

判例研究

刑事判例研究 1

掲載開始にあたって

松 宮 孝 明

立命館法学編集委員会より了承を得て、今号より、関西刑事判例研究会で報告された判例研究を、「刑事判例研究」として本誌に掲載することとしました。関西刑事判例研究会は、立命館大学をはじめとする関西の大学に所属する刑事法研究者に開かれた判例研究会で、半世紀近くの歴史をもつものです。これまで、その研究成果は、この研究会に参加する研究者の所属大学等で公表されてきましたが、大学院生・助手を中心とする若手研究者のすぐれた研究を掲載する場の確保には、いつも苦慮してきた経緯があります。そのため、すでに多くの院生・助手等の若手研究者が本研究会の恩恵を受けている立命館大学が、このような若手研究者を中心とする判例研究の掲載の場の提供を依頼されましたので、本誌編集委員会にお諮りし、そのご快諾を得ることができました。関係者の方々には、この場を借りてお礼を申し上げます。

今後、本研究会に所属する院生・助手などの若手研究者の判例研究を中心に、本学専任教員の研究も含めて、年に2～3回程度、掲載をしてゆく予定であります。ここから優れた研究が発信され優れた研究者が育ってゆくことを祈念して、連載開始のご挨拶に代えたいと思います。

ファイル交換ソフト Winny の開発・提供を行った者が著作権法違反幫助罪に問われた事例

(京都地判平 18.12.13 判例タイムズ1229号105頁)

刑事判例研究会
小島陽介

【事案】 被告人は、インターネット上でファイル交換を容易に行うことができるソフト Winny（ウィニー）を開発して自身のホームページ上で公開し、バージョンアップを繰り返しながら不特定多数人に同ソフトを提供していた。このソフトをホームページ上からダウンロードしたAとBは、それぞれゲームソフト25本分および映画2本分の情報を、同ソフトを用いて不特定多数のインターネット利用者がダウンロードできる状態にした。AおよびBの行為は著作権法が規定する公衆送信権（著作権23条1項。自動公衆送信の場合は、「送信可能化」も含まれる）を侵害する罪（著作権119条1項）に当たるとされ（正犯）、被告人は同罪の幫助犯として起訴された。

幫助犯の成否に関して被告人側は、著作権法が120条の2を除き、技術の提供による間接的な関与行為に止まる場合を処罰の対象としていないところから見て、同法はそのような態様の関与行為を刑法総則の幫助犯規定により処罰することを予定していないと解釈される。刑法62条による幫助は特定の相手方に対して行うことが必要である。ウィニーの開発・公開は各正犯の行為を客観的に助長したとはいえない、と主張した。

【判旨】 について。「刑法62条1項の幫助犯に関する規定は、刑法以外の法令の罪についても、その法令に特別の規定がある場合を除いて適用

されるのであり(刑法8条),かつ,著作権法には,刑法総則ないし刑法62条1項の適用を除外する旨の規定も存しない。

について。「刑法62条に,弁護人らが主張するような制限が一般的に存するとは解されない。」

について。「被告人が開発,公開した Winny 2 がA及びB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。」

もっとも,ウィニーの「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……〔の〕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」(〔 〕内は引用者挿入)。

「本件では,……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,Winny 2.0……を自己の開設したホームページ上に公開し,不特定多数の者が入手できるようにしたことが認められる。したがって,「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」¹⁾。

【研究】 一 本件は,ファイル交換ソフト「ウィニー」の開発者が,同

ファイル交換ソフト Winny の開発・提供を行った者が著作権法違反幫助罪に問われた事例（小島）

ソフトを利用してファイルの違法なやり取りを行った他者の犯行（公衆送信権等侵害行為）について幫助犯としての責任を問われたものである。

ウィニーは、ピア・ツー・ピア（以下、P2P と表記する）といわれる方式により音楽や映像などのファイルを利用者のパソコン同士で直接交換することのできるソフトの一つであり、ファイル検索のための目次（インデックス）を利用者のパソコンの中に作り、中央サーバーを必要としない（これを「完全分散型」と呼び、インデックスは中央サーバーに置く「ハイブリッド型」と区別される。後者に属するソフトに後述のファイルログがある）、および、ネットワーク上のパソコンを経由するかどうかを使い分けることによりファイルの一次的発信者が誰であるか判別できなくする（匿名性）点に特徴がある。

二 本件では被告人は従犯として起訴されているが、そもそも正犯の可能性がなかったのかについてから検討を始めたい。本件と同様に、サービスの利用者が著作権法違反行為を行った事案において、サービス提供者に正犯の成立を認めた下級審判決も存在するからである。

事案は、カラオケスナックにおいて客が歌唱する行為につき、店の経営者が演奏権（著作権22条）を侵害する罪（著作権119条1項）の正犯に問われたものである²⁾。大阪地裁は、「カラオケを店に設置し、それにより営業活動を行っている飲食店の実態からすると、客は、店と無関係に歌唱しているわけではなくて、店が設置したレーザーディスクカラオケソフトの範囲内で……店の管理の下に歌唱していると認められる。……店は、このようなカラオケ店の雰囲気をお客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図している」ことを指摘し（強調は引用者）、「カラオケ伴奏による客の歌唱も著作権法の規律の観点からは店の経営者による歌唱と同視し得るものであり、従って、当該音楽著作物の著作権者の許諾を得ないまま、店の経営者が、客及び店の従業員等にジャスラックの管理する音楽著作物である楽曲を歌唱させることは、当該音楽著作物についての著作

権の一支分権である演奏権を侵害することになり、その侵害行為の実行行為者は、店の経営者であると考えるのが相当」と判示した。そこでは、サービス提供者の正犯性が、演奏に対する「管理性」と「利益性」に着目して認められている³⁾。

A, Bの送信可能化行為に対する管理性を考えた場合、ウィニーには中央サーバーは存在せず、被告人はソフトを開発して提供しただけで、個々のファイル交換行為に何ら関与しておらず、管理性は消極に解されよう。加えて、ソフトの提供・ファイルの交換等いずれの段階でも被告人は対価を得ておらず、利益性も否定されることになる。上記の枠組みを踏まえると、被告人は幫助犯と評価されよう⁴⁾。

さらに、正犯と幫助犯の区別に関する判例の一般的考え方のもとでも同様の結論に至ると思われる。すなわち、判例は「自己の犯罪か他人の犯罪か」を基準としつつ、犯行の動機や目的、犯行における役割の重要性や利益帰属の有無などを総合的に考慮するといわれている⁵⁾。確かに、ウィニーの開発・提供はA, Bの著作権法違反行為にとって重要な役割を果たしたとは言える。しかし、被告人は著作権侵害行為の実行行為ないしはそれに密接する行為を自ら犯しておらず、実行正犯との意思連絡も希薄であるほか、被告人には経済的利益は帰属していない。動機や目的についても、本判決によれば、被告人には著作権保護のあり方に対する問題提起の意図はあったものの著作権法違反行為を蔓延させる意図はなく、著作権侵害を「自己の犯罪として」積極的に意欲したとはされていない。これらのことからすると、判例の枠組みにおいて正犯とするには足りない事案であったといえよう。

三 (一) 被告人に幫助犯が成立するかどうかを巡っては、まず、著作権法は幫助犯に関する刑法62条1項の適用を予定していないとの主張が被告人側からなされている。この点は学説においても好意的な評価が見られる。すなわち、東准教授は、幫助として処罰される行為の一部を(平成18年改

ファイル交換ソフト Winny の開発・提供を行った者が著作権法違反幫助罪に問われた事例（小島）

正前の）著作権法119条2号や120条の2第1号が取り入れていることを指摘し、「このように幫助的な行為を、それとして処罰するのではなく、その中から一定の行為類型を取り出して刑罰を科すこととしている著作権法の規定の仕方からは、著作権侵害罪幫助〔一般〕の処罰は排除されていると見ることができるのではないだろうか」と主張する⁶⁾（〔 〕内は引用者挿入）

これに対して、本判決は、「著作権法には、刑法総則ないし刑法62条1項の適用を除外する旨の規定も存しない」と判示するに留まっている。この点は、次のように考えることで判決の結論を支持できるように思われる。著作権法は、著作権等の侵害を行った「正犯」につき「10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金、またはその併科」（著作権119条1項）を、自動複製機器を使用させるという「幫助行為者」につき「5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金、またはその併科」（同2項2号）を規定する⁷⁾。このように「幫助行為者」に対する罰則が特に規定されている趣旨は、私的な機器利用行為は著作権法30条1項に当たるため同法119条1項の構成要件に該当せず、共犯従属性により機器提供者も処罰されないこととなるが、これでは、機器提供者という「真に責任を負うべき者を看過することとなり、およそ現実的妥当性を確保し得なく」なる点にあると思われる⁸⁾。著作権法119条2項2号の罪の意味はここに認められ、「幫助犯的」行為を複製機器の提供や技術的回避手段の提供に限ったものと解する根拠にはならない。よって刑法総則の幫助犯規定の適用は排除されないと考えられるのである。

（二）次に、総則上の幫助犯規定の適用があるとして、その要件を充足するかが問われる。本判決は、Winny 2 の提供により A、B の実行行為を物理的に、またその匿名性により精神的にも容易にしたと認定し、故意についても、ウィニーが著作権侵害に広く利用されることを認容していたとして肯定している。

学説では、被告人の行為が客観的に正犯行為を促進する性質を持つこと

については異論は見当たらないものの、日常的な業務活動の成果が犯罪にも利用されうる場合には、主観面で確定的故意を要求すべきとする批判がある⁹⁾。しかしながら、そもそも本判決は被告人に確定的故意を認めていたのではないと思われる。なぜなら、被告人はウィニーが著作権を侵害する形で広く利用されていることを認識しながらそのバージョンアップを繰り返しつつ提供したのであり、「Winny を利用して著作権侵害を行う者が確実にいるであろうと認識しており、正犯による結果惹起を物理的または心理的に促進することの確定的な認識があった」と考えられるからである¹⁰⁾。また、被幫助者は特定した者であることを要するという主張もなされている¹¹⁾。それについては、本判決は「刑法62条に、弁護人らが主張するような制限が一般的に存するとは解されない」と判示するに留まっているが、不要説が判例の立場と推認される。すなわち、大判昭10・2・13刑集14巻83頁は、「間接に正犯を幫助する場合幫助者に於て正犯が何人に依り実行せらるるかを確知するの要なきものと解せざるべからず」(原文はカタカナ)と判示して、被幫助者の幫助者による認識を不要としており、これからすると、幫助行為を行うにあたり正犯が具体的に特定されている必要もないと考えられる。

四 最後に、被告人の開発・公開したウィニーというソフトそれ自体は価値中立的であるところから、そのような技術提供に対する幫助犯の成立に絞りをかける必要がないかが問題として取り上げられる。

(一) 本判決は「無限定な幫助犯の成立範囲の拡大」を妥当でないとして、幫助犯の違法性を判断する基準として、「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」を挙げている。賛成するのは岡村弁護士であり、「対象となる技術製品が価値中立的なものであっても、これを取り巻く当時における客観的な状況と、提供者の主観的態様次第では、提供者に幫助罪が成立する場合があることは否定できない」とする¹²⁾。

これに対し、豊田准教授は、「幫助犯の違法性の有無を検討する際に、行為者の認識や意図といった主観的態様を重視している点には疑問がある」と、本判決に疑問を呈している。行為者の認識は「主観的帰属要件である故意に位置づけられるべきものであり、幫助行為の違法性とは明確に区別されるべきである」とするのである¹³⁾。豊田准教授自身は、本件を中立的行為による幫助¹⁴⁾（以下では、中立的幫助という）の一つのケースと位置付けたうえで、中立的幫助においては、正犯の犯罪計画・正犯行為との特別な適合があつて初めて、許されない危険の創出が認められるとしたうえで¹⁵⁾、ファイル共有ソフトが著作権侵害に広く利用されていたという「客観的状況下において、著作権の侵害に適した、ファイル共有者の匿名性を保護する機能をもつ Winny を提供することは、著作権法違反の正犯行為に適合する特別な行為に当たる」として幫助犯の成立を肯定する¹⁶⁾。

一方で、中立的幫助の問題が幫助犯の一般的成立要件から離れた特別の内容を持つとすることに懐疑的な態度をとる見解も存在する。石井准教授は、「中立的行為による幫助における問題において、ある行為について幫助が否定されるのは、幫助にかかる何らかの要件が否定されることによるのであり、いわば、当該行為の中立性は幫助の成立要件を検討し、それが否定されることによって初めて確定するのである」とする。そのうえで、「従犯が正犯を幫助した者であり、幫助の実質が正犯の結果惹起の強化・促進にあるとするならば、関与者の行為によって正犯者の結果発生蓋然性が高められたといえるときには、幫助を肯定することが可能である」との基準を立て、本件については、「著作権侵害の正犯者にとってみれば、自己の犯行の形跡を隠滅しやすくしているといえ、これを正犯者が特に利用しているとみることができるときには、正犯の犯罪結果を促進していると評価することができる」として、開発・提供行為につき幫助犯が成立するとしている¹⁷⁾。

(二) 中立的幫助を巡る裁判例には、次のようなものがある。

印刷業者がいわゆるホテルの経営者の依頼を受けてピンクチラシをま

とめた宣伝用小冊子を作成したことが売春防止法の周旋罪の幫助に問われた事例において、印刷物の作成は印刷業者としての正当な業務行為として免責されるべきであるとする被告人の主張に対し、東京高判平 2・12・10 判タ752号246頁は、「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いただすとは考えられない」と判示した。一方、Aらが軽油引取税を免れる目的で、複数のダミー会社を経由させたり非課税である洗滌剤の販売を装うなどして、軽油を通常よりも安い価格で被告人に売却し、本来被告人から徴収して納めるべき軽油引取税の納入を怠り、被告人もAらの不納入の意思を認識して取引に応じていたとの事案において、熊本地判平 6・3・15 判時 1514号169頁は次のように判示して、被告人に軽油引取税不納入罪（地方税700条の28第1項）の幫助犯の成立を否定した。すなわち、「被告人の行為は、結局のところ、売買の当事者たる地位を超えるものではないと考えられる。……このような行為はもはや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いうべきである。……〔被告人は〕別段A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Aらから軽油を購入し続けることにしたに過ぎないと考えられる。被告人は、軽油販売の相手方となることによって、Aらの犯行を実現せしめる役割を果たしたわけではあるが、それはあくまで、被告人が自己の利益を追及する目的のもとに取引活動をしたことの結果に過ぎないと見るべきである」（〔 〕内は引用者挿入）、と（一審で確定）。

この2つの判決からは、中立的幫助をそれとして特別に扱うことについて、判例の消極的態度が窺えよう。ピンクチラシ事件では明瞭に排斥されているし、軽油引取税事件でも正犯意思および幫助意思がないとして犯罪の成立が否定されているからである。確かに、熊本地判は、被告人が「売買の当事者たる地位を超えるものではなかった」ことを重視している。し

ファイル交換ソフト Winny の開発・提供を行った者が著作権法違反幫助罪に問われた事例（小島）

かし、それは幫助意思がなかったことを認定するための要素の一つと解しているように見受けられる。

本判決は、価値中立的な技術の提供に対する幫助犯の成立範囲の限定について、当該技術の社会における現実の利用状況、それに対する認識、提供する際の主観的態様、という3つの観点を提示している。このうち、の検討は、かなりの部分故意の認定と重なっている。むしろ本判決は、の検討箇所以外では故意について特段の認定をしておらず、いわばの検討をもって故意の認定に代えている。一方本判決は、客観的観点であるを丁寧な吟味している。結論としては幫助犯の成立を肯定しているが、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思われる¹⁸⁾。

五 本件では、ウィニーの提供により正犯A、Bによるファイル交換行為は容易になったものといってよい。少なくとも、正犯行為の発覚の危険を低減させることにより精神的に正犯行為の遂行を蓋然的にしたと十分に評価できる。さらに被告人には正犯の違法なファイル交換行為について、正犯者の特定は概括的ながらもウィニーの現実の利用状況やそれに対する認識を踏まえると確定的な故意があったといえるので、被告人によるウィニーの開発・提供行為は幫助の一般的な要件を満たすと考えられる。判例には中立的幫助の理論を可罰性を限定するものとして利用することに消極的な傾向も見られるものの、本判決はその採用に向けて一定の示唆を示したものと解釈できる。もっとも、ウィニーが多くは犯罪的行為に使われているという状況のもとでは限定の必要はないと判断して、正犯行為の促進とそれに関する故意の存在をもって幫助犯の成立を認めた本判決の結論は妥当と解される。

1) 本判決の評釈として、岡村久道・NBL848号41頁、小野上真也・法律時報80巻1号114頁、十河太郎・ジュリスト1354号173頁、近藤剛史『最新判例知財法』776頁（青林書店・

2008年)など。なお、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『必要の共犯』の問題を素材として、立命館法学310号260頁も参照。

- 2) 大阪地判平6・4・12判タ879号279頁。一審で確定している。
- 3) 民事では著作権侵害の「主体性」を判断する際のメルクマールとして「管理性」と「利益性」が挙げられている。客によるカラオケ歌唱につき、著作権侵害に関しカラオケ店の主体性を肯定したものととして、最判昭63・3・15民集42巻3号199頁(クラブ・キャッツアイ事件。大阪地裁判決はこの最判を引用している)。ハイブリッド型P2Pファイル交換サービスであるファイルログによる違法なファイル交換につき、サービス提供者の主体性を認めたものととして、東京地決平14・4・9判時1780号71頁などがある。なお、ファイルログはハイブリッド型のファイル交換方式であり、ウィニーと異なりインデックス用の中央サーバーがあることから、「管理性」を肯定しやすい面があることが指摘される。東京地裁決定も中央サーバーの存在の重要性を強調している。
- 4) 東雪見「『Winny』を開発し、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62号112頁も参照。
- 5) 高橋則夫/大塚仁ほか編『新・判例コンメンタール 刑法3』184頁(三省堂,1996年)、亀井源太郎『正犯と共犯を区別すること』61頁以下(弘文堂,2005年)、前田雅英ほか編『条解刑法』202頁(弘文堂,2002年)など。同様の点を指摘しつつ、動機や積極性などの心情的要素が重視されているとするものとして、西田典之『刑法総論』330頁以下(弘文堂,2006年)、鈴木茂嗣『刑法総論〔犯罪論〕』202頁以下(成文堂,2001年)。
- 6) 東・前掲107頁以下。もっとも東准教授は、ファイル交換がウィニーネットワーク上にある他のパソコンを中継して行われ、同パソコンからも当該ファイルがアップロードされているのと全く同じ状態になることを指摘し、そのような仕組みを持つウィニーを利用することでファイルを「自己のパソコンからアップロードしている状態になっていることを認識していなかった者が存在しているならば、匿名性を高めるためにそのような仕組みを構築した Winny 開発・提供者は、情を知らない者に送信可能化権侵害に当たる行為をさせていることになる」として、被告人に間接正犯が成立する可能性を示唆している(東・前掲112頁以下)。
- 7) 本件行為時の著作権法では、前者は119条1号、後者は119条2号に規定され、法定刑は同一であった。
- 8) 作花文雄『著作権法講座 第2版』345頁(社団法人著作権情報センター,2008年)。
- 9) 園田寿「Winny の開発・提供に関する刑法的考察」刑事法ジャーナル8号60頁。
- 10) 東・前掲95頁。
- 11) 園田・前掲60頁以下。
- 12) 岡村・前掲43頁。
- 13) 豊田・前掲262頁以下。
- 14) 中立的幫助とは、「幫助行為それ自体は犯罪行為の外観を持たず、通常は犯罪行為の援助のためではない日常的な取引行為あるいは業務行為として」行われる幫助であるといったように定義される(松生光正「中立的行為による幫助(一)」姫路法学27=28号205頁(1999年))。これについては、豊田・前掲266頁の注3に挙げられた文献を参照。

ファイル交換ソフト Winny の開発・提供を行った者が著作権法違反幫助罪に問われた事例（小島）

- 15) 豊田・前掲258頁。
- 16) 豊田・前掲262頁。
- 17) 石井徹哉「Winny 事件における刑法上の論点」千葉大学法学論集19巻4号141頁以下。
また、佐久間修「Winny 事件にみる著作権侵害と幫助罪」ビジネス法務2004年9月号68頁は、「正犯者の実行を助長・促進した点だけを見るならば、従犯に相当する故意と事実がある限り、幫助として処罰するのは当然である」としており、同旨であると解される。
- 18) 小野上・前掲117頁は、本判決は中立的幫助に関する議論をしておらず、そのような議論を正面から採用することは時期尚早と考えていると推測することも可能であると評価している。