

# デッドコピー規制におけるありふれた形態と「他人の商品の形態」の「模倣」

—大阪地判令和 5.10.31 令 4 (ワ) 6582 [パール付き衣服] を題材に—

群馬大学情報学部講師・弁護士 山本 真祐子

## 要 約

大阪地判令和 5.10.31 令 4 (ワ) 6582 [パール付き衣服] においては、原告商品 1・2 にかかる判断について、被告商品 1・2 との素材の選択に起因する光沢及び質感の相違のみを重視して、実質的同一性が否定されている。また、仮に実質的同一性が認められるとしても、原告商品 1・2 は、従来商品形態から容易に着想し、制作できるありふれた形態であるため、被告商品 1・2 は原告商品 1・2 の形態を模倣した商品に該当しない旨の判断もなされている。

しかし、このような判断手法は、従来裁判例の基本的傾向に沿わないものであり、デッドコピー規制の性質を転換することになりかねない。実用性やトレンドに規定される要素が強い分、開発の幅が狭いなか、互いに切磋琢磨して新たなデザインが生み出されているという衣服のデザイン開発の実態に鑑みると、そのインセンティブを適切に支援するためには、素材の相違のみをもって実質的同一性を否定すべきではなく、また実質的同一でない従来商品形態の存在のみに基づき、その保護を否定すべきではないと考える。

## 目次

1. はじめに
2. 本論
  2. 1 事案
  2. 2 判旨
    - (1) 被告商品 1 は原告商品 1 の形態を模倣した商品に該当するか
      - 1) 認定事実
      - 2) 実質的同一性
      - 3) ありふれた形態であるかについて
      - 4) 小括
    - (2) 被告商品 2 は原告商品 2 の形態を模倣した商品に該当するか
      - 1) 認定事実
      - 2) 実質的同一性
      - 3) ありふれた形態であるかについて
      - 4) 小括
  2. 3 検討
    - (1) はじめに
    - (2) 従来裁判例
      - 1) 素材の相違が存在した事案にかかる従来裁判例
      - 2) 請求人の衣服等の形態が、従来商品形態と一定程度近い形態であった事案にかかる従来裁判例
    - (3) 検討
      - 1) 本判決の意義
      - 2) 素材の選択に起因する質感の相違のみに基づき、実質的同一性を否定した点について
      - 3) 実質的に同一の従来商品形態が存在しないにもかかわらず、請求人の商品形態をありふれたものであるとして、その保護を否定した点について
3. おわりに～結びに代えて～

## 1. はじめに

ファッションデザイン、特に現代の衣服デザイン（以下、単に「衣服デザイン」という。）の保護と意匠権は、その相性がよくないとされている。

すなわち、衣服デザインは、季節性・流行性故にライフサイクルが短いことが多いため、出願・登録に時間を要する意匠権による保護に馴染まないことが多い<sup>(1)</sup>。また、偶発的なヒット等によりライフサイクルが長期化することもあるが、意匠権は保護要件として新規性を要求するため（意匠法3条1項）、原則的には、実際にヒットした後に後追いで意匠権を取得することは叶わない<sup>(2)</sup>。そうすると、一度に多数のデザインを展開することが多いそのビジネス特性上、いずれのデザインがヒットするかの予測を事前になすことが困難であるなかで、その全てにつき費用・手間をかけて意匠登録出願をなすことは現実的ではないということになる<sup>(3)</sup>。そのため、その保護には、出願・登録なくしてデザイン保護の結果を得うる、不正競争防止法2条1項3号の規律（以下「デッドコピー規制」という。）が活用されることが多い<sup>(4)</sup>。

かように衣服等のファッションデザインの保護と相性がよいデッドコピー規制であるが、近時、請求人の商品形態と、被疑違反者の商品形態の素材の選択に起因する光沢及び質感の相違に着目し、実質的同一性を否定して請求を棄却する大阪地判令和5.10.31令4（ワ）6582〔パール付き衣服〕が出されている。衣服の模倣が問われる場面では、節約等何らかの理由で、後行者において素材を変更していることもしばしば見受けられるように思われるため、かような判断は実務に大きな影響を与えうる。

そこで、以下では、同判決の検討を行うこととする。

## 2. 本論

### 2.1 事案

本件は、原告商品1ないし7の婦人服を販売する原告が、被告商品1ないし7の婦人服を販売する被告に対し、被告各商品は原告各商品の形態を模倣した商品であり、被告による被告各商品の販売は不正競争防止法（以下「法」という。）2条1項3号の不正競争に該当すると主張して、不正競争防止法3条1項に基づき、被告各商品の販売等の差止めを、同法3条2項に基づき、被告各商品の廃棄を、同法4条に基づき、損害賠償金等の支払を求めた事案である。

以上のとおり、本件では被告による計7商品の販売等につき不正競争防止法2条1項3号該当性が問題となっているが、このうち、特に商品1・2にかかる判断が、従来裁判例とは異なる傾向を示しているように思われるため、以下では主としてこれらにかかる判示のみを取り上げる。

### 2.2 判旨

#### (1) 被告商品1は原告商品1の形態を模倣した商品に該当するか

##### 1) 認定事実

「原告商品1は、」下記のとおり「形態の特徴を有するものと認められる。」

「A オーバーオール（肩紐のあるつりスカート）であって、B 光沢があり、なめらかでつるつるとした触り心地であり、C 肩からウエストにかけて、正面と背面がVネックとなっており、肩紐の長さは約30センチメートルとみられ、D ウエストの中心部から端を発して左肩にかけて、生地の手元から直径約1センチメートルのパールの装飾が約2センチメートル間隔で16個縫われており、E ウエストから脚にかけてはややフレア型のロングスカートである。」（図1）

「被告商品1は、」下記のとおり「形態の特徴を有するものと認められる。」

「a オーバーオール（肩紐のあるつりスカート）であって、b マットで光沢がなく、柔らかく、c 肩からウエストにかけて、正面と背面がVネックとなっており、肩紐の長さは約35センチメートルであり、d ウエスト



図1

の中心部から数センチ離れた部分から端を発して左肩にかけて、生地から直径約1センチメートルのパール  
の装飾が約2センチメートル間隔で16個縫われており、e ウエストから脚にかけてはフレア型のロングスカート  
である。」(図2)

「原告商品1の販売開始以前に販売等された商品」

「a 被告は、遅くとも平成29年11月7日までに、肩からウエストにかけて正面がVネックとなったオーバー  
オール（肩紐のあるつりスカート）の販売を開始した。（乙3）

b 婦人服のブランド「ヨーコちゃん（YOKO CHAN）」（以下「本件ブランド」という。）では、次のとおり、  
パール装飾を施した商品が販売された。（乙4）





図 2

(a) 平成 30 年

ジャケットの合わせ部分の一方（右側）の右胸下部からウエスト中心部にかけてパール 8 個が連なって施されたジャケット

(b) 平成 30 年

両肩部分に複数のパールが連なって施されたノースリーブのワンピース

(c) 遅くとも平成 30 年 1 月 30 日まで（同年春夏商品として）

左肩下部付近から胸部中心部付近にかけてパール約 8 個が連なって施された正面が V ネックとなったノースリーブワンピース

(d) 遅くとも平成 30 年 11 月 28 日まで

ウエスト部分にパール 8 個が連なって施された袖付きワンピース

(e) 平成 31 年

左肩下部付近から胸部中心部付近にかけてパール 10 個が連なって施された正面が V ネックとなったノースリーブワンピース

c 上記 b (c) の商品の取扱店の平成 30 年 1 月 30 日のブログには、「人気のパールシリーズの商品を取り揃えている」との内容が投稿された。（乙 4 の 4）

d Instagram において、アカウント名「bibaboutique」の令和元年 10 月 14 日の投稿では、左肩から胸中心部にかけて複数のパールが連なって施された V ネックのカットソーの写真が掲載された。（甲 59、乙 5 の 17）」

## 2) 実質的同一性

「原告商品1の形態と被告商品1の形態を比較すると、両者は、形態A、並びに、形態CないしEの各一部（形態Cのうち大部分である肩紐の長さを除く構成、形態Dのうち左肩とは反対のパール装飾の端部分を除く構成、形態Eのうちロングスカート）において共通する。他方、両者は、①光沢や質感（形態B）、②肩紐の長さ（約30センチメートルか約35センチメートルか。形態C）、③パール装飾の端の位置（ウエストであるかうエスト付近であるか。形態D）、④スカートの型（ややフレア型かフレア型か）において相違する。」

「原告は、両商品の形態には需要者が目を引くパール装飾の同一性を含めて上記共通点があるのに対し、上記③及び④の相違点は容易に想到できる程度の形態の差異にすぎず、上記②ないし④の相違点はいずれも些細な相違点であり、上記①は衣服の「デザイン」の模倣を判断するにあたって問題にならないから、両商品の形態は実質的に同一であると主張する。

そこで検討すると、上記②ないし④の各相違点は、需要者において判別が容易とはいえない程度の差異であり、商品全体の形態の実質的同一性の判断に強く影響するようなものではなく、商品全体からみると些細な相違にとどまる。しかし、上記①の相違点については、衣服の形態模倣の検討にあたって商品の「光沢及び質感」（法2条4項）も比較対象となると解されるどころ、原告商品1の本体には、「ポリエステル100%」の二重織サテン生地が用いられ（甲9）、これにより光沢及びつや感のある質感となっている（形態B）のに対し、被告商品1の本体には、上記素材とは大きく異なる「ポリエステル63%、レーヨン32%、ポリウレタン5%」のギャバジン生地が用いられ（甲21）、光沢及びつやのない質感となっており（形態b）、この相違点は、商品全体に対して需要者の受ける印象に相当程度影響するというべきである。

以上によれば、原告商品1と被告商品1の形態が実質的に同一であると認めることはできない。」

## 3) ありふれた形態であるかについて

「仮に、原告商品1と被告商品1の形態が実質的に同一であるとしても、次の理由から…両商品の共通点に係る形態は、いずれもありふれた形態であると認められる。すなわち、まず、形態A及びEのオーバーオールロングスカートである点は、従前より多数存在する商品形態である（弁論の全趣旨）。次に、形態Cのうち「肩からウエストにかけて正面と背面がVネックとなった」との形態については…平成29年に「肩からウエストにかけて正面がVネックとなった」オーバーオールであって背面を除く形態の商品が販売されており、この形態は原告商品1の上記形態と同一であり、また、これを前提に、更に背面をVネックの形態とすることは容易に着想できるものと解される。さらに、形態Dの「ウエスト」付近から左肩にかけて施されたパールの装飾については…原告商品1の販売開始前である平成30年頃から、本件ブランドにおいてパール装飾を施した形態のワンピースが販売され、パール装飾が需要者において人気となっており、遅くとも同年1月から令和元年10月14日までの間に、本件ブランドや第三者において、左肩又は左肩下部付近から胸部中心部にかけて複数のパールが連なって施されたワンピースやカットソーが販売され、又は、ブログに掲載されていたことからすれば、パールの装飾を左肩からウエスト付近に配置する形態は容易に着想し制作することができるものといえる。」

## 4) 小括

「以上によれば、被告商品1は原告商品1の形態を模倣した商品に該当すると認めることはできない。」

## (2) 被告商品2は原告商品2の形態を模倣した商品に該当するか

### 1) 認定事実

「原告商品2は、」下記のとおり「形態の特徴を有するものと認められる。」

「A 左右で丈の長さが異なるアシンメトリーの長袖Tシャツであり、B ウエスト部分を境に上下で生地感が異なっており、C 下部の生地は光沢があり、D 上下とも生地が薄く、E ウエスト部分の生地の切替えは右下から左上にかけて斜めに施されており、F ウエスト部分より下部はペプラムデザインとなっており、ペプラムの長さは20～24センチメートルであり、G 正面より背面の丈が長く、臀部が隠れるデザインとなっており、H 左肩にはパールの装飾が6個連なって施されており、両端のパールは直径約1.8センチメートル、内側の配置されて



図3

いる4つのパールは直径約1.3センチメートルであり、I 6個のパールは手縫いにより施されている。」(図3)

「被告商品2は、」下記のとおり「形態の特徴を有するものと認められる。」

「a 左右で丈の長さが異なるアシンメトリーの長袖Tシャツであり、b ウエスト部分を境に上下で生地感が異なっており、c 上部及び下部には光沢がなく、d 上下とも生地が厚く、e ウエスト部分の生地の切替えは右下から左上にかけて斜めに施されており、f ウエスト部分より下部はペプラムデザインとなっており、ペプラムの長さは20～24センチメートルであり、g 正面より背面の丈が長く、臀部が隠れるデザインとなっており、h 左肩にはパールの装飾が8個連なって施されており、8個のパールはいずれも同じ大きさで直径約1.3センチメートルであり、i 8個のパールはビス止めされている。」(図4)

「原告商品2の販売開始以前に販売等された商品」

「a 被告は、遅くとも平成29年2月7日、左右で丈の長さが異なるアシンメトリーとなり、右腰部から左大腿部上部にかけて斜めに施された切替えがあり、上下の生地間が同一であり、ウエスト部分より下部はペプラムデザインとなった長袖Tシャツを販売した。(乙3)

b 本件ブランドにおいて、遅くとも平成30年3月までに、両肩部分に各3つのパールが連なって施されたノースリーブカットソーが販売された。(乙7)

c 当事者双方及び本件ブランド以外の第三者において、遅くとも平成31年3月5日までに、ウエスト部分を境にゆるやかな水平方向の切替えがあり、ウエスト部分より下部はペプラムデザインとなった長袖Tシャツが販売された。(乙6)」



図 4

## 2) 実質的同一性

「原告商品 2 の形態と被告商品 2 の形態を比較すると、両者は、形態 A、B、E ないし G 及び形態 H の一部（左肩にパールの装飾が施されている形態）において共通する。他方、両者は、①光沢及び質感（形態 C、D）、②パールの個数や配列、両端のパールの大きさ（形態 H）、③パールの止め方（形態 I）において相違する。」

「原告は、上記②及び③の相違点はいずれも些細な相違点であり、上記①は衣服のデザインの模倣を判断するにあたって問題にならないから、両商品の形態は実質的に同一であると主張する。

そこで検討すると、上記③の相違点は、需要者において判別が容易とはいえない程度の差異であり、商品全体の形態の実質的同一性の判断に強く影響するようなものではなく、商品全体からみると些細な相違にとどまる。また、上記②の相違点についても、肩部分の幅は広いものではないから、ここに施されたパールの個数（6 個であるか 8 個であるか）や配列、両端のパールの大きさが異なると、商品全体に対する需要者の受ける印象に影響が生じることは否定できないが、強く影響するものとはいえない。

しかし、上記①の相違点については…商品の「光沢及び質感」も衣服の形態模倣が問題となる場合に比較対象となるところ、原告商品 2 は、切替えより上部に薄手のコットン 100% の生地が用いられ、下部にはナイロン 100% の光沢の生地が用いられて光沢がある（形態 C）（甲 11）のに対し、被告商品 2 には、切替えより上部は「レーヨン 73%、ポリエステル 21%、ポリウレタン 6%」の厚地の生地が用いられ、下部には「コットン 68%、ポリエステル 24%」の生地が用いられ、光沢がなく（甲 22）、着用する季節を異にするほどの質感の相違が認められる。そうすると、この相違点は、商品全体に対して需要者の受ける印象に強く影響するというべきである。

以上によれば、原告商品2と被告商品2の形態が実質的に同一であると認めることはできない。」

### 3) ありふれた形態であるかについて

「仮に、原告商品2と被告商品2の形態が実質的に同一であるとしても、次の理由から…両商品の共通点に係る形態は、いずれもありふれた形態であると認められる。すなわち、まず、形態A及びGは、従前より多数存在する商品形態である（弁論の全趣旨）。また、形態Fのペプラムデザインとの形態については…原告商品2の販売前から被告及び第三者の販売した商品に見られる。これらの商品におけるペプラムの切替えの形状は、一方方向の斜め又はほぼ水平方向であるが、形態Eのようなペプラムの切替えとすることは容易に着想して制作することができる」と解される。加えて、形態Hのうち、婦人服の左肩部分にパール装飾が施されているとの形態についても…原告商品2の販売前に本件ブランドから販売されたノースリーブカットソーの商品に見られ、これを長袖のTシャツにも適用することもまた容易に着想して制作することができる。」

### 4) 小括

「以上によれば、被告商品2は原告商品2の形態を模倣した商品に該当すると認めることはできない。」

## 2. 3 検討

### (1) はじめに

本判決は、原告商品1・2と被告商品1・2について、素材の選択に起因する光沢及び質感の相違のみに基づき実質的同一性を否定したうえで<sup>(5)</sup>、「仮に、原告商品」「と被告商品」「の形態が実質的に同一であるとしても」、原告商品1・2は従来商品形態から容易に着想し制作することができるありふれた形態であるということを理由に、「原告商品」「の形態を模倣した商品」該当性も否定する。

しかしながら、素材の選択に起因する光沢及び質感の相違のみに基づき、衣服の実質的同一性を否定する判断は管見の限り珍しいように思われる。

そこで、以下では、まず素材における相違が存在した衣服の事案にかかる従来裁判例を概観してみる。

### (2) 従来裁判例<sup>(6)</sup>

#### 1) 素材の相違が存在した事案にかかる従来裁判例

ア 素材における相違が存在するが、他に有意な相違がない事案

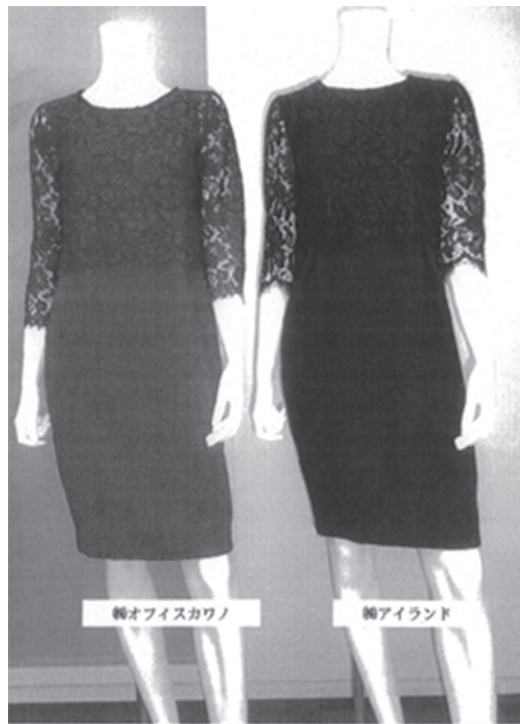
従来裁判例では、素材における相違が存在しても、他に有意な相違がない事案の場合には、実質的同一性が肯定されていた。

例えば、素材の違いがあった知財高判平成31.2.14平30（ネ）10058 [パーティドレス二審]<sup>(7)</sup>においては、そもそも「生地素材の違いから、自動的に生地の光沢や質感が異なるとはいえない」としたうえで、「トリアセテートを65%、ポリエステルを35%使用した被控訴人商品2とポリエステルを100%使用した控訴人商品2との間に光沢や質感について需要者から見て明らかな差異が生じることを認めるに足りる証拠はなく、需要者が上記各素材の違いに着目していると認めるに足りる証拠もない」として、かかる相違につき実質的同一性判断に影響するとはいえないとされている（図5）<sup>(8)</sup>。なお、トリアセテートは、「弾力性に富み、適度なコシもあり…軽く、シャリ感のあるさらりとした風合いがあるので、夏向きの素材として用いられることも多い」ものであり、ポリエステルも、「ナイロンに次ぐ強度があり…弾力性に富み、張り・コシがある」ものである<sup>(9)</sup>。

また、素材の違いに基づく光沢や質感の相違や、需要者認識にかかる立証にまでは言及しないものの、「原告各商品…の素材はポリエステル65%及びナイロン35%であるのに対し、被告商品の素材はポリエステル100%であり、それぞれの素材や加工方法に応じた質感を有する」としつつ、「その違いは大きいものではなく、需要者が通常の用法に従った使用に際してその違いを直ちに認識することができる」とまではいえないものであり、原告各商品…と被告商品の全体の印象を異なったものとするものとはいえない。」として、実質的同一性を肯定する、東京地判平成30.8.30平28（ワ）35026 [フード付きブルゾン]<sup>(10)</sup>もある（図6）。

より素材の違いが大きなものであったことが窺われる東京地判平成14.11.27判時1822号138頁 [ベルーナ・リュ





被告商品2

控訴人商品2

図5



原告商品(正面視と側面視)

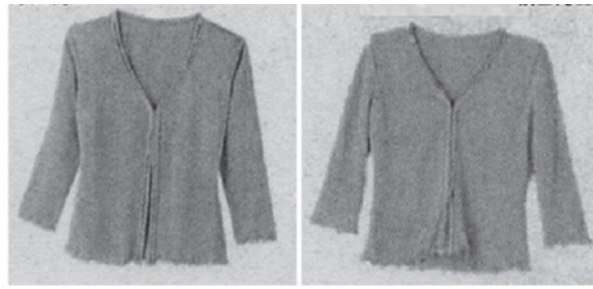
被告商品(正面視と側面視)

図6

リユー審]、東京高判平成 15.5.28 平 14 (ネ) 6392・平 15 (ネ) 1339 [同二審] の商品 2 においても、実質的同一性が肯定されている。同事案では、「原告商品②は、レーヨン、被告商品②はアクリルを中心とした素材であるが、そのほかには、相違する点はな」かったところ、「原告商品②と被告商品②とはその全体的なシルエット、特徴的なスパンコール、メロー始末等が同一であることからすると、若干の色彩の違い及び素材の違いは、同一性の判断に影響を与えるものではない。」として、実質的同一性が肯定されている (図 7)。

レーヨンはしっとりとした光沢のある生地<sup>(11)</sup>であるのに対し、アクリルはふんわり柔らかで、暖かな肌さわりもある軽い生地<sup>(12)</sup>であり、着用する季節を異にするほどの質感の相違があると考えうるが、かような素材の違いをもってしても、実質的同一性が否定されていないことが分かる<sup>(13)</sup>。

ただし、例外的に、女性用下着につき、素材の違いのみをもって実質的同一性を否定するものとして、大阪地判平成 17.9.8 判時 1927 号 134 頁判時 1927 号 134 頁 [ヌーブ IV 一審]、大阪高判平成 18.4.19 平 17 (ネ) 2866 [同二審] がある。同事案の請求人の商品は、カップ表面が布地様で、レースや柄模様で装飾的な形態を追求する一般的なブラジャーとは対極的に、人間のコラーゲン質を想起させるようなブヨブヨした生々しい質感を有するという特徴を有していたところ<sup>(14)</sup>、被疑違反者の商品形態は、そのような「ブヨブヨした生々しさを感じさせず、ラバー製品のような艶のある硬い質感を感じさせる点で形態的印象を異にしている。」とされ、実質的同一性が否定され



原告商品 2

被告商品 2

「特集『商品形態のデッドコピー規制の現況と課題』参考図」知的財産法政策学研究 25 号 105 頁 (2009) ([https://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/IP\\_vol25/25\\_3\\_b.pdf](https://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/IP_vol25/25_3_b.pdf), 2023 年 12 月 10 日最終閲覧) より引用

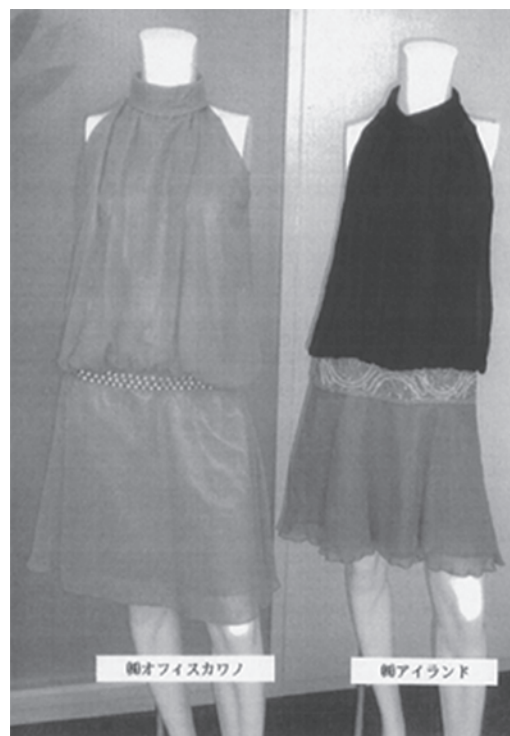
図 7

ている<sup>(15)</sup>。素材に起因する質感にこそ特徴があり、他に特徴的な形態を有しない商品であった例外的事案と整理できるであろう<sup>(16)</sup>。

#### イ 素材以外にも有意な相違が存在した事案

他方、素材以外にも有意な相違があった事案にかかる裁判例には、素材の違いを一考慮要素としたうえで、実質的同一性を否定するものがある。すなわち、前掲東京地判「パーティドレス」の商品 8 は、「素材がシルクかポリエステルかで異なる」のみならず、「ベルト部分の装飾の幅・デザイン」<sup>(17)</sup>、「背面腰部のベルトの有無等」や、「スカート長さ」において異なっていたところ、実質的同一性が否定されている（図 8）。たしかに、シルクはしなやかで手触りがよく、優雅な光沢を持つ<sup>(18)</sup>一方、ポリエステルは、前述のように「ナイロンに次ぐ強度があり…弾力性に富み、張り・コシがある」<sup>(19)</sup>ため、かかる生地相違は外観に一定の影響を与える可能性があるように思われるが、当該相違のみをもって実質的同一性が否定されたわけではないことに留意が必要である。

また、東京地判令和 3.10.29 令 3 (ワ) 1852 令和 3 (ワ) 5848 [バニーガール衣装] では、バニーガールの衣装（「ボディー、カチューシャ、襟部、カフス部等から構成される。」）である被告商品Ⅲについて、その「ボディー



被告商品 8

原告商品 8

図 8

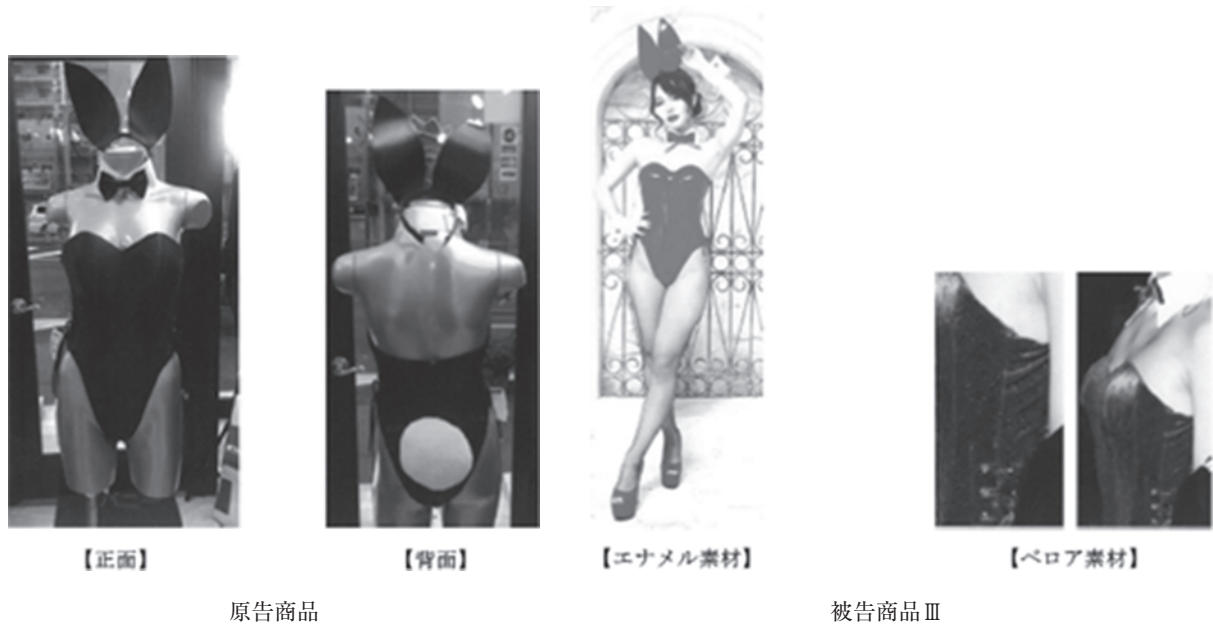


図9

はその素材がエナメルやペロアであり、外観の光沢、質感等が異なる点で原告商品とはその形態が異なる」という点が参酌されてはいるものの、他の相違点（股部や後ろ身頃、カチューシャの形状における相違）がより重視され、これらが「需要者の目につきやすい識別可能な形態上の相違点であるということが出来る。」として実質的同一性が否定されているようである（図9）。原告商品の素材は判決文からは明らかでないが、被告商品Ⅲの素材である「エナメル」とは、生地には施される加工のことであり、エナメル・コーティングは、グロッシーな光沢のあるものである<sup>(20)</sup>。また、ペロアは、長い毛羽のある生地である<sup>(21)</sup>。そうすると、それぞれ特徴的な風合いを呈するものであるため、生地の相違は外観に一定の影響を与える可能性があるように思われるが、かかる相違のみをもって実質的同一性が否定されたわけではないことに留意が必要である。

その他、星柄が施されたストッキングについて、東京地判平成 25.11.13 平 24（ワ）22013・平 24（ワ）36288 [星柄ストッキング] は、生地の相違（原告商品は透明感が低い光沢がないものであり、比較的厚く、網目が緊密でなめらかであるが、被告商品は透明感が高い光沢のあるものであり、比較的薄く、網目が粗いものである。）も参酌してはいるが、むしろ、着用時における星柄の模様の配置における相違<sup>(22)</sup>に着目し、実質的同一性を否定しているようである。また、編みぐるみの付いたバッグチャームについて、これを「構成する毛糸の素材が異なることにより、編みぐるみ部分も、被告商品 2の方が光沢感のある質感を有するものとなっている」といった相違があった事案において、東京地判平成 24.1.25 平 23（ワ）15964 [バッグチャーム] は、その他の相違点（ハート型パステスの有無、ボンボンの大きさ及び素材の違い、クマの首元及びチェーン先端のロゴ入りハートプレートの有無、クマの手足付け根部分のボタンの有無）も考慮したうえで、「その価格が被告商品 2につき 9345 円、原告商品 2につき 4935 円と若年女性らにとって安価とはいえないものであることにも照らすと、需要者である若年女性らは、各商品の購入を検討するに際し、細部におけるデザインや各付属品の形状、質感等にまで着目し、これらを考慮要素として、各人の好みや用途に沿った商品を選択するものと解される」ために、以上の相違が「需要者にとって、軽微な相違ということはできないというべき」として実質的同一性を否定する<sup>(23)</sup>。

#### ウ 小括

このように、衣服を中心とする従来裁判例においては、素材に起因する質感にこそ特徴があり、他に特徴的な形態を有しない商品であった例外的事案を除き、素材の相違が存在することのみをもって実質的同一性を否定するのは見当たらず、素材の相違がそれなりに外観に与える影響がありそうな事案においても、同様に実質的同一性は否定されていなかった。他方、素材以外にも形態上の相違が存在し、素材の相違がある程度外観に影響を与える事案においては、素材の相違も考慮されて実質的同一性が否定されていた。

以上のとおり、従来裁判例においては、衣服等の素材が外観に影響を与える事例において、その相違のみを理

由に実質的同一性を否定するものは、特殊な例外事案を除き、管見の限り存在しなかった。

2) 請求人の衣服等の形態が、従来商品形態と一定程度近い形態であった事案にかかる従来裁判例

1) でみたとおり、従来裁判例は、基本的に素材が外観に与える影響の相違のみをもって実質的同一性を否定しておらず、本判決の判断は、従来裁判例にみられないものといえる。また、本判決の判文に目を転じて、かかる判断に加えて、「仮に、原告商品」と被告商品「の形態が実質的に同一であるとしても」としたうえで、原告商品1・2は従来商品形態から容易に着想し制作することができるありふれた形態であるということを理由に「原告商品」の形態を模倣した商品」該当性も否定する。これらに鑑みると、本判決が、原告商品1・2にかかる請求を棄却した真意は、むしろ、これらが従来商品形態から容易に着想し制作することができるありふれた形態であるというところにあるのかもしれない。

そこで、つぎに、本件と同様に、請求人の衣服等の形態が、従来商品形態と一定程度近い形態であった事案であった従来裁判例を概観する。

ア 請求人自身を従来商品形態の模倣者と評しうる事案（実質的同一の従来商品形態が存在し、かつ請求人においてこれに依拠していたと評しうる事案）

従来裁判例においては、請求人の商品形態が、従来商品形態と実質的同一のものであり、かつ請求人が従来商品形態に依拠していたと認められる事案、すなわち請求人自身が従来商品形態の模倣者である事案においては、その保護が否定されていた<sup>(24)</sup>。

例えば、原告商品が訴外エルメスのバッグに酷似していた<sup>(25)</sup>東京地判平成 13.8.31 判時 1760 号 138 頁 [エルメス・バーキン] (図 10) においては、「原告製品の形態は、著名なエルメス社のバーキンの形態を模倣したものであり、原告は、自ら費用、労力を投下して、商品を開発して市場に置いた者ということとはできない。そうすると、原告は法 4 条により損害賠償を請求することができる者に当たらない。」として、原告の請求主体性（不正競争防止法 4 条）が認められず、保護が否定されている。

また、原告商品⑦の形態が、訴外グッチ社の形態と有意な相違がないものであるように思われる<sup>(26)</sup>前掲東京地判 [ベルーナ・リュリュ審]<sup>(27)</sup>(図 11) においては、原告商品⑦の形態のうち、前面の金具の形状という「特徴的な部分の形態は…他社の商品と共通するため、原告商品固有の特徴とはいえない」<sup>(28)</sup>ために、「原告商品⑦の形態は、原告商品固有の特徴的な形態ということとはできず、被告商品⑦が、原告商品⑦を模倣したものである」として、その保護が否定されている。

第 45 図 エルメス・バーキン

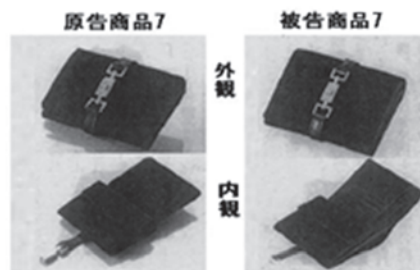


(訴外エルメス社商品の写真は下記HPより)  
<http://kagiya78.com/item/7m3923.htm> (2009年8月30日アクセス)

「特集『商品形態のデッドコピー規制の現況と課題』参考図」知的財産法政策学研究 25 号 115 頁 (2009) ([https://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/IP\\_vol25/25\\_3\\_b.pdf](https://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/IP_vol25/25_3_b.pdf), 2023 年 12 月 10 日最終閲覧) より引用

図 10

第 43 図 ベルーナ・Ryu Ryu



訴外グッチ社商品



(訴外グッチ社商品の写真は下記HPより)  
<http://www.monta.co.jp/GUCCI/g-141439bk.htm>  
 (2009年9月2日アクセス)

「特集『商品形態のデッドコピー規制の現況と課題』参考図」知的財産法政策学研究 25 号 113 頁 (2009) ([https://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/IP\\_vol25/25\\_3\\_b.pdf](https://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/IP_vol25/25_3_b.pdf), 2023 年 12 月 10 日最終閲覧) より引用

図 11

なお、請求人を、従来商品形態の模倣者と評しうるか否かは明らかでないものの、そのような事案である可能性があるものとして、大阪地判令和 2.12.3 令 1 (ワ) 5462 [プリーツレンチコート] がある。同判決では、原告商品と同様の特徴を有する商品が掲載された訴外中国メーカーのカタログ（以下「本件カタログ」という。）が存在していたという事案について、原告の請求が棄却されている<sup>(29)</sup>。

同事件については、請求人たる原告が、訴外中国メーカーの本件カタログに掲載された商品の形態に依拠していたのか否か定かではなく、また、本件カタログに掲載されていた商品形態と、原告商品の形態の実質的同一性も定かではないが、仮にこれらが肯定されるのであれば、従来商品形態の模倣者と評しうる事案と整理することが可能であるように思われる<sup>(30)</sup>。

イ 請求人自身を従来商品形態の模倣者とは評しえない事案（実質的同一の従来商品形態が存在しない事案）

請求人の商品形態全体と実質的同一とという従来商品形態は存在しなかったが、原告商品の形態中その一つ又はいくつかの形状を備えたノースリーブ型のカットソーが原告商品販売以前から存在した事案の裁判例として、東京地判平成 17.3.30 判時 1899 号 137 頁 [フリルカットソー一審] がある。

すなわち、同事件は、原告のノースリーブカットソーの形態は「A” 前襟ぐりよりも後襟ぐりの方が開いている丸首ネックであり、B” 前襟ぐりの中央に取り外し可能なヒモが付いており、当該ヒモを首の後方で結ぶようになっていて、C” 前襟ぐりの中央に複数のギャザーが入っており、D” 襟ぐり、袖ぐり及び上記ヒモにニットサテン生地を使用し、E” 前身頃に 4 段のフリルが配され、F” 上記フリルは、その先端にメローロックが施され、ギャザーを寄せて縫いつけられており、G” 着丈はヒップラインが隠れる程度の長さであり、H” 裾は中央部分から両脇部分にかけて曲線を描いて下降し、I” 薄手のやや光沢感がある天竺の生地からなる、J” ノースリーブ型のカットソー」であったところ（図 12）、D” F” 及び I” 以外の形態は従来商品形態にみられ、また D” F” 及び I” にかかる形態も、「いずれも一般的な服飾技術であること（弁論の全趣旨）を考慮すると、D”、F” 及び I” の形態を有する商品も、従前から販売されていたものと推認される。」とされていた。

当該事案につき、東京地裁は、先行商品には、前身頃にフリルが付いたノースリーブカットソーが存在し、原告商品のように丸首ネックとホルターネックとを組み合わせたもの等は存在しなかったが、V ネックとホルターネックを組み合わせた商品等は存在していたことや、先行商品に見られない原告商品における生地の使用や、フリルの先端のメローロック処理も、一般的な服飾技術であること等を考慮し、原告商品が「通常有する形態」であるとして（「通常有する形態」が保護対象外とされていた 2005 年不正競争防止法 2 条 1 項 3 号改正前の事案である。）、その保護を否定した<sup>(31)</sup>。

これに対して、同事件の控訴審判決である知財高判平成 17.12.5 平 17 (ネ) 10083 [フリルカットソー二審] は、原告商品の上記各形状について「これを個別に見た場合に、これらのうち一つ又はいくつかの形状を備えたノースリーブ型のカットソーが原告商品販売以前から存在したとしても、そのことから、原告商品の形態が「同種の商品が通常有する形態」に該当するということはで」きないとして、その保護を肯定するに至った<sup>(32)</sup>。

同控訴審判決と同様に、原告商品（図 13）と同様の組合せを採用した他の同種商品が存在しないこと、及び原告商品が備える形状の一部が特徴的な形状であること等に照らし、「原告商品の形態が、個性を有しない形態であるとはいえない」等として、その保護を肯定したものとして、東京地判平成 16.9.29 平 16 (ワ) 5830 [チェーン付きカットソー] がある<sup>(33)</sup>。

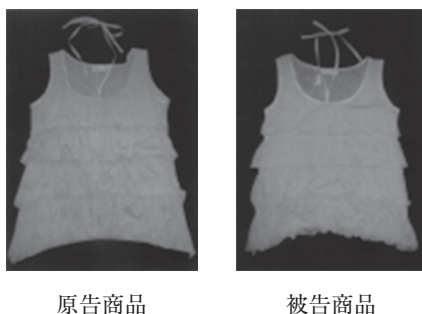


図 12

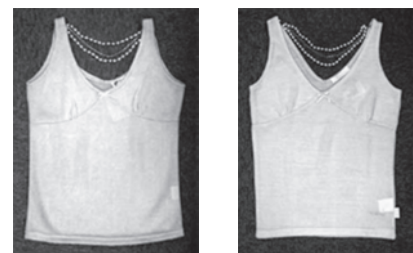


図 13

同様に、前掲東京地判〔ベルーナ・リュリュエー審〕、東京高判〔同二審〕の商品①、②、④、⑥、⑧、⑩、⑪及び⑫においても、それぞれの特徴的な形態に対応する従来商品形態がない事案において、その保護が肯定されている。

その後、当時条文上保護対象から除外されていた「通常有する形態」の意義を明確化するために、2005年不正競争防止法改正において同文言が削除され、代わりに「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。）」として、保護対象から除かれるのは機能を確保するために不可欠な形態である旨が規定されるに至った<sup>(34)</sup>。

同改正後の裁判例においては、前掲東京地判〔フリルカットソー審〕のように、実質的に同一とはいえない従来商品形態の存在を理由にその保護を否定するものは、管見の限り存在しない。

ただし、請求人の衣服等にかかる商品形態は、従来商品形態と実質的同一の形態ではないものの、請求人と被疑違反者の商品の共通形態は、従来商品形態に見られたものである一方、他の形態において請求人と被疑違反者の商品の形態が相違している事案において、実質的同一性を認めず、保護を否定する裁判例は存在する。

例えば、東京地判平成 30.9.7 平 28（ワ）9003〔ファー付きコート〕<sup>(35)</sup>の原被告商品は、「使用者がフードのファー、フード及び袖口のファーを適宜着脱することができることに起因して、フード周り及び袖口にファーを取り付けた形状、フード周りにのみファーが付いた形状、袖口にのみファーが付いた形状、フードのみの形状、フード及びファーを全て外したコート本体のみの形状の五つの異なる形態を呈する。」という点等において共通するものの、そのうち最も特徴的な形態と考えられる「フード周り及び袖口にファーを取り付けた形状」と同様の形状を備える女性用コートは、原告商品の発売前から数多く存在しており、また、それ以外の形態のコートもありふれた形態であるとされた事案であった。かかる事案において裁判所は、その他の形態上の相違（ポケットの形態の差異、背面における飾りベルトの有無、フードの大きさや形状の差違）に基づき、実質的同一性を認めず、保護を否定している（図 14）。

また、東京地判平成 23.4.26 平 21（ワ）26662〔総柄デニムパンツ〕の原被告商品は、「総柄のデニムパンツであるという点」や、「米国の交通標識を想起させる図柄をパンツの表面に不規則に隙間なく重なり合って配するというデザイン」において共通するものの、いずれも先行商品にもみられるものであった。かかる事案において裁判所は、その他の形態上の相違（交通標識様の図柄の大きさ、ボタンやリベットの色彩等）に基づき、実質的同一性を認めず、保護を否定している（図 15）。

同様に、東京地判平成 30.2.28 平 29（ワ）19011〔ショルダーバッグ〕の原被告商品は、「①寸法を含めたショルダーバッグとしての基本的形態…、②表面生地が多少のざらつき感を感じることができるが全体として滑らかな質感を有していること…、③表面生地が濃い茶色で本件各商標又は被告各標章が模様として金色又はベージュ色で施されていること…、④本体の底面及び上面は略角丸横長長方形形状であること…、⑤本体の正面視左上上端部の突き出した部分の先端において、銀色の金具でショルダーストラップの両端が接続されていること」において共通するものの、原告自身が、原告商品の販売開始よりも約 4 年前には、寸法において若干の相違がある①、②、④及び⑤の特徴を備えたショルダーバッグを販売しており、また第三者においても、原告商品の販売開始前より、寸法は不



原告商品

被告商品

図 14

明ながら①、②、④及び⑤の特徴を備えたショルダーバッグを販売しているのみならず、被告も、原告商品の販売開始時の約4ヶ月前に、寸法を含めて上記①、②、④及び⑤の各点において原告ショルダーバッグ及び被告ショルダーバッグと一致するショルダーバッグを販売していた事案<sup>(36)</sup>であったところ、裁判所は、表面生地模様をはじめとする各種の相違点に基づき実質的同一性を認めず、保護を否定している（図16）。



原告商品（背面視）

被告商品1（背面視）

図15



原告ショルダーバッグ



被告ショルダーバッグ

図16

もつとも、以上のような事情（請求人の衣服等の商品形態は、従来商品形態と実質的同一の形態ではないものの、請求人と被疑違反者の商品の共通形態は、従来商品形態に見られたものである一方、他の形態において請求人と被疑違反者の商品の形態が相違しているという事情）が存在しない場合には、実質的に同一とはいえない従来商品形態の存在を理由に、その保護は否定されてない。

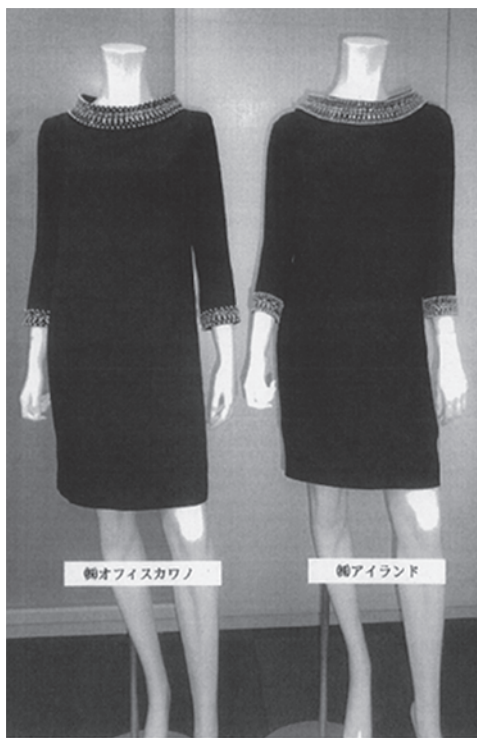
例えば、前掲東京地判〔フード付きブルゾン〕は、原被告商品に共通する形態<sup>(37)</sup>のうち、「基本的な形態が略 A ラインであること（構成 A ないし D）、身頃部分から取り外し可能なフードがあること（構成 F）、フードの右左端部から黒色の紐が下方へ垂れ下がり、紐の先端に細長円筒状の金色の金具が付されていること（構成 I）、フードの前側端部分に三角形状が連続するステッチが施されていること（構成 J）、フード部分に本体と独立したファスナーが設けられていることにおいて特徴を有」する「原告各商品の特徴的な形態を全て備え、商品全体の形態において原告各商品と酷似する商品が他に存在したことを認めるに足りる証拠はない」事案において、その保護を肯定する（前掲図 6）。

同様に、請求人の商品の形態の特徴全てを備える従来商品形態がない事案において、その保護を肯定するものとして、前掲東京地判〔パーティドレス―審〕、前掲知財高判〔同二審〕の商品 1・2 がある（原告商品 1 については図 17、原告商品 2 については前掲図 5）。

その他、同様の事案において保護を肯定した裁判例として、大阪地判平成 25.5.30 平 24（ワ）8972〔ティアードバッグ〕、前掲大阪地判〔ヌーブラ I〕、前掲大阪地判〔ヌーブラ II〕、前掲大阪地判〔ヌーブラ III〕、東京地判平成 13.12.27 平 12（ワ）20801〔小型ショルダーバッグ〕、東京地判令和 3.9.3 令和 1（ワ）11673〔ナイトブラ〕も存在する。

#### ウ ありふれた形態の保護除外にかかる従来裁判例の法律構成

ところで、本判決は、当該判断において採用した法律構成にも特徴がある。すなわち、本判決は、「仮に、原告商品」「と被告商品」「の形態が実質的に同一であるとしても」としたうえで、原告商品の形態が、従来商品形態から容易に着想し制作することができるありふれた形態であることを理由に、「原告商品」「の形態を模倣した商品」該当性を否定する。かかる説示は、「商品の形態」という保護対象性を否定したと捉えることも可能であるようにも思われる一方で、「模倣」のうち依拠性を否定したと読むことが素直な読み方であるようにも思われる<sup>(38)</sup>。いず



被告（被控訴人）商品 1 原告（控訴人）商品 1

図 17



れの趣旨も含むのか、いずれかの趣旨なのかは明らかでないが、少なくとも依拠性を否定する趣旨を含むと考えることが自然で可能であろう。しかし、ありふれた形態であることを、保護対象性以外のところで問題とするものは、管見の限り珍しいように思われる。以下で概観する。

既に「ア」で述べたとおり、2005年不正競争防止法改正前は、「通常有する形態」の問題として、ありふれた形態の保護対象性を取扱う裁判例が存在し（ファッション関連製品につき、前掲大阪地決〔ホーキンスサンダル仮処分異議申立審〕、前掲東京地判〔チェーン付きカットソー〕、前掲東京地判〔ベルーナ・リュリュエー審〕、東京高判〔同二審〕の商品①、②、④、⑥、⑧、⑩、⑪及び⑫、前掲東京地判〔フリルカットソー一審〕、前掲知財高判〔フリルカットソー二審〕等）、そこでは、前述のとおり、多くの裁判例においては商品形態全体がありふれているかが問題とされていた。他方、例外的に、従来商品形態の容易な組み合わせである場合に、「通常有する形態」であるとして、保護対象性を否定する裁判例も存在した（前掲東京地判〔フリルカットソー一審〕）。

同改正後も、ありふれた形態は保護対象たる「商品の形態」にあたらぬ旨を説く裁判例は多数存在する（ファッション関連製品につき、前掲東京地判〔フード付きブルゾン〕、前掲東京地判〔パーティドレス一審〕、前掲知財高判〔同二審〕。被疑違反者の主張に対応する形で、保護を求める者の商品がありふれた形態ではない旨の言及をなすものとして、東京地判平成19.7.17平18（ワ）3772〔アルページュレース一審〕、知財高判平成20.1.17平19（ネ）10063等〔同二審〕、東京地判平成23.3.31判タ1399号335頁〔ヴィゴラス・カンパニー〕の商品1、前掲大阪地判〔ティアードバッグ〕、前掲東京地判〔ナイトブラ〕も参照<sup>(39)</sup>）。そこでも、商品形態全体がありふれているかが問題とされている。

他方、そもそも実質的同一性を否定するため傍論と云うるが、請求人の商品の形態がありふれたものであることを、依拠性を否定する理由に用いるものも、管見の限り一件存在する。すなわち、前掲東京地判〔ショルダーバッグ〕は、「共通点①、②、④及び⑤は、原告が原告ショルダーバッグを販売した平成27年10月頃には、ショルダーバッグの形態として既にありふれたものであったと認められること、特に、被告自身が、原告が原告ショルダーバッグの販売を開始する前である平成27年6月には、被告ショルダーバッグと寸法を含め基本的形態が同一のショルダーバッグを販売していたことに照らせば、被告が、原告ショルダーバッグの形態に依拠して、被告ショルダーバッグを作り出したと認めることはできない。」として、依拠性を否定する理由付けに、原告商品の形態がありふれたものであったことを挙げている<sup>(40)</sup>。

## エ 小括

以上のとおり、請求人自身が従来商品形態の模倣者と評しうる事案においては、その保護が否定されており、請求人の商品の形態と実質的同一の従来商品形態が存在しない事案においては、2005年不正競争防止法改正前の例外的裁判例（前掲東京地判〔フリルカットソー〕）を除き、実質的に同一とはいえない従来商品形態の存在のみを理由に、その保護が否定されることはなかった（ただし、請求人の衣服等の商品形態は、従来商品形態と実質的同一の形態ではないものの、請求人と被疑違反者の商品の共通形態は、従来商品形態に見られたものである一方、他の形態において請求人と被疑違反者の商品の形態が相違している事案において、実質的同一性を認めず、その保護を否定する裁判例は存在した。）。

また、法律構成については、2005年不正競争防止法改正後も、その抽象論において、保護対象性の問題として、ありふれた形態を保護対象外とする説示をなす裁判例が多数存在し、そこでは、商品形態全体がありふれているかが問題とされていた。他方、傍論ながら、ありふれた形態であることを依拠性否定の理由付けに用いる裁判例も、管見の限り一件存在した。

## (3) 検討

### 1) 本判決の意義

既に(2)で検討したとおり、本判決は、3つの意味で従来裁判例の基本的傾向とは異なる判断をなしているといえる。

一つ目は、衣服の素材の選択に起因する基づく質感の相違のみに基づき、実質的同一性を否定した点である。二

つ目は、実質的同一の従来商品形態の存在が認められていないにもかかわらず、従来商品形態から容易に着想し制作することができるということのみをもって、原告商品1・2にかかる請求を棄却した点である。三つ目は、従来商品形態から容易に着想し制作することができるありふれた形態であることを、「模倣」該当性の問題ともしているように読める説示をなしたうえで、これを否定している点である。

これら三点の本判決の特徴的な判断について、以下一検討を行うが、三つ目の点は、二つ目の点と関連する法律論であるため、これらはまとめて検討を行う。

## 2) 素材の選択に起因する質感の相違のみに基づき、実質的同一性を否定した点について

まず、本判決が、従来裁判例の基本的傾向とは異なり、素材の相違のみに基づき実質的同一性を否定した点には疑問がある。

たしかに、実質的同一性について、需要者を基準に考える場合（不正競争防止法2条4項参照）<sup>(41)</sup>には、その着心地や質感を重視し、素材の違いに着目する需要者が存在することは否定できないであろう<sup>(42)</sup>。しかしながら、先行者において実際に販売がなされていなくとも、バリエーションの範囲（例えば、素材違い、色彩違い<sup>(43)</sup>、サイズ違い、袖の長さやネックの形状違い等）といった程度のものは、先行者において容易に商品化可能な、既に開発済みの形態と考えられ、これを規制しないと、先行者がすぐにでも展開しうる将来の商品形態の需要を奪うことになってしまいかねない。また、先行者においてバリエーションの範囲を展開しておくことを保護の要件と解してしまうと、先行者が適切なタイミングでバリエーションを展開することを徒に妨げることにもなりかねない。そのため、先行者において既に開発済みと称するバリエーションの範囲については、実質的同一の範囲内とすべきである<sup>(44)</sup>。このような考え方に対しては、現に販売されていない形態が模倣されたとしても、先行者は営業上の利益を害されていないのではないかと批判が加えられるかもしれない。しかしながら、例えば、既に北海道で供給された形態を模倣した商品が東京都で販売された事例においても、ライセンスによる収益の可能性が奪われたという営業上の利益を観念しうるということが指摘されている<sup>(45)</sup>ことに鑑みると、既に開発済みと評しうる範囲であれば、デッドコピー規制により保護されると解すべきであるように思われる<sup>(46)</sup>。

## 3) 実質的に同一の従来商品形態が存在しないにもかかわらず、請求人の商品形態をありふれたものであるとして、その保護を否定した点について

つぎに、本判決が、従来裁判例の基本的傾向とは異なり、実質的に同一の従来商品形態が存在しないにもかかわらず、請求人の商品形態の保護をありふれたものであるとして、請求を棄却した点にも疑問がある。

デッドコピー規制は、商品形態の創作性等を問わずに、先行者と模倣者の商品形態の同一性のみを判断する制度であり、それが故に、出願・審査・登録を経るまでもなく、裁判所限りで司法判断をなしても、裁判所にとって荷が勝ちすぎることはない<sup>(47)</sup>と説明されていた<sup>(47)</sup>。これに対し、本判決は、実質的には、原告商品1の非容易創作性（意匠法3条2項参照）を判断し、これを欠くことを重要視して、「商品の形態」該当性又は依拠性を否定したものと評しうる。すなわち、前者であれば、従来裁判例の流れに反し、前掲東京地判〔フリルカットソー一審〕と同様の法律構成を、2005年不正競争防止法改正後に初めて採用するに至った判決と考えることが可能であり、後者であれば、依拠性要件を用いて、デッドコピー規制の性質を転換するものといえる。しかし、裁判所は、当事者の紛争を解決する機関であって、原被告商品の形態の比較に関しては豊富な資料を享受し得るかもしれないが、従来商品に関する情報に関しては特許庁に比肩し得るほど制度的にそれへのアクセスが保障されているわけではないように思われる<sup>(48)</sup>。また、非容易創作性のように相対的に判断が困難な要件の吟味なくして、3年という短期間の保護をなすことができるというデッドコピー規制の利点を損なう判断ともいえる<sup>(49)</sup>。判断の予測可能性という点でも問題があるであろう。

特に、衣服のデザインは、着用性という機能や、トレンドといった制約のなかでデザインされるが故に、デザインの幅が狭く、基本的には、既存のデザインの組み合わせや細部の変更によってこそ新たな価値が生み出されるものと考えられる<sup>(50)</sup>。このような衣服の開発実態に鑑みると、本判決のように、既存の形態の容易な組み合わせであるとしてその保護が否定されてしまうと、大半の衣服が保護されない帰結を招き、先行者の商品開発インセンティブを過度に害するのではないだろうか。

たしかに、本判決は、直接、保護要件として非容易創作性を課しているわけではなく、あくまでも依拠性の判断要素として斟酌するに止まると考えることも可能である。そうだとすると、仮に本件の事案が、原被告商品形態がより近接している事案（素材も同一の事案）であった場合には、依拠をより推認しやすくなる可能性はある。その意味で、非容易創作性を保護要件として課すことと、依拠性判断の一事情として考慮することが、完全に同一の取扱いであるということとはできないが、いずれにせよ、かなりの事例において実質的に保護の要件を高める結果を招来することになりかねない。現実はその開発実態を最も把握しているのは被疑違反者自身であるということも考慮すると、従来の裁判実務の趨勢に従い、被疑違反者に独自創作の立証をさせるという運用を維持すべきであろう<sup>(51)</sup>。

特に、本件では、計7商品の模倣が問題とされており、それら全てにつき実質的同一性が認められるかはともかく、それぞれそれなりに近い形態であることが認められる（図18-21）。これだけ多数の商品において近似しているという事情は、依拠性を推認するに十分といえるのではないだろうか。



図18（左：原告商品3の一例、右：被告商品3の一例）



図19（左2枚：原告商品4の一例、右2枚：被告商品4の一例）



図20（左2枚：原告商品5の一例、右1枚：被告商品5の一例）



図 21 (左 1 枚：原告商品 6 の一例、右 2 枚：被告商品 6 の一例)



図 22 (左：原告商品 7 の一例、右：被告商品 7 の一例)

### 3. おわりに～結びに代えて～

本判決は、請求人の商品形態が従来商品形態に対する非容易創作性を欠くと考えうる事案において、従来裁判例においては必ずしも重要視されてこなかった素材の相違に基づく商品形態の差異を重視して、実質的同一性を否定する。また、保護対象性又は依拠性を否定する本判決の判断手法は、衣服の形態が非容易創作性を欠くような場合の保護を認めないか、又はその保護範囲を限りなく限定するものである。このような判断は、デッドコピー規制の性質を転換することになりかねない。

しかし、実用性やトレンドに規定される要素が強い分、開発の幅が狭いなか、互いに切磋琢磨して新たなデザインが生み出されているという衣服のデザイン開発の実態に鑑みると、そのインセンティブを適切に支援するためには、素材の相違のみをもって実質的同一性を否定すべきではなく、また実質的同一でない従来商品形態の存在のみに基づき、その保護を否定すべきではないと考える。

#### (注)

- (1) 石居天平「ファッションデザインの著作権保護に関する一考察」第 10 回著作権・著作隣接権論文集 104 頁 (2016)、中川隆太郎「判批」著作権研究 45 号 226-227 頁 (2018)、同「ファッションデザインと意匠法の『距離』」日本工業所有権法学会年報 43 号 104-105 頁 (2020)、同『ファッションロー』と著作権法」コピライト 60 巻 714 号 34-35 頁 (2020)、泉克幸「衣装の形態における『実質的同一性』(不正競争防止法 2 条 5 項)の判断」L&T84 号 45 頁 (2019)、関真也「アパレルデザインの不正競争防止法 2 条 1 項 3 号による保護—『流行』の生成プロセスから見た商品形態の実質的同一性の捉え方の検討—」特許研究 68 号 53 頁 (2019)、海老澤美幸「講演録 ファッションデザインを保護する法システム～著作権法をはじめとする法律の交錯点をときほぐす～」コピライト 63 巻 747 号 12-14 頁 (2023) 等。金井倫之「ファッション・ロー概論～ファッション・ビジネスと法的保護～」IP マネジメントレビュー 15 号 27 頁 (2014) も参照。
- (2) 新規性喪失の例外 (意匠法 4 条 2 項) を活用し、猶予期間である 1 年間の市場テストを経て、長期的売上を見込めるものを選択的に出願していく方策は採りうる。かかる猶予期間は、2018 年施行の意匠法改正により、半年から 1 年に延長されたものであり、これによって当該方策を採りうる可能性は高まったといえる (かかる改正をファッション業界にとって大きな意味を持つものであったと評価するものとして、中川・前掲注 1) 工業所有権法学会年報 99-100 頁がある。石居天平「フェリシモの知財活動」発明 2019 年 12 月号 11-12 頁 (2019) も参照。)。しかし、ファッションブランドにおいては、一般販売の約半年前等に展示会等でデザインを

公表することが多いというビジネス特性があるため、猶予期間はその時点から1年となり、たった1シーズン程度の市場テストで出願の可否を判断しなければならない可能性が高い。そのため、いまだ、意匠権による保護が可能な衣服デザインは限定的であると言わざるをえないように思われる。なお、新規性喪失の例外にかかる手続きの煩雑さや、その点に関する2023年意匠法改正については、金井倫之「ファッションロー概論」月刊パテント2024年3月号24頁も参照。

- (3) 中川・前掲注1) 工業所有権法学会年報103頁、同・前掲注1) 著作権研究226-227頁、同・前掲注1) コピライト34頁、海老澤・前掲注1) 13-14頁、高瀬亜富＝山本真祐子「服飾デザインの保護をどうはかる? 日本における“Fashion Law”」ビジネス法務18巻5号4頁(2018)、山本真祐子「ファッションデザインの法的保護—不正競争防止法2条1項3号—」発明2019年4月号55頁(2019)等。
- (4) 山本真祐子「デッドコピー規制における実質的同一性判断—衣服デザインに関する事例分析を通じて—」知的財産法政策学研究第58号67-68頁(2021)等。
- (5) なお、判決は「スカート」の型(ややフレア型かフレア型か)にかかる相違等も認定しつつ、これらは「需要者において判別が容易とはいえない程度の差異であり、商品全体の形態の実質的同一性の判断に強く影響するようなものではなく、商品全体からみると些細な相違にとどまる」とする。同様に、ワンピースのスカート部分におけるシルエットの相違があったものとして、東京地判平成17.4.27平16(ワ)12723[セ・ラ・ヴィ婦人服一審]、知財高判平成17.11.10平17(ネ)10088[同二審]の原告商品1と被告商品1があるが、同事件に比して、本件の原告商品1と被告商品2の相違は小さいものと考えられるため、この点が実質的同一性判断において重要視されなかったことは、当該従来裁判例との対比において、自然であるように思われる。
- (6) 事案の豊富化のために、ある程度性質が共通する、ファッション関連製品にかかる事案も含めている。
- (7) なお、筆者は、同事件の原審である東京地判平成30.4.26平27(ワ)36405[パーティドレス一審]において、被告ら訴訟復代理人を務めていた。
- (8) 同判決は、商品7の素材の相違にかかる控訴人の主張(被控訴人商品7の生地はトリアセテート65%、ポリエステル35%であるのに対し、控訴人商品7の生地はポリエステル95%、ポリウレタン5%)についても、同様の理由に基づき実質的同一性判断において考慮していない。
- 同様に、着圧下着について、原告商品はナイロン70%、ポリエステル25%、ポリウレタン5%であるのに対し、被告商品はナイロン95%、ポリウレタン5%という相違があった事案において、「ナイロンが大半を占めていることに変わりはなく、外観上の差異は認められないところ、ポリエステルが含まれていることによる需要者が認識可能な具体的な形態の差異を認めるに足りる証拠はない。」等として実質的同一性を肯定したのものとして、大阪地判令和4.12.8令1(ワ)11484[着圧下着]もある。
- (9) 成田典子『テキスタイル用語事典』489・512頁(4版、テキスタイル・ツリー、2016)参照。
- (10) なお、筆者は、当該事件において、原告訴訟代理人を務めていた。
- (11) 成田・前掲注9) 523頁参照。一見輝彦『ファッションのための繊維素材辞典』271-272頁(ファッション教育社、1995)も参照。
- (12) 成田・前掲注9) 421頁参照。一見・前掲注11) 3頁も参照。
- (13) その他、透け感等に違いがあったものの、実質的同一性を肯定した大阪地判平成29.1.19平27(ワ)9648[chamois]の商品1、そもそも素材に基づく差異を認めず、かつ仮に差異があったとしても「原告商品と被告商品は多くの構成態様が共通しており、商品全体の形態が酷似しているから、生地質感の差異が商品全体の形態に与える変化に乏しく、商品全体からみると些細な相違にとどまる。」とする大阪地判令和4.6.13令3(ワ)4467[スプリングコート]もある。なお、衣服のボタンの素材にかかわらず実質的同一性を肯定したのものとして、東京地判平成27.7.16平25(ワ)28365[ファッションヴィレツァ]の商品3・4・6・7・11も参照。
- (14) 請求人は、控訴審において「被控訴人商品は、控訴人商品が大ヒット商品となった要因である控訴人商品の最も特徴的な形態、すなわち肩ひもや横ベルト等の身体に装着する部材がないという点において、商品の形態が同一であるにもかかわらず、どのようなデザインをしたら当該商品がより需要者の細かな嗜好(ニーズ)にマッチするか否かという販売戦略に影響を与えるヴァリエーションに過ぎないカップ部分の質感や艶といった些細な相違点を殊更強調して、実質的同一性を否定し、「模倣」性を否定すれば、不正競争防止法2条1項3号の適用される場面は存在しないに等しくなり、不正競争行為を規制しようとした法の趣旨を没却することになる」との主張をなしていた。
- しかしながら、大阪高裁は、「ブラジャーは、その機能上、カップ部分で乳房を包み込むものであるから、その形状、特にカップの形状は、乳房に合うようにそれに近い形に限定せざるを得ず、肩ひもや横ベルト等の身体に装着する部材がないブラジャーについて商品の自他識別機能を持たせるためには、カップ部分に認識可能な特徴を設けるしかない。しかも、ブラジャーは、女性下着であって、女性の肌に直接密着する形で着用するものである以上、乳房を包み込み、その形を整え、これを支えるという機能面のみならず、これを着用した際にどのような印象を受けるかという外観面について、需要者である女性(女性消費者)のファッション感覚、感性にいかなる影響を与えるのかが問題となる商品である。そうすると、カップ部分の質感や艶といった印象は、女性消費者が購入するブラジャーの選択に際し着目する重要なポイントであることは否定できないから、控訴人商品と被控訴人商品の形態を比較するにあたっては、そのカップ部分の形態の差異について検討することが必要となるところ、両商品の形態におけるカップ部分の上記質感や艶の相違は、決して些細なものとはいえない。」として、請求人の主張を退けている。
- (15) 控訴審では、被疑違反者における改変の意味合いについても検討がなされ、「このような質感の相違は、いずれも材質等を工夫す

ることにより、①控訴人商品では重量が165gである(乙9の1)のに対して、被控訴人商品では重量を99gと軽量化したこと(乙9の2)や、②実際に装着した際の乳房の形状を補正する機能の点において、控訴人商品ではカップが軟らかいために形が崩れてしまうのに対し、被控訴人商品ではカップを硬くして形が崩れることなく保持される(乙8の7)ようにしたこと由来のものであると認められる。上記①、②の相違点は、いずれもブラジャーの機能上重要なものといえるから、上記材質等の工夫により質感の相違をもたらしたことが無用な形態上の改変であるということとはできない。」とされている。

(16)「形状」に特徴のない平面的な商品においては、模様、色彩、光沢及び質感は商品の重要な特徴となる。」としたうえで、例として「アパレル分野におけるスカーフ、Tシャツ」を挙げるものとして、三村量一「商品の形態模倣について」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』284頁(新日本法規、2007)を参照。

なお、請求人とその商品形態が同一の別事件である、大阪地判平成16.9.13判時1899号142頁[ヌープラⅠ]では、被告製品は「原告商品と、寸法、形状、色彩が極めてよく似ていることが認められる。」等として、「模倣」が肯定されており、大阪地判平成18.1.23平15(ワ)13847[ヌープラⅡ]では「被告商品の形態は、上記原告商品の形態と、その基本的形態のみならず具体的形態まで含めて同一といえるほど酷似している」として「模倣」が肯定されている。また、素材において若干の相違があったように思われる大阪地判平成18.3.30平16(ワ)1671[ヌープラⅢ]でも、「被告は、原告商品の中身はシリコンゴムであり、イ号物件の中身はシリコンフォームであることにより、その包皮に視覚的相違があると主張するが、検甲第1、第2号証によれば、包皮の色は格別、それ以外の色彩や光沢、質感には大きな視覚的相違はなく、原告商品の形態とイ号物件の形態は実質的に同一であるというべきである。」とされている。

(17)「原告商品8はベルト部分のビーズ装飾の幅が太く、当該部分が半円状を組み合わせた全体として波状のデザインとなっているのに対し、被告商品8は、ベルト部分のビーズ装飾が細く、当該部分はビーズを直線的に並べただけのデザインとなっている。」とされている。

(18)ファッションビジネス学会(監)『ファッションビジネス用語事典 改訂第3版』87頁(日本ファッション教育振興協会、2017)

(19)成田・前掲注9)512頁

(20)成田・前掲注9)407頁

(21)一見・前掲注11)226頁参照

(22)「①右脚について、原告商品と被告商品では星柄の数(原告商品19個、被告商品17個)という相違があるほか、着用時において星柄の模様の配置された箇所が、原告商品においては、模様が膝下の外側から流れ落ちるように緩やかに正面方向へ向かい、足首付近ではほぼ正面に位置するのに対し、被告商品においては、模様が膝下の外側からそのまま外側を流れ落ち、足首付近で正面方向へ向きを変え、足首の星柄模様がほぼ正面に位置するという相違があり、また、被告商品においては足首部分の星柄の形状が北斗七星のひしゃく部分のように見えるのに、原告商品ではそのような特徴がないという相違がある。②左脚について、原告商品では、星柄の最も上部の2個の星が左脚の正面近くに位置し、そこから星柄模様が正面から背面へ向けて流れ落ちるように緩やかにふくらはぎ方向へ向かい、脚に巻かれているように見えるのに対し、被告商品では、最上部の星柄が膝の外側側部に位置し、そこから左脚の外側側部を流れ落ちるようにふくらはぎ方向に向かい、一番下の3個の星はふくらはぎの下部まで達しており、ほぼ縦の直線状に見えるという相違がある。」とされている。

ただし、かかる相違が真に有意なものであったかは定かでない。仮に需要者にとって有意な相違でないのであれば、本件は、柄付きストッキングという商品の性質の特殊性ゆえに、質感の相違を重視した判断がなされた事例と位置付けるべきかもしれない。

(23)付加的に、「被告商品2にはパスケース及び鍵取り付け用金具が付けられており、ICカードを入れたり、鍵を付けるなどして使用することができるのに対し、原告商品2にはこれらが付いていない上、原告商品2がゴルフ用品として宣伝広告されており、主としてキャディバッグに装飾品として付けて使用することが予定されているものと認められる」ために、「被告商品2と原告商品2の用途を同一のものとみることができない」ことや、「被告の主張によれば、「Clasky」ロゴは首都圏地域において若年女性層に広く知られたブランド名であり、十分な顧客吸引力を有するものであるというのであって、上記ロゴの入ったパスケースやハートプレートの有無は、需要者である若年女性らにとってとりわけ重要な相違点であると解されること」等も考慮したうえで、「共通点を考慮しても、被告商品2と原告商品2を実質的に同一のものということとはできないというべき」と判示されている。

(24)本文に掲げるもののほか、東京地判平成18.4.26判時1964号134頁[ショルダー・ヒップバッグ兼用靴]、大阪地判平成24.10.23平21(ワ)15343[カラーコンタクトレンズ一審]、大阪高判平成25.12.19平24(ネ)3328[同二審]も参照。被告物件は原告物件より先に中国国内において製造販売されていたとして、依拠性を否定した大阪地判平成21.6.4平20(ワ)15970[タイガー魔法瓶]も参照。2005年不正競争防止法改正前において、債権者商品を「通常有する形態」としてその保護を否定した、大阪地決平成8.3.29知裁集28巻1号140頁[ホーキンスサンダル仮処分異議申立審]も参照。

(25)付されている標章は「エルメス」ではなく「エポニヌス」であったが、大きな標章ではないため、有意な相違とは考えない。

(26)原告商品⑦の形態と、先行商品である訴外グッチ社の商品形態は、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であるとの限度でその共通性が認定されているに過ぎないが、本文掲載の画像を参照すると、原告商品⑦と先行商品である訴外グッチ社の商品形態において有意な相違は認められないように思われるため、本類型に属する事案と評価しうるように思われる。

- (27) 被告商品⑦にかかる控訴がされていないため、控訴審である前掲東京高判〔バルーナ・リュリュ二審〕ではこの点にかかる判断がなされていない。
- (28) 「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が認められる。」とされている。
- (29) 同判決は、差止及び損害賠償の請求主体性にかかる抽象論において「模倣されたとされる形態に係る商品を先行的に自ら開発・商品化して市場に置いた者」のみ認められるとしたうえで、「原告商品及び被告商品のような女性向け衣類は…上記「市場」は、本件の場合、日本国内に限定されず、少なくとも欧米、中国及び韓国の市場を含むものと解される」と述べたうえで、韓国、日本、欧米等に輸出もしている中国の企業におけるカタログに、原告商品と同様の特徴を有する商品が掲載されていたとの事実をもって、原告は「模倣されたとされる形態に係る商品を先行的に…市場に置いた者」とはいえないとして、その保護を否定したのである。かかる抽象論を文字通り受け取るのであれば、同事件における原告が、かかる中国の製品に依拠せず、独自に原告商品を開発したものであったとしても保護が否定されるかのような判示となっているように読み、一定地域での客観的新規性のようなものを保護要件として課しているかのような解釈と考えることも可能である。
- もっとも、本文に述べたように、原告自身が模倣者であるという事案と整理するのであれば、従来裁判例の延長線上の判断と整理することが可能であるように思われる。
- (30) 同判決において、原告が模倣者であるか否かについて詳細な認定がなされていないのは、従来商品形態の証拠が、本件カタログのみであり、詳細な実質的同一性の検討ができないことが一因である可能性はあるかもしれない（田村善之ほか「不正競争防止法2条1項3号によるファッションデザイン保護（3）」有斐閣 Online ロージャーナル 11 062 [中川隆太郎発言]（2023）を参照。）。
- なお、原告各商品にある程度似ている商品形態の正面写真が掲載されたカタログ（香港の会社が発行したとされるもの）が存在した事案で原告の請求主体性を認めたものとして、前掲東京地判〔ファッションヴィレッヂ〕がある。同判決は、当該カタログの写真は、原告各商品（原告商品4を除く）にある程度似ているとしつつも、正面写真のみであり、細部は不鮮明であることから、これをもって直ちに原告各商品と実質的同一形態とは認められず、当該カタログの成立や成立時期も不明であるとする一方で、原告は、原告各商品について企画から製造販売に至る関係書類を所持していたため、原告は他社がデザインした商品を購入したのではなく、デザインを確定して製造を発注したと考えられるとして、原告の請求主体性を肯定している。すなわち、当該カタログの写真やその他の証拠上、原告が模倣者であるとは評しえない事案において、その保護が肯定されたものと考えられる。
- (31) かかる帰結を導くにあたり、抽象論として、「同種の先行商品に全く同一の形態のものが存在しない場合であっても、既に市場で広く見られるいくつかの商品形態を単に組み合わせただけであって、しかも、その組み合わせること自体も容易であるような商品形態については、同法2条1項3号にいう「同種の商品が通常有する形態」に当たる」と判示している。
- (32) かかる帰結を導くにあたり、抽象論として、「同種の商品が通常有する形態」に該当するかどうかは、商品を全体として観察して判断すべきであって…全体としての形態を構成する個々の部分的形状を取出して個別にそれがありふれたものかどうかを判断した上で、各形状を組み合わせることが容易かどうかを問題にするというような手法により判断すべきものではない」と判示している。
- (33) かかる帰結を導くにあたり、抽象論として、「同種の商品が通常有する形態であるかどうかは、商品の形態を全体的に観察して判断すべき」と判示している。
- (34) 経済産業省知的財産政策室編著『逐条解説不正競争防止法 平成16・17年改正版』57-58頁（有斐閣、2005）
- (35) なお、筆者は、当該事件において、原告訴訟代理人を務めていた。
- (36) 上記③の共通点についても、「バッグの表面生地を濃い茶色とし、柄を金色ないしベージュ色とすることもありふれたものというほかない」と判示されている。
- (37) ①正面視において、全体が裾広がり略Aライン形状であること（構成A）、②側面視において、全体が略Aライン形状であるが、前丈より後ろ丈の方が長いこと、ブルゾンの裾が前身頃から後ろ身頃に向かって下り傾斜していること（構成B）、③背面視において、全体が裾広がり略Aライン形状であること（構成D）が、それぞれ共通している。
- また、具体的形態については、①前身頃において、比翼仕立てになっていることから、裾部から襟部までにかけて、中央部やや左側に、縦に一本線が入っており、中央部やや右側に、これに略平行な薄い一本線が入っていること（構成E）、②フードにおいて、見頃部から取り外し可能なフードが襟部に沿って設けられ（構成F）、当該フードの前部分略中央に、約11cm程度のファスナーが縦方向に付され（構成G）、当該ファスナーを覆うように縦長の比翼が設けられ、当該比翼の内側には、前記ファスナーの左わき上下に設けられた2つのドットボタンに対応する2つのドットボタンが付されており（構成H）、ファスナー引手の開口部には、平面状の黒色の紐が通され、フード左右端部から下方へ垂れており、紐の先端には略細長円筒状の金色の金具が付され（構成I）、フードの前側端部分において、三角形が連続するステッチが施されていること（構成J）、③ポケットにおいて、裾から少し上の部分より胴体部の中間あたりにかけて、縦長形状のポケットのフラップが形成されていること（構成K）、④後身頃において、両肩の内側部分に肩部から裾部へ向かって縦方向にダーツが施されることにより、2本の縦線が生じており（構成L）、裾は円弧を描き、円弧が最も膨らむ後裾の略中央部が略縦長三角形形状に切欠かれ（構成M）、当該切欠きの上に、横長長方形形状のステッチが存在すること（構成N）、⑤袖部において、端が三角形形状のベルトが設けられ（構成O）、当該ベルト三角形形状部の裏側にはドット

ボタンが付され（構成P）、袖部下方中央部の左側及び右側にもこれに対応するドットボタンが付されていること（構成Q）が、それぞれ共通している。

(38)「仮に、原告商品」「と被告商品」「の形態が実質的に同一であるとしても」という文言があることからすると、可能性は低いかもしれないが、ありふれているところが共通していても実質的同一とはいえないという趣旨をも含むと考えることも可能であるかもしれない。かような判断手法を採用した裁判例として、ファッション関連製品にかかるものとしては、既に述べた東京地判〔総柄デニムパンツ〕、前掲東京地判〔コート〕のほか、大阪地判平成18.11.16判時1978号141頁〔リュック〕がある。その他、大阪地判平成19.6.11平18（ワ）5437〔リアリーフ〕、名古屋地判平成19.8.30平18（ワ）2709平19（ワ）376〔いす〕、大阪地判平成19.12.11平18（ワ）14144〔カーテンランナー〕、大阪地判平成21.12.10平18（ワ）8794〔カップホルダ用装飾リング〕、大阪地判平成26.4.22平25（ワ）6750〔ハッピー・ベアー〕の原告商品2と被告商品2、大阪地判平成27.10.29平25（ワ）11486〔草刈機保護カバー〕、東京地判平成27.11.11平26（ワ）25645〔防災キャリーバッグ〕、東京地判平成28.7.19判時2319号106頁〔フェイスマスク一審〕、知財高判平成28.12.22平28（ネ）10084〔同二審〕、知財高判平成30.6.7平30（ネ）10009〔半田フィーダ二審〕等も参照。東京地判平成28.4.28平27（ワ）29222〔青汁粉末包装箱一審〕、知財高判平成28.10.31平28（ネ）10051〔同二審〕も参照。

(39)ただし、これらはいずれも、その商品形態全体がありふれていたわけではないとしてその保護を肯定するか、そもそも原被告商品の形態間に相違があり、ありふれた形態が共通するにすぎないとして実質的同一性を否定するものであり、結局のところ、保護を求める者の商品形態と実質的に同一の形態が既に存在する等したために、保護を求める者自身が模倣者と評しうる事案において、保護を否定したものに過ぎないといえることは、「イ」で述べたとおりである。もっとも、被告は、原告商品1については、原告商品1よりも前に、肩からウエストにかけて正面がVネックとなったオーバーオール（肩紐のあるつりスカート）の販売を開始しており、これを元に本件ブランドのようなパール装飾を施したという独創創作の立証がなされたと解する余地がないわけではないかもしれない。原告商品2についても、被告は、原告商品2よりも前に「左右で丈の長さが異なるアシンメトリーとなり、右腰部から左大腿部上部にかけて斜めに施された切替えがあり、上下の生地間が同一であり、ウエスト部分より下部はペプラムデザインとなった長袖Tシャツ」を販売していたとされているため、同様のことを考えることができる可能性はある。

なお、学説においても、ありふれた形態は保護されないとするものは多数存在する（渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ（第2版）』114-115頁（有斐閣、2008）、同『不正競争防止法』141-142頁（発明推進協会、2014）、小泉直樹『知的財産法』385-386頁（弘文堂、2018）、高部真規子『実務小説 不正競争訴訟』175頁（きんざい、2020）、形態を構成する各要素がありふれたものであっても、それらを組み合わせた形態の従来品が存在しないのであれば、保護の対象となる旨付言する、平嶋竜太ほか『入門 知的財産法（第3版）』297頁〔宮脇正晴〕（有斐閣、2023）等。同趣旨に加え、「模倣によって競争上の不公正が生じると評価しうるような『競争価値』を備えた商品形態が必要」、つまり「通常のもの、オリジナルでないもの（通常のものに競争上意味のない改変を加えたもの）は保護価値がない」とするものとして小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説（第3版）上巻』306-307頁（青林書院、2020）も参照。ありふれた形態が保護対象から除外されるべきことを前提としつつ、2005年改正後の裁判例における取扱いを分析するものとして、泉克幸「不正競争防止法2条1項3号とありふれた商品形態」L&T67号34-46頁（2015）も参照。

(40)ありふれた形態の保護除外を依拠性要件の問題とすることを示唆するものとして、三村・前掲注16）290-291頁を参照（2005年の不正競争防止法改正後も、「同種の商品に共通する何の特徴もないごくありふれた形態」は、改正前と同様に、保護の対象から除外されているというべき」としつつ、改正後は「そのようなありふれた形態の商品を他の者が製造したとしても、先行者の商品に依拠したということはできず、「模倣」…に該当しない」という説明の方が適切かもしれない。」とされる。)

また、「模倣」を否定するものとして、檜原哲哉＝波田野晴朗「不正競争防止法等の一部を改正する法律」ジュリスト1298号94-95頁（2005）も参照。栗原良扶「『形態』の意義」小野昌延ほか編『不正競争の法律相談Ⅰ』309頁（青林書院、2016）は、そもそも「ありふれた形態」は個別具体的な商品の形態としての価値がなく、かかる形態を再製しても「他人」の商品を「模倣」したとはいえないとしており、「商品」該当性を否定するようにも、「模倣」のいずれかの要件（依拠性又は実質的同一性）を否定するようにも読める見解を提示する。

(41)実質的同一性判断において、主として需要者基準（需要者代替性基準）を採用すべきであることについては、山本・前掲注4）104-111頁を参照。

(42)需要者基準の問題点として、侵害商品と非侵害商品の需要者が異なる場合に、需要者の認定により結論に大きな生じうることを指摘しつつ、ラグジュアリーブランドの商品を元にした、模倣品が存在した場合に、その需要者は大きく異なり、特に光沢・質感は異質なものになることが必然であることを指摘する、関真也「アパレルデザインの不正競争防止法2条1項3号による保護―『流行』の生成プロセスから見た商品形態の実質的同一性の捉え方の検討―」特許研究68号65頁の注22（2019）を参照。

(43)色彩にかかる相違が「需要者に対して「色違い商品」であるとの印象を与える程度にすぎない」等として実質的同一性を肯定した前掲東京地判〔パーティドレス一審〕及びこれを引用する前掲知財高判〔同二審〕を参照。

(44)山本・前掲注4）105-106頁の注85

(45)市場における具体的な競合が不要であること、及びこれを必要と解する場合に異なる地域で供給されたデッドコピー品の販売行為が放任されることになること等を指摘する、田村善之『不正競争法概説（第2版）』301頁（有斐閣、2003）を参照。

(46)もっとも、もちろん、相違点が素材にかかるもののみであれば、常に実質的同一性を肯定すべきというわけではない。例えば、



前掲 [ヌーブラⅣ] のように、素材以外の形態の機能性が高く、選択肢が極めて限定されるが故に、素材に基づく質感が唯一の特徴となるような場合において、質感が異なるのであれば、実質的同一性を否定することは当然といえる。また、一見した限りではバリエーションの範囲と思われる事例であっても、例えば素材の変更をなす際に開発上多大な労力を要する場合等、既に開発済みの形態の範囲といえない事例においては、実質的同一性を否定すべき場合もあるように思われる（山本・前掲注4）105-106頁の注85参照）。

(47) 田村善之『機能的知的財産法の理論』45頁（信山社、1996）、同・前掲注45）291頁、蘭蘭「商品形態の実質的同一性判断における評価基準の構築—近時の裁判例を素材として—」知的財産法政策学研究25号97頁（2009）を参照。また、実質的同一性を柔軟に認めようとする見解につき、予測可能性を低下させるとの問題があり、特に「保護要件として創作性等の検討が必要とされていないにもかかわらず、侵害の判断においてあらゆる要素が考慮される危険がある」との問題は無視できず、さらに「デッドコピーに保護を制限することによって、迅速で容易な保護を与えるという本号の機能が害される」という可能性をも指摘する蘆立順美「判批」ジュリスト1190号134頁（2000）も参照。

(48) 山本・前掲注4）116頁

(49) 蘆立順美「ファッション・デザイン」茶園成樹=上野達弘編著『デザイン保護法』113頁（勁草書房、2022）

(50) 同じトレンドの中で多くのブランドがしのぎを削ること、そうである以上、多かれ少なかれお互いにある程度デザインが似てくることは、やむを得ない面があることを指摘する、中川隆太郎「ファッション」骨董通り法律事務所編『エンタテインメント法実務』371頁（弘文堂、2021）を参照。金井・注2）24頁も参照。トレンドは繰り返されるが、全く同じものが繰り返されるわけではないと言われていることは、このような性質とも関係があるのかもしれない（現代ファッションでは、そのベースコンセプトは二〇年周期で同じようなトレンドが復活し、循環する（周期については、五年・七年等諸説あるとされる。）が、二〇年ごとに共通項も決して前の二〇年とは同じではなく、そのデザイン的表現法も異なっており、そこに新しいファッションの感性が潜んでいるとする、城一夫『ファッションの原風景』（明現社、1998）275-276頁を参照。）。

(51) 依拠要件の実態については、蘭蘭「不正競争防止法2条1項3号における依拠の要件の意義—近時の裁判例を素材として—」知的財産法政策学研究27号165-186頁（2010）が詳しい。

（原稿受領 2023.12.20）