

## 第1章 商品形態のデッド・コピーの規律—市場先行の利益の保護—

### I デッド・コピー規制の趣旨

本日は、デッド・コピー規制についてお話します。不正競争防止法2条1項3号は、他人の商品の形態を模倣した商品の、取引の行為を禁止しています。前回申し上げましたように、このうちの模倣については、定義規定が条文で入っています。2条5項で、「模倣する」というのは「他人の商品の形態に依拠して」、つまり独立して作ったわけではなくて、他人の商品の形態を真似しているということです。「これと実質的に同一の形態の商品を、作り出すことをいう」という条文があります。この条文ができたのは1993年で、不正競争防止法が全面的に改正された際に、挿入された条文です。

肝要なことは、他人の商品の模倣行為が、すべて禁止されているわけではないということです。

まず1つは、知的財産権の保護対象にはならない創作商品というものがあります。このうち、新種の雑誌などの例については、前回お話した通りです。

タイプ・フェイス、つまり書体に関しても、現行法上、明文の保護はどこにもありません。書体というのは、例えば、皆さんの持っている六法、あるいは教科書などに用いられている文字の形です。同じ明朝体でもよく見てみれば、それぞれ違いがあることがよく分かります。特に、日本の場合には漢字圏ですので、かなりの数のたとえば1万字程度の漢字を整える必要があります。それも適当に作るわけにはいかず、全体に統一感があって、読みやすい文字というのをデザイナーが工夫して作っていくのです。ですから、相当の労力がかかっていますが、これは著作物にはならないといわれています。

もし、書体に著作物性を認めてしまうと、例えば、皆さんが私の許諾を得て、この講義の教科書をコピーしようとしても、もう1つ書体に著作権があるとすると、その権利の許諾の問題をもクリアしなければいけないということで、かなり煩雑になります。文字は多くの場合、伝達手段にすぎません。また、書体は著作権の対象になるような、大変な労力がかかっていますが、表現はやはり同じ文字、書体となりますので、同じ明朝体の範囲内として、創作的な表現でもないでしょう。このように書体は、1つは実質的な理由で、1つは理論的な理由によって、著作物と認められていません。しかし、こういったタイプの創作的な商品というのは、知的財産権の保護対象にはならないにもかかわらず、世の中に現れてきます。

次のタイプは、保護の対象にはなるのですが、現実的に意味のないものです。アパレル商品、例えば、衣服のデザインなどは、多くの場合ワン・シーズンでライフ・サイクルが終わってしまいます。衣服については、創作的なデザインであれば意匠権という権利を得ることができますが、特許庁に出願をする必要があります。特許庁の審査はずいぶん早くなりましたが、それでも意匠権が取れるまで、1年半ぐらいはかかります。そうすると意匠権を頂いたときには、すでに商品の生命が終わっているため保護が大きな意味を持ちません。そのような意味では、模倣は自由なのですが、それでも新しい商品が出るということです。

さらに、産業財産権の保護を享受し得るものの、例えば、弁理士費用が高くて大変だとか、出願料自体がそもそも大変で登録料が高い、あるいはそもそも面倒だという理由で、工業所有権、知的産業財産権を得ていない商品もあります。

模倣行為を禁止することが1993年前まではできず、改正された1993年以後も、デッド・コピー以外は禁止することができないにも拘わらず、何故開発されるのかというと、それは市場先行の利益があるからです。市場先行の利益にはいくつかタイプがあります。1つ目は市場に先行にしているタイム・ラグの期間中は、事実上は独占的に地位を享受できるということです。2つ目に、そのタイム・ラグが過ぎた後も、すでに

新商品の販路や流通路、材料の経路や流通路などを押さえているために、有利に競争ができるという利益もあります。書いていませんが、3 つ目に評判・信用です。これは、2 つ目に付随すると位置付けることができるかもしれません。ファースト・ランナーであるという信用・評判を活かすことができ有利に競争ができるということです。

それに対して、教科書(田村善之『知的財産法』(第4版・2006年・有斐閣))の25ページに、簡単な図を載せておきましたがデッド・コピーだと、このタイム・ラグ自体が減少します。それだけではなく、模倣に労力、費用がかかりません。加えて、デッド・コピーは権利者の商品への代替的な効果が強いいため、ただの模倣品と違って与える被害も大きいということです。これを放置する場合には、ビジネス・リスクを背負う気がしなくなり、ファースト・ランナーになる者が少なくなりすぎるのではないかとということで問題となりました。

もともと1993年の改正のときには、不当な模倣行為一般について規律をしようという意見がありました。つまり、創作的価値があつて、それに対して不正競争の目的でとか、あるいは公序良俗に反する目的で模倣してはだめだという一般条項です。しかし、このような一般条項に対しては産業界からの懸念が強まりました。それは、一体何が違法なのかは裁判所へ行ってみないと分からないでしょう。だいたい世の中には、コンセプトの似た商品はいくつもできるので、そうした行為が全部侵害かどうかよく分からない、そのような不明確性があります。

そのような中で私は、市場先行の利益を保護するという形で考えることによって要件論をもう少し明確化しようということを主張しました。つまり、市場先行の利益というインセンティブを保障して、商品化のためにかけた労力、時間、費用の回収を、困難にしないようにする趣旨から考えると、いくつかの原則が導かれるでしょう。

1 つ目は、規制行為です。規制行為は商品のデッド・コピーに限定します。不当な模倣行為という抽象的に広がりのある要件はやめておこうということです。これは、デッド・コピーであればいついかなる場合、どんな商品でも市場先行の利益が、定型的に失われてしまうという理由からです。また、デッド・コピーを越えて、もう少し広い範囲で保護をして欲しいのであれば、特別の要件を課した工業所有権で保護を図ればよいということです。

2 つ目は、対象です。すべての商品が対象で、この際創作的価値は問いません。これは、創作的価値の判断には微妙な場合があるからです。デッド・コピーをしているということは、そこに価値があるからしているはずで、判断が微妙な創作的価値の有無を考えると、変に紛争が長引くおそれがあります。裁判が長引くだけの要件を、いちいち審査をする必要はないだろうという、もっと迅速に保護をしてしまいたいという発想で、思い切って創作的価値は問わないとされています。条文を見ても、「他人の商品の形態として」しか書いてないです。ただし、この条文には含意があつて「他人の商品」と書いてあります。ある人が最初に販売をしたとか、創作して販売したという要素は必要なのです。

また、保護期間は3年か5年か7年かと争いがありました。なぜか不思議と4年にはしないのです。「何か縁起を担いでどうするんですか、法律をつくるときに」と言うのですが、なぜか3年か5年だと言って、4年にはしないのです。少し短すぎるのではないかなと思っっているのですが、現在は3年となっています。条文を確認しておく、不正競争防止法の19条1項5号イです。「日本国内において、最初に販売された日から起算して、三年を経過した商品について、その商品の形態を模倣した商品」の取引においては、19条1項の柱書きに戻りまして、適用しないと書いてあります。不正競争行為には該当するのだけれど、3

条以下の差止請求や損害賠償の規定が適用されないので結局、違法ではないということになります。

3つ目は行為態様です。行為態様はデッド・コピーであれば、原則禁止としました。不正競争の目的などは考慮する必要はありません。そもそも、一体どのような要件を要求するのかよく分からないからです。加害目的といっても、デッド・コピーをしているのですから、あるような気がします。そもそも競争している以上は、相手方に害を与えるつもりで皆さんはしているのですから、その中で不正競争の目的というのは、一体どのようなものなのかよく分かりません。理屈からも、デッド・コピーをしてしまうと市場先行の利益が定型的に失われるからという理由で、不正競争行為としたのですから、不正競争の目的なるものがあるがなかろうが、市場先行の利益は失われるわけです。そうすると、主観的要件はいらないということになりました。

次に、要件を立てたとして、一体どの法律でやるかです。これもきちんと理由を付けた方がいいと思います。ここでは政治的な理由は抜きにして、やはり不正競争防止法でもいいのではないかと考えるのですが、どうしてかということです。余談ですが、理由付けには、3つのタイプが存在します。教科書(前掲・田村善之)の最初の端書きのローマ数字の2ページに書いてあることですが、それをうまく使い分けた方がよいと思います。1つ目が積極的理由です。2つ目が外在的な消極的理由です。3つ目が内在的な消極的理由です。この言葉は私が使っているだけですが、ぜひ、積極的理由から書きましょう。

話を戻して、不正競争防止法にするのかという積極的理由からです。デッド・コピーを禁止した趣旨は、工業所有権の枠を越えて包括的に世の中に存在するインセンティブを担保することにあります。そうだとしたら、その保護の要件として、何らかの手段を要求するのはおかしいということになります。例えば出願をしなければ、登録したらデッド・コピーは保護されるとすると、それは論理矛盾になり自殺行為になって制度の趣旨に反します。たまたま不正競争防止法は一般的に出願審査の必要ないものが集まっていますので、そこに入れる方がいいだろうということになります。

消極的理由は、不正競争防止法の中にこのような制度が採用されると、どのような不都合が考えられるかを一応考えた上で、潰していくことで顕在化してきます。内在的な消極的理由になりますが、工業所有権の保護のインセンティブが失われるのではないかとこの不都合が考えられます。例えば、不正競争防止法とかで、一般的に模倣行為が禁止されてしまうと、みんな守られてばかばかしいから、特許権の出願をやめましょうとなり、せっかく特許庁で審査をするために待っているのに出願が来なくなってしまうかもしれない、ということです。これに対しては、確かに不当な模倣行為ということで、何でも保護されるような制度にしてしまうと何のために特許制度を置いてあるのか分からなくなりますが、今回の改正はデッド・コピーに限定していますし、保護の期間も3年と短く設定されています。特許権であれば、出願後20年という長い保護を享受することができるので、より長い保護を受けたいということになれば、工業所有権を受ける必要があります。したがって、インセンティブは過度に失われることはないと思います。多少失われるかもしれませんが、市場先行の利益を守ると、それを上回るメリットがありそうです。

もう1つ理由があって、もともと制度の仕組みが、デッド・コピーだけを判断しますので、先行者と模倣者の同一性のみを判断することになります。このように創作的要素を問わない以上、工業所有権の保護のインセンティブが失われることはありません。また、いきなりそのような不当な模倣行為を、いちいち裁判所に審査をさせるのは大変ではないかということに対しても、不当な模倣行為を一般に禁止する法律ではないので、そのような問題は大きくないでしょう。よって、すべて丸く収まり、デッド・コピーだけを禁止しようということになります。

逆に、デッド・コピーに限らず、盗難模倣行為一般に対して、保護を与えなければ意味がないという議論もないわけではありませんが、行為態様をデッド・コピーに限定することにより、かえって商品の創作価値を問わないことが可能となるのです。不競法に適した、正確には工業所有権以外の保護に適した制度になります。要件化も明確になるので、形態が酷似的でない限りはセーフになります。その意味でも導入が十分可能でしょう。

これを越えて、不当な模倣行為一般に関してどうするかというのは、前回もお話した通りで、一般の民法709条の話になります。ただ709条だと、どうしても差止めができないという大きな問題があるのですが、それは民法の理論だということが言えるかもしれません。以上が全体の趣旨です。次に、要件論に移っていきましょう。

## II 商品形態のデッド・コピーに該当する要件

3号の「模倣」の定義規定は2005年の改正で導入されました。模倣というと普通はデッド・コピーに限らず広い意味で捉えられ、分かりにくかったのですが、2条5項というのが入って、「依拠して、これと実質的に同一の形態の商品を作り出すことをいう」となりました。

仮に、商品形態の酷似性を問わないとすると3号は広く商品のアイデアを保護することになってしまいます。例えば、ポッキーと形は同じですが、もう少し大きい商品が出たとします。ポッキーというのはチョコレートが全面的に覆っていると手が汚れるので一部空けています。肝要なことは、これは1つのアイデアであるということです。ある程度形態が違うものに関してもデッド・コピーに該当するとしてしまうと、結局このようなアイデアが保護されてしまうこととなります。しかし、それは特許庁にぜひ出願していただいて、そういったアイデアが本当に新規のものなのか、あるいは非容易創作性、進歩性を満たすものなのかということを、しっかりと審査、判断をしてもらって、初めて保護を受けるべきものだという気がします。何の審査もせずに、創作価値があることを問うことなくぼんぼんと広い保護を認めるわけにはいかないのです。ですから、同じポッキータイプの商品についても、例えば長さがほとんど同じであるとか、そういったところまで見て、初めて侵害になるということになります。

これに関連して、他人の商品を分析してそこで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も本制度の射程外です。これは、一般的にリバース・エンジニアリングといいますが、特許法69条等でセーフになっており、不正競争防止法でも、セーフにすべきでしょう。事件もやりますが、具体的な裁判例になった事案はありません。仮想例として、教科書(前掲・田村善之)の28ページの図を見て下さい。

これは裁判例(仙台高判平成4.2.12判タ793号239頁[アースベルト差戻後二審])ではありますが、デッド・コピー規制前ですので、2条1項3号が問題になったのではなくて、実用新案権の事件です。ただ面白いので、これを例にとってお話します。左上の別紙図面1の第1図、第2図が原告の実用新案権者の商品です。これは自動車の設置具です。後ろの方に垂らしておいて走っているときはなびいて接地せず、止まると接地します。その時アースになって、静電気を逃すというものです。それだけでは、さすがに実用新案権は取れません。この方は、それに反射板を付けました。8、9と書いてあるところです。この反射板を重りにして、ちょうどよく接地し、走行中は、跳ね上がっているようにということで、位置を調節できるようにしたため、実用新案権が取れたのです。

最初は、接地具に反射板を付けたというだけで、実用新案権の出願をしたのですが、それではまだ非

容易創作性、進歩性を満たさないとされましたので、設置具の取り付け位置の調節を可能にしました。つまり、第2図の11番というところがナットになっているので、ここを緩めて取り付け位置の調節が可能になりました。これにより特許庁から実用新案権が付与されました。

順番に別紙図面の2から6までは、すべて被告の商品です。それで、だんだん遠ざかっていきます。警告を受けるたびに、遠ざかっていったのです。2、3は、矢印ではなくなりました。それから別紙図面4とは、あまり違いがないかもしれません。5に至るや、三角もやめましょうということで、四角になりました。さらに、図面6でドラスティックに変わりまして、ついに取り付け位置の調節可能をやめたのです。図面6を見ていただければ、11のところは固定されています。結局、取り付け位置の調節可能な反射板ということで、図面の5まで実用新案権の侵害で、6から非侵害です。問題は、本件で実用新案権を有していなかったとして、これを不正競争防止法2条1項3号のデッド・コピー規制で、どこまで押さえることができるのかということです。

結論から言うと、やはり図面の3、4、5は、さすがにセーフにしないとまずいでしょう。さっきのポッキーと同じで、こういったものの3、4、5、6も保護することになってしまうと、6までいったときには自動車の接地具全般で、5までいったときは取り付け位置調節可能な自動車の接地具で、反射板の付いたものが、すべて禁止されるということになってしまっていて、それはまさに実用新案権で判断をしてもらいたいことだったので、す。

肝要なことは、実用新案権と不正競争防止法の関係です。この商品は実用新案権を取得している立派な考案です。そうすると例えば、原告が、実用新案権と2条1項3号の2つ請求を出してきているときに、実用新案権も認容し、2条1項3号も認容しているのかということも、もう1つ問題になるのですが、それも危険です。なぜ、危険かということ、実用新案権については登録無効の制度が用意されているのです。特許庁の審査が過誤の場合もあり得るので、最終的には完全に裁判所がレビューできるようにということです。実用新案権は特許権と同様に登録制度に対しては無効審判を請求することができます。それで無効審判について、無効審決が出るとそれについて審決取消訴訟があって、知財高裁で判断をします。現在は無効ではないかもしれませんが、将来、実用新案権は無効になる可能性もあります。無効になるとどうなるのか。非常に重要な条文ですのでぜひ覚えておいてください。民事訴訟法338条1項8号の再審事由です。「判決の基礎となった民事もしくは刑事の判決、その他の裁判又は行政処分が、後の裁判又は行政処分により変更されたこと」で、再審になるのです。ですから、実用新案権の方が仮に要件を満たしていないのに過誤で登録がある場合でも、後の再審で処理することができます。これに対して、不正競争防止法2条1項3号には再審事由はありません。そうすると、実用新案権がなくなって自由だと思ったら、2条1項3号が残っているという逆転現象が起きてしまいかねないのです。そのようなことを考えると、アイデア保護を裁判所でやるというのはやはり危険なのです。そのようなことがないように、デッド・コピーだけに止めておいた方がいいでしょう。図面の2くらいが当たるか当たらないか、ぎりぎりだと思えます。

では、具体的な事件を見ておきましょう。教材120ページの図①と②ですが、これはドラゴン・ソード事件(東京地判平成8.12.25知裁集28巻4号821頁[ドラゴン・ソード]、東京高判平成10.2.26知裁集30巻1号65頁[同控訴審])といい、地裁と高裁で判断が分かれたケースです。図①が原告商品で、図②が被告商品です。

写真は裁判所添付のものを掲載しているのですが、ほとんど同じ大きさに見えますけれど、実際には

1.5 倍から 2 倍くらい被告の方が少し大きいです。こういったものは面白くて、だいたい原告が先に請求原因を出してきて写真貼付をしますので、それで訴訟資料になっていることが多いです。もちろん当然ですが、原告の方は必死になって似ているようにするのです。写真の大きさをそろえなければいけない決まりはないので、だいたい同じ大きさにしていきます。ペンダントではなくキーホルダーで、龍が十字架にとぐろを巻いている形状のものです。地裁は、これは 2 条 1 項 3 号に該当するというので、違法としたのですが、高裁で覆ってセーフになっています。もうすでにこのくらいで限界線の事例になってしまうくらい狭いということになります。具体的に、なぜ高裁でセーフになったのかということですが、これも写真から分かりにくいですが、まず大きさが違うといわれたのです。もう 1 つの違いが、この尻尾ですけれども図①はそのままで、図②はこちらからは見えませんが、向こう側に頭があるのです。ですから、双頭の龍になっています。こうしてデザインも違うだろうということで、これはセーフだというのが高裁の判断です。こちらになると、よく分からないところです。私は、このようなものは別に認めても全然問題ではないという気がするのですが、比較的高裁は厳しかったということです。これだと、かえって著作権でいった方がよかったかもしれません。ただ、龍の形が一般的すぎるので、著作権でいけるかどうか微妙です。ありふれているので創作的表現とはいえないかもしれません。もう少し工夫を凝らしたリュウだと、著作権でいけると思いますが、ともあれ申し上げたかったことは、2 条 1 項 3 号は結構狭いということです。

逆に、過去いちばん広かったものとしては小熊タオルセット事件(大阪地判平成 10.9.10 知裁集 30 卷 3 号 501 頁[小熊タオルセット])があります。教材 120 ページの図③が原告で、図④が被告です。本件では、デッドコピーと認められているのですが、少し広すぎるのではないかなという気がするのです。図③と④を見ていただくと共通しているのは、まさにクマなのですが、さすがにこのようなものは昔からある商品ですから、これが似ているからというわけにはいきません。これは、あまり要素にはなりません。要素となるのは組み合わせです。クマが何か首に 1 品下げている、さらに手に小さなバッグというか、ポシェットを持っています。それで、横にタオルが付いている、そのような組合せの商品です。

本件には少し事情があります。これは意匠権の保護が無理な事案です。なぜ無理かという意匠権は商品の形状そのものには保護があるのですが、このような配置の工夫には保護が及びません。全部を意匠として登録ができないという事情がありました。そうすると裁判所としては、保護したくなるのかもしれませんが、ただし、これはやはり行き過ぎでしょう。なぜ行き過ぎかという、このくらい違っても、保護されることになってしまうと、クマを置いて、タオルを置くといったコンセプトの商品というのが、独占されてしまうことになるのではないかなと思うからです。ただ、事案はよく見なければなりません。

この事件はさらに特殊な事情があって、裁判所の判断も理解できるのです。なぜかという、教材には 1 つしか掲載していませんが、実は原告は 6 つのタイプの商品を出していたのです。全部同じ商品で、クマが横に行ったり、縦に行ったり寝たりなど、よく 6 つ考えつくと思うくらいシリーズとして並べ方があるので、だからといって、2 つ目を買う人がいるとは思えませんが、とにかく 6 つ並んでいるのです。これに対して被告もよせばいいのに全部図④と同じように、ちょうど反対にした形で、6 つ並べた商品を買っているのです。そこまではいい、そうだなとも思います。問題の 2 条 1 項 3 号は、シリーズでアウトにしないで、個別のものを見ています。こういったタイプのもので、むしろ私が思っているのは、仮に図③の配置がもし有名であるという前提があるとして、図④を見たお子様たち、お母様たち、お父様たちは、おそらく混同するでしょう。そうすると、これは 2 条 1 項 3 号の話ではなくて、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の周知表示の保護ということで、保護すればよかったのではないかなと思います。あるいは周知ではなくても、

シリーズの商品をいちいち真似をして、混同を引き起こすような行為については、1、2 件しか裁判例はありませんが、民法 709 条の不法行為が認められる場合もあります。そちらでいけばよかったです、弁護士さんが 2 条 1 項 3 号しか主張していなかった以上、仕方がないというケースもあるのです。釈明などをして 2 条 1 項 1 号なり、不法行為でやった方がきれいだったような気もしますが、そこまでする必要はないと裁判官が思ったのかもしれませんが。ともかく、デッド・コピーの範囲が広がった事例ですが、やや例外的な事情があったというご紹介でした。次に、行きましょう。

デッド・コピーとはまったく別個の観点から、709 条の不法行為が成立することがあるということで、東京地裁の昭和 63 年の判決(東京地判昭 63.7.1 判時 1281 号 129 頁[チェストロン])を出しました。先ほどは混同行為の話をしたのですが、他に過去にも例があります。不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の制定前ですけれども、デッド・コピー品ではないものについて、不法行為を認めた判決が 1 つあります。それが、チェストロン事件です。

これは原告である町の発明家がプリント基板を使って、アコーディオンの小型の楽器を作ったことから始まります。その原告が、被告となる大手の楽器製造会社に販売してみませんかと言って持ち込んだのです。被告の方は、それを分かりましたと受け取ったのですが、1 年間答えを出さなかったのです。その間、被告は何をしていたかという原告には希望を持たせながら、そのプリントの解析をして、このような構造になっていると理解をして、アイデアは同じ自社製品を開発していたのです。結局、開発に成功した途端に契約はしないということで、切ったというケースです。裁判所は開発者の原告を欺罔して、販売を控えさせたうえで模倣品の開発を行っていたことに着目しました。つまり、契約締結上の過失があるということで契約には至らなかったのですが、不法行為を認めました。こうした別の理由で、模倣品に関して禁止をすることは、十分にあり得るということになります。この場合は、全然商品の形状は似ても似つかぬものだったのですが、今の 2 条 1 項 3 号ができた後でも、こういった要素があれば違法になるでしょう。

### III 適用除外

適用除外で不可欠な形態にいきます。2 条 1 項 3 号括弧書きです。「他人の商品の形態を模倣した商品を譲渡し」のところで、わざわざ「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く」というふうに括弧書きが入っています。これは、競争上不可避的な形態ですが、例えば古い VHS テープの形態をデッド・コピーすることができるのかということです。ビデオデッキがハードとしてやや普及していて、それに差し込むためには、一定の形状を取る必要があります。そういった形状が決められているにも拘わらず、あの形状を取ることをデッド・コピーで禁止をしてしまいますと、VHS テープというその商品自体の保護になってしまいます。

デッド・コピーは原則として禁止ですが、例外的にその商品であるためには、その形状を取らざるを得ない場合には適用除外にしますというのが括弧書きの趣旨です。

1993 年改正後の条文はこうではなくて 2005 年改正で今の条文になりました。2005 年の改正前は、その商品が通常有する形態を除くというふうに規定されていました。最初からこの競争上不可避的な形態を除く趣旨だったのですが、条文が少し不明確でした。

かつて 2 条 1 項 3 号括弧書きが、通常有する形態を除くという時代だったときに、少し条文とは違った趣旨に読み込んだ裁判例が、いくつか現れていました。裁判官の中には、やはりいくつか混乱しかねないので、正しておいた方がいいでしょうと強くおっしゃる方もいて、結局、現在の条文に変わりました。その

きっかけになった判決がいくつかあるのですが、そのうちの 1 つをご紹介しますおきましょう。それは、2 条 1 項 3 号の趣旨を理解するにも役立ちます。

教科書(前掲・田村善之)の 30 ページ、バーコードリーダー事件(東京地決平成 9.11.14 平成 9(ヨ)22045 号[バーコードリーダー一審]、東京高決平成 10.3.19 平成 9(ラ)2479 号[同二審])です。これは仮処分事件ですので、債権者と債務者です。図の①が債権者で、図の②が債務者の商品です。大変似ていますが、判決は 2 条 1 項 3 号で請求を棄却してします。何といったかという、債権者請求についての特徴をいくつか挙げて、「筐体(はこ)が直方体であり、バーコードを読み取れるための窓、コードを備えていることは、固定式バーコードリーダーが通常有する、ありふれた形態にすぎない」です。「固定式バーコードリーダーのビスや、アプリケーションへの取り付け穴の位置や個数は、おのずと制約される。債権者製品において、コードが底面から出ていることも、当該製品の形態を特段、特徴を付けるとものと思われる。窓に着色するとしても、単色であって赤色であることは、債務者の従前製品に見受けられる」こと等を理由に、債権者の製品はこの種商品の有する、ありふれた形態を脱していないと帰結して、その保護を否定したというものです。材質もそっくりで、色もやや黒めで赤の窓ということで、大変よく似ていたのですが、以上のような理由付けで請求を棄却しました。

この発想で、この要件論でいくとかなりきついです。バーコードリーダーで、この 4 つの形状を脱していないといけないというのです。本件のバーコードリーダーは、移動用の機械の中に埋め込む少し特殊なバーコードリーダーでした。ともあれ、バーコードリーダーで、ドラえもん形の形にするわけにはいかないですから、変な形にするわけにはいかないのです。普通は、筐体が直方体になって、窓も備えていて、コードも備えています。取り付け穴の位置は、あまり気にしないでくれといっているから、気にしません。コードが底面から出ています。窓に着色します。いろいろな色の付け方があるが、何かにはなりません。

この i)から iv)までの文章で製品を表現すると、バーコードリーダーはどれも当たります。そうすると、この要件だとバーコードリーダーで一切デッド・コピーを、保護する気はないだろうという、そのような抽象論になっているのです。こういったのはどのような発想かという、特許型の発想なのです。従来製品のバーコードリーダーも、全部こういったタイプの筐体であり、箱が直方体で読み取り面の窓があって、コードを備えています。それから、底面からコードが出ています。色の塗り付け方も単色です。そういったものが従来の製品です。特許というのは、特許権者の製品が、従来の製品に比べて新規であり、かつ進歩的、非容易推考性があることです。そのような形で特許権というのは、従来技術と距離があることを前提にしています。距離があれば、被告に対して保護されるという仕組みです。ところが、デッド・コピー規制というのは、そうではないというのが、私の理解です。デッド・コピー規制というのは、原告と被告の距離が十分近いかどうかを見ることになります。それで、これがまさに特許庁と裁判所の、役割分担にもかかわります。つまり、従来技術との比較を見るのが、特許庁は得意なのです。どうしてかという、特許庁には従来技術が多数の出願ということで、多数の出願情報、技術情報を持っています。

ところが、原告と被告を見るのは、裁判所が大変得意です。当たり前ですけれど、原告と被告の両方が出てきているわけですから、当事者がどのくらい形態が似ているのかとよく分かります。他方で、従来技術との比較に関しては裁判所は不得意です。裁判所は別に出願情報などを持っているわけではないですし、別に技術文献を調べているわけではありません。出てきているのは当事者だけですから、弁論主義で 2 人に頼るにしても、どの程度の資料を収集できるか完全な保証はありません。

話を戻して、裁判所のこの要件論は、従来の特許型の発想で 2 条 1 項 3 号を規律しようとしているので

す。この要件論を真に受けると、教科書(前掲・田村善之)の30ページに書いてある通り、債務者の製品は見ないで、債権者製品だけを見て、従来から見てありふれているかどうかと判断をしているのです。そうすると、著しく保護が狭くなり、否定されやすくなってしまいう問題がありますので、この要件論は取れません。ただ、この事件に関していうと、後からいろいろ見てみると、裁判所の判断は分からないでもありません。なぜかという、本件で問題となった製品は、大きな医療製品の中の取り換え用バーコードリーダーなのです。そうすると、だいたい同じ形状をしないと、使ってもらえない要素があります。ちょうどVHSテープのような製品だったようです。争点になっていませんから、はっきりは分かりませんが、そうだとすれば、そちらを理由に、保護を否定すればよかったのではないかという気がします。そこら辺のところは、訴訟外の事実で私は分かりましたが、訴訟の判決文を見ながらは明確には分かりません。

本判決のような理論でとらえることを防ぐために、現在は条文が改正されて、通常有する形態ではなくて、機能を確保するために不可欠な形態という条文に変わりました。

続いて条文を見ていきます。19条1項5号のロということで、適用除外のもう1つです。「他人の商品の形態を模倣した商品を譲り受けた者(その譲り受けた時にその商品が他人の商品の形態を模倣した商品であることを知らず、かつ、知らないことにつき重大な過失がない者に限る。)がその商品」の取引行為をすることはセーフであるということです。もともと半導体チップ保護法の方にそういった条文があります。それを、やはり使った方がいいでしょう。

何が書いてあるかという、デッド・コピーをした人ではなくて、デッド・コピーをされた商品を譲り受けた人が、取引時点で善意無重過失だったときには、その人がその製品を販売するような、制度にしようという趣旨です。2条1項3号は、自分が模倣したものである必要はありません。他人が模倣したものであっても、デッド・コピーを販売するとアウトになるのですが、それでも登録制度がなくて、不意打ちになってはいけないということで、善意無重過失で取得した人についてはセーフにしてあげようという条文が入っています。

それから次が、19条1項5号のイで、先ほど読んだ条文です。最初に販売されてから、3年を経過した商品のデッド・コピーはセーフです。どうしてかという、私は最初明示的な期間を設けることに及び腰でしたが、今から考えればやはり3年かどうかはともかく、明示的な期間を設けてよかったと思います。私の受け持ちで、「相当な期間」のような抽象的な条文を考えていたのですが、それだといつから保護が否定されるかよく分からないので、年数を決めましょうということになりました。当該商品につき、投下資本回収に必要な期間という形で、抽象的な条文の文言だと、いつまで差し止めなのかが分からないので、萎縮効果が大きすぎるのでやめましょう、明確化しましょうということです。意匠権のインセンティブのことを考え、3年にということになりました。また、今では実用新案権は10年に伸びましたが、当時は6年だったので、5年というのは実用新案権に近すぎるというのも、実は理由になっていました。

保護期間の起算点ですが、これは従来争いがありました、2005年改正で明確になりました。それまでは最初に販売された日から3年としか書いていませんでした。そこで、外国販売を含むかどうかという争いがありました。多数説は、外国販売は含みます。ですから、例えば北欧のスウェーデンの家具などが、1990年に発売されたとしても、日本国内で最初に発売されたのは2005年だった場合に、外国販売を含む説だと、もう3年経過をしているので保護されません。それに対して外国販売を含まない、日本国内で最初に発売された日から数えるという説だと、まだ2年しかたっていないので保護されることになります。

立法者で起草者、それからその多数説は、外国販売を含む説で、今の例の1990年のスウェーデンの

発売例だと、保護否定説でした。私はどうだったかという、気持ちは五分五分だったのですが、理屈からいくとどうかと思って、一応強く、これは日本国内から考えましようと言いました。これは、デッド・コピー規制が、どの国にもあるわけではないからです。私がスイスを読んで真似をしたのですが、はっきり条文があるのはスイスと日本の2つくらいです。条文ではなくて、不正競争防止法の一般条項でやっている国は、他にもあります。しかし、世界各国にあるわけではありません。そういった状況で、日本国内で初めて保護が守られているのですから、デッド・コピー規制で守られた国で販売されて、守られている日本の保護期間で考えた方がいいのかと思い、日本国内というふうを考えました。ただ、これをやると外国企業の方が有利になるので、いかなものかという意見もあります。これに対しては、国内の保護期間が3年以上ではないので、いいのではないかなという気がしています。私以外に渋谷先生が、確か賛成していただいていたような気がしますが、それほど多数ではありません。しかし、いつも言いますが、民法と違ってこの分野は本が少ないので、おそらく3対5位だったと思いますけれども、その程度の少数説だったのです。少し疑問がある条文ですが、理由付けはできます。これは政治判断で、どちらにいくかですが、現在はそのような条文になっています。

#### IV 効果

その他に効果に関してですが、これは不正競争防止法の全般に共通しています。2号1項各号に該当していると、3条で差止請求権が発生します。それから、4条で損害賠償請求権が発生するという仕組みになっています。問題は請求権者ですが、3条では営業上の利益を侵害される、または侵害されおそれのある者が、請求できます。4条では、「営業上の利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずる」とあります。もの大変分りにくい書き方ですが、4条も営業上の利益を侵害された者が、賠償請求できるということが、黙示的に書かれているのだろうと読みます。

したがって、営業上の利益を侵害されるか、侵害された者が請求できそうですが、具体的にはそれが誰なのかということが問題となります。これは商品化した者と考えるべきでしょう。ですから、単なるデザイナーではありません。なぜかという、これは別にデザインの保護ではありません。商品化のための労力、費用を保障しようということなので、商品化した者であろうということです。反射的メリットも書きましたが、これでメリットもあります。デザイナーなどにしておくと、権利が不明確になります。しかし、商品化した者だと、ルービックキューブなどを見たら、デザインをした人が誰かは、よく分からないかもしれないが、販売している人が誰かはすぐ分かります。

登録制度がないですから、権利者が誰かよく分からないときに問題となるのです。例えば、デッド・コピー規制で禁止をされたらたまらないので、許諾を得てから販売しようと思う方がいたときに、その人が許諾を求めに行く先で、権利者が誰かということが、明確に分かった方がいいです。そのようなことを考えると、登録がないような場合には、なるべく分かりやすいところに、権利を集中させた方がいいでしょうということで、商品化した者に権利を集中させた方がいいと、私は考えています。これは、比較的多数説です。

今、問題になっているのが、その商品化したものからライセンスを受けている、独占的ライセンシーが請求権者になっていかどうかです。債権者代理の問題なども絡んで、一応議論に今なりつつありますが、まだ明確な回答は出ていません。肯定した判決が1つ出ていますが、これからだということになります。