

平成29年12月8日 大阪高等裁判所第4刑事部判決
平成28年(う)第598号 不正競争防止法違反被告事件

主 文

本件各控訴を棄却する。

当審における訴訟費用は、被告人両名の連帯負担とする。

理 由

被告人両名の各控訴の趣意は、弁護士壇俊光（主任）、同中川武隆、同板倉陽一郎、同野田隼人及び同相川大輔連名作成の控訴趣意書並びに控訴趣意補充書（ただし、同書面第2の1(1)の訴因外の事実の認定に関する主張は、独立の控訴理由とするものではない旨述べた。）並びに弁護士壇俊光（主任）及び同相川大輔連名作成の控訴趣意補充書(2)及び同(3)に各記載のとおりであり、これらに対する答弁は、検察官松居徹郎作成の答弁書及び意見書に各記載のとおりであるから、これらを引用するが、弁護士らの論旨は、法令適用の誤り及び事実誤認の主張である。

第1 原判決の概要及び当審における当事者の主張の要旨

1 原判決の概要

(1) 罪となるべき事実の要旨

被告人A（株式会社Bの代表取締役（当時））及び同C（B勤務のプログラムソフト販売責任者（当時））は、元相被告人D（B勤務のプログラマー（当時）で控訴審係属後の平成29年2月19日死亡により公訴棄却決定）と共謀の上、株式会社E（以下「E社」という。）がF形式ファイルにより電子書籍の影像を配信するにあたり、営業上用いている電磁的方法により上記影像の視聴及び記録を制限する手段であって、視聴等機器が、同社が提供する影像表示・閲覧ソフト「G電子書籍ビューア」（以下「本件ビューア」という。）による特定の変換を必要とするように上記影像を変換して送信する方式（以下「本件技術的制限手段」という。）により、ライセンスの発行を受けた特

定の上記機器にインストールされた本件ビューア以外では視聴ができないように上記映像の視聴及び記録が制限されているのに、Bの業務に関し、不正の利益を得る目的で、法定の除外事由なしに、平成25年9月10日頃及び同年11月23日頃、本件ビューアに組み込まれている映像等の記録・保存を行うことを防止する機能を無効化する方法で本件技術的制限手段の効果を妨げることにより、上記機器にインストールされた本件ビューア以外でも上記映像の視聴を可能とする機能を有するプログラム「H3」を、上記用途に供するため、2名の者にそれぞれ電気通信回線を通じてダウンロードさせて提供した。

(2) 争点に対する判断

ア 被告人らが電気通信回線を通じて提供したH3が、E社が電子書籍を配信するにあたって施している「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」（平成27年法律第54号による改正前の不正競争防止法（以下「法」という。）2条1項10号）に該当するか否かについて

E社の本件電子書籍は、F形式ファイルに暗号化されており、その視聴のためには本件ビューアによる復号化が必要であって、これが「技術的制限手段」（法2条7項）に該当することは明らかであり、この点は当事者間にも争いがなく、E社が、本件ビューアにソフトウェアIというDRM（デジタル著作権管理）技術を組み込んで、復号化された映像のキャプチャ（ディスプレイに表示されている静止画や動画を画像データとしてファイルに保存すること）防止措置を講じたのを、H3が無効化したことが、「技術的制限手段の効果を妨げる」という要件に当たるといえるかが、本件の主要な争点である。

「技術的制限手段の効果を妨げる」とは、その立法目的やその経

緯（平成11年法改正，平成23年法改正）からみて，法2条7項に規定する技術的制限手段である信号方式や暗号方式そのものを無効化することに限らず，技術的制限手段の効果を弱化または無効化することをいうものと解すべきである。そして，「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していたかを検討することとなるが，主観的意図のすべ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。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。

以上の基準を本件に当てはめると，E社が本件技術的制限手段を施した意図は，正当にライセンスを受けた者が本件ビューアでしか視聴できないようにすることにとどまらず，コンテンツのコピー防止を含み，その意図は，コンテンツ提供事業者として通常有すべき意図であるばかりでなく，電子書籍の出版社や著作権者等がE社とコンテンツ配信契約を結ぶ際，コピー防止を意図したDRMを施すことを義務付ける条項を入れた上で著作物の使用を許諾していることから，合理的な意図と評価される。そして，暗号化だけでは上記の意図が完全には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，本件ビューアにソフトウェアIが組み込まれたもので，ソフトウェアIには，キャプチャソフトが持つコピー機能が無効化する機能があるだけでなく，ソフトウェアIなくしてビュー

ア単体では起動せず，ソフトウェア I なしにはコンテンツの視聴もできないようになっていることから，本件電子書籍の暗号化とソフトウェア I 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。

したがって，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，本件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，客観的に見て，本件技術的制限手段の効果であるといえ，H 3 がキャプチャ防止措置を無効化したことは「技術的制限手段の効果を妨げる」という要件に当たる。

イ 被告人らの故意及び共謀の有無等について

A，C 及び D は，公判廷において，H 3 の開発当時，E 社が本件ビューアにソフトウェア I を搭載し，キャプチャを防止しようとしていることを知っていた旨認めていることに加え，A が，C や D に対して指示していた内容等や，電子書籍を配信している他社から B に対して送付された警告書に対応するため，A が，弁護士と相談した状況等，A が C や D から報告を受けたり相談を受けたりしていた状況等を総合すると，A，C 及び D のいずれも，本件技術的制限手段の効果やソフトウェア I の機能に加え，これらの関連性を理解しており，H 3 が本件技術的制限手段の効果を妨げるものであると十分に理解しており，故意が認められるとともに，3 名間に共謀が成立していたと認められる。

ウ 適用罰条について

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視聴等を可能とする機能を有する機器等を提供等する行為は，法 2

条1項10号（11号に該当する場合を除く）及び同項11号（他人が特定の者以外の者に視聴等をさせないために技術的制限手段を用いている場合）に定められ、10号と11号とは排他的関係にあるところ、本件技術的制限手段の効果は、何人も、本件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もので、ライセンスを受けた者に対しても、コピー等による視聴方法を制限することであり、ライセンスを受けた者及びそれ以外の者いずれに対しても一律に及ぶから、本件に適用すべき罰条は、同項10号である。

2 当審における弁護人の主張の要旨

- (1) H3が、E社が電子書籍を配信するにあたって施している「技術的制限手段の効果を妨げることにより影像の視聴等を可能とする機能を有するプログラム」に該当するかに関する事実誤認及び法令適用の誤りの主張

ア あるべき解釈について

「技術的制限手段の効果を妨げる」とは、管理技術それ自体を無効化するもの、すなわち、技術的制限手段によって実現されている効果を妨げることに限定されることは、不正競争防止法の趣旨、罪刑法定主義、情報処理技術からの帰結である。

すなわち、不正競争防止法は、利用者の利便性を損なったり、情報処理技術の進展を阻害したりすることのないよう最低限度の規制を指向しており、技術的制限手段について法2条7項において明確な定義規定を設けているところ、技術的制限手段によって実現されている効果以外の効果をも「技術的制限手段の効果」とすることは、法が最低限度の規制を指向し、明確な定義規定を置いた趣旨を没却するものである。

また、「技術的制限手段の効果」に技術的制限手段によって実現

されている効果以外の効果を含ませる解釈は、条文上、いかなる効果が含まれるか明らかではないので、刑罰法規の明確性の原則に反するし、「技術的制限手段の効果」に技術的制限手段によって実現されている効果以外の効果を含ませることは、技術的制限手段ならざるものに技術的制限手段としての保護を与えることに等しく、これは罪刑法定主義が禁止する類推処罰に該当する。

さらに、技術的制限手段によって実現される効果以外の効果を含ませる解釈は、開発中の技術が規制対象か否かの予見可能性を失わせ、開発を萎縮させるという悪影響がある。

イ 原判決の解釈の論拠の不当性

原判決は、「技術的制限手段の効果を妨げる」の意義について「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。情報関連技術が急速に発展しており、法改正時にすべての事例が想定されたわけではないと考えられることからすれば、どのような事例がこれに該当するかについては、個別具体的な判断に委ねられていると解される」とし、このような解釈と整合するものとして「衆議院議員 J 君提出技術的制限手段に関する再質問に対する答弁書」（弁 69）を指摘するが、原判決は、上記書面の趣旨を曲解している。すなわち、上記書面は、技術的制限手段それ自体には該当せず、これに付け加えて提供されたプログラムを弱化又は無効化することには何ら触れていないから、立法当時の政府の見解が、技術的制限手段そのものを無効化するものに限定する趣旨でないと解することはできず、原判決の解釈の根拠に用いることはできないものである。

また、原判決は、「技術的制限手段の効果を妨げる」に該当するか否かを検討するにあたって「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意図していたかを検討することとなるが、主観的意図すべ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」と説示し、そのような基準を導く根拠として、平成11年法改正及び平成23年法改正の趣旨や、内閣総理大臣の答弁及び立法担当部局の見解（原審証人Kの供述）、情報関連技術の急速な発展に対応する必要性を指摘する。しかしながら、①上記平成11年法改正は、提供が禁止される機器等は、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、管理技術の無効化を専らその機能とするものとされ、規制強化を理由とする広範な規制を許容しておらず、平成23年法改正も、上記提供行為の刑罰化を図るとともに、従前技術的制限手段の効果を妨げる機能のみを有する機器等の提供行為が規制対象であったことについて、この「機能のみ」という要件を削除して他の機能を併有する場合に規制対象の拡大を図った（ただし、それも、そのような「用途に供するために行うものに限る」との限定がなされている。）にすぎず、技術的制限手段の効果の意味の範囲については何らの変更もなされていないことからすれば、これらの法改正の趣旨は、技術的制限手段の効果の意味を拡大して、処罰対象を広げるような解釈を許容していないというべきであり、また、②コピーガードの主たる規格は、立法当時も現在も、コンテンツに組み込んだ信号方式、コンテンツの暗号方式及びこれらを組み合わせた方式がほとんどであり、法は、そのような状況を踏まえて、技術的制限手段の内容を法定しているのであって、コンテンツに組み込まれていないものを技術的制限手段に加える必要はないと判断しているものというべきであるから、情報関連技術の急速な発展への対応についても、その必要があれば、法改正により技術的制限手段の対象を追加

することを法が予定しているというべきで、原判決のような解釈を法は許容していないというべきである。なお、原判決が論拠とした内閣総理大臣の答弁及び立法担当部局の見解（原審証人Kの供述）も、技術的制限手段の効果に技術的制限手段によって実現されていない効果を含んでよいとか、当該技術的制限手段を施した者の意図に反するものを広く技術的制限手段の効果にしてよいとまでは言っていない。

ウ 原判決は、弁護側が提出した不正競争防止法分野における権威ある専門家の意見を無視した結果、「技術的制限手段の効果」について上記専門家が提起した疑問点を解消することができておらず、その独自の解釈は明らかに誤りである。

すなわち、①現行法が、技術的制限手段を信号方式と暗号方式に限っており、著作権法が同様の方式を定めている技術的保護手段の「回避」（著作権法30条1項2号）の解釈との調和の観点から、技術的制限手段それ自体を無効化する方法及びそれと客観的に同視しうる方法に限定されるべきである（L教授）、また、②ソフトウェアIが、ウィンドウズの標準機能として提供されているWindows APIを改変するものであり、そのような技術を保護の対象にすべきではない（L教授）、③H3は、本件ビューアに対して何の影響も与えておらず、影響を及ぼしているのは、本件ビューアとは無関係のソフトウェアIであり、ソフトウェアIは、技術的制限手段には該当しない（M教授、N教授）、④原判決の解釈を前提にすると、復号化されたコンテンツをデジタルカメラで撮影することも、法2条1項10号及び11号の規制対象となることになり、このような判断は、技術開発に対する萎縮効果はなはだしく、情報処理の常識に反する（N教授）、以上の疑問を解消することができない原判

決の解釈には誤りがある。

エ 原判決の基準の不合理性

原判決の「当該技術的制限手段を施した者の合理的意図に反する」という基準は、コンテンツ提供事業者の保護と技術発展の調和に対して混乱をもたらすものでしかなく、不合理な基準である。

すなわち、①「当該技術的制限手段を施した者の意図に反する」という原判決の基準は、たとえ「合理的意図」に限定しても、何が「合理的」であるかを、技術や知的財産に十分な知見を有していない刑事裁判所の事後判断にかからせるもので、処罰を合理的な範囲に限定する機能を果たすことはできず、結局、当該技術的制限手段を施した者の意図に技術者や利用者を従属させることになり、コンテンツ提供事業者の保護に偏重している。

また、②原判決は、合理的な意図に当たるか否かを、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等を考慮して客観的に定めることができるとするが、このような基準では、技術者が、事前に何が犯罪となるかを理解することはできず、技術者に対する多大な萎縮効果を与えるものである。

また、③原判決の基準では、当該技術的制限手段を施した者の合理的意図に反するあらゆる機器の提供が処罰の対象となり、立法にあたって審議会で議論され、パソコンのような無反応機器に対して一貫して規制の対象外とされてきた立法経過をも無視した広範な規制を肯定するものであって、現在のデジタル技術の開発を困難ならしめるものである。

さらに、④H3は、電子書籍の購入者が、コンテンツ提供事業者が廃業等をして、購入した電子書籍の購読ができるようにしたも

のであり、これは、電子書籍を私的に複製することを許容する著作権法30条1項で適法とされる行為である（なお、技術的保護手段を回避する私的複製は許されないが、本件はこれにあたらぬ）。原判決の解釈は、このように著作権法上適法な行為を、不正競争防止法によって違法とするもので、著作権法が保障する利用の権利を破壊（侵害）するものである。

オ 原判決のあてはめの不当性

原判決は、「技術的制限手段の効果を妨げる」ことについて、独自の解釈と基準を定立し、本件に当てはめているところ、以下のとおり理由から、H3は、技術的制限手段の効果を妨げるものに該当しないというべきであるのに、これに該当するとした原判決のあてはめは、事実を誤認したものである。

①原判決は、信用することができない証人Oの供述を基に、E社が本件技術的制限手段を施した意図や、そのような意図がコンテンツ提供事業者として通常有すべき意図であり、かつ、電子書籍の出版社や著作権者等も、それを前提にE社と契約していると認定したもので、その認定内容には誤りがある。

②原判決は、電子書籍の出版社や著作権者等も、E社とコンテンツ配信契約を結ぶ際、コピー防止を意図したDRMを施すことを義務付ける条項を入れた上で、著作権の許諾をしているから、そのような事情を踏まえて当該技術的制限手段を施した者の合理的な意図を客観的に定めるべきであるとしているが、E社の提供するコンテンツでも、コピー防止機能というDRMのないものが配信されているし、他社においては、そもそもコピー防止機能というDRMを採用せずにコンテンツを配信しているものが複数社あり、コピー防止のDRM技術が施されていないコンテンツも多数配信されている実

情があるから、著作権者等が、一般的にコピー防止機能を義務付ける契約をしていること、あるいは、E社との契約においてそれを義務付ける契約をしていることを前提に立論していること自体に原判決の誤りがある。

③原判決は、無権限の者の視聴を制限することとコピーを防止するという意図が、本件技術的制限手段だけでは完全に実現できないことから、それを補完すべく、本件ビューアにソフトウェアIが組み込まれたと説示するが、上記視聴制限機能と上記コピー防止機能とは、別個独立の機能であり、ソフトウェアIのコピー防止機能は、本件技術的制限手段の視聴制限機能を補完するような性質のものではない。

④原判決は、ソフトウェアIなくして本件ビューア単体で起動しないことなどから、本件技術的制限手段とソフトウェアIが機能的にも一体であると説示するが、このように起動を連動させることにより、一体性を認めるのであれば、様々なプログラムを本件技術的制限手段と組み合わせてその効果に含ませることができることになるが、これは明らかに不合理である。

カ 原判決の適用罰条の誤り

原判決は、本件につき、法2条1項10号を適用したが、本件ビューア及び暗号化されたコンテンツは、正当なIDを持った者しか視聴できないというものであるから、法2条1項11号の問題であり、法2条1項10号は、法2条1項11号に該当する場合を明示で除外しているから、原判決の法令適用は誤っている。また、原判決の解釈は、法2条1項11号の場面の問題であるのに、技術的制限手段に技術的制限手段にあたらぬものを組み合わせると、法2条1項10号の技術的制限手段となることを認めるに等しく、法2

条7項の技術的制限手段の定義を無視することにもなる。以上のとおりであるから、原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令適用の誤りがある。

(2) 故意及び共謀に関する事実誤認の主張

Aは、Hが、キャプチャのためにウィンドウズの共通ライブラリの一つである BitBlt API（ビットビルトエーピーアイ）を利用していることを逮捕されるまで知らなかったし、H1について他社から著作権法違反の警告を受けた際にCから受けた説明の内容が間違っていたため、Hのプログラムの内容を十分に知らなかったから、Aの認識は、「電子書籍提供事業者の中には、Hを妨害しようとするものがあるにもかかわらず、Hが、何らかの方法で妨害を回避して画面をキャプチャすることを可能にしている」という程度の認識しか有していなかった。以上のような認識によって、技術的制限手段の回避に関する故意があるとは認められない。

Cは、プログラムに関する知識が皆無であるため、その内容を誤解しており、その認識も、Aの前記認識と同様であり、技術的制限手段の回避に関する故意があるとは認められない。

そして、A及びCの認識が前記の程度であることから、技術的制限手段の回避に関し、Dを含む3者間での共謀も認められない。

3 当審における検察官の主張

- (1) H3が、E社が電子書籍を配信するにあたって施している「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」に該当するかに関する弁護人の事実誤認及び法令適用の誤りの主張

ア 弁護人の「技術的制限手段の効果を妨げる」の解釈及びその論拠について

ア) 弁護人の解釈は、法文上「技術的制限手段の効果を妨げる」と規定していて、暗号を解読・復号化することに限定するような明文規定が一切存在せず（この点で、著作権法における技術的保護手段の回避とは異なる状況がある。）、かつ、「技術的制限手段を回避する」と規定されているわけでもないのに、技術的制限手段それ自体を無効化すると限定的に読み替えるもので、法文の素直な解釈を逸脱するものである。

弁護人の解釈は、規制される側の権利のみを主張し、コンテンツ提供事業者の権利・利益、公正な競争秩序の確保という法改正の根本的な趣旨を看過している。

弁護人の解釈は、コンテンツ提供事業者側の予測可能性を大きく損なうものであり、同事業者がH3のようなソフトに対して延々と費用と労力をかけて対処すること、すなわち同事業者にいたちごっこを強いるものであり、コンテンツ取引契約の実効性を著しく損ない我が国の経済社会に大きな損失を招くもので、2度の規制の強化に踏み切った法改正の趣旨に明らかに反する。

原判決も、当該技術的制限手段の効果に、当該技術的制限手段によっては実現できない効果を含むとは述べておらず、そのような解釈をしているわけではない。

弁護人の解釈を支えるとされるL教授の見解も、子細に検討すると、その根拠は薄弱であり、同教授も、本件の争点について学会において深い議論がなされていないことを認めており、弁護人の主張の論拠とはならない。

イ) 弁護人は、平成27年8月の内閣答弁（弁69）やK証言は、原判決の解釈の論拠とはならないと主張するが、上記内閣答弁や証人Kが供述するところは、原判決の解釈に沿ったものとして立

法当初から一貫したものである。

イ 原判決の判断基準及び考慮要素について

- ア) 弁護人は、「当該技術的制限手段を施した者の合理的意図に反する」という基準は、予め何が合理的意図に反するかを、明らかにすることはできないなどとするが、「合理的意図」は、弁護人がいう技術者を含め、一般通常人において、何が合理的であるかを常識的に理解し、判断することができるような意図をいうものと解されるのであり、刑罰の明確性の原則に反するものではない。加えて、刑罰の対象となるものは、さらに、「用途に供するため」（法2条1項10号）の要件や、「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」（法21条2項4号）の要件を満たすものに限られている。

したがって、原判決が示した判断基準は、弁護人が指摘するような技術者を萎縮させ、コンテンツ提供事業者の保護に偏重しているものではない。

- イ) 原判決が「合理的意図」に当たるか否かを判断するために考慮すべき事情として、当該技術的制限手段を施した者が通常有すべき意図、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等の事情を掲げたのは、前記のような一般人を基準とした判断をするために検討すべきものとして合理的なものであるから、これらによって技術者が判断することができないという弁護人の主張は理由がない。

- ウ) 弁護人は、当該技術的制限手段を施した者の意図に反するあらゆる機器の提供が処罰の対象となると主張するが、前記のとおり、処罰されるのは、「用途に供するため」の要件や、不正利得目的ないし加害目的も必要であるから、これらの厳格な要件を無視し

た主張であり、失当である。

エ) 弁護人が、著作権法上許容される利用の権利を侵害すると主張する点は、著作権法と不正競争防止法とでは、規制の趣旨、条文の文言・構造、規制の要件等が異なる別個の法律であるから、著作権法の規制対象外であることを理由として不正競争防止法上も規制されるべきでないという論理は成り立たない。

ウ 原判決のあてはめについて

ア) 弁護人は、原判決が、その解釈基準をあてはめる際の考慮要素に係る事情について、信用することができない証人〇の供述に基づき認定したと主張するが、原判決は、同証人の供述のほか、E社二次元事業部事業部長の供述調書（甲6）をも根拠に掲げており、同調書末尾にはコンテンツ配信基本契約書が添付されており、これらの証拠を総合すれば、原判決の認定に誤りはない。

イ) DRMのないコンテンツも多数配信されているとの弁護人の主張について、原判決は、DRMを施すか否かは、現実の被害の状況や対処方法の難易、費用対効果などの観点によるのであり、他社やE社が提供する他のOS向けのコンテンツにおいてDRMが施されていないものが配信されているからといって、E社を含むコンテンツ提供事業者がコピー防止の意図を放棄しているとか、本件技術的制限手段の効果にコピー等防止機能が含まれないとみることはできないなどと説示しており、相当である。

ウ) 弁護人は、原判決が、考慮要素の一つとして、本件ビューアとソフトウェアIが補完する関係にあり、一体で動作するなど判断したのに対し、両者は別々のプログラムで補完関係にはないなどと主張するが、ソフトウェアIを本件ビューアに組み込んだ趣旨・経緯は、暗号化という技術的制限手段により、視聴等制限及

びコピー防止の効果が得られていたのを、H3が、本件ビューアが復号化した影像のキャプチャを可能にする方法で上記効果を無効化したことに対処するものであったから、ソフトウェアIは、暗号化による機能・効果を補完する目的で組み込まれたものであることは明らかである。

エ) 弁護人は、H3の機能は、ソフトウェアIの機能・効果を妨げているのみで、本件ビューアの暗号化の機能・効果を何ら妨げていないと主張するが、暗号化された影像は、復号化しなければ視聴できないものである以上、暗号化は、コンテンツ提供事業者が、管理・提供する復号手段によってのみ復号化して視聴できることをその効果とする技術的制限手段であるから、H3が、本件ビューアで復号化された影像をキャプチャしてpdf形式等のファイルに変換・保存することを可能にすることにより、本件ビューアによってのみ復号化して視聴できるという暗号化の機能・効果を妨げていることは明らかである。

(2) その他の主張について

弁護人は、本件に適用すべき罰条や、被告人らの故意及び共謀について、種々主張するが、それらに対する原判決の説示は正当である。

第2 当裁判所の判断

1 H3が、E社が電子書籍を配信するにあたって施している「技術的制限手段の効果を妨げることにより影像の視聴等を可能とする機能を有するプログラム」に該当するかに関する事実誤認及び法令適用の誤りの主張について

原審記録を調査し、当審における事実取調べの結果を併せて検討する。

(1) 法2条1項10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を，不正競争に該当する行為と定めている。

そして，「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影像，音の視聴，プログラムの実行，影像，音，プログラムの記録を可能とする機能を指すものと解するのが相当である。本件において，E社がF形式ファイルにより電子書籍の影像を配信するにあたり，その閲読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ことは明らかであるところ，この技術的制限手段の効果は，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であるというべきである。

そして，本件ビューアに組み込まれたプログラムであるソフトウェアIは，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影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，電子書籍の影像のキャプチャを不能にする制御を行うプログラムであって，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が妨げられる事態のより確実な防止を目指すものである。すると，このソフトウェアIが行った制御と反対の制御を行うことによって影像の

キャプチャを再度可能ならしめるH3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プログラムといえることができる。

したがって、H3が、法2条1項10号の「技術的制限手段の効果を妨げることにより影像の視聴を可能とする機能を有するプログラム」に該当するとした原判決は正当であって、電気通信回線を通じてH3を他者にダウンロードさせて提供する行為は、不正競争行為にあたるというべきである。

- (2) これに対し、弁護人は、H3が、技術的制限手段の効果を妨げることにより影像の視聴等を可能とする機能を有するプログラムにあたらない、と主張する。

そこで、以下、弁護人の主張に鑑みて当裁判所の見解につき更に説明する。

ア 弁護人は、前述のとおり、様々に主張するが、その中心的な所論は、処罰範囲の明確化の観点からは、法2条1項10号にいう技術的制限手段の効果を妨げるとは、本件に即していえば、暗号化という技術的制限手段それ自体を無効化することと解釈すべきであり、原判決がというようなE社の主観的意図で禁止範囲が確定されるような解釈は、技術的制限手段の効果の意味を拡大して処罰範囲を拡大するものであって不当である、というものである。

しかしながら、E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、不自然な理解でもなければあいまいな理解でもなく、本件ビューアがインストールされた機器以外の機器でもコンテンツが表示できる

ようにすることが技術的制限手段の効果を妨げることにあたると解するのが不明確であるかのようにいう弁護人の主張は、独自の主張であって採用することができない。付言すると、弁護人が本件の場合に採るべき解釈として主張する内容は、結局のところ、電子書籍が暗号化されることが技術的制限手段の効果である、との解釈であると解されるが、それは、暗号方式という技術的制限手段の効果が暗号化自体であるというにほかならず、同義反復であって、弁護人の主張は、法文が「効果」という用語を用いていることを看過しているといわざるをえない。

なお、原判決は「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。しかし、原判決は、主観的意図のすべ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とも説示しているのであり、そうすると、原判決は、技術的制限手段がもたらす事象のうち、法によって保護される効果といえるものの範囲を限定する意図で、技術的制限手段を施した者の主観的意図に言及していると解されるのであって、技術的制限手段の効果として通常理解できる範囲を超えるものまでをも技術的制限手段の効果に含めるような解釈でないことは明らかである。弁護人の所論は、「技術的制限手段の効果」という法文を極めて限定的に解釈すべきであるという独自の前提に立った上で、原判決の趣旨を正解せずにこれを批判するものであり、採用できない（もっとも、上述したように、通常理解として、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ことが、本件における技術的制限手段の効果であるといえる上、このような効果を目指す

意図が不合理といえないことも明らかであるから、原判決が「技術的制限手段の効果を妨げる」かどうかの判断をするに当たって、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する必要性は乏しかったといえることができる。)

イ また、所論は、原判決の解釈が、法の改正時の審議会での議論等を見逃しているとか、原判決は不正競争防止法分野における権威ある専門家が原審での証人尋問時に提起した疑問に答えていない、などと主張する。

しかしながら、不正競争防止法は、市場における事業者間における公正な競争秩序等を確保することを目的とし、この観点から、公正な競争秩序を歪める行為を個別の種類ごとに定義して不正競争とし（法2条1項各号）、それらについて民事及び刑事の規制を加えるものである。平成11年法改正により新たに定められた法2条1項10号（現11号に対応するもの）は、情報関連技術の発展に伴い、コンテンツ、すなわち、電磁的に記録された音、映像又はプログラム等を多様な方法で提供する事業（以下「コンテンツ提供事業」という。）が展開される中、コンテンツ提供事業者が、そのコンテンツを無断で視聴等されたり無断で複製されたりすることがないようにそれらを管理するための措置を施した場合に、それらの管理技術を潜脱する機器等が広く供給されるのを放置すると、それらの管理技術を用いるコンテンツ提供事業者のみが他のコンテンツ提供事業者との関係で競争上著しく不利な状況になり、公正な競争秩序が侵害されることから、コンテンツ提供事業者が用いる管理技術を潜脱するような機器等を提供する行為を不正競争とすることによって、公正な競争秩序を維持しよ

うとする趣旨のものである。なお、現在、一般的に通用している管理技術は、信号方式によるものと暗号方式によるものがあり、これらの方式が技術的制限手段と定義されている（法2条7項）。

そして、前記法文中の「当該技術的制限手段の効果を妨げることにより」との文言は、この文言がなくとも、法3条及び4条の「営業上の利益」の侵害であることという要件によって実体法上は同じ意味となるものの、営業上の利益の要件について、裁判例等において争いがあることや、不正競争防止法を行為規範としてみた場合に法2条の文言のみから妨害装置等に該当するものが明確かつ直接に判断できるほうが望ましいために挿入されたという立法経過があることからすると、「技術的制限手段の効果を妨げることにより」という文言は、法2条1項10号の適用範囲をことさら当該技術的制限手段のみを回避するものに制限する趣旨で挿入されたものではないといえることができる。以上のような立法趣旨を踏まえると、法2条1項10号において「（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、前記のとおり、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すものと解される。原判決の法解釈は、法の趣旨になんら反するものでなく、これが法改正時の議論を無視しているかのようにいう所論は失当である。

さらに、原審証人尋問における専門家の意見に対しては、裁判所が応答すべき義務を負うものではないが、所論に鑑み、検討しておくとして、まず、前記第1の2(1)ウの①の主張については、著作物の私的複製行為のうち許されるものの範囲を画する規定である著作権法30条1項2号と、技術的制限手段の効果を妨げるプログラム等の

譲渡行為等を不正競争行為と定めた法2条1項10号とでは、適用すべき場面が異なる上、同じ用語が使用されているわけでもないから、技術的制限手段の効果を妨げることを、著作権法30条1項2号にいう「回避」と同様に解さねばならない理由はない。同②③の主張については、そもそも原判決はソフトウェアI自体を技術的制限手段にあたると考えているわけではないし、原判決の解釈によって保護されることになるのはソフトウェアIというプログラムではなく電子書籍というコンテンツなのであって、原審証人尋問時に示された専門家の疑問は、原判決への批判として当を得ない。同④の主張については、法2条1項10号が、その末尾で「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」との限定を付していることを看過した指摘であって、やはり当を得ないというべきである。

ウ 他にも所論は、第1の2(1)エのとおり主張して、原判決の解釈を批判するが、「当該技術的制限手段を施した者の合理的意図に反する」という原判決の基準は、前述したとおり、技術的制限手段の効果として通常想定される事象を越えるものまでをも「効果」に含めようとするものではなく、むしろ、技術的制限手段の効果といえる範囲を画する機能を有する基準といえるから、原判決の解釈がコンテンツ提供事業者の保護に偏重しているとする主張は、原判決を正解しないものである（もっとも、「効果」を客観的に画することができる本件の場合、当該技術的制限手段を施した者の合理的意図を問題とするまでもないことは、前述したとおりである。）。

なお、H3は著作権法上適法な行為を可能にするプログラムに過

ぎない旨の所論については、H3を使うことによって実質的に複製された電子書籍が他に譲渡されることにより、E社から電子書籍を購入した者以外の者でもそのコンテンツを閲読することができる可能性があるから、H3が著作権法上適法な行為だけを可能にするプログラムであると評価することはできず、その提供行為を不正競争防止法による処罰対象に含めることが不当であるとはいえない。

- (3) その余の所論を検討しても、原判決が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プログラムであると判断したことが誤っているとはいえず、これは正当なものというべきである。

そうすると、後述するとおり、被告人両名がDと共謀して、H3を電気通信回線を通じて2名の者に提供したと正当に認定した原判決が、その行為を法2条1項10号の不正競争行為にあたる点に、なんら誤りはないというべきである。

なお、所論は、本件ビューア及び暗号化されたコンテンツは、E社の正当なIDを持った者しか視聴できないのであるから、本件は法2条1項10号でなく、同項11号の場合にあたる、とも主張している。この点についても念のため付言しておく。

確かに、E社がF形式のファイルで提供する電子書籍は、E社の正当なIDを持つ者しか閲読できないかもしれないが、E社が電子書籍に施す暗号化は、直接には、本件ビューア以外のプログラムによるコンテンツの表示、閲読を不可能にするという機能を有するものであり、IDを有してさえいればどのような機器あるいはプログラムであってもコンテンツの表示、閲読ができるというわけではない以上、本件が、法2条1項11号でなく、同項10号の場合にあたることは明らかである。所論は、本件暗号化の機能ないしは法を誤解するものであり、採用することができない。

以上のとおりであるから、原判決に、所論指摘のような事実誤認も法令適用の誤りもない。論旨は理由がない。

2 被告人らの故意・共謀に関する事実誤認の主張について

原審記録を調査して検討すると、被告人らの本件故意及び共謀に関する原判決の認定は正当であり、争点に対する判断における第3の1において説示するところも、相当なものであってこれを是認することができる。以下、所論にかんがみ、補足して説明する。

- (1) 原判決は、A、C及びDは、公判廷において、H3の開発当時、E社が本件ビューアにソフトウェアIを搭載し、キャプチャを防止しようとしていることを知っていた旨認めていることに加え、Aについては、Bの代表取締役として、H1の開発当初からウィンドウズのAPIである「B i t B l t」を用いるなどの具体的な方法を提案したこと、H1がE社のビューアと同時に起動できないという件についてDに対して「HをR o o t k i tで隠せば大丈夫」などと具体的な指示をし、Cに対してもE社のビューアに関わる具体的表現（ソフトウェアIの保護を解除できることなど）を削除するように指示していること、その後、E社のビューアが表示する電子書籍の内容をキャプチャできないという問題が生じたのに対しDがした提案を了承してH3の開発・販売に関与したことから、H3が、技術的制限手段を妨げることにより視聴等を可能とする機能を有するプログラムであることを認識していたとして故意を認めた。原判決が正当に認定したところによれば、Aは、H3の機能について相当深く理解をしていたと考えられ、H3が、本件ビューアの復号化及び出力過程において復号化されたコンテンツのキャプチャを行い、本件ビューアによらずに視聴等できることを可能とする機能を有することを認識していたと考えられる。

次いで、原判決は、Cについて、前記の認識に加え、Bのマーケティング、カスタマーサポートチームのチームリーダーとして、ソフトの動作確認を行い、販売用のホームページを作成する中で、本件技術的制限手段の効果やソフトウェアIの機能とそれらの関連性を理解していたこと等を認定し、本件の故意を認めた。原判決が正当に認定したところによれば、Cにプログラムの知識がなかったとしても、H3が本件技術的制限手段を施されたコンテンツについてキャプチャを可能とすることにより本件ビューアによらずに視聴等できることを可能とする機能を有することを認識していたと考えられる。

原判決は、Dについても、前記の認識に加え、H3の開発責任者で、H3のプログラミングの大部分を自ら行っていたことなどから、本件技術的制限手段の効果やソフトウェアIの機能、そしてそれらの関連性を理解していたこと等を認定し、本件の故意を認めた。原判決が正当に認定したところによれば、Dは、H3が本件技術的制限手段を施されたコンテンツについてキャプチャを可能とすることにより本件ビューアによらずに視聴等できることを可能とする機能を有することを認識していたことが明らかである。

これらによれば、被告人兩名及びDは、いずれも、H3が、技術的制限手段の効果を防げることにより視聴等を可能とする機能を有するプログラムであることの認識があったといえることができる。被告人兩名及びDは、インターネットを利用してH3を販売することをも認識していたから、いずれも本件の故意が認められる。そして、それぞれが、H3の開発及び販売において、重要な地位にあり、その役割を果たしていたことからすれば、共謀の事実も認められる。

(2) 所論は、AもCも、H3が何らかの方法で妨害を回避して画面を

キャプチャすることを可能にしているという程度の認識しかなかったから、故意がないというけれども、E社のウィンドウズを対象としたコンテンツが技術的制限手段によって保護されていることを知っていた以上、所論がいう程度であっても、故意に欠けるところはないというべきである上、AもCも、その地位、役割に応じて果たした内容から、H3の機能について相当の知識を有していたと考えられ、故意に欠けるところはない。

したがって、この点に関する事実誤認の論旨は理由がない。

第3 職権判断

1 証人尋問に関する訴訟手続の法令違反の主張

弁護人は、証人Kの供述の信用性を論難するのに関連して、原審裁判所は、証人Kの証人尋問において、検察官が、証人の体験していない事実や意見にわたる尋問を繰り返し、弁護人がこれに対し異議を述べたのに、ことごとく異議を退けたが、この異議に対する判断は誤っており、原判決は、本来許されない尋問によって得られた供述を基礎としているから、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反がある、ともいうので、この点について当裁判所の判断を示しておく。

原審記録によれば、証人Kの証人尋問に関する手続の経過は、次のとおりである。

証人Kは、証人尋問の当時、経済産業省 a 局 b 室 c の地位にある職員で、同室が不正競争防止法を所管する部署であるところ、検察官は、平成27年7月15日、「本件プログラムが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こと等」との立証趣旨で同人の証人尋問を請求した。

そして、原審裁判所は、同月17日、同証人の採用を決定し、第8回公判期日（平成27年9月17日）に同証人の証人尋問が施行された。

この証人尋問において、弁護人は、検察官の主尋問に対して数回にわたり異議を述べたが、その異議は、大別すると、①平成26年6月から前記b室に所属するようになった同証人に、不正競争防止法の平成11年改正時のことや、平成23年、24年改正時のことを問うのは、直接体験していない事実に対する証言を求めるものである（原審第8回公判調書中の同証人尋問調書2頁、3頁、11頁。また、同尋問調書5頁にある異議も、「意見にわたる尋問」とはしているが、その内容からして、同証人が前記b室に所属する以前の事柄を問うのは許されるべきでないとする趣旨のものと理解できる。）、②不正競争防止法の条文につき、前記b室の解釈を問うのは、意見にわたる尋問である（上記尋問調書9頁、26頁）、というものであった。

証人は、典型的には、裁判所又は裁判官に対し自己の体験した事実及び体験事実から推測した事実を供述する第三者をいい、特別の知識・経験に属する一定の法則やこれを具体的事実に応用して得た判断の結果を報告する鑑定人と区別されるけれども、実際には、限界的な場合には両者の区別は流動的であり、しかも、刑訴法171条が、鑑定について、勾引に関する規定を除いて証人尋問の規定を準用していることからみて、特別の知識・経験に属する一定の法則等を知悉する者の知識・経験等を活用する目的で証拠調べをする場合に、勾引の要否、必要な処分の要否（刑訴法168条）、費用の支払の要否等の証人尋問と鑑定とで差異の生じる事情を勘案した上、鑑定ではなく、証人尋問を行うことは、法が許容するところであるというべきである（実際、原審では、弁護人請求に係る研究者証人が採用され、弁護人から法の解釈やあてはめについての意見を問う尋問が、裁判所から特に制限されることもなくなされている。）。そのような場合、鑑定的性格を有する供述も許容されることは自明である。証人Kは、まさにそのような証人であるといえる。

そうすると、前記異議のうち②について、理由がないものとして却下した原審裁判所の判断が誤ったものということとはできない。また、前記異議のうち①が対象とする検察官の各尋問は、単に現在不正競争防止法関係を所管しているだけでなく、平成11年の同法改正当時も含めてこれまで継続して同法を所管してきた組織である前記b室に所属する証人に対し、個人としてではなく上記組織の一員としての回答を求めたものであるから、同人が上記組織に所属する以前の法改正にかかわる事柄についての尋問であるからといって不相当ということとはできず、弁護人の異議をいずれも却下した原審裁判所の判断が誤っているとはいえない。これらの異議をいずれも却下した原審裁判所の措置に何ら違法な点は認められない。

原判決に、訴訟手続の法令違反に該当する破棄事由はない。

2 原判決の訴因逸脱認定の主張について

当審弁護人は、控訴趣意書提出期限後に提出された控訴趣意補充書において、原判決の解釈が無謀な拡張解釈であることを敷衍する趣旨で、起訴状及び訴因変更請求書においては本件の技術的制限手段が「視聴を制限する手段」であるとされているのに、原判決は、罪となるべき事実中の8行目及び13行目において、それが「視聴及び記録を制限する手段」であると認定しており、これは、訴因変更手続を要する訴因逸脱認定である、と主張している。

そこで、職権をもって判断するに、法21条2項4号、2条1項10号の構成要件において、不正競争となるプログラムの提供行為に関しては、視聴を可能とする機能を有するもの（プログラムの実行を含む）、記録を可能とする機能を有するもの及びその両方を可能とする機能を有するものが、構成要件該当性を有する。原判決が、罪となるべき事実において、当審弁護人が主張するとおりの認定をしたことは、そのとおり

である。一方、原判決は、本件提供行為の対象であるH3については、「本件技術的制限手段の効果を妨げることにより、上記機器にインストールされたビューア以外でも上記影像の視聴を可能とする機能を有するプログラム」と認定していて、H3の記録を可能とする機能は認定していない。そして、捜査報告書（原審甲3）及び実況見分調書（原審甲5）によると、H3は、本件ビューアが端末の画面に表示する画像をキャプチャしてpng形式ファイルやpdf形式ファイルなどのファイルに保存することにより、本件ビューアを用いなくてもその画像を視聴することができるようにするものであると認められる。pdf形式ファイル等の新たなファイルに画像を保存することは、法2条1項10号にいう「記録」することに該当するもので、H3においては、この記録することが視聴することの前提となっている。暗号方式という技術的制限手段の性質や、H3の上記のような仕組みを考慮すれば、記録を可能とする機能は、視聴を可能とする機能と密接不可分のもので、記録を可能とする機能を除外しては視聴を可能とする機能を認定することができない関係にあるといえることができる。

そうすると、原審における訴因変更請求書記載の公訴事實は、本件技術的制限手段の効果として視聴することができないことのみにとどめ、記録することができないことを明示していないからといって、H3が記録を可能とする機能を有することを認定してはならないことを意味しない（公訴事實は、単に、本件プログラムは、視聴と記録の両方を可能とするものであるが、記録を可能とするプログラムの提供行為としては処罰を求めず、視聴を可能とする機能を有するプログラムの提供行為としてのみ処罰を求める趣旨であると理解すべきである。）。

そして、前記のようなH3における視聴を可能とする機能と記録を可能とする機能との密接不可分の関係から、記録を可能とする機能を公訴

事実には明示しなかったことにより被告人の防御権を侵害する可能性はなかったといえるし、実際に、原審の訴訟経過によれば、記録を可能とする機能に関しても十分に攻防が尽くされている。

原判決が、記録を可能とする点をも罪となるべき事実として指摘したのは、前記のような密接不可分の関係や、原審の訴訟経過を踏まえて、公訴事実における「本件技術的制限手段の効果を妨げることにより視聴を可能とする」ことに対応する具体的認定事実を明示したものと考えられる。罪となるべき事実は、審判対象の特定明示や被告人の防御権の保障の見地のほか、その事件の個性や犯情、訴訟経過を踏まえた争点に対する判断に関わる具体的な認定事実を記載することが予定されており、原判決の説示は、そのような罪となるべき事実の機能の観点からなされたものと理解することができる。

そうすると、原判決が、罪となるべき事実において、記録を可能とする機能を付加して認定したことは、検察官が訴因を特定して明示した公訴事実を、より具体的に認定したというにとどまり、この事実を認定するために訴因変更を要するものということとはできない。このことは、量刑上、記録を可能とする機能を提供行為の犯情評価に加えていないことからもうかがわれるところである（なお、原判決の罪となるべき事実末尾のいわゆる「もって書き」において、「視聴及び記録を」は「可能とする機能を有する」に係るもののように読めるけれども、罪となるべき事実の具体的事実の記載と対比すれば、この点は、誤記したものというべきである。）。

したがって、原判決の公訴事実を認定するにあたり、訴因変更をする必要があったとは認めがたいから、原判決の認定に訴因逸脱認定の違法はない。

以上のとおりであるから、原判決には、刑訴法 378 条 3 号又は 3

79条に該当する破棄理由は存しない。

第4 結語

よって、刑訴法396条により本件控訴を棄却することとし、当審における訴訟費用を各被告人に連帯負担させることにつき同法181条1項本文、182条を適用して、主文のとおり判決する。

平成29年12月8日

大阪高等裁判所第4刑事部

裁判長裁判官 樋 口 裕 晃

裁判官 飯 畑 正 一 郎

裁判官 佐 藤 洋 幸