

平成二七年度法学部研究教育振興会主催 刑事法系講演会

## 刑法判例に登場する事実の形成過程と刑法的処理

司会による企画意図、講師紹介

法学部教授 岡田 行雄

平成二七年二月一四日、熊本大学文法棟A1教室において、熊本大学法学部研究教育振興会の後援を受けて、刑事法系の講演会が開催されました。当日は二〇〇名以上の参加者を得ることができました。

今回のシンポジウムは、刑法に関する判例に登場する事実がどのようにして裁判所によって認定されるのか、そしてその事実により、刑法によって示されている規範がどのようにして当てはめられるのかという点を、第一線で活躍されている弁護士と研究者の先生による、ファイル共有ソフトを開発してインターネット上で提供した者が著作権法違反行為を補助したとして起訴された「*Winn v*」事件を素材にしたお話を通して、学生の皆さんに学んでもらおうという意図で企画されました。

当日のお一人目の講師は、京都弁護士会所属の弁護士で、熊本県八代市ご出身でもある、遠山大輔先生です。先生は八代高校をご卒業された後、京都大学法学部をご卒業され、司法試験に合格し、弁護士登録されてからは、とりわけ刑事弁護の分野で、今日の題材にもなっています、いわゆる「*Winn v*」事件などの弁護を担当されるなど、大変な活躍をなさっておられます。既に、全国でも有数の刑事弁護のエキスパートと言われる方です。

お二人目の講師は、一橋大学教授の本庄武先生です。本庄先生も九州は福岡ご出身でして、一橋大学ご卒業後、研究者の途を歩まれ、量刑研究のエキスパートとして著名な方であられます。最近、「少年に対する刑事処分」という単行著を公刊され

るなど、少年司法の分野でもご活躍をなさっておられます。また、日本刑法学会の理事に選ばれるなど、これから日本の刑事法学を背負って立つ研究者の一人と言うことができます。

それでは、まず、遠山先生に、そして、本庄先生にお話をしていたいただきます。

講演一

## 「事実」の重要性—Winn事件を題材に

京都弁護士会弁護士 遠山大輔

### 一 法曹三者の仕事

#### (1) 裁判官の仕事

今日は、まず、刑事裁判において法曹三者がどんな仕事をしているか、話します。

早速レジュメに従って進めていきます。法曹三者とは、検察官、裁判官、弁護人ですね。この三者が、裁判に向けて、あるいは裁判において何をしているかという話です。A3のレジュメが資料の中にあると思います。

まず裁判官の仕事です。裁判官は、事実が何であるかを決め

てそして条文を解釈し、事実を条文に当てはめて結論を出します。例えば、AさんはBさんの新品の財布を取ったかどうかという事実があるのかないのかを決めて、刑法二三五条にいう窃取とは何かという解釈を考えて、もしAさんがBさんの新品の財布を取ったという事実があれば、それは窃取にあたるので窃盗罪が成立するという結論を出します。

#### (2) 検察官の仕事

裁判官は中立の立場で最後にこうやって結論を出すわけですが、その結論を出すおぜん立てをする人が必要なのです。それが検察官と弁護人ということになります。

検察官は裁判官に窃盗罪が成立するという結論を出してもらうために、証拠を集めます。先ほど例に挙げた窃盗事件では、まず、財布が無くなったとBさんが被害届を出すと、その無くなった財布がどこにあるかについてAさんやBさんから事情を聞くという、取調べをします。そして、検察官はこうして集まった証拠からどんな事実が導けるかなというを考えます。レジュメに書かれているように、Aさんの家からBさんのものと同じ新品の財布が見つかったとしますと、早速、Aさんは怪しいわけですね。しかも、Aさんは取調べで「取りました、すみません」と自白しました。さらに、Bさんは「Aさんにあげたことは無い」と言っています。こういった事情があることからすると、裁判官は窃盗罪が成立するという結論を出してくれるだろう、と検察官は考えるわけです。ですから、検察官は裁判官において自分が集めてきた、窃盗罪を成立させ得る証拠を裁判官に提出して、裁判官に見てもらって、「これこれの証拠がありますからAさんには窃盗罪が成立します」と主張するわけです。

### (3) 弁護人の仕事

では、それと反対側にいる弁護人は何をするのか？ 弁護人も証拠を集めます。いろんな人から事情を聞いたります。そして、集めさせない仕事もします。集めさせないとはどういうことかという、例えば、取調べにおいて黙秘権を行使するように勧めたりすることです。「言い間違いや勘違いや記憶違いで、

はっきりしない説明をするよりは、取調べでは黙っててもいいんですよ」と黙秘権の行使を勧めたりするわけです。

もちろん、Aさん本人からも事情を聞きますし、「Aさんがそんな事をする人なのか」について、Aさんの周りの人からも事情を聞いたりします。あるいはBさんの周りの人に話を聞いたりすることもあります。そうやって情報や証拠を集めた上で検察官が裁判に出そうとしている証拠をチェックします。例えば、Bさんは勘違いしているんじゃないか、あるいは嘘をついていないかなど、色んな可能性を考えるわけです。あるいは、Aさんは自白していると言っているけれども、自白を無理やりに取られたのではないか。こういったことも確認するわけです。弁護人は、このように証拠を集め、そして検察官が集めてきた証拠をチェックして、裁判には適切な証拠だけが提出されるように仕事をするわけです。あるいは、自分でも証拠を提出したりします。

そして、その適切な証拠からすると、こういう事実が導かれるはずですよという主張をするわけです。例えば、「Bさんの財布はどこかに無くなっただけで、Aさんは自分でたまたま同じ財布を買っただけです」という主張もありえます。仮に、これを裏づけるデパートの領収書が出てきたら、Aさんは無罪、というが無実ですよ。そういうことがあるかもしれないわけですから、検察官が集めてきた証拠が、本当に検察官が言っているとおりの意味なのか、検察官が言っていると通りの事実が導

かれるのか、ということをお弁護人は確認するわけです。

#### (4) まとめ

確認しましょう。裁判では、事実が決まらなないと結論が出ません。しかし、事実が決まると大体結論が出ます。法律の解釈で勝負する事件はあまりありません。今日、紹介するWinnyy事件は事実が決まっても、さらにそれが犯罪なのかどうか争いになった事件ですので、そういう二段階の争いもあり得るんですけれど、まずは事実が決まる、ということが大切になります。

そして、事実を決めるのは証拠です。ですから、法曹三者は徹底的に証拠を吟味します。凶器に血がついていたら、その血のDNA型鑑定をしますね。防犯カメラに、犯人のような人が映っていたら、その防犯カメラ映像がどれだけ鮮明なものであるかチェックしますね。あるいは、「犯人を目撃した」と言っている人がいたら、目撃できる視力はあったのか、目撃できる距離だったのか、目撃できる明るさだったのか、あるいは、その人は話すたびにコロコロと違うことを言っていないか。そういったことを考えて、本当に信頼できる血の付いた凶器と、本当に信頼できる防犯カメラ映像と、本当に信頼できる目撃者による裁判を目指すわけです。

実際の事件では、防犯カメラ映像が非常に粗いもので、誰が誰かわからないのに、専門家と名乗る人が「この防犯カメラは

私が見れば犯人の顔が見える」と言うことだってあります。白白についていえば、「すみません。私がやりました」と白白調書があるのに、本当は騙されて脅されて白白調書が作られているということもあります。徹底的に証拠は吟味しないといけません。

## 二 Winnyy事件

### (1) 事案の概要

では、Winnyy事件に移ります。Winnyy事件というのは、ファイル共有ソフトWinnyyを配布して、そのWinnyyというファイル共有ソフトのユーザー、すなわち正犯が著作権法違反をするのを助けた、つまり、手伝ったないし助けたとしてこのソフトを開発して配布したXさんという人が逮捕されて起訴された事件になります。

別の、判決文が載っている資料を見て下さい。最決平成二三年一月九日と左上に書かれているものです。その一番左の列に事案の概要というところがありますね。それによると、本件は被告人、Xさんですね、Xさんがファイル共有ソフトであるWinnyyを開発し、その改良を繰り返しながら、順次ウェブサイトに公開し、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、正犯者二名がこれを利用して著作物であるゲームソフトなどの情報をインターネット利用者に対して

自動公衆送信し得る状態にして、著作権者の有する著作権の公衆送信権を侵害する著作権法違反の行為を行った（この時の正犯の人はゲームソフトをアップロードした人と、外国の映画をアップロードした人がいました）ことから正犯者の各犯行に先立つ被告人による Winny の最新版提供行為が正犯者らの著作権法違反罪の帮助犯にあたるとして起訴されたとの記載があります。

(2) 争点と当事者の主張

当時は、報道でも結構騒がれました。そのころ私は弁護士になつて二年目か三年目で、京都に住んでいまして、Xさんは東京に住んでいたんですけど、京都府警がXさんを逮捕して京都に連れてきました。そこで、当時、若手だった私がXさんに面会に行くということになりました。すぐに弁護士団体制を組みまして、一五人の弁護士で最後まで、最高裁までやりました。そういう事件なんですけれども、大きな争点として、Xさんがソフトを開発した目的は何だったのか、ということが争われました。

検察官は、Xは著作権法違反をまん延させる目的を持っていたのだ、要するに、マッドサイエンティストであるという主張をしました。他方、Xさん、あるいは我々の主張は、効率性の高いファイル共有ソフトが実際に作動するかどうかを検証する目的だったのだというものでした。

実際ファイル共有ソフトというのはたくさん当時世の中にあつたのですけれども、いわゆる重たいファイルを共有しようとする、時間がかかったりするので、なかなか効率がよろしくない。そこで、効率性の高いファイル共有ソフトができないかということから、Xさんはある意味社会的実験を行ったわけであります。そのときに、ある意味ピュアな実験の目的だったのか、それとも、このファイル共有ソフトを作れば映画やゲームをたくさんアップロードする輩が出てきて著作権法違反が横行・蔓延するだろう、そうならば著作権法体系が変わらざるを得ない、そうして著作権保護のあり方を俺が変えてやるんだとXさんが思っていたかどうかということが争点なんです。この目的がどうだったかという話は、犯罪の主観的要素である故意に関わります。故意があつたのかどうかについて、検察官の主張どおり、ただの狂った科学者であるということになると、故意は有る方向に、すなわち故意はあつたと認められやすくなります。逆に、弁護士・被告人が主張するように、これは実験なんだ、検証なんだということになれば、故意は認められないという方向になっていきます。ですので、この目的自体がどうかということが激しく争われました。

(3) 争点に関する証拠と当事者の主張

この争点について、目的がどうだったのかという事実を決めるのは証拠です。検察官が出してきた証拠は、Xが任意捜査段

階で手書きした「申述書」という書面です。今日も配布してありますね。手書きの汚い字で書いてあるものです。申述書の塗りつぶしてあるところには本籍とか名前とか住所とか生年月日が書かれてあるのですが、次のような内容になっています。「私はファイル共有ソフトWindowsを開発し、不特定多数の者にダウンロードを行わせ配布しました。私が開発したWindowsを不特定多数の者が利用して著作権法違反を行うものが出てくることは明確にわかっておりました。またこのWindowsにより著作権法違反がインターネット上にまん延するであろうことは過去のWindowsの例から見ても間違いないと思っていました」と書いてあるのですね。もう、これで勝負が決まった話に見えますよね。そして、この申述書を書いたときにXさんの取調べを担当したKさんという警察官がいます。この目的がどうだったかという点について、検察官はこの申述書とこの時の取調べを担当したKさんを証拠（証人）として出してきたわけですね。そして検察官は、申述書にはWindowsによって著作権法違反をまん延させる目的であったと書いてあると主張するわけです。逆に、じゃあ弁護人はあるいはXさんはどう説明したのかというと、Xさんは法廷で自ら「これは検証目的です。実験目的です」と説明しました。さらに、プラスチックがあるのですけど、それはまた後で述べます。そして、任意捜査段階でも、「検証目的だった。実験目的だった」と説明したのにK警察官は聞いてくれなかったし、申述書は、「開発をやめるといっ

筆を書いてもいいですよ」と言ったときに、K警察官が「じゃあ見本を用意するからその通りに書いてくれ」と言われて、それをそのまま書き写したもので、当然この字は自分で書いているけれど、その内容は私の本心とは違いますと主張しました。なかなか難しいですね。この申述書の日付を見て下さい。ここに平成十五年一月と書いてありますけど、確か一月二七日です。この後、Xさんは平成十六年五月に逮捕されます。この一月二七日は、東京のXさんの家まで京都府警の警察官が行って、「近くの警察署まで来てくれるか」と任意同行を求めまして、そこで、逮捕しない状態で事情を聞いたという日なんです。その日に、Xさんが、本心からこの申述書を自分で進んで書いていたら、どうですかね。それは、ひどい奴やっつて話になりますね。「犯罪行為が世の中にまん延することはわかっていても、それを目的としてやりました」と言ったら最悪な奴ですね。

ところが、Xさんはその後、弁護士にも相談しないまま過して、逮捕されてから我々弁護団がつくことになったんですけれど、逮捕された後、「実際のところどうだったのですか」とXさんに聞いたら、「いやそんなことは言うてない。私は技術者ですから実験をしたかったんです。ただ騒ぎになるかもしれないぐらいの事は思っていたので、警察が来た時に、じゃあ開発はやめてもいいですよ、一筆入れてもいいですよ、と言ったら見本を用意すると言われて、見本の通り書いたんです」との答

えでした。これはなかなか信用できない話かもしれないけれど、直接会ったことがある人だとなく分かるんですね。このXさんという人は、完全なデジタル人間でして、頭の中は「0」か「1」しかないんですね。ですから、写すと決めたら完全に写すんですね。本人も、「どこで改行するかまで正確に写した」と言っていました。

これで、この目的についての証拠と主張が出たわけですから、裁判官としては難しいですね。検察官が言う通りだとすると、このXさんはひどい奴ですね。しかも、実際に逮捕された後で別の言い訳を始めたひどい奴ですね。

他方、弁護人の言うこと、Xさんの言うことも、あなたが嘘じゃないかもしれませんね。なぜかという、皆さんと同じように一般人の人は日本の警察・検察を信用しています。警察にこうしてくれ、ああしてくれ、と言われたら従う人がほとんどです。じゃあ、どうやってどっちの言い分が正しいか決めたいのでしょうか。

#### (4) 何が決め手になったか

もちろん、刑事裁判の場合は、民事裁判と違って、合理的疑いを超えた証明を検察官がしなければいけない訳ですから、検察官が勝つか、弁護人が勝つか、という話ではなく、正確に言うとして検察官のこの主張は合理的疑いを超えて立証されているかという、そういう物差しになります。

まあ、それは置くとして、検察官が主張していることが正しいのか、弁護人が主張していることが正しいのか、どうやって決めたいんでしょう。そのヒントになったのが、この供述書の下に記載がある供述調書です。これは両方とも本物です。この供述調書と、さっき見てもらった手書きの供述書は同じ日に作られています。同じ日に作られていて、K警察官はこういう風に証言したんですね。「Xに任意同行を求めて、本富士警察署まで来てもらった。取調室に入って喋っていたら、自分は著作権法違反をまん延させる目的であったんだが、警察が来たからにはもうやめる。そこで、『お前の思っていることを書いてくれ』と言って白い紙を渡したら、すらすらとまず供述書をXは書いた。そして、『我々の仕事として供述調書というものを作らなければいけないから供述調書を作ってくれ、詳しく話を聞かせてくれ』と言ってこの供述調書を作り始めた。その供述調書を作る時も、Xさんは変な弁解をせずに素直に取調べに応じていた。」

そうすると、同じ日に同じ人が同じ部屋の中で喋ったわけですから、供述書の内容と供述調書の内容は全く同じになるはずなんです。ところが、見てください。供述調書の中には、「Winnyによる著作権法違反がインターネット上にまんえんすることであろうことは」という供述書に出てくる「まんえん」という言葉が出てきません。そして、この供述書というタイトルを皆さん見たことありますか。これは、警察や検察の

人が書面作る時によく使う表題なんです。グリゴリのデジタル人間で、グリゴリの理系人間の人が、さらさらとまず申述書を書いてちょうんですよ。どうです、そのK警察官の話。信用できますか？

Xさんの説明はこうだったんですね。最後まで写したのに「開発をやめてもいい」という言葉が出てこないのはなぜだとK警察官に言ったら「ああゴメンゴメン忘れてた」と言われたと。

ということ申述書の「私の反省の意味を込めて、今後、絶対にWinnyの開発や配布をしないことを誓います」とか「私の責任逃れのための詭弁でした」とかの表現は供述調査には出てきません。こういう疑わしいポイントをK警察官の証人尋問の中で弁護人が明らかにして、「この申述書はXさんの本心が書かれたものではない」という結論になったわけですね。こうして、著作権法違反をまん延させる目的だったということを検察官は立証することができませんでした。

まあハッキリ言うと、これはでっち上げようとしたものが、でっち上げが失敗したものでありますね。刑事裁判ではこういうでっち上げが、試みられることがあります。実際にそののでっち上げが上手くいっていることがあるかもしれない。でも、それって良くないことです。そういうことがなるべく起こらないように、検察官・弁護人・裁判官は証拠を徹底的に吟味して事実を決めようとしています。

### (5) 黙秘権行使の重要性

先ほど、捜査段階で証拠を集めさせないという話をしました。そこで黙秘権を行使することを勧めました。黙秘権って、割と評判が悪いんですね。「後ろめたいことがないやつたら喋ったらええやないか」という理由で。まあそのとおりなんですけどね。ところが、僕は経験上、こういうでっち上げがあることを知っていますから、被疑者は黙秘するべきです。喋ったら、つまり、供述調書を作ることに応じてしまったら、警察に内容を変えられ、ニュアンスを変えられ、あるいは書いて欲しいことを書いてもらえずにその人の説明が捻じ曲げられてしまうことがあります。これは往々にしてあります。捻じ曲げられないためには喋らなければいいんです。僕は自分の依頼者の人に必ず言っています。「真実を明らかにしたかったら黙っててください。下向いて俯いといってください」と。

ところが、これが評判悪いんですね。この前もですね、私が担当した裁判員裁判で、殺人事件で犯人じゃないと争った事件があるんですけども、裁判員の方が、被告人に質問するときにこう言ったんですね。「あなたね、無罪なんでしょ、無罪勝ち取りたいんでしょ、だったら黙秘しますとか言わずに喋ったらどうですか」と言うんですね。なかなか難しいですね。ちなみにこの裁判員裁判の事件は有罪になりました。残念です。

いいですか、このXさんの時も、最初見たこともない弁護士という生き物が次々に日替わりで面会に来て黙秘しなさい、黙



秘しなさいと言いますし、Xさん自身もなんか黙秘権って悪いと思ってるんですよ。だから最初Xさんは弁護士を信じていなかったんです。むしろ警察・検察の方が信用できる。つまり彼らに説明して分かってもらったらいいんじゃないかと思ってるXさんは喋っていたんです。ところが、ある日どんなに説明しても説明したとおりの調書を検察官が書いてくれない。だから「じゃあもう私はもう喋りません」とXさんが言ったら、検察官が立ちあがってですね「お前は責任を取らないのか！」と怒鳴ったそうなんです。その瞬間、彼の「0」が「1」になったんです。黙秘が始まったんですね。あ、弁護士が言うてることの方が正しい。こいつら聞いてくれへん、と思われたんです。

それから、Xさんは一文字も喋っていません。どういう調書が出来上がるかというんですね、問…「あなたはこういう目的でWinnnyを作ったのか。」答…「黙して語らず。」問…「あなたは著作権法違反をまん延させる目的でWinnnyを作ったのではないのか。」答…「黙して語らず。」こういう調書ができるんです。「問に対して、顔の前で手を振って黙して語らず」とかです。くだらないですね。こういう風に証拠がどういった過程で出来上がったかわからない時があります。特に供述調書はそういうものです。ですから、今は取調べを録画しようという話になってきています。つまり、その証拠がどうやって集められてどうやって出来上がってきたのかということも、吟味

する必要があるわけです。

ちよっと、最後はばらばらになりましたが、とにかく事実が大事です。そして、この事実を決めるための証拠を吟味する必要があるります。

将来、私と同じ弁護団に入ってくれるのか、はたまた法廷の反対側で敵となるのか、はたまた法廷の上に座ってますね、私の言うことを判断してくれるのかわかりませんが、皆さんといずれ法廷で会えることを楽しみにしています。ありがとうございます。

# 刑事法を学ぶ意義—Winnny事件最高裁決定を素材に

一橋大学大学院法学研究科教授 本庄 武

## 一 はじめに

後半は、Winnny事件を素材にして、刑事法、特に刑法というものを勉強するということがどういうことなのか、どういう意味があるのかということ、皆さんと一緒に考えてみたいと思います。よろしくお願いします。

最初に、Winnny事件については、既に前の講演でも説明がありましたので、詳しく述べることはしません。Winnnyというソフトを使って、インターネット上にゲームソフトや映画等をアップロードして、不特定多数の人にそれをダウンロードさせることで称賛を受け喜んでいた人がいて、その人達がまず最初に捕まっているわけです。そして、それを助けたということが、今回の被告人のXさんが一緒に捕まった、というのがWinnny事件です。

Winnnyについては、専門的な話になって、私もよく分か

らないところがありますが、最低限のことだけを押さえておきましょう。P2P（ピアツーピア）という技術で、要するに、通常のネットの仕組みだと、サーバーにいちいちアクセスをして、そこから情報を取ってくるということをしなないといけないわけですが、そうすると、どうしてもサーバーに負荷がかかってしまうということで、転送速度が遅くなったりするなどの問題が生じます。そこで、個々のコンピュータ同士が対等な立場でネットワークを構成することで、その問題を解消する画期的な技術がWinnnyだということです。しかも、匿名性がある点でも非常に優れているので、需要が拡大して、悪いことに使う人も多かつたというのが、問題になったきっかけということです。

## 二 前提知識

### (1) 幫助について

それでは、刑法の話なので、最低限の前提知識を確認しようと思います。皆さんは刑法総論の授業を受けているかと思いますが、幫助などの共犯の話はまだ聞かれてないと思います。私は、正直に言うと、授業をしていても幫助のところまで話した経験はなく、今日がはじめてです。

まず、幫助とは何かということですが、刑法六二条に「正犯を幫助した者は従犯とする」としか書いてないわけですね。なんのことも分からないですね。手掛かりになるのはこの「幫助」、まあ、「助ける」という言葉、そして、刑法六三条に従犯だと刑が軽くなるよと書いてあるということくらいしか手掛かりがないということとして、刑法は非常に不親切なわけです。それでは幫助とは何かということについては、常識的に考えると、「助ける」ということですから、犯罪を実行する人、つまり正犯者を手助けする行為が幫助であって、この手助けには、いろいろな仕方があるわけですが、どんな仕方でもいいよねと言われています。物理的な幫助という、道具を提供するということでもいいし、心理的な幫助という、激励したり助言を与えるといったようなものでも幫助ですね、手助けしているよねということ、すごく幅広いのが含まれるのだということ

となるわけです。

そこで、幫助犯成立の要件を確認しておきますと、①まずこの幫助行為があることが必要です。②次に、実際に正犯の人が犯罪に該当する行為、すなわち実行行為をしていないといけません。③そして、その幫助行為と正犯行為との間に因果関係、つながりが必要です。④最後に、故意も必要です。

ここで、若干三点ほど注意点があるので、まず、①幫助行為は正犯行為ではありません。正犯行為というのは、直接法益を侵害したり、法益を危険に晒したりする行為です。ですから、どういうことをすれば正犯にあたるのかというのは、多くの場合なんとなくイメージがつくわけです。ところが、幫助というのは、どういうことをすれば該当するのかが、よく分からないわけですね。手助けの仕方というのは多様なので、定型性が弱くて、いろんなものが幫助にあたり得ます。処罰範囲がすごく広くなりうるのが幫助犯の特色です。次に、③因果関係については、幫助行為は正犯の実行にとって不可欠の行為である必要はないと言われています。これは既に勉強されたと思うのですけれど、因果関係を肯定する前提となっている条件関係、すなわち結果発生にとって実行行為が不可欠であることは幫助にはいらないわけです。幫助がなくてもよかつた、でも幫助があったから、より正犯行為が促進されたのだという関係があれば幫助犯は成立するのだ、と言われています。確かに「助ける」ということですから、不可欠の条件関係がなくてもよい

という解釈はそこから出てくるわけですね。最後に、④故意ですが、これは通常の正犯者の場合の故意と一緒なので、未必の故意でもいいと考えられています。未必の故意というのは、犯罪結果が確実に発生するのだと思っていなくても、発生するかもしれないと思っていれば、故意を認めることはできるのだというものです。

## (2) 法律論の組み立て

ここで、法律論を学ぶ基本に当たる部分の話を、少しします。法律の議論というものが、どういう組み立てになっているのかということ、自覚的に考えてほしいと思っているわけです。

いわゆる法的三段論法といわれる、三つのステップがあるわけです。まず最初に、事実の認定という過程があります。これは先ほど、遠山先生からお話いただいた話で、証拠に基づいて、実際に何が起きたのかということをはっきりさせる過程になります。それから二番目に、規範。規範とは難しい言葉ですけどルールですね。この事件に適用すべきルールをはっきりさせようという段階が二番目に来ます。ルールのおおもとは刑法の条文しかありません。でもこれだけだと、何のことなのか全然分からないので、これをもっと具体化する作業をしなければいけません。これが、皆さんがいつも授業で勉強されている法解釈論ですね。条文の意味を考えるとという作業です。こうして、この事件で適用されるルールをはっきりさせましょう。そして、

ルールがはっきりしたら、三番目として、事実への規範のあてはめを行います。最初に確定させた事実、二番目に決められた、この事件に用いられるルールをあてはめるといって作業をすると、結論が出る。こういうふうにして、法律の議論というのは成り立っているんだということは、すでにご存知だと思うんですけども、改めて確認していただきたいと思っています<sup>2)</sup>。

実は、裁判所の判決や決定といったものについても、こういう形でできているんだということを、改めて確認したいと思つて、Winnery事件に関する最高裁の決定文を印刷していただきました。冒頭に最決平二三・一二・一九と書かれている資料ですが、端の方に、少し注意書きを入れています。判決の構造とこののを意識しながら、裁判所の決定を読むようにしようということ、これからお話ししたいと思います。

決定文を注意深く読むと、さきほど言った、スリーステップというのが、ちゃんとこの決定には再現されているということが分かります。まず最初、1のところでは事案の概要として大雑把に事案がまとめられており、その末尾に「原判決の認定及び記録によれば、以下の事実を認めることができる。」と書かれています。続く(1)以降で、事実認定を今からするんだということがはっきり書いてあるわけです。裁判所は、実は親切にも、今から何をやるのかということを書きちゃんと宣言したうえで文章を書き進めていることが分かります。

そして、事実認定が終わると、2、3でこれまでの裁判経過

が書かれます。続いて4にいくと、「所論は：原判決は、刑法六二条の解釈を誤るものであるなどと主張する。」と述べていて、ここから解釈論を検討していくのだ、ということが分かるのです。第二段階に移ったことが分かります。第二段階の最初では、ではこの事件で適用される一般的なルールは何でしょうかということ、最初に、昔の判例を引用してきて、「従犯」、「幫助」というのはこういうものだと言明しています。さきほど説明したことあんまり変わらない定義ですね。一般的な話を確認する。その後、では原判決（本事件の控訴審）が述べたことはどう評価されるのかを検討して、「刑法六二条の解釈を誤ったものであるといわざるを得ない。」と評価しています。原判決の解釈はおかしいと批判した上で、次に最高裁自身がこの事件に適用されるべきルールをどのように考えたかということとを述べているわけです。(2)のところが解釈論になっています。そして(3)のところ、「これを本件についてみるに」と書いていますね。ここから、第三段階のあてはめの段階に入っているとということが分かります。

判決文を読むときにポイント、あるいはキーになるフレーズというのがあるので、そこを見逃さないようにして、「ここにあった」と確認しながら読んでいくと、判決が構造化されて見えてきます。そういうふうにして判決というものを読むと、少しは分かりやすくなるわけです。法律の文章は、どうしても分かりづらい。特に、判決は極めて分かりづらい文章だと思いま

す。ほけつと読んでみると、なんのことも全然分からないわけですが、だからこそ意識的に構造化して判決を読むことにしよう、ということをお伝えしたいわけです。

### 三 日常的行為による幫助

それでは、続きのお話に移ります。本件で問題になるのは何かということで、学術的には、日常的行為、あるいは中立的行為と言われるものによって、幫助をするという場合が問題とされています。日常的行為とは、日常的に何気なく普通に、ごく普通に、何の問題もなく行われている行為で、中立的行為というのは、提供した物やサービス、これが適法にも違法にも利用されてしまうという意味で中立的な行為という意味です。こういった、特に問題もなく行われていることが、場合によって幫助になってしまうのではないかと、というのがここでの問題です。

よく挙げられる例ですが、金物屋さんで、住居侵入目的でドライバーを買いに来たXさんを見て、「あ、この人は、なんかいかにも怪しそうだな。住居侵入目的で、もしかしてドライバーを買いに来ているのかな」と思いながら、ドライバーを販売したという場合です。先ほどの幫助犯の成立要件に照らして考えてみると、ドライバーを使って住居侵入が行われたのであれば、それは、実際に正犯者の犯罪を手助けすることになっているわけですね。「もしかして住居侵入に使うかもしれない」と

思いながら販売したとすれば、未必の故意が認められるということになってしまいます。そうすると、先ほどの幫助犯の成立要件が①から④までであったのですが、これを全部満たすということになりそうですね。幫助犯が成立してしまうことになりそうです。それでいいのでしょうか。結局、この、「もしかして住居侵入に使うかもしれない」と思ったかどうかで決まるわけです。しかし、そんなところで犯罪かどうかが決まってしまうと、お客さんが怪しい格好をしていれば、念のために売らないでおこうということになってしまいますよね。それでいいのか。金物屋さんが商売をできなくなってしまうじゃないか、ということ、こういう場合は、やはり幫助犯の成立を否定すべきじゃないかというふうに考えられるわけです。

他方で、二番目の例ですが、金物屋さんが、店の前でBさんと喧嘩しているAさんが駆け込んできて包丁を買おうとして、この時にAさんに包丁を売ったという場合です。この場合はどうかというところ、こういうシチュエーションに照らすと、この包丁は、喧嘩に使われる可能性が高そうですね。その時に、それを分かって売ったとなると、やはり、これは包丁を使って喧嘩を手助けしたというので、幫助犯を認めて良さそうではないか、という気がするわけです。似たような例ですけども、この二つの説例の間には違いがあると考えられそうです。

そのことを、学説上はどう説明してきたのかというと、日常的な行為については、先ほどの幫助犯の成立要件の、いずれか

を使ってですね、処罰を限定しようということを考えてきました。しかし、この話を細かくしようとすると、話が長くなりまして、難解になってしまいますので、本日は全部省略します。代表的な考え方だけを紹介すると、ドライバーの方の例では、金物屋さんは幫助行為をしていないのだというふうに説明します。それでは、何故そう言えるのかということですが、刑法では「許された危険」という概念があります。これは、どういうことかというところ、確かに、ドライバーというのは、悪目的に使える物です。従って、それを販売するというのは、一定の法益侵害の危険性を有する行為です。しかし、だからといってドライバーを売ってはいけないようになるかというと、それはおかしな話です。法益侵害の危険は確かにあるけれども、その危険が非常に小さい場合には無視していいんじゃないかというのが、この「許された危険」という概念ですね。日常的に提供されているものは、基本的には適法に利用されるということを想定して売られているわけです。確かに、そういった提供行為に危険はあるかもしれないけれども、その危険が現実化する可能性が僅かである場合には、幫助行為にはあたらないのだという説明をしてきたわけです。

#### 四 裁判の経過

それを踏まえたうえで、Winnyy事件はどのようなのかという

ことですけれども、一審は有罪、罰金一五〇万円の刑でしたが、控訴審は逆転無罪となりました。そして最高裁で上告棄却になって、無罪判決が確定しています。

そこで、とりあえず前提にすべきことは、有罪であった一審の段階から、Winnnyは価値中立的ソフトなのだ認められていたということです。この価値中立的という意味ですが、Winnnyというのは、世の中にすぐ役に立つ技術なのだ、悪用することもできるけれども、役に立つ技術なのだ、裁判所は、一貫して考えているということです。そのうえで、最高裁が言ったことを短くまとめると、「ソフト開発に過度の萎縮効果を生じさせないため、幫助犯になるのは、ソフト入手者のうち例外的といえない範囲の者がその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ことが必要であり、本件ではその状況はあったが、被告人がそのことを認識・認容していたと認めるのは困難である。」ということになります。おそらく、皆さんが教科書でこの事件を勉強するときは、ここに書いてある程度、もしくはこれよりもっと短い文章で、裁判所の言ったことがまとめられていると思いますが、それだけを見てみると、なかなか本当の問題点というのが分かりません。そこで、きちんと内容を理解するために、決定文をもう一度見てみたいと思います。

## 五 Winnny事件と中立的行為論

### (1) 幫助犯限定の論理

問題となるのは、さきほどの事実認定の後に来る法の解釈のところですね。決定文は、4(1)のところ、まず一般ルールを確認しています。それを、(2)のところ、ここから重要ですが、Winnnyは、価値中立的ソフト、中立ソフトと称するように適法な用途にも使えるものであるということ、しかも、この開発途上のソフトを、インターネット上で不特定多数の人に、無償で公開、提供して、利用者の意見を聴取しながら当該ソフトの開発を進める方法は、開発方法として特異なものではなく、合理的なものと受け止められていること、そしてソフト開発には迅速性が要求される<sup>4)</sup>ことを示しています。

これはご存知だと思っても、コンピュータソフトには、開発した時は、どうしてもバグがいっぱいあります。そこで、どういう不具合があるかということ、ユーザーの人に報告してもらって、それを潰しながら完成品に近づけていくのです。いろんな一般的なソフトもそうやって開発されていると思います。この部分が本件事案の特殊性ということになります。この特殊性を踏まえると、幫助の成立要件に関する一般的な規範をそのまま適用するのは、やはり具合が悪いよね、というふうに最高裁は考えているわけです。過度の萎縮効果を生じさせ

ない。ここがポイントですが、結局この開発行為というのはいことなのだから、これを犯罪にして萎縮させてしまうというのはまずいでしよう、と最高裁は述べているわけです。

## (2) 中立的行為による幫助犯類型のあてはめ

そこで、幫助犯に関する一般的な規範を本件に即して変形させて、「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」と最高裁は言っています。これが、本件の特殊性を踏まえた一般的な規範ですね。(1)冒頭で示された一般的なルールを本件に即して具体化した、解釈論になっています。これが、本件に適用されるルールですね。しかも、このルールは、その次に「すなわち」と書いてあって、更に言い換えられて、もっと具体化されています。ここには、類型①と類型②というのがあり、二つの場合が分けられています。

類型①は、「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」公開するという場合だとされています。そして、類型②の方は、「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」公開、提供する場合だと書いてあるわけです。これは分かりにくいのですけれど、後で意味を考えることにして、こういうふうには、最高裁は、解釈論を立てたのだということを確認

認してください。

それで、その後に(3)として、「あてはめ」が続いていきます。まず、類型①のあてはめをして、簡単にあてはまらないよねと最高裁は言っています。そして、「次に」から始まる段落から、類型②については、客観面で見ると、これがあてはまるという結論になっているわけですね。客観面では、例外的とはいえない範囲の人が違法目的で使う蓋然性が高いという状況だったと認定されています。

そこで、今度は主観面はどうかと最高裁は検討しています。ここで言われていることは、しかし被告人は分かっていたいなかったのだということです。被告人に故意があったことをうかがわせる事情が三点挙げられた後に、一つ一つについてよくよく検討すると故意を認める根拠にはならないのだということを長々と論じています。それによって、(4)の直前の段落で、「認識、認容していたとまで認めることは困難である」とされ、最終的に(4)において、結論としては、幫助犯の客観面の要件は満たすけど、主観面で故意がないから、これは幫助犯にならないのだと裁判所が考えていることが分かるわけです。

## (3) 判例の論理の確認

今の部分を踏まえた上で、さらに検討を進めていきたいと思います。この事件で、検察官は、*Windows*は著作権侵害のみを目的とした、社会的有用性を欠くソフトだという筋書きを立



てたわけですから、それは採用されなかったわけです。最高裁は、中立的行為だ、W i n n y 提供には有用性もあるのだ、と判断したということです。

そして、不特定多数に一括して提供することは、ソフト開発にとって合理的な方法であるので、成立範囲には限定が必要なのだということも言っています。これは、つまり、W i n n y が、一般論としての可能性のレベルを超えて、実際に著作権侵害に悪用されている状況であることを知って提供した場合は、処罰すべき行為だったという限定をかけているわけです。それを、さらに具体化した類型①は、現に具体的な侵害が行われようとしているという場合です。言い換えると、特定の正犯者がいて、「私は今から、著作権侵害をしようと思っています。だから、W i n n y を提供して下さい」と頼まれると、包丁が提供された場合、丁度先ほどの包丁事例で、喧嘩している人が、今にも喧嘩に使いそうな勢いであるのに、包丁を販売した場合と似たような場合になる。この場合は、幫助犯になるのです。

しかし、本件はこの場合ではないですよ。類型②の方ですね。これは、ちょっと分かりづらいですけども、この場合をあえて分けているのは、先ほどの類型①は、特定の正犯者がいた場合ですが、不特定多数の正犯者、本件のようにインターネット上に存在している無数の不特定多数の正犯者を念頭に置くと、こういう場合分けが必要になるということです。そこで、「例外的といえない範囲の者が」という部分が分かりづらいのですが、例外的といえない、というのを言い換える場合、「少なくとも」と表現しても同じような感じだと思うのですが、要は、社会通念上、無視できない被害、つまり、少なからぬ利用者がソフトを悪用していて、無視できない被害が生じているのだということですよ。しかも、その「蓋然性が高い」。この蓋然性というのが高い可能性のことなので、少なからぬ者が悪用している可能性が高いと認められる場合に幫助犯になるのだ、と最高裁は考えていることになりました。このように類型②においては、二重に限定がかけられていることに注意してください。

そして、「あてはめ」のところですけども、事後の調査から判明したところによると、当時、W i n n y 上流通しているファイルの四割程度が、著作権侵害のファイルだったと推測される状況にあったとされています。そこで、これはやっぱり例外的とはいえない少なからぬ人が悪用していたと言わざるを得ない、というわけです。にもかかわらず、無償かつ継続的な公開により誰でも自由に使えるようにしていたというのは、客観的に類型②の要件を満たす状況にあったのだと言っています。

では次に、主観面で故意があるかという話になります。検察官は先ほどのお話にもあったように、被告人は違法行為を蔓延させて著作権制度を崩壊させることを企図していたのだ、と主張しましたが、これは採用されませんでした。決定は、この人は、あくまでも、そういうつもりではなかったのだという理由

を三点挙げています。第一に、ネット上には、違法利用に肯定的に、「よっしゃ、これで違法なことができるのだ。著作権侵害ができるのだ」と喜んでる人だけじゃなくて、「いやそんなことをしてはいけないよ」と戒めるようなことを言っている人もいた。そして、被告人自身は、「いや、それは駄目だよ。違法利用はしないでくださいね」という書き込みをめちゃくちゃでし、また自分のウェブサイトに、ファイル共有ソフトの利用拡大で新しいビジネスモデルが生まれることを期待する書き込みもしていた。第二に、インターネットや雑誌等には、確かにこのWindowsを使って安全に著作権侵害ができると書かれていたということですが、これらの情報はそんなに正確ではなくて、あてにならないところがあるという点。最後に、被告人自身も著作物と推定されるファイルを大量にダウンロードしているものの、被告人の関心の中心はあくまで技術的な面にあったという点。こういうことから、例外的といえない範囲の者が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に足りる証拠はないのだ、と最高裁は結論づけている。要するに故意がないのだというふうに言ったわけです。

この辺になってくるとすごく難しい議論になってると思います。しかし、判例を論評するためにはまずこうやって判例の論理を正確に跡付ける作業が必要になるのです。

## 六 最高裁決定の結論(当てはめ)への疑問

それでは判例の論理の論評に進みましょう。最高裁の決定には、多くの論者が疑問を提示しています。なぜ、客観的に見て、少なくとも人が悪用していたということなのに、それを被告人が分かっていなかった、と評価できるのか。違法利用者の数が増えていることを認識していたのであれば、違法利用によって社会通念上無視できない被害が生じているという認識があったのではないか。これが、疑問として生じてくるわけです。

それでは、最高裁決定は、どうして先ほどのようなことを言ったのか。ここは、最高裁の立場になってみて、決定をじっくり読むことによって、答えが見えてくると思います。私は、最高裁は次のようなことを考えたのではないかと思います。まず、被告人が違法利用に警告を発し、ファイル共有ソフトによる新たなビジネスモデル構築を期待する書き込みをしていたことから、どうやら本気でWindowsの違法利用が「例外的とはいえない範囲」の人にまで広がってはいない、と思っていたようだ、と評価しています。これは被告人自身の書き込みが根拠です。そして仮に、被告人に、「少なからぬ人が悪用しているかもしれない」という未必的な認識が肯定されたとしても、その「蓋然性が高い」とまで分かっていたかという点、そうとはいえないだろう、ということ。最高裁がこう考えた理由は、

この事件の舞台がインターネットだったからではないでしょうか。つまり、インターネットというのは、ネット上に書き込みを行っている人はごく少数です。多くの人は、見ているだけですよね。そこで、ネット上の匿名の書き込みから実情を予測するというのは、インターネット上では非常に危険な行為なわけです。ネット世論と世論一般の乖離という現象は、最近選挙の際によく指摘されていますので、お分かりだと思いますが、そういう面があるわけですね。インターネットだからこそ、客観面で、蓋然性が高いことまで要求されたのだと思います。つまり、最高裁は、インターネットの特殊性に配慮して、幫助犯の要件を設定したために、故意が否定されたのだということになりそうです。

このように、最高裁を読み解くことができるとした場合、条件が変わっていたら、故意はあつたと認められた可能性が出てくるということになりそうです。こんなに著作権侵害に使われていますよという実態が、公表されていたりすると、故意が認められていた可能性があるのではないかということです。

## 七 さらになる処罰範囲限定の要否

ここからは、最高裁決定の内在的な理解ではなくて、外在的にどう評価するかという段階に入ります。法律を学ぶ醍醐味は、ここから、外在的にも判決が本当に正しいのかどうかということ

とをきちんと考えるということにあります。大げさに言えば、この作業がより良い世の中を作っていくためにはどうすればよいかを考える作業ということになります。

問題は、認識という主観面は、あつたかなかったかよく分からない、ということにあります。当時被告人が何を思っていたかというのは実際よく分からないので、様々な情況証拠から推測されます。「例外的とはいえない範囲」の人が違法利用している「蓋然性が高い」という、最高裁が要求する認識にまで到達していたかどうかという判断は、紙一重で変わりうるものです。この点は最高裁決定に付された大谷剛彦裁判官の反対意見を読むとよくわかります。大谷裁判官は、多数意見が指摘する三点の事情を踏まえてもお、侵害的利用についての高度の蓋然性の認識は否定されない、と述べているのです。

そうすると、最高裁自身が先ほど重視していた、萎縮効果を生じさせてはならない、これは社会的に有用な技術なのだから、ソフト開発をする人の行為を萎縮させて、開発を停滞させてしまうことは避けなければならないのだと言ったことが、結局達成されなくなってしまうのではないかと疑問が出てきます。そこで、さらに処罰を限定する必要があるかどうかの問題になります。

ここから先は、悩ましい問題です。「いや、やはり、今回被告人がやったような、少なからぬ人が違法利用する蓋然性が高い状況で、道具を提供する行為は、客観的には悪いことなんだ」

という意見も有力です<sup>9)</sup>。その論理は、先ほどのドライバー事例と Winnery 事件は違うんだということです。何が違うかというと、ドライバー事例というのは、ドライバーを買いに来る不特定多数の人の中に、道具を悪用する人が「いるかもしれない」という話です。だけど Winnery 事件の場合は、実際にどれくらいかは分からないけれども、悪用する可能性が高い人が少なからず存在することは「確実である」という状況であったわけです。そういう状況で Winnery を提供するというのは、やはり許されないことなのではないかというわけです。

しかし、私は本当にそうなのかと疑問に思うところがあります。例えば、東京都心には満員電車が あるわけですけど、満員電車では一定の確率で痴漢が発生するわけです。それでは、満員電車で痴漢が発生するっていうのは、確率はともかくですけど、結構確実性が高いと思うんですけど、満員電車を運行する鉄道会社の人は、この痴漢を手助けしていることになってしまわないのでしょうか。あるいは、キャッシュカードというものがあります。これは預金通帳と印鑑を持って窓口に並ばなくても、暗証番号とキャッシュカードがあれば、預金を引き下ろせるという非常に便利な技術ですね。しかし、この便利な技術は、悪用される可能性がありますよ。カードを盗まれて、暗証番号もばれてしまうと、通帳しかない時代に比べて、どんどん預金が下ろされてしまうリスクがあります。ではそういうことを分かっ

ておきながら、キャッシュカードを発行する銀行は、犯人を手伝っていることになるのかという話ですね。最近ですと、マイナンバーカードというのが導入されましたが、あのカードは導入される時点から詐欺に悪用されるおそれがあると指摘され、実際に悪用された事件が発生しています。そういう社会的には、これは便利だ、いいことなんだ、社会にいいことをしているのだと思っ

てされていることのうち、悪用されてしまう可能性がある技術というのは、実は社会に無数に存在しています。その中で、Winnery 事件を特殊なものというふうに考えるのは、おかしいのではないかと思うわけです。そうすると、こういうものが全部駄目だということになるのか。そうなるら、もう社会の発展が阻害され、活動が麻痺してしまうのではないかと危惧されます。

しかも、そのように考えてくると、結局いいことをしようと思っ

てやっているのに、それを悪用しようとする人がいるということとは、悪用された人というのはいわゆる被害者の立場なのではないかというふうにも言えそうです。ということから、先ほどの類型①、つまり具体的に悪用しようと思っ

ている人がいるような場合に準じるような、危険性がかなり高い場合に処罰を限定すべきなのではないか、と私自身は思います<sup>10)</sup>。つまり、利用者の大部分が違法に利用している状況で道具を提供する行為は許され

ない。しかし、それ以外の場合は許された危険である、ということ

です。そう考えないと、世の中を便利にするための技術開発といった活動がどんどん萎縮していつてしまうおそれ

があります。それを防ぎ、社会的有用性の大きなソフト開発を促進するためには、本件のような場合は客観的類型的に不処罰にすることが必要なのではないでしょうか。<sup>11)</sup>

結論が無罪なのであれば、理由はどちらでもいいのじゃないかと思われるかもしれませんが、理論の優劣は、類似事案を含めて妥当な解決を確保できるかどうかにより決まります。故意を否定するというのと、客観的にこれは処罰すべき行為ではないのだから考えるというのは、質的に異なります。客観面で限定をかけた方が安定的な事案の解決が図れるからです。社会的に有用性のある行為については、客観面で限定をかけることで処罰範囲を適正化しなければならないのではないかと、という話です。<sup>12)</sup>

## 八 刑事法を学ぶ意義

最後に、刑事法を学ぶ意義に触れます。Winn y事件は、間違いなくこの被告人の人生を変えたと思います。逮捕されてから、最高裁決定が出るまで七年かかっている。実際には七年以上かかっているんですけども、そうすると、実際無罪になっただけからいってはいないかという話ではありません。その間に、この人は東京大学で教えていたのに、その仕事もやめなければならなくなりました、いろんな不利益が本人に生じているということです。また、社会的にも、ファイル共有ソフト開発の歴史を

変えた可能性が高いと思います。この事件は、京都府警が、著作権制度を破壊する行為だという仮説に基づいて意気込んで取り締まりをしたわけですが、それが結局のところは、社会の発展を妨げることになってしまったのではないかと。そんな重大な弊害を伴った事件だったのではないかと。ことです。

国家刑罰権は、かように重大なものでありまして、対象になった人に非常な不利益を及ぼすわけです。懲役刑などになった人だけでなく、今回のように、逮捕とか勾留といった身体拘束をされるだけでも、被疑者・被告人に非常に大きな不利益を与えます。日常生活が破壊されます。人間関係が破壊されます。このように相応大きなダメージを我々に与えるのが、国家刑罰権の発動です。Winn y事件の場合は、第一審では罰金刑が言い渡されていますけれども、罰金の場合であっても、不払いになると、労働場留置となって、刑務所みないところ（実際は刑務所の中の一つの居室）に行かなければならないことになっているわけですね。

最後に強調したいのは、刑法を学ぶ上では、こういう国家刑罰権を発動するということが、どういう意味を持つのかということを意識してほしいということです。刑法学は、緻密な理論体系を有しているために、刑法を学ぶ人はしばしば、論理的に考えさえすれば正しい答えが出せるはずだという錯覚にとらわれがちです。しかしそれは幻想です。論理的に考えるだけでは正解は出ません。正解が出ると思うのは、暗黙のうちに、しば

しば多数派の価値観を前提にしてしまっているからなのです。そうした価値観に囚われないようにするためには、社会の実態を直視することが必要です。そのために、刑罰の実態を明らかにする刑事政策の視点や刑事手続に巻き込まれることの意味を考えるという視点をきちんと踏まえつつ、それらの勉強もおろそかにせずに、刑法の勉強をしていただきたいのです。さらに社会政策の視点、今回の事件に関してはインターネットの発展などにも、きちんとアンテナを張り巡らせてください。そうすることにより、初めて、妥当な法解釈ができるのではないかと思います。刑事法は、恣意的な刑罰権行使をさせないために存在している法体系です。その目的を達成するためには、鋭敏な人権感覚と透徹した論理、学際的な知識が必要です。刑事法を学ぶことには、とても大きな意味があります。皆さんには是非、こういうことを認識した上で、今後とも勉強を続けていただきたいと思います。以上です。

## 質疑応答

司会 ありがとうございます。それでは、せっかくだすので、お二人の先生方にご質問があるという方は、遠慮なくご質問いただければと思います。

学生A 遠山先生のレジユメでは、弁護士の仕事として、検察官が裁判官に提出しようとしている証拠をチェックすることというものがありませんが、このチェックによってどれくらいの割合で証拠が不採用になったりするのでしょうか？

遠山 割合を答えることは難しいんですけども、証拠自体の意味がなくなることは、なんていうか、ちゃんとやればちゃんとあるというか。例えば、目撃者の話をしますと、「私犯人を見ました」という人はいるんですね。でも、その人の供述調書を見初めから見ると、実は最初のころには「二〇歳くらいの人を見た」と言っていたのに、その犯人とか捕まっていた人の写真を見た後で、「私が見た人は五〇歳くらいの男性でした」と言いだしている、そういう事件もあったんですね。おかしいでしょう。最初は、二〇歳の人を見ました、二〇歳の男でしたって言っていた人が、犯人の写真を見たら、私が見た人は五〇歳の男でしたって言いだすんですよ。そして、実際捕

まっている人は五〇歳代に見える男の人なんですよね。そうすると、その人の話つてやっぱり適切な材料にならないですよ。判決の前提にしちゃだめですよ。そういうことが実際あります。割合はなかなか答えにくいですけども、由来とか経緯を調べていくと怪しいというものは結構あります。

**学生B** 遠山先生に質問です。先ほどのお話の中で、複数の弁護士が、被告人に会いに行つたつておっしゃっていたじゃないですか。どうして、一人の弁護士じゃなくて、複数の弁護士がその被告人のことを弁護できたのですか？

**遠山** Winny事件についてですね。これはですね、もともとこういうインターネットの問題に興味のある弁護士さんが大阪におられて、それで「このWinnyの開発者はいつか捕まるかもしれない」と思つて、なんというか、アンテナを張つていたわけですね。そしていよいよ京都府警が逮捕したとなつて、弁護団をいわば私的に募られまして、その中に私もメンバーとして入つたというものでした。だから、Xさんご本人が何人も雇つて手配したというわけではなくて、ボランティアでたくさんさんの弁護士が集まつたという事件でした。

**学生B** ということは、報酬などはもらつてないんですか？

**遠山** 勝ちましたので、もらいました。ちなみにですね、我々弁護団は、Xさんがそんなにお金のある人ではなかったたので、インターネット上で、「弁護団の活動を支えていただける方はご寄付ください」ということを、Xさんの知り合いの人の名前呼びかけてもらつて、寄付を募りました。すると、一五〇〇万円集まりました。一人で一番たくさん入れた人は、一三万四五六七円入れてくれました。やっぱりネット上にはおっしゃれな方がいるものです。

**学生C** Winny事件でもあつたように、警察官や検察官が、被疑者の陳述書や供述調書を捻じ曲げたりでつち上げたりするという状況がまだにある、という風におっしゃつていたと思うんですけど、このような現状が改善されないのはどうしてですか？

**遠山** なんでだろう(笑)? まあ、やりやすいんでしょ。捜査機関がね。自分らが見立てたストーリーを、被疑者に押し付けるという作業の方が簡単なんでしょうね。それをやるんだつたらそれをやりたいという欲望とか欲求を捜査機関はずつと持っていると思います。いま、裁判員裁判対象事件とかは、取り調べが録画されるようになりましたけど、それ以外の事件ではいまだに好き勝手にというか、昔ながらの取り調べが行われています。

本庄 ひとつ、ありそうな原因としては、逆説的ですが、日本の捜査機関が外国の捜査機関より優秀だという点があると、わたしは思います。日本の捜査機関は、すごく一生懸命に証拠を集めてきます。仕事熱心なのですよ。警察の人などは、本心に義憤に駆られたように、社会正義を追求するのだという熱い思いを持って、捜査に臨んでいるわけです。その思いが強すぎるがゆえになのでしょうが、途中で自分の仮説を修正するというのが、日本の捜査機関は苦手ですね。最初からこうだと決めたらずれでも「ワー！」と突っ走ってしまうことが多いように思います。著名な冤罪事件には、証拠がねつ造された可能性が高いと裁判所に認定されたものがあります。どうしてそのようなことが起こるのかといえば、仮説に固執するあまり、捜査機関が考える真実を分かりやすい形で裁判官に伝えなければならぬのだ、という思いからなのではないでしょうか。深刻な問題です。

遠山 もうひとつ。やっぱり裁判官がダメなんですよ。裁判官がこれまでの裁判で、被告人の人が「いやこの調書は、自分がこんなこと言ってないのに書かれたんや」と。そして「無理やりサインさせられたんや」という訴えに、耳を貸してこなかったというのが原因だと思います。つまりは、何かやったのではと疑われている小汚く見える人と、かたや立派なスーツを着た刑事さんが法廷に来れば、刑事さんの言うことの方がもっとも

らしく聞こえちゃったりするわけです。そういったように、本来適切でない作り方で作られた調書を、裁判所が認めてきた歴史の罪は結構深いと思いますね。

学生D 本庄先生に質問です。刑事裁判の判決文とか読むのは難しいと思うのですが、社会への影響とか、社会的有用性とかといった要素を考慮することは、やっぱり大事なんですか？

本庄 刑事事件というのはそもそも、社会的影響があるから刑事事件になっているのです。当事者同士で争う民事事件ではなくて、国家对私人の争いになぜなっているかといえば、ある出来事について、社会的な影響が大きく、その解決を私人に委ねておくことはできないと警察や検察官が考えたからこそ、捜査が開始され、起訴して刑事事件になっているわけです。従って、あらゆる刑事事件は社会に対する影響というものを持っているはずなんです。そのうえでどういう態度で事件に臨むのか。これは見逃せない社会的な害悪なのだから、厳しく取り締まらなければならぬ、と考えるのか、それとも、いやいやそうじゃなくて、この事件を処罰してしまうと、あるいは厳しい処分を課してしまうと、弊害が出てしまうのではないかと、として慎重に考えるか。そこに意見の対立がありうるし、論者の価値観がもろに反映します。そのことを意識しながら、自分の中でどう調整しつつ考えていくのかということに、刑事法を勉強する



一番の面白さがあるかなと思います。しかし、その面白みに到達するためには、前提として判決文のような硬い文章を正確に読み解く力が必要です。論理性と価値観、二つをとともに鍛えていってください。

**司会** それでは、以上で、本日の平成二十七年法学部振興会主催の刑事法系講演会を終わりたいと思います。今日の講演をしてくださったお二人の先生に、改めて大きな拍手をお願いいたします。本日はどうもありがとうございます。

**【後記】** この講演録の作成にあたっては、刑事訴訟法ゼミの皆さんの御協力をいただきました。記して、心より感謝申し上げます。

(1) Winnery事件については、多数の論考が発表されているが、さしあたり、曲田統「Winnery事件最高裁決定をめぐって」研修八〇一号(二〇一五年)三頁以下、亀井源太郎「Winnery事件最高裁決定と『中立的行為』論」法学研究八七巻三号(二〇一四年)一頁以下、「特集・Winnery事件控訴審無罪判決の理論的検討」刑事法ジャーナル二二二号(二〇一〇年)四〇頁以下など参照。

(2) 法的三段論法では、通常、第一段階が大前提である規範

定立、第二段階が小前提である事実の確定(認定)、第三段階が結論である規範の適用とされているが、実際には、事件が発生してから法律によりその事件を解決するのであり、事実の確定を第一段階にしてもよいと思われる。ただし、事実認定段階で法的に意味のある事実と意味のない事実をより分ける必要がある。例えば、ある犯罪が成立するかどうかを検討するうえで、被害者が誰かは特定する必要があるが、犯行の日は重要ではない。その意味で、論理的には規範定立が第一段階となる。

(3) 日常的行为について幫助犯の成立を限定する論理としては、幫助犯の成立要件に対応して、①幫助という構成要件に該当する行為の限定、③因果関係の限定、④故意の限定の三つが主張されており、さらには構成要件該当性是否定できないとしつつ個別的な利益衡量の結果として、違法性が阻却される場合があるとの理論構成も主張されている。議論状況について、簡潔には、松原芳博『刑法総論』(日本評論社、二〇一三年)四二四頁を参照されたい。

(4) 本件の核心は、中立的行為であったことではなく、不特定多数者への提供であったことにあるとの見解もある。水落伸介「判批」法学新報一二〇巻三・四号(二〇一三年)五六八頁。しかしながら、提供行為が価値中立的であるからこそ、不特定多数者への提供が可能になるのであり、その意味で処罰限定の契機は価値中立性にあるといわざるを

得ない。亀井源太郎「Winn事件最高裁決定と『中立的行為』論」法学研究八七巻三号（二〇一四年）一七頁の整理も参照。

(5) 学説には中立的行為という問題設定は曖昧であるとして、こうした概念を用いて議論を行うことに批判的な見解もある。加藤俊治「判批」警察学論集六五巻四号（二〇一二年）一六七頁、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）」千葉大学法学論集二七巻二号（二〇一二年）二三五頁。しかしこの概念を用いなければ、補助の成立要件に関する一般的規範をそのまま適用することを拒絶することはできないと思われる。

(6) 類型②は、客観的にある事情の発生を要求し、主観的にその事情が発生する蓋然性を認識していることを要求する立場（未必の故意の議論における蓋然性説）を採用したものの（林幹人「判批」平成二四年度重要判例解説（二〇一三年）一五三頁）ではなく、客観面である事情が発生する蓋然性が存在していることが必要とされ、そのことを主観面で認識していることを要求するもの（水落・前掲注（4）五六八頁）である点に注意が必要である。通常、犯罪の客観的成立要件としては、ある事情があったかなかったかだけが問題となる。にもかかわらず、客観的状況が発生する「蓋然性が高い」ことを要求する本決定の論理は極めて異なるのである。

(7) 最高裁決定の結論に疑問を呈するものとして、門田成人「判批」法学セミナー六八六号（二〇一二年）一二七頁、佐久間修「判批」NBL九七九号（二〇一二年）三七頁、前田雅英「判批」警察学論集六五巻三号（二〇一二年）一四九頁、永井善之「『中立的行為』による補助」について『刑事法理論の探求と発見—斎藤豊治先生古稀祝賀論文集』（成文堂、二〇一二年）一四四頁、小島陽介「判批」判例セレクト二〇一二年「I」（二〇一三年）三二頁、小野上真也「ファイル共有ソフトの開発・提供による著作権法違反補助罪の成否」清和法学研究一八巻二号（二〇一一年）四四頁などがある。

(8) これに対して、不特定多数への提供行為という特殊性に着目して、「蓋然性が高い」という要件が立てられたのだという理解も示されている。島田総一郎「判批」刑事法ジャーナル三三二号（二〇一二年）一五〇頁、亀井・前掲注（4）二〇頁。しかし現実世界であれば、不特定多数への提供という特殊性に配慮するとしても、「例外的といえない範囲」で違法利用が広がっていたかどうかは事実として確定できるはずである。事実として確定できれば、残るのはその事実を行為者が認識していたかどうかという問題だけである。当該事実が行為時に判明していた事情から認定された場合には、行為者にもそれが認識されていたとされやすいが、事後的に判明した事情から認定された場合には、行為者の

認識は欠けていたとされやすいであろう。客観的に蓋然性が高いことが要求される理由は見当たらないように思われる。それに対して、バーチャルなネットの世界では、違法利用の拡散範囲が「事実としても」確定できないため、その「蓋然性が高い」ことが客観的な要件として要求されたのだ、というのが本文で示した考えである。

(9) 島田・前掲注(8) 一四九頁、亀井・前掲注(4) 二〇頁のほか、豊田兼彦「幫助犯における『線引き』の問題について」立命館法学三四五・三四六号(二〇一二年) 四七三頁。

(10) 島田・前掲注(8) 一五〇頁は、「例外的といえない範囲」の者が違法利用する「蓋然性が高い」場合、そうした可能性・蓋然性と、ありうる正犯者の存在とを、いわば掛けあわせることで、特定の正犯者が「現に」違法行為を行うおうとしている場合と同視し得る程度に結果発生の危険が存在していると評価できる、という。しかし、結果発生の危険性は個別の正犯者ごとに考えざるを得ず、両者は同視し得ないと思われる。

(11) 園田寿「Winnyyの開発・提供に関する刑法的考察」『再論』刑事法ジャーナル二三号(二〇一〇年) 四四頁は、本文と問題関心を共有しているが、幫助犯の故意を確定的なものに限定することにより目的を達成しようとする点が異なる。

(12) 本件について、客観的に幫助犯の構成要件該当行為に当たらないとするものとして、林幹人「共犯行為と故意」『川端博先生古稀祝賀論文集・下巻』(成文堂、二〇一四年) 七九〇頁。

「事実」の重要性～Winny事件を題材に

京都弁護士会  
弁護士 遠山大輔

はじめに

第1 法曹三者の仕事

1 裁判官の仕事

- ① 事実が何であるかを定める（例：AさんはBさんの新品の財布を盗ったか？）
- ② 条文を解釈する（例：「窃盗」とは？）
- ③ 事実を条文に当てはめる  
→ 結論が出る

2 検察官の仕事

- ① 証拠を集める（例：取られた財布を探す。Aさん、Bさんの取調べをする。）
- ② その証拠からどんな事実が導かれるかを考える。  
（例：Aさんの家からBさんのと同じ新品の財布が発見された。Aさんは取調べで財布を盗ったと自白した。BさんはAさんに渡したことはないと言っている。とすると…）
- ③ 裁判官に証拠を提出し、その証拠から導かれる事実を伝える  
（例：AさんはBさんの新品の財布を盗りました！）

3 弁護人の仕事

- ① 証拠を集める、集めさせない（例：Aさんから事情を聞く。知人から事情を聞く。Aさんに権利をアドバイスする。）
- ② 検察官が裁判官に提出しようとしている証拠をチェックする（例：Bさんは勘違いしたり、嘘をついたりしていないか。Aさんは自白を強要されていないか。）
- ③ 適切な証拠だけが裁判官に提出されるようにし（自らも提出し）、その証拠から導かれる事実を伝える（例：Aさんは自分でたまたま同じ財布を買ったのです！）

4 まとめ

事実が決まらないと、結論は出ない。

事実が決まると、だいたい結論は出る（条文解釈で勝負がつく事件は少ない）。

事実は証拠によって決まる。

したがって、証拠を徹底的に吟味する。

## 第2 Winny事件

### 1 事案の概要と争点

ファイル共有ソフト「Winny」を配布して正犯が著作権法違反の行為をするのを幫助した、としてソフト開発者Xが逮捕・起訴された事案

### 2 争点と当事者の主張

被告人Xがソフトを開発した目的がなんだったか、が主要な争点の1つ

#### ① 検察官の主張

著作権法違反を蔓延させる目的であった

#### ② X・弁護人の主張

効率性の高いファイル共有ソフトが実際に作動するかを検証する目的

### 3 争点に関する証拠と当事者の主張

#### ① 検察官

Xが任意捜査段階で手書きした申述書+Xを取り調べたK警察官  
申述書には、Winnyによって著作権法違反を蔓延させる目的であったと書いてある。K警察官によれば、これはXが自ら進んで書いたものである。

#### ② X・弁護人

法廷におけるXの供述+?

任意捜査段階でも検証目的だったと説明したのに、K警察官は聞いてくれなかった。申述書は、「開発をやめる」という一筆を書いてもよいとXが述べたときに、K警察官が「じゃあ、見本を用意するから、そのとおりに書いてくれ」と言われ、一言一句間違わずに書き写したものの。自分で書いたが、内容は本心とは異なる。

#### ③ 裁判官の悩み

検察官が正しいとなると…

でも弁護人の言うことも…

### 4 何が決め手となったか

熊本大学法学部刑事法系講演会  
刑判判例に登場する事実の形成過程と刑法的処理

第2部

刑事法を学ぶ意義

Winyy事件最高裁決定を素材に

2015年12月14日(月)

一橋大学大学院法学研究科  
本庄 武

Winyy事件とは

- ・ファイル共有ソフトWinyyを開発し、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被告人が、Winyyを入手した正犯者による著作権法違反行為(Winyyを介して、インターネット上にゲームソフトや映画のデータをアップロードして、アクセスしてきた不特定多数のインターネット利用者に利用可能にさせた行為)の補助犯として起訴された事件
- ・Winyyは、P2P(ピア・ツー・ピア)技術により、個々のコンピュータが、中央サーバコンピュータを介さず、対等な立場でネットワークを構成することで、匿名性と送受信の効率化、ネットワークの負荷の低減を図った技術を用いた画期的なソフトであったため、急速に利用が拡大し、著作権侵害行為にこれを用いる者も現れている状況にあった

前提知識

- ・補助
  - ・「正犯を補助した者は、従犯とする」(刑法62条1項)
  - ・「従犯の罪は、正犯の罪を減輕する」(刑法63条)
  - ・正犯者の犯罪実行を物理的または心理的に容易にする行為
  - ・物理的補助は、犯罪の道具等を提供する行為、心理的補助は正犯者を激励したり助言を与える行為
  - ・補助犯の成立要件は、①補助行為の存在、②正犯者が実行行為を行い、処罰されるべき場合であること(正犯従属性)、③補助行為と正犯者の実行の間の因果関係、④故意
  - ・①補助行為は、直接法益を侵害したり、法益を危険にさらしたりする行為ではないため、定型性が弱い。
  - ・③補助行為は正犯者の実行にとって不可欠の行為(=条件関係(「いなければこれなし」)のある行為)でなくても、正犯者の実行を促進・援助する性質のものであればよいとされる
  - ・④故意は、正犯者の場合と同様、未必の故意で足りるとされる
- ・法律論の組み立て
  - ・法的3段階論法
  - ・事実認定→規範決定(法解釈)→事実への規範の当てはめ(法適用)

日常的(中立的)行為による補助

- ・日常的行為は補助犯か?
  - ・目的的に何気なく行われている行為
  - ・提供した物やサービスが適法にも違法にも利用されてしまうという意味で中立的行為
  - ・金物屋の店員が、住居侵入目的でドライバーを買いに来たXの目的を察知しつつ、ドライバーを販売した場合
    - ・「もしもして住居侵入に使うつもりならしむな」と思いつつ、販売し、実際にそれが住居侵入に用いられると、補助犯成立?
    - ・金物屋は高亮ができなくなってしまう!→補助犯を否定すべき
  - ・金物屋の店員が、店の前でBと喧嘩しているAが駆け込んできて、包丁を買おうとしたため、販売した場合
    - ・この場合は、補助犯を認めようか?
- ・学説
  - ・①補助行為、③因果関係、④故意のいずれかで処罰限定
  - ・ここでは、著された危険概念による、①補助行為の限定に注目
  - ・日常的に提供されている物は適法に利用されている前提
  - ・行為の危険が現実化する可能性がわずかな場合、その危険は無視し得る=その行為は補助行為に当たらない

裁判の経過

- ・第1審：有罪(罰金180万円)
  - ・Winyyは適法利用も違法利用もできる価値中立的ソフトだが、被告人は、Winyyが著作権を侵害する態様で広く利用されていたことを認識しており、著作権侵害罪の補助犯が成立する
- ・控訴審：逆転無罪
  - ・価値中立ソフト提供が補助犯になるのは、ソフトを違法行為用途のみまたはこれを主要用途として使用させるよう勧めた場合のみであるが、被告人は勧めておらず、補助犯不成立(補助の故意の否定)
- ・最高裁：上告棄却(無罪確定)
  - ・ソフト開発に過度の萎縮効果を生じさせないため、補助犯になるのは、ソフト入手者のうち例外的といえない範囲の者がその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ことが必要であり、本件ではその状況があったが、被告人がそのことを認識・容認していたと認めるのは困難(補助の故意の否定)

Winyy事件と中立的行為論

- ・検察官の筋骨き
  - ・Winyyは著作権侵害のみを目的とした社会的有用性を欠くソフト
- ・最高裁は、Winyyを有用な技術と評価
  - ・中立的行為との認定
  - ・不特定多数に一括提供することの合理性
  - ・補助犯の成立範囲の限定の必要性：「具体的な侵害利用状況が必須」
  - ・Winyyが実際に著作権侵害に悪用されている状況で、提供した場合には可罰的補助行為に当たる
  - ・類型①：現に具体的な著作権侵害が行われようとしている場合
    - ・特定の正犯者が念頭にある場合
    - ・包丁事例と類似

## Winy事件と中立的行為論

- 類型②：例外的といえない範囲の者が著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる場合
  - 不特定多数の正犯者が念頭にある場合
  - 例外的といえない範囲の者が侵害に利用：社会通念上無視できない被害が生じている状況
  - 蓋然性が高い：その可能性が高い
- 本件
  - 当時Winy上を流通するファイルの4割程度が著作権侵害と推測される状況（事後の調査から判明）
  - 対象者を限定せず、無償で継続的な公開という方法
  - 客観的に②を満たす状況にあった

## Winy事件と故意

- 検察官の筋書き
  - 被告人はWinyにより著作物の違法コピーを蔓延させ、現行著作権制度を崩壊させることを企図してWinyを開発、公開した
- 例外的といえない範囲の者が著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる状況にあることを認識・認容していたか
  - ① ネット上には違法利用に肯定的な意見だけでなく、否定的意見も書き込まれていた。被告人自身は著作権侵害のために利用しないよう求める書き込みをしていた
  - ② 確証情報は不正確
  - ③ 被告人自身の著作物ダウンロードは、技術的関心のため
  - 著作権侵害のための利用者の存在、その人数の増加については認識
- 例外的といえない範囲の者が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に足りる証拠はない

## 最高裁決定の結論（当てはめ）への疑問

- 疑問
  - 違法利用者の数が増えていることを認識していたならば、違法利用により社会通念上無視できない被害が生じていることの認識はあったのでは？
- 未必的な認識はあったかもしれないが、蓋然性が高いことの認識まではなかった
  - インターネットの特殊性
    - ネット上の書き込みから、実情を予測することの困難性
    - 書き込みをするのは少数者
    - だからこそ、客観面で、「例外的といえない」だけでなく「蓋然性が高い」ことが要求された
  - Winyを用いた著作権侵害の拡大についての実態調査が公表されていたならば、故意は認められた可能性あり

## さらなる処罰範囲限定の要否

- 疑問
  - 実態調査の公表のような、本人が左右できない事情により処罰の有無が決まるとすると、結局ソフト開発に萎縮効果を生じさせてしまうのではない？
  - 主観面による処罰の限定は不安定
- さらに処罰範囲を限定すべきではないのか？
  - ドライバー事例との違いは、不特定多数者の中に道具を悪用する人がいるかもしれない場合と、比率はともかく悪用する可能性が高い人が確実にいる場合
  - しかし満員電車を悪用した痴漢、キャッシュカードを悪用した預金引き出しなど、道具やサービスを提供した場合に、悪用される可能性が高い場合は、社会内に無数に存在
  - そうした場合に、道具の提供を幫助犯として処罰すると社会活動が麻痺してしまう

## さらなる処罰範囲限定の要否

- そもそも提供した物やサービスを、たまたま違法な用途に悪用された人は被害者の立場
- 類型①に準じるような、違法に利用される危険性がかなり高い場合に処罰を限定すべきではないか
  - 利用者の大部分が違法に利用する場合
  - それ以外の場合は、許された危険ということ
- 本件の場合
  - Winyは適法に利用できるだけでなく、新しいソフトの開発をもたらす可能性のある技術
  - 社会的有用性の大きな行為
  - ソフト開発を促進するためにも、本件のような場合は類型的不処罰であるべきではないか

## 刑事法を学ぶ意義

- Winy事件が被告人の人生を変えた
  - 無罪になったからよいという問題ではない
- ファイル共有ソフト開発の歴史も変えた
  - 国家刑罰権の誤作動は社会的影響が甚大
- 国家刑罰権の発動
  - 受刑者になるだけでなく、被疑者・被告人となることの重大な不利益性
  - 典型的には自由の制約による日常生活の破壊
  - 自由刑（刑法12条）、逮捕（刑訴199条など）・勾留（刑訴60条）
  - 罰金刑不払いの場合の労務場留置も（刑法18条）
- 刑事政策・社会政策の視点の重要性
- 恣意的な刑罰権行使がされないための刑事法

最決平 23・12・19 刑集 65 卷 9号 1380 頁

検察官の上告趣意のうち、判例違反という点は、事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でなく、その余は、事実誤認、単なる法令違反の主張であって、刑訴法 405 条の上告理由に当たらない。

所論に鑑み、被告人によるファイル共有ソフトの公開、提供行為につき著作権法違反罪の幫助犯が成立するかどうかを職権で判断すると、原判決には、幫助犯の成立要件に関する法令の解釈を誤った違法があるものの、被告人の行為につき著作権法違反罪の幫助犯の成立を否定したことは、結論において正当として是認できる。その理由は、以下のとおりである。

1 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事案である。原判決の認定及び記録によれば、以下の事実を認めることができる。

(1) Winny は、個々のコンピュータが、中央サーバを介さず、対等な立場にあって全体としてネットワークを構成する P2P 技術を応用した送受信プログラムを有するファイル共有ソフトである。Winny は、情報発信主体の匿名性を確保する機能（匿名性機能）とともに、クラスタ化機能、多重ダウンロード機能、自動ダウンロード機能といったファイルの検索や送受信を効率的に行うための機能を備えており、それ自体は多様な情報の交換を通信の秘密を保持しつつ効率的に行うことを可能とし、様々な分野に应用可能なソフトであるが、本件正犯者がしたように著作権を侵害する態様で利用することも可能なソフトである。

(2) 被告人は、匿名性と効率性を兼ね備えた新しいファイル共有ソフトが実際に稼働するかの技

術的な検証を目的として、平成 14 年 4 月 1 日に Winny の開発に着手し、同年 5 月 6 日、自己の開設したウェブサイト上で Winny の最初の試用版を公開した。被告人は、その後も改良を加えた Winny を順次公開し、同年 12 月 30 日に Winny の正式版である Winny 1.00 を公開し、翌平成 15 年 4 月 5 日に Winny 1.14 を公開してファイル共有ソフトとしての Winny (Winny 1) の開発に一区切りを付けた。その後、被告人は、同月 9 日、今度は P2P 技術を利用した大規模 BBS (電子掲示板) の実現を目的として、そのためのソフトである Winny 2 の開発に着手し、同年 5 月 5 日、Winny 2 の最初の試用版を公開し、同年 9 月には、本件正犯者 2 名が利用した Winny 2.0β6.47 や Winny 2.0β6.6 (以下、両者を併せて「本件 Winny」という。) を順次公開した。なお、Winny 2 は、上記のとおり大規模 BBS の実現を目指して開発されたものであるが、Winny 1 とほぼ同様のファイル共有ソフトとしての機能も有していた (以下、Winny 1 と Winny 2 を総称して「Winny」という。)。被告人は、Winny を公開するに当たり、ウェブサイト上に「これらのソフトにより違法なファイルをやり取りしないようお願いします。」などの注意書きを付記していた。

(3) 本件正犯者である B は、平成 15 年 9 月 3 日頃、被告人が公開していた Winny 2.0β6.47 をダウンロードして入手し、法定の除外事由がなく、かつ、著作権者の許諾を受けないで、同月 11 日から翌 12 日までの間、B 方において、プログラムの著作物である 25 本のゲームソフトの各情報が記録されているハードディスクと接続したコンピュータを用いて、インターネットに接続された状態の下、上記各情報が特定のフォルダに存在しアップロードが可能な状態にある上記 Winny を起動させ、同コンピュータにアクセスしてきた不特定多数のインターネット利用者へ上記各情報を自動公衆送信し得るようにし、著作権者が有する著作物の公衆送信権を侵害する著作権法違反の犯行を行った。また、本件正犯者である C は、同月 13 日頃、被告人が公開していた Winny 2.0β6.6 をダウンロードして入手し、法定の除外事由がなく、かつ、著作権者の許諾を受けないで、同月 24 日から翌 25 日までの間、

結論は控訴審判決と同じだが、理由は異なることを示唆

事案の概要

事実の認定



C方において、映画の著作物2本の各情報が記録されているハードディスクと接続したコンピュータを用いて、インターネットに接続された状態の下、上記各情報が特定のフォルダに存在しアップロードが可能な状態にある上記Winnyを起動させ、同コンピュータにアクセスしてきた不特定多数のインターネット利用者に上記各情報を自動公衆送信し得るようにし、著作権者が有する著作物の公衆送信権を侵害する著作権法違反の犯行を行った。

2 第1審判決は、…(中略)…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。

3 この第1審判決に対し、検察官が量刑不当を理由に、被告人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控訴した。原判決は、…(中略)…第1審判決を破棄し、被告人に無罪を言い渡した。

4 所論は、刑法62条1項が規定する幫助犯の成立要件は、「幫助行為」、「幫助意思」及び「因果性」であるから、幫助犯の成立要件として「違法使用を勧める行為」まで必要とした原判決は、刑法62条の解釈を誤るものであるなどと主張する。そこで、原判決の認定及び記録を踏まえ、検討することとする。

(1) 刑法62条1項の従犯とは、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ものである(最高裁昭和24年(れ)第1506号同年10月1日第二小法廷判決・刑集3巻10号1629頁参照)。すなわち、幫助犯は、他人の犯罪を容易ならしめる行為を、それと認識、認容しつつ行い、実際に正犯行為が行われることによって成立する。原判決は、インターネット上における不特定多数者に対する価値中立ソフトの不特定多数者に対する価値中立ソフトという本件行為の特殊性に着目し、「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」に限って幫助犯が成立すると解するが、当該ソフトの性質(違法行為に使用される可能性の高さ)や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。

(2) もっとも、Winnyは、1, 2審判決が価値中立ソフトと称するように、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、これを著作権侵害に利用するか、その他の用途に利用するかは、あくまで個々の利用者の判断に委ねられている。また、被告人がしたように、開発途上のソフトをインターネット上で不特定多数の者に対して無償で公開、提供し、利用者の意見を聴取しながら当該ソフトの開発を進めるという方法は、ソフトの開発方法として特異なものではなく、合理的なものとして認められている。新たに開発されるソフトには社会的に幅広い評価があり得る一方で、その開発には迅速性が要求されることも考慮すれば、あるソフトの開発行為に対する過度の萎縮効果を生じさせないためにも、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。

(3) これを本件についてみるに、まず、被告人が、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、本件Winnyの公開、提供を行ったものでないことは明らかである。

次に、入手する者のうち例外的とはいえない範囲の者が本件Winnyを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められ、被告人もこれを認識、

殊性の確認  
本件事案の特

適切な具体化  
一般的規範の不

に即して具体化  
一般的規範を本件

範の類型化①  
具体化された規

範の類型化②  
具体化された規

当てはめ  
規範の類型①の

本件に適用される一般的規範(過去の判例)の確認

控訴審判決への批判

## 刑判例に登場する事実の形成過程と刑法的処理

規範の類型②の客観面の当てはめ

認容しながら本件Winnnyの公開、提供を行ったといえるかどうかについて検討すると、Winnnyは、それ自体、多様な情報の交換を通信の秘密を保持しつつ効率的に行うことを可能とするソフトであるとともに、本件正犯者のように著作権を侵害する態様で利用する場合にも、摘発されにくく、非常に使いやすいソフトである。そして、本件当時の客観的利用状況を見ると、原判決が指摘するとおり、ファイル共有ソフトによる著作権侵害の状況については、時期や統計の取り方によって相当の幅があり、本件当時のWinnnyの客観的利用状況を正確に示す証拠はないが、原判決が引用する関係証拠によっても、Winnnyのネットワーク上を流通するファイルの4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測されるものであったというのである。そして、被告人の本件Winnnyの提供方法をみると、違法なファイルのやり取りをしないようにとの注意書きを付記するなどの措置を採りつつ、ダウンロードをすることができるときについて何ら限定をかけることなく、無償で、継続的に、本件Winnnyをウェブサイト上で公開するという方法によっている。これらの事情からすると、被告人による本件Winnny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。

他方、この点に関する被告人の主観面をみると、被告人は、本件Winnnyを公開、提供するに際し、本件Winnnyを著作権侵害のために利用するであろう者がいることや、そのような者の人数が増えてきたことについては認識していたと認められるもの、いまだ、被告人において、Winnnyを著作権侵害のために利用する者が例外的とはいえない範囲の者にまで広がっており、本件Winnny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に足りる証拠はない。

確かに、[1] 被告人がWinnnyの開発宣言をしたスレッド（以下「開発スレッド」という。）には、Winnnyを著作権侵害のために利用する蓋然性が高いといえる者が多数の書き込みをしており、被告人も、そのような者に伝わることを認識しながらWinnnyの開発宣言をし、開発状況等

に関する書き込みをしていたこと、[2] 本件当時、Winnnyに関しては、逮捕されるような刑事事件となるかどうかの観点からは摘発されにくく安全である旨の情報がインターネットや雑誌等において多数流されており、被告人自身も、これらの雑誌を購読していたこと、[3] 被告人自身がWinnnyのネットワーク上を流通している著作物と推定されるファイルを大量にダウンロードしていたことの各事実が認められる。これらの点からすれば、被告人は、本件当時、本件Winnnyを公開、提供した場合に、その提供を受けた者の中には本件Winnnyを著作権侵害のために利用する者がいることを認識していたことは明らかであり、そのような者の人数が増えてきたことも認識していたと認められる。

しかし、[1] の点については、被告人が開発スレッドにした開発宣言等の書き込みには、自己顕示的な側面も見取れる上、同スレッドには、Winnnyを著作権侵害のために利用する蓋然性が高いといえる者の書き込みばかりがされていたわけではなく、Winnnyの違法利用に否定的な意見の書き込みもされており、被告人自身も、同スレッドに「もちろん、現状で人の著作物を勝手に流通させるのは違法ですので、βテストの皆さんは、そこを踏み外さない範囲でβテスト参加をお願いします。これはFreeNet系P2Pが実用になるのかどうかの実験だということをお忘れなきように。」などとWinnnyを著作権侵害のために利用しないように求める書き込みをしていたと認められる。これによれば、被告人が著作権侵害のために利用する蓋然性の高い者に向けてWinnnyを公開、提供していたとはいえない。被告人が、本件当時、自らのウェブサイト上などに、ファイル共有ソフトの利用拡大により既存のビジネスモデルとは異なる新しいビジネスモデルが生まれることを期待しているかのような書き込みをしていた事実も認められるが、この新しいビジネスモデルも、著作権者側の利益が適正に保護されることを前提としたものであるから、このような書き込みをしていたことをもって、被告人が著作物の違法コピーをインターネット上にまん延させて、現行の著作権制度を崩壊させる目的でWinnnyを開発、提供していたと認められないのはもとより、著作権侵害のための利用が主流となることを認識、認容していたとも認めることはできない

故意を肯定する方向の事情

故意を否定する方向の事情

規範の類型②の主観面の当てはめ（結論）

い。また、[2]の点については、インターネットや雑誌等で流されていた情報も、当時の客観的利用状況を正確に伝えるものとはいえず、本件当時、被告人が、これらの情報を通じてWinnnyを著作権侵害のために利用する者が増えている事実を認識していたことは認められるとしても、Winnnyは著作権侵害のみに特化して利用しやすいというわけではないのであるから、著作権侵害のために利用する者の割合が、前記関係証拠にあるような4割程度といった例外的とはいえない範囲の者に広がっていることを認識、認容していたとまでは認められない。[3]の被告人自身がWinnnyのネットワーク上から著作物と推定されるファイルを大量にダウンロードしていた点についても、当時のWinnnyの全体的な利用状況を被告人が把握できていたとする根拠としては薄弱である。むしろ、被告人が、P2P技術の検証を目的としてWinnnyの開発に着手し、本件Winnnyを含むWinnny 2については、ファイル共有ソフトというよりも、P2P型大規模BBSの実現を目的として開発に取り組んでいたことからすれば、被告人の関心の中心は、P2P技術を用いた新しいファイル共有ソフトや大規模BBSが実際に稼動するかどうかという技術的な面にあったと認められる。現に、Winnny 2においては、BBSのスレッド開設者のIPアドレスが容易に判明する仕様となっており、匿名性機能ばかりを重視した開発がされていたわけではない。そして、前記のとおり、被告人は、本件Winnnyを含むWinnnyを公開、提供するに当たり、ウェブサイト上に違法なファイルのやり取りをしないよう求める注意書を付記したり、開発スレッド上にもその旨の書き込みをしたりして、常時、利用者に対し、Winnnyを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のである。

これらの点を考慮すると、いまだ、被告人において、本件Winnny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。

(4) 以上によれば、被告人は、著作権法違反罪の幫助犯の故意を欠くといわざるを得ず、被告人につき著作権法違反罪の幫助犯の成立を否定した原判決は、結論において正当である。

5 よって、刑訴法414条、386条1項3号

により、裁判官大谷剛彦の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

裁判官大谷剛彦の反対意見は、次のとおりである。

私は、本件において、多数意見と結論を異にし、被告人には著作権である公衆送信権侵害の罪の幫助犯が成立すると考えるので、反対意見を述べる。…(中略)…

7 以上により、私は、原判決の破棄は免れないものとする。

(裁判長裁判官 岡部喜代子 裁判官 那須弘平 裁判官 田原睦夫 裁判官 大谷剛彦 裁判官 寺田逸郎)