

カーディガン等の商品形態模倣の不正競争事件：東京地裁平成18(ワ)3772号・平成19年7月17日(民46)判決(一部認容)/知財高裁平成19(ネ)10063号・10064号・平成20年1月17日(1部)判決(控訴・附帯控訴棄却)[商標協会不正競争部会2008年3月12日報告]

【キーワード】

原告商品の製造販売の事実，商品形態の実質的同一性，原告商品の依拠による商品形態の模倣，損害額の推定，謝罪広告

【主 文】

東京地裁の判決

- 1 被告は，別紙物件目録1及び3記載の衣服を製造し，販売し，販売のために展示し又は輸入してはならない。
- 2 被告は，被告所有にかかる前項記載の衣服を廃棄せよ。
- 3 被告は，原告に対し，309万8362円及びこれに対する平成18年3月2日から支払済みまで，年5分の割合による金員を支払え。
- 4 原告のその余の請求をいずれも棄却する。
- 5 訴訟費用はこれを3分し，その2を原告の，その余を被告の負担とする。
- 6 この判決は，1項及び3項に限り，仮に執行することができる。

知財高裁の判決

- 1 本件控訴及び本件附帯控訴をいずれも棄却する。
- 2 控訴審における訴訟費用は各自の負担とする。

【事 実】

本件は，原告が被告に対し，別紙物件目録1ないし4記載の衣服は，原告の製造・販売した衣服の形態を模倣した衣服に当たり，被告がこれを製造又は輸入して販売したことは，不正競争防止法2条1項3号所定の不正競争行為に該当するとして，上記目録記載の衣服の製造，販売，販売のための展示又は輸入の差止め，同衣服の廃棄，損害賠償及び謝罪広告を求めた事案である。

1 前提となる事実

- (1) 原告(株式会社イーダム)は，衣料品及び衣料品雑貨等のデザイン，製造及び販売を業とする株式会社であり，直営店「blondy」を開設し，「Bitten Apple」，「LHS blondy」のブランド名を使用して被服等を販売している。

被告（株式会社アルページュ）は、婦人服等のデザイン、製造、加工及び販売を業とする株式会社であり、「Apuweiser-riche」、「アプワイザー・リッシェ」のブランド名を使用して被服等を販売している。

(2) 原告が製造販売等した衣服は、次のとおりである。

- ア) カーディガン（以下「原告商品1」という。甲1の1ないし9，検甲1）
- イ) ノースリーブ（以下「原告商品2」という。甲2の1ないし7，検甲2）
- ウ) パーカー（以下「原告商品3」という。甲3の1ないし10，検甲3）
- エ) カーディガン（以下「原告商品4」といい，原告商品1ないし4をまとめて「各原告商品」という。甲4の1ないし14，検甲4）

(3) 被告は「Apuweiser-riche，」のブランド名で，以下の別紙物件目録記載の衣服を製造又は輸入して販売している。

- ア) カーディガン（別紙物件目録記載1。以下「被告商品A」という。甲5の1ないし9，検甲5）
- イ) ノースリーブ（別紙物件目録記載2。以下「被告商品B」という。甲6の1ないし7，検甲6）
- ウ) パーカー（別紙物件目録記載3。以下「被告商品C」という。甲7の1ないし10，検甲7）
- エ) カーディガン（別紙物件目録記載4。以下「被告商品D」といい，被告商品AないしDをまとめて「各被告商品」という。甲8の1ないし12，検甲8）

(4) 各原告商品と各被告商品の形態は，それぞれ別紙写真目録記載のとおりであり，それぞれの同一ないし共通点及び相違点は，以下のとおりである。

- ア) 原告商品1と被告商品A（甲1の1ないし9，甲5の1ないし9，乙1の5及び6，乙5，乙18の2，乙19の1及び2，乙54，検甲1，検甲5）

a) 同一ないし共通点

- ① 前あきボタン留めの長袖カーディガンである。
- ② 丈が短めである。
- ③ 丸首で襟がない。
- ④ 前身頃と後身頃の下端部約16ないし17センチメートルを覆い，胴回りを一周するように，訴外協和レース株式会社（以下「協和レース」という。）製の同じ白いレース編み布地（以下「レースA」という。）が付されている。
- ⑤ レースAは，裾から数センチメートル突出している。
- ⑥ ボタンは透明樹脂製であり，厚みのあるほぼ円状のもので，5個付されている。

b) 相違点

- ① 基本形状について、原告商品1のほうが身頃がゆったりしており、袖の長さもやや（約2センチメートル）長い。
- ② 胴部に設けられたレースについて、原告商品1において裾から下に約1.5センチメートル突出しているのに対し、被告商品Aにおいては裾から下に約3センチメートル突出している。
- ③ 使用されている布地について、原告商品1においてはTOP染めの糸を用いており、被告商品Aにおいてはレーヨン、テセル、ナイロンの混紡であってつやのあるベタ染め糸を用いている。
- ④ 袖口について、原告商品1においてはリブ編みがないのに対し、被告商品Aにおいては2センチメートルのリブ編みが設けられている。
- ⑤ ボタンについて、原告商品1においては面をカットしたカットボタンであるのに対し、被告商品Aは曲線で構成された半球状である。

イ) 原告商品2と被告商品B（甲2の1ないし7，甲6の3ないし6，乙2の1ないし5，乙5，乙18の3，乙20の1及び2，乙53，検甲2，検甲6）

a) 同一ないし共通点

- ① 袖がなく（ノースリーブ）、襟割りが幅広でV字状に開いたシャツである。
- ② 生地は、白色で、身丈方向に縞模様状の凹凸がある。
- ③ V字状の襟割り部分に協和レース製の同じ白いレース編み布地（以下「レースB」という。）を付している。

b) 相違点

- ① 基本形状について、原告商品2は、全体が大きく長くゆったりとしているのに対し、被告商品Bは、全体が小さく短くほっそりとしている。
- ② 基本形状について、原告商品2は、上から下まで同じ周囲のいわゆる寸胴型のデザインであるのに対し、被告商品Bは、ウエスト部分が細くなっている。

ウ) 原告商品3と被告商品C（甲3の1ないし10，甲7の1ないし10，乙3の1ないし8，乙5，検甲3，検甲7）

a) 同一ないし共通点

- ① 長袖、前あき金属ファスナー留めのフード付きパーカーである。
- ② 生地は灰色である。
- ③ フードは黒いリボンで窄めることができる。
- ④ 衣服丈の下端部内側から数センチメートル突出するように、胴の周方向に黒色のレース編み布地が付されている。

⑤ 両袖下端部内側から突出するように、袖の周方向に黒色のレース編み布地が付されている。

⑥ 左胸部に黒色のワンポイント飾りが施されている。

b) 相違点

① 基本形状について、原告商品3は、身幅が広めで丈が短いのにに対し、被告商品Cは、身幅が細めで丈が長い。

② 裾のレース部分について、原告商品3においては、衣服丈の下端部から下に約2センチメートル突出しているのにに対し、被告商品Cにおいては、衣服丈の下端部から下に約3.8センチメートル突出している。

③ 裾及び袖口のレース部分について、原告商品3のそれは裾及び袖口に縫いつけられているが、被告商品Cのそれはボタン留めされており、取り外しができる。

④ 胸部のワンポイントについて、原告商品3においては、黒いリボンを蝶結びにしたものであり、胸部に縫いつけられているのにに対し、被告商品Cにおいては、黒色の生地には銀色の糸でアルファベット文字を刺繍した円形状のエンブレムで、取り外しができる。

⑤ ファスナーについて、原告商品3においては、黄色であって金属製のファスナー引き手からなるのにに対し、被告商品Cにおいては、銀色であってファスナー引き手のうちの一つには石をちりばめた装飾が施されている。

エ) 原告商品4と被告商品D (甲4の1ないし14, 甲8の1ないし12, 乙4の1及び2, 乙5, 検甲4, 検甲8)

a) 同一ないし共通点

① 襟のない丸首, 前あきボタン留めの長袖カーディガンである。

② ボタンは樹脂製であり, 正面からみると円状のものである。

③ 前身頃と後身頃の下の部分, 左右脇腹部から背部にかけて帯状に, 切り欠き部分(布地がない部分)が存在し, 当該部分を覆うように, 白色の花柄のレース編み布地が付されている(以下生地を切り欠き, そこにレース編み地を付した部分を「透かしレース部分」という。)。レースの幅は部位によって大きく異なり, 外周が波打つように付されている。

④ 両袖の前腕部に, 透かしレース部分がある。

b) 相違点

① 身頃の透かしレース部分の位置について, 原告商品4においては下から約3分の1の部分にあるのにに対し, 被告商品Dにおいては下から約2分の1弱の位置にある。

② 基本形状において, 原告商品4においてはウエスト部分がゆったりと

太めになっており袖は比較的長いのに対し、被告商品Dにおいてはウエスト部分がやや細身で袖が比較的短い。

- ③ 原告商品4の後身頃上部には、略逆三角形の透かしレース部分があるのに対し、被告商品Dの後身頃上部には、上記のような透かしレース部分がない。
- ④ 身頃の帯状の透かしレース部分について、原告商品4においては、完全に左右対称に設けられているが、被告商品Dにおいては完全な左右対称ではなく略左右対称である。
- ⑤ 使用されているレースが異なる。
- ⑥ 生地の色について、原告商品4はグレーであるのに対し、被告商品Cは濃いブルー（ピーコック）である。
- ⑦ ボタンについて、原告商品4においてはパールボタンが8個用いられているのに対し、被告商品Dにおいては布地と同色のアクリルナイロンボタンが7個用いられている。
- ⑧ 身頃側面の透かしレースの処理について、原告商品4においてはカーディガン本体の縫い合わせを覆うように一体的に処理されているのに対し、被告商品Dにおいてはカーディガン本体と同様に縫い合わせ部に入り込むように布地と一体に処理されている。

2 本件における争点

(1) 被告商品の製造・販売等が不正競争防止法2条1項3号所定の不正競争行為に該当するか（争点1）

ア 被告商品Aについて

- a) 原告商品1が実際に製造販売されたか。
- b) 原告商品1と被告商品Aの形態が同一ないし実質的に同一といえるか。
- c) 被告商品Aが原告商品1に依拠して作成されたといえるか。

イ 被告商品Bについて

- a) 原告商品2が実際に製造販売されたか。
- b) 原告商品2と被告商品Bの形態が同一ないし実質的に同一といえるか。
- c) 被告商品Bが原告商品2に依拠して作成されたといえるか。

ウ 被告商品Cについて

- a) 原告商品3が実際に製造販売されたか。
- b) 原告商品3と被告商品Cの形態が同一ないし実質的に同一といえるか。
- c) 被告商品Cが原告商品3に依拠して作成されたといえるか。

エ 被告商品Dについて

- a) 原告商品4が実際に製造販売されたか。
- b) 原告商品4と被告商品Dの形態が同一ないし実質的に同一といえるか。

- c) 被告商品Dが原告商品4に依拠して作成されたといえるか。
- (2) 損害の発生及びその額（争点2）
- (3) 謝罪広告の要否（争点3）

【地裁の判断】

1 争点1（被告商品の製造・販売等は、不正競争防止法2条1項3号の不正競争行為に該当するか）について

(1) 被告商品Aについて

ア 原告商品1が実際に製造販売されたかについて

a) 証拠及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。

- ① 原告の商品は、年4回開催される展示会に向けてデザインされ、商品化される。まず、展示会のコンセプトを決め、それに沿って原告のデザイナーがデザインし、そのラフ画に基づき、生地、寸法、縫製などの指示書を作成する。この指示書を基に、下請けのメーカーと打合せをし、更に細かい仕様などを確定しながらサンプルを作成する。最初に作成したサンプル（1stサンプル）が原告に納入されると、採寸し、指示書と実際の寸法との誤差、メーカーの検査表との誤差などを確認し、さらに試着を行って、見た目、着心地、シルエットなどをチェックして、2度目のサンプル（2ndサンプル）の寸法指示を行う。そして、2ndサンプルが納入されると、1stサンプル納入時と同様にチェックを行い、基本的に2ndサンプルを展示会に出品する（場合によっては3度目の3rdサンプルを製作することもある。）。上記の採寸の結果は、それぞれの指示書に記録する。

そして、原告は、卸先の各業者や顧客等を招待して展示会を開催し、展示会の直後に、各業者から、展示会で配布しているオーダーシートを用いてFAXにより注文を受け、その受注数を集計して発注数量（製造数量）を決定する。発注の際には、2ndサンプルの採寸結果等に基づき、最終修正を行う。そして、製造された各原告商品を、原告の直営店や原告に発注した各業者へ納品する。

- ② 原告商品1については、原告デザイナーによって、平成17年7、8月ころ、ラフ画（甲29の1）、次いで指示書（甲29の2）が作成され、上記指示書と共に使用するレースの指示（協和レース製の24014番。甲29の3）がメーカーに示された。そして、メーカーは、下請けに対し、指示書（甲29の4）を示した。その後、原告商品1の2ndサンプル（型番0205410063）が、平成17年8月23日から25日までの間開催された展示会に出品された。原告は、その直後に

各業者からの発注を受けて、メーカーに発注し、同年11月1日、メーカーから納入された原告商品1の販売を開始し、これを完売した。

- b) 原告は、原告商品1を既に完売したため、展示会等において使用されたサンプル(甲1, 検甲1), 及び顧客の所持品の写真(甲11)を各原告商品の形態を示すものとして提出している。

これに対し、被告は、①サンプルといえども品質表示を付するのが通常であるのに、甲1及び検甲1には、品質表示が付されていない、②甲11は、顧客が購入した商品にしては新しい、③展示会の際に配布したものとして提出する甲19の2は事後的に本件訴訟のために作成した可能性があるし、仮にそうでないとしても、甲19の2に記載されているデザインは原告商品1と同一ではないから、甲19の2は原告商品1の存在を示すものではない、④メーカーに対する指示書である甲29の1ないし5はレースのデザインが異なり、また、レースと下地の間隔が上記サンプルと異なる、⑤原告の各種商品を示す乙56にも原告商品1は掲載されておらず、その存在が確認されていない、⑥サンプルと市場に販売するものとは異なるから、原告の提出したサンプルは、原告商品1の形態を示すものではない、などと述べ、原告商品1は、実際に販売されたものではなく、原告提出の上記各証拠は、原告商品1の形態を示すものではないと主張している。

しかし、原告商品1が、a)②に認定したとおり、原告がメーカーに製作を指示し、展示会へ出品し、業者から発注を受けて製造し、業者に納品して販売されたものであることは、製作指示時、展示会出品時、業者からの発注時、メーカーからの納品時の型番が一致すること(甲19の2, 甲20の1ないし4, 甲21の1, 甲29の4)、原告から納品を受けた業者が製品を確認していること(甲31の1及び2)などから、優に認められる。被告の主張するようにサンプルにも品質表示を付するのが通常であると認めるに足る証拠はなく、甲19の2や原告が顧客の所持品(の写真)として提出したもの(甲11)が本件訴訟のため事後的に作成したものであることを窺わせる事情は見あたらない。また、甲29の1, 2及び4に記載されたデザイン画は、原告商品1全体のデザインを示し、使用するレースの柄は簡略化されており、メーカーに対するレースに関する指示は甲29の3によって別途なされていることからすれば、甲29の1, 2及び4に記載されたレースの柄が原告商品1に使用されたレースの柄と異なっていることも、何ら不自然なことではない。さらに、乙56は、平成18年8月6日当時にインターネットを通じて販売されている原告ブランド「Blondy」の商品を示すものと認められるから、これに平成17年冬物の商品である原告商品1が掲載されていなかったとしても、原告商品1が平

成17年当時に販売されていなかったということはできない。したがって、被告の主張①ないし⑤はいずれも前記認定を覆すものではない。

また、原告の提出したサンプルが原告商品1の形態を示すものか（被告の主張⑥）については、原告商品1の1stサンプル作成時から量産するに至るまでの指示を記載した甲29の2及び4をみると、襟なし長袖カーディガンでボタン5個を使用し、身頃の裾にレースを付すという形状には変わりはないこと、各部分の寸法が変更されているものの、展示会に出品された2ndサンプルと量産時とを比較すると、身丈が3.5センチメートル長くなり、袖口幅が4.5センチメートル広がっている以外は、各部の寸法の変更がないか、変更されていても1ないし1.5センチメートルであることが認められる。

そうすると、原告が提出したサンプルと原告商品1の形態はほぼ同一であり、原告提出の甲1、検甲1は、原告商品1の形態を立証するものと認めるのが相当である。

以上のとおり、原告商品1の製造販売を否定する被告の主張はいずれも採用することができない。

イ 原告商品1と被告商品Aの形態が同一ないし実質的に同一といえるかについて

- a) 原告商品1と被告商品Aの形態と、その同一ないし共通点及び相違点は、第2の1(4)アに認定したとおりである。

上記認定によれば、原告商品1の形態において特徴的な点は、丸首、襟なし、前あきボタン留めの長袖カーディガンで、前身頃と後身頃の下端部約16ないし17センチメートルを覆い、胴回りを一周するように、幅約16ないし17センチメートルの幅広のレースAが付されている点にあり、被告商品Aも同様の特徴を有するものであると認められる。そして、長袖カーディガンの胴回り下部に幅広のレースBを付するとの上記特徴は、後記b)及びウb)に説示するとおり、これまでの他の商品にみられるありふれたものではなく、創作的なデザインであるといえることができる。

もっとも、両商品には、①原告商品1のほうがややゆったりしていること、②レースの突出幅が異なること、③使用されている糸の染めが異なること、④袖口のリブ編みの有無、⑤ボタンのカットの有無などの相違点もある。しかし、原告商品1の上記特徴が他の商品にみられるありふれたものではない、創作的なものであることからすれば、上記①、③、④及び⑤は、いずれも上記の原告商品1の特徴的な点とは関わりがなく、需要者に異なる印象を与えるものといえることはできない。また、②の突出幅の違いは、上記特徴に関するものであるものの、レースが裾から下へ突出してい

る部分が、約3センチメートルであるか、約1.5センチメートルであるかの僅かの差異にすぎず、両製品の形態の同一性の判断に影響を与えるものではない。

以上によると、原告商品1と被告商品Aの形態は、実質的に同一ということが出来る。

- b) 被告は、定番の商品形態であるカーディガンの裾の部分に一周する形でレースを装飾するのはありふれたものであると主張する。

しかし、被告がその主張の根拠として提出する乙22ないし24に掲載されたカーディガンは、いずれもその販売時期が不明であるから、原告商品1の販売開始時期に、カーディガンの胴回り下部の部分を一周するように幅広のレースを装飾した商品が販売されていたことを認めるに足りる証拠はない。

ウ 被告商品Aが原告商品1に依拠して作成されたといえるかについて

- a) 証拠（甲24ないし27，甲38の1ないし9，乙21，乙58の1，乙74，乙75）及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。
- ① 原告商品1は、平成17年8月23日から25日までの間開催された展示会に出品され、同年11月1日から販売された（前記アa）。
 - ② 原告の展示会は、顧客である卸売業者や個人顧客を招待して行うものではあるが、招待状がない者でも入場できないわけではなく、また、展示会に来場した者が、気に入った商品の写真を撮影して、インターネットを通じて配信したりすることもある。
 - ③ 被告商品Aは、被告のデザイナーによって平成17年10月ころからデザインが開始され、平成17年11月17日に被告のデザイナーから下請けメーカーに対するデザイン指示書が作成され、平成18年1月12日から販売された。

前記イに認定したとおり、原告商品1と被告商品Aの形態がその特徴的なデザインが共通しており、実質的に同一であること、及び、上記のとおり、原告商品1の展示会への出品の約3か月後で、原告商品1の販売開始の約2週間後に、被告商品Aのデザインが作成されており、被告が原告商品1に接する機会があったこと（原告の展示会には招待客でなくとも来場可能であり、自ら来場しなくてもインターネット等を通じて展示会に出品された商品について知り得ることは上記②のとおりである）を併せ考えれば、被告は、原告商品1に依拠して被告商品Aをデザインし、これを製造販売したものと認めるのが相当である。

- b) 被告は、被告商品Aのデザインは海外の商品を参考にデザインしたものであって、原告商品1に依拠したのではないし、原告商品1を模倣する

機会もなかった旨主張する。

しかし、被告商品Aの参考としたという海外の商品（乙64の1及び2、乙65の1及び2）は、上着の裾を一周するようにレースを付している点は、被告商品Aと共通するものの、レースが付されている上着はカーディガンではなく、その基本形状が異なるものであり、また、袖口にもレースを付しているなど、被告商品Aとは商品全体の印象が大きく異なる商品である。また、被告が被告商品Aのデザインに着手する約1か月以上前に原告商品1が出品された展示会が開催されており、招待状がない者でも入場し得るものであり、また、業界関係者は来場者を通じて出品された商品に関する情報を入手し得るものであったことは、前記認定のとおりである。

以上の事情に鑑みれば、被告は、原告商品1の形態を模倣する機会があり、上記海外商品ではなく、原告商品1に依拠してこれと実質的に同一である被告商品Aをデザインしたと認めるのが相当であって、上記被告の主張は採用することができない。被告のその余の主張も、上記認定を覆すものではない。

エ 以上によれば、被告商品Aは、原告商品1の形態を模倣したものと認められ、被告商品Aの製造・輸入・販売等は、不正競争防止法2条1項3号の不正競争行為に該当するものと認められる。

(2) 被告商品Bについて

ア 原告商品2が実際に製造販売されたかについて

a) 証拠（甲18、甲19の1、甲20の1ないし4、甲21の2、甲30の1ないし7、甲32の1ないし3、甲33の11）及び弁論の全趣旨によれば、(1)アa)①のほか、以下の事実が認められる。

原告商品2については、原告デザイナーによって、平成17年6月ころ、ラフ画（甲30の1）、次いで指示書（甲30の2）が作成され、上記指示書がメーカーに示された。そして、メーカーは、工場に対し、同年7月8日、生産仕様書（甲30の6）を示し、遅くとも同年7月25日ころ1stサンプルが、同年8月10日ころ2ndサンプルが、それぞれ作成された。その後、原告は、原告商品2の2ndサンプル（型番0205410050）ないし3rdサンプルを、平成17年8月23日から25日までの間に開催された展示会に出品し、その直後に各業者からの発注を受けて、メーカーにこれを発注し、同年10月7日にメーカーからの納品を受けて、同年10月13日から、原告商品2の販売を開始した。

b) 原告は、原告商品2を既に完売したため、展示会等において使用されたサンプル（甲2、検甲2）を原告商品2の形態を示すものとして提出して

いる。

これに対し、被告は、①サンプルといえども品質表示を付するのが通常であるのに、甲2及び検甲2には品質表示が付されていない、リバーシブルないし2WAYという原告の主張も品質表示を付していないことの原因にはならない、②展示会の際に配布したものとして提出する甲19の1は本件訴訟のために新たに作成した可能性がある、③メーカーに対する指示書である甲30の1、2及び6はレースのデザインが異なり、信用できない、④原告の各種商品を示す乙56にも原告商品2は掲載されておらず、その存在が確認されていない、⑤サンプルと市場に販売するものとは異なるから、原告の提出したサンプルは、原告商品2の形態を示すものではない、などと述べ、原告商品2は、実際に販売されたものではなく、原告提出の上記各証拠は、原告商品2の形態を示すものではないと主張している。

しかし、原告商品2についても、原告商品1と同様にa)に認定のとおり販売されたものであることは、製作指示時から納品・販売時に至るまでの型番が一致すること(甲19の1、甲20の1ないし3、甲21の2、甲30の5ないし7)、原告から納品を受けた業者により製品の確認がされていること(甲32の1ないし3)から、優に認められる。被告の主張①、②及び④がいずれも前記認定を覆すものではないことは原告商品1について述べたところと同様である。また、上記指示書等(甲30の1、2及び6)に記載されたデザイン画は、原告商品2全体のデザインを示し、使用するレースの柄は簡略化されていると認められ、それらに記載されたレースの柄が原告商品2に使用されたレースの柄と異なっていることは何ら不自然なことではなく、被告の主張③も上記認定を覆すものではない。

さらに、被告の主張⑤については、原告商品2の1stサンプル作成時から量産するに至るまでの指示を記載した甲30の2ないし6をみると、袖無し襟の襟割りがV字状に開いたシャツで、その襟割り部分にレースを付すという形状には変わりはないこと、各部分の寸法が変更されているものの、展示会に出品された2ndサンプルと量産時のものとを比較すると、身丈が6.5センチメートル長くなっている以外は、各部の寸法の変更は1センチメートル以下であることが認められる。

そうすると、原告が提出したサンプルと原告商品2の形態はほぼ同一であり、原告提出の甲2、検甲2は、原告商品2の形態を立証するものと認めるのが相当である。

- イ 原告商品2と被告商品Bの形態が同一ないし実質的に同一といえるか、及び被告商品Bが原告商品2に依拠して作成されたといえるかについて
a) 原告商品2と被告商品Bの形態と、その同一ないし共通点及び相違点

は、第2の1(4)イに認定したとおりである。

上記認定によれば、原告商品2の形態において特徴的な点は、袖なし、襟なしの白色のシャツで、V字状に開いた襟衽部分にレースBを付した点にあり、被告商品Bも同様の特徴を有するものであると認められる。

もともと、両商品には、①原告商品2のほうが全体に長くゆったりしていること、②原告商品2は寸胴型であるのに被告商品Bはウエスト部分が細くなっていることなどの相違点もある。これらの相違点は、全体的なシルエットの違いに影響するものではある。

しかし、仮に、白色のノースリーブの襟衽にレースを付するとの上記特徴部分がありふれたものではなく、創作的なデザインであるとすれば、その特徴的な点が共通することによって、若干のシルエットの違いは、その同一性の判断に実質的な影響を与えるものではないということができ、また、逆に、上記特徴部分がありふれたものであるとすれば、上記相違点が同一性の判断に実質的な影響を与えることになる。

そこで、次に、上記特徴部分がありふれたものであるか、創作的なデザインであるかを検討する。

b) 証拠(乙25の1ないし3、乙59の1ないし5、検乙7)及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。

① 被告は、平成16年4月9日ころ、ノースリーブのタンクトップの販売を開始した(以下「被告先行商品」という。)。被告先行商品は、白色で、その襟衽は、前面がU字型、背面がV字型で、前面の襟衽の下にラインストーンでアルファベットのロゴを入れ、背面の襟衽に沿って白色レースを付すものであった。ただし、白色レースは、原告商品2及び被告商品Bに使用されたレースBとは異なるものであった。

② 原告商品2は、平成17年8月23日から25日までの間に開催された展示会に出品され、同年10月13日から販売された(前記ア)。

③ 被告商品Bは、平成18年1月25日から販売された。

c) 被告が原告商品2の展示会出品の1年以上前に、白色のノースリーブのタンクトップのV字型の襟衽に白色のレースを付すという原告商品2及び被告商品Bと同様の特徴を有する被告先行商品を製造、販売していたことからすれば、原告商品2における前記特徴(ノースリーブのシャツの襟衽にレースを付するとの特徴)が原告商品2について独創的なものであったとまでいうことはできない。しかし、本件全証拠によっても、原告商品2における上記特徴が女性用被服においてありふれたものであることまで認めるに足りる証拠もない。したがって、原告商品2と被告商品Bの形態の同一性については、上記相違点も考慮して判断すべきであるとしても、

白色のノースリーブのシャツの襟割りにレースを施したとの特徴部分の共通性からすれば、両者の実質的同一性は肯定し得るところである。

- d) 被告が原告商品2に依拠して被告商品Bを製造したか否かについては、確かに、上記の原告商品2の展示会出品日、販売開始日及び被告商品Bの販売開始日をみると、被告は、被告商品Bの製造前に原告商品2の形態について知る機会があったものといえることはできる。

しかし、被告が原告商品2の展示会出品の1年以上前に、白色のノースリーブのタンクトップのV字型の襟割りに白色のレースを付すという原告商品2及び被告商品Bと同様の特徴を有する被告先行商品を製造、販売していたことからすれば、被告が原告商品2に依拠して、被告商品Bを製造販売したものであると認定するのは相当ではない。

すなわち、被告商品Bと被告先行商品とは、前面の襟割りの下部にロゴがあるかどうか、レースを付すのが襟割りの背面か前面か、レースの模様が異なるとの3点において相違するものの、被告先行商品をもとにロゴを付さない商品をデザインしたり、襟なしのノースリーブの前面と背面を逆にするというのは単なるデザインの変更であり困難なこととは思われないこと、レースBも被告先行商品に用いられたレースも市販品であり、被告商品Bの製造時には被告先行商品に用いられたレースは入手できなくなっていたこと（乙68）に鑑みれば、被告は、自社製品である被告先行商品に依拠して、レースを使用した被告商品Bをデザインしたと考える方が自然であり、単に、白色のノースリーブのタンクトップのV字型の襟割りにレースを付するとの共通点のみから、同様の先行商品を有する被告が、原告商品2に依拠して、被告商品Bを製造販売したと認定することは相当ではない。

商品の形態の実質的同一性が肯定される場合、その商品の形態が独創的であれば、依拠性も肯定されることが多いとはいえるものの、本件のように、被告が同じ形態的特徴を備えた被告先行商品を製造販売している場合は、依拠性を推認するのは相当ではない。

- ウ 以上の被告先行商品の存在からすれば、被告が、原告商品2の形態を模倣して、被告商品2を製造販売したものと認めることはできず、被告による被告商品Bの製造・輸入・販売等は、不正競争防止法2条1項3号の不正競争行為に該当するといえることはできない。

(3) 被告商品Cについて

ア 原告商品3が実際に製造販売されたかについて

- a) 証拠（甲15、甲16の1、甲17の1ないし4、甲21の3、甲33

の6及び7, 甲34の1ないし3及び5, 甲36の1ないし4)及び弁論の全趣旨によれば, (1)アa)①のほか, 以下の事実が認められる。

原告商品3については, 原告デザイナーによって, 平成17年4月ころ, ラフ画(甲34の1), 次いで指示書(甲34の2)が作成され, 上記指示書がメーカーに示された。そして, メーカーは, 下請けに対し, 同年5月ころ, 縫製仕様書(甲34の3)を, 同年7月8日, 加工仕様書をそれぞれ示した。その後, 原告商品3の2ndサンプル(型番0205310036)が, 平成17年5月24日から26日までの間開催された展示会に出品され, その直後に各業者からの発注を受けて, メーカーに発注し, 同年8月21日, 下請けが製造した原告商品3がメーカーから原告に納入されて, 同年8月26日, 販売を開始した。

- b) 原告は, 原告商品3は既に完売したため, 展示会等において使用されたサンプル(甲3, 検甲3)を原告商品3の形態を示すものとして提出している。

これに対し, 被告は, ①サンプルといえども品質表示を付するのが通常であるのに, 甲3及び検甲3には品質表示が付されていない, ②甲13は, 顧客が購入した商品にしては新しい, ③展示会の際に配布したものとして提出する甲16の1は本件訴訟のために新たに作成した可能性がある, ④原告の各種商品を示す乙56にも原告商品3は掲載されておらず, その存在が確認されていない, ⑤サンプルと市場に販売するものとは異なるから, 原告の提出したサンプルは, 原告商品3の形態を示すものではない, などと述べ, 原告商品3は, 実際に販売されたものではなく, 原告提出の上記各証拠は, 原告商品3の形態を示すものではないと主張している。

しかし, 原告商品3についても, 原告商品1及び2と同様に a)に認定のとおり販売されたものであることは, 製作指示時から納品・販売時に至るまでの型番が一致すること(甲16の1, 甲17の1ないし4, 甲21の3, 甲34の4及び5), 原告から納品を受けた業者により製品の確認がされていること(甲36の1ないし4)から, 優に認められる。

被告の主張①ないし④がいずれも前記認定を覆すものではないことは原告商品1又は2について述べたところと同様である。また, 被告の主張⑤については, 原告商品3の1stサンプル作成時から量産するに至るまでの指示を記載した甲34の2ないし4をみると, 長袖, 前あきファスナー止めのフード付きパーカーで裾と袖口に別布(レース)を付すという形状には変わりはないこと, 各部分の寸法は, 展示会に出品された2ndサンプルと量産時とを比較すると, 身巾, 袖丈, 裾口巾以外変更されておらず, 上記3か所についても変更は1センチメートル以下であることが認められ

る。そうすると、原告が提出したサンプルと原告商品3の形態はほぼ同一であり、原告提出の甲3、検甲3は、原告商品3の形態を立証するものと認めるのが相当である。

イ 原告商品3と被告商品Cの形態が同一ないし実質的に同一といえるかについて

- a) 原告商品3と被告商品Cの形態と、その同一ないし共通点及び相違点は、第2の1(4)ウに認定したとおりである。

上記認定によれば、原告商品3の形態において特徴的な点は、長袖、前あき金属ファスナー止めのフード付きパーカーで、裾及び袖口の内側から突出するようにレース編み布地が付されていること、左胸部に黒色のワンポイント飾りがあること、生地は灰色、フードを止めるリボン、レース及びワンポイント飾りは黒であることにあり、被告商品Cも同様の特徴を有するものであると認められる。

そして、長袖、前あき金属ファスナー止めのフード付きパーカーで、裾及び袖口の内側から突出するようにレース編み布地が付されていること、左胸部に黒色のワンポイント飾りがあること等の上記特徴は、後記 b) に説示するとおり、これまでの他の商品にみられるありふれたものではなく、創作的なデザインである。

もともと、両商品には、①原告商品3のほうが身幅が広めで丈が短い、②裾レースの突出幅が被告商品Cのほうが約1.8センチメートル長い、③被告商品Cのレース及びワンポイント飾りは取り外しができる、④ファスナーの色と装飾の有無などの相違点もある。

しかし、③は、機能を付加したものであって商品の形態においての相違点とは言いがたい。また、原告商品3の上記特徴が他の製品にはみられない、創作的なものであることからすれば、①及び②は、全体的なシルエットの違いに影響するものの、上記の特徴的な点が共通することに鑑みれば、若干のシルエットの違いは同一性の判断に影響を与えるものではない。さらに、上記④の違いも、生地の灰色とレース等の黒色のコントラストが需要者に与える印象の強さと比較すれば、需要者に与える印象にさして影響を与えない些細な相違にすぎない。

以上によると、原告商品3と被告商品Cの形態は、実質的に同一といえることができる。

- b) これに対し、被告は、灰色のフードパーカーの裾等にレースを施す商品形態は、ありふれた形態であるなどと主張する。

しかし、被告の主張の根拠として提出された乙38ないし43、検乙1ないし5は、その販売時期が不明であるから、被告の主張の裏付けとなる

ものではなく、原告商品3の販売開始時期に、灰色のフードパーカーの裾等にレースを施した商品が販売されていたことを認めるに足りる証拠はない。

ウ 被告商品Cが原告商品3に依拠して作成されたといえるかについて

a) イに認定したとおり、原告商品3と被告商品Cが、その特徴的なデザインが共通しており、実質的に同一であること、及び、原告商品3は、平成17年5月24日から26日までの間に開催された展示会に出品され、同年8月26日から販売され（第2の1(5)）、被告商品Cは、その約4か月後の平成17年12月22日から販売されたものであり、被告が原告商品3に接する機会があったこと（原告の展示会には招待客でなくとも来場可能であり、自ら来場しなくてもインターネット等を通じて展示会に出品された商品について知り得ることは(1)ウ a)②のとおりである。）を併せ考えれば、被告は、原告商品3に依拠して被告商品Cをデザインし、これを製造販売したと認めるのが相当である。

b) これに対し、被告は、被告商品Cのデザイン及びワンポイント飾り（ワッペン）のサンプル依頼は平成17年9月に開始しており、被告商品Cは、被告平成17年当時裾レースを付けることが流行していたのでパーカーの裾にレースをあしらうことにし、ワッペンは、Tシャツにワッペンを付けた海外ブランド商品を参考にしたもので、原告商品3に依拠したものではない旨主張する。しかし、被告が被告商品Cのデザインに着手した時期を示す指示書等の証拠は提出されていない上、仮に被告の主張するとおり平成17年9月に着手していたとしても、上記の原告商品Cの展示会への出品及び販売開始時期に鑑みれば、被告には模倣の機会があったといわざるを得ず、被告の主張は上記認定を覆すものではない。

エ 以上によれば、被告商品Cは、原告商品3の形態を模倣したものと認められ、被告商品Cの製造・輸入・販売等は、不正競争防止法2条1項3号の不正競争行為に該当するものと認められる。

(4) 被告商品Dについて

ア 原告商品4が実際に製造販売されたかについて

a) 証拠（甲15、甲16の2、甲17の1ないし4、甲21の4、甲33の8、甲35の1ないし6、甲37の1ないし3）及び弁論の全趣旨によれば、(1)ア a)①のほか、以下の事実が認められる。

原告商品4については、原告デザイナーによって、平成17年4月ころ、ラフ画（甲35の1）、次いで、指示書（甲35の2）が作成され、上記指示書、原告商品4に使用するレースやボタンの見本（甲35の3、4）

がメーカーに示された。そして、メーカーは、下請けに対し、同年4月7日ころ、デザイン指示書（甲35の5）を示した。その後、原告商品4の2ndサンプル（型番0205310199）が、平成17年5月24日から26日までの間開催された展示会に出品され、その直後に各業者からの発注を受けて、メーカーに発注し、同年9月14日、下請けが製造した原告商品4がメーカーから原告に納入されて、同年9月16日、販売を開始した。

- b) 原告は、原告商品4は既に完売したため、展示会等において使用されたサンプル（甲4、検甲4）を原告商品4の形態を示すものとして提出している。

これに対し、被告は、①サンプルといえども品質表示を付するのが通常であるのに、甲4及び検甲4には品質表示が付されていない、②展示会の際に配布したのものとして提出する甲16の2は本件訴訟のために新たに作成した可能性がある、③原告の各種商品を示す乙56にも原告商品4は掲載されておらず、その存在が確認されていない、④サンプルと市場に販売するものとは異なるから、原告の提出したサンプルは、原告商品4の形態を示すものではない、などと述べ、原告商品4は、実際に販売されたものではなく、原告提出の上記各証拠は、原告商品4の形態を示すものではないと主張している。

しかし、原告商品4についても、原告商品1ないし3と同様に a) に認定のとおり販売されたものであることは、製作指示時から納品・販売時に至るまでの型番が一致すること（甲16の2、甲17の1ないし4、甲21の4、甲35の5及び6）、原告から納品を受けた業者による製品の確認がされていること（甲37の1ないし3）から、優に認められる。被告の主張①ないし③がいずれも前記認定を覆すものではないことは原告商品1ないし3について述べたところと同様である。また、被告の主張④については、原告商品4のラフ画（甲35の1）並びに1stサンプル作成時から量産するに至るまでの指示を記載した甲35の2及び5をみると、襟なし、前あきボタン留めの長袖カーディガンであり、前身頃と後身頃の下の部分、後身頃の上部、両袖の前腕部に、切欠き部分が存在し、その部分にレースを付すという形状には変わりはないこと、各部分の寸法は、展示会に出品された2ndサンプルと量産時とを比較すると、身巾、袖巾、裾口巾以外変更されておらず、上記3か所についても変更は2.5センチメートル以下であることが認められる。そうすると、原告が提出したサンプルと原告商品4の形態はほぼ同一であり、原告提出の甲4、検甲4は、原告商品4の形態を立証するものと認めるのが相当である。

イ 原告商品4と被告商品Dの形態が同一ないし実質的に同一といえるかについて

原告商品4と被告商品Dの形態と、その同一ないし共通点及び相違点は、第2の1(4)エに認定したとおりである。

上記認定によれば、原告商品4の形態において特徴的な点は、①襟なしの丸首、前あきボタン留めの長袖カーディガンで、②前身頃及び後身頃の下の部分（左右脇腹部から背部）にかけて帯状に透かしレース部分があり、また、背面上部及び両袖の前腕部にも透かしレース部分があることである。

これに対し、被告商品Dも①の基本形状は同一ではあり、また、身頃下の部分及び両袖に透かしレース部分もあるものの、背面上部には透かしレース部分はなく、また、その関係で、後身頃下のレース部分が原告商品4よりもやや上にあり、後身頃における生地と透かしレース部分とのバランスが異なるものとなっている。

このように、被告商品Dは、原告商品4の特徴的な部分である、背面部における透かしレース部分の配置と生地とのバランスに相違点があるため、原告商品4とは、その背面部の印象が実質的に異なるものとなっている。また、原告商品4はグレーの地に白色のレースが施されており、地とレースの色のコントラストがさほど強くないのに比べ、被告商品Dは、ピーコック地に白色レースが施されており、地とレースの色のコントラストが強く、さらに、原告商品4においてはウエスト部分がゆったりと太めになっており袖は比較的長いのに対し、被告商品Dにおいてはウエスト部分がやや細身で袖が比較的短いこともあって、両商品の全体的な印象ないし美感が実質的に異なるものとなっている。

以上の相違点は、原告商品4の特徴的形態部分における看過し得ない相違点を含むものであり、両商品の形態の同一性に大きな影響を与えるものである。

したがって、被告商品Dは、原告商品4とその特徴的形態において実質的な相違点を有しており、原告商品4と実質的に同一であると認めることはできない。

ウ 以上によれば、被告商品Dは、原告商品4の形態を模倣したものと認めることはできず、被告商品Dの製造・輸入・販売等は、不正競争防止法2条1項3号の不正競争行為に該当しないと認められる。

2 争点2（損害の発生及びその額）について

(1) 被告が、被告商品A及びCの製造・輸入・販売等により得た利益の額として、被告が主張する金額については、原告は実質的にこれを争わないもの

である。そして、被告が主張する金額以上の利益を得たことを認めるに足りる証拠もない。したがって、被告が被告商品A及びCの製造・輸入・販売等によって得た利益の額は合計309万8362円であると認められる。

よって、原告が被告の上記不正競争行為によって受けた損害の額は、309万8362円と推定される（不正競争防止法5条2項）。

- (2) これに対し、被告は、①原告は当初の予定どおり各原告商品を完売しており、受注生産という原告の販売形態等に照らせば増産の上、シーズン中に販売することは不可能であったから、損害は発生していないし、また、被告商品の販売との間に因果関係はない、②被告商品の販売は、被告商品開発の際の努力（工夫）、営業努力によるブランドイメージ向上等によるものであって、その形態故に被告商品が売れたわけではないから、被告商品の販売との間に因果関係はないなどと主張する。

しかし、本件証拠上、原告には、当初（各原告商品を展示会に出品した直後）受注分以上に商品を製造・販売する能力がなかったとか、契約その他の制限があるために、当初受注分以上に各原告商品を製造・販売することが不可能であったというような事情の存在は、何ら窺われない。すなわち、原告においては、被告による各被告商品の製造販売行為がなければ、さらなる追加注文を受け、原告各商品を製造販売し得た可能性があったことは否定し得ないのであって、原告に何らの損害も発生していないということはできない。そうすると、原告が製造した原告商品1及び3が完売したからといって、原告に損害が発生していないということはできない。

また、他人の商品の形態を模倣した商品の販売行為等を不正競争行為とする趣旨は、後行者（模倣者）は、模倣することによって、商品開発に要する時間、費用、労力等を節約し、商品開発のためのリスクを回避できる一方で、先行した他人の市場先行による利益が損なわれ、後行者と先行者との間に競争上著しい不公平が生じるものであり、このような行為は、他人が資金や労力を投下した成果を盗用するものとして競争上不正な行為であることと解されることにある。そうすると、本件の各原告商品及び各被告商品のような若い女性向けの被服の販売について、ブランドイメージにより影響されることがあることは否定できないとしても、先行者の商品のデザインを模倣することによって、後行者が商品開発の時間、費用等を節約し、利益を得ていることには変わりなく、また、需要者の商品購入の動機がその商品のデザインや形態にはないとまでいうこともできない。したがって、上記被告の主張②も、被告の不正競争行為との因果関係を否定するものではないというべきである。

被告の上記各主張は、いずれも不正競争防止法5条2項における損害額の推定を覆すものということとはできない。

(3) 以上によれば、(1)認定の額をもって、原告が被告の不正競争行為によって受けた損害の額と認めるのが相当である。

3 争点3（謝罪広告の要否）について

原告は、被告の不正競争行為により原告のブランドイメージが毀損されたと主張して謝罪広告を求める。

しかし、被告の不正競争行為によって、取引者・需要者等の間で、被告ではなく原告が商品の形態を模倣したとの誤解が生じ、これにより原告の信用が毀損され、その後も原告の商品開発や販売に悪影響が生じているとの事情を認めるに足りる証拠はない。

したがって、被告の不正競争行為によって原告が受けた損害は、前記被告利益相当額の損害の賠償によって償えば足りるものであり、その上信用回復のための措置を要するものとは認められない。

第5 結論

以上によれば、原告の請求は、被告商品A及びCの製造・輸入・販売等の差止め、上記各被告商品の廃棄、並びに、損害賠償金309万8362円及びこれに対する不法行為の後の日である平成18年3月2日から支払済みまで年5分の割合による金員の支払いを求める限度で理由があるから認容し、その余の請求はいずれも理由がないから棄却することとし、仮執行宣言については、主文記載の限度でこれを相当と認め、その余は却下することとし、主文のとおり判決する。

【高裁の判断】

第1 当事者の求めた裁判

1 控訴人（本件控訴）

- (1) 原判決中、下記(2)ないし(4)に係る控訴人敗訴部分を取り消す。
- (2) 被控訴人は、原判決別紙物件目録2及び4記載の衣服を製造し、販売し、販売のために展示し又は輸入してはならない。
- (3) 被控訴人は、被控訴人所有の前項記載の衣服を廃棄せよ。
- (4) 被控訴人は、控訴人に対し、更に206万0957円及びこれに対する平成18年3月2日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- (5) 訴訟費用は1審、2審を通じ被控訴人の負担とする。

2 被控訴人（本件附帯控訴）

- (1) 原判決中、被控訴人敗訴部分を取り消す。
- (2) 控訴人の請求をいずれも棄却する。
- (3) 訴訟費用は1審、2審を通じ控訴人の負担とする。

第2 事案の概要

本件は、控訴人が、被控訴人に対し、被控訴人が製造、販売等する被告商品AないしDが不正競争防止法2条1項3号にいう商品の形態を模倣するものであるとして、同法3条1項に基づく上記商品の製造等の差止め及び同法4条に基づく損害賠償等を請求したところ、原判決が、被告商品A及びCについて、製造等の差止め及び損害賠償の請求（予備的主張の損害の全額）を認容し、被告商品B及びDについて、控訴人の請求を棄却するなどしたため、被告商品B及びDに係る部分について、控訴人が控訴するとともに、被告商品A及びCに係る部分について、被控訴人が附帯控訴し、原判決のそれぞれの上記敗訴部分の判断を争っている事案である。

控訴人は、原判決において認容された被告商品A及びCに関する損害賠償額については、不服を申し立てていない。

第3 判断

当裁判所の判断も、当審における当事者の主張に照らし、以下のとおり付加するほか、原判決の第4の1ないし3のとおり（ただし、原判決49頁13行目の「また、」から同19行目の「異なるものとなっている。」までを除く。）であるから、これを引用する。

1 争点1（被告商品の製造・販売等は、不正競争防止法2条1項3号の不正競争行為に該当するか）の被告商品Aに関する判断について（被控訴人附帯控訴部分）

原判決は、控訴人の展示会が平成17年8月23日から開催されたことや被控訴人がインターネット等を通じて展示会に出品された商品を知り得ることなどを挙げて、被控訴人は、原告商品1に依拠して被告商品Aをデザインし、製造販売したと判断したのに対し、被控訴人は、控訴人の展示会は閉鎖的なものであること、原告商品1がインターネットを通じ公開された具体的な事実について指摘していないことなどを挙げて、被告商品Aは、原告商品1に依拠してデザインされたものでない旨主張する。

しかし、原告商品1は、平成17年8月23日から25日までの間開催された展示会に出品され、同年11月1日から販売されたところ、被控訴人のデザイナーから下請けメーカーに対するデザイン指示書の作成は同年11月17日であり、平成18年1月12日から被告商品Aが販売されている。

そして、控訴人の展示会は、顧客である卸売業者等を招待して行うものではあるが、招待状がない者でも入場できないわけではないことが記載された証拠（甲28）があるだけでなく、入場者数がごく少人数で、一人一人の入場者の身元を厳密に確認し、また展示内容を秘密にする義務を負わせている

ものとは認められないから、直接、又は、入場者が撮影した商品の写真をインターネットその他によって得るなどして間接に、被控訴人は、原告商品1に接する機会があったといえるのであり、そのことに、原告商品1と被告商品Aは実質的に同一であることや、被告商品Aの販売時期等を考えると、被告商品Aは、原告商品1に依拠してデザインされたものであると認めることが相当である。

被控訴人は、控訴人の展示会が閉鎖的である旨主張するが、上記のとおり、展示会の性質等を考慮しても、被控訴人が展示会の商品に接する機会がなかったとはいえないし、また、原告商品1がインターネットを通じ公開された具体的な事実を示す証拠がないとしても、直接又は間接に、被控訴人が原告商品1に接する機会があったといえることは上記のとおりであり、原告商品1と被告商品Aが実質的に同一であることなど上記の事実を照らせば、原告商品1がインターネットを通じ公開されたことが具体的に認められなくとも、上記認定を左右するものではない。

また、被控訴人は、原告商品1と被告商品Aは、レース業界の4分の1程度のシェアを占める協和レースが前開きの胴回り用に開発した幅広の既成のレースをたまたま採用したところ、女性ファッション界においてレース使いが大きな流行となっていて、原告商品1もこの潮流下における商品であり、自ら開発したものではない既成レースの当然に想定された使用方法の採用をもって、被告商品Aが原告商品1に依拠したものと認定することは妥当ではない旨主張する。

しかし、既成のレースを使用しても同一の形態の商品が開発されるとは限らないのであり、上記のとおり、原告商品1と被告商品Aは実質的に同一であることや、被告商品Aの販売時期等を考えると、被告商品Aは、原告商品1に依拠してデザインされたものであると認めることが相当であり、被控訴人が主張する既成のレースの使用やレースを使うことが流行であったことなどが、上記認定を左右するものではない。

したがって、被告商品Aが原告商品1に依拠してデザインされたものでないことをいう被控訴人の主張は採用できない。

2 争点1 (被告商品の製造・販売等は、不正競争防止法2条1項3号の不正競争行為に該当するか) の被告商品Bに関する判断について (控訴人控訴部分)

- (1) 原判決は、原告商品2と被告商品Bが実質的に同一であると判断したのに対し、被控訴人は、両商品に使用されているレースがいずれも協和レースから市販されていたレースであること、そのレースを本来の施し方に沿って、定番のノースリーブに使用したことなどから、レースの形態の共通性を理由

として両商品の同一性が認められることはできない旨主張し、また、原告商品2と被告商品Bのシルエットが異なるとして、両商品が同一でない旨主張する。

不正競争防止法は、他人の商品の形態を模倣した商品の譲渡等を禁止するところ、「模倣」とは、他人の商品の形態に依拠して、これと実質的に同一の形態の商品を作り出すことをいい（同法2条5項）、「商品の形態」とは、需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様等をいう（同条4項）。そして、商品の外部の形状等が同一であれば、同一の形態の商品とされるのであって、市販品を利用して作り出された形態が、具体的事実関係により、他人の商品に依拠したものではないなどとされることがあるとしても、外部の形状等が同一であるにもかかわらず、商品に市販品を使用したことによって、直ちに商品の形態の同一性が否定されるものではなく、被控訴人の主張は採用できない。なお、ノースリーブのノースリーブのシャツのV字型の開口部にレースを施すことは、商品の機能を確保するための不可欠な形態（同法2条1項3号括弧書）ではない。

また、洋服のシルエットが相違することにより、商品の形態の同一性が否定されることはあるが、シルエットの異なる度合いなども考慮し、その相違が商品の全体的形態に与える影響によって、形態の同一性を判断すべきところ、本件においては、原告商品2と被告商品Bについては、袖がなく（ノースリーブ）、襟割りが幅広でV字状に開いたシャツであり、生地は、白色で、身丈方向に縞模様状の凹凸があり、V字状の襟割り部分に協和レース製の同じ白いレース編み布地を付しているという同一ないし共通点があるのに対し、シルエットに影響する相違点は、基本形状について、原告商品2は、全体が大きく長くゆったりとし、上から下まで同じ周囲のいわゆる寸胴型のデザインであるのに対し、被告商品Bは、全体が小さく短くほっそりとしていて、ウエスト部分が細くなっているというものである。そして、上記相違について、その程度を考慮すると、上記のような同一ないし共通点があり、それが商品の特徴的な点であるノースリーブのシャツの原告商品2と被告商品Bにおいて、上記の相違は、商品の全体的形態に与える変化が乏しく、商品全体から見るとささいな相違にとどまると評価することが相当である。

したがって、原告商品2と被告商品Bの形態が同一でないことをいう被控訴人の主張は採用できない。

- (2) 原判決は、被告先行商品の存在を理由に、被告商品Bは、原告商品2に依拠したものでないとしたのに対し、控訴人は、被告先行商品が被告商品Bとは異なる印象を与えるものであること、被控訴人に模倣体質があることを挙げて、被告商品Bが原告商品2に依拠してデザインされたものである旨主

張する。

確かに、被告先行商品と被告商品Bをみると、被告先行商品は、シャツの前面にロゴが付され、レースを襟ぐりの背面に施したものであるのに対し、被告商品Bは、シャツの前面にロゴを付すものではなく、レースを襟ぐりの前面に施したものであり、また、両商品に付されているレースは同じではないから、両商品には異なる点がある。

しかし、被告先行商品と被告商品Bは、シンプルなノースリーブのシャツの襟ぐりにレースを付していることで共通していて、被告商品Bに付されたレースは、被告商品Bの製造当時に、協和レースによって市販されているものであったこと、そのレースは、その形状から襟ぐりに施すことが考えられるものであったこと、ロゴの有無はその他のデザインとの関係で変更をすることが容易であることなどを考慮すると、被控訴人が、シンプルなノースリーブのシャツの襟ぐりにレースを付した被告先行商品を既に開発していたとき、市販されているレースを同様のノースリーブのシャツの襟ぐりに掛け、被告商品Bをデザインすることが可能であったといえるのであり、被告商品Bが、原告商品2に依拠しているものであると認めることはできない。

また、被控訴人の商品には、被告商品A及びCのように、控訴人の商品の形態を模倣していると認められるものもあるのであるが、そのことによって、被控訴人の商品がすべて他人の商品の形態を模倣しているものとなるものではなく、被控訴人の商品の中で、他人の商品の形態を模倣したものの割合も不明であり、他人の商品の形態を模倣した商品が存在していることを根拠として、被告商品Bにつき、原告商品2に依拠していると認めることはできない。

したがって、被告商品Bが原告商品2に依拠してデザインされたものであることをいう控訴人の主張は採用できない。

3 争点1（被告商品の製造・販売等は、不正競争防止法2条1項3号の不正競争行為に該当するか）の被告商品Cに関する判断について（被控訴人附帯控訴部分）

- (1) 原判決は、原告商品3の形態として、長袖、前あき金属ファスナー止めのフード付きパーカーで、裾及び袖口の内側から突出するようにレース編み布地が付されていること、左胸部に黒色のワンポイント飾りがあることであり、これらは他の商品に見られるありふれたものでないのに対し、被控訴人は、それらの特徴を備える商品は原告商品3以前に存在し、原告商品3は、それらの要素を当たり前の手法で組み合わせたにすぎず、原告商品3と被告商品Cとに実質的に同一性がない旨主張する。

しかし、不正競争防止法2条1項3号の規定によって保護される商品の形態とは、商品全体の形態である。そして、上記のような原告商品3の商品全体の形態について、原告商品3の前に、これと同様の形態が存在したとは認められず、また、同様の形態が存在しないことから、その組合せが個性を有しないというものではないから、このような原告商品3の形態は、他の商品に見られるありふれたものではない。

被控訴人は、その個々の部分を取り上げて、それらの特徴を備える商品が存在したことやそれを当たり前の手法で組み合わせたものにすぎないとするのであるが、ここで問題となるのは、商品全体の形態が同一であるかどうかであり、個々の要素がありふれたものであることやその組合せが容易であるか否かではないから、ありふれた要素を当たり前の手法で組み合わせたにすぎないことに基づき原告商品3と被告商品Cとに実質的に同一性がないとする被控訴人の主張は、失当である。

- (2) 被控訴人は、原告商品3と被告商品Cはレースの取外しができる点で異なり、実質的に同一でない旨主張する。

被告商品Cは、袖口と裾口のレースがボタンによって取外し可能であると認められる。しかし、不正競争防止法において、「商品の形態」とは、需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部の形状等及びその形状に結合した模様等をいう（不正競争防止法2条4項）ところ、被告商品Cにおいて、袖口及び裾口のレースを付けることは、需要者による通常の用法に従った使用ということができるのであるから、袖口及び裾口のレースを付けた状態の形状等を被告商品Cの形態ということが出来る。

被控訴人は、被告商品Cは、袖口及び裾口のレースが取り外しでき、レースを付けたもの以外は商品の形態に同一性がないことをいうのであるが、レースを付けた状態が通常の用法に従った使用であるといえる以上、その形態を被告商品Cの形態ということができ、被告商品Cのレースが取り外しできることによって、被告商品Cが、袖口及び裾口にレースを付けた上記形態を有するといえなくなるものではないから、被控訴人の主張は上記認定判断を左右するものではない。

なお、被控訴人の主張中には、はみ出すレースの長さ、面積の相違から、原告商品3と被告商品Cが実質的に同一でないといえる部分もあり、確かに、裾のレース部分について、原告商品3においては、衣服丈の下端部から下に約2センチメートル突出しているのに対し、被告商品Cにおいては、衣服丈の下端部から下に約3.8センチメートル突出しているのであるが、原告商品3と被告商品Cとの全体の形態を比較したとき、この相違は、その小

さきからも、商品の全体的形態に与える変化が乏しく、商品全体から見るとささいな相違にとどまると評価することが相当である。

- (3) 被控訴人は、原告商品3と被告商品Cはシルエットが異なり、実質的に同一でない旨主張する。

前記のとおり、洋服のシルエットの相違について、シルエットの異なる度合いなども考慮し、その相違が商品の全体的形態に与える影響によって、形態の同一性を判断すべきである。

原告商品3と被告商品Cは、長袖、前あき金属ファスナー留めのフード付きパーカーであり、生地は灰色であり、フードは黒いリボンで窄めることができ、衣服丈の下端部内側から数センチメートル突出するように、胴の周方向に黒色のレース編み布地が付され、両袖下端部内側から突出するように、袖の周方向に黒色のレース編み布地が付され、左胸部に黒色のワンポイント飾りが施されている点で共通する。他方、被控訴人が主張するシルエットに関する部分については、原告商品3の方が身幅が広めで丈が長く、裾レースの突出量が被告商品Cの方が約1.8センチメートル長いなどの違いがあり、これらにより原告商品3と被告商品Cのシルエットは異なると認められる。

ここで、原告商品3と被告商品Cは、どちらも、上着として使用できるフード付きパーカーであって、身幅、丈の違い等の上記相違について、その程度を考慮すると、上記のような共通点があり、それが商品の特徴的な部分であるといえるフード付きパーカーの原告商品3と被告商品Cにおいて、上記相違点は、商品の全体的形態に与える変化が乏しく、商品全体から見るとささいな相違にとどまると評価することが相当である。

また、被控訴人は、原告商品3は身幅が広めで上着としての着用に限られ、丈が短く10代後半を中心とする商品であるのに対し、被告商品Cはインナーとしてその上に更に重ねてコートやジャンパーも着用でき、細身の着丈の長いシルエットであって、10代後半より年上のOLなどが着回して着用できるものなど、使用目的などが異なり、代替可能な商品の関係にあるものではない旨主張する。

しかし、本件においては、商品の形態の同一性が問題となっていて、被控訴人が主張するシルエットの違いを考慮しても、商品の特徴的な部分の同一性から、原告商品3と被告商品Cの形態が実質的に同一であると認められることは上記のとおりであり、被控訴人主張は、上記認定判断を左右するものではない。

- (4) 被控訴人は、原告商品3と被告商品Cはワンポイント飾りが異なり、実質的に同一でない旨主張する。

しかし、ワンポイント飾りを付すか否かなどと比べ、そのワンポイント飾

りの内容を相違させることは容易に着想できるものであり、改変の程度も、商品全体の形態との比較で小さな改変といえるものであり、ワンポイント飾りの内容の相違は、わずかな改変であって商品の全体的形態に与える変化が乏しく、商品全体からみてささいな相違にとどまると評価することが相当であるから、ワンポイント飾りが異なることを根拠として原告商品3と被告商品Cが実質的に同一でないことをいう被控訴人の主張は採用できない。

- (5) 被控訴人は、被告商品Cは、原告商品3と無関係に開発されたものが、パーカーとして基本的な形態であったため、当時の流行のもと、たまたま近似するデザインになったにすぎないとして、被告商品Cは原告商品3に依拠していない旨主張する。

しかし、原告商品3は、平成17年5月24日から26日までの間に開催された展示会に出品され、同年8月26日から販売され、被告商品Cは、同年12月22日から販売されたものである。

そして、当時洋服にレースを使うことが流行していたとしても、被告商品Cの形態が決して単純なものとはいえないこと、同商品のデザインがされる過程を裏付ける書証がないことに、被告商品Cの販売前に、被控訴人が原告商品3に接する機会があったこと、原告商品3と被告商品Cが実質的に同一といえるものであることを考慮すれば、被告商品Cは、原告商品3に依拠したものと認められる。

さらに、被控訴人は、不正競争防止法の趣旨から、仮に、後行者の商品が先行者の商品に依拠して商品化したものと認定したとしても、後行者が商品化のために資金・労力を投下して新たに形態を案出している場合には、先行者の開発費用にただ乗りしたという関係にはなく、先行者の商品と後行者の商品との間には、実質的同一性、依拠した関係は認めらず、被告商品Cの開発、製造に当たって、原告商品3の存在により節減できる費用は想定されず、被告商品Cが先行者の開発費用にただ乗りしたという関係にはない旨主張する。

しかし、被告商品Cは、原告商品3と実質的に同一の形態であり、それに依拠していると認められるから、被控訴人は先行者の開発した形態を利用しているといえるのであり、被控訴人の主張は採用できない。

4 争点1 (被告商品の製造・販売等は、不正競争防止法2条1項3号の不正競争行為に該当するか) の被告商品Dに関する判断について (控訴人控訴部分)

- (1) 原判決は、原告商品4と被告商品Dの形態の実質的同一性を否定したのに対し、控訴人は、両商品の基本的形状は同一であること、原告商品4の最も顕著な特徴である見頃下の部分及び両袖(前腕部)に透かしレース部分が

付されていることが同一であること、相違点はいずれもわずかな改変に基づくものであることなどを挙げて、原審の判断が誤りである旨主張する。

しかし、レースが付されている長袖カーディガンにおいて、レースをどこに付すかや後身頃における生地とレース部分とのバランスは、商品の形態に変化を与える重要な要素といえるものであり、原告商品4と被告商品Dは、背面部における透かしレース部分の配置と生地とのバランスに顕著な相違があり、原告商品4と被告商品Dは、形態が実質的に同一であるということはいえない。

控訴人は、原告商品4の最も顕著な特徴が被告商品Dにみられ、背面上部のレースを付さなくても全体的な印象に変化はないことなどをいう。しかし、原告商品4と被告商品Dが、カーディガンの見頃下の部分や両袖に透かしレース部分が付されている点において共通しているとしても、そのような部分にレースを施すこと自体が保護されるのではなく、原告商品4の具体的な形態が保護されるのであり、レースが付されている長袖カーディガンにおいて、背面上部にレースを付すか否かや後身頃における生地とレース部分とのバランスの顕著な相違は、商品の形態に変化を与えるものといえることができ、原告商品4と被告商品Dの形態が実質的に同一であるとはいえない。

(2) 原判決は、原告商品4の地とレースの色のコントラストがさほど強くないが、被告商品Dはそのコントラストが強いと判断したのに対し、控訴人は、原告商品にも被告商品にもカラーバリエーションがあり、コントラストの強弱によって原告商品4と被告商品Dの実質的同一性を否定したことは誤りである旨主張する。

確かに、証拠（乙63の2、3、乙76の16、19、23）によれば、被告商品Dには、カラーバリエーションがあり、地とレースの色のコントラストは、そのカラーバリエーションによって異なるともいえるが、原告商品4と被告商品Dの地とレースの色のコントラストの強弱を考慮しなくとも、前記(1)のとおり、レースの施し方の顕著な違いなどから、原告商品4と被告商品Dの形態は、実質的に同一とはいえないものである。

したがって、原告商品4と被告商品Dの実質的同一性を否定できないことをいう被控訴人の主張は採用できない。

5 争点2（損害の発生及びその額）について

被控訴人は、被控訴人の販売と控訴人の損害との因果関係がない旨主張し、その根拠として、控訴人代表者の陳述書（甲28）は、量産後は追加の発注を予定していないことを示し、また、発注書（甲17）は、追加のオーダーが極めて例外で、本来の発注期間（展示会終了後3日間）終了後、実際の量産開始

前の数日間しか注文が予定されていないことを示すとする。

しかし、それらの証拠によって、控訴人が、一般的に展示会の直後に注文を受け付けていたことなどが認められるとしても、当初受注後に、控訴人が新たに原告商品を製造・販売することが、契約上又は事実上、不可能であったとの事情を認めることはできないのであり、被控訴人の販売と控訴人の損害との間に因果関係がないことをいう被控訴人の主張は理由がない。

その他、被控訴人は、原審における訴訟経過などをいい、被控訴人の販売と控訴人の損害との間に因果関係がないことをいうが、被控訴人主張のような訴訟経過があるとしても、前記引用に係る原判決の第4の2(2)及び上記説示に照らし、被控訴人の主張を採用することができない。

- 6 以上によれば、控訴人による本件控訴及び被控訴人による本件附帯控訴はいずれも理由がないから、これらを棄却することとし、主文のとおり判決する。

〔論説に代えて〕

以下は、商標協会不正競争部会2008年3月12日において発表した報告書の一部であり、そこでは【感想】としている。

【感想】

1. 地裁判決も高裁判決も、総体的に見れば妥当といえるのではなかろうか。
ただ、「実質的同一性」の認定範囲が、同一性を離れて類似の方向に向っている傾向にあるように見える。→実質的同一性と類似との違いは何かを考える。
また、同法条項による保護は、従来ありふれていない創作されたデザインの保護にあることが明らかになったといえる。不競法が保護法益とするものは、競業者による不正競争の防止という消極的な面であって、創作デザインの保護という意匠法や著作権法の保護法益の積極的な面とは違うけれども、3年間ではあるが非登録デザイン権(Unregistered Design Right)の保護の面を持っているから、この規定による不競法の利用度はますます大きくなるといえる。
→イギリス法やEUデザイン法との関係を、下記3.4.で見ると見る。
2. 損害賠償額の算定法について、地裁は不競法5条2項を適用したが、本件では被告側で当該金額について具体的に呈示したことから、原告はこれについて実質的に争わず、また反対証拠も提出していなかったから、これで妥結したといえるようである。
→しかし、被告が主張している商品の売上げにからむ諸要素については、裁判

所は証拠調べなどをして精査すべきではなかったのかと思う。

3. イギリスの場合

英国は、passing off に関する判例法は確立しているが、不正競争防止法は存在しなかった。しかし、1988年11月に成立し、1989年8月1日に施行した「著作権デザイン特許法 (Copyright, Designs and Patent Act 1988)」(以下、CDPA 1988 という。)による「非登録デザイン権」の10年間の保護は、正にデザイン保護のための不正競争防止法といえるものである。同法は、「デザイン (design)」を次の3つのスキームによって保護する規定を有する。

- (1) 著作権による保護 (51条～53条)
- (2) デザイン権による保護 (213条～264条)
- (3) 登録デザインによる保護 (265条～273条)

このうち「デザイン権 (Design Right)」は、CDPA 1988で新設された「非登録のデザイン権 (unregistered design right)」であり、特に「独創的なデザイン (original design)」に原始的に発生する所有権として保護するものである (213条(1))。

デザインは、その創作時に当デザイン業界においてありふれた平凡なものであれば、「独創的 (original)」とはいえない (213条(4))。

デザイン権は、そのデザインがデザイン文書に記載された時、またはそのデザインによる物品が製作された時に発生する。

このデザイン権の存続期間は、次の場合のいずれかである (216条(1))。

- (a) そのデザインが、デザイン文書に最初に記載された年、またはそのデザインを最初に物品に製作した年の終りの、いずれか早い方から起算して15年間。
- (b) そのデザインを製作した物品が、その製作年の終りから5年以内に流通におかれた場合は、最初にそれを流通においた年の終りから10年間。

流通におかれた物品とは、デザイン権者自身またはその被許諾者が、世界中のどこかで流通においたことをいう (216条(2))。

デザイン権者は、英国内において、そのデザインを物品に製作することによってまたはそのデザインを物品に製作せしめるために記録するデザイン文書を作成することによって、そのデザインを商業目的のために実施する排他権を有する (216条(1))。

そのデザインを物品に製作することによるデザインの実施とは、そのデザインどおりにまたは実質的に変わらずに物品を製作することによって、そのデザインをコピーすることをいう (226条(2))。

デザイン権は、デザイン権者の許諾なしにデザイン権者の排他権を犯すならば侵害となる（226条(3)）。

4．EUの場合

(1) 非登録デザイン権 (Unregistered Community Designs 2002年3月6日施行)

- 1) 非登録デザイン権は、オリジナル・デザインと同一の全体的印象をもつデザインの製作に関し、いかなる物品にも、第三者がそのデザインのコピーをすることを禁止するEU地域に及ぶ権利である。
- 2) 非登録デザイン権の保護期間は、EU地域において最初に実施された時から3年間である。
- 3) 英国の非登録デザイン権とは違い、殆ど何人も、共同体の非登録デザイン権を有することができる。
- 4) この権利は、新しい国内法による国内登録デザイン権と同様、実質的に同一のデザイン形態を保護する。しかし、登録デザイン権と違い、コピーを禁止することを権利者に許すだけである。

(2) 登録デザイン権 (Registered Community Designs 2003年4月1日施行)

- 1) この登録デザイン権は、商標権と同様、EU加盟国に及ぶ単一のデザイン登録による権利であり、調査も異議期間もないこと以外は、商標権とほぼ同じ手続によって発生する。
- 2) 登録は、迅速、安価、単純であり、その有効性を争うことは登録後になる。
- 3) 登録デザイン権の保護期間は、出願日（登録日）から25年間であるが、5年毎に更新登録料を支払わねばならない。

〔3．4．についての出典：牛木理一「商品形態の保護と不正競争防止法」175頁以下．経済産業調査会2004〕

〔牛木 理一〕

物 件 目 録

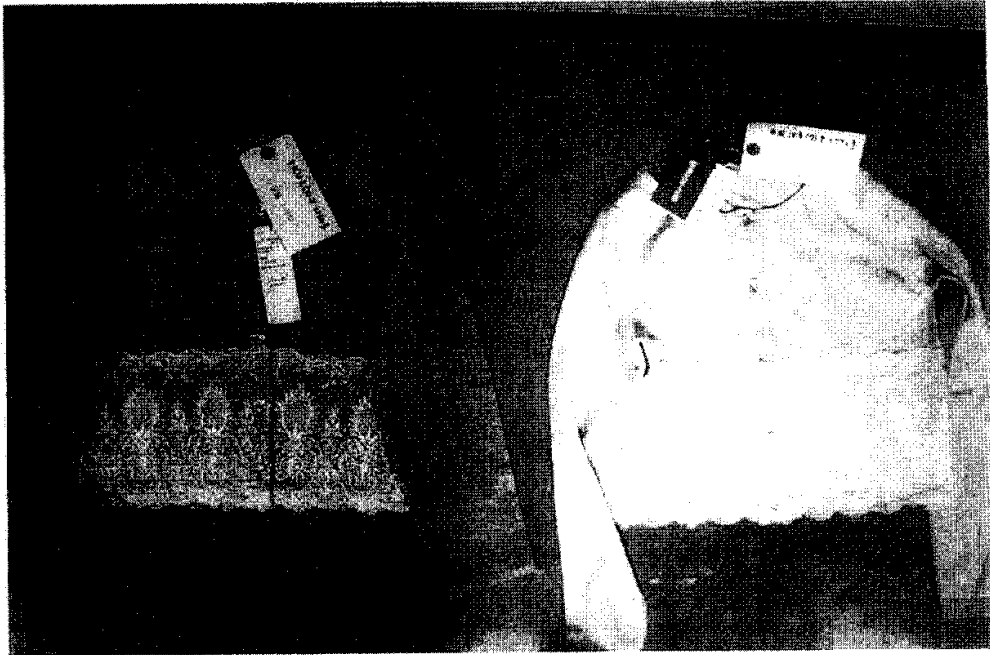
- 1 ブランド名として「Apuweiser-riche」が付された、商品番号「62583500」のカーディガン
- 2 ブランド名として「Apuweiser-riche」が付された、商品番号「63907800」のノースリーブシャツ
- 3 ブランド名として「Apuweiser-riche」が付された、商品番号「63907000」のフードパーカー
- 4 ブランド名として「Apuweiser-riche」が付された、商品番号「53569900」のカーディガン

(別紙)

写真目録

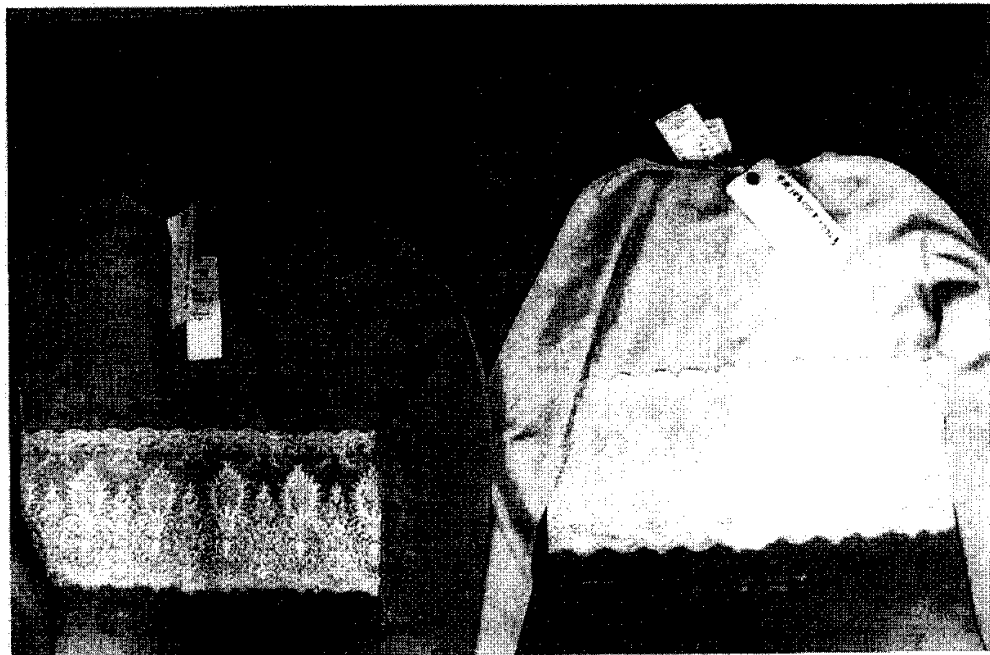
左側：原告商品(1)正面

右側：被告商品A 正面



左側：原告商品(1)背面

右側：被告商品A 背面



左側：原告商品(2)正 面

右側：被告商品B 正 面



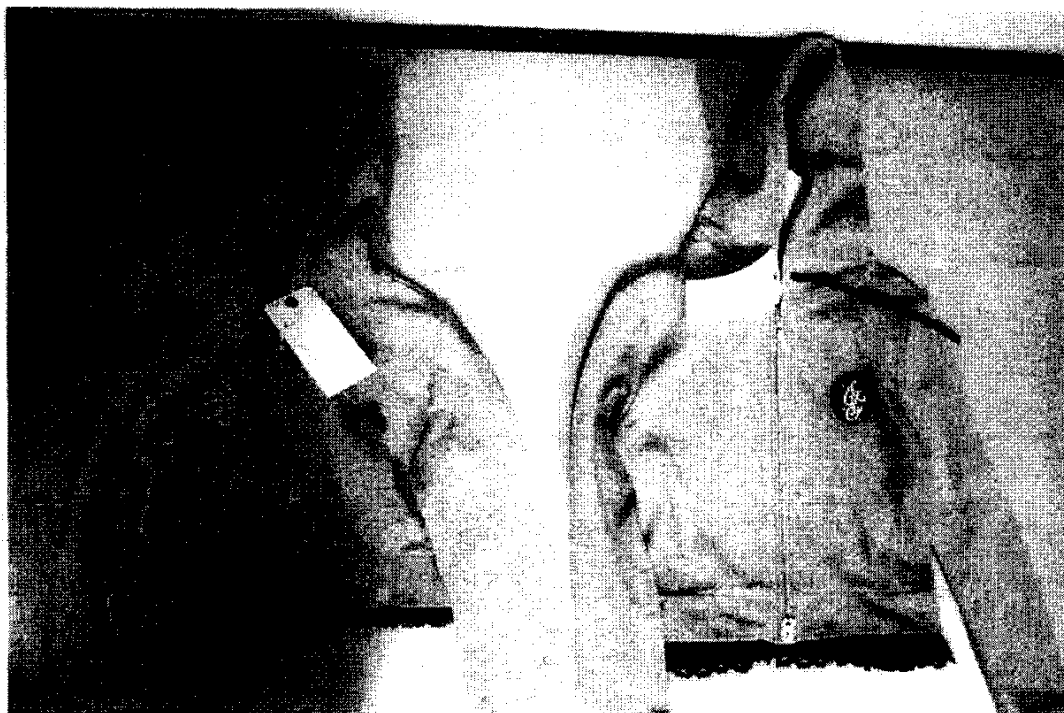
左側：原告商品(2)背 面

右側：被告商品B 背 面



左側：原告商品(3)正 面

右側：被告商品C 正 面



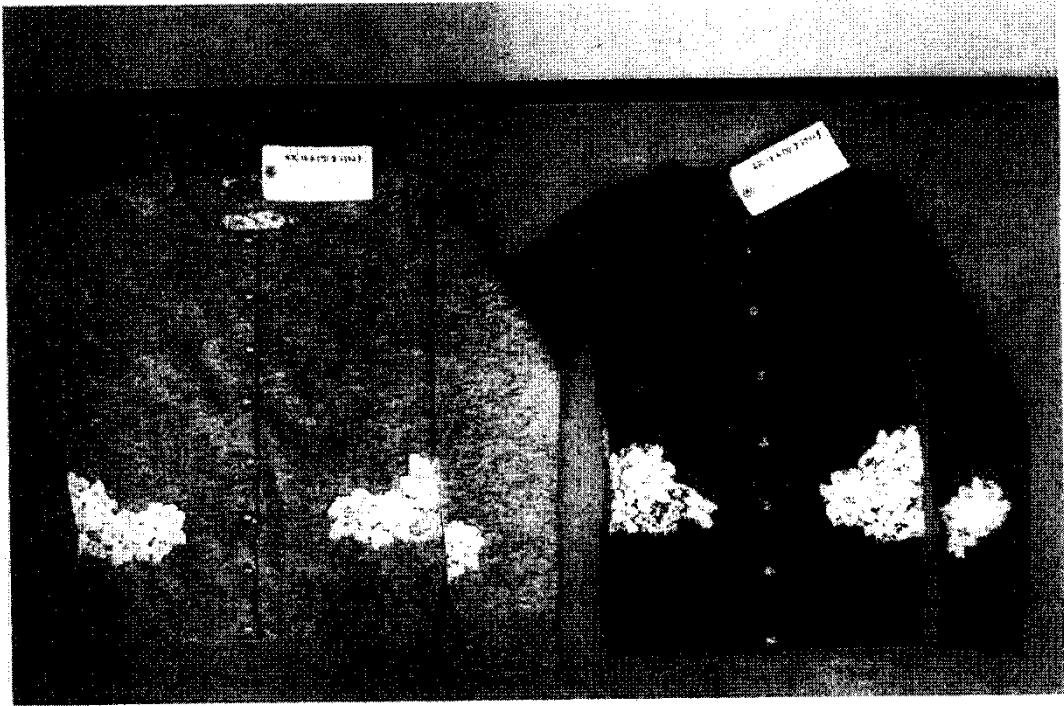
左側：原告商品(3)背 面

右側：被告商品C 背 面



左側：原告商品(4)正 面

右側：被告商品D 正 面



左側：原告商品(4)背 面

右側：被告商品D 背 面

