

No. 125(2012/3)

ウィニー（Winny）事件最高裁決定 （最高裁平成 23 年 12 月 19 日）

弁護士 小倉 秀夫

1 事案

X は、「Winny」というファイル共有ソフトを開発し、順次改良しながら、匿名で開設したウェブサイト上で公開し、不特定多数の者に提供していた。

「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である。「Winny」は、その中でも、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いるという特徴があった。このため「Winny」は、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、様々な分野に応用可能なソフトである反面、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もある。なお、X 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。

B および C は、「Winny」をインターネット上でダウンロードして入手し、N らが著作権を有するゲームソフト等が蔵置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「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た。B および C は、著作権法違反の疑いで起訴され、既に有罪判決が確定している。

X は、B および C の上記犯行を幫助したとして起訴され、第 1 審では有罪判決が下され、控訴審では無罪判決が下された。検察官はこれを不服として、上告した。

2 判旨

2-1 多数意見

(1) Winny は、1、2 審判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、X 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受け止められている。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、かか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で、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。

(2) X 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、「Winny」の公開、提供を行ったものでないことは明らかである。

(3) 原判決が引用する関係証拠によっても、「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いうのである。そして、X の「Winny」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者について何ら限定をかけることなく、無償で、継続的に、「Winny」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、X による「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。

(4) この点に関する X の主観面をみると、X は、「Winny」を公開、提供するに際し、「Winny」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の、いまだ、X において、「Winny」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、「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に足りる証拠はない。

(5) 以上によれば、X 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、X 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。

2-2 裁判官大谷剛彦の反対意見

(1) 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。さらに、実際に侵害的な利用が少なからず生じているという客観的状況下で、このような侵害的利用の可能性のあるソフトの提供が続けられることにより法益侵害の危険性は高まるのであり、高度の蓋然性の判断に当たり、この客観的な利用の状況も重要な考慮要素となろう。

(2) ①いわゆるファイル共有ソフトは X の開発した「Winny」に限られていたわけではなく、WINMX その他のソフトも提供されており、ネット上での公衆送信権という著作権の侵害に「Winny」が不可欠というものでは決してないが、X による追究により効率性が上がり（例えば、多重ダウンロード機能、自動ダウンロード機能、それ自体は当時違法ではなかった自己使用目的の許諾なき著作物ファイルのダウンロードが、即、違法性を持つ公衆への送信としてのアップロードに繋がるような仕組み等）、また匿名性機能も備わり（ファイルが中継を経ると発信源の位置情報（キー情報）の追及が困難になる仕組み等）、侵害的利用の抑制として警告の掲示はあるものの、侵害的利用が至って容易である上、侵害的利用への誘引性も高く、それゆえ利用者の侵害的利用が促進され、②提供行為の態様も、不特定多数の者に広汎かつ無限定で提供され、利用について申込みや承諾を要することなく、誰もがいつでもアクセスでき、利用に何ら制約はなく、③客観的利用状況については、原判決が引用する関係証拠によれば、「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いう状況にあった。

これらの事情からすれば、少なくとも平成15年9月に行われていた「Winny」の公開・提供行為については、その提供ソフトの侵害的利用の容易性、助長性というソフトの性質、内容、また提供の対象、範囲が無限定という提供態様、さらに上記の客観的利用状況等に照らし、まずは客観的に侵害的利用の「高度の蓋然性」を認めるに十分と考えられる。

(3) 侵害的利用の蓋然性について、このソフト自体の有用性の反面としての侵害的利用の容易性、誘引性があることや、また提供行為の態様として対象が広汎、無限定であることについては、開発者として当然認識は有していると認められる。また、客観的な利用状況については、①開発宣言をしたスレッドへの侵害的利用をうかがわせる書き込み、②本件当時の「Winny」の侵害的利用に関する雑誌記事などの情報への接触、③X 自身の著作物ファイルのダウンロード状況などに照らせば、X において、もちろん当時として正確な利用状況の調査がなされていたわけではないので4割が侵害的利用などという数値的な利用実態の認識があったとはいえないにしても、「Winny」がかなり広い範囲（およそ例外的とはいえない範囲）で侵害的に利用され、流通しつつあることについての認識があったと認める

べきであろう。

3 解説

3-1 はじめに

いわゆる「Winny 事件」の最高裁判決である。結論としていえば、「両者痛み分け」といったところである。もちろん、検察側は、ネット世論のみならず、多くの技術者たちをも敵に回して敢えて起訴に踏み切った事案で、無罪判決を確定させてしまったのであるから、それ自体、大きな痛手である。

他方、Xは、晴れて無罪となったものの、最高裁判所において「Winny」の公開・提供行為は、「Winny」を用いた著作権法違反行為の幫助行為に客観的にあたると判示されてしまった。本件では幫助の「故意」がなかったとして無罪とされたが、本件の審理を通じて、「Winny」の公開・提供行為が客観的には幫助行為にあたるとされる事情を知ってしまった以上、「Winny」の利用態様が大きく変わるような抜本的な機能の見直しを図らない限り、「Winny」の改訂版を作成し、これを公開・提供する行為は、今度こそ、著作権法違反の罪の幫助犯となってしまう。このことは、Xにとっては、大きな痛手であろう。

さらにいえば、刑事事件における判決であるとはいえ、「Winny」を公開・提供することが、利用者による著作権侵害行為の幫助行為としての客観的要件を具備することが認定されてしまった以上、主観的要件として「故意」の存在までは必ずしも要求しない幫助に基づく損害賠償請求がなされた場合には認容される蓋然性が高い¹。このこともまた、Xにとっては、大きな痛手であろう。

3-2 問題の所在

コンピュータネットワークは、二者間の情報の送受信を行うことをその本質的な機能とするものである。このコンピュータネットワークを通じた情報の送受信は、送受信される情報が著作権法により一定の規制を受ける情報（著作物、実演、レコード、放送、有線放送）であり、かつ、送信者からみて「公衆」に向けてその情報が送信されたときに初めて、著作権法違反の罪の構成要件に該当するものとなる。

即ち、誰でも、いつでも、誰の審査も受けずに、瞬時に、送信者から見て「公衆」に向けて情報を送信することができるというのは、「開かれたネットワーク」であるインターネットの特徴の1つであるが、それ故、インターネットは、送受信される情報が著作権法により一定の規制を受ける情報であった場合には著作権法違反の罪に結果的に荷担することになってしまうということである。そして、このことは、インターネットを介した情報の送受信をサポートする事業者（情報の経路となる設備を提供する通信事業者やインターネットを介した情報の送受信に用いられるハードウェアまたはソフトウェアを開発し、公衆に提供する事業者等）についても当てはまる。

送信される情報が著作権法により一定の規制を受ける情報であるか否かということは、

¹ 多数意見に準拠すれば、「Winny」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いうことが予見可能だったと認められれば、Xは、不法行為責任を問われる危険がある。

著作権法により一定の保護を受けている既存の情報と実質的に同一または類似といえるかに依るのであるが、これを、その情報の送受信を媒介する過程で自動的に行うことは二重の意味で困難である。一つには、通信媒介者が「著作権法により保護される情報」を網羅的に保有することは現実的に不可能なので、送受信される情報が、著作権法により一定の保護を受ける既存の情報と実質的に同一または類似であるかを網羅的に参照することができないということが挙げられる。もう一つは、どの程度の類似性があったら「実質的に同一又は類似」と言えるかは人間の主観によるところが大きく、かつ、その判断をコンピュータに委ねられるほどに基準が標準化されていないという点が挙げられる。ことに、わが国のように、権利者側が違法なデータの送受信をやめさせろと媒介業者等に命ずるばかりで、違法なデータを抽出するのに必要なデータを積極的に媒介業者等に提供しない場合には、この要求に応ずるには、現在提供している媒介サービス自体を中止することを余儀なくされることとなる。

それゆえ、わが国では、特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律（通称「プロバイダ責任制限法」）が平成 13 年に制定され、権利侵害情報を媒介したというだけでは、原則として、損害賠償責任を負わないこととなった（同法第 3 条第 1 項）。しかし、この法律では、プロバイダ等の刑事責任の免除に関する規定は設けられず、平成 23 年に行われた同法の見直し作業に際しても、そのような規定を設けることとはならなかった。

このため、インターネットを利用した情報の公衆に向けての送受信をサポートする事業者にとっては、どのような客観的及び主観的な条件が備わったときになおその事業を継続すると著作権法違反の罪の幫助犯として処罰されるのかは死活問題であり、それゆえ、本件は、「ファイル共有ソフト」という特殊なジャンルに関心がある人たちといった枠を超えて、広範な人々の関心を集めたのである。

3-3 下級審判決

本件の第一審判決（京都地判平成 18 年 12 月 13 日判タ 1229 号 105 頁）は、「それ自体はセンターサーバを必要としない P 2 P 技術の一つとしてさまざまな分野に応用可能で有意義」な、「価値中立的な技術」を「実際に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解すべき」であるとした上で、「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」で、X が、「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 が上記のような態様で利用されることを認容しながら、Winny の新バージョン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」場合には、これを入手した正犯者が「Winny が匿名性に優れたファイル共有ソフトであると認識したことを一つの契機としつつ、公衆送信権侵害の各

実行行為に及んだ」とときには幫助犯が成立するとしてXを有罪とした。

これに対し、本件の控訴審(大阪高判平成21年10月8日季刊刑事弁護61号183頁)は、「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」として、Xを無罪とした。

第一審の論理は、価値中立的なソフト等であっても、それが他人の著作権を侵害する態様で広く利用されるに至った場合には、ソフト等の提供を中止すべきであり、そのような利用態様を知りつつこれを認容してソフト等の提供を継続した場合には、幫助犯が成立するというものである。しかし、「著作権を侵害する態様で広く利用」されていること及びそのことについての認識・認容だけで幫助犯が成立するとした場合、インターネットを利用した情報の公衆に向けての送信をサポートするハード/ソフトまたはサービスの提供は、その大半が中止に追い込まれることになる(例えば、インターネット接続サービス自体、「著作権を侵害する態様で広く利用」されているというのが実情である。)

これに対し、控訴審の論理は、価値中立的なソフト等については、専らまたは主として著作権を侵害する態様で使用するよう勧めなければ、幫助犯は成立しないとするものである。すると、ソフト等の提供者が価値中立性を維持している限り、幫助犯は成立しないということになる。

ただ、「幫助」犯の成否を定めるにあたって「勧め」たか否かをキーとすることについては、Xを無罪とした高裁の結論を支持する論者からも批判を受けていた²。

その上で、「ある技術が、一般の人々が受け取る効用以上のものを、ある特定の犯罪を行う者達に与えていたとすれば、それはもはや犯罪指向性を帯びた技術の提供であって、犯罪との不法関連性を帯びるから、一般的な技術の提供であったとしても、幫助犯としての責任を認めることができる」とする見解(上野・前掲210頁)や「著作権侵害によって害される利益より被告人の責任を認めることによって失われる利益が上回るのであれば、被告人の行為は許された危険として違法性が阻却される」とする見解(藤本・前掲209頁)が唱えられていた³。

さらに、控訴審判決が下された後もなお、Xの行為を有罪とすべきとする見解も少なくなかった。例えば、「Winnyの提供が幫助犯となるのは、危険性が有用性を上回り、可罰的違法性を持つ場合と解すべきである」(林幹人「Winnyと幫助罪」NBL930号29頁)としつつ「本件の場合、幫助犯の成立を認めて良かったのではないかと考えている」(同31頁)とする見解、このような特別の限定的基準を正当化する説得的な根拠はないとする見解(豊田兼彦「判批」刑事法ジャーナル22号53頁)などである。

² 上野幸彦「判批」日大法学76巻3号206頁、藤本孝之「判批」知的財産法政策学研究26号206頁、岡村久道「Winny開発者事件控訴審判決が残したもの」NBL916号1頁。

³ なお、園田寿「判批」刑事法ジャーナル22号49頁は、「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」たとしてもそれは「煽動」ないし「あおり」に該当するので、著作権法に、不特定多数の者に対する著作権侵害行為の「煽動」ないし「あおり」行為を処罰する規定が置かれたときに初めて処罰しようとする。

3-4 上告審判決——行為の客観面について

最高裁判決は、控訴審判決の設定した限定基準について、「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」としてこれを退けた。そして、「Winny」のような価値中立的な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」とした上で、「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」と判示した。

すなわち、最高裁は、「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」とときには、幫助犯が成立する程度の「一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況」があると判断していると解される。しかし、その判断には疑問がある。

そもそも「一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況」が何を指すか不明である。

可能性の問題ではなく、当該ソフトに関して現実に具体的に侵害利用がなされている場合には幫助犯が成立するという趣旨であれば、それは、価値中立的な技術の処罰範囲を限定する機能を全く果たさないこととなる⁴。当該技術が広く普及すれば、具体的に侵害利用がなされる件数は確率論的に増大していくこととなるからである（件数だけでいえば、Winny が具体的に侵害利用された件数よりも、「インターネット」が具体的に侵害利用された件数の方が多い。）。大谷裁判官の少数意見では、「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」とされているが、そのことを幫助犯の成立を肯定する要素とすることは、社会に有益な価値中立的な技術を妨げることとなり、不適切である。

同種技術と比較したときに具体的に侵害利用されている蓋然性が有意に高いという趣旨であれば、当該技術により特定の法益侵害の発生に寄与する危険性を顕著に高めたという意味で、幫助責任を認めるのも理解できないではない。ただし、その場合には、「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」という絶対的な基準ではなく、当該技術が正当に実現しようという目的を効率的に実現する他の同種技術との相対的な基準が採用されるべきである。具体的に侵害利用される蓋然性が、正当な目的を有するものとして社会的に是認されている同種の技術と同程度しかないのであれば、当該技術により特定の法益侵害の発生に寄与する危険性を顕

⁴ その意味では、「mp3 ファイルについては約 9 割が権利侵害ファイルであった」という絶対基準に基づき「本件サービスが、その性質上、具体的かつ現実的な蓋然性をもって特定の類型の違法な著作権侵害行為を惹起する」としてファイル共有サービスの提供者に民事責任をおわせた東京高判平成 17 年 3 月 31 日判例集未登載と同様の問題を孕んでいる。

著に高めたとは言い難く、幫助犯として処罰するに足りる実質を欠くからである。

裁判所としては、「Winny」が備える技術的な要素のうち、正当な目的を実現するためのものを抽出した上で、それらの技術的な要素を備える同種ソフトとの対比でなお、具体的な侵害利用がなされる蓋然性が高いといえるか否かによって、「Winny」の公開等が著作権法違反の罪の幫助に当たるか否かを判断すべきだったと言える。もちろん、そのように要素設定をしたところで、何をもって「当該技術が正当に実現しようという目的を効率的に実現する」標準的な技術に設定するかは悩ましい問題である。インターネット利用者が中央サーバを介することなく直接ファイルを送受信することを可能とするファイル共有ソフト自体を標準技術とする場合には、「Winny」の特徴である自動ダウンロード機能、及び「キャッシュ」機能⁵をどう位置づけるかが問題となるであろう。他方、インターネットを介して、誰でも、いつでも、誰の審査も受けずに、瞬時に、送信者から見て「公衆」に向けて情報を送信するという点までは、目的の正当性を認めることができるが、「中央サーバを介することなく」という要素は、送信防止措置を講ずる主体がなくなってしまうという点で、目的の正当性を失っていると考えることもあり得なくはない。その場合、「中央サーバを介することなく」情報を送受信することを可能とすることにそれを正当化できるほどのプラスの要素は認められないと言えるかどうか、「中央サーバを介することなく」情報を送受信できることにより具体的な侵害利用の頻度をどの程度高めているかが検証されて初めて、そのような機能を有する技術の提供者に幫助責任を問い得るといふべきである。)

その意味において、「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」を「主な考慮要素」とする大谷裁判官の少数意見は十分理解できるものである。ただし、著作権侵害情報の送受信のみを回避することは技術的に困難であるため、「侵害的利用を抑制する手立て」が講じられていないことを、幫助犯の成立を肯定する要素として過大視するべきではない。また、著作権の侵害に容易に利用されまたは侵害を誘発するような性質を「Winny」が兼ね備えていたとしても、それがプラスの要素を実現するための機能から必然的に生ずる結果である場合に、幫助犯の成立を肯定すべき要素に直ちに組み入れるのは適切ではあるまい。

3-5 上告審判決——行為の主観面について

本件上告審では、結局、X に幫助の故意があるかどうかについて、多数意見と大谷裁判官とで見解が分かれた。どちらも、幫助犯の成立を肯定する客観的な要素を X が認識していたか否かで幫助の故意の成否を判断しており、何をもってそのような考慮要素とするかに関する判断の違いが結論を分けた。

多数意見は、「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」こと、具体的には、「Winny のネットワーク上を流通するファイルの4割

⁵ キャッシュ機能には、匿名性が維持された状態で情報を公開できるという幻想を利用者に抱かせるという側面がある反面、特定の情報について送信要求する者が集中した場合に、その情報を公開用フォルダに蔵置した者の PC にアクセスが集中することを回避できるという側面がある。

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」という事情までは X は知らなかった以上、「本件当時、本件 Winny 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 Winny を著作権侵害のために利用する者がいること」や、「そのような者の人数が増えてきた」ことを認識していたとしても、幫助の故意は認められないとした。

これに対し、大谷裁判官は、「このソフト自体の有用性の反面としての侵害的利用の容易性、誘引性があることや、また提供行為の態様として対象が広汎、無限定であること」を認識しつつ、「侵害的利用の抑制への手立てを講ずることなく提供行為を継続していた」点に、侵害的利用の高度の蓋然性への認識・認容を看とっている。

この種の技術の開発者には、その利用行為の何割くらいが侵害的利用であるかを調査しないのが通常であり、そのような調査を行わなければ幫助の故意は成立しないとするのはさすがにハードルが高すぎるように思われる（他方、雑誌等のメディアや電子掲示板の書き込み等を通じて、侵害的利用も広くなされていると認識してただけで幫助の故意を成立させるのは緩やかに過ぎ、価値中立的な技術の開発・普及の妨げになってしまう。）。

この点については、当該技術が正当に実現しようという目的を効率的に実現する他の同種技術と比較したときに、当該技術の技術的な特性が、侵害的な利用の危険を高めるものであり、実際標準的な同種技術と比較して侵害的な利用の蓋然性が有意的に高いことの認識を有しながら、そのような特徴的な要素をそのままにして当該技術の提供を続けたときに初めて、幫助の故意を認めることができるというべきであろう。したがって、実態がいかなるものであれ、「Winny」の「キャッシュ」機能等を備えても、標準的なファイル共有技術と比べて、侵害的利用の蓋然性を高めることはないと認識していた場合には、標準的なファイル共有ソフトと同程度の侵害的な利用に用いられることはあるかも知れない（あるいは、現にその程度には侵害的な利用に用いられているようだ）と認識していたとしても、幫助の故意が否定されることは十分ありうるというべきである。

3-6 最後に

警察が本件を捜査し、検察がこれを引き継いで起訴をしたこと自体を非難する見解も散見される⁶。無罪判決が最高裁で支持され確定するという形で本件が終結したことで、その声は益々高まることも予想される。しかし、私はそうは思わない。

X は、警察に摘発されるまで匿名で情報発信をしていたのであり⁷、N ら著作権者は、「Winny」に関して、民事法的な権利行使を行う機会を実質的に奪われていたのである⁸。

⁶ 例えば、城所岩生「ウィニー事件無罪確定（その1）— 訴追の技術開発萎縮効果は抜群」（<http://blogos.com/article/27591/>）。

⁷ 大谷裁判官は反対意見の中で、「本件において、権利者等からの被告人への警告、社会一般のファイル共有ソフト提供者に対する表立った警鐘もない段階で、法執行機関が捜査に着手し、告訴を得て強制捜査に臨み、著作権侵害をまん延させる目的での提供という前提での起訴に当たったことは、いささかこの点への配慮に欠け、性急に過ぎたとの感を否めない。」とするが、X が匿名であったため、権利者等には X に警告を発する手段はなかったのである（相手の氏名・住所等を知らない状態で、電子メールやフォームなどで警告を発してもまともな反応が返ってこないことは、匿名の陰に隠れて違法行為を行う人々に警告を発した経験のある実務家には周知の事実である。）。

⁸ 「Winny」というソフトウェアの流通それ自体は、N らの権利を侵害するものではないので、「Winny」

このような場合に、警察が介入することを躊躇してしまえば、Nら権利者は、「Winny」の開発・提供がその利用者による著作権侵害行為の違法な幫助に当たるか否かを裁判所に判断してもらう機会すら奪われたままになるのである。

仮に、Xが自らの氏名及び住所（あるいは職場等、要は訴状の送達先となり得る場所）を明らかにしていたのであれば、このような微妙な事案に警察が介入するのはなるべく避けるべきであって、Nらは民事裁判でその権利を主張すべきであったと私も考えるが、本件はそのような事案ではなかった。

そういう意味では、新しい技術について警察、検察等の介入をできるだけ避けるためにも、インターネット上で匿名にて情報を発信する者に対して簡便に民事訴訟を提起する法的な枠組みの構築が求められていると言えよう。

以上

を開発し、インターネットを介してこれを提供するXの氏名及び住所の開示を、現在のプロバイダ責任制限法4条1項に基づいて求めることはできない。他方、「Winny」の送信者であるXの氏名・住所等は、電気通信事業法4条1項により秘密にする義務が電気通信事業者にはあるのだとする考えが広く共有されており、弁護士会照会手続きによりそのような情報を求めても、開示を受けられなかった可能性が高い。その他、このようなXの氏名等の開示を求める手段は、現行法上Nら権利者等にはないのである。