

特許庁委託

令和6年度産業財産権制度調和に係る共同研究調査事業調査研究報告書

仮想空間における知的財産の保護に関する研究
－商標・意匠を中心として

**Research on Protection of Intellectual Properties in Virtual Space
-With a Focus on Trademarks and Designs**

駒田 泰土
Yasuto KOMADA

令和7年3月
March 2025

一般財団法人知的財産研究教育財団
Foundation for Intellectual Property
知的財産研究所
Institute of Intellectual Property

仮想空間における知的財産の保護に関する研究
－商標・意匠を中心として

Research on Protection of Intellectual Properties in Virtual Space
-With a Focus on Trademarks and Designs

一般財団法人知的財産研究教育財団
知的財産研究所
派遣研究者
駒田 泰土

Yasuto KOMADA
Overseas Researcher
Foundation for Intellectual Property
Institute of Intellectual Property

報告書の構成

はしがき	英語
はしがき	日本語

要約	英語
要約	日本語

目次	日本語
本文	日本語

The Structure of This Report

Foreword	English
Foreword	Japanese

Summary	English
Summary	Japanese

Table of Contents	Japanese
Main Body	Japanese

Foreword

The Foundation for Intellectual Property, Institute of Intellectual Property conducted the 2024 Collaborative Research Project on Harmonization of Industrial Property Right Systems under a commission from the Japan Patent Office (JPO).

Various medium-term issues need to be addressed to encourage other countries to introduce industrial property right systems helpful to the international expansion of Japanese companies and to harmonize the industrial property right systems of major countries, including Japan. Accordingly, this project provided researchers well-versed in the Japanese industrial property right systems with an opportunity to carry out surveys and collaborative research on these issues with the goal of promoting international harmonization of industrial property right systems through use of the research results and researcher networks.

As part of this project, we dispatched Japanese researchers to foreign research institutes to engage in collaborative research on target issues.

This report presents the results of the research conducted by Prof. Yasuto KOMADA, Sophia University, Faculty of Law, at Toulouse Capitole University of France.* We hope that the results of her research will facilitate harmonization of industrial property right systems in the future.

Last but not least, we would like to express our sincere appreciation for the cooperation of all concerned with the project, especially Prof. Alexandra Mendoza-Caminade and Prof. Jacques Larrieu, Toulouse Capitole University.

Institute of Intellectual Property
Foundation for Intellectual Property
March 2025

* Period of research abroad: From October 3, 2024 until February 28, 2025

はしがき

当財団では、特許庁から委託を受け、令和6年度産業財産権制度調和に係る共同研究調査事業を実施した。

この事業は、我が国企業が海外各国において活動しやすい産業財産権制度の導入を促すため、主に日本を含む複数国間において産業財産権制度に関する制度調和を進める上で抱える中期的な課題に関し、日本の産業財産権制度に対して深い理解を有する研究者が調査・共同研究を実施し、得られた研究成果及び研究者のネットワークを活用して産業財産権制度に関する制度調和の推進を図ることを目的とするものである。

その一環として、我が国の研究者を外国の研究機関に派遣し、主に日本を含む複数国間において産業財産権に関する制度調和が中期的に必要な課題について共同研究による調査を行った。

この調査研究報告書は、派遣研究者としてフランス・トゥールーズ第1大学ビジネス法センターにおいて研究に従事した上智大学法学部国際関係法学科教授、駒田泰士氏の研究成果を報告するものである*。

この研究成果が今後の産業財産権制度調和の一助になれば幸いである。

最後に、この事業の実施に御尽力いただいたトゥールーズ第1大学のAlexandra Mendoza-Caminade教授、Jacques Larrieu教授を始めとする関係各位に深く感謝申し上げます。

令和7年3月

一般財団法人知的財産研究教育財団

知的財産研究所

* 派遣期間: 令和6年10月3日～令和7年2月28日

Summary

In virtual space, digital goods (virtual goods) that show appearances comparable to those of tangible goods (real goods) are often traded as NFT goods. Recently, the Nice International Classification has been revised, and the registration offices of various countries are now prepared to handle applications for trademark registration with virtual goods as the designated goods. However, whether the protection of trademark law extends to the use in virtual space of a registered trademark designating real goods, i.e., whether it is possible to prevent others from registering identical or similar trademarks designating virtual goods whose appearances are comparable to those of the designated real goods, or whether it is possible to prohibit others from using such trademarks on such virtual goods remains as an important question that needs to be resolved.

The question is, after all, only an applied question of similarity of goods. In this study, we have reconsidered (reconstructed) the structure of appreciating the similarity of goods in Japanese trademark law from the perspective of the structure of appreciating the similarity of goods in EU (and French) law, and have examined the protection in virtual space of a registered trademark whose designated goods are real goods, based on the arguments that have been developed there.

On the other hand, the diversion of designs of tangible goods to virtual goods without authorization is also an issue. In this regard, the EU adopted a new Directive and Regulation that broadly extend the concept of goods to intangible objects, and promulgated them in November last year. In this study, we tried to understand whether the EU design rules pertaining to non-registered designs might be helpful for the operation of Article 2(1)(iii) of the Unfair Competition Prevention Law in Japan, which was revised in 2023. However, despite our efforts to understand that EU system, we concluded that the actual gap between the systems is so great that it may not be very helpful.

要約

仮想空間内においては、有体物商品（現実商品）と同様の様態を示すデジタル商品（仮想商品）が（しばしば NFT 商品として）取引されている。近時、ニース国際分類の改訂も行われ、各国の登録官庁で、仮想商品を指定商品とする商標登録出願に対応するための態勢が整えられている。しかしながら、現実商品を指定商品とする登録商標の仮想空間内での使用に商標法の保護が及ぶか否か——すなわち他者が仮想商品を指定して行う同一・類似の商標の登録を阻むことができるのか、また他者による仮想商品についての当該商標の使用を差し止めることができるのか——は、依然として解決を要する重要な問題にとどまっている。

この問題は結局のところ、商品の類似性についての応用問題にすぎない。本研究では、EU（及びフランス）法における商品類否の判断構造の観点から、わが国の商標法におけるその判断構造の捉え直し（再構成）を行い、彼地の議論を基に現実商品を指定商品とする登録商標の仮想空間における保護について考察してみた。

一方、物品（有体物）の意匠の許諾を得ない仮想商品への転用も問題となっている。この点、EU では、広範に無体物をカバーする物品概念を採用した新指令等が採択され、昨年 11 月に公布された。本研究では、非登録意匠に係る EU 意匠規則が、令和 5 年に改正されたわが国の不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の運用にとって参考になるのではないかという問題意識の下で、前者の理解に努めたが、実際には制度間の隔たりが大きく、あまり参考にならないのではないかという結論を得た。

目次

I. はじめに	1
II. 仮想空間における商標保護——EU 法及びフランス法	3
1. 仮想商品・役務を指定商品・役務とする出願	3
(1) ニース分類の改訂	3
(2) EUIPO によるガイドラインの策定	5
(3) INPI によるガイドラインの策定	5
(4) 仮想商品の形態・模様を商標として出願した事例	6
2. 商品・役務の類似性に関する基礎理論	11
(1) EU 法の規定	11
(2) フランス法の規定	12
(3) EU の判例	13
(4) フランスの判例等	18
(5) 著名商標の場合	20
(6) 分析	22
3. 現実商品と対応仮想商品の類似性	24
(1) MetaBirkin 事件陪審評決・終局判決	24
(2) 否定的又は慎重な見解	24
(3) 肯定的な見解	26
(4) 対応仮想役務との類似性について	29
(5) 分析	30
III. 仮想空間における意匠保護——EU 法及びフランス法	32
1. 改正前 EU 意匠法とその影響下にあるフランス法	32
(1) EU 意匠法の規定	32
(2) EU 著作権法との関係	33
(3) フランス法の規定	34
(4) EU 意匠法による仮想空間内の意匠保護	35
(5) 物品を異にする意匠に関する EU 判例	36
(6) 物品を異にする意匠に関するフランス判例	40
(7) 分析	43
2. 改正 EU 意匠法による仮想意匠の保護	45
IV. 日本法への示唆	47
1. 商標保護に関して	47
(1) 商品・役務の類似性に関する判断構造の再構成	47

(2) 現実商品と対応仮想商品の類似性（デジタル被服を例に）	51
(3) まとめ.....	54
2. 意匠保護に関して	54
(1) 保護要件	55
(2) 権利主体	55
(3) 保護範囲	56
(4) まとめ.....	56
V. おわりに.....	57

Abbreviations (凡例)

Ann. propr. ind. : Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire. (産業財産権・文学的及び美術的所有権年鑑)

BGH : Bundesgerichtshof (ドイツ連邦通常裁判所)

Bull. civ. : Bulletin civil de la Cour de cassation (破毀院民事判例集)

CA : Cour d'appel (控訴院)

Cass : Cour de cassation (破毀院)

CPI : Code de la propriété intellectuelle (フランス知的所有権法典)

D. affaires : Dalloz affaires (ダロズ・ビジネス)

ECJ : European Court of Justice / Cour de justice de l'Union européenne (欧州司法裁判所)

EGC : General Court / Tribunal de première instance des Communautés européennes (欧州第1審裁判所)

EUIPO : European Union Intellectual Property Office / Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (欧州知的財産庁)

IIC : International Review of Intellectual Property and Competition Law (知的財産及び競争法の国際雑誌)

INPI : Institut national de la propriété industrielle (フランス工業所有権庁)

JCPE : La Semaine juridique, Entreprise et affaires (ラ・スメヌ・ジュリディック、企業とビジネス)

JCP G : La semaine juridique, Edition Générale (ラ・スメヌ・ジュリディック、総合版)

PIBD : Propriété industrielle Bulletin documentaire (フランス工業所有権庁紀要)

Propr. intell. : Propriété intellectuelle (知的財産法雑誌)

RLDA : Revue Lamy droit des affaires (ラミー誌、ビジネス法)

RLDI : Revue Lamy de Droit de l'Immatériel (ラミー誌、無体財産法)

RTD Eur : Revue trimestrielle de droit européen (欧州法季刊誌)

USPTO : United States Patent and Trademark Office (米国特許商標庁)

I. はじめに

近年、メタバースについては成長の限界あるいは失速が各方面から指摘されているが、矢野経済研究所が公表した調査結果によると、2023年度の国内メタバース市場規模は前年度比135.3%の1863億円と推計され、2024年度は同147.6%の2750億円まで成長する見込みであるという。同研究所は、今後ますます成長速度が加速し、2028年度に市場規模は1兆8700億円にまで達すると予測している¹。おそらく指摘されているような失速は、いわゆるハイプ・サイクル（hype cycle）にいう「幻滅期」にメタバースが差し掛かったことを示すものであろう。現在は「回復期」に当たるのではないかとと思われる。今後、VRゴーグルや3Dコンテンツ制作機器等関連技術に関するイノベーションが進めば、メタバースは現代社会に欠かせない誰もが気軽にアクセスできるインフラとして定着していくのではないかとと思われる。

本稿は、そのようなメタバースをはじめとする仮想空間内での商標と意匠の保護を論じるものである。本稿の研究は、特許庁委託の財団法人知的財産研究教育財団知的財産研究所による研究者海外派遣事業の成果であり、EU法及びフランス法を参照している。これらの外国法調査は主として日本法への示唆を得るために行ったが、単純に同じ問題をめぐって彼地でどのような議論が行われているのかを知るために行ったという面もある。

本稿執筆のために、筆者は上記事業の援助を受けて約5か月間フランスで研究を行った（2024年10月初旬～2025年2月下旬まで）。その研究期間と筆者の能力を理由として、本稿では考察の範囲を次のように限定したい。まず、わが国では商標保護について商標法と並んで不正競争防止法（以下「不競法」）2条1項1号・2号が大きな役割を果たしているが、後者は考察の範囲から除くことにする。また防護標章制度も考察の対象から除くことにする。一方で、商品の形態という意匠を仮想空間においても実効的に保護するために不競法2条1項3号が令和5年に改正されたため、この規定は考察の範囲に含めることにする。

本稿の構成は以下の通りである。

まず、商標保護と意匠保護に分けてEU法及びフランス法の規整を眺めることにする（II章及びIII章）。その上で、そこから日本法のためにどのような示唆が得られるかを論ずることにする（IV章）。

II章においては、仮想空間内の商品を対象とした商標の出願区分の記載に係るEUIPOやINPIのガイドラインや、当該商品の形態や模様を商標として出願した事例等をみていく（1）。そして、現実空間内の商品を指定商品とする登録商標に与えられる商標法上の保護が仮想空間内の商品についても及ぶか否かを考察するために、EU法及びフランス法にお

¹ 矢野経済研究所 2024年12月9日プレスリリース（https://www.yano.co.jp/press-release/show/press_id/3688 [最終アクセス日：2025年1月16日]）。

ける商品・役務の類似性の考え方を整理し（２）、それを踏まえてどのような議論が彼地で行われているのかを参照する（３）。

Ⅲ章においては、EU 法及びフランス法における意匠保護制度の概要を整理した上で、2024 年改正前の EU 意匠法においてデジタル意匠の保護はどのように考えられていたのかを探る。また、現実の物品に係る意匠がデジタル意匠に転換された場合にどのような基準の下で前者の保護が図られるかを推理するため、意匠が明確に異なる物品に応用された場合における EU 法及びフランス法における規律の仕方を参照する（１）。そして、デジタル意匠を本格的に保護すること等を目的とした 2024 年の EU 法改正についても、一定の情報を得る（２）。

Ⅱ．仮想空間における商標保護——EU 法及びフランス法

以下では便宜上、仮想空間内において提供される商品・役務を「**仮想商品**」「**仮想役務**」と呼び、それらをまとめて「**仮想商品・役務**」と呼ぶ。また、現実空間内において消費される商品・役務を「**現実商品**」「**現実役務**」と呼び、それらをまとめて「**現実商品・役務**」と呼ぶ。さらに、提供される空間を異にするが商品・役務の様態が同一といえるものについて、「**対応**」の語を前置してそれを表すことにする。たとえば現実商品が靴である場合に、その**対応仮想商品**は、靴の様態を示す仮想商品を指すことになる。また仮想商品が眼鏡の様態を示す場合に、その**対応現実商品**は、まさに現実空間において提供される眼鏡を指すことになる。仮想商品・役務について使用される商標は「**仮想商標**」と呼ぶこととし、現実商品・役務について使用される商標は「**現実商標**」と呼ぶこととする。

1．仮想商品・役務を指定商品・役務とする出願

仮想空間上の商標保護を確実なものとする最善の手段は、もとより仮想商標の登録を得ることである。そうすることで、指定商品・役務と同一・類似の仮想商品・役務について第三者が当該商標と同一・類似の商標を使用することを禁止でき、また指定商品・役務と同一・類似の仮想商品・役務について第三者が当該商標と同一・類似の商標の登録を得ることを確実に防止することができる。

(1) ニース分類の改訂

以下に述べる商品・役務の区分に係る国際分類（以下「ニース分類」）の改訂以前からそのような出願は可能であると考えられており、仮想商品であれば第 9 類、仮想役務であれば第 35 類や第 41 類の区分による出願が主な候補とされてきた。たとえば Nike 社は、仮想空間上のビジネスを念頭に置きつつ、下図商標の出願を 2021 年 10 月 27 日に USPTO に対

して行った（97096366 号）。出願に際しては第 9 類、第 35 類、第 41 類に属する商品・役務を指定しており、登録を得ている²。



しかし、仮想商品・役務について願書に記載する方法の不明確さから生ずるリスクが存在していたため、その軽減を目的とするニース分類の改訂が行われた（2023 年 1 月 1 日施行）。当該改訂により、たとえば「非代替性トークン（NFT）により認証されたダウンロード可能なデジタル・ファイル」の商品が追加され（第 9 類）、また「オンラインによる画像の提供（ダウンロードできない

ものに限る。）」「オンラインによるガイド付き仮想見学ツアーの提供」の役務が追加された（第 41 類）。2024 年 1 月 1 日に施行されたその後の改訂では、「非代替性トークン（NFT）により認証されたダウンロード可能なデジタル画像ファイル」に表示変更がされ、「非代替性トークン（NFT）により認証されたダウンロード可能なデジタル音楽ファイル」「ダウンロード可能な仮想被服」「非代替性トークン（NFT）生成用のダウンロード可能なコンピュータソフトウェア用アプリケーション」の商品が追加された（第 9 類）。また「非代替性トークン（NFT）により認証されたダウンロード可能なデジタル画像ファイルの小売の業務において行われる顧客に対する便益の提供」「非代替性トークン（NFT）により認証されたダウンロード可能なデジタル画像ファイルの買い手及び売り手のためのオンライン市場の提供」等の役務が追加された（第 35 類）。2025 年 1 月 1 日に施行されたその後の改訂では、「娯楽のための仮想空間における模擬レストランの提供」「非代替性トークン（NFT）により認証されたデジタル画像ファイルの提供」（第 41 類）等の役務が追加されている。

² 各区分の指定商品・役務は下記の通りである。第 9 類「ダウンロード可能な仮想商品、すなわち、履物および履物付属品、衣類および衣類付属品、ヘッドウェアおよびヘッドウェア付属品、アイウェアおよびアイウェア付属品、バッグおよびバッグ付属品、スポーツバッグおよびスポーツバッグ付属品、バックパックおよびバックパック付属品、スポーツ用品およびスポーツ用品付属品、美術品および美術品付属品、オンラインおよびオンライン仮想世界で使用するための玩具および玩具付属品を特徴とするコンピュータ・プログラム」、第 35 類「オンライン及びオンライン仮想世界で使用するための仮想商品、すなわち履物及び履物付属品、衣類及び衣類付属品、ヘッドウェア及びヘッドウェア付属品、眼鏡及び眼鏡付属品、スポーツバッグ及びスポーツバッグ付属品、バックパック及びバックパック付属品、スポーツ用品及びスポーツ用品付属品、美術品及び美術品付属品、おもちゃ及びおもちゃ付属品を特徴とする小売店サービス； 仮想商品、すなわち履物及び履物付属品、衣類及び衣類付属品、ヘッドウェア及びヘッドウェア付属品、アイウェア及びアイウェア付属品、バッグ及びバッグ付属品、スポーツバッグ及びスポーツバッグ付属品、バックパック及びバックパック付属品、スポーツ用品及びスポーツ用品付属品、美術品及び美術品付属品、オンライン及びオンライン仮想世界で使用するための玩具及び玩具付属品を特徴とするオンライン小売店舗サービス」、第 41 類「エンターテインメントサービス、すなわち、オンライン、非ダウンロード可能な仮想履物および履物付属品、衣類および衣類付属品、ヘッドウェアおよびヘッドウェア付属品、アイウェアおよびアイウェア付属品、バッグおよびバッグ付属品、スポーツバッグおよびスポーツバッグ付属品、バックパックおよびバックパック付属品、スポーツ用品およびスポーツ用品付属品、美術品および美術品付属品、娯楽目的で作成された仮想環境で使用するための玩具および玩具付属品の提供」。なお、Nike 社は同日に本出願を含む 7 つの仮想空間関連の出願を行ったといわれている。Cf. C. Monnet = E. Patocki-Tomas = G. Lamrani, « Dépôts de marque visant les métavers et NFT », RLDA, n° 185, 2022, p. 4 (version en ligne).

（２）EUIPO によるガイドラインの策定

ニース分類の改訂を受けて、EUIPO はそのガイドライン（2024 年）において仮想商品の内容を特定する必要がある旨の注意を出願人に呼び掛けている。たとえば単に「仮想商品」とするのではなく、「ダウンロード可能な仮想商品、すなわち仮想衣料品（downloadable virtual goods, namely, virtual clothing）」という記載の仕方を勧奨している³。

なお、同ガイドラインは、仮想空間を使用して行う役務は、現実空間における影響を考慮しつつ、役務の性質に従って確立された分類原則に沿って分類されることを改めて確認している。すなわち、単に役務が仮想空間を通じて提供されるという事実だけで、その役務の分類に影響を与えることはない。役務提供の手段は、役務の目的や結果を変えるものではないからである。

したがって、同ガイドラインにおいては、金融コンサルティングは、それが対面、電話、オンライン、仮想空間のいずれによって提供されるかにかかわらず、第 36 類に属することが示されている⁴。

一方で、同ガイドラインは、NFT は仮想商品又は現実商品の譲渡証書として機能することから、NFT それ自体をたとえば第 9 類の商品として出願することは認められず、NFT によって認証される商品の類型を特定することが必要であるとしている。そして、区分への分類は NFT が何に紐づけられるかによって決まり、たとえば紐づけられているものがデジタル・アートや仮想ハンドバッグであれば、第 9 類に属するものとされ、（現実商品の）ハンドバッグであれば、第 18 類に属するものとされる。また同ガイドラインは、NFT が役務に使用されるとしても、区分への分類は、当該役務の性質によって決まることに変わりはないとしている。ただし、指定対象が NFT によって認証される財を主に用いて行う役務なのか、それとも NFT それ自体を主に用いて行う役務なのかが、願書の記載から明確に読み取れなければならないとしている⁵。

（３）INPI によるガイドラインの策定

出願手続に係る INPI の最新のガイドライン（2024 年 1 月）も、仮想商品・役務についての説明を含んでいる。そこでは、NFT や仮想商品・役務であっても従前のルールが適用されること、すなわち不正確な記載や外国語による記載があった場合には、出願手続においてその修正が求められることが、改めて確認されている。

そして、これらの領域では第 9 類の区分における出願がもっとも多いこと、当該区分において NFT（les jetons non fongibles）も指定されうることが示されている。ただし、ここでいう NFT とは、それによって認証される仮想商品をいうものと思われる（フランス語文献

³ EUIPO Trade mark guidelines, Part B, Sec. 3, 4.4.1 (Edition 2024).

⁴ EUIPO Trade mark guidelines, Part B, Sec. 3, 4.4.2 (Edition 2024).

⁵ EUIPO Trade mark guidelines, Part B, Sec. 3, 4.4.3 (Edition 2024).

の表記では、両者が明確に区別されないことが少なくない)。いずれにしても同ガイドラインは、「NFT」の語のみが記載されているだけでは不十分で、「非代替性トークンにより認証されるダウンロード可能なデジタル・ファイル [NFT] (fichiers numériques téléchargeables authentifiés par des jetons non fongibles [NFT])」とフランス語で記載することを要求している⁶。

仮想商品・役務に関する同ガイドラインの記述は簡素なものにとどまるが、それとは別に juristes Marques (INPI における商標部門の審査官・審判官) 等による比較的詳細な論考も公表されている。これには冊子⁷でもオンライン⁸でもアクセスできる。

(4) 仮想商品の形態・模様を商標として出願した事例

仮想商品の形態を立体商標として EUIPO に出願した例と評しうるものが、いくつか報告されている。しかし、そのような商標登録を得ることは、現実商品の場合と同様に容易ではない。以下に紹介する EUIPO の決定は、当該出願を部分的又は全部拒絶したものである。

(i) 商品の形態や模様に関する EU 法の規定

ここで主に関連する EU 法の現行規定は、2017 年規則 (EU 2015/2424) 4 条及び 7 条である。4 条は、ある企業の商品・役務を他の企業のそれらと識別すること (a 号) と、権限を有する当局及び公衆が、その所有者に付与される保護の明確かつ正確な対象を判断しうる態様で登録原簿に表示されることが可能な標章が EU 商標を構成すること (b 号) を定めている。そして 7 条 1 項は、4 条の要件を充たさない標章 (a 号) 及び識別力を有しない商標 (b 号) の出願が拒絶されることを定めている。同条 2 項は、不登録事由が EU 域内の一部に存在する場合でも同条 1 項が適用されることを定めている。

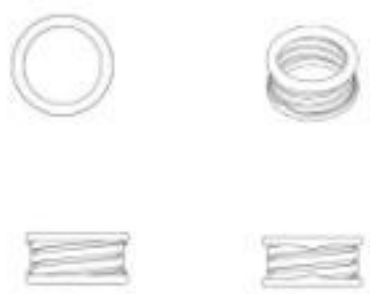
(ii) 018665921 号事件

本件では、ダウンロード可能な仮想商品としての宝石や宝飾品等を指定商品 (第 9 類) とする本願商標 (下図参照) の出願を拒絶する決定がされた (2022 年 12 月 14 日決定)。

⁶ Directives Marques : Procédure d'enregistrement (janv. 2024), sec. C, ch. 1, B6, p. 40.

⁷ A. Drappier = C. Neveu = L. Zambito-Marsala = K. Bounif « La désignation des produits et services dans le cadre des dépôts de marques relatifs aux NFT, au métavers et aux actifs numériques » PIBD 1192-II-1 (2022).

⁸ <https://bit.ly/4jc0XCh> [短縮リンク、最終アクセス日：2025 年 1 月 16 日]



識別力の欠如が理由である。

(iii) 018652011 号事件

本件では、NFT やそれによって認証されるアート作品を含むダウンロード可能な画像ファイル等を指定商品（第 9 類）とする本願商標（下図参照）の出願を拒絶する決定がされた（2022 年 9 月 22 日決定）。



その際 EUIPO は、本願商標は単に NFT がダウンロード可能なエンパイア・ステート・ビルの画像を認証するものであること、NFT が認証するファイルの主題がエンパイア・ステート・ビルであることを示すものにすぎないと需要者が認識するであろうことを指摘した。

一方で、仮想商品の形態であっても、立体商標として登録された例がいくつか見つかる。以下のものがそうである。

(iv) 018679776 号登録

当該商標（下図参照）は 2022 年 3 月 30 日に出願され、同年 7 月 30 日に登録されている。指定商品には、「デジタル・フットウェア・モデルを含むダウンロード可能なファイル」が含まれている（第 9 類）。



なお、「仮想商品又は 3D 商品のコンテンツを創作するためのコンピュータ・プログラミング」も指定役務とされている（第 42 類）。

（v）018705883 号登録

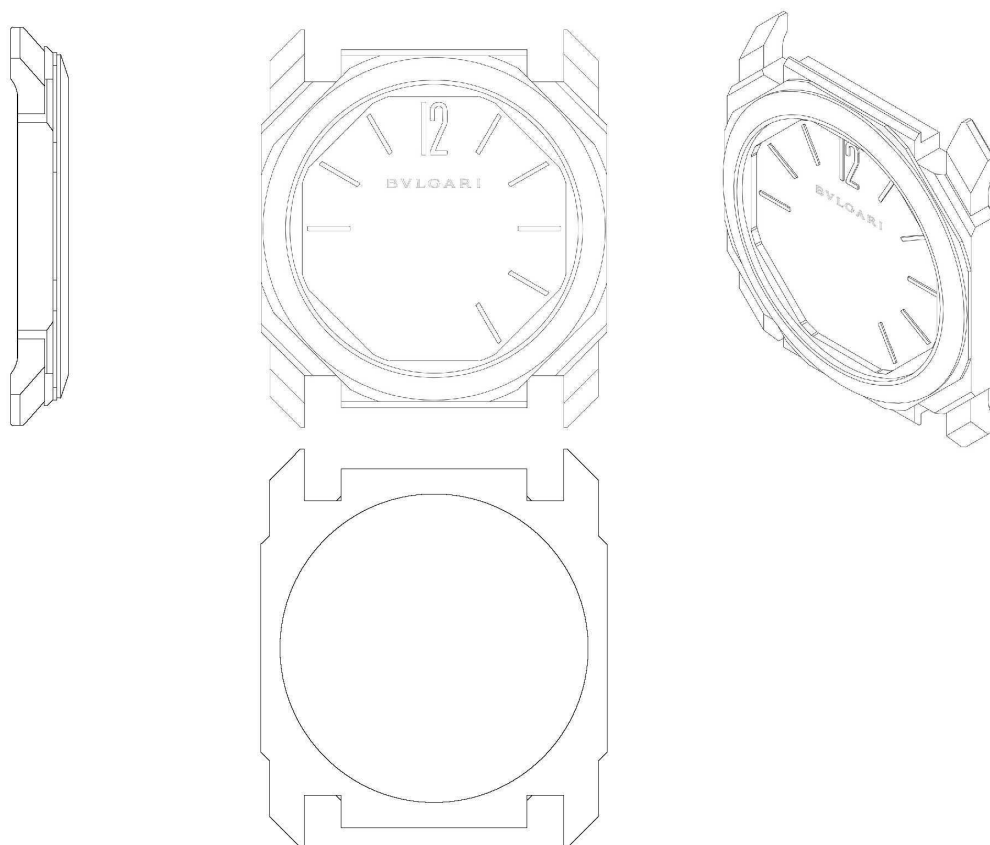
当該商標（下図参照）は 2022 年 5 月 19 日に出願され、同年 11 月 10 日に登録されている。指定商品には、ダウンロード可能な仮想商品としてのナイフが含まれている（第 9 類）。



また、それら仮想商品の小売業等（第 35 類）やダウンロード不可能な仮想商品としてのナイフ等を娯楽目的でオンラインにより提供すること等（第 41 類）が、指定役務とされている。

(vi) 018796608 号登録

当該商標（下図参照）は 2022 年 11 月 18 日に出願され、2023 年 5 月 11 日に登録されている。指定商品には、ダウンロード可能な仮想商品としての時計や宝飾品が含まれている（第 9 類）。



また、それら仮想商品の小売店舗業やオンライン小売店舗業が指定役務とされている（第 35 類）。

これらの商標は実際には文字と結合した商標である。Guétin は、立体商標に対する登録官庁の非常に厳格な立場を迂回する方法は、識別力を有すると評価される要素をそこに付け加えることであり、当該要素は最もしばしば文字商標であると指摘している⁹。

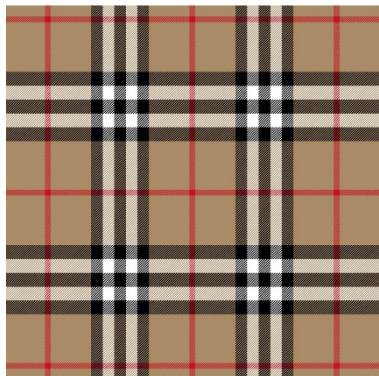
仮想商品の模様が図形商標とされた出願を拒絶した EUIPO の決定もある。

(vii) 018647205 号事件

本願商標（下図参照）の指定商品には、ダウンロード可能な衣服やアクセサリが含まれていた。EUIPO は異議の理由として以下の点を指摘した。まず、商品自体の形態から成る立体商標に関する判例がここでも適用可能である。そして「チェック柄の要素の組み合

⁹ A. Guétin, « Le droit des marques à l'épreuve du Métavers et des NFT : faut-il se protéger et comment le faire ? », Propriété industrielle, n° 4, 2023, p. 34.

わせは当該商品にとってありふれた典型的なものであり、取引上一般にみられるチェック柄と本質的には異ならない」。「現実商品に対する需要者の認識は、対応仮想商品にも応用されうる。なぜなら、仮想商品の重要な側面は、現実商品の核となるコンセプトをまねること（to emulate）だからである」。



出願人からは以上に対する反論が提出されず、上記の異議は維持された（2022 年 12 月 14 日決定）¹⁰。

2. 商品・役務の類似性に関する基礎理論

仮想商標同士及び仮想商品同士の類似性の判断において、何か特別な問題が潜んでいるのか否かは今のところ明らかになっていない。

むしろ現在、議論の主な対象となっているのは、現実商品と仮想商品の類似性である。この議論は、現実商品を指定する登録はされているが、対応仮想商品についてはまだされていない商標の保護を考察する上できわめて重要である。そのような議論を十全に理解する上では、前提となる EU 法及びフランス法における商品・役務の類似性に関する考え方を踏まえる必要がある。

（1）EU 法の規定

共同体加盟国の国内商標法制は、まず 1988 年指令（89/104/EEC）によってそのハーモナイズが試みられた。同指令は、登録商標の保有者が、指定商品・役務と同一の商品・役務について登録商標と同一の標章をその許諾なく第三者が業として使用することを禁じうること（5 条 1 項 a 号）、また登録商標との同一・類似及び指定商品・役務との同一・類似のゆえに公衆において混同のおそれが存する場合において当該標章をその許諾なく第三者が業として使用することを禁じうることを定めていた。そしてここでいう混同のおそれは、当該標章と登録商標が関連づけられるおそれを含むと規定していた（同項 b 号）。両規定の関係に照らすと、a 号は商標及び商品・役務のいずれも同一である場合（フランスではこれを **double identité** という。）について定め、b 号はその一方あるいは双方が類似の場合について定めたものといえる。すなわち、わが国の用語に準えれば、a 号は専用権の保護について定めており、b 号は禁止権の保護について定めていることになる。

¹⁰ ほか、第 14 類及び第 35 類に属する役務の一部についても、拒絶の決定がされている。

以上の規定内容は、同指令の廃止後も 2008 年指令 (2008/95/EC) によって受け継がれている (5 条 1 項 a・b 号)。また 2008 年指令の廃止後は、2015 年指令 (EU 2015/2436) によって受け継がれている (10 条 1 項 a・b 号)。

また、以上とほぼ同じ内容の規定は、共同体商標に係る 1993 年規則 (EC No 40/94) にも存在していたところである (9 条 1 項 a・b 号)。同規則の廃止後は、2015 年規則 (EU 2015/2424) によって改正された 2009 年規則 (EC No 207/2009) によって (9 条 1 項 a・b 号)、2009 年規則の廃止後は 2017 年規則によって受け継がれている (9 条 2 項 a・b 号)。

上記は侵害局面に関する規定であるが、登録局面に関しても同様の規定がある。1988 年指令は、先行商標と同一の後行商標が先行商標について保護されるものと同一の商品・役務を指定商品・役務とする場合、当該後行商標は登録されず、あるいはその登録は無効であると規定していた (4 条 1 項 a 号)。また、先行商標がカバーする商品・役務が後行商標のそれと同一・類似であることから公衆の側に混同のおそれが生ずる場合に、当該後行商標は登録されず、あるいは無効とされると規定していた。そしてここでいう混同のおそれは、先行商標と関連づけられるおそれを含むと規定していた (同項 b 号)。すなわち a 号は *double identité* の場合、b 号はそれ以外の場合について定めた規定である。その規定内容は、同指令の廃止後も 2008 年指令によって受け継がれている (4 条 1 項 b 号)。また 2008 年指令の廃止後は、2015 年指令によって受け継がれている (5 条 1 項 b 号)。

以上とほぼ同じ規定は、1993 年規則にも存在していた (8 条 1 項 b 号)。それは、同規則の廃止後も 2009 年規則によって (8 条 1 項 b 号)、2009 年規則の廃止後は 2017 年規則によって受け継がれている (8 条 1 項 b 号)。先行商標と抵触する商標の出願は、出願公開後 3 ヶ月以内に申し立てられた先行商標の保有者による異議申立手続の対象となり (2017 年規則 46 条 1 項)、登録された場合には無効審決を求める手続の対象となる (同規則 60 条 1 項)。

(2) フランス法の規定

CPI L. 713-1 条 1 項は、商標登録が、その保有者が指定した商品・役務について (*pour les produits ou services qu'il a désignés*) 当該商標に係る所有権をこの者に付与すると規定している。そして CPI L. 713-2 条は、その 1 号において、指定商品・役務と同一の商品・役務について登録商標と同一の標章が権利者の許諾なく業として (*dans la vie des affaires*) 使用されることを禁じ、その 2 号において、公衆心理における混同のおそれが存することを条件として、指定商品・役務と同一・類似の商品・役務について同一・類似の標章が許諾なく使用されることを禁じている。そしてここでいう混同のおそれは、当該標章が登録商標と関連づけられるおそれを含むとしている。1 号は *double identité* についての規定であり、2 号はそれ以外の場合についての規定である。

なお、現行規定は 2009 年改正によって定まったが、法典化がされた 1992 年に施行され改正前まで効力を有していた CPI L. 713-1 条の規定も、現行規定の内容ととくに変わるところはない。ただし、現行 CPI L. 713-2 条 1 号・2 号に相当する規定は、それぞれ別条に規定され（改正前 CPI L. 713-2 条・713-3 条）、その文言も若干異なっていた。もっとも、後者の規定において指定商品・役務の同一・類似が求められ、さらに公衆心理における混同のおそれと言及されている点にも変わりはない¹¹。

以上は侵害局面に関する規定であるが、登録局面に関しては CPI L. 711-3 条 1 項に関連規定がある。同項は、フランスにおいて効力を有する先行権（*droits antérieurs*）に抵触する商標は有効に登録することができず、また登録されても無効とされると規定している。そして、そのような場合とはとりわけ、当該商標が先行商標と同一であり、その指定する商品・役務が先行商標が保護を受けるところの商品・役務と同一である場合（1 号 a）、また先行商標と同一・類似であり、その指定する商品・役務が先行商標が保護を受けるところの商品・役務と同一・類似であって、公衆心理に混同のおそれが存する場合（同条 b）であると規定している。さらにここでのいう混同のおそれには、先行商標と関連付けられるおそれを含むとしている。やはり 1 号 a が *double identité* について、1 号 b がそれ以外の場合について規定したものである。

フランスでは長らく、上記先行権に抵触する商標に関しては、登録官庁による審査は行われない立場が保持されてきた。しかし、2015 年指令の国内実施に伴う改正によって、そのような立場は捨て去られた（同指令及び 2017 年規則は、EU 法レベルで商標保護法制に様々な革新をもたらしたため、その改正内容はまとめて「**商標パッケージ**（英語 *Trademark Package*：仏語 *Paquet marques*）」と称されている）。よって上記商標の出願は INPI によって拒絶され、また出願公開後 2 か月内に当該先行商標の保有者によって INPI 長官に申し立てられた異議申立手続の対象となる（CPI L. 712-4 条 1 項、同 L. 712-4-1 条）。上記商標が登録された場合には、INPI において無効審決を求める手続を開始しうる（CPI L. 716-5 条 1 項）。INPI の諸決定に対する不服申立の訴えは、同国の控訴院に提起されうる（CPI R. 411-19 条以下）。

（3）EU の判例

EU 法上、商品・役務の類似性に関しては、いわゆる Canon 事件判決と Waterford 事件判決がリーディングケースとされている。前者は商標指令の解釈を示した判決であり、後者は商標規則の解釈を示した判決である。

¹¹ ただし法典化当時の規定では、「公衆心理に混同のおそれが生じうるならば（*s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public*）」という文言になっており、改正後の文言「公衆心理に混同のおそれが存するならば（*s'il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion*）」とは少し異なっている。また法典化当時の規定には、「登録商標と関連付けられるおそれを含む」とする文言はまだない。

(i) Canon 事件判決

標記の判決は、ECJ が 1998 年 9 月 29 日に言い渡した先決的判決である¹²。基本的な事実関係は以下の通りである。

米国の会社 MGM が、1986 年にドイツで「CANNON」商標の登録出願を行った。その指定商品・役務は、ビデオフィルム・カセットや映画の上映等であった。日本の会社 Canon がドイツ特許庁に当該出願に対する異議を申し立てた。同国で登録された先行商標「Canon」と抵触するというのがその理由である。先行商標の指定商品は、ビデオテープ・レコーダー一等であった。

いったんは指定商品・役務の類似性を理由に登録を拒絶する決定がされたが、不服審判ではこの決定が覆され、類似性の欠如を理由に異議は斥けられた。同国の連邦特許裁判所も同様の判断をしたので、Canon は BGH に上告した。BGH は ECJ に先決的判決を求めた。

BGH は、先決的判決を求めるに際し、次の点を明確にした。第 1 に、両商標は同一の称呼をもち「Canon」商標には著名性があること。第 2 に、連邦特許裁判所は、公衆はビデオフィルム・カセットとビデオテープ・レコーダーが同一の製造者を出所とするものではないと認識すると認定したこと、第 3 に、連邦特許裁判所は同国の旧商標法に従い、異議申立人の商標が有する著名性を重視しなかったが、今後は現行法が適用されるので、1988 年指令 4 条 1 項 b 号にいう「指定商品・役務の類似性」概念の解釈をはっきりさせる必要があること等である。

そして BGH が先決的判決を求めたのは、次の点である。第 1 に指定商品・役務の類否判断に際して、先行商標がもつ識別力とりわけその著名性を考慮することが許されるのかという点、第 2 に、その結果として、指令にいう「混同のおそれ」は、両商標がカバーする商品・役務の出所は同一事業者ではないと公衆が認識する場合でも、存在すると判断しなければならないかという点である¹³。

ECJ は、BGH による上記照会内容の前半部を、商品・役務間の類似性が混同のおそれを惹起するか否かを判断する際に先行商標がもつ識別力を考慮すべきかを実質的に問うものと捉え直している¹⁴。BGH は、実際には指定商品・役務の類否判断の方法を問うているのであるが、ECJ が混同のおそれの判断方法の問題と捉え直したのは、指令の枠組みの下では、あくまで混同のおそれの立証が登録商標に対する保護の条件とされているからであろう¹⁵。ともあれ ECJ は以下のように判示し、前半部の質問に対しては基本的にイエスと回答した¹⁶。

¹² ECJ, 29 September 1998, Case C-39/97.

¹³ Ibid., pt. 11.

¹⁴ Ibid., pt. 12.

¹⁵ Cf. *ibid.*, pts. 16-17.

¹⁶ Ibid., pt. 24.

「指令前文 10 項によれば……混同のおそれの判断は多くの要素に依存している……ことを指摘しておく必要がある」¹⁷。『混同のおそれ』の総合判断は、関連するファクター、とりわけ商標間の類似性とそれらの商品・役務の類似性の相関関係を前提とする。したがって、それら商品・役務間の類似性の程度の低さは、商標間の類似性が非常に高ければ、相殺されうる。逆もしかりである」¹⁸。「さらに……先行商標の識別力の程度が高ければ高いほど、混同のリスクは高くなる……商標の保護は指令 4 条 1 項によれば混同のおそれの存在に依存するので、生来の又は著名であるがゆえに高い識別力をもつ商標の保護は、弱い識別力しかもたない商標よりも広範な保護を享受する」¹⁹。「そこからまた、指令 4 条 1 項の目的上、指定商品・役務間の類似性の程度が低くても、両商標が非常に類似しており、かつ先行商標がとりわけその名声によって高度の識別力を有している場合には、商標登録は拒絶されうるということが帰結する」²⁰。「ただし、指令 4 条 1 項 b 号の適用上、後行商標が高い識別力をもつ先行商標と同一であったとしても、指定商品・役務間の類似性に係る立証は依然として必要である」²¹。「関連する商品・役務間の類否判断に際しては…当該商品・役務に関するすべての関連するファクターが考慮されるべきである。それらのファクターには、その性質 (their nature)、そのエンド・ユーザ (their end users) [「意図された目的」と読むべき]、その使用方法 (their method of use) 及びそれらが互いに競争関係にある (in competition) か又は補完関係にある (complementary) かといったファクターが含まれる」²²。

次に ECJ は、BGH による照会内容の後半部を、前半部を受けた文脈において（「その結果として (so that)」ではなく、端的に当該商品・役務の出所は異なると公衆が認識する場合でも混同のおそれが存しうるか否かを実質的に問うものと捉え直した²³。そして以下のように述べて、基本的にイエスと回答した²⁴。

「当該商品・役務が、同一事業者又は、場合によりこれと経済的に密接な関係を有する事業者を出所とする (come from the same undertaking or, as the case may be, from economically-linked undertakings)」と公衆が認識するかもしれないリスクは、指令 4 条 1 項 b 号にいう混同のおそれを構成する……したがって……混同のおそれの不存在を立証するためには、当該商品・役務が生みだされる場所について公衆が混同するおそれがないということを単に示すだけでは、十分ではない」²⁵。

¹⁷ Ibid., pt. 15.

¹⁸ Ibid., pt. 17.

¹⁹ Ibid., pt. 18.

²⁰ Ibid., pt. 19.

²¹ Ibid., pt. 22.

²² Ibid., pt. 23.

²³ Ibid., pt. 25.

²⁴ Ibid., pt. 30.

²⁵ Ibid., pt. 29.

(ii) Waterford 事件判決

標記の判決は、一般に EGC が 2007 年 6 月 12 日に言い渡した判決²⁶を指すものとされているが、ECJ が控訴審として言い渡した 2009 年 5 月 7 日の判決²⁷もある。基本的な事実関係は以下の通りである。

南アフリカの会社 Assembled Investments (以下「AI」) が 1993 年規則に基づいて共同体商標の登録出願をしたが、アイルランドの会社であり本件の参加人である Waterford Wedgwood (以下「WW」) が、この出願に対して先行登録商標に基づいて異議を申し立てた。本願商標は以下の図形商標であり、先行商標は文字商標「WATERFORD」であった。



本願商標の指定商品は、南アフリカの特定地域で生産されるワインである。WW は、先行商標の指定商品「ガラス製品、土器、陶器、磁器製品」について、本願商標との関係を問題視した。しかし OHIM の異議部はこの異議を斥けた。理由の第 1 は、本願商標が「WATERFORD」の文字以外の要素も含んでおり、非類似と判断されること、第 2 は、指定商品が類似していないので、混同のおそれが生じないと判断されること、第 3 は、WW が提出した証拠では、その異議申立を根拠づける先行商標の著名性を立証するのに不十分であったことである。なお第 2 の理由に関しては、ワインがグラスで飲まれるという事実だけでは、商品の類似性を肯定するのに不十分であるとされた。そこで WW は、この決定に対する不服申立てを行った。OHIM の審判部は規則 8 条 1 項 b 号にいう混同のおそれがあると判断し、上記決定を取り消して本願商標の出願を拒絶した。理由の第 1 は、関連する英国及びアイルランドの消費者にとって両商標が高度に類似していると判断されること、第 2 は、本願商標の指定商品と先行商標の指定商品「ガラス製品」は、ワインとワイングラスが補完関係にあるため高度に類似するといいうることであった。その際、WW が新たに提出した証拠である英国及びアイルランドの消費者にとっての先行商標の識別力の強さを示す調査結果も重視された。そこで AI は本訴を提起した。

EGC は、Canon 事件判決が示した商品の類否判断のための基準（当該商品の関係の特徴づけるすべての関連ファクター、とくにその性質、意図された目的及び使用方法、当該商品が互いに競争関係にあるか又は補完関係にあるかを考慮して判断する）を踏襲しつつ、大旨以下のように判示して、ガラス製品とワインは類似商品ではないと結論づけた²⁸。

「当事者は、当該商品、すなわち一方においてガラス製品、他方においてワインは、その性質及び用途において区別されるものであり、競争関係にも代替関係にもあるとはいえ

²⁶ EGC, 12 June 2007, Case T-105/05.

²⁷ ECJ, 7 May 2009, Case C-398/07 P.

²⁸ Case T-105/05, préc., pt. 35.

ないし (neither in competition with one another nor substitutable)、同じ領域で生み出されるものでもないことについては、とくに争っていない」²⁹。「流通経路に関しては、ワインと特定のガラス製品はときに同じ場所で販売されることは確かである……たとえば、ワイン専門販売店がそうであろう。しかし、反対の証拠がないので、そのような販売は、関連するガラス製品の販売全体の中では無視しうる程度の割合しか占めていないように思われる」³⁰。「同様に、ワインとワイングラスは、通常別々に市場流通に付されるけれども、ときに販促目的で一緒に拡布されることがある……しかし、そのようなワイン生産者の慣行が何らかの商業的重要性を有するということは示されていない。加えて、AI 及び OHIM が弁論手続で提出した証拠によれば、ワイングラスがワインと一緒に拡布されることというのは、消費者には、ワイン生産者がその活動の一部をガラス製品の拡布にも割いていることを示すためというよりもむしろ、ワインの販促目的で行われることと認識されている」³¹。「最後に、ガラス製品とりわけワイングラス、カラフ及びデキャンタと、他方においてワインとの間には、前者の製品グループの意図された用途がワインを飲むことである以上、一定程度補完関係があるというべきである。しかし、ワインはほかの容器によっても飲むことができることや、上で言及したガラス製品が他目的にも使用されうることからすると、消費者の観点からは、当該補完関係は、当該商品が規則 8 条 1 項 b 号の意味において類似しているとの判断をもたらすほどのものではない」³²。

WW は控訴し、EGC が指定商品の類否判断において誤った法的基準を適用し、また誤った事実認定をしたと主張した。誤った法的基準の適用というのは、EGC が商品の類否判断に際し関連するすべてのファクターを考慮しなかったこと、なかんずく先行商標の著名性を考慮しなかった点を指摘するものであった。

しかし ECJ は、「それらの様々なファクターの相関関係性は、完全な類似性の欠如が先行商標の強力な識別力によって補われうるということを意味しない」のであり、「規則 8 条 1 項 (b) の適用上、強力な識別力を有するある商標が他のそれと同一と評価される場合であっても、指定商品・役務の類似性を立証する必要がある」³³ことを強調して、誤った法的基準の適用をいう WW の主張を斥けている。また事実認定の誤りの主張に関しても、事実認定や証拠調べは EGC に専属的な権限があること、事実認定の誤りを ECJ で審理の対象とするには、同法廷に提出される文書ファイルからそれが一義的に明白なものとして導かれる必要があることを指摘して³⁴、これを斥けている。

²⁹ Ibid., pt. 31.

³⁰ Ibid., pt. 32.

³¹ Ibid., pt. 33.

³² Ibid., pt. 34.

³³ Case C-398/07 P, préc., pts. 34-35.

³⁴ Ibid., pts. 40-41.

(4) フランスの判例等

フランスでは、商品・役務の類否判断は事実認定の問題であり、事実審の権限に属する旨が、破毀院の判例によって確認されている³⁵。それゆえに判断がばらつきがちであり、「非常に豊かな裁判例を総括的に分析することは困難である」³⁶と指摘する学説もある。

しかし「破毀院がその際に用いられる基準をコントロールする」こと、そして「当該基準はまた、この分野における ECJ の判例に適合するものでなくてはならない」ことは、もちろん否定されていない³⁷。以下に紹介する **Pocket Champions** 事件判決は、破毀院がその点についての統制をよく効かせたものと評価できる。

(i) **Pocket Champions** 事件判決

標記の判決は、破毀院が 2018 年 6 月 27 日に言い渡した判決³⁸である。基本的な事実関係は以下の通りである。

J 氏は文字商標「**Pocket Champions**」の登録出願を行ったところ、**Univers poche** という会社が、先行商標「**Pocket**」に基づいてこの出願に対して異議を申し立てた。先行商標の指定役務は電子出版であった。INPI 長官は、本願商標の指定役務である書籍と雑誌の電子出版についてのみ、この申立を認容した。**Univers poche** は当該決定を不服として訴訟を提起したが、控訴院はその他の指定商品・役務に係る **Univers poche** の異議を認めなかった。

破毀院は大旨以下のように判示して、原審が違法な判断を下したと結論づけた。

「原判決は、『アニメ、合成画像（アニメ）及び携帯電話のアプリ（プログラム）』についてなされた異議却下決定に対する不服を斥けるために、本願の指定商品は先行商標の指定役務である『電子出版』との密接かつ必然的な結びつきを示していない旨を指摘し、理由として、そこには固有の特徴が認められるので、それらを明確に区別することが可能であることを挙げた」。「商品間の関係、それらの性質、目的、用途並びにそれらが競合又は補完し合う性格を特徴づける適切なファクターを考慮したときに、公衆がそれらを区別しつつも共通の出所の下に帰することができる限りにおいて、当該商品は類似するといえる。にもかかわらず、上記のごとく判示することによって、原審は法文に違反した」。「原判決は、**Univers poche** 社の不服申立てを斥けるために、同社が類似性を主張した商品に関しても次のように判断した。同社は先行商標の周知性（*notoriété*）を証明していないので、係争標章の中で『**pocket**』という語を使用するだけでは、両標章間に混同のおそれは生じない。なぜなら『**Pocket**』と『**Pocket Champions**』は、総合的にみて、それらの商品をはっきりと区別することを可能とする固有の外観・称呼上の相違を示しているからである」。「先行商

³⁵ Cass. com., 7 avril 1992, Bull. civ. IV, n° 152; Cass. Com., 23 mars 1999, Ann. Propr. ind., 1999, p. 212.

³⁶ J. Azéma = J. Ch. Galloux, Droit de la propriété industrielle, 8^e éd., Dalloz, 2017, n° 1633, p. 1046.

³⁷ Pollaud-Dulian, La propriété industrielle, 2^e éd., Economica, 2022, n° 1902, p. 1159. V. aussi, J. Schmidt-Szalewski = J. -L. Pierre, Droit de la propriété industrielle, 4^e éd., LexisNexis Litec, 2007, n° 510, p. 220 ; J. Passa, Droit de la propriété industrielle, t. 1, 2^e éd., LGDJ, 2009, n° 289, p. 380.

³⁸ Cass. com., 27 juin 2018, n° 16-25. 921, PIBD 2018, n° 1099, III, p. 510.

標の著名性 (*renommée*) 及びその識別力が、当該商標と抵触する標章との類似性ではなく、公衆心理におけるそれらの結びつきの存在を評価する上での適切なファクターを構成するにもかかわらず、上記のごとく判示することによって、原審は法文に違反した」。

本判決の原文をなるべく自然な日本語に翻訳することを試みたが、それでも一読してただちに理解することが難しい判決といえるかもしれない。筆者なりにさらに要約するとすれば、次の通りである。本件において原審は、本願商標の指定商品と先行商標の指定役務の類似性を判断するにあたり、「密接かつ必然的な結びつき」「固有の特徴」の有無といった独自の判断基準を用いた。破毀院はこれを、**Canon** 事件判決で示された判断基準に近いもの（商品間の関係、それらの性質、目的、用途並びにそれらが競合又は補完し合う性格の有無）に是正したといえる。また原審は、先行商標の知名度が高いことは商標間の類似性に影響を与えるような判示をしたが、破毀院は、先行商標の識別力はあくまで出所混同の判断において考慮されることを指摘した（CPI L. 713-2 条 2 号にあるごとく、先行商標との関連付け (*association*)、すなわち本判決の言葉でいえば「結びつき (*lien*)」は、出所混同の一態様である）。この点でも破毀院は、**Canon** 事件判決で示された判断枠組みに忠実に従ったといえることができる。

（ii）DEROS ROSE 事件決定

標記の決定は、裁判所による裁判ではなく、INPI が 2024 年 7 月 8 日に下した決定³⁹に当たる。その基本的な事実関係は以下の通りである。

英国の会社である **Derek Rose** は、先行する共同体商標「**DEREK ROSE**」の登録に基づいて、本願商標「**DEROS ROSE**」の登録に対し異議を申し立てた。本願商標の指定商品には、宝石、宝飾品、時計類、被服、帽子、サンダル、下着等多数の商品が含まれていた。先行商標は被服類を指定商品としていた。当該申立ては出願人である会社 **AMELIERAY** に通知され、2 か月内に反論を提出することが求められたが、期限までに反論は提出されなかった。

INPI は以下のように述べて、本願商標の一部指定商品について類似性を肯定した。

「異議申立人会社は次のように主張している。モードの領域で事業を営む会社は、今日では同一商標下でその事業を多角化し、化粧品と香水のほかにも、宝石、宝飾品、時計類、キーホルダーを販売している」。「また同社は、今日多くの企業が、同一商標下で事業を多角化し、化粧品、時計類、宝石及びキーホルダー並びに被服類を販売していることを明らかにしている。同社は、このことを示す大量の書類を提出している」。「かくして、異議の対象とされている登録出願に係る指定商品のうち、『石鹸、香水、エッセンシャル・オイル、化粧品……宝飾品、宝石、時計類及びクロノメトリック……メダル』については、同社は、

³⁹ INPI, 8 juill. 2024, OP 24-0121, disponible sur le site INPI [<https://www.inpi.fr/base-jurisprudence>].

これらの領域における事業多角化の事実により先行商標の指定商品との結びつきの存在を立証したといえる」。「それゆえ、当該商品には弱い類似性が認められる」。

しかし INPI は、本願商標が先行商標に類似すると認めつつも、以下の理由とともに類似性を肯定した上記の商品について混同のおそれの存在を否定した。

「混同のおそれの判断は、考慮されるファクターが一定程度相關することを前提とする。当該ファクターには、とりわけ標章間の類似性と指定商品・役務の類似性が含まれる。かくして、指定商品・役務の弱い類似性は、標章間の強い類似性によって相殺されうるし、逆もしかりである」。「かくして、指定商品の一部である『被服、サンダル、帽子……下着』の同一性・類似性及び標章間の類似性のゆえに、総合的にみて、公衆心理において上記商品の出所に係る混同のおそれが存在する」。「しかしながら、指定商品中の『石鹸、香水、エッセンシャル・オイル、化粧品…宝飾品、宝石、時計類及びクロノメトリック……メダル』に関しては…特定の既製服企業が事業を多角化し、その店舗において被服、化粧品、時計・宝石・キーホルダー商品を同一商標下で販売する傾向にあることが事実だとしても、公衆心理に混同のおそれの存在を認めるためには、なおそれら商品間に存在する相違（性質、機能の相違、補完性の欠如）を埋め合わせることができるような標章間の同一性又は著しい類似性が必要である。しかし、本件はそのような場合ではない」。「かくして、総合的にみて、公衆が上記商品に共通の出所を見出す根拠が与えられないので、公衆心理においてそれらの出所に係る混同のおそれは存在しない」。「最後に、先行商標の指定商品と非類似と認められた商品については、混同のおそれは存在しない」。

（５）著名商標の場合

一般に商標の保護は、ある商品・役務との関係で他者を排除する相対的な独占権⁴⁰であるとされている。その範囲は、当該商品・役務との類似性が認められる範囲に限定される。この原則は、フランスでは**特殊性の原則**（*principe de spécialité*）と呼ばれている⁴¹。したがって商品・役務の類似性の問題とは、特殊性の原則の適用範囲の問題と言い換えることができる。

⁴⁰ Cf. G. Bonet, « Interprétation des dispositions de la première directive 89/104/CEE du Conseil rapprochant les législations des Etats membres sur les marques : risque de confusion », RTD Eur. 2000, p. 5 (version en ligne). Bonet は、商標権は「反対に絶対的な性格を示す創作法上の権利とは異なっている」と指摘する（*ibid.*）。Pollaud-Dulian は「競争の枠組みの中では、所有権（筆者：商標権のこと）は絶対的なものである」が、「その代わり、権利者は他の活動領域における標章の使用の独占を主張できない」のであり、この「権利の相対性は、一方における工業上のイノベーションと他方における識別力のある標章との間の基本的相違を構成している」と述べている。Pollaud-Dulian, *op. cit.* (n. 37), n° 1376, p. 790.

⁴¹ 特殊性の原則に関するモノグラフとしては、A. Bouvel, *Principe de spécialité et signes distinctif*, Litec, 2004 がある。

この特殊性の原則の例外は、著名商標について認められる⁴²。すなわち、著名商標に係る商標権は商品・役務の類否にかかわらず侵害されうるし、当該商標と同一・類似の商標の登録は阻却されうる。また誤って登録されても、無効とされうる。冒頭に記したように、本稿ではこの制度について簡単に説明するにとどめることにする。

EU 法上は⁴³、2015 年指令の 10 条 2 項 (c) に関連規定があり、また 2017 年規則の 9 条 2 項 (c) に関連規定がある。これらは侵害局面に関する規定であるが、登録局面に関しても、同指令の 5 条 3 項 (a)、同規則の 8 条 5 項と 60 条 1 項 (a) に関連規定がある。

フランスの法文上は、著名商標 (marque de renommée) と周知商標 (marque notoire) の二つの概念が存する。これらの概念に関しては過去に様々な解釈がされてきたが、今日において最も説得的と思われるのは、知名度の高低ではなく登録の有無で区別する見解である。すなわち、著名商標は登録商標をいい、周知商標は非登録の商標をいうと解されている⁴⁴。

著名商標と同一・類似の商標は登録されず (CPI L. 711-3 条 1 項 2 号)、誤って登録されても無効とされる (CPI L. 712-4 条 2 号)。もっとも特殊性の原則の外では、第三者が正当な理由なくその識別力から不当に利益を引き出している (寄生行為) か、その識別力に損害をもたらしていることが阻却の条件とされている。周知商標と同一・類似の商標は、その商品・役務と同一・類似の範囲内で登録が阻まれる (CPI L. 711-3 条 2 項 3 号)。一方で、第三者による無許諾使用からは、周知商標も著名商標とともに特殊性の原則を超えて保護されている。この場合、いずれの商標についても、第三者が正当な理由なくその識別力から不当に利益を引き出している (寄生行為) か、その識別力に損害をもたらしていることが保護の条件とされる (CPI L. 713-3 条、CPI L. 713-5 条 3 号)。ただし著名商標の場合、特殊性の原則を超えた範囲でも第三者による無許諾使用は侵害を構成するが、周知商標の場合は当該第三者の民事責任 (responsabilité civile) を追及できるのみとされている⁴⁵。

⁴² Cf. CA Bordeaux, 8 oct. 2024, RG n° 23/03449. V. aussi, Passa, op. cit. (n. 37), n° 363, p. 503; J. Raynard = E. Py = P. Tréfigny, Droit de la propriété industrielle, 2^e éd., LexisNexis, 2023, n° 400, p. 256; Y. Basire, Le Lamy droit commercial (mis à jour 06/2024), Partie 3, Titre 4, Division 2, Chapitre 3, Section 2, § 1, 2484; id., Le Lamy droit commercial (mis à jour 06/2024), Partie 3, Titre 4, Division 2, Chapitre 3, Section 2, § 2, 2493. ただし Pollaud-Dulian は、著名商標といえども特殊性の原則には従うとしている。彼は、周知性は、伝統的にフランスにおいては侵害又は模倣の要件とは無関係であったのであり、2 つの著名な商標は、公衆心理に混同を惹起せずそれらの商標に損害や希釈化をもたらさない限り、同原則の下で全く共存可能であると述べて、その例として筆記具の著名商標である「Mont-Blanc」と菓子について用いられる同じ語が、フランスでは問題なく共存していることを指摘している。Pollaud-Dulian, op. cit. (n. 37), n° 1909, p. 1166.

⁴³ これに対して国際法上はパリ条約 6 条の 2 に「周知商標の保護」について定めて規定があるが、特殊性の原則の適用を前提としている。これについて定めた EU 法の現行規定は、2015 年指令 5 条 2 項 d 号及び 2017 年規則 8 条 2 項 c 号である。

⁴⁴ Raynard = Py = Tréfigny, op. cit. (n. 42) et loc. cit. なお Passa は、著名商標は登録されるので、周知商標ほどの知名度を獲得する必要はないとしている。Passa, op. cit. (n. 37), n° 365, p. 506.

⁴⁵ 侵害 (contrefaçon) とは異なり、被告の帰責性、損害、責任を生ずる行為と損害との因果関係が成立要件とされている (フランス民法 1382 条、1383 条参照)。わが国の不法行為に近い概念であるが、救済手段として差止めも認められる点異なる。

表にまとめるとすれば、下記の通りである。

	登録の有無	後行商標の登録		第三者の無許諾使用	
		特殊性の原則内	同原則外	同原則内	同原則外
著名商標	有	阻却	阻却	侵害	侵害
周知商標	無	阻却		民事責任	民事責任

※網掛：正当な理由のない寄生行為又は識別力への損害が成立要件

（６）分析

（３）及び（４）で眺めた判決や決定はいずれも登録の可否について判断したものであるが、商品・役務の類似性や混同のおそれは商標権の効力規定上の概念でもあり、侵害局面でも同じ解釈に基づく規律が妥当すると考えられている⁴⁶。改めてその判断構造を以下に整理しておく。

（ｉ）判断構造

その判断の仕方は、おおよそ **Canon** 事件判決によって与えられている。以下ではそれを **Canon ルール**と呼ぶ。当該ルールによれば、登録商標を指定商品・役務について使用する場合以外の場合では、究極的には混同のおそれの有無が保護の可否を決定することになる。その判断は様々な考慮要素に依存しており、商標の類似性や商品・役務の類似性もその例にすぎないとされている。

また商品・役務の類否判断自体も、関連する全ての要素を考慮した上で行うこととされており、代表的な考慮要素として商品・役務の性質、意図された目的、使用方法、競争関係又は補完関係の有無が挙げられている。

混同のおそれの有無において考慮される諸要素は、相関関係性を有している。したがって商標間の類似性の強さは商品・役務間の類似性の弱さを補いうるし、逆もしかりである。先行商標の識別力の強さも、混同のおそれの有無において考慮される諸要素の一つであり、他要素と相関関係性を有している⁴⁷。

⁴⁶ このことは当然と考えられているせいか、明示的に言及されることはほぼない。しかし暗黙の前提とはされている。たとえば Pollaud-Dulian の体系書では、侵害（contrefaçon）について解説する箇所において、**Canon** 事件判決に示された商品・役務の類否判断の方法が引用されている。Pollaud-Dulian, op. cit. (n. 37), n° 1902, p. 1160. V. aussi. Passa, op. cit. (n. 37), n°s 288-293, pp. 378-387.

⁴⁷ ECJ 及び EGC の判決における「混同のおそれ」について実証分析を行った I. Fhima = C. Denvir, « An empirical analysis of the likelihood of confusion factors in European trade mark law », IIC 2015, 46 (3), pp. 310 et s.では、商品の性質や目的、取引経路の共通性が混同のおそれの判断に影響を与えているが、特定の要素が決定的な影響を与えることは少なかったという結果が示されている。また商標がもつ識別力の高さが実際に EGC によって考慮されたケースも、きわめて少ないという。

混同は狭義のそれに限定されず、広義のそれも含む。すなわち、同一事業者ではないが経済的に密接な関係を有する事業者を出所とすると公衆が認識する場合でも、混同のおそれを構成する。

たとえ高い識別力を有する先行商標が後行商標と同一であったとしても、商品・役務間に全く類似性が認められなければ先行商標に保護は与えられない。この点は **Canon** 事件判決でも明示されていたが、**Waterford** 事件 ECJ 判決によってさらにはっきりと示された。

(ii) 批判及びその検討

商品・役務の類否判断のために **Canon** 事件判決が明示した考慮要素は、その性質、意図された目的、使用方法、競争関係又は補完関係の有無であった。一般に学説においては流通経路も考慮すべき要素とされている⁴⁸。そしてそれらはいずれも、比較的客観的な判断を可能とする要素であるといえる。一方で、先行商標の識別力は専ら公衆の認識を問うものであるだけに、どちらかといえば主観的な判断に依存する要素といえる⁴⁹。

かつては、商品・役務の類似性は商標の識別力とは無関係に判断するという立場が英国の裁判所によって保持されていた⁵⁰。つまり客観的な類否判断の手法が英国では支持されていた。それゆえ英国政府は、**Canon** 事件を担当した ECJ 法廷にその筋に沿った意見書を提出したが、すでに眺めたように ECJ はこれを採用せず、商品・役務間の弱い類似性は先行商標の強い識別力によって補われうるという解釈を示した。

当時、これに対しては批判的な見解もみられた。たとえば **Bonet** は、法的安定性の観点から **Canon** ルールを強く批判している。また、比較対象となる商標の強い識別力によって、商品・役務の類似性が事実上推定される結果になることを懸念している。この点に関して **Bonet** は次のようにいう。「その名声が当該保護（筆者：著名商標としての保護）を享受するほどではない商標について、このルールの例外を設けることで、特殊性規則からその実質的な射程を奪う危険があるのではないか」^{51, 52}。

しかし商標の通常保護は、(*double identité* のケースでない限り) 混同のおそれに依存する。一方で、著名商標の保護はそれに依存していない(混同のおそれは保護要件ではない)という違いがある。保護が求められる商標の識別力が強ければ、それだけで混同のおそれを立証したことになるというところにまで突き進まなければ、制度の一貫性は一応保たれているといえる。言い換えれば、特殊性の原則は混同のおそれによって限界づけられてお

⁴⁸ Pollaud-Dulian, op. cit. (n. 37), n° 1903, p. 1161; Azéma = Galloux, op. cit., (n. 36), n° 1633, p. 1047.

⁴⁹ Azéma = Galloux は、商品の性質や用途を客観的な基準とする一方で、混同のおそれを「主観的で経済的な基準」と呼んでこれに対置している。Ibid., n° 1633, p. 1046.

⁵⁰ *British Sugar v James Robertson & Sons* [1996] R.P.C. 281.

⁵¹ *Bonet*, ob. cit. (n. 40), p. 6.

⁵² *Palm* は、**Canon** ルールの下では、商品が全く類似していなければ、先行商標がいかに強い識別力を有しようとしてもそれは考慮されずに混同のおそれが否定されるが、商品の類似性自体をどのように判断すべきかに関して **Canon** ルールはまだ不明確さを残していると指摘している。J. Palm, « Canon, Waterford...how the issue of similarity of goods should be determined in the field of trade mark law », E.I.P.R. 2007, 29 (12), p. 478.

り、それを実質的に他のものに置き換えない限りは、同原則を無意味なものにすることにはならないだろう。いずれにしても、Canon ルールは四半世紀を経過した今日でも ECJ によって堅持され、フランスもその影響下にとどまっているといえる。

3. 現実商品と対応仮想商品の類似性

現実商品と仮想商品の類似性に関しては、今のところ EU 法レベルでもフランス法レベルでも参考になりそうな裁判例は存在していない。すでに眺めたように、仮想商品の模様が商標として出願されたケースで、その識別力に関して「現実商品に対する需要者の認識は、対応仮想商品にも応用されうる。なぜなら、仮想商品の重要な側面は、現実商品の核となるコンセプトをまねることだからである」とした EUIPO の決定がみられるくらいである（1（5）（vii））。しかし、第三者による仮想商標の使用によって現実商標に係る商標権の侵害が成立するとした米国の連邦地裁判決（いわゆる **MetaBirkin 事件判決**）はフランスの論者もよく知るところであり、これをモデルケースとした議論も行われている。

（1）MetaBirkin 事件陪審評決・終局判決

本稿の関心に必要な範囲で標記の判決を紹介しておく⁵³。基本的な事実関係は次の通りである。米国のデジタル・アーティスト Mason Rothschild は、エルメス社の許諾なく OpenSea というマーケット・プレイス上で「MetaBirkin」の標章を使用した NFT に紐づけられた仮想カバンのコレクションを販売していた。皮革製品等を指定商品とする現実商標「BIRKIN」の登録を得ているエルメス社は、この芸術家を相手方として、商標権侵害等を理由とする訴訟を提起した。陪審評決は商標権侵害を肯定し（2023 年 2 月 8 日決定）、連邦地裁は終局的差止めの救済も要件を充たしているとしてこれを認めた（同年 6 月 23 日判決）。

（2）否定的又は慎重な見解

まず、現実商品と対応仮想商品の類似性を肯定することに対して、否定的又は慎重な態度を示す見解がある。

（i）Elkaim = Sand = Sabel の見解

たとえば、Elkaim、Sand 及び Sabel が 2022 年 3 月に公表した共同論文がそうである。彼らは次のように述べている。「メタバース内で商標を保護してもらうために、第 9 類、第 35 類及び第 41 類の区分が仮想的な性質をもつ商品・役務を扱っている限りにおいて、当該区分の下でそれを登録する必要があるように思われる」⁵⁴。「また CPI が付与する保護を享受

⁵³ フランスでは、たとえば A. -E. Kahn, « Un an de droit de la mode », Communication commerce électronique, n° 9, sept. 2023, p. 6 によって簡単な紹介がなされている。

⁵⁴ J. Elkaim = C. Sand = S. Sabel, « Métavers : réflexions prospectives Propriété intellectuelle, fiscal et pénal », JCP E, n° 11 1105, 2022, p. 32 (33).

するために、その商標は、メタバース内で真正かつ継続した使用に供される必要があるだろう」⁵⁵。「さもないと、同一・類似の商標の保有者が、CPI L. 714-5 条が定める要件に基づいて、その利用の種別について登録の取消しを申し立てる可能性がある」⁵⁶。「もし当該商標が純粹に仮想的な商品・役務について使用されるものである場合、権利者は……必ずそれらを第 9 類、第 35 類及び第 41 類の区分において指定しなければならない」⁵⁷。「反対に、現実世界においても仮想世界においてもある名称を使用したいと考える権利者は、特殊性の原則に照らし、その保護を拡張するために、現実世界において当該商標が指定する商品・役務の区分に上記の区分を必ず付加するか、新しい出願を必ず行わなければならない」⁵⁸。

Elkaim=Sand=Sabel によれば、著名でない現実商標の登録のみがされているケースでは、商標法による保護を享受する道はほとんどない。彼らは代替案として、フランス民法 1240 条に基づく不正競争訴訟と、現実商標が図形的要素を含むものであった場合に著作権侵害訴訟に依拠する方法を示唆している^{59, 60}。

(ii) Monnet=Patocki-Tomas=Lamrani の見解

Monnet、Patocki-Tomas 及び Lamrani は、現実商品と対応仮想商品の類似性を肯定することに対しては、慎重な態度を示している。2022 年 10 月に公表した共同論文において、彼らは次のように述べている。「平穩に仮想空間内で事業を営むことを望む企業は、メタバースと特別に結びついた商品・役務についても再出願をして、その商標の保護範囲を広げておかねばならないか、それとも『現実』の商品・役務について登録された商標が、事実上、これに対応する仮想商品・役務についても保護されると考えてよいのか」⁶¹。「適用可能な準則の欠如やこの領域をとりまく『法的流動性 (flou juridique)』を考慮すると——メタバース内で投資する価値のある商標に関しては——慎重さを求めるのであれば、仮想商品・役務を明確に指定した補完的出願を行うべきではないかと思われる。これを怠ると、当該企業は、詐欺や、彼らの商標、デザイン、ロゴの不法使用にさらされるだろう」⁶²。彼らはまた、MetaBirkin 事件を引き合いに出して次のようにも推論している。「エルメス社は常に、その商標の著名性の恩恵を受けることができるはずである。その著名性は、当該商標が指定しているものとは違うものを含むあらゆる商品・役務にまで拡大された保護を与える。それは特殊性の原則の例外を構成するのである。このことにより、その商標の著名さのゆえにエルメスは——我々の見解によれば——メタバース内で仮想カバンを販売することに

⁵⁵ Ibid., p. 34.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid. フランス刑法 321-1 条が定める偽造品取扱罪を構成する可能性についても言及している。

⁶⁰ Favreau も、(MetaBirkin 事件をフランス法の観点から眺めてみた場合の)「主な困難は、仮想空間のための BIRKIN 商標の出願が存在しないこと」であるとする。ただし、バッグの形態に係る著作権の侵害主張は可能であるとする。A. Favreau, « Métavers - Métavers et propriété intellectuelle », *Propriété industrielle*, n° 6, 2022, étude 12, n° 36.

⁶¹ Monnet=Patocki-Tomas=Lamrani, op. cit. (n. 2), p. 3.

⁶² Ibid.

反対できるはずである」⁶³。この推論は米国法上のものか、それともこの訴訟がフランスで提起されたと仮定した場合のものかは、論文中、明確にされていない。しかし文脈からして、後者の推論と捉えるのが適当であるように思われる⁶⁴。さらに彼らは、「反対に……周知でも著名でもない商標は、そのような保護を享受しえないだろうから、いずれにせよ仮想商品・役務を指定した商標出願をしておくことが实际的である」⁶⁵とも述べている。

(iii) Beaumont の見解

Beaumont も同様に慎重な態度を示している。彼は、2022 年 4 月に公表した論文において、次のように述べている。「実際のところ、現実商品の保護は、メタバース上での対応仮想商品を保護する上ではおそらく機能しない状態だろう。仮想商品は純粋に情報としての性質をもつからである。状況が進展して、仮想商品がまずもって情報ファイルとしてではなく対応現実商品（椅子、自動車等……）を表示するものとして公衆に認識されるようになるということはありうる」⁶⁶。「しかしメタバース上で商標を使用するために投下する資本が相当な額にのぼること、当該出願の慣行、現実商品と仮想商品の類似性を肯定した判例もまだないことに鑑みると、とくにメタバースを意図したそのような出願を行う方が賢明であるように思われる」⁶⁷。

しかし Beaumont はこのように述べる一方で、「現実商品と仮想商品の類似性は、公衆の仮想商品に対する認識の結果として長期的には肯定されうる」⁶⁸とも指摘しており、「たとえば、メタバース上で提供される仮想椅子が、第 9 類のダウンロード可能なプログラムのみを保護している商標以上に、椅子を保護している同一の商標を侵害するものと認められることの方が、かなり論理的に思える」⁶⁹とも述べている。

(3) 肯定的な見解

一方で、現実商品と対応仮想商品の類似性について肯定的な態度を示す見解も、もちろんある。

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Metabirkin 事件陪審評決後に公表された Monnet、Patocki-Tomas 及び Delercq の共同論文では、明確にフランス法の下で同事件を論じている。彼らは「フランス法の観点からみると、エルメスはパーキンの鞄を NFT 形式で単純にデフォルトしたものを販売する行為から生じた寄生的混同を主張できただろうし、周知商標からアメリカ人アーティストが利益を引き出したという主張も可能だったろう」「フランス法におけるこれらの請求原因及び著名・周知商標の重要な保護は、フランスの裁判所が与えるであろう解決が、かなり本件のそれと似通ったものになりえただろうと推測させる」と述べている。C. Monnet = E. Patocki-Tomas = K. Declercq, « Metabirkins : L'affaire est dans le sac ! », RLDA, n° 194, 2023, p. 3 (version en ligne).

⁶⁵ Monnet = Patocki-Tomas = Lamrani, op. cit. (n. 2) et loc. cit.

⁶⁶ J. Beaumont, « La protection des marques sur le metavers », RLDI, n° 191, 2022, pp. 3-4 (version en ligne).

⁶⁷ Ibid., p. 4.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid., p. 5.

(i) Varet=Près の見解

Varet と Près は、2022 年 5 月に公表した共同論文の中で、MetaBirkin 事件をフランス法の観点から考察し、次のように述べている。「フランス法では、ハンドバッグを販売するために『MetaBirkin』という言葉を使用することは、模倣による侵害を構成するだろう。一方では、それは業として使用されており……他方では、当該標章は類似していて問題とされている商品も同じだからである。実際のところ、それら商品間の唯一の違いは、一方が物理的世界に属する有体財を構成するのに対して、他方が仮想世界に属するデジタル・ファイルであるという点である。商標が類似する程度が低くても、商品・役務が類似する程度が高ければ、それは埋め合わされる可能性があり、その逆もまたしかりである。とくにそのような原則に照らして評価しなければならないだけに、そこから生じる混同のおそれはますます明白であろう。そしてこのケースでは、当該標章も当該商品も非常に類似している」⁷⁰。

実際のところ、Varet=Près が、Canon ルールの下で現実商品と対応仮想商品の類否をどのように捉えているのかは明らかではない。だが、考慮要素の相関関係性を根拠に、混同のおそれが「ますます」明白であると指摘しているからには、それら商品間の類似性だけをみてもそれほど弱くはない（あるいは強い類似性が認められる）という見方を暗黙の前提としているのではないかと考えられる。

(ii) Favilli の見解

Favilli は、2023 年に出版された論文集『NFT と法 (NFT et Droits)』に寄稿した論文の中で、次のように述べている。「NFT 商品を指定商品としない登録商標の権利者が、NFT に関連づけられた標章の出願又はその使用に反対する訴訟を提起したとしよう。そのような訴訟は特殊性の原則に従う。出願に対する異議又は侵害に係る訴訟の中で当該商品・役務の比較を行う場合、そこに懸念が存在しないわけではない。それらの商品が同一の性質、機能、用途をもたない以上、裁判所が、有体財と NFT が認証するダウンロード可能なファイルにおけるそのデジタル表示を区別することが予見されるからである」⁷¹。「しかしながら、それらの間に補完性を見出すことができるように思われる。具体的にいえば、NFT が認証するダウンロード可能なデジタル・ファイルであって被服を表示するものは、被服と密接に結びついている。前者は後者なくして存在しえないからである」⁷²。「混同のおそれの判断基準に相関関係性があるということは、当該商品・役務のまだ熱に浮かされたような結びつき (le lien encore fébrile) を堅固なものにしよう」⁷³。

⁷⁰ V. Varet = X. Près, « 'NFT' : trois lettres déclinées au secteur de l'art », Revue pratique de la prospective et de l'innovation, n° 1, 2022, p. 43.

⁷¹ P. Favilli, « NFT et droit des marques » in A. Mendoza-Caminade et al. (dir.), NFT et Droits, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2023, p. 206.

⁷² Ibid., p. 207.

⁷³ Ibid.

なお、Favilli はこのように現実商品と対応仮想商品の類似性を肯定することに積極的であるが、両者の間に同一性があるとまでは考えておらず⁷⁴、現実商標として登録された商標を専ら仮想商品について使用した場合、不使用を理由に当該登録は取り消されうると指摘している。この意味において彼は次のように述べる。「NFT 関連の区分では登録されなかった商標に対する取消審判が申し立てられたが、権利者は NFT についてそれを使用した旨の証拠を提出した場合について考えてみよう。より詳しくいえば、第 25 類に属する被服についてある商標が登録されたが、被服を表示するデジタル・ファイルで NFT が認証するものについて使用がされた場合について考えてみよう……それら各々の商品の性質に鑑みると、被服を表示するものの使用……は、当該商標が指定する被服についての真正な使用に相当すると認めることはできない。逆もしかりである」⁷⁵。「また……デジタル・ファイルにおける商品の表示が出願時に指定された有体的商品のサブ・カテゴリーを構成しうるといふ、使用義務を負う権利者が援用できるかもしれない魅力的な考え方についても、検討しておくべきであろう……指定商品・役務の一部について当該商標が真正に使用されたという証拠は……当該サブ・カテゴリーのための保護をもたらすことができる。しかし独立したサブ・カテゴリーの存在を認めるためには、とりわけ商品・役務の目的と用途に結びついたそれらの特別な指標 (*indications particulières*) が特定可能でなければならない。上記の仮想事例に関していえば、有体財とそのデジタル表示との間に存在する実質的な相違は、登録商標の部分的使用を肯定する独立したサブ・カテゴリーの存在を認めることを不可能とするように思われる相違である。したがって、NFT の宇宙の外側で登録された商標が NFT のために使用されても、使用義務を履行したことにはならないだろう」⁷⁶。

(iii) Guétin の見解

Guétin は、2023 年 4 月に公表した論文において、次のように述べている。「靴一束、包丁、ランプは、触れても触れなくても同じオブジェクトであることに変わりはない。役務は手で触ることができないが、それでもわれわれが手に取ることができる商品と同じ保護

⁷⁴ 登録商標が指定商品・役務の全体について使用されているといえるか、あるいはその中の独立したサブ・カテゴリーに属する商品・役務についてだけ使用されており、その余は取り消されうるかという問題について、一定の指針を示した ECJ 判決として、Testarossa 事件判決がある (ECJ, 22 October 2020, Case C-720/18 and C-721/18)。同判決は、自動車及びその部品一般が指定商品とされている場合に、高価で高級なスポーツ・カーに関してのみ登録商標が使用されていたという事実は、独立したサブ・カテゴリーに属する商品についての使用と評価するには十分でないとした。その際、同判決は、独立したサブ・カテゴリーを形成しているか否かを、「当該商品・役務の目的と意図された用途 (*the purpose and intended use of the goods or services at issue*)」によって判断せよとした (pt. 40)。もっとも、結局のところ同判決は、当該サブ・カテゴリーが明確に特定されうるものか否かを問題としているように思われる (「高価」「スポーツ・カー」「高級」といった商品の特徴は、いずれもそのような明確な特定を可能としない)。フランスの論者の中にも、権利者が登録商標の真正な使用に関する証拠の提出を求められるのは、十分明確に特定され輪郭づけられる商品・役務のカテゴリー (*une catégorie suffisamment précise et circonscrite*) についてであって、それで十分であると指摘する者がいる。Le Goffic, *Le Lamy droit commercial* (mis à jour 1/2025), Partie 3, Titre 4, Division 2, Chapitre 1, Section 2, § 1 c), 2420。なおこの判決は、当該商標権者によって部品の販売のみが行われていたとしても、上記指定商品全体について真正な使用があったと判断したケースとしても知られている。

⁷⁵ Favilli, *op. cit.* (n. 71), pp. 204-205.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 205.

を享受している」⁷⁷。「それゆえ、諸官庁又は様々な法域は、仮想商品を現実商品と同一商品として、あるいは少なくとも類似のものと評価しなければならないように思われる」⁷⁸。

その上で Guétin は、USPTO による 2022 年 8 月 29 日・30 日の決定⁷⁹を援用する。これらの決定は、仮想商品・役務を指定する「GUCCI」及び「PRADA」の商標登録出願を、現実商品を指定する「GUCCI」及び「PRADA」の先行商標に基づいて拒絶したものであった（第 9 類、第 14 類、第 18 類、第 25 類）。彼女はいう。「この拒絶の理由は十分に論理的である。標章は明らかに同一又は実質的に同一であり、商品・役務も同様である。なぜなら、係争商標がカバーしている商品・役務は、先行商標がカバーする現実商品の仮想版でしかないからである」⁸⁰。「したがって、消費者は、容易に現実商品と仮想商品を関連付けることができるだろう」⁸¹。

そして Guétin はまた、先に眺めた EUIPO 決定（1（5）（vii））を援用しつつ、次のように述べている。「同じ方向性において、たとえその関連がそれほど明示的には認められないとしても、EUIPO は最近、NFT 商品に係る Burberry のモチーフの識別力に関する決定を言い渡している。当該決定は、仮想財の本質は現実世界における商品の基底に横たわる概念を模倣することであるとして、現実世界の財に対する消費者の認識は対応仮想財にも応用されうることを認めた……」⁸²。「これらの理由付けは一貫したものであり、権利者にとって正当であるように思われる。現段階では、これらの決定は非常によく知られた商標に関するものにとどまっている。しかし知られていない商標についても、当該類似性が同様に認められることが期待されてしかるべきであろう。実際、すべての権利者が、NFT をカバーする出願のために推奨される区分全部について彼らの商標を再出願する手段をもつわけではないからである」⁸³。

（４）対応仮想役務との類似性について

現実役務（あるいは現実商品）と対応仮想役務の類似性も理論上問題となりうるが、実際のところそのような議論はあまり行われていない。いくつか理由が考えられるが、まずその点が問題となった現実の具体的なケース（MetaBirkin 事件のようなケース）が未だ報告されていないことが挙げられるだろう。また、EUIPO のガイドライン（1（2））が指摘するように、役務提供の手段自体は重要ではないので、仮想空間を現に活用していても現実役務との同一性までは否定されない役務の例が少なくないと考えられることも挙げられるだろう。

⁷⁷ Guétin, op. cit. (n. 9), p. 35.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ GUCCI n° 97112038 et Prada n° 97112054.

⁸⁰ Guétin, op. cit. (n. 9), p. 36.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

とはいえ、仮想空間内で閉じている役務の例も現にみられるところであり、そのようなものに関しては、現実役務との類似性を問題とせざるを得ないのではないかと思われる。たとえば、米国のファースト・フード企業として知られる Wendy's は、IT 企業 Meta が運営するメタバースである Horizon World 上に仮想レストランを出店し、「Wendy's」及び「Wendyverse」標章を実質的に自社の商標として使用している。仮想レストランにおいて提供されるものはもちろん仮想飲食物であって、現実の飲食物ではない。Wendy's はまた、ゲーム系のメタバースである Fortnite や Animal crossing 上にも出店している。

いずれにしても、上記のような対応仮想役務との類否判断において、対応仮想商品の場合とは異なる何か特別な点についての考察が必要とされることはないのではないかと推測する。

（５）分析

フランスにおける上記の議論を眺めてみると、現実商品と対応仮想商品の類似性を認めることに否定的な見解はとくに明確な根拠を示していないことがわかる。また、それに対して慎重な態度をとる見解も、仮想商品は（需要者によって）単なる情報ファイルとして受け止められる可能性があることや、未だ当該類似性を肯定する準則や裁判例がないことを懸念して、（いわば実務家の立場から）アドバイスとして指摘するにとどまっていることがわかる。

また、慎重な態度をとる見解の中には、「状況が進展」して仮想商品が対応現実商品を表示すると公衆が認識するようになる可能性や、「長期的」に公衆の認識が当該類似性を肯定する方向に変化する可能性に言及するものもあった。

一方で当該類似性に肯定的な見解の中には、類否判断の考慮要素における補完関係性を根拠とするものがあった。すでに眺めたように、これは Canon ルールにおいて明示された考慮要素であるが、その後の EU 判例において一層明確化された概念であるといえる。関連する判決では、補完関係とは「他方の使用にとって一方が不可欠又は重要である（one is essential or significant for using the other）」という意味において密接に関連しており、それゆえに同一企業がそれら商品の製造について責任を負うと消費者が考えることができる⁸⁴ 関係と説明されている。したがって「定義上、異なる公衆（需要者）を意図した商品は補完関係を有しない」⁸⁵（なお、ワインを飲むためには容器が必要であるが、Waterford 事件 EGC 判決（2（3）（ii））は、ワイングラスは容器の一例でしかないとしてそこに弱い補完関係しか認めなかったことはすでにみた通りである）。

以上に鑑みると、現実商品と対応仮想商品の類似性を認める根拠として、Canon ルールにおける補完関係の要素を援用することは適当でないように思われる。前者の使用によっ

⁸⁴ EGC, 11 May 2011, Case T-74/10, pt. 40.

⁸⁵ Ibid.

て後者が不可欠とも重要とも言い難いからである。補完関係は、一方（たとえばカバン）が存在しなければ他方（仮想カバン）も出現しなかったであろうという関係ではなく、あくまで他方の「使用」にとって不可欠か否かを問うものと理解しなければならない。

しかしだからといって、需要者は仮想商品を単なる情報ファイルを表示するものと受け止めるという（慎重な論者の）見方も、これを一般化することは到底不可能であろう。この点については、詳しくはⅣで論ずることとする。

Ⅲ．仮想空間における意匠保護——EU 法及びフランス法

以下では便宜上、仮想空間内において提供される物品の様態を示すデータを「**仮想物品**」と呼ぶ。また、現実空間内において使用される物品を「**現実物品**」と呼ぶ。さらに、提供される空間を異にするがその様態が同一といえるものについて、「**対応**」の語を前置してそれを表すことにする。たとえば現実物品が靴である場合に、その**対応仮想物品**は、靴の様態を示す仮想物品を指すことになる。また仮想物品が眼鏡の様態を示す場合に、その**対応現実物品**は、まさに現実空間において提供される眼鏡を指すことになる。仮想物品について使用される意匠は「**仮想意匠**」と呼ぶこととし、現実物品について使用される意匠は「**現実意匠**」と呼ぶこととする。

1．改正前 EU 意匠法とその影響下にあるフランス法

EU 意匠法は最近大きく改正された。すなわち、従前の 1998 年指令（98/71/EC）は全面改正され、2024 年指令（EU 2024/2823）が成立した。また 2024 年規則（EU 2024/2822）が成立し、これによって 2001 年規則（EC No 6/2002）の一部が改正された。これらの新たな指令・規則は 2024 年 11 月 18 日に公布され、原則として同年 12 月 8 日に施行されている（これらの改正は、EU 法レベルで意匠保護法制に様々な革新をもたらしたため、その内容はまとめて「**意匠パッケージ**（英語 Design Package：仏語 Paquet dessins et modèles）」と称されている）。ただ大きく改正されたといっても、その基本的部分は改正前の規律を引き継いだものである。そこで以下に改正前の規律を大まかに踏まえておく。

（1）EU 意匠法の規定

1998 年指令では、意匠（design）とは物品の全体及び一部の外観をいい、とくに物品自体若しくはその装飾又はそれら双方の線、輪郭、色彩、形状、織地若しくは素材又はこれらの特徴の結合に由来するものをいうとされている（1 条 a 号）。また、物品とは工業製品又は手工芸品をいい、とくに複合製品（complex product）に組み込まれることを意図した部品、包装、外装、グラフィック記号及び印刷用書体を含むとされている。なお、コンピュータ・プログラムは物品には含まれないとされている（同条 b 号）。意匠の主な保護要件は、新規性と**独自性**（individual character）である（3 条 2 項）。それらを欠く意匠の出願は拒絶され、登録されても無効となる（11 条 1 項 b 号）。独自性は、**情報に通じた使用者**（informed user）が当該意匠について抱く**全体的印象**が、この者が公知意匠について抱くそれとは異なっている場合に認められる（5 条 1 項）。なお、独自性の判断にあたっては、当該意匠の開発においてデザイナーが有していた自由の程度が考慮されなければならない（同条 2 項）。意匠の類似性も、登録意匠の独自性が認められる範囲（情報に通じた使用者が異なる全体的印象を抱かない範囲）で肯定される（9 条 1 項）。

1998 年指令が定める意匠権は、登録意匠をその保有者が実施する権利及びこの者の許諾なく第三者が実施することを禁じる権利によって構成される。ここでいう実施には、とくに当該意匠を組み込んだ又は応用した物品の製造、流通の申出、流通、輸入、輸出及び使用、それらの目的のために当該物品を所持することが含まれる（12 条 1 項）。ただし、個人的又は非営利目的とする行為や実験目的とする行為については、意匠権が制限される（13 条 1 項 a 号・b 号）。引用若しくは教育目的とする複製行為も、それが公正な取引慣行に合致することや、当該意匠の通常の利用を不当に害しないこと、そして出所を明示することを条件として、自由に行うことができるとされている（同項 c 号）。

以上とほぼ同じ内容の規定は、共同体意匠に係る 2001 年規則にも存在している。意匠の定義に関しては 3 条 1 項、保護要件に関しては 4 条 1 項と 6 条、意匠の類似性に関しては 10 条、権利制限も含め意匠権の効力に関しては 19 条 1 項と 20 条 1 項、新規性や独自性を欠く意匠の登録無効に関しては 25 条 1 項 b 号がそれらに相当する。ただし、出願時に求められる本願意匠の物品に係る情報は、意匠権自体の保護範囲に影響を与えないとする規定があり（36 条 2 項、同 6 項）、このような規定は 1998 年指令にはみられない。ともあれ商標規則とは異なり、意匠規則においては特殊性の原則は明確に否定されている。

なお、2001 年規則は登録されていない意匠（非登録意匠）も保護しており、これに係る意匠権は、規定上は当該意匠の複製（copying）に由来する実施を禁じることができるのみ、とされている（19 条 2 項）。登録された共同体意匠は出願から 5 年間保護され、都度更新が可能であるが、最大保護期間は出願から 25 年までとされている（11 条 2 項）。非登録共同体意匠の保護期間は、共同体内で公の利用に供された日から 3 年間とされている（同条 1 項）。

（2）EU 著作権法との関係

著作権に関する最も基本的な EU 法としては、2001 年指令（2001/29/EC）がある。同指令が定める著作物の概念（3 条 1 項、4 条 1 項）は EU 域内で統一的な解釈に服するとされ⁸⁶、確立した判例によればそれは二つの要件に従うとされる。一つは作者の固有の知的創作物（the author's own intellectual creation）という意味で創作的（original）であること、今一つは当該創作が表現したもの（the expression of that creation）であることである⁸⁷。当該判例はまた、前者の要件にいう創作性が認められるためには、自由で創作的な選択の表現であるという意味において作者の個性を反映しているといえることが必要であり、またそれで十分であることを明らかにしている⁸⁸。

⁸⁶ ECJ, 16 July 2009, Case C-5/08 pts. 37, 39; ECJ 13 November 2018, Case C-310/17, pts. 33, 35- 37.

⁸⁷ ECJ, 12 September 2019, Case C-683/17, pts. 29, 32.

⁸⁸ Ibid., pt. 30.

したがって EU 法上は、いわゆる応用美術かそうでないかといった著作物の分野又は類型によって著作物性の判断基準が異なるような解釈は、採用されていない。また上記の創作性要件は、たとえば折りたたみ自転車のデザインのように技術的な課題が表現構成に影響を及ぼすことがあっても、なお上記の意味における作者の個性の反映（自由で創作的な選択）が妨げられないのであれば、充たされる、ということも判例によって明らかにされている⁸⁹。

加えて、意匠登録が著作権保護の可否に影響しないということも、従来から 1998 年意匠指令 17 条と 2001 年意匠規則 96 条 2 項によって確認されていた。同様の規定は、2024 年意匠指令 23 条及び 2001 年意匠規則 96 条 2 項にもみられるところである。

以上から EU においては、意匠（応用美術）に関して著作権法と意匠法がそれぞれの保護要件に従って重複適用される（the principle of ‘cumulation’ of protection）と解されており⁹⁰、しかも上記著作物概念に従うことから、たとえ技術的な関心はその形態に影響を及ぼしている意匠であっても、広く著作権によって保護されることになると考えられている⁹¹。このことは、現実意匠であるか仮想意匠であるかを問わず、それを模倣して仮想意匠を製作する行為が、多くの場合に著作権によって禁じられうるということを意味している。

（3）フランス法の規定

フランスでは古くから、著作物の分野や類型によって保護の可否が分かれるような考え方はとられていない。CPI L. 112-1 条は、「その分野、表現形式、価値又は目的を問わず」著作物に係る著作権を保護すると規定している。この規定の前身は 1957 年法 3 条である。1957 年法施行前はいわゆる革命法（1973 年法）が施行されていたが、同法の下でサラダカゴを著作物と認めた破毀院の判決も存在していた⁹²。今日でもフランスの裁判所は、多くの応用美術品について著作物性を認めている⁹³。それゆえ一面からすると、このフランスの立場がその後 EU 法のレベルにまで広まったとみることもできる。

⁸⁹ ECJ, 11 June 2020, Case C-833/18, pt. 26.

⁹⁰ Case C-683/17, préc., pt. 45.

⁹¹ しかも、きわめて最近の判決である ECJ, 24 October 2024, Case C-227/23 は、EU 域内では EU 法が優越するため意匠について相互主義を定めたベルヌ条約 2 条 7 項は適用されず、EU 加盟国は本国の如何にかかわらず当該意匠に著作物としての保護を与えなければならないとする判断を示している。この判決を受けて、Grudler は次のように指摘している。「かくしてベルヌ条約 2 条 7 項が、応用美術の著作物と工業意匠に関する法の適用範囲を画し、またそれらの保護要件を定めることは、条約によって設立された同盟に加入した国の立法権限に属する旨を定めて、締約国に一定の裁量を認めているとしても、締約国は 2001 年指令に基づく義務を潜脱するためにこの規定を援用することは、もはやできないだろう」。C. Grudler, *Commentaire, Europe*, n° 12, déc. 2024, p. 45.

⁹² Cass. crim. 2 mai 1961, JCP G 1961 II 12242, note Aymond. V. aussi, Cass. crim., 30 oct. 1963, Bull. crim. IV, n° 300.

⁹³ Caron は、美術を一体のものとして純粋美術と応用美術とに区別しない考え方がもたらす帰結について、次のように述べている。「実際のところ、この理論の適用は、必ずしも意匠法の庇護を求めることができないような陳腐な (modestes) 多くの著作物が保護されることを可能としている……そこからア・プリオリに陳腐で美術の世界から遠く隔たった多くの創作物が、著作権によって保護されるという帰結が生じている」。Ch. Caron, *Droit d’auteur et droits voisins*, 6^e éd., LexisNexis, 2020, n° 113, p. 107.

そうしたことからフランスでは、登録意匠は多くの場合に CPI の意匠法規定だけでなく著作権法規定によっても保護されると考えられている。もとより著作権は無方式で成立するため、非登録意匠も著作権法規定によって保護される（CPI L. 111-1 条 1 項）。

CPI の現行意匠法規定は、当然のことながら 1998 年指令の影響下にある。たとえば意匠の定義規定は同指令のものとほぼ同じである（CPI L. 511-1 条）。その主な保護要件も新規性と独自性であるが（CPI L. 511-2 条）、フランス法では独自性に相当する概念として「固有性（*caractère propre*）」という文言が使用されている。また、固有性の判断主体は、指令では「情報に通じた使用者」とされているが、フランス法では「情報に通じた観察者（*l'observateur averti*）」という文言が使用されている（CPI L. 511-4 条）。しかし学説が指摘しているように、これらは同じ概念として扱われる⁹⁴。

実施として具体的に掲げられている行為（製造、流通の申出、流通……）や権利制限のリストは、1998 年指令とほぼ同じである（CPI L. 513-4 条、同 L. 513-6 条）。ただし具体的に掲げられている実施行為は、文言上は例示とされていない。いわゆる修理条項（スペアパーツに対する意匠権の行使を制限する規定）は、2021 年改正によって CPI に導入された（同条 4 号）。一方で、これに関する 1998 年指令の暫定規定（14 条）は 2024 年改正によって廃止され、恒久化された（19 条）。

フランスの現行意匠法の下で、現実意匠の対応仮想意匠を製作してメタバース内で使用する行為を禁じることができるのか否かに関する議論は、残念ながらあまり活発でない。そのようなケースでは、著作権法による対応が可能と考えられているためではないかと思われる。

（4）EU 意匠法による仮想空間内の意匠保護

既述のように、意匠は広く著作権保護を受けると考えられてきたためか、2024 年改正前の EU 意匠法下で仮想空間内の意匠保護が可能か否かを検討したフランスの論考は、管見の限りではほぼ見当たらない⁹⁵。しかし、EUIPO 法務部の専門官である Bennett はこれについて 2022 年 9 月にウェブ上で公開講義を行っているので⁹⁶、その内容をここに紹介しておきたい（もっとも、彼女の見解は EUIPO の立場を表明するものではないというディスクリーマーが付いている）。

まず Bennett は、2001 年規則によって保護される登録意匠又は非登録意匠のメタバース内での使用が同規則 19 条にいう実施に該当するか否かを考えるとき、直ちに疑問として浮かんでくるのは、当該実施概念が有体物としての物品に応用されていない仮想意匠（デ

⁹⁴ E. g. P. Greffe, « L'observateur averti en droit des dessins et modèles », *Légicom*, n° 53, 2014/2, p. 123.

⁹⁵ ただしドイツにおいては若干の議論があるようである。星野光秀「仮想空間における意匠保護をめぐる法的問題―国際動向を踏まえて」*パテント* 77 巻 13 号（2024）59 頁参照。

⁹⁶ K. Bennett / T. Clark, « TMs and Designs in the metaverse: legal aspects / EUIPO practice », 2022 (<https://bit.ly/40ZWIBi> [短縮リンク、最終アクセス日：2025 年 1 月 16 日])。

デジタル意匠)としての使用をカバーするか否かの問題であるとしている。彼女は、同規則 19 条 1 項は、物品の製造や流通等いかにも現実物品に係るものと解されそうな行為を実施例として掲げているが、同項は実施概念を限定列挙していないとして、仮想意匠としての使用も実施に該当するであろうと結論づけている。この考え方に従うと、少なくとも第三者が現実意匠の対応仮想意匠を製作しメタバース内で使用する行為を、共同体意匠に係る権利の侵害に問うことは可能であるといえる。

なお、2001 年規則 11 条 1 項は、非登録意匠の保護期間をそれが公の利用に供された (made available to the public) 日から 3 年間としており、同条 2 項は公の利用に供することの例として発行や展示 (いかにも現実物品に係るものと解されそうな行為) を挙げているが、同項は続いて「その他通常の事業活動においてその行為が関連部門における職業的な集まりに合理的に知られ得たといえる何らかの方法による開示」もそれに該当すると規定しているので、Bennett はメタバース内での使用もそこに含まれるだろうとしている。

さらなる問題として、仮想意匠が 2001 年規則 3 条に定義される意匠に含まれるか否かが問われる。仮に含まれるとすれば、専ら仮想意匠として創作されたものも、同規則による保護を享受することが可能である。しかし Bennett は、仮想物品を同条 1 項にいう「工業製品又は手工芸品」ということは本来難しいだろうとしている。この考え方に従うと、仮想意匠は「物品の全体及び一部の外観」に該当しないことになり、それ自体は共同体意匠としての保護を享受できない。それゆえ彼女は、近々見込まれる EU 法の改正 (2024 年改正であろう。) がこの点を改善し、仮想工業製品や仮想手工芸品も物品概念に含まれるようになること、また当該規定においてグラフィック記号や印刷書体だけでなくグラフィック・ワークやグラフィックなユーザ・インターフェイスに対する言及もされるようになることを期待する、と述べるにとどまっている。

ただし Bennett 自身も指摘するように、EUIPO の登録実務においては従前から一定の範囲でデジタル意匠の登録が認められてきており、それが可能であることは同機関のガイドラインにも明示されている。そこには簡潔に、「スクリーン・ディスプレイ、アイコン、グラフィック・ユーザ・インターフェイスその他コンピュータ・プログラムの視覚的要素の意匠は、これを登録することができる」と記載されている⁹⁷。当該出願は、国際意匠分類 (ロカルノ分類) における第 14-4 類に分類されている。

(5) 物品を異にする意匠に関する EU 判例

既述のように、EU 意匠法においては (商標法とは異なり) 特殊性の原則の存在は否定される。このことは 2001 年規則 36 条 6 項において明定されている。1998 年指令にはその種

⁹⁷ EUIPO Design guidelines, 4.1.3 (Edition 2024).

の規定はないが、当該原則の不存在はとくに疑われてはこなかった。なお、2024 年指令には、規則同様に明文規定が置かれている（25 条 3 項）。

したがって EU 法上、現実意匠に係る意匠権を対応仮想意匠の実施にも及ぼすことは可能であるはずである。すでにみたように、EUIPO の法務部専門官である Bennett は、仮想意匠としてのメタバース内での使用も実施概念に含まれると解した上で、これを肯定している。

そこで以下に、現実意匠と仮想意匠の類否について何らかの示唆を得るために、物品を異にする意匠について判断した EU の判例を眺めてみる。

（i）「情報に通じた使用者」

すでにみたように、EU 法上、意匠の類否判断は情報に通じた使用者という判断主体を措定して行われる。ECJ の判決によれば、情報に通じた使用者とは、特許法における当業者と商標法における平均的な注意力をもつ需要者の間のどこかに位置する者であるとされる⁹⁸。したがってこの者は、意匠を企画立案する者でも技術者でもないが⁹⁹、当該分野の意匠について広範な知識を有し、相対的に高い注意を払う者であるとされている^{100, 101}。この基準に依拠した場合、平均的需要者であれば見逃してしまう程度の意匠間の相違であっても、後行意匠の独自性をもたらす重要な相違と評価されることがありうる¹⁰²。

また情報に通じた使用者は、しばしば単一者ではなく取引者と消費者（エンド・ユーザ）とされる。たとえば ECJ はある判決で、子供がゲームで使用するボール紙でできた小さな

⁹⁸ ECJ, 20 October 2011, Case C-281/10 P, pt. 53.

⁹⁹ Gasnier は、この説示は必ずしも常に妥当するわけではなく、物品の性質によっては意匠の企画立案者に等しい情報に通じた使用者も措定されうるとする。彼は「特定の機械の使用者は技術者であり、メンテナンス作業を行うので、そのような能力をもちうる」とする。J. -P. Gasnier, *comm. 67, Propriété industrielle*, n° 10, 2010, pp. 3-4 (version en ligne).

¹⁰⁰ Case C-281/10 P, *préc.*, pt. 59.

¹⁰¹ この定義は、EGC の判決においても繰り返し用いられている。EGC, 12 March 2014, Case T-135/12, pt. 58; EGC, 7 November 2013, Case T-666/11, pt. 32. なお、次のような興味深い説示をした EGC の判決もある。「本件では、審判部が原決定のパラグラフ 18 で次のことを確認している。様々な参加者が彼らの前のテーブルにマイクが置かれるような協議会のユニットを自由に利用する、そのような公的な協議会又は会議に定期的に参加する者は誰でも、情報に通じた使用者たりうる」。「実際、協議会や会議の参加者は、その目的に応じてある協議会のユニットに参加するだろう。その目的は、票決システムや人物の特定のような意思疎通や関連する機能のおかげで、参加者間の見解や情報の交換を促進するということから成る。同様に、協議会や会議に定期的に参加することから、情報に通じた使用者は協議会のユニットごとに様々なモデルがあることを知り、それらに通常伴う諸要素について知ることになる。当該使用者が、当該協議会がその目的を果たすためのユニットの様々な機能とインターフェースに親しまなければならない限りにおいて、彼は関連物品に直面した際に、相対的に高い注意を払うことになるのである」。See, EGC, 22 June 2010, Case T-153/08, pts. 49-50.

¹⁰² この点に関して、Raynard = Py = Tréfigny は、欧州委員会が 1991 年に公表した意匠保護に関するグリーン・ペーパーを引用する（Raynard = Py = Tréfigny, *op. cit.* (n. 42), n° 577, p. 379）。そこには次のような記述がある。「類似性の程度が後行意匠も新規なものと認めうるほど十分に弱いかな否かを判断する際、専門家は、技術的な制約の下でも十分に創作的な発展があったことを示す意匠間の相違を示すことができる立場にある。たとえ、それらが普通の観察者の目にはとまらない相違であったとしても、である」。See, Commission of The European Communities, *Green Paper on the Legal Protection of Industrial Design: Working document of the services of the Commission*, III/F/5131/91-EN, 1991, par. 5.5.5.3, p. 71.

円盤状の遊具 pog の意匠について、本件における情報に通じた使用者は 5 歳から 10 歳くらいの子供か会社のマーケティング・マネージャーであるとした¹⁰³。

(ii) Chanel 事件判決

実のところ、物品が明確に異なる意匠について意匠法上の判断を下した判例はきわめて少ない。物品が異なれば意匠も異なることが多いため、元から訴訟になりにくいからではないかと思われる。物品が異なっても意匠の類似性を問いうるケースというのは、関連する意匠が二次元的なもの（ロゴ、模様、装飾、イラスト等）で、様々な物品に応用され、あるいは逆に様々な物品を複製するというケースが典型的なものになるのではないかと思われる。

EU 法上の判例として参考になりそうなものに、標記の判決がある。この判決は、EGC が 2017 年 7 月 18 日に言い渡した判決である¹⁰⁴。その基本的な事実関係は以下の通りである。

2010 年に Li Jing Zhou 氏が以下の意匠について共同体意匠の登録出願を行い、この意匠（以下「係争意匠」）は登録された。



係争意匠の物品は「装飾」（ロカルノ分類第 32 類）とされていた。その後、係争意匠に係る意匠権は、Golden Rose 社によって共有されることになった。

Chanel SAS（以下「Chanel」）は、係争意匠の登録について無効審判を請求した。Chanel は、2001 年規則 5 条・6 条の新規性・独自性を係争意匠が有していないと主張した。その際 Chanel は、係争意匠が 1989 年以降フランスで登録されている自己のモノグラムと高度に類似している又は実質的に同一であると主張した。当該モノグラムは以下のようであった。



EUIPO の取消部は請求を棄却した。Chanel は審判部に不服を申し立てたが、審判部も申立てを斥ける決定をした。Chanel は当該決定の取消しを求めて本訴を提起した。Chanel は、係争意匠の独自性の判断において審判部がその物品について何も言及しなかったこと、また本件では誰が情報に通じた使用者であるかを特定しなかったことを問題視した。Chanel は、審判部は提出された証拠を参照すべきであったし、それは当該意匠が現実の商品に複製されているという事実、またそれら意匠間にほん

¹⁰³ ECJ, 20 October 2011, Case C-281, pt. 54. フランス法においても同様であり、Greffé は、「裁判所はほとんどの場合、侵害訴訟において情報に通じた観察者を定義する責任は原告にあることから、職業人及び需要者を参照している」と述べて、それを実証する様々な同国の裁判例を紹介している。Greffé, op. cit. (n. 94), pp. 123-124.

¹⁰⁴ EGC, 18 July 2017, Case T-57/16.

のわずかな相違しか存在しないという事実を示していると主張した。加えて **Chanel** は、係争意匠は出願時の図面に表示されている方向を 90 度変えて使用されうるということも主張した。

EGC は、共同体意匠の独自性について判断する際には、本質的に 4 段階の審査が行われるとした。第 1 に意匠の応用が意図された物品の属する分野の確認、第 2 にそれら物品の使用者で情報に通じた者のもつ知識や注意力の確認、第 3 に意匠開発におけるデザイナーの自由度の確認、第 4 にそれらの要素と情報に通じた使用者が抱く全体的印象を考慮した（問題となっている意匠間の）比較結果の確認である¹⁰⁵。EGC はまた、デザイナーがより大きな自由を享受するのであれば、両意匠間にわずかな相違しかない場合に情報に通じた使用者が異なる全体的印象を抱くということはますますありそうにない、という一般論を示した¹⁰⁶。その上で以下のように判示した。

「係争意匠が組み込まれ又は応用されることを意図された物品が何であることを確認するために、当該意匠の出願の際に提示された情報（the relevant indication）が考慮されるべきである。しかし必要に応じて、当該意匠自体が物品の性質、その意図された目的又は機能を明らかにする限り、それも考慮すべきである……」¹⁰⁷。「本件では、係争意匠はその意図された目的又は機能について何も情報を提供しない。さらに……本件では、**Chanel** のモノグラムは非常に多数の物品について登録されており、係争意匠は装飾として登録され、当該装飾の応用が意図された物品に関する情報はない。それゆえ本件では、係争意匠が組み込まれ又は応用されることが意図された物品が属する分野を確定し、**Chanel** のモノグラムのそれと比較することは不可能であった」¹⁰⁸。「したがって審判部が、係争意匠の応用を意図した物品は装飾であると認定したことは正当であり、当該認定は当事者によって争われていない。請求人（筆者：**Chanel** のこと）の主張とは異なり、審判部は、装飾が応用されることを意図した物品を特定する義務を負わなかった」¹⁰⁹。「判例によれば、全体的印象は問題となっている物品の使用方法、とりわけ通常行われる取り扱いに基づいて判断されなければならない……」¹¹⁰。「本件において審判部は、全体的印象を比較するに当たり、デザイナーが大きな自由を享受していたことを認めつつも、係争意匠が情報に通じた使用者に異なる全体的印象を抱かせると判断した。この点の判断において、審判部は両意匠の中央部における相違を理由とした」¹¹¹。「しかしながら本件では、先行意匠と係争意匠の間に注目すべき類似性がある。後者は、ある程度、**Chanel** のモノグラムからインスパイアされた創作として認識しうる。それはとりわけ、係争意匠の選択は決して何らかの考察によって

¹⁰⁵ Ibid., pt. 27.

¹⁰⁶ Ibid., pt. 30. この説示は他の判決によっても繰り返されている。EGC, 9 September 2011, Case T-11/08; EGC, 25 April 2013, Case T-80/10; EGC, 4 February 2014, Case T-339/12; EGC, 10 November 2021, Case T-193/20.

¹⁰⁷ Case C-39/97, préc., pt. 41.

¹⁰⁸ Ibid., pt. 43.

¹⁰⁹ Ibid., pt. 44.

¹¹⁰ Ibid., pt. 52.

¹¹¹ Ibid., pt. 53.

決定されてはならず、デザイナーは当該意匠を Chanel のモノグラムから十分に差異化していないという理由による。したがって、係争意匠が異なる全体的印象を与えるかどうかを判断する上では、情報に通じた使用者が両意匠を全体として知覚するということに留意しなければならない。両意匠の中央部に相違があっても、全体的印象は異なるという事実は残る。なぜなら外側の部分、それは両意匠の輪郭をかなり決定づけているものであるが、それと両意匠がもたらす全体的印象が高度に類似しており、ほとんど同一だからである。さらに中央部は、たとえそれらの間にある程度の相違が存するとしても、似通った楕円形から成り、両意匠の全体的な形の中に溶け込んでいる。とくに、係争意匠の中央部は2つの長円から成り、それらは Chanel のモノグラムにおける単一の長円と類似している。それらの相違が、情報に通じた使用者によって認識されることはとくにありそうにない。係争意匠を 90 度異なる方向で様々なサイズで使用することは不可能だからである」¹¹²。

「両意匠の類似性に関していえば、創作の自由の大きさは、それらの意匠が異なる全体的印象をもたらさないという事実認定を強固なものにせざるをえないというのが判例」¹¹³であり、「本件では、装飾若しくは装飾の一要素がもつ技術的な機能又は何らかの適用可能な法令上の要求が強いるデザイン面での制約は存在しないと認定されたことも、指摘しておかなければならない……」¹¹⁴。「最後に、係争意匠は第 32 類の装飾であり、当該装飾は非常に様々な物品に応用されうるのであって、それゆえに当該装飾がどのように使用されるかを前もって決定することは不可能であるということに留意しなければならない。そのことは、問題となっている意匠がもたらす全体的印象についてきわめて注意深い分析が必要であることを、強く根拠づける」¹¹⁵。「したがって、係争意匠の創作面での自由度の大きさと応用可能な物品の自由度の大きさを考慮するならば、両意匠間の相違は情報に通じた使用者に異なる全体的印象をもたらすことができないだろう」¹¹⁶。

（6）物品を異にする意匠に関するフランス判例

フランス法上の判例を眺めても、物品を明確に異にする意匠について判断を下した事例を見つけることは困難であるが、最近のものとして以下の事例が参考になるのではないかとと思われる。

（i）ジッパー付傘事件判決

標記の判決は、パリ控訴院が 2015 年 12 月 27 日に言い渡した判決である¹¹⁷。その基本的な事実関係は以下の通りである。

¹¹² Ibid., pt. 55.

¹¹³ Ibid., pt. 56.

¹¹⁴ Ibid., pt. 57.

¹¹⁵ Ibid., pt. 58.

¹¹⁶ Ibid., pt. 59.

¹¹⁷ CA Paris, 27 nov. 2015, RG n° 13/21612, JurisData n° 2015-029315.

Piganiol SAS(以下「Piganiol」)は、傘の製造販売を業とする会社であり、「Parapluie marinière zip」と呼ばれる縞模様とジッパー風のディテールをもつ傘の意匠(以下「本件意匠」)について、登録を得ていた。一方 L'Oréal SA(以下「L'Oréal」)は、女性用ヘアカラー製品のコレクションを宣伝する 2011 年の春夏広告キャンペーンの一環として、この傘の視覚的外観を無断で使用した。Piganiol が L'Oréal を上記登録に係る意匠権(以下「本件意匠権」)の侵害で訴えたところ、当該広告キャンペーンを開発した Publicis Conseil SA(以下「Publicis」)が本件訴訟に参加した。なお L'Oréal 及び Publicis Conseil SA は、当該広告の製作に際しセット備品の選定等を請け負っていた Art Department Europe と Sophie G 氏を別件訴訟で訴えていたが、両手続の弁論が併合されるに至った。

1 審裁判所は、本件意匠の登録無効を求める請求を斥け、L'Oréal と Publicis による本件意匠権の侵害を認め、本件意匠を当該広告のために複製し頒布することを禁じた。Piganiol は損害賠償金の支払いを求めて控訴し、L'Oréal と Publicis は 1 審判決の取消等を求めて附帯控訴した。

パリ控訴院は、以下のように判示して侵害の結論を維持した。

「被控訴人(筆者:L'Oréal と Publicis)が提出した様々な物品の例を調べたところ……引用意匠、とりわけ通常とは異なる高さの傘骨を持ち……釣鐘型で特定の面が縦縞で飾られ、上部まで上がる本物のジッパーが付いている Guy Dejean の傘は、あらゆる点で新規性を損なう先行意匠とは認められないと原審が判断したといわなければならない」。「同様に、原審は正当にも、引用意匠との関係でその固有性を否定することはできないこと、すなわち Guy Dejean と Jean-Paul Gaultier の傘の意匠も、Piganiol が以前に出願した意匠も、情報に通じた観察者に同一の全体的印象を与えないであろうことを認めた。この場合、情報に通じた観察者とは、创作者の自由が制限されている分野で細部の相違を検出できるほどに高い関心を有する公衆並びに当該分野の職業人をいう」。「本件で問題とされている主なビジュアル広告の中央部には、プリーツの入った白い表面から現れたスカーフを巻いて髪をなびかせた若い女性の肩と右腕が描かれており、右のこめかみの高さで、右手の指の先で広げた傘を持っており、その傘の特徴は Piganiol が出願した意匠と同じであり、正面に向いた傘の面にはジッパーがあるのが見える。装飾には、ビジュアル広告の前景に、手書きを思わせる文字で『Summer Illusion』という文字が重ねられたクルーズ船とデッキチェアのミニチュアが用いられ、またビジュアル上部の中央位置には黒い大文字で『L'Oréal (“O”に「Paris」が含まれる。) Professionnel』という文字が書かれている」。「同じキャンペーンの他の 2 つのビジュアル広告にも、この若い女性を強調した小さな画像の中に当該傘の意匠が登場する。しかし、持ち手の部分でトリミングされている」。「L. 513-4 条が掲げる侵害を構成する行為のリストは、1998 年指令 1 条 b 号にいう製造され、市場における流通に付される物品に係るものであり、国内法は指令の規定に照らして解釈されなければならないと被控訴人は主張する」。「この点についていえば、意匠登録が与える保護は、出願時に

おける物品の記載が保護範囲に影響を与えない以上、情報に通じた観察者に異なる視覚的な全体的印象を与えないあらゆる意匠に及ぶ。それはまさに、本件で問題となっているビジュアル広告のために使用された本件意匠について、いいうることである。それゆえ控訴人は、その意匠の登録が与える保護を主張することができる」。

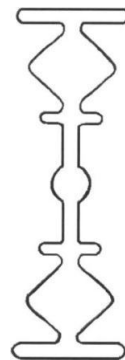
(ii) LARMADA 事件判決

標記の判決は、ボルドー控訴院が 2023 年 12 月 19 日に言い渡した判決である¹¹⁸。その基本的な事実関係は以下の通りである。

造形芸術家 X は、LARMADA という名称のグラフィック・デザイン（以下「本件意匠」）について意匠登録の出願をした。願書には「様々な形、大きさ及び寸法で表現することができる二重の女性的な曲線をもつ LARMADA のデザイン・トーテム」という説明が記載され、その物品は「あらゆるものに付することができるデザインとしてのグラフィック・シンボルとロゴ、表面上の装飾モチーフ、装飾品」（第 32 類）とされていた。この意匠は登録された（20151685-004 号及び 20151685-005 号）。



20151685-004 号



20151685-005 号

X は、本件意匠を用いた宝石、装飾品及び家具のコレクションを創作する活動を行っていた。既製服とモード用アクセサリーの開発と販売を業とする SAS ZV France（以下「ZV France」）は、本件意匠を複製した衣服を販売したので、X は商品の引き上げを ZV France に求めた。ZV France はこれを拒否したため、X は本訴を提起した。原審は本件意匠登録を無効とし、請求を棄却した。X 控訴。

ボルドー控訴院は以下のように述べた。

「新規性は、意匠が登録出願日に先立ってすでに公表された意匠と同じものであってはならないこと、また取るに足らなくはない細部によってそれら公知意匠とは異なっているものであるということを意味している（CPI L. 511-3 条）」。「意匠の固有性は、情報に通じ

¹¹⁸ CA Bordeaux, 19 déc. 2023, RG n° 21/01177.

た公衆、すなわち特別な注意力をもつが専門家ではない者にもたらされる視覚的印象が、すべての先行意匠とは異なっており、独自のものと認識されることを意味している (CPIL. 511-4 条)。「この点でいえば、公有に属するテーマから着想を得て制作したものは、比較可能な手段によって得られたそれから区別される視覚的な全体的印象をもたらす固有の外観を提示する限りにおいて、固有性を持つものとして保護されうる。同様に、それは意義ある相違を伴うものでなければならず、保護は全般的な外観の修正なしには得られない」。

「20151685-004 号意匠についていえば、それがジレットの髭剃りの刃の中央部デザインを複製したものであるという点は争われていない。しかし X は、その内なる空虚な部分を利用し、新しい形を作り出したのであり、それが新規性と固有性の要件を充たす独自の全体的印象をもたらしたと主張する」。「ところで、X が縷々説明した本件意匠の特徴、すなわち『黒い色』、『両端が薄く』、『平ら』で、『長方形』でできていて、『他の部分よりも幅が広い』……また、『率直な曲線を持つ 2 つの女性の体』を参照しているという特徴、あるいは X がその形状と黒色から『女性の曲線』である LARMADA 様式の『トーテム』をそこに見い出しているという事実は、原審が当然に判示したように、新規性を根拠付けることができない X の解釈にすぎない」。「反対に本件意匠は、ジレットの髭剃りの刃体中央にある空間部を、その輪郭に忠実に複製したものである。それは意味のある相違を作り出していない」。「まさに情報に通じた観察者、すなわち専門家ではないがその個人的な経験又は特定分野に関する広範な知識のゆえに特別な注意力を有する者は、その関連する物品への興味関心のゆえに、もしこの者が芸術、被服又は宝石の愛好家であったならば、X が主張するように、ジレットの刃のような産業的オブジェクトの愛好家たりうるだろうし、たとえ抽出したものであろうと、その中央部の形を認識することが可能であろう」。

「LARMADA 意匠は、ジレットの刃の中央部を修正したものではなく、X の印象論を超えて当該刃又は他の先行意匠とのいかなる重要な相違点も示していない。いかなる異なる視覚的印象も、またそれゆえに 20151685-004 号意匠の出願に対して意匠権保護をもたらしうるいかなる固有性も、それは有していない。同一形状を厳格に複製しただけの 20151685-005 号意匠にも、同様のことがあてはまる」。「したがって、X がした 2 つの意匠登録出願について無効を言い渡した原判決は維持される」。

(7) 分析

すでにみたように、EU 意匠法（及びその影響を受ける加盟国の国内意匠法）上は特殊性の原則は存在しないことになっている。しかし、固有性の判断主体である情報に通じた使用者（観察者）は、その属する分野の意匠について広範な知識を有し、相対的に高い注意を払う者とされている。論理的に考えてここで措定されているのは、特定分野の意匠について広範な知識を有し、強い興味関心を持つ者である。そうすると逆に言えば、その分野

とは異なる分野に属する意匠については、この者は判断能力を欠くことになるのではないか。

それゆえフランスの学説においては、この点の矛盾が指摘されている。たとえば de Haas は次のようにいう。「情報に通じた使用者は、意匠法にある種の『特殊性の原則』を持ち込む危険を冒しても、そのために意匠が構想された物品の性質に照らして定義されるべきなのか。肯定的に回答した場合、では当該意匠が少なくともロカルノ協定に即して分類される物品の区分を特定する必要を定める出願行為の内容を参照しなければならないのか。これへの回答は微妙で、まだ不確実である」¹¹⁹。

だが、物品を明確に異にする意匠にも意匠権の効力が及ぶことを認めないわけにはいかないので、そうした場合には結局、情報に通じた使用者（観察者）の概念はかなり現実味を欠いたものとなる、あるいは希釈化が生ずることを認めざるをえないように思われる。

たとえば LARMADA 事件判決は、登録意匠の物品は様々なものに付することができる装飾としか出願書類に記載されていなかったにもかかわらず、意匠権者が現にそれを使用している芸術、被服、宝石の性質に着目している。一方で、引用意匠は髭剃りの刃の一部であったので、同判決は、もし情報に通じた使用者が「芸術、被服又は宝石の愛好家であったならば……ジレットの刃のような産業的オブジェクトの愛好家たりうる」とした。しかし、これはかなり無理のある説示ではないかと思われる。芸術、被服、宝石に強い関心を持ち、その分野の意匠に特別な注意を払う者が、髭剃りの刃のデザインについても広範な知識を有するとは考えにくいからである。したがって、ここではかなり実体のない情報に通じた使用者（観察者）の概念が措定されているといえる。

またジッパー付傘事件判決でも、情報に通じた使用者（観察者）とは具体的に誰であるかについて、結局述べられることはなかった。この判決では、ビジュアル広告のような二次元的複製を実施ということが出来るか否かが重要な論点とされていたが、実施該当性と当該意匠間の類似性はほぼひとまとめに肯定されている。

Chanel 事件判決では、係争意匠の物品は装飾であり、引用意匠の物品として記載されているものも非常に多岐にわたっていたため、両者ともにその応用が意図された物品を特定することが不可能である旨が述べられていた。同判決はそれ以上には踏み込んではいないが、このような前提に立つのであれば、情報に通じた使用者を具体的に特定することも同様に不可能になるのではないかと思われる。そしてそうであれば、結局は別の基準に則って意匠の類否を判断せざるをえない。

このように、情報に通じた使用者（観察者）という概念は、応用される物品の属する分野が先行意匠と後行意匠で共通しているケースでは機能するように思われるが、それらが

¹¹⁹ Ch. de Haas, *Le Lamy droit commercial* (mis à jour 06/2024), Partie 3, Titre 6, Division 1, Chapitre 2, Section 1, § 2, 2690. En ce sens, Passa, op. cit. (n. 37), n° 692, p. 925; Raynard = Py = Tréfigny, op. cit. (n. 42), n° 578, p. 381.

異なっていたり、あるいは装飾が物品とされているようなケースでは機能不全に陥りかねない概念ではないかと思われる。

ただし、それらの場合でも一ついえることは、創作の自由度が意匠の類否判断の決め手になりうるということである。実際、Chanel 事件判決では、係争意匠と先行意匠（引用意匠）はその中央部にかなりの相違がみられたにもかかわらず、係争意匠の創作に高い自由度が認められることが相対的に重視され、両意匠間の類似性が肯定されている。

そしてここからさらに、次の発展的考察も得られるだろう。仮想物品は現実空間の物理法則等に従わないため、その意匠の創作にはかなりの自由度が元から存在しているといえる。にもかかわらず、仮想意匠が対応現実意匠とかなり似通った様態を示すのであれば、EU 法及びフランス法の下では、両意匠の類似性は容易に肯定されるのではないか。

2. 改正 EU 意匠法による仮想意匠の保護

本章の最後に、EU 意匠法の 2024 年改正について触れる。同改正は、約 10 年にわたる準備作業の成果である。改正による変更点は多岐にわたるが、本稿に最も関係するのは意匠について新たな定義が設けられた点であろう。

その定義はどのようなものか。2024 年指令においても、意匠は「物品の全体及又は一部の外観をいい、とくに物品自体若しくはその装飾又はそれら双方の線、輪郭、色彩、形状、織地若しくは素材又はこれらの特徴の結合（and/or）」に「由来するもの」と定義されている。この限りにおいて、1998 年指令の文言ととくに異なるところはない。しかし、「これらの特徴の結合」には、「動き、遷移その他これらの特徴の活動」が含まれることが新たに規定されている（2 条 3 項）。

そして、物品自体の定義がかなり刷新されている（同条 4 項）。以下にそれを訳出してみる。

「物品」とは、それが有体物であるか無体物において具現化されたものを問わず、コンピュータ・プログラム以外の工業製品又は手工芸品をいい、とくに以下のものを含む。

(a) 包装、一組の物品、内装又は外装環境の形成を意図した空間的配置又は複合製品に組み込まれることを意図した部品

(b) グラフィック・ワーク又はシンボル、ロゴ、模様、印刷用書体又はグラフィックなユーザ・インターフェイス

以上と同様の規定は、2024 年規則によって改正された 2001 年規則にも設けられたところである（3 条 1 項・2 項）。

こうした定義の刷新を行うにあたり、欧州委員会は次のような提案理由を示している。

「(i) 技術的進歩に照らして将来的にも有効な規則を提案するため、そして (ii) 意匠の

保護対象に関する法的安定性と透明性を高めるために、定義が更新され、明確化され、拡大された。とくに、有体物に具現化されない新たな技術的意匠の出現に対応するために、物品の概念を更新及び拡大し、グラフィックに視覚化された物品、有体物に化体した物品又はインテリア環境を形成するアイテムの空間的配置によって明らかになる物品をより適切にカバーし、それらを区別することが提案された」¹²⁰。

かくして、特定のデジタル意匠の範囲を超えて、EU 法による仮想意匠の保護への道が大きく開かれた。もっとも、新たなタイプの意匠についてどのような表示要件が課されるのかは、追加的に行われる 2 次立法等による解決に委ねられている。

なお、新技術に対応した実施概念の明確化も重要な改正点の一つであり、本稿に関係する。今般の改正により、意匠を記録した媒体またはソフトウェアを作成すること、ダウンロードすること、複製すること、他者と共有すること及び頒布することも実施概念に含まれることが明確化された（指令 16 条 2 項 d 号、規則 19 条 2 項 d 号）。この規定は、3D 印刷のような行為にも意匠権の効力が及ぶことを明らかにしたといわれている。

¹²⁰ European Commission, Proposal for a Regulation amending Council Regulation (EC) No 6/2002 on Community designs and repealing Commission Regulation (EC) No 2246/2002, COM (2022) 666 final, p. 8.

IV. 日本法への示唆

前章までの考察において、EU 法及びフランス法における商標・意匠保護の規整の大枠を理解し、それに基づいて仮想空間における商標・意匠保護をめぐりどのような議論が行われているかを探ってきた。以下では、商標保護と意匠保護に分けて、それらがわが国の法制度にどのような示唆を与えうるかを考察してみる。

先に結論をいえば、私見では、商品・役務の類似性に関する EU 及びフランスの商標法制における判断構造は、わが国の商標法上のそれとかなり似通っている。それゆえ、現在 EU 法及びフランス法において行われている議論及び今後の法発展を日本法の中で咀嚼していくことは、かなり容易であるといえよう。

一方、意匠保護に関しては、EU 及びフランスの意匠法制は特殊性の原則を採用していないなど、わが国の意匠法の基本構造とかなりの相違がある。したがってそれらの法解釈や法発展は、わが国の意匠法にとって示唆的であるとまではいえない。令和 5 年改正により、わが国の不競法 2 条 1 項 3 号の規整は EU 法における非登録意匠の保護法制にかなり接近したが、(フランスの文献を見る限り) 後者の解釈から得られるものも、また少ないのではないと思われる。その意味では、本稿は概ね外国法制に関する資料的価値を有するにとどまることになるだろう。

1. 商標保護に関して

増加する仮想商品・役務の出願に対応するために、ニース分類が数度にわたって改訂されたことはすでにみた通りである (II 1 (1))。わが国の特許庁も仮想空間及び非代替性トークン (NFT) に関する指定商品・指定役務のガイドラインを公表し、運用の明確化を行っている¹²¹。

しかし、現実商標と同じ構成の標章を仮想商標として登録する動きが一定数みられるとしても、そのすべてが仮想商標化されるとは到底思われない。仮想商標として登録することは、仮想空間内でそれを現に使用することを意味し、そのためにかなりの投資が行われることを意味するからである。それゆえ、商標法が現実商標に対して与える保護が、仮想商標の登録・使用に対しても及ぶべきか (今のところわが国の特許庁が公表している「類似商品・役務審査基準」においては、現実商品と対応仮想商品の間に類似群コードは設定されていない¹²²) が、依然として重要な問題を構成することになる。

(1) 商品・役務の類似性に関する判断構造の再構成

¹²¹ 特許庁審査業務部商標課『仮想空間及び非代替性トークン (NFT) に関する指定商品・指定役務のガイドライン』(2024)、商標審査便覧 46.02。

¹²² 清水三沙＝北原絵梨子「ニース国際分類と仮想空間における商品・役務等に関する議論と改正の経緯」パテント 77 巻 11 号 (2024) 14 頁。

EU 法及びフランス法において商品・役務の類似性は、一言でいえば、*double identité* の場合を除き、混同のおそれの判断における考慮要素とされており、商標の類似性等の他要素と相関する関係にある。以下、このような観点から、わが国の商標法における商品・役務の類似性に関する判断構造を再構成してみよう¹²³。

わが国では、昭和 36 年の最高裁判決¹²⁴（以下「橘正宗事件判決」）により、商標の類似性は「商品の出所について誤認混同を生ずる虞があると認められるものであるかどうか」を基準として判断し、商品の類似性は「同一又は類似の商標を使用するときは同一営業主の製造又は販売にかかる商品と誤認される虞があると認められる関係にある」か否かを基準として判断するとされている。この判決自体は登録の可否に関して言い渡されたものであるが、侵害局面でも商品・役務の類否判断基準を示したものとして（裁判所によって）引用されることがある¹²⁵。

また昭和 43 年の最高裁判決¹²⁶（以下「冰山印事件判決」）により、商標の類似性に係る上記の「誤認混同を生ずる虞」を判断するにあたっては、「両商標が同一又は類似の商品に使用された場合に、その外観、観念、称呼等によって取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察」（いわゆる 3 点観察）することが必要であると述べられている。この判決自体も登録の可否に関して言い渡されたものであるが、侵害局面でも別の最高裁判決によって引用される¹²⁷等、広く引用されている¹²⁸。

さらに平成 12 年の最高裁判決¹²⁹（以下「レールデュタン事件判決」）では、商標法 4 条 1 項 15 号にいう「混同を生ずるおそれ」には、当該商品等が他人の商品又は役務に係るものであると誤信されるおそれのみならず、「当該商品等が右他人との間にいわゆる親子会社や系列会社等の緊密な営業上の関係又は同一の表示による商品化事業を営むグループに属する関係にある営業主の業務に係る商品等であると誤信されるおそれ」も含まれるとされている。そしてそのような「混同を生ずるおそれ」の有無は、「当該商標と他人の表示との類似性の程度、他人の表示の周知著名性及び独創性の程度や、当該商標の指定商品又は指定役務と他人の業務に係る商品又は役務との間の性質、用途又は目的における関連性の

¹²³ 周知のようにわが国においては、商標法上の類似と混同のおそれの関係については種々の見解が唱えられてきたところである。たとえば、混同を、4 条 1 項 11 号も含めた登録拒却事由について広く前提となる上位概念とする見解（川瀬幹夫「11 号『類似』と 15 号『混同』について—4 条 1 項登録拒却要件の比較—」パテント 65 巻 13 号、別冊パテント 8 号 [2012] 66 頁）、総合考慮による類否判断の一基準であるとする見解（牧野利秋「商標の類否判断の要件事実」パテント 62 号 13 号 [2009] 75 頁）、逆に商標の類似を、混同を判断するための物差しの一つとする見解（網野誠『商標あれこれ』[東京布井出版、1989] 49 頁）などがある。

¹²⁴ 最判昭 36・6・27 民集 15 巻 6 号 1730 頁。

¹²⁵ 侵害局面において本判決を引用する最近の裁判例として、東京地判平 30・2・14 平 29（ワ）123 号、東京地判平 31・2・22 平 29（ワ）15776 号がある。なお、本判決を直接引用してはいないものの、ほぼ同じ規範を用いる最近の裁判例として東京地判令 2・3・25 令 1（ワ）32646 号がある。

¹²⁶ 最判昭 43・2・27 民集 22 巻 2 号 399 頁。

¹²⁷ 最判平 4・9・22 裁判集民事 165 号 407 頁、最判平 9・3・11 民集 51 巻 3 号 1055 頁。

¹²⁸ 侵害局面において本判決を引用する最近の裁判例として、東京地判令 4・3・18 判時 2529 号 78 頁、知財高判平 20・3・19 判時 2033 号 77 頁がある。

¹²⁹ 最判平 12・7・11 民集 54 巻 6 号 1848 頁。

程度並びに商品又は役務の取引者及び需要者の共通性その他取引の実情などに照らし、当該商標の指定商品又は指定役務の取引者及び需要者において普通に払われる注意力を基準として」総合的に判断すべきであるとされている。

以上に示された判例の考え方を受けて、商標審査基準（改訂第 16 版）においては、商標の類似性に関しては、「出願商標及び引用商標がその外観、称呼又は觀念等によって需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に観察し、出願商標を指定商品又は指定役務に使用した場合に引用商標と出所混同のおそれがあるか否かにより判断する。なお、判断にあたっては指定商品又は指定役務における一般的・恒常的な取引の実情を考慮する」とされている¹³⁰。また商品・役務の類似性に関しては、その商品・役務が「通常同一営業主により製造・販売又は提供されている等の事情により……同一営業主の製造・販売又は提供に係る商品又は役務と誤認されるおそれがあると認められる関係にあるかにより」行うとされている¹³¹。そしてたとえば、商品の類否を判断するに際しては、生産部門、販売部門、原材料及び品質、用途、需要者の範囲の一致の有無、完成品と部品との関係の有無といった基準を総合的に考慮するとされている¹³²。

ところで橘正宗事件判決と冰山印事件判決の関係をみると、(商標が同一でなければ) 類似といえる商標の使用が商品の類否判断を行う際の前提となっており、また(商品が同一でなければ) 類似といえる商品についての使用が商標の類否判断を行う際の前提となっている。そしていずれの判断においても混同のおそれが基準とされていることから、混同のおそれが存在することを前提として混同のおそれの有無を判断するという奇妙な論理構造になっている。

また、橘正宗事件判決・冰山印事件判決とレールデュタン事件判決の関係をみても、レールデュタン事件判決では商標の類似性の程度が考慮要素とされていることから、商標法 4 条 1 項 15 号にいう混同のおそれの有無を判断するために混同のおそれの程度を考慮するという論理構造になっているともいえる。

それゆえ論者の中には、このような論理構造を「循環定義」と呼んで批判する者もいる¹³³。しかしながら、それら最高裁判決が循環定義のような関係を呈するようにみえるのは、商標の類似性と商品・役務の類似性がそれぞれ別個に判断されるという前提を維持した場合ではないかと思われる。わが国の判例が示すところによると、*double identité* の場合を除けば、当該商標が商標法上の保護を享受するための究極的な条件は、非同一のものが商標であろうと商品・役務であろうと、混同のおそれという同じ事実の存在であることに変わ

¹³⁰ 商標審査基準 4-1-11-1。

¹³¹ 商標審査基準 4-1-11-11。

¹³² 同上。

¹³³ 肥田正法『『商標の類似』と『出所の混同』との関係 商品の出所の混同は商標の類似及び商品の類似の判断要素なのか』パテント 66 巻 8 号 (2013) 90 頁。肥田は、「商標・商品の類似は、形式的・画一的に判断することが望ましい」(91 頁)として、商標の類似は標識自体の誤認ないし取り違えの問題、商品の類似は文字通り商品が誤認されることの問題に解消すべきであると主張する。

りはない。そうであれば、商標の類似性と商品・役務の類似性はそれぞれ別個に判断されるのではなく、EU 法及びフランス法においていわれるように、究極的には混同のおそれを判断するための要素であって、互いに相関関係にあると解するのが最も適切ではないかと思われる。

そしてこのように究極的には混同のおそれが問われる以上、先行商標の著名性も考慮要素の中に位置付けるべきではないかと思われる。混同のおそれは市場における需要者の一般的な認識傾向を問うものであり、EU 判例が指摘するように、その判断にあたっては関連するすべての要素が考慮されるべきであって¹³⁴、当該著名性もその関連要素であることは疑いえないからである。

なお、すでにみたように、EU 法及びフランス法上は、商品・役務の類似性が全く存在しない場合でも（他要素との相関関係性により）混同のおそれが肯定されうるとは考えられていない。その趣旨に照らせば、EU 法及びフランス法上、商標の類似性が完全に否定される場合にまで混同のおそれが肯定されることもないと考えられる。一方でわが国に関していえば、商標の類似性を否定しつつ、商標法 4 条 1 項 15 号にいう混同のおそれを認定した裁判例等がいくつか報告されている（「BASSUS」及び「バッサス」を上下 2 段に横書きして成る商標と「BASS」商標との類似性を否定しつつ指定商品の一部について同号違反を認めた異議決定¹³⁵、「SUBARIST」「スバリスト」と「SUBARU」「スバル」の類似性を否定しつつ同号違反を認めた知財高裁判決¹³⁶、「Sunlop」と「Dunlop」の類似性を否定しつつ同号違反を認めた無効審決¹³⁷、「ロイヤルプラウド」及び「ROYAL PROUD」を上下 2 段に横書きして成る商標と「プラウド」及び「PROUD」を上下 2 段に横書きして成る商標等との類似性を否定しつつ同号違反を認めた無効審決¹³⁸等）。

しかしこのような解釈は、わが国の商標法においても、商標の類似が要件とされていない 4 条 1 項 15 号に関してのみ可能である¹³⁹。加えて、報告されている上記事例においても、それが弱い類似性なのか非類似かの差は紙一重であるといえる。関連する商標の構成間に一応の近似性はみられるからである。むしろ EU 法及びフランス法との違いとして注意すべき点は、これらの法においては一般に広義の混同が規制対象とされるが、日本法の下では（橘正宗事件判決によれば）原則として狭義の混同の有無が問われる点であろう。

¹³⁴ ただし、あまりにも特殊で一時的という要素は、ここでいう「関連するすべての要素」には含まれないものとして扱うべきであろう。最判昭 49・4・25 昭 47（行ツ）33 号参照。

¹³⁵ 平成 11 年 3 月 9 日異議決定（平成 10-911168 号）。

¹³⁶ 知財高判平 24・6・6 判時 2157 号 98 頁。

¹³⁷ 令和 2 年 2 月 14 日無効審決（2019-890037 号）。

¹³⁸ 令和 2 年 12 月 23 日無効審決（2019-890084 号）。なお、佐藤俊司はこの審決について「15 号の認定において、周知著名性や役務の関連性を認定した上で結論付けているのであるから、『その類似性は高くはないものの』程度でとどめておいた方がよかった」と評している。同「混同の判断における類似性の程度」パテント 76 巻 12 号、別冊 29 号（2023）221 頁。

¹³⁹ 防護標章登録においても非類似かつ混同のおそれが登録の要件とされているが（商標法 64 条）、本稿冒頭（I）に記したように、防護標章については本稿では直接扱わない。

以上から、わが国の商標法における商品・役務の類似性に関する判断構造は、EU 法及びフランス法と基本的に同様の構造を持つものとして再構成することは可能であると思われる。

（２）現実商品と対応仮想商品の類似性（デジタル被服を例に）

以上のように再構成されたわが国の商標法における商品・役務の類似性に関する判断構造の下で、現実商品と対応仮想商品の類似性は改めてどのように判断されるべきであろうか。

周知のように取引の実情等は商品ごとに異なるものであるから、商品一般についてこの点を考察することは困難ではないかと思われる。以下では、さしあたり被服とデジタル被服を例にとって考察し、そこから得られた知見が他類型の商品にも応用可能かどうかの判断をつけやすくするにとどめた方がよいだろう。

（i）デジタル被服は単なる情報ファイルとして認識されるか

フランスでは、公衆（需要者）が仮想商品を単なる情報ファイルを表示するものと受け止める可能性があるとして、現実商品と対応仮想商品の類似性を肯定することに慎重な見解も唱えられていることは、すでにみた。

しかし、仮想空間内で取引されるデジタル被服について、このような需要者の認識を前提とした議論を展開することは非現実的ではないかと思われる。実際には、需要者がデジタル被服から「情報ファイル」以上の認識を得ることを前提としたニース分類の改訂が行われており、「ダウンロード可能な仮想被服」が採用可能な例とされたことはすでにみた通りである。そしてわが国の特許庁は、「ダウンロード可能な仮想〇〇」の〇〇に相当する部分についてできるだけ明確な記載を求めており、「ダウンロード可能な仮想商品」という記載すら不明確な表示として取り扱う旨を上記ガイドラインにおいて公表している。

結局、EUIPO が **Burberry** 事件決定（II 1（4）（vii））において「仮想商品の重要な側面は、現実商品の核となるコンセプトをまねること（to emulate）」と指摘しているのは、筆者にはきわめて正当であるように思われる。デジタル被服は対応現実商品である被服のコンセプトに常にリファーしているのであり、したがって需要者も通常はデジタル被服からそのような認識を得るというべきである。

（ii）Canon ルール等へのあてはめ

ところで Canon ルールによれば、商品・役務の類似性は、商品・役務の性質、意図された目的、使用方法、競争関係又は補完関係等の考慮要素によって判断することになる。

これを現実商品の被服と対応仮想商品のデジタル被服にあてはめてみると、それぞれ有体物・無体物といった性質の違いがあり、また少なくとも後者は前者と違って外部環境か

ら着用者の身体を保護するという目的を有しない。同一市場において競争する関係性もなく、一方の使用が他方にとって不可欠とも重要ともいえない。

わが国の商標審査基準が掲げる考慮要素も、Canon ルールにおける上記の要素を別の観点から捉え直したものといえるが、それらの観点からみても現実の被服とデジタル被服には共通点が多いとはいえない。すなわち原材料や用途において上記の違いがあるほか、完成品と部品のような関係性もそこには認められない。生産部門や販売部門も必ずしも一致してはいない¹⁴⁰。デジタル被服はアバターを提供する会社が（スキンとして）セットで販売することも多く、また DressX のようにデジタル被服専門で現実の被服の生産等を行わない事業者も数多く存在する。

とはいえ Guétin がいうように（Ⅱ 3（3）（iii））、有体物と無体物の違いそれ自体は類似性を認めることの障害にはならないだろう。商品と役務の類似性も肯定されうることとは、従来から認められているからである。そして需要者層ははっきりと区別されるわけではなく、むしろ現実の被服の需要者はデジタル被服の需要者を包含する関係にある（後者を購入する者は、必ず前者も購入する）。さらに被服には、着用者の身体を外部環境から保護するだけでなく、ファッション的欲求を満足させるという重要な用途もあり、これはデジタル被服にも共通する用途といえる。

¹⁴⁰ わが国においては、現実商品と対応仮想商品の類似性について消極的な見解が少なからずみられる。アンダーソン・毛利・友常法律事務所メタバース法務研究会『メタバースと法』（金融財政事情研究会、2024）62 頁（後藤未来）、酒井真千子「メタバース上でのコンテンツ流通と知的財産法」法セ 817 号（2023）50 頁、麻生典ほか「仮想空間（メタバース）の技術・創作の現状と知的財産法」高林龍ほか『年報知的財産法 2022-2023』（日本評論社、2022）45 頁（平井祐希）、岡本健太郎「メタバースにおける現実の再現とその権利問題」アド・スタディーズ 81 巻（2022）35 頁、伊藤真「メタバース空間における知的財産権問題（著作権を中心に）」コピライト 2023 年 3 月号 22 頁。

一方で平澤卓人は、登録局面では、現実商品を指定商品とする登録商標が対応仮想商品に使用される限り、商品の類似性を明確に肯定する。侵害局面では、商品・役務の類否が出所混同を基準として判断されることから、「類似する可能性はある」としている。平澤「VR・AR における商標の保護」田村善之還暦記念『知的財産法政策学の旅』（弘文堂、2023）133-134 頁。

そのほか、現実の被服及びデジタル被服の双方を同一事業者が販売することが今後一般化するという条件に両者の類似性を肯定する見解として、関真也「メタバース上のオブジェクト及びアバターの保護」コピライト 2022 年 10 月号 27 頁、同『XR・メタバースの知財法務』（中央経済社、2022）34-35 頁がある。

生産部門と販売部門は必ずしも一致してはいないが、今日では多くの著名なアパレル企業が仮想空間ビジネスに参入していることも事実である。以下はその代表的な例になる。

ブランド	参入仮想空間
BALENCIAGA	Fortnite
Gucci	Roblox
Gucci	Yuga Labs
GIVENCHY	Roblox
Burberry	Blankos Block Party
RALPH LAUREN	ZEPETO
DOLCE&GABBANA	UNXD
ANREALAGE	Decentraland×Coincheck NFT (β 版)
Nike	Roblox
Nike	Nikeland
CHARLES&KEITH	The Sandbox
BEAMS	HIKKY
LOUIS VUITTON	Louis The Game
Chloma	VRchat
VARBARIAN	Decentraland
Lui's	α U place

参入主体も、子会社等の関連会社を設立するというよりは自ら参入しているケースが多いようである。そして販売方法や販売促進方法も、現実のそれらの「核となるコンセプトをまねる」方法がしばしばとられている。すなわち、しばしば現実の店舗を細部まで模倣した仮想店舗でデジタル被服が販売されており、仮想空間内のファッション・ショーへの参加や他業種とのコラボレーション企画等も実施されている。BEAMS のように、現実の店舗内に来店者が仮想空間にアクセスするためのブースを設け、現実の被服とデザインを同じくする対応仮想被服を同時に購入することを可能とする施策を展開して、現実空間と仮想空間の垣根を可能な限り低くする試みを続けている企業もある。

Canon ルールによれば、先行商標がもつ著名性などの識別力の強さは、混同のおそれの判断における考慮要素とされて商品の類似性の弱さを補う関係にあるが、著名ブランドによる数々の仮想空間参入の事実は、この相関関係による混同のおそれの判断を一層容易にするといえるだろう。なお、仮想空間には事実上国境が存在しないが、わが国の商標法が

基本的にはわが国における産業発達と需要者の利益保護を目的とするものである以上、わが国のユーザの間で広く認識されている商標がこれに当たると解してよいだろう。

（３）まとめ

（１）では、わが国の判例が示す商品・役務の類似性の判断構造を Canon ルールと同様のものと捉え直す（再構成する）ことが可能である点について論じ、（２）では現実の被服とデジタル被服を例にとりて Canon ルール等の下でその類否について考察してみた。有体物と無体物という違いこそあれ、後者は前者の核となるコンセプトをまねるものであること、需要者のファッション的欲求を満たすという重要な用途において共通していること、混同のおそれの判断においては関連するあらゆる要素が考慮されるべきであり、先行商標の著名性もそこに含まれるところ、著名なアパレル企業の多くがデジタル被服の分野にも参入し、販売方法・販売促進方法においても現実のそれらの核となるコンセプトをまねる手法が少なからずとられていることからすれば、少なくとも保護を要する商標が著名商標であり、第三者の商標がそれと近似する構成から成るときは、わが国の商標法上、両商品を類似するものと捉え、保護を与えるべきであると考えられる。

２．意匠保護に関して

わが国の現行意匠法は、仮想空間内の意匠保護に全く適していないといわれる。理由として、同法の物品概念が有体物に限定されており¹⁴¹、仮想物品（無体物）に応用される仮想意匠の登録を物品の意匠としては行えないこと、現実意匠は登録可能であるが、保護の条件として物品同士の類似性が求められる特殊性の原則の下では、仮想空間内には類似「物品」は存在しないと考えられること、EU 法（に係る Bennett の解釈（Ⅲ 1（４）））と同様に解して被疑侵害物品についてのみ有体物性を問わないとしても、現実物品と仮想物品は用途も機能も大きく異なるため¹⁴²、結局同原則の下で物品の類似性が否定されうること

¹⁴¹ 意匠審査基準Ⅲ部第 3 章 2.1、高田忠『意匠』（オンデマンド版、有斐閣、2000）35 頁、茶園成樹編『意匠法』（第 2 版、有斐閣、2020）19 頁（青木大也）等。

¹⁴² 物品の類否判断について用途と機能を基準とすることについて、意匠審査基準第 3 部第 2 章第 1 節 2.2.2.2、高田・前掲（注 141）138 頁、斎藤瞭二『意匠法』（第 2 版、発明協会、1986）148 頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第 2 版、有斐閣、2007）606 頁、茶園・前掲（注 141）103 頁（茶園成樹）。裁判例は、大阪高決昭 56・9・28 無体例集 13 巻 2 号 630 頁が「物品の類否の判断は物品の用途と機能を基準としてすべきであつて X 主張の如く物品の供給される市場が同一であるか否かは右判断の基準となり得ないものと解される。そして物品の用途と機能が同じものは同一物品であり、用途が同一であるが機能に相違のあるものは類似物品であると解するのが相当である」としているほか、概ね同一の基準に従っている。近年の裁判例としては、知財高判令 4・1・12 令 3（行ケ）10067 号、知財高判平 29・1・24 平 28・（行ケ）10167 号がある。

¹⁴³、登録可能な画像意匠の範囲は極めて限定されていること（いわゆる「操作画像」と「表示画像」。意匠法 2 条 1 項括弧書）¹⁴⁴が挙げられる。

そうしたことから、EU 及びフランスの意匠法制からわが国の意匠法のために有意義な示唆を得ることは難しいといえる¹⁴⁵。

もっとも、わが国の不競法 2 条 1 項 3 号は、一見すると EU 法における非登録意匠保護制度に似ている。令和 5 年に、現実商品の形態を仮想商品のために模倣する行為を主に規制することを目的とした法改正がされた結果、同号にいう「商品」に無体物が含まれることが明確化され¹⁴⁶、（従来同号について支持されてきた）特殊性の原則も否定されたと考えられるからである。

それでもしかし、上記 EU の制度と不競法 2 条 1 項 3 号の間には、まだ構造的に大きな違いが存在するように思われる。

（１）保護要件

2001 年規則においては、独自性はまずもって保護要件である。その判断主体として措定される「情報に通じた使用者」には、一般の消費者だけでなく（当業者ほどではないとしても）専門家の視点も含まれるとされる。一方で、不競法 2 条 1 項 3 号はこのような保護要件を課していない。

（２）権利主体

2001 年規則が連合意匠に与える権利は、原則として創作者に帰属する（14 条 1 項）。一方で不競法 2 条 1 項 3 号の保護が与えられるのは創作者ではなく、当該商品形態の開発と商品化を行ってこれを市場に置いた者である¹⁴⁷。

¹⁴³ 上野達弘「メタバースをめぐる知的財産法上の課題」Nextcom52 巻（2022）9 頁、岡本・前掲（注 140）36 頁、関・前掲『XR・メタバースの知財法務』（注 140）21 頁、青木大也「バーチャル空間における意匠保護の現状と今後」DESIGNPROTECT 137 号（2023）2（4）頁、山内伸「メタバースにおける意匠保護の限界」パテント 77 巻 4 号（2024）48-49 頁。

¹⁴⁴ 関真也は、デジタル衣服等のアイテムでも、アバターで触る（ことで選択する）など一定の操作をすることにより身につける等の動作が行われるものについて、操作画像となりうる可能性を示唆しているが（同「デジタル・ファッション・ローラーメタバースにおけるアバター用ファッションのブランドとデザインの保護」パテント 77 巻 3 号（2024）50 頁）、田村善之は、そのような操作画像の解釈を採用すると意匠保護の範囲が過剰に広くなり、コンテンツ制作現場に悪影響を与えるということを理由に、「意匠法 2 条 1 項括弧書きの『機器の操作』…とは、仮想空間の外の世界、つまり現実世界に関連性のある操作・機能であると解釈すべき」であるとしている（同「メタヴァースにおける『実用品』の利用をめぐる各種知的財産法の交錯」情報通信政策研究 7 巻第 1 号 I-A 104-105 頁）。

¹⁴⁵ 現在、意匠制度小委員会において、仮想空間におけるビジネスやデザイン創作の実態を踏まえた意匠制度見直しの必要性及び制度的措置の方向性について検討が進められているが（令和 6 年 12 月 6 日及び令和 7 年 2 月 10 日に開催された委員会の配布資料参照）、EU の意匠パッケージ及びそれを踏まえた各加盟国の法整備が、どの程度わが国の制度設計に示唆を与えることができるかも、まだ未知数といったところであろう。

¹⁴⁶ 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 6 年 4 月 1 日施行版）40 頁。

¹⁴⁷ 大阪高判平 13・2・27 平 12（ネ）3029 号・4157 号（大阪地判平 12・7・27 平 7（ワ）2692 号を引用）、大阪地判令 2・12・3 令 1（ワ）5462 号等。

（３）保護範囲

すでにみたように、2001 年規則においては非登録意匠の複製（copying）に由来する実施のみが規制対象とされている（19 条 2 項）。

この規定に関しては、一時期解釈上の混乱が生じたようである。すなわち、かつてフランスにおいて、これを同一的複製又は酷似的模倣のニュアンスで解釈する裁判例がみられた。しかしながら今日では、規則にいう「複製」の語は単に侵害者の悪意（mauvaise foi）を要求するもの、逆にいえば独立した創作活動が存在しないことを意味すると解されるに至っている¹⁴⁸。したがってここでいう悪意とは、わが国でいう「依拠」とほぼ同じ概念であるといえる。

このような解釈が自然であることは、規則 10 条 1 項に照らしても明らかであるように思われる。同項は、登録意匠か非登録意匠かを問わず、「連合意匠に対して与えられる保護の範囲は、情報に通じた使用者に異なる全体的印象を与えないすべての意匠に及ぶ」と規定しているからである。したがって、登録・非登録を問わず、先行意匠の保護範囲に後行意匠が含まれるか否かは、後者の独自性の有無によって判断されねばならない。

なお Chanel 事件判決（Ⅲ 1（5）（ii））では、創作の自由度が大きければ大きいほど、意匠間のわずかな相違が情報に通じた使用者に異なる全体的印象をもたらすことはありそうもない、と述べられている点はすでにみた通りである。

一方で、わが国の不競法 2 条 1 項 3 号にいう模倣が成立する範囲は、条文上、実質的同一の範囲に限定されている（2 条 5 項）。

（４）まとめ

わが国の不競法 2 条 1 項 3 号及び同条 5 項が定める要件等について、2001 年規則が定めるものと整合する解釈を行うことも不可能ではないと思われるが、そうであればそのような解釈を行うことの正当性・合理性が別途論証されなければならないだろう。いずれにせよ 2001 年規則からは創作法的な色彩が強く感じられるが、不競法 2 条 1 項 3 号からは創作法的な側面とともに投資保護法や競争法的な色彩も感じられるところである。

仮に以上の相違に目をつむるとしても、EU 意匠法において保護範囲を画する独自性の判断主体たる情報に通じた使用者の概念が、現実物品の形態が対応仮想物品のそれに転用されるようなケースにおいて、どこまで機能的で有用な概念たりうるかは疑問である。今後、そのようなケースにおいて EU 意匠法上どのような解釈論が展開されるかを注視する必要はあるとしても、現状では両制度の比較から得られるところは少ないように思われる。

¹⁴⁸ P. Greffe, « Copie et mauvaise foi », *Propriété industrielle*, n° 9, 2018, p. 56. Cf. CA Paris, 25 avr. 2017, RG n° 15/23772; CA Paris, 25 avr. 2017, RG n° 15/19367; CA Paris, 6 juill. 2018, RG n° 17/07572, *Propr. intell.* 2018, n° 69, p. 87, obs. P. de Candé.

V. おわりに

本稿では、在外研究の成果として EU 法及びフランス法との比較を行ったが、このような研究を志した直接のきっかけは、彼地の商標法における商品・役務の類似性に関する判断構造がわが国のそれと似ているのではないかとの問題意識を筆者がかねてから抱いていたことによる。今般の研究によりそれを実際に確かめることができ、その知見を基盤として、主に現実商標と同一・類似の仮想商標を第三者が使用することについて商標法上の保護が及ぶか、及ぶとしてどこまで及ぶかを考察することができた。

上記の問題は、結局のところ、商品・役務の類似性という問題の一つ、あるいはその応用問題にすぎない。EU 法及びフランス法上、それは商標の類似と並んで混同のおそれを判断するための 1 要素とされ、またその判断に際しては先行商標の著名性等の他要素も考慮されうることが明らかにされている。わが国では従来から類似性と混同のおそれの関係について様々な議論が展開されているが、関連する最高裁判決を無理なく読み解く上では、それらの判決は EU 法及びフランス法と同様の判断構造を説示するものと再構成したほうがよいのではないかと考える。

そのような基盤の上で現実商品と仮想商品の類似性について改めて検討してみたが、取引の実情を考慮せずにこれを行うことはできないため、とくに現実の被服とデジタル被服に同一・類似商標が使用される場合を例にとって検討を試みた。この場合、少なくとも現実の被服を指定商品とする先行商標が著名であれば、当該被服とデジタル被服は共通の出所を有するとの混同（狭義の混同）が生じやすいといえよう。もちろん、最終的には、商標間の構成の近似度も含めて混同の有無を判断することになる。

仮想空間における知的財産の保護という文脈では、現実意匠の許諾を得ない仮想意匠化（仮想物品への転用）も問題となっている。わが国では令和 5 年に不競法 2 条 1 項 3 号が改正されて、この問題への対応がひとまず図られた。今般の在外研究では、同号運用の参考に資するために非登録意匠の保護に係る EU 規則の運用実態を明らかにするつもりであったが、実際には両制度間の隔たりがあまりにも大きいことが明らかになったため、後者から直接的な示唆を得ることはできなかった。しかし日本法の解釈には直接役立たないとしても、EU の法政策の現状と動向を知ることは常に有益である。今のところ現実意匠と仮想意匠の類似性について判断した EU の判例等は存在しないようであるが、その点について今後どのような判断が下されるにしても、本稿の内容が当該判断を適切に理解するための 1 基盤となりうることを願う次第である。

禁無断転載

特許庁委託
令和6年度産業財産権制度調和に係る共同研究調査事業
調査研究報告書

仮想空間における知的財産の保護に関する研究
－商標・意匠を中心として

駒田 泰土

令和7年3月

一般財団法人知的財産研究教育財団
知的財産研究所

〒101-0054 東京都千代田区神田錦町三丁目11番地
精興竹橋共同ビル5階

電話 03-5281-5671
FAX 03-5281-5676
<https://www.iip.or.jp>

All rights reserved.

Report of the 2024FY Collaborative Research Project on
Harmonization of Industrial Property Right Systems
Entrusted by the Japan Patent Office

Research on Protection of
Intellectual Properties in Virtual Space
-With a Focus on Trademarks and Designs

Yasuto KOMADA

March 2025

Foundation for Intellectual Property
Institute of Intellectual Property

Seiko Takebashi Kyodo BLDG 5F, 3-11 Kanda-
Nishikicho, Chiyoda-ku, Tokyo, 101-0054, Japan

TEL +81-3-5281-5671
FAX +81-3-5281-5676
<https://www.iip.or.jp>