

W i n n y 最高裁決定の検討

～最決平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁～

～『中立的行為による幫助』を中
心に～

担当 國領・高瀬

目次

1. 問題の所在
 1. 1 中立的行為による幫助とは
 1. 2 幫助犯の成立要件
2. 関連判例・裁判例
 2. 1 主観面に着目して幫助犯の成立を肯定したと評し得る事例
 2. 2 客観面からの処罰範囲の限定を試みる裁判例
3. 本決定の検討
 3. 1 本決定の判断枠組み
 3. 2 本決定のあてはめ
 3. 3 判旨①について
 3. 4 判旨②について
4. 本決定後の処罰範囲限定の可能性
 4. 1 「認容」に着目した限定
 4. 2 実質的違法性阻却による限定
5. ディスカッション

1. 問題の所在

1. 1 中立的行為による幫助犯とは

○中立的行為による幫助犯の成否が問題となる具体例

金物屋が客に包丁を売ったところ、客がその包丁を利用して傷害事件を起こした。金物屋は、客による傷害事件について、幫助犯としての責任を負うか？

⇒金物屋による包丁の販売それ自体は、価値中立的。このような行為について、過度な処罰範囲の拡張は慎まれるべき。それでは、どのように処罰範囲の適正化を図るのが妥当か？

○本件に即していうと...

技術者がインターネット上でファイル共有ソフトを開発・公開したところ、このソフトを利用したユーザーが著作権侵害行為を働いた。技術者は、ユーザーによる著作権侵害行為について、幫助犯としての責任を負うか？

⇒ファイル共有ソフトそれ自体は、適法な用途にも、著作権侵害の用途にも使用できる価値中立的な技術。このような価値中立的なソフトの開発・提供行為について、過度な処罰範囲の拡張は慎まれるべき。それでは、どのように処罰範囲の適正化を図るのが妥当か。

本件においては、第一審以来、この点が争点となっていた。

1. 問題の所在

1. 2 幫助犯の成立要件

- ・最二判昭和24年10月1日刑集3巻10号1629頁
「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」ことにより成立する。

- ・学説

- ①幫助行為，②幫助の意思，③正犯の実行行為，④因果関係の4要件を満たす場合に幫助犯の成立を肯定するのが一般的（矢野直邦「判解」L&T55号73頁（2012年）による整理）

中立的行為による幫助が問題となる事案において，これらを形式的にあてはめると，処罰範囲が広がりすぎるのではないか？

2. 関連判例・裁判例

2. 1 主観面に着目して幫助犯の成立を肯定したと評し得る事例

①大審院昭和7年9月26日刑集11巻1367頁

鶏販売業者が、鬪鶏賭博開帳凶利者に対し、鬪鶏賭博に供されることを知りながら軍鶏を販売したという事案において、賭博開帳凶利罪の幫助犯の成立を肯定。

②高松高判昭和45年1月13日判時596号98頁

組合名義の預金を横領するべく、農業共済組合の組合長が形式的要件を具備した預金の払戻請求をしたところ、金融機関において預金の払戻業務に従事する者が、組合長の横領目的を知りながら右払戻請求に応じたという事案において、右払戻業務従事者について業務上横領罪の幫助犯の成立を肯定。

2. 関連判例・裁判例

2. 1 主観面に着目して幫助犯の成立を肯定したと評し得る事例

③東京高判昭和57年12月21日判時1085号150頁

刀剣類のブローカーが、無銘の日本刀を重要美術品に認定された高価な日本刀のように装って顧客から金員を騙取しようとしていた同業者に対し、その事情を十分に知りつつ無銘の日本刀を売渡したという事案において、詐欺罪の幫助犯の成立を肯定。

④大阪高判平成7年7月7日判時1563号147頁

個室付浴場業者への金融機関担当者による融資が売春防止法13条1項所定の資金提供罪に該当するのは、融資金が売春場所を提供するための資金として用いられることについての具体的な認識があった場合であるとしつつ、同罪の成立を肯定した原判決を支持（ただし、同項の「情を知て」との文言の解釈）

2. 関連判例・裁判例

2. 1 主観面に着目して幫助犯の成立を肯定したと評し得る事例

- 若干のコメント

これらの事案においては、いずれも、幫助者・正犯者間において相対で取引が行われており、かつ、幫助者が、正犯者によりなされるであろう犯罪行為を具体的に認識していた。かかる事案において幫助犯の成立を肯定したとしても、幫助者としては、正犯者との取引行為（のみ）を回避すれば自己の刑事責任を免れ得たのであるから、国民の行動の自由を過度に制限することにはならない。これらの事案においては、主観面に着目する処理でも妥当な解決を図ることができそう。

- 本件第一審判決（京都地判平成18年12月13日判タ1299号105頁）

本件第一審判決は、「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」により価値中立的ソフトの開発・提供行為について幫助犯の成否（違法性）を判断すべきと説く。

⇒本件第一審判決は、主観面に着目して中立的行為による幫助犯の成立を肯定する上記各裁判例の発想に連なるものといえそう。

2. 関連判例・裁判例

2. 2 客観面から処罰範囲の限定を図る裁判例

①熊本地判平成6年3月15日判時1514号169頁
地方税法における軽油取引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は、売主の税不納入の意図を推知していたとしても、「犯行に消極的だった者に執拗に働きかけて犯行の決意をさせるなど、通常以上の強い教唆行為をした」ような場合でない限り、同罪の教唆犯又は幫助犯としての責任を負うことはない旨判示。結論として、幫助犯の成立を否定。

②福岡高判昭和47年11月22日判タ289号292頁
不動産二重譲渡の事案について、第2譲受人につき横領の共同正犯としての責任を否定した最三判昭和31年6月26日刑集10巻6号874頁を踏まえつつ、第2譲受人が、執拗且つ積極的に働きかけ、その結果遂に売主をして第2譲受人に不動産の二重譲渡を承諾させたとして、第2譲受人について横領罪の共同正犯の成立を肯定。

2. 関連判例・裁判例

2. 2 客観面から処罰範囲の限定を図る裁判例

- 若干のコメント

これらの事案では、主観面に着目して幫助犯の成立を肯定したものと評し得る先の各裁判例と同様、犯罪の成否が問題となる者と正犯者との間において相対で取引がなされている。そうだとすれば、これらの事案においても、上記アの各裁判例と同様、取引相手の犯罪意図を認識していたのであれば幫助犯（ないし共同正犯）の成立を肯定しても良さそう。

しかしながら他方で、これらの事案において正犯者との間で通常取引を行ったに過ぎない者を処罰すると、本来自由になされるべき経済取引が過度に抑止されてしまうおそれがある。上記判例・裁判例は、この点を慮って客観面からの処罰範囲の限定を図ったものといえそう。

- 本件原判決（大阪高判平成21年10月8日平成19年（う）第461号）

本件原判決は、価値中立ソフトの提供につき著作権法違反罪の幫助犯が成立するのは、「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」場合であると判示し、客観面からの処罰範囲の限定を試みている。中立的行為による犯罪の成否について、客観面から処罰範囲の限定を図る上記判例・裁判例との連続性が窺われるところ。

3. 本決定の検討

3. 1 本決定の判断枠組み

価値中立的ソフトの一斉提供行為について幫助犯が成立するには、「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」が必要とする。

これを具体化したのが、幫助行為該当性に関する下記①及び②の判断基準

①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

②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）が行われた場合

3. 本決定の検討

3. 2 本決定のあてはめ

①について

本件が①の類型に該当しないことは明らかとする。

②について

被告人によるWinnnyの開発・提供行為が、客観的にみて、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下での公開・提供行為であったことは否定できないが、被告人の関心の中心が技術的な面にあったと認められることや、被告人が、Winnnyの公開、提供にあたり、常時、利用者に対して著作権侵害のために利用しないよう警告を発していたことなどから、被告人において、例外的とはいえない範囲の者がWinnny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

⇒結論として、幫助犯の成立を否定。

3. 本決定の検討

3. 3 判旨①について

判旨①は、「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」しつつ、当該ソフトの公開・提供を行った場合には幫助行為該当性が肯定されるとする。かかる判示は、幫助者において特定の正犯者及び当該正犯者によりなされようとしている具体的な著作権侵害を認識している場合を指すものと思われ、主観面に着目して幫助犯の成否を判断する従前の判例・裁判例との連続性が窺われる。

⇒もっとも...

本件のようなインターネット上の中立的技術の一斉提供という事案において、判旨①により幫助犯の処罰範囲を適切に限定し得るのかは疑問。インターネット上でソフトを公衆に提供する場、特定の人物との関係でのみ当該ソフトの提供を中止することは困難であると思われるが、そうだとすると、ソフト開発者が特定の正犯者の犯罪意図を認識してしまった場合、幫助犯としての責任を免れるためには、インターネット上における当該ソフトの開発・提供行為一切を中止すべきということにもなりかねないのではないか。この点、本件以前の中立的行為に関する判例・裁判例は、いずれも、幫助者・正犯者間の取引が相対で行われていた事案であり、幫助者としては、当該正犯者との取引（のみ）を回避すれば幫助犯としての責任を回避し得たのとは事情が異なる。

3. 本決定の検討

3. 4 判旨②について

判旨②は、幫助行為該当性を認めるための要件として、「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」の提供行為であることを上掲している。かかる判示は、客観面からの処罰範囲限定を指向するものであると解される。

⇒もつとも...

「例外的とはいえない範囲」の意味するところが必ずしも明確ではなく、如何なる場合に幫助行為該当性が肯定されるのかは定かではないように思われる。この点について、調査官解説においては、社会通念上無視できないような状況となっているかを事案ごとに判断していくこととなるとの説明もなされているが（矢野・前掲76頁）、かかる判断基準を採用する場合、Winnyのようなソフトは一定の割合で侵害用途にも利用されることが常であるから、当該ソフトが広く普及した後は、ほぼ必然的に、「社会通念上無視できないような状況」の存在が肯定されることになりかねないのではないか。

3. 本決定の検討

3. 4 判旨②について

次いで、判旨②は、幫助行為該当性が認められるための要件として、「提供者もそのことを認識・認容」しながら同ソフトの公開・提供を行うことが必要であるとする。

その上で、本決定は、被告人の認識・認容を否定し、幫助犯の成立を否定した。本決定は、主観面から処罰範囲の限定を図ったものと解される。

⇒もっとも...

上記のとおり認識の対象となるべき「例外的とはいえない範囲」の意味するところが明らかではなく、いかなる認識があれば幫助の故意が認められるのかが判然としないように思われる。この点は措くとしても、Winnnyのようなソフトの開発者は、自身の開発にかかるソフトが一定割合で侵害用途にも利用されることを認識しているのが常であると思われ、本件のような事案において主観面からの処罰範囲の限定が機能し得るのか、疑問。本決定の認定も若干無理を犯しているように思われる（純粹な事実認定の問題として、被告人の故意を認定した大谷裁判官の反対意見の方が説得的？）。

4. 本決定を踏まえた処罰範囲限定の可能性

4. 1 「認容」に着目した限定

一般的に、結果の発生を「認識」しつつ敢えて行為に出た場合、当該結果の発生を「認容」していたことになる」とされている。

※判例が故意を認定する際にしばしば用いる「あえて」という表現は、犯罪事実実現の認容を表す趣旨と解されている（前田雅英他編『条解刑法』（弘文堂，第2版，平成21年）124頁－125頁等）。

しかしながら、本件のような事案においては、著作権侵害という結果発生に対する「認識」と、その「認容」との間には相当距離があるように思われる。

⇒本決定は、被告人の故意を否定するに際し、被告人が、利用者に対して、Winnnyを著作権侵害に利用しないよう常時警告を発していたことを繰り返し指摘している。本決定は、被告人が結果の発生を「認容」していなかったことを重視して、「故意」を否定したものと解することもできそう。

（作花文雄「判批」コピーライト611号50頁（2012年），矢野・前掲「判解」77頁等参照）

4. 本決定を踏まえた処罰範囲限定の可能性

4. 2 実質的違法性阻却による限定

民事法における規範的侵害主体論や、幫助者の責任に関する議論・判例等に照らし、本件被告人に民事法上の責任を認めることは困難であったようにも思われる。

⇒刑法の謙抑性という観点から、刑法35条による違法性阻却もあり得る（島田聡一郎「W i n n y 事件2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22号59頁（2010年））。

5. ディスカッション

- 1 本件について、被告人を無罪とすることに賛成ですか。
- 2 本件最高裁決定は、どのような構成により被告人無罪という結論を導いたのでしょうか。
- 3 本件最高裁決定の構成の他、どのような理由により被告人無罪との結論を導き得るのでしょうか。
- 4 本決定を前提に、以下の仮想設例について検討してみてください。
画期的なファイル共有ソフトXについての着想を得たAは、自身のブログで、Xの概要及びこれからその開発にかかることを記載した。すると、そのブログの読者が、実名で、「ファイル共有ソフトXを使って私が愛してやまない売れないアイドル「○△×」の歌を世界に発信したい、そのためにもXの開発頑張ってください。」といったコメントを書き込んだ。この場合、Aがインターネット上のファイル共有ソフトXの開発・公開を行うことは可能か。
- 5 本決定により、被告人がW i n n yの開発・提供行為を継続することが許容されたといえるのでしょうか。
- 6 その他