

他人の商品のデッド・コピーと不法行為の成否 - 木目化粧紙事件 -
Widerrechtlichkeit von unmittelbare Leistungsübernahme im japanischen Recht

田村善之

[*32]

平成3年12月17日東京高裁民事6部判決(平成2年(ネ)2733号,木目化粧紙発行差止等請求控訴事件(一部変更・請求一部認容,一部控訴棄却(確定)),判例時報1418号121頁,特許ニュース8317号1頁,8317号1頁)

抄録 他人が労力,時間,費用をかけて商品化したものをデッド・コピーすることで労力,費用,時間を節約したうえで商品化する行為は,これを原則として違法とすべきであろう。本稿は,他人の商品をデッド・コピーしてそれを販売する行為について,その商品に知的財産権の保護が及んでいないにもかかわらず,民法709条の不法行為の成立を認めた東京高裁平成3年12月7日判決判例時報1418号121頁を契機として,デッド・コピーを違法とする法理を採用したとしても,知的創作物の保護に関する知的財産権制度との抵触は起こらないこと,それどころか,新商品開発のためのインセンティブを確保するためには,むしろ積極的にこのような法制の構築を推進すべきであること,を論じることを意図している。

() 事実の概要

本件は,X(原告・控訴人)の製造にかかる木目化粧紙と全く同じ柄の木目化粧紙を製造,これをXの製品の販売地域にて廉価で販売する行為に及んだY(被告・被控訴人)に対して,Xが,木目化粧紙の原画についての著作権侵害と,木目化粧紙の印刷原画についての所有権侵害,あるいは不法行為に基づき,Y製品の販売差止めおよび損害賠償を請求したという事件である。

本判決が引用する原判決の事実認定によれば,X製品の作成過程は次の通りである。X(原告・控訴人)の従業員である訴外Aは,化粧紙(デザインを紙やフィルム等の上に印刷し家具や建材の表面に添付加工するシート)の原画作成の担当デザイナーとして,ほぼ原寸大のラフスケッチを作り,Aおよび関係従業員は,さらにデザインイメージの絞り込みを行い,木目原稿の指示を書き入れたイメージスケッチを作る。Aは,このイメージスケッチに近く,企画意図に適合した木目原稿(木目を有した木材)の入手,選定を行ったうえで,各板の並び,バランス,木目の形等をイメージスケッチに基づいて大まかに構成し,この構成された木材に,直接,鉛[*33]筆その他の特殊な道具によって修正を施し,材の欠点や不要な節などを削除したり,板目の幅,長さなどの調整を行い,デザインイメージに近いものとする。ついで,AおよびXの塗装担当の従業員は,木質感を強調しより自然な感じを出すために特殊な塗装を行い,木目柄の強弱のトーンを付けたり色調の変化を出したりするために部分的に着色ある

いは脱色の塗装を行う。そして、このように製作された木目原稿を写真撮影し、これを原寸大に焼き付けた印画紙によってモニタージュ構成し、細部を整えるとともに、柄の天地をモニタージュで連続させ、エンドレス印刷が可能な状態にする。この印画紙のモニタージュデザインに合わせてフィルムを構成する。この段階で、レタッチャー（撮影フィルム上に、筆、刃などで細かな修正等を施す専門スタッフ）により、細部の修正、作画を行い、全体の調子の強弱、部分的アクセント等の補筆をなし、原版フィルムを完成させる。このフィルムを白黒で焼き付ける。これが本件原画である。この本件原画を原版として着色、印刷したものが X 製品である。ちなみに、本件原画は昭和 58 年 11 月ごろ作成され、X 製品は昭和 59 年 1 月から販売されている。

X は、福岡県大川市所在の訴外 B 社との間に X 製品を家具に使用する場合は B のみに販売する、すなわち、いわゆるとめ柄とすることを合意し、これに基づき卸売先の C 社を通じて訴外 B に X 製品を販売していた。これに対して、Y は、昭和 59 年 11 月中旬から右大川地区において、色調の微妙な差異を除けば X 製品の模様と寸分違わぬ、「完全な模倣（いわゆるデッドコピー）」であることが明らかである模様を有する Y 製品を B より安い価格で販売した。このため、B は当初の販売価格で販売を維持することが困難となり、X に対して強く値引きを要請し、X もこれを受け入れざるを得ず、C に対する卸売価格を値下げせざるを得なかった。

X は、Y は X 製品を写真撮影し、製版印刷して Y 製品を製作していると主張し、この行為は、X が本件原画に対して有する複製権の侵害行為であり、しからずとも、X の木目化粧紙印刷のための原版の所有権を侵害する行為であると論じて、Y 製品の製造、販売および頒布の差止めを請求するとともに、販売価格の 10 パーセントの使用料相当額の損害が生じていると論じて、1,454 万円余の損害の賠償および遅延損害金を請求し、本訴に及んだ。

第一審の東京地裁平成 2 年 7 月 20 日判決無体集 22 巻 2 号 430 頁判例時報 1371 号 131 頁は X の請求を棄却した。まず、著作権に関しては、「本件原画は、産業用に量産される実用品の模様であって、専ら鑑賞の対象として美を表現しようとするいわゆる純粋美術ではなく、産業用に利用されるものとして製作され、現にそのように利用されているというのであるから、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属しないものといわざるを得ない」と説いて、本件原画の著作物性を否定。また、「有体物である本件原版に対する所有権は、その有体物の面に対する排他的な支配権能にとどまるものと解すべきであって、その支配権能をおかすことなく、本件原版上に表現されている模様といった無体物の面を利用したとしても、その行為は、本件原版の所有権を侵害するものではない」と説いて、所有権侵害を否定した。

X が控訴。控訴審においては新たに、Y の完全模倣製品の廉価販売により、X は X 製品の販売価格を値下げせざるを得ないこととなったが、この Y の行為は、X の営業を侵害する不法行為である、という主張を付加している。

() 判 旨

X の著作権もしくは所有権に基づく差止めおよび損害賠償請求について、請求棄却。

「当裁判所も、本件原画は、産業用に量産される実用品の模様であって、著作権法第2条第1号にいう「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」とはいえないから著作物性を有[*34]しないこと、有体物である本件原画に対する所有権は、有体物としての排他的な支配権能にとどまるものであり、Yの前記行為は所有権侵害に当たらないから、Xの前記請求はいずれも理由がないと判断する」と説いて原判決の記載を引用しつつ、概要、以下のように付加した。

「実用品の模様などとして用いられることのみを目的として製作されたものであっても、例えば著名な画家によって製作されたもののように、高度の芸術性(すなわち、思想又は感情の高度に創作的な表現)を有し、純粋美術としての性質をも肯認するのが社会通念に沿うものであるときは、これを著作権法にいう美術の著作物に該当すると解することもできるであろう。」

「しかしながら、本件原画の製作過程は原判決……(引用略)……記載のとおりであって、これらの工程には、実用品の模様として用いられることのみを目的とする図案(デザイン)の創作のために工業上普通に行われている工程との間に何ら本質的な差異を見いだすことができず、その結果として得られた本件原画(検甲第二号証)の模様は、まさしく工業上利用することができる、物品に付せられた模様というべきものである。そして、検甲第二号証を子細に検討しても、本件原画に見られる天然木部分のパターンの組合わせに、通常の工業上の図案(デザイン)とは質的に異なった高度の芸術性を感得し、純粋美術としての性質を肯認する者は極めて稀であろうと考えざるを得ず、これをもって社会通念上純粋美術と同視しうるものと認めることはできない。したがって、本件原画に著作物性を肯認することは、著作権法の予定していないところというべきである。」

Xの不法行為を理由とする損害賠償請求について、請求認容。

「Xは、X製品に創作的な模様を施しその創作的要素によって商品としての価値を高め、この物品を製造販売することによって営業活動を行っているものであるが、Yは、X製品の模様と寸分違わぬ完全な模倣であるY製品を製作し、これをXの販売地域と競合する地域において廉価で販売することによってX製品の販売価格の維持を困難ならしめる行為をしたものであって、Yの右行為は、取引における公正かつ自由な競争として許されている範囲を甚だしく逸脱し、法的保護に値するXの営業活動を侵害するものとして不法行為を構成するというべきである。」

しかし、不法行為を理由とする差止請求は棄却。

「しかしながら、相手方の不法行為を理由に物の製造、販売及び頒布を差止める請求は、特別にこれを認める法律上の規定の存しない限り、右不法行為により侵害された権利が排他的のある支配的権利である場合のみ許されるのであって、本件のように不法行為による被侵害利益がこのような権利ではなく、取引社会において法的に保護されるべき営業活動にとどまるときは、相手方の不法行為を理由に物の製造、販売及び頒布を差止める請求をすることはできないというべきである。」

なお、損害額については、Y 製品の廉価販売により X が X 製品の卸売価格を値下げせざるをえなかったと認定し、値引きをすることなく当初価格で販売した場合との差額 2051 万円余について、侵害行為が無かったならば維持することができたであろう販売価格を維持できなかったことによる損害、すなわち得べかりし利益であると判示した。結論として、その一部を請求する X の 1,454 万余および遅延損害金の賠償請求を全額認容している。

() 評 釈

序 本判決は、他人の製造販売する木目化粧紙を、おそらくは写真製版して全く同じ柄の木目化粧紙を製造し廉価で販売したという行為に対して、不法行為の成立を認めて廉価販売によって余儀無くされた値下げ分の損害賠償を認め[*35]たという判決である。知的財産権の保護が及ばない他人の商品の模倣行為に関して民法 709 条の不法行為の成立を認める数少ない判決の一つであり、しかも結論として損害賠償請求を認容した点で今後に与える影響が極めて大きいと推察される重要な判決である。

商品の模倣行為に対して、工業所有権の登録を受けていない者が裁判上、保護を要求するためによく用いるのは、模倣行為が所有権侵害行為である、あるいは、不正競争防止法 1 条 1 項 1 号、2 号の商品ないし営業主体混同行為である、あるいは、著作権侵害行為である、あるいは、端的に民法 709 条の不法行為であるなどの主張である。本件においても、民法 709 条の他、所有権侵害、著作権侵害が主張されている。順に検討する。

1 まず、所有権侵害の成否について。

原告は、原告製品の木目化粧紙の模様を写真撮影して製版印刷する被告の行為は、印刷原版の所有権を侵害することになるとの主張をなしているが、本判決は、特に新たな理由を示すことなく、原判決を引用して、これを否定した。原判決の判断は、最高裁昭和 59 年 1 月 20 日判決民集 38 卷 1 号 1 頁〔顔真卿自署告身帖事件〕⁽¹⁾を踏襲するものといえ、至極当然のことを説示したまでのことである。所有権の排他的効力はあくまで所有された有体物を他人が利用する行為を排斥しうるに止まる、すなわち本件でいえば印刷原版を他人が利用する行為を排斥しうるに止まるのであって(民法 206 条参照)、それを超えることはない。かりに X の主張を容認するとすれば、所有権の権利範囲が無体財産権の権利範囲を包括することになり、保護要件や保護期間を定める無体財産権の制度に支障を来すことになる(この問題については、中山信弘〔顔真卿自署告身帖事件研究〕法学協会雑誌 102 卷 5 号(1985 年) 1045 1051 頁が明快な検討を行っているので、詳細はそれに譲る)。

2 不正競争防止法 1 条 1 項 1 号、2 号について。

商品の形態等について商品表示性を認めて、結果的に商品の形態等の模倣行為に対する 1 号、2 号の請求を認めた判決は少なくないが(東京地裁昭和 48 年 3 月 9 日判決無体集 5 卷 1 号 42 頁判不競 181 頁〔ナイロール眼鏡枠事件〕、東京地裁昭和 53 年 10 月 30 日判決無体集 10 卷 2 号 509 頁〔投げ釣り用天秤事件〕、大阪地裁昭和 61 年 10 月 21 日判決判例タイムズ 622 号 248 頁〔マイ・キューブ事件〕など)、本件においては、木目模様が商品表示

として周知であるとして不正競争防止法 1 条 1 項 1 号, 2 号の保護を受けることは困難であろう。木目化粧紙は原告の商品に限らず存在するところ, 特に原告の化粧紙の模様のみが特定の出所を識別する表示として機能しているとは考えがたいからである(参照, 大阪地裁昭和 45 年 12 月 21 日決定無体集 2 巻 2 号 654 頁(天正菱大判事件))。X も, 不正競争防止法 1 条 1 項 1 号, 2 号を持ち出していない⁽²⁾。

3 さらに本件においては著作権侵害の主張もなされているが, 本判決は, 木目化粧紙の模様の原画について著作物性を否定した。

本件のように大量生産される実用品に関しては, 意匠権が成立しうることは格別, それ以上に, 文化の発展を目的とする著作権法によって著作物としての保護が付与されるのかどうかという問題がある。著作権法上は明文の規定がなく, 解釈に委ねられている⁽³⁾。裁判例を俯瞰すれば, 量産品といえども著作物に該当しうることについては概ね一致をみている(長崎地裁佐世保支部昭和 49 年 2 月 7 日決定無体集 5 巻 1 号 18 頁(博多人形赤とんぼ事件), 神戸地裁姫路支部昭和 54 年 7 月 9 日判決無体集 11 巻 2 号 371 頁(仏壇彫刻事件))。そして, 著作物に該当するか否かの判断基準については, 思想または感情を創作的に表現したものであるか否かという創作性の要件をクリアーする必要があるのは当然として(参照, 前掲天正菱大判事件 - 創作性を否定 -), さらに「文芸, 学術, 美術又は音楽の範[*36]囲に属する」創作物かどうかということが吟味される傾向にあり, そこでよく用いられるのは, 純粋美術と同視しうるか否か(前掲仏壇彫刻事件判決, 東京地裁昭和 56 年 4 月 20 日判決判例時報 1007 号 91 頁(アメリカ T シャツ事件)), あるいは純粋美術としての性質をも有するものであるか否か(京都地裁平成元年 6 月 15 日判決判例時報 1327 号 124 頁(佐賀錦袋帯事件)), という説示である。この判定に際しては, 主観的制作意図は除外して判断される(前掲アメリカ T シャツ事件判決, 前掲佐賀錦袋帯事件判決)。そして, これらの説示の具体的な意味に関しては, 各判決によって多少ニュアンスを異にし, 前者の説示からは, 専ら美的表現を目的とする純粋美術と同じ高度の美的表象であるもの(前掲仏壇彫刻事件判決 - 仏壇用の彫刻につき著作物性を肯定 -), あるいは, 客観的, 外形的にみて, 実用に供しあるいは産業上利用する目的のため美の表現において実質的制約を受けて制作されたものではなく, 専ら美の表現を追求して制作されたものとみられる美的創作物(前掲アメリカ T シャツ事件判決 - T シャツに印刷される図画につき著作物性を肯定 -)が美術の著作物となると説かれ, また, 後者の説示からは, 客観的にみて実用性の面を離れ一つの完結した美術作品として美的鑑賞の対象となりうるものが美術の著作物となる(前掲佐賀錦袋帯事件判決 - 袋帯の模様につき著作物性を否定 -), とする基準が導かれている。

いかように考えるか困難な問題であるが, 少なくとも, 「文芸, 学術, 美術又は音楽の範囲に属するもの」ということを判定するに際して, 主観的な制作者の意図が量産目的にあったのか, それとも美の追求にあったのかということ著作物性の判定基準として斟酌すべきではないということはいえるであろう。かりに量産目的の場合には著作権法の保護が及ばないという立場を採用したとしよう。この場合, 意匠登録されていない創作物が外形的にみて量産品で

あるときは、第三者は、意匠登録もないから著作権法の保護が及ばず利用自由と考えるだろう。しかるに、制作者の主観的意図は美の追求にあったという外部からは窺い知れない事情により著作物に該当するとされてしまうのでは、右のような第三者は不測の損害を被ることになり、登録されないかぎりは意匠の利用を自由とする意匠登録制度の趣旨が没却されることになる。同様に、創作物の利用態様というものを顧慮することにも疑問がある。おなじ創作物が、あるところでは美術品として、他のところでは量産品として利用されているということもありうる。また、当初は美術品として利用されたものが後に量産品として利用される、あるいはその逆ということもありうる。これらの場合に、いずれを基準として判断するのかということに窮する可能性がある。いったん量産品として利用された場合には以降意匠法の問題とするというのも一つの割り切り方ではあるが、当初美術品として利用されていたために成立した著作権が後の利用態様の変化により消滅するのかという問題、かりにそうだとしたならば、著作権の周囲に形成された権利関係をいかに処理するのかという問題等々、立法もなく解釈論として解決することは不可能な問題を生ぜしめることになる。したがって、解釈論としては、どのような判別基準を採用しようとも、あくまで創作物自体から判断されなければならない。また、解釈論として意匠法と著作権法の適用領域を截然と区別する基準を打ち立てることには困難がある以上、ある程度、両者が重なることは是認しなければならないであろう。さもないと、境界線上に位置する創作物について、著作権の保護が及ぶと考えて意匠の出願をしなかった創作者に対して裁判所が意匠であって著作物に該当しないとして保護を否定する場合、あるいは、出願されてきた創作物について著作物であるとして特許庁が意匠登録を拒絶したところ、後の著作権侵害訴訟にて裁判所が意匠であって著作物に[*37]該当しないと断じて保護を否定する場合など、振り分けの判断のリスクが創作者の負担に帰することになり、ともに創作者を保護する意匠法、著作権法の趣旨が、両者が併存することによりかえって全うされないことになるからである。

さて、従来の裁判例と比較すると、原判決が、本件原画の著作物該当性を判断するに当たり、実用面の要請から木目化粧紙の天地の模様が切れ目なく連続するよう模様の工夫がなされていることなどを斟酌して、産業上の利用目的のために客観的、外形的な制約が存するために、専ら美の表現を追求して製作されたものではないと認定している点は、従来の基準を当てはめたにすぎない。しかし、それ以上に、産業用に利用されるものとして製作され、現にそのように利用されているということをも勘案している点は、現在の利用態様をも斟酌するが如きであり、やや異質なものがある。本判決が、実用品の模様として用いられることのみを目的とするものであっても、高度の芸術性を有し、純粹美術としての性質をも肯認するのが社会通念に沿うものであるときは、著作権法にいう美術の著作物に該当しうると付加したのは、これを正す趣旨であろうか。いずれにせよ、本件原画は、自然に存する木目を素材とするものであって、創作活動を認めうるとすれば、木目の修正、配列のところにはすぎない。しかし、材の欠点や不要な節を削除し、より自然な感じを出すために特殊な塗装を施すという修正作業や、材を配列したうえでエンドレス印刷を可能とするために天地が連続するようにモン

ターゲット構成するということに、思想または感情の創作的表現活動を認めるには困難がないわけではない。さらに結果物であるところの本件原画を観察する場合にも、天然の木目材を配列した以上のものを認めることは困難であり、またその配列に思想または感情を感得しうるところの表現が存するものとは認めがたいものがある。まして、これを美術の範囲に属するというには躊躇いを覚えざるを得ない。本件は著作物性を否定しやすい事件であったといえ、かかる事件において著作物性を肯定するならば、およそ全てのデザインについて著作物性を肯定せざるをえなくなり、意匠法制の存在意義を疑わしからしむる危険性なしとしない。本件原画につき、その製作過程が実用品の模様として用いられることのみを目的とするデザインの通常の工程と本質的な差異がないことと、結果物も通常の工業上のデザインと質的に異なることを斟酌して、著作物性を否定した判旨は正当であろう(ただし、半田正夫・著作物の利用形態と権利保護(1989年・一粒社)74-75頁。なお、河野愛〔原判決研究〕特許管理 42 卷 3 号(1992年)334-335頁)。

4 (1) 以上のように所有権侵害あるいは著作権侵害を理由とする請求はいずれも棄却されているところ、原告はこれらの権利を媒介することなく端的に民法 709 条の不法行為を理由とする請求もなしており、本判決は損害賠償の限度でこれを認容している。

(2) 本判決以前に、他人の商品の模倣行為に関して不法行為成立の余地を認めた数少ない判決のなかで、特にデッド・コピーであることに着目した点で本判決との関係が問題となる判決として、大阪地裁平成元年 3 月 8 日判決無体集 21 卷 1 号 93 頁(写植機用文字書体事件)がある。写真植字機用文字書体の機械的複製行為の存否が問題となった事件である。原告は、被告が台湾の業者に依頼して製作させた写真植字機用文字書体のうち 2,411 字が、台湾等東南アジア向けの原告の写真植字機用文字盤に搭載した文字の書体を機械的に複製し一部を修正して製作されたものである、と主張して、著作権あるいは不法行為を理由に損害賠償等を請求した。判旨は、当該文字書体について美的創作性を欠くこと等を理由に著作物性を否定したが、不法行為に基づく損害賠償請求に関しては、書体の創作のためには多くの労力と時間、費用を要すること、書体を使用する際には書体の製作者に対価を支[*38]払う慣行が存在することを指摘したうえで、以下のように判示する。「著作物性の認められない書体であっても、真に創作性のある書体が、他人によって、そっくりそのまま無断で使用されているような場合には、これについて不法行為の法理を適用して保護する余地があると解するのが相当である。」しかし、具体的には、被告の書体が原告の書体をそっくりそのまま流用したものであるとまで断ずることはできないということを理由に請求を棄却している。

この判決はデッド・コピーについて、抽象論として不法行為の成立を認めるに止まったが⁽⁴⁾、本判決はさらに具体的にも損害賠償請求を認容した点で今後に与える影響が大きいと推察される。本判決が不法行為の成立を認めるに当たって斟酌すべきことを明示した事実は、まず模倣される商品に関して、創作的な模様が施されることによって商品の価値が高まっていること、つぎに模倣された原告に関して、原告がこの商品を製造販売して営業活動をおこ

なっていること、そして被告の行為について、寸分違わぬ完全な模倣であったこと(「いわゆるデッド・コピー」であるという)、同一の物品に実質的に同一の模様を付したこと、くわえて原告と競合する販売地域にて廉価にて販売することにより原告の営業活動を妨害したこと、である。写植機用文字書体事件判決の抽象論と比較すると、模倣されたものが創作的なものであること、模倣態様がデッド・コピーであることの二点が共通する。対して、使用許諾について対価が支払われているという慣行が存在しなくとも不法行為の成立を認めている点では緩やかな基準に依るものといえようが、他方で被告が廉価販売を行っており原告の営業活動を妨害しているという写植機用文字書体事件にはなかった事実が斟酌されている。また、原告が創作物を商品として製造販売していることにも言及しており、営業妨害を理由とする判旨とあいまって、本判決は商品の製造販売を行わない単なる創作者のことを念頭においているわけではないと推察される。

(3) 知的財産権の保護対象にはならない創作物を扱った商品、あるいは、審査期間に比してライフ・サイクルが短いために工業所有権の保護がそれほど大きな意義を持たない創作物を扱った商品、あるいは諸般の事情により出願をしていないために工業所有権の保護を享受しない創作物を扱った商品が世の中には多数存在する。知的創作活動を保護するために排他権を設けている知的財産権の保護とは無関係に、このような商品の開発活動が行われるのは、新たな商品を他者に先駆けて市場に置くことに利益があるからであると考えられる。知的財産権の保護が及ばない以上、他者が先行者の商品を模倣することは自由であるが、先行者が市場に先行した時点以降、他者が同様の商品を模倣して市場において競合するまでには、他者が商品化をなすために要する時間が経過するから、そこにはタイム・ラグがある。この市場に先行しえたタイム・ラグの間中は、新規開発部分に関して競合するものがない状態で販売活動を行いうることになり、投下資本を有利に回収することが可能である。また、他者が競合した時点においてもすでに新商品の販路を確保しているために有利に競争できるということもありうるであろう⁽⁵⁾。

ところが、かりに商品のデッド・コピーが適法ということになると、この市場先行の利益の大半は失われることになる。他者は先行者の商品をデッド・コピーすることにより商品化のための時間を節約できる結果、新商品の市場出現後ただちに模倣商品を市場に現出させて競争することが可能となるから、前述したタイム・ラグが殆どないことになり、市場先行の期間自体が短いものとなる。また、デッド・コピーによる模倣者は、商品化のための労力、費用を節約できる結果、複製の費用を除けば、商品化に関する投下資本を回収する必要がないために、競争後はこの点において模倣者の方が有利[*39]となる。さらに、新商品を市場に先行させる者は、他方で新商品の販売がビジネスとして成立しうるか否かについてリスクを負っているところ、ヒット商品のみを模倣することが可能となる模倣者は、かかるビジネス・リスクを負う必要もないということになる。ようするに、デッド・コピーが可能ということになると、模倣者の方が先行者より有利となり、市場先行による利益というインセンティブが失われる結果、新商品の開発が減退するということになりかねないのである。複製技術の発達により、安価で多様な複製

手段の利用が可能な現在、この危惧を杞憂として片づけることはできないであろう。(以上の分析は、D. S. カージャラ「著作権、ソフトウェアと新保護主義」D. S. カージャラ＝梶山敬士・コンピュータ・著作権法(1989年・日本評論社)62・64・83・85・132・134頁の示唆に負うところが大きい。)

もちろん従来から、デッド・コピーに対しては、工業所有権の他、著作権、あるいは不正競争防止法1条1項1号、2号などの活用により対処されていたことは既にみたとおりである。しかし、いわば迂路にすぎない後二者による保護には前述したとき困難がある。また、工業所有権が存在するとしても、本件の木目化粧紙のようにその模様が天然のものを模したものの配列であるために創作容易とされて(意匠法3条2項)意匠登録を受けられないのはいかた推察されるような商品であっても、なお消費者の嗜好を満足しうるものがあり、しかもその開発工程に時間、労力、費用を要するものがある。したがって、工業所有権制度に加えてデッド・コピーを禁止する法理を構築することは、新商品の開発促進のためのインセンティブを確保するという意義を有している。何もデッド・コピーによらずとも他人が創作した技術の模倣は可能なのであって、単なるアイデアの模倣とは区別してデッド・コピーを問題としなければならないのは、市場に通用するための商品とする過程、すなわち商品化のための時間、労力、費用をデッド・コピーにより模倣者が節約することができる結果、先行者の市場先行のメリットが失われるからである。その手段がデッド・コピーでない場合には、たとえアイデアが盗用されたところで、模倣品が出現するまでの期間中に投下資本を回収することができることになる。なお、デッド・コピーを違法とすることで、知的財産権の保護が及ばない、あるいは意味をなさない分野について、一定の保護が与えられるという反射的な効果があることも指摘できる。

(4) 以上のように考える場合には、他人が労力、費用、時間を掛けて商品化したものを故意または過失によりデッド・コピーすることで労力、費用、時間を節約したうえで商品化する場合には、原則として不法行為が成立すると考えるべきであるということになる⁽⁶⁾⁽⁷⁾。本件においてたとえ廉価販売がなかったとしても、被告はデッド・コピーにより開発工程を省略し、原告の市場先行のメリットを失わしめているのであるから、そのみで被告の行為を違法とすると十分であると考えられる。商品化の労力を省いた分、競争上有利になっており、廉価販売を行いやすくなっているが、廉価販売を行わなかったとしても、節約した費用の分を他に投入できるから、模倣者の方が競争上有利となっていることは否めない。また、判旨は本件木目化粧紙が創作物であることを斟酌しているが、そこにいう創作とは他人が労力、費用、時間を掛けて商品化したという程度で足りると解される(同旨、小泉直樹「不正競争法による秘密でない情報の保護」判例タイムズ793号(1992年)掲載予定)。前記のような観点からは、需要者の嗜好を満足せしめることができるような何らかの価値を有する商品であることを要件と考える立場を導くことも可能であるが、労力、費用、時間などの商品化のための汗を保護するためには、商品の価値に拘泥することはそれほど有益なこととは[*40]思われぬ。デッド・コピーをされるということ自体、何らかの価値が存することを推察せしめることでもあり、無駄な審理の

節約という観点も肝要であろう。なお、以上のような観点に着目してデッド・コピーを違法とするときは、請求権者は商品化した他人ということになる⁽⁸⁾。

(5) この法理の射程を探究すれば、たとえば、他人の商品である玩具と同一の玩具を製造販売する行為(参照、前掲マイキューブ事件)、他人の商品である眼鏡枠と同一の形態の眼鏡枠を製造販売する行為(参照、前掲眼鏡枠事件)、他人の商品である釣り天秤と同一の形態の釣り天秤を製造販売する行為(参照、前掲釣り天秤事件)の他、他人の商品である博多人形を型取りして同じ博多人形を作成したうえで販売する行為(参照、前掲博多人形赤とんぼ事件)などが不法行為に該当しうることになる⁽⁹⁾。

これに対して、他人の商品を分析してそこに利用されている技術を抽出したうえで、その技術に基づいて商品化した商品を販売する行為は、デッド・コピーではないから本判決の射程外である。そのような行為について保護を享受したければ工業所有権の保護を受けなければならない。したがって、デッド・コピーについて不法行為の成立を認めたところで工業所有権制度の存在意義がなくなるわけではない。ただし、このような行為について、デッド・コピーとは全く別個の観点から民法 709 条の不法行為が成立することはありえよう。たとえば、東京地裁昭和 63 年 7 月 1 日判決判例時報 1281 号 129 頁(チェストロン事件)がある。従来の電子楽器の制約を破った原告製品スピローンに関して原告と独占的販売委託等の契約締結の交渉を開始した被告が、契約締結の意思を喪失したにもかかわらずそれを通告せず、他方で原告から購入したスピローンを分解して知りえた情報をもとに模倣品チェストロンの開発行為を秘密裡に継続し、開発に成功するや契約締結の意思のないことを原告に通告するとともに、チェストロンの宣伝販売を大々的に開始したという事件である。被告のチェストロンは原告のスピローンと構造および機能の点で類似する部分が多く、不要な箇所まで真似しているなど模倣品であることは明らかであるが、機構に付加ないし若干の変更がなされているなどデッド・コピー品とはいいがたいものであった。判旨は、原告は被告との契約交渉期間中は細々と販売を続けるのみであったという事情を踏まえて被告の行為は、右契約締結を期待して本格的な販売を差し控えていた原告を欺罔し、原告がスピローンの開発者として他者に先駆けて本格的に販売しえたであろう機会を不当に奪ったうえ、模倣品であるチェストロンを大々的に販売し、もってスピローンの開発者たる原告の右営業上の利益を故意により違法に侵害したものであるから、不法行為を構成すると判示し、逸失利益の賠償請求を認容している。この他、他人の商品である絵はがきに掲載されている長尾鳥を自ら撮影したうえでその写真を絵はがきにして販売する行為(参照、(注 1)所掲長尾鳥事件)、あるいは他人が広告用として購入した気球を独自に撮影した写真を広告に使用する行為(参照、(注 1)所掲広告用ガス気球事件)なども、やはりデッド・コピーではないということからただちに本法理の対象外となる(ただし、たとえデッド・コピーであったとしても絵はがき等に関しては特殊な問題がある。(注 9)を参照)。もちろん、これらの行為についても不法行為の成立する余地がないわけではない(現に所有権を媒介とする構成ながらもこれらの事件に対して裁判所は不法行為の成立の余地を認めている。(注 1)参照)。たとえば、他社が製造販売する実用新案権の実施

品である機械について、他社のカタログに掲載されている機械の写真を剽窃した図案を自社のカタログに転載し、あたかも自社が当該機械を製造販売しているかの如く装う行為について、自由競争の範囲を逸脱して他社の営業活[*41]動を妨害する行為であると判示して、不法行為の成立の余地を認めた判決がある(京都地方裁判所昭和 32 年 9 月 30 日判決下民集 8 卷 9 号 1830 頁〔カタログ機械写真事件〕 - ただし、財産的な損害であれば格別、原告が請求する精神的損害は本件では認められない、と判示して請求を棄却 -)。

(6) 最後に救済手段について一言しよう。

本判決は、不法行為に対する差止請求を否定している。不法行為に対する救済は損害賠償が原則であり、判決例によっては差止請求を認めているものがないわけではないが、それは公害や生活妨害あるいは人格権侵害などの場合に限られており(参照、平井宜雄・債権各論 (1992 年・弘文堂)106 107 頁)、本件のような純粋な財産的利益について差止請求を認めるには未だ距離があるということであろうか。しかし、デッド・コピーに対しては、物理的な防御策を講じえない反面、以下にみるようにデッド・コピーによって生じる損害の算定には困難があるから、損害賠償請求のみで救済が十全となるわけではないことには留意しなければならないであろう(なお、参照、平井・前掲 107 108 頁)。なお、立法論としては、不正競争防止法内の特別類型にこの法理を導入し差止請求を付与するという方策がある(立法論に関して素描を提示したのものとして、参照、田村善之「不正競争行為類型と不正競争防止法」ジュリスト 1005 号(1992 年)14 15 頁)。

損害賠償請求に関して。本判決は、被告が同じ木目模様の化粧紙について廉価販売を行ったことにより、原告化粧紙の販売業者である訴外 B 社からの苦情により原告も化粧紙の価格を値下げせざるをえなかったという事実を認定して、右値下げ分を逸失利益としてその賠償を認容した。もちろん、被告の競合商品の出現により原告の商品の需要が奪われ、それによる売上減退の分、逸失利益が生じているという主張も考えられるが、市場において他に競合する木目化粧紙が多数存在する場合には、被告が原告と同様の木目化粧紙を販売しなかったとしても、どのみち被告商品の需要者の多くは他の木目化粧紙を購入したと考えられる。たしかに、被告商品の需要者の少なくとも何割かが原告の木目化粧紙の模様に着目して購入したということが分かれば、その限度で逸失利益を認めることも不可能ではない。だが、特許権侵害に対する損害賠償に関する裁判実務の扱いを本件にたとえて表現すれば、現在の裁判実務は、原告の模様が特に優れたもので被告商品の全てについて需要者がその模様に着目して購入したと想定しえない場合には、逆に逸失利益の請求を一切認めないという扱いを示している(田村善之「特許権侵害に対する損害賠償(1)・(4)」法学協会雑誌 108 卷(1991 年)6 号 857 860 頁・10 号 1554 1555 頁)。その意味で、販売機会喪失ではなく廉価販売を根拠にして逸失利益を主張した原告の攻め方は巧みなものであったといえるが、本件のように被告商品を契機とする販売業者からの具体的な苦情が存在する場合は格別、一般には価格値下げの原因は他のところにある可能性があり、被模倣者が侵害商品のために価格を値下げせざるをえなかったと認定することは困難である。被模倣者が値下げ

をしていなかった場合も多かる。本判決によって開かれたデッド・コピーに対する損害賠償の法理が単なる絵に画いた柏餅に止まることのないようにするためには、賠償額の算定にも何らかの対応を考えておかなければならない。本件原告も主張していた使用料相当額の賠償請求は今後考慮に値する手段となろう。

注)

- (1) 損害賠償請求に関して、これと異なる判断を示した判決として、東京地裁昭和 52 年 3 月 17 日判決判例時報 868 号 64 頁〔広告用ガス気球事件第一審〕(なお、参照、東京高裁昭和 53 年 9 月 28 日判決著作権関係判例集 846 頁〔同第二審〕)あるいは、高知地裁昭和 59 年 10 月 29 日判決判例タ[*42]イムズ 559 号 291 頁〔長尾鳥事件〕があるが、両者とも具体的に賠償請求を認容した判決ではない。また、いずれも、所有権侵害という媒介項を嚙ますことなく、民法 709 条の解釈の問題として、当該事件の事情の下で当該行為が不法行為となるか否かを勘案すれば足りたといえる判決である。
- (2) なお、模倣された商品形態がかりに似ざるをえない形態であったとした場合、このような形態について混同行為を禁止する場合には、商品(営業)識別表示ではなく商品自体を保護することになり、商品間の競争を前提にしている標識法である 1 号、2 号の趣旨に反するから、商品表示性ないし営業表示性を否定すべきである(田村善之「不正競争防止法上の商品形態および容器の商品表示性と損害額の推定 - マイ・キューブ事件」ジュリスト 974 号(1991 年)96 頁)。
- (3) いわゆる応用美術の問題として論じられている。著作権法は、2 条 3 項にて美術の著作物には「美術工芸品」が含まれるものとすると定めるが、「美術工芸品」の意味および「美術工芸品」以外の応用美術が美術の著作物に含まれるのか否かということにつき明文がないために、解釈上の争いが生ずることになった。立法過程について詳細は、半田正夫「応用美術の著作物性について」青山法学論集 32 巻 1 号(1990 年)45-67 頁を参照。学説については、参照、河野愛「デザインの法的保護」エコノミア 40 巻 4 号(1990 年)1-23 頁。
- (4) この他、模倣品に関して不法行為の成立を認めた判決としては、本文にて後述する東京地裁昭和 63 年 7 月 1 日判決判例時報 1281 号 129 頁〔チェストロン事件〕がある。

なお、前掲佐賀錦袋帯事件判決は、被告が原告の袋帯を参考に類似した図柄の袋帯を製作販売したという事件に対する判決であるが、不正競争防止法 1 条 1 項 1 号あるいは著作権を理由とする請求を棄却しながらも、被告がクラフト加工系を有しているにもかかわらず純粋な正絹であることを示す西陣織工業組合制定の証紙を貼付していること、および、原告が自己の袋帯柄に類似した品質の劣る袋帯を安価で別途に販売しているように誤解されて問屋から多数の苦情を受けたことを認定して、被告の行為につき不法行為の成立を認め、信用回復措置として謝罪広告の請求を認容している。しかし、袋帯柄が類似していることにより原告に苦情がくるということは、問屋段階では原告の袋帯の図柄は原告を示す商品表示として周知であるということを示している。判決は、不正競争防止法 1 条 1 項 1 号に基づく請求の方は、原告の袋帯の図柄は周知な商品表示とは認められないと認定して棄却しているが、迂路を通ることなく端的に同号に該当することを理由に請

求を認容すれば足りたように思われる(周知性の意味については、参照、田村善之「周知性の要件の意義」判例タイムズ 793 号(1992 年)掲載予定)。いずれにせよ、この判決は他人の成果へのフリーライドを理由にして不法行為の成立を認めた判決ではないことに留意しなければならない。

- (5) この他、開発した技術を営業秘密として管理することにより他者と競合しない状態を保持することが可能である場合には、それが開発のインセンティブとなりうる。ただし、商品の形態や構造、あるいは模様など秘密として管理しえないものにはこのインセンティブは存在しない。
- (6) スイス不正競争防止法は 5 条 C 項にて、「市場性の熟した他人の労務の成果を、自ら相当な費用を費やすことなく、技術的な複製手段を通じて、そのまま引写し、利用する行為」を不正競争行為であると定義し、かかる行為に対して差止および損害賠償請求を認めている。これはドイツにおいて一般条項のもと判例によって発展された成果の直接的引き写し(unmittelbare Leistungsübernahme)の法理に対応する。同項に関しては、田村善之「スイスの不正競争防止法の紹介」日本工業所有権法学会年報 16 号(1992 年)掲載予定を参照。
- (7) ただし、デッド・コピーの全てが違法となるのかということについては検討の余地がある。

まず、デッド・コピーは何時まで違法なのかという問題がある。商品化の労力は自ら払わなければならない、他人が市場に商品を置いた時点から何年経とうとも、他人の商品をデッド・コピーすることは違法であるという考え方もありうるのかもしれない。しかし、デッド・コピー以外にアイデアの模倣を可能とする手段がある通常の場合とはかくとして、タイプ・フェイスなど他人の知的創作の成果を利用するためにはデッド・コピーに依らなければ意味をなさない場合があることに留意する必要がある。デッド・コピーを禁止する趣旨に鑑みれば、投下資本回収に十分と見られる期間経過後は、デッド・コピーも違法とはならないと解すべきではなかろうか。

この他、互換性を維持するためには商品の形態等がデッド・コピーにならざるをえない場合がある。たとえば、写真植字機用の文字盤について他社の写真植字機で用いられるようにするためには他社の文字盤と同一の形態、文字配列を採らざるをえない場合(参照、写植機用文字盤事件(東京地裁昭和 63 年 1 月 22 日判決無体集 20 巻 1 号 1 頁・東京高裁平成元年 1 月 24 日判決無体集 21 巻 1 号 1 頁)、他社の伝票会計用簿記帳に綴じ込み可能とし、しかも他社の伝票と連続するためには他社と同一の仕様の伝票にならざるをえない場合(参照、伝票用会計用伝票事件[*43](東京地裁昭和 52 年 12 月 23 日判決無体集 9 巻 2 号 769 頁・東京高裁昭和 58 年 11 月 15 日判決無体集 15 巻 3 号 630 頁))などである。これらの場合にデッド・コピーを違法とすることは文字盤や伝票等のソフトの競争を廃するというに繋がるのであって、ハードにおける支配力がソフトに及ぶことを容認する帰結であるとともに、ハードを購入した需要者にとってソフトの供給者が一社に限定され選択の余地がないという効果も生じることになる。(このような状況が競争秩序にとって好ましくないことについては、田村善之「不正競争行為類型と不正競争防止法」ジュリスト 1005 号(1992 年)12・13 頁の素描、および、白石忠志「独禁法における『抱き合わせ規制』」ジュリスト 1009 号、1010 号(1992 年)掲載予定を参照。なお、需要者の選択可能性という観点に着目して独占禁止法上の市場を画定する作業を行った場合に、市場が狭く解されうることを指摘する白石忠志「独禁法上の市場画定に関するおぼえがき」(NBL に 1992 年内掲載予定))。他方で、これ

らの場合にも、文字の配列や伝票の仕様については先行者の創意工夫がなされているのであって、投下資本の回収の必要性があり、一筋縄にはいかない問題となっている。

ちなみに、前記スイス不正競争防止法5条C項についても、解釈論としては目的論的に請求権の行使期間を制限すべきであるとの議論がある。また、直接的引き写し行為による以外に他人の市場の成果を利用する可能性がない場合には、そのような引き写し行為は何ら不正となるものではないとの見解もある。以上につき、田村・前掲「スイスの不正競争防止法の紹介」参照。

(8) この場合、知的財産権者と民法709条のデッド・コピーに対する請求権者とが異なる者になる場合があることになる。たとえば、特許権者から特許発明につき実施許諾を受けた者Aが労力、費用、時間をかけてこれを商品化したような場合など。この場合、特許権者から別途、実施許諾を受けた第三者Bは、先行者Aの商品をデッド・コピーすることは本法理により違法となる。知的財産権につきライセンスを受けたところで、知的財産権者とは別の者が労力、費用、時間をかけて商品化した商品をデッド・コピーしてよいということにはならない筈であるから、この帰結は妥当であろう。だからといって知的財産権についてのライセンス制度に支障を来すことはない。ライセンスを受けた者は他人が商品化した商品をデッド・コピーしなければ自由に技術を利用することができるのである。ただし、この場合、許諾された知的財産を利用するためにはその形態を採らざるを得ないという場合には、たとえ結果的にデッド・コピーになろうとも何ら違法ではないと解すべきであろう。なお、(注7)。この点に関しては、(注9)も参照。

(9) これに対して、他人の商品であるTシャツに付された絵と全く同じ絵を付したTシャツを製造販売する行為(参照、前掲アメリカTシャツ事件)は、利益状況を異にするので、本法理の対象とすべきではないように考えられる。ここにおける絵自体の制作に創作的な活動が観られることはともかくとして、絵ができさえすればこれを商品化することは容易である。絵画のように商品の性質による制約を殆ど受けずに行われる創作活動に関してまで、商品化のための時間、労力、費用であると認定して保護の対象に取り込むことには一考を要する。このような創作活動には著作権法の保護が及ぶことは確実であるが、絵画の創作者とこれを商品に取り入れた者が別個である場合に、殆ど労苦を払っていない商品化をなした者に著作権者の複製権とは別個にデッド・コピーに対する保護を与え、著作権者の第三者に対する複製許諾を意味のないものとしかねないような帰結を生むことは妥当とは思われないからである。

ただし、同じく著作権が及ぶといっても本文に掲げたように、他人の商品である博多人形を型取りして同じ博多人形を作成したうえで販売する行為は、本法理の対象に含めてよいと考えられる。量産される博多人形の形態の制作には量産化を可能とするために微細部分のニュアンスの省略など美的目的のための創作活動以外にも商品化のための努力が存するのではないかと推察される。したがって、たとえば、既存の美術品である彫刻を本立等に商品化したために、著作権者と商品化をなした者が異なるような状況が生じた場合、商品化をなした者も一定の労力、費用、時間を費やしている筈であるから、著作権者が美術品である彫刻の複製を許諾したとしても、被許諾者は商品化されている本立のデッド・コピーをなしてはならないという法理を当てはめることには問題がないと考えられるのである。

〔付記〕 本研究に対しては、文部省科学研究費(重点領域研究・情報社会と人間・知的財産権の諸問題)の補助を受けている。