

No. 122 (2010/5)

## デュアルユース・ソフトウェアの提供行為が幫助犯となるための要件

### Winny2 事件控訴審判決

(大阪高裁平成 21 年 10 月 8 日判決)

弁護士 小川 憲久

#### I <事案の概要>

東大助手であった被告人 K は P2P ファイル交換ソフトである Winny を開発し、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上にアップロードして公開していた。平成 15 年 9 月初旬、X は、Winny の最新版である Winny2.0 β 6.47 を Winny2 Web Site からダウンロードし、Y は Winny2.0 β 6.6 をやはり Winny2 Web Site からダウンロードした。その後、X らはインターネット上で Winny2 を使用してゲームソフト、映画ファイルを自動公衆送信し得るようにして著作権法違反の犯行を行った。そして、K は X らの著作権侵害行為を容易ならしめてこれを幫助したとして著作権侵害の幫助犯として逮捕、起訴された。

本件で問題となった Winny2 は、インターネットに接続している利用者がセンターサーバを介さずに利用者間で直接情報のやりとりをすることのできる技術(P2P 技術)を応用したファイル共有ソフトとよばれるソフトウェアで、インターネット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されている情報を相互に直接共有利用することができる。そして、アップロードされたファイルの検索情報はキーという形でネット上に拡散されるため、センターサーバなくしてファイルの検索が可能となり、キー情報は一定の頻度で書き換えられ、ダウンロードに際して中継したコンピュータ内にキャッシュファイルが生成されてキーが作成されるため、当初のアップロードファイルは判別できなくなるという匿名性機能を有し、データ転送量に応じてダウンロード枠が増加して転送速度を向上させるダウンロード枠増加機能、類似検索傾向を仮想的にグループ化するクラスタ機能、アップロードされているファイルの利用量を把握できる被参照量閲覧機能、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等を有し、大規模 BBS(電子掲示板)が付属していた。

## Ⅱ <第1審(京都地裁平成18年12月13日判決)>

一審の京都地裁は「・・・WinnyはP2P型ファイル共有ソフトであり、・・・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、更に、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・・・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、更に提供する際の主観的態様如何によると解するべきである。」とした上で、

Kの捜査段階における供述、Winny2 Web SiteにおけるKの書込、KとKの姉との間のメールの内容等を吟味して、「被告人は、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。」、そして、平成15年9月頃においても「同様の認識をしてこれを認容し、Winny2の開発、公開を行っていたと認められる。ただし、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。」と認定し、

「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の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、Winny2.0β6.47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Xが、Winny2.0β6.6を用いてY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。」として、Kを罰金150万円の有罪とした。ちなみに、求刑は懲役1年であった。

## Ⅲ <控訴審(大阪高裁平成21年10月8日判決)>

控訴審である大阪高裁は、一審の示した幫助犯の成立要件について以下のように判断した。

①Winnyの「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はいずれも、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、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得るというソフトであると認めるのが相当である。」

②「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、…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』と解すべきであるとの基準を示し、…被告人が Winny 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、『Winny の現実の利用状況等を認識し、認容しながら』といっても、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 月の本件に至るのであるが、…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のかが原判決の基準では判然としない。また、…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 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、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。」

「Winny 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 Winny 提供行為も価値中立の行為である。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はできず、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。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、正犯がいかにか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。」

「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いわなければならない。…よって、…被告人に無罪の言渡しをする。」

#### IV <関連法令>

著作権法第 23 条 著作者は、その著作物について、公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。）を行う権利を専有する。

著作権法第 2 条 1 項 7 の 2 号 公衆送信 公衆によつて直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信（<略>）を行うことをいう。

著作権法第 2 条 1 項 9 の 4 号 自動公衆送信 公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行うもの（放送又は有線放送に該当するものを除く。）をいう。

著作権法第 2 条 1 項 9 の 5 号 送信可能化 次のいずれかに掲げる行為により自動公衆送信し得るようにすることをいう。

イ 公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置（公衆の用に供する電気通信回線に接続することにより、その記録媒体のうち自動公衆送信の用に供する部分（以下この号において「公衆送信用記録媒体」という。）に記録され、又は当該装置に入力される情報を自動公衆送信する機能を有する装置をいう。以下同じ。）の公衆送信用記録媒体に情報を記録し、情報

が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体として加え、若しくは情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に変換し、又は当該自動公衆送信装置に情報を入力すること。

著作権法第 119 条 著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者<略>は、十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

(注：平成 19 年改正。平成 15 年の罰則は 5 年以下の懲役若しくは 500 万円以下の罰金)

刑法第 62 条 正犯を幫助した者は、従犯とする。

刑法第 63 条 従犯の刑は、正犯の刑を減輕する。

cf. 刑法第 61 条 人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する。

## V <コメント>

1 裁判所は 1, 2 審とも、Winny の有する機能は、通信の秘密を守る技術、ネットワーク技術として意味があり、それ自体は何ら違法視されるべき技術ではなく、Winny は価値中立のソフトであり有用性があるとともに著作権侵害にも用い得る（適法にも違法にも用いられ得る＝デュアルユース）ソフトウェアであると評価している。ところが、かようなデュアルユース・ソフトウェアを公開・提供した者が、当該ソフトウェアをダウンロードして使用した者の違法行為について幫助犯となる要件について異なった見解に立ち、その結果、1 審は有罪、2 審は無罪との相反する結論となった。

刑法 62 条は幫助犯の要件について規定せず、「正犯を幫助した者」とあるだけであり、学説では、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こと（大コンメンタール刑法(5)第 2 版 537 頁）」、「実行行為以外の行為をもって正犯の実行行為を容易ならしめること（団藤重光・刑法綱要・総論・386 頁）」、「正犯者が犯罪の実行を行うにあたり、それを物理的または心理的に容易にする行為を行うこと（井田良・刑法総論の理論構造・379 頁）」等とされているが、幫助は犯罪の有形無形な援助行為を指すため明確な要件を規定するのは無理がある。すなわち、幫助には一定の行為が定められておらず、いかなる行為がどのような要件の下で幫助となるかは具体的事案に即して判断されることになる。

2 デュアルユース・ソフトウェアの提供行為については、本件第 1 審の京都地裁は「・・・Winny は P2P 型ファイル共有ソフトであり、・・・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、更に、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、控訴審の大阪高裁は Winny が価値中立のソフトウェアであることを前提に「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。」と判示しており、この点における考え方に差異はない。

ところが、具体的な要件については、地裁は「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」とし、高裁は「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。」としている。すなわち、地裁判断では、結局は、犯罪に利用されうるとの認識・認容があれば幫助が成立することになるのに対して、高裁判断では、違法使用の認識・認容ではならず、違法用途に使用させることを勧めて提供することが必要であることになる。

3 地裁の判断は、デュアルユース技術の提供による幫助の成立要件という観点では判断基準として抽象的すぎるように思われる。例えば、わが国では時速 100 km 以上での走行が適法とされる道路はなく、時速 100 km 以上のスピードが出ない車は製造されていない。そして、ある程度の運転歴のあるドライバーで高速道路において時速 100 km 以上を出したことの無い者はほとんどいないであろうし、ほとんどのドライバーや車両メーカーはその認識があるであろうと考えられる。そうすると、地裁の判断基準を前提とする限り、日本における車両のメーカーは高速道路における現実の走行状況を認識しており、認容して車両を販売していることになり、速度違反の幫助犯が成立することになるであろう。地裁の判断は、幫助犯の成立要件は、提供された技術の利用状況、その認識、提供する際の主観的態様によって幫助に該当する場合であるとのトートロジーをいっているにすぎず、判断基準としては働かないものといわざるを得ない。地裁判決は、求刑懲役 1 年に対して罰金 150 万円という実質的には無罪に近いものであったことも判断基準の不明確を暗示していると考えられる。

高裁の判断は、デュアルユース技術の提供による幫助犯の成立には、違法使用の認識・認容ではならず、特定の被幫助者の認識までは要求しないものの違法用途に使用させることを勧めて提供することが必要とするものである。つまり、実行行為の前段階で、特定の被幫助者の認識があり、違法用途に使用させることを勧めて提供した場合には、教唆又は共同正犯が成立することになるため、幫助形態では特定の被幫助者の認識は必要ないものの、違法用途に使用させることを一般的に勧めて提供する場合には幫助が成立するとしたものである。この高裁判断は、教唆と幫助の区別を明瞭にし、デュアルユース技術の提供による幫助の成立要件を明確にしたものといえることができる。その意味で罪刑法定主義に沿うものと考えられ、妥当なものであると考えられる。

ちなみに、判決は事実認定により必然的に結論が決まるものであり、高裁判断基準によっても事実認定次第で幫助の認定は可能であったと考えられる。したがって、高裁はデュアルユース技術の提供による幫助犯の成立のための事実認定は慎重であるべきとの法意識があったものと考えられる。本件は上告されており、最高裁の判断が注目される。

以上