

## 再論 Winny事件 : 中立的行為による幫助の可罰性

板山, 怜央  
九州大学法学部

<https://hdl.handle.net/2324/7409310>

---

出版情報 : 学生法政論集. 20, pp.1-19, 2026-03-25. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics)  
Kyushu University  
バージョン :  
権利関係 :



# 再論 Winny事件

## —中立的行為による幫助の可罰性—

板山 怜央

### 〈目次〉

序章	はじめに
第一章	「中立的行為による幫助」に関する学説
第二章	Winny事件以前の裁判例
第三章	Winny事件判決の分析
終章	おわりに

### 序章 はじめに

幫助犯とは、「正犯者が犯罪を実行するにあたり、それを物理的または心理的に容易にする行為を行うことにより成立する<sup>1</sup>」犯罪類型であり、刑法62条1項に規定されている。惹起説（因果的共犯論）は「正犯の行為を介して法益侵害（構成要件該当事実）を自ら惹起したことを共犯の処罰根拠とする<sup>2</sup>」。これによると、正犯行為もしくは正犯結果を促進した行為であり、そこに故意が認められれば形式的にはかなり広範囲で幫助犯が成立することになる。例えば、金物屋が住居侵入及び窃盗を目論む犯罪者にねじ回しを売った場合、そのねじ回しが実際に犯行に使われ、それについて故意が認められれば、金物屋が窃盗幫助として処罰されることになりかねない。

このような結論を不当とし、古くは19世紀ドイツから議論が重ねられ、我が国でも理論構成の深化が進められてきたが、未だ学説が乱立しており、まとまっていない。そして新世紀の初め、この論点に関わる印象的な事件が起きる。

2004年、ファイル共有ソフトWinnyの開発者が著作権法違反幫助で逮捕、起訴された。京都地裁で一度有罪判決が下されたものの<sup>3</sup>、二審で覆り<sup>4</sup>、最終的に2011年に最高裁で無罪判決が確定した<sup>5</sup>。情報化社会における司法と技術開発の関係性について再考する契機となり、大きな注目を浴びた。そして、最高裁で判決が確定してからも、時折様々なメディア

---

<sup>1</sup> 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣・2023年）543頁

<sup>2</sup> 山口厚『刑法総論〔第4版〕』（有斐閣・2025年）319頁

<sup>3</sup> 京都地判平成18・12・13判タ1229号105頁

<sup>4</sup> 大阪高判平成21・10・8刑集〔参〕65巻9号1635頁

<sup>5</sup> 最決平成23・12・19刑集65巻9号1380頁

で取りあげられているように、いわゆる「Winny事件」は法と技術の交錯を象徴する歴史的  
事件となったと思われる<sup>6</sup>。

「Winny事件」は、不特定多数に対する道具の提供行為が問題となっている点で、当初論  
じられてきた「中立的行為による幫助」の議論と異なり、特殊性を帯びているといえる<sup>7</sup>。  
この特殊性とそもそも当該論点が煮詰まっていないことから、一連の事件は混迷を極める  
こととなったのだと思われる。

本稿では、まず、「中立的行為による幫助」の理論構成に関して検討する。そして、「Winny  
事件」について分析を行い、学説上の論理を判例の事案に投影させることを目的としてい  
る。第一章にて、ドイツ・日本の学説の展開を俯瞰し、検討する。第二章にて、「中立的行  
為による幫助」に関する日本の主要な判例の紹介と分析を行う。そして、これらを踏まえ  
たうえで、第三章にて「Winny事件」の分析を行うこととする。

## 第一章 「中立的行為による幫助」に関する学説

### 第一節 問題の所在

狭義の共犯の処罰根拠に関しての詳細な検討は割愛するが、前述のように現在の日本で  
は惹起説（因果的共犯論）が支配的である。正犯行為もしくは正犯結果を促進した行為で  
あり、そこに故意が認められる行為の中には、犯罪行為の援助のためではない中立的な取  
引行為や業務行為が含まれることが十分想定できる。そのような行為にまで、共犯の成立  
要件を形式的に当てはめ、十把一絡げに幫助犯を成立させるとするのは論理的にも刑事政  
策的にも妥当ではない。

このことは古くからの議論の蓄積があり、様々な学説が検討されてきた。この章ではド  
イツと日本の学説を俯瞰することとする。

### 第二節 ドイツにおける学説の展開

ドイツにおける「中立的行為による幫助」のに関する学説の展開について我が国の同議  
論に係る範囲で考察する。

#### 1. 主観説

19世紀からすでにキトカなどの法学者が「中立的行為による幫助」の問題に目を向けて  
いる。キトカは「日常行為の不可罰性を、不確定的故意に基づく幫助を可罰的幫助の範囲  
から除外するという理論から導きた<sup>8</sup>」した。つまり、確定的故意か未必の故意かどうかで

---

<sup>6</sup> 2023年に「Winny」というタイトルで事件をモチーフにした映画が公開されたことも、世間が本事件に  
寄せる社会的関心の大きさを示している。

<sup>7</sup> 曲田統『共犯の本質と可罰性』（成文堂・初版・2019年）215頁

<sup>8</sup> 曲田・前掲注7）148頁

可罰性を判断しようとする。

戦前のライヒスグリヒトも主観説的な見解でこの問題に対処したとみられる。

しかしながら、主観説的な考え方は多くの問題を抱える。

まず、ドイツ刑法27条は故意以外に幫助犯の成立要件に何ら特殊な主観的要件を要求していない。それに反して、故意そのものに段階をつけようとする発想は、現行法との関係で矛盾を孕むものとされる。また、客観的構成要件の充足が確定する前に、その反映の主観的構成要件である故意を持ち出すのは循環論法であるとの指摘がある。このように、あまりにも早い段階で行為者の主観面に着目すると、それ自体は問題のない行為であっても反価値的な意図が加わるだけで構成要件該当性が肯定されることとなりかねず、内心の統制につながりかねない。<sup>9</sup>

このような理由から現在では主観説はほとんど支持を得ていない。

## 2. 客観説

学説においては中立的行為による幫助の可罰性の解決は、客観的構成要件においてなされるべきであるとする見解が数多く主張された。

### (1) ヤコブスの「遡及禁止論」<sup>10</sup>

客観的帰属論は当初、実際には過失犯の処罰限定原理として登場した。ヤコブスは1977年の「結果犯における遡及禁止」という論文で、共犯も含む関与類型全般において統一的に妥当する原理として本格的に論じ、いわゆる中立的行為による幫助の議論を意識的に総論の議論として扱った。これがドイツにおける「中立的行為による幫助」に関する近時の議論の先駆けともいえる。

ヤコブスは「遡及禁止」という標語の下に、直接行為者の犯罪行為と関連性の薄い関与者の行為を処罰範囲から除こうとする。

具体的には次のような場合に間接的惹起者への結果の帰属を肯定できる。

(あ) 間接的惹起者が犯罪計画のみによって自身の態度に理由をつける場合

(い) 犯罪計画ではない観点からの理由付けができない直接結果惹起者の行為に自分の態度を適合させる場合

(う) いずれにも当たらないが法益保護義務を負っている場合のいずれかにあたる場合

しかし、(あ)と(い)の区別は相対的であり、関与者の行為時においてその後の実行者の態度を抜きにしても、その行為が関与者にとって意味を持つかという基準にまとめられている。

<sup>9</sup> 松生光正「中立的行為による幫助(一)」姫路法学第27・28号(1999年)209頁以下

<sup>10</sup> 島田総一郎「広義の共犯の一般的成立要件—いわゆる中立的行為による幫助に関する近時の議論を手がかりとして—」立教法学57号(2001年)57頁以下

買い手が住居侵入窃盗に使うことを知っていて、普通のねじ回しを売ったところ、現にそれが窃盗に使われたという講壇事例<sup>11</sup>がよく挙げられる。この場合は、関与者の行為（ねじ回しの販売によって利益を上げる行為）は、その行為時において、直接行為者の実行行為（住居侵入）を抜きにしても、なお意味があるといえるので、結果帰属が否定される。

しかし、このねじ回しが住居侵入に使いやすい特殊なねじ回しであった場合は、直接行為者の実行行為があつてはじめて、関与者の行為が意味を持つとされ、結果帰属が肯定されるのである。

## (2) シューマンの「正犯への連帯説」

本稿では割愛するが、ハッセマー<sup>12</sup>やヴェルツェル<sup>13</sup>らによって、社会相当性説的な見解がかつて盛んに主張された。しかし、これらは、単独犯の場合に議論されていた社会相当性説を、こうした場面にもそのまま適用しようとするものであったことから、いずれも問題を抱えていた。そこで、シューマンは結果帰属論とくに共犯の処罰根拠論に根本から検討を加えた上で、他人の行為の帰属に特有の問題として、社会的相当性説的な観点を導入するという見解を示した。<sup>14</sup>

シューマンは、「法益侵害結果は、正犯不法の根拠にはなりえても、共犯不法の根拠としては十分でない<sup>15</sup>」として、純粹惹起説を批判する。つまり、法益侵害結果は共犯処罰の必要条件であっても十分条件にはならないということである。そして、『共犯の処罰のためには共犯行為自体が法共同体にとって耐え難いものとして写る独自の行為無価値を有する必要がある』とした上で、共犯の処罰根拠を、印象説的視点から判断される『他人（正犯）の不法との連帯』に求める<sup>16</sup>。

「中立的行為による幫助」について、彼の説によると、援助者が自身の寄与行為をとおして正犯行為と連帯したかが、重要となる。そして、以下のように具体的な下位基準<sup>17</sup>を提示する。

シューマンによると以下の（あ）のうちのどれか一つが満たされたうえで、（い）も満たされれば、従犯の成立が認められるという。

（あ－１）関与者が、正犯者の存在によって、新たに動機付けられて行為に出た、あるいは、正犯者から犯罪計画を告げられて行為をしたこと。

（あ－２）関与者が行政取締法規等に違反して違法にふるまっていたこと。

<sup>11</sup> この「ねじ回し事例」は1977年にヤコブスが言い出したことであるという。前掲注7）159頁

<sup>12</sup> 山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」関西大学法学論集56巻1号（2006年）73頁以下

<sup>13</sup> 曲田・前掲注7）160頁以下

<sup>14</sup> 島田・前掲注10）64頁

<sup>15</sup> 曲田・前掲注7）175頁

<sup>16</sup> 島田・前掲注10）64頁

<sup>17</sup> 島田・前掲注10）64頁以下

- (あー3) 寄与が正犯者の実行行為の段階でなされたこと  
 (い) 関与者の寄与が実行行為に直接役立っていること。

この説は、法益侵害結果を重視する立場からは共犯はそのような曖昧な理由で処罰されるわけではないと批判される。しかし、一方で正犯と共犯の異同に迫った鋭い見解である<sup>18</sup>とも評価されている。

### 3. 折衷説（ロクシン）<sup>19</sup>

#### (1) 客観的帰属論による解決

ロクシンは今日のドイツで優勢な客観的帰属論の代表論者である。ロクシンの客観的帰属論は、『危険創出』および『危険実現』という基本的な理論的枠組みを前提としつつ、これに『許された危険』という規範的な視点を導入するものである。<sup>20</sup>

そして、「中立的行為による幫助」の問題の解決を念頭に置いて、可罰的な幫助が認められるためには、結果の因果的惹起、危険増加があるだけでは足りず、それが、法的に「許されない」ものでなければならないという原則を導く。

その上で、危険が法的に許されないものであるかどうかの判断をする際に、行為の客観的側面だけでなく、行為者の主観的側面にも目を向けなければならないと主張した。

ロクシンによれば、『本来的に日常行為の性質を有する行為』などは存在せず、むしろ行為の目的いかんによって、日常行為に当たるかいないかが決まる<sup>21</sup>という。したがって、寄与行為が確定的故意でなされた場合と不確定的故意でなされた場合を区別して考える。

この方法論は、客観的側面に着目する必要性を説いてきた学説に対する根本的な批判である。<sup>22</sup>

#### (2) 寄与行為が確定的故意でなされた場合

寄与行為者が正犯者の犯罪計画を確実に認識している場合は、その寄与行為が「一義的犯罪的意味関連」を有している場合にのみ法的に許されない幫助が認められる。「一義的犯罪的意味関連」とは、寄与が正犯者の計画した犯罪の前提条件の意味しか持たず、正犯者もそれを認識しているという連関である。

例えば、ねじ回しを求めてきた住居侵入窃盗犯に、その犯罪計画を確定的に認識しつつ、ねじ回しを売って、そのねじ回しが実際に犯行に使われたという場合、ねじ回し提供行為は「一義的犯罪的意味関連」を有しているといえるので幫助となる。一方、売春宿にパン

<sup>18</sup> 曲田・前掲注7) 197頁

<sup>19</sup> 曲田・前掲注7) 179頁以下、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(成文堂・2009年) 155頁以下、山中・前掲注12) 81頁以下

<sup>20</sup> 安達光治「客観的帰属論」川端博ほか『理論刑法学の探求①』(成文堂・2008年) 74頁

<sup>21</sup> 曲田・前掲注7) 179頁

<sup>22</sup> 曲田・前掲注7) 180頁

や肉といった飲食物を提供し、そこで働く者の生活を支えることで売春行為を促進したという場合、たとえ、その宿で売春が行われていることを確定的に認識していたとしても、そのような寄与は二義的なものにすぎず、「一義的犯罪的意味関連」のない行為であるとして、幫助犯は成立しないのである。

### (3) 寄与行為が不確定的故意でなされた場合

自己の幫助行為が犯罪に利用されるかもしれないという程度の認識しかないが、寄与行為を行った場合については、「信頼の原則」からの解決を図る。「ここにいう『信頼の原則』とは、『誰でも、他人が故意の犯罪行為にでないということを信頼してよい』という内容の概念<sup>23</sup>」である。

つまり、寄与行為の際に相手がそれを犯罪行為に利用しようとしているのかがはっきりと分からない場合は、「信頼の原則」から、それが犯罪に使われないことを前提に行動してよいということになる。そして、そのようにしてなされた行為は、許されない危険を発生されるものではなく、客観的帰属は否定されるということである。

ただ、ロクシンは、正犯に「客観的に認識可能な犯罪傾向」があった場合には、正犯者の犯罪計画について不確定的故意しか有していなかったとしても寄与行為者に「信頼の原則」は適用されないと述べる。

例えば、道路上で喧嘩をしていたものが店に入ってきて金槌を要求してきて、要求通りに販売したところ、その金槌が暴行の道具として使われたという場合、この金槌が武器として暴行に使われるということについて不確定的故意しか有していなかったとしても、正犯に「客観的に認識可能な犯罪傾向」が認められるとして従犯が成立するとするのである。

## 第三節 我が国における学説

上記のドイツでの議論の影響も受け、我が国でも多くの学説が提唱されてきた。この節では日本での「中立的行為による幫助」の先行研究をまとめることとする。

### 1. 客観面での限定を図るアプローチ

#### (1) 仮定的代替原因を考慮する説（島田説）<sup>24</sup>

島田教授は、「中立的行為による幫助」の問題に関して、特殊な限定のルールを模索するのではなく、共犯の一般的成立要件である因果性に還元して考えるべきではないかと述べる。そして、物理的因果性が問題になっている場合と心理的因果性が問題になっている場合に分けて、それぞれ、いかなる場合に促進的因果関係があったといえるかについて分析する。本稿では、「中立的行為による幫助」の問題と関連の強い物理的因果性についての要

---

<sup>23</sup> 曲田・前掲注7) 182頁

<sup>24</sup> 島田・前掲注10) 77頁以下

件論についてのみ解説する。

「物理的因果性を肯定するためには、最低限、共犯者が提供した物が、正犯者（直接実行者）によって現実に犯行のために用いられた場合でなければならない。<sup>25</sup>」しかし、提供物が正犯者に用いられ正犯行為に影響を与えたことは因果性、結果帰属を肯定するための十分条件ではなく、「その行為によって、正犯者が現実に行った行為の結果発生の蓋然性が高められたことが必要<sup>26</sup>」であると述べる。

そして、その危険性を判断する際、現実に行われた関与行為が存在しなかったら、当該関与行為と同様の効果のある行為を、正犯者あるいは第三者が代わって行っていた高度の蓋然性があるか否かを基準とする。例えば、住居侵入窃盗犯にねじ回しを売ったという例において、その店主が売らなくても、隣の店の人が事情を知らずに売っていただろうという場合は、そうした仮定的事情（隣の店の人が売っただろうという事情）を考慮して、危険の増加を否定するということになる。

しかし、島田教授はすべての場合において仮定的代替原因を考慮するわけではなく、その範囲を限定する。

（i） 将来において行われる犯罪行為

まず、正犯者あるいは第三者の将来の犯罪行為は、考慮の対象から外す。なぜなら、犯罪行為は行われなかったことが期待されているので、他の者の罪責を考えるにあたっては期待が遵守されることを前提とすべきだからである。

（ii） 正犯の最終的結果惹起行為

例えば、甲が窃盗を目論み金庫を開けるために電動ドリルを用意しており、乙がその電動ドリルをより性能の低い手動のドリルにすり替えたとする。そしてその手動ドリルを用いて甲が金庫を破り窃盗を行った。この場合、甲が電動ドリルを用いて窃盗行為を行うという代替原因は将来の犯罪行為であり、そのような事情は付け加えずに、手動ドリルがあった場合と何もなかった場合を比較することになる。

島田教授はこのような結論は不当であるとし、正犯の最終的結果惹起行為（上記例では金庫を破るといふ窃盗の実行行為）に関しては、関与行為がない場合にどのように進展していたかを常に考慮に入れて良いと考える。

以上のような判断仮定に沿って、関与行為によって生じた正犯行為の結果発生の危険が関与行為がなかった場合に比べて、相当因果関係が肯定される程度に高まっていた場合には現実に生じた結果についての危険増加が肯定され、結果帰属が認められるということになる。

---

<sup>25</sup> 島田・前掲注10) 78頁

<sup>26</sup> 島田・前掲注10) 79頁

(2) 客観的帰属論の応用を試みる見解（豊田説）<sup>27</sup>

(i) 客観的帰属論の応用と理論的基礎

豊田教授は、「中立的行為による幫助」の問題を解決する上で中心となる課題は、「行為の社会的意味」をどのように確定するのかという点にあると考える。そして、客観的帰属論を共犯論に応用することにより、その「社会的意味」を確定しようとする。

まず、従来は正犯論における結果帰属の原理として登場したはずの客観的帰属論を共犯論に援用できるのかという点について、共犯不法の独立を認める混合惹起説を採用することにより可能となる<sup>28</sup>と述べる。なぜなら、共犯論に客観的帰属論を持ち込むという手法は、正犯が創出した危険は「許されない」危険であるが、共犯の創出した危険は「許された」ものであるという状況を想定しており、共犯不法の独立を認めるという前提の下でしか、成立しないからである。

そして、混合惹起説を前提として共犯に客観的帰属論を適用すると、「間接的な結果惹起行為『それ自体』が結果発生の『許されない』危険を創出し、その危険が実際に構成要件該当結果の中に実現した<sup>29</sup>」場合に可罰的な共犯が成立するという基準を導くことができる。

(ii) 「許されない」危険の創出の有無の具体的判断基準

次に、その「許されない」危険の創出の有無を具体的に判断する下位基準を提示する。豊田教授は、「許されない」危険の創出の判断にあたって、正犯行為が共犯者にとっても「自己の出来事」といえるかどうかを重視し、『正犯の犯罪計画ないし犯罪行為との特別な適合』、すなわち『自己の行為を、正犯の犯罪計画ないし正犯行為に具体的に適合するように、特別に形成したこと』が必要<sup>30</sup>であると述べる。そのような「特別な適合」がない場合は、共犯者にとって正犯の行為は「もっぱら他人の出来事」でしかないということになる。

窃盗犯にねじ回しを売った事例では、そのねじ回しが結果的に窃盗に使われたというだけでは、「許されない」危険を創出したということにはならないが、窃盗犯の注文に応じて特殊なカギを作り、販売した場合は「許されない」危険の創出が認められる。

例外として、行為の文脈や具体的状況に応じた判断を要す場合もあると述べ、殴り合いを行っている最中の喧嘩当事者に凶器を給付する行為などについては、「許されない」危険の創出を認める。

---

<sup>27</sup> 豊田・前掲注19) 167頁以下

<sup>28</sup> 共犯の処罰根拠論の沿革や価値判断についての立ち入った説明は本稿では割愛するが、純粹惹起説を前提にしても、客観的帰属論の援用は可能である。豊田教授はこの点を述べた上で、真正身分犯の可罰性を適切に説明できないことなどを根拠に、純粹惹起説をとることはできないと述べる。前掲注19) 160頁以下参照。

<sup>29</sup> 豊田・前掲注19) 174頁

<sup>30</sup> 豊田・前掲注19) 175頁

## (iii) 判断基準における主観面の排除

そして、豊田教授は、行為者のこの適合に対する認識は重要ではないとする。その理由については、ヤコブスの見解を引用して、「高度に複雑化し、情報化が進んだ今日の分業社会においては、行為の社会的意味は、主観的に追及される意味によってではなく、客観的な意味によって決まる<sup>31)</sup>」と解すべきだからだと述べる。

確定的故意の場合と不確定的故意の場合を区別するロクシンや後述する曲田教授の方法論も批判の対象となる。確定的故意と不確定的故意とで扱いを異にするのは従来の故意に対する理解と矛盾すること、故意があったといえるためには許されない危険の創出の認識が必要であるので、故意の存在を前提に許されない危険の創出があったか否かを判断するのは背理であることなどを理由に挙げる。

2. 主観面での限定も行う折衷説（曲田説）<sup>32)</sup>

## (1) 中立的行為による幫助の問題の体系的位置づけ

曲田教授は、「中立的行為による幫助」の問題を従属性の要件に関わる事項として位置づける。つまり、当該共犯について、正犯への従属が認められるのか、従属適格性があるのかという問題として考える。

まず、正犯と共犯は質的に離隔する行為形式であると述べる。<sup>33)</sup> 従犯不法はあくまで正犯実行・正犯不法に従属するという点で正犯と共犯は決定的に異なり、また従犯の行為類型は大きく開かれているという点でも正犯と異なるのである。そして、この質的離隔が乗り越えられたとき、すなわち正犯との質的近接性が認められたときに、正犯のように犯罪性を帯びるとするのである。つまり、そのような質的近接性が認められる場合は従属適格性があるとされ、認められない場合は従属性が否定される。問題はその正犯との質的近接性を生じさせる要素が何かであり、共犯の処罰根拠からそれを導こうとする。

## (2) シューマンの「正犯不法との連帯」

まず、刑法は、発生した結果のみを重視し、そのみを根拠に制裁を科すことを目的とするようなシステムではないとし、結果に着目する必要はあるとしつつも犯罪の本質は義務違反性・ルール違反性に求められるべきだと考える。

そして、そのような見地から、共犯が正犯から区別されて処罰されている根拠もそのルール違反性から基礎づけるべきだと考えることになるが、ここでシューマンの「正犯不法

<sup>31)</sup> 豊田・前掲注19) 176頁

<sup>32)</sup> 曲田・前掲注7) 101頁以下、194頁以下参照。

<sup>33)</sup> 曲田教授はこの正犯との距離に関して、教唆犯と幫助犯の差異を強調している。両者は従属形式を異にするものであり、処罰根拠も異なると理解する。そのような理解に完全に賛同するかどうかは別として、狭義の共犯を一括りにして論じる従来の議論に対するアンチテーゼとして非常に示唆深い意見だと考える。前掲注7) 75頁以下、101頁以下、119頁以下参照。

との連帯説」を導入する。同説は既述の通り、共犯不法の本質を「コミュニティにとって耐え難い悪しき手本として市民が受け止めることになる状況」を生ぜしめた点に求めるものである。そのような行為無価値がない場合には、法益侵害結果の惹起があったとしても正犯との質的近接性が否定され、従属適格性がないとされることから、共犯の成立が否定されるということである。<sup>34</sup>

しかし、曲田教授はシューマンの見解に全面的に依拠するというわけではない。というのも、「コミュニティにとって耐え難い悪しき手本として市民が受けとめることになる状況」を生じさせたか否かの判断について行為者の主観面を排除して考えるべきではないとする。なぜなら、犯罪の本質であるルール違反性についての判断は、ルールに対する行為者の主観的傾向を抜きにして行うことはできないと考えるからである。そこで、寄与行為を確定的故意の場合、不確定的故意の場合に分けて考えるロクシンの手法を取り入れるのである。

### (3) 具体的な基準

相手の犯罪計画を知っている者（確定的故意の場合）にはその犯罪計画に与することを禁ずるルールが働くが、相手の犯罪計画を知らない者（不確定的故意の場合）に対しては、そのようなルールは働かない。よって、確定的故意に基づく行為に関しては、原則として、高い規範違反性が認められ、コミュニティに対する危険性の印象の存在が肯定される。反対に不確定的故意しか持たない場合は、低い規範違反性しか認められず、基本的にそのような危険性の印象は否定されるということである。

原則としては、確定的故意の場合は幫助犯成立、不確定的故意の場合は幫助犯不成立となるが、事情によって例外が生じるとする。

#### ア 確定的故意に基づく行為であるが従犯の成立が否定される場合

曲田教授は、確定的故意を有する場合でも、「明確な直接的有用性の印象」を与えない場合、すなわち、その物の利用行為が犯罪行為に直接つながることがコミュニティにとって明確であるとは言えない場合、当該提供行為は、コミュニティに危険性の印象を生じさせないとして従犯成立を否定する。

例えば、窃盗を計画する者に食事としてパンを提供する行為は、幫助の因果性が認められたとしても、直接犯罪行為に役立つ行為であるとの印象をコミュニティは抱かないと考えられる。しかし、同じ飲食物の提供行為であっても、毒を入れるためのパンを提供する行為であれば、コミュニティに与える危険性の印象が肯定されうる。

#### イ 不確定的故意に基づく行為であるが従犯の成立が肯定される場合

不確定的故意に基づく場合であっても、「その寄与行為が、客観的にみて犯罪に利用され

---

<sup>34</sup> 注意すべきは、惹起説的な考え方をすべて排斥するわけではなく、結果惹起は十分条件として位置付け、プラスアルファの要素として正犯不法との近接性を要求している点である。曲田教授は自身の共犯の処罰根拠を「混合惹起説をベースとした修正説」と位置付けている。曲田・前掲注7）124頁

る蓋然性の高い行為であり、かつ、その蓋然性を基礎づける事実についての認識があった、というばあいには、危険性の印象を与え、従属性が肯定されることで、従犯性が肯定される余地がでてくる<sup>35</sup>」とする。

今まさに喧嘩をしている最中という状況で、一方が「バットを貸してくれ」と言ったという事例を考える。この場合は、喧嘩の最中という状況を認識していれば、そのバットを暴行に使うという正犯者の計画を確定的に認識していなかったとしても、その行為はコミュニティに危険性の印象を与えるものと評価できる。なぜなら、「バットを与えれば暴行が起こる蓋然性が高い状況下で、その状況を認識しているにも関わらず、暴行の手助けになるような行為をするな」との規範が働くと考えられるからである。

#### (4) まとめ

以上のような方法論を辿り、危険性の印象が肯定される行為には、「正犯不法との質的近接性」が認められ、それによって従属適格性が認められるという流れで当該幫助行為は従犯として可罰的であると評価されることになる。

### 第四節 学説を振り返って

(1) 日本における「中立的行為による幫助」に関する学説は、各論者ともにドイツの学説の影響を強く受けつつ、独自のアクセントを加える形で発展してきている。本稿において、どのような理論枠組みに沿ってこの問題を考えるかを決定するために、僭越ながら、各学説の理論構成について価値判断を行っていきたい。

まず、仮定的代替原因を考慮することで危険が増加したか否かを判断しようとする島田教授の学説については、その方法論の根幹に疑問があり、賛成できない。仮定的代替原因を考慮するということは、非現実世界（俗な言い方をすれば「タラレバ」）を仮構するという事にほかならず、そのような不明瞭な仮定に結果帰属を判断するにあたって決定的な影響力を与えるというのは、因果論としてふさわしくないと考える。<sup>36</sup>

また、「考慮する諸事情は、個別の事件においてかなり多様で、しかも、一おそらく、いかに個別具体の事情を積み上げたとしてもなお一実はその範囲について必ずしも明瞭とはならない（つまり不確実な）場合もあり得るように思われる。<sup>37</sup>」との批判も存在する。筆者もこの批判は非常に的確であると考ええる。

<sup>35</sup> 前掲注7) 206頁。なおロクシンも結論においては同じように考えるが、ロクシンは信頼の原則の限界を従犯不成立の根拠に挙げる。曲田教授は、そのような限界がなぜ現れるのかについての説明が不十分だとしてロクシン説を批判する。

<sup>36</sup> 曲田教授は、条件公式の適用の際に「あれなければ」という形で想定される仮定的事実を第一次の平行世界とすると、仮定的代替原因はさらにその先に仮定される第二次の平行世界であると表現し、そのような空想性のより強い仮定的事実が規範的评价に影響を及ぼすとするのは不適切であると批判する。曲田・前掲注7) 147頁参照。

<sup>37</sup> 上野幸彦「日常行為と可罰的幫助」日本法学第77巻第1号（2011年）81頁以下

(2) 豊田教授の客観的帰属論応用の試みについて、犯罪行為への「特別な適合」の有無という基準自体は非常に説得的であり、従犯の成立範囲を画する要件として妥当だと考える。

しかしながら、豊田教授は「行為者がこの適合を認識したかどうか、どの程度認識したか、あるいは認識しえたかどうかは、結果の客観的帰属にとって重要ではない<sup>38</sup>」と述べ、主観的側面を考慮することを否定する。

思うに、犯罪適合性の有無を行為の客観的側面のみから判断しようとするのは限界がある。むしろこのような適合があったかどうかの判断の核となる事情は行為者の主観的認識であると思われる。

また、行為の文脈や具体的状況に応じた判断が要される場合もあると述べている<sup>39</sup>が、このような例外を付すこと自体、客観面だけで従犯の成立範囲を限定する理論の限界を語っているのではなかろうか。

(3) このように、客観面のみから従犯の成否を判断するのは困難である。一方、古典的な主観説は、第二節で述べたように現在では支持することはできない。したがって、主観面・客観面の双方からアプローチをする必要があるだろう。

如上のように、曲田教授がこのようなアプローチを試みている。曲田教授はシューマンの「正犯不法との連帯」説を共犯処罰根拠に据え、基本的には確定的故意の場合は従犯成立を肯定し、不確定的故意の場合は否定する。そして、その上で、客観的側面を考慮し、例外を炙り出す。

まず、「正犯不法との連帯」説は法益侵害結果を重視する立場の論者からは、共犯はそのような曖昧な理由で処罰されるわけではないとの批判を受けるとされる。しかし、そもそも当該論点において、可罰性が不明瞭な範囲が生じるのは、結果惹起だけで共犯の成否を論じることに問題があるからに他ならない。したがって、共犯が処罰される理由は結果惹起以外の行為無価値的側面にもあるという方向性でアプローチすることはむしろ自然である。<sup>40</sup>

また、確定的故意と不確定的故意の場合で異なった取り扱いをすることは一般的な故意概念に対する理解と矛盾するという指摘<sup>41</sup>がなされる。しかし、新たな問題に対処するために既存の思考方法に変更を加えることは不自然な方法ではない。<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> 豊田・前掲注19) 175頁以下

<sup>39</sup> 豊田・前掲注19) 175頁

<sup>40</sup> 上野・前掲注37) 88頁は、そのような行為無価値性を「共同体に与える危険感」というあまりにも法益侵害結果からかけ離れた要素にまで求めて良いのかという点について批判している。結果惹起という要素以外から共犯の可罰性を根拠づける必要があるにしても、この点は慎重に検討すべきである。

<sup>41</sup> 豊田・前掲注19) 176頁

<sup>42</sup> 曲田・前掲注7) 107頁

主観と客観は密接不可分な関係であり、双方を精査して幫助犯の成立範囲の限界を模索すべきである。

## 第二章 Winny事件以前の裁判例

第一章で検討した理論構成を基に代表的な判例を一部検討していく。

### 第一節 ピンクチラシ事件<sup>43</sup>

#### 1. 事案の概要と判決

秘密売春クラブ（いわゆる「ホテル」）を営んでいるAらが売春の斡旋を行った際、それに先立ち、印刷業を営む被告人X、Yは、売春の斡旋に使用された宣伝用小冊子（以下「本件小冊子」）をAらの店のために印刷していた。このことについて、X、Yが売春防止法違反幫助に問われた事件である。

被告人兩名は本件当時Aがホテルを経営して売春の斡旋をしていたこと、売春斡旋の手段として本件小冊子を使用することを認識していたと事実認定されている。また、本件小冊子は、時間と料金こそ記載していないものの、内容自体からホテル業者が客寄せに使用する広告をまとめたものであることが一見して明らかであるという。

東京高裁はX、Yに売春防止法違反幫助を認めた地裁の判断を是認し、控訴を棄却している。

#### 2. 検討

この事案を検討するにあたり、Aが売春斡旋を行っていたこと、その手段として本件小冊子を使用していたことを被告人が確定的に認識していたのかそれとも未必的に認識していたにとどまるのかが明らかにされる必要がある。

被告人X、Y兩名とも、ホテル業者のチラシを印刷していたことについて何度か警告を受けている。さらにXはAから印刷、製本を受注する際に、Aらが検挙されても印刷会社名は出さないこと、証拠隠滅のために帳簿に記載せず、代金は現金払いで領収書も発行しないという条件で引き受けている。また、Yもこのような事情を知っている。

このような事実認定<sup>44</sup>から、X、Y兩名は単に「Aの業態が怪しい」、「違法な風俗店であるかもしれない」などの疑いを抱いていただけでなく、Aが売春斡旋を行っていたこと、その手段として本件小冊子を使用していたことを確定的に認識していたといえる。

<sup>43</sup> 東京高判平成2・12・10判タ752号246頁

<sup>44</sup> Aのホテルの業態が適法な売春類似行為に過ぎないと認識していた疑いも残ると述べ、警察からの警告という事情がない事案であれば、そもそも幫助の故意が阻却されていたと事案であるとの指摘もある。島田前掲注10) 109頁以下参照。

そして、本件小冊子は、時間と料金こそ記載していないものの、内容自体からホテル業者が客寄せに使用する広告をまとめたものであることが一見して明らかであると認定されている。この事実認定を前提にすると、本件小冊子の利用行為が犯罪行為に直接つながることは明確であると判断できる。

したがって、X、Yには売春防止法違反幫助が成立するとすべきであり、高裁の判断は支持できる。

## 第二節 軽油取引税脱税幫助事件<sup>45</sup>

### 1. 事案の概要と判決

Aらは地方税法上、軽油取引税の特別徴収義務者であったが脱税を行っており、その分軽油を安く販売していた。被告人Xはその事情を知りつつ、Aらから格安で軽油を購入しており、このことについてAらの地方税法違反の共同正犯として公訴が提起された。

本件では特別徴収義務者ではなく、軽油の買主である被告人が、本件不納入罪の共同正犯としての罪責を負うか否かが主に検討された。この点、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して共同正犯は成立しないと判断された。そして、傍論ではあるが幫助犯の成否についても検討されている。

熊本地裁は、「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迫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」と述べ、XにはAらの犯行を幫助する意思はなかったとして、従犯とはならないとした。<sup>46</sup> 本判決は、「中立的行為による幫助」の問題に直接触れているわけではないが、取引活動の形態に着目している点から犯罪行為の援助を主目的としない行為を共犯行為とすることに対する問題意識を読み取ることができる。

### 2. 検討

まず、本件事案では、被告人Xについて、「Aが税を納入する意志がないとの確定的な認識があったと認めるのは困難である」とされている。したがって、行為者が確定的故意を有するケースであるので、当該寄与行為が「明確な直接性の印象」を与えるものであったかどうかを検討する。軽油を買うという行為は、たとえ販売業者が脱税を意図しているとして知っていてなされたとしても、それだけでは、犯罪に役立つ行為であるという印象を社会に与えることはない。したがって、当該行為について幫助犯は成立しないというべきであ

---

<sup>45</sup> 熊本地判平6・3・15判時1514号169頁

<sup>46</sup> 本件は、必要的共犯の理論の類推からも結論が補強されているが、本稿の主題とは関係が薄いので割愛する。

る。

「自己の取引上の利益を図る目的があったかどうか」という本判例の基準は職業的相当性説的に読むこともできるし、専ら主観面を基準に考えたと解釈することもできる。もっとも、本件において、幫助犯の検討は傍論であるし、必要的共犯理論の類推によって、幫助犯の成立が否定されたという側面も大きいといえる。

### 第三節 まとめ

前述したように、「中立的行為による幫助」という論点が大きく注目されるようになった大きな契機は、Winny事件判決である。しかし、過去の判例においても同様の問題を孕む事案は少なからず存在<sup>47</sup>し、如上のように同論点への問題意識も見て取れる。本稿で紹介できた事案は少ないが、これらの判例を再考し、学説上の論理と照らし合わせる意義は十分あるといえるだろう。

## 第三章 Winny事件判決の分析

### 第一節 事案の概要と判決

#### 1. 事案の概要

被告人は、ファイル共有ソフトであるWinny<sup>48</sup>を開発し、ウェブサイト上に公開し、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。正犯者2名が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23条1項）を侵害する著作権法違反を犯した。

正犯者らの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（著作119条1項〔当時〕、刑62条1項）に問われた。

#### 2. 一審判決（京都地判平成18・12・13判タ1229号105頁）

京都地裁は、被告人のWinnyの開発・提供行為について、正犯者の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と述べる。しかし、Winnyの技術それ自体は価値中立的であり、そのような価値中立的な技術を提供する行為を一般的に処

---

<sup>47</sup> その他にも関連する判例は少なからずある。賭博開帳幫助事件（大判昭7・9・26刑集11巻1367頁）、賭博場塩まき事件（名古屋地判昭38・8・27 一審刑集1巻8号1288頁）、詐欺の手段としての刀剣類販売（東京高判昭和57・12・21判時1085号150頁）、ウィザード事件（大阪地判平成12・6・30高刑集53巻12号103頁）など。

<sup>48</sup> 特定のサーバに依拠することなく、ファイル共有を可能とする点、匿名性という機能がある点などで画期的であった。詳しくは、金子勇『Winnyの技術』（アスキー・2005年）37頁以下参照。

罰するような、無限定な幫助犯の成立範囲の拡大も妥当でないとする。

そして、「そのような技術を外部へ提供する場合、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」との基準を導く。

本件については、Winnyなどの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、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状況を認識し、Winnyが著作権侵害に使われることも認容しながら、最新版を公開したのであり、著作権法違反罪の幫助犯となると判断した。

### 3. 控訴審判決（大阪高判平成21・10・8刑集〔参〕65巻9号1635頁）

大阪高裁は、まず、第一審判決が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かが判然としない上、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、批判した。

そして、「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ものが出る可能性・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」との基準を定立する。

本件では、被告人はインターネット上で著作権侵害行為のために利用するように勧めてソフトを提供するようなことはしていないので、無罪とした。

しかしながら、このような限定的な基準が認められるかは疑問である。「インターネット上のソフト提供行為のみに妥当する幫助犯の成立要件を觀念すること自体、幫助犯論として無理がある<sup>49)</sup>」との指摘が非常に説得的であるように思われる。現実の利用状況やそれに対する提供者の認識などを考慮要素としたうえで幫助犯の成否を検討すべきである。<sup>50)</sup>

### 4. 最高裁決定（最決平成23・12・19刑集65巻9号1380頁）

最高裁は、Winnyの価値中立性や開発提供を犯罪として処罰すれば、ソフト開発の萎縮効果を招く点などに触れ、「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

---

<sup>49)</sup> 島田総一郎「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)65頁

<sup>50)</sup> 豊田教授もそのように述べて、控訴審判決の理論構成を批判する。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)58頁

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あたるべきではない」とする。

そして、「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」という基準を定立する。

この基準からさらに具体的な下位基準を導く。「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」、もしくは「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」のいずれかに当てはまる場合に限り、幫助犯が成立するとの基準を定立した。

本件は、この下位基準における後者のケースであるとし、「Winnyを公開、提供した場合に、例外的とは言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、認容していたことまで認めることは困難」であると認定し、著作権侵害の故意が認められないので無罪とした。

## 第二節 分析

第一審判決は、「全体的考察」の下、Winnyの現実的利用状況が考慮されているが、その具体的な基準に関しては、曖昧なところが残されていた。

控訴審判決は、この点を批判し、このような「全体的考察」方法を採らず、「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」という限定的基準を定立した。しかし、この基準は上記で述べたように学説からの批判も強かった。

このような不特定多数者に対する道具の一括提供行為が問題となっている場合は、「全体的考察」が不可欠である。この点、最高裁は、「全体的考察」に立ち返り、幫助犯成否の基準に関して丁寧に取り組んだ。

既述のように、最高裁は、「例外的とは言えない範囲の者」が違法利用する蓋然性が高く、それを提供者も認識している場合に限り幫助犯が成立するとの基準を示している。問題は、その理論的根拠である。

この点、全体においてわずかしき違法利用の蓋然性がない場合は、違法利用に向かう危険は規範的に「取るに足りないもの」として幫助行為の危険性を否定することもできるかもしれないが、これは一部の利益を犠牲にして大なる社会的利益を確保することを是とす

る功利主義的発想に近いので妥当ではない。<sup>51</sup>

第一章の第三節で述べたように、「中立的行為による幫助」の問題は、基本的には寄与行為が確定的故意でなされたかどうかを基準とし、その後客観面から例外をあぶり出すという手法が妥当であろう。<sup>52</sup> そして、この分類の基礎には、危険性の印象を社会に与える幫助行為であったかどうかという発想がある。

そして、Winny事件のような不特定多数の者への一括提供行為の場合は、行為者の認識面に関して、全体的視座からの観察<sup>53</sup>を行う必要がある。「なぜなら、一部の道具受領者による道具の悪用を確定的に認識していたとしても、それのみで当該一括提供行為の社会的印象を量ることはできないからである。<sup>54</sup>」

このようにして、違法利用に至る蓋然性が高い利用者の数に目が行くこととなり、判例は、「例外的とはいえない」範囲という線引きを行ったと理解することができる。

本件では、「Winny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」と認定されており、非例外的な範囲の者が違法利用に使用していたとみることができるが、被告人にその認識がなかったとして、幫助の故意が阻却されているのである。

## 終章 おわりに

本稿では、まず、第一章にて「中立的行為による幫助」という問題を巡るドイツと日本の学説の展開を俯瞰し、分析した。学説は基本的に主観面と客観面のどちらを重視するかという形で揺れ動いており、議論の蓄積の末、折衷的な案も登場した。筆者は、主観と客観は切り離すことのできない密接な関係にあり、当該論点においては、主観面をメルクマールにすることで線引きが明確になると考える。したがって、原則、確定的認識の有無で従犯の成否を検討し、客観面の検討で例外をあぶり出すという手法が適切との判断に至った。

次に、第二章にてWinny事件以前の判例について一部ではあるが、検討した。意識的にこの論点が論じられるようになる前から、同様の事案は散見され、判例も問題意識を持っていたことが読み取れる。過去の判例に関して再考する必要性もあるだろう。

---

<sup>51</sup> 曲田・前掲注7) 223頁

<sup>52</sup> Winny事件は本来、概括的故意はあったといえる事案であったとみられるが、判例は最終的に故意を阻却している。判例が従来の故意概念に依拠せず概括的故意以上のものを要求していると読むこともできる。

<sup>53</sup> 豊田兼彦「幫助犯における『線引き』の問題について—Winny事件を素材にして—」立命館法学345=346号(2012年)459頁以下

<sup>54</sup> 曲田・前掲注7) 226頁

最後に、Winny事件について論じた。有罪判決を下した一審に注目することが多いが、二審判決も理論面においては問題を抱えるものであったと判明した。最高裁は一審の曖昧な基準を再考し、全体的考察の下で規範を定立し、無罪判決を導き出した。本稿では基本的に判例を支持する形で分析を行っている。しかし、非例外的な範囲の者が違法に利用していることを認識していたか否かを判断するのは容易ではなく、依然として基準の曖昧さは残ると思われる。

また、本稿ではシューマンの「正犯不法の連帯」説にも触れている。この説をそのまま受け入れるというわけではない。しかし、複雑化した社会において共犯関係が問題となる事案に対処するためには、従来の惹起説では限界があるかもしれない。本稿を書きながら、共犯の処罰根拠論そのものからの再検討が必要なのではないと感じた次第である。