

テルル 福田修二（高裁判決担当） 下線部分は発表者注記

第1 高裁判決の裁判上の事実

1 当事者

(1) 正犯 X1

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、X1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

（判決文2頁 第1原判決の認定）

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

（判決文11頁 第2 弁護人の控訴趣旨とその検討）

(2) 正犯 X2

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、X2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

（判決文2・3頁 第1原判決の認定）

X2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

（判決文12頁 第2 弁護人の控訴趣旨とその検討）

(3) 被告人

- ・ 正犯 X1 に対する被告人の関与（原判決）

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 2.0β6.47」を被告人方から上記「W i n n y 2 Web Site」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、X1方において、X1にこれをダウンロードさせて提供（判決文2頁 第1原判決の認定）

・正犯 X2 に対する被告人の関与（原判決）

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 2.0β6.6」を被告人方から上記「W i n n y 2 Web Site」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、X2方において、X2にこれをダウンロードさせて提供し、もつて、X1及びX2に、それぞれその犯行を容易ならしめて（判決文3頁 第1原判決の認定）

・高裁判決における被告人

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 Web Site」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BBS機能も有します。w i n n y 2はこれに大規模BBS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 . 2βダウンロード w i n n y v 2.0β・・・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2ch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、何か問題が生じてても責任はとりませんのでよろしく願います。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、W i n - M X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。（判決文21～22頁）

第2 被告人の幫助犯の成否

原判決は、幫助犯の成否について、W i n n yはP2P（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。

（判決文14頁）

第3 Winn yの提供行為と幫助犯の成立について

（Winn yについて）

① Winn 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。被告人の開発したWinn yは、P2P技術を応用したファイル共有ソフトである。P2P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、Winn 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（Winn 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Winn 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、Winn 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ー化機能、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。

（判決文14～16頁）

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、披参照量閲覧機能、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

（判決文16頁）

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。

（判決文16・17頁）

（W i n n yの公開・提供行為と幫助犯の成立について・原判決の基準が相当でないこと）
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。 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（ヴァージョンアップ）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ことではないとして、その約1年4か月の間、どの時点から、どのヴァージョンの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（ACCS）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（ACCS）の職員である当審証人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、慶応大学経済学部の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。

（判決文17～19頁）

（W i n n yは価値中立の技術・W i n n y提供行為も価値中立の行為）

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。

（判決文19～20頁）

（幫助犯が成立する場合）

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。

（判決文21～22頁）

第4 高裁判決のロジック分析及び発表者コメント

1 Winn yは価値中立の技術

- (1) Winn yは、P2P技術を応用したファイル共有ソフトである
- (2) 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
- (3) 機能自体において、違法視されるべき技術でない
- (4) Winn y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の中核とするもの
- (5) → Winn 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

発表者コメント

「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」と判示している

- 1 機能自体は違法ではない
- 2 使い次第で侵害行為になることもある

上記2点が「価値中立」の趣旨とまとめることができるか。

2 Winn yの公開・提供行為（原判決の基準が判然としない・原判決基準不相当）

- (1) 当審（高裁）における事実取調べによると（中略）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、Winn 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かが判然としない上、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
- (2) 技術それ自体が価値中立のものであるWinn 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
- (3) → 原判決の基準は相当でないといわなければならない

発表者コメント

「原判決の基準は相当でないといわなければならない」と判示している

- 1 高裁事実調べと地裁事実調べの結果が異なった
- 2 Winn yは価値中立の技術

上記2点が「原判決基準不相当」の趣旨とまとめることができるか。

3 被告人のW i n n y提供行為（幫助の成否の要件・要素）

- (1) 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
- (2) 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
- (3) 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
- (4) 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
- (5) 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
- (6) 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ことを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
- (7) 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
- (8) 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
- (9) → 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

発表者コメント

「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」と判示している

- 1 W i n n yは価値中立の技術

- 2 被告人のW i n n y 提供行為も価値中立の行為
- 3 W i n n y は専ら犯罪のために用いられるわけではない
- 4 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ない
- 5 ダウンロードした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
- 6 刑法に規定される幫助行為（中立行為による幫助犯の成立）＝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
- 7 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
- 8 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
- 9 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

まとめ

- A 正犯との距離が遠い
- B 価値中立のソフトを提供した行為と幫助の距離が遠い
- C 刑法に規定される幫助行為のあてはめから外れる

上記3点が「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」の趣旨とまとめることができるか。

4 幫助犯が成立する場合

- (1) 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
- (2) → 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

発表者コメント

「幫助犯の成立を認めることはできない」と判示している

- 1 価値中立のソフトをインターネット上で提供すること
- 2 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

インターネット上で勧めてソフトを提供する場合

上記2点が「幫助犯が成立する」条件。本件では条件不成立につき，幫助犯の成立を認めることはできないとの趣旨とまとめることができるか。

以下，高裁担当発表者が感じた総論・論点

第5 中立的行為

本件の本論は，W i n n yが価値中立なソフトなのか否か，その提供行為が中立的行為なのか否かであるが，幫助あてはめにおいて，高裁は慎重な立場を採ったと考えられる。幫助は適用範囲が広い，あるいは柔軟に運用できると考えることもできるが，保守的な考えに従うと従来の類型的な幫助ではない場合，あてはめに慎重にならざるを得ない場面も多いのではないか。

第6 高裁判断に基づいて議論を深めたいと感じたところ

1 W i n n yは価値中立なソフトと言えるのか？ いつからいつまで？ 永久に？

2 高裁は「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」と幫助要件を追加したように思われるので，①違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途，②インターネット上，③勧めて，と要件を分解してみる。

3 違法行為の用途を主要な用途とはどのような基準で計るのか？ 客観的な使用状況の認識は別途判示されているわけだから，ソフト提供者の意志表明を言っているということか？

4 インターネット上でとあるのは，ソフトのダウンロード時における注意書きを想定しているようにも考えられるが，別のホームページや掲示板等も含むということか？

（穿った見方をすれば，雑誌記事で解説文を書き，雑誌にCD-ROM添付の場合，インターネット上で，と限定を入れると幫助要件から外れてしまいバランスを欠くように思われる。本件被告人がそのような行為をしたとは認められないからインターネット上でとであっても問題はないのであろうが。）

5 勧めて，とあるのは，その裏にある内心ではなく，インターネット上での意思表示の文面のみを示すのか？ 裏を言えば，「勧められた」と読める客観性の限度で「勧めた」と判断されるということか？ 内心を語った供述やプライベートなメール文書は当然，正犯には渡っておらず，幫助において酌量されないということか。

第7 グロックスター連邦最高裁判決との対比

P2P技術を用いている、との点では本件と一致が見られるものの、P2P技術の一致ではなく行為の違いが重要であると思われる。

グロックスター事件においては、ナップスターユーザー（著作権侵害が問題となっていた）をグロックスターのユーザーにすべく意図的に行動し、更には、当該ユーザーに対する広告宣伝を行い、広告費を稼ぐとの行為が伴っており、ユーザー数が増えればグロックスターの収益が増加する状況があった（本件被告人は経済的利益を目的に行っていないと思われる。）。

グロックスター事件においては、広告費を稼ぐとの行為があったためか、厳しい基準で、侵害目的のソフトの配布と見做したと思われる。

第8 発表者雑感

BitTorrentはP2Pソフトで、ファイルの大規模流通手段でありながら、侵害についてソフト自体が問題視されることはあまり無いように思われる。P2P技術を実験したいのであれば、もっと自制心を持って慎重に実験する方法もあったのではないかと。

ただ、実際問題としては、どのような技術・ソフトであれ使い次第であるので、「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」と要件追加した高裁判決は、P2Pソフトに限らず、一般的にソフトを開発・提供する場合の安全圏を定めて線引きをしたことに価値があるようにも考えられるが、価値中立と看做される余地を残してかつ勧めない、との体裁を悪意のもとに採った場合に、侵害防止の抑止力足りえず、現状が放置される結果となる。実際、BitTorrentでさえも、侵害目的に多用されているとの情報もある（しかし、この場合、正犯のみの行為が問題となり、幫助との因果関係が遠くなるので問題とされないであろう。）。

有用性大だが危険性大なソフトを提供する場合の何らかのガイドラインや規制が無い限り、Winnny類似のソフトが作り続けられて、利用され続けることになる。結局、数十年前から延々と続く、コピープロテクトとプロテクト破りの「いたちごっこ」が土俵を変えただけで、永久に続くことを意味するのかもしれない。その意味で、包括的に危険性大なソフトを作ること・使用することを適切に管理する仕組みが必要なように思われる。利用者が数十万人規模ともなれば、正犯逮捕によっても一罰百戒の効力は期待できず、元を制御する仕組みが無ければ、違法流通の制御は困難だと思われる。

更には、幫助で作者を逮捕してしまいバージョンアップを停止させたことで、情報漏えい事件等、大きな副作用を生じることになってしまった。危険性をできるだけ減らすように作者を指導するような仕組みや働きかけが必要なように思われる。罰を与えることとで解

決できる次元を超えたように思われる。せいぜい、数名程度の作者を制御すればいいと思われるので、行動としても合理的かつ効果的なことが期待できるのではなかろうか。もっとも、作者が名乗りでるようなインセンティブが無ければ、アングラに潜って見つからない状態のままであろうが。

また、そもそもW i n n yを潰したとしても、他の国内産ソフトがあり、それを全滅させても、外国産ソフトを使い諸外国から安易にダウンロードできてしまうと、国内だけの対処では何の解決にもなっていない（P2Pでのファイル交換を合法としている国もある、）。

W i n n y作者を逮捕したことで、W i n n yの制御手段を失ってしまった感がある。逮捕とのハードランディングではなく、ソフトランディングで制御する手段を模索できなかったものか疑問が残る。作者を突き止めた時点で、何らかの圧力をかけられなかったものだろうか。

以上