

「美顔パック」商品形態差止等請求事件：東京地裁平成 21(ワ)31686・平成 23 年 2 月 25 日（民 40 部）判決 請求棄却〔特許ニュース 12952〕

### 【キーワード】

不競法 2 条 1 項 1 号・3 号・4 項・5 項，周知の商品等表示，両商品形態の周知性，両商品形態の類否，誤認混同性，商品形態の模倣，商品の不可欠な形態，金箔の色彩・光沢・質感

### 【事案の概要】

1 本件は，原告が，被告に対し，原告が商品名を「KINPAK」として販売する金箔を素材とした美顔パック（以下「原告商品」という。）の形態は，需要者間に広く認識されている商品等表示に該当し，被告が別紙被告商品目録記載 1 及び 2 の美顔パック（以下，併せて「被告商品」という。）を販売する行為は不正競争防止法（以下「不競法」という。）2 条 1 項 1 号の不正競争に該当すると主張して，(a)同法 3 条に基づき，被告商品の製造等の差止め及び廃棄，並びに(b)同法 4 条，5 条 2 項に基づき，損害賠償金 2 0 0 0 万円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成 2 1 年 4 月 9 日から支払済みまで民法所定の年 5 分の割合による遅延損害金の支払，又は 上記 (b)の請求と選択的に，被告が製造販売する被告商品の形態は原告の販売する原告商品の形態を模倣したものであり，被告が被告商品を販売する行為は不競法 2 条 1 項 3 号の不正競争に該当すると主張して，同法 4 条，5 条 2 項に基づき，上記 (b)と同額の損害賠償金及び遅延損害金の支払を求める事案である。

### 2 前提となる事実

#### (1) 当事者

ア 原告（Y 商事株式会社）は，服飾雑貨，日用品雑貨，美術工芸品及び衣料品の販売並びにインターネットを利用した通信販売業務等を目的とする株式会社である。（弁論の全趣旨）

イ 被告（株式会社 H）は，箔加工品，美術工芸品，化粧用脂取加工紙の製造及び販売等を目的とする株式会社である。

#### (2) 原告商品の販売及びその形態

原告は，平成 1 8 年 1 2 月末ないし平成 1 9 年 1 月頃から，原告商品を販売している。原告商品の形態は，別紙商品形態目録記載 1 のとおりである。

#### (3) 被告商品の製造販売及びその形態

被告は，遅くとも平成 1 9 年 1 2 月頃から，別紙被告商品目録記載 2 の商品（以下「被告商品 2」という。）を製造販売している。

被告商品の形態は，いずれも別紙商品形態目録記載 2 のとおりである（別紙被告商品目録記載 1 の商品（以下「被告商品 1」という。）と被告商品 2

の形態は同一である。 )。

### 3 争点

- (1) 被告は被告商品 1 を製造販売したか (争点 1 )
- (2) 不競法 2 条 1 項 1 号の不正競争の成否 (争点 2 )
  - ア 原告商品の形態は周知の商品等表示といえるか (争点 2 - )
  - イ 被告商品の形態と原告商品の形態との類否, 誤認混同のおそれの有無 (争点 2 - )
- (3) 不競法 2 条 1 項 3 号の不正競争の成否 (争点 3 )
  - ア 原告は不競法 2 条 1 項 3 号に基づく請求の請求主体性を有するか (争点 3 - )
  - イ 原告商品の形態は不競法 2 条 1 項 3 号で保護される形態といえるか (争点 3 - )
  - ウ 被告商品の形態は原告商品の形態を模倣したものだといえるか (争点 3 - )
- (4) 損害及びその額 (争点 4 )

### 【判 断】

#### 1 争点 1 (被告は被告商品 1 を製造販売したか) について

原告は, 被告は遅くとも平成 19 年 11 月頃から被告商品 1 を製造販売していると主張する。

証拠 (甲 7 ~ 9, 乙 15 の 1 ~ 3) によれば, 平成 19 年 11 月頃, 被告の取引先であるアーラインが「華麗美人」の商品名で被告商品 1 を販売したことが認められるところ, 上記商品は, アーラインが被告からサンプルとして入手した被告商品 2 を流用して「華麗美人」(被告商品 1) として販売したものであることがうかがわれる。しかしながら, アーラインは, 被告の取引先ではあるものの, 被告とは別の株式会社であり, 被告が, アーラインによる上記販売を当時から認識していたことを認めるに足りる証拠はない。そして, 本件全証拠を検討しても, 被告が自ら被告商品 1 を販売したとの事実を認めることはできない。

よって, 原告の, 被告による被告商品 1 の販売が不競法 2 条 1 項 1 号又は 3 号の不正競争であるとする請求は, いずれもその余の点について検討するまでもなく理由がない。

#### 2 争点 2 - (原告商品の形態は周知の商品等表示といえるか) について

- (1) 商品の形態は, 一次的には商品の特性そのものであるが, 二次的には商品の出所を表示する機能をも併有し得るといふべきであり, 商品の形態が他の同種商品と識別し得る独特の形態である場合には, 商品出所表示機能を有し不競法 2 条 1 項 1 号の商品等表示に該当する場合がある。そして, 商品等

表示に該当する商品形態が長年使用され又は強力に広告宣伝等がされたことにより、商品等表示として周知性を獲得した場合には、当該商品形態は同号による保護を受けることができるが、他方、当該商品形態が他の同種商品と比べてありふれたものである場合には、長年使用され又は強力に宣伝広告等がされたとしても、商品等表示として周知性を獲得することはできない。

そこで、まず原告が被告商品の販売開始時期であると主張する平成19年11月当時において、原告商品の形態が商品等表示として周知性を獲得したといえるか否かについて検討する。

- (2) 証拠(甲123の1~14, 検証の結果〔検甲1〕)によれば、原告商品は、顔パック(なお、原告は、原告商品は従来顔パック製品の一種ではないとも主張するが、同主張が採用できないことは後記3(2)のとおりである。)であり、別紙商品形態目録記載1のとおり、薄く延ばした金箔を素材とした点、全体形状が約22cm四方の丸みを帯びた略四角形状である点、中心部で顔に載せたときの鼻の位置に当たる部分に鼻の輪郭に沿った切れ込みがある点、この切れ込みの上部で顔に載せたときの目の位置に当たる部分(左右対称に2か所)が、長径約5cm、短径約3.5cmの横長楕円形状にくり抜かれている点、上記切れ込みの下部で顔に載せたときの口の位置に当たる部分が、長径約6cm、短径約2.5cmの横長楕円形状にくり抜かれている点、金色の光沢があり、薄く延ばした金箔独特の質感を有する点、以上の各点に形態上の特徴があるものと認められる。

他方、原告商品の販売開始時期である平成18年12月未ないし平成19年1月以前から、我が国において、スキンケア用品として顔パック製品が販売されており、顔パックには顔面全体を1枚の薄い膜状のもので覆うタイプのもの(シートタイプ)があったことが認められる(甲87, 弁論の弁趣旨)。そして、このタイプの顔パックの形状としては、呼吸や視野を確保しつつ水分を含んだ1枚の膜状のもので顔面全体を覆うことによってパックをするという商品の性質、機能から、a. 全体形状を顔の輪郭に合わせた丸みを帯びた略四角形状とし、b. 中心部で顔に載せたときの鼻の位置に当たる部分に鼻の輪郭に沿った切れ込みを入れ、c. 顔に載せたときの目の位置に当たる部分(左右対称に2か所)を目の形状に合わせて横長楕円形状にくり抜き、d. 顔に載せたときの口の位置に当たる部分を口の形状に合わせて横長楕円形状にくり抜いた形状が、一般的な形状であったと認められる(甲87, 弁論の全趣旨。各顔パック製品の販売開始時期は不明であるが乙7参照。)

そうすると、原告商品と同種の商品である、顔面全体を1枚の薄い膜状のもので覆うタイプ(シートタイプ)の顔パックの形状は、全体の大きさ、目や口のくり抜き部分の大きさや形状等に若干の相違は認められるものの、そ

の基本的な形状は、上記で認定した原告商品の形態上の特徴点のうち～の各点を共通にするものであると認められる。したがって、原告商品の形態上の特徴点のうち～は、他の同種商品と識別し得る独特の形態であると認めることはできない。

次に、上記で認定した原告商品の形態上の特徴のうち、薄く延ばした金箔を素材とした点、及び金色の光沢があり薄く延ばした金箔独特の質感を有する点について検討する。シートタイプの顔パックの素材としては、美容液を吸収させるため、繊維やその他の液体吸収性の高い「シート」を採用するのが一般的であるが、原告商品の販売開始時（平成18年12月末ないし平成19年1月）より前の平成18年5月から、タイ王国バンコク市所在のSPゴールド&ビューティー・プロダクツが「SP GOLD MASK 24K GOLD」の商品名で金箔を素材とした顔パック商品を販売していたことが認められる（乙1の1～4）。また、顔パックとして成形されたものではないが、顔のパックに使用する金箔（いわゆる「エステ箔」）が原告商品の開発以前から存在したことは、原告の自認するところである。そして、顔パックの素材として金箔を採用した場合には、その商品が金色の光沢や、薄く延ばした金箔独特の質感を有することは当然のことであるから、上記～の各点も、独特の形態であるとまではいえない。

原告は、極めて純度の高い金（24金）を材料に用いた原告商品は、その大きさ、仮面のような形状、豪華な色彩、光沢及び質感により、需要者に対して他の商品にない高級感、ぜい沢感といった格別の印象を与えると主張するが、仮面のような形状は、すなわち、上記特徴点のうち～に相当する形状であり、これを独特の形態と認めることができないことは上記のとおりである。また、豪華な色彩、光沢及び質感についても、素材として金箔を採用したことによる金箔独特の質感をいうものにすぎず、素材として金箔を採用したということ自体は、パック素材の選択という機能及び効用に関わる事項であるところ、従来からパックに金箔（いわゆる「エステ箔」）が使用されていたことは上記のとおりであるから、これらの点を捉えて独特の形態ということとはできない。したがって、原告の上記主張は採用することができない。

また、原告は、四角形状の薄い金箔が台紙の上に接着され、金箔の上に薄紙を載せたという点も原告商品の形態の特徴であると主張する。しかし、素材として金箔を選択する場合に金箔を台紙に置いてその上に薄紙を載せることは、金箔を素材とする以上、その保護のため当然のことであり、台紙や薄紙による包装自体、独特の形態とは認められない。また、金箔が台紙の上に接着された点についても、これが商品の形状に表れる特徴となっているとは認められないから、商品の形態ということとはできない。したがって、原告の

上記主張も採用することができない。

以上のとおり、原告商品の形態である上記～の各点は、いずれもそれだけで他の同種商品と識別できるだけの形態的特徴であるとは認められず、かつ、これらを組み合わせたととしても、独自の形態的特徴を有するに至るものとは認められない。

- (3) 原告は、平成18年12月末の販売開始以来3年以上の長期間にわたり、原告商品の商品形態を日本国内において継続的かつ独占的に使用し、その間、原告の社名と並んで原告商品の形態が各種マスメディアに繰り返し露出した結果、原告商品の形態は、日本全国において広くその需要者である金箔エステサロンや最終消費者である美容・健康志向の強い成人女性の認識を得、周知性を獲得したと主張する。

ア そこで、まず原告が請求する損害賠償請求期間の始期である平成19年11月時点における、原告商品の商品形態の周知性について検討する。

(ア) 新聞・雑誌記事

- a 平成18年12月14日付け北陸中日新聞には、「お肌生き生き金箔のパック商品企画の「夢らく商事」（金沢市）は、二四Kの金箔（キンぱく）を使ったフェイスパック「金パック」を商品化した。」との記事とともに、原告商品の写真が掲載されているが、写真中の原告商品自体は約5cm四方の小さなもので、それほど目立つものではない。（甲3）
- b 平成19年2月28日付け日経流通新聞第20面には、「金パックで肌に箔箔（はく）付きの美しさ？ 昔から美容目的に利用されてきた「金」に着目し、顔全体を覆う24金パック、その名も「KINPAK（キンパック）」……開発したのは金箔を用いた商品を企画販売する「夢らく商事」との記事が掲載されているが、同記事に掲載された写真からは原告商品の形態を認識することはできない。（甲20）
- c 株式会社祥伝社発行の「からだにいいこと」平成19年3月号10頁には、「KINPAK（金パック）顔全体を包む特大サイズの24金パックは世界初！……/夢らく商事」との記事とともに、原告商品の写真が掲載されているが、その写真は直径約2cmの小さなもので、目立つものではない。（甲15）
- d 平成19年3月22日付け日本流通産業新聞第6面には、「取扱簡単な金箔パック素人でも簡単に使用でき、顔全体をカバーできる特大サイズの金箔パックが『KINPAK（キンパック）』……販売元＝夢らく商事」との記事とともに、原告商品の写真が掲載されているが、その写真は白黒で約4cm四方のもので、目立つものではない。（甲6）
- e 平成19年3月23日付けフジサンケイビジネスアイ第15面には、「純金パックで顔のケアを石川県金沢市の伝統工芸として知られる金箔

を使った24金の美容パック「KINPAK（きんぱく）」が発売され、話題を呼んでいる。発売元は商品企画の「夢らく商事」（金沢市）。純度99.99%の金パックは全国のエステサロンやホテルで使われる。」との記事が掲載されているが、同記事には原告商品の形態は掲載されていない。（甲21）

f 株式会社JTBパブリッシング平成19年4月1日発行の「るるぶ情報版中部6るるぶ金沢能登加賀'07～'08」141頁には、「注目のみやげ純金で肌に潤いとハリを！……肌が潤い、ハリと透明感が蘇ると話題沸騰中！夢らく商事（株）……新発売の純度99.99%のフェイシャルマスク「KINPAK」」との記事が掲載され、原告商品の写真が掲載されているが、その写真は約3cm四方の小さなもので、目立つものではない。（甲19）

g 株式会社マガジンハウス発行の「BOAO」平成19年6月号151頁には、「「夢らく」のKINPAK 度肝を抜かれる存在感！世界初のキンパックで肌に“箔”，つけちゃおう。……ツタンカーメンも真っ青な真っ金美女、一丁あがり！」との記事とともに、実物大の原告商品の写真が掲載されている。（甲4）

h 平成19年8月12日付け北國新聞第2面には、「金箔で顔すっぽり開発物語……夢らく商事（金沢市）」の記事とともに、原告商品の写真が掲載されているが、写真中の原告商品自体は約3cm四方の小さなもので、目立つものではない。（甲5）

#### (1) 展示会等

原告は、平成19年2月13日から2月16日まで東京都で開催された「第63回東京インターナショナルギフト・ショー」（甲39の1，2），同年2月28日から3月1日まで東京都で開催された「2007全国異業種交流・新連携フェア」（甲40），同年3月13日から3月16日まで東京都で開催された「第35回国際ホテル・レストラン・ショー」（甲41），同年4月4日から4月10日まで高島屋横浜店で開催された「第26回加賀・能登・金沢の名品展」（甲42），同年5月17日から5月19日まで金沢市で開催された「第20回石川県中小企業技術展」（甲44の1，2），同年9月19日に金沢市で開催された「しんきんビジネスフェア北陸ビジネス街道2007」（甲47の1，2），同年10月11日に富山市で開催された「第3回FITネット商談会」（甲49），同年10月19日に京都市で開催された「2007全国異業種交流・新連携フォーラムin 京都」（甲50），及び同年10月31日から11月2日に東京都で開催された「中小企業総合展2007 in Tokyo」（甲51）に出展したことが認められるが、これらの展示会等に

において、原告商品がどのように広告宣伝され、どのような評判を得たのかは、明らかではない。

(ウ) テレビ

平成19年4月28日放送のテレビ金沢の情報番組「Smile!」において、「ビューティーを母の日に贈ろう!」というテーマで原告商品が紹介されたことが認められる。(甲43の1,2)

イ 以上に認定したところによれば、平成19年11月時点において、原告商品は雑誌等に取り上げられたことがあるものの、その多くは、原告商品の写真が掲載されても、目立つようなものではなく、また、テレビ放送にしても、地方局において1回取り上げられたにすぎない。展示会等への出展については、そこにおいて原告商品が具体的にどのように展示され、どのような評判を得たのかは明らかではない。そして、原告商品に対するマスメディア等の扱いについての上記のような状況は、平成19年11月以後においても、各段の変化があったとは認められない。

(4) 以上に検討したところによれば、原告商品の商品形態は、他の同種商品と識別できるだけの形態的特徴を有するものとは認められず、かつ、その商品形態が強力に宣伝広告等され、あるいはマスメディア等に繰り返し露出したとまでは認められない上、平成19年12月頃からは同様の商品形態を有する被告商品2の販売も開始されたのであるから、損害賠償請求期間の始期である平成19年11月から差止請求についての基準時である本件口頭弁論終結時までの間において、原告商品の商品形態が、原告の業務に係る商品であることを示す商品等表示として需要者の間に広く認識されるに至ったものとは認め難い。

よって、原告の不競法2条1項1号の不正競争に基づく請求は、その余の点につき検討するまでもなく理由がない。

3 争点3 - (原告商品の形態は不競法2条1項3号で保護される形態といえるか)について

(1) 不競法2条1項3号は、他人の商品の形態を模倣した商品の譲渡行為等を不正競争とする一方、その括弧書きにおいて、当該商品の機能を確保するために不可欠な形態については同号による保護から除外される旨を規定する。これは、商品としての機能及び効用を果たすために不可避免的に採用しなければならない商品形態を特定の者に独占させることは、商品の形態ではなく、同一の機能及び効用を有するその種の商品そのものの独占を招来することとなり、事業者間の自由な競争を阻害することになりかねないため、同種の商品の基本的な機能や効用を果たすために不可欠な形態については、同号の「商品の形態」から除外したものと解するのが相当である。

(2) 原告は、原告商品は、ほぼ人の顔の大きさの丸みを帯びた四角形状の

薄い金箔を，目と口の部分を横長楕円型にくり抜き鼻の輪郭に沿って切れ込みを入れ，台紙の上に接着させ，金箔の上に薄紙を載せたという特徴的な外観を有するものであって，需要者に強い印象を与える特徴的な形状，色彩，光沢及び質感を有しており，このような原告商品の形態が不競法2条1項3号の「商品の形態」に当たると主張する。

原告商品は，スキンケア用品としての顔パック（フェイスパック）のうち，顔面全体を1枚の薄い膜状のもので覆うタイプのもの（シートタイプ）と認められるが（甲87，弁論の全趣旨），このタイプの顔パックは，呼吸や視野を確保しつつ1枚の膜状のもので顔面全体を覆うことによってパックをするという商品の性質，機能から，a．全体形状を顔の輪郭に合わせた丸みを帯びた略四角形状とし，b．中心部で顔に載せたときの鼻の位置に当たる部分に鼻の輪郭に沿って切れ込みを入れ，c．顔に載せたときの目の位置に当たる部分（左右対称に2か所）を目の形状に合わせて横長楕円形状にくり抜き，d．顔に載せたときの口の位置に当たる部分を口の形状に合わせて横長楕円形状にくり抜いた形状を不可避免的に採用することになる（甲87，乙1の1，7，8の1～6，24の1～4，弁論の全趣旨）。

そうすると，原告が主張する原告商品の形態のうちの「ほぼ人の顔の大きさの丸みを帯びた四角形状」及び「目と口の部分を横長楕円型にくり抜き鼻の輪郭に沿って切れ込みを入れ」は，同種の商品の基本的な機能や効果を果たすために不可欠な形態であるから，不競法2条1項3号で保護される「商品の形態」には当たらない。また，及びの「金箔」は，パックの素材として「金箔」を選択したという機能及び効用に関わる事項であるところ，従来からパックに金箔（いわゆる「エステ箔」）が使用されていたことは上記2(2)のとおりであり，このような一般的な素材の選択自体を不競法2条1項3号の「商品の形態」ということはできない。

の「台紙」及びの「薄紙」は，素材として金箔を採用したことから，商品を保護するため，すなわち，商品としての機能及び効用を果たすために不可避免的に採用しなければならないと認められるから，不競法2条1項3号による保護から除外されるというべきである。そして，の「接着」は，これが商品の形状に表れる特徴となっているとは認められないから，不競法2条1項3号の「商品の形態」ということはできない。

原告は，原告商品が特徴的な色彩，光沢及び質感を有していることも「商品の形態」であると主張するが，これは素材として金箔を採用したことによる金箔独特の色彩，光沢及び質感をいうものにすぎず，素材として金箔を採用すること自体はパック素材の選択という商品の機能及び効用に関わる事項であり，素材として金箔を採用すれば不可避免的に金箔独特の色彩，光沢及び質感を有することになるから，これらの点も不競法2条1項3号による保護

から除外されるというべきである。

また、原告は、原告商品は従来の顔パック製品の一種ではなく、金の性質を利用した整肌効果等の機能を持つ各種金箔美容商品に属する商品であり、金箔美容商品には様々な形態があるため、原告商品の形態は当該商品の機能を確保するために不可欠な形態とはいえないと主張するが、原告商品が金箔を素材とする美颜パックであり、スキンケア用品としての顔パック（フェイスパック）の一種であることは、上記2(3)ア(ア)の新聞・雑誌記事における紹介や、原告自身がこのことを前提に原告商品のプレゼンテーションをしている（甲87）ことなどから明らかであり、原告の上記主張を採用することはできない。

(3) 以上によれば、原告が主張する原告商品の形態は、不競法2条1項3号で保護される「商品の形態」に当たると認めることはできない。

よって、原告の不競法2条1項3号の不正競争に基づく請求は、その余の点について検討するまでもなく理由がない。

#### 4 結論

以上のとおり、その余の点について判断するまでもなく、原告の請求はいずれも理由がないから棄却することとして、主文のとおり判決する。

### 【論 説】

#### 1．争点1について

本件では争点がいくつかあったが、第1に、被告は被告商品1を製造販売したのかについて、被告の取引先であるA社がサンプル入手した被告商品2を流用し、被告商品1として販売した事実を、被告が当時から認識していたと認められる証拠はないから、被告が自ら被告商品1を販売したとの事実はないと、裁判所は認定した。

#### 2．争点2について

第2に、原告商品である顔パックの形態は、周知の商品等表示といえるかについて、原告は～の各点につき形態上の特徴があると主張した。

ところが、裁判所は、原告商品の販売開始時期以前において、わが国にはスキンケア用品として顔パック製品は販売され、顔パックに顔面全体を1枚の薄い膜状のもので覆うシートタイプのもので存したと認定し、このタイプの顔パックのa, b, c, dの各部分を集めた形状は、商品の性質、機能から、一般的な形状であったと認定した。その結果、原告商品主張の形態上の特徴のうち、～の点は他の同種商品と識別し得る独特の形態であるということとはできないと認定された。

また、～の各点についても、裁判所は、顔パックの素材として金箔を採用すれば、その商品が金色の光沢や薄く延ばした金箔独特の質感を有すること

は当然であるから、独特の形態であるとはいえないと認定した。

原告は、原告商品には24金を材料として使用しているから、需要者に対し他の商品にない高級感、贅沢感という各別の印象を与えると主張したが、豪華な色彩、光沢や質感とは、素材の金属独特の質感をいうにすぎないし、素材の機能上の効用であるから、これらの点は独特の形態とはいえないと認定され、原告の主張は退けられた。

また、原告は、平成18年12月末以来、3年以上にわたり日本国内に継続的かつ独占的に使用し、マスメディアを通じて宣伝広告して来たから、全国の需要者に認識され周知性を獲得したと主張し立証した。

しかし、裁判所は、原告商品の商品形態は、他の同種商品と識別できるだけの形態的特徴を有しているものとは認められないとし、また損害賠償請求期間の始期から差止請求の基準時である本件口頭弁論終結時までの間に、需要者間に広く認識されるに至ったものとも認められないと認定し、不競法2条1項1号の不正競争に基づく請求は理由がないと判断した。

### 3．争点3について

この規定の適用の可否についても、裁判所は争点2同様、原告主張の原告商品の～ についての特徴的な外観は、1枚の膜状のもので顔面全体を覆うというパック商品の性質、機能から、いずれも同種商品の基本的な機能や効果を果たすための不可欠な形態であるから、同条項号で保護される「商品の形態」には当たらないと認定した。

また、原告が主張する原告商品の特徴的な色彩、光沢、質感は金箔独特の不可避的なものであるから、やはり同条項号の保護から除外されると認定した。

4．本件にあっては、美顔パックとして使用される金箔という素材自体が、品質自体が有する色彩、光沢、質感の発揮という特殊な外的効果が問題となった事例であるが、改正法で挿入された2条4号の「商品の形態」の定義が適用された事例として、格好な事案である。しかし、本件においては、たとえ素材として金箔を利用しているとはいえ、単にそのような理由で独特の商品形態を構成しているとはいえないと否定することはおかしい。けだし、本件商品形態はそういう素材を使用して顔パックの面を製作しているのだから、そこに創作性も認められるからである。

(別紙)

### 被告商品目録

- 1 商品名を「華麗美人」とする美顔パック
- 2 商品名を「24K GOLD MASK」とする美顔パック

(別紙)

### 商品形態目録

- 1 <原告商品>



- 2 <被告商品>



追記(2011年12月1日)

筆者は、この事件判決を商標協会不正競争部会において取上げて報告された飯塚佳都子弁護士のレジュメ(2011年11月9日)に、2つの東京高裁の判決例が挙げられていたので、各判決文を入手して読み、いずれの東京地裁判決とも被告敗訴であったところ、高裁においては逆転判決がなされた事件であることを知ったので、本HPでも紹介しておくことにする。

「電器支持材事件」東京地判平成11年12月21日(棄却)・東京高判平成13年12月12日(変更・認容)

「ノースリーブカットソー事件」東京地判平成17年3月30日(棄却)・知財高判平成17年12月5日(変更・認容)

この2つの事件のうち、事件について、争点1は原告製品の形態の周知性、争点2は両製品の形態の類似性、争点3は両製品の混同のおそれ、争点4は被告行為の不法行為性、争点5は損害の発生と額、であった。

これに対し、事件の控訴審では、争点1については、商品形態が独立して、自他商品識別力を獲得することはなく、商品表示性を欠くから、周知性を獲得する余地はないと認定し、争点2については、商品形態は実質的に同一であることが明らかであると認定し、争点3については、被控訴人製品の販売により控訴人製品との間に狭義の混同を生ずるおそれがあると認定した。

また、事件の控訴審では、争点1は両商品の形態は同一か、争点2は被告商品は原告商品の模倣か、であった。これに対し、控訴審では、争点1については、両商品は基本的構成を共通にし、個々の特徴的形状の多くを共通にし、全体の形状も殆んど同一であるから、実質的に同一であると認定し、争点2については、いずれも10代の若い女性が主な顧客層で、共通の市場であるなどの諸般の事情を総合考慮すれば、被告商品は原告商品を模倣して製造されたものといわざるを得ないと認定した。

そこで、以下においては、この2つの事件判決を紹介しておくことにする。

〔牛木 理一〕

「電路支持材」不正競争行為差止等請求事件：東京地裁平成 9(ワ)2551・平成 11 年 12 月 21 日（民 47 部）判決 棄却 / 東京高裁平成 12(ネ)276・平成 14 年 5 月 31 日（13 部）判決 変更 / 控訴認容

### 【キーワード】

不競法 2 条 1 項 1 号，商品形態の周知性，商品形態の類似性，商品表示の混同

### 【事案の概要】

#### 一 争いのない事実等

1 (一) 原告は、電設資材器具の製造販売等を業とする株式会社である（弁論の全趣旨）。

(二) 被告は、各種機械器具、建築材料、電路支持材等の配管機材、情報機器の製造販売等を業とする株式会社である。

2 原告は、別紙原告製品目録一ないし二〇記載の電路支持材（以下、同目録一ないし七記載の製品を併せて「原告製品一」、同目録八記載の製品を「原告製品二」、同目録九記載の製品を「原告製品三」、同目録一〇ないし一五記載の製品を併せて「原告製品四」、同目録一六ないし一八記載の製品を併せて「原告製品五」、同目録一九及び二〇記載の製品を併せて「原告製品六」といい、これらを併せて「原告製品」という。）を、「パイラック」の商標を付して、製造販売している。

3 被告は、別紙被告製品目録一ないし二〇記載の電路支持材（以下、同目録一ないし七記載の製品を併せて「被告製品一」、同目録八記載の製品を「被告製品二」、同目録九記載の製品を「被告製品三」、同目録一〇ないし一五記載の製品を併せて「被告製品四」、同目録一六ないし一八記載の製品を併せて「被告製品五」、同目録一九及び二〇記載の製品を併せて「被告製品六」といい、これらを併せて「被告製品」という。）を製造、販売している。

二 本件は、原告が被告に対し、「被告が被告製品を製造、販売することは、不正競争防止法二条一項一号に該当する。また、右行為は不法行為に当たる。」と主張して、被告製品の製造等の差止めを求めるとともに、損害賠償を求める事案である。

#### 三 争点

- 1 原告製品の形態の周知性
- 2 原告製品と被告製品の形態の類似性
- 3 原告製品と被告製品の混同のおそれ
- 4 被告の行為が不法行為になるか否か
- 5 損害の発生及び額

## 【地裁の判断】

### 一 争点1について

1 商品の形態は、本来商品の出所表示を目的とするものではないが、特定の商品形態が他の業者の同種商品と識別しうる特別顕著性を有し、かつ、右商品形態が、長期間継続的かつ独占的に使用され、又は短期間でも強力な宣伝が行われたような場合には、結果として、商品の形態が、商品の出所表示の機能を有するに至り、商品表示としての形態が周知性を獲得する場合があるというべきである。

2 そこで検討するに、以下の証拠によると、次の事実が認められる。

(一) 有限会社ネグロス協電社は、昭和三三年ころ、パイラックの名称で電路支持材の製造販売を開始した。同社を吸収合併したネグロス電気株式会社から電材部門が独立したネグロス電材工業株式会社は、昭和三八年ころから、原告製品を、パイラックシリーズとして製造販売するようになり、昭和四四年にネグロス電気株式会社とネグロス電材工業株式会社が合併して原告となった後は、原告が、原告製品をパイラックシリーズとして製造販売するようになった。原告製品の各製品ごとの販売開始時期は、別紙販売開始時期一覧表記載のとおりであり、原告製品の平成四年から平成一〇年までの間における売上額及び販売数量は、別紙原告製品売上一覧表記載のとおりである。

(甲三七、四三、四四、弁論の全趣旨)

原告製品は、昭和五一年ころには、同種商品中で全国の九〇パーセント近いシェアを有し、模造品が出回るなどした。平成九年ころにおいても、全日本電設資材卸業協同組合連合会の組合員数一〇九〇社中卸売業者四二八社(その支店・営業所ごとに数えるなどすると一一八五)及び工事業者七七二が原告製品を購入していた。(甲九の一ないし三、甲一七、一八、甲一九の一ないし三、甲二〇の一ないし一九五七)

昭和四〇年には、原告製品が日本電設工業会技術奨励賞を受賞し、昭和四九年には、原告代表者が、パイラック製品等の考案により、電気保安に功績のあった者に贈られる渋沢賞を受賞した。(甲二の一ないし三、甲三七)

(二) 原告は、昭和三八年以来、製品の総合カタログを作成し、その冒頭にはパイラック製品を載せていたが、右カタログは、電気設備業界・空調衛生業界の工事業者、電設資材の卸売業者、設計事務所、官公庁・総合建設業の電気設備担当者等に配布され、平成二年から平成九年の間に、右カタログは一年間に一五万部ないし二八万部印刷された。(甲二二ないし三三(いずれも枝番をすべて含む)、甲三六の一及び二)また、原告は、パイラック製品の発売三〇周年に当たる昭和六三年から平成二年まで、記念キャンペーンを実施し、およそ一〇万部のちらしを作成して全国の電気工事業者、電設資材

の卸売業者に配布し、一万一六二九名からの景品の応募を得た。(甲三四、三五、甲三六の一及び三)

(三) 原告製品一及び四は、電気工事士の試験において、問題として取り上げられ、写真が掲載された。しかし、右各試験問題において、右写真の製品が原告の製品であることは記載されておらず、右試験問題の中には、パイラックという語句を一般名詞のように用いているものがある。(甲四の一ないし四、甲七の一ないし三、甲八の一ないし四、乙三六の一及び二) また、原告製品一及び四の写真は、右試験の模擬試験にも用いられているが、これらの模擬試験においても、原告の製品であることの記載はない。右模擬試験において、原告製品と基本的形態を同じくする他社の製品の写真を載せているものがあり、その中には、写真の製品について「商品名ではパイラックとの名がある。」と記載しているものや写真の製品についてパイラックという語句を一般名詞のように用いているものがある。(甲五の一ないし三、甲六の一ないし三、乙三五の一ないし三)

さらに、原告製品一及び四は、第二種電気工事士資格取得のための通信教育の教科書や電気工事関係の書籍でも取り上げられているが、これらの教科書や書籍の中には、右原告製品と基本的な形状を同一にする電路支持材の図を掲載しつつも、それが原告の製品であることを明らかにしないものや、パイラックという語句を一般名詞のように用いているもの、パイラックという呼称を用いず、単に「軽量形鋼用支持金具」とか、「パイプ取付金具」などと記載しているものがある。

「パイラックは商品名ではあるが一般化している。」と記載しているものもある。(甲三の一ないし三、甲九ないし一六(いずれも枝番をすべて含む)、乙三六の一、二、乙三七)。

### 3 原告製品一について

(一) 原告製品一は、鉄骨やアングル材等の構造物に電線管等を位置自在に固定するための配管取付金具である(甲二二ないし三三(いずれも枝番をすべて含む)、乙三九の一)が、その形態的特徴は、次のとおりである(争いのない事実)。

(1) 一枚の鋼板で構成されている。

(2) 左側面からみて、中央部が大きい曲率半径をもつ湾曲を有し、両縁部がより小さい曲率半径をもつ湾曲を有する形状(以下「C字形」という。)をなしている。

(3) C字形の文字幅は、製品の大きさにより異なり、約一〇ないし一四ミリメートル程度である。

(4) C字形の上辺が下辺よりやや短い(四・五ないし一〇ミリメートル程度)。

(5) C字形の下辺の前部から縁部にかけて歯状の小切込みが複数個ある。  
(6) 正面からみて締付けねじを除外した基本形状は、左右及び上下が対称であり、上面、背面及び底面の両側に連続する顕著なビード（七ないし二ミリメートル程度）がある。

(7) C字形の上部に締付けねじがあり、背面及び底面部の左右ビードを除いた幅一杯に大きく丸い取付け孔が存在する。

(二) 証拠（乙三九の一）及び弁論の全趣旨によると、原告製品一の以下の形態的特徴は、次のとおり技術的機能に由来するものと認められるから、原告製品一の形態的特徴の主な部分は、技術的機能に由来するものといえることができる。

(1) 原告製品一のC字形の形状は、上面と底面との間に構造材を挟み込むための形態であり、また、C字型の丸みは、一枚の金属板を屈曲して右形状を形成することから必然的に生じるものである。

(2) 原告製品一の下辺の前部から縁部に、歯状の小切込みが複数個あるのは、締付けねじの圧接とともに、強く構造材等を挟持固定するためである。

(3) 原告製品一の上面、背面及び底面の両側にあるビードは、金具全体の強度を補強するためのものである。

(4) 原告製品一のC字形の上部に締付けねじがあるのは、上面と底面との間に挟んだ鉄骨等の構造物を挟持固定するためであり、また、右ねじの先端中心部は窪み、隆起縁が設けられているが、これは、締付け圧接部分のすべりを防止するためのものである。

(5) 原告製品一の背面及び底面部にある大きく丸い取付け孔は、電線管を挟持固定するためのクリップ金具を方向自由に取り付けるためのものである。

(三) 以下の各証拠及び弁論の全趣旨によると、次の各事実が認められる。

(1) 昭和二六年に外国で発行され、昭和三一年に日本の国立国会図書館に受け入れられた雑誌には、次の各特徴を有する配管取付金具の広告が掲載されている。（乙七、三一）

ア C字形をなしている。

イ C字形の上辺が下辺より短い。

ウ 正面からみて締付けねじを除外した基本形状は、左右が対称であり、上下も対称である。

エ 上面、背面及び底面の両側に連続する顕著なビードがある。

オ C字形の上部に締付けねじがあり、底面部及び背面に丸い孔が存在する。

(2) 昭和三五年に外国で発行され、同年に日本の国立国会図書館に受け入れられた雑誌には、右(1)アないしオの各特徴を有する配管取付金具の広告が掲載されている。（乙九、一一、三〇）

(3) 昭和五八年に日本で発行された雑誌には、右(1)アないしウ、オ及びC字形の下辺の前部から縁部にかけて歯状の切込みあることの各特徴を有する配管取付金具の写真が掲載されている。(乙三五の一ないし三)

(4) 日本において、右(1)ア、ウ、エ及びC字形の上辺が下辺よりやや短い、C字形の下辺の前部から縁部にかけて歯状の小切込みが複数個ある、C字形の上部に締付けねじがあり、底面部及び背面に大きく丸い取付孔が存在するとの各特徴を有する配管取付金具が、複数の会社から販売されている。その中の一つは、遅くとも昭和六〇年ころには販売されており、他の一つは、遅くとも昭和六一年ころには販売されていた。(乙一二の二、乙一三、一四)

(5) 右(4)の配管取付金具を販売している会社のうちの一社である株式会社昭和コーポレーションは、平成五年九月一〇日、右(1)アないしエ及びC字形の下辺の前部から縁部にかけて歯状の小切込みが複数個ある、C字形の上部に締付けねじがあり、背面に大きな丸い孔が存在するとの各特徴を有する意匠につき、物品を「吊具」として、意匠権の登録を受け、この意匠は、意匠公報によって公開された。(乙一四、乙四三の一)

(四) 以上の事実によると、原告製品一は、その形態的特徴の主な部分が技術的機能に由来するものであり、基本的な形状を同じくする同種の製品が古くから存し、遅くとも昭和六一年ころには、日本において、原告製品一と形態が酷似した複数の製品が販売されており、基本的な形状を同じくする意匠に関する他の者の意匠権も登録、公開されているものと認められる。

確かに、右2認定のとおり、原告製品一は、昭和三八年から販売されているもので、その販売数量等も少なくない上、原告は、製品のカタログを配布するなどして、宣伝を行っており、また、原告製品一の写真は、試験問題等にも取り上げられたことが認められる。しかし、試験問題等においても、必ずしも原告の製品として取り上げられているわけではない。

以上述べたところを総合すると、右2認定の事実を考慮したとしても、原告製品一の形態が、同種製品と識別しうる特別顕著性を有するもので、商品表示として周知であるとまでは認められない。

#### 4 原告製品二及び三について

(一) 証拠(甲二二ないし三三(いずれも枝番をすべて含む))と弁論の全趣旨によると、原告製品二及び三は、リップみぞ形鋼に電線管等を固定するための配管取付金具であって、係合溝、固定ねじ、取付孔等から構成されていること、係合溝は、それにリップみぞ形鋼の折曲片を挿入して係止するためのものであり、固定ねじは、リップみぞ形鋼の折曲片に固定するためのものであり、取付孔は、電線管を挟持固定するためのクリップ金具を取り付けるためのものであること、以上の事実が認められるから、その形態的特徴の主な部分は、技術的機能に由来するものであるということが出来る。

(二) 証拠(乙一三)によると、遅くとも昭和六一年ころには、日本の他の会社が、原告製品二及び三と基本的な形状を同じくする製品を販売していたことが認められる。

(三) 右2認定のとおり、原告製品二は昭和五二年に販売が開始されたものであるが、その年間の販売数量は数万個程度、売上額は一〇〇万円ないし二〇〇万円程度であり、原告製品三は昭和三八年に販売が開始されたものであるが、その年間の販売数量は一〇数万個程度、売上額は七五〇万円ないし一〇〇万円程度である。

また、右2(三)のとおり、原告製品のうち試験問題となったり、書籍で取り上げられていたのは、原告製品一及び四であって、原告製品二及び三が書籍等で取り上げられたことを認めるに足りる証拠はない。

(四) 以上の事実によると、原告製品二及び三は、その形態的特徴の主な部分が技術的機能に由来するものであり、基本的な形状を同じくする同種の製品が遅くとも昭和六一年ころには日本において販売されていた上、その販売数量等も決して多くはなく、書籍等で取り上げられるなどしたことがあるとも認められないから、原告製品二及び三の形態が、同種製品と識別しうる特別顕著性を有するもので、商品表示として周知であるとは認められない。

## 5 原告製品四及び五について

(一) 原告製品四は、鉄骨等の構造物に固定された取付金具の取付孔に取り付けられ、電線管等を固定するための配管用クリップ金具である(甲二二ないし三三(いずれも枝番をすべて含む)、乙三九の二)が、その形態的特徴は、次のとおりである(争いのない事実)。

(1) 正面からみて左右同形の縦長の頭部と、楕円状にふくらみをもつ胴部があり、その下には、左右に張り出した二本の脚片(以下両者を併せて「脚部」という。)がある。頭部の丈は脚部の丈よりやや高い。

(2) 頭部にはねじとナットが取り付けられている。

(3) 外側面からみて、頭部と胴部の両縁には連続して二ないし三ミリメートル程度のリブがある。

(4) 外側面からみて、脚部は胴部より小さい曲率半径をもって湾曲を有し、脚片の幅は胴部より数ミリメートル程度狭いが、別紙原告製品目録一四の製品に限り、九ミリメートル程度狭い。脚片の先端部は半円形である。ただし右目録一四及び一五の製品は同半円形の先がさらに平らに切られている。

(二) 原告製品五は、鉄骨等の構造物に固定された取付金具の取付孔に取り付けられ、電線管等を固定するための配管用クリップ金具である(甲二二ないし三三(いずれも枝番をすべて含む)、乙三九の二)が、その形態的特徴は、次のとおりである(争いのない事実)。

(1) 正面からみて左右同形の半円形状を合わせた環状の胴部があり、その

上部に小さい縦長の頭部がある。胴部の下に左右に張り出した小さい脚部がある。

(2) 頭部にはねじとナットが取り付けられている。

(3) 外側面からみて、頭部及び胴部の両縁にリブはない。

(4) 外側面からみて、脚部は胴部より小さい曲率半径をもった湾曲を有し、脚片の幅は胴部より八ミリメートル程度狭く、先端は半円形である。

(5) 胴部が大きくなるにしたがい、胴部の全体形状は真円に近づく。

(三) 証拠(乙三九の二)及び弁論の全趣旨によると、原告製品四及び五の以下の形態的特徴は、次のとおり技術的機能に由来するものと認められるから、形態的特徴の主な部分は、技術的機能に由来するものといえることができる。

(1) 原告製品四及び五のふくらみをもつ胴部は、一对の金属主片で電線管等を挟むためのものである。

(2) 原告製品四及び五の頭部に小孔が設けられ、ねじとナットが取り付けられているのは、一对の金属主片をねじとナットで緊定するためのものである。

(3) 原告製品四の頭部と胴部の両縁にあるリブは、強度を増し、変形を防止するためのものである。

(4) 原告製品四及び五の脚片は、胴部より小さい曲率半径をもって湾曲しているが、これは、クリップ金具を取付孔に挿入係止するためのものである。

(四) 証拠(乙一の一、二、乙一三、二一、四〇)及び弁論の全趣旨によると、以下の特徴を有する、鉄骨等の構造物に固定された取付金具の取付孔に取り付けられ電線管等を固定するための配管用クリップ金具は、古くは昭和三年のドイツ特許公報に記載されているほか、遅くとも昭和四九年ころには、日本の他の会社が販売しており、昭和六一年ころには、日本において、複数の会社が販売していたものと認められる。

(1) 正面からみて左右同形に、小さい縦長の頭部と、環状にふくらみをもつ胴部があり、その下には、左右に張り出した二本の脚片がある。

(2) 頭部にはねじとナットが取り付けられている。

(3) 外側面からみて、脚部は胴部より小さい曲率半径をもった湾曲を有し、脚片の幅は胴部より狭い。

(五) 以上の事実によると、原告製品四及び五は、その形態的特徴の主な部分が技術的機能に由来するものであり、基本的な形状を同じくする同種の製品が古くから知られていて、遅くとも昭和四九年ころには日本において販売されていたものと認められる。

(六) 確かに、右2認定のとおり、原告製品四は、昭和三八年から販売されているもので、その販売数量等も少なくない上、原告は、製品のカタログを

配布するなどして、宣伝を行ってきており、また、原告製品四の写真は、試験問題等にも取り上げられたことが認められる。しかし、試験問題等においても、必ずしも原告の製品として取り上げられているわけではない。

(七) 以上の(五)(六)で述べたところを総合すると、右2認定の事実を考慮したとしても、原告製品四の形態が、同種製品と識別しうる特別顕著性を有するもので、商品表示として周知であるとまでは認められない。

(八) また、右2認定のとおり、原告製品五は、昭和三八年に販売が開始されたものであるが、その年間の販売数量は数万個程度、売上額は五〇〇万円未満である上、書籍等で取り上げられたことを認めるに足りる証拠もないから、これらに右(五)で述べたところを総合すると、原告製品五の形態が、同種製品と識別しうる特別顕著性を有するもので、商品表示として周知であるとは認められない。

## 6 原告製品六について

(一) 原告製品六は、建築物の鋼管構造材等に電線管を固定するための電線管支持金具である(甲二二ないし三三(いずれも枝番をすべて含む)、乙三九の三)が、その形態的特徴は、次のとおりである(争いのない事実)。

(1) 一枚の鋼板で構成され、正面からみると鞍形の上面が平らであり、その幅は二九ミリメートル程度である。

(2) 上部から一一ミリメートル程度下がったところからややふくらみを有する胴部があり、その長さは約二三ミリメートル又は三一ミリメートル程度である。その下に脚部があり、約一七ないし一八ミリメートル程度の長さを有し、その先端はやや外側に反っている。脚部の中央にねじとナットがあるが、これを除けば、全体として左右対称である。

(3) 胴部下方から脚部上方にかけて、左右に二本のビードがあり、その幅は四ミリメートル、長さは一一ミリメートル程度である。

(4) 上部中央に丸く大きな取付孔があり、縁取りされている。

(二) 証拠(乙三九の三)及び弁論の全趣旨によると、原告製品の以下の形態的特徴は、次のとおり技術的機能に由来するものと認められるから、形態的特徴の主な部分は、技術的機能に由来するものといえることができる。

(1) 原告製品六の胴部のふくらみは、電線管の外周面に適合するためのものである。

(2) 原告製品六の上部中央に丸く大きな取付け孔があり、上面と胴部との間にやや間隙があるのは、クリップやボルト等を挿通するためのものである。

(3) 原告製品六の脚部の形態及び脚部中央のねじは、螺着手段により電線管を固定するためのものである。

(4) 原告製品六の胴部下方から脚部上方にある左右二本のビードは、補強のためである。

(三) 以下の各証拠によると、以下の各事実が認められる。

(1) 以下の特徴を有する、建築物の鋼管構造材等に電線管を固定するための電線管支持金具が、昭和九年のアメリカ合衆国特許公報に記載されているほか、その後の時期において外国の雑誌やアメリカ合衆国特許公報に記載されている。(乙二、三、一一、二三、四〇)

ア 正面からみると鞍型の上面が平らである。

イ 上部からやや下がったところから、ややふくらみを有する胴部があり、その下に脚部がある。脚部の中央にねじとナットがあるが、これを除けば、全体として左右対称である。

ウ 上面の中央には、丸い取付孔がある。

(2) 遅くとも昭和六年ころには、日本の他の会社が、右(1)ア、イ及び脚部の先端がやや外側に反っている、胴部下方から脚部上方にかけて左右に二本のビードがある、上部中央に丸く大きな取付け孔があり、縁取りされているとの各特徴を有する、建築物の鋼管構造材等に電線管を固定するための電線管支持金具を販売していた。(乙一三)

(四) 以上の事実によると、原告製品六は、その形態的特徴の主な部分が技術的機能に由来するものであり、基本的な形状を同じくする同種の製品が古くから知られていて、遅くとも昭和六年ころには日本において原告製品六と形態が酷似した製品が販売されていたものと認められる。

また、右2認定のとおり、原告製品六は、昭和三八年から販売されているものであるが、その年間の販売数量は数万個程度、売上額にしても二五〇万円ないし三三〇万円程度である上、原告製品六が書籍等で取り上げられたことを認めるに足りる証拠もないから、原告製品六の形態が、同種製品と識別しうる特別顕著性を有するもので、商品表示として周知であるとは認められない。

7 以上によると、原告製品の各形態が原告の商品表示として周知であるとは認められない。

そうすると、その余の点を判断するまでもなく、被告による被告製品の製造販売は、不正競争行為に該当しない。したがって、原告の不正競争防止法に基づく請求はいずれも理由がない。

## 二 争点4について

1 原告は、被告が原告製品と外観において実質的に同一ともいふべき被告製品を製造し、原告製品との品番対比表を作成、配布し、かつ、原告製品よりも低い価格で販売したことを不法行為であると主張する。

しかしながら、前記一認定のとおり、原告製品の形態は、その主な部分が技術的機能に由来し、また、他社も原告製品に類似する形態を同種製品について使用しているのであって、その形態を原告のみが独占することができるというべ

き理由はない。

また、証拠（甲三八、三九、四六、乙四四）によると、被告が被告製品と原告製品との品番対比表を作成したこと、被告が電設資材卸売業者に、対応する原告製品の価格よりも値引きした金額を提示して被告製品の注文をとっていたこと、被告製品の注文書には、対応する原告製品の品番が記載されていたこと、以上の各事実が認められるが、被告が、右品番対比表を右業者等に配布していたことを認めるに足る証拠はない。そして、このような品番対比表の作成、注文書の記載及び値引きした金額の提示自体が、自由競争の範囲を著しく逸脱した行為とはいえない。

以上を総合すると、被告製品が原告製品と似ているものであっても、被告による被告製品の販売が、取引界における公正かつ自由な競争として許されている範囲を著しく逸脱し、原告の法的保護に値する営業上の利益を侵害するものと認めることはできない。

2 そうすると、その余の点を判断するまでもなく、被告による被告製品の製造販売は、不法行為を構成しないから、原告の不法行為に基づく請求はいずれも理由がない。

三 以上の次第で、原告の本訴請求はいずれも理由がない。

#### 【高裁の主文】

- 1 原判決を次のとおり変更する。
- 2 被控訴人は、別紙被控訴人製品目録一ないし七記載の電路支持材を製造し、譲渡し、引き渡し、譲渡又は引渡しのために展示してはならない。
- 3 被控訴人は、控訴人に対し、1459万0093円及び内金671万9396円に対する平成9年3月4日から、内金787万0697円に対する平成10年8月31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 控訴人のその余の請求を棄却する。
- 5 訴訟費用は、第1、2審を通じこれを10分し、その9を控訴人の、その余を被控訴人の負担とする。
- 6 この判決は、第2、第3項に限り、仮に執行することができる。

#### 【事案の概要】

本件は、控訴人の製造販売する別紙控訴人製品目録一ないし七記載の電路支持材（以下「第1グループ控訴人製品」という。）及び同十ないし十八記載の電路支持材（以下「第2グループ控訴人製品」といい、第1グループ控訴人製品と併せ「控訴人製品」という。）の商品形態が、控訴人の商品を表示するもの（以下「商品表示」という。）として需要者の間に広く認識されており、被控訴人の製造販売する別紙被控訴人製品目録一ないし七記載の電路支持材（以

下「第1グループ被控訴人製品」という。)及び同十ないし十八記載の電路支持材(以下「第2グループ被控訴人製品」といい、第1グループ被控訴人製品と併せ「被控訴人製品」という。)の商品形態が、控訴人製品のものと同であり、被控訴人が被控訴人製品を製造販売して、控訴人製品と混同を生じさせた結果、不正競争防止法2条1項1号所定の不正競争行為が成立しているとして、控訴人が、被控訴人に対し、同法3条1項、4条及び5条1項に基づき、被控訴人製品の製造販売等の差止め及び損害賠償を求めるとともに、被控訴人による被控訴人製品の製造販売等の行為が民法709条所定の不法行為に当たるとして、損害賠償を請求する事案である。

原判決は、被控訴人の行為は上記不正競争行為に該当せず、不法行為も構成しないとして、控訴人の請求をいずれも棄却した。

#### 1 争いのない事実

(1) 控訴人は、電設資材器具の製造販売等を業とする株式会社であり、被控訴人は、各種機械器具、建築材料、電路支持材等の配管機材、情報機器の製造販売等を業とする株式会社である。

(2) 控訴人は、控訴人製品に「パイラック」の商標を付して製造販売し、被控訴人は、被控訴人製品を製造販売している。

(3) 控訴人製品の形態は、第1グループ控訴人製品は別紙控訴人製品目録一ないし七、第2グループ控訴人製品は同十ないし十八記載のとおりであり、被控訴人製品の形態は、第1グループ被控訴人製品は別紙被控訴人製品目録一ないし七、第2グループ被控訴人製品は同十ないし十八記載のとおりである。

#### 2 争点

- (1) 控訴人製品の形態の商品表示としての周知性の有無
- (2) 控訴人製品と被控訴人製品の形態の同一性
- (3) 控訴人製品と被控訴人製品が混同を生ずるおそれの有無
- (4) 被控訴人の被控訴人製品の形態に係る先使用权の有無
- (5) 被控訴人製品の製造販売等を差し止める必要性の有無
- (6) 被控訴人による被控訴人製品の製造販売等の行為の不法行為該当性
- (7) 被控訴人製品の製造販売等により控訴人が被った損害の額

#### 【高裁の判断】

##### 1 争点(1)(控訴人製品の形態の商品表示としての周知性の有無)について

(1) 控訴人は、第1グループ控訴人製品の形態が、遅くとも昭和58年には、控訴人の商品表示として周知になったと主張するので、この点について判断する。

##### ア 製造販売等について

#### (ア) 製造販売

控訴人は、Aが昭和22年6月に創業した個人企業を発展させた会社であり、同人が、昭和34年、我が国において初めて電路支持材であるパイラック製品を製造販売し、その一種である控訴人製品も順次販売され、今日まで販売されてきた(甲第37号証)。昭和46年から平成10年8月までの間における控訴人製品の販売数量は、別紙(二)控訴人製品販売数量一覧表記載のとおりであり(甲第60号証)、平成4年から10年までの間における控訴人製品の売上額は、別紙(三)控訴人製品売上額一覧表記載のとおりである(甲第44号証)。

平成9年当時における控訴人製品の販売先は、全日本電設資材卸業協同組合連合会の卸売業者約1090社中428社、工事業者772社である(甲第19号証の1~3、第20号証の1~1957)。控訴人製品は、これらの卸売業者等を通じ、全国の需要者に販売されてきた。

#### (イ) 広告宣伝

控訴人は、昭和38年以来、電路支持材の総合カタログを作成し、その冒頭には、パイラック製品を掲載するのを常としていたが、上記カタログは、電気設備業界及び空調衛生業界の工事業者、電設資材の卸売業者、設計事務所、官公庁、総合建設業の電気設備担当者等に広く配布され、その数は、平成2年から平成9年の間だけでも、総数194万7400部に達している(甲第22~第33号証[枝番を含む]、第36号証の1、2)。

また、控訴人は、パイラック製品の販売30周年に当たる昭和63年5月から平成2年9月まで記念キャンペーンを実施し、約10万部のちらしを作成して、全国の電気工事業者、電設資材の卸売業者に配布し、1万1629名から景品の応募があった(甲第34、第35、第36号証の1、2)。

#### (ウ) 試験問題等

パイラック製品ないし第1グループ控訴人製品のうち控訴人製品目録一及び四記載の製品の形態は、特に早くから知られており、早いものでは昭和38年から、特に昭和57年以降は、電気工事関係の雑誌、第二種電気工事士試験などの試験問題、電気工事に関する資材の解説、マニュアルのほか、教科書において広く取り上げられ、その際、これら製品の形態も同時に掲載されることが多く、「パイラック」という名称が使用されることもあった(甲第3~第16号証[枝番を含む])。

#### (エ) 模造品の新聞報道等

控訴人のパイラック製品が同種製品で月産70万個、全国で90%近いシェアを有する商品になったため、昭和51年ころ、模造品が製造販売され、その製造販売にかかわった業者が逮捕されたが、これを報ずる同年10月7日付け朝日新聞(甲第17号証)及び同日付け中日新聞(甲第18号証)の

紙上に、本物のパイラック製品として、第1グループ控訴人製品の写真が掲載された。

イ 形態的特徴について

(ア) 第1グループ控訴人製品の形態が別紙控訴人製品目録一ないし七記載のとおりであることは当事者間に争いが無いが、その形態的特徴は、概要、以下のとおりである。

まず、基本的構成として、以下の形態（以下「基本的形態」という。）を有する。

一枚の鋼板で構成されており、左側面から見て、ほぼC字形を形成する。

C字形の上辺が下辺より短い。

正面から見て、締め付けねじを除外した基本形状は、左右及び上下が対称である。

上面、背面及び底面の両側に、連続するビードがある。

C字形の上部に締め付けねじがあり、背面及び底面部に取付孔が存在する。

次に、具体的構成として、以下の形態（以下「具体的形態」という。）を有する

C字形の文字幅は、約10ないし14mmである。

C字形の上辺が下辺より4.5ないし10mm程度短い。

C字形の下辺の前部から縁部にかけ、歯状の小切り込みがほぼ等間隔に3ないし5個ある。

ビードは連続して7ないし12mm程度の顕著なものである。

背面及び底面部の左右ビードを除いた幅一杯に大きく丸い取付孔が存在する。

(イ) 被控訴人は、商品形態が出所表示機能を取得するためには、その形態に、同じ存在目的を達成する同種の製品のものとは異なる相対的特異性がなければならないとした上、控訴人製品については、古くから、同業他社により同種形態のものが複数販売されているから、控訴人製品の形態は相対的特異性を有しないと主張する。

確かに、外国において発行され昭和31年11月国立国会図書館受入れの雑誌「エレクトリカル コンストラクション アンド メンテナンス」1951年（昭和26年）4月号（乙第7、第31号証）202頁掲載の製品は、C字形を形成すること、上辺が下辺より短いこと、上下左右が対称であること、上面、背面及び底面の両側に連続するビードがあること、底面及び背面の孔を有すること、すなわち、基本的形態において、第1グループ控訴人製品と共通する。しかしながら、より子細に観察すると、上記製品は、第1グ

ループ控訴人製品のC字形に相当する部分がU字形により近いこと、上辺が下辺より顕著に短いこと、上辺及び下辺の前面が斜めかつ直線的に切り落とされていること、下辺に歯状の小切り込みがないこと、取付孔が左右ビードを除いた幅一杯に大きいものではないことにおいて、第1グループ控訴人製品の形態と異なっている。昭和35年7月国立国会図書館受入れの上記雑誌1960年(昭和35年)6月号(乙第9、第30号証)202頁掲載の製品も、その形態は同様である。

ウ 商品形態が出所表示機能を取得するためには、同種商品が一般に有するものとは異なる形態であることが必要であるが、この形態が他の同種商品と比較して特異な形状であるとまではいえなくとも、当該商品の製造販売、広告宣伝等の程度によっては、出所表示機能を取得することができる。また、上記の同種商品一般と異なる形態は、必ずしも、基本的形態において具備する必要はなく、具体的形態におけるものも、当該商品の製造販売、広告宣伝等の程度に加え、その具体的形態が看者の注意をひく程度によって、出所表示機能を取得することができるというべきである。

本件において、第1グループ控訴人製品の形態は、基本的形態において他の同種製品と異なるところはないが、具体的形態においては、他の同種製品と異なっており、上記のとおり、パイラック製品が、昭和38年ころから市場において圧倒的シェア、販売数及び売上高を有し、大量の広告宣伝を継続してきたこと等を総合すると、第1グループ控訴人製品の形態は、遅くとも、被控訴人において被控訴人製品の製造販売を開始したと主張する平成6年までには、その具体的形態が控訴人の商品表示として周知になったといえることができる。

エ 南電機株式会社のカatalog(乙第12号証の1、2)、沼田金属工業株式会社の電路支持材カatalog(乙第13号証)及び株式会社昭和コーポレーションの配管支持金具のカatalog(乙第14号証)に掲載された製品は、基本的形態のみならず、具体的形態においても、第1グループ控訴人製品とほぼ同一のものであり、株式会社昭和コーポレーションの上記製品の形状については、平成5年9月10日、物品を吊具として意匠登録がされ、同年12月3日、意匠公報によって公開された(乙第43号証の1)。しかしながら、これらの製品の市場におけるシェアは、合計しても数%程度にすぎず(甲第50号証)、仮に、これらの製品がこの程度市場において販売されていたとしても、上記のとおり、市場における控訴人製品のシェアが圧倒的であるという状況が今日まで継続している以上、第1グループ控訴人製品の具体的形態が控訴人の商品表示として周知である事実は、上記乙号証により左右されるものではない。

被控訴人は、製品の発売後、同一又は類似の形態のものが複数の業者によ

り複数の同種商品に使用され、そのような状態が長期間経過した場合には、希釈化により、当該商品の形態を特定の出所の表示として認識することができなくなり、周知の商品表示ということができなくなると主張する。確かに、一般的に、被控訴人主張のような希釈化が生ずることはあり得るが、そのためには、単に同一の商品形態が同種商品に採用されただけでは足りず、同一形態の同種商品が、希釈化を生ずるに足りる程度の数量及び期間、販売されることが必要である。本件においては、第1グループ控訴人製品の基本的形態及び具体的形態の双方を具備する上記製品は、市場におけるシェアがわずかであり、控訴人製品が市場において有する長期的かつ圧倒的なシェアを脅すに至ることはないのであるから、希釈化によって第1グループ控訴人製品の具体的形態の商品表示としての周知性が失われたということとはできない。

オ 技術的機能に由来する形態

(ア) 被控訴人は、商品の形態的特徴が技術的機能に由来する場合には、不正競争防止法2条1項1号所定の商品表示該当性が否定されるべきであるとした上、第1グループ控訴人製品の形態的特徴は、いずれも、電路支持材としての技術的機能に由来するものであると主張する。

(イ) 被控訴人は、第1グループ控訴人製品の下記 ないし の形態（以下「技術的形態」という。）が、電路支持材としての技術的機能に由来する旨主張するところ、第1グループ控訴人製品がこのような形態を有することは、別紙控訴人製品目録一ないし七から明らかである。

鉄骨、アングル材等の構造物に電線管等を固定するための電路支持材であって、上板、下板及びこれら的一端片に介在する側板とから成り、側面略コ字形に形成されている。

上板、下板、側板の両縁から内側に向けて金属板を屈曲して製造されるため、側板と上板、下板の境界部は、丸みをもって構成されている。

上板、下板、側板の両縁に折曲片及びビードが設けられ、金具本体の強度を補っている。

電線管を挟持固定するためのクリップ金具が選択自在に取り付けられるように、下板、側板の両方に取付孔が穿設されている。

上板には、締め付けねじが螺設され、下板には鋸歯状部が形成されており、上板と下板の間に鉄骨等の片を挟み、締め付けネジを締め付けてねじ先端のくぼみ先と下板の鋸歯状部により鉄骨等の構造材の片を強固に挟持固定するようになっている。

(ウ) 第1グループ控訴人製品において、被控訴人の主張する技術的形態を基本的形態と比較すると、技術的形態のほとんどは基本的形態と一致し、具体的態と技術的形態との相違点は、下板に鋸歯状部が形成されているかどうかという点だけである。そこで、鋸歯状部が技術的機能に由来するものかど

うかについて検討するに、電路支持材において、下板の果たす機能は、上板との間に鉄骨等の片を挟み、締め付けねじ先端でねじを締め付けて強固に挟持固定することである。このような機能は、下板の摩擦が十分に確保され、ねじを締め付けることで強固に挟持固定することにより果たされるから、このような摩擦が十分に確保される限り、下板の形状が平板であるか、凹凸を有するか、又は鋸歯状部を有するか、そして、鋸歯状部を有する場合においてこれを何個有するかは、下板の機能に必然的に由来するものということとはできない。そうすると、下板に鋸歯状部が形成されていることは、第1グループ控訴人製品の技術的機能に由来する形態ということとはできない。

次に、第1グループ控訴人製品の具体的形態は、C字形の下辺の前部から縁部にかけて、歯状の小切り込みがほぼ等間隔に3ないし5個あることに加え、C字形の文字幅が約10ないし14mmであること、C字形の上辺が下辺より4.5ないし10mm程度短いこと、ビードが連続して7ないし12mm程度の顕著な怒り肩を形成していること、背面及び底面部の左右ビードを除いた幅一杯に大きく丸い取付孔が存在することであるが、これら具体的形態は、いずれも、電路支持材の技術的機能を果たすために必然的に採用せざるを得ないものではなく、その機能を果たしつつ他の具体的形態を採用することも可能である。ビードを例にとれば、その形状を上記のような顕著な怒り肩にする必然性はなく、より緩やかな形状のものでもよいし、さらには、カナフジ電工株式会社の製品（甲第50号証掲載）のように、ビードを設けなくとも商品としての市場性を十分取得できるのである。したがって、これら第1グループ控訴人製品の具体的形態は、技術的機能に由来するものということとはできない。

(エ) 被控訴人は、技術的機能を実現するための機能的制約に基づく形態をとっているにすぎない場合には、この種の形態を特定の者に独占させることは、製品や技術の独占につながり、不正競争防止法の趣旨に反することになると主張する。しかしながら、第1グループ控訴人製品の基本的形態中、下板に小切り込みが形成されているという構成及び第1グループ控訴人製品の具体的形態は、上記のとおり、技術的機能を実現するという機能的制約の下において選択可能な複数の形態の一つを控訴人の意思で選択したものであるから、被控訴人主張のような技術的機能を実現するための機能的制約に基づく形態をとっているにすぎないということとはできない。

また、被控訴人は、ある製品がいくつかの基本的構成要素から成る場合において、各構成要素の組合せには一定の限度があるから、各構成要素の具体的な形態を離れて、その組合せ自体が商品表示として保護を受けることはできないと主張する。しかしながら、第1グループ控訴人製品において、上記具体的形態は、そのそれぞれが技術的機能に由来するものにすぎないということができないばかりか、これらの具体的形態が組み合わさって一つのまと

まった商品形態を形成しているから、不正競争防止法2条1項1号により保護される商品表示となり得るといふべきである。

(オ) さらに、被控訴人は、第1グループ控訴人製品の形態に係る控訴人の意匠登録が無効となったことから、このような形態による商品表示としての周知性獲得の主張は信義則上許されないと主張する。しかしながら、意匠登録を受けるためには、当該意匠が創作性を有するなど固有の要件が必要とされる一方、不正競争防止法2条1項1号所定の商品表示として同法による保護を受けるためには、上記創作性は必要とされない代り、当該商品等表示が周知性を有することが必要である。このように、意匠法と不正競争防止法とは、その目的、保護の要件及び効果が異なるから、第1グループ控訴人製品の形態に係る意匠登録が無効とされたからといって、控訴人において不正競争防止法に基づく権利を主張することが信義則に反するという事はできない。

(2) 次に、第2グループ控訴人製品の形態について判断する。

ア 形態的特徴について

(ア) 第2グループ控訴人製品の形態が別紙控訴人製品目録十ないし十八記載のとおりであることは当事者間に争いが無いが、その形態的特徴は、概要、以下のとおりである。

正面から見て左右同形の縦長の頭部と、楕円形状にふくらみをもつ胴部があり、その下には、左右に張り出した2本の脚部があり、頭部の丈は脚部の丈よりやや高い。

頭部には、ねじとナットが取り付けられている。

外側面から見て、頭部と胴部の両縁には連続して2ないし3mm程度のリブがある。

外側面から見て、脚部は胴部より小さい曲率半径をもって湾曲を有し、脚片の幅は胴部より狭いが、脚部の先端部は半円形である。

(イ) 第2グループ控訴人製品は、鉄骨等の構造物に固定された取付金具に取り付けられ、電線管等を固定するための配管用クリップ金具であり、この配管用クリップ金具は、二つの金属主片から成る。金属主片は、電線管を挟むための湾曲部を持ち、その上端には、鉄骨等の構造物用の取付金具のクリップ取付孔に挿入係止するための外向きの屈曲部が形成され、下端には、他方の金属主片と係合するための締め付けボルト挿着孔が穿設されている。

この配管用クリップ金具は、一对の金属主片の上端の外向き屈曲部を取付金具のクリップ取付孔に挿入係止し、相対向する湾曲部に電線管を緩く挟んだ状態で、下端の締め付けボルト装着孔にボルトを装着し、ナットを螺合して緊締することにより、取付金具に取り付け固定される。

この場合、締め付けボルト挿通孔に挿着されたボルトをナットで締め付け

るに従って、湾曲部が電線管を強固に挟持し、かつ、電線管の反発力により、てこの原理で外向きの屈曲部が外方へ作用し、取付金具のクリップ取付孔への取付固着も強固に行われる。

(ウ) ところで、ドイツ公報(乙第21号証)の製品は、正面から見て左右同形に、小さい縦長の頭部と、環状にふくらみを持つ胴部があり、その下には、左右に張り出した2本の脚片がある、頭部にはねじとナットが取り付けられている、外側面から見て、脚片は胴部より小さい曲率半径を持った湾曲を有し、脚片の幅は胴部より狭いという、第2グループ控訴人製品の形態的特徴をすべて備えている。

控訴人は、ドイツ公報の製品は、頭部が手首を突き合わせただけで掌は離れたままの形状をしているとか、脚部の先端部と平行した根本が張り出して段部を形成していると主張するが、ドイツ公報(乙第21号証)の記載から読み取れる製品の形状は上記のとおりであって、第2グループ被控訴人製品と異なるところはない。

(エ) そうすると、第2グループ控訴人製品のこれらの形態は、これを構成する各部分の形状が、いずれも、上記(イ)の機能上最も適した形状、これと類似した形状及び電路支持材として最もありふれた形態であるばかりか、各部分を組み合わせた全体的形態も、上記のとおりありふれたものであって、現に、昭和3年のドイツ公報に掲載された製品において、既に採用され、その後、我が国において、南電機株式会社のカatalog(乙第12号証の1、2)に掲載された製品及び沼田金属工業株式会社の電路支持材カatalog(乙第13号証)に掲載された製品においても採用されている形態であって、従来の電路支持材と比べて特徴的形態を有するものではなく、電路支持材として通常予想される形態選択の範囲を全く出していないから、その形態に自他商品識別性を認めることはできない。

(オ) 商品の形態が他の同種製品にない特徴的なものであって、自他商品識別性を有する場合には、当該商品について広告、宣伝、展示、販売等が繰り返されることにより、商品の形態のみにより自他商品の識別がされるに至ることがあり得るが、第2グループ控訴人製品の形態は、このような特徴的なものではないから、その広告、宣伝、展示、販売等が継続して行われてきたとしても、商品の形態が独立して自他商品識別力を獲得することはなく、商品表示性を欠き、したがって、周知性を獲得する余地もないというべきである。

## 2 争点(2)(控訴人製品と被控訴人製品の形態の同一性)について

当事者間に争いのない第1グループ控訴人製品及び第1グループ被控訴人製品の各形態を対比すれば、両製品の形態は実質的に同一であることが明らかである。

### 3 争点(3) ( 控訴人製品と被控訴人製品が混同を生ずるおそれの有無 ) について

(1) 不正競争防止法 2 条 1 項 1 号所定の「混同を生じさせる行為」とは、他人の周知の商品表示と同一又は類似のものを使用する者が自己の商品と他人の商品との誤信（以下「狭義の混同」という。）を生じさせる行為等をいうところ、上記「混同」とは「混同のおそれ」をもって足りると解すべきである（最高裁昭和 4 4 年 1 1 月 1 3 日第一小法廷判決・裁判集民事 9 7 号 2 7 3 頁参照）。本件において、第 1 グループ被控訴人製品の形態は、控訴人の周知の商品表示である第 1 グループ控訴人製品の形態と実質的に同一であるから、第 1 グループ被控訴人製品の販売により、第 1 グループ控訴人製品との間に狭義の混同を生ずるおそれのあることを認めることができる。

#### (2) 被控訴人の主張について

ア 被控訴人は、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号所定の混同のおそれとは、控訴人の主張するような単に許諾を受けていると誤信される場合までは含まれないと主張する。しかしながら、本件においては、上記のとおり、狭義の混同のおそれが生ずるのであるから、広義の混同を前提とする控訴人の上記主張の当否につき判断するまでもなく、第 1 グループ被控訴人製品の販売が狭義の混同を生じさせるおそれがあると認めることができる。

イ 被控訴人は、控訴人と被控訴人との営業規模の違いも主張するが、第 1 グループ控訴人製品と同種製品の市場において第 1 グループ控訴人製品が上記のとおり圧倒的シェアを継続して有している以上、控訴人と被控訴人が営業規模を異にするからといって、狭義の混同を生ずるおそれを否定することはできない。

ウ 被控訴人は、被控訴人製品がすべて被控訴人の代理店を通じて販売され、その後、代理店から電気工事業者に販売されるのが通常であるとか、代理店から購入する電気工事業者が、通常、代理店の店頭で製品を購入するのではなく、自分の知っている品番や社名を特定した上で代理店に電話等で注文を出し、それを受けた代理店が倉庫等に保管している商品を箱ごと配送又は店頭渡しをすると主張した上、代理店が被控訴人製品を控訴人製品と誤認混同するはずはないとか、被控訴人製品及び控訴人製品は、有資格者でなければ使用しないものであり、一般消費者が購入することはなく、電気工事業者などの有資格者が上記入手方法をとるときには、パンフレット等を参照しながら品番を特定するから、控訴人製品と被控訴人製品が誤認混同を生ずるおそれはない旨主張する。

しかしながら、控訴人従業員作成の上申書（甲第 4 0 ～ 第 4 2 号証）によれば、被控訴人製品の一部は、大手ホームセンターにおいて販売され、その際、被控訴人製品は、社名及び品番が貼付された価格ラベルに覆われ、その

結果、控訴人製品と区別することが不可能な状態であることが認められる。そうすると、一般消費者が控訴人製品と混同して被控訴人製品を購入するおそれがないとはいえない。

被控訴人は、被控訴人製品及び控訴人製品が有資格者でなければ使用しないものであり一般消費者が購入することはないと主張するが、このような事実を認めるに足りる証拠はないばかりか、むしろ、上記のとおり、被控訴人製品が大手ホームセンターにおいて販売されているのであるから、一般消費者も購入するものであることが推認されるというべきである。

エ これに対し、被控訴人は、被控訴人製品がホームセンターのような小売店を通じてばら売りされるのは全販売額の0.01ないし0.09%程度で、非常に少ないこと、これらの製品は被控訴人が直接販売したものではないこと、上記販売に際しては被控訴人製品のみが陳列されていたのであって、控訴人製品と混然と並べられていたわけではないと主張する。

しかしながら、被控訴人の主張によっても、被控訴人から譲り受けた取引者がホームセンター等に転売している実情があることとなり、他方、小売店を通じてばら売りされる被控訴人製品が全販売額の0.01ないし0.09%程度で非常に少ないという被控訴人の主張事実を認めるに足りる証拠もない上、被控訴人製品をばら売りしているホームセンターは、本件証拠上認められるだけでも、神奈川県内に2店、千葉県内に1店あり（甲第40～第42号証）、ばら売りされる被控訴人製品の数量は、狭義の混同を生ずるおそれを判断する際に無視し得るほど少ないということとはできない。また、被控訴人製品のみが陳列され控訴人製品と混然と並べられていない場合であっても、需要者がこれを控訴人製品であると誤信して購入するおそれがあれば、狭義の混同を生ずるおそれがあるというべきであるから、被控訴人の主張は失当である。

オ さらに、被控訴人は、控訴人製品及び被控訴人製品は、一般に箱単位で取引され、両製品の梱包される箱は、形状、模様、色彩が全く異なっている上、社名及び品番が目立つ態様で記載されていることを主張し、これに沿う証拠（乙第32号証の1～18、第33号証、第42号証の1～5）もあるが、上記のとおり、被控訴人から譲り受けた取引者がホームセンター等に転売し、無視し得ない数量の被控訴人製品がホームセンターにおいてばら売りされている実情があるのであるから、両製品の梱包される箱の形状等が異なっているとしても、狭義の混同を生ずるおそれを否定することはできない。カ 加えて、被控訴人は、両製品にそれぞれ商標が刻印され、被控訴人の商標が被控訴人の著名ブランドであることを主張する。しかしながら、上記のとおり、第1グループ控訴人製品の形態は、独立して控訴人の商品表示として周知であるから、取引者、需要者がこれら商標に注目せず、両製品の形態のみに注目して自他商品の識別を行うおそれがある。確かに、両製品に商標

の刻印があることにより、取引者、需要者が両製品の形態のみに注目して自他商品の識別を行うことがない場合においては、商標が混同防止手段となり狭義の混同を生ずるおそれが否定されることはあり得るが、本件においては、商標がこのような混同防止手段となっていることを認めるに足りる証拠はない。被控訴人は、両製品の表面色についても主張するが、取引者、需要者が表面色により両製品の識別を行っていることを認めるに足りる証拠はなく、両製品の形態に注目して自他商品の識別がされるおそれは否定し得ないから、表面色も商標と同様、混同防止手段ということとはできない。

#### 4 争点(4) (被控訴人の被控訴人製品の形態に係る先使用权の有無) について

(1) 被控訴人は、被控訴人製品を平成6年から製造販売しており、仮に、控訴人製品の形態に商品表示性が認められるとしても、被控訴人製品の製造販売の開始時までには周知性を獲得することはあり得ないから、被控訴人は、被控訴人製品の形態について先使用权を有すると主張する。

これに対し、控訴人は、被控訴人の先使用权の抗弁は、控訴審の口頭弁論終結直前に突如主張されたものであって、時機に後れた攻撃防禦方法として却下されるべきであると主張するが、本件訴訟の経緯に照らすと、時機に後れた攻撃防禦方法ということまではできない。

(2) 進んで、被控訴人の上記主張について検討するに、控訴人は、本訴において、控訴人が被った損害額を基礎付ける事実としては、平成4年以降の販売実績等を主張しているが、第1グループ控訴人製品の形態が控訴人の商品表示として周知であることを基礎付ける事実としては、昭和33年以降の事実関係を主張立証している。これにより、上記のとおり、第1グループ控訴人製品の形態が控訴人の商品表示として周知性を獲得した時期は、遅くとも、被控訴人において被控訴人製品の製造販売を開始したと主張する平成6年より前であると認められるのであるから、被控訴人の主張を前提としても、その商品形態について先使用权を有するということができない。

#### 5 争点(5) (被控訴人製品の製造販売等を差し止める必要性の有無) について

(1) 被控訴人は、被控訴人製品の仕様変更を行うこととし、金型変更を平成13年11月中に完了した上、その性能について試し打ち等の工程を経て、同年12月から順次新しい仕様の製品に切り替え、平成14年1月中には、営業所に旧仕様の在庫があってもすべて引き上げることとするから、被控訴人製品について製造販売等を差し止める必要性が喪失したと主張し、上記仕様変更に関する社内連絡文書(乙第48号証の1~3)を証拠として提出する。

(2) しかしながら、不正競争行為を差し止める必要性が喪失したというた

めには、不正競争行為を行った者が単に当該行為を中止した事実だけでは不十分であり、当該行為を再開することが事実上困難であると認めるに足りる客観的事情が存在することが必要である。

本件においては、被控訴人は、被控訴人製品の製造に使用していた従前の金型を利用し得る範囲で被控訴人製品の仕様を変更するというのであるから、当該金型を復元して不正競争を再開することが事実上困難であるということとはできない。また、被控訴人は、被控訴人製品に係る従前の販路により仕様変更後の製品を販売するものと推認されるから、同一の販路により第1グループ被控訴人製品の販売を再開することが可能な状況はなお維持されているというべきである。

(3) したがって、控訴人が、被控訴人に対し、第1グループ被控訴人製品の製造、譲渡、引渡し、譲渡又は引渡しのための展示を差し止める必要性は、依然として存在しているというべきである。

他方、控訴人は、第1グループ被控訴人製品の輸出及び輸入の差止めも請求するが、被控訴人が第1グループ被控訴人製品の輸出又は輸入をした事実は認められず、そのおそれを認めるに足りる証拠もないから、輸出及び輸入を差し止める必要性は認めることができない。

#### 6 争点(6) (被控訴人による被控訴人製品の製造販売等の行為の不法行為該当性) について

(1) 第1グループ控訴人製品については、被控訴人に不正競争防止法2条1項1号所定の不正競争行為が成立するから、民法709条所定の不法行為の成否については判断を要しないので(弁論の全趣旨によれば、前者に基づく損害賠償請求と後者に基づく損害賠償請求とは選択的併合の関係にあるものと解される。)、以下、第2グループ控訴人製品について、被控訴人に上記不法行為が成立するかどうかについて判断する。

(2) 控訴人は、第2グループ被控訴人製品の形態の主要部分は技術的機能に由来するものではなく、形態の類似する同種製品は存在しないとした上、そのような状況下において、被控訴人が第2グループ控訴人製品と同一形態の第2グループ被控訴人製品を製造し、控訴人製品との品番対比表及び価格対比表を作成して電設資材業者に配布し、かつ、値段を控訴人製品よりも大幅に下げるなど、不公正な方法で被控訴人製品を販売した行為が、営業努力の結果蓄積した控訴人の無形の財産を、故意に、取引における公正かつ自由な競争として許される限度を逸脱した不当な手段によって横取りしたものであって、不法行為を構成すると主張する。

(3) しかしながら、上記のとおり、第2グループ被控訴人製品の形態は、ありふれたものであって、従来の電路支持材と比べて特徴的形態ではなく、電路支持材として通常予想される形態選択の範囲を全く出していないから、そ

の形態に自他商品識別性を認めることはできない。そうすると、第2グループ控訴人製品については、控訴人を法的に保護すべき営業上の利益が存在しないし、また、被控訴人の行為が取引界における公正かつ自由な競争として許される範囲を超えるものであるとも認められないから、第2グループ被控訴人製品の製造販売行為は、民法709条所定の不法行為には当たらないというべきである。

## 7 争点(7) (被控訴人製品の製造販売等により控訴人が被った損害の額)について

### (1) 値引きによる損害

ア 控訴人は、被控訴人が被控訴人製品を控訴人製品よりも大幅に安い価格で販売しているため、控訴人製品を値引きして販売せざるを得なかったとして、値引額相当の損害を被ったと主張する。

しかしながら、一般に、多数の同種製品を多数の企業が販売しているような場合においては、当該製品の販売に係る各企業の行為が、他の複数の企業の販売に係る製品の販売数に影響を及ぼし、各企業の行為が複雑な相互作用の様相を呈するから、被控訴人製品の販売が控訴人製品の価格にどのような影響を及ぼしたかを確定することは甚だ困難である。また、被控訴人製品の販売とは無関係に、同種製品全体の需要が景気等の影響により低下し、製品価格の下落を招くことも、一般にあり得ることである。特に、本件においては、控訴人製品中、平成6年以降、販売数を伸ばしているものもあり、控訴人が値下げをしなかった場合、控訴人製品の販売数がどのような経過をたどったかは、証拠上全く不明であるというほかはない。

イ したがって、控訴人が控訴人製品の価格を値引きしたことが、被控訴人製品の販売を原因とするものであるとか、上記値引きによる売上の減少が被控訴人製品の販売と相当因果関係を有する損害であると認めることはできない。

ウ 控訴人は、控訴人製品が電路支持材の市場において圧倒的なシェアを有することなどを主張するが、このことから、直ちに控訴人製品の値引きが被控訴人製品に対抗するためにやむを得ない措置であったとか、上記値引きが被控訴人製品の販売を原因とするものであると認定することはできない。

### (2) 不正競争防止法5条1項により推定される損害額

ア 平成6年度以降の第1グループ被控訴人製品の売上額(値引き後)が、別紙(五)電路支持材営業利益一覧表の「パイプセッター」欄記載のとおり、平成6年度(平成6年7月ないし11月)657万9000円、平成7年度(平成6年12月ないし平成7年11月)4153万4000円、平成8年度(平成7年12月ないし平成8年11月)1946万円、平成9年度(平成8年12月ないし平成9年11月)2294万5000円、平成10年度

(平成9年12月ないし平成10年8月)1724万5000円であることは、当事者間に争いが無い。また、控訴人製品の販売による利益率が、平成6年度10.43%、平成7年度8.51%、平成8年度12.84%、平成9年度11.18%、平成10年度7.57%であることも、当事者間に争いが無いところ、被控訴人製品は、先発製品である控訴人製品と実質的に同一の形態を有し、かつ、取引者、需要者を同じくするから、その製造販売に当たっては、控訴人製品に比べ、製品の研究開発、販路の開拓等に必要な経費の支出を節約することができたものと認められることなどにかんがみると、その販売による利益率は、控訴人製品の上記利益率を下らないものと推認するのが相当である。

そうすると、被控訴人製品の販売により被控訴人が得た利益の額は、平成6年度68万6189円、平成7年度353万4543円、平成8年度249万8664円、平成9年度256万5251円、平成10年度130万5446円となることが計算上(小数点未満切捨て)明らかであるから、不正競争防止法5条1項により、以上の合計1059万0093円が被控訴人製品の製造販売により控訴人が被った損害の額と推定される。

イ 被控訴人は、被控訴人が第1グループ被控訴人製品の販売により得た利益額は、マイナス175万4000円であると主張する。しかしながら、被控訴人の主張自体、平成6年度ないし平成10年度において、第2グループ被控訴人製品1の利益率が18ないし24%、同2の利益率が13ないし19%と、毎年、控訴人製品の販売に係るものを大きく上回る利益率で推移しているのに対し、第1グループ控訴人製品の販売に係る利益率は、平成6年度がマイナス7%、平成7年度がマイナス9%と突出してマイナスとなっており、かつ、平成8年度ないし平成10年度においても、3ないし6%と、控訴人製品及び第2グループ被控訴人製品のものに比べて著しく低い利益率となっている。そして、このような利益率を招来すべき特殊事情について、被控訴人は何ら主張立証をしていないから、被控訴人製品の利益率に係る被控訴人の主張は、全体として裏付けを欠き、採用することができない。

ウ 被控訴人は、さらに、金型の減価償却費を上記利益額から控除すべきであると主張する。しかしながら、上記減価償却費算出の基礎となるべき金型の耐用年数は、経済的に使用できる現実の見積年数であって、税法上の償却期間とは異なるところ、被控訴人の主張自体、一方で、金型の減価償却は終わっているとしながら、他方では、第1グループ被控訴人製品の金型を変更して、仕様変更した電路支持材を製造する予定であるというのであるから、上記金型は、現時点においてなお相当の耐用年数を有していることが推認される。また、本件全証拠によっても、被控訴人製品の金型について、減価償却費算出の基礎となるべき上記耐用年数、したがってまた減価償却費の額を

確定することはできない。そうすると、不正競争防止法5条1項による逸失利益額の算定上、金型の減価償却費を売上額から控除すべきかどうかはさておき、本件においては、売上額から控除すべき減価償却費の額を確定することができないのであるから、いずれにせよ、被控訴人製品の販売による利益率は、金型の減価償却費に係る被控訴人の主張によって左右されるものではない。

### (3) 無形損害

被控訴人は、その主張によれば平成6年以降、第1グループ控訴人製品と形態が実質的に同一である第1グループ被控訴人製品を製造販売するに際し、価格を名目上第1グループ控訴人製品のものと同額に設定し、第1グループ被控訴人製品と実質上同一形態の第1グループ控訴人製品の品番を記載した品番対比表及び注文書用紙を作成して、電設資材卸業者に配布するなどの行為を行った(甲第46号証)。こうした行為は、それ自体が独立の不法行為としての違法性を帯びるとまではいえないとしても、上記のとおり、控訴人は、昭和38年以来、大量の広告宣伝を継続するなどして、パイラック製品及びその一種である第1グループ控訴人製品の圧倒的なシェア、販売数及び売上高を保持し、第1グループ控訴人製品の形態の商品表示性については、その周知性を遅くとも平成6年までには獲得し、現在に至っているものである。これらの事実によれば、控訴人は、第1グループ控訴人製品の製造販売による利益を維持するため、被控訴人の上記行為に対抗して種々の営業上の防衛手段を講ずることを余儀なくされたこと、それにもかかわらず、控訴人の取引先や消費者一般の中には、現実に第1グループ被控訴人製品を第1グループ控訴人製品と混同するなど、混乱を生じた者も少なからず存在することを推認することができる。そうすると、上記の状況により、控訴人は、被控訴人による第1グループ被控訴人製品の製造販売行為により、被控訴人の得た利益相当の損害にとどまらず、信用毀損による無形の損害を被ったと認められるところ、本件における上記認定の諸事情を総合勘案すれば、その損害額は、200万円と認めるのが相当である。

### (4) 弁護士費用

控訴人は、本訴提起に当たり、本件訴訟代理人に対し訴訟委任をしたところ、本件事案の内容、訴訟の経緯、請求の認容部分等の諸般の事情に照らせば、被控訴人による第1グループ被控訴人製品に係る不正競争行為と相当因果関係を有する弁護士費用は、200万円と認めるのが相当である。

8 以上のとおり、控訴人の第1グループ被控訴人製品に係る製造、譲渡、引渡し、譲渡又は引渡しのための展示の差止請求は理由があり、同被控訴人製品に係る損害賠償請求は、1459万0093円及び内金671万9396円(平成6年度分ないし平成8年度分の損害額の合計)に対する控訴人主張の平

成 9 年 3 月 4 日から、内金 7 8 7 万 0 6 9 7 円（平成 9 年度分及び平成 1 0 年度分の損害額並びに無形損害及び弁護士費用の損害額の合計）に対する損害が遅滞に陥った平成 1 0 年 8 月 3 1 日から支払済みまで民法所定年 5 分の割合による金員の支払を求める限度において理由があるからいずれも認容し、控訴人のその余の請求は理由がないから棄却すべきである。

よって、原判決を上記のとおり変更することとし、訴訟費用の負担につき民事訴訟法 6 7 条 2 項、6 4 条本文、6 1 条を適用して、主文のとおり判決する。

「ノースリーブカットソー」商品形態模倣損害賠償請求事件：東京地裁平成 16(ワ)12793・平成 17 年 3 月 30 日（民 29 部）判決 棄却 / 知財高裁平成 17(ネ)10083・平成 17 年 12 月 5 日（3 部）判決 変更 / 控訴認容

#### 【キーワード】

不競法 2 条 1 項 3 号，商品形態の模倣，同種商品が通常有する形態

#### 【東京地裁の判断】

##### 1 原告商品の形態

原告商品の形態が以下のとおりであることは，当事者間に争いが無い（以下では，単に「A」，「B」等と表記することがある。）。

- A” 前襟ぐりよりも後襟ぐりの方が開いている丸首ネックであり，
- B” 前襟ぐりの中央に取り外し可能なヒモが付いており，当該ヒモを首の後方で結ぶようになっていて，
- C” 前襟ぐりの中央に複数のギャザーが入っており，
- D” 襟ぐり，袖ぐり及び上記ヒモにニットサテン生地を使用し，
- E” 前身頃に 4 段のフリルが配され，
- F” 上記フリルは，その先端にメローロックが施され，ギャザーを寄せて縫いつけられており，
- G” 着丈はヒップラインが隠れる程度の長さであり，
- H” 裾は中央部分から両脇部分にかけて曲線を描いて下降し，
- I” 薄手のやや光沢感がある天竺の生地からなる，
- J” ノースリーブ型のカットソー

##### 2 同種商品が通常有する形態か否かについて

(1) まず，原告商品の形態が，同種商品が通常有する形態であるか否かを判断するところ，不正競争防止法 2 条 1 項 3 号で保護される商品形態は，必ずしも独創的な形態であることは必要ないが，同号の立法趣旨が資金及び労力を投下した商品形態の開発者の市場への先行利益を保護するものであることからすれば，同種の先行商品に全く同一の形態のものが存在しない場合であっても，既に市場で広く見られるいくつかの商品形態を単に組み合わせただけであって，しかも，その組み合わせること自体も容易であるような商品形態については，同法 2 条 1 項 3 号にいう「同種の商品が通常有する形態」に当たるものと解するのが相当である。

(2) そこで検討するに，証拠（乙 10 ないし 13，15 ないし 17，19 ないし 24，26，29，30，32，36 ないし 40，42 ないし 50，54（いずれも枝番を含む。））及び弁論の全趣旨によれば，以下の事実が

認められる。

原告商品と同様の、前身頃にフリルの配されたノースリーブ型のカットソーは、平成14年夏ころから既に市場にて販売されており、同年及び平成15年にかけて、若い女性向けファッション雑誌にも多数回取り上げられていた商品である。

また、原告商品の上記A”ないしI”の形態を個別に見ると、いずれの形態についても、同様の形態を有し前身頃にフリルの配されたノースリーブ型のカットソーが、原告商品の販売以前から市場にて販売されていた。すなわち、原告商品の販売以前から市場にて販売されていたフリルの配されたノースリーブ型のカットソーの中には、丸首ネック(A”)の商品(乙19の3, 20の3, 23の2, 24の2)、ホルターネック(B”)の商品(乙15の2, 47の2)、前襟ぐりの中央に複数のギャザーが入っている(C”)商品(乙13の2, 19の2, 22の2, 49の2)、前身頃に配されたフリルが4段である(E”)商品(乙10の4, 11の2・3, 12の2, 17の2, 22の2, 26の2, 29の7, 30の2, 32の2, 38の3・4, 43の4, 45の3, 48の2, 49の2, 50の2, 54の2・3)、着丈をヒップラインが隠れる程度の長さとする(G”)商品(乙11の3, 24の2, 37の2)、裾が中央部分から両脇部分にかけて曲線を描いて下降している(H”)商品(乙11の3)が含まれていた。さらに、ニットサテン生地の使用、フリルの先端におけるメローロック処理、薄手の天竺の生地の使用が、いずれも一般的な服飾技術であること(弁論の全趣旨)を考慮すると、D”、F”及びI”の形態を有する商品も、従前から販売されていたものと推認される。

(3) そして、A”ないしJ”の形態は、いずれもそれ自体では独創性の乏しい特徴のない形態である上、前示のとおり、フリルの配されたノースリーブ型のカットソーとホルターネック又は丸首ネックとを組み合わせた商品が一般的であるのみならず、Vネック等とホルターネックとを組み合わせた商品(乙10の2, 13の2, 27の3・4, 33の2・3, 34の2)も原告商品の販売以前から市場にて販売されていたことを考慮すると、原告商品のように丸首ネックとホルターネックとを組み合わせることは容易に想到することができたといえ、A”ないしJ”を組み合わせることも容易であったと認められる。

そうすると、既に市場に存在するありふれた形態であるA”ないしJ”を単に組み合わせたにすぎない原告商品は、前身頃にフリルの配されたノースリーブ型のカットソーとしてありふれた形態であって、原告商品の形態は、同種商品が通常有する形態であるといわなければならない。

(4) したがって、被告商品が原告商品と実質的に同一であるか否かを検討

するまでもなく、被告による被告商品の販売行為は、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ものではない。

### 3 結論

以上より、その余の点について判断するまでもなく、原告の請求には理由がないから、これを棄却することとして、主文のとおり判決する。

#### 【知財高裁の主文】

1 原判決を次のとおり変更する。

被控訴人は、控訴人に対し、33万4750円及びこれに対する平成16年6月24日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

控訴人のその余の請求を棄却する。

2 訴訟費用は、第1、2審を通じてこれを5分し、その3を控訴人の、その余を被控訴人の各負担とする。

#### 【高裁の判断】

1 控訴人が、婦人服の製造、企画、卸、販売等を目的とする株式会社であり、10代の女性を主たる顧客層として衣服を販売していること、被控訴人が、衣料品の販売等を目的とする株式会社であり、10代の女性を主たる顧客層として衣服やアクセサリー等を販売していることについては、当事者間に争いが無い。

2 原告商品及び被告商品の形態

(1) 被控訴人の販売に係る原告商品の形態は、次のとおりである（争いが無い。以下、単に「A」「B」などと表記することがある。）。

A” 後襟ぐりよりも前襟ぐりの方が開いている丸首ネックであり、

B” 前襟ぐりの中央に取り外し可能なヒモが付いており、当該ヒモを首の後方で結ぶようになっていて、

C” 前襟割りの中央に複数のギャザーが入っており、

D” 襟ぐり、袖ぐり及び上記ヒモにニットサテン生地を使用し、

E” 前身頃に4段のフリルが配され、

F” 上記フリルは、その先端にメローロックが施され、ギャザーを寄せて縫いつけられており、

G” 着丈はヒップラインが隠れる程度の長さであり、

H” 裾は中央部分から両脇部分にかけて曲線を描いて下降し、

I” 薄手のやや光沢感がある天竺の生地からなる、

J” ノースリーブ型のカットソー

(2) 被告商品の形態は、次のとおりである（争いのない事実、甲8、11ないし17、19（枝番号は省略する。以下、同じ。））、検甲2、弁論の全趣

旨。以下、単に「a」「b」などと表記することがある。)

- a” 後襟ぐりよりも前襟ぐりの方が開いている丸首ネックであり、
- b” 前襟ぐりの中央に取り外し可能なヒモが付いており、当該ヒモを首の後方で結ぶようになっていて、
- c” 前襟ぐりの中央に複数のギャザーが入っており、
- d” 襟ぐり、袖ぐり及び上記ヒモにニットテープを使用し、
- e” 前身頃に4段のフリルが配され、
- f” 上記フリルは、その先端にメローロックが施され、ギャザーを寄せて縫いつけられており、
- g” 着丈は腰骨部分に届く程度の長さであり、
- h” 裾は中央部分から両脇部分にかけて曲線を描いて下降し、
- i” 薄手のやや光沢感がある天竺の生地からなる、
- j” ノースリーブ型のカットソー

### 3 原告商品と被告商品の形態の同一性の有無

(1) 上記2において認定した原告商品の形態と被告商品の形態を比較すると、両者は、後襟ぐりよりも前襟ぐりの方が開いている丸首ネックであり(A”, a”), 前襟ぐりの中央に取り外し可能なヒモが付いており、当該ヒモを首の後方で結ぶようになっていて(B”, b”), 前身頃に4段のフリルが配され(E”, e”), 着丈は腰骨ないしヒップラインに達する程度の長さであり(G”, g”), 裾は中央部分から両脇部分にかけて曲線を描いて下降する(H”, h”), ノースリーブ型のカットソー(J”, j”)という基本的な構成において共通するほか、個々の具体的形状の多くが共通しており(C”, F”, H”, c”, f”, h”), また、全体の形状もほとんど同一である(甲8, 11ないし19, 検甲1, 2)。

そうすると、原告商品と被告商品は、基本的構成を共通にするほか、個々の特徴的形状の多くを共通にし、全体の形状もほとんど同一であるから、両者の形態は、実質的に同一というべきである。

(2) 確かに、被告商品は、襟ぐり、袖ぐり及び前襟ぐりの中央のヒモにニットサテン生地ではなく、ニットテープを用い(d”)、着丈がやや短く(g”)、ヒモの長さがやや短いなどの点において、原告商品と異なるが、いずれも些細な相違点であって、両者の形態を実質的に同一と判断する妨げとなるものではない。また、被告商品の背中部分にハートと「T/L」の文字が描かれていることや、色調が若干異なること(原告商品が濃いピンクであるのに対して、被告商品は淡いピンクである。)は、いずれも同一性の判断に影響しない。

### 4 模倣の有無

被告商品が上記3のとおり細部の特徴まで原告商品と酷似していることに加

えて、原告商品が平成16年1月22日から販売されたものであるところ（甲2ないし6，24）、被告商品は同年3月10日に被控訴人により形態を指定して製造の発注がされ、同月22日ころから販売されたこと（甲8，乙1，61）、原告商品と被告商品は、いずれも10代の若い女性を主たる顧客層として、市場を共通にすることなどの諸事情を総合考慮すれば、被告商品は原告商品を模倣して製造されたものと認めざるを得ない（同認定を覆すに足りる証拠はない。）。

5 原告商品の形態が「同種の商品が通常有する形態」かどうか。

(1) 上記2記載のA”ないしJ”の形状からなる原告商品の形態は、ノースリーブ型のカットソーであることから必然的に導かれる形態ということとはできないし、何らかの特定の効果を奏するために必須の技術的形態ということもできない。そして、原告商品と同様の、前身頃にフリルの配されたノースリーブ型のカットソーで、原告商品の販売以前において市場で販売されていたものについて見ても、丸首ネック（A”）とホルターネック（B”）を組み合わせた商品は見当たらないのであって、この点からも、A”ないしJ”の形状からなる原告商品の形態が個性を有しないものということとはできない。

したがって、原告商品の形態は、「同種の商品が通常有する形態」であるとは認められない。

なお、被控訴人は、丸首ネック（A”）とホルターネック（B”）を配したフリル付きのノースリーブ型カットソーの他社商品（乙58，検乙1）を提出するが、当該商品は、原告商品販売後の平成17年8月18日に東京都渋谷区内で販売されたものであることは認められるものの、販売開始時期、販売数量、広告掲載の有無等の事情が明らかでなく、また、その形態も原告商品と同一とはいえない形状を含むものであるから、これによっては、上記認定判断は左右されない。

(2) この点に関して、被控訴人は、原告商品の形態中のA”ないしJ”の各形状は、その一つ又はいくつかの形状を備えたノースリーブ型のカットソーが原告商品販売以前から存在するのであって、いずれも極めてありふれたものであり、A”ないしJ”のすべてを組み合わせることは極めて容易に想到することができるから、原告商品の形態は、全体としてもありふれたものであり、「同種の商品が通常有する形態」に該当すると主張する。

しかし、不正競争防止法2条1項3号は、商品形態についての先行者の開発利益を模倣者から保護することを目的とする規定であるところ、同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り、また、必ずしも独創的な形態である必要はない。そうすると、商品の形態が同号の規定にいう「同種の商品が通常有する形態」に該当するかどうかは、商品を全体として観察して判断すべきであって、被控訴人の主張するように、全体とし

ての形態を構成する個々の部分的形状を取り出して個別にそれがありふれたものかどうかを判断した上で、各形状を組み合わせることが容易かどうかを問題にするというような手法により判断すべきものではない。

したがって、本件において、原告商品の形態中のA”ないしJ”の各形状につき、これを個別に見た場合に、これらのうち一つ又はいくつかの形状を備えたノースリーブ型のカットソーが原告商品販売以前から存在したとしても、そのことから、原告商品の形態が「同種の商品が通常有する形態」に該当するということはできず、被控訴人の上記主張は、採用することができない。

#### 6 被控訴人の行為の不正競争行為該当性

以上によれば、被控訴人が被告商品を販売した行為は、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。そして、前記1ないし4の事情に照らせば、上記不正競争行為について、被控訴人に故意又は過失があったと認められるから、被控訴人は、上記不正競争行為によって生じた控訴人の損害を賠償する責任がある。

#### 7 損害額

控訴人は、原告商品1枚につき1565円（販売額2900円から、仕入価額900円及び経費435円を控除した額）の利益を得ること、被控訴人が被告商品を150枚販売したことは、いずれも当事者間に争いが無い。そうすると、不正競争防止法5条1項に基づく控訴人の損害額は、23万4750円である。

また、本件訴訟の事案の内容、訴訟進行の経緯等の一切の事情を総合考慮すれば、被控訴人の不正競争行為と相当因果関係にある損害に該当する弁護士費用としては、10万円をもって相当と認める。

したがって、控訴人の損害額の合計は、33万4750円となる。

#### 8 結論

以上によれば、控訴人の本訴請求は、33万4750円及びこれに対する平成16年6月24日（訴状送達の日翌日）から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度において理由があるが、その余は理由がない。

よって、これと異なる原判決を、上記のとおり変更することとし、主文のとおり判決する。

(東京地裁 別紙)

商品目録(1)



(東京地裁 別紙)

商品目録(2)



(東京地裁 別紙)

商品実寸比較表

(単位：cm)

特徴	計測箇所	原告商品 341164703	被告商品 641-2261-0
A	前下り	16	16.5
B	袖ぐり	17	17.5
C	身頃前中心	41	40
A+C	総丈前中心	57	56.5
D	四段目フリル前中心	13.5	14
E	四段目フリル脇寸法	19	18

