

「ざる」商品形態不正競争行為差止等請求事件：大阪地裁平成22(ワ)9684・平成23年10月3日(民26部)判決<認容>

### 【キーワード】

不競法2条1項1号，商品の形態，原告商品形態からなる商品表示の周知性，被告商品形態の原告商品形態との同一又は類似性，混同行為；不競法2条1項3号，保護の主体，原告商品形態の模倣，「ワン・アンド・オンリー」商品，不競法5条1項

### 【主 文】

1 被告アーネスト株式会社は，原告に対し，1億4823万4718円（ただし，7989万7534円の限度で被告株式会社一興と，4705万1597円の限度で被告株式会社ジェイエフ及び被告株式会社グローリ商会と，2118万9680円の限度で被告株式会社東京ガロンヌと，それぞれ連帯して）及びこれに対する平成23年7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。

2 被告株式会社一興は，原告に対し，被告アーネスト株式会社と連帯して7989万7534円（ただし，4705万1597円の限度で被告株式会社ジェイエフ及び被告株式会社グローリ商会と，2118万9680円の限度で被告株式会社東京ガロンヌと，それぞれ連帯して）及びこれに対する平成23年7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 被告株式会社東京ガロンヌは，原告に対し，被告アーネスト株式会社及び被告株式会社一興と連帯して2118万9680円及びこれに対する平成23年7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。

4 被告株式会社ジェイエフは，原告に対し，被告アーネスト株式会社，被告株式会社一興及び被告株式会社グローリ商会と連帯して4705万1597円及びこれに対する平成23年7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。

5 被告株式会社グローリ商会は，原告に対し，被告アーネスト株式会社，被告株式会社一興及び被告株式会社ジェイエフと連帯して4705万1597円及びこれに対する平成23年7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。

6 原告のその余の請求をいずれも棄却する。

7 訴訟費用は，原告に生じた費用のうち15分の1を被告アーネスト株式会社，被告株式会社一興及び被告株式会社東京ガロンヌの連帯負担とし，6分の1を被告アーネスト株式会社，被告株式会社一興，被告株式会社ジェイエフ及

び被告株式会社グローリ商会の連帯負担とし、30分の1を被告アーネスト株式会社及び被告株式会社一興の連帯負担とし、30分の7を被告アーネスト株式会社の負担とし、被告株式会社東京ガロンヌに生じた費用の15分の14、被告株式会社ジェイエフ及び被告株式会社グローリ商会に生じた費用の6分の5、被告株式会社一興に生じた費用の15分の11、被告アーネスト株式会社に生じた費用の2分の1を原告の負担とし、その余の費用は各自の負担とする。

8 この判決は、1ないし5項に限り、仮に執行することができる。

## 【事実の概要】

1 前提事実（当事者間に争いが無い又は弁論の全趣旨により認定できる。）

### (1) 当事者

原告株式会社三陽プレジジョンは、金型鑄造（ダイカスト）業、日用雑貨品の輸出入業等を目的とする会社である。

被告アーネスト株式会社（以下「被告アーネスト」という。）は、日用品雑貨の販売等を目的とする会社である。

被告株式会社一興（以下「被告一興」という。）は、家庭用雑貨品の販売等を目的とする会社である。

被告株式会社東京ガロンヌ（以下「被告東京ガロンヌ」という。）は、家庭用雑貨の販売等を目的とする会社である。

被告株式会社グローリ商会（以下「被告グローリ」という。）は、日用雑貨用品の卸売及び販売等を目的とする会社である。

被告株式会社ジェイエフ（以下「被告ジェイエフ」という。）は、一般日用品雑貨の卸売及び販売等を目的とする会社である。

### (2) 原告商品等

原告は、平成20年8月ころから、別紙原告商品目録記載の各色水切りざる（以下「原告商品」という。）を販売している。

### (3) 被告らの行為

被告アーネストは、平成21年8月ころから、別紙被告ら商品目録記載の各色水切りざる（以下「被告ら商品」という。）を輸入、販売している。

その余の被告らは、被告アーネストから被告ら商品を購入して販売している。

## 2 原告の請求

原告は、被告らの行為が、不正競争防止法（以下「法」という。）2条1項1号の他人の商品等表示として需要者の間に広く認識されている原告商品の形態からなる商品表示と同一若しくは類似の商品表示を使用した商品を譲渡などする行為、又は同項3号の他人の商品の形態を模倣した商品を譲渡などする行為に当たるとして、法3条に基づき、被告らの行為の差止め及び被告ら商品の

廃棄を求めるとともに、法4条本文及び5条1項に基づき、2億9646万9436円の損害賠償及びこれに対する請求拡張の申立書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ている。

### 3 争点

#### (1) 法2条1項1号に係る争点

ア 原告商品の形態は、同号の商品表示に当たるか（争点1）

イ 原告商品の形態は、商品表示として需要者の間に広く認識されているか（争点2）

ウ 被告ら商品の形態は、原告商品の形態からなる商品表示と同一若しくは類似の商品表示であるか（争点3）

エ 被告らの行為は、原告商品と混同を生じさせる行為であるか（争点4）

#### (2) 法2条1項3号に係る争点

ア 原告は、同号による保護の主体となるか（争点5）

イ 被告ら商品は、原告商品の形態を模倣したものであるか（争点6）

ウ 原告商品の形態は、商品の機能を確保するために不可欠な形態などに当たるか（争点7）

#### (3) 損害額等（争点8）

#### (4) 被告らの行為の差止め及び被告ら商品の廃棄請求の可否（争点9）

### 【判 断】

#### 1 争点1（原告商品の形態は、法2条1項1号の商品表示に当たるか）について

(1) 法2条1項1号の趣旨は、他人の周知の営業表示と同一又は類似の営業表示が無断で使用されることにより、周知の営業表示を使用する他人の利益が不当に害されることを防止することにより、商品本体が本来有している形態、構成や、それによって達成される実質的機能を、他者の模倣から保護することにあるわけではない。

仮に、商品の実質的機能を達成するための構成に由来する形態を商品表示と認めると、商品表示に化体された他人の営業上の信用を保護するというにとどまらず、当該商品本体が本来有している形態、構成やそれによって達成される実質的機能、効用を、他者が商品として利用することを許さず、差止請求権者に独占利用させることとなり、同一商品についての業者間の競争それ自体を制約することとなってしまう。

これは差止請求権者に同号が本来予定した保護を上回る保護を与える反面、相手方に予定された以上の制約を加え、市場の競争形態に与える影響も本来予定したものと全く異なる結果を生ずることとなる。

これらのことからすると、商品の実質的機能を達成するための構成に由来する形態は、同号の商品等表示には該当しないものと解するのが相当である。

(2) 前記第3の1, 2のとおり、原告は、原告商品の形態について、基本的形態と使用時形態とからなり、これらは使用する際に柔軟に変形させることができるという従来の固定型ざるには全く存在しなかった新規かつ画期的な形態的特徴であり、原告の商品表示として需要者の間に広く認識されている旨主張する。

そこで検討すると、原告商品は、ざるとしての機能に加え、柔軟性があり、変形させることができるという機能もあり、これにより従来のざるにはない用途に用いることができるというものである。

そうすると、柔軟性があり、変形させることができるという形態的特徴は、原告商品の機能そのもの又は機能を達成するための構成に由来する形態であり、上記(1)のとおり、商品の実質的機能を達成するための構成に由来する形態として、法2条1項1号の商品等表示には当たらないというべきである。

具体的にみると、基本的形態として原告が主張する構成は、いずれも、柔軟性を持たせるための構成若しくは柔軟性があるという機能それ自体又はざるとしての機能を発揮させるための構成であり、商品の実質的機能を達成するための構成に由来する形態であるというほかない。

また、使用時形態も、柔軟性があり、変形させることができるという機能の結果生じる形態であり、これも商品の実質的機能を達成するための構成に由来する形態、結果である。

したがって、原告が、商品表示に当たると主張する原告商品の形態をもって、法2条1項1号の商品等表示に当たると認めることができない。

## 2 争点2 (原告商品の形態は、商品表示として需要者の間に広く認識されているか) について

なお、念のため争点2についても検討すると、以下のとおり、原告商品の形態が商品表示として周知であると認めることもできない。

### (1) 広告宣伝の内容

甲15の1ないし13によれば、原告の主張する広告宣伝がされたことが認められる。

しかしながら、これらの内容をみると、いずれも便利な日用品について紹介するというテレビ番組又は雑誌記事の中で、柔軟に変形させることができる便利なざるとして原告商品を紹介するというものであり、商品の存在及び利用法等を紹介したものとしかみることができない。換言すれば、新規な商品としての原告商品の存在、機能に着目したものであり、原告商品の紹介に際し、原告商品名が表示されていたことを考慮しても、特定の出所から販売されているも

のと、需要者において認識させることができる内容のものとはにわかに認めがたいものである。

## (2) 販売数量

原告商品の平成20年8月から平成21年8月までの譲渡数量が5万2477個であり、売上総額が8118万5112円であることは当事者間で争いが無い。

また、甲52ないし58によれば、原告が、原告商品と同一又は類似する商品を販売する被告ら以外の販売業者に対し、警告書を送付するなどして、市場に競合品が出回るのを防止するべく努めてきたことも認められる。

他方において、被告ら商品の平成21年8月から平成23年1月までの18か月間における譲渡数量は、少なくとも合計39万7348個にもものぼるというのである。

上記原告商品の譲渡数量は、それ自体、取引者及び需要者の間において周知性を獲得するほどの数量であるとまではいえないし、形態が共通する被告ら商品の譲渡数量が、原告の上記譲渡期間と時期を接する期間において、約8倍にもものぼることからすれば、上記の事情をもって、原告商品が特定の出所を表示するものとして周知性を得たとは認めがたいというべきである。

(3) 以上によれば、その余の争点（争点3，4）について判断するまでもなく、本件訴えのうち法2条1項1号に基づく請求には理由がない。

## 3 争点5（原告は、法2条1項3号による保護の主体となるか）について

### (1) 独占的販売権者

法2条1項3号による保護の主体は、自ら資金、労力を投下して商品化した先行者のみならず、先行者から独占的な販売権を与えられている独占的販売権者のように、自己の利益を守るために、模倣による不正競争を阻止して先行者の商品形態の独占を維持することが必要であり、商品形態の独占について強い利害関係を有する者も含まれる。

甲3の1及び2，甲16並びに36によれば、原告は、原告商品に係る実用新案の実用新案権者であるPから専用実施権の設定を受け、独占的な販売権を付与されていることが認められる。

したがって、原告は、法2条1項3号による保護の主体となると認めることができる。この点に関する被告らの主張は独自の見解であって、採用することができない。

### (2) 原告自身による商品化への資金・労力投下

また、甲2，16ないし35によれば、原告は、Pがした原告商品に係る発明を商品化するため、地方自治体に対し、商品化のための助成金の申請をし、自ら図面も作成した上、第三者に依頼してシリコンぎるのCAD用図面や水切

りぎるの試作品を作成させたこと、試作品製作の過程では、Pと協議した上、ぎるの材質の選択、肉厚幅の修正、底面突起の数、表面上の穴の大きさ等について修正を重ね、最終的に原告商品として完成させたこと、商品化のために必要な費用も支出したことなどが認められる。

また、甲16、18及び35によれば、Pが発明した試作品は、柔らかい網目状のシートをぎる状に縫い合わせた形態のものであり、原告商品の形態とは大きく異なる形態のものであることも認められる。

これらのことからすると、原告は、自ら資金、労力を投下して原告商品を商品化した先行者でもあるといえることができるから、この意味でも法2条1項3号による保護の主体となると認めることができる。

#### 4 争点6（被告ら商品は、原告商品の形態を模倣したものであるか）について

##### (1) 形態の対比

被告らが主張する相違点①ないし⑦を除いた原告商品と被告ら商品の形態的特徴が同一であること、すなわち原告が主張する基本的形態が共通であることに加え、被告ら商品が原告商品の使用時形態と同じ形態に変形できることは当事者間で争いが無い。

そして、上記相違点を踏まえて検討しても、原告商品と被告ら商品とは実質的に同一の形態であると認められる。以下、詳述する。

##### ア 相違点③

まず、相違点③として、被告らは、原告商品には突起が形成されているのに対し、被告ら商品にはこれがなく、この突起が収納した食材を押圧するという作用効果を発揮するものであり、被告ら商品にこの機能がないことからすると、突起の有無は構成上の大きな差違であると主張する。

しかしながら、原告商品の上記突起は、わずか数mmの高さがあるものにとりすぎず、被告ら商品と原告商品との形態上の差違として容易に認識することができないものである。また、収納した食材を押圧するという機能は、折りたたんだり、絞り込んだりしてぎるの形態を変更することによっても実現可能なものであり、上記相違点③によって作用効果が大きく異なる機能とは考えにくく（甲2によると、発明実施品〔原告商品に相当〕を裏返しにして使用する場合の上記突起の効用が記載されているが〔【0019】〕、むしろ、上記突起は、ぎる本来の使用に際して、水切りをよくするために設けられたことが窺われる〔【0017】〕。）、被告らの主張は前提を欠いている。

##### イ 相違点⑥

次に、相違点⑥についてみると、原告商品と被告ら商品は、直径約2mmの円形状の貫通孔が側面周壁におよそ10mm間隔で円周方向及び上下方向に

形成されているという点では差がない。

そして、原告商品と被告ら商品の底面を比較すると、原告商品が側面周壁と底面との境となる領域に直径約2mmの円形状の貫通孔を6個配置し、底面には側面周壁とは異なるパターンで貫通孔が配置されているのに対し、被告ら商品は上記貫通孔が側面周壁と底面とがとぎれることなく同じパターン（底面を中心として放射状に伸びたリブで8個に分割された三角形を形成する）で形成されている点で異なっていることが認められる（側面周壁のパターンは、リブにより、6個に区分されているか、8個に区分されているかの違いに過ぎず、一見すると同じパターンのように見え、その違いは判別しにくい。）。

上記相違は、要するにざるの底面に配設された数多くの直径約2mmの貫通孔について、その配置のパターンが異なるというものである。そして、原告商品の底面には42個の貫通孔があるが、一見してわかりにくいパターンであり（被告らは不規則というが、6個と3×6個の孔からなる大小の円に挟まれて円形に並べられた6個の突起を囲むように、2×6個の孔を加えたもの）、56個の貫通孔がある被告ら商品の底面との違いは、説明されなければ認識できないほどである。

#### ウ 相違点⑦

相違点⑦も、本件当事者以外の会社が発行している日用雑貨品に関するパンフレット（乙7、8）及びPAVONI ITALIA S.P.Aが発行する商品カタログ（乙45ないし48）に原告商品と被告ら商品の色彩と同じ色彩を用いた商品が多数掲載されていることからすれば、いずれもありふれた色彩であることが明らかであって、原告商品と被告ら商品とを区別することができる差ではない。

#### エ その他の相違点

その他の相違点①、②、④及び⑤についてみても、被告ら商品の底面が扁平ではないとか、縁部の厚さと高さが原告商品では約4mmであるのに対し、被告ら商品では2mmであるとか、リブの本数や長さが異なるなどというものであり、いずれも指摘されなければ容易には認識することのできない形状の差である。

オ したがって、上記相違点①ないし⑦は、いずれも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形状の差であるとはわかにいいがたいものである。

そして、これらの点を除いた原告商品と被告ら商品の形態的特徴・構成が同一であることも考慮すると、原告商品と被告ら商品とは実質的に同一の形態であると認めることができる。

## (2) 被告ら商品の輸入に至る経緯

被告グローリが平成21年5月29日以降原告から原告商品を購入していたこと、その後被告アーネストが被告ら商品を輸入してその余の被告らに譲渡するなどしたことは当事者間で争いが無い。

こうした経過からすると、被告らが原告商品に依拠して被告ら商品を作り出したことは容易に認めることができる（被告らも原告商品に依拠して被告ら商品を作り出したことは積極的に争っていない。）。

(3) 上記(1)及び(2)によれば、被告ら商品は原告商品を模倣した商品に当たると認めることができる。

## 5 争点7（原告商品の形態は、商品の機能を確保するために不可欠な形態などに当たるか）について

### (1) 「ざる」としてのありふれた形態

法2条4項によれば、「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、色彩、光沢及び質感をいう。

被告は、原告商品の使用時形態は需要者が通常の用法に従った使用に際して認識することができる形状には当たらないとして、その他のざるとしての形態的特徴は、いずれも乙2ないし8に記載された原告商品に先行するざる又は水切りざるが備えている構成であるか又は周知の形態若しくはざる一般にみられるありふれた形態であると主張する。

しかしながら、原告商品の使用時形態それ自体が、法2条4項により保護される商品の形態（形状）であるかはおいても、使用時形態のように変形自在であるという原告商品の特性は、少なくとも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質感等に反映されることは明らかであり、法2条1項3号により保護されるべき商品の形態として十分に考慮されるべきものである。

被告らが主張する上記各書証に記載されたざる等のうち、乙2に記載されたシラスティック製水切りボールはシリコンゴム材料を素材とするものであるが、取っ手部分があり、ざるの部分にもリムがないなど、原告商品の形態と大きく異なるものである。乙3に記載された合成樹脂製ざるについても、二個のざる体をセットにしたものであり、原告商品のように変形自在にしたものでもなく、質感についても大きく異なる。また、乙4、5、7及び8に記載されたざるについても、原告商品のように変形自在のものはない。

被告らは、原告商品の形態は、パヴォーニ商品（乙45ないし48、53）と実質的に同一の形態であるとも主張する。確かに、パヴォーニ商品は、多少の柔軟性があることが認められるものの、原告商品と比べるとかなり肉厚で柔

軟性に乏しく、原告商品と異なり、折りたたんだり、絞り込んだりすることはおよそできないものであって、形態の大きく異なるものであるというほかない。

他に、原告商品と同様に変形自在であって、しかも原告商品と同一の形態の先行商品が存在することを認めるに足りる証拠はない。

なお、乙6には、網袋に野菜などを入れ、容器自体を絞り込む使用形態が開示されているが（乙6の図3）、この網袋状の容器は、ざるに似た形状をしているものの、布製の袋であり、原告商品の材質とは全く異なる。また、乙6の容器は、単体のままではその形状を維持することはできず、上記袋に野菜を入れる場合は、袋の上周縁に固定具を備え、硬質ボールの縁に固定具を掛け、ボールの内側に上記袋を入れて使用することが予定されており、原告商品の形態とは異なる。

## (2) 技術的構成に由来する必然的な形態

被告らは、原告商品の形態は、シリコン素材を使用したという技術的構成から必然的に由来するものであり、商品の機能を発揮するために不可欠な形態であるとも主張する。

しかしながら、ざるの素材を変形自在なものにしたとしても、ざるとしての基本的形態だけを取っても、材質の選択、肉厚幅、底面突起の数、底面突起の有無及び数、表面上の穴の大きさ及び数など、その形態選択には無数の選択肢があることからすれば、原告商品の形態を全体として評価したときに、それが商品の機能を発揮するために不可欠な形態のものであるということとはできない。

よって、上記被告らの主張にも理由がない。

## 6 争点8（損害額等）について

### (1) 譲渡数量

#### ア 被告アーネスト

同被告が、被告ら商品について、平成23年1月までに合計48万0340個を、同年3月及び4月にも合計3万7440個を、それぞれ輸入したことは当事者間で争いが無い。

そして、同被告によれば、被告ら商品を輸入する以前の段階で、被告一興との間で被告ら商品の売買契約を締結した上、売上げ計上を行うというのであるから、上記輸入数量全部について譲渡したと認めることができる。

よって、被告アーネストは、上記51万7780個について原告に対する損害賠償責任を負うと認めることができる。

#### イ 被告一興

乙13ないし乙23及び弁論の全趣旨によれば、被告一興は、被告アーネストから購入した被告ら商品33万9572個のうち、被告東京ガロンヌに7万4015個、被告ジェイエフに16万4350個、被告ら以外の第三者に

4万0715個の合計27万9080個を譲渡し、残りの6万0492個は、在庫として保管していることが認められ、他に被告一興が被告ら商品を譲渡したことを認めるに足りる主張立証はない。

ウ 被告東京ガロンヌ

乙25及び弁論の全趣旨によれば、被告東京ガロンヌは、被告一興から購入した7万4015個の全てを被告ら以外の第三者に譲渡したことが認められる。

エ 被告ジェイエフ

乙31及び弁論の全趣旨によれば、被告ジェイエフは、被告一興から購入した16万4350個全てを被告グローリに譲渡したことが認められる。

オ 被告グローリ

乙31及び弁論の全趣旨によれば、被告グローリは、前記エの16万4350個全てを被告ら以外の第三者に譲渡したことが認められる。

## (2) 単位数量当たりの利益

後掲各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。

ア 原告商品1個当たりの平均出荷額は1215円である（甲40）。

イ 原告商品1個当たりにかかる変動経費は、以下の合計642.422円である。

(ア) 本体製造費600円（甲41）

(イ) 台紙代18.36円（甲42）

(ウ) OPP（ポリプロピレン）袋代3.675円（甲43）

(エ) 袋詰め作業費1.5円（甲44）

(オ) 箱詰作業費0.075円（甲44）

(カ) 配送委託手数料6.25円（甲45）

(キ) 箱代2.562円（甲46）

(ク) 配送料10円（甲47）

そうすると、原告商品の単位数量当たりの利益は、上記アの1215円から上記イの642.422円を引いた572.578円であると認めることができる。

## (3) 法5条1項ただし書に該当する事情の有無

平成20年8月から平成21年8月までの13か月間における原告商品の譲渡数量は合計5万2477個であるのに対し、これと時期を接した期間における被告ら商品の譲渡数量が合計39万7348個と約8倍であることは当事者間で争いが無い。

また、原告商品の小売単価が2835円である（税込み、甲15の5・7～10）のに対し、被告ら商品の小売単価は853円（税込み、甲50）ないし

980円（税込み、甲49）であることが認められる。

このように近接した期間における譲渡数量において約8倍もの差があることや、小売単価をみても約3倍の価格差があることなどからすると、譲渡数量のうち少なくとも2分の1に相当する数量を被侵害者である原告が販売することができないとする事情があったと認めるのが相当である。

原告は、原告商品が、従来の固定型の「ざる」には全く存在しなかった、いわば「ワン・アンド・オンリー」の商品であったことや、被告ら商品が原告商品のデッドコピーであることから、法5条1項ただし書の適用を否定すべきであると主張するところ、確かに、前記4、5で検討したところによると、原告の上記主張に係る各事実を認めることができる。

しかし、法5条1項が原告の逸失利益の推定規定であることを考えると、上記各事実をもって、前記結論を左右するには至らないというべきである。

#### (4) 損害額

上記(1)ないし(3)からすると、被告らが損害賠償責任を負うのは、それぞれ以下の金額である（いずれも1円未満切り捨て）。

ア 被告アーネスト

単位数量当たりの利益572,578円に、51万7780個の2分の1を乗じた1億4823万4718円

〔計算式〕 $572,578 \times 517,780 \div 2 = 148,234,718$

イ 被告一興

単位数量当たりの利益572,578円に、27万9080個の2分の1を乗じた7989万7534円

〔計算式〕 $572,578 \times 279,080 \div 2 = 79,897,534$

ウ 被告東京ガロンヌ

単位数量当たりの利益572,578円に7万4015個の2分の1を乗じた2118万9680円

〔計算式〕 $572,578 \times 74,015 \div 2 = 21,189,680$

エ 被告ジェイエフ及び被告グローリ

単位数量当たりの利益572,578円に16万4350個の2分の1を乗じた4705万1597円

〔計算式〕 $572,578 \times 164,350 \div 2 = 47,051,597$

#### (5) 連帯関係

前記(4)のとおり、被告らは、それぞれの販売数量に応じて、原告に対し、損害賠償債務を負うが、被告ら商品が数次にわたって譲渡されたからといって、その譲渡毎に発生する損害を法5条1項により算定し、これを合算することは、原告に対して支払われるべき本来の損害賠償額を重複して算定してしまう結果

となり相当でない。

このため、同一の被告ら商品に関する譲渡に関係した被告らの損害賠償債務は、これを連帯債務とすることが相当である。

前記(1)によると、連帯債務の関係は次のとおりとなる。

ア 最終的に被告アーネストが被告ら以外に販売した11万8268個及び被告アーネストの在庫について被告アーネストの単独

イ 最終的に被告一興が被告ら以外に販売した4万0715個について被告アーネスト、同一興の連帯

ウ 最終的に被告東京ガロンヌが被告ら以外に販売した7万4015個について被告アーネスト、同一興、同東京ガロンヌの連帯

エ 最終的に被告グローリが被告ら以外に販売した16万4350個について被告アーネスト、同一興、同ジェイエフ、同グローリの連帯

## 7 争点9（被告らの行為の差止め及び廃棄請求の可否）に対する判断

上記1，2のとおり，本件訴えのうち法2条1項1号に基づく請求には理由がない。

法2条1項3号に基づく請求についてみると，原告商品が最初に販売されたのが平成20年8月であることは当事者間で争いがなく，法19条1項5号イによれば平成23年7月を経過した後は，原告商品について，法3条を適用することはできない。

したがって，本件口頭弁論終結日が平成23年7月22日であり，判決言渡日が同月を経過した後（同年10月3日）であることから，法2条1項3号に基づく被告らの行為の差止め及び廃棄請求には理由がない。

## 結 論

よって，主文のとおり判決する。

### 【論 説】

1．不正競争防止法事件におけるこの判決の主文を読んで、まず被告らが原告に支払わなければならない損害賠償金の高さに驚いた。被告アーネストが原告に対して支払わねばならない金額は148,234,718円となっているが、この金額は、不競法5条1項の規定に基づいて計算されている。しかも、4人の被告のうち前記アーネストは、平成21年8月頃から被告ら商品目録記載の「各色水切りざる」を中国で製造させこれをわが国に輸入し、他の被告らは被告アーネストからこれを仕入れて販売していた。

1.1 ところで、不競法5条1項が規定する不正競争との因果関係による損害額の成立要件は、分説すると次のとおりである。

①営業上の利益を侵害された者（被侵害者）が、

- ②故意又は過失により自己の営業上の利益を侵害された者に対し、
- ③その侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合、
- ④侵害者がその侵害行為を組成した物を譲渡したときは、
- ⑤その譲渡した物の数量に、
- ⑥被侵害者が、その侵害行為がなければ販売することができた物の単位数量当たりの利益額を乗じて得た額を、
- ⑦被侵害者が受けた損害額とすることができる、
- ⑧この損害額は、被侵害者の当該物に係る販売その他の行為を行う能力に応じた額を越えない限度において。
- ⑨但し、被侵害者が、譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を販売することができない事情があるときは、この事情に相当する数量に応じた金額を控除する。

1.2 そこで、裁判所は、原告が被った損害額について、

- (1) 被告アーネストについては、輸入数量の全部を譲渡したとして計517,780個分の損害賠償責任を認定し、
- (2) 被告一興については、被告東京ガロンヌに74,015個、被告ジェイエフに164,350個、被告ら以外の第三者に40,715個の合計279,080個を譲渡し、残りの60,492個は在庫と認定し、
- (3) 被告東京ガロンヌについては、被告一興から購入した全部を被告ら以外の第三者が譲渡したと認定し、
- (4) 被告ジェイエフについては、被告一興から購入した全部を被告グローリに譲渡したと認定し、
- (5) 被告グローリについては、被告ジェイエフから購入した全部を被告以外の第三者に譲渡したと認定した。

1.3 裁判所は、法5条1項但し書に該当する事情について、原告に存するか否かを検討した。すると、当該期間(13ヶ月)における原告商品の譲渡数量は合計52,477個であるのに対し、被告ら商品の譲渡数量は397,348個で、8倍の多さであった。そして、原告商品の小売単価が2,835円であるのに対し、被告ら商品の小売単価は853円ないし930円であり、3倍強の単価の差異があった。

すると、譲渡数量のうち、少なくとも2分の1に相当する数量を被侵害者である原告が販売することができないとする事情があったと認めるのが相当であると認定した。

これについて原告は、原告商品が従来全く存在していなかった「ワン・アンド・オンリー」商品であったこと、被告ら商品が原告商品のデッドコピーであることから、法5条1項但し書の適用を否定すべきであると主張した。

これに対し裁判所は、原告主張の事実は確かに認められるが、法5条1項は

原告の逸失利益の推定規定であることを考慮すれば、被告の譲渡数量のうちの2分の1に相当する販売数量の逸失が相当であると認定した。しかし、この2分の1の逸失数量の推定の根拠について裁判所は、法5条の規定を「推定」規定と解し、裁量を以って認定したとしか考えられない。しかし、改正不競法の第5条にあって推定規定は5条2項にしかない。この規定は、平成15年改正法によって導入された5条1項の後規定となったが、裁判所は5条の見出しにとらわれているのか、5条1項についても推定規定と解したようである。しかし、文理上はそのように解すべきではないだろう。

また、法5条1項但し書に規定する被侵害者（原告）側の事情については、特に立証されていないから、ないと解するしかなく、被侵害者は専ら侵害者（被告ら）による安価販売による被害を被っていたのだから、本件にあっては控除すべき事情などはなかったというべきであろう。

したがって、裁判所は、原告の逸失利益を被告らの譲渡数量の「少なくとも2分の1に相当する数量」に相当する金額を以って算定していることは、誤りというべきではないだろうか。

2. さて、争点1は、原告商品の形態が法2条1項1号の「商品表示」に当たるかについてであるところ、同規定の趣旨について裁判所は、「他人の周知の営業表示と同一又は類似の営業表示が無断で使用されることにより周知の営業表示を使用する他人の利益が不当に害されることを防止することにより、商品本体が本来有している形態、構成や、それによって達成される実質的機能を他者の模倣から保持することにあるわけではない。」と説示する。そして、仮に、「商品の実質的機能を達成するための構成に由来する形態を商品表示と認めると、商品表示に化体された他人の営業上の信用を保護するというにとどまらず、当該商品本体が本来有している形態、構成やそれによって達成される実質的機能、効用を、他者が商品として利用することを許さず、差止請求権者に独占利用させることとなり、同一商品についての業者間の競争それ自体を制約することとなってしまふ。」と説示する。その結果、「商品の実質的機能を達成するための構成に由来する形態は、同号の商品等表示には該当しないものと解するのが相当である。」と説示した。

しかし、これを読んで筆者は裁判所の考え方に違和感を覚えた。

そこで、同じく不競法2条1項1号と3号の各適用の有無が争点となった東京地判平成22年9月17日（知財高判平成23年3月24日）（➡C1-50）における地裁判決の当該部分について、次に引用するので比較していただきたい。

「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ふべきである。

3.ところで、裁判所は法2条1項1号の規定について、商品本体が本来有している形態、構成、それによって達成される実質的機能を、他者の模倣から保護することにあるわけではないと説示するが、これは本件商品の具体的な形態を離れて言っていることである。即ち、本件商品は固形化された形態から成るものではなく、別紙写真に見るごとく極めて柔軟性のある形態から成るものであることを特徴としているのだから、本件商品に対しては「ざる」という商品（物品）が本来有している固形物と比較することは本来誤りである。したがって、本件商品のように、従来存しなかった画期的な商品形態を「本来有している形態、構成」のものと比較することは許されないといふべきであるし、それによって達成される実質的機能を他者の模倣から保護するものではないと言っていることも駄足でしかない。

また、裁判所は本件ざるが「商品の実質的機能を達成するための構成に由来する形態」と認定するが、これは誤りであり、前記したように、本件ざるはそのような機能を発揮する創作品であることをよく理解してから判断すべきである。

意匠法においては「動的意匠」という意匠の概念があるが、これは当該意匠自体が一定の動作によって形態変化するものをいうから、この意匠法における考え方は参考にするとよいだろう。

裁判所も認めているように、本件物品は新規な商品として存在しているものであるから、それに着目する需要者はその商品出所を認識することができる以上、本件商品にあっては、法2条1項1号にいう「商品等表示」を有する形態といえるのである。すると、後は周知性の証明と混同のおそれの認定となる。

この点について、裁判所は、原告商品の譲渡数量と被告ら商品の譲渡数量とを比較し、後者は前者の約8倍にもものぼることを理由に、原告商品の特定出所の表示による周知性を取得したことを否認しているが、これは正に悪貨が良貨を駆逐するとの格言がまかり通っていることを認めたことになる。果してこれでいいのだろうか。

4．しかし、裁判所は、本件は法2条1項3号に該当する事案と考え、被告ら商品の形態は原告商品のデッドコピーであると認定した。

原告商品は実は、原告が実用新案権者の訴外Pから専用実施権の設定を受け、独占的販売権者としてわが国市場で販売していたのであるが、その実用新案権の内容がどうであれ、商品自体は新規性のあるもので、かつ市場性の高いものであったから、その実用新案権自体が「評価書」を有していたか否かは関係のない問題である。本件はあくまでも不競法2条1項3号の問題である。

5．裁判所は、法2条1項3号の適用のために、「商品の機能を確保するために不可欠な形態に当たるか」の点や「技術的構成に由来する必然的な形態」の点についても検討したが、いずれも否定している。

被告は、特開平5-6864号公報の第5図と実開平6-326号公報の第1図とを引用しているが、いずれも本件物品に対して、その形態の特徴を否定するような刊行物ではない。

6．ところで、本事件で問題となった原告の商品形態に係る「ざる」の取説を含む台紙には、「くしゃっと水切りざる 日本製」と記載され、被告の商品形態に係る「ざる」の取説を含む台紙には、「なんでもござる made in China」と記載されている（この商品発売元は株式会社ジェイエフである。）。いずれの商品も最近、amazon.co.jp から入手したもので、前者は単価2,700円、後者は単価1,200円であり、これらについては別紙2でその現物写真を紹介する。（2012年2月1日記）

[牛木 理一]