

# キャラクターに対する不正競争防止法による 新たな保護の可能性

ドイツの長くつ下のピッピ事件を契機として

大阪大学大学院高等司法研究科 教授 茶園 成樹

## 要 約

キャラクターの保護には様々な法律が関わるが、不正競争防止法に関しては、裁判例では、キャラクターの商品化事業が行われている場合に、キャラクターの図柄や名称が商品等表示に当たるとして、2条1項1号・2号による保護が認められている。本稿は、ドイツにおける最近の長くつ下のピッピ事件を契機として、不正競争防止法による新たな保護の可能性を検討するものである。

成果保護の観点から、同項3号による保護について検討するに、同号はキャラクターの保護方法として適しておらず、また、その構造に照らせば、法改正により、同号を基礎としてキャラクターの保護に適合した規定を新設しようとすることも成功しそうにない。次に、名声の利用・毀損の観点から、2号による保護について検討するに、同号を基礎として、商品等表示としての使用の要件を削除し、そのような使用ではなくても不正競争が成立するように改め、その一方で、名声の不当な利用・毀損を要件として明定するとともに、規制を及ぼすべきでない場合について検討し、そのような場合を適用除外規定の対象に含めるようにすべきであろう。

## 目 次

1. はじめに
2. 長くつ下のピッピ事件
  - 2.1. 概要
  - 2.2. 長くつ下のピッピII事件判決
3. ドイツ不正競争防止法（UWG）による成果保護
  - 3.1. UWG 4条3号の概要
  - 3.2. 商品・役務
  - 3.3. 競争上の独自性
  - 3.4. 模倣
  - 3.5. 特別な事情
  - 3.6. UWG 3条1項による直接的成果保護
4. わが国法における新たな保護の可能性
  - 4.1. わが国法における問題
  - 4.2. 成果保護の観点からの検討
  - 4.3. 名声の利用・毀損の観点からの検討

## 1. はじめに

キャラクターの保護には、著作権法や商標法、意匠法、不正競争防止法等の様々な法律が関わっている<sup>(1)</sup>。そのうち、不正競争防止法に関しては、裁判例では、キャラクターの商品化事業が行われている場合に、キャラクターの図柄や名称が商品等表示に当たるとして、2条1項1号・2号による保護が認められている<sup>(2)</sup>。

他方、最近、ドイツにおいて、キャラクターに関する興味深い事件があった。児童小説『長くつ下のピッピ』の主人公に関する、長くつ下のピッピ事件であり、被告がカーニバルの仮装用衣装の広告に、当該主人公を想起させる女の子の写真を掲載したことが、不正競争防止法（UWG：Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb）4条9号（現行4条3号）に当たるかどうか争われた<sup>(3)</sup>。同号は、競争法上の成果保護（wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz）を定めるものである<sup>(4)</sup>。あるいは公正競争法（Lauterkeitsrecht）上の模倣禁止とも呼ばれている。

UWG4条は、「ある者が以下に掲げる行為を行うことは、不正である」と定め、3号は、次のように規定している。

「以下に掲げる場合に、競争者の商品又は役務の模倣である商品又は役務を提供すること。

- a) その者が、営業上の出所に関して回避可能な需要者の誤認を惹起する場合
- b) その者が、模倣された商品又は役務の名声を不当に利用し又は毀損する場合
- c) その者が、模倣にとって必要な知識又は資料を不誠実に取得する場合」

また、一般条項である UWG 3 条 1 項は、「不正な取引行為は許されない」と規定している。

本稿は、UWG 上の成果保護を参考にして、わが国不正競争防止法におけるキャラクターに対する新たな保護の可能性を検討しようとするものである。

## 2. 長くつ下のピッピ事件

### 2.1. 概要

原告は故アストリッド・リンドグレーンが執筆したスウェーデンの児童小説『長くつ下のピッピ』の著作権の使用権者であり、被告はスーパーマーケット経営者である。被告は、カーニバルの仮装用衣装の広告に、『長くつ下のピッピ』の主人公を想起させる女の子の写真（【被告写真】）を掲載した。原告は、この行為が当該文学的キャラクターについての著作権の使用権を侵害すること、又は UWG 3 条・4 条 9 号等に基づいて、損害賠償請求を行った。

当該小説の主人公であるピッピの外観は、次のようなものである。「彼女の髪の毛は、ニンジンと同じ色

- 
- (1) キャラクターの保護に関する最近の文献として、松田俊治「新時代におけるキャラクターの法的保護」コピライト 742 号（2023 年）2 頁、愛知靖之「漫画・アニメ・ゲームの『キャラクター』をめぐる法律問題—『マリカー事件』を素材として」法学教室 479 号（2020 年）45 頁、原田伸一郎「キャラクターの法的地位—『キャラクターのパブリシティ権』試論」情報ネットワーク・ローレビュー 17 号（2019 年）1 頁、白田秀彰「マンガ・アニメ・ゲームにおけるキャラクターの本質的特徴について」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割—」（信山社、2017 年）663 頁、上野達弘「キャラクターの法的保護」パテント 69 巻 4 号（別冊 14 号）（2016 年）47 頁、金子敏哉「キャラクターの保護—商標法・不正競争防止法・著作権法を巡る諸論点—」パテント 67 巻 4 号（別冊 11 号）（2014 年）53 頁。
  - (2) 東京地判平成 2 年 2 月 19 日無体裁集 22 巻 1 号 34 頁〔ポバイネクタイ事件 1 審〕、東京高判平成 4 年 5 月 14 日知的裁集 24 巻 2 号 385 頁〔同事件 2 審〕、東京地判平成 2 年 2 月 28 日判時 1345 号 116 頁〔ミッキーマウス事件〕、東京地判平成 14 年 12 月 27 日判タ 1136 号 237 頁〔ピーターラビット事件 1 審〕、東京高判平成 16 年 3 月 15 日（平成 15 年（ネ）第 831 号）〔同事件 2 審〕、東京地判平成 30 年 9 月 27 日（平成 29 年（ワ）第 6293 号）〔マリカー事件 1 審〕、知財高判令和元年 5 月 30 日（平成 30 年（ネ）第 10081 号・第 10091 号）〔同事件 2 審中間判決〕、知財高判令和 2 年 1 月 29 日（平成 30 年（ネ）第 10081 号・第 10091 号）〔同事件 2 審終局判決〕、東京地判令和 4 年 4 月 28 日（令和元年（ワ）第 26105 号）〔ゴジラ事件〕。
  - (3) BGH, GRUR 2016, 725 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II.
  - (4) ヨーロッパ各国の成果保護に関しては、Ohly, The Freedom of Imitation and Its Limits—A European Perspective, IIC 2010, 506 参照。

をしていて、二つのお下げ髪に編まれ、頭頂部から分けられていた。彼女の鼻は小さいジャガイモとちょうど同じ形をしていて、すっかりそばかすでおおわれていた。鼻の下には、実に途方もなく幅広の口が、健康的な白い歯とともにくっついていて、彼女の服装も、とっても変わっていた。ピッピはそれを自分で縫っていたのである。それは綺麗な黄色であったが、生地が足りず短すぎたので、その下から白い水玉がついた青い下着が覗いていた。彼女の長くて細い脚には長い靴下を履いており、一方は横縞が入り、一方は黒かった。それから、彼女はペアの黒い靴を履いており、それは彼女の足のちょうど二倍の大きさであった」<sup>(5)</sup>。

【被告写真】



原告の著作権侵害、UWG3条・4条9号等に基づく請求に対して、まず、長くつ下のピッピ I 事件において、ケルン地裁<sup>(6)</sup>及びケルン高裁<sup>(7)</sup>は、著作権侵害を肯定し、原告の請求を認容した。しかしながら、連邦最高裁判所（BGH：Bundesgerichtshof）は、著作権侵害を否定した。

BGHは、「小説のあらすじ、そのキャラクターのストーリー構成・関係構成に並んで、言語の著作物の個々のキャラクターも独立の著作権保護を受けることができる」<sup>(8)</sup>、「造形美術又は応用美術の描写における人物保護と比較し得るように、文学的記述も読者の心の目に同様な登場人物の明白な『像』を形成することができる。その際、言語を手段とする、架空の人物の特徴的なキャラクター上の独自性は、造形芸術を手段とする場合よりもはるかにより洗練されて表現され得ることが考慮されなければならない。その限りで、キャラクター上の特徴の詳細な記述は、言語を手段として限定的にしか具体化されない人物の外観の表現を容易に

(5) 本山雅弘「小説の続編作成をめぐる著作権法の解釈－特に、いわゆる文学的キャラクターの保護の可能性について」コピライト 706号（2020年）13頁の翻訳をそのまま引用した。

(6) LG Köln, ZUM 2011, 871.

(7) OLG Köln, ZUM-RD 2012, 256.

(8) BGH, GRUR 2014, 258 Rn. 26 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm.

埋め合わせることができる」<sup>(9)</sup>、「架空のキャラクターの個別的保護の要件は、作者が、この人物に、特徴的なキャラクターの独自性と特別な外的メルクマールとの組合せによって、取り違えようのない人格を与えていることである。その際、厳格な基準が課される。登場人物の外形・外観を記述するだけでは、満たされることはない」<sup>(10)</sup>と述べて、小説の登場人物が著作権保護を受け得ることを認め、次のように、本件における登場人物“長くつ下のピッピ”に対する著作権保護を肯定した。「控訴裁判所は、登場人物“長くつ下のピッピ”の注目される創作性の高さを、小説の登場人物のキャラクター上のメルクマールの特別な独自創作的組合せに基づいて承認し、その際、適切にも、前述した外形の詳細な記述に依拠するだけでなく、登場人物“長くつ下のピッピ”の保護可能性を、その独自の本質的特徴と生活環境によって根拠付けている。控訴裁判所の認定事実によれば、“長くつ下のピッピ”の外形と母親が亡くなり、父親が不在であるために哀れさを誘う生活環境は、この人物の他のメルクマールとは際立ったコントラストを示すであろう。彼女は、いつも陽気で、とても有能で、超人的な能力があり、驚くほど恐れ知らずであって、それらは想像力と駄洒落に結び付いているであろう。アストリッド・リンドグレーンは、キャラクター上の本質的特徴が物語全体にわたって間違えようもなく維持され、それまでに知られていた人物とは明らかに区別された独特な人物を創造するのに成功したであろう」<sup>(11)</sup>。

しかしながら、BGHは、次のように、著作権侵害を否定した。「文学作品の登場人物が独立した著作権保護を受けるためには、その外形を記述するだけでは足りない。前述したように、人物それ自体の保護は、その者が、外的なメルクマール、キャラクターの特徴、素質及び典型的な行動様式の取り違えようのない組合せによって記述され、特別に形成された人格とされていて、物語に一定の特徴的な方法で登場することを前提とする」<sup>(12)</sup>、「したがって、著作権法23条により禁止されるキャラクターの借用となるには、……問題となる写真が単に“長くつ下のピッピ”の色・形の髪とそばかす、服装を借用しただけでは十分ではない。これらの要素は、小説の登場人物の外形を形成するものではあろう。しかし、それ自体として、“長くつ下のピッピ”の人物に対する著作権保護を根拠付けるには十分ではなく、そのため、個別的に文学作品の登場人物を保護することに関わることもない」<sup>(13)</sup>、「本件では、問題とされる写真から、撮影された人がカーニバル目的のためだけに“長くつ下のピッピ”の扮装をして、単にその役を装おうとしていることは明らかである。それでもって、さらに現実の人と表現された登場人物との認識可能な緊張関係をもって展開される文学作品の登場人物との極めて不完全な関係だけが生成される。それによって、アストリッド・リンドグレーンの小説との十分な内的隔たりが形成される。なぜなら、観察者にとっては、撮影された人が“長くつ下のピッピ”でないことは明瞭であるからである」<sup>(14)</sup>。

BGHは、以上のように、原告の著作権侵害を理由とする請求を認めず、UWG3条・4条9号等による保護について判断するようにケルン高裁に差し戻した。そして、長くつ下のピッピII事件において、ケルン高裁は、原告の請求を棄却した<sup>(15)</sup>。BGHも、“長くつ下のピッピ”が4条9号による成果保護の対象となることは認めたが、同号が適用されないと判断し、また3条による保護も否定した。

(9) BGH, GRUR 2014, 258 Rn. 27 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm.

(10) BGH, GRUR 2014, 258 Rn. 29 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm.

(11) BGH, GRUR 2014, 258 Rn. 31 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm.

(12) BGH, GRUR 2014, 258 Rn. 44 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm.

(13) BGH, GRUR 2014, 258 Rn. 45 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm. 2021年改正前の著作権法23条(翻案物及び改作物)は、次のように規定していた。「著作物の翻案物又はその他の改作物は、翻案され又は改作された著作物の作者の同意がある場合に限り、公表し又は利用することができる。著作物の映画化、造形美術の著作物の設計図及び下図の実施、建築の著作物の模造又はデータベースの著作物の翻案又は改作の場合には、翻案物又は改作物を作成するのに作者の同意を要する。第60d条第1項、第60e条第1項及び第60f条第2項に基づく専ら技術的に条件づけられた変更には、第1文及び第2文の規定は適用されない」。

(14) BGH, GRUR 2014, 258 Rn. 47 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm.

(15) OLG Köln, GRUR-RR 2014, 393.



## 2.2. 長くつ下のピッピⅡ事件判決

BGHは、UWG4条9号について、次のように述べた。「UWG4条9号における商品及び役務の概念は、幅広く解される。公正競争法上の模倣保護の対象には、いかなる種類の成果物もなり得る……。これには、……原則的に、いわゆる『キャラクター・マーチャンダイジング』の方法で経済的に利用される架空の人物も含まれる……。その限りで、一般原則が妥当する。基準となるのは、製品 (Erzeugnis) に競争上の独自性 (wettbewerbliche Eigenart) が存するかどうか、つまり、その具体的な造形又は特定のメルクマールが、関連する取引層に対して営業上の出所又は特殊性を指し示すのに適しているかどうかである」<sup>(16)</sup>、控訴裁判所が小説の登場人物“長くつ下のピッピ”の競争上の独自性を肯定したことに誤りはない。これには、控訴裁判所が、「文学的キャラクター“長くつ下のピッピ”の著作権法2条1項1号の言語の著作物としての著作権法上の保護可能性を認めた最初の判決における一本裁判所が『長くつ下のピッピⅠ事件』の判決で異議を唱えなかった一説示が関わる。そのことから、控訴裁判所が、競争上の独自性を、アストリッド・リンドグレーンの作品において詳細に記述されている、登場人物“長くつ下のピッピ”の外的メルクマールと顕著なキャラクター上の特徴の特別に独自創作的な組合せに見いだしていることは明らかである……。この点に基づいて、児童書に記述されているキャラクターが個性的で取り違いやうのないことが適切に認められた」<sup>(17)</sup>。

しかしながら、BGHは、本件における4条9号による保護を否定した。「UWG4条9号による公正競争法上の模倣保護は、具体的な製品にのみ関係する。模倣物の提供は、他人の成果が全体的又は部分的に自己の成果として提供されることを前提とする……。第三者の成果が市場に出されず、自己の成果が提供されるならば、模倣は存在しない……。製品と単に関連するだけの独自の成果は、製品の模倣とはならない……。それゆえ、模倣が認められるためには、他人の成果を自己の別種の提供物を助勢するもの (Vorspann) として利用することでは十分ではない……。本件では、原告は、保護対象として主張する文学的キャラクター“長くつ下のピッピ”が文学的製品に借用されたことを問題とするのではなく、また、原告自ら又はライセンスが製造し販売する衣装の模倣物を被告が撮影したことに基づいて訴えているのでもない。原告はむしろ、被告によって撮影された衣装がUWG4条9号の文学的キャラクター“長くつ下のピッピ”の不正な模倣であると考えている。競争上の独自性のあるメルクマールの借用により、小説の登場人物を他の商品分類において模倣することについて、わずかな要件しか設定されていないのではない。そうでなければ、自由競争のために原則的に認められている模倣の自由……が不当に制限されることになる」<sup>(18)</sup>、「この基準によると、本件では、問題となるカーニバルの衣装の写真による小説の登場人物“長くつ下のピッピ”の模倣が欠けている。小説の登場人物“長くつ下のピッピ”を形作るメルクマールと衣装の形態との間にはわずかな一致しかない。問題となる写真によって指示される仮装した人は、むしろ、“長くつ下のピッピ”の文学的形態の競争上の独自性が認められるために決定的な外的メルクマール (ジャガイモの形の鼻、途方もなく幅広の口、黄色の服、見ることのできる白い水玉がついた青い下着、異なる形態のくつ下、大き過ぎる黒い靴) の多くを示していない」<sup>(19)</sup>。

また、BGHは、次のように、UWG3条1項の適用も否定した。「UWG3条1項の一般条項に基づいて直接的成果保護を承認することができるかどうかについては、これまで未決定とされている……。この問題は、本件においても確定的に答えられない方がよい」<sup>(20)</sup>、「UWG3条1項の枠内において、著作権の外側で架空の人物を利用することに対する保護及びこの人物の経済的利用の領域において権利者により行われた投資の保護に役立つ、成果保護を判例により創出することは、定まったことではない。なぜなら、これは、基本法

(16) BGH, GRUR 2016, 725 Rn. 15 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II.

(17) BGH, GRUR 2016, 725 Rn. 16 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II.

(18) BGH, GRUR 2016, 725 Rn. 18 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II.

(19) BGH, GRUR 2016, 725 Rn. 19 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II.

(20) BGH, GRUR 2016, 725 Rn. 24 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II.

12条1項2文により基本法上保護される、人物に対する権利を有する者の利益に近いからである。権利者として原告にのみ割り当てられる利用権限は、一般公衆の利益及び同様に基本法上保護される被告の利益（基本法12条1項2文）を制限することになり、原告が圧倒的な利益を有する場合にだけ考慮されることになろう<sup>(21)</sup>、「そのような原告の圧倒的な利益を認めることはできない。とりわけ原告が求める法的保護は、原告が多大な投資を行い、この法的保護がなければ、その生成・存立が危うくなる成果を防護するのに、必要ではない」<sup>(22)</sup>。

### 3. ドイツ不正競争防止法（UWG）による成果保護

#### 3.1. UWG 4条3号の概要

##### (1) 立法経緯

1909年に制定された旧UWGの1条は一般条項であり、「事業上、競争目的で善良な風俗に違反する行為を行う者は、差止め及び損害賠償を請求され得る」と規定していた。この規定に基づいて、知的財産権法によって保護されない成果の保護が行われた<sup>(23)</sup>。

UWGは、2004年に全面改正され<sup>(24)</sup>、3条1項に一般条項（「不正な取引行為は許されない」）を維持しつつも、模倣に対する成果保護の最も重要な3つの場合を4条9号に規定した。それは、a) 回避可能な出所誤認（「営業上の出所に関して回避可能な需要者の誤認を惹起すること」）、b) 名声の不当利用・毀損（「模倣された商品又は役務の名声を不当に利用し又は毀損すること」）、c) 模倣に必要な情報の不正取得（「模倣にとって必要な知識又は資料を不誠実に取得すること」）である。

立法理由書では、模倣の自由の原則により、「特別法の保護を受けない労働成果物を単に模倣する行為は、将来においても不正とはならない。他人の成果の模倣は、特別な、競争違反を根拠付ける事情がある場合に限り、競争違反となる」と述べられた。もっとも、それと同時に、模倣が不正となるのが4条9号に規定された3つの場合に限られるわけではないとも指摘された<sup>(25)</sup>。

4条9号は、2015年改正により、4条3号に移動した。

##### (2) 救済

保護される成果をもたらし、4条3号に基づく保護を受ける者（原則的に、模倣される成果物の製造者）は、差止め・損害賠償を請求することができる。

保護される期間は定まっておらず<sup>(26)</sup>、模倣される成果物の競争上の独自性が存立し、不正を根拠付ける特別な事情が消滅しない間、保護される<sup>(27)</sup>。

##### (3) 知的財産権法との関係

以前は、知的財産権との関係については、一般的に、知的財産権が競争法上の成果保護に優先するという優位理論（Vorrangthese）が認められていた。これに対して、現在では、競争法上の成果保護と知的財産権は異なる保護目的、異なる構成要件、異なる法的効果を有しており、対等に存在しているとの見解が有力

(21) BGH, GRUR 2016, 725 Rn. 25 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II.

(22) BGH, GRUR 2016, 725 Rn. 26 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II.

(23) 小泉直樹『模倣の自由と不正競争』（有斐閣、1994年）160頁以下参照。

(24) Henning-Bodewig, A New Act against Unfair Competition in Germany, IIC 2005, 421, 中田邦博「ドイツ不正競争防止法の新たな展開—新UWGについて—」立命館法学 298号（2004年）1558頁、Henning-Bodewig（ドイツ知的財産法研究会・訳）「ドイツ新不正競争防止法」知財管理 58巻5号（2008年）649頁参照。

(25) BT-Druck. 15/1487, S.18.

(26) BGH, GRUR 2018, 832 Rn. 46 – Ballerinaschuh; BGH, GRUR 2009, 79 Rn. 26 – Gebäckpresse.

(27) BGH, GRUR 1999, 751 [754] – Güllerpumpen; BGH, GRUR 2003, 356 [358] – Präzisionsmessgeräte; BGH, BGHZ 161, 204 [213] = GRUR 2005, 349 – Klemmbausteine III; BGH, BGHZ 210, 144 Rn. 92f = GRUR 2017, 79 – Segmentstruktur.

に主張されており<sup>(28)</sup>、判例も、このような考え方を、特許法<sup>(29)</sup>、意匠法<sup>(30)</sup>、著作権法<sup>(31)</sup>との関係について採用している。他方、商標法との関係については全体的に明確となっていないが、ある論者は、標章が登録されている場合は、商標法の優位性により、回避可能な出所誤認又は名声の不当利用・毀損（UWG 4 条 3 号 a)・b)）に基づく標章の公正競争法上の模倣保護の余地はない（ただし、公正競争法上の模倣保護による請求は、それが商標法において規律されていない UWG 4 条 3 号 c) 等と結び付いているのであれば、商標法上の請求とともに認められる）、他方、標章が商標として保護されていない場合は、商標法の優位性は存在せず、登録による商標保護が主張されないことにより、公正競争法上の模倣保護を求めることが排除されることはない<sup>(32)</sup>と述べている。

ただし、競争法上の成果保護に基づく請求が、知的財産権に基づく請求とは別個独立に認められるとしても、両方の請求について評価矛盾ができる限り生じないように解釈されるべきとされている<sup>(33)</sup>。

### 3.2. 商品・役務

UWG 4 条 3 号は、競争者の商品・役務（オリジナル製品）の模倣である商品・役務を提供する行為を対象とするものである。ここでいう商品・役務は、広く解釈され、あらゆる種類の労働成果物を含むとされている<sup>(34)</sup>。広告スローガン<sup>(35)</sup>や株価指数<sup>(36)</sup>も含まれると解され、長くつ下のピッピ II 事件では、BGH は、キャラクター・マーチャンダイジングの方法で利用される架空のキャラクターがこれに含まれることを肯定した<sup>(37)</sup>。

### 3.3. 競争上の独自性

旧法 1 条に基づく成果保護に関する裁判例において、成果が模倣から保護されるためには、競争上の独自性（wettbewerbliche Eigenart）が必要と解されていた<sup>(38)</sup>。現行の 4 条 3 号においても、規定の文言にはないにもかかわらず、引き続き競争上の独自性が要求されている<sup>(39)</sup>。

競争上の独自性の程度、模倣の度合い及び模倣が不正であることを根拠付ける特別な事情の強度の間には、

(28) Köhler, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Recht des geistigen Eigentums: Zur Notwendigkeit einer Neubestimmung auf Grund der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2007, 548; Stieper, Das Verhältnis von Immaterialgüterrechtsschutz und Nachahmungsschutz nach neuem UWG, WRP 2006, 291; Nemeček, Rechtsübertragungen und Lizenzen beim wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz – Zugleich ein Beitrag gegen den unmittelbaren Leistungsschutz, GRUR 2011, 292; Peukert, hartplatzhelden.de – Eine Nagelprobe für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, WRP 2010, 316 [319]; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (41.Aufl. 2023) § 4 Rn. 3.6a; Wille, in: Büscher, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (2021) § 4 Nr. 3 Rn. 12. なお、Kur, Ansätze zur Harmonisierung des Lauterkeitsrechts im Bereich des wettbewerblichen Leistungsschutzes, GRUR Int. 1998, 771 [776ff]; Ohly, Hartplatzhelden.de oder: Wohin mit dem unmittelbaren Leistungsschutz?, GRUR 2010, 487 [494]; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (7.Aufl. 2016) § 4.3 Rn. 3/1.

(29) BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 23 – Exzenterzähne; BGH, GRUR 2017, 734 Rn. 21 – Bodendübel.

(30) BGH, GRUR 2006, 79 Rn. 18-Jeans I; BGH, GRUR 2006, 346 Rn. 7-Jeans II; BGH, GRUR 2010, 80 Rn. 18-LIKEaBIKE.

(31) BGH, GRUR 2011, 134 Rn. 65 – Perlentaucher; BGH, GRUR 2012, 58 Rn. 41 – Seilzirkus.

(32) Wille, in: Büscher・前掲注 28) § 4 Nr. 3 Rn. 16ff.

(33) BGH, GRUR 2017, 734 Rn. 24 – Bodendübel; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander・前掲注 28) § 4 Rn. 3.6a; Wille, in: Büscher・前掲注 28) § 4 Nr. 3 Rn. 12; Sambuc, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitt, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (5.Aufl. 2021) § 4 Rn. 93; Eck, in: Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts (5.Aufl. 2019) § 51 Rn. 4.

(34) BGH, GRUR 2015, 1214 Rn. 73 – Goldbären; BGH, GRUR 2012, 1155 Rn. 19 – Sandmalkasten.

(35) BGH, GRUR 1997, 308 [309f] – Wärme fürs Leben.

(36) BGH, BGHZ 181, 77 Rn. 40 = GRUR 2009, 1162 – DAX.

(37) Kur, Der wettbewerbliche Leistungsschutz: Gedanken zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Formgebungen, bekannten Marken und „Characters“, GRUR 1990, 1 [11] も参照。

(38) Sambuc, Die Eigenart der „wettbewerblichen Eigenart“ – Bemerkungen zum Nachahmungsschutz von Arbeitsergebnissen durch § 1 UWG –, GRUR 1986, 130 参照。

(39) 反対: Ohly, in: Ohly/Sosnitza・前掲注 28) § 4.3 Rn. 3/33; Sack, Das Erfordernis der wettbewerblichen Eigenart beim wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, FS Büscher (2018) 359.



相関関係があると解されており、競争上の独自性が高いほど、また模倣の度合いが酷いほど、特別な事情は重大なものでなくともよいとされている<sup>(40)</sup>。

判例では、競争上の独自性は、成果物の形態・一定のメルクマールが、関連する取引層に、営業上の出所 (betriebliche Herkunft) 又は特殊性 (Besonderheiten) を示すのに適した場合に認められると述べられている<sup>(41)</sup>。競争上の独自性は、成果物の全体的印象に基づいて決定される。新規性や周知性は要件ではないが<sup>(42)</sup>、新規性は競争上の独自性の徴表となる場合があり、周知性により競争上の独自性が高度なものとなり得る<sup>(43)</sup>。

営業上の出所と特殊性を両方とも示す必要はなく、模倣される商品・役務のメルクマールは、営業上の出所を示すものでなくても、特殊性を示せば足りる。そのような特殊性は、ある論者によると、審美的領域における平均以上に個性的な創作的造形から生じ得る<sup>(44)</sup>。

長くつ下のピッピⅡ事件では、小説の登場人物“長くつ下のピッピ”が著作物であることを考慮して競争上の独自性が認められており、著作物性が肯定される場合には競争上の独自性が認められるかのようである<sup>(45)</sup>。もっとも、著作物性は肯定したが、競争上の独自性を否定した判例もあり<sup>(46)</sup>、ある論者は、「UWG 4 条 9 号 a)・b) が、著作権法 2 条 2 項とは異なり、関連する取引層の観念に関わるものであることは明らかである。このことは、回避可能な出所誤認の場合に明白であるが、名声利用の場合にも、オリジナル製品は、需要者の目に、これと分離できないほどには結び付いておらず、他人の製品に移動することができる一定の品質観念を映すものでなければならない。この点で、競争上の独自性は特定したものでなければならない。それは、他の比較し得る製品から際立ち、関連する取引層によって特別なものと認識される製品のメルクマールによって根拠付けられる」と述べている<sup>(47)</sup>。

### 3.4. 模倣

UWG 4 条 3 号は、競争者の商品・役務 (オリジナル製品) の模倣 (Nachahmung) を要件とする。模倣となるためには、提供される被告の製品が、オリジナル製品と一致するか、少なくとも同じものと思わせるほどに類似している必要がある<sup>(48)</sup>。

長くつ下のピッピⅡ事件では、模倣保護の対象であるオリジナル製品として、2つのものが問題となり得た。その2つとは、小説の登場人物の外的形態を利用したマーチャンダイジング製品と、小説の登場人物それ自体であるが、原告は、原告又はライセンシーが製造販売するマーチャンダイジング製品を問題とせず、登場人物それ自体の模倣を主張した<sup>(49)</sup>。BGH は、次のように、小説の登場人物“長くつ下のピッピ”と被告によって撮影された衣装の違いから模倣を否定した。「小説の登場人物“長くつ下のピッピ”を形作るメルクマールと衣装の形態との間にはわずかな一致しかない。問題となる写真によって指示される仮装した人は、むしろ、“長くつ下のピッピ”の文学的形態の競争上の独自性が認められるために決定的な外的メルクマール (ジャガイモの形の鼻、途方もなく幅広の口、黄色の服、見ることのできる白い水玉がついた青い下着、

(40) たとえば、BGH, GRUR 2018, 311 Rn. 13 – Handfugenpistole; BGH, GRUR 2017, 1135 Rn. 17 – Leuchtballon; BGH, GRUR 2017, 734 Rn. 16 – Bodendübel; BGH, GRUR 2013, 951 Rn. 14 – Regalsystem.

(41) たとえば、BGH, GRUR 2022, 160 Rn. 21 – Flying V; BGH, GRUR 2021, 1544 Rn. 20 – Kaffeebereiter; BGH, BGHZ 210, 144 Rn. 52 = GRUR 2017, 79 – Segmentstruktur; BGH, GRUR 2016, 730 Rn. 33 – Herrnhuter Stern.

(42) BGH, GRUR 2009, 79 Rn. 35 – Gebäckpresse.

(43) BGH, GRUR 2013, 951 Rn. 27 – Regalsystem; BGH, GRUR 2013, 1052 Rn. 24 – Einkaufswagen III.

(44) Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander · 前掲注 28) § 4 Rn. 3.32.

(45) OLG Köln, GRUR-RR 2014, 393 [394] も参照。

(46) BGH, GRUR 2011, 134 Rn. 67 – Perlentaucher.

(47) Ohly, Urheberrecht und UWG, GRUR Int. 2015, 693 [700]. Stieper, Urheber- und wettbewerbsrechtlicher Schutz von Werbefiguren (Teil 2), GRUR 2017, 765 [767] も参照。

(48) BGH, BGHZ 210, 144 Rn. 64 = GRUR 2017, 79 – Segmentstruktur; BGH, GRUR 2017, 734 Rn. 45 – Bodendübel; BGH, GRUR 2018, 832 Rn. 50 – Ballerinaschuh.

(49) Büscher, Neuere Entwicklungen im wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, GRUR 2018, 1 [4f] 参照。



異なる形態のくつ下、大き過ぎる黒い靴)の多くを示していない」<sup>(50)</sup>。

### 3.5. 特別な事情

UWG 4条3号が適用されるためには、模倣だけでは足りず、模倣が不正であることを根拠付ける特別な事情が存在しなければならない。同号では、特別な事情として、3つの場合、すなわち、a) 回避可能な出所誤認(「営業上の出所に関して回避可能な需要者の誤認を惹起すること」)、b) 名声の不当利用・毀損(「模倣された商品又は役務の名声を不当に利用し又は毀損すること」)、c) 模倣に必要な情報の不正取得(「模倣にとって必要な知識又は資料を不誠実に取得すること」)が列挙されている。

立法理由書によると、a) 回避可能な出所誤認については、他人の製品を、取引界において営業上の出所観念と結び付いたメルクマールの借用(Übernahme)により模倣し、その製品を頒布する者は、実行可能で期待可能な範囲内で、取引界における誤認をできるだけ除去するために必要な全てのことを行っていない場合は、競争違反となる。模倣の対象となっている手本となるものに一定の競争上の独自性があることが前提となる。なぜなら、そうでなければ、取引界において出所が注意されないからである。b) 名声の不当利用・毀損は、特に、取引界において、商品と一定の出所・品質観念が結び付けられ、模倣により他人の商品の良好な評判が利用される場合に生じる。c) 模倣に必要な情報の不正取得は、模倣者が、営業秘密の盗取や信頼違背によって必要な知識を取得するというものである<sup>(51)</sup>。

b) 名声の不当利用・毀損について、もう少し詳しく説明すると、名声(Wertschätzung)とは、良好な評判(Ruf)のことである。オリジナル製品は、需要者にとって、とりわけ製品の品質、限定性、高級感に関係する肯定的な観念を備えるものでなければならず、一定の認識度を前提とする<sup>(52)</sup>。名声の利用・毀損は、回避可能な出所誤認がない場合にも、生じ得る<sup>(53)</sup>。

名声の利用(Ausnutzung der Wertschätzung)は、関連する取引層がオリジナル製品の良好な評判を模倣物に移転する場合に生じる<sup>(54)</sup>。いわゆる評判移転(Rufübertragung)あるいはイメージ移動(Imagetransfer)である。不当性(Unangemessenheit)は、類似性の程度や評判の強さ等の諸般の事情の総合考慮によって判断される。オリジナル製品が連想され、それにより注意が喚起されるだけでは、名声の不当利用にとって十分ではない<sup>(55)</sup>。

名声の毀損(Beeinträchtigung der Wertschätzung)は、オリジナル製品が享受している関連する取引層における良好な評判が模倣によって害される場合に生じる。いわゆる評判損害(Rufschädigung)である。良好な評判がオリジナル製品の品質による場合には、模倣物の品質が劣悪であるならば、損害が生じる<sup>(56)</sup>。

長くつ下のピッピⅡ事件では、BGHは、模倣の要件が満たされないと判断し、特別な事情の存否については触れていない。これとは異なり、ケルン高裁は、模倣を認めたが、出所誤認を否定し、また、次のように、名声の不当利用・毀損が生じないと判断した。「小説の登場人物“長くつ下のピッピ”のマーケティングが問題の写真により妨害されるということは、ここでは述べられていないし、明白でもない。低品質のカーニバル用の衣装の申込みにより、マーチャンドライジング分野における原告の良好な評判が害されるということを直ちに前提とすることはできない。原告は、一般的に被告が小説の登場人物の良好なイメージを利

(50) BGH, GRUR 2016, 725 Rn. 19 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II.

(51) BT-Druck. 15/1487, S.18.

(52) Köhler, in Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander・前掲注 28) § 4 Rn. 3.52; Ohly, in Ohly/Sosnitzer・前掲注 28) § 4.3 Rn. 3/66; Wille, in: Büscher・前掲注 28) § 4 Nr. 3 Rn. 87f; Redeker/Loew, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (2022) § 4 Rn. 315ff; Hohlweck, Vom Pflügen mit fremdem Kalbe und anderen anstößigen Verhaltensweisen – Der Schutz bekannter Produkte durch § 4 Nr. 9 lit. b UWG, WRP 2015, 934 [937].

(53) Rohnke, Der eigenständige Anwendungsbereich des § 4 Nr. 9 lit. b UWG, FS Bornkamm (2014) 443 [447f] 参照。

(54) BGH, BGHZ 187, 255 Rn. 18 = GRUR 2011, 436 – Hartplatzhelden.de; BGH, GRUR 2010, 1125 Rn. 42 – Femur-Teil.

(55) BGH, GRUR 2022, 160 Rn. 57 – Flying V; BGH, GRUR 2019, 196 Rn. 23 – Industrienähmaschinen; BGH, BGHZ 210, 144 Rn. 86 = GRUR 2017, 79 – Segmentstruktur.

(56) Köhler, in Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander・前掲注 28) § 4 Rn. 3.59.

用したと主張することはできない。買い得のカーニバル用衣装に関する消費者の品質観念は、小説の高い文学的価値及び／又は小説の登場人物の用意周到なマーケティングによって決められるものではない<sup>(57)</sup>。

### 3.6. UWG 3 条 1 項による直接的成果保護

UWG 4 条 3 号は特別な事情を要件としており、模倣それ自体を禁止するものではない。そこで、このような特別な事情を要せず、成果それ自体を保護する直接的成果保護 (unmittelbaren Leistungsschutz) が、一般条項である 3 条 1 項により認められるかどうか問題となっている。

学説は対立している<sup>(58)</sup>。BGH は、2010 年の Hartplatzhelden.de 事件判決において、この問題を決定しないことを明示した<sup>(59)</sup>。長くつ下のピッピ II 事件判決も、未決定のままとし、Hartplatzhelden.de 事件判決を引用して、3 条 1 項による保護が原告の圧倒的な利益の場合にのみ問題となる旨を述べた<sup>(60)</sup>。

## 4. わが国法における新たな保護の可能性

### 4.1. わが国法における問題

わが国においては、前述したように、キャラクターに対して、その商品化事業が行われている場合に、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号・2 号による保護が与えられている。長くつ下のピッピ事件のような文学的キャラクターが問題となる場合、わが国著作権法では、ドイツ<sup>(61)</sup>と異なり、その著作権保護に否定的な考え方が強い<sup>(62)</sup>、不正競争防止法による保護がより重要となろう。

もっとも、1 号・2 号に関しては、長くつ下のピッピ事件のような場合、原告のキャラクターと被告の製品との類似性のほか、被告の行為が自己の商品等表示としての使用でなければならないことが困難な問題となるであろう。商品等表示としての使用の要件は、2 号に明示的に規定されており<sup>(63)</sup>、1 号に関しても、規定はされていないが、混同が要件となっていることから、結局のところ、被告が商品等表示として使用していることが必要となる<sup>(64)</sup>。

この点に関し、近時のマリカー事件では、知財高裁は、公道走行が可能なカートのレンタル事業（本件レ

(57) OLG Köln, GRUR-RR 2014, 393 [395].

(58) Sosnitza, Lauterkeitsrecht gestern, heute und morgen, GRUR 2018, 255 [259f] 参照。

(59) BGH, BGHZ 187, 255 Rn. 19 = GRUR 2011, 436 – Hartplatzhelden.de.

(60) その後の、BGH, BGHZ 210, 144 Rn. 97 = GRUR 2017, 79 – Segmentstruktur も同旨を述べる。

(61) Sosnitza, Pippi Langstrumpf als Fallstudie – Geistiges Eigentum und Lauterkeitsrecht auf Erst- und Zweitmärkten, WRP 2016, 1309 [1310] は、長くつ下のピッピ I 事件におけるキャラクター保護の考え方は、米国の Nichols 判決 (Nichols v. Universal Pictures Corp. 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930), cert. denied, 282 U.S. 902 (1931)) が述べた、いわゆる「十分に詳細描写 (sufficiently delineated)」テストに対応すると述べる。なお、米国法の最近の文献として、Hanley, Character Copyrightability in Chaos: How Unclear Character Copyrightability Tests Lead to Improper Results, 71 Am. U. L. Rev. 1145 (2022); McCutcheon, Works of Fiction: The Misconception of Literary Characters as Copyright Works, 66 J. Copyright Soc'y U.S.A. 115 (2018); Skoller, Sherlock Holmes and Newt Scamander: Incorporating Protected Nonlinear Character Delineation into Derivative Works, 38 Colum. J. L. & Arts, 577 (2015).

(62) 田村善之『著作権法概説』(有斐閣、第 2 版、2001 年) 71 頁、中山信弘『著作権法』(有斐閣、第 3 版、2020 年) 219 頁、高林龍『標準著作権法』(有斐閣、第 5 版、2022 年) 102 ~ 103 頁、渡邊修「キャラクター (文学的キャラクター) の侵害」斉藤博 = 牧野利秋編『知的財産関係訴訟法』(青林書院、1997 年) 149 頁。反対：中村稔「キャラクターの保護について」著作権研究 39 号 (2012 年) 164 頁。また、上野・前掲注 1) 50 頁、池村聡「今、考える『“キャラクター”と著作権』」コピライト 687 号 (2018 年) 35 頁、君嶋祐子「キャラクターの侵害」牧野利秋 = 飯村敏明編『著作権関係訴訟法』(青林書院、2004 年) 383 頁も参照。

(63) 札幌地判平成 26 年 9 月 4 日 (平成 25 年 (ワ) 第 886 号) [食ベログ事件 1 審]、札幌高判平成 27 年 6 月 23 日 (平成 26 年 (ネ) 第 365 号) [同事件 2 審]、仙台地判平成 20 年 1 月 31 日判タ 1299 号 283 頁 [堤人形事件]、東京地判平成 12 年 6 月 29 日判時 1728 号 101 頁 [モデルガン事件]。

(64) 東京地判平成 12 年 6 月 29 日判時 1728 号 101 頁 [モデルガン事件]、東京地判平成 13 年 1 月 22 日判時 1738 号 107 頁 [タカラ本みりん事件]、東京地判平成 14 年 7 月 15 日判時 1796 号 145 頁 [mp3 事件]、仙台地判平成 19 年 10 月 2 日判時 2029 号 153 頁 [福の神仙臺四郎事件]、仙台地判平成 20 年 1 月 31 日判タ 1299 号 283 頁 [堤人形事件]、東京地判平成 30 年 5 月 11 日 (平成 28 年 (ワ) 第 30183 号) [SAPIX 事件]。また、知財高判平成 23 年 3 月 28 日判時 2120 号 103 頁 [ドーナツクッション事件] は、類似表示が出所識別表示として使用されていない場合には、当該表示を使用する者の商品であることを示す「商品等表示」に当たらないとして、1 号の不正競争の成立を否定した。

レンタル事業)を行っていたYが、Xが販売するゲームソフトに登場するキャラクターに類似するコスチューム(本件各コスチューム)を利用者に貸与する行為について、当該コスチュームを利用者に貸与する行為である「本件貸与行為を強調し、それを前面に出して本件レンタル事業の宣伝が行われてきた」ことから、「Yは、本件各コスチュームを自己の商品等表示として使用している」ことを認め、2号の不正競争に該当すると判断した<sup>(65)</sup>。この判決のように、商品等表示としての使用であることが緩やかに認められるのであれば<sup>(66)</sup>、この要件が2号の不正競争の成立にとって障害となる場合は多くないかもしれない。しかしながら、この要件によって2号による保護が否定される場合は生じ得るのであり、長くつ下のピッピ事件のような場合はそうであろう。それでは、商品等表示としてではない使用に対してどのような保護が考えられるであろうか。以下では、そのような保護の可能性について、現行規定を出発点として、検討する。

#### 4.2. 成果保護の観点からの検討

わが国法における、競争法上の成果保護ないし公正競争法上の模倣禁止の性格を持つ規定として、商品形態の模倣行為を定める2条1項3号を挙げることができる。同号の趣旨として、「不正競争防止法が形態模倣を不正競争であるとした趣旨は、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したところにあると認められる」と説明されている<sup>(67)</sup>。

このように、3号は投下資本の成果を模倣から保護するものであるが、UWG4条3号とは異なり、模倣の不正を根拠付ける付加的な事情は必要とせず、模倣それ自体を禁止する直接的成果保護といえる。また、保護される成果がどのようなものか、たとえばドイツ法における競争上の独自性のような価値を有するかどうかも問題としていない<sup>(68)(69)</sup>。

(65) 知財高判令和元年5月30日(平成30年(ネ)第10081号・第10091号)[マリカー事件2審中間判決]。

(66) 愛知・前掲注1)46頁は、「本件写真・動画、従業員によるコスチュームの使用、コスチュームの貸与いずれについても、公道カートというYの営業・サービスにおいて、『マリオカート』の登場キャラクターという特定のコスチュームの使用・貸与が重要な位置を占めていたという事情が重要であり、コスチュームの使用・貸与を単体として取り上げて判断したというよりも、あくまでYの営業態様との関連で総合的な判断を行って出所表示としての使用に当たるとされたものと思われる」と述べている。

(67) 知財高判平成28年11月30日判時2338号96頁[スティック状加湿器事件]。経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法』(商事法務、第2版、2019年)81頁も同旨。

(68) 3号の理論的基盤を提供した学説は、「新商品の開発を促進させるためには、商品のデッド・コピー行為を禁止して市場先行の利益というインセンティブを法的に保障し、商品化のために掛けた労力、時間、費用の回収を困難ならしめないようにする必要がある。規制行為は、商品のデッド・コピーに限定することになるが、そのかわりにデッド・コピーであれば原則禁止とすべきであり、それ以上に商品の創作的価値は問うべきではなく、また不正競争の目的などの付加的な事情も必要とすべきではない」と述べている。田村善之『機能的知的財産法の理論』(信山社、1996年)42頁。ただし、裁判例には、3号によって「保護される『商品の形態』とは、商品全体の形態をいい、その形態は必ずしも独創的なものであることを要しないが、他方で、商品全体の形態が同種の商品と比べて何の特徴もないありふれた形態である場合には、特段の資金や労力をかけることなく作り出すことができるものであるから、このようなありふれた形態は、同号により保護される『商品の形態』に該当しないと解すべきである」と述べて、ありふれた形態に対する保護を否定するものがある。知財高判平成31年1月24日判時2425号88頁[サックス用ストラップ事件]。東京地判平成30年8月30日(平成28年(ワ)第35026号)[婦人用フード付ブルゾン事件]、東京地判平成30年4月26日(平成27年(ワ)第36405号)[ワンピース事件1審]、知財高判平成31年2月14日(平成30年(ネ)第10058号)[同事件2審]、東京地判平成28年7月19日判時2319号106頁[美容用フェイスマスク事件1審]、知財高判平成28年12月22日(平成28年(ネ)第10084号)[同事件2審]、東京地判平成27年11月11日(平成26年(ワ)第25645号)[防災用キャリアバッグ事件]も同旨。高部真規子『実務詳説不正競争訴訟』(金融財政事情研究会、2020年)175頁、渋谷達紀『不正競争防止法』(発明推進協会、2014年)141～142頁はこれを支持。反対：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)47頁以下。

(69) なお、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(1994年)37頁は、ドイツ法とわが国法には大きな隔たりはないと述べた。



そして、3号による保護においては、被告の行為が商品等表示としての使用であることは必要とされない。

しかし、キャラクターの保護方法としては、3号はこれに適合するものではない。まず、同号の保護対象は「商品の形態」であり、「商品」とは、市場における流通の対象となるものをいい、有体物に限らず、無体物も含まれるが<sup>(70)</sup>、「商品の形態」は有体物の形態と解されている<sup>(71)</sup>。そうだとすると、キャラクターそれ自体は保護されないことになる。また、この点はおくとしても、長くつ下のピッピ事件のような文学的キャラクターが問題となる場合には、その形態として具体的な形状が示されていないため、「形態」に該当しないと解されるように思われる<sup>(72)</sup>。同事件のような場合には、3号の「模倣」は「実質的に同一の形態の商品を作り出すこと」と定義されているため（不正競争防止法2条5項）、BGHの判決と同様に、「模倣」に当たらないことにもなる。

さらに、3号の保護期間はキャラクターの保護にとって深刻な問題である。同号の保護期間は、「最初に販売された日から3年」であり（不正競争防止法19条1項5号イ参照）、このように定められた理由として、「商品のモデルチェンジのサイクルがおおむね3年以内であること、国際的なハーモナイゼーションが求められていること、登録を要する実用新案権の存続期間が6年であり、登録を要しない不正競争防止法2条1項3号による保護期間がそれより長期にわたるのは相当ではないことなどを考慮したことによるものである」と述べられている<sup>(73)</sup>。しかしながら、キャラクターは使用の継続により価値を高めるのが通常であるため、「最初に販売された日から3年」はあまりに短い。

このように3号には様々な問題点がある。そこで、こうした問題点を克服するために、法改正によってキャラクターの保護に適合した規定を新設することが考えられるが、同号を基礎として、これに修正を加えて新しい規定を設けようとするのは成功しそうにない。なぜなら、3号は、保護対象である商品形態に対して、これがいかなるものかを問わず、模倣からの保護を与えるものであって、このように保護は、いわば一律に与えられるものであるがゆえに、投資回収に一般的に役立つ最低限のものに限定され、つまり、保護の範囲は狭く、また保護の期間も短くされている。そのため、保護対象や保護範囲、保護期間を大きく変更することは、3号の基本構造を壊すものとなり、そして、そのような変更をした規定と3号を並存させることは理論的な不整合を現出することになるからである。

#### 4.3. 名声の利用・毀損の観点からの検討

UWG 4条3号が定める3つの場合のうち、a) 回避可能な出所誤認と c) 模倣に必要な情報の不正取得は、わが国法において、周知な商品等表示主体の混同行為に関する2条1項1号と営業秘密に係る不正行為に関する同項4～10号で対応可能であると思われる。よって、残るは、b) 名声の不当利用・毀損であり、キャラクターの保護にとっては、まさにこの点が問題となる。

わが国法における名声の不当利用・毀損に関する規定として、マリカー事件で適用された、著名な商品等表示の冒用行為に関する2条1項2号がある。同号は、3号と同じく、平成5（1993）年改正により新設されたものであり、これが設けられるに至った事情として、「現代の情報化社会において、様々なメディアを

(70) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注 67) 62 頁。

(71) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注 67) 37 頁。横山久芳「グラフィック・デザイン」茶園成樹＝上野達弘編著『デザイン保護法』（勁草書房、2022 年）212 頁、小松一雄編『不正競争訴訟の実務』（新日本法規出版、2005 年）287 頁、知財高判平成 17 年 10 月 6 日（平成 17 年（ネ）第 10049 号）[YOL 見出し事件]。なお、東京地判平成 30 年 8 月 17 日（平成 29 年（ワ）第 21145 号）[ロイロノートスクール事件]では、教育用教材に関するソフトウェアの画面の形状等が商品の形態に該当すると解された。

(72) 東京地判平成 27 年 9 月 30 日（平成 26 年（ワ）第 17832 号）[衣料品デザイン画事件]は、「3号にいう『商品の形態』とは、これに依拠して実質的に同一の形態の商品である『模倣した商品』を作り出すことが可能となるような、商品それ自体についての具体的な形状をいう」と述べる。

(73) 大阪高判平成 15 年 7 月 29 日（平成 15 年（ネ）第 68 号）[仏壇事件]。経済産業省知的財産政策室編・前掲注 67) 240～241 頁も参照。

通じ商品表示や営業表示が広められ、そのブランド・イメージが極めてよく知られるものとなると、それが持つ独自のブランド・イメージが顧客吸引力を有し、個別の商品や営業を超えた独自の財産的価値を持つに至る場合がある。このような著名表示を冒用する行為が行われると、たとえ混同が生じない場合であっても、冒用者は自らが本来行うべき営業上の努力を払うことなく著名表示の有している顧客吸引力に『ただのり(フリーライド)』することができる一方で、永年の営業上の努力により高い信用・名声・評判を有するに至った著名表示とそれを本来使用してきた者との結びつきが薄められる(希釈化、ダイリューション)ことになる」と説明されている<sup>(74)</sup>。

2号は、上記のような著名表示が有する顧客吸引力のただ乗りや識別力の希釈化を防止しようとするものであり、マリカー事件で認められたように、キャラクターは、それが著名な商品等表示である場合、その有する名声が不当に利用されたり毀損されたりすることから保護されることができる。

2号による保護のためには、キャラクターは、まず、商品等表示、つまり「人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するもの」(不正競争防止法2条1項1号括弧書き)であることが要求される。もっとも、この点は、キャラクターの保護にとって特に問題とならないであろう。なぜなら、キャラクターが商品等表示であるとは、需要者においてキャラクターと関連付けて認識される事業者が存在していることを意味するのであり、キャラクターの名声の利用・毀損が規制を必要とするほどの利益侵害が生じるとすると、その利益侵害を被るのは、そのような事業者に限られると思われるからである。逆にいえば、そのような事業者が存在しなければ、誰かに規制が必要となる利益侵害が生じることはないであろう<sup>(75)</sup>。また、キャラクターは著名性の要件を満たすものでなければ、2号による保護を受けられないが、キャラクターの名声は、著名となって初めて、保護に値する価値を有すると認められることができると思われるため、この点も問題ない。

さらに、2号では、被告が使用する表示は原告の著名表示に類似していなければならないが、この類否判断が、著名表示を容易に想起させるほどに類似しているものかどうかを基準として行うとする考え方<sup>(76)</sup>によるならば、キャラクターは適切な保護を受けることができるであろうし、長くつ下のピッピ事件において争われたキャラクター「長くつ下のピッピ」と被告によって撮影された衣装が実際に類似すると判断されるかどうかはともかく、文学的キャラクターの場合であっても類似性を肯定できる場合がある。ただし、このように類似性について著名表示を容易に想起するかどうかで判断するならば、類似表示の使用が規制を必要とするほどの利益侵害を発生させない場合も考えられるため、UWG4条3号b)のように、名声を不当に利用し又は毀損していることを要件として明定することが適切であると思われる<sup>(77)</sup>。

他方、被告の行為が商品等表示としての使用であることの要件は、前述したように、検討を要する。裁判例には、この要件が設けられた理由として、商品の出所を表示し、自他商品を識別する機能を果たす態様で用いられていない表示によっては、「著名な商品等表示の顧客吸引力を利用し、出所表示機能及び品質表示

(74) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注67) 75～76頁。

(75) また、本稿では詳しく論じることができないが、需要者においてキャラクターと関連付けて認識される事業者ではない者に、名声の利用・毀損に対する救済を認めることについては、キャラクターを創作物として保護する著作権法等との関係が困難な問題となるように思われる。

(76) 東京地判平成20年12月26日判時2032号11頁〔黒烏龍茶事件〕、東京地判平成27年11月13日判時2313号100頁〔DHC-DS事件〕、田村善之『不正競争法概説』(有斐閣、第2版、2003年)246頁、小野昌延=松村信夫『新・不正競争防止法概説・上巻』(青林書院、第3版、2020年)247頁、松村信夫『新・不正競争訴訟の法理と実務』(民事法研究会、2014年)261頁、小野昌延編著『新・注解不正競争防止法』(青林書院、第3版、2012年)452頁〔山名美加=重富貴光〕、高部・前掲注68)133頁、渋谷・前掲注68)116頁。

(77) 筆者は、2号について、「自己の商品等表示として他人の著名な商品等表示と同一若しくは類似のものを使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供して、他人の著名な商品等表示に係る識別性、信用若しくは名声を利用して不正の利益を得る、又は当該識別性、信用若しくは名声を害する行為」(下線部が改正部分)と改正することを提案している。茶園成樹「商標・商品等表示の混同が生じない場合の特別な保護」パテント73巻15号(別冊25号)(2020年)12頁。

機能を害することにはならないからである」と述べるものがあるが<sup>(78)</sup>、被告が商品等表示として使用していても、原告の表示が有する名声の利用・毀損が可能であることは否定できない<sup>(79)</sup>。もっとも、著名表示と同一・類似のものの使用は、商品等表示としての使用でなければ、規制を必要とするほどの利益侵害を生じない場合があり、それとは逆に、名声の利用・毀損が生じても、規制をすべきでない場合もある。たとえば、需要者に適正な購買決定に資する情報を提供する比較広告の場合である<sup>(80)</sup>。

そのため、キャラクターの新たな保護として、2号を基礎として、商品等表示としての使用の要件を削除し、そのような使用ではなくても不正競争が成立するように改め、その一方で、名声の不当な利用・毀損を要件として明定するとともに、比較広告のような規制を及ぼすべきでない場合について検討し、そのような場合を適用除外規定の対象に含めるようにすべきであろう。このような措置を講じることにより、キャラクターの保護が適当な範囲にとどまり、過剰なものとならないようにすることができよう。

---

(78) 東京地判平成12年6月29日判時1728号101頁〔モデルガン事件〕。

(79) 松村・前掲注76) 264頁。

(80) 横山久芳「著名商標と比較広告」パテント72巻4号(別冊21号)(2019年)149頁参照。