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――

Protection of Apparel Designs under Japanese Unfair Competition Prevention Act §2(1)(iii)
- Substantial Identity between Configurations of Goods from the Perspective of the Trend Creation Process -

関　　真 也*
Masaya SEKI

〔抄録〕

アパレル産業において模倣が常態化しているといわれる背景の 1 つには，「流行」の存在がある。毎シーズン，流行を取り入れたアパレル製品を市場に投入することが，アパレル企業が継続的に利益を得て存続していくための不可欠の戦略である。そこには，アパレル企業等が互いに情報のやりとりを行うことを通じて一定のトレンドの方向付けを行い，それをもとに各社がディテールを付加していくことにより，「適度に」類似した商品群を市場に行き渡らせ，それらに共通して採用されたデザインが流行であると一般消費者に認識させるというプロセスがある。

そうだとすると，「流行」のデザインは，アパレル産業に属する企業，組織等が一体となって方向付けを行った（抽象的な）トレンドそのものと，それを超えて各社が工夫を加えたディテールの部分とに区別することができるのではないか。本稿では，このような区別を前提としたうえで，前者は自由利用の対象とし，後者は模倣から保護する必要性が高いという仕分けをすることが，アパレル産業の発展に資すると仮定した。

アパレルデザインを保護する知的財産法はいくつかあるが，特に重要性が高いのは不正競争防止法 2 条 1 項 3 号である。同号による保護は，意匠権等と異なり，登録を要せず直ちに保護が開始されるという特徴があり，短いシーズンの間に利益を上げなければならないアパレル製品のデザインの保護に適しているからである。

そこで，本稿は，アパレル産業の発展のためには「流行」との関係を踏まえて不正競争防止法 2 条 1 項 3 号による保護の範囲を画することが重要であると考え，同号の中でも客観的な保護範囲を画する重要な要件である実質的同一性に焦点を当て，需要者基準，先行者基準及び後行者基準という異なるアプローチの関係を分析したうえで，「流行」の生成プロセスを踏まえた実質的同一性の解釈を検討した。

* 関真也法律事務所 弁護士・ニューヨーク州弁護士 / 東海大学総合社会科学研究所 研究員
Attorney at Law (Japan and New York), The Law Office of MASAYA SEKI / Researcher, Tokai University Social Science Research Institute

1. はじめに

(1)「流行」のメカニズム
――模倣が生じる背景として――

アパレル産業では，デザインの模倣が常態化しているといわれることがある[1)]。その背景には，「流行」を生み出すことによって市場を活発に循環させるメカニズムがある。

「流行」とは，「それまでの型・様式が些末な点で変更されたものにすぎないが，一定の規模で採用されているために，それに従わなければならないと我々に思わせるような集合現象」であるとされる[2)]。マス市場で商業的成功を収めるためには，模倣を一定程度許容し，「適度に」類似したデザインを多くの者に採用させるのが効果的であるといわれる[3)]。このとき，そのデザインは一般消費者によって「集合現象」であると認識され，同調欲（自分だけ人から仲間はずれになりたくないという欲求[4)]）などとも相まって，そのデザインを備えた商品に対する需要が強く喚起されるからである。また，シーズンが変わるごとに消費者に新しい商品を手に取ってもらうためには，流行したデザインの商品を豊富に市場に投入するとともに，次に来る流行の情報を発信することによって流行の入れ替わりを加速させ，次のシーズンにはそれまでのものとは異なる新しいデザインの商品がほしいという消費者の需要を絶えず喚起する必要がある。これを実現するうえでも，デザインの模倣をある程度許容し，あるデザインの商品やそれに関する情報が市場に行き渡りやすい環境にした方が，とりわけマス市場をターゲットとするアパレル企業にとって合理的な面がある。

このため，「ファッション産業では，実際のシーズンの 2 年ほど前からトレンド情報が企業間でやり取りされて」おり，「この間に特定のトレンド情報が増幅されてアパレル製品の開発に活かされ，結果として適度な類似性を持つ製品群が生まれる」という[5)]。このトレンド情報のやりとりは，おおまかに次のような流れで行われる（後掲図 1《製品開発スケジュール》参照）[6)]。まず，実シーズンの約 2 年前に国際流行色委員会（インターカラー）が発表するトレンドカラーや，実シーズンの約 1 年半前にスタイリング・オフィスと呼ばれる将来のトレンドを予測・提案する企業が発表する「トレンドブック」によって，トレンドの方向付けが行われる。次に，実シーズンの約 1 年前に行われる生地の展示会を経て，実シーズンの約半年前にコレクションブランドのショーが開催され，その写真等がインターネット上に投稿されることなどにより，生地の色使いやデザイン，風合いなどが伝わる。こうして約 2 年前から仕掛けてきた流行が形となった商品が百貨店やセレクトショップといった高感度な消費者向けの小売店に並び始めると，その他のファッション企業は，店頭等でもトレンド情報を収集することができるようになる。

こうしてみると，アパレル製品のデザインには，実シーズンの約 2 年前から多数の企業，組織等の関与を通じ，多くのアパレル企業によって採用されることを意図して方向付けられた部分と，それ

《図 1：製品開発スケジュール[7)]》

をベースに個別のアパレル企業がさらに工夫を加えた部分（細部のディテールにアレンジを加え，又はあえて流行を外すことによって差別化を図った部分等）に大別できることがうかがわれる。前者は，集合現象となるべくして方向付けられた，当該シーズンのトレンドの核心になる部分であるから，デザインとして幅広く採用されることが許容されるべきものであるといえるのに対し，後者は，その工夫を加えたアパレル企業を保護すべき要請が比較的強いのではないかと仮定できると考えられる。

(2)不正競争防止法 2 条 1 項 3 号によるアパレルデザイン保護の重要性

流行が生まれては消滅し，また次の流行が生まれるというサイクルを確保し，活発な市場を維持するために一定の模倣を許容するとしても，それには限度がある。アパレル産業では，少なくとも春夏（SS）と秋冬（AW）という 2 つのシーズンがあり，商品ラインアップが入れ替わる。したがって，アパレル企業は，この短期間のうちに，デザインに対して行った投資を回収し，利益を上げなければならない。しかし，デザインに人気が出たとしても，限られたアパレル企業からだけしかそのデザインを入手できない状況にない限り，利益を上げるのは困難であることが指摘されている[8)]。特に，一般的に最も需要者の注意を惹きやすい販売開始直後の時期に模倣品が市場にないことは非常に重要であろう。とりわけ，新人デザイナーなどの場合には，デザインのラインアップが比較的少ないためリスクの分散がしにくく，しかも多くの場合，そのシーズンで上げた利益を元手に次のシーズンの準備を開始しなければならないので，模倣によって利益を奪われることは資金繰りに直結し，まさに死活問題である。

ところが，先行開発者からしかそのデザインを入手できない状況を確保することには，我が国の各種知的財産法のもとでは，理論的又は実務的な障壁がある（後掲図 2《各種知的財産法の特徴》参照）[9)]。最大の問題点は，意匠や商標として登録されるまでに時間を要する点であろう。特許庁の「特許行政年次報告書 2019 年版〈統計・資料編〉」によれば，2018 年における意匠及び商標のファーストアクション期間（出願から，審査官による審査結果の最初の通知が出願人に発送されるまでの期間）の年平均は，意匠が 6.1 か月，商標が 7.6 か月となっている。このため，意匠等が登録されるころには次のシーズンに移ってしまい，投資を回収する市場環境を守る役割は果たし難い。周知・著名性の獲得に相当の時間と費用を要することが多い不正競争防止法（以下，単に「法」ということがある。）2 条 1 項 1 号及び 2 号についても，同様の問題がある。著作権法で保護されればそのような時間を要しないが，アパレル製品を含む実用品のデザインに関しては，保護が確立されていない[10)]。

そこで，保護の範囲及び期間は限られるものの，登録等を要せず直ちに保護を受けることができる法 2 条 1 項 3 号（以下，単に「3 号」ということがある。）が重要となる。現に，アパレルデザインの保護が求められた裁判例では，3 号が請求の根拠とされたものが多い。しかし，流行のデザインに対する 3 号による保護をむやみに拡大すると，活発な市場の循環を停滞させ，かえってアパレル産業の発展を阻害することになるおそれがある。

本稿のテーマは，3 号は「流行」のデザインをどう保護するかである。すなわち，前述した模倣が生じるメカニズムを踏まえて，アパレルデザインを 3 号によっていかなる範囲で保護し，また保護しないことがアパレル産業の発展に寄与するのか

《図 2：各種知的財産法の特徴》

種　類 《登録の要否》	保護対象	保護を受ける立場から見た長所／短所
意匠権 《必要》	物品の形状・模様・色彩，これらの結合	◎ 物品の部分のデザインも保護可能（部分意匠） ◎ 独立創作でも侵害が成立 ● 要求される独創性のレベルが高い ● 登録に至るまで費用と時間がかかる
商標権 《必要》	出所識別標識	◎ 半永久的な保護が可能 ◎ 独創性が必須ではない（識別に足りる特徴は必要） ◎ 独立創作でも侵害が成立 ● 登録／周知・著名性の獲得に費用と時間がかかる ● 出所識別標識としてではない使用には対処できない
不競法 2 条 1 項 1 号・2 号 《不要》	周知又は著名な 出所識別標識	
不競法 2 条 1 項 3 号 《不要》	商品の形態 （形状・模様・色彩・光沢・質感）	◎ 保護を受けるために登録等の手続も独創性も不要 ● 保護の範囲・期間が限定的 ● 独立創作には対処できない
著作権 《不要》	創作的な表現 （美術の著作物等）	◎ 創作と同時に自動的に権利が発生 ◎ 要求される独創性のレベルが低い ◎ 保護期間が長い ● 独立創作には対処できない ● 機能的な工業製品のデザインが保護されにくい傾向

を探求しようとするものであり，特に，実質的同一性の判断手法に焦点を当てる。そこで，後述 2 において，近時のアパレル関連の裁判例を参照しつつ，実質的同一性の判断枠組みを分析する。そのうえで，後述 3 において，流行と実質的同一性の関係について考察する。

なお，3 号によるアパレルデザインの保護が問題となった裁判例の網羅的な検討については，近時の詳細な先行文献があるので[11]，そちらをご参照いただきたい。

2. 実質的同一性の判断方法

(1)3 号の趣旨

3 号は，他人の商品の形態（当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く。）を模倣した商品を譲渡等する行為を不正競争とし，差止請求（法 3 条）及び損害賠償請求（法 4 条）の対象とするとともに，不正の利益を得る目的でこれを行った者に対する刑事罰が定められている（法 21 条 2 項 3 号）。ここにいう「商品の形態」とは，需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様，色彩，光沢及び質感をいう（法 2 条 4 項）。また，「模倣する」とは，他人の商品の形態に依拠して，これと「実質的に同一」の形態の商品を作り出すことをいう（法 2 条 5 項）。保護期間は日本国内において最初に販売された日から起算して 3 年間であり（法 19 条 1 項 5 号イ），また，善意かつ無重過失の転得者に関する適用除外がある（同号ロ）。

3 号の趣旨は，市場先行の利益という新商品開発のインセンティヴを保証することにあるとされる[12]。立法時の資料によれば，「先行者の成果を学び，その上に新たな成果を築くことは社会の健全かつ持続的な発展に資することであり，あらゆる模倣を一般的に禁止することは，自由な競争を阻

害し，かかる発展を妨げることになる」が，「近年の複製技術の発達，商品ライフサイクルの短縮化，流通機構の発達等により，他人が市場において商品化するために資金，労力を投下した成果の模倣が極めて容易に行い得る場合も生じており，模倣者は商品化のためのコストやリスクを大幅に軽減することができる一方で，先行者の市場先行のメリットは著しく減少し，模倣者と先行者の間には競争上著しい不公正が生じ，個性的な商品開発，市場開拓への意欲が阻害されることになる」ため，「個別の知的財産権の有無に係わらず，他人が商品化のために資金，労力を投下した成果を他に選択肢があるにもかかわらずことさら完全に模倣して，何らの改変を加えることなく自らの商品として市場に提供し，その他人と競争する行為（デッドコピー）は，競争上，不正な行為として位置付ける必要がある」とされていた（下線は筆者が付加した。）[13]。

(2)3 つの観点

かかる制度趣旨からすれば，実質的同一性の有無を検討するに際しては，次の 3 つの観点を総合的に考慮する必要がある。すなわち，①需要者に強い印象（商品選択の動機）を与えるのはどの部分の形態かという観点（以下「需要者基準」という。），②先行者の商品の形態のどの部分が，先行者が資金・労力を投下した成果であるかという観点（以下「先行者基準」という。），及び③後行者が加えた改変にどの程度の新たな資金・労力が投下されたかという観点（以下「後行者基準」という。）である[14]。

まず，先行者の商品の形態を模倣した商品で先行者と市場で競争することを禁止することによって市場先行の利益を確保するという 3 号の趣旨によれば，需要者に強い印象を与えるがゆえにその商品の競争上の優位性と強く結び付いている部分の模倣こそ禁止すべき必要性が高いのであるから，需要者基準をベースに検討する必要がある[15]。なお，同じく 3 号の趣旨によれば，ここにいう「印象」とは，より具体的には，先行者と後行者の商品の市場における競争に影響を与え得るもの，すなわち商品選択に影響を与える形態的要因を意味するものとして捉えるべきものと考えられる[16]。次に，先行者が資金・労力を投下した成果を保護するという 3 号の趣旨によれば，先行者の資金・労力が投下されていない部分が模倣されたことをもって禁止の対象にする必要はないから，先行者基準の考慮も必須である。現に，裁判例は，明文はないものの，3 号の趣旨に照らし，「商品全体の形態が同種の商品と比べて何の特徴もないありふれた形態である場合には，特段の資金や労力をかけることなく作り出すことができるのであるから，このようなありふれた形態は，同号により保護される「商品の形態」に該当しないと解すべきである」としている[17]。最後に，同号は，先行者の成果の上に「新たな成果」を築くことは健全な競争の範疇の中にあるものとして位置付けているから，後行者による改変が，資金・労力を投下して築かれた新たな成果とはいえない場合には，その後行者の行為を適法とする必要性は乏しくなる。よって，後行者基準からの検討も不可欠であろう[18]。

このように，3 号の趣旨によれば，上記①から③の観点は，いずれか一つを採用しなければならないものではなく，いずれの観点をも取り込んで 3 号の保護範囲を説明することが可能である。むしろ，そのいずれをも考慮しなければ，個別具体的な事案において 3 号の趣旨に沿った妥当な解決が実現できないおそれがあるとすらいえる。その意味では，それぞれの観点を「基準」と呼んではいるが，位置付けとしてはいずれも考慮要素である。

(3)どの観点に重点を置くか？

すると問題は，いずれの観点に重点を置くかである[19]。これは個別の事案に応じて検討すべき問題であると解される。以下，アパレル関連の裁判例を参考にしつつ，整理を試みる。

(ｉ)需要者基準による基本的考察

「商品の形態」とは，需要者が知覚によって認識できる形状等をいうと定義されている（法2条4項）[20]。また，先行者が資金・労力を投下した成果は，通常，需要者に対して強く印象を与える部分の形態（セールスポイント）として表れる[21]。そうだとすれば，需要者に対して強く印象を与える部分は，先行者が資金・労力を特に投下した部分と一致することが多いであろうから，その部分に焦点を当てて対比するのが合理的である。これらを踏まえると，大まかな傾向として，客観的・物理的な形態として対比して，需要者に対して強い印象を与える部分が共通していれば実質的同一性が認められ，その部分が相違していれば実質的同一性が否定されるというように一応整理することができる。

もっとも，どの部分が商品選択の場において需要者に強く印象を与える部分であるかは，形態の物理的・客観的な側面（その部分が全体に占める大きさ，他の部分とのコントラストなど）だけから決まるのではなく，その商品の機能，効果，用途，使用場面，需要者層等も影響するから，取引の実態に応じた具体的な検討も避けることはできないと思われる。例えば，東京地判平成17年4月27日（平16(ワ)12723）［アメリカンスリーブ］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り，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などにおいて共通したノースリーブのワンピースにつき（後掲図3《アメリカンスリーブ事件》参照），一見すると類似した印象を与えないわけではないとしながらも，「袖ぐりについては，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ほか，肌の露出度合の観点での印象が大きく異なるのであって，商品購入の際の重要な考慮要素となる形態の相違である。また，マーメイドラインと呼ばれるシルエットであるか，Aラインと呼ばれるシルエットであるかについても，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という相違があり，着用時の全体的な印象が大きく左右されることから，前記同様に商品購入の際の重要な考慮要素となる形態の相違である」とし，これらの相違点を重視して実質的同一性を否定した。この事案では，相違点が全体に対して占める割合といった物理的・客観的な側面だけを見れば，さほど目立つ相違ではないと評価することもできると思われる。また，例えばAラインやマーメイドラインは，女性用ドレスのライン，シルエットとしては典型的なものであるから，その開発自体には資金・労力が大きく投下されたとも言い難いであろう。そうすると，先行者基準や後行者基準によれば，実質的同一性を否定する必要性は乏しいと評価し得る。しかし，需要者による商品選択の具体的な場面を想定し，一方の商品を購入しようとする需要者がそれに代えて他方の商品を購入しようとするという関係性に乏しいなど，先行者が投資を回収して利益を上げることを不当に困難ならしめるような競合関係にないと評価できる程度に，商品形態に由来する機能，効果等が異なるのであれば，後行者による販売を許容しても3号が保護しようとする健全な競争は阻

害されないと解することができるから，実質的同一性を否定することも結論として妥当であるといえる（この観点からアメリカンスリーブ事件を見るならば，同事件における前記相違点がそのような評価ができるほどの相違点であったかどうかが，同事案における問題の核心であったということになる。）。かかる結論は，3 号が先行者利益を保護するものであって，創作性を保護するものではないという点からも支持される。このような競合関係がない事案においては，少なくとも具体的な取引の実態を考慮してよいという立場に立つならば，先行者基準及び後行者基準よりも，需要者基準が重みを持つと解される[22)]。ただし，実質的同一性の有無を判断するに際して取引の実態を考慮するとしても，登録制度のない 3 号において適切な保護範囲を画するためには，考慮し得る取引の実態等も，その商品の形態そのものに由来する機能，用途等であるとか，従来商品の形態との差分ないし距離など，商品形態から客観的に把握できるものに限られるべきであろう。

また，物理的・客観的な側面において目立つ部分が共通していても，それが衣服としての基本的形態であって特徴のない部分である場合は，特徴的な部分が相違する限り，商品全体の形態として実質的に同一とはいえない（東京地判平成 30 年 7 月 30 日（平 29(ワ)30499）［フリル袖付きノースリーブブラウス］）（後掲図 4 参照）。

《図 3：アメリカンスリーブ事件[23)]》

左側が原告商品 1，右側が被告商品 1

《図 4：フリル袖付きノースリーブブラウス事件[24)]》

原告商品 1

被告商品 1

（ⅱ）先行者基準及び後行者基準による修正

次に，需要者基準をベースに一応得られた結論を修正するものとして，先行者基準及び後行者基準からの検討が行われることもあり得る。例えば，共通する部分が先行者の資金・労力が投下された部分ではないときは，その共通点は実質的同一性を肯定する強い理由とはならない方向に評価されることがある。他方，相違する部分が後行者による資金・労力が投下された部分であるときは，実質的同一性を否定する方向に斟酌される。なお，資金・労力が投下された部分であるかどうかは，通常は，先行商品の形態と，その先行商品の開発・商品化が完了するまでに存在した従来商品の形態との差分ないし距離によって客観的に認定されるものであり[25)]，その部分の開発・商品化に実際にかけた費用の金額や時間によって判断されることは少ない。特定の部分だけに投じた費用等を具体的に主張立証することが困難であるという事情もあると思われるが，裁判例でも，「デザインを決定するにあたり，相当の時間と費用を投入するなどしたことは，結果としてできあがった原告商品の形態が，この種商品が通常有する形態に該当しないことを根拠付けることになるものではない」としたものがある[26)]。たしかに，いくら時間と費用をかけて開発しようとも，できあがった商品形態がありふれたものである場合等には，それを特定の者に専用させることは同種の商品間における発展的な競争を阻害するから，保護を肯定する方向に斟酌することはできない。一方で，先行者が資金・労力を投下した成果の模倣を禁止することによって市場先行の利益という新商品開発のインセンティヴを保証するという 3 号の趣旨を強調すると，投下した資金・労力をそのまま保護の可否及び範囲に反映した方がよいと考える余地もある（例えば，ありふれたものでない複数のデザイン要素を組み合わせた先行者の商品の形態のうち，先行者がその中でも特に多くの資金・労力を投下していた部分がある場合に，その金額の多寡等の事情をもって，当該部分の共通性を，実質的同一性を肯定する方向に強く評価するといった形で反映することが考えられる。）。しかし，保護すべきなのはあくまで形態という「成果」であるし，登録制度がない 3 号において形態そのものに表れない事情を考慮しすぎるのもかえって発展的な競争を阻害しかねないから，従来商品の形態との距離から客観的に判断できるようにすることは重要で

ある。

先行者基準及び後行者基準という観点との関係で注目すべき近時の裁判例として，知財高判平成31年2月14日（平30(ネ)10058）［婦人服］・同第一審東京地判平成30年4月26日(平27(ワ)36405)がある。同判決から，以下の2点を取り上げたい。

第一に，「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べきである」という一般論を述べている点である。この判示部分は，需要者の認識に触れている点で需要者基準に基づいた理論構成を採っているようにも見えるが，同時に，資金・労力を投下する主な対象は色彩以外の点であることにも言及しているから，先行者基準又は後行者基準にも則っていると解される。しかし，婦人服における色彩の相違が需要者による商品選択に影響を与え得ることは否定し難いように思われる。そうだとすれば，需要者基準によると，色彩の相違は，実質的同一性を否定する方向に斟酌されると考えた方が自然である。需要者基準から当該判示部分を理解しようとするならば，「色違い」の商品については，色彩が違くともそれ以外の形状等が同じでありさえすれば，市場において互いに需要を奪い合うような競合関係にあるといえるという理解が前提にあると考えられる。しかし，需要者が一般に「色違い」の商品が広く存在することを認識していることだけでは，その前提が根拠付けられるとは必ずしもいえないと思われる。それでも需要者は，できるだけ自分の外見や着用場面等に合った色彩の婦人服が欲しいからである。時には「この色の服が欲しい」という選び方をすることもあるだろう。たしかに，形状等が同一で色彩だけが異なる場合，原則として3号の規制を及ぼすべきであるという結論自体に異論は少ないと思われるが，婦人服における色彩の機能，用途等に鑑みれば，それは，需要者が受ける印象が同じだからではない。結局，当該判示部分は，先行者基準又は後行者基準によらなければ説明が困難である。そうすると，色彩のみが異なる場合に，それが実質的同一性の判断に影響を与えるのは，色彩の選択に資金・労力が投下されたと認められる場合であるはずだから，当該判示部分にいう「顕著に異なる印象を与えるようなものである場合」というのは，需要者基準に沿って商品選択への影響という文脈で理解するのではなく，従来商品に見られない色彩，あるいはさらに厳しく，その種の商品には相応しくないなどの理由で避けられてきた色彩を用いていることなどによって，従来品とは客観的に「顕著に異なる」ために，その色彩への改変に資金・労力の投下があったと認められる場合を指すものと理解するべきことになる。

第二に，原告商品4（被控訴人商品4）と被告商品4（控訴人商品4）の実質的同一性の判断についてである（後掲図5《婦人服事件》参照）。第一審判決は，原告商品3は「特徴的な大きな花柄モチーフ……による印象が非常に強」いなどと述べて，被告商品3との実質的同一性を肯定している。それと同時に，第一審判決は，原告商品4（原告商品3と同じもの）と被告商品4につき，「両商品では，大きな花柄モチーフの有無で相違しており，この相違点は必ずしも微差とはいえない」としな

《図５：婦人服事件[27)]》

被告商品３（左）と原告商品３（右）

被告商品４（左）と原告商品４（右）

がら，「しかし，原告商品４における大きな花柄モチーフを除くと，両者は細かい部分まで極めて類似しており，商品全体としてみた場合，類似性は非常に高いというべきである」として，実質的同一性を肯定した。控訴審判決も，「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。」「そして，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，実質的同一性を肯定した。

このように，同判決は，大きな花柄モチーフが特徴的で印象が強いと認めつつ，その有無によって原告商品４と被告商品４の実質的同一性を否定していない。かかる判示部分については，いくつかの解釈があり得る。まず，需要者基準で見た場合（第一審判決は明確ではないが，控訴審判決は需要者基準を念頭に置いているものと思われる。），商品の一部から生じる印象が共通することによって実質的同一性が肯定される場合があるということである。しかも，そのように実質的同一性が肯定される範囲はそれなりに広いものとなり得る。つまり，ある特徴的な部分が共通している場合において，その他にも目立つ特徴的部分があり，かつその他の部分は共通していないときであっても，実質的に同一の商品形態であると認められる場合がある。もっとも，同事件は，花柄モチーフを除いた部分は商品全体の大きな割合を占める複雑かつ特徴的な形態であったことなどから，部分の模倣であるとはいえ，その模倣が全体としての「商品の形態」の模倣と評価し得ると認めやすい事案であったと思われる[28)]。

次に後行者基準で見た場合，改変内容が新たな資金・労力の投下を要しないものであり，あるいは先行者の商品に比べて費用等を掛けない方向に改変するものである場合には，たとえそれが特徴的な部分に対する改変であっても，実質的同一性

は否定されないと解釈する余地がある（第一審における原告の主張を参照。ただし，判決は理由中でそこまで具体的に述べてはいないので，あくまで理論的可能性にすぎない。）。前掲図 5《婦人服事件》のとおり，被告商品 4 は，原告商品 4 から花柄モチーフを取り除き，他の部分と同じ生地であって特段のデザインが新たに加えられていない生地に置き換えたものである。この改変を，見た目は大きく変わるものの，新たな資金・労力の投下を要しない改変と捉えることができるとすると，後行者基準によれば実質的同一性を肯定し得る。このように解した場合，原告商品 4 を改変して被告商品 4 を作り出すことは「模倣する」ことであるが，逆に，被告商品 4 から原告商品 4 のような形態の商品を作り出すことは，「模倣する」ことには該当しないと判断され得る。後者の場合には，花柄モチーフを追加することに新たな資金・労力が投下されたと評価し得るからである。

このように，婦人服事件における原告商品 4 と被告商品 4 の実質的同一性に関しては，様々な評価があり得る。特に，アパレル分野における部分的な模倣に関して参考になるであろう。婦人服事件判決は，特徴的な部分が複数ある場合において，その一部だけコピーされたときでも，実質的同一性の範囲内に含まれる可能性を示している点で特徴的である。

なお，理論的には，ある商品において複数の特徴的部分がある場合において，その一部の部分が共通することをもって実質的同一性を肯定するためには，その複数の特徴的部分相互間にデザイン上の関連性がないことを要求する解釈もあり得よう。一部への改変が他の部分の印象に影響を与えたり，改変された部分とそれに関連する他の部分のデザイン，機能等との調和を保つために資金・労力が投下されたりすることもあり得ると思われるからである。

3.「流行」と実質的同一性の関係

(1)需要者基準及び先行者基準からの検討

以上を踏まえ，実質的同一性の判断における「流行」の位置付けを検討する。

まず，需要者基準を重視する場合，流行に合ったデザイン部分は，実質的同一性の有無に大きな影響を与えると考えられる。なぜなら，流行に合っているかどうかは，需要者が商品を選択する際の重要な判断材料になり得るからである。

しかしながら，流行に合ったあらゆるデザインについてこの考え方をとると，不都合が生じる。実質的同一性を肯定することによって特定の者による流行の専用を認めると，そのシーズンの流行による利益を特定の者が総取りすることになるおそれがあるからである。そもそも，特定の者が専用するとそのデザインは集合現象と認識されないから，流行さえ生じないことにもなり得る。そうすると，新しい商品に対する需要が活発に向けられる市場を毎シーズン作り出すこともできず，やはりアパレル業界の衰退につながりかねない。したがって，自由な利用を許すべき流行のデザインと，専用を許しても差し支えないデザインとを区別し，それぞれに適切な理論的根拠を与えなければならない。

この点，前述 1（1）のとおり，アパレル製品のデザインのうち，色，素材，シルエットなど抽象度の高いデザイン要素については，インターカラー，トレンドブックなどによるトレンド生成プロセスの中で，複数の組織等の関与のもとに，ある程度方向付けられていくものである。このプロセス自体にも，調査，企画，開発等の費用が相当に掛けられているのであるが，一社だけで先行開発するものではないし，それだけで商品全体の形態

になるものでもないから，そのデザイン要素だけで3号による保護の対象となるものではない。

これに対し，そうして方向付けられたトレンドを踏まえて，各社が工夫を加えていくことによって，個別具体的な開発・商品化の成果である商品の形態が出来上がっていく。つまり，各社の工夫が表れる形態は，必然的に，大勢で作り上げたトレンドそのものではなく，それに合わせて，又はそれをあえて外すことによって差別化して，各社が作り込むディテールの部分であり，それを手厚く保護するべきなのであって，それ以外は自由利用に委ねた方が，産業構造に適っているということができそうである。この区別をもとに，保護と自由利用も仕分けをしていくことが考えられる。

ここで役立つのが,先行者基準の考え方である。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は,具体的な商品の開発・商品化を行う特定の企業ではなく，外部の組織等が数多く関与することによって作り上げられる。そうすると，その段階で作り上げられるデザイン要素は，それだけを見れば，商品の開発・商品化を行う先行者が自ら資金・労力を投下した成果ではないことになる。したがって，先行者基準によれば，そのようなデザイン要素は実質的同一性の判断において重視する必要性は低いということになる（もちろん，そのようなデザイン要素以外の形態又はその要素を含む商品全体の形態として保護の対象となることはあり得る。あくまで，そのようなデザイン要素は，商品形態の実質的同一性を判断する際に重視されないことがあるということである。また，スタイリング・オフィスが「トレンドブック」に掲載するなどしたトレンド情報の法的保護については，営業秘密，不法行為，契約等によって，事案に応じて別途検討する必要がある。)。

かかる結論は，流行に合ったデザインを，ありふれた形態又はそれに類するものとして位置付けることにより，支持されることになろう。現に流行したデザインであれば，このように説明できる場合が多いであろう。あるいは，請求主体性に関する議論を参考に，自ら資金・労力を投下した成果ではない部分について保護を求める立場にない以上，完成品であるアパレル製品においてその部分が共通することを実質的同一性の判断において重視するべきではないと整理することも考えられる[29)]。このように考えた場合には，流行になろうとする特定のデザインを取り入れた多くの商品が市場に出る前の段階（そのデザインがありふれた形態であるとは未だいえない段階）からでも，業界全体の取組みによってトレンドとして方向付けられたデザイン部分が，3 号の保護範囲から除外されやすくなる。

これに対して，方向付けがされた抽象的なトレンドの段階を超え，各社の工夫，個性が発揮されるディテールの部分は，まさに各社が自ら資金・労力を投下した成果であるから，強い保護の要請が生じる。また,これをその企業に専用させても，集合現象たるトレンド自体は前述のとおり利用することができるから，各社が流行を採用しながら市場において競争すること自体が妨げられるわけではない。

このように流行との関係で3号を考えると，前述した裁判例の見方も変わっていくかもしれない。例えば，婦人服事件判決によれば，婦人服の色違いは，原則として形態の実質的同一性の判断に強い影響を与えないとされるが，アパレル企業としては，流行に合わせるか，それともあえて外すかというところに工夫のしどころがある。つまり，色彩ラインアップの選定にも相当の資金・労力が投下されているのであり，その点をいかに保護の

在り方に結び付けるべきかを再度問われることになる[30]。

(2)簡易・迅速な解決を図るという観点からの再考

ここまでは，取引における需要者の商品選択の実態，そして先行者又は後行者による資金・労力の投下の在り方を具体的に考慮することにより，流行とアパレル産業との関連性を踏まえたうえで，妥当な結論が導き得る大まかな判断枠組みを検討してきた。

しかし，3 号の解釈としては，商品形態の完全な模倣があった場合に保護範囲を限定することにより，なるべく客観的な形態を評価するだけで簡易・迅速に模倣問題を解決できるようにすべきであるという考え方がある[31]。とりわけ，アパレルデザインの模倣に関していえば，登録されるまでの間は意匠権や商標権による保護が受けられないというタイムラグ（前述 1（2）参照）を埋めるという 3 号の役割が果たされにくくする解釈・運用がとられることは,決して望ましくない。この点，取引の具体的な実態等を考慮する立場をとると，紛争の長期化を招き，実シーズン中の早い段階で保護を受けにくくなるおそれがある。他方で，具体的な実態等を考慮せずに簡易・迅速性をむやみに追求すると，実態に基づけば実質的に同一という必要のない形態の商品を販売した後行者が，短いシーズンの間に利益を上げる機会を奪うことになり，やはり好ましくない。ここに，実態に基づく妥当な解決を図る方向性と，簡易・迅速な解決を優先する方向性が対立することになる。これは 3 号という制度に内在する問題であるといえよう。

長くても半年という短いシーズンの中で先行者が利益を上げる機会を確保するためには，例えば仮処分手続では客観的な形態の同一性を重視した判断手法を採用して迅速な判断ができるようにし，仮処分決定を出す場合の担保金の額に配慮するといった対応を検討することも有益かもしれない。加えて，もちろん，事後的にではあっても先行者利益の確保に適した賠償額が得られるよう，本訴において十分な主張立証を尽くすことも重要である。

4. おわりに

本稿では，アパレルデザインを，「流行」の生成プロセスという観点から，アパレル産業に属する企業，組織等が一体となって方向付けを行ったトレンドと，それを超えて各社が工夫を加えた部分とに区別することができ，かつ，前者は自由利用の対象とし，後者は模倣から保護する必要性が高いという仕分けをすることがアパレル産業全体の発展に資すると仮定して，そのような保護の在り方を実現できる理論構成を検討した。

しかしながら，実際にはその区別が困難であることもあると思われる。また，実質的同一性の有無がかかる観点のみから決定されるわけでもないことも明らかである。

「流行」を基盤としたアパレル産業の発展を図りつつ，先行者の利益をバランスよく保護するためには，流行の生成過程に応じ，どの部分が産業全体によって使用されるべきものとして方向付けられたデザイン要素なのか，そしてどの部分がそれを超えた各社の工夫によるところなのかを解明することが重要である。本稿の執筆を通じて，アパレル産業の実情を理解し，それをいかに適切かつ十分な主張立証につなげるかということの重要性を再認識した次第である。貴重な機会を与えていただいたことに感謝申し上げたい。また,「流行」の捉え方やアパレル産業の実態に関しては，筆者において不勉強な点も多々あると思われる。これ

らについては，是非ご意見，ご指導を賜り，より実態とニーズに即した有益な議論に資するよう研究に邁進していきたい。

注）

1) 例えば，特許庁「2010 年度模倣被害調査報告書」の「III. 企業の取組例　模倣被害の傾向と対策」101-102 頁。アパレル企業が相互にデザインを模倣し合うことにより，市場に流通する商品のデザインが同質化し，低価格化や顧客離れを招いていることが近年叫ばれる「アパレル不況」の原因の 1 つであるという指摘がある（例えば，河合拓「ブランドで競争する技術」2 頁以下（ダイヤモンド社，2012 年）等を参照）。アパレル産業における製品の同質化の要因を調査・整理したものとして，北村真琴＝五月女由紀子「日系アパレル企業の成長モデル――成長段階と MD・デザイン戦略の関係性――」ファッションビジネス学会東日本支部講演論文集（9）91 頁（2015 年）がある。

2) 北村真琴「ファストファッション成立プロセスにおける行為主体間相互作用」東京経大学会誌（経営学）第 274 号 91 頁（2012 年）（川本勝「流行の社会心理」（勁草書房，1981 年）を引用）。そのほか，「流行」の成立過程等について，中島純一「ル・ボン，タルド，ジンメルにみる流行理論の系譜――集合行動論の観点から」東海大学紀要文学部 73 輯 84 頁（2000 年），森田雅憲「階級構造のない社会における流行現象の理論」同志社商学第 61 巻第 6 号 506 頁（2010 年）等も参照。

3) 北村・前掲注 2）91 頁は，「特にマスマーケットをターゲットとするアパレル企業はその製品開発において，同質化と差別化の適度なバランスを図らなければならないことになる。いくら流行しているからといって競合他社の製品の完全な模倣品を作るわけにはいかない。だが，「瑣末な点」にとどまらないほどの変更を加えたり，個性的な「とんがった」デザインにしたりすると，採用者が少なくなるために集合現象だと知覚されない。そのため，他社製品と「同じではないが別物でもない」という適度な類似性を持つ製品を開発することが重要になるのである。」と指摘する。

4) 小嶋外弘ほか「消費者心理と流行被服の開発」繊維機械学会誌 29 巻 11 号 495 頁，497 頁（1976 年）。

5) 北村・前掲注 2）91 頁。

6) この段落全般につき，北村＝五月女・前掲注 1）92 頁以下，北村・前掲注 2）　95 頁以下参照。

7) 経済産業省製造産業局「アパレル・サプライチェーン研究会報告書」（2016 年 6 月）の参考資料 15 枚目より抜粋。

8) Thomas Farkas「日本におけるファッションデザインの完全な模倣からの保護」知財研フォーラム 94 号 50-51 頁（2013 年）。

9) 各種知的財産法によるファッションその他短サイクル商品のデザインの保護の困難性につき，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 第 84 号 45 頁（2019 年），伊原友己「商品形態の模倣と抽象的特徴の同一性」三枝英二＝小谷悦司還暦『判例意匠法』961 頁，965 頁（発明協会，1999 年），拙稿「ファッションローの全体像～ファッションデザイン保護のあるべき姿を考える前提として～」発明 116 巻 3 号 62 頁（2019 年）参照。

10) ファッションデザインの著作権法による保護については，中川隆太郎「判批（Chamois 事件）」著作権研究 45 号 191 頁（2019 年），拙稿「ファッションデザインの「美的特性」と「表現上の本質的な特徴」の探究――著作権法による保護の可否と範囲――」感性工学 17 巻 2 号 53 頁（2019 年）参照。

11) 泉・前掲注 9)。

12) 田村善之「不正競争法概説〔第 2 版〕」282-85 頁（有斐閣，2003 年）。

13) 産業構造審議会知的財産政策部会「不正競争防止法の見直しの方向」平成 4 年 12 月 14 日。

14) これらの観点をもとに実質的同一性の判断枠組みを整理する先行研究として，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 67 頁（2009 年）がある。

15) この点につき，「裁判例においても明確に論じられず固まっているわけではないが，需要者に対する取引場面における不正競争を規制するという法の趣旨からするならば，競業の在り方が需要者にどのように受け止められているかという視点が重要であり，そうであれば，実質的同一性の判断は需要者を基準とするのが相当ということになろうか」という指摘がある（髙部眞規子編「著作権・商標・不競法関係訴訟の実務〔第 2 版〕」480-81 頁〔森崎英二〕（商事法務，2018 年））。また，金井重彦ほか編「不正競争防止法コンメンタール」80 頁〔高橋淳〕（レクシスネクシス・ジャパン，平成 16 年）も参照。この観点に言及したと思われるアパレル関係の裁判例として，知財高判平成 31 年 2 月 14 日（平 30（ネ）10058）［婦人服］・同第一審東京地判平成 30 年 4 月 26 日（平 27(ワ)36405），東京地判平成 30 年 9 月 7 日（平 28(ワ)9003）［婦人用コート］，東京地判平成 30 年 7 月 30 日（平 29(ワ)30499）［フリル袖付きノースリーブブラウス］，知財高判平成 17 年 11 月 10 日（平 17(ネ)10088）・同第一審東京地判平成 17 年 4 月 27 日（平 16(ワ)12723）［アメリカンスリーブ］，東京高判平成 15 年 5 月 28 日（平 15(ネ)6392 等）・同第一審東京地判平成 14 年 11 月 27 日判時 1822 号 138 頁［カタログ販売衣料］がある。

16) 伊原・前掲注 9）967 頁は，「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。

17) 知財高判平成 31 年 1 月 24 日（平 30(ネ)10038）［サックス用ストラップ］。そのほか，近時の裁判例として，東京地判平成 30 年 8 月 30 日（平 28(ワ)35026）［婦人用コート］，東京地判平成 27 年 11 月 11 日（平 26(ワ)25645）［防災用キャリーバッグ］等参照。もっとも，ありふれた形態は需要者に強い印象を与えるものではないから実質的同一性の判断において重要視しないという説明も可能であると思われる。この考え方に近いも

のとして，例えば，前掲東京地判平成 30 年 7 月 30 日［フリル袖付きノースリーブブラウス］は，「原告各商品は，裾に向かって若干広がったノースリーブブラウスにフリル袖を縫い付けたブラウスであるが，ノースリーブブラウスの部分には特徴的な点はないから，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，フリル袖であるといえる」としたうえで，「需要者の着目するフリル袖の部分に……相違点……があるから，商品全体の形態として対比した場合に，原告各商品と被告各商品が全体として酷似しているということはできない」とし，実質的同一性を否定した。

18) 東京高判平成 10 年 2 月 26 日判時 1644 号 153 頁［ドラゴンキーホルダー］は，実質的同一性の判断において「改変の着想の難易」を考慮要素の 1 つとして挙げており，後行者の観点をすでに取り入れている。また，大阪地判平成 29 年 1 月 19 日（平 27(ワ)9648 等）［ブラウス等］は，「相違点に係るデザインは，この種の部位のデザイン手法としては，いずれもごくありふれたものである」などと述べ，かかる相違点があっても実質的同一性があると判断しており，必ずしも明らかとはいえないが，後行者の観点を考慮していると説明することも可能である。

19) 実質的同一性の「幅」に関する考え方について，村林隆一＝小松陽一郎「商品形態模倣行為における模倣の限界」三枝＝小谷還暦『判例意匠法』987 頁，997 頁以下（発明協会，1999 年）参照。

20) ただし，法 2 条 4 項は，「商品の形態」に含まれる形状等の範囲を規定するものであって，実質的同一性の判断に際して考慮し得る観点を，需要者に印象を与えるかどうかのみに限定するものではないと解される。例えば，商品の一部の形態がありふれたものである場合，それも「商品の形態」の一部ではあるが，実質的同一性を判断する際には，その部分に資金・労力は投下されていないとして，その部分を重視しないという考え方を採り得る。

21) 川瀬幹夫「不正競争防止法二条一項一号「他人の商品形態の模倣」について――ドラゴンキーホルダー事件より（東京高裁判決平成 10.2.26）」知財管理 48 巻 12 号 1937 頁，1945 頁（1998 年）参照。

22) この点に関して，需要者基準の問題点として，「侵害商品と被侵害商品の需要者が異なる場合に，需要者の認定により結論に大きな差が生じる可能性がある。特に，婦人服の需要者は，非常に細かいターゲットの設定がなされており，この点，適切な解決が図れない恐れがあると考える（例えば，ラグジュアリーブランドの商品を元にした，模倣品が存在した場合に，その需要者は大きく異なり，特に法 2 条 4 項に定める光沢及び質感は異質なものになることが必然である）。なお，需要者基準としておきつつ，対象商品の需要者が異なることに言及せず（かなり需要者を広く設定している），判断しているものがほとんどである」との指摘がある（小川徹・日本商標協会判決研究部会報告（2019 年 3 月 20 日）。

23) 裁判所 HP より。

24) 裁判所 HP より。

25) 蘭蘭・前掲注 14）93 頁脚注 58 は，「原告商品と従来商品の距離は，先行者の投下した開発コストを窺わせる事情となり，原告商品と被告商品の距離は，後行者の掛けた改変コストを窺わせる事情となると考えられる。このように，市場先行利益の保護という 3 号の趣旨を実質的同一性の判断に反映させるにしても，開発コストの多寡や投資インセンティヴの増減といった政策的衡量を端的に行うのではなく，（厳密さに欠けるにせよ）何らかの裁判規範として通用する基準に置き換える点に，先行開発者基準の一つの意義があるように思われる」と述べる。

26) 東京高判平成 17 年 1 月 31 日（平 16(ネ)4018）［収納ケース］。

27) 裁判所 HP より。

28) 東京地判平成 17 年 5 月 24 日判時 1933 号 107 頁［マンホール用足掛具］は，「不正競争防止法 2 条 1 項 3 号は，「他人の商品（中略）の形態（中略）を模倣した商品を譲渡し，貸し渡し，譲渡若しくは貸渡しのために展示し，輸出し，若しくは輸入する行為」を不正競争行為と規定しているのであるから，同号にいう「商品」とは，「譲渡し，貸し渡し，譲渡若しくは貸渡しのために展示し，輸出し，若しくは輸入する」対象となるものであること，すなわち，それ自体独立して譲渡，貸渡し等の対象となるものであることが必要である。したがって，商品の形態の一部分については，それ自体独立して譲渡，貸渡し等の対象となる部品である場合には，その部品の形態は「商品の形態」であるといえるが，商品の形態の一部分が，独立した譲渡，貸渡し等の対象でなく，販売の単位となる商品の一部分を構成しているにすぎない場合には，当該一部分に商品の形態の特徴があって，その模倣が全体としての「商品の形態」の模倣と評価し得るなど特段の事情がない限り，原則として，その一部分の形態をもって「商品の形態」ということはできない。」としている。同判決の評釈として，田中孝一「判批」中山信弘ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選』180 頁（2007 年），板倉集一「判批」小松還暦『最新判例知財法』523 頁（青林書院，2008 年）。

29) 例えば，東京地判平成 13 年 8 月 31 日判時 1760 号 138 頁［バーキン］は，法 2 条 1 項 3 号が「設けられた趣旨は，費用，労力を投下して，商品を開発して市場に置いた者が，費用，労力を回収するに必要な期間（最初に販売された日から 3 年），投下した費用の回収を容易にし，商品化への誘因を高めるためには，費用，労力を投下することなく商品の形態を模倣する行為を規制するのが相当であるとされたからである。したがって，法 2 条 1 項 3 号所定の不正競争行為について同法 4 条により損害賠償を請求することができる者は，自ら費用，労力を投下して，当該商品を開発して市場に置いた者に限られるというべきである。」とする。もっとも，請求主体性の議論は商品の形態全体の開発・商品化に対して費用・労力を投下したのは誰かという問題であるから，流行に合ったデザイン部分に対して費用・労力を投下したのは誰かという観点から実質的同一性の有無を検討するという問題と完全に同列であるとはいえない。

30) 小川・前掲注 22)。

31) 伊原・前掲注 9）968-69 頁。