

インターネットで違法配信されている任天堂DS用ゲームソフトをダウンロードしてプレイできるようにしたマジコンを輸入してDSユーザーに販売する行為を不競法上のアクセス・コントロール無効化行為として差し止めを認めた事例

東京地方裁判所 平成21年2月27日 平成20年（ワ）第20886号「マジコン事件」

東海大学法科大学院 教授 角田 政芳

事実の概要

X₁（原告：任天堂）は、携帯型のゲーム機である製品名「ニンテンドー DS」および「ニンテンドー DS Lite」（以下、併せて「DS本体」）ならびにDS本体用のゲームソフト（ゲーム機で起動可能なプログラム本体とそのデータ）を格納したゲーム・カード（以下、DSカード）を製造・販売している。

X₁以外のXら（54社）は、いずれもゲームソフトウェアの制作等を目的とする会社であり、X₁との間でライセンス契約を締結してDSカードを製造・販売している。

Xが製造販売するDS本体は、DSカードを挿入するスロットを有し、DSカードを挿入するとDSカードに記録されている特定信号1ないし4（以下、本件特定信号1～4）を受信した場合のみ、それぞれの信号ごとに特定の反応をして、DSカードのプログラムを実行するものとなっている（以下、原告仕組み）。

したがって、DSカードのゲームソフトを複製しても、DSカードに記録されている本件特定信号1～4が単に複製されるだけで、上記「本件特定信号1～4の機能等」の第1の機能を再現できないから、そのプログラムの複製物（以下、本件吸い出しプログラム）をDS本体において使用することができない。

また、X₁とライセンス契約を締結していない自主制作のゲームソフトや音楽および動画等のソフトも、当初から本件特定信号1～4が記録されていないため、DS本体において使用することができない。

Y（被告）ら（5社）は、「マジコン（マジックコンピュータの略称）」と呼ばれている機器（以下、被告装置）を輸入し、国内において販売していた。

この被告装置に、本件吸い出しプログラムや自主制作ソフト等を格納したmicro SDカードを挿入して、DS本体のスロットに挿入すると、DS本体はこれらのプログラム等を実行することができる。

そこで、XらはYらに対し、被告装置の輸入・販売行為が不正競争防止法2条1項10号に違反するとして、被告装置の輸入・販売を中止するよう求めた。

現在、Yらは被告装置の輸入・販売を中止している。

判旨

（1）争点1 原告仕組みは、不正競争防止法2条7項の「技術的制限手段」に該当するか

「不正競争防止法2条1項10号は、我が国におけるコンテンツ提供事業の存立基盤を確保し、視聴等機器の製造者やソフトの製造者を含むコンテンツ提供事業者間の公正な競争秩序を確保するために、必要最小限の規制を導入するという観点に立って、立法当時実態が存在する、コンテンツ提供事業者がコンテンツの保護のためにコンテンツに施した無断複製や無断視聴等を防止するための技術的制限手段を無効化する装置を販売等する行為を不正競争行為として規制するものであると認められる。そして、上記（3）のとおり、不正競争防止法2条7項の『技術的制限手段』は、『(a) コンテンツに信号又は指令を付し、当該信号又は指令に機器を一定のルールで対応させる形態』と『(b) コンテンツ自体を暗号化する形態』の2つの形態を包含し、前者の例として『無許諾記録、物が視聴のための機器にセットされても、機器が動かない（ゲーム）』が挙げられているが、この例は、本判決の分類では、検知→可能方式である。そして、同

立法当時、規制の対象となる無効化機器の具体例としてMODチップが挙げられているが、このMODチップは、本判決の分類にいう検知→可能方式のものを無効化するものであり、当初から特殊な信号を有しない自主制作ソフト等の使用も可能とするものであった。以上の不正競争防止法2条1項10号の立法趣旨と、無効化機器の1つであるMODチップを規制の対象としたという立法経緯に照らすと、不正競争防止法2条7項の『技術的制限手段』とは、コンテンツ提供事業者が、コンテンツの保護のために、コンテンツの無断複製や無断視聴等を防止するために視聴等機器が特定の反応を示す信号等をコンテンツとともに記録媒体に記録等することにより、コンテンツの無断複製や無断視聴等を制限する電磁的方法を意味するものと考えられ、検知→制限方式のものだけでなく、検知→可能方式のものも含むと解される。

……前提事実(3)によれば、原告仕組みは、以上のように解された不正競争防止法2条7項の技術的制限手段に該当し、同法2条1項10号の営業上用いられている技術的制限手段によりプログラムの実行を制限するとの点も満たしている。」

(2) 争点2 被告装置は、不正競争防止法2条1項10号の技術的制限手段を無効化する機能「のみ」を有するといえるか

1) 争点1 (技術的制限手段)「のみ」要件について

① 解釈

〔ア〕前記1(1)～(3)及び上記(1)アの立法趣旨及び立法経緯に照らすと、不正競争防止法2条1項10号の『のみ』は、必要最小限の規制という観点から、規制の対象となる機器等を、管理技術の無効化を専らその機能とするものとして提供されたものに限定し、別の目的で製造され提供されている装置等が偶然『妨げる機能』を有している場合を除外していると解釈することができ、これを具体的機器等で説明すると、MODチップは『のみ』要件を満たし、パソコンのような汎用機器等及び無反応機器は『のみ』要件を満たさないと解釈することができる。

(イ) Yらは、不正競争防止法2条7項の『技術的制限手段』は、検知→制限方式に限られ、平成11年改正法は、MODチップの販売等の規制を見合わせたもので

ある旨主張するが、この主張に理由がないことは、前記1(6)で説示した点及び上記(ア)の立法経緯等から明らかであり、Yらの上記主張は採用することができない。」

② 「のみ」要件の該当性について

〔ア〕前提事実(4)によれば、被告装置は、以上のように解された不正競争防止法2条1項10号の『のみ』要件を満たしている。

イ そして、この点は、被告装置の使用実態を併せ考慮しても同様である。すなわち、証拠……及び弁論の全趣旨によれば、数多くのインターネット上のサイトに極めて多数の本件吸い出しプログラムがアップロードされており、だれでも容易にダウンロードすることができること、被告装置の大部分が、そして大部分の場合に、本件吸い出しプログラムを使用するために用いられていることが認められ、被告装置が専ら自主制作ソフト等の実行を機能とするが、偶然『妨げる機能』を有しているにすぎないと認めることは到底できないものである。」

(3) 争点3「営業上の利益の侵害」

〔前記2(2)イのとおり、数多くのインターネット上のサイトで極めて多数の本件吸い出しプログラムがアップロードされており、だれでも容易にダウンロードすることができ、被告装置の大部分が、そして大部分の場合に、本件吸い出しプログラムを使用するために用いられているものであるから、被告装置により、Xらは、DSカードの製造販売業者として、本来販売できたはずのDSカードが販売できなくなり、現実に営業上の利益を侵害されているものと認められる。原告任天堂は、DS本体の製造販売業者としても、原告仕組みの技術的制限手段が妨げられてその対策を講じることを余儀なくされ、現実に営業上の利益を侵害されているものと認められる。〕

評釈

1. 本件判決の判例上の地位

本件判決は、任天堂が開発し2004年から世界各国で発売した携帯型ゲーム機であって、2008年2月現在の日本における累計販売台数が2200万台超にも達する「ニ

ンテンドー DS」でプレイするゲームソフトであって、インターネット上に違法に配信されたものを、当該ゲームソフトの著作権者に無断、かつ、無料でダウンロードして、自己のDSでプレイするユーザーに対し、ダウンロードしたままでは自己のDSで実行できない状態のものを、実行できるようにする、いわゆるマジコンを不競法2条1項10号に規定される技術的制限手段の回避装置であるとして、その輸入販売の差し止めとその廃棄を認めた、わが国で初めての判決である。

技術的制限手段の回避装置等の規制は、1995年に成立したWIPO著作権条約（WCT）11条とWIPO実演・レコード条約（WPPT）18条に対応して、わが国では、平成11年に改正された著作権法と不正競争防止法によって実現されている。

本件判決は、いわゆるデジタル・コンテンツの直接的な冒用行為を幫助する行為に関して不競法上の責任を認めた事例といえることができる^{*1}。

しかしながら、本件は、著作権侵害と特許権侵害に基づく刑事上・民事上の請求も可能な事例であり、今後そのような観点からの検討が進められるものと思われる。

本件におけるXらは、Yが輸入販売するマジコンは著作権法上の技術的保護手段の回避装置には該当しないとの立場に立っている。しかし、後述のように、現行著作権法立法担当者およびほとんどの学説とは異なり、その明文規定に基づいて、少なくとも原告仕組みのようなゲーム・プログラムのアクセス・コントロールも著作権法上の技術的保護手段に該当すると解釈すべきである。

したがって、Yの行為は著作権法120条の2第1号に該当し、DSユーザーがゲーム・プログラムをダウンロードしてその複製物を作成して行う複製権侵害（同法30条1項2号）の幫助行為ないし間接侵害に該当する。

また、XらDS用ゲーム・プログラムのメーカーは、そのゲーム・プログラムについて多くの特許権を取得しており、Yのマジコン輸入販売行為は、特許権の間接侵害を構成する余地がある。

今日、デジタル化・ネットワーク化社会における、いわゆるデジタル・コンテンツの創作者・提供者の保護と、デジタル・コンテンツの流通促進施策のバランスのとれた法制度の構築が議論されている。

特に、デジタル・コンテンツの創作者や提供者の保護

においては、その同一対象につき、複数の知的財産権による保護という特徴を呈しているし^{*2}、権利の実効性確保や侵害態様の再検討が行われている。

同一対象に複数の知的財産権が成立する関係は、本件におけるようなコンピュータ・プログラムやゲーム・プログラムの著作権と特許権による重複保護などである。

本件における世界的に流行しているゲーム機DS用のゲームソフトは、そのメーカーである任天堂の特許出願公開件数だけでも358件に及んでいる（2009年6月19日時点）。任天堂以外の本件の原告54社も多数の特許出願を行っており、本件のような事件にあっては、当然、著作権のみならず特許権の侵害が成立するかどうかは、コンピュータ・プログラムやゲーム・プログラムのメーカーにとっては大きな関心があつていいはずである。

また、2009年6月24日に公表された知的財産戦略本部の「知的財産推進計画2009」も、インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策の強化のため、コンテンツの技術的な制限手段の回避に対する規制のあり方を検討することとしているが^{*3}、本件判決は、その検討作業にも影響を与えるものと思われる。

さらに、今日、デジタル・コンテンツの知的財産権による保護の実効性を確保するための施策として、私的個人的領域におけるコンテンツの利用へ知的財産権をどの程度及ぼすべきか、あるいは、私的個人的領域における利用を幫助する第三者の行為をどの程度まで知的財産権の侵害として認めるかなどが議論されている。

前者は、特に著作権法における私的使用目的複製の見直しの問題である。本件におけるXらは、DSユーザーの私的使用目的の違法配信ゲーム・プログラムのダウンロードは、著作権法30条1項およびベルヌ条約9条2項によっても私的使用目的の複製として複製権侵害を構成しないと前提に立ったようであるが、そもそも、その点に大きな疑問がある。

後者はいわゆる著作権の寄与侵害ないし間接侵害理論の妥当性の問題である。本件におけるXらは、DSユーザーの違法配信ゲーム・プログラムのダウンロードは複製権侵害に当たらないとの前提をとったため、本件Yのマジコンの輸入販売行為がDSユーザーの複製権侵害の幫助ないし間接侵害も成立しないと考えたように思われる。

この点については、今日、わが国で多くの文献において用いられるようになった「著作権の間接侵害」という用語の正確な理解にも影響がある。

つまり、特許権であれ商標権であれ、そして著作権についても、その間接侵害という概念は本来、米国にはないものである。米国では、特許権侵害や商標権侵害や著作権侵害の幫助 (Contributory Infringement) であるから、「直接侵害なければ幫助 (寄与) 侵害なし」の原則 (つまり、共同不法行為の一種) が貫徹されるものである。

これに対して、ドイツにおける特許権や商標権、そして著作権の間接侵害という法理論は^{*4}、米国のような共同不法行為的構成では、私的個人的領域での利用者に特許発明等の実施に用いる手段を供給する者の責任を問うことができない面を克服するものとして判例法上生成発展したものである。

例えば、ドイツ特許法10条においては、いわゆる一段階構成により、私的実施者や試験研究のために実施する者への特許発明の本質的手段を供給する者の独立した侵害責任をいう。このことは、ドイツ著作権法における著作権の間接侵害のリーディング・ケースであるドイツBGHの1955年5月18日のグルンディヒ事件^{*5}が、私人であるユーザーにレコードプレーヤー付きの磁気テープレコーダーを製造販売する行為の差し止めを認めた判例においても同様である。

わが国の特許権や商標権の間接侵害は、すべてドイツと同様に一段階構成であり、直接侵害の成否にかかわらず、間接侵害の成立を認めている (特101条1号、2号、5号、商37条4号、6号、8号)。わが国の著作権法も同様の間接侵害理論を採用するかどうか、理論的にも実務的にも検討課題というべきであり、本件のような私的使用目的のダウンロードによる違法配信ゲーム・プログラムの複製物の作成を幫助する行為の独立した違法性を認め得るかどうかにかかわってくることである。

本件判決によって、被告装置のマジコンは、輸入・販売が禁止され、その廃棄が命ぜられるに至ったにもかかわらず、マジコンは現在 (2009年6月19日時点) でもインターネット上で堂々と販売の申し出がなされているし、誰でも簡単に購入可能である。

本稿では、本件判決自体の研究にとどまらないで、広く、上記のような観点から検討しようとするものである。

2. 判旨第1点 (争点1 原告仕組みは、不正競争防止法2条7項の「技術的制限手段」に該当するか) について

コンテンツの提供者が、そのコンテンツの第三者による無断利用行為を防止するため、そのコンテンツの記録媒体等に技術的制限手段として設けるものには、大別して2つの種類が用いられている。その第1は、コンテンツの無断複製等利用行為を防止または抑止するコピー・コントロール、またはコピー・プロテクションであり、その第2は、コンテンツの無断視聴や実行等の使用行為を防止または抑止するアクセス・コントロールである^{*6}。

不正競争防止法は、これら第1のコピー・プロテクションと第2のアクセス・コントロールの双方を保護の対象としている。すなわち、不競法上の技術的制限手段とは「電磁的方法……により影像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は影像、音若しくはプログラムの記録を制限する手段であって、視聴等機器……が特定の反応をする信号を影像、音若しくはプログラムとともに記録媒体に記録し、……又は視聴等機器が特定の変換を必要とするよう影像、音若しくはプログラムを変換して記録媒体に記録し、若しくは送信する方式によるものをいう。」とされている (同法2条7項)。つまり、不競法上の技術的制限手段は、検知→視聴・実行・記録 (複製) を防止・抑止する手段といえよう。

これに対して、著作権法におけるコンテンツの第三者による無断利用行為を防止する手段としては、第1のコピー・プロテクションだけとされていることは前述したとおりである。その意味で「技術的制限手段」ではなく、「技術的保護手段」と称されている。

この著作権法における技術的保護手段は、著作権侵害の防止や抑止手段としてコンテンツに付された信号で、その信号を検知した複製等の機器が複製等の機能を停止する方式のものでされている。

つまり、検知→記録 (複製) 不能方式 (検知→制限方式) であり、その無断複製防止の回避機器は、検知→記録 (複製) を可能にする手段ということになる。

その点で、不競法上の技術的制限手段の範囲は、著作権法上の技術的保護手段の範囲より広く、著作権法上の技術的保護手段は、視聴不能化手段を対象としてはいないといえよう^{*7}。

その理由としては、視聴自体は著作物の「使用行為」であって著作権侵害を構成することがないため、著作権侵害に直結する複製等の防止機能を不能化する手段だけを対象としているからであると説明されている。

本件の原告らが、Yが輸入販売しているマジコンについて、不競法上のアクセス・コントロールには該当するが、著作権法上の技術的保護手段には該当しないと考えたのは、原告仕組みがプログラムの実行を可能化する手段にすぎず、到底、著作権侵害を防止する手段には当たらないと考えたからだと思われる。

そのため、不競法による規制の対象は、コンテンツと共に媒体に記録された信号を視聴機器が受信（検知）して、その視聴や記録を防止する手段をいうから（プログラムの場合は、プログラムと共に媒体に記録された信号をパソコンやゲーム機が受信・検知してその実行を防止する手段をいう）、いわゆる、検知→制限方式のものをいうように思われる。

本件におけるYらも、この点を問題として、原告仕組みは、特定信号1～4を検知したらDSがプログラムを実行する方式のものであるから、検知→可能方式の手段であり、不競法上の技術的制限手段には該当しないと主張している。

確かに、本件における認定事実によっても、Xが製造販売するDS本体にDSカードを挿入すると、DSカードに記録されている特定信号1ないし4を受信した場合のみ、DS本体がそれぞれの信号ごとに特定の反応をして、DSカードのプログラムを実行するものである。

つまり、DSカードにDSゲームソフトと共に記録された特定信号1～4は、ゲーム機であるDS本体が検知し、DSゲームソフトを実行する方式のものであり、DSゲームソフトの実行を防止するものではない。

しかしながら、やはり、認定事実によれば、「DSカードのゲームソフトを複製しても、DSカードに記録されている本件特定信号1～4が単に複製されるだけで、上記別紙『本件特定信号1～4の機能等』の第1の機能を再現できないから、その……本件吸い出しプログラム……を上記イのように動作するDS本体において使用することができない」というのであるから、結局、本件特定信号1～4は、DS本体で検知できない場合には、ゲームソフトの実行を防止するものということができ、不正

競争による規制の対象としての技術的制限手段に該当するというべきであり、その点で判旨は正当である。

3. 判旨第2点（技術的制限手段の効果を妨げることにより可能とする機能のみを有する装置といえるか）について（「のみ」要件該当性について）

判旨は、本件被告装置が、原告仕組みによる当該「技術的制限手段の効果を妨げることにより可能とする機能のみを有する装置（当該装置を組み込んだ機器を含む）」に該当するものと判断した根拠として、前提事実（4）を掲げている。

前提事実（4）とは、被告装置が、「マジコン」と呼ばれて販売されている機器の1つであり、本件吸い出しプログラムや自主制作ソフト等をmicro SDカードに格納し、micro SDカードを挿入した被告装置をDS本体のスロットに挿入すると、DS本体は、これらのプログラム等を実行するという事実である。

不競法は、技術的制限手段を映像や音の視聴とプログラムの実行を一律に禁止する手段の無効化行為（2条1項10号）と、特定の者にこれら行為を可能とする手段の無効化行為（同条11号）に分けているが、本件におけるXらの主張は、Yらの行為は一律禁止の技術的制限手段無効化機器の輸入販売であるとの理解に基づいている。

この点については、本件における被告装置マジコンが、正規のDSプログラム購入者だけにそのプログラムを実行できるようにしている点に注目すれば、特定の者に対する技術的制限手段の無効化行為ではないかとの見解もあり得よう。

しかしながら、正規購入者を「特定の者」ということには多少無理があるように思われる。同条10号は、「音楽、映像等提供事業者が、次号のような『特定の者以外の者』に対してだけではなく、媒体あるいは機器の購入者や所持者の全てに対して、音楽、映像等を視聴（プログラムについては実行）又は記録を一律に禁止するために『技術的制限手段』を用いている場合」の無効化専用装置の販売行為等を不正競争行為として規定したものとされている^{*8}。

これに対して、同条11号は、「音楽、映像等提供者が、契約の相手方あるいは契約により特定されたもの以外の者によるコンテンツの視聴、記録することを制限するた

めに『技術的制限手段』を用いている場合」にその無効化専用装置の譲渡行為等を不正競争行為として規定したものとされているからである^{*9}。

次に判旨は、同条10号の立法趣旨および立法経緯に照らし、「のみ」の解釈として「規制の対象となる機器等を、管理技術の無効化を専らその機能とするものとして提供されたものに限定し、別の目的で製造され提供されている装置等が偶然『妨げる機能』を有している場合を除外していると解釈することができ、これを具体的機器等で説明すると、MODチップは『のみ』要件を満たし、パソコンのような汎用機器等及び無反応機器は『のみ』要件を満たさないと解釈することができる」としている。

判旨は、本件被告装置マジコンをMODチップと同様のものとしたわけである。このような結論については、「被告装置の使用実態を併せ考慮しても同様である」として、本件における証拠等により、「数多くのインターネット上のサイトに極めて多数の本件吸い出しプログラムがアップロードされており、だれでも容易にダウンロードすることができること、被告装置の大部分が、そして大部分の場合に、本件吸い出しプログラムを使用するために用いられていることが認められ、被告装置が専ら自主制作ソフト等の実行を機能とするが、偶然『妨げる機能』を有しているにすぎないと認めることは到底できないものである」としている。

一般にマジコンは、テレビゲームのROMイメージのバックアップや、またそのバックアップをゲーム機で起動させるための機器の総称ともいわれている。

その意味では、マジコンに「他の用途」が全くないとはいいいくいかもしい。また、判旨がいうように、不競法2条1項10号の立法趣旨および立法経緯においては、いわゆる無反応機器も結果的には技術的制限手段の効果を妨げる機能を有することとなるが、これを無効化専用機器に含むものとする、記録や視聴等を制限するあらゆる信号に対応する措置を強制することになるし、そもそも無反応機器は他の用途を必ず有するものであるから、「のみ」の要件を満たさないものとされている^{*10}。

また、この「他の用途」は、特許法上の専用品による間接侵害における「のみ」と同様、経済的・商業的な観点から否定される場合に限られるとの見解もある^{*11}。

しかしながら、特許法における間接侵害の成立要件で

ある「のみ」の解釈も、直接侵害該当行為者の行為との関係で総合的に判断されるべきであって、本件被告装置マジコンの専用装置該当性に関しても、不競法が本件のような技術的制限手段無効化行為を禁止する目的、すなわち冒用補助行為の防止という目的に沿って、総合的な判断が必要である。

判旨が被告装置マジコンを汎用機器でも無反応機器でもなく、MODチップと同様に無効化専用装置であると判断したことは妥当なことであるといえよう。

なぜならば、本件の被告装置マジコンの販売は、DSゲーム機のユーザーにのみ向けられたものであり、DS用ゲーム・プログラムを実行させる機能を果たさなくなった信号を復活させる結果を生じさせるためだけの目的で輸入販売されている製品であると評価することができるからである。本件判決の前後を問わず、インターネットを通じて販売されている被告装置マジコンの表面には「Revolution for DS (NDSL/NDS)」と明示されており、その広告にもX₁（原告：任天堂）のゲーム機DS用であることが明らかにされている^{*12}。

4. 判旨第3点（営業上の利益の侵害）について

判旨第3点は、本件におけるXらは、「現実に営業上の利益を侵害されている」と結論している。

不競法3条は、「不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる」と定めている。判旨が「数多くのインターネット上のサイトで極めて多数の本件吸い出しプログラムがアップロードされており、だれでも容易にダウンロードすることができ、被告装置の大部分が、そして大部分の場合に、本件吸い出しプログラムを使用するために用いられているものであるから、被告装置により、原告らは、DSカードの製造販売業者として、本来販売できたはずのDSカードが販売できなくなっている」ことを挙げているが、この点に関して、格別の問題はないであろう。

ただし、判旨が、X₁（原告：任天堂）について、「DS本体の製造販売業者としても、原告仕組みの技術的制限手段が妨げられてその対策を講じることを余儀なくされ、現実に営業上の利益を侵害されている」としている

点は、いわゆるイタチごっこへの対応による被害をいうものであって、Yらの被告装置の販売に基づく利益侵害とはいいがたいものと思われる。

5. マジコンの輸入販売の著作権侵害可能性について

(1) はじめに

本件におけるYの被告装置マジコンの輸入・販売行為は、刑事上は、著作権法120条の2第1号が規定する技術的保護手段回避装置の譲渡・輸入行為として3年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金に処されるか、またはこれの併科が行われるべき行為である。

また、DSのユーザーが本件DS用ゲーム・プログラムを無断ダウンロードして行う行為を幫助する行為として、複製権侵害の幫助に該当し、また複製権の間接侵害行為として、差止請求および損害賠償の請求が認められるべき行為というべきである。

(2) 技術的保護手段回避専用装置輸入販売罪該当性

著作権法は、著作権の侵害を防止または抑止するための「技術的保護手段」に関する定義規定を有しており（2条1項20条）、このような手段を回避・無効化するいわゆるキャンセラー装置やプログラムの製造・販売（120条の2第1号）やキャンセル・サービスの提供行為（同条2号）を禁止している。

著作権法における技術的保護手段と不正競争防止法上の技術的制限手段の違いについては前述のとおりであるが、本件におけるYの被告装置マジコンの輸入販売行為が、同法120条の2第1号により著作権侵害とされるべきであるという理由は以下のとおりである。

本件における被告装置マジコンは、著作権法2条1項20号に規定される「第17条〔作者の権利〕第1項に規定する著作者人格権若しくは著作権……を侵害する行為の防止又は抑止……をする手段（著作権等を有する者の意思に基づくことなく用いられているものを除く）であって、著作物……の利用……に際しこれらに用いられる機器が特定の反応をする信号を著作物……とともに記録媒体に記録……するもの」に該当するからである。

被告装置マジコンが、Xらの著作権のあるDS用ゲーム・プログラムの実行を制限および可能化する、いわゆるアクセス・コントロールであることは明らかである。

そして、平成11年に技術的保護手段回避装置等の製造販売を禁止し、私的使用目的のための複製から技術的保護手段を回避して行う複製を複製権侵害とする規定等を新設した改正著作権法の立法担当者および学説のほぼすべてが、このようなアクセス・コントロールは、不競法における技術的制限手段とは異なり、著作権法における技術的保護手段には含まれず、コピー・プロテクションだけがこれに含まれると解釈している^{*13}。

本件において、Xらが、Yに対して著作権法上の責任は追及することができないと考えたのは、そのような事情があるからと思われる。

しかしながら、著作権法においてアクセス・コントロールが規制の対象とされなかったことは、正確な理解に基づくものとはいえないし、諸外国の著作権法や条約（特にWCTやWPPT）における著作権法による技術的制限手段の回避機器等の取り扱いとも大きく異なっている。

わが国の著作権法が技術的制限手段のうち、アクセス・コントロールを規制の対象としなかった理由としては、わが国の著作権法が著作権の支分権に使用権がなく、したがって、コンテンツのユーザーが音や映像を視聴したり、プログラムを実行する行為は、そもそも著作権を侵害しないからであると説明されている^{*14}。

しかしながら、その理解には疑問がある。現に、わが国著作権法においては、プログラムについては、それが違法に作成されたものであることを知りながら取得して業務上使用する行為は著作権を侵害するものとみなされており（113条2項）、本件のようなプログラムについては、その使用行為が常に著作権侵害を構成しないということはできないからである。

学説も、著作権法113条2項の規定は、「著作権法では使用権が認められていないので、権利者の適正な保護を図るために設けられたものである」とされている^{*15}。

このため、わが国著作権法上、「技術的保護手段」は著作権等の侵害を防止または抑止する手段とされており、同法113条2項の擬制侵害を防止または抑止する手段も含まれると解釈すべきこととなる。

つまり、少なくともプログラムのアクセス・コントロールについては「著作物等の単なる視聴に著作権等が及ばない現行法のもとでは技術的保護手段にあたらぬ」^{*16}とはいえないこととなる。

本件における被告装置マジコンは、ゲーム・プログラムのアクセス・コントロールに該当し、正規のDSカードに記録されていた、検知→可能化方式の特定信号1ないし4がその機能を果たさなくなっているものを復元させるものであるから、著作権侵害を防止する手段に用いられている「信号の除去又は改変」をする装置であると解することができ、著作権法上も技術的保護手段の回避専用装置ということができる。

したがって、Yらが被告装置マジコンを輸入販売する行為は、同法120条の2の「技術的保護手段無効化専用装置の輸入譲渡行為」として刑事責任を問われることとなる。

(3) ユーザーによる複製権侵害幫助としての民事上、刑事上の責任

① DSユーザーの著作権法30条1項2号該当性

前述のように、マジコンは、技術的保護手段の回避専用装置ということができるから、これを用いて自己のDSでプレイしているユーザーのダウンロード行為は、著作権法30条1項2号の「技術的保護手段の回避により可能となった複製を、その事実を知りながら行う」ものに該当することとなる。本件におけるDSユーザーがマジコンを用いる行為は、DS本体で使用可能にするための複製物を作成する行為ということができる。

Yらの行為は、そのユーザーによる複製権侵害を幫助する行為というべきである。

② DSユーザーの著作権法30条1項本文該当性

著作権法30条1項は、私的使用目的の複製を原則として複製権侵害に該当しないとするものであるが、ベルヌ条約9条2項のスリー・ステップ・テスト違反行為まで許容するものということとはできない^{*17}。

ベルヌ条約9条2項におけるスリー・ステップ・テストのいわゆる「特別の場合」には、「一般的な効果をとるもなう幅広い例外や制限は許されない」との意味が含まれるものと解されており^{*18}、「当該著作物の通常の利用を妨げず」とは「著作物の通常の利用に抵触」する複製、つまり、「著作物の使用者が著作物における著作権者の権利の行使との経済競争に入るといふ相当の重要性を有する、または取得するであろう（言い換えると、市場にお

ける著作者またはその承継人による著作物の利用を低下させる）利用形式を含む場合」とされている^{*19}。

そして、「相当の経済的または実用的重要性を有し、または取得する利用形式は、著作者に留保されなければならない」との意味であるとされている^{*20}。

本件DSのユーザーは、被告装置を使用することにより、正規DS用ゲーム・プログラムを購入する必要がなくなる。したがって、Xらのゲーム・プログラムが販売できなくなっており、これらの著作者の著作物の利用を低下させ、相当の経済的損失を生じていることは明らかである。

DSのユーザーのDSゲーム・プログラムのダウンロード行為は、複製権侵害を構成するから、そのユーザーに対するマジコンの販売行為は複製権侵害の幫助行為として独立して差止請求^{*21}と損害賠償請求^{*22}が認められるべきこととなる。

もっとも、違法配信プログラムの私的使用目的のダウンロードについては、2009年6月12日に成立し、2010年1月1日から施行される改正著作権法30条1項3号により複製権を侵害するものとされるに至ったが、現行法の解釈としても上記の解釈が可能ならばであったから、改正規定は確認規定にすぎない。

さらに、刑事上も複製権侵害の幫助罪を構成するものというべきである^{*23}。

③ 複製権の間接侵害責任該当性

本件におけるYらのマジコンの販売行為は、複製権侵害の幫助に該当すると解することもできるが、複製権の間接侵害行為として、少なくとも差止請求および損害賠償の請求が認められるべき行為というべきである。

今日、著作権の間接侵害の法制化に向けた議論が展開されているが、それらのほとんどが直接侵害の幫助行為を間接侵害と称している。前述のように、わが国の特許法や商標法、そして著作権法においても直接侵害の成否にかかわらず独立して侵害責任を認める間接侵害が採用されている。

つまり、わが国の著作権法は、著作権侵害の幫助犯に関する明文規定を有している。すなわち、著作権法119条2項2号は、「営利を目的として、第30条第1項第1号に規定する自動複製機器を著作権、出版権又は著作隣接

権の侵害となる著作物又は実演等の複製に使用させた者」を幫助犯として「5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」と規定している。

この場合の私的使用目的の複製者自身については、同条1項は著作権侵害罪の責任を科していないにもかかわらず、自動複製機器の提供者だけを処罰できることとしている。また、立法担当者の見解によれば、この自動複製機器の提供者の民事責任については教唆・幫助という共同不法行為に基づく差止請求と損害賠償が可能であるとされている^{*24}。したがって、本件のような場合に、著作権の間接侵害の成立を議論する場合には、ユーザーにおける直接侵害の成立は考慮する必要がないこととなる。その意味では、本件におけるDSユーザーの私的使用目的ではあるが、無断複製行為であることが明らかなユーザーの行為に加担する行為としてYのマジコンの輸入販売行為をとらえるべきこととなる。

6. マジコンの輸入販売の特許権侵害可能性について

ゲーム・プログラムは、「コンピュータ・ソフトウェア関連発明」として、「物の発明」と「方法の発明」のいずれのクレームも可能である。

本件原告のゲーム機であるDS用と思われるゲーム・プログラムとして、例えば、特許第3865141号の「情報処理プログラム及び情報処理装置」（平成17年6月15日特許出願、平成18年10月13日登録）をはじめ、多くの特許権が取得されている。

そのうち、例えば、特許第4268081号（平成21年2月27日登録）の「ゲームプログラム」の特許発明は「物の発明」、特許第4133848号（平成20年6月6日登録）の特許発明は「方法の発明」といえよう。

本件における吸い出しプログラム、つまりDS用ゲーム・プログラムに関するこのような特許権が多数存在するなかで、本件におけるYのような行為に対してどのように対応することができるであろうか。

まず、プログラム自体の特許権の効力については、特許法2条1項1号と3号によれば、プログラムが物として特許発明となっている場合には、そのプログラムを「生産、使用、譲渡等（……電気通信回線を通じた提供を含む。以下同じ）、輸出若しくは輸入又は譲渡等の申出（譲渡等のための展示を含む。以下同じ）」をする行為に特

許権の効力が及ぶこととなる。

また、同項3号によれば、プログラムを生産する方法が特許発明となっている場合には、そのプログラムの生産方法を「使用し、そのプログラムの使用、譲渡等、輸出若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為」に特許権の効力が及ぶこととなる。

本件における被告装置マジコンの輸入販売行為は、プログラム自体の輸入販売行為ではないから、直接侵害は成立する余地はないが、間接侵害が成立する余地がある。本件における被告装置マジコンを専用品ということではできないから、間接侵害類型のうち、多機能品に関する間接侵害（特101条2号、5号）が成立する可能性がある。

つまり、本件において、仮にDS用プログラムが特許発明となっている場合には、Yらが被告装置マジコンをDSユーザーに販売する行為が、この類型の間接侵害の主観的要件を満たしていることは明白であろうから、被告装置マジコンが特許発明であるプログラムの生産に用いる物であって、そのプログラムによる課題の解決に不可欠なものであるという客観的要件を満たすかどうかが残る問題となる。

ここで、「課題の解決に不可欠なもの」には、「請求項に記載された発明の構成要素（発明特定事項）とは異なる概念であり、発明の構成要素以外にも、物の生産や方法の使用に用いられる道具、原料なども含まれ得る。……それをを用いることにより初めて『発明の解決しようとする課題』が解決されるような部品、道具、原料等が『発明による課題の解決に不可欠なもの』に該当する」とされている^{*25}。

これらの間接侵害が成立する場合には、民事上は差止請求（特100条）と損害賠償請求（民709条、特102条・103条）が可能となるし、刑事上は特許権侵害罪（特196条の2）が成立する。

その際、被告装置マジコンの販売先のほとんどが、私的使用を行うユーザーであっても、特許権の間接侵害においては、家庭内実施者への販売も、判例上間接侵害を構成するとされており^{*26}、国内実施については直接侵害の成立を要しない。今日、本件原告のゲーム機DS本体およびDS用ゲーム・プログラムは、私的使用の範囲を超えて、学習塾等において業務上使用されているから、その点においても検討の必要があらうと思われる。

わが国においては、特許権の間接侵害であれ（特101条1号、2号、4号、5号）、商標権の間接侵害であれ（商37条4号、6号、7号、8号）、米国の特許権や著作権の幫助侵害とは異なり、「直接侵害なければ幫助侵害なし」との原則は採用されない。

むしろドイツにおける間接侵害と同様に、直接侵害の

成立を問題としないで、いわゆる一段階構成により、その違法性を認める法理であることからすれば、本件のような事例の妥当な解決のためには、さらなる検討が必要である。

（すみだまさよし）

- ※1) 渋谷達紀『知的財産法Ⅲ（不正競争防止法等）〈第2版〉』171頁は、コンテンツの冒用を禁止する方法のうち、「コンテンツの保有者がその冒用を防ぐために技術的制限手段を用いていることを前提として、その技術的制限手段の効果を妨げる手段（回避手段）の提供行為を違法として禁止する間接的な方法……は、コンテンツの冒用を幫助する行為」とされている。
- ※2) 紋谷暢男『知的財産権概論（第2版）』有斐閣2009年「はしがき」参照。
- ※3) 「知的財産推進計画2009」22頁以下を参照。
- ※4) 最近の文献では、著作権の間接侵害という用語が用いられるようになってきている。例えば、Philipp Cepl, Die mittelbare Urheberrechtsverletzung, Eine rechtsvergleichend Darstellung nach deutschem und amerikanischem Recht, 2005 Berlinなど。
- ※5) BGH GRUR 1955,492 [v.18. 5.1955] —Gruendig Tonbandgeraete—
- ※6) 渋谷達紀・前掲書170頁以下は、詳細な類型化をされている。
- ※7) 紋谷暢男・前掲書305頁は、「著作権法上の技術的保護手段（著2条1項20号）より広く、情報の確保のための手段であり、著作者等の権利を前提とする利用行為に反応する電磁的信号に限定されず、使用や受信等を含む営業上用いられる全ての制限手段を含み、またそれを施す主体の制限もない」とされる。
- ※8) 文化庁・通商産業省編『著作権法・不正競争防止法改正解説』（以下、『改正解説』）1999年236頁。
- ※9) 『改正解説』237頁。
- ※10) 『改正解説』240頁以下を参照。
- ※11) 立法化における審議においては、「管理技術の無効化を専らその機能とするものとして提供され、無効化以外には用途が経済的・商業的に見て存在しないものに限定することが適当である」とされていた。『改正解説』216頁参照。
- ※12) 特許権の間接侵害を認めた事例においても、被告製品のパンフレットにおいて、その使用時の写真ないし絵として、専らパワーショベルに取り付けられて廃材の切断に使用している状態の写真ないし絵が掲載されていることから、被告製品はパワーショベルに取り付けられる以外の用途は想定できず、専らパワーショベルに取り付けられる物と認められる、とした大阪地判平成20.5.29平成18（ワ）第8725号「廃材用切断装置事件」がある。
- ※13) 加戸守行『著作権法逐条講義（五訂新版）』57頁以下等を参照。
- ※14) 加戸守行・前掲書59頁は、「技術的保護手段は著作権等を侵害する行為に関する手段、言い換えれば、複製や公衆送信のように著作権等の及ぶ行為に関する手段であるということです。……著作物等の単なる視聴に著作権等が及ばない現行法のもとでは技術的保護手段にあたらぬこととなります」とされる。『改正解説』208頁も、アクセス・コントロールは著作権法における技術的保護手段には含まれず、著作権法は保護の対象を「コピー・コントロールに限っている」とされる。渋谷達紀『知的財産法Ⅲ』178頁、半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール（第1巻）』2009年292頁（吉田）も同旨。
- ※15) 紋谷暢男・前掲書292頁。
- ※16) 加戸守行・前掲書60頁。
- ※17) 加戸守行・前掲書225頁参照。
- ※18) WIPO『WIPOが管理する及び著作隣接権諸条約の解説並びに著作権及び隣接権用語解説（日本語版）』2007年（以下、『WIPO解説』）65頁以下参照。
- ※19) 『WIPO解説』68頁。
- ※20) 『WIPO解説』69頁参照。
- ※21) 著作権の直接侵害を幫助する者に対する差止請求については、大阪地判平成15.2.13判時第1842号120頁「ヒットワン事件」がある。
- ※22) 直接侵害の幫助者の損害賠償責任については、最判平成13.3.2日民集55巻2号185頁「ビデオメイツ事件上告審」、最判平成13.2.13民集55巻1号87頁「ときめきメモリアル事件上告審」がある。
- ※23) 著作権（公衆送信権）侵害を幫助する者について刑法62条に基づき有罪判決を下した事例として、京都地判平成18.12.13判タ第1229号105頁「Winny事件」がある。
- ※24) 加戸守行・前掲書729頁参照。
- ※25) 特許庁編『平成14年改正産業財産権法の解説』2002年27頁。
- ※26) 大阪地判平成12.10.24平成8年（ワ）第12109号「製パン器事件」