

キャラクター商品の法的保護について

不正競争防止法委員会 委員長 吉村 公一



1. はじめに

ハローキティやミッフィー、NOVA うさぎ、スヌーピーなどといった一般的に知られているキャラクターの人気を利用し、その名前やデザインをぬいぐるみや玩具、あるいは文房具、衣類、雑貨類などに施して商品化するビジネスは相変わらず健在である。キャラクター商品に限られたことではないが企業が利益追求のもとに製造し、輸入し、販売する商品等について、他人による安易な模倣あるいはフリーライドから防護する法的手段としては産業財産権に関する法規を中心として著作権法、不正競争防止法などの種々の隣接法規が存在する。またこれらのほかにも実定法上においては存在しないにもかかわらず、私法契約上において便宜上慣習的に用いられ、また判例上においても認められるに至ったいくつかの私的な「権利」と称されるものが存在する。

これらの私的な「権利」については実定法において承認されていない権利であるため、不安定な権利ではあるが、現実の事案処理にあたって産業財産権による保護が十分でない場合にそれらの隣接法規を適用し、さらには上記した私的に慣用されている「権利」を主張して対応することになる。

ここではとくに種類や利用方法如何によって適用法規についての多角的な検討が必要なキャラクター商品の保護を中心とした権利法規ないし規制法適用の可否について考えてみたい。

2. キャラクター商品の概念

「キャラクター」の本来の意味は「特徴」とか「性格」「持ち味」「人格」などをさすものといわれているが、近時における商品取引市場の一般的観念としては、テレビや漫画などに登場する人気キャラクターを商品デザインとして取り入れ、その魅力を利用して商品として販売するものをいう。キャラクターの範囲については漫画や映画、CG、アニメーションなどといった

仮想空間におかれた人物や動物など、また小説等に登場する架空の人物、動物等の姿態、名称、図柄、役柄等を総称するものともいわれている。すなわち、連続テレビアニメ「鉄腕アトム」やアニメ映画「白蛇伝」、あるいは「サザエさん」などのように具体的な絵に表現された漫画の主人公の表情等をさす場合から、小説の登場人物の個性という抽象的なものをさす場合にまで幅広いものが想定されていると考えられる。この意味では単なる道具や、あるいは生物の形態や器官、星や元素などに至るまで、あらゆる概念が擬人化やデフォルメを介することによりキャラクターに変身する材料としての要素をもっているといえる。

人々を魅了するキャラクターは、これを商品等に用いて商品化することにより当該商品の購買意欲を刺激するところから、必然的に財産的な価値を生み出す。

さらに商品化については、有名な漫画やアニメーションなどの名前、あるいはその容貌や姿態など視覚的に表現されたファンシフルキャラクター、また最初から商品化する目的のもとに創作されたオリジナルキャラクターなどを平面的にあらわしたものを商品の全部または一部に貼付して用いる場合や、あるいはこれをぬいぐるみ人形などに立体化させて用いる場合など種々の使用態様がある。因みに米国においては9.11同時多発テロ以来米国民の考え方に変化がみられ、米国は最強ではない、一人のヒーローでは勝てない、との意識が強くなり、その結果に関連してか擬人化されたマンガの人気が高まり、とくに幅広いジャンルを擁する日本マンガが幅広い年齢層に支持されて米国マンガの人気を上回ったとされ、日本マンガを母体としたキャラクター商品の売り上げが急伸しているという。

日本国内においても種々のキャラクターを商品化したビジネスが盛んで、ビジネス全体からみれば一向に衰退の様相をみせていないが、何ゆえにこれほどまで日本ではキャラクタービジネスがうけるのかについては後記注⁽¹⁾および⁽²⁾に興味深い記載がある。

3. 産業財産権による保護の限界

キャラクター商品の分野については一般にデザインや名称の側面で意匠法や商標法が、また機能の側面では特許や実用新案法の適用分野ではあるが、これらの法に基づく権利は出願手続から登録に至る一連の権利設定があつてはじめて適用可能である。したがって商品需要が短期的で流行的であったりする場合においては権利化が間に合わないことが多い。

キャラクターのなかには定番的に長期にわたる人気を持続させるものもあるが、多くはその性質上商品需要者の嗜好に左右されるところが大きく、商品を最初に販売した後、短期間のうちに市場を大きく寡占することが多い反面、短期間のうちに市場から撤退することも多い。また市場でのヒット商品については、複製技術の向上、流通機構の発達によりきわめて短期間のうちに模倣的商品が販売されて所謂競業者の仲間が続発するのが常であることから、キャラクター商品についてはとくに迅速な権利保護が望まれるところである。

この点に関してはわが国の特許庁のみならず諸外国の登録機関においても、権利付与の迅速化に向けた努力がはらわれているものの、登録に際して一定の要件審査を必要とするからには極端な期間短縮は望めない。

またデザインの側面において商品のデザインの種類が多い場合や動的なキャラクター商品であったりすると必然的に出願手続費用も高額となり、さらに短期間でデザインが変更になるような商品である場合、あるいはすでに発売が開始されている場合等においては意匠法による保護だけでは十分とはいえない。

さらに商標法による保護においては、キャラクターの名称についてはきわめて有効であるものの登録までに一定の時間を要すること、またキャラクターが平面的なものである場合、あるいは立体化した場合のいずれにおいても図形、あるいは形状等の商標として登録されうるものではあるが、キャラクターは、それ自体が本質的に動きを伴うものもあり、その動きの全体を登録することは事実上困難といわざるを得ない。また平面的なキャラクターの商標を商品に貼付して使用する場合にも、商品の装飾の一部とみられやすく、キャラクター自体が商品の自他識別力を発揮できるような使用態様とする必要がある点で必ずしも使い勝手がよいともいえない。

このように、キャラクター商品の取引については自由競争市場における公平に反する取引形態を権利侵害とみなし、差止め請求や損害賠償等による法的救済を求める手段として産業財産権法を利用することにより、あらかじめ権利としての成立を明確にできる点においては大きな保護手段となるが、迅速な商品取引の分野において産業財産権法のみにも頼っても適用の現実を見る限りでは保護手段としての限界があるといわざるを得ない。

4. 著作権法による保護

隣接法規の一つである著作権法において保護の対象とされる可能性のあるのはおもに既述した漫画などの視覚的に捉えることが可能な静止画または動画上の人物など、あるいは「キティちゃん」「バービー人形」「リカちゃん人形」などのように最初から商品化目的のもとに視覚的に表現して創作された所謂ファンシフルキャラクターとよばれる分野のものである。

ファンシフルキャラクターの著作物性については、たとえば東京高裁平成4年5月14日判決では「漫画はストーリーやせりふの部分について言語の著作物を構成するほか、絵の部分について美術の著作物の両面を有する」としており、登場人物の容貌あるいは姿態などの商品への利用は、その片面の美術の著作物の部分を利用した美術工芸品(2条2項)として捉えることが可能と考えられる。

またキャラクター商品といっても、漫画やアニメーションキャラクターの原著作者自身が商品化したものと、原著作者以外の者が原著作者の許諾を得て立体商品化した所謂二次的著作物(2条1項11号)としてのキャラクター商品、さらに最初から商品化目的で創作されたオリジナルキャラクターなどが存在する。

著作権法に保護を求める場合においては、キャラクターが商品に化体された状態において著作権法上における著作物に該当する必要がある。著作権法は文芸、学術、美術、音楽の各分野を包括し、法的構成が複雑であり、商品の模倣に対してどのような理論構成とすべきかは難解であるが、著作権法第2条1項1号では著作物について、「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」と規定している。

したがって商品化されたキャラクター商品について著作権法上の保護を受けようとする場合においては、

上記の要件事実を満たすものでなければ著作物として認められないことになる。

工業的量産商品が著作権法にいう著作物として認められるかについては、これまでにいくつかの判例が存在する。キャラクター商品自体に関するものは少ないが、主な判例の概要を示すと以下の通りである（下線は筆者）。

〔著作物性を肯定した判例〕

- ・博多人形赤とんぼ事件（長崎地裁佐世保支判昭48年2月7日・昭47（ヨ）53）

本件の博多人形には、その姿体、表情、着衣の絵柄、色彩から観察してこれに感情の創作的表現を認めることができ、美術工芸価値としての美術性も備わっている…また美術的作品が、量産されて産業上利用されることを目的として製作され、現に量産されたということのみを理由としてその著作物性を否定すべきではない…従って本件人形は著作権法にいう美術工芸品として保護されるべきである。

- ・仏壇彫刻事件（神戸地裁姫路支判昭54年7月9日昭49（ワ）291）

一般に、美術は…、それ自体の鑑賞を目的とし実用性を有しない「純粋美術」と、実用品に美術あるいは美術上の感覚・技法を応用した「応用美術」に分かれ、応用美術は、さらに（イ）純粋美術として製作されたものをそのまま実用品に利用する場合、（ロ）既成の純粋美術の技法を一品製作に应用する場合（美術工芸品）、（ハ）純粋美術にみられる感覚あるいは技法を画一的に大量生産される実用品の製作に应用する場合、…などに細分され、…本件の仏壇彫刻模様は、本来の木彫りの原型に合わせてシリコンゴムの型枠を作り、これにプラスチックを注入して同型のものを大量に製作し、これを仏壇内の装飾に使用することを目的としているから…（ハ）の部類に属する。意匠権等工業所有権との関係では本来産業上の利用目的からそのものだけ独立して美的鑑賞の対象となしがたいものは意匠権等により保護をはかるべく、著作権を付与されるべきではないが、これに対し実用品に利用されていても、そこに表現された美的表象を美術的に鑑賞することに主目的があるものについては、純粋美術と同様に…著作権を付与するのが相当というべく、著作権法2条2項は…高度の美的表現を目的とする美術工芸品にも著作権が付与されるという当然のことを注意的に規定し

ているものと解される。…本件の作品は、同時に形状・内容・構成などに照らし純粋美術に該当すると認めうる高度の美的表現を具有している…から著作権法の保護対象となる。

- ・アメリカTシャツ事件（東京地判昭56年4月20日・無体集13巻1号453頁）

応用美術については、現行著作権法は、美術工芸品を保護することを明文化し、実用目的の図案、ひな型は原則として意匠法等の保護に委ね、ただ、そのうち、主観的な制作目的を除外して客観的、外形的にみて、実用目的のために美の表現として実質的制約を受けることなく、専ら美の表現を追求して制作されたものと認められ、絵画、彫刻等の純粋美術と同視しうるものは美術の著作物として保護しているものと解するのが相当である。

〔著作物性を否定した判例〕

- ・木目化粧紙事件（東京地判昭60（ワ）1527東京・東京高判平2年（ネ）2733）

著作権法2条2項の規定は、いわゆる応用美術…それ自体が実用品であって、極少量制作される美術工芸品を保護の対象とする趣旨を明らかにしたものである。実用品の模様などとして用いられることのみを目的として制作されたものであっても、例えば著名な画家によって製作されたもののように、高度の芸術性（すなわち思想、感情の高度に創作的な表現）を有し、純粋美術としての性質をも是認するのが社会通念に沿うものであるときは、これを著作権法にいう美術の著作物に該当すると解することもできるであろう。

- ・ファービー人形（刑事）事件（仙台高判平13年（う）177）

美術の著作物といえるためには、応用美術が、純粋美術と同等の美術鑑賞の対象となりうる程度の審美性を備えていることが必要である。…本件電子玩具の最大の特徴は、あたかもペットを飼育しているかのような感情を抱かせることを目的に、各種の刺激に反応して各種の動作をするとともに言葉を発するところにあり、そのため、そうした特徴を有効に発揮させるための形状、外観が見られるのである。…ファービーの形態は、…そうした点を抜きにして、その容貌姿態のみで鑑賞の対象となるというには困難がある。

・ブードルぬいぐるみ事件（東京地判平19（ワ）19275号）

著作権法により著作物として保護されるのは、純粋美術の領域に属するものや美術工芸品であり、実用に供され、あるいは産業上利用されることが予定されているものは、それが純粋美術や美術工芸品と同視することができるような美術性を備えている場合に限り、著作権法による保護の対象になるという趣旨であると解するのが相当である。

上記した諸判例の経緯および内容からみると、著作物には目的物を排他的に支配できる所有権のほかに、思想や感情など無体物としての財産的価値を支配するための地位という側面をも併せ持つものであることが窺える。そして後者の個々の精神の湧出物ないし表現物である無体的な財産的価値を支配するための地位を法的に保護するには単なる一般法の所有権では不十分であるところから特別法としての著作権法による保護が必要となる。このように著作権法は本来は美術鑑賞物など純粋美術について権利を認め保護することを目的とするものではあるが、美術の技法を量産品に応用したものであっても、商品化された商品について美的鑑賞の対象となり純粋美術と同視しうる程度の審美性をも兼ね備えているものについては、著作物性を肯定するのが現在までの判例の考え方であるといえる。

しかし、一般市場において取引される多数の量産品であるキャラクター商品を個別に観察した場合に、「美的鑑賞の対象となり純粋美術あるいは美術工芸品と同視しうる程度の審美性」をも備えた商品というものはきわめて限られているといえる。たとえば、これは著作権法違反被告事件としての刑事事件ではあるが、ファービー人形事件（仙台高判平12年（う）第63号）では美感上重要な顔面部分に、玩具としての実用性および機能維持のための形状、外観が見られ、また刺激により反応して目、口、耳が動くことを感得させるもので、その形態には玩具としての実用性および機能保持のための要請が濃く表れているなど、全体として美術鑑賞の対象となるだけの審美性が備わっているとは認められず、純粋美術と同視できるものではないとして著作物性を否定している。したがってキャラクター商品について著作権法による保護をうけられるものは実際上きわめて限られた場合しかないものと考えられ

る。

5. 不正競争防止法による保護

一方、不正競争防止法は、事業者の営業上の利益保護という私益的側面と、公正な競争秩序の維持という公益的側面とをもって保護法益とするものであり、同法の法理について正面から示した判例として天理教豊文教会事件（最判平18年1月20日）が知られている。

この判例によれば、「不正競争防止法は、営業の自由の保障の下で自由競争がおこなわれる取引社会を前提に、経済活動をおこなう事業者間の競争が自由競争の範囲を逸脱して濫用的におこなわれ、あるいは社会全体の公正な競争秩序を破壊するものである場合に、これを不正競争として防止しようとするものにほかならないと解される」とされている。

一般的に商品に施されたキャラクターについては本来は多分に著作物性ないし意匠的側面が強く、商品と結合した場合にこれらの視的外観について不正競争防止法上で保護される商品等表示としては馴染み難い側面があることは否めない。しかし取引の実際において商品に付されたキャラクターが当該商品の購買意欲を刺激するばかりでなく、顧客吸引力を獲得し自他商品識別機能をも有している場合が多いことは紛れもない事実であり、このようなキャラクター商品を自己の商品として市場に置いた者の立場を法的に保護しなければ著しく公平性に欠け、競争秩序が著しく乱されることはいうまでもない。

このことから近時自由競争を前提としつつも、キャラクターによるマーチャンダイジングが進み、そのキャラクターの名前あるいはデザインをみただけで何の商品か、あるいはどこの会社の商品かが判断できるようになった場合における競業者のフリーライドおよびダイリユーションあるいはポリユーションを防止する動きが活発になってきており、産業界においても不正競争防止法にいう商品等表示性の成立を強く求める傾向にあり、具体的に訴訟に発展したケースもあるものの、判例としての具体例についてはまだまだ数少ないが、以下に示す数例の判例をみてもキャラクター商品について着実に商品等表示性を認めつつある傾向にあるものと思われる。

〔商品等表示性を認めた判例〕

- ・著作権事件において同時に不正競争防止法による保護に触れた判例があり、「ポパイのキャラクターを使用する被控訴人らのライセンスグループは、本件著作権者から独占的利用権の設定を受けている控訴人との許諾契約に基づいてポパイのキャラクターを使用しているものであり、かかる許諾契約の締結企業の拡大につれてポパイのキャラクターの商品表示としての周知性が確立していったものであり、このようにして獲得された周知性が不正競争防止法上の保護を受け得ないとの理由は見出し難い」との判例（東京高判平成2年（ネ）第734・同年（ネ）第2007号附帯控訴請求事件）がある。
- ・また名称について、テレビアニメの題名「超時空要塞マクロス」及び本件劇場版アニメの題名「超時空要塞／マクロス」が不正競争防止法にいう商品等表示に該当するか、について争われた事案において、「商品化事業の展開により映画の題名と同一の名称を付した多数の商品が市場において販売されているような場合には、それによって、当該名称が特定の営業主体による商品化事業の対象とされている一連の商品ないしその出所としての営業主体を示す表示として需要者の間に周知ないし著名となり、その結果、当該名称が不正競争防止法上の「商品等表示」に該当することもあり得るものと解される。」（東京地判平14年（ヨ）22155号）との判例がある。

〔形態模倣を認めた判例〕

- ・正面の一部に小物入れを形成したファンシフルキャラクターのいぬ状のぬいぐるみについて被告である仕入れ側百貨店が侵害の事実を知らなかったことについて重過失の有無が争われた事件において、結果的には不正競争を認めなかったが、「被告商品は、原告商品を模倣して製造した（形態模倣（3号）がある）ものと推認することができる。」として不正競争防止法上の保護があり得ることを示唆している（東京地判19年（ワ）19275号）。

キャラクター商品を模倣から保護する手段としては不正競争防止法が、意匠法および商標法に次いで、また場合によっては意匠法や商標法以上に有効であると

いえる。何故ならば意匠法のように意匠権取得に要する新規性の存否が保護要件とされることがなく、また商標法のように多種類のキャラクター商品について、そのそれぞれについて個別に登録の手続きを必要とするわけではないばかりでなく、商標権が及ばない場合であっても、既に広く知られた商品や営業の表示と混同を起させるような商品等の表示を用いている場合には不正競争防止法によって差止めや損害賠償の対象となる場合もあるからである。

このような背景のもとにキャラクター商品についての不正競争防止法による保護について検討してみると、つぎのような保護態様が存在する。

(1) 商品の形態模倣行為規制（2条1項3号）

他人の商品の形態を模倣した商品について、これを譲渡等をおこなう行為を規制対象とするものである。ここでいう「形態」の概念については種々の判例があり、たとえば大阪地判平8年11月28日（ドレンホース事件）では、「商品の形状、模様、色彩、光沢など外観上認識することができるもの…（をいい）外観に顕れない内部構造…については（特許法等の保護をうけることは可能であっても）『商品の形態』に当たらないというべき」とされている。また「模倣」の概念については、いわゆるデッドコピーのほか、後行商品が先行商品の特徴部分を備えている場合についても実質的な同一性があるものとして模倣にあたりとされている（大阪地判平10年9月10日・タオルセット事件）。

先行者が市場において商品化するために開発に要した資本や労力を投下して得た成果を単に模倣し、これを自己の商品として販売等をするのはきわめて容易であり、しかも低コスト・低リスクで実現することができる。したがってこのようなフリーライド行為を放置すれば、先行者のせつかくの努力が殆ど報われることがないままに終わってしまい、競争上において著しい不公平を生じ、市場における個性的商品の開拓意欲を減退させ、公正な競争秩序が保たれない結果となる。ただし、3号による形態模倣行為規制は先行開発者が投下した資本・労力の財産的な価値が回収された後にまで規制し保護する必要はないから通常回収作業が終了するであろう期間として最初に販売された日から一律3年間限りで保護されなくなる（19条1項5号イ）ことに注意を要する。

(2) 周知商品との混同惹起・著名商品冒用の規制 (2条1項1号・2号)

不正競争防止法2条1項1・2号の法意については、「市場における商品の商標的機能を保護することにより健全な取引社会を構築するとともに消費者の保護をはかることを趣旨とするものである」との判例（東京地判平12.6.29・モデルガン事件，東京地判平12.7.18・日通サービス事件）がある。

取引社会における競争関係の存在を前提とし，商品の形態等商品の出所又は営業の主体をあらわすことができる表示（「商品等表示」）が需要者にとって一見して特定の営業主体の商品であることを理解することができる程度の識別力を備えた独自の意匠的・商標的特徴を備えて「周知」となり，その周知の形態自体に営業上の信用や自他識別の機能を獲得し，顧客吸引力を備えるに至った状態（「財産的地位」）を利用し，この他人の財産的地位を自己のものとして流用することにより顧客に対し不当に混同させて顧客を獲得する行為を規制（1号）し，また必ずしも顧客に混同させるまでに至らないとしても，ドラえもん，キン肉マンなどすでに古くから国民に馴染み深いキャラクター商品のように他人の著名な商品等表示を不当に冒用する行為についても，著名表示のダイリューションを防止する必要から規制（2号）するものである。

なお上記の「他人」とは，自らの判断と責任において主体的に当該表示の付された商品を市場における流通に置き，あるいは営業行為をおこなうなどの活動を通じて需要者の間において当該表示に化体された信用の主体として認識される者をいう（東京地判平16.3.11 アザレ化粧品事件）とされている。

したがって，キャラクター商品について同項1号による保護をうけるためには，「商品等表示性」および「周知性」「同一若しくは類似性」「混同のおそれ」を備えていることが必要要件となる。商品等表示性の概念については，「商品の形態に商品等表示性があるというためには，その形態が標章等と同等の非常に印象的・特徴的なものであって，長年そのような形態の商品を製造販売しているのがある特定の業者しかないとかが需要者の間で周知なものになっているとか，あるいは，製造販売が短期間であっても，その間，大規模な宣伝活動によって当該商品の形態と製造販売者との結びつきが需要者の間で周知なものとなったという事実が存在することが必要といわなければならない」（神戸地

判平10.10.12 蛇口用石鹼袋事件）との判例が参考になる。

商品等表示とは，「人の業務に係る氏名，商号，商標，標章，商品の容器若しくは包装，その他の商品又は営業を表示するもの」をいうことは同法2条1項1号に規定されている通りである。したがってキャラクター商品についても，その形態等について周知となり，いわゆるセカンダリーミーニングによる出所表示機能を獲得した場合に，上記した「その他の商品を表示するもの」として保護の対象となる。

一般的にオリジナルキャラクターに係る商品においては，市場において販売を開始した後相当の期間が経過し，あるいは短期間であっても多大な広告や宣伝活動を通じてはじめて商品等表示性が出てくるのが普通である。なお短期間であっても多大な広告や宣伝活動をおこなった結果，商品等表示性が認められた例として「たまごっち事件」「ルービックキューブ事件」などがある。

なおキャラクター商品についての商品等表示性の有無を判断する場合には，商品に施されたキャラクターの態様によって異なる。たとえばキャラクターが商品に貼付されるシールなど平面的に表現されるものである場合においては，当該キャラクター自体について顧客吸引力が存在するかどうかの判断がなされる。これに対し，キャラクターが人形などに立体化されたものであり，立体化キャラクター自体が商品である場合には，基本的には当該商品全体の形状・模様等について顧客吸引力を有するものであるかどうかの判断がなされ，また立体化された商品の全体については特徴を有しないまでも，その形態の一部に個性化された構成を有する場合においてはその一部について，顧客吸引力が存在するかどうかの判断がなされる。また商品化目的で創作されたファンシーキャラクターの場合においては，上記の判断を基本としつつ，立体化されたキャラクターの商品全体については格別の特徴が認められないような場合であっても，例えば人形の顔などの表情については商品として視覚的にきわめて重要な要素とみられるものであって，顔の輪郭形状が特異であったり，また口や鼻，目などの部分形状や，あるいはその形状部分に施された色彩などについて，単純に色彩を施したのではなく，部分の形状と色彩とにより商品との結合が強固となって一般にはみられない個性化された特異な表情となり，かかる表情が目印となって大

きな顧客吸引力を獲得することもある。なおこの場合にこのような類似の部分的特徴を備えたものが先行商品として他にごく僅かに存在したとしても、それが一般的ではなく、先行商品の販売量が後行商品の販売量に比してきわめて僅かであり、後行商品の販売量が圧倒的である場合においては先行商品の存在が後行商品の商品等表示性の存在に影響を与えるものではない。この意味で不正競争防止法における商品等表示性の要件として、意匠法にみるような絶対的新規性を求められるものではない。

つぎに「周知性」については、「その形態と販売者との関係が需要者の間において広く認識されるに至ったという事実」（東京高判平 15.12.25・街路灯事件）が参考となり、さらに「同一若しくは類似性」、そして「混同の事実」が必要である。

混同の事実があるかどうかについては、「おそれ」があれば足りるとされており、当該商品の直接的な営業主体相互間の混同だけでなく、「一般消費者をして同一表示を用いたグループ企業との間に緊密な営業上の関係又は同一の商品化事業を営むグループに属する関係が存すると誤信するおそれがある」場合も含まれる（最判平 10.9.10・スナックチャンネル事件）。

なお「同一若しくは類似性」については商品の特徴的な部分を抽出したうえでこれを中心に全体的に比較対比すべきであって（東京高判平 15.9.25・マイクロダイエット事件）、また先行商品と後行商品とを対比した場合に、差異点があったとしても全体的な印象において顕著な差異がなく時と所を異にして観察（離隔観察）した場合に、その商品等表示により一般需要者が誤認混同するおそれが認められる場合には類似性が認められるとされている（大阪高判昭 43.12.13・バイタリス事件）。

しかしドラえもん、キン肉マンなどすでに古くから国民に馴染み深いキャラクターを用いた商品のように他人の著名な商品等の表示を不当に冒用する行為については市場において現実に混同を生じているか否かに関係なく同項2号により著名表示の冒用として保護をうけることができることはいうまでもない。

なお「著名表示」に該当するかどうかについては一般に「単に一地方のものではならず全国的なものではない。」（東京高判昭 56.11.5・月の友の会事件）とされている。また1号および2号は、前記した3号（形態模倣）による保護期間が経過してしまっ

た場合にも適用が可能である。創作者らが販売を開始した後3年間は不正競争防止法2条1項3号の適用可能性があるが、3年経過後に人気が出て顧客吸引力を獲得しだした時点で市場における模倣発生の危険が高まるからである。

6. 不法行為法による救済

では、不法行為理論ではどうか。上記した産業財産権法や著作権法あるいは不正競争防止法などの特別法による保護は、それぞれの法目的に沿って適用されるが、これらの特別法とは別に、自由競争市場においてもとくに特定の者に対する加害行為があった場合に、一般法による不法行為としても救済される余地がある。民法709条は、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」とし、不法行為の態様について特別法のように格別限定をしていない。

キャラクター商品の保護についても、不法行為とみられる取引態様があった場合には民法上の救済を得ることができる場合もある。では具体的にどのような取引態様が不法行為に該当するかについては、以下の判例がある。

- ・「不法行為成立要件としての権利侵害は、必ずしも厳密な法律上の具体的な権利の侵害であることを要せず、法的保護に値する利益の侵害をもって足りる…。人が物品に創作的な模様を施しその創作的要素によって商品としての価値を高め、この物品を製造販売することによって営業活動をおこなっている場合において、該物品と同一の物品に実質的に同一の模様を付し、その者の販売地域と競合する地域においてこれを廉価で販売することによってその営業活動を妨害する行為は、公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成するといふべきである」（東京高判平2年（ネ）2733木目化粧紙事件）とし、他人の商品の模倣行為が、知的財産権を侵害せず、また不正競争に当たらない場合であっても、不法行為となり得ることを判示した。
- ・「競争秩序を破壊する不正ないし不公正な行為は、必ずしも不正競争防止法の規定する各類型の不正

競争行為に限られるわけではない。同法の規定する不正競争行為に該当しなくても、業者のおこなう一連の営業活動行為の態様が、全体として、公正な競争秩序を破壊する著しく不公正な方法で行われ、行為者に害意が存在するような場合には、かかる営業活動行為が全体として違法と評価され、民法上の不法行為を構成することもあり得るものと解するのが相当である」（大阪地判平15年（ワ）7126 ミーリングチャック事件）として、被告の行為は、不正競争防止法2条1項1号に該当しないとしながら、民法上の不法行為の成立を認めた。

過去の裁判例によると、不正競争に該当しないにもかかわらず民法709条の不法行為が認められるためには、模倣行為が不公正な取引行為に該当するだけでは足りず、さらに先行者の商品の信用を低下させる目的や、あるいは先行者商品の価格より著しく安価で販売し、先行者の販売活動に著しく悪影響を与えるなど模倣者に害意があることなど「特段の事情」が必要とされている。

しかし裁判所は、民法709条の一般条項の適用に関してはきわめて慎重であり、不法行為により保護されるのは模倣者の主観的な模倣態様が悪質である場合等、きわめて限られた場合だけである。

7. パブリシティ権の適用

パブリシティ権は、私事をみだりに他人におかされるのを防止できる法的地位としてのプライバシー権の一種であり、タレントやスポーツ選手など有名人の氏名や肖像について、これを経済的利益・価値を営利目的で独占的に使用することができる権利と解されており一般的には「パブリシティ（Publicity）の権利」として広く認識されている。

パブリシティ権については、実定法上に規定されているものではないが、過去の判例上において例えば、「正当な理由なく、その氏名、肖像を第三者に使用されない権利を有すると解するべき…であり、…とくに著名人の氏名、肖像は、当該著名人を象徴する個人識別情報として、それ自体が顧客吸引力を備えるものであり、一個の独立した経済的利益ないし価値を有する」として「パブリシティ権」の存在を認めている（東京高判平成13年（ネ）第4931号）。

また「物の名称についてもパブリシティの価値が認

められる場合があり、およそ物についてパブリシティ権を認める余地がないということはできない。」（名古屋地判平10年（ワ）527号・平12年1月19日）との判例もある。この判例はパブリシティ権の本質を純粋な経済価値に求め、著名であるが故に顧客吸引力を有する物など非人的な特徴的な属性をも包含するとする考え方（万物属性説）を取り入れたものであり、パブリシティ権はその物の所有者に帰属するものとしたうえで、物の名称等の顧客吸引力のある情報の有する経済的利益ないし価値を支配する権利は従来のパブリシティ権の定義には含まれず、これに準じた広義のパブリシティ権として保護の対象とすることができる、との考え方によるものである³⁾。

また商標法4条1項8号の規定もパブリシティ権保護のあらわれと考えることができることから、パブリシティ権については実定法には規定されていないものではあるが、判例上において既に確立された権利とあってよい。

しかし、上記した「物」のパブリシティ権成立をめぐる最高裁判例により、「物の所有権はその物の有体物としての面に対する排他的支配権能であるにとどまり、その物の名称等の無体物としての面を直接排他的に支配する権能に及ぶものではない…現行法上、物の無体物としての面の利用に関しては、商標法、著作権法、不正競争防止法等の知的財産関係の各法律が、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に排他的な使用権を付与し、その権利の保護を図っているが、その反面として、その使用権の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないようにするため、各法律は、それぞれの知的財産権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、その排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしている。」としたうえで、「物の無体物としての面の利用…につき、法令等の根拠もなく…所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく、…違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっているとはいえない現時点において、これを肯定することはできないものというべきである。」（最判平13（受）866平成16年2月13日 ギャロップレーサー事件）として物のパブリシティ権の成立を否定している。

結局のところ、パブリシティ権の本質については純粋な経済価値に求めるのではなく、本来は人格権に由来するものであり、①人（自然人）の属性に関するも

のであって、②その主体と他者を識別でき、かつ③その主体と相当な関連性を有するものでなければならない。そしてこれらの要件を満たす情報が顧客吸引力を獲得したとき、氏名や肖像などのパブリシティ権の客体が成立するのであって、物としてのキャラクター商品についてパブリシティ権の成立による保護を受ける余地がないものといえる。

8. 商品化権の適用

近年、漫画やアニメーション等の主人公や登場人物などのキャラクターを人形あるいはぬいぐるみ、フィギュア等に化体し、たとえば文房具や玩具などとして商品化（マーチャンダイジング）し、あるいはキャラクターを衣類や文具にプリントしたもの等を取引社会の流通に置く場合について「商品化権」の概念がしだいに認知されつつある。三省堂大辞林第二版には、商品化権について「漫画やキャラクターを商品や広告等に利用して経済的利益を得る権利」と記載されている。

商品にキャラクターを化体させたことによる顧客吸引の財産的価値を商品化権としたもので、既述したパブリシティ権同様に、実定法上に規定されているものではないが、取引の現場における公平性と取引安全の必要上から私的契約上において事実上契約当事者間において拘束力を発揮している。

商品化権については漫画やアニメなどのキャラクターを商品に化体させるものであるところから、本来は美術の著作物に起源するものとみられるが、一般市場において取引される多数の量産品であるキャラクター商品において、美的鑑賞の対象となり純粋美術あるいは美術工芸品と同視しうる程度の審美性を備えた商品というものは稀であり、著作権法による保護をうけられるものは実際上きわめて限られた場合しかないことは既述したとおりであるから、著作権法による保護が明らかでないか、あるいは著作権法による保護要件を備えるまでには至っていないキャラクター商品の取引については、取引関係者間における各当事者の合意を前提とした契約により、著作権法とは関係なしに、当事者を規律する私法契約上の規制手段として商品市場において慣用され、また判例においてもしだいに追認されつつあるところである。⁽⁴⁾

商品化権の概念が定着しつつあるのは、キャラクター商品をめぐる保護法制が必ずしも十分ではないことによるものとも考えられるが、迅速を要するキャラ

クター商品の取引社会においては契約当事者間における権利義務関係を相互の意思の合致により明確にし、互いの作為・不作為行動や履行を担保する手段として現在では契約上において大きく貢献しているものといえる。⁽⁵⁾

商品化権の内容についてみると、キャラクター商品の創作者側からすれば無断で同一性のあるものを商品化させない権利（将来的に独占販売が可能な地位）であり、他人からすれば同一性のあるキャラクター商品を商品化できる権利（被許諾者としての地位）、ということになる。

商品化目的のもとに創作されたオリジナルキャラクターについては、多くの場合自ら販売した結果、需要量が増大して顧客吸引力が確保されれば商品化権の内容がより確実なものとなるのに対し、すでに周知または著名化しているアニメなどのファンシフルキャラクター等の場合においては、これを商品化した時点で多くの商品需要が見込まれるために顧客吸引力のある商品化権の内容が最初から確実なものともみられる。

上記したように商品化権は私的契約上において認められるものであるところから、産業財産権法や著作権法などのような一律の権利期間ではなく、当事者間における契約関係が存続する限りにおいて商品化権の権利期間も継続することになり、また処分権についても契約の範囲内でなら自由であり、きわめて使い勝手のよい権利であるといえる。

なお商品化するキャラクターについて別途著作権あるいは商標権などが存在する場合においては、予め当該キャラクターを商品に使用することについて権利者の許諾を得る必要がある。

商品化権の存在が認められるためには原則として商標権者あるいは著作権者などキャラクターに関連する権利者と商品化希望者間の合意である商品化権許諾契約の存在が必要である。商品化権許諾契約は著作権に関するライセンス契約と基本的に異なるところはないが、キャラクター商品化ビジネスの一般的な仕組みについてはポケモンキャラクター関連の判例（東京地判平16年（ワ）11265号）において下記のように記述されている。

- a. キャラクター使用を希望する企業は、権利者に対し商品化についての企画書を提出してキャラクターの使用申し込みをし、権利者から提案企画の許諾を得られた場合に、権利者と商品化許

諾契約書を交わす。

- b. ライセンシーは、その後権利者に対し、製品サンプルを提出し、権利者の監修をうけ、権利者からデザイン、色、品質、機能等について修正の指示があった場合は、製品サンプルを指示に沿って修正し、製品サンプルが権利者の監修に合格すれば、権利者に製造数量相当の証紙発行申請をおこなう。
- c. 証紙は、製品1個につき1枚の証紙を製品のパッケージ（又は製品本体）に貼付するよう義務づける。
- d. 権利者は証紙の発行により、ロイヤリティの徴収管理、製品の品質管理、許諾数量管理をおこなう。

また商品化契約のポイントについては弁理士業務ガイドブック⁽⁶⁾の記載が参考になる。

9. まとめ

上記したように商標法を除いた産業財産権法は、それぞれ定められた有限の期間中だけ権利者に独占的な支配を認めるとともに、期間経過後においては一般社会に公開して技術やデザインを公有化させることにより産業の発展を促進することを目的とするものであり、また著作権法はビジネスを直接の保護対象とするものではないが、純粋美術と同視しうる程度の著作物性をも兼ね備えている場合においては著作物に関する著作者などの経済的又は人格的利益を同じく有限の期間中保護し、保護期間の経過後においてはその著作物を社会の共有物として公共財産化することによって究極には文化の発展に寄与することを目的とするものである。

しかし保護期間（権利期間）については産業財産権と著作権のそれとではそれぞれの法目的の違いから著しく相違しており、判例の流れをみても両者間の調整に苦慮しているように見える。

これに対し、不正競争防止法は既述したとおり取引社会における自由競争を前提とし、事業者間の競争が自由競争の範囲を逸脱して濫用的におこなわれ、あるいは社会全体の公正な競争秩序を破壊するものである場合に、これを不正競争行為として規制対象とするものであり、公正な自由競争の永続的な維持をはかることを目的とする点において明らかに相違する。

実際の商品取引市場において、キャラクター商品の

保護を求める側からすれば、産業財産権法あるいは著作権法による権利保護と、市場における不正競争行為の規制との両面からの保護が理想的である。しかしキャラクター商品に関しては、そのいずれの法律によっても、それぞれの法で要求される保護の要件事実を満たすのが必ずしも容易ではない。

とくにオリジナルキャラクターに係る商品にあっては、市場において販売を開始した後相当の期間が経過し、あるいは短期間であっても多大な広告や宣伝活動を通じてはじめて商品等表示性が出てくるものであってみれば、販売当初から不正競争防止法2条1項1号・2号による保護を期待するのは難しい。唯一同条3号（形態模倣）により取引の市場に置いた時点より3年間のみ保護される規定があるものの、いわゆる模倣者はその商品形態について全く同一的に模倣（デッドコピー）することは比較的稀であるところから「模倣」といえるか否かの判定が困難な場合も多い。

不正競争防止法は「自由競争の範囲」という枠内において逆に模倣を奨励することにより産業の発展を促進するところに本質があるところからみれば、模倣者の行為が自由競争の領域を超えないかぎり不正競争行為としての規制をうけることがない。産業財産権や著作権など権利法に比べれば権利の範囲が明瞭ではないところからある程度はやむを得ないところではあるが、模倣商品が殆どデッドコピーである場合は別として、現実には商品に施されるキャラクターが著名であるか、あるいは相当程度に周知性のあるケースでない不正競争防止法による規制保護をうけるのは難しく、多くの場合においては正当な先行商品販売者が泣き寝入りするケースが多く、いわゆる「まね得」の結果となるケースがあまりにも多いように思える。

なお物についてのパブリシティ権成立については、既述したとおり現時点においては最高裁判例（最判平13年（受）866号・ギャロップレーサーゲームソフト事件）により明確に否定されているところであるが、同判決の理由にも「競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行為の成否については、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっているとはいえない現時点において、これを肯定することはできないものというべきである。」とし、さらに「競走馬の名称等の使用料の支払を内容とする契約が締結された実例があるとしても、…競走馬の所有者が競走馬の名称等有する経済的価値を独占的に利用すること

ができることを承認する社会的慣習又は慣習法が存在するとまではいうことができない。」と記載されているように、時代の経過とともに人（自然人）の属性である人格権とは独立し、物についての経済的価値を独占的に利用することができることを承認する社会的慣習又は慣習法が熟成されれば、キャラクター商品についてもパブリシティ権の成立が認められることになるが、現状ではまだそこまでの社会的慣習あるいは慣習法が成熟しているとはいえない。

また漫画などのキャラクターの姿態と名前が有する人物などの創作体に対して「キャラクター権」を確立すべきだとの意見⁽⁷⁾もあるが、残念ながらまだこのような権利を成立させるに足る社会背景が醸成されていない。

そうしてみると結論的にはキャラクター商品について、上記した産業財産権や著作権、あるいは不正競争防止法など、実定法上の適用が必ずしも十分とはいえない現時点においては、私的契約による商品化権を確保するのが比較的有效な手段であるものとする。

商品化権成立には既述したように取引当事者間における商品化契約締結が必要である。だがオリジナルキャラクターを商品化する場合においては、商品を少量店頭にならべて顧客の反応をみなければ将来の継続販売の決断がつかないことが多い。そのため販売当初から顧客吸引力の存在がある程度見込まれるものでないかぎり、製造者（創作者）と問屋など販売者との間において取引当初から商品化契約の締結がおこなわれることは比較的少ないものと思われる。

そのような場合であっても、創作者や製造者らと問屋など取引当事者間に必ずしも明文化された商品化契約が存在しないとしても、問屋など販売希望者が自ら製造することなく特定の製造者（創作者）らに商品提供を期待し、これに対して特定の製造者（創作者）らが商品提供をすべき信義側上の義務を負う関係が取引の過程において事実上醸成されているとすれば、それだけでも当事者間には商品化権が発生したとみることができるのではないかと考える。

注

- (1)株式会社講談社ライツ事業局 馬場一郎氏 パテント vol.61 2008年2月号「キャラクター・ビジネスと日本人」
- (2)山口康男・馬場一郎・中川裕幸 パテント vol.61 2008年3月号「世界に誇る日本の文化=キャラクター・ビジネス」
- (3)しかし万物属性説を根拠にした場合には、顧客吸引力さえ備えれば人以外のあらゆる物に対してパブリシティ権の成立を認める可能性があり、一定の要件を満たす著作権や商標権等現行の知的所有権法制を有名無実化するのでは好ましくないという指摘もある。
- (4)商品化権の存在を認めた判例として、例えば
 - 知財高平18年（ネ）10036 KEITH HARING 事件（著作物の商品化権）
 - 知財高平18年（ネ）10026 ポケモン事件（商標の商品化権）
 - 大阪地平15年（ワ）10873 NOVA うさぎ事件（商標の商品化権）
 - 東京地平11年（ワ）20392 キャンディ・キャンディ事件（著作物の商品化権）
 - 東京地昭59年（ワ）10103 ポパイ事件（著作物の商品化権）
 などがある。
- (5)㈱バンダイ、タカラトミー、講談社、角川書店、ウォルトディズニージャパン、セガ、竜の子プロ、電通、東映アニメーションほか多数の大手企業を中心として商品化に対する権利を擁護するとともに不正商品の撲滅にむけた活動を展開する権利者団体「日本商品化権協会」が1977年に設立されている。
- (6)弁理士業務ガイドブック（平成17年）p86～87 日本弁理士会発行
- (7)キャラクター戦略と商品化権 牛木理一著
(原稿受領 2009. 4. 16)