

# メタバースにおける 3D オブジェクトと形態模倣 (不競法 2 条 1 項 3 号)

弁護士・弁理士 矢倉 雄太

## 要 約

メタバースを中心に、今後 3D オブジェクトなどのコンテンツも、一層取引の対象とされ、流通することが想定される。本テーマに関連して、令和 5 年に不正競争防止法（以下、「不競法」という。）2 条 1 項 3 号の規制対象行為に「電気通信回線を通じて提供する」行為を追記する改正が行われ、当該改正にあたっては、事前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にて検討が行われてきた。本稿では、同改正の前提として、そもそも同改正前の不競法 2 条 1 項 3 号において、無体物たる 3D オブジェクトが保護され得たのかについて確認したうえで、今般の法改正や不正競争防止小委員会の検討方針の是非について検討する。そのうえで、今般の法改正等により著作権法における主に権利制限規定（第 2 章第 3 節第 5 款）との関係で緊張が生じないかについて検討を加える。最後に、令和 5 年法改正等により不競法 2 条 1 項 3 号にて無体物たる 3D オブジェクトが保護されることが明確化されたことによりいかなる問題が生じうるもしくは引き続き残されているのかについて、検討を加える。

## 目 次

1. はじめに
  - 1.1 本稿における問題意識と検討テーマについて
  - 1.2 3D オブジェクトの保護の必要性
    - (1) メタバースにおける 3D オブジェクト市場
    - (2) 3D オブジェクトの創作過程
    - (3) 小括
2. 意匠法、著作権法、不法行為法による保護の可能性
3. 不競法 2 条 1 項 3 号による保護の可能性
  - 3.1 はじめに—令和 5 年法改正
  - 3.2 「商品」、「商品の形態」該当性
    - (1) 3D オブジェクトについても不競法 2 条 1 項 3 号の趣旨が妥当すること
    - (2) 立法経緯
    - (3) 裁判例の状況
    - (4) 学説の状況
    - (5) 検討
  - 3.3 規制対象行為
    - (1) 立法経緯
    - (2) 裁判例や学説の状況
    - (3) 検討
4. 令和 5 年法改正等による不都合性の有無に関する検討
  - (1) はじめに
  - (2) 検討
  - (3) 小括
5. 令和 5 年法改正後にいかなる問題が生じうるもしくは引き続き残されているか
  - 5.1 商品の同種性に関する問題

- (1) はじめに
  - (2) 問題提起
  - (3) 検討
- 5.2 3D オブジェクトの「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」をいかに考えるべきかという問題
- (1) 問題提起
  - (2) 検討
- 

## 1. はじめに

### 1.1 本稿における問題意識と検討テーマについて

ブロックチェーン技術を活用した NFT の登場により、画像データなども唯一性を帯びることができるようになった。そのため、メタバースを中心に、今後 3D オブジェクト<sup>(1)</sup>などのコンテンツも、一層取引の対象とされ、流通することが想定できる。この点に関し、現実世界（以下、「フィジカル空間」などともいう。）でも、売れる商品はしばしば模倣され、商品の創作者・開発者等の権利利益と第三者の模倣の自由との調整が必要になることに思いを致せば、仮想世界（以下、「デジタル空間」などともいう。）においても、早晚同様の状況に至ることは想像に難くない。

では、デジタル空間における法的保護、すなわち 3D オブジェクトの創作者・開発者等の権利利益（特に創作的側面）の保護は適切に図られているのか、はたまた第三者の模倣の自由との調整が適切か、ということが本稿の問題意識である。

本テーマに関連して、令和 5 年に不正競争防止法（以下、「不競法」という。）2 条 1 項 3 号の改正が行われ<sup>(2)</sup>、当該改正にあたっては、事前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「不正競争防止小委員会」などという。）にて検討が行われてきたことは周知のとおりである。

そこで、本稿では、不競法 2 条 1 項 3 号の令和 5 年改正の前提として、そもそも同法改正前の不競法 2 条 1 項 3 号において、無体物たる 3D オブジェクトが保護され得たのかについて確認したうえで、今般の法改正や不正競争防止小委員会の検討方針の是非について検討する。そのうえで、今般の法改正等により著作権法における主に権利制限規定（第 2 章第 3 節第 5 款）との間で緊張関係が生じないかなどの不都合性の有無に関する検討を行う。最後に、今般の法改正等によりいかなる問題が生じうるもしくは引き続き残されているかについて 2 点取り上げ、検討を加える。

### 1.2 3D オブジェクトの保護の必要性

#### (1) メタバースにおける 3D オブジェクト市場

はじめに、3D オブジェクトの保護の必要性を基礎づける事情として、同オブジェクトの取引市場の現況について簡単に確認する。

結論からいえば、現在、各種メタバースなどのデジタル市場において、アバター用のファッションアイテムなどの 3D オブジェクトが販売されており、市場が形成されているといえる。例えば、「Voxels（旧 Cryptovoxels）」<sup>(3)</sup>や「Decentraland」<sup>(4)</sup>などのブロックチェーンを基盤とするメタバースでは、土地のほか、3D アバターが着用等する帽子や眼鏡、スニーカー、衣服、アクセサリなど一般的なファッションアイテム

---

(1) 本稿において「3D オブジェクト」とは、当該オブジェクトをモデリングするプログラム上のデータとしての実相をもち、ユーザが当該プログラムが映し出す映像としてこれを知覚するもの、と捉える（内閣府メタバース上のコンテンツ等をめぐる新たな法的課題への対応に関する官民連携会議第一分科会第 1 回（開催日：2023 年 1 月 13 日）配布資料 4 の 12 頁参照（[https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kanmin\\_renkei/dailbunkakai/dail/siryou4.pdf](https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kanmin_renkei/dailbunkakai/dail/siryou4.pdf)））。

(2) 「不正競争防止法等の一部を改正する法律」（令和 5 年法律第 51 号）。公布日：令和 5 年 6 月 14 日。施行日：令和 6 年 4 月 1 日。

(3) Voxels ウェブサイト（<https://www.voxels.com/>）（2024 年 3 月 27 日最終閲覧）。

(4) Decentraland ウェブサイト（<https://decentraland.org/>）（2024 年 3 月 27 日最終閲覧）。

ムやその他のコンテンツが、各クリエイター（出品者）から出品され売買されている状況がある。より具体的には、例えば「Decentraland」の「Marketplace」では、各クリエイター（出品者）から様々な3Dオブジェクトが出品され、「MANA」と呼ばれる暗号通貨を用いて売買されている現況が確認できる<sup>(5)</sup>。

また、「RTFKT（アーティファクト）」<sup>(6)</sup>というデジタルファッションに特化したブランドでは、2021年に発売したバーチャルスニーカーコレクション<sup>(7)</sup>が7分以内に完売、約3.2億円相当の売上があがっている事例が指摘されている<sup>(8)</sup>。そのほか、経済産業省「第3回これからのファッションを考える研究会～ファッション未来研究会～」事務局資料では、アバタースキンと呼ばれるゲーム内コスチューム等への課金が収益源であるオンラインゲームにおいて、世界的にプレイヤーのゲーム内課金は増加傾向であり、2025年には200億ドル以上の市場規模となる見込みであること、例えば、戦闘ゲームの「フォートナイト」の年間売上はラグジュアリーブランドのPRADAより高いことなども紹介されている（同18頁）<sup>(9)</sup>。

このように、紹介事例はあくまで一端であるが、3Dオブジェクトが売買により取引される事例が現に存在し、3Dオブジェクトそれ自体が経済的価値を有し、メタバースなどとは独立して取引の対象とされている状況が確認できる。また、このような市場は、今後益々発展拡大することが想定可能であろう。

## (2) 3Dオブジェクトの創作過程

次に、3Dオブジェクトの創作的側面の保護の必要性を検討する前提として、その創作過程についても簡単に確認する。

3Dオブジェクトの創作方法について、波多間俊之『図解まるわかりメタバースのしくみ』（翔泳社、2022）は、「MAYA」や「Blender」といった3DCGソフトウェアを用いて、「ポリゴンモデリング」により創作されるのが一般的であり、例えば、①箱形状のポリゴンを少しずつコンテンツの形に整えていく、②次に、「テクスチャ」と呼ばれる画像で服などの表面の色や質感を出していく（テクスチャマッピング）等の説明がなされ、「これらは3DCG専門職でないと作成が難しい高度な技術です」などと指摘する（同86～87頁）。また、同書は、「3DCGはポリゴンと呼ばれる多角形の面で構成されています。ポリゴンの数が多いものはハイポリゴンといい、主に映画に登場するような高精細な3DCG映像として作られます。逆に、ポリゴン数が少ないものはローポリゴンといい、リアルタイムに描画処理を行うゲーム機やスマートフォン用に、データ容量を抑える目的で作られます。メタバースでは一般のPCやVRゴーグルなどの端末で描画処理を行うので、データ容量の少ないローポリゴンの3DCGデータが求められます。」と指摘する（同90～91頁）。このように、3Dオブジェクトは、ポリゴンモデリングにより創作されるが、ポリゴンの形を整えたり、その表面の色や質感をどのようにするか、データ容量との関係をも考慮しつつポリゴン数をどのように構成してどの程度精緻なオブジェクトとするか、などの創作過程を経る必要があり、相応の技術を要する作業であることが確認できる。

他方で、LiDAR スキャン技術を用いた「Polycam」というアプリも存在する。同アプリでは、現実に存在するモノを、スマートフォンなどのカメラ機能を使ってキャプチャし3Dオブジェクト化することや、そのオブジェクトの編集などが可能である<sup>(10)</sup>。

(5) Decentraland の Marketplace (<https://decentraland.org/marketplace>) (2024年3月27日最終閲覧)。

(6) RTFKT ウェブサイト (<https://rtfkt.com/>) (2024年4月8日最終閲覧)。

(7) NFT アイテムであり、メタバースでアバターが着用できたりする。

(8) 福永尚爾「現実と仮想の共存。仮想空間＝メタバースとNFTが生み出す未来」天羽健介＝増田雅史編著『NFTの教科書』58頁、64頁（朝日新聞出版、2021）。

(9) その他、経済産業省「第3回これからのファッションを考える研究会～ファッション未来研究会～」(開催日：2021年11月26日)事務局資料21頁では、任天堂の販売するゲーム「どうぶつの森」(デジタル空間内)において、アパレルブランド「ジェラート・ピケ」の洋服(3Dオブジェクト)が販売され、フィジカル空間でも、「どうぶつの森」とコラボした「ジェラート・ピケ」の洋服が販売されるというような連携事例が紹介されており、メタバースにおける3Dオブジェクトの取引状況を確認するうえで参考になる。

(10) Polycam ウェブサイト (<https://poly.cam/>) (2024年3月27日最終閲覧)。

このように、3D オブジェクトは、ポリゴンによる形状の形成（データ容量との兼ね合いを見ながらどの程度のポリゴンとするのかなども含む）、テクスチャマッピング等の作業といった3DCG制作の専門職でなければ難しい作業を通じて作成され、現実の商品における商品化の過程とは異なる創作過程をたどっていると考えられる。ただし、「Polycam」のように、フィジカル空間に存在する有体物からLiDARスキャン技術を用いて比較的容易に3Dオブジェクトを創作できる技術も確認でき、かかる技術が益々拡充すれば、3Dオブジェクトの創作に関し上記で波多間の指摘するような難しい作業をする必要はなくなるのかとも推察される。仮にそうであるとすれば、いずれは誰もが極めて簡単に、低コストでフィジカル空間における有体物から3Dオブジェクトを創作することが可能になるであろうことは想像に難くない。

### (3) 小括

以上からすると、3Dオブジェクトは現にそれ自体が経済的価値を有し、メタバースなどとは独立して取引の対象とされている状況が認められる。創作過程についても、少なくとも現状においてはポリゴンモデリングやテクスチャマッピングという創作活動を経るものであることが確認できる。したがって、仮に3Dオブジェクトが模倣され、その創作的側面が害された場合には、同オブジェクトについて一定の法的保護を及ぼす必要性があると考えられる。

## 2. 意匠法、著作権法、不法行為法による保護の可能性

しかし、意匠法、著作権法、不法行為法（民法709条）による3Dオブジェクトの創作的側面の保護は、かなり限定的であることが指摘できる。詳しくは他稿<sup>(11)</sup>に譲ることとし、本稿では、不競法2条1項3号の保護を検討する前提として、意匠法、著作権法、不法行為法による保護が限定的であり、実務上活用し難いという点のみごく簡単に確認する。

まず、意匠法については、「画像意匠」をも保護対象としているが、意匠法が保護対象とする「画像」は、①「機器の操作の用に供されるもの」（操作画像）及び②「機器がその機能を発揮した結果として表示されるもの」（表示画像）のみに限定されており（意匠法2条1項かっこ書）、機器とは独立した画像や映像の内容自体を表現の中心として創作される画像（コンテンツ）は、意匠を構成しないものとされる<sup>(12)</sup>。したがって、意匠法において、コンテンツである3Dオブジェクトの保護を受けることは一般に困難である。

また、著作権法においても、内閣府知的財産戦略本部「メタバース上のコンテンツ等をめぐる新たな法的課題への対応に関する官民連携会議」の公表した「メタバース上のコンテンツ等をめぐる新たな法的課題等に関する論点の整理」（2023年5月）（以下、「論点の整理」という。）において、「例えば、衣服の3Dデザインなど、現実世界での実用品のデザインとして実際に使用できるものについては、現実空間、仮想空間のいずれで使われることとなるかにかかわらず、実用品（応用美術）として、その著作物性の判断がなされるのではないか」との指摘が同官民連携会議においてあった旨報告されているように、現実世界における実用品のいわゆる応用美術の議論をメタバースにおける3Dオブジェクトについても反映される可能性が十分ある。そうすると、いわゆる応用美術に著作物性が肯定され難いという、現在の厳格な裁判実務<sup>(13)</sup>からすれば、3Dオブジェクトについても（特にそれがフィジカル空間において実用品であれば）、著作権による保護が認められるケースは限定的になることが想定できる。

最後に、不法行為法であるが、最二判平成16・2・13民集58巻2号311頁以下（ギャロップレーサー事件）

(11) 例えば、田村善之「メタバースにおける『実用品』の利用をめぐる各種知的財産法の交錯」情報通信政策研究7巻1号101頁以下（2023）。青木大也「現実世界のデザインとメタバース内のアイテム」法学教室515号15頁以下（2023）。駒田泰士「NFT商品と不正競争防止法2条1項3号」年報知的財産法2023-2024の1頁以下（2023）など。

(12) 意匠審査基準（令和5年12月改訂版）第IV部第1章3.1および3.2.1を参照。

(13) 田村・前掲注11）108頁以下。青木・前掲注11）15頁以下。近時の裁判例として、知財高判令和3・12・8裁判所HP参照（令和3年（ネ）第10044号）（タコの滑り台事件）など。

や、最一判平成23・12・8民集65巻9号3275頁（北朝鮮映画事件）などの判示するところを踏まえると、知的財産法各法で保護されないものについては、各法の保護する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、不法行為は構成しないものと解される。そして、3Dオブジェクトについても、その創作的側面は、著作権法による保護が想定された利益といえ、これと「異なる法的に保護された利益」が観念し難いようにも思われる。そのため、著作権侵害とされない利用行為については不法行為の成否についても見通しが明るくない。また、そもそも不法行為法においては、人格権の侵害が問題となる場面は別として、原則として差止請求が認められない。

以上のとおり、3Dオブジェクトが意匠法、著作権法、不法行為法による保護を受けることは、いずれも難しい部分がある。

### 3. 不競法2条1項3号による保護の可能性

#### 3.1 はじめに一令和5年法改正

では、不競法2条1項3号による保護はどうか。

この点については、令和5年法改正において、同号の規制対象行為に「電気通信回線を通じて提供する」行為が追加されるに至り、3Dオブジェクトが同号により保護されうるとは、解釈上明確になったといえる。

同改正にあたっては、不正競争防止小委員会第18回（開催日：2022年10月18日）以後、デジタル時代におけるデザインの保護を検討課題の一つに掲げ、同号に係る課題（保護対象（「商品」）に無体物が含まれることの明確化、フィジカル／デジタルを交錯する「模倣」行為の規律の検討等）を含む検討が進められてきた。同委員会の検討の結果、「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」（令和5年3月）（以下、「報告書」という。）では、①「商品」に無体物が含まれることを逐条解説にて明記すること、②法改正により不競法2条1項3号の規制対象行為に「電気通信回線を通じて提供する」行為を含めること、③制度措置にあたってはどのような行為が「模倣」の対象となるかについて逐条解説等において明確化することを検討する（同9～10頁）旨指摘されている<sup>(14)(15)(16)</sup>。

そこで、以下では、同改正前においても、そもそも不競法2条1項3号により3Dコンテンツを保護し得たのかについて検討を加えることで、今般の法改正や不正競争防止小委員会の報告書に示す方向性（特に上記①及び②）の是非について私見を示す。

(14) 内閣府知的財産戦略本部「メタバース上のコンテンツ等をめぐる新たな法的課題への対応に関する官民連携会議」の第一分科会においても、現実空間の商品のデザイン・標識の仮想空間における保護について、「意匠法による対応については慎重な検討を要するところもあり、まずは、不正競争防止法において、ネットワーク上の商品形態模倣行為を規制できるようにしていくことが求められるのではないか。」と指摘し、不競法2条1項3号による保護の方針が示されている（第1回資料4のスライド4）（開催日：2023年1月13日）。

(15) 論点の整理においても触れられているような、依拠性を侵害要件としない意匠権による保護を3Dオブジェクトに及ぼすことによる「クリエイターの創作活動に対する萎縮効果を生じさせる等の懸念」（同11頁）がありうる。しかし、不競法2条1項3号による保護であれば、意匠法による場合と異なり、「模倣」か否かの要件において依拠性が求められている（同法2条5項）から、かかる懸念を回避し得る。加えて著作権法による保護の場合との比較においても、著作権法による保護では、原則として著作者の死後70年（著作権法51条2項）という長期の保護を与えることになるが、著作権法が無方式主義を採用し（同17条2項）、また禁止権が類似の範囲にまで及びうること、権利の公示制度を欠くことに思いを致せば、いわゆる応用美術の議論なく3Dオブジェクトについて広く著作権法による保護を肯定することは、やはりクリエイターの創作活動に過度の萎縮効果を生じさせかねない。これに対し、不競法19条1項6号イによれば、保護期間は国内における当該商品の最初の販売から3年とされており、保護対象も実質同一（デッドコピー）の範囲に限られている。したがって、特に先行者の創作的側面の保護と後行者（クリエイター）の創作活動の調整の観点からは、3Dオブジェクトの創作的側面の保護については、意匠法や著作権法による保護に比して、不競法2条1項3号による保護がより望ましいものと考えられる。

(16) その後公開された経済産業省知的財産政策室編『逐条解説 不正競争防止法』（令和6年4月1日施行版）では、「なお、『商品の形態』は有体物の形態に限られず、無体物も含まれる」と指摘され、同脚注5では、「令和5年改正前は、『譲渡』等、有体物をその対象とする行為のみが規定されていたことから、『商品の形態』は有体物の形態に限られ、無体物は含まれないとされていたが、令和5年改正により、無体物をその対象とする『電気通信回線を通じて提供』する行為が第2条第1項第3号に規定されたため、『商品の形態』に無体物が含まれることとなった。」と解説されている（同41-42頁）。

### 3.2 「商品」、「商品の形態」該当性

#### (1) 3D オブジェクトについても不競法2条1項3号の趣旨が妥当すること

そもそも、3D オブジェクトの模倣行為に対しても、不競法2条1項3号の趣旨は妥当すると考える。すなわち、同号の趣旨は、他人の商品の形態をそのまま模倣することにより、他人が費用、労力をかけて開発した成果である商品の形態を許諾なく利用して、開発のコストを節約する一方で、商品の開発につきものの失敗の危険を小さく抑えつつ、当該商品を開発した他人と、同じ商品について市場で競争しようとするのは、競争のあり方として不当な行為であると考えられるので、そのような行為を不正競争とすることにより商品を開發して市場に置いた者の先行利益を一定期間保護しようとする点にある<sup>(17)</sup>。先に見たとおり、3D オブジェクトについても、その創作過程を見る限り、必ずしも容易に創作できるものではなく、その商品化のための資金や労力を投下し、コストやリスクを負担している事実が確認できる。他方、模倣者がこれを自由に模倣できるとすると、模倣者においては、商品化のためのコストやリスクを大幅に軽減できる。また、デジタルデータについては、現実の商品と異なり、原材料の選択などの面で品質に差異がほとんど生じない可能性が高く、模倣品の先行品に対する代替性はより強いともいえる（もちろんポリゴン数による精細さなどの差異はありうる）。そうすると、自由に模倣を許容することは、先行者の市場先行のメリットを減少させ、模倣者と先行者との間に競争上の不公正が生じ、個性的な商品開発、市場開拓への意欲が阻害されることになり、公正な競争秩序を崩壊させることにもなりかねない。したがって、3D オブジェクトについても、同号の趣旨は妥当すると考える。

しかし、同号の条文を読む限り、同号の「商品」や「商品の形態」に3D オブジェクトなどの無体物が含まれるのか否かが必ずしも明らかではない。また同号では同項1号や2号のように「電気通信回線を通じて提供する」行為が規制対象行為に含まれていない。そのため、かかる2点の問題について検討を加える必要がある。以下、検討する。

#### (2) 立法経緯

不競法2条1項3号は、平成5年法改正<sup>(18)</sup>にて設けられたが、かかる法改正にあたっては、事前に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」（平成4年12月14日）が公表されている（以下、「平成4年報告書」という。）。かかる平成4年報告書を確認する限り、「商品」については、市場価値を有する成果物であることは明確に求めているが、有体物と無体物とで、保護対象を分ける記載は見当たらない。少なくとも無体物の「商品」該当性を否定する記載はない<sup>(19)</sup>。また、平成17年法改正<sup>(20)</sup>では、「商品の形態」（同法2条4項）や「模倣」（同法2条5項）の定義規定が設けられ、同法2条1項3号についての

(17) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注16) 88-89頁。東京地判平成8・12・25知的集28巻4号821頁（ドラゴンソード・キーホルダー事件）等。

(18) 法律番号：平成5年法律第47号。

(19) 同報告書には、デッドコピーの客体について、「デッドコピーの競争上の不正性は、先行者が資金、労力を投下して商品化し、市場に提供した成果を模倣者は自ら資金、労力を投下することなく模倣して競争市場に提供することにある。したがって、デッドコピーの客体となるのは、それが模倣されることによって、このような意味での競争上の不公正が生じると評価し得るような市場価値を有する成果でなければならない。」との指摘はあるが、デッドコピーの客体を有体物に明確には限定していない（同20頁）。その他、2条1項3号を設けた当時の立法経緯についてみても、少なくとも無体物を保護対象から除外することはしていない（無体物についての保護を否定する趣旨までは読み取れない）。ただし、同報告書においても、「有体物」が議論の念頭に置かれていた可能性は否定しきれない。なお、「データベースについては、その作成には資金、労力がかかる一方、競業者が行う資金、労力をかけない模倣による競合するデータベースの販売等によって、先行者と模倣者の間に競争上の不公正が生じ、また、特定の媒体中に固定されれば、商品として取引の対象となることから、そのデッドコピーは競争上不正な行為と考えることができる。ただし、データベースの模倣行為の規制のあり方については、情報処理技術の進展、諸外国における規制の方向について見極めつつ、今後更に検討していくことが必要である。」と指摘する（20-21頁）。しかし、データである3Dオブジェクトとデータベースとは、無体物である点で共通するとしても、同指摘も殊更にデータベースが無体物であることを理由として保護を見送ることにしたものとは読めない。また、データである3Dオブジェクトとデータベースとは、その流通形態や利用態様、内容において大きく異なるから、同一に論ずることは適切ではなからう。

(20) 法律番号：平成17年法律第75号。

刑事罰も導入されるに至った。同改正にあたっては、事前に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2月）が公表されている（以下、「平成17年報告書」という。）が、平成17年報告書を確認しても、保護対象が有体物か無体物かは問題とされず<sup>(21)</sup>、不明確であるが、少なくとも無体物を除外する趣旨は読み取れない<sup>(22)</sup>。

その他立法経緯を見る限り、無体物を「商品」や「商品の形態」に含める解釈を困難にするようなものは見当たらないように思われる<sup>(23)</sup>。

### （3）裁判例の状況

商品の模倣行為は、平成5年法改正による不競法2条1項3号立法前は、不競法1条1項1号や2号（現行法2条1項1号や2号）に該当するとして争うことが少なくなかった<sup>(24)</sup>。そこで、同3号の平成5年立法前については、同1号や2号を用いて争われた裁判例についても取り上げる。以下概観する。

- ① 東京地判昭和55・3・10無体集12巻1号47頁（タイポス書体事件第一審）、東京高判昭和57・4・28判時1057号43頁（タイポス書体事件控訴審）

同裁判例は、書体デザイン等の創作研究に従事し、開発した書体デザインをライセンスする等している原告らが、被告の書体デザインの製作販売行為が、不競法1条1項1号（現2条1項1号）に該当するとして、差止めや損害賠償を求めた事案である。

同事案において裁判所は、「右第一号ないし第六号の規定についてみると、『商品』については、その『容器包装』（第一号）、『原産地』（第三号）及び『品質、内容、製造方法、用途、数量』（第五号）等の語が用いられており、『商品』は、『販売、拡布、輸出』（第一号、第三号ないし第五号）あるいは『産出、製造、加工』（第四号）の対象となるべきものであることが明定されているのであつて、これらの用語法や行為の態様からすると、ここにいう『商品』とは、有体物をいい、無体物はこれに含まれないと解するのが自然であり、かつ、合理的である。」、「一般に、『商品』の語は、取引市場における流通に置かれるべきものとして生産、加工され、それ自身経済的価値を有すべき前記のような有体の動産ないし物件をいうものと解するのが、社会通念に合致する。」、「右第一号の規定は、『商品』に、他人の商品たることを示す表示（他人の商品表示）と同一又は類似のものを使用するなどして、他人の商品との混同を生ぜしめる行為を禁圧しようとするものであるが、無体物については、それ自体に、商品表示を使用することがもともと不可能と考えられる。」と判示し、無体物の「商品」該当性を否定した。

- ② 東京高決平成5・12・24判時1505号136頁（モリサワタイプフェイス事件）

前記タイポス書体事件に対し、同じく無体物たる書体の商品該当性が問題となったモリサワタイプフェイス

(21) 同報告書では、「商品の形態」について、「商品の外観だけでなく需要者に容易に認識され得る商品の内部の構造まで『商品の形態』に含めて解釈しているが、この点については現在の条文からは必ずしも明確ではない」ことから、判例の解釈に従って明示的に規定するとともに、形状、模様、色彩、光沢、質感等の要素が商品の形態の概念に含まれることも定義規定に明示することが適当であるとの検討を経て改正された経緯が読み取れるにとどまる（同52頁）。しかし、少なくとも無体物が保護対象から除かれると解されるような記載は見当たらない。

(22) データベースのデッドコピーについて、「今回、改めて検討した結果、以上のとおり、不正競争防止法による保護については、様々な意見と制約があることがわかった。このため、本小委員会においては、今回の不正競争防止法改正においてはその保護の仕組みを導入しないこととし」て、不正競争防止法を改正し保護を与えることはなかった（同56頁以下）。同会がデータベースの保護を見送った理由である「様々な意見と制約」のなかには、データベースが「無体物」であることを理由とするものは見当たらない。また、データベースと「データ」である3Dオブジェクトとは、その流通形態や利用態様、内容において大きく異なるから、必ずしも「データベース」に関する議論と同様に解することも適切ではない。

(23) もちろん、各立法経緯において、有体物が典型的な保護対象として議論の念頭に考えられている可能性は否定しきれない。

(24) 田村善之『不正競争法概説』281頁（有斐閣、第2版、2003）。

ス事件では、裁判所は「『商品』の概念についてみると、経済的価値を肯定され取引対象とされる代表的なものとして有体物があることはいうまでもないところであるが、社会の多様化に伴い、新たな…経済的な価値に着目して取引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は見出し難い。この意味で、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、それが不正競争防止法一条一項の規定する各不正競争行為の種類のいずれかに該当するものである以上…これを前記の『商品』に該当しないとして、同法の適用を否定することは、同法の目的及び右『商品』の意義を解釈に委ねた趣旨を没却するものであって相当でないというべきである。」と判示した。そのうえで、対象物である書体の取引の実情を検討し、取引の対象とされていることを認め、不競法1条1項の「商品」に該当しないとするのは相当ではない、と判示し、無体物の「商品」該当性を肯定した。

③ 知財高判平成17・10・6裁判所HP参照（平成17年（ネ）第10049号）（YOL事件）

本件は、被控訴人ホームページ上のLT表示部分においてYOL見出しを模倣したLT見出しを表示するとともに、登録ユーザに対しLT表示部分を頒布する被控訴人の行為を捉えて、控訴人が、被控訴人がYOL見出しという控訴人の「商品」を模倣したLT見出しを被控訴人ホームページ上において譲渡若しくは貸し渡しのために展示し、さらに登録ユーザのリクエストに応じて当該ユーザらに対し譲渡しているとして、不競法2条1項3号の不正競争行為に該当する、などと主張し、差止め及び損害賠償を求めた事案である。

この事案において裁判所は、「不正競争防止法2条1項3号における『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、光沢及び質感であると解するのが相当である…。そうすると、仮に、YOL見出しを模倣したとしても、不正競争防止法2条1項3号における『商品の形態』を模倣したことには該当しないものというべきであって、その余の点について判断するまでもなく、控訴人の不正競争防止法違反を理由とする本訴請求は、理由がない。」と判示した。

このように、本裁判例をもって、3号の「商品」に無体物が含まれないことが判示されたとも評価しうるが、他方で判示を読む限り、あくまで「見出し」という「文章」について、条文解釈から「商品の形態」該当性を否定したにすぎないようにも読める。したがって、本裁判例において、「無体物」であることを理由として「商品の形態」該当性を否定したと即断できるかまでは不分明といえる。私見としては、「無体物」一般について、「商品の形態」該当性を一律に否定したものとまでは直ちに評価できないのではないかと考える。

④ 東京地判平成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）

本件は、教育用教材のソフトウェアを製作販売する原告が、タブレットの液晶パネルに表示される画面、各機能を使用した際に表示される画面は、いずれも「商品の形態」に当たると主張し、被告ソフトウェアの販売が不競法2条1項3号の不正競争行為に該当することを理由に損害賠償を請求した事案である。

この事案において裁判所は、「不競法2条1項3号の『商品の形態』とは、『需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感』をいうところ（同条4項）、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』に該当し得るといえるべきである。」と判示し、無体物の「商品」及び「商品の形態」該当性について明確に肯定した<sup>(25)</sup>。

(25) なお、結論としては、実質的同一性を欠くことを理由に原告の請求を棄却している（確定）。

## ⑤ その他

東京地判平成15・1・28判時1828号121頁（PIM事件）では、ソフトウェアであるスケジュール管理ソフトのディスプレイ上の表示について、不競法2条1項3号該当性が争われ、当事者間の主張は、「商品」に無体物を含むか含まないかで対立していた。このようななか、裁判所は、「商品」に無体物が含まれるか否かを明らかにせず、原告製品と被告製品との間には、実質的同一性が認められないとして「模倣」要件を満たさないことを理由に同請求を認めなかった。同判示によれば、無体物が「商品」に該当することを前提に「模倣」か否かを検討したと読む余地もありうるが、単に、請求を棄却するにあたり、商品該当性に関する判断を回避して「模倣」要件を先に判断したにすぎず、無体物が「商品」に該当することを前提としているとまではいえないのではないかと思料する<sup>(26)</sup>。

その他、無体物であることを理由として不競法2条1項3号の「商品」や「商品の形態」該当性を否定する裁判例は、管見の限り見当たらなかった。

以上の次第で、裁判例上、無体物の「商品」や「商品の形態」該当性については、（3号立法前の）2条1項1号についてまで広げてみたとき、肯定例と否定例とが存在していることが確認できた。2条1項3号立法後は、ロイロノートスクール事件という、無体物の「商品」および「商品の形態」該当性について肯定するものが登場しており、その他無体物であることを理由としてこれらを明確に否定した裁判例がないことが確認できた。

## (4) 学説の状況

最後に学説の状況であるが、肯定説と否定説とが存在している。具体的には以下のとおりである。

まず、3Dオブジェクトの「商品」、「商品の形態」の該当性を肯定する見解として、関は、前記④ロイロノートスクール事件を指摘したうえで、「この判決は、それ自体は無体物であるソフトウェアが本号の『商品』に該当する点で注目される。これによれば、XRオブジェクトも、それを表示するデバイス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限り、本号の『商品』に該当する可能性がある。」と指摘する<sup>(27)</sup>。また、「商品の形態」該当性についても、同じく関は、「プログラムそれ自体は需要者が知覚によって認識することができる形状等ではないから、『商品の形態』には含まれないと解される。しかし、プログラムによって実現される3DCGモデルの動き等が、その商品の光沢や質感として認識されるのであれば、その認識できる要素が『商品の形態』に含まれると解される。」と指摘する<sup>(28)</sup>。

これに対し、岡本は、「形態模倣も不正競争の一類型であるが（不正競争防止法2条1項3号）、『模倣』とは、他人の商品の形態に依拠して、実質的に同一の形態の商品を作り出すこととされ（同条5項）、『商品の形態』とは、商品の外部及び内部の形状などをいう（同条4項）。メタバース上での表示には具体的な『形態』がないことから、現実の商品をメタバース上で模倣しても『形態模倣』にはなり難いように思われる。」と指摘し、3Dオブジェクトの「商品の形態」を観念できないことを理由に、同号の該当性について否定的見解を示す<sup>(29)</sup>。

3Dオブジェクトに限らず、無体物一般についてみたとき、肯定的な見解と否定的な見解とが混在する。肯

(26) その他、3号立法以前に2条1項1号にて争われた事案であり、なおかつ原告商品自体は「有体物」であるが、無体物である映像部分についても着目して商品等表示該当性を裁判所が判示している点で参考になるものとして、東京地判昭和57・9・27無体集14巻3号593頁（スペース・インベーダー事件）、大阪地判昭和58・3・30判タ495号196頁（ワールド・インベーダー事件）がある。また、商品自体は、歩数計という有体物であるものの、「形態」の「模倣」（実質的同一性）を判断するに際し、液晶画面表示という、無体部分をも考慮している点で参考になるものとして、東京地判平成23・6・17裁判所HP参照（平成22年（ワ）第15903号）（デジタル歩数計事件）がある。

(27) 関真也『XR・メタバースの知財法務』41頁（中央経済社、2022）。

(28) 関真也「メタバースにおけるオブジェクトのデザイン保護と創作活動への影響―意匠法及び不正競争防止法2条1項3号を中心に―」特許研究75号31頁、41頁（2023）。

(29) 岡本健太郎「メタバースにおける現実の再現とその権利問題」アドスタディーズ81号33頁、37頁（2022）。

定的見解においても、例えばソフトウェアそれ自体といった無体物については「商品の形態」が存在しないため保護の客体とならないことには異論を見ない。肯定的見解も、あくまでPC 端末などの画面において可視的にコンピューターグラフィックスが表示される点を捉え、「形態」該当性をも肯定する傾向にある<sup>(30)</sup>。これに対し、否定的見解は、「商品」には「形態」があることが前提となる以上、同号の「商品」はあくまで有体物が前提とされていると理解し、無体物を同号の保護の客体として捉えることを否定するものが多い<sup>(31)</sup>。

## (5) 検討

私見としては、令和5年改正前の不競法においても、「商品」、「商品の形態」に3D オブジェクトという無体物が含まれると解釈できるように考える<sup>(32)</sup>。理由は以下のとおりである。

まず、不競法2条1項3号の「商品」の解釈にあたっては、事業者間の公正な競争の実現という法目的を踏まえつつ、同号の趣旨をも踏まえて、取引社会における社会通念を基準として判断すべきである<sup>(33)</sup>。

この点に関し、本稿1. 2 (1) にて確認したとおり、3D オブジェクトは、現在、それ自体がメタバースなどのデジタル空間において経済的価値を有し、当該メタバースなどのサービスからは独立して取引の対象となっている。

また、条文上、「商品」の該当性につき、有体物と無体物とを区別しているようには直ちに読めない。すなわち、「商品の外部及び内部の形状」という「商品の形態」に関する文言についても、3D オブジェクトの外部の形状などは、PC などの端末画面などに映像として表示され、可視化される。表示された3D オブジェクトについては、その「商品の外部及び内部の形状」を需要者が知覚により認識しうる。したがって、同文言の記載ぶりから、直ちに「商品」や「商品の形態」該当性を否定できないように考える。

なお、確かに令和5年法改正前には「電気通信回線を通じて提供する」行為が規制対象とされていないが、無体物をCD-R など記録媒体に複製して譲渡等する行為もありうるのであるから、同文言が設けられていないこと自体から、直ちに「商品」や「商品の形態」に無体物が含まれない、と解釈することも適切ではないように考える。

さらに、立法経緯を見ても、無体物であることのみをもって「商品」該当性を否定しているような経緯は

(30) 無体物の「商品」、「商品の形態」該当性に肯定的見解を唱えるものとして、小野昌延編『新・注解不正競争防止法〔第3版〕』485頁〔泉克幸〕（青林書院、2012）。泉克幸「サイボウズ差止請求事件」岡村久道編『サイバー法判例解説』50頁、51頁（商事法務、2003）。田村・前掲注24）297-298、300頁。渋谷達紀「商品形態の模倣禁止」F.K バイヤー古稀『知的財産と競争法の理論』355頁、367-368頁（第一法規出版、1996）。渋谷達紀『不正競争防止法』135頁（発明推進協会、2014）。金井重彦ほか編『不正競争防止法コンメンタール』60頁〔高橋淳〕（レクシスネクシスジャパン、初版、2004）。安立卓司「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』—」パテント76巻12号（別冊29号）89頁、91-93頁（2023）。井上由里子「不正競争防止法・商標法による保護」平成13年度特許庁工業所有権制度問題調査報告書『表示画面上に表示された画像デザインに関する保護についての調査研究報告書』110-111頁（知的財産研究所、2002）。また、3号立法前に、現行法2条1項1号における無体物の「商品」該当性につき肯定的に言及する見解として、紋谷暢男「タイプフェイスの不正競争法及び不法行為法上の保護」ジュリ849号109頁、111頁（1985）。土肥一史「不正競争防止法による商品形態の保護」F.K バイヤー古稀『知的財産と競争法の理論』399頁、408-409頁（第一法規出版、1996）。播磨良承「タイプ・フェイスの保護法理に関する一試論」（判時1064号148頁、評論289号2頁）157頁（1983）。

(31) 無体物の「商品」、「商品の形態」該当性に否定的見解を唱えるものとして、経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法』（令和元年7月1日施行版）40頁。森崎英二「形態模倣行為」高部眞規子編『著作権・商標・不競法関係訴訟の実務』474頁（商事法務、第2版、2018）。松村信夫『不正競争訴訟の上手な対処法』263、292-293頁（民事法研究会、新訂版、1998）。麻生典「画像デザイン」茶園成樹＝上野達弘編著『デザイン保護法』191頁（勁草書房、2022）。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』211-212、231頁（勁草書房、2022）。小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説【上巻】』263-264、278頁（青林書院、第3版、2020）。愛知靖之ほか『知的財産法』448頁〔青木大也〕（有斐閣、第2版、2023）。駒田・前掲注11）6-7頁。

(32) 3D オブジェクトの「データ」それ自体を「商品の形態」と捉える趣旨ではないことを念のため付言する。

(33) 同じ見解を示唆するものとして、山本庸幸『要説不正競争防止法』116頁（発明協会、第2版、1997）、牧野利秋監修＝飯村敏明編『座談会 不正競争防止法をめぐる実務的課題と理論』73頁〔松尾和子発言〕、94-95頁〔安江邦治発言〕（青林書院、2005）。

なく、立法経緯は「商品」や「商品の形態」に無体物が含まれうると解するうえで、支障にはならない。

裁判例を見ても、2条1項1号における裁判所の判断は分かれているが、近時の3号の商品該当性に関する裁判例は、無体物の商品該当性を認めている。また、3号の商品該当性について、無体物であることのみをもってこれを否定したものは見当たらない。タイポス事件の裁判例においても、裁判所は無体物を「商品」に含まない理由の一つとして、「社会通念」を挙げているところ、同裁判例は、昭和57年当時の裁判例であり、ネットワーク技術が発達し、高度な情報化社会となっている現在とは、社会（社会通念）も大きく異なる。したがって、現在においても説得的な説示がなされているとはいえない<sup>(34)</sup>。

以上の次第で、3号の「商品」該当性についても、有体物か無体物かという区別のみで、その該当性の判断をすることには賛成できず、あくまで「商品」該当性については、取引社会の通念に従い、経済的価値を有し、独立した取引の対象となっているものであれば該当しうると考える。加えて、ロイロノートスクール事件で裁判所が述べるように、PC等の端末画面に表示される3Dオブジェクトは、確かに物理的に「形状」は存在しないといえるが、需要者が通常の用法に従った使用に際して（PC等の画面に表示されるオブジェクトを視認可能であることによって）、知覚によって当該オブジェクトの「形状」、「模様」、「色彩」等を認識することは可能であろう。

したがって、メタバースなどのデジタル空間における3Dオブジェクトについても、令和5年法改正前の段階から、「商品」や「商品の形態」に該当しうると解することが可能であったと考える。

このような次第で、同号の「商品」や「商品の形態」について、法改正による明記等までは不要であると考えられるが、従前議論が錯綜している状況を踏まえ、逐条解説等で解釈を明確化することが適切であると考えられる<sup>(35)</sup>。

よって、私見は、同趣旨の見解を示す不正競争防止小委員会の報告書に賛成する<sup>(36)</sup>。

### 3.3 規制対象行為

#### (1) 立法経緯

次に、不競法2条1項3号の規制対象行為に「電気通信回線を通じて提供する」行為が含まれていなかった点についてである。

この点に関しては、不正競争防止小委員会第18回（開催日：2022年10月18日）資料4の3頁では、平成15年法改正時に、不競法2条1号や同2号については、ネットワーク上の「譲渡」、「引き渡し」行為が不正競争行為として規制されることを明確化するため、「電気通信回線を通じて提供」する行為が不正競争として規定されたのに対し、3号は、対象物が「商品の形態」と規定されており、従来から有体物の商品に限定した規定と理解されており、ネットワーク上の「譲渡」「引き渡し」行為は想定できないとして、当時は改正が見送られた経緯がある旨指摘される。

そのため、立法経緯を見る限り、少なくとも「譲渡」や「貸し渡し」といった規制対象行為に、電気通信回線を通じて提供する行為まで読み込んで解釈することは、念頭におかれていなかったといえる。また、不

(34) 産業構造審議会知的財産政策部会不正競争防止小委員会「不正競争防止法の見直しの方向性について」（平成15年2月）においても、『商品』を有体物に限るとしている…タイポス書体事件は、ネットワーク技術が発達する以前の流通形態を念頭に置いたものであり、現在の情報社会においては…『商品』に無体物を含めて解釈することが適当である。」との指摘がなされている（32頁）。

(35) 経済産業省知的財産政策室・前掲注16)のとおり、明確化が図られている。

(36) ただし、前掲注16)で指摘した同逐条解説脚注5における説明は、「令和5年改正前は、『譲渡』等、有体物をその対象とする行為のみが規定されていたことから、『商品の形態』は有体物の形態に限られ、無体物は含まれないとされていた」との解説は、私見と見解を異にするものである。

競法2条1項1号や同2号における規制対象行為に関する立法経緯<sup>(37)</sup>との平仄<sup>ひょうそく</sup>に鑑みれば、同3号の規制対象行為に、「電気通信回線を通じて提供する」行為が明記されていないにもかかわらず、「譲渡」や「貸し渡し」等の解釈で読み込むことには慎重な姿勢を示さざるを得ない。

## (2) 裁判例や学説の状況

裁判例において、ソフトウェアやデータ等のインターネット上での送受信行為につき、「譲渡」や「貸し渡し」該当性やその類推適用が示された裁判例は管見の限り見当たらなかった<sup>(38)</sup>。

しかし、メタバース上での3Dオブジェクトの取引は、基本的にインターネット上での送受信により行われるものであるから、「電気通信回線を通じて提供する」行為が規制対象行為に規定されていないなか、メタバースにおける3Dオブジェクトにかかる取引態様について、いかに保護することを考えるべきかが問題となる。

この点に関し、関は、「他人が資金・労力を投下した成果である商品を、自らは資金等を投ずることなく完全にコピーし、その他人と市場で競合することは不公正であるという本号の趣旨を重視すれば、ダウンロード形式での提供は『譲渡』、ストリーミング形式での提供は『貸渡し』に該当すると解釈する余地もあると思われる。」と指摘<sup>(39)</sup>、直接適用<sup>(40)</sup>の可能性を示唆する。これに対し、三村は、電気通信回線を通じての提供行為について、「2条1項3号において『電気回線を通じて譲渡する行為』が掲げられていないのは、同号に該当する商品については、電気通信回線を通じての譲渡は、例外的な場合に限られるとの理由により、条文上の規定には盛り込まれなかったものである。前記のように電気通信回線を通じての譲渡が通常の販売方法として想定されるような商品については、罰則の点は別として、民事上の救済（差止め及び損害賠償）については、類推適用により2条1項3号の対象とすることが可能と解したい。」と指摘し、類推適用の可能性を示唆している<sup>(41)</sup>。

## (3) 検討

「譲渡」や「貸し渡し」の伝統的な理解によれば、「譲渡」は、所有権の移転を含むものであり<sup>(42)</sup>、「貸し渡し」は占有の移転を含むものと解される<sup>(43)</sup>。

そのため、3Dオブジェクト（データ）には、現行法上「所有権」や「占有権」が観念できないから、3Dオブジェクトのインターネット上での送受信行為に対し、「譲渡」や「貸し渡し」といった規制対象行為に

(37) 不競法2条1項1号や同2号の規制対象行為に関しては、産業構造審議会知的財産政策部会不正競争防止小委員会『不正競争防止法の見直しの方向性について』（平成15年2月）において、「不正競争防止法における『譲渡』『引き渡し』の意義については、以下のように考えられているが、かかる概念に、無体物たる商品を電気通信回線を通じて提供する行為が含まれ得るのか、必ずしも文言上は明確とはいえない。」との指摘があったうえで、「平成14年の特許法及び商標法等改正と同様に、不正競争防止法における『譲渡』『引き渡し』の概念について、無体物たる商品を電気通信回線を通じて提供する行為が含まれことを明確化することが適当である。具体的には、不正競争防止法は、標識法としての側面があること、これまでも商標法の規定を踏まえた改正を行ってきたこと等から、平成14年の商標法改正にならば、無体物たる商品を電気通信回線を通じて提供する行為を『譲渡』とは別に規定することが適当と考えられる。」との指摘があり（34-35頁）、参考になる。

(38) 東京地判平成15・1・28判時1828号121頁（PIM事件）が存在するが、模倣が問題となった被告ソフトウェアは、被告により、記録媒体に保存されて販売されており、請求権者はこれを「譲渡」に該当するとして争っていた。そのため、インターネット上の配信行為などが、「譲渡」や「貸渡し」などの規制対象行為に該当するか否かが争点となったケースではない。また、東京地判平成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）においては、判決文中では原告が被告ソフトウェアの「販売」が不正競争に当たると主張していたやにまとめられているにとどまり、判決文中争点として明確に挙げられてはならず、「販売」の具体的な態様は必ずしも明示されていない。

(39) 関・前掲注27）41頁。

(40) ただし、同書同箇所の記事ぶりからは、直接適用をいうものか類推適用をいうものか必ずしも明らかではないとも評価しうる。

(41) 三村量一「20 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 第3巻〔商標法・不正競争防止法〕』298頁（新日本法規出版、2007）。

(42) 渋谷・前掲注30）「商品形態の模倣禁止」390頁。

(43) 山本・前掲注33）130頁。

含めて解釈すること（直接適用）は、文理解釈上無理があると考えられる。

また、特許法や商標法、不競法2条1項1号や同2号において、無体物のネットワークにおける流通については、「電気通信回線を通じて提供」する行為が改正で盛り込まれてきている立法経緯からも、「譲渡」や「貸し渡し」に3Dオブジェクトのインターネット上での送受信行為が当然に含まれると解することには慎重な姿勢をとらざるを得ない。

確かに三村の指摘するように、類推適用の可能性は、結論の妥当性を模索する際の一時的な選択肢としては魅力的である。

しかし、不競法2条1項3号に関しては罰則規定が設けられており（同法21条3項3号）、罪刑法定主義の観点から、拡大解釈や類推解釈が許されないことは言を俟たないし、民事と刑事との間で解釈を分けることが必ずしも望ましいとは考えられない。

特に、メタバースなどのデジタル空間における3Dオブジェクトなどの無体物の取引は、総じてインターネット上での送受信行為によるものである以上、このような実態に即した規制対象行為を加えることを検討することが自然かつ合理的である。したがって、不競法2条1項1号や2号、他法との平仄の関係を考慮しても、類推適用で推し進めることは適切とは言いがたく、類推適用の選択肢についても、あくまで法改正に至るまでの一時的な回避措置にとどめるべきである。

このような次第で、3Dオブジェクトをインターネット上での送受信行為により提供する行為については、令和5年法改正前の2条1項3号における規制対象行為に含めて解釈することは消極的であるべきであり、これを同号の規制対象行為として捕捉するためには、同号の改正により「電気通信回線を通じて提供する」行為を明記する必要があるものと解する。

したがって、令和5年法改正において、同3号の規制対象行為に「電気通信回線を通じて提供する」行為を含める改正を行ったことについても、本稿は賛成の立場である。

#### 4. 令和5年法改正等による不都合性の有無に関する検討

##### (1) はじめに

では、規制対象行為を追加する令和5年法改正や、「商品」や「商品の形態」該当性に無体物が含まれるとの解釈の明確化を図ることにより、不都合が生じないか。より具体的には、無体物の表現物を不競法2条1項3号の保護対象とすることを明確化することで、著作権法による保護と不競法2条1項3号による保護とが重なる部分が多くなることが想定される。このことにより、例えば著作権法の規定する権利制限規定（同法第2章第3節第5款）により著作権侵害とはならないが不競法2条1項3号違反となるような事例が生じるとすれば、両者に緊張関係が生じ、何らかの調整が必要になる可能性がある<sup>(44)</sup>。そこで、以下、かかる緊張関係が生じないか否かを検討する。

結論から述べれば、緊張関係は必ずしも生じないのではないかと考える<sup>(45)</sup>。

(44) 著作権法の規定する著作権（支分権）と、不競法2条1項3号に規定する規制対象行為とは、その法目的や趣旨等から自ずと差異があり、前者の方が広く行為を捉えているといえる（例えば、著作権法では、複製権が認められている（同法21条）が、不競法2条1項3号では、複製自体は規制対象行為とはされていない）。したがって、著作権侵害とはなるが、不競法2条1項3号違反ではない、という場面は当然にありうる。また、著作物性が否定されて著作権法上保護されないが、不競法2条1項3号により保護される、という場面もあり得て当然である。大きな問題となるのは、著作物性が肯定され、支分権侵害にも当たり得るものの、権利制限規定の成否と、不競法2条1項3号の成否との間に矛盾齟齬が生じる場合である。同権利制限規定は、著作者の経済的利益と情報を利用する社会一般の利益との調和を図る調整弁としての機能を果たしているところ、かかる矛盾齟齬が生じる場合には、著作権法の意図した両者の調和が不競法により阻害されかねないことになり、不競法2条1項3号による保護との間に緊張関係が生じるものと考えられる。したがって、特に検討すべきは、著作権法の権利制限規定の適用と不競法2条1項3号の成否の関係である。

(45) なお、私見としては、そもそも著作権法と不競法2条1項3号とは、その趣旨や要件効果の面で必ずしも一致せず、両者を重畳適用することも当然に認められてよいと解する。したがって、本稿は、両者の重畳適用自体に難色を示す趣旨ではない。

## (2) 検討

例えば、私的使用（著作権法30条）の関係では一定の範囲で複製が認められるが、不競法2条1項3号では、複製自体を規制対象行為としておらず、両者の緊張関係は生じ得ない。

また、付随対象著作物の利用（著作権法30条の2）との関係でも、メタバースにおける3Dオブジェクトなどの無体物については、クリエイターなどにより個別に創作されるものであり、「付随して対象となる」という類のものではそもそもない（創作時に意識的に除外が可能である）。したがって、同規定の適用自体がそもそも要件を充足しないことを理由に認められないように解され、緊張関係が生じるとは考え難い。

さらに、検討過程での利用（著作権法30条の3）についても、著作権者の許諾を得て3Dオブジェクトを利用しようとする場面において、その検討過程で利用に供する場合、真正品を複製すること自体は不競法2条1項3号の規制対象行為に当たらない。また検討過程での利用にとどまるのであれば、通常その利用は先行者の営業上の利益を害さないと考えられるから、やはり著作権法30条の3の適用があるような検討過程での利用行為については、不競法2条1項3号違反になるケースが想定し難いように思われる<sup>(46)</sup>。

さらに、思想感情の非享受利用（著作権法30条の4）との関係であるが、そもそも各号に規定される「場合」については、不競法2条1項3号の規制対象行為に該当する場面ではないように解される。例えば生成AIの学習データとして3Dオブジェクトを用いる場合、同号の規定する何らかの規制対象行為に該当するものとは考え難い<sup>(47)</sup>。仮に何らかの規制対象行為該当性を指摘しようとしても、少なくともかかる利用の「場合」については、先行者の営業上の利益を侵害するとは想定し難いように考える。はたまた仮に営業上の利益の侵害がありうるとしても、その場合には、著作権法30条の4第1項ただし書にいう「当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合」に当たるとして、緊張関係を回避することになるのではないか。少なくとも著作権者の利益を不当に害さないことと、著作権者であり先行者でもある者の営業上の利益を侵害することとが両立するとは考え難い。

次に、引用（著作権法32条）との関係でも、引用が想定するような利用形態にとどまる場合には、先行者の営業上の利益の侵害が生じる場面は想定し難い。

また、仮にメタバースなどのデジタル空間を「屋外の場所」（著作権法46条柱書）と捉えれば、同条の権利制限規定の適用もありうる。しかし、同条でも、「専ら美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する場合」（同条同項4号）などの同条同項各号に当たる場合には適用除外とされており、不競法2条1項3号違反となるような場面については、両者の平仄がとれるケースが通常であるように思われる。

最後に、美術著作物等の展示に伴う複製（著作権法47条）についても、譲渡や貸渡しを目的としない展示であれば、不競法2条1項3号の規制対象行為ではなく、両者の緊張関係は生じない。

## (3) 小括

以上の次第で、著作権法上の権利制限規定の一部を中心に検討を加えたが、その他の権利制限規定を考慮しても、「著作権法との関係では権利制限規定の適用により非侵害であるが、不競法2条1項3号違反にはなる」といった緊張関係が生じる可能性や場面は、通常想定し難いように考える。

したがって、規制対象行為を追加する令和5年法改正や、「商品」や「商品の形態」該当性に無体物が含まれるとの解釈の明確化を図ることによっても、著作権法との関係で、緊張関係が生じるリスクは低いのではないかと思料する。

(46) 著作権法30条の3ただし書においては、著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、原則どおり著作権侵害となることとしており、このような場合には営業上の利益をも侵害するであろうから、著作権侵害と不競法2条1項3号違反とが同時に成立しうると考えられ、平仄がとれているといえる。

(47) 電気通信回線を通じているとはいえそうであるが、取引を前提としておらず、「提供する」行為といえるか否か疑問がある。

## 5. 令和5年法改正後にいかなる問題が生じうるもしくは引き続き残されているか

### 5.1 商品の同種性に関する問題

#### (1) はじめに

最後に、今般の「商品」該当性についての逐条解説における明確化や、法改正による規制対象行為の明記後、どのような問題が生じうるか、もしくはいかなる問題が未だ残されているか、について検討する。

本稿では、特に以下の項目を取り上げ、私見を述べたい。

一つは、今般の立法動向でも触れられている、フィジカル／デジタルの交錯領域の問題として、現実の商品を第三者がデジタル空間で3Dオブジェクト化して販売等した場合の形態模倣による保護の可能性をどのように考えるのか、という問題である。もう一つは、3Dオブジェクトに関する「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」をいかに考えるのか、という問題である。

#### (2) 問題提起

A社がフィジカルな空間で開発し販売する商品（有体物）が、第三者であるBにより無断で、メタバースなどのデジタル空間において3Dオブジェクト化され販売された場合、A社は、当該Bに対して、当該フィジカル空間における商品の模倣を理由として、当該3Dオブジェクトに関し、不競法2条1項3号に基づく差止請求や損害賠償請求をすることができるか。

不正競争防止小委員会の報告書においては、現行法が「①フィジカル／デジタルを交錯する模倣事例に対応できるか」という視点から、改正の検討が進められ、「昨今、フィジカル／デジタルを交錯するような模倣事例が現れ始めているところ、混同惹起行為及び著名表示冒用行為と同様に、形態模倣商品提供行為にも『電気通信回線を通じて提供』する行為を対象行為に追加し、ネットワーク上の形態模倣商品提供行為も適用対象であることを明確化すべきではないかとの提案を行った。」とされる（同8頁）<sup>(48)</sup>。

筆者の問題意識としては、今般の改正をもってしても、「フィジカル／デジタルを交錯するような模倣事例」に対しては、必ずしも対応できないのではないかという点である。

#### (3) 検討

筆者の問題意識は、いわゆるコピーされる商品とコピー商品との同種性を求める議論に関する。

商品の同種性または代替性について、渋谷は、「模倣の客観的要件としては、形態の実質的同一性のほかに、原商品と模倣商品との同種性または代替性がある。例えばミニチュア・カーやモデル・ガンは、実物の乗用車や銃に対して同種性も代替性も認められないから、模倣商品とはいえない。これらの商品についても、他人の経済的成果の只乗りの要素が認められないわけではないが、これらによって実物の取引に関係する者の営業上の利益が侵害されるおそれ…はないからである。利益侵害のおそれが定型的に存在しない以上、それらの形態利用行為を違法とすることはできない。」と指摘する<sup>(49)</sup>。また、青木も「形態模倣規制においても、実質的同一性の判断において、『商品の同種性』は要求されるであろう。これは、意匠法のように商品それ自体の問題ではなく、形態模倣規制の趣旨から、他の商品への転用には、模倣に係る投資が必要となること、および競合しない市場での模倣は、通常は先行者による投資回収を妨げないことが理由となる。」と指摘する<sup>(50)</sup>。さらに、小野＝松村においても、「先行商品と模倣商品は、具体的な直接的競争をしている必要はない。

(48) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注16)43頁でも、「なお、令和5年改正により、『電気通信回線を通じて提供』する行為が新たに規律の対象となった結果、リアルの商品の形態をリアル空間で模倣して提供する行為に加えて、新たに①リアルの商品の形態をデジタル空間上で模倣して提供する行為…や、②デジタルの商品の形態をデジタル空間上で模倣して提供する行為、③デジタルの商品の形態をリアル空間で模倣して提供する行為…も不正競争と位置づけられるようになった。…」と指摘する。

(49) 渋谷・前掲注30)「商品形態の模倣禁止」389頁。

(50) 青木大也「不正競争防止法におけるデザインの保護—2条1項3号と意匠法との対比を中心に」NBL1020号35頁(2014)。

例えば、選考商品の販売地域は北海道であり、模倣商品の販売地域は沖縄であってもよい。しかし、不正競争防止法2条1項3号の趣旨、商品の形態からの異種の先行商品の形態の除外などからみて、同3号の問題は、同種の商品間（あるいは機能・効用の同一又は類似の商品間）に生ずる模倣問題のみである。同3号の商品に、異種商品の形態の模倣は入らない。おもちゃでのビール瓶、コーラ瓶の模倣などは、同3号の対象にはならない。」と指摘する<sup>(51)</sup>。これらの見解は、実質的同一性の判断にあたって商品間の同種性を要求し、かかる同種性の判断においては、市場の共通性を基準として判断するものと解される<sup>(52)</sup>。私見としても、同号の先行者の市場先行の利益の保護という趣旨に鑑みれば、商品の同種性は必要であり<sup>(53)</sup>、なおかつ基本的には市場の共通性を基準として、先行利益を害するか否かで同種性の有無を判断することが適切である<sup>(54)</sup><sup>(55)</sup>。

そして、かく考えると、例えば現実の商品が「椅子」であるとして、フィジカルな空間における「椅子」の市場と、デジタル空間における3Dオブジェクトとしての「椅子」の市場とは、明らかに別であり、デジタル空間における3Dオブジェクトとして「椅子」が販売されたとしても、フィジカル空間における「椅子」の販売とは競合せず、先行者の売上に影響を与えず営業上の利益を害さないようにも思える。また、そもそも、先に確認したとおり、3Dオブジェクトの制作においては、外観という「デザイン」の検討では重なる部分があるとしても、基本的にはフィジカル空間における商品開発・創作行為と、デジタル空間における3Dオブジェクトの商品開発・創作行為とは別物であり、別個の投資・労力を投下する場合もある。このように、フィジカル空間における商品の市場と、デジタル空間における3Dオブジェクトの市場とが競合するケースは限定的なケースにとどまると考えられ、市場が共通しないのであれば、先行者の先行利益は後行者の模倣行為によっても必ずしも害されないと考えられ、そもそも同法2条1項3号における趣旨が必ずしも妥当しないように考える。そして、不競法2条1項3号は、請求権者の利益の保護と模倣者の模倣の自由と

(51) 小野=松村・前掲注31) 281頁。

(52) 同様の指摘をするものとして、駒田・前掲注11) 5頁。

(53) ただし、実質的同一性の判断にあたって同種性に関する判示をした裁判例は管見の限り見当たらない。

(54) その他、同種性を求める議論をするものとして、東崎賢治「メタバースと商品形態の保護—改正不正競争防止法2条1項3号の観点から—」清水節古稀『多様化する知的財産権訴訟の未来へ』903、913頁（日本加除出版、2023）。関・前掲注28) 42頁。経済産業省知的財産政策室・前掲注31) 42頁などがある。田村・前掲24) 302頁でも、「コピーされる商品とコピー商品との同種性を要求することには意味がある」と考える。商品の種類が異なればそれぞれ独自の商品の開発が必要とされるのであるから、デッドコピーとは言い難い側面がある。他人の新車のミニカーを作る行為など、デフォルメに独自の労力、費用が必要であろう。」「…商品の開発者は通常は他の種類の商品市場からの利益の還元を念頭に置いて新商品の開発を行っているわけではないのであるから、新商品の開発のためのインセンティブを付与するという制度目的からはあえて法的保護を拡大する必要はない。…ただし、ハンカチの模倣をスカーフに用いる場合など、若干の相違があるとしても、新たな労力、費用を費やす必要がないことが明々白々な商品の範囲は保護の対象に含まれるべきである。」と指摘する。併せて田村・前掲注11) 118頁では、「リアルの世界における三次元の実用品のデザインを、インターネット等において『二次元』のデザインに変更した場合、原則として、実質的同一性要件を満たさないと解される。もっとも、二次元の表現といっても、メタヴァースにおいて三次元の商品の形態を立体的に表現する場合は別論が成り立ちうる。少なくともリアルの世界の商品の形態が忠実に三次元的にメタヴァースに再現される場合には、実質的同一性の要件を満たし、不正競争防止法2条1項3号で規制すべき『模倣』に該当すると解される。」と指摘する。なお、田村・前掲注11) 118頁の脚注では、「マニア向けの精密なモデルカーのようにデフォルメが全くない場合は別論となり、『模倣』に当たると解すべきである…。リアル⇒バーチャルに関しても、この理が妥当すると解される。」とも指摘する。このように、本文中に記載の見解及び私見においては、同種性を市場の共通性を基準として判断するのに対し、田村説では、必ずしもそうではなく、同種商品の実質的同一性の判断にあたって後行商品の創作に後行者が特段の労力・費用を要したかという基準を採るものと解される。麻生典「デジタル空間における形態模倣行為の防止」ジュリ1590号40、42頁（2023）においても、「デジタル／フィジカルが交錯する場合でも、デジタル化／フィジカル化された後行商品がそれぞれオリジナル（先行商品）と競業する分野で業として市場に提供されており、デフォルメ等の当該後行商品の形態の商品開発・商品化に追加の労力・費用がかからないのであれば、商品の同種性は肯定されよう。」と指摘しており、田村説と同趣旨の基準を採ったうえでの見解と推察される。このように、同じ「同種性」の議論についても、その内容をどのように理解し、どの判断基準を採るかに、具体的な事例において同種性が認められるか否かの結論は異なりうる。

(55) 立法経緯を見ても、平成4年報告書では、行為態様について、模倣した対象の利用方法のうちで、競業者間の公正な競争秩序を破壊する危険性が特に高い、オリジナルと競業する分野で業として市場に提供する行為を不正競争行為とすることが適切である（20頁）として、「オリジナルと競業する分野」を問題にしている。

の調整を図っているところ、市場が競合せず、本号の趣旨が妥当しないと考えるケースについてまで規制を及ぼすことは、当該調整をかえって損なうおそれがある。

したがって、少なくともフィジカル空間における商品とデジタル空間における商品とは、「模倣」要件の内の実質的同一性の判断において、市場の共通性が認められず同種ではないことを理由に、「模倣」が否定されることになるケースがほとんどなのではないか<sup>(56)</sup>。

もちろん、前述の1. 2 (2) にて確認した「Polycam」などに用いられる技術が益々発達し、フィジカル空間における有体物から極めて容易に3Dオブジェクトを作出できる状況になり独自の開発投資をほぼ要しない状況に至っていく可能性もありうる。しかし、この場合においても、フィジカル空間における商品とデジタル空間における3Dオブジェクトの各市場が競合せず、先行者の営業上の利益（先行利益）が害される関係に必ずしも立たないのであれば、なお3号の趣旨に鑑みて、両者に同種性は認められず「実質的に同一」であるとはいえないと考える。

もちろん、今後、現実の商品から3Dオブジェクトを創作することに独自の開発投資が不要な状況となり、需要者において「3Dオブジェクトを購入できれば現実の商品は購入しなくてもよい」と考えるほどに現実の商品と3Dオブジェクトとが市場で競合する社会が実現すれば、同種性を肯定する余地は生まれ得るであろう<sup>(57)</sup>。

少なくとも現状においては、現実の商品と3Dオブジェクトとの間に市場の共通性が認められる例は稀<sup>まれ</sup>であると考えられ、そうすると同種性が認められず「実質的同一性」が認められる例はほとんどないようにも懸念される。

したがって、今般の法改正では、かかる同種性の議論がまったく行われた様子がないが、同種性の議論の点をいかにクリアするのかにつき疑問があり、フィジカル／デジタルの交錯する模倣事例について、はたして同号が有効活用できるのか否かについては慎重な検討を要する<sup>(58)</sup>。少なくとも、今般の法改正との関係で、

(56) 関・前掲注27)においても、個別の事案に応じた検討が必要としながらも、3Dオブジェクトのモデリング作業や素材の選定等、開発、商品化に向けた新たな資金労力等を投じることあるとし、実質的同一性が否定される考え方も出てくるかもしれない、と指摘する。東崎・前掲注54)においても、「…有体物であるバッグcとデジタルアイテムであるバッグdのように、現実の世界に存在する有体物と、デジタル機器を通してしか知覚し得ないデジタルアイテムとは、ジャンルが全く異なる商品であるというほかになく、『同種の商品』であるとはいえないのが通常であると思われる。そうすると、そもそも、両者の形態は『実質的に同一』ではないと判断されることになる。」と指摘する(913頁)。関・前掲注28)でも、「仮に商品の同種性を求める考え方を徹底すれば、たとえ3号の対象行為に『電気通信回線を通じて提供』する行為を追加したとしても、フィジカルな商品を忠実に再現した3DCGモデル等を作成し販売する行為は、不正競争とはなり得ないことになる。」と指摘する(42頁)。

(57) 関・前掲注28)も、「…ファッション市場の捉え方としてフィジカルとデジタルの境界がなくなったような場合には、将来的に、フィジカルとデジタルの違いは『模倣』該当性において障害とならなくなるかもしれない。」と指摘する(43頁)。

(58) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注16)45頁の脚注8)においては、「リアル⇒リアルに関しては、リアルの自動車を模したリアルのミニカーを販売する行為に関しては、大量生産に馴染むように細部を相当程度省略したり、幼児用の玩具とするために安全性に配慮して角を丸めたりするなど、独自のデフォルメがなされているので、『模倣』に該当しないと解すべきであるが、マニア向けの精密なモデルカーのようにデフォルメが全くない場合には別論となり、『模倣』に当たると解すべきであると考えられている(田村善之「不正競争防止法2条1項3号における『模倣』の意義—保護要件の審査に関する特許庁と裁判所の役割分担—」『機能的知的財産法の理論』51～57頁(信山社、1996年)、田村善之「メタバースにおける『実用品』の利用をめぐる各種知的財産法の交錯」情報通信政策研究7巻1号(2023年)I A-101頁)。そのため、リアルの商品をデジタル空間上で模倣したとしても、デフォルメが全く無いものは、『模倣』に該当し得る。」と説明されている。なお、かかる逐条解説の記載は、「同種性」に関する議論であるか否かは明記されていない。そのため、同種性の議論を前提に、田村説を採用したものであると即断することは早計であるとも考えられ、同種性の議論はせずに、単に一般的な観点を示しただけの解説のようにも思えることを念のため指摘する。特に、経済産業省知的財産政策室編・前掲注31)42頁では、「実質的同一性は、同種の商品間における商品の形態を比較し、」とされていたのに対し、従前の経済産業省知的財産政策室編・前掲注16)43頁では、実質的同一性の判断につき、「実質的同一性は、商品間における商品の形態を比較し…」とされ、「同種の」の文言が今般の改訂の過程で削除されていることが確認できる。かかる削除の趣旨が、「同種」性についてはもはや一切議論しない、という趣旨なのか否かは必ずしも判然としませんが、その可能性があることは否定しきれない。私見としては、これまで田村教授が同種性の議論自体は否定されておらず、むしろ同種性の議論を前提に前掲注54)に記載の田村説を展開されているものと理解するため、田村説に関する論稿を引用する逐条解説の同記載についても同種性の議論自体を否定するものではなく、田村説を採用するものであることを示唆したものと現状理解したい。

同種性の議論をいかに考えるべきか、という点については不分明であり<sup>(59)</sup>、今後の議論や裁判例の蓄積が待たれる。

## 5.2 3D オブジェクトの「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」をいかに考えるべきかという問題

### (1) 問題提起

最後に、3D オブジェクトの「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」をいかに考えるべきかについて検討を加える。

そもそも、メタバースでは、重力などの物理法則はもちろん、フィジカル空間における商品に存在するような機能効用などによる制約が極めて希薄である。例えば、フィジカル空間では、「コップ」は底面と側面とで形成されている必要があり、机等に置くという機能を持たせるためには底面が平らであることが望ましいが、メタバースでは「コップ」は、底面が平らでなくとも机の上に置きうるし、そもそも「底面」さえ必要ないともいえよう。

このように、メタバースなどのデジタル空間における商品には、「その形態をとらない限り、商品として成立しえず、市場に参入することができない」<sup>(60)</sup>といえるような「商品の機能を確保するために不可欠な形態」は、一見すると存在しないようにも思える。そうすると、3D オブジェクトについては「商品の機能を確保するために不可欠な形態」は存在しない、ということ的前提に同号該当性を判断してよいのか、というのが筆者の問題意識である。

### (2) 検討

仮に3D オブジェクトの性質・特徴にのみ着目すれば、「その形態をとらない限り、商品として成立しえず、市場に参入することができない」ような形態がない、それゆえ「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」は存在せず、3D オブジェクトのあらゆる形態が不競法2条1項3号にて保護されうるとも解しうる<sup>(61)</sup>。このように考えると、例えばデジタル空間の3D オブジェクトを、同じデジタル空間で3D オブジェクトとして模倣するケースにおいて、コピーされた3D オブジェクトにはその機能を確保するために不可欠な形態は存在しないことになり、それゆえ先行者の3D オブジェクトの保護範囲は、フィジカル空間におけるそれに比して自ずと広くなろう。仮にフィジカル空間においては当該商品の「機能を確保するために不可欠な形態」であっても、デジタル空間における3D オブジェクトとする場合には「不可欠」ではない以上、3D オブジェクトの開発創作者は、当該形態を開発創作時に容易に回避しうるという点を強調すれば、フィジカル空間における商品の保護範囲と、

(59) この点に関し、駒田・前掲注11) 5頁では、渋谷や小野=松村による、商品の同種性を市場の共通性を基準として判断する見解を紹介したうえで、「そうすると、これらの見解に従った場合には、今般の改正によっても本号によってNFT商品への転用事例に対応することはできないことになる。しかし、今般の改正は、まさにそのような事例に対応するための改正であるから、結局のところ上記の見解は立法上の認知を得なかったというほかないであろう。逆にいえば、異種商品であることの一事をもって本号の適用は排除されないことが、今般の改正によって明確化されたといつてよい（ただし、立法の準備過程において、商品の同種性に関する深い議論が行われた形跡はない。）」と指摘する。しかし、前掲注54)の田村説によれば、同種性の議論を維持したうえで、今般の改正を理解することが可能である。加えて、立法過程において、同種性の議論自体が明確に行われた経緯もほぼ見受けられないから、同種性の議論に関し、立法過程でいかなる見解が採られたかは不明と言わざるを得ず、依然として解釈に委ねられているように考える（ただし、前掲注58にて指摘したとおり、経済産業省知的財産政策室編・前掲注16) 43頁において、実質的同一性の判断につき、「実質的同一性は、商品間における商品の形態を比較し…」とされ、「同種の」の文言が削除されている経緯は看取できることを念のため付言する。）。かく考えると、令和5年改正法の意義は縮減されてしまうが、同種性の議論における議論を採用し、市場共通を基準にこれを判断する見解（私見）が直ちに排斥されたといえるわけでもないように思える。少なくとも、同種性の議論自体が今般の改正によって立法の認知を得なかった、すなわち異種商品であっても実質的同一性が肯定されうる、と即断することまでは尚早なように思われる。

(60) 経済産業省知的財産政策室・前掲注16) 92頁。

(61) 東崎・前掲注54) 917頁も、「デジタルアイテムの場合には、現実の世界に存在する有体物の商品のような『機能』は基本的にはないと考えられ、したがって、機能を確保するために不可欠な形態も基本的には存在しないと思われる。」との問題意識を示す。

デジタル空間における3Dオブジェクトの保護範囲とが異なってもよい、という考えも成り立ちうる。

しかし、これでは、フィジカル空間ではパブリックドメインとして保護されない形態が、デジタル空間では改めて保護され得る状況が作出されるということにほかならない。

そもそも、「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」を除外した趣旨は、「…その形態をとらない限り、商品として成立しえず、市場に参入することができないものであり、特定の者の独占的利用に適さないものであって、その模倣は競争上不正とはいえないため、『商品の形態』から除外することとした。」とされる<sup>(62)</sup>。このように、商品の機能を確保するために不可欠な形態が除外されているのは、いわばその形態が「特定の者の独占的利用に適さない」といえる（競争上不正といえない）からである。

そして、デジタル空間における3Dオブジェクトの多くは、未だフィジカル空間における商品を元に（もしくはモチーフとして）生み出されていることは想像に難くないことに思いを致し、なおかつ不競法が行為規制法であり、権利の公示制度等がないことにも鑑みれば、フィジカル空間におけるパブリックドメインをデジタル空間については改めて保護を受けうるような帰結を許容することは、後行者の開発創作活動に過度な萎縮効果を生じさせかねない。

それゆえ、上記考えのもとでは、<sup>いたずら</sup>徒に先行者と後行者の利益調整を損なうか、少なくとも混乱をきたしかねず、自由な競争を阻害しうることに十分留意しなければならないと考える。

では、3Dオブジェクトの「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」をいかに考えるべきか。

一つの選択肢としては、フィジカル空間における保護範囲とデジタル空間における保護範囲とを、独占的利用に適さない形態については同様に解する方向性での議論がありうるのではないか。かく解したとしても、フィジカル空間において独占的利用に適さないとされる形態について保護範囲から除外されるだけであり、先行者の先行利益を徒に害することはないように思われる。また、このように考えれば、フィジカル空間における「独占的利用に適さない」いわばパブリックドメインの形態と、デジタル空間におけるそれとが一致しうることになり、後行者にとっても、予測可能性が担保され、フィジカル空間における開発創作に比して、徒に開発創作の萎縮効果を招くおそれは解消されうる。

そこで、デジタル空間の3Dオブジェクトであったとしても、当該オブジェクトと同じ類型の商品がフィジカル空間に現実に存在する場合には、当該フィジカル空間における商品の「機能を確保するために不可欠な形態」を参照して、3Dオブジェクトの「機能を確保するために不可欠な形態」を判断することが一案と考える<sup>(63)(64)(65)</sup>。

以上

(62) 経済産業省知的財産政策室・前掲注16) 92頁。

(63) 例えば、コップとして売られる3Dオブジェクトについては、フィジカル空間における「コップ」の「商品の機能を確保するために不可欠な形態」を参照して判断する。

(64) 関真也「デジタルファッション・ロー～メタバースにおけるアバター用ファッションのブランドとデザインの保護～」パテント77巻3号46頁、51頁（2024）においても、「デジタルファッションは『商品の機能を確保するために不可欠な形状』等を観念しづらいため、フィジカルなファッション製品よりも保護を受けやすいと考えることもできる。もっとも、フィジカルなファッション製品をバーチャル空間に持ち込むものであるがゆえに、そうした商品が当然に備える形状等をデジタルファッションも備えているのが通常である場合に、過剰な市場の独占を避けるためにその保護を控えるべきか否かという問題が生じ得る。」と指摘する。

(65) 産業構造審議会知的財産分科会不正競争防止小委員会第23回（開催日：2023年11月1日）配布資料5「不正競争防止法の改正に伴う逐条解説等の改訂方針（案）について」5頁では、「改正内容及び前回審議会での結論を踏まえて、【逐条解説】に以下の記載を追記する。」とし、「デジタル空間上の商品（例えばアバターに着せる『洋服』なるもの）は、本来的には機能（雨風を防ぐ等）を有しないことから、機能上不可欠な形態というものは観念しえないが、リアルにおいて観念することができる商品であれば（例えば洋服）、そのリアルの商品をもって機能上不可欠な形態かどうか判断される旨」との指摘がある。かかる方針は、私見に沿うものである。その後公開された経済産業省知的財産政策室編・前掲注16) 93頁においても、「なお、令和5年改正に伴い、『商品の形態』に無体物も含まれることとなった。無体物における『商品の機能を確保するために不可欠な形態』について、デジタル空間上の商品（例えばアバターに着せる『洋服』なるもの）は、本来的には機能（雨風を防ぐ等）を有しないことから、機能上不可欠な形態というものは観念しえないが、リアルにおいて観念することができる商品であれば（例えば洋服）、そのリアルの商品をもって機能上不可欠な形態かどうか判断される。」と解説されるに至っている。かかる判断方法は、私見に沿うものである。