

幫助犯における「線引き」の問題について

——Winny 事件を素材として——

豊 田 兼 彦*

目 次

- I はじめに
- II Winny 事件
- III 「線引き」の理論的根拠
- IV 「例外的とはいえない」の意味と基準の妥当性

I はじめに

1 適法な用途にも犯罪にも利用できる道具を不特定多数の者に一括提供し、被提供者の一部の者がこれを利用して犯罪を行った場合、この道具を提供した者に、当該犯罪の幫助犯が成立するか。この問題は、ファイル共有ソフト Winny の開発者が同ソフトをインターネット上で不特定多数者に対して一括提供した Winny 事件において、現実の問題となった。

この問題の特殊性は、第1に、提供された道具が「適法な用途にも犯罪にも利用できる」ものである点にあり、第2に、提供行為が「不特定多数者に対する一括提供」であるという点にある。そして、これらの特殊性から、以下の2つの問題が生じる。

2 第1の特殊性から生じるのは、「中立的行為による幫助」等と呼ばれている問題である。例えば、金物屋の店員が、住居侵入窃盗を行おうと考えている者に対し、住居侵入に利用されることを知りながらドライバー

* とよた・かねひこ 関西学院大学大学院司法研究科教授

（ねじ回し）を販売したところ、購入者が実際にそのドライバーを使って住居侵入窃盗を行ったという場合に、ドライバーを販売した行為が住居侵入窃盗の幫助に当たるか、という問題である。ここでは、ドライバーの販売という、少なくとも外形上は日常的で犯罪性を持たないように見える行為が、場合によっては幫助犯に当たるのかが問われる。

3 第2の特殊性からは、次のような問題が生じる。従来、「中立的行為による幫助」の事例として念頭に置かれていたのは、特定者を相手方とする、それも取引対象物を犯罪に利用しようとする特定者を相手方とする「1対1」の取引行為であった。この場合には、犯罪に利用しようとする特定者に対する取引行為のみを取り出して、その行為の可罰性を論ずれば足りる。現に、これまで、そのように論じられてきた。例えば、上の例であれば、住居侵入窃盗を行おうと考えている者に対してドライバーを販売する行為について、住居侵入窃盗の幫助の成否を検討すれば足りた。

これに対し、適法な用途にも犯罪にも利用できる道具を不特定多数者に対して一括提供するという「1対不特定多数」の取引行為については、そうはいかない。この場合には、提供された道具を適法な用途に利用しようとする被提供者もいれば、これを犯罪に利用しようとする被提供者もいるからである。すなわち、この場合、適法な用途に利用しようとする被提供者との関係では、幫助犯が成立しないのは明らかである。他方、犯罪に利用する意思の明確な被提供者との関係では、幫助犯が成立し得る。つまり、この場合には、特定の被提供者だけを取り出して、この者との関係において検討するだけでは、提供行為の可罰性を判断できないのである。そこで、この場合には、個々の被提供者における利用状況だけでなく、不特定多数の被提供者における利用状況「全体」をも考慮に入れて、提供行為の可罰性を判断する必要があるように思われるのである。

しかも、この場合には、「どこかに線を引く」という作業も必要になる。例えば、被提供者の全員が適法な用途にのみ利用しようとするつもりで提供を受け、実際に被提供者の全員が適法な用途にのみ利用したと仮定

しよう。この場合、提供行為が幫助に当たらないことは明らかである。これに対し、被提供者の全員が犯罪に利用するつもりで提供を受け、実際に被提供者の全員が犯罪に利用した場合には、幫助犯の成立を否定する者はいないであろう（もちろん、これらの客観的事実についての認識・予見があることが前提である）。そうすると、幫助犯の成立の限界は、この両極端の間に引かれなければならないことになる。

このように、適法な用途にも犯罪にも利用できる道具を不特定多数者に対して一括提供する事例については、不特定多数の被提供者における利用状況「全体」を見て、つまり、そのような意味での「全体的考察」を行って、どこかで線を引かなければならないのである。この「全体的考察」に基づく「線引き」の問題が、第 2 の特殊性からくる問題である¹⁾。

4 以上の 2 つの特殊性とそこから生じる 2 つの問題のうち、本稿では、2 つ目の問題、すなわち、「全体的考察」に基づく「線引き」の問題について検討することにした。1 つ目の「中立的行為による幫助」の問題は、近時盛んに論じられ、議論の蓄積もあるが²⁾、2 つ目の問題は、これまで十分に論じられることのなかった新しい問題であるように思われるからである。検討の素材は、Winny 事件である。

1) このような問題があること自体は、豊田兼彦「Winny 事件と中立的行為」刑事法ジャーナル22号（2010年）57頁で指摘済みである。なお、そもそも不特定多数の正犯に対して幫助犯が成立するかという問題もあるが、これについては、同「不特定者に対する幫助犯の成否」立命館法学327・328号（2010年）569頁において検討し、成立が肯定されるという結論に至った。判例も、肯定説に立っている（後に紹介する Winny 事件最高裁決定参照）。

2) この問題に関する判例・学説の状況を簡潔にまとめた最新の文献として、永井善之「『中立的行為による幫助』について——Winny 事件最高裁決定を中心に——」浅田和茂ほか編『刑事法理論の探求と発見（齊藤豊治先生古稀祝賀論文集）』（成文堂・2012年）129頁がある。

II Winny 事件

1 さっそく Winny 事件の確認から入ろう。本件は、被告人が、ファイル共有ソフトである Winny 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2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23条1項）を侵害する著作権法違反の犯行（当時の同法119条1号、現在の119条1項）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 Winny 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という事案である。

これについて、弁護人は、第1に、著作権法120条の2に関する法改正の経緯等からすると、著作権法は同法120条の2で処罰される場合を除いては、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はしておらず、著作権法は刑法総則の幫助犯による処罰を予定していないものと解すべきである、第2に、刑法62条は、特定の相手方に対して行うことが必要であり、不特定多数の者に対する技術の提供は刑法62条の幫助犯に当たらない、第3に、被告人の行為は各正犯の客観的な助長行為となっておらず、Winny のような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、と主張した。

以上の主張のうち、本稿の課題と関係するのは、3点目の主張である。そこで、この主張に対するものに絞って、裁判所の判断を分析・検討してみよう³⁾。

3) なお、第1、第2の点については、第1審判決、控訴審判決のいずれも、弁護人の主張を斥けている。最高裁も、明示的な判断は示していないものの、同様の立場に立っている。

2 この点について、第1審判決⁴⁾は、Winnyの技術それ自体は価値中立的であり、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は妥当でないとしつつ、結局、そのような技術を外部へ提供する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いかんによると解するべきであるとした。その上で、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がそのような態様で利用されることを認容しながら、本件Winnyを自己の開設したホームページ上に公開して、不特定多数の者が入手できるようにし、これによって各正犯者が各実行行為に及んだことが

ゝると考えられる。

4) 京都地判平成18・12・13判タ1229号105頁、刑集65巻9号1609頁。本判決の評釈等として、岡村久道・NBL848号(2007年)41頁、豊田兼彦・法学セミナー629号(2007年)124頁、谷直之・受験新報676号(2007年)22頁、小野上真也・法律時報80巻1号(2008年)114頁、渡邊卓也・判例セレクト2007(2008年)29頁、十河太朗・平成19年度重要判例解説(2008年)173頁、漆畑貴久・税務事例40巻5号(2008年)72頁、小島陽介・立命館法学320号(2009年)307頁。Winny事件を扱った控訴審判決以前の論考として、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4巻9号(2004年)64頁、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(2005年)21頁、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(2005年)190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)」知財管理56巻7号(2006年)971頁、同「著作権侵害行為の幫助的行為と刑罰規定(その2)(完)」56巻8号(2006年)1119頁、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(2007年)54頁。

認められるから、被告人の行為は、幫助犯を構成すると評価することができるとして、著作権法違反罪の幫助犯の成立を認め、被告人を罰金150万円に処した。

第1審判決は、Winnyの現実の利用状況を考慮しており、「全体的考察」を行ったものといえる。しかし、「線引き」の問題については、あいまいなところが残されていた。この点が、控訴審判決において批判されることになる。

3 控訴審判決⁵⁾は、第1審判決がWinnyの現実の利用状況を考慮した点について、「Winny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」として、このような方法を採用することを否定した。その上で、「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」とし、被告人は、本件Winnyをインター

5) 大阪高判平成21・10・8 刑集65巻9号1635頁。本判決の評釈等として、岡村久道・NBL916号(2009年)1頁、壇俊光・知財ぶらずむ8巻88号(2010年)30頁、秋田真志・季刊刑事弁護61号(2010年)119頁、穴沢大輔・季刊刑事弁護61号(2010年)182頁、松宮孝明・法学セミナー663号(2010年)123頁、小野上真也・早稲田法学85巻4号(2010年)137頁、上野幸彦・日本法学76巻3号(2010年)191頁、永井善之・速報判例解説8号(2011年)199頁。本判決を検討した論考として、豊田・前掲注1)「Winny事件と中立的行為」51頁、藤本孝之「ファイル共有ソフトの開発提供と著作権侵害罪の幫助犯の成否——Winny事件——」知的財産法政策学研究26号(2010年)167頁、園田寿「Winnyの開発・提供に関する刑罰的考察[再論]」刑事法ジャーナル22号(2010年)40頁、島田聡一郎「Winny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(2010年)59頁、林幹人「Winny事件と幫助罪」NBL930号(2010年)26頁(同『判例刑法』〔2011年〕169頁所収)、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 Vol.5 (2010年)87頁。

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、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、また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 Winny 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判示し、第 1 審判決を破棄し、被告人に無罪を言い渡した。

控訴審判決は、「全体的考察」を行わずに、「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」という特別の限定基準を定立し、そこから無罪の結論を導いている。本判決の判断基準は、第 1 審判決と比べ、明確である。しかし、このような特別の限定基準を立てることについては、学説から疑問が示され⁶⁾、後に述べるように、最高裁も、これを明確に否定している。何より、最も問題であると思われるのは、第 1 審判決が行った「全体的考察」を排斥した点である。冒頭に述べたように、事柄の性質上、「全体的考察」は、問題解決に不可欠であると思われるからである。

4 以上に対し、最高裁平成23年12月19日決定⁷⁾は、不特定多数の正犯に対しても幫助犯が成立し得ることを前提に、正当にも、「全体的考察」

6) 例えば、島田・前掲注 5) 64頁以下、豊田・前掲注 1) 「Winny 事件と中立的行為」57頁以下。

7) 刑集65巻9号1380頁。本決定の評釈等として、門田成人・法学セミナー686号(2012年)127頁、加藤俊治・警察学論集65巻4号(2012年)155頁、後藤有己・警察公論67巻3号(2012年)85頁、矢野直邦・Law & Technology(2012年)55号69頁、島田聡一郎・刑事法ジャーナル32号(2012年)142頁、永井善之・新・判例解説 Watch・vol.11(2012年)151頁、穴沢大輔・季刊刑事弁護70号(2012年)99頁、小島陽介・判例セレクト2012 [I] (法学教室389号別冊付録)(2013年)32頁。本決定を扱った論考として、永井・前掲注 2) 129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65巻3号(2012年)140頁、佐久間修「Winny 事件における共犯論と著作権侵害——最三決平成23・12・19裁時1546号9頁」NBL979号(2012年)30頁、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)」千葉大学法学論集27巻2号(2012年)246頁。

による「線引き」の問題に正面から取り組んだ。すなわち、最高裁は、控訴審判決が示した限定基準について、「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て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62条の解釈を誤ったものであるといわざるを得ない」として、これを否定した上で、新たに開発されるソフトの提供であるという点を踏まえ、次のように述べた。「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、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や、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」（①②は筆者）。そして、被告人による本件行為は、①の場合に当たらないことは明らかであるが、「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」ので、客観的には②の場合に当たるとしつつ、「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」ので、被告人は著作権法違反罪の幫助犯の故意を欠くとして、結論的には、幫助犯の成立を否定した。

ここでは、本決定が故意を否定した点については立ち入らない。注目したいのは、②の基準である。これは、不特定多数者に対するソフトの一括

提供という本件の特殊性を踏まえ、「全体的考察」に基づく「線引き」、すなわち、侵害利用する蓋然性の高い者の範囲が「例外的とはいえない範囲」か否かという「線引き」を行ったものであると考えられる。

このように「全体的考察」に基づいて「線引き」を行うという解決方法は、本件の特殊性に即しており、正当なものであるとあってよいように思われる。そして、このような解決方法は、新たに開発されるソフトを提供する場合に限定される理由はない。それは、広く、適法な用途にも犯罪にも利用できる道具を不特定多数の者に一括提供する場合について有用であると考えられる。

Ⅲ 「線引き」の理論的根拠

1 問題は、「例外的とはいえない範囲」という線の引き方・表現方法は妥当か、「例外的とはいえない」とはどのような意味に解されるべきか、そして、「全体的考察」に基づく「線引き」によって幫助犯の成立範囲を限定することの「理論的」根拠は何か、である。

このうち、前二者は、最後の問題をどのように考えるかにかかっていると思われる。そこで、まず、最後の「線引き」の理論的根拠から検討することしよう。

2 幫助犯についての一般的な理解によれば、幫助犯の成立要件としての正犯結果は、個々の正犯者が惹起した個別の結果であり、幫助行為に必要とされる危険性・因果性も、個々の正犯結果に対する危険性・因果性である。このような理解を前提とすれば、提供された道具を犯罪に利用しようとする者が利用者全体の中で少数であったとしても、その者が犯罪に利用する蓋然性が高いのであれば、その者が惹起しようとする正犯結果に対する危険性・因果性は、犯罪に利用しようとする者が他に多数存在しようが存在しなかりょうが変わらないはずであり、この正犯結果について幫助犯が成立してよいことになるはずである。つまり、個々の正犯結果との関係

では、ソフト提供行為の危険性の高さ、因果性の強弱は、犯罪に利用しようとする者の多寡や割合それ自体によっては左右されないはずである。そうだとすれば、犯罪に利用しようとする者の存在が「例外的」か「例外的とはいえない」かによって、幫助犯の成否が左右されることもないはずである。

それにもかかわらず、Winny 事件最高裁決定がいうように、犯罪利用の蓋然性の高い者が「例外的とはいえない」場合に限りて幫助犯が成立するというのであれば、それはなぜか。

3 この問題を考えるに当たり参考になるのが、Winny 事件最高裁決定に付された大谷裁判官の反対意見である（これは、幫助犯の故意の認定および幫助犯の成否についての結論が多数意見と異なるため反対意見となっているが、幫助犯の成否の判断枠組みについての考え方は、多数意見とほぼ共通である）。そこでは、次のような見解が示された。すなわち「利用者の適法利用ではない侵害的利用についての具体的でより高度の蓋然性がある場合に、提供行為自体が現実的な法益侵害の危険性を持ち、その違法性、可罰性が肯定される」。そして、「利用者の侵害的利用の蓋然性は、個々の利用者の利用における侵害的利用の可能性と、このソフトが不特定多数者に提供されていることとの関連で、侵害的に利用する者の生ずる可能性との両面からの検討を要する。前者については、提供されるソフトや提供行為の性質、内容が、公衆送信権という著作権の侵害に容易に利用され得るものか、侵害を誘発するようなものか、侵害的利用を抑制する手立ての有無などが主な考慮要素となろう。また、後者については、この侵害的利用の可能性のあるソフトがより多くの侵害的利用の目的を持つ者に供されれば、それだけ（量的にも確率的にも）現実的な法益侵害の危険性は高まることになり、この点ではソフト提供の態様、対象者の範囲等が考慮要素となろう」。

ここでは、あくまで犯罪に利用しようとする者における法益侵害、つまり正犯結果に注目した説明がなされている。しかし、個々の利用者の犯罪

利用における法益侵害（個々の正犯結果）のみをとらえ、これとの関係だけで、道具提供行為の危険性を考えるのではなくて、不特定多数の利用行為「全体」を見た上で、この「全体」における犯罪利用の多寡・割合との関係で、犯罪に利用しようとする者における法益侵害の蓋然性、ひいては道具提供行為の法益侵害の危険性を把握するという方法が採られている。なるほど、このように不特定多数の被提供者の利用行為の「全体」を見る「全体的考察」によれば、犯罪に利用しようとする者の多寡・割合によって、道具提供行為の危険性の高さは変わるといえる。提供された道具を犯罪に利用しようとする者が多ければ多いほど、道具提供行為が被提供者による犯罪利用と結びつく確率は高くなるからである。道具提供行為の危険性判断を「全体的考察」に基づいて行うならば、犯罪に利用しようとする者の多寡・割合によって、道具提供行為の有する正犯結果惹起の「危険性」の高さが変わるとして、幫助犯の成立範囲を限定することは可能である。

同様の考察方法は、最高裁調査官の解説⁸⁾からもうかがえる。同解説は、最高裁決定の基準について、「ソフトの提供行為が正犯行為を通じて最終的な正犯結果を惹起する危険性の高さ、平たくいえば、当該ソフトが、それを利用して著作権侵害を行おうとする者の手に渡って、実際に侵害行為に利用される可能性・蓋然性がどの程度あるのか」という点に着目して、……侵害利用の高度の蓋然性がある場合には、幫助行為と評価してよいとする考え方を採用しているように思われる」と述べた上で、「例外的とはいえない範囲」のとらえ方について、「本決定が、上記のように幫助行為を実質的に解し、著作権侵害に利用される高度の蓋然性がある場合に限定して幫助行為にあたることをその主旨とするととらえれば、『被提供者のうち例外的とはいえない範囲の者が著作権侵害に利用する』という部分は、不特定多数者に一括提供されるというソフトの提供行為の

8) 矢野・前掲注7) 69頁。

特性に即して、著作権侵害に利用される高度の蓋然性があるといえる場合を、客観的な利用状況（侵害利用者の人数、割合など）に引き直して表現したものと解され⁹⁾。ここでも、犯罪利用の蓋然性の高い者の範囲が「例外的とはいえない範囲」であるか否かによって、道具提供行為の危険性の高さが変わるという理解が前提とされている。同解説においても、道具提供行為の危険性は、「全体的考察」に基づいて把握された正犯結果惹起の可能性・蓋然性として理解されており、このように理解された道具提供行為の危険性の高低によって、幫助犯の成立範囲を画するという方法が採られているといつてよいであろう。

以上のように、「全体的考察」を前提とすれば、道具提供行為が有する正犯結果惹起の危険性の高低ないしは因果性の強弱によって「線引き」を根拠づけることは可能である。

4 問題は、このような「全体的考察」が許されるのはなぜかである。前述のとおり、理論的には、「全体的考察」を行わずに、道具を犯罪に利用しようとする特定の被提供者に注目し、この者が犯罪利用を行う蓋然性が高い場合には、道具提供行為の危険性も高いと見て、この犯罪利用との関係で、幫助犯の成立を肯定することは可能である。むしろ、幫助犯について一般的な理解を前提にすれば、このように考えることにも十分な理由があるように思われる。そうであるにもかかわらず、このように考えずに、犯罪利用の蓋然性の高い者の多寡・割合に注目して、つまり「全体的考察」に基づいて幫助犯の成立範囲を限定するというのであれば、この場合に「全体的考察」が許される理由を理論的に説明できなければならない。

5 ここで、著作権法の分野における間接侵害についての議論に注目してみたい。間接侵害とは、著作権を直接的に侵害するのではなく、直接侵害者を介して間接的に侵害する場合をいい、教唆・幫助がこれに当たる。間接侵害には、①侵害物品の譲渡、所持、貸与、輸入等のように、侵害を

9) 矢野・前掲注7) 76頁。

拡大させる行為、②侵害の施設・場所や機器等の提供のように、侵害を助長する行為、③プロバイダーのように、侵害物を拡散する行為に大別できる¹⁰⁾。著作権侵害にも利用できるソフトを提供する行為は、②に当たる。間接侵害については、著作権法112条1項に定める差止請求の可否が議論されている。同規定は、「侵害する者またはそのおそれのある者」に対して差止請求ができるとしている。しかし、ここにいう「侵害する者」とは誰を指すのかという人的範囲については、明確な規定がない。そのため、間接侵害者がこれに含まれるかという形で、間接侵害者に対する差止請求の可否が論じられている。

では、そもそも間接侵害者に対して差止請求がなされるのはなぜか。間接侵害の態様は一律ではなく、差止請求の理由にも様々なものがあると考えられるが、不特定多数者に対するソフトの提供行為との関係では、次の説明が参考になる。「たとえばある事業者が、個々のユーザーに対して複製行為を容易ならしめるシステムを提供し、それによって対価を受けているとしよう。これに対して著作権者は、個々のユーザーの行為に対して権利行使することもできるが、侵害者の数が多くなると訴訟コストに見合わないことがある。その場合、著作権者としては、システム提供者に対して権利を行使し、違法行為を一網打尽にしたいと考えるかもしれない¹¹⁾。これは、個々のユーザーを個別的に把握するのではなく、ユーザーを「全体」として把握した上で、間接侵害者たるシステム提供者を著作権侵害の「危険の中心」ととらえ、この「危険の中心」を押さえることにより、効率的に著作権侵害を阻止しようとする考え方であるように思われる。ここにいう「危険」とは、多数のユーザーによる侵害利用の可能性・蓋然性を「全体」として把握した場合の危険性、つまり「全体的考察」に基づいて把握された危険性である。このような危険の中心にあるのが間接侵害者で

10) 中山信弘『著作権法』（有斐閣・2007年）475頁。

11) 吉田広志「間接侵害（6）」中山信弘ほか編『著作権判例百選 [第4版]』（有斐閣・2009年）201頁。

あり、ここを押さえたい。これが間接侵害者に対する差止請求の理由（の少なくとも1つ）であると考えられる。

同様の考え方は、インターネットを利用した間接侵害についての次のような説明からもうかがえる。「インターネット環境下では、多数の者が匿名により、しかも、私的生活領域で侵害行為を行うという現実があるため、侵害行為を直接行う個人にはなく、当該侵害行為を引き起こす環境・機会を提供した者（以下、『間接侵害者』）に対して差止め等の請求が認められるかということが重要な論点となる」¹²⁾。この説明からも、間接侵害者が著作権侵害の「危険の中心」となっているがゆえに、これに対する差止請求の可否が問題となることが理解できよう。

以上をまとめると、著作権法上、多数人による直接侵害を助長する行為が間接侵害として問題となるのは、それが著作権侵害の「危険の中心」となっているからである、ということができるであろう。つまり、間接侵害が著作権侵害の「危険の中心」であることが、差止請求が問題となる、あるいは差止請求が認められる根拠となり得る、ということである。

6 幫助犯としての可罰性の限定も、以上と同様の観点、つまり「全体的考察」に基づく「危険の中心」という観点から理解することができるように思われる。すなわち、最高裁の「例外的とはいえない範囲」という表現を借りれば、犯罪利用の蓋然性の高い者の範囲が「例外的とはいえない」場合に幫助犯が成立するのは、このような場合には、道具提供行為が法益侵害の「危険の中心」となっているからである。これに対し、犯罪利用の蓋然性の高い者の範囲が「例外的」な場合に幫助犯が成立しないのは、この場合の道具提供行為は法益侵害の「危険の中心」であるとはいえないからである。このように考えるのである。

もちろん、著作権法上の差止請求の根拠がそのまま道具提供行為の可罰性の限定根拠となるわけではない。刑法上、「全体的考察」が許され、こ

12) 泉克幸「公衆送信権と電子掲示板」中山信弘ほか編『著作権判例百選〔第4版〕』（有斐閣・2009年）95頁。

れによって道具提供行為が「危険の中心」と判断される場合に限り、その可罰性が肯定される根拠は、現行刑法に求めることができる。必要的共犯のうちの「他者侵害的な片面的対向犯」の存在である。

例えば、わいせつ物頒布罪においては、個々の頒布行為・受領行為を見れば、いずれも同じく同罪の法益を侵害する行為である。それにもかかわらず、刑法は、頒布行為のみを処罰している。これは、「全体的考察」によれば、頒布行為が、不特定多数の者を相手方として繰り返し行われる（ことを予定した）行為であるという点で、法益侵害の「危険の中心」であると評価できることに注目し、このような「危険の中心」にある頒布行為に限定して、これを可罰的と評価したものと理解することができる¹³⁾。このような現行刑法に根拠のある可罰性の限定を、幫助犯に援用するのである。

もとより、わいせつ物の頒布は、一括提供に限られないから、わいせつ物の頒布と犯罪利用の可能性のある道具の一括提供とでは、行為態様が完全に一致するわけではない。しかし、一括提供とは限らないわいせつ物の頒布ですら「危険の中心」であるといえるのであれば、一括提供の場合もなおさら「危険の中心」であるといえるであろう。

わいせつ物の頒布が直接的な法益侵害であるのに対し、犯罪利用の可能性のある道具の提供は間接的な法益侵害であるという点にも違いがある。しかし、間接侵害であっても「危険の中心」であることに変わりはないのであり、法益侵害の間接性は、幫助犯とされることで適切に考慮されると考えればよい。

7 以上をまとめると、幫助犯の成否の「線引き」は、理論的には、道具提供行為が法益侵害の「危険の中心」であるか否によって行われ、その根拠は、「他者侵害的な片面的対向犯」において「危険の中心」となる行為のみが処罰されていることに求めることができる。

13) この点について、詳しくは、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（成文堂・2009年）106頁以下参照。

IV 「例外的とはいえない」の意味と基準の妥当性

1 Winny 事件最高裁決定が示した「例外的とはいえない範囲」という「線引き」については、「一律の割合で線を引くことをイメージするものではなく、要は、提供するソフトの性質（侵害利用の可能性）や、提供態様なども踏まえつつ、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検討していくことを求めているとも解し得る¹⁴⁾」とか、「純粋に割合で表される性質のものではなく、……やや規範的な内容であろう¹⁵⁾」といった説明がなされている。そして、「例外的とはいえない」の意味については、『専ら違法利用者のせいである』という評価が、もはや成り立ち得ない」という意味に理解するものや¹⁶⁾、「例外というほどに少数ということはない」、「ごく僅かではない」、「ある程度の」等の意味と解するものがある¹⁷⁾。

「線引き」が、一律・純粋に割合で表現できるものではないという点は、そのとおりである。しかし、「例外的」とは、文字通り例外的な場合に限って不可罰にするという意味に狭く理解されるべきではない。

犯罪利用の可能性のある道具を不特定多数者に対して一括提供する場合の可罰性の根拠が、不特定多数者による犯罪利用の「危険の中心」となった点にあるとするならば、「例外的とはいえない」範囲の者が道具を犯罪に利用する蓋然性が高いと認められる状況とは、道具提供行為が不特定多数者による犯罪利用・法益侵害の「危険の中心」とであると評価できる状況、換言すれば、道具提供行為を法益侵害の「危険の中心」と評価できるほどに、犯罪利用の蓋然性の高い者が周囲に存在している状況をいうと解

14) 矢野・前掲注7) 76頁。

15) 島田・前掲注7) 151頁。

16) 島田・前掲注7) 151頁。

17) 永井・前掲注2) 144頁。

すべきことになる¹⁸⁾。

このような「例外的」という言葉の緩やかな理解は、少なくとも、Winny 事件の場合のように、適法な用途にも著作権侵害にも利用できるソフトを不特定多数者に一括提供する行為については、実際上も、著作権の保護のあり方という観点からも、望ましいものであるように思われる。Winny 事件最高裁決定が指摘するように、この種の行為については、ソフトの開発行為に対する過度の委縮効果を生じさせない配慮が必要であり、また、被侵害法益である著作権の保護に当たっては、著作物等の「文化的所産の公正な利用に留意」することが求められているからである（著作権法 1 条）。

2 そして、「例外的とはいえない」の意味を以上のように解するならば、「例外的とはいえない範囲」という「線引き」の基準・表現方法は、ありうる表現方法の 1 つとして、支持し得るように思われる。

* 1994年の春から2年間、上田寛先生の「刑法と犯罪学」ゼミに参加させていただいた。せっかくだから教科書の後ろの方に載っている難しそうな共犯にチャレンジしようと思い、承継的共同正犯について報告し、卒業論文のテーマには共謀共同正犯を選んだ。これが、大学院で共犯に取り組むことになったきっかけである。それから、先生には、公私両面でお世話になっている。私にとって、先生は、研究・教育者としての大きな目標であったし、これからもそうであり続けるであろう。長年のご恩に深く感謝して、拙いものではあるが、本稿を先生に捧げたい。

18) Winny 事件最高裁決定は、Winny ネットワーク上の違法利用にかかる著作物の割合が 4 割程度と推測されるとしている。この事実を前提とするならば、本稿の立場からも、Winny 事件の被告人の行為は、幫助行為の客観面に該当することになる。