



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ファイル共有ソフトの開発提供と著作権侵害罪の幫助犯の成否 : Winny事件
Author(s)	藤本, 孝之
Citation	知的財産法政策学研究, 26, 167-219
Issue Date	2010-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43628
Type	departmental bulletin paper
File Information	26_167-219.pdf



特集：著作権の間接侵害

ファイル共有ソフトの開発提供と 著作権侵害罪の幫助犯の成否 —Winny 事件—

京都地判平成18年12月13日判タ1229号105頁¹

大阪高判平成21年10月8日平成19年(う)第461号

藤 本 孝 之

¹ 本件に関する評釈等として、岡村久道「Winny 開発者事件控訴審判決が残したも
の—大阪高判平成21・10・8」NBL916号(2009年)1頁、近藤剛史「判批」小松陽一
郎先生還暦記念論文集『最新判例知財法』(青林書院・2008年)776頁、十河太郎「判
批」ジュリスト1354号(2008年)173頁、小野上真也「判批」法律時報80巻1号(2008
年)114頁、渡邊卓也「判批」法学教室判例セレクト2007(2007年)29頁、豊田兼彦
「判批」法学セミナー629号(2007年)124頁、岡村久道「判批」NBL848号(2007年)41
頁、岡邦俊「判批」JCA ジャーナル54巻2号(2007年)52頁、園田寿「Winny の開発・
提供に関する刑法的考察」刑事法ジャーナル8号(2007年)54頁、清水晴生「経済犯
罪に係る共犯判例三題(著作権法違反幫助、ほ脱犯の証拠隠滅教唆、競売入札妨害
の公訴時効—中立的行為による不作為関与・間接教唆・状態犯の結果と効果—)」
白鷗大学法科大学院紀要創刊号(2007年)233頁、小倉秀夫「高度の匿名性を謳った
情報発信ツールを公衆に提供した者の幫助責任」ジュリスト1335号(2007年)88頁、
岡西賢治「著作権侵害行為に対する刑事制裁の限界」法学紀要48巻(2007年)171頁、
大友信秀「著作権侵害行為の幫助的行為と刑罰規定(その1)—いわゆる Winny 事
件を契機として—」知財管理56巻7号(2006年)971頁、同「著作権侵害行為の幫助
的行為と刑罰規定(その2・完)—いわゆる Winny 事件を契機として—」知財管理
56巻8号(2006年)1119頁、石井徹哉「Winny 事件における刑法上の論点」千葉大学
法学論集19巻4号(2005年)146頁、東雪見「『Winny』を開発し、提供した行為に対
する著作権侵害罪の成否について」成蹊法学62号(2005年)89頁、佐久間修「Winny 事
件に見る著作権侵害と幫助罪」ビジネス法務2004年9月号65頁、小川憲久「技術的
中立性とP2Pソフト製作者の責任」L&T25号(2004年)143頁、岡邦俊「ファイル交
換ソフトWinnyの開発と著作権法違反幫助の罪の成否」JCA ジャーナル51巻6号
(2004年)42頁などがある。

第1 事案

本件は、ファイル共有ソフトである Winny2 を、甲及び乙が公衆送信権(23条1項)侵害に利用したので、これを開発し、提供した被告人が同罪の幫助犯に問われた事件である。

本件の被告人は、プライベートでコンピューターソフトを作り、自己が開設した「Kono's Software Page」上で公開していた。そして、被告人は2ちゃんねるに、「2ch ネラー向きのファイル共有ソフトつーの作ってみるわ。」と書き込みをなし、ファイル共有ソフト Winny を開発し、「Winny Web Site」と称する別のホームページ上で提供した。同ホームページは、匿名であって、「これらのソフトにより違法なファイルをやり取りしないようお願いします」などの注意書きが付記されていた。

当時、ファイル共有ソフトは、インターネットや雑誌等において、著作権侵害に相当程度利用されている旨の情報が流れ、Winny に関して、逮捕されるような刑事事件となるかどうかの観点から安全である旨の情報が多数流れるようになっていった。

このような状況において、被告人は姉に対して、「何やったらまずいかは良く把握してる…作るだけならぜんぜん問題ないんだけど作者が悪用できることを明らかに宣伝するとまずいはず。その辺はぬかりないはず。…悪貨は良貨を駆逐するってのはいつの時代でもそうで悪用できるようなソフトは特に宣伝しないでも簡単に広まるね。」「Winny の方はこちらの想定以上に大事になってます…ソフトを作っているだけなので警察沙汰にはならないと思います。…ソフト作者が逮捕された例としては…ありませんが、これは作者が他画像へのリンクを張っていたためでした。とりあえず、技術とそれを何に使うかは別で、大規模なファイル共有技術というのはいろいろ応用が効くし、次世代コンピューティングで基盤となる重要な技術なので、この辺のノウハウを握っているのは何かと重要だと思ってます。」などのメールを送っている。

その後、被告人は、2ちゃんねるにおいて「暇つぶしに現 WinnyBBS と別の大規模向け分散 BBS へのチャレンジやってみます」と書き込みをなし、Winny2 を開発し、これを「Winny2 Web Site」と称したホームページ上で同じように提供した。

このように被告人は Winny 及び Winny2 を開発し、提供するに至っているが、その経緯について、同ホームページ上で「Winny の将来展望について」と題し、「私がファイル共有ソフトに興味を持ったのは…どうやったらコンテンツ作成者側にちゃんとお金が集まるのか?ということに、もともと興味があったからです。…従来のパッケージベースのデジタルコンテンツビジネスモデルはすでに時代遅れであって、…ユーザー間の自由な情報のやりとりを保護する技術の方が最終的に勝利してしまう…Freenet 的な P2P 技術が…インターネットの世界では排除不可能と考えています…その事実が認知されていけば必ず自然に別のビジネスモデルが立ち上がってデジタルコンテンツ流通のパラダイムシフトが起こるだろうと考えていました。…コピーフリーでも成り立つコンテンツへの課金システムという方面で何か新しい流れがでるだろうと期待して待っている…P2P 技術そのものを悪と決め付けて排除しようとする最終的にインターネット技術そのものの排除につながる」などと述べている。

第2 判旨

一 原判決

まず、裁判所は、「被告人が開発、公開した Winny2 が甲及び乙の各実行行為における手段を提供して有形的に容易ならしめたほか、Winny の機能として匿名性があることで精神的にも容易ならしめたという客観的側面は明らかに認められる。」と判示した。

もっとも、裁判所は、Winny に関して「それ自体はセンターサーバを必要としない P2P 技術の一つとしてさまざまな分野に応用可能で有意義なものであって、被告人がいかなる目的の下に開発したかにかかわらず、技術それ自体は価値中立的であること、さらに、価値中立的な技術を提供すること一般が犯罪行為となりかねないような、無限定な幫助犯の成立範囲の拡大も妥当でない。」とし、「結局、そのような技術を実際に外部へ提供する場合、外部への提供行為自体が幫助行為として違法性を有するかどうかは、その技術の社会における現実の利用状況やそれに対する認識、さらに提供する際の主観的態様如何によると解するべき」と判示した。

そして、具体的なあてはめについて裁判所は、ファイル共有ソフトによ

って著作権侵害が生じているコンテンツのうち、音楽ファイルで92パーセント、映像ファイルで94パーセント、ソフトウェアで87パーセントという利用実態調査を採用した上で、「インターネット上においてWinny等のファイル共有ソフトを利用してやりとりがなされるファイルのうちかなりの部分が著作権の対象となるもので、Winnyを含むファイル共有ソフトが著作権を侵害する態様で広く利用されており、Winnyが社会においても著作権侵害をしても安全なソフトとして取りざたされ、効率もよく便利な機能が備わっていたこともあって広く利用されていたという現実の利用状況」があったと判断した。

また、裁判所は『Winnyの将来展望について』として述べた内容、被告人が姉との間で送受信したメールの内容、特に問題のないソフトウェアを公開していた『Kono's Software Page』とは異なる匿名のサイトでWinnyを公開していた等からすれば「注意書きや無視フィルタ機構があることを考慮しても「Winnyが一般の人に広がることを重視し、ファイル共有ソフトが、インターネット上において著作権を侵害する態様で広く利用されている現状をインターネットや雑誌等を介して十分認識しながらこれを認容し、そうした利用が広がることで既存のビジネスモデルとは異なるビジネスモデルが生まれることを期待しつつ、ファイル共有ソフトであるWinnyを開発、公開しており、これを公然と行えることでもないとの意識も有していた」と被告人の主観的態様を認定した。もっとも、「Winnyによって著作権侵害がインターネット上にまん延すること自体を積極的に企図したとまでは認められない」とし、被告人がWinnyを開発し、公開したのは、「コンピュータソフトのプログラマーとして、Freenetの匿名性に関する技術に興味を持ったことから、匿名性と効率性を兼ね備えた新しいファイル共有ソフトのアイデアが実際に稼働するかの技術的な検証が目的」であり、「Winny2についてはP2P型大規模BBSの実現を目的」としていたことも認定しているが、既に認定した主観的態様とは両立すると判断している。

結論として、裁判所は、被告人が「Winnyの現実の利用状況等を認識し、新しいビジネスモデルが生まれることも期待して、Winnyが上記のような態様で利用されることを認容しながら、Winny2.0β6.47及びWinny2.0β6.6を自己の開設したホームページ上に公開し、不特定多数の者が入手できるようにしたことが認められ、これによってWinny2.0β6.47を用いて甲

が、Winny2.0β6.6を用いて乙が、それぞれWinnyが匿名性に優れたファイル共有ソフトであると認識したことを一つの契機としつつ、公衆送信権侵害の各実行行為に及んだことが認められるのであるから、被告人がそれらのソフトを公開して不特定多数の者が入手できるように提供した行為は、幫助犯を構成する」として、被告人に罰金150万円を科した²。

これを不服として、被告人は控訴。なお、検察側も量刑不当として控訴。

二 本判決

本判決はWinnyのソフトについて「匿名性機能は、通信の秘密を守る技術として必要にして重要な技術であり」、また、「ダウンロード枠増加機能、クラスタ化機能、被参照量閲覧機能、多重ダウンロード機能も、いずれも、ファイルの検索や転送の効率化を図るとともにネットワークへの負荷を軽減させる機能、技術であり」、したがって、「Winnyのファイル共有機能は、P2P通信において、匿名性と送受信の効率化、ネットワークの負荷の低減を図った技術を中核とするものであり、Winnyの大規模BBS機能も、著作権侵害を助長するような態様で設計されたものではなく、その技術、機能を見ると、著作権侵害に特化したものではなく、Winnyは価値中立のソフト、すなわち、多様な情報の交換を通信の秘密を保持しつつ効率的に可能にする有用性があるとともに、著作権の侵害にも用いるという価値中立のソフトである」と認定した。

そして、「インターネット上におけるソフトの提供行為で成立する幫助犯というものは、これまでにない新しい種類の幫助犯であり、刑事罰を科するには罪刑法定主義の見地からも慎重な検討を要する」と指摘し、原判決の判断を以下のように批判する。

² なお、原判決は、弁護人による①幫助に該当する具体的な行為が特定されておらず、訴因の特定を欠く②技術の提供による間接的な関与行為にとどまる場合を著作権法120条の2で処罰される場合を除いて処罰の対象としておらず、同法は刑法総則の幫助犯による処罰を予定していない③刑法62条は特定の相手方に対して行うことが必要であり、不特定多数の者に対する技術の提供は幫助犯にならない④被告人に対する告訴が存在しないことを理由として公訴棄却されるべきとの主張を斥けている。

すなわち、原判決が「Winnyの現実の利用状況等を認識し、認容しながら」としている点について「Winnyは平成14年5月6日に最初にインターネット上で公開・提供されてから、何度も改良(バージョンアップ)を重ねて、その都度公開・提供をしてきて、平成15年9月に本件に至るのであるが、最初の公開・提供の時から幫助犯が成立するというのではないとして、その約1年4か月の間、どの時点から、どのバージョンのWinnyの提供から幫助犯が成立するに至ることになるかが」判然としなない。また、Winnyの利用状況について、平成19年9月の調査では「Winnyのネットワークから収集した約2万件のデータのうち、51.4%が著作物と推定され、そのうち著作権者の許諾がないと推測されるものは92.5%であったと証言しており(これによれば、著作権の対象となり、かつ、著作権者の許諾が得られていないと推定されるものは、約47%となる。)」また、「平成17年の調査によれば、Winnyのネットワーク上にあるファイルの120万件の調査の結果、著作権のある音楽のCD、あるいは映像のDVD等、市販の著作物のそのままのコピー、すなわち、著作物で、かつ、著作権者の許諾が得られていないと推測されるものは40%程度である」との証拠があり、「これら証拠によれば、ファイル共有ソフトによる著作権侵害の状況について、時期や統計の取り方によって、調査の結果にも相当の幅があると認められるのに、Winnyの公開・提供時の現実の利用状況をどのようにして認識するのが判然としなない上、どの程度の割合の利用状況によって幫助犯の成立に至るのか」判然としなない。さらには、原判決が違法性を有するか否かは、「提供する際の主観的態様如何による」としている点については、「その認定に、被告人と姉との間で送受信された私的なメール内容や本件Winnyを提供した行為の後のWinnyホームページでの『Winnyの将来展望について』の被告人の発言をも根拠としているが、技術それ自体が価値中立のものであるWinnyの提供はインターネット上の行為として行われるのであるから、いかなる主観的意図の下に開発されたとしても、主観的意図がインターネット上において明らかにされることが必要か否か、またその時期について」判然とせず、「原判決の基準は相当でない」と断じている。

その上で、本件の具体的な検討に入り「被告人がWinnyを提供する対象は不特定多数の者であり、特定の者を対象としているのではない。また、Winnyをダウンロードした者の行為には独立性があり、被告人の提供した

サービスを用いていかなるファイルについてもアップロードやダウンロードしてファイルを交換することができるのであり、いかなるファイルを交換するかは、Winnyをダウンロードした者の自由なのであって、被告人の提供した助力は、専ら犯罪のために行われるわけではない。そもそも被告人はWinnyをダウンロードした者を把握することができず、また、その者のWinnyの使用方法、その者が著作権法違反の行為をしようとしているか否かを把握することもできない。」と指摘する。

続いて、本判決は「一般に、中立行為による幫助犯の成立につき、正犯の行為について、客観的に、正犯が犯罪行為に従事しようとしていることが示され、助力提供者もそれを知っている場合に、助力提供の行為は刑法に規定される幫助行為であると評価することができるが、これとは逆に、助力提供者が、正犯がいかにその助力行為を運用するのかを知らない場合、又はその助力行為が犯罪に利用される可能性があると認識しているだけの場合には、その助力行為は、なお刑法に規定する幫助犯であると評価することはできない」として中立的行為による幫助犯の問題に関する一般論を提示し、「しかも、開発したソフトをインターネット上で公開して提供するという行為は、不特定多数の者に提供することであり、提供者はソフトをダウンロードした者を把握することができず、その者がソフトを用いて違法行為をしようとしているか否かを把握することもできないのに、提供者は、インターネット上での不特定多数の者との共犯の責任を問われることになり、価値中立のソフトを提供した行為について、幫助犯の成立を認めることとなれば、幫助犯の公訴時効は正犯の行為が終わった時から進行することから、そのソフトが存在する限り、そのソフトを用いて違法行為をする正犯者が出てくる限り、ソフトの提供者は、刑事上の責任を時期を問わず無限に問われることとなる。」と指摘する。

これらの点を踏まえ、本判決は「価値中立のソフトをインターネット上で提供する行為に対して幫助犯として刑事責任を問うことは慎重でなければならぬ」として、「価値中立のソフトをインターネット上で提供することが、正犯の実行行為を容易ならしめたといえるためには、ソフトの提供者が不特定多数の者のうちには違法行為をする者が出る可能性・蓋然性があると認識し、認容しているだけでは足りず、それ以上に、ソフトの違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにイ

インターネット上で勧めてソフトを提供する場合に」幫助犯が成立するとの判断基準を定立した。

具体的なあてはめにおいては、「本件 Winny の提供時のホームページには、『Winny2 Web Site』の表題の下に、『winny は高速性と匿名性の両立を目指したファイル共有ソフトです。簡易な匿名 BBS 機能も有します。winny2 はこれに大規模 BBS 機能を追加したものになります。』『Ver. 1 系列旧バージョン(Ver. 1 系列)の winny は現在、開発・公開が終了しています。本体をお探しの方は他で適当に探してください。…』『Ver. 2 βダウンロード winny v2.0b… βテスト参加者は下記の関連情報の方をこまめにチェックするようにお願いします。…』『関連情報 winny 開発の発端は 2ch の Download 板ですので、最新事情や βテスト状況に関してはそちらを参照してください。』『βテストの結果、何か問題が生じて責任はとりませんのでよろしくお願いします。また、これらのソフトにより違法なファイルをやり取りしないようお願いします。』などと記載され、また、本件 Winny の配布用ファイルに同梱された『Readme』ファイルにも、『これらのソフトにより違法なファイルをやり取りしないようお願いします。』との記載があり、著作権侵害をしないように注意を喚起する旨の記載がある。また、インターネット上での被告人の発言をみると、被告人が、Winny のホームページでリンクを張り、バグの報告や改善の提案等、開発のためベータテスト参加者との意見交換に利用していた掲示板『MX の次は何なんだ』などと称する一連のスレッド(電子掲示板におけるある特定の話題に関する投稿の集まり)において、本件 Winny 提供時以前ではあるが、被告人は、Win-MX というファイル共有ソフトを利用して著作権侵害を行っていた者が逮捕されたことに違和感を抱き、匿名性の高い freenet のような 2ch ネット向けのファイル共有ソフトの開発を宣言する書き込みをしたが、その後、平成14年10月3日には、『現状で人の著作物を勝手に流通させるのは違法ですので、ベータテスト参加の皆さんは、そこを踏み外さない範囲でベータテスト参加をお願いします。これは Freenet 系 P2P が実用になるのかどうかの実験だと言うことをお忘れなきように。』などと注意喚起を行っていたほか、平成14年10月14日には『最近思いついたのが次の方式です。…暗号をノード別に動的に変更して交換的な行為を可能にする。(それを)発展させて、コンテンツに課金可能なシステムに持っていく(ファイル落

とした各自から確実にお金を取れるシステム)』などと著作権の課金システムについての発言もしており、これらインターネット上の記載、発言をみても、本件 Winny を著作権侵害の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めて本件 Winny を提供したと認めることはできない。」とした。

結論として「被告人は、価値中立のソフトである本件 Winny をインターネット上で公開、提供した際、著作権侵害をする者が出る可能性・蓋然性があることを認識し、それを認容していたことは認められるが、それ以上に、著作権侵害の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めて本件 Winny を提供していたとは認められないから、被告人に幫助犯の成立を認めることはできない」と判断し、原判決を破棄し被告人を無罪とした。

第3 検討

一 はじめに

本件は被告人が直接著作権を侵害したのではなく、これに間接的に関与した間接侵害の問題である。著作権法上、間接侵害についての規定はなく、この問題に関して、どのように対応すべきか活発に議論され³、民事上の

³ 間接侵害の問題に関する論文として、島並良「著作権の間接侵害をめぐる立法のあり方(上)」知財研フォーラム75号(2008年)28頁、同「著作権の間接侵害をめぐる立法のあり方(下)」知財研フォーラム77号(2009年)27頁、潮海久雄「著作権侵害の責任主体—不法行為法および私的複製・公衆送信権の視点から」斎藤博先生御退職記念論集『現代社会と著作権法』(弘文堂・2008年)197頁、吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣・2008年)143頁、田村善之「講演録 著作権の間接侵害」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』(商事法務・2008年)259頁、潮見佳男「著作権侵害における『間接侵害』の法理」コピライト557号(2007年)2頁、上野達弘「著作権法における『間接侵害』」ジュリスト1326号(2007年)75頁、塩月秀平「著作権侵害主体の事例分析—柔軟な認識に向けて」ジュリスト1316号(2006年)140頁、高部眞規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号(2006年)114頁、茶園成樹「著作権侵害の行為主体」多胡圭一編『二十一世紀の法と政治 大阪大学法学部

裁判例も蓄積している。本件は、間接侵害の問題を刑事事件として扱った⁴初めての事件である。

また、近年、音楽や映像等の大容量データをユーザー間で共有できるファイル共有ソフトを利用した著作権侵害が多発しており、著作権者に相当規模の被害が生じている状況にあると言われる。このような状況の下、ファイル共有ソフトに対する対応の必要性が議論されている⁵。原判決が直接著作権を侵害した個々のユーザーのみならず、Winnyを開発し、提供した被告人に刑事罰を科したのに対して、本判決は無罪としている。本件の検討は、ファイル共有ソフトに対する規制を考える上において重要な意義を有するものと思われる。

二 原判決の問題点

原判決は、Winnyが価値中立的な技術であることを認定し、「価値中立的な技術を提供すること一般が犯罪行為となりかねないような、無限定な幫助犯の成立範囲の拡大も妥当でない」と判示している。

しかし、原判決の問題点は、まさに原判決自体が「無限定な幫助犯の成立範囲の拡大」を招来しており⁶、ソフトウェア開発者の自由な技術開発

創立五十周年記念論文集』(有斐閣・2002年)317頁などがある。

⁴ 牧野和夫「ハイテク業界の最新法務問題—ソフトウェアライセンス契約の契約法的考察を中心に—」国土館法学36号(2004年)167頁は、「今回、著作権権利者側が、民事訴訟ではなく、刑事事件で徹底的に厳しく追及しようとする背景としては、CDの売上げが恒常的に減少するなど深刻な状況になっており、権利者側が、違法利用は徹底的に排除しようとする、いままでにない真剣な姿勢を示している」とする。

⁵ 砂田務「平成19年度総合セキュリティ対策会議報告書『Winny等ファイル共有ソフトを用いた著作権侵害問題とその対応策について』」コピライト566号(2008年)27頁。

⁶ 園田・前掲注(1)61頁は、原判決は「その意図するところと裏腹に、むしろ逆に幫助犯の成立範囲をいっそう曖昧にし、無限定にしている」とし、「画像および映像処理ソフトの開発者、MP3などの音楽系データの圧縮ソフトの開発者、データの一般的な圧縮ソフトの開発者のみならず、ビデオデッキや録画可能なDVDデッキあるいはコピー機などの製造販売業者、そのようなソフトの利用の機会を提供するイ

に対して、重大な萎縮効果を与えている点にある。

原判決の幫助犯の成立要件は、Winnyが現実的に著作権侵害に利用されている状況について、被告人が一定の主観的態様を満たせば足りる⁷というものであり、その提供行為の態様といった客観的な行為について何ら限定するものではない⁸。また、被告人の主観的態様については、単にWinnyが著作権侵害に用いられることを「認容」して提供すれば足りるとしている。

このような原判決の「認容」をもって幫助犯の成立を認める法理は「無限定な幫助犯の成立範囲の拡大」に対する制約原理として機能していない⁹。すなわち、Winnyのようにインターネットを通じてソフトウェアを提供する場合には、不特定多数のユーザーに用いられることから、当然、その内の何割かの確率で著作権を侵害する者がいることが想定される。そのため、被告人がインターネット上でWinnyを提供する場合には、通常「認容」という主観的態様を備えることになり¹⁰、常に幫助犯が成立してしまうおそ

インターネット・プロバイダ」等までもが著作権法違反行為の幫助犯を行っていることになり、原判決の趣旨に反して幫助犯の成立範囲はおそろしく拡大してしまうと指摘する。

⁷ 原判決が違法性の検討において主観的態様を重視している点には批判的な見方がある。小野上・前掲注(1)116頁は、「行為者の主観面が本罪の成否に影響を与え得るとしても、それは従犯の責任要素の問題といえよう」とする。また、豊田兼彦「狭義の共犯の成立要件について—『中立的行為による幫助』および『必要的共犯』の問題を素材として—」立命館法学310号(2006年)262頁は、幫助犯の違法性の有無を検討する際に、行為者の認識や意図といった主観的態様を重視している点には疑問があり、行為者の認識の有無と内容は、主観的帰属要件である故意に位置づけられるべきであり、幫助行為の違法性とは明確に区別されるべきであるとする。

⁸ 大友・前掲注(1)知財管理56巻8号1133頁は、著作権法は、権利者の独占可能な範囲を利用行為として定め、侵害行為とされる類型を予め第三者に示すことで、著作権者の権利保護と第三者の行為の自由の確保という問題を解決しようとしている。そのため、「著作権法においては刑法上の客観的構成要件にあたる利用行為の客観化が重要であり、これを全く考慮しない幫助行為の捕捉は、著作権者と第三者の利益調整のバランスを損なうものである」とする。

⁹ 田村・前掲注(3)260頁。

¹⁰ 小川・前掲注(1)143頁以下は、ソフトウェア開発においても、開発者はさまざまな用途を検討し、その一部として違法用途に使用される可能性をも想定する。その

れがある。したがって、被告人が幫助犯の成立を回避するためには、Winnyの提供自体を断念せざるを得ない。

本件で問題とされたWinnyに用いられているP2P技術は、従来のパッケージを前提としたコンテンツビジネスと異なり、大量、迅速にインターネット経由でデジタルコンテンツを流通させることができるなど、新しいビジネスモデルのためのインフラとしての利用が期待されており、発展可能性が極めて高い技術である。原判決によってWinnyの提供を断念せざるを得ないことから、P2P技術に関する開発は停滞する可能性が高く、原判決は新しいビジネスモデルの芽を摘む結果となっている。

確かに、Winnyは多くの著作権侵害に利用されている状況を生じさせており、この状況を看過することはできない。しかし、なにより重要なことは本件が刑事事件であってその効果としての刑事罰の抑止力が極めて高く、これによって技術開発者に与える威嚇力は民事事件としての損害賠償請求や差止請求をはるかに凌駕することにある。また、Winnyの利用状況は課金システムの構築や正犯者を処罰した一般予防効果によって、将来、多くが適法用途に変わる可能性がある。そうだとすると、その利用状況の変化を判断することは困難であって、結局、刑事罰の威嚇力によってWinnyの提供を断念せざるを得ないことに変わりはない。

原判決はソフトウェア開発者の自由な技術開発に対して重大な萎縮効果を与えており¹¹、技術の発展によって得られるはずの利益の享受に失敗してしまうおそれがある。

可能性の検討と認識をなした上で開発を続行することを違法用途を認容したものととらえ、違法行為に加担したものと評価するのでは、技術の中立性を認めていないことを意味するとされる。

¹¹ 石井美穂「デジタルコンテンツと著作権」隅藏康一編『知的財産政策とマネジメント 公共性と知的財産権の最適バランスをめぐって』(白桃書房・2008年)75頁は、原判決が今後の科学技術者に対する大きな弊害となる可能性があり、長期的にみたときに科学技術者の海外流出などという結果として、日本の知財立国の存亡にかかわる問題となりかねないと指摘している。

三 本判決の意義

本判決は、Winnyを価値中立的な技術と認定し、被告人に著作権侵害の認識・認容があったと判断しており、この点で原判決と共通する。もっとも、本判決は、原判決の基準ではWinnyの提供行為がどの時点のどのバージョンのWinnyの提供から幫助犯が成立するに至るのか、また、どの程度の割合の利用状況によって幫助犯が成立するのか、さらにはいかなる主観的意図の下に開発されたとしても、主観的意図がインターネット上において明らかにされることが必要か否かが判然としないため、原判決の基準を相当とはいえないとする。そこで、原判決とは異なり「価値中立のソフトをインターネット上で提供することが、正犯の実行行為を容易ならしめたといえるためには、ソフトの提供者が不特定多数の者のうちには違法行為をする者が出る可能性・蓋然性があると認識し、認容しているだけでは足りず、それ以上に、ソフトを違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めてソフトを提供する場合に幫助犯が成立すると解すべきである」という判断基準を定立する。

本判決が原判決と異なる判断基準を示したのは、インターネットによるソフトウェアの提供行為という本件の特殊性を考慮したことやWinnyという技術の理解の違いによるものと思われる。すなわち、本判決は、Winnyを提供する対象が不特定多数の者であり、これをダウンロードした者の行為に独立性があることを考慮しており、本件が従来の幫助犯とは異なり「インターネット上におけるソフトの提供行為で成立する幫助犯というもの、これまででない新しい種類の幫助犯」であることを指摘し、刑事罰を科するには慎重な検討を要すると判断している。また、Winnyの技術に関して詳細な検討を行い、原判決が機能を列挙した上で「さまざまな分野に応用可能で有意義なもの」としたにとどまるのに対し、本判決は「匿名性機能は、通信の秘密を守る技術として必要にして重要な技術であり」、ダウンロード枠増加機能等についても「ファイルの検索や転送の効率化を図るとともにネットワークへの負荷を軽減させる」として、各機能について評価を加え、Winnyを「多様な情報の交換を通信の秘密を保持しつつ効率的に可能にする有用性がある」と認定している。特に、匿名性機能について原判決が「Winnyの機能として匿名性があることで精神的にも容易ならしめた」とし、消極的な評価をしたのに対して、本判決がこれに積極的

な評価をしていることは重要と思われる。原判決がWinnyを価値中立的な技術と認定したものの、中立的行為による幫助犯の議論に踏み込まなかったのに対して、本判決が踏み込んだ判断を行ったのは、このような技術自体の理解や評価の違いに起因しているように思われる。

また、具体的なあてはめにおいても詳細な検討を加えており、被告人がホームページ上で「違法なファイルをやり取りしないようお願いします」と記載していたことなど著作権侵害をしないように注意を喚起していたことなどを根拠として被告人の責任を否定している。そのため、ソフトウェア開発者はどのような注意を払えば幫助犯の成立を回避しつつインターネット上でソフトウェアを提供できるかについて一定の参考とすることができる。

本判決はインターネットの特殊性を考慮した上で、本件が「これまでにない新しい種類の幫助犯」であるとの認識を示し、中立的行為による幫助犯の議論に踏み込んだ判断をした点で特徴を有しており、何より幫助犯の成否について厳格な判断基準を定立し、ソフトウェアの開発の自由を重視したところに重要な意義を有する。

四 民事上の裁判例

1 分析の意義

著作権法は、処罰の必要性から120条の2第1号、2号に該当する行為を行った者に刑事罰を科す場合には、非親告罪としている(123条参照)。しかし、被告人は同条項によって処罰されているわけではなく、親告罪とされている公衆送信権侵害(119条・23条)の幫助犯として処罰されている。同条によって刑事罰を科されるためには、著作権を「侵害した」(119条)ことが必要であり、著作権侵害行為として規定されている条文自体は、民事手続においても刑事事件においても同一である¹²。そうだとすれば、著作権法上親告罪とされているものについての刑事罰は、民事上の財産権侵害を基礎においているといえる¹³。したがって、被告人の処罰の可否は、

¹² 菊池武=松田政行=早稲田裕美子=斎藤浩貴編『著作権法の基礎』(経済産業調査会・2005年)387頁。

¹³ 著作権を「侵害した」という同一の条文が問題となる場合に、刑法上の原則であ

Winnyの著作権侵害発生の蓋然性の高さを強調するのではなく、これの提供行為が間接侵害の問題に関する民事上の裁判例から抽出される責任の基準に当てはまるかという観点から議論されるべきである¹⁴。そこで、間接侵害について裁判所は被告の責任をどのように判断しているかを分析し、ここから抽出された判断基準を本件に利用する。その際、裁判所が被告の責任を認めるにあたって適法用途を阻害しないようにどのように配慮しているかについてもみる。間接侵害に関する民事上の裁判例は、直接の侵害行為主体性が争われたものと幫助的関与が問題となったものとに分けられるので、以下、順に検討していくことにする。

2 直接の侵害行為主体性が争われた裁判例

(1) 利用行為を管理等していることに着目する法律構成を採用する裁判例

まず、物理的な利用者の利用行為を管理しているために直接の利用行為者であると擬制して被告の責任を認める、いわゆるカラオケ法理が採用されたリーディングケースは最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁[クラブ・キャッツアイ上告審]¹⁵であり、同判決は①客の歌唱を店が管理していること(管理性)②客の歌唱を店の営業政策に取り入れ、営業上の利益を得ていること(利益性)を根拠として、客の歌唱を店の歌唱と擬制し¹⁶、

る罪刑法定主義を確保するため私法的解釈を刑法上の解釈と同様に厳格に判断することがあったとしても、刑法上の解釈が私法上の解釈よりも緩やかに判断されることはないように思われる。松川実「著作権法における私法的解釈と刑法的解釈」青山法学論集49巻3号(2007年)1頁参照。

¹⁴ 大友・前掲注(1)知財管理56巻8号1134頁。

¹⁵ 評釈等として、井上由里子「判批」別冊ジュリスト128号(1994年)16頁、水野武「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和63年度』(法曹会・1990年)150頁、辰巳直彦「判批」民商法雑誌99巻3号(1988年)412頁などがある。

¹⁶ カラオケ法理は民法上の共同不法行為構成では差止請求を認めることができないう、権利の実効的な救済を図る必要性から認められたにすぎない。また、カラオケ法理は本来適法であるはずの行為を違法行為へと転換させる機能を有していることから、その採用にあたっては慎重に判断されなければならない。そこで、カラオケ法理を採用するとしても人的な関係が密接であって、利用行為自体に対する管理が認められる場合に限定してカラオケ法理を採用すべきである。

被告の責任を認めている。

また、ユーザーが提供されるサービスを利用してMP3ファイルが無許諾で公衆送信していることに関して、JASRACがサービス提供者に対して電子ファイル送受信の差止めを求めた東京地決平成14年4月9日判時1780号71頁〔ファイルログ著作隣接権仮処分〕、東京地決平成14年4月11日判時1780号25頁〔ファイルログ著作権仮処分〕、東京地判平成15年1月29日判時1810号29頁〔同中間判決〕¹⁷や知財高決平成17年11月15日〔録画ネット抗告審〕のように、直接の利用行為者との間に人的支配がないが、提供するシステム自体に対する管理がある場合にもカラオケ法理を採用して¹⁸、被告の責任を認めたものがある。

そして、人的支配がない場合にカラオケ法理が採用されるとしても裁判所はサービスの提供のためには被告が提供するソフトウェアが必要であるという事情や被告による利用方法の説明に利用者がそのまま従ってサービスを利用するといった事情、利用するために被告サイトにアクセスするには認証手続きが必要であるといった事情を考慮しており、サービス提供者の利用行為に対する積極的な関与がある場合に被告の責任を認めている。そのため、同じくシステムに対する管理が問題となった知財高決平成18年12月22日平成18(ラ)10012〔まねきTV抗告審〕では、カラオケ法理が採用されていても、市販品を用いて所定の環境で放送を視聴できるという事情や特別のソフトウェアや認証手続きが用いられていないという事情を考慮し¹⁹、サービス提供者の利用行為に対する積極的な関与がないこ

¹⁷ 同事件に関する評釈等として、牧野利秋「ファイル・ログ事件仮処分決定と複数関与者による著作権侵害(上)」NBL750号(2002年)18頁、同「ファイル・ログ事件仮処分決定と複数関与者による著作権侵害(下)」NBL751号(2002年)45頁、作花文雄『『ファイル交換ソフト・ファイルログ』仮処分事件』コピライト498号(2002年)34頁、斉藤博「電子交換ファイルサービスの運営者に対し、ファイル情報の送信の差止めを命じた事例」知財管理53巻4号(2003年)593頁などがある。

¹⁸ 吉田・前掲注(3)256頁は、間接侵害の問題について「場所機会提供型」「道具提供型」と新たに「システム提供型」という3類型が析出できると指摘する。

¹⁹ 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題(2)―寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等―」知的財産法政策学研究17号(2007年)92頁は、これらの事情が行為主体性を否定する事情としている。

とから、被告の責任を否定している。

このようにカラオケ法理が採用される場合には直接の利用行為者ではない者が利用行為主体と擬制されるので、被告の責任は拡張されることになる。そのため、一定の歯止めが必要となるが、裁判所は人的支配がある場合には①管理性②利益性という判断枠組みを設定することで被告の責任が無限定にならないように配慮している。人的支配がない場合にはより擬制の程度が強まることになるが、裁判所は被告の利用行為に対する積極的な関与があることを要求して被告の責任を認めており、ここでもその責任が無限定にならないように歯止めをかけている。また、裁判所は被告の責任を限定することで、提供される適法なサービスを過度に抑止しないように配慮しており、このことは前掲〔まねきTV抗告審〕が市販品であるロケーションフリーテレビを使用するサービスであることを根拠として責任を否定したことからも推察できる。すなわち、ロケーションフリーテレビという新しい技術ができて市販されるようになったのであれば、その技術の恩恵を享受させるために利用を促進させるのが望ましい。それにもかかわらず、被告の責任が認められるのであれば、ロケーションフリーテレビを設置しやすい環境を整える業者が現れなくなるおそれがあるなど新しいビジネスが抑止されてしまい、結局、利用が進まなくなってしまう²⁰。そこで、裁判所は被告の責任を否定して、新しいビジネスを過度に抑止しないように配慮したと考えられる。

さらに、同じくシステムの管理が問題となる事案においてカラオケ法理を採用するのではなく、総合衡量によって判断された東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁〔MYUTA〕²¹についてみるに、CD等の音源データの携帯電話での利用は、ユーザー個人レベルで行うことは技術的に相当程度困難であり、本件サービスによって初めて可能となることを考慮して被告の責任を認めている。そうだとすれば、裁判所は、個人レベルで実施できるのであれば問題ないが、これまで技術上困難であった行為が、提供する技術的手段によって初めて可能となった場合に被告の責任を認めてい

²⁰ 田村・前掲注(3)287頁。

²¹ 評釈等として、北村行夫「判批」コピライト559号(2007年)28頁、山神清和「判批」判時1996号(2008年)201頁などがある。

るといえる。そのため、知財高判平成21年1月27日平成20(ネ)10055 [ロクラクⅡ2審]では、利用者が本件サービスを享受したとしても「利用者自身が親機ロクラクを自己管理する場合と何ら異ならず」、本件サービスは、「利用者の自由な意思に基づいて行われる適法な複製行為の実施を容易ならしめるための環境、条件等を提供しているにすぎない」として、被告の責任が否定されている。

そして、裁判所はシステムの管理が問題となりうる事案について総合衡量によって判断したとしても、被告の責任を限定することで適法なサービスが過度に抑止されないように配慮している。すなわち、前掲 [MYUTA] は音楽著作物のオンラインストレージサービスに関する事案であるが、個人レベルでは実施困難な行為の実現を可能とするサービスに限定することで、単純なオンラインストレージサービス一般と区別しており²²、これによって適法なオンラインストレージサービスが抑止されないようにしている。また、前掲 [ロクラクⅡ2審]では、「技術の飛躍的進展に伴い、新たな商品開発やサービスが創生され、より利便性の高い製品が需用者の間に普及し、家電製品としての地位を確立していく過程を迎えることは技術革新の歴史を振り返れば明らか」であり、本件サービスは「利用者における適法な私的利用のための環境条件等の提供を図るものであるから、かかるサービスを利用する者が増大・累積したからといって本来適法な行為が違法に転化する余地はな」と判示し、新しい技術を利用したサービスを過度に抑止しないように配慮していることが窺える。

なお、このような配慮はサービス提供者の責任を認めた上で差止めの範囲を工夫することによっても図られている。すなわち、東京高判平成17年3月31日平成16(ネ)405 [ファイルログ著作権本案2審]は著作権侵害を発生させるMP3ファイルに限っては、著作権を侵害するものを除去するよう監視し、必要な措置を講じるべきであり、100パーセントは防止できないにしても、部分的にせよMP3ファイルの交換を阻止できるならば、そのような措置を採るべきであると判示する。同判決はサービスを継続しながら侵害行為を相当程度抑止できたにもかかわらず、そのような措置すら講じていないことを問題としており、サービス自体を停止する措置まで求め

²² 吉田・前掲注(3)283頁。

ていない。同じく差止めの範囲の工夫という点に関して、大阪高判平成19年6月14日判時1991号122頁 [選撮見録2審]²³は、原審と異なり、カラオケ法理により装置販売業者の侵害主体性を肯定している²⁴が、差止めの範囲に関して、放送事業者は全ての放送番組について著作権を有しておらず、当該装置の販売の差止めを認めると、著作権を有していない放送番組に関する差止めを認めることになり、過大となると判断している²⁵。

(2) 相当程度以上の不作為があった場合に初めて責任を問う裁判例

次に、著作権を侵害する投稿がなされたにもかかわらず、これを放置したことからBBS管理者の責任が問われたものとして、東京地判平成16年3月11日判時1893号131頁 [ファンブック罪に濡れたふたり]、東京高判平成17年3月3日判時1893号126頁 [同2審]²⁶がある。

前者は、結論において責任を否定しているものの、「発信者からの削除要請があるにもかかわらず、ことさら電子掲示板の設置者が、この要請を拒絶して書き込みを放置していたような場合には」電子掲示板の設置者に責任が認められるとする。これに対して、後者は、掲示板の運営者は、侵害行為を放置している場合には、その侵害態様等によっては、その放置自体が著作権侵害行為と評価すべき場合もあるとした上で、結論においても

²³ 評釈として、大江修子「判批」パテント61巻12号(2008年)41頁、岡邦俊「判批」JCAジャーナル52巻5号(2005年)48頁がある。

²⁴ 同判決は、販売業者が装置の販売により個々の住居の居住者である使用者の複製の過程を技術的に決定支配しているとともに、販売後も安定的運用のために当該サーバー装置をネットに接続し、リモート・コントロールにより保守管理を行っていることも考慮して責任を肯定しており、利用行為に対する積極的関与があったと評価することができる。

²⁵ 放送事業者が放送するだけで権利を取得する著作隣接権に基づく請求に限り差止請求を認容している。

²⁶ 評釈等として、高瀬重富「第三者によりBBS上になされた書き込みについてBBS管理者の著作権侵害責任が認められた事例－2ちゃんねる小学館事件－」知的財産法政策学研究17号(2007年)125頁、森亮二「判批」NBL829号(2006年)35頁、石井茂樹「判批」パテント59巻8号(2006年)66頁、池田秀敏「判批」信州大学法学論集7号(2006年)195頁、草地邦晴「判批」知財管理55巻13号(2005年)2007頁などがある。

損害賠償請求及び差止請求を認めている。もっとも、前掲「ファンブック罪に濡れたふたり2審」は「著作権侵害の事実の指摘を受けた場合には、可能ならば」照会し²⁷、あるいは「著作権侵害であることが極めて明白なときには」削除義務を負担するというように慎重に留保を付した上で、被告の責任を認めている²⁸。結論において原審と控訴審とで判断が分かれているものの、第三者によって著作権侵害となる投稿がなされた場合に、BBS設置者であることから、直ちに被告の責任を認めるものではなく、少なくとも相当程度著作権侵害を放置していた場合に被告の責任を認める点で共通している。

このような裁判所の判断には、BBSが著作権侵害行為以外の用途もある価値中立的な技術であって、掲示板の管理者に削除義務を容易に認めてしまうのであれば、掲示板の閉鎖に至り、情報の流通を図るという適法用途をも抑止することになってしまう²⁹との考慮があるように思われる。

そして、同事件はBBSの管理者の管理するサーバ上で直接の著作権侵害

²⁷ 田村・前掲注(19)97頁は、著作権侵害の事実の指摘を受けただけで、発言者に照会をするなどの積極的な行為義務を課す場合には、権利侵害を知っていたか、もしくは権利侵害を知ることができた相当な理由があるのでなければ、プロバイダーは損害賠償責任を負担することはないと規定するプロバイダー責任制限法3条1項の趣旨が没却されてしまうとす。

²⁸ 同判決は、同事件の各発言の記載自体が著作権侵害を極めて容易に認識し得た態様であったとする。なお、塩月・前掲注(3)145頁は、書き込まれた内容がマニア向けでしかも一過性の対談記事であり、文芸作品のように芸術性に訴えて書籍上で長く鑑賞され続けるのではなく、週刊誌の記事のように即物的な内容に読者の興味がある著作物であれば、掲載した書籍が発行された時期に近接したインターネット掲示板への投稿の著作権侵害の程度は高いとする。

²⁹ 高瀬・前掲注(26)154頁は、作為義務を否定した原判決の背景には、インターネットの発展のためにはプロバイダやBBS管理者等の責任を認めるべきではないとの考慮が存在するとしている。また、安藤和宏『増補改訂版 よくわかるマルチメディア著作権ビジネス』(リットミュージック・1999年)234頁は、事業者に「責任を負わせることになると、誰も怖がってBBSやプロバイダーが事業として成立しなくなるおそれがある」と指摘する。なお、プロバイダーに厳格な責任を問うことについての問題点については、田村善之『市場・自由・知的財産』(有斐閣・2003年)113頁を参照。

が行われているのであって、管理者としては特定の著作権を侵害するファイルをサーバから削除すれば、適法行為を抑止することなくBBSを運営することができ、また、ファイルを削除することは一挙手一投足で容易になしうる。それにもかかわらず、相当程度以上の不作為をもって初めて被告の責任を認めようとしている点が重要といえる。

3 幫助犯の関与が問題となった裁判例

以上、間接侵害の枠組みの中で、侵害行為主体性が争われた裁判例について検討した。次に、侵害行為主体性ではなく、本件と関連性が強い幫助的関与が問題となった裁判例について検討する。まず、著作権者の許諾を得ていないカラオケ店舗に対して、カラオケ装置をリースした業者の責任が問われた最判平成13年3月2日民集55巻2号185頁[ナイトパブG7上告審]³⁰や大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁[ヒットワン]³¹がある。

前者は被告に損害賠償請求を認めたものであり、リース業者はカラオケ店舗とリース契約を締結している以上、リース業者にとって相手方を特定することができ、引渡時において、著作権者との間の使用許諾の有無を確認することは容易であることが考慮されている。他方、後者は、被告に楽曲データの使用禁止措置の差止請求を認めたものであり、リース業者が、ボタン一つで楽曲データの送信をストップすることが可能であって、楽曲データの使用禁止措置を採ることは容易であることが考慮されているといえる。

そして、重要なことは、両判決とも、裁判所は被告の責任を認めるにあたり、引渡時点で侵害の有無を確認する義務を負担させたにとどまり、リ

³⁰ 評釈等として、高部真規子[判解]『最高裁判所判例解説民事篇平成13年度(上)』(法曹会・2004年)179頁、同「判批」ジュリスト1219号(2002年)142頁、上野達弘「判批」コピライト491号(2002年)34頁、辰巳直彦「判批」判例評論516号(2002年)29頁などがあり、原審に関するものとして、田村善之「判批」NBL694号(2000年)14頁などがある。

³¹ 評釈として、高部真規子「判批」AIPPI49巻4号(2004年)290頁、斉藤博「判批」判例評論548号(2004年)222頁、作花文雄「判批」コピライト505号(2003年)40頁などがある。

リース契約という継続的な関係にある場合であっても直接侵害者のその後の行為を監視する義務まで負担させていないという点にある。そのため、リース業者に責任を負担させても、リース業者としてはカラオケ装置の引渡時にカラオケ店舗に対して著作権許諾契約を締結等しているかを確認し、確認が取れた場合にのみ同装置をリースすれば責任を容易に回避することができるのであって、適法なカラオケ装置のリースが過度に抑止されることはないといえる。これに対して、カラオケ装置の引渡後においても、著作権侵害の監視義務を被告に課すならば、継続的な監視が相対的に困難であることから、カラオケ装置をリースすることに躊躇し、過度にリース業を抑止する結果となりかねないのである。

また、不特定多数の第三者が法務局から土地宝典の貸出しを受けて、各法務局内に設置されたコピー機により無断複製行為を繰り返していたために、国の共同不法行為責任が認められたものとして、知財高判平成20年9月30日判時2024号133頁〔土地宝典2審〕がある。同判決は、第三者が違法な複製行為をすることを十分に把握していたことのみならず、コピー機の設置場所の使用許可を付与し、かつ、設置場所を管理監督する立場にあるという事情があったことを前提として国に作為義務を課しているが、そこで要求されている作為義務の内容は少なくとも第三者に貸し出すに先立って違法行為を抑止する何らかの具体的措置を採ることを要求しているにとどまる³²。このように注意義務が緩和されているのは、国に包括的な許諾や簡便な方法を構築するように仕向けることは、国にとって過重な負担となることが考慮されているといえる³³。

さらに、提供したメモリーカードが専らゲームソフトの改変のみを目的とするもので著作者の著作者人格権侵害以外の適法用途が考えにくい場合³⁴に被告の責任を認めた最判平成13年2月13日民集55巻1号87頁〔とき

めきメモリアル³⁵や被告が提供する「選撮見録」システムがほぼ必然的に著作隣接権侵害を生じさせるものであり、前掲〔ナイトパブG7上告審〕が利用許諾の意思があるJASRACが原告であったのに対して、隣接権者である放送事業者の利用許諾の意思はなく、100%、著作隣接権侵害に結びつくという事情があったことから被告の責任を認めた大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁〔選撮見録³⁶〕がある。

このように提供する利用手段が著作権侵害以外の適法用途が考えにくい場合は、商品の販売自体が停止されることになったとしても適法に利用される見込みがない以上、販売行為を断念させてもやむを得ないと判断していると思われる。

4 本件との関係

以上、著作権を間接的に侵害した被告の民事上の責任について、裁判所がどのように判断しているかを検討してきた。まとめると、まず直接の侵

持権侵害を肯定することに疑問を呈する。

³⁵ 評釈等として、高部・前掲注(30)判解106頁、北村行夫「機械的可読的に提供される著作物における改変と改変ツールの提供者の責任—『ときめきメモリアル』事件を手掛かりとして」半田正夫先生古稀記念論集『著作権法と民法の現代的課題』(法学書院・2003年)381頁、上野達弘「判批」民商法雑誌125巻6号(2002年)739頁、泉克幸「判批」平成13年度重要判例解説ジュリスト1224号(2002年)286頁、村井麻衣子「判批」『第3回著作権・著作隣接権論文集』(著作権情報センター・2001年)23頁、金井重彦「判批」CIPICジャーナル112号(2001年)24頁、木村真希子「判批」コピーライト481号(2001年)39頁、渡邊修「ゲームソフト用メモリーカードの輸入・販売と同一性保持権」著作権研究28号(2001年)159頁、岡村久道「講演録 ときめきメモリアル事件上告審判決について」コピーライト484号(2001年)2頁、同「ゲームソフトの改変のみを目的とするメモリーカードを輸入、販売した者の責任」村林隆一先生古稀記念論文集『判例著作権法』(東京布井出版・2001年)563頁。

³⁶ 評釈等として、川本真由美「判批」パテント60巻4号(2007年)102頁、平嶋竜太「判批」L&T33号(2006年)60頁、上野達弘「判批」知財管理56巻8号(2006年)1215頁、奥邸弘司「判批」判例評論570号(2006年)28頁、岡邦俊「判批」JCAジャーナル52巻12号(2005年)40頁、藤田晶子「著作権法制における『間接侵害』と差止請求権—『選撮見録事件』(大阪地裁平成17年(ワ)488号・平成17年10月24日大阪地裁判決)判決と近時の類似裁判例の検討から—」著作権研究32号(2005年)173頁。

³² 今村哲也「判批」『速報判例解説 Vol. 4』(日本評論社・2009年)196頁。

³³ 今村・前掲注(32)196頁。

³⁴ 被告が提供するメモリーカードは、入学直後の時点で本来はあり得ない女生徒が登場するように能力値を変化させるものであって、私人がこれを使用することで必然的に同一性保持権の侵害となる。なお、田村善之『著作権法概説[第2版]』(有斐閣・2001年)440頁は、私的範囲内で行われる複製物の改変行為について同一性保

害行為主体性が争われた裁判例において、カラオケ法理を採用して被告の責任を認める場合には①管理性②利益性が要求されており、人的な支配がなければ利用行為について積極的に関与していることが要求されている。同じく人的な支配がないような事案において総合衡量によって判断する場合には、個人レベルで実施できるのであれば問題ないが、これまで技術上困難であった行為が提供する技術的手段によって初めて可能となった場合に被告の責任を認めている。被告の積極的な関与がなく著作権侵害行為を放置した不作为が問題となった場合について、裁判所は相当程度以上の不作为があつて初めて被告の責任を認めるものとしている。また、幫助的関与が問題となった裁判例では、侵害の回避が容易であるか、違法行為を抑止する具体的措置が採られていなかった場合、侵害専用品を提供した場合に被告の責任を認めている。

このように民事上の裁判例は間接侵害について被告の責任を認めているが、なにより重要なことはこの問題についてどのような法律構成を採用したとしても被告の責任が無限定に拡大しないように一定の歯止めがかけられていることにある。明文のない間接侵害の問題について裁判所は、被告の責任が無限定に拡大することによって適法な行為をも過度に抑止しないように配慮していることがわかる。では、ここで得られた理を本件にあてはめるとどうなるか。

まず、被告人はWinny2をアップロードし、正犯者はこれをダウンロードしたという関係しかないため人的支配は認められず、被告人は無料でWinnyを公開・提供しており、広告収入等を得ていたわけではないので利益性もない。次に、Winnyは中央サーバを介するものでない純粋型のP2P技術であり、被告人はWinnyを公開・提供後、誰がソフトウェアを利用するかも認識せず、どのようなコンテンツに利用されるかもわからない状況にあり、正犯者の著作権侵害に一切関与することはない。そうだとすれば、著作権侵害行為は被告人とは無関係に正犯者の自由な意思により行われたものであり、被告人には著作物の利用行為に対する積極的な関与は認められない。また、Napster、Win-MX、Gnutellaなどのファイル共有ソフトは、Winnyが開発・提供される以前から存在したのであつて、これを使つ

たファイル共有は、技術上困難であつたわけではなく、既に多く行われていた³⁷。そして、Winnyが匿名性を有する点で安易にファイル共有が行われるようになったとも思えるが、匿名性を備えたFreenetが既に存在しており³⁸、その匿名性を発揮させる中継機能についてみると、ファイル転送は原則として直接なされるのであつて、中継が発生するのは4パーセント程度とごく例外にとどまる。そうだとすれば、個人レベルで行うことが技術上困難であつたファイル共有が、Winnyの提供によって初めて可能となったというわけではない。

確かに、Winnyを利用することで、著作権者の許諾を得ていない違法ファイルがインターネットを経由して流通しており、著作権者の公衆送信権が侵害されているという状況が生じている。しかし、相当程度以上の不作为をもって被告の責任が認められているとしても、それは直接の侵害行為が被告のサーバ上で行われていたことから、一挙手一投足でファイルを削除することができるため侵害の回避が容易であり、BBSの適法用途を害することはないという事情によるものである。そして、直接の侵害行為がWinnyをダウンロードした不特定の相手方のところで行われている以上、侵害行為に供する者に限ってソフトウェアを提供しないという方策を採ることが困難であつて、侵害の回避は容易ではない³⁹。そのため、被告人

³⁷ 小倉・前掲注(1)93頁は、被告人がWinnyの最新版をダウンロードさせなかったとしても、正犯者は、①WinMX等の他のP2Pファイル共有ソフトを用いて公衆送信権侵害行為を行ったであろう可能性②「Winny」の従来バージョンを用いて公衆送信権侵害行為を行ったであろう可能性③「Winny」の従来バージョンや「WinMX」等のネットワークを利用して「Winny2.0β6.47」を入手した上でこれを用いて公衆送信権侵害行為を行った可能性を指摘する。

³⁸ 壇俊光=金子勇「ウィニー刑事事件判決について」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』(商事法務・2008年)40頁は、Freenetの匿名性が、情報断片の拡散という手法によって実現されているのに対して、Winnyの匿名性は、情報の多段中継によって実現しているとされる。

³⁹ 清水・前掲注(1)238頁は、ダウンロードするユーザーが著作権を侵害する態様でファイルを交換する目的でダウンロードしたのか、それとも解析等研究目的か、単に興味本位かについて被告人は何ら情報を与えられておらず、そのうちの一部の者がダウンロード後に著作権侵害態様でファイル交換を実行することが予見できた

が著作権侵害状態を回避するためには、Winny のアップロード自体を止める手段しかなく、これが有する適法用途を害することになる。そうだとすれば、Winny のアップロードの継続があったとしても、相当程度以上の不作為があったと評価することはできない。

また、被告人と直接の侵害者との間には、単にネット上に被告人がアップした Winny をダウンロードしたという点において関係があるのみで、被告人は、直接の侵害者と契約関係はなく、特定できていない。そのため、被告人にとって Winny をダウンロードした相手方が侵害をなすか否かの確認は困難であり、侵害の回避が容易であるとはいえない。さらに、被告人は Winny が自らのホームページ上に「これらのソフトにより違法なファイルをやり取りしないようお願いします。」などの注意書きを付記し⁴⁰、配布用ファイルに同梱された「Readme」ファイルにも同じように著作権侵害をしないように注意を喚起する旨の記載をしている。このような被告人の注意に加えて、Winny の機能についてもファイル名に特定の言葉を含むファイルについて自動ダウンロード機能の対象から除外する無視フィルター機構を備えており、ユーザーが設定することによって違法行為の拡大を抑止できる機能を付加していた⁴¹。このように違法行為を行うか否か、これを拡大させるか否かの選択はユーザーの決定に委ねられていたため、被告人は違法行為を抑止するための事前の具体的措置を採っていたと評価することができる。最後に、Winny の利用態様をみるに、本判決は

からといって、ダウンロード時に被告人に正犯結果回避のためにダウンロードできないようにする作為義務があると考えすることは自由に対する過度な制限といわざるを得ないとする。また、利用目的の確認義務があったと考えることも、その義務履行が正犯結果回避に直結せず実効的とも思われなから、これもまた過度な制限といえることができる。

⁴⁰ 岡村・前掲注(1)判批44頁は、違法に用いられるおそれを合理的な水準まで低減するために適正な措置を講じた上で提供すれば、幫助行為にはならないとし、原判決がどのような措置を講じていれば十分といえるかの基準について触れていないとする。

⁴¹ 2ちゃんねる上では違法ファイルのハッシュ値を公開して利用者が自主的に無視リストにあげることで違法ファイルを流通させないような活動があり、無視フィルター機構は違法行為を抑止する機能といえる。

統計の取り方によって相当の幅があり、Winny の現実の利用状況を把握することは困難とするものの、仮に原判決が示したアンケートの結果をみても、音楽ファイルで8%、映像ファイルで6%、ソフトウェアで13%は、著作権侵害にはならないファイルが Winny によりやり取りされており、さらに本判決の事実認定によれば、Winny のネットワークから収集した約2万件のデータのうち著作物と推定されたものは51.4%にとどまり、そのうち著作権者の許諾がないと推測されるものは92.5%であるから、著作権の対象となり、かつ、著作権者の許諾が得られていないと推定されるものは約47%にとどまる。ゆえに、Winny 自体は著作権侵害以外に様々な用途を想定しうる価値中立的な技術である。したがって、Winny は、著作権侵害を必然的に生じさせるものではなく、ネット上にアップロードすること自体、抑止されなければならない技術ではない。

以上、民事事件における間接侵害の裁判例を検討し、そこで抽出された基準を本件にあてはめた場合、被告人には民事責任が生じないように思われる⁴²。著作権法上親告罪とされているものについての刑事罰は民事責任を基礎においており、間接侵害が成立しない被告人の行為を幫助犯として処罰することは著作権法の趣旨に反する。また、罪刑法定主義の要請から刑事上の責任は厳格に判断されなければならないが、原判決のように著作権侵害の「認容」があったことを根拠とした幫助犯構成によって被告人の責任を問うならば、刑事上の責任が民事上のそれよりも緩やかに判断されることになり、本来定立されるべき要件が逆転することになる^{43 44}。これ

⁴² 大友・前掲注(1)知財管理56巻8号1134頁は、「Winny 開発者が Winny をインターネット上にアップロードした行為を民事上の行為主体性要件に照らして考えてみると、『支配・管理性』及び『利益の帰属』が存在せず、ときめきメモリアル事件や DEAD OR ALIVE 事件で問題とされた『機器の侵害専用性』を判断するまでもなく、幫助的行為に対する責任を問えないことになる」とする。

⁴³ 菊池他編・前掲注(12)387頁は、「刑事手続においては、罪刑法定主義・不利益変更の禁止・遡及処罰の禁止等刑事手続一般原則の要請から、民事手続以上に権利侵害行為について厳格な解釈が要求される」とする。

⁴⁴ YOMIURI ONLINE 2009年5月29日12時8分配信によると、日本のテレビ番組を録画して海外に配信するサービスをめぐり、警視庁は、サービスを提供していたインターネット関連会社の経営者を著作権法違反容疑で逮捕したようである。具体的な

により民事上の裁判例が示していた配慮や工夫は無意味なものとなりかねない。これに対して、本判決は被告人が著作権侵害の認識・認容があったことに加えて「ソフトを違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めてソフトを提供する」ことを要求して一定の歯止めを設定している。明文のない間接侵害に関する民事上の裁判例は被告の責任が無限定に拡大しないように、どのような法律構成を採用したとしても一定の歯止めを設定していた。したがって、本判決は従来からの民事上の裁判例を踏まえた判断を行っているといえることができる。

五 中立的行為による幫助犯の理論

1 問題の所在

以上の検討から、被告人の行為には著作権の間接侵害は成立しないように思われる。もっとも、本件が刑事事件であり、被告人に責任が生じないという結論を刑法上の理論においても説明する必要がある。近年、幫助行為自体が日常的な行為あるいは中立的な行為（以下、中立的行為とする）の場合は、幫助の一般的成立要件を満たしたとしても幫助犯の成立を限定すべきことが一般的に認識されつつある⁴⁵。その上で、どのような要件を

サービスの内容は明らかではないが、海外視聴をめぐる裁判例において前掲〔ロクラクⅡ2審〕で被告の民事責任は否定されている。このような事件が続き、厳格な民事責任を追及するのではなく、要件の緩やかな刑事責任を問う傾向が高まることが危惧される。

⁴⁵ 刑法学において中立的行為による幫助犯が議論されており、例えば、タクシー運転手が、通常の料金で、希望する場所へ客を連れていく際、偶然、客がそこで住居侵入を実行するであろうことを知ったという場合、あるいは、自分の店の前で殴りあいながされていたときに、駆けこんできた関与者の1人にナイフを売ったところ、それを使用して相手に重傷を負わせた場合のように、正犯者が合法にも違法にも利用しうる行為をした者や、日常的な取引行為を行った者について、正犯者がそれを実際に犯罪目的に利用したとしても、幫助の成立が一定の範囲で否定され、不可罰となるのではないかという議論である（東・前掲注(1)97頁）。中立的行為による幫助犯に関するものとして、永井善之「アメリカ刑法における『中立的行為による幫助』」金沢法学50巻1号(2007年)1頁、山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」

否定することによって中立的行為による幫助犯の不可罰性を基礎付けるべきかが問題とされている⁴⁶。

ここで原判決についてみると「被告人が開発、公開したWinny2が甲及び乙の各実行行為における手段を提供して有形的に容易ならしめたほか、Winnyの機能として匿名性があることで精神的にも容易ならしめたという客観的側面は明らかに認められる。」とし、また、価値中立的な技術の「外部への提供行為自体が幫助行為として違法性を有するかどうかは、その技術の社会における現実の利用状況やそれに対する認識、さらに提供する際の主観的態様如何によると解すべき」とした上で、あてはめについても「認容」で足りるとしている。原判決は、何ら幫助犯の成立範囲を限定しておらず従来の幫助犯の理論によって判断しており、中立的行為による幫助犯の議論に立ち入ったものではない⁴⁷。しかし、Winnyを価値中立的な技術と認定していることからすれば、本件は中立的行為による幫助犯を正面から論じるべき問題であった。本判決は同じようにWinnyを価値中立的な技術と認定した上で、中立的行為による幫助犯の理論に踏み込んだ判断をしている。そこで、中立的行為による幫助犯の成否はいかなる要件を否定し成立範囲を限定すべきかについて検討していく。

関西大学法学論集56巻1号(2006年)34頁、照沼亮介「共犯の処罰根拠論と中立的行為による幫助」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第1巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』(成文堂・2006年)569頁、豊田兼彦「中立的行為による幫助と共犯の処罰根拠—共犯論と客観的帰属論の交錯領域に関する一考察—」前掲神山古稀551頁、曲田統「日常的行為と従犯—ドイツにおける議論を素材にして—」法学新報111巻3・4号(2004年)141頁、同「日常的行為と従犯(2)—主にわが国における議論を素材にして—」法学新報112巻1・2号(2005年)443頁、松宮孝明『刑法総論講義[第3版]』(成文堂・2004年)269頁、松生光正「中立的行為による幫助(1)」姫路法学27・28合併号(1999年)203頁、同「中立的行為による幫助(2・完)」姫路法学31・32合併号(2001年)237頁、島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件—いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして—」立教法学57巻(2001年)44頁などがある。

⁴⁶ 山中・前掲注(45)37頁。

⁴⁷ 渡邊・前掲注(1)29頁。

2 中立的行為による幫助犯が問題となる裁判例

(1) 適法行為を抑止することにはならないと考えられる裁判例

まず、物を提供すれば必然的に犯罪に用いられることに着目し、これを抑止したとしてもやむを得ないと判断された裁判例がある。道路交通法違反幫助の成立を認めた大阪地判平成12年6月30日判タ1098号230頁[ウィザート]は、被告人が速度超過の証拠となるオービスによる写真撮影を困難にする以外の有益性がないナンバープレートカバーを提供したことに鑑みてその責任を認めている。また、わいせつ図画公然陳列罪の幫助犯を成立させた大阪地判平成12年3月30日平成9年(ワ)1619 [FLMASKリンク]⁴⁸は、正犯者のアダルトサイトに、モザイクの設定解除機能を有するソフトウェア(FLMASK)を提供している被告人がリンクを設定し、これが専らアダルトサイト上の卑猥な画像のマスク除去に関連して用いられたことに着目した上でその責任を認めている。後者は被告人がアダルトサイトを開設し、マスク画像データを公開していた正犯者らに電子メールを送信して接触を求め、「エフエルマスクサポート」のアドレスを知らせるとともに正犯者のアダルトサイトにリンクを設定して「FLMASK」の使用を推奨していたという事情があったため、被告人が多くのインターネット利用者にわいせつな画像を閲覧できるようにするための積極的な行為をしたことも評価されて、その責任を認めたともいえる。

次に、印刷業者がいわゆるホテル経営者の依頼を受けてピンクちらしをまとめた宣伝用小冊子を作製したことについて、売春防止法6条1項(周旋)の罪の幫助犯を成立させた東京高判平成2年12月10日判タ752号246頁[ピンクチラシ2審]がある。

裁判所は、被告人の故意が確定的故意であった⁴⁹ために幫助犯の成立を

認めた⁵⁰ものということもできる。ここで重要と思われるのは、確定的故意がある場合に被告人の責任を認めたという点のみではなくて、これによって被告人が行う適法な印刷業務は抑止されないということである。すなわち、被告人に印刷物が売春の周旋に使用されるかもしれないといった未必的な認識をもって責任を認めるとすれば、その責任を回避するために印刷物がどのように使用されるのかについて顧客に確認し、調査を行うことになるが、多種多様な印刷物があることからすればその判断には困難が伴い、印刷業務の遂行に支障が生じるおそれがある。これに対して、売春の周旋に使用されることについて被告人に確定的故意がある場合には、顧客の意図を確定的に認識している以上、何の調査もなく容易に自らの責任を回避することができる。そのため、被告人に確定的故意がある場合に、その責任を認めたとしても他の適法な印刷業務に支障は生じないのである。このような配慮から裁判所は、確定的故意を有する被告人の責任を認めたと考えることができる。

同様の配慮は、他の裁判例においてもみることができる。すなわち、日本刀の取引を口実にして金員を騙取しようと企てた刀剣ブローカーに対して、騙取の手段たる無銘の日本刀を販売した者に詐欺罪の幫助犯を成立させた東京高判昭和59年12月21日判時1085号150頁は、欺罔の相手方や欺罔の方法、時期などについては知らなかったものの、「これは文部省から重要美術品として認定されている刀に似ているから、それに仕立ててはどうか」と言い、正犯者の意図について十分に把握しており、確定的故意があった場合と評価することができる。さらに、組合長が組合名義の預金を横領すべく手続上の形式的要件を具備した払戻請求をした場合に、これに応じた出納事務担当者に業務上横領罪の幫助犯を成立させた高松高判昭

⁴⁸ 園田寿「FLMASK(エフエルマスク)リンク事件」捜査研究583号(2000年)10頁。

⁴⁹ 前掲[ピンクチラシ2審]においては①小冊子「エキサイティングガイド(Ⅱ)」には時間と料金こそ記載していないものの、内容自体からホテル業者が客寄せに使用する広告をまとめたものであることが一見して明らかであること②警視庁の係官から、ホテルが売春の周旋を業としており、その宣伝用チラシが公衆電話ボックスなどに置かれて遊客を誘引するものであることを知らされており、その印刷が売春防止法違反の幫助になると警告されていること③ホテル業者から印刷を

依頼された際に、検挙されても自社の名は出さない、証拠を残さないために取引を帳簿に記載しない、代金を現金払いで領収書も発行しないという条件でその印刷、製本を引き受けていることなどの事情を認定した上で被告人に幫助犯の成立を認めている。

⁵⁰ 前掲[ピンクチラシ2審]は、印刷業務自体は日常的な適法行為であるものの、「印刷が一般的に正当業務行為であるからといって…その責任を問えないとは考えられない」と判示している。

和45年1月13日判時596号98頁は、被告人が払戻請求者の意図を確定的に認識していた⁵¹場合であり、個室付浴場業者への金融機関による融資が売春防止法上の資金提供罪に問われた大阪高判平成7年7月7日判時1563号147頁⁵²は、個室付浴場で売春が行われることについての具体的認識が必要としている。

(2) 適法行為を抑止することになると考えられる裁判例

被告人の責任を認めると適法で日常的な行為が過度に抑止されることに鑑み、被告人の責任が否定されたと考えられるものとして、熊本地判平成6年3月15日判時1514号169頁〔軽油引取税不納入〕がある。同事件は、地方税法上の軽油引取税の特別徴収義務者がその脱税を企てて地方税法所定の不納入罪を犯した場合において、被告人がその意図を知りつつ、同人から軽油を通常よりも安く購入していたとしても、不納入罪の幫助犯は成立しないとされた事案である。

裁判所は、被告人の幫助犯の成否について、「A(筆者注：販売業者)が軽油引取税を納入する意思がないまま販売していることを確定的に推知するに至った」ものの、「犯行を幫助する意思で取引を開始したわけではなく、自己の取引上の利益を図るため、従前どおりAらから軽油を購入し続けることにしたに過ぎない…。被告人は、軽油販売の相手方となることによつて、Aらの犯行を実現せしめる役割を果たしたわけではあるが、それはあくまで、被告人が自己の利益を追及(ママ)する目的のもとに取引活動をしたことの結果に過ぎない」と判示している⁵³。

同事件における被告人は販売業者の脱税の意図について確定的に推知

しうようになっており、確定的故意があったといえる。そうだとすれば、上記で検討した裁判例と同様に被告人に幫助犯の成立を認めてもよさそうに思える。

しかし、同判決は、被告人に確定的故意があるにもかかわらず、幫助犯の成立を認めてはいない。このような違いが生じたのは、被告人の責任を認めたならば、日常的になされる取引活動に与える影響が大きく、軽油を購入するという行動を抑止しかねないということにあるといえる⁵⁴。すなわち、軽油は自動車燃料としても使用されるなど日常生活を支えるのに重要な物品であり、その取引活動は社会的有用性が高い。そのため、軽油の取引活動への支障を生じないように配慮する必要がある。そして、被告人に確定的故意があったことをもつて、幫助犯の成立を認めるならば、消費者としてはこれを回避すべく他の販売業者において購入しなければならない。また、軽油の販売業者は一定の資格が要求されるなど限定されており、消費者はその中から価格が低廉な販売業者を選択し、特定の販売業者と継続的な関係を設定する。それにもかかわらず、消費者が、自己の利益を図るべく、従前通りの販売業者から軽油を購入しようとしたにすぎない場合において、軽油引取税不納入の意図について確定的に推知したからといって回避行動を取らなければならないとすると、過大な費用の支出を余儀なくされるなど消費者の負担が大きくなり、ひいては取引活動を過度に抑止するおそれが生じる。このような配慮が裁判所の判断にあったように思われる。

以上、中立的行為による幫助犯が問題となる裁判例について概観したが、

⁵¹ 島田・前掲注(45)51頁。

⁵² なお、資金提供罪という独立の犯罪類型が問題になっているものの、実質は売春防止法11条2項の幫助犯と同様の形態である。

⁵³ また、同判決は、軽油引取税不納入の行為は、被告人ら軽油の買主と必要的共犯類似の関係に立ち、必要的共犯において相手方の処罰規定を欠く場合には、犯行に消極的だった者に執拗に働きかけて犯行の決意をさせるなど、通常以上の強い教唆行為をした場合など例外を除いて、原則として教唆犯及び幫助犯としても処罰されるべきではないとし、同事件の被告人と買主との間には例外的な関係を示す事情はないことから被告人に幫助犯の成立は認められないとしている。

⁵⁴ 西田典之『刑法総論』(弘文堂・2006年)323頁は、「この程度の因果的寄与は『幫助』に当たらないと解すべきであろう」とし、豊田・前掲注(7)260頁は、犯行グループから軽油の購入者に選ばれ、単に客として軽油を購入したにすぎず、単なる購入者の地位を超えて、軽油引取税不納入罪の正犯行為に適合するような、何か特別な行為をしたわけではないから同罪の幫助犯は成立しないとし、さらに島田・前掲注(45)102頁は、買い手が働きかけたことにより、売り手の不納入の意思が強化される等の正犯行為への影響が証明されなければ共犯として処罰されないと解すべきとしている。

中立的行為による幫助犯が問題となりうる裁判例は多くはなく⁵⁵、裁判所がどのような場合に中立的行為による幫助犯の可罰性を認めているかは明らかになっていない。しかし、裁判所に共通していると思われるのは被告人に幫助犯を成立させ、その責任を認めることによって国民の行動の自由や社会的に有用性のある中立的行為が阻害されないように配慮していることである。

このような裁判所の配慮はいかなる場合に被告人の責任を限定するか、また限定するにしてもいかなる要件をもって幫助犯の成立を否定するのかについて基本的な視座を与えるものといえる。

3 学説の状況

(1) 客観的帰属論

ドイツの議論に影響を受けて、中立的行為による幫助犯の問題について議論が活発化しており、以下では学説の紹介をした後にこの問題の検討を行う。特に有力なのが幫助の因果性とは区別された客観的帰属論を用いた立場である。まず、幫助の因果性の要件のみではなく、これとは区別された別の「許されない危険の創出」という要件を使って中立的行為による幫助の問題を解決しようとする見解がある⁵⁶。

この見解は「結果が客観的に帰属されうるのは、その結果を惹起した行為が結果発生の法的に許されない(否認された)危険を創出し、この危険が実際に構成要件該当結果の中に実現した場合である」とする客観的帰属論を用いた上で、間接的な結果惹起行為それ自体が許されない危険を創出したといえるためには、正犯の犯罪計画・正犯行為との特別な適合(自己の行為を正犯の犯罪計画・正犯行為に具体的に適合するように特別に形成した)が認められる場合に幫助犯の成立を認めるとする⁵⁷。

⁵⁵ 島田・前掲注(45)53頁は、中立的行為あるいは日常的な取引行為をめぐって犯罪の成否が問題となる場合には、起訴便宜主義(刑事訴訟法248条)の下、訴追の段階でかなり多くの事案を振り落としているのではないかと推察されるとしている。

⁵⁶ 豊田・前掲注(7)255頁。

⁵⁷ 豊田・前掲注(7)259頁は、正犯の犯罪計画・正犯行為との特別な適合は、行為の文脈や行為の際の客観的・具体的状況を考慮に入れて判断すべきとする。また、高

次に、「業務的行為のような社会的に通常的で行為予期の存する行為については、行為が行われた具体的状況の中でそのような通常業務行為を逸脱していると考えられない限り、幫助犯は存在しないと考える」見解がある⁵⁸。

この見解は、「伝統的な因果論に基礎を置いた惹起説的な考え方によると、中立的行為による幫助の場合、法益侵害への惹起という点では通常の幫助の場合と異なる」ことから、「特殊な領域で行われる幫助行為を特に取り出して可罰性を論じることができるとするには、そのような行為の文脈を評価的に議論でき、処罰に結びつけることのできる客観的帰属論が最も適している」との認識に立った上で、「可罰的幫助が存在するか否かはあくまでも具体的な行為状況の中で正犯行為を促進する意味を有するかが判断されなければならない」とする。そして、「業務的にルーティーン化された行為や組織の中に組み込まれた行為は、そのような行為を遂行すること自体が…社会的拘束を受けており」、その行為の遂行に対して行為予期が存在することから、行為予期が存在する場合には幫助犯の犯罪行為促進の意義は背後に退くと考えるのである⁵⁹。

度に複雑化し、情報化が進んだ今日の分業社会においては、行為の社会的意味は主観的に追求される意味によってではなく、客観的意味によって決められることから、行為者がこの適合を認識したかどうか、どの程度認識したか、あるいは認識しえたかどうかは、結果の客観的帰属にとって重要ではないとする。その上で、Winnyが最初に提供された段階では、その提供が著作権法違反の正犯行為に適合するように特別に形成されたとみるのは困難であるが、Winnyの最新版が提供された時点では現実にWinnyをはじめとするファイル共有ソフトが著作権を侵害する態様で広く利用されており、そのような客観的状況下において、著作権の侵害に適合した、ファイル共有者の匿名性を保護する機能をもつWinnyを提供することは著作権法違反の正犯行為に適合する特別な行為に当たるとしている。その意味で原判決がWinnyの旧版の提供ではなく、その最新版の提供のみを著作権法違反の罪の幫助に当たるとしたことは妥当であり、支持できるとしている。

⁵⁸ 松生・前掲注(45)姫路法学31・32合併号294頁。

⁵⁹ 同見解に対して、山中・前掲注(45)96頁は、「具体的な行為状況」とは何を意味するのかが不明であり、どのような具体的行為状況において、正犯行為促進禁止規範が後退するのかが明らかではないとする。また、曲田・前掲注(45)法学新報112巻1・2号451頁は、ルーティーン化された業務上の行為遂行が社会において要請さ

また、「コミュニティにとって耐え難い悪しき手本として市民が受けとめることになる状況を生じさせた」場合に幫助犯の成立を肯定する見解がある⁶⁰。

この見解も客観的帰属論を前提としている。そして、共犯不法の本質は、共犯に対して「コミュニティにとって耐え難い悪しき手本として市民が受けとめることになる状況を生じさせるなというルールが働いており、そのルールに反する行為をした点」にあるとした上で、その判断の際には行為者の主観面を考慮し、基本的に確定的故意でなされた寄与行為には従犯性を肯定し、不確定的故意でなされた寄与行為には従犯性を否定する。もつとも、前者であっても「直接犯罪行為に役立つという印象を抱かせない物利用行為」を可能にするにすぎない物を提供する行為は従犯とはならず、後者であっても、寄与行為が客観的にみて犯罪に利用される蓋然性の高い行為であり、かつ、寄与行為者がその蓋然性を基礎づける事実について認識していた場合は従犯となると考える。

(2) 代替的仮定原因を考慮し幫助の因果性を否定する見解

これらの客観的帰属論の問題として考える立場とは異なり、代替的仮定原因を考慮した幫助の因果性の問題として中立的行為による幫助犯の問題を考えるものもある⁶¹。

この見解は、関与行為が正犯行為に対する相当因果関係の起点となる危険を作り出したといえるか否かを判断し、関与行為によって正犯行為の結果発生の危険が、関与行為がなかった場合に比べて相当因果関係が肯定される程度に高まっていた場合には現実に生じた結果についての危険増加が肯定され責任が認められるとする。そして、「共犯行為は正犯行為の当該具体的結果発生の危険を高めていたか否かの判断においては、現実の事

れるのは、それが犯罪の手助けとならない業務行為であるからであり、犯罪の手助けとなる業務行為までもが、社会によって強く要請されているとまではいえないのであって、通常の業務行為であることのみをもって現に生じている法益侵害が正当化されるかは疑問に思われるとする。

⁶⁰ 曲田・前掲注(45)法学新報111巻3・4号187頁。

⁶¹ 島田・前掲注(45)85頁。

象とその行為を取り去った状況との対比が不可欠⁶²であり、一定の代替原因を考慮することとし、いかなる根拠において、いかなる範囲までの仮定的代替原因を考慮すべきかを問題とする。その上で、正犯者あるいは第三者の犯罪行為は通常刑法上行われないことが期待されることから、仮定的代替原因として考慮しないとすると、正犯の最終的結果惹起行為については考慮し⁶³、また、刑法が否定的評価を下すことができないか(構成要件該当性、違法性の欠如する行為)、あるいはそうした状況下ではやむを得ないと評価するような行為(責任のない行為)は考慮されるとする⁶⁴。

4 本判決の分析

本判決は、中立的行為による幫助犯の問題を意識的に取り扱った上で幫助犯の成立範囲を限定した初めての判決であって、その意味や射程範囲が問題となる。

⁶² 島田・前掲注(45)85頁。

⁶³ 島田・前掲注(45)87頁は、例えば、甲が、乙が窃盗を固く決意していることを知って、乙が窃盗のために準備している電気ドリルを、より性能の悪い手動ドリルに取り替えた、そして、乙が手動ドリルで金庫を何とか破り、窃盗を行った、という場合に、正犯の最終的結果惹起行為を仮定的代替原因として考慮しない見解は、乙の電気ドリルを用いた窃盗を仮定しないのであるから、なにもない状態と甲の渡した手動ドリルを用いた窃盗とを対比して甲の行為の危険増加を判断することになる。そして、それは肯定されるから、甲に窃盗の幫助の成立が認められることになるが、(法的保護の観点から見て)処罰しても意味のない行為を処罰することであり、妥当な結論とは思われぬとする。

⁶⁴ 照沼・前掲注(45)585頁は、例として、「正犯Xが崖の上から岩を落として被害者を殺害した際に、Yはこれに対して有形無形の支援を行ったが、偶然近くで作業中の工事現場から不可抗力により落石事故が生じており、Xが落とした岩に当たらなくとも被害者は落石に遭っていたであろうということが認められた場合に、果たしてこのことだけを理由にYの寄与の因果性を否定すべきなのであるか」として、現に結果が惹起されている場合に、代替原因となるような行為が存在した蓋然性が立証されれば、既遂結果に対する因果性を否定してよいとする結論に疑問を呈する。また、山中・前掲注(45)99頁は、中立的行為による幫助の可罰性の問題を、仮定的代替原因の考慮の問題として捉える見解は、問題の本質からは離れた解決方法によっていると思われるとする。

本判決は、Winny を価値中立的な技術と認定した上で「一般に、中立行為による幫助犯の成立につき、正犯の行為について、客観的に、正犯が犯罪行為に従事しようとしていることが示され、助力提供者もそれを知っている場合に、助力提供の行為は刑法に規定される幫助行為であると評価することができるが、これとは逆に、助力提供者が、正犯がいかにもその助力行為を運用するのかわからない場合、又はその助力行為が犯罪に利用される可能性があると認識しているだけの場合には、その助力行為は、なお刑法に規定する幫助犯であると評価することはできない」として、本件が「中立行為による幫助犯」の問題であることを明らかにしている。

もっとも、これは抽象論であって、本判決で重要な意味を有するのは本件における事案に即してさらに踏み込んで、「正犯の実行行為を容易ならしめたといえるためには、ソフトの提供者が不特定多数の者のうちには違法行為をする者が出る可能性・蓋然性があると認識し、認容しているだけでは足りず、それ以上に、ソフトの違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めてソフトを提供する場合」という判断基準を示し、もって幫助犯の成立範囲を限定したところにある。

確かに、「正犯の実行行為を容易ならしめたといえるためには」と判示されていることに着目すれば、本判決は幫助の因果性を否定したもののようにも思える。しかし、被告人の主観的態様である「認識し、認容しているだけでは足りず」を受けた上で「それ以上に」と判示されており、その後、続く規範は幫助犯の故意の問題として扱っているように思われる。また、本判決の具体的なあてはめについてみると、被告人が Winny を提供する際にホームページ上の「違法なファイルをやり取りしないようお願いします」などと記載していたことや被告人のインターネット上の発言として著作権侵害をしないように注意喚起していたこと、著作権の課金システムに関する発言をしていたことを取り上げて責任を否定している。本件 Winny 提供行為以前の被告人のインターネット上における発言をも取り上げて検討していることに鑑みれば、本判決は Winny を提供する際の行為態様といった客観的側面に着目するよりも、むしろ被告人がどのような主観的態様にあったかという主観的側面に着目した判断となっている。そのため、本判決は、幫助の因果性ではなく故意の問題として処理していると

捉えることができ、著作権侵害を「勧めて」ソフトを提供していた場合とは、それを認識し、認容していたにとどまらず、それ以上に「意図」して Winny を提供していた場合のことを指しているように思われる。

このように本判決は、中立的行為による幫助犯の問題について著作権侵害の認識・認容を超える意図を要求する判断を示したといえるが、あくまでも「価値中立のソフトをインターネット上で提供する行為」を対象としたものであり、その射程範囲はかなり限定されたものとなっている。中立的行為による幫助犯の問題一般について、裁判所がどのように幫助犯の成立範囲を限定すべきであるのかということが一般的に明らかになったとはいえない。

したがって、本判決の射程は限定的なものにとどまるといわざるを得ないのであるが、しかし、それにもかかわらず、重要なことは本判決が従来の裁判例にみられるのと同じく適法行為を抑止しないような配慮を示していることにある。すなわち、本判決は「インターネット上での不特定多数の者との共犯の責任を問われることになり、価値中立のソフトを提供した行為について、幫助犯の成立を認めることとなれば、幫助犯の公訴時効は正犯の行為が終わった時から進行することから、そのソフトが存在する限り、そのソフトを用いて違法行為をする正犯者が出てくる限り、ソフトの提供者は、刑事上の責任を時期を問わず無限に問われることとなる」としており、これによれば被告人はインターネット上で Winny を提供することが困難であって、その適法用途が抑止されることになる。このことを踏まえて本判決は被告人に「幫助犯として刑事責任を問うことは慎重でなければならない。」と判示し、厳格な基準を定立することでその刑事責任を否定したと思われる。本判決が従来の幫助犯の理論を超えてあえて厳格な基準を定立し被告人の刑事責任を否定したことには、インターネットによるソフトウェアの提供行為という事案の特殊性のみならず Winny の有する適法用途を抑止すべきではないとの配慮があったように思われる。

5 本件の検討

以上で紹介した本判決や見解は、幫助の故意を問題とするか、あるいは客観的帰属論や仮定的代替原因を考慮し幫助の因果性を欠くことと構成要件該当性を否定し幫助の成立範囲を限定するものである。確かに、

構成要件が違法有責類型であることから、中立的行為という性質に照らして構成要件該当性の段階で否定すべきとも思える。

しかし、本判決には、事案の特殊性から何ゆえ主観的要件を加重することになるのかについて理論的に明らかでないところがあり、また、違法行為を助長する意図を持った悪質なソフトウェア開発者が外形的に著作権侵害を行わないように注意書きを付し、侵害使用を直接奨励するようなことを何も言わないなど注意を払うことにより、「意図」の立証が失敗に終わり、著作権侵害を助長させる危険も否定できない。本判決が原判決と異なり幫助犯の成立範囲を限定したことは評価されるべきであるが、被告人の「意図」の認定次第では幫助犯の成立範囲が極端に限定される可能性もある。原判決と本判決は、被告人の著作権侵害の「認容」や「意図」によって幫助犯の成否を判断していると言えるが、両判決を通じて浮き彫りとなったのは、インターネット上におけるソフトの提供行為である「これまでにない新しい種類の幫助犯」について、構成要件段階レベルでの判断にとどまるならば、著作権者の利益とソフトウェア開発の自由との適切なバランスを図ることができないという、幫助犯の構成要件の限界である。他方、客観的帰属論によって旧版のWinnyの提供行為を不可罰とし、最新版のWinny2の提供行為は可罰的とする見解⁶⁵についてみると、両者の違いは著作権侵害が多発した現実の利用状況という法益侵害の程度のみである。この結論の違いについて、目の前で激しい殴り合いの喧嘩が行われているときに、喧嘩の当事者にドライバーを提供するのと同様の状況にあると説明されるが、中立的行為による幫助の問題として考えた場合にこれを販売した者を処罰するのは法益侵害の程度が高いということのみではなく、処罰したとしても日常的に行われるドライバーの販売行為が抑止されることはない点に求められる。そして、中立的行為には法益侵害の危険が内在しているのであって、この問題について法益侵害の程度に重点を置いて判断すべきではないように思われる。このように構成要件該当性を否定することで中立的行為による幫助犯の問題を考えるならば、法益侵害の程度に過度に着目してしまうおそれがあり、不可罰とすることで保護しなければならない利益を害しかねない。

⁶⁵ 豊田・前掲注(7)255頁。

そもそも中立的行為による幫助を不可罰とする根拠は、社会的有用性が認められる中立的行為の適法用途を阻害しないようにして、国民の行動の自由を確保することにあるといえる。上記で概観した裁判例も同様の観点から事案の解決にあたっているように思われる。そうだとすれば、中立的行為による幫助の問題を考えるにあたっては、被告人に責任を認めることによる影響、これが有している社会的有用性を考慮することが必要と考える。それにもかかわらず、中立的行為による幫助の問題を客観的帰属論や幫助の因果性の問題として構成要件段階で考える⁶⁶場合には、適切な利益衡量に失敗し、適法用途を過度に抑止する結果となりかねない。

従来から、「ある行為が法益侵害の危険を有しているが、危険であるという理由のみで禁止されてしまうと、社会的な有用性や国民の行動の自由が著しく害されてしまうので、一定の範囲で、危険という害悪を社会的有用性や行動の自由という利益が凌駕する限りでこれを許容しようという」、許された危険の考え方⁶⁷がある。中立的行為による幫助の問題においても

⁶⁶ 浅田和茂『刑法総論 [補正版]』(成文堂・2007年)139頁は、この問題について幫助犯の構成要件に該当しないとすべきとし、また、西田・前掲注(54)323頁も構成要件該当性を否定する趣旨と考えられる。しかし、中立的行為には様々なものが含まれており、また、幫助犯が成立するためには幫助犯の因果関係は正犯の実行行為を物理的・心理的に促進容易にすれば足り、主観面においても認容で足りるとされており、その構成要件は緩やかに、かつ、曖昧に判断されている。まして、正犯者の特定すら不要とされているのであればなおさらのことのように思われる。このように幫助犯の構成要件が曖昧なものとなっている状況において、ことさら中立的行為による幫助の問題を構成要件該当性で処理する必要は少ない。中立的行為による幫助犯の問題を構成要件の処罰範囲限定機能を強調して構成要件該当性において処理するならば、原判決が被告人にとって正犯者が誰かもわからず、いかなる行為をするかもわからない状態において幫助犯の成立を認めた点について議論する必要があるように思われる。

⁶⁷ 許された危険に関するものとして、小林憲太郎「許された危険」立教法学69号(2005年)43頁、松宮孝明『刑事過失論の研究 [補正版]』(成文堂・2004年)1頁、荒川雅行「刑事過失犯論の現代的課題(1)―その違法阻却論を中心として―」法と政治37巻3号(1986年)1頁、同「刑事過失犯論の現代的課題(2)―その違法阻却論を中心として―」法と政治38巻1号(1987年)1頁、前田雅英「許された危険」中山研一他編『現代刑法講座 第3巻』(成文堂・1979年)25頁、篠田公穂「『許さ

許された危険の考えを用いた⁶⁸上で適切な利益衡量を行うべきである。したがって、著作権侵害によって害される利益より被告人の責任を認めることによって失われる利益が上回るのであれば、被告人の行為は許された危険として違法性が阻却される⁶⁹と考えるべきである。

れた危険』の学説史的考察(1)ーとくにドイツおよびわが国の理論をめぐってー」法政論集61号(1974年)100頁、同『『許された危険』の学説史的考察(2)ーとくにドイツおよびわが国の理論をめぐってー』法政論集63号(1974年)184頁などがある。また、許された危険の問題は、過失犯の問題として考えられてきたが、過失犯の問題にとどまるものではない(熊倉武『『許容量』と『許された危険』の理論』団藤重光他編『佐伯千仞博士還暦祝賀・犯罪と刑罰(上)』(有斐閣・1968年)309頁)。⁶⁸ 東・前掲注(1)105頁は、「許された危険」の法理に対しては、危険を冒すことが許されたとしても、現実が生じた犯罪結果の違法性それ自体が正当化されない以上、犯罪の成立が否定される理由はないと批判されることについて、人の死傷結果とは異なり、相当に軽微な著作権侵害という結果が生じた場合であるから危険を冒すことが許されるかではなく、端的に著作権侵害の結果が、他の正当な利益の存在によって正当化されるかを論じれば足り、Winnyの提供行為によって侵害される著作権の価値と、もたらされる利益の価値とを比較衡量し、後者が前者に優越する限りでは違法性に欠け、幫助の成立が否定されたいと考へればよいとする。なお、東・前掲注(1)の見解については、注(71)を参照。

⁶⁹ 山口厚『刑法総論 [第2版]』(有斐閣・2007年)231頁は、許された危険について、「結果惹起の危険性と法益擁護の利益性とを、危険を冒す必要性を含め較量した結果、利益性が危険を上回り、あるいは両者同等の場合には、当該行為の遂行は許されることになる」としている。また、大塚仁『刑法概説(総論) [第4版]』(有斐閣・2008年)357頁は、許された危険の範囲内では、刑法上必要とされる注意義務を尽くして行われた行為は、たとえ現実に法益侵害の結果を惹起したとしても違法性を欠くものと解すべきであり、許された危険の問題は、実質的違法性の具体的現象の一面としての意味をもつとする。さらに、大谷實『刑法講義総論 [新版第2版]』(成文堂・2007年)277頁は、社会生活上必要・不可欠な行為は、たとえ危険であることが明らかであっても、それがなければ、現代の高度に技術化した社会は成り立たないから、危険行為の社会的有用性・必要性、予想される危険の蓋然性、侵害されるべき法益の性質・程度、危険防止のための可能な手段などを総合的に考慮し、社会通念上相当とされる範囲に属する行為である以上は、たとえ現実に法益侵害の結果を惹起したとしても、社会的相当行為として違法性を阻却すると解すべきであるとする。

このような一般論は不明確であり、そこから自分の好きな結論を恣意的に導くことができってしまうという問題点が指摘される⁷⁰。しかし、具体的な場面において被告人の責任を問うことによって確保される著作権者の利益、処罰規定の趣旨、当該行為の有する社会的有用性や被告人の責任を認めることによる影響等を、著作権法の間接侵害に関する民事上の裁判例からの帰結を参考にするなど、客観性を保ちながら慎重に考慮することによって、不明確であるとの指摘は回避できる⁷¹ように思われる。以下、評論する。

確かに、ゲームソフトのクリエイターや映画の製作者をはじめとする著作権者等の努力と成果について理解し、尊重しなけばならず⁷²、創作のインセンティブを害することがあってはならない。インターネットによるファイル共有の特性として、ひとたび著作物が流通すれば、被害が重大なものになると言われており、Winnyによって生じた著作権侵害の被害総額は100億円程度であったという調査結果もある⁷³。一方で、Winnyでのファイル共有による私的コピーが音楽CDやアニメDVDについて、深刻な売上減少を引き起こすという証拠は、日本の現状に関する限り見出せない

⁷⁰ 島田・前掲注(45)71頁は、「正犯については許された危険を超えている場合であるにもかかわらず、背後の関与者にのみ、特に許された危険を肯定する方向に働く、何らかの特別な事情があることが論証されなければならない」とし、石井・前掲注(1)141頁は、「同一の結果に対して正犯者の行為と関与者の関与行為があるのに、正犯については許されない危険となり、関与者については許された危険とされ、異なる評価がされる理由はそれほど明らかではない」とするが、著作権法上、間接侵害について明文の規定がないことからすれば、正犯者については許されない危険であり、幫助犯については許された危険となるとしても、合理性があるといえるし、著作権法が政策的判断に基づく立法であることに留意すべきである。

⁷¹ 東・前掲注(1)104頁以下は、119条2号や120条の2第1号のように処罰する規定が設けられている場合以外の行為は行為のもたらす利益が著作権保護の価値に優越するものとして処罰されないものとされていることから、著作権法はそれ全体として刑法62条の規定の適用を排除しており、刑法8条但書のいう「法令に特別の規定があるとき」にあたりと解釈し、不明確な比較衡量になることはないとし、Winnyの提供について不可罰性を論じている。

⁷² 近藤・前掲注(1)787頁。

⁷³ 石井・前掲注(11)74頁。

いう分析もあり⁷⁴、本判決も「ファイル共有ソフトによる著作権侵害の状況について、時期や統計の取り方によって、調査の結果にも相当の幅がある」と認定している。そのため、インターネットによるファイル共有への対応は、単なる懸念に基づかない冷静さが求められるが、何より留意すべきは、仮に被害総額が100億円程度であったとしても、著作権法上、公衆送信権侵害は親告罪として処罰の対象とされているのであって、あくまでも特定の被害者との関係で被告人の責任が論じられなければならないことにある。そうだとすれば、特定の著作権者の利益を確保することを超えて Winny2 による社会的な被害や危険性をもって被告人の責任を問うことは罪刑法定主義に照らし許されるものではない⁷⁵。また、価値中立的な技術はどのように使われるかによってその社会的評価が定まるという側面があり、規制を行うにしても、技術を開発、提供した者ではなく、できるだけ技術を実際に使用した者に対して行われるべきである。そして、P2P ネットワーク上のほとんどの違法著作物はごく限られた数のユーザーによってアップロードされており、残りの大多数のユーザーはそれをダウンロードすることによってフリーライドしているだけという状況はよく知られている。そのため、限られたユーザーのグループに新たな違法著作物のアップロードを断念させることができれば P2P ネットワーク上で違法著作物を共有するという規範の力も弱体化したり、根絶する可能性も否定

⁷⁴ 新宅純二郎＝柳川範之編『フリーコピーの経済学 デジタル化とコンテンツビジネスの未来』(日本経済新聞社・2008年)125頁以下において、ファイル共有 (Winny) の影響について検討されている。

⁷⁵ 岡邦俊「著作権法違反罪の構造」『紋谷暢男教授古稀記念 知的財産権法と競争法の現代的展開』(発明協会・2006年)1066頁は「本来、著作権秩序全体という公益の侵害が問題となるべき行為に対して、著作権侵害の幫助行為という私的権利の侵害として刑事的制裁を加えることは、憲法上の基本原理としての罪刑法定主義に違反するといわなければならない」とする。そして、船山泰範「幫助犯と罪刑法定主義」日本法学57巻4号(1992年)63頁は、「罪刑法定主義は、処罰の必要性が解釈の正当根拠にはなりえないことを示す原則である。すなわち、罪刑法定主義は、処罰の必要性があれば立法をしてからにせよ、という立法原則であるとともに、立法しないかぎり解釈で処罰範囲をむやみに広げてはならないという解釈原理なのである」とされる。

できない⁷⁶。したがって、公衆送信権を侵害した正犯者を処罰することによって、著作権者の利益は相当程度確保することができるのであって、本件において正犯者は既に処罰されている⁷⁷。それにもかかわらず、民事責任ですら負わない被告人の行為をあえて処罰することによる著作権者の利益は、被告人が負担すべきものではないか、あるいは真に保護に値する利益とはいえないのである。そうだとすれば、被告人を幫助犯として処罰することで確保される著作権者の利益は少ないといえることができる。

そもそも、著作権法は、事実上誰もが自由になすことができる著作物の利用行為に対して、「文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与する」(1条)という目的を実現するために法定の利用行為に対する排他権を著作権者に付与したにすぎない⁷⁸。そのため、初めから著作物の利用行為全てについて排他権が存在すべきであるというテーゼは存在しないのであって、どのような行為をどのような形で権利に服せしめるのかということ立法が政策的に決定しているのである⁷⁹。被告人を著作権侵害罪の幫助犯として処罰する際には、このような法の趣旨を考慮することが不可欠である。

そこで、著作権法の刑事罰に関する規律をみるに著作権法は120条の2第1号、2号に該当する行為に関する刑事罰の発動に関してはこれを非親告罪としているのに対して、公衆送信権侵害の罪に該当する行為に関する刑事罰の発動についてはこれを親告罪としている点で刑事上の位置付け

⁷⁶ Branislav Hazucha (田村善之＝丹澤一成訳)「他人の著作権侵害を助ける技術に対する規律のあり方—デュアル・ユース技術の規制における社会規範の役割—」知的財産法政策学研究24号(2009年)61頁。また、朴俊錫(金勲訳)「韓国におけるオンラインサービス提供者の法的責任論が進むべき方向」知的財産法政策学研究23号(2009年)149頁。

⁷⁷ 京都地判平成16年11月30日判時1879号153頁。評釈等として、岡村久道「判批」別冊ジュリスト179号(2005年)240頁、岡田好史「ファイル共有ソフトを用いて映画のデータをダウンロード可能にする行為と送信可能化権侵害罪」専修法学論集95号(2005年)187頁。

⁷⁸ 田村・前掲注(34)108頁。

⁷⁹ 田村・前掲注(34)108頁。

を異にしている⁸⁰ (123条1項)。そして、親告罪として処罰されるものは民事上の著作権侵害をその基礎においており、著作権法において民事責任を問われない行為に対して刑事責任を問うことは予定されていない。そうだとすれば、民事責任が生じない被告人に刑事罰を科すことは著作権法の趣旨を没却させる⁸¹。

また、Winny が用いている P2P 技術は、従来からの集約型ネットワークではハブとなるコンピューターがダウンするとネットワークが停止するのに対して、分散型ネットワークでは経路が複数あるために、一つのコンピューターがダウンしても他の経路を通してデータの送受信が可能であり、全体として強靱なシステムを構築することが可能となる。P2P 技術は次世代のコンピューティングシステムの基盤を担う重要な技術であり、このことは P2P 技術を総務省が『平成16年度 IT 政策要綱』の中で電子政府・電子自治体のためのシステムに、散在するデータの円滑な検索・利用を実現するための技術として指名している⁸²ことから明らかである。Winny ネットワークは数十万から100万ともいわれるユーザーが参加したネットワークとなっていたのであって、大規模な情報共有インフラとして利用できることを証明している⁸³。そして、DRM (著作権管理技術) が施されたファイルを流通させたり商用に向けたシステムを組み合わせた P2P ネットワークも考えることもでき、ファイル共有ソフトは著作物の流通に適したインフラとして利用することができる。そうだとすれば、Winny が現状悪用されていたとしても、動画配信ビジネスに利用されるなど必ず将来ビ

⁸⁰ 岡・前掲注(75)1049頁。

⁸¹ 大友・前掲注(1)知財管理56巻8号1133頁。また、不法原因給付と横領の論点において民事上の議論と刑事上の議論とを区別するように、本件においてもこれらを区別する見解が多いが、著作権法が政策的な考慮を要する立法であることに注意する必要がある。

⁸² 「公共分野の IT 技術開発については、全国的に散在するデータの円滑な検索・利用を実現する P2P 技術を活用しつつ、高いセキュリティー水準と大量のデータ伝送・蓄積技術等が要求される各公共分野の情報特性に応じた、P2P 型公共分野高度情報流通技術の確立が期待されている」としている。総務省「平成16年度 IT 政策大綱～日本初の新 IT 社会を目指して～」(2003年)19頁。

⁸³ 金子勇『Winny の技術』(アスキー・2005年)173頁。

ジネス化へとつながる有益な技術ということができる⁸⁴。したがって、Winny は技術的価値としての評価が高く、これを提供することによる社会的有用性は高いものといえる。このような Winny の有用性については、原判決・本判決ともに是認しているところである。

最後に被告人の責任を認めることによる影響について検討するが、従来の幫助犯の理論において必要とされる故意は正犯と同様に認識・認容で足りるとされ、しかも正犯者を特定せず⁸⁵、意思連絡すら不要とされる⁸⁶。このように幫助犯の故意が認められているのは、著作権侵害を幫助するという危険を認識し、その認識していた危険の射程範囲に正犯者の著作権侵害行為が存在していたことにある⁸⁷。

しかし、このような従来の幫助犯の理論は、特定人に拳銃を渡すか、あるいは実行行為を行う者が一定の範囲に限定されている事案を想定しており⁸⁸、本件がインターネットによってソフトウェアを不特定多数の第三者に提供する事案であることに留意する必要がある。すなわち、インターネットによるソフトウェアの提供は、不特定多数の第三者に対して提供されるのであって、その中にはこれを悪用する者が把握できない程度に存在しており、著作権侵害を生じさせる危険性が常に内在している。ソフトウェアを提供する側としては、それらの者の存在を漠然と認識しており、著作権侵害の危険を認識しているといえる。そうだとすれば、ソフトウェアを開発し、これを提供する者が、著作権侵害を幫助するという危険を認識していないということはない。また、インターネットによって名前も顔もわからない不特定多数の第三者に提供されることから、どの程度危険を認

⁸⁴ 壇＝金子・前掲注(38)71頁は、悪用されていた BitTorrent が動画配信ビジネスに使用されていることを指摘する。

⁸⁵ 大判昭和10年2月13日刑集14巻83頁。

⁸⁶ 大判大正14年1月22日刑集3輯921頁。

⁸⁷ 石井・前掲注(1)138頁。

⁸⁸ 最決昭和44年7月17日刑集23巻8号1061頁は、被告人が甲又はその得意先が公然陳列するであろうと知りながら、わいせつ映画フィルムを甲に貸与し、甲からその得意先である乙にフィルムが貸与され、乙がこれを映写し、公然陳列するに至ったという事案について、被告人は甲又は「得意先」という程度の認識があったにすぎない。

識していたかを問うことすら許されないほど、その認識の射程範囲は広い。そのため、被告人が認識した危険の射程範囲に正犯者の著作権侵害行為が存在していないということは考えにくい。

原判決は、被告人が著作権侵害を幫助するという危険の認識のみならず「認容」を要求し、その「認容」があった根拠として「新しいビジネスモデルが生まれることも期待して」いたことを挙げる⁸⁹。しかし、被告人が意図しているビジネスモデルは、あくまでもコピーフリーでも成り立つコンテンツへの課金システムの構築にあり、著作権者へ対価を還流させようとするものである。被告人が新しいビジネスモデルが生まれることを期待していたことと著作権侵害を生じさせることを「認容」していたこととは究極的には対立している。また、被告人は誰が著作権侵害行為を行うかについて特定していないため、原判決の認容の対象は「特定の者の」著作権侵害行為に限定されたものではなく顔も名前もわからない者の侵害行為である。そのため、原判決は被告人に著作権侵害の危険について認識があれば直ちに認容という主観的態様を備えるものとなっている。加えて、被告人はWinnyについては技術的検証、Winny2については大規模BBSの実現という目的をもって、これらを開発し提供していたのであって、著作権侵害をまん延させることを企図していたわけではない。このような被告人の主観的態様にもかかわらず、著作権侵害の認容があったと判断するのであれば、認容という主観的態様による限定が何ら機能していないことを意味している。

では、被告人は一体どのようにして著作権侵害行為の危険性を認識・認容せずにインターネットによってWinnyを提供することができるのだろうか。確かに、被告人が処罰を免れるために、Winnyを著作権侵害の用途に使用しないとの確認が取れた者に対してのみ、パッケージで提供すればよいとも思える。では、何故、インターネットの普及によって得られるはずの利益を放棄しなければならないのだろうか。

インターネットによるソフトウェアの提供は、パッケージによって提供すると異なり、流通コストを掛けずに一気に不特定多数の第三者に提供することを可能とさせる。今後、このようなソフトウェアの流通形態が形

成、発展していくことが容易に想定できる。また、従来からソフトウェアの開発、特に商用ソフトは少数の開発メンバーによって慎重に作り上げられていた⁹⁰が、ソフトウェア開発にあつて一人のプログラマーが自分で見渡せる作業の範囲には限界があり、バグを見つけ出し、原因を追究し、修正するにはとてつもない費用と時間がかかる。そこで、バグの発見と修正の作業を効率的に処理し、開発コストを節約すべく多数の者が共同作業で一つのソフトウェアを開発する必要が高い⁹¹。そして、インターネットの普及はソフト開発にあつて自作の試作ソフトをネットワークにアップロードし、ユーザーに使用させ、ここから不具合に関する情報の提供を受け、当該ソフトを改良し、再びネットワークにアップロードする過程を経ることができる⁹²など多数の者の共同作業を可能とさせる。これにより開発コストを節約することができるのみならず、優秀な技術者が集まることによってソフト自体の有用性も高いものとなる。したがってソフトウェアの開発においてインターネットを利用することは、オープンソースとすることによるメリットを十分に享受させ、低コストかつ高品質のソフト開発を実現させることができる。本件の被告人はWinnyのβ版を何度もホームページ上で提供しており、2チャンネルでかなりのユーザーに揉まれて作ったもので結果的にかなりいろいろなおもしろい技術が入っていると

⁹⁰ ソフトウェアの開発では、開発期間を短縮しようと開発人員を増しても効果が上がらないばかりか、バグの発生率が大幅に増加してしまうという、ソフトウェア開発の特徴を示す現象を「ブルックスの法則」という。

⁹¹ インターネット上でLinuxのソースコードが公開され、誰もが無料で使用でき、全世界のプログラマーが必要に応じてソースコードの内容を変更、開発できるものとなっており、これに魅せられたプログラマーが開発に参加し、改良が反映されたバージョンが公開され、さらにデバッグ、改良を繰り返すことによって品質が急速に向上していった。このようなLinuxの急成長を踏まえて、エリック・スティーブソン・レイモンド(山形浩生訳)『伽藍とパザール オープンソース・ソフトLinuxマニフェスト』(光芸社・1999年)54頁は、「【教訓19】開発コーディネータが、最低でもインターネットくらい使えるメディアを持っていて、圧力なしに先導するやり方を知っている場合には、頭数は一つよりは多いほうが絶対がいい」として、オープンソースを支持する考えからブルックスの法則に対する反対提案を示している。

⁹² 園田・前掲注(1)59頁。

⁸⁹ 渡邊・前掲注(1)29頁。

され⁹³、インターネットによる利便性を享受していた。よって、原判決のように従来の幫助犯の理論で被告人を処罰するのであれば、インターネットの普及に伴うソフトウェアの流通・開発形態に悪影響を及ぼすことになる。

これに加えて、ソフトウェアの提供行為が抑止されることになれば、そこで用いられている技術の開発自体も無意味なものとなるのであって、WinnyのP2P技術を利用したソフト開発は停滞する。原判決はあくまでもWinnyの提供行為のみを抑止したにすぎず、そこで用いられているP2P技術の発展に影響を及ぼすことはないと判断しているように思えるが、正しい分析ではない。何より本件は刑事事件であり、そこで科される刑事罰の抑止力は極めて強く、技術開発者に与える萎縮効果は大きい。民事責任ですら負わない被告人に対して威嚇力の強い刑事罰を科すのであれば、予測可能性を奪い、技術開発者の開発意欲を削ぎ、これによって、P2P技術の発展は著しく阻害されることになる。

このようにWinnyの提供行為に対して、従来どおりの理論によって幫助犯を成立させて被告人の刑事責任を認めるならば、インターネットの普及に伴うソフトウェアの新しい流通形態や開発形態、さらには発展することが想定されるP2P技術の開発に重大な萎縮効果を与え、技術の進歩によって得られるはずの利益の享受に失敗することになる⁹⁴。

以上の検討の結果からすれば、被告人を処罰することにより得られる利益よりも失われる利益の方が大きいということは明らかである。したがって、被告人の行為は許された危険として違法性が阻却されると考える。この点に関して、本判決は、違法性ではなく、幫助の故意の問題として扱ってはいるものの、本判決は積極的な勸奨がなされない限り、犯罪の成立を否定するという取扱いを示しており、Winnyが価値中立的な技術であることに適切に配慮している点で、明らかに原判決より優れているといえよう⁹⁵。

⁹³ 壇=金子・前掲注(38)50頁。

⁹⁴ 田村・前掲注(29)174頁は、「技術的に複製や公の送信がかくも容易になったにも拘わらず、創作者の権利が足かせとなって、その便益を社会が享受することに失敗することは、著作権制度の趣旨に悖ることになる」と指摘する。

⁹⁵ この点で、本判決の判断基準は、ソフトウェア提供者の意図に着目する「誘因

第4 結語

技術の発展によって生まれたP2Pネットワーク上において、大規模な著作権侵害が生じており、著作権者には著作物の利用行為に対する対価が還流しておらず、現状において創作に対するインセンティブが確保されているとはいいがたい⁹⁶。原判決はWinnyが多数の著作権侵害に利用されているという現実の利用状況を重視し、これを開発し提供した者を幫助犯として処罰することで、著作権侵害を効果的に抑圧しようと判断したことが窺える。これに対して、本判決はWinnyの技術の有用性を積極的に評価した上で、技術開発の自由を重視し、被告人を無罪としており、結論が分かれている。

(inducement)」の法理を採用したGrokster事件判決に類似する。すなわち、「明確な表現や侵害を助長するための積極的な行動によって示される、著作権を侵害するような機器の使用を促進する目的を持って、機器を配布する者は、第三者による結果としての侵害行為に対して責任を負う」とするものであり、同判決は違法行為を意図的にした証拠として①著作権侵害で知られていたNapsterユーザーを取り込もうとしたこと②フィルタリング・ツール等の侵害を減少させるような行為を採用していないこと③広告収入により利益を得ていたことを挙げる。Grokster事件に関するものとして、Mark Davison=Rebecca Giblin-Chen(山崎昇訳)「著作物の保護及びP2Pソフトウェア—リーガル・オプション、そのいずれを選択すべきか?—」知的財産法政策学研究20号(2008年)37頁、John F.Hornick「判批」CIPICジャーナル169号(2006年)23頁、Pamela Samuelson(津幡笑訳)「MGMは本当にGrokster事件で勝訴したか」知的財産法政策学研究11号(2006年)53頁、平野晋「判批」国際商事法務Vol.33 No.7(2005年)1006頁、井口加奈子「判批」NBL815号(2005年)4頁などがある。特に、「意図」に着目する論文として、ステイーブン・ギブズ=三原繁美「Grokster米連邦最高裁判決とWinny開発者事件をめぐる『意図』の関係」国際商事法務Vol.33 No.8(2005年)1034頁がある。

⁹⁶ 田村・前掲注(34)111頁は、紙やカセットテープ、ビデオテープのようなアナログを前提とした上で、複製禁止権中心主義を採用する著作権法では、品質を維持したまま容易に複製することができるデジタル技術が、インターネットを経由して迅速に流通する社会に対応できず、著作権者の許諾を得ない違法ファイルが流通しているという状況にあり、現在、技術の進展に伴って、著作権法をどのように設計するかは、著作権法の最大の課題とされる。

新しく開発された技術は、社会に利便性をもたらすなど有用性がある一方で、悪用されるという側面を備える。この技術の両面性を踏まえた上で、新しい技術がもたらす利益を十分に享受するには、その技術の将来における発展可能性やビジネスへの転用可能性等のあらゆる事情を考慮して、規制すべきか否か、規制するにしてもどの程度規制するのかなど高度の政策判断が求められる。例えば、技術が価値中立的なものであればその規制を望む権利者がいる一方で、著名とはいえないバンドが自らの楽曲をアップすることでほとんどコストを掛けずに広告宣伝を行うことができるなどその技術の有効利用を望む権利者も存在しており、複雑な利害関係を考慮した政策判断が必要となる。また、価値中立的な技術は、そのユーザーによる利用態様によって、どのような技術であるかが決まる。その際に、大多数のユーザーの利用態様を裁判所が適切に判断するには必ずしも資料が十分とはいえない⁹⁷。それにもかかわらず、本件のように新しい価値中立的な技術であるWinnyの開発、提供に対して、技術と現行法制との整合性を重視してしまい政策判断になじまない裁判所が利用実態を正確に把握しないまま刑事罰を科すのでは、技術の発展によって得られるはずの利益の享受に失敗する⁹⁸。

そもそも、著作権法は創作のインセンティブを確保し文化の発展という目的を実現するために法定の利用行為に対する排他権を著作者に付与するものであり、どのような行為をどのような形で権利に服せしめるのかということは立法府による政策的な判断である。そのため、新しい技術に対して規制を行うにしても、その提供行為に対する差止めや刑事罰を認める

⁹⁷ 壇＝金子・前掲注(38)73頁は、原判決のアンケート結果の手法に疑義を呈する。また、新宅＝柳川・前掲注(74)125頁は、ファイル共有の影響についてアメリカでの音楽に関する実証例の結果を紹介し、CDの売上を減らす効果があるという実証結果と減らす効果はないという実証結果が共存していることを指摘する。

⁹⁸ 田村善之『機能的知的財産法の理論』(信山社・1996年)184頁は、「技術が進歩するにつれて、既存の知的財産の法制度が所与のものとしていた技術的前提が失われているということが起こりうる。その場合、技術の進展に対してあくまで既存の法制度の枠組みを前提として対処していこうとすると、旧態依然とした法制度が足枷となって、新たな技術にたがをはめ、社会にもたらされるはずの便益の享受に失敗するおそれがある」とする。

という選択肢のほかにも、提供自体は自由だが、一定の補償金を支払わなければならないという選択肢もあり、その場合にはどの選択肢を採用し、それをどのように実現すべきかは目的を踏まえた政策的判断であって立法によって決められるべき問題である⁹⁹。具体的にも複製を誘発する録音録画装置などに関して、デジタルの録音録画機器と媒体に限って、これに課金する私的録音録画補償金制度が創設されており、複雑な徴収及び権利者への還流の手続きが設計されているのである。

結論として、Winnyのようなファイル共有ソフトに対する規制は、社会や価値観の変化、技術の有用性や発展、海外における著作権保護のあり方¹⁰⁰等のさまざまな利益を考慮することができる立法による政策的判断に委ねられるべきであり、これによる明確なルールの整備が求められる。

【付記】本稿は、北海道大学・国立台湾大学共同セミナー及び北海道大学での知的財産法研究会における報告原稿に加筆修正したものである。その執筆にあたり、田村善之先生から鑑定意見書の提供を含め懇切丁寧なご指導を賜った。また、原告弁護士事務局長の壇俊光先生から資料等の提供を含め貴重なご教示を頂いている。記して感謝申し上げる。

【追記】本件は、検察側から最高裁へ上告されている。本判決が事案の特殊性を強調しているとしても、従来から幫助犯の構成要件が緩やかに判断されていることに照らして、判例に抵触する可能性は否定できない。しかし、幫助犯の構成要件が緩やかに判断されたとしても、本稿で論じたように、被告人の行為は許された危険として違法性が阻却されるのであって、無罪判決は維持されるべきである。

⁹⁹ 田村・前掲注(34)131～141頁。岡・前掲注(75)1066頁は、「IT時代の新たな情報伝達に関連する行為について著作権侵害の幫助行為として刑事的制裁を課するためには、それぞれの行為類型毎に、技術的保護手段の回避装置に関して行われた法改正と同程度の構成要件の明確化が立法によって行われるべきである」とする。

¹⁰⁰ 塩澤一洋「Winnyの開発は違法か」ASCII 28巻7号(2004年)216頁は、「ITやインターネット関連技術は世界が市場であるから日本だけが犯罪に問うような分野を作ればその分野において日本は国際競争力を失う」とする。