

Title	Winny事件最高裁決定と「中立的行為」論
Sub Title	Rethinking on concept of accessory
Author	亀井, 源太郎(Kamei, Gentaro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.3 (2014. 3) ,p.1- 32
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140328-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140328-0001</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# Winnie 事件最高裁決定と「中立的行為」論

亀井源太郎

- I はじめに
- II 最決平成二三年二月一九日
  - 一 事実の概要
  - 二 最高裁決定
  - 三 各審級における判断枠組
- III 「中立的行為」に関する従来の裁判例
- IV 不特定多数者への一括提供
  - V まとめにかえて
    - 一 本決定の意義——最高裁と「中立的行為」論
    - 二 最高裁の判断枠組について
    - 三 本決定の射程
    - 四 残された問題

## I はじめに

本稿は、適法用途にも著作権侵害用途にも利用できるファイル共有ソフトであるWinnieをインターネットを通じて不特定多数の者に公開、提供し、正犯者がこれを利用して著作物の公衆送信権を侵害することを幫助したとして、被告人が著作権法違反幫助に問われた事案につき、幫助犯の故意が欠けるとされた事例である、最決平成二三年一月一九日刑集六五卷九号一三八〇頁について、若干の検討を行おうとするものである。

本件では、第一審は被告人の所為が著作権法違反幫助に当たるとしたものの、控訴審・上告審ともに無罪とした。そして、後述するように、各審級において、それぞれ異なる、それぞれ注目すべき判断枠組が採用されている。

そこで、以下、まず、最高裁が判示したところを概観した上で、同事件における各審級による判示をやや詳しく確認し、そこで採用された枠組の意味について検討することとしよう。

また、Winy 事件は、学説上、いわゆる「中立的行為」による幫助の成否という問題との関係で論じられることも少なくない。以下では、あわせて、Winy 事件最高裁決定と「中立的行為」論との関係についても検討を試みたい。

## II 最決平成二三年一二月一九日

### 一 事実の概要

本件は、被告人が、ファイル共有ソフトである Winy を開発し、その改良を繰り返しながら順次ウェブサイト上で公開し、インターネットを通じて不特定多数の者に提供していたところ、正犯者二名が、これを利用して著作物であるゲームソフト等の情報をインターネット利用者に対し自動公衆送信し得る状態にして、著作権者の有する著作物の公衆送信権（著作権法二三条一項）を侵害する著作権法違反の犯行を行ったことから、正犯者らの各犯行に先立つ被告人による Winy の最新版の公開、提供行為が正犯者らの著作権法違反罪の幫助犯に当たるとして起訴された事案である<sup>(1)</sup>。

第一審は、このような事案につき、正犯者らが法定の除外事由なく、かつ、著作権者の許諾を受けずに著作

物であるゲームソフトや映画の情報を、Winyyを用いて、不特定多数のインターネット利用者に自動公衆送信し得るようにし、各著作権者が有する公衆送信権を侵害して著作権法違反の犯行を行った際、「これに先立ち、……Winyyが不特定多数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Winyyの最新版〔を〕……被告人方から……ホームページ上に公開して不特定多数者が入手できる状態にした上、同日ころ、……〔正犯者〕にこれをダウンロードさせて提供し」、「〔正犯者の〕前記各犯行を容易ならしめてこれを幫助した」等と判示し、「被告人の判示各所為はいずれも……刑法六二条一項、平成一六年法律第九二号による改正前の著作権法一九九条一号、二三条一項に、該当する」として、被告人を罰金一五〇万円に処した。

これに対し、控訴審は、<sup>(3)</sup>「Winyyは価値中立のソフト」とした上で、「価値中立のソフトであるWinyy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」を問題とし、「被告人は、価値中立のソフトである本件Winyy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Winyy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」とし、被告人に無罪の言渡しをした。

控訴審判決に対し、検察官が上告した。その上告趣意は多岐にわたるが、大要、原判決には判例違反があること、原判決が「違法使用を勧める行為」まで要求したことには法令の解釈適用の誤りがあること、Winyyは価値中立のソフトではなく、また、被告人は違法使用を積極的に慫慂していたことを、主張するものであった。

## 二 最高裁決定

最高裁は、「判例違反をいう点は、事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でなく、その余<sup>(4)</sup>は、事実誤認、単なる法令違反の主張であって、刑訴法四〇五条の上告理由に当たらない」として上告を棄却したが、職権で、以下のように判示した。

最高裁多数意見の判示は、三点からなる。

その第一は、原判決が採用した枠組は刑法六二条の解釈を誤ったものである、ということである。

最高裁は、検察官が「帮助犯の成立要件として『違法使用を勧める行為』まで必要とした原判決は、刑法六二条の解釈を誤るものであるなどと主張」したことを受けて、以下のように述べた。

「刑法六二条一項の従犯とは、他人の犯罪に加功する意思をもって、有形、無形の方法によりこれを幫助し、他人の犯罪を容易ならしむるものである（最高裁昭和二四年(刑)第一五〇六号同年一〇月一日第二小法廷判決・刑集三卷一〇号一六二九頁参照）。すなわち、帮助犯は、他人の犯罪を容易ならしめる行為を、それと認識、認容しつつ行い、実際に正犯行為が行われることよって成立する。原判決は、インターネット上における不特定多数者に対する価値中立ソフットの提供という本件行為の特殊性に着目し、『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』に限って帮助犯が成立すると解するが、当該ソフトの性質（違法行為に使用される可能性の高さ）や客観的利用状況のいかんを問わず、提供者において外部的に違法使用を勧め提供するという場合のみに限定することに十分な根拠があるとは認め難く、刑法六二条の解釈を誤ったものである」。

その第二は、本件で用いられるべき判断枠組についてである。

最高裁は、まず、以下の三つの事情を指摘している。

すなわち、① Winny が適法な用途にも違法な用途にも利用できるソフトであること、② 開発途上のソフトをインターネット上で不特定多数の者に対して無償で公開・提供する等して当該ソフトの開発を進める方法は、合理的な開発方法であること、③ 新たに開発されるソフトには社会的に幅広い評価があり得る一方で、開発には迅速性が要求されることも考慮すれば、かかるソフトの開発行為に対する過度の萎縮効果を生じさせるべきでないこと、という三つの事情である。

最高裁は、これらの事情を指摘した上で、以下のように論じ、判断枠組を提示している。

「単に他人の著作権侵害に利用される一般的可能性があり、それを提供者において認識、認容しつつ当該ソフトの公開、提供をし、それを用いて著作権侵害が行われたというだけで、直ちに著作権侵害の幫助行為に当たると解すべきではな」く、「幫助犯が成立するためには、一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況が必要であり、また、そのことを提供者においても認識、認容していることを要する」。

最高裁は、このような枠組をパラフレーズし、「ソフトの提供者において、当該ソフトを利用して現に行われようとしている具体的な著作権侵害を認識、認容しながら、その公開、提供を行い、実際に当該著作権侵害が行われた場合」(a)とする)や、「当該ソフトの性質、その客観的利用状況、提供方法などに照らし、同ソフトを入手する者のうち例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる場合で、提供者もそのことを認識、認容しながら同ソフトの公開、提供を行い、実際にそれを用いて著作権侵害(正犯行為)が行われたとき」(b)とする)に限り、当該ソフトの公開、提供行為がそれらの著作権侵害の幫助行為に当たると解するのが相当、とした。<sup>(5)</sup>

その第三は、このような一般論の下での、本件事案における結論である。

「被告人が、現に行われようとしている具体的な著作権侵害を認識、認容しながら、本件 Winny の公開、提供を行ったものでないことは明らかである」(前記(a)に該当せず)。

「入手する者のうち例外的とはいえない範囲の者が本件 Winny を著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められ、被告人もこれを認識、認容しながら本件 Winny の公開、提供を行ったといえるかどうかについて検討すると、Winny は、それ自体、多様な情報の交換を通信の秘密を保持しつつ効率的に行うことを可能とするソフトであるとともに、本件正犯者のように著作権を侵害する態様で利用する場合にも、摘発されにくく、非常に使いやすいソフトである。そして、本件当時の客観的利用状況を見ると、原判決が指摘するとおり、ファイル共有ソフトによる著作権侵害の状況については、時期や統計の取り方によって相当の幅があり、本件当時の Winny の客観的利用状況を正確に示す証拠はないが、原判決が引用する関係証拠によっても、Winny のネットワーク上を流通するファイルの四割程度が著作物で、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であったというのである。そして、被告人の本件 Winny の提供方法をみると、違法なファイルのやり取りをしないようにとの注意書きを付記するなどの措置を採りつつ、ダウンロードをすることができる者について何ら限定をかけることなく、無償で、継続的に、本件 Winny をウェブサイトで公開するという方法によっている。これらの事情からすると、被告人による本件 Winny の公開、提供行為は、客観的に見て、例外的とはいえない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高い状況の下での公開、提供行為であったことは否定できない」(前記(b)の客観面充足)。

「他方、この点に関する被告人の主観面をみると、被告人は、本件 Winny を公開、提供するに際し、本件 Winny を著作権侵害のために利用するであろう者がいることや、そのような者の人数が増えてきたことについては認識していたと認められるものの、いまだ、被告人において、Winny を著作権侵害のために利用する者が例外的とはいえない範囲の者にまで広がっており、本件 Winny を公開、提供した場合に、例外的とはいえない範囲の者がそれを著作権侵害に

利用する蓋然性が高いことを認識、認容していたとまで認めるに足りる証拠はない。」

すなわち、最高裁は、「かかるソフトの提供行為について、幫助犯が成立するためには、一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況が必要」、「そのことを提供者においても認識、認容していることを要する」という判断枠組を採用し、後者、すなわち、提供者における認識、認容が欠けるから、本件被告人の所為は幫助犯に該たらない、としたのである。

これに対し、大谷剛彦裁判官による反対意見は、以下のように論じて、「被告人には……公衆送信権侵害の罪の幫助犯が成立すると考える」としている。

「幫助犯が成立するには、主観的要素として、この客観的な高度の蓋然性についての認識と認容という幫助者の故意が求められる。多数意見は、結論として、被告人において、例外的とはいえない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高いことを認識、認容していたとまで認めることは困難である、として被告人の幫助の故意を認定していない。私は、本件において、被告人に侵害の利用の高度の蓋然性についての認識と認容も認められると判断するものであり、多数意見に反対する理由もここに尽きる」。

### 三 各審級における判断枠組

#### 1 第一審

前述のように第一審は、被告人が正犯者らの犯行を容易ならしめてこれを幫助したと判断したが、そこでは、大要、以下のような判断枠組が採用されている。

「被告人が開発、公開した Winny が甲及び乙の各実行行為における手段を提供して有形的に容易ならしめたほか、Winny の機能として匿名性があることで精神的にも容易ならしめたという客観的側面は明らかに認められる。」<sup>(6)</sup>

「*winny*、Winny は P2P 型ファイル共有ソフトであり、……それ自体はサーバーを必要としない 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かわらず、技術それ自体は価値中立的であること、さらに、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ことは弁護人らの主張するとおりである。」

「結局、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、さら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。」

ここから、第一審は、「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、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、本件 Winny を公開したものである等認め、「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」と結論づけた。

このような第一審の判断枠組については、「幫助の構成要件該当性は広く認めた上で、それが『違法性を有するか』について、『(i)技術の社会における現実の利用状況や(ii) (被告人の) それに対する認識、(iii)さらに提供する

る際の主観的態様」……を総合的に考慮する枠組、いわば違法性段階でのアドホックな総合判断の枠組を採用した<sup>(7)</sup>ものであるとする整理や、「本件状況下におけるウィニーの提供を中立的でない（著作権侵害の「許されない危険」を創出する）行為とみて、その幫助としての可罰性を肯定したものと解することができる<sup>(8)</sup>」とする整理等がみられた。

もつとも、前者のような整理については、京都地裁による前述のような書きぶりが、幫助犯としての構成要件該当性を広く肯定しているとまでいい得るかには疑問も残る。形式的には、京都地裁はあくまでも「幫助犯の成立範囲」を問題としているものである上、Winny 提供者（＝被告人）の主観的態様が違法性の有無を左右すると整理には、疑問なしとはしないからである。

たしかに、京都地裁は「幫助行為としての違法性を有するかどうか」という問題の立て方しているが、他方で、同地裁が一定の事実関係の下で「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」とも述べている<sup>(9)</sup>。

したがって、前者、すなわち、「違法性を有するかどうか」と述べた点のみに過度の重きを置いた整理は、学説上の議論に引きつけすぎた理解といえるべきようにも思われるのである<sup>(10)</sup>。

また、後者のような整理には、京都地裁のその書きぶり全体を通覧するとき、はたして、京都地裁が、客観的帰属論的な発想を有していたと評価できるのか、不分明だ、という疑問もある。

いずれにしても、京都地裁判決は、被告人の行為が有形的・精神的に「各正犯の客観的な助長行為」となっていることを認めつつ、Winny が価値中立的であることを理由に、「幫助犯の成立範囲」を限定しようとした。

そして、その際、採用された限定の方策は、中立的行為による幫助犯を処罰する前提として、単に当該幫助行為が各正犯者の犯行を物理的・心理的に促進したことのみでは足りず、「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」、というものであった。<sup>(11)</sup>

## 2 控訴審判決

これに対し、控訴審判決は、Winyy の有する匿名性機能等は、それらの機能自体において、違法視されるべき技術ではないから、「Winyy 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ふソフトである」と評価した上で、以下のように論じて、幫助犯の成立を否定している。

「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類型の幫助犯であり、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。」

さらに、控訴審は、Winyy は価値中立の技術であることに言及している。

「Winyy 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 Winyy 提供行為も価値中立の行為である。被告人が Winyy 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、Winyy をダウンロードした者の行為には独立性がある……。そもそも被告人は Winyy 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 Winyy 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ふべきである。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ぬ。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。」

ここから、控訴審は、前述のように、本件事実関係の下では、「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 Windy を提供していたとは認められない」とし、幫助犯の成立を否定したのである。

すなわち、控訴審は、① Windy が価値中立のソフトであり、提供行為も価値中立の行為であること、② 正犯が不特定多数の者であること、③ ダウンロードした者の行為には独立性があること、④ ソフトをインターネット上で公開し提供する場合、そのソフトが存在し、そのソフトを用いて違法行為をする不特定多数の正犯者が出て

くる限り、公訴時効が完成しない旨、を掲げた上で、「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」ことを要する、という判断枠組を採用しているのである。<sup>(12)</sup>

もっとも、このうち、④公訴時効にかかる指摘は、正犯者が特定少数の場合であっても、妥当するものである<sup>(13)</sup>。このため、控訴審が指摘した諸事情のうち、公訴時効にかかる部分は、本件に固有の事情に言及したものであると理解するべきようにも思われる。

このような控訴審判決については、「幫助の一部類型について、その構成要件を限定する枠組を採用し」、「Winy」を用いて交換されたファイルのうち、四〇％〜せいぜい四〇数％であった……〔という〕現実の利用状況とは距離を置いた、いわば行為それ自体の性質に着目して、構成要件を二重に絞る枠組を示した」ものであるとする整理や、①ファイル共有ソフトの提供行為という特殊の領域で、②構成要件該当性判断において、因果性の起点となる幫助行為性の判断を重視するもの<sup>(15)</sup>とする整理がみられる。

なお、控訴審判決は、第一審判決が用いた基準について、以下のように批判している。

「『Winy』の現実の利用状況等を認識し、認容しながら」といっても、Winyは……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、平成一五年九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、その約一年四か月の間、どの時点から、どのヴァージョンのWiny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」。

「Winy」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』〔とするが〕……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<sup>18)</sup>。

### 3 最高裁決定

前述のように、最高裁は、控訴審による判断枠組を批判しつつ、被告人による Winny の提供行為について、著作権法違反幫助の故意を欠くとした。

本件最高裁決定に対しては、「本決定は、これまでほとんど見られなかった解釈論により、被告人に故意の成立を否定し<sup>16)</sup>」たと整理するものや、「幫助犯の一般的原理を確認しつつ、例外とはいえない範囲の者による侵害的利用の蓋然性およびその認識・認容という、一審判決に類似した構成で幫助犯の成立範囲の限定を図った点が注目に値する」として「本件が不特定多数人に対する幫助である点に鑑みると、行為の中立性ないし危険性判断の手段として現実の利用状況に着目することは適切である」と評価するもの<sup>17)</sup>、客観面にかかる判断枠組について、「『例外とはいえない範囲の者が』、それを違法行為に用いる『蓋然性が高い』場合には、……特定の正犯者が『現に』違法行為を行おうとしている場合と同視し得る程度の、結果発生に向かう危険が存在していると評価できる」という考え方であると整理するもの等<sup>18)</sup>がみられる。

### Ⅲ 「中立的行為」に関する従来の裁判例

本件を中立的行為による幫助の成否との関係で論ずる見解もみられたことから、以下では、中立的行為による幫助の成否が争われたとされる裁判例を概観する。

結論をあらかじめ述べざるならば、この作業は、本件が中立的行為論の範疇に納まりきらないものであることを明らかにするであろう。

従来の裁判例として、以下の①～⑥がある。<sup>(19)</sup>

① 闘鶏賭博に軍鶏を提供した者の罪責にかかる大判昭和七年九月二六日刑集一一卷一三六七頁は、事案の詳細は不明だが、「被告人ハ……賭場開張者等ニ対シ右闘鶏賭博ニ使用セラルルモノナルコトヲ知りナカラ軍鶏ヲ提供シ遣リ以テ右賭場開帳ヲ容易ナラシメテ幫助シ」ものであって、同人の「所為ハ〔刑法〕第一八六条第二項第六二条第一項第五五条〔連続犯。現在は削除〕ニ該当スル」とした。

その際、弁護人は、被告人が元來鶏の販売を業とするものであって被告人がたまたま鶏販売目的で道路を通行中、正犯者より鶏の販売方の勧誘があったため、軍鶏を販売したに止まり、「何等賭博ヲ幫助スルノ意思存セサルハ勿論賭博ヲ幫助シタリト認ムヘキ行為モ存セサルモノ」であると主張したが、大審院は、「鶏ノ販売ヲ業トスル者ト雖賭場開帳凶利者カ闘鶏賭博用ニ供スルコトヲ知りナカラ之ニ軍鶏ヲ売却交付シテ賭博開帳凶利ノ犯行ヲ容易ナラシメタトキハ同罪ノ従犯ヲ以テ論スヘキモノ」であるとした。

② 預金の払戻業務に従事する者が、払戻目的が刑事上不法なものであることを知りつつ、手続上の形式的要件を完備した払戻請求に応じた場合<sup>(20)</sup>につき、業務上横領罪の幫助犯の成立を認めた高松高判昭和四五年一月一三日判時五九六号九八頁は、「預金の払戻業務に従事する者としては、たとえその払戻請求が手続上の形式要件を完

備しているとしても、その払戻目的が刑事上不法なものであることを知つた以上、これに必ずすべきでないことは条理上当然である」とし、この拒絶義務は法律上の義務であるから、「右の義務に違背して払戻請求に応じ、払戻請求者の犯罪行為を容易ならしめた場合には、その犯罪行為の幫助犯が成立する」とした。

③ いわゆるホテルの宣伝用小冊子を作成した印刷業者につき売春周旋罪の幫助が成立するとして東京高判平成二年二月一〇日判タ七五二号二四六頁は、弁護人らの控訴趣意に対応する形で、被告人らが故意を有していたこと、当該印刷行為が正当業務行為ではないことを指摘している。<sup>(22)</sup>

④ 地方税法における軽油引取税の不納入罪につき、同罪を敢行した特別徴収義務者から軽油を購入した買主が、売主の税不納入の意図を推知していたとしても、共同正犯は成立しないとした熊本地判平成六年三月一五判タ八六三号二八一頁は、被告人が同罪の共同正犯に該当しないとした上で、「なお、被告人の行為が〔正犯者〕らの幫助犯となるか否かについても二応検討する」とし、被告人は、正犯者ら「の犯行を幫助する意思で取引を開始したわけではなく、自己の取引上の利益を図るため、従前どおり〔正犯者〕らから軽油を購入し続けることにしたに過ぎない」とし、幫助犯の成立の可能性も否定している。

軽油事件におけるこのような判示については、促進意思の理論に依拠するものと理解する見解がみられる一方、<sup>(25)</sup> 本判決は中立的な行為であることを実質的な理由として幫助犯の成立を否定したものとする見解も存する。<sup>(26)</sup>

⑤ 個室付浴場業者に資金を融資した信用金庫の支店長に対し、売春防止法一三条一項の資金提供罪（刑法総則における幫助ではない）が成立するとして大阪高判平成七年七月七日判時一五六三号一四七頁は、「被告人を同罪で有罪とした」原判決の説示は、本件で審理されているのは、通常の幫助犯より重く処罰されている独立罪である売春防止法一三条一項違反の事件であるから、被告人の犯意を認定するには、福原地区の個室付浴場が全て売春をしていることは何人も認識しているが如き単なる一般的、抽象的な認識では足りず、融資先……の営む個室

付浴場……が売春場所を提供することを業とするもので、融資金がその使途に充てられることについての具体的認識が要求されるといつている趣旨」であるとして、原判断を維持している。

⑥自動車用品等の製造販売業者の代表取締役であった被告人が、自動車登録番号の撮影を困難にする「ウィザード」と称するナンバープレートカバーを送付販売し、あるいは人を介して販売して、購入した正犯者らによる速度違反の犯行を容易にして幫助したと判示した大阪地判平成一二年六月三〇日高刑集五三卷二号一〇三頁は、<sup>(28)</sup>罪となるべき事実として、大要、「被告人は、……〔正犯者〕が、……最高速度を……超える……速度で普通乗用自動車を運転して進行した際、これに先立ち、……同人に対し、速度違反自動監視装置により夜間速度違反証拠保全の撮影が行われた際に自動車登録番号の撮影を困難にする『ウィザード』と称するナンバープレートカバー一枚を……販売し、同人をして同車前部の自動車登録番号標外側に取り付けさせ、もって、同人の右犯行を容易にしてこれを幫助し」たとするのみであって、このような認定につき、特段の説明を付していない。いずれの事件においても、裁判所はかなり寡黙であって、幫助の一般的な成立要件に言及しているわけでもない。「中立的行為」という文言そのものや中立的行為という考え方を採用したと一義的に解釈し得る表現を用いているわけでもない。<sup>(29)</sup>

また、Winy 事件にかかる各審級の裁判所は、これらの裁判例には言及していない。すなわち、第一審及び控訴審は、先例に一切言及しておらず、また、最高裁が先例として言及するのは、前掲・最判昭和二四年一〇月一日のみである。

#### IV 不特定多数者への一括提供<sup>(30)</sup>

Winny 事件については、「中立的行為による幫助」という問題のみで捉えきれぬ事案ではないとの指摘がある。すなわち、「本件は、被告人が、適法用途にも著作権侵害用途にも利用できる Winny を、インターネットを通じて不特定多数の者に公開した、つまり、不特定多数の者に一括提供したという提供態様の点にも特徴がある」から、「中立的行為による幫助」以外の問題も含んでいる、と指摘するのである。<sup>31)</sup>

たしかに、本件最高裁決定多数意見は、「Winny は、一、二審判決が価値中立ソフトと称するように、適法な用途にも、著作権侵害という違法な用途にも利用できるソフトであり、これを著作権侵害に利用するか、その他の用途に利用するかは、あくまで個々の利用者の判断に委ねられている。」とし、また、反対意見において「Winny の提供行為それ自体は、適法目的に沿って利用される以上何ら法益侵害の危険性を有しないが、その有用性がいわば濫用され侵害的に利用される場合に、提供行為が法益侵害の現実的な危険性、違法性を持つことになる（その意味で価値中立的行為ともいえよう。）」としている。

すなわち、最高裁は、「中立的行為」という概念を前面に押し出して幫助の成立要件一般と異なる議論をしようとしているわけではないということが、このような慎重な表現ぶりから看取されるのである。

さらに、前掲のように、多数意見においても、反対意見においても、「価値中立性」のみが、前掲のような判断枠組を採用する根拠とされているわけではない。

このため、本件が中立的行為による幫助に関する判例である、あるいは、本件の判断枠組がソフト提供行為の中立性に基づいている、と整理することには、慎重であるべきように思われる。

他方、本件の特徴が不特定多数者への一括提供にある、と整理することが可能ならば、本件において最高裁が「これまでほとんど見られなかった解釈論」を採用したことも、了解しやすくなるものと思われる。

すなわち、多数意見が、「その用途が」あくまで個々の利用者にならねられている」ソフトを、「不特定多数の者

に対して……提供」する行為であることを理由に、「ソフトの提供行為について、幫助犯が成立するためには、一般的な可能性を超える具体的な侵害利用状況」と提供者によるその「認識、認容」が必要である、としているように、また、反対意見が、「Winny の提供行為の特徴は……利用の仕方によっては……法益の侵害可能性を併せ持っており……、そのソフトは不特定多数の者に提供され、提供の範囲、対象には全く限定はない」から「正犯者が侵害的に利用するという具体的でより高度の蓋然性が認められる場合に、幫助行為としての可罰性が肯定される」としているように、<sup>(32)</sup> 当該提供行為が中立的であることのみならず（あるいは、中立的であることよりも）、不特定多数者への提供であることが（あるいは、不特定多数者への提供であることこそが）、幫助行為の成立を限定する理解を導き出しているように思われるのである。

なお、このような理解は、前掲の中立的行為による幫助にかかる裁判例と比較した場合に、本件の特徴が不特定多数者への一括提供にある、とする整理に基づいている。

このような整理について、前掲の裁判例のうち、③事件（ピンクチャラシ事件）、⑥事件（ウィザード事件）について、「一対一の取引行為が問題となっているのか」<sup>(33)</sup> 否かを検討した論者は、以下のように論じている。<sup>(34)</sup>

「ピンクチャラシ事件の被告人は印刷業者であり、多数の客と取引関係にあった」が、「被告人は、……正犯の依頼をいったんは断つた後に、証拠を残さないために取引を帳簿に記載しない……等の条件を承諾させた上で、印刷、製本を引受けていた」、「通常の業務を超えた個別的な関与を行っている」から「一対一の取引行為が問題となっている」。

「ウィザードは、正犯二名のうち、一人に送付販売され、もう一人には、人を介して販売されたが、それ以上の個別的な関与は認められておらず、被告人は、正犯に対し、他の多数の客に対するものと同様の関与しか行っていないから、このことに着目すると、「ウィザード事件では、一対多数の取引行為が問題となっている」、「なお、ウィザードは、

主に通信販売で販売されていたため、ウィザードの販売は、一対特定多数の取引と評価でき」る。

ウィザード事件を一対特定多数の取引と見ることについては異論もあり、<sup>(35)</sup> 同事件について、なお、「一対一の取引行為が問題である」とする見解もあり得る。

ただ、いずれにしても、はっきりしているのは、本件は、被告人による不特定多数者への Winy の一括提供（ホームページ上にソフトを公開する方法による）という、従来、あまり正面から議論されてこなかった<sup>(36)</sup> 類型が問題となっている、という点である。<sup>(37)</sup>

## V まとめにかえて

### 一 本決定の意義——最高裁と「中立的行為」論

先述のように、最高裁は、「中立的行為」という概念を全面に押し出して、幫助の成立要件一般と異なる議論をしようとしているわけではない。

近時、「中立的行為」という概念の含意が多義的であり得ると指摘されること、<sup>(38)</sup> あるいは、『「価値中立」の意味内容がきわめてあいまいであって、何らかの形で要件の制限をしたり、処罰の対象から除外すべきとの先行する価値判断を基礎づけるための後付けの理由として使用されているに等しく、その限りで、循環論法の域を脱していない<sup>(39)</sup>』と指摘されることからすれば、最高裁が、「中立的行為」という概念に依拠せず、問題を解決しようとする姿勢は、支持されるべきであろう。

このようにみたととき、Winy 事件最高裁決定は、中立的行為にかかる判例と捉えられるべきではなく、むしろ

る、従来あまり議論がなかった不特定多数者に対する幫助との関係で判断を示した判例としての意味がある、と理解されるべきであろう。

## 二 最高裁の判断枠組について

前述のように、最高裁は、客観的には、「具体的な侵害利用状況」すなわち（本件では）「例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる」ことを、主観的には「そのこと（の）……認識、認容」を要求し、具体的事情の下では、「本件 Winny の公開、提供行為は、客観的に見て、例外的とはいえない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高い状況の下での公開、提供であった」としつつ、このことを「被告人において……認識、認容していたとまで認めることは困難」とした。

すなわち、前掲の要件のうち、客観面は満たすが、主観面を充足しない、としたのである。

最高裁が、本件において「例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる」ことを要求したのは、このような蓋然性があれば「特定の正犯者が『現に』違法行為を行おうとしている場合と同視し得る程度の、結果発生に向かう危険が存在していると評価できる」という意味に理解する限り、賛成し得る。

幫助犯の成立要件が、正犯の成立要件と構造的には同じだと考える限り、当該関与行為が類型的に幫助行為といえる必要がある<sup>(4)</sup>。いわば、幫助の実行行為性あるいは（そのような表現が混乱を招くのであれば）幫助行為としての類型性・定型性が、幫助犯における因果性の起点として要求される<sup>(4)</sup>ところ、「例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる」場合に初めて、不特定多数者へ道具（本件では Winny）を提供する行為が、類型的な違法性を獲得すると考えられるからである。

最高裁によるこのような考え方に対しては、次のような異論もある。

すなわち、「被告人に故意がないとするのであれば、……被告人は本件ソフトには相当の有用性があると思っていたことを、もう少し強調するべきであった」、「本件の場合、多数の法益侵害の高度の蓋然性にもかかわらず、少なくとも行為当時、有用性はある程度あったことを理由に、客観的に幫助行為に該当しないという解釈を採用するべきであった」、とする見解がそれである。<sup>(42)</sup>

この見解の説くところを、客観面についてさらに見ると、次のように述べられている。「少なくとも行為当時には、客観的な有用性はかなりあった」、「正当防衛論においても、客観的に、防衛行為の相当性が、危険性と有用性（急迫不正の侵害を受けつつある法益の保全の可能性）との衝量によって認められるというのであれば……防衛行為の相当性を認めるべきであり」、「それと同じに解すれば、本件の場合も……客観的な違法性を否定したほうがよい」と。

もつとも、このような理解には若干の疑問もある。この見解のように行為当時の有用性を理由に幫助行為の相当性を否定するのであれば、適法にも違法にも用いることができる道具であり、かつ、有用性の一定以上に高いものを提供する場合、常に「客観的に幫助行為に該当しない」とことなろう。そうだとすると、包丁が広く適法に用いられ料理をする上で欠かせないことは疑問の余地がないから、包丁の製造・販売は相当の有用性を有することとなり、いかなる事情の下でいかなる正犯者に包丁を提供しようとも、その有用性を理由として客観的に幫助行為に該たらないということになりかねない。しかし、このような結論が妥当とは思われない。

なお、本件事情の下で故意を否定したことについては、事実認定の問題と考えられるから、ここでは立ち入らない。もつとも、反対意見が「本件において、被告人に侵害的利用の高度の蓋然性についての認識と認容も認められると判断する」と述べるように、多数意見が故意なしとしたことについては、異論もあり得よう。<sup>(44)</sup>

### 三 本決定の射程

最後に、本決定の射程について簡単に検討しておきたい。本決定は、幫助の客観面について、二段階の基準を示しているから、その射程も二段階に分けて整理すべきように思われる。

近時学説上しばしば主張されるように、いわゆる中立的行為による幫助の問題が、幫助一般の成立要件解釈に より解決されるべきであるとすれば、本決定の射程が「具体的な侵害利用状況」を要求したことの射程は、幫助一般に及んで<sup>(45)</sup>いる。

次に、下位基準である「例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる」ことの射程について検討しよう。

本件は、「中立的行為による幫助」という切り口で論じ得るほか、「不特定者に対する幫助」という切り口でも論じうる事案であって、幫助の要件解釈が最も厳しい形で問われる場面の一つであった。

すなわち、(a)違法用途・適法用途いずれにも用い得るか否か（いわゆる「中立的」か否か）と、(b)不特定者に対するものか否かの組み合わせは四通りあり得るところ、本件は、違法用途・適法用途いずれにも用い得る道具を不特定の者に提供するパターン<sup>(4)</sup>であった（次頁表参照）。

本決定が、「現に行われようとしている具体的な著作権侵害を認識、認容しながら、その公開、提供を行（った）」場合と區別して「例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる」ことを要求したのは、不特定者に対する幫助という本件の特質を考慮しながら、「具体的な侵害利用状況」の有無を判断するための下位基準と理解できる。

そして、もし、私見のように本件において重要なのは「中立的行為」であったことではなく、不特定者に対するものであったことにあると理解すれば、本件が提示した下位基準（「例外的とはいえない……」）の射程は、提供

	違法用途にしか用い得ない	適法用途にも用い得る
特定の者に提供	①	③
不特定の者に提供	②	④

- ①違法用途にしか用い得ない道具を特定の者に提供
- ②違法用途にしか用い得ない道具を不特定の者に提供
- ③違法用途・適法用途いずれにも用い得る道具を特定の者に提供
- ④違法用途・適法用途いずれにも用い得る道具を不特定の者に提供

行為の中立性にかかわらず、不特定者に道具を提供した場合一般に及ぶこととなろう。

ただし、本件のように、限界的な判断を迫られる場合は、さほど多くないように思われる。同様に不特定者に道具を提供する場合であっても、違法用途にしか用い得ない道具を提供する場合(②)には、いったん利用されれば違法に利用されることは明らかであって、そのような道具の提供については、本件において為されたような丁寧な配慮を要する場面は事実上ない、といってよいからである。

#### 四 残された問題

##### 1 物理的因果性による片面的幫助について

最高裁は、被告人の故意を否定しているに止まるから、本件のように不特定多数者に対してソフトウェアを提供することによる幫助の成立を一律に否定したわけではない。

これに対し、片面的幫助を否定する立場から、次のような批判もある。<sup>(46)</sup>

「そもそも、道具の提供といった物理的な寄与の場合、正犯者が自己の犯罪実現において、その周辺に存在する道具のうちどれを利用して実行行為へ結びつけるかは、正犯者の判断に委ねられている。意思の連絡なく提供された道具をたまたま正犯者が選択し、これを犯罪行為に利用したとして幫助の因果性を肯定することには、賛成しえない」。「共犯の因果性は、心理的因果性のみで理解するのが妥当である」

とするのである。

このような見解は、共犯の因果性を混合惹起説の立場から限定的に理解するものであって、注目に値する。この点の検討は他日を期したい。

## 2 違法阻却の可能性について

本決定多数意見は被告人の故意を否定したため本件における違法阻却の可能性については言及していないが、大谷剛彦裁判官による反対意見は、「被告人に幫助犯としての構成要件該当性及びその故意を認め得ると考え」、実質的違法阻却の可否を検討している。

すなわち同反対意見は、「被告人の Winny の開発・提供の主目的は、……技術的有用性の追求にあった」こと、「不特定多数の者にこれを提供して意見を徴しながら開発を進めるという方法も、特段相当性を欠くとは認められないこと」から、「行為の目的、手段の相当性、法益侵害の比較、あるいは政策的な配慮などを総合考慮し、社会通念上許容し得る場合、あるいは法秩序全体の見地から許容し得る場合に違法性を阻却するとする実質的違法性の問題についても検討の余地はあろう」としつつ、「本件 Winny の持つ法益侵害性と有用性は、『法益比較』といった相対比較にはなじまない」、「本件 Winny の有用性については、幫助犯の成立については、侵害的利用の高度の蓋然性を求めるところでも配慮がなされているところであり、改めてこの点を考慮しての実質的違法阻却を論ずるのは適当ではない」とし、実質的違法阻却の可能性を否定している。

もつとも、当該ソフト提供の有用性を構成要件段階で考慮することは、いわゆる絶対的軽微型の可罰性判断と相対的軽微型の可罰性判断を混同するものであって、従来の判例上の可罰性判断の枠組と適合的でないのではないかという疑問もあり得るほか、比較困難な価値の法益比較は従来から想定されてきたため、<sup>(48)</sup>「本件 Winny の持つ法益侵害性と有用性」の比較衡量が困難であったとしても、そのことが直ちに違法阻却の余地を失わしめるも

のではないのではないか、という疑問がある。

この点は、さらなる検討を要するものと思われるが、<sup>(49)</sup>さしあたり、このような疑問を呈しておきたい。

(1) なお、本件控訴審（大阪高判平成二十一年一〇月八日刑集六五卷九号一六三五頁参照）は、参考人としての取調べと供述拒否権告知の要否について興味深い判示をしているが（同一六四二頁以下）、最高裁はこの点について言及していないため、本稿では、検討の対象としない。

(2) 京都地判平成一八年一二月一三日刑集六五卷九号一六〇九頁参照。本稿七頁以下も参照。

(3) 大阪高判平成二十一年一〇月八日刑集六五卷九号一六三五頁参照。本稿一〇頁以下も参照。

(4) 検察官が原判断は幫助の成立要件に関する最決昭和二十四年一〇月一日刑集三卷一〇号一六二九頁に違反すると主張したところ、最高裁はこの主張を「事案を異にする」として排斥した。

ただし、最高裁は、同決定を引用しつつ、「刑法六二条一項の従犯とは、他人の犯罪に加功する意思をもって、有形、無形の方法によりこれを幫助し、他人の犯罪を容易ならしむるものである」とし、原審の枠組は「刑法六二条の解釈を誤ったものである」としている。

この点につき、島田聡一郎「Winny 開発・提供者の罪責に関する最高裁決定」刑事法ジャーナル三二号（二〇一二年）一四六頁は、「最決昭和二十四年の」定義は、あくまで『強盗の幫助をした者が正犯の盗取した財物を、その赃物たるの情を知りながら買受けた場合においては、教唆の場合と同じく従犯について赃物故買の罪は成立する』という結論を導くために用いられているに過ぎない。判例違反の主張が、『事案を異にする』ことは、明らかである」としている。

すなわち、最決昭和二十四年においては、本犯を幫助した者に対する赃物故買罪（当時）の成否が問題になっていたのであって、幫助の要件について、一定の立場を示したのではないと考えられるのである（大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二版第五卷』（二〇〇五年）五三七頁（堀内信明・安廣文夫）参照）。

そうだとすると、最高裁が同決定を引用しつつ幫助の要件を論ずるのは、なかなか含蓄がある、というべきで

ある。最高裁がこのような書き方をしたのは、最決昭和二十四年は幫助についての一般論を述べたものではない、また、本決定も幫助についての一般論を述べたものではない、いずれも当該事案との関係で必要な限りで判示したものである、という整理を可能とするためであろう（あるいは、深読みしすぎであろうか）。

(5) なお、これらのパラフレーズされた下位基準は、本件に固有の判示ではないといえよう。

(6) このような判示につき、促進関係説の枠組で因果関係判断を行ったと整理するものとして、小野上真也「ファイル共有ソフトの提供につき公衆送信権侵害罪の幫助が否定された事例」早稲田法学八五巻四号（二〇一〇年）一四〇頁。

(7) 島田聡一郎「Winky 事件二審判決と、いわゆる『中立的行為による幫助論』」刑事法ジャーナル二二号（二〇一〇年）六〇頁。さらに、小野上・前掲（注6）一四三頁以下参照。

(8) 豊田兼彦「中立的行為」成瀬幸典 Ⅱ 安田拓人『判例プラクティス刑法Ⅰ総論』（二〇一〇年）三四四頁。

(9) 構成要件レベルでの幫助犯の成否を問題としていると解する余地もある。

(10) ドイツにおけるこのような議論を紹介したものとして、濱田新「幫助犯の処罰根拠限定理論について——中立的行為事例を素材として」法学政治学論究九三号（二〇一二年）二四六頁以下。同論文は、「ロクシンは、『行為の性格は、行為が奉仕する目的によって規定される』と考え、関与者の主観面に着目した上で、危険創出を判断する」と紹介している。

(11) これに対し、小野上・前掲（注6）一四〇頁は、「ここでは、従来の従犯に関する一般理論から、従犯の成否を検討するという態度を看取できる」とする。

(12) 小野上・前掲（注6）一四一頁参照。

(13) すなわち、実体法上、複数成立した共犯の関係を問う競合論において共犯標準説（共犯行為の個数を基準とする見解）を採り、さらに、手続法上、公訴時効の起算点に関する結果説（公訴時効の起算点を結果の発生時点と解する見解）及び時効期間に関する一体説（観念的競合の関係にある各罪の公訴時効について、それらの罪のうち最も重い罪につき定められた時効期間による）とする見解）を採れば、正犯者が特定されていても、なお、正犯者が幫助行為か

ら相当の月日が経った後に提供された道具を利用して犯罪に出たときに、公訴時効の完成が妨げられるのは、同様だからである。小野上・前掲(注6)一四五頁注(9)参照。

(14) 島田・前掲(注7)六一頁。そこでは、本判決には、幫助犯一般について、「助力提供者が、正犯がいかにその助力行為を運用するかを知らない場合、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」とする「第一の絞り」と、不特定多数者への提供であることに鑑みた「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勤めてソフトを提供する場合」に限定する「第二の絞り」がある、と整理されている。

(15) 小野上・前掲(注6)一四三頁。

(16) 林幹人「ファイル共有ソフト Winny の公開・提供と著作権法違反幫助罪の成否」平成二四年度重要判例解説(二〇一三年)一五三頁。

(17) 小島陽介「ファイル共有ソフト Winny の提供につき、開発者に著作権法違反幫助の故意がないとされた事例」判例セレクト二〇一二「I」(二〇一三年)三三頁。

(18) 島田・前掲(注4)一五〇頁。さらに、同一五一頁は、「例外的とはいえない」というのは……『専ら違法利用者のせいである』という評価が、もはやなりたち得ないといったやや規範的な内容であろうとする。

(19) 豊田兼彦「共犯の一般的成立要件について」川端博ほか編『理論刑法学の探究第三号』(二〇一〇年)一八頁以下参照。

なお、中立的行為による幫助犯の成否が争われた事例は、裁判実務上は決して多くはない。濱田・前掲(注10)二四二頁参照。また、その理由について、島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件——いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして」立教法学五七号(二〇〇一年)五三頁は、検察官の訴追裁量の存在を指摘している。

(20) 農協の組合長が自ら管理している預金の払戻しを受けてこれを横領しようとしていることを知りながら、預金の払戻業務に従事する被告人が、これに応じた事案。被告人側は、「農協の出納事務担当者たる被告人としては、正当な預金権利者から形式的要件を具備した払戻請求があつた場合には、その払戻の意図や払戻金の使途まで立入って調

査すべき義務も権限もないのであるから、これを拒否できないものであり、従つて、原判決のいうように正犯の横領意図を知りながら預金の払戻に応じたというだけでは幫助犯が成立する余地はな」として争った。

(21) 売春防止法六条一項は、「売春の周旋をした者は、二年以下の懲役又は五万円以下の罰金に処する。」と規定している。

(22) 本件小冊子がホテトル業者が客寄せに使用する広告であることが一見して明らかなのほか、他のホテトル業者の宣伝用チラシを印刷していた件で警察官から警告されていたこと等の事情を掲げている。

(23) 東京高裁は、「幫助犯としての要件をすべて満たしている以上、印刷が一般的に正当業務行為であるからといって、売春の周旋に関して特別の利益を得ていないなど、所論指摘のような理由でその責任を問ひ得ないとは考えられない」としている。

(24) 熊本地裁は、「自己の犯罪を実現するという正犯性を有していないので、共同実行の意思及び共同実行の事実を欠く」としている。

(25) 濱田・前掲(注10)二四三頁。促進意思の理論とは、「中立的行為による幫助犯を肯定するには、関与者に特殊な主観的成立要件である促進意思が存在することが必要であるとし……、関与者に犯罪行為の認識があつても、関与者の意思が犯罪の促進に向けられていない場合には、幫助行為が否定される」とするものである(同論文二三九頁)。

(26) 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(二〇〇九年)一七八頁は、中立的行為による幫助に関する代表的な裁判例の一つとして同判決を掲げ、「本件被告人は、単なる購入者の地位を超えて、軽油引取税不納入の正犯行為に適合するような、何か特別の行為をしたわけではない」と指摘している。

豊田教授は、「中立的行為による幫助」の問題は、間接的に構成要件該当結果を惹起した(結果発生の危険を創出・実現したといいうる)行為のうち、不可罰の中立的行為と可罰的な犯罪行為とをどのように区別するか、という問題であり、「その中心的課題は、間接的な結果惹起行為『それ自体』の『社会的意味』をどのように確定するのか、それをどのように説明するのか」であるところ、「行為の社会的意味は、『客観的帰属論』によつて確定することができる」とされている(同書一七四頁)。ここから豊田教授は、「自己の行為を、正犯の犯罪計画ないし正犯行為に具体的に適合するように、特別に形成したこと」あるいは「正犯の犯罪計画ないし正犯行為との特別な適合」

をキーワードとして、行為の社会的意味を確定する。同書一七五頁以下)。

(27) 本文記載のとおり、売春防止法上の資金提供罪(同法一三条一項。「情を知つて、第十一条第二項の業に要する資金、土地又は建物を提供した者は、五年以下の懲役及び二十万円以下の罰金に処する。」と規定)に関する判示である。

(28) なお、同判決に対して他の訴因にかかる部分について控訴されているが、「ウイザード」の販売にかかる部分については控訴されていない模様である(高刑集五三卷二号九八頁参照)。

(29) あえていえば、③ピンクチラシ事件で、正犯行為に関する認識のほか、正当業務行為でないことが指摘されていること、④軽油引取税事件で犯行を補助する意思で取引を開始していないことに言及する程度である。

(30) 島田・前掲(注4)一五〇頁は「不特定多数人への、いわば概括的な補助ともいうべき類型」と表現し、豊田兼彦「不特定者に対する補助犯の成否」立命館法学三二七―三二八号(二〇〇九年)五六九頁は「不特定者に対する補助犯」と表現している。

(31) 匿名解説・判例タイムズ一三六六号(二〇一二年)一〇五頁。さらに、最高裁判所調査官の手による判例解説も「本決定は、「不特定者、不特定多数者に対する補助の」論点に言及するものではないが、その決定内容をみれば、不特定者や不特定多数者に対する補助が成立する場合があることを前提とした判断をしている」と指摘し、本件が「中立的行為による補助」という枠組に納まりきらないことを示唆している(矢野直邦「判解」Law and Technology 五五号(二〇一二年)七四頁)。

(32) 反対意見によれば、同意見は、「この点では、多数意見とほぼ認識、理解を共通にしている」。

(33) 濱田新「関与者によって提供される物の利用状況と補助犯の成否」法学政治学論究九六号(二〇一三年)二二〇頁。

(34) 濱田・前掲(注33)二二〇頁以下。

(35) ⑥ウイザード事件については、「一対一の取引行為が問題である」とする評価もみられる。豊田・前掲(注19)二二頁。

このような評価の差は、「一対一の取引行為であるか」否かを、当該個別の取引等が当該補助行為者と特定された

正犯者との間で為されているか否かという事実的側面に着目するのか、本文に引用した見解のように、他に行われた取引との質的差異の有無を考慮した上で、この質的差異が認められる場合には、外形的には同種の取引が繰り返されていても、当該取引を一回限りの一対一のものとするのか、といった、観察方法の違いに由来する。

なお、豊田・前掲(注19)二二頁は、ウィザード事件を含む諸裁判例について、「取引の対象とされた客体の中立性がすでに疑わし」い場合には、「取引行為の中立性も否定され」とし(すなわち、幫助犯一般の要件を充足している限り、幫助犯が成立し)、客体の中立性が肯定される場合(論者は軽油事件についてそのような評価をしている)には、当該取引行為が「正犯者にとっては犯罪促進の意味しかなかった」か否かが問われる、という枠組を採用している。

(36) 豊田・前掲(注30)五七〇頁は、「不特定者に対する幫助犯の成否の問題を正面から取り上げ、検討した最高裁判例はない」としつつ、間接幫助の事案で中間的な幫助者は特定されていたが間接幫助時に正犯者が特定されていなかった事案(被告人がAにわいせつフィルムを貸したところ、Aから転貸されたBがわいせつフィルムを上映した事案。被告人にわいせつ凶画公然陳列幫助が成立するかが問題となった)に関する、最決昭和四四年七月一七日刑集二三卷八号一〇六一頁が参考になるとする。

(37) なお、教唆については、被教唆者が特定されていることが要求されるものと一般に解されてきた。「教唆とは、特定の『人』に特定の犯罪を決意させることであるから、被教唆者たる『人』は、特定した者でなければならぬ……。不特定の者に対するときは、煽動の範疇に入ることになる」とされてきたのである(大塚ほか編・前掲(注4)四七二頁(安廣))。

不特定者に対する幫助の成立を肯定する豊田・前掲(注30)五八三頁も、教唆犯については被教唆者の特定を要求している(「教唆とは、犯行の決意を有しない者に具体的な犯行の決意を生じさせることであるから、教唆犯においては、通常、特定の者への働きかけが必要になる」とする)。

(38) 濱田・前掲(注10)二五一頁は、「中立的行為事例となっている行為の性質が一樣でない」と指摘している。

(39) 石井徹哉「いわゆる『デュアル・ユース・ツール』の刑事的規制について(下)」千葉大法学論集二七卷二号(二〇一二年)二二二頁以下。

- (40) 島田・前掲(注4)一五〇頁。
- (41) 反対、石井・前掲(注39)二二二頁(この基準は、「他人の犯罪を容易ならしむる」との従犯の解釈にあてはめるための判断基準」と位置づけ、「他人の犯罪を容易ならしめたかどうかという因果的な寄与の問題とするのが妥当」としている)。
- (42) 林・前掲(注16)一五三頁以下。
- (43) 林・前掲(注16)一五三頁。
- (44) 小島・前掲(注17)三二二頁は、「侵害的利用をしないよう促す書き込みもされていたこと、インターネット上に違法コピーをまん延させて現行の著作権制度を崩壊させる目的があったとはいえないこと、当時の客観的利用状況が正確に伝えられていなかったことなど」は、「被告人の(例外的とはいえない範囲の者による侵害的利用の蓋然性)の認識を否定する要素ではない」、「本決定は幫助の客観的要素(上記蓋然性を含む)に対応する認識以上のものを故意その他の主観的要素として要求する判示にはなっていないのであるから……反対意見の方が論理的に優れている」としている。
- また、島田・前掲(注4)一五一頁は、「本決定が被告人の故意を『認められない』と断言せず、『認めるに足りる証拠はない』としている」ことから、「故意を認める方向の証拠も一定程度存在するが、故意を合理的な疑いを入れない程度に証明できたとは言えないという趣旨とも理解できる」ことを指摘している。
- (45) 島田・前掲(注4)一四七頁は、大谷反対意見が「本件Winnyの有用性については、幫助犯の成立については、侵害的利用の高度の蓋然性を求めるところでも配慮がなされている」とすることから、「本決定が示した基準(具体的な侵害利用状況とその認識・認容)は、有用性がある場合に限られるという理解に基づくであろう」と推測しつつ、「もっぱら違法な用途にしか用いられない物であっても、それを何ら用いないことも、正犯者に『委ねられている』点と同じ」であるから、「理論的には、このような限定をすべきではない」としている。
- (46) 石井・前掲(注39)二二〇頁以下。
- (47) 判例上、可罰的違法性判断のうち、絶対的軽微性に関わる領域は、一厘事件(大判明治四三年一〇月一日刑録一六輯一六二〇頁。価格一厘の葉たばこを政府に納入しないで消費した旧煙草専売法違反事件。「零細ナル反法行為

ハ犯人ニ危険性アリト認ムヘキ特殊ノ情況ノ下ニ決行セラレタルモノニアラサル限り共同生活上ノ觀念ニ於テ刑罰ノ制裁ノ下ニ法律ノ保護ヲ要求スヘキ法益ノ侵害ト認メサル以上ハ之ニ臨ムニ刑罰法ヲ以テシ刑罰ノ制裁ヲ加フルノ必要ナ(シ)とした。以来、各構成要件の実質解釈に解消され(ちり紙一三枚、外れ馬券一枚)、これに対し、相対的輕微性に関わる領域は実質的違法阻却(あるいは刑法三五条にいう正当行為)の問題とされてきた。前田雅英『可罰的違法性論の研究』(一九八二年)四五二頁以下、五〇八頁以下、同『刑法総論講義(第五版)』(二〇一一年)一〇一頁、三二八頁以下参照。

(48) たとえば、最判昭和二四年八月一八日刑集三卷九号一四六五頁(被告人がゼネストの指導者に対し傷害を負わせた事案)は、限定的ながら「国家的、国民的、公共的法益についても正当防衛の許さるべき場合が存する」としており、ゼネスト阻止による利益(同事件において弁護人は国民の生活権の防衛と主張)とゼネストを指導していた者の利益(身体)との比較をする場面があり得ることを認めている。

(49) 林・前掲(注16)一五四頁は、「正当化の原理は、優越的利益の原則に従い、犯罪『結果』と有用な『結果』との衝量を行うものである。行為について、法益侵害の『蓋然性』(危険性)と有用性の衝量を行って可罰性を否定するというのがあれば、すでに幫助犯の構成要件該当性を欠く」とする(さらに、同『判例刑法』(二〇一一年)一七六頁以下参照)。