
No. 168 (2022/2)

コミスケ3事件

-技術的制限手段の効果を無効化する正規の機器等に組み込まれた機能の要保護性-

弁護士 小倉秀夫

目次

1	事案の概要.....	1
2	問題の所在.....	1
3	最高裁の判断.....	2
4	解説.....	3
	(1) 最高裁判決について.....	3
	(2) 地裁判決について.....	3
	(3) 高裁判決について.....	4
	(4) 学説の状況.....	4
	(5) 考察.....	6

1 事案の概要

合同会社 DMM.com（以下「X 社」という。）は、「DMM ブックス」という名称で、電子書籍配信サービス（以下「本件電子書籍サービス」という。）を営んでいる。本件電子書籍サービスでは、漫画等の画像コンテンツは、これを暗号化処理して作成した「dmmb」という形式のファイルにして配信している。X社は、dmmb形式のファイルを復号して画像データを端末の画面上に表示させるアプリケーションソフト「DMM 電子書籍ビューア」（以下「本件ビューア」という。）を開発し、そのウェブサイト上で公衆に提供している。

Windows 版の本件ビューアのソフトウェアのパッケージ内には、画像を表示する機能を持つ「dmmviewer.exe」の他に、サイファーテック株式会社が開発した「CypherGuard」というソフトウェア（最高裁判所の HP では、「G」という仮名処理がなされている。）が組み込まれている。その中の、cgrdc core32.dll 及び cgrdc core64.dll に、キャプチャ防止機能を持つ「CypherGuard BitBlt」が含まれている。dmmviewer.exe は、CypherGuard なくして単体では起動しないようになっており、ライセンス発行も受けることができず、コンテンツの視聴もできないように作られている。

CypherGuard BitBlt が画面キャプチャを防止する仕組みは、概ね下記の通りである。

32bit 版の WindowsOS においては、「gdi32.dll」というライブラリが実行ファイルと動的にリンクすることで、モニター等のデバイスの制御を行っている。「bitblt」とは、gdi32.dll の機能のうち、画面表示等に用いられるビットマップデータをメモリ間で転送するものをいう。そして、複数のソフトウェアでビットマップデータを共用するために、32bit 版の WindowsOS には、「gdi32.dll BitBlt API」という API が組み込まれている。32bit 版の WindowsOS 用のキャプチャソフトは、この API を利用して、指定画面の表示データを電子ファイルとして保存したり、プリンター等のデバイスにこれを転送して印刷したりできるようにしている。

CypherGuard は、「gdi32.dll BitBlt API」の先頭の 5 バイト分を書き換えることにより、その後の「gdi32.dll BitBlt API」を読み込まずに、「gdi32.dll BitBlt API」ではなく、サイファーテック株式会社が用意した「CypherGuard BitBlt API」を呼び出すようにすることで、「gdi32.dll BitBlt API」を介したキャプチャの防止を実現している。

株式会社インターナルが開発・販売していた「コミスケ 3」（最高裁判所の HP では、「Y3」という仮名処理がなされている。）は、gdi32.dll を別名でコピーした上、「CypherGuard BitBlt API」の先頭 10 バイトを上書きし、結局、「gdi32.dll BitBlt API」と同じ処理をするようにさせて（すなわち、ビットマップデータを複数のプログラムで共用できるようにして）キャプチャを可能とするものである。

株式会社インターナルの代表取締役であった Y1、同社のプログラマーであった Y2、同社のプログラムソフト販売責任者であった Y3 が、コミスケ 3 をアップロードしてこれを提供したことが、不正競争防止法第 21 条 2 項 4 号（当時）違反となるのかが争われた。

2 問題の所在

上記アップロード行為がなされた当時の不正競争防止法においては、「不正の利益を得る目的で、又は営業上技術的制限手段を用いている者に損害を加える目的で、第 2 条第 1 項第 10 号又は第 11 号に掲げる不正競争を行った者」について、「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。」とされていた（第 21 条 2 項 4 号。なお、同法第 2 条第 1 項第 10 号及び第 11 号が同項第 17 号及び第 18 号に繰り下がったのに伴い、現在の第 21 条 2 項 4 号は、「不正の利益を得る目的で、又は営業上技術的制限手段を用いている者に損害を加える目的で、第 2 条第 1 項第 17 号又は第 18

号に掲げる不正競争を行った者」となっている。)

当時の同法第2条第1項第10号及び11号は、「営業上用いられている技術的制限手段…により制限されている映像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は映像、音若しくはプログラムの記録（…映像の視聴等…）を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を有する装置…若しくは当該機能を有するプログラム…を記録した記録媒体若しくは記憶した機器を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、若しくは輸入し、又は当該機能を有するプログラムを電気通信回線を通じて提供する行為（当該装置又は当該プログラムが当該機能以外の機能を併せて有する場合にあっては、映像の視聴等を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用途に供するために行うものに限る。）」を不正競争行為とした（当該技術的制限手段が「他人が特定の者以外の者に映像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は映像、音若しくはプログラムの記録をさせないため」に用いられている場合には第11号の、それ以外の場合には第10号の不正競争行為となる。)

このうち、「技術的制限手段」については、「電磁的方法…により映像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は映像、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（映像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は映像、音若しくはプログラムの記録のために用いられる機器をいう。以下同じ。）が特定の反応をする信号を映像、音若しくはプログラムとともに記録媒体に記録し、若しくは送信する方式又は視聴等機器が特定の変換を必要とするよう映像、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」とする旨の定義規定が置かれていた（同法第2条第7項。現在は、若干定義が拡張された上、第8項へと繰り下げられている。)

このように、当時の不正競争防止法により保護される技術的制限手段は、① 視聴等機器が特定の反応をする信号を映像等とともに記録媒体に記録し、若しくは送信する方式か、② 視聴等機器が特定の変換を必要とするよう映像等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に限られていた。

「DMMボックス」においては、②の方式が採用されていた（①の方式も併用されていたとの認定はなされていない。）。すなわち、本件ビューアを用いることによるのみ、暗号化された画像データを復号して、PC等のモニター上に表示することが可能となるという方式が採用されていた。

CypherGuardにより画像のキャプチャを不可能とする仕組みは、上記の通り、OS側が標準搭載しているgdi32.dllのうちの「gdi32.dll BitBlt API」の先頭の5バイト分を書き換えることにより実現しているのであって、上記画像データを暗号化等すること自体によって実現しているわけではない。ただ、暗号化された画像データを復号して画像を視聴することができる唯一のソフトウェアである本件ビューアを稼働させると、同じパッケージに組み込まれているCypherGuardの機能により、不可避的にgdi32.dllの書き換えが行われ、画像のキャプチャが行えなくなるに過ぎない。このような場合に、画像のキャプチャが、「DMMボックス」において用いられている暗号化という技術的制限手段「により制限されている…映像…記録」に当たるかが問題となり得る。

3 最高裁の判断

本件技術的制限手段は、ライセンスの発行を受けた特定の視聴等機器にインストールされた本件ビューアによる復号が必要となるよう、電子書籍の映像を暗号化して送信し、映像の視聴等を制限するものであった。

Windows対応版の本件ビューアには、復号後の映像の記録・保存を防止する機能を有し、本件ビューア以外で上記映像の視聴ができないよう映像の視聴等を制限するプログラムである「G」が組み込まれていた。Gは、本件ビューアを構成するプログラムの一つとして、本件ビューアと同時にインストールされ、Gのない状態では、本件ビューア

は起動せず、ライセンスの発行を受けることも送信された映像の視聴もできないようにされていた。

F3 は、G の上記機能を無効化し、復号後の電子書籍の映像を記録・保存することにより、本件ビューア以外での上記映像の視聴を可能とする機能を有するプログラムであった。

以上の事実関係によれば、G の上記機能により得られる効果は本件技術的制限手段の効果に当たり、これを無効化する F3 は、技術的制限手段の効果を妨げることにより映像の視聴を可能とする機能を有するプログラムに当たると認められる。したがって、F3 を提供した被告人両名の行為は、法 2 条 1 項 10 号の不正競争に当たり、法 21 条 2 項 4 号に該当する。

4 解説

(1) 最高裁判決について

最高裁は、復号後の電子書籍の映像を記録・保存したデータを本件ビューア以外のソフトウェアで読み込んで上記映像を視聴することをもって、「技術的制限手段の効果を妨げることにより……可能」となったことと位置づけている。すなわち、「視聴等機器が特定の変換を必要とするよう映像等を変換して記録媒体に記録し、若しくは送信する方式」の技術的制限手段の効果を、当該特定の変換（復号）をしなければ当該視聴等機器にて映像をモニター上に表示することができなくするということに留めず、復号された結果モニター上に表示された映像に係るデータを記録保存することが当該視聴等機器に組み込まれているソフトウェアにより阻害されているときには、係るデータを記録・保存させず、これを別のソフトウェアで読み込んで映像をモニター上に表示することをできなくすることをも含むものとしている。

しかし、当時の条文をどのように解したらそのような結論が導かれるのかは、本件最高裁判決は示していない。

では、本事件についての地裁、高裁判決はこの点をどのように解釈していったのだろうか。

(2) 地裁判決について

京都地判平成 28 年 3 月 24 日は、「平成 11 年改正、平成 23 年改正は、管理技術等に過度の萎縮効果を与えないよう必要最小限度の規制にする必要はあるものの、コンテンツ提供事業者間の公正な競争秩序をより確実に確保するため、技術的制限手段に係る規律の強化を図る目的のために行われた」という「不正競争防止法の改正経緯や、「技術的制限手段の効果を妨げる」の文言に関する平成 11 年改正解説（平成 23 年改正解説も同内容）等を踏まえて検討すると、「技術的制限手段の効果を妨げる」の意義につき、信号方式や暗号方式といった技術的制限手段そのものを無効化するものに限られると解すべき合理的理由はない」と解した上で、他方で、「法の改正過程においては、新たな規制の導入が逆に管理技術の進歩を阻害してしまうおそれも懸念されていたことを踏まえれば、処罰の範囲が予測可能性を害さない明確なものとなるような解釈を志向しなければならない」とした。その上で、「『技術的制限手段の効果を妨げる』といえるか否かを検討するに当たっては、当該技術的制限手段を施した者がいかなる効果を実現しようと意図していたかを検討することとなるが……、主観的意図全てが保護に値するわけではなく、保護されるのは合理的な意図に限られると解するのが相当である。そして、合理的な意図に当たるか否かは、当該技術的制限手段を施した者が通常有すべき意図のほか、コンテンツ取引に係る契約内容、当該技術的制限手段と意図された効果との関係性、当該技術的制限手段を施した者がその効果を実現するためにさらに付加したプログラム等の目的や機能等を考慮して、客観的に判断されるべきである」と判示した。

本件に関しては、X 社が本件技術的制限手段を施した意図について、「単に、電子書籍を暗号化して、正当にライセンスを受けた者がビューアでしか視聴できないようにするというにとどまらず、コンテンツのコピー防止にあったことが認められ……、ひいては、電子書籍が無断でコピーされ第三者に頒布されて、何人でもビューアを用いずに視聴できるという状態になることを防ごうとしたもの」とした。

その上で、「本件電子書籍の暗号化だけでは上記の意図が完全に実現できないことから、本件技術的制限手段の機能を補完すべく、ビューアには Q ガード（筆者注：CypherGuard のことである。）が組み込まれている……。そして、Q ガードにはキャプチャソフトの持つコピー機能を無効化する機能があるだけでなく、Q ガードなくしてビューア単体では起動しないようになっており、Q ガードがない状態ではコンテンツ視聴もできないようになっているのであるから、本件電子書籍の暗号化と Q ガードとはその目的を共通にし、機能的にも一体性を有しているといえる」として、「視聴等機器の画面上に表示された本件電子書籍の内容を、キャプチャを含めた意味におけるコピー等を行うことができないという機能、ひいては、何人も、ビューア以外ではその内容を視聴することができないという機能は、客観的にみて、本件技術的制限手段の効果である」と判示した。

(3) 高裁判決について

これに対し、大阪高判平成 29 年 12 月 8 日は、「本件において、X 社が dmmb 形式ファイルにより電子書籍の映像を配信するにあたり、その閲覧のために本件ビューアによる復号化が必要になるようコンテンツを暗号化しているのが、技術的制限手段に該当する」とした上で、「本件ビューアがインストールされた機器以外の機器では暗号化されたコンテンツの表示ができないということ」を「この技術的制限手段の効果」とした。

そして、本件ビューアに組み込まれたプログラムである CypherGuard が、「本件ビューアがインストールされた機器が表示する電子書籍の映像がキャプチャされて、他の機器でも自由にコンテンツが表示できるようになるのを防ぐ目的で、電子書籍の映像のキャプチャを不能にする制御を行」っている以上、コミスケ 3 が、CypherGuard 「が行った制御と反対の制御を行うことによって映像のキャプチャを再度可能ならしめる」のは、「結局のところ、本件ビューアがインストールされた機器以外の機器ではコンテンツの表示ができないという効果を妨げるものにほかならない」と判示した。

その上で、上記控訴審は、（視聴・記録を）「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」とは、「営業上用いられている技術的制限手段により制限されている映像、音の視聴、プログラムの実行、映像、音、プログラムの記録を可能とする機能」一般を指し、当該技術的制限手段のみを回避するものに限定されないとした。

そして、地裁判決が「技術的制限手段の効果を妨げる」かどうかの判定に当たって当該技術的制限手段を施した者がいかなる効果を実現しようとしていたかを検討する必要がある旨を説示している」ことについては、そのように「説示する必要性は乏しかった」とした。

(4) 学説の状況

ア 不正競争防止法の平成 11 年改正を起草した通商産業省知的財産政策室は、（視聴・記録を）「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」とは、営業上用いられている技術的制限手段により制限されている映像、音の視聴、プログラムの実行、映像、音、プログラムの記録を可能とする機能」を指し、「効果を妨げることにより」の文言は、「こうした機能を持つ装置が営業上の利益を害する又は害するおそれがある場合には、技術的制限手段を営業上用いている者が当該技術的制限手段を施す際に意図した効果が妨げられていることを確認的に規定した文言である」と

する（文化庁長官官房著作権課内著作権法令研究会＝通商産業省知的財産政策室編「著作権法・不正競争防止法改正解説」240頁）。ただし、手段と映像の視聴等との制限との関係が直接的であることを要するか否かについては特段の言及はない。

イ 岡田好史「判批」専修法学論集 135号 377頁は、「当該技術的制限手段を施した者がいかなる効果を実現しようとして意図していたかを検討することとなるが……、主観的意図全てが保護に値するわけではなく、保護されるのは合理的な意図に限られる」との上記地裁判決を前提とした上で、合理的な意図を検討する際に、上記地裁判決のように「当該技術的制限手段を施した者が通常有すべき意図のほか、コンテンツ取引に係る契約内容、当該技術的制限手段と意図された効果との関係性、当該技術的制限手段を施した者がその効果を実現するためにさらに付加したプログラム等の目的や機能等」を考慮する必要はなく、「被告人らが開発したプログラムに組み込まれた技術的制限手段の内容、機能、開発態様等に基づく判断のみでよいであろう」とする。その上で、本件電子書籍に施した暗号化という技術的制限手段の効果として、「本件ビューアがインストールされた端末以外の端末ではコンテンツが表示できなくすることにある」とし、「これは、ビューアがインストールされた端末以外の端末で自由にコンテンツが表示できないようにするためのアクセス制御を行うものであると同時に、それを確実にするために電子書籍の映像のキャプチャを不能にする制御を行うことは、複製の制御を行うものでもある」とし、「それゆえ、本件ビューアがインストールされた機器以外の機器ではコンテンツの表示ができないという効果を妨げ、ソフトウェア G が行った制御と反対の制御を行うことによって映像のキャプチャを再度可能ならしめる F3 は、『技術的制限手段の効果を妨げることにより（映像の視聴等を）可能とする機能を有するプログラム』に当たるとした結論は妥当である」とする（同 378頁）。

しかし、「技術的制限手段の効果」が何であるのか、技術的制限手段を施した者の合理的な意思が何であるのかが、「被告人らが開発したプログラムに組み込まれた技術的制限手段の内容、機能、開発態様等」から判断できるとは到底思えず、実際、上記当てはめ部分を見る限り、被告人らが開発したプログラムにより無効化されたものこそが技術的制限手段の効果であるとしているだけのように見える。

ウ 桑島翠「判批」法律時報 90巻 13号 244頁は、本件高裁判決を「本件では原判決のように当該技術的制限手段を施した者がいかなる効果を実現しようとして意図していたかを検討せずとも、C社が電子書籍に施した暗号化という技術的制限手段の効果が、本件ビューアがインストールされた機器以外の機器ではコンテンツの表示ができないということであると解することは、技術的制限手段の効果の通常理解として導かれると判断した」と位置づけた上で、「技術的制限手段の効果として通常理解できる範囲を保護の対象とする本判決の枠組みは妥当であると思われる」とする。

しかし、「技術的制限手段の効果として通常理解できる範囲」かどうかという基準は、あまりにも曖昧すぎ、行為規範としての意味を持たない。

エ 帖佐隆「判批」商標・意匠・不正競争判例百選〔第2版〕221頁は、「技術的制限手段の効果を妨げることにより」との文言は、法第2条第1項第10号の適用範囲を、当該技術的手段のみを回避するものに制限する趣旨のものであるとし、当該技術的制限手段の構成要素と抱き合わせになっているソフトウェアの効果を妨げたに過ぎない場合には、「技術的制限手段の効果を妨げることにより」との要件を満たさないものとする。直、なぜそのような解釈に限定されるのかの説明は必ずしも十分ではないように思われる。

オ 奥邨弘司「判批」ジュリスト 2021年9月号9頁は、本件最判について、「本件ビュー

アと G とが技術的に一体のものであると評価できたからこそ、G の効果を本件技術的制限手段の効果であると結論づけられたといえる」とし、「逆にいうと、一体のものとして評価できない場合は結論が異なる余地がある」とする。

(5) 考察

ア 本最高裁判例は、法第 2 条第 1 号第 10 号にいう「当該技術的制限手段の効果」が、単に、「暗号化されているため、復号しないと映像等を視聴することができない」とか、「特定の信号が含まれているために、これに対応する視聴等機器では映像等を視聴することができない」とかという、当該技術的手段により直接的に制限されることに限られないことを、改めて示したものと見える。

そして、「技術的制限手段の効果を妨げる」かどうかの判定に当たって当該技術的制限手段を施した者がいかなる効果を実現しようとしていたかを検討する必要がある旨の地裁の説示を否定した高裁判決について最高裁は特にこれを否定する判示をしていないので、当該技術的制限手段を施した者の具体的意図に従って「当該技術的制限手段の効果」の範囲を確定するという手法を最高裁としては採用しない旨示したものと理解される。映像等の視聴用のプログラム・機器等を開発する側からすると、当該技術的制限手段を施した者の具体的意図は通常知り得ないので、この点は妥当と言えよう。とりわけ、不正競争防止法第 21 条第 2 項第 4 号との関係で言えば、当該技術的制限手段を施した者の具体的意図を基準として何が「技術的制限手段の効果を決定した場合、映像等の視聴用のプログラム・機器等を開発する側がこれを確定的に知ることは通常ないので、なお開発者を処罰しようとするれば、「当該プログラム等によって可能となる映像の視聴等が、当該技術的制限手段を施した者が具体的に妨げようとしたものであったかもしれないがそれでもかまわない」という未必の故意を擬制的に認めることにもなりかねない。

イ では、「当該技術的制限手段の効果」をどのように確定していくべきであろうか。

映像等のコンテンツに施された技術的制限手段をベースに「当該技術的制限手段の効果」の内容を確定していくべきか、当該コンテンツを視聴するためのものとして、当該技術的制限手段を施した者が用意した「正規」の視聴等機器やプログラムの機能をベースに「当該技術的制限手段の効果」の内容を確定していくべきなのかが争いとなり得る。とりわけ、当該技術的制限手段が施された映像等の視聴等を可能とする「正規の」視聴等機器において、当該技術的制限手段が施された映像等の視聴等を可能とする以外の機能が付加され、その機能故に当該映像等の視聴等に関して更なる制限が付加されている場合に、その付加された制限まで「当該技術的制限手段の効果」に含めるべきか否かが問題となり得る。

この点に関して、上記最高裁判決は、当該技術的制限手段を施した側が用意した「正規の」プログラム等に関して、当該技術的制限手段が施された映像等について当該技術的制限手段の直接的な効果を排除して当該映像等の視聴等を可能とする部分と、当該映像等の視聴等を更に制限する部分とが不可分一体として組み合わせられている場合に限り、その付加された制限まで「当該技術的制限手段の効果」に含めているように見える。

しかし、その考え方が適切なのかは検討を要する。

「正規の」視聴等機器の機能自体は、各映像等に直接付加された技術的制限手段が変わらずとも変動し得るものであり、したがって、各映像等に直接付加されている技術的制限手段を見ても、当該映像等に当該技術的制限手段が付された時点での「正規の」視聴等機器の機能が如何なるものであったのかを知ることが必ずしも容易ではないからである。

本件に即して言えば、dmm形式での暗号化という技術的制限手段が施されている

ことから、所定のビューアから所定の方法でアクセスしなければ、当該電子書籍データを電子書籍として閲読することができない旨の制限が付されていることまでは読み取ることができるにせよ、所定のビューアから所定の方法でアクセスすることで画面上に表示された影像について、Windows の標準機能を用いたスクリーンショットや印刷等ができないような制限が付加されていることまでは読み取ることができない（スクリーンショットは画面単位で作成されるので、当該電子書籍データを「電子書籍として購読」するのには向いていない。このため、この種の暗号化が付されている場合に通常スクリーンショットや印刷等を不可とする機能を視聴等機器に付加するとは言えないし、dmmb 形式に対応した「正規の」視聴等機器においてそのような機能が付加されているかどうかは、その施された技術的制限手段からは判断できない。）。したがって、所定のビューアで表示された影像についてスクリーンショットを撮ること等を規制することまで、dmmb 形式での暗号化という技術的制限手段の効果に含めるのは行き過ぎである。

ウ 他のソフトウェアとの関係

本件各審級での判決文からは定かではないが、仮に CypherGuard が「gdi32.dll のうちの「gdi32.dll BitBlt API」の先頭の 5 バイト分を書き換え」たこと等により、本件ビューアソフトをインストール中または本件ビューアソフトを起動中は、本件ビューアソフト以外のソフトウェアにより表示された影像についてもスクリーンショットを撮ったり画面を印刷したりすることができなくなってしまうなどの不具合が生じた場合に、これを回避する手段として、コミスケ 3 を販売等する行為もまた、不正競争防止法違反となるのであろうか。

この場合、本件ビューアソフト以外のソフトウェアにより表示された影像についてもスクリーンショットを撮ったりすることを不可能とすることは、さすがに本件電子書籍データに施された技術的制限手段の効果に含まれないというべきである。すると、コミスケ 3 は、「当該装置又は当該プログラムが当該機能以外の機能を併せて有する場合」にあたるので、本件電子書籍データのスクリーンショット等を可能とする用途に供するためにコミスケ 3 を提供した場合でなければ不正競争防止法違反とはなり得ないことになるように思われる。

エ 営業上の損害を生じさせない用途と「不正の利益を得る目的」

本件電子書籍についてスクリーンショットを撮る目的が、批評等を行うに当たって引用をすることにあつた場合や、自己の著作物に関する著作権を侵害している疑いのある電子書籍について被疑侵害部分を証拠化することにあつた場合、スクリーンショットを撮る行為は著作権侵害とはならず、本件電子書籍に当該技術的制限手段を施した者に営業上の損害を与えない。そのような用途に用いるものとしてコミスケ 3 を提供した場合に、なお、「不正の利益を得る目的」で不正競争行為を行ったことになるのが問題となり得る。

「不正の利益を得る目的」とは「公序良俗または信義則に反して利益を得ようとする目的」（金井重彦＝山口三恵子＝小倉秀夫編著「不正競争防止法コンメンタール（改訂版）」470 頁（船山泰範執筆担当）をいうところ、上記のような適法な用途に用いられるためにコミスケ 3 を提供した場合、そのことにより対価を得ていたとしても、「公序良俗または信義則に反して」利益を得ようとしていたとまでは言えないからである。

そして、「不正の利益を得る目的」はあくまで行為者の主観に関する要件であるから、コミスケ 3 が実際にどのような用途に用いられていたかにかかわらず、その開発者や販売者において、上記のような適法な用途に主に用いられることを目的としている限りにおいて、「不正の利益を得る目的」までは認められないとすべきだったように思われる。

本件第一審判決は、「被告人らは、他社からのものではあるが、コミスケ 1 が著作権法に違反する旨の警告を受けたことがあり、相談した弁護士から、技術的な点を含めて慎重に判断しなければ適法性を断定できない旨回答を得たにもかかわらず、前記のとおりコミスケ 3 を開発してきたものである。そして、前記のとおり、被告人らは DMM.com 社が本件技術的制限手段を施した意図やその効果、CypherGuard の機能との関連性を認識していたのに、コミスケシリーズが売上の大きい商品であることから、被告人 Y1 が被告人 Y2 にコミスケ 3 の開発を指示し…被告人 Y3 がその販売を促進した結果、」株式会社インターナル「は 2200 万円以上の売上げを上げている」ことをもって「不正の利益を得る目的」を認定しているが、何故それで「公序良俗または信義則に反して」利益を得ようとしていたとされるのかは理解しがたい。本件プログラムの購入者の使用目的が概ね適法なものであるならば、本件プログラムを販売して相応の利益を得たとしても、それは「不正な」利益とはならないはずだからである（「不正な利益」かどうかは利益の多寡によっては決まらないはずである。）。また、コミスケ 1 について第三者から著作権侵害との警告を受けて弁護士に相談を氏著作権侵害に当たるとの断定を受けなかった以上、改良版であるコミスケ 3 を販売することの何がどのような「公序良俗または信義則」に反していたのかは理解しがたい。

なお、DMM ブックス自体は、マルチデバイス機能を採用しており、電子書籍の「購入者」が複数の端末でこれを閲覧できるようにしている。このため、電子書籍の「購入者」が本件プログラムを利用してスクリーンショットをすることにより当該電子書籍の画像を複数の機器で閲覧できるようにすることで失われる販売機会というのは、想定することが難しい。

オ 本最高裁判決の射程範囲

本最高裁判決は、本件技術的制限手段（暗号化）が施された映像を復号するソフトウェア（ビューア）の中に WindowsOS 標準のスクリーンショット機能等を無効化する機能を有するソフトウェアが組み込まれていて、それ抜きにはビューアが起動すらしないことをもって、スクリーンショット等をさせないことまで本件技術的制限手段の効果としている。

したがって、当該技術的制限手段により直接的に規制されている映像の視聴等の規制と、それに関連してなされる映像の視聴等の規制が技術的に一体化していない場合にまで、後者の映像等の視聴等を可能としたことをもって「当該技術的制限手段の効果を妨げ」たとする趣旨ではないと解するべきであろう。

例えば、特定の暗号化が施されている映像等についてその復号を可能とする機器等を提供する交換条件として、当該機器等を組み込む視聴等機器には、映像等のデータに含まれる特定の信号に反応してその複製等を制御する機能を持たせることを契約上義務づけた場合、当該信号に反応してなされる複製規制機能は、暗号化された映像等を復号することを可能とする機器とは物理的には無関係に存在しているものであるから、上記映像の暗号化という技術的制限手段の効果には含まれないものと解されよう（したがって、正規の暗号復号機器（例えば、B-CAS カード）と、上記特定の信号に反応しない視聴等機器を組み合わせた視聴等機器を製造・販売する行為や、利用者の側で正規の暗号復号機器を別途入手することを前提に、当該暗号復号機器を所定の場所に設置すれば当該暗号化された映像等を復号化して録画等することができる視聴等機器を製造・販売等した場合については、本最高裁判決の射程範囲外と言うべきである。）。

以上