



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	不正競争防止法2条1項10号技術的制限手段迂回装置提供行為の範囲について：マジコン事件を題材に
Author(s)	金, 暁特
Citation	知的財産法政策学研究, 44, 335-358
Issue Date	2014-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/55094
Type	departmental bulletin paper
File Information	44_08.pdf



不正競争防止法2条1項10号技術的制限 手段迂回装置提供行為の範囲について —マジコン事件を題材に—

東京地方裁判所平成21年2月27日平成20年(ワ)第20886号・平成20年(ワ)第35745号

金 暁 特

【事案の概要】

原告任天堂は、娯楽用具、運動具、音響機器及び乗り物の製造販売等を業とする株式会社であり、携帯型のゲーム機である製品名「ニンテンドーDS」及び「ニンテンドーDS Lite」（以下、併せて「DS本体」という）並びに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」という）を製造、販売している。原告任天堂以外の原告ら（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、原告任天堂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。

原告が製造、販売している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」という）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ようになっている。従って、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の機能を再現できない限り、そのプログラムの複製物（以下「本件吸い出しプログラム」という）をDS本体において使用することができない。このように、DS本体とDSカードは、組となって、本件特定信号1～4を使用してプログラムの実行を制限している（以下、この仕組みを「原告仕組み」という）。また、原告任天堂と

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並びに音楽及び動画等のソフト（以下「自主制作ソフト等」という）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。

これに対して、被告ら（5社）は、いわゆる「マジコン」（マジックコンピュータの略称）と呼ばれる装置の一つ（R4 Revolution for DS）を輸入、販売している。本件吸い出しプログラムや自主制作ソフト等をmicroSDカードに格納し、microSD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、本来なら実行不能であるこれらのプログラム等を実行できるようになる。

原告らは、被告らに対し、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、同法3条1項及び2項に基づき、被告装置の輸入、販売の中止、及び在庫品の廃棄を求めた。

【判旨】

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いう点を満たす、として原告の請求が認容された。

1. 「技術的制限手段」について

「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。

…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。」

従って、「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。」と結論付けられた。

2. 「のみ」要件について

「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。

…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…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、「被告装置は…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」と判示された。

3. 「営業上の利益の侵害」について

「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。」

【検討】

1. はじめに

本件は、携帯型ゲーム機「ニンテンドーDS」等を製造、販売する原告任天堂並びに同ゲーム機用のゲームソフトを格納したゲーム・カード(DSカード)を製造、販売する原告らが、被告らに対し、被告装置(R4 Revolution for DS)の輸入、販売等が不正競争防止法2条1項10号に違反すると主張して、同法3条1項及び2項に基づき、同装置の輸入、販売等の差止め及び在庫品の廃棄を求めた事案である。¹

¹ 本件の評釈として、角田政芳「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」発明106巻12号(2009)46頁、蘆立順美「技術的制限手段の意義と専用品該当性判断」速報判例解説(法学セミナー増刊)6号(2010)279頁、廣瀬隆行「マジコン事件〈実務家のための知的財産権判例70選2009年度版〉」発明107巻9号

不正競争防止法2条1項10号は、コンテンツ提供事業者の公正な競争秩序を維持するという目的のもとで、平成11年の法改正(平成11年法律第33号「不正競争防止法の一部を改正する法律」)によって新設されたものである。本件は、この2条1項10号について、初めて公表された裁判例であり、かつ控訴されずに確定したため、東京地裁による下級審の裁判例でありながら、国内で最初のマジコンを扱った裁判例として注目を浴びており、その影響は、平成23年になされた不正競争防止法の改正にも及んだとされている。これらを皮切りに、ゲーム機の改造に係る裁判が相次いで起され、中には技術的制限手段迂回装置・プログラムとして認められる例も少なくない。²

しかしながら、この裁判例を金科玉条の如く信奉し、マジコンを絶対悪と見なし、マジコンであれば即違法という判断を採るのはいささか行き過ぎではないであろうか? また、これまでマジコンについて様々な議論がなされてきたが、果たしてその理解が正しいと言えるのであろうか? 本稿はこうした現状を踏まえ、嚆矢とされた本件裁判例を切り口に、かかるマジコンの諸問題を整理し、最終的に、マジコンは2条1項10号によって規制されるべきかどうかについて検討を試みる。³

(2010) 62頁、帖佐隆「マジコンをどう考えるか: マジコン事件東京地裁判決及び改正不正競争防止法との関連等も含めて」『パテント65巻5号(2012) 39頁などがある。

² 例として、①違法コピーソフトの起動を可能にするよう改造を施した家庭用ゲーム機「Wii」を、違法コピーソフトとともにインターネットオークションを通じて提供していた者に対し、罰金80万円が科された事件(略式命令)(福岡簡裁平24. 2. 23決定)。

②違法コピーソフトを携帯型ゲーム機「プレイステーション・ポータブル」で起動させることができるプログラムを記録した記録媒体を販売した者に対し、懲役2年・罰金200万円(執行猶予4年)が科された事件(宇都宮地判平24. 8. 14)。

³ 第3の争点である「営業上の利益の侵害」の有無についての判断は、2条1項10号のあてはめではなく、3条1項及び2項に定められた差止請求の可否に際して吟味された要件であり、本文の主旨から離れているため、ここでは検討しない。ただし、被告装置の提供によって原告がその対策を講じなければならなくなること、いわゆる「いたちごっこ」への対応も原告が被った利益侵害という裁判所の判断に対して異議を唱えたものがある。角田・前掲注1・51～52頁。

2. 2条7項の「技術的制限手段」について

不正競争防止法2条1項10号に該当するためには、まず原告仕組みが「技術的制限手段」でなければならないため、自然にその該当性が本件の第一の争点となった。これに対し、被告は、平成11年改正法をMODチップの販売等の規制を見合わせたものとし、自主制作ソフト等を排除する機能は、不正競争防止法2条7項の「技術的制限手段」に該当せず、また、不正競争防止法2条7項の「技術的制限手段」は、検知→制限方式のものに限られ、自主制作ソフト等の実行も制限する結果となる検知→可能方式のものを含まないと主張した。

不正競争防止法2条7項は、「技術的制限手段」を、「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つて、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、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」と定めている。素直にこの文言を読む限り、検知→制限方式か、検知→可能方式かについては何の言及もされておらず、ただ「特定の反応（変換）」をすればよく、それらの方式を区別していないと理解したほうが妥当であろう。ここで言う「特定の反応」とは定められたルールに従った反応を言い⁴、CGMS、SCMS、CSS等がその典型例であるが、決してそれらに限るものではなく、原告仕組みのような反応も当然これに該当すると思われる。

また、判旨にも指摘されたように、立法当時の合同会議報告書⁵や国会における審議においては、原告仕組みによる制限の動作と同じ検知→可能

⁴ 小野昌延編著『新・注解不正競争防止法』（第3版・2012年・青林書院）868頁。

⁵ 産業構造審議会知的財産政策部会デジタルコンテンツ小委員会及び情報産業部会基本問題小委員会デジタルコンテンツ分科会合同会議報告書『コンテンツ取引の安定化・活性化に向けた取り組みについて』（平成11年2月3日）（以下、合同会議報告書という）http://www.meti.go.jp/committee/sankoushin/chitekizaisan/gijutsutokiseigen/001_s05_00.pdf（最終アクセス2013年7月25日）。

方式のものである「MODチップ」のことが記されており、改正解説⁶にも、事業者が用いている技術的制限手段又は方式の例として、「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）」や「MODチップ」が挙げられていたため、こうした検知→可能方式のものを意図的に規制の対象からはずし、検知→制限方式のもののみを規制の対象としたという解釈を導くのが難しいように思われる。従って、原告仕組みは「技術的制限手段」に該当するという裁判所の判断が正しいと言えよう。

そもそも、検知→可能方式は「技術的制限手段」に該当しないという被告の主張自体に無理があるように思える。検知→可能方式というのは、特定信号を検知できたら、そのプログラムの実行を可能とするものであるが、逆に言うと、特定信号を検知できなければ、プログラムの実行が不可能であるわけなので、それによってプログラムの実行が制限されているという見方も自然とありえる。即ち、検知→可能方式も検知→制限方式として見ることができるということである。結局のところ、検知→制限方式か検知→可能方式かは、単なる言葉の綾に過ぎず、その区別に実益はほとんどないであろう。⁷

3. 2条1項10号の「のみ」要件について

上述の第一の争点に対する被告の主張は多少窮余の一策のように見えるところがあるが、第二の争点に対する被告の主張は確実に正鵠を射ていたと思われる。なぜなら、不正競争防止法2条1項10号によって規制された行為とは、「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。）若しくは当該機能のみを有するプログラム（当該プログラムが他のプログラ

⁶ 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：デジタルコンテンツの法的保護』（1999年・有斐閣）（以下、改正解説という）。

⁷ もっとも、政策的にはこの主張が非常に重要な意味合いを持つと説いているものがある。詳細につき、帖佐・前掲注1・48頁を参照。

ムと組み合わせられたものを含む。)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、又は当該機能のみ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」であり、これに該当するためには被告装置がここで言う「のみ」要件を満たさなければならないからである。これに対して、被告は、被告装置は本件吸い出しプログラムの実行を可能にする機能だけでなく、正規のDSカードのバックアップ及び携帯の便宜のための複製並びに自主制作ソフト等の実行を可能にするという経済的・商業的な機能も備えていると主張した。

なるほど、デジタルの世界においてバックアップを取ることが至極当然であり、正規のDSユーザーであれば、既に対価を払っているため、データの破損に備えてバックアップをすることで非難を受けるいわれがない。また、DSは携帯型ゲーム機として一番重視される機能はどこでもゲームできるという持ち運びやすさにある。ところが、DS本体にはカード用スロットは一つしかなく、複数のゲームを楽しみたい時は複数のゲームカードを持ち歩かなければならず、場合によっては携帯型ゲーム機の携帯性を著しく損ないかねない。この問題を解消するためにも、被告装置のような一つのmicroSDカードに複数のゲームソフトを格納できるものが必要であろう。⁸ さらに、そもそも自主制作ソフトは原告らと関係なく、有志が制作、提供するものであり、それによって原告らの営業上の利益が侵害されるとは言い難いにもかかわらず、そこに原告らの権利を及ぼしてよいのか、またこのような規制が結局この種の自主制作ソフトの開発を停滞させることに繋がり、コンテンツ産業の発展という立法趣旨に反しないか、という根本的な疑問がある。従って、被告装置は「のみ」要件を満たさない

⁸ 当時の著作権法はコピーコントロールにしか規制を及ぼしていなかったため、通説に従うと、アクセスコントロールにあたる本件仕組みを回避して行ったこれらの複製行為は著作権法にも容認されていると解されていた。ただし、「結果的に無断複製を抑止することを狙っている」という点では、コピーコントロールと変わりがないため、この種のアクセスコントロールにも規制を及ぼすべきという指摘がある。詳しくは、田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)142～143頁を参照。もっとも、平成24年著作権法改正によって現在は違法行為とされている。

可能性が十分あると言えよう。

しかしながら、裁判所は第一の争点である「技術的制限手段」の判断と同様に、合同会議報告書や改正解説を資料に、当時の立法趣旨及び立法経緯から、被告の主張を否認した。ところが、その理由については、必ずしも明確に述べられていない。確かに、判旨の引用したとおり、合同会議報告書には提供が禁止される機器等について「①必要最小限度の規制を導入するという基本原則を踏まえ、規制の対象となる機器又はプログラムは、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切である。②汎用の機器又はプログラムについては、規制の対象とすることは適当でないと考えられる。…無反応機器に対する規制は行わないことが適当である。」⁹と記されており、改正解説にも『『のみ』がないと、技術的制限手段の使用目的に沿った効果を発揮することを妨げる機能以外の機能も同時に持ち合わせている装置やプログラムを対象とすることになり、別の目的で製造され提供されている装置やプログラムが偶然『妨げる機能』を有している場合にも不正競争に該当することとなる。これを不正競争とすると映像や音の視聴、記録をするための装置やプログラムを提供する者が常に全ての技術的制限手段を『妨げる』機能を有するか否かを確認し、場合によっては提供を取りやめたり、提供する装置等の他の機能を歪める程度まで設計を変更することが必要となり、これらの提供者の事業活動を過度に抑制することとなるため、明確に『妨げる』機能のみを有することが認められている装置やプログラムを不正競争の対象とすることとしている。」との記載があるが、それによって導き出された「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」という裁判所の解釈はいささか断章取義の嫌いがあるのではないであろうか？ 上記合同会議報告書の記載は無効化以外に経済的・商業的な用途が存在すれば、規制の対象に含まれないように読めるし、改正解説に至っては、あくまでも「のみ」

⁹ 前掲注5・合同会議報告書8～9頁。

がない場合に生じうる弊害の一つとして偶然「妨げる機能」を備えた装置を挙げたに過ぎないように思われるからである。

また、仮に裁判所のこの解釈を採ったとしても、なぜそれをもって、MODチップは「のみ」要件を満たすという結論に至ることができるのかについては依然少なからぬ疑問が残る。当時は既にMODチップが自主制作ソフト等を実行することができるという事実が確認されており、それにもかかわらず、MODチップが「のみ」要件を充足した理由は何であろうか？判旨はそれについて何も説明していない。あるいは、裁判所にとって、立法当時既にMODチップの存在が認識されており、かつ議論にも出ていたため、それが規制されるのは言うまでもないのであるだろうか？

判旨の説示を見る限り、どうも裁判所は、被告装置のみならず、汎用機器や無反応機器以外は、原則「のみ」要件を充足しているという非常に危険な理解をしているように思われる。そのような考えは文言よりも遥かに「のみ」要件の充足範囲が広まり、不必要に技術的制限手段の迂回以外の用途を有する情報処理機器の取引まで阻害し、「のみ」要件の本来の存在意義を削ぎ、ひいては産業の発展という制度趣旨に反しかねない。¹⁰ 何を根拠に裁判所がそう思うようになったのが不明であるが、考えられる理由の一つとしては、問題の装置の主目的が無効化にある以上、そうした事業活動の自由を確保する必要性は低いため、技術的制限手段の実効性を図ることが重視されたという理解を採ったのではないであろうか。¹¹

確かに、世間にはマジコンは主としてインターネット上から入手できる違法に複製されたゲームソフトの起動に使われるものであり、音楽や映像の再生などといった「別の用途」は恣意的に付加されているものに過ぎず、マジコンの主たる用途ではなく、あくまでもそのような使用「もできる」に止まるという意見もある。¹² しかしながら、この場合、何を基準に主目

¹⁰ 田村善之『不正競争法概説』（第2版・2003年・有斐閣）388頁。

¹¹ 蘆立・前掲注1・282頁。

¹² 中川文憲「マジコンとアクセスコントロール」コピーライト599号（2011）31～32頁。同旨、産業構造審議会知的財産政策部会技術的制限手段に係る規制の在り方に関する小委員会『技術的制限手段に係る不正競争防止法の見直しの方向性について』（平成23年2月）（以下、小委員会報告書という）5頁 <http://www.meti.go.jp/press/>

のであるかそうでないかについて判断を下すのであろうか？ゲームソフトのバックアップや携帯の便宜性は、取るに足らない従用途に過ぎないと言われているが、目下ゲームソフトのダウンロード販売が流行っていることはこのような需要がいかに多いかを物語っている。当時、このようなシステムが整備されていなかったDSに対し、これらの目的を果たすにはユーザーがマジコンに頼るほかなかったというのは実情であろう。いずれにせよ、こうした基準が明白にされていない限り、このような理解を採るのは早計であると言わざるをえない。

もっとも、こういった論理的な破綻に気付いたか、裁判所は補足的に、被告装置の使用実態を併せ考慮しても結論が変わらないと述べた。即ち、上記の「のみ」要件の充足範囲を広めるかのような判断を採ったのは、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おり、実質本件吸い出しプログラムの使用にのみ利用されていると同視できるからである。裁判所は、被告装置の実際の使用実態を判断基準として持ち出したということである。しかしながら、仮に具体的な使用実態次第で「のみ」要件の判断が変わってくるのであれば、その使用実態についても原告による一方的な提示だけではなく、更なる吟味が必要であろう。もっとも、意図的に違法になる使用方を勧めたのならまだしも、何もせずにただ装置を提供したに過ぎない場合、その提供行為が後に使用者の使用行為によって合法になったり違法になったりすると、そもそも安心して商売できないし、法的安定性にも欠けるであろう。

4. 関連裁判例

本件と関連して、同じ任天堂がマジコン業者を相手に提訴したものであり、差止めのみならず、初めて損害賠償（総額9,562万5千円）まで認めた判決が平成25年7月9日付けで東京地裁によって出された（平成21(ワ)

20110221003/20110221003-2.pdf(最終アクセス2013年7月20日)「使用実態に鑑みれば、その中核を成す機能はインターネット上から入手できる違法複製ソフトの起動であると認められるものの、当該機能以外にも、音楽・映像の再生や自作ソフトの起動といった別の機能を有していると称する装置等(例えば、マジコン等)が挙げられる。」

第40515号)。前記マジコン事件や法改正の影響を受け、予想どおりにマジコンの違法性を認めたが、判旨はマジコン事件と異なる説を示した。

まず、技術的制限手段の該当性の判断について、判旨は、『プログラム』は、前記のとおり、電子計算機に対する指令であって、1の結果を得ることができるように組み合わせられたもののうち、視聴等機器が特定の反応をする信号と共に記録媒体に記録される方式等により、その実行等が制限されるものであれば足り、現に実行等が制限されたものである必要はない…なお、実行等が制限されていないプログラムを他人の提供する視聴等機器で実行することができるようにする自由を認めることはできない…」と述べた上、検知→可能方式も「特定の反応」にあたるとして、技術的制限手段の該当性を認めた。

そして、「のみ」要件の判断において、「上記の動画や音楽はプログラムであることが認められるところ、前記(1)イ(ア)のとおり、自主制作されて実行等が制限されていないプログラムや上記の動画、音楽も、法2条1項10号及び7項にいう『プログラム』に含まれるから、これらも、DS本体におけるプログラムの実行を営業上用いられている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ものにほかならない」と、いとも簡単に被告の主張を退けた。

なるほど、自主制作ソフトも動画も音楽も、すべてをプログラムと解せば、当然「のみ」要件を満たし、他の機能を有するとは言えない。しかしながら、「プログラム」をこうも広範に解釈してよいのであろうか？

現に制限されたものだけでなく、制限されるものも含むということは、製造当初は予定していなかったが、結果として偶然に制限してしまったものに対しても権利が及ぶわけであるので、過大な権利を与えることになりかねない。また、「実行等が制限されていないプログラムを他人の提供する視聴等機器で実行することができるようにする自由を認めることはできない」という説明に対しても違和感を覚える。

さらに、何を根拠に、動画や音楽もプログラムに含まれるかに関しても一切不明である。思うに、通常のファイルではマジコンが認識できず、動画や音楽等をマジコンで再生するには、ある程度の形式変換が必要とされ

るからではないであろうか。¹³ しかしながら、ファイルの形式によってファイルの性質が変わるのもまた不思議なことである。あるいは、プログラムを通じてコンテンツを再生しているわけであるから、そのコンテンツ自体もプログラムになりえると、裁判所が考えているのであろうか？いずれにせよ、判旨の論理を額面どおりに受け取ると、ありとあらゆるデジタルコンテンツがプログラムに含まれるのではないかという懸念が残る。さすれば、法2条1項10号及び7項に言う影像、音とは果たしてどういうものを指すか改めて定義する必要があるように思える。

従って、裁判所のこのような説示に対して疑問を禁じえない。

5. 任天堂のビジネスモデル

そもそも、なぜ任天堂が躍起になってマジコンの提供を封じようとするのか？マジコンの使用によって、損害を受けうるのはソフトであるゲームのほうであり、ハードであるゲーム機自体は損害を受けるところか、かえって売上げを伸ばすことになり、任天堂にとってはむしろ喜ばしいことであるはずなのに、任天堂は断固としてそれを是としない理由は何であろうか？勿論、任天堂はハードのみではなく、ソフトも開発、販売しているため、一概に損害を受けていないとは言えないが、果たして、その理由だけで片付けられるのであろうか？案外、任天堂が訴訟に出た根本的な原因はそのビジネスモデルにあるのではないかと、筆者は考えている。

DSのような家庭用ゲーム機の最たる特徴は、ソフトとハードの「アンバンドリング」、即ち、ゲームソフトの切り替えによって同じゲーム機で複数のゲームを楽しむことができるということにある。従って、ユーザー側から見ると、一つのゲーム機で遊べるソフトの数が多ければ多いほど、このゲーム機を高く評価することができ、結果として買うようになり、ゲーム機の普及率が上がっていく。一方、ソフトメーカー側から見ると、ゲーム機が売れば売れるほど、それに対してソフトを出すほうが多くの利益が得られるため、ソフト開発のインセンティブになりやすく、ソフトの

¹³ 例えば、マジコンの一つである R4 Revolution for DS では、再生可能なファイル形式は、動画が DPG 形式、音楽が MP3、WAV、SPC、MOD、NSF、OGG、GSM、MID 形式となっている。

供給が増えてくる。こうしてゲームソフトの供給とゲーム機の普及が互いに相手を強め合う関係にある以上、ゲーム機メーカーとしてはソフトメーカーの協力を決して無視できない。問題はどのような関係をいかにして築くべきかということである。そこで、任天堂はゲーム産業の先駆であるアメリカのアタリ社の失敗¹⁴を教訓として、同じ轍を踏むまいと、独自の開発体制を作り出した。即ち、任天堂自身によるキラーソフトの内製及び厳格な事前審査による少数精鋭主義である。

その開発体制の具体的な特徴は、主に以下の三つが挙げられる。一つ目は、任天堂はアタリ社のようにゲーム機を専業とすることなく、自身もソフトの開発に積極的に関わっていることである。任天堂は「ドンキーコング」や「マリオ」等、日本のみならず、全世界においても根強い人気を持つシリーズタイトルを有しており、これらによって、ゲーム機の発売初期の普及を難なく達成する上、相当の収益も得ている。二つ目は、ソフトメーカーを厳選しながら徐々に増やしていくことである。任天堂は自分が認めた開発力のある企業にしかライセンス契約を結ばないというスタンスを採っている。三つ目は、事前の厳しい品質管理である。ソフトメーカーとのライセンス契約には、ソフトの内容に対する任天堂による企画段階からの事前審査等の内容が盛り込まれている。また、質の高いソフトだけが市場に出回るよう、任天堂はソフトメーカーとの協議の上で、ソフトメーカーが年間に発売できるソフトの本数を1本から5本に限定している。

それに加えて、ソフトの生産については、それぞれのソフトメーカーが別個に自社ソフトを生産するのではなく、生産量を任天堂と協議した上で任天堂に生産を委託し、生産されたソフトを改めてソフトメーカーが買い取る、という複雑な生産方式を採用している。このようなソフトの委託生産方式も、結果としてソフトメーカーの選別とソフトの質の確保に繋がる。

¹⁴ アタリ社自身はゲーム機の生産、販売のみを行っており、ゲームソフトの開発は他のソフトメーカーに任せていた。また、ソフトメーカーに対しては何の制限も課していないとも言える非常にオープンな戦略を採っていた。それによって、数多なソフトが作り出され、一時的にゲーム機が爆発的な売上げを得ていたが、後に粗悪なソフトが大量に市場に出回ったため、ユーザー離れが進み、ゲーム市場そのものが崩壊したという。

ソフト1本あたりの平均的な価格が4,500円から5,500円程度であるが、ソフト1本あたりの委託生産価格はソフトの売れ行きにかかわらず最低でも2,000円程度¹⁵とされ、しかもソフトメーカーは前金で任天堂に支払わなければならないという¹⁶。また、最低発注本数も10,000本¹⁷と決められていたため、参入するソフトメーカーも自然と資本力と技術力のある大規模な企業に限られるようになる。

このような方式を採ったのはあくまでもユーザーのゲーム離れを抑止し、ゲーム産業を存続させるためとはいえ、実質任天堂がゲーム業界を牛耳っていることは否めないであろう。¹⁸ また、この委託生産方式により、任天堂はソフトの売上げに左右されることなく、安定した多額の利益を得ることができる反面、ソフトメーカーを締め付けたり、任天堂自身はリスクを負わずに彼らに決して小さくないリスクを背負わせるという側面もある。結局のところ、ゲーム産業における利益の多くは任天堂一社の懐に

¹⁵ この内訳は、製造原価が30%程度、委託生産料とロイヤルティが合わせて70%程度とされる。また、後者のハードメーカーである任天堂の利潤に相当する部分は通常他の産業で観察される利潤率と比べ、かなり高水準のものである。新宅純二郎＝田中辰雄＝柳川範之編『ゲーム産業の経済分析－コンテンツ産業発展の構造と戦略』(2003年・東洋経済新報社)23～24頁を参照。

¹⁶ 発注時に全体の50%、そして製品引渡時には残りの50%を支払う条件となっている。つまり、製品発売前にソフトメーカーが先に全額資金負担しなければならないということである。新宅ほか編・前掲注15・29頁を参照。

¹⁷ 後に5,000本にまで下げられた。真木圭亮著・井上達彦監修「日本のビデオゲーム産業におけるビジネスモデルの変遷－オンライン化とサービス化に向けて」ASB Case No.2 (2011)6頁を参照http://asb.waseda.ac.jp/wp-content/uploads/2011/09/asb_KM_game_Case02.pdf (最終アクセス2013年7月25日)。

¹⁸ 任天堂が品質維持を理由に、ソフトを量的にコントロールしていることは、既に述べてきたが、それに加えて、4,500円から5,500円程度という販売価格帯の形成自体も任天堂のビジネスモデルから強く影響を受けていると思われる。まず最初にソフトメーカーは任天堂に2,000円程度の前金を取られたから、ソフトの販売価格が2,000円を下ることは絶対にありえない。また、任天堂がソフトメーカーに課している諸制限によって、市場参入できるソフトメーカーの数が限られ、十分な競争に晒されないため、高めの価格設定が可能となる。その結果として、ソフトの販売価格がこのような相場に落ち着いたと言えよう。

入っているとも言えよう。勿論、このような方式がソフトメーカーの反感を買わないわけがないが¹⁹、それでも、任天堂のハードは市場におけるシェアが極めて高く²⁰、そして何よりも特殊な技術的制限手段が施されているため²¹、ソフトメーカーは黙って苦い水を飲むしかないのである。

ここでようやく任天堂がマジコンを目の敵にする本当の理由が見えてくる。換言すれば、複製を防止するためであれば、個別のソフトについてプロテクションを施すように仕向ければ足りるにもかかわらず、なぜ、本件のように海賊版ではないソフトの動作をも防ぐような仕組みを設けたのか、ということも明らかになってくる。即ち、本件仕組みはゲームソフトの複製を防止するためというより、任天堂のビジネスモデルを維持し、他のソフトメーカーが任天堂を迂回して独自にゲームソフトを生産、販売しないために採られた措置という側面が強いように思われる。検知→制限方式ではなく、検知→可能方式を採ったのはまさにそのためである。任天堂は意図的に自分と契約を結ばない限り、実質的にソフトの開発を行えない状況を作ろうとしている。

ところが、マジコンの存在は任天堂の思惑に反し、そのビジネスモデル

¹⁹ 実際、このような状況から抜け出すべく、ナムコ(現バンダイナムコゲームス)は1989年にライセンス契約をめぐり、任天堂に対して仮処分申請を起したことがある。結局、この申請は認められなかったが、ソニーがプレイステーションを発売する際、待ち望んでいたかのようにいち早く参入の意思を表明し、プレイステーションの初期普及に大いに貢献したという。

²⁰ 日本のゲーム市場において、ハードであるゲーム機を提供しているのは、ソニー、任天堂、マイクロソフトの三社のみであるが、マイクロソフトのシェアが余りにも少ないため、結局、三つ巴の乱戦にはならず、事実上、市場はソニーと任天堂の両社によって二分されている状況にある。具体的に言うと、2010年までの据え置き型ゲーム機の市場シェアはPS2(ソニー)が54.1%、PS3(ソニー)が14.7%、Wii(任天堂)が27.7%、Xbox360(マイクロソフト)が3.5%であったのに対して、携帯型ゲーム機の市場シェアはPSP(ソニー)が33.6%、DS(任天堂)が66.4%となっていた。即ち、携帯型ゲーム機の市場においては、任天堂が絶対的なシェアを誇っていたとも言えよう。詳しくは、『ファミ通ゲーム白書2011』(2011年・株式会社エンターブレイン)56頁を参照。

²¹ 同旨、新宅ほか編・前掲注15・24頁を参照。

を根本的に覆す可能性がある。マジコンの最大の売りは、本件仕組みを回避できることにある。それによって、海賊版ゲームソフトが蔓延し、正規ゲームソフトの売上げが減り、任天堂や他のソフトメーカーが損害を被るのは確かであるが、それよりも任天堂が危惧しているのは、自主制作ソフトの出現である。自主制作ソフトというのは、任天堂から何の許可も受けず、有志が勝手に開発、提供したものである。即ち、任天堂はそれに対して、事前に審査することもできなければ、ライセンス料を取ることもできない。そして一旦任天堂が自主制作ソフトに手も足も出せないことが公になれば、それを引き金に、今まで任天堂のやり方に抵抗感を覚えていたソフトメーカーは任天堂とライセンス契約を結ばず、独自開発、生産に乗り出すかもしれない。やがて、任天堂が頼りにしていたビジネスモデルが崩壊していきかねない。そのような事態だけは、任天堂としては絶対に止めなければならないであろう。

しかしながら、それはあくまでも任天堂の事情であり、不正競争防止法がそれに与する理由にはならない。これに対し、DSは任天堂が開発、製造したものであり、それがなければ、そもそもDS用ゲームソフトに対する需要がなかったし、DS用ゲームソフトの開発もありえなかったから、その枠内で任天堂が自分の判断に基づいてソフトメーカーを選択して何が悪いという反論がありえよう。しかしながら、自分が創造したからといって、そのものについて無条件に独占を許してよいわけがない。特許法や著作権法等の知的財産法は、私人の自由と社会の便益とのバランスを図りながら、条件付きでその独占を許しているため、任天堂がもしそのような独占を望むのであれば、しかるべき手順を踏んで特許や著作権等に保護を求めることができよう。それが叶わなかったからといって、不正競争防止法に保護を求めるのは筋違いであろう。

確かに、不正競争防止法には特許法や著作権法等の網に掛からないものを落穂拾いする一面があることは否めないが、それらの法律から漏れたありとあらゆるものをカバーするものではない。任天堂としても、本当にその目的があくまで海賊版の防止にあるというのであれば、単純にコピーコントロールを採れば海賊版のみを規制できるようになる上、著作権法による保護も享受しえたのであって、わざわざ遠回りしてこのような明らかに海賊版以外のものも使用させない、という競争阻害効果のあるアクセスコ

ントロールをかける必要はなかったのである。

任天堂のビジネスモデルはゲーム業界をコントロールしようとしているのみならず、他のソフトメーカーを締め付ける側面もある。不正競争防止法の趣旨を、公正な競争秩序を守ることによって事業者間の競争を促し、産業の発展をもたらすと解するのなら、わざわざ不正競争防止法によってこのようなビジネスモデルに法的保護を与えるべきではない。むしろ自由競争によって、技術にもビジネスモデルにも更なる発展を促すべきではなかろうか？本件に関する裁判所の判断に違和感を覚えざるをえない。

6. 不正競争防止法平成23年改正²²

本件判決の影響を受け、現行法のままではさすがにこのような他機能を持つ技術的制限手段迂回装置に対処するのが難しいと感じたか、またコンテンツ業界からの強い要望もあり、知的財産戦略本部が提出した「知的財産推進計画2010」のもとで平成23年に法改正がなされてきた。²³ 技術的制限手段の保護に関する内容をまとめると、次のようになる。

①規制対象装置等の範囲の拡大

不正競争防止法2条1項10号(11号)の文言にあった「のみ」要件を削除した上、新たな規制対象として規制対象装置の部品の一式を加え、条文を「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(当該装置を組み込んだ機器及び当該装置の部品一式であって容易に組み立てることができるものを含む。)若しくは当該機能を有するプログラム(当該プログラムが他のプログラムと組み合わせられたものを含む。)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、

²² 平成23年不正競争防止法改正は、営業秘密を保護するための刑事訴訟手続きの整備と技術的制限手段に係る規律の強化という二箇所に対してなされたものであるが、紙幅の関係上、本稿のテーマと直接関係のない営業秘密に関する法改正の検討は割愛する。

²³ 裏を返せば、やはり本件判決の判断には無理があるように思える。

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、影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。）」と改めた。

これにより、本件のような無理のある解釈をしなくてもマジコンのような回避機能以外の機能を併せ持つ装置に対して規制できるようになった。しかしながら、この文言のもとでも、どのような装置が規制対象になるかの明確な基準が依然として見えてこない。むしろ「のみ」を削除したことにより、規制対象になりうる装置の範囲が広がり、その境界線がより曖昧になっているように思える。この場合、「影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」の解釈が問題となるであろう。小委員会報告書によると、「規制対象の装置に該当するか否かの判断は、例えば、装置等に占める回避機能の物理的な割合のみならず、装置等の利用者の利用実態、販売者の販売態様などの事情を総合的に考慮しつつ、その装置等における回避機能以外の他の機能の必然性の有無、又は、その装置等における回避機能部分の必然性の有無に関する判断に基づいてなされるものと考えられる。」²⁴

なるほど、案外そこが今度の法改正の真の狙いかもしれない。即ち、あえて文言上明確な判断基準を出さないことにより、諸事情を総合考慮した上の柔軟な対応が可能となるという。しかしながら、このような判断は事案ごとに結論を出す裁判所にこそ馴染むが、判例や学説の蓄積によって具体的な基準が確立されていない現在、装置の販売業者にそのような判断を強いるのはいささか無理があるように思える。また、「販売者の販売態様」こそは販売業者自身が把握できることであるが、装置等の利用者の利用実態については販売する前に予知し難いものであり、販売した後でも販売業者のあずかり知らないところで勝手に変化していく可能性があるため、実質、具体的な判断基準を欠いたままでは販売業者は当該装置が規制対象になるかならないか分からない状態にあると言えよう。さらに刑事罰の導入もあいまって、結果、不慮の損失を回避するために、販売業者はこういっ

²⁴ 前掲注12・小委員会報告書6頁。

た装置に対して保守的に販売しない姿勢を取ることになるであろう。また、条文中装置の開発や製造に対して規制を及ぼしていないものの、販売することが困難だと分かれば、製造業者も自然とこの種の装置の開発や製造を渋るようになり、結果として抑制的な影響を受けることになるであろう。

そもそも、2条1項10号は主観要件を要求しておらず、客観要件さえ充足していれば、有無を言わずに規制することができたのは、「のみ」要件の存在によって規制対象を限定できたからである。技術的制限手段の回避以外に使い道がないのなら、その装置を規制したとしても、販売業者に予想外の不利益を与えることはないであろう。これに対し、改正法のもとでどうやって販売業者の予測可能性を確保するかという問題がありえよう。

②技術的制限手段迂回装置の提供行為に対する刑事罰の導入

改正法は、不正の利益を得る目的又は損害を加える目的で2条1項10号又は11号に掲げる不正競争行為を行った者に対し、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おり（21条2項4号）、それに合わせて、法人処罰及び法人重課の規定（22条1項）も定めている。ところが、刑事罰の導入は今回の法改正によって初めて提言されたものではなく、平成11年の法改正にも同じような検討がなされ、結果として見送りにされた経緯がある。その理由はただの民事的措置でさえ技術や製品の開発を萎縮させる懸念があるのに、このような刑事罰まで導入されると、経済活動に過度な影響を及ぼす危険があるからである。

それでは、なぜ今度の改正でこの問題が蒸し返されたのであろうか？このような危険が既に解消されたわけではないが、技術的制限手段の保護を取り巻く状況が変わってしまったからという。昨今の技術的制限手段迂回装置等の提供の実態を踏まえると、民事訴訟から逃れる目的で閉店・開店を繰り返す事業者が多く見られること、悪質な露天、ネットオークションへの出品等で売買がなされることも多く、販売者を特定することが困難である事例も存在すること等から、民事措置のみでの対応に限界があるとい

う。²⁵ 即ち、より効果的な保護を図るため、刑事罰の導入に至ったというわけである。

しかしながら、だからといって、経済活動に対する萎縮効果を無視してまで刑事罰を推し進める必要があるのでしょうか？ 思うに、コンテンツ業界を保護するために、規制を破る者に対して厳しく対処すればするほど、真摯に規制を守っている者に影響を与え、その結果、正直者がかえって損害を被るというジレンマが存在する以上、刑事罰は諸刃の剣であり、安易に使うべきではないように思われる。これに対し、今までの制度運用の実情に照らす限り、迂回装置規制が萎縮効果を生じたともで言えるような状況は認められず、また今回刑事罰の対象となるのは、民事的措置の対象となる行為よりも、さらに悪質なものに限られる以上、当時の懸念は今回の改正には当てはまらないものであるという考えもあるが²⁶、当時の刑事罰の導入にあたって、その対象に対して何ら限定を設けなかったとは考えにくく、また上述したように、規制されるべき装置とそうでない装置を判断する具体的な基準が確立されるまで、刑事罰は想像以上の威力力を持っており、技術の開発や進歩の妨げになる可能性が高い。従って、刑事罰の導入は未だ時期尚早であり、引き続き、検討や審議の余地があると言えよう。

③技術的制限手段迂回装置の輸出入禁止

これに関して、直接的には関税法の改正問題（関税法69条の2第1項4号、69条の11第1項10号）であるため、本稿では検討しないが、上述したように、迂回装置に対する明確な基準が定かではない今、税関が果たしてどのように判断を下すか、その判断が正しいと言えるのかという疑問が残る。

7. おわりに

それでは、改正法のもとでマジコン問題はようになっていくのであろう

²⁵ 中原裕彦「不正競争防止法の一部を改正する法律の概要」ジュリスト1432号(2011)10頁。

²⁶ 奥邨弘司「不正競争防止法改正の意義と課題－技術的制限手段の保護について」ジュリスト1432号(2011)16頁。

か？²⁷

まず間違いなく言えることは、平成23年改正法は明らかにマジコン規制を意識してなされたものであるため、マジコンは改正法によって規制されると解さざるをえない。²⁸ 問題は「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っては、影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」の解釈によってどのような場合においてマジコンが規制されるかである。

ところが、平成23年改正法は、平成23年12月1日に施行されたばかりであり、それに関連する判例や学説の蓄積が不足している。もっとも、平成23年度不正競争防止法委員会は①回避機能とその他の機能を併せて有する装置を単独で販売する場合、②回避機能とその他の機能を併せて有する装置と自主制作ソフトを抱き合わせで販売する場合、③回避機能とその他の機能を併せて有する装置に自主制作ソフトを装着して販売する場合、④

²⁷ この問題に対して、2条7項の技術的制限手段の定義を文理解釈すれば、マジコンで自主制作ソフトが利用できても、「のみ」に該当するし、また、「専ら」相当にも該当する。一方、2条7項の定義を趣旨解釈すれば、マジコンは自主制作ソフトが利用できることにより、「のみ」に該当しなくなるし、また、違法ソフトも自主制作ソフトもマジコンで同等に利用できるようになる中性品であるため、「専ら」相当にも該当しない。従って、いずれにしても、平成23年法改正はマジコンに関して無意味な改正であるという指摘がある。詳しくは、帖佐・前掲注1・50頁を参照。

²⁸ もっとも、時を同じくしてなされた著作権法平成24年改正では、マジコンが規制されないことには変わりはない。その理由は、①著作権法はアクセスに対して権利を設けておらず、マジコンにより保護技術を回避してゲームを実行したとしても、違法にならないこと、②マジコンを用いて保護技術が回避されるまでには、④ゲームソフトの違法コピー、⑤マジコンの製造・譲渡、⑥違法複製物で遊ぶことは、それぞれ異なる主体で行われることが常であり、④のゲームソフトの違法コピーにあたり、ゲームソフト自体に何ら保護技術が施されていないことから、⑤のマジコンの製造・譲渡が⑥の違法複製物で遊ぶことの準備的・誘引的行為であると評価できても、⑤のマジコンの製造・譲渡が④のゲームソフトの違法コピーの準備的・誘引的行為であるとは評価できないことから、とされている。詳しくは、池村聡＝荻貫田剛司『著作権法コンメンタール別冊－平成24年改正解説』（2013年・勁草書房）29～31頁を参照。

回避機能とその他の機能を併せて有する装置に自主制作ソフトを装着し取り外しを困難にして販売する場合、⑤自主制作ソフトと制御信号とを一体型とし、回避機能とその他の機能を併せて有する装置を販売した場合、という5つの事例を想定し、検討を試みたことがあるため、²⁹ それにそって検討を試みたい。

結論から言うと、①から⑤まで順に規制される可能性の度合いが減っていき、⑤に至ってはセーフである。①の場合が最も危険な典型例であり、その広告宣伝の内容といった提供の態様や、購入者の利用状況から見て、技術的制限手段を回避する用途で提供する場合には、技術的制限手段回避行為に該当し、技術的制限手段を回避する用途で提供するものではない場合には、技術的制限手段回避行為に該当しないという。そして②ないし④の場合は、自主制作ソフトとの抱き合わせ販売であるため、その販売方法からは、技術的制限手段を回避する用途で提供する場合の典型例とはいえないものの、その広告宣伝の内容といった提供の態様や、購入者の利用状況等如何では、やはり技術的制限手段回避行為に該当するものという。結局、確実に規制を免れることができるのは⑤の場合のみである。

しかしながら、⑤の場合は装置と自主制作ソフトが一体化しており、どちらかと言うと、装置ではなく、自主制作ソフトそのものを販売しているような側面が強い。逆に言うと、そうでない場合はすべて規制される可能性があるということであろう。それを④の場合と照らし合わせてみると、より鮮明に見えてくる。回避機能とその他の機能を併せて有する装置に自主制作ソフトを装着し取り外しを困難にして販売する場合であっても、その広告宣伝の内容といった提供の態様や、購入者の利用状況等如何では、技術的制限手段回避行為に該当するものであるから、その装置さえ分離可能であれば（いかにその作業が困難であっても）、規制の対象になりうるという結論が導けるのであろう。従って、改正法はマジコンの装置としての販売を徹底的に規制したいという意図が窺える。

そして、その反射的な効果として、自主制作ソフトの開発に過大の萎縮効果が生まれかねない。上述したように、装置自体の販売が規制の対象に

²⁹ 平成23年度不正競争防止法委員会「不正競争防止法第2条第1項10号・11号に関する報告書」パテント65巻6号(2012)112頁を参照。

なりやすいため、現状では販売業者はマジコンの販売を忌避しがちである。よって、マジコンを通常のルートで入手できない以上、自分で作るしか方法が残っていない。しかしながら、自主制作ソフトが開発できるとはいえ、必ずしもマジコンが製造できるわけではない。また、仮にマジコンが製造できたとしても、それを自主制作ソフトと一体化して分離不可能にする技術力を持っているとは限らない。結果として自主制作ソフトの提供のコストやハードルが一気に上がり、一般の制作者から敬遠されることとなり、最終的にはユーザーが自主制作ソフトを享受できなくなるのであろう。これに対し、自主制作ソフトの開発に意義を認めるとしても、そのために、前記装置が実態としては圧倒的に回避装置として用いられている状況を関係者が甘受すべきということにはならないという考え方があるが、³⁰ この考え方自体は、自主制作ソフトの開発に積極的な意義を認めようとするものではないであろう。

そもそも、小委員会報告書ではこの種の技術的制限手段の存在には自由競争を阻害する側面があることや自主制作ソフトの開発意義などについて何も触れていなかったため、この法改正はマジコンに対する適切な評価がなされているとは考え難い。また、いくら事例を想定して検討してみたところ、結果的に技術的制限手段回避行為の該当性に関する明確な結論を出すことが叶わなかった。これらの問題の解決については、今後の裁判例や学説の積み重ねによって補完されることに期待したい。

³⁰ 奥邨・前掲注26・15頁。