求は、被告エム・エム・オーが各利用者の共有フォルダに蔵置されている電子ファイルの内容を把握した上で、そのうち本件各管理著作物をMP3形式で複製した電子ファイルについて利用者間で送受信することの停止を求めるものであり、不可能なことを要求するものであった。

被告エム・エム・オーは、原告に対して、原告の上記要求が実現不可能なものであることを告げたが、原告は、これに対し、実効的な解決方法を提示しなかった。

(イ) したがって、被告らの行為により原告に損害が生じたことについては、原告にも過失が認められ、原告の損害額を算定するに当たっては同過失を斟酌すべきである。

第3 当裁判所の判断

1 争点(1)及び(3)に関する裁判所の判断は、本件中間判決記載のとおりである。

2 争点(2)（被告エム・エム・オーに対する差止請求の範囲）について

(1) 請求の趣旨1項について

本件中間判決で判示したとおり、被告エム・エム・オー自らは、本件各MP3ファイルをパソコンに蔵置し、その状態でパソコンを被告サーバに接続するという物理的行為をしているわけではないが、本件サービスは、①MP3ファイルの交換に係る分野については、利用者をして、市販のレコードを複製したMP3ファイルを自動公衆送信及び送信可能化させるためのサービスという性質を有すること、②本件サービスにおいて、送信者がMP3ファイル（本件各MP3ファイルを含む。）の送信可能化を行うことは被告エム・エム・オーの管理の下に行われていること、③被告エム・エム・オーも自己の営業上の利益を図って、送信者に上記行為をさせていたこと等から、被告エム・エム・オーは、本件MP3ファイルの送信可能化を行っているものと評価することができ、したがって、原告の有する送信可能化権の侵害の主体であると評価できる。

ところで、原告は、請求の趣旨1項において、被告エム・エム・オーに対して、本件各管理著作物につき、同被告が運営する本件サービスにおいて、MP3形式によって複製された電子ファイルを送受信の対象としてはならない旨を求め

る。しかし、上記請求の趣旨は、単に、原告が著作権を有する本件各管理著作物を複製した電子ファイルを送受信の対象とする行為について、その不作為を求めらるるものであって、法律が一般的、抽象的に禁止している行為そのものについて、その不作為を求めることと何ら変わらない結果となること、上記請求をそのまま認めると、執行手続きにおける差止めの対象になるか否かの実体的な判断を執行機関にゆだねる結果になること等の理由から、相当といえない。

(2) 差止めの対象となる行為の特定

そこで、差止めの対象となる被告エム・エム・オーの行為をどのように特定した上で、原告の求める差止請求を認めるのが相当かを検討する。

まず、原告の有する送信可能化権を侵害する被告エム・エム・オーの行為を客観的に特定すべきことが必要であることはいうまでもない。しかし、本件においては、この点を厳格に求めることは、以下の理由から妥当ではない。すなわち、

第1に、本件中間判決で判示したとおり、本件サービスにおいては、被告サーバに接続している利用者のパソコンの共有フォルダ内の電子ファイルのみが送信可能化されており、当該パソコンが被告サーバとの接続を解消すると、上記電子ファイルは送信可能化の対象ではなくなることから、現に送信可能化されている個々の電子ファイルを差止めの対象とした場合は、その判決が確定する段階では、当該電子ファイルのほとんどすべては送信可能化が終了しており、その判決の実効性がないことと、第2に、将来送信可能化されると予想される電子ファイルを差止めの対象としようとしても、前述のように、本件サービスにおいては、本件各管理著作物を複製したMP3ファイルが、送信者により、時々刻々と新たに、送信可能化状態に置かれるため、当該電子ファイルを、あらかじめ厳格に特定することは、不可能であること等の事情が存在するからである。

ところで、証拠（甲6、17、20）及び弁論の全趣旨によれば、本件サービスの利用者（送信者）が市販のレコードを複製したMP3ファイルにファイル名を付す場合、他の利用者（受信者）が電子ファイルの内容を認識し得るようなファイル名を付することが一般的であると認められ、そのようなファイル名としては、通常、当該レコードの題名や実演家名を表示する文字を使用することが最も自然であり、また、その場合の題名及び実演家名の表記方法は、当該レコードの表記方法と同一のものばかりではなく、適宜、漢字、ひらがな、片仮名及びアルファベット等で代替して表記することが推認される。

以上によれば、差止めの対象とすべき被告エム・エム・オーの行為を特定する方法としては、送信側パソコンから被告サーバに送信されたファイル情報のうち、ファイル名又はフォルダ名のいずれかに本件各管理著作物の「原題名」を表示する文字及び「アーティスト」を表示する文字（漢字、ひらがな、片仮名並びにアルファベットの大文字及び小文字等の表記方法を問わない。姓又は名のあるものについては、いずれか一方のみの表記を含む。）の双方が表記されたファイル情報に関連付けて、当該ファイル情報に係るMP3ファイルの送受信行為として特定するのが、最も実効性のある方法といえる。

なお、本件の差止めの対象とすべき被告エム・エム・オーの行為を上記のような方法で特定すると、利用者がファイル名を付す際に、単純に表記を誤ったり、原題名のみを表記したなどの場合には、本件各MP3ファイルであっても差止めの対象から除かれることになることが考えられる。しかし、証拠（甲6、17、20）及び弁論の全趣旨によれば、上記のような場合は極めて稀にしか生じないものと認められることに加え、被告エム・エム・オーが提供する本件サービスの性質上、他に差止めの対象とすべき本件各MP3ファイルを特定する確かな方法はないことに鑑みれば、上記の特定方法によっても原告の保護に欠ける結果とはならないというべきである。

(3) 過大な差止めを肯認するとの被告らの反論について

上記の点に対して、被告らは、ファイル名等に本件各管理著作物の「原題名」を表示する文字及び「アーティスト」を表示する文字の双方が表記されたファイル情報に係るMP3ファイルの中には、本件各MP3ファイル以外のMP3ファイルが含まれている可能性があり、そのようなMP3ファイルの送信可能化を差止めることは、被告エム・エム・オーが差止義務を負う範囲を超えて差止めを肯認することになるから許されない旨主張する。

しかし、いやしくも、利用者は、自ら創作した音楽の電子ファイルをMP3ファイル形式にして本件サービスにより送信しようとした場合には、可能な限り、市販のレコードとの混同を避けるはずであるから、市販のレコードの題名や実演家名と同一の名称を使用することはないと解するのが合理的であること、本件全証拠によるも、本件サービスにおいて、本件各管理著作物の「原題名」及び「アーティスト」を表示する文字の双方を表記したMP3ファイルであって本件各MP3ファイル以外の電子ファイルが存在することを窺わせるに足る事実認められないこと等に鑑みれば、ファイル名等に本件各管理著作物の「原題名」及び「アーティスト」を表示する文字の双方が表記されたMP3ファイルの中に本件各MP3ファイル以外の電子ファイルが含まれていることを前提とした被告らの上記主張は理由がないことになる。

3 争点(4) (損害額) について

(1) 使用料相当額の算定方法について

被告エム・エム・オーが提供した本件サービスにおいて、本件各MP3ファイルが送信可能化ないし自動公衆送信されたことによって、原告が被った使用料

相当額の損害については、同種のインターネットによる音楽配信サービスにおいて著作権者の受けるべき許諾料（使用料）を参酌して算定すべきである。ところで、現在、大多数の音楽著作権は、原告が信託を受けて管理しており、原告は管理著作物の使用料を本件使用料規程に準拠して決定していること、本件使用料規程は、著作権等管理事業法13条及び14条に則って実施されていること、原告は、本件使用料規程について同法23条に基づき利用者代表との協議に応じる義務を負い、協議が成立しないときは、文化庁長官が同法24条に基づき、本件使用料規程を変更する旨の裁定をすることができること（以上は当裁判所に顕著である。）等に照らすならば、原告の本件使用料規程に基づく著作物使用料は、事実上、音楽の著作物の利用の対価額の標準的な基準と示すものであると認められる。

そうすると、本件サービスにおいて、本件各MP3ファイルが送信可能化ないし自動公衆送信されたことによって、原告の受けた使用料相当の損害額については、特段の事情のない限り、本件使用料規程の定める額を参酌して算定するのが合理的であるといえる（なお、本件使用料規程第12節の後記認定の内容からすると、本件サービスのよう、営利目的を有し、ダウンロード数を把握していないサービスについて、原告が原告管理著作物の利用の許諾をすることはあり得ないが、そうであってもなお、本件使用料規程第12節は損害額の算定に際しての参酌資料たり得るといふべきである。）。

(2) 本件使用料規程の各規定の意義について

ア 本件使用料規程の第12節の1の各文言について

本件使用料規程の第12節は、「デジタル化されたネットワーク環境において、放送及び有線放送以外の公衆送信及びそれに伴う複製により著作物を利用する場合（第11節の規定を適用する場合を除く。）の使用料」の算定について規定する（甲3）。本件中間判決で判示したとおり、本件サービスにおいては、被告サーバとこれに接続している利用者のパソコンが一体となって、自動公衆送信装置を構成し、そこに記録されている著作物の電子ファイルを、送信可能化及び自動公衆送信しているのであるから、本件サービスは上記「デジタル化されたネットワーク環境において、放送及び有線放送以外の公衆送信及びそれに伴う複製により著作物を利用する場合」に当たる。

また、本件使用料規程の第12節の1は、「ダウンロード形式」を「受信者が著作物を受信者の装置においてオフラインで再生することを目的とした利用の形式」とするが、本件サービスにおいては、自動公衆送信された電子ファイルはオフラインで再生される（弁論の全趣旨）から、本件サービスは、同規程の「ダウンロード形式」に当たる。

さらに、本件使用料規程の第12節の1は、使用料の算定方法を情報料がある場合とない場合とに分けており、情報料を「インタラクティブ配信を利用するにあたり受信先において通常支払うことが必要とされる受信等に伴う対価」と規定する。本件中間判決で判示したとおり、本件サービスの利用は無料であるから、本件サービスは情報料がない場合に該当する。

イ 本件使用料規程第12節の1の「広告料等収入」について

本件使用料規程の第12節には、「広告料等収入」の定義について、「インタラクティブ配信から直接得られる広告料やスポンサー料等、いずれの名義をもってするかを問わず、情報料以外に得る収入」と規定されているが、本件使用料規程中には、「広告料等収入」があるとする場合に、広告の掲載方法について制限するような規定は存しない（甲3）。

また、本件使用料規程の第12節の1では、情報料がなく、原告管理著作物が自動公衆送信された回数を把握できる場合の使用料の算定方法については、広告料等収入がある場合は、原告管理著作物の総リクエスト回数に6円60銭を乗じることにより算定し、広告料等収入がない場合は、総リクエスト回数に5円50銭を乗じることにより算定する旨規定し、情報料がなく、原告管理著作物が自動公衆送信された回数を把握できない場合の使用料の算定方法については、広告料収入がある場合は、原告管理著作物が同時に送信可能化する曲数10曲までにつき年額6万円又は月額6000円（送信可能化する日数が1年に満たない場合）として算定し、広告料収入がない場合は、同時に送信可能化する曲数10曲までにつき年額5万円又は月額5000円（送信可能化する日数が1年に満たない場合）として算定する旨規定している（甲3）。

このように、本件使用料規程の第12節では、広告料等収入がある場合

は、広告料等収入がない場合と比較して使用料が高く設定されているが、その使用料は、原告管理著作物が自動公衆送信された回数又は送信可能化された曲数に比例するように決められている。このように、本件使用料規程において、使用料が自動公衆送信された回数又は送信可能化された曲数に比例して決められた趣旨は、利用者が自動公衆送信等の行為をするごとに、本件サービスにおいて掲載された広告に触れ、広告効果が高まるものであるということと前提にしたものと理解するのが合理的である。すなわち、原告管理著作物が自動公衆送信された回数又は送信可能化された曲数と広告料等収入とが厳密な相関関係を有するような場合に限り、本件使用料規程第12節は合理性が認められるというべきである。そうとすれば、インタラクティブ配信において、このような関係が認められるというためには、利用者がサーバにパソコンを接続させた際に（インタラクティブ配信により電子ファイルをダウンロードするためには、サーバにパソコンを接続させる必要がある。）、広告を閲覧できるような仕組みになっていることが必要であると解すべきである。

そして、前記のとおり、本件サービスにおいては、本件サーバに接続した際に表示される画面上には広告は掲載されていない。ただし、利用者が本件サービスを利用するために必要な本件クライアントソフトをダウンロードしたり、本件サービスの利用方法についての説明文を閲覧するためにアクセスする必要がある本件サイトには広告が掲載されているが、本件サービスの利用者が本件クライアントソフトをダウンロードするために被告サイトにアクセスするのは、最初の1回だけであること、原告管理著作物を受信し、又は受信しようとする度毎に本件サイトに掲載された被告サービスの利用方法についての説明を閲覧するとはいえないことから、このような広告の掲載方法では、原告管理著作物が自動公衆送信された回数又は送信可能化された曲数と広告料等収入が厳密に対応する関係にあるということではない。

したがって、本件サービスは、広告料等収入がない場合に当たるというべきである。

ウ 本件使用料規程第12節1の「同時に送信可能化されている曲数」について

本件使用料規程第12節1（甲3）は、情報料及び広告料等収入のいずれもない場合の使用料（1（3））について、以下のとおり規定する。

① 1曲当たりの月額使用料は、5円50銭に月額総リクエスト回数を乗じた額とする。

② 営利を目的としない法人等が営利を目的とせず利用する場合（着信メモディ再生専用データとしての利用を除く。）で、①により難しいときは、同時に送信可能化する曲数10曲までにつき年額50,000円とすることができる。なお、送信可能化する日数が1年に満たない場合は、同時に送信可能化する曲数10曲までにつき月額5,000円に予め定める利用月数を乗じて得た額とすることができる。いずれの場合も同時に送信可能化する曲数が10曲を超える場合は10曲までを超えるごとに10曲までの場合の額にその額を加算した額とする。

上記規定の「同時に送信可能化されている曲数」とは、著作物の数を指すのか、当該著作物を複製した電子ファイルの数を指すのかを検討する。

著作権者は、自動公衆送信される電子ファイルの数に比例して、許諾料を得る機会が失われることになるのであるから、自動公衆送信された回数を把握できない場合における本件使用料規程の「同時に送信可能化する曲数」とは、電子ファイルの自動公衆送信数（以下では「ダウンロード数」ということもある。）と相関関係（対象となるものの送信可能化数が増えれば、それに応じて自動公衆送信される電子ファイル数も増えるという関係）の認められるもの（著作物数又は電子ファイル数）の送信可能化数を意味すると解すべきである。そして、本件サービスのようなピア・ツー・ピア方式のネットワークによる自動公衆送信の場合は、自動公衆送信される電子ファイル数は、送信可能化されている著作物数に比例するのではなく、送信可能化されている電子ファイル数に比例するものと認められる。

したがって、本件サービスに対する使用料相当額を算定する際に参酌する場合の本件使用料規程の「同時に送信可能化する曲数」の意味については、「送信可能化されていた電子ファイルの数」と解するのが相当である。

エ 本件使用料規程において、使用料を原告管理著作物が自動公衆送信された回数により得ないときは「送信可能化されている曲数」によることとしたことの合理性の有無

(ア) 上記のとおり、情報料がない場合の原告管理著作物の自動公衆送信1回当たりの使用料は、広告料等収入がない場合は5円50銭であるが、自動公衆送信数を把握していないときは、送信可能化する曲数10曲までにつき、広告料等収入がない場合は月額5000円とされている。このように規定されたのは、インタラクティブ配信の使用料は、情報料がない場合は、原則として自動公衆送信数に一定の金額を乗じることにより算定する方法により求めることとし、ただ、利用者が自らの自動公衆送信数を把握していない場合は、自動公衆送信数を基準とすることができないため、やむを得ず、送信可能化された1曲が1か月に自動公衆送信される回数を予測し、これを基礎として月額使用料を算定するという方法によったためであると解される。

そして、上記の自動公衆送信1回当たりの使用料と送信可能化1曲当たりの月額使用料を対比すると、送信可能化1曲当たり、1か月に約90.9回(6000円÷6円60銭。5000円÷5円50銭)自動公衆送信されることを想定したものと認められるが、このような想定回数をもとに送信可能化する曲数を基準として使用料を算定することは、自ら自動公衆送信数を把握できない利用者側の事情によるものであり、原告としても、自動公衆送信数を把握できない利用者のために特別に認めた算定方法により算定された使用料が実際にされた自動公衆送信の数を基準として算定した使用料よりも少なくなるという結果を避けなければならないというべきであるから、あながち不合理な算定方法であると解することはできない。

(イ) 他方、上記のとおり、本件使用料規程においては、送信可能化に対する許諾料が1曲につき1か月に90.9回ダウンロードされることを想定して定められているが、本件サービスが運営されていた当時のインターネット環境の下で、送信可能化されているすべての楽曲について、月に90.9回もダウンロードすることが想定できないとする特段の事情がある場合には、使用料相当の損害額を算定するに当たり、同事情を考慮すべきことになる。

(3) 使用料相当の損害額

以上を前提として、本件サービスが運営されていた期間である平成13年11月1日から平成14年4月16日まで、同サービスによって、原告が被った使用料相当の損害額を算定する。

ア 本件サービスにおいて「同時に送信可能化されている本件各管理著作物」の複製物である本件各MP3ファイルの数

日本レコード協会が調査した結果(甲16)によれば、本件サービスにおいて同時に送信可能化されているMP3ファイル数の最大値は、平成13年11月は11万9601個、同年12月は9万4064個、平成14年1月は12万2872個であったことが認められる。そして、本件中間判決で判示したように、原告の調査によれば、本件サービスにおいて同時に送信可能化されているMP3ファイルのうちの98.7パーセントが原告管理著作物の複製物であると推測されたことが認められること、弁論の全趣旨によれば、本件各管理著作物は原告管理著作物全体の大きな割合を占めているものと推測されることから、本件サービスにおいて送信可能化されているMP3ファイルのうちの少なくとも90パーセントは本件各管理著作物の複製物であると推認できる。

したがって、本件サービスにおいて同時に送信可能化されている本件各管理著作物の複製物である本件各MP3ファイルの数は、平成13年11月は最大10万7640個、同年12月は最大8万4657個、平成14年1月は最大11万0584個であり、これらの平均は10万0960個である。

イ 本件サービスが運営されていた当時のインターネット環境

(ア) 本件サービスの利用者が使用していたインターネット接続回線の種類ごとの比率

証拠(甲25、26、乙21、46、47)によれば、以下のとおりの事実が認められる。

a 総務省編集、平成14年7月4日発行の「平成14年版情報通信白書」(甲25。以下「甲25資料」という。)には、「自宅のパソコンからのインターネットアクセスの方法(複数回答)」という表題の図表が記載され、同図表には、インターネットアクセス方法の割合について、平成12年12月においては、ブロードバンド回線は6.9パーセント、ISDN回線は33.5パーセント、アナログ回線は55.4パーセントであったが、平成13年12月には、ブロードバンド回線は14.9パーセント、ISDNは24.6パーセント、アナログ回線は47.2

パーセントとなったことが示されている。また、甲25資料には、「ブロードバンド回線加入数は、平成14年3月末で387万加入に達し、この1年間で約4.5倍と飛躍的に拡大している。同年4月末には428万加入となっている。中でも、既存の電話回線を活用するDSLの加入数は、平成14年3月末現在238万加入となり、この1年間で約3.4倍と爆発的な伸びを示している。また、ケーブルテレビ網を利用したインターネット接続サービス（ケーブルインターネット）についても、平成14年3月末現在146万加入となり、この1年間で約2倍に拡大している。同年4月末には153万加入となっている。さらに、無線を活用した高速インターネットについても、平成14年3月末現在8000加入となり、この1年間で約9倍と大幅な伸びを示している。同年4月末には1万加入となっている。このように急速に進展しているブロードバンドの中でも特に加入数を伸ばしているのはDSLである。平成12年末時点では9,723加入と1万加入に満たなかったが、平成13年前半以降、急速に加入数が増加し始めた。同年11月末には100万加入を突破し、翌月の12月末には、152万加入に達し、ケーブルインターネット加入数を初めて上回った。その後も毎月約30万加入のペースで増加を続け、平成14年2月には200万加入の大台に乗り」との記載がある。

b 財団法人インターネット協会監修、平成14年7月11日発行の「インターネット白書2002」（甲26。以下「甲26資料」という。）には、「ブロードバンド／ナローバンド構成比」についての円グラフが記載されており、同円グラフには、ブロードバンドは32.8パーセント、ナローバンドは63.9パーセント、「わからない」が3.3パーセントであることが示されているが、同円グラフについて、「回答者個人の世帯から主に利用している接続方法1つがブロードバンドかナローバンドかを聞いたもので、およそ1対2となっており、ブロードバンドが全体の3分の1まで浸透したことがわかる。」と記載されている。また、甲26資料には、「ADSL/xDSL接続サービスは、昨年後半からの各社のサービス向上や大幅な料金値下げ、またコンテンツやインターネット電話などと組み合わせたパッケージ化などが個人利用者に導入しやすい環境を与えた。そのため昨年にならずか0.8%にとどまっていた『ADSL/xDSL』は1年間で20.1%にまで急伸した。」、「一方、ダイヤルアップでは『フレッツ・ISDN等のISDNによるダイヤルアップ接続』も昨年の11.4%から23.2%と倍増している。」との記載がある。

c 「<http://www.johotsushintokei.soumu.go.jp/whitepaper/ja/h14/>」のウェブサイトをダウンロードしたもの（乙21。以下「乙21資料」という。）には、平成13年度末における電気通信サービスの契約数について、ISDNは1033万回線、ケーブルインターネットは145.6万加入、DSLは237.9万加入、FWAが8200契約、FTTHは2.6万契約であった旨記載されている。

d 「http://www.soumu.go.jp/s-news/2002/020701_4.html」のウェブサイトをダウンロードしたもの（乙46。以下「乙46資料」という。）には、DSLの利用者数について、平成13年10月末は92万1867人、同年11月末は120万4564人、同年12月末は152万4564人、平成14年1月末は178万7598人、同年2月末は207万6302人、同年3月末は237万8795人、同年4月末は269万9285人であったことを示す表、FTTHサービスの利用者数について、平成14年1月末は1万2337人、同年2月末は1万8188人、同年3月末は2万6400人、同年4月末は3万4930人であったことを示す表、CATV網を利用したインターネット接続サービスの加入者数について、平成13年12月末は130万3000人、平成14年1月末は133万4000人、同年2月末は139万9000人、同年3月末は145万6000人、同年4月末は153万3000人であったことを示す表、電話回線等を利用したダイヤルアップ型接続によるインターネット接続の大手プロバイダ15社の加入者総数について、平成13年10月末は1940万人、同年11月末は1953万人、同年12月末は1974万人、平成14年1月末は1995万人、同年2月末は2007万人、同年3月末は2023万人、同年4月末は2132万人であったことを示す表が記載されている。

e 「http://ma.nikkeibp.co.jp/MA/guests/release/0204_06/02...」のウェブサイトをダウンロードしたもの（乙47。以下「乙47資料」という。）には、平成14年3月末におけるADSL総開通数は238万であったこと、平成14年3月末におけるダイヤルアップ、ADSL及びFTTH回線の国内主要44社の合計加入

数は2800万強であったこと、ADSLサービスの契約数は、平成13年9月末に65万であったが、同時期から平成14年4月末まで7か月連続して月に30万前後の増加があったことが記載されている。

以上によれば、本件サービスの運営が開始された平成13年11月1日の時点でのADSL回線への加入数は100万弱であったこと、その後、ADSL回線への加入数は毎月約30万ずつ増加し、本件サービスの運営が停止した平成14年4月16日の時点では約255万であったこと、ADSL回線にケーブルインターネット及びFTTH回線を合わせたブロードバンド回線への加入数は平成13年末の時点では180万強、平成14年3月の時点では約187万であったこと、当時のFTTH回線の加入数は極めて少なかったことが認められる。

しかし、本件サービスが運営されていた時期のアナログ回線の加入数ないしブロードバンド回線の全回線に対する比率については、甲25資料によれば、平成13年12月の時点でのブロードバンド率は約15パーセント、甲26資料によれば、平成14年2ないし3月の時点でのブロードバンド率は約33パーセント、乙46資料及び乙47資料によれば、平成14年3月の時点でのブロードバンド率は、多くとも（国内主要44プロバイダにおけるダイヤルアップ型インターネット接続サービス加入数を全プロバイダにおける同加入数と同視した場合）約12.8パーセント、平成13年10月末の時点でのブロードバンド率は多くとも（国内主要44プロバイダにおけるダイヤルアップ型インターネット接続サービス加入数を全プロバイダにおける同加入数と同視した場合）約7.7パーセントとなり、結局のところ、確定することができない。

(イ) 本件サービスが運営されていた当時のインターネット接続回線の一般的な最大通信速度等

甲17及び弁論の全趣旨によれば、本件サービスが運営されていた当時のインターネット接続回線の一般的な最大通信速度は、アナログ回線は56kbps、ISDN回線は64kbps、ADSL回線は上り512kbps、下り1.5Mであること、それらの実効速度は上記最大通信速度より相当程度小さくなること、インターネットにおいてデータを送受信する場合、送信者が利用する回線と受信者が利用する回線の実効速度が異なる場合は、遅い実効速度で送受信がされること、本件サービスにおいて送信可能化されたMP3ファイルのサイズの平均値は、概ね36000キロビットであること、以上の事実が認められる。

(ウ) 利用者一人が1日にダウンロードできる本件各MP3ファイル数の約3分の1)であるとする、仮にADSL回線の実効速度が170kbps(最大速度の約3分の1)であるとする、本件サービスにおいてブロードバンド回線の実効速度により受信できる利用者一人が1日にダウンロードできるMP3ファイル数は、約408ファイル(36000秒÷36000キロビット×170kbps×24時間)となり、ISDN回線の実効速度が43kbps(2回線を同時に利用した場合の最大速度の約3分の1)であるとする、本件サービスにおいてISDN回線の実効速度により受信できる利用者一人が1日にダウンロードできるMP3ファイル数は、約103ファイル(36000秒÷36000キロビット×43kbps×24時間)となり、アナログ回線の実効速度が19kbps(最大速度の約3分の1)であるとする、本件サービスにおいてアナログ回線の実効速度により受信する利用者一人が1日にダウンロードできるMP3ファイル数は、約46ファイル(36000秒÷36000キロビット×19kbps×24時間)となる。

なお、被告らは、アナログ回線及びISDN回線では、一つの回線を送信及び受信に用いるので、2者間でファイルを交換する場合は、単純に一方的にダウンロードする場合に比べて、理論的にはダウンロード時間が2倍かかる旨主張するが、本件全証拠によっても、同事実を認めるに足りない。

(エ) 本件サービスにおいて1日にダウンロードできる本件各MP3ファイル数

さらに、仮に、本件サービスが運営されていた平成13年11月1日から平成14年4月16日までの平均で、本件サービスの利用者のうちADSL回線を利用していた者は全体の15パーセント(ブロードバンド回線のうちFTTH回線の利用者は極めて少ないので後記の算定においては考慮しない。)、ISDN回線を利用していた者は全体の25パーセント、アナログ回線を利用していた者は全体の60パーセントであったと仮定すると、前記のとおり、インターネットにおいてデータを送受信する場合、送信者が利用する回線と受信者が利用する回線の実効速度が異なる場合は、遅い実効速度で送受信がされることから、本件サービスにおい

て、ADSL回線の実効速度によりMP3ファイルを受信できた利用者は、利用者全体の少なくとも2.25パーセント（15%×15%）、ISDN回線の実効速度によりMP3ファイルを受信できた利用者は利用者全体の13.75パーセント（25%×25%+25%×15%+25%×15%）、アナログ回線の実効速度でしかMP3ファイルを受信できなかった利用者は利用者全体の84パーセント（60%×15%+60%×25%+60%×60%+60%×15%+60%×25%）となる。

そして、これを前提に本件サービスにおいて、1日にダウンロードすることが可能な本件各MP3ファイル数を算定すると次のとおりとなる。

a ブロードバンド回線の実効速度により受信できる利用者による1日当たりのダウンロード数

本件中間判決で認定したとおり、被告サーバにパソコンを同時に接続させている利用者の平均は340人であるところ、前記のとおり、ブロードバンド回線の実効速度により受信できる利用者は少なくとも全体の2.25パーセントであるから、同時に被告サーバにパソコンを接続させている利用者でブロードバンド回線の実効速度により受信できる者は7.65人（340人×2.25%）となる。

そして、前記のとおり、本件サービスで送信可能化されているMP3ファイルの平均サイズは36000キロビットであることからすると、前記のとおり、ADSL回線の実効速度を170kbpsであると仮定すると、本件サービスにおいてブロードバンド回線の実効速度により受信できる利用者が1日にダウンロードできる本件各MP3ファイル数は、約3121ファイル（3600秒÷36000キロビット×170kbps×24時間×7.65人）となる。

b ISDN回線の実効速度により受信できる利用者による1日当たりのダウンロード数

本件中間判決で認定したとおり、被告サーバにパソコンを同時に接続させている利用者の平均は340人であるところ、前記のとおり、ISDN回線の実効速度により受信できる利用者は全体の13.75パーセントであるから、同時に被告サーバにパソコンを接続させている利用者でISDN回線の実効速度で受信できる者は46.75人（340人×13.75%）となる。

前記のとおり、本件サービスで送信可能化されているMP3ファイルの平均サイズは36000キロビットであることからすると、前記のとおり、ISDN回線の実効速度を43kbpsであると仮定すると、本件サービスにおいてISDN回線の実効速度により受信できる利用者が1日にダウンロードできる本件各MP3ファイル数は、約4825ファイル（3600秒÷36000キロビット×43kbps×24時間×46.75人）となる。

c アナログ回線の実効速度により受信する利用者による1日当たりのダウンロード数

本件中間判決で認定したとおり、被告サーバにパソコンを同時に接続させている利用者の平均は340人であるところ、前記のとおり、アナログ回線の実効速度で受信する利用者は全体の84パーセントであるから、同時に被告サーバにパソコンを接続させている利用者でアナログ回線の実効速度で受信する者は285.6人（340人×84%）となる。

前記のとおり、本件サービスで送信可能化されているMP3ファイルの平均サイズは36000キロビットであることからすると、アナログ回線の実効速度を19kbpsであると仮定すると、本件サービスにおいてアナログ回線の実効速度により受信する利用者が1日にダウンロードできる本件各MP3ファイル数は、約1万3023ファイル（3600秒÷36000キロビット×19kbps×24時間×285.6人）となる。

d 以上を合計すると、本件サービスにおいてダウンロードすることができた本件各MP3ファイルは、1日当たり、2万0969ファイル（3121+4825+1万3023）となる。

ウ 損害額の認定

(ア) 本件使用料規程第12節1(3)②を形式的に適用すれば、本件サービスにおいて本件各MP3ファイルを送信可能化したことに対する使用料は、平成13年11月は5382万円（1万0764×5000円）、同年12月は4233万円（8466×5000円）、平成14年1月は5529万5000円（1万1059×5000円）となる。そして、同年2月以降の本件サービスにおいて送信

可能化されているMP3ファイル数は調査されていないが、平成14年2月から4月までの送信可能化数の最大値は、平成13年11月ないし平成14年1月までの各月の送信可能化数の最大値の平均値に概ね等しいものと推認できるから、平成14年2月ないし3月の各使用料は、各5048万円（1万0096×5000円）となる。また、前記のとおり、本件サービスは4月は16日間しか運営しなかったのであるから、日割計算をすると、4月の使用料は2692万3000円（5048万円×16÷30。1000円未満四捨五入）となる。

したがって、本件使用料規程を形式的に適用して、本件サービスにおける使用料を算定すると、その合計は2億7932万8000円となる（平成13年11月1日から平成14年2月28日までは2億0192万5000円となる。）。

(イ) ところで、前記認定事実、すなわち、①本件サービスの利用者が使用していたインターネット接続回線の種類・比率及び各接続回線の最大通信速度、②本件サービスにおいて利用者の実効速度が異なる場合は遅い速度で送受信される事実、③実効通信速度を最大速度の約3分の1とした場合の一人の利用者が1日にダウンロードできる本件各MP3ファイル数、④実効通信速度を最大速度の約3分の1とし、本件サービスの利用者が利用しているインターネット接続回線の比率を前記イ(エ)のとおりであると仮定した場合の本件サービスの利用者340人（本件中間判決で判示したとおり、本件サービスにおいて同時に被告サーバに接続している利用者数は平均で約340人であった。）が1日にダウンロードできる本件各MP3ファイル数、⑤被告サーバに接続している利用者は、本件各MP3ファイル以外の電子ファイルも受信しているものと推測されるが、本件サービスにおいては、被告サーバに接続しているパソコンの共有フォルダに蔵置されている電子ファイル数は平均で54万弱であったこと等によれば、送信可能化されているすべての本件各管理著作物について、本件使用料規程が想定する月に90.9回のダウンロードをすることは、あまりにも過大であるというべきであり、この点を損害額の認定に当たり考慮するのが相当である。

(ウ) このように、本件においては、本件使用料規程を形式的に適用することにより使用料相当損害金を算定することはできず、また、本件の性質上、その他に、原告に生じた損害額を立証するために必要な事実を立証することは極めて困難である。そこで、上記の各事実及び本件サービスに対する使用料相当損害金の算定にあたり、本件使用料規程第12節のうち、送信可能化数を基礎にした算定方法に係る規定（1(3)②）を参考にするのは、ダウンロード数を把握していなかった被告エム・エム・オー側の事情によること等の諸事情を総合し、著作権法114条の4により、本件使用料規程に基づき算定した上記金額2億7932万8000円の概ね10分の1に相当する3000万円（平成13年11月1日から平成14年2月28日までは概ね10分の1に相当する2200万円）をもって使用料相当損害額と認めるのが相当である。

(4) 弁護士費用

原告が本訴訟の提起及び追行を原告代理人らに委任したことは当裁判所に顕著であるところ、本件において認容される使用料相当損害金の額、本件事案の難易度、審理の内容及び期間等本件に現れた一切の事情に照らすならば、被告らの不法行為と相当因果関係のある弁護士費用としては、450万円と認めるのが相当である。

(5) 過失相殺の可否について

被告らは、原告には、本件損害の発生について以下のとおりの過失があるとして過失相殺を主張するが、以下のとおり、いずれも理由がない。

ア 被告らは、原告が本件サービス開始時において、本件サービスを、本件各管理著作物をMP3形式により複製した電子ファイルが無償で交換するためのサービスであると宣伝したと主張する。しかし、原告が上記のような宣伝をした事実を認めるに足りる証拠はないから、被告らの上記主張は理由がない。

イ 被告らは、原告が本件サービスを利用して本件各MP3ファイルを送信可能化等している利用者に対し、何ら警告を発していないと主張する。しかし、原告には、本件サービスの利用者に対して、本件サービスにより原告管理著作物の送信をしないよう警告する義務はないから、被告らの上記主張は失当である。

ウ 被告らは、原告が、本件サービスによって著作権を侵害されている原告管理著作物を特定して、これを被告エム・エム・オーに対して指摘しなかった点において原告に過失があると主張する。しかし、被告エム・エム・オーは、本件中間

判決で判示したとおり、自ら原告の送信可能化権及び自動公衆送信権を侵害する行為を行っているのであり、被害を受けた立場の原告が上記のような指摘をしないことをもって、過失があるとはできず、被告らの上記主張は理由がない。

エ 被告らは、原告が被告エム・エム・オーに対して求めた内容は、被告エム・エム・オーが各利用者の共有フォルダに蔵置されている電子ファイルの内容を把握した上で、そのうち本件各管理著作物をMP3形式で複製した電子ファイルについて利用者間で送受信することを停止するというものであり、現実的な解決方法を示さなかった点において過失があると主張する。しかし、自ら本件サービスを提供して原告の送信可能化権及び自動公衆送信権の侵害行為を行っている被告エム・エム・オーとしては、そのような侵害行為を避けるための解決方法を自らの責任において実施すべきであって、被害を受けた立場の原告らに過失があるということできないから、被告らの上記主張は、採用の限りでない。

(6) 以上により、原告が被告らに対して請求することができる損害額は、前記(3)記載の使用料相当額である3000万円と前記(4)記載の弁護士費用450万円の合計額である3450万円となる。なお、原告は、上記金額の内、平成13年11月1日から平成14年2月28日までの損害額及び弁護士費用の合計額についてのみ遅延損害金を請求しているところ、同金額は2650万円となる。

4 よって、主文のとおり判決する。なお、原告は、被告らに対して、本件各管理著作物がMP3形式で複製された電子ファイルの送受信を停止するに至るまでの損害をあわせて請求するが、前記のとおり、本件サービスは、平成14年4月16日に運営を停止していること及び弁論の全趣旨に照らし、将来給付に係る部分についてはその必要性を認めることはできない。

東京地方裁判所民事第29部

裁判長裁判官 飯 村 敏 明

裁判官 榎 戸 道 也

裁判官 佐 野 信

平成14年(ワ)第4237号著作権侵害差止等請求事件

口頭弁論終結日 平成14年12月2日

中間判決

原告
訴訟代理人弁護士

同

同

被告

被

上記兩名訴訟代理人弁護士

主

文

社団法人日本音楽著作権協会

田 中 豊

藤 原 浩

市 村 直 也

有限会社日本エム・エム・オー

A

小 倉 秀 夫

1 被告有限会社日本エム・エム・オーが運営する「ファイルログ」(File Rogue)という名称の電子ファイル交換サービスにおいて、同サービスの利用者が、原告の許諾なく、別紙楽曲リスト(上)及び同(下)記載の各音楽著作物をMP3(MPEG1オーディオレイヤー3)形式で複製した電子ファイルを利用者のパソコンの共有フォルダ内に蔵置した状態で、同パソコンを同被告の設置に係るサーバに接続させる行為は、上記音楽著作物について原告の有する著作権(自動公衆送信権及び送信可能化権)を侵害する行為に当たり、同被告がその著作権侵害行為の主

体であると認められる。

2 被告らは、原告に対して、上記電子ファイル交換サービスにおいて、上記音楽著作物をMP3形式で複製した電子ファイルが交換されたことについて、連帯して損害賠償金を支払う義務を負う。

事実及び理由

第1 請求

1 被告有限会社エム・エム・オーは、別紙楽曲リスト（上）及び同（下）記載の各音楽著作物につき、自己が運営する「ファイルログ」(File Rogue)という名称の電子ファイル交換サービスにおいて、MP3(MPEG1オーディオレイヤー3)形式によって複製された電子ファイルを送受信の対象としてはならない。

2 被告らは、原告に対し、連帯して金2億1433万円及び被告有限会社エム・エム・オーについては平成14年3月26日から、被告Aについては同月21日から各支払済みまで各年5分の割合による金員を支払え。

3 被告らは、原告に対し、連帯して、平成14年3月1日から被告有限会社エム・エム・オーがその運営する「ファイルログ」(File Rogue)という名称のインターネット上の電子ファイル交換サービスにおいて別紙楽曲リスト（上）及び同（下）記載の音楽著作物がMP3形式で複製された電子ファイルの送受信を停止するに至るまで1か月金3969万円の割合による金員を支払え。

第2 事案の概要

被告有限会社エム・エム・オー（以下「被告エム・エム・オー」という。）が運営するインターネット上の電子ファイル交換サービスにおいて、原告が著作権を有する音楽著作物をMP3(MPEG1オーディオレイヤー3、以下「MP3」という。)形式で複製した電子ファイルが、原告の許諾を得ることなく交換されていることに関して、原告が、上記電子ファイル交換サービスを提供する被告エム・エム・オーの行為は、原告の有している著作権（複製権、自動公衆送信権、送信可能化権）を侵害すると主張して、被告エム・エム・オーに対して、著作権に基づき上記電子ファイルの送受信の差止めを、被告エム・エム・オー及びその取締役である被告Aに対して、著作権侵害による共同不法行為に基づき損害金の支払を求めた。

1 前提となる事実

(1) 当事者等

ア 原告は、著作権等管理事業法（平成12年法律第131号）に基づき著作権等管理事業者登録簿に登録された音楽著作権等管理事業者であり、内国著作物については管理委託契約により国内の多くの作詞者、作曲者、音楽出版者等の著作権者から著作権ないしその支分権（演奏権・上映権・録音権など）につき信託を受付け、外国の著作物については我が国が締結した著作権条約に加盟する諸外国の著作権仲介団体との相互管理契約によるなどしてこれを管理し、国内の公衆送信事業者をはじめ、レコード、映画、出版、興行、社交場等各種の分野における音楽の利用者に対して、音楽著作物の利用を許諾し、その対価として利用者から使用料を徴収するとともに、これを内外国の著作権者に分配することを主たる目的とする社団法人であり、別紙楽曲リスト（上）及び同（下）に記載の各音楽著作物（以下「本件各管理著作物」という。）の著作権を管理している。

イ 被告エム・エム・オーは、ソフトウェアの開発、販売その他を目的とする有限会社であるが、平成13年11月1日から、カナダ法人であるITPウェブソリューションズ社と提携することにより、利用者のパソコン間でデータを送受信させるピア・ツー・ピア(Peer To Peer)技術を用いて、カナダ国内に中央サーバ（以下「被告サーバ」という。）を設置し、インターネットを経由して被告サーバに接続されている不特定多数の利用者のパソコンに蔵置されている電子ファイルの中から、同時に被告サーバにパソコンを接続させている他の利用者が好みの電子ファイルを選択して、無料でダウンロードできるサービス（以下「本件サービス」という。）を、「ファイルログ(File Rogue)」の名称で日本向けに提供している（なお、被告エム・エム・オーは、平成14年4月に、本件サービスにおいて、MP3ファイルの内容等を示すファイル情報のうち、本件各管理著作物の題名及びアーティスト名の文字列を含むファイル情報の送信を差し止める旨の仮処分決定が出されたことにより、それ以降現在まで本件サービスの提供を停止している。）。

本件サービスを利用するにはパソコンに本件サービス専用のファイル交換用ソフトウェア（以下「本件クライアントソフト」という。）がインストールされることが必要である。被告エム・エム・オーは、インターネット上に開設してい

るウェブサイト「<http://www.filerogue.net/>」（以下「被告サイト」という。）において、不特定多数の利用希望者に対して本件クライアントソフトを配布している。

(2) MP3ファイル

MP3（MPEG1（エムペグワン）オーディオレイヤー3（スリー））とは、音声のデジタルデータを圧縮する技術規格の一つである。パソコン等を利用して、音楽CD等の音声データをMP3ファイルに変換することによって、聴覚上の音質の劣化を抑えつつ、データ量を元の10分の1程度に減らすことができるため、音声データをハードディスク上に複製したり、インターネット上で配信する等の行為を、より容易にすることができる。

(3) 本件サービスの利用方法

ア 利用者が本件サービスを利用するためには、まず、パソコンを被告サイトに接続して、本件クライアントソフトをダウンロードし、これをパソコンにインストールすることが必要である。次に、利用者は、任意のユーザーID（ユーザーID）及びパスワードを登録しなければならない。この場合に、利用者は、ユーザーID及びパスワードを任意に設定することができ、利用者の戸籍上の名称や住民票の住所等、本人確認のための情報の入力には要求されない。

イ 本件サービスによって、電子ファイルを送信できるようにしようとする利用者（以下「送信者」という。）は、本件クライアントソフトの追加コマンドを実行することによって、送信を可とする電子ファイルを蔵置するフォルダ（以下「共有フォルダ」という。）を指定し、同フォルダに送信を可とする電子ファイルを蔵置する。本件クライアントソフトをインストールしたパソコンが被告サーバに接続されると、共有フォルダ内の電子ファイルは自動的に他の利用者のパソコンに送信できる状態となる（ただし、接続時に自動的に送信できる状態としない設定も可能である。）。

送信者は、共有フォルダ内に蔵置した電子ファイルのファイル名を付する（利用者は、同ファイル名を自由に付することができ、したがって、電子ファイルの内容と全く対応しないファイル名であっても支障はない。）。

送信者が本件クライアントソフトを起動し、接続ボタンをクリックして被告サーバに接続すると（利用者は、通常、本件クライアントソフトを起動することにより被告サーバに接続する。）、共有フォルダに蔵置した電子ファイルのファイル情報（ファイル名、フォルダ名、ファイルサイズ及びユーザーID）並びにIPアドレス及びポート番号（インターネットに接続する際に、プロバイダから割り当てられる番号）に関する情報（以下これらの情報を総称して「送信者情報」という場合がある。）が被告サーバに送信される。

ウ 電子ファイルの受信を希望する利用者（以下「受信者」という。）は、本件クライアントソフトを起動して被告サーバに接続し、キーワードとファイル形式によって、被告サーバに対して、希望する電子ファイルの検索の指示を送信すると、被告サーバから、被告サーバに接続している他の利用者のパソコンの共有フォルダ内の上記指示に沿った電子ファイルに関する情報（ファイル名、ファイルパス名、ユーザーID、IPアドレス及びポート番号等）が送信される。

受信者は、上記の電子ファイルに関する情報の中から取得したいファイルを選択し、「ダウンロード」ボタンをクリックすると、保存先のフォルダを表示する画面が表示され、同画面上の「保存」をクリックすると、その電子ファイルを蔵置しているパソコンから自動的に当該ファイルが送信され、保存先として設定した受信者のパソコン内のフォルダに自動的に複製される。なお、保存先のフォルダは、既定の状態では共有フォルダとなっている。

エ 被告サーバは、被告サーバに接続している送信者のパソコンから送信された送信者情報を基に、現時点でダウンロード可能な電子ファイルに関するデータベースを作成する。

受信者からの検索指示が送信されると、上記ファイル情報等を用いて検索処理をし、被告サーバに接続している利用者の共有フォルダ内から上記指示に合致したファイル名を検出し、検出したすべての電子ファイルに関する情報（ファイル名、ファイルパス名、ユーザーID、IPアドレス及びポート番号等）を検索指示をした受信者のパソコンに送信する。

オ 被告サイトでは、本件サービスの利用方法についての説明が記載され、また、同説明では疑問が解消しない場合の問い合わせ先としてのメールアドレスも記載されていた（甲7）。

(4) 本件サービスの特徴

本件サービスは、MP3ファイルのみを送受信の対象とするものではなく、音声、動画、画像、文書、プログラムなどの多様な電子ファイルを交換することのできる汎用的なものである。

本件サービスにおいて、被告サーバには、電子ファイルのファイル情報等のみが送られ、交換の対象となる電子ファイル自体は利用者のパソコン内に蔵置され、被告サーバに送信されることはない。ファイル送信の指示及び電子ファイル自体の送信は、受信者と送信者のパソコンの間で直接行われる。しかし、利用者同士の間でこのような送受信が可能となるのは、本件サービスが、利用者のインターネット上の所在（IPアドレス及びポート番号）を把握し、これに基づいて、本件クライアントソフトが、インターネットを介して受信者と送信者のパソコンを直接接続するサービスを提供しているからである。

このようなシステムのため、被告エム・エム・オーにおいても、個別にダウンロードして再生しない限り、被告サーバに送信されたファイル情報によって示されている電子ファイルの内容を知ることができない。

(5) 利用者が権利侵害をした場合の被告エム・エム・オーの措置

本件サービスにおいては、利用者は、パソコンの画面上で、著作権等を侵害するファイルを送信可能な状態としないことなどを内容とする利用規約に同意する旨のボタンをクリックしない限り、本件クライアントソフトをダウンロードすることができない仕組みとされている。

被告エム・エム・オーの利用規約によれば、著作権等の権利を侵害するファイルを送信可能な状態を禁止すること、送信可能な状態に置かれたファイルにより権利が侵害されたと主張する者から、当該ファイル公開の停止（共有の解消）を求められたときは、利用者は「ノーティス・アンド・テイクダウン手続規約」に従うべきことが規定されている（甲5）。

しかし、現在のところ、被告エム・エム・オーは、送信可能な状態にされたMP3ファイルの中から、著作権、著作隣接権侵害に当たるものを選別したり、そのファイル情報の送信を遮断するなどの技術を有しているわけではない。

(6) 本件サービスの運営状況

社団法人日本レコード協会（以下「日本レコード協会」という。）が、平成13年11月1日から平成14年1月23日までの間の毎平日の午後5時前後（ただし、平成13年11月2日ないし6日、同月16日ないし24日においては、午前10時から午後10時までの間で午後5時に最も近い時刻）に行った調査によれば、被告サーバに接続しているパソコンの共有フォルダに蔵置されている電子ファイルの数は、各調査時点の平均で54万弱であるが、そのうちMP3ファイルは平均約8万で全体の約15パーセントを占める（なお、この数字は公開中の電子ファイルの数であり、実際に交換された電子ファイルの数ではない。）。また、平成13年12月3日の時点で、被告サーバに登録された利用者数は約4万2000人に達していたが（甲9）、前記調査によれば、各調査時点で同時に被告サーバに接続している利用者数は平均約340人であった。（甲16）

前記のとおり、MP3ファイルのファイル名は自由に付けることができる。被告サーバにおいて公開されたMP3ファイルの場合、そのファイル名又はフォルダ名に、市販のレコードの実演家名、楽曲名又はアルバムタイトルに一致すると推測される文字列を含むものが数多く存在する。また、日本レコード協会が平成13年12月6日午後3時から午後5時までの間に、本件サービスにおいて検索した3万600個のMP3ファイルの中から無作為に抽出した306個のMP3ファイルについて調査したところ、同協会及び原告の職員（合計6名）が、そのファイル名及びフォルダ名に照らし判断した結果、一部に特定のレコードと結びつけることのできないものも存在したが、96.7パーセントに当たる296個が市販のレコードを複製したものであると判断された（甲17）。

本件サービスの利用は無料であるが、被告エム・エム・オーは、被告サイトの画面上に表示される広告から、若干の広告料収入を得ている（甲8）。

(7) 本件各管理著作物の複製

原告は、平成14年1月25日午前9時26分、被告サーバに接続して、本件サービスにおいて送信可能化されているMP3ファイルが無作為に抽出して、そのファイル名を確認したところ、確認した51個のMP3ファイルのすべてが原告の管理著作物を複製したレコードの複製物であることが推測された。また、原告は、同月26日午後1時16分、同日午後2時33分にも、上記と同様の調査をし

たところ、確認した153個のMP3ファイルのうち98.7パーセントに当たる151個が原告の管理著作物を複製したレコードの複製物であることが推測された。(甲6)

原告は、平成14年3月1日午前9時44分、被告サーバに接続して、本件サービスにおいて送信可能化されているMP3ファイルが無作為に抽出してダウンロードした上、それを再生するという方法で、当該MP3ファイルが原告が管理している著作物の複製物であるかを確認した。その結果、ダウンロードに成功した26曲のうち、25曲が原告が管理している音楽著作物を複製したレコードをMP3形式で複製した電子ファイルであり、そのうち18曲が、本件各管理著作物を複製したレコードをMP3形式で複製した電子ファイルであることが確認された(甲20)。

(8) 原告と被告エム・エム・オーとの事前交渉等

原告は、平成13年12月14日、被告エム・エム・オーに対し、本件サービスによるファイル交換が原告の有する著作権を侵害するものであるから、直ちに著作権侵害の解消及び発生防止の措置を講ずるよう通知した(その際、原告が管理する著作物の一部を抜粋して収録したCD-Rを同封した。甲12の1, 2)。これに対し、被告エム・エム・オーは、同月18日、原告に対し、被告エム・エム・オーの行為は情報交換のためのインフラの整備、提供であること、本件サービスが他人の権利を侵害するような情報の流通に利用されることを完全に防止できるとまではいえない状況にあっても、まず、情報交換のインフラを整備、提供することこそが重要であると考えていること、原告が要請するファイル交換の遮断措置を講じるためには、レコード会社名、曲名、アーティスト名を入力すれば、当該音楽著作物を演奏したものを収録した音楽CDをMP3形式に複製したファイルを自動的に検出するというような技術が不可欠であるが、被告エム・エム・オーはそのような技術が存在することは知らないこと、被告エム・エム・オーはノーティス・アンド・テイクダウン手続を用意しているの、原告も上記手続を利用すべきことなどを回答した(甲13)。

2 中間判決における争点

(1) 被告エム・エム・オーは、本件各管理著作物について原告の有する著作権を侵害しているといえるか。

(2) 原告の被告らに対する著作権侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求は理由があるか。

3 争点についての当事者の主張

(1) 争点(1)(被告エム・エム・オーは、原告の有する著作権を侵害するか)について

(原告の主張)

ア 利用者の著作権侵害の成否

(ア) 送信者の複製行為と複製権侵害の成否

本件各管理著作物を複製したレコードをMP3形式で複製した電子ファイル(以下「本件各MP3ファイル」という。)をパソコンの共有フォルダに蔵置することは、本件各管理著作物をパソコンのハードディスク等の記憶媒体に複製(著作権法2条1項15号、以下、同法を「法」という場合がある。)する行為に該当する。

そして、仮に本件各MP3ファイルが複製された当初は私的使用の目的(法30条1項)でされたものであっても、それを共有フォルダに蔵置して被告サーバに接続すれば、不特定多数の者に対して送信可能な状態にするので、「公衆に提示」(法49条1項1号)したことになる。

したがって、送信者が本件各MP3ファイルをパソコンの共有フォルダに蔵置すること、及び共有フォルダに本件各MP3ファイルを蔵置した状態で被告サーバにパソコンを接続させることは、原告の有する複製権を侵害する。

(イ) 送信者の自動公衆送信行為及び送信可能化行為と自動公衆送信権及び送信可能化権侵害の成否

a 本件サービスは、誰でも、自由に設定したID、パスワード及びメールアドレス(虚偽のものでも受理される。)のみを入力することで直ちに利用可能となるから、本件サービスにより電子ファイルの送信を受ける者は「不特定人」である。そして、本件サービスの利用者は平成13年12月3日の時点で既に4万2000人に及び、被告サーバに接続中のパソコンも常時数百に及ぶから、電子ファイルの受信者は「多数」である。したがって、本件サービスにより電子ファイル

をダウンロードする者は「公衆」（法2条5項参照）に該当する。

そして、本件サービスは上記の公衆の求めに応じてインターネット経由で自動的に電子ファイルを送信するものであるから、法2条1項9号の4の「自動公衆送信」に当たる。

したがって、本件サービスにおける送信者の行為は、原告の有する自動公衆送信権を侵害する。

b 本件サービスにおいては、本件クライアントソフトを起動させた利用者のパソコンを被告サーバに接続すると、被告サーバが送信側パソコンの共有フォルダ内に蔵置されている電子ファイルのタイトル等の情報を自動的に吸い上げて、送信用の電子ファイルのインデックスを作成する。そして、受信側パソコンからの検索要求があると、被告サーバは、作成したインデックスの中から検索条件に合致した電子ファイルの情報を受信側パソコンに送信し、受信側パソコンの画面に表示させる。そして、画面に表示されたファイル情報の中から受信側パソコンが任意のファイル情報を選択すると、利用者のパソコン間で接続が確立され、自動的に電子ファイルの送受信が行われる仕組みになっている。

すなわち、本件サービスにおいては、送信側パソコンにおいて共有フォルダ内に送信用電子ファイルを蔵置する行為と、そのファイル情報を取得した被告サーバが当該ファイル情報のインデックスを作成して他の利用者のパソコンの検索に供する行為とが相まって、送信側パソコンと被告サーバとが一体となった「自動公衆送信装置」（法2条1項9号の5のイ）を構成することになり、この共同行為によって、共有フォルダ内の電子ファイルが、公衆からの求めに応じて自動的に公衆送信し得る状態になるのである。

したがって、本件サービスにおける送信者の行為は、原告の有する送信可能化権を侵害する。

(ウ) 受信者の複製行為と複製権侵害の成否

本件サービスによって他の利用者のパソコンからダウンロードされた電子ファイルは、受信側パソコンに自動的に蔵置（複製）される。既定の状態では受信側パソコンの共有フォルダ内に蔵置（複製）された上、さらに再送信可能な状態に置かれるから、そこに電子ファイルを蔵置することは、私的使用には該当しない。

イ 被告エム・エム・オーの本件サービス提供行為と著作権侵害の成否

以下の理由により、被告エム・エム・オーは、本件各管理著作物についての前記著作権の侵害行為の主体であると解すべきである。

(ア) 本件著作権侵害を構成する電子ファイルの送信及び受信側パソコンにおける複製は、被告エム・エム・オーが用意し手筈を整えた手段及び便宜を利用してのみ可能となるものである。すなわち、被告サーバは、これに接続中のパソコンの共有フォルダ内に蔵置された電子ファイルの情報をすべて入手し、これを独占的に管理してダウンロードが可能な電子ファイルを利用者に検索させ、その中から利用者が入手を希望する電子ファイルの所在情報等を受信者のパソコンに伝達するなどして利用者のパソコン間で電子ファイルを直接自動的に送受信させるとともに受信側パソコンに複製させている。これらはすべて被告エム・エム・オーが配布した本件クライアントソフトと被告エム・エム・オーが運営する被告サーバとを連携させることによって初めて可能になるものである。

そして、本件サービスにおいては、被告エム・エム・オーが運営する被告サーバと利用者のパソコンとが一体となって自動公衆送信装置を構成するのであるから、本件サービスによる本件各管理著作物の自動公衆送信及び送信可能化並びに受信側パソコンにおける複製は、被告エム・エム・オーと各利用者との共同行為というべきである。

したがって、本件著作権侵害は、被告エム・エム・オーが運営する本件サービスの提供によって初めて惹起されるものであり、被告エム・エム・オーは、本件著作権侵害に不可欠の道具を提供するばかりか、本件著作権侵害行為を自ら行っているとみるべきである。

(イ) 本件サービスにおいてMP3ファイルの交換が行われれば、原告の著作権を侵害する結果を惹起することは必然であるところ、本件サービスにおいては、極めて多数のMP3ファイルが交換されることが予定されている。

被告エム・エム・オーは本件クライアントソフトを不特定多数の者に無料で配布した上で、電子ファイルを交換しようとする者の匿名性を保証した形で本件サービスを提供しているのであるから、本件サービスの提供行為は、利用者に

対してMP3ファイルの交換による著作権侵害を行うことを強く慫慂するものであって、著作権侵害の結果を惹起することを織り込んだものというべきである。

(ウ) 本件サービスによって違法に複製され、送信可能化されているMP3ファイルの数は上記数万件から十数万件に及んでおり、本件著作権侵害による原告の損害は極めて莫大である。

(エ) 本件著作権侵害の被害者である著作権者が本件サービスによって送信可能化された電子ファイルを自己のパソコンに蔵置している利用者を特定することは不可能である。すなわち、被告エム・エム・オーは、利用者のために匿名性を保証し、それらの者が著作権侵害を行っても民事責任の追及を受けられないような仕組みを作り上げた上で、不特定多数人に管理著作物の複製及び公衆送信を行わせている。

しかも、本件サービスにおいて検索が可能なのは、検索した時点で被告サーバに接続されている利用者のパソコンに蔵置された電子ファイルだけであり、現に接続されていない利用者のパソコンに蔵置されている無断複製物のMP3ファイルを著作権者が探知することは不可能である。本件サービスの提供によって日々刻々と大量に発生する著作権侵害のすべてを把握し、その結果を防止できるのは、本件サービスの全体を管理・運営する被告エム・エム・オーだけである。

したがって、本件著作権侵害を防止するためには、被告エム・エム・オーにおいて管理著作物の違法な送信及び複製を防止する措置を採るほかに有効な手段はない。

また、本件サービスによる著作権侵害の結果を防止するためには、被告エム・エム・オーに侵害結果防止措置を採らせることが適切である。

(オ) 被告エム・エム・オーは、インターネット広告代理店会社のバリューコマース株式会社外1社と契約し、本件サービスの画面にバナー広告等を表示することにより広告収入を得ており、これは本件著作権侵害行為による利益に当たる。

また、被告エム・エム・オーは、将来本件サービスの有料化を予定しており、本件サービスの利用者の増加は被告エム・エム・オーの将来の経済的利益に直結しているところ、本件サービスにより送信可能化される本件各管理著作物が増加すれば、それだけ本件サービスの利用者が増大することになるから、被告エム・エム・オーは本件著作権侵害行為により経済的利益を得ているというべきである。

(被告エム・エム・オーの反論)

ア 利用者の著作権侵害の成否

(ア) 送信者の複製行為と複製権侵害の成否

以下のとおりの理由から、送信者が本件各MP3ファイルをパソコンの共有フォルダに蔵置すること、及び共有フォルダに本件各MP3ファイルを蔵置した状態で被告サーバにパソコンを接続させることは、原告の有する複製権を侵害しない。

a 自己のパソコンにインストールされているMP3プレイヤーで聴くために、本件各MP3ファイルを保存する行為自体は、法30条1項により、著作権者の許諾を得る必要はなく、そもそも適法な行為である。

b また、法49条1項1号は、私的利用目的で作成した複製物「によって」レコードに係る音等を公衆に提示した場合に、複製を行ったものとみなすと規定する。同条項が適用されるためには、「レコードに係る音等」が、私的利用目的で作成した複製物自体によって、公衆に提示される必要がある。しかし、受信側パソコンに提示される音は、送信者が私的利用目的で作成した複製物により提示されるのではなく、受信者が私的利用目的で作成した複製物により提示されるものである。したがって、私的利用目的で作成したMP3形式の音楽ファイルを共有フォルダに蔵置したまま被告サーバに接続をしても、法49条1項1号のみなし複製規定の適用を受けることはないというべきである。

(イ) 送信者の自動公衆送信行為及び送信可能化行為と自動公衆送信権及び送信可能化権侵害の成否

本件クライアントソフトには、自己の共有フォルダにアクセス可能な人数を制限する機能、及び特定のID名を名乗る利用者を優先する機能があり、この二つの機能により、特定かつ少数の利用者に対してのみ電子ファイルのダウンロードを許可することができる。

ところで、公衆送信は、「公衆によって直接受信されることを目的と

して」されることが必要であるが、自動公衆送信も公衆送信の一類型である以上「公衆によって直接受信されることを目的として」される必要がある。また、所定の方法により「自動公衆送信しうること」と定義された送信可能化も「公衆によって直接受信されることを目的として」されることが必要である。

したがって、特定のユーザーにダウンロードさせることを目的として特定の電子ファイルを共有フォルダに蔵置した場合には、自動公衆送信、送信可能化に該当しない。

(ウ) 受信者の複製行為と複製権侵害の成否

受信者が個人的に又は家庭内その他限定的な範囲内で使用する目的で電子ファイルをダウンロードするのであれば、法30条1項により適法とされる私的使用目的の複製となる。

イ 被告エム・エム・オーの著作権侵害の成否

(ア) ある著作物が送信可能化されて自動公衆送信が行われる過程で、当該送信を仲介する通信設備において形式上法2条1項9号の5イに該当する現象が生ずることがあり得るが、この場合、その通信施設を単に設置、管理、運営する者については、単に設備の運営等を行っているにすぎないと解される限りにおいては、当該著作物等について送信可能化に関する責任を問われるものではないと解される。同様に、いわゆるインターネット・プロバイダーなど、自動公衆送信装置の設置、管理、運営等を行う者については、情報の記録やネットワークへの接続等を単純に依頼を受けて機械的に行うだけであれば、通常、自ら著作物等を送信可能化しようとするための行為とは考えられないことから、その場合は、自ら主体的に送信可能化を行ったものとして責任を問われるものではないのみならず、教唆者又は幫助者としても責任を問われるものではないと解すべきである。

(イ) 最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁（以下「キャッツアイ事件最高裁判決」という。）の法理は、十数年前のクラオケをめぐる複雑な事態に対応するためにやむなく導入された苦肉の策というべきものであり、当初から学説による批判も強く、少なくとも理論的に見る限り特殊な法理といわざるを得ない。また、著作権法は、侵害行為に使用する物やサービスを提供する行為を侵害とみなす規定を有しておらず、それにもかかわらず、物理的な送信可能化行為等を行っていない者をたやすく差止請求に服させることは、第三者の予測可能性を害するおそれがある。したがって、キャッツアイ事件最高裁判決の「管理性」、「図利性」の要件を拡張して解釈すべきではない。

そして、キャッツアイ事件最高裁判決の規範的利用主体の法理によっても、後記(ウ)のとおり、本件サービスの利用者による自動公衆送信及び送信可能化行為が被告エム・エム・オーの管理の下で行われているということはできないこと、被告エム・エム・オーは、本件サービスの運営により利益を上げる意図を有していないことから、被告エム・エム・オーを、送信可能化行為及び自動公衆送信行為の主体と同視することはできない。

(ウ) 本件訴訟を本案とする仮処分命令申立事件（当庁平成14年(ヨ)第22010号事件、以下「本件仮処分事件」という。）において、保全裁判所は、被告エム・エム・オーは、本件各管理著作物の自動公衆送信及び送信可能化を行っているものと評価できるとして、仮処分の申立てを認容した（以下「本件仮処分決定」という。）が、以下のとおり、本件仮処分決定の判断は誤っている。

a 「本件サービスの内容・性質」について

(a) 本件仮処分決定は、「本件サービスを利用すれば、市販のレコードとほぼ同一の内容のMP3ファイルを無料で、しかも容易に取得できるのであるから、市販のレコードを安価に取得したいと希望する者にとって、本件サービスは極めて魅力的である」とする。

しかし、市販の音楽CDに記録されている音楽情報をMP3形式に変換する際には音質は不可避免的に劣化するから、市販のレコードとほぼ同一内容のものを取得することはできず、したがって、本件サービスを利用してMP3ファイルを受信しようとする者は、音質にこだわらずに、特定の市販のレコードに収録された楽曲を受信しようとする者である。ところが、本件サービスにおいては、被告サーバに同時に接続できる人数が極めて限られているから、上記の者が目的とする楽曲を受信することができない。したがって、本件サービスの魅力は小さい。

また、市販のレコードをMP3形式に複製した電子ファイルを共有フォルダに蔵置して送信可能化した場合、その行為をした者は権利者により把握され得るのであるから、そのようなことをする者は多くはない。

(b) 本件仮処分決定は、「現時点においては、自己が著作した音楽等の電子ファイルを不特定多数の者に無料で提供したり、他の不特定の者が著作した音楽等の電子ファイルを取得したいと希望する者は比較的少ないものと推測される」とする。

しかし、そのように推測する根拠は示されていない。インターネット上では、多くの市民が、自己が著作した作品を不特定多数の者に無料で提供しており、また、多くの市民が他の不特定の者が著作した作品を取得したいと希望し、実際に取得している。

(c) 本件仮処分決定は、「仮に、そのような音楽等の電子ファイルの取得を希望する者がいたとしても、本件サービスにおける検索機能は、希望する作品の所在を正確に確認するには不十分であり、結局、本件サービスはそのような作品の電子ファイルを交換するためには有効に機能しないものと解される」とする。

しかし、作品をダウンロードする段階では対価を支払う必要がないという環境の下では、まず、ダウンロードし、試用してみるということが可能である。すなわち、あらかじめ特定の作品を希望して入手するのではなく、不特定の作品をまず入手して、試用してから、自分にとって気に入るかどうかの判断をするということが可能なのである。

(d) 本件仮処分決定は、「本件サービスにおいて送受信されるMP3ファイルのほとんどが違法コピーに係るものとなることは避けられないものと予想され、被告エム・エム・オーとしても本件サービスの開始当時から上記事態に至ることを十分予想していたものと認められる」とする。

しかし、原告、日本レコード協会、マスコミ各社の煽りがなければ、本件サービスにおいて送受信されるMP3ファイルのほとんどが違法コピーに係るものになるとまでは至らなかった可能性が十分あったのであり、被告エム・エム・オーとしては、ノーティス・アンド・テイクダウン方式を採用するなどして毅然とした対応をすることにより、違法コピーを送受信したいユーザーはあまり本件サービスを利用しないだろうと予測していた。

(e) 本件仮処分決定は、「本件サービスは、MP3ファイルの交換に関する部分については、利用者に市販のレコードを複製したMP3ファイルを交換させるためのサービスであるということが出来る」とする。

しかし、本件サービスは、MP3ファイルの交換に関する部分とそれ以外の電子ファイルの交換に関する部分とが分かれているわけではない。本件サービスにとって、あらゆる電子ファイルは等価なのである。汎用的なサービスのうち違法な利用がされる割合が高い部分をことさら取り出して観察すれば、その部分については違法な利用がされる割合が高いというのは一種のトートロジーである。サービス全体のうちのごく一部分のみを取り出して当該部分の実際の利用状況を観察し、そこからサービスの性質等を推認するという手法が許されるためには、最低限、サービスの提供者が当該部分を他のサービスとは異なる取扱いをしていることが必要である。しかし、被告エム・エム・オーは、本件サービスを提供するに当たってMP3ファイルに関して何ら特別な取扱いをしていない（そもそも、特別な取扱いをすることができない。）。

したがって、本件サービスのうちMP3ファイルの交換に関する部分を取り出して、この部分について違法な利用がされている割合が高いとして、本件サービス全体の性質を判断することは不当である。

b 「管理性」について

(a) 利用者による送信可能化及び自動公衆送信を、著作権法上の規律の観点から、被告エム・エム・オーによる送信可能化行為及び自動公衆送信行為と同視して、被告エム・エム・オーをして上記各行為の主体とするための要件としての「管理性」を認めるためには、何をもって利用者による自動公衆送信行為及び送信可能化行為の対象とし、何をもってその対象から外すかを被告エム・エム・オーが決定していると認められることが最低限必要である。何を自動公衆送信の対象とし、何を自動公衆送信の対象から除外するかを自ら決定できない者を自動公衆送信及び送信可能化の主体と認定しても、同人は、自動公衆送信及び送信可能化の対象から除外するように自動公衆送信権者及び送信可能化権者から求められた著作物に限定して対象から外すことができない。

クラブキャッツアイ事件最高裁判決においても、客が歌唱する楽曲の選択が、カラオケスナック経営者が備え置いたカラオケテープの範囲内でされ

ていることが、管理性の判断の中に取り込まれている。

ところが、本件サービスにおいて、各利用者が自己のパソコンを被告サーバに接続するに当たって、そのパソコンの共有フォルダにいかなる電子ファイルを蔵置するかを選択、決定するのは、各利用者であって被告エム・エム・オーではない。また、いかなる楽曲を自動公衆送信の対象とするかを決定するのは各利用者であって被告エム・エム・オーではない。したがって、各利用者による送信可能化行為及び自動公衆送信行為が被告エム・エム・オーの管理下で行われたといえない。

この点、本件仮処分決定は、「受信者が受信可能な電子ファイルは、被告サーバに接続しているパソコンの共有フォルダ内に蔵置されているものに限られている」と判示している。しかし、本件で問題となるのは送信者による送信可能化ないし自動公衆送信を被告エム・エム・オーが管理しているか否かである。ところで、受信者による受信の対象が被告エム・エム・オーの管理下に置かれているか否かではない。また、そもそも、被告サーバに接続しているパソコンの共有フォルダ内にどのような電子ファイルが蔵置されているかを被告エム・エム・オーは全くコントロールしていない以上、どのような電子ファイルを受信者に受信させるか否かについてもコントロールしていない。したがって、本件仮処分決定が摘示した上記の事実は、「利用者の送信可能化及び自動公衆送信が被告エム・エム・オーの管理の下に行われた」という評価を何ら基礎付けるものではない。

(b) 本件仮処分決定は、被告エム・エム・オーに管理性を認めた根拠として、「a 利用者が本件サービスを利用して、電子ファイルを自動公衆送信するには、被告サイトから本件クライアントソフトをダウンロードして、これを自己のパソコンにインストールすることが必要不可欠であること」、「b 利用者は、パソコンを被告サーバに接続させることが必要不可欠であるが、同接続は、通常、本件クライアントソフトを起動することによりしていること」、「c 自動公衆送信の相手方も、パソコンに本件クライアントソフトをインストールし、そのパソコンを被告サーバに接続することが必要不可欠であること」、「d 送信者が自動公衆送信をするのは、受信者が希望する電子ファイルを検索して、その電子ファイルの蔵置されているパソコンの所在及び内容を確認できることを前提としているが、これに必要な一切の機会は被告エム・エム・オーが提供しており、送信者の自動公衆送信を可能とすることについて、被告サーバが必要不可欠であること」、「e 本件サービスにおいては、受信者は、希望する電子ファイルの所在を確認した場合、本件クライアントソフトの画面上の簡単な操作によって、希望する電子ファイルを受信することができるようになっており（その際、受信者は、送信者のIPアドレス及びポート番号を認識する必要はない。）、受信者のための利便性、環境整備が図られていること」を掲げる。しかし、これらの事項はクラブキャッツアイ事件最高裁判決が管理性を認定するに当たって摘示したどの要素とも共通性を有しない事項である。また、上記各事項が認められたとしても、被告エム・エム・オーが自ら送信可能化ないし自動公衆送信を行ったものと同視されるということにはならない。上記aないしdの事項は、結局、被告エム・エム・オーが閉鎖型の情報通信システムを構築しているということの意味しているにすぎないところ、閉鎖型情報通信システムを構築していることが当該通信システムを利用してされる情報流通を管理しているとはいえない。また、被告サーバに接続して本件サービスを利用するためのクライアントソフトが一つしかないか複数存するかによって、又は、被告サーバと同様のシステムを用いたサーバが一つしかないか複数存するかという、被告エム・エム・オーも利用者も与り知らない事情によって、利用者の送信可能化ないし自動公衆送信が被告エム・エム・オーの管理の下にされたか否かが決まるということは不合理である。

(c) 本件仮処分決定は、「被告エム・エム・オーは、本件サービスの利用方法について、自己の開設したウェブサイト上で説明をし、ほとんどの利用者が同説明を参考にして、本件サービスを利用している」とする。

しかし、クラブキャッツアイ事件最高裁判決は、客による歌唱がスナックの従業員による操作を通じてされたことを管理性を認める根拠としていたのであり、被告エム・エム・オーが本件サービスの利用方法を説明するウェブサイトを開設したことは、これとは関与の度合いが大きく異なるのであるから、上記事実は被告エム・エム・オーの管理性を認めることの根拠とはならない。

また、本件サービスの利用者は、被告サイト上の説明を参照するよりも、被告エム・エム・オーが関与しないインターネット上の掲示板などで質問

をし、その回答を得るといふ形で本件サービスの利用における技術上の疑問を解消していたようである。

(d) クラブキャッツアイ事件最高裁判決は、店の管理性を認めるためには、利用者による利用行為が、店の物理的に支配、管理する領域内で行われることを当然の前提としており、本件にクラブキャッツアイ事件最高裁判決の法理を適用することはできない。

c 「被告エム・エム・オーの利益」について

(a) 利用者に被告サイトに接続させてMP3ファイルの自動公衆送信及び送信可能化をさせることが客観的に被告エム・エム・オーの営業上の利益を増大させる行為と評価することができるとしても、そこから直ちに被告エム・エム・オーも自己の営業上の利益を図っていると認定することはできない。

(b) 本件仮処分決定は、「b 本件サービスの登録者数は4万2000人であり、被告サーバに同時接続している利用者数は平均約340人、そのMP3ファイル数は平均約8万であるところ、上記人数は、将来さらに増加することも予想され、被告サイトは広告媒体としての価値を十分有する」とする。

しかし、被告エム・エム・オーがバナー広告を掲載しているのは被告サイトのみであって、本件クライアントソフトを起動させることによってモニター上に表示されるウィンドウ上には何らの広告も表示されない。したがって、利用者は、本件クライアントソフトをダウンロードするために被告サイトにアクセスした際にはバナー広告を目にする可能性はあるが、本件クライアントソフトをダウンロードした後、電子ファイルの送受信をする過程においては、バナー広告を目にするのではない。したがって、被告サイトは広告媒体としての価値は乏しい。

また、被告エム・エム・オーが收受する広告料は、本件サービスを利用しようとする者が本件クライアントソフトをダウンロードすることに関連しているにすぎず、利用者が本件各管理著作物を自動公衆送信することに関連するものではない。

(c) 本件仮処分決定は、「c 被告エム・エム・オーは、本件サービスにおいて、送信者に被告サイトに接続させてMP3ファイルの送信可能化行為をさせているが、同行為はそれ自体、被告サイトへの接続数を増加させる行為であるとともに、受信側パソコンの接続数の増加に寄与する行為でもあるといえるから、被告サイトの広告媒体としての価値を高め、営業上の利益を増大させる行為とすることができる」とするが、前記(b)で主張したとおり、被告サーバへの接続数を増大させても被告エム・エム・オーの営業上の利益を増大させることにはならない。

(d) 本件仮処分決定は、「d 現時点では、被告サイト上に掲載した広告による収入は僅かであるが、被告エム・エム・オーは、将来、被告サイトに広告を掲載することによる広告収入の獲得を被告エム・エム・オーの営業に取り入れていく意図を有している」とする。

しかし、被告エム・エム・オーは、そのような意図は有していない。そもそも、ウェブサイトへのバナー広告の掲載による広告料収入をあてにして営業活動を行うというビジネスモデルを今日選択するはずがない。

(e) 本件仮処分決定は、「e 本件サービスにおいては、本件サービスを利用してMP3ファイルを受信しようとする者から受信の対価を徴収するシステムとしていないが、被告エム・エム・オーは、将来、同サービスを利用してMP3ファイルを受信した者から受信の対価を徴収するシステムに変更することを予定している」とする。

しかし、被告エム・エム・オーは、原告や各レコード会社等の権利者との間で包括的な権利許諾が得られ、本件サービスを利用して音楽ファイルの送受信を行っても著作権、著作隣接権の侵害にはならないという環境が整ったときに、本件サービスを有料化することを構想していたのであり、そのような権利処理が整わない段階で有料サービスに切り換えることは全く予定していない。

(2) 争点(2)(被告らの損害賠償責任の有無)について

(原告の主張)

ア 被告エム・エム・オーの損害賠償責任

(ア) 被告エム・エム・オーは、本件サービスの提供によって本件各管理著作物がMP3ファイル形式で複製され送信可能化されるという著作権侵害が行われることが必然であることを認識した上、同著作権侵害行為の発生を認容しつつ、むしろそれが活発に行われることによって本件サービスの利用が拡大されることを

営業目的として意図していることは明らかである。

(イ) また、被告エム・エム・オーは、本件サービスを不特定多数の者に提供し始めた当初から、本件サービスを利用して送受信及び複製が行われるMP3ファイルの大多数が管理著作物の複製物であることを知悉していたのであるから、本件サービスの提供が管理著作物の著作権侵害を引き起こすことを現に予見し、予見し得たことは明らかである。そして、被告エム・エム・オーは、著作権侵害の結果を回避することも可能であった。

したがって、被告エム・エム・オーは、本件サービスの提供に当たり、少なくとも管理著作物の複製物であるMP3ファイルを本件サービスによる送受信から除外する措置を採って著作権侵害を防止すべき注意義務があるにもかかわらず、これを怠ったのである。

(ウ) 被告らは、被告エム・エム・オーは、いかなる著作物が本件サービスにおいて送信可能化されるのか具体的には認識していなかったから故意は認められない旨主張する。

しかし、故意が認められるには、違法行為によって特定の人に損害が生ずることを認識する必要はなく、何人かに損害が生ずることを認識していれば足りるのであるから、被告らの上記主張は失当である。

(エ) 被告らは、被告エム・エム・オーは、「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」（以下「プロバイダ責任法」という。）に規定されている特定電気通信役務提供者に該当し、同法3条1項による免責を受ける旨主張する。

しかし、プロバイダ責任法は、平成14年5月27日に施行された法律であるところ、被告エム・エム・オーは、同法の施行以前の段階において本件サービスの提供を一時的に停止したのであるから、同法は、本件に適用される余地はない。

また、被告エム・エム・オーは、同法3条1項ただし書きの「情報の発信者」に該当するから同法の免責を受けることはできない。

(オ) したがって、被告エム・エム・オーは、本件サービスの提供により原告が被った損害を賠償すべき責任がある。

イ 被告Aの損害賠償責任

(ア) 被告Aは、被告エム・エム・オーの代表者として、被告エム・エム・オーによる本件サービスの提供業務を管理支配し、業務を執行している者であり、法令を遵守して業務執行をする義務があるところ、悪意又は重過失によりこれを怠り、著作権法に違反して原告の著作権を侵害した。

したがって、被告Aは、上記侵害行為によって原告が被った損害につき、有限会社法30条の3第1項により、被告エム・エム・オーと連帯して賠償すべき責任がある。

(イ) また、被告Aは、被告エム・エム・オーの唯一の取締役であり、現実に被告エム・エム・オーの行為はすべて被告Aのみの意思に基づき行われていることからすれば、被告Aは、故意又は過失により原告の著作権を侵害し、これによって原告に損害を与えているというべきである。

したがって、被告Aは、上記侵害行為によって原告が被った損害につき、民法709条により、被告エム・エム・オーと連帯して賠償すべき責任がある。

(被告らの反論)

(1) 被告エム・エム・オーの損害賠償責任

ア プロバイダ責任法による免責

(ア) 原告は、不特定の者によって受信されることを目的とする特定の電子ファイルの送信（＝特定電気通信）による情報の流通により、その権利（本件各管理著作物に対する自動公衆送信権及び送信可能化権）を侵害されたとして、上記特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者である被告エム・エム・オーに対し、上記特定電気通信により原告に生じた損害の賠償を求める。したがって、被告エム・エム・オーが原告に対し損害賠償責任を負うためには、プロバイダ責任法3条1項所定の各要件を充足する必要があるが、以下のとおり、各要件を充足していない。

(イ) まず、「権利を侵害した情報の不特定の者に対する送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合」であることが損害賠償責任を負うための要件となるが、本件サービスにおいては、権利を侵害した情報を不特定人に送信

することを防止することは不可能である。

(ウ) 次に、「特定電気通信による情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っていた(か)、知ることができたと認めるに足る相当の理由がある」ことが要件となる。

被告エム・エム・オーは、本件サービスを利用してどのような情報が不特定人に送信されているのかを全く認識していなかった。また、被告エム・エム・オーは、原告から、本件サービスを利用して送受信されるMP3ファイルのほとんどが原告の著作権を侵害するとして、本件サービスの利用者による不特定人への同ファイルの送信を防止するよう求められたが、当初は、原告から同要求の根拠を何ら示されず、後になっても、大部分の電子ファイルについては、それが原告の著作権を侵害するものであると認識するに足る根拠を示されなかった。このような場合は、他人の権利を侵害していることを知ることができたと認めるに足る相当の理由があったということとはできない。

(エ) 原告は、被告エム・エム・オーは、プロバイダ責任法の施行以前の段階において本件サービスの提供を一時的に停止したのであるから、同法は、本件に適用される余地はない旨主張する。

しかし、プロバイダ責任法の立法趣旨に鑑みれば、同法3条1項の免責規定に関する限り、施行日前に遡って適用されることは明らかである。

(オ) また、原告は、被告エム・エム・オーは、プロバイダ責任法3条1項ただし書きの「情報の発信者」に該当するから、同法3条1項による免責を受けることができない旨主張する。

しかし、プロバイダ責任法は、基本的に、情報の発信者と、それにより被害を受けたと主張する者と、両者の通信に関与するプロバイダ等(特定電気通信役務提供者)という三当事者を念頭に置き、プロバイダ等と発信者、プロバイダ等と被害主張者の各関係について定める法律であるから、著作権法の規律の観点から送信可能化等の主体と擬制された者をプロバイダ責任法の「発信者」と同視することはできない。

イ 仮に、プロバイダ責任法3条1項の規定が適用されないとしても、以下のとおり、被告エム・エム・オーは損害賠償責任を負わない。

(ア) 被告エム・エム・オーは、本件サービスにおいて第三者の権利を侵害する内容の電子ファイルが送受信され得ることはある程度予測していたが、具体的にいかなる楽曲が送受信されているかは全く認識していない。なお、被告エム・エム・オーは、利用規約を作成し、本件サービスを利用して、第三者の権利を侵害するような電子ファイルを送受信することを禁止していたのであるから、本件サービスにおいて著作権侵害が行われることを意図していたということとはあり得ない。

したがって、被告エム・エム・オーには本件著作権侵害について故意はない。

(イ) 市民から市民への大量の情報流通をサポートする業者が、そのサービスの利用者が同サービスを利用して著作権を侵害するなど違法な内容の情報を送信することを阻止する義務を負うためには、その事業者が自ら管理する情報送信サービスにおいて第三者の権利を侵害する情報が送信されていることを具体的に知っていること、並びに送信される情報が第三者の権利を侵害するものであること、侵害行為の態様が極めて悪質であること及び被害の程度が甚大であることが一見して明白であることが必要である。

ところが、被告エム・エム・オーは、本件サービスにおいて送信される楽曲を具体的には認識していない。また、原告は、具体的にどの電子ファイルが原告の著作権を侵害するのかを指摘しないし、これを示す資料を何ら提供しないのであるから、被告エム・エム・オーが原告の著作権を侵害する疑いのある情報の送信が行われていることを具体的に知っていたとしても、それが原告の権利を侵害するものであることが一見して明らかという訳ではない。したがって、被告エム・エム・オーは、本件サービスにおいて、本件各管理著作物を複製した電子ファイルの送受信を阻止する義務を負わないというべきである。

(2) 被告Aの損害賠償責任

上記(1)で主張したように、被告エム・エム・オーの損害賠償責任が認められないのであるから、被告Aの損害賠償責任も認められない。

また、仮に被告エム・エム・オーの損害賠償責任が認められたとしても、以下の理由により、被告Aの損害賠償責任は認められない。

すなわち、有限会社の取締役は、事業の運営に当たり不可避免的に相当程度の不確定要素を含む判断を迫られるのであり、経営上の判断が結果的に適切でなかったとしても、それが事業の特質、判断時の状況等の事情を考慮して、当初から会社に損害を生ずることが明白である場合又はそれと同視すべき重大な判断の誤りがある場合は格別、与えられた経営上の裁量権の範囲内であれば取締役としての任務を懈怠したことはないというべきところ、被告Aは、著作権制度審議会の議事要旨やまとめ、プロバイダ責任法の法律案が起草された経緯、公衆送信権についての研究者等による解説、過去の裁判例を踏まえた上で、弁護士のアドバイスのもと、ノーティス・アンド・テイクダウン手続によって違法な電子ファイルの送信を事後的に阻止すれば、その送信を事前に阻止できなくても被告エム・エム・オーが損害賠償責任を負うことはないと判断したのであるから、仮に、本件サービスの提供により被告エム・エム・オーに損害賠償責任が認められたとしても、被告Aには、そのことにつき重大な過失は認められない。

第3 当裁判所の判断

1 争点(1) (被告エム・エム・オーは、原告の有する著作権を侵害しているか) について

前記前提となる事実で判示したように、本件サービスの利用者は、被告エム・エム・オーの提供する本件サービスを利用して、MP3形式によって複製され、かつ、送受信可能な状態にされた電子ファイルの存在及び内容等を示すファイル情報を受信者に送信するなどしているが、本件サービスを運営する被告エム・エム・オーの行為が、原告の有する自動公衆送信権及び送信可能化権を侵害するといえるか否かについて判断する。

(1) 利用者の行為と著作権侵害の成否

まず、判断の前提として、送信者が行う複製行為、自動公衆送信行為及び送信可能化行為が、それぞれ、複製権侵害、自動公衆送信権侵害、送信可能化権侵害を構成するかについて検討する。

ア 送信者の行う複製行為と複製権侵害の成否

(ア) 音楽の著作物を演奏し、その演奏を録音した音楽CDは当該音楽の著作物の複製物である(法2条1項15号、同13号)。また、音楽CDをMP3形式へ変換する行為は、聴覚上の音質の劣化を抑えつつ、デジタル信号のデータ量を圧縮するものであり、変換された音楽CDと変換したMP3形式の間には、内容において実質的な同一性が認められるから、レコードの複製行為といえることができる。したがって、音楽CDをMP3形式で複製することは、同音楽CDに複製された音楽の著作物の複製行為である。

(イ) 法30条1項は、著作物は、個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用すること(私的使用)を目的とするときは、使用する者が複製することができる旨を規定している。また、法49条1項1号は、法30条1項に定める目的以外の目的のために、当該レコードに係る音楽の著作物を公衆に提示した者は複製を行った者とみなす旨を規定している。

そうすると、①利用者が、当初から公衆に送信する目的で、音楽CDをMP3形式のファイルへ変換した場合には、法30条1項の規定の解釈から当然に、また、②当初は、私的使用目的で複製した場合であっても、公衆が当該MP3ファイルを受信して音楽を再生できるような状態にした場合には、当該複製物により当該著作物を公衆に提示したものとして、法49条1項1号の規定により、複製権侵害を構成する。

以上のとおり、本件サービスの利用者が、本件各管理著作物の著作権を有する原告の許諾を得ることなく、本件各MP3ファイルをパソコンの共有フォルダに蔵置して同パソコンを被告サーバに接続すれば、複製をした時点での目的の如何に関わりなく、本件各管理著作物について著作権侵害(複製権侵害又はそのみなし侵害のいずれか)を構成する。

イ 送信者の行う自動公衆送信行為及び送信可能化行為と自動公衆送信権侵害及び送信可能化権侵害の成否

(ア) 前記前提となる事実のとおり、本件サービスは、ユーザーID及びパスワードを登録すれば誰でも利用できるものであり、既に4万人以上の者が登録し、平均して同時に約340人もの利用者が被告サーバに接続して電子ファイルの交換を行っている。そして、送信者が、電子ファイルをパソコンの共有フォルダに蔵置して、本件クライアントソフトを起動して被告サーバに接続すると、送信者のパソコンは、被告サーバにパソコンを接続させている受信者からの求めに応じ、自

動的に上記電子ファイルを送信し得る状態となる。

したがって、電子ファイルを共有フォルダに蔵置したまま被告サーバに接続して上記状態に至った送信者のパソコンは、被告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5イ）に当たるといえることができ、また、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、当該電子ファイルの送信可能化（同号ロ）がされたものと解することができる。

さらに、上記電子ファイルが受信側パソコンに送信された時点で同電子ファイルの自動公衆送信がされたものと解することができる。

なお、本件各MP3ファイルは、その内容において、本件各管理著作物と実質的に同一であるから、本件各MP3ファイルを送信可能化及び自動公衆送信することは本件各管理著作物を送信可能化及び自動公衆送信することに当たる。

(イ) 以上によれば、本件サービスの利用者が、本件各管理著作物の著作権の管理者である原告の許諾を得ることなく、本件各MP3ファイルをパソコンの共有フォルダに蔵置して被告サーバに接続すれば、本件各管理著作物について、著作権侵害（自動公衆送信権侵害及び送信可能化権侵害）を構成する（法23条1項）。

ウ まとめ

利用者が、本件各管理著作物を複製し、送信可能化をし、又は自動公衆送信するに当たり、原告がこれを許諾した事実がないことは明らかであるから、本件サービスの利用者の前記各行為は、著作権侵害（複製権侵害、自動公衆送信権侵害及び送信可能化権侵害）を構成する。

(2) 被告エム・エム・オーの本件サービス提供行為と著作権侵害（自動公衆送信権及び送信可能化権侵害）の成否

ア 以上認定したとおり、送信者は、本件各MP3ファイルをパソコンの共有フォルダに蔵置し、かつ、その状態で被告サーバにパソコンを接続させているのであり、送信者の上記行為は、原告の有する送信可能化権を侵害し、さらに、受信者が送信側パソコンの共有フォルダに蔵置された本件各MP3ファイルを受信すれば、自動公衆送信権を侵害する。

しかし、被告エム・エム・オー自らは、本件各MP3ファイルをパソコンに蔵置し、その状態でパソコンを被告サーバに接続するという物理的行為をしているわけではない。

そこで、被告エム・エム・オーが、原告の有する送信可能化権及び自動公衆送信権を侵害していると解すべきかを考察することとする。被告エム・エム・オーが、送信可能化権及び自動公衆送信権を侵害しているか否かについては、①被告エム・エム・オーの行為の内容・性質、②利用者のする送信可能化状態に対する被告エム・エム・オーの管理・支配の程度、③被告エム・エム・オーの行為によって受ける同被告の利益の状況等を総合斟酌して判断すべきである。

イ 本件サービスの内容・性質

(ア) 前記前提となる事実及び弁論の全趣旨によれば、以下のとおりの事実が認められる。すなわち、

a 被告サーバは、①被告サーバに接続している利用者のパソコンの共有フォルダ内の電子ファイルに関するファイル情報を取得し、②それらを一つのデータベースとして統合して管理し、③受信者の検索リクエストに応じた形式に加工した上、④これを、同時に被告サーバに接続されている他の利用者に対して提供し、⑤他の利用者が本件クライアントソフトにより、好みの電子ファイルを検索・選択し、画面に表示されたダウンロードボタンをクリックするだけで（送信者のIPアドレスを知る必要もないまま）当該電子ファイルの送信を受けることができるようにしている。このように、ファイル情報の取得等に関するサービスの提供及び電子ファイルをダウンロードする機会の提供その他一切のサービスを、被告エム・エム・オー自らが、直接的かつ主体的に行っている。利用者は、被告エム・エム・オーのこれらの行為によってはじめてパソコンの共有フォルダ内に蔵置した電子ファイルを他の利用者へ送信することができる。

b 本件サービスを利用すれば、市販のレコードとほぼ同一の内容のMP3ファイルを無料で、しかも容易に取得できること、音楽データをMP3形式に変換しても、音質はあまり低下しないことから、市販のレコードを安価に取得したいと希望する者にとって、本件サービスは極めて魅力的である。他方、現時点においては、利用者自らが著作した音楽等のMP3ファイルを不特定多数の者に無料で提供したり、他の不特定の者が著作した音楽等のMP3ファイルを取得したいと希

望する者は、市販のレコードをMP3形式で複製した電子ファイルを提供し、又は取得したいと希望する者に比して、かなり少ないものと推測される。仮に、そのよ
うな音楽等の電子ファイルの取得を希望する者がいたとしても、本件サービスにお
ける検索機能は、希望する作品の所在を正確に確認するには不十分であり（本件サ
ービスにおける検索機能は、受信者が受信しようとする音楽が特定されていること
前提としているが、市販されているレコードに収録されていない音楽を受信しよ
うとする者はその音楽の実演家、楽曲名等を具体的に把握していないことが多いもの
と推測され、このように実演家及び楽曲名を把握していない音楽を検索するには、
本件サービスの検索機能は機能しない。）、結局、本件サービスはそのような作品
の電子ファイルを交換するためには有効に機能しないものと解される。

c 実際にも、前記前提となる事実のとおり、被告サーバが送信の対
象としているMP3ファイルの約96.7パーセントが、市販のレコードを複製したMP3フ
ァイルのほとんどすべてのものであり、その送信可能化及び自動公衆送信につ
いて著作権者の許諾を得ていないものであり、本件サービスにおいて送受信され
るMP3ファイルのほとんどが違法な複製に係るものであることが明らかである。被告
エム・オーは、本件サービスの開始当時から上記事態に至ることを十分予想して
いたものと認められる（この点、前記前提となる事実のとおり、被告エム・オー
は、本件サービスの利用規約において、著作権を侵害する電子ファイルの送信可
能化行為を禁止しているが、本件サービスを利用する者の身元確認をしていないの
であるから、同規約の実効性が低く、本件全証拠によっても、他に、著作権侵害
を防ぐに足る措置を講じていると認めることはできない。）。

d したがって、本件サービスは、MP3ファイルの交換に関する部分
については、市販のレコードを複製したMP3ファイルを交換させる機会を与える
ため、利用者に提供されたサービスであるということが出来る。

(イ) 以上のとおり、本件サービスは、MP3ファイルの交換に係る部分
については、利用者をして、市販のレコードを複製したMP3ファイルを自動公衆
送信及び送信可能化させるためのサービスという性質を有する。

(ウ) この点について、被告らは、本件サービスは、MP3ファイルの交
換に関する部分とそれ以外の電子ファイルの交換に関する部分とが峻別されてい
るわけではないから、本件サービスの中からMP3ファイルの交換に関する分野を取
り出して、この分野について違法な利用がされている割合が高いとして、本件サ
ービス全体の性質を判断することは相当でない旨主張する。しかし、本件で問題
としており、前記でその性質を判断したのは、本件サービス中のMP3ファイルの交
換に関する部分であること、音楽をMP3形式で圧縮することによるインターネット
上での流通の増大の可能性及びインターネット上におけるMP3形式で圧縮され
た音楽の流通の現状を考慮すると、送受信の対象となる電子ファイルがMP3フ
ァイルである場合、他の電子ファイルの場合に比して音楽についての著作権侵害
の発生可能性が格段に高くなるものと推測されることに照らすならば、本件サ
ービスのうち、MP3ファイルの交換に関する部分についての性質を判断すること
には合理性があるというべきであるから、この点の被告らの主張は失当である。

ウ 管理性等

(ア) 前記前提となる事実及び弁論の全趣旨によれば、以下のとおりの事
実が認められる。すなわち、

a 利用者が本件サービスを利用して、電子ファイルを自動公衆送信す
るには、被告サイトから本件クライアントソフトをダウンロードして、これを自己
のパソコンにインストールすることが必要不可欠である。

b 利用者は、パソコンを被告サーバに接続させることが必要不可欠で
あるが、この接続は、通常、本件クライアントソフトを起動することにより行う。

c 自動公衆送信の相手方も、パソコンに本件クライアントソフトをイ
ンストールし、そのパソコンを被告サーバに接続することが必要不可欠である。

d 本件サービスにおいては、受信者は希望する電子ファイルを検索し
て、その電子ファイルの蔵置されているパソコンの所在及び内容を確認できるよう
になっており、この検索機能がなければ、受信者が、本件サービスを利用して電
子ファイルを受信することは事実上不可能である。送信者が本件サービスにお
いて電子ファイルを自動公衆送信するのは、このような検索により、受信する者
が存在することが前提となる。したがって、本件サービスにおける自動公衆送
信及び送信可能化にとって、本件サービスにおける上記検索機能は必要不可欠
である。なお、本

件サービスにおいて送受信されているMP3ファイルのほとんどは市販のレコードを複製したものであること、本件サービスにおける電子ファイルの検索は、楽曲名及び歌手名による検索であることに照らすと、受信者が、市販されている特定のレコードを複製した電子ファイルを受信しようとする場合には、本件サービスにおけるこのような検索機能が必要不可欠といえる。

e 本件サービスにおいては、受信者に受信しようとする電子ファイルの検索を可能とさせるために、送信者に共有フォルダに蔵置する電子ファイルにファイル名を付させている。そして、送信者は、被告エム・エム・オーの設定したルールに則り、自己のパソコンの共有フォルダに蔵置する電子ファイルにファイル名を付している。

f 本件サービスにおいては、受信者は、希望する電子ファイルの所在を確認した場合、本件クライアントソフトの画面上の簡単な操作によって、希望する電子ファイルを受信することができるようになっており（その際、受信者は、送信者のIPアドレス及びポート番号を認識する必要はない。）、受信者のための利便性、環境整備が図られている。

g 被告エム・エム・オーは、本件サービスの利用方法について、自己の開設したウェブサイト上で説明をし、ほとんどの利用者が同説明を参考にして、本件サービスを利用している。

(イ) 上記認定した事実を基礎にすると、利用者の電子ファイルの送信可能化行為（パソコンの共有フォルダに電子ファイルを置いた状態で、同パソコンを被告サーバに接続すること）及び自動公衆送信（本件サービスにおいて電子ファイルを送信すること）は、被告エム・エム・オーの管理の下に行われているというべきである。

(ウ) この点について、被告らは、利用者による送信可能化及び自動公衆送信を、著作権法上の規律の観点から、被告エム・エム・オーが管理しているというためには、被告エム・エム・オーが自動公衆送信及び送信可能化の対象を決定していることが必要であるが、本件サービスにおいて、パソコンの共有フォルダに蔵置する電子ファイルを選択、決定しているのは各利用者であって、被告エム・エム・オーではないから、被告エム・エム・オーに管理性は認められない旨主張する。

しかし、送信の対象となる電子ファイルを選択するのが、専ら利用者であったとしても、前記認定した諸事実を総合すれば、利用者の自動公衆送信行為及び送信可能化行為が被告エム・エム・オーの管理の下にされているとの認定、判断を左右するものではなく、この点の被告らの主張は失当である。

エ 被告エム・エム・オーの利益

(ア) a 証拠（甲9）及び弁論の全趣旨によれば、本件サービスにおいて、本件サービスを利用してMP3ファイルを受信しようとする者から受信の対価を徴収するシステムを採用していないが、被告エム・エム・オーは、将来、本件サービスを利用してMP3ファイルを受信した者から受信の対価を徴収するシステムに変更することを予定していることが認められる。

そして、このように本件サービスを将来有料化することを予定している場合は、現時点でのサービスの質を高め、顧客の本件サービスに対する満足度を高めることが重要であり、そのためには、現時点において、本件サービスを利用して入手できる音楽情報の曲目数をより多くすること、すなわち、本件サービスにおいて送信可能化されるMP3ファイル数をより多くすることが必須である。

このような観点からすれば、被告エム・エム・オーが、本件サービスにおいて、より多くの送信者に被告サーバに接続させて、より多くのMP3ファイルの送信可能化行為をさせることは、本件サービスを将来有料化したときの顧客数の増加につながり、被告エム・エム・オーの利益に資するものといえる。

b インターネット上にウェブサイトを開設した場合、同ウェブサイト上に接続する者の人数が増えれば、同ウェブサイトの開設者は同ウェブサイト上に広告を載せること等により収入を得ることができ、ウェブサイト上の広告掲載への需要は、当該ウェブサイトへの接続数と相関関係があり、接続数が多くなれば、広告掲載の需要が高まり、広告収入等も多くなる。

さらに、本件サービスにおいて、被告サーバに接続したパソコンに情報を送信するなどの方法により広告をすることもでき、そのような方法を使った場合には、被告サーバへの接続数と同サーバを利用した広告の需要との間に相関関係が認められる。

c ところで、前記前提となる事実で認定したように、本件サービスの登録者数は4万2000人であり、被告サーバに同時接続している利用者数は平均約340人、そのMP3ファイル数は平均約8万であるところ、本件サービスの運営を継続すれば、上記人数は、将来さらに増加することも予想され、本件サービスは広告媒体としての価値を十分有する。

(イ) そうすると、利用者に被告サーバに接続させてMP3ファイルの送信可能化行為をさせること、及び同MP3ファイルを他の利用者に送信させることは、被告エム・エム・オーの営業上の利益を増大させる行為と評価することができる。

(ウ) この点について、被告らは、本件サービスにおいて送信可能化される著作物の権利者から許諾を得られるまでは、本件サービスを有料化しないこと、被告サイトへの広告掲載による広告料収入はあてにしていないこと等、本件サービスによって利益を得る目的を有していないことを縷々主張し、乙第8号証にはこれに沿う内容の陳述がある。しかし、被告エム・エム・オーは、営利行為をすることを目的として設立されたものであって、本件サービス以外の活動はしていない（弁論の全趣旨）。したがって、被告らの主張するように、本件サービスにより利益を得る目的を有していないということは考え難い。なお、被告Aは、本件サービスの提供によって培ったP2P技術を活かして、企業向けサービスを開発し、販売していくという構想を有していた旨供述する（乙8）が、このような形の収益の可能性は不明であり、このように収益の目処を具体的に立てずに起業することは考えられないこと、被告Aは、雑誌のインタビューにおいて、本件サービスを将来有料化することを考えている旨発言していること（甲9）から、同供述は措信できない。

また、被告らは、利用者が被告サイトを閲覧するのは、本件クライアントソフトをダウンロードするときの1回だけであるから、被告サイトは広告媒体としての価値を有さない旨主張する。しかし、前記のとおり、被告サイトには、本件サービスの利用方法についての説明も掲載されており、利用者は、本件クライアントソフトをダウンロードするときに限らず、本件サービスの利用方法についての疑問を解消する目的で被告サイトを閲覧することもあるものと推測され、また、被告サイトを閲覧させるという方法によらずに、利用者が被告サーバへパソコンを接続した際に同パソコンに広告の情報を送信するなどの方法により広告を行うことも可能であると解される。したがって、本件サービスが広告媒体としての価値を有しないということとはできない。被告らの上記主張は理由がない。

オ 小括

以上のとおり、本件サービスは、MP3ファイルの交換に係る分野については、利用者をして、市販のレコードを複製したMP3ファイルを自動公衆送信及び送信可能化させるためのサービスという性質を有すること、本件サービスにおいて、送信者がMP3ファイル（本件各MP3ファイルを含む。）の自動公衆送信及び送信可能化を行うことは被告エム・エム・オーの管理の下に行われていること、被告エム・エム・オーも自己の営業上の利益を図って、送信者に上記行為をさせていたことから、被告エム・エム・オーは、本件各管理著作物の自動公衆送信及び送信可能化を行っているものと評価することができ、原告の有する自動公衆送信権及び送信可能化権の侵害の主体であると解するのが相当である。

なお、この点について、被告らは、被告エム・エム・オーは自動公衆送信権及び送信可能化権侵害の主体でないこと理由を縷々主張するが、同主張は、前記判示したところに照らして、いずれも理由がない。

2 争点(3) (被告らの損害賠償責任の有無) について

(1) 被告エム・エム・オーの損害賠償責任の有無

ア 事実認定

前記前提となる事実、証拠（甲6、9、10、14、15）並びに弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められ、これに反する証拠はない。

(ア) 被告エム・エム・オーは、本件サービスの運営を開始するに際して、本件サービスの運営開始前にも、本件サービスと同様の仕組みのファイル交換サービスが運営されていること、このファイル交換サービスでは、市販されているレコードに収録されている音楽をMP3形式により複製したファイルが、その著作権者及び著作隣接権者の許可を得ずに、大量に交換されていたこと、上記ファイル交換サービスは社会問題となっていたことを十分に認識していた。

(イ) 送信者が自己のパソコンの共有フォルダ内に電子ファイルを蔵置した状態で、同パソコンを被告サーバに接続させることにより、当該電子ファイルの

送信可能化行為が行われ、被告サーバは、これに接続したパソコンの共有フォルダ内のファイル名、フォルダ名についての情報を受信するのであるから、被告エム・エム・オーは、現に送信可能化され、自動公衆送信される可能性のあるMP3ファイルのファイル名及びフォルダ名を認識することができる。

(ウ) 被告サーバに送信されたファイル名又はフォルダ名の多くは、市販のレコードに収録されている音楽の楽曲名及び歌手名を示す文字列が表記されている(その表記方法は問わない。)が、このようにファイル名等に市販のレコードに収録されている音楽の楽曲名及び歌手名を示す文字列が表記されたMP3ファイルは、当該音楽の複製物であると考えるのが常識的である。

(エ) 被告エム・エム・オーは、被告サーバに送信された「mp3」の拡張子が付いたファイル情報の中から市販のレコードに収録されている音楽の楽曲名及び歌手名を示す文字列が表記されているファイル名、フォルダ名を検索することによって、本件サービスにおいて、市販のレコードに収録されている音楽を複製したMP3ファイルを対象として送信可能化がされていることを容易に認識できたはずである(なお、上記MP3ファイルを共有フォルダに蔵置した送信者が送信可能化についての著作権者及び著作隣接権者の許諾を得ていないことも十分予見できたものと認められる。)

イ 過失の有無に関する判断

(ア) 以上認定した事実によれば、被告エム・エム・オーは、遅くとも、本件サービスの運営を開始した直後には、本件サービスによって、他人の音楽著作物についての送信可能化権及び自動公衆送信権が侵害されていることを認識した。

そうすると、被告エム・エム・オーは、本件サービスの運営を行う際に、このような著作権侵害が行われることを防止するための適切、有効な措置を講じる義務があったというべきである。しかるに、被告エム・エム・オーは、著作権侵害を防止するための何らの有効な措置を採らず、漫然と本件サービスを運営し、原告の有する送信可能化権及び自動公衆送信権を侵害したのであるから、同被告には、この点で過失がある。したがって、被告エム・エム・オーが本件サービスを提供する行為は不法行為を構成し、被告エム・エム・オーは、原告が本件サービスの運営によって被った損害を賠償する責任があるというべきである。

(イ) この点について、被告らは、①本件サービスにおいては、利用者は、パソコンの画面上で、著作権等を侵害する電子ファイルを送信可能な状態としないことなどを内容とする利用規約に同意する旨のボタンをクリックしない限り、本件クライアントソフトをダウンロードすることができない仕組みとされていることと、②被告エム・エム・オーの利用規約によれば、著作権等の権利を侵害する電子ファイルを送信可能化することを禁止すること、送信可能な状態に置かれた電子ファイルにより権利が侵害されたと主張する者から、当該ファイル公開の停止(共有の解消)を求められたときは、利用者は「ノーティス・アンド・テイクダウン手続規約」に従うべきとされていることから、被告エム・エム・オーの注意義務は尽くされている旨主張する。

しかし、本件サービスにおいては、利用者の戸籍上の名称や住民票の住所等、本人確認のための情報の入力には要求されておらず、被告エム・エム・オーが講じたこのような措置は、著作権侵害行為を防止するために十分な措置であるといふことは到底できず、この点の被告らの主張は採用できない(実際にも、本件サービスにおいて送信可能化されたMP3ファイルのうちの96.7パーセントは市販のレコードを複製したものであり、被告エム・エム・オーの講じた上記措置が全く実効性のないものであったことが明らかである。)

ウ プロバイダ責任法との関係

被告らは、被告エム・エム・オーは、プロバイダ責任法所定の特定電気通信役務提供者に該当し、同被告が損害賠償責任を負うためには、プロバイダ責任法3条1項所定の各要件を充足する必要がある旨主張するのでこの点について検討する。

プロバイダ責任法3条1項は、特定電気通信による情報の流通により他人の権利が侵害されたときにおける当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者の損害賠償責任を制限する旨、また、同条項ただし書きは、当該特定電気通信役務提供者が当該権利を侵害した情報の発信者である場合には、同条項の適用が排除される旨、さらに、同法2条4号は、「発信者」とは「特定電気通信役務提供者の用いる特定電気通信設備の記録媒体に情報を

記録した者」又は「当該特定電気通信設備の送信装置に情報を入力した者」である旨、それぞれ規定する。

そこで、被告エム・エム・オーが、同法2条4号所定の「発信者」に当たるか否かを検討する。

前記のとおり、著作権法の関係では、被告サーバは、電子ファイルを共有フォルダに蔵置した状態の送信者のパソコンと一体となって、著作権法2条1項9号の5号所定の「公衆送信用記録媒体に情報の記録された自動公衆送信装置」に該当し、また、送信者のパソコンの共有フォルダに蔵置された電子ファイルの送信可能化及び自動公衆送信を行った主体は、被告エム・エム・オーである。そして、プロバイダ責任法の関係でも、前記認定した事情に照らすならば、同法2条4号の「記録媒体」に当たるものは、電子ファイルを共有フォルダに蔵置した状態の送信者のパソコンと一体となった被告サーバであると解すべきであり、また、上記「記録媒体」に電子ファイルを蔵置した主体に該当する者は、被告エム・エム・オーであると解すべきである（なお、確かに、被告サーバに接続していない状態の送信者のパソコンに電子ファイルを蔵置した主体は、被告エム・エム・オーではなく、当該送信者自身であると解すべきであるが、上記パソコンを被告サーバに接続し、送信者のパソコンと被告サーバが一体となった段階においては、これに蔵置されている電子ファイルのその蔵置の主体は被告エム・エム・オーであると解するのが相当である。）。したがって、被告エム・エム・オーはプロバイダ責任法2条4号の「記録媒体に情報を記録した者」に当たると解すべきである。

そうすると、被告エム・エム・オーは同法2条4号所定の「発信者」に該当するから、プロバイダ責任法が施行前の行為についても適用されるか否かの判断はさておき、被告エム・エム・オーの行為について、プロバイダ責任法3条1項本文により、その責任を制限することはできないというべきである。

(2) 被告Aの損害賠償責任の有無

前記前提となる事実で判示したように、被告エム・エム・オーは有限会社であり、被告Aは、その取締役の地位にあるところ、弁論の全趣旨によれば、被告エム・エム・オーは、被告Aの個人会社であり、被告エム・エム・オーの活動は被告Aの活動と同視できるものと認められるから、本件サービスの提供は被告Aの行為であると解して差し支えない。そして、前記(1)で判示したのと同様の理由により、本件サービスの運営により原告の送信可能化権及び自動公衆送信権を侵害したことについて、被告Aに過失が認められ、したがって、被告Aには不法行為が成立し（民法709条）、同被告は、原告が上記侵害によって被った損害を賠償する責任があるというべきである。

そして、被告らの上記不法行為は、共同不法行為となり、被告らの上記損害賠償債務は不真正連帯債務となる。

3 結語

以上より、本件サービスにおいて、パソコンの共有フォルダ内に本件各MP3ファイルを蔵置した状態で、被告サーバに同パソコンを接続させる行為は、本件各管理著作物について原告の有する送信可能化権及び自動公衆送信権の侵害行為に当たり、被告エム・エム・オーは、同侵害行為の主体であると認められる。また、被告らは、上記侵害行為により原告に生じた損害を連帯して賠償すべき義務がある。

そして、本件においては、被告エム・エム・オーに対する差止請求の範囲及び原告の被った損害の額等について、更に審理をする必要がある。

よって、主文のとおり中間判決する。

東京地方裁判所民事第29部

裁判長裁判官 飯 村 敏 明

裁判官 榎 戸 道 也

裁判官 佐 野 信

