

平成21年10月8日宣告 裁判所書記官川崎ひろみ

平成19年(う)461号

判 決

本籍 省略

住所 省略

プログラマー

氏名 金子勇

生年月日 省略

上記の者に対する著作権法違反幫助被告事件について、平成18年12月13日京都地方裁判所が言い渡した判決に対し、被告人及び検察官から控訴の申立があったので、当裁判所は、検察官小原浩司立会いの上審理し、次のとおり判決する。

主 文

原判決を破棄する。

被告人は無罪。

理 由

弁護人の控訴の趣意は、弁護士秋田真志外13名作成の控訴趣意書及び弁護士秋田真志外3名作成の控訴趣意補充書に、これらに対する答弁は、検察官竹内司作成の答弁書及び答弁書訂正書に記載のとおりであり、検察官の控訴趣意は、検察官新倉明作成の控訴趣意書に、これに対する答弁は、秋田真志外13名作成の答弁書に記載のとおりであるから、これらを引用する。

弁護人の控訴趣意は、原判決の訴訟手続の法令違反、事実誤認、法令適用

の誤りをいい、被告人の無罪を主張するものであり、検察官の控訴趣意は、被告人を罰金刑に処した原判決の量刑不当をいうものである。

第1 原判決の認定

原判決は、被告人は、送受信プログラムを有するファイル共有ソフトW i n n yを制作し、その改良を重ねながら、自己の開設した「W i n n y W e b S i t e」「W i n n y 2 W e b S i t e」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、① X 1が、法定の除外事由がなく、かつ、著作権者の許諾を受けないで、平成15年9月11日から翌12日までの間、X 1方において、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（以下「本件ゲームソフト」という。）の各情報が記録されているハードディスクと接続した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が可能な状態にあるW i n n y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、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、平成15年9月3日ころ、W i n n yが不特定多数の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W i n n yの最新版である「W i n n y 2. 0 β 6. 4 7」を被告人方から上記「W i n n y 2 W e b S i t e」と称するホームページ上に公開して不特定多数の者が入手できる状態にした上、同日ころ、X 1方において、X 1にこれをダウンロードさせて提供し、② X 2が、法定の除外事由がなく、かつ、著作権者の許諾を受けないで、平成15年9月24日から翌25日までの間、X 2方において、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「アンブレイカブル」の各情報（以下「本件映画ファイル2本」

ともいう。)が記録されているハードディスクと接続した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が可能な状態にあるW i n n y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、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、平成15年9月13日ごろ、W i n n yが不特定多数の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W i n n yの最新版である「W i n n y 2. 0 β 6. 6」を被告人方から上記「W i n n y 2 W e b S i t e」と称するホームページ上に公開して不特定多数の者が入手できる状態にした上、同日ころ、X 2方において、X 2にこれをダウンロードさせて提供し、もって、X 1及びX 2に、それぞれその犯行を容易ならしめてこれを幫助したものである旨、本件各公訴事実と同旨の事実を認定し、懲役1年の求刑に対して罰金150万円を言い渡した。

第2 弁護人の控訴趣意とその検討

1 訴訟手続の法令違反の主張について

ア 告訴の不存在

所論は、本件犯罪は著作権法123条によって親告罪とされているが、被告人に対する有効な告訴は存在しない、すなわち、①親告罪における告訴の存在は、厳格な証明によるべきであるのに、原判決は、原判示第1の正犯者X 1に対する告訴状を、告訴権者に対する証人尋問をしないまま、自由な証明で足りるとして採用し、告訴の事実を認定した違法があり、また、原判示第2の正犯者とされるX 2については、X 2に対する告訴状は証拠として採用されてすらおらず、告訴の存在自体が認められない、また、②正犯者に対する告訴状の効力は、幫助犯である被告人には及ばない、その理由は、著作権法上、著作権者

は、著作物の利用について、どのような者にどのような利用を許諾するかについて自由であり、著作権侵害となるか否かは、著作物を利用した主体ごとに属人的に判断されなくてはならないから、著作権法上の親告罪には、告訴の主観的不可分を定めた刑訴法238条1項の適用はないからである、そして、③W i n n y を公開していた氏名不詳者に対する告訴状、すなわち被告人に対する告訴状は存在するが、それら告訴状には「告訴人は、御署の御捜査によって上記の主観的態様が明らかになることを条件として、被告告訴人に対する刑事処罰を求めたく」と明示的に条件が記載されており、このような条件付きの告訴は、告訴全部が無効である、したがって、被告人に対する告訴は存在しないのに、実体審理を行って有罪を言い渡した原判決には判決に影響を及ぼすべき訴訟手続の法令違反がある、というのである。所論①については、原審は、原判示第1の正犯者X1に対する告訴状謄本及び追加告訴状謄本計10通（原審甲1ないし10）について、検察官から立証趣旨を「告訴の事実」として証拠請求され、弁護士から不同意とされたが、証拠として採用し、弁護士からの厳格な証明が必要であるとの異議申立ても棄却して、取り調べているので、自由な証明で足りるとの見解で採用したと認められ、また、原判決は、これら告訴状謄本及び追加告訴状謄本により、各告訴権者から正犯者X1に対する告訴が存在していることを認めているが、告訴の存在は訴訟条件であり、訴訟条件の認定は自由な証明で足りるといふべきであるから、原判決に違法はない。ところが、他方、原判示第2の告訴権者ユニバーサル・シティ・スタジオズ・エルエルエルピーとディズニー・エンタープライゼズ・インクの2者からの正犯者X2に対する各告訴状謄本は、検察官から立証趣旨を「告訴の事実」として証拠請求されたが（原審甲47、48）、弁護士から不同意とされると、検察官はこれらを撤回し、原審も証拠調べをすることなく弁論を終結した。しかるに、原判決は、告訴の存在を認定するにあたり、正犯者X2を 被告人とする別件著作

権法違反被告事件についての「判決書謄本（原審甲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X2に対する告訴がなされていることが認められる」と判示して、X2に対する告訴の存在を認定した。しかし、上記判決書謄本は、検察官から、その立証趣旨を「正犯者の判決内容」として証拠請求がされ、弁護人が同意して証拠調べがされたものであるが、本件被告人の事件において、別件の正犯者に対する判決書謄本を証拠として、告訴権者2者から正犯者に対する告訴がされていることを認定することはできないし、また、手続の明確性を確保する趣旨から、告訴は書面又は口頭で検察官又は司法警察員にしなければならず、口頭による告訴を受けたときは調書を作らなければならないとされているのであるから（刑訴法241条）、告訴状又は告訴調書によって告訴の事実を認定すべきものである。そしてまた、本件では、告訴の事実そのものが争われて、正犯者X2に対する告訴状謄本が不同意とされているのであるから、立証趣旨を「正犯者の判決内容」として弁護人の同意を得た別件の正犯者に対する判決書謄本から、告訴権者2者から正犯者X2に対する告訴の事実を認定することは、被告人に不意打ちを与える点でも許されないというべきである。したがって、原判決は、原判示第2の親告罪につき告訴の存在が認定できないのに審理・判決をしたことになり、原審の審理手続は相当でないといわなければならない。しかしながら、当審において、ユニバーサル・シティ・スタジオズ・エルエルエルピー作成の告訴状謄本（当審検8）及びディズニー・エンタープライゼズ・インク作成の告訴状謄本（当審検9）を取り調べた結果によれば、本件公訴の提起に先立つ平成15年11月11日、映画「ビューティフル・マインド」の著作権者であるユニバーサル・シティ・スタジオズ・エルエルエルピーが、同じく平成15年12月4日、映画「アンブレイカブル」の著作権者であるディズニー・エンタープライゼズ・インクが、それぞれ正犯者であるX2を告訴した事実を認めること

ができる。したがって、本件公訴の提起に先立ち客観的に告訴が存在していたのであるから、原審の手續に公訴を不法に受理したとの違法はないというべきである。ちなみに、弁護人は、当審弁論において、控訴審において正犯者に対する上記告訴状謄本2通の取調べをしたことを論難するが、親告罪における告訴の存在は、訴訟条件であり、訴訟条件は職権調査事項であって、疑念が生じれば、審理のどの段階においても、調査しなければならない事項であるから、弁護人の論難には理由がない。

所論②については、前記①のとおり、原判示第1の正犯者X1、原判示第2の正犯者X2に対する各告訴権者からの各告訴が存在することが認められるのであり、そして、刑訴法238条1項により、親告罪について共犯の1人又は数人に対してした告訴は、他の共犯者に対しても、その効力を生ずるのであるから、幫助犯として起訴されている被告人にも、告訴の効力が生じるのは明らかであるといわなければならない。所論は、著作権法上、著作権者は、著作物の利用について、どのような者にどのような利用を許諾するかについて自由であり、著作権侵害となるか否かは、著作物を利用した主体ごとに属人的に判断されなくてはならないから、著作権法上の親告罪には、告訴の主観的不可分を定めた刑訴法238条1項の規定の適用はないというが、著作権法上、著作権者が、著作物の利用について、どのような者にどのような利用を許諾するかについて自由を有することから、著作権侵害の犯罪事実について親告罪とされることはあっても、著作権法上の親告罪であるから、告訴の主観的不可分の適用がないと解すべきものではない。所論は失当である。

所論③については、原判示第1の告訴権者のうち一部の5者からのW i n n yを公開していた氏名不詳者に対する告訴状5通（原審弁61ないし65）が存在するが、これらは、原審において、弁護人から立証趣旨を「被告人に対する告訴に条件が付されていること」として証拠調べ請求があり、検察官が同意

して取調べられたものであり、これら告訴状には「告訴人は、御署の御捜査によって上記の主観的態様が明らかになることを条件として、被告告訴人に対する刑事処罰を求めたく」との記載がされている。しかし、原判決は、原判示第1の事実につき、正犯者に対する告訴の効力が被告人に及ぶとして審理・判決をしたのであり、W i n n yを提供した被告人自身に対する告訴権者からの告訴の効力を認めて審理・判決をしたのではないから、被告人自身に対する告訴状の効力について、その有効無効を検討するには及ばない。

イ 訴因の不特定等

所論は、本件公訴事実が訴因の特定を欠き、または罪とならない事実を公訴事実としたものであるから、実体審理をすることは許されないのに、実体審理に入り、有罪判決をした原判決には判決に影響を及ぼすべき訴訟手続の法令違反がある、という。

しかしながら、本件公訴事実が、各正犯者のそれぞれの著作権法違反（公衆送信権侵害）の事実を特定した上、それに先立ち、被告人は、W i n n yが不特定多数の者によって、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W i n n yの最新版を自己の開設したホームページ上に公開して不特定多数の者が入手できる状態にした上、各正犯者にこれをダウンロードさせて提供し、もって、各正犯者にそれぞれ著作権法違反の犯行を容易ならしめてこれを幫助したというものであり、日時、場所及び方法をもって、できる限り、事実を特定して、訴因を明示していることは明らかであり、また、罪とならない事実を公訴事実としたものでないことも明らかであるから、所論は失当である。

ウ 証拠能力を欠く証拠の採用

所論は、被告人作成の申述書（原審乙1）、被告人の警察官調書3通（原審乙2、3、5）、検察官調書2通（原審乙8、13）、弁解録取書3通（原審

乙7, 10, 11) について、これらは、いずれも検査官の不当な誘導、偽計、恫喝を用いた違法な取調べの結果作成されたものであり、あるいは偽計や恫喝等による違法な取調べの影響を被告人に残したまま、取調べをして作成したものであるから、任意性を欠き、証拠とすることができないものであるのに、これらを採用し、有罪認定の証拠とした原判決には、判決に影響を及ぼすべき訴訟手続の法令違反がある、というのである。そして、何より被告人の平成15年11月27日付け警察官調書(原審乙2)は、当日、警察官は被告人の立件に向けて被疑者として取り調べたものに他ならないのに、黙秘権の告知をしていない供述録取書を作成したのであって、任意性は認められない、という。

そこで検討するに、被告人作成の申述書(原審乙1)は、被告人の原審公判供述によれば、平成15年11月27日、正犯者に対する被疑事件による被告人方の捜索後に行われ、約3時間程度の事情聴取中に休憩もあり、自らWinnyの開発をやめる誓約書を書いてもいいと申し出た上、木村警部補が用意した見本を途中まで書き写し、その内容に疑問を抱いたことからその旨申し出て最後の4行に関しては見本を直した上で書き、署名指印したことが認められ、被告人は任意に供述書を作成したことが認められる。また、平成15年12月26日付けの警察官調書(原審乙3)については、被告人の原審公判供述によれば、本村警部補との間で幫助について押し問答があったと述べる一方、調書に署名指印した理由は、調書が重要であるとは考えておらず、何を書かれても大丈夫だろうと考えていたことや警察を基本的には信用していたことや、徹夜明けで疲れていたことから早く帰りたかったことなどからであることが認められ、被告人は任意に供述したことが認められる。そして、平成16年5月10日付け弁解録取書2通(原審乙10, 11)及び同日付け警察官調書(原審乙5)は、被告人が、本件で逮捕された当日に作成されたものであるが、任意性を疑うような取調べの影響下で作成されたものではない。そしてまた、被告人

の原審公判供述によれば、平成16年5月11日付けの検察官に対する弁解録取書（原審乙7）について、検察官は警察よりも話を聞いてくれる感じであったし、また、同月12日付け検察官調書（原審乙8，13）については、検察官の取調べには協力しようと思っていた旨供述しており、そしてまた、被告人の原審公判供述によれば、その後の同月13日以降、被告人が調書への署名指印を拒否した理由は、検察官が同日の取調べで立ち上がって指さしながら大きな声で怒ってきたことなどからであると供述しており、これら供述にかんがみれば、検察官に対する弁解録取書（原審乙7）、検察官調書（原審乙8，13）について、被告人は任意に供述したことが認められる。

しかしながら、被告人の平成15年11月27日付け警察官調書（原審乙2）は、W i n n yを使用して著作権法違反をした正犯者に対する著作権法違反被疑事件の捜査のために、インターネット上でW i n n yを提供していた被告人を参考人として事情聴取をして作成された供述録取書であるが、被告人は、平成15年11月27日、原判示第1の正犯者X1の著作権法違反被疑事件で、自宅の検証を受け、同日、参考人として事情聴取を受けたのであり、それからひと月後の平成15年12月26日に、今度は被告人に対する著作権法違反幫助被疑事件で、自宅の捜索を受けて、コンピュータ、パソコン、パソコンソフト、雑誌等の差押えを受け、また、同日、被告人は被疑者として取調べを受けて、被告人の警察官調書（原審乙3）が作成されていることなどにかんがみると、捜査機関は、被告人の平成15年11月27日付け警察官調書（原審乙2）の事情聴取をした際、正犯者のみならず、被告人の立件も視野に入れて被告人を捜査対象としていたとみざるを得ないが、この警察官調書（原審乙2）については、捜査機関が、被告人に黙秘権を告げず、参考人として事情聴取し、しかもW i n n yのインターネット上での提供に関しての被告人の主観的態様に関して、被告人に不利益な事実の承認を録取した書面を作成したものであるか

ら、この警察官調書（原審乙2）は、黙秘権を実質的に侵害して作成した違法があるといわざるを得ず、被告人に不利益な事実の承認があるからといって、これを被告人の有罪認定の証拠として用いることは、許されないといわなければならない。したがって、原審が、これを刑訴法322条1項により、証拠として採用して取り調べ、原判決の（証拠の標目）、（補足説明）欄に掲げて、被告人の有罪認定の証拠として用いたのは違法であるといわなければならない。しかし、この違法は原判決に影響を及ぼすほどの違法ではなく、この警察官調書（原審乙2）だけを証拠から排除すれば足りるというべきである。

2 事実誤認の主張について

（以下、本件ファイル共有ソフトW i n n yは、バージョンにかかわらず単に「W i n n y」といい、「W i n n y 2. 0 β 6. 4 7」と「W i n n y 2. 0 β 6. 6」は「本件W i n n y」ともいう。）

所論は、原判決は、X 1及びX 2が本件各著作権法違反の罪の正犯であると認めたが、①正犯者X 1（原判示第1）の著作権法違反被疑事件で、警察が平成15年11月27日にX 1使用のコンピュータ等を検証した時、そのハードディスクには、本件ゲームソフトのファイルが存在していなかったこと、そして、W i n n yは、他のコンピュータ等から要求されたファイルが、当該コンピュータ等に存在しない場合、W i n n yのネットワークに繋がっている他のコンピュータ等の当該ファイルを中継してダウンロードさせる機能（以下「中継機能」という。）があることから、警察が、平成15年9月11日から翌12日までの間にW i n n yでX 1のコンピュータに接続してダウンロードしたとする本件ゲームソフトのファイルは、W i n n yの中継機能による可能性があり、X 1がW i n n yで公衆送信可能化したものではない疑いが残る、また、②正犯者X 2（原判示第2）の著作権法違反被疑事件で、警察が平成15年11月27日にX 2使用のコンピュータ等を検証した時、そのハードディスクに

は、本件映画ファイル2本が存在していなかったこと、そして、警察が、平成15年9月24日から翌25日までの間にW i n n yでX2のコンピュータに接続してダウンロードしたとされる本件映画ファイル2本は、W i n n yの中継機能による可能性があり、X2がW i n n yで公衆送信可能化したものではない疑いが残るし、また、警察が平成15年9月24日から翌25日までの間にW i n n yで接続してダウンロードした際の接続先のコンピュータが利用していたインターネットプロバイダのユーザーID、W i n n yが利用しているポート番号と、警察が平成15年11月27日にX2使用のコンピュータを検証した時、X2使用のコンピュータが利用していたインターネットプロバイダのユーザーID、W i n n yが利用しているポート番号とが異なっていることなどにかんがみると、X1及びX2が本件各著作権法違反の正犯であるとの証明は不十分であるから、被告人をその幫助犯として有罪とすることもできないのに、被告人の有罪を認めた原判決には、明らかに判決に影響を及ぼすべき事実の誤認がある、というのである。

しかしながら、所論①については、X1の原審証言など関係各証拠によれば、警察はごそのコンピュークからはX1使用のコンピュータ以外のコンピュータに接続できないように設定した上、X1がW i n n yを用いてアップロードしていたデータを警察のコンピュータでW i n n yを用いてダウンロードし、このデータを解凍すると、本件ゲームソフトを含む57個のゲームソフトのデータが存在していたこと、X1は、原判示第1の自分の行為、すなわちW i n n yのウェブサイトから本件W i n n yをダウンロードし、本件W i n n yを用いて本件ゲームソフトをアップロードして公衆送信権を侵害したことを認めていることなどにかんがみると、X1が本件著作権法違反の罪の正犯であると認めた原判決に事実の誤認はない。

また、所論②については、X2の原審証言など関係各証拠によれば、警察は、

多数の映画のファイルを送信可能化している被疑者不詳の著作権法違反被疑事件について捜査を進め、被疑者不詳がコンピュータ2台、インターネット2回線を使用してW i n n yを運用していることを把握し、警察のコンピュータからはそのうち1回線に接続されたコンピュータ以外のコンピュータに接続できないように設定した上、被疑者不詳がW i n n yを用いてアップロードしていた本件映画ファイル2本のデータを警察のコンピュータでW i n n yを用いてダウンロードすることができたこと、その後の調査で、このとき、インターネットに接続していた氏名不詳者は、インターネットプロバイダ「ぷらら」のユーザーで、登録氏名は「Y 1」（群馬県〇〇市在住）であったが、X 2はY 1と同居していた者で、X 2は、原判示第2の自分の行為、すなわちW i n n yのウェブサイトから本件W i n n yをダウンロードし、本件W i n n yを用いて本件映画ファイル2本をアップロードして公衆送信権を侵害したことを認めていることなどにかんがみると、X 2が本件著作権法違反の罪の正犯であると認めた原判決に事実の誤認はない。

所論は、原判示第2のX 2の正犯性に関して、警察がダウンロードした際の接続先のコンピュータと、警察が検証した時にX 2が使用していたコンピュータとは、インターネットプロバイダのユーザーID、ポート番号（データ通信を行う際に通信先のプログラムを特定するための番号）とが異なっており、警察がダウンロードした際の接続先のコンピュータと検証した時のコンピュータとが同一のものであるとの証明はされていない、という。確かに、警察が検証時に検証したX 2が使用していたコンピュータのインターネットプロバイダのユーザーID（〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇）、W i n n yが利用しているポート番号（△△△△△）と、警察がダウンロードした際の接続先のコンピュータのインターネットプロバイダのユーザーID（××××××××××）、W i n n yが利用しているポート番号（□□□□□）とが異なってい

る。しかし、その理由として、X 2はコンピュータ 2台を使い、2回線を使用してW i n n yを使用していたのに、検証時に検証したコンピュータは1台だけであり、それが警察がダウンロードした際の接続先のコンピュータではなかったからであると考えられるが、X 2が犯行時に使用していたコンピュータの特定ができていないからといって、そのことはX 2が原判示第2の罪についての正犯であるとの認定を左右するものではないというべきである。

3 法令適用の誤りの主張について

ア 所論は、被告人のインターネット上での本件W i n n y提供行為は、幫助犯が成立しないと、次のように主張する。

①著作権法120条の2第1号は、「技術的保護手段の回避を行うことを専らその機能とする装置（当該装置の部品一式であって容易に組み立てることができるものを含む。）若しくは技術的保護手段の回避を行うことを専らその機能とするプログラムの複製物を公衆に譲渡し、若しくは貸与し、公衆への譲渡若しくは貸与の目的を持って製造し、輸入し、若しくは所持し、若しくは公衆の使用に供し、又は当該プログラムを公衆送信し、若しくは送信可能化した者」を処罰すると規定しているが、これは、公衆に対する機器提供型の著作権侵害の幫助的態様については、著作権を技術的に保護する手段を無効にすることを専らにするためのプログラムの複製物を公衆送信するなどの違法性の高い行為に限定して処罰の対象としたものであって、それ以外の間接的な著作権侵害行為については、著作権法上は処罰規定がないのみならず、間接的に公衆送信権の侵害に関与した者でも、すなわち幫助犯とされる者であっても、刑事処罰は予定されていない。また、②ある技術が開発され、その技術が不特定多数者に提供されたが、その技術が著作権侵害に利用された場合、不特定多数者に向けられた幫助を一般的に認めることは許されない。すなわち、幫助犯が成立するためには、幫助の行為、幫助の故意、幫助の因果性が必要であるが、働きかけ

を行う相手方が特定していない場合、自分の言動がどのように受け取られ、どのように犯罪行為に結びつくのかさえ不明であり、当事者間に人的な信頼関係も存在しない。幫助の行為としては「社会通念上正犯の行為を容易にすることが通常である行為を特定の相手方に対して行うこと」が必要であり、幫助の故意としても、「特定された正犯者の認識・予見」が必要になるのであるから、被告人がW i n n yを開発して公開し、不特定多数者に提供した行為は、幫助行為に該当せず、被告人に幫助の故意も認められない。本件のように、正犯者に対する個別の働きかけがない事案では、幫助犯の成立は認められない。そしてまた、③原判決は、幫助犯の成否について、W i n n yはP 2 P（ピア・ツー・ピア、P e e r t o P e e r）技術を応用したファイル共有ソフトであり、価値中立的な技術であると認定し、そのような価値中立的な技術を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、「i その技術の社会における現実の利用状況や、ii それに対する認識、iii さらに提供する際の主観的態様如何による」との基準で判断すべきであるとし、被告人の提供行為に幫助犯の成立を認めたが、原判決の掲げた基準は不明確なものであって、結局、価値中立的な技術の提供行為であっても、その技術を誰かが悪用する可能性・蓋然性を認識し、認容していれば、提供行為について幫助犯が成立することを認めるものとなっている。しかし、著作権法の趣旨、諸外国の裁判例及び著作権保護と技術開発の調和の見地からすれば、価値中立的な技術の公衆への提供については、原則として幫助犯は成立せず、その技術を誰かが悪用する可能性・蓋然性を認識し、認容しているだけでは、幫助犯は成立しないのに、本件で被告人に幫助犯の成立を認めた原判決は刑法62条の解釈を誤り、判決に影響を及ぼすべき法令適用の誤りがある。

イ そこで、まず所論①、②について検討するに、所論①は、著作権法120条の2第1号で規定されている以外の公衆に対する機器提供型の著作権侵害行為については、著作権法上は処罰規定がなく、間接的に著作権侵害に関与した

者でも、すなわち幫助犯とされる者であっても、刑事処罰は予定されていないといい、所論②は、不特定多数者に対する幫助行為は一般的に認めることは許されないという。しかしながら、著作権法には幫助犯の適用を排除する特別の規定はなく、そして、幫助とは、他人の犯罪に加功する意思をもって、有形・無形の方法によりその他人の犯罪を容易にする行為をいうのであり、一義的に構成要件が定まっているものではなく、幫助犯の成立を限定的に解すべきものではないから、著作権法120条の2第1号で規定されている以外の間接的な著作権侵害行為については、その幫助行為が不可罰であり、また、不特定多数者に対する幫助行為はそれ自体が不可罰であると解することはできない。所論は失当である。

ウ 次に、所論③について、W i n n y の提供行為と幫助犯の成立について、検討する。

① W i n n y のソフトとしての特徴、機能について検討すると、次の事実が認められる。

被告人が開発したW i n n y は、P 2 P 技術を応用したファイル共有ソフトである。P 2 P 技術とは、インターネット利用者らがセンターサーバを通さず対等に利用者らの間で直接情報をやりとりできるようにするネットワークの技術であり、W i n n y はこれを応用してネットワークに接続している各コンピュータのハードディスクに保存している情報を、インターネット利用者らの相互間で直接共有できるようにしたものである。利用者らはセンターサーバに依存することなく、情報交換することが可能であり、目的のファイルがインターネット上のどこにあるか等の情報（W i n n y では、これを「キー」という。）についても、特定のサーバの管理に依存せず、純粹に個々のコンピュータ同士でファイルの検索まで行われる。そして、最初にW i n n y のネットワークを構成する1台のコンピュータがアップロードしたファ

イルは、その位置情報等が要約されたキーが拡散されるが、そのキーは、一定の頻度で書き換えられ、またダウンロードが繰り返されると、ダウンロードしたコンピュータのみならず、中継機能により他にダウンロードさせたに過ぎないコンピュータ内にもそのキャッシュファイル（アップロードされたファイル本体を一定の大きさに分割して暗号化したファイル）が生成され、これらにより、複数のキャッシュファイルのうちどのファイルが当初アップロードされたものか判別できなくなる。このような機能は匿名性機能と呼ばれる。他に、W i n n y の機能として、アップロードの転送量に応じてダウンロード枠が増加し、ファイルのダウンロードをより速くするダウンロード枠増加機能、類似の検索を行う傾向のあるものを仮想的にグループ化する技術であるクラスタ化機能、アップロードされているファイルがどの程度利用されているかが把握できる被参照量閲覧機能、検索対象のファイルを複数のコンピュータから同時にダウンロードできる多重ダウンロード機能などがある。また、本件W i n n y には大規模B B S（電子掲示板）が付属している。

以上の事実によれば、前記匿名性機能は、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、その機能自体において、違法視されるべき技術ではないし、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伝いずれも、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低減させる機能、技術であり、その機能自体において、違法視されるべき技術でない。したがって、W i n n y のファイル共有機能は、P 2 P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の中核とするものであり、W i n n y の大規模B B S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、W

i n n y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得るというソフトであると認めるのが相当である。

②そこで、価値中立のソフトであるW i n n yをインターネット上で公開して提供した行為について、ダウンロードした者が著作権法違反行為を犯した場合に、提供者に幫助犯が成立するかについて、検討する。

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類型の幫助犯であり、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。

原判決は、W i n n yは価値中立的な技術であることを認定した上で、価値中立的な技術を外部へ提供する場合、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から、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は妥当ではないとしつつ、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、「i その技術の社会における現実の利用状況や、ii それに対する認識、iii 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の基準を示し、そして、「本件では、インターネット上においてW i n n y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、W i n n y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、W i n n y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W i n n y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、W i n n yが上記のような態様で利用されることを認容しながら」、W i n n yを被告人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るとして、被告人がW i n n y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について、幫助犯が成立すると、判示している。

しかし、「W i n n yの現実の利用状況等を認識し、認容しながら」といっても、W i n n y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、どの時点がら、どのバージョンのW i n n yの提供から幫助犯が成立するに至ることになるのかが原判決の基準では判然としない。

また、原判決は、社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会（A C C S）の職員であるY2の原審証言により、平成16年4月の調査によるW i n n yの社会における利用状況について、ファイル共有ソフトにより利用されているコンテンツのうち、著作権等の対象になり、かつ著作権者の許諾の得られていないと考えられるコンテンツは音楽ファイルで92%、映像ファイルで94%、ソフトウェアで87%であり、また、平成15年9月ころまでには、インターネットや雑誌等において、ファイル共有ソフトが著作物の流通に著作権者に無断で相当程度利用されている旨の情報が流れており、W i n n yに関しては、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も多数流れていたと認定しているが、当審における事実取調べによると、社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会（A C C S）の職員である当番証人Y3は、平成19年9月28日から29日の調査によると、W i n n yのネットワークから収集した約2万件のデータのうち、51.41%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、

慶応大学経済学部准教授である当審証人田中辰雄は、平成17年の調査によれば、W i n n y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%程度であると証言しており、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、W i n n y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も原判決の基準では判然としない。また、原判決は、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」といって、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W i n n yを提供した行為の後のW i n n yホームページでの「W i n n y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W i n n y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、原判決の基準では判然としない。したがって、原判決の基準は相当でないといわなければならない。

そこで、検討するに、W i n n yは価値中立の技術であり、様々な用途がある以上、被告人のW i n n y提供行為も価値中立の行為である。被告人がW i n n y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、W i n n y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、W i n n y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W i n n yをダウンロードした者を把握することはできず、また、その者のW i n n y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。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いうべきである。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ことは、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。これらの点にかんがみると、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ない。したがって、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音が出る可能性・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。

これを本件においてみると、被告人は、価値中立のソフトである本件W i n n y 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、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W i n n y を提供していたとはこれを認めることができない。本件W i n n y の提供時のホームページには、「W i n n y 2 W e b S i t e」の表題の下に、「w i n n y 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B B S機能も有します。w i n n y 2 はこれに大規模B B S機能を追加したものになります。」「V e r . 1 系列 旧バージョン (V e r . 1 系列) のw i n n y 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。・・・」「V e r . 2 βダウンロード w i n n y v 2 . 0 b ・・・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 w i n n y 開発の発端は2 c h のD o w n l o a d 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、何か問題が生じても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W i n n y の配布用ファイルに開梱された「R e a d m e」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、W i n n y 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W i n n y 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f r e e n e tのような2 c hネラー向き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、ベークテスト参加の皆さんは、そこを踏み外さない範囲でベークテスト参加をお願いします。これはF r e e n e t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W i n n y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W i n n yを提供したと認めることはできない。

以上の次第で、被告人は、価値中立のソフトである本件W i n n yをインターネット上々公開、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W i n n y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いわなければならない。

第3 結論

以上により j 被告人に本件各事実についていずれも幫助犯の成立を認めること

はできないのに、原判決が本件各事実について被告人に幫助犯の成立を認めたのは、刑法62条の解釈適用を誤ったものであり、検察官は、答弁書で被告人の有罪を主張するが、それらを検討して、検察官の所論は理由を欠き、容れることはできない。したがって、弁護人のその他の所論や検察官の控訴趣意を検討するまでもなく、原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令適用の誤りがあり、弁護人の論旨には理由がある。

よって、刑訴法397条1項、380条により、原判決を破棄し、開法400条ただし書を適用して、更に判決することとし、前記のとおり、本件各幫助の事実について、犯罪の証明がないことに帰するから、同法336条により、被告人に無罪の言渡しをする。

平成21年10月8日

大阪高等裁判所第5刑事部