

# デッドコピー規制における実質的同一性判断 —衣服デザインに関する事例分析を通じて—

山 本 真祐子

## 一 本稿の目的

不正競争防止法2条1項3号による規制（以下「デッドコピー規制」という。）は、出願・登録手続なくしてデザイン保護の結果をもたらすものである<sup>1</sup>。そのため、特にライフサイクルの短さ、費用の問題、その他の事情により意匠登録を受けていない商品のデザイン保護に活用しやすい<sup>2</sup>。特に衣服は、ライフサイクルの短い商品が多い<sup>3</sup>うえ、一度に多数のデザイン

---

<sup>1</sup> デッドコピー規制の趣旨については、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—」同『機能的知的財産法の理論』（1996年・信山社）40～44頁、同「不正競争防止法2条1項3号の制度趣旨とその要件論」日本工業所有権法学会年報21号135頁（1998年）、同『不正競争法概説』（第2版・2003年・有斐閣）282～287頁、同「不正競争防止法に関する裁判例と法改正の動向」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『不正競争防止法の新論点』（2006年・商事法務）2～3頁、同「商品形態のデッド・コピー規制の動向—制度趣旨から見た法改正と裁判例の評価—」知的財産法政策学研究25号38～45頁（2009年）等を参照されたい。

<sup>2</sup> 短ライフサイクル商品や、短期間に大量の商品がデザインされる分野における意匠制度活用の限界、及びデッドコピー規制による意匠法の補完機能等を指摘する、伊原友己[判批]三枝英二＝小谷悦司選歴『判例意匠法』（1999年・発明協会）965～966頁、五味飛鳥「不正競争防止法2条1項3号による保護と意匠法による保護—デッド・コピー規制を非登録型デザイン保護制度としてみた場合の可能性と課題—」パテント69巻4号（別冊14号）7～8頁（2016年）等を参照。

<sup>3</sup> ファッションブランドのカテゴリや、対象のプロダクトによってライフサイクルが異なることについては、小川徹「ファッションプロダクトの多面的な保護」日本

を展開することが多いというビジネス上の特質から、デザイン保護の王道である意匠権による保護に馴染みにくい<sup>4</sup>。そこで、衣服のデザインを保護する際には、デッドコピー規制が活用されることが多い。

他方、同規制により保護を受けるためには、「他人の商品の形態…を模倣した商品」を譲渡等する行為がなされる必要があり（不正競争防止法 2

大学知財ジャーナル10号58～59頁（2017年）を参照されたい。

なお、COVID-19問題を契機に、ファッション業界においてサイクルの見直しが提言されていることについては、Council of Fashion of Designers of America & British Fashion Council「The Fashion Industry's Reset」2020年5月21日（<https://cfda.com/news/the-fashion-industrys-reset-an-important-message-from-the-cfda-bfc>, 2021年2月4日最終閲覧）を、同提言の日本語要訳は、Bridget Foley＝井口恭子（訳）「米英のファッション協議会が共同声明 サイクルの見直しなどを提言」WWD JAPAN 2020年5月22日（<https://www.wwdjapan.com/articles/1081210>, 2021年2月4日最終閲覧）を参照。そのため、今後はこれまでのサイクルが見直される可能性があるものの、同声明が提言する年2回のコレクション等を前提とする限り、相対的にライフサイクルが早い業界であることに当面変わりはないように思われる。サイクルの見直しに関連して、これまでのファッションカレンダーを詳細にまとめるものとして、宮田理江「変わるファッションカレンダー ショッピングや着こなしも『スロー』に」FASHIONSAP.COM 2020年6月15日（<https://www.fashionsnap.com/article/fashion-calender-change/>, 2021年2月4日最終閲覧）も参照。

<sup>4</sup> ファッションビジネスと意匠法の相性の悪さについては、手続面及び実体面の双方を包括的に考察するものとして、中川隆太郎「ファッションデザインと意匠法の『距離』」日本工業所有権法学会年報43号99～119頁（2020年）がある。その他、意匠権によるファッションデザイン保護の困難性に言及するものとして、金井倫之「ファッション・ロー概論～ファッション・ビジネスと法的保護～」IPマネジメントレビュー15号27頁（2014年）、中川隆太郎「ファッションデザインの著作物性－Chamois事件」著作権研究45号226～227頁（2018年）、泉克幸「衣装の形態における『実質的同一性』（不正競争防止法2条5項）の判断」Law & Technology 84号45頁（2019年）、関真也「アパレルデザインの不正競争防止法2条1項3号による保護－『流行』の生成プロセスから見た商品形態の実質的同一性の捉え方の検討－」特許研究68号53頁（2019年）、中川隆太郎『『ファッションロー』と著作権法』コピライト714号34～35頁（2020年）、拙稿「服飾デザインの保護をどうはかる？日本における“Fashion Law”」ビジネス法務18巻5号4頁（2018年、高瀬亜富氏との共著）、同「ファッションデザインの法的保護－不正競争防止法2条1項3号－」発明116巻4号55頁（2019年）等がある。

条1項3号)、「模倣」といえるためには、「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」(不正競争防止法2条5項)、すなわち依拠性と実質的同一性が必要であるが、「二」で後述するとおり、実質的同一性の判断手法は今なお確立していないように思われる。これは、商品の種類毎、さらには具体的な商品毎において、いかなる要素が重視されるのか又はされないのかが異なり得る<sup>5</sup>ことに起因するのではないだろうか。そうだとすると、基準の明確化を図るためには、ある程度商品の分野を絞った分析をなし、これを積み上げていくことが有用であるかもしれない。

そこで、本稿では、既に述べた理由から裁判例が一定程度集積している衣服の分野に焦点を当てて、実質的同一性判断の具体的検討を行いたい。

以下では、まず実質的同一性の判断手法に関する従来の議論の整理を試み(以下「二」参照)、つぎに衣服の形態にかかる実質的同一性判断が問題となった裁判例の事案と結論のみに着目してその傾向を模索し(以下「三」参照)、最後に特に衣服の形態にかかる実質的同一性の判断手法のあるべき姿について、「三」で得られた傾向を踏まえた考察を行いたい(以下「四」参照)。

## 二 実質的同一性判断手法に関する従来の議論

### 1 はじめに

実質的同一性の判断手法については、誰の視点に基づき判断するかという判断主体に関する議論が存在する。以下、この点に関する学説及び裁判例の整理を試みる。

### 2 学説

従来学説においては、実質的同一性を誰の視点で判断するのにかつき、

---

<sup>5</sup> かかる状況故に、裁判所の判断の相場観や実質的同一性の具体的な範囲にかかる傾向を厳密に把握することに困難が存在する旨の指摘をなすものとして、蘭蘭「商品形態の実質的同一性判断における評価基準の構築—近時の裁判例を素材として—」知的財産法政策学研究25号68・72頁(2009年)がある。

大きく需要者の視点で判断する（以下「需要者基準」という。）<sup>6</sup>のか、創作者・開発者の視点で判断する（以下「開発者基準」という。）<sup>7</sup>のかが議論されており、それぞれの基準はさらに細分化が可能である。

まず、需要者基準については、需要者の視点に立って何を判断するのかという点につき、需要者が同じ形態と認識するか<sup>8</sup>や、需要者の印象<sup>9</sup>を問題とするもの（以下「需要者印象基準」という。）<sup>10</sup>、形態の酷似性故に先行

<sup>6</sup> 需要者基準を採用すると思われるものには、竹田稔＝服部誠『知的財産権訴訟要論（不正競争・商標編）』（第4版・2018年・発明推進協会）109頁、伊原／前掲注2・967頁、外山英明「不正競争防止法上の商品形態の模倣規制と意匠の類否判断」パテント67巻4号（別冊11号）91頁（2014年）、松村信夫「商品形態等の冒用・模倣にみる創作法と標識法の交錯」知的財産紛争の最前線[Law & Technology 別冊]1号122頁（2015年）、森崎英二／高部真規子編『著作権・商標・不競法関係訴訟の実務』（第2版・2018年・商事法務）481頁等がある。「需要者の着目する部分」において特徴的形狀が存在する場合に、その共通性を重視するとする三村量一「商品の形態模倣について」牧野利秋＝飯村敏明＝三村量一＝末吉互＝大野聖二編『知的財産法の理論と実務3 商標法・不正競争防止法』（2007年・新日本法規）296頁も参照。立場は明確でないものの、意匠法と同様に需要者の観点を指摘する裁判例が多いことに言及しつつ「平成17年改正後の2条4項において、商品の形態が需要者に認識されるものであるとされていることも、需要者を基準とすることに親和的」とする青木大也／愛知靖之＝前田健＝金子敏哉＝青木大也『知的財産法』（2018年・有斐閣）430頁、同趣旨を述べる東海林保[判批]茶園成樹＝田村善之＝宮脇正晴＝横山久芳編『商標・意匠・不正競争判例百選』（第2版・2020年・有斐閣）187頁等も参照。なお、総合考慮のなかで需要者基準を用いるものについては注18で後述する。

<sup>7</sup> 開発者基準のうち後述する積極的後行開発者基準を採用するものについては注15で、総合考慮のなかで開発者基準を用いるものについては注18で後述する。なお、当業者の立場に加え、さらに造形手法一般の基礎知識を有する者の立場で判断されるべきとする福田眞一[判批]紋谷暢男選暦『知的財産法の現代的課題』（1998年・発明協会）437頁も参照。

<sup>8</sup> 「取引者・需要者が先行商品の形態と同じものと認識するか否か」を基準とすべきとする竹田＝服部・前掲注6・109頁を参照。

<sup>9</sup> 外山／前掲注6・91頁参照。なお、蘭蘭／前掲注5・85・88頁は、著者の立場として需要者基準を採用するものではないが、需要者基準につき相違点が需要者に与える印象の大きさに着目するものという説明をなしている。

<sup>10</sup> 「競争の在り方が需要者にどう受け止められているかという視点が重要」とするものではあるが、森崎／前掲注6・481頁も参照。

者の需要が奪われる関係があるか<sup>11</sup>や、商品選択の際に需要者が着目する部分<sup>12</sup>を問題にし、形態における需要者代替性に着目するように思われるもの（以下「需要者代替性基準」という。）<sup>13</sup>等の立場が存在する。

つぎに、開発者基準については、開発者のうち後行開発者に着目するものと、先行開発者に着目するものに大きく分けられる。裁判例の抽象的説示のみならず具体的事実関係に着目して裁判例の網羅的分析を行った先行研究<sup>14</sup>は、開発者基準を採用する学説及び裁判例には、相違が存在しても、それが被告において商品開発時に容易に着想し創作し得る程度の変更であり、ほとんど費用のかからない変更である場合には実質的同一性を肯定すべきとする後行開発者基準<sup>15</sup>（以下、本稿において「積極の後行開

<sup>11</sup> 「市場において需要者が両商品を見誤るほどの物理的、視覚的酷似性…が認められ、観念的にせよ先行者の商品需要が奪われる関係が成立することが規制の前提である」とする伊原／前掲注2・967頁を参照。

<sup>12</sup> 松村／前掲注6・122頁は、「先行者の商品の形態的特徴を把握するうえでは、その創作的な要素を重視するのではなく、競争手段としての重要性すなわち需要者が当該商品を選択するにあたって当該商品の形態のうちどのような部分に着目するかという観点を重視すべき」とする。

<sup>13</sup> 「模倣対象商品の形態が備えている顧客吸引力や、その形態に化体されている他人の得意先に只乗りしているといえる程度の同一性をいい」、後行者によって「盛り込まれている創意によって、彼我の商品が市場において差別化されていると認められるときは、実質的同一性を認めるべきではない。」とする渋谷達紀『不正競争防止法』（2014年・発明推進協会）139頁も参照。同140頁が、「他人の商品」の意義について「冒用者の商品と競争関係にある商品をいう」とし、その理由につき「両者の間に競争関係がある場合に、他人の成果に対する只乗りが起り、成果競争が歪曲されることになるから」と述べたうえで、「競争関係は、商品が代替関係にある場合にも認められる」としていることも参照。

<sup>14</sup> 蘭蘭／前掲注5・67～101頁。

<sup>15</sup> 蘭蘭／前掲注5・88～89頁参照。なお、同89～90頁では、後行開発者基準には、後行者において特徴的形態を共通させているかを判断するものもある旨の分析がなされているが、特徴的形態の共通性を重視する裁判例は、需要者基準及び先行開発者基準からも説明可能であり、判断主体の議論では説明しきれないようにも思われる。そのため、本稿では、変更部分に着目するもののみを後行開発者基準と考えることとする。

発者基準」という。なお、消極的後行開発者基準については四 2(1)イ(イ)で後述するが、規制によって後行者の競争を過度に阻害するような場合に実質的同一性を否定するものをいう。)を採用するものと、市場に普及している従来商品との距離を加味しながら先行者の開発行為に着目する先行開発者基準<sup>16</sup>を採用するものが存在する旨の分析をなしている。さらに、同先行研究は、先行開発者基準には、従来商品形態にみられた部分の共通性を実質的同一性否定の方向に消極的に評価するタイプ(以下、本稿において「消極的先行開発者基準」という。)と、独自形態部分の共通性を実質的同一性肯定の方向に積極的に評価するタイプ(以下、本稿において「積極的先行開発者基準」という。)が存在する旨の分析をもなしている<sup>17</sup>。

このように、需要者基準及び開発者基準には、いくつかのバリエーションが存在し、さらにはこれらそれぞれの基準を組み合わせて総合考慮するような立場<sup>18</sup>も存在する。

---

後行開発者基準のうち、本稿で「積極的後行開発者基準」と呼ぶものを採用するように思われるものとしては、田村／前掲注 1・機能的知的財産法の理論44頁、同・前掲注 1・不正競争法概説289頁、同／前掲注 1・知的財産法政策学研究60頁、松村信夫＝三山峻司『〔新版〕実務に役立つ 知的財産関係法の解説－侵害訴訟を中心として－』(1998年・新日本法規) 448・450頁、坂本優／大阪弁護士会知的財産委員会出版プロジェクトチーム編『Q&A 商標・意匠・不正競争防止法～大阪の弁護士が解説する知的財産権～』(2016年・経済産業調査会) 153頁等がある。

<sup>16</sup> 蘭蘭／前掲注 5・92頁参照。実質的同一性判断において、当事者に許されている形態開発の自由度を考慮に入れるべきであり、類似の形態が多数存在する場合には、同一性の要件をより厳しく適用すべきであり、そうでない場合には比較的緩やかに適用することが許されてよいとする渋谷達紀「商品形態の模倣」F.K.バイヤー古稀『知的財産と競争法の理論』(1996年・第一法規) 388～389頁も参照。

<sup>17</sup> 蘭蘭／前掲注 5・92～93頁参照。

<sup>18</sup> 蘭蘭／前掲注 5・99～101頁は、「後行開発者基準を軸としつつ補完的に先行開発者基準を保護を狭める方向でのみ用いる」ことを提唱するものであり、本稿で積極的後行開発者基準と呼ぶ基準を採用しつつ、補完的に消極的先行開発者基準を採用する総合考慮型と位置づけられよう。

また、小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説』(第3版・2020年・青林書院) 290頁は、「相違点において何らの競争上の差異もなく、かつ、当事者が、(先行商品の製作時でなく)後発商品の模倣時において、容易に製作しうる程度の相違点

である場合には、実質的同一性があるというべき」としており、積極的後行開発者基準を採用するものであるようにも思われるが、同290頁において「商品形態が従来の商品形態に比して、極めて特異性のあるものならば、後発の商品は先行の商品に対し大きな差異をもたせなければ従前の商品よりの同一性を離脱しない」とも述べており、積極的先行開発者基準をも採用していると理解することが可能であるように思われる。

さらに、泉克幸／小野昌延編著『新・注解 不正競争防止法 上巻』(第3版・2012年・青林書院)491頁は、「資本投下のただ乗りと評価できる程度の変更や追加が、たとえ物理的な形態となって表れているとしても、本号が規制すべき対象から外れているとすることは適切ではな」く「その程度の改変や追加が行われている場合を『実質的に同一』とすべきである」としており、また、同／前掲注4・47頁でも「競争上保護すべき投資を追加的に行っているかどうかが重要」としているため、積極的後行開発者基準を採用しているようにも思われるが、同／前掲注4・53頁では、「先行商品と被模倣商品の形態の特徴を認定する際(あるいは、共通点と相違点の認定の際)に、『ありふれている』とか『創作的である』といった評価を行うことは、実質的同一性の判断において有益」ともしているため、消極的先行開発者基準及び積極的先行開発者基準をも併せて採用していると考えることが可能であるようにも思われる(同[判批]法学セミナー増刊『速報判例解説Vol.3』(2008年・日本評論社)257頁も参照)。

さらに、関／前掲注4・56～61頁は、ファッションデザインにかかる実質的同一性判断について、基本的には需要者基準で判断すべきであるが、先行開発者基準及び後行開発者基準(本稿では積極的後行開発者基準と呼ぶもの)による修正が必要であるとしている。同論文は、修正の際に用いる先行開発者基準につき、消極的先行開発者基準と積極的先行開発者基準のいずれを採用するものであるかを明言していないが、同／前掲注4・62頁で「インターカラーや『トレンドブック』によって方向付けがされたトレンド」については、実質的同一性判断において重視する必要性は低いとしている。すなわち、少なくとも同記述は、先行者が決定したものであるトレンド等によって決定づけられた形態については実質的同一性を否定する方向に用いる旨を述べるものであり、消極的先行開発者基準を指していると理解できるだろう。

さらに、竹内康真＝溝田宗司『「ファッションロー」実質的同一性の判断基準～裁判例の動向を踏まえて～』特許ニュース15153号7～8頁(2020年)は、近時の裁判例につき、需要者に与える印象の差異に比重を置きつつ、印象に変更を来すとしてもその影響の大きさを測定して、着想の難易を考慮して結論を出すという手法で判断しているものと分析しており、当該分析は需要者基準と積極的後行開発者基準の

なお、判断主体の議論との関連は詳らかではないが、学説には意匠法の類似性の判断基準が参考になる旨を述べるもの<sup>19</sup>や、特徴的形態の共通性を重視する旨を述べるもの<sup>20</sup>等も存在する。もともと、デッドコピー規制

---

総合考慮型といい得る。

さらに、吉田和彦[判批]前掲注6・判例百選189頁は、「加えられた改変がいかに容易でも、商品形態全体の印象が相当異なっていれば、先行者を保護する必要はないであろうし、反対に、いかに改変の着想が難しかったとしても、先行者の形態の特徴がそのまま残っていて全体の印象があまり変わらなければ、先行者の利益を保護すべきこともあろう」として、「改変の容易性はあくまで考慮要素の一つに過ぎない」とする。当該指摘について、「全体の印象」を需要者等の視点で判断すると理解する場合には、需要者基準と整理できそうではあるものの、積極的後行開発者基準も考慮要素とする点では総合考慮型とも考え得るかもしれない。経済産業省知的財産政策室『逐条解説・不正競争防止法』（第2版・2019年・商事法務）39頁も参照。

その他、様々な観点を考慮する学説として、「ありふれた特徴のない部分よりも、その商品に個性を与え、その商品が本来発揮すべき実質的機能又は世人の美感に訴える審美的機能をより一層高めるべく開発されたことがうかがえる特徴的な部分を高く評価すべき」とする山本庸幸『要説不正競争防止法』（第4版・2006年・発明協会）127頁及び同趣旨の本間崇「24 他人の商品の形態の模倣（二条一項三号）の訴訟についての諸問題」清水利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系26 知的財産権』（1999年・新日本法規）358頁、「特徴的な部分、斬新な部分、目につきやすい部分の形態が模倣商品にも存在するか否か等を観察することが重要」とする中島敏『「商品形態」模倣に対する規制』西田美昭＝熊倉禎男＝青柳吟子編『民事弁護と裁判実務8 知的財産権』（1998年・ぎょうせい）512～513頁、保護対象の創作性のレベルと行為の悪性の度合いを相関的に判断しようとする土肥一史「不正競争防止法による商品形態の保護」前掲注16・バイヤー古稀417頁及び青柳吟子[判批]判例時報1682号（判例評論488号）220頁（1999年）等も参照。

<sup>19</sup> 山本・前掲注18・127頁、松村＝三山・前掲注15・449～450頁、三山峻司＝松村信夫『実務解説 知的財産訴訟』（第2版・2005年・法律文化社）369頁等を参照。

<sup>20</sup> 「原告商品形態中で原告によって創作された特徴的部分」を「被告商品形態中に見出すことができるか否かという判断基準が確立されるべき」とする岩坪哲／小野昌延＝山上和則＝松村信夫編『不正競争の法律相談Ⅰ』（2016年・青林書林）323頁を参照。多数の裁判例の分析結果として、特徴的形態の抽出方法にも言及したうえでこの旨を述べる、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』（2002年・商事法務）79～84頁、南部朋子＝寺澤幸裕＝三谷英弘「不競法2条1項3号商品形態の模倣と意匠法・著作権法について」前掲注1・不正



と意匠法の趣旨<sup>21</sup>は異なるため、デッドコピー規制についてはその趣旨に鑑み独自の基準を検討すべきと考えられ<sup>22</sup>、また、いかなる形態が特徴的であるかは、判断主体が誰であるかが決まらなると確定できず、他方でこれが決まるとある程度確定できる事柄であるようにも思われる<sup>23</sup>。そのため、本稿では判断主体に関する議論のみを取り上げることとしたい。

### 3 裁判例

裁判例の抽象的説示には、衣服の形態が問題となったものに限定しても、様々な立場が存在する。

---

競争防止法の新論点266～269・305～309頁も参照。同様に、注15で言及した蘭蘭／前掲注5・89～90頁も参照。なお、大阪弁護士会友新編『最新不正競争関係判例と実務』（第3版・2016年・民事法研究会）37頁、及び「商品の形態全体から見て重要な意味を有する部分（独自の要素の部分）が実質的に同一であるかどうかによって判断される」とする経産省知財室・前掲注18・38頁等も参照。

<sup>21</sup> 意匠法の趣旨については、需要説（加藤恒久『意匠法要説』（1981年・ぎょうせい）21～22・36～37頁、田村善之『知的財産法』（第5版・2010年・有斐閣）360頁）、創作説（斎藤暲二『意匠法概説』（補訂版・1995年・有斐閣）36頁）、識別説又は混同説（高田忠『意匠』（オンデマンド版・2000年・有斐閣））等における対立が存在するが、ここでは立ち入らない。

<sup>22</sup> 意匠法における類否基準のような判断手法を採用することの問題点を指摘するものとして小泉直樹「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41～44頁（1994年）、泉／前掲注18・新・注解 不正競争防止法494頁、外山／前掲注6・91～92頁等を、原告製品の創作的価値の有無や、それが製品のどこに存在するのかといった点を、特許庁の判断を介在させずにいきなり裁判所で判断することの問題点を指摘するものとして田村／前掲注1・機能的知的財産法の理論45頁、同・前掲注1・不正競争法概説291頁、同／前掲注1・知的財産法政策学研究45頁を参照。実質的同一性判断において商品形態の重要な価値を考慮することが妥当でない旨を示唆する蘆立順美[判批]ジュリスト1190号134頁（2000年）も参照。なお、小泉／前掲42頁は、「投資・労力を傾注した部分を主張・立証」することによって、「3号なりの『要部』決定を行う」方法の可能性は否定していない。

<sup>23</sup> 一方、先行商品のどの部分が、保護に値する特徴的部分であるかを抽出する基準を設けることの困難性に言及するものとして、飯村敏明[判批]中山信弘＝大淵哲也＝茶園成樹＝田村善之編『商標・意匠・不正競争判例百選』（2007年・有斐閣）169頁がある。

まず、需要者の視点で判断する旨を述べるものが比較的多くみられ<sup>24</sup>、具体的には、需要者印象基準を採用するもの<sup>25</sup>と、需要者代替性基準を採用するもの<sup>26</sup>がある。

他方、「相違がわずかな改変に基づくものであって、商品の全体的形態に与える変化が乏しく、商品全体からみて些細な相違にとどまると評価される場合には、当該商品は他人の商品と実質的に同一の形態というべきである」が「改変の着想の難易、改変の内容・程度、改変が商品全体の形態に与える効果を総合的に判断したときに、当該改変によって商品に相応の

---

<sup>24</sup> 東京地判平成14. 11. 27判時1822号138頁[バルーナ・Ryu Ryu一審]の商品③、⑤及び⑨(なお、東京高判平成15. 5. 28平成14(ネ)6392・平成15(ネ)1339[バルーナ・Ryu Ryu二審]も同旨である。以下双方を指す場合には、単に「前掲[バルーナ・Ryu Ryu]」という。)、東京地判平成17. 4. 27平成16(ワ)12723[セ・ラ・ヴィ婦人服一審]、知財高判平成17. 11. 10平成17(ネ)10088[セ・ラ・ヴィ婦人服二審](以下双方を指す場合には、単に「前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服]」という。)、知財高判平成31. 2. 14平成30(ネ)10058[ドレス二審]等。東京地判平成30. 7. 30平成29(ワ)30499[袖フリルブラウス]も参照。

<sup>25</sup> 相違点につき、「需要者にかなり異なる印象を与える」ことを理由に実質的同一性を否定した前掲[バルーナ・Ryu Ryu]の商品③、⑤及び⑨、同様に需要者・取引者に与える影響に言及して実質的同一性を否定した前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服]の商品2及び3、特徴的部分が一致するために需要者に同じ印象を与えるとして実質的同一性を肯定した前掲[ドレス二審]の商品④、需要者が受ける印象にそれほど影響を与えないことを理由に実質的同一性を肯定した同[ドレス二審]の商品⑦等。特徴的であり需要者の目を惹く部分における相違を重視して実質的同一性を否定した前掲[袖フリルブラウス]も参照。なお、色彩にかかる相違が「需要者に対して『色違い商品』であるとの印象を与える程度にすぎない」等として実質的同一性を肯定した東京地判平成30. 4. 26平成27(ワ)36405[ドレス一審]及びこれを引用する前掲[ドレス二審](以下双方を指す場合には、単に「前掲[ドレス]」という。)や、同[ドレス二審]が、商品②の判断において、素材に基づく光沢や質感の相違につき「需要者から見て明らかな差異が生じることを認めるに足りる証拠はなく、需要者が上記各素材の違いに着目していると認めるに足りる証拠もない」として実質的同一性を肯定していることも参照。

<sup>26</sup> 需要者である比較的若い女性やこれら商品の専門取引業者が、形態上の相違を十分に吟味検討したうえで当該商品の購入・取引に至ることを考慮し、相違点が商品購入時における重要な考慮要素であるとして実質的同一性を否定した前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服]の商品1を参照。

形態的特徴がもたらされていて、当該商品と他人の商品との相違が商品全体の形態の類否の上で無視できないような場合には、両者を実質的に同一の形態ということはできない<sup>27</sup>とするものもあり、前半部分は積極的後行開発者基準と整理し得るようにも思われるが、「商品の全体的形態に与える効果」等を需要者等他の視点で判断するのであれば、積極的後行開発者基準と需要者基準等の総合考慮型であると整理できるようにも思われる<sup>28</sup>。

さらに、いくつかの異なるタイプの総合考慮型の裁判例も存在する。例えば、需要者基準と積極的後行開発者基準を総合考慮するもの<sup>29</sup>、需要者基準を基本としつつ、消極的先行開発者基準を補完的に用いて、従来商品形態と同様の形態が共通するに過ぎないことを実質的同一性否定の方向に参酌するもの<sup>30</sup>、需要者基準を基本としつつ、積極的先行開発者基準も用いて、先行者の商品形態の特徴的形態が創作的である場合には、その共通性を重視するとの手法を採用するもの<sup>31</sup>等が存在する。

<sup>27</sup> 東京地判平成25. 11. 13平成24(ワ)22013・平成24(ワ)36288[タトゥータイツ]。同趣旨と思われるものとして大阪地判平成29. 1. 19平成27(ワ)9648・平成27(ワ)10930 [chamois]も参照。

<sup>28</sup> 衣服の形態が問題となった事例ではないが、同様の説示をなす東京高判平成10. 2. 26知的裁集30巻1号65頁[ドラゴンキーホルダー控訴審]等につき、需要者基準と捉えた説明をなす松村／前掲注6・122頁を参照（「先行者の商品の形態的特徴を把握するうえでは…競争手段としての重要性すなわち需要者が当該商品を選択するにあたって当該商品の形態のうちどのような部分に着目するかという観点を重視すべきであり、後行者が…改変を加えた場合にも『改変の着想の難易、改変の内容・程度、改変による形態的效果』そのものを問題とするのではなく、それが競争上及ぼす影響を重視すべき」とする。）。

<sup>29</sup> 相違点が需要者に与える影響及び改変の容易さ等を考慮する東京地判平成27. 7. 16平成25(ワ)28365[婦人服]。

<sup>30</sup> 東京地判平成23. 4. 26平成21(ワ)26662[総柄デニムパンツ]は、「相違点が存在することにより、被告商品の形態は、全体として、需要者に対して原告商品とかなり異なる」とこと及び「原告商品の特徴とされる総柄のデニムパンツであるという点や、米国の交通標識を想起させる図柄をパンツの表面に不規則に隙間なく重なり合っ配するというデザイン自体は、いずれも、先行商品にもみられるものであって、原告商品独自のものではない」ということを実質的同一性否定の方向に参酌する。

<sup>31</sup> 原告商品の形態の特徴について、これまでの他の商品にみられるありふれたもの

#### 4 小括

このように、学説及び裁判例の抽象的規範は、需要者基準及び開発者基準に大別されるが、需要者基準に立って何を判断するのか、開発者基準とは消極的後行開発者基準なのか先行開発者基準なのか、先行開発者基準の場合に消極的先行開発者基準と積極的先行開発者基準のいずれであるのか、並びにこれらの基準を総合考慮すべきであるのか及びいずれの基準をいかなる手法で総合考慮すべきであるのかといった点において立場が錯綜しており、いずれが適切な基準であるのかについて、必ずしも十分な整理に基づく議論がされてこなかったように思われる。

そこで、以下では、まず衣服の形態にかかる裁判例の実質的同一性判断につき、事案と結論のみに着目した分析に基づきその傾向を把握したうえで（「三」参照）、そこから得られた検討結果及び以上で述べた従来の議論を踏まえて、特に衣服の形態にかかるあるべき実質的同一性の判断手法を模索したい（「四」参照）。

---

ではなく、創作的なデザインである場合には、当該特徴に関わりがない相違点は「需要者に異なる印象を与えるものということとはできない」とする東京地判平成19.7.17平成18(ワ)3772[アルページュレース一審]（知財高判平成20.1.17平成19(ネ)10063・平成19(ネ)10064[アルページュレース二審]の原審であり、以下双方を指す場合には、単に「前掲[アルページュレース]」という。）の商品1及び商品3に関する判示を参照。また、前掲[ドレス二審]の商品4は、「被控訴人商品4の形態は…花柄モチーフを除いた部分の形態は、非常に複雑な構造であり、また…他に類似の形態はなく、特徴的であるが…控訴人商品4の形態は、被控訴人商品4と、花柄モチーフの有無を除いて、細部に至るまで一致している」としたうえで、相違点である「花柄モチーフは目立つものではあるが、花柄モチーフを除いた被控訴人商品4の形態も特徴的であり、控訴人商品4は、この特徴的な部分で被控訴人商品4と一致するのであるから、需要者に対し、被控訴人商品4と同じ印象を与えるものと認められる」として実質的同一性を肯定しており、需要者基準と積極的先行開発者基準の双方を採用していると位置づけられるように思われる（前掲[ドレス二審]の商品7にかかる判断も同様である。）。

### 三 衣服の形態にかかる実質的同一性が問題となった裁判例の分析

#### 1 はじめに

衣服の形態については、輪郭・シルエット等に代表されるような身体に着用するという機能に基づくデザイン上の制約が大きい形状（以下「機能的形態」という。）<sup>32</sup>と、そのような制約が相対的には小さい模様・柄に代表されるような形態（以下「装飾的形態」という。）とを分けて把握することが可能な場合が、比較的少なくないように思われる。そこで、本稿では、相違点か、機能的形態にかかるものであるか装飾的形態にかかるものであるかによって、異なる実質的同一性判断がなされるのかといった視点に基づく分析を行いたい。

また、装飾的形態のなかにも、キャンパスに絵を描くがごとく比較的自由にデザイン可能な二次元又はこれに近い模様・柄（以下「模様<sup>33</sup>」という。もっとも、極めて一般的なアニマル柄、チェック柄、水玉柄、ストラ

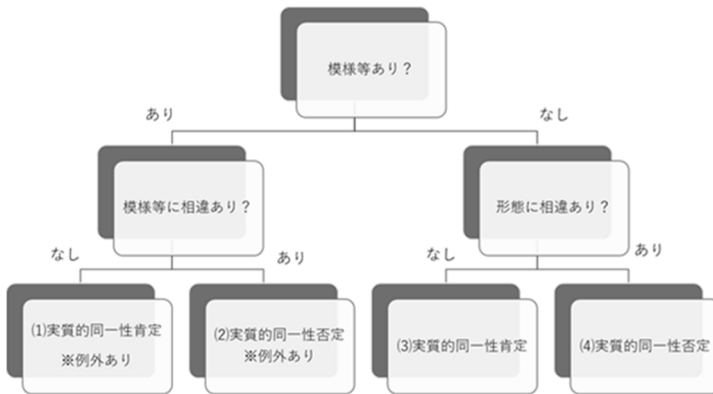
---

<sup>32</sup> 輪郭・シルエットにかかる形態等であっても、機能から一義的に決まるものではなく、時には機能の観点からすると必ずしも合理的とは言えない形態がデザインされることもある（女性のハイヒール等を例に挙げながら、この点を説明する鷺田清一『ちぐはぐな身体』（2005年・ちくま文庫）36～38頁等を参照）。また、衣服が持つ「機能」は必ずしも「身体に着用する」という点のみではないだろう（着物は（身体をではなく）ふるまいを演出するものであることを述べつつ、この点を指摘する同161～162頁を参照）。もっとも、本稿が扱う裁判例では、輪郭・シルエットにかかる形態の大半が、「機能」を身体に着用するというレベルで捉えた場合、かかる機能上の制約を受けていると評価してよい形態であったので、輪郭・シルエットにかかる形態を機能的形態の代表例に位置づけている。

<sup>33</sup> 本稿においては、プリント等染物による完全に二次元の模様のみならず、織物、編み物、刺繍、パッチワーク、アプリケによる模様等、完全に二次元ではないがおおよそ視覚において平面的な模様として認識可能なもの全てを含む意味で用いる。かかる模様の意義の検討にあたっては、意匠法2条の「模様」の意義に関する説明、すなわち「点、線、面あるいは色彩などによってあらわされた装飾的構成」をいい「物品の表面に平面的、付加的にあらわされることもあるし、刻線のように形状にわずかな変化を加えてあらわされるもの、浮彫（レリーフ）のように形状と混然一体となってあらわされるものもある」との説明（斎藤瞭二／満田重昭＝松尾和子編著『注解意匠法』（2010年・青林書院）117頁等）より示唆を受けた。

イブ柄等は、デザインの自由度が比較的低いため、後述のとおり色彩に準ずるものとして取り扱う。)や、模様ほどではないものの、前述の機能との関連が弱く模様に次ぐレベルでデザインにおける自由度があるフリルやレース等に代表されるような装飾的形態(以下「準模様」といい、模様と併せて「模様等」という。)と、機能的要素をも併せ持つためにデザインの自由度が比較的低いポケット、ベルト、ファー等に代表されるような装飾的形態(以下「その他装飾的形態」という。)や、同様に選択肢が限られているためにデザインの自由度が高いとはいえない難い色彩(既に述べたとおり、極めて一般的な模様も色彩に準ずるものとして取り扱う。以下同じ。)とでは、その共通点や相違点を実質的同一性判断に与える影響が異なる可能性があるように思われる。そこで、本稿では、相違点がいかなる装飾的形態にかかるものであるかによって、異なる実質的同一性判断がなされるのかといった視点に基づく分析も行いたい。

以上を踏まえて裁判例を分析したところ、以下のようなフローチャートを作成することができた。



すなわち、模様等が存在する衣服については、模様等において有意な相違<sup>34</sup>がない場合には原則として実質的同一性が肯定され(上記(1))、ある

<sup>34</sup> 有意な相違の有無をいかなる尺度で判断するかという点は、「二」で述べた実質的同一性の判断尺度(誰の視点を基準に判断するか)とリンクする問題であるが(同趣旨の指摘をなすと思われるものとして、青柳/前掲注18・218頁を参照)、裁判例を整理するにあたってはまず中立的な観点から分類し、いかなる尺度で判断すべきであるかの論点については、「四」において扱うこととする。

場合には原則として実質的同一性が否定される(上記(2))。他方、模様等が存在しない衣服については、形態において有意な相違がない場合には実質的同一性が肯定され(上記(3))、ある場合には実質的同一性が否定される(上記(4))。

以下、これらの(1)ないし(4)の類型に分けて、裁判例を紹介する<sup>35</sup>。

## 2 模様等に有意な相違がない事例(類型(1))

模様等に有意な相違がない本類型では、基本的に実質的同一性が肯定されている(「(1)」参照)。もっとも、例外的に、機能的形態に有意な相違がある事例において、実質的同一性を否定した裁判例が一件存在する(「(2)」参照)。以下詳述する。

### (1) 実質的同一性を肯定した裁判例

まず、模様等のみならず、機能的形態においても有意な相違がない事例では、全ての裁判例で実質的同一性が認められている。

例えば、前掲[ペルーナ・RyuRyu]の商品②において、原被告商品は<sup>36</sup>、レースに花をあしらったデザインの柄を点在させるという模様や色彩において共通するうえ<sup>37</sup>、その全体のシルエットにおいても共通していたように思われるところ(下記画像<sup>38</sup>を参照)、実質的同一性が肯定されている(事案と判旨のまとめは別紙「1」を参照)。

<sup>35</sup> 検討対象とする裁判例は、本稿執筆時に筆者が調査した限りにおいて、衣服の形態につき実質的同一性判断をなしたものの全てであるが、筆者が訴訟代理人又は復代理人として関与した裁判例については、特筆すべきと考えたものを除き、言及していない。

<sup>36</sup> 控訴審においては、原被告商品ではなく、控訴人商品及び被控訴人商品という呼び名が用いられているが、第一審段階での呼び名で統一して表記する(以下、控訴審判決が存在する裁判例全てにおいて同様である)。

<sup>37</sup> レースの柄のちらばり具合や大きさに若干の相違が存在したが、一見して明らかな有意な相違とはいえないように思われるため、類型(1)として整理した。

<sup>38</sup> 商品の画像は、「特集『商品形態のデッド・コピー規制の現況と課題』参考図」知的財産法政策学研究25号(2009年)より引用。以下、前掲[ペルーナ・RyuRyu]で問題となった商品の画像について同様である。



同様の事案で実質的同一性を認めたものとして、模様等がカーディガンの身頃下部分に施されたレース<sup>39</sup>（なお、かかる形態は従来商品形態にみられないものとされており、原告商品 1 はいわばパイオニア商品といい得る事案であったようである。）であった前掲[アルページュレース一審]<sup>40</sup>の原告商品 1 と被告商品 A（下記画像を参照。事案と判旨のまとめは別紙「2」を参照）、両肩を渡すように付けられた取り外し可能な 3 本のチェーン（うち 2 本はパールチェーン）であった東京地判平成 16.9.29 平成 16(ワ)5830[チェーン付きカットソー]（下記画像を参照。事案と判旨のまとめは別紙「3」を参照）、刺繍であった前掲[婦人服]<sup>41</sup>の商品 4（別紙「4」を参照）、並びにプリーツであった前掲[婦人服]の商品 5（別紙「5」を参照）、商品 7（別紙「6」を参照）、商品 10（別紙「7」を参照）及び商品 11（別紙「8」を参照）がある。

<sup>39</sup> レース模様においても相違はないが、これは訴外協和レース製の同じ白いレース編み布地を用いていることに基づくものである。かかる事情のためなのか、判決はレース模様の共通性は認定せず、レース生地 of 施し方（位置関係）を問題としているに過ぎない。

<sup>40</sup> 前掲[アルページュレース二審]においては、商品 1 の実質的同一性は争われていないため、前掲[アルページュレース一審]を紹介する。

<sup>41</sup> 本判決に関しては、最高裁判所「裁判例検索」[https://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/search7](https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/search7), 2021年2月4日最終閲覧)において被告商品の写真しか公開されていないため、事案の分類は、裁判所的事实認定及び評価に基づく推測により行った（以下、前掲[婦人服]で問題となった他の商品についても同様である。）。





前掲[アルページジュレース]<sup>42</sup>  
原告商品 1 (左)と被告商品 A (右)



前掲[チェーン付きカットソー]<sup>43</sup>  
原告商品 (左)と被告商品 (右)

また、模様等において有意な相違はないが、その他装飾的形態や色彩においてのみ有意な相違がある事例でも、全ての裁判例で実質的同一性が認められている。

例えば、前掲[chamois]の商品 1 において、両商品は、レース模様において共通し、また輪郭・シルエットにおいても共通していたが、色彩において相違していたところ（下記画像を参照）、実質的同一性が肯定されている（事案と判旨のまとめは別紙「9」を参照）。



原告商品 1



被告商品 1

同様に色彩の相違にかかわらず実質的同一性を認めたものとして、模様等がスカートの裾部分に設けられたレース及びその上に施されたスパンコールであった前掲[ベルーナ・Ryu Ryu]の商品①（下記画像を参照。事案と判旨のまとめは別紙「10」を参照）や、襟ぐり・前合わせ・袖口に施

<sup>42</sup> 画像においては色彩の相違も確認できるが、判決において認定されていないため、色彩の相違はないものとして扱った。

<sup>43</sup> 同上。

されたバイピングレースであった前掲[ベルーナ・Ryu Ryu]の商品⑥（下記画像を参照。事案と判旨のまとめは別紙「11」を参照）、襟廻りに施されたレース等であった前掲[ベルーナ・Ryu Ryu]の商品⑧<sup>44</sup>（下記画像を参照。事案と判旨のまとめは別紙「12」を参照）がある。また、色彩に相違があった事例ではないが、模様等がプリーツであった前掲[婦人服]商品6では、その他装飾的形態であるポケットの数において相違があったにもかかわらず、やはり実質的同一性が肯定されている（別紙「13」を参照）。



<sup>44</sup> 原告商品⑧はアニマルプリント、被告商品⑧ゼブラ柄という相違も存在していたが、「1」で述べたとおり、このような柄は極めて一般的なものであるため色彩に準ずるものと考え、模様における相違とは整理していない。

さらに、模様等に有意な相違がない場合には、機能的形態に有意な相違があっても、基本的に実質的同一性が認められている。

例えば、袖という機能的形態において相違していたにもかかわらず実質的同一性を肯定したものとして、前掲[chamois]の商品3がある。同事案の原被告商品は、その模様において概ね共通していた<sup>45</sup>が、①袖の長さ（原告商品3は長袖、被告商品3は半袖である。）、②肩口における色彩<sup>46</sup>、③②の結果もたらされる横縞模様とりんご部分の位置関係における相違<sup>47</sup>、④りんごの大部分に重ねられたチュール<sup>48</sup>のコード刺繍<sup>49</sup>の密度<sup>50</sup>、及び⑤ロゴの有無<sup>51</sup>における相違が存在した（下記画像を参照）。この点、模様における相違（②及び③の縞模様、④のチュールのコード刺繍の密度及び⑤のロゴの有無における相違）は一見して明らかではないものの、袖の長さというシルエットに関わる相違（①における相違）は一見して明らかなものといえよう。かかる事案で裁判所は、原被告商品の実質的同一性を肯定

<sup>45</sup> 第1横縞部分、第2横縞部分、第3横縞部分（身頃部分の肩部から胸部及び袖部の上部における模様が第1横縞部分、身頃部分の胸部から腹部における模様が第2縞部分、身頃部分の裾部における模様が第3横縞部分である。）という繰り返シパターンにより構成された商品全体にわたる黒色と白色の横縞模様、つる部分に2枚の葉をつる部分からわずかに離間させて左右に1枚あしらった黒色のりんごの柄、及びそのりんご部分を縁取りするように施されたラインストーンのパターン等において共通していた。

<sup>46</sup> 原告商品3は肩口が黒色だけであるのに対し、被告商品3は肩口に白色の横縞がある。

<sup>47</sup> 原告商品3ではりんご部分の下側の少しだけが第2横縞部分に及んでいるが、被告商品3ではより多くの部分が第2横縞部分に及んでいる。

<sup>48</sup> チュールとは、「六角形の網目のある生地」のことである（能澤慧子『早引き ファッション・アパレル用語辞典』（2013年・ナツメ社）224頁）。

<sup>49</sup> コード刺繍とは、「布の上にコードを止めつけて模様にしたもの」である（大沼淳＝荻村昭典＝深井晃子監修『ファッション辞典 FASHION DICTIONARY』（2018年・文化出版局）466頁）。

<sup>50</sup> 被告商品3の方が原告商品3より粗く、原告商品3においてはりんご部分と重なり合う白色の横縞部分がほとんど見えないのに対し、被告商品3においてはりんご部分と重なり合う白色の横縞部分は透けて見えている。

<sup>51</sup> 原告商品3にはりんご部分の下部に「Chamois」とのロゴがあるが、被告商品3にはない。

している（事案と判旨のまとめは別紙「14」を参照）。



原告商品 3



被告商品 3

同様に袖の長さが異なる事案で実質的同一性を認めたものとして、模様等が刺繍模様であった前掲[ベルーナ・Ryu Ryu]の商品④（下記画像を参照。事案と判旨のまとめは別紙「15」を参照）、プリーツであった前掲[婦人服]の商品 9（別紙「16」参照）がある。



原告商品④



被告商品④

（正面視）



原告商品④



被告商品④

（背面視）

また、着丈という機能的形態において相違していたが、フリルという準模様において共通していた知財高判平成17. 12. 5平成17(ネ)10083[フリルカットソー二審]<sup>52</sup>でも実質的同一性が肯定されており（下記画像を参照。事案と判旨のまとめは別紙「17」を参照）<sup>53</sup>、同様に、着丈における相違に

<sup>52</sup> 同事件の一審判決（東京地判平成17. 3. 30平成16(ワ)12793[フリルカットソー一審]）は、問題となっている原告の商品について不正競争防止法 2条 1項 3号の保護対象性を否定しており、実質的同一性の判断をしていないため、前掲[フリルカットソー二審]のみを紹介する。

<sup>53</sup> 色調において相違していたが、同じピンク色における若干の濃淡にかかる相違に過ぎず、またヒモの長さや素材においても相違していたが、一見して明らかなものではなく、さらに被告商品のみにある背中部分におけるマークと文字も、生地の色に埋没しているため一見して明らかなものではないと考えられる。

かかわらず準模様（2種類の生地を組み合わせ、胸部におけるステッチのひだ及び身頃と両袖部との取り合い部におけるギャザー等によるものである<sup>54</sup>。）において共通していた東京地判平成23. 3. 31判タ1399号335頁[ヴィゴラス・カンパニー]の商品1でも、実質的同一性が肯定されている（下記画像を参照。事案と判旨のまとめは別紙「18」を参照）。



前掲[フリルカットソー二審]  
原告商品(左)と被告商品(右)

前掲[ヴィゴラス・カンパニー]  
被告<sup>55</sup>商品1(左)と原告の第1商品(右)

さらに、着丈のみならず、ウエストにおける絞り具合という輪郭・シルエットにおいても一見して明らかな相違が存在していたが<sup>56</sup>、胸元に施さ

<sup>54</sup> 前身頃が、襟口、胸部、胴部とで形成され、前身頃及び後身頃において胸部の略2分の1の高さを境にして、上側が濃い色、下側が薄い色となっており、前身頃及び後身頃において、胸部に横方向全面に幅約1.5cmのステッチのひだが約1.3cmピッチで形成され、当該ステッチのひだが、前身頃においてはビンテージシフォン及びビンテージサテンの2種類の生地部分に形成されているのに対し、後身頃においてはビンテージシフォンの生地部分にのみ形成されており、身頃と両袖部との取り合い部においては、胸部側に、ステッチのひだが自然に平面に拡散する納まりとなるギャザーが形成されているという形態である。

<sup>55</sup> 本件は、原告の被告に対する婦人服の製造物供給契約に基づく製造代金支払訴訟において、被告が、被告の原告に対する不正競争防止法4条及び5条1項に基づく損害賠償請求権との相殺を主張し、かかる主張に際して原告による同法2条1項3号の不正競争行為に関する判断がなされた事案である。そのため、他の裁判例と異なり、形態模倣規制に基づく請求を行っているのは、原告ではなく被告である。以下本事件について同様である。

<sup>56</sup> 原告商品2は、全体が大きく長くゆったりとしており、上から下まで同じ周囲のいわゆる寸胴型のデザインであるのに対し、被告商品Bは、全体が小さく短くほっそりとしており、ウエスト部分が細くなっている。

れたレース<sup>57</sup>という準模様（前掲[アルページュレースー審]によると、白色のノースリーブの襟ぐりにレースを付すという形態は、従来商品形態にみられないものとまではいえないものの、ありふれたものとまでもいえない形態であったとのことである。）において共通していた前掲[アルページュレース]の原告商品2と被告商品B（上記画像を参照、事案と判旨のまとめは別紙「19」を参照）でも、実質的同一性が肯定されている。



前掲[アルページュレース]  
原告商品2(左)と被告商品B(右)

## (2) 実質的同一性を否定した例外的裁判例

(1)で述べたとおり、裁判例では、模様等に有意な相違がなければ基本的に実質的同一性が認められているようであるが、例外的に、模様等においては有意な相違がないものの、機能的形態において有意な相違が存在した一件の事例で、実質的同一性が否定されている（前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服]の商品1）。同事案では、首の後ろにおけるリボン<sup>58</sup>や花柄のコサージュ<sup>59</sup>、光沢のある2枚重ねの生地で表地がやや透ける素材となっている点等という準模様において共通していたが、袖ぐりの形状<sup>60</sup>及びシルエット

<sup>57</sup> レース模様においても相違はないが、これは訴外協和レース製の同じ白いレース編み布地を用いていることに基づくものである。かかる事情のためなのか、判決はレース模様の共通性は認定せず、レース生地の施し方（位置関係）を問題としているに過ぎない（以上につき、注40で前掲[アルページュレースー審]の原告商品1と被告商品Aについて述べたところと同様である。）。

<sup>58</sup> 正面視の写真においては、特に原告商品1において視認することはできないが、判決においては、「襟が首の後ろ部分でリボンを結ぶことができるロールネックである点」が共通点として認定されている。

<sup>59</sup> 前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服一審]では花のコサージュについての認定がなされていないが、前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服二審]では、かかる共通点も考慮に入れられるようである。

<sup>60</sup> 原告商品1は、肩山部分がほとんどなく肩が大きく出るものであるが、被告商品1は、肩山の幅が襟ぐりから腕の付け根辺りまでであるため肩が隠れるものである。



原告商品1 被告商品1

ト<sup>61</sup>という機能的形態において一見して明らかに相違していたところ(左記画像を参照)、当該機能的形態の相違点が重視され、実質的同一性が否定されている(事案と判旨のまとめは別紙「20」を参照)。

もっとも、同事案における装飾的形態は、キャンパスに描くがごとくデザイン可能な模様との比較においてはデザイン上の自由度は低いものであり(リボンやコサージュ、2枚重ねの生地で表地がやや透ける素材となっている形態は、二次元の模様のようにキャンパスに描くがごとくデザイン可能なものとはいえないだろう)、かつこれらは衣服全体の小さな面積を構成しているに過ぎないものであるように思われる(リボンやコサージュは局所的なものであるし、光沢のある2枚重ねの生地で表地がやや透ける素材となっている点も、裾周辺の限定的部分において看取され得るに過ぎないものであるように思われる。) <sup>62</sup>。他方、機能的形態においては、袖ぐりや下半身において輪郭・シルエットを違えるような(シルエットのカテゴリが変わるような)相違が存在した。このように、有意な相違がない装飾的形態が、小さな面積を構成する準模様である一方、機能的形態においてシルエットを違える程度の相違がある場合には、例外的に実質的同一性が否定されるということができようか。

### (3) 小括

以上のとおり、模様等に有意な相違がない場合には、基本的に実質的同一性が肯定されているようである(「(1)」参照)。もっとも、模様等に有意な相違がない場合であっても、それが全体面積中小さな面積を構成するに過ぎない

<sup>61</sup> 原告商品1は、両脚の腿辺りの位置から下方に向かって絞られたマーメイドラインであるが、被告商品1は、両脚の腿辺りの位置から下方に向かって絞られていないAラインである。

<sup>62</sup> かかる点が理由であるかは定かではないが、注59で述べたとおり、前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服一審]では花のコサージュにかかる形態についての認定すらされていない。

準模様である一方、機能的形態においてシルエットを違えるような相違がある場合には、例外的に実質的同一性が否定されているといえる(「(2)」参照)。

### 3 模様等に有意な相違がある事例(類型(2))

模様等に有意な相違があれば、機能的形態又は一部の模様等には有意な相違がなくとも、基本的に実質的同一性が否定されている(「(1)」参照)。もっとも、模様等に有意な相違があるにもかかわらず実質的同一性を肯定した例外的な裁判例も三件(事件としては二件である。以下同じ。)存在する(「(2)」参照)。以下詳述する。

#### (1) 実質的同一性を否定した裁判例

まず、模様等のみならず、機能的形態においても相違する事例では、当然のことながら実質的同一性が否定されている。例えば、前掲[総柄デニムパンツ]の原告商品と被告商品1においては、ベース模様において相違する(交通標識の図柄、その大きさ、図柄の明瞭度、スマイリーマークの有無において相違する。)うえ、シルエットにおける相違(原告商品はだぼっとしたものが、被告商品は原告商品よりも引き締まったものである。)も存在したところ(下記画像を参照)、両商品の実質的同一性が否定されている<sup>63</sup>(事案と判旨のまとめは別紙「21」を参照)。



原告商品(背面視)



被告商品1(背面視)

<sup>63</sup> 裁判所は、両商品に共通する、総柄のデニムパンツの図柄に米国の交通標識様のもを用い、この図柄を不規則に隙間なく重なり合わせて配するという、商品の形態の特徴の一部が、先行商品にもみられるものであって、原告商品独自のものではないことをも考慮して、実質的同一性を否定している。



同様の事案で実質的同一性を否定したものとして、準模様であるカーディガンに施されたレースの位置関係のみならず、シルエットという機能的形態においても相違<sup>64</sup>していた前掲[アルページュレース]の原告商品4と被告商品D(下記画像を参照。事案と判旨のまとめは別紙「22」を参照)、準模様といい得る袖の形状のみならず、襟元の形状という機能的形態においても相違していた前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服]の商品2(下記画像を参照。事案と判旨のまとめは別紙「23」を参照)が存在する。



原告商品4 被告商品D  
(正面視)



原告商品4 被告商品D  
(背面視)

前掲[アルページュレース]



前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服]  
原告商品2(左) 被告商品2(右)

また、模様等において相違する場合には、機能的形態においては相違しない場合であっても、実質的同一性が否定されている。例えば、前掲[袖フ

<sup>64</sup> なお、画像においては色彩にかかる相違も確認でき、前掲[アルページュレース一審]においても色彩にかかる相違が認定されていたが、前掲[アルページュレース二審]においては、原被告商品において共にカラーバリエーションが存在することを理由に色彩にかかる相違点は考慮されていない。そのため、本稿においても色彩にかかる相違はないものとして扱った。

リルブラウス]において、原告各商品は、黒いリボンや袖のフリル形状という準模様において、リボンについてはその有無、フリル形状についてはその大きさという一見して明らかな相違が存在したが<sup>65</sup>、その他の輪郭・シルエット等においては有意な相違が存在しなかったところ(下記画像を参照)、実質的同一性が否定されている(事案と判旨のまとめは別紙「24」を参照)。



同様の事案で実質的同一性を否定したものととして、準模様であるパレオの形態において一見して明らかな相違が存在した<sup>66</sup>が、その他の輪郭・シルエット等においては有意な相違は存在しなかったようである前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服]の商品3がある(右記画像を参照。事案と判旨のまとめは別紙「25」を参照)。

他方、一部の模様等においては相違しない場合であっても、他の模様等及び機



<sup>65</sup> 商品4のチェック柄は一般的なものであるため、「1」で述べたとおり、色彩に準ずるものと考え、模様における相違とは整理していない。

<sup>66</sup> 被告商品3のパレオには、さらに継ぎ足されたフレア状の裾部分が存在する。

能的形態において相違がある場合には、やはり実質的同一性が否定されている。

例えば、前掲[chamois]の商品2においては、原被告商品は共にノースリーブであり、胸元に同一模様の花柄刺繍が施されていたが、ネックラインの形状、両脇下のダーツ<sup>67</sup>の有無、前肩部分における前身頃と後身頃の生地縫い合わせの仕方、襟首の直下におけるレース生地での切り替え部分の有無、及び色彩等において相違していた(下記画像を参照)。すなわち、原被告商品は胸元の花柄刺繍模様においては共通するものの、レース生地による切り替え部分という準模様において相違し、ネックラインの形状という機能的形態においても相違していたところ、実質的同一性が否定されている(事案と判旨のまとめは別紙「26」を参照)。



原告商品 2



被告商品 2



原告商品 2 (胸部拡大)



被告商品 2 (胸部拡大)

同様の事案で実質的同一性を否定したものとして、レース模様では共通

<sup>67</sup> ダーツとは、「平面的な布を立体的にする方法のひとつで、体の曲面に合わせ、余分な布をつまんで縫い消すこと」で、「体形にフィットしたシルエットにはダーツが大切で」ある(能澤・前掲注48・209頁)。

していたものの、準模様であるスカート裾のレース部分の段数のみならず、シルエットという機能的形態等においても相違していた前掲[ベルーナ・Ryu Ryu]の商品<sup>68</sup>（下記画像を参照。事案と判旨のまとめは別紙「27」を参照）、星柄が施されたストッキングにつき、模様である星柄の一部において相違があり<sup>68</sup>、サイズ、マチの有無、つま先部分の生地の高さといった機能的形態にかかる相違も、（少なくとも非着用時においては）一見して明らかなものであった前掲[タトゥータイツ]がある（下記画像を参照。事案と判旨のまとめは別紙「28」を参照）<sup>69</sup>。

---

<sup>68</sup> 右脚（実際の着用者の右脚ではなく、着用者の正面に向き合った場合の右脚をいう。以下左脚の意味についても同様である。）においては、着用による対比によっても、上から5番目以降の星の配置に違いがある。すなわち、星柄の数（原告商品19個、被告商品17個）、星柄の模様の配置（原告商品においては、模様が膝下の外側から流れ落ちるように緩やかに正面方向へ向かい、足首付近でほぼ正面に位置するのに対し、被告商品においては、模様が膝下の外側からそのまま外側を流れ落ち、足首付近で正面方向へ向きを変え、足首の星柄模様がほぼ正面に位置する。また、被告商品においては足首部分の星柄の形状が北斗七星のひしゃく部分のように見えるのに、原告商品ではそのような特徴がない。）において相違する。また、左脚においては、星柄の個数は同じであるものの、着用による対比によっても、上から9番目までの星の配置が、原告商品では脚の正面側に寄っているのに対し、被告商品では膝の横に位置するという違いがあり、その結果、原告商品では、星柄模様が回転しながら脚に巻かれているように見えるのに対し、被告商品では、星柄模様はほぼ縦の直線に見えるという違いがある。

なお、当該模様にかかる相違は、本類型の他の事例と比較すると一見して明らかな相違とはいえない程度の相違であるともいえるかもしれない。もっとも、少なくとも本事案については、問題となっている商品が、他の事案で問題となっている種類の衣服とは大きく性質を異にするという事情を考慮した分析が可能であるように思われる。すなわち、ストッキングはその着用時において着用者の脚にほとんど同化する性質を有するところ、模様付きストッキングにおいては、他の事案で問題になっている上衣や下衣等の衣服以上に、模様が圧倒的な特徴になると考えられる。そうすると、模様において相違するといえるかどうかについて、通常の衣服よりも厳密な検討が必要であると考えることが可能であろう。

<sup>69</sup> なお、TKCローライブラリーで公開されている本文掲載の写真において、星柄模様の詳細を確認することは容易ではない。片側の足における模様しか確認できない。そこで、「星」及び「タイツ」、並びに原告の名称である「プロエフ」、という



原告商品⑨

被告商品⑨

(正面視)

原告商品⑨

被告商品⑨

(背面視)

前掲 [ペルーナ・Ryu Ryu] の商品⑨

キーワードでGoogle検索した結果入手した、原告商品の形態と同様の形態を有するようと思われる商品の形態が写っている写真と、同様に「星」及び「タイツ」、並びに被告名称の一部である「チュチュアンナ」というキーワード検索に基づき入手した、被告商品の形態と同様の形態を有するようと思われる商品の形態が写っている写真を、それぞれ参考画像として下記に掲載する。



原告商品の参考写真 (sycmore and more というサイトにおける「Cry & Proef」と題する記事 <http://sayacoarakawa.blogspot.com/2011/11/cry-x-proef.html> より引用、2021年2月4日最終閲覧)



被告商品の参考写真 (Rakuten ラクマ というサイトにおける出品ページの <https://item.fril.jp/b8847937ecc9f1631237e79e8fb77a39> より引用、2021年2月4日最終閲覧)

被告商品



原告商品



前掲[タトゥータイツ]の被告商品(左)と原告商品(右)  
(TKC 法律情報データベース、LEX/DB 文献番号25446178より引用)

また、機能的形態及び一部の模様等において相違しない場合であっても、他の模様等において相違がある場合には、実質的同一性が否定されている。すなわち、前掲[ヴィゴラス・カンパニー]の商品2において、原被告商品は胸元の模様においては共通していたが、袖部の模様において一見して明らかな相違があった。他方、その他の機能的形態等には有意な相違は存在しなかった<sup>70</sup> (下記画像を参照)。かかる事案において、原被告商品の実質的同一性が否定されている (事案と判旨のまとめは別紙「29」を参照)。



被告商品 2 (左)



原告の第2商品(右)

<sup>70</sup> 袖口幅において6 cm程度の相違は存在したものの、原被告商品の袖がいずれも幅広であることに鑑みると、一見して明らかな有意な相違とはいえないように思われる。

## (2) 実質的同一性を肯定した例外的裁判例

以上のとおり、模様等に有意な相違があれば基本的に実質的同一性が否定されているが、模様等に有意な相違があるにもかかわらず実質的同一性を肯定した裁判例が三件存在する。

まず、前掲[ドレス]の商品4では、原被告商品において、花柄モチーフの有無(原告商品4にはこれがあり、被告商品4にはない。)という模様等における有意な相違が存在し、また色彩においても相違していたが(下記画像を参照)、実質的同一性が肯定されている(事案と判旨のまとめは別紙「30」を参照)。なお、原被告商品に共通する形態<sup>71</sup>は、他に類似の形態がないとされており、原告商品4はいわばパイオニア商品といい得るものであったようである。



なお、最高裁判所「裁判例検索」([https://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/search7](https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/search7), 2021年2月4日最終閲覧)で公開されている原告商品4の写真において、原告商品4の花柄モチーフを視認することは容易でないため、原告のブランド名とされる「グレースコンチネンタル」及び原告商品の名称(配色レイヤードフラワーOP)というキーワードでGoogle検索した結果

<sup>71</sup> 原被告商品は、その基本的形態(2色のフラウンスによる斜めアシンメトリーなティアードシルエットを有する、薄手の生地でのミニ丈のタンクドレス)及び具体的形態(商品4前面フラウンスの形態及びこれらが背面にまで続き形成される背面におけるフラウンスの形態)において共通していた。

入手した、原告商品の形態と同様の形態を有するように思われる商品の形態が写っている写真を、参考写真として右記に掲載する。

**参考写真** (Rakuten ラクマというサイトにおける出品ページの <https://item.fril.jp/8dcf786f8d78f472127d0ded3fc02d3b> より引用、2021年2月4日最終閲覧)



また、少なくとも模様等においても相違していた前掲[ドレス]の商品7でも、実質的同一性が肯定されている。すなわち、前掲[ドレス]の商品7の原被告商品においては、首元からバストトップス(胸まわり)切り替え位置までの部分(以下「バストトップス部分」という。)のすぐ下に大きめのフラウンスが、前面及び背面まで、フリルを形成しながら連続して配置されているところ、当該フラウンスの長さが被告商品7の方が長い<sup>72</sup>という準模様における相違が存在するうえ、正面視におけるバストトップス部分のレースの密度及びバストトップス部分の背面の形態(レースかシースルーか)という模様における有意な相違も存在した。また、正面視及び背面視におけるレースの左右脇の形態においても有意な相違が存在した<sup>73</sup>(以上につき、下記画像を参照)。かかる事案において、原被告商品の実質的同一性が肯定されている(事案と判旨のまとめは別紙「31」を参照)。なお、原被告商品に共通する形態<sup>74</sup>は、従来商品形態に存在したとはいえないとされており、原告商品7はいわばパイオニア商品といい得るものであったようである。

<sup>72</sup> 前面中央部で2倍程度、背面中央部で1.5倍程度の長さであって、被告商品7は背面において、フラウンスにより臀部が隠れる程の長さとなっていた。

<sup>73</sup> レース脇における黒色部分の幅にかかる相違である。なお、着用者の下着を隠すことができるか否かに関わる形態と考えればこれは機能的形態といい得るようにも思われるが、判決においてそのような認定はなされていない。

<sup>74</sup> サロペットであり、バストトップス部分の生地がその下の部分の生地とは異なり、前面はレースであり背面は透明感のある生地(レース又はシースルー状の生地)である点、及びバストトップス切り替え位置のすぐ下に大きめのフラウンスが、前面及び背面までフリルを形成しながら連続して配置されており、前面中央部から背面中央部に向かって徐々に長くなっているという形態である。





原告商品 7

(正面視)

被告商品 7

原告商品 7

(背面視)

被告商品 7

さらに、模様等のみならず、機能的形態においても相違していた前掲[アルページュレース]の原告商品 3 と被告商品 C においても、実質的同一性が肯定されている。すなわち、原被告商品には、裾レースの突出幅における相違（被告商品 C の方が約1.8cm長い。）、及び胸元のワンポイントにおける相違（原告商品 3 は、黒いリボンを蝶結びにしたもの、被告商品 C は、黒色の生地に銀色の糸でアルファベット文字を刺繍した円形状のエンブレム）といった準模様における相違のみならず、身幅や丈といった機能的形態においても一見して明らかな相違が存在したが（原告商品 3 は身幅が広めで丈が短い、被告商品 C は身幅が細めで丈が長い。以上につき下記画像を参照）、実質的同一性が肯定されているのである（事案と判旨のまとめは別紙「32」を参照）。なお、前掲[アルページュレース一審]によると、原告商品 3 は、長袖、前あき金属ファスナー止めのフード付きパーカーで、裾及び袖口の内側から突出するようにレース編み布地が付されていること、左胸部に黒色のワンポ



原告商品 3



被告商品 C

イント飾りがあること等の形態において、従来商品形態にみられないものであり、いわばパイオニア商品といい得るものであったようである。

以上のとおり、模様等において有意な相違があるにもかかわらず実質的同一性を肯定した例外的な裁判例が三件あるが、いずれの事案にも、原被告商品に共通する形態が従来商品形態にみられず、原告商品がいわばパイオニア商品といい得るものであったとの事情が存在するように思われる。すなわち、まず、前掲[ドレス]の商品4は、原被告商品において一部の模様等においては共通する事案であったところ、当該共通形態につき、他に類似の形態がない事案であった。また、前掲[ドレス]の商品7及び前掲[アルページュレース]の原告商品3と被告商品Cは、一部の模様等においてすら共通していないものの、抽象化したレベルでの原被告商品の共通形態が、従来商品形態にみられないものであるという事案であった。そのため、問題になっている商品形態間に、模様等において有意な相違があるとしても、共通する形態が従来商品にみられない形態であるという事情がある場合には、例外的に実質的同一性が肯定されることがあるということができるよう思われる<sup>75</sup>。

### (3) 小括

以上のとおり、模様等に有意な相違がある場合には、機能的形態に有意な相違がなくても又は一部の模様等が共通していても、原則的に実質的同一性が否定されている（「(1)」参照）。もっとも、例外的に、問題となっている商品間で共通する形態が従来商品にみられない形態であるという事情がある場合には、模様等において有意な相違が存在しても実質的同一性が肯定されているといい得る（「(2)」参照）。

## 4 模様等を有しない衣服において、形態に有意な相違がない事例(類型(3))

模様等を有しない商品形態において、形態に有意な相違がない事例は、管見の限り一件のみである。

すなわち、東京地判平成30.8.30平成28(ワ)35026[フード付き長袖ブルゾン]では、問題となったフード付きブルゾンにおいて模様等は存在せず、

---

<sup>75</sup> 他方、前掲[ドレス]の商品4につき、需要者基準及び積極的後行開発者基準双方からの分析を試みるものとして、関/前掲注4・60～61頁がある。

また形態において有意な相違は存在しなかった<sup>76</sup>ところ(下記画像を参照)、実質的同一性が肯定されている(事案と判旨のまとめは別紙「33」を参照)。

以上のとおり、裁判例は一件のみではあるが、模様等が存在しない衣服において、形態に有意な相違が存在しない場合には、実質的同一性が肯定されているといえるだろう。



原告商品(正面視と側面視)



被告商品(正面視と側面視)

## 5 模様等を有しない衣服において、形態に有意な相違がある事例(類型4)

模様等を有しない衣服において、形態に相違がある場合には、実質的同一性が否定されている。

例えば、前掲[ペルーナ・RyuRyu 二審]の商品⑤においては、輪郭・シルエットという機能的形態における有意な相違はなかったものの、襟元のファー<sup>77</sup>というその他装飾的形態や色彩<sup>78</sup>における相違が存在したところ、実質的同一性が否定されている(事案と判旨のまとめは別紙「34」を参照)。



原告商品⑤



被告商品⑤

(正面視)



原告商品⑤



被告商品⑤

(背面視)

<sup>76</sup> 画像においては色彩の相違も確認できるが、判決において認定されていないため、色彩の相違はないものとして扱った。

<sup>77</sup> 被告商品⑤は、襟内側及び前合わせ部分だけでなく背中部分を含めた裏地全面にファーが付けられているため、ファーの付された襟部分と背中部分とに連続性があり、襟の折り方次第では襟が原告商品⑤のものよりも大きいとの印象を与え、また被告商品⑤のファーは、原告商品⑤のそれに比べ剛である。

<sup>78</sup> 原告商品⑤はスモーキーピンク、被告商品⑤はベージュである。

また、前掲[ベルーナ・RyuRyu一審]の商品③においては、ポケットやベルトといったその他装飾の形態や色彩において相違しているうえ、輪郭・シルエットに影響を及ぼす切り替え位置という機能的形態においても一見して明らかに相違していたところ（下記画像を参照）、やはり実質的同一性が否定されている（事案と判旨のまとめは別紙「35」を参照）。



以上のとおり、模様等を有しない商品形態において、形態に有意な相違がある場合には、実質的同一性が否定されている<sup>79</sup>。

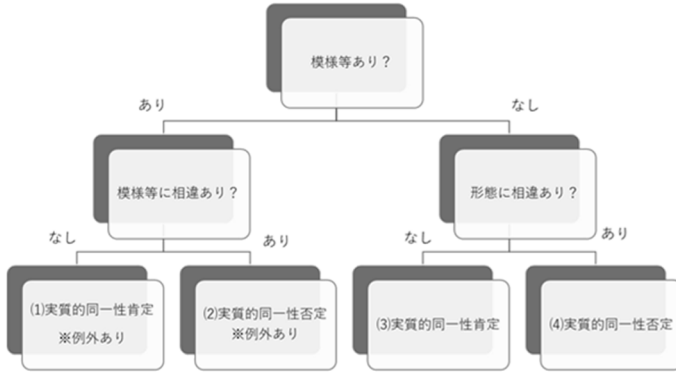
## 6 裁判例分析のまとめ

まず、模様等が存在する衣服においては、模様等において有意な相違がない場合には原則として実質的同一性が肯定されるが、例外的に、機能的形態にシルエットを違えるような大きな相違がある一方、衣服全体に占める模様等の割合がわずかなものに過ぎないといえる一件の事例で、実質的同一性が否定されている（上記「2」）。他方、模様等において有意な相違がある場合には原則として実質的同一性が否定されているが、例外的に共通形態が従来商品にみられない形態であるとの事情が存在する三件の事例において、実質的同一性が肯定されている（上記「3」）。

つぎに、模様等が存在しない衣服においては、形態に有意な相違がない場合には実質的同一性が肯定されているが（上記「4」）、有意な相違がある場合には実質的同一性が否定されている（上記「5」）。

<sup>79</sup> なお、模様等が存在しない衣服において、色彩のみが相違するという事案の裁判例は、管見の限り存在しない。もっとも、そのような事案の場合に実質的同一性が肯定される可能性があることについては、注85において後述する。

以下に、これらを示したフローチャート(「1」において掲載したものを再掲する。



## 四 検討

### 1 はじめに

「三」での検討から、模様等が存在する衣服の実質的同一性判断においては、原則的に模様等に有意な相違があるか否かが主たる判断要素となっているという傾向を読み取ることができる。ただし、模様等が衣服全体に占める割合がわずかなものである場合や、問題となっている商品間に共通する形態が従来商品にみられないものであり、先行者の商品がいわばパイオニア商品であるとの事情がある場合には、模様等の相違が主たる判断要素にならないこともある。

また、模様等が存在しない衣服においては、形態において有意な相違があるか否かによって実質的同一性が判断されているという傾向を読み取ることができる。

それでは、以上の傾向は正当であろうか。以下検討する。

### 2 実質的同一性判断にかかる試論

#### (1) 実質的同一性判断のあるべき姿に関する私見

##### ア デッドコピー規制の趣旨から導かれる視点

そもそも、デッドコピー規制の趣旨は、先行者利益の保護により、新商

品開発のインセンティブを支援することにある<sup>80</sup>。そうすると、実質的同一性判断においても、先行者利益を害し、新商品開発のインセンティブを損なうような模倣であるかどうかという視点が必要となる<sup>81</sup>。他方、先行商品形態の保護により、後行者の競争を徒に阻害し、競争を過度に停滞させるようなことがないよう留意することも必要であろう<sup>82</sup>。

もっとも、かかる視点のみでは抽象的に過ぎるため、より下位の規範を模索する必要があるが、「一」で述べたとおり商品の種類等によって異なる形態が重視されるか等は異なり得る。そこで、以下では特に衣服の形態に関して、あるべき具体的判断手法を模索したい。

## イ 需要者代替性基準を主軸としつつ、消極的後行開発者基準及び消極的先行開発者基準により補完する判断手法

### (ア) 需要者代替性基準

先行者利益が害される典型的な場合は、商品形態において需要者における代替性が存在するときであろう<sup>83</sup>。すなわち、後行者商品の形態が先行

<sup>80</sup> 田村／前掲注1・機能的知的財産法の理論44頁、同・前掲注1・不正競争法概説289頁、同／前掲注1・知的財産法政策学研究38～45頁等を参照。同／前掲注1・工業所有権法学会年報135頁も参照。

<sup>81</sup> 漠とし過ぎているために具体的基準としては通用しないものの、「市場先行の利益を失わせるような模倣かどうか」という点が大事である旨指摘するものとして、田村／前掲注1・知的財産法政策学研究46頁を参照。

<sup>82</sup> 過度に競争を萎縮させない判断の必要性を指摘する田村善之「意匠登録がない商品デザインの保護の可能性～著作権法・不正競争防止法の交錯～」コピーライト676号26～28頁(2017年)を参照。保護範囲をデッドコピー以外に拡大すると、競業者の予測可能性を害し、かえって健全な成果開発競争を害することになる旨を述べる横山久芳「創作投資の保護」日本工業所有権法学会年報30号143頁(2006年)も参照。

<sup>83</sup> 2004年改正により新設された2条4項により、商品の形態が需要者の知覚に基づき把握されることになったことに鑑み、実質的同一性判断においても需要者の判断を用いざるを得ないことを指摘しつつ(田村／前掲注1・知的財産法政策学研究60頁及び同／前掲注82・24～25頁も参照)、かかる判断とデッドコピー規制の趣旨との関連について「需要者の観点からみて酷似していないものは、定型的に市場先行の利益を喪失せしめるとまでいうことはできないから、実質的同一性が否定される」旨説明する同『不正競争法概説』(第3版・未定稿)を参照。また、注11及び12で述べた、需要者代替性基準を採用する伊原／前掲注2・967頁及び松村／前掲注6・122

者商品の形態に対して代替性を有する場合には、原告商品の需要を奪う可能性が高いため、先行者利益が害されるように思われる<sup>84</sup>。そのため、実質的同一性判断は、主として需要者代替性基準を用いて行うべきと考える<sup>85</sup>。かかる考え方は、不正競争防止法2条4項が、実質的同一性判断の

---

頁も参照。さらに、渋谷・前掲注13・139～140頁も参照。保護の効力という文脈において、「模倣者の商品と被模倣者の商品とが競合しない場合、すなわち非競争的な利用行為のために模倣が行われた場合には、投資に対するフリーライドはあるとしても、それが被模倣者による投資回収の実現を妨げているとは言い難く、一般に、被模倣者救済する必要は乏しい」旨を指摘する横山／前掲注82・143頁も参照。なお、実質的同一性判断について、「市場の競争条件が歪曲される」といった観点からの説明をなすものとして、奈須野太『不正競争防止法による知財防衛戦略』(2005年・日本経済新聞社)132頁も参照。

<sup>84</sup> かかる考え方からは、注34で述べた「有意な相違が存在するか否か」の判断主体も、翻って需要者であるとの帰結になる。

<sup>85</sup> かかる需要者代替性は、既に開発済みの商品形態のバリエーションといい得る範囲の形態(サイズ違い、色彩違い、袖の長さ違い、ネックの形状違い、素材違い等)において検討すべきと考える。

仮に、現に開発済みの形態それ自体のみとの対比で需要者代替性を考えるとすると、原被告商品形態において、バリエーションの範囲といい得る相違が存在するに過ぎない場合(例えば色彩が異なる場合)であっても、需要者の選択に与える影響が大きいとして、需要者代替性が存するかに疑義が生じ、実質的同一性が否定されるということになりかねない(例えば色彩が消費者の感性に訴えかける重要な要素であることにつき、(一般財)日本ファッション教育振興協会『ファッション色彩Ⅱ』(2007年・文化学園文化出版局)14頁等参照)。しかしながら、先行者において実際に販売がなされていないことも、バリエーションの範囲といい得る範囲のものは、先行者において容易に商品化可能な、既に開発済みの形態の範囲と考えられ、かかる範囲で模倣を規制しないと、先行者がすぐにでも展開し得る将来の商品形態の需要を奪うことになってしまう。また、先行者において、かかるバリエーションの範囲の形態全てを展開しておかないことにはその範囲までは保護されないとするのでは、保護を受けようとする先行者が適切なタイミングでバリエーション展開することを徒に妨げることになりかねず、過度な負担を強いることとなろう。したがって、需要者代替性は、現に先行者が商品化している形態のみならず、サイズ違い、色彩違い、袖の長さやネックの形状違い、素材違いといったバリエーションの範囲の形態において判断すべきと考える。

なお、かかるバリエーションの範囲という考え方は予測可能性確保の観点から限定的に考えるべきであり、既に列挙したような、バリエーションの範囲と認識し得るこ

対象である「商品の形態」を、需要者の知覚に基づき認識されるものである旨定めていることとも整合的といえよう<sup>86</sup>。

#### a 模様等が存在する衣服の形態についての判断手法

模様等が存在する衣服の形態については、需要者代替性を判断する代替指標として、模様等において有意な相違があるか否かという基準を用いることができるのではないだろうか<sup>87</sup>。なぜならば、模様等は、その他装飾

---

とが明らかなものに限定すべきと考える。また、一見した限りではバリエーションの範囲と思われる事例であっても、例えば素材の変更をなす際に開発上多大な労力を要する場合等、既に開発済みの形態の範囲といい得ない事例においては、素材の違いを捨象して需要者代替性を検討すべきではなく、バリエーションの範囲外と考えるべきであるように思われる。

このようにバリエーションの範囲にまで保護を拡げる考え方に対しては、デッドコピー規制による保護は、現に開発済みの形態それ自体に限定すべきであるとの批判が加えられるかもしれない。しかしながら、例えば、既に北海道で供給された形態を模倣した商品が東京都で販売された事例においても、地域という需要者の違いにかかわらずデッドコピー規制により先行者の商品形態が保護される帰結となることとなるように思われることに鑑みると、既に開発済みの形態それ自体や販路のみならず、先行者においてそこから極めて容易に開発、販路拡大できる範囲であれば、デッドコピー規制により保護されるとして、先行者利益を優先しているのが現行法であると考え方が自然であるように思われる（市場における具体的な競争が不要であること、及びこれを必要と解する場合に異なる地域で供給されたデッドコピー品の販売行為が放任されることになること等を指摘する、田村・前掲注1・不正競争法概説301頁を参照）。

<sup>86</sup> 蘭蘭／前掲注5・84頁の注34、青木／前掲注6・430頁、東海林／前掲注6・187頁等を参照。田村／前掲注1・知的財産法政策学研究60頁及び同／前掲注82・24～25頁も参照。

<sup>87</sup> 前掲注85で述べたとおり、需要者代替性はバリエーションといい得る範囲の形態において検討すべきである。そのため、仮に現に開発済みの商品形態のみとの対比においては、模様等の共通性のみで需要者代替性が存するといえるかに疑義が生じる事案であっても（サイズ違い（前掲[フリルカットソー二審]、前掲[ヴィゴラスカンパニー]の商品1を参照）、色彩違い（前掲[chamois]の商品1、前掲[ペルーナ・Ryu Ryu]の商品①・⑥・⑧等を参照）、袖の長さ違い（前掲[chamois]の商品3、前掲[ペルーナ・Ryu Ryu]の商品④、前掲[婦人服]の商品9を参照）、ネックの形状違い（サイズ違いという要素もあった事案であるが、前掲[ヴィゴラスカンパニー]の商品1を参照）、素材違い



の形態や機能的形態に比して、身体を覆うという衣服の機能等による制約を受けにくい、デザインにおける自由度があり、開発者の個性が発揮されやすい結果、基本的に需要者の目を強く惹く形態になりやすいと考えられるためである。

もっとも、これはあくまで需要者代替性を判断するための代替指標に過ぎないため、模様等以外の形態が需要者代替性を基礎づけることが明らかな事柄が存在する場合には、これを考慮した判断をなす必要がある。例えば、模様等が需要者代替性を基礎づけない程度のものの場合（例えば、前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服]の商品1のように、全体面積中小さな面積を構成するに過ぎない準模様の場合等）には、かかる共通性を重視しない等といったことが想定される。また、模様等に有意な相違がなくとも、商品のカテゴリが異なるために、需要者代替性を有しないことが明らかな場合にも、模様等の共通性のみを重視してはならないであろう（例えば、同様の模様が施されたTシャツとスカートといった事例等が考えられる。）<sup>88</sup>。このことは、デッドコピー規制が、商品形態と離れた模様を保護するものではないこと<sup>89</sup>とも整合的と考える。

なお、以上の考え方に従うと、例えば一部の模様等が完全に共通するに

---

と考えられる事案等)、既に開発済みのバリエーションといい得る範囲の形態においては、模様等の共通性故に、需要者代替性があると考えられることが多く、かかる場合には実質的同一性が肯定されることになるだろう。なお、色彩にかかる相違が「需要者に対して『色違い商品』であるとの印象を与える程度にすぎない」等として実質的同一性を肯定した前掲[ドレス一審]及びこれを引用する前掲[ドレス二審]も参照。前掲[婦人服]も参照。他方、色彩の相違を重視しない傾向の根拠を積極的後行開発者基準に求めるものとして、関/前掲注4・59頁がある。その他、泉/前掲注4・54～55頁も参照。<sup>88</sup> 前掲注85で述べたとおり、需要者代替性はバリエーションの範囲において検討すべきであるところ、模様等に相違がなくとも、商品のカテゴリが異なるほどに他の形態における相違がある場合には、もはやバリエーションの範囲の相違とは考えられないという説明が可能であるように思われる。

<sup>89</sup> 渋谷・前掲注13・137頁等を参照。田村・前掲注83が、「『模倣』（＝デッド・コピー）に該当するためには、原則として商品の形態が全体として酷似していることが必要であるから、模様が共通しているという一事をもって『模倣』であると判断されるわけではなく、あくまでも商品の形態全体の比較が必要となる」との原則論を述べていることも参照。

もかかわらず、他の模様等における相違によって大きく印象を違える場合（例えば、前掲[ヴィゴラス・カンパニー]の商品2、前掲[chamois]の商品2、前掲[ドレス]の商品4等のような事例がこれにあたる。）には、基本的に一部の模様等の相違に基づき需要者代替性を欠くため、実質的同一性を否定すべきということになるように思われる。これに対しては、形態における需要者代替性が存在せずとも、後行者の一部形態のただ乗りという形での費用節約によって競争上後行者が有利となる結果、回り回って先行者における新商品開発のインセンティブが害される場合も想定されないわけではないという観点から異論があるかもしれない<sup>90</sup>。もっとも、かかる考え方に立つ場合、形態の要部はどこかということを確認する必要が生じ、「ウ」で後述する積極的先行開発者基準と同様の問題（原告製品の創作的価値の有無や、それが製品のどこに存在するのかといった点を、特許庁の判断を介在させずにいきなり裁判所で判断することについての問題）を抱えることになるように思われる<sup>91</sup>。全体的形態において需要者代替性を失っている以上はデッドコピー規制の保護範囲とすることは妥当でなく<sup>92</sup>、このような部分的模様の保護は、新規性及び非容易創作性を問う部分意匠<sup>93</sup>

<sup>90</sup> 当該観点に基づくものかは詳らかでないが、例えば前掲[chamois]の商品2の判断に疑問を呈するものとして、角田政芳／同＝関真也『ファッションロー』（2017年・勁草書房）167頁、牛木理一[判批]特許ニュース148258号11頁（2018年）等がある。

<sup>91</sup> 田村／前掲注1・機能的知的財産法の理論45頁、同・前掲注1・不正競争法概説291頁、同趣旨を述べる同／前掲注1・知的財産法政策学研究45頁、蘭蘭／前掲注5・97頁を参照。また、実質的同一性を柔軟に認めようとする見解につき、予測可能性を低下させるとの問題があり、特に「保護要件として創作性等の検討が必要とされていないにもかかわらず、侵害の判断においてあらゆる要素が考慮される危険がある」との問題は無視できず、さらに「デッドコピーに保護を制限することによって、迅速で容易な保護を与えるという本号の機能が害される」可能性をも指摘する蘆立／前掲注22・134頁も参照。

<sup>92</sup> 外山／前掲注6・91頁参照。

<sup>93</sup> 部分意匠における類否判断（登録時及び侵害時双方を含む。）において、部分の位置・大きさ・範囲を考慮すべきであるかどうかについては、考慮すべきとする要部説と、考慮すべきではなく部分の形態の同一性をもって類似とすべきであるとする独立説が対立している（かかる分類については、佐藤恵太「部分意匠の権利範囲に関する覚書」中山信弘編『知的財産法と現代社会 牧野利秋判事退官記念』（1999年・信山社）692頁、山田知司「意匠の類否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系4

や創作性を問う著作権<sup>94</sup>によるべきと考える。

知的財産関係訴訟法』(2001年・青林書院)381～382頁、吉原省三「部分意匠制度の導入と問題点ー平成10年改正意匠法に関してー」特許研究33号(2002年)等を参照)。

そして、考慮の際の重みづけには差異があるものの、部分の位置・大きさ・範囲を考慮する要部説に立つと考えられるものとして、加藤恒久『改正意匠法のすべて』(1999年・日本法令)46・49頁、同『部分意匠論ー意匠法の目的とその現代的意義』(2002年・三栄社)228頁、吉原省三「部分意匠の問題点」前掲牧野退官117頁、山田／前掲373頁、斎藤瞭二「部分意匠二三の問題」永井紀昭＝安江邦治＝岩崎幸邦編『知的財産権 その形成と保護 秋吉稔弘先生喜寿記念』(2002年・新日本法規)、峯唯夫『ゼミナール意匠法』(第2版・2009年・法学書院)111～113頁、田村・前掲注21・375頁等が存在する。要部説が通説の見解であり、裁判例も要部説を採用するものが多い旨指摘し、知財高判平成19.1.31平成18年(行ケ)10317[プーリー]等を紹介する茶園成樹／同編『意匠法』(2020年・有斐閣)114～115頁も参照。

これに対して独立説に立つものとして佐藤／前掲693頁等が存在する。

また、部分意匠の性質によっていずれの立場に立つのかは変わり得る旨を指摘するものとして、青木博通『知的財産としてのブランドとデザイン』(2007年・有斐閣)287～292頁が存在する。

このように、諸説存在するものの、現在の通説・裁判例の立場は要部説であるように思われる(要部説に従った取扱いをなす裁判例として、知財高判平成28.1.27平成27(ネ)10077[包装用箱]、大阪地判平成25.9.26平成23(ワ)14336[遊技機用表示灯]、東京地判平成25.4.19平成24(ワ)3162[サンダル]等を参照)。そのため、部分の模様を保護する方策としては、著作物性が認められる模様であるのならば(注94参照)、著作権による方が望ましい(権利範囲は広い)と考えられる。

なお、従前は、部分意匠の出願において願書に【部分意匠】の欄を設ける必要性が存在したが、2019年5月1日の「意匠法施行規則及び意匠登録令施行規則の一部を改正する省令」の施行に伴い、同日以降の出願についてこれが不要になったことについては、意匠課意匠審査基準室「願書の【部分意匠】の欄の記載が不要となります」(<https://www.jpo.go.jp/system/design/shutugan/tetuzuki/gansho-bubunisho-huyo.html>, 2021年2月4日最終閲覧)を参照されたい。

<sup>94</sup> 衣服のような実用品の著作物性については、椅子の形状に著作物性を認めた知財高判平成27.4.14平成26(ネ)10063[TRIPP TRAPP II]以降様々な議論がなされているが、同判決以降に実用品の三次元形状に著作物性を認めた裁判例は、複雑かつ特徴的な照明用シェードの形態(「頭部の花卉状部が重なり合うことなどにより、複雑な陰影を作り出し、看者に本物の植物と同様の自然で美しいフォルムを感得させる」形態)につき著作物性を認めた東京地判令和2.1.29平成30(ワ)30795[照明用シェード]を除き、管見の限り存在しない(知財高判平成28.10.13平成27(ネ)10059[幼児用箸]、知的地判平成28.11.30平成28(ネ)10018[スティック加湿器]、東京地判平成

29. 12. 22平成27(ワ)33412[半田フィード](控訴審である知財高判平成30. 6. 7 平成30(ネ)10009も原審の判断を覆していない。)、大阪地判平成30. 10. 18平成28(ワ)6539[傘立て]、東京地判令和1. 6. 18平成29(ワ)31572[BAO BAO])。他方で、実用品に用いられた二次元の模様や柄の著作物性については、判断が分かれている状況にある。前掲[chamois]の商品2においては著作物性が否定され、知財高判平成28. 12. 21平成28(ネ)10054[ゴルフシャフト]においても、平面的表現であるゴルフシャフトのデザインの原画につき著作物性が否定されているが、大阪地判平成27. 9. 24平成25(ワ)1074[ピクトグラム]においては観光案内図等に用いられるピクトグラムに著作物性が認められており、大阪地判平成31. 4. 18平成28(ワ)8552[猫Tシャツ図柄]でも、Tシャツに用いられた猫の図柄に著作物性が認められている。

学説においては、応用美術の著作物性は、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲」(著作権法2条1項1号後段)の要件の問題として論じられ、具体的には大きく分離可能性説、鑑賞性説、分離可能性説と鑑賞性説の併用説、非区別説といった四種類の考え方が存在する。第一に、分離可能性説は実用的な側面により(通常の著作物とは質的に異なると)創作の自由が技術的に制約されているか否かで判断すべきとする説であり(劉曉倩「応用美術の著作物該当性—日本の裁判例の検討を中心として—」知財年報2009・277～279頁(2009年)、奥邨弘司「米国における応用美術の著作権保護」知財年報2009・255頁(2009年)、同「知的財産法の条文にない概念・制度Ⅰ 応用美術」法学教室426号11～12頁(2016年)、田村善之「応用美術の著作物性が肯定された事例～TRIPP TRAPP事件～(下)」ビジネス法務15巻15号100～102頁(2015年)、中山信弘「応用美術と著作権」論究ジュリスト18号103～104頁(2016年)及び同『著作権法』(第3版・2020年・有斐閣)213～214頁等)、実用的機能における創作性の発揮を、著作物性の要件としての創作性としてカウントしない考え方もいい得る(田村/前掲注82・17頁参照)。第二に、鑑賞性説は、鑑賞性の有無のみを問題にする説である(なお、「鑑賞」の意義においては更に二つの考え方があるが、見て楽しむものとして認識されるかどうかを問題するに過ぎない説(以下「緩やかな鑑賞性説」という。))として、吉田和彦「応用美術と著作権について(日本法の観点から)」著作権研究43号119～120・122～123頁(2017年)、中川/前掲注4・著作権研究227～228頁、同/前掲注4・コピーライト30頁がある。厳格な鑑賞性説については、分離可能性説と鑑賞性説の併用説において後述する。第三に、分離可能性説と緩やかな鑑賞性説を併用する説(横山久芳「著作権法における応用美術の保護のあり方」『中山信弘先生古稀記念論文集 はばたき—21世紀の知的財産法』(2015年・弘文堂)570～571・582～586頁、同「実用品自体からなる応用美術について著作物性が認められた事例」IPマネジメントレビュー19号31～33頁(2015年)、同「応用美術と著作権法」論究ジュリスト34号53～55頁(2020年))、分離可能性説と厳格な鑑賞性説を併用する説(大淵哲也「知的財産権法体系の二元構造における応用美術の保護(下)」法曹時報69巻11号59～62頁(2017年)。ただし、同説は、「分離」という言葉を用いること

## b 模様等が存在しない衣服の形態についての判断手法

模様等が存在しない衣服については、比較的シンプルな形態であるために、その他装飾的形態や機能的形態のいずれかに有意な相違が存在する場合には、当該相違をもって需要者代替性を欠くことが多いと考えられるように思われる(前掲[ベルーナ・RyuRyu]の商品③・⑤等を参照)<sup>96</sup>。

についての懸念を示しており、また技術的機能のみならず、実用美との関係をも問題にすべき旨も述べており(同60頁)、さらに、「鑑賞」について、観賞と鑑賞の区別に留意すべきである旨述べつつ、美術鑑賞(作品の意味を理解して味わうこと)の対象となる美的特性の有無で判断すべきともする(同55～59頁。)<sup>95</sup>がある。第四に、非区別説は、応用美術についてのみ特別要件を設けるべきではなく、通常の意味における著作物性がある以上著作権法上の保護を肯定すべきであるとする説である(駒田泰士「応用美術の著作権保護について—美の一体性の理論に示唆を受けて」知財年報2009・226～229頁(2009年)、選択肢の一つとして提示するものとして、上野達弘「応用美術の著作権保護—『段階理論』を超えて—」パテント67巻4号(別冊11号)109～116頁(2014年)等)。なお、これらの四分類には属さないが、著作物かどうかについての社会的コンセンサスの有無で判断すべきであるとする説(金子敏哉「出版における美術的作品の利用」上野達弘=西口元編著『出版をめぐる法的課題』(2015年・日本評論社)169～170頁、同「応用美術の保護—TRIPP TRAPP 事件控訴審判決をふまえて—」パテント69巻4号(別冊14号)112～113頁(2016年))も存在する。

前述のとおり、前掲[TRIPP TRAPP II]以降の裁判例において非区別説は採用されていないように思われるが、実用品に付された模様の著作物性については判断が分かれている。ここで、例えば有力説である分離可能性説は、非区別説や緩やかな鑑賞性説に比して応用美術の著作物性につき制限的に考える立場であるが、かかる分離可能性説に立った場合であっても、実用品に付された模様の著作物性は肯定し得るだろう。すなわち、衣服に付される模様における創作性の発揮は、身体に着用するという衣服としての機能における創作性の発揮とは離れてなされ得ると考えられるため、創作性が認められる限りにおいて著作権による保護を受け得るといえるように思われる(この点で、前掲[chamois]の商品2について、刺繍模様の著作物性が否定されたことには疑問が残る。なお、前掲[chamois]の商品2にかかる判断について、素材の制約の下で創作される点が当該結論を導いた可能性を指摘するものとして、田村/前掲注82・18頁を参照)。著作権による衣服の部分的模様の保護については、今後の検討課題としたい。

<sup>95</sup> ファッションデザインの著作権保護については、中川/前掲注4・著作権研究191～236頁、同/前掲注4・コピライト30頁、石居天平「ファッションデザインの著作権保護に関する一考察」第10回著作権・著作隣接権論文集47～68頁(2016年)が詳しい。

<sup>96</sup> 既に開発済みの形態のバリエーションの範囲において需要者代替性を考えるとし

## (イ) 消極的後行開発者基準

以上のとおり、実質的同一性判断は需要者代替性基準を主軸として判断されるべきと考えるが、需要者代替性が存在する場合であっても、規制によって後行者の競争を過度に阻害するような場合には、実質的同一性を肯定すべきではないように思われる<sup>97</sup>（以下「消極的後行開発者基準」という）。特に衣服の形態は、人が着用するという機能上の制約があるうえ、流行という制約のなかで、毎シーズン大量に開発され続けるという性質故に、従来商品との関係で新規開発の幅が極めて狭い可能性が高いように思われる<sup>98</sup>。これらの制約のなかで開発される衣服の形態については、実質的同一の範囲の拡張によって過度に後行者の競争を阻害しないよう、慎重な検討が必要となる（従来、ファッション業界には模倣に寛容な文化が存在した<sup>99</sup>

---

ても、模様等が存在しないシンプルな形態の場合には、サイズ、袖の長さ、ネックの形状、素材等といったものが異なれば、それは既にバリエーションと心得る範囲の形態ではなく、別の商品形態と考えられ、かかる相違をもって需要者代替性を欠くことが多いといえるように思われる。

<sup>97</sup> 田村／前掲注82・26～28頁を参照。横山／前掲注82・143頁も参照。

<sup>98</sup> 蘭蘭／前掲注5は、衣料関連商品につき「ライフサイクルが短く流行にも左右されやすいうえ、シルエットがある程度パターン化されており、創作性を発揮できる空間が狭いという性質があり（同96頁）、それ故に「混雑商品市場であることから、法的介入を行うよりも競争に委ねておいた方が同分野の発展にとっては望ましい可能性がある点」に注意が必要である旨を述べている（同98～99頁の注72）。他方、同論文は、衣服の実質的同一性判断において積極的先行開発者基準を採用する裁判例（前掲[アルページュレースー審]）につき、創作性を発揮できる空間が狭いからこそ、「衣服の形態的特徴の創作的価値に応じて3号の保護範囲を柔軟に調整しようとする手法」（すなわち柔軟に調整することで創作的形態の共通性を積極的に評価して実質的同一性を認める手法）を採用している旨の分析もなしている（同96頁）。

<sup>99</sup> 例えばココ・シャネルにより「コピーされることは成功の代償よ」という発言がなされている（ダナ・トーマス＝実川元子（訳）『墜落する高級ブランド』（2009年・講談社）275頁、原著はDANA THOMAS, DELUXE: HOW LUXURY LOST ITS LUSTER 269（2007）である）。またトム・フォードも「自分の仕事のコピーされているのを見た時ほど幸せなことはない」との発言をしている（2005年に南カルフォルニア大学で行われた公開カンファレンスにおいて、同氏は「Nothing made me happier than seeing copies of what I had done」との発言をなしている（<https://learcenter.org/pdf/RTStranscript.pdf> 参照、2021年2月4日最終閲覧）。）。なお、これらの発言を引用するものとして、KAL RAUSTIALA & CHRISTOPHER SPRINGMAN, THE KNOCKOFF ECONOMY: HOW IMITATION

ことは、かかる性質と何らかの関係があるのかもしれない<sup>100</sup>。)

具体的には、衣服の機能上ある程度同様の形態にならざるを得ないことの多い機能的形態における共通性や、色彩(「三」「1」で述べたとおり、極めて一般的な模様もこれに準ずるものとして扱う。)における共通性<sup>101</sup>、

---

SPARKS INNOVATION 34, 38 (2012) (邦訳として山形浩生＝森本正史(訳)(山田奨治解題)『パクリ経済 コピーはイノベーションを促進する』(2015年・みすず書房)51・56頁を参照)。従来のファッションビジネスにおける模倣・類似に比較的寛容な文化について言及する最近の邦語文献として、中川／前掲注4・コピライト28頁も参照。

<sup>100</sup> ファッションデザイン保護の必要性に関する近年のアメリカの議論においては、ファッション産業では模倣によってむしろイノベーションが促進されるという指摘すらなされている(RAUSTIALA & SPRINGMAN, *supra* note 99, at 69 (邦訳として、山形等(訳)・前掲注99・47頁)を参照)。また、Kal Raustiala & Christopher Springman, *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, 92 VA. L. REV. 1687, 1722 (2006) も同様の指摘をなしており、これを引用する日本の文献として小島立「ファッションと法についての基礎的考察」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編『現代知的財産法講座Ⅲ 知的財産法の国際的交錯』(2012年・日本評論社)24頁、島並良「知的財産の法的な保護と不保護」法学教室379号102～103頁(2012年)、河島伸子「現代美術と著作権法」同志社大学知的財産法研究会『知的財産法の挑戦』(2013年・弘文堂)、西村雅子「ファッション分野での知財マネジメントに関する一考察」パテント67巻15号52頁(2014年)等がある。また、同様の指摘をなすものとして、ジョアンナ・ブレイクリー「ファッション界の自由な文化から学ぶこと」([https://www.ted.com/talks/johanna\\_blakley\\_lessons\\_from\\_fashion\\_s\\_free\\_culture](https://www.ted.com/talks/johanna_blakley_lessons_from_fashion_s_free_culture), 2021年2月4日最終閲覧)も存在し、当該指摘に言及する日本の文献として石居／前掲注95・48頁がある。さらに、水野祐『法のデザイン 創造性とイノベーションは法によって加速する』(2017年・フィルムアート社)217頁も、ジョアンナ・ブレイクリーによる「ファッションデザインにおける創造性は、型紙などのデザインに著作権が発生しにくく、模倣や引用などに寛容であったがゆえに、ファッション・ビジネスは次々と新しいものを生み出し、消費を加速してきた」との主張を紹介している。

主としてファッション・ブランドを想定し、成功したブランドに対する保護の強化が政策的に有利か不利かについての経済分析を行う、飯島裕胤＝家田崇「ファッション・ブランドの保護と競争性—産業財産権の法と経済分析—」人文社会科学論叢8号25～36頁(2020年)も参照。

<sup>101</sup> 原則として色彩・光沢・質感を重視すべきでないことを述べる田村／前掲注1・知的財産法政策学研究58～60頁を参照。その商品分野で一般的な選択肢のひとつであるような色彩については、ことさらに共通点として取り上げるべきではない旨を述べる福迫／前掲注7・429～430頁も参照。また、衣服の場合に、色彩の違いが実

ありふれた形態の共通性<sup>102</sup>は重視すべきでないとする。

### (ウ) 消極的先行開発者基準

以上のとおり、需要者代替性基準を主軸にしつつ、消極的後行開発者基準により修正が必要な場合もあると考えるが、加えて、ありふれた形態とまではいえないが従来商品にみられた形態における共通性も、実質的同一性において重視すべきではなく、消極的先行開発者基準も補完的に採用すべきと考える<sup>103</sup>。なぜなら、かかる従来商品形態は、先行者において開発したものではなく、相対的に保護の必要性が低下するためである<sup>104</sup>。

### ウ 従来議論について

まず、「二」「2」で述べた、従来需要者基準のうち需要者印象基準は、デッドコピー規制の趣旨との関係で最も重要であるよう思われる形態における需要者代替性を考慮しきれるかという点にやや疑義がある。すなわち、需要者の印象という基準が、需要者代替性基準とまったく同義であるということであれば問題は生じないが、両者の帰結に差異が生ずる場合に

---

質的同一性を否定する要因として働かないことがあり得る旨を述べる、泉／前掲注4・54頁も参照。反対に、アパレルデザインの色彩のラインアップの選定に資金・労力が投下されている点について、いかに保護の在り方に結びつけるべきかとの問いを投げかけるものとして、関／前掲注4・62～63頁がある。

<sup>102</sup> 多数の商品がひしめいている衣服の業界において、「酷似まではしていないが、まあ似ているよね」という程度で規制を及ぼすと、業界においては何を作ったらよいか分からなくなるとの指摘をなすものとして、田村／前掲注82・26頁を参照。

<sup>103</sup> 従来商品形態にみられた形態の共通性は重視しないとの手法を採用したと考えられるものとして、先行商品と後行商品の共通点の全てが、既に先行商品にみられるものであることを実質的同一性否定の方向へ参酌した前掲[総柄デニムパンツ]及び東京地判平成30.9.7平成28(ワ)9003[コート]が存在する。また、総合考慮のなかで、消極的先行開発者基準を採用してかかる観点を考慮する学説として、注18で述べた、蘭蘭／前掲注5・99～101頁を参照。同様に注18で述べた、泉／前掲注4・53頁、関／前掲注4・56～61頁も参照。

<sup>104</sup> もっとも、これは保護される要件として進歩性のようなものを要求する趣旨ではなく（そのような解釈をなした判決として、前掲[フルカットソー一審]があるが、かかる判断は前掲[フルカットソー二審]によって覆されている。）、あくまで実質的同一性判断に際して、共通部分が従来商品形態であった場合に、かかる共通性を重視すべきではないとの趣旨にとどまる。



は問題があるように思われる。また、従来の一部の学説にみられたように、需要者代替性基準のみをもって実質的同一性を判断する見解については、既に述べたとおり、需要者代替性が存在しても、後行者の競争を過度に阻害することがあり得る以上、それを防ぐために消極的後行開発者基準をも補完的に用いるべきであるように思われ(特にファッションデザインについては「イ」「(イ)」で前述した性質を考慮すべきであろう。)、さらに要保護性低下の観点から消極的先行開発者基準も補完的に用いるべきと考える。

つぎに、開発者基準のうち積極的後行開発者基準は、いかなる相違であれば改変容易といえる範囲なのか等といった点について明確な基準がなく、予測可能性の観点からやや問題があったように思われる。特に衣服のような、他分野に比して、技術的に複雑でないように見える商品については、改変容易等のマジックワードの積み重ねによって、もはや需要者代替性を失っており、先行者のインセンティブを過度に害さない範囲の後行者商品についてまで実質的同一性が認められ得る危険性が存在していたように思われる<sup>105</sup>。

さらに、積極的先行開発者基準には、出願・登録といった特許庁における判断を介在する手続をなくして商品形態を保護することとなる本規制においては、その判断において裁判所に荷が勝ち過ぎることがないようにする必要があるという点<sup>106</sup>との関係で問題があるように思われる。すなわ

---

<sup>105</sup> 主たる基準として後行開発者基準を採用すべき旨を提唱する蘭蘭／前掲注5・91～92頁も、被告の改変行為に着目する際に、先行者の開発コストと後行者の開発コストを実質的に比較衡量することが必要なケースにおける判断が、裁判所に馴染むことの困難性に言及する。他方、同99～100頁は、後行開発者基準を適用した裁判例は、改変の容易性や改変コストの僅少さが裁判所にとって明らかであった点に留意すべき旨を述べ、そのような後行開発者基準を採用することを肯定する見解を示している。しかしながら、既に述べたとおり、特に衣服のような技術的に複雑でないように見える商品については、改変容易というマジックワードの積み重ねによりその範囲が過度に広がりかねない危険が存するよう思われる。また、「イ」「(ア)」で述べたとおり、いかに容易な改変であろうと、それによって形態における需要者代替性を失っているのであれば、典型的に先行者利益が害される場合とはいえないように思われる(外山／前掲注6・91頁参照)。

<sup>106</sup> 注91で述べた、田村／前掲注1・機能的知的財産法の理論45頁、同・前掲注1・

ち、同基準は、独自形態部分の共通性を実質的同一性肯定の方向に積極的に評価するものであるところ、共通する形態が原告独自のものであるかの判断には、いかなる従来商品形態が存在したかの判断が不可欠である。そして、かかる判断は、むしろ原告商品と公知の意匠との関係を調査して新規性・非容易創作性を判断する資料に恵まれている特許庁による判断に馴染むものである。他方、裁判所は当事者間の紛争を解決する機関であって、原被告商品の形態の比較に関しては豊富な資料を享受し得るかもしれないが、従来商品に関する情報に関しては特許庁に比肩し得るほど制度的にそれへのアクセスが保障されているわけではない。そうだとすると、積極的の先行開発者基準の採用には慎重であるべきと考える。

なお、消極的の先行開発者基準も、積極的の先行開発者基準と同様に、従来商品に関する資料が必要となる判断手法ではあるが、積極的の先行開発者基準と異なり、先行者の形態がどの程度新規な形態であるかといった積極的な判断は不要である。すなわち、消極的の先行開発者基準は、原被告商品に共通する形態が、全て従来商品形態にみられたものであることが分かる資料が提出された場合には、かかる共通性を実質的同一性において重視しないという限度で消極的な判断をなすに過ぎないものである。そのため、既に述べた積極的の先行開発者基準のような問題は顕在化しにくいと考える。

## (2) 裁判例の具体的判断傾向に対する評価

既に述べたとおり、裁判例は、模様等が存在する衣服においては模様等の共通性を、模様等が存在しない衣服においては形態全体における共通性を重視した判断をなす傾向があるように思われるところ、これによって需要者代替性を適切に判断できていると考えられるため、かかる判断傾向は正当と考える。

すなわち、まず模様等が存在する衣服については、既に「(1)」「イ」「(ア)」 「a」で述べたとおり、模様等は身体を覆うという衣服の機能面等による制約を受けにくいいため、デザインにおける自由度があり、開発者の個性が発揮されやすい結果、基本的に需要者の目を強く惹く形態になりやすいと

---

不正競争法概説291頁、同趣旨を述べる同／前掲注1・知的財産法政策学研究45頁、蘭蘭／前掲注5・97頁を参照。また、同様に蘆立／前掲注22・134頁も参照。

考えられる。そのため、この点で有意な相違がなければ需要者代替性があり、相違があれば需要者代替性がないとの判断が可能といえる（類型(1)及び(2)の原則的な裁判例を参照）。もっとも、これも既に「(1)」「イ」「(ア)」 「a」で述べたとおり、模様等以外において需要者代替性を基礎づける事情が存在する場合には、これを考慮した判断がなされる必要があるところ、類型(1)において例外と位置づけた前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服]の商品1は、模様等が需要者代替性を基礎づけない程度のものであったため、機能的形態等における相違が重視されて実質的同一性が否定されたように思われる。

つぎに、模様等が存在しない衣服については、比較的シンプルな形態であるところ、既に「(1)」「イ」「(ア)」 「b」で述べたとおり、形態全体において共通していることが需要者代替性において重要であると考えられる。そのため、形態全体において有意な相違がなければ需要者代替性があり、相違があれば需要者代替性がないとの判断になろう（類型(3)及び(4)の裁判例を参照)<sup>107</sup>。

これに対して、模様等が存在する衣服について、模様等に有意な相違があるにもかかわらず実質的同一性を肯定した、類型(2)の三つの例外的裁判例（前掲[ドレス]の商品4・商品7、前掲[アルページュレース]の原告商品3と被告商品C）は、既に「三」「3」「(2)」で述べたとおり原告商品がパイオニア商品であることを参酌して実質的同一性を肯定しているように思われる（実際これらの裁判例は、原被告商品に共通する形態につき、類似の形態がない、従来みられない形態等と述べている。）。これは積極的先行開発者基準を採用するものと考え得るところ、既に「(1)」「ウ」で述べたとおり、かかる手法の採用にはより慎重であるべきと考える。なお、これらの例外的裁判例のうち、前掲[ドレス]の商品4は、要部保護につながる判断手法であり、前掲[ドレス]の商品7及び前掲[アルページュレース]の原告商品3と被告商品Cは、アイディア模倣禁止につながる判断手法との指摘も可能であろう<sup>108</sup>。

<sup>107</sup> なお、裁判例には、模様等が存在しない衣服であって、色彩のみが相違する事例は存在しなかったが、かかる事例において原則として需要者代替性を否定すべきでないことについては、注85で述べたとおりである。

<sup>108</sup> 蘭蘭／前掲注5・92頁の注55を参照。なお、アイディア保護については特許庁の

## 五 結語

以上のとおり、実質的同一性判断においては、主として需要者代替性基準を用いる（模様等が存在する衣服においては主として模様等における共通性を重視して判断することが可能であり、模様等が存在しない衣服においては形態全体における共通性をもってこれを判断することとなる。）一方、仮に需要者代替性が認められる場合であっても、後行者の競争を過度に阻害する場合（機能的形態、色彩やこれに準ずる極めて一般的な模様、ありふれた形態において共通するに過ぎない場合）には消極的後行開発者基準により、また先行者が開発していない従来商品形態にみられた形態で共通するに過ぎない場合には消極的先行開発者基準により、実質的同一性を否定すべきと考える。

そして、事実と結論との関係のみから分析した裁判例の傾向の多くは、かかる観点から説明可能なように思われ、正当と考える。

もともと、模様等に有意な相違があるにもかかわらず原告がパイオニア商品であることを考慮して実質的同一性を肯定したようにも思われる類型(2)における三つの例外的裁判例（前掲[ドレス]の商品4・商品7、前掲[アルページュレース]の原告商品3と被告商品C）のような、積極的先行開発者基準を用いるかのような判断手法については、デッドコピー規制が特許庁を介さずに裁判所で判断されるものであることに鑑み、より慎重な考慮が必要であると考える。

以上

【付記】本稿は、2018年7月14日及び2019年1月12日開催の北海道大学知的財産法研究会、2019年3月9日開催のパブリックドメイン研究会、並びに2019年9月27日開催のFashion Law Institute Japanの研究会で報告させていただいた原稿を、大幅に加筆修正したものです。参加者の皆様から大変有難いご教示をいただき、考察を深めることができました。また、東京大学大学院法学政治学研究科の田村善之教授には、執筆開始時より長きにわたり何度も大変ご丁寧なご指導を賜り、未公開の『不正競争法概説』（第3版・未定稿）を拝読する機会をいただきました。さらに、校正の際には、北海道大学大学院法学研究科の高橋直子特任助手に大変お世話になりました。

この場を借りて、改めて心より御礼申し上げます。

---

判断を介在させるべき旨を述べるものとして、田村／前掲注1・日本工業所有権法学会年報137～138・145頁、同／前掲注1・不正競争防止法の新論点4～7頁も参照。

## 【別紙】

### 1 前掲[ベルーナ・RyuRyu]の商品⑫

原被告商品は、総レースの2枚重ねでありパープルのレースにはいずれの商品にも花をあしらった柄が施されていること（レースの柄のちらばり具合や大きさに若干の相違は存在するが、一見して明らかなものではないように思われる。）、及びスカートの裾からレースがのぞくようになっていること（原告商品⑫はスカートの裾にレースを施すことで、被告商品⑫は2枚重ねになっているレース部分の裾を長くすることでかかる形態になっている。）等という模様等において共通するのみならず、身丈及びボトム総丈、並びに全体のシルエットにおいても共通していた。

当該事案において前掲[ベルーナ・RyuRyu一審]<sup>1</sup>は、キャミソール及びスカートの全体のシルエットや、2枚重ねの総レースとして、レースに花をあしらったデザインの柄を点在させたという原告商品の特徴的形態において共通しており、レースの柄のちらばり具合や大きさに若干の相違はあるとしつつもささいな点である等として、実質的同一性を肯定した。

### 2 前掲[アルページュレース]の原告商品1と被告商品A

原告商品1と被告商品Aにおいては、レース模様及びその配置という準模様において有意な相違がなく（裾におけるレースの突出幅において訳1.5cmの差は存在したが、一見して明らかなものではないといえよう。）、シルエットにおいても有意な相違が存在しなかった（原告商品1のほうがゆったりしており、袖の長さも約2cm長いものの、一見して明らかなものではないように思われる。）。その他、袖口における2cmリブ編みの有無、布地（原告商品1ではTOP染めの糸、被告商品Aではレーヨン、テセル、ナイロンの混紡であってつやのあるベタ染め糸が用いられている。）、ボタンの形態（原告商品1は面をカットしたカットボタン、被告商品Aは曲線で構成された半球状）における相違も存在したが、これらは一見して明らかなものではないといえよう。

---

<sup>1</sup> 前掲[ベルーナ・RyuRyu二審]は、商品⑫につき前掲[ベルーナ・RyuRyu一審]の判旨を引用している。

当該事案において前掲[アルページュレースー審]は、「長袖カーディガンの胴回り下部に幅広のレースBを付する」との特徴が、他の商品にみられるありふれたものではない創作的なものであるとしたうえで、シルエット、布地の素材、リブ編みの有無及びボタンの形状にかかる相違点は、いずれもかかる特徴的な点とは関わりがないため需要者に異なる印象を与えないとし、またレース突出幅の違いは上記特徴に関するものではあるが、わずかの差異に過ぎず形態の同一性の判断に影響を与えないとして、実質的同一性を肯定した。

### 3 前掲[チェーン付きカットソー]

原被告商品は、両肩を渡すように付けられた取り外し可能な3本のチェーン（うち2本はパールチェーン）等といった準模様において共通し、また、胸元のV字カット等の輪郭・シルエットにおいても有意な相違が存在しなかった（原告商品はやや丸みを帯びたV字形状であるのに対して、被告商品は直線的なV字形状であったが、一見して明らかな相違ではないように思われる。）。その他、両胸の切り替え部分に施されている形態がタックかギャザーかという点でも相違したが、一見して明らかな相違ではないといえよう。

当該事案で裁判所は、襟ぐりの形状の相違はごくわずかなものであり、タックとギャザーの相違については、柔らかい生地が使用されているために外観の相違に影響を与えるほどのものではないとして、実質的同一性を肯定した。

### 4 前掲[婦人服]の商品4

原被告商品は、「裾が緩やかに広がるチュニックで、複数の花と葉のモチーフで構成される大きな刺繍が、前身頃上部（左右の身頃をまたぐ）、右前身頃中央、右後身頃中央、左袖上部及び右袖下部にそれぞれ施されている」という「形態中の特徴的な部分」において共通していた（被告商品4の形態につき下記画像を参照）。



一方、原被告商品には、①胸部から下端にかけての身頃の広がり方（原告商品4はアシンメトリーに緩やかに広がり、被告商品4はシンメトリーに緩やかに広がっている。）、②刺繍部分における花のモチーフの数及び配置（原告商品4は左胸に二つ、右胸に三つ、縦に付されているが、被告商品4は左胸に三つ、右胸に三つ、三角形状に付されている。）、③ボタンの形態（原告商品4のボタンは貝ボタン、被告商品4のボタンはプラスチックボタンであり、その中心部にレプリカのダイヤモンドが付されている。）において相違が存在した（被告商品4の形態につき上記画像を参照）。

もともと、裁判所の評価によると、これらの相違は一見して明らかなものではないようである。すなわち、裁判所は、①の身頃の広がり方にかかる相違については、全体観察によってもほとんど分からない程度の差異であり、②の刺繍模様における相違も、一体となった複雑な刺繍の一部であり、気づくことが困難なものであり、③のボタンにおける相違は、素材の差に過ぎず、外観上その違いはさほど目立つものではないとして、実質的同一性を肯定した。

## 5 前掲[婦人服]の商品5

原被告商品は基本的構成及び具体的構成のみならず、「端にフリルの付いたスタンドカラー、胴部全体に施された垂直の多数のピンタック、緩やかに広がった袖口にフリルがついており、左右各3個のボタンが緩やかなカーブを成すパーツに沿って付いている」「形態中の特徴的な部分」においても共通していた（被告商品5の形態につき下記画像を参照）。



一方、原被告商品には、①生地における収縮加工又はギャザー加工の有無（原告商品 5 には加工が施されているが、被告商品 5 にはこれが施されていない。）、②両商品のポケット口の斜めのピンタックの方向が逆であるという 2 点の相違点が存在した（被告商品 5 の形態につき上記画像を参照）が、裁判所の評価によると、これらの相違は一見して明らかなものではないようである。すなわち、裁判所は、相違点のうち①の収縮加工又はギャザー加工の有無については外観上格別の差異を生じさせるものでなく、②のピンタックの方向における相違については、需要者の受ける印象にさしたる影響を与えないささいな差異等として、実質的同一性を肯定した。

## 6 前掲[婦人服]の商品 7

原被告商品は基本的構成及び具体的構成のみならず、「前身頃後身頃共に、裾部分を除き全般に肩線から裾にかけて段階的に間隔が広がるように斜めのピンタックが施されている」という「形態中の特徴的な部分」においても共通していた（被告商品 7 の形態につき下記画像を参照）。



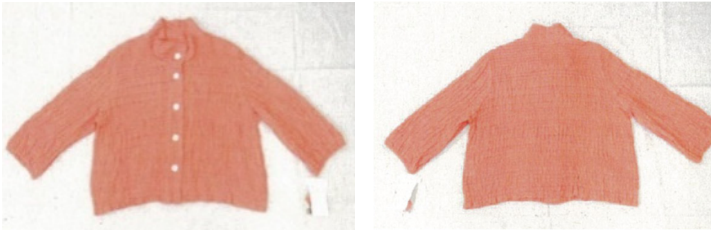
一方、原被告商品には、①ボタンの種類（原告商品 7 が貝ボタンであり、被告商品 7 はラクトボタンである。）、②生地における収縮加工又はギャザー加工の有無（原告商品 7 には加工が施されているが、被告商品 7 にはこれが施されていない。）という 2 点の相違点が存在した（被告商品 7 の形



態につき上記画像を参照)が、裁判所の評価によると、これらの相違は一見して明らかなものではないようである。すなわち、裁判所は、相違点のうち①はボタンの素材の差に過ぎず、②の収縮加工又はギャザー加工の有無は外観上ごくわずかな差異しか生じさせないものであって、いずれも需要者の受ける印象にさして影響を与えない差異等として、実質的同一性を肯定した。

## 7 前掲[婦人服]の商品10

原被告商品は、基本的構成のみならず、襟部、身頃及び袖部に水平にピントックが施されている点でも共通していた(被告商品10の形態につき下記画像を参照)。

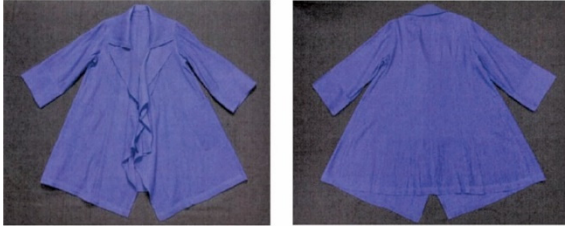


一方、原被告商品には、①施されているギャザー加工の細かさにおける相違(原告商品10は細かく繊細な縮れ加工であるが、被告商品10は粗く大きな縮れ加工である。)や、②襟部のピントックにおけるギャザー加工の有無(原告商品10にはギャザー加工が施されている。)という2点の相違点が存在していた(被告商品10の形態につき上記画像を参照)が、裁判所の評価によると、これらの相違は一見して明らかなものではないようである。すなわち、裁判所は、①のギャザー加工の細かさについては、ギャザー加工が施されて生地全体が波打っている点においては共通しており、形態の実質的同一性を失わせないというべきであり、②の襟部のピントックにかかるギャザー加工の有無についても外観上の印象にほとんど影響を与えないとして、実質的同一性を肯定した。

## 8 前掲[婦人服]の商品11

原被告商品は、基本的形態及び具体的形態のみならず、「襟部から腹部にかけて大きなラペルが形成され、首部分がV字に大きく開襟していること、

身頃が緩やかで大きなAラインの形状をしていること、全般に多数の細かいピンタックが等間隔に施されていること」という「形態中の特徴的な部分」においても共通していた（被告商品11の形態につき下記画像を参照）。



一方、原被告商品には、①ボタンの種類（原告商品11が貝ボタンであり、被告商品11はラクトボタンである。）、②袖部の形状（原告商品11はフレア状に広がっているが、被告商品11はフレア状に広がっていない。）という2点の相違点が存在した（被告商品11の形態につき上記画像を参照）が、裁判所の評価によると、これらの相違は一見して明らかなものではないようである。すなわち、裁判所は、相違点のうち①はボタンの素材の差に過ぎず、②の原告商品11のフレアもさほど目立つものでなく、いずれも需要者の受ける印象に格別の影響を与えるものではない等として、実質的同一性を肯定した。

## 9 前掲[chamois]の商品1

原被告商品は、レース模様において共通し、また輪郭・シルエットという機能的形態においても有意な相違は存在しなかったが、色彩において相違していた（原告商品1は黒色、被告商品1はベージュ色である。）。その他、原被告商品には、生地 of 透け感やボタンの形態（原告商品1のボタンは黒色で柄はなく等間隔に窪みがあるのに対し、被告商品1のボタンはベージュ色に柄があり窪み等はない。）における相違も存在したが、これらは一見して明らかな相違ではないといえよう。

当該事案において裁判所は、①丸首襟の形状をしていること、②前身頃のボタン部の左右部分に、縦方向に一定幅で区切られた範囲においてハシゴ状柄のレース生地が用いられ上下にわたって一定間隔で水平方向の開口部がある部分が設けられていること、③その外側部分及び袖口部分には

二種類の花柄の刺繍が交互に施されているのに袖部分及び裾部分には刺繍が施されていないという組み合わせとなっているという、両商品の特徴をなす点で正面視した形態が共通する一方で、相違点は、いずれも商品全体を特徴づける形態と関わりがなく、またこの種の部位のデザイン手法としてはごくありふれたものであるため、いずれの相違点もわずかな改変に基づくもので商品の全体的形態に与える変化が乏しく、商品全体から見てささいな相違にとどまるとして、実質的同一性を肯定した。

## 10 前掲[ベルーナ・Ryu Ryu]の商品①

原被告商品は、裾の二段レースやその模様及びその上に施されたスパンコール等といった模様等において概ね共通するうえ、ボトム総丈、輪郭・シルエットにおいても共通していたが、色彩において相違していた（原告商品①はキャメル（らくだ色）、被告商品①は黒である。）。その他、裾の二段レースの上部に沿って施されたスパンコールの密度（原告商品①では、スパンコール間に一定の間隔を空けて配列されているのに対し、被告商品①では、重ねあわされて密に配置されている。）における相違も存在したが、一見して明らかな相違ではないといえよう。

当該事案において前掲[ベルーナ・Ryu Ryu一審]<sup>2</sup>は、シルエットや、特徴的な裾の二段レース及びその模様がほぼ同一であることからすると、色彩の違いは同一性の判断に影響を与えるものではないとし、また裾のスパンコール部分の違いについては、スパンコール部分自体の幅が非常に細く、ささいなものであるとして、実質的同一性を肯定した。

## 11 前掲[ベルーナ・Ryu Ryu]の商品⑥

原被告商品は、襟ぐり・前合わせ・袖口に模様や幅が同一のパイピングレースが施されているといった模様等、及び輪郭・シルエットといった機能的形態においても共通していたが、色彩において相違していた（原告商品⑥はバイオレット、被告商品⑥は黒である。）。

<sup>2</sup> 前掲[ベルーナ・Ryu Ryu二審]は、商品①につき前掲[ベルーナ・Ryu Ryu一審]の判旨を引用している。

当該事案において前掲[ベルーナ・RyuRyu一審]<sup>3</sup>は、原告商品⑥の形態において特徴的な点は、前合わせから襟まわりに1本のパイピングレースを施し、これと同じパイピングレースを袖口にも施している点、及びそれらの模様にあるとしたうえで、原被告商品において、襟、前合わせ、袖口にパイピングレースが施されており、その模様や幅が同一であり、その他には、何ら装飾等が施されていない点や、裾のメロー始末において共通するという状況の下においては、色彩はかなり異なるものの、同一性判断に影響を与えないとして実質的同一性を肯定した。

## 12 前掲[ベルーナ・RyuRyu]の商品⑧

原被告商品は、襟まわりに施されたレース等といった準模様及び輪郭・シルエットにおいては共通していたが、色彩及び色彩に準ずる模様において相違していた（原告商品⑧はゴールドベージュ系でアニマルプリント、被告商品⑧は茶系でゼブラ柄である。）。

当該事案において前掲[ベルーナ・RyuRyu一審]<sup>4</sup>は、寸法と両サイドのカーブなどシルエットはほぼ同一であり、加えて原告商品⑧の特徴的な点である前合わせの胸元部分のカシュクールデザイン及び裾のイレギュラーヘムや裾の部分がフリルになっている点も同一であることからすると、相違点は同一性の判断に影響を与えるものではないとして、実質的同一性を肯定した。

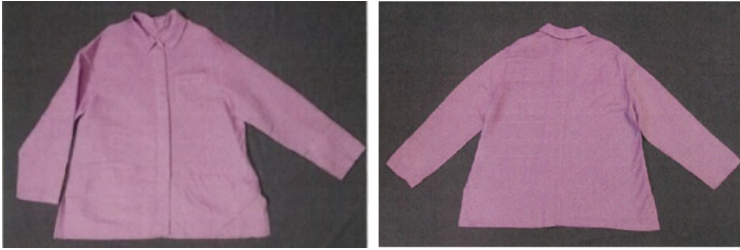
## 13 前掲[婦人服]商品6

原被告商品は基本的形態及び具体的形態のみならず、前左身頃と後右身頃をバイアスに裁断された生地を使用して斜めに複数のピンタックを等間隔に施しているといった「形態中の特徴的な部分」においても共通していた（被告商品6の形態につき下記画像を参照）。

---

<sup>3</sup> 前掲[ベルーナ・RyuRyu二審]は、商品⑥につき前掲[ベルーナ・RyuRyu一審]の判旨を引用している。

<sup>4</sup> 前掲[ベルーナ・RyuRyu二審]は、商品⑧につき前掲[ベルーナ・RyuRyu一審]の判旨を引用している。



一方、原被告商品には、①ボタンの種類（原告商品6が貝ボタン、被告商品6はラクトボタンである。）、②生地における収縮加工又はギャザー加工の有無（原告商品6には加工が施されているが、被告商品6にはこれが施されていない。）、③ポケットの数（両商品はいずれも左身頃に箱ポケットが設けられているところ、原告商品6では縦に三つ並んでいるが、被告商品6ではそのうち中央のポケットがない。）という3点の相違点が存在した（被告商品6の形態につき上記画像を参照）。

当該事案において裁判所は、相違点のうち①はボタンの素材の差に過ぎないうえ、最上部のボタン以外は着用時には見えない構造となっており、②の収縮加工又はギャザー加工の有無は外観上特段の差異を生じさせるものでなく、③は生地と同系色のポケットであって目立つものでないうえ、これを取り外して製作の手間を省くことは極めて容易と考えられるため、これらの相違点は、需要者の受ける印象にさしたる影響を与えないささいな差異であり又は印象を多少変えるとしても極めて容易な改変である等として、実質的同一性を肯定した。

#### 14 前掲[chamois]の商品3

本文で述べた事案において、裁判所は、「特徴的部分で正面視した形態がほぼ同一」であり、「背面視した形態もほぼ同一であるから、両商品は商品全体の形態が酷似し」としているとした。また、各相違点については、相違点①の袖の長さは「衣服において長袖を半袖にする改変は極めて容易な改変」とし、横縞の本数をごくわずかに変えたなどの相違点②についても「商品全体に及ぶ横縞の繰り返しパターンをほぼそのままになされた改変であって、わずかな改変」とし、その改変の結果もたらされるりんご部分との位置関係への影響という相違点③についても「商品の全体的形態に与え

る変化が乏しく、商品全体から見るとささいな相違にとどまる」とし、さらに④のチュールのコード刺繍の密度や⑤のロゴの有無にかかる相違点についても「個別に見れば明確な相違点として認識できるものではあるが、下地の白色の横縞部分が透けているのはりんご部分が粗く作られた結果にすぎないともいえるし、またロゴの付加などはありふれたデザイン手法」であって、「基本的特徴の共通性との比較においては、やはり商品の全体的形態に与える変化が乏しく、商品全体から見てささいな相違にとどまる」等として、実質的同一性を肯定した。

### 15 前掲[ベルーナ・Ryu Ryu]の商品④

原被告商品は、襟ぐりの両側に肩から胸にかけて、それぞれ長さ約11センチの縦向きの枝状の刺繍と、胸あたりに長さ約5センチ（被告商品③においては3センチ）の横向きの枝状の刺繍の2本がそれぞれボルドー色に施されていること、及びその刺繍のデザイン、並びに枝状の刺繍の下から花モチーフを取り囲む様に、小さな葉の形をした楕円形状の刺繍がいくつか施され、さらにそれよりも小さい刺繍が点在する点においてほぼ同一であり、色彩においても若干色調が異なるというだけで有意な相違はない一方、袖の有無（原告商品④は袖なし、被告商品④は長袖）において一見して明らかに相違する事案であった。

当該事案で前掲[ベルーナ・RyuRyu一審]<sup>5</sup>は、原被告商品とも刺繍部分以外には特段の装飾が施されていないところ、胸元部分におけるカギ針編みのボルドー色の花モチーフや、枝状の刺繍、小さな葉の形の刺繍はいずれも特徴的なデザインであるとしたうえで、かかる点における同一性に鑑み、袖の有無や若干の色調の違いは同一性の判断に影響を与えないとして、実質的同一性を肯定した。

### 16 前掲[婦人服]商品9

原被告商品は、基本的形態及び具体的形態のみならず、身頃の裾部分を除き全体に細かいピンタックが水平に等間隔で施されているという「形態

---

<sup>5</sup> 前掲[ベルーナ・RyuRyu二審]は、商品④につき前掲[ベルーナ・RyuRyu一審]の判旨を引用している。

中の特徴的な部分」において共通していた（被告商品9の形態につき下記画像を参照）。



一方、原被告商品には、①袖の長さ、及び②ピントック部分の生地におけるギャザー加工の有無（原告商品9には加工が施されているが、被告商品9にはこれが施されていない。）という2点の相違点が存在した（被告商品9の形態につき上記画像を参照）が、裁判所の評価によると、少なくとも②の相違は一見して明らかなものではないようである。すなわち、裁判所は、相違点のうち①については、婦人服という商品の性質上、半袖を七分袖にすることは極めて容易であり、その余の共通点に比較すると、形態の実質的同一性を失わせるものではないとし、相違点のうち②については外観上の印象にほとんど影響を与えない等として実質的同一性を肯定した。

## 17 前掲[フリルカットソー二審]

原被告商品は、前身頃に施された4段のフリル等といった準模様において共通していたが、着丈という輪郭・シルエットにかかる機能的形態において一見して明らかに相違していた。なお、色調及び被告商品のみにある背中部分におけるマークと文字という点でも相違していたが、本文注53で述べたとおり、これらは一見して明らかなものではないと考えられる。

当該事案において前掲[フリルカットソー二審]は、ヒモ及び着丈にかかる相違はささいなものであり、また色調、マーク及び文字の有無にかかる相違点は実質的同一性の判断に影響しないとして、実質的同一性を肯定した。

## 18 前掲[ヴィゴラス・カンパニー]の商品 1

被告商品 1 と原告の第 1 商品には、前身頃における 2 種類の生地を組み合わせ<sup>6</sup>、胸部におけるステッチのひだ<sup>7</sup>、及び身頃と両袖部との取り合い部におけるギャザー<sup>8</sup>等により形成される準模様において共通するものの、着丈において一見して明らかな相違（原告商品 1 は 81cm、第 1 商品は 70cm）が存在した。なお、その他の相違（襟口の形状において、原告商品 1 は略緩やかな V 字状であるが第 1 商品は略緩やかな U 字状であり、肩から袖にかけてのラインの形状において、原告商品 1 は肩口がやや角張っているが第 1 商品は丸みを帯びたなだらかなラインである。）は、一見して明らかなものではないように思われる。

当該事案において裁判所は、基本的な構成（比較的濃い色のビンテージシフォンと比較的薄い色のビンテージサテンの 2 種類の生地を使用し、胸部の略 2 分の 1 の高さを境にして、上側が濃い色、下側が薄い色となっているという構成）、及び特徴的な形態（前身頃及び後身頃において、胸部に横方向全面に幅約 1.5cm のステッチのひだが約 1.3cm ピッチで形成され、上記ステッチのひだが、前身頃においてはビンテージシフォン及びビンテージサテンの 2 種類の生地部分に形成されているのに対し、後身頃においてはビンテージシフォンの生地部分にのみ形成されている点、身頃と両袖部との取り合い部においては、胸部側に、ステッチのひだが自然に平面に拡散する納まりとなるギャザーが形成されている。）において共通しており、各相違点は商品の全体的形態に与える変化に乏しく、商品全体からみるとささいな相違にとどまるとして実質的同一性を肯定した。

---

<sup>6</sup> 材質はポリエステルで、比較的濃い色のシフォン（ビンテージシフォン）と比較的薄い色のサテン（ビンテージサテン）の 2 種類の生地が使用されている。

<sup>7</sup> 前身頃及び後身頃において、胸部に横方向全面に幅約 1.5cm のステッチのひだが約 1.3cm ピッチで形成され、当該ステッチのひだが、前身頃においてはビンテージシフォン及びビンテージサテンの 2 種類の生地部分に形成されているのに対し、後身頃においてはビンテージシフォンの生地部分にのみ形成されている。

<sup>8</sup> 身頃と両袖部との取り合い部においては、胸部側に、ステッチのひだが自然に平面に拡散する納まりとなるギャザーが形成されている。



## 19 前掲[アルページュレース]の原告商品2と被告商品B

原被告商品は、V字状の襟ぐり部分に協和レース製の同じ白いレース編み布地を付しているという準模様等において共通していたが、そのシルエットにおいて一見して明らかな相違が存在した(原告商品2は全体が大きく長くゆったりとしており、上から下まで同じ周囲のいわゆる寸胴型のデザインに対し、被告商品Bは全体が小さく短くほっそりとしており、ウエスト部分が細くなっている。)

当該事案において前掲[アルページュレース二審]<sup>9</sup>は、依拠性を否定しているため傍論ではあるものの、「袖がなく(ノースリーブ)、襟割りが幅広くV字状に開いたシャツであり、生地は、白色で、身丈方向に縞模様状の凹凸があり、V字状の襟割り部分に協和レース製の同じ白いレース編み布地を付している」という共通点が特徴的である原被告商品においては、シルエットにかかる相違点は、商品の全体的形態に与える変化が乏しく、商品全体から見るとささいな相違にとどまるとして実質的同一性を肯定した。

## 20 前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服]の商品1

原被告商品は、花のコサージュや光沢のある2枚重ねの生地で表地がやや透ける素材となっている等といった準模様において共通していたが、袖ぐりの形状(原告商品1は、肩山部分がほとんどなく肩が大きく出るものであるが、被告商品1は、肩山の幅が襟ぐりから腕の付け根辺りまでであるため肩が隠れるものである。)及びシルエット(原告商品1は、両脚の腿辺りの位置から下方に向かって絞られたマーメイドラインであるが、被告商品1は、両脚の腿辺りの位置から下方に向かって絞られていないAラインである。)において相違していた。

当該事案において前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服一審]<sup>10</sup>は、①ノースリーブ

<sup>9</sup> 理由づけは異なるが、前掲[アルページュレース一審]も、原告商品2と被告商品Bにつき実質的同一性を肯定している。

<sup>10</sup> 前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服二審]は、商品1につき、基本的に前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服一審]と同様の判断をなしているようである(ただし、前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服一審]では花のコサージュについての認定がなされていないが、前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服二審]では、かかる共通点も考慮には入れられているようである。)

のワンピースである点、②襟が首の後ろ部分でリボンを結ぶことができるロールネックである点、③前身頃の左脇ウエスト位置から裾にかけて、下部が丸みを帯びたスリットになっている切替部分がある点、④光沢のある2枚重ねの生地で、表地がやや透ける素材となっている点、⑥裾が、全体的にややフレア状になっており、後身頃の裾は、その中心部分が両脇部分よりもやや長くなっている点において共通しており、一見すると類似した印象を与えないではないとしながらも、袖ぐりにおける相違（肩が大きく出るものであるか、肩が隠れるものであるかによって、着用する下着の形態が異なってくるうえ、肌の露出度合の観点での印象が大きく異なる。）や、シルエットにおける相違（マーメイドラインでは、着用した女性の腰や脚のラインが強調されるのに対し、Aラインでは、腰や脚の部分にゆとりがあり、身体のラインが強調されない。）は、原告商品1や被告商品1のようなノースリーブのワンピースを着用する比較的若い女性の需要者や、これら商品の専門的取引者における商品購入の際の重要な考慮要素となる形態の相違であって、共通点に比して数は多くないものの、与える印象を大きく左右するものである等として、実質的同一性を否定した。

## 21 前掲[総柄デニムパンツ]の原告商品と被告商品1

原被告商品は、米国の交通標識様の模様（円形、三角形、四角形、六角形及びハート型の図柄等の内部に、英語、算用数字又は矢印を表記し、これらには英語等を白くしているものと周囲を白抜きにしているものがある。）を不規則に隙間なく重なり合わせて配した総柄のデニムパンツ等という点で共通するものの、原被告商品の個々の模様は同一でなく、交通標識様の図柄の大きさにおいても相違し（原告商品に用いられているもののほうが、被告商品のそれよりも大きい。）、スマイリーマークの図柄の有無という点でも相違していた。また、パンツのシルエット（原告商品が、全体的にゆったりとして、だぼっとしたものであるのに対し、被告商品1は、脚の線に沿った、より引き締まったものとなっている。）のみならず、オーバーダイ加工の採否、ボタンやリベットの色彩等も相違していた。

当該事案において裁判所は、原告商品の特徴的形態は①総柄のデニムパンツであること、②パンツの表面に、米国の交通標識を想起させる円形、三角形、四角形、六角形及びハート型の図柄と、スマイリーマークの図柄

とが、不規則に隙間なく重なり合って配されていること、③上記②の交通標識様の図柄の内部には、英語、算用数字又は矢印が表記され、英語等を白くしているものと周囲を白抜きにしているものとを組み合わせていること、④商品全体のシルエットが、ゆったりとした、だぼっとしたものであること、⑤オーバーダイ加工を用いることにより、古着のような風合いを出していることであるところ、被告商品は、それら特徴の一部（①ないし③の点（ただし、②の点のうちスマイリーマークの図柄を配しているとの点は除く。))について、原告商品と共通する点があるとしつつも、上記相違により、被告商品の形態は、全体として、需要者に対して原告商品とかなり異なる印象を与えるものと認められ、また、総柄のデニムパンツは既に他ブランドによって平成12年ころに販売されていたこと、パンツの表面に、円形、三角形、四角形及び六角形の交通標識様の図柄を不規則に隙間なく重なり合わせて配するというデザインも、他ブランドにより2008年春夏のパリコレクションにおいて発表され、日本にも紹介されていたことから、これらのデザインは、先行商品にもみられるものであって、原告商品独自のものではないと認められる等として、原被告商品の実質的同一性を否定した。

## 22 前掲[アルページュレース]の原告商品4と被告商品D

原被告商品には、レースの模様及びレース生地配置により形成される模様等において一見して明らかな相違があるうえ（原告商品4においては下から約3分の1の部分に身頃の透かしレース部分があるのに対し、被告商品Dにおいては下から約2分の1弱の位置にあり、原告商品4の後身頃上部には、略逆三角形の透かしレース部分があるのに対し、被告商品Dの後身頃上部にはこれがなく、身頃の帯状の透かしレース部分について、原告商品4においては、完全に左右対称に設けられているが、被告商品Dにおいては完全な左右対称ではない。）、少なくともシルエットという機能的形態においても一見して明らかな相違が存在した（原告商品4はウエスト部分がゆったりと太めで袖は比較的長い、被告商品Dはウエスト部分がやや細身で袖が比較的短い。）。その他のボタンの形態やその個数、身頃側面の透かしレースの処理にかかる相違は、一見して明らかなものではないといえよう。

当該事案において前掲[アルページュレース二審]<sup>11</sup>は、レースが付されている長袖カーディガンにおいて、レースをどこに付すかや後身頃における生地とレース部分とのバランスは、商品の形態に変化を与える重要な要素といえるところ、原被告商品は、背面部における透かしレース部分の配置と生地とのバランスに顕著な相違があるとして、実質的同一性を否定した。

## 23 前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服]の商品 2

原被告商品は、袖部分の袖山及び肘から先の形態において相違するのみならず、後身頃の襟ぐり、両身頃の肩山部分の形態という輪郭・シルエットに関する機能的形態においても相違していたが、前身頃がドレープ仕様となったラップ状の長袖のブラウスという点においては共通していた。

当該事案において前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服一審]<sup>12</sup>は、原被告商品は、後身頃側の襟ぐり、袖、襟ぐり辺りにおいて表地から透けて見える裏地、両身頃の肩山部分の各形態、前身頃肩山部分のタックの有無の点において、いずれも相違しており、これらの相違点が需要者・取引者に与える印象は大きいとし、とりわけ袖部分の袖山及び肘から先の形態の相違により、需要者・取引者は、原告商品 2 及び被告商品 2 を一見して明瞭に区別することができるとして、実質的同一性を否定した。

## 24 前掲[袖フリルブラウス]

原被告商品は、リボンの有無や袖の形状（原告各商品の袖は、下部が余り広がらない形状であるが、被告各商品の袖は、裾は広がっており、フリルにボリュームがある。）等において相違していたが、裾に向かって若干広がっているノースリーブブラウスである等といったシルエットにかかるといった形態においては共通していた。

当該事案において裁判所は、原告各商品のうち、特徴的であり需要者の目を引く部分はフリル袖であるとしつつ、フリル袖の広がり及びフリルの

---

<sup>11</sup> 理由づけは異なるが、前掲[アルページュレース一審]も、原告商品 4 と被告商品 D につき実質的同一性を否定している。

<sup>12</sup> 前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服二審]は、商品 2 につき、基本的に前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服一審]と同様の判断をなしているようである。

ボリュームの相違という袖形状の相違、並びに黒いリボンの有無（特に、地色が淡い原告商品3においては、黒いリボンの存在はさらに印象的であるとの評価がなされている。）における相違を重視して、実質的同一性を否定した。

## 25 前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服]の商品3

原告商品3は、準模様であるパレオの形態において相違していたが（原告商品3のパレオは、裾がフレア状であり、左脇をボタンで留める形態で、ボタン留めする部分には細長いカール状になった布が付された形態であるが、被告商品3のパレオは、裾にさらに帯状でフレア状の裾部分が10個のボタンによって継ぎ足され、左脇はボタンで留められ、ボタン留めする部分には細長いカール状になった布が付された形態であった。）、フレア状である等シルエットにかかる機能的形態等においては共通していた。

当該事案において前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服一審]<sup>13</sup>は、パレオ付きパンツの需要者・取引者にとって、パレオの形態は商品から受ける印象において大きな部分を占めると述べたうえで、上記パレオの形態にかかる相違によって相当異なった印象を需要者・取引者に与えるとして、実質的同一性を否定した。

## 26 前掲[chamois]の商品2

本文で述べた事案において、裁判所は、「原告商品2と被告商品2の正面視した形態は、いずれもノースリーブであり、その胸部分に花柄の刺繍が施されている点で形態全体が似ており、とりわけ花柄の刺繍部分などは同一であって被告商品2の形態が原告商品2に依拠して作られたことを容易にうかがわせるものである」としつつも、「商品正面の目立つ場所に集中している、ネックラインの形状、前身頃と後身頃の縫い合わせの仕上げの仕方、さらには襟首直下のレース生地による切り替え部分の有無」における相違が、「ありふれた形態であるノースリーブのランニングシャツの全体的形態に変化を与えており、およそ両商品を対比してみたときに商

<sup>13</sup> 前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服二審]は、商品3につき、基本的に前掲[セ・ラ・ヴィ婦人服一審]と同様の判断をなしているようである。

品全体から見てささいな相違にとどまるものとは認められない」として、実質的同一性を否定した。

## 27 前掲[ペルーナ・Ryu Ryu]の商品⑨

原被告商品は、裾のレース部分の段数（原告商品⑨は二段、被告商品⑨は一段）のみならず、スカート丈（原告商品⑨は64ないし65cm、被告商品⑨は82cm）や被告商品⑨にはゴアがありマチを形成している点、さらには色彩（原告商品⑨はボルドー、被告商品⑨は茶色）において相違していた。

当該事案において前掲[ペルーナ・RyuRyu一審]<sup>14</sup>は、原告商品⑨の形態において特徴的な点は、前身部分のイレギュラーヘムも含めた商品全体のシルエット及び裾部分のレースの仕様にあるとして、裾部分のレースの段数、長さ及びゴアによるマチの有無における相違は、裾のイレギュラーヘムが同じではあっても、需要者にかなり異なる印象を与えるとして、実質的同一性を否定した。

## 28 前掲[タトゥータイツ]

原被告商品の星柄模様は、星柄がフェルト状かプリントかという違いがあり（原告商品では星柄が浮き出ている。）、また模様である星柄の一部において本文中注68に記載のとおり相違があり、さらにサイズ（原告商品はウエスト巾約18cm、股上約22cm、股下約48cm、太もも巾約8cm、被告商品は、ウエスト巾約20cm、股上約20cm、股下約67cm、太もも巾約10cm）、マチの有無、つま先部分の生地厚さといった機能的形態においても相違が存在した。その他、色彩（原告商品のストッキングの生地は濃いベージュ、被告商品のそれは薄いベージュ）や質感（原告商品のストッキングの生地は比較的厚く網目が緊密でなめらか、被告商品のストッキングの生地は比較的薄く網目が粗い。）においても相違が存在した。

当該事案において裁判所は、サイズ、マチの有無、つま先部分の生地厚さにかかる相違については、商品全体から見てささいな相違としながらも、着用時における星柄模様、色彩、及び質感における相違（特に着用時

---

<sup>14</sup> 前掲[ペルーナ・RyuRyu二審]は、商品⑨につき、前掲[ペルーナ・RyuRyu一審]の判旨を引用している。

における星柄模様の配置等における相違)については、商品全体の形態の同一性の判断のうえで無視できるものとはいえないとし、実質的同一性を否定した。

## 29 前掲[ヴィゴラス・カンパニー]の商品 2

被告商品 2 と原告の第 2 商品は、袖部の模様において相違するものの(被告商品 2 には上腕部にニット模様編が形成されているが、袖口には形成されていないのに対し、第 2 商品には袖口にニット模様編みが形成されているが、上腕部には形成されていない。)、前身頃の襟口が略緩やかな U 字状の半袖のチュニックであって、ポリエステル部とニット模様編み部から構成されており、前身頃及び後ろ身頃において、ポリエステル部を囲んで、首から胸部にかけてほぼ同じ範囲にニット模様編みが、腰部全周にわたって幅略 3 cm のニット模様編みがそれぞれ形成されている点や、前身頃胸部のニット模様編み(一定の装飾パターンを左右略対称にあしらったモチーフ編みとなっており、ニット部とポリエステル部との取り合い箇所においては、中央部に略逆三角形の谷形状のニット模様編み及びその両側に二つずつの略半円形状のニット模様編みが形成されている。)等において共通していた。

当該事案において裁判所は、腕部におけるニット模様編みの態様における相違に加え、被告商品 2 に存在しない第 2 商品の袖口のニット模様編みの幅が約 15cm であることから、両商品の袖部分のポリエステル部とニット模様編み部分とのバランスに顕著な相違がみられ、これにより両商品の全体から受ける印象は異なるものとなっているとして、実質的同一性を否定した。

## 30 前掲[ドレス]の商品 4

原被告商品は、花柄モチーフの有無という点において相違するものの、かかる点を除き、その基本的形態(2色のフラウンスによる斜めアシメトリーなティアードシルエットを有する、薄手の生地ミニ丈のタンクドレス)及び具体的形態(商品 4 前面フラウンスの形態及びこれらが背面にまで続き形成される背面におけるフラウンスの形態)において共通していた。

当該事案において前掲[ドレス二審]は、相違にかかる花柄モチーフが目立つものであると述べつつも、花柄モチーフを除いた部分の形態も非常に複雑な構造であり、また他に類似の形態がないために特徴的であるとして、花柄モチーフを除いた部分の形態で一致する被告商品4は、需要者に対して原告商品4と同じ印象を与えるため、実質的に同一であるとした。

また、色彩の相違については、「婦人服において、形状が同じで色彩だけ異なるいわゆる『色違い』の商品が広く存在していることは公知の事実であるから、婦人服の需要者も、当然に、形状が同じで色彩だけが違う婦人服が存在することを認識しているし、また、婦人服の形態の開発において資金・労力を投下する主な対象は色彩以外の点であると解される。そうである以上、婦人服における色彩の相違は、それが顕著に異なる印象を与えるようなものである場合はともかく、そうでない限り、一般には、形態の実質的同一性の判断に強い影響を与えない」という一般論を述べた前掲[ドレス一審]を引用しつつ、原被告商品4の形態の一致を前提とすると、色彩の相違が、需要者に顕著に異なる印象を与えるものということとはできないとした。

### 31 前掲[ドレス]の商品7

原被告商品には、バストトップス部分の前面のレースの密度、同前面レースの刺繍模様、バストトップス部分の背面の形態（原告商品7はレースで刺繍模様があり、被告商品7はシースルー状である。）、フラウンスの長さや位置（被告商品のフラウンスは、原告商品のそれに比して、前面中央部で2倍程度、背面中央部で1.5倍程度の長さであって、被告商品7では、その背面においてフラウンスにより臀部が隠れる程の長さとなっている。）及びフラウンスの形状（背面において、原告商品7のフラウンスは中央で分かれているが、被告商品7のフラウンスは1枚である。）等における相違が存在したが、①サロペット（胸当て付きズボン）であり、バストトップス部分の生地が、その下の部分の生地とは異なり、前面はレースであり、背面は透明感のある生地（レース又はシースルー状の生地）である点、及び②バストトップス切り替え位置のすぐ下に大きめのフラウンスが、前面及び背面まで、フリルを形成しながら連続して配置されており、前面中央部から背面中央部に向かって徐々に長くなっている、という点において共



通していた。

当該事案において前掲[ドレス二審]は、まず、原被告商品の共通形態を備える衣服が、証拠上原告商品の販売前に存在していたと認められないことをもって、かかる共通形態は特徴的なものであるとした。そのうえで、既に述べたフラウンスの長さにおける相違や、背面視においてフラウンスが左右に分かれるか否かという相違については、バストトップス切り替え位置のすぐ下に大きめのフラウンスを、前面及び背面まで連続して配置したという特徴的な形態を前提として、そのフラウンスの長さや背面のフラウンスが中央で分離しているかどうか異なるのみであるから、同相違点の存在が、共通形態によって需要者が受ける印象にそれほど影響を与えることはないとした。また、バストトップス部分の前面のレースの密度、同前面レースの刺繍模様の形状、バストトップス部分の背面がレースにおいて刺繍模様があるか、それともシースルー状であるか、バストトップス部分の両端の肩紐部分の幅、フラウンスに形成されたフリルの形状や位置等における相違についてはささいなものであり、同相違により、両商品の全体的な印象に違いが生じるとは認められないとして、実質的同一性を肯定した。

### 32 前掲[アルページュレース]の原告商品3と被告商品C

原被告商品は、長袖、前あき金属ファスナー留めで灰色のフード付きパーカーであるという点のみならず、下端部内側から数センチメートル突出するように胴の周方向に黒色のレース編み布地が付されており、両袖下端部内側からも突出するように、袖の周方向に黒色のレース編み布地が付されており、左胸部に黒色のワンポイント飾りが施されているという点においても共通していた。他方、機能的形態における身幅及び丈における相違点（原告商品3は身幅が広めで丈が短い、被告商品Cは身幅が細めで丈が長い。）のみならず、準模様である裾においてレースが突出している長さ（原告商品3は約2cm、被告商品Cは約3.8cm）や、袖におけるレース部分の取り外しの可否、左胸部のワンポイント飾りの形態（原告商品3は、黒いリボンを蝶結びにしたものが胸部に縫いつけられている、被告商品Cは、黒色の生地には銀色の糸でアルファベット文字を刺繍した円形状のエンブレムで、取り外しができる。）といった相違点や、ファスナーの態様にお

ける相違点（原告商品3は黄色であって金属製のファスナー引き手からなり、被告商品Cは銀色であってファスナー引き手のうちの1つには石をちりばめた装飾が施されている。）等も存在した。

当該事案において前掲[アルページュレース二審]は、レースの突出幅の違いについては、全体の形態を比較したとき、その小ささからも、商品の全体の形態に与える変化が乏しく、商品全体から見るとささいな相違にとどまると評価することが相当であるとし、身丈及び幅の違いについては、上記のような共通点があり、それが商品の特徴的な部分であるといえるフード付きパーカーの原告商品3と被告商品Cにおいて、商品の全体の形態に与える変化が乏しく、商品全体から見るとささいな相違であるとし、胸元のワンポイントにおける相違は、ワンポイント飾りを付すか否かなどと比べ、そのワンポイント飾りの内容を相違させることは容易に着想できるものであり、改変の程度も商品全体の形態との比較で小さな改変である等として、実質的同一性を肯定した。なお、前掲[アルページュレース一審]は、前掲[アルページュレース二審]とは異なり、原告商品の特徴的形態が従来商品にみられない創作的形態であることを重視して、実質的同一性を認める判断をなしている。すなわち、長袖、前あき金属ファスナー止めのフード付きパーカーで、裾及び袖口の内側から突出するようにレース編み布地が付されていること、左胸部に黒色のワンポイント飾りがあること等の原告商品3の特徴が、これまでの他の商品にみられるありふれたものではなく創作的なデザインであったために、このような点で共通することに鑑みて、シルエットの相違は実質的同一性判断に影響を与えないとの判断をなしていた。

### 33 前掲[フード付き長袖ブルゾン]

原被告商品は、基本的構成（全体が裾広がり略Aライン形状であって、側面視において、ブルゾンの裾が前身頃から後ろ身頃に向かって下り傾斜していること等）のみならず、フード、ポケット、ファスナーの引手部分、背面視におけるダーツや切欠き、及び袖部のベルト等にかかる具体的構成においても共通しており、模様等が存在しない衣服において、形態に有意な相違が存在しなかった事例といえよう（フード端にワイヤーが縫い込まれているか否かに起因する側面視におけるフード形態にかかる相違や、素

材がポリエステル100%かポリエステル65%とナイロン35%の混合かに起因する質感の相違が存在するが、いずれも一見して明らかなものではないように思われる。)

当該事案において裁判所は、基本的な形態から具体的な細部の形態に至るまで多数の共通点が認められ、その形状はほぼ同一であるとし、前記2つの相違点については「一応相違する」としつつも、フードの立体感や生地質感に若干の相違を与えることがあったとしても、その違いは大きいものではなく、需要者が通常の使用に従った使用に際してその違いを直ちに認識することができるまでとはいえず、原被告商品の全体の印象を異なったものとするものとはいえないとして、実質的同一性を肯定した。

### 34 前掲[ベルーナ・Ryu Ryu]の商品⑤

原被告商品は、合皮素材の婦人用ショート丈ジャケットであり、襟内側、前合わせ部分にファーが付けられており、ボタン、ポケット等がなく、アクセントとして細いウエストリボンが付けられている点、前身頃に切り替え線が入っており、絞られている点で同一であり、その襟の大きさ自体もほぼ同一であった。他方、原被告商品は、ファーの取り付け方及びこれに起因する襟の印象(被告商品⑤は襟内側及び前合わせ部分だけでなく背中部分を含めた裏地全面にファーが付けられており、そのためファーの付された襟部分と背中部分とに連続性があり、襟の折り方次第では襟が原告商品⑤のものよりも大きいとの印象を与える。)、ファーの質感(被告商品⑤のファーの質感が原告商品⑤のそれに比べ剛である。)、及び色彩(原告商品⑤はスモーキーピンク、被告商品⑤はベージュ)において相違していた。

当該事案において前掲[ベルーナ・Ryu Ryu 二審]<sup>15</sup>は、原被告商品には襟にファーが付けられており、その襟の大きさ自体もほぼ同一であるが、襟に付されたファーの質感や襟の大きさに関する印象が異なること、原告商品⑤の色彩はスモーキーピンク、被告商品⑤の色彩はベージュであり、被控訴人自身、自らのカタログ(甲2)においては、原告商品⑤の色彩の特色をセールスポイントとして相当に強調していることから、需要者にかな

<sup>15</sup> 前掲[ベルーナ・Ryu Ryu 一審]と前掲[ベルーナ・Ryu Ryu 二審]でやや商品形態の認定が異なっているため、前掲[ベルーナ・Ryu Ryu 二審]の判示を紹介する。

り異なる印象を与えるとして、実質的同一性を否定した。

### 35 前掲[ベルーナ・RyuRyu]の商品③

原被告商品は、いずれも襟にファーが付けられた合皮素材の婦人シングルコートであって、いずれにも襟にファー、袖にファーカフスが施されており、襟のファーの中段における切り込みのある形状及び袖のファーカフスの長さがほぼ同じであった。他方、原被告商品は、その色彩（原告商品③はボルドー、被告商品③はベージュ）や、ボタンの数（原告商品③はボタンが4つ、被告商品③はボタンが3つ）、及びベルトの有無（原告商品③にはベルトがないが、被告商品③には共布のベルトが付属している。）といったその他装飾的形態のみならず、身丈（原告商品③は91ないし92cm、被告商品③は98ないし98.5cm）、及び切り替えの位置及びポケットの有無（原告商品③では、中心付近に切り替えをしてポケットを形成し、左右1つずつのポケットがあるが、被告商品③では、中央より高い位置で切り替えをするとともに、ポケットが存しない。）というシルエットに関わる機能的形態においても相違していた。

当該事案において前掲[ベルーナ・RyuRyu一審]<sup>16</sup>は、原告商品③の形態において特徴的な点は、商品全体のシルエット、襟と袖のファー、中央左右に設けられたポケット、ファーと対比をなす全体のボルドー色にあるというべきとしたうえで、原被告商品における色彩、ポケット及びベルトにかかる相違が需要者にかかなり異なる印象を与えるとして、実質的同一性を否定した。

#### 【編集者付記（Web版）】

本誌本号の冊子体に掲載されている本稿の写真の一部は、白黒に変更されていますが、このWeb版では、オリジナルのデータが掲載されています。

#### 【訂正とお詫び（Web版のみ）】

注6・9・22・92・105において引用させていただいている外川英明先生の「不正競争防止法上の商品形態の模倣規制と意匠の類否判断」パテント67巻4号（別冊11号）91頁（2014年）につきまして、お名前を外山先生と誤って表記致しておりますことを衷心よりお詫び申し上げますとともに、ここに訂正させていただきます。

---

<sup>16</sup> 前掲[ベルーナ・RyuRyu二審]においては、商品③の実質的同一性が争われていないため、前掲[ベルーナ・RyuRyu一審]を紹介する。