

不正競争防止法第2条第1項第3号による 商品形態の保護

— 「無体物保護の可能性」と「保護期間」 —

弁理士 安立 卓司

要 約

本稿では、不正競争防止法第2条第1項第3号（形態模倣商品の譲渡等行為）に関し、2つのテーマを扱う。第一に、無体物の商品価値が加速度的に高まっている現在の社会状況に鑑み、画像デザインやタイプフェイスなどの無体物が3号で保護されるか否かについて検討する（テーマ1：無体物保護の可能性）。3号の趣旨、3号の「商品」要件、「商品の形態」要件の各観点から検討した結果、本稿は3号で無体物の保護が可能であるとの立場に立つものであるが、さらに、画像デザインやタイプフェイスを3号で保護する場合の実効性や、他の法律・規定での保護の現状についても述べる。第二に、3号による保護期間の終期及び始期について判示した注目すべき裁判例であるスティック状加湿器事件控訴審判決を踏まえ、3号の保護期間の終期及び始期について考察する（テーマ2：保護期間）。なお、令和4年12月に産業構造審議会から出された「デジタル化に伴うビジネスの多様化を踏まえた不正競争防止法の在り方（案）」についても、適宜言及する。

目 次

1. 本稿のテーマ
2. 不正競争防止法第2条第1項第3号による無体物保護の可能性
 - (1) 背景
 - (2) 3号による無体物保護の可能性
 - (3) 画像デザインについての保護の実効性
 - (4) タイプフェイスについての保護の実効性
 - (5) 小括
 - (6) 産構審の提言
3. 不正競争防止法第2条第1項第3号の保護期間
 - (1) 問題の所在
 - (2) 保護期間の終期
 - (3) 保護期間の始期
 - (4) 総括

1. 本稿のテーマ

不正競争防止法第2条第1項第3号（以下、原則として単に「3号」という。）は、形態模倣商品の譲渡等行為を不正競争行為と定める規定である。3号の論点は多岐にわたるが、本稿では、「3号による無体物保護の可能性」と「3号の保護期間」について述べる。無体物の商品価値が加速度的に高まっている現在の社会状況や、注目すべき裁判例の登場（保護期間については、とりわけ知財高判平28・11・30裁判所HP参照（平成28年（ネ）第10018号）、スティック状加湿器事件控訴審）などに鑑み、テーマを選定した次第である。なお、令和4年12月に、産業構造審議会知的財産分科会不正競争防止小委員会（以下、単に「産構審」という。）から、「デジタル化に伴うビジネスの多様化を踏まえた不正競争防止法の在り方（案）」(<https://>

www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki_zaisan/fusei_kyoso/pdf/021_03_00.pdf) が出された。この中で「3号による無体物保護の可能性」と「3号の保護期間」についても提言がなされているため、本稿でも言及することとする。

2. 不正競争防止法第2条第1項第3号による無体物保護の可能性

(1) 背景

3号が規定する不正競争行為について、3号創設当初、商品は有体物のみを想定していたように見える。立法過程において作成された報告書⁽¹⁾(以下、「平成4年報告書」という。)によれば、無体物である書体(タイプフェイス)の民法第709条による保護が争点となった裁判例⁽²⁾について言及しているものの、タイプフェイスを3号の保護客体とは位置付けていない。また、平成4年報告書において、データベースの模倣行為規制についても検討されたが、情報処理技術の進展などを見極めつつ更なる検討事項であると答申しており、データベースを保護客体から除外することとしている⁽³⁾。実際に、3号についての裁判例を見渡しても、有体物の商品形態について争われたケースがほとんどである。

他方、平成5年改正により3号が創設されて以降、情報技術のすさまじい発展により、無体物であるソフトウェアの商品価値は高まるばかりである。それに伴い、ソフトウェアの機能によってディスプレイ等に表示される画像デザインも、ソフトウェアの商品価値を左右する重要な要素として、存在感を増している。例えば、GUI(グラフィックユーザインターフェイス)の画像デザインはプロダクト等の使用感ひいては商品価値に直結するため、多額の投資が行われている実態があり、多くのデザイナーを動員して研究・開発されることも多い。令和元年に意匠法が改正され、画像に関する意匠を保護するのに、従来の物品等の部分に画像を含む意匠(有体物の意匠)に加え、画像意匠(無体物の意匠)を保護対象に追加したのも、かかる状況を踏まえてのことである⁽⁴⁾。3号は意匠法を補完する役割を果たし得る⁽⁵⁾。そうすると、3号による規制が有体物のみならず無体物である画像デザインに及んだとしても、法律の役割という点でそれほど不自然ではないように思える。

また、現行法の枠組みにおいては、タイプフェイスの保護が十分になされていないのではないかと懸念する。タイプフェイスとは、「形状に関するあるコンセプトに従い創作された一揃いの文字等をいう。無体物であるので、印刷・表示等に用いる場合は、機器に合わせてフォント化して使用する。一般的には、『書体』を指す」ものとされている⁽⁶⁾。漢字を使用する日本語の場合、創作するデザインバリエーションが膨大とな

(1) 平成4年12月14日 産業構造審議会知的財産政策部会「不正競争防止法の見直しの方向」。通商産業省知的財産政策室監修『逐条解説 不正競争防止法』(有斐閣、初版、1994年)に掲載。

(2) 大阪地判平1・3・8 裁判所HP参照(昭和58年(ワ)第4872号)(写植機用文字盤事件)。

(3) 前掲注1。また、平成17年2月 産業構造審議会知的財産政策部会「不正競争防止法の見直しの方向性について」(平成17年報告書)においても、データベースの保護については更なる検討事項とされた。

(4) 特許庁総務部総務課制度審議室編『令和元年 特許法等の一部改正 産業財産権法の解説』74-75頁(発明推進協会、2020年)。

(5) 田村善之『非登録型デザイン保護制度としてみた場合の不正競争防止法のデッド・コピー規制の評価』知財年報 I.P. Annual Report 2010 249-257頁(2010年)。茶園成樹=上野達弘編著『デザイン保護法』25頁[茶園成樹](勁草書房、2022年)、五味飛鳥『不正競争防止法2条1項3号による保護と意匠法による保護—デッド・コピー規制を非登録型デザイン保護制度としてみた場合の可能性と課題—』パテント69巻4号6頁(2016年)。

(6) 知的財産研究所『タイプフェイスの保護のあり方に関する調査研究報告書』ii頁(特許庁、2008年)

https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/998256/www.jpo.go.jp/shiryoku/toushin/chousa/pdf/zaisanken/1905typeface_honpen.pdf

るため、創作に投下される資本や労力が多大であることは想像に難くない⁽⁷⁾。タイプフェイスの法的保護は3号創設時点から認識されている問題であるが、後述するように、今のところ残念ながら現行法による保護がうまく機能しているようには見えない。一案として、タイプフェイスの模倣行為を3号の不正競争行為とすることはできないものだろうか。

以上を踏まえ、本稿では、3号の保護が画像デザインやタイプフェイスなどの無体物に及ぶ可能性があるのかについて検討するとともに、及ぶとした場合の保護の実効性についても併せて検討する。

ここで、本稿における「画像デザイン」は、例えば画像意匠のような、実用的な画像デザインのみ限定することとする。「画像デザイン」というと、字義的には、ゲームのキャラクターデザインやパソコン用の壁紙など著作権法による保護の対象となり得るものも含まれるが、3号を創設する際には応用美術など特別な場合を除いて著作権法による保護が実用品の形状には及ばないことを当然の前提としているはずであるから、それに倣い、本稿の「画像デザイン」を実用的な画像に絞ることとする⁽⁸⁾。

(2) 3号による無体物保護の可能性

① 3号の趣旨からの検討

3号の趣旨は、「商品開発者が商品化に当たって資金又は労力を投下した成果が模倣されたならば、商品開発者の市場先行の利益は著しく減少し、一方、模倣者は、開発、商品化に伴う危険負担を大幅に軽減して市場に参入でき、これを放置すれば、商品開発、市場開拓の意欲が阻害されることから、先行開発者の商品の創作性や権利登録の有無を問うことなく、簡易迅速な保護手段を先行開発者に付与することにより、事業者間の公正な商品開発競争を促進し、もって、同法1条の目的である、国民経済の健全な発展を図ろう」とするものである（知財高判平28・11・30裁判所HP参照（平成28年（ネ）第10018号）、スティック状加湿器事件控訴審）⁽⁹⁾。

そうすると、先行者の成果模倣という不正競争の問題は、有体物に限った話ではなく、無体物についても十分に生じ得るから、3号の趣旨を理由としては無体物の保護は否定されない。

② 「商品」要件からの検討

3号は、次の行為を不正競争行為と定める。

不正競争防止法第2条第1項第3号

「他人の商品の形態（当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く。）を模倣した商品を譲渡し、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、輸出し、又は輸入する行為」

(7) 前掲注6 v-vi頁。同6頁のフローチャートによれば、タイプフェイス・フォントを創作するには、①基本デザイン（基本コンセプトやバランスなど）の決定、②原字の作成（特徴のある文字について）、③デジタル化（スキャナでの読み取り）、④文字のデジタル・データ作成、⑤デザイン検査・修正（文章を組んだ際のチェック含む）、⑥フォント化のための検査を経て公表・販売に至る。⑦ファミリー書体のデジタル・データが作成される場合、手数は更に増える。

(8) 実用目的の物を著作権法で保護すべきか否かの一大論点として、応用美術の論点がある。応用美術は著作権法の論点であるが、著作権法で保護される著作物について不正競争防止法で保護すべきか否かは、応用美術の論点と密接な関係があるとしても、あくまで不正競争防止法の論点である。田村善之『講演録 意匠登録がない商品デザインの保護の可能性～著作権法・不正競争防止法の交錯～』コピーライト676号57巻20頁（2017年）は、3号について「現行著作権法の立法当時にはなかった規律ですので、著作権法の起草過程で考慮されたわけではないのですが、不競法のほうは、1993年の全面改正の際に2条1項3号の規律を導入するに際して、著作権による保護が実用品の形状には及ばないことを当然の前提に作っている法律である」と述べる。

(9) 立法当時に述べられた趣旨として、前掲注1第二章IV一。

まず、3号による保護の前提として「商品」でなくてはならないが、「商品」について不正競争防止法上の定義規定はない。そこで、「商品」に無体物が含まれるのか否かは解釈に委ねられることになる。

3号の「商品」に無体物を含めるとした裁判例は複数存在する。スケジュール等を管理するソフトウェアの表示画面の実質的同一性を否定した裁判例（東京地判平15・1・28裁判所 HP 参照（平成14年（ワ）第10893号）、PIMソフト事件）は、「商品」の解釈について明確には言及していないが、原告と被告双方の表示画面を対比して実質的同一性の判断をしていることから、事実上無体物であるソフトウェアを3号の「商品」と解したものと理解できる。また、無体物であるソフトウェアについて、独自の経済的価値を認め、独立して商取引の対象となることから、「商品」に該当すると認めた裁判例がある（東京地判平30・8・17裁判所 HP 参照（平成29年（ワ）第21145号）、ロイロノートスクール事件）。さらに、3号の「商品」は市場において取引対象とされるものとした裁判例があることからすると（京都地判平14・3・1裁判所 HP 参照（平成12年（ワ）第2116号損害賠償請求事件、平成13年（ワ）第1791号売掛代金請求反訴事件）、広告チラシ事件）、市場で取引される無体物も「商品」に含まれると解することが可能である⁽¹⁰⁾。

そして、同じ不正競争防止法において、同法第2条第1項第1号の「商品」も、無体物を含むものと解されている⁽¹¹⁾。なぜなら、経済的価値に着目して取引の対象となるものが有体物に限定されなければならないとする合理的な理由が見だし難く、無体物であっても、その経済的な価値が社会的に承認され、独立して取引の対象とされている場合には「商品」に該当するからである（東京高決平5・12・24LEX/DB 文献番号27825809、モリスワタイプフェース仮処分事件）。かかる事情は、3号の場合であっても異なるところはないものと思われる。

よって、不正競争防止法の目的のひとつである事業者間の公正な競争の確保を行うためには、「商品」を有体物に限るのではなく無体物も含めて解釈すべきである⁽¹²⁾。少なくとも、「商品」要件が理由で、3号による無体物保護の可能性が否定される訳ではない。

③「商品の形態」要件からの検討

しかしながら、3号における「商品の形態」要件が、3号による無体物保護の前に立ちはだかる。3号における「商品の形態」は、不正競争防止法第2条第4項で定義されている。

不正競争防止法第2条第4項

「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。」

この規定は、「商品の形態」という文言の明確化を図るため、平成17年改正により新設された。

「商品の外部及び内部」という文言は、有体物の形態との親和性が非常に高い。画像デザインやタイプフェイスといった無体物には、外部も内部も観念し得ないからである。

また、「・・・商品の・・・形状並びにその形状に結合した模様」等とあり、「形状」を有することが必須の要件となっているところ、無体物の場合であっても、画像や字形の輪郭形状を指して「形状」といえなく

(10) 同旨の裁判例として、大阪地判平10・11・26 LEX/DB 文献番号28041755（エアソフトガン営業誹謗事件）。

(11) 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説 不正競争防止法』62頁、64頁（商事法務、第2版、2019年）。

(12) 反復して取引の対象となり得るものであれば無体物であっても保護を認める見解として、紋谷暢男『判批』ジュリ849号111頁（1985年）。プログラムなどの管理可能な無体物を「商品」に含める見解として、竹田稔＝服部誠『知的財産権訴訟要論 [不正競争・商標編]』101頁（発明推進協会、第4版、2018年）。3号の「商品」にプログラムを一律に含めるべきかについて疑問を呈しつつも、プログラムのアウトプットが常に一定の形態をとる場合には保護の必要性が高いとの指摘につき、松村信夫『新・不正競争訴訟の法理と実務』380頁（民事法研究会、2014年）。

もないが、「形状」の語は意匠法において永らく、有体物である物品の形状を指すものとして使用されてきた（令和元年改正前意匠法第2条第1項）。そして、令和元年改正により画像意匠が保護対象として新たに導入された後においても、画像意匠については単に「画像」の文言を使用し、有体物である物品・建築物の意匠にのみ、「形状」の語を用いている（「形状等」、令和元年改正後意匠法第2条第1項）。

そうすると、3号にいう「商品の形態」は、有体物の形態に限られると解するのが自然であるようにも思える⁽¹³⁾。

しかしながら、平成17年改正により4項を設けた趣旨は、あくまで蓄積された裁判例を踏まえ構成要件を明確化することである⁽¹⁴⁾。すなわち、商品が有体物である場合に商品内部の形態が商品形態となり得ること、そして、形態の構成要素を明らかにすることを目的とした規定であって、無体物の保護を積極的に排除しようとする趣旨の規定ではない。また、意匠法と不正競争防止法とは、機能において補完的な関係性があるとはいえ、法目的や要件等を全く異にする法律であるから、「形状」の解釈が相違したとしても、不合理とまではいえない。さらに、無体物の形態を3号の商品形態として認めた裁判例が存在する。PIMソフト事件（東京地判平15・1・28裁判所 HP 参照（平成14年（ワ）第10893号）は、ソフトウェア商品の画面どうしを商品の形態として対比しているし、ロイロノートスクール事件（東京地判平30・8・17裁判所 HP 参照、平成29年（ワ）第21145号）は、「原告ソフトウェアは、タブレットとは別個に経済的価値を有し、独立して取引の対象となるものであることから『商品』ということができ、また、これを起動する際にタブレットに表示される画面や各機能を使用する際に表示される画面の形状、模様、色彩等は『形態』に該当し得る」と判示する⁽¹⁵⁾。

よって、無体物の形状等であっても、3号の「商品の形態」に該当するものと考えて差し支えないのではないか⁽¹⁶⁾。

(3) 画像デザインについての保護の実効性

とはいえ、現行法の枠組みにおいて、3号によって画像デザインを十分に保護することができるかは疑問である。

3号の「模倣」が認められるためには、商品形態の実質的同一性が要求される（不正競争防止法第2条第5項）、実質的に同一であるといえるためには、他人の商品形態が(i)商品（独立して取引される部品を含む⁽¹⁷⁾。）の全体の形態であるか、あるいは(ii)商品形態の特徴がある、模倣された場合に全体としての商

(13) 「商品の形態」は有体物に限るとの見解につき、逐条・前掲注11の37頁、小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説』278頁（青林書院、第3版上巻、2020年）、蘆立順美『不正競争防止法における「商品の形態」の意義』ジュリ1190号132頁（2000年）。不正競争防止法第2条第4項の定義から、GUIを商品形態とするのは難しいように思われるとの指摘について、五味・前掲注5の11頁。「商品の形態」は、知覚によって認識することができる有形的な商品の具体的な形状をいうとした裁判例として、東京地判平25・11・29 LEX/DB 文献番号25446287（プロ野球ドリームナイン事件）。

(14) 平成17年改正の参考資料として、平成17年報告書・前掲注3の52頁。

(15) ソフトウェアを商品に含め、これを起動したときに表示される画面構成を商品形態とする見解として、渋谷達紀『不正競争防止法』135頁（発明推進協会、2014年）。

(16) 3号によるタイプフェイスの保護の可能性について言及した文献として、駒田泰土『タイプフェイスの保護』著作権研究36号61頁（有斐閣、2009年）。小野昌延編『新・注解 不正競争防止法』485-486頁〔泉克幸〕（青林書院、第3版上巻、2012年）は、デジタルフォントにつき、カタログや見本などの印刷物を通して取引が行われるのであれば、商品形態と認めてもよいように思われると述べ、また、プログラムやデータベースにつき、モニター画面に映し出される映像などは「形態」と観念でき、一定の範囲で保護が及び得ると指摘する。3号の制度趣旨から、文字フォントについても保護対象に含めしめるべきとの見解につき、田村善之『不正競争法概説』300頁（有斐閣、第2版、2003年）。タイプフェイスの法的保護がきわめて不十分であることを理由に本号を拡張解釈してタイプフェイスを保護すべきとの見解として、マックス・プランク知的財産・競争法研究所編『知的財産と競争法の理論 F.K. バイヤー教授古稀記念日本版論文集』368-369頁〔渋谷達紀〕（第一法規出版、1996年）。

(17) 独立して取引の対象となる交換部品も3号の「商品」に該当するとした裁判例として、東京地判平11・2・25裁判所 HP 参照（平成8年（ワ）第19445号）（エアソフトガン事件原審）、東京高判平14・1・31裁判所 HP 参照（平成11年（ネ）第1759号）（エアソフトガン事件控訴審）。

品形態として評価されるような、一部分の形態でなければならない。(i)の立場を採る裁判例として、例えば、知財高判平31・1・24裁判所 HP 参照(平成30年(ネ)第10038号)(サックス用ストラップ事件)がある⁽¹⁸⁾。他方、(ii)の立場を採る裁判例として、例えば、東京地判平17・5・24裁判所 HP 参照(平成15年(ワ)第17358号)(マンホール用足掛具事件)がある⁽¹⁹⁾。

マンホール用足掛具事件

「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って、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』ということはできない。」

(i)と(ii)、いずれの立場を採るにせよ、実質的同一性の判断の俎上に載せるためには、結局のところ、全体としての「商品の形態」の模倣であると評価されなければならない。この判断基準が画像デザインにも当てはまるならば、ソフトウェア(商品)が機能を発揮してディスプレイ等に表示される画像デザイン(形態)の全体が、実質的同一性判断の対象になるということになる。

それでは、ソフトウェア(商品)の画像デザイン(形態)の全体、とは何か。そもそも、保護されるのは市場において流通し取引される「商品」であるから、保護される「商品の形態」も市場において流通し取引される単位でなければならない。例えばオンライン会議用ソフトウェアは、通常、会議設定用のソフトウェア、チャット用のソフトウェア、ビデオ通話用のソフトウェア、資料共有用のソフトウェアなど多数のソフトウェアから構成されているが、市場で流通し取引されているのはあくまでそれらすべてのソフトウェアが協働するようパッケージングされた、多数のソフトウェアの総体である。そして、一般的に、ソフトウェアにより表示される画面は、画面遷移を前提として、階層化された複数の画面から構成されている。例えば、ソフトウェアを起動すると、初期画面が表示され、次いでホーム画面(操作のためのGUI)が表示され、操作をすると更に次の画面が表示されるといった具合である。そうすると、ソフトウェアの場合、「商品の形態の全体」とは、原則として、これら複数の画面すべてとなり、例えばホーム画面のGUI画像のみがそっくりそのまま冒用されたとしても、「商品の形態の全体」の模倣とはいえず、3号による保護は受けられないことになる。仮にホーム画面のGUI画像が独創的で特徴あるデザインだったとしても、そのみをもって「商品の形態の全体」と評価し得るようなケースは現実的にはほとんどないのではないかと。もちろん、例えば図1「自動車情報表示用GUI」のように一画面のみで成立し得る画像デザインはあるが、このような画像デザインは単体で市場を流通する訳ではなく、自動車という商品に組み込まれて流通するのが一般的であることから、3号の「商品」に当たらないことも十分にあり得る。

(18) その他、(i)の立場を採る裁判例として、知財高判平20・1・17裁判所 HP 参照(平成19年(ネ)第10063号差止等請求控訴事件、同第10064号同附帯控訴事件)(レース付洋服事件)、東京地判平27・11・11裁判所 HP 参照(平成26年(ワ)第25645号)(防災キャリーバッグ事件)など。

(19) その他、(ii)の立場を採る裁判例として、東京地判平24・1・25裁判所 HP 参照(平成23年(ワ)第15964号)(編みぐるみ事件)。

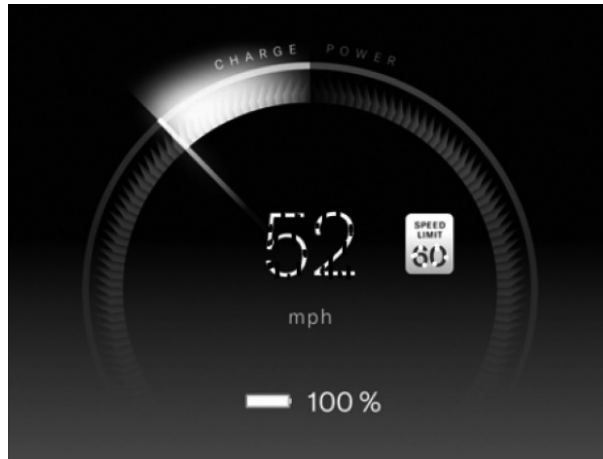


図1 自動車情報表示用 GUI (意匠登録第 1722448 号、部分意匠、破線部分以外が権利範囲)

よって、市場を流通し取引されるソフトウェアの表示画面がたった一画面しかないなど特段の場合を除き、3号で画像デザインを実効的に保護するのは難しいものと言わざるを得ない。

ここで、3号以外での画像デザインの保護状況について触れておく。

画像デザインは、意匠法で保護され得る。上述したとおり、令和元年の意匠法改正により、無体物である画像意匠が新たに保護対象に追加された。非登録型の保護制度である3号と異なり、意匠法による保護を受けるためには出願し審査を経て意匠登録されなければならないが、権利化の対象（出願・登録に係る意匠）を決定する自由度は極めて高い。例えば GUI のデザインを創作した場合、画面全体ではなく、画面の一部を構成する画像のみに的を絞って権利化できるし、アイコンやボタンなど GUI を構成する一部の画像要素のみを権利化することもできる。全体意匠として権利化する場合であっても、そもそも何を全体意匠とするかについて決めることができる。のみならず、部分意匠として保護することもできるから（意匠法第2条第1項かっこ書）、権利化対象決定の自由度は更に高まる。創作物たる意匠を保護する意匠法ならではといえる。



図2 アイコン用画像 (意匠登録第 1701752 号、全体意匠、色彩あり)

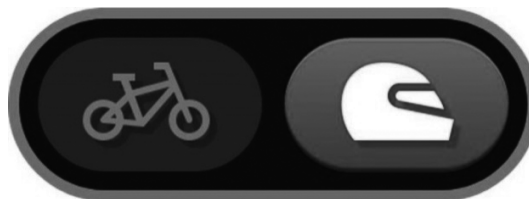


図3 トグルボタン用画像 (意匠登録第 1710896 号、全体意匠、変化する意匠、色彩あり)

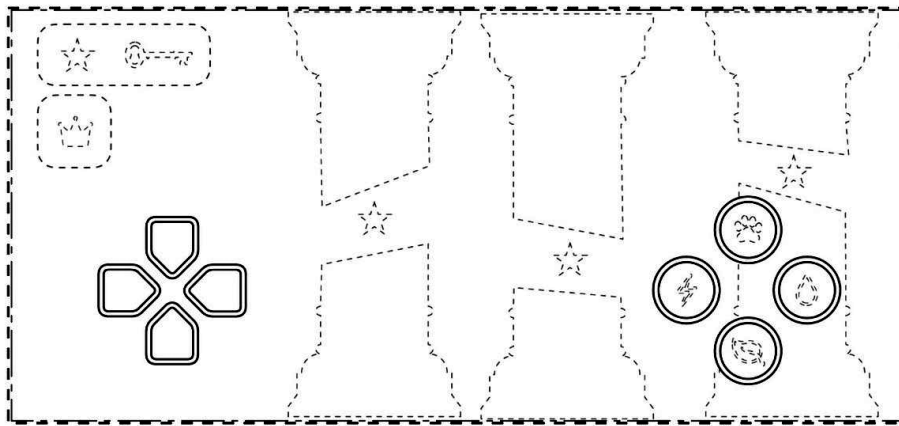


図4 コンテンツ表示操作画面（意匠登録第1724936号、部分意匠、実線部分が権利範囲）

しかし、意匠法による保護を受けるためには、新規性のハードルをクリアしなければならず、新規性喪失の例外規定があるとはいえ、現行の意匠制度による画像デザイン保護にはおのずと限界がある。出願に要する時間的・金銭的成本、審査に要する時間、権利維持にかかる費用を考えると、なおさらである⁽²⁰⁾。

そこで、非登録型の保護について見ると、画像デザインは、著作権法でも保護され得る。裁判例を見る限り、ソフトウェアにおける表示画面は、図形の著作物（著作権法第10条第1項第6号）や編集著作物（同法第12条）と位置付けられているようである⁽²¹⁾。グループウェア（スケジュール、アドレス帳、施設管理などのアプリケーションの集合体）の画面表示の複製・翻案が争われた事件として、東京地決平13・6・13 LEX/DB 文献番号28062586（サイボウズオフィス仮処分事件）がある。本裁判例は、「表現者が意図した選択・配列に基づく相互に牽連性を持った表現行為として、表現者の個性が表れている限り、そこに創作性を認めることも可能というべきである」とした上で、一部商品については、その順序・配列・機能により表現される各画面表示に表現者の個性が直観・感得されるとして、全体としての類似性を肯定し、翻案を認めた。しかし、著作権法による保護が認められるとしても、デッドコピーないしそれに準ずるようなものに限られるとの見解がある⁽²²⁾。このように著作権法による保護も決して手厚いものとはいえないが、3号による保護もデッドコピーないしそれに準ずるようなものに限られることには変わりはなく、依拠を保護の要件とする点でも差異はない。そうすると、創作時点から保護が開始される点（著作権法第51条第1項）、存続期間が原則として著作者の死後70年と非常に長い点（同第2項）、ソフトウェアの複数の表示画面のうち一画面のみであっても著作物として保護対象になり得る点を踏まえれば、3号による保護よりも著作権法による保

(20) 3号は、ライフサイクルが短いファッション・デザインについての実質的な保護制度として機能することが期待されるとの指摘につき、茶園＝上野・前掲注5の106頁〔蘆立順美〕、ファッション業界や玩具業界など短期間に大量の商品がデザインされる分野については費用が意匠制度活用への障壁となるとの指摘について、五味・前掲注5の7頁。

(21) ソフトウェアの表示画面について、編集著作物と説明することも可能であるし、図形や図表を引用した文章全体のような著作物と説明することもできるとした裁判例として、東京地決平13・6・13 LEX/DB 文献番号28062586（サイボウズオフィス仮処分事件）。図形の著作物に分類した裁判例として、大阪地判平12・3・30 裁判所 HP 参照（平成10年（ワ）第13577号）（積算くん事件）、東京地判令3・9・17 裁判所 HP 参照（平成30年（ワ）第28215号）（Book Answer 3事件）。編集著作物としての著作物性が争われた裁判例として、東京地判令2・3・19 裁判所 HP 参照（平成30年（ワ）第33203号）（Linect事件）。

(22) 前掲注21「サイボウズオフィス仮処分事件」は、画面の選択や配列ではない、各画面の表示の問題については、「限定的な範囲での創作性しか認め得ない場合が多く、その結果デッドコピーを許さない程度の保護しか与えられない場合もある」と述べる。本案事件である「サイボウズオフィス事件」（東京地判平14・9・5 裁判所 HP 参照、平成13年（ワ）第16440号）では、表示画面の選択及び組合せについても、複製ないし本案と認め得るのは、いわゆるデッドコピーないしそれに準ずるようなものに限られるとする。「ビジネスソフトウェアの表示画面または表示画面の選択・配列は、その著作物性は直ちには否定されないにしても、現実的には、デッドコピーのような場合でない限り権利行使は困難であるといわざるを得ない状況にあらう」との指摘につき、茶園＝上野・前掲注5の186頁〔麻生典〕。

護のメリットの方が大きいといえるかもしれない。とはいえ、ソフトウェアの画面表示の複製・翻案について争われた著作権の裁判例では、結局のところ保護が否定されるケースがほとんどである⁽²³⁾。

また、画像デザインは、商標法や不正競争防止法第2条第1項第1号・第2号で保護され得る。例えば、上掲のサイボウズオフィス仮処分事件の本案事件であるサイボウズオフィス事件（東京地判平14・9・5裁判所HP参照、平成13年（ワ）第16440号）において裁判所は、「コンピュータソフトウェアの表示画面、例えばトップページ、情報表示画面や入力画面等が他に例を見ない独特の構成であり、そのような表示画面の構成が特定の商品（ソフトウェア）に特有のものとして、需要者の間に広く認識されている場合には、当該表示画面が同号にいう『商品等表示』に該当することも、可能性としては否定することができない」と述べる。しかし続けて、「ソフトウェアの表示画面は、通常は、需要者が当該商品を購入して使用する段階になって初めてこれを目にするものであり、また、ソフトウェアの機能に伴う必然的な画面の構成は『商品等表示』となり得ないものと解されるから、そのような事態は、ソフトウェア表示画面における機能に直接関連しない独自性のある構成につき、これを特定の商品（ソフトウェア）に特有のものである旨の大規模な広告宣伝がされたような例外的な場合にのみ、生じ得るものである」と述べた上で、当該事案では周知性を否定している。ソフトウェア商品の購入時に表示される画像であれば格別、購入後ソフトウェアをインストールしたのち、それを起動して表れる画像デザインが出所表示機能を備えたり、更には周知・著名性を獲得したりするケースは、それほど多くないのではないだろうか⁽²⁴⁾。

さらに、民法第709条での保護が考えられる。有体物の事案ではあるが、かつては、他人の商品形態と実質的に同一といってよいくらいに類似している商品を販売する行為について、不法行為の成立を認める裁判例もあった⁽²⁵⁾。しかし、近年はそのような裁判例は見当たらず⁽²⁶⁾、ソフトウェアの販売行為が問題になった裁判例でも不法行為の成立が否定されている。ロイロノートスクール事件（東京地判平30・8・17裁判所HP参照、平成29年（ワ）第21145号）は、「不競法2条1項各号の規定は、特定の行為を不正競争として限定列挙するものであるから、同条各号所定の不正競争に該当しない行為は、同法が規律の対象とする社会全体の公正な競争秩序の維持等の利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である（最高裁平成21年（受）第602号、同第603号同23年12月8日第一小法廷判決・民集65巻9号3275頁参照）」と述べた上で、被告の行為は不正競争防止法第2条第1項第3号に該当せず、社会全体の公正な競争秩序の維持等の利益とは異なる法的に保護された利益を侵害したなどの特段の事情も認められないとして、不法行為の成立を否定している。

(4) タイプフェイスについての保護の実効性

画像デザインの場合と異なり、タイプフェイスの場合には、保護の要件として実質的同一性を課したとし

(23) ソフトウェアの画面表示について著作権侵害を否定した裁判例として、前掲注21「積算くん事件」、「Book Answer 3 事件」、「Linect 事件」、前掲注22「サイボウズオフィス事件」のほか、東京地判平15・1・28裁判所HP参照（平成14年（ワ）第10893号）（PIMソフト事件）、東京地判平16・6・30裁判所HP参照（平成15年（ワ）第15478号）（ProLesWeb事件原審）、知財高判平17・5・26裁判所HP参照（平成17年（ネ）第10055号）（ProLesWeb事件控訴審）。

(24) ゲームの影像が不正競争防止法第2条第1項第1号にいう「商品等表示」に該当することがあり得るとしたものの、周知の商品等表示性を否定した裁判例として、知財高判平24・8・8裁判所HP参照（平成24年（ネ）第10027号）（釣りゲータウン2事件控訴審）。

(25) 大阪高判平12・9・29裁判所HP参照（平成11年（ネ）第3070号）（現代仏壇事件控訴審）。

(26) 無体物につき、不法行為の成立を否定した裁判例として、大阪地判平1・3・8裁判所HP参照（昭和58年（ワ）第4872号）（写植用書体事件）、大阪地判平25・7・18裁判所HP参照（平成22年（ワ）第12214号）（ディスプレイフォント事件原審）、東京地判平25・11・29LEX/DB文献番号25446287（プロ野球ドリームナイン事件）、大阪高判平26・9・26裁判所HP参照（平成25年（ネ）第2494号）（ディスプレイフォント事件控訴審）。

ても、適切な保護が難しいとまではいえない。なぜなら、タイプフェイスは一揃いの文字群「すべて」が共通のルールでデザイン処理されている点に商品価値が発生するからである。

タイプフェイスの場合、その基本的な形は「あ」とか「花」とか既存の文字等の抽象的な形（字体）であるが、言うまでもなく字体には商品価値がない。文字を構成する線の幅や傾き、文字の縦横比、はね・はらい・そり・はねあげなどの諸要素をデザインルールに従って統一的に処理した、具体的な字形の集合体となっ

てはじめて、独自の価値が生じる。



図5 字体は同じでも字形が異なる
知的財産研究所「タイプフェイスの保護のあり方に関する調査研究報告書」4頁より引用

タイプフェイスの場合、様々な要素が共通していたとしても、例えばそり方やはねあげ方といったディテールが相違することによって、容易に別の価値を有する商品となり得る。そして、ディテールとはいえそれぞれがある程度異なるのであれば、タイプフェイスを組み上げる作業には、先行者とは別の資本や労力が投下されていると評価することができる。そうすると、一般的なタイプフェイスについては、それほど広い保護範囲を認める必要はないものといえる。したがって、一般的なタイプフェイスの保護と、実質同一の限度において保護を認める3号との相性は、極めてよいといえるのではないか。また、基本となる字体が共通せざるを得ないタイプフェイスは、ディテールのデザイン処理やその統一といった細部の形態に商品価値が宿るものであるから、実質同一の範囲を超えて保護を及ぼすと、かえって商品開発を委縮させかねない。

もっとも、3号以外でタイプフェイスの保護が十分に図られているのなら、わざわざ3号で保護する必要はないかもしれない。しかし、現行法によりタイプフェイスがうまく保護されているとは言い難い。

タイプフェイスは画像といえなくもないが、意匠法の保護対象（画像意匠）ではない。操作画像（機器の操作の用に供される画像）又は表示画像（機器がその機能を発揮した結果として表示される画像）のいずれにも該当しない上（意匠法第2条第1項）、模様化されず、模様として認識されない単なる文字は、意匠法上の意匠の構成要素とはなり得ないからである⁽²⁷⁾。

タイプフェイスは表現であるから、著作権法での保護が考えられる。この点、著作権法でタイプフェイスが保護されることはあり得る。最判平12・9・7裁判所HP参照（平成10年（受）第332号）（ゴナ書体事件）は、(i)従来の印刷用書体に比して顕著な特徴を有するといった独創性を備え、かつ、(ii)それ自体が美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えていることを条件に、一般論として印刷用書体の著作物該当性を肯定した。しかし、「印刷用書体は、文字の有する情報伝達機能を発揮する必要があるために、必然的にその形態には一定の制約を受けるものであるところ、これが一般的に著作物として保護されるものとする、著作権の成立に審査及び登録を要せず、著作権の対外的な表示も要求しない我が国の著作権制度の下においては、わずかな差異を有する無数の印刷用書体について著作権が成立することとなり、権利関係が複雑となり、混乱を招くことが予想される」ことを理由に、書体の著作物性を否定している⁽²⁸⁾。実用性及び機能性が要求され

(27) 東京高判昭55・3・25裁判所HP参照（昭和53年（行ケ）第30号）（カップヌードル事件）、意匠審査基準Ⅲ部第1章3.2.9。

(28) タイプフェイスの著作物性を否定した裁判例として、東京高判昭58・4・26裁判所HP参照（昭和54年（ネ）第590号）（ヤギ・ボールド事件）、前掲注26「写植用書体事件」、東京地判平5・4・28裁判所HP参照（平成4年（ワ）第4807号）（岩田書体文字設計図事件）、東京地判平31・2・28裁判所HP参照（平成29年（ワ）第27741号）（インターセプター・タイプフェイス事件）。

るタイプフェイスの特性に鑑みるに、(i)及び(ii)の要件を充たすような書体は、もはや一般的なタイプフェイスの範疇にはないといえるだろう。したがって、著作権法により、一般的なタイプフェイスを保護することは難しい⁽²⁹⁾。

タイプフェイスが商品等表示に該当する場合には、不正競争防止法第2条第1項第1号・第2号での保護が考えられる。東京高決平5・12・24LEX/DB 文献番号27825809(モリサワタイプフェース仮処分事件)は、平成5年改正前の1号に関する事件であるが、無体物である書体の商品該当性、原告人書体それ自体の形態の周知性、原告人書体と被告書体の同一性、混同のおそれをいずれも肯定し、保全の必要性があることを認めた。しかし、本事案においては、原告人書体が「標準編集集携」という一般的な概説書において原告人の代表的な書体として取り上げられているといった特殊事情に基づいて周知性が認定されていることからすると、他の事案においてタイプフェイスが周知性・著名性を獲得したと認定されるのは決して容易なことではないと推察される。

その他、民法第709条での保護が考えられる。大阪地判平1・3・8裁判所HP参照(昭和58年(ワ)第4872号)(写植用書体事件)は、書体創作者の創意工夫や努力が存在する事実、書体の製作・改良作業に多くの労力・時間・費用がかかる事実、書体を使用する際に使用許諾及び対価の支払いが行われる事実を参酌し、著作物性が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使用されているような場合には、不法行為の法理を適用して保護する余地がある旨、一般論として述べるが、不法行為の法理の適用を否定している。不法行為法によるタイプフェイスの保護が厳しい状況は、近時も続いている⁽³⁰⁾。

(5) 小括

上述のとおり、一般論としては、3号により無体物の形態を保護することは可能である。

しかしながら、画像デザインについては、3号により実効的な保護を図るのは難しい状況であり、また、3号以外の法律・規定を見ても、意匠登録をすることなく、画像デザインを適切に保護することは厳しい状況である。非登録型の画像デザイン保護の仕組みとして、著作権法及び不法行為法による保護で果たして足りているのか、足りていないとすれば著作権法及び不法行為法による保護はどうあるべきなのか、あるいは、それらを補完するため3号を改正する必要はないのか、3号を改正しないとしても不正競争防止法に一般条項を追加してそちらで保護し得るか、といった点が問題になるだろう。

他方、タイプフェイスについては3号により実効的な保護を図ることが可能であり、実質同一の限度で保護する3号の仕組みはタイプフェイスの保護に向いている。3号以外の法律・規定によって実効的な保護が図られていない現状に鑑みれば、タイプフェイスを3号で保護する実益は十分にあるだろう。仮に3号での保護が認められないとするならば、画像デザインの場合と同じく著作権法及び不法行為法での保護の在り方、3号の改正や一般条項の創設について議論の余地があろう。

とはいえ、画像デザインにせよ、タイプフェイスにせよ、3号とは別に新しい規定を設けて個別具体的に保護する途もあり⁽³¹⁾、今後の議論が待たれるところである。

(29) 中山信弘『著作権法』228頁(有斐閣、第3版、2020年)、茶園=上野・前掲注5の229頁[横山久芳]。

(30) タイプフェイスについて不法行為の成立を否定した近時の裁判例として、大阪地判平25・7・18裁判所HP参照(平成22年(ワ)第12214号)(ディスプレイフォント事件原審)、前掲注26「ディスプレイフォント事件控訴審」。

(31) 保護対象が特定できるのであれば、それぞれを保護対象とした独立の制度を作るべきとの指摘として、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40頁(2009年)。

(6) 産構審の提言

令和4年12月に、産構審から、「デジタル化に伴うビジネスの多様化を踏まえた不正競争防止法の在り方(案)」が出された (https://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki_zaisan/fusei_kyoso/pdf/021_03_00.pdf)。令和4年2月28日(産構審第15回)、同10月18日(第18回)、同11月7日(第19回)の議論を踏まえ、無体物保護に関する3号の見直しについての提言が盛り込まれている。

この提言は、3号の「商品」について、本稿と同じく、無体物を含むとの立場を採る。

3号での無体物保護に関する同提言の概要

- ・3号の「商品」は、無体物を含む
- ・まずは逐条解説等にて「商品」に無体物が含まれるとの解釈を明確化する
- ・形態模倣商品の提供行為に「電気通信回線を通じて提供」する行為を追加し、ネットワーク上の形態模倣商品の提供行為もその適用対象であることを明確化する
- ・その上で、不競法上の「商品」の定義規定の導入については、今後の裁判例の蓄積を注視した上で、引き続き将来課題として検討していく

3号の「商品」に無体物を含める点、3号に「電気通信回線を通じて提供」する行為を追加する点につき、前者については産構審の議事録を読む限りその結論に至る論理の道筋が必ずしもクリアでないように感じるが、いずれも結論に賛同する。同提言は、実質1年にも満たない短期間の集中審議に基づいて作成されたものであり、まずは必要最小限の法改正と現行法の解釈を組み合わせ、デジタルの模倣に迅速に対応するのだという強い意気込みが感じられる。

しかし、産構審の一連の議論や同提言が主に見据えているのは、あくまで現実(フィジカル)とメタバースなどの仮想現実(デジタル)を交錯する模倣事例であって、仮想現実とは無関係に成立し得る、無体物どうしの模倣事例(例えば、他人の画像デザインの商品形態を模倣した画像デザインを譲渡する事例、他人のタイプフェイスの商品形態を模倣したタイプフェイスを譲渡する事例)ではないように見える。3号による法規制の在り方の議論が一気に進展するのは素晴らしいことではあるが、仮想現実の特化した議論やフィジカル/デジタル間の模倣規制の議論に留まってしまっただけでは、3号の在り方の議論として必ずしも十分とはいえないのではないだろうか。無体物が絡んだ商品形態模倣については数多くの論点、新しい論点があるものと思料するが、3号と著作権法など他の法律との関係も含め、今後活発に議論されることを期待する次第である。

3. 不正競争防止法第2条第1項第3号の保護期間

(1) 問題の所在

不正競争防止法第19条第1項第5号イは、「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を譲渡し、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、輸出し、又は輸入する行為」には3号を適用しない旨規定する。これより、日本国内における最初の販売日から起算して3年を経過した時が、3号の保護期間の終期であることは明白である。

しかし、「最初に販売された日」とは、いつを指すのか、必ずしも明らかではない。

他方、3号の保護期間の始期に至っては、明文規定が存在しないため、3号の保護はいつ開始されるのか不明である。

(2) 保護期間の終期

3年の起算日である「日本国内において最初に販売された日」とは、いつを指すのか。立法過程における報告書（平成4年報告書）によれば、「市場における不公正を是正するという本規制の趣旨から、商品として市場に出された時」とするのが妥当であって、販売前に商品等を見本市に出展するなどの広告活動を開始した場合にはその時とするのが適当であるとしている⁽³²⁾。裁判例においては、平成4年報告書と同様の見解を採用するもののほか⁽³³⁾、「市場での投下資本、労力の回収活動が外見的に明らかになった時点、すなわち、商品をはじめ市場に投下した時点」としてサンプル出荷を商品販売と認めたものなどがある⁽³⁴⁾。近時の裁判例（知財高判平28・11・30裁判所HP参照（平成28年（ネ）第10018号）、スティック状加湿器事件控訴審⁽³⁵⁾）は、最初に販売された日について「実際に商品として販売された場合のみならず」「商品の販売が可能となった状態が外見的に明らかとなった時をも含む」（最初の展示会出展日が最初に販売された日である）とし、その理由として、「このように解さない、商品の販売が可能になったもの実際の販売開始が遅れると、開発、商品化を行った者は、実質的に3年を超える保護期間を享受できることになってしまうが、これは、知的創作に関する知的財産法との均衡、先行開発者と後行開発者の利害対立などの調整として、保護期間を3年に限定した形態模倣の趣旨に合致しない」と述べている。商品の販売が可能になっていることのみならず、その状態が外見的に明らかになっていることを要件としたのは、3年間の始期を明確かつ客観的に把握できるようにすることで、第三者が保護の終期を把握できるようにするためと考えられる⁽³⁶⁾。



図6 原告加湿器



図7 原告加湿器（使用状態）

ところが、令和4年の産構審において、スティック状加湿器事件控訴審のように保護期間を展示会等による公表から3年と考えると、特にファッション業界では公表から実際の販売まで半年から1年程度かかることも多いため、実質的な保護期間が短くなるという意見が出された。また、保護期間の終期の起算点を実際の販売時点と解釈することで、当該課題を解決し得るとの意見が出された。

かかる議論の状況を踏まえ、令和4年12月の「デジタル化に伴うビジネスの多様化を踏まえた不正競争防止

(32) 平成4年報告書・前掲注1の第二章Ⅳ四。

(33) 神戸地決平6・12・8裁判所HP参照（平成6年（ヨ）第487号）（ハートカップ仮処分事件）。

(34) 名古屋地判平9・6・20知財管理判例集Ⅴ平成9年判決2083頁（ハートカップ本案事件）。

(35) 評釈として、田村善之『判批』WLJ判例コラム93号（2017年）https://www.westlawjapan.com/pdf/column_law/20170110.pdf、泉克幸『判批』Law and Technology 75号73-83頁（2017年）、泉克幸『判批』判例時報2368号177-190頁（2018年）、重富貴光『判批』知財管理67巻12号1900-1910頁（2017年）、比良友佳理『判批』知的財産法政策学研究49号341-387頁（2017年）など。

(36) かかる指摘について、泉・前掲注35（判例時報）の185頁。

法の在り方（案）」(https://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki_zaisan/fusei_kyoso/pdf/021_03_00.pdf) では、次のような提言がなされた。

3号の保護期間に関する同提言の概要

- ・ 保護期間の終期の起算点「日本国内において最初に販売された日」不競法第19条第1項第5号イを「実際の販売開始時」と解釈する
- ・ かかる解釈を逐条解説等で明確化する
- ・ 保護期間の伸長についての法改正の是非については、各関連団体等との意見交換等を通じ、引き続き検討を継続していく

確かに、同提言のとおり、保護期間の終期の起算点を「実際の販売開始時」とすれば、保護期間3年の終了を最大限遅らせることによって、実質的な保護期間を長くすることができる。これは、現行法の枠内において、ファッション業界等の要請にできる限り応えようとするものである。しかし、最初の展示会に出展されてもなお、「日本国内において最初に販売された日」に該当せず、3年の保護期間の起算が開始されないと解することによる弊害はないのだろうか。例えば、最初の展示会に出展されてから何らかの事情ですぐには実際の販売が行われず、3年経ってから実際の販売が行われた場合には、最初の展示会出展時から3年を経過した日が「日本国内において最初に販売された日」ということになる。最初の展示会への出展から3号の保護が開始されるのだとすると、最初の展示会への出展日から販売日までの3年間と販売日からの3年間で計6年間、3号による保護が持続することになるが、先行者に対する過度の保護になったり、後行者の予見可能性を害したりするケースが出てくるように思われる。ファッション業界の場合はデザインの流行性や鮮度が極めて重要なので、最初の展示会出展時から販売まで3年も寝かせることは考えにくいかもしれないが、他の業界ではどうなのか、気に掛かる（スティック状加湿器事件のケースでは、最初の展示会出展から商品の販売の申出に至るまでに3年以上を要している）。今後、保護期間の伸長については各関連団体等へのヒアリングを行いながら法改正の是非が議論されるようであるが、保護期間を伸長する法改正がなされた後もなお「実際の販売開始時」を3年の起算点と解し続けると、先行者の保護が過度になりすぎるおそれが生じるかもしれない。その場合には、保護期間の終期の起算点を「実際の販売時」より早める解釈を採ることによって、先行者と後行者、双方の利害を調整し得る余地があるのではないだろうか。

(3) 保護期間の始期

これに対し、3号による保護はいつ開始されるのか。商品を販売するまでには、例えば、商品企画、デザインコンセプトの策定、デザインの創作、試作品の製作、マーケットリサーチ、設計図の製作、商品の製造、展示会出展などの様々な段階を経るが、最も保護の始期が早い見解は、競争上の成果にただ乗りされた時点から保護を開始すべきとする見解であろう⁽³⁷⁾。この見解を突き詰めれば、例えば創作したデザインや試作品の形態を冒用された時点で3号の保護が始まることになる。

しかし、デザインが創作されたり、試作品が製作されたりしたからといって、そのまま商品の販売に至る保証はない⁽³⁸⁾。それにもかかわらず、3号の保護を開始してしまうと、ボツになったデザインについて保護期間の終期が到来しないまま理論上永遠に保護されることになりかねず、企業としても没デザインが増える度に自らのデザイン

(37) 設計図に化体された他人の競争上の成果にただ乗りする行為であることを理由に、他人の商品の設計図に基づいて模倣した商品を譲渡等する行為も3号に当たるとの見解につき、渋谷・前掲注15の144頁。

(38) かかる指摘として、渋谷・前掲注16の383頁。

開発の余地がどんどん狭くなるし⁽³⁹⁾、期間的な制約なしに保護を与えるようなことになれば、意匠法など他の産業財産権法との均衡が崩れてしまう。また、3号はあくまで、形態模倣「商品」の譲渡等を規制する規定であるところ、商品化されるかどうか分からない、決定されていないデザインははまだ「商品」の形態に至っていないのではないか。そのような浮動的な形態は、デザインの成果物（創作）であるかもしれないが、いまだ「商品」の形態としては確定されていない。他人の創作を冒用して製作した商品を譲渡等する行為は褒められたものではないかもしれないが、3号は創作保護の規定ではないから、商品化が決定していない形態にまで3号の保護を及ぼすのは、過大な保護であるように思える⁽⁴⁰⁾。さらに、3号の保護期間の起算点は、市場における不公正を是正するという本規制の趣旨から、商品として市場に出された時（商品として市場に出す前に商品を見本市に出す等広告活動を開始した場合にはその時）とするのが妥当であるという立法時の解釈（平成4年報告書）との乖離^{かいり}があまりに大きくなる。

これに対し、3号による保護は、商品化が完了した時点から開始されるとの見解がある⁽⁴¹⁾。前掲「スティック状加湿器事件控訴審」の裁判例も同様の立場を採る。本裁判例は、国際展示会や国際見本市に出展した商品・加湿器の形態について3号の形態模倣が争われた事案であり、まず3号の「他人の商品」について、次のように判示する。

スティック状加湿器事件控訴審

「商品開発者が商品化に当たって資金又は労力を投下した成果を保護するとの上記の形態模倣の禁止の趣旨にかんがみて、『他人の商品』を解釈すると、それは、資金又は労力を投下して取引の対象となし得ること、すなわち、『商品化』を完了した物品であると解するのが相当であり、当該物品が販売されているまでの必要はないものと解される。このように解しないと、開発、商品化は完了したものの、販売される前に他者に当該物品の形態を模倣され先行して販売された場合、開発、商品化を行った者の物品が未だ『他人の商品』でなかったことを理由として、模倣者は、開発、商品化のための資金又は労力を投下することなく、模倣品を自由に販売することができることになってしまう。このような事態は、開発、商品化を行った者の競争上の地位を危うくさせるものであって、これに対して何らの保護も付与しないことは、上記不正競争防止法の趣旨に大きくもとるものである。

もっとも、不正競争防止法は、事業者間の公正な競争を確保することによって事業者の営業上の利益を保護するものであるから（同法3条、4条参照）、取引の対象とし得る商品化は、客観的に確認できるものであって、かつ、販売に向けたものであるべきであり、量産品製造又は量産態勢の整備をする段階に至っているまでの必要はないとしても、商品としての本来の機能が発揮できるなど販売を可能とする段階に至っており、かつ、それが外見的に明らかになっている必要があると解される。」（下線筆者）

そして、実際に販売する商品とは異なり、展示された原告加湿器は電源供給のための銅線がむき出しになっていたが、かかる部分の改変は事業者にとって極めて容易であることを理由に、当該原告加湿器は「他人の商品」に該当すると判断した⁽⁴²⁾。その上で、3号による保護の始期について、次のように述べた。

(39) 五味・前掲注5の13頁。

(40) 3号はデザイン創作を保護するものではないとの指摘について、田村善之『未保護の知的創作物という発想の陥穽について』著作権研究36号16-17頁（2009年）、同・前掲注31の43-44頁。これらを踏まえ、単に模倣可能なデザインを創作しただけでは3号による保護を享受し得ないとの見解につき、比良・前掲注35の367頁。

(41) デッドコピーし得る商品化がなされた時点から保護が開始されるとの見解につき、田村・前掲注16の312-313頁。営業上の利益がある場合、すなわち、商品化が完了し、かつ、客観的に商品の販売準備に着手している場合には保護を開始すべきとの見解につき、金井重彦＝山口三恵子＝小倉秀夫編著『不正競争防止法コンメンタール』[町田健一]437頁（レクシスネクシス・ジャパン、改訂版、2014年）。

(42) 東京地判平28・1・14裁判所HP参照（平成27年（ワ）第7033号）（スティック状加湿器事件原審）では、3号の「商品」を市場における流通の対象となる物（現に流通し、又は少なくとも流通の準備段階にある物）とした上で、展示会に出展された加湿器はいまだ「商品」に該当しないとして3号による保護を否定した。

スティック状加湿器事件控訴審

「・・・(同法19条1項5号イ)・・・の規定の趣旨は、形態模倣が、先行開発者に投下資本の回収の機会を提供するものである一方、形態模倣が、商品形態の創作的価値の有無を問うことなく模倣商品の譲渡等を禁止していることから、禁止期間が長期にわたった場合には、知的創作に関する知的財産法が厳格な保護要件を設けている趣旨を没却しかねず、また、後行開発者の同種商品の開発意欲を過度に抑制してしまうことから、両者のバランスをとって、先行開発者が投下資本の回収を終了し通常期待し得る利益を上げられる期間として定められたものであると認められる。このような保護期間の終期が定められた趣旨にかんがみると、保護期間の始期は、開発、商品化を完了し、販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになった時であると認めるのが相当である。なぜなら、この時から、先行開発者は、投下資本回収を開始することができ得るからである。」(省略、下線及び傍点筆者)

以上のとおり、本裁判例では、保護期間の終期の起算点と始期の起算点とを一致させようとしている⁽⁴³⁾。しかし、保護の終期の起算点と始期の起算点は本来的には全く別の論点であるから、必ずしも同じ結論にしなければならない訳ではない⁽⁴⁴⁾。また、開発の完了を要件としてしまうと、例えば展示会において加湿器の外筒を展示しているが内部構造やプログラムの開発はまだまだ続けているようなケースについて、3号の保護が開始されない事態が生じ得る⁽⁴⁵⁾。

3号は、機能も含めた商品そのものの模倣ではなく、あくまで商品の形態の模倣を問題視している。そして、商品の形態として外筒が展示された時点で、3号の保護対象である商品の形態については、既に保護に値する労力、費用の投下が終了している⁽⁴⁶⁾。そうすると、たとえ厳密には開発が完了しておらず、商品としての本来の機能が発揮できる状態になっていないとしても、第三者による商品の形態の模倣が可能となった時点で、商品形態に係る商品化は完了したものと見て、3号による保護を開始すべきではないか⁽⁴⁷⁾。但し、「商品」の形態でなければならないから、例えば試作品しか存在しないような、いまだ商品として確定しているとは言い切れないものの形態については、保護を開始するのは早すぎる。大量生産のための金型製作や(コンセプト品ではなく)商品としての展示会出展など、「商品」となるとはじめて保護を開始すべきであろう⁽⁴⁸⁾。それでもなお、いつの時点をもって商品として確定するのかが問題となり得るかもしれないが、本裁判例のように、開発の完了までも保護開始の要件とするのは、本裁判例のケースでは差し支えないとしても、商品形態の保護としては遅きに失するケースが生じ得るように思われる。

このように解すると、「商品」となる前の形態については3号の保護が及ばないため、例えば没デザイン

(43) かかる指摘につき、田村・前掲注35の10頁、泉・前掲注35(Law and Technology)の82頁。

(44) 3号の保護について実際に商品の販売が開始される前には一切及ばない趣旨とまでは解されないと言及した裁判例として、東京地判平27・9・30裁判所HP参照(平成26年(ワ)第17832号)(衣料品デザイン事件)。

(45) 田村・前掲注35の10-11頁は、次のように指摘する。「商品の外観のデザインは仕上がっており、その意味でデッド・コピーし得る状態にまで仕上げているものの、内部のたとえば外注している内部の部品やプログラムが仕上がるまでには至っておらず、販売まではまだ相応の期間を必要とするような場合があり得ることに鑑みると、デッド・コピーされ得る以上、2条1項3号の保護は開始すべきであるが、なお投下資本回収に着手し得るまでには間があるということで3年の期間はいまだ起算すべきではないという事例もあり得るように思われる。」

(46) 商品化の時点で保護に値する労力、費用の投下は終了しているとの見解として、田村・前掲注16の312-313頁。それなりに開発費用を投下済みで、しかも模倣が可能なほど商品形態が確定されていれば、それ以上に高いハードルを設けて保護の始期を遅らせるべきではないとの見解として、比良・前掲注35の371-372頁。

(47) 模倣が可能なほど商品形態が確定さえできていれば、機能性などの点で厳密に完成していなくても、早い段階で3号の保護を与えるべきとの見解につき、比良・前掲注35の382頁。

(48) 泉・前掲注35(Law and Technology)の82頁は、他者による不当な模倣が可能となった時点としつつも、「たとえば、商品が製造できる程度には設計図が完成している段階、当該商品のための金型の見積もりを依頼する段階」で保護を開始すべきと述べる。

をパクられた場合に3号の規制が及ばないなど、デザインを模倣される先行者の立場からすれば、保護が不十分な場面も出てくる。しかし、上述したとおり、商品化されないデザインを理論上永遠に保護しかねない事態に陥ること、その結果却って企業のデザイン開発の余地を狭めかねないことなどからすると、デザイン保護の問題を現行の3号の解釈論だけで手当するのは些か無理があるように思われる⁽⁴⁹⁾。没デザインを模倣から保護するという考え方は、市場において実際に商品が販売されるかどうかという事実とは無関係に、他人が創作したデザインという創作物を模倣することはけしからんという価値評価に基づくものではないか。そうすると、没デザインのケースは、創作物であるデザインを保護する法律ないし規定で対応するのが自然である。しかし、創作物である意匠をダイレクトに保護する法律として意匠法があるとはいえ、没デザインについてコストをかけてまで出願するのはおよそ現実的ではない。よって、没デザインも含めてデザイン自体を保護しようとするのであれば、新たな法律ないし規定を創設するのが最も適切であろう。例えば、意匠法において非登録デザインの保護の仕組みを新たに設けるとか、不正競争防止法において他人のデザインの冒用を新たな不正競争行為と定めるといったことが考えられる。もし不正競争防止法に一般条項が設けられるならば、そちらで手当をすることも可能かもしれない。デザイナーや企業の新商品開発意欲を削いでしまうことのないよう、デザインの冒用をいかに規制すべきかについても、更なる議論が期待されるところである。

(4) 総括

以上より、保護期間の始期の起算点については、必ずしも開発が完了していなくても「商品形態に係る商品化が完了し、そのことが外見上明らかになった時」が妥当だと考える。他方、保護期間の終期の起算点については、産構審において、主にファッション業界から保護期間が短すぎるとの意見が出されており、これを解決すべく「実際の販売開始時」と解してはどうかとの提言がされているものの、一般的に保護期間が過度に長期化する懸念がぬぐえない。3年の保護期間を伸長する法改正がされるまでの間、現行法の枠内で保護期間を最大限確保し、ファッション業界等の要望に応えるためには3年の起算日を「実際の販売開始時」と解するのだとしても、法改正によって3年の保護期間が伸長され、保護が強化された後もなお、かかる解釈を維持することが妥当であるかどうかは、また別の問題であるように思われる。法改正により3年の保護期間が伸長されれば、3号による先行者の保護、後行者の規制が明らかに強化される訳であるが、3年の保護期間の起算点の解釈によって先行者と後行者の利害を調整し得る点に留意すべきものとする次第である。法改正を含め、今後の保護期間の議論に注目が集まるところである。

(49) これに対し、没デザインを3号で保護し得るとの見解について、田村・前掲注5の255-256頁。