

他人の成果の冒用と不法行為

松 村 信 夫*

抄 録 知的財産権法・不正競争防止法において規定されていない知的成果の利用行為が不法行為に該当するとして、当該成果の創作者等が保護される場合がある。このことは、知的財産権法等が、自由な競争行為と不当な冒用行為とを区別する基準、すなわち保護に値する知的成果を厳格に定めるものというわけではなく、知的成果の保護に関して、より大きく競業法的配慮が存在するのであり、知的財産権法等は、あくまで当該配慮に基づいて保護に値する知的成果を定型化したものにすぎないということを物語っている。本稿は、裁判例の分析を通じて、この競業的配慮の具体的内容を探ろうとするものである。

目 次

1. はじめに
2. 創作法による保護と競業法による保護
3. 代表的判例とその問題点
 3. 1 判例分析の方法
 3. 2 タイプフェイスの冒用
 3. 3 商品形態の模倣
 3. 4 データベース等のデジタル成果物の冒用
 3. 5 その他の成果の冒用
4. 競業者へのメッセージ（結びに代えて）

1. はじめに

企業が、その活動を通じて産み出す商品や役務は、その知的活動とともにそこに投下した資本・労力の成果でもある。

しかし、かような成果は多かれ少なかれ先行する他人の技術や労力等に依拠し、時としてその成果を利用することによって成立している。このような他人の成果への依拠は新規技術の開発や創作の源泉であるとともに自由競争の恩寵でもある。

従って、このようにして成立した新たな成果もまた、すべからく社会に還元し、その経済的發展に役立てるとともに、さらなる自由競争の

基盤として利用されなければならない。

しかし、同時に、企業が多く多くの時間と多額の費用を投下して開発した成果について、他者によって安易に模倣されることを防止したいと願望することも当然であり、このような模倣の防止によって競業者間の公正な競争が保障され、企業は、他人の模倣や盗用を恐れずに競争に専念することができる。

特許法・実用新案法・意匠法・著作権法等の知的財産権法が各々一定の要件の下で知的成果の法的保護をはかり、「不当な模倣」を防止することによって競争秩序の維持に寄与していることは、今日では広く認知されている¹⁾。

これに対して、資本・労力の成果は、直接には知的財産権法による保護の対象ではないが、例えば不正競争防止法2条1項3号が他人の商品形態を模倣した商品の流通を一定期間禁圧することによって、商品開発に投下された資本労力の回収機会を保証するように、間接的であれその成果を不当な模倣から保護することがある。

ただ、以前には、知的財産権法による保護の

* 弁護士・弁理士、大阪市立大学法科大学院特任教授
Nobuo MATSUMURA

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

対象にはならない知的活動の成果や資本・労力が集約した成果の不当な模倣や利用（以下「冒用」という）については、それが道義的非難の対象となることはあっても、違法とされることは稀であった。

すなわち、知的成果に関しては、知的財産権法にもとづく保護が競争の自由（模倣の自由）と違法な冒用行為との限界線を画すものであり、また資本・労力等の成果に関しては、個別法によってその利用や競争が禁止されない以上、原則としてその冒用から保護されるべき「法的利益」は存在しないというのが裁判所のスタンスでもあった。

かような一元的な解釈は法的安定性と予見可能性とを重視する自由主義的な法システムの信奉者からすれば当然の帰結であり、知的財産権法は知的成果物の保護を通じて産業や文化の発展をはかるという法目的と競争の自由との調和を、各々の保護対象の要件や権利範囲によって画定しているのであるから、濫りにその限界を越えて知的成果の法的保護をはかるときではないと考えられていた。

ところが、ここ20年ばかり前から、知的財産権による保護の対象とはならない知的成果等が一定の経済的価値（あるいは「競争上の有意義な価値」と言ってもよい）を有している場合には、これをことさら競争秩序に反する方法で冒用する行為に対して、不法行為法を適用して救済を与える判決が登場し、時をへるに従ってその数が増加しつつある。

他方、学説は、当初かような判決を例外視し、その解析にあまり熱意を示していなかったが、最近では積極的にその意義を評価するとともに、個別判例の射程について踏み込んだ研究を始めている²⁾。

かような背景には、不法行為法における違法性相関関係説の発展と競争利益の侵害行為への適用という理論的要因や³⁾、タイプフェイス・

パブリシティ・データベース等の新しい成果物に対する法的保護の必要性が高まっているという実際の要因が存在することは明らかである。

しかし、さらに根本的な要因としては、競争の自由と公正との衡量を基軸としつつ知的創作や投下した資本・労力の成果に応じた保護を通じて競争者間の利益の調整を個別的・具体的にはかろうとする競争法的な理念と、知的財産権法による固定的な権利保護の構造との乖離が、ときとして、これを立法的解決に委ねることを許容し難いほどに拡大しているという事実がある。

その意味では、他人の成果の冒用行為を不法行為として規制することは、裁判所による一種の法創造であるといっても過言ではない。

2. 創作法による保護と競争法による保護

知的財産権は、その創作者に一定の範囲で創作の成果に対する独占的支配を保障している。

より具体的に言えば、それは創作の成果を創作者が独占的に実施もしくは利用できる権利であり、裏を返して言えば、他者による冒用を排除しうる権利である。このことは、特許権、実用新案権、意匠権、著作権等がその侵害行為に対して差止請求権を有することに端的に表現されている。

しかし、有体物の所有権が、その物の使用価値・交換価値を支配しうる絶対的な支配権として、時間的制約がなく効力を有し、かつその支配権を侵害するあらゆる行為に対して物権的請求権を有するのに対して、知的財産権に付与された排他的支配権は、各々の知的財産権の権利範囲による制約のほか、当該知的財産権の存続期間によって時間的な制約を受けている。

このような制約に関して、一般に用いられている説明は、例えば、特許権が発明を公開することによって産業の発展に寄与することの代償として付与されるものであるから、その排他的

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

支配権の内容や期間は、発明を奨励し産業の発達を図るのに必要かつ十分な範囲に限定をされなければならない、というものである⁴⁾。

この理解が正しいとすれば、そこにはすでに産業や文化の発展の基礎にある競争の自由に対して形式的競争制限として機能する知的財産権の排他的性格を、成果の不当な冒用の禁止という競争の公正の原理によって合理化しようとする考慮が存在し、知的財産権にもとづく「独占化の目的もまた競争的な側面」⁵⁾を有しているということになる。

他方、同じ知的財産法であっても、不正競争防止法はより競争法的な色彩を有している。

例えば、前述のように創作的価値の有無や程度を問わず、「商品の形態」の模倣行為や「営業秘密」に対する特定の冒用行為によって営業上の利益を侵害されるおそれのある者に差止請求権を付与するとともに（不競法3条）、その行使期間につき特別の制限を設けることによって、競争の自由との均衡をはかっている（同法15条及び19条1項5号）。

知的財産権の独占的支配権の根拠をその創作的価値の保護にのみ求めるとすれば、かような権利行使の制限が時代とともに変遷し、創作的価値を有しない成果の法的保護にも差止請求権を付与していることについて、合理的な説明をすることは困難であろう。

他方、競争法は、「競争の自由」と「競争の公正」の調和を究極の目的とし、知的創作の成果であれ、資本・労力投下の成果であれ、それが他者との競争上意味のあるものであれば、他者の不正な冒用行為から保護すべき必要性を認め、何らかの法的保護が与えられるべきであると考えている。しかし、その法的保護の方法は一樣ではなく、保護すべき競争上の利益や冒用の態様によって相違がある。すなわち、被冒用者等に差止請求権のような強力な権利を付与し事実上の排他的支配を許すか、損害賠償請求権や利

得返還（償還）請求権のみを付与することによって冒用者が市場で得た利益の全部もしくは一部を被冒用者等の下に還元させるにとどめるかは、保護される利益の内容によってのみ決定されるのではなく、いかなる冒用行為からいかなる方法で保護するのが競争法の理念に合致するのかという立法政策の問題である。

前述のように、特許権や著作権は、その保護要件に合致する知的創作の成果に対して一律に排他的権利を与え、侵害行為に対しては、その態様や冒用者の主観的意図にかかわらず差止請求権を付与する反面、その保護期間に制限を設けている。

これを、競争法的に見れば、一定のレベルに達した知的成果に関しては、一定期間、他の競争者を排除して市場において知的成果より生ずる経済的利益を享受する機会を保証することが、知的成果の創作及び利用に対する積極的投資を促し、ひいては競争者間の競争を活性化するのであって、そのために他の競争上の法益より「強い法的保護」を選択したと理解することができる。

従って、知的成果が知的財産権の保護対象となるか否かは、上記のような知的財産権法にもとづく「強い法的保護」を与えるに適するか否かを決定する基準として意味を有するとしても、その冒用行為に対する競争法的規制の限界を定めるものではない。

知的成果の冒用行為に対して競争法的規制をするか否かは、後に詳述するように、知的成果の創作的価値にとどまらず、①その成果の経済的価値、②その創作の過程で投下された資本・労力の質及び量、③冒用された成果をめぐって冒用者と被冒用者との間に実質的な競争関係が存在するか否か、④冒用者の冒用の態様、とりわけ、その冒用によって冒用者が正当視しえない競争上の有利性を獲得しているか否か、⑤冒用者が他人の成果を冒用することなく競争を行

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

うことが可能か否か、といった諸要素にもとづく実質的な判断によって決せられることになる。

要約すると、特許法や著作権法等による創作的保護と不正競争防止法や不法行為法による競争法的保護（または競争法的規制）はともに知的成果物に対する「不当な模倣」を禁止するという点において共通性を有するものの、各々その目的を達成するための対象や方法を異にしており、その一方の保護の限界が他方の保護の可能性を排除することにはならない。

さらに他人の成果の冒用行為に対する法規制の方法としても、差止請求権を含むより強力な規制を相当とする場合と損害賠償請求権等の事後的な金銭的填補をもって規制をする場合との間では、その要件—それは単に保護される利益の相違だけでなく、冒用行為の違法性の程度も関係する—に相違があってよい（以下、これを「規制方法の段階性・相当性」という）。

そう考えれば、むしろ、創作的保護の及ばない領域においてこそ競争法的保護（または競争法的規制）の真価が発揮される可能性があるといえよう。

次章においては、以上のような観点から代表的な判例の概観と分析を行うことにする。

3. 代表的判例とその問題点

3.1 判例分析の方法

判例を分析するにあたって、最初にその方法を確認しておきたい。

判例を分析・検討するにあたっては、多数の判例から共通する事実や要件を抽出し、そこに「判例理論」というべき一定の原則性を見出す手法がよく用いられる。しかし、この問題に関しては、そのような手法を用いることが妥当とはいえない。

なぜならば、ひとつには、多くの不法行為に関する判例がそうであるように、裁判所は、不

法行為の適用にあたって違法性の判断基準を明確にしているわけではなく、その多くは個別的な事案ごとに前提となる事実から違法性の認定に意味のある事実のみを抽出し、当該事実関係の下における被告の行為を違法と判定しているからである。

かような判例の傾向を踏まえれば、当該事案を離れて判例がいかなる要件を重視しているかを抽象的に論じてみても有意義な結論を見出すことはできない。

また、前述した「競争法による規制」という切り口で分析を行う場合に、成果の創出者と冒用者との間の具体的な競争関係を前提とすることによって、はじめて何が「公正な競争」に反する行為とされたかが判断できるからである。よって、以下においては係争の対象となった成果の内容に応じて判例を分析し、その問題を検討することとする。

3.2 タイプフェイスの冒用

タイプフェイスや文字の書体の法的保護をめぐっては、国際的にも統一的なルールが存在するわけではなく、我国でも、その保護に関して明確な法的根拠があるわけではない⁶⁾。ただ、その保護が争点となった事件は多数存在する。タイプフェイスの創作性に着目すれば、意匠権もしくは著作権にもとづく保護が考えられるが、後者についてはそれが美術の著作物としての美的鑑賞の対象となりえる「独創性」や「美的創作性」を有しないとの理由により著作物性が否定されている（東京高判昭58・4・6判時1074号25頁「ヤギ・ボールド事件」、大阪地判平5・3・8判時1307号137頁「デザイン書体事件」、東京高判平8・1・25判時1568号119頁「AsaX事件」）。

これに対して、書体を「商品」の識別標識とすると、不正競争防止法2条1項1号の「商品等表示」として保護を受ける可能性がある。過

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

去にも、特定の書体を用いた写植機用の文字盤を「商品」として、文字盤自体の形態や文字の配列・配置を商品表示として同号の周知商品等表示として保護を認めた判決（東京地判昭63・1・22無体集20巻1号1頁「写植用文字盤事件（第一審）」、東京高判平元・1・24無体集21巻1号1頁「同（控訴審）」）やデジタルフォント化した文字書体を「商品」と認定し、「デザイン上の一定のルールに従い様式化した」文字書体に商品表示性を認定した判決（東京高決平5・12・24判時1505号136頁）「モリサワタイプフェイス事件」が存在する。

これに対してタイプフェイスの冒用に関して不法行為が成立するか否かについて争いになった事件においては、「文字の書体は、線の一定の配列により特定の音又は意味内容を伝達するものであるから、当然一定の形態をとることになる。したがって、そのような一定の形態をとる一つ一つの文字自体における個々の形態ないしその創作も保護しなければならず、法律上の保護に値する利益があるものとすれば、無限に存する書体自体の私有化を認めるに等しい結果となり、本来国民共有の財産たるべきはずの文字は、僅かな者の独占的使用に委ねられ、国民による文字の自由使用は不可能になってしまうのであって、帰結するところは明らかに不当である。」（東京高判昭57・4・28判時1057号43頁「タイポス書体事件」）として全面的に保護の可能性を否定した判決も存在するが、「著作権法による保護を受けられない書体であっても、それが真に創作的な書体であって、過去の書体と比べて特有の特徴を備えたものである場合に、他人が、不正な競争をする意図をもって、その特徴ある部分を一組の書体のほぼ全体にわたってそっくり模倣して書体を制作、販売したときは、書体の市場における公正な競争秩序を破壊することは明らかであり、民法709条の不法行為に基づき、これによって被った損害の賠償を

請求することができる余地がある」（大阪地判平9・6・24判タ956号267頁「ゴナ文字事件」）として不法行為による救済の可能性を認めるものもある（但し、当該事案においては、原告の書体が「他の書体に比べて特有の特徴を備えたものとは言い難く」、被告も原告の書体の「特徴ある部分を一組の書体のほぼ全体にわたってそっくり模倣した」とは言えないとして請求を棄却している。）。

上記のうち、前者（タイポス書体事件）の判決が書体の法的保護を否定する根拠として、伝達手段としての文字一般が特定人の独占下におかれるおそれを指摘しているのは、文字そのものの機能と書体とを混同するものであって相当ではないであろう⁷⁾。

そこで、かような懸念は問題外として、より具体的に考えれば、タイプフェイスに法的保護を与えるか否かは、特定の書体に法的保護を与える競争上の利益と、これによって生じる需要者や競争者の不利益のバランスをどう考えるかという問題に集約される。

今日では、多数の書体をデザインし、あるいはこれを商品化するメーカーが存在し、ユーザーである印刷業者、新聞社、プリンターメーカー等はその用途にとって最も好ましいと考える特定の書体を選択し、当該メーカーとの間で有償の使用許諾契約を締結し使用しており、デザイン業者や書体メーカーによって開発された特定の書体は、「経済的な価値を有するものとして独立した取引の対象とされている」という実態がある⁸⁾。

かような状況の下で、後発メーカーによる先発メーカーの書体の模倣を自由に認めるとすれば、冒用者は何らの資本・労力を投下することなく容易に市場に参入し、先発メーカーの取引先を奪取するなどの方法によって、その営業上の利益を害することは明らかである。ただ書体が文字を対象とする以上、思想・観念の伝達手

段としての文字の機能を阻害しない範囲で成立するものであるから、おのずとその選択には限界がある。そこで、先発メーカーが開発したあらゆる書体について、これと同一もしくは実質的に同一の書体の開発及び使用が制限されるとなると、後発メーカーの参入が困難となり、かえって書体の取引市場における競争が制限される懸念もある。

そこで、先発メーカーが自己の書体について資本・労力を投下したというだけでなく、「その書体が他の書体に比べて特徴的な独自の形態を有していることが必要である」という判決の定立した要件は相当であろう。

かような特徴があつてこそ、当該メーカーは当該書体によってその取引市場において相対的な優位性を獲得できたはずであり、後発者が書体を模倣する行為が、「公正な競争」を逸脱したと言えるからである⁹⁾。

ただ、この場合「特徴的な形態」は、著作物としての「創作性」とは異なる概念と考えるべきであろう。

このことは、上記ゴナ文字事件の判決が、主位的請求である著作権侵害については、当該書体が美術の著作物としての「独創性」や「美的鑑賞の対象となる美的特性」を備えていないとして、その著作物性を否定したうえで、なお「特徴的な形態」を不法行為の要件としていることから明らかである。

むしろ「特徴的な形態」が市場において需要者が商品を識別する機能を有しているとすれば、それは不正競争防止法2条1項1号の「商品等表示」としての自他識別力に近いものと考えることができる。

しかし、書体のような抽象的な存在が「商品」と言えるか否かはいまだ争いがあるろうし、またそれが不正競争防止法2条1項1号の「商品等表示」と認められるためには二次的出所表示機能を取得していることが必要であり、さらに

「周知性」や「誤認混同」の要件を具備しない限り、同号による保護対象とはならない。これに対して、不法行為による保護の要件としては、必ずしも上記のような商品表示性を充足する必要はなく、その形態によって需要者が他と識別できる可能性があること、またそのデザインの良さ、文字の形態としての美しさ、まとまりの良さ等の要因によって顧客吸引力があることなどがここにいう「特徴的な形態」であると言えるよう。

判決はこの他、(イ)不正な競争をする意図と(ロ)その特徴ある部分を一組の書体のほぼ全体にわたってそっくり模倣することを要件としてあげるが、(ロ)については対象が書体である以上、全体として一連のまとまった特徴を有するものであり、その一部を模倣したとしても競争上意味がないので、かような要件は言わば当然の帰結である¹⁰⁾。しかし、(イ)については、ことさら「不正競争の意図」を有しなくとも、先行者の書体に依拠しているとの認識で十分であり、通常かような主観的要件は、上記(ロ)の要件に該当する事実の存在によって定型的に認められると言えよう¹¹⁾。むしろ、上記ゴナ文字事件判決も言っているように、かような行為が「書体の市場における公正な競争秩序を逸脱している」ことを理由とするのであれば、上記(ロ)の要件以外に、(ハ)先発者(被冒用者)と冒用者との間に実質的な競争関係があり、(ニ)冒用者が先発者の書体を模倣することによって、「開発」の費用・労力・時間を節約し、競争上優位に立ちうる可能性があることを要件とすべきである(但し、書体のように特殊な用途の商品であり、競業メーカーが限定されている場合には、(ハ)(ニ)の要件は、(ロ)の要件の存在によって推定される。)

3.3 商品形態の模倣

平成5年の不正競争防止法改正によって同法

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

2条1項3号が新設される以前に、他人の商品形態を模倣した商品を市場に流通させる行為を不法行為とした判決として、袋帯の図柄を模倣した商品の販売行為に不法行為を認めた判決（京都地判平元・6・15判時1327号124頁「袋帯事件」）と木目化粧紙にプリントされた木目の模様を模倣した商品を販売した行為に不法行為を認めた判決（東京高判平3・12・17判時1418号124頁「木目化粧紙事件」）が有名である。

これらの判決は、いずれも袋帯の図柄や木目化粧紙の模様が応用美術ではあるがその実用性を離れてもなお純粹美術と同視しうる高度の美的創作性を有しないことを理由として著作物性を否定しつつ、これを模倣する行為については不法行為を認めた点で共通性を有する。

ただ、前者（袋帯事件）の判決が、①図柄が模倣されており、全体として類似していること、②被模倣者の商品が正絹であり模倣者の商品はクラフト加工した絹糸を使用するなど品質の劣る商品であるにもかかわらず、模倣者は西陣織工組合の制定した正絹の証紙¹²⁾を貼布して流通させたため、取引先に被模倣者が品質の劣る商品を安価で別途販売しているかのような誤認を与え、被模倣者の営業上の信用が害されたことを違法性の根拠としているのに対して、後者（木目化粧紙事件）の判決は、①被模倣者が化粧紙に創作的な模様を施し商品としての価値を高めていること、②模倣商品の木目模様は被模倣商品の木目模様の完全な模倣であること、③模倣者が模倣商品を被模倣者の販売地域と競合する地域で廉価販売していること、などを違法性の根拠としている点で、その構成には若干の相違がある。

その後、前述のように不正競争防止法が改正され、同法2条1項3号の不正競争行為類型が新設されたため、最近の関心は、上記各判決の論理が上記不正競争防止法改正後も適用される余地があるか、換言すると、他人の商品形態を

模倣した商品の流通行為に対し、同号の適用をする以外に不法行為責任を認める余地があるか否かである。

同号の趣旨については、先行商品の形態を模倣した商品の流通を一定期間禁止することによって、先行商品を市場化した者に対して投下した資本・労力の対価を独占的に回収する機会を与え、もって商品開発と販売における公正な競争を促進することにあると理解する説が有力である¹³⁾。

そうすると、前記各判決例が示したような違法要素の背後にある先行者の利益は、上記立法趣旨によって保護される先行者の利益と重複する部分があるのではないかと考えられる。

この点に関して、不正競争防止法2条1項3号による規制の存続期間が経過した商品形態の模倣商品について、「被告会社の行為が民法709条の不法行為を構成するというためには、ことさら原告製品との誤認混同を生じさせて自己の利益を図りまたは原告に損害を被らせることを意図するなど、不正な競争をする意図をもって、被告製品を原告製品と偽って原告の販売先に積極的、集中的に販売するなど、公正な競争秩序を破壊する著しく不公正な方法をもって、原告に営業上、信用上の損害を被らせたというような特段の事情の存することが必要というべきである」と、その要件をきわめて限定的に解釈する判決が多い（大阪地判平9・12・25知財管理別冊判例集（平9）1946頁「シャーレンチ事件」、同旨の判決として同平14・11・28裁判所ホームページ（平13(ワ)11198）「現代仏壇（第二）事件（第一審）」、大阪高判平15・7・29裁判所ホームページ（平15(ネ)68）「同事件（控訴審）」等）。

さらに、商品形態の酷似的模倣が直接の争点となったわけではないが、商品の技術的機能に由来する商品形態や顕著な特徴と言えないその組合せが不正競争防止法2条1項1号の「商品

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

等表示」とは認められないものの、原告と被告の商品形態の酷似の他、そのコード番号の混同使用、原告製品であるがごときカタログの作成及び使用、原告製品と被告製品の混交等によって品質及び性能において一定の評価を得ていた原告製品の評価を低下させるなどの事実があることを総合的に評価して、「公正な競争秩序を破壊する著しく不公正な行為であると評価できる」から不法行為に該当するとした判決（大阪地判平16・11・9判時1897号103頁「ミーリングチャック事件」）や、宅配寿司のネタ及び添え物の種類、配置等について、他の商品と有為に識別できる独自の形態を見出すことができないうとして不正競争防止法2条1項3号の「商品の形態」に該当しないとしたうえで、不正競争防止法の規制の対象とならない行為については、「当該行為が市場において利益を追求するという観点を離れて、殊更に相手方に損害を与えることのみを目的としてなされたような特段の事情が存在しない限り、民法709条の一般不法行為を構成することもない」とした判決（東京地判平13・9・6判時1804号118頁「宅配鮨事件」）等がある。

以上のような判決の大勢を見る限り、不正競争防止法2条1項1号及び3号の対象とならない他人の商品形態の冒用行為については、①ことさら混同を生じさせる不正競争の意図と混同を惹起させる行為、または②混同を惹起させる種々の行為と被冒用者等の信用毀損、あるいは③ことさらに相手方に損害を与えることのみを目的としてなされた特段の事情等、上記各号において不正競争防止法が規制する公正な競争秩序違反とは別途の違法要素が必要であるというのが判例の傾向であると見受けられる。

ただ、第2章で述べたように、競争秩序違反行為に対する規制方法の段階性の視点で見れば、上記のように別途の違法要素等が存在する場合だけでなく、例えば不正競争防止法2条1

項3号の規制の存続期間が経過した後においても、商品の性質や流通の態様において、この存続期間内には先行者が開発に要した資本・労力に見合う対価を十分に回収できない特段の事由がある場合や、多数の商品から構成される先行者のシリーズ商品を、上記規制期間が経過した商品から順次模倣を行い、先行者と同じシリーズ商品として販売するように、先行者商品の市場における成功にただ乗りする目的から、ことさら模倣を繰り返す行為も不法行為として規制する必要性があるのではないかと思われる¹⁴⁾。

3.4 データベース等のデジタル成果物の冒用

我国では、データベース（著作権法2条1項10号の3）は、「その情報の選択または体系的な構成によつて創作性を有するもの」は著作物として保護される（同12条の2第1項）。

従って、データベースを利用に供する上でその創作者において当然配慮すべきとされる情報の選択・加工については創作性が認められないが、そうでない限り情報の選択または体系的構成に創作者の個性が認められる限り、著作物として保護を受けることになる（東京地判平12・3・7判時1714号128頁「NTTタウンページ事件」）。

しかし、データベースが有効に機能するためには、データは、創作者の主観的な判断によるのではなく客観的基準に従って収集される必要があるし、その体系的構成も利用者の便宜に応じて標準化する傾向にある。

また、データベースを構成するデータの収集・加工・体系的構成といった作業過程には、相当の資本・労力の投下が必要であり、その社会的あるいは経済的価値は、その創作性だけではなく投下された資本・労力によって形成されている。

すなわち、情報材としてのデータベースの保

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

護を考えるうえでは、上記のような創作性を基礎とする著作権法による法的保護のみでは不十分であり、その実態に着目した法的保護が必要である¹⁵⁾。

ただ、反面、投下された資本や労力のみを基礎にデータベースの法的保護をはかるとすれば、データベースを構成する相当量の情報の模倣・盗用に対して排他的権利を創設する方向に向かわざるを得ないが、そうすると、今度は、他に先がけて資本と労力を投下した者が重要な競争手段である「情報」の集合体について事実上の独占権を有することになり、かえって自由な競争を制約するおそれもある¹⁶⁾。

従って、ここでもデータベースの開発者が当該データベースの開発に投下した資本・労力の質及び量、データベースの競争上の価値、冒用者の冒用の程度・方法、冒用者が当該冒用行為によって開発者との競争において得た有利性等の諸要素を比較衡量して、その保護の可否及び方法を決定する競争法的規制が必要である。

この点に関しては、周知のように、自動車整備用の業務処理システムを構成するデータベースにつき著作物性を否定しつつ、競争システムの製造・販売事業者がそのデータの大部分を複製したデータベースを競争地域で販売した行為に対して不法行為の成立を認めた判決（東京地判平13・5・25判時1774号132頁「自動車整備システム事件（中間判決）」、同平14・3・28判時1793号133頁「同（終局判決）」）がある。この判決では、①先行者が費用や労力をかけて情報を収集・整理したことでデータベースを作成し営業活動を行っていること、②後発者がそのデータベースのデータを複製してデータベースを作成したこと、③後発者がそのデータベースを先行者の販売地域と競合する地域において販売していること、の3点をあげ、かような行為が「公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不公正な手段を用い

て他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害する」として不法行為を認めている。

しかし、同判例の評釈者の多くは、上記①乃至③の要件のみでは、不法行為の成立を認めるには不十分であるとしている¹⁷⁾。

おそらく、その背景には、判決の掲げる要件のみでは不法行為成立の範囲が広がりすぎ、後発者の競争の自由を制約しかねないとの懸念があるであろう。

筆者も、基本的にはこれらの評釈と同意見であるが、本判決の②及び③の要件を、本件データベースの経済的価値の大きさのほか、(イ) デジタル創作物における複製の容易性と模倣防止の困難性、(ロ) 後発者が(イ)の状況を利用して先行データベースのデータの大部分をそのまま複製していること、(ハ) (ロ)の行為によって後発者は開発コストを大幅に節約し先行者との実質的競争関係において有利な地位を占めていること（すなわち、特定目的のデータベースであるから利用者が限定されているにもかかわらず、ことさら先行者の販売地域と同一の地域で販売しているなど、後発者自ら実質的競争関係を形成していること）、などの事実を読み込めば同判決の射程が絞り込めると考えている¹⁸⁾。

このように従来判例における不法行為の適用要件を緩和したように思われる例は、この他にも、最近の知財高裁の判決にもみることができる。例えば、ホームページにおいてニュース記事の本文及びこれを要約した見出し（これを「YOL見出し」という）を掲載している新聞社が、このうちYOL見出しと同一の記事見出しを自己のウェブページに表示しこれをリンクボタンとして対応する上記新聞社の記事のウェブページにリンクするというを可能にさせるサービスを提供する者に対して、差止及び損害賠償を請求した事案において、「YOL見出し」の著作物性を否定しつつ不法行為の成立を認め

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

た控訴審判決（知財高判平17・10・6裁判所ホームページ「YOL見出し事件」）がある。同判決が不法行為を適用した文脈は、はなはだ多岐にわたっており、はたして何が違法性を認めるに至った要素かを見極めることははなはだ困難である。

多くの評釈は、YOL見出しが「その記事と離れて取引の対象とされるなど独立した価値を有していること」に着目し、これを「社会的に許容される限度」を超えて冒用したことに違法性判断の重点があるとみているようである¹⁹⁾。

そしてこの観点からみると、新聞社が上記見出しを作成するに至った資本・労力の多寡は、YOLの見出しが「独立取引の対象となる価値」を導くための論拠であり²⁰⁾、冒用者がYOL見出しをリンクボタンとして利用し、YOL記事とウェブページにリンクをはる行為によって冒用者と新聞社のオンラインニュースとが実質的競業関係に立ったこと、その結果、冒用者が何らの資本・労力を要せずオンラインニュースを事実上提供することによって、競業上正当視しえない利益を得、あるいは新聞社がそのことによって営業上（競業上）の利益が侵害を受けたか否かなどの事実は、その冒用が「社会的に許容される限度」を超えたか否かを判定する要素と理解することができよう。

このような理解は、判決において新聞社の損害として認定された金額が、YOL見出しを使用許諾した場合の使用料相当額にすぎないことから裏付けられている。

しかし、次節において述べるように、先行者が、事実上、その成果を他社に利用許諾することによって収益を得ていたとしても、それがただちにこのような利用許諾を得ないで使用する行為を違法とするものではない²¹⁾。

比喩は相当ではないが、知的財産権の保護の対象とはならないキャラクターやパブリシティの商品化事業のように、長期間にわたって多数

の者の間で利用許諾関係を形成することによって、その経済的価値が社会的にも認知される状況に至ったときに、そのような成果に「独立した（経済的）価値」が認められるべきであり、本判決は、このような意味においてYOL見出しに「独立した（経済的）価値」があるか否かについて詳細な認定を行っていない点において問題があると言わねばならない。

むしろ、上記自動車データベース事件と同様に①先行開発者が相当の投下資本・労力をかけて開発した成果であること、②冒用者が何らの追加変更を加えず、その相当部分（競争上価値を有する部分）をそっくり模倣していること、③冒用者は上記模倣によって、さしたる資本・労力を投下することなく先行者のオンラインニュースと競合するサービスの提供が可能となったことなどの事実関係があるか否かをデジタルデータの複製の容易性を考慮しながら判断すべきであったといえよう²²⁾。

なお、データベースに限らずデジタル化された創作物については、その複製について技術的な制限が可能であっても完全であるとは言えず、そのような制限を施すコストが当該創作物の開発コストに比して小さくないことを考えると、このような技術的制限を施していないからと言って、先行者の開発成果の保護を拒んではならず、むしろ複製等の容易性を利用して自ら開発努力を行わずに先行者の開発成果を冒用して競業する行為の違法性に重心をおいた解釈が必要であろう。

3.5 その余の成果の冒用

顧客吸引力を有する物を撮影した写真やその名称等を自己の商品やその広告宣伝に使用する行為も、一応成果冒用行為と見ることは可能である。この点に関して、物の所有権ないし使用収益権能の侵害として法的救済の可能性を肯定する下級審判例²³⁾が存在したが、最高裁は、

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

「美術の著作物の原作品に対する所有権は、その有体物の面に対する排他的支配権能であるにとどまり、無体物である美術の著作物自体を直接排他的に支配する権能ではない」（最判昭59・1・20判時1107号127頁「顔真卿自書建中告身書事件」）と判示して、かような法的構成を否定している。

そこで、著名な競走馬の所有者がその名称をゲームに使用した会社に対して当該ゲームソフトの製造販売等の差止めを求めた訴訟において、当該名称が一定の顧客吸引力がある場合には、物にも「パブリシティの価値」が認められ、その支配性はその物の所有者に帰属する財産的な利益ないし権利として保護すべきであるとして不法行為による損害賠償請求権を認容した下級審判決（名古屋地判平12・1・19判時1070号「ギャロップレーサー事件（第一審）」、名古屋高判平13・3・8判タ1071号294頁「ギャロップレーサー事件（控訴審）」）が登場した。しかし、最高裁は、「現行法上、物の名称の使用等、物の無体物としての面の利用に関しては、商標法、著作権法、不正競争防止法等の知的財産権関係の各法律が、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に排他的な使用権を付与し、その権利の保護を図っているが、その反面として、その使用権の付与が国民の経済活動……の自由を過度に制約することのないようにするため、各法律は、それぞれの知的財産権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、その排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしている。上記各法律の趣旨、目的にかんがみると、競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、物の無体物としての面の利用の一態様である競走馬の名称等の使用につき、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく、また競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行為の成否については、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等によ

り明確になっているとはいえない現時点において、これを肯定することはできないものというべきである。」（最判平16・2・13判時1863号25頁「ギャロップレーサー事件（上告審）」）と判示して、その保護の可能性を否定している。

このように、顧客吸引力を有する物の価値をその冒用から保護することの可否については、実務的には一応の決着を見たようにも思われるが、これらの判決によっても「物の無体的側面の利用行為に対する救済を認める余地を封じるものではない」²⁴⁾と解する見方もあり、なお、顧客吸引力等の物の無体財産としての価値を冒用から保護するために「パブリシティ権」ないしこれに類する支配権を認めようとする説も存在する²⁵⁾。

ここで問題となるのは、物の顧客吸引力を形成するに至った原因が人の知的活動もしくは投下した資本労力の成果か否かは問わず、すでに形成された顧客吸引力を所有者等が経済的に利用して収益を得る機会を、第三者がその冒用によって妨害することの不当性が、公正な競争秩序に違反するか否かであって、競争者間において先行者が形成した知的活動もしくは資本・労力の成果を後発者が冒用することによって競争上有利な地位を得るという第2節乃至第4節で述べた類型とは趣を異にしている。

本来、物の名称や形態等に顕われた顧客吸引力等の無形的な価値には、原則として商標法、不正競争防止法等の標識法²⁶⁾、あるいは意匠法上の意匠として保護されるべきであり、かような法律の適用を受けない物の顧客吸引力を法的に保護すべき必要があるか疑問がないではない。

しかし、広告宣伝社会では、キャラクターや有名人の氏名・肖像等のパブリシティが、顧客吸引力のある存在として、知的財産権法の保護の及ばぬ場面においても法的保護を受けていることとの均衡をはかるうえから、物の顧客吸引力等の経済的価値がすでに多数の利用者と利用

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

許諾契約を締結することによって現実化しており社会的にも認知されている場合には、これを冒用する者に対して不法行為責任を認めうる余地がある。

この他、少数ではあるが、上記のいずれの範疇にも属しない成果冒用行為について、不法行為法を適用した判決例が存在する。

すなわち、競業者が相当の時間と費用をかけて作成した設計図を複製し競業者に就業中に入手したカラーサンプルやパンフレットを退職後の競業行為に利用する行為につき、競業者との競争上、不当に有利な地位に立つものと言うべきであって、社会通念上許容される正当な事業活動の範囲を逸脱し公正な競争秩序を著しく破壊するものとして不法行為による損害賠償請求を認めた判決（大阪地判平10・3・26裁判所ホームページ（平5（ワ）4983）「コンベアベルトカバー事件」）や、特定の県の公共事業入札等に関する契約関係書類や現場管理関係書類の作成支援ソフトウェアと帳票類のうち、帳票類が当該県の制定書式により近い形式のワークシートを作るため「作成者がフォントやセル数についての試行錯誤を重ね、相当の労力及び費用をかけて作成したものであり、そのようにして作られた帳票部分をコピーして、作成者の販売地域と競合する地域で無償頒布する行為は、他人の労力及び資本投下により作成された商品の価値を低下させ、投下資本等の回収を困難ならしめるものであり、著しく不公平な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成するといふべきである」とした判決（大阪地判平14・7・25裁判所ホームページ（平14（ワ）2452）「オートくん事件」）等である。

もっとも、前者は、単に成果の冒用というより退職従業員が在職中に行った競業準備行為の違法性が考慮された判決と評価することもでき²⁷⁾、後者は帳票自体が独立した商品として取引の対

象とされているわけではないが、広い意味では、第3節でいうところの商品形態の模倣の垂流と位置づけることもできよう。ただ、後者の判決が、ことさらに混同を惹起することなどを不法行為の要件とする商品形態の模倣に関する従来判例の枠組みにとらわれることなく、先行者の商品開発への資本・労力の投下の量と冒用行為によって「投下資本等の回収が困難になったこと」を重視していることは、新しい判例理論の萌芽を感じられなくもない。

4. 競業者へのメッセージ（結びに代えて）

開発技術者や営業担当者にとって、知的財産権による保護の対象とならない他人の成果の冒用は、きわめて魅力的な手段である。そのことによって開発にかかる時間・資本・労力を節減できるだけでなく、場合によっては市場における名声や顧客を易々と手にすることができるからである。

筆者も、時折、先行商品と開発中の商品とを示されて「どの程度違えば違法となりませんか」との質問を受けて、答えに窮することがある。

そんな折、筆者は、逆に「もしあなたが先行商品の開発者であったとしたら、どの程度似ていけば見逃せないと考えますか」と反問することがある。もちろん、答えはまちまちである。

先行者の商品や役務において何が開発努力を傾注し費用や時間を要する成果であるかを見極めることは難しい。

しかし、競業者であれば、先行者が創出した成果のうち、実際に何が競争上有意義な効果を発揮しているかは、おおよそ見当がつくのではないだろうか。

また、いかなる行為をなせば、競業者間における公正な競争の範囲を著しく逸脱すると思われるかということも。

もっとも、このような基準は、法律や判例に

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

よって一義的に明確化できるものではなく、「暗黙知」の領域に属する事項かもしれない。

知的財産権の保護を受けない他人の成果の冒用に不法行為法を適用して規制しようとする、否応なく法と道徳との隘路に踏み込まざるを得ない。

しかし、冒頭で述べたように、他人の成果の冒用に対する不法行為法の適用は、結果的には裁判所による消極的法創造作用であるといっても過言ではないが、個々の事案に即して言えば、それは、裁判所が係争を解決するために適用する「規範」を競争者間における「公序」や「慣習」に見出しているにすぎない。

換言すれば、かような「公序」や「慣習」は、競争者自身によって創造され、やがて判例によって認知されて「規範」として通用するようになるのである。

我国が、他国の先端技術をキャッチアップし、その応用技術や量産技術を開発する時代はすでに過去のものとなり、今や技術や文化の創造性こそが国や企業の死命を決する時代になっている。

開発に独自性を求める余り、資金や労力を浪費することがあってはならないが、他人の成果の安易な冒用は、長期的にみれば冒用をした個人や企業のみならず、その冒用を許す社会そのものの活力を失なわしめることは、いまさらあらためて指摘するまでもないであろう。

注 記

- 1) 中山信弘『工業所有権法〔上〕特許法〔第2版増補版〕』（弘文堂）5頁、土肥一史『知的財産法入門〔第5版〕』（中央経済社）2頁、小泉直樹『模倣の自由と不正競争』（有斐閣）1頁、田村善之『機能的知的財産法の理論』（信山社出版）14頁。
- 2) 主要なものを列挙すると、渋谷達紀「不正競争防止法—一般不法行為による補充—」民商法雑誌93巻臨時増刊（2）361頁、同「財産的成果の模倣盗用行為と判例理論」判例評論405号2頁（判時1430号148頁）、小野昌延「商品形態の保護」

『杉林信義古稀 知的所有権論攷』（富山房）191頁、小泉直樹「不正競争法による秘密でない情報の保護」判タ793号27頁、同「袋帯事件判批」『小野昌延還暦 判例不正競争法』（発明協会）123頁、土肥一史「木目化粧紙事件判批」判例評論408号60頁（判時1439号222頁）、田村善之「木目化粧紙事件判批」特許研究14号32頁、同「写植用文字書体事件（大阪地判平元・3・8）判批」ジュリスト1015号283頁、同「競争的利益」ジュリスト1126号89頁、大家重夫『タイプフェイスの法的保護と著作権』（成文堂）41頁以下、蘆立順美「自動車整備システム事件（中間判決）判批」コピライト486号25頁、和田真一「パブリシティ権の保護と不法行為法」L&T15号53頁、平嶋竜太「自動車整備システム事件（中間判決）判批」L&T15号61頁、手嶋豊「営業形態の模倣と不法行為法」L&T17号32頁、板倉集一「商品形態の保護と不法行為法」L&T17号40頁、宮脇正晴「不法行為法によるタイプフェイスの保護」L&T22号53頁、上野達弘「自動車整備システム事件判批」判例評論529号21頁（判時1806号183頁）

なお、この論点に触れた筆者の判例評釈としては、[itsシリーズ事件判批] 知財管理46巻9号1439頁、[コンベアベルトカバー事件判批] 知財管理49巻3号365頁、[自動車整備システム事件判批] 知財管理53巻6号981頁がある。

- 3) 代表的な論考としては、加藤一郎『不法行為法の研究』（有斐閣）、福永政彦「営業権侵害と不法行為責任」山口和男編『裁判実務体系16』（青林書院）493頁。
また、不正競争法における保護法益と知的財産権法及び民事上の規制について論じるものとして、満田重昭「不正競争法における競争地位権説」同『不正競争法の研究』（発明協会）19頁、田村善之「不正競争行為類型と不正競争防止法」ジュリスト1005号11頁、同・前掲注2）ジュリスト1126号89頁。
- 4) 例えば、中山・前掲注1）482頁、同編著『注解特許法〔第3版〕上巻』（青林書院）632頁（後藤晴男＝平山孝二＝守屋敏道）、吉藤幸朔著・熊谷健一補訂『特許法概説〔第12版〕』（有斐閣）556頁、仙元隆一郎『特許法講義〔第4版〕』（悠々社）176頁。
- 5) ウォルフガング・フィケンチャー著・丹宗昭信

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

監訳『競争と産業上の権利保護』（六法出版社）289頁。

- 6) 大家重夫・前掲注2) 76頁乃至113頁。
- 7) 紋谷暢男 [タイポス書体事件判批] ジュリスト849号109頁, 渋谷達紀 [写植用文字書体事件判批] 判例評論370号51頁 (判時1324号213頁), 大家重夫「タイプフェイスの保護〔上〕」発明70巻5号19頁等。
- 8) 東京高決平5・12・24判時1505号136頁「モリサワタイプフェイス事件」。
- 9) 同旨・宮脇・前掲注2) 57頁乃至58頁, 小泉・前掲注1) 207~208頁。
これに対して, 投下した資本労力の程度を重視するものとしては, 田村・前掲注2) ジュリスト1015号284頁。
- 10) その意味では, 「そっくり模倣する」とは必ずしも先行者のタイプフェイスの全部を何らの変更なく模倣する必要はない。少なくとも競争上意味のある「特徴的部分」を模倣していれば足りると解せられる。同旨・渋谷・前掲注7) 56頁。
- 11) 同旨・宮脇・前掲注2) 59頁。また, 田村・前掲注2) ジュリスト1015号286頁も先行商品の開発成果への「依拠」で足りるとしている。
なお, 他人の成果の冒用行為について, 不法行為を適用した判例においても冒用者の主観的要件を重視するもの (大阪地判平9・12・25知財管理別冊判例集 (平9) 1946頁「シャーレンチ事件」, 同平16・11・9判時1897号103頁「ミールングチャック事件」) と重視しないもの (東京高判平3・12・17判時1418号124頁「木目化粧紙事件」, 東京地判平13・5・25判時1774号132頁「自動車整備システム事件 (中間判決)」, 大阪地判平14・7・25裁判所ホームページ (平12 (ワ) 2452)「オートくん事件」) がある。
- 12) 判決の摘示した事実によると, 西陣織工業組合では西陣織製品の品質を保持するため, 組合員に対し, 正絹のみの製品には同組合制定の正絹の証紙を貼付し, 正絹にクラフト加工絹等を使用した製品には同組合制定のクラフト加工等使用の証紙を貼付することが義務づけられていた。
- 13) 小野昌延『不正競争防止法概説』(有斐閣) 166頁, 田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』(有斐閣) 282頁, 同「他人の商品の模倣と不正競争防止法」ジュリスト1018号26頁, 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」

日本工業所有権学会年報18号30頁。

これに対して, 競争上価値のある商品形態の模倣の違法性に規制根拠を求める説として渋谷達紀「商品形態の模倣禁止」『F・Kバイヤー古稀知的財産と競争法の理論』(第一法規出版) 357頁。模倣の自由の原則の下においても放任できないような悪性のある「技術的な複製手段による複製」を問題とする趣旨であるとする説として土肥一史「不正競争防止法2条1項3号に規定する商品形態模倣行為」特許研究35号5頁。

- 14) 小野・前掲注2) では「スレビッシュ・イミテーション」の一種としてシリーズ商品を片端から模倣するような「意図的」性格を有する「システムティック・イミテーション」が紹介されている。

我国では, シリーズ模倣の違法性が正面から認められた例はほとんど見受けられないが, これに類する事例としては, 業界において周知となっている他人の商品の規格表示をそっくりそのまま冒用した行為につき旧不正競争防止法1条1項1号 (現2条1項1号) を適用した事例 (大阪地判昭56・3・27無体集13巻1号336頁「浮子規格事件」), 他社が製造する自動車玩具シリーズのうち, 売行きのよい「フォルクスワーゲン」タイプ (二種) をそっくりそのまま模倣しただけでなく, その名称や写真も模倣した事案につき同じく旧不正競争防止法1条1項1号が適用された事例 (浦和地判昭60・4・22判タ555号323頁「チョロQ事件」), 正倉院等に伝わる古代裂や前田家に伝わる名物裂の忠実な復元にもとづく先染め絹の高級織物 (七種) と酷似した製品を製造・販売するだけでなく, 原告の登録商標と類似する商標を付して販売した行為につき, 不正競争防止法2条1項1号及び商標法36条・37条に違反するとされた事例 (京都地判平5・2・18判タ829号219頁「古代裂 (龍物製) 事件」) 等がある。これに対して, 同じく家電製品等のシリーズ商品に統一的に用いられた色と同一の色を付した家電のシリーズ商品を販売した事例について「単色」の色については不正競争防止法2条1項1号の「商品等表示」に該当しないとして請求が棄却された例もある (大阪地判平7・5・30判時1545号84頁「itsシリーズ事件」—なお, 本件に関する拙著判例研究として前掲注2) 知財管理46巻9号1439頁参照)。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

上記判例の中には、「浮子規格事件」のようにすでにその規格表示が業界における標準となっていたため、後発者も安易に冒用したのではないかと思われる事案も存在するが、その余の事例は先行商品（商品群）の市場における成功にただ乗りする目的から意図的に先行商品群の形態と酷似する形態の商品群を製造・販売していることは明らかである。

かようなシリーズ商品について、これを構成する個々の商品ごとに不正競争防止法2条1項3号により同19条1項5号イに定める期間だけその模倣商品の市場流通を禁止するだけでは、必ずしも先行者がシリーズ商品としてのコンセプトのもとに統一的なデザインの下で商品開発を行ってきた開発努力に対する十分な回収機会が付与されているかは疑問がある。

もっとも、これに対しては、不正競争防止法2条1項3号の保護期間経過後は、その形態が「商品等表示」として同法2条1項1号による保護を受ける可能性がある以上、その保護をもって満足すべきであり、かような保護を受けることができないシリーズ商品の形態は、「法的保護」に値する利益とはいえないという反論も考えられる。

しかし、裁判所は、シリーズ商品を構成する個々の商品の形態について二次的出所表示機能の獲得が主張・立証されない限り、その商品形態の「商品等表示」性を認めない傾向にある（例えば、大阪地判平14・11・28裁判所ホームページ（平13（ワ）11198）「現代仏壇（第二）事件（第一審）」）。

ところが、シリーズ商品は、本来一体の商品群として広告・宣伝され、その統一的なデザインや着色によって他の商品群との識別をはかっているのが通常であるから、個々の商品の商品形態に着目してその出所表示機能の有無を問題とすればその主張・立証はおのずと困難となる。

- 15) 梅谷真人『データベースの法的保護』（信山社出版）40頁、金子博人「高度情報化社会におけるデータベースの法的保護〔下〕」NBL348号11頁、小泉・前掲注2）30頁、蘆立・前掲注2）26頁。
- 16) 白石忠志「データベース保護と競争政策〔上〕〔下〕」公正取引562号45頁、563号64頁、相山敬士『ソフトウェアの著作権・特許権』61頁、播磨良承編著『情報社会における知的所有権Ⅱ』

（ぎょうせい）260頁（拙著部分）、拙著「データベースの利用をめぐる契約関係」法律時報62巻2号24頁。

- 17) 蘆立・前掲注2）25頁、平嶋・前掲注2）65頁、上野・前掲注2）28頁。
 - 18) 拙著・前掲注2）知財管理53巻6号981頁（該当部分991頁乃至992頁）。
 - 19) 潮見佳男〔YOL見出し事件判批〕コピライト538号51頁、茶園成樹〔YOL見出し事件判批〕知財管理56巻7号1063頁、水谷直樹〔YOL見出し事件判批〕発明103巻1号58頁等。
 - 20) 潮見・前掲注19）54～55頁。
 - 21) 茶園・前掲注19）1067頁。
 - 22) なお、紙幅の関係で、本文で詳述できないが、「YOL見出し事件」と同様に、従来の判例の要件を緩和したと認められる判決として、冒用の対象となった成果物が著作権法の保護を受けないとしつつ、執筆者が執筆した文献の発行・頒布による経済的利益を「法的保護に値する」利益とし、冒用者が営利の目的をもって他人の文献中の成果（文章・図表・各章における項目立てや記載順）に依拠して執筆したことによって、執筆に要する時間・労力を節約した行為を「他人の成果物を不正に利用して利益を得たもの」として不法行為責任を認めた判決として、知財高判平18・3・15判時1937号132頁「通勤大学シリーズ事件」がある。
- この判決は、YOL見出し事件知財高裁判決と異なり、当該成果物が取引の対象とされる独立した価値に着目したわけではなく、従来の判決と同様に、一応①先行者が成果物において独自の工夫をするなど一定の資本・労力を投下していること、②冒用者が先行者の成果物のうち、上記①によって作成された本質的部分をほぼそのまま模倣していること、③当該模倣によって冒用者に時間・労力の節減等の利益があることという規範に従った判断をしている。
- しかし、それにしても①の成果に投下された資本・労力の多くが文献作成上のアイデアと同質といっても過言でなく、③の冒用者の利益も執筆時間の節減といった程度のもので、それが冒用者にとって先行者との競争上どの程度の有利性をもたらしたのか不明である。
- おそらく、判決の背後には、裁判所として冒用行為を「見逃しえない」何ものかが存在するの

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

であろうが、判決文にあらわれた程度の実事によって不法行為が認められてしまうとすれば、不法行為法による他人の成果の冒用規制は事実上とめどなく拡大してしまうおそれがある。

特に知財高裁が、この分野においても法（規範）創造機能をはたすことを期待されていることを鑑みれば、もう少し突っ込んだ丁寧な判示が必要ではないだろうか。

- 23) このような理論に肯定的な判決として、東京地判昭52・3・17判時868号64頁「広告用ガス気球事件」、高知地判昭59・10・29判タ559号291頁「長尾鶏事件」、神戸地伊丹支判平3・11・28判時1412号136頁「クルーザー事件」等、否定的な判決として、東京地判平14・7・3判時1793号128頁「かえでの木事件」。
- 24) 井上由里子〔ギャロップレーサー事件（上告審）判批〕ジュリスト臨時増刊1291号（平成16年度重要判例解説）272頁。
- 25) 伊藤真「物のパブリシティー権」『田倉整古稀

知的財産をめぐる諸問題』（発明協会）507頁，三浦正広〔ダービースタリオン事件（東京地判平13・8・27）判批〕判例評論521号31頁（判時1782号201頁），新井みゆき「物のパブリシティー権」同志社法学52巻3号148頁。

- 26) パブリシティーを不正競争防止法等の標識法で保護する可能性を指摘するものとして，井上由里子『『パブリシティーの権利』と標識法体系』工業所有権法学会年報25号37頁等。
- 27) 拙著・前掲注2）知財管理49巻3号365頁（該部分375頁）。

なお，従業員の退職前の競業準備行為が不法行為と認められた例としては，大阪地判昭63・9・9判時1314号103頁「学習塾事件」，東京地判平8・10・21判時1619号85頁「東京コンピュータサービス事件」，大阪高判平10・5・29判時1686号117頁「日本コンベンションサービス事件」，東京地判平17・10・28判時1936号87頁「モデル紹介事業事件」等がある。

（原稿受領日 2007年3月16日）

