

## 中立的行為による幫助 (Winny 著作権法違反幫助事件)

### 最高裁平成 23 年 12 月 19 日第三小法廷決定

(刑集 65 卷 9 号 1380 頁, 判タ 1366 号 103 頁)

参照条文: 刑法 62 条 1 項, 著作権法(平成 16 年法 92 号改正前)119 条 1 号・23 条 1 項

#### <事実の概要>

被告人は、ファイルの共有に中央サーバーを必要としない P2P の技術を応用したファイル共有ソフト、Winny を開発・提供していたところ、正犯者が、これを使用して著作権侵害罪(平成 16 年法 92 号改正前著作権法 119 条 1 号)を構成する行為に及んだ。本件は、右正犯者の行為に先立つ被告人による Winny(最新版)のウェブサイト上での公開・提供行為が、同罪の幫助犯(刑法 62 条 1 項)にあたるかが問われた事案である。

第 1 審(京都地裁)は、Winny を適法にも違法にも利用できる「価値中立的なソフト」と認定し、このようなソフトの提供が幫助行為として違法性を有するかどうかは、社会におけるソフトの現実の利用状況やそれに対する行為者の認識、提供時の主観的態様いかによると解すべきであるとした上で、同罪の幫助犯の成立を肯定した。量刑不当を理由に検察官が、訴訟手続の法令違反、事実誤認、法令適用の誤りを理由に被告人が控訴。

原審(大阪高裁)は、第 1 審の基準によれば、悪用可能性の認識・認容さえ存在すれば、幫助犯が成立することになりかねず、右基準は妥当ではないと判断した。そして、正犯の行為を容易にしたと認められるためには、ソフト提供者において、違法行為者出現の可能性を認識することでは足りず、違法使用を主要な用途としてソフトを提供する場合に限り、幫助犯が成立すると解した上で、本件では、そのような違法の奨励がなされたとは認められないから、幫助犯の成立を否定した。検察官上告。

#### <決定要旨>

本決定は、まず、外部的に違法使用を勧めて提供した場合に限定して幫助犯の成立を認めるとした原審の解釈について、ソフトの性質や客観的利用状況を問わず、そのように解する十分な根拠があるとは認められないとして、採用できないと判断した。そして、いかなる用途にソフトを使用するかは個々の利用者の判断に委ねられている点、ソフト開発に過度の萎縮効果を生じさせないという要請がある点を考慮した上で、「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い。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うべきである。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(正犯行為)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」とし、本件が前者に当たらないことは明らか

であるとした上で、後者との関係では、「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」が、利用者に対し、著作権侵害のために利用することがないよう警告を発していたなどの本件事実関係の下では、「被告人において、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ことは困難である」とし、被告人には幫助犯の故意が欠けるから、無罪とした。

反対意見がある。大谷裁判官は、Winny に違法利用の容易性・誘引性があることを、開発者である被告人は当然に認識していたと認められることなどを理由に、幫助犯の故意を認定できるとして、幫助犯の成立を肯定する。

#### <検討>

本件では、行為の外形から刑法的見地において中立的(犯罪的な意味をもたない)であると評価される行為について、幫助犯の成立を肯定することができるかという、いわゆる「中立的行為による幫助」の問題が扱われた。「中立的行為による幫助」については、本件のほか、侵入に使用する目的でドライバーを購入しようとしている人物に、そのことを認識しながらドライバーを販売した道具屋の店員や、犯行場所まで行為者を運搬したタクシー運転手に、幫助犯が成立するかが問われている。

この問題の解決にあたっては、中立的行為による幫助の事例を幫助犯の例外的なものとして、特別な規範を定立することを目指すという方法、共犯の伝統的な一般的成立要件の枠内で、因果性や故意の内容を精査し、具体化することによって解決を図るという方法がある<sup>(i)</sup>。

特別な規範を定立することを目指す前者について、学説は、主観説と客観説に分かれる。そして、主観説について、①意欲ないし確定的故意を必要とするもの、②犯罪促進の意図を必要とするもの、客観説について、①相当性説(社会的相当性説、職業的相当性説)、②利益衡量説、③ヤコブス説(松生説、豊田説)、④義務違反説、⑤シューマン説(曲田説)、⑥メイヤー・アルント説、⑦ロクシン説などに分岐する。一方、幫助犯一般の成立要件の問題として考える後者について、学説は、①危険増加に着目する説、②仮定的代替原因考慮説(島田説)、③行動惹起説(照沼説)、④客観的帰属論(山中説)などに分岐する。これらのほか、構成要件レベルではなく、違法性阻却や刑法 35 条の正当業務行為の法的構成によって考える学説もある(学説の分類は西貝吉晃弁護士による<sup>(ii)</sup>)。

本決定においては、幫助犯に関する従来の判例の枠組みを前提としつつ、行為者の主観面から、処罰範囲の合理的な限定を図ろうとしたものといえよう。しかし、「例外的とはいえない範囲」という曖昧な基準では、幫助の故意の認定に裁判官の恣意が介在するおそれを否定できないし、被告人が違法用途に使用しないように警告を発していたという事情が、故意の認定基準といかなる関係にあるのかが必ずしも明らかではない点などに鑑みれば、本決定は基準としての体をなしていないと言わざるを得ない。また、反対意見の基準は明示されていないが、事実上悪用可能性の認識で故意が認定できるとするのであれば、幫助犯の成立範囲は広きに失することになると思われる。

(i) 豊田兼彦「狭義の共犯の成立要件について—『中立的行為による幫助』および『必要的共犯』の問題を素材として」立命館法学 310 号(2006) 252 頁。

(ii) 西貝吉晃「中立的行為による幫助における現代的課題」東京大学法科大学院ローレビュー 5 卷(2010) 89 頁。