

論 説

アメリカを例外に！ —日本、ヨーロッパ式著作権の間接侵害の 刑罰規定の導入に対して—

Salil K. MEHRA*

表 洋輔(訳)

要 約

本稿は、Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law の主催で行われたシンポジウムに関連して執筆されたもので、P2P ファイル交換に関し著作権の間接侵害の刑罰化において近時台頭してきた議論を取り扱うものである。本論文は、*Aimster* 事件における Posner 裁判官の視覚に基づいて、日本とスウェーデンの近時の裁判例を議論する。間接侵害に刑罰規定を導入するには、他者によるプラットフォームの使用態様に関する開発者の認識ないし意図を問題としなければならない、不確実性が必然的に伴うことになろう。刑罰化にはこのような困難が伴うにもかかわらず、日本や EU では間接侵害に対し刑事訴追が行われた以上、アメリカの音楽産業がこれらと類似の制裁を求め出していることは特に驚くに値しない。しかしながら、P2P への制裁として間接侵害を刑罰化すると、開発者に刑事制裁を与えることになりかねず、その全体への影響は不明瞭である。

*A&M Records, Inc. v. Napster*¹から10年が経過したにもかかわらず、peer-to-peer (P2P) ファイル交換をめぐる戦いは果たして終焉を迎えることがあるのかということを疑って然るべき状態にある。幾度となく、エンタ

* © 2011 *Salil K. Mehra*. James E. Beasley Professor of law, Temple University, James E. Beasley School of Law, smehra@temple.edu. 暖かいサポートと編集作業を手伝ってくれた Sarah Beth Mehra に感謝の意を述べたい。また、本稿執筆現在、James E. Beasley School of Law には在外研究をさせていただいており、その間慶應義塾大学法学部(東京)には受け入れをしていただいた。記して感謝申し上げます。

¹ 299 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

ーテイメント業界はモグラたたきのように次々と発生するファイル交換行為に従事してきた。エンターテイメント業界が新しい「-ster」のつく参入者 (Napster, Aimster, Grokster) を閉鎖に追い込むための訴訟を起す度に、別の P2P プラットフォームが湧き起こっているようである²。業界の代表者からは、ユーザー自身に対する訴訟³に加えて、P2P プラットフォームの開発者に対する刑事制裁を求める声が増しにかまびすしくなっている⁴。実際、筆者が参加した先述のシンポジウムでも、音楽業界の代表者からそのような声が上がっていた⁵。

P2P ファイル交換に対する著作権法による法的処罰の議論はその端緒を迎えたばかりであり、それがゆえに本稿も必然的に短いものである。P2P への制裁として間接侵害を刑罰化すると、開発者に刑事制裁を与えることになりかねず、その全体への影響は不明瞭である。間接侵害に刑罰規定を導入するには、他者によるプラットフォームの使用態様に関する開発者の認識ないし意図を問題としなければならなくなり、不確実性が必然的に伴うことになろう。刑罰化にはこのような困難が伴うにもかかわらず、日本や EU では間接侵害に対し刑事訴追が行われた以上、アメリカの音楽産業がこれらと類似の制裁を求め出していることは特に驚くに値しない。

P2P ファイル交換によって生計を脅かされた権利者たちは終わりが見

² See Carlos Ruiz de la Torre, *Towards the Digital Music Distribution Age: Business Model Adjustments and Legislative Proposals to Improve Legal Downloading Services and Counter Piracy*, 8 VAND. J. ENT. & TECH. L. 503, 504 (2006) (「新たな違法な P2P サイトが国内においても国外においても必然的に発生し、最近解体されたサイトに取って代わり、消費者に対して違法ダウンロードへのアクセスを提供する。」)。

³ E.g., *Sony BMG Music Entm't v. Tenenbaum*, 721 F. Supp. 2d 85 (D. Mass. 2010); *Capitol Records Inc. v. Thomas-Rasset*, 680 F. Supp. 2d 1045 (D. Minn. 2010)。

⁴ See, e.g., *Prosecutor, Hollywood Demand Prison for Pirate Bay Crew*, WIRED, Mar. 2, 2009, available at <http://www.wired.com/threatlevel/tag/pirate-bay-trial> (last visited Apr. 17, 2011)。

⁵ シンポジウム *Where Do We Go From Here? The Evolution of Entertainment Law and Industry in the New World*, 13 VAND. J. ENT. & TECH. L. 695 (2011)。同シンポジウムは VANDERBILT JOURNAL OF ENTERTAINMENT AND TECHNOLOGY LAW と音楽業界団体の Leadership Music との共催で行われたものである。See *id.*

えない民事訴訟に対して、当然に業を煮やし、きっと厳格な法的制裁を望むだろう。しかしながら、懸念や不満が法政策の選択を左右することがあってはならない。競合する重要な利益が関係する場合は特にそうである。知的財産権者とレント・シーキングを企む政治家、開発者、それから公衆間の動態的な複雑な関わり合いについてはすでに優れた研究の蓄積がある⁶。代わりに、本稿では *Japan v. Kaneko* (「Winny」事件⁷) に焦点を当てることとする。同事件は、日本の裁判所がまさにこの問題を扱ったもので、P2P の開発者に刑事制裁を科すことではこの問題は解決しないということを示したものである⁸。他者の侵害に対する意図や認識を問うことが困難である以上、間接侵害の刑罰化はコンテンツ業界の不満にもかかわらず、P2P ファイル共有対策としては適切なものではないように思われる。

本稿では、3 章に分けて議論を行う。第 1 章では間接侵害の文脈におけ

⁶ See, e.g., JAMES BOYLE, *THE PUBLIC DOMAIN: ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND* 205-06 (2008) (産業界からの立法に対する圧力を議論し、代替策として実証的な証拠を用いることを主張する); LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY* (2004) (著作権侵害と知的財産権の関係、多国籍企業の立法過程への影響を検証した); Jessica Litman, *The Politics of Intellectual Property*, 27 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 313, 314-15 (2009) (著作権法の起草段階における様々な影響力を議論する)。対照的に、see Juria D. Mahoney, *Lawrence Lessig's Dystopian Vision*, 90 VA. L. REV. 2305 (2004) (著作権産業とロビイスト、政治家間の相互作用が本当に「21世紀初期の約束された進歩への期待を消失させる可能性がある」ものであるかどうかには疑問があるとする)。

⁷ 京都地方裁判所平成16年12月13日判決平16(ワ)726判時1229号105頁 [以下、*Kaneko I* という] (翻訳データファイル筆者所持)、大阪高等裁判所平成19年10月8日判決平19(ワ)461 [以下、*Kaneko II* という] で取消自判 (翻訳データファイル筆者所持)。

⁸ 実際、アメリカではこの問題について未だに解決を見ていない。See *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005) (三つの意見が提示され、そのそれぞれが3人の裁判官の一致意見であった。また、著作権侵害を誘発したことをどこまで斟酌するかに関する裁判所の意見が明らかにならなかった。これらのことは、*Sony* 事件で示された基準からの決別を意味している); see also *infla* notes 26-27, 30-32 & accompanying text (*Winny* 事件との関連で *Grokster* 事件と *Sony* 事件を検討している)。

る生来的な問題としての意図と認識の決定を検討する。そして、第2章では、日本でのP2PソフトウェアWinny開発者の起訴事件について検討し、第3章ではスウェーデンのPirate Bayの起訴事件を分析する。

第1章 Posner裁判官のセクシーなドレスの小売業者と「マッサージ店」の理論

Napsterの消滅後、繰り返し生起するP2Pの構造は、その先行者に対して下された法的な配慮を迂回しようとする試みを反映したものである。Napsterの中央サーバーを有する匿名の中央集権型P2Pファイル交換が葬り去られた後、AIMsterの非中央集権型P2Pモデルが登場した。それは、AOL Instant Messengerに乗っかって（ゆえに「AIMster」と呼ばれる）、半ば匿名の友人間のサークル内での「伝統的な」音楽の交換の手法をP2Pに反映するようにしたものであった⁹。次いで、AIMsterが終焉を迎えたことにより、今度はGroksterやKazaaのような中央管理サーバーや類似のサービスを必要としないソフトウェアが生まれた¹⁰。実際、Kazaaの構造は通信をスムーズにするためのノードとスーパーノードを基盤としており、よく使われているインターネット電話アプリケーションのSkypeもそれと類似の構造を有しており、その起源も共通しているところがある¹¹。

⁹ Peter Menell & David Nimmer, *Legal Realism in Action: Indirect Copyright Liability's Continuing Tort Framework and Sony's De Facto Demise*, 55 UCLA L. REV. 143, 181 (2007)（「Napsterの隆盛」という波に続いて、どのように「利口なプログラマーがAOL Instant Messengerの技術とファイル共有を組み合わせるソフトウェアを開発したか」を述べている）。登録を要求したのである。その選ばれたユーザー名は偽名でも構わない。Id.

¹⁰ See Kristina Groennings, *Costs and Benefits of the Recording Industry's Litigation Against Individuals*, 20 BERKELEY TECH. L.J. 571, 573 (2005)（「Napster事件における[レコード]業界の勝利は東の間のことで、むしろ当該問題が周知となりP2P技術への認知度が上がったことで、ユーザーたちはGroksterやKazaaのような中央管理サーバーを置いていないネットワークに集まり、それによってP2Pの使用を割り出すことが難しくなった。」）。

¹¹ Jonathan Zittrain, *The Generative Internet*, 119 HARV. L. REV. 1974, 2027 n.203 (2006)

興味深いことに、AIMsterのようにSkypeでも「コンタクト」を取って許可されると電話帳に搭載され、そのユーザー間で暗号化ファイルを共有することが可能である¹²。

著作権業界からすると、このようなイタチごっこは創造的破壊とは似ても似つかず、むしろ継続的なゲリラ戦のようであるといえるかもしれない。結局、革新的な進歩はなかなか見られない。ファイル共有ソフトはギリシャ神話のヒュドラのような、産業界が一つの頭を打ち落ととしても単にまた次の頭が現れるだけのものなのかもしれない。さらに、*Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*¹³での最高裁の説示が問題をややこしいものになっている。多くの著作権者が、当時SonyがBetamaxビデオレコーダーを製造しており、それがテレビ番組や映画を録画し得る消費者の著作権侵害を助長したという理由で訴えた¹⁴。最高裁は、間接侵害が問題となる事件では、当該技術の「著作権を侵害しない実質的な使用」が可能である限り、それ以上手続きを進めることはできないとの結論を下した¹⁵。この説示は、誤用されると著作権侵害用途に使用されるかもしれない技術を開発した革新者にとってのセーフ・ハーバーを作るものであった¹⁶。当該説示は単なる非侵害用途の**可能性**があることを強調しており、その結果、産業界の代表たちは、実際の侵害者の処罰を求める効率的な手法を失うことになった¹⁷。

（「SkypeはKazaaファイル交換プログラムの開発者によって2003年8月に作られた」ことを述べている）。

¹² *How Do I Send Files Using Skype?*, SKYPE, <https://support.skype.com/en-us/faq/FA3091/How-do-I-send-files-using-Skype> (last visited Apr. 3, 2011)（「あなたがコンタクトを取った相手にファイルを無料で送信することができます。ファイルのサイズや種類は問いません。……Skypeを通じて送られたすべてのファイルはSkypeユーザー同士の電話のように末端に届くまで暗号化されます。」）。

¹³ 464 U.S. 417 (1984).

¹⁴ Id.

¹⁵ Id. at 442.

¹⁶ Id.

¹⁷ See Douglas Lichtman & William Landes, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, 16 HARV. J.L. & TECH. 395, 400-01 (2003)（Sony事件を批判す

それ以降、最高裁による *Sony* 事件のルールの再検討は *MGM Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*¹⁸まで待たなければならないが、そこに至るまでの *Sony* 事件の枠組みに対する取り組みは、それが民事であれ刑事であれ、間接侵害の処罰の問題に関して示唆を与えてくれる。*In re Aimster Copyright Litigation* で、著作権者は *Aimster* のユーザーによる著作権侵害を根拠に、インスタントメッセージに添付して音楽を送信できるようにすることで本質的にファイル交換プラットフォームを作り出したソフトウェアを配布した者に対して、差止命令を求めた¹⁹。Posner 裁判官は独自の比類なき理論でこの種の処罰に生来的に伴う困難な問題を検討した。曰く、

セクシーなドレスを販売した者が売春を幫助したとして罪に問われることは、たとえその者が購買者の中には売春婦がいることを（もしかしたら誰がそうであるかということまでをも）知っていたとしても、あり得ない。その者や同業者の行動が実際に売春を促進していることについては、その者に処罰のリスクを負わせる社会的コストと比べると、取るに足りないものであろう。しかし、マッサージのできる女性を雇っているマッサージ店の経営者がいて、実際には**マッサージを一切せず性行為のみ**を顧客にしているということを知っていたとしたら、その者は売春の幫助者であるといえる（さらに、売春を斡旋し売春宿を営むという罪も犯している）。セクシーなドレスの例は *Sony* 事件に当てはまる。……²⁰

しかしながら、Posner 裁判官の比喩にはやや欠点がある。それはすなわち、ファイル交換には潜在的な社会的利益が存在しているという点であり、

るもので、「その説示は、VCR 製造業者は、その VCR が相当数の合法的な用途にも使用することができることを証明しさえすれば、好きなように著作権侵害を幫助し得ることを意味している」と述べている)。

¹⁸ 545 U.S. 913 (2005); see also Jane C. Ginsburg, *Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs*, 50 ARIZ. L. REV. 577, 584 (2008) (「最高裁は侵害を助長する意図が見られないときの間接侵害の基準は何であるかの分析を拒絶し」、「[Sony 事件の]『実質的に著作権を侵害しない使用』という基準をより具体的にすることを避けた」と述べている)。

¹⁹ 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

²⁰ *Id.* at 651 (強調付加) (引用略)。

このことは *Grokster* 事件における裁判所が後に認識していたことである。しかし、最高裁が偽のマッサージ店を認めることはなさそうである²¹。セクシーなドレスは売春婦を作るためのものではない。P2P の文脈でいえば、偽のマッサージ店とドレスの仕立屋の境界線ははっきりと定義されるものではなく、このことはどんなに商品がセクシーであろうとも関係のないことである。

Posner 裁判官の狼言を伴った類推には、喫緊の法的な課題が存在している。それはすなわち、間接侵害に対する処罰は被疑間接侵害者の認識如何にかかっているということである。Posner 裁判官の説示では、認識と経済的利益が複雑に絡み合っている。このことは、ビジネスのシーンでは妥当する。つまるところ、「自身の顧客を知れ」というビジネス上のアドバイスでよくいわれることなのである²²。商業的な動機は、売り手と買い手の間に利益が共通していることを示唆している。彼らは商取引によって良化することになる。Posner 裁判官はゆえに、主観から客観へと移行し、被告の実際の認識を社会的利益に比してどの程度利益を得ているかという問題に置き換えたのである。

しかし、Posner 裁判官の洞察は、それ自体として生来的な問題を想起させる。**商業的な目的を有さない**侵害者にとっては、個人的利益と社会的利益の相対的な程度を測ることが困難であることである。もしドレスの仕立屋やマッサージ店のオーナーが非営利目的で彼女にセクシーな品々や場所を無料で提供していたとしたら、そしてその動機が仮に結果的に売春を助長することになったとしても、彼らが幫助した「売春以外のもの」には社会的に利益があると考えていた場合は、どのように判断されるのである

²¹ *Grokster*, 545 U.S. at 937 (P2P を「合法的に使用される展望のある革新」であると述べている)。Posner 裁判官の公平のために補足しておく、*Aimster* 事件は *Grokster* 事件において最高裁意見が出されるよりも前のことであった。Compare *Aimster*, 343 F.3d 643, with *Grokster*, 545 U.S. 913.

²² See, e.g., SAM CALAGIONE, *BREWING UP A BUSINESS* 170 (2005) (起業家に「自身の顧客を知ること」を強く勧めている); FREEDMAN-SPIZMAN & RICK FRISHMAN, *WHERE'S YOUR WOW?* 49 (2008) (Alice MacDougall を引用して、「ビジネスの場面では、自身の欲しいものは他者にその者が欲しいものを与えることで得られるだろう」と述べている)。

うか。「自身の顧客を知れ」という推奨が前提としている営利目的はこの例に欠けている。この仮説はただの絵空事のように聞こえるかもしれないが、日本の裁判所が直面したのはまさにこの事例であった。

第2章 Winny 事件：金子勇と「価値中立」の基準

Winny 事件の始まりは簡単なものであった。東京大学大学院情報理工学系研究科の金子勇研究員は、中央管理サーバーを必要としないタイプの不特定ファイル共有 P2P プログラムを、WinMX を含むそれ以前の技術の一部に基づいて開発した²³。彼は「オープン・ディベロップメント」モデルを採用しており、継続的に更新される製品をユーザーに提供し、その引き換えに、その改善点のインプットを依頼していた²⁴。ここまでのところは、この話はネットワーク上で一般化しつつある、ある種の大衆による共同作業を体現したものであるといえる²⁵。

しかし、この話にはダーク・サイドが存在する。金子氏は単にプログラマーの余暇を利用した共同作業のネットワークを指揮していただけに止まらない²⁶。そうではなく、彼は自身のウェブサイトを通じて Winny の配布を行うとともに、匿名で名高いインターネット掲示板の 2ちゃんねるを

²³ See Salil K. Mehra, *Software as Crime: Japan, the United States, and Contributory Copyright Infringement*, 79 TULANE L. REV. 265, 270-72 (2004) (同事件で問題となった技術と逮捕当初について述べている)。

²⁴ *Id.*

²⁵ See, e.g., Eric Raymond, *The Cathedral and the Bazaar*, ERIC S. RAYMOND'S HOME PAGE (Feb. 18, 2010), <http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar> (ソフトウェア開発での大衆との共同の最も影響力のあると思われる発展的コンテンツを提供している)。

²⁶ *Id.*; see also YOCHAI BENKLER, *THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM* (2006) (大まかにいえば、インターネットの共同作業性という本質について述べている)。But see Jonathan Barnett, *The host's Dilemma: Strategic Forfeiture in Platform Markets for Informational Goods*, HARV. L. REV. (forthcoming 2011), available at <http://www.ssm.com/abstract=1687531> (Yochai 見解を批判している)。

通じて新しいバージョンの報告とフィードバックの収集をなしていた²⁷。具体的には、彼はこのような告知を専らファイル交換に用いられるホームページで行っており、そのホームページでは、参加者の多くが著作者に許可を得ずに著作物を送信していたようである²⁸。実際、Winny ユーザーの中には直接著作権侵害の罪に問われた者もいる。そしてその者らは、有罪判決を受けた²⁹。

何人かの直接侵害者に対する最初の起訴が行われると、問題の焦点は Winny の制作者と配布者その人へと移っていった。2004年5月警察は金子氏を逮捕し³⁰、2006年12月には京都地方裁判所によって著作権侵害の罪に関して有罪判決が出された³¹。2009年10月大阪高等裁判所は有罪判決を取り消した³²。日本の控訴裁判所は法的問題だけではなく事実認定の問題をも検討できるから³³、大阪高裁はその取消しの理由を、間接侵害に適用す

²⁷ 当時の 2ちゃんねるの多様な評判について述べたものに、see Salil K. Mehra, *Post a Message and Go to Jail*, 78 U. COLO. L. REV. 767, 796-97 (2007) (2ちゃんねるの匿名掲示板における不快な言動とその匿名的意見の中に見られる一連の真実という日本人のものの見方を記している)。その好ましくない評判にもかかわらず、2ちゃんねるは日本語ウェブページの中で最も訪問者の多いものの一つであり続けている。See Minoru Matsutani, *2channel's Success Rests on Anonymity*, THE JAPAN TIMES, Apr. 6, 2010, <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20100406i1.html> (2ちゃんねるは日本で「一番大きなオンライン掲示板」であり、月に1,200万から1,600万もの訪問者が訪れると述べている)。

²⁸ See *Kaneko I*, *supra* note 7.

²⁹ Mehra, *supra* note 23, at 270 (金子氏は2003年秋に何人かが直接の著作権侵害による逮捕者が出た後も、Winny を改良し続けたことを述べている)。

³⁰ *Id.* at 267.

³¹ *Kaneko I*, *supra* note 7; see also John Leitner, *A Legal and Cultural Comparison of File-Sharing Disputes in Japan and the Republic of Korea and Implications for Future Cyber-Regulation*, 22 COLUM. J. ASIAN L. 1, 19 (2008) (2006年金子氏逮捕時のニュースと有識者の反応を述べている)。

³² *Kaneko II*, *supra* note 7.

³³ See J. MARK RAMSEYER & MINORU NAKAZATO, *JAPANESE LAW: AN ECONOMIC APPROACH* 145 (1999) (「高裁の裁判官は事実認定の問題を一審に差し戻さず、ゆえに、実体問題をも法律問題に加えて検討した」)。

べき基準の観点と地裁によるその基準の適用の誤りの観点から説明した。

Winny 事件における、金子氏の認識についての決定の手法に関する判示は、営利目的のない間接侵害者が提起するジレンマを例証する。金子氏の金銭的利益に対する通常の分析を否定しつつ、金銭を支払うユーザーの認識を彼に帰するために、裁判所はより主観的な要素に頼らざるを得なかった。

「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〔著作権侵害の〕 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〔当該技術を〕提供する際の**主観的態様如何**によると解すべきである。」³⁴

営利的な目的が認められなければ、間接侵害者の意図と直接侵害者のそれを結びつけるには推測によるしかない。すべての条件が平等なら、営利的目的の存在は原因と結果の結びつきをよりはっきりとさせる傾向がある。そのような目的が見られない場合、その判断は、主観的意図と他の個人の行動を予測できたであろうこと、その他の方法で同じ利益を共有しているかもしれないという可能性如何にかかってくる。地裁は、金子氏が新しいビジネスモデルが生まれることをその営利を問わずに期待していたことから、その事実を著作権のある著作物を侵害する態様でファイル共有ソフトが広く利用されていることへの認識の存在と結びつけて、間接侵害として裁かれるに十分であると結論づけた³⁵。

³⁴ See Kaneko I, *supra* note 7.

³⁵ 詳しくは、地方裁判所は以下のように判示した。

「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利用してやり取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、……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

控訴審である大阪高裁は、Sony 事件で適用された「著作権を侵害しない実質的な使用」の基準に類似の基準を採用した。この基準を採用することには非常に興味深いものがある。アメリカでは *Grokster* 事件が Sony 事件の再解釈をすでに行っているのである³⁶。当該事件とは異なり、大阪高裁は Winny ソフトウェアを「価値中立」としてしている。これは「デュアル・ユース」という Sony 事件以降に生まれた語と意味の上では似ており、馴染みがあるが、しかし、やや離れた言葉である。アメリカでは、「内容中立」や「ネット中立」という言葉で知られている³⁷。

Sony 事件に同調するだけでなく、大阪高裁は認識と意図の証拠の扱いについて被告により有利となる基準をも採用した。具体的には、裁判所は意図的に侵害を誘発したのではなく、単に認識していただけではなお責任を問うには十分でないとした。曰く、

「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

と認められ、……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、〔著作権の侵害罪の〕 幫助犯を構成すると評価することができる。」

Id.

³⁶ *MGM Studios, Inc. v. Grokster*, 545 U.S. 914, 919, 939 n.12 (2005). *Grokster* 事件が Sony 事件のルールに代わるものを示したもののなか、Sony 事件のルールをさらに解釈したもののかは未だに明らかではない。See *id.* *Grokster* 事件では「侵害を助長する意図の明確な表明や積極的な措置の導入によって示される点で著作権を侵害する使用を促進する目的とともに装置を配布する者は、侵害という結果を生じた第三者による行為についての責任を負う」とされた。*Id.* at 919. しかし、同事件で裁判所は続けて、「当該装置が侵害用途以外に非侵害の実質的な用途に使用可能である場合には、意図についての他の証拠がなければ、裁判所は単に侵害を防ぐべきであるのに積極的な措置を何ら講じなかったという理由だけで間接侵害の成立を認めることはできない。」なぜならば、「Sony 事件で示されたセーフ・ハーバーにきわめて近い領域だ」からであるとした。*Id.* at 919 n.12.

³⁷ See Kaneko II, *supra* note 7.

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。」³⁸

高裁は、地裁の法的及び事実的結論を再検討する際に、悪意の要件の推定を行わず、有罪判決を取り消した³⁹。具体的には、金子氏がユーザーに著作権を侵害してはならないという警告を行っていたこと、Winny の開発を進めて、ダウンロードによってファイルを落とした各自からお金を取るようにしようという自身の意図について発言していたことを証拠として挙げた⁴⁰。結論として高裁は金子氏を無罪とし、検察側が要求した \$15,000 の罰金と 1 年の懲役は棄却された⁴¹。

地裁と高裁の判決の意見の相違は、重要な問題を強調している。一つは、これらの説示は「価値中立」あるいは「デュアル・ユース」の問題を生じさせる。P2P 技術を分類する最初のこの作業は、当然にこれ以降の分析を左右する。Posner 裁判官はこの分類問題を避け、根本的な問題を相対的に罪のない「セクシーなドレス」と疑いの強い「偽のマッサージ店」にきれいに分けてしまう仮説を持ち出した⁴²。しかし、それが P2P であろうとそうでなかろうと、インターネット上のプラットフォームはそこまで簡単に色分けできるものではない。懲役を恐れて将来にわたって技術が発展しない可能性があることを考えると、間接侵害の刑罰化は賢明ではないだろう。

別の文脈の下では、イノベーションと動態的効率を減退させる民事の反トラスト訴訟の脅威が懸念されることがある。たとえそのような訴訟の

対象となるのが、レント・シーキングを通じて自身を十分に守ることができ既存企業であったとしてもである⁴³。もし大企業に対する民事の反トラスト訴訟が脅威であるならば、起業目前の企業に対する刑事訴訟がより大きな懸念を引き起こすことは明らかだろう。Facebook の創設者が、そのアイデアが根付く前に短期間投獄されていたらどうだろうか⁴⁴。少なくともアメリカにおいては、インターネットのおかげで破壊的革新を妨げる公的私的障壁は低くなっているから、そのような場面を想像することはできないだろう⁴⁵。対照的に、被告となった大企業は自身が直面している民事訴訟に抵抗するために、広告・出版業界、ロビイストに働きかけることができ、さらには政治的圧力をかけることもできる。

他方、権利者たちは金子氏の警告と、Winny によって課金システムを構築するという計画を信じていないかもしれない⁴⁶。これは真の動機を隠すための方便だったのであろうか。大阪高裁が認定したこれらの事実は、Grokster 事件の事実と見事なまでに符合している。同事件では、Steven 裁判官が、著作権侵害を誘引する意図があったことの証拠がなければ、「当該装置が侵害用途以外に非侵害の実質的な用途に使用可能である場合には、意図についての他の証拠がなければ、裁判所は単に侵害を防ぐべきであるのに積極的な措置を何ら講じなかったという理由だけで間接侵害の成立を認めることはできない。……そのような場合に間接侵害の成立を肯定することは、Sony 事件で示されたセーフ・ハーバーにきわめて近い領域

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.* (「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、[Winny の] 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」と金子氏が注意喚起を行っていたことを認定した)。

⁴⁰ *Id.* (Winny 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」との発言をしている)。

⁴¹ *Kaneko I, supra note 7.* 地方裁判所は罰金刑を命じたが懲役までは科さなかった。金子氏が有罪判決と罰金刑を不服とし大阪高裁に控訴した一方で、検察官も懲役が科されなかったことには地裁の判断に誤りがあると控訴をした。*Kaneko II, supra note 7.*

⁴² 334 F.3d 643, 651 (7th Cir. 2003).

⁴³ *See, e.g., Daniel F. Spulber, Unlocking Technology: Antitrust and Innovation, 4 J. COMP. L. & ECON. 915, 919 (2008).*

⁴⁴ 実際のところ、権力者によって若いアンチ・ヒーローが逮捕され映画の時間にして30分投獄されていたとしたら、*The Social Network* のような映画はあり得なかったであろう。*See THE SOCIAL NETWORK (Columbia Pictures 2010).*

⁴⁵ *Cf. Lawrence Lessig, Sorkin vs. Zuckerberg, THE NEW REPUBLIC, Oct. 1, 2010, <http://www.tnr.com/article/books-and-arts/78081/sorkin-zuckerberg-the-social-network>* (「インターネットのプラットフォームは誰でも無料で使用できるものであるから、あるいは世界共通の言語であり、『中立的ネットワーク』であるから、十億の Mark Zuckerberg のような人がそのプラットフォームを開発することが可能である」)。

⁴⁶ *See Kaneko II, supra note 7.*

を行くものである。」⁴⁷と説示した。この判示は、*Grokster* 事件は単に直接侵害をせずとも責任を問われる二つの型の間の境界を定めるものであるということを示唆している。それらは、間接（寄与）侵害（実質的に非侵害となる用途が存在しない場合）と侵害の誘引（幫助及び教唆）である。この境界は、理論上は明らかかもしれないが、実際問題としてはそうではない。*Winny* が将来的に著作権侵害を防ぐ手段を搭載するかもしれないという証拠や侵害しないようにという警告は、**Sony ルール**の21世紀における再解釈を具現している。もちろん、権利者たちの、このようなセーフ・ハーバーは、他人に侵害を推奨するほど愚かではないあらゆる間接侵害者に耐性を与えてしまうものだという懸念はもっともである。

第3章 Pirate Bay とその先

間接侵害者がそこまで無謀になることなどあるのだろうか。*The Pirate Bay* という存在は、その質問に肯定的な答えを与えていると思われる⁴⁸。民事責任と刑事責任の両方が問われているスウェーデンの衝撃的なその事件は、まだ解決を見ていないが、すでに P2P 技術に対する認識に大きな影響を与えた⁴⁹。被告はユーザーがトレントファイルを見つけるために用いる BitTorrent のインデックスとトラッカーを管理しており、ダウンロード者を有名なテレビ番組や映画の違法複製物を所有しているユーザーへと案内する⁵⁰。4人の被告（3人はサイトの運営者であり、1人はその前身となる ISP の CEO）は間接侵害の罪で1年の懲役刑となった。うち3人は

⁴⁷ MGM Studios, Inc. v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913, 939 n.12 (2005).

⁴⁸ See THE RESEARCH BAY, <http://thepiratebay.org> (last visited Apr. 18, 2011) (当該ウェブサイトは現在「The Research Bay」と名乗っている)。

⁴⁹ See, e.g., Michael Carrier, *The Pirate Bay, Grokster and Google*, 15 J. INTELL. PROP. RTS. 7, 7 (2010) (Private Bay の事件は「大きな波紋」を与えた。「支持者はファイル配布で賑わっていた場所であったことを指摘」し、「反対者は大量に流通していた著作権のある著作物のことを嘆いている」)。

⁵⁰ *Id.*

控訴審時点で懲役刑が減じられたが、1人は未だに係争中である⁵¹。

Pirate Bay 事件の解決がどのようなものになろうとも、同事件は *Winny* 事件とは重要な差異がある。まず一つに、*Pirate Bay* は直接サービスを販売しているわけではないが、費用をまかなうため、当該サイトには広告が存在する⁵²。次に、当該サイトは権利者への対応が悪いことで有名であった⁵³。最後に、事実審裁判所で明らかになったことは、被告はユーザーが侵害を行う機会を意図的に作り出したという点である⁵⁴。金子氏の場合と違い、この点に関してははっきりとしており、主観的意図や侵害助助者の実際の認識、社会的背景といった事情を考慮する必要もなかった。

したがって、*Pirate Bay* 事件はより営利的であり明確な故意が存在した間接侵害の事例である。その構成員の態度は、その名がまさに比喩としての海賊を採用していることとあいまって、アメリカの刑事法でのこ入れを企図する権利者の格好の標的となり得るのかもしれない。間接侵害者に対する著作権の刑事罰は本当にアメリカで導入可能な制度なのであろうか。結局のところ、アメリカは日本やスウェーデンとは歴史の上でも法的制度も社会制度も異なる。間接侵害の刑罰化はあり得ないのではなからうか。とりわけ、P2P ソフトウェアが非侵害用途に使われる場合には国民の表現がそこにある限り、間接侵害の刑罰化は、アメリカの裁判所を言論の自由

⁵¹ *Pirate Bay Executives' Prison Terms Shortened*, THE SWEDISH WIRE (Nov. 27, 2010), <http://www.swedishwire.com/science/7373-pirate-bay-executives-prison-terms-shortened>.

⁵² [ストックホルム地方裁判所] 2009-04-17 p.51 B13301-6 (Swed.) [以下、*Pirate Bay* という]、translation available at http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2009/04/piratebayverdicts.pdf (「被告は幫助が成立する状況を実際に意図的に作り出した」と述べている)。

⁵³ 当該サイトは何度も権利者団体からの電子勧告文書と、それに対するサイト運営者の擁護を公表してきた。例えば、トイレットペーパーが不足しているからもっと手紙を送ってほしい、日本で訴訟を起こしてもらえれば日本を訪れるいい機会になるといったものである。E.g., Email from Gottfrid Svartholm Warg, Co-Owner, Pirate Bay, to Willoughby & Partners (Nov. 1, 2004), available at http://static.thepiratebay.org/sega_response2.txt. 追加文書とその対応については、available at *Legal Threats Against the Pirate Bay*, THE RESEARCH BAY, <http://thepiratebay.org/legal> (last visited Apr. 3, 2011).

⁵⁴ *Pirate Bay*, *supra* note 52, at 53.

を制約する言論統制に対する非常に厳しい精査へと駆り立てる原因となった懸念とよく似た「委縮効果」を伴ってしまうものである⁵⁵。論者の中には、インターネットには表現と国家による言論統制の再調整が必要なのではないかということをも主張する者もいるが⁵⁶、言論、ネット上での連帯性、イノベーションへの委縮効果の点も比較衡量されるべきであろう。特に、アメリカは民事訴訟が非常に発展しており、証拠開示制度 (discovery system) もすでにインターネットに採用されている。そうすると、刑事法による権利行使はまず必要ない⁵⁷。

それにもかかわらず、間接侵害の刑罰規定がアメリカで発達するかもしれないという要素もないわけではない。まず、司法省 (the Department of Justice, DOJ) が全米レコード協会 (Recording Industry Association of America, RIAA) 等の権利者とその代表者から提供される情報に基づく形で著作権侵害に対する刑罰を制度化する動きをすでに見せている⁵⁸。この権利行

⁵⁵ See, e.g., *N.Y. Times v. United States*, 403 U.S. 713 (1971) (国防総省秘密報告書 (ペンタゴン・ペーパーズ) の内容は国家保障であることを理由に控訴審は差止めを認めたが、制約的であるとしてそれを却下した事例); *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964) (ルイジアナの名誉毀損罪を無効とした事例)。But see *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001) (コードには機能的、非言語の側面があるが、プログラマーの思想を反映もしているとして、DVD 暗号化システムを回避するソフトウェア・コードのウェブサイトへの掲示差止めを認めた事例)。

⁵⁶ See, e.g., *THE OFFENSIVE INTERNET: SPEECH, PRIVACY, AND REPUTATION* 6 (Saul X. Levmore & Martha Nussbaum eds., 2010) (インターネット上での言論の自由を議論している)。

⁵⁷ See Joshua Dickman, *Anonymity and the Demands of Civil Procedure in Music Downloading Lawsuits*, 82 TULANE L. REV. 1049, 1079–80 (2008) (インターネットプロバイダに対するユーザーの身元割出状の取消申立ての文脈で、アメリカの裁判所の対人管轄権の適用の趣旨について述べている); Mehra, *supra* note 27, at 813–14 (発達した民事訴訟の制度と手法があることを理由に、アメリカ下級審はインターネット上の名誉毀損罪を適用する必要があることを指摘する)。

⁵⁸ DOJ はその知的財産政策を実行に移すため、すでに知的財産の専門家を擁している。アメリカ弁護士事務所もそれぞれが Computer Hacking and Intellectual Property (CHIP) のコーディネーターと25の CHIP 部署を有し、それらは地理的に重要な場所に置かれ、その多くはハイテク問題や知的財産事件を中心に扱うアメリカ弁護士

使は既存の実定法や刑罰規定に基づくものであり、DOJ が婉曲的に「刑罰の抑止効果」と呼ぶものを実現しようとしている⁵⁹。そこでは、新しい立法や制度、目的の定義といったものは必ずしも必要ではない。

P2P への対応を国際的に統一しようという動きも、アメリカにおける間接侵害の刑罰化を加速させる⁶⁰。Winny の事件や *Pirate Bay* 事件のような海外での起訴事例がそのような動きを生じさせている。加えて、利害関係を有する強力な制作者によって、政府に対して貿易協定に刑罰規定を組み込もうとする働きかけが早晩見られることになるだろう⁶¹。知的財産権の貿易に関連する側面に関する協定 (the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) とデジタルミレニアム著作権法 (the

アシスタントで構成されている。Computer Crime & Intellectual Prop. Section, *Computer Hacking and Intellectual Property (CHIP) Program*, U.S. DEP'T OF JUST., <http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/chips.html> (last visited Mar. 29, 2011). Operation Remaster のような執行の際には、DOJ が全米レコード協会 (RIAA) や米国映画協会 (the Motion Picture Association of America, MPAA) のような私的事業者団体と協力する。Susan Butler, *Seizures (Legal Matters)*, BILLBOARD, Oct. 29, 2005, available at <http://www.allbusiness.com/retail-trade/miscellaneous-retail-retail-stores-not/4555134-1.html>.

⁵⁹ COMPUTER CRIME & INTELLECTUAL PROP. SECTION, U.S. DEP'T OF JUSTICE, PROSECUTING INTELLECTUAL PROPERTY CRIMES 306 (3d ed. 2006), available at <http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/ipmanual/ipma2006.pdf>.

⁶⁰ See Nate Anderson, *ACTA Draft Leaks: Nonprofit P2PFaces Criminal Penalties*, ARS TECHNICA (Feb. 4, 2009), <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2009/02/actual-acta-draft-leaks-noncommercial-p2p-could-get-criminal-penalties.ars>.

⁶¹ See John Tehranian, *Parchment, Pixels, & Personhood: User Rights and the IP (Identity Politics) of IP (Intellectual Property)*, 82 U. COLO. L. REV. 1, 80–81 (2011) (「模倣品・海賊版拡散防止条約 (ACTA) によって」国境検問所における税関職員にラップトップパソコン、スマートフォン、その他ハードウェアを有する機器を検査する権利も与えられる—これらは国家補償に脅威となるものではなく、著作権法に違反するコンテンツのためのものである。…ACTA がコンテンツ制作業界の代表をしているロビイング活動の関係者から受けているサポートによって、当該条約が、ハードドライブの検索によって法的に許容されていることとは無関係に無許諾の著作権コンテンツの所持や使用がその態様如何を問わず根絶されてしまうという脅威を生み出してしまうのではないかと—という深刻な懸念が生じている。』)。

Digital Millennium Copyright Act, DMCA) によってもたらされた委縮効果に鑑みて、著作権法の研究者やインターネット活動家は現在進行中である模倣品・海賊版拡散防止条約 (Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA) のような協定案に慎重である⁶²。ACTA には署名国に「商業規模で」間接侵害者を刑事的に処罰する義務が生じる条項が含まれており、その下では「経済的利益を得ようという意図」がなくとも処罰されるのである⁶³。

ACTA についてはその交渉の機密性をめぐって激しい議論が巻き起こったが、参加者の中には、営業上の利益を問わずに P2P 行為による間接侵害が刑罰化される恐れがあることに危機感を抱く者もいた⁶⁴。参加者に懸念を抱かせた草案の文言は、一代前前に交渉された TRIPS の文言を借用したものである⁶⁵。しかしながら、その文章は書かれた当初は問題がなかったが、ネットワーク社会である現代においては違った意味合いを有するかもしれない。幫助に対する刑罰に「商業規模」での侵害を要求することは、

⁶² See Letter from 75 Law Professors to President Barak Obama (Oct. 28, 2010), available at <http://wcl.american.edu/pijip/go/academics10282010> (calling for halt of ACTA); *Sunlight for ACTA*, ELECTRONIC FRONTIER FOUND., <https://secure EFF.org/site/Advocacy?cmd=display&page=UserAction&id=383> (last visited Mar. 29, 2011); see also *Anti-Counterfeiting Trade Agreement (Proposed Final Draft Dec. 2010)* [以下、ACTA Draft という], available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/december/tradoc_147079.pdf.

⁶³ See, Anderson, *supra* note 60 (ACTA の草案には『『経済的利益を得ようという直接かつ間接的な動機を有していない場合』であっても、『商業規模で行われた』著作権侵害を刑罰化する文言が含まれている』ことを述べている)。ACTA の草案にはアメリカもそのような幫助行為を刑罰化する義務を負う条項が含まれており、ゆえに Winny 事件や Pirate Bay 事件とも無関係ではないだろう。See ACTA Draft art. 23.1, 23.4 (「加盟国は少なくとも商業規模での商標偽造、著作権、あるいは関連する権利の海賊行為に対し刑罰規定と罰則を定める義務を負い」、「当該法律において本条によって刑罰規定と罰則が定められた犯罪行為については、幫助犯についても同様とする」旨を定めている)。

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ Compare ACTA Draft art. 23, with Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights art. 61, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. 183.

新たな意味を帯びることになる⁶⁶。営利目的を有していなかったとしても、インターネットによって個人ができることの範囲は大きく広がるから、その行動を「商業規模」であるとみなすのは簡単であろう。

第4章 結論

ACTA は未だ草案の段階にあり、*Pirate Bay* 事件はまだ終結を見ておらず、加えて *Winny* 事件は先例のないものであったことを考慮すると、間接侵害の刑罰化に対する影響について確固たる結論を出すには時期尚早に過ぎるだろう。そうだとすると、「適法用途の存在する」⁶⁷技術に対する刑罰化の広大な影響を考えると、そもそも否定的な可能性のある側面についての議論をせずにそのような冒険に乗り出せというのもまた時期尚早である。少なくとも、利益を得る直接的な目的が被疑間接侵害行為に見られない場合においては、萌芽段階にあるイノベーションに対して起訴に値すると結論を急ぐことは危険である。抑止された表現や失われた経済的効率性と同様に、まだ具現化されていないものが失われた場合に、その真の意味を評価することはできないだろう。しかし、それにもかかわらず、我々が何かを失うことは確かなのである。

[付記] 本稿は、Salil K. Mehra, *Keep America Exceptional! Against Adopting Japanese and European-Style Criminalization of Contributory Copyright Infringement*, 4 VAND. J. ENTER. & TECH. L. (forthcoming 2011) の翻訳である。翻訳の許可を下された Temple University の Salil K. Mehra 教授に、この場をお借りして感謝の意を述べたい。

また、指導教官である田村善之教授には、今回この貴重な機会を取り計らいただけではなく、実際に翻訳を行うに際しても温かいご指導をいただいた。記して感謝申し上げます。

⁶⁶ See Anderson, *supra* note 60.

⁶⁷ See *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913, 937 (2005).