

## 座談会

## Winny 座談会

## 出席者

園田 寿 甲南大学 法科大学院教授  
 宮脇 正晴 立命館大学法学部助教授・京都大学大学院  
 情報学研究科 COE 研究員  
 坂田 岳史 有限会社ダイコンサルテイング代表取締役  
 中小企業診断士 IT コーディネータ  
 松本 好史 弁護士法人三宅法律事務所 弁護士  
 オブザーバー  
 会員 本庄 武男  
 パテント編集委員 佐藤 富徳, 岩井將晃

平成17年1月13日(木)午後3時12分開催

本庄 大変お待たせいたしました、済みません。きょう、まだ来ておられない方もおられますけれども、そろそろ時間ですので、始めさせていただきたいと思えます。

きょうは、Winny の座談会ということで、弁理士会の弁理士は、基本的に、刑罰的なことはあまりよく知らないんですけれども、弁理士がいずれはこういった事件を自分たち一人一人の中でやっていくと思えます。そういったときに、急に慌てて、刑法は何だという話をしたのでは手遅れだということもありますし、それから、私的財産は2004年、政府の方針の中で、コンテンツを今後保護していくという流れがございます。こういった Winny も、その中の1つの流れじゃないかなと思ひまして、弁理士として、正しい知識を身につけておく必要があるということで、この研究を始めたわけです。その中で、座談会をやってみたら、もっと会に広くいろんな情報を提供できるんじゃないかと、こういうことがございまして、こういった座談会を開かせていただくということになりました。

きょうは、そういうことで、松本先生に司会をしていただいて、甲南大学法科大学院の園田先生、立命館大学の宮脇先生、それから、ダイコンサルテイング有限会社の坂田先生と、その道それぞれのエキスパートの方に座談会をしていただくということになりました。

た。ぜひ、よい座談会として終わりますように祈念しておりますので、よろしくお願いいたします。

松本 きょうの座談会には、オブザーバーとして、弁理士会のパテントの編集副委員長の佐藤先生、編集委員の岩井先生にご来席いただいておりますので、ご紹介させていただきます。それから、本庄先生もオブザーバーとして参加いただいております。

Winny というソフトについて、今、刑事事件の審理中ですが、Winny を含めたファイル交換ソフトについての様々な法的な観点からの問題について、各先生方には、昨年の9月にご講演いただきましたが、その結果を皆様にもご披露するという意味もありまして、今日、座談会を開かせていただきます。

最初に、ファイル交換ソフトの内容、続いて、民事法、刑事法の面からの問題点について議論いただくという順番で進めさせていただきたいと思ひます。まず、ファイル交換ソフトはどのようなものかということについて、坂田先生から、お話し願えますでしょうか。

坂田 皆さん、初めまして、坂田と申します。よろしくお願いいたします。

それでは、トップバッターということで、非常に恐縮なんですけれども、ファイル交換ソフトとはどのようなものなのかということをお話をさせていただきたいと思ひます。

今回のテーマは、PtoP ということになっております。PtoP という言葉は、まだ知名度的にはそんなに高くないと思うんですけれども、例えば BtoB とか BtoC という言葉は聞かれたことがあると思うんです。企業対企業の取引ですとか企業対消費者、そういうものと同じような意味合いで PtoP, Peer to Peer ということで1対1と、そういう意味合いで PtoP という言葉が今使われております。実は、PtoP イコールファイル交換ソフトとか、そういうものじゃないと思うんです。いろいろな意味で、PtoP は非常に幅広いもの

だと私は思っています。1対1で何か情報交換するような形のものを PtoP と言ってもいいと思うんですけども、その中の1つの領域に、ナップスターとかそういうファイルを交換するようなものがあると私は考えております。

例えば PtoP はどういうものなんですかと言った場合、例えば郵便を出しますよね。普通、手紙を出すときは一旦ポストに入れます。入れた手紙は郵便局に運んでいって、そこからまた配達するという形なんです。例えば回覧板の場合、自分でお隣の家に持っていきます。ですから、簡単に言えば、PtoP の仕組みは回覧板の仕組み、どこかを經由せずに自分で持っていったり、取りに行くという形のものを PtoP と言ってもいいと思います。

じゃ、コンピューターの世界で PtoP は一体何なんですかという話になるんですけども、多分、皆さん、パソコンをお使いになっていると思います。当然インターネットもお使いだと思うんですけども、一般的に企業は販売管理ですとか生産管理ですとか、そういうソフトは必ずと言っていいほどサーバーというものがあるんです。そのサーバーに、いろんな会計の情報ですとか、販売の情報ですとかというものが絶対入っているんです。そこにパソコンをつないで、そのパソコンからサーバーに入っているデータを参照したり、サーバーにデータを登録したりするんです。一たん登録されているデータを違う人がパソコンを使ってそこから見るという形態が非常に多いというか、ほとんどそういう形態なんです。こういう形態は PtoP とはあまり言わないんです。専門的な用語を言ってしまうと、CSS と言って、Client Server System と言うんです。これは PtoP じゃないんです。一方、そういうサーバーを通さずに、同じネットワークの中で、AさんとBさんのパソコンを直接つないで、AさんがBさんのパソコンから何かを得る、データをとるとか、実際そういうことができるんです。そういう形態のことをコンピューターの世界で PtoP と言っているんです。ですので、PtoP と言った場合、大きなサーバーを基本的には經由せずに、1対1でデータのやりとりをすると、こういうものを PtoP だと言っております。

じゃ、今、話題になっていますファイル交換ソフトの話ですが、実は、PtoP という言葉が結構広まったのは、皆さんもご存じだと思うんですけども、ナッ

プスターという音楽交換用のウェブ上のサイトからなのです。簡単に言ってしまえば、ホームページがあって、ホームページにアクセスすれば、音楽のファイルが手に入る、そういうものなんです。例えばホームページがあって、ホームページ上に何か音楽のファイルがあって、普通は、それをダウンロードして使うのが一般的なんです。右クリックして保存とかをやって、ですけれども、ナップスターの場合はそうじゃなくて、ホームページ上に音楽のリストがあるんです。自分が欲しい音楽をそこで探すんです。そこから直接ダウンロードするんじゃなくて、実は、そのリストは世界中のユーザーさんが自分で登録をしてはるんです。だから、僕はこういうものを持っているよみたいなことです。登録されているものがホームページ上に全部出ている。そのサーバーには、音楽ファイルを登録するんじゃなくて、自分はこんなものがあるよということだけを登録しておくんです。第三者が一たんリストを見て、自分の欲しいものがあつたら、そのサーバーじゃなくて、それを登録した人のところに直接アクセスをして、そこから音楽ファイルをもらうという仕組みなんです。ですので、ナップスターの場合は、一たんサーバー用に自分の持っている音楽を登録するという行為は PtoP じゃないんですけども、その後で、直接その音楽データをもらうときには PtoP の仕組みになっているというわけです。

そういうソフトが、実は、1995年あたりに、海外で学生さんがつくったコミュニティサイトというものが発展して、ナップスターというものになったわけです。ただし、ご存じのとおり、勝手にそんなことをさせたら困ると、だから、ナップスターの仕組み自体はいいんですけども、交換するときに違法でコピーされた音楽ファイルが勝手に交換できるということで、これは著作権法に何か問題があるということで、裁判になって、ナップスターはサイトを閉じたんです。一たん閉じたんですけども、つい最近になって、有料化ということで再開したんですけども、結局、PtoP の一番の問題点は、違法にコピーしたものを流通させることができるということで、非常に問題になっているということです。

そういうサイトもあれば、もう一つ、有名なものに、グヌーテラというものがあるんですけども、ナップスターは、一たんサーバーに自分の持っているものを

登録します。しかし、グヌーテラはそういうサーバーがなく、ほんとうに、ネット上にあるパソコン同士が PtoP で通信をして、例えば私がアメリカの何とかさんという方のパソコンの中をのぞいて、A さん、いい曲を持っているな、もらおうかなということが簡単にできてしまうようなソフトなのです。Winny ですとか、WinMX というソフトはこういう形式のものがずっと受け継がれているということです。

一番問題になっているのは、確かに著作権というか、そういうことなんですけれども、例えばナップスターは、よく考えてみると、仮にリストだけと違って、サーバーに音楽ファイルを全部集めると何億曲というデータになるのです。そんなのを 1 つのサーバーで管理は絶対できないんです。スーパーコンピューターとかを使っていけばできるかもしれませんが、一般的には、そういうことはできない。ですので、ファイルのリストだけがあって、そして、実際のデータは、個々のパソコンの中にあるということで分散化されるんです。だから、そういう意味からすれば、コンピューターの世界では、非常にすばらしいシステムなんです。あれだけ多くのデータをそれほど大きなコンピューターがなくても十分管理することができるということで、あの仕組み自体は非常にいいんですけれども、ただ、交換するソフトに問題があるということで、問題になっているということです。

あと、昨年から、いろいろ話題になっている Winny ということなんですけれども、この Winny の基本的な使い方というか、仕組みはグヌーテラのように、中央にサーバーを置かないんです。どういうところが違うかというところと非常に匿名性が高いということなんです。違法なファイルを A さんからもらったよというのがわかってしまうとまずいということで、だれからこのファイルをもったかが非常にわかりにくくなっている、ほとんどわからないというところに 1 つ特徴があるんです。

あと、今回、逮捕されたという事件までも発展しているんですけれども、例えば自分が Winny を使う場合、たくさんデータが欲しければ、自分もたくさん交換しなければだめだよという仕組みなんです。だから、とるばかりはなかなかできにくい。たくさんファイルを交換して、Winny に貢献した人ほど、たくさんファイルをとることができるという仕組みもあるというところ

ろが従来のソフトとは違うところかなと思います。

あと、PtoP は、ある意味、そういう著作権とかの話があったので、負のイメージがちょっとあるかなという気がするんですけども、技術的には非常にすばらしい技術だと思いますので、できればそういう負のイメージを取り払って、いろんなところで使われたいなと思っています。

ということで、私からは以上です。

**松本** ありがとうございます。

一、二点お聞きしたいんですけども、ファイル交換ソフトで流されるデータは、ネットにつながっている多数のコンピューターを通過していくということによるのでしょうか。

**坂田** グヌーテラ系のソフトは透過型とよく言っているんですけども、この場合は、簡単に言えば、グヌーテラ専用のプロトコルがありまして、それを使って動的にリンクをつなげていくという形態です。ですので、おっしゃるとおり、ネット上のパソコンが連鎖的につながっていくというイメージです。

**松本** 違法コピーについて全然知らない人のパソコンでもネットにつないでいると、だれかが違法コピーしようとしているファイルが自分のところのコンピューターに一時的にコピーされて、それがまたどこかへ行くということになるのでしょうか。

**坂田** そうですね。パケツのリレーというんですか、そういう形です。

**園田** 甲南法科大学院の園田といいます。

専門は刑法なので、著作権や技術的なことはよくわからないんですが、今の坂田先生のお話の関係で、ご質問なんですけれども、Winny は隣のだれとつながっているかは分かるんですか。

**坂田** 誰とというのはわからない。

**園田** だれとというか、どのコンピューターとつながっているのか……。

**坂田** コンピューター同士は IP でわかっています。

**園田** ただ、問題は、それが最初に違法コピーをアップロードした人なのか、単に中継している人なのかかわからないということですね。それが匿名性の高さいう意味であって、それから、交換されているファイル自体も暗号化されているので、どこから流れてきて、一体それが何なのかということもよくわからないということで、非常に匿名性が高いと、そういうことですね。

**坂田** そうですね。Winny の場合、階層構造的になっていて、初めにつながったやつが連鎖的にまた増殖していくみたいな感じです。ですので、一番末端からとったファイルは全然どこのだれかはわからないと思います。

**園田** 宮脇先生、ダウンロードすること自体は、著作権に触れないわけですか。

**宮脇** 多くの場合は触れないということになるかと思いますが。著作物をダウンロードした場合は、著作権法上は著作物の「複製」と評価されますので、原則、ダウンロードは著作権の効力の及ぶ行為になります。ただし、そのような行為であっても、著作権の権利制限規定に該当するものであれば、侵害は免れるという構造になっていまして、ダウンロードの場合は、私的使用のための複製という規定が著作権法 30 条にあるわけですが、これに該当する場合は、著作権侵害にならないということになります。ユーザーが家庭内で自分で聞くためにするダウンロードについては、おそらく、ほとんどこれに該当するだろうと思います。

**園田** 著作権法も私はよくわからないんですけども、CD を買ってきますよね。それを例えば MP3 とか、そういうのに変換して、個人的に自分のパソコンの中に入れてる。これは別に問題ないわけですよね。

**宮脇** それも著作権法上では複製に該当しますので、原則として権利が及ぶということになるんですけども、私的使用のための例外ということで許されるということになります。

**園田** 例えば CD を交換したりしますが、それはどうなんですか。

**宮脇** 著作物を収めた物が移動する場合は、音楽コンテンツを収めた物であれば「譲渡」とか「貸与」という行為が問題になりますし、映画コンテンツの場合は「頒布」という行為が問題になるわけです。譲渡権とか貸与権の場合、公衆に提供することが侵害となる要件ですので、友達 1 人と交換するだけならそれ自体は問題ありません。またそもそも、譲渡については、一度適法に市場に拡布されたものについては、それ以降の譲渡行為については、譲渡権は及びません。頒布権にしましても、中古ゲームソフト事件の最高裁判決がありますので、DVD や CD のようなものについては、一度適法に市場に拡布されたものを譲渡する行為が侵害になるということはずまいと思います。

**園田** いったん、例えば MP3 に落とすと、それは私的利用の範囲ですよ。その MP3 のファイルを交換するというのが触れるわけですか。

**宮脇** 権利制限規定には、さらに例外がありまして、私的使用のための複製でなされたものでも、その後で、その複製物によって、著作物が公衆に提示された場合については、その時点で改めて複製があったとみなすという規定があります。例えばファイル交換ですと、私的複製したファイルをダウンロード可能にした時点で、複製がなされたとみなされることになります。その時点の複製については私的使用の範囲を超えていまして、複製権侵害の例外の例外、すなわち原則に戻って侵害になるということになります。

**園田** 例えば CD-ROM に MP3 を入れて、その CD-ROM を友達と交換するというのは構わないわけですか。

**宮脇** それは構わないです。そのような場合は、通常は公衆に提示したことにならないと思われま。

**園田** そうすると、ネットワークでも、1 対 1 で、AさんとBさんだけで MP3 を通信を介して交換しているというのはどうなんですか。

**宮脇** その場合、例えば A さんが私的使用のためにダウンロードするということは私的複製に当たり侵害になりません。他方、A さんにあげるために、B さんが自分のパソコンの特定のフォルダに入れるという行為につきまして、これは送信可能化にはならないかもしれませんが、複製には該当します。そして、このような複製が私的使用のためと言えるかということ、おそらく、そうでないということになりますので、こちらのほうは複製権侵害になる可能性が高いと思われま。

**園田** メールに添付するという場合も同じですよ。

**宮脇** はい、一緒だと思います。

著作権は、権利の束と言われていまして、著作物に関する行為のうちで法に列挙された特定の行為が著作権の対象となっているのですが、その行為ごとによって、原則と例外は違うわけです。なので、例えばリアルな世界だと、1 回売った物については、それ以上その物を売ったりする行為に対して権利行使できないという構造になっています。これは法律の条文上そうになっていますし、明文の規定がない場合は解釈でそう

いうことにされています。つまり、物が転々とするというリアルな社会での市場の流通は最大限尊重されているわけです。他方、ネットワーク上で著作物が流通するということになりますと、これは必然的に複製を伴うことになりまますから、譲渡権ではなく複製権が問題になります。効果が同じようでも当てはまる権利が違って来るんです。当てはまる権利が違えば、それに対する例外も違ってきます。サイバースペースの流通の場合、必然的に複製を伴うということで、非常に厄介な問題が生じているのだらうと思います。

**松本** ファイル交換ソフトの内容の話から、民事法の問題点まで進んでしまいましたが、民事法として著作権法、それから民法も絡むのでしょうかけれども、ファイル交換ソフトについて、既にお話しいただいたとおりかもしれませんが、民事法の問題点の概観のお話を、宮脇先生にお願いしたいんですが。

**宮脇** 先ほどからしゃべっておりますように、ファイル交換を利用した人につきましては、内容が著作物であって、それが権利者に無断で行われたのであれば、ユーザーの行為については侵害になるわけです。なぜならば、さっきも言いましたように、複製をしているからです。ダウンロードが仮に私的使用のための複製として許されるものであるとしても、アップロード、すなわち不特定人にダウンロード可能な状態にすることは許されない。つまり、アップロードしていれば、確実に著作権侵害に当たるということになります。アップロード行為については、複製権とは別に公衆送信権というものがありまして、その公衆送信権には、送信可能化権というものが含まれます。送信可能化とは、公衆の用に供するネットワークにつながっている媒体に著作物を複製するか、著作物を収めた媒体を公衆の用に供されているネットワークにつなぐことですので、アップロードすると、複製権侵害とはまた別に公衆送信権侵害というものにも該当します。公衆送信権については、その性質上、私的使用のための何かという例外はないんです。以上、2つの理由から、ユーザーの行為が著作権侵害に当たるというのはほぼ間違いなだらうと思います。

現在、問題になっているのは、むしろ、そのユーザーの行為に対して、いろんな貢献をしている人たちがいるわけです。ツールを提供しているとか、そういうサービスを運営しているとか、そういう関与している第三

者がいるわけですが、これの責任がどうかというのが、今、一番議論されている問題なんだらうと思います。先ほど言いましたように、著作権法は、著作物に関係する行為一般に権利が及ぶわけではなくて、その中でも、複製ですとか、演奏ですとか、そういう著作権法に書かれてある行為をやった場合にだけ侵害になるという構造になっています。ファイル交換で、そのような行為をやっているのはだれかということ、それはユーザーなんです。だから、杓子定規に考えると、それをやっていない人は著作権侵害にならないということになるわけですが、自分が直接著作物の利用行為を行っていない場合でも、著作権侵害の責任をその者が負い得る場合があるんです。

そのような例の典型は、カラオケのケースです。カラオケスナックで歌っているのは客で、歌う行為は著作権法上は「演奏」に当たるわけですが、この客の演奏はスナックがやっていることと同じだとして、客の演奏行為についてスナックの著作権侵害責任を肯定した有名な最高裁判決があります。

ファイル交換についても、坂田先生が先ほど言われたナップスターのタイプのファイル交換行為については、サービス運営者に対して、その者自身が著作権侵害を行っていると同視できるとして、差止め等を認めた判決があります。ファイルログ事件というやつです。

ですので、もし、その者が侵害行為を行っているとして解釈で言えるという状況があれば、関与者でもこのように差止め請求等を食らうということになりますし、また、その人がやっていることまではいえないけれども、他人の侵害行為を幫助したとされるのであれば、これは、幫助者として、民法上共同不法行為者とみなされますので、この場合も不法行為責任を負うということになります。共同不法行為の場合、通常は損害賠償請求のみが認められますが、幫助者に対しても差止めを認めようという見解もあります。このように、民事的には、直接利用行為をしていない人が、その行為者と同視されて、あるいはその者の幫助者として責任を負うことになるのかどうかということが問題になるのではないかと思います。

**松本** ありがとうございます。

そうしましたら、民事法の問題について議論していただいて、その後で刑事法の問題に入りたいと思いま

す。

今、ご説明がありました、まず、複製権の関係で、先ほど、Winny では交換されているファイルが暗号化されているというお話がありましたが、暗号化されたデータは、元の著作物の複製物になり複製権の侵害をしているものなのかどうかということも問題になるかと思うのですが。

**宮脇** おっしゃるとおりで、暗号化についてはそういう問題が考えられます。ただ、暗号化の場合、これは当然復号を予定して暗号化するわけです。暗号化されたものだけを見れば、確かにそれは著作物でも何でもないわけですが、復号化されれば、著作物の表現がまた感得できるようになっているわけですから、そういう関係がある以上は、これは複製と考えるよいのではないかと思います。おそらく、暗号は複製の一種だというのは通説的な見解だろうと思います。例えばデジタル化する行為にしましても、デジタルデータだけを見ても、人間は何のことかわからないわけで、それをプレーヤーで再生するなどの行為があって初めて著作物の表現を味わうことができるわけですから、それと同じように考えればいいのではないかと思います。そう解しないと、アナログのものをデジタル化する行為全般が複製にならなくなってしまいます。

ただ、問題は、ファイルが断片化されているような場合ですね。

**松本** そうですね。次にお聞きしたいのですが、ファイルが送られるときに、ファイル全体がまとまったものとして送られればよいのですが、情報量が多い場合に、ファイルの一部ずつ分かれて送られる場合に、断片化されたファイルの一部が複製物なのかという議論もあるかと思うのですが。

**宮脇** それが非常に問題でして、例えばユーザーのアップロードしているフォルダを見るとそういうものしかなかった場合には、それが何らかの方法でちゃんと復元できて、著作物のまとまりのある一部が再生できるのであれば、それで、もちろん、侵害と言いつてもいいわけですが、それも全く不可能で、他のどこかから寄せ集めたやつを掛け合わせて初めて著作物の表現が感得できるという構造になっていたとすると、いまフォルダの中にあるファイルの断片自体は著作物でも何でもないわけです。例えて言うなら、粉々にされた彫刻の破片が著作物かと言っているようなのと同

じことですので、それについては、おそらく、複製と言える場合と言えない場合が出てくるのではないかと思います。

**園田** 例えば音楽ソフトの場合、MP3に変換すると、データとしてはオリジナルとは違いますよね。それはどうなるんですか。

**宮脇** 複製であるためには、オリジナルと同一であることまでは必要ではなく、著作権の効力は、類似の範囲内まで及ぶとされています。創作的な表現が類似していれば、それは複製ということになると思います。原形をとどめていない、聞き取れないような場合になれば、これは著作権侵害にはならないと思いますけれども、そうでない限りは、MP3にしたとしても複製になると思います。

**松本** 先ほど公衆送信権のお話をしていたのですが、送信可能化を含む公衆送信権について、アップロードした段階で既に著作権の侵害だということなのですけれども、別に営業目的とするわけじゃなくて、個人が私的にアップロードしてしまったという場合でも、それは侵害ということではよろしいんですね。

**宮脇** はい。

**松本** 送信可能化権について、複製権と違って、除外規定が設けられていないのはどういう趣旨なのでしょう。

**宮脇** 公衆送信という行為自体は、その名のとおり、公衆に対して送信する行為が念頭に置かれていますので、そもそも、私的なものはあり得ないという立場に立っているのだらうと思われま。インターネットで送信するという行為が出てきたときに、公衆送信という概念がそれまではなかったんですけれども、そういう上位概念がつけられて、インターネットでの送信行為が放送や有線放送の仲間とされたのです。確かに、おっしゃるように、インターネットの場合は、だれも見ないようなページに個人がアップロードしたりするようなことも入ってくるわけですが、インターネットでやる場合は、公と私の区別の線引きがよくわからないので、ここまでは私的だという線引きが不可能じゃないかと思われま。だから、公衆の用に供するネットワークにつながっているものに複製するか、そういう複製したものをネットワークにつなげた以上は、全部公衆送信送信されるものと擬制すると、そういうことにせざるを得なかったのだらうと思います。

**松本** ファイル交換ソフトに関係する日本の民事事件としては、先ほどご説明いただいたファイルログ事件があるのですが、これはどういう理論で著作権侵害を認めたとということになるのでしょうか。

**宮脇** この事件はファイルログというサービスの運営者が著作権侵害者といえるかが問題になったものです。運営者は、直接に複製や公衆送信を行っているのではなくて、だれがどのファイルを持っているかというリストをサーバーに置いていたにすぎないのです。ユーザーは、そのリストを参照して、ユーザー自身で複製や公衆送信を行うという構造だったわけですが、判決は、結論としては、ユーザーの行為を運営者の行為と同視できるということで、差止め等の請求を認めています。そのような結論に至る理屈としては、先ほどのカラオケの事件で、最高裁が示した判断枠組みに似た判断枠組みを採用しています。

最高裁のカラオケの判決においては、まず、カラオケスナックが客の歌唱を管理・支配していることと、カラオケスナックが営業上の利益の増大を意図しているという2つのことを言って行為主体性を認めているわけですが、ファイルログ事件もこのような判断構造は基本的に踏襲しているものと思われます。つまり、被告はユーザーの行為を管理・支配していて、しかも、被告の行為には利益性があるといっています。ここでいう営業上の利益は、被告ウェブサイトへのアクセス数が増えると、サイトの広告媒体としての価値が上がるとか、そういうレベルのものです。管理・支配というものも、例えばカラオケスナックが客の歌唱を管理しているかも、ちょっと疑問がある方もいるかと思われませんが、ファイルログの場合は、それよりもさらに管理・支配性は薄いわけです。ただ、東京地裁は、もうひとつの判断要素としてサービスの性質というものも考慮されるんだと言っています。これはカラオケ判決では言及されていない判断要素でして、そこで東京地裁が考慮しているのは、ユーザーの行為は著作権侵害で、そういう侵害をさせているサービスであるということですか、運営者はそれを充分予想しつつサービスを開始したという事情です。つまり、サービスの性質と管理・支配性と営業上の利益と、この3つの要素を勘案して、ファイルログが侵害者であるという結論をしています。

要するに、基本的には、営業上の利益と管理・支配

性を考慮している点では、最高裁判決を踏襲しているのですが、これらにプラスして、サービスの性質も加えて判断されているというところが最高裁判決と違う点ではあります。

**松本** ありがとうございます。

今の判決の議論については、園田先生は、何かご意見はございますでしょうか。

**園田** 私は、民事がよくわからないので、ああ、そうなんですかという感じなんですけれども、民事の場合は、要するに、何か損害があって、その損害をどういうふうに分配するかということですよ。

**宮脇** ただ、差止請求が問題となる場合はそうともいえません。損害賠償の場合は、侵害を直接やっているのが運営者側であろうがなかろうが、幫助者でも共同不法行為責任で損害賠償を認められるわけですから問題ないわけですが、差止請求は、著作権侵害している人に対してでないとできないというのが一般的な考えですので、半ば無理やりその人がやっていることにすると、そういう解釈論がなされているんです。

**松本** 今のご説明では、ファイルログが現実に広告収入を得ていたという理由で、営業上の利益が認定されたということによろしいのですか。

**宮脇** 実際に広告収入を得ているかどうかまでは、どうだったか忘れてしまったんですけれども、とにかく言えることは、例えばカラオケスナックが客をカラオケで歌わせる行為よりははるかに利益性の薄い状況を持って、利益性があると言っているというところが注目されるんだろうと思います。

**松本** 裁判所の価値判断ということになるのでしょうか。けれども、こういう状況では、差止めを認めるべきだという結論に至り、その結論を支持する理屈づけとしてカラオケ法理という最高裁の理論を持ってきたということなのではないでしょうか。

**宮脇** そうですね。直接問題となっているのが、不特定多数の者の行為であって、その上流の者をとめれば全部とまるという状況はカラオケと似ているわけです。ファイルログの場合、不特定多数の利用者を特定して訴えるよりも、運営者をやればもとが断たれて、利用者の行為が全部とまるわけです。なので、価値判断としては、どっちをとめるのがいいかということ、それは運営者のほうになるんだろうと思われそうですが、それを著作権法の解釈で実現させるために、そう

いう理屈を用いているということなんでしょうね。

**松本** 例えば、ファイルログのような立場の主体が、適法なサービスも行っているとか、料金を取ってファイルを渡しているとか、そういうサービスをやっていた場合でも同じように判断されるものでしょうか。

**宮脇** ほんとうに、著作権者から許諾を得たソフトだけがほとんど流れていて、ちゃんと課金もしている、そういう中で、ごくわずかな人たちが管理体制を抜けて著作権侵害行為をやってしまったという場合については、その行為については、運営者側は管理も支配もしていないですし、サービスの性質としても、利用者に侵害をさせるためのサービスとは言えないということなので、東京地裁の理論によっても、侵害主体性は否定されるんだろうと思われま。

**松本** ありがとうございます。

今のファイルログ事件の関係で、坂田先生は、この判決の判断についてのご意見なり、感想はございますか。

**坂田** 判決については、私は専門外なんですけれども、例えば自分のホームページがありますよね。あそこに違法した音楽ファイルをアップロードするというのは、こんなのは技術的には簡単なんです。例えば私が自分のホームページにコピーしたやつをアップロードしたと。ナップスターに比べれば全然知名度がないんですけども、1ヵ月に数百というアクセスがあるという場合は、これも違法行為になると思うんですけども、ホームページをつくるソフトが幫助の行為になるのかとか、そういう単純な疑問があるんですけども。

**宮脇** それだけでは当然ならない。それは刑事的にはもちろん、民事的にもそれはならないです。ホームページを作成するツールをつくった人が、そのこと自体で法的責任を問われるということはないのではないのでしょうか。

**坂田** じゃ、PtoP ソフトの幫助の話で、同じソフトをつくっている人間が、PtoP ソフトが幫助になって、ホームページをつくるソフトが何で違うのと、単純な疑問なんですけど。

**宮脇** それは、園田先生にお答えいただいたほうがいいかもしれませんけれども。

**園田** 今のを含めてですけれども、Winny の事件は、

実は、刑法学にとっては非常に大きな事件だと私は思っています。といいますのは、ネットワークを利用したいろんな違法行為は、90年代の終わりぐらいから非常に目立ってきています。ところが最初は、坂田先生がおっしゃったように、一般的には、クライアントサーバー型ということで、2つの階層を持ったコンピュータがネットの中に存在していて、違法情報も合法的な情報もサーバーに集まっていくわけです。そういう理解で一応正しいですね。

**宮脇** ええ、そうです。

**園田** 合法的な情報も違法な情報も、すべてサーバーを経由して伝達されていくんです。だから、コントロール、あるいは規制という問題の場合に、刑法で議論してきましたのは、有害情報規制も、プロバイダーに対する規制ということを中心に議論してきたんです。だから、具体的には、プロバイダーのサーバーが、例えば国内にあるのか、あるいは国外にあるのかということで、法の適用が違ってくる。それとほかには、プロバイダーは電気通信事業者ですから、電気通信事業者に課せられている守秘義務と犯罪の捜査の問題とか、その辺がバッティングするということで、非常に深刻な議論がなされてきたわけです。

まず、ポルノ画像をめぐる議論もプロバイダーに対する規制ということで問題になりました。ところが、Winny のようなソフトが出てきて、プロバイダーを介さずに違法なコピーが直接やりとりされるということで、従来、刑法で積み上げてきた違法情報の規制という原理は、根底から考え直さなければならぬ。そういう事態になったということです。これが、Winny が非常に大きな問題であるということの1つなんです。

それから、Winny じたいに関して今度お話ししますと、Winny の開発者が幫助ということで摘発されたわけなんですけど、公訴事実を見ますと、Winny が違法コピーの交換に使われるということを知りながら一どの程度知っていたかというのは問題なんですけれども——そういうツールを提供したことが幫助になったと、いうことで起訴されているんです。つまり、Winny を開発すること自体は何ら犯罪ではなくて、それをネットワークを介して、不特定多数の者に提供したのが犯罪だと言うんです。

それから、もう一つは、開発者自身は、現実に違法行為を行っている者とは面識がないんです。また、意



思を連絡している、通謀しているという事実もないんです。このような2つの事実、これを前提にして、Winnyの犯罪性というものを議論しないとイケないんです。

何が問題になっているかと言いますと、違法コピーに使われるということを知りながら、それ自体は合法的なツールをそこへ提供したと、これが幫助になるかどうかということなんです。幫助という概念は、非常に広いんです。幫助は、他人の犯罪行為を援助することですが、援助の方法には2つあって、物理的な方法で援助するという場合と心理的な方法で援助するという場合、物理的な方法は、例えば逃走のための自動車をあらかじめ貸すとか、殺人のためのピストルをあらかじめ貸すとか、そういう物理的な方法での援助と、精神的な援助、これは犯罪を犯すにあたって激励するとか、あるいは犯罪の具体的な方法について教えるとか、そういう心理的な面での援助、この2つが幫助になります。要するに、何らかの意味で犯罪に役立てばよろしいということですね。特に問題になるのが、心理的な幫助なんです。物理的な幫助の場合は、例えばAが貸したこのピストルを持ってBがCを殺害した場合、このピストルで殺害したということで、因果関係がはっきりしていますので、刑罰的な責任を問う場合も問いやすい、つまり明確なんです。ところが、心理的な幫助の場合は、激励するだけで幫助になるということで、限界が非常にあいまいになる。範囲が広がるおそれがあるんです。それがまさにWinnyで問題になっているわけです。つまり、ソフト開発は客観的には合法的な行為なんだけれども、そのツールを提供したことが幫助になるかどうか、犯罪性を帯びるかどうかということなんです。ここが裁判で一番の争点になっています。まだ裁判中ですので、事実認定がどうなるかよくわからないんですが、インターネットの中では違法コピーが横行しているというのは、これは、いわば常識ですから、開発者自身も、ある程度自分の開発したツールが違法コピーの交換に使われるということを知っていたというのは間違いのないと思うんです。しかし、その程度の認識で、果たして、犯罪としての責任が問えるかどうかということがまさに問題になっているということです。これを幫助にするというのはちょっと難しいんじゃないかと私は思っています。たとえば国家公務員法とか地方公務員法には、公務員の

争議行為を「あおる」という罪があります。争議行為自体については、刑罰はないんだけど、それをあおる、たきつけるということ、そういう行為は社会的な影響が大きいというので、犯罪として処罰されています。

Winnyの開発者自身に具体的に違法コピーの交換をあおるような言動があったのかどうかはわかりませんが、もし、そういうふうなことをやっていたとすれば、これは、まさに、一般的には、違法行為のあおりになるんじゃないかと思えます。あおりは幫助ではありません。幫助の前段階です。幫助は、具体的にこういうことをすれば、相手がこんなことをして、こういう結果が起きるといって、ある程度の因果関係の認識が要ります。しかし、あおりはその前段階なんです。一般的に、たきつけるということですから、Winnyの開発者が行ったことは、まさにこれであって、Winnyのツールを開発して、違法コピーの横行をたきつけたと。ところが、著作権法には、そういうあおり罪という規定はありません。しかし、被害は現実には大きいと。そこで、おあり行為を処罰する規定がないので、検察は、幫助という規定を持ってきたんじゃないかと思うんです。

これは、新聞報道からですが、幫助ということを利用して、1つ、こういう判例を京都府警は上げています。オービス2という機械があります。速度違反の自動監視装置ですが、違反車両を前から写真を撮るわけです。そこで被告人は、前のナンバープレートを隠すナンバープレートを作った。光が乱反射してナンバープレートが写らないようにする。これは違法なナンバープレートなんですが、被告人を道路交通法違反の幫助で処罰した判例があって、これを引用しているんです。つまり、このナンバープレートを開発した人は、どこのだれがそれをつけて、どこを走るかということは全くわからない。実際にそれを使って走る人も通謀していませんが、これが違法行為に使われるということは認識しています。しかし、この判決の事案とWinnyは、決定的に違っていると私は思うんです。つまり、今のナンバープレートの場合は、そういうナンバープレートをつくること自体が違法ですが、Winnyの場合は、Winnyをつくること自体は適法だと言っているわけで、その辺が事実としては違くないかと思うんです。だから、先例にはなり得ないんじゃないかと思うんです。問題は、合法的なもの、例えば料理に使う普通の

包丁のようなもの、そういうものをつくって売った、それを使ってだれかが殺人した場合に、それは殺人の幫助になるかと、一般的に言えば、極端なことを言えば、そういうレベルの問題になるんじゃないかと思えます。

**松本** ありがとうございます。

先ほど、Winny 自体は違法なものじゃないと検察もそう主張しているようで、園田先生のお話でも出てきましたが、Winny というソフトが違法なファイル交換のために使われている場合に、このソフト自体が違法なものだという考え方はできないのでしょうか。

**園田** Winny 自体がですか。

**松本** ええ。そのような使われ方が普通とすると違法な使用目的のためにつくられたものだという考え方は、難しいのでしょうか。

**園田** これは、Winny 自体は汎用性がありますので、それを違法と見るということになると、Windows 自体も違法になってくるし、例えば日本の自動車は百八十何キロまで速度が出るわけですがけれども、明らかにそれはスピード違反ですよ。そういうものをつくると自体、違法になりかねないし、それから、ビデオデッキも違法になってしまうおそれもあるんじゃないかと思えます。

サイバー犯罪条約という条約がありまして、日本も署名して批准しようとしているわけですがその中で、違法なソフトの作成を犯罪化しようという条項があります。しかし、何を持って違法と見るかということがはっきりしないんです。サイバー犯罪条約の中でも、その条項が一番問題になっているわけです。開発者の主観というものを入れないと私は判断できないんじゃないかと。客観的に、そのソフトだけ見て、それが違法だという判断はできないんじゃないかと思えます。

**坂田** ソフト自体が違法になってしまうと、システム開発の視点からいくと、新しい技術は絶対に進歩しないんです。多分そう思います。PtoP のソフトでも、すばらしい技術がいっぱいあるんですけども、あれがすべて違法だと言われてしまうと、おそらく、ソフト開発は終わるなという感じがします。ですから、多分そういうことはないと思うんですけど、そんな感じがしました。

**松本** 今の園田先生のお話について、宮脇先生にご意見をおききたいのですが。

**宮脇** 私もそのように思います。ソフトについて、そのソフトがあるということそれ自体で、何らかの法的責任を問われるということはないんじゃないかと思えます。

先ほど言い忘れたので補足しますけれども、ときめきメモリアル事件という事件がありまして、これは、ときめきメモリアルというゲーム用のデータを入れたメモリーカードを販売する行為が問題になったわけですが、そこに入っているデータを使うと、恋愛シミュレーションゲームで、主人公の持っている能力値があり得ない高数値になり、ゲームの進行が本来予定されていたものと違うものになるんです。こうやってゲームのストーリーを予定された範囲外のものに変えること自体は、これは著作者人格権（同一性保持権）というものの侵害だと最高裁はいいました。ただし、侵害しているのは、ユーザーです。問題になったのは、メモリーカードを輸入している者になるわけですが、その人も不法行為責任を負うと判示しているんです。そのような責任を肯定するに際して、最高裁は、問題のメモリーカードが専ら侵害に使われるものであるということ、販売者はそのカードがそういうふうに使われることを意図して流通に置いたということ、この2つを述べているんです。つまり、専ら侵害することだけではだめで、プラスして、さらにこれを誰かが使って侵害行為を行うことを意図して流通に置いたということまでしないと、責任は発生しないと言っているように読めます。だから、そういうことを考えても、おそらく、それが侵害に必須のツールだというだけでは、これまでの判例に照らしても、刑事的にはもちろんだと思われまうけれども、民事的にもそれだけで責任を問われるということはないのではないかと思えます。

**松本** そうすると、今のときめきメモリアル事件の被告は、刑事的にも処罰される可能性はあるのですか。

**宮脇** 当たるとしたら、幫助しか考えられないんですけども、果たしてそれは幫助になりますかね。

**松本** ツール自体が違法なものなんですね。だれが使うかわからないけど売っていて、買った人はそういう使い方しかないということがわかっていて売っている場合なんですね。

**園田** ですから、それも幫助という概念ではとらえ切れないんじゃないかと思えます。例えばピストルを

製造・販売するのは違法ですよ。それをわかって、ピストルをつくって販売したと。だれかがそれで殺人を犯した場合、殺人の幫助になるかという、これはならないんです。どこのだれというのがわからないと幫助にはならないんです。ですから、ピストルの製造・販売に独立の処罰するわけなんです。共犯として処罰されるためには、そういう厳密な要件が必要になってくるんです。全く責任を問われないということはないと思いますけど。だから、そういう規定がある場合に限ってです。

**宮脇** 今のメモリーカードの件ですが、最高裁は専ら著作人格権の侵害に使われると言っているんですけども、これは、ほかの使い方をしようと思えばできないことはないわけです。自分で遊んだデータを入れられるはずですから、そういう意味では、「専ら」というのは、厳密な意味では違うんですけども、この場合は、おそらく、ほかの使用は現実的でなくて、そのために買う人はいないだろうという意味では専らと言えるので、最高裁はそう言っているんだと思われまじですけども、Winny のような場合については、ほかの利用方法もかなり現実的なわけです。掲示板のような機能もついていて、それもちゃんと使われているということになると、これも、おそらく、Winny の実態に含めて考えないといけないだろうと思われまじですけども、そうすると、最高裁の基準にとっても「専ら」とは言えないと思われまじ。あとは、開発した人にどれだけ主観的な悪性が認められるかというところなんですけれども、彼が流通に置いたのかということも明らかじゃないですし、それを考えていると、民事的にも幫助になるかどうかは、なかなか難しいのかなと思いますけれども。

**松本** 刑事事件の関係では、最近、Winny の関係で何件か有罪判決が出ているようで、近いところでは、昨年11月30日に、京都地裁で、Winny を使って映画を送信していた者に懲役1年、執行猶予がついたということなんですけど、そういう判決が出ておりますけれども、実際に Winny を使ってファイル交換をしていた人が有罪というのは、これについては特に争う余地がないということよろしいのでしょうか。

**園田** 多分、それは問題はないかなと私は思います。犯罪の成立については異論はないかと思うんですけども、問題は、開発者、特にそれは、さっきも言いま

したように、Winny 自体は適法であると警察も、言っているの、客観的には通常のソフト開発と異ならず、またさらに、合法的なツールを提供するのがなぜ違法になるのかということなんです。そこが一番説明として難しいところかと思えます。それは、刑法学では、日常の行為による幫助ということで、以前から議論がありました。日常的な行為による幫助ということで、客観的には、普通の業務形態の行為が行われているんだけども、それが犯罪に役立っている場合があると認識しながら、それを行なった場合に、それが幫助になるかどうか。例えばタクシーの運転をしてお客さんが乗り込んできたとします。それで「実は、今からあそこの銀行に強盗に行くので、そこまで乗せていてくれ」と客が言って、それを承知の上でタクシーをそこまで走らせた。客観的には、普通の日常的に行われている業務なんですけど、これが強盗の幫助になるのは間違いありません。さらに客が乗ってきて、何か後ろで強盗の相談をしている、ひょっとしたら、これは銀行強盗かもしれないと、はっきりわからないんですけど、ひょっとしたら、強盗かもしれないということで、その銀行まで連れて行ったと。これが強盗の幫助になるかどうかは議論する余地はあります。さっきも言いましたように、幫助犯は非常に広い概念になっていますので、そういう未必的な認識であっても、幫助の故意としては十分であるというのが判例なんですけど、私なんかは、客観的に日常の行為、合法的な客観的な行為が行われている場合には、そういう未必的な認識ではなくて、確定的な認識がないと責任は問えないんじゃないかと思っています。そういう意味で、Winny の争点は、開発者がどの程度の主観内容であったのかということも一番の争点になるんじゃないかと思っています。

**宮脇** 今おっしゃられたことに関する質問なんですけれども、今おっしゃられた理論では、おそらく、Winny を開発してバージョンアップするなどの一連の行為が通常の業務だとしているところで、ほぼ決着がついているのではないかと思われまじ。確かに、ソフトを開発すること自体は、おそらく、彼の通常の業務だととらえられると思われまじですけども、もっとやっていることを具体的にみていくと、ああいうソフトを開発して、しかも、2ちゃんねるでやりとりしながらすることが通常の業務かという、そこまで見ていく

と外れていくんじゃないかと思われますけれども、それはどのように考えられるんですか。

**園田** まず、第1は、2ちゃんねるでかなり発言したということなんですが、それは立証されていないので、よくわかりません。仮にそういう犯罪に使われることがわかっているとしても、そういうものを開発していくというのは、正当な業務の範囲内だと私は思います。PtoPの技術は汎用性がありますので、例えば、犯罪や自殺に使われるのをある程度承知のうえで、睡眠薬を製造・販売するようなものとどこが違うのかということです。

以前、ちょっと事案は違うんですが、FLマスク事件という事件がありました。FLマスクは、わいせつ画像にモザイクをかけるソフトですが、ユーザーがそれを使うとモザイクが外れる。そこで、ある人がFLマスクを開発した人と相互にリンクを張って、自分のホームページにFLマスクでモザイクをかけたわいせつ画像をアップロードしていた。それで、FLマスクの開発者が幫助犯の責任を問われた事件があるんですが、この事件ですら、FLマスクの開発自体については、何ら問題になっていないんです。FLマスクはシェアウェアだったんですが、それを開発して、ユーザーからお金を受け取るということについても、これは普通のシェアウェアの開発と変わらないと、そこは問題になっていない。それを刑法175条のわいせつとか公然陳列の正犯と相互にリンクしているので、この相互リンクが幫助に当たると、そういう判断なんです。

ですから、さっきも言いましたように、サイバー犯罪条約でも、そういう悪意あるソフトの開発、これを犯罪化しましょうと、いう提案がなされているんですが、それはほんとうに認定できるのかどうかです。その辺は非常に問題じゃないかと思われますけれども。客観的に、だれが見ても、これは違法なソフトなんだということが言えるのかどうかです。

例えばハッキングツールにしても、これはいろんな使い方ができるわけで、ほんとうにそれが違法なソフトなのかどうかということです。それを坂田先生にお聞きしたいんですけれども、例えばハッキングツールでも、システムの検査にも使うわけでしょう。

**坂田** そうですね。

**園田** だから、客観的に見ると、それは違法なソフトなんだと言えるかどうかです。

**坂田** ソフトの場合、例えばオープンソースにしてみると、自分でカスタマイズをかけられますよね。例えば、従来、ハッキングをする目的と違っても、自分でカスタマイズをかけて、ハッキングができるようにしちゃうとか、そんなこともできるんです。初めのソフトをつくった人間はどうなるねんとか、そういうところがすごく気になります。

どっちにしても、おっしゃるとおり、初めから違法目的でつくっている人はあまりいないかもしれませんが、結果として、それがハッキングに使えというソフトはごまんとありますから、それを全部違法だと言ってしまうと、先ほどの話じゃないですけど、全然ソフトがつかれなくなってしまうなという気がします。

**松本** 今、その議論にある違法なソフトという場合の違法は、例えば日本で言えば著作権法違反と、こういう趣旨でよろしいんですか。それとも、いろんな法律に違反しているとか、そういうことがあるんでしょうか。違法なソフトというのはどういう……。

**園田** 必ずしも著作権法には限りません。

**松本** わいせつであれば、例えば刑法違反のソフトとか、そういうことがあるわけですか。

**園田** ハッキングツールもそうです。

**松本** ハッキングツールは、それは何法違反ということに？

**園田** 不正アクセス禁止法。それから、不正アクセス禁止法以外にも、刑法上の電磁的記録不正作出とか、電磁的記録毀棄罪とか、不正に侵入してファイルを書きかえてしまうとか消してしまうとか、あるいはバックドアをつくるソフトとか、いろんなものがあります。

**松本** この点に関しては、宮脇先生のご意見はいかがですか。

**宮脇** 著作権の世界で違法なソフトというと、普通は、違法にコピーされたソフトですよ。人まねでなく作られたソフト自体が違法というのは、著作権の世界では実はないんです。あるソフトで違法なことをしている人がいるというときに、一般的には、そういうのも含めて違法なソフトと言われることがあるんだろうとは思われますけれども。

**松本** 先ほど、園田先生のお話でもあったのですが、Winnyの場合に、2ちゃんねるで著作権制度を壊すなどといろんな議論をしていることに関して、憲法上の

問題についてはいかがでしょうか。

**園田** 私は、憲法の専門家ではないんですけども、ご承知のように、日本は自由な情報の流れの上にあるような制度が乗っかっている社会ですから、いろんな自由な意見表明は保障されないといけない。ある人が、今の著作権制度は問題であると、著作権なんていう権利を認めるのはけしからんという考えを持っていて、それを意見表明するというのも自由だと思います。これは憲法上認められた表現の自由だと思うんです。仮に Winny の著者がそういう思想を持っていて、それはよくわかりませんが、仮にそういう思想を持っていて、現在の著作権制度を無効にするような目的でこういうソフトをつくったとしても、ご承知のように、ソフト自体は著作物ですから、そこにいろんな思想を込めようと、これは、憲法の基本的人権の範囲内にあることではないだろうかと思っております。ただ、それを確定的な故意を持って他人の犯罪に提供する、これは犯罪です。これは犯罪なんだけれども、問題は、不確定な認識のままで、それを提供することが犯罪とできるかどうかという点に、Winny の問題点があると私は思います。

**松本** 今の点につきまして、宮脇先生、いかがですか。

**宮脇** 園田先生のおっしゃるとおりかと私は思われますけれども、おそらく、今回、例えば Winny の事件で問題とされている行為にしても、個々の行為をとると、それだけで罰するというのであれば、これは明らかに表現の自由で反すると思われまます。開発することもそうですし、バージョンアップすることもそうでしょうし、あるいはそのことについて掲示板で話し合うということ自体も、一つ一つは守られるべき表現行為であって、それだけとって違法だということは、あり得ないんじゃないかと思われまます。このような1個1個適法な行為が全部一緒になって、全体として違法な行為となるかどうかという問題なのかなとは思わまます。

**松本** 表現の自由の問題では、日本の著作権法で、フェアユースのような法理が認められておらず、法律上規定がないわけですけども、一般の人が他人の著作物を議論のための道具として使い、それを公衆に送信するということになる、著作権侵害の可能性はあるわけですか。

**宮脇** 原則として、それが複製とかそういう行為に入ってしまうと、著作権の及ぶ行為になります。日本の著作権法は、権利制限は限定列挙されていまして、そこに書いてある行為にはまらなければ侵害になるという構造です。そうなっていますので、たとえ目的自体が公益的なものであったとしても、著作権法にその例外が書いていない場合にはどうしようもないということがあります。現行法上で何とか努力するとしますと、1つは、引用の規定を使うというのがあります。引用の場合は、これはあらゆる利用が対象になっているので、一般条項とまではいかないですけど、かなり広いので、公益的な利用についてカバーできる可能性があります。ただ、引用に合致するためには、まず公正な慣行があるということが要件になっていますので、そのような前例が存在しないような新しい行為に対して対応できるかという点は疑問です。

あと、最後の手段としては、権利濫用の法理を使うということが考えられます。権利者の権利行使というのが、公益的な些細な利用をやめさせるためになされているというのであれば、ごく例外的には権利濫用とされることもあり得るかとは思わまますけれども、おっしゃったように、日本にはアメリカで言うようなフェアユース、つまり行為の実質を見てフェアであれば許すという規定はなくて、あくまでも、行為の外形ですとか、目的がどうかというだけで、実質、それがどうなのかということは問わない方式になっていますので、それはそれで当事者の予測可能性は高まるので、よい点はあるんですけども、柔軟に運用できないというデメリットもあります。

**松本** ありがとうございます。

刑罰の関係で、法定刑として最高限度の刑罰が懲役3年は重いのかなという感じがするんですけど、その辺の感覚としてはいかがでしょうか。

**園田** 著作権違反の犯罪行為については、私はよくわかりませんが、一般的にはこの種の行為で3年はかなり重いだらうと思わまますけれども。

**松本** 宮脇先生、いかがですか。

**宮脇** 著作権侵害者は、伝統的には海賊版をつくる人たちで、それには設備が必要であったわけです。だから、そういう設備を買って、何万枚もCDをプレスして、違法ソフトを売りさばっていた人が著作権侵害罪になっていたわけです。現在では、一般のパソコン

を持っているだけの人がそういうことになるんです。つまり、著作権侵害自体がものすごく身近な行為になって、やろうと思えばだれでもできてしまう、しかも、ばれないと言われていたということがあるので、本来ならば、暴力団関係の業者のような者が念頭に置かれていた罰則がものすごく身近になってきているという、恐ろしい状況になっています。

**松本** その前にも、たしか Winny を使った高校生に懲役1年の判決が出たようですが、高校生がおもしろ半分にと言ったら、これは不謹慎なのかもしれませんけれども、そういうこともやりかねない、コンピューターをいじっていたら著作権侵害行為をしたということで懲役1年は非常に重いなど、こんな感じもしたのですが。

**園田** デジタルは、基本的には、オリジナルとコピーの区別がないですよね。これから、どんどんどんどんいろんな情報というか、知的な財産がデジタル化されていくと思うんですけど、そういう流れの中で、処罰していったって、そういう知的なものを守っていくというやり方、私は素人ですけど、そういう発想はどこまで通用するのかなと、そういうのがあるんですけど、その辺はどうなんでしょう？

**宮脇** それは、私も思います。確かに教育は要るとは思われます。デジタル情報を使う、自分も発信するとなると、一般人を教育する必要があるとは思われますけれども、そのために、必ずしも懲役刑を科すとか、やったらこういう怖い目に遭うよということが有効かという、私はそうは思えないんです。

話は外れるのかもしれないですけど、今、著作権教育が必要だと言われているんですけど、それはともすれば、複製はやめなさい、犯罪になりますと、子供に教えればよいのだというところにいきがちですが、しかし、そもそも教育というものをよく考えてみたら、先生が黒板に書くことを写すことから始まるわけです。複製のすばらしさを教えずに、複製はやめなさい、というだけでは、なかなか、コンテンツをつくる創造性のある人が伸びてこないんじゃないかなという感想は持っているんですけども。

**園田** 全然関係ないかもしれませんが、刑罰を使って、著作権、知的なものを守るという流れが一方にあると思うんです。つまり、知的な財産を刑罰を背景にして守っていくという流れと、他方で、これは

Winny とは直接関係ありませんが、この間の青色発光ダイオードの民事裁判で8億円ですね。この評価は低いと思います。あの金銭的な評価は低いと私は思うんです。刑罰という厳しい制裁で著作権を守っていくという流れと、他方で、知的なものに対する経済的な評価が低いような流れがあるように思うんですけど、その辺はどうなんでしょう？

**宮脇** そういう創作をした人を評価しなければならぬのはもちろんですけども、青色発光ダイオードの職務発明の問題は、そのような創作行為に対して、だれがどの程度貢献したのかという事実認定のレベルで、結論が分かれてくる話なのだろうと思われまして、つまり、青色発光ダイオードの発明に至るまでに、企業はどれだけ設備等を提供して、貢献したかというのがあって、新聞を読むところによると、その点で東京高裁は発明者に非常に厳しく判断したというところがあるようです。

確かに権利侵害に対しては厳しくなっているのは事実ですけども、他方で、知的創作物を生む人を増やすことについては、即効性のあるような施策はよくわからないんでしょね。今、知財戦略とかコンテンツ振興とかでいろいろやっていますけれども、厳罰化はそのための施策としてはものすごくわかりやすいものです。しかし、創作の奨励のほうは、そのようなわかりやすい、即効性のありそうな解決策というものは、よくわからない、どうしてもここはわからないということになってくるのではないかなという気がいたしますけれども。

**松本** その点に関して、特許権の侵害の場合に刑事罰ということは、あまり私も知らないんですけども、著作権の場合、今まででしたら、海賊版を販売する行為に対しては、刑罰が適用されていることは、みんなの理解が得られやすいという面もあると思います。それから、今のように、ネットワークということになってしまうと、元締めというか、そういうところを抑えられない状況になり、しかも、個人個人に民事的な賠償請求と言っても、ほとんど費用倒れになるような状況で抑止力としては、刑罰しか考えられないのかなという事情があるのかなと、推測なんですけど、そういう感じがするんですけども、その辺はいかがですか。

**宮脇** おっしゃるとおりだと思います。さっき言っ

たプロの海賊版をつくる人たちの行為とそうでない人の行為の違いはもう一つあって、プロの人は金もうけのためにやるわけです。だから、海賊版を売るわけです。ところが、今、インターネットで横行しているのは、金もうけのためじゃないやつです。ファイルローグのサービスもただでできるわけですが、対価を取るのとただなのだったら、一見対価を取るほうが悪いように思われます。しかし、どちらが浸透するかというと無料のほうがです。1,000 円の手紙より無料の手紙のほうがみんな手に入れるに決まっていますから、著作権者にとってより害があるのは無料のほうなんです。そうすると、そういうのをやるのは普通プロの人じゃないわけで、無資力の個人がこういうことをやっていると、被害はこっちのほうが実は大きいということになると、刑罰をという話を持って対処せざるを得ないということにもつながってくるのかなという気はいたします。

**松本** しかも、先ほどからも出ていますように、刑事罰はさらに強化された、法定刑が上がったということもありまして、こういう取り締まりの面をさらに強力にという立法者の意向があるわけなんですけれども。抽象的にいうと、著作権はもともと、文化の発展を目的とする法律であって、特許法は産業の発展なんですけれども、実際にそんなに違いがあるのかという点はあるんですが、文化の発展を阻害する行為を刑事罰で抑制して、産業の発展はお金の問題というか、民事的な解決でという流れは、何か違和感があるような感じがするんですが、いかがでしょうか。

**宮脇** 著作権法は文化の発展のための法律だという建前自体が多分に空洞化されているのではないかという気がします。どう考えても、やはり産業の発展にかかわるわけです。特にゲームやアニメはおそらく主要な日本の産業と言えるので、例えば映画の著作物の保護期間を延長する、権利の保護期間を延長するという場合に、どういう観点からするかというと、それは日本のコンテンツ産業を守るためとか、そういう理由になってしまうと思われま。念頭に置かれているのは芸術的な財ですが、今やそれが産業面から非常に重要になっているという問題で、権利強化もその観点から図られているというのが現実かと思われま。他方で、建前は依然として文化の発展のままです、強力な人格権のようなものも著作者に認められていま

す。つまり、あれもこれも権利者が持っていて、さらにまたあれもこれももらえるという状況になっていくのは、確かに私も傍観していて抵抗を覚えるところはありますけれども。

**松本** 今のように、著作権侵害の刑事罰も強化されていますが、インターネットでみんながいろんな情報を流したり、そういうことがごくごく身近に行われる社会の中で、この法制がほんとうに今後も妥当していくのかどうかということにも疑問があるんですけども、そういう点に関しては、何か立法論的な考えも含めて、宮脇先生いかがでしょうか。

**宮脇** 非常に難しいので、ちょっとわからないんです。ただ、おっしゃるように、デジタル文化、あるいはコピーが簡単な社会にあって、著作権法は、ものすごく俊敏に対応して法改正はされてきているとは思われますけれども、もとになっているベースが古くなり過ぎていて、いろんな面で不都合がでてきているような気がします。一番の問題は、フェアユースの問題かなと思われま。デジタル技術で複製が介在するために、形式的に複製に該当してしまうというケースがあります。例えばパソコンでインターネットのコンテンツを見るというのも、メモリー上に複製がされていますから、これも複製ですし、あるいはキャッシュとって、プロバイダーのところネットワークを効率化するためにウェブページの複製が残されることがあるわけですが、こういう技術的に伴う中間的なものも全部複製と言え複製なんです。しかし、このような形式的には複製に該当する行為に対して、明文で権利制限が何かあるかというとなんか思われま。法解釈で何とかなる場合はありますが、私は必ずしもそうなるとは思われま。そういうふうなものについては、それぞれフェアユースのようなものをつくって、そういう権利制限の実質を見て、柔軟に対応できるようにしないと、後追いでは限界があるのではないかなという感じはしませ。そのほかにもいろいろあるんではあるけれども、今、思いつくのはそのようなことです。

**松本** 園田先生、いかがですか。

**園田** 私も、コピーの文化が蔓延して、例えば1時間のCDでも3分ぐらいでコピーできますよね。音質は非常にいい。DVDも、媒体が100円ショップで売られているような時代です。そういう状況で、コピー

が本来はいけないことなんだと子供たちに教えるというのは限界があるような気もするんです。これだけいろんな機械があって、コピーのチャンスも増えているという状況で、だから、私は、コンテンツについて成立している権利を法的に守っていくというのは、やっぱり限界があるんじゃないかと、素人ながら、そういう気はします。例えば CD でも、売上が落ちているかと言いますけれども、CD を買うとポスターがもらえますとかということをする、結構その CD は売れるわけでしょう。だから、オリジナルをつけて、何かそういうものを売っていくということがあれば、これはコピーしてもむだなわけで、オリジナルを何か入れていく、そういう製品のつくり方みたいなものが、これから工夫が必要じゃないかと思うんですが。コピーできないようなもの、そういうものをつくっていくという、つくり手の工夫が必要じゃないかと思います。

**松本** その点に関しまして、デジタル著作権管理技術とかというのがあるのですか、DRM とかという、坂田先生、これはどんなものなんでしょうか？

**坂田** それはよく知りませんが。

**松本** 宮脇先生 DRM についてご説明いただけますか。

**宮脇** DRM というのは、“Digital Rights Management”の頭文字で、これ自体は特定の技術を指しているわけではなくて、著作権の管理をする技術の総称ということになります。もちろん、それで技術的に全部うまく管理されるのであれば、違法な複製はなくなるわけですが、ただ、これにまた別の問題があって、そうなる、例えばコンテンツを見るときか、あるいは引用するときか、著作権上適法な行為までも課金、金を払わないとできない、権利者側がそうしてしまてできないと、そういうものが逆に今度問題になってくるということはあるかと思っています。

ただ、著作物でも権利者がいいと言えれば使えるというのは、これは間違いないことですから、機械的にそういう権利者の許諾をちゃんと得て、意識しないうちに課金もされているというのが技術的に実現できれば、法改正を待たなくても、あるいはどんな穴だらけの法の下であっても、社会はうまくワークするんだらうとは思いますが、そんな夢のような技術はなかなかないというのが現在のところかなと思います。

**松本** きょうは教授会があつてご出席いただけな

かつたんですが、田中先生に昨年もお講義いただいて、倫理的な面からの問題をご指摘いただきました。Winny のソフトについて、倫理面からの問題として、開発者の方は倫理上は問題ではないかということをおっしゃっていたと思うのですが、その点に関しては、宮脇先生、どうお考えでしょうか。

**宮脇** 私は、倫理に関しては素人ですので、私の主観的な、学問的でないところを申しますと、検察が主張している事実がすべてそうであると仮定すると、少なくとも、開発者としての倫理にはもとののではないかと私は思います。ソフトウェアの影響はすさまじいですから、下手すると、バイオテクノロジーとか核とか、それに負けないぐらい、社会的なインパクトがもはや大きいような時代になっているわけですから、それに携わる人たちも、それは自主的にそういう倫理的な規範に従って行動することが求められているのではないかなとは思われます。もちろん、開発するのはまったく問題ないですけども、それをどうやって公開しようとか、そういうところには、良心的にどうか、行動を慎むべきところはあるのではないかとは思われます。ただ、法的にそれが強制できるかいうと、それはまた別の問題になります。

**松本** 園田先生はいかがですか。

**園田** 倫理という言葉の問題もあると思うんですが、Winny に関して言えば、PtoP のシステムは、ご承知のように、平成 16 年度の総務省の IT 政策大綱の中でも、最優先の研究課題に上げられているぐらいのもので、開発・研究するのは倫理的には全く問題ないと思うんです。今、宮脇先生が言われたように、どういうふうな提供の仕方をするかと、そこに問題があるということですが、私は、そのどこに問題があるのかなというのもよくわからないんです。開発したものは、いずれは世の中に知られていくわけで、どんな公開の仕方をして、結局は、いいものであれば、流布していくのは当然のことですから、田中先生が倫理的に問題があると言われるのもよく理解できない部分はあります。例えばサリンをつくるとか、核を作るとか、クローン人間を作るというのは、倫理的にいけないことなんだということはわかりますが、汎用性のあるようなものについて、研究・開発・提供の倫理的な問題は、どの辺を見ていけばいいのかは、ちょっとよくわかりません。



**松本** 私も理解しているわけじゃないんですけども、例えばそういうソフトを提供する場合に、使う人はごくごく素人というか、それこそ、こういう事件で正犯になって逮捕されて、懲役1年という刑を受ける高校生とかがいるわけです。そういう人たちが使ってみようかなと思うようなソフトを公開して、高校生くらいでも悪いことぐらいはわかっていたということになると、その人が正犯で犯罪者になっちゃう、そういうことがある程度予想されながら、そんなものを出すのは倫理的に問題ではないかと、こういうことをおっしゃっていたのかなと思ったんですけども。

**園田** 今も社会的に問題になっていますが、例えば自殺マニュアルとか、殺人マニュアルとかという本がありますけれども、ああいうものも、確かに一部では問題になっていますが、あれは表現の自由の枠内であると、基本的人権の枠内であるという見方をしている人が圧倒的多数だと思います。あれを見て、具体的に自殺の方法がわかったとか、あれを見て、人を殺す方法がわかったということがあるわけで、同じような問題じゃないかと思うんですけども。

**松本** 倫理面では、開発者から、ソフト開発の立場から、坂田先生は、どうお考えでしょうか。

**坂田** 倫理ですけど、一言で言うと、あれはエンジニアの習性だと思うんです。エンジニアは絶対他人よりいいものをつくりたい、つくって見せびらかしたい、これが絶対あるんです。ですので、Winnyをつくったというのは、技術的に何かを追求した結果、自分の向上心とか、そういうものがあつたと。できてしまったら、それをこっそり使うということは多分できないと思うんです。だから、実際に使ってみて、どうだ、わしがつくったやつはすごいだろうと、これが絶対エンジニアの習性なんです。だから、方法論で、確かに倫理的にはあまりいいことはないのかもしれないんですけども、多分エンジニアからしてみれば、それは、倫理とかは眼球にない、思わずやってしまったみたいな、そんなところがあるん違うかなという気がしましたけど。

**松本** 予定の時間が経ちましたので座談会を終了させていただきますが、今日は、民事面、刑事面、憲法から倫理に至るまで、幅広くご議論いただきまして、どうもありがとうございました。

**本庄** どうもありがとうございました。