

Title	関与者によって提供される物の利用状況と幫助犯の成否
Sub Title	Die Nutzungsverhältnisse des von dem Beteiligten angebotenen Gegenstandes und die Beihilfe
Author	濱田, 新(Hamada, Arata)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内 『法学政治学論究』 刊行会
Publication year	2013
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.96, (2013. 3) ,p.211- 241
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20130315-0211">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20130315-0211</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.

# 関与者によって提供される物の 利用状況と幫助犯の成否

濱 田 新

- 一 はじめに
- 二 利用状況を考慮した判例と学説の動向
  - (一) 判例における利用状況の考慮
  - (二) 学説の動向
- 三 利用状況を考慮する理由について説明する学説
  - (一) 不特定多数への提供行為という特殊性から説明する見解
  - (二) 正犯に関する要件判断のために利用状況の考慮を要求する見解
  - (三) 行為の危険性と有用性の衡量のために利用状況を考慮すべきとする見解
- 四 提供物の利用状況と幫助犯の成否について
  - (一) 何故、これまで利用状況の考慮が主張されてこなかったのか
  - (二) どのように利用状況は考慮されるべきか
- 五 おわりに

## 一 はじめに

従来、判例・学説は、犯罪を容易にする行為によって、故意に他人の犯罪実行を容易にすれば、帮助犯が成立すると考えてきた。しかし、中立的行為事例（従来からの成立要件によれば帮助犯が成立することになるが、可罰性が欠けるように見える事例）の存在が問題となり、現在では、従来からの帮助犯の成立要件の再検討が試みられている。

議論の当初には、一定の行為類型のみに適用可能な、特別な処罰範囲限定理論を構築する見解も存在したが、現在学説においては、帮助犯の一般的成立要件の再検討を行うことによって、処罰範囲を限定する見解が有力である。<sup>①</sup> 本稿も、帮助犯の処罰範囲の限定は、従来からの成立要件を再検討することによって行われるべきである、との立場を前提とするものである。帮助犯の一般的成立要件の再検討を行うことを通じて、中立的行為事例を始めとした諸事例における帮助犯の成否を、適切に判断することが可能になると考える。

以前、中立的行為と帮助犯の成否について論じた別稿にて、帮助犯の一般的成立要件の再検討を試みた。同論文では、帮助行為性の事前判断を具体化することで、処罰範囲を限定することができることを指摘した。具体的には、犯罪実行を決意した、あるいは、決意しようとしている者に対し、犯罪実行に必要なと評価できる物・情報を提供する場合、帮助行為性が認められるとした。本稿の目的は、この帮助行為性の内容をさらに精査することである。その際、検討の対象とするのは、多数人への物の提供による関与事例<sup>②</sup>である。というのも、帮助犯の成否を判断する際に考慮されるべきとされる要素が、多数人への物の提供事例の検討を通じて、判例・学説上明らかになってきたためである。これまで判例・学説上取り扱われた、多数人への物の提供事例としては、ウィニー事件がある。ウィニー事件とは、ファイル共有ソフトのウィニーをインターネット上で不特定多数に提供した開発者が、著作権法違反帮助に問わ

れたという事件である<sup>(3)</sup>。ウィニーに有用性が存在することから、ウィニー事件は中立的行為事例と評価されている。ただ、ウィニーは不特定多数に対して提供されたため、多数人への物の提供事例とも評価できる<sup>(4)</sup>。それゆえ、ウィニー事件は、中立的行為事例であると同時に、多数人への物の提供事例でもある。

ウィニー事件一審は、提供時の利用状況やそれに対する認識、提供する際の主観的態様に照らして、被告人に幫助犯の成立を認め<sup>(5)</sup>た。二審は、被告人が、ウィニーを著作権侵害の用途のみにまたはこれを主要な用途として使用されるように、インターネット上で勧めて提供していたとは認められないとして、幫助犯の成立を否定<sup>(6)</sup>した。最高裁は、ソフトの性質、提供時の客観的利用状況、提供方法等に照らすと、幫助犯の客観的成立要件は肯定できるが、被告人には故意が存在しないとして、幫助犯の成立を否定<sup>(7)</sup>した。

ウィニー事件では、一審、二審、最高裁のいずれも、幫助犯の処罰範囲を限定すべきことを指摘した上で、幫助犯の成否を判断するための基準を提示している。したがって、一審、二審、最高裁で提示された各基準は、結論の妥当性を導こうとするものといえる。ただ、二審の基準に対しては、幫助犯一般に妥当する基準ではない・教唆犯との區別を曖昧にするとの批判がある。一方、物の利用状況を考慮する一審・最高裁の基準に対しては、多くの見解が賛意を示しており、物の利用状況を考慮することには、何らかの意味があると解されている。物の利用状況を考慮すべき理論的理由について考察することは、幫助犯の一般的成立要件の精査に資すると考えられる。

本稿では、まず、幫助犯の成否を判断する際に、物の利用状況を考慮した判例と学説の動向を概観する(第二章)。次に、利用状況を考慮する理由について説明する学説を紹介する(第三章)。そして、学説の考察を通じて、幫助行為性の具体化を試みる(第四章)。

## 二 利用状況を考慮した判例と学説の動向

### (一) 判例における利用状況の考慮

前述のとおり、提供時における物の利用状況を考慮して幫助犯の成否を判断した判例としては、ウィニー事件一審判決・最高裁決定がある。ウィニー事件の他に、利用状況を考慮して幫助犯の成否を判断した裁判例は見あたらない。ウィニー事件一審は、利用状況を考慮するにあたって、次のように判示している。

被告人が提供したウィニーが、正犯二名の「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」。もつとも、ウィニーは、「P2P技術の一つとしてさまざま分野に応用可能で有意義なものであって……価値中立的な技術を提供すること一般が犯罪行為とみなし難いような、無限定な幫助犯の成立範囲の拡大も妥当ではない……提供行為が自身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」。

また、ウィニー事件最高裁は、利用状況を考慮するにあたって、次のように判示している。

ウィニーは、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、「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」といふべきである。すなわち、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……が行われたときに限り、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である」。

一審も、最高裁も、幫助犯の処罰範囲の限定の必要性を指摘した上で、幫助犯の成否を判断する際、提供時の物の利用状況を考慮すべきとしている。それゆえ、提供時の物の利用状況を考慮した一審・最高裁の基準は、結論の妥当性を担保するための基準といえる。ただし、一審と最高裁とは、利用状況を考慮するレベルが異なっている。一審は、違法性判断のレベルで利用状況を考慮するが、最高裁は、客観的構成要件該当性判断のレベルで利用状況を考慮している。

一審は、ウィニーのネットワーク上を流通するファイルの約九割が著作物であり、かつ、著作権者の許諾が得られていないものであるとの事実認定を前提に、幫助犯の成否を検討している。最高裁は、流通するファイルの約四割が著作物であり、かつ、著作権者の許諾が得られていないものであるとの事実認定を前提に、幫助犯の成否を検討している。一審は、違法性阻却を認めず、最高裁は、客観的構成要件該当性を認めたが、仮に、ウィニーの違法利用者の割合がより低ければ、違法性が阻却された、あるいは、客観的構成要件該当性が否定された可能性がある<sup>(8)</sup>。

なお、一審の基準は、包丁メーカーが包丁を販売したという事例においても、適用される可能性があると解釈されている。また、最高裁の基準は、「物の提供による幫助一般に通用するもの」と評価されている<sup>(10)</sup>。一審・最高裁の基準は、インターネット上での中立的なソフトの提供事例に限られたものではないと理解できよう。

## (二) 学説の動向

### 1 利用状況を考慮する学説

次に、学説の動向について述べる。ウィニー事件以前に、提供時における物の利用状況を考慮すべきことを、明示的に主張する見解は見受けられない。金物屋が、犯罪に使用されるかもしれないと思いつつ、ねじ回しや包丁を売ったという事例において、提供時の客観的状況を考慮すべきとする見解は存在したが、そのような見解も、ねじ回しや包丁の利用状況については、言及していないのである。<sup>(11)</sup>

ウィニー事件以後、多くの見解が、物の利用状況を考慮することに賛成している。<sup>(12)</sup>そして、ウィニー事件以外においても、利用状況は考慮され得ると理解されている。<sup>(13)</sup>なお、どの程度の違法利用状況があれば、幫助犯の成立が認められるのかについては、様々な意見が提示されている。例えば、幫助犯の成立を認めるには、「一定数」の違法利用状況では足りないとする見解<sup>(14)</sup>、約半数の違法利用状況があれば幫助行為性が認められるとする見解<sup>(15)</sup>、五人に一人が侵害行為を行う状況があれば認められるとする見解<sup>(16)</sup>等がある。

提供時の利用状況を考慮することは、結論の妥当性に資する上、理論的にも意味があると解釈されているといえる。しかし、利用状況を考慮すべきことは、ごく最近になって主張され始めたこともあり、利用状況が考慮されるべき理論的理由について正面から検討する見解は、いまだ少ない状況にある。

### 2 利用状況を考慮に反対する学説

少数ではあるが、利用状況を考慮することに反対する見解も存在する。利用状況を考慮することに反対する見解は、利用状況は幫助犯の成否を画する基準として明解でないと主張している。<sup>(17)</sup>確かに、どの程度の違法利用状況があれば、幫助犯の成立が認められるのかについて、正確に示すことは困難であるかもしれない。しかし、幫助犯の成否の判断

が微妙な場合があり得ることは、利用状況を考慮する場合に限られた問題ではない。利用状況を考慮する際、幫助犯の成否が必ずしも明解ではない場合が存することは、利用状況の考慮を否定する見解の決定的論拠になり得ないだろう。

利用状況を考慮することに反対する上野幸彦講師は、利用状況が幫助犯の成否を画する基準として明解でないとの批判に加え、以下のように指摘している。「現実の利用状況という要素は、利用者の都合とその自由の範囲で定まるものであり、利用される者の責任範囲には属さない……他者の一般的な反応や行動に依存させて、行為の犯罪性を根拠付けようとする試みは、行為後における行為者によっておよそ左右し得ない一般的な事情をもって犯罪の成否を決するものであって、刑法上の行為責任（主義）の見地に照らして妥当ではない」<sup>(18)</sup>。

右の指摘は、利用状況を考慮したウィニー事件一審に対する批判として述べられたものであるが、議論の前提となる利用状況の理解を異にしている。上野講師は、利用状況を行為後の事情として捉えている。しかし、一審・最高裁は、利用状況を行為時の事情として捉えている<sup>(19)</sup>。利用状況を考慮することに反対する見解は、十分に説得的な論拠によるものではないように思われる<sup>(20)</sup>。幫助犯の成否を判断するにあたって、提供時の物の利用状況を考慮することは適切であろう。では、次に、利用状況を考慮すべき理論的理由について説明する学説を紹介する。

### 三 利用状況を考慮する理由について説明する学説

#### (一) 不特定多数への提供行為という特殊性から説明する見解

利用状況を考慮すべき理由として、問題となっている関与行為が不特定多数への提供行為であることを理由に挙げ



る見解がある。<sup>(21)</sup> 特に、豊田兼彦教授は、不特定多数への提供行為という特殊性について、詳細に論じている。

豊田教授は、可罰的な共犯が成立するためには、関与者による間接的な結果惹起行為がそれ自身が、結果発生の許さない危険を創出し、この危険が構成要件該当結果の中に実現したことが必要であると論じた上で、ウィニー事件を始めとする中立的行為による幫助犯の問題は、許されない危険の創出の要件において解決されるとする。<sup>(22)</sup>

そして、ウィニー事件における許されない危険創出の判断については、次のように述べている。「ウィニー事件においては、一対不特定多数の取引行為が問題であり、かつ、不特定多数者の中にはウィニーを著作権法違反のために悪用する者もいれば悪用しない者もいることから、個別の取引行為の中立性を検討するだけでは提供行為の中立性を判断できないのではないか（ウィニーを悪用しない者への提供のみに着目すれば、幫助犯が成立しないことは明らかであるが、ウィニーを悪用する者への提供だけを取り出せば、幫助犯が成立すると解する余地が出てくる）、という特殊な問題が生じる」<sup>(23)</sup>。

そのため、仮に、取引の対象である客体の中立性が否定されたとしても、「それだけで幫助犯が成立すると解することできない……ウィニー事件の場合には、多数の利用者の間で実際にどのように利用されていたかという現実の利用状況を考慮しないことには、提供行為の中立性を適切に判断できないことになると思われる」。そして、「どの程度の悪用状況があれば幫助犯が成立するかの判断は、必ずしも容易ではないが、少なくとも、ウィニー利用者全体に占める悪用者の割合が少数であると評価できる場合には、幫助犯の成立を否定すべきであろう」と述べている。<sup>(24)</sup>

一方、豊田教授は、「取引の対象とされた客体の中立性がすでに疑わしい」とされるホテトル事件、ピンクチラシ事件、<sup>(27)</sup> ウィザード事件<sup>(28)</sup>においては、許されない危険創出の判断の際、利用状況を考慮していない。これらの事例においては、「基本的に一対一の取引行為が問題であり、個別の取引行為の中立性を検討すれば足り」るからであるという。<sup>(29)</sup>

つまり、一対一の取引行為が問題となる事例では、個別の取引行為の中立性を検討すれば良いとする。例えば、

「客体の中立性」が否定される場合、幫助犯が成立し得る。しかし、一対不特定多数の取引行為が問題となる事例では、「客体の中立性」が否定されたとしても、一対不特定多数の取引行為という特殊性ゆえに、さらに利用状況の考慮が必要であるとする。

なお、「客体の中立性」が否定される場合とは、その客体が犯罪に特化したものである場合、または、犯罪を助長するような特別の機能や利便性を有しているものである場合、と理解できる。なぜなら、「客体の中立性がすでに疑わしい」とされる事件では、取引の対象とされた客体は、以下のように評価されているからである。ホテル事件で問題となったチラシと広告は、「とくに時間と料金額の点で、売春客を誘引するためのものであることを容易に認識できるもの<sup>(30)</sup>」と評価されている。ピンクチラシ事件となった小冊子は、「時間と料金は記載されていないものの、内容自体から、ホテル業者が客寄せに使用する広告をまとめたものであることが一目瞭然<sup>(31)</sup>」なものとされている。ウィザード事件で問題となったナンバープレートカバー（ウィザード）は、「速度超過を促進する意味しか持たない性質のもの<sup>(32)</sup>」と評価されている。ウィニー事件で問題となったウィニーについては、「著作権侵害に特化したものでなくとも、ことさらに著作権侵害を助長するような特別の機能や利便性を有していた場合には、ウィニー自体の価値中立性に疑いが生じ得る<sup>(33)</sup>」と述べられている。

利用状況を考慮すべき理由として、問題となる関与行為が不特定多数への提供行為であることを理由に挙げるだけでは、説明として十分ではないように思われるところ、右のように詳細に説明する豊田教授の見解は、注目に値する。しかし、豊田教授が、不特定多数への提供行為という特殊性から、利用状況を考慮すべき点については、若干の疑問がある。それとは異なった、別の理由から、利用状況を考慮しているように思われるためである。そこで、この点につき検討する。

## 1 諸事例の検討

ウィニー事件では不特定多数への提供行為が問題となっていることから、ホテル事件等と異なって、利用状況の考慮が必要であるとするが、そのような主張が正当か、検討する。具体的には、ウィニー事件では、不特定多数への提供行為が問題となっているのか確認した上で、ホテル事件・ピンクチラシ事件・ウィザード事件では、一対一の取引行為が問題となっているのか、検討する。

ウィニー開発者は、不特定多数の者に同質のものを一括して提供する行為を、同じ態様で繰り返し行った。同じ関与行為が不特定多数に対して行われているため、ウィニー事件においては、不特定多数への提供行為が問題となっているといえる。

なお、同じ関与行為が複数人に対して行われていることが、多数人への提供行為であるとの評価の際の、当然の前提になっていると考えられる。ある者に対する関与行為と同じ関与行為が、多数人に対して行われていることが認められて初めて、一人の者への提供行為と、多数人への提供行為とが、対置可能となるからである。<sup>34)</sup>

では、次に、ホテル事件・ピンクチラシ事件・ウィザード事件では、一対一の取引行為が問題となっているのか、検討する。

ホテル事件の被告人は広告代理店の経営者であり、多数の客と取引を行っていたと考えられる。しかし、被告人は、正犯から注文を受ける際、警察の取締りに注意するよう忠告したり、新聞社から入手した取締情報を教えたりしていたという。通常の業務行為を超えた、個別的関与を行っていたと考えられる。したがって、ホテル事件では、一対一の取引行為が問題となっているといえる。

ピンクチ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と考えられる。しかし、被告人は、警察の調べを受けたので引受けられないと、正犯の依頼をいったんは断った後に、証拠を残さないために取引を帳簿に

記載しない、代金は現金払いで領収書も発行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と考えられるため、ピンクチラシ事件では、一対一の取引行為が問題となっているといえる。

ウイザード事件の被告人は、自動車用品等の製造販売業を営む株式会社の代表取締役であり、車雑誌の広告やインターネットを通じて、約二万六〇〇〇枚のウイザードを販売していた。<sup>(35)</sup>ウイザードは、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と考えられる。同じ関与行為が多数人に対して行われていることに着目すると、ウイザード事件では、一対多数の取引行為が問題となっているといえる。なお、ウイザードは、主に通信販売で販売されていたため、ウイザードの販売は、一対特定多数の取引と評価できよう。

以上の検討から、ウイニー事件では、不特定多数への提供行為が問題となっており、ホテル事件・ピンクチラシ事件では、一対一の取引行為が、ウイザード事件では、特定多数への取引行為が問題となっていることが分かった。ホテル事件・ピンクチラシ事件では、多数人への提供行為が問題となっていないとはいえず、ウイニー事件とは区別される。

一方、ウイザード事件では、多数人への提供行為が問題となっているため、ウイニー事件と共通するが、ウイザード事件の提供相手が特定多数人である点については、ウイニー事件と異なる。しかし、多数の者の中には、その物を犯罪のために悪用する者もいれば、悪用しない者もいるという意味では、共通する。「正犯の氏名・年齢や住所などの個性は、定型的な構成要件該当性を左右しない」と指摘されているように、特定多数への提供行為と、不特定多数への提供行為との間には、実質的差異はないと解すべきであろう。

ウイニー事件においては、不特定多数への提供行為が問題となっていることは確かであるが、多数人への提供行為

という特殊性は、ウイザード事件にも存在する。したがって、ウイニー事件においては不特定多数への提供行為が問題となるから、ウイザード事件とは異なっており、利用状況の考慮が必要である、という主張は、成り立たないように思われる。

## 2 利用状況を考慮する理由

では、何故、ウイニー事件においては、ウイザード事件とは異なっており、利用状況の考慮が必要とされているのだろうか。その理由を検討する前に、一人の者への提供行為との評価と、多数人への提供行為との評価の違いは、着目点の違いから生じているにすぎないということを、確認しておきたい。

多数人への提供事例の場合、当該事例で問題となった正犯への提供行為に着目すると、一人の者への提供行為といえる。しかし、同じ関与行為が多数人に対して行われていることに着目すると、多数人への提供行為といえる。つまり、当該正犯への提供行為に着目するか、同じ関与行為が多数人に対して行われていることに着目するかによって、関与行為に対する評価が異なってくるのである。

ウイニーの提供行為を「不特定多数の取引」と評価する場合には、当該正犯への提供行為のみに着目しているのではなく、同じ関与行為が不特定多数に対して行われていることにも着目している。同じ関与行為が多数に対して行われていることに着目し、帮助犯の成否を検討する際に、それを考慮するのならば、具体的には、ウイニーの現実の利用状況が考慮されることになる。

何故、豊田教授は、ウイザード事件においては、一対一の取引行為が問題となっていると評価し、利用状況を考慮しないのに、ウイニー事件においては、不特定多数への提供行為が問題となっていると評価して、利用状況を考慮すべきとするのであろうか。この問いは、「ウイザード事件においては、当該正犯への提供行為に着目して、許されない危険の創出の有無を判断するのに、何故、ウイニー事件においては、当該正犯以外の者にも同じ関与行為がなされ

ているという点に着目して、許されない危険の創出の有無を判断するのか」という問いと等しい。もし、ウィニー事件とウィザード事件との間に差が存在しないとするならば、ウィニー事件においても、ウィザード事件と同様、当該正犯への提供行為に着目して、許されない危険の創出の有無を判断すべきであるように思われる。

しかし、ウィニー事件とウィザード事件との間に、何らかの違いが存在すると解釈されているのならば、この限りではないであろう。前述のとおり、豊田教授は、ウィザードについては、速度超過を促進する意味しか持たない性質のものとして評価する一方で、ウィニーについては、著作権侵害に特化した道具とまでは評価していない。ウィニーが、ことさらに著作権侵害を助長するような特別な機能や利便性を有している場合には、ウィニー自体の中立性に疑いが生じ得る、と指摘するにとどまる。ウィザードとウィニーの評価の違いが、当該正犯への提供行為に着目するか、当該正犯以外の者にも同じ関与行為がなされていることに着目するかを、分けているように思われる。もし、この理解が正しいとすれば、豊田教授の見解は、次のように整理することができよう。

提供しようとする物が、犯罪に特化している物の場合、その物は犯罪に使われる危険性が高い物と評価できるため、その物の現実の利用状況を考慮するまでもなく、その物を提供する行為につき、許されない危険の創出が肯定される（ウィザード事件が該当するパターン）。一方、提供しようとする物が、犯罪に特化している物とまではいえない場合、その物は、犯罪に使われる危険性が高い物と評価することはできない。そこで、当該正犯以外に、その物を違法に利用している者がどの程度存在するかによって、物の危険性を判断する。違法利用者の割合が高い場合、その物は、犯罪に使われる危険性が高い物と評価できるため、その物を提供する行為につき、許されない危険の創出が肯定される（ウィニー事件が該当するパターン）。豊田教授の見解は、不特定多数への提供行為という特殊性から、利用状況を考慮すべきとする見解ではなく、提供物の危険性の評価のために、利用状況を考慮すべきとする見解、と理解できる。

(二) 正犯に関する要件判断のために利用状況の考慮を要求する見解

豊田教授の見解は、提供物の危険性の評価のために、利用状況を考慮すべきとする見解と理解できる。一方、提供物の危険性の評価のためではなく、正犯に関する要件判断のために、利用状況を考慮すべきとする見解もある。

この立場をとる島田聡一郎教授は、共犯の一般的成立要件を、正犯の心理に関わる事情と共犯自身の寄与に関する事情に分け、正犯の心理に関わる事情が肯定されるには、「正犯者において犯罪を行う兆候があること」が必要であるとす。そして、利用状況は、正犯において犯罪を行う兆候があるか否かの判断のために考慮される、と説明している。<sup>(37)</sup> 正犯に関する要件が必要とされる根拠について、島田教授は以下のように述べている。「犯罪行為にも利用され得る物等が提供されたとしても、物・情報を利用して違法行為を行うか否かは、あくまで正犯者にゆだねられている。そして、責任を有し、事態を認識している主体に対しては、違法行為に出ないことが強く期待されている。そうだとすれば、それにもかかわらず、違法行為が行われたことを、その背後者の仕業と評価して、共犯の因果性・客観的帰属を認めるためには、そうした期待が破られる客観的状况、すなわち、正犯者において、共犯者が提供した物・情報を犯行に利用する客観的な傾向が存在していることが必要である」<sup>(38)</sup>。そして、ウィニー事件最高裁が「(想定される不特定多数の) 正犯側の利用状況を問題としたことは、適切である」と評価する<sup>(39)</sup>。また、ウィニー事件以前の論文においては、正犯において犯罪を行う兆候がある例として、正犯がこれまで同種の態様の犯罪行為をたびたび行っている場合や、ナイフを販売する店の前で喧嘩をしていた者が息せき切って店に駆け込んできた場合等を挙げている<sup>(40)</sup>。島田教授の見解は、以下のように理解できる。多数人への提供事例ではなく、一人の者への提供行為が問題となっていると評価すべき事例(例えば、喧嘩の最中に、息せき切って店に駆け込んできた者にナイフを販売したという事例)では、当該正犯において犯罪を行う兆候があるか否かが判断されている。一方、多数人への提供事例と評価できるウィニー

事件では、同じ関与行為が多数人に対して行われていることに着目し、想定され得る多数の正犯において犯罪を行う兆候があるか否かが判断されている。

なお、島田教授は、「適法な用途に用いられる余地が高いものであればあるほど、『具体的な侵害利用状況』が認められ難いという、いわば量的な相関関係があると考えれば十分」であるとし、ウイザード事件においても、利用状況が考慮されるべきであると指摘している<sup>(41)</sup>。前述のとおり、豊田教授の見解は、物の性質によっては、利用状況を考慮せずに幫助犯の成否を判断する立場と理解できるが、島田教授の見解は、物の性質とは無関係に、利用状況を考慮すべきとする見解と考えられる。

### (三) 行為の危険性と有用性の衡量のために利用状況を考慮すべきとする見解

次に、行為の危険性と有用性の衡量のために、利用状況の考慮が必要であるとする見解を紹介する。

この立場をとる林幹人教授は、まず、関与行為に正犯を介しての法益侵害の危険性があつたとしても、有用性が大きく、可罰的違法性に達しない場合、その関与行為は、共犯としての広義の構成要件に該当しないと論じている<sup>(42)</sup>。その上で、利用状況の考慮に関しては、次のように述べている。(利用状況については)「理論的には、行為の時点と結果の時点とをともに、判断すべきものである。すなわち、行為の時点における危険性と有用性を衡量し、その上でさらに結果の時点における法益侵害と保全利益を衡量し、ともに違法といえるとき、その行為は行為と結果を含めて全体として違法ということになるのである」<sup>(43)</sup>。そして、行為の危険性の判断においては、侵害される法益の価値・数量・危険性の程度等が総合的に考慮されるという。

ウイニー事件における行為の危険性判断においては、著作権という法益の重要性や、行為の危険性の程度の高さに加え、「ソフトを提供したときに生じるであろう法益侵害の数の規模」も考慮されると述べている<sup>(44)</sup>。したがって、提



供時の利用状況の考慮は、行為の危険性判断のために必要とされていると考えられる。一方、有用性判断においては、ウイニー開発による技術上の可能性に着目しているが、利用状況を考慮するか否かについては、言及していない。それゆえ、林教授の見解は、行為の危険性判断のために、行為時の利用状況の考慮を必要とする立場であり、行為の有用性判断のために必要とする立場ではない、とも理解できる。

林教授の見解は、行為の危険性判断を行うにあたって、違法利用者の割合に着目している点で、豊田教授、島田教授の見解と共通している。林教授が、行為の有用性の判断において利用状況を考慮しないのであれば、提供時の適法な利用者による利用については、構成要件該当性判断のレベルでは考慮しないことになる。

適法な利用者に着目した行為の有用性は、構成要件該当性判断のレベルではなく、違法性判断のレベルで考慮されるべきであるから、右の点に関しては賛成である。もともと、林教授が、構成要件該当性判断のレベルで、ウイニー開発による技術上の可能性に着目する点には、疑問がある。提供物自体の有用性は、違法性判断のレベルで考慮すべきであろう。

#### (四) 小括

ウイニー事件最高裁は、幫助行為性判断の際に、提供時の利用状況を考慮していた。学説も、許されない危険の創出判断あるいは共犯行為の危険性判断の際に、提供時の利用状況を考慮している。幫助行為性判断の際に、提供時の利用状況を考慮することについては、見解の一致があるといえる。そして、いずれの学説も、利用状況を考慮する際、違法利用者の割合に着目している。現在学説が、幫助行為性判断の際に提供時の利用状況を考慮している点、また、利用状況の考慮の際、違法利用者の割合に着目している点は、いずれも正当であると評価できよう。

利用状況を考慮する理由は、様々挙げられている。具体的には、問題となっている関与行為が、不特定多数への提

供行為であることを理由に挙げる見解や、提供物の危険性の評価のために、利用状況を考慮すべきとする見解、正犯の犯罪を行う兆候の要件判断のために利用状況を考慮すべきとする見解、危険性と有用性の衡量のために利用状況を考慮すべきとする見解がある。中でも、物の危険性の評価のために利用状況を考慮する見解・正犯の犯罪を行う兆候の要件判断のために利用状況を考慮する見解が、利用状況を考慮すべき方法について詳細に述べている点は、注目値する。次章では、利用状況の考慮が主張されるに至る学説の動向について考察した上で、幫助行為性判断の際に、利用状況がどのように考慮されるべきか検討する。

## 四 提供物の利用状況と幫助犯の成否について

### (一) 何故、これまで利用状況の考慮が主張されてこなかったのか

前述のとおり、ウィニー事件以前に、提供時の利用状況を考慮すべきことを、明示的に主張する見解は見受けられない。おそらく、その理由は、従来の学説においては、当該正犯への提供行為のみに着目して、幫助犯の成否が判断されてきたためであろう。言い換えれば、同じ関与行為が多数人に対して行われていることに着目しなくても（そして、当該正犯以外の違法な利用者の存在を考慮しなくても）、幫助犯の諸事例を解決することができると考えられてきたためであろう。

多数人への提供事例と評価できる事例、例えば、包丁メーカーが包丁を多数の者に販売し、購入者の一人が、その包丁によって殺人を行ったという事例を題材に、考察してみよう。同じ関与行為が多数人に対して行われていることに着目し、当該正犯以外の違法な利用者の存在を考慮するならば、包丁の販売行為につき、幫助行為性は否定される

ことになろう。包丁メーカーから購入した包丁を、犯罪に利用する者の割合は、極めて低いからである。

右の包丁事例は、可罰性が欠けるように見えるため、中立的行為事例と評価することもできる。従来<sup>(45)</sup>の学説は、このような包丁事例につき、常に幫助犯が成立すると解釈すべきではないという正当な問題意識を持ち、様々な処罰範圍限定理論によって、幫助犯の成立を否定してきた。例えば、関与行為が業務行為であることや、提供物が中立的な物であること、当該正犯が他所でも容易にその物入手する可能性が高いこと等を理由として、幫助行為性を否定する<sup>(46)</sup>。事例の解決にあたり、当該正犯以外の違法利用者の存在は考慮されていないが、妥当な結論が導かれている。

中立的行為事例を契機に提示されてきた処罰範圍限定理論によって、ウイニー事件を検討するならば、ウイニーの提供行為につき、幫助行為性は肯定されると考えられる<sup>(47)</sup>。なぜなら、ウイニーの提供行為は業務行為ではない。また、ウイニーが、特に犯罪を助長するような機能を備えていると認められれば、客体の中立性が否定されるし、容易に入手しにくいものであったともいえるからである。そして、ウイニー提供者が、そのようなウイニーの機能について認識しているのであれば、故意も認められることになる。

しかし、仮に、(前述の包丁事例のように)ウイニーを犯罪に利用する者の割合が極めて低い場合にも、ウイニーの提供行為につき、幫助犯の成立が認められるとすれば、結論として妥当性を欠くように思われる。現に、多くの見解が、違法利用状況の程度によっては、ウイニーの提供行為につき、幫助犯の成立が否定される可能性があることを指摘している。このような学説の傾向は、同じ関与行為が多数人に対して行われていることにも着目しなければ、幫助犯の成否を適切に判断することができない場合があることを示唆するものといえよう。

多数人への物の提供事例の中には、中立的行為による幫助犯の議論を契機に提案されてきた処罰範圍限定理論によって解決できる事例もあるが、解決できない事例もある。ウイニー事件は、幫助犯の成否を適切に判断するために、当該正犯以外の違法利用者の存在にも着目する必要性があることを示唆した点で、意義がある。

(二) どのように利用状況は考慮されるべきか

1 学説の検討

当該正犯以外の違法利用者の存在にも着目して、幫助行為性の有無が判断されるべきであるとしても、どのように利用状況は考慮されるべきか。第三章で見たように、利用状況が考慮される方法として、二通りのものが示されていた。すなわち、物の危険性の評価の要件判断において、利用状況を考慮する方法(①)と、正犯の犯罪を行う兆候の要件判断において、利用状況を考慮する方法(②)である。以下では、これらの方法の正当性について検討する。

まず、(当該正犯が既に犯行を決意していることを、幫助犯の成立要件としない限り)いずれの方法によっても、違法利用者の割合次第では、関与時に当該正犯が決意していなくとも幫助犯が成立する可能性があるという点は、重要であると思われる。従来、幫助犯が成立するには、正犯が関与時に既に決意していることが必要であると解釈されてきた。

しかし、関与態様は多様化しており、ウィニー事件のように、物が広く違法利用されている状況下で関与するという事件も発生しているところである。このような事例で、関与時に当該正犯がまだ決意していない場合にも、幫助犯の成立可能性を認めるべきとするならば、これを許容する実体法上の要件が必要となる。

この点、①、②の方法によれば、(当該正犯が既に決意していることを幫助犯の成立要件としない限り)右の問題を解決することができる(ただし、①の方法によると考えられる豊田教授の見解は、関与時に当該正犯が既に決意していることを幫助犯の成立要件としているように読める<sup>48</sup>)。もつとも、①、②の方法には、それぞれ以下のような問題も存在する。

①の方法については、物の危険性自体が、違法利用者の割合によって決されるとするのならば、疑問がある。確かに、違法利用者の割合の高低は、物の危険性の高低を示すものであるといえる。しかし、その物が、犯罪実行に必要なものであると評価することができれば、たとえ違法利用者の割合が低くとも、物の危険性自体は認められるであ

ろう。<sup>(49)</sup>

②の方法については、二つの解釈可能性がある。すなわち、「当該正犯の」犯罪を行う兆候の要件において、利用状況を考慮すると解釈するか、「想定され得る多数の正犯の」犯罪を行う兆候の要件において、利用状況を考慮すると解釈するか、である。

前者の解釈によれば、当該正犯の犯罪を行う兆候の存在は、当該正犯以外の者の犯行を行う兆候の存在によって、認められることになる。しかし、当該正犯自身が、犯罪に向かう行動を起こしていない場合にも、当該正犯以外の者が、犯罪に向かう行動を起こしているという事実をもって、「当該正犯の犯罪を行う兆候」の要件充足を認めるならば、これを理論的に説明することは困難であろう。「当該正犯の犯罪を行う兆候」の存在を実体法上の要件とすることには、正しいものが含まれているように思われるが、「当該正犯の犯罪を行う兆候」の存在は、当該正犯自身の行動に基づいて認められるべきである。

後者の解釈によれば、「想定され得る多数の正犯の犯罪を行う兆候」の存在は、想定され得る多数の正犯の行動に基づいて認められるから、右の問題は生じない。後者の解釈による場合、当該正犯への提供行為の危険性ゆえに、幫助行為性が認められるのではなく、想定され得る多数の正犯への提供行為の危険性ゆえに、幫助行為性が認められることになる。なお、②の方法による島田教授の見解は、前者の解釈によるものか、後者の解釈によるものか、必ずしも明らかではないように思われる。これまで、学説上、想定され得る多数の正犯への提供行為の危険性については検討されてこなかったが、想定され得る多数の正犯への提供行為の危険性ゆえに幫助行為性を肯定することも可能であると思われる。ただ、このように解する場合、幫助行為性判断の段階では、想定され得る多数の正犯への関与行為を問題とする一方で、因果関係判断の段階では、当該正犯への関与行為と結果との関係を問題にすることになり、幫助行為性・因果関係判断段階とで、着目する正犯に齟齬が生じることになる。想定され得る多数の正犯への提供行為の

危険性ゆえに幫助行為性を肯定する場合には、少なくとも、このような問題が生じるところであり、今後の議論の対象となり得ると思われる。

## 2 私見

以上の考察を踏まえた上で、利用状況が考慮されるべき理由と、どのように利用状況が考慮されるべきかについて、検討する。便宜上、利用状況が判明している場合と、判明していない場合に分けて論じる。

### (1) 利用状況が判明している場合

第一章で述べたとおり、犯罪実行を決意した、あるいは、決意しようとしている者に対し、犯罪実行に必要な評価できる物・情報を提供する場合、幫助行為性が認められると考える。つまり、関与時に犯罪実行を行う蓋然性が高いと評価できる者に対し、犯罪実行に必要な物や情報を提供する行為は、正犯行為による具体的結果発生蓋然性を高めているといえるため、幫助行為性が肯定されるのである。

被関与者が、「提供時に犯罪実行を行う蓋然性が高いと評価できる者」（以下「正犯の危険性の要件」とする）であるかは、当該正犯自身の心理状態・行動によって判断されなければならないと考える。例えば、当該正犯が、関与時に犯罪実行を決意していた、あるいは、決意しようとする心理状態であった場合、正犯の危険性の要件は満たされる。また、正犯の危険性の要件は、当該正犯自身の行動によっても、認められるべきであるから、当該正犯が、既に繰り返し同種の犯罪実行を行っているような場合<sup>50)</sup>、正犯の危険性の要件の充足が肯定できる。

また、多数人への物の提供事例では、関与者によって提供される物の利用状況も、重要な判断要素となろう。関与者によって提供される物が、広く違法利用されている場合、その物は、犯罪実行に使われる危険性が高い物といえる。そして、そのような、犯罪実行に使われる危険性が高い物入手しようとする者は、犯罪実行を行う蓋然性が高い者と評価することができる。

このように、利用状況は、正犯の危険性の要件判断において考慮されるべきと考える。具体例で確認しよう。

ウィザード事件において、提供時に、ウィザードが広く違法利用されていたという事実が認められるのならば、ウィザードは、犯罪に使用される危険性が高い物であるといえるため、そのような物を買求める者は、犯罪実行を行う蓋然性が高い者と評価できる。それゆえ、そのような者にウィザードを提供する行為には、幫助行為性が認められる。同じく、ウィニー事件においても、ウィニーを提供する行為には、幫助行為性が認められる。本件当時、少なくとも約四割の違法利用状況が存在したことが認められていることから、ウィニーは犯罪に使用される危険性が高い物であると評価でき、ウィニーを入手しようとする者は、犯罪実行を行う蓋然性が高い者といえるからである。

私見のように考えると、当該正犯が関与時に決意していなくとも、提供時の違法利用者の割合によっては、正犯の危険性の要件が認められることとなる。当該正犯が関与時にまだ決意していなかったとしても、幫助犯の成立を認め得るとするのならば、従来の幫助犯の一般的成立要件を狭めようとする学説の問題意識とは逆に、従来よりも処罰範囲を広げようとするものであるとの批判があるかもしれない。しかし、そもそも、既に犯罪を決意している者に関与する場合のみ、幫助犯が成立すると解釈すべきではないだろう。いまだ決意には至っていないが、事前に見て犯罪を実行する蓋然性が高いと評価できる者に、犯罪に役立つ物を提供する行為は、正犯行為による具体的結果発生蓋然性を高める行為といえ、幫助行為性が十分肯定できる。また、もし違法利用者の割合が高く、幫助行為性が認められたとしても、関与者が、その違法利用者の割合の高さを認識していなければ、故意が否定されるのであるから、私見のように解釈しても、幫助犯の成立範囲が不当に拡大する恐れはない。

なお、前述のとおり、一人の者への提供行為との評価と、多数人への提供行為との評価の違いは、着目点の違いから生じているにすぎない。評価に優劣があるわけではなく、いずれの評価も成り立ち得る。それゆえ、(当該正犯以外の違法利用者の存在に着目せずに) 当該正犯の心理状態・行動から、正犯の危険性の要件充足を判断することも可能で

あるし、当該正犯以外の違法利用者の存在に着目して、正犯の危険性の要件充足を判断することも可能であると考えられる。

(2) 利用状況が判明しない場合

以上は、提供時に物の利用状況が明らかであることを前提とした考察であった。しかし、提供時に物の利用状況が判明しない事案も考えられる。例えば、物の利用状況が判明する前に犯罪が実行された場合や、利用状況の調査が困難な場合である。もっとも、物の危険性の高さは、提供物の利用状況が判明しない場合であっても、判断し得る。例えば、同種の物の利用状況が判明している場合には、これを考慮すべきであろう。また、その物の機能からして、広く違法利用されることが関与時に確実に予想できる物であれば、その物の危険性の高さを肯定して良いであろう。したがって、そのような物を入力しようとする者に、物を提供する行為には、幫助行為性が認められる<sup>(53)</sup>。

## 五 おわりに

以上、多数人への物の提供による関与事例を素材として、幫助犯の成立要件について考察した。検討の結果、明らかにしたことは、次のとおりである。

現在、学説は、ウイニー事件最高裁と同じく、幫助行為性判断の際に提供時の利用状況を考慮し、利用状況の考慮の際、違法利用者の割合に着目している。

利用状況を考慮すべき理由は、見解によって様々である。具体的には、問題となっている関与行為が、不特定多数への提供行為であることから説明するもの、物の危険性の評価のために考慮すべきとするもの、正犯に関する要件判断のために考慮すべきとするもの、行為の危険性と有用性の衡量のために考慮すべきとするものがある。



学説を検討した結果、利用状況は、帮助行為性判断の際に必要と解される「正犯の危険性の要件」判断のために、考慮すべきことが分かった。正犯の危険性の要件は、被関与者が、提供時に犯罪実行を行う蓋然性が高い者と評価できる場合に肯定される。また、正犯の危険性の要件は、当該正犯自身の心理状態・行動に基づいて、判断されなければならぬ。

多数人への物の提供による関与事例の場合、(当該正犯以外の違法な利用者の存在に着目せず)当該正犯の心理状態・行動によって、正犯の危険性の要件充足を判断しても良いし、当該正犯以外の違法利用者の存在に着目して、正犯の危険性の要件充足を判断しても良い。当該正犯以外の違法利用者の存在に着目する場合、利用状況は正犯の危険性の要件の判断において、以下のように考慮される。

提供しようとする物が、広く違法利用されている場合、その物は犯罪実行に使われる危険性が高い物といえ、そのような物を入力しようとする者は、犯罪実行を行う蓋然性が高い者である。そのような物を入力しようとする者は、犯罪実行を行う蓋然性が高い者であると評価できない。したがって、正犯の危険性の要件の充足が否定される。

本稿では、多数人への物の提供による関与事例を素材に、帮助行為性判断の際に必要なとされる正犯の危険性の要件の具体化を試みた。検討の過程で、従来からの帮助犯の議論・成立要件に対し、以下の二点のことを指摘した。

一点目として、当該正犯以外の違法利用者への着目の必要性を指摘した。従来からの帮助犯の議論においては、多数人への提供事例と評価できる事例であっても、同じ関与行為が多数人に対して行われているということに着目することなく、当該正犯への提供行為のみに着目して、帮助犯の成否が判断されていた。しかし、そのような方法では、帮助犯の成否を適切に判断することができない事例もある。当該正犯以外の違法利用者の存在にも着目して、帮助犯

の成否を判断すべきである。利用状況を考慮すべきことを主張する多くの見解は、当該正犯以外の違法利用者への着目の必要性を意識したものと見え、支持されるべきであろう。

二点目として、関与時に、正犯に決意が存在することを要求する、従来からの幫助犯の成立要件は、過度な要求をなすものであると指摘した。単純に、従来からの幫助犯の成立要件を厳しく解釈するだけの方法では、幫助犯の処罰範囲を適切に画することはできないだろう。本稿で示した正犯の危険性の要件によれば、多数人への物の提供事例における幫助犯の成否を適切に判断することが、ある程度可能になったように思われる。

多数人への物の提供事例以外の事例においても、本稿で示した正犯の危険性の要件によって幫助犯の成否を適切に判断することができると考えているが、この検証については、他日を期すこととしたい。

〔付記〕 本研究は、平成二四年度「慶應義塾大学博士課程学生研究支援プログラム」の補助を受けての研究成果の一部である。

- (1) 幫助犯の一般的成立要件の再検討を行うことによって、処罰範囲を限定しようとしたものとして、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)一一九頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論(弘文堂・二〇〇五)二〇九頁以下、小野上真也「従犯における客観的成立要件の具体化」早稲田法学会誌六〇巻二号(二〇一〇)一九二頁以下、濱田新「幫助犯の処罰範囲限定理論について——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)二三八頁等。
- (2) 同じ物が同じ態様で多数の者に提供され、被提供者のうちのある者が、その物を使用して犯罪を行ったという事例。例えば、包丁メーカーが包丁を多数の者に販売し、購入者の一人が、その包丁によって殺人を行ったという事例である。
- (3) ウィニー事件は、一審判決以前から多くの注目を集めていた。一審判決前の論考としては、佐久間修「Winnie事件にみる著作権侵害と幫助罪」ビジネス法務四巻九号(二〇〇四)六四頁、石井徹哉「Winnie事件における刑法上の論点」千葉大学法学論集一九巻四号(二〇〇五)一四六頁、鎌田真理雄「Winnieに関する法的諸問題」知財ぷりずむ三巻三〇号(二

- 〇〇五) 三五頁、東雪見「[Winy]を開發し、提供した行為に対する著作権侵害罪の成否について」成蹊法学六二号(二〇〇五)一九〇頁、大友信秀「著作権侵害行為の幫助的行為と刑罰規定(その1)——いわゆるWiny事件を契機として——」知財管理五六卷七号(二〇〇六)九七一頁、同「著作権侵害行為の幫助的行為と刑罰規定(その2)(完)——いわゆるWiny事件を契機として——」知財管理五六卷八号(二〇〇六)一一一九頁、岡那俊「著作権法違反罪」紋谷暢男教授古稀記念「知的財産法と競争法の現代的展開」(発明協会・二〇〇六)一〇四七頁等。
- (4) 判例・学説上、不特定多数に対する幫助犯は成立し得ると考えられている。詳しくは、豊田兼彦「不特定者に対する幫助犯の成否」立命館法学三二七・三二八号(二〇〇九)一九九三頁参照。
- (5) 京都地判平成一八・一二・一三判タ一二二九号一〇五頁。本判決の評釈として、岡村久道「判批」NB L八四八号(二〇〇七)四一頁、岡那俊「判批」JCAジャーナル五四卷二号(二〇〇七)五二頁、豊田兼彦「判批」法学セミナー六二九号(二〇〇七)一二四頁、小倉秀夫「判批」ジュリスト一三三五号(二〇〇七)八八頁、谷直之「判批」受験新報六七六号(二〇〇七)二二頁、園田寿「判批」刑事法ジャーナル八号(二〇〇七)五四頁、清水晴生「判批」白鴎大学法科大学院紀要一号(二〇〇七)二二三頁、小野上真也「判批」法律時報八〇巻一号(二〇〇八)一一四頁、渡邊卓也「判批」法学教室判例セレクト二〇〇七(二〇〇八)二九頁、十河太朗「判批」平成一九年度重要判例解説(二〇〇八)一七三頁、漆畑貴久「判批」税務事例四〇巻五号(二〇〇八)七二頁、小島陽介「判批」立命館大学法学三二〇号(二〇〇九)三〇七頁。
- (6) 大阪高判平成二一・一〇・八公判物未登載(季刊刑事弁護六一号(二〇一〇)一八三頁に登載。本判決の評釈等としては、岡村久道「判批」NB L九一六号(二〇〇九)一頁、壇俊光「Winy事件高裁判決の解説」知財ぶらずむ八巻八八号(二〇一〇)三〇頁、秋田真志「判批」季刊刑事弁護六一号(二〇一〇)一一九頁、穴沢大輔「判批」季刊刑事弁護六一号(二〇一〇)一八二頁、大友信秀「Winy事件が提起した著作権法と新しい時代の関係」法学セミナー六六三号(二〇一〇)八頁、松宮孝明「判批」法学セミナー六六三号(二〇一〇)一三三頁、田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究二六卷(二〇一〇)三五頁、藤本孝之「ファイル共有ソフトの開發提供と著作権侵害罪の幫助犯の成否——Winy事件——」知的財産法政策学研究二六卷(二〇一〇)一六七頁、園田寿「判批」刑事法ジャーナル二二二号(二〇一〇)四〇頁、豊田兼彦「判批」刑事法ジャーナル二二二号(二〇一〇)五一頁、島田聡一郎「判批」刑事法ジャーナル二二二号(二〇一〇)五九頁、林幹人「判批」NB L九三〇号(二〇一〇)二六頁、小野上真也「判批」早稲田法学八五巻四号(二〇一〇)一三七頁、百合草浩治「判批」清和研究論集一六号(二〇一〇)一〇五頁、上野幸彦「判批」日本法學七六巻三三三号(二〇一〇)一〇五頁、

- (一) 一九一頁、永井善之「判批」法学セミナー増刊速報判例解説八卷(二〇一一)一九九頁。
- (7) 最決平成二三・一二・一九判タ一三六六号一〇三頁。本決定の評釈等として、岡邦俊「判批」JCAジャーナル五九卷二号(二〇一二)七八頁、門田成人「判批」法学セミナー六八六号(二〇一二)一二七頁、前田雅英「インターネット犯罪の法益侵害性とその認識」警察学論集六五卷三号(二〇一二)一四〇頁、作花文雄「判批」コピーイト五一卷六一号(二〇一二)五〇頁、後藤有己「判批」Keisatsu koron 六七卷三号(二〇一二)八五頁、加藤俊治「判批」警察学論集六五卷四号(二〇一二)一五五頁、秋田真志「判批」季刊刑事弁護七〇号(二〇一二)九四頁、穴沢大輔「判批」季刊刑事弁護七〇号(二〇一二)九九頁、矢野直邦「判批」Law and Technology 五五号(二〇一二)六九頁、永井善之「判批」新・判例解説Watch 刑法六六号(二〇一二)一頁、島田聡二郎「判批」刑事法ジャーナル三二号(二〇一二)一四二頁、佐久間修「判批」NBL九七九号(二〇一二)三〇頁、高瀬亜富「判批」CIPCジャーナル二〇八卷(二〇一二)二二頁。
- (8) 一審判決に対しては、「現実の利用状況がほとんど適法なものである場合には幫助の成立を否定する余地を必ずしも排除していないと見ることもできるようにも思われる」との指摘がある(小島・前掲注(5)三二五頁)。また、最高裁決定が、「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こと」およびその認識、認容を必要とした点については、「処罰範囲の合理的な限定を図ろうとした」(判タ一三六六号一〇五頁「匿名コメント」)、「開発の萎縮にも一定の歯止めはかかることになり、妥当と思われる結論を導きやすくなる」(穴沢・前掲注(7)一〇〇頁)と指摘されている。
- (9) 岡村・前掲注(5)四四頁。
- (10) 加藤・前掲注(7)一六五頁。ただし、最高裁決定の射程は、インターネット上における価値中立的ソフトの一斉提供事例に限定されているとの評価もある(高瀬・前掲注(7)三一頁)。
- (11) 松生光正「中立的行為による幫助(二)完」姫路法学三一・三二合併号(二〇〇二)二九三、二九四頁、島田・前掲注(1)九二頁等。
- (12) 豊田・前掲注(5)一二四頁、安達光治「客観的帰属論」川端博ほか編『理論刑法学の探究①』(成文堂・二〇〇八)八六頁、島田・前掲注(6)六三頁、林・前掲注(6)二七頁、松原芳博「共犯の諸問題・その1」法学セミナー六七九号(二〇一一)一〇八頁、門田・前掲注(7)二二七頁、前田・前掲注(7)一四六頁、作花・前掲注(7)五四頁、加藤・前掲注(7)一六二頁、永井・前掲注(7)四頁脚注(7)、佐久間・前掲注(7)三五頁、小島陽介「狭義の共犯」法学

セミナー六九〇号(二〇一一)二五頁。

(13) もっとも、どのような場合に利用状況を考慮するかについては、意見の相違がある。この点については、本稿の第三章(二)を参照。

(14) 島田・前掲注(7)一五〇頁。

(15) 永井・前掲注(6)二〇二頁、佐久間・前掲注(7)三五頁。

(16) 前田・前掲注(7)一四六頁。

(17) 秋田・前掲注(6)一二二頁、上野・前掲注(6)一九八頁、高瀬・前掲注(7)三二頁。ウィニー事件二審も、利用状況を考慮することの困難性を指摘し、利用状況を考慮していない。

(18) 上野・前掲注(6)一九七、一九八頁。

(19) 一審が、幫助犯の成立を肯定する際に、以下のように判示していることから明らかである。「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……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」(傍点、筆者)。また、最高裁は、以下のように判示している。「本件当時の客観的利用状況をみると……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定されるものであったといえる……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」(傍点、筆者)。

(20) 判例や通説的理解とは異なるものではあるが、もし仮に、利用状況を行為後の事情として捉えたとしても、上野講師の見解には、なお疑問がある。上野講師は、利用状況が、行為後における行為者によっておよそ左右し得ない一般的な事情であることを理由に挙げて、利用状況の考慮を否定している。しかし、提供された物が、当該正犯によって犯罪実行に使用されたという点も、提供者によって左右し得ない行為後の事情である。それゆえ、幫助犯の成否を判断するにあたって、提供者によって左右し得ない行為後の事情を考慮することを否定するのならば、同時に、当該正犯による犯罪実行を考慮することも、否定することになってしまう。幫助犯の成否を判断するにあたって、提供された物が、当該正犯によって犯罪実行に使用されたことを考慮する以上、「行為後における行為者によって左右し得ない事情」は考慮せざるを得ないことになる。それゆえ、「利用状況が行為者によっておよそ左右し得ない事情であるから、利用状況の考慮は否定されるべきである」と

- の主張は、十分な説得力を持つものではないように思われる。
- (21) 例えば、「Windy」事件では不特定多数を対象とする幫助が問題となることを考えると、現実の利用状況に着目することは適切であると思われる(小島・前掲注(12)二五頁)との指摘がある。
- (22) 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③』(成文堂・二〇一〇)一一、一八頁。
- (23) 豊田・前掲注(22)二二頁。
- (24) 豊田・前掲注(22)三〇頁。
- (25) 豊田・前掲注(22)二二頁。
- (26) 大阪高判昭和六一・一〇・二一。いわゆる「マントル」「ホテル」の経営者から依頼されて、その宣伝用チラシを販売し、新聞紙上に広告を掲載させた広告代理店経営者が、売春周旋目的の誘引罪の幫助犯とされた事例。
- (27) 東京高判平成二・一二・一〇判タ七五二号二四六頁。ホテル経営者の依頼を受け、ピンクチラシを印刷し、引き渡した印刷業者らが、売春の周旋の幫助犯とされた事例。
- (28) 大阪高判平成一二・一二・一四。自動車用品等の製造販売業を営む株式会社の代表取締役が、速度違反自動監視装置による写真撮影を困難にするナンバープレートカバーを製作・販売した行為につき、道路交通法違反の幫助が認められた事例。
- (29) 豊田・前掲注(22)二二頁。なお、ホテル事件・ピンクチラシ事件・ウイザード事件の他に、一対一の取引行為が問題となったと評価されている事例については、豊田・前掲注(22)一八、一九、二二頁参照。
- (30) 豊田・前掲注(22)一九頁。
- (31) 豊田・前掲注(22)一九頁。
- (32) 豊田・前掲注(22)二〇頁。
- (33) 豊田・前掲注(22)三〇頁。
- (34) 学説上、不特定多数への提供行為とは何か、定義されているわけではない。ただ、単に、その提供の相手方が不特定多数人であることだけでは足りず、同じ関与行為が不特定多数に対して行われていることが、「不特定多数への提供行為」との評価の当然の前提となっているように思われる。なお、ウイニー事件と、エフェルマスク事件(大阪地判平成一二・三・三〇)とを比較した園田寿教授の次の文章も、これを前提としているようにも思われる。「FILMASK事件では、正犯者の犯行に対する確定的な認識のもとで、特定の者に対して個別的な援助が行われているという点で、本件とは決定的に事案が異なる」

- る」(園田・前掲注(5) 五九頁)(傍点、筆者)。
- (35) 毎日新聞大阪夕刊一九九九年一月二四日一一頁参照。
- (36) 佐久間・前掲注(7) 三六、三七頁。
- (37) 島田・前掲注(1) 九九頁、同・前掲注(6) 六〇頁脚注(7)、六三頁。なお、正犯の心理に関わる事情が肯定されるには、「正犯者において犯罪を行う兆候があること」、「共犯者による正犯者に犯行を決意させるに足る働きかけがなされること」のいずれかのうち、少なくとも一つが満たされていなければならないとされている。後者は、教唆的関与が念頭におかれたものであるため(島田・前掲注(1) 一二一頁)、本稿では省略した。
- (38) 島田・前掲注(7) 一四八頁。
- (39) 島田・前掲注(7) 一四八頁。
- (40) 島田・前掲注(1) 一〇八頁。
- (41) 島田・前掲注(7) 一四八頁。
- (42) 林・前掲注(6) 三〇頁。
- (43) 林・前掲注(6) 三〇、三一頁。
- (44) 林・前掲注(6) 三一頁。
- (45) 林・前掲注(6) 三一頁。
- (46) 中立的行為による幫助犯に関する学説については濱田・前掲注(1) 二二四頁参照。
- (47) 東・前掲注(3) 一八七頁以下は、中立的行為による幫助犯の議論を契機とした諸説によれば、ウイニー事件において幫助犯の成立を否定するのは困難であると指摘している。
- (48) 豊田・前掲注(4) 二〇〇八頁では、「幫助とは、すでに犯行の決意を固めた者に対する援助行為」と述べられている。
- (49) つまり、豊田教授が中立性を否定する物についても、私見によれば、物の危険性自体は肯定される可能性があるということである。
- (50) 島田・前掲注(1) 一〇八頁参照。
- (51) 逮捕時の新聞報道(毎日新聞大阪夕刊一九九九年一月二四日一一頁)によれば、被告人の逮捕以前から、夜間にオービスで撮影された速度違反車のナンバープレート部分が、光ったり黒くなったりして写らない例が続発していたという。

(52) 濱田・前掲注(1)二五三頁は、「関与行為時に、正犯が犯罪実行を決定していない場合、その関与行為は、幫助行為とはいえない」と述べているが、その主張の趣旨が、幫助行為性を認めるにあたっては、被関与者が犯罪実行を行う蓋然性が高いと評価できる者でなければならない、とするものであるなら、本文の記述とは矛盾するものではないだろう。

(53) このように、提供物の危険性の高さによって正犯の危険性の要件を肯定する場合、曲田統教授の以下の批判はあたらぬと思われる。曲田教授は、正犯の犯罪を行う兆候を要求する見解を批判するにあたり、関与者が正犯の犯罪を行う兆候を認識していない場合には、故意が否定され、結論として不当な事例があると指摘する(曲田統「日常的行為と従犯(二)——主にわが国における議論を素材にして——」法学新報一一二巻一―二号(二〇〇五)四六九頁脚注(47))。しかし、私見によれば、正犯が単に怪しげな外観をしていたにすぎなくとも、犯罪に使用される危険性が高いと評価できる物を入手しようとする行為によって、正犯の危険性の要件充足は肯定でき、また、関与者が、犯罪に使用される危険性が高い物を入手しようとする行為の存在を認識していれば、故意が認められる。それゆえ、不当な結論とはならない。

濱田 新 (はまだ あらた)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会 日本刑法学会

専攻領域 刑法

主要著作 「幫助犯の処罰範囲限定理論について——中立的行為事例を素材とし

て——」『法学政治学論究』第九三号(二〇一二年)