

商品形態のデッド・コピー規制の動向 —制度趣旨からみた法改正と裁判例の評価—

田村善之

1 問題の所在

本日は、「商品形態のデッド・コピー規制」についてお話しします。不正競争防止法2条1項3号には「模倣」というかなり広い言葉で一定の不正競争行為に対する規律が制定されています。この条文は、1993年改正で出来上がったものですが、そのときにこの「模倣」とはデッド・コピーのことだということに関しては了解が成立していました。

そうは言っても、「模倣」と規定するだけでは、デッド・コピーよりも広く捉えているのではないかという誤解を生みかねないということで、2005年改正で、「模倣」について定義規定が設けられました。「この法律において『模倣する』とは、他人の商品の形態に依拠して、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。」という規定です。しかし、これだけでは、どれぐらいの範囲が「模倣」と言えるのかということはありません。特に問題になるのが、この実質的同一性を、誰を基準に判断すべきかという論点です。需要者（例えば取引をする者、あるいはそもそも最終的に商品を購入する者）の目で見ると実質的に同一と判断するのか、すなわち、同じような形態だと需要者が思うことで判断するのか、あるいは、デザイナー等の創作者を基準にして判断するのか。具体的には、需要者の目から見ると大きな違いがあるように見えますが、創作者の目で見れば模倣は容易であるといった場合の取扱いが問題になるところです。

実際にこの点が問題になり得たのが、東京地判平成14.11.27判時1822号138頁[ベルーナ・Ryu Ryu]における商品4番のケースでした（本特集の末尾に掲載の第2図参照）。両者は飾りが相当似ていますし、形状もほとん

ど同一です。他方で、いずれの商品も、かなりありふれているように見えるかもしれませんが、もともと衣服は本来、形に限定がありますから、仕方がないところがあるでしょう。

この事件で特に問題になり得たのは、原告の商品と被告の商品は、袖があるかなしかで、ぱっと見た感じは全然違うということです。もっとも、袖以外の胴の方は、模様までもがよく似ている。そうすると、これは、需要者がぱっと見ると全然違う商品のように見えるかもしれないけれども、創作者が見ると、要するに袖を付けただけで簡単な作業が付加されているだけだとわかる事案でした。したがって、どちらの立場を採るかで、もしかすると結論が変わり得る事案であったかもしれません。

判旨を見てみましょう。原告商品と被告商品は、「襟部分にカギ針編みのボルドー色の花モチーフが施されており、その模様、配置、襟の両側の枝状の刺繍のデザイン、小さな葉の形の刺繍もほぼ同一である。」。これに対して、両商品は、原告は袖なし、被告は長袖であり、色調も若干異なるが、原告商品、被告商品とも「前記刺繍部分以外には特段の装飾が施されていないところ、胸元部分にカギ針編みのボルドー色の花モチーフや、枝状の刺繍、小さな葉の形の刺繍はいずれも特徴的なデザイン、配置であって」、原告商品と被告商品は、「これらがほぼ同一であることからすると、上記の違いは、同一性の判断に影響を与えるものではない。」とされています。つまり、袖を切り落としただけで残余は同一の形態の衣服について3号該当性を肯定した判決なのです。

この裁判例は、はっきりと需要者基準か創作者基準かといった問題設定は行っていませんが、看者という言い方をして、需要者基準を明らかに打ち立てている他の裁判例とは毛色を異にするというところがあります。

実質的同一性を誰を基準に判断すべきかという問題について参考にされるのは、結果的に同じようにデザインに関する保護法となる意匠法において、どのような議論がなされているのかということです。意匠法においては、権利範囲を定める概念としての類似性というものが24条にあります。その一方、意匠登録をする場合に既存の意匠とどのくらい異なっていると登録が認められるのかというときに問題になる類似性というものもありまして、類似性概念がキーとなって制度が作られている法律です。そこでは、伝統的に、創作説、すなわち意匠の類似性の判断を創作者であるデザ

イナーの視点で考えるのか、それとも、需要者説、すなわち取引者ないし需要者の視点で考えるのかということが根深く対立しております。私は、需要者説、もっとも、需要者説にも2つ態度がありますが、混同説ではない需要説を採っております。

判例はどうかというと、意匠の世界では看者ということが多いですが、「看る者」、すなわち、需要者説を採用していることは明らかです。意匠の類似性は需要者を基準に判断する旨を明示した最高裁判決があるからです。それが、最判昭和49.3.19民集28巻2号308頁〔ホース〕です。判旨をご紹介しますと、意匠法3条1項3号は、登録意匠に類似する意匠、すなわち登録意匠にかかる物品と同一又は類似の物品の意匠について、「一般需要者の立場からみた美感の類否を問題とする」のに対し、「3条2項は、物品の同一又は類似という制限をはずし、社会的に広く知られた」（当時の条文にそのような要件が入っていますが、1998年に関連する文言が改正された結果、現在では、広く知られているということは要件とはされていません）「モチーフを基準として、当業者の立場から見た意匠の着想の新しさないし独創性を問題とするものであって、両者は考え方の基礎を異にする規定であると解される。」とされています。つまり、3条1項の方に新規性、3条2項の方に特許法の進歩性に該当する非容易創作性という2つの要件があるのですが、3条1項3号の類似性というのは、需要者の観点から見て美感が似ているかどうかを問題にする。これに対して、3条2項の方は、3条1項に掲げられている意匠と仮に異なっても、創作するのが容易だった場合には3条2項で登録を拒否するという形で、当業者の観点から判断します。したがって、両者は、片や需要者基準、片や創作者基準であって、異なる基準を採ることになります。

これが創作説の方ですと、両方とも同じだと言うのですが、最高裁は、条文も違うのだから異なるのだということを言ったわけです。その結論の部分を見てみると、以下のように述べられています。「したがって、同一又は類似の物品に関する意匠相互間においても、その意匠的効果の類否による同条1項3号の類似性の判断と、その一方の意匠の形状、模様、色彩等に基づいて当業者が容易に他方の意匠を創作することができたかどうかという同条2項の創作容易性の判断とは必ずしも一致するものではなく、類似意匠であって、しかも同条2項の創作が容易な意匠にも当たる

と認められる場合があると同時に、意匠的効果が異なるため類似意匠とはいえないが、同条2項の創作容易性は認められるという場合もありうる。

登録の場面では、結局、3条1項3号と3条2項のどちらで登録を拒否するかということだけの問題なのであまり重要ではないと思われるかもしれませんが(特に1998年改正により3条2項適用に関する前述した独自の制約が撤廃されて以降)、意匠法は、一旦登録された後の保護範囲は類似性だけで決し、創作容易範囲まで保護範囲になるといった規定にはなっていない。そうすると、最判の説示は3条1項3号にかかるものですが、もし仮に、意匠法の類似性という概念が3条の登録の場面と24条の権利行使の場面とで変わらないと考えると、これは非常に重要な話でして、3条の方を需要者基準で判断するのであれば、権利行使の場面の方でも、需要者基準で判断するということになるわけですし、実際、後の裁判例はそのように理解して、需要者基準で看者という言葉を使いながら保護範囲を定めているところです。

結論として、最高裁の立場は、意匠法3条1項3号は一般需要者の目から見た美感類否の問題、3条2項は、当業者、当該業界の者から見た創作容易性の有無の問題であり、両者は判断基準を異にする、ということになります。

随分前からこのような最高裁判決があるのですが、最近の意匠法の改正においてこれが条文になりました。侵害の場面の条文ですが、24条2項では、登録意匠の類否の判断は「需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行うもの」であるということになりました。こうした改正に対して、現在は、創作説の方から批判が加えられることがあるという状況です。

この創作説からの、需要者説に対する批判というものがどういうものなのかということを見ておきましょう。特に需要者説の代表格が、高田忠『意匠』(1969年・有斐閣)ですが、この本はそもそも混同説に立っていました。そして、需要者説は、この混同説と同視されることが非常に多かったのです。そうすると、創作説からは、そのような混同説のような意味での需要者説に対する批判として、混同を抑止するというのは商標法の目的であるところ、意匠法は創作法で、創作を奨励するものであるのに、混同という観点を持ち込んではおかしい。すなわち、例えば2つの意匠を比べたときに、非常に目立つところがあるから、需要者は混同する場合があると

する。しかし、非常に目立つところがもともと第三者の他人が以前に創作した意匠の特徴であって、意匠権者の創作した特徴は全然目立たないところにあるとしたら、そのような需要者の目から見た混同という基準で、意匠権者が創作していないところを基準に保護を決めてはおかしいだろうと、創作説はそういう批判をするわけです。その結果、最高裁判決に対しても、混同説を採っていてけしからんというような批判がなされるわけです。

私は、需要者説の中でも混同説ではないタイプの需要説を採っていますので、ここでご説明しようと思います。まず、最高裁判決を見ると、需要者の立場から見た美感の類否の問題だとは言っていますが、混同を基準とするとは一言も言っていない。条文も然りで、24条2項も、需要者の視覚を通じて美感の判断をするというように言っているだけであって、それ以上に混同の有無を問題にしなければならないとは言っておりません。意匠法については、加藤恒久『意匠法要説』(1981年・ぎょうせい)と加藤恒久『改正意匠法のすべて』(1999年・日本法令)という優れた概説書があります。私も『知的財産法』(第4版・2006年・有斐閣)のなかで意匠法に触れていますが、そこでは加藤先生に倣って、需要説で書いています。

需要説の立場を私なりの言葉で表現すると、以下のようなものとなります。意匠法の目的に関しては、確かに混同説は間違いで、明らかに創作の奨励にあり、公正な競争秩序を守るために混同を防ぐということにはない。それは商標法の仕事である。しかしながら、公知意匠と同じような需要を喚起するに止まる意匠は、もはや創作されても意味がない、そういう政策判断はあり得るわけです。また、同じような需要を喚起するような意匠は登録を認めてあげませんよとか、逆に、同じような需要を喚起しているのだったら権利を及ぼしますよとか、そういった政策判断はあり得るわけです。創作説が、意匠法は結局何を目的にしているのかということに関して、デザインの創作を目的としているのだということとそこで止まるのですが、では、この需要説というのは、なぜ意匠あるいはデザインというものの創作を奨励しなければならないのかというもう一段階、メタのレベルまで遡ります。そのうえで、それは、新しい需要を喚起するからだというように説明をする。だから、新しい需要かどうかということが最も重要になります。そして、新しい需要というのは、別に創作者のところまでできるわけではあ

りませんから、新しい需要かどうかは、商品の受取り手、すなわち、需要者（取引者ではなく最終的な需要者）を基準にすべきであるということになります。以上が意匠法の世界で、需要者基準が妥当であると考えられる理由です。

ただ、そうは言っても、混同説に対する批判として創作説が懸念していることはその通りです。そもそも需要説といっても、混同説を淵源とするのではなく、創作説の発展形態なので、同じように考えております。すなわち、意匠法の目的に即して考えると、類否を決する基準として、混同のおそれの有無を基準とするわけにはいかないということになります。つまり、出願意匠の特徴がすでに公知意匠にも顕れている場合には、その部分の共通性に基づく美感の共通性は、意匠の類似性を肯定する方向には斟酌しません。創作された意匠の要部について観察を行います。その要部について、需要者の目から見て、新たな需要を喚起すると言えるか否かを考えるというのが、混同説ではない需要説の拠って立つ基準ということになります。以上が意匠法の話です。

それでは、不正競争防止法2条1項3号の商品形態のデッド・コピー規制ではどうでしょうか。裁判例や意匠法の条文の方で需要者基準とされているのだから、同じデザインの保護法である不正競争防止法2条1項3号も需要者基準でいこうというようにお考えになる方が多数だと思います。しかし、果たしてそれでよいのでしょうか。これを考えるには、やはりメタのレベルにまで遡って、そもそも何のためにデッド・コピー規制ができたのか、本当にデザインの保護が究極の目的なのかということを考える必要があります。

2 商品形態のデッド・コピー規制の趣旨

以下では、不正競争防止法2条1項3号制定過程に関する話を述べたいと思います。1934年に、パリ条約に入るために申し訳程度に作ったのが旧不正競争防止法でしたが、1993年に全面改正されました。1993年の改正点はいくつかあるのですが、目玉の1つはダイリューションに対する著名標識の保護であり、もう1つがこの、不当な模倣行為に対する規律です。改正前の状況はどうだったのかと言いますと、そもそも個別の知的財産法で

定められた知的財産権を有していない、すなわち、特許権や著作権がない場合に、不当な模倣行為を規律する条文は、当時はどこにもないのです。どうしていかとうと、昭和30年代後半くらいから、ドイツ法やアメリカ法の取扱いに倣って、商品形態が非常に有名になって、周知の商品等表示と同視できるような場合には周知表示の保護をするといった形でのやや便法的な保護が図られておりました。

しかし、さすがに周知になるにはそれなりのハードルがあります。もともと、不正競争防止法2条1項3号ができる前のハードルは、今に比べると若干低いのですが、ともあれ、すべての商品形態が周知の商品等表示に該当するわけではありません。技術的形態除外説のような問題もあります。また、民法709条の一般不法行為の適用があるのかということが問題になりますが、これも、ほとんどの場合否定されているという状況です。

ところで、日本は今でこそ知財先進国、知財立国だと騒いでいますが、営業秘密の保護法ができたのは1990年、サービスマークの登録商標の保護制度ができたのが1991年であり、とにかく1980年代後半は、どちらかというと先進国の中では知財後進国でして、不当な模倣行為に対する規律も未整備の制度の1つでした。改正作業の当初の状況を申し上げますと、一般的には、日本の法の中で不当な模倣行為を禁止する条文がないのは問題だと認識されていました。しかし、不正な競争の目的をもってとか、あるいは公正な競争秩序に違反して、他人の商品や営業を模倣する行為はいけませんよといったものが当時の最大公約数的な提案でした。

そのような中で、多少なりとも具体化される提案も出てきたりしていました。例えば、「他人の時間、労力、投資の成果であるデータ、書体、意匠、組版面で、競争上価値のあるものを模倣乃至抽出、又は模倣乃至抽出したものを販売その他の方法で利用」する行為を禁止するという提案がなされたこともあります(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))。そこに掲げられているものは、当時から保護の欠缺が叫ばれているものばかりです。データというのは網羅的なデータベースの保護の問題、書体はタイプ・フェイスの保護の問題です。それから意匠とあるのは、主としてアパレルのことを念頭に置いています。衣服等はだいたい、4カ月、1シーズンで商品のライフサイクルが終わります。それにも拘わらず、当時は意匠登録に3年位掛かったのです。だか

ら、登録しても無駄なので、意匠登録では保護されないものの1つとして以前から指摘されていました。組版面というのは、版面権問題と言って一時期、書籍の版組自体についての権利を認めるべきではないかという動きがあったものです。この提案は、こうした、当時、保護が欠けているものとして議論されていたものを並べてみたというものです。

ただ、この提案もうまくいってないところがありまして、データ、書体、意匠、組版面というように保護対象が特定できるのだったら、不正競争防止法でこの4つをいきなり抽象的にまとめるのではなく、それぞれを保護対象にした独立の制度を作るべきです。そもそも、何故これらのものだけを取り出して、登録制度を用意することなく、いきなり裁判所で保護を求めることができるようにするのか、よくわからないところがあります。

そのような状況の下で不当な模倣行為に対する規律を具体的に立法化する上で、いろいろな意味で応援になったのが、スイスの不正競争防止法のデッド・コピー規制の条文でした(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)参照)。もう1つが東京高判平成3.12.17判時1418号120頁[木目化粧紙2審]の判決です(田村善之[判批]特許研究14号(1992年))。この事件の原告は、木目化粧紙の製造販売業者でした。木目化粧紙とは、机等の家具や建材表面に添付加工するシートで、それなりにお金が掛かっているようです。単純に自然の写真を撮るのではなくて、いろいろな写真を撮ってきて候補の写真を見て、節等を消して、連続してどのくらいの長さにもなるように、ある一定の個所で模様を同じくして連続して印刷ができるような形に加工するのです。作るのにそれなりにお金が掛かる。それを被告がおそらくはフォトコピーをして同じ柄の木目化粧紙にして、それを製造して競合地域で原告より廉価で売ったという事件でありました。

原告の請求では、1つは著作物性が主張されたのですが、さすがに木目化粧紙は天然のものと同じになることを目指しているの、思想、感情の創作的表現とされずに著作物性が否定されています。残るのは不法行為の成否ですが、この裁判例は当時としては極めて例外的に(今でも珍しいわけですが)、不法行為の成立を認めました。結論としては、廉価販売によって余儀なくされた値下げ分、すなわち競合地域で廉価で同じ商品が販売されているため、やむを得ず値下げしたのですが、その分の損害賠償を認

容したという判決が現れました。この判決は事例判決ですから、本件で違法と目すべき事情を全部拾っているものでして、抽象的な要件を何か打ち立てようとした判決ではありませんが、参考になりますので判旨を見ていきましょう。判旨中、控訴人というのは原告のことですが、「控訴人は、原告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、被控訴人は、原告製品の模様と寸分違わぬ完全な模倣である被告製品を製作し、これを控訴人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原告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、控訴人の右行為は、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、法的保護に値する控訴人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。」と判示されています。

このうち最後の文章は、どちらかという理由付けとしての要素が強いのですから、要件にはなりません。その前の文章については、このまま要件化すると、「創作的要素により商品の価値が高まっていること」ということが最初の文章にあって、2番目の文章に「デッド・コピーであること」と書いてあります。3番目の文章に、損害の因果関係の問題なのか、違法の要素なのかよくわかりませんが、この文章の書き方だと違法の要素になっていますから、「競合地域で、一応この事案に即して、しかも「廉価で販売すること」と書いてありますので、合計、3つくらいの要件が抜かれてくるわけです。これをそのまま条文化してよいものかという話になるわけです。

一方、私が理屈で考えるとこうなりますよという提案をしたのが、本件の判例評釈である田村・前掲[判批]であり、さらにそれを立法論として具体化したものが、田村善之「他人の商品の模倣行為と不正競争防止法」ジュリスト1018号(1993年)です。後者は、知的財産研究所に設けられた事実上の改正の準備作業の委員会である不正競争防止法リステイトメント委員会において私が発表した法制度の具体的な提案に手を入れたもので、そろそろよいだろうと思って世の中に出したのが1993年です。これは今となっては歴史的な意味しかない論文でして、この論文は最終的には田村善之『不正競争法概説』(第2版・2003年・有斐閣)[初版・1994年]の中のいろ

いろなところにそのまま使われています。

このジュリストの私の論文では、商品形態についてデッド・コピーであれば即違法であって、それ以上に「創作的要素により商品の価値が高まっていること」や「競合地域で販売する」等の事情は要しないという提案をいたしました。これが1993年の改正に結実するわけです。なぜこのような提案をしたかといいますと、条文を作るときに、そんなものはないと思いますが、単純に公正な競争秩序なるものが世の中にあつて、その公正な競争秩序に違反する行為を違法にしようという提言をするのは、学者や立法者としては気が楽です。公正な競争秩序の内容については後で裁判所で決めて下さいということになるからですが、それでは裁判所も困るでしょうし、予測可能性がなさ過ぎて、市場において実際に競争に晒されている企業もたまったものではありません。しかし、公正な競争秩序なる言葉を用いたとたん、そこで立法論が停止してしまうので、もっと具体的に考えましようというのが私の基本的な発想でした。

なぜ世の中で生じているイノベーションを放置せずに法が介入しなければならぬのか、そこをしっかりと考えましようというのが私の理論です。そこでは、他人の商品の模倣行為が、そもそもすべて当時からして禁止されているわけではないという理解をします。詳細を申し上げますと、まず、世の中には、(a)知的財産権の保護の対象にはならない創作的な商品があります。例えば、タイプ・フェイスであるとか、新種の雑誌といったものです。あるいは、(b)アパレル商品のように審査期間に比してライフサイクルが短いため、工業所有権による保護が大きな意義を持たない商品というものもあります。また、(c)出願していない等のために工業所有権の保護を享受しない創作的商品もあります。こういった(a)、(b)、(c)の商品は、模倣されても法文に保護がないですから、その模倣行為を禁止することができないのになぜ開発されるのかということ、それは新たな商品を他者に先駆けて市場に置くことの利益、すなわち、市場先行の利益があるからでしょう。市場に先行し得たタイムラグの期間中は、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、投下資本を独占的に回収できます。タイムラグが終わると競争になりますが、すでに新商品の販路を確保しているとか、信用、評判を得ているといった事情があるために、有利に競争できるということがあります。このような市場先行の利益

があるからこそ、法的保護がなくても新規商品や営業の開発がされるのでしょ。したがって、市場先行による利益というものが新商品開発のインセンティブとして機能していることになります。

ところが、模倣が自由であることを前提としても、デッド・コピーをされると先行者はかなりきつくなってくるのではないかと考えられます。模倣者は、デッド・コピーにより商品化の時間を節約できますから、タイムラグがそもそも減少しますし、デッド・コピーの模倣者には、複製の費用を除けば、商品化に関する費用はほとんど掛かっていません。かつ、ヒット商品だけを模倣すればよいのですから、ビジネスリスクも負いません。しかも、デッド・コピー品は、代替性が非常に高いです。そのため、デッド・コピーが適法となると、模倣者の方が過度に先行者より有利となって、市場先行の利益と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のではないかと。そこで、明文の知的財産権による法的保護の外側で働いているインセンティブを守るために、明文の知的財産権の外でデッド・コピーを一般におさえるべきだろう、と考えた次第です。

そして、デッド・コピー規制の具体的な設計について考えてみますと、まず、新商品ないしは営業の開発を促進させるような制度設計が考えられますが、営業の方は、デッド・コピーということがあり得ません。コンビニエンスストアや宅配便を真似するには、それなりの投資が必要なので、営業については、市場先行の利益が相対的に機能しています。市場先行の利益がうまく機能しない商品のデッド・コピーだけを禁止して、市場先行の利益というインセンティブを保障する。商品化のために掛けた労力、時間、費用の回収を困難にしないようにする。この限度で不正競争防止法で保障しましょうということです。これ以上に、よりインセンティブの保障が必要な場合ももちろんあります。市場先行の利益だけではとてもやっていけないようなタイプのも、典型例は薬品です。そういったいろいろなタイプのもがありますが、それは、特許権や著作権等の他の法制度でおさえればよいでしょう。タイプ・フェイス等、他の法制度でも保障されないようなタイプのもは、本来それに即した立法を心掛けるべきであつて、不正競争防止法で包括的におさえるのは、商品のデッド・コピーの限度で、というように考えた次第です。

なぜこんな長い説明をしたかと言いますと、今では誰もそのように思っ

ていないと思いますが、実は提案した私にとっては商品のデッド・コピー規制の究極の目的は、デザインの保護にはないということなのです。市場先行の利益を守るために、市場先行の利益を完全に奪ってしまうような特定の模倣行為を一網打尽にしましょうというものです。その結果、デザインに限らず、いろいろな形で市場先行の利益の下、いろいろなものが開発されるでしょう。このように、デザインを保護するというのは、結果でしかないのです。デッド・コピーを禁止しようと思ったら、そのデッド・コピーのメルクマールがちょうどデザインの実質的同一性だったというだけの話です。

要件はまず3原則で、規制行為は、商品のデッド・コピーに限定する。市場先行の利益を定型的に失わせる行為だからです。この他にも確かに特定のアイデアの模倣行為等について、市場先行の利益を失わせるようなものもあるでしょうが、そういうものの判断は、裁判所には荷が勝ち過ぎるかもしれない。商品以外の模倣行為についても保護が必要なことはあるかもしれないけれども、役割分担が大事なので、いきなりすべてをこの不正競争防止法のある1箇条でおさえようとするのがおかしい。そういうものは、市場に委ねたり、工業所有権制度に委ねたりすべきです。不正競争防止法は、そのうちの1つの法律にしか過ぎません。

保護対象は、前掲東京高判[木目化粧紙2審]と多少異なりますが、すべての商品であって、その創作的価値は問わない。なぜかという、創作的価値の判断はそもそも微妙な場合があるので、判断に時間が掛かってしまう。逆に、保護期間は3年に過ぎず、それ以上の保護にはならないので、あまりうるさく創作的価値を言わなくてもいいのではないかと。しかも、デッド・コピーをした人は価値を認めているからコピーしているので、禁止しても予測可能性を害さないでしょう。また、行為態様についても、一般的には主観的な態様として、不正競争の目的といったものが必要だと当時言われることが多かったのですが、デッド・コピーしているのであれば当然に不正競争目的があると行ってよいでしょうと考えましたので、これもいらない。なぜかという、今述べたように、入れたところで意味がない条文になりそうでしたし、そもそも大事なのは、何か公正な競争秩序や市場道徳・市場倫理を守るということではないのです。主観的に、こいつは悪いからやめると言っている法律ではなくて、市場先行の利益なるものを

失わせているから違法にすべきであって、主観的な要素がなくても市場先行利益が奪われているのであれば禁止して十分だろうと考えるのです。

ここまで考えると、どの法律で仕事をするのかということもかなり明らかになってきます。なぜ不正競争防止法で規定するのかという積極的な理由です。工業所有権(今では産業財産権といいますが)という登録型の制度の枠を超えて包括的に世の中に存在している、新商品開発のインセンティブとなる市場先行の利益を担保することがデッド・コピー規制の理由です。そうだとすると、その保護を享受するために、出願、審査、登録という工業所有権の手続きを必要とすることは制度の趣旨に反することが明らかなので、不正競争防止法で規定する必要はありませんが、登録型の法律で行うべきではない。かつ、消極的理由としては、不正競争防止法内にこのような制度を採用しても、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。デッド・コピーに対するものに限らず、より広い保護を受けなければ工業所有権の登録を受ける必要があるからです。また、これは後述の通常有する形態のところに関係してくる重要な話ですが、商品のデッド・コピー規制は、先行者と模倣者の商品の同一性のみを判断すれば、それ以上に商品の創作的要素を問うまでもなく模倣を禁止する制度です。したがって、両者の比較をして、酷似しているときにだけ侵害を肯定し、それ以上に原告商品が従来の商品と比べてどのくらい立派なものか等ということを調べないので、出願、審査、登録という手続きを経ずに裁判所で司法判断を受けさせても、裁判官にとって荷が勝ち過ぎることもないでしょう。こう考えると、別に不正競争防止法である必要はありませんが、登録型のものである必要はなく、いきなり裁判所の判断でよい。そのような法律として当時用意されたのが不正競争防止法だから、不正競争防止法でいきましょうという理屈になるわけです。デッド・コピーに限らず不当な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ありますが、しかしながら行為態様をデッド・コピーに限定することにより、かえって商品の創作的価値を問わないことが可能となりまして、不正競争防止法による保護に適した制度となります。

3 商品形態のデッド・コピー規制の要件論の理論的な検討

以上のような規制の趣旨からすると、3号で言う模倣の意味は、デッド・コピーのことだということになります。当初から裁判所はこのつもりで動いています。その後、2005年改正で実際にこの理が明らかになりました。その条文を見ますと、「この法律において『模倣する』とは、他人の商品の形態に依拠して、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。」となっています。ここでは、形態の酷似性が非常に重要です。

確認になりますが、模倣品がデッド・コピーでない場合には、原則違法の理は成り立ちません。理由としては、アイデアを保護するのであれば、創作的価値があるか否かを判断する必要がありますし、また、特許庁と裁判所の役割分担の問題があります。そういったアイデアの保護に繋がるようなものは、いきなり裁判所で判断するのではなく、特許庁という専門機関の判断を介在させるべきですから、工業所有権で保護すべきということになります。それから、アイデアだけが似ていて形態はかなり違っている、デッド・コピーではないということになりますと、代替性はあまり高くないので、市場先行利益に対する打撃は小さいかもしれません。模倣者も一定の投下費用を掛けていますから、市場先行利益が完全に失われるわけでもないでしょう。だから、例えばリヴァース・エンジニアリングをした結果、抽出したアイデアに基づいた商品を販売することはセーフということになります。

以上が私の議論で、デッド・コピー規制の趣旨を意匠法とは異なって理解していることになります。意匠法は、公知意匠とは異なる需要を喚起するような意匠の創作を奨励する法律ですから、これは需要説で需要者基準になるのは明らかです。ところが、不正競争防止法は、新商品の開発を促進するような市場先行の利益を守るとするのが究極の目的です。そうだとすると、大事なものは市場先行の利益を失わせるような模倣かどうかということです。もちろん、これだけでは具体的な基準としてはあまりにも漠とし過ぎていて通用しませんが、需要者基準か創作者基準か悩んだときにメタの問題として立ち返るべきところはここにあります。

4 裁判例における各種論点の展開と2005年法改正

次に、その後裁判例において、どのように商品形態のデッド・コピー規制をめぐる問題が展開していったのか、また、2005年法改正がそれにどのような影響を与えたのかというその後の展開について話をしたいと思います。

① 「通常有する形態」

1つ目の論点、そしてその後の法改正に結び付いたものが、「通常有する形態」という要件でした。これは1993年改正後、2005年改正前の条文で、今では存在しません。他人の商品の形態の模倣を禁止することになっているのですが、1993年改正法では、「他人の商品の形態」のところに括弧が付いていて、括弧内の文章をいろいろ省きますと、「当該他人の商品と同種の商品が通常有する形態を除く」という条文が入っていました。この結果、条文の文言上は、同種の商品が通常有する形態は保護されないということがわかるわけです。

「通常有する形態」という文言に関しては、私の当初の提案は、「競争上不可避的な形態」に関しては適用除外規定を設けるべきだというもので、概ね支持を受けていました。すなわち、形態を保護すると言っても、世の中には、競争をするためには一定の形態にならざるを得ない場合があるので、そういったものまでデッド・コピーとして規律してしまうと、形態の保護に止まらず、商品のコンセプト保護になってしまう場合があるので、それを防ごうということなのです。例えば、VHSテープは、あの形状をしていないとVHSテープとして市場で競争できませんので、そういった物をデッド・コピーとするわけにはいきません。そのような趣旨で「競争上不可避的な形態」に関しては保護を否定しようという話となっていたのです。ところがその後、法文化作業に移行した後で、「不可避」というような評価的な規範が条文の文言に入るのはまずいという意見が出て、結局、「通常有する形態」に落ち着いたのです。

その後、裁判例のなかには、「通常有する形態」という法文は、競争上不可避な形態の除外という当初の起草趣旨ではなく、むしろ具体的な形態であっても「ありふれた形態」では保護されない、それなりに立派な商品

でなければ保護されないという意味に読もうとする判決が現れることになります。確かに、条文を素直に読むと、そのように読むこともできます。

しかし、当初の起草趣旨に忠実に考えている私の読み方はそのようなものではありませんでした。「競争上不可避的な形態」よりは文言上広く規定されているのは明らかだとしても、結局以下のような読み方をして実際には広げないように読むべきだというものでした。すなわち、2つの商品があったときに、同種の商品が「通常有する形態」とは、抽象度の問題であると捉えます。つまり、例えば、2つのコーヒーカップを見てみると、丸い大きな口があって、カップがあって、取っ手が付いているということでは共通しています。口があって、お椀があって、取っ手がある。こういった、コーヒーカップであれば同種の商品が通常必ず持っている形態のコンセプトが、同種の商品が通常有する形態です。このように、両商品の似ているところが、同種の商品が常に持っているような特徴、形態のコンセプトだったときには保護しないと書いてある条文だ、と読みます。

このような読み方をする場合には、「通常有する形態」という法文を具体的な形態とは理解していないことになります。「通常有する形態」にいう形態は、具体的なものではない商品のコンセプトのようなものと読むのです。「通常有する形態」をこのように読んでおけば、競争上不可避的な形態でない限りは、模倣がデッド・コピーでなければならないことの確認的な規定ということになります。同種の商品が通常有するようなアイデア、形態のコンセプトのようなものは保護しないとやっているに過ぎませんので、この条文がなくても模倣の解釈でいけることの確認だということになります。ただ、競争上不可避的な形態の場合には、同種の商品は皆、具体的なVHSの形状をしていますから、そのような具体的な形態までもが「通常有する形態」に該当する結果、そこまで似ていても規制しないことになる。その意味で、その場合に限って、「通常有する形態」という規定には、模倣がデッド・コピーであることという要件を超えた創設的な意味がある。このように解することで、当初の起草趣旨に即した読み方を可能としようというのが私の解釈論でした。

ところが、先ほど述べましたように、その後、やはり「通常有する形態」を条文の文言通り読みまして、同種の商品からそれなりの飛躍が認められない限りは保護を否定する、つまり、ありふれた形態だったら保護しない

という要件として機能させる裁判例が登場しました。何件かあるのですが、1件目は、大阪地決平成7.4.25知裁集28巻1号164頁〔ホーキンスサンダル〕(後掲第44図参照)です(田村善之「不正競争防止法2条1項3号の制度趣旨とその要件論」日本工業所有権法学会年報21号(1998年))。この事件の先行商品は、ホーキンスサンダルというものです。そして、仮処分ですから債権者、債務者ですが、債権者の商品と債務者の商品がいくつもあって、それぞれラインアップが似ているものが多数出ているということです(後掲第44図参照)。さらに、包装用の箱のデザインやロゴであるとか、商品説明書のデザインであるとか、サンダル底の刻印までもが酷似していた事案でしたが、保護が否定されているのです。実は、この債権者の商品群もビルケンシュトックというドイツの有名なサンダルの、私の目から見るとデッド・コピー品と目してよいものだったのです。他人のものをデッド・コピーしておきながら、他者にデッド・コピーであるとは言えないでしょう、というかなり特殊な事案だったのですが、裁判所が用いた論法は射程が広くて、同種の商品からそれなりの飛躍が認められない限りは、「通常有する形態」でしかないという理由で保護を否定したのです。

確かに、そもそも債権者の商品が他の商品のデッド・コピーだったときに、それはどこの法理でセーフにするのか、条文ははっきり書いていないのです。私は規定の趣旨解釈で請求棄却とすべきだと考えていましたし(田村・前掲『不正競争法概説』320頁)、そうでなくとも、自分で他人のコピーをしておきながら、禁反言的なもので棄却だというような一般論で処理することが可能であるように思うのですが、一般論よりは条文があるのだからということで「通常有する形態」に飛び付いたのかもしれませんが。

もう1件、似たような考え方を採る裁判例として、東京地決平成9.11.14弁理士会判例集203頁〔バーコードリーダー〕(後掲第46図参照)があります。債権者が図①、債務者が図②で、非常によく似ている。いずれも、医療機器内でいろいろなものを読み取るためのバーコードのリーダーです。形態も色もよく似ていて、ビスの取付位置まで似ています。しかし、結論としては、保護が否定されました。原決定は、債権者製品について、筐体が直方体であって、バーコード読み取りのための窓、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であり、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付穴の位置

や個数は自ずと制約されるし、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付けるものとも思われず、窓に着色するにしても、単色で赤色であることは、債務者の従前製品にも見受けられること等を理由に、この種の商品の有するありふれた形態を脱し得ていないと帰結し、その保護を否定しました。

私は、判決の結論については、やはりそれなりの事情があるなと思います。両社のバーコードリーダーは、ある医療用機器のハードの、ある特定の部位に入れ込まなければならない装置です。そうすると、バーコードリーダーを専業で販売しようとしていた債務者にとっては、VHS テープの形状と同様、互換性を確保するためには、どうしてもこの形状で製造しなければならないという事情があったと推察される事案です。したがって、競争上不可避的な形態であるとしてセーフにしてもよかった事案ですが、裁判所が採ったのはそういう構成ではなく、もっと広くセーフにする議論でした。

すなわち、原決定は、抽象的な文章で、債権者の製品だけ睨んで、その製品の特徴を文章で書いています。筐体が直方体である、バーコード読み取りの窓やコードを備えているとか、ビスやアプリケーションへの取付穴の位置や個数、コードが底面から出ている、単色で着色する等。しかし、よく考えると、この文章に当たらないバーコードリーダーは機能しません。バーコードは直方体が自然でしょう。バーコードリーダーである以上、読み取りの窓がなければなりませんし、わざわざ虹色で塗るなんてばかげたことをするのは費用の無駄遣いです。コードを上から出すのは斬新かもしれませんが、非常に取り扱いにくい。このように、債権者の製品のみを睨んで上記のような程度の抽象的な文章で債権者製品の特徴を表記するのは、製品の一般的な特徴を記載したのと変わりません。そうすると、よほど特異な形態の商品でない限り、そのような特徴に該当してしまいますから、ほとんどの場合、債権者製品は「通常有する形態」であるとして、2条1項3号の保護を受けられない結果になります。これは実は、意匠の登録要件よりも高い要求水準です。意匠法は、このようにわざわざ既存の意匠を文章にして今の意匠と比べるようなことはしません。そのようなことをしたら、大半の意匠が登録できなくなるでしょう。要部の比較はしますが、もっと具体的に形状を見て似ているかどうかを比べるのであって、これは

どの要件を課すようなことはありません。

ただ、これらの2件は救いがある、ホーキンスサンダル事件は、先ほど申し上げた通り、債権者の方の商品自体が、そもそも他人の商品のデッド・コピーだった事案ですし、バーコードリーダーも、おそらく互換性確保のための必要性があったと推察される事案でしたから、結論はよいところがありました。

しかし、そういった事情もない普通の商品について、この「通常有する形態」論を使った判決が現れてしまいました。それが東京地判平成17.3.30判時1899号137頁[フリル型カットソー]（後掲第18図参照）です。

原告製品と被告製品は、非常によく似ています。それで裁判所は、「不正競争防止法2条1項3号で保護される商品形態は、必ずしも独創的な形態であることは必要ないが、同号の立法趣旨が資金及び労力を投下した商品形態の開発者の市場への先行利益を保護するものであることからすれば、同種の先行商品に全く同一の形態のものが存在しない場合であっても、既に市場で広く見られるいくつかの商品形態を単に組み合わせただけであって、しかも、その組み合わせること自体も容易であるような商品形態については、同法2条1項3号にいう『同種の商品が通常有する形態』に当たるものと解するのが相当である。」としました。既存の公知の商品形態の組み合わせが容易であれば、保護は認めないという趣旨の解釈を打ち出したのです。

具体的な判断においても、この判決は以下のように判示しています。「前襟ぐりよりも後襟ぐりの方が開いている丸首ネックであり」、「前襟ぐりの中央に取り外し可能なヒモが付いており、当該ヒモを首の後方で結ぶようになっていて」、「前襟ぐりの中央に複数のギャザーが入っており」、「襟ぐり、袖ぐり及び上記ヒモにニットサテン生地を使用し」、「前身頃に4段のフリルが配され」、「上記フリルは、その先端にメローロックが施され、ギャザーを寄せて縫いつけられており」、「着丈はヒップラインが隠れる程度の長さであり」、「裾は中央部分から両脇部分にかけて曲線を描いて下降し」、「薄手のやや光沢感がある天竺の生地からなる」、「ノースリーブ型のカットソー」。そして、こういった形態は、「いずれもそれ自体では独創性の乏しい特徴のない形態である」とされています。そのうえで、「前示のとおり、フリルの配されたノースリーブ型のカットソーとホルターネック

又は丸首ネックとを組み合わせた商品が一般的であるのみならず、Vネック等とホルターネックとを組み合わせた商品……も原告商品の販売以前から市場にて販売されていたことを考慮すると、原告商品のように丸首ネックとホルターネックとを組み合わせることは容易に想到することができたといえ」と判示し、「前襟ぐりよりも後襟ぐりの方が開いている丸首ネック」から「ノースリーブ型のカットソー」までの上記各特徴を組み合わせることも容易であったとされました。その結果、「そうすると、既に市場に存在するありふれた形態である上記各特徴を単に組み合わせたにすぎない原告商品は、前身頃にフリルの配されたノースリーブ型のカットソーとしてありふれた形態であって、原告商品の形態は、同種商品が通常有する形態であるといわなければならない。」とされました。

他方で、こうした裁判例に対抗して、起草趣旨に立ち返る裁判例も2件ほどあります。

1件目が、東京地判平成16.9.29平成16(ワ)5830[チェーン付きカットソー]（後掲第12回参照）です。フリル型カットソーの事件とは別のカットソーが問題となった事案ですが、これも原告商品と被告商品はかなりよく似ています。判決は、まず、「確かに、原告商品における個々の形状に着目すれば、他の商品においても同一あるいは類似の形状が存在し、原告商品のみが有する形状であるということとはできない。」としています。この部分は、前掲東京地決[バーコードリーダー]の手法です。しかし、東京地裁はそのような枠組みを採らず、「しかし、同種の商品が通常有する形態であるかどうかは、商品の形態を全体的に観察して判断すべきところ、原告商品の形態は、AからGまでの各形状の組合せで構成され、原告商品と同様の組合せを採用した他の同種商品が存在しないこと、原告商品の形状E、F等の特徴的な形状であるといえること等に照らすならば、原告商品の形態が、個性を有しない形態であるとはいえない」、つまり、個性があればよいという言い方をしたわけですが、全体的な観察で個性があればよい、他と違えばよいとされました。このAからGをここで見てみますと、A「襟ぐりを前後ともやや丸みを帯びたV字カットとし」、B「そのV字上の正面中央に生地と同色染の小さいリボンを付し」、C「その中央リボンの位置から両脇にかけて切替えを入れ」、D「その両胸の切替えの中央に複数のタックを入れ」、E「両肩部分を渡すように3本の銀色のチェー

ンが付けられており」、F「そのうち2本がパールチェーンになっていて、チェーンは3本まとめて両肩部分で取り外し可能になっている」、G「ノースリーブ形のややモヘヤ様の生地からなるカットソー」と判示されております。一方、被告商品の形態も、A'「襟ぐりを前後ともやや丸みを帯びたV字カットとし」、B'「そのV字上の正面中央に生地と同色染の小さいリボンを付し」、C'「その中央リボンの位置から両脇にかけて切替えを入れ」、D'「その両胸の切替えの中央に複数のギャザーが施され」、E'「両肩部分を渡すように3本の銀色のチェーンが付けられており」、F'「そのうち2本がパールチェーンになっていて、チェーンは3本まとめて両肩部分で取り外し可能になっている」、G'「ノースリーブ形のややモヘヤ様の生地からなるカットソー」ですから、原告製品と被告製品は、形状が若干異なりますが、ほとんどそっくりであった事案です。こうした原告製品の特徴について、前掲東京地判[フリル型カットソー]の立場であれば保護を受けない可能性があるのですが、本判決は、先ほどのように、こういった形態は、それぞれは全部あるのだけれど、これを全部組み合わせたものは過去にない、全体で見ると個性があるということを理由に、保護を否定しなかったわけです。

さらにもう1件、起草趣旨に立ち返る裁判例があります。それが、先ほどの前掲東京地判[フリル型カットソー]の控訴審の知財高判平成17.12.5平成17(ネ)10083[フリル型カットソー2審]で、原判決を取り消しています。この判決では、「不正競争防止法2条1項3号は、商品形態についての先行者の開発利益を模倣者から保護することを目的とする規定であるところ、同号の規定によって保護される商品の形態とは、商品全体の形態であり、また、必ずしも独創的な形態である必要はない」とされています。そして、以下では前掲東京地判[チェーン付きカットソー]の立場を採りまして、「そうすると、商品の形態が同号の規定にいう『同種の商品が通常有する形態』に該当するかどうかは、商品を全体として観察して判断すべきであって、被控訴人の主張するように、全体としての形態を構成する個々の部分的形状を取り出して個別にそれがありふれたものかどうかを判断した上で、各形状を組み合わせることが容易かどうかを問題にするというような手法により判断すべきものではない。」とされました。「被控訴人の主張するように」と判示していますが、要するに前掲東京地判[フリ

ル型カットソー]のようにするのはよろしくない、ということになります。そして、上記記載の「形状からなる原告商品の形態は、ノースリーブ型のカットソーであることから必然的に導かれる形態ということではできないし、何らかの特定の効果を奏するために必須の技術的形態ということもできない。」、つまり、この判決では、「通常有する形態」について、全体で見ましようということが強調されているわけです。そして、もともと狙いは競争上不可避的な形態にあったのが、様々な事情で、「ありふれた形態」が入ってきたのですが、基本的には競争上不可避的な形態と理解すべきである、そういう考え方が示されたこととなります。

こうした裁判例の動向を受けて、結局、2005年法改正では、後者、つまり、前掲東京地判[チェーン付きカットソー]や前掲知財高判[フル型カットソー2審]の立場で決着することになります。改正前は「通常有する形態」という条文だったのが、改正後は「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」になりました。

② 部分の模倣

裁判例で議論がなされている2つめの論点は、部分の模倣問題です。商品の形態中の一部のみが酷似している場合にまで、模倣を肯定すべきかという問題です。

まず、原則論をいえば、これは肯定すべきではありません。規制行為を商品のデッド・コピーに限定した趣旨を無意義にしないためには、商品全体が酷似しているときだけ侵害を肯定すべきだからです。商品の特徴的部分なるものだけが似ているから模倣を肯定すると考えると、結局、その特徴的部分が非常に創作的な部分かどうか等々を判断しなければならないわけですし、それは裁判所にとって、荷が勝ち過ぎることになります。

もっとも、商品全体が酷似しているときだけ模倣を肯定するという考え方を貫徹すると、問題が出てきます。例えば、バイクの中のミラーの部分だけ模倣して、ミラーを単体で販売した場合を考えると、原告がミラー単体で販売していれば侵害が肯定されるのは明らかですが、原告はミラー単体で販売していないときにどうするかという問題が生じて参ります。この位になりますと、模倣者が市場先行利益を害していることは明らかですの

で、何か解釈を考えなければならない。そこで、私は、こういった形で、商品全体の中の一部ではあるけれども、単体の商品としても取引される部分の形状に関しては、商品の一部であっても商品の形態になり得るものだから、条文の解釈としても、「商品」(2条1項3号)の形態と考えるべきだと論じたのです。部分であっても、単体の商品として取引し得る部分については全体模倣と同視する、という解釈論を提示しています(田村・前掲『不正競争法概説』302~303頁)。

裁判例では、東京地判平成17.5.24判時1933号107頁[組立マンホール用足掛具](後掲第42図参照)があります。マンホール用足掛具の脚部のみが同一であったため、部分の模倣の問題になりました。脚部の部分単体では取引されませんので、私の議論でもほぼ保護を否定せざるを得ないものです。判決では、「商品の形態の一部分については、それ自体独立して譲渡、貸渡し等の対象となる部品である場合には、その部品の形態は『商品の形態』であるといえるが、商品の形態の一部分が、独立した譲渡、貸渡し等の対象でなく、販売の単位となる商品の一部分を構成しているにすぎない場合には、当該一部分に商品の形態の特徴があつて、その模倣が全体としての『商品の形態』の模倣と評価し得るなど特段の事情がない限り、原則として、その一部分の形態をもって『商品の形態』ということとはできない。」とされました。前半部分は私の見解と同じで、商品形態の一部であっても、独立した譲渡・貸渡しの対象になる、すなわち、独立して販売の単位となるような商品であれば保護する、バイクのミラーであっても保護するということとなります。

ただ、1箇所、私とは異なる判示があります。それが、「当該一部分に商品の形態の特徴があつて、その模倣が全体としての『商品の形態』の模倣と評価し得るなど特段の事情」という説示です。このようなことを言わなくても、要するに全体の模倣と同視できると言えばよく、あとは「特段の事情」次第ではないかと思うのですが、それはともあれ前掲東京地判[組立マンホール用足掛具]では、こうした例外のようなことを判示しています。

この説示が当てはまり得る事件としては、一戸建ての組立式住宅である積水ハウスの事件があります(大阪地判平成15.10.30平成14(ワ)1989他[積水ハウス]、大阪高判平成16.9.29平成15(ネ)3575[同2審]) (後掲第

47図参照)。一戸建ての正面が似ていたというケースです。内部と裏は全然違うのですが、家にとって正面は非常に大事だと思いますので、私もこの場合には全体の模倣と同視します。もっとも、その事件では、後ろも違うし、そもそも正面もそれほど似ていないと判断されて保護が否定されました。

同じような論点が問題になった判決は最近も出ていまして、知財高判平成20.12.24平成20(ネ)10051[四国八十八ヶ所お砂踏本尊]という事件です。被告の所有する仏画を写真撮影して、その写真の複製物を書籍に掲載した原告が、当該原告の書籍に掲載された写真の複製物をさらに撮影した写真を用いて上記仏画の御札を制作、販売した被告らに対し、不正競争防止法2条1項3号に基づき損害賠償を請求したという事件です。原告としては、とにかく被告自身で撮れと言いたいというケースです。これが仏画ではなく仏像だったら、立体的なものを写すには、それなりの工夫が必要ですので、著作物性を肯定することもできたでしょう。しかし、平面的なものを平面で撮る場合には、著作物にならないというのが現在の裁判例です(東京地判平成10.11.30昭和63(ワ)1372[版画事典])。したがって、原告は著作権で請求を立てることはできない。そこで持ち出したのが、2条1項3号だったということなのです。しかし、裁判所に「同号にいう『商品』とは、競争の目的物たり得るものとして独立して取引の客体とされているものをいい、ある商品を構成する要素の一部であって、それ自体が現に独立して取引の客体とされていないようなものは、ここにいう『商品』には該当しないものと解するのが相当である。」とされまして、あっさり棄却されました。この判決では、2条1項3号の「商品」については、やはり、独立して取引の客体となり得るかという点が重要だというメルクマールが確認されたということになります。

③ 内部の模倣

3つ目の論点として、内部の模倣問題があります。この問題は、その後、条文化されたばかりでなく、意匠法と同じように不正競争防止法2条1項3号を捉えるかどうかという点でも、理論的に重要な論点です。ここでは、商品の内部の構造が3号の保護を享受するかということが問題になっています。

裁判例としては、大阪地判平成8.11.28平成6(ワ)12186[ドレンホース]という事件があります。水流の出を良くするためかもしれませんが、ドレンホースの内部は、単なる空洞ではなく、渦のような刻みが設けられています。外から見たらただのホースで、それこそありふれた形態の典型ですが、そのホースの中の形状に特徴があって、そこが似ていたという事案で、2条1項3号の保護が求められたケースでした。判決では、内部の形状は、2条1項3号でいう「商品の形態」に当たらないとされて、保護が否定されました。

もう1件、東京高判平成13.9.26判時1770号136頁[小型ショルダーバックI2審](後掲第20図参照)があります。この事件では、内部の構造が似ていることも斟酌されています。原告商品及び被告商品の内部の構造がショルダーバックI内観図のようになっていきますから、見るからによく似ているものでした。裁判所は内部がよく似ていることを、デッド・コピーを肯定する方向で斟酌したのですが、その際の理屈としては、この種の実用的な小型ショルダーバッグにおいては、需要者は、入りがよいとか、ここにこういうものが入れられるか等で確かに内部構造も見て、確認した上で購入するかどうかを決定するから、というものでした。これはドレンホース事件と違うことを言っているのではなくて、需要者が取引において視認しない内部の構造については、やはり保護を否定する趣旨なのです。

これは意匠法においては通説的な解釈であり、需要説の立場から説明できます。つまり、美感を欠く等、取引において視認されないようなものは、新たな需要を喚起しないのです。だから、ホースの内部に渦のような刻みが設けられているという形状によって、いかに水流が出易くなったり、あるいはごみが詰まらなくなったりとか、いろいろなよい機能があっても、それはあくまで機能です。デザインが需要を喚起したわけではありません。そういった機能の保護は、特許法の問題、あるいは実用新案法の問題で、意匠法はこの解釈でよいのです。

しかし、市場先行の利益の保護を目的とするデッド・コピー規制においては、視認し得ない構造であっても、模倣によって費用を節約できる以上は、2条1項3号の保護を享受すると解すべきです。視認し得ない構造の例としては、ドレンホースの例でもよいですし、たとえば、消化し易い薬剤の微細な顆粒の構造のようなものも考えられます。特許が取れていれば

それで解決しますが、特許がないと仮定した場合に特に問題になります。薬剤の購入者は、デザインに興味があるのではない、いかに消化し易いかに興味があるわけです。薬剤の購入者は、あるいは購入を指示した医師も、一般的には微細な顆粒の構造がどうなっているか、顕微鏡を取り出してしげしげと観察することはないでしょう。こうした視認されない内部の構造については、デザインとして新たな需要を喚起するものではありませんから、意匠法の保護対象にはなり得ません。意匠法の保護対象になり得るのは、顕微鏡で見て取引することが、通常の場合でなければなりません(知財高判平成18.3.31判時1929号84頁[コネクタ接続端子])。ですが、不正競争防止法2条1項3号の制度の趣旨からすれば、消化し易い薬剤の顆粒の構造のようなものは、各社が飲み易さとか消化のし易さで競争している中で、先行の投資にただ乗りする行為ですから、3年間はデッド・コピーで保護すべきだというのが私の理解です。

ところが、2005年改正法2条4項では、前掲大阪地判[ドレンホース]や前掲東京高判[小型ショルダーバックI2審]といった裁判例が法制化され、「この法律において『商品の形態』とは、需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感をいう」という条文ができあがって、通常視認し得ない形状は保護される形状には含まれないことになってしまいました。後半部分はすぐ後で紹介しますが、ここで問題となるのは前半部分です。通常の用法に従った使用に際して、知覚によって認識することができなければならないとされてしまったのです。不正競争防止法がデザインの保護法だということになれば、このような規定の仕方もあり得るところですが、市場先行の利益を守るための法ということになれば、このような規定の仕方にはなりませんので、本当に残念な改正です。

④ 色彩・光沢・質感

補足しますと、この2条4項の改正の際に「色彩、光沢及び質感」という文言が新しい条文に入りました。これも既存の判例を条文化しようということですが、もっとも、読み方に注意が必要です。

きっかけとなったヌーブラの事件(大阪地判平成17.9.8判時1927号134

頁[ヌーブラII]、大阪高判平成18.4.19平成17(ネ)2866[同2審]) (後掲第36図参照)を見てみましょう。原告商品と被告商品はそっくりですが、これは競争上不可避免的な形態です。ヌーブラとして成り立つ以上は、四角になっていたら大変で、こうならざるを得ません。こういったものは、そもそもびったりはまるかどうか、落ちないかということも大事ですが、肌触りも重要ですから、質感が重要になってきます。判決では、原告と被告の商品は質感が異なるということで、保護が否定されました。「色彩、光沢、質感」という文言は、これらの裁判例を受けたものです。

改正後も、光沢、色彩の相違を理由に実質的同一性を否定した判決が出ています。大阪地判平成21.6.9平成19(ワ)8262[アトプロデュース化粧品容器](後掲第37図参照)です。原告と被告の商品は似ているように見えるかもしれませんが、化粧品の容器である以上、だいたいこうならざるを得ないように思います。また、このような商品全体のラインアップを取りそろえること自体の保護は、商品を超えますから2条1項3号では考えていないのです。そこで、個々の商品を見てみると、光沢等は微妙に異なり、色彩も質感も若干違いますから、こうした要素の違いを理由に保護を否定した判決です。

以上、2つの事件をご紹介しましたが、結局どちらの判決でも、「色彩、光沢及び質感」については、それを異にする場合に、いずれも保護を否定する方向に斟酌されるという使われ方になっています。しかし、判決が1件出ただけで、当該判決の事案を超えた射程を有する抽象的な条文を導入しようとする、起草者が想定していないあまりよろしくない付随的な結果を随伴しかねない場合があります。第一に、「色彩、光沢及び質感」だけが似ている場合に、それだけを理由に保護が及んでしまうとすれば、2条1項3号は、これまでどの知的財産権も果たせなかった相当に広範な保護を与える条文だということになりますから、そのような解釈は採用すべきでないことは明らかでしょう。第二に、それでは保護を否定する方向のみこれらの要素を斟酌するとしても、これらの要素は明らかにある特定の場合に限って保護を否定する方向にだけ働くというように限定的に理解すべきです。この規定の仕方では、少しでも色彩や光沢、質感を変えれば全部セーフなのかと思われかねませんが、異なる色彩を用いることなど簡単にできてしまうからです。2条1項3号は迂回容易な実効性に乏しい規

制だということにならないようにするためには、「色彩、光沢及び質感」はやはり、あくまでも付随的な要素であり、しかも常に考慮すべきものではありません。色彩、光沢、質感なるものが非常に重要な商品のときに限って、これらが斟酌されるという程度に理解しておいた方がよい条文です。前掲大阪高判[ヌープラⅡ2審]も、カップ部分の質感や艶は女性の消費者がブラジャーの購入に際し着目する重要なポイントであることに着目して、質感等の差異を実質的同一性を否定する方向に顧慮することを許容した判決に過ぎないということを銘記しなければなりません。

結論としては、広汎な禁止権の出現を防ぐために、色彩、光沢、質感の同一性のみで保護を基礎付けると考えるべきではなく、色彩、光沢、質感はそれを異にする場合に保護を否定する方向にのみ斟酌されると考えるべきです。逆に、簡単な迂回を許し、規制の実効性が失われることを防ぐためには、商品の性質上、色彩、光沢、質感が需要者の購買動機となっていることが明らかな場合に限り斟酌すべきだということになります。

5 裁判例における実質的同一性の判断基準

さて、以上、いろいろな論点をご紹介しましたが、最も大切なことは、2条5項の実質的同一性の具体的な範囲はどのように決まるのかということです。

簡単に言うと、酷似している場合には規制されることは明らかです。問題は、酷似していない場合です。需要者基準か創作者基準かということに関しては、趣旨に鑑みる場合には、私が先ほど申し上げた通り、これは創作者基準を採るべきです。ただ、2条5項で視認の条文が入ってしまったので、これからは、需要者基準が多数説を占めてしまうのかもしれませんが。

もっとも、私のように創作者基準で考えたとしても、2条1項3号では、アイデア保護を否定するとか、裁判所と特許庁の役割分担等の問題があったので、広範な保護は慎むべきことには変わりはありません。つまり、改変が容易であることが裁判所において明白な場合に限って、デッド・コピー該当性を肯定すべきです。

ここで、改変が容易という基準を掲げたのは、需要者目線で似ているかどうかを判断するのではなく、創作者目線で改変が容易かどうかを判断し

るという趣旨です。ただ、裁判官に荷が勝ち過ぎるという問題があるので、改変が容易であることが明白な場合に限って、すなわち、袖を付けるのは簡単だとか、色彩を変えるのは簡単だというときに限って、デッド・コピー該当性を肯定すべきだというのが私の提唱する基準です(より詳しくは、蘭蘭「商品形態の実質的同一性判断における評価基準の構築—近時の裁判例を素材として—」本誌本号掲載参照)。

裁判例を見ていきましょう。

まず、形態が酷似している場合には、ほとんど気にせずに保護を肯定していきます。大阪地判平成10.9.17平成7(ワ)2090〔網焼きプレート〕(後掲第4図参照)では、原告商品と被告商品は非常によく似ていますから、ほとんど迷わずデッド・コピーに該当します。東京地判平成9.6.27平成8(ワ)10648〔結露水掻き取り具(霜取りゾウくん)〕(後掲第7図参照)や東京地判平成10.2.25平成9(ワ)8416〔ニュータマゴウォッチ〕(後掲図第5図参照)、東京地判平成11.6.29平成9(ワ)27096〔ファッション時計〕(後掲第8図参照)も酷似している例です。

他方で問題になってくるのは、多少の改変がなされている場合ですが、先ほどの基準で考えれば、その改変に費用が掛からないことが明白な場合には、やはり保護を肯定してよいということになります。その例が前掲東京高判〔小型ショルダーバックⅠ2審〕(後掲第20図参照)です。図を見て頂くと、原告商品の外側の形状に対して、被告商品はさらに機能が1個増えていてポケットが1個付いている。しかし、原告商品を前提にポケットを付けるのは非常に簡単です。このポケットは、需要者の目から見てもそれほど特徴的ではないから同じなのかもしれませんが、例えばポケットが非常に目立っているとか、アニメキャラクターの絵が描いてあるとか、色彩が全然違うとか、質感が違うとかで、需要者の目からすると相当に異なるものである場合であっても、やはり基本的な骨格を真似しているとすれば、ポケットの追加は骨格の改変に比べれば容易ですから、保護を肯定してよいでしょうということです。

東京地判平成13.12.27平成12(ワ)20801〔小型ショルダーバックⅡ〕(後掲第21図参照)も見てください。原告商品と被告商品で何が違うかというと、取付部分の位置が違います。ぴたっと留めるための金具が、原告商品では縦に付いているのに、被告商品では横に付いていて、だいぶ違うと

ころにあるのです。その他にもいくつかの違いがあるのですが、全体から見れば改変が極めて容易であることが明らかだと思いますので、この程度の違いは無視して保護を及ぼしてよいだろうということになります。

さらに、前掲東京地判[ペルーナ・Ryu Ryu]は、最初にご紹介しましたように、袖を付けているだけですから、改変は容易です。したがって、保護を及ぼした判決の結論は正しかったということになります。

それ以外の裁判例は、穏当と思われるものがほとんどです。もっとも、特に初期のころに判断が揺れていて、疑問に思われる裁判例が2つほどあります。1つが一連のドラゴン・ソード・キーホルダーの事件です(東京地判平成8.12.25平成7(ワ)11102 [ドラゴン・ソード・キーホルダー]、東京高判平成10.2.26平成8(ネ)6162 [同2審]) (後掲第34図参照)。これは実は1993年改正法の2条1項3号の最初の適用事例で、一番難しいのが来てしまったのです。原告商品と被告商品は、非常によく似ているように見えますが、実は大きさが違います。被告商品は、原告商品に比べて長さで1.5倍位、面積で2倍位で、質感もかなり違います。裁判所に出すときは、両商品をいかに似せて写そうかということで、いろいろと縮尺を変えて写しますから、写真だけを見る限りは似たように見えるのですが、大きさや質感が違います。よく見ると形状も違います。十字の剣に竜が巻き付いているのは一緒ですが、被告の方は双頭の竜で、原告と異なります。地裁(前掲東京地判 [ドラゴン・ソード・キーホルダー])は、デッド・コピーを肯定しましたが、高裁(前掲東京高判 [同2審])は、質感が違って形状も違うということを理由に保護を否定しました。しかし私は、本件では保護を肯定してもよかつたのではないかと思います。問題の焦点は、裁判所の荷が勝ち過ぎるかどうかですが、本件の商品は著作物型です。こういったケースでの類似性の判断は、著作権の方で頻繁に行っていますので、これは保護という結論でもよかつたのだらうと思っているケースです。

もう1件、逆に保護が広過ぎるだろうというのが大阪地判平成10.9.10判時1659号105頁 [小熊タオルセット] (後掲第24図参照)です。クマのぬいぐるみに、タオルと小物入れのような物がセットになった商品です。ぬいぐるみは、ずいぶん前からある商品ですから、これ自体の類似性は関係ない点は重要です。本件では、原告の6種類のセットに対して、被告商品は、原告商品の左右対称を逆にしただけか、そもそも左右がないので同じ

にしか見えないセットが6種類あったという事件でした。被告は、6種類の商品に逐一对応する商品を作成したという意味で、計画的模倣といった別の法理で違法にしようというようなことを提唱する方がいるかもしれませんが、それはそれとして、少なくとも2条1項3号は、基本的には個別の商品の形態で考えていくものです。したがって、商品の形態を考えると、裁判所は2条1項3号の保護を認めているのですが、この配置で保護を認めてしまうと、結局クマのぬいぐるみとタオルを組み合わせて配置するというコンセプトの独占を許してしまいますので、この結論は行き過ぎではなかったかと思えます。確かに、このようなディスプレイについては意匠登録を取ることは困難ですし、被告商品は明らかに原告商品6つ全てを真似ており、悪質であったといったような事情も裁判所の結論の背景にはあるのかもしれませんが、私は、むしろこういうものこそ2条1項1号の周知表示の問題として扱うべきだと思います。もしこの原告商品の配置が周知であったということであれば、混同を防ぐためには保護してもよいと思いますが、周知にまで至らないのであれば、被告の商品は容認しておいてかまわないでしょう。原告はそのような商品のコンセプトをそれなりに工夫したのだと思いますが、形態の開発と比すれば、並べること自体にそれほどお金は掛かっていないように思えますから、混同を防ぐという消費者の利益が絡まないかぎり保護はしなくてよいように思います。

6 その他の論点

最後に、その他の論点を少し扱います。

① 依拠

模倣には、実質的同一性以外にもう1つ、依拠して実質的に同一の形態の商品を作り出すという、依拠の要件があります。今までは、この要件が問題になることはほとんどありませんでした。だいたい同じ業界で商品形態が同一であれば、それは、知っていて似せたでしょう、ということになりますから、事実上、独立した要件として問題となることは少ないのです。

そのようななかで、この依拠の要件を否定できる例として想起されるのは、独自開発の抗弁です。たまたま似てしまっている、アクセスも否定で

きないけれども、私は前からこのコンセプトで作っていたというような形で、デザインの創作過程を言えるときです。これは抗弁ではなく否認ではないか、と言われることもあります。依拠というものは規範的な構成要件であると私は考えていますから、それを構成する具体的な事実が主要事実であり、ゆえに独立開発の抗弁は否認ではなくて抗弁だと理解しています。気になるようでしたら、間接反証と理解されてもよいかもしれません。民訴の話なので、ここでは省略します。

裁判例でも具体的に問題となった事例が現れています。それが、東京地判平成19.7.17平成18(ワ)3772 [アルページュ・レース付き衣服] (後掲第3図・19図・23図・33図参照)です。本件は、問題となった4点の衣料品のうち、3点は実質的同一性が肯定され、そのうち2点は依拠も肯定されたのですが、残り1点(被告商品B) (後掲第23図参照)については実質的同一性は肯定されたものの依拠の要件が否定されました。被告商品のデザインの開発過程が証明された結果、原告商品が市場に出るより前に、被告の方がすでにデザイン画を作っていて、これがたまたま似たに過ぎないということになりまして、依拠が否定されました。こういった形で依拠が否定されることがあり得るのだということがわかる例です。

② デッド・コピー品のデッド・コピー

原告商品と被告商品が非常に似ているのだけれど、じつは原告商品も第三者の商品をデッド・コピーした商品に過ぎなかったという場合をどう扱うのかという論点もあります。「通常有する形態」であるということで保護を否定するという方策を用いた判決として、前掲大阪地決 [ホーキンスサンダル] があることはすでにご紹介いたしました。この条文がなくなった以上、この手法を採用することはできません。その後の裁判例では、同一の形態の商品が他にあることを理由に、原告と被告の商品に共通している要素は原告商品の特徴ではないという形で、デッド・コピーを否定する手法を採る判決解釈論を採用する判決もあります(前掲東京地判 [ペルーナ・Ryu Ryu] の商品7番の黒色の婦人用財布 (後掲第43図参照) に関して)、デッド・コピー概念を相対化させないためには、私自身は、前述したように、このような場合、制度の趣旨解釈からして、原告は請求権者たり得ないと言え十分であるように思っていますし、裁判例でもその旨

を説くものがあります(東京地判平成13.8.31判時1760号138頁[エルメス・バーキン] (後掲第45図参照))。

[付記] 本稿は、2009年8月5日から9日にかけて北海道大学情報法政策学研究センターで開催されたサマー・セミナー「最新の知的財産訴訟における実務的課題—著作権・不正競争・商標編—」における「不正競争防止法(形態の保護)」(8月7日午前の部)と題する筆者の講演録である。講演は、北海道大学大学院法学研究科研究生の蘭蘭さんの示唆的な論文(「商品形態の実質的同一性判断における評価基準の構築—近時の裁判例を素材として—」本誌月号掲載)から得た知見をもとにしており、また、講演を活字化するに際しては、北海道大学大学院法学研究科専門研究員(当時)の時井真さんの懇切丁寧な作業のお世話になった。記して感謝申し上げます。