

「ブラジャー」商品形態・不正競争行為差止等請求控訴事件：大阪高裁平成17(ネ)2866・平成18年4月19日(民8部)判決 棄却 C 1 - 2 9 参照

〔キーワード〕

同種商品が通常有する形態，商品の形態，特許公報記載の図面，実質的同一性，商品形態の模倣，商品形態の質感・光沢

〔判 断〕

1 不正競争防止法2条1項3号の主張について

(1) 争点(3)ア(通常有する形態)について

ア 検甲1号証によれば，控訴人商品の形態は次のとおりであると認められる。

(ア) 基本的形態

- a 独立した左右2個のカップから成るブラジャーである。
- b 肩ひも，横ベルト等の身体に装着する部材がない。
- c 2個のカップの相対する部分に両カップを連結するフロントホックが設けられている。
- d 左右2個のカップは，前面視(原判決別紙「原告商品目録(原告)」添付写真の第2図及び第3図)でいずれも略半円形をしている。

(イ) 具体的形態

- a 全体に肉厚で，プヨプヨしていて，すぐに形が崩れる軟らかい質感を有している。
- b カップは，表面及び裏面とも全体に肌色のシリコンを薄いビニールで包んだような半透明上の膜で覆われ，周辺部ほど肌色が薄くなり，表面には細かな皺が寄る。
- c カップの裏面は，粘着層があり，これに由来する光沢がある。

イ 控訴人商品が市場で販売されるより前に，次のブラジャーが市場で販売されていたことは，当事者間に争いが無い。

(ア) 商品名「MAGICUPS」(検乙1)

(イ) 商品名「Swivelift」(検乙2)

(ウ) 商品名「STAYKUPS」(検乙3)

(エ) 商品名「The CLEARLY NATURAL」(検乙7)

(オ) 商品名「Extreme Plunge」(検乙8)

ウ 控訴人商品の基本的形態とこれら従来商品の基本的形態とを比較検討すると次のとおりである。

(ア) 「MAGICUPS」は，控訴人商品の基本的形態のうちのa及びbを備えて

いる点で共通するが、同 c を備えておらず、同 d についてはカップの形状が異なる上、カップの周縁部にカップ裏面を身体とテープで接着させるための平坦部が設けられている点で異なる。

(イ) 「Swivelift」は、控訴人商品の基本的形態のうちの a、b 及び c を備えているが、同 d についてはカップの形状が異なる上、カップの周縁部にカップ裏面を身体とテープで接着させるための平坦部が設けられている点で異なる。

(ウ) 「STAYKUPS」は、控訴人商品の基本的形態のうちの a、b を備えているが、同 c についてはフロントホックが設けられていないからこれを備えておらず、同 d についてはカップの形状が異なる上、カップの周縁部にカップ裏面を身体とテープで接着させるための平坦部が設けられている点で異なる。

(エ) 「The CLEARLY NATURAL」は、そもそも左右のカップが一体となっていて、控訴人商品の基本的形態のうちの a、c を具備しない。また、肩ひもは具備しないが、カップ横から脇にかけて伸ばされた部分を具備しており、この部分の裏面を身体とテープで接着させる構造になっていることから同 b と異なる。なおカップ自体の形状は同 d と共通している。

(オ) 「Extreme Plunge」も、「The CLEARLY NATURAL」と同様である。

エ このように、控訴人商品の基本的形態の各構成要素はいずれも従来商品の中に見られるものであるが、従来商品は、いずれも控訴人商品の基本的形態の構成要素の一部を具備するにとどまり、控訴人商品の基本的形態の構成要素の全てを具備したものは存しない。したがって、控訴人商品の形態上の特徴は、まず、その基本的形態において、従来商品では一部ずつ採用されていた個々の構成要素を 1 個の商品形態の中に併せて採用した点にあるといえる。

しかし同時に、控訴人商品の前記具体的形態も、カップ表面が布地様で、レースや柄模様で装飾的な形態を追求する一般的なブラジャー（前掲の各検乙号証のブラジャーは、いずれもカップ表面が布地様であるし、乙 1 の 1 ないし 7 並びに乙 1 2 の 2 ないし 7 及び 9 の各女性ファッション雑誌掲載記事に見られるブラジャーは装飾を凝らしている。）とは対極に位置し、被控訴人が主張するように人間のコラーゲン質を想起させるようなブヨブヨした生々しい質感を有する点で例を見ないものであり、やはり控訴人商品の形態の大きな特徴をなすものであるというべきである。

この点について、控訴人は、不正競争防止法 2 条 1 項 3 号にいう「商品の形態」とは、商品の外観の態様をいうものであって、質感は当該形状に結合している場合、すなわち質感と当該形状が不可分一体となっており、かつ質感が当該商品の形態を特徴づけている場合のみ形態の一要素として把握され

るものであるところ、控訴人商品においては、カップの形状と質感は不可分なものではないから、質感は、控訴人商品の形態の要素ではないと主張する。

しかし、同号にいう「商品の形態」とは、具体的には、商品の形状、模様（図柄）、色彩（色相、明度、彩度等）、質量感、光沢感などであって、視覚によってのみ感得し得るものだけではなく、需要者が当該商品を通常の用法に従って使用するにあたり知覚によって認識することができる態様も含まれる。そうすると、独立した左右2個のカップから成るブラジャーである控訴人商品が、全体に肉厚で、プヨプヨしていて、すぐに形が崩れる軟らかい質感を有しており、その点（前記認定に係る控訴人商品の具体的形態a）において、上記の一般的なブラジャーと対極に位置している以上、上記質感を控訴人商品の特徴をなすものとみるのが相当である。

また、控訴人商品がカップ裏面に粘着層を備えていることは、カップの裏面に光沢があることから、直ちに、すなわち視覚的に感得されるものではないが、需要者が控訴人商品を装用するにあたり、その手触りや肌触りによって知覚的に認識することができるから、控訴人商品の場合には、粘着層があり、これに由来する光沢があること（前記認定に係る控訴人商品の具体的形態c）を、商品の形態の一要素として把握することができる。

さらに、控訴人は、前記従来商品（検乙1～3、7及び8のブラジャー）は、商品化されているとしても、その販売量は極めて些かと推測されるブラジャーであって、一般的なブラジャーではなく、当業者が調査しなければ発見できなかったようなブラジャーに過ぎず、需要者である一般消費者からすれば、単に特許公報に図面が記載されているだけで実際に商品化されていないブラジャーと同じであるから、上記従来商品の存在を前提にして、控訴人商品の形態の特徴に質感等の特徴を加えるべきではない旨主張する。

しかし、前記従来商品のうち、「MAGICUPS」（検乙1）については、女性ファッション雑誌「Can Cam」平成12年4月号（乙1の4）、同「Chou Chou」同年5月30日～6月12日号（乙1の1）、同「Domani」同年6月号（乙1の5）、同「Ray」同年8月号（乙1の2）、同「bea's up」同年8月号（乙1の3）、同「Muffin」平成13年8月号（乙1の6）及び同「VERY」平成14年6月号（乙1の7）において、写真付きで「肩を出すタイプのドレスに便利な貼るだけのブラ。」「ストラップレスのマジカップ」、「...カップを直接貼り付けるマジカップ。」「このブラはシールで貼り付けるだけ。」などと紹介され、日本国内に商品として存在し、需要者に認識されていたことが認められる。また、控訴人商品の製造者であるブラジェル社が控訴人商品に関して取得した日本の実用新案登録に係る登録実用新案公報（乙18）によれば、「考案の名称」は「ス

トラップ、バックのないブラジャー構造」であり、「考案の詳細な説明」の「従来の技術」の項において、「…バックが大きく開いた服やバックが開いたランニングを着る女性にとっては、従来のブラジャーは着けられない。このため、ストラップ、バックのないブラジャーが現れている。これは永久的ではない粘着式粘着帯や、使い捨て式両面粘着帯をブラジャーと使用者の皮膚に固定する。更に公知のストラップ、バックのないブラジャーは、ブラジャーカップ内表面層から伸びた接続片によってブラジャーカップを使用者の皮膚上に固定するもので、有限の措置であるが、乳房間溝やバストアップ効果が僅かに取り入れられている。」、「考案が解決しようとする課題」の項には、「…本考案は、永久に有効で且つ重複使用できる粘着剤によって、使用者が接続片を使用することなく、ブラジャーを必要な位置に定位し、ブラジャーの移動を防ぐストラップ、バックのないブラジャー構造を提供することを課題とする。」と記載されている（乙18の1枚目及び7～8枚目）。そして、ブラジェル社が上記実用新案に関する出願を行ったのは平成15年1月20日である（乙18）から、その時点において既に、ストラップ（肩ひも）もバック（横ベルト）もないブラジャーとして、前記従来商品のうち「The CLEARLY NATURAL」（検乙7）及び「Extreme Plunge」（検乙8）と同様に、カップの横から脇にかけて伸ばされた部分を具備しており、この部分の裏面を身体とテープで接着させる構造となっているブラジャーが市場において存在し、かつ公知となっていたことを、控訴人商品の製造者であるブラジェル社自身が自認していたことが認められる。しかも、女性ファッション雑誌「Muffin」平成14年6月号（乙26）には、上記構造を有するブラジャーが写真付きで「背中があいた服にも使える！究極のヌーディブラ」、「バックレスブラ」、「サイドを専用のシール（3枚入り）で貼るだけ。」として紹介されており、日本国内に商品として存在し、需要者に認識されていたことが認められる。

オ このように控訴人商品の形態は、その基本的形態及び具体的形態ともに特徴があるから、これが「同種の商品が通常有する形態」であるとはいえない。

被控訴人は、前記従来商品の他に、種々の特許公報に記載されたブラジャーの形態を指摘する。

しかし、不正競争防止法2条1項3号は、先行者が資金や労力を投下して開発・商品化した新たな商品の形態について、後行者がこれを模倣して先行者の開発成果にただ乗りするのを防止する趣旨に出るものであるから、「同種の商品が通常有する形態」であるか否かは、実際に商品化されたものに基づいて判断すべきであり、単に特許公報に図面が記載されているだけでは足りないというべきである。

また、被控訴人は、控訴人商品の形態は「ストラップレス・バックレス・ブラジャー」なるタイプのブラジャーにおいて、その機能及び効用を実現するために必然的に選択される形態であると主張する。

しかし、被控訴人が「ストラップレス・バックレス・ブラジャー」なるタイプのブラジャーであると主張する前記従来商品の商品形態と控訴人商品の商品形態とが、基本的形態及び具体的形態のいずれにおいても相違していることは先に述べたとおりであるから、控訴人商品の形態が、同種の商品の機能及び効用を実現するために必然的に選択される形態であるとはいえず、この意味で「同種の商品が通常有する形態」であるともいえない。

(2) 争点(3)イ(模倣性)について

ア 検甲2号証によれば、被控訴人商品の形態は、次のとおりであると認められる。

(ア) 基本的形態

- a 独立した左右2個のカップから成るブラジャーである。
- b 肩ひも、横ベルト等の身体に装着する部材が全くない。
- c 2個のカップの相対する部分に両カップを連結するフロントホックが設けられている。
- d 左右2個のカップは、前面視(原判決別紙「イ号物件目録」添付写真の第2図及び第3図)でいずれも略半円形をしている。

(イ) 具体的形態

- a 全体に張りのある平滑で硬めの質感を有している。
- b カップは、肌色で、全体に卓球のラケット面のようなラバー製品を思わせる艶がある。
- c カップの裏面は、粘着層があり、これに由来する光沢がある。

イ 不正競争防止法2条1項3号にいう「模倣」とは、当該他人の商品形態に依拠して、これと形態が同一であるか実質的に同一といえるほどに酷似した形態の商品を作り出すことを意味し、商品形態が実質的に同一であるためには、商品の基本的形態のみならず具体的形態においても実質的に同一であることが必要である。

そこで、先に認定した控訴人商品の形態と被控訴人商品の形態とを比較すると、両者は、基本的形態とカップの裏面の具体的形態において共通するが、カップの質感や艶といった具体的形態において相違がある。そして、先に争点(3)アについて述べたとおり、控訴人商品の形態の特徴は、その基本的形態において、従来商品では一部ずつ採用されていた個々の構成要素を1個の商品形態の中に併せて採用した点にあるのみならず、その具体的形態において、カップ表面が布地様で、レースや柄模様で装飾的な形態を追求する一

一般的なブラジャーとは対極的に、人間のコラーゲン質を想起させるようなブヨブヨした生々しい質感を有する点にもあるところ、被控訴人商品は、その具体的形態に起因して、控訴人商品のようなブヨブヨした生々しさを感じさせず、ラバー製品のような艶のある硬い質感を感じさせる点で形態的印象を異にしている。

また、弁論の全趣旨によれば、このような質感の相違は、いずれも材質等を工夫することにより、控訴人商品では重量が165gである(乙9の1)のに対して、被控訴人商品では重量を99gと軽量化したこと(乙9の2)や、実際に装着した際の乳房の形状を補正する機能の点において、控訴人商品ではカップが軟らかいために形が崩れてしまうのに対し、被控訴人商品ではカップを硬くして形が崩れることなく保持される(乙8の7)ようにしたこと由来するものであると認められる。上記、の相違点は、いずれもブラジャーの機能上重要なものといえるから、上記材質等の工夫により質感の相違をもたらしたことが無用な形態上の改変であるということではできない。

そうすると、控訴人商品と被控訴人商品の各具体的形態における前記相違は、その基本的形態が同一であることを考慮しても、この相違が微細な差異にすぎないとはいえず、両商品の形態が実質的に同一であるとまではいえない。

ウ この点について、控訴人は、被控訴人商品は、控訴人商品が大ヒット商品となった要因である控訴人商品の最も特徴的な形態、すなわち肩ひもや横ベルト等の身体に装着する部材がないという点において、商品の形態が同一であるにもかかわらず、どのようなデザインをしたら当該商品がより需要者の細かな嗜好(ニーズ)にマッチするか否かという販売戦略に影響を与えるヴァリエーションに過ぎないカップ部分の質感や艶といった些細な相違点を殊更強調して、実質的同一性を否定し、「模倣」性を否定すれば、不正競争防止法2条1項3号の適用される場面は存在しないに等しくなり、不正競争行為を規制しようとした法の趣旨を没却することになる旨主張する。

しかし、ブラジャーは、その機能上、カップ部分で乳房を包み込むものであるから、その形状、特にカップの形状は、乳房に合うようにそれに近い形に限定せざるを得ず、肩ひもや横ベルト等の身体に装着する部材がないブラジャーについて商品の自他識別機能を持たせるためには、カップ部分に認識可能な特徴を設けるしかない。しかも、ブラジャーは、女性下着であって、女性の肌に直接密着する形で装用するものである以上、乳房を包み込み、その形を整え、これを支えるという機能面のみならず、これを装用した際にどのような印象を受けるかという外観面について、需要者である女性(女性消

費者)のファッション感覚,感性にいかなる影響を与えるのかが問題となる商品である。そうすると,カップ部分の質感や艶といった印象は,女性消費者が購入するブラジャーの選択に際し着目する重要なポイントであることは否定できないから,控訴人商品と被控訴人商品の形態を比較するにあたっては,そのカップ部分の形態の差異について検討することが必要となるところ,両商品の形態におけるカップ部分の上記質感や艶の相違は,決して些細なものとはいえない。

エ したがって,控訴人の不正競争防止法2条1項3号に基づく主張は,その余の点について判断するまでもなく理由がない。

2 不正競争防止法2条1項1号の主張について

(1) 争点(1)ア(周知商品表示性)について

ア 後掲証拠によれば,平成15年における控訴人商品の新聞及び雑誌での紹介について,次の事実が認められる。

(ア) 控訴人商品は,我が国においては,平成15年2月ないし3月ころから販売されたが,同年の「女性セブン」6月12日号において,「噂のブラで谷間作ってみました」との見出しの下,3頁にわたって控訴人商品を紹介する記事が掲載された。そこでは,「どんなにセクシーな服を着ても絶対に見えず,しっかり谷間をメイクする”究極のブラ”として,主婦,OLから銀座のホステスまで,世の女性に話題沸騰中の”ヌーブラ」と記載され,控訴人の代表取締役の「現在は月に5万個売れています」との発言が掲載された。(甲3の1)

(イ) 雑誌「C a z」6月23日号において,控訴人商品は,1頁の中に,他の8種類の商品と共に紹介された。(甲3の2)

(ウ) 雑誌「D I M E」7月3日号において,「真夏のオンナは磨き込んだ”背中”が眩い」との見出しの下,他の7種類の商品ないしサービスと共に控訴人商品が紹介された。(甲3の3)

(エ) 雑誌「b e a ' s u p」7月号において,6個のプレゼント商品の一つとして掲載された。(甲3の4)

(オ) 雑誌「M I S S」7月号において,「肌見せNG立ち直りGOOD S」として,他の3種類の商品と共に紹介された。(甲3の5)

(カ) 8月12日の毎日新聞夕刊(大阪本社版)1面の「'03夏写かんさい経済」欄において,控訴人商品が紹介され,「この夏の大ヒットは,米国生まれの『ヌーブラ』,「輸入代理店の『ゴールドフラッグ』(東大阪市)は『3月の輸入開始以来,全国で売り切れ続出』。高島屋大阪店では,7月末までの4カ月で3250着が売れた。今は予約販売。類似品も出回るほどの人気だ。」との記載がある。(甲3の6)

- (キ) 雑誌「AERA」8月18 - 25日号において、「人気爆発予約もしてくれませんかヌーブラどこにもなし」との見出しの下、控訴人商品の関する1頁の記事が掲載された。そこでは、「あまりの人気にどこでも品切れ。まるっきり手に入らないブラジャーがある。その名は『ヌーブラ』。今年2月の発売以来、10万本以上売れた。」との記載がある。(甲3の7)
- (ク) 9月24日の「織研新聞」において、2003年春夏百貨店レディスバイヤーズ賞の話題賞に控訴人商品が選ばれて掲載された。(甲3の8)
- (ケ) 雑誌「日経トレンドィ」10月号において、控訴人商品が、他の3種類の女性向け商品と共に紹介された。(甲3の9)
- (コ) 雑誌「DIME」10月2日号において、控訴人商品が、他の6種類の女性向け商品と共に紹介された。そこでは、「『ヌーブラ』は、...アメリカでの製造が追いつかず、都内大手百貨店では、約1000人が予約待ちとなる騒ぎとなった。いずれの高級品にも、今はより低価格な類似品が現われている。しかし、それを寄せつけないだけの高機能が支持され、ヒットを続けている。」との記載があり、また平成15年2月を100とした控訴人商品の月別売上個数比が、3月は200、4月は500、5月ないし8月は2000となることが記載されている。(甲3の10)
- (サ) 雑誌「Can Cam」12月号において、控訴人商品が、他の6種類の女性向け商品と共に紹介された。そこでは、半年で10万枚の大ヒットと記載されている。(甲3の11)
- (シ) 雑誌「日経トレンドィ」12月号において、控訴人商品が「Best 30 for 2003」の17位として紹介された。そこでは、「ユニークなブラジャーとしてテレビ番組が報じたところ、あっという間にヒット。8月までに10万本以上が売れた。」「ピーク時には百貨店で購入の予約待ちをする客が1000人に及び、多数の類似品が出回った。」との記載がある。(甲3の12)
- (ス) 12月4日の「日経流通新聞」において、控訴人商品が「2003年ヒット商品番付」の東前頭6枚目に位置付けられて紹介された。(甲3の13)
- (セ) 雑誌「TOKYO 1週間」12月23日号において、「流行りモノグッズ部門」の1位として、控訴人商品が紹介された。そこでは、「現在までの販売数は21万個。」との記載がある。(甲3の14)
- (ソ) 雑誌「日経ビジネス」12月15日号において、「あなたの知らないヒット商品」の4位として控訴人商品が紹介された。そこでは、「今春登場し、国内では正規輸入品...だけで21万個、並行輸入品や類似商品も合わせると50万個以上が売れたと見られる。」との記載がある。(甲3の1

5)

(タ) 雑誌「女性セブン」12月18日号において、他の商品と共に控訴人商品が紹介された。(甲3の16)

イ 証拠(検甲3, 4の1ないし10)によれば、控訴人商品は、下記のとおりテレビ番組で紹介されたこと、平成15年9月4日放送の「痛快!エブリディ」(関西テレビ)では、話題のシリコンブラジャーが安価だということで購入したところ、品質の悪い商品だったという一般消費者からの苦情が紹介されていることが認められる。

(ア) 平成15年3月6日放送の「ベストタイム」(TBS)

(イ) 同年4月3日放送の「あさりラ!」(読売テレビ)

(ウ) 同年4月18日放送の「F2」(フジテレビ)

(エ) 同年5月2日放送の「F2」(フジテレビ)

(オ) 同年5月9日放送の「F2」(フジテレビ)

(カ) 同年5月15日放送の「ちちんぷいぷい」(毎日テレビ)

(キ) 同年6月3日放送の「みよ缶」(ABC朝日放送)

(ク) 同年6月7日放送の「みかさつかさ」(毎日放送)

(ケ) 同年6月10日放送の「特ダネゴウガイ」(フジテレビ)

(コ) 同年6月14日放送の「サタデー総合研究所」(テレビ朝日)

(サ) 同年6月21日放送の「ぶっちゃけ生タマゴ」(関西テレビ)

(シ) 同年9月14日放送の「大阪ほんわかテレビ」(読売テレビ)

ウ 後掲証拠及び弁論の全趣旨によれば、控訴人商品の類似品として、次のものが存在したことが認められる。

(ア) 控訴人商品の形態とよく類似する「Fancy Bra」が、平成15年8月ころの時点で販売されていた。(乙10, 15の各1~4)

(イ) 控訴人商品の形態とよく類似する「Pas Bra」が、平成15年夏ころの時点で販売されていた。(乙17の1~4)

(ウ) 被控訴人は、平成15年7月ころ、台湾で販売されている「Skin Bra」という商品の取扱いを打診された。同商品の形態は控訴人商品とよく類似している。(乙16の1~4)

エ 以上の認定事実及び弁論の全趣旨によって認められる後記事実に基づき判断する。

(ア) 商品の形態も、それが他の同種の商品と識別し得る顕著な特徴を有するものである場合には、商品の出所を表示する商品表示として機能し得るものであり、控訴人商品には、先に争点(3)アで述べた形態的特徴があるから、その商品形態は、商品表示として機能し得る適格を有するものであるといえる。

そして、控訴人商品は、平成15年2月ないし3月の日本国内での販売開始後、テレビ番組で紹介され、特に夏物衣料の販売が始まる同年5月ころからヒット商品となり、同年6月以降は何度も雑誌に取り上げられ、同年8月ころには製造が追いつかず、大手百貨店では予約待ちの状態となったことからすると、控訴人商品は短期間に集中的に需要者の間に浸透していったものといえる。

これらからすると、同年3月の段階においては、販売開始当初であり、同月6日のテレビ放送で紹介された程度であって、同月に控訴人商品の形態が控訴人の周知な商品表示となったとの控訴人の主張は認めることができない。

(イ) そして、テレビ放送とともに雑誌の紹介も多くなり、販売個数も飛躍的に伸びたと考えられる同年(平成15年)6月以降、控訴人商品が周知となっていった可能性があるものの、同月ころから控訴人商品と形態がよく似た類似品が販売されるようになり、同年8月に入ると、このような類似品が出回っていることも新聞で記載されるようになったこと(前記ア(カ))からして、類似品の数も増大したものと推認される。また、同時に並行輸入品も出回るようになり(弁論の全趣旨)、雑誌「日経ビジネス」平成15年12月15日号に、控訴人を通じた控訴人商品の売上げが約21万個であるのに対し、類似品と並行輸入品を合わせた売上げが約29万個と見られる旨の記載があること(前記ア(ソ))、この記載のうち、控訴人商品の販売個数は控訴人が回答した数字であること(前記ア(セ)、弁論の全趣旨)からすると、平成15年末ころには、類似品と並行輸入品の売上量が控訴人を通じた控訴人商品の売上量を上回る事態となっていたものと推認される。さらに、控訴人が、平成15年8月から平成16年9月にかけて提起した本件訴訟を含む差止・損害賠償請求訴訟において、被告各社(合計20社)が明らかにしたという類似品の販売個数は合計22万個程度であって(弁論の全趣旨)、控訴人が自認する控訴人の上記販売個数を上回っている。

そして、これらの類似品の形態は、前記「Fancy Bra」や「Pas Bra」、そして被控訴人が取扱いの打診を受けた「Skin Bra」の各形態に照らして、控訴人商品とよく似ており、商品形態のみでは容易に識別することができないものであったと推認される。

また、並行輸入品については、その流通に控訴人は介在していないから、これが控訴人の商品であるとはいえず、この商品形態が控訴人の出所を表示するものとはいえないところ、並行輸入品の商品形態は、当然ながら控訴人商品のものと同一である。

このように、控訴人商品が日本で販売され、話題になっていったところから、類似品が出回り始め、控訴人商品の最盛期となった平成15年夏の時点では類似品も増加し、並行輸入品も出回るようになり、同年末の時点ではそれらの売上量の方が控訴人商品の売上量を上回る状態であったことからすると、控訴人商品の形態は、控訴人の出所を示す商品表示としての周知性を獲得するより前に、多数の類似品及び並行輸入品が出回ったことにより、商品形態のみで控訴人の出所を識別するだけの周知性を獲得するには至らなかったと認めるのが相当である。

先に認定した雑誌の記事の中には、平成15年10月の時点で、控訴人商品は、低価格の類似品が出回る中でもそれを寄せ付けないだけの高機能が支持されてヒットを続けているとの記載がある（前記ア（コ））が、この記載は、類似する形態の商品の間でも控訴人商品は品質面で消費者から支持されているということを示すにとどまり、商品形態自体によって控訴人の出所が識別されていることを裏付けるものとはいえない。

また、テレビ番組において、一般消費者から、話題のシリコン製ブラジャーが安価だというので購入したところ品質が悪かったという苦情が寄せられたことがある（前記イ）が、多数の類似品及び並行輸入品の存在を前提とすれば、このような例があるからといって、控訴人商品の商品形態が控訴人の出所を識別するだけの周知性を獲得するに至らなかったという前記認定は左右されない。

（ウ） したがって、控訴人商品の商品形態が、控訴人の出所を表示する周知な商品表示であるとは認められない。

（2） 小括

以上によれば、控訴人の不正競争防止法2条1項1号に基づく主張は、その余について判断するまでもなく理由がない。

3 不正競争防止法2条1項2号に基づく主張について

先に2で認定、説示したところからすると、控訴人商品の商品形態が控訴人の出所を表示する著名な商品表示であるとは到底認められないから、控訴人の不正競争防止法2条1項2号に基づく主張は、その余について判断するまでもなく理由がない。

4 結論

その他、原審及び当審における当事者提出の各準備書面等に記載の主張に照らし、原審及び当審で提出、援用された全証拠を改めて精査しても、前記認定判断を覆すほどのものはない。

以上の次第で、控訴人の請求はいずれも理由がなく、棄却を免れない。

よって、これと同旨の原判決は相当であって、本件控訴は理由がないから、

これを棄却することとし、主文のとおり判決する。

〔論 説〕

1 かつて、「ヌーブラ」の商品形態をめぐる不正競争防止法事件が、大阪地判平成17年9月8日及び大阪高判平成18年4月19日において判決され、いずれの裁判所も原告製品と被告製品との間では同じヌーブラと称されるブラジャーの形態ではあっても、前者の質感や光沢が後者では生じていないから、実質的同一性があるとはいえず、被告の商品形態は原告のそれを模倣しているとはいえないと判示された事件があった。

のみならず、この裁判例は不競法17年改正に影響を与え、同法2条4項に規定された「商品の形態」の定義の中に、「商品の外部及び内部の形状並にその形状に結合した、模様，色彩，光沢及び質感をいう。」と、その成立要素の一つに挙げられるようになったのである。

なぜ今頃になって筆者が、この大阪地裁の判決を取り出すとともに大阪高裁の判決にまで及んだのかといえば、現在、「弁理士受験新報」(法学書院)において、意匠法講義を連載しているところ、第21回に当たる2008年9月号に、「意匠法と不正競争防止法の関係」を執筆のため、不競法2条4項を改めて読み直したときに、立法の素早さに驚いたからである。まだ下級審の判決にすぎず、特許法104条の3の規定のように、最高裁の判断を受けたものではないのに、果してこれでよいのかと疑問に思っている次第である。

2 現行不競法2条4項に規定する「商品の形態」の中に、「商品の形状に結合した模様，色彩」までは、意匠法2条1項に規定する「意匠」の定義にある「物品の形状，模様若しくは色彩又はこれらの結合」と同一範疇のものと解されるから、不競法上の「商品形態」と意匠法上の「意匠」とは同一概念のものと解して間違いはない。ところが、「質感，光沢」などという主観的かつ生理的なものになると、もはや前記のような理解からは外れてしまう。

しかしながら、商品の形状に表現されている質感や光沢などというもので商品の形態(意匠)が変わるという事実があるとすれば、それは商品(製品)の形状(かたち)自体がすでに変わっているといえるのではなからうか。

いずれにせよ、今後の裁判例の蓄積が重要であるにもかかわらず改正したのは、平成17年改正法は経産省の知財政策室の急ぎ過ぎであったように思われてならない。

〔牛木 理一〕