

メタバースにおけるオブジェクトのデザイン保護と 創作活動への影響

——意匠法及び不正競争防止法2条1項3号を中心に——

**Protection for Designs of Metaverse Objects and Its Impact on Creative Activities
- Focusing on Design Act and Unfair Competition Prevention Act §2(1)(iii) -**

関 真 也*
SEKI Masaya

〔抄録〕

メタバース上の経済取引が活発化するのに伴い、他人の商品等のデザインを模倣したデジタルデータが提供される事例が注目を集め、意匠法、不正競争防止法2条1項3号をはじめとする各種知的財産法による保護の拡充が盛んに議論されるようになった。

この議論に際しては、模倣を受ける当事者の正当な利益を保護するのと同時に、クリエイターによる創作活動に対する萎縮的効果を生まないよう配慮するという要請もある。従来のゲーム等に代表されるコンテンツの創作活動は、他人の作品に依拠せず独自に創作する限り、偶然似通った作品になったとしても権利侵害にはならないという著作権法の規律に服し、これによって自由な創作活動が確保されている。メタバースは、こうしたコンテンツ創作の実態に近い側面がある。そこへ独自創作であろうと侵害が成立し得る意匠法の規律を持ち込むと混乱を招き、創作活動を萎縮させてしまうおそれがある。

この観点から画像意匠の保護の規律を見たとき、「操作画像」及び「表示画像」と、意匠法の保護対象ではない「コンテンツ」の区別が難しい場合があるとの議論に注意を要する。この区別が曖昧な場合、メタバース上のオブジェクトの保護が意匠法の規律に服するかどうかを容易に判別できず、結局、創作活動への萎縮的効果を生じるおそれがあるからである。

また、不正競争防止法2条1項3号に関しては、ネットワーク上で形態模倣商品を提供する行為を同法の適用対象とする法改正が見込まれている。この場合にも、例えばフィジカルな商品の形態を再現したデジタルデータを提供する行為が同法の「模倣」に該当するか否かを明確に判別できない場合、創作活動に対する影響が生じ得る。

これらの問題意識のもと、「画像意匠」と「コンテンツ」の区別、そしてデジタル領域における「模倣」該当性の考え方につき、条文、意匠審査基準、意匠登録例、裁判例等をもとに検討を試みる。

* 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 客員講師／日本バーチャルリアリティ学会認定上級VR技術者
Attorney at Law (Japan and New York), The Law Office of MASAYA SEKI / Visiting Assistant Professor, Tokai University Social Science Research Institute / Senior Virtual Reality Specialist, the Virtual Reality Society of Japan

1. はじめに

様々な商品・サービスの取引の場、さらに仕事や日常生活の多くの場面で、メタバース¹⁾を含むデジタル空間に拡がりつつある。これに伴い、独立して取引の対象となり、又はサービスの一部を構成するものとして、ネットワークを介して提供されるデジタルデータやこれを端末画面等に表示した画像の重要性が増している。とりわけ、従来フィジカルで行われてきた事業のデジタル化が加速していることを背景に、有体物である商品のデザインを模倣した画像等の無体物が作成・提供されるなど、フィジカルとデジタルが交錯した知的財産の利用が大きく取り上げられるようになった。近時の主な動きとして、NFT化した画像データの意匠法による保護が特許庁で議論され²⁾、また、経済産業省でも、ネットワーク上で形態模倣商品を提供する行為を不正競争防止法2条1項3号の適用対象とするため、同号の対象行為に「電気通信回線を通じて提供」する行為を追加することが適切であるなどの提言がされた³⁾。

メタバースは、2D又は3Dのコンピュータ・グラフィックス(CG)によって構成される三次元のシミュレーション空間であり、ユーザがヘッドマウントディスプレイ(HMD)、PC、スマートフォン等の端末を用いてアバターを操作することでコミュニケーション等の様々な活動を行うことができる点、UnityやUnreal Engine等のゲームエンジンを使用して制作される点等において、その創作活動の実態が従来のゲームをはじめとするコンテンツに近い側面がある。

コンテンツの創作活動は、主に著作権法の規律に服する。他人の作品に依拠せず独自に創作する限り、偶然似通った作品になったとしても権利侵害にはならないという規律である。これにより、比較的自由的な創作環境が確保されている。これに対

し、意匠法では、たとえ登録意匠の存在を知らずに創作したデザインがたまたま登録意匠と同一又は類似するものとなった場合でも、それを実施する行為は意匠権侵害となる(意匠法23条)。したがって、意匠法の規律においては、クリエイターは、独自に創作した画像であっても、それが他人の登録意匠と同一又は類似するかを確認しなければならないという負担が生じる。このような意匠法の規律を、コンテンツに近いメタバースの創作活動に持ち込んだ場合、クリエイターを混乱させ創作活動に萎縮的効果を生ずるおそれがあるとの指摘がある⁴⁾。

また、不正競争防止法2条1項3号の対象行為を拡充する前述の法改正が実現した場合でも、例えばフィジカルな商品の形態を再現したデジタルデータを提供する行為が同号の「模倣」に該当するか否かを明確に判別できない場合、創作活動に対する影響が生じ得る。

そこで、本稿では、クリエイターの創作活動に対する過度の萎縮的効果を生じないようにするという観点から、意匠法における画像意匠とコンテンツの区別という課題と、不正競争防止法2条1項3号の「模倣」該当性に関する課題につき、条文、意匠審査基準、意匠登録例、裁判例等をもとに、一定の判断枠組みを示すための検討を試みる。

2. 意匠法に関する問題

(1) 問題の所在

——画像意匠とコンテンツを区別する基準

メタバースは、オブジェクトのデジタルデータをプラットフォームその他のサービス提供者のサーバやユーザの端末等との間でやりとりし、これを画面に表示することで実現される。このため、いわゆる画像意匠の取扱いが重要である⁵⁾。

意匠法上、あらゆる画像が保護対象となるわけ

ではない。意匠法上保護される画像意匠であるといえるためには、何らかの機器の機能に関する画像であることを要する。すなわち、画像意匠とは、画像のうち、①機器の操作の用に供されるもの（以下「操作画像」という。）又は②機器がその機能を発揮した結果として表示されるもの（以下「表示画像」という。）を指すものと定義されている（意匠法2条1項）。これに対し、「テレビ番組の画像、映画、ゲームソフトを動作させることにより表示されるゲームの画像など、機器とは独立した、画像又は映像の内容自体を表現の中心として創作される画像又は映像」（以下、便宜的に「コンテンツ」という。）は意匠を構成しない⁶⁾。その結果、コンテンツは意匠法の保護対象とはならず、著作権法によって規律される⁷⁾。

このように、画像意匠とコンテンツは区別され、前者は意匠法で、コンテンツは著作権法で、それぞれ保護するという原則的な考え方があり、これが意匠法の文言及び意匠審査基準等に表れている。

しかし、問題は、その区別がクリエイターにとって明確であるか否かである。画像意匠であるかコンテンツであるか（事案によって両法による重複保護があり得ることを踏まえて言い換えると、著作権法（のみ）で保護されるか、意匠法で（も）保護されるか）が容易に判断できなければ、結局、創作活動に対する萎縮的効果が生じるおそれがあるからである。

ところが、この区別は明確とはいえない⁸⁾。以下、意匠法、意匠審査基準、登録例等をもとに、操作画像及び表示画像がそれぞれどのようにコンテンツと区別されるかを考察する。

(2) 操作画像とコンテンツの区別

(i) 「操作画像」の定義

意匠審査基準によれば、「『操作画像』とは、

対象の機器が機能にしたがって働く状態にするための指示を与える画像であり、特段の事情がない限り、画像の中に何らかの機器の操作に使用される図形等が選択又は指定可能に表示されるもの」をいう⁹⁾。また、「画像意匠は物品から離れたものであるので、ここでいう機器が特定されている必要はなく、操作対象となる用途や機能（例えば、写真撮影用画像）が特定されている場合でも」、操作画像に該当するとされる¹⁰⁾。

加えて、特許庁の逐条解説では、「操作」とは、「一定の作用効果や結果を得るために物品の内部機構等に指示を入力することをいう」とされる¹¹⁾。

現行意匠法2条1項における「機器の操作の用に供される」という文言の解釈について判断した裁判例は見当たらないが、2019年改正前意匠法2条2項の文言である「物品の操作（当該物品がその機能を発揮できる状態にするために行われるものに限る。）の用に供される画像」とは、「家電機器や情報機器に用いられてきた操作ボタン等の物理的な部品に代わって、画面上に表示された図形等を利用して物品の操作を行うことができるものを指すというべきであるから、特段の事情がない限り、物品の操作に使用される図形等が選択又は指定可能に表示されるものをいうものと解される」と述べた裁判例がある¹²⁾。これに関し、同判決の趣旨は現行法における操作画像にも及ぶとする見解がある¹³⁾。この点、意匠法審査基準は、現行法では画像意匠が物品と切り離されたため、同判決が「物品の」操作としていた部分が「何らかの機器の」操作に置き換えられてはいるが、概ね同判決に沿って操作画像を定義している。

(ii) 「コンテンツ」との区別

——登録例に基づく検討と課題提示

操作画像とコンテンツの区別を検討する上で参

考になる登録意匠例として、「バーチャルアシスタント装置操作画面像」(意匠登録第 1725469 号)《後掲図 1 参照》がある。

この「画像図において、中央付近に表示されるキャラクタの領域は、人を模した画像を表示するだけでなく、操作領域としても機能する。画像図に表されたキャラクタ領域に対してタップ操作を行うと、変化後の状態を示す画像図のように、横長の領域が出現した状態に切り替わる。この横長の領域は、言葉を表示する領域として用いられる」という（「意匠に係る物品の説明」より抜粋）。

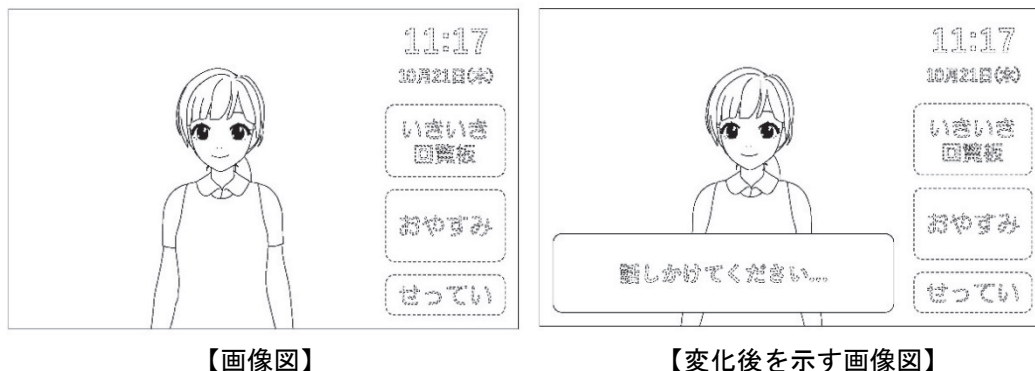
意匠審査基準における定義に照らし、これが「コンテンツ」と「操作画像」に該当するのかを順に考察する。

画像図中、キャラクタを描いた部分は破線で表されていないため、この部分が意匠登録を受けようとする部分である。この部分だけを見れば、「機器とは独立した、画像又は映像の内容自体を表現の中心として創作される画像又は映像」、すなわち意匠審査基準いう「コンテンツ」と評価することも可能であると思われる。なぜなら、画像自体の内容で評価すれば（操作の用に供されるか否かの前段階にある「画像」としての「創作」段階で評価すれば）、この部分は、必ずしも機器の機能等による表現上の制約を受けてはおらず、その

内容自体を表現の中心として創作されたものといえるからである。もっとも、機器の用途・機能との関係という側面から突き詰めていくと、利用者に対する疑似発話動作を通じて利用者を補助するバーチャルアシスタント装置であるという機器の用途等から、当該キャラクタが利用者と正対するように正面から描かれ、姿勢においても利用者と対話するのに不自然でないように描かれており、機器の用途等から表現上一定の制約を受けているということができ、意匠法上は「コンテンツ」ではなく「操作画像」とであると説明することもできるかもしれない。いずれにせよ、どの点においてどの程度表現上の制約がある場合に「コンテンツ」ではないと評価されるのかは、明確とは言い難い。

次に、画像図、意匠に係る物品及び意匠に係る物品の説明の記載をもとに、当該部分が「操作画像」の定義にあてはまるかを検討する。当該部分は、タップ操作を行うと言語を表示する領域が出現し、疑似発話動作を行うことで利用者を補助するというバーチャルアシスタント装置の機能に従って働く状態となる。当該部分は、このような操作に使用される図形等であり、タップ操作による選択又は指定可能な形で表示されるものである。したがって、当該部分は、意匠審査基準の定義上、「操作画像」にあたるといえる。

《図 1：登録意匠「バーチャルアシスタント装置操作画面像」》



以上のとおり、このキャラクタ領域の部分は、意匠審査基準の定義上、「コンテンツ」と「操作画像」のいずれにも該当すると評価する余地があると思われる。しかし、本来、「コンテンツ」に該当する画像は操作画像（及び表示画像）に該当しないものと整理されているから、この結論にはなり得ないはずである¹⁴⁾。クリエイターにとっては、先行登録意匠に注意して創作活動を行うべきかが判別しづらくおそれがある。

（iii）「創作」と「表示」の段階的区別の問題

前述（ii）で示した課題を解決するために注目すべき点は、2点あるように思う。

まず1つは、各定義が着目する時系列的な段階が異なる点である。すなわち、「コンテンツ」の定義においては画像の「創作」段階に着目しているのに対し、「操作画像」の定義においては画像の「表示」段階に着目している。ところが、画像は、純粋な鑑賞目的で創作された後に、機器の操作の用に供するという役割を与えられた形で表示されることもあり得る。このため、外見上同一の画像が、画像自体としての創作段階では「コンテンツ」であり、かつ、表示段階では「操作画像」とあるというケースがあり得る。しかし、「コンテンツ」であるか「操作画像」であるかは、いずれも意匠法上の「意匠」に該当するか否かの問題であるから、該当性判断の基準となる段階が異なってはならないはずである。

この点、操作画像及び表示画像に限って意匠法の保護対象に加えられたのは、これらが関連機器の操作性や視認性を高めるべく多額の投資を行った上で開発されるものであり、機器や機器に関連するサービス等の付加価値を向上させることから、意匠権という強力な独占権を付与することを誘因として開発投資を促進するのにふさわしいとされ

たからである¹⁵⁾。そうだとすれば、意匠法上保護される画像であるか否かは、機器の操作性や視認性を高めるための開発までを経た段階で判断すべきであろう。操作画像に関していえば、ある画像が、機器の操作の用に供するという役割を与えられた形で表示されるようになった段階がそれである。したがって、表示段階のみに着目して「操作画像」に該当するか否かを判断すべきである。

（iv）画像の内容自体による区別の問題

もう1つ注目すべき点は、「画像」ないし「操作画像」の定義において、それが機器の用途・機能による表現上の制約を受けたことは要求されていない点である¹⁶⁾。したがって、「操作画像」に該当するか否かを判断する上で、その画像自体の内容は問題にならない。機器の用途・機能による制約を受けずに創作された（言い換えれば、その内容自体を表現の中心として創作された）画像であっても、何らかの機器の操作に使用されるものとして選択又は指定可能に表示される限り、それは「操作画像」といえる。

（v）小括

以上検討した「操作画像」と「コンテンツ」を区別する考え方をまとめると、次のようになる。

まず、表示段階のみに着目し、何らかの機器の操作に使用されるものとして選択又は指定可能な形で表示されるという役割がその画像に与えられているか否かによって、その画像の「操作画像」該当性を判断すべきであり、（当該役割を与えられる前の単なる）画像としての創作段階を考慮すべきではない。また、「操作画像」に該当するか否かの判断において、画像の内容自体は問題とならない。意匠法上は、①画像自体の内容にかかわらず、②表示段階において操作画像（又は表示画

像)としての役割を与えられた画像が画像意匠として保護される。これに該当しないものは、「コンテンツ」に該当するか否かを別途判断することなく)意匠法上保護されない画像として取り扱われる。クリエイターとしては、上記①及び②の視点から、その画像に与えられる役割に着目して先行登録意匠の調査をするべきかどうかを判断すればよい。「コンテンツ」を積極的に定義することにより、これに該当するから「画像意匠」に該当しないと誤解を生じる余地を作るべきではない。

なお、創作段階は、その画像が著作権法上保護されるかどうかの問題である。ある画像が、その内容自体を表現の中心として創作されている場合には、「著作物」として保護されやすい。それが表示段階で「意匠」に該当する画像である場合には、著作権法及び意匠法の重複保護を受け得る。重複保護がある場合にはやはり先行登録意匠の調査を検討する必要があるが、その要否も上記①及び②の視点から判断可能である。

(3) 表示画像とコンテンツの区別

(i) 「表示画像」の定義

操作画像について検討した結果も踏まえながら、以下、「表示画像」の定義を考察する。

意匠審査基準によれば、「『表示画像』とは、何らかの機器の機能と関わりのある表示画像であり、画像の中に機器の何らかの機能と関わりのある表示を含むもの」をいう¹⁷⁾。また、逐条解説では、「機能」とは「願書や願書に添付された図面から特定できる意匠から一般的に想起される特定の機能」を意味し、「機能を発揮した結果として表示される画像」とは「入力操作等の結果、機器自体の機能を発揮した状態として出力される画像」を意味するとされる¹⁸⁾。

画像意匠においては機器が特定される必要はな

い。したがって、ここにいう「機能」は、特定の機器がそれ自体で本来的に備える機能であることは要求されない。よって、願書及びこれに添付された図面から、何らかの機器の何らかの用途・機能が具体的に想定できればよい¹⁹⁾。加えて、2019年意匠法改正は、改正前の意匠法では「物品がその機能を発揮させている状態の画像……」については、意匠権の対象とすることができ「なかったところ、「これらのデザインを意匠権で保護することができるよう、意匠の定義を見直すことが必要である」ことを理由に行われたものである²⁰⁾。

そして、操作画像に関して検討したのと同様に、意匠法の条文や意匠審査基準等における「表示画像」の定義上、画像の内容自体は問題とされていない。したがって、その内容自体を表現の中心として創作されたか否かは、その画像が「表示画像」に該当するか否かを左右しない²¹⁾。「表示画像」に該当するか否かは、あくまで、その画像が、何らかの機器が何らかの機能を発揮している状態として表示されているか否かという機能との関わりによって判断される。

これらを要するに、操作等の結果、何らかの機器が、その何らかの機能を発揮している状態として表示される画像は、その内容自体を表現の中心として創作されたか否かにかかわらず、「表示画像」に該当すると解される(ただし、後述(iii))。

(ii) 「コンテンツ」との区別

——登録例に基づく検討と課題提示

「表示画像」と「コンテンツ」との区別が難しいのは、画像は、その内容自体を表現の中心として創作されたものだとしても、機器の機能を発揮している状態として表示されているものと評価できる場合があるからであろう。ゲーム機を起動・操作することによって表示されるキャラクタ等の

画像がその典型である。願書及びこれに添付される図面によって画像を表示する何らかの用途・機能を特定すれば「表示画像」として意匠登録が可能であるのと同時に、その内容に着目して「コンテンツ」ともいえる。クリエイターとしては、機器の機能に制約されることなく自由に表現したものである以上、それは「コンテンツ」であり意匠法の規律に服しないと判断する余地があるが、場合によっては、その期待は裏切られることになる。

例えば、メタバース空間内の建物の扉であり、アバターがこれに近付いたときに開き、内部の様子が描画されるとしよう。この扉のデザインはあくまで「コンテンツ」であり、他人の著作物に依拠することなく独自に創作したものである限り、先行登録意匠の調査をせずとも権利侵害の心配はないと言ってよいであろうか。

この点、参考になる登録意匠として、「デジタルショールーム用案内表示画像」（意匠登録第1715416号）がある。

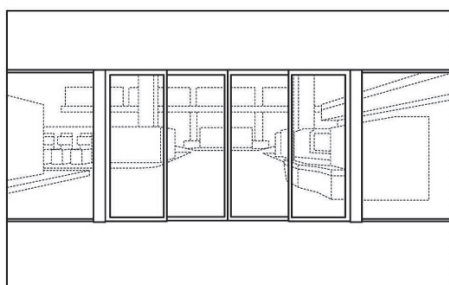
この登録意匠に係る画像は、モニタに表示されるデジタルショールーム内を案内する機能を発揮できるようにするためのデジタルショールーム用案内表示画像であり、使用者が画像1を表示することにより画像2に示すように扉アイコンが開くように変化し、その後、扉アイコンを通過してデジタルショールーム内に進入するように変化する

というものである（「意匠に係る物品の説明」より抜粋）。当該画像は、「意匠に係る物品」欄における用途の記載及び上記「意匠に係る物品の説明」欄の記載により、「モニタに表示されるデジタルショールーム内を案内する」という機器の機能との関わりが具体的に特定されているため、画像意匠として登録が認められたと考えられる²²⁾。このように、メタバースその他のデジタル空間内における構成要素である画像だからといって、直ちに意匠法の保護対象外になるわけではない。前述（i）で検討したところによれば、たとえ未来SF的なメタバース空間において創作的に表現された建物の扉の画像デザインであっても、その内部で開催される展示会、会社説明会等のイベント会場へとユーザを進入させるなどの機能との関わりが願書等において具体的に特定されれば、意匠登録の対象となり得る（同時に、著作物としても保護される場合がある）。

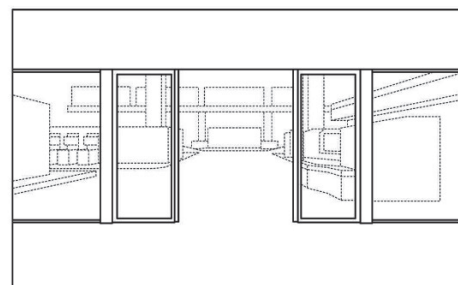
（iii）「機能」の限定解釈

問題は、どのような機能との関わりがあれば意匠登録の対象となるかである。改正経緯からして、抽象論として「映画やゲーム等のコンテンツの画像」等が対象外となることは明らかであろうが、例えばユーザが頭部にHMDを装着し、両手にコントローラを持って操作するアバターの画像デザ

《図2：登録意匠「デジタルショールーム用案内表示画像」》



【画像図1】



【画像図2】

インはどうか。メタバース空間内を高速移動するためのバーチャル自動車の画像デザイン、はたまた、メタバース空間内の商業施設においてアバターが試着するバーチャル衣服やバーチャル靴の画像デザインはどうだろうか。

画像の内容自体によって「表示画像」に該当するか否かを判別することができないとすれば、それを表示する機器の機能のあり方によって判別するほかない。すなわち、当該画像との関係で問題となる機器の機能が、当該画像に具体化された表現を単に伝達することにある場合には、当該機能を発揮した結果として表示される画像は「表示画像」ではないと考えるのである。

意匠法2条1項の文言によれば、「画像」自体はその内容を問われず、視覚を通じて美感を起こさせるものであればよい。他方、画像は、「機器の操作の用に供されるもの又は機器がその機能を発揮した結果として表示されるもの」であることという、「機器」ないしその「機能」との関わりにおいて、意匠法の保護対象としての限定を受けている。したがって、画像が「意匠」であるか否かは、「画像」自体の内容等ではなく、「機器」側の「機能」の側面から判別するのが自然であるといえよう。解釈としては、画像に具体化された表現を単に伝達するという機能は、2019年意匠法改正において保護することが必要とされた、「関連機器の操作性や視認性を高めるべく多額の投資を行った上で開発されるGUI等」に係るものではないから²³⁾、当該機能は2条1項にいう「機能」に含まれないと読むことになる。また、かかる機能は、絵画のキャンバス等と同じように表現の領域を画することにはなるにしても、それ以上に内容自体の創作的表現に制約を加えるわけではないから、その影響しか受けずに表示される画像は、機器の機能による制約の中での創作等を適用対象

とする意匠法ではなく、著作権法の守備範囲内にあると説明することもできよう。このように解釈することによって、「映画やゲーム等のコンテンツの画像、デスクトップの壁紙等の装飾画像については、意匠権の保護対象とならない」²⁴⁾ こととも整合的に説明できる。メタバース空間で単なる背景として表示されるにすぎない建築物等も、これらと同様に表示画像ではないと整理し得る。

試みに、この解釈から先に示した例を検討する。

まず、ユーザがHMD及びコントローラを用いて操作するアバターの画像デザインは、「表示画像」に該当せず、意匠法の保護対象ではないと解し得る。たしかに、HMD及びコントローラがトラッキング機能及び画像表示機能等を発揮した結果として、ユーザの動きに合わせたアバターの画像ないし映像が端末画面上に表示されるから、「表示画像」に該当するとも思われる。しかし、アバターの画像を表示すること自体は、その画像に具体化された表現を単に伝達するという機能を発揮した結果にすぎない。また、画像の変化の順序や変化の態様が明らかでない場合は、意匠が具体的なものと認められず、意匠登録を受けることができない²⁵⁾。ユーザの動きに合わせてアバターが変化して表示されるとしても、その変化は任意のものであって順序や態様が特定されるものではないから、意匠登録を受けることはできないと考えられる。ここで発揮された機器の機能は、前述のとおりアバターの画像を単に伝達するものにすぎないか、あるいは、ユーザの動きを反映した内容を含めたアバターの映像としての表現を単に伝達する機能であるにすぎないとも説明できようか。他方、表現を伝達する以外の機能を与えられたアバターの画像は、意匠登録の対象となり得る。例えば交通整理スタッフを模したアバターが、ユーザの進行方向を指図することによって交通整理機

能を発揮する場合において、そのアバター画像の変化の順序や態様が願書等において具体的に特定されるものは、「表示画像」として保護対象となり得ると考えられる。このとき、当該アバターの姿等の内容は問われない。

このアバターに関する検討結果は、メタバース空間内を高速移動するためのバーチャル自動車の画像デザインにも同様のことがいえる。バーチャル自動車の画像を表示すること自体はそれを単に伝達するという機能を発揮した結果にすぎないし、移動の方向、速度等はユーザが任意に操作するものであって変化の順序や態様が具体的に特定されるものでもないからである。もっとも、例えばメタバース空間における試乗用自動車の画像であって、一定の操作に応じてドアが開き、走行するなどの画像の変化が願書等で具体的に特定されれば、意匠登録を受けることができる場合があると考えられる。

最後に、メタバース空間内の商業施設においてアバターが試着する衣服や靴の画像デザインも、上記試乗用自動車の表示画像と同様に考えられる。

(iv) 小括

表示画像に関する検討結果を要するに、①画像自体の内容にかかわらず、②操作等の結果、何らかの機器が、その何らかの機能を発揮している状態として表示される画像が、「画像意匠」に該当する。ただし、③ここにいる「機能」には、その画像に具体化された表現を単に伝達するという機能を含まない。

(4) クリエイターは何に注意すべきか

——意匠権侵害の成否という視点から

意匠権侵害は、他人の登録意匠と同一又は類似の意匠を業として実施した場合に成立する（意匠

法 23 条）。

画像意匠に関して意匠権侵害が成立するためには、両画像の見た目が同一又は類似であるだけでなく、その用途・機能が共通することを要すると解されている²⁶⁾。また、操作画像と表示画像のいずれにも該当しない画像は「意匠」ではないから（意匠法 2 条 1 項）、それを作成し、使用し、又は電気通信回線を通じて提供する行為等は、「意匠」の実施（同条 2 項 3 号）に当たらず意匠権侵害にはならないと考えられる。

ここまでの検討結果によれば、メタバースで利用されるアバター、建築物、アイテム等のオブジェクトを創作するクリエイターは、専ら、そのオブジェクトがどのような役割をもった画像として表示されるかに注意すべきである。その画像の内容自体や、機器の機能等による制約を受けて創作されたかどうかを考える必要はない。

まず、そのオブジェクトが、①何らかの機器の操作に使用されるものとして選択又は指定可能な形で表示されず、かつ、②それに具体化された表現を単に伝達すること以外の役割を果たさない態様で表示される場合には、意匠法の規律に服さないことになると考えられる。それは「意匠」ではないからである。この場合、そのような態様で表示されるにすぎない限り、クリエイターがそのオブジェクトのデザインについて先行登録意匠の調査を行う必要性は低い。例えば、メタバース空間の背景画像のように、ユーザと特段のインタラクションが生じない装飾的な意味合いで表示されるのであれば、このように考えてよい場合が多いであろう。

これに対し、そのオブジェクトが、上記①又は②のいずれかの役割を持つ態様で表示される場合には、それを表示した画像は「意匠」である。したがって、たとえ他人の創作物に依拠せず独自に

創作したものであっても、意匠権侵害を回避するためには先行登録意匠の調査を行うのが望ましい。抵触するおそれのある先行登録意匠がある場合、その画像の用途・機能を比較し、共通性がある場合にはデザイン変更等を検討する必要がある。

3. 不正競争防止法 2 条 1 項 3 号に関する問題

(1) 問題の所在

——デジタル経済圏における「模倣」とは何か

不正競争防止法 2 条 1 項 3 号（以下「3 号」という。）は、他人の商品の形態を模倣した商品を譲渡等する行為を不正競争とする。ここにいう「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（同条 5 項）。現在、デジタル空間における経済取引の活発化に対応するため、この 3 号の対象行為に「電気通信回線を通じて提供」する行為を追加するという法改正が議論されている²⁷⁾。

他の知的財産法による保護と比べても、デジタル経済圏に 3 号の規律を導入するメリットは大きい。例えば、実用的な商品の形態は著作権法による保護を受けにくい傾向にあるとされているところ、3 号は実用的な商品の形態も保護対象とし、登録手続を要せずして直ちに保護を受けることができることから、実用的な商品の形態を真似たデジタルコピーを取り締まりやすいという点において先行開発者にメリットがある。さらに、商標法においては、商品・役務のカテゴリーによっては、フィジカルな商品とそれを模したデジタルな商品につき、それぞれ別の区分の商品・役務を指定して商標登録をすることが必要な場合があると解されているところ、3 号においてはそれも必要ない。さらに、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号及び 2 号のように、その商品の形態が出所識別標識として周

知・著名に至る必要もなく、直ちに保護を受け得る。この周知・著名性を獲得するまでの期間、3 号を適切に活用して独占的な使用状態を確保し、フィジカルとデジタル双方の市場における商品形態の長期的な保護に結び付けるという戦略も検討し得る。クリエイターの創作活動との関係で言えば、著作権法と同様に依拠性が要件となっているため、3 号の規律をメタバースに導入したとしても意匠法の場合のような混乱を招くおそれは少ない。

ところで、この法改正の議論において、どのような行為が「模倣」に該当するのかについては、「逐条解説等において明確化していくことをあわせて検討することが適切」と述べられている²⁸⁾。法改正によらず逐条解説等によって明確化することとは、3 号の「模倣」該当性の判断枠組みは改められず、基本的には従来の裁判例によって構築されたものを用いることになるだろう。問題は、デジタル経済圏において規制対象とするニーズのある行為が、その判断枠組みにおいてどこまで「模倣」に該当するものとして捕捉できるのかである。極端に言えば、従来の裁判例に照らし、フィジカルな商品の形態を模して作成された 3DCG モデル又はそれを画面に出力した画像が、その商品を「模倣」したものと認められるケースが十分に想定できないのであれば、先行開発者のデジタル経済圏における利益を守るというニーズを達成できないばかりか、「模倣」、とりわけ実質的同一性という決して判断の容易でない概念がデジタル経済圏に持ち込まれることにより、かえってクリエイターの創作活動に対して萎縮的效果を生じるだけの法改正にもなりかねない。

そこで、以下、3 号の「模倣」該当性（とりわけ、商品形態の実質的同一性）に関する従来の考え方を概観した上で、フィジカルな商品の形態を模した 3DCG モデル等を作り出すケースを念頭に

いくつかの類型を示し、それぞれ裁判例の枠組みにおいてどのように評価されるのかを考察する²⁹⁾。

(2) 実質的同一性の判断枠組み

(i) 3つの観点

3号の趣旨は、他者に先んじて商品形態を開発・商品化し市場に投入した者の利益を保護することによって新商品開発を促し、産業の発展に寄与することにある³⁰⁾。資金・労力等を投下して新商品を開発したのに、それを見た無関係の第三者が何ら労せずして同じ形態の商品を販売し利益を上げられるとすれば、誰も苦勞して新商品を開発しようとはしなくなってしまう産業が育っていかないという考え方が背景にある。

この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（需要者基準）、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（先行者基準という。）、及び③後行者が加えた形態の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（後行者基準）である³¹⁾。

(ii) 同一性が求められる「商品の形態」

不正競争防止法において「商品の形態」とは、需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感をいう（2条4項）。

したがって、フィジカルな商品の形態を再現した3DCGモデルを作成するに際し、外から見える外観のみを再現し、通常の用法に従った使用に際して見ることでできない内部構造を再現しなかつ

たとしても、それを理由として直ちに実質的同一性が否定されることにはならないと考えられる。なお、3号により保護される商品の形態は、商品の一部分の形態ではなく、商品全体の形態であるとされる³²⁾。つまり、一部分の形態だけが共通するからといって、直ちに「商品の形態」が実質的に同一であることにはならない。

3DCGモデルは、プログラムを実装することによって、様々な動きその他の演出や機能が加えられる。プログラムそれ自体は需要者が知覚によって認識することができる形状等ではないから、「商品の形態」には含まれないと解される。しかし、プログラムによって実現される3DCGモデルの動き等が、その商品の光沢や質感として認識されるのであれば、その認識できる要素が「商品の形態」に含まれると解される³³⁾。

(iii) 存在形式の違い

3DCGモデルは、需要者が知覚によって認識する段階の形態に着目すると、二次元の画面上に表示される画像である。その再現のもととなった三次元の有体物である商品とは、そもそも存在形式が異なる別個の存在である。かかる相違点を重視すると、有体物である商品の形態と、それを再現した3DCGモデルとでは、実質的同一性が認められにくいこととなろう。

これに対し、有体物である商品全体を3DCGモデルへと変換することにさほどの資金・労力の投下を要しない場合がある点を重視すれば、少なくともその場合には、この存在形式の相違は実質的同一性の判断において重要ではないとも解し得る。また、需要者基準によれば、画面上で二次元的に表示される画像であっても、ユーザにおいて三次元的に感じられるのであれば、その知覚・認識をもとに形態を対比すべきであるとの解釈も成り立

ち得る。

(iv) 商品の同種性の要否

——機能・効用の位置付け

商品の機能・効用等のアイデアが共通すること自体は、「商品の形態」の実質的同一性の判断において、原則として考慮されない。これらが考慮されるのは、それが「商品の形態」として具体的に表れている場合である。裁判例では、ブラウスの袖が取り外し可能であるという機能が共通していた点に関し、「不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の『商品の形態』とは、物の外観の態様であり、外観の態様に影響しない機能を含むものではないと解される」と述べ、上記機能が共通していることを理由に商品の形態が実質的に同一であるとはいえない旨判示したものがある³⁴⁾。

しかし、機能・効用というアイデアが共通することをもって直ちに実質的同一性が肯定されることはないとしても、機能・効用が異なる異種の商品間でも 3 号該当性が認められるか否かは別問題である。学説では、「商品の種類が異なればそれぞれ独自の商品の開発が必要とされる」こと³⁵⁾、「異種商品への形態の転用によっては、成果競争が歪曲されることはない」こと³⁶⁾等を理由に、商品の同種性を求めるものがある³⁷⁾。需要者基準によれば、機能・効用の相違は商品選択において重要な場合があるから、それらが具体的な形態として表れている限り、実質的同一性を否定する要素として強く考慮され得るかもしれない。

フィジカルな商品と、それを模して作成された 3DCG モデル等とは、機能・効用が異なる。したがって、仮に商品の同種性を求める考え方を徹底すれば、たとえ 3 号の対象行為に「電気通信回線を通じて提供」する行為を追加したとしても、フィジカルな商品を忠実に再現した 3DCG モデル

等を作成し販売する行為は、不正競争とはなり得ないことになる。もっとも、学説には、例として「他人の新車のミニカーを作る行為など、デフォルメに独自の労力、費用が必要であろう」などと述べ商品の同種性を要求することには意味があると述べると同時に、「ハンカチの模様をスカーフに用いる場合など、若干の相違があるとしても、新たな労力、費用を費やす必要がないことが明々白々な商品の範囲は保護の対象に含めしめるべきである」と指摘するものがある³⁸⁾。問題は、フィジカルとデジタルが交錯する場面において保護対象の境界線をどこに引くかである。

例えば、フィジカルな衣服には、着用者の身体を覆って保護したり、汗を発散したりするなどの機能・効用がある。これに対し、デジタルファッション等と呼ばれる領域では、例えば次のような商品・サービスがある。

①衣服を描いた 2D 又は 3D のデジタルな画像又は映像を販売するケース（例えば、米国における裁判が話題となった MetaBirkins NFT）

②利用者が自身を撮影した写真のデータを送ると、サービス提供者において衣服を表現したデジタル画像を当該写真のデータと合成し、あたかも利用者がそのデジタルな衣服を着用しているかのような写真を作成して、これを利用者に送り返してくれるケース

③三次元のバーチャル空間においてアバターが着用するデジタルな衣服を販売するケース

上記①のデジタル衣服は、鑑賞等の対象として楽しむことができる。また、上記②及び③のデジタル衣服は、例えばフィジカルな世界では実現できず、あるいは普段の生活では選択しないであろう独創的な衣服を写真の中で着用して SNS に投稿したり他のユーザと見せ合ったりするなど、非日常的なファッション体験を提供してくれる。し

かし、上記①～③いずれのケースにおいても、そのデジタルな衣服は、フィジカルな着用者の身体を覆って保護するなどの機能・効用を発揮するものではない。デジタル化に際して独自の開発・商品化が行われるケースがあるだろうし、市場も異なるためフィジカルな衣服の市場における成果競争が歪曲されないケースも想定し得る。こうした場合、フィジカルな衣服とデジタルな衣服は同種の商品であるとはいえないから、いかに両者の見た目が共通していようと、電気通信回線を通じてそのデジタルな衣服を提供する行為は3号の不正競争に該当しないという解釈が成り立ち得る。とりわけ、MetaBirkins NFTの事例を含め、上記①又は②のケースで「模倣」該当性を認めることは困難かもしれない。しかし、上記③のケースでは、多くのファッション企業がデジタル経済圏に進出するとともに、テクノロジーの進化により、ユーザの体験・感覚においてデジタルな衣服がフィジカルな衣服と同様の機能・効用を果たすように（感じられるように）なり、メタバースがファッション市場全体において占める重要性を増すことにより、ファッション市場の捉え方としてフィジカルとデジタルの境界がなくなったような場合には、将来的に、フィジカルとデジタルの違いは「模倣」該当性において障害とならなくなるかもしれない。

(3) 想定されるケースごとの検討

(i) 検討の軸

フィジカルな商品全体の形態を3DCGモデルとして再現するケースを念頭に、次の2つの軸をもって検討を進めたい。1つの軸は、動きや光沢等、商品それ自体の客観的で固定的な性状ではなく外部からの影響を受けて変化する要素が、その商品の形態の全体的な印象を決定付けるものかどうかである。例えば、ドレスは着用者の動きに合わせ

て揺れるなど目立った変化を生じることがあり、これが質感等として商品の形態全体の印象を大きく左右する場合がある³⁹⁾。これに対し、金属製のアクセサリは比較的動きが少なく、その固定的な形状、模様、色彩等が重要な要素を占めることになると思われる。

もう1つの軸は、再現の方法が簡易なものか精密なものかである。例えば、スマートフォンに搭載されるLiDARスキャナを用いることにより、有体物を再現した3DCGモデルを容易に作成することができる。これは、比較的資金・労力の投下を要しない再現方法といえよう。そのほか、一般的に提供されている3Dモデリングソフトウェアや、サンプルとして提供されている3Dアセット等を用いる場合にも、資金・労力の投下を要さないことがあり得る。これに対し、商品を精密に再現するために高度なモデリングを行う場合や、3DCGモデルにプログラムを作成及び実装するプロセスを経ることにより、固定的な外観だけでなく動き等の要素まで精密に再現する場合は、3DCGモデルの作成に相応の資金・労力を投下したと評価されるケースがあり得るかもしれない。

以下、これらの軸で4つのケースに分け、それぞれ大まかな考え方を考察する。なお、当然のことながら、商品の形態の具体的な内容や再現の精密さの程度等の個別事情により、実質的同一性の判断は変わり得ることにご留意いただきたい。

(ii) ケース①

——変化のない形態を簡易な方法で再現する場合

スマートフォンのLiDARスキャナを使用し、金属製のアクセサリを再現した3DCGモデルを作成した場合、両者の形態が実質的に同一であると評価されやすいと考えられる。なぜなら、金属製

のアクセサリーは、外部からの影響を受けて変化する要素が比較的少なく、その客観的で固定的な形状、模様等の性状そのものが全体的な印象を決定付ける要素となりやすく、かつ、先行者はそこに資金・労力を投下して開発・商品化を行った場合が多いと考えられるからである。加えて、LiDAR スキャナによる再現にはさほど資金・労力の投下を要しないため、後行者基準からも実質的同一性を否定する必要はない。

(iii) ケース②

——変化のない形態を精密な方法で再現する場合

この場合、考え方は複数あり得る。まず、ケース①と同様、商品の客観的で固定的な性状そのものが全体的な印象を決定付けており、それを再現している以上は、実質的同一性が認められる場合が多いと考えることもできる。加えて、ケース①よりも再現の方法に資金・労力を投下してはいるが、それはあくまでアクセサリーの客観的な性状を精密に再現するためであり、新たな形態の商品の開発・商品化に向けられたものではないから、実質的同一性を否定する方向に斟酌する必要はないと言い得る。

他方、精密に再現するためとはいえ、二次元的な画像として需要者に認識されることになる3DCG モデルという、三次元の有体物であるアクセサリーとは存在形式も機能も異なる別の商品として作り直す以上、それに対して相応の資金・労力を投下した成果を尊重すべきであるという考え方も成り立ち得る。

前述のとおり、外観の態様に影響しない機能等の要素は「商品の形態」に含まれず、そこにいくら資金・労力を投下しようとも実質的同一性を否定する理由にはならないと考えられることからす

ると、前者の考え方が妥当というべきか。

(iv) ケース③

——変化の大きい形態を簡易な方法で再現する場合

この場合、実質的同一性がないと判断せざるを得ないケースがあることは否定できないと考えられる。着用者の動きに合わせて揺れるなどの大きな変化が伴うドレスを考えてみると、その形状、生地、縫製等から生まれる柔軟性、軽やかさ等の質感が、形態全体の印象に大きく影響する場合がある。これをスマートフォンの LiDAR スキャナで3DCG モデル化した場合、それだけでは固定化された画像として需要者に認識されるにすぎず、質感をほとんど再現できていない。

(v) ケース④

——変化の大きい形態を精密な方法で再現する場合

この場合、形態全体の印象に大きく影響する動きその他の質感も含めて全体が精密に再現されていれば、ケース③と異なり、実質的同一性が認められやすいと考えられる。

なお、再現の方法において相応の資金・労力の投下があるが、この点はケース②に関して述べたところと同様に、あくまで商品の形態を精密に再現するための資金・労力の投下であり、元となった商品の形態とは異なる新たな商品形態の開発・商品化に向けられたものではないから、実質的同一性を否定する方向に斟酌する必要はないと考える。これを言い換えれば、再現の対象となった商品とは異なる動きその他の質感等をプログラミングによって実現した場合は、新たな形態の開発・商品化に向けた資金・労力の投下があるから、実質的同一性が否定されやすいことになろう。

4. おわりに

本稿は、クリエイターの創作活動に対する過度な萎縮的效果を生じないよう可能な限り明確な判断枠組みを構築したいという観点に立ち、試論を述べたものである。ごく一部の意匠登録例に示唆

を得て立論を試みたことから、全体的な視点からの検討が甚だ不十分であるなど、至らない点が多々あるはずである。ご指導、ご批判を賜りながら、今後さらに充実した検討を期したい。

注)

- 1) 「メタバース」に確立された定義はないが、「『誰もが現実世界と同等のコミュニケーションや経済活動を行うことができるオンライン上のバーチャル空間』と考えて大きな誤りはないだろう」などと解説される(日本政策投資銀行「AR/VRを巡るプラットフォーム競争における日本企業の挑戦」DBJ Research No.354-1(2021年11月17日)。このほか、「『Web3時代に向けたメタバース等の利活用に関する研究会』中間とりまとめ(案)」3～5頁(情報通信政策研究所調査研究部 情報流通行政局参事官, 2023年1月27日), 日本バーチャルリアリティ学会編『バーチャルリアリティ学』5～7頁(コロナ社, 2011年), 関真也「XR・メタバースの知財法務」3～7頁(中央経済社, 2022年)等参照。
- 2) 特許庁政策推進懇談会「知財活用促進に向けた知的財産制度の在り方～とりまとめ～」(2022年6月30日)。
- 3) 産業構造審議会 知的財産分科会 不正競争防止小委員会「デジタル化に伴うビジネスの多様化を踏まえた不正競争防止法の在り方」7頁以下(令和5年3月)。
- 4) 特許庁政策推進懇談会・前掲注2) 15～16頁以下, 特許庁政策推進懇談会における田村善之メンバー提出資料等を参照。
- 5) 「画像意匠」とは, その画像を表示する物品や建築物を特定することなく, 画像それ自体を意匠法による保護の客体とする意匠のことをいう(意匠審査基準第IV部第1章3.1)。意匠法上, 画像意匠とは別に, 物品又は建築物の部分としての画像を含む意匠も保護対象となり得る(同章3.2.1及び3.2.2)。本稿では, 画像意匠を念頭に検討を行う。
- 6) 意匠審査基準第IV部第1章6.1.3及び6.1.4。
- 7) 田村善之「画像デザインの保護に関する2019年意匠法改正の概要と課題」日本工業所有権法学会年報第43号178頁, 188頁参照(2020年)。
- 8) 田村善之「画像デザインと空間デザインが意匠登録の対象となることの影響」ビジネスロー・ジャーナル139号18頁, 19頁(2019年)は, 条文が管理抽象的であることを指摘し, 「機能としてどこまで登録を認めるのか。どこからは機能ではなくコンテンツであるとして登録を認めないのか。その境目次第で実務への影響は異なります」と述べられる。この問題について言及するものとして, 寒河江孝允＝峯唯夫＝金井重彦編著「意匠法コンメンタール〔新版〕」93頁〔峯唯夫〕(勁草書房, 2022年), 五味飛鳥「画像デザインの保護範囲——保護範囲をどのような基準で画するか」日本工業所有権法学会年報第43号61頁, 76頁以下(2020年)等を参照。

- 9) 意匠審査基準第IV部第1章6.1.1.1。
- 10) 同上。
- 11) 特許庁編「工業所有権法(産業財産権法)逐条解説〔第22版〕」1252頁(発明推進協会, 令和4年)。
- 12) 知財高判平成29年5月30日裁判所ウェブサイト(平成28年(行ケ)第10239号)〔映像装置付き自動車〕。
- 13) 青木大也「意匠法における操作画像の意義」ビジネスロー・ジャーナル144号114頁(2020年)。ただし, 「画像の意匠につき物品性を排除することになった結果として, ……意匠法の目的に根ざした, 改めての検討を行う余地もあるように思われる」とも指摘されている(青木大也「意匠法改正——画像デザイン・空間デザインの保護拡充ほか」高林龍＝三村量＝上野達弘編『年報知的財産法2019-2020』1頁, 3頁脚注15(日本評論社, 2019年))。このほか, 田村・前掲注7) 191頁も参照。
- 14) 2019年改正意匠法は, 画像意匠として保護される対象を操作画像と表示画像に限定したところ, コンテンツは, そのいずれにも該当しないがゆえに意匠権の保護対象にならないと整理されている(特許庁総務部総務課制度審議室「令和元年特許法等の一部改正 産業財産権法の解説」77～78頁(発明推進協会, 2020年)。
- 15) 特許庁総務部総務課制度審議室・前掲注14) 77頁。
- 16) 機器の操作の用に供されるがゆえにその用途・機能から制約を受けることが多いであろうが, 2条1項の文言上, そうした制約を受けていないものがそれを理由に「意匠」に該当しなくなるわけではないと考えられる。
- 17) 意匠審査基準第IV部第1章6.1.1.1。
- 18) 特許庁逐条解説・前掲注11) 1252頁。
- 19) 願書には「画像の用途」を記載しなければならない(意匠法6条1項3号)。例えば, 「意匠に係る物品」の欄に, 画像の具体的な用途を明確に記載することを要し(意匠審査基準第IV部第1章4.1.1), この記載と図面のみでは機器のどのような機能を発揮した結果として表示された画像であるかが明らかでない場合は, この点を明らかにするための説明を「意匠に係る物品の説明」欄に記載する(同章4.1.2)。また, 意匠に係る画像がその画像の有する機能に基づいて変化する場合において, その変化の前後にわたる画像について意匠登録を受けようとするときは, 「意匠の説明」欄にその旨及び当該機能の説明を記載する(意匠法6条4項, 意匠審査基準第IV部第1章4.1.3)。
- 20) 特許庁総務部総務課制度審議室・前掲注14) 75～76頁。改正前2条2項は, 「物品の操作(当該物品がその機能を発揮できる状態にするために行われるものに限る。)の用に供される画像」であることが「意匠」の要

件となっていたため、物品が機能を発揮させている状態の画像は保護対象外であった。五味・前掲注 8) 79 頁及び田村・前掲注 7) 188 頁等も参照。

- 21) 意匠審査基準上、「表示画像」と区別される「コンテンツ」は、その画像が内容自体を表現の中心として創作される画像等であるとされるから、「コンテンツ」に該当する画像は「表示画像」ではないと考えるとすれば、「表示画像」であるか否かの判断に、その画像が内容自体を表現の中心として創作されたかどうかを取り込むこともできる。しかし、前述 2 (2) (iii) のとおり、「操作画像」ないし「表示画像」に該当するか否かは、画像としての創作段階ではなく、機器の機能に関する何らかの役割を与えられた表示段階のみに着目して判断すべきであると考えられる。したがって、ある画像が意匠法上保護されるかを判断するにあたり、真に検討すべきは創作段階に着目する「コンテンツ」該当性ではなく、表示段階における「表示画像」（ないし「操作画像」）該当性である。よって、「コンテンツ」であるから「表示画像」ではないと考えるべきではない。
- 22) なお、デジタルショールーム内を案内するという機能を発揮するために、扉アイコンが開き、これを通過してデジタルショールーム内に進入するというプロセスを経ることは必ずしも必要ではないから、画像と機能との関わりにおいてそのような必要性は要求されず、両者の関わりが願書等から具体的に特定されていれば足りると考えられる。
- 23) 特許庁総務部総務課制度審議室・前掲注 14) 77 頁。寒河江＝峯＝金井編著・前掲注 8) 93 頁〔峯〕も参照。
- 24) 特許庁総務部総務課制度審議室・前掲注 14) 78 頁。
- 25) 意匠審査基準第四部第 1 章 4.1.3, 6.1.1.2 等参照。
- 26) 五味・前掲注 8), 関・前掲注 1) 21 頁以下参照。保護の対象は画像であるから、画像を表示する機能を有するプログラム等は画像の類否に影響しないが、画像の用途・機能の認定において影響を与える可能性があるとの指摘がある(青木大也「新しい意匠に係る意匠権の権利行使に関する検討課題」別冊特許第 27 号 263 頁, 273 頁 (2022 年))。また、「仮想空間においても現実空間と同じ用途・機能を持つものであれば、物品が類似すると言える可能性は残る」と述べ、その例として「テレビの意匠について、仮想現実内でもテレビ番組を映すためのオブジェクトとして、現実のテレビの意匠を模したデザインが用いられるのであれば、用途・機能が共通すると言え、物品が類似する可能性は否定できない」とする見解として、鈴木康平「仮想空間における意匠保護：意匠に係る物品の類否判断に関する日米裁判例」InfoCom T&S World Trend Report 2022 年 12 月号 10 頁, 18 頁がある。侵害の場面では物品や建築物の意匠の場合と画像意匠の場合で「実施」の内容が異なる点がなお問題となり得るが(意匠法 2 条 2 項各号)、登録可能性の場面において特に注意を要する論点であると思われる。特許庁政策推進懇談会における青木大也氏プレゼンテーション資料も参照。
- 27) 産業構造審議会 知的財産分科会 不正競争防止小委員会・前掲注 3) 7 頁以下。
- 28) 同上 9 頁。「商品」に無体物が含まれるか否かについても、逐条解説等でこれが含まれるとの解釈を明確化するなどの対応が検討されている。
- 29) 実質的同一性の判断手法は確立されておらず、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ことに起因する」との指摘がある(山本真祐子「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」知的財産法政策学研究第 58 号 67 頁, 69 頁 (2021 年))。このことから、フィジカルとデジタルが交錯したこれまでにない事例に関する検討に限界があり得ることは認識しておくべきであろう。
- 30) 田村善之「不正競争法概説〔第 2 版〕」282～285 頁(有斐閣, 2003 年), 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 日参照。
 - 31) 拙稿「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——」特許研究第 68 号 51 頁, 55 頁以下 (2019 年)。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第 25 号 67 頁 (2009 年), 山本・前掲注 29) の検討が詳しい。
 - 32) 東京地判平成 23 年 3 月 31 日判タ 1399 号 335 頁等参照。
 - 33) 変形自在であるという原告商品(水切りぎる)の特性は、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質感等に反映されることは明らかであり、3 号により保護されるべき商品の形態として十分に考慮されるべきものであるとした上で、他の商品との比較において、「原告商品と比べるとかなり肉厚で柔軟性に乏しく、原告商品と異なり、折りたたんだり、絞り込んだりすることはおよそできないものであって、形態の大きく異なるものであるというほかない」と述べた裁判例がある(大阪地判平成 23 年 10 月 3 日判タ 1380 号 212 頁)。
 - 34) 東京地判平成 17 年 4 月 27 日裁判所ウェブサイト(平成 16 年(ワ)第 12723 号)。控訴審である知財高判平成 17 年 11 月 10 日裁判所ウェブサイト(平成 17 年(ネ)第 10088 号)も、「外観の態様に影響しない機能」は「商品の形態」に含まれないとの判断を支持した。
 - 35) 田村・前掲注 30) 302 頁。
 - 36) 渋谷達紀「不正競争防止法」140 頁(発明推進協会, 平成 26 年)。
 - 37) 小野昌延「不正競争防止法概説」178 頁(有斐閣, 1994 年), 小野昌延＝松村信夫編「新・不正競争防止法概説〔第 3 版〕【上巻】」281～282 頁, 303～304 頁等(青林書院, 2020 年)等も参照。経済産業省 知的財産政策室編「逐条解説 不正競争防止法(令和元年 7 月 1 日施行版)」42 頁も、2 条 5 項の「模倣」の意義に関し、「実質的同一性は、同種の商品間における商品の形態を比較し」と述べており、模倣が「同種の商品間」における問題であることを示唆している。なお、機能・効用が異なる場合、実質的同一性等の問題とは別に、営業上の利益が侵害されたか否か、ひいては差止請求及び損害賠償請求の可否(3 条及び 4 条)や損害賠償額の算定に影響を及ぼす可能性はある。
 - 38) 田村・前掲注 30) 302 頁。
 - 39) 大阪地判平成 23 年 10 月 3 日前掲注 33) 「水切りぎる」も参照。