

# 14 デザイン—模倣品に対して過小評価されている対抗手段<sup>(\*)</sup>

招へい研究者 ステラ・パドバーニ<sup>(\*\*)</sup>

意匠は、産業製品の外観を保護する知的財産権であり、イノベーションを奨励し、市場の競争力を高め、社会における基本的な役割を果たしている。意匠権は、産業製品に価値を付加し、新しい魅力的な商品の消費者の需要を喚起し、できるだけ多くの訴求する商品の需要を満たすとともに、価格で差別化された産業製品の中からの選択の可能性を広げる様々な類似製品の品揃えを可能にするので、企業にとって不可欠である。意匠権は、あらゆる第三者をその商業的利用から排除する絶対的な排他権である。したがって、意匠権は、製品の形状の模倣から効果的に保護するためのふさわしいツールでなければならない。しかしながら、この権利は、議論の余地のない自由の原則に基づく競争に制限を与える。産業製品の形状における模倣の自由と排他的権利のバランスは、グローバル化した市場の健全な成長と、関係する全ての利益の保護のために不可欠である。したがって、排他的な意匠権を確立する要件、また、保護の範囲を決定する要件を理解することが不可欠である。欧州連合の意匠法と日本の意匠法は、意匠権の保護、とりわけその執行を可能にするのに異なる要件を定めているように思える。両法域は、しかし、それぞれの意匠制度によって規定される要件を明らかにまだ決定していないように思える。この研究の目的は、問題を含む側面があるようならば、それに注目し、意匠に認識されている保護が模倣品に対して十分であるかどうかの確認を試みながら、欧州連合と日本における意匠権の保護の範囲がどのように確立されているかを比較分析することである。

## I. 序論

意匠権は競争ツールであり、イノベーションと産業の発達を促進する。意匠は、工業製品の外的側面を保護するものであり、外観と機能性が結合したものである。

物品の外観が市場において果たす役割は、否定の余地がない。消費者は、外観を見て、製品購入によって得られる利益を判断する。

意匠は、その権利者に対して、意匠を業として実施する独占的権利を与える。これは、競争原理の例外である。

既存の意匠水準から発想を得ることは普通のことである。しかし、これが新しいものを作り出す行為となるのはどの時点かを確定することは難しい。第三者の製品を無制限に模倣することが可能であれば、イノベーションは促進されないだろう。

経済を健全に発展させ、市場ツールとしてのデザインの力を高めるためには、意匠権の成立と権利行使の要件を明確化することが重要である。

本研究の目的は、欧州と日本で達成されている意匠権の保護について考察し、意匠が企業にとって十分なものか、また、意匠の保護及び権利行使可能性を高めるために何らかの調整を施すべきかどうかを考察することである。

## II. 欧州の意匠法

### 1. 法的枠組み

欧州連合(以下、「EU」)は、「意匠の法的保護に関する1998年10月13日の欧州議会及び理事会指令98/71/EC」(以下、「意匠指令」)及び「共同体意匠に関する理事会規則No.6/2002」(以下、「意匠規則」)を通じて、各加盟国間の一定レベルのハーモナイゼーションを達成している。これらは、登録意匠及び無登録意匠に関する統一的な欧州共同体共通の法を確立するものである。

意匠規則は、意匠を、美的又は芸術的価値を基準とすることなく、その外観に着目して客観的に定義している。このことは、イタリアとドイツの旧意匠法でも同様である。

意匠とは「製品の全体又は一部の外観であって、その製品自体及び／又はそれに係る装飾の特徴、特に線、輪郭、色彩、形状、織り方及び／又は素材の特徴から生じるものをいう。」とされている<sup>1</sup>。

意匠権の成立要件は新規性及び独自性であり、これらは、意匠指令に定める共通原則に従い、意匠指令、意匠規則及び各加盟国の国内法令で同様の態様で定められている。

新規性は、相対的な新規性という意味で定義される。独自性は、知識を有する利用者を与える全体的印象の差異であり、意匠創作者の有していた自由度が勘案される<sup>2</sup>。

(\*) これは特許庁委託平成23年度産業財産権研究推進事業(平成23～25年度)報告書の英文要約を和訳したものである。和訳文の表現、記載の誤りについては、すべて(一財)知的財産研究所の責任である。和訳文が不明確な場合は、原文が優先するものとする。

(\*\*) イタリア・Jacobacci & Partnersミラノ事務所弁護士

意匠の保護は、独自性に差異のない要素によって特徴付けられるあらゆる形状に及ぶ。

こうした概念は、意匠の有効性及び権利範囲を決定付けるものであり、EU加盟国の国内法令に基づく過去の規定との関係では新たな要件となっている。

## 2. 保護の範囲: 新たに導入された要件

意匠の権利行使は、独自性、全体的印象、知識を有する利用者及び意匠創作者の自由度を基礎とする。

EU法は、これらの要件を具体化しておらず、その具体的な意味や、意匠指令に基づく各国意匠法と意匠規則を最もハーモナイズされた方法で適用するために参照すべき整合的な一連の原則に関しては、いまだに不明確な点がある。

### (1) 独自性、全体的印象及び評価基準

独自性とは、意匠を既に市場に存在する製品の形状と区別することを可能とする、一連の個性的特徴をいう。

知識を有する利用者によって認識された意匠の全体的印象と、同じ者によって認識された公知意匠又は被疑侵害物品の全体的印象が異なる場合には、独自性が認められる。

全体的印象とは、知識を有する利用者に対して、既視感を与えるようなものであってはならない。

この要件の目的は、市場に影響を与える形状に対する期間限定の保護を確保し、独自性のない、ありふれた又は中立的な形状はパブリック・ドメインのまま残しておくことにある。

独自性の判断は、侵害の判定における最も困難で重要な課題である。

全体的印象が基準とされていることは、意匠は総合的判断によって一体的に観察すべきことを意味する。比較は、平均的な消費者が気付かないような形状の差異を捉えることができる、知識を有する利用者の観点から行わなければならない。また、各形状を全体的に観察し、複数意匠の全体的印象が異なっているかどうかを判断しなければならない。

全体的印象の差異は、複数意匠の最も訴求力の強い構成要素を基準に判断すべきである。

知識を有する利用者とは、製品をその本来の目的に従って利用する者で、ありふれた形状とは異なる、通常の利用における使用者の意識に最も訴える構成要素にまず印象づけられる。

EU意匠制度は、全体的印象に着目しており、意匠の有効性又は侵害の判断においては、製品を明示的に基準とはしていない。

市場が、知識を有する利用者を通じて、権利行使された意匠の全体的印象が、被疑侵害意匠の全体的印象と異ならないと認識した場合、これらの意匠に係る製品の性質が異なっても、侵害が認定されることとなる。

日本の制度においては、侵害判断においては製品(物

品)が厳正に考慮される。この意味では、知識を有する利用者からみた全体的印象のみに依拠するEU制度の方が、日本の制度よりも抽象的な柔軟性を有するようと思われる。

### (2) 知識を有する利用者

この者は、意匠の独自性の標準となる人物であり、この者を基準に意匠の保護範囲が決定される。この者は、商標法にいう平均的な消費者を想起させるとも思える。しかし、「知識を有する(informed)」という形容詞は、特許法で認識されている、知識と注意力のレベルが平均的な消費者を上回る専門家も想起させる。

利用者が知識を有するといえるためには、既存の意匠群を知っている必要がある。独自性の判断に際しては、「意匠を適用するか又は組み込む対象である製品の内容、並びに特に当該意匠が属する産業分野」を考慮に入れなければならない<sup>3</sup>。

欧州連合司法裁判所(以下、「ECJ」)の下したさまざまな判決においては、この仮想的な人物は、意匠創作者、技術的専門家、意匠が組み込まれる製品の製造・販売者を除外するという方法で、消極的に定義されてきた<sup>4</sup>。

知識を有する利用者とは、関連分野における既存の意匠群を知っており、また、当該製品に関心を持った結果として利用するにはかなり高い程度の注意力を示す者である<sup>5</sup>。

知識を有する利用者とは、平均的な消費者と専門家との中間にある者ということになる。その具体的な特徴や知識は、具体的な事案に応じて判断される。

EUレベルでの共通原則がないため、上記のことは、意匠権の保護範囲の法的安定性と、更には侵害訴訟の結果にとって悪影響を及ぼす可能性がある。

### (3) 意匠創作者の自由度が保護範囲に及ぼす影響

独自性の判定に当たっては、意匠創作者が当該意匠の創作に当たって有していた自由度を考慮に入れる必要がある。

独自性ある形状を創作する余地は、競争的な意匠分野(crowded art)と、意匠製品がその機能を発揮するために必要な機能的特徴によって狭められる。

一般的な消費者の需要、分野における傾向、人間工学的要素、製造・制作コストなどは、自由度を制限するものとして考慮すべきではない。実際に、デザインに強い独自性をもたらすのは、ありふれた特徴や一般的に期待される特徴との差異である。

このような自由度を基準とすると、独自性の程度が低い形状の保護が可能となる。そして、それとほぼ同一の形状に対して権利行使も可能となる。

## 3. 批判的考察

産業界からの工業製品外観の保護拡大要求に応えた、現行の意匠法に定める要件が、特に技術的分野において

権利者の意匠保護に十分なものであるかは疑問である。

意匠保護を強化し、意匠の市場価値を十分な形で守るためには、意匠をより厳格なアプローチによって再検討するのが適切だと考える。例えば、物品形状が意匠保護を受けるために必要とされる独自性の程度を明確化し、「顕著な差異」という観点から権利保護範囲を決めること、また、「知識を有する利用者」を、当該製品の利用者で現在の意匠水準の動向について平均的な知識を有する者と定義し、余り高度な知識を求めないことなどである。

その結果、先行公知意匠と著しく異なる形状を有する意匠、競争的で技術的な分野の意匠のみが独占排他権の対象としての価値を有することとなり、保護の範囲も広がる。また、被疑侵害製品が著しく異なる全体的印象を生み出す場合のみ、侵害の成立が否定されることとなる。

上記のことは、競争に適用される原則に沿っていると考えられる。独自性の高くない形状は、不正競争防止法の要件を充たしていれば同法によって保護される。商品の品質及び価格帯の異なる同一種類製品の競争に関する一般消費者の利益、更にはイノベーションも確保されることとなる。企業は、工業製品の商業的実施に対する期間限定の独占排他権を取得するため、特に独自性の高い形状を開発せざるを得なくなる。

### Ⅲ. 日本における意匠保護

意匠法(1959年4月13日法律第125号)(以下、「日本国意匠法」)は特許アプローチを基礎としている<sup>6</sup>。

日本国意匠法では、意匠保護の目的は産業発展の促進にあると明記されている。

意匠は美感を基準として定義されており、これは意匠を考案と区別する基準である。美感とは、工業製品に対して需要者の注意を喚起することのできる性質であり、EUレベルで認識されている独自性に似ているようだ。

日本国意匠法では、形式審査及び実体審査の手続が定められており、権利の成立には厳しい要件を設定している。無登録意匠は認められておらず、不正競争防止法によって保護される。

#### 1. 新規性

絶対的及び客観的な新規性が、先行公知意匠との同一性又は類似性の点から定められている。その判断基準点は、需要者の美感である。

類似性の判断基準については、いまだに争いがある。通常基準とされるのは、一般的需要者が注意を向ける要素の美感である。

意匠の有効性及び保護範囲を判断するに当たって、誰を

基準として類似性の判断をすべきかは、見解が分かれている。

日本国意匠法は「需要者」と定めており、英語では、意匠を組み込んだ製品の「観察者(observer)」又は「利用者(user)」に近い。権利化過程及び侵害事件の双方における判断基準点は、一般需要者よりも注意力と知識のレベルが高い観察者、利用者、産業材購入者、事業者である。

意匠法上明示されていないが、新規性の判断においては、物品の同一性又は類似性も判断される。

#### 2. 創作非容易性

創作非容易性の要件により、当事者が先行公知意匠の外観に基づいて容易に創作をすることができた意匠は、登録を受けられなくなる。

創作非容易性は、侵害の判断の際には考慮されないため、権利の成立とその行使の間で齟齬が生じているようである。

#### 3. 保護の範囲

意匠権は、登録意匠及びそれに類似する意匠を業として実施する独占権である。類似性は、需要者の目から見た、意匠によって生じる美感を基準として判断される。

侵害の成否の判断に当たっては、意匠の同一性又は類似性と、物品の同一性又は類似性が考慮され、創作非容易性は考慮の対象とならない。類似の美感が認められない場合には、たとえ被疑侵害意匠が当事者によって創作容易であったとしても、侵害は認定されない。

侵害の判断においても、美感の定義、需要者、類似性及び物品の関連性という審査手続と同じ問題点が生じる。

特に、創作説、混同説及び需要説によって、類似性判断の根拠を明確化することが試みられている<sup>7</sup>。

大部分の判例は、日本国意匠法の目的が需要者や事業者の混同を防止することにあるとして、混同説に依っているようである。

最も争いのある論点は、まず、同一性又は類似性のみが考慮されるという点、それから、物品の関連性、さらに、需要者を基準とすることである。この者には一般的な定義がなく、各事案の具体的事情に応じて判断されるため、権利者にとっては訴訟の結果及び意匠の保護範囲に対する法的安定性が損なわれ得る。

### Ⅳ. 判例法

#### 1. 欧州判例法

欧州司法裁判所(以下、「ECJ」)の判例法は、現在もまだ数少ないので、独自性、知識を有する使用者、全体的印象を均一に解釈し適用する方法は、現在もなお不確かかつ不明瞭である。

ECJは、C-281/10事件の判決で意匠規則に関して判断し、意匠指令の施行からたった10年後に共通の原則をいくつか示している<sup>8</sup>。

この判決で、ECJは、知識を有する利用者とは、関連製品に精通しており、公知意匠についてある程度知っており、平均的な消費者と部門の専門家の間に位置する者だとした。

意匠間の比較は、係争対象の意匠の構成要素に関する不完全な記憶に基づいて行われる場合があり、必ずしも直接的な比較である必要はない<sup>9</sup>。

同様の原則は、座っている人物の形状に関する別の判決にも適用されている<sup>10</sup>。

本研究では、欧州連合一般裁判所及びイタリア、ドイツの国内裁判所に提起された事件も分析する。

## 2. 日本の判例法

日本国意匠法は、需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいた類似性の観点から保護の範囲を規定している。

EU法により与えられる保護が控えめなものであり、日本国意匠法の方が広範な保護を登録意匠に与えているように思われるのは、JPOが実体審査を適用していることに起因するであろう。

権利行使という点では、登録意匠の保護の範囲が法の文言により享受し得ると考えられるほどとなっているのか疑問の余地がある。

判例法の分析によれば、侵害に関する判決において検討されるパラメータは不明瞭であり、判断の大部分は具体的な事案に依って決まるものと思われる。

特に類比的判断の基準となる者やその知識や関心の程度については、共通の規則が存在しない。

裁判所は、需要者について異なる定義、つまり、運営者、最終消費者、一般消費者、購入者、看者、取引者、使用者を採用しているようである<sup>11</sup>。

## V. 意匠制度の比較

EUと日本の意匠制度の重要な相違点は、新規性、類似性、それらの判断と侵害の判断で考慮すべき基準である。

日本では、実体審査を経て登録が認められる。

絶対的新規性及び創作非容易性は、関連分野の公知意匠を顕著に改善する意匠に対して保護を与えると思われる。

意匠権は出願書類に記載された物品に厳密に縛られるようである。判断は、需要者を基準とした形状と製品との関係及び当該技術に熟練する者にとって容易に創造できないものであることを評価する厳格なアプローチに基づいて行われる。権利行使に関しては、創作非容易性は基準とせず、需要者にとって被疑侵害意匠には同一又は類似する美感があるかだけを

基準として、保護は認められる。

日本国意匠法は需要者の特徴を定めていないので、個別の事例において判断が行われる。したがって、意匠と物品のいずれもが同一であるか、ほぼ同一である場合でなければ、判決の結果を合理的に予測することは不可能である。

美感の評価では、裁判所は原告意匠に係る物品と被疑侵害製品の同一性及び類似性を検討する。

意匠に係る物品は、その用途又は機能のいずれかに従って同一又は類似であると見なされる。

日本の裁判所は、需要者が捉える製品間の混同を基準としているようである。

EUの意匠指令及び意匠規則は、実体審査を導入していないので、意匠は方式審査後に登録される。もともと、出願人にとっては、日本でよりもEU内で意匠権の登録を認めさせるのが容易であると思われる。

EU法の新規性は、日本国意匠法よりも狭義に定義されている。すなわち、相対的新規性、及び出願意匠と公知意匠又は被疑侵害製品との間の同一性の欠如という観点で定義されている。新規性の概念で考慮されないのは、重要でない詳細に関する相違点である。

EU意匠法制度では、独自性を通じて、新規性に影響されない特徴が関連のあるものとなる場合はあるとはいえ、独自性は、やはり主観的な評価を受けやすいと思われる。侵害に関する判決では、裁判所に異なる全体的印象を確信させるかを決定付けるのは、当事者の能力にかかっている。

出願書類に記載された製品の記載は、それ自体は保護範囲の決定において重要ではない。EUの意匠制度では、知識を有する利用者の捉える形状の独自性が中心となっている。意匠権は、理論上は、業界を問わず、知識を有する利用者異なる全体的印象をもたらさない後行意匠全てに効力を有する。

実際には、知識を有する利用者は、全体的印象を確定するため関連産業分野を考慮する可能性が高いので、製品が異なるからといって事前に侵害が否定されることはない。

知識を有する利用者の知識と関心の程度は、通常需要者に想定されるそれよりも高い。

知識を有する利用者の特徴が不明瞭にされており、その具体化が個別の事例において行われる結果、意匠の保護範囲の法的不安定性が生じ、意匠権者及び第三者に不利益を生じさせている。

同じ意匠権であっても、比較対照となる意匠間の相違を把握しにくい需要者を基準とする日本の意匠法に基づく方が、対照的にその相違に気づいてしまう知識を有する利用者を基準とするEU法に基づくよりも、権利を行使しやすいと思われる。

上記は、実体審査により加味されているようである。

物品を厳密に選定している、同一性又は類似性を唯一の

基準としている、事案毎の需要者の特徴が具体化される、といった事情を考慮すれば、日本の意匠権者も必死で自身の権利を行使しようと努力しているとの結論を導くことができる。

## VI. 結論

EUと日本は、(それぞれの法律で異なった表現がされているが)同じような概念に基づき意匠の保護を受けるための要件を定め、そうした概念を判断するにあたり、同様の困難に直面している。

意匠を通じて需要者にもたらされる日本の美感は、欧州の全体的印象に相当する。日本の需要者の特徴は、欧州の知識を有する利用者の特徴と同様に、事案毎に定義されている。

日欧の法域で共通するのは、特に意匠の保護範囲の判断基準となる者の特徴、知識及び関心の程度に関して共通の原則がない点である。

両国では、これらの問題に関する議論に決着は付いていないが、意匠を製品の外観を保護する手段とし、混同を基準としないように、より明確かつ安定した原則に基づいて、意匠の所有者に十分な保護を認めるためには、この問題は極めて重要である。

知識を有する利用者又は需要者を一般需要者にあまりに近い存在としてみなしてしまうとすれば、意匠の保護範囲が広げられ、全体的印象又はこれと同様の美感の判断が混同の概念に基づき行われるおそれがあり、これは魅力的なツールとしての意匠そのものの価値を損ね、また競争も損ねることになる。

反対に、知識を有する利用者又は需要者である人物とは、関連分野について高い知識を有し、特徴間の相違を捉える能力を備えた特に注意深い観察者とみなせば、意匠の保護範囲を狭め、その保護は主に同一の形状の場合に認められることになり、これは意匠権者の不利益となる。

両法域で、市場ツールとして排他的意匠権を十分に行使できることと、競争原理との間のバランスを取る必要性が感じられている。

EUレベルでは、C-281/10事件でのECJ判決以後、知識を有する利用者とは、一般消費者と専門家との間に位置づけられる者であることが明らかになっている。

今後は、加盟国の知的財産特別裁判所がECJの示した原則をいかに適用するかが注目される。

日本も同様に、最高裁判所が明確に述べているように一般需要者という基準は有用ではあるが、この基準を避けつつ、需要者と専門家との間の人物を基準とするという可能性に気づいている。

無登録意匠について権利行使したり、著作権又は不正競争に基づく措置をとるよりも、立証責任という点で、登録意匠

に基づき法的措置を講じる方が容易であることから、本研究で分析された意味での意匠は、同一もしくはほぼ同一の製品から形状の魅力を守る優れたツールであると思われる。

もともと、EUと日本の両法域で、意匠はそれぞれ異なるが全体的印象及び類似の美感に拡大して適用されることにより、その所有者に広範な保護を認めさせることができるだろう。

この保護範囲を有効なものとする中で、競争力ある市場ツールとしての意匠の影響力は確実に強まるだろう。

上記の目的で、意匠権の付与要件及びその権利行使のための要件の厳密な解釈を再び一般的とすることが妥当だと考えられる。これは例えば、著しく異なる全体的印象又は美感を侵害としないための要件とする、厳密に製品に縛られた保護を回避する、知識を有する利用者／需要者とは需要者と専門家との間の者であると明らかにし、事前にその者の平均的な特徴を設定し、具体的な事案において基準とする具体的な分類を決定する(関連分野に属するウェブフォーラム、各分野のジャーナリスト、関連分野の雑誌の購読者)などにより行う。

この問題は、厄介な問題である。EUと日本がこれらの問題を自覚している事実、これまでに欧州連合と日本の制度調和に向けて達成された結果と両者間で現在行われている比較研究、これらは一層統一された意匠の保護及び権利行使の制度を確立するためには正しい措置である。

<sup>1</sup> 意匠規則3条1項a号。

<sup>2</sup> 意匠指令5条及び意匠規則6条。

<sup>3</sup> 意匠指令13及び意匠規則前文14。

<sup>4</sup> EU General Court's decision in Case T-10/08, of September 9, 2011.

Source:  
[http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/RCD/case-law/jj080011\\_en.pdf](http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/RCD/case-law/jj080011_en.pdf).

<sup>5</sup> ECJ's decision in Case C-281/10P, of October 20, 2011. Source:  
[http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/RCD/case-law/jj100281\\_2\\_en.pdf](http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/RCD/case-law/jj100281_2_en.pdf).

<sup>6</sup> *Design Law*, by P. Ganea, in *History of Law in Japan since 1868*, Ed. Röhl/Bill 2005, p. 461.

<sup>7</sup> *Establishing Infringement of Design Rights and the necessity of visibility of the protected design - Limits to the effect of design Rights to Components*, Kenji Yamaguchi, in A.I.P.P.I (英文ジャーナル), vol. 30, No. 2/2005, pp. 70. 同72頁にて、著者は、混同説のサブカテゴリーの名称を変えることを提唱している。また、山田知司「意匠の類否」牧野利秋ほか『新・裁判実務体系4 知的財産関係訴訟法』374頁(青林書院、2001)参照。

<sup>8</sup> Decision of October 20, 2011. 出典:  
<http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/RCD/caseLaw/appealsCFI.it.do>  
(2013年3月1日現在)

<sup>9</sup> PepsiColは、EUGCが知識を有する利用者側の係争対象の意匠に関する不完全な記憶に依拠するのではなく、直接の比較に依拠していると主張した。

<sup>10</sup> Cases C-101/11P and C-102/11P, H. Neumann, A. Galdeano and OHIM vs J.M. Baena Grupo SA, decided on October 18, 2012. 本件は、凶案商標に關係する。ただし、判決では、意匠の要件が適用された。出典:  
[http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/RCD/case-law/jj110101\\_2\\_en.pdf](http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/RCD/case-law/jj110101_2_en.pdf).

<sup>11</sup> 次の判決を参照にした。資料は、東京の鈴榮特許総合事務所の吉田親司弁理士に提供していただいた。大阪地判平成13年2月20日(平成11年(ワ)第11203号)、大阪地判平成13年4月5日(平成12年(ワ)第2240号)、東京高判平成14年6月27日(平成13年(ネ)第5158号)、東京地判平成14年8月28日(平成13年(ワ)第26362号)、東京地判平成15年1月31日(平成14年(ワ)第5556号)、大阪地判平成17年12月15日(平成16年(ワ)第6262号)、知財高判平成17年10月31日(平成17年(ネ)第10079号)、東京地判平成19年3月16日(平成18年(ワ)第9943号)、東京地判平成19年4月18日(平成18年(ワ)第19650号)、東京地判平成20年10月30日(平成20年(ワ)第1089号)、大阪地判平成21年11月5日(平成21年(ワ)第2726号)