

# デザインの使用的使用の著名表示冒用行為該当性及び無形的損害の賠償

知的財産高等裁判所（第1部）平成30年10月23日判決  
平成30年（ネ）第10042号 損害賠償請求控訴事件 控訴棄却

山 崎 道 雄\*

**抄 録** 原告標章は、世界的に知られるファッションブランド「ルイ・ヴィトン」の標章である。被告標章は、原告標章の一部のみではあるが、原告標章を構成する記号と同一の記号で構成され、また、その配置も原告標章と同一のものとなっている。被告は、インターネットを通じて、被告標章を付した帽子、靴及びTシャツを販売した。原審判決は、被告の行為が不正競争防止法2条1項2号所定の不正競争行為（著名表示冒用行為）に該当するとし、不正競争防止法5条2項の適用により算定された損害のほか、無形的損害及び弁護士費用の賠償を認容し、控訴審判決もこれを維持した。本件において、原告標章の著名性はほとんど争いがなかったが、侵害論では、デザインの使用が商品等表示としての使用にあたるか等が問題となっており、また、損害論では、不正競争防止法5条2項の適否及び無形的損害の賠償の可否が問題となった。

## 目 次

- はじめに
- 事実関係
  - 原告標章等
  - 被告の行為
  - 本件の争点
- 原審判決の要旨
  - 被告は、被告各標章を商品等表示として使用した商品を販売等したか
  - 標章の類否
  - 不正競争防止法5条2項の適否
  - 無形的損害の賠償
- 控訴審判決の要旨
  - 被告は、被告各標章を商品等表示として使用した商品を販売等したか
  - 不正競争防止法5条2項の適否
  - 無形的損害の賠償
- 検 討
  - 不正競争防止法2条1項2号該当性要件の概観

- 商品等表示のデザインの使用
- 不正競争防止法5条2項について
- 信用冒用事例と無形的損害の賠償
- おわりに

## 1. はじめに

本件は、原告・被控訴人（以下、判決文を引用する場合を除き、単に「原告」という。）において、被告標章が付された被告各商品の販売が原告保有の商標権を侵害し、また、不正競争防止法2条1項1号若しくは同条項2号の不正競争行為に該当する旨主張して、被告・控訴人（以下、判決文を引用する場合を除き、単に「被告」という。）に対し、損害賠償を求めた事案である。

\* 小松法律特許事務所 弁護士・弁理士  
Michio YAMAZAKI

同一原告による同種事件（商標権侵害事件・不正競争防止法違反事件）の裁判例は多数存在するが<sup>1)</sup>、本件は、デザインの使用が不正競争防止法2条1項2号に該当するか及び損害額（不正競争防止法5条2項の適用、無形的損害の賠償）について正面から争われ、知財高裁の判断もなされており、実務上参考になると思われるため、紹介する。

## 2. 事実関係

### 2.1 原告標章等

原告は、「ルイ・ヴィトン」の名称で世界的に知られるファッションブランドを擁するフランス法人である。

原告は、商標登録第1546254号（登録日：昭和57年10月27日、商品及び役務の区分：第18類・第25類、指定商品：靴類等、登録商標：後述原告標章と同じ）及び商標登録第1569597号（登録日：昭和58年2月25日、商品及び役務の区分：第24類、第25類、指定商品：洋服・帽子等、登録商標：後述原告標章と同じ）に係る各商標権を保有している。また、本件訴訟において、原告標章として、次に図示するもの（上記各商標権の登録商標と同じ）が特定されている。

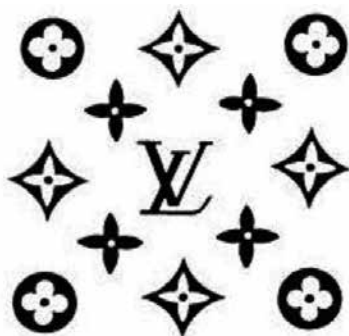


図1 原告標章

原告標章は、アルファベット大文字の「L」と「V」とを組み合わせてモノグラムとして表

現した記号（以下「原告記号a」という。）、中心に小さな白丸を有し、比較的先端の鋭利な4枚の花弁からなる黒塗りの花状の図形とも見える星形の記号（以下「原告記号b」という。）、黒塗りの略菱形図形内に上記原告記号bを白抜きした図形を配した記号（以下「原告記号c」という。）及び黒塗りの円図形内に、中心に小さな黒丸を配し、丸みを帯びた4枚の花弁からなる白抜きの花状の図形を配した記号（以下「原告記号d」という。）により構成され、これらが規則的に配置された標章である。



図2 各原告記号

### 2.2 被告の行為

被告は、平成25年3月から平成27年9月までの間、被告の運営する「JUNKMANIA」という名称のウェブサイトにおいて、被告各商品を販売等していた（被告商品1から8がある。）。被告各商品の総販売個数は、88個で、その売上高は176万3,450円、販売による利益は108万1,490円である。

被告商品1、同2、同5及び同8は帽子、同3及び同4は靴、同6及び同7はTシャツであり、それぞれ原告標章の一部（被告商品1から8に対応して、被告標章1から8があり、以下、これらを総称して「被告各標章」という。）が付されている。

被告各標章は、被告標章8を除き、原告標章を構成する原告記号aないしdと同一の記号（以下、原告記号に対応させて「被告記号a」などという。）により構成され、その配置も原告標章と同一である（ただし、その一部のみで

ある。)。被告標章8は、被告記号dの一部についてそれに代わり、その左上にまつ毛を想起させる3本のラインが配置された輪郭の円の中に、瞳を想起させるように色の異なる円を何重にも重ねて配置された記号（以下「被告記号e」という。）が用いられ、被告記号aないしdをカラーにした記号が原告標章と同一の配置とされている（ただし、その一部のみである。）。



図3 被告商品の代表例

## 2. 3 本件の争点

本件では、商標権侵害、不正競争防止法2条1項1号及び同条項2号該当性が選択的に主張され、争点は多岐に亘るが、原審判決及び控訴審判決が認定した不正競争防止法2条1項2号該当性の関係では、主に、①被告は、被告各標章を商品等表示として使用した商品を販売等し

たか、②原告商標と被告各標章は同一又は類似か等が争点となった。

また、損害論の関係では、③不正競争防止法5条2項の適否、④無形的損害の賠償の要否等が争点となった。

## 3. 原審判決の要旨

原審判決（東京地判平成30年3月26日平成29(ワ)第5423号・裁判所ホームページ）は、原告標章の著名性を認定し、また、被告各商品は被告各標章を商品等表示として使用した商品であると、さらに、被告各標章と原告標章の類似性を肯定したうえで、被告各商品の販売をした被告の行為は、不正競争防止法2条1項2号所定の不正競争行為に該当するとした。また、原告の損害額として、不正競争防止法5条2項の適用により108万1,490円を認定したほか、無形的損害として50万円、弁護士費用として15万円を認定し、被告に対し、計173万1,490円及びこれに対する遅延損害金の支払いを命じた。

### 3. 1 被告は、被告各標章を商品等表示として使用した商品を販売等したか

「不正競争防止法2条1項2号の趣旨は、著名な商品等表示について、その顧客吸引力を利用するただ乗りを防止するとともに、その出所表示機能及び品質表示機能が稀釈化により害されることを防止するところにあると解されるから、同号の不正競争行為というためには、単に他人の著名な商品等表示と同一又は類似の表示を商品に付しているというだけでは足りず、それが商品の出所を表示し、自他商品を識別する機能を果たす態様で用いられていることを要するというべきである。」

「原告はバッグ類、袋物及び被服等で知られる世界的に著名な高級ブランドを擁するフランス法人であるところ、原告標章は、1896年から現在まで原告商品に使用されて世界的に広く知

られる標章であり、原告商品にのみ付され、大規模かつ継続的な宣伝広告により、著名性を有するものであることからすれば、高い出所識別機能を有する商品等表示として使用されているものである。そして、その使用態様は、商品に応じて原告モノグラム表示の一部を切り取って商品に付されて使用されるという特徴を有しており、必ずしも『LOUIS VUITTON』との文字商標を必要とはしていない。

被告標章1ないし7は、原告標章を構成する原告記号aないしdと同一の記号により構成され、その配置も原告標章と同一なもの的一部分であり、被告標章8は、被告記号eや、被告記号aないしdをカラーにした点異なるが、それらの記号が原告標章と同一の配置とされたもの的一部分であり、被告各商品に応じて被告各標章の一部を切り取って商品に付されて使用されている。

このような被告各標章の使用態様からすると、被告各標章は出所識別機能を有する態様で用いられているものと認められ、デザインとしての使用であり商品等表示として使用ではない旨の被告の主張は採用できない。」

### 3. 2 標章の類否

「不正競争防止法2条1項2号の『類似』に該当するか否かは、取引の実情の下において、需要者又は取引者が、両者の外観、称呼又は觀念に基づく印象、記憶、連想等から両者を全体的に類似のものと受け取るおそれがあるか否かを基準に判断すべきである。」

「原告標章と被告各標章とは、一般の需要者が外観に基づく印象として、全体的に両者を類似のものと受け取るおそれがあると認められる。」

「これに対し、被告は、取引の実情として、被告各商品が『JUNKMANIA』とのウェブページにおいて、『REMAKE』や『CUSTOM』と

の表示とともに販売されており、いかなる取引者・需要者も被告各商品の出所が原告であると誤認混同するおそれはない旨主張するが、不正競争防止法2条1項1号の不正競争行為においては、混同が発生する可能性があるのか否かが重視されるべきであるのに対し、同項2号の不正競争行為にあつては、著名な商品等表示とそれを有する著名な事業主との一対一の対応関係を崩し、稀釈化を引き起こすような程度に類似しているような表示か否か、すなわち、容易に著名な商品等表示を想起させるほど類似しているような表示か否かを検討すべきものであるから、被告指摘の事情は類似性の判断に影響を与えるものではなく、失当である。」

### 3. 3 不正競争防止法5条2項の適否

「不正競争防止法5条2項は、不正競争によって営業上の利益を侵害された者が故意又は過失により自己の営業上の利益を侵害した者に対し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において、その者がその侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額は、その営業上の利益を侵害された者が受けた損害の額を推定すると規定しているところ、不正競争によって営業上の利益を侵害された者に、侵害者による営業上の利益の侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情が存在する場合には、同項の適用が認められると解される（知的財産高等裁判所平成24年（ネ）第10015号・平成25年2月1日判決参照）。

これを本件についてみるに、前記認定のとおり、原告標章と被告各標章とが類似していることに加え、原告商品は一般消費者に対して店舗での販売以外にもインターネットのウェブサイトにおいても販売されているところ、被告各商品も一般消費者に対してインターネットのウェブサイトにおいて販売されていること、被告各商品の価格は、原告商品よりは安価であるもの

の相応に高価格であり、その需要者層には一定の重なり合いがあると推認されることに照らすと、原告には、被告による侵害行為がなかったならば、利益を得られたであろうという事情が認められるから、原告の損害額の算定につき、不正競争防止法5条2項の適用が認められるというべきである。」

### 3. 4 無形的損害の賠償

「原告はバッグ類、袋物及び被服等で知られる世界的に著名な高級ブランドを擁するフランス法人であり、原告標章も世界的に広く知られるに至っていること、原告標章を使用した商品の日本での販売実績が多額に上っていること、原告は、多額の広告宣伝費用を支出して、多数のファッション誌や全国紙、テレビコマーシャル等に原告標章の広告宣伝の掲載を依頼していることなどから、原告標章は被告各商品が販売等された平成25年3月の時点において著名であるばかりか、原告は、創業当初から偽造品対策に取り組んできており、商品の品質とブランドイメージを管理する目的から、限定された販売方法をとっていること、原告の子会社は、原告の知的財産権の保護・管理事業を行うほか、知的財産に関するセミナーやシンポジウムを開催したり、特集記事やテレビ報道等の活動を行い、原告の知的財産権の侵害に対しては、インターネット市場における侵害行為の監視、これに対する警告や損害賠償請求、警察の捜査への協力、税関当局との連絡等の多大な努力を払っている。これらに加えて、被告各商品は、原告商品と同様に一般消費者に対してインターネットのウェブサイトにおいて販売されているところ、被告各商品の価格は、原告商品よりは安価であるものの相応に高価格であるが、被告商品4について見るに、原告商品と比較して、縫い目の美しさの違いや生地とソール部分の隙間の有無等の点において、粗雑な品質であることが認め

られるところであり、」「その品質において相違が存在するものと推認される。」

「そうすると、被告による不正競争行為は、原告が長年の企業努力により獲得した原告標章の著名性及びそれにより得られる顧客誘引力を不当に利用して利得するものであり、原告の企業努力の成果を実質的に減殺するものであるから、需要者の原告商品又は原告標章に対する信用や価値が毀損され、原告は無形の損害を被ったものと認められる。この損害は、その性質上、一義的にその金額が算出され得るものではないが、原告の事業規模や事業内容、宣伝広告の態様やそれに費やした費用、日本における営業活動の内容、原告標章を維持するための原告の努力のほか、被告各商品の販売期間や得た利益額、その結果認められた原告の逸失利益額等を総合考慮すると、原告が被った信用毀損等の無形損害の額は、50万円と認めるのが相当である。」

## 4. 控訴審判決の要旨

被告は原審判決を不服として控訴したが、知財高裁は、原審判決の判断を基本的に引用しつつ、控訴審における被告の主張について、以下のとおり判断した。

### 4. 1 被告は、被告各標章を商品等表示として使用した商品を販売等したか

「不正競争防止法2条1項2号は、同項1号と異なり、『他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為』であることを要件としていない。これは、同項2号の趣旨が、著名な商品等表示について、その顧客吸引力を利用するただ乗りを防止すると共に、その出所表示機能及び品質表示機能が希釈化により害されることを防止するところにあることによるものである。このため、他人の著名な商品等表示と同一又は類似の表示が、商品の出所を表示し、自他商品を識別する機能を果たす態様で用いられている場合に

は、商品等表示としての使用であると認められるのであって、需要者が当該表示により示される出所の混同を生じるか否かが直ちにこの点を左右するものではない。」

「原告標章の著名性及び原告標章と被告各標章との構成要素及び使用態様の共通性に鑑みると、被告各標章は、いずれも、これを見た者の認識において、容易に著名表示である原告標章を想起させるものであることは明らかである。」

「以上より、被告各標章は、それがデザインとして認識されるか否かはさておき、出所識別機能を有する態様で用いられているものと認められる」

#### 4. 2 不正競争防止法5条2項の適否

「原告標章と被告各標章との類似性の程度、原告商品及び、被告商品の販路の共通性並びに需要者層の重なり合いの蓋然性に鑑みると、被控訴人には、控訴人による侵害行為がなければ利益を得られたであろうという事情が認められる」

#### 4. 3 無形的損害の賠償

「原告標章は著名性を獲得した商品等表示であり、また、被控訴人は、その商品の品質及びブランドイメージを維持管理するために多大な努力を払ってきたことが認められる。他方、被告各商品の中には、被告商品4のように、品質の点で原告商品と比較して粗雑というべきものが含まれていると認められることに加え、控訴人自身、被告各商品は、原告標章（ないし原告モノグラム表示）の著名性に便乗し、被控訴人の商品の『高級感を揶揄し風刺する意図』で製作販売された『チープな商品』と主張しているものであり、客観的にも、その構成等から、そのような意図等で製作販売された商品であることが容易にうかがわれる。

このような被告各商品が市場に存在することが、原告商品の品質及びブランドイメージに悪

影響を及ぼし得ることは明らかである。

そうすると、控訴人による不正競争行為は、被控訴人が長年の企業努力により獲得した原告標章の著名性及びそれにより得られる顧客誘引力を不当に利用して利得するものであり、被控訴人の企業努力の成果を実質的に減殺するものであって、著名な原告標章を希釈化するのみならず、これを汚染するものというべきである。これにより、需要者の原告商品又は原告標章に対する信用や価値が毀損され、被控訴人は無形の損害を被ったものと認められる。」

### 5. 検 討

#### 5. 1 不正競争防止法2条1項2号該当性要件の概観

(1) 不正競争防止法（以下「不競法」という。）2条1項2号は、他人の商品等表示の使用等を規制する点で同条項1号と共通するが、同条項1号とは異なり、混同を要件とすることなく不正競争行為とするものである。その趣旨は、著名表示を冒用する行為が行われると、たとえ混同が生じない場合であっても、冒用者は自らが本来行うべき営業上の努力を払うことなく著名表示の有している顧客吸引力に「ただ乗り（フリーライド）」することができる一方で、長年の営業上の努力により高い信用・名声・評判を有するに至った著名表示とそれを本来使用してきた者との結びつきを薄め（希釈化、ダイリューション）、また、ブランドイメージを汚染する（ポリューション）ことになるので、この点を防止しようとする点にあるとされる<sup>2)</sup>。

(2) 不競法2条1項2号の要件事実とは、①原告標章が商品等表示であること、②原告標章が著名であること、③被告が自己の商品等表示として原告標章を使用等していること、④原告標章と被告標章が同一若しくは類似であることである。

要件①「商品等表示」については、同条項1

号で「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」と定義されている。

要件②「著名」とは、同条項1号の「周知」よりも厳格であり、より具体的には、「通常の経済活動において、相当の注意を払うことによりその表示の使用を避けることができる程度にその表示が知られていることが必要であり、具体的には全国的に知られているようなものを想定している」などとされている<sup>3)</sup>。

要件④「類似」とは、同条項1号とは異なり、混同のおそれという視点は関係なく、著名表示と著名標章主との1対1対応を崩し、希釈化等を引き起こすほど似ているような表示、換言すれば、容易に著名表示を想起させるほど似ている表示であることを意味すると解される<sup>4)</sup>。また、具体的な基準を示した最高裁判例はないが、本件より前の下級審裁判例には、「取引の実情の下において、需要者又は取引者が、両者の外観、称呼又は観念に基づく印象、記憶、連想等から両者を全体的に類似のものと受け取るおそれがあるか否かを基準に判断すべき」とするものがあつた<sup>5)</sup>。

(3) 本件では、要件①及び②に争いはなく、原審判決及び控訴審判決は、要件①は当然に、また、要件②についても比較的シンプルな理由で、いずれも肯定している。

要件④については、原審判決及び控訴審判決ともに、上記従来裁判例と同じ判断枠組みのもと、被告標章が原告標章と同一の記号で構成され、また、その配置も原告標章と同一であることを理由に、類似性を肯定している。また、被告各商品の販売は原告との誤認混同は生じさせない旨の被告の主張については、不競法2条1項2号の趣旨より、混同を要件とする同条項1号とは異なることを重視して、これを排斥している。

## 5. 2 商品等表示のデザイン的使用

### (1) 概要

不競法2条1項2号の要件③は、単なる標章の使用等では足りず、「自己の商品等表示として」使用等することを要求している。著名表示が冒用者の商品等表示として使用されて初めて、1対1対応が崩れ、ダイリューション現象等が発生するからであり、表示が物理的に付されていても、出所識別機能・自他商品識別機能を果たしていない場合には、商品等表示としての使用に該当しない。

出所識別機能等を発揮しない態様での使用の典型例としては、①内容表示・記述的使用<sup>6)</sup>、②題号としての使用<sup>7)</sup>、③宣伝文句・キャッチフレーズとしての使用<sup>8)</sup>、④デザインの・意匠的使用等がある。本件では、以上のうち、デザインの・意匠的使用が問題となっている。

なお、同条項1号該当性及び商標権侵害該当性においても同様であり、同条項1号は「混同のおそれ」の要件において、また、商標権侵害は平成26年改正法で追加された商標法26条1項6号(改正法前は商標法的使用の概念)において、出所識別力等を果たす態様による使用等であることが必要とされている。

### (2) 肯定例と否定例

1) デザイン的・意匠的使用の問題については古くからある議論ではあるが、以下、商標権侵害及び不正競争防止法2条1項1号のものと共に、裁判例を中心に整理しておく。

2) デザイン的・意匠的使用が出所識別力等を発揮しない態様での使用であるとして侵害を否定したリーディングケースとしては、ポパイアンダーシャツ事件判決(商標権事案。大阪地裁昭和51年2月24日判決・判例タイムズ341巻294頁)がある。

同判決は、アンダーシャツの胸部中央殆ど全

面にわたり漫画の主人公とともに「ポパイ」又は「POPEYE」と大書きする行為について、「これはもっぱらその表現の装飾的あるいは意匠的効果である『面白い感じ』、『楽しい感じ』、『可愛い感じ』などにひかれてその商品の購買意欲を喚起させることを目的として表示されているものであり、一般顧客は…右の表示をその表示が附された商品の製造源あるいは出所を知りあるいは確認する『目じるし』と判断するとは解せられない。…これに対し、『本来の商標』…は、えり吊りネーム、吊り札、包装袋等に表示されるのが通常である。『本来の商標』がシャツ等商品の胸部など目立つ位置に附されることがあるが、それが『本来の商標』として使用される限り、世界的著名商標であっても、商品の前面や背部を掩うように大きく表示されることはないのが現状である。」こと等を理由として商標権侵害を否定した。

また、比較的最近の否定例として、テーマパークのグッズ商品に、高い周知性のあるキャラクター「ミニオン」と共に付された「BELLO」からなる文字標章について、取引実情を重視し、商標法26条12頁6号該当性を認め、非侵害としたBELLO事件判決（大阪地裁平成30年11月5日判決平成29年(ワ)第6906号・裁判所ホームページ）がある<sup>9)</sup>。

3) 一方、肯定例としては、ルイ・ヴィトン事件昭和62年判決（商標権事案。大阪地裁昭和62年3月18日判決・無体集19巻1号66頁）がある。

同判決は、アルファベット大文字の「L」と「V」とを組み合わせてモノグラムとして表現した記号（本件の原告記号aと同じもの）を全面に施したバッグを販売する行為につき、「商標と意匠とは排他的、択一的な関係にあるものではなくして、意匠となりうる模様等であっても、それが自他識別機能を有する標章として使用されている限り、商標としての使用がなされているものというべきところ、…原告及び被

告は本件標章（一）、（二）をその商品に自他識別機能を有する標章として使用していることが明らかである」として、商標権侵害を肯定した（その後最高裁まで争われたが、当該一審判決が維持された。最高裁昭和63年1月19日判決・LEX/DB27809931）。

また、JOELLE事件判決（商標権事案。東京地裁平成11年1月29日判決・判例時報1681号139頁）は、被告標章が衣服の表地に表示されているものであり、専ら装飾的あるいは意匠的効果のための表示と理解すべきであるとする被告の主張につき、「被告商標（9）ないし（28）の使用態様をみると、これらは、衣服の左胸部分に小さめに表示されたり、正面の胸部分に大きく目立つように表示されるなどしている…そして、商品のブランド名を衣服に右のような方法で表示することが一般的に行われていることも考えあわせると、右被告標章は、衣服に装飾的に使用されているだけではなく、商品の出所を表示する機能を有する態様で使用されていると認められる。」として排斥した<sup>10)</sup>。

### (3) 若干の考察

以上のとおり、裁判例上は、肯定例と否定例に分かれ、また、裁判例の評価は学説によってニュアンスが異なるが<sup>11)</sup>、使用された標章が意匠となり得るものであっても、出所識別機能等を発揮する可能性があることは明らかであり、使用態様がデザイン的・意匠的であるという一事をもって、侵害を否定するべきではない。また、商品に大きく記載されているかどうかといった表示態様のみで結論の得る問題でもない。

重要なのは、需要者において、当該表示が出所識別標識であると認識するようなものとなっているか否かである。

その判断手法に関し、否定例のポパイアンダーシャツ事件及び肯定例のJOELLE事件判決においては、対象商品における出所標識の通常の



使用態様を認定し、被告表示がこれにあたるかという検討がなされている。また、学説上、「商標の表示態様・使用状況、当該商品・役務の性質、取引の実情等を総合考慮し、需要者に当該商品・役務の商標として認識されるか否かが問題となる。」<sup>12)</sup>とするものもある。

本件との関連で重要な要素に着目するならば、一般に文字であれば出所識別力があるといった方向となりやすいただろうし、単なる図形であれば、純粋なデザインとして把握しやすいだろう。また、文字であろうが図形であろうが、周知性・著名性の程度が高ければ需要者は当該表示が特定の者の識別標識と認識しやすくなるはずである。さらに、周知・著名性を獲得するに至った態様と同じ態様による表示であれば、一層、出所識別標識として認識しやすくなると思われる。

本件の原審判決及び控訴審判決も、原告標章の著名性や、著名性を獲得している原告標章と被告各標章との構成要素及び使用態様の共通性を重視したデザイン的使用であり、商品等表示としての使用ではない旨の被告の主張を排斥している。

### 5. 3 不正競争防止法5条2項について

(1) 損害賠償請求における損害には、財産的損害と非財産的損害がある。財産的損害とは、加害行為がなかったならばあるはずの財産状態と現在との差額をいうとされ(差額説)、既存財産の減少(積極損害)であると、得べかりし利益の喪失(消極損害)であるとを問わないといわれている<sup>13)</sup>。不競法訴訟における積極損害の例としては、侵害立証のための調査費用<sup>14)</sup>や弁護士費用等が考えられる。また、消極損害の損害額については、その立証の困難さに鑑み、不競法5条に損害額の計算規定が置かれている。

(2) 消極損害について、安売り事例では、一般に不競法5条1項による方が損害額は高額となるが、同条項による場合は、原価情報等の営業

秘密の開示が必要となることから、本件で原告は、不競法5条2項の適用を主張したものと思われる。これに対し、被告は、概要、被告各商品の購入者の需要が原告商品に向くことはないとして不競法5条2項の適用を争った。

原審判決は、特許法102条2項に関する知財高裁大合議平成25年2月1日判決(判時2179号36頁)を引用し、不競法5条2項の適用には、不正競争によって営業上の利益を侵害された者に、「侵害者による営業上の利益の侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情」が必要であるとしつつ、本件では、原告標章と被告各標章との類似性の程度、原告商品及び被告商品の販路の共通性並びに需要者層の重なり合いの蓋然性が認められ、上記事情があるとして、不競法5条2項の適用を肯定した。控訴審判決もこれを支持した。

不競法5条2項は、あくまで損害額の推定規定であって、損害そのものを推定してしまう規定ではない。販売機会の喪失といった具体的な損害が主張立証されなければ、同条項適用の前提を欠くというべきであり<sup>15)</sup>、この点は、特許法102条2項と同じである。不競法5条2項は、同条1項とは異なり、条文の文言上は適用される不正競争行為の類型に限定がなく、比較的容易にその適用が認められるようにも見えなくもないのであるが、以上の理由から、条文上は明記されていない要件として、「侵害者による営業上の利益の侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情」が必要であると解される。

(3) なお、不競法は行為規制法であり、権利付与法である特許権のように排他的独占権に基づいて、直ちに侵害品と権利者商品が市場において補完関係に立つと解することはできないという問題があり、不競法5条2項は、特に行為類型に着目して、その適用に相応の限定があることにも注意が必要である。

この点、不競法5条2項創設時の逐条解説<sup>16)</sup>でも、「侵害者の利益が被害者の逸失利益と観念され得る場合に、その適用が図られるべきである」、「『不正競争防止法の見直しの方向』(平成四年一二月産業構造審議会知的財産政策部会中間答申)においては、誤認惹起行為(第二条第一項第一0号)、信用毀損行為(同条同項第一1号)を行った者の得た利益の額を被害者の損害の額と見なし得る場合が必ずしも多くないと考えられることから、かかる行為に対する推定規定の適用を認めることは適当ではないとされていたが、立法にあたっては、本項の規定が推定規定にとどまるものであることを考慮し、不正競争の類型すべてを対象とし、具体的な適用の可否については具体的事案における裁判所の判断に委ねることとした。」とされている。

特に、明文で不競法5条1項の適用が否定されている営業秘密に係る不正競争行為(不競法2条1項4号から9号)のうち営業上の情報に関するもの、品質等誤認惹起行為(同条項20号)、信用毀損行為(同条項21号)等の不正競争行為類型については、侵害品と権利者商品が補完関係に立つという事情は直ちには認められないことから、個別の事情によるが「侵害者による営業上の利益の侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情がある」と認められる事案は限定されると考えられる<sup>17)</sup>。

## 5. 4 信用冒用事例と無形的損害の賠償

### (1) 無形的損害の位置づけ

民法710条は、非財産的損害に対する賠償を規定している。

法人の非財産的損害について、かつては、法人自体は精神的苦痛を感じるできないことを理由に否定する考えもあったが、民法710条の損害は、慰謝料で和らげられる精神的苦痛に限定される理由はなく、不法な名誉毀損・信用毀損による社会的評価の低下それ自体等(財

産的損害ともいえなくもないが、性質上、その損害額を証明することが不可能又は極めて困難なもの=無形的損害)を含むと解されることから、法人についても非財産的損害の賠償を認めるのが現在の実務である<sup>18)</sup>。

### (2) 不正競争行為に対する無形的損害の賠償が認められるケース・要件

知的財産権侵害訴訟でも無形的損害の賠償が認められることがあり、特に、不競法2条1項21号(信用毀損行為)は、他人の社会的評価の低下を直接的に目的とした行為であって、侵害行為があれば、通常、無形的損害が認められるだろう。

これに対し、商標権侵害、不競法2条1項1号及び同条項2号は、他人の信用(グッドウィル)を冒用する行為であり、信用毀損行為のように他人の社会的評価の低下を目的とするものではない。そのため、これら信用冒用型事例では、単なる侵害の事実だけでなく、別途、侵害行為による社会的評価の下落等の無形的損害を立証する必要がある。

信用冒用型事例について、例えば、GIO事件判決(東京地裁平成15年6月30日判決平成14年(ワ)第2878号・裁判所ホームページ)、スズケン事件判決(名古屋地裁平成18年1月11日判決平成17年(ワ)第3957号・裁判所ホームページ)、clear事件判決(大阪地裁平成20年2月7日判決平成19年(ワ)第3024号・裁判所ホームページ)、RITEA事件判決(東京地裁平成25年11月26日判決平成23年(ワ)第30933号・裁判所ホームページ)は、概要、損害の立証がないことを理由に無形的損害の賠償を否定している。いずれの裁判例も、判決文からは、原告表示の周知・著名性の立証がないか、被告の行為による社会的評価への影響の不存在・僅少さがうかがわれる。

他方、無形的損害の賠償を認める裁判例としては、例えば、上記ルイ・ヴィトン事件昭和62年

判決があり、高級品のイメージを確保してきたが、被告が模倣商品を安売りしたことにより、その信用を毀損された旨の原告の主張を採用し、無形的損害として100万円の賠償を認容している。また、ルイ・ヴィトン事件平成2年判決（大阪地裁平成2年8月28日判決・LEX/DB27813552）は、無形的損害として400万円の賠償を認容している。加えて、その他、無形的損害の賠償を認容した裁判例としては、例えば、次のものがある。

表1 無形的損害を認定した裁判例

事件名	判決年月日等	認容額
ボルノランド ディズニー事 件	東京地裁昭和59年1月 18日判決・判例タイム ズ515号210頁	300万円
シャネルバッ グ事件	横浜地裁昭和60年3月 22日判決・判例時報 1159号147頁	30万円
Dior事件	大阪地裁昭和60年5月 29日判決・判例タイム ズ567号324頁	計300万円
ホテルシャネ ル事件	神戸地裁昭和62年3月 25日判決・無体集19卷 1号72頁	100万円
リッツショッ プ事件	東京地裁平成4年4月 27日判決・判例タイム ズ819号178頁	100万円
歌謡スナック シャネル事件	東京地裁平成6年4月 27日判決・知裁集27卷 1号171頁	80万円
パオログッチ 事件	東京地裁平成6年11月 30日判決・LEX/ DB28032422	100万円
TRUSSARDI 事件	東京地裁平成10年3月 20日判決・LEX/ DB28032935	100万円
ホテル・ゴー フル・リッツ 事件	大阪高裁平成11年12月 16日判決平成8年(ネ) 第3445号・裁判所ホー ムページ	300万円
DAKS事件	大阪高裁平成20年12月 24日判決平成20年(ネ) 第971号・裁判所ホー ムページ	200万円

アーク・エン ジェルズ事件	大阪地裁平成21年4月 23日判決平成19年(ワ) 第8023号・裁判所ホー ムページ	100万円
エルメス立体 商標事件	東京地裁平成26年5月 21日判決・ジュリスト 1473号6頁	150万円

以上の肯定例の多くは、原告標章等の周知・著名性と被告の行為の悪性（特に粗悪品販売・安価販売等のポリューション行為）が無形的損害認定の重要な要素となっている。

本件判決も、従来の裁判例と同様に、被告の行為につき「著名な原告標章を希釈化するのみならず、これを汚染する」ものであることが認定され、無形的損害の賠償が認められている。

### (3) 無形的損害の額

信用冒用型事例の無形的損害の損害額は、裁判例を概観する限り、冒用された表示の周知・著名性が高ければ高額化する傾向にあり、その程度は、事業規模、商品販売数、宣伝広告、ブランド戦略等の企業のブランドイメージ構築に向けた様々な努力に基づき認定されている。また、侵害行為の期間・態様も、損害額認定の大きな要素となっている。加えて、逸失利益の額も考慮されるが、逸失利益を超える無形的損害を認める裁判例もある。本件でも、「原告の事業規模や事業内容、宣伝広告の態様やそれに費やした費用、日本における営業活動の内容、原告標章を維持するための原告の努力のほか、被告各商品の販売期間や得た利益額、その結果認められた原告の逸失利益額等を総合考慮」した結果、50万円が認定されている（原告は、無形的損害について、108万1,490円を下らない旨主張していたが、判決の認容額は、一連のルイ・ヴィトン事件判決における認容額との比較では低額となっている。侵害品の価格が相応に高価格で、且つ、粗悪品と認定されたのが被告商品

4に限られた点が事実上影響しているとも思われる。)

この点、粗悪品販売・安価販売の事例では、その性質上、不競法5条2項による算定でも高額な賠償を得ることは困難であることが多く、むしろ、ブランドイメージの毀損の方が深刻で、無形的損害の賠償に期待されるところであるが、誰もが知るような有名ブランドの事例でも、上記のとおり、賠償額が数十万円から400万円程度までに留まる傾向となっている。

もとより、不法行為法における損害賠償の目的は、不法行為によって被害者に生じた損害を「填補」することであり、不法行為者に対する「制裁」や不法行為の「抑止」は行政規制や刑事罰によるものであって、いわゆる懲罰的賠償は認められていない。但し、損害の「填補」が原則だとしても、無形的損害のように金銭的評価が困難なものについて、400万円程度までといった限界を設ける理由はどこにもない。

上記肯定例の多くは、いずれも侵害態様が比較的小規模なものばかりであり、侵害態様如何によっては、より高額な無形的損害を認定する事案もありうるところである。また、ブランドイメージ構築のための労力・費用に対する社会的評価が変容することでも、無形的損害の額は自ずと変わってくるであろう。

なお、自然人の名誉毀損事例では、かつていわゆる100万円ルールがあったとされているが<sup>19)</sup>、中には、1,000万円の慰謝料請求が認められた事例もある(東京地裁平成21年3月26日判決・判例タイムズ1310号87頁)。また、特殊な事例であり、異例に高額とも評されるが、集会に使用される予定であった宴会場の使用等を、裁判所の仮処分命令に反してまで拒否した事案で、財産的損害の3倍である8,547万円の非財産的損害が認められた事例もある(東京高裁平成22年11月25日・判例時報2107号116頁)。

## 6. おわりに

本件では、有名ブランドの標章をデザイン的に使用することについて、不競法2条1項2号該当性が認められている。この種の事案では、従来から侵害を肯定する裁判例があったが、特に著名表示の使用については、大きなリスクがあることがより一層理論的に明らかにされ、商品の開発に際しては注意するべきであろう。

また、周知・著名表示の使用は、逸失利益の賠償だけでなく、無形的損害の賠償の対象にもなり得る。周知・著名表示を保有する企業としては、そのブランドイメージの構築のための労力がそのまま無形的損害の賠償の高額化に繋がるのであり、普段からその証拠化の意識を持つておくことも有用である。

### 注 記

- 1) 東京地裁昭和63年4月27日判決・無体集20巻1号209頁、東京地裁平成2年10月31日判決・LEX/DB27813625、大阪地裁平成3年3月29日判決・LEX/DB27816149、東京地裁平成5年8月30日判決・LEX/DB28032007、大阪地裁平成6年3月22日判決・LEX/DB28022046、東京地裁平成7年3月24日判決・LEX/DB28031660、東京地裁平成9年7月9日判決・LEX/DB28032498、大阪地裁平成10年2月19日判決・LEX/DB28032929、東京地裁平成10年3月16日判決・LEX/DB28032932、札幌地裁平成10年10月1日判決・LEX/DB28061205等。また、本文でも引用するが、大阪地裁昭和62年3月18日判決・無体集19巻1号66頁、大阪地裁平成2年8月28日判決・LEX/DB27813552。
- 2) 高部眞規子編、裁判実務シリーズ8 著作権・商標・不競法関係訴訟の実務、p.399(2015)商事法務。
- 3) 経済産業省知的財産政策室編、逐条解説不正競争防止法[平成30年11月29日施行版]、p.73、<http://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/20181129chikujyokaisetsur.pdf>(参照日:2019.06.20)。
- 4) 田村善之、不正競争法概説[第2版]、p.246(2003)

- 有斐閣。
- 5) 例えば、アリナビックA25事件（大阪地裁平成11年9月16日判決・判例タイムズ1044号246頁）、正露丸事件（大阪地裁平成24年9月20日判決・判例タイムズ1394号330頁）。
  - 6) 例えば、テレビまんが事件（東京地裁昭和55年7月11日判決・無体集12巻2号304頁）。
  - 7) 例えば、マクロス事件（知財高裁平成17年10月27日判決平成17年（ネ）第10013号・裁判所ホームページ）。
  - 8) 例えば、オールウェイズ事件（東京高裁平成11年4月22日判決平成10年（ネ）第3599号・裁判所ホームページ）。
  - 9) その他の否定例として、十二支箸事件（但し、商標権侵害。東京地判平成10年7月16日判例タイムズ983号264頁）、モデルガン事件判決（東京地裁平成12年6月29日判決・判例時報1728号113頁）等がある。
  - 10) その他の肯定例として、ポパイマフラー事件判決（商標権事案。大阪高裁昭和60年9月26日判決・民集44巻5号925頁）、ヘバン事件（商標権事案。東京地裁平成2年1月29日判決・特許と企業255号62頁）、SHIPS事件判決（商標権事案。東京地裁平成26年11月14日判決平成25年（ワ）第27442号・裁判所ホームページ）等がある。
  - 11) 前掲注4）田村p.153は、ポパイアンダーシャツ事件判決の判断に否定的であるし、反対に、平尾正樹、商標法〈第一次改訂版〉、p.48（2006）学陽書房は、レイ・ヴィトン事件昭和62年判決の判断を一般化してはならないとしている。
  - 12) 高部真規子、実務詳説 商標関係訴訟、p.69（2015）きんざい。また、牧野利秋・飯村敏明編、新・裁判実務大系 知的財産関係訴訟法p.410（2001）青林書院は、「被告商品の性質・種類、同種商品における被告標章に相当する表示の果たしている機能、商品若しくはその包装上の他の表示の有無・意味内容及びこれと被告標章との関係ないし関連性の程度、本来の商標の有無とその一般的な表示方法、被告標章の一般的意味内容、被告標章の観念と商品の属性との関連性の程度、被告標章と同旨の表示の他商品における使用の有無、被告標章若しくはこれと他の表示との意匠的な構成の程度など、被告標章に接した一般需要者が被告標章の意味ないし機能を認識するに当たり、その認識の仕方に影響を及ぼすと考えられる事情が総合的に評価され」とする。
  - 13) 加藤一郎編、注釈民法（19） 債権（10）、p.43（1965）有斐閣。
  - 14) 但し、必要でない調査の費用は相当因果関係が否定される。パオログッチ事件判決（東京地裁平成6年11月30日判決・LEX/DB28032422）参照。
  - 15) 小野昌延・松村信夫、新・不正競争防止法概説〔第2版〕、p.595（2015）青林書院。
  - 16) 通商産業省知的財産政策室監修、逐条解説 不正競争防止法、pp.75～80（1994）有斐閣。
  - 17) 品質等誤認惹起行為に関するものであるが、不競法5条2項の適用を否定したものとして、電子ブレーカ事件判決（大阪地裁平成24年9月13日判決・判例タイムズ1392号304頁）、ヘアピン事件判決（大阪地裁平成8年9月26日判決・判例時報1604号129頁）等がある。
  - 18) 最高裁昭和39年1月28日判決・民集18巻1号136頁参照。
  - 19) 千葉県弁護士会編、慰謝料算定の実務〔第2版〕、p.75（2013）ぎょうせい。

（原稿受領日 2019年7月7日）