

2009年11月12日

関西大学法科大学院 法と社会2「法とメディア」第7回

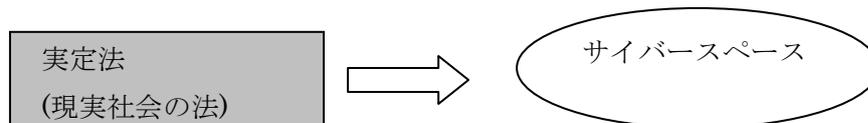
インターネット・メディア犯罪（その1）

弁護士・弁理士 近藤 剛史
tsuyoshi@kondolaw.jp

I インターネット・メディアにおける犯罪

1 一般法理

- ・「ubi societas, ibi ius」（社会あるところ、法あり）
- ・「オフラインで違法なものは、オンラインでも違法（What is illegal offline remains illegal online）」（1996年10月16日の欧州委員会の「インターネット上の違法・有害なコンテンツに関する報告書」）



2 サイバースペースにおける刑法犯（ネットワーク犯罪）

- ・ 証拠隠滅罪（104条）
- ・ 電磁的記録不正作出及び供用罪（161条の2）
- ・ 支払用カード電磁的記録不正作出罪（163条の2）、同所持罪163条の3）、同準備罪（163条の4）
- ・ わいせつ物頒布罪（175条）
- ・ 賭博罪（185条）、賭博上開帳罪（186条）
- ・ 脅迫罪（222条）、強要罪（223条）
- ・ 名誉毀損罪（230条）、侮辱罪（231条）、信用毀損罪（233条）、電子計算機損壊等業務妨害（234条の2）
- ・ 電子計算機使用詐欺罪（246条の2）、恐喝罪（249条）

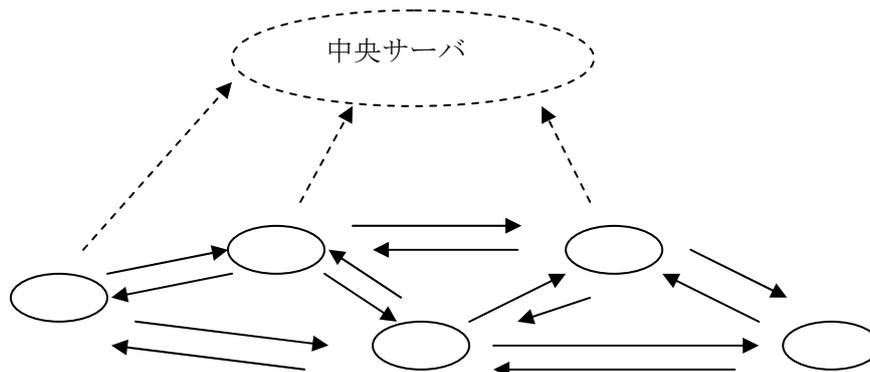
3 サイバースペースの進展

- ・ 音楽ファイル(MP3)交換
- ・ 動画公開サイト（Youtube、ニコニコ動画）
- ・ ビジネス（セカンドライフ <http://jp.secondlife.com/>）

II ファイル交換ソフト

1 問題の所在

Peer to Peer(P2P)とは、定まったサーバ、クライアントを持たず、ネットワーク上の他のコンピュータ（ノード）に対してクライアントとしてもサーバとしても働くようなノードの集合体



①著作権侵害問題

1999年12月、RIAA（全米レコード協会）は、違法コピー音楽(MP3)の交換など音楽著作権の侵害行為の温床になっているとして Napster を提訴し、Napster は非商用目的で共有するのは合法であると主張したが、米連邦地裁は、サービス停止命令を出した。

その後も、Gnutella、WinMX（中央サーバ型）、Winny などが出現し、様々な問題が起こっている。

②情報漏洩事件の多発

Winny のウイルス感染による個人情報漏洩事件

P2Pアプリケーションソフトは、インターネットに対しポートをオープンにしてサーバ的動作をする場合が多く、そのアプリケーションにバッファオーバーフロー等のセキュリティホールが存在した場合、アプリケーション同士が常時接続している場合が多いだけに、ワーム、ウイルス等が急速にP2Pネットに感染拡大する脆弱性を持っている。

2 ファイルログ事件（中央サーバ設置型）

1) 事案の内容

「ファイルログ (File Rogue)」(日本版ナップスター) を一般に頒布し、これを使ったファイル交換のしくみを提供している日本エム・エム・オー社に対して、(社) 日本音楽著作権協会 (JASRAC) および (社) 日本レコード協会 (RIAJ) の会員等レコード製作者 19 社が、著作権等の侵害を理由に、一部のサービス提供の差止めと損害賠償を求めた。

「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」（後述中間判決）

2) 裁判所の判断

- ・ 中間判決（東京地裁平成15年1月29日判決（判時1810号29頁））

「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。」

- ・ 第1審判決（東京地裁平成15年12月17日（判時1845号36頁））

「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、〔1〕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、〔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。」

- ・ 控訴審判決（東京高裁平成17年3月31日）

「当裁判所も、控訴人会社は本件管理著作物の著作権の侵害主体であり、本件サービスのうち、原判決主文第1項のMP3ファイルの送受信は差止められるべき

であり、控訴人らは原判決が認容した限度で、被控訴人に対し連帯して損害を賠償すべきであると判断する。」

「本件で請求されているのは、本件管理著作物の送信可能化権及び自動公衆送信権の侵害に基づく、本件管理著作物の本件サービスによる送受信の差止め及び損害賠償である。そして、本件サービスのように、インターネットを介する情報の流通は日々不断にかつ大量になされ、社会的に必要不可欠なものになっていること、そのうちに違法なものがあるとしても、流通する情報を逐一捕捉することは必ずしも技術的に容易ではないことなどからすると、単に一般的に違法な利用がされるおそれがあるということだけから、そのような情報通信サービスを提供していることをもって上記侵害の主体であるとするのは適切でないことはいまでもない。しかし、単に一般的に違法な利用もあり得るといっただけにとどまらず、本件サービスが、その性質上、具体的かつ現実的な蓋然性をもって特定の類型の違法な著作権侵害行為を惹起するものであり、控訴人会社がそのことを予想しつつ本件サービスを提供して、そのような侵害行為を誘発し、しかもそれについての控訴人会社の管理があり、控訴人会社がこれにより何らかの経済的利益を得る余地があるとみられる事実があるときは、控訴人会社はまさに自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、その責任を問われるべきことは当然であり、控訴人会社を侵害の主体と認めることができるというべきである。」

3) 検討

- ・ 著作権法においては、侵害行為にのみ使用する物を譲渡するといった幫助行為を侵害とみなす特許法101条のようないわゆる間接侵害規定がないので、著作物の侵害行為を直接行っていない者に対する差止請求の可否が問題となる。

Cf. 「著作物の利用主体性」について、クラブ・キャッツアイ事件（最高裁昭和63年3月15日、判時1270号34頁）、ビデオメイツ事件（最高裁平成13年3月2日、判時1774号108頁）と類似の判断枠組み（規範的に把握）

- ・ 被告の行為が、送信可能化権及び自動公衆送信権を侵害するか否かについては、①被告の行為の内容・性質、②利用者のする送信可能化状態に対する被告の管理・支配の程度、③本件行為によって生ずる被告の利益の状況等を総合斟酌して判断している。

3 Winny（ウィニー）事件（純粹 P to P 型）

1) 事案の概要

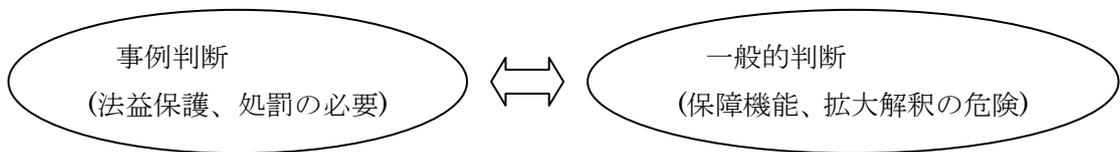
Winny(ウィニー)を開発した東大大学院情報理工学系研究科助手の金子勇氏が、著作権侵害の幫助の罪に問われた事件。正犯である群馬県高崎市の男性らによる著作権侵害行為への幫助が起訴事実として挙げられた。

Winny の匿名性は、著作権法、わいせつ物頒布罪、児童ポルノ規制法、個人情報保護法などに抵触する違法なファイル交換を行う場合に好都合なものであったため、利用者数は急速に拡大していた。

2) 当事者双方の主張

検察側は、「著作権者の収益がないなど被害は深刻で重大。著作権侵害を助長した」懲役 1 年を求刑した。これに対し、被告人・弁護側は、「技術的な検証が目的で、ほう助の意図はなかった」「検察は、著作権侵害をまん延させる目的で開発したという主張に固執し、自白強要を繰り返した。ソフト開発者の刑事責任が問われれば、日本の技術開発が大きく遅れる」と無罪主張を行った。

3) 基本的視点



4) 第 1 審判決（平成 16 年（わ）第 726 号著作権法違反幫助被告事件）

（平成 18 年 12 月 13 日京都地裁判決、判時 1879 号 153 頁、判タ 1229 号 105 頁）

1. 判決要旨

- 一 被告人を罰金 1 5 0 万円に処する。その罰金を完納することができないときは、金 1 万円を 1 日に換算した期間、被告人を労役場に留置する。訴訟費用は被告人の負担とする。（求刑懲役 1 年）
- 二 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も期待しつつ、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認められる。

2. 事実

大学助手であった被告人がいわゆるファイル交換ソフトである Winny（ウィニー）を開発し、自らのホームページにおいて公開していたところ、同ソフトをダウンロードした被告人 2 名（正犯者）が自己のパソコンから第三者が著作権を有するゲームソフト（「スーパーマリオアドバンス」など）や洋画（「ビューティフル・マインド」など）のデジタルコンテンツ（データ）について無許諾で自動公衆送信可能な状態にし、著作権者たる第三者の有する公衆送信権（著作権法 23 条 1 項）を侵害したことから、同ソフトの提供行為が正犯者の著作権法違反行為を幫助したものと見て開発者の刑事責任が問われた事件であり、社会的に大きな注目を浴びた事件。

3. 判決の理由

(罪となるべき事実)

被告人は、送受信プログラム機能を有するファイル共有ソフト **Winny** を制作し、その改良を重ねながら、自己の開設した「**Winny Web Site**」及び「**Winny2 Web Site**」と称するホームページで継続して公開及び配布をしていたものであるが、

第1 甲が、法定の除外事由なく、かつ、著作権者の許諾を受けずに、平成15年9月11日から翌12日までの間、甲方において、別表記載の各著作権者が著作権を有するプログラムの著作物である「スーパーマリオアドバンス」ほか25本のゲームソフトの各情報が記録されているハードディスクと接続したパーソナルコンピュータを用いて、インターネットに接続された状態の下、上記各情報が特定のフォルダに存在しアップロード可能な状態にある **Winny** を起動させ、同コンピュータにアクセスしてきた不特定多数のインターネット利用者に上記各情報を自動公衆送信し得るようにし、上記各著作権者が有する著作物の公衆送信権を侵害して著作権法違反の犯行を行った際、これに先立ち、同月3日ころ、**Winny** が不特定多数者によって著作権者が有する著作物の公衆送信権を侵害する情報の送受信に広く利用されている状況にあることを認識しながら、その状況を認容し、あえて **Winny** の最新版である「**Winny2.0 β6.47**」を被告人方から前記「**Winny2 Web Site**」と称するホームページ上に公開して不特定多数者が入手できる状態にした上、同日ころ、上記甲方において、同人にこれをダウンロードをさせて提供し、

第2 乙が、法定の除外事由なく、かつ、著作権者の許諾を受けずに、同月24日から翌25日までの間、同人方において、ユニバーサル・シティ・スタジオズ・エルエルエルピーが著作権を有する映画の著作物である邦題名「ビューティフル・マインド」及びディズニー・エンタープライゼズ・インクが著作権を有する映画の著作物である邦題名「アンブレイカブル」の各情報が記録されているハードディスクと接続したパーソナルコンピュータを用いて、インターネットに接続された状態の下、上記各情報が特定のフォルダに存在しアップロード可能な状態にある **Winny** を起動させ、同コンピュータにアクセスしてきた不特定多数のインターネット利用者に上記各情報を自動公衆送信し得るようにし、上記各著作権者が有する著作物の公衆送信権を侵害して著作権法違反の犯行を行った際、これに先立ち、同月13日ころ、**Winny** が不特定多数者によって著作権者が有する著作物の公衆送信権を侵害する情報の送受信に広く利用されている状況にあることを認識しながら、その状況を認容し、あえて **Winny** の最新版である「**Winny2.0 β6.6**」を被告人方から前記「**Winny2 Web Site**」と称するホームページ上に公開して不特定多数者が入手できる状態にした上、同日ころ、上記乙方において、同人にこれをダウンロードをさせて提供し、

もって、それぞれ、前記甲及び乙の前記各犯行を容易ならしめてこれを幫助し

たものである。

(補足説明)

1 弁護人らの主張

弁護人らの主張は、本件が公訴棄却されるべきこと、本件における正犯者とされる者 2 名について著作権法違反の罪が成立しないこと、仮に正犯が成立したとしても被告人には著作権法違反幫助の罪が成立しないことなどであるが、以下それぞれの主張について補足して説明する。

2 公訴棄却

(1) 訴因不特定（弁論要旨 14 頁以下）

弁護人らは、本件公訴事実について、検察官が被告人の行為として特定したのは Winny2 の β 版を公開した行為のみであって、幫助に該当する具体的な行為が特定されていないのであるから訴因の特定を欠き、本件は公訴棄却されるべきであると主張する。

しかし、起訴状記載の公訴事実、その第 1、第 2 とともに、被告人が公開した対象である Winny2 をそのバージョンを含めて特定し、被告人がそれらを公開した日や、被告人自身が開設したホームページ上に公開するという具体的な方法、態様についてまで記載されているのであって、幫助に該当する行為は具体的に特定されているというべきである。

したがって、本件公訴事実について、訴因の特定を欠くとする弁護人らの主張は採用できない。

(2) 本件公訴事実は罪とならないこと（弁論要旨 161 頁以下）

弁護人らは、著作権法 120 条の 2 に関する法改正の経緯等からすると、著作権法は同法 120 条の 2 で処罰される場合を除いては、技術の提供による間接的な関与行為に止まる場合を処罰の対象とはしておらず、著作権法は刑法総則の幫助犯による処罰を予定していないものと解すべきであり、また、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刑法 62 条の幫助犯にあらず、本件公訴事実は罪とならない旨主張する。

しかしながら、刑法 62 条 1 項の幫助犯に関する規定は、刑法以外の法令の罪についても、その法令に説く鉄の規定がある場合を除いて適用されるのであり（刑法 8 条）、かつ、著作権法には、刑法総則ないし刑法 62 条 1 項の適用を除外する旨の規定も存しない。また、刑法 62 条に、弁護人らが主張するような制限が一般的に存するとは解されない。

よって、この点に関する弁護人らの主張は採用できない。

(3) 告訴の不存在（弁論要旨 194 頁以下）

ア 弁護人らは、本件は、著作権法 119 条 1 号、同法 23 条違反の罪に係る事案であり、同罪は同法 123 条によって親告罪とされているところ、本件において被

告人に対する告訴の事実が認められない旨主張する。

イ そこで、本件について告訴の有無を検討するに、親告罪における告訴の有無は訴訟条件たる事実として、その認定にあたってはいわゆる自由な証明で足りるものと解すべきところ、告訴状謄本等（甲 1 ないし 10）によれば、本件公訴事実第 1 について、各告訴権者から正犯者とされる甲に対する告訴がなされていることが認められる。また、判決書謄本（甲 206）によれば、本件公訴事実第 2 について、各告訴権者からもう一人の正犯者とされる乙に対する告訴がなされていることが認められる。以上のとおり、甲及び乙に対して各告訴権者から告訴がなされていることからすれば、刑事訴訟法 238 条 1 項に基づき、幫助犯とされる被告人に対しても効力を生ずるといふべきである。

ウ なお、弁護人らは、本件においていわゆる告訴の主観的不可分の原則を採用することは著作権法の趣旨に反するものであって、正犯者らに対する告訴は被告人に対して効力を生じない旨主張し、その理由として、著作権者は他人に対してその著作権物の利用を許諾することができる（著作権法 63 条 1 項）のであるから、その処罰意思に関しても相手ごとに判断されるべきと述べる。しかしながら、著作権者によってなされた告訴の効力がどの人的範囲に認められるかという問題と、著作権者が誰に対して著作物の利用を許諾したかということは、明らかに場面を異にするものであって、かかる主張は独自の見解と言わざると得ず、採用することはできない。

また、弁護人らは、被告人に対する告訴状（弁 61 ないし 65）の内容からすると被告人に対する告訴は無効であって、仮に告訴の主観的不可分の原則を採用するのであれば、被告人に対する無効な告訴により、正犯者らに対する告訴が無効となるべきであると主張する。しかしながら、いわゆる告訴の主観的不可分を定めた刑事訴訟法 238 条 1 項における告訴とは、有効になされた告訴を指すと解するのがその文理からみて自然かつ合理的であって、無効な告訴が有効な告訴の効力を左右するとは到底言えず、この点についても弁護人らの主張は採用できない。

(4) 小括

以上から、本件は公訴棄却されるべきであるとする弁護人らの各主張はいずれも採用できない。

3 証拠により認められる事実

- (1) Winny の技術的内容
- (2) 被告人が Winny を開発、公開し、逮捕に至るまでの経緯
- (3) 被告人と関係者間のメール送受信の状況等
- (4) 正犯甲の Winny 利用状況
- (5) 正犯乙の Winny 利用状況

(6)ファイル共有ソフトの利用実態等

4 甲の正犯性（弁論要旨 168 頁以下）

5 乙の正犯性（弁論要旨 169 頁以下）

6 被告人に対する著作権法違反幫助の成否

(1) 弁護人らは、被告人の行為は各正犯の客観的な助長行為となっていないとも主張するが、前記のとおり、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。

(2) もっとも、**Winny** は P2P 型ファイル共有ソフトであり、被告人自身が述べるところやE供述等からも明らかなように、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、無限定な幫助判の成立範囲の拡大も妥当でないことは弁護人らの主張するとおりである。

(3) 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べきである。

(中略)

(5) 以上から、本件では、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使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の下、被告人は、そのようなファイル共有ソフト、とりわけ **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、**Winny2.0 β 6.47** 及び **Winny2.0 β 6.6** 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 **Winny2.0 β 6.47** を用いて甲が、**Winny2.0 β 6.6** 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評価することができる。

7 結論

よって、前記のとおり認定することができ、この限度で弁護人らの主張は採用しない。

(量刑の理由)

被告人は、ファイル共有ソフトの一つであるWinnyを開発、公開することで、これを利用する者の多くが著作権者の承諾を得ないで著作物ファイルのやりとりをし、著作権者の有する利益を侵害するであろうことを明確に認識、認容していたにもかかわらず、Winnyの公開、提供を継続していたのであって、このような被告人の行為は、自己の行為によって社会に生じる弊害を十分知りつつも、その弊害を顧みることなく、あえて自己の欲するまま行為に及んだもので、独善的かつ無責任な態度といえ非難は免れない。また、正犯者らが著作権法違反の本件各実行行為に及ぶ際、被告人が公開、提供していたWinnyが、正犯者らの本件各実行行為にとって重要かつ不可欠な役割を果たしたこと、Winnyネットワークにデータが流出すれば回収等も著しく困難であること、Winnyの利用者が相当多数いると認められること等からすれば、被告人のWinnyの公開、提供という行為が、本件の各著作権者が有する公衆送信権に対して与えた影響の程度も相当大きく、正犯者らの行為によって生じた結果に対する被告人の寄与の程度も決して少ないものではない。

もっとも、被告人は、Winnyの公開、提供を行う際に、インターネット上における著作物のやりとりに関して、著作権侵害の状態をことさら生じさせることを企図していたわけではなく、著作権制度が維持されるためにはインターネット上における新たなビジネスモデルを構築する必要性、可能性があることを技術者の立場として視野に入れながら、自己のコンピュータプログラマーとしての新しいP2P技術の開発という目的も持ちつつ、Winnyの開発、公開を行っていたという側面もあり、被告人は本件行為によって何らかの経済的利益を得ようとしていたものではなく、実際、Winnyによって直接経済的利益と得たとも認められないこと、何らの前科前歴もないことなど、被告人に有利な事情も存する。

以上、被告人にとって、有利、不利な事情を総合的に考慮して、被告人には主文のとおり罰金刑に処するのが相当であると判断した。

5) 控訴審（大阪高裁平成21年10月8日）の判決

【主文】 原判決破棄。被告人は無罪

【理由】

◆ウィニーの技術的評価

技術、機能を見ると、著作権侵害に特化したものではなく、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得るという価値中立のソフトであると認めるのが相当。

◆ 1 審判決が示したほう助犯成立の基準

原判決はウィニーが価値中立的な技術であることを認定した上で、外部への提供行為自体がほう助行為として違法性を有するかは、(1) その技術の社会における現実の利用状況や(2) それに対する認識(3) さらに提供する際の主観的態様による一々の基準を示した。

しかし、ファイル共有ソフトによる著作権侵害の状況について把握するのは困難で、どの程度の割合の利用状況によってほう助犯が成立するのか原判決の基準では判然としない。また、いかなる主観的意図の下で開発されたとしても、主観的意図がインターネット上で明らかにされることが必要か否かが原判決の基準では判然とせず、基準は相当でない。

◆ 控訴審判決が新たに示した基準

開発したソフトをインターネット上で公開した提供者はダウンロードした者を把握できず、違法行為をしているかを把握できない。価値中立のソフトを提供した行為について、ほう助犯の成立を認めれば、ソフトが存在し、ソフトを用いて違法行為をする者が出てくる限り、提供者は刑事上の責任を無限に問われることになる。ほう助犯として刑事責任を問うことは罪刑法定主義の見地からも慎重でなければならない。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(がいぜん)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、または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提供した場合にほう助犯が成立すると解すべきである。

(出典) <http://mainichi.jp/select/jiken/news/20091009ddm012040127000c.html>

(参考) 判例評釈(「最新判例知財法—小松陽一郎先生還暦記念論文集」青林書院)

(1) 本判決の位置づけ

これまで著作権法違反をはじめ知的財産権侵害に対する刑事処罰の問題について、十分に議論されてきたわけではなく、本件以前に、著作権法違反の幫助犯で検挙された例は存しない(注1)。当然のことながら、サイバー空間(インターネット上)のファイル交換ソフト(P2P)の開発、提供行為に関し、刑事責任の有無が問題となったリーディング・ケースと言える。(注2)

著作権侵害行為の幫助的行為に関する民事上の責任については、これまでいくつもの裁判例が存する。例えば、いわゆる「カラオケ法理」と呼ばれる法理を築き、スナック経営者の責任を認めた「クラブ・キャッツアイ事件」(注3)、カラオケのリース会社の責任を認めた「魅留来事件」(注4)、P2Pファイル交換サービスの運営者の責任を認めた「ファイルログ事件」(注5)、システム運営者の責任を認めた「録画ネット事件」(注6)や

「選撮見録事件」(注7)等多数の裁判例が存する。

ただ、これらの民事上の裁判例が示す行為主体性の問題と、刑法における正犯と狭義の共犯の問題は、全く別の法分野における問題であり、本件のような幫助犯の成否については、罪刑法定主義の観点からも、構成要件該当性について厳格に考えられるべきである(注8)。

(2) 幫助行為の客観面

本判決は、まず、著作権法違反幫助の成否につき、客観的な助長行為は明らかであるとしている。刑法の多数説においては、幫助行為は、正犯の実行行為を容易にするものであれば足りるが、その具体的な確定は幫助の因果性の問題をどのように考えるかにより決せられ、幫助の因果性を正犯の実行を物理的もしくは心理的に促進し、あるいは容易にすることによって認められるとされている(注9)。

Winnyによってファイル交換という形態により著作権侵害が行われたことは証拠上明らかであり、また、Winnyという匿名性の高いシステムによって心理的な促進がなされたと言いうる面があるとも言える。よって、この点に関する判断は妥当であると言える。

(3) 幫助行為としての可罰性

次に、本判決は、「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」として弁護人の主張も受け容れた上で、次項で述べる「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である」という幫助行為の主観面に重点を置いて論を進めている。

しかしながら、幫助行為の客観面につき、もう少し掘り下げて考えていく必要があるのではないだろうか。すなわち、どのような場合に、幫助として処罰可能であるのかという客観的な基準を定立することが必要と思われるし(注10)、故意・過失等の主観的要件を具備する限り、その提供する物やサービスにより促進された犯罪について幫助犯としての刑事責任を常に負うとするのは、処罰範囲が広すぎるとして、その可罰性を疑問視する見解も存する(注11)。

そもそも幫助という概念が本来的に不定型な行為類型を多く含むものであり、さらに正犯者を助け、その実現を容易ならしめる程度、影響度も様々なものがあり得ると言える。よって、この可罰性に関する客観的範囲が論者、立場によって異なりうるものであり、結論の差を来しているとも言えるのかも知れない。本判決においてはこの点に関する判示はなされていないが、当然、可罰性は有するものという前提で考えていると言える。ただ、研究開発に対する萎縮的効果や刑法の自由保障機能から考えると、明示的に論じられてもよかつたのではないかと考える。

(4) 幫助行為の主観面

幫助犯が成立するためには、幫助の意思が必要であるが、どこかにおいて構成要件的結

果が発生するであろうことを認識していた場合（概括的故意）、どこにどれだけ発生するかまでは具体的に認識していなかった場合においても故意責任を認めるのが通説である。ただ、この立場においても、幫助の故意が認められるかどうかは必ずしも明らかとは言えない場合があるとする見解がある（注12）。すなわち、判例によれば、従犯が正犯者の行為を認識し、これを幫助する意思があれば足り、相互の意思連絡は不要であるとされているが（注13）、それはあくまで行為者が行為の有する危険性の射程範囲を認識していたということが前提になっていると思われる。よって、仮に、著作権侵害を幫助するという危険性をどの程度認識していたのか、また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かどうかにより、従犯の故意の存否を決することができるとするものである。

本判決の「Winnyの現実の利用状況を認識し」「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」という事実関係のもとにおいては、被告人の幫助の意思（故意）は否定できないものと思われ、この点に関する判断も一応肯定し得ると言える。

もっとも、主観的態様がいかなるものである場合に提供行為が幫助としての違法性を帯び又はこれを欠くことになるのかという点を含めて何ら具体的に明らかにされていないため、新規技術の開発・提供行為に対する萎縮効果を一定程度生じさせてしまっているとする見解もある（注14）。

（5）まとめ

以上述べて来たように、本件はまさに幫助犯という非定型な行為類型に関する犯罪の成否が問われているものであり、その判断は容易ではない。一般論として、研究開発に対する萎縮的効果を与えるべきではないという意見は正しいが、他方で、プログラムの開発者のみならず、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あらゆる分野の著作権者等の努力と成果に対する理解と尊重について決して蔑ろにされてはならない。著作権法の目的は、著作権や著作隣接権の文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作権者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与することが目的とされており（法1条）、プログラムの研究開発の自由といえども、著作権者等の他者の権利や文化の発展という社会的価値との関係においては一定の内在的制約を受けざるを得ないものであり、著作権侵害の罰則の適用についてもその観点を忘れてはならない。

本件の行為態様において、被告人の刑事責任を問うことは酷であるようにも思えるし、刑法の謙抑性の観点から考えて疑問なしとはしない。しかしながら、判決の認定した事実関係のもとにおいては、やはり著作権侵害行為を助長するような行為は行ってはならないという一般的な社会的規範に反している面（違法性）は否定できないし、それによる著作権者等の権利侵害という被害の重大性も看過し得ないと言えよう。本判決は、理論的に明確ではない点もあるため、控訴審においては、その規範が明確に示されることが期待される。

（注1）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」知管 Vol.56 No.7 2006 p.972

(注2) 岡村久道「Winny 開発者著作権法違反幫助事件—京都地判平成18・12・13」NBL848号41頁は、本件で開発者の刑事責任が幫助という法律構成で追及された背景には、ファイル共有システムに関する構造上の違いが存在しているとする。

(注3) 最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁

(注4) 大阪地判平成6年3月17日判時1516号116頁、大阪高裁平成9年2月27日判時1624号131頁

(注5) 東京地決平成14年4月9日、同月11日判時1780号25頁、東京地判平成15年12月17日判時1845号36頁、東京高判平成17年3月31日最高裁HP

(注6) 東京地決平成16年10月7日判時1895号120頁、東京地決平成17年5月31日、知財高決平成17年11月15日

(注7) 大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁

(注8) 岡邦俊「続・著作権の事件簿(100)」JCAジャーナル第54巻2号55頁は、「『カラオケ』法理はさまざまな著作権侵害の『幫助』行為の民事的規制に利用されていますが、機器の提供によって『幫助』行為が完結する態様のものについてまでこの法理を拡張して適用できないとするのが通説的な見解であり、判例も同様」とする。

(注9) 石井徹哉「Winny 事件における刑法上の論点」千葉大学法学論集第19巻第4号144頁。

(注10) 前掲石井論文140頁

(注11) 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 No.1335 91頁

(注12) 前掲石井論文138頁

(注13) 大判大14年1月22日刑集3輯921頁

(注14) 前掲小倉論文94頁

(注15) この点、刑罰法規の適用において、利益衡量といった民事的考慮を行うべきではないとする反論もあるかも知れないが、刑法230条の2において表現の自由との関係において名誉毀損罪の成否を検討しなければならない場合もあり、必ずしも特別ではない。

以上