



Title	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
Author(s)	蘭, 蘭
Citation	知的財産法政策学研究, 25, 67-101
Issue Date	2009-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43616
Type	departmental bulletin paper
File Information	25_67-101.pdf



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—

蘭 蘭

- 一 序
- 二 相違の程度からみた実質的同一性の範囲
 - 1 序
 - 2 相違の程度からみた実質的同一性の範囲
 - (1) 外観上特段の相違がないケース—肯定例タイプその1
 - (2) 容易に目に留まる相違があるケース—肯定例タイプその2
 - (3) 容易に目に留まる相違があるケース—否定例タイプ
 - 3 小括
- 三 共通点と相違点の評価基準
 - 1 需要者基準
 - (1) 学説および裁判例
 - (2) 需要者基準の評価
 - 2 開発者基準その1—後行者の開発行為に着目するアプローチ
 - (1) 学説および裁判例
 - (2) 後行開発者基準の評価
 - 3 開発者基準その2—先行者の開発行為に着目するアプローチ
 - (1) 学説および裁判例
 - (2) 先行開発者基準の評価
- 四 結語

一 序

不正競争防止法2条1項3号（以下、3号という）は、他人の商品形態を模倣した商品を譲渡等する行為を不正競争行為として規制している。ここ

という「模倣」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」を意味する(2条5項)。したがって、「模倣」に該当するというためには、原告の商品形態と実質的に同一といえるほど酷似した商品形態を作り出したこと(実質的同一性)、および原告の商品形態に依拠したこと(依拠性)の2要件を充足することが必要となる。

3号は、規制対象について何ら枠を設定しておらず、すべての商品を含む構造になっているため、商品の種類や性質によって重視される考慮要素が必ずしも均一ではなかった。平成5年の制定以来、3号に関する裁判例は集積されつつあるが、「模倣」該当性の判断においては事実認定が大きな割合を占めており、裁判所の判断の相場観をつかむことが難しい状況にあった。

そうしたなかで分析の糸口を与えてくれるのが、原告商品と被告商品(以下、原被告商品という)の間の相違点や共通点についてどのような観点から評価を行うのかという評価基準の問題である。評価基準の問題に対する従来の裁判例のアプローチを整理すれば、(1) 需要者・取引者に与える印象を重視するもの、(2) 被告の模倣行為に着目するもの、(3) 原告の開発行為に着目するもの、という主に3つの立場に分類することができる。これらの立場を理解する上で有益な素材となるのが、近年増加傾向にある衣服関連商品のケースである。

まず、(1)の典型例としては、〔セ・ラ・ヴィ婦人服〕事件¹がある。例えば、商品3番のパレオ付パンツ【後掲第1図参照】について裁判所は、「パレオ付パンツの需要者・取引者にとって、パレオの形態は、商品から受ける印象において大きな部分を占めるものと解されるところ、被告商品のパレオの形態は、……帯状でフレア状の裾部分が継ぎ足された点で、原告商品に見られない特徴を有するものである。そうすると、パレオの形態の相違は、原告商品3及び被告商品3について、相当異なった印象を需要者・取引者に与えるものであるということが出来る」と説示して、原被告商品3番の実質的同一性を否定した。

¹ 東京地判平成17年4月27日平成16(ワ)12723最高裁HP〔セ・ラ・ヴィ婦人服〕。なお知財高裁は、原審の判断を是認し、控訴を棄却した(知財高判平成17年11月10日平成17(ネ)10088最高裁HP〔同控訴審〕)。

次に、(2)の裁判例としては、〔ペルーナ・Ryu Ryu〕事件²を挙げることができる。例えば、商品4番の婦人用ブルオーバー【後掲第2図参照】について、原告商品はノースリーブであるのに対し、被告商品は長袖である点で、両商品には容易に目に留まる形態上の相違がみられた。このような相違点について評価する場合、上記〔セ・ラ・ヴィ婦人服〕事件のように需要者に与える印象を重視すれば、裁判所がその実質的同一性を否定することも十分考えられる。しかし本件の裁判所は、原告商品の特徴的な形態が被告商品にそのまま取り込まれていることを重視して、実質的同一性を肯定したのである。いわく、「両商品とも、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、原告商品〔4〕と被告商品〔4〕とは、原告商品〔4〕は袖なし、被告商品〔4〕は長袖であり、色調も若干異なるが、原告商品〔4〕、被告商品〔4〕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〔4〕と被告商品〔4〕とは、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。」

最後に、(3)の裁判例としては、〔アルページュ・レース付き衣服〕事件³がある。本件は、原告商品の形態的特徴の共通性を評価要素とする点で上記〔ペルーナ・Ryu Ryu〕事件と同様であるが、更に原告商品の形態的特徴が「創作的なデザインである」ことを評価要素に加えている点で同事件と一線を画するものである。例えば、商品3番のフード付きパーカー【後掲第3図参照】について裁判所は、「原告商品3の形態において特徴的な点は、長袖、前あき金属ファスナー止めのフード付きパーカーで、裾及び袖口の内側から突出するようにレース編み布地が付されていること、左

² 東京地判平成14年11月27日判時1822号138頁〔ペルーナ・Ryu Ryu〕。東京高判平成15年5月28日14(ネ)6392最高裁HP〔同控訴審〕も原審を支持。

³ 東京地判平成19年7月17日平成18(ワ)3772最高裁HP〔アルページュ・レース付き衣服〕。なお、知財高裁は原審の判断を是認し、控訴を棄却した(知財高判平成20年1月17日平成19(ネ)10064最高裁HP〔同控訴審〕)。

胸部に黒色のワンポイント飾りがあること、生地は灰色、フードを止めるリボン、レース及びワンポイント飾りは黒であることにあり、被告商品Cも同様の特徴を有するものであると認められる。そして、……上記特徴は、……これまでの他の商品にみられるありふれたものではなく、創作的なデザインである。もっとも、両商品には、〔1〕原告商品3のほうが身幅が広めで丈が短い、〔2〕裾レースの突出幅が被告商品Cのほうが約1.8センチメートル長い……などの相違点もある。しかし、……原告商品3の上記特徴が他の製品にはみられない、創作的なものであることからすれば、〔1〕及び〔2〕は、全体的なシルエットの違いに影響するものの、上記の特徴的な点が共通することに鑑みれば、若干のシルエットの違いは同一性の判断に影響を与えるものではない」と説示して、実質的同一性を肯定したのである。

このように共通点と相違点の評価基準の問題は、実質的同一性の具体的な範囲を画する上で指針となるものであり、実質的同一性判断の帰趨を左右する分水嶺となり得るものである。実質的同一性の範囲は3号の趣旨と密接に関係していることに鑑みれば、3号の趣旨と保護範囲とを接合する架け橋としての役割も評価基準には期待されているといえよう。

以上のような問題意識をもとに、本稿では、商品形態の実質的同一性判断における評価基準の構築について検討を行う。論述の順序としては、まず、評価基準の問題を議論する前提として、原被告商品間にみられる相違の程度に着目しながら裁判例の事案を整理し、実質的同一性の範囲に関する裁判実務の大まかな相場観を明らかにする。次に、この作業から得られた知見を活かしながら、従来の学説および裁判例を検討し、3号の趣旨に適合的な評価基準の構築を模索することにした。

二 相違の程度からみた実質的同一性の範囲

1 序

3号の規定の趣旨は、商品形態の開発者の市場先行の利益を保護することにある。すなわち、新商品開発には相応の費用・労力が必要となるが、開発者がそうした投下資本の回収を実現するまでの間に、競業他社が当該商品のデッドコピー品を販売し得るとなると、開発コストの回収が困難と

なる結果、新商品開発のインセンティブが害されることになる。このような事態を防ぐために、開発者による投下資本回収が実現されるまでの期間、競業他社によるデッドコピー行為を禁止することにしたのである⁴。

以上のような規定の趣旨は、3号の要件論にも反映されている⁵。第1に、規制行為については商品のデッドコピーに限定する一方、デッドコピーであれば原則違法となる。不正競争の目的など被告の主観的態様については問われない。これはデッドコピーが市場先行の利益を定型的に失わせる行為であると考えられるからである。第2に、規制対象については何ら枠の設定がなく、すべての商品を包含する構造になっている。また商品の創作的価値も要求されていない。これは商品毎の創作的価値の判断には微妙な場合がある一方、デッドコピーをなした者は商品に価値を認めているからこそ模倣したと考えられるからである。また保護期間が販売開始後3年と短いことも関係している。

このように3号の趣旨とその要件論からは、商品形態のデッドコピーの規制を基点として、市場先行利益の確保ないし先行開発投資の保護を実現しようとする基本構造が浮かびあがる。こうした基本構造との関係で問題となるのは「模倣」の具体的な範囲である。すなわち、先行商品と同一又は酷似する形態の後行商品のみを3号は規制の対象とするのか、それとも形態上の相違が多少みられる後行商品を含めて規制の対象とするのか、特に後者であるとした場合、その範囲はどこまでかという問題である。

この点、平成17年改正2条5項は、『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」と規定しており、後行商品の形態が実質的同一の範囲内であれば3号の規制が及ぶことを明らかにしている⁶。しかしその範囲を確定するための手

⁴ 3号の趣旨について詳しくは、田村善之『不正競争法概説(第2版)』(有斐閣、2003年)282頁以下。

⁵ 3号の規定趣旨と要件論の関係については、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133頁(1998年)を参照。

⁶ 不競法2条5項の定義規定は、平成17年改正において導入されたものである。立法担当者の解説によれば、これは従来の判例の蓄積等を踏まえて文言の明確化を図ったものであると説明されている。経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争

がかりは条文上明らかではなく、裁判所の判断に委ねられている⁷。それゆえ、従来の裁判例において実質的同一性が認められた範囲に目を向ける必要がある。もっとも、具体的な商品毎に重視される要素が均一ではない実質的同一性の具体的範囲に関しては、裁判例の傾向を厳密に把握することが難しい状況にある。そこで本稿では、原被告商品の間に存する相違の程度と実質的同一性判断の結論との関係に着目することで、従来の裁判例を多少なりとも整理することを試みる。

2 相違の程度からみた実質的同一性の範囲

原被告商品の間に存する相違の程度に着目して裁判例を整理する場合、[組立マンホール用足掛具] 事件【後掲第42図参照】⁸が提示する枠組みが

争防止法（平成16・17年改正版）』（有斐閣、2005年）31～34頁。

なお、3号が新設された平成5年法の改正作業においては、実質的同一性とはデッドコピー、つまり完全にそっくりに模倣した場合が念頭に置かれていた。ほんの僅かな改変の場合も含むと考えられたのは、デッドコピー規制の潜脱を防止するためにすぎなかった。しかし条文上、「模倣」という用語が使用されたことから、文言上はデッドコピーよりも広く解される余地を残しているという指摘がみられた（こうした可能性に懸念を示すものとして、田村・前掲注4）293頁を参照）。また、2条5項が新設される以前の裁判例においては、「同号に言う『模倣』には、先行者の商品の形態と実質的に同一のもの、すなわち、他人の商品の形態創作性の乏しい微細な改変を加えただけの、いわゆる隷属的模倣も含まれるものである。」と判示されていた（東京地判平成13年8月30日平成11(ワ)7300最高裁HP〔携帯電話用アンテナI〕）。

⁷ 飯村敏明「小熊タオルセット評釈」中山信弘ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選』（有斐閣、2007年）169頁。なお本稿では、実質的同一性の範囲の確定に焦点をあてて検討を行うが、3号をめぐっては「商品の形態」の該当範囲についても議論の対象となり得る。この点、従来の裁判例では、「商品の形態」とは商品の具体的な形態をいうものであって、商品のアイデアや形態の抽象的な特徴は「商品の形態」には当たらないと判断されている（東京地判平成9年6月27日判時1610号112頁〔ミニチュアリュック〕）。また、実際に商品化されて製造販売されたことのない商品のアイデアについても3号の「商品」には該当しないとされる（東京地判平成12年4月25日平成11(ワ)24434最高裁HP〔おかずを挟んだおにぎり〕）。

⁸ 東京地判平成17年5月24日判時1933号107頁〔組立マンホール用足掛具〕。

参考になる。そこでは、原被告商品の間に存する相違点について、「注意深く比較検討しないと気が付かない程度の相違」と「容易に目に留まり、商品の全体の半分以上の割合を占める部位にわたる差異」とに分けた上で、前者は形態の比較にさほど影響を与えない些細な相違であるのに対し、後者は形態の比較に大きな影響を与える顕著な相違であると評価することができる、という整理がなされている。本稿もこれに倣って、容易に目に留まる相違が存在するか否かを一つのメルクマールとして、従来の裁判例の整理を行うことにしたい。

(1) 外観上特段の相違がないケース—肯定例タイプその1

従来の裁判例では、原被告商品の基本的な形態が同一であるだけでなく、形態上の特徴部分においても酷似しており、商品の外観又は機能上特段意義のある改変が行われたものと認められない場合には、実質的同一性が肯定されている⁹。

例えば、液晶画面が配置されたタマゴ型の携帯型ゲーム機が問題となった〔ニュータマゴウオッチ〕事件【後掲第5図参照】¹⁰では、本体部分の重要な構成要素はほぼ完全に同一であり、液晶表示画面の周囲に付されたギザギザ状の窪みにおいてのみ相違がみられた。かかる相違について判決は、液晶ゲーム機としての重要な構成要素とはいえず、正面部の液晶画面周囲に付された他の模様などとともにデザインの一部を構成する付随的な部分にすぎないとして、実質的同一性を肯定した（同様の事案として、〔ハート型包装容器〕事件【後掲第6図参照】¹¹、〔結露水掻き取り具〕事件【後掲第7図参照】¹²、〔ファッション時計〕事件【後掲第8図参照】¹³、〔イオンブラシ〕事件【後掲第9図参照】¹⁴等がある）。

⁹ こうした一般論を説くものとして、大阪地判平成10年9月17日判タ1021号258頁〔網焼きプレート〕【後掲第4図参照】。

¹⁰ 東京地判平成10年2月25日判タ973号238頁〔ニュータマゴウオッチ〕。

¹¹ 神戸地決平成6年12月8日知的集26巻3号1323頁〔ハート型包装容器〕。

¹² 大阪地判平成12年7月27日判不競1162ノ171頁〔結露水掻き取り具〕。

¹³ 東京地判平成11年6月29日判時1692号129頁〔ファッション時計〕。

¹⁴ 大阪地判平成15年8月28日平成15(ワ)1105最高裁HP〔イオンブラシ〕、大阪高判

近時増加傾向にある衣服関連の裁判例でも、原被告商品の寸法、シルエット、特徴的形狀が概ね共通しており、外観上特段の相違がない場合には、実質的同一性が肯定されている。例えば、女性用カーディガンについて、原被告商品は寸法、V字型ネック部分の形状、ワンホックで胸元でとめる点、首まわりにレースが施され胸元で通しリボンを結ぶことができる点、七分袖丈の袖口部分にフリルが付いており裾部分のメロウ仕上げになっている点などがほぼ同一であり、外観上特段の相違がないとして、実質的同一性を肯定した判決がある（〔ベルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品11番【後掲第10図参照】。類似の事案として、同事件の商品2番【後掲第11図参照】、〔チェーン付きカットソー〕事件【後掲第12図参照】¹⁵がある。組合せ商品が問題となった〔ベルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品10番【後掲第13図参照】、商品12番【後掲第14図参照】も同旨¹⁶）。

平成16年7月30日平成15(ネ)3005〔同控訴審〕。

¹⁵ 東京地判平成16年9月29日平成16(ワ)5830最高裁HP〔チェーン付きカットソー〕。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たカットソーについて、原被告商品は個々の特徴的形狀の多くが共通し、全体の形状もほぼ同一であった。両商品の襟ぐりのV字形状を比べると、原告商品はやや丸みを帯びた形状であるのに対し被告商品は直線的である点で相違がみられたが、それはごく僅かなものであり、両胸の切替え中央部分に施されたタックとギャザーの相違も外観上の相違に影響を与えるものではないとして、裁判所は実質的同一性を肯定した。

¹⁶ 〔ベルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品10番では、ブラジャーとショーツの組合せ商品が問題となった。判決は、原被告商品はブラジャーおよびショーツともに刺繍の個数、配置位置、模様がほぼ同一であること、ブラジャーの肩紐が3本の編み込み式になっており、リボンから上の部分は3本の別々の紐になっている点で同一であること、ショーツのウエストの脇部分にはストラップが使用され、腿の付け根部分にはレースが施されている点で同一であること等を踏まえれば、ブラジャーのカップの間のリボンの大きさや繋ぎ部分の太さに違いがあることや、ショーツの脇付け根部分のストラップの模様に違いがあること（原告商品は3本の紐が平行しているのに対し、被告商品は2本の紐が交叉している）は、些細な相違点にすぎないとして、実質的同一性を肯定した。また、同事件の商品12番では、キャミソールとスカートの組合せ商品が問題となった。判決は、原被告商品は寸法やシルエットが共通するほか、総レースの2枚重ねとし、レースに花をあしらった柄を点在させている点も共通しているところ、レースの柄のちらばり具合や大きさに若干の違いがあること

(2) 容易に目に留まる相違があるケース—肯定例タイプその2

従来の裁判例では、原被告商品の間に全体形状、具体的形状、色彩、模様等において容易に目に留まる相違が存する場合であっても、相違点を凌駕する多数の共通点が存する場合には、両商品の実質的同一性が肯定される傾向にある。

第1に、色彩の点で顕著な相違がみられるとしても、原被告商品の全体形状や個々の具体的な形状が共通する場合には、実質的同一性が肯定されている。例えば、〔ベルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品1番【後掲第15図参照】をみてみよう。マーメイドラインといわれるシルエットの八枚はぎのロングスカートについて、原告商品はキャメル（ラクダ色）であるのに対し被告商品は黒である点で両商品は色彩が相違しており、裾のспанコール部分についても若干の違いがみられた。しかし裁判所は、両商品とも全体のシルエットが同一であり、裾に二段レースが施されその上にспанコールが施されていること、またレースの模様についても共通していることからすれば、色彩の相違は同一性の判断に影響を与えるものではなく、спанコール部分の相違も些細なものにすぎないと判示した（同事件の商品6番【後掲第16図参照】¹⁷、商品8番【後掲第17図参照】¹⁸、〔フリル型カットソー控訴審〕事件【後掲第18図参照】¹⁹についても同旨。〔アルページュ・レー

は些細な相違点にすぎず、実質的同一性は否定されないとした。

¹⁷ 〔ベルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品6番では婦人用のカーディガンが問題となった。原告商品はバイオレットであるのに対し被告商品は黒である点で、両商品の色彩が異なっていた。しかし裁判所は、両商品はパイピングレースの模様や幅が同一であり、その他には何ら装飾等が施されていないことなどに照らせば、色彩の相違は実質的同一性の判断に影響を与えるものではないと説示した。

¹⁸ 〔ベルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品8番では婦人用ワンピースが問題となった。原告商品はゴールドベージュ系かつアニマルプリント柄であるのに対し被告商品は茶系かつゼブラ柄である点で、両商品の色彩や柄は相違していた。しかし、両商品はそのシルエット、特徴的な胸元部分のカシュクールデザイン、および裾のイレギュラーヘムが同一であることに鑑みれば、色彩や柄の相違は実質的同一性の判断に影響を与えるものではないと裁判所は説示した。

¹⁹ このほか、色彩の点で相違がみられるものの実質的同一性が肯定された裁判例としては、知財高判平成17年12月5日平成17(ネ)10083最高裁HP〔フリル型カットソ

ス付き衣服] 事件の商品1番【後掲第19図参照】も参照)。また〔小型ショルダーバッグI〕事件【後掲第20図参照】²⁰では、小型ショルダーバッグについて、原告商品は黒・グレーオークの2色あるのに対し、被告商品は黒・白(又は茶)・ベージュ・カーキの4色ある点で両商品は色彩が異なっており、バッグ上蓋表面および背面におけるポケットの有無の点でも相違がみられた。裁判所は、両商品の形状、寸法、材質が共通することに鑑みれば、色彩の違いは同一性の判断に影響を与えるものではなく、被告商品に存するポケットも原告商品の形態に付加されたものにすぎないとして、実質的同一性を肯定している(〔小型ショルダーバッグII〕事件【後掲第21図参照】²¹、〔仏壇II〕事件【後掲第22図参照】²²についても同旨)。

一控訴審]がある。裁判所は、前身頃に4段のフリルが配されたノースリーブ型のカットソーについて、原被告商品は基本的構成を共通にするほか、個々の特徴的形状の多くを共通にし、全体の形状もほぼ同一であることに鑑みれば、襟ぐり・袖ぐり・前襟ぐり中央のヒモの素材の違い(原告がニットサテン生地であるのに対し、被告はニットテープである)、着丈やヒモの長さの若干の違い、背中部分における絵・文字の有無、および色調の違い(原告は濃いピンクであるのに対し、被告は淡いピンクである)は、いずれも些細な相違点にすぎず、両商品の形態の実質的同一性を認めるのに妨げとなるものではないと判示した。なお、原審の東京地判平成17年3月30日判時1899号137頁〔フリル型カットソー〕は、原告商品が「同種商品の通常有する形態」に該当すると判示して、原告の請求を斥けていた。

²⁰ 東京地判平成13年1月30日判時1742号132頁〔小型ショルダーバッグI〕。東京高判平成13年9月26日判時1770号136頁〔同控訴審〕も同旨。

²¹ 東京地判平成13年12月27日判不競162ノ243頁〔小型ショルダーバッグII〕。この事件では、色彩の違いのほか、商品の全体的な印象の違い(原告商品がやや横長にみえるのに対し、被告商品がやや縦長にみえる)などがみられたが、判決は、両商品の基本的な形態はもちろん、多くの点がほとんど同一であって、両者の相違点は些細なものであると評価して、実質的同一性を肯定した。

²² 大阪地判平成10年8月27日判不競2924ノ743頁〔仏壇II〕、大阪高判平成11年2月16日平成10(ネ)2867最高裁HP〔同控訴審〕。この事件では、家具調仏壇が問題となった。原告商品と被告商品とは、大きさ、前面の湾曲度、色、仕上げ、上段部と下段部の一体性の有無等において相違があった。裁判所は、「このうち大きさおよび前面の湾曲度の相違はわずかなものであり、両商品の色調が必ずしも同じではないが、しかしいずれも家具調の仏壇としては両者ともありふれた色である点に変わり

第2に、全体的なシルエットの点で相違がみられるとしても、原告商品の形態上の特徴的部分が被告商品にそのまま取り込まれている場合には、実質的同一性が肯定されやすい。例えば、前述した〔ペルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品4番【後掲第2図参照】がその好例である。婦人用ブルオーバーについて、原告商品は袖がないのに対し被告商品は長袖である点で両商品のシルエットには相違がみられたが、裁判所は、胸元部分に施されたカギ針編みのボルドー色の花モチーフ・枝状の刺繍・小さな葉の形の刺繍といった原告商品の特徴的形態が被告商品にそのまま取り込まれていることを理由に、実質的同一性を肯定した。また〔アルベージュ・レース付き衣服〕事件の商品2番【後掲第23図参照】では、婦人用白色ノースリーブシャツについて、原告商品は寸胴型のデザインであり全体が大きく長くゆったりとしているのに対し、被告商品はウエスト部分が細くなったデザインであり全体が小さく短くほっそりとしている点で、両商品は全体的なシルエットが相違していた。しかし裁判所は、白色ノースリーブシャツのV字状に開いた襟ぐり部分にレースを付すという原告商品の形態的特徴が被告商品に共通していることを重視して、実質的同一性を肯定した(ただし、依拠性は否定した。同事件の商品3番【後掲第3図参照】も参照)。

第3に、実質的同一性の肯定例の限界線に位置するものとして、〔小熊タオルセット〕事件【後掲第24図参照】²³がある。小熊の人形・タオルハンガー・小熊の絵が描かれたタオル類・籐カゴの組み合わせからなるタオルセット商品について、原被告商品の間には、描かれた小熊の図柄、色、タオル生地、小熊の人形のもつアクセサリーの形状、表記された商品名等が相違しており、タオルと小熊の配置も左右逆になっているという相違点もみられた。だが裁判所は、セット商品として小熊の人形とタオルが同じ取り合わせで包装箱の中に収納されているという形態上の特徴が共通していることを重視して、実質的同一性を肯定した。もっともこの判決に対しては、本件程度の相違がみられる場合に形態的特徴の共通性のみをもって

はなく、上段部と下段部の一体性の有無は構造上ははっきりした差異ではあるが、一般に仏壇は上下一体のものとして設置されることを考えると、外観上はそれほど大きな相違点ということとはできない」と判示した。

²³ 大阪地判平成10年9月10日判時1659号105頁〔小熊タオルセット〕。

3号の保護を認めると、広範なアイデア保護に繋がりがねないという批判がある²⁴。容易に目に留まる相違が増えるにつれて、実質的同一性は否定される結論に傾いていく(1審と控訴審とで実質的同一性の結論が分かれた〔ドラゴン・ソード・キーホルダー〕事件【後掲第34図参照】²⁵も参照(後述))。

(3) 容易に目に留まる相違があるケース—否定例タイプ

従来の裁判例では、原被告商品の間に全体形状、具体的形状、特徴的形態、色彩、模様等の点で容易に目に留まる相違が存在する場合において、それらの相違点が複数観察され、共通点を凌駕するものと判断される場合には、上記<肯定例タイプその2>と異なり、実質的同一性が否定されている。

例えば、折り畳みベッドの形態が問題となった〔ベッド〕事件【後掲第25図参照】²⁶をみてみよう。原告商品と被告商品とは、ベッド前部・後部のパイプとその装飾の形状、脚部やキャスターの配置形状(特にベッド後側の脚部の形状)が大きく相違しており、マットの装飾模様およびパイプの色彩も異なっていた。裁判所は、この種の商品においてこれらの相違は軽視できないものであり、全体として異なる美観を生じるものであると説いて、実質的同一性を否定した(同様の判断を示すものとして、〔再春館薬品・香酢〕事件【後掲第26図参照】²⁷や〔ハニーズ・背負いリュック〕事件

²⁴ 田村善之「不正競争防止法に関する裁判例と法改正の動向」第二東京弁護士会知的財産権研究会編『不正競争防止法の新論点』(商事法務、2006年)9～11頁は、原被告商品の類似性を問題とするのであれば、2条1項1号の混同防止規定の適用により処理すべき事案であったと指摘している。

²⁵ 東京地判平成8年12月25日知的集28巻4号821頁〔ドラゴン・ソード・キーホルダー〕(実質的同一性を肯定)、東京高判平成10年2月26日知的集30巻1号65頁〔同控訴審〕(実質的同一性を否定)。

²⁶ 大阪地判平成11年6月1日平成9(ワ)7811最高裁HP〔ベッド〕。

²⁷ 大阪地判平成16年12月16日平成15(ワ)6580等最高裁HP〔再春館薬品・香酢〕。裁判所は、原告と被告の米酢商品について、両者のパッケージの形態は色彩、全体の絵模様、飾り絵模様、文字の書体、製造販売業者名などが相違し、瓶の形態についても瓶に付されているラベルの模様が大きく相違するなど、相当数の相違点が存在

【後掲第27図参照】²⁸を参照)。

次に、衣服等に関する裁判例として、婦人用シングルコートが問題となった〔ペルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品3番【後掲第28図参照】をとりあげよう。原被告商品はいずれも襟と袖にファーがつけられた合皮素材のシングルコートである点で共通する。しかし、原告商品はボルドー色であるのに対し被告商品はベージュ色である点、被告商品の着丈は原告商品より約7センチほど長くなっている点、さらに被告商品の中心付近には共布のベルトが付着しておりポケットが存在しないのに対し、原告商品の該当位置にはベルトが付着されておらずポケットが存在する点で、両商品は相違している。裁判所は、これらの相違点が需要者にかかなり異なる印象を与えることを理由に、実質的同一性を否定している(〔ペルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品5番【後掲第29図参照】、商品9番【後掲第30図参照】²⁹、〔セ・ラ・

することに鑑みれば、両商品はパッケージ及び瓶の全体の形状等において印象が大きく異なるとして、両商品形態の実質的同一性を否定した。

²⁸ 大阪地判平成18年11月16日判時1978号141頁〔ハニーズ・背負いリュック〕。本件において原告商品と被告商品とは、連結ベルトの有無、チェストベルトの有無、ウイングの形状および大小、等々の点で相違していた。裁判所は、これらの相違点が原告商品の全体の構成のうちで重要な要素を占めるものであることを指摘し、原告商品から被告商品への改変の内容・程度、その改変が商品全体の形態に与える効果等に鑑みれば、決して些細なものということとはできないとして、実質的同一性を否定した。

²⁹ 〔ペルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品5番では婦人用ショート丈ジャケットが問題になった。原被告商品は襟にファーが付けられている点で共有するが、原告商品はスモークキーピンクであるのに対し、被告商品はベージュである点で色彩が異なり、立て襟の大きさも異なることに鑑みれば、両商品は需要者にかかなり異なる印象を与えるとして、裁判所は実質的同一性を否定した。

同事件の商品9番ではスカートが問題になった。原被告商品は、裾がイレギュラーヘムになっていることや裾部分のレース模様は共通している。他方で両商品は、原告商品の色彩がボルドーであるのに対し被告商品は茶色である点で相違しており、また裾のレース部分も原告が二段であるのに対し被告商品は一段である点でも異なる。さらに、ボトム丈の長さも大きく相違しそれに伴ってシルエットも相違している(被告商品の方が17cmほど長く、ゴアがあり、まちを形成している)。これらの相違点に照らせば、両商品は需要者にかかなり異なる印象を与えるものと認めら

ヴィ婦人服]事件の商品1番【後掲第31図参照】、商品2番【後掲第32図参照】、商品3番【後掲第1図参照】³⁰についても同旨)。このほか、長袖カーディガンについて、原被告商品の間にはシルエットや色彩の相違のほか、原告商品の特徴である透かしレース部分の模様・形状・配置についての相違もみられたところ、両商品の相違部分が原告商品の特徴的形態における看過し得ない相違であることを主な理由として、実質的同一性を否定する判決もある([アルページュ・レース付き衣服]事件の商品4番【後掲第33図参照】)。

れるとして、裁判所は実質的同一性を否定した。

³⁰ [セ・ラ・ヴィ婦人服]事件の商品1番ではノースリーブのワンピースが問題となった。原被告商品は襟や裾の形状や生地風の風合い等において共通しているが、原告商品の袖ぐりは肩が大きく出るものであるのに対し、被告商品は肩が隠れるものである点で相違している。またシルエットについても、原告商品はマーメイドラインであるのに対し、被告商品はAラインである点で相違している。裁判所は、これらの相違点が需要者等に与える印象を大きく左右するものであることを理由に、両商品形態の実質的同一性を否定している。

また、同事件の商品2番では婦人用のブラウスが問題になった。原被告商品は前身頃がドレープ仕様となったラップ状の長袖のブラウスとして共通している。しかし両商品は、後身頃側の襟ぐり、袖、襟ぐり辺りにおいて表地から透けて見える裏地、両身頃の肩山部分の各形態、前身頃肩山部分のタックの有無の点においていずれも相違している。裁判所は、これらの相違点が需要者・取引者に与える印象は大きく、とりわけ袖部分の袖山および肘から先の形態の相違により、需要者・取引者は原被告商品を一見して明瞭に区別することができることを理由に、実質的同一性を否定した。

さらに、同事件の商品3番ではパレオ付パンツが問題となった。原被告商品はシフォン様の生地に黒色で、両足の外側下部にスリットが入り、スリット部分の幅が大きく取られているため、フレア状になっている点で共通する。一方、両商品はパレオ部分の形態が相違している。具体的には、原告商品のパレオ部分は裾がフレア状であるのに対し、被告商品のパレオ部分は裾にさらに帯状でフレア状の裾部分が10個のボタンによって縫ぎ足されている点で相違している。裁判所は、パレオ付パンツの需要者・取引者にとってパレオの形態は商品から受ける印象に大きな影響を与える部分であり、この部分の相違は両商品について相当異なった印象をもたらすことを理由に、両商品形態の実質的同一性を否定した。

3 小括

以上、原被告商品の間にみられる相違の程度に着目しながら裁判例の整理を行った。このような作業により、従来の裁判例における実質的同一性判断の大まかな相場観を窺い知ることはできた。すなわち、いわゆる酷似のケースでは実質的同一性が肯定される結論へと収斂しているのに対し、容易に目に留まる相違があるケースでは相違の程度に応じて実質的同一性の肯否が分かれる傾向があることが明らかになった。

しかしこれで議論が尽きるわけではない。3号に関する先行研究が指摘しているように、個々の事案において裁判所はどのような要素を重視して原被告商品間の共通点と相違点の評価を行うべきかという評価基準の問題が残されているのである³¹。冒頭で述べたように、かかる評価基準の選択によって実質的同一性判断の帰趨が変わり得ることから、この問題について考察を行うことの意義は大きいと本稿は考えている。

ここから本稿にとっての新たな課題が浮かび上がる。それは、容易に目に留まる相違があるケースにおいて、どのような要素を重視して共通点と相違点の評価を行うのかという問題である。従来の裁判例においてこの問題が顕著に現れたのが、1審と控訴審で実質的同一性判断の結論が分かれ

³¹ 例えば、青柳吟子 [小熊タオルセット評釈] 判時1682号(判評488号)218頁(1999年)は、「3号規定の実質的同一性については3号規定としての独自の判断基準を持つ必要があり、その際には3号規定の制度をどの様なものとして機能させてゆくのかという価値判断なくしては、実質的同一性の判断基準を見出すことはできない(例えば形態上のある相異点について『わずかな相異』と判断するのか、『重大な相違点』と判断するのかは、何らかの判断(価値)基準があってはじめて為しうることである。また形態をどのレベルまで抽象化して共通点、相異点の対比を行うかという場面においても価値判断は働く。)と指摘している。

このほか、評価基準の問題に関連して、商品形態の特徴的な部分をどのような観点から抽出すべきかということが実質的同一性の判断においては重要になるとの指摘もみられる(多数の裁判例の紹介・分析とともに、大阪弁護士会知的財産法実務研究会編『不正競争防止法における商品形態の模倣』(商事法務、2002年)、南部朋子=寺澤幸裕=三谷英弘「不競法2条1項3号商品形態の模倣と意匠法・著作権法について」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『不正競争防止法の新論点』(商事法務、2006年)267~269・305~309頁を参照)。

た〔ドラゴン・ソード・キーホルダー〕事件【後掲第34図参照】である。この事件では、金属性の剣に竜が巻かれたキーホルダーについて、原被告商品の間に竜の頭部の違い（原告商品は一頭であるのに対し、被告商品は双頭である）や、商品の大きさの違い（原告商品は縦6.8cm・横2.7cmであるのに対し、被告商品は縦8cm・横4cmである）等がみられた。1審は、両商品の全体の形態の共通点が、形態の基本的構成、竜の具体的形態、本体部分の色彩という商品形態の主要部分にかかわることを重視し、それに比べると先の相違点は印象が弱く、些細なものであると評価した（実質的同一性を肯定）のに対し、控訴審は、双頭の竜の具体的形態は需要者に強い印象を与えることや、本体部分の大きさが面積比で2倍程度異なり量感的にも相当の違いがあることを重視して、先の相違点は共通点を凌駕するものであると評価（実質的同一性を否定）したのである。

このように、共通点と相違点の評価基準という問題は、実質的同一性判断の結論を左右することも重要な問題であることから、節を改めて検討することにしたい。

三 共通点と相違点の評価基準

実質的同一性の判断は、先行商品（原告商品）と後行商品（被告商品）とを並べて、それぞれの形状、模様、色彩等の形態を対比観察し、両商品の共通点と相違点を特定した上で、3号の趣旨に照らして、両商品の形態全体を総合的に判断するものと解されている³²。具体的な判断手順として

³² 経産省編・前掲注6)38頁。山本庸幸『要説不正競争防止法(第4版)』(発明協会、2006年)127頁。同様の一般論を説く裁判例としては、大阪地判平成10年8月27日判不競2924ノ743頁〔仏壇Ⅱ〕がある。

なお、両商品の形態を対比観察する際の手法に関しては、全体観察かそれとも要部観察かという対立がある（小野昌延編『新・注解不正競争防止法 上(新版)』(青林書院、2007年)459～461頁〔泉克幸執筆〕）。この点、保護範囲をデッドコピーに限定する代わりに形態の性質を問わないという3号の制度趣旨を貫徹すれば、形態の要部を積極的に抽出し対比することは容認しがたいように思われる。そうすると、看者の注意を強く惹く部分（＝要部）を対比しつつ全体的に観察するという、意匠権侵害で採用されているところの要部観察と同様の手法を採用することは適切でない

は、i)原告商品と被告商品の各形態を特定する、ii)特定された形態の構成に従い両商品の形態の共通点および相違点を認定し、併せて原告商品の形態の特徴的な点を認定する、iii)原告形態の特徴的な点を意識しながら、両商品の共通点と相違点が形態の同一性にどのような影響を及ぼすのかを評価する、という順序で実質的同一性の判断を行う裁判例が多い³³。実質的同一性に関する明確かつ統一的な判断基準はいまだ得られていないが、裁判所は、3号の趣旨と保護範囲とを接合する安定的な判断枠組みの構築に向けて試行錯誤を重ねてきた。そのような裁判所の営みの一つが、上記iii)ステップにおける両商品の共通点と相違点に関する評価基準の構築である。

従来の裁判例からは、共通点と相違点の評価基準として、「需要者（看

ということになる（外川英明「不正競争防止法上の商品形態の模倣規制と意匠の類否判断」パテント48巻5号84頁(1995年)、小泉直樹「改正不正競争防止法における商品形態模倣規制」日本工業所有権法学会年報18号41～42頁(1994年)）。もっとも近時は、要部観察の意義が見直されつつある。とりわけ、3号の硬直性を緩和しようとする取り組みや、3号の規定の意義をいわゆるデッドコピー規制にとどまらず、不競法における一般条項的な規定として捉えようとする試みにおいて、そのような傾向を見いだせる（経産省編・前掲注6)38頁、山本・前掲127頁、渋谷達紀「商品形態の模倣」F.K.バイヤー教授古稀記念『知的財産と競争法の理論』(第一法規、1996年)388頁)。一般論としては全体観察が望ましいとしても、個別の事案において裁判所が要部観察を取り入れる工夫を行うことを一概に否定すべきではないだろう。

³³ 従来の裁判例にみられる実質的同一性の判断手順に関しては、大阪弁護士会編・前掲注31)79頁、南部＝寺澤＝三谷・前掲注31)266～267頁を参照。ただし最近では、次のような判断手順に基づいて実質的同一性の判断を行う裁判例も登場している。すなわち、前身頃がフリル型になっているカットソー商品の形態が問題となった事件において、東京地裁は、原告商品の形態のみを特定し、当該形態はありふれた形態であり、既に市場に存在するありふれた形態を単に組み合わせただけであると認定して、原告商品と被告商品の形態を対比することなく、原告の請求を棄却したのである（東京地判平成17年3月30日判時1899号137頁〔フリル型カットソー〕）。しかし、このような判断手順は控訴審において否定・変更され、結論としても原告の請求が認容されている（知財高判平成17年12月5日平成17(ネ)10083最高裁HP〔フリル型カットソー控訴審〕）。それゆえ、その先例的意義は乏しいといえよう。

者・取引者)」基準と「開発者（創作者・当業者）」基準という2つの理念型を抽出することができるように思われる。前者は不競法2条4項に規定された「商品の形態」の視認主体を一つの手がかりとして導かれる基準であるのに対し³⁴、後者は先行投資保護という3号の趣旨から導かれる基準であり、両者は考え方の基礎を異にするものといえる³⁵。以下、敷衍する。

³⁴ 平成17年改正前においては、3号で保護される「商品の形態」に商品の内部形状が含まれるか否かについて争いがあった。そこで平成17年改正では、「商品の形態」に関する定義規定が2条4項として新設され、「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、光沢および質感をいう。」と規定された。

これは、従来の判例の蓄積等を踏まえて文言の明確化を図ったものと解説されている（経産省編・前掲注6）31～34頁）。学説では、かかる定義規定について、通常視認し得ない形状は保護の対象外とされており、視認の主体としての「需要者」が知覚によって認識することができるか否かを判断基準として明確化したものという理解が示されている（松尾和子「商品形態をめぐる訴訟の審理の特徴及び効率的な審理のための留意点」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務〔3〕商標法・不正競争防止法』（新日本法規、2007年）232～234頁。同「平成17年改正不正競争防止法について」第二東京弁護士会編・前掲注31）230～232頁も参照）。このような理解を裏付ける説明として、半導体のレイアウトや薬の粒子の形状といった微細な構造や形状については、その開発に費用・労力を要するとしても、需要者が通常の用法に従って使用する際に知覚によって認識することができないものであるため、3号にいう「商品の形態」には該当しないことが指摘されている（三村量一「商品の形態模倣について」牧野ほか編・前掲284～285頁）。

このように、不競法2条4項に規定された「商品の形態」の視認主体として「需要者（看者・取引者）」が念頭に置かれていることに鑑みれば、3号の実質的同一性の判断において、共通点と相違点の評価主体として「需要者」を指定することには一定の合理性があるといえよう。

³⁵ このような判断基準の対立は、意匠法の分野でもみられる。例えば、意匠の類否の判断基準に関して、一般需要者基準と当業者基準という対立があることが指摘されている。詳しくは、田村善之『知的財産法（第4版）』（有斐閣、2006年）342～344頁、青木博通「意匠権侵害の判断基準」同『知的財産権としてのブランドとデザイン』（有斐閣、2007年）335～361頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ 著作権法・意匠法（第2版）』（有斐閣、2007年）609～617頁、余翔＝周堂（蘭蘭・顾昕・郭青・朱誉

1 需要者基準

(1) 学説および裁判例

従来の学説や裁判例においては、原被告商品の間にみられる相違点が需要者にどのような印象を与えるかを評価の基準として重視する考え方がみられる（本稿ではこれを需要者基準という）。

例えば、学説では、「実質的同一の範囲は、具体的事案に即して判断すべきものであるが、その判断主体は当該商品の取引者・需要者であり、具体的な商品ごと取引者・需要者が先行商品の形態と同じものと認識するか否かを基準とすべきであろう」と説く見解がある³⁶。また、裁判例においても、〔ベッド〕事件【後掲第25図参照】がこの理を明確にしている。いわく、「本件では、折り畳みベッドの形態が問題とされているところ、折り畳みベッドの分野においては、その基本的構成は近似する形態の商品が多く、取引者・需要者の観点からすれば、その商品の選択の場面においては、その基本的構成のみならず、当該商品の色彩や材質感、装飾等について比較検討するものと考えられるから、当該商品が既に存在する他人の商品と同一又は実質的に同一の形態であるか否かについても、これらの各点を総合して判断すべきものと解するのが相当である。」³⁷

前節において<否定例タイプ>として紹介した裁判例の大半が、この基準を採っているようにみえる³⁸。先ほど本文中で紹介した事案以外にも、例

鳴訳）「中国における自動車意匠の保護の状況と関連裁判例の分析—自動車意匠の類似性判断をめぐって—」知的財産法政策学研究22号243～246頁（2009年）等を参照。

³⁶ 竹田稔『知的財産権侵害要論〔不正競争編〕（改訂版）』（発明協会、2003年）121頁。金井重彦＝山口三恵子＝小倉秀夫編『不正競争防止法コンメンタール』（レクシスネクシス・ジャパン、2004年）80頁〔高橋淳執筆〕も同旨を述べる。

³⁷ 大阪地判平成11年6月1日平成9（ワ）7811 LEX/DB 28042271〔ベッド〕。裁判所は結論として、被告商品と原告商品とはベッド前部、後部のパイプやその装飾、脚部の形状の部分が大きく異なること、またパイプおよびキルティングの色彩の相違によりベッド全体の色調も異なることに鑑みれば、両商品は全体として異なる美観が生じるものというべきであるとして、実質的同一性を否定した。

³⁸ 例えば、衣服関連の裁判例では、〔ペルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品3番・5番・9番、〔セ・ラ・ヴィ婦人服〕事件の商品1番・2番・3番を挙げることができる。また、被服等以外の裁判例では、〔ハニーズ・背負いリュック〕事件がこれに当たる。

例えば、襟にファーが付けられている点で共通する婦人用ショート丈ジャケットについて、色彩や立て襟の大きさが異なることに鑑みれば、両商品は需要者にかなり異なる印象を与えるとして実質的同一性を否定した事例³⁹などがある。

このほか、需要者からみて目を惹く重要な部分が相違しているという事情を、実質的同一性を否定する方向に斟酌する裁判例もある。例えば、需要者に強い印象を与える竜の頭部が相違していることを重視して実質的同一性を否定した〔ドラゴン・ソード・キーホルダー控訴審〕事件や、磁気活水器（商品本体）の中央部分に位置し、看者に強い印象を与える取付具全体の形状が原被告商品間で大きく異なることを理由に実質的同一性を否定した〔磁気活水器〕事件【後掲第35図参照】⁴⁰などが挙げられよう。

また、相違点の評価に際し、需要者が商品購入時に重視する要素にくわえて、商品の性質・機能・光沢・質感・使用態様等を考慮する裁判例もある。例えば、ブラジャーの基本的形態やカップの裏面の形態は共通であるが、カップの質感や艶は相違していたという事案において、〔ヌーブラⅡ控訴審〕事件【後掲第36図参照】⁴¹は、商品の性質や需要者の購買動機に触れ、ブラジャーは機能面と外観面の双方において需要者である女性のファッション感覚・感性に影響を与える商品であり、カップ部分の質感や艶は女性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を重視して、先の相違点は決して些細なものとはいえないことを理由に実質的同一性を否定した。〔ヌーブラⅡ控訴審〕事件のほかにも、同様の観点から実質的同一性を否定した近時の裁判例として、〔ハニーズ・背負いリュック〕事件【後掲第27図参照】⁴²、〔アトプロデュース化粧品容器〕

³⁹ 〔ペルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品5番。同様に、〔ペルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品9番。

⁴⁰ 東京地判平成12年12月26日判時1742号128頁〔磁気活水器〕。

⁴¹ 大阪高判平成18年4月19日平成17(ネ)2866最高裁HP〔ヌーブラⅡ控訴審〕。なお、大阪地判平成17年9月8日判時1927号134頁〔ヌーブラⅡ〕も参照。

⁴² 大阪地判平成18年11月16日判時1978号141頁〔ハニーズ・背負いリュック〕。本件の原告商品と被告商品とは、ボディの形状、ボディ前面のポケットの存在、フラップの形状、フラップの付属部品であるペロの存在、サイドベルトの存在、ボディ底

部分の形状、サイドファスナーの存在、ストラップの形状、ハンドルの形状において共通しており、その寸法も近似していた。そのため、両商品が「全体として似たような形態のものであるとの印象を受けるものであることは否定できない」という事案であった。一方、両商品の間には、①連結ベルトやチェストベルトの有無、②ウィングの形状および大小、③柄物の有無、等の相違がみられた。ここで裁判所は、①②の相違点について、それが原告商品の全体構成のうちで重要な要素を占めるものであるとした上で、「チェストベルト及びストラップ下部に連結された大型で頑丈な素材のウィングの存在は、需要者をして、背負った際の安定感を視覚的に感じさせるものというべきであるから、……この点の相違を些細なものということとはできない」と評価した。また③の相違点についても、「商品のファッション性の相違に結びつくものであり、被告商品の原告商品の形態との実質的同一性の判断に否定的に働く一要素となる」と説示した。そして結論として、変更の内容・程度、その変更が商品全体の形態に与える効果等に鑑みれば、両商品間の形態上の相違は決して些細なものということとはできないとして、実質的同一性を否定したのである。

部分の形状、サイドファスナーの存在、ストラップの形状、ハンドルの形状において共通しており、その寸法も近似していた。そのため、両商品が「全体として似たような形態のものであるとの印象を受けるものであることは否定できない」という事案であった。一方、両商品の間には、①連結ベルトやチェストベルトの有無、②ウィングの形状および大小、③柄物の有無、等の相違がみられた。ここで裁判所は、①②の相違点について、それが原告商品の全体構成のうちで重要な要素を占めるものであるとした上で、「チェストベルト及びストラップ下部に連結された大型で頑丈な素材のウィングの存在は、需要者をして、背負った際の安定感を視覚的に感じさせるものというべきであるから、……この点の相違を些細なものということとはできない」と評価した。また③の相違点についても、「商品のファッション性の相違に結びつくものであり、被告商品の原告商品の形態との実質的同一性の判断に否定的に働く一要素となる」と説示した。そして結論として、変更の内容・程度、その変更が商品全体の形態に与える効果等に鑑みれば、両商品間の形態上の相違は決して些細なものということとはできないとして、実質的同一性を否定したのである。

⁴³ 大阪地判平成21年6月9日平成19(ワ)8262最高裁HP〔アトプロデュース化粧品容器〕。本件は、原告商品と被告商品の容器が同一金型から作成されたものであるためにその形状・寸法が同一であり、ピンク色を基調にした色彩やプラスチック素材の点でも共通しているという事案であった。そのため、両商品は一見するとよく似た印象を与えるものであることを裁判所も認めている。しかし裁判所は、原告商品がややトーンを落とした淡いピンク色でつや消しされた光沢感が低いのに対し、被告品は比較的濃いピンク色でつや消しがなく光沢感が高いことなど、両商品の間には色調や光沢感に相当の相違がみられることを主な理由として、9点の化粧品容器についていずれも実質的同一性を否定したのである。

⁴⁴ 大阪地判平成20年7月17日平成20(ワ)1637最高裁HP〔レック便座シート〕。裁判所は、原告が便座シートに設けられた内側切り目を原告商品の特徴として販売時に強調しており、需要者も原告商品の内側切り目を商品購入の際の重要な考慮要素としていることを理由として、内側切り目が全く設けられていない被告便座シートの形態について実質的同一性を否定した。

(2) 需要者基準の評価

以上のように、需要者に与える印象の大きさを評価基準として重視する裁判例においては、実質的同一性が否定される傾向にあることが窺える。

こうした需要者基準は、裁判所にとって判断が容易であるという利点を有する一方で、相違部分に関する改変が容易であるにもかかわらず印象が大きく異なるようなケースについて、常に実質的同一性を否定することになりかねないという問題点を孕んでいる。例えば、ノースリーブのプルオーバーに袖を付け足したり、ショルダーバッグにポケットを付けたりするといった、後行者が一挙手一投足でなし得るような改変のケースでは、改変部分から受ける需要者の印象が大きく異なることを理由に一律に3号の保護を否定してしまうと、先行開発コストに比べて明らかに小さい改変コストでデッドコピー規制を迂回することが可能となり、先行投資保護という3号の趣旨に悖ることになりかねないように思われる。同様の懸念は、「色彩、光沢および質感」等の相違を実質的同一性判断において重視する一連の裁判例群にも当てはまる⁴⁵。

したがって、3号の趣旨に照らすと、後行者にとって改変が容易である場合にまで実質的同一性を一律に否定する恐れがある点で、需要者基準は必ずしも適切ではないように思われる。そこで、端的に後行者の改変行為に着目するアプローチが次の後行開発者基準である。

2 開発者基準その1—後行者の開発行為に着目するアプローチ

(1) 学説および裁判例

従来の学説や裁判例においては、多少の相違部分がみられようとも、被告が商品開発時に容易に着想し創作し得る程度の改変であり、ほとんど費用のかからない改変である場合には、実質的同一性を肯定すべきとする考

⁴⁵ 「色彩、光沢および質感」の相違を実質的同一性判断において重視しすぎる場合には3号の保護が形骸化しかねない点で問題がある。他方で、「色彩、光沢および質感」が共通するだけで3号の保護を基礎づけるとすると、広範な禁止権が出現することになり妥当ではないだろう。詳しくは、本号に掲載された田村教授の論文(田村善之「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—」知的財産法政策学研究25号(2009年))を参照。

え方もみられる(本稿ではこれを後行開発者基準という)。

例えば、学説では、原被告商品の形態に相違点があるとしても、「相違点において何らの効果上の差異もなく、かつ需要者でなく業者が、(先行商品の制作時ではなく)後発商品の模倣時において、容易に制作しうる程度の相違点である場合には、実質的同一性があるというべきである」と説く見解がある⁴⁶。裁判例では、こうした考え方は先行投資リスクの公正な保護という3号の趣旨と保護範囲とを接合する解釈によって正当化されている⁴⁷。

これには、改変部分に着目した判断を行うものと、原告商品の形態上の特徴的部分が被告商品にそのまま取り込まれているかということの評価基準として重視するものの2つのタイプがあるように思われる。

前者の例として、「相違部分についての着想の難易、改変の内容・程度、改変が商品全体の形態に与える効果等を総合的に判断」という一般論のもと、原被告商品はその基本的形態をはじめ多くの点でほぼ同一であつて、その相違点は些細なものであり、当該改変を加えるにつき着想が困難であるとはいえず、これらの改変によって被告商品に相応の形態の特徴がもたらされているともいえないとして、実質的同一性を肯定した判決があ

⁴⁶ 小野昌延『不正競争防止法概説(新版)』(有斐閣、1994年)182頁。また、田村・前掲注4)289頁は、「多少の改変がなされようともほとんど費用のかからない改変であることが明らかな場合には、本制度による禁止の範疇に含ましめるべき」と説く。

⁴⁷ 例えば、東京高判平成14年1月31日平成11(ネ)1759[エアソフトガン控訴審]は、3号の趣旨を「開発に時間も費用もかけず、先行投資した他人の商品形態を模倣した商品を製造販売して、投資に伴う危険負担を回避して市場に参入しようとすることは、公正とはいえないことに着目して、そのような行為を不正競争行為として禁ずることにしたものと」解釈するならば、「問題とされる商品の形態に、既に存在する他人の商品の形態と相違するところがあつても、その相違がわずかな改変に基づくものであつて、酷似していると評価できるような場合には、実質的に同一の形態であるとして、これを同一の場合と同じに扱うのが、合理的であるというべきである」と説いている(ただし、この事件の具体的解決においては、後述する先行開発者基準に基づいて実質的同一性を肯定しているように読める)。

る（〔小型ショルダーバッグⅡ〕事件【後掲第21図参照】⁴⁸⁾。同様の手法により実質的同一性を肯定したものとして、〔小型ショルダーバッグⅠ控訴審〕事件【後掲第20図参照】⁴⁹⁾や〔ファッション時計〕事件【後掲第8図参照】⁵⁰⁾がある。

一方、後者の例としては〔ベルーナ・Ryu Ryu〕がある。例えば、同事件の商品4番の婦人用プルオーバー【後掲第2図参照】について、原告商品には袖がないのに対し被告商品は長袖である点で、両商品には形状の相違がみられたが、裁判所は、原告商品の特徴的な形態である胸元に施された刺繍部分が被告商品にそのまま取り込まれていることを重視して、先の相違は同一性の判断に影響を与えるものではないと判示した。同様に、商品1番のロングスカート【後掲第15図参照】についても、原被告商品には色彩に主な相違がみられたが、裁判所は、商品全体のシルエットなど原告商品の特徴的部分がほぼそのまま被告商品に取り込まれていることを重視して、実質的同一性を肯定している（〔ベルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品6番【後掲第16図参照】、商品8番【後掲第17図参照】、〔耐震補強金具〕事件【後掲第39図参照】⁵¹⁾についても同旨）。

⁴⁸⁾ 東京地判平成13年12月27日判不競162ノ243頁〔小型ショルダーバッグⅡ〕。

⁴⁹⁾ 東京高判平成13年9月26日判時1770号136頁〔小型ショルダーバッグⅠ控訴審〕。裁判所は、原被告商品は最も特徴的な形態を含む大部分の点でほぼ完全に一致しており、被告商品には開発費用等をほとんど要しないと考えられるありふれた形態が若干付加されているにすぎないから、両者は実質的に同一というほかはないと判示している（東京地判平成13年1月30日判時1742号128頁〔小型ショルダーバッグⅠ〕も同旨）。

⁵⁰⁾ 東京地判平成11年6月29日判時1692号129頁〔ファッション時計〕。この事件では、「被告が相違点として主張する点は、針や竜頭の形状、文字盤の色、数字の字体、日付表示の有無等、いずれも変更の内容及び程度がわずかなものであって、当該変更を加えるにつき着想が困難であるとはいえないし、これらの変更によって相応の形態的特徴がもたらされていると認めることはできず、結局のところ、被告の指摘する相違点はいずれも商品全体から見て些細なものにすぎない」と判示している。

⁵¹⁾ 東京地判平成16年9月29日平成14(ワ)25522最高裁HP〔耐震補強金具〕。

(2) 後行開発者基準の評価

この〔ベルーナ・Ryu Ryu〕事件の事案においては、全体形状や色彩に関して容易に目に留まる相違があるために、それらが需要者に与える印象を重視して同一性を否定する結論を導くことも不可能ではない。それでもなお同一性を肯定した判決の背後には、これらの改変をもって3号の保護を否定したのでは先行投資保護の趣旨に悖ることになるという考量を読み取ることができる。すなわち、被告の改変行為に着目すれば、袖なしを長袖にしたり、ラクダ色を黒色にしたりすることは容易な改変であり、その改変コストも原告開発コストに比べればごく僅かであることを考慮して、3号の趣旨から同一性を肯定した判決であると評価できるように思われる⁵²⁾。

しかし事案によっては、こうした観点から実質的同一性を判断することには問題がある。例えば、先行者の開発コストと後行者の改変コストを実質的に比較衡量することが必要なケースでは、裁判所は専門的かつ政策的な観点から難しい判断を迫られることになるが、そうした専門的、政策的な判断に裁判所が馴染むかどうかは疑わしい⁵³⁾。裁判所がそれらの判断を行う場合には、実質的同一性の範囲は各裁判所の市場観や競争観の違いに左右されたものとなりやすく、予測可能性や法的安定性の面で問題が存するからである⁵⁴⁾。

⁵²⁾ 先行投資保護の趣旨を重視するこのような立場を突き詰めていくと、理論的には、先行者と後行者の形態開発コストに顕著な差があり、後行者の行為を放置すると、先行者の投資回収の実現が著しく困難となる結果、新たな商品形態開発のための投資のインセンティブが大きく減殺されることになるということの一つのメルクマールとして、3号の保護範囲が画定されることになることと解される。横山久芳「創作投資の保護」日本工業所有権法学会年報30号131～132頁(2007年)。

⁵³⁾ 例えば、飯村判事は、政策的な衡量を必要とする実質的同一性の判断について、法的論理に基づく判断枠組みの構築が難しいことを指摘している。具体的には、先行商品の形態上の特徴的部分を抽出する基準を、市場先行の利益保護という3号の趣旨から理論的に導くことは極めて困難であるという意見を述べている。飯村・前掲注7)169頁。

⁵⁴⁾ ドイツの裁判例の経験をもとにこの点を指摘するものとして、横山・前掲注52)139頁。

この点、後行開発者基準を適用した裁判例の事案に目を向けると、外観上些細な相違しかみられないケースや、容易に目に留まる相違が一箇所みられるとしても商品の基本的構成や個々の具体的形態はいずれも酷似しているケースが大半を占めていることが窺える。それゆえこれらは、改変の容易性や改変コストの僅少さが裁判所にとって明らかなケースであった点に留意すべきであろう⁵⁵。

3 開発者基準その2—先行者の開発行為に着目するアプローチ

(1) 学説および裁判例

後行者の開発行為に着目するアプローチとは視点を異にするものとして、市場に普及している従来商品との距離を加味しながら先行者の開発行為に着目するアプローチがある。そうしたアプローチの一つとして、先行者の開発した商品形態が従来から市場に普及している形態と先行者の独自の形態⁵⁶から構成される場合、後者の独自の形態部分に重点を置いて後行商品との実質的同一性を判断すべきであるとする考え方があり(本稿ではこれを先行開発者基準という)⁵⁷。

従来、裁判例において先行開発者基準が用いられる場合には、既存形態部分の共通性を消極的に評価するタイプと、独自の形態部分の共通性を積

⁵⁵ 改変の容易性の判断が微妙なケースにおいて特徴的部分の共通性を過度に重視しすぎると、要部保護につながりやすく、またアイデアの模倣禁止という不当な結果をまねく恐れがある。こうした批判は、大阪地判平成10年9月10日判時1659号105頁〔小熊タオルセット〕に対して加えられることが多い(例えば、田村・前掲注4)293頁)。この事件では、小熊タオルセットについて、原被告商品は描かれた小熊の絵、色、姿勢、服装、小熊の数、ロゴの文字などが相違しており、タオルと小熊の人形の配置も左右逆になっているという相違点がみられたが、裁判所は、セット商品として小熊の人形とタオルが同じ取り合わせで包装箱の中に収納されているという形態上の特徴が共通していることを重視して、実質的同一性を肯定した。

⁵⁶ 従来の裁判例においては、「独自の形態」「特徴的形態」「同種商品が通常有する形態ではない形態」など様々な表現が用いられている。

⁵⁷ なお、実質的同一性の判断において原告商品と従来商品の距離に着目する裁判例においては、原告商品が実用新案権や意匠権を出願・取得しているという事情が背後にある場合も多い。

極的に評価するタイプの2通りがみられた。さらに近時は、後者のタイプの発展形ともいべき、創作的形態部分の共通性を積極的に評価する裁判例も登場している⁵⁸。以下、順にみていこう。

i) 既存形態部分の共通性を消極的に評価

例えば、〔ピアス孔保護具〕事件【後掲第40図参照】は、「当該他人の商品の形態の模倣に当たるかの判断に際しては、対比の対象となる模倣したとされる商品が同種商品が通常有する形態である基本的形態を共通にすることに重きを置くべきではなく、両商品の同種商品が通常有する形態ではない具体的形態が同一か又は酷似するか否かを判断すべきものである」と説示している⁵⁹。

この事件では、ピアス孔保護具について、その基本的形態と本体頭部の具体的形態(円盤状)とが原被告商品間で共通していたが、それらは同種商品が通常有する形態であると判断されたため、それら以外の留め具の具体的形態の同一性判断に重きが置かれた。そして、両商品の留め具の形態には環状の突出部の有無などの相違があるとして、結論として裁判所は実質的同一性を否定したのである(同様の手法により実質的同一性を否定し

⁵⁸ 前述した後行開発者基準との対比でいえば、このような手法の利点は、先行者の開発コストと後行者の改変コストの実質的比較衡量のような専門的、政策的判断を回避し得る点にある。すなわち、原告商品と従来商品の距離は、先行者の投下した開発コストを窺わせる事情となり、原告商品と被告商品の距離は、後行者の掛けた改変コストを窺わせる事情となると考えられる。このように、市場先行利益の保護という3号の趣旨を実質的同一性の判断に反映させるにしても、開発コストの多寡や投資インセンティブの増減といった政策的衡量を端的に行うのではなく、(厳密さに欠けるにせよ)何らかの裁判規範として通用する基準に置き換える点に、先行開発者基準の一つの意義があるように思われる。

⁵⁹ 東京地判平成9年3月7日判時1613号134頁〔ピアス孔保護具〕。なお裁判所は、この説示の前提として、「当該商品の基本的形態が同種商品が通常有する形態であり、細部にわたる具体的形態においてそうでないような場合においては、当該商品全体の形態としては、同法2条1項3号括弧書きの要件を具備するとはいえないから、同法2条1項3号の適用があることは当然である」と述べている。ここから窺えるように、先行開発者基準は3号の適用除外規定についての理解とも密接に関係している。田村・前掲注4)304・308頁も参照。

た裁判例として、[いかなご用容器] 事件【後掲第41図参照】⁶⁰や[組立マンホール用足掛具] 事件【後掲第42図参照】⁶¹などがある。

ii) 独自の形態部分の共通性を積極的に評価

一方、原告商品形態の一部に従来商品と共通するところがある場合に、従来商品とは異なる原告商品特有の形態的特徴が被告商品にも共通していることを重視して、3号の保護を認めた裁判例として[仏壇Ⅱ] 事件【後掲第22図参照】⁶²がある。この事件では、原告仏壇の一部に従来の家具調仏壇の一般的な形態が含まれていたことに加えて、原告仏壇と被告仏壇の間には大きさ、色、仕上げなどの全体的形状に関する相違点もみられた。しかし判決は、原被告仏壇の共通点が商品の全体形状の主要部分に関するものであり、しかもそれは従来商品にはみられない原告仏壇特有の形態的特徴を構成する重要な部分であることを理由に、実質的同一性を肯定したのである(同様の手法により実質的同一性を肯定したものとして、[エアソ

⁶⁰ 大阪地判平成12年6月22日平成8(ワ)3428最高裁HP [いかなご用容器]。裁判所は、「従来品の形態を前提として、原被告商品の形態の実質的同一性を検討するに、従来品の形態によれば、原告商品の形態のうち基本的な部分については、既に従来品に備わっていたことが認められる。したがって、原告商品の形態が保護されるのは、右のような基本的な部分の形態を前提とした具体的形態にあると認められる。しかるところ、原被告商品の形態には、それらの細部において形態の相違があり、…その差異は形態の実質的同一性の有無を検討するに際しては看過し得ないものというべきである」と述べて、実質的同一性を否定した。ただし、原告の実用新案権に基づく請求については認容した。

⁶¹ 東京地判平成17年5月24日平成15(ワ)17358最高裁HP [組立マンホール用足掛具]。裁判所はまず、原告商品と被告商品において共通する商品の基本的形状・脚部・寸法等の形態はマンホール用足掛具の商品の基本的な構造であって、他社の製品にも使用されており、同種商品が通常有する形態ということができるとした。そして、これらの形態の共通は模倣の有無の判断において参考となるにすぎないと提示し、両商品の足踏部および側部にある相違点の程度に重きを置きながら、実質的同一性の判断を行った。結論として裁判所は、足踏部および側部について形態に大きく影響を与える顕著な相違が認められるとして、実質的同一性を否定した。

⁶² 大阪地判平成10年8月27日判不競2924ノ743頁 [仏壇Ⅱ]。大阪高判平成11年2月16日平成10(ネ)2867最高裁HP [同控訴審] も同旨。

フトガン控訴審)⁶³など)。

この[仏壇Ⅱ]にみられる手法と類似のアプローチとして、学説では、「実質的同一性の判断においては、従来から存するありふれた形態や特徴のない形態よりも、その商品に個性を与え、商品が本来発揮すべき実質的機能又は審美的機能を高めるべく開発された特徴的部分を高く評価すべきであって、意匠法の類否判断の基準が参考になる」とする見解が提示されている⁶⁴。

iii) 創作的形態部分の共通性を積極的に評価

この見解を発展させる形で、従来商品との距離を原告商品の創作的価値として捉え直し、そうした創作的価値をもつ特徴的部分の共通性を原被告商品の実質的同一性判断において積極的に評価する姿勢をみせる裁判例が近時登場した。それが、4点の衣服についての形態模倣が問題となった[アルページュ・レース付き衣服] 事件である。

裁判所は、4点の衣服の形態についてそれぞれ個別に実質的同一性の判断を行っているが、そこには概ね次のような判断構造を見いだすことができる。すなわち、原告商品の形態的特徴が被告商品に取り込まれているかどうかを判断し(原告商品の形態的特徴の共通性)、次に、被告商品に取り込まれた当該特徴が創作的なデザインである場合にはそうした事情を実質的同一性を肯定する方向に積極的に評価する(創作的形態部分の積極的評価)というものである。本件の商品3番【後掲第3図参照】を例にとれば、裁判所は、長袖・前あき金属ファスナー止めフード付きパーカーで、裾及び袖口の内側から突出するようにレース編み布地が付されており、左胸部に黒色のワンポイント飾りがあり、生地は灰色、フードを止めるリボン等は黒色である点が原告商品の形態的特徴であると認定し、その特徴が被告商品にも共通することを指摘した。そしてかかる特徴が他の商品にみられない創作的なデザインであると認定し、このことからすれば、原告商品の方が身幅が広めで丈が短く、裾レースの突出幅が被告商品の方が約

⁶³ 東京高判平成14年1月31日平成11(ネ)1759最高裁HP [エアソフトガン控訴審]。

⁶⁴ 山本・前掲注32)127頁。中島敏『『商品形態』模倣に対する規制』西田美昭＝熊倉禎男＝青柳吟子編『民事弁護と裁判実務8 知的財産権』(ぎょうせい、1998年)512～513頁も同旨を述べる。

1. 8cm長いなどの相違点（全体的なシルエットの違い）は同一性の判断に影響を与えるものではないと評価して、実質的同一性を肯定したのである。

原告商品に共通する形態的特徴が創作的なデザインである場合に、同判決が両商品の相違点をほとんど重視することなく3号の保護を認めているのは、他の商品に比べて消費者に強い訴求力をもつ原告衣服の形態的特徴が被告衣服にそのまま取り込まれている以上、これを放置する場合には被告は商品開発に伴う費用・労力・リスク等の負担回避が可能となり、原告の市場先行利益が害されるおそれが高くなると判断しているからであろう。

衣服関連商品については、ライフサイクルが短く流行にも左右されやすいえ、シルエットがある程度パターン化されており、創作性を発揮できる空間が狭いという性質がある。同判決の判断構造は、このような衣料品の性質に照らし、衣服の形態的特徴の創作的価値に応じて3号の保護範囲を柔軟に調整しようとする手法であると評価することができる⁶⁵。同判決の背後には、3号は保護対象に枠を設けておらず、あらゆる種類の商品の形態を包含する構造になっていることから、その保護範囲において商品の特質に応じた柔軟な対応をなすことが求められているという考慮があるのかもしれない。衣服の商品価値に応じた保護を与えようとする同判決の柔軟な解釈姿勢からは、3号の弾力的な運用によって、3号が不競法における一般条項的役割を果たすことへの期待を読み取ることもできる⁶⁶。

⁶⁵ 例えば、泉克幸「アルページュ・レース付き衣服控訴審評釈」法学セミナー増刊『速報判例解説Vol. 3』（日本評論社、2008年）257頁は、同判決の手法について、3号の規制対象は商品形態のデッドコピーを中核に据えながらも、脱法的な模倣を禁止するために実質的同一にまで広がるどころ、その拡大範囲を合理的に画定するためには有益であると評価している。

⁶⁶ 3号の実質的同一性判断の緩和傾向の背後には、知的財産の社会的・経済的価値の高まりに伴って、3号を競争者による不正な行為一般に対応する制度として柔軟に運用すべきであるという考え方がありとされる（この点を指摘するものとして、青柳・前掲注31）218頁を参照）。

このような立場は、3号の制度趣旨を、知的財産権制度の間隙を埋めるものとしての役割をもつと解すること（渋谷・前掲注32）388頁、青柳・前掲注31）217頁）や、意匠保護を補完するものと把握すること（土肥一史「不正競争防止法による商品形

(2) 先行開発者基準の評価

それでは、このような意味で実質的同一性の柔軟解釈を行う先行開発者基準には問題がないのだろうか。本稿は、上記iii) 創作的形態部分の共通性を積極的に評価する枠組みには少なくとも2つの問題があると考ええる。

第1に、そもそも3号の制度趣旨に反するおそれがある⁶⁷。3号は原告商品と被告商品の距離に焦点を合わせ、両者の同一性のみを判断すればそれだけで保護を認める制度であるからこそ、裁判所限りの判断で簡易迅速な保護を与えることが正当化されている。原告商品と従来商品の距離に焦点を合わせ、創作的要素の有無やそれが原告商品のどこに存するかを判断を行うことについては、専門機関である特許庁の判断を介在させるべく、工業所有権制度が用意されているのである。裁判所の司法判断に馴染むものではないのだとすれば、そうした創作的形態の経済価値の冒用行為からの保護に関しては、3号の保護範囲の調整問題として捉えるべきではなく、工業所有権の保護等に委ねるべきであろう⁶⁸。

第2に、3号は保護要件として創作的要素等を要求していないにもかかわらず、侵害判断において多様な要素を考慮するというのでは、後行開発者の予測可能性を過度に害するおそれがある⁶⁹。例えば、[アルページュ・レース付き衣服]の商品3番【後掲第3図参照】の事案は、前記<否定例

態の保護」バイヤー古稀・前掲注32）402～403・411～413頁）によって、原告商品の創作的価値の冒用などの要素を実質的同一性の判断基準に読み込むことを可能としていると指摘されている。詳しくは、蘆立順美「ミニチュアリック評釈」ジュリスト1190号134頁（2000年）を参照。

⁶⁷ 田村善之「不正競争防止法2条1項3号における『模倣』の意義」同『機能的知的財産法の理論』（信山社、1996年）42～44頁。

⁶⁸ 田村・前掲注67）45～48頁。開発成果の経済的価値の冒用行為に対しては、民法709条の不法行為法による保護も考えられる。もっとも、裁判所かぎりの判断の限界という観点から、民法709条の適用には謙抑的であるべきだという指摘として、田村善之「知的財産権と不法行為」同編『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣、2008年）3頁、山根崇邦「著作権侵害が認められない場合における一般不法行為の成否—通勤大学法律コース事件—」知的財産法政策学研究18号221頁（2007年）参照。

⁶⁹ 田村・前掲注4）288～289頁、小泉・前掲注32）42頁、蘆立・前掲注66）134頁。

タイプ>に属する〔ベルーナ・Ryu Ryu〕の商品9番【後掲第30図参照】と比較してみれば分かるように、原被告商品間の相違の程度に鑑みれば実質的同一性を否定することも十分考えられた事案であった⁷⁰。しかし上記iii)の枠組みのもとでは、原告商品の創作的な特徴形態が被告商品にも共通していることが重視され、3号の保護が肯定されたのである。かかる評価手法を採用する場合には、従来は前記<否定例タイプ>に属していた事案の一部についても、実質的同一性が肯定される可能性があるように思われる⁷¹。このように、創作的形態部分の共通性を積極的に評価する上記iii)の手法は、原告商品と従来商品との距離(創作的要素)に重点を置きがちであり、原告商品と被告商品の間にみられる相違の程度を緩く評価する傾向がある。3号の保護範囲が拡がりすぎる場合には、後行者の商品開発活動を過度に萎縮させるおそれがある⁷²。

⁷⁰ [アルページュ・レース付き衣服]事件の商品3番の事案と〔ベルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品9番の事案を比較してみると、両者は、被告商品の方がスカートのボトム丈がかなり長くシルエットが異なっている点、スカート下端部内側から突出しているようなレースが施されている点、そしてそのレース部分に相違がみられる点で共通している。それゆえ、実質的同一性を肯定した〔アルページュ・レース付き衣服〕の結論はそれほど自明なものではなく、従来の裁判例の傾向からすれば、反対の結論をとることも十分あり得たように思われる。

もっとも、〔ベルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品9番の事案では、スカートのシルエットやレース部分が大きく相違していたほか、両商品の色彩の相違も認定されており、それらの事情が実質的同一性を否定する結論を導いたと考えることもできよう。⁷¹ 上記iii)の手法を採用すれば、前記<否定例タイプ>のうち、例えば、婦人用ショート丈ジャケットの形態的特徴である襟にファーが付けられている点で共通する〔ベルーナ・Ryu Ryu〕事件の商品5番や、前身頃がドレープ仕様となったラッパ状の長袖のブラウスという形態的特徴が共通する〔セ・ラ・ヴィ婦人服〕事件の商品2番・3番についても、創作的な特徴形態部分が共通することを理由に3号の保護が肯定される可能性があるように思われる。

⁷² 以上のような問題点に鑑みるならば、〔アルページュ・レース付き衣服〕事件が前提とする柔軟な判断構造は必ずしも一般化できるものではないと考える。あくまで同事件に特有の事情、つまりシーズン前に展示会に出品して1シーズンでの売れ行きに期待せざるを得ないという衣服商品の特質に鑑みた判断構造として、その射程を限定して捉えるべきであろう。アパレル分野は創作性を発揮できる空間が狭い

四 結語

平成5年に3号のデッドコピー規制が制定されてから早くも15年あまりが経つ。裁判例の積み重ねを通じて示された3号の規制が及ぶ外延、すなわち実質的同一性の具体的範囲を少しでも明らかにすること、これが本稿の課題であった。こうした課題に取り組むために本稿では、原被告商品の間に存する相違の程度および共通点と相違点に関する評価基準という2つの観点から、3号の実質的同一性をめぐる裁判例の分析を行ってきた。

実質的同一性の範囲について、3号の制定経緯からは外観上特段の相違がない酷似のケースに限定する意図が読み取れるが、その後の裁判例においては必ずしも酷似のケースに保護が限定されてきたわけではない。容易に目に留まる相違があるケースにおいても裁判所は3号の保護を認めてきたのである。裁判例の分析を通じて浮き彫りとなるのは、多様な商品市場における競争のあり方を動的に把握し規律しようとする裁判所の姿勢である。

このような姿勢は、市場先行の利益保護という3号の趣旨と保護範囲を接合する安定的な判断枠組みの構築に向けた裁判所の取り組みにとりわけ顕著である。それが、原被告商品の間の共通点と相違点に関する評価基準の構築である。こうした裁判所の営みは高く評価すべきものである。しかし前述の通り、需要者基準、後行開発者基準、先行開発者基準という各評価基準にはそれぞれ一長一短があり、どれか一つの基準が望ましいと考えたととしても、それはあくまで相対的な優位性にすぎないかもしれない。それゆえ進むべきひとつの方向性は、3つのうちで望ましいと考えられる評価基準を軸として、その欠を補うかたちで他の基準を併用するというアプローチであろう。

本稿が提案するアプローチは、後行開発者基準を軸としつつ補完的に先行開発者基準を保護を狭める方向でのみ用いるというものである。これを敷衍すれば、次のようになる。

第1に、後行開発者基準のもとでは、原則として原告の開発コストとは

混雑商品市場であることから、法的介入を行うよりも競争に委ねておいた方が同分野の発展にとっては望ましい可能性がある点にも注意が必要である。

無関係に、被告が模倣の際に改変に費やしたコストだけに着目して判断を行うことが望まれる。原告の開発コストと被告の改変コストの実質的な比較衡量が必要となるようなケースについては、そうした判断能力に限界があることに鑑みて、裁判所は3号の適用に際し謙抑的な姿勢で望むべきであろう。そのような比較衡量が必要となるケースは、基本的に意匠権、実用新案権、特許権のような工業所有権制度か民法709条の不法行為法にその救済を委ねるべきである。

第2に、被告の模倣行為に着目した場合に、被告が改変にそれなりの投下費用を掛けていることが明らかであれば、被模倣者の市場先行の利益が直ちに失われるわけではないことから、この場合には実質的同一性を否定すべきであろう。他方で、改変にそれほど投下費用を必要としないことが明らかである場合には、先行投資保護という3号の趣旨に照らして、実質的同一性を肯定すべきであろう。

第3に、ただし後行開発基準のもとでは実質的同一性を肯定すべきとなる場合であっても、原告商品がそもそも他人の商品のデッドコピー品に該当するような場合には、原告自身が商品開発に費用・労力を費やしたとは考えられないから、先行開発者基準を補完的に用いて保護を否定すべきである⁷³。また、原告商品と似たような形態の商品が市場に数多く存在する

⁷³ 従来の裁判例では、原告商品が従来商品のデッドコピー品である場合には、被告商品が原告商品をそっくりそのまま模倣したものであっても、様々な法理により被告に対する3号の請求は棄却されている。

例えば、[ペルーナ・Ryu Ryu]事件の商品7番では黒色の婦人用財布【後掲第43図参照】が問題となった。裁判所は、「原告商品⑦と被告商品⑦とは、原告商品⑦が金具を閉めた際の上面が若干短いほかは、外観上の相違点はない」と認めながらも、「原告商品⑦のように、前面中央に正方形の開閉スイッチを配した長方形の金具の両側に、ロ字状金具を配した商品は、そもそも著名ブランド『グッチ』製品において特徴的であり、これらの特徴を備えた商品が市場に多数存在する」ことを理由に、3号の請求を棄却している。

また、債権者の販売するサンダルの形状は、取引者・需要者に「ビルケンタイプのサンダル」と呼ばれている商品が通常有する形態にすぎない、と判示した裁判例もある（大阪地決平成7年4月25日知裁集28巻1号164頁〔ホーキンスサンダル仮処分〕【後掲第44図参照】）。

場合にも、保護に値するような原告の開発リスク負担がみられないことを理由に、先行開発者基準を用いて保護を否定する方向に斟酌すべきかもしれない⁷⁴。

〔付記〕 本稿は、北海道大学の知的財産法研究会における報告原稿を加筆修正したものである。本稿の作成にあたり、田村善之先生から大変丁寧なご指導を賜った。また、本稿で扱った一部の裁判例について、弁理士の安原正義先生、弁護士の窪田英一郎先生のご厚意により、裁判関係資料に接する機会に恵まれた。その他、日本語の添削や裁判例の分析に関して、北海道大学大学院法学研究科博士後期課程の山根崇邦氏、同修士課程に在籍する台湾弁護士の陳信至先生、顧昕さん、郭青さんからサポートを受けた。この場をお借りして皆様に感謝を申し上げる。

さらに、原告と被告がともにフランスのエルメス社の製造するバッグ「パーキン」とよく似たバッグを販売したという事例で、原告製品は著名なエルメス社のパーキンの形態を模倣したものであり、原告は不競法4条に基づく損害賠償請求をなすことができる者に当たらない、と判示したものもある（東京地判平成13年8月31日判タ1079号23頁〔エルメス・パーキン〕【後掲第45図参照】）。

それでは、これらの裁判例についてはどのように位置づけるべきであろうか。この点、3号により保護すべきは商品化のために費用・労力等の資本を投下した者であるから、原告商品が従来商品と実質的同一の形態を有する場合、そもそも原告は商品開発に費用を費やしていないのであり、3号の請求権者に適しないと判断したものと理解すべきであろう。詳しくは、田村・前掲注4)319～322頁、井上由里子「不正競争防止法上の請求権者」日本工業所有権法学会年報29号141頁以下(2006年)を参照。

⁷⁴ なお、3号の「模倣」に該当するためには、実質的同一性を満たすだけでは足りず、「原告の商品形態に依拠して作り出されたもの」であることが必要である(2条4項)。この依拠性を否定して3号の請求を棄却した判決が近時2件ほど出されており、注目される（大阪地判平成21年6月4日平成20(ワ)15970最高裁HP〔マグボトル〕、東京地判平成19年7月17日平成18(ワ)3772最高裁HP〔アルページュ・レース付き衣服〕、知財高判平成20年1月17日平成19(ネ)10064最高裁HP〔同控訴審〕）。これらの判決の分析については別稿を予定しているので、そちらも参照していただければ幸いである。