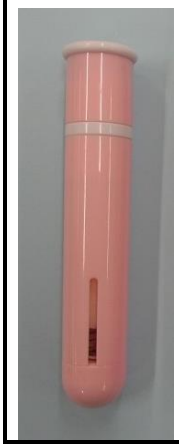
一般社団法人日本知財学会
知財制度・判例分科会　第 26 回判例研究会

2017 年 3 月 31 日
弁護士　関　　真也

「スティック型加湿器」事件判決

本判決：知高判平成 28 年 11 月 30 日（平成 28 年（ネ）第 10018 号）
原判決：東京地判平成 28 年 1 月 14 日（平成 27 年（ワ）第 7033 号）

控訴人加湿器 1	控訴人加湿器 2	控訴人加湿器 3
下記写真に表示された試験官様の加湿器（コップは除く。） 	下記写真に表示された試験管様の各加湿器（いずれもコップを除く。） 	下記写真に表示された試験管様の加湿器（コード及びコンセントを含む。）
被控訴人商品		
スティック加湿器（英文表記：STICK HUMIDIFIER） 下記写真に表示された試験管様の加湿器及びこれと同一形状の加湿器 		

目次

I. 事案 4
1. 事実の概要 4
(1) 控訴人及び控訴人加湿器 4
(2) 被控訴人及び被控訴人商品 4
(3) 控訴人加湿器の出展及び販売 4
(4) 被控訴人商品の輸入及び販売 5
(5) 警告 5
(6) 持分等 5
(7) 原判決 5
2. 争点 6
3. 当事者の主張 6
(1) 争点(1)ア（「他人の商品」該当性）について 6
(2) 争点(1)イ（「模倣」の有無）について 7
(3) 争点(1)ウ（保護期間終了の成否）について 7
(4) 争点(1)エ（善意無重過失の有無）について 8
(5) 争点(2)ア（控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 の著作物性の有無）について 8
(6) その余の争点について 9
II. 判旨 10
1. 判旨第一点（争点(1)ア（「他人の商品」該当性）について 10
(1) 判断基準 10
(2) 控訴人加湿器 1 について 11
(3) 控訴人加湿器 2 について 12
2. 判旨第二点（争点(1)イ（「模倣」の有無）について 12
(1) 実質的同一性について 12
(2) 依拠性について 14
3. 判旨第三点（争点(1)ウ（保護期間終了の成否）について 14
4. 判旨第四点 （争点(1)エ （善意無重過失の有無 ）及び争点(3)ア（被控訴人の過失の有無）について 16
5. 判旨第五点（争点(2)ア（控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 の著作物性の有無）について 16
(1) 応用美術の著作物性に関する判断基準 16
(2) 控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 の著作物性 17

6. 判旨第六点（争点(3)イ（控訴人らの損害額）について 18
III. 研究 19
1. 本判決の判例上の地位 19
2. 判旨第一点（「他人の商品」該当性）に関する検討 22
(1) 問題の所在 22
(2) 「他人の商品」該当性の判断基準に関する考察 23
(3) 判旨第一点に対する評価 27
3. 判旨第三点（保護期間終了の成否）に関する検討 29
(1) 問題の所在 29
(2) 判旨第三点に対する評価 32
4. 判旨第五点（著作物性の有無）に関する検討 32
(1) 問題の所在 32
(2) 応用美術の著作物性に関する考察 35
(3) 判旨第五点に対する評価 40

別紙：*Varsity* 事件合衆国最高裁判決の Syllabus（和訳）

Ⅰ.　事案

1.　事実の概要（本判決文 4～6 頁）

(1)　控訴人及び控訴人加湿器

控訴人ら（一審原告ら）は，　控訴人加湿器 1～3 を共同で開発したプロダクトデザイナーであり，遅くとも平成 23 年 10 月末までに控訴人加湿器 1 を，遅くとも平成 24 年 6 月 5 日までに控訴人加湿器 2 を，遅くとも平成 27 年 1 月 4 日までに控訴人加湿器 3 を，それぞれ，開発した。

控訴人加湿器 1～3 は，いずれも，試験管様のスティック形状をしており，下部から水を取り入れ，上部から蒸気を発する加湿器であり，コップ等に入れて使用するものである。

控訴人加湿器 1 の構成は，本判決別紙 4「控訴人加湿器 1 構成目録」に記載のとおりである。

(2)　被控訴人及び被控訴人商品

被控訴人（一審被告）[1]は，インテリア・デザイン家電，生活雑貨等の企画，生産及び輸入卸を業とする株式会社である。

被控訴人商品は，試験管様のスティック形状をしており，下部から水を取り入れ，上部から蒸気を発する加湿器であり，コップ等に入れて使用するものである。

被控訴人商品の構成は，本判決別紙 2「被控訴人商品構成目録」に記載のとおりである。

(3)　控訴人加湿器の出展及び販売

控訴人らは，平成 23 年 11 月 1 日から 6 日までの間に東京都新宿区の明治神宮外苑絵画館前グラウンドを中央会場として開催された，デザインやアートの国際展示会である「TOKYO DESIGNERS WEEK 2011」に，控訴人加湿器 1 を出展した。

また，控訴人らは，平成 24 年 6 月 6 日から 8 日までの間に東京都江東区の東京ビッグサイト西ホールで開催された，インテリアやデザインの国際見本市である「インテリアライフスタイル東京 2012」に，控訴人加湿器 2 を出展した。

[1] 第一審では，被控訴人（一審被告）のほか，もう 1 名の被告が当事者となっていたが，同被告と控訴人らとの間の訴訟が和解によって終了したため，本判決の時点では，被控訴人は 1 名のみとなっていた（本判決文 3 頁）。

なお，出展中の控訴人加湿器 1 及び 2 は，被覆されていない銅線で電源が供給されていた。

控訴人らは，平成 27 年 1 月 5 日ころから，控訴人らのウェブサイトで，控訴人加湿器 3 の販売の申出を開始した。

(4)　被控訴人商品の輸入及び販売

被控訴人は，平成 25 年 9 月及び 11 月ころ，被控訴人商品を中国から輸入し，各取引先へこれを販売した。

(5)　警告

平成 26 年 2 月 5 日，控訴人らは，被控訴人らに対し，被控訴人商品が控訴人らのホームページで紹介されている控訴人加湿器 2 の形態を模倣するものであるとして，被控訴人商品の輸入，販売を中止することを求める通告書を送付した。

これに対して，被控訴人は，同月 14 日，上記ホームページに紹介された控訴人加湿器 2 の写真を見てもその携帯の詳細は把握できない，仮に，形態模倣に該当するとしても，被控訴人は，中国の現地企業から紹介されて輸入したものであるから，形態模倣であることを知らなかったことに重過失はないと回答し，その後も，被控訴人商品の販売を継続した。

(6)　持分等

控訴人加湿器 1～3 に係る控訴人らの権利・利益の割合は，いずれも，2 分の 1 である。

(7)　原判決

原判決は，控訴人加湿器 1 及び 2 につき，①両者は，いずれも，市場における流通の対象となる物とは認められないから，不正競争防止法 2 条 1 項 3 号にいう「商品」に当たらない，②両者は，いずれも，美的鑑賞の対象となり得るような創作性を備えていると認めることはできないから，著作物に当たらないとして，原告ら（控訴人ら）の各請求をいずれも棄却した（本判決 4 頁）。

2.　争点（本判決 6 頁）

(1)　形態模倣（不正競争防止法 2 条 1 項 3 号違反）に基づく請求について

ア　「他人の商品」該当性（不正競争防止法 2 条 1 項 3 号）

イ　「模倣」の有無（不正競争防止法 2 条 5 項）

ウ　保護期間終了の成否（不正競争防止法 19 条 1 項 5 号イ）

エ　善意無重過失の有無（不正競争防止法 19 条 1 項 5 号ロ）

(2)　著作権（応用美術）に基づく請求について

ア　著作物性の有無（著作権法 2 条 1 項 1 号，10 条 1 項 4 号）

イ　複製又は翻案の成否（著作権法 21 条，27 条）

(3)　不法行為に基づく請求について

ア　被控訴人の過失の有無（不正競争防止法 4 条，民法 709 条）

イ　控訴人らの損害額（不正競争防止法 5 条 3 項 2 号，著作権法 114 条 3 項）

本報告では，上記争点のうち，争点(1)ア，同(1)ウ及び同(2)アを重点的に取り扱うものとする。

3.　当事者の主張

(1)　争点(1)ア（「他人の商品」該当性）について

ア.　控訴人らの主張

控訴人らは，以下の理由により，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，いずれも，不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の「他人の商品」に当たると主張した。

「控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，展示会に出展された時点で，商品の外形形状が容易に模倣可能な状態に置かれるのであるから，この時点から，不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の「他人の商品」として，同号の保護対象となる。」（本判決 6 頁）

「また，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，出展時，いずれも，加湿器としての内部機構を備え，加湿機能を発揮できる状態に完成していた。控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 が，いずれも，裸銅線で外部電源に繋がれているのは，量産の際，内部に電池を組み込んだ製品とする可能性を考慮していたことや，ケーブルや USB 端子

をなるべく見えないようにしてデザインの美しさを体感してもらうためである。裸銅線を，より扱いやすい電力伝送手段に置き換えることは，当業者であれば直ちに可能な程度のことであるから，商品が未完成であったとはいえない。」（本判決 7 頁）

イ．　被控訴人の主張

被控訴人は，以下の理由により，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，いずれも，不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の「他人の商品」に当たらないと主張した。

「不正競争防止法 2 条 1 項 3 号における「他人の商品」は，市場において販売されるものでなければならない。しかしながら，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，いずれも，電化製品であるにもかかわらず，電源の供給も定まらないままに展示会に出展されたものであり，単なる試作品であって，商品としては未完成である。その上，控訴人らは，商品化のため具体的な開発についても未着手の状態であった。」（本判決 7 頁）

「仮に，上記のようにはいえないとしても，控訴人らの主張によれば，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，電源を供給する電源が露出した状態であったというのであるから，このままでは到底使用に耐えるものではなく，この状態で商品として販売することはできない。電源をどのように確保するかという課題を解決するためには，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 の形態を離れて，別途，電源の供給方法を定めなければならない。そうすると，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 の形態を模倣することは，不可能である。」（同頁）

⑵　争点⑴イ（「模倣」の有無）について

（省略）

⑶　争点⑴ウ（保護期間終了の成否）について

ア．　被控訴人の主張

「仮に，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 が「他人の商品」に該当するとすれば，「最初に販売された日」に擬せられるのは，控訴人加湿器 1 が展示会に出品された日である平成 23 年 11 月 1 日であるところ，同日から起算して 3 年が経過した。」（本判決 10 頁）

「「他人の商品」の保護期間が 3 年に限定されているのは，この期間があれば，先行開発者は，投下資本の回収を終了し，通常期待し得る利益を上げられるからである。」（本判決 11 頁）

「控訴人らは，「最初に販売された日」を控訴人加湿器 3 の販売が開始された日である平成 27 年 1 月 5 日と主張するが，そのように解釈すると，保護期間が 6 年以上となり，不正競争防止法 19 条 1 項 5 号イにより，「他人の商品」が 3 年に限って保護されている趣旨が損なわれる。」（同頁）

イ．　控訴人らの主張

「不正競争防止法 19 条 1 項 5 号イの「最初に販売された日」とは，商品として市場に出された日をいうから，保護期間の終期は，控訴人加湿器 3 の販売が開始された平成 27 年 1 月 5 日から 3 年が経過した日である。」（本判決 11 頁）

「なお，「最初に販売された日」とは，当該日から 3 年間という保護期間の終期を計算するための基準日であって，保護期間の始期を定めるものではない。一方，保護期間の始期は，模倣が可能な状態になった日であり，控訴人加湿器 1 が展示会に出展された平成 23 年 11 月 1 日である。」（同頁）

⑷　争点⑴エ（善意無重過失の有無）について

（省略）

⑸　争点⑵ア（控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 の著作物性の有無）について

ア．　控訴人らの主張

（ア）　個性の発揮

「実用品であっても，通常の著作物と同様に，創作者の何らかの個性が発揮されている場合には，美術の著作物に当たり，著作物性が肯定される。（本判決 12 頁）

「控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，一見した限りでは加湿器とは認識し難い独自のフォルムを備えた斬新な形態であって，①コップ等に入れて使用する試験管状を呈する携帯用の加湿器であり，下端が半球状に形成され，その上部が円筒状に形成され，上端にフランジ部が形成されている点と，②上端からやや下がった箇所に，リング状のパーツが組み込まれており，このリング状のパーツよりも上の部分が取外し

可能となっている点は，他のスティック型加湿器には見られない構成であり，控訴人らの個性が強く発揮された独創的な形態である。」（同頁）

「したがって，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，いずれも，美術の著作物に当たる。」（同頁）

（イ）　美的鑑賞性

「仮に，実用品が著作物に当たるためには，実用的な機能を離れて見た場合に，それが，美的鑑賞の対象となり得るような美的創作性を備えていることを要するとしても，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，①その使用時以外には，筆記用具立てに差したり，デスク上に逆向きに立てたりするなどして，室内のインテリアとして鑑賞することができ，②その使用時には，机の上などに置いてそのスティック形状の造形物が蒸気を吹き出す姿を見て，あたかも，自室やオフィスを実験室のごとくに変容させたかのような楽しみを鑑賞者に与え得る。」（本判決 12～13 頁）

「そうすると，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，加湿という実用的な機能を離れて見ても，なお美的鑑賞の対象となり得る。」（本判決 13 頁）

イ．　被控訴人の主張

「控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，携帯可能な小型の加湿器という機能を超えて，美を表現するものではない。水を入れたコップに差して使うタイプの加湿器においては，下部に水を取り込むための吸水口を設け，噴霧口を水に触れない上部に設ける構造にする必要があるから，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 のように細長いスティック形状になるのは，機能的に必然であり，個性の発揮はない。」（本判決 13 頁）

「また，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，このようなスティック型加湿器に必要な機能を形にしたものにすぎず，美的鑑賞の対象となり得るような美的創作性も認められない。」（同頁）

(6)　その余の争点について

（省略）

II.　判旨

1.　判旨第一点（争点(1)ア（「他人の商品」該当性）について

(1)　判断基準

「不正競争防止法が形態模倣を不正競争であるとした趣旨は，商品開発者が商品化に当たって資金又は労力を投下した成果が模倣されたならば，商品開発者の市場先行の利益は著しく減少し，一方，模倣者は，開発，商品化に伴う危険負担を大幅に軽減して市場に参入でき，これを放置すれば，商品開発，市場開拓の意欲が阻害されることから，先行開発者の商品の創作性や権利登録の有無を問うことなく，簡易迅速な保護手段を先行開発者に付与することにより，事業者間の公正な商品開発競争を促進し，もって，同法 1 条の目的である，国民経済の健全な発展を図ろうとしたところにあると認められる。」（本判決 15 頁）

「ところで，不正競争防止法は，形態模倣について，「日本国内において最初に販売された日から起算して 3 年を経過した商品」については，当該商品を譲渡等する行為に形態模倣の規定は適用しないと定めるが（同法 19 条 1 項 5 号イ），この規定における「最初に販売された日」が，「他人の商品」の保護期間の終期を定めるための起算日にすぎないことは，条文の文言や，形態模倣を新設した平成 5 年法律第 47 号における不正競争防止法の全部改正当時の立法者意思から明らかである（略）。また，不正競争防止法 2 条 1 項 3 号において，「他人の商品」とは，取引の対象となり得る物品でなければならないが，現に当該物品が販売されていることを要するとする規定はなく，そのほか，同法には，「他人の商品」の保護期間の始期を定める明示的な規定は見当たらない。したがって，同法は，取引の対象となり得る物品が現に販売されていることを「他人の商品」であることの要件として求めているとはいえない。」（本判決 15～16 頁）

「そこで，商品開発者が商品化に当たって資金又は労力を投下した成果を保護するとの上記の形態模倣の禁止の趣旨にかんがみて，「他人の商品」を解釈すると，それは，資金又は労力を投下して取引の対象となし得ること，すなわち，「商品化」を完成した物品であると解するのが相当であり，当該物品が販売されているまでの必要はないものと解される。このように解さないと，開発，商品化は完了したものの，販売される前に他者に当該物品の形態を模倣され先行して販売された場合，開発，商品化を行った者の物品が未だ「他人の商品」ではなかったことを理由として，模倣者は，開発，商品化のための資金又は労力を投下することなく，模倣品を自由に販売することができることになってしまう。このような事態は，開発，商品化を行った者の競争上の地

位を危うくさせるものであって，これに対して何らの保護も付与しないことは，上記不正競争防止法の趣旨に大きくもとるものである。」（本判決 16 頁）

「もっとも，不正競争防止法は，事業者間の公正な競争を確保することによって事業者の営業上の利益を保護するものであるから（同法 3 条，4 条参照），取引の対象とし得る商品化は，客観的に確認できるものであって，かつ，販売に向けたものであるべきであり，量産品製造又は量産体制の整備をする段階に至っているまでの必要はないとしても，商品としての本来の機能が発揮できるなど販売を可能とする段階に至っており，かつ，それが外見的に明らかになっている必要があると解される。」（同頁）

⑵　控訴人加湿器 1 について

「控訴人らは，平成 23 年 11 月，商品展示会に控訴人加湿器 1 を出展している。商品展示会は，商品を陳列して，商品の宣伝，紹介を行い，商品の販売又は商品取引の相手を探す機会を提供している場なのであるから，商品展示会に出展された商品は，特段の事情のない限り，開発，商品化を完了し，販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになったものと認めるのが相当である。なお，上記商品展示会において撮影された写真（略）には，水の入ったガラスコップに入れられた控訴人加湿器 1 の上部から蒸気が噴き出していることが明瞭に写されているから，控訴人加湿器 1 が，上記商品展示会に展示中，加湿器としての本来の機能を発揮していたことは明白である。」（本判決 17 頁）

「ところで，・・・控訴人加湿器 1 は，被覆されていない銅線によって超音波振動子に電力が供給されており，この形態そのままで販売されるものでないことは明らかである。」（同頁）

「しかしながら，商品としてのモデルが完成したとしても，販売に当たっては，量産化などのために，それに適した形態への多少の改変が必要となるのは通常のことと考えられ，事後的にそのような改変の余地があるからといって，当該モデルが販売可能な段階に至っているとの結果を左右するものではない。」（同頁）

「上記のような控訴人加湿器 1 の被覆されていない銅線を，被覆されたコード線などに置き換えて超音波振動子に電源を供給するようにすること自体，事業者にとってみれば極めて容易なことと考えられるところ，控訴人加湿器 1 は，外部の USB ケーブルの先に銅線を接続して，その銅線をキャップ部の中に引き込んでいたものであるから（略），商品化のために置換えが必要となるのは，この銅線から超音波振動子までの間だけである。そして，実際に市販に供された控訴人加湿器 3 の電源供給態様をみると，USB ケーブル自体が，キャップ部の小孔からキャップ部内側に導かれ，中子に設

けられた切り欠きと嵌合するケーブル保護部の中を通って，超音波振動子と接続されているという簡易な構造で置換えがされていることが認められるから（略），控訴人加湿器 1 についても，このように容易に電源供給態様を置き換えられることは明らかである。そうすると，控訴人加湿器 1 が，被覆されていない銅線によって電源を供給されていることは，控訴人加湿器 1 が販売可能な段階に至っていると認めることを妨げるものではない。」（本判決 17～18 頁）

「以上からすると，控訴人加湿器 1 は，「他人の商品」に該当するものと認められる。」（本判決 18 頁）

(3)　控訴人加湿器 2 について

「控訴人加湿器 2 は，控訴人加湿器 1 よりもやや全長が短く，円筒部が，控訴人加湿器 1 よりもわずかに太いという差異があるほかは，控訴人加湿器 1 と同様の形態を有するところ，実質黄に同一の形態を有する控訴人加湿器 1 が「他人の商品」である以上，その後に開発され，国際見本市に出展された控訴人加湿器 2 が，販売可能な状態に至ったことが外見的に明らかなものであることは，当然である。」（本判決 18 頁）

2.　判旨第二点（争点(1)イ（「模倣」の有無）について

(1)　実質的同一性について

裁判所は，以下の点から，被控訴人商品は，控訴人加湿器 1 又は控訴人加湿器 2 のいずれか，又は双方を模倣したものであると認められるとした。

ア.　内部構造について

「不正競争防止法 2 条 4 項は，「商品の形態」を「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…をいう」と定める。したがって，商品の内部の形状は，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ものでなければ，商品の形態を構成しないものである。そこで，被控訴人商品及び控訴人加湿器 1 を見てみると，その構成は，・・・いずれも，被控訴人商品であれば，上部本体 3'を中心部本体 2'から外すことにより，控訴人加湿器 1 であれば，キャップ 3 を本体 2 から外すことにより，その内部の形状を見ることが物理的には可能となっている。しかしながら，この取外しは，被控訴人商品であれば，フィルター35'を交換するために，控訴人加湿器 1 であれば，吸水棒 35 を交換するためであると認められるところ，その交換頻度は，被控訴人商品において

は半年の（ママ）1 回以下の頻度であり（略），控訴人加湿器 1 も同様の程度と推認される。また，需要者が加湿器の内部構造に着目して購入を動機付けられるとは考えにくい。」（本判決 20 頁）

「そうすると，被控訴人商品及び控訴人加湿器 1 の内部構造や需要者が内部構造にどのよういして接するよう構成されているかは，不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の「商品の形態」には含まれないものと認めるのが相当である。」

イ． 実質的同一性の判断

裁判所は，被控訴人商品と控訴人加湿器 1 の実質的類似性を以下のとおり述べて肯定し，また，控訴人加湿器 1 が被控訴人商品と実質的に同一の形態であるのであれば，控訴人加湿器 2 も被控訴人商品と実質的に同一の形態であることは明らかであるとした（本判決 20～23 頁）。

「・・・被控訴人商品と控訴人加湿器 1 との同一性を判断するに，両者が全体的な印象を完全に共通にしていることは，一見して明らかである。そして，差異点 A'''①②，差異点 C'''及び差異点 F'''は，いずれも需要者に着目される部分ではなく，その差異の程度も大きくはないから，デザイン上の微差というべきである（被控訴人商品も USB コードを接続して使用するのであるから，使用時の差異は，被覆されたコードか裸銅線かの差異である。）。」（本判決 21～22 頁）

「一方，被控訴人商品及び控訴人加湿器 1 は，いずれも試験管を模したシンプルなデザインであり，その美観は，専ら，リング状の部分をどの位置に配置するか，上端から下端まで長さと円筒部分の直径とをどのような比にするかに依ることとなり，この部分は同一性判断を左右する点である。」（本判決 22 頁）

「そこで，被控訴人商品と控訴人加湿器1について，この点をみてみると，リング状部分の位置関係につき両者の差異を見分けることは困難であるものの，控訴人加湿器1は，全体としてやや細身のシャープな形状であるのに対し，被控訴人商品は，やや寸胴な形状であるとの差異を看取できる。」（同頁）

「しかしながら，被控訴人商品又は控訴人加湿器1について，上記共通点として認定される，試験管を模した形状である加湿器との両製品の特徴的部分の印象は極めて強いものであり，その影響の下においては，上記差異点程度の構成比の相違は印象からほぼ排除されてしまうものと認められ，被控訴人商品と控訴人加湿器 1 との形態が異なるということは困難である。」（同頁）

「被控訴人は，電源部分の相違が同一性判断の点について決定的な影響をもたらす

と主張する」が，「控訴人加湿器1は外部電源を用いるものであるから，この点において，被控訴人商品とは差異がない。そして，電源が供給される場所は，両者ともリング状部分と同じ箇所であり，また，需要者が，加湿器の電源供給手段の構造に着目するとみるべき事情も見当たらない。そうすると，両製品の電源部分の相違は，付属部分における単なるデザイン上の微差にすぎないから，被控訴人の上記主張は，採用することができない。」（本判決22～23頁）

(2)　依拠性について

裁判所は，以下の事情をもとに，被控訴人商品は，控訴人加湿器１の形態，又は，これと実質的に同一の控訴人加湿器 2 の形態に依拠したものと推認することができるとした（本判決 23～24 頁）。

① リング状の部分の配置や電源の供給箇所をリング状の部分にしたことなども含めて，両者が同一性を有する形態になっていることは，これらが商品の機能を確保するための不可欠な形態の選択ではない以上，単なる偶然の一致では合理的に説明できない。

② 控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，いずれも，被控訴人商品の輸入前に国際展示会又は国際見本市に出展されていたほか，控訴人らのホームページにも，控訴人加湿器 2 の写真，すなわち，控訴人加湿器１と実質的に同一の形態を表示する写真が掲載されており，海外を含めて多数の者が，容易に控訴人加湿器１又は控訴人加湿器 2 の形態を知り得たものである。

加えて，裁判所は，次の点を付言している。

「なお，商品の形態において選択の幅があることを理由に依拠性を肯定したからといって，当然には，個性を発揮できるほどに選択の幅があって著作物性を肯定できるわけではない（略）。なぜなら，前者における選択には，個性を発揮するほどには至らないありふれた形態の選択も含まれるからである。」（本判決23～24頁）

3.　判旨第三点（争点⑴ウ（保護期間終了の成否）について

裁判所は，以下のとおり述べ，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 の形態の保護期間は，いずれも，本件口頭弁論終結日の前の平成 26 年 11 月 1 日（控訴人らが商品展示会に控訴人加湿器 1 を出展した日）の経過により終了したと判示した。

「不正競争防止法は，「日本国内において最初に販売された日から起算して3年を経

過した商品」については，当該商品を譲渡等する行為が形態模倣にはならないと定め，「他人の商品」の保護期間の終期を定める（同法19条1項5号イ）。」（本判決24頁）

「この規定の趣旨は，形態模倣が，先行開発者に投下資本の回収の機会を提供するものである一方，形態模倣が，商品形態の創作的価値の有無を問うことなく模倣商品の譲渡等を禁止していることから，禁止期間が長期にわたった場合には，知的創作に関する知的財産法が厳格な保護要件を設けている趣旨を没却しかねず，また，後行開発者の同種商品の開発意欲を過度に抑制してしまうことから，両者のバランスをとって，先行開発者が投下資本の回収を終了し通常期待し得る利益を上げられる期間として定められたものであると認められる。」（同頁）

「このような保護期間の終期が定められた趣旨にかんがみると，保護期間の始期は，開発，商品化を完了し，販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになった時であると認めるのが相当である。なぜなら，この時から，先行開発者は，投下資本回収を開始することができ得るからである。」（同頁）

「また，「他人の商品」とは，保護を求める商品形態を具備した最初の商品を意味するものであり，このような商品形態を具備しつつ，若干の変更を加えた後続商品を意味するものではない。そうすると，控訴人加湿器1は，控訴人加湿器2に先行して開発，商品化されたものであり，控訴人加湿器1と控訴人加湿器2の形状は，実質的に同一の商品であるから，保護期間は，控訴人加湿器1を基準として算定すべきである。」（本判決24～25頁）

「以上を前提に検討すると，・・・商品展示会に出展された商品は，特段の事情のない限り，開発，商品化を完了し，販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになった物品であるから，保護期間の始期は，平成23年11月1日に控訴人らが商品展示会に控訴人加湿器1を出展した時と認めるのが相当であり，上記特段の事情を認めるに足りる証拠はない。」（本判決25頁）

「控訴人らは，不正競争防止法19条1項5号イの「最初に販売された日」とは，商品として市場に出された日をいうから，保護期間の終期は，控訴人加湿器3の販売が開始された平成27年1月5日から3年が経過した日であると主張する」が，「「最初に販売された日」は，規定の趣旨からみて，実際に商品として販売された場合のみならず，見本市に出す等の宣伝広告活動を開始した時を含むことは，立法者意思から明らかであるから，商品の販売が可能となった状態が外見的に明らかとなった時をも含むと解するのが相当である。このように解さないと，商品の販売が可能になったものの実際の販売開始が遅れると，開発，商品化を行った者は，実質的に3年を超える保護期間を享受できることになってしまうが，これは，知的創作に関する知的財産法との均衡，先行開発者と後行開発者の利害対立などの調整として，保護期間を3年に限定した形態模

倣の趣旨に合致しない。」（同頁）

4. 判旨第四点（争点⑴エ（善意無重過失の有無）及び争点⑶ア（被控訴人の過失の有無）について

結論として，争点(3)アにつき，被控訴人に過失があったと認定し，争点(1)エにつき，被控訴人が被控訴人商品を輸入した時点において善意無重過失であったとは認めるに足りないとした（詳細は，本判決 26～28 頁を参照。）。

5. 判旨第五点（争点⑵ア（控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 の著作物性の有無）について

⑴ 応用美術の著作物性に関する判断基準

「著作権法 2 条 1 項 1 号は，著作物の意義につき，「思想又は感情を創作的に表現したものであって，文芸，学術，美術又は音楽の範囲に属するもの」と規定しており，そして，ここで「創作的に表現したもの」とは，当該表現が，厳密な意味で独創性を有することまでは要しないものの，作成者の何らかの個性が発揮されたものをいうと解される。」（本判決 28 頁）

「控訴人らは，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 が，加湿という実用に供されることを目的とするものであることを前提として，その著作物性を主張する（著作権法 10 条 1 項 4 号）から，本件は，いわゆる応用美術の著作物性が問題となる。」

「ところで，著作権法は，建築（同法 10 条 1 項 5 号），地図，学術的な性質を有する図形（同項 6 号），プログラム（同項 9 号），データベース（同法 12 条の 2）などの専ら実用に供されるものを著作物になり得るものとして明示的に掲げているのであるから，実用に供されているということ自体と著作物性の存否との間に直接の関連性があるとはいえない。したがって，専ら，応用美術に実用性があることゆえに応用美術を別異に取り扱うべき合理的理由は見出し難い。また，応用美術には，様々なものがあり得，その表現態様も多様であるから，作成者の個性の発揮のされ方も個別具体的なものと考えられる。」

「そうすると，応用美術は，「美術の著作物」（著作権法10条1項4号）に属するものであるか否かが問題となる以上，著作物性を肯定するためには，それ自体が美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えなければならないとしても，高度の美的鑑賞性の保有などの高い創作性の有無の判断基準を一律に設定することは相当とはいえず，著作権法2条1項1号所定の著作物性の要件を充たすものについては，著作物として保護さ

れるものと解すべきである。」

「もっとも，応用美術は，実用に供され，あるいは産業上の利用を目的とするものであるから，美的特性を備えるとともに，当該実用目的又は産業上の利用目的にかなう一定の機能を実現する必要があり，その表現については，同機能を発揮し得る範囲内のものでなければならない。応用美術の表現については，このような制約が課されることから，作成者の個性が発揮される選択の幅が限定され，したがって，応用美術は，通常，創作性を備えているものとして著作物性を認められる余地が，上記制約を課されない他の表現物に比して狭く，また，著作物性を認められても，その著作権保護の範囲は，比較的狭いものにとどまることが想定される。そうすると，応用美術について，美術の著作物として著作物性を肯定するために，高い創作性の有無の判断基準を設定しないからといって，他の知的財産制度の趣旨が没却されたり，あるいは，社会生活について過度な制約が課されたりする結果を生じるとは解し難い。」

「また，著作権法は，表現を保護するものであり，アイディアそれ自体を保護するものではないから，単に着想に独創性があったとしても，その着想が表現に独創性を持って顕れなければ，個性が発揮されたものとはいえない。このことは，応用美術の著作物性を検討する際にも，当然にあてはまるものである。」

(2)　控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 の著作物性

裁判所は，以下のとおり述べ，控訴人加湿器 1 は，表現上の個性の発揮を認めることができないとして，美的特性を備えるか否かを検討するまでもなく，著作物であるとは認められないとした。また，控訴人加湿器 2 が控訴人加湿器 1 と実質的に同一のものであるとの認定を前提に，控訴人加湿器 1 と同様の理由で，控訴人加湿器 2 の著作物性を否定した。

「控訴人加湿器1は，加湿器を試験管様のスティック状のものとし（さらに，下端は半球状とし，上端にはフランジ部を形成する。），本体の下端寄りの位置に吸水口を設け，キャップの上端の噴霧口から蒸気を噴出するようにしたものであり，水の入ったコップ等に挿して使用することにより，ビーカーに入れた試験管から蒸気が噴き出す様子を擬するようにしたものである。この観点からみると，リング状パーツ5は，試験管に入った液体の上面を模したものとも理解され，このような構成自体は，従来の加湿器にはなかった外観を形成するものといえる。しかしながら，前述のとおり，著作権法は，表現を保護するものであって，アイディアを保護するものではないから，その表現に個性が顕れなければ，著作物とは認められない。加湿器をビーカーに入れた試験管から蒸気が噴き出す様子を擬したものにしようとすることは，アイディアに

すぎず，それ自体は，仮に独創的であるとしても，著作権法が保護するものではない。そして，ビーカーに入れた試験管から蒸気が噴き出す様子を擬した加湿器を制作しようとすれば，ほぼ必然的に控訴人加湿器1のような全体的形状になるのであり，これは，アイディアをそのまま具現したものにすぎない。また，控訴人加湿器1の具体的形状，すなわち，キャップ3の長さと本体の長さの比（試験管内の液体の上面），本体2の直径とキャップ3の上端から本体2の下端までの長さの比（試験管の太さ）は，通常の試験管が有する形態を模したものであって，従前から知られていた試験管同様に，ありふれた形態であり，上記長さと太さの具体的比率も，既存の試験管の中からの適宜の選択にすぎないのであって，個性が発揮されたものとはいえない。」（本判決30～31頁）

「したがって，著作物性を検討する余地があるのは，上記構成以外の点，すなわち，①リング状パーツ5を用いたこと，②吸水口6の形状，③噴霧口7周辺の形状であるが，いずれも，平凡な表現手法又は形状であって，個性が顕れているとまでは認められず，その余の部分も同様である。」（本判決31頁）

「控訴人らは，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，①コップ等に入れて使用する試験管状のスティック形状からなる携帯用の加湿器であり，下端が半球状に構成され，その上の中心部分が円筒状に形成され，上端にフランジ部が形成されている点と②最上部よりやや下がった箇所に，リング状のパーツが組み込まれ，このリング状のパーツよりも上の部分は取外し可能となっている点に，特に，個性が発揮されていると主張する。

しかしながら，リング状パーツ5よりも上の部分（キャップ3）が取外し可能となっているのは，吸水棒35の交換のためであると推認されるところ，吸水棒35を交換するためには，いずれかの部分が取外し可能でなければならないから，キャップ3を取外し可能としたのは，加湿器としての機能を発揮するために必要な構成にすぎず，また，取外し可能な箇所をキャップ3としたのは，ごくありきたりの箇所を選択したまでであって，いずれにせよ，個性を発揮する余地はない。」（同頁）

6. 判旨第六点（争点⑶イ（控訴人らの損害額）について

被控訴人商品が輸入されたのは，平成 25 年 9 月及び 11 月であるから，保護期間終了日（不正競争防止法 19 条 1 項 5 号イ参照）の平成 26 年 11 月 1 日よりも前であった。そこで，裁判所は，以下のとおり，不正競争防止法 5 条 3 項 2 号に基づいて逸失利益の額を，事案の内容及び難易等の事情を考慮して弁護士費用相当額を，それぞれ算定した（本判決 32～33 頁）。

逸失利益：　　単価 1900 円×販売数量 1 万 6739 個×5%／2≒79 万 5000 円
弁護士費用：　30 万円／2＝15 万円
合　　計：　控訴人らそれぞれにつき，各 94 万 5000 円

III.　研究

1.　本判決の判例上の地位

(1)　形態模倣について

本判決は，展示会又は見本市に出展された物品であって，電源供給態様についてのみ改変の必要性が残っていた段階のものについて，不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の「他人の商品」に該当するか否か，また，その展示会への出展をもって，「日本国内において最初に販売された」といえるか（同法 19 条 1 項 5 号イ）が問題となり，いずれも肯定した判決である。不正競争防止法 2 条 1 項 3 号による保護の開始時期と，その終期の起算時期について，展示会に出展する行為がどのように扱われるかは従来から議論されていたが，この点について，詳しい判断基準を示して判断したものとして意義がある。

また，「他人の商品」該当性（同法 2 条 1 項 3 号）と「販売」（同法 19 条 1 項 5 号イ）の関係についても示唆に富むものであり，今後の議論のために大いに参考になるものと思われる。

さらに，実質的に同一の形態の商品が，同号による保護の開始時期とその終期の起算時期の認定において，どのような関係性で捉えられるのかを明らかにした点でも，意義がある。

(2)　応用美術の著作物性について

さらに，本判決は，応用美術の著作物性について，一般の著作物と異なる要件を加重しない立場に立った上で，「選択の幅」及び「ありふれた表現」という概念を用いて創作性の有無を検討し，これを否定した点でも注目される。

従来の裁判例では，応用美術を純粋美術と区別し，純粋美術と同視し得る美的創作性ないし美的特性がある場合に限って，応用美術の著作物性を認める傾向にあった。しかし，応用美術について通常の著作物と異なる要件を課すことを否定し，著作権法 2 条 1 項 1 号所定の著作物性の要件を充たすものであれば，著作物として保護されるとする裁判例が登場し（TRIPP TRAPP 事件控訴審判決），それ以後，裁判例の立場も（概

ね）2 つに割れている状況となっている。すなわち，①TRIPP TRAPP 事件控訴審判決を踏襲した裁判例（本判決及びゴルフシャフト事件控訴審判決[2]。いずれも，清水節知財高裁判事が裁判長を務められている裁判体の判決である。なお，後述のとおり，本報告は，これらの裁判例の考え方に賛同するものである。）と，②実用的機能を離れて見た場合に，それが美的鑑賞の対象となり得るような (a) 創作性ないし (b) 美的特性を備えている場合に，著作物として保護されるとする裁判例[3]に分かれている。②(a)に属するものとして，原判決のほか，ゴルフシャフト事件第一審判決[4]及び衣服刺繍デザイン事件判決[5]がある。②(b)に属するものとして，ピクトグラム事件判決[6]並びにエジソンのお箸第一審判決[7]及び同控訴審判決[8]がある。

本判決は，TRIPP TRAPP 事件控訴審判決を踏襲し，応用美術に限って通常の著作物と異なる要件を課すのは相当ではないとしたものであるが，同控訴審判決とは異なり，「応用美術は，「美術の著作物」（著作権法 10 条 1 項 4 号）に属するものであるか否かが問題となる以上，著作物性を肯定するためには，それ自体が美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えなければならない」とした点で特色がある（本判決 29 頁）。この点は，本判決に続くゴルフシャフト事件控訴審判決（25 頁）にも踏襲されている。もっとも，本判決は，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 には，著作権法における個性の発揮を認めることはできないとして創作性を否定し，美的特性を備えるか否かを検討しなかったため，同控訴審判決が求める「それ自体が美的鑑賞の対象となり得る美的特性」とは何かを明らかにしなかった。ゴルフシャフト事件控訴審判決でもこの点は明らかにされておらず，今後の課題として残されている。

また，本判決は，創作性の意味内容及び判断手法においても，TRIPP TRAPP 事件控訴審判決を踏襲したものと解される。まず，本判決は，TRIPP TRAPP 事件控訴審と同様に，応用美術は，一定の機能を発揮する必要があるがゆえに，作成者の個性が発揮される選択の幅が限定され，著作物性が認められる余地が狭く，また，著作物性を認められても，その保護範囲は比較的狭いものにとどまることを，応用美術の著作物性について特別の要件を課さない理由（許容性）として挙げている（本判決 29 頁，TRIPP TRAPP 事件控訴審判決 35 頁）。また，TRIPP TRAPP 事件控訴審判決は，「表現が平凡かつありふれたものである場合，当該表現は，作成者の個性が発揮されたものとはいえず，「創作的」な表現ということはできない」という考え方（いわゆる，ありふれた表現の法理）を採用している（同判決 28-29 頁。ただし，同判決は，同法理によって

[2] 知財高判平成 28 年 12 月 21 日〔ゴルフシャフト事件控訴審判決〕。
[3] 美的鑑賞の対象となるかどうかという点は，著作物性の要件のうち，「美術・・・の範囲に属するもの」という要件に対応するものと理解するのが素直である。②(a)の立場は，この要件と創作性の要件を混同しているものと思われる。
[4] 東京地判平成 28 年 4 月 21 日。
[5] 大阪地判平成 29 年 1 月 19 日。
[6] 大阪地判平成 27 年 9 月 24 日。
[7] 東京地判平成 28 年 4 月 27 日。
[8] 知高判平成 28 年 10 月 13 日。

創作性を否定してはいない。)。この点，本判決も同法理を採用していると解される（本判決 31 頁。本判決は，同法理に基づき創作性を否定した。)。

以上によれば，本判決は，TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をほぼそのまま踏襲したものであり，創作性だけでなく「それ自体が美的鑑賞の対象となり得る美的特性」が必要であることを明示した（ものの，その具体的内容は示されてはいない）点において，やや前進したものと位置付けられる。

なお，米国では，2017 年 3 月 22 日，チアリーディングユニフォームのデザインが著作権により保護されるか否かが争われていた *Varsity* 事件について，合衆国最高裁判決が出された（同判決の概要について，別紙参照)。

米国著作権法では，「応用美術」(applied art) が，「絵画，図形及び彫刻の著作物」(Pictorial, graphic, and sculptural works) に含まれることが明示されている（米国著作権法 101 条)。ただし，「実用品」のデザインは，「当該物品の実用面と別個に識別することができ，かつ，独立して存在し得る絵画，図形又は彫刻の特徴を有する場合にのみ，その限度において，絵画，図形又は彫刻の著作物として扱われる」とされる（いわゆる分離可能性テスト）（同条)。そして，「実用品」とは，「単に物品の外観を表し又は情報を伝えること以外に，本来的に実用的機能を有する物品」をいい，「通常実用品の一部分である物品」は「実用品」とみなされる（同条)。

分離可能性テストを充足するための具体的な判断基準については，従来，裁判例及び学説によって数多くの理論が提唱されたが，*Varsity* 事件合衆国最高裁判決は，これについて一つの答えを示した。すなわち，同判決によれば，「実用品のデザインに組み込まれた特徴は，その特徴が，(1) 当該実用品とは別個の平面的又は立体的な美術作品として把握され得るものであり，かつ (2) それが組み込まれる実用品から独立して思い描かれた場合に，―それ自体で，又は何らかの他の表現媒体に固定されたときに―保護される絵画，図形又は彫刻の著作物に該当する場合に限り」，著作権の保護を受けることができる。

同判決は，分離可能性テストの具体的な判断基準を明らかにするための解釈は，制定法の文言が通常有する意味に重点を置く「制定法解釈」の手法によるべきものとしている。したがって，応用美術ないし実用品のデザインの保護に関する米国著作権法のような規定を持たない我が国の解釈に対して，必ずしも，直接的に重大な影響を及ぼすものではないと考えられる。むしろ，後述するように，我が国の著作権法において，物品の実用的機能に対する保護を否定又は限定すべき理由を明確に認識した上で，それに即した解釈を行うべきである。

(3) 本報告の対象

本判決における争点は多岐にわたるが，本報告は，上記に関連する 3 点（判旨第一点，第三点及び第五点）につき，従来の議論を整理した上で，現時点での報告者なりの考えを述べ，各判旨に対する評価を加えるものである。

2. 判旨第一点（「他人の商品」該当性）に関する検討

(1) 問題の所在

控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，展示会や見本市に出展されたものの，そのままの形態で実際の販売に供された事実は認定されていない。したがって，展示会や見本市に出展されたにすぎず，実際に販売されるには至っていない物品が，不正競争防止法 2 条 1 項 3 号（以下，単に「3 号」という。）にいう「他人の商品」に該当しないとすれば，その余の争点について検討するまでもなく，同号に基づく請求には理由がないことになる。

この点，同法 19 条 1 項 5 号イは，「日本国内において最初に販売された日から起算して 3 年を経過した商品」を譲渡等する行為についての適用除外規定である。判旨も述べるとおり，この規定における「最初に販売された日」という文言は，同号による保護期間の終期を定めるための起算日にすぎないとされ[9] [10]，同法上，同号による保護の開始時期は明らかにされておらず，解釈に委ねられている[11]。この立場によれば，どの段階まで商品開発等が進めば 3 号の保護を受けられるのか（保護の開始時期）については，同法 19 条 1 項 5 号イは何ら規律していないということになるので， 3 号の

---

[9] 不正競争防止法の規定上，保護期間の始期が明確にされなかったのは，販売開始前の段階では不正競争防止法による保護に値する「営業上の利益」（3 条）が存在するか否かが明らかではなく，個別の事案によっては，発売前であっても，発売に向けて客観的に十分な準備を進めていたような場合には，営業上の利益の侵害が認められる場合もあるため，一律に規定することが困難であると考えられたためであるとされる（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）49 頁，金井ほか編『不正競争防止法コンメンタール〈改訂版〉』438 頁〔町田健一〕（レクシスネクシス・ジャパン，平成 26 年））。なお，「最初に販売」された時から保護が開始されるとする見解がある（山本庸幸「要説不正競争防止法」（第 4 版，発明協会，2006 年）386 頁）。

[10] 販売開始前の商品の形態については，不正競争防止法の営業秘密に関する規定でその保護が図られるとする見解もある。すなわち，「開発を続けた結果，ようやく新商品の商品化には成功し，量産の準備中のため未だ市場では販売するに至らないが，ライバル企業との競争条件を現状のままに保つため，その商品の形態等の情報を秘密として管理しているようなときに，その情報が流出して模倣商品が出現したような場合」は，営業秘密としての保護が図られ得る（山本庸幸「要説不正競争防止法」（第 2 版，発明協会，1997 年）121 頁）。これに対し，田村善之教授は，「販売開始前は営業秘密の不正利用行為に対する規律により処理すればよいという判断があるかもしれないが，販売直前の秘密管理を脱した最も危うい，しかも市場先行の利益を守るためには最も重要な時期の保護が欠落するという問題点がある。条文の文言上の要請でないにも関わらず，あえてこの見解を採用する必要はないというべきである。」と述べられている（田村善之「判批」WLJ 判例コラム第 93 号）。

[11] 田村・前掲注 10)。

「他人の商品」という文言の解釈によることとなる[12]。

同号による保護の開始時期に関しては，以下のような考え方がある。

① 他人の経済的成果へのただ乗りを防止するという趣旨にかんがみ，試作品や設計図の完成段階であっても，その模倣行為は違法とする見解[13]
② 3 号に該当するためには，「模倣」され得る状態になっていなければならないことから，商品の形態につき模倣が可能となった時点から，保護されるとする見解[14] [15]
③ 商品販売前であっても商品化の時点で保護に値する労力・費用の投下は終了しているので，そのデッドコピーには本号の保護を及ぼすべきであるとする見解[16]
④ 商品化が完了しており，かつ，客観的にその商品の販売に向けた準備に着手していることが必要であるとする見解[17]
⑤ 費用，労力を投下して商品化したのみならず，これを市場に置く行為をしたことを要するとする見解[18]

(2) 「他人の商品」該当性の判断基準に関する考察

前記(1)で挙げた各見解の相違は，1 つには，3 号が何に対して資金・労力を投下した

---

[12] 「他人の商品」だけでなく，「商品の形態」又は「模倣」等の文言の解釈問題と位置付けることも可能である（田村・前掲注 10)。
[13] 渋谷達紀「商品形態の模倣禁止」マックス・プランク知的財産・競争法研究所『知的財産と競争法の理論 — F.K.バイヤー教授古希記念論文集』（第一法規出版，1997 年）383 頁。
[14] 松村信夫「新・不正競業訴訟の法理と実務」（民事法研究会，平成 26 年）413 頁。
[15] 東京地判平成 27 年 9 月 30 日（平成 26 年（ワ）第 17832 号）は，「この法律において『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，同条 5 項に「この法律において『模倣する』とは，他人の商品の形態に依拠して，これと実質的に同一の形態の商品を作り出すことをいう。」とそれぞれ定めているところからすると，同条 1 項 3 号にいう「商品の形態」とは，これに依拠して実質的に同一の形態の商品である「模倣した商品」を作り出すことが可能となるような，商品それ自体についての具体的な形状をいうものと解される。」と述べている。
[16] 田村善之「不正競争防止法概説」（第 2 版，有斐閣，2003 年）312-13 頁。
[17] 金井ほか編・前掲注 9) 438 頁〔町田健一〕。
[18] 東京地判平成 24 年 1 月 25 日（平成 23 年（ワ）第 15964 号）。同判決は，「不正競争防止法 2 条 1 項 3 号は，「他人の商品の形態…を模倣した商品を譲渡し，貸し渡し，譲渡若しくは貸渡しのために展示し，輸出し，又は輸入する行為」を不正競争行為と規定しているところ，上記趣旨は，費用，労力を投下して商品を開発し，市場に置いた者につき，投下した費用・労力の回収を容易にし，商品化への誘因を高めるために，一定期間（最初に販売された日から起算して三年間），上記商品の形態を模倣した商品を流通に置く行為を規制し，市場における先行利益を確保することにあるものと解されるから，同号の保護を受けるべき者に当たるか否かは，当該商品に関し，費用や労力を投下して商品化したのみならず，これを市場に置く行為をしたか否かによって判断されるものというべきである。また，これを侵害する行為があったといえるためには，侵害を構成するとされる商品（他人の商品の形態を模倣したといえる商品）を譲渡等することを要するものというべきである。」とする。

成果を模倣から保護しようとしているのかという点についての理解の相違によるものであると思われる。すなわち，「商品の形態」（同法 2 条 4 項）の開発に向けて資金・労力を投下した成果であれば足りるのか，それとも，「商品の形態」だけでなく，例えば，その商品の機能を発揮させるために必要な内部構造を含めた，商品全体の開発に向けて資金・労力を投下した成果でなければならないのか，という理解の相違である。この点，裁判例では，例えば， 3 号の趣旨は，「他人が資本，労力を投下して開発し商品化した商品の形態を，他に選択し得る形態があるにもかかわらず，ことさらに上記商品の形態を模倣した商品を販売するなどの行為は，先行者の築いた成果にただ乗りするものであり，商品形態の開発のために何ら資本，労力を投下することなく先行者の市場においてこれを競合することを認めることになって，先行者を競争上不当に不利な地位に置くとともに，自己を競争上不当に有利な地位に置くものであって，これを放置することは，ひいては新商品の開発意欲を減殺することにもつながるからである。」などと説明されているように[19]，同号がどちらの意味での「資金・労力の投下による成果」を保護しているのかを，必ずしも，意識的，明確に区別して論じられてはいないと思われる。

この点，3 号が保護しているのは，「商品の形態」であり，商品の「機能」そのものや（同号括弧書き），「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」できない内部構造等は，保護対象から除かれている（同条 4 項）。このことからすれば，同法は，「商品の形態」の開発に向けて資金・労力が投下されたのであれば，それによる成果は保護すべきであり，内部構造を備え，商品としての機能を発揮し得る状態となっていなくともよいと考えているようにも思われる。かかる考え方によれば，外観上，商品の形態が模倣され得る状態となった時点で，商品の形態の開発に対して資金・労力を投下して得た成果にただ乗りし得る状態となった以上，その時点から 3 号の保護を付与すべきということになるから，前記②の見解がひとまず妥当ということになろう。

しかし，不正競争防止法の目的が，「事業者間の公正な競争」を確保し，「国民経済」の健全な発展に寄与することであることからすると（法 1 条），3 号の保護を受け得る地位は，市場との関係において把握されなければならないと考えられる。この点，「商品の形態」の開発が完了しても，それだけで，市場における取引の対象となり得る「商品」といえるとは限らない。同法の目的にかんがみれば，資金・労力の投下が，市場における取引の対象となり得る程度に開発を完了した物品という成果として結実してはじめて，3 号の保護に値するものとなるのである。たしかに，通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識できる形状並びにその形状に結合した模様等が，それだけで取引上重要な役割を果たす物品も存在するであろうが，商品の内部構造やそれが

[19] 大阪地判平成 21 年 6 月 9 日・判タ 1315 号 171 頁（下線は報告者が付した。）。その他，東京地判平成 13 年 9 月 6 日・判時 1804 号 117 頁，東京地判平成 11 年 1 月 28 日・判時 1677 号 127 頁も同旨。

果たす機能なしには，取引の対象とはならない物品もある。したがって，一般論としては，「他人の商品」としてその形態が 3 号の保護を受けるためには，当該商品の機能を発揮し得る程度に，内部構造も含めた商品全体として完成したものであることが必要と解すべきであろう。そして，「商品の形態」のみで取引の対象となり得る性質の物品については，その性質上，「商品の形態」の開発に向けた資金・労力の投下による成果自体が保護に値するから，「商品の形態」のみの開発が完了した段階で「他人の商品」に該当すると解するのが妥当であろう。こうした解釈は，経済産業省の逐条解説において，3 号の趣旨につき，「個別の知的財産権の有無にかかわらず，他人が商品化のために資金・労力を投下した成果を他に選択肢があるにもかかわらずことさら完全に模倣して，何らの改変を加えることなく自らの商品として市場に提供し，その他人と競争する行為」を抑止し，「個性的な商品開発」等の意欲が阻害されないようにするためであると説明されていることとも適合する[20]。また，このように解した場合，3 号が内部構造等を含めた商品全体の形状等を保護しているわけではなく，「商品の形態」（同法 2 条 4 項）のみを保護対象としているのは，「商品の形態」が，商品の魅力を高め，需要者を惹きつけるという競争上重要な役割を担っており，かつ，外形に表れているため模倣が容易であることから，商品化に向けた資金・労力の投下を終えて要保護性を確立した物品につき，登録等の手続きや創作性等の要件を課すことなく，ひとまず「商品の形態」に限って，簡易迅速かつ短期間の保護を与えたからだと解するのである。

そこで，次なる問題は，「他人の商品」に該当するためには，当該商品の機能を発揮し得る程度に商品全体として完成させることという意味での「商品化」が必要であるとして，それに加えて，販売に向けた客観的な準備（前記④の見解）又は市場に置くこと（前記⑤の見解）が必要であるか否かである。

3 号の趣旨が，上記意味での「商品化」をするための資金・労力を投下した成果を保護することにあることから単純に考えれば，「商品化」さえ完了していれば，すでに資金・労力も投下され，成果も確立されたのであるから，それ以上の要件を課す必要はないということになる。模倣者の側を見ても，「商品の形態」を知ることになった経緯は何であれ，他人が資金・労力を投下して「商品化」を完了させた商品の形態という成果に対するただ乗りを許す理由はない。開発者によって，客観的，外形的に商品の形態が外部に提示されたことがない場合には，依拠性の段階で不正競争行為該当性が否定されるであろうから，競争者の利益が不当に害されることもない。

この点，本判決は，不正競争防止法が事業者の営業の利益（同法 3 条，4 条）を保護するものであることを理由に，「取引の対象とし得る商品化は，客観的に確認できるも

[20] 経済産業省知的財産政策室編「逐条解説　不正競争防止法 –平成 27 年改正版-」69 頁（下線は報告者が付した。）。

のであって，かつ，販売に向けたものであるべきであり，量産品製造又は量産体制の整備をする段階に至っているまでの必要はないとしても，商品としての本来の機能が発揮できるなど販売を可能とする段階に至っており，かつ，それが外見的に明らかになっている必要がある」としている（本判決 16 頁）。しかし，同法が「営業上の利益」を保護するものであることから，直ちに，「客観的に確認できるもの」であるとか，「外見的に明らかになっている」ことが要求されるわけではない[21]。商品の形態も，資金・労力を投下して得た成果であるから保護の対象となるのであって，販売準備等に取り掛かる前に無断でデッドコピーされた場合には，商品化に向けた投下資本を回収する機会を奪われるという点において，営業上の利益は侵害されるのである[22]。また，本判決は，「他人の商品」に該当するためには現に当該物品が販売されていることまでは必要ないと判示するに当たり，「現に当該物品が販売されていることを要するとする規定はなく，そのほか，同法には，「他人の商品」の保護期間の始期を定める明示的な規定は見当たらない。したがって，同法は，取引の対象となり得る物品が現に販売されていることを「他人の商品」であることの要件として求めているとはいえない」と述べている（本判決 16 頁）。しかるに，不正競争防止法は，「他人の商品」に該当するための要件として，当該物品につき，「販売に向けた客観的な準備」をすること又は「市場に置くこと」を求めていない。したがって，現に販売することは不要としたのと同様に，販売に向けた客観的な準備等をすることが必要と解する根拠はないはずである。

そうしてみると，「他人の商品」該当性，すなわち 3 号による保護の始期の検討において，「商品化」の完了だけでは足りず，客観的，外見的な準備行為等を要求する実質的な理由の 1 つは，競争者側から見て保護される形態であるか否かが客観的に認識できる状態でなければ，競争者の利益を不当に害することになるという点にあると思われる。しかし，前述のとおり，この点は，「模倣」要件のうち，依拠性の問題で解決すればよいと思われる。

また，本判決のように客観的，外形的な準備行為等を要求するもう 1 つの理由は，保護の始期に関する解釈を，不正競争防止法 19 条 1 項 5 号イが定める保護期間の終期の起算点（「最初に販売された日」）に関する解釈と平仄を合わせることにより[23]，同号イが保護期間を 3 年間に限定した趣旨を没却しないようにするためであるとも思われる。しかし，同法が保護の始期を明確に規定していない理由は，3 号による保護を認めるべきか否かは個別の事案次第であり，条文上一律に規定するのは相当でないとされたためである[24]。「販売」や「販売に向けた客観的な準備」を開始したといえるために，どの程度の行為を要すると解するかにもよるが，「商品化」の完了後，投下資本の回収

[21] 不正競争防止法に基づく営業秘密の保護（同法 2 条 1 項 5 号～10 号）を参照。
[22] 田村・前掲注 10) は，「「営業上の利益」の侵害の問題は，請求権者となり得るのは誰かという問題として考察すれば足りる。」とする。
[23] 田村・前掲注 10) 参照。
[24] 産業構造審議会知的財産政策部会・前掲注 9) 49 頁参照。

に向けた客観的，外形的な行為に着手するまでに一定の期間を置くのが合理的な場合もあり得ると思われる。この点については，報告者も，取引の実態を勉強する必要性を強く感じているが，さしあたり思いつくものとして，例えば，適時のプロモーションが求められる季節性商品の場合や，シリーズ商品で前のバージョンが未だ人気を維持しているため，新バージョンの市場投入・プロモーションをあえて差し控えている場合には，「商品化」の完了後，「販売」又は「販売に向けた客観的な準備」に着手するまでに一定期間を置く経済的合理性があるといえよう。このように，資金・労力を投下して商品化を完了した後，何らかの理由で（少なくとも，開発者の要保護性を維持し得る理由で），当該物品の販売又は販売準備その他客観的，外形的な行為が遅れた場合において，むしろ，商品化完了から販売開始までの間，模倣を排除できないことになる解釈を採ることの方が，3 号の趣旨に悖るというべきであろう。市場に投入して投下資本を回収し，収益を上げることを目的として「商品化」を完了するのが通常であろうから，正当な理由なく販売又は販売準備に長期間着手しない場合（したがって，その期間分，形式的には 3 号による保護期間が長くなる。）を例外と捉え，「最初に販売された日」（不正競争防止法 19 条 1 項 5 号イ。条文上，合理的な保護期間の設定は，この文言の解釈によるとするのが素直である。）の解釈あるいは同法の趣旨を踏まえた権利濫用法理（民法 1 条 3 項）の適切な運用により，個別の事案に応じた合理的な保護期間を導くのが妥当であると考える[25]。

(3) 判旨第一点に対する評価

ア. 「商品化」の意義について

本判決は，「他人の商品」に該当するためには，「「商品化」を完成した物品」であることを要するとし，また，ここにいう「商品化」とは，「客観的に確認できるものであって，かつ，販売に向けたものであるべきであり，量産品製造又は量産体制の整備をする段階に至っているまでの必要はないとしても，商品としての本来の機能が発揮できるなど販売を可能とする段階に至っており，かつ，それが外見的に明らかになっている必要がある」とした（本判決 16 頁）。前記④の見解に近く，これをより具体化した判断基準を採用したものと位置付けることができよう。

まず，前記(2)で検討したところによれば，本判決が，商品化に当たって資金又は労力を投下した成果を保護するという 3 号の趣旨を踏まえ，「他人の商品」に該当するためには，資金又は労力を投下して取引の対象と成し得るものであり，商品としての本来の機能が発揮できるなど販売を可能とする段階に至っていること（「商品化」を完成

[25] もっとも，本件においては，控訴人らも，「保護期間の始期は模倣が可能な状態になった日であり，控訴人加湿器 1 が展示会に出展された平成 23 年 11 月 1 日である」と主張していた。

した物品であること）が必要であると判示した点は，妥当である。

しかしながら，「他人の商品」に該当する要件として，「商品化」の完了が客観的，外見的に明らかになっている必要があるとした点は，それが，商品開発者における「商品化」の完了を客観的見地から判断すべきとするにとどまるものであれば妥当であるが，第三者に向けた「商品の形態」の積極的な開示・公表等を通じて，第三者にとって，販売可能な段階に至ったことが客観的，外見的に明らかになっている必要があるとする趣旨であれば，前記(2)で検討したとおり，反対である。「商品化」を完了した段階で，商品化に向けた資金・労力の投下による成果の模倣を許すべきではないという 3 号の趣旨を及ぼすべき状態に至っているからである。また，そうである以上，「商品の形態」を競業者が知るに至る経緯が何であれ（商品開発者による販売又は販売に向けた宣伝広告等による積極的な開示・公表を通じて知ったのではなくとも），「商品化」が完了していれば，商品開発者の成果を模倣から保護する必要性が損なわれることはないからである。この点，本判決は，例えば，「商品展示会は，商品を陳列して，商品の宣伝，紹介を行い，商品の販売又は商品取引の相手を探す機会を提供する場なのであるから，商品展示会に出展された商品は，特段の事情のない限り，開発，商品化を完了し，販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになったものと認めるのが相当である。」などと述べる（本判決 17 頁）。この表現が，前者と後者のいずれの意味での客観性を求めるものなのかは判然としない。商品展示会という場に出展された商品であれば，開発者における開発，商品化は完了したものであろうと推認する事情として述べているのであれば妥当であるが，販売や宣伝等を行う場において，控訴人加湿器 1 が販売可能な段階に至っていることが，第三者にとって外形的に明らかな形で提示されたことを要するとする趣旨であれば，賛同できない。

この点に関する本判決の考え方は，必ずしも明確ではないが[26]，本件の事案においては，（次項「イ」で述べる結論を前提にすれば）いずれにしても「他人の商品」に該当することになるであろうから，そのように認定した本判決の結論は妥当であると考える。

イ． 控訴人加湿器 1 の出展時，銅線が被覆されていなかった点について

本判決によれば，「控訴人加湿器 1 は，被服されていない銅線によって超音波振動子に電力が供給されており，この形態そのままで販売されるものではないことは明らか」であった（本判決 17 頁）。この点，本判決は，商品化の完了後，販売に適した形態への多少の改変が必要となるのは通常のことであること，容易に電源供給態様を置き換えることが可能であったことから，「控訴人加湿器 1 が，被覆されていない銅線によっ

[26] 「最初に販売された日」（不正競争防止法 19 条 1 項 5 号イ）における「販売」という文言との整合的解釈を目指した結果とも思われる。

て電源を供給されていることは，控訴人加湿器 1 が販売可能な段階に至っていると認めることを妨げるものではない。」とした（本判決 17～18 頁）。

そのままの形態で販売されるものでなければ「他人の商品」に該当し得ないとすれば，個別の顧客の注文に応じた些細な改変すら加えられない状態に至らない限り，3 号による保護を受けられないことになり，妥当でない。問題は，どの程度改変の余地があっても，なお「商品化」を完了し，「他人の商品」に該当するといえるかである。本判決は，この点についての判断基準を示していない。

3 号の趣旨が，商品化に向けた資金・労力の投下による成果に対する模倣を禁止することにあることからすれば，特段，追加的な資金・労力の投下を要しない程度の改変であれば，その改変の余地があることによって「商品化」の完了は否定されないと解すべきであると考える。この場合，その改変部分以外の部分についての開発が完了していれば，商品化に向けたすべての資金・労力の投下がすでに行われたといえる以上，その成果を模倣から保護すべきだからである。

裁判所が認定したとおり，容易に電源供給態様を置き換えることが可能であるとすれば，その置換えのために特段の追加的な資金・労力の投下を要しないから，「商品化」の完了は否定されないといえる[27]。したがって，この点に関する本判決の結論に賛成である。

3. 判旨第三点（保護期間終了の成否）に関する検討

(1) 問題の所在

不正競争防止法 19 条 1 項 5 号イは，「日本国内において最初に販売された日から起算して三年を経過した商品」について，その商品の形態を模倣した商品を譲渡等する行為を，同法 3 条（差止請求）及び 4 条（損害賠償）等の適用除外としている。

本件においては，後掲【時系列表】のとおり，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 が展示会等に出展された日が，「最初に販売された日」であるとすれば，本件の口頭弁論終結日である平成 28 年 9 月 7 日より前の時点で，「最初に販売された日から起算して三年を経過」しているため，控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 の形態は保護されないことになる。これに対し，控訴人加湿器 3 の販売が開始された日（控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，販売されたことがない。）が，「最初に販売された日」であるとすれば，そこから 3 年を経過する平成 30 年 1 月ころまでは保護期間が存続することになるから，他の要件を満たす限り，不正競争防止法違反に基づく差止め及び損害賠償の請求が認容されることになる。

[27] 仮に，その置換え箇所に特別な趣向を凝らし，追加的な資金・労力を投下した形態を採用した場合には，それは，別個の新たな「商品の形態」として保護されることになり，改変の余地を残した（旧）商品形態の保護自体は否定されないと考えられる。

そこで，「最初に販売された日」，とりわけ，ここにいう「販売」の意義が問題となる。

【時系列表】

平成 23 年 11 月	控訴人加湿器 1 を国産展示会に出展
平成 24 年 6 月	控訴人加湿器 2 を国際見本市に出展
平成 25 年 9 月及び 11 月	被控訴人商品の輸入及び販売
平成 27 年 1 月	控訴人加湿器 3 の販売開始

「販売」とは，業とする目的をもって，対価を得て物を第三者に提供する行為をいい，業としての売却である以上，ただ 1 回の売却でも販売といえる[28]。一般の取引市場における販売はもちろんのこと，相対取引による販売，相手先ブランドの OEM による販売，サンプル出荷などの販売もこれに含まれると解される[29]。

学説上，「販売」に意義について，「不正競争防止法が規定をおいていない以上，営業または事業として反復・継続的に対価を得て財産権を他の者に移転することという通常の定義を前提とすべきとの見解がある[30]。これに対し，このような意味での実際の販売を開始する前であっても，商品形態に投じた資金や労力の回収活動が外見的に明らかになったことをもって足りるとする見解がある[31]。後者の見解については，いかなる行為があれば，資金等の「回収活動が外見的に明らかになった」といえるかについて，程度の差が見受けられる。例えば，見本市や展示会での出品についても「販売」と認める見解[32]，単なる将来の新製品の告知ではなく，その場で受注する趣旨で出展されているのであれば，投下資本の回収に着手したのであるから，保護期間の起算点と認めてよいとする見解[33]，店頭に陳列するなど商品形態が確認できる形で行われる販売活動が行われれば「販売」と認める見解[34]，「商品形態が確認できる状態での販売の広告活動や営業活動を開始した日をいう」とする見解[35]，「商品を初めて市場に出荷した時点」とする見解[36]，「商品化が完了していること」に加え，「投資回収の可能性が具体化していることを明らかにするため，客観的にその商品の販売に向けた準備に着手し

[28] 経済産業省知的財産政策室・前掲注 20) 187 頁。
[29] 山本・前掲注 9) 385 頁。
[30] 大阪弁護士会知的財産法実務研究会「不正競争防止法における商品形態の模倣（別冊 NBL No.68）」207 頁（商事法務研究会，2004 年）（小泉直樹「改正不正競争防止法における商品形態模倣規制」日本工業所有権法学会年報 18 号 29 頁，35 頁を引用）。
[31] 経済産業省知的財産政策室・前掲注 20) 187 頁。
[32] 山本・前掲注 9) 385 頁，青山紘一「不正競争防止法（第 6 版）」66 頁（法学書院，2010 年）。
[33] 田村・前掲注 10) 参照。
[34] 金井ほか編・前掲注 9) 437 頁〔町田健一〕。
[35] 神戸知決平成 6 年 12 月 8 日。
[36] 名古屋地判平成 9 年 6 月 20 日。

ていることが必要」とする見解[37]がある。

不正競争防止法 19 条 1 項 5 号イの趣旨は，①3 号の目的を達成するためには先行者の投資回収期間を確保させる必要がある点，及び②差止めという効果が事業活動に重大な影響を与えることに鑑み，政策的見地から[38]，その投資回収期間を 3 年間と定めた点にある。上記①の趣旨だけからすると，極端に言えば，「商品化」を完了した後は，開発者の都合でいつでも当該物品を市場に投入し，投資回収に着手することができるのであるから，3 号における「他人の商品」の解釈と同様に，「商品化」を完了した時に「販売された」と認めてよいという論理も成り立ち得る。しかし，同法 19 条 1 項 5 号イが「販売」という文言を用いていることに加え，上記②の趣旨から，差止めの効果が生じなくなる時期が第三者にとって明確になる必要があること，さらには，前述のとおり，経済的に合理的な理由により，商品化の完了後一定期間，販売又は販売に向けた客観的な準備をあえて差し控える場合があり得ることを考慮すれば，「他人の商品」該当性の問題とは異なり，販売という投資回収に向けた外見的な行為を要求するのが妥当であると考えられる。上記②の趣旨から，同法 19 条 1 項 5 号イは，他者との関係性を要する外見的行為である「販売」という文言を用いたといえるのであり，「販売」の解釈と 3 号の「他人の商品」の解釈が異なるのは自然なことであると考える。

次に問題となるのが，投資回収が外見的に明らかとなったといえるためにはどの程度の行為が必要かである。この点，投資回収のタイミングや手法は様々考えられ，商品開発者の考え方次第である。例えば，実際の商品の販売や出荷ができない段階でも，先に宣伝広告を実施して市場における認知を高めておこうという戦略をとることもあるかもしれない。そのような資本回収に向けた商品開発者の判断の責任は，その商品開発者自らが負うべきであろう。商品化を完了した物品の形態が，投資回収に向けた商品開発者自らの判断で競業他社に外見的に提示されるのであるから，そのときから 3 年間を経過すれば，差止めを受けることはないという信頼を確保することで，他社による商品開発の意欲を過度に抑制しないよう配慮すべきである。これらのことから，当該商品についての投資回収に乗り出す意図が客観的に明らかとなる行為が行われれば，広く「販売」に当たると解してよいと思う。

さらに，商品化の完了に加えて投資回収に向けた外見的な行為を必要と解した場合，商品化の完了後，正当な理由なく，販売や販売に向けた準備に着手しなかった場合，保護期間が不当に長期化するという事態が生じ得ることになる。このような不都合は，不正競争防止法 19 条 1 項 5 号イが「販売」という文言を用いたことによって，すでに想定されるべき事態ではあるが，投資回収に乗り出す意図を認定し得る客観的行為を広く解釈し，あるいは，投資回収の機会をあえて活用しなかったという点を捉えて権

[37] 金井ほか編・前掲注 9) 438 頁〔町田健一〕。
[38] 経済産業省知的財産政策室・前掲注 20) 186 頁。

利濫用法理を用いるなどして，販売等に着手しなかった理由その他の事情に応じ，個別の事案において適切な解決を図ることが可能である。

(2) 判旨第三点に対する評価

ア. 「販売」（不正競争防止法 19 条 1 項 5 号イ）の意義について

本判決は，「保護期間の始期は，開発，商品化を完了し，販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになった時であると認めるのが相当である」とし（本判決 24 頁），「商品展示会に出展された商品は，特段の事情のない限り，開発，商品化を完了し，販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになった物品であるから，保護期間の始期は，平成 23 年 11 月 1 日に控訴人らが商品展示会に控訴人加湿器 1 を出展した時と認めるのが相当」であるとした（本判決 25 頁）。

商品化を完了した後に商品展示会に出展した場合には，商品開発者が投下資本を回収しようとする意図が客観的，外形的に認識できるから，「販売」があったと認めるべきである。したがって，本判決の上記判旨に賛成である。

イ. 控訴人加湿器 2 について

本判決は，「控訴人加湿器 1 は，控訴人加湿器 2 に先行して開発，商品化されたものであり，控訴人加湿器 1 と控訴人加湿器 2 の形状は，実質的に同一の商品であるから，保護期間は，控訴人加湿器 1 を基準として算定すべきである」とした（本判決 25 頁）。

2 つの商品の形態が実質的に同一であれば，通常は，後行商品について，先行商品に投下されたものとは異なる追加的な資金・労力が投下されたとは認められないと考えられる。そうだとすれば，後行商品の形態につき，先行商品の形態よりも長い期間の保護を与える必要性は乏しい。

したがって，本判決の上記判旨に賛成である。

4. 判旨第五点（著作物性の有無）に関する検討

(1) 問題の所在

応用美術とは，実用に供され，あるいは産業上の利用を目的とする表現物のことをいう[39]。控訴人加湿器 1 及び控訴人加湿器 2 は，加湿という実用に供されることを目的

[39] 知財高判平成 27 年 4 月 14 日〔TRIPP TRAPP 事件控訴審判決〕。もっとも，著作権法上定義された概念ではない。現行著作権法の元となった著作権制度審議会答申では，「応用美術とは，おおむね次のような，

とするものであるため，応用美術に当たる（本判決 28～29 頁）。

著作権法は，応用美術の保護について何も規定していない。同法 2 条 1 項 1 号が，「著作物」の定義を「思想又は感情を創作的に表現したものであつて，文芸，学術，美術又は音楽の範囲に属するもの」をいうと定め，同条 2 項が「この法律にいう「美術の著作物」には，美術工芸品を含むものとする」と定め，また，同法 10 条 1 項 4 号が，「著作物」の例示列挙の 1 つとして，「絵画，版画，彫刻その他の美術の著作物」を挙げているのみである。これらの規定に加え，現行著作権法の立法経緯にかんがみて[40]，応用美術の著作権による保護は，解釈に委ねられていると考えられている。

応用美術について著作権による保護を否定又は限定しようとする主な理由は，実用又は産業上の利用を目的とする創作物は，著作権が保護する文化的所産（文芸，学術，美術又は音楽の範囲に属するもの）ではなく，技術的な産業上の所産であるため，特許法や意匠法等の産業財産権法で保護されるべきであること[41]，あるいは，意匠法との重複保護の弊害を避ける必要があることから，応用美術の保護は原則として意匠法に委ねるべきであること[42]などが主張されている。

応用美術の著作権による保護に関しては，概ね，次のような見解がある。

① 美術工芸品限定説

著作権法 2 条 2 項を限定規定と解し，美術工芸品に当たらない応用美術は美術の著作物に該当しないとして，著作物性を否定し，その保護は専ら意匠法に委ねるべきとする見解[43]。

実用に供され，あるいは産業上利用される美的な創作物をいうものと解される。」とし，次の例を挙げる。「一　美術工芸品，装身具当実用品自体であるもの」，「二　家具に施された彫刻等実用品と結合されたもの」，「三　文鎮のひな型当量産される実用品のひな型として用いられることを目的とするもの」及び「四染織図案等実用品の模様として利用されることを目的とするもの」。応用美術の概念の整理につき，鈴木香織「判批」著作権研究 39 号 264 頁，267-269 頁。

[40] 上野達弘「応用美術の著作権保護―「段階理論」を越えて―」パテント 67 巻別冊 11 号（2014 年）96 頁，98-99 頁。

[41] 高林龍「標準著作権法（第 3 版）」41-42 頁（有斐閣，2016 年）参照。

[42] 島並＝上野＝横山「著作権法入門（第 2 版）」42-43 頁（有斐閣，2016 年）。奥邨弘司「判評」判例時報 2259 号 151-52 頁は，「現行著作権法の起草者は，原則として，応用美術は美術の著作物に該当しないとして，著作物性を否定し，その保護は専ら意匠法に委ねるとの考え方であった。このような考え方の背景には，応用美術に独占権を付与するに当たっては，出願・審査・登録を必要とし，権利の存続期間も短い，意匠法によるのが適切であり，同法を有名無実のものとしないためにも，著作物性を認めることは慎むべしとの理解が存在したものと思われる。」とされる。

[43] 奥邨弘司「応用美術（特集　知的財産法の条文にない概念・制度）」法学教室 426 号 8 頁，9 頁（2016 年）。そこでは，「峻別説」と呼ばれている。現行著作権法の立案担当者は，当初，この見解に立っていたが，現在は「創作者基準説ともいうべき立場へ変容しており，また近年の判例の発展を承認しているといってよい」とされる（角田政芳「実用品デザインの著作物性について―知財高判平成 27・4・14 判時 2267 号 91 頁「TRIPP TRAPP 事件控訴審」を契機として―」渋谷達紀教授追悼論文集編集委員会編『知的財産法研究の輪』529 頁，537 頁（発明推進協会，2016 年））。

② 純粋美術同視説

a) 段階理論的解釈

通常の創作性を上回る高度の創作性ないし美術性を求める見解[44]。

b) 実質的制約説／美的鑑賞対象説／併用説

「高度の美的表現」等が問題とされるのは，純粋美術その他の著作物に比して高度なレベルの創作性や芸術性を求めているわけではなく，物品の実質的な制約を受けることなく美的に表現され，及び／又は，物品の利用を離れて，その表現自体が見る者の美的鑑賞の対象となることが必要とする見解[45] [46]。

③ 分離可能性説

実用目的に必要な構成と分離して，美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握できるものについては，著作権法 2 条 1 項 1 号に含まれることが明らかな「思想又は感情を創作的に表現した（純粋）美術の著作物」と客観的に同一なものとみることができるのであるから，当該部分を美術の著作物として保護すべきであるとする見解[47]。ここで要求される創作性の程度は，著作物一般に求められる創作性と同一のものであり，段階理論的解釈のように高度な創作性を求めるものではない[48]。

④ 創作的表現説

一般の著作物と異なる特別な保護要件を課すことなく，表現に創作性が認められれば，著作物として保護すべきであるとする見解[49]。

---

[44] 奥邨・前掲注 42) 152 頁。

[45] 横山久芳「著作権法における応用美術の保護のあり方」小泉・田村編『はばたき―21 世紀の知的財産法』563 頁，571 頁（弘文堂，2015 年）。横山教授は，「純粋美術とは，表現媒体となる「物品」（紙やキャンバス等）の実質的制約を受けることなく美術的に表現されたものであり，かつ，その結果として，表現媒体となる「物品」を離れて，その「表現」自体が創作者の美的な思想，感情を伝達するものとして見る者の美的鑑賞の対象となるものである。ゆえに，応用美術が「純粋美術と同視し得るもの」というためには，このような純粋美術の本質を備えていること，すなわち，表現媒体となる「物品」の実質的な制約を受けることなく美的に表現され，かつ，その結果として，表現媒体となる「物品」を離れて，その「表現」自体が創作者の美的な思想，感情を伝達するものとして，見る者の美的鑑賞の対象となることが必要と解されることになる。」，「著作物性の判断は，著作権侵害における類似性の判断と同様，作品の名宛人となる平均的一般人の視点から行われるべきものであるから，平均的一般人が一般に美的鑑賞のために使用するものでない限りは，著作物性を否定すべきである。」とされる（同 574 頁，583-84 頁。）。

[46] 横山教授は，当該デザインが物品としての実用的な要請に基づいて創作されたか否かという観点から純粋美術と同視できるかを区別する考え方と，当該デザインが物品の利用を離れてそれ自体として見る者の美的鑑賞となるか否かという観点から純粋美術と同視できるかを区別する考え方と，その 2 つを併用する考え方があると整理されている（横山・前掲注 45) 572-73 頁）。

[47] 知財高判平成 26 年 8 月 8 日判時 2238 号 91 頁〔ファッションショー事件控訴審判決〕。

[48] 奥邨・前掲注 42) 152-53 頁。

[49] 本判決のほか，知財高判平成 27 年 4 月 14 日判時 2267 号 91 頁〔TRIPP TRAPP 事件控訴審判決〕，知財高判平成 28 年 12 月 21 日〔ゴルフシャフト事件控訴審判決〕。島並ほか・前掲注 42) 43 頁。

(2) 応用美術の著作物性に関する考察

ア. いかなる要素について，どの知的財産法との調整が必要なのかに関する再確認

現行著作権法の立法経緯を反映してか，応用美術の著作権による保護を検討するに当たっては，意匠法との抵触関係を調整することに議論が集中しがちであるように思われる。しかし，例えば，実質的制約説や分離可能性説は，応用美術とされる物品の美的特性と，当該物品の実用面との関係を問題にしているが，それは意匠法との調整という観点では説明できない。なぜなら，意匠法 5 条 3 号が「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」について意匠登録を受けることができないと規定していることから明らかなように，意匠法は，物品の（実用的）機能を保護していないからである。意匠法との適用関係を調整するために，なぜ，意匠法が保護しない実用的機能を考慮しなければならないのか，根拠が不明である。このことは，「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」を保護対象から除外する 3 号（形態模倣）についても，また，「商品等の機能を確保するために不可欠な立体的形状」の商標登録を否定する商標法についても（商標法 4 条 1 項 18 号，商標審査基準「十六，第 4 条第 1 項第 18 号」2(1)(ﾛ)），同様である。

応用美術が持つ実用的機能によって著作権の保護を限定すべき理由があるとすれば，それは，意匠法，商標法及び不正競争防止法ではなく，実用的機能を保護対象とする特許法及び実用新案法と著作権法の適用範囲を調整する必要があるからであろう。このように，応用美術について著作権による保護を否定ないし限定する理由ないし必要性を明確に認識した上で議論しないと，目的地のない空虚な立論とならざるを得ず，適切な判断枠組みを構築することができない[50]。

イ. 意匠法との調整

意匠法の保護対象は，「意匠」，すなわち「物品・・・の形状，模様若しくは色彩又はこれらの結合であつて，視覚を通じて美感を起こさせるもの」である（意匠法 2 条 1 項）。前述のとおり，物品の実用的機能は意匠法の保護するものではなく，また，量産性（工業上の利用可能性。同法 3 条 1 項）は，著作権法との調整において考慮する必要はないという考え方はすでに確立されているといえる[51]。

---

[50] この点，ファッションショー事件控訴審判決は，前述のとおり分離可能性説を採用したが，なぜ，「実用目的に必要な構成と分離して，美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握することができないもの」について，著作権による保護が否定されるのか，その根拠を必ずしも明確に示しているとはいえないと思われる。

[51] 田村・前掲注 16) 32 頁。TRIPP TRAPP 事件控訴審判決も参照。

したがって，著作権法と意匠法の調整が必要になるのは，物品の視覚的な美的外観を保護するという点において，　両法の保護対象が大きく重複するからという点に集約される。そうであるとすれば，著作権と意匠法との調整を検討するに当たっては，「実用性があるから著作権で保護されず，意匠法での保護を検討すべき」というのではなく，「物品の装飾的な外観であり，意匠法と著作権法とで保護が重複するから，著作権による保護を否定又は限定すべき」という根拠があるか否かを端的に議論するべきである。その根拠があるのであれば，段階理論的解釈のように，著作権と意匠法による保護の程度等の差に応じて，保護要件の厳格さも適切に差を設けるべきであるということになる。もっとも，その根拠となり得るものとしては，応用美術の著作権による保護を認めると，審査及び登録という手続や，新規性及び創作非容易性という著作権法よりも厳しい保護要件を課し，保護期間も短い意匠制度の趣旨が没却され，意匠登録のインセンティブが阻害されるという点が挙げられるが，従来すでに議論されてきているように，意匠登録をすれば，他者が独自に創作した装飾的外観が，偶然，登録意匠に類似した場合でも，意匠権侵害を主張することができるというメリットがあるから，意匠法による保護が可能であることを理由に，著作権による保護を否定又は限定すべきとする根拠は見出し難い。

したがって，意匠法の存在を理由に，応用美術の著作権保護の要件を加重すべき理由はないと考えられる。

ウ．　特許法及び実用新案法との調整

特許法及び実用新案法の保護対象は，「自然法則を利用した技術的思想の創作」である（特許法 2 条 1 項，実用新案法 2 条 1 項）。この点，美術の著作物は，美的鑑賞の対象となり得る（目で見て鑑賞することができる[52]）創作的表現であり，直接的には，保護対象の重複は生じない。したがって，基本的には，著作権法と特許法及び実用新案法との調整を図る必要はない。その必要性が生じるのは，特許法等が保護する技術的思想（実用的機能の発揮手段）が，専ら，物品が一定の形状等を備えていることに由来する場合である。この場合，その形状等について著作権による保護を認めると，比較的要件の緩やかな著作権法による保護を通じ，特許法等の保護対象に対する間接的な独占を付与することになり，特許法等が，審査及び登録という手続や，新規性及び進歩性という高い保護要件を課すとともに，発明の公開と比較的短い保護期間が終了した後にその利用を第三者に開放することにより，発明及び考案の奨励と産業の発達に寄与しようとした趣旨が没却されることになるおそれが生じることになる。

では，そのようなおそれがあるのは，より具体的には，いかなる場合か。

特許法等が保護するのは，抽象的な技術的思想（アイデア）である。これに対し，

[52] 奥邨・前掲注 42) 153 頁。

著作権法が保護するのは，具体的な表現である。したがって，通常，ある実用的機能を発揮し得る物品の形状等という具体的表現について著作権の保護を付与されても，それと同様の課題解決手段を用い，同一の実用的機能を発揮し得る技術的思想のすべてを独占できるわけではない。例えて言えば，著作権による保護は，特許請求の範囲に含まれ得る具体的な実施例の 1 つについてのみ与えられるものであり，特許請求の範囲に含まれる他の具体的解決手段を実施することまでは独占されない。この場合には，著作権による保護を与えることによって特許法等の趣旨そのものが没却される事態とは，通常ならないと考えられる。

しかし，ある形状等を採用することが，ある実用的機能を発揮するために不可欠である場合には，その形状等を著作権で保護することによって，特許法等で保護されるべき技術的思想そのものを独占することにつながる。よって，このときに初めて，著作権法と特許法等との抵触関係が生じる。この場合，既存の著作権法の枠組み，すなわち，①思想又は感情を②創作的に③表現したものであって，④文芸，学術，美術又は音楽の範囲に属するもの（著作権法 2 条 1 項 1 号）という要件の中で，どの要件により，いかに処理するのが最も適切かを検討することになる。

抽象的な技術的思想（アイデア）それ自体の独占を著作権で実現してしまうことにならなければ，特許法等の趣旨は没却されない。とすれば，アイデアたる技術的思想ないし実用的機能と，それを実現する具体的な形状等のデザインが，一対一又はそれに近いものであるときにのみ，著作権による保護を否定すれば足りる。いわゆる融合理論 (merger doctrine) である。

この場合，個性を発揮する余地がないことを理由に創作性を否定する考え方と，実質的には思想そのものであり，著作権法が保護する「表現」とはいえないとする考え方があり得る。

一般に創作性とは，創作者の何らかの個性が現れていればよいと考えられている。他人の著作物の模倣でないことと同義であると考えられることもあるくらいである[53]。このような従来からの考え方に従えば，ある実用的機能を発揮するために採用し得る形状等が限られているとしても，創作者自らの試行錯誤により，その精神活動がデザインという表現物に発露していれば，創作性は認められ得る。したがって，応用美術の保護の問題を創作性の要件で処理しようとすると，判例及び学説上定着している創作性の考え方（創作者の何らかの個性が現れていればよいという考え方）が揺らぎ，概念の不統一を招くことになる[54]。

それよりも，保護すべきでない抽象的アイデアと，保護に値する表現とを規範的に区別し，適切な保護範囲を画するための道具概念である「思想又は感情」及び「表現」

[53] 中山信弘「著作権法（第 2 版）」61-62 頁（有斐閣，2014 年）。
[54] 中山・前掲注 53) 62-64 頁参照。

の要件（アイデア・表現二分論）で，事案に応じた柔軟な解決を図るのが適切ではないかと考える。例えば，ある実用的機能を実現するためには数多くの形状等が採用し得る場合であって，採用し得る形状等の相互間で，製造上のコストその他競争上の優劣に影響を与えるような差異が生じない場合には，その実用的機能につき，抽象度の高いレベルでアイデアとして設定し，その具体化たる形状等のデザインいずれをも著作権で保護する余地を与えることもできる。これに対し，ある実用的機能を発揮するにはこの技術的手段しか現状考えられないというような，最先端の特許との調整を図る必要がある場面では，ある程度具体化したレベルでアイデアを設定し，採り得る具体的表現を限定することで，著作権による保護を否定又は限定することもできると思われる。創作性の要件でこのような柔軟な処理を図ろうとすると，創作者の個性が現れていれば足りるという創作性概念が（不必要に）崩れることになり，妥当でない。このように考えた場合，創作性概念の役割は，アイデアそのもの又はアイデアと融合した表現とまでは言えないとしても，そのアイデアとの関係において平凡でありふれた表現につき，個性が発揮されているとは言えないという理由で保護を否定したり，あるいは，表現の選択の幅が狭いことを理由に，著作権による保護の範囲を限定したりする，といったものとなろう。ありふれた表現の法理や選択の幅理論については，懐疑的な見方もある。たしかに，依拠性がなければ著作権侵害が成立しない以上，ありふれた表現や選択の幅が限られた表現の著作物性を否定する必要性はないという考え方もあるかもしれない。しかし，前者については，依拠さえも自由であることが文化の発展に資することもある。多様な表現の元になるものとして，依拠を含めて，既存のありふれた表現を自由に利用できることを説明するために，ありふれた表現には「個性」がないとすることには意義があると考える。また，後者については，選択の幅さえあれば（個々の表現において創作者の個性が発揮されていなくとも）創作性を認めるという趣旨であれば賛成し難いが，創作性の程度，ひいては保護範囲の広狭を説明するための道具概念としては，意義があるものと考える。

なお，分離可能性説は，アイデア・表現二分論や融合理論を応用美術の場合にふさわしい形で言い換えたものであると位置付ける考え方がある[55]。しかし，これは，融合理論の適用において，どの程度の融合度合いを求めるか（一対一関係に限るのか，それよりも広めるのか），及び，分離可能性説においていかなる基準をもって分離可能性を判断するのかによる。例えば，仮に，米国における概念的分離可能性の判断基準の 1 つとして提唱されている「客観的必要性アプローチ」[56]を採る場合には，分離可能性説と融合理論とは相当近づくことになる。これに対し，「デザイン・プロセス・アプロー

[55] 奥邨・前掲注 42) 153 頁。
[56] 当該デザインの芸術的特徴が，当該物品の実用的機能を発揮するために必要ではない場合に，絵画，図形又は彫刻の特徴は概念的に分離可能であるとするアプローチ（拙稿「米国知的財産法によるファッション・デザイン保護の現状と課題(1)」A.I.P.P.I. 62 巻 1 号 6 頁，18 頁（2017 年）。

チ」[57]を採る場合には，融合理論よりも，分離可能性説の方が，著作物性が否定される範囲が広くなり得る。デザイン・プロセス・アプローチによれば，美的表現が実用面からの考慮によって制約を受けていれば著作物性が否定される可能性があるのであり，その実用面を発揮するにはそのデザインしかないというほどに制約を受けていることは求められていないからである。このように考えると，具体的事案において分離可能性説を適用した帰結は，分離可能性の判断基準をどのように設定するか次第であるということになる。その意味で，分離可能性説は，それ自体で，具体的な事案に応じた判断基準として機能するものではない。このことは，近時いくつかの裁判例が採用する美的鑑賞対象説についても，同じことが言える。やはり，物品の美的特性と実用的機能との関係をどのように規律するべきなのかという命題を明確にすることがまず必要なのであって，それをしないまま，「分離可能なら保護される」とだけ述べることは無意味である。であれば，米国著作権法 101 条のような明確な条文上の根拠がない我が国著作権法において，分離可能性というそれだけでは判断基準として意義の乏しい概念を持ち込む必要はないであろう。米国においてすら，従来，物理的分離可能性及び概念的分離可能性の見地から判断するという考え方が広く定着していたにもかかわらず，近時の Varsity 事件合衆国最高裁判決によって，その考え方は放棄されたばかりである。我が国著作権法において，上記命題を解決するには分離可能性の判断が必要であるということが立論されなければ，我が国で分離可能性説を採用することは，概念の盲目的な輸入でしかない。著作権で保護すべきではない抽象的アイデア（実用的機能）と，保護に値する具体的表現（デザイン）の関係を，アイデア・表現二分論及び融合理論という既存の枠組みで適切に規律することができるという私見によれば，その必要性はない。

それでは，特許法等との調整を目的にして，「文芸，学術，美術又は音楽の範囲に属するもの」という要件を根拠に，実用的機能と融合しないデザインについてまで著作権による保護を否定すべき理由があるだろうか。

「文芸，学術，美術又は音楽の範囲に属するもの」という要件は，そのどれに当たるかを厳密に区別することには特段意義はなく，広く「文化的」な精神活動の成果であればよいという趣旨と解されている。しかるところ，著作権法が目指す「文化の発展」とは，創作者の個性が現れた創作物が豊富化することをいうと考えられているところ，たまたま表現媒体が実用品である場合であっても，それに施されたデザインには創作者の個性が現れているのだから，そうしたデザインをも保護し豊富化に導くことが，「文化の発展」に寄与するものというべきである。また，それを否定する積極的意義もない。なぜなら，前述のとおり，アイデア・表現二分論及び融合理論を用いた

[57] 当該デザイン要素が，機能面からの影響から独立して発揮されたデザイナーの芸術的観点からの判断を反映するものとして識別され得る場合に，絵画，図形又は彫刻の特徴は外延的に分離可能であるとするアプローチ（拙稿・前掲注 56) 18 頁）。

規範的で柔軟な処理を図ることにより，特許法等の趣旨を没却しない範囲で，デザインを著作権で保護することができるからである。したがって，目で見て楽しむものという程度の意味を越えて，「美術の著作物」ないし「美術の範囲に属するもの」という文言に特別な意味を持たせる必要はない。

以上のとおり，意匠法及び特許法等との調整は，創作的な表現という要件の従来からの解釈に従って適切に処理することができ，応用美術の場合に限って特別な要件を課す必要性はないから，創作的表現説が妥当であると考える。

このように考えることは，美術の著作物と同様に，視覚的，外見的な形状等を保護する意匠法や形態模倣が，実用的機能を保護する特許法等との適切な距離をとるための調整手段として，物品の「機能を確保するために不可欠」な形態ないし形状である場合に，その保護を及ぼさないこととしていることとも，整合すると思われる（意匠法 5 条 3 号，不正競争防止法 2 条 1 項 3 号）。

(3)　判旨第五点に対する評価

本判決は，応用美術の著作権による保護の判断基準につき，創作的表現説を採用した上で，「加湿器をビーカーに入れた試験管から蒸気が噴き出す様子を擬したものにしようとすることは，アイディアにすぎず」，そのような加湿器を制作しようとすれば，「ほぼ必然的に控訴人加湿器 1 のような全体的形状になるのであり」，試験管の形態を模したものとして「ありふれた形態」にすぎず，「個性が発揮されたものとはいえない」とした（本判決 30～31 頁）。創作的表現説の立場を採用したことを含め，この点に関する判断は適切であると考える。

ただ，疑問なのは，本判決が，「リング状パーツ 5 は，試験管に入った液体の上面を模したものとも理解され」るとした上で，特に理由を述べることもなく，「リング状パーツ 5 を用いたこと」は「平凡な表現手段又は形状であって，個性が顕れているとまでは認められ」ないとしている点である。本当に「液体の上面を模したもの」なのかは必ずしも判然としないし，仮にそうだったとしても，他の箇所とは異なる色を用いていることから印象の強い形態部分といえる。にもかかわらず，同種商品に類似した形態のものがあったことが認定されていないのに，試験管を模した加湿器というアイデアから当然にありふれた平凡な表現だと言い切れるか，疑問の余地がある。もっとも，本判決を見る限り，控訴人らは，リング状パーツ 5 を付したことにつき，控訴人らの個性がどのように現れたのかを具体的に主張してはいなかったようである。

以上

別紙：*Varsity* 事件合衆国最高裁判決の Syllabus（和訳）

概　　要

1976 年著作権法は，「実用品のデザイン」の「絵画，図形又は彫刻の特徴」につき，それらの特徴が「当該物品の実用面と別個に識別することができ，かつ，独立して存在し得る」場合に，美術の著作物として，著作権による保護を受けることができる。17 U.S.C. §101.

被上訴人らは，被上訴人らがデザイン，製造及び販売するチアリーディングユニフォームの表面に用いられる平面的なデザイン—様々な線，シェブロン及び色とりどりの形状から成るもの—につき, 200 件以上の著作権登録を保有している。被上訴人らは，同様にチアリーディングユニフォームを販売する上訴人に対し，著作権侵害に基づく訴えを提起した。連邦地方裁判所は，当該デザインは当該ユニフォームから概念的または物理的に分離することができず，よって著作権による保護を受けられないとして，上訴人のサマリー・ジャッジメントを認めた。第 6 巡回区控訴裁判所はこれを覆し，当該図形は，101 条において，当該ユニフォームと「別個に識別」することができ，かつ，「独立して存在し」得ると結論付けた。

判事事項：　実用品のデザインに組み込まれた特徴は，その特徴が，(1) 当該実用品とは別個の平面的又は立体的な美術作品として把握され得るものであり，かつ (2) それが組み込まれる実用品から独立して思い描かれた場合に，—それ自体で，又は何らかの他の表現媒体に固定されたときに—保護される絵画，図形又は彫刻の著作物に該当する場合に限り，著作権の保護を受ける適格を有する。かかるテストは，本件において充足される。Pp. 3-17.

(a) 本件において，分離可能性の検討は必要である。被申立人らは，平面的な表面装飾は,「実用品*の上に*」施されるものであって,「実用品*のデザイン*」ではないとして，101 条の検討を行うまでもなく，常に分離可能であると主張する。しかし，かかる主張は，101 条の文言に反する。「絵画」及び「図形」という文言は，図画，絵画又は図面などの平面的な特徴を意味するものである。したがって,「実用品のデザイン」に組み込まれた「絵画，図形及び彫刻の著作物」の保護を規定することによって，101 条は，必然的に，かかるデザインが平面的な特徴を含むことを想定しているのである。当裁判所は，以下に掲げられておらず，かつ，本件においていずれの当事者からも提示されなかった，分離可能性の検討を行うことに反対する政府の独自の主張について，判断しない。

(b) 実用品に組み込まれたある特徴が，当該物品の「実用面」と「別個に識別することができ」，かつ「独立して存在し得る」か否かは,「制定法解釈」の問題である。*Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 2014.　Pp. 6-10.

(1) 101 条が定める別個識別要件は，判断権者が当該実用品を観察することができ，かつ，絵画，図形又は彫刻の属性を備えたものと看取される何らかの平面的又は立体的な要素を見分けることができる場合に，充足される。独立存在要件を充足するためには，当該特徴は，それを当該実用品から離れて思い描いたときに，それ自体が絵画，図形又は彫刻の著作物として存在し得るものでなければならない。そして，それ自体で絵画，図形又は彫刻の著作物に該当するためには，当該特徴は，実用品又は「通常実用品の一部分である物品」であってはならない。§101. また，何人も，別の媒体において実用品のレプリカを作成することによって，実用品について著作権を主張することはできない。Pp.7-8.

(2) 制定法は，全体として，かかる解釈を支持している。101 条は，実用品という媒体に最初に固定された美術を保護するものであるが，本質的には，実用品以外の媒体に最初に固定され，その後に実用品に応用された美術を保護する 113 条(a)のミラーイメージである。同時に，これらの規定は，絵画，図形及び彫刻の著作物が独立の芸術として創作されたものであるか，実用品の特徴として創作されたものであるかにかかわらず，著作権の保護が絵画，図形及び彫刻の著作物に及ぶことを明らかにしている。P. 8.

(3) かかる解釈は，著作権法の歴史とも整合する。*Mazer* 事件（1909 年著作権法のもとで判断された事例）において，裁判所は，被申立人らが，ランプ台として用いられるために創作された小像について著作権を保有していると判示した。そのように判示するに当たり，裁判所は，実用目的にも供され得る美術作品に保護を及ぼす著作権局の規則を是認するとともに，著作物性の検討において，当該小像が，当初，独立の彫刻として創作されたのか，それともランプ台として創作されたのかは無関係であると判示した。その直後，著作権局は，101 条の文言の先駆けとなる *Mazer* 事件判決の判事事項を実行化する規則を施行し，今の分離可能性テストを著作権法に導入した。議会は，基本的に，そうした Mazer 事件判決後の規則から文言を取り上げ，1976 年著作権法の 101 条に置いたのである。Pp. 8-10.

(c) この適切なテストを本件において適用すると，当該チアリーディングユニフォームの表面装飾は分離可能であり，したがって，著作権による保護を受け得る。第一に，当該装飾は，絵画，図形又は彫刻の属性を備えた特徴として識別され得る。第二に，それらの装飾は，当該ユニフォームから分離され，他の媒体に応用された場合，平面的な美術作品に該当する。当該装飾を当該ユニフォームから取り除き，それを別の媒体に応用した場面を想像してみても，当該ユニフォームそれ自体を複製することにはならない。

反対意見は，当該装飾は著作権の保護を受けられないと主張する。当該装飾は，それを抽出した場面を想像したとき，チアリーディングユニフォームの絵画の形を成すからである。申立人も同様に，当該装飾は，たとえ当該実用品から抽出されたときで

あっても，チアリーディングユニフォームの外形を保持するから，著作権の保護を受け得ないと主張する。しかし，このことは，著作権による保護を妨げるものではない。ちょうど，平面的な純粋美術が，それが描かれるキャンバスの形状と相関関係にあるのと同様に，平面的な応用美術も，それが応用される物品の外形と相互関係にある。被申立人のチアリーディングユニフォームのうち，著作権による保護を受けられる唯一の特徴は，当該ユニフォームの表面上に施された平面的な応用美術のみである。被申立人は，ユニフォームその他の表現媒体に施された表面デザインのみについての複製を禁止できるにすぎない。被申立人は，何人に対しても，形状，カット又は寸法において本件で問題とされているユニフォームと同一のチアリーディングユニフォームを製造することを妨げる権利を有しない。Pp. 10-12.

(d) 申立人又は政府の反論は，いずれも理由がない。Pp. 12-17.

(1) 申立人及び政府は，当該デザインが当該ユニフォームから物理的に取り除かれた場合に残存する，白色無地のユニフォームの相対的な実用性を重視している。しかし，分離可能性の審理は，抽出された特徴に重点を置くものであって，仮想的な抽出を行った後に残存する，当該実用品の側面を重視すべきものではない。制定法は，その仮想の残存物が，完全に機能する実用品であることを全く要求していない。また，それ自体で著作権による保護を受け得る芸術的特徴は，たとえその特徴のゆえに当該物品がより実用的になるものであるとしても，単にそれが実用品のデザインの特徴として最初に創作されたという理由だけで，その著作権による保護を失うわけではない。このことは，*Mazer* 事件以来のルールであり，また，制定法が「応用美術」を保護する旨明確に定めていることとも整合する。申立人の見解を退けるに当たり，裁判所は，やむを得ず，いくつかの裁判所及び評論家が採用してきた「物理的」な分離可能性と「概念的な」分離可能性の区別を放棄する。Pp. 12-15.

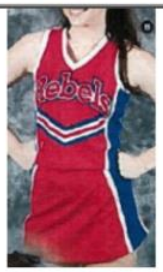
(2) また，申立人は，2 つの「客観的な」要素を当該テストに組み込むことを求めている。すなわち，1 つは，創作者のデザインの方法，目的及び理由に関する証拠を考慮することであり，もう 1 つは，当該特徴の市場性に着目することである。いずれも制定法の文言に根拠がないから，裁判所は，これらの要素を組み込まないこととする。Pp. 15-16.

(3) 最後に，申立人は，表面装飾を保護することは，著作権から工業デザインを完全に排除しようとした議会の意図に反すると主張する。しかし，議会は，工業デザインに関する一定の特徴に，限定的な著作権による保護を付与している。工業デザインの保護に対する推定的な反感をもって制定法にアプローチすることは，その選択肢を弱体化させることになる。いずれにしても，本件において採用するテストは，土台となっているユニフォームについて著作権による保護を認めるものではない。Pp. 16-17.

よって，原判決 (799 F.3d 468) を支持する。

トーマス判事が法定意見を示し，ロバーツ判事，アリート判事，ソトマイヤー判事，ケーガン判事がそれに同意を表明した。ギンズバーグ判事が補足意見を提出した。ブライヤー判事が反対意見を提出し，ケネディ判事がそれに同意を表明した。

（以上）

（参考）

Varsity's Copyright Registrations	Star's Accused Catalogue Designs