

**ミハヤエル・クビチエール 「ソフトウェア作成者
に対する可罰性のリスク - 幫助行為としてのファイ
ル交換ソフトのプログラミング - 」 (wistra
2012, 453-456)**

著者	森川 智晶, 川口 浩一
雑誌名	關西大學法學論集
巻	63
号	4
ページ	1111-1124
発行年	2013-11-30
その他のタイトル	Michael Kubiciel, Strafbarkeitsrisiken für Softwareproduzenten -Die Programmierung einer Internettauschbose als Beihilfehandlung-
URL	http://hdl.handle.net/10112/8335

ミヒャエル・クビチエール

「ソフトウェア作成者に対する可罰性の
リスク——幫助行為としてのファイル交換
ソフトのプログラミング——」

(wistra 2012, 453-456)

川 口 浩 一 (監訳)

森 川 智 晶 (訳)

目 次

- I. 注目されてこなかった可罰性のリスク
- II. 主観化的アプローチ：その基礎と限界
- III. 客観的な負責限定
 - 1. 憲法上の必要性
 - 2. 刑法上の限定アプローチ
 - 3. テレメディア法の意義
- IV. 残された可罰性のリスク
- V. 展 望

データ共有のための P2P ソフトウェアのプログラミングには、重大であるにもかかわらず、従来ほとんど注目されてこなかった可罰性のリスクがある。その問題は中立的行為において支配的な幫助の可罰性の主観的規定の欠点をも明確化する。これに対して、本稿は、客観的な、テレメディア法の規定に方向づけられたアプローチを主張する。このアプローチはソフトウェア作成者にとっての負責リスクの限定に導く。

I. 注目されてこなかった可罰性のリスク

インターネットは我々の生活の現実を変化させ、またその変化によって刑法にも変化をもたらした。たしかにコンピューターのワールドワイドなネット化がこれまでにない全く新たな種類の法的諸問題を提起するのは稀ではあるが、そのヴァーチャル世界によって古典的な法的諸問題の再検討が新たな視点から必要となっている。このことは、

刑法学において激しく争われており、かつ学問的に最も重要である¹⁾ 職業典型的な態度による幫助の問題にも当てはまる。

自己の個人顧客のために金銭を外国へ送金する銀行員が脱税に対する幫助で可罰的とされるのかは、連邦裁判所の判例によるとその者の認識に依存する。つまり、銀行員が彼の顧客の脱税計画を認識していたならば、彼は常に可罰的であるとされる。その他の、計画を認識していなかった全ての場合には、彼によって認識されたリスクが、当該送金が専ら犯罪行為の促進としてのみ解釈されうるほど高度であったのか、ということが基準とされる²⁾。これに対して当該銀行員の行動が職業典型的であること、そしてその銀行員ではなくその顧客が正しい納税申告という任務に対して管轄を有することは、役割を果たさないとされる。可罰性を決定するのは客観的な答責領域の限定ではなく、「主観的な行為面」³⁾、「認識レベル」⁴⁾、端的にいえば、知っていることである。このようなルールを説得力のあるものとみせるのは次の印象深い事例である。例えば、ナイフの販売はたしかに日用品店の従業員にとって職業典型的であるとされるが、ところが購入者がこのナイフで自身の姑を刺殺しようとしていることをその店員が知っていたならば、その店員は販売を思いとどまらなければならないとされるのである⁵⁾。

しかしこの主観的基準に困難が生じるのは、先の判例のルールが、2011年12月に日本の最高裁判所によって判決が下され、非常に注目を浴びたソフトウェア作成者の事案へ転用される場合である⁶⁾。被告人は、インターネット利用者が相互にデータを交換することができる、いわゆるP2Pソフトのプログラマーであった⁷⁾。「ウィニー」という名称の当該プログラムを日本において利用していた人々は、少なくとも150万人、おそら

1) *Frisch*, FS Lüderssen, 2002, S. 539; *Kindhäuser*, FS Otto, 2007, S. 355 (356).

2) BGH NStZ-RR 1999, 184 (186); NStZ 2000, 34; BGHSt 46, 107 (112).

3) *Häcker*, in: Müller-Gugenberg/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 19 Rn. 18.

4) そのように解するものとしてLK-Schünemann, StGB, 12. Aufl. 2007, § 27, Rn. 19.

5) *Ransiek*, wistra 1997, 41 (44); *Roxin*, Strafrecht ATII, 2003, § 26 Rn. 222. (山中敬一(監訳)／松尾誠紀(訳)「ロクシン刑法総論」第2巻〔犯罪の特別現象形態〕〔翻訳第1分冊〕(信山社 2011年)) 265頁を参照。

6) レーゲンスブルク大学法学部客員研究員であった関西大学法科大学院 川口浩一教授のご厚意により、日本のウィニー事件に関する情報を得た。

7) このP2Pファイル共有ソフトウェアの機能態様については、*Heghmanns*, MMR 2004, 14f.; *Schwarzenegger*, in: *ders. et. alt.* (Hrsg.), Internet-Strafrecht, 2004, S. 205 (211 ff.).

くそれ以上であった。その利用者らは「ウィニー」を使ってたしかに家族写真などの交換も行っていたが、交換されていたものの多くは音楽および映画フィルムであり——しかもそのほとんどが著作権者の許諾なしに行われていた。第一審はプログラマーを著作権法上の犯罪行為に対する幫助を理由として有罪判決を下したが、もっともそれはドイツの連邦裁判所によって定立されたものと同様の解釈論のルールに依拠したものであった。つまり、プログラマーは幫助で有責とされる、なぜならそのプログラマーは自己の作成したファイル共有プログラムの著作権法違反的な利用の広まりを認識していたためである。最高裁判所がプログラマーに無罪判決を言い渡した——しかしながらそれは訴訟法上の諸根拠にのみ基づくものであった。

日本の本決定はドイツのソフトウェア作成者にも知られ、そして憂慮を招いた。それはもっともなことである。すなわち、職業に条件づけられた態度による幫助についてのBGH判例をファイル共有ソフトへ転用するならば、プログラマーと提供者は重大であるが、刑法学によってほとんど注目されてこなかった⁸⁾ 可罰性のリスクにさらされる。なぜなら、ドイツにおいても著作権法違反的な音楽および映画の交換は、インターネット上のファイル交換によって、ドイツのプログラマーが非常に多くの場合に——ひょっとすると大半で——犯罪目的のために利用されるソフトウェアを作り出してきたと非難されるほどに、広く普及しているからである。まさに、このことによってファイル共有ソフトの作成者は他の「デュアルユース」の製造者から区別される。つまり、キッチンナイフの製造者は、彼のキッチンナイフは通常台所で使用されるのであって犯罪行為に使用されるのは非常に稀である、ということを援用しうる。これに対して、ファイル共有ソフトにあってはこのような関係とは明らかに異なる。それゆえ、この場合、作成者の幫助行為に関する問題は、製造物の可罰の利用が絶対的な例外状況であるとする統計的論拠でもって排除されえないのである。

「ウィニー事件」のような事実関係を通じた実際の状況のこのような変化は、支配的な幫助解釈理論の全体的な拡大可能性を示している。つまり、幫助の可罰性を可能的犯罪行為の認識に依存させる者は、刑法的責任を、販売者—購入者という二人の人格間での状況を超えるだけでなく、さらにその基準を製造者と顧客の間の関係に拡張して適用する。したがって、少なくとも経済において、支配的見解の幫助解釈理論は刑法的な

8) この諸問題について、*Heghmanns*, MMR 2004, 14 (17); ならびに (スイス法を念頭に置いて) *Schwarzenegger* (Fn. 7), S. 231 ff. は幫助性を明確性要請および比例性要請を参照した下で否定する (a. a. O., S. 235 f.)。

製造物責任の著しい拡大に導くのである。

このような拡大は、以下で示す通り、経済的にも刑事政策的にも有意義でなく、また法的にも説得力を有する形で根拠づけられえない(Ⅱ.)。それゆえ、答責領域の客観的制限によってのみ達成することのできるような負責限定が必要となる。すなわち、この限定はテレメディア法(TMG)の規定に依拠して行うことができる(Ⅲ.)。本稿の支持するアプローチは、たしかにソフトウェア作成者に対する負責を制限するが、それでも、とりわけ「第三世代」のP2P—ソフトウェア作成者に対する相当な負担のリスクの余地が残される(Ⅳ.)。

Ⅱ. 主観化的アプローチ：その基礎と限界

二つの理論グループが職業典型的な態度による幫助という問題の妥当な解決を巡って争っている。それらの内の多数の論者は、——様々な解釈論的装いで、そして異なるニュアンスを持っているが⁹⁾——当該職業担当者(Berufsträger)の顧客の可能的犯罪行為に関する認識に決定的な意義を認める¹⁰⁾。この理論グループは法益保護構想と非常に親和的である。法益保護構想によると、刑法は、危険増加に対処することによる法益保護という任務を有する。幫助の処罰根拠もまた、広まった見解によると、法益に対する行為者の攻撃の強化ないしその危険の増加に、その本質が存するとされる¹¹⁾。

しかしながら仔細にみると、危険増加アプローチは一方でわずかなことしか説明しないものでもあり、同時に他方では非常に多くのことを説明し過ぎるものでもある。つまり、実際にインターネットファイル交換のプログラミングによって、それに並列する形

9) 客観的および主観的諸要因の個別的な混合については SK-Hoyer, StGB, 7. Aufl. 2000, § 27 Rn. 25 を参照。その他には, Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2011, § 6 Rn. 153ff をみよ。

10) Ambos, JA 2000, 721 (724); Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 27 Rn. 16; Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 443ff.; 類似のものとして, Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2011, § 27 Rn. 2a; Ransiek, wistra 1997, 41 (44ff.); Rengier, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2012, § 45 Rn. 109ff.; Roxin, Strafrecht ATII, 2003, § 26 Rn. 221ff. (山中敬一(監訳)/松尾誠紀(訳)(前掲注5) 265頁以下); Seher, JuS 2009, 793 (796), それぞれの文献の引用も参照。

11) Roxin, FS Stree/Wessels, 1993, S. 365 (378); ders. (Fn. 4), § 26 Rn. 183, 210ff.; LK-Schünemann, § 27 Rn. 5; 同様に Hartmann, ZStW 116 (2004), 584 (600); Niedermaier, ZStW 107 (1995), 507 (526); また Satzger/Schmidt/Widermaier-Murmann, StGB, 2009, § 27 Rn. 3, m.w.N. も参照。

で他の多くのファイル共有システムがネット上に存在する場合に、危険が増加したといえるであろうか？ 逆の形で問うならば、日本におけるウィニーの処罰ということによって、映画または音楽愛好者がたやすく他のファイル交換プログラムに移ることができれば、著作権侵害に対する危険を低下させたといえるだろうか？ それゆえ、作成者の処罰は、本当に有意義な戦略といえるのであろうか？ これらの問題提起から¹²⁾、通説は、仮定的な行為選択は重要でないということを指摘することによって逃れている。むしろ、補助が現実に法益侵害に対する統計上の機会を増加させたのか、ということが重要とされるのである¹³⁾。このこと自体を反駁するのは非常に困難であるが¹⁴⁾、しかしこの論拠は、実は負責の要請を非常に弱めるものなのである¹⁵⁾。前段階におけるいかなる行為も潜在的には危険を増加させるのであり、そのことによって適合的補助行為 (taugliche Beihilfehandlung) ではあるが、それでも全ての行為が犯罪的エネルギーを備えた人格によって犯罪的なものへ「歪曲」されうる¹⁶⁾。あるアプローチが客観レベルであまりにも多くのことを把握し過ぎるならば、負責限定を主観レベルへ移行させる以外の可能性は残っていない。まさしく、このことは次のように行われる。つまり、職業典型的な態度は、職業者が犯罪計画について何ら認識していないか、この計画を専ら抽象的可能性としてのみ見込んでいたに過ぎない場合に、不可罰とするのである¹⁷⁾。

しかし、逆にこのことの帰結として、自己の行為が「行為傾向を持つ者」にとって役立つということに関して積極的な認識を有する者は補助を理由として可罰的とされる、ということが判明する¹⁸⁾。一貫した形で、日本の裁判所はこれを基礎としてプログラ

12) この異議については、Amelung, FS Grünwald, 1999, S. 9 (13); Jakobs, ZStW 89 (1977), 1 (20f.); Niedermaier, ZStW 107 (1995), 507 (516f.); Weigend, FS Nishihara, 1998, S. 197 (208ff.) を参照。

13) Hartmann, ZStW 116 (2004), 584 (603); SK-Hoyer, § 27 Rn. 23; K. Müller, FS Schreiber, 2003, S. 341 (352, 354); Satzger/Schmidt/Widermaier-Murmann, § 27 Rn. 3.

14) Heghman, MMR 2004, 14 (17); Schwarzenegger (Fn. 6), S. 232.

15) 因果関係の無限性については、Ambos, JA 2000, 721; Samson, FS Peters, 1974, S. 121 (132) をみよ。

16) Frisch, FS Lüderssen, S. 539 (542); Jakobs, ZStW 89 (1977), S. 1 (10) を参照。

17) Roxin, FS Tröndle, 1989, S. 177 (186f., 190ff.); ders., FS Stree/Wessels, S. 365 (378ff., とりわけ S. 380). Kudlich, in: Hilgendorf (Hrsg.), Informationsstrafrecht und Rechtsinformatik, 204, S. 12 (20) もみよ。

18) そのように解するものとして、たとえば Roxin, Strafrecht, ATI, 4. Aufl. 2006, 17

マーの幫助の可罰性を肯定した。当該有罪判決から彼を守ったのは、彼は例外とはいえない程多数の利用者が彼のプログラムを違法なデータ交換のために利用するということが認識していなかった、という彼の主張のみであった。最高裁判所がこの疑わしい主張を信じたということは、内在的な疑念を暗示している—それは、プログラマーの態度が本当に当然処罰されるべきなのかということに関する疑念である。

Ⅲ. 客観的な負責限定

1. 憲法上の必要性

この疑念はもっともである。というのも、幫助の可罰性が違法な目的にも、合法的な目的にも資することのできる製造物の生産に拡大されるならば、経済的にも意義のある活動が犯罪化されるからであり—それは企業および国民の経済に重大な結果を伴うからである¹⁹⁾。それゆえ日本からは、ウィニー訴訟の結果としてソフトウェア開発会社がファイル共有ソフトの市場から撤退した、と報じられている。経済的にみれば、当該刑事訴訟が利得よりも多くの損害を惹き起こしたにちがいない。つまり、違法に音楽ファイルを交換しようとする者が、他のファイル交換プラットフォームに手をつけるのに対して、日本の企業は市場シェアと、まさしくただ犯罪目的だけに役立つわけではない技術の更なる展開の放棄を余儀なくされた²⁰⁾。

ソフトウェア会社の経済的諸利益を語るということは、その憲法上の要保護性を想起することを意味している²¹⁾。ソフトウェアのプログラミングは—全ての他の職業活動と同様に—基本法第12条の保護領域に属する^{註1}。それゆえ刑法典は一面的に法

↳ § 24 Rn. 27f.

19) この異議については *Tag*, JR 1997, 49 (50) を参照。

20) それゆえ *Frisch*, FS Lüderssen, 2002, 539 (553) は、この事案において行われた利益衡量に賛成するのではなく、犯罪化に反対している。

21) 詳細に *Kudlich* (Fn. 10), S. 268 ff. *Rengier* (Fn. 10), § 45 Rn. 104; *Schwarzenegger* (Fn. 8), S. 235 もみよ。

註1 基本法第12条 [職業の自由]

- ① すべてドイツ人は、職業、職場及び養成所を自由に選択する権利を有する。職業活動については、法律により又は法律の根拠に基づいて、これを規制することができる。
- ② 何人も、伝統的で一般的な、すべての人に平等に義務付けられる公的な勤務の枠内にある場合を除き、特定の労働を強制されない。
- ③ 強制労働は、裁判によって命じられる自由の剥奪の場合にのみ、これを認めら

益の保護だけを考慮することはできない。むしろ様々な、単独で憲法上保障されるあらゆる目的設定に適ったものでなければならない²²⁾、つまり、それがここでは、一方で知的財産の保護、そして他方で職業遂行の自由である。この二つの基本権を、刑事裁判官は実践的な形で調和させなければならない。それゆえに、刑事裁判官の唯一の目的が法益保護とはなりえない。すなわち彼は「基本権を最大化する」解釈に努めねばならない²³⁾。憲法の援用はたしかに、職業典型的な態度による幫助という問題の背後に基本権の衝突が隠れているという点を明確にする。しかしながら、いかにこの衝突が解決されるべきかを、憲法は指し示すことができない²⁴⁾。

2. 刑法上の限定アプローチ

限定するためには、様々な刑法的説明モデルが用意されている。ヘークマンズは幫助行為を、それが正犯行為者にとって自己の目的との連帯化として現れるのかに着目して検討しようとする²⁵⁾。これに対して、他の論者は、刑法は法益を満遍なく保護するのでなく、法益の取り扱いに関する一般的な基準 (Standard) のみを保障している、という知見を前提とする。したがってこの論者らは、社会的に通常である行為水準の範囲を超える幫助行為のみを可罰的と考える。逆の形で定式化すると、経済生活において遍在的でありかつ社会によって許容される²⁶⁾ 行為は、幫助構成要件を充足しないとす²⁷⁾。

ゝ ることができる。高橋和之(編)「世界憲法集」(新版 岩波書店 2007年) 172頁。

22) これについてはすでに、Amelung ZStW 87 (1975), 132 (141)。

23) 適切なものとして Kudlich, JZ 2003, 127 (130); ders. (Fn. 10), S. 303; その他には Krey/Esser, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2012, Rn. 1082 を見よ。——構成要件解釈に際して基本法上の比例性原則のより強い考慮に関してはまた Weigend, FS Hirsch, 1999, S. 917 (918, 935f.)。

24) Kelsen, Reine Rechtslehre, hrsg. v. Jestaedt, 2008, S. 101 を参照。Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 64: 「たしかに、単一の法典が憲法と一致しているのかを検討しうる。しかしながら、憲法から単一の法典の具体的内容を推論しえない。」

25) 同旨のものとして Heghmanns, MMR 2004, 14 (17)。この見解の背景については、ders., GA 2000, S. 477 (480f.)。

26) 基本的に Welzel, ZStW 58 (1939), 514 (527f.); ders., Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 55f.

27) Wessels/Beulke, Strafrecht AT I, 41. Aufl. 2011, Rn. 582 a は社会相当性を参照する。また Hassemer, wistra 1995, 81 (83) も参照。

たしかにこのような行為に危険が由来するかもしれないが、この危険は社会相対的、それゆえ許されるという²⁸⁾。このことには説得力があるように聞こえる。しかしながら仔細にみると、社会相当性に言及することは、この問題を実は解決しているというよりもむしろそれを単に記述しているにすぎない、ということが判明する²⁹⁾。すなわち、ある行為が社会相対的なのかはいかにそれを記述するか、正確にいうと、行為のコンテキストが考慮されるならばそれはどのように考慮されるのか、ということに実質的には依存している³⁰⁾。したがってそれ自体中立的な行為など存在しないのである³¹⁾。ファイル共有ソフトのプログラミングも、それ自体をみると職業典型的で目立たないものであろう。しかし、この特徴は、その利用者の大量の犯罪的利用行為を考慮する場合には、脱落する。

このことは決定的な問題へと導く。つまり、そもそもソフトウェア作成者の顧客が当該コンピュータプログラムを違法な目的のために利用することが、その作成者と何らかの関係を持つことになるのであろうか?³²⁾ 支配的見解は、幫助責任を直ちに顧客の犯罪的計画についての認識に依存させることを通じて、このことを考慮している。しかしながらこの負責の拡大に反対するには十分な根拠があるが、答責原理の援用は、そのもっともな理由とはならない³³⁾。刑法は、原則として、諸人格を答責的な者として取り扱っているのであるから、諸人格が自己の義務を果たすことが期待されてよいということになる。それゆえ、顧客の可罰的態度という危険に関する認識は、製造者および販売者にとって重要ではないとされる。しかしながらこの論拠は、正犯と共犯に関する諸規定が、答責的な者の行為に対して共同答責的となりうる答責原理の法律上の例外である点を無視している³⁴⁾。それゆえ、この共同答責の諸条件を探求する際、答責原理の援用は循環論法に陥ってしまう。

28) この連関において「許された危険」の思考を強調するのは、*Lackner/Kühl* (Fn. 10), § 27 Rn. 2. また *SK-Hoyer*, § 27 Rn. 24 もみよ。

29) 同旨のものとしてまた *K. Müller*, FS Schreiber, S. 343 (348).

30) *Jakobs*, ZStW 89 (1977), S. 1 (5); *K. Müller*, FS Schreiber, S. 343 (353).

31) とりわけ *Ambos*, JA 2000, 721 (724); *LK-Schünemann*, § 27 Rn. 25.

32) *Frisch*, FS Lüderssen, S. 539 (543); *Rengier* (Rn. 9), § 45 Rn. 104.

33) この点、かつその他の点については (批判的に) *Jakobs*, ZStW 89 (1977), S. 1 (14).

34) 正当な指摘として *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 131.

3. テレメディア法の意義

このことにもかわらず、答責原理を援用する方向は正当である。ソフトウェア作成者の幫助責任という問題の解決は、組織的かつ経済的に分業化された社会においては答責領域が、全ての者は絶えず全てのことを認識しなくてよいというように制限されることが前提とされなければならない。商品の工業的産出または多くの人々に対するサービスの提供は、提供者が常にその製造物の犯罪目的への濫用を見込まなければならないならば、明らかにそれは不可能となる³⁵⁾。製造者と顧客の間での答責領域は、匿名での大量の取引という状況下では分配せざるを得ない³⁶⁾。それゆえ、我々の経済秩序のこのような構造は、法秩序に所与のものである³⁷⁾。たしかに民法は製造物の監視義務のみを規定しているが、一般的な「顧客監視義務」を規定しているのではない³⁸⁾。しかしとりわけ、テレメディア法 (TMG) 上の責任領域の区別によって、第三者の可能的犯罪行為についての認識が常に責任を生じさせるわけではない、ということが明らかになる。テレメディア法はたしかにファイル共有ソフトのプログラマーに直接適用されない。というのも、同法の直接適用はそれ自体利用者とその内容との間の結びつきすら規定しておらず、したがって同法第2条第1号の意味におけるサービスの提供ではないためである³⁹⁾ 訳注2。しかしながら、コンピューター利用者に独立したデータ交換を可能にするソフトウェアの作成者と、自らデータ利用のルートを媒介するプロバイダーの間

35) *Jakobs*, GA 1996, 253 (261); *Gropp*, Strafrecht AT § 10 Rn. 154c.

36) 匿名での大量の商品流通の製造物責任への拡張については、また *Kuhlen*, (Fn. 33), S. 137, 144ff.; *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, S. 549 も参照。

37) 詐欺構成要件に関して *Pawlik*, Das unerlaubte Veralten beim Betrug, 1999, S. 152.

38) *Kuhlen* (Fn. 33), S. 124f を参照。

39) *Heckmann*: in: *jurisPK-Internetrecht*, 3. Aufl. 2011, Kapital 1 Rn. 97, 100; *Holzogel/Ricke*, in: *Spindler/Schuster* (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 2. Aufl. 2011, § 1 TMG Rn. 5.

訳注2 テレメディア法第2条 [概念規定]

本法の意味において

第1号 サービス提供者とは、利用のために自己もしくは他人のテレメディアを用意する、または利用のためにアクセスを媒介する全ての自然人または法人をいう。オーディオヴィジュアルメディアのオンデマンドサービスにあっては、販売されたサービス内容の選別もしくは形成を有効に検査する全ての自然人または法人をいう。

の機能の異同はわずかなものである。すでにこのような事柄の隣接性から、幫助構成要件の（限定的）解釈のためにテレメディア法の諸規定の援用が役立つことは、明らかである。

犯罪的データに対する責任に関するテレメディア法の諸規定は、サービス提供者を2種類に区別する。つまり、他人のデータを保存する、すなわちそのデータをヴァーチャルに占有し、これにアクセスすることのできるプロバイダーを、テレメディア法第10条は、すでにその者が違法な内容について認識を有した場合に、共同答責的としている^{訳注3}。しかし——P2Pソフトウェアのような——他人のデータをただ媒介するにすぎないプロバイダーに対して、テレメディア法第8条は、当該のプロバイダーが具体的な通信内容を放置した、または受取人あるいはデータを選別したか変更した場合にのみ、答責性を予定している^{訳注4}。それゆえに、その答責性を根拠づけているのは、具体的な媒介に影響を及ぼす行為であって、認識ではない⁴⁰⁾。しかしそれでも、あるプロバ

訳注3 テレメディア法第10条〔情報の保存〕

サービス提供者は、利用者のための保存する他人の情報に対して、以下の各号に掲げる場合には、答責的でない。

第1号 サービス提供者が違法な行為またはその情報について認識していない場合、あるいは損害賠償請求がなされる場合において、その者に違法な行為もしくはその情報が明らかな事実ないし事情がまた知られていない場合、または

第2号 サービス提供者が、その情報の削除あるいはその情報へのアクセスを封鎖するために、それらの認識を獲得した段階で、直ちに行動した場合。

第1文は、利用者がサービス提供者の管轄の下にある、またはサービス提供者によって監視されている場合には、適用されない。

訳注4 テレメディア法第8条〔情報の媒介〕

第1項 サービス提供者は、その者が通信ネットワークにおいて伝達する他人の情報、またはその利用のためにアクセスを媒介する他人の情報に対して、以下の各号に掲げる場合には、答責的でない。

第1号 当該伝達を指示していない場合、

第2号 伝達された情報の名宛人を選別しない場合、および

第3号 伝達された情報を選別あるいは変更しなかった場合。

第1文は、サービス提供者が意図的に自己のサービスの利用者と共同して違法な行為を実行する場合には、適用されない。

第2項 第1項に基づく情報の伝達および情報へのアクセスの媒介は、この情報の自動的で同時的な中間ストレージも含む、ただしそれは、このことが専ら通信ネットにおける媒介実行のためにのみ行われ、かつこの情報が伝達に通常必要である期間を超えて保存されない場合に限られる。

40) 認識の非重要性については、*Sieber/Höfnger*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), 7

イダーが、自己の媒介したデータが処罰の対象となることを認識していたならば、——法的にみれば——偶然的な認識が問題となる。そのプロバイダーは、知る必要のないことを知ったにすぎない。つまり、この認識は法的に何の結果も生み出さない⁴¹⁾。

テレメディア法の責任分配は、刑法的（結果）責任が因果性と並んで客観的帰属可能性を要件とするという知見を考慮に入れるならば、幫助構成要件の解釈に用いることができる⁴²⁾。幫助が具体的な正犯行為の実行を因果的に促進するということは、その場合に構成要件該當の幫助を認めるためにはいずれにせよ必要条件ではあるが、十分条件ではない⁴³⁾。むしろ決定的であるのは、評価的に考察すると幫助者に正犯行為が当該幫助の仕業としても帰属されうる、ということである。しかしながら、客観的帰属可能性は「法的に否認された結果の惹起という危険あるいは一定の犯罪の成功の機会を何らかの方法で増加させる」⁴⁴⁾行為の実行以上のことを要件とする。なぜならば、危険増加の要件はその限りにおいて促進的あるいは強化的因果性にカバーされており、それゆえ因果論から導き出される広範な責任領域を実質的に制限することができないからである。幫助構成要件は危険増加的であるが、法的に許容される行為態様によってのみ限定される⁴⁵⁾。このように、法的に否認された危険創出と法的に是認された危険創出を区別する際、帰属論は刑法以外の規定も考慮する⁴⁶⁾。この一般原則をソフトウェア作成による幫助という特殊な問題へ転用するならば、刑法典第27条を解釈するために、テレメディア法の答責分配に関する諸規定の援用が必然的である。

しかし、解釈論的根拠のみならずより高次の根拠からも、刑法は答責分配に関する刑法以外の規定の尊重に努めなければならない。刑法が——すでに示唆したように——妥当する行動基準を保全すべきであるならば、刑法解釈者は刑法上の規定と刑法以外の規定の間の矛盾を回避しなければならない。そして、刑法解釈者が現存する刑法以外の規

∖Handbuch Multimediarecht, Stand: Oktober 2007, Teil 18.1, Rn 69.

41) *Jakobs*, GA 1996, 253 (261); *Kinhäuser*, FS Otto, S. 355 (357ff.); *Lesch*, JA 2001, 986 (990) を参照。

42) これについては、*S/S-Heine*, § 27 Rn. 27 Rn. 9a; *MK-Joecks*, StGB, 2. Aufl. 2011, § 27 Rn. 46ff.; *Samson/Schillhron*, wistra 2001, 1 (4f.).

43) *MK-Joecks*, StGB, 2. Aufl. 2011, § 27 Rn. 45.

44) *LK-Schünemann*, § 27 Rn. 5.

45) *SK-Hoyer*, § 27 Rn. 24.

46) とりわけ *Friester*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2011, 10. Kap. Rn. 8; *Roxin*, Strafrecht ATI, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 66.

定を考慮する場合にのみ、当該規定の包摂の結果として、その概念とその自由論の正当化要求に適う刑罰が存在しうる。つまり、その自由論の正当化要求とは、行動基準の貫徹のためではなく、生きている、妥当している法を確証するための強制手段である。

Ⅳ. 残された可罰性のリスク

本稿のアプローチをファイル共有ソフトのプログラマーに適用すると、その著作権法違反的な使用についての単なる認識は、幫助の可罰性を根拠づけない。支配的見解と比較すると、このことは刑法的責任の明確な限定である。しかしながら、本稿の提示した構想によっても、ファイル共有ソフトの作成者に対する可罰性のリスクは存在し続ける。このリスクが明らかとなるのは、答責分配の根拠をテレメディア法第8条によって想定する場合である。その基本思想によると、テレメディア法第8条がサービス提供者に対する責任を根拠づけるのは、提供者がデータ送信以上のことを行う場合、つまり具体的にいうと、その者がデータ媒介プロセスへ介入する場合である。このような行為によって、提供者は自己の法的答責を根拠づけるデータとの近さ (Nähe) を生み出した、ということができるであろう。

ファイル共有ソフトの事案では、ファイル共有ソフトのプログラマーが利用者の犯罪目的との特別な近さを生み出す諸事例が考えられうるのかが問われるべきである。このために、プログラマーは自己の行為を、客観的に考察すると犯罪的連関の一部としてのみ解釈されうるほどに、利用者の処罰される計画に適合させなければならない⁴⁷⁾。この適合によって、職業典型的な行為はその中立的性質を失う。すなわち、当該行為は——客観的考察によっても——プログラマーの利用者の犯罪目的との連帯化と考えられる⁴⁸⁾。その場合、ファイル交換プログラムの利用者による違法なデータ交換は、プログラマーにも帰属されうる行為であろう⁴⁹⁾。このように「連帯した」ソフトウェアと

47) たとえば (詳細において相違点はあるが) *Jakobs*, ZStW 89 (1977), S. 1 (20ff.); *ders.*, GA 1996, 253 (263f.); *Frisch*, FS Lüderssen, 539, 544ff.; *Freund*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2009, § 10 Rn. 138ff.; *S/S-Heine*, 28. Aufl. 2010, § 27 Rn. 10c; *Lesch*, JA 2001, § 12 Rn. 161; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 161; *Weigend*, FS Nishihara, 197 (210f.); その点で類似しているのは, *Kindhäuser*, FS Otto, S. 355 (362ff.).

48) I. での結論と同様であるが, 正犯行為者の主観的観点に着目するのは, *Heghmanns*, MMR 2004, 14 (7)。

49) *Jakobs*, GA 1996, 253 (257) を参照。

「ソフトウェア作成者に対する可罰性のリスク——幫助行為としてのファイル交換ソフトのプログラミング——」

は第三世代のファイル共有ソフトである⁵⁰⁾。このソフトウェアは、データ交換を可能にするのみならず、同時にファイル交換ソフトの利用者の特定を阻む。このために当該のプログラムは暗号技術を使用し、ダイナミックルーティング、すなわちデータ提供者とデータを照会する者の直接相互的なコンタクトを阻害するデータ伝達を用いる。第三世代のその他のプログラムは、データを交換する PC に一時的な IP アドレスを与える。しかし、固定 IP アドレスがなければ、コンピューターはまさに登録番号のない自動車と同じく、ほとんどその身元が確認されえない。

十分想像力を働かせれば、なぜインターネットファイル交換の利用者が自身のコンタクトを計画的に匿名化し、そのデータ移動の経路を隠蔽するのかについての疑わしくない根拠が見出されるかもしれない。しかし評価的、客観的に考察すると、この技術を見た人々にとっては、著作権法違反の発見および追求を阻害しようとする意味を意味する。それゆえに、このソフトウェアの作成は、限界を超えて犯罪的なものとなる。すなわちそれは、本稿のアプローチによると普通のインターネットファイル交換プログラムが未だ超えていない限界である。

V. 展 望

ドイツの裁判所もウィニー事件に相応する事例群を審理せざるをえないということは、ほぼ間違いないであろう。ドイツの裁判所は、日本との比較刑法的考慮が明らかとしたこの問題に直面する。すなわち、通説のルールは、デュアルユーザソフトウェアの作成者に、作成者が——国民経済的にはナンセンスな——製造停止によってのみ除去しうる顧客の態度に対する幫助の責任を負わせるのである。このような結果を考慮に入れると、可能的犯罪行為の認識の有無が幫助の可罰性を決定する通説は、基本的な解釈論的立場を放棄せざるをえないであろう。ここでは、負責の根拠づけにもその制限にも、関与者の答責領域の客観的な区別が基準とされなければならない。その場合、刑法はテレメディア法 8 条のような刑法以外の規定に方向づけられなければならない。判例がこの方法を採用するとき——そして私はこの方法以外の選択肢はないと考えるが——、幫助解釈理論はいわば根本から変わってしまうであろう。その場合、特別なもの——IT 法の特種問題にみえる問題——が原則の変更に寄与することになろう。このことは、初めてのことではなからう。

50) この点、かつその他の点については *Gercke/Brunst, Praxishandbuch Internets-
trafrecht*, 2009, Rn. 418, 925.

【監訳者あとがき】

本翻訳は、ケルン大学（公刊時はレーゲンスブルク大学私講師）ミヒャエル・クビチエール（Michael Kubiciel）教授の論文、Strafbarkeitsrisiken für Softwareproduzenten—Die Programmierung einer Internettauschbörse als strafbare Beihilfe, ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERSTRAFRECHT (WISTRA), 2012, S. 453-456 の全訳である。（但し V. 展望の部分は日本の読者向けに書き換えられたものの翻訳である）。なお現著者の著書としては、単独執筆のものとして Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgaben, ihre Methoden, Vittorio Klostermann, Band 52 der Juristischen Abhandlungen, 2013（教授資格請求論文，全346頁），Verhaltensbeschränkungen marktbeherrschender Unternehmen durch § 19 GWB, Duncker & Humblot, 2003（博士論文，全310頁），共著としては Institutions against Corruptions — A Comparative Study of National Anti-Corruption Strategies, mit Albin Eser, Das Bayerische StGB von 1813, hrsgg. mit Arnd Koch, Martin Löhnig und Michael Pawlik（Mohr Siebeck より近刊，2013年）がある。