

フィジカルとバーチャルの現実が融合する時代のデザイン保護戦略

— XR・メタバースに関わる不正競争防止法 2 条 1 項 3 号改正をもとに —

Design Protection Strategies in the Era of Convergence of Physical and Virtual Reality



関真也法律事務所 弁護士・NY 州弁護士／上級 VR 技術者

関 真也

漫画、アニメ、ゲーム等のコンテンツやファッションに加え、XR・メタバース、VTuber、NFT、AI、デジタルファッション等を多く取り扱い、関連する官公庁の委員も務める。XR コンソーシアム監事、日本商標協会理事、日本知財学会コンテンツ・マネジメント分科会幹事、ファッションビジネス学会ファッションロー研究部会長等。主な著作に『XR・メタバースの知財法務』（中央経済社、2022 年）、『ファッションロー』（共著。勁草書房、2017 年）等がある。

1 はじめに

デジタル空間における経済取引が活発化している。すべてがデジタル情報で構成されるデジタル空間であるメタバースでも、その運営事業者がメタバース上で使用できるアバターやアイテムなどを提供するほか、ユーザーが作成したアイテムなどをメタバース・プラットフォーム上で出品できるサービスも登場している。これらのアイテムは、メタバース向けに創作したオリジナル作品である場合もあれば、フィジカルな商品のデザインを再現したものもある。フィジカルな商品を正規に取り扱う者が後者のデジタルアイテムを提供する場合、フィジカルとバーチャルの世界を跨いだデザイン保護の問題が生じることになる。さらに、Augmented Reality (AR) や Mixed Reality (MR) と呼ばれる技術を活用し、フィジカルな世界にデジタルな画像・音声などの情報を重畳・融合させることで作り出される世界でも、同様の問題が生じる。

不正競争防止法 2 条 1 項 3 号（商品形態模倣）（以下、条文番号は不正競争防止法のもの指す。）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し、差止請求、損害賠償請求等の対象としている。もっとも、本号にいう「商品」にデジタルアイテムなどのデータという無体物を含むか、また、前述したようなフィジカルとバーチャルの世界を跨いだ模倣事例に対応できるか否かについては、疑義があるとされていた（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」（令和 5 年 3 月）。

そこで、今般、この問題に対応するため、商品形態模倣に関連する不正競争防止法の改正が行われた（令和 5 年 3 月 10 日に閣議決定、同年 6 月 7 日に可決・成立、同月 14 日に不正競争防止法等の一部を改正する法律（令和 5 年 6 月 14 日法律第 51 号）として公布。以下「本改正」という。）。施行日は、公布の日から起算して 1 年を超えない範囲内において政令で定める日とされる。

本改正は、専らメタバースなどのデジタル世界で事業を行う者はもちろん、これまでデジタル世界における事業に関わってこなかった事業者のデザイン保護戦略にも大きな影響を与えうる。本稿は、フィジカルとバーチャルが交錯する場面におけるデザイン保護に関し、本改正を踏まえた戦略を考えるにあたって留意すべきポイントについて考察するものである。

2 実質的同一性の考え方

2.1 改正の概要

本改正により、他人の商品の形態を模倣した商品を「電気通信回線を通じて提供」する行為が不正競争として追加される（本改正後の 2 条 1 項 3 号）。また、同号の適用除外を定める 19 条 1 項 5 号（本改正後は 6 号）イ及びロにおいても、同様に「電気通信回線を通じて提供」する行為が追加された。すなわち、同号イを例にとると、日本国内において最初に販売された日から起算して 3 年

を経過した商品について、その商品の形態を模倣した商品を譲渡等する行為に加えて、かかる商品を「電気通信回線を通じて提供」する行為は、差止請求、損害賠償請求等の対象とならないなど同法の適用除外となる。

不正競争防止法上、「電気通信回線」は、「インターネットや企業内 LAN などの情報通信網を意味し、有線であるか無線であるかを問わず、「光ファイバーによる通信網も含まれる」が、「回線」とは「両方向からの通信を伝送するための無線又は有線と解されており、一方にしか情報を送信できない放送網は『電気通信回線』には含まれない」とされている（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）」72～73頁）。

加えて、どのような行為が「模倣」に当たるか及び「商品」に無体物が含まれることを、逐条解説等において明確化することが検討されている。

これらの対応により、従来は基本的に①フィジカルな商品の形態を模倣したフィジカルな商品を譲渡等する行為が対象であったところ、本改正後は、②他人のフィジカルな商品の形態を模倣したデジタルな商品（アバター、アイテムなどのデータ）をネットワークを通じて提供したり、③デジタルな商品の形態を模倣したデジタルな商品をネットワークを通じて提供したりする行為や、④デジタルな商品の形態を模倣したフィジカルな商品を譲渡等する行為も、2条1項3号所定の不正競争に該当することとなる。

2.2 課題

本改正においては、「商品の形態」及び「模倣する」の定義の変更はない。すなわち、「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）。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（同条5項）。

ここで、次の2点に着目して、フィジカルな商品とデジタルな商品の形態が「実質的に同一」といえるかを一般論として検討したい（詳細は拙稿「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～」特許

研究75号31頁（2023年）参照）。

1点目は、それぞれの存在形式の違いである。フィジカルな商品は、物理世界に存在する三次元的な有体物である。これに対し、デジタルな商品は、その形態が需要者の知覚によって認識することができる状態でいえば、機器の平面的なディスプレイに表示される画像ないし映像であると捉えることができる。2点目は、その開発・商品化のプロセスの違いである。フィジカルな商品の形態は、デザイン、素材の選択、金型・パターンなどの作成、試作など有体物であるからこそ必要なプロセスがあり、それぞれに必要な技能を持った人員が関わる。同様に、デジタルな商品でも、3DCGモデルのモデリングや、そのモデルの動きなどを制御するためのプログラムの作成及び実装など、フィジカルな商品の場合とは異なるプロセスと技能・人員が要求される。フィジカル／デジタル相互間で商品を変換する際には、見た目が共通するとしても、それぞれの開発・商品化では別途、資金・労力等が投下される場合があるのである。

変換に際して新たに資金・労力等を投下した点を重視する場合、そもそも三次元的な有体物であるか二次元的な画像ないし映像であるかという存在形式が異なる以上、両者は原則として実質的に同一の形態の商品であるとはいえないと考えることになろう。

これに対し、本改正はフィジカル／デジタルが交錯する場面を含めて商品形態模倣に含める趣旨の改正である以上、前述した2点のように、その交錯に必然的に伴う事項は、本改正後の2条1項3号の適用において障害とはならないという解釈もありうるであろう。この場合に、両者の形態が実質的に同一であるといえることの根拠として、客観的に見たときに三次元的な有体物であるか二次元的な画像ないし映像であるかという違いはともかく、「需要者が・・・知覚によって認識する」形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感は実質的に同一であると整理することが考えられる。ヘッドマウントディスプレイ（HMD）を用いた場合に顕著であるが、バーチャルな3DCGオブジェクトは、そのユーザーにとっては、フィジカルな世界に存在する三次元的な有体物と同じような感覚で視覚的に認識できるから、不正競争防止法においてその「商品の形態」は実質的に同一であると考えるのである。この考え方に関しては、ユーザーが用いるデバイスによって差異が生じうる要素

によって「商品の形態」自体も変わってくる可能性がある点をどう評価するかが問題となると思われる。「商品」として電気通信回線を通じて提供されるのは3DCGモデルのデータであるが、同じ3DCGモデルであっても、HMDで表示するのか、PC・タブレット・スマートフォンで表示するのかによって、ユーザーの視覚的な認識は異なる。

このように、本改正後も、フィジカルとバーチャルが交錯する場面におけるデザイン保護を考える方向性には大きな課題がある。この点は、逐条解説等によってどのように明確化されていくかに注視する必要がある。

なお、変換に際して新たな資金・労力等が投下されたか否かそれ自体は実質的同一性の有無に直接影響するものではないとしても、それが「商品の形態」の違いとして具体的に表れた場合には、実質的同一性を否定する理由となりうると考えられる。

3 「電気通信回線を通じて提供」に関わる概念の整理

3.1 5条1項について

2条1項3号の改正と関連する範囲内で、5条1項の改正にも触れておきたい。

本改正前の同項では、侵害者が侵害行為組成物を譲渡したときは、その譲渡した物の数量に、被侵害者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単位数量当たりの利益を乗じて得た額を、一定の限度において損害額とすることができることになっていた。これに対し、本改正後の条文では、侵害行為組成物に「電磁的記録を含む」ことが明記された。また、かかる侵害行為組成物を譲渡したときに加えて、「その侵害の行為により生じた役務を提供したとき」にも、同項による損害額の算定ができることとなった。

ここで検討したいのは、本改正後、自らの商品の形態を模倣したデジタルな商品を「電気通信回線を通じて提供」された被侵害者は、侵害者に対して損害賠償請求をするにあたり、同項による損害額の算定ができるかどうかである。同項は、「商品」を「電気通信回線を通じて提供」したときについて明示的に規定していないからである。

本改正は、2条1項3号の「譲渡」等が、有体物である商品を念頭に置いたものであり、無体物であるデータをネットワークを通じて提供する行為が対象になるか否

かについて疑義があると考えられたことから、かかる行為が対象となることを明確にするために「電気通信回線を通じて提供」する行為を追加したものである。そうだとすれば、少なくとも本改正後、同号の「譲渡」には、ネットワークを通じてデータを提供する行為は含まれないと読むのが自然であろう。逐条解説も、「『譲渡』とは、当該商品の所有権を他人に移転する行為」をいうとする（ただし、2条1項1号に関する記述である。）。

では、5条1項の「譲渡」はどうか。「譲渡」という文言だけを見れば、所有権の対象となりうる有体物のみが「譲渡」されうることになろうが、本改正後の同項では、侵害行為組成物に「電磁的記録」が含まれている。この「電磁的記録」とは、「電子的方式、磁気的方式その他の他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるもの」をいう（本改正後の2条1項17号）。したがって、同項の「譲渡」には、無体物であるデータを提供する行為が含まれると解しうる。

もっとも、「譲渡」である以上、対象の管理権限を移転する行為であることを要するとも考えられる。すなわち、ダウンロード方式で当該データを提供するのであれば同項の「譲渡」に該当するが、ストリーミング方式での提供は「譲渡」とはいえないとの解釈の余地がある。

そこで、ストリーミング方式でデータを提供する行為は、同項の適用上、「役務の提供」に該当すると整理することが考えられる。しかしながら、2条1項3号は、他人の商品の形態を模倣した「商品」を提供する行為を不正競争としており、「役務」を提供する行為は同号の不正競争ではない。したがって、同号の不正競争に該当する行為は、5条1項の適用上も、「役務の提供」に該当するとはいえないのではないかと疑義が生じる（この点、2条1項3号の文言だけで考えれば、本改正前から、「貸し渡し」のように所有権の移転を伴わずに使用権を設定する行為が含まれていることから、ダウンロード方式のみならずストリーミング方式で「商品」を提供する行為も、「商品」を「電気通信回線を通じて提供」する行為に当たると自然に解釈することができたように思われる。しかし、条文上の整合性を保ちつつ5条1項において2条1項3号の不正競争を適用することを考えると、「商品」と「役務」の区別が生まれ、「役務」的に提供する行為が「商品」の提供行為を対象とする同

号に含まれるかについて疑義が生じてしまうかもしれない。)

他人の商品の形態を模倣した商品を電気通信回線を通じて提供する行為につき、5条1項による損害額の算定ができないとするのは不当であろうから、2条1項3号を含めて、「電気通信回線を通じて提供」、「譲渡」及び「役務の提供」という文言の意義及び関係を適切に整理する必要がある。この点、現行の逐条解説においても、5条1項は「行為態様に応じた柔軟な解釈が可能な規定であり、仮に厳格に行為類型を追加するとすれば、かえって規定の適用を狭めるおそれがあるため、・・・『譲渡』のみ規定することとした」とされている。今回、「役務の提供」などの行為類型を追加したこととの関係も含めて、実務上の指針となるにふさわしい逐条解説の改訂が期待される。

3.2 本改正後19条1項6号イ

19条1項5号イ（本改正後は同項6号イ。以下、本改正後の条文番号で表記する。）は、日本国内において最初に販売された日から起算して3年を経過した商品の形態を模倣した商品を譲渡等する行為につき、不正競争防止法上の差止請求、損害賠償請求、刑事罰等に関する一定の規定を適用しないこととしている。

ここでは、19条1項6号イにおける「販売」の意義を検討したい。この点、現行の逐条解説においては、「『販売』とは、業とする目的をもって、対価を得て物を第三者に提供する行為」をいうとされる。「物」とは有体物をいうから（民法85条参照）、逐条解説にいう「販売」も有体物の提供を想定したものと考えられる。しかしながら、本改正に伴い、無体物も「商品」であり、模倣の対象となりうるということが明確化された場合、19条1項6号イの「販売」には、対価を得て、無体物である商品を第三者に（電気通信回線を通じるなどして）提供する行為を含めるべきであろう。商品が有体物である場合には販売から3年という保護期間の限定があるのに対し、無体物である場合はその限定がなく永久に保護されることになってしまうからである。

19条1項6号イの「販売」については、5条1項において侵害の行為を組成した「物」に「電磁的記録」を含むことを明確にしたような改正は行われておらず、また、ストリーミング方式による提供を（5条1項の適

用上）「役務の提供」と捉えた場合、その提供は19条1項6号イにおいて「販売」といえるのかという点も問題となりうる。

この点についても、逐条解説の改訂など適切な方法により、不正競争防止法を含む法体系を踏まえた概念の整理が行われることが期待される。

4 保護期間の考え方とデザイン保護戦略

前述のとおり、2条1項3号による保護は、日本国内において最初に販売された日から起算して3年に限られる（19条1項5号（本改正後は6号）イ）。

シリーズ商品のように、同一の者が開発・商品化した先行商品と後行商品の形態が実質的に同一である場合、後行商品を含む両商品の保護期間は、最初に販売された先行商品を基準に算定される（知財高判平成28年11月30日判時2338号96頁参照）。たとえば、あるファッションブランドがフィジカルな衣服の販売を先行して開始し、その2年後に当該衣服と形態が実質的に同一なデジタル衣服の販売を開始した場合、いずれの商品についても、保護期間はフィジカルな衣服の販売を開始した日から3年である。第三者がそのデジタル衣服と実質的に同一の形態のデジタル衣服を提供する行為を禁止できるのは、そのデジタル衣服の販売を開始した後残り1年だけということになる。前述のとおり、フィジカル／デジタルの変換を行う際に新たな資金・労力等の投下があったとしても、第三者による模倣から保護されながら当該資金等を回収できる期間は短くなることに留意する必要がある。

この結論は、フィジカル／デジタルの変換をした両商品の形態が実質的に同一であると評価することの帰結であるが、フィジカル／デジタルを跨いだ市場展開を検討する事業者にとっては、需要の見込み、投下する開発・商品化コスト、価格設定、将来的なトレンドの変化などを踏まえ、投下資本の回収と利益創出のためにあらかじめ把握しておくべき戦略上重要なポイントになるであろう。場合によっては、デジタルな商品にする際には、狙う市場の需要者の特性などに合わせてデフォルトするなど、ベースとなるフィジカルな商品とは実質的に同一ではないと認められるために許容できるデザイン変更を加えることを検討するのの一考であろう。両者の形態が実

質的に同一でないのであれば、保護期間はそれぞれ別に算定される。

5 おわりに

フィジカルとデジタルの融合が進み、法律がこれに対応していくためには、有体物と無体物の別や、ダウンロード方式とストリーミング方式の違い、さらに民法、商標法その他の関連する他の法律との体系的な整合性も踏まえて、分かりやすく概念を整理していくことが、実務における法的安定性にも資することになる。「商品」と「役務」の使い分けについては、商標法における用法との整合性も踏まえ、統一的に分かりやすい整理を望む声もある。

フィジカルとデジタルを跨いだ事業展開を検討する事業者にとっては、それぞれの市場におけるデザイン保護の範囲や期間などをあらかじめ正確に把握し、事業計画などに適切に反映することが重要である。

リアルとバーチャルの融合化社会に向けた知財戦略