

10 応用美術（デザイン）の法的保護 —韓国と日本の意匠法、不正競争防止法及び著作権法の比較を中心に—^(*)

招へい研究者 チャ・サンユク^(**)

この報告書は、韓国と日本の応用美術やデザインの関連保護法制を比較法的に対比及び分析することに中心を置いている。特に、両国の著作権法、韓国のデザイン保護法と日本の意匠法、そして両国の不正競争防止法などを比較法的に対比しながら、応用美術の法的保護に関する立法態度とその運用状況について調べ、両国の判例を検討しながら、これを通じて示唆点を導くことにある。

まず、韓国法と日本法における応用美術の保護について全体的に見ると、応用美術はデザイン保護法と意匠法、著作権法で保護されており、また、両国の不正競争防止法の規定によっても補完的に保護されている。著作権法との重疊的保護については、韓国では著作権法が応用美術著作物を明文で規定して保護しているのに対し、日本は著作権法上の規定では応用美術の保護の可否が不明確で、判例上、一定の場合に限って美術著作物として保護している点にかんがみると、韓国の方がより積極的な態度をとっていると評価することができる。

両国の著作権法による応用美術の保護は、特に、応用美術の著作物性の判断基準について、韓国著作権法では独自性の要件、日本の判例では純粋美術と同一視できる程度の創作性という要件に対して、具体的な基準を設けることが両国の著作権法の課題であると考えられる。

両国の不正競争防止法では、例えば、商品の容器や包装等については、商品主体混同行為と営業主体混同行為を含む混同惹起行為、著名商標希薄行為又は著名表示冒用行為に関する規定で保護している。また、商品形態に関しては、他人の商品形態を模倣して、商品を譲渡等する行為を不正競争行為に挙げ、デッドコピーの規制に関する規定によって保護しており、未登録の応用美術やデザインの保護に大きな機能と役割を果たしている。ただし、短期間の保護及び模倣排除の性質、そして、除外規定の存在等により、応用美術のうち、特に、商品形態の保護には限界があると判断される。要するに、両国の不正競争防止法による応用美術の保護に関しては、全般的に類似しているが、具体的な保護要件や侵害時の救済方法については個別の違いはあると考えられる。

I. 序論

応用美術の知的財産保護に関連して、韓国と日本の現行法体系は、創作的成果や競争的成果を獲得した者に動機又は補償に相当するインセンティブ (incentive) を与えるために権利を付与する方法（著作権法、デザイン保護法/意匠法）と、差止請求権などを付与することにより、行為規制を通じて間接的にインセンティブを与える方法（不正競争防止法）の両方を採用している。このような保護形態において考慮しなければならない点は、創作者や競争成果をあげた者に、独占権、又は行為規制を通じた独占権に類似した効果が発生する法的な権利（例えば差止請求権など）を付与することにより発生する競争制限的效果と、そのような創作的成果や競争的成果を公衆が利用できる状態

(public domain) にしておくことで、消費者や国民全体の利用厚生を増進するという意味での競争促進効果との均衡を図ることであるといえる。最近、韓国と日本でデザイン保護と関連した法制の改正があった。そうした改正の流れのなかには、応用美術やデザインの法的保護と関連して、登録制度として保護するのか、未登録制度として保護するのかの問題、登録デザイン権の登録出願手続きに審査主義をとるのか、それとも無審査主義をとるのか、あるいは両方を併用するのかの問題、未登録デザインの保護と関連して、権利付与方式を選択するのか、それとも行為規制方式を選択するのかの問題、そしてデザイン法と著作権法の重疊的保護を認めるのか否かという問題など、難しい問題が含まれている。

この報告書の目的は、韓国と日本の応用美術保護と関連

(*) この要約は筆者による特許庁委託平成 20 年度産業財産権研究推進事業報告書の英文要約を和訳したものである。翻訳文の表現、記載の誤りについてはすべて(財)知的財産研究所の責任である。

(**) 韓国 法務法人常緑パートナー

して、両国のデザイン保護法と意匠法、両国の著作権法及び不正競争防止法を比較法学的に対比して考察することにより、デザイン保護の望ましい方向を模索することにある。

II. 韓国における応用美術の保護

1. 韓国のデザイン保護法による応用美術の保護

(1) 韓国のデザイン保護法2条1号の定義規定によると、デザインの成立条件として、(一) 物品性 (二) 形態性 (三) 視覚性 (四) 審美性がなくてはならない。^{(*)1} このような条件にかんがみて、応用美術の領域に属するものであっても、物品の外観の形態として具体化できないものは、デザイン保護法の対象にならない。また、デザイン保護法上のデザインは、物品と一体不可分の関係にあるので、物品に統一性がない時は、その物品の表現であるデザインもまた類似性がないと見なければならぬ。^{(*)2} デザイン保護法は、そのデザインの定義規定のなかに、2001年改正法(2001年7月1日施行)上、部分デザインを、2004年改正法(2005年7月1日施行)上、書体(typeface)を物品性を擬制する方法として含めることにより、物品性要件の厳格性は次第に緩和されつつある。応用美術の一種としてのキャラクターについて、デザインとして登録を受ける場合でも、部分デザイン制度は有用であると評価を受けている。^{(*)3} また、部分デザイン制度の導入により、画像デザインの保護がより柔軟に保護対象として包摂された。^{(*)4}

(2) デザイン保護法による応用美術やデザインの保護は、登録主義に基づいている。デザイン保護法上の登録要件としては、産業上利用可能性(5条本文)、新規性(5条1項

1号ないし3号)、創作非容易性(5条2項)がなくてはならない。また、デザイン保護法6条の「デザイン登録を受けられないデザイン」に該当してはならない。デザイン登録要件として産業上利用可能性をあげたことは、量産できる蓋然性^{(*)5}があるものを登録対象とするもので、純粋美術分野に属する著作物や美術工芸品のような一品製作の物品の形状は利用可能性がないので、デザイン保護法として保護を受けられないことを意味する。^{(*)6} 通常の応用美術(applied art)とは、産業上、大量生産での利用を目的として実用品に運用された美的創作物を指すというのが一般的である。^{(*)7} このような点で応用美術は、量産される物品の形状であり、産業上利用可能性の要件を具備するものなので、応用美術の概念自体にデザイン保護法と著作権法の重複適用の余地があるといえる。^{(*)8} また、登録要件の新規性(5条1項1号ないし3号)については、判例上、^{(*)9} 新規性の概念は通常の客観的創作性として解釈されており、絶対的概念であることに比べて、^{(*)10} 著作権法上の創作性は、依拠性が必要な点^{(*)11}で相対的な概念といえるだろう。^{(*)12} 公知デザインと類似性の可否^{(*)13}は、一般需要者の立場から美感の類否を判断しなければならない。^{(*)14} また、登録要件の創作非容易性(5条2項)については、2004年改正前の旧意匠法と比べて、公知デザイン(1項1号又は2号に該当するデザイン)の結合によって容易に創作することができるものも、デザイン登録を受けることができないデザインとして追加することで、創作非容易性の要件が強化されたといえる。^{(*)15} 創作非容易性の判断基準は、デザイン登録出願時を基準として、その業界で平均的な知識を持ったデザイナー、すなわち、当業者を基準とする。^{(*)16}

(*)1 尹宣熙(ユン・ソニ)『知的財産権法(9訂版)』(セチヤン出版社、2007)198~219頁。

(*)2 特許法院知的財産訴訟実務研究会『知的財産訴訟実務』(博英社、2006)253頁。

(*)3 朴成浩(パク・ソンホ)『著作権法の理論と現実』(玄岩社、2006)394~395頁。

(*)4 宋永植(ソン・ヨンシク)、李相程、黄宗煥(ファン・ジョンファン)『知的所有権法(第9版)(上)』(育法社、2005)770~772頁参照。

(*)5 大法院2005年9月15日宣告2004号(フ)2123判決。

(*)6 宋永植、李相理、黄宗煥知的所有権法(第9版)(上)748頁。

(*)7 李海完『著作権法』(博英社、2005)64頁、及び丁相朝『知的財産権法』(弘文社、2004)239~240頁参照。また、中山信弘『著作権法』(有斐閣、2007)139頁、及び作花文雄『著作権法:制度と政策(第3版)』(発明協会、2008)567頁、及び半田正夫『著作権法概説(第12版)』(法学書院、2005)87~88頁参照。

(*)8 金元五(キム・ウォンオ)『知的財産権重畳保護体制の問題点と解決原理-応用美術品の意匠法と著作権法による重畳保護を中心として-』産業財産権(第15号)(社団法人韓国産業財産権法学会、2004.5)127頁参照。

(*)9 大法院2001年6月29日宣告2000号(フ)3388判決[公2001.8.15.(136),1778]。

(*)10 2004年までドイツで施行され、著作権型の知的財産法として評価されていた旧意匠法上の新規性(Neuheit)については、ドイツ連邦最高裁判所(BGH)は、相対的で客観的な基準を採用していた。(これに関する詳細は、カタリーナ・マラック(Catharina Maracke)『意匠権と著作権の境界について(A Delimitation of Design Protection and Copyright)』特許庁委託平成17年度産業財産権研究推進事業報告書((財)知的財産研究所、2006)3-4頁参照)。

(*)11 大法院1995年11月14日宣告94号(ト)2238判決[公1996.1.1.(1),117]及び、ソウル地方法院2003年12月26日宣告2002가합(가)79435判決。

(*)12 吳承鐘・李海完『著作権法(第4版)』(博英社、2005)25頁、及び宋永植(ソン・ヨンシク)、李相程、黄宗煥(ファン・ジョンファン)『知的所有権法(第9版)(下)』(育法社、2005)525~526頁参照。

(*)13 デザインの類否に関する判断方法に関しては、大法院2001年5月15日宣告2000号(フ)129判決[公2001.7.1.,1416]参照。

(*)14 米国特許法171条(35 U.S.C.§171)のデザイン特許の登録要件である新規性(novelty)の判断基準も「通常の観察者」テスト('ordinary observer' test)によることが原則である。(Gorham Co. v. White, 81 U.S.(14 Wall)511.528.1871)。

(*)15 前掲注2・特許法院知的財産訴訟実務研究会253頁。

(*)16 米国デザイン特許の登録要件である非自明性(no obviousness)要件においても「その技術分野において通常の機能を有する者」すなわち、通常のデザイナー(ordinary designer)を基準として判断しており、また、非自明性の判断基準として通常の特許(utility patent)の場合と同じく、Graham Factorが考慮されている。(Gorham v. John Deere Co of Kansas City, 15 L. Ed. 2d. 545, 556, 148 U.S.P.Q. 459, 467(1966))。

(3) デザイン権は、特許庁に出願、審査、登録されて初めて権利が発生し、設定登録された以後から保護される。デザイン権者は登録デザイン又はこれと類似するデザインを業として実施する権利を独占する(41条本文)。応用美術がデザイン保護法上の成立要件と登録要件を備えれば、応用美術の創作者に遮断効のある絶対権を設定登録の日から15年間付与している(40条1項)。

(4) 韓国のデザイン登録出願手続きは、審査登録型と無審査登録型を併用(いわゆる‘double track’)している。両方のいずれの手続きによって取得したデザイン権であっても、登録以後のデザイン権の保護要件とデザイン権の効力(41条)には差がない。デザイン無審査制度(2条5号)は、流行性が強くライフサイクルが短い一部の品目(例えば、織物、壁紙など)について、旧意匠法(1998年3月1日施行)から導入された。^(*)17) 最近施行されたデザイン保護法(2007年7月1日施行、法律第8187号)は、デザイン無審査登録出願についても、韓国国内で広く知られているデザインによって容易に創作することができるものである場合、デザイン登録拒否決定をしなければならないと改正され(26条2項)、^(*)18) また、物品区分A1類(製造食品及び嗜好品)に属する物品と画像デザインが無審査登録対象の物品に含まれ、無審査登録対象が拡大された。

2. 韓国の著作権法による応用美術の保護

(1) 韓国の著作権法の最近の改正動向

韓国の2006年改正の著作権法(2006年12月28日法律第8101号で改正され、2007年6月29日に施行)では、著作物とは「人間の思想又は感情を表現した創作物をいう」と規定している(2条1号)。改正された著作物の定義規定の解釈論として、2006年改正前の著作権法のように文学・学術又は芸術として総称される知的、文化的な包括概念については、文言解釈上、不必要であるという趣旨の見解と、^(*)19) 依然として、解釈上、当然これによるほかないという趣旨の見解^(*)20) が対立している。

一方、応用美術著作物の定義規定は、2条15号で、「物品に同一の形状で複製することのできる美術著作物として、その利用された物品から分離して独自性を認めることのできるものをいい、デザイン等を含む」と規定している。2000年改正法上の2条11の2号から条文の位置のみが変更された。

(2) 1957年の最初の著作権法が適用される応用美術著作物(1987年6月30日までに創作された著作物)

1987年6月30日まで施行されていた最初の著作権法(1957年制定、法律第423号)では、著作物の対象として工芸のみを例示していただいで、応用美術作品、あるいは応用美術著作物を例示していなかった(同法2条)。解釈論として、1957年著作権法では、著作権法の保護対象である美術作品は、絵画、彫刻など純粋美術作品に限定され、応用美術作品は除外されるのが原則であるが、一品製作の工芸美術品だけは例外的に保護されると解釈されてきたとの見解がある。^(*)21)

(3) 1986年改正法が適用される応用美術著作物(2000年6月30日までに創作された著作物)

1986年改正著作権法(法律第3916号にて改正、1987年7月1日施行)の規定を見ると、絵画、書道、彫刻、図案、工芸とともに応用美術作品を美術著作物の一つとして例示していた(4条4号)。これによりデザイン保護法(旧意匠法)との重疊的保護の問題が、学説^(*)22) 及び判例上、大いに議論された。

代表的な判例である大韓紡織事件^(*)23) では、花柄模様の織物図案(textile design)の無断複製と関連して、「産業上の大量生産での利用を目的として創作されるすべての応用美術作品が直ちに著作権法上の著作物として保護されるところとはできず、その中でも、それ自体が一つの独立的な芸術的特性や価値を持っており、上記の芸術の範囲に属する創作物に該当してこそ著作物として保護される」と判示した。また、他の大法院判例は、書体図案(Typeface)^(*)24) に関して、同じ趣旨で応用美術著作物性を否定した。このような大法院の判断基準については、一応当然であり、明らかなようであっても、基準としては非常に主観的で漠

(*)17) 前掲注1・尹宣熙(ユン・ソニ)知的財産権法(9訂版)219頁。

(*)18) 高利化「韓国のデザイン保護法改正」AIPPI52巻7号(社団法人日本国際知的財産保護協会、2007年7月)476~478頁。

(*)19) 吳承鐘『著作権法』(博英社、2007)40頁。

(*)20) 李浩興(イ・ホフン)『著作権法とデザイン法の交差領域に関する研究』(著作権委員会、2007)10頁、及び前掲注7・李海完 著作権法24頁。

(*)21) 吳承鐘・李海完『著作権法(第4版)』(博英社、2005)174頁及び沈載弼(シム・ジェピル)「応用美術作品の知的財産権的保護」創刊号(大田地方弁護士会、2000年6月)207頁。同じ趣旨としては、「ロザリオ指輪」事件(ソウル中央地方法院2006年2月9日宣告2005ユ(ノ)3421判決)[各公2006. 4. 10. (32)、1135]。

(*)22) 学説の詳細は、車相陸(チャ・サンユク)「応用美術の著作物性判断基準」創作と権利2006年冬号(セチヤン出版社、2006)81~83頁。

(*)23) 大法院1996年2月23日宣告94ド(ト)3266判決[公1996. 4. 15. (8)、1170]。

(*)24) 大法院1996年8月23日宣告94ヌ(ヌ)5632判決[公1996. 10. 1. (19)、2867]。

然とした概念であるという批判^(*)25)があった。また、上記の大韓紡織事件で大法院は、意匠法以外に著作権法による重疊的保護が一般的に認められるようになれば、新規性要件や登録条件、短い存続期間など、意匠法の様々な制限規定の趣旨が没却されて、基本的に意匠法による保護に慣れた産業界に多くの混乱が憂慮される点などを考慮し、応用美術に対する重疊的保護に関して消極的であった。

(4) 2000年改正法が適用される応用美術著作物

(2000年7月1日以降に創作された著作物)

改正法(2000年1月12日法律第6134号により改正、2000年7月1日施行)は、1986年改正法上の「応用美術作品」という用語を「応用美術著作物」に変えて、2条11の2号で応用美術著作物の定義規定を新設するとともに、4条1項4号を改正して、美術著作物の例示として、絵画、書道、彫刻、工芸とともに応用美術著作物を列挙している。^(*)26) 2000年改正著作権法の改正過程では、米国法上の分離可能性理論^(*)27)がそのまま立法案として提示されたこともあるなど、積極的にその理論の導入可否が検討された。また、分離可能性理論は、2000年改正法の解釈論にも影響を与えた。^(*)28)

代表的な判例である「ヒディングのネクタイ」判決(大法院2004年7月22日宣告2003ド(ド)7572判決)では、我が民族伝来の太極文様及び八卦紋様を上下左右連続反復したネクタイ図案の無断複製と関連して、この事件の図案が「応用美術作品の一種であれば、上記図案は「物品に同一の形状で複製することのできる美術著作物」に該当するといえ、また、その利用された物品(この事件の場合にはネクタイ)から分離されて独自性を認めることができるものであれば、著作権法2条第11の2号で定める応用美術著作物に該当するといえるであろう。」と判示した。しかし、この「ヒディングのネクタイ」については「独自性」の意味が何であるかについて如何なる言及もせず、それによって、その具体的基準については今後の判例の蓄積^(*)29)にゆだねられてお

り、問題がないとはいえない。^(*)30)

3. 韓国の不正競争防止法による応用美術の保護

(1) 法規定の概観

韓国の不正競争防止及び営業秘密に関する法律(以下、「不正競争防止法」という)で、応用美術・デザインの保護に関するものは、商品主体又は営業主体の混同行為(2条1号ガ(ガ)及びナ(ナ))、著名商標の希釈行為(同号ダ(ダ))及び商品形態模倣行為(同号ジャ(ジャ))である。不正競争防止法による民事的救済方法として、禁止又は予防請求権(差止請求権)を「営業上の利益が侵害され、又は侵害されるおそれがある者」に認めており(4条)、「他人の営業上の利益を侵害して損害を与えた者は、その損害を賠償する責任を負う」(5条)。一方、刑事的救済方法としては、不正競争行為をした者には、刑事罰を付加しているが(18条・19条)、ただし、商品形態模倣行為(同号ジャ(ジャ))は刑事罰規定がない。上記の規定は、独占的・排他的権利を付与する権利付与方式の商標法やデザイン保護法(旧意匠法)と異なり、未登録商標に関しては、周知又は著名な商標や商号及び営業標識と混同が生じるおそれがある行為として、未登録デザインに関しては、商品形態を模倣して譲渡などをする行為として、各々を個別、具体的に検討し、禁止措置をとることで公正な競争秩序を維持するという構成の「行為規制方式」を取っている。

比較法的に、未登録デザインについて権利付与方式であるが、模倣禁止権により保護する立法例としては、例えば、英国の未登録デザイン権や、欧州共同体デザイン規則上の未登録共同体デザイン権がある。

一方、未登録商標の保護に関連して、米国は1988年改正連邦商標法(Lanham Act)43条(a)項で、トレード・ドレス(trade dress)の法理が規定されており、非機能性、識別力、混同可能性などを要件としている。^(*)31) 識別力要件と関連した判例としては、Wal-Mart事件^(*)32)やTwo Pesos,

(*)25) 李相程「いわゆる「ヒディングのネクタイ」図案の著作物性-大法院2004年7月22日宣告2003ド(ド)7572判決-」創作と権利2006年春号(第42号)(セチャン出版社、2006年3月)62頁参照。

(*)26) 立法趣旨に関しては、金泰勳(キム・テフン)「改正著作権法解説」季刊著作権2000年春号(通巻第49号)(著作権審議調停委員会、2000年3月)8頁参照。

(*)27) 米国著作権法上の分離可能性テスト(separability test)に関しては、前掲注7・李海完 著作権法67～74頁、李相程『産業デザインと知的所有権法』(セチャン出版社、1995)146～173頁参照。そして、小泉直樹『模倣の自由と不正競争』(有斐閣、1994)61～63頁参照、及びShira Perlmutter, Conceptual Separability and Copyright in the Designs of Useful Articles, The Journal of The Copyright Society of U.S.A., No.37(1990), 372～379頁参照など。

(*)28) 前掲注21・沈載弼(シム・ジェピル)234頁、及び、前掲注12・呉承鐘・李海完 著作権法184頁、そしてチョ・ウォニ「応用美術著作物の保護基準に対する考察」季刊著作権70号(2005夏号)29頁。

(*)29) ソウル中央地方法院2007年4月11日宣告2005가합(가합)102770判決(「ベッドドッグ」事件)でも独自性の意味が明らかに説示されていない。

(*)30) 米国の実務界でも米国判例上、分離可能性理論の判断基準による応用美術の著作権法上の保護に関して、その限界を指摘する見解がある(Perry J. Saidman, "The Crisis in the Law of Designs", The Journal of the Patent and Trademark Office Society(JPTOS), Vol.89, No.4, April 2007, p306～310)。

(*)31) 前掲注27・小泉直樹 模倣の自由と不正競争70～79頁参照。

(*)32) Wal-Mart Stores, Inc., v. Samara Brothers, Inc., 529 U.S. 205(2000)。

Inc. v. Taco Cabana, Inc. 事件^(*)33) が代表的であり、非機能性要件と関連した判例としては、TrafFix事件^(*)34) が代表的である。また、著名商標の保護制度と関連して、米国は、1996年1月16日連邦商標法 (Lanham Act) 43条(c)項を新設し、希釈化 (dilution) に関する訴訟において、商標権者の混同可能性の立証も、また競争関係の有無に関する立証も必要なくなった。ただし、最近の米国連邦最高裁判所の判決では、希釈化が実際にあること (actual dilution) を立証しなければならず、著名商標の経済的価値に対する実際的な侵害 (actual injury) があったということを客観的に立証しなければならないという趣旨で判示している。^(*)35)

(2) 混同惹起行為による応用美術の保護

混同惹起行為による商品形態保護の特徴は、①商品形態に出所表示機能がある場合、すなわち識別力を持つ場合、そのような識別力を持った商品の形態を保護するものである点②商品形態模倣行為を不正競争行為として規制する目的が、デザインを模倣することによって商品の出所の混同を引き起こす可能性を防止することであるという点にある。^(*)36) 混同惹起行為は、2条1号ガ (ガ) で規定した商品主体混同行為と2条1号ナ (ナ) で規定した営業主体混同行為がある。両方の要件としては、(一) 商品標識該当性又は営業標識妥当性 (二) 周知性 (三) 同一・類似性 (四) 混同可能性がなくてはならない。^(*)37)

判例として、商品の包装容器及びデザインに関して、「商標部分を含んで、ある包装容器に表示されている文様、色彩又は図案などが商品に独特な個性を付与する手段として使用され、それが、長期間、継続的、独占的、排他的に使用され、それが、持続的な宣伝広告などによって、その色彩、図案などが持つ差別的特徴が取引者又は需要者に特定の品質を持つ特定の出所の商品であることを連想させる程度に顕著に個別化されて優越的地位を獲得する程度に至った場合にのみ」商品表示該当性が認められると判示した。^(*)38)

(3) 著名商標希釈行為 (2条1号ナ) による応用美術の保護

2001年2月3日改正の不正競争防止法で新設されたこの規定は、出所混同がなくても、正当な事由なく有名商標の識別力や名声を不当な方法で損傷する不正競争行為を規制対象としたものであるが、消費者に直接的な損害をもたらす他の不正競争行為と異なるため、故意がある場合にのみ、損害賠償と信用回復の責任を問うように規定している。^(*)39) 判例としては、著名商標希釈行為の該当要件に関して、「このような他人の標識の識別力や名声を損傷する行為としての不正競争行為は、(一) 商品標識又は営業標識が国内に広く認識されていること(二) その商品標識又は営業標識と同一又は類似のものを使用する行為 (三) これによって他人の標識の識別力や名声を損傷する行為、などをその要件としている。一方、当事者間の競争関係や混同可能性などは要求されないといえる」と判示している。この事件の決定は、希釈化 (dilution) が発生したという具体的な立証がなくても、その希釈化の可能性だけでも禁止請求が可能であると決定した。^(*)40)

(4) 商品形態模倣行為 (2条1号サ (ジャ)) による応用美術の保護

商品形態模倣禁止条項の新設は「周知性」が認められない商品の形態についても保護可能な点に意味がある。実務上、従来の2条1号ガ (ガ) 及びナ (ナ) に関する判例上の「商品標識該当性」や「周知性」の立証は非常に難しいと評価されていた。そうしたなかで、特に商品形態の模倣行為 (dead copy) については、2004年1月20日法律第7095号 (2004年7月20日施行) によって、2条1号サ (ジャ) を新設し、そのような商品形態の模倣をし、譲渡などをする行為を規制している。商品の形態は、試作品又は商品紹介書上の形態を含む。また、商品の試作品製作など、商品の形態が備わった日から3年を保護期間としている。同種の商品が通常有する形態は保護対象から除外している。

判例としては、請求主体性に関して、「不正競争防止法2

(*)33) Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763(1992).

(*)34) TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc., 532 U.S. 23(2001).

(*)35) Moseley v. V Secret Catalogue, Inc., 123 S. Ct. 1115, 537 U.S. 418(2003).

(*)36) 黄寶榮(ファン・ボヨン)「不正競争防止法上の商品形態の保護」『素訳 金明信先生華甲記念論文集 知的財産権の現在と未来』(韓国産業財産権法学会、法文社、2004) 344頁。

(*)37) 前掲注36・黄寶榮(ファン・ボヨン)344頁及び安元模(アン・ウォンモ)「デザインについての不正競争防止法的保護問題」『商標法及び不正競争防止法』(大韓弁護士協会弁護士研修院、2008) 117～118頁参照。

(*)38) 大法院2006年4月13日宣告2003도(ト)7827判決[未刊行]。

(*)39) 前掲注12・宋永植(ソン・ヨンシク)、李相程、黄宗煥(ファン・ジョンファン)知的所有権法(第9版)(下)427頁。

(*)40) ソウル地方法院2003年8月7日宣告2003카합(カ合)1488決定。

条1号(ジャ)項目の「他人」とは、商品の形態を創作した者ではなく、商品化のために投資したり、リスクを甘受した者であり、独占的輸入販売権者の場合、販売網の開拓と確保のための努力をした結果、保護されなければならない営業上の利益があるので、(一)先行者が商品化した点(二)先行者から独占販売権を授与された点、を立証すれば、本条項の請求主体になる」と判示した。^(*)41)

Ⅲ. 日本における応用美術の保護

1. 日本の意匠法による応用美術の保護

(1) 応用美術の保護における著作権法と比べた意匠法の特色

日本の意匠法は、応用美術を意匠と呼び、応用美術を意匠として保護する方法を規定している。応用美術に対する意匠法の保護を著作権法による保護と比較すると、①付与される権利が絶対権であるという点(すなわち、著作権侵害の事例で必要とされる他人の著作物への依拠の証明が不必要である)、②保護期間が著作権よりも短い点(すなわち、意匠に著作権のような長期の保護を付与すると、意匠の独占が物品の機能に関する相手方との競争条件の格差を長続きさせるおそれがあり、妥当でないためである)、③登録主義に基づいて保護する点(すなわち、登録主義は、登録出願を審査することにより、新規性と創作非容易性、あるいは創作困難性を備えた意匠にだけ登録を与え、また成立した権利を公示することが不可欠である)、④意匠は、それが実施される物品ごとに個別化される点(すなわち、意匠の創作者は、物品ごとに意匠を創作するもので、形状自体を創作するものではないため、著作権法が、実施されている物品の異同を問わない点と違いがある)、⑤登録要件として、工業上の利用可能性を要求している点(すなわち、美術工芸品のような一品制作の物品の形状を、意匠法の保護から除外するためである。応用美術は量産される物品の形状なので、工業上の利用可能性の要件を備えているものである)などに特色がある。^(*)42)

(2) 意匠の成立要件と登録要件

平成10年改正意匠法(以下、旧意匠法という)では、意

匠の定義の中に、物品の部分を含めて、部分意匠制度を導入し、平成18年に改正した意匠法(以下、新意匠法という)では、画面デザインの保護を拡充するために意匠の定義規定を再改正した(意匠法2条2項)。意匠の定義規定(意匠法2条1項)によると、保護対象の意匠は、①物品性、②形態性、③視覚性、④審美性の各要件を満たす必要がある。美感を意匠の要素として規定したことは、韓国のデザイン保護法と同じく、日本の意匠法の特徴の一つと評価されている。^(*)43)

意匠法は、工業上の利用可能性(3条1項柱書)、新規性(3条1項1号)、及び創作非容易性(3条2項)を登録要件としており、このような登録主義による応用美術の保護は、絶対権の成立を認めている。また例えば、物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠などは登録を受けられない(5条1号ないし3号参照)。そして、同一、又は類似した意匠に関して、異なった日に二つ以上の意匠登録出願があった時は、最先の意匠登録出願のみが、その意匠について意匠登録を受けることができる(9条1項;先願主義)。要するに、意匠は登録出願時に実体審査を通じて新規性や創作非容易性を備えた意匠のみに登録を付与し、また成立した権利を公示している。

意匠は、基本的に工業的手段によって生産された物品に表現した形態を保護し、意匠の創作者自身の主観的創作を客観的に評価して認める客観的な創作性を備えていなければならない。意匠登録出願前の国内外の公知の形状に基づいて、当業者が容易に創作することができない意匠でなければ登録を受けられない(「意匠であれば登録を受けることができる」)。創作非容易性は、特許法29条2項の規定であるいわゆる「進歩性」に相当する意味の主観的創作性をいい、地域的基準として国内外すべてを基準とする。平成18年新意匠法では、公知となった日から6ヶ月以内に、当事者が意匠登録出願をすれば、新規性を喪失しないものとする意匠の新規性喪失の例外規定(4条)について、従来、出願日から14日以内と規定されていた証明書の提出期間を出願日から30日以内に延長した。

(3) 意匠権の効力及び存続期間

意匠権者は、業として登録意匠及びこれに類似する意匠の実施をする権利を専有するので(23条)、排他的独占権で

(*)41) ソウル南部地方法院2007年2月8日宣告2006가합(자합)6288判決。

(*)42) 渋谷達紀『知的財産権法講義Ⅱ(第2版)』著作権法・意匠法(有斐閣、2007)32~33頁。

(*)43) 前掲注42・渋谷達紀『知的財産権法講義Ⅱ(第2版)』556頁。

あり絶対権である。よって、意匠権者の許諾なしに、登録意匠と同一又は、類似の意匠を業として実施する行為は、法定通常実施権（29条～32条）に基づくか、意匠権の効力が制限される場合（36条）を除き、意匠権を侵害するものなので、意匠権者は、その行為の差止め及び損害賠償を請求できる。^(*)44) また、自己の登録意匠又はそれに類似する意匠が、その出願日前の出願に係る他人の登録意匠などを利用するものであるとき、又は、その出願日前に生じた他人の著作権などと抵触するときは、業として実施できない（26条）ので、実施する場合は、その他人の許諾が必要である。

平成18年新意匠法24条第2項は、「登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断は、需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行なうものとする。」と規定し、意匠の類似範囲に関する判断主体を明らかにさせた。従来の意匠の類否に関する判例、すなわち、「可撓性伸縮ホース事件」の最高裁判決〔最三小判昭49年3月19日民集28巻2号308頁〕^(*)45) や、同じ趣旨の「帽子事件」の最高裁判決〔最二小判昭50年2月28日裁集民114号287頁・判タ320号160頁〕の解釈に関しては、混同説^(*)46) と創作説^(*)47) の基本対立があった。

旧意匠法では、意匠権の存続期間は、設定登録日から15年（21条）で終了するとしていたが、平成18年新意匠法では、設定登録日から20年（21条1項）で終了すると改正した。関連意匠については、本意匠の意匠権の設定登録の日から20年をもって終了するとした（同条2項）。

（４）応用美術の保護と日本の無審査登録出願制度導入論議

無審査登録制度、又は審査と無審査のダブル・トラック化についての論議は、平成10年の意匠法改正においても課題であり、平成18年の意匠法改正においても、主にライフサイクルが短い応用美術品に関して、具体的な制度モデルとして、実用新案型、審査請求型、半導体集積回路法型、

著作権法型が提案されたが、権利の安全性への要望が強く、権利の監視や無効審判への対応に要する企業の費用を考慮して、結局無審査登録出願制度の導入を保留した。現在の実務界の雰囲気も不正競争防止法2条1項3号が十分に機能している点を考慮しつつ、特にファッションデザインと関連した応用美術の保護と関連して無審査登録制度の導入の必要性について疑問を呈示している。

（５）意匠法などによる書体（type face）の保護の可能性

日本におけるタイプ・フェイスの保護に関しては、意匠権としては保護しておらず、また、当事者間に和解が成立した場合を除くと、著作権法により保護された判例は、ほとんどないといえる。例えば、①ヤギ・ポールド事件^(*)48)、②モリサワ対エス・アイ・シー事件^(*)49)、③写研対モリサワ事件^(*)50) などである。一方、不正競争防止法による保護に関しては、写植機用文字盤に関して、周知性を認めて保護した事例がある。^(*)51)

2. 日本の著作権法による応用美術の保護

（１）日本の著作権法の規定

現行著作権法は、2条1項1号において、著作物とは「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学説、美術又は音楽の範囲に属するものをいう」と規定している。また、2条2項では、「この法律においていう美術の著作物には、美術工芸品を含む」と規定している。そして10条1項4号では、著作物の例示として「絵画、版画、彫刻、その他の美術著作物」と規定している。しかし、このような規定だけでは、著作権法が応用美術を保護対象としているのかどうかについて明らかでないと指摘されてきた。^(*)52) 日本の現行著作権法は、昭和45(1960)年に旧著作権法（明治32年法律39号）が全面改正されて成立したが、「著作権法による応用美術の保護のあり方は、現行著作権法に内在する問題である」ともいえる。^(*)53)

(*)44) 小谷悦司・小松陽一郎編『意匠・デザインの法律相談』(青林書院、2006)153～158頁参照(茶園成樹執筆部分)。

(*)45) 土肥一史「同一・類似の物品の意匠と意匠法3条2項の適用〔可撓性伸縮ホース事件〕」『商標・意匠・不正競争判例百選(別冊ジュリスト188号)』(有斐閣、2007. 11)100～101頁。

(*)46) 鈴木将文「意匠の類否判断基準〔衣装ケース事件〕」『商標・意匠・不正競争判例百選(別冊ジュリスト188号)』(有斐閣、2007. 11)103頁。

(*)47) 牛木理一『意匠法の研究(4訂版)』(発明協会、1994)128～131頁及び牛木理一『デザイン、キャラクター、パブリシティの保護』(悠々社、2005)137～147頁。

(*)48) 東京地裁昭和54年3月9日判決 無体集11巻1号114頁、判時934号74頁；棄却及び東京高裁昭和58年4月26日判決 無体集15巻1号340頁、判タ495号238頁、判時1074号25頁；棄却及び最高裁昭和60年4月1日和解。

(*)49) 大阪地裁平成元年3月8日判決 無体集21巻1号93頁 判時1307号137頁；棄却及び大阪高裁平成2年3月20日和解。

(*)50) 大阪地裁平成9年6月24日判決 判タ956号267頁；棄却及び大阪高裁平成10年7月17日判決(平成9年(ネ)第1927号)；棄却及び最高裁平成12年9月7日 第一小法廷判決民集54巻7号2481頁 判時1730号123頁、判タ1046号101頁；棄却。

(*)51) 東京地裁昭和63年1月22日：認容、東京高裁平成元年1月24日判決：抗訴棄却、最高裁平成2年7月20日判決、上告棄却。

(*)52) 作花文雄『詳解 著作権法(第3版)』(ぎょうせい、2006)135頁。

(*)53) 榎戸道也「著作権法による応用美術の保護」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』(新日本法規出版、2007)34頁。

応用美術の保護範囲に関した2条2項の解釈論としては、第一に、著作権法2条2項は、応用美術のうち、美術工芸品のみを著作物として認識したものであり、それ以外は著作物にならないと解釈し、美術工芸品に限って著作権法による保護を認める学説(限定説)^(*)54)と、第二に、著作権法2条2項は、例示規定であり、これ以外にも、生産された実用品が純粋美術としての絵画、彫刻などに該当するものであるときに限って、美術著作物として保護されるという見解(例示説)^(*)55)、第三に、応用美術を純粋美術又は美術工芸品であるとする無理を避けて、応用美術を例示外の著作物としてみる見解^(*)56)、応用美術は量産品の形状であるため、量産品の形状自体は著作物性を否定するものではなく、これを否定する規定は著作権法にはないとする主張などが対立している。

(2) 著作権法と意匠法の重畳保護問題

応用美術について、「著作権法と意匠法のいずれによるかは、両方の法律の相違、すなわち人格権、保護期間、審査の有無、公示及び登録の有無、保護範囲をはじめとした効果の違いなどを考慮して、どのような保護制度が最も好ましいか」という問題に帰着する^(*)57)。また、実務上問題になった応用美術について、意匠権が期間満了で消滅したにもかかわらず、その後、著作権を行使する場合や、同一の応用美術について意匠権と著作権がそれぞれ異なる人物に帰属する場合の法律関係の解明において、大きい違いが生じることがあり得る。学説は、意匠法との調整が必要なので重複適用に消極的な見解^(*)58)と意匠法との調整が必要でないということを前提として、重複適用に積極的な見解^(*)59)が対立しているとみることができる。また、日本の判例の中で、街路灯デザイン図事件(大阪地裁平成12年6月6日判決(判例集未掲載)及び、控訴審(大阪高裁平成13年1月23日判決)では、その保護対象の調整が必要で

あるという趣旨で判示しながら、重複適用に消極的な態度を取っている。^(*)60)

(3) 日本の判例上の応用美術の著作物性の具体的判断基準

日本の判例は、純粋美術と同一視できる程度の創作性(高度の創作性、又は高度の芸術性、審美性など)を有する場合には、著作物性を認める解釈をとっている。^(*)61) その範囲内で、著作権法と意匠法の重畳的適用を制限的に肯定している。^(*)62)

純粋美術と同一視できるか否かについて、その具体的判断基準に関する判例をみると、次の通りである。第一に、制作過程において、制作者の個性が強く表出されているということができ、高度の創作性が認められれば著作物性を認定し、そうでなければ著作物性が認定されないという基準を提示する判例(「菓子のおまけフィギュア事件」(2審)あるいは、「チョコエッグ事件」(2審)^(*)63))がある。しかし、この基準は、それ自体が高度の創作性を要する点から、一見、ドイツの旧意匠法の「高度の創作性理論」と、その判断基準に類似性が見られる。^(*)64) 第二に、主観的な制作目的を除外して、客観的、外形的に見たときに、専ら美の表現を追及して制作したものにみられる美的創作物であることを要するという基準を提示する判例(「ティーシャツ」事件^(*)65))がある。この基準は、主観的な制作目的を除外する点でデザイナーの創作目的による第三者への不測の損害を与えるおそれがない点に意味がある。第三に、実用目的のために美の表現において、実質的な制約を受けないことという基準を提示する判例(「街路灯デザイン図」事件^(*)66))がある。第四に、純粋美術のように美的感想の対象になり得る程度の審美性を備えていることという基準を提示する判例(「ファービー人形事件:控訴審」^(*)67))がある。この基準は、米国著作権法上の応用美術の著作物性判断基

(*)54) 加戸守行『著作権法逐条講義(五訂新版)』(社)著作権情報センター、2006)66頁。

(*)55) 前掲注7・半田正夫著作権法概説(第12版)88頁。

(*)56) 渋谷達紀『知的財産権法講義II』著作法・意匠法(有斐閣、2005)26頁。

(*)57) 前掲注7・中山信弘 著作権法142頁。

(*)58) 前掲注7・中山信弘 著作権法140~142頁、及び田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣、2001)36頁、及び牛木理一『意匠法の研究(4訂版)』(発明協会、1994)389頁。

(*)59) 前掲注42・渋谷達紀 知的財産権法講義II 32~37頁。

(*)60) 同じ趣旨の判例としては、博多人形事件(長崎地裁佐世支部昭和48年2月7日決定 無体集5巻1号18頁)、仏壇彫刻事件(神戸地裁姫路支部昭和54年7月9日判決 無体集11巻2号371頁)、及びファービー事件(山形地裁平成13年9月26日判決(刑事)判時1763号212頁)。

(*)61) このような判例の態度に肯定的な見解は、田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣、2001)33~36頁参照。また、否定的な見解としては、半田正夫「ファービー人形について著作権の成立を認めなかった事例」知財管理52巻12号(日本知的財産協会、2002)1865頁参照。

(*)62) 応用美術委員会『著作権法と意匠法との交錯問題に関する研究』著作権研究所研究叢書No.9((社)著作権情報センター附属著作権研究所、2003. 3)122~153頁参照。

(*)63) 大阪高裁平成17年7月28日判決 判時1928号116頁。

(*)64) カタリーナ・マラック(Catharina Maracke)『意匠権と著作権の境界について(A Delimitation of Design Protection and Copyright)』特許庁委託 平成17年度産業財産権研究推進事業報告書(財)知的財産研究所、2006)84~90頁参照。

(*)65) 東京地裁昭和56年4月20日判決 判時1007号91頁。

(*)66) 大阪地裁平成12年6月6日判決(判例集未掲載)、及び大阪高裁平成13年1月23日判決。

(*)67) 仙台高裁平成17年7月9日判決 判時1813号150頁。

準として、特に観念的分離可能性テスト（conceptual separability test）が有用に参照され得ると考えられる。

3. 日本における不正競争防止法による応用美術の保護

(1) 概観

日本の不正競争防止法で、「応用美術・デザインの保護」に関するものは、混同惹起行為（2条1項1号）、著名表示冒用行為（同項2号）及び他人の商品形態を模倣して商品の譲渡等を行う行為（同項3号）であり、これらの規定により、それぞれ「商品等表示」としての保護、「著名表示」としての保護及び「商品の形態模倣（デッドコピー）規制」が行われている。^(*68) このような不正競争行為によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者に差止請求権を付与し、侵害者には損害賠償義務を課している（3条、4条）。また、不正の目的をもって不正競争を行った者や公衆の利益を害する行為を行なった者には刑事罰を課している（21条、22条）。一般条項の導入の可否については、論議されたが、否定的な見解が提示され^(*69)、結局、保留された。

(2) 混同惹起行為（2条1項1号）

この規定は、特定の商品又は営業に関する表示に関して、他人がその商品又は営業に関する表示として冒用する行為、すなわち、商品表示や営業表示にただ乗りする行為を規制するもので、「商品等表示」を保護の対象としている（平成5年改正によって、本号で商品主体混同行為と営業主体混同行為を一体化した）。2条1項1号の要件としては、他人の商品等表示として需要者間に広く認識されていること、他人の商品等表示と同一又は類似の商品等表示を使用していること、他人の商品又は営業と混同を生じさせることなどである。

商品の形態が、その技術的機能又は効果に由来する必然的な結果である場合に、商品の機能は、特許法などによって一定期間のみの保護を与えられ得るものであるため、不

正競争防止法によって保護を与えられると、その機能に期間の制限がない保護を与えることになるため、「商品等表示」に含めてはならないという説がある（技術的形態除外説）。^(*70) 技術的形態除外説を取る判例としては、①組み立て式挿入タンスセット事件^(*71)、②伝票会計用伝票I事件^(*72)、③投げ釣り用天秤事件^(*73) などがある。技術的形態除外説は、他の法律との調整を必要とする。判例の中で、商品表示性が認められた判例としては、「iMAC」事件^(*74)があり、その営業表示性が認められる例としては、「かに看板」事件^(*75)がある。

(3) 著名表示冒用行為（2条1項2号）

不正競争防止法2条1項2号は、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の譲渡等をしたたりする行為を不正競争として禁止している。この規定の趣旨は、著名な商品等表示（著名表示）に関して、その顧客吸引力を利用したただ乗りを防止すると同時に、著名表示とそれを本来使用している者とのつながりが希釈化されることを防止することにある。本号の「商品等表示」が「著名」であるというためには、一地方において広く知られている程度では十分ではなく、全国的に知られているものでなければならない（1号混同惹起行為の「周知性」とは異なる）。応用美術・デザインが、このような「著名な商品等表示」（著名表示）として認められれば、同法による保護を受けることができる。著名表示冒用行為に関する判例として、(a)「セイロガン糖衣A」事件^(*76) (b)「アリナビック」事件^(*77)がある。

(4) 他人の商品形態を模倣した商品の譲渡等を行なう行為（2条1項3号）

この規定は、その立法趣旨が、商品のデッドコピー（dead copy）を規制することにより、市場先行の利益というインセンティブ（incentive）を法的に保証するためのものであり、平成5年改正の旧不正競争防止法2条1項3号で不正競争行為の一つとして新設し、導入された。平成17年改正の不

(*68) 大瀬戸豪志「不正競争防止法の意匠・デザインの保護」、小谷悦司・小松陽一郎編『意匠・デザインの法律相談』（青林書院、2006）174～175頁。

(*69) 玉井克哉「ドイツ不正競争防止法における一般条項の経験」ジュリスト1018号（1993. 3）11～17頁、及び牛木理一『商品形態の保護と不正競争防止法』（経済産業調査会、2004）193頁。

(*70) 関連学説の概観については、横山久芳「単一の色彩の商品表示該当性」中山信弘編著『知的財産権研究V』（レクスネクシス・ジャパン、2008）50～56頁参照。

(*71) 東京地裁昭和41年11月22日判決 判時476号45頁。

(*72) 東京地裁昭和52年12月23日判決 無体集9巻2号769頁（判タ364号292頁）。

(*73) 東京地裁昭和53年10月30日判決 無体集10巻2号509頁。

(*74) 東京地裁平成11年9月20日判決 判時1696号76頁。

(*75) 大阪地裁昭和62年5月27日判決 無体集19巻2号174頁。

(*76) 大阪地裁平成11年3月11日判決 判タ1023号257頁。

(*77) 大阪地裁平成11年9月16日判決 判タ1044号246頁。

不正競争防止法では、特に定義規定（2条4項、同条5項）を新設したが、その理由は従来の規定が不明確であるとの指摘がされていたことから、判例の蓄積を踏まえて、文言の明確化を図るためのものである。^(*)78)

保護期間は、三年の短期間（最小限の投資回収期間）である。「三年間」という保護期間の趣旨は、「先行者の成果を後発者が模倣することにより生じる競争上の不正を防止し、先行者の取引上の利益を確保する点にあり、「先行者が、その投下資本回収に必要な期間を一律三年とした」もので、「損害額はこの三年間に生じたものに限定される。」。

^(*)79) 平成5(1993)年に欧州委員会において採択された「共同体意匠に関するEC規則案」では、未登録デザイン権の権利期間は、デザインの公表時から三年間とした。^(*)80) 保護期間の起算点は、従来、平成5年改正不正競争防止法2条1項3号は保護期間を「最初に販売された日から起算して三年」と規定していたが、最初に販売された日の意味に関して、学説^(*)81)と判例^(*)82)で争いがあった。平成17年改正の不正競争防止法は、保護期間に関する条文の位置を移動して、19条1項5号イに規定して、保護期間の起算点を「日本国内で最初に販売された日から起算して三年」と改正した。

商品の形態のうち、「商品の機能を確保するための不可欠な形態」については、平成17年改正前における「同種の商品が通常有する形態を除く」という規定について、意味が不明確だという指摘があったので、判例の蓄積によって、平成17年に改正されたものである。^(*)83) 平成17年改正前に、「商品の形態」から除かれていた形態に関しては、改正後も除外されるといえるだろう。改正前の不正競争防止法上、「通常有する形態」とは、①当該商品のありふれた形態、すなわち、「没个性的形態」と、②商品の形態と商品の機能

が不可分になっている場合、すなわち、「技術的形態」又は「競争上の不可避的な形態」がこれに該当すると解釈されていた。^(*)84) 判例として、ありふれた商品形態と関連して、ノースリーブ型ニット衣類事件^(*)85) などがある。また「商品の形態」には、単純な商品のアイデアや外観の態様に影響を与えない商品の機能自体は含まないという趣旨の判例として、パレオ (pareo) 付きパンツ事件^(*)86) などがある。商品の機能を確保するための不可欠な形態であるかの可否は、従来の判例であるエアソフトガン事件では、改正前の「通常有する形態」に関して第一審（東京地裁平成11年2月25日判決）と控訴審判決^(*)87)の結論に違いがあった点にかんがみて、現行法でもその判断が容易ではないと見られる。

この2条1項3号の請求主体は、原則的に、形態模倣の対象とされた商品を自ら開発し、商品化して市場に置いた先行開発者となる。^(*)88) 独占的販売権者の請求主体性については学説^(*)89)の対立がある。また、判例も肯定したものとしては、「ヌーブラ」事件があり、^(*)90) 否定した判例としては、「キャディバック」事件がある。^(*)91)

商品形態の中で、商品の内部構造に関しては、平成17年不正競争防止法上に新設された2条4項（定義規定）で、外観に表れていない商品の内部形状や構造も、保護対象にできることを明らかにした。改正前の判例の趣旨は、外観に顕れていない内部構造にとどまる限りは、「商品の形態」に当たらないというものであった（いわゆる、外観的形態説）。^(*)92)

平成17年不正競争防止法上、実施された2条項では、この法律において「模倣する」とは、定義規定を置いているが、ここで「模倣」は、（一）客観的要件（実質的同一性）と、（二）主観的要件（依拠性）が必要である。判例として、

(*)78) 経済産業省知的財産政策室『逐条解説不正競争防止法(平成18年改正版)』(有斐閣、2007)31頁。

(*)79) 大阪弁護士会知的財産法実務研究会編『不正競争防止法における商品形態の模倣』別冊NBL No.68((社)商事法務研究会、2002)21頁。

(*)80) 前掲注79・経済産業省知的財産政策室 逐条解説161頁。

(*)81) 小野昌延編著『新・注解 不正競争防止法 下巻(新版)』(青林書院、2007)1210頁(泉克幸執筆部分)。

(*)82) 仮処分:神戸地裁平成6年12月8日決定 知財集26巻3号1323頁、本案:名古屋地裁平成9年6月20日判決 判例集未登載。

(*)83) 前掲注79・経済産業省知的財産政策室 逐条解説60頁。

(*)84) 小野昌延編著『新・注解 不正競争防止法 上巻(新版)』(青林書院、2007)463~464頁(泉克幸執筆部分)。

(*)85) 東京地裁平成17年3月30日判決 判時1899号137頁。

(*)86) 知財高裁平成17年11月10日判決 最高裁HP。

(*)87) 東京高裁判平成14年1月31日判決 判時1815号123頁。

(*)88) 前掲注79・経済産業省知的財産政策室逐条解説61頁。

(*)89) 肯定説としては、高部真規子「営業上の利益」『新・裁判実務大系 4 知的財産関係訴訟法』(青林書院、2001)434頁がある。また、否定説は、井上由里子「不正競争防止法上の請求権者」日本工業所有権法学会年報29号(有斐閣、2005)153頁、そして通常の流通業者や通常の販売権者にも請求主体性を拡張できるという見解としては、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ(第2版)』(有斐閣、2008)121~123頁がある。

(*)90) 大阪地裁平成16年9月13日判決 判時1899号142頁(ヌーブラ事件)。

(*)91) 東京地裁平成11年1月28日判決 判時1677号127頁(キャディバック事件)。

(*)92) 大阪地裁平成8年11月28日判決 知財集28巻720頁、及び東京高裁平成14年1月31日判決 判時1815号123頁等。

実質的同一性を認めた事例としては、たまごっち事件^(*)93)、
タオルセット事件^(*)94)、腕時計事件^(*)95)、トリートメント・
イオンブラシ事件^(*)96) などがある。また、実質的同一性を
否定した事例としては、ドラゴンキーホルダー事件^(*)97)、
ヌーブラ事件^(*)98) などがある。

(*)93) 東京地裁平成10年2月25日判決 判タ973号238頁、及び東京高裁平成10年7月16日判決(控訴棄却)。

(*)94) 大阪地裁平成10年9月10日判決 知財集30巻3号501頁(判時1659号105頁)。この判決は、商品の調合に関して商品の形態として保護した。

(*)95) 東京地裁平成11年6月29日判決 判時1692号129頁。

(*)96) 東京高裁平成17年7月30日判決 最高裁HP。

(*)97) 東京高裁平成10年2月26日判決 判時1644号153頁。

(*)98) 大阪地裁平成17年9月8日 判時1927号134頁、同控訴審大阪高裁平成18年4月19日判決 最高裁HP。