

「角質除去具」商品形態・不正競争行為差止等請求事件：東京地裁平成20(ワ)25956・平成22年9月17日(民46部)判決 認容 / 知財高裁平成22(ネ)10077・平成23年3月24日(2部)判決 控訴棄却

### 【キーワード】

不競法2条1項1号・3号，商品の混同，損害額

### 【東京地裁の主文】

- 1 被告は，別紙被告商品目録記載の商品を譲渡し，引き渡し，又は譲渡若しくは引渡しのために展示してはならない。
- 2 被告は，原告に対し，183万6180円及びこれに対する平成20年9月23日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 3 原告のその余の請求を棄却する。
- 4 訴訟費用は，これを5分し，その3を被告の負担とし，その余は原告の負担とする。
- 5 この判決の第2項は，仮に執行することができる。

### 【事案の概要】

本件は，別紙原告商品目録記載の「角質除去具」(以下「原告商品」という。)を販売する原告が，別紙被告商品目録記載の「角質除去具」(以下「被告商品」という。)を販売する被告に対し，被告商品の形態は原告の商品等表示として周知な原告商品の形態と類似し，被告商品の販売は原告商品との混同を生じさせるものであり，また，被告商品は原告商品の形態を模倣した商品であるから，被告による被告商品の販売は，不正競争防止法(以下「不競法」という。)2条1項1号又は3号の不正競争行為に当たる旨主張して，不競法3条1項に基づき，被告商品の譲渡等の差止めを求めるとともに，同法4条に基づき，損害賠償を求めた事案である。

1 争いのない事実等(証拠の摘示のない事実は，争いのない事実又は弁論の全趣旨により認められる事実である。)

#### (1) 当事者

ア 原告(素数株式会社)は，美容機器及び美容用品，医療機器及び医療用具，健康機械器具の製造，販売等を目的とする株式会社である。

イ 被告(有限会社せいらく)は，ギフト用品(文房具，家電製品，タオル)，スポーツ用品，衣料品，喫煙具，車両用部品，時計，家庭用品雑貨の販売及び輸出入等を目的とする特例有限会社である。

#### (2) 原告商品

ア 原告は，平成18年9月26日から，原告商品(商品名・「SCRATCH」)を販売している(甲5，34，35，39の1，40の1)。

イ 原告商品は、別紙原告商品目録記載の写真及び別紙原告商品図面記載の各図面のとおり形態を有する。

すなわち、原告商品（検甲1，2）は、直径約4ミリメートル、長さ約7.5センチメートルのステンレス製でシルバー色の円筒管（以下「原告円筒管」という。）と、その内部に原告円筒管の内周径とほぼ同じ直径で、長さが原告円筒管より約1.5センチメートル長い樹脂製で黒色の付属スティック（以下「原告スティック」という。）とが組み合わされており、原告円筒管の両端は、それぞれ開口して、その各先端部分の円周に沿って断面略三角形の刃が設けられている。

原告商品は、原告円筒管を持って刃の部分を皮膚に対して垂直に当てて擦ることにより足や手の角質を削り取って除去し、原告円筒管に溜まった角質は原告スティックを挿入することにより押し出して除去するという方法で使用される。

### (3) 被告商品

ア 被告は、平成19年11月26日から、被告商品（商品名・「夢見るかかとちゃん」）を販売している。

イ 被告商品は、別紙被告商品目録記載の写真及び別紙被告商品図面記載の各図面のとおり形態を有する。

すなわち、被告商品（検甲3）は、直径約5ミリメートル、長さ約7センチメートルのステンレス製でシルバー色の円筒管（以下「被告円筒管」という。）と、その内部に被告円筒管の内周径とほぼ同じ直径で、長さが被告円筒管より約1センチメートル長い樹脂製で白色の付属スティック（以下「被告スティック」という。）とが組み合わされており、被告円筒管の両端は、それぞれ開口して、その各先端部分の円周に沿って断面略三角形の刃が設けられている。

被告商品は、被告円筒管を持って刃の部分を皮膚に対して垂直に当てて擦ることにより足や手の角質を削り取って除去し、被告円筒管に溜まった角質は被告スティックを挿入することにより押し出して除去するという方法で使用される。

## 2 争点

本件の争点は、次のとおりである。

### (1) 不競法2条1項1号の不正競争行為の成否(争点1)

ア 原告商品の形態が原告の周知の商品等表示といえるか(争点1-1)。

イ 被告商品の形態が原告商品の形態に類似するか(争点1-2)。

ウ 被告商品の販売は原告商品との混同を生じさせる行為に当たるか(争点1-3)。

### (2) 不競法2条1項3号の不正競争行為の成否(争点2)

ア 原告商品の形態を模倣した商品に関する不競法2条1項3号の不正競争

行為について，原告が差止請求及び損害賠償請求の請求主体となり得るか(争点2 - 1)。

イ 被告商品は原告商品の形態を模倣したもののか(争点2 - 2)。

ウ 原告商品の形態は，不競法2条1項3号の「商品の形態」から除かれる「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」(同号括弧書き)に該当するか(争点2 - 3)。

エ 被告商品の販売について，不競法19条1項5号イの適用除外(「日本国内において最初に販売された日から起算して3年を経過」)が認められるか(争点2 - 4)。

(3) 原告の損害額(争点3)

### 【地裁の判断】

1 不競法2条1項1号の不正競争行為の成否(争点1)

(1) 争点1 - 1(原告商品の形態の周知商品等表示該当性)について

ア 原告は，原告商品の形態は，原告の周知の商品等表示(不競法2条1項1号)に該当する旨主張する。

ところで，不競法2条1項1号は，不正競争行為として，「他人の商品等表示(人の業務に係る氏名，商号，商標，標章，商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するものをいう。以下同じ。)として需要者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品等表示を使用し，又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し，引き渡し，譲渡若しくは引渡しのために展示し，輸出し，輸入し，若しくは電気通信回線を通じて提供して，他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為」を規定している。

同号は，他人の商品表示(商品を表示するもの)又は他人の営業表示(営業を表示するもの)であって，「需要者の間に広く認識されている」もの，すなわち，他人の周知の商品表示及び営業表示(他人の周知の商品等表示)を保護するため，商品主体の混同を生じさせる行為及び営業主体の混同を生じさせる行為を不正競争行為として禁止する趣旨の規定であり，同号の商品表示は，商品の出所を他の商品の出所と識別させる出所識別機能を有するものであることを要すると解される。

商品の形態は，本来的には商品の機能・効用の発揮や美観の向上等の見地から選択されるものであり，商品の出所を表示することを目的として選択されるものではないが，特定の商品の形態が，他の同種の商品と識別し得る独自の特徴を有し，かつ，その形態が長期間継続的・独占的に使用され，又は短期間でも効果的な宣伝広告等がされた結果，出所識別機能を獲得するとともに，需要者の間に広く認識されるに至ることがあり得るというべきである。

このような商品の形態は、不競法2条1項1号の他人の商品表示として需要者の間に広く認識されているものといえるから、同号によって保護される他人の周知の商品等表示に該当するものと解される。

そこで、まず、原告商品の形態が、被告商品の販売が開始された平成19年11月26日の時点において、原告の周知の商品等表示（商品表示）となっていたかどうかについて検討する。

イ 原告商品の形態の独自性について

(ア) 原告商品（検甲1，2）によれば、原告商品は、角質除去具としての本体部分（原告円筒管）が直径約4ミリメートルの「極細」で、長さ約7.5センチメートルの「コンパクトな円筒管」である点、原告円筒管の材質がステンレス製で、光沢のあるシルバー色である点、原告円筒管の両端部を開口として、各先端部分の円周に沿って角質除去のための刃が設けられている点、樹脂製スティック（原告スティック）が原告円筒管内に挿入され、原告スティックの一部が原告円筒管からはみ出して見える点において、形態上の特徴があり、その中でも、角質除去具としての本体部分における上記及びの特徴は、これによって、原告商品に全体としてシャープでシンプルな印象を与えるという点において、特に看者の注意を惹く特徴であるものと認められる。

他方、証拠（甲7の1ないし5）及び弁論の全趣旨によれば、原告が原告商品の販売を開始した平成18年9月26日以前に、我が国で販売されていた美容用の角質除去具の商品としては、全体の形状が、ブラシ様のもの（甲7の1，4）、平板で細長い棒状のもの（甲7の2，3，5）、野菜等のピーラー（皮むき具）様のもの（甲7の3）で、いずれも角質を擦り取るためのやすり部と把持部からなるものがあったことが認められるが、原告商品のように、極細でコンパクトな円筒管形状のものが販売されていたことをうかがわせる証拠はない。

加えて、原告商品は、美容用の角質除去具という商品の性質上、美容に関心の高い女性を中心とした一般消費者をその需要者とするものと認められ、これらの需要者が原告商品のような美容器具を購入するに当たっては、その機能のみならず、外形的なデザインの美しさや新しさにも着目する傾向が強いと考えられるところ、後記ウで述べるとおり、原告商品が販売開始後短期間のうちにヒット商品となったという事情をも考慮すれば、原告商品の上記形態は、原告が原告商品の販売を開始した平成18年9月26日当時、他の同種商品（角質除去具）には見られない独自の特徴であったということが出来る。

(イ) これに対し被告は、原告が原告商品を販売する以前から、原告商品と同様の形態を有するSTT社製の「SCRAPE IT」が販売されていたことのほか、円筒形状の金属製のパイプの端部に刃物部分が形成された

商品は数多く出回っていたとして、原告商品と同様又は類似の形態を有する複数の商品等（乙4ないし10，22ないし25，検乙2ないし5）が存在していたことなどを指摘し、原告商品の形態に独自性があることを争っている。

しかしながら、以下のとおり、被告が指摘する商品等の存在によっても、原告商品の形態の独自性が否定されるものとはいえない。

a STT社製の「SCRAPE IT」について

(a) 前記争いのない事実等（前記第2の1）と証拠（甲4の1及び2，48，51の1ないし13，52，54，56，59の1ないし58，検甲1，2，原告代表者）及び弁論の全趣旨によれば、原告商品は、米国フロリダ州所在のSTT社の代表者であるAが考案し、STT社が米国において「SCRAPE IT」の商品名で製造、販売する商品を、アイネクス社が同商品に関するSTT社の米国以外の地域における総代理店であるENP社を通じて日本に輸入し、それらを原告がアイネクス社から購入して、「SCRATCH」の商品名で平成18年9月26日から日本国内において販売していること、原告商品のパッケージには、「発売元」として原告が表示されていること、原告が原告商品の販売を開始する前の平成18年1月の時点では、STT社による「SCRAPE IT」の販売数量は合計1000本程度であり、その販売場所は米国国内の美容サロン（エステ店）での店頭販売のみであったことが認められる。

そして、本件においては、原告による原告商品の販売が開始される前はもちろん、それ以後においても、原告が原告商品として販売するもの以外に、原告商品と同一の商品であるSTT社製の「SCRAPE IT」が、STT社又はそれ以外の者によって日本国内において販売され、商品として一般に出回っていたとの事実を認めるに足る証拠はない。

(b) この点について被告は、STT社のホームページ上に、「SCRAPE IT」のインターネット販売に係る広告が掲載されていること（乙1，2）、当該インターネット販売が日本国内への販売のみを特に避けて行っていたとする事情も見当たらないことから、STT社による上記インターネット販売によって、「SCRAPE IT」が原告による原告商品の販売開始前に日本国内においても販売されていた旨主張する。

しかしながら、STT社の上記ホームページは、英語のみで表記されたものであり、上記インターネット販売の仕向地に日本が含まれるか否かは乙1，2からは明らかでないこと、他方、現に、日本国内において「SCRAPE IT」のインターネットを通じた購入が行われていることを具体的にうかがわせる証拠もないことからすれば、STT社によって「SCRAPE IT」の日本国内へのインターネット販売が行われていたか否か、その規模等の詳細はおおよそ不明というほかない。

したがって、少なくとも、STT社による上記インターネット販売によって、「SCRAPE IT」が、日本国内において、商品として一般に出回っていたといえる程度に販売されていたとの事実は認めることはできないというべきであるから、被告の上記主張は失当である。

b 乙4ないし10について

原告商品の形態に独自性があるか否かの判断は、原告商品の需要者である美容に関心の高い女性を中心とした一般消費者の認識を基準として行われるべきものであるから、当該判断に当たって比較されるべき他の同種商品の形態とは、これらの需要者において通常認識し得る商品についての形態でなければならないというべきである。

しかるに、被告が指摘する乙4（特公平4 - 42014号公報）、乙5（特公平4 - 80694号公報）、乙6（特公平7 - 108299号公報）、乙7（特開平11 - 47142号公報）、乙8（実用新案登録第3134240号公報）、乙9（特開2002 - 10944号公報）及び乙10（米国特許出願公開第2005 / 0075651号明細書）は、いずれも、上記の需要者が通常目に触れるとは考え難い公開特許公報等の専門的な資料であり、これらの資料に示された物品の形態が原告商品の形態と類似していたとしても、そのことが原告商品の形態の独自性を否定する事情とならないことは明らかである。

加えて、乙4ないし7に示された物品は、いずれも、円筒状の刃先を持つ「医療用皮膚切除具」であり、一般消費者が自ら用いる美容用の角質除去具である原告商品とは、明らかに商品の種類を異にし、その需要者も異なるものであるから、この点からも、これらの物品の形態いかに原告商品の形態の独自性を否定する事情とはならない。

また、乙9に示された物品は、原告商品と同種の「皮膚の角質層除去具」ではあるものの、そこに示された物品の形状は、球形の握り部と二重の環状の刃からなるものであって、原告商品の形態とは明らかに異なるものであるから、この点からも、当該物品の形態が原告商品の形態の独自性を否定する事情とはならない。

さらに、乙10（甲4の2と同じ）は、STT社の代表者Aが特許出願をした発明に係る米国特許出願公開明細書であって、その発明品である「たことり」(Callus Remover)は、正に「SCRAPE IT」あるいは原告商品そのものであるから、乙10が原告商品と同様又は類似の形態を有する商品が存在していたことの根拠となるものではない。

c 乙22ないし25及び検乙2ないし5について

被告は、原告商品と同様の形態を有する商品として、カイイングストリーズ株式会社が販売する皮膚科用製品の一部（乙22）、「男足」という商品名の角質除去具（乙23、検乙3）、「HEEL HORNY

PEEELER」(ヒールホーニーピーラー)という商品名の角質除去具(乙24, 検乙2), 「ジェイアンドエイチPurity(ピュリティ) ボディケアセット」という商品名のセット商品に含まれる角質除去具(乙25, 検乙5), 「Pure Slick」という商品名の角質除去具(検乙4)が存在することを指摘する。

しかしながら, まず, 上記の商品は, 医療用皮膚切除具と認められるものであり, 前記bで述べたとおり, 原告商品とは, 明らかに商品の種類を異にし, その需要者も異なるものであるから, 当該商品の形態いかがが原告商品の形態の独自性を否定する事情とはならない。

次に, 上記 ないし の各商品は, いずれも円筒形状の金属製のパイプの端部に刃物部分が形成された角質除去具であることが認められるものの, これらの商品の販売が開始された時期を示す証拠がなく, これらの商品が原告商品の販売が開始された平成18年9月26日の時点で販売されていたとの事実を認めることはできないから, これらの商品の存在が, 原告商品の形態の独自性を否定する事情とはなり得ないというべきである。

(ウ) 以上の検討によれば, 原告商品の前記(ア)の形態は, 原告が原告商品の販売を開始した平成18年9月26日当時, 他の同種商品(角質除去具)には見られない独自の特徴を有する形態であったものと認められる。

ウ 原告商品の形態の周知性について

証拠(甲5, 8ないし15, 26ないし32, 34ないし37, 41(枝番のあるものは枝番を含む。特に枝番を明示しない限り, 以下同じ。), 検甲1, 2, 原告代表者)及び弁論の全趣旨を総合すると, 以下の事実が認められる。

(ア) 原告商品の販売状況

原告商品は, 原告によって, 平成18年9月26日から販売されるようになり, 同年10月以降徐々に販路が拡大し, 全国のスーパーマーケット, ドラッグストア, ディスカウントショップ(ドン・キホーテなど), セレクトショップ(東急ハンズ, キディランドなど)等での店頭販売のほか, インターネット, カタログ, テレビによる通信販売が広く行われるようになっていった。

平成18年10月から平成19年11月までの原告商品の販売数の推移を, 月ごとの出荷数を基準にみると, 平成18年10月から平成19年1月にかけての出荷数は1万本台で推移していたが, 同年2月には3万本台となり, 更に月を追うごとに出荷数が大きく増加して, 同年5月には12万本台に達し, その後も同年8月までは12万本前後を維持し, 同年9月から11月にかけても3万本台から8万本台の出荷数を維持している。

また, 原告商品の累積出荷数をみると, 平成19年7月の時点で50万本を超え, 平成19年11月の時点では約89万本に達している。

(イ) 原告商品の雑誌・新聞等への掲載

a 原告商品は、平成18年9月26日の販売開始以来平成19年11月26日ころまでの間に、原告を発売元とする商品として、業界新聞、地方新聞、地方版の雑誌のほか、全国的に広く発行されている雑誌や一般新聞においても、広告や紹介記事が頻繁に掲載されてきた（上記期間内における広告、記事の掲載数は、約50件に及ぶ。）。そして、これらの多くにおいては、原告商品の形態がおおむね認識し得るような写真が掲載されている。

特に、原告自らが行った広告をみると、平成19年7月から同年11月にかけて、原告商品について、以下の(a)ないし(j)のような全国的に広く発行されている女性向けの雑誌において、裏表紙の一面にわたって原告商品を大きな写真付きで紹介するとともに、「大ヒット記録50万本突破！」などと原告商品がヒット商品であることを強調する宣伝文句を付した広告が繰り返し行われている。

(a) 平成19年7月31日発行の雑誌「女性自身」(発行部数約32万部・甲28)7月31日号(甲27の28)

(b) 平成19年8月14日発行の雑誌「週刊女性」(発行部数約23万部・甲28)8月14日号(甲27の30)

(c) 平成19年9月1日発行の雑誌「saita」(発行部数約35万部・甲28)2007年9月号(甲27の31)

(d) 平成19年9月1日発行の雑誌「ar(アール)」(発行部数約7万9000部・甲28)2007年9月号(甲27の32)

(e) 平成19年9月5日発行の雑誌「はんど&はあと」(発行部数約7万9000部・甲28)2007年10月号(甲27の41)

(f) 平成19年10月1日発行の雑誌「Mart」(発行部数約6万7000部・甲28)2007年10月号(甲27の36)

(g) 平成19年10月1日発行の雑誌「サンキュ！」(発行部数約33万部・甲28)2007年10月号(甲27の38)

(h) 平成19年10月1日発行の雑誌「すてきな奥さん」(発行部数約14万部・甲28)2007年10月号(甲27の40)

(i) 平成19年10月1日発行の雑誌「Body+(ボディプラス)」(発行部数約6万部・甲28)2007年10月号(甲27の43)

(j) 平成19年11月1日発行の雑誌「saita」(発行部数約35万部・甲28)2007年11月号(甲27の44)

b また、原告商品に関する紹介記事の中には、以下のとおり、原告商品を注目商品あるいはヒット商品として、写真付きで紹介するものが多数含まれている。

(a) 平成19年2月5日発行の雑誌「Chou Chou(シュシュ)」(発行部数約7万8000部・甲28)2007年No.3において、



原告商品が、「ガサガサかかとや足裏の角質がボロボロと落ちると話題沸騰中の「スクラッチ。」と紹介されている（甲27の6）。

- (b) 平成19年6月1日発行の東急カード会員向けの会員誌「Quality」(発行部数約4万部・甲30の5)2007年6月号において、原告商品が、流行発信ショップ「ranking ranQueen」における「今月のPick Up Ranking かかとケア編」のランキング第1位の商品として紹介されている（甲27の19）。
  - (c) 平成19年6月15日発行の健康美容商材のバイヤー向けの情報誌「シレ」(発行部数約5万部・甲30の7)2号において、原告商品が、流行発信ショップ「ranking ranQueen」の健康グッズベスト20におけるランキング第5位の商品として紹介されている（甲27の24）。
  - (d) 平成19年7月10日発行の雑誌「女性自身」(発行部数約32万部・甲28)7月10日号において、原告商品が、東急ハンズ池袋店の人気商品の一つとして紹介されている（甲27の23）。
  - (e) 首都圏，仙台市，大阪市に展開するドラッグストア「Tomod's」が発行する情報誌「TOMOKO」(発行部数約9万部・甲30の8)2007年7月号において、原告商品が、「Tomod's」の優秀小物のランキング第1位の商品として紹介されている(甲27の25)。
  - (f) 平成19年8月1日発行の雑誌「Vivi」(発行部数約35万部・甲28)2007年8月号において、原告商品が、「激売れコスメRanking」と題する特集の中で、名古屋の東急ハンズの「Hits Best 3」のうちの第2位の商品として紹介されている（甲27の22）。
  - (g) 平成19年8月1日発行の雑誌「ar（アール）」(発行部数約7万9000部・甲28)2007年8月号において、原告商品が、「ガサガサかかとや足裏の角質がボロボロと落ちると話題沸騰中のアイテム。」と紹介されている（甲27の27）。
  - (h) 平成19年9月3日発行の雑誌「Chou Chou（シュシュ）」(発行部数約7万8000部・甲28)2007年No.18において、原告商品が、「TV通販の人気商品」,「深夜のTV通販や店頭で話題の角質ケア「スクラッチ。」と紹介されている（甲27の33）。
  - (i) 平成19年11月24日付けの「朝日新聞土曜版be」(発行部数約800万部・甲28)において、原告商品が、「クリーンヒット」商品として取り上げられ、「出荷数は1年で約80万本に達した。」などと紹介されている（甲27の54）。
- (ウ) テレビ放送  
原告商品は、平成18年9月の販売開始以来平成19年11月26日

までの間に、以下のとおり、テレビ放送においても、宣伝や紹介がされ、その形態が映像で紹介されている。

a 全国ネット局の情報番組等

(a) 平成18年11月17日に放送された朝の情報番組「めざましテレビ」(フジテレビ)において、原告商品が、ドラッグストアにおける美容雑貨の売れ筋第1位の商品として紹介されている(甲12, 15の1)。

平成19年5月8日に放送された「めざましテレビ」において、原告商品が、フットケア商品の売れ筋第3位の商品として紹介されている(甲12, 15の1)。

(b) 平成19年7月11日に放送された朝の情報番組「はなまるマーケット」(TBS)において、原告商品が、フットケアグッズの売れ筋第1位の商品として紹介されている(甲12, 15の1)。

(c) 平成19年2月から11月にかけて放送された深夜の通販番組「気になる通販ランキングポシュレデパート深夜店」(日テレ)において、多数回にわたり通信販売商品として宣伝され、販売されている(甲12, 14の1, 2)。

b 地方局の情報番組

原告商品は、平成18年11月から平成19年7月にかけて、地方局の情報番組においても、売れ筋商品などとしてたびたび紹介されている(甲12, 15の1, 2)。

c ショッピング専門チャンネル

原告商品は、CS放送、ケーブルテレビ等で放送されている24時間生放送のショッピング専門チャンネル「ショップチャンネル」(視聴可能世帯数約2200万世帯・甲23)において、平成19年1月26日以降同年11月に至るまで、多数回にわたり通信販売商品として宣伝され、販売されている(甲12, 13の1ないし5, 14の1)。

(エ) その他の事情

原告商品が全国的なヒット商品として一般に認識されていたことを示す事情として、以下のような事実がある。

a 平成19年12月1日発行の流行情報誌「日経TRENDY」(発行部数約23万部・甲28)2007年12月号で発表された、同誌が選ぶ「2007年ヒット商品ベスト30」において、原告商品は、「角質取り」という非常にニッチな商品が、1年間で異例の80万を販売。角質をこすると、ごっそり取れる様子を映像で訴求し、女性たちを捉えた」との理由から、第24位にランクされた(甲27の51)。

b 平成19年12月1日発行の総合経営誌「日経ベンチャー」(発行部数約7万部・甲28)で発表された、同誌が選ぶ「2007年ヒット商品番

付」において、原告商品は、「西前頭2枚目」にランクされた（甲27の55）。

- c ドラッグストア業界の業界紙「DRAG topics」（発行部数約6万8000部・甲28）平成19年12月24日・31日合併号で発表された、同業界関係者らの投票によって決定される「第20回ヒット商品賞（バラエティー部門）」において、原告商品は、第10位にランクされた（甲27の59, 67, 71）。

#### エ 小括

- (ア) 前記イ及びウを総合すると、原告商品は、その販売が開始された平成18年9月26日当時、前記イ(ア)の形態において、同種商品と識別し得る独自の特徴を有していたものであり、かつ、販売開始後平成19年11月26日ころまでの約1年2か月の間に、多くの全国的な雑誌、新聞、テレビ番組等で繰り返し取り上げられて、原告商品の形態が写真や映像によって紹介されるなど効果的な宣伝広告等がされるとともに、原告商品の販売数も販売開始当初から飛躍的に増加し、平成19年11月の時点では約89万本に達し、美容雑貨の全国的なヒット商品としての評価が定着するに至ったものと認められる。

上記認定事実によれば、原告商品の上記形態は、遅くとも平成19年11月26日ころまでには、全国の美容雑貨関係の取引業者及び美容に関心の高い女性を中心とした一般消費者の間において、特定の営業主の商品であることの出所を示す出所識別機能を獲得するとともに、原告商品を表示するものとして需要者である上記取引業者及び一般消費者の間に広く認識されるに至ったものと認めるのが相当である。

したがって、原告商品の上記形態は、原告の周知の商品等表示（不競法2条1項1号）に該当するというべきである。

- (イ) これに対し被告は、原告商品は嚴重にパッケージングされており、商品本体だけでバラ売りされていた事実は確認されておらず、通常、需要者が原告商品の形態を認識しにくい状態で販売されていること、原告商品は、長年大量にテレビコマーシャル等で宣伝広告が行われてきた商品ではなく、一般需要者が原告商品の形態を直接的に目にする機会はほとんどなかったことからすれば、原告商品の形態自体が商品等表示としての機能を獲得しているとされる余地はない旨主張する。

しかしながら、原告商品（検甲1, 2）のパッケージには、透明窓が付いており、そこから原告商品を確認できる上に、同パッケージには、原告商品の使用方法を説明する写真が掲載されており、そこからも原告商品の形態が確認できること、雑誌、新聞、テレビ番組等においても、原告を発売元とする商品として、原告商品の形態の写真や映像付きで原告商品の広告・紹介がされていること（前記ウ）に照らすならば、原告商品につ

いて、需要者がその形態を認識しにくい状態で販売されているということ  
はできない。

また、商品形態が商品表示として出所識別機能を獲得するには宣伝広告  
が必ず長期に及ばなければならないというものではなく、商品の販売開始  
から短期間であっても効果的な宣伝広告等がされた結果、当該商品の形態  
が出所識別機能を獲得するとともに、需要者の間に広く認識されるに至る  
ことがあり得るといふべきであり、原告商品は、このような場合に当たる  
ものと認められる。

したがって、被告の上記主張は、採用することができない。

(ウ) なお、証拠(甲8ないし17, 26, 27, 36, 37, 41, 58)及び弁論の全趣旨によれば、原告商品は、平成19年11月26日以降においても、店頭販売やインターネット等を通じた通信販売によって継続的に販売されており、平成19年11月の時点で約89万本であった累計出荷数量が、平成20年5月には約120万本、平成21年7月には約134万本に達するなど、かなりの販売数を維持していること、原告商品の雑誌等への掲載や「ショッピングチャンネル」等での紹介についても、少なくとも平成20年4月ころまでは継続的に行われていることが認められるから、原告商品の前記イ(ア)の形態は、本件口頭弁論終結時(平成22年6月17日)においてもなお、原告の周知の商品等表示(商品表示)としての機能を維持し続けているものと認めるのが相当である。

(2) 争点1 - 2(商品形態の類似性)について

ア 前記(1)イ(ア)及び被告商品(検甲3)によれば、被告商品は、角質除去具としての本体部分(被告円筒管)が「極細」で(直径約5ミリメートル)、「コンパクトな円筒管」(長さ約7センチメートル)である点、被告円筒管の材質がステンレス製で、光沢のあるシルバー色である点、被告円筒管の両端部を開口として、各先端部分の円周に沿って角質除去のための刃が設けられている点、樹脂製スティック(被告スティック)が被告円筒管内に挿入され、被告スティックの一部が被告円筒管からはみ出して見える点において、原告商品の前記(1)イ(ア)の形態と共通する形態上の特徴を備えており、上記及び の特徴から、看者に全体としてシャープでシンプルな印象を与えるという点においても共通するものと認められる。

イ 他方、被告は、原告商品と被告商品との形態上の相違点として、円筒管の太さと長さ、ステンレス部分の厚み、刃先の角度、刃先の有効長、スティックの長さと色を指摘する。

確かに、原告商品と被告商品の各寸法等を測定した結果を示した「検査証明書」(乙11)等によれば、原告商品と被告商品との間に上記 ないし に係る相違があることが認められるものの、いずれも微細な寸法の違

いや色の違いにすぎず、需要者らの注意を惹かない些細な相違点にすぎないものというべきであり、原告商品及び被告商品を全体としてみれば、上記相違点をもって原告商品及び被告商品における前記アの形態上の共通点を凌駕するものとはいえない。

したがって、被告商品の形態が原告商品の形態に類似するものであることは、優にこれを認めることができる。

(3) 争点 1 - 3 (混同のおそれの有無)

前記(1)のとおり、原告商品の形態は原告の周知の商品表示としての機能を有しており、他方、前記(2)のとおり、被告商品の形態が原告商品の形態と類似することからすれば、需要者である美容に関心の高い女性を中心とした一般消費者において、被告商品と原告商品との混同を生じるおそれがあるものと認められる。

なお、証拠(甲36, 37, 41, 46, 47, 58)によれば、原告商品が店頭販売及び通信販売のいずれにおいても税込価格2940円で販売されているのに対し、被告商品のインターネットによる通信販売の価格をみると、税込価格で1480円から1785円と原告商品よりも低い価格で販売されていることが認められるが、この程度の販売価格の差異があるからといって、上記認定が左右されるものではなく、他にこれを左右する証拠はない。

(4) まとめ

以上によれば、被告商品を販売する被告の行為は、不競法2条1項1号の不正競争行為に当たるものと認められる。

そして、原告は、被告の上記不正競争行為によって、原告商品の販売に係る営業上の利益を侵害されているものであるから、不競法3条1項に基づき、被告に対し、被告商品の譲渡、引渡し、又は譲渡若しくは引渡しのための展示の差止めを請求することができる。

2 原告の損害額(争点3)

(1) 前記1(1)によれば、原告商品の前記1(1)イ(ア)の形態は、被告商品の販売が開始された平成19年11月26日の時点において原告の周知の商品等表示(商品表示)となっていたといえることができるから、被告は、被告商品の販売行為が不競法2条1項1号の不正競争行為に当たり、これによって原告の原告商品の販売に係る営業上の利益を侵害することを知っていたか、少なくとも知らなかったことにつき過失があったものと認められる。

したがって、被告は、原告に対し、不競法4条に基づき、上記侵害行為によって原告が受けた損害を賠償する責任を負うというべきである。

(2) 原告は、被告が、平成19年11月26日から平成20年8月末日までの間に、被告商品を、1本当たり1480円の価格で合計9万本販売して、合計1億3320万円を売り上げ、その30パーセントに当たる3996万円の利益を受けた旨主張する。

このうち、被告が、上記期間内に、被告商品を合計9545本販売し、合計582万7440円を売り上げ、183万6180円の利益（粗利益）を受けたことは、被告が自認するところであり、当事者間に争いが無い。

他方、被告が、被告商品の販売によって上記利益の額を超える額の利益を受けたことを認めるに足る証拠はない。

そうすると、本件において、被告が被告商品の販売によって受けた利益の額として認定し得るのは、上記のとおり当事者間に争いのない183万6180円の限度にとどまるものであり、その金額が、不競法5条2項により、被告の上記侵害行為によって原告が受けた損害の額と推定されるものである。

### 3 結論

以上の次第であるから、その余の点について判断するまでもなく、原告の被告に対する本訴請求のうち、被告商品の譲渡等の差止請求に係る部分は理由があるからこれを認容することとし、損害賠償請求に係る部分は、183万6180円（前記2(2)）及びこれに対する訴状送達の日（翌日）であることが記録上明らかで平成20年9月23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で理由があるからこれを認容することとし、その余の請求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。

#### 【高裁の判断】

当裁判所も、控訴人商品を販売する控訴人の行為は、不競法2条1項1号の不正競争行為に該当するものと認め、被控訴人は控訴人の上記不正競争行為によって被控訴人商品に係る営業上の利益を侵害されているものであるから、不競法3条1項に基づき、控訴人に対し、控訴人商品の譲渡、引渡し、又は譲渡若しくは引渡しのための展示の差止めを請求することができるとともに、不競法4条に基づき、控訴人が控訴人商品の販売によって受けた損害の額（控訴人が控訴人商品の販売によって受けた利益の額である183万6180円）及びこれに対する遅延損害金につき損害賠償請求ができることと判断する。この点に関する当事者双方の主張に対する当裁判所の判断は、控訴人の当審補充主張についての判断を次のとおり付加するほかは、原判決「事実及び理由」中の「第4当裁判所の判断」記載のとおりである。

#### 1 商品等表示について（争点1-1）

(1) 控訴人は、被控訴人商品の形態の独自性につき、販売開始時期は不明であっても、現段階においては被控訴人商品と同種商品が多数流通しているし、被控訴人商品の商品形態は長さ数センチ程度の小さな円筒形状の金属製パイプであり、商品それ自体の形態では何らの独自性を有するものではないと主張する。

しかし、被控訴人商品の形態が、被控訴人が被控訴人商品の販売を開始し

た平成18年9月26日当時、他の商品(角質除去具)には見られない独自の特徴を有する形態であったものであることは、原判決23頁以下のイの項で認定されているとおりである上、平成19年11月の時点においても、控訴人が指摘する同種商品(乙23~25)の商品の販売が開始されていたことを認めるに足りる証拠はないのであるから、現段階で控訴人が指摘する同種商品が流通しているとしても、それをもって被控訴人商品の形態の独自性を否定する事情にはならないというべきである。

- (2) 控訴人は、被控訴人商品の形態の周知性につき、被控訴人商品の販売開始時期から被告製品の販売開始時期まではわずか1年2か月であり、このような短期間で周知性を取得したとするためには、表示の識別力が特に顕著であるとか、広告宣伝に莫大な費用を投じた等の特殊な事情が認められる例外的な場合に限られると解すべきであるところ、被控訴人商品につき広くテレビコマーシャルが流されたこともなく新聞広告も行われておらず、雑誌等での紹介も他の美容品と合わせたものにすぎないのであり、被控訴人商品は出所識別機能を有するほどの周知性を獲得したとはいえないなどと主張する。

しかし、被控訴人商品につきテレビコマーシャルが流されたり、新聞広告が行われたことがなかったからといって、1年2か月間で周知性が獲得できないというものではなく、被控訴人商品が、多くの全国的な雑誌、新聞、テレビ番組等で繰り返し取り上げられて効果的な宣伝広告がなされるなどした結果、周知性を獲得したと認められることは、原判決34頁以下のエ(ア)の項で小括して認定したとおりである。控訴人の上記主張は採用することができない。

- (3) 控訴人は、被控訴人商品の形態の持つ意味につき、被控訴人商品の形態は角質除去用具としての機能と密接に関連しており、需要者はその機能性に着目して被控訴人商品を購入しているのであって、不競法2条1項1号が保護する周知商品等表示の営業上の信用に由来するものではないなどと主張するが、需要者の中に被控訴人商品の機能性に着目して購入している者があったとしても、そのことが被控訴人商品の形態が周知の商品等表示(不競法2条1項1号)に該当するか否かの認定を左右するものではない。

## 2 類似性(争点1-2)及び混同のおそれの有無(争点1-3)について

控訴人は、被控訴人商品と控訴人商品のパッケージ形状・色彩の違いといった販売形態の差異からすれば、被控訴人商品と控訴人商品との混同が生じるおそれは全くないと主張する。

しかし、被控訴人商品と控訴人商品の形態が類似することは、原判決36頁以下の(2)の項で認定したとおりであるところ、需要者である一般消費者において、商品選別の主たる要素は商品本体であるから、被控訴人商品本体の形態と類似した控訴人商品本体を見て被控訴人商品と混同するおそれがあると容易に認めることができるというべきである。

## 【論 説】

1. この事案は、原告の商品形態をめぐり不競法2条1項1号及び3号が争点となった事件であるが、地裁も高裁も1号のみを適用して、被告による不正競争行為の成立を肯認した。

商品の形態自体は、「商品の出所を表示することを目的として選択されるものではない」と、地裁判決が総論で述べていることは常套手段であるところ、ここは「選択」と言わず「創作」と言っても決して誤りではない。「商品表示」に商品の形態自体が含まれることは、不競法2条1項1号のカッコ書きから解釈されるし、商品形態とは物品のデザインのことであって商標ではないし、デザインのブランド化といわれる所以もここにある。そして、法2条1項3号の商品形態の模倣とは、その中でも特殊な場合である。

また、その商品形態（デザイン）に目立った特徴があることによって、他の同種の商品形態と識別できる独自性を有することになり、ある期間継続的かつ独占的に販売された結果、当該商品についての出所識別機能を発揮し、需要者間に広く認識されるに至ることがあるから、そのような場合の商品形態は不競法2条1項1号に該当する商品表示として保護される。

本件商品形態は、「角質除去具」として全体がシャープでシンプルな印象を与えるもので、看者の注意を惹く特徴があると認定され、原告商品のように、極細でコンパクトな円筒管形状の商品が過去に販売されていた事実はないこと、女性を中心とした一般消費者（需要者）は、その商品の機能のみならず、デザインにも着目する傾向が強いから、これは独自の特徴を有するものであると認定された。

2. さて、被告は原告商品が販売される以前から、同様の形態の商品が販売されていたとして複数の商品等を証拠として提出し、原告商品の形態の独自性を争ったが、裁判所は否認した。また、原告商品と同一の商品のS T T社製の「SCRAPE IT」は、米国内の美容サロン（エステ店）での店頭販売は認められても、S S T社又はそれ以外の者によって、日本国内で販売され、商品として一般に出回っていたとの事実を認めるに足りる証拠はないと認定した。

この点について被告は、S S T社のHP上に前記商品をネット販売する広告が掲載されていることから、同商品が原告による原告商品の販売開始前に、日本国内においても販売されていた旨を主張した。これに対し、裁判所は、それは、前記HPは英語のみの表記であり、ネット販売の仕向地に日本が含まれるか否かは証拠からは不明であるし、現に日本国内で「SCRAPE IT」がネット購入されたことを具体的にうかがわせる証拠はないから、それが日本国



内でネット販売されたか否かは不明というほかないと認定し、被告の主張を失当と判断した。この辺の裁判所の判示は、インターネット時代の今日であっても、販売事実が具体的に立証されていない以上、被告の主張は否認されることを明らかにした事案である。

被告はまた、多くの公開特許公報や登録実用新案公報を引用し、この中の図面を引用して、原告商品の形態と類似するものがあることを指摘したが、これらの刊行物は、原告商品の需要者である美容に関心の高い女性を中心とした需要者が通常目に触れるものではない専門的な資料であるから、たとえ類似する形態があったとしても、原告商品の形態の独自性を否定する事情にはならないと認定した。この辺の裁判所の判示も、本件が特許権や意匠権の侵害事件とは違い、人的基準を広く当業者ではなく、美容に関心の高い女性という限定的な範囲でとらえているところに注目すべきである。

その結果、原告商品はその販売開始の当時においては、同種商品と識別し得る独自の特徴を有していたもので、多くの全国的な雑誌、新聞、TV等で繰り返し取り上げられ、効果的な宣伝広告もあって、販売開始当初から飛躍的に増加し、美容雑貨の全国的なヒット商品としての評価が定着したと認定した。そして、原告商品は、全国の美容雑貨関係の取引者や女性を中心とした一般消費者間に広く認識されるようになったから、不競法2条1項1号の商品等表示に該当すると認定された。

3. 裁判所は以上のように事実認定をしたが、被告は、原告商品は嚴重にパッケージングされ、商品本体だけのバラ売り事実は確認されていず、需要者が原告商品の形態を認識しにくい状態で販売されているし、長年大量にTVCM等の宣伝広告がなされてきた商品ではなく、一般需要者は原告商品の形態を直接的に目にする機会が殆んどないことから、原告商品の形態自体が商品等表示としての機能を獲得しているとされる余地ではないと主張した。

これに対して裁判所は、原告商品のパッケージには透明窓が付いており、そこから原告商品を確認することができ、パッケージには原告商品の使用方法を説明する写真が掲載され、そこからも原告商品の形態が確認できること、雑誌、新聞等において、原告を発売元とする商品として、原告商品の形態の写真や映像付きで原告商品の広告・紹介をしていることからすれば、需要者がその形態を認識しにくい状態で販売されているということとはできないと認定した。

ただこの辺のことは、実物のパッケージ状態のものを見ていないから、何んとも批判できないけれども、裁判所のこのような見解には無理はないのだろうか。しかし、販売方法が専らパッケージしたものによっても、対比すべき商品は、その中にある角質除去具自体なのだから、問題にならないと裁判所は考えたのであろう。

また、商品形態が商品表示として出所識別機能（自他商品識別力）を獲得するには、宣伝広告の期間は必ずしも長期に及ばなければならないものではなく、商品の販売開始から短期間でも効果的な宣伝広告等がなされた結果、当該商品の形態が出所識別機能を獲得したり、需要者間に周知に至ることがあり、原告商品はこのような場合に当たると認定した。

4．次に、商品形態の類似性の争点2について、裁判所は、被告商品の形態について、本体部分が極細で、コンパクトな円筒管である点、その材質がステンレス製で光沢あるシルバー色である点、円筒管の両端部の開口の各先端部分には角質除去刃が設けられている点、樹脂製スティックが前記円筒管内に挿入され、その一部は円筒管からはみ出して見える点は、原告商品の形態と共通する形態上の特徴を有しているし、前記 の特徴から、看者に全体としてシャープでシンプルな印象を与える点でも共通していると認定した。

これに対し被告は、両商品の形態上の相違点として、円筒管の太さと長さ、ステンレス部分の厚み、刃先の角度、刃先の有効長さ、スティックの長さと色という些細な点を挙げているが、これらは需要者らの注意を惹かない点であるから、両商品を全体として見れば、これらの相違点は、前記した形態上の共通点を凌駕するものではないと認定した。

5．第3の争点である混同性については、原告商品の形態は周知の商品表示としての機能を有し、被告商品の形態は原告のそれと類似することからすれば、需要者である美容に関心の高い女性を中心とする一般消費者においては、両商品の混同を生じるおそれがあると認定したのである。

被告は、原告商品と被告商品との間には価格の高低の差異があるから、混同することはないと主張したが、この差異は前記認定を左右しないと判断された。

6．以上の理由を以って、裁判所は、被告による法2条1項1号の不正競争行為を認定し、原告による法3条1項に基づき差止め請求と法4条に基づく損害賠償の請求を認めたのである。

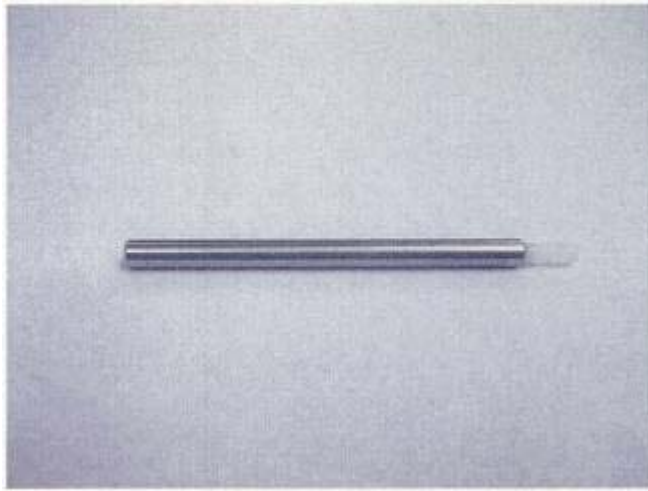
7．以上は、東京地裁の判断に対するものであるが、知財高裁の判断も、被告は小さい点について争っているだけであるから、本質的には変わらない内容に基く判決であり、賛成できる。

〔牛木 理一〕

## 被告商品目録

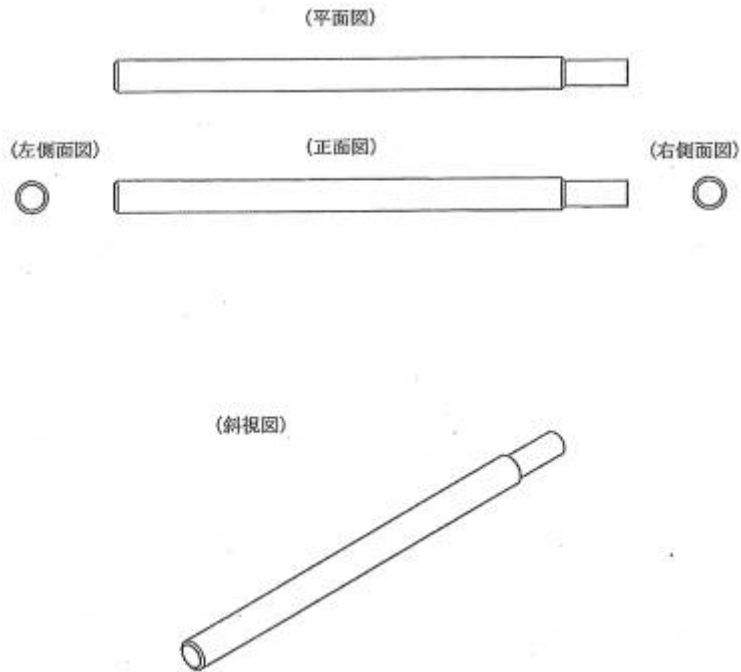
商品名を「夢見るかかとちゃん」と称する角質除去具であって、写真のとおり  
の形状を有するもの。

写真

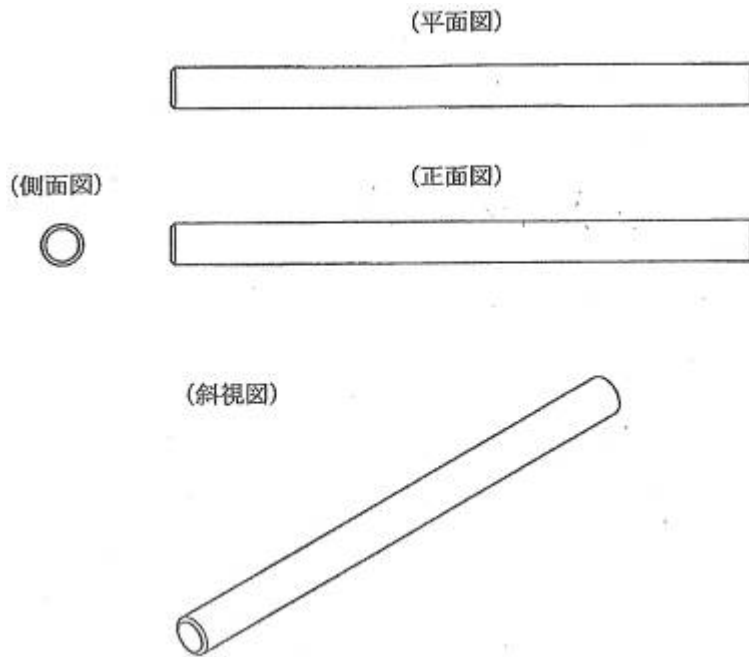


## 被告商品図面

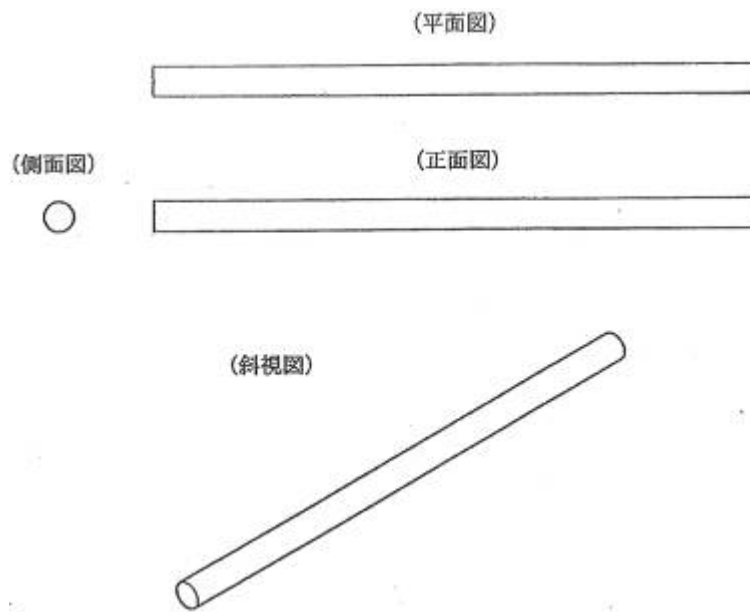
図面 1 (被告円筒管と被告スティックとが組み合わさった状態)



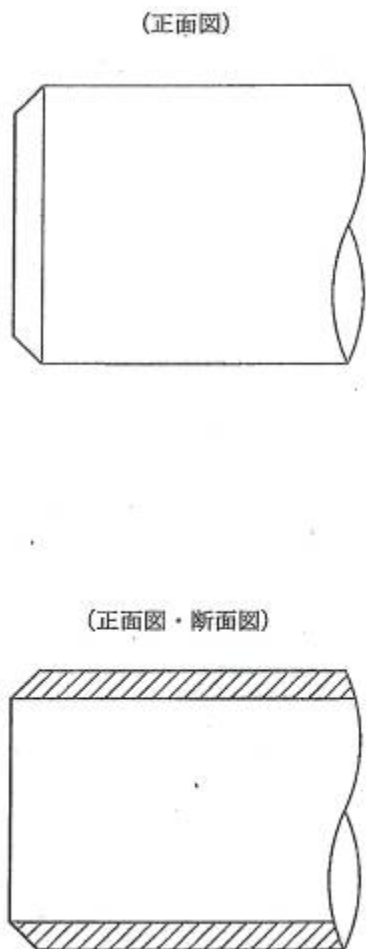
図面 2 (被告円筒管)



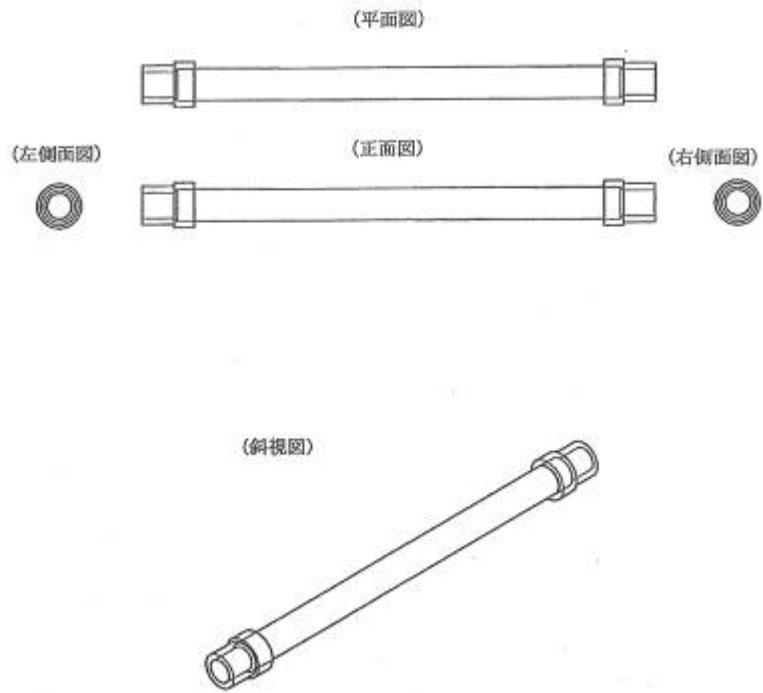
図面 3 (被告スティック)



図面 4 (被告円筒管 - 刃先拡大図)



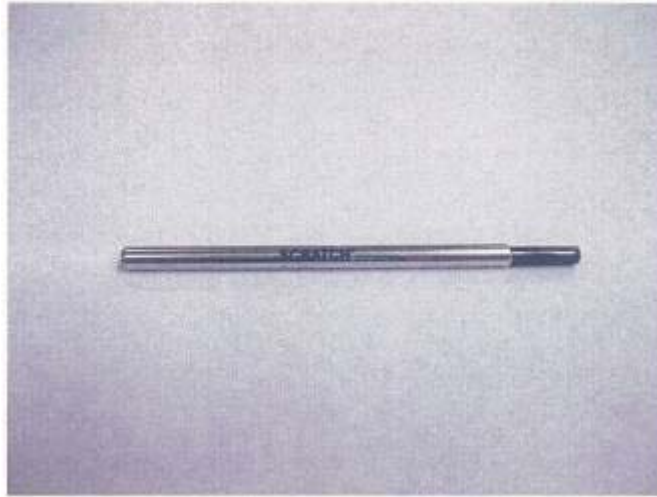
図面 5 ( 被告商品のパッケージ内での収納状態 )



## 原告商品目録

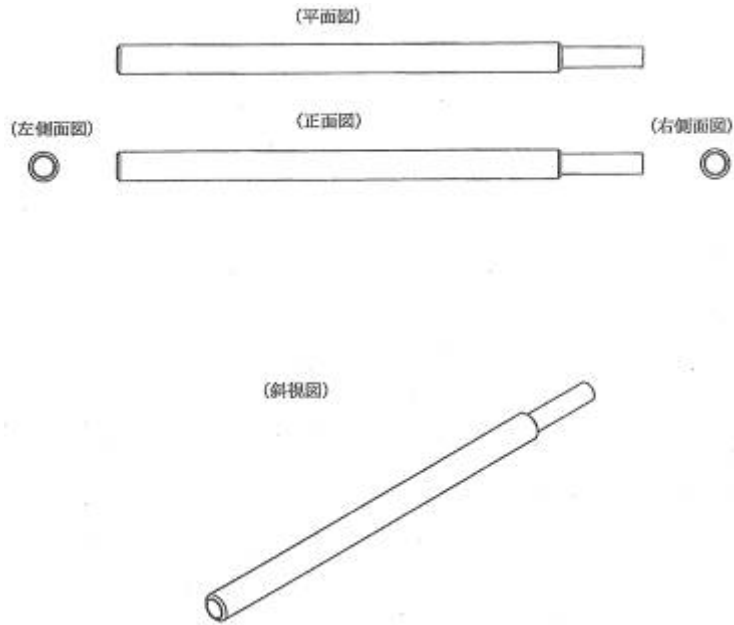
商品名を「SCRATCH」と称する角質除去具であって、写真のとおり  
の形状を有するもの。

写真

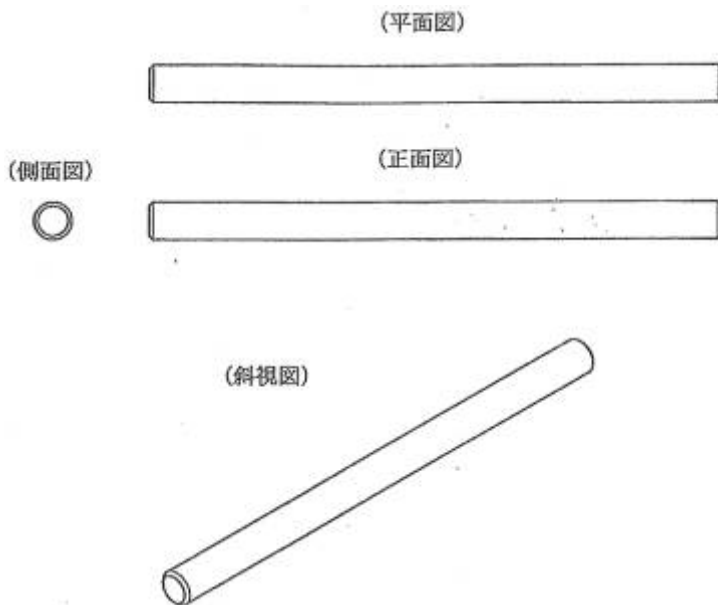


## 原告商品図面

図面 1 (原告円筒管と原告スティックが組み合わさった状態)

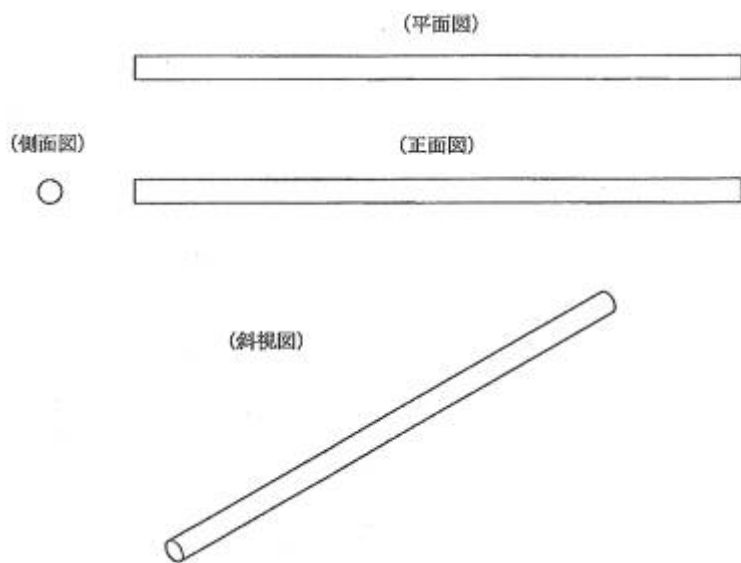


図面 2 (原告円筒管)



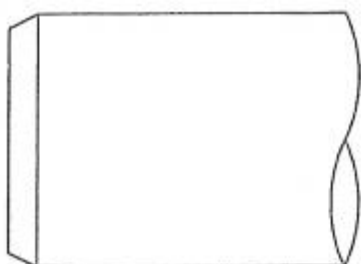
図面 3 (原告スティック)





図面 4 (原告円筒管 - 刃先拡大図)

(正面図)

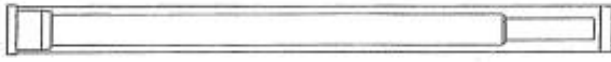


(正面図・断面図)



図面 5 (原告商品のパッケージ内での収納状態)

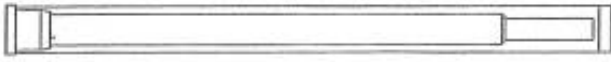
(平面图)



(左侧视图)



(正面图)



(右侧视图)



(斜视图)

