

## 容器及び包装のそれぞれが周知の商品表示と認められた事例

——「塗るつけまつげ」事件——

大阪地裁 平成20年10月14日判決 平成19年(ワ)1688号  
不正競争行為差止等請求事件 一部認容 一部棄却（控訴）  
判例時報2048号91頁

市 政 梓\*\*

### 【要 旨】

原告らが製造販売するまつ毛化粧品（マスカラ）の容器及び包装が、それぞれ原告らの商品表示として周知になっており、被告が、訴外AとのOEM<sup>1)</sup>契約に基づいて、Aから提供されたこれに類似する容器・包装等へマスカラを充填しAに納入した行為は、不正競争防止法2条1項1号の不正競争に該当するとして、損害賠償を認めた（なお、原告らは2号についても主張していたが、1号との選択的主張であるとして2号判断はなされなかった）。しかし、将来的に営業上の利益が侵害されるおそれはないことから、差止め、製品廃棄の請求は認めなかった。

判決の要旨に賛成する。ただ、個々の判断については、更に検討すべき余地が残されていると思われる。

<参考条文>不正競争防止法2条1項1号・2号、同法3条、同法4条、同法5条1項

### 【事 実】

原告Xら（X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>、X<sub>3</sub>）及び被告Yは、それぞれ化粧品の製造販売等を目的とする株式会

社である。X<sub>1</sub>とX<sub>2</sub>は、X<sub>3</sub>の子会社である。X<sub>2</sub>が容器にまつ毛化粧品（まつ毛に塗布することにより、まつ毛を濃く長く見せる化粧料のこと。以下「マスカラ」）を充填し包装した商品をX<sub>3</sub>に販売し、X<sub>1</sub>はX<sub>3</sub>から仕入れて卸売代理店及び小売店に販売している。

Yは、訴外AとのOEM契約に基づき、Aから提供された容器・キャップ・包装・台紙にマスカラを充填して包装し、Aに納入した。Xらは、Yの商品が、Xらが製造販売している商品表示性のある周知の商品の容器及び包装のいずれにも類似し、Xら商品と混同のおそれを生じさせており、Yの上記行為が不正競争防止法2条1項1号・2号に該当するとして、差止め、Y製品の廃棄及び損害賠償を請求した。

争点は、Xら商品形態が不正競争防止法2条1項1号の要件を満足する周知の商品表示といえることができるか、Yの行為がXらの商品表示を使用して混同のおそれを生じさせたか、Yの故意・過失、Xらの営業上の利益を侵害したかである。

\* 同志社大学名誉教授 Ryuichiro SENGEN

\*\* 京都学園大学法学部非常勤講師 同志社大学政策学部嘱託講師 Azusa ICHIMASA

Xらの製造・販売は、平成13年9月に開始し今日に至っており、Yの製造・納入は平成18年4月から同年7月までである。

(末尾記載の別紙目録中の包装写真参照)

## 【判 決】

請求一部認容。一部棄却。

### 1. 原告ら容器及び包装の商品表示性と周知性について

「平成18年4月時点において、原告ら容器及び原告ら包装が原告らの商品表示として周知性を獲得していたか否かについて検討する」。

#### ① 原告らの容器の特徴

「原告ら商品は、平成16年12月から平成18年3月までの16か月間に延べ17回にわたり…、女性用ファッション雑誌において人気のあるマスカラとして掲載されたことが認められる」。「これらに掲載された他の人気マスカラのうち圧倒的多数のものは黒色や銀系の色を用いており、容器本体に赤系の色を用いているものは」、4点にすぎず、内3点は「いずれも容器本体のみならずキャップまで同じ赤系の色で塗られており、原告ら商品のようにキャップに容器本体の色と異なる色（銀色）を用いている商品は見受けられない」（なお残り一点のキャップの色は不明）。「また、上記各雑誌に掲載された人気マスカラのうち、容器本体に目やまつ毛の絵柄が施されているものはない」。以上のことから、「原告ら容器は、容器本体が濃いワインレッド色であり、キャップが銀色である点（以下『原告ら容器の特徴点A』という。）、及び容器本体の正面視に目やまつ毛の絵柄が施され女性がウインクしているようなまつ毛を強調した目の絵柄（以下『原告ら容器の絵柄』という。）が施されている点（以下『原告ら容器の特徴点B』という。）において、需要者の注意を引く他の商品とは異なる独自の特徴を有するものと認められる」。

#### ② 原告ら包装の独自性

原告らの台紙の中央部に「塗るつけまつげ」という文字が付されている点について、「この表現は、『マスカラ』でありながら、『塗る』だけで『つけまつげ』をつけたかのような一見明瞭な効果が期待できるという商品コンセプトを比喩的に表現したものとして斬新であり原告ら包装の独自の特徴点と認められる（以下、この特徴点を『原告らの包装の特徴点A』という。）」。

台紙のライトグリーンを基調とした色彩や木の葉型の形状、プラスチック包装におけるブリスター方式の採用とその形状については、他者の包装と異なる独自の特徴であるとは認めるに足りないとするが、「原告ら商品は、原告ら容器の特徴点A及び同Bにおいて、他の商品とは異なる独自の特徴を有し…、原告ら包装では、原告ら容器を有姿のまま透視できるようにしているから、独自の特徴を有する原告ら容器と台紙とが相まって、原告ら包装における他の商品包装には見られない特徴を有しているということが出来る。そうすると、原告ら容器の特徴点A及び同B並びに原告ら包装の台紙の木の葉型の形状及びライトグリーンの色彩の全体をもって、原告ら包装の独自の特徴であると認められる（以下、この特徴点を『原告ら包装の特徴点B』という。）」。

#### ③ 原告ら容器及び原告ら包装の周知性

原告らは、原告ら商品につき、平成14年4月以降、全国主要都市の交通機関や駅構内での広告、全国誌の女性ファッション雑誌8誌への純広告、テレビCMの放映を、多数回行い、総額20億円余の広告費を支出した。原告ら商品の販売数量は、平成13年度から17年度の5年間に毎年急増し合計1,115万余個、その小売販売額の合計は167億余円である。販売店舗数は平成13年度が約200、同15年は4,500と急増し、日本全国各地の百貨店、化粧品雑貨小売店、ドラッグ

ストア、スーパーマーケットで販売された。原告ら商品は、平成14年4月から同18年6月までの4年3カ月間に、複数の女性用ファッション雑誌において、マスカラの人気ランキング上位として延べ241回掲載された。また、大手雑貨小売店であるソニープラザの「人気商品BEST10」において、平成14年9月から同18年5月までの間に、41回にわたり5位以上（うち1位が23回）にランクインされた。これらの事実から、原告ら商品につき、遅くとも平成18年4月には、「大量の広告及び極めて多数に及ぶ販売等により、原告ら容器は、その特徴点A及び同Bをもって、原告ら容器が、原告ら商品の出所を示すものとしてマスカラの需要者たる女性の間広く認識されていたと認められる」。また、包装についても、「原告ら包装の特徴点A及び同Bをもって、原告ら包装も原告ら商品を示すものとして需要者たる女性の間広く認識されていたと認められる」。

## 2. イ号各容器と原告ら容器の類否

イ号各容器と原告ら容器は、容器本体、キャップが同形サイズである点、「容器本体が濃いワインレッド色である点において、いずれも一致する」。両者の容器本体の濃いワインレッド色は、「一見した限りでは両者の色の差異を容易に判別し得るものではなく、…一般の需要者にとって見分けることが著しく困難なほど酷似」しており、類否判断としては両者の色は一致するといえる。

イ号1容器のキャップの色は艶消しの淡い金色、原告のそれは艶消しの銀色で相違するが、「いずれも光沢感があり、かつ高級感を感じさせる同系統の色」で、艶消しであることから、両者のキャップの色は類似するといえる。

原告容器とイ号1容器の絵柄はともにウインタをしてる絵柄で、イ号1容器には眉がない。マスカラの特徴がまつ毛を長くすることであるから、眉の有無は重要ではなく、両者の絵柄は、

「まつ毛の長さを強調し印象付ける絵柄となっているという点では似たような印象をもたらすものといえる」。絵柄の位置や色の違いは微細であって、原告容器とイ号1容器は類似する。

原告容器とイ号2容器の絵柄についても、「髪の有無は必ずしも重要なものではないし、…全体として見た場合、目の絵柄が描かれることによりまつ毛を強調し印象付けているという点では似たような印象をもたらすものといえる」。

## 3. 被告包装と原告ら包装の類否

原告ら包装と被告包装は、「マスカラ容器を有姿のまま透視できるようにしている点において一致し…、そのプラスチック状の包装の大きさにおいてほぼ一致する」。台紙についても、「全体として見た場合、その形状及び色彩において、両者は類似するものと認められる」。台紙に付された文字についても、被告包装の台紙はライトグリーンを背景とした赤い文字の「まるでつけまつげ」との記載は、目を引く部分であり、「原告ら包装の『塗るつけまつげ』と…両者は観念において類似するものといえる」。ゆえに、被告「包装は原告ら包装の特徴点A及び同Bと類似する構成を具備」し、両者の包装は類似している。

## 4. 混同のおそれ

### ① イ号1容器・ロ号包装

イ号1容器・ロ号包装は原告らの容器及び包装の各特徴点をいずれも具備し、これと類似していること、原告ら商品と被告商品の販売場所（薬局）等が同じであること、販売価格も大きく異なること、「以上によれば、被告商品1に接した需要者は、これを原告ら商品と混同するおそれがあるというべきである」。

### ② イ号2容器・件外包装

「件外包装の台紙はオレンジ色を基調としているが、「件外包装についても、…原告ら容器と類似するイ号2容器を有姿のまま透視できる

こと、件外包装の台紙に…『まるで』『つけまつげ』との文字が2段に分けて上から順に付されており、台紙の形状においても…原告ら包装の台紙と類似」し、「原告ら商品と混同するおそれがあるというべきである」。

#### 5. 営業上の利益侵害

訴外AとのOEM契約に基づき、Aから送られてきたイ号各容器・包装をもとに、被告によるマスカラを充填する行為は、「被告各商品を製造完成させる行為として原告ら商品の商品表示を使用したもの」といえる。そして訴外Aへの納入行為は、(被告各商品に係る所有権の帰属は、その容器がAから提供されたものであることから、必ずしも明確とはいえない。)…占有の移転があったことは明らかであることから、少なくとも不正競争防止法2条1項1号の「引き渡し」に当たるものというべきである。

被告商品の製造等する行為は、「原告らの営業上の利益を侵害したものと認められる」。「しかし、被告が平成18年8月以降に被告各商品を製造し、納入した事実を認めるに足る証拠がなく、「原告らの営業上の利益が現に侵害されているとは認められない」。また、訴外Aは平成20年に破産していたことから、将来においても、「原告らの営業上の利益が侵害されるおそれがある」とまでは認められず、「原告らは被告に対し不正競争防止法3条1項、2項に基づく被告各商品の差止め及び廃棄請求権を有するものではない」。

被告は、原告ら容器及び原告ら包装と「混同を生ぜしめることは当然に認識し…得たことが明らかである」ことから、「不正競争防止法4条に基づく損害賠償義務を免れない」。

以上の通り判示し、本件損害賠償請求については認容し、差止め及び廃棄請求については棄却した。

## 【研究】

### 1. 本判決の意義

本件は、不正競争防止法2条1項1号に基づき判断された。商品の「容器又は包装」でも、特異な形態であるとか、宣伝広告の繰り返し、あるいは多数の販売などにより、二次的に識別力を取得すれば、不正競争防止法2条1項1号にいう商品等表示に該当しうる。本件は、容器又は包装について、いわば商標権などといった権利として確立していないものの顧客吸引力を有した商品表示に知的財産性を認めた画期的な判決である。近時、EUやWIPO、アメリカなどでの、色、匂い、味などを新しい商標として保護しようとする国際的動向のなかで、不正競争防止法による救済を適切に認めた判決として評価される。

以下、不正競争防止法2条1項1号の要件のうち、商品等表示、周知性、類似性・混同性を中心に検討する。

### 2. 商品等表示について

商品等表示とは、人の業務に係る商品又は営業を表示するもの(不正競争防止法2条1項1号)をいい、識別力を有した表示であることが求められる<sup>2)</sup>。商品等表示性と周知性は本質的に異なる概念であるが、その認定過程では両者の重複が認められる。

本件では、Xら商品の容器については、二種類の色彩の配色(容器の特徴点A)と絵柄(容器の特徴点B)を独自の特徴と認め、包装については、台紙の文字(包装の特徴点A)と透明な包装から透視される容器の特徴点A・Bと台紙の形状・色彩の全体(包装の特徴点B)を独自の特徴と認め、容器及び包装のそれぞれに商品表示性を認めた。周知性を併せて考慮すると、Xらの商品の識別力は極めて強いと考えられる。

本件では、色彩が特徴点を構成しているので



考察する。商品における色彩は、本来自由に選択されるべきであり、色彩それ自体では本来的に識別性を有さないが、使用によって識別力を有しセカンダリー・ミーニング<sup>3)</sup>を取得した場合には商品表示に該当しうる。「オレンジ色戸車事件（大阪地裁昭和41年6月29日判決 下民集17巻5・6号562頁）」<sup>4)</sup>では、この理論を認め、単一の色彩であっても商品表示性を認めている。これに対し、「It'sシリーズ事件（大阪高裁平成9年3月27日判決 知的裁集29巻1号368頁）」<sup>5)</sup>では、「色彩の自由な使用を阻害するような商品表示（単一の色彩）の保護は、公益的見地からみて容易に認容できるものではない」と判示し、単一の色彩の保護に積極的ではない。色彩の組み合わせにより商品表示が認められた「三色ラインウェットスーツ事件（大阪地裁昭和58年12月23日判決 無体裁集15巻3号894頁，控訴審：大阪高裁昭和60年5月28日判決 無体裁集17巻）」では、「特定の単色の色彩又は複数の色彩の特定の配色の使用が当該商品には従来見られなかった新規なもので」あり、その色彩の使用により、「商品と色彩・色彩の配色との組み合わせも又、商品の形態と同様」出所表示機能を有する場合には、商品表示に該当すると判示した。したがって、色彩のみの場合には、使用によってセカンダリー・ミーニングを有した場合に商品表示性が認められる<sup>6)</sup>。本件では、色彩のみでの商品表示性の判断はなされていないが、原告容器・包装のそれぞれについて、色彩を含めた特徴点について独自性・周知性を有する商品表示であると認められた。

### 3. 周知性

周知性の地域的範囲は、日本国内において、「一地方において広く認識せられる場合」<sup>7)</sup>が求められる。本件では、原告容器及び包装が、需要者である女性に広く認識されていたことから周知性が認められた。そして、不正競争防止法2条1項1号、2号のどちらで判断しても損害

賠償に差がないことから、著名性を要件とする不正競争防止法2条1項2号による判断がなされなかった。そもそも、被告Yは、OEM契約に基づく製造であったことから、2号の要件である「自己の商品等表示としての使用等」に該当するかが問題となる。仮に、本件のようなOEM契約において市場の秩序維持の働きを有する2号が適用されないとすると、1号の混同性よりも害意の高い行為、たとえば、著名な飲料として商品名「AZ」が存在している場合に、他人がOEM契約に基づき殺虫剤として商品名「AZ」を製造したとしても、2号の適用がされない事態が生ずることになる。本件のようなOEM契約であったとしても、マスカラを充填し、包装等を行う行為は、自己の製品を完成させたということができることから、「自己の商品等表示としての使用等」に該当するといえる。著名性の地域的範囲については、全国的に著名であることを求める説<sup>8)</sup>と地域的に著名でよいとする説<sup>9)</sup>がある<sup>10)</sup>。本件の場合、原告は、広告のためにおよそ20億円をかけていたこと、全国的に多数の商品を販売したこと、主要な女性誌に人気のあるマスカラとして取上げられていたことなどからも全国的な著名性を有していたといえそうである。不正競争防止法2条1項1号は、混同性を要件としており、いわば混同から消費者を保護する公益的観点が含まれている。一方、不正競争防止法2条1項2号は、混同性は要件とならず、著名な商品等表示であれば適用され、その保護が強力となる。それは市場の秩序維持、消費者保護にも繋がるのだが、その強力な保護ゆえに、稀釈化（「識別力の弱化（blurring）」や「汚損（tarnishment）」）があるなど不正競争防止法2条1項1号の判断が困難な場合に不正競争防止法2条1項2号を適用することが望ましい<sup>11)</sup>。市場の秩序維持という観点から不正競争防止法2条1項2号にいう著名性は全国的な著名性を有している場合に限

らず特別顕著性<sup>12)</sup>を有している場合との解釈が妥当であろう。その顕著性の判断については、強いマークと弱いマーク<sup>13)</sup>によって、その保護の階層的構造によってバランスを図ることが妥当であろう。

#### 4. 類似性・混同性

本件では、原告容器包装と被告容器包装が類似し、販売経路、需要者の同一性（価格帯が同様であること）から需要者における混同するおそれがあると認められた。本件は、被告が混同を避けるために何らの対策もせず、この包装と容器から受ける全体のイメージが同一であったことが、商品表示性、類似性、混同性を認定する大きな要因になったといえる。

#### 5. OEM製造供給者の商品表示の主体性

本判決は、Yが、訴外AとのOEM契約に基づき、Aから提供された容器、キャップ・包装、台紙にマスカラを充填して製品を完成した行為がXら商品表示の「使用」に、Aへの納入が「引き渡し」に該当するとして、営業上の利益侵害を認めている。従来から、判例では不正競争防止法の請求の相手方には、製造・納入を行う下請業者は当然に含まれるとされている（大阪地裁昭和45年12月21日判決 無体集2巻2号654頁「天正菱大判事件」）。また、意匠権の事例であるが、対価を得て製造・納入する行為が、請負に過ぎない場合でも、意匠法2条3項の「譲渡」に該当するとしている（東京地裁昭和40年8月31日判決 判例タイムズ185号213頁「廻転書籍展示器事件」）。本件のYは、OEM契約を締結し、マスカラを充填し、包装したのは自己の製品を完成したものであり、容器・包装等の所有権の帰属の問題があるとしても、侵害責任を認めるのは当然である。Yは化粧品製造販売を業とする株式会社であり、Yの故意又は過失を推認するのは妥当である。ただし、本件のように、容器・包装を製造していない場合の損害額については、減額するなどの救済の多

様性があってもよいのではないだろうか<sup>14)</sup>。本件は、OEM契約供給者が商品等表示の請求の相手方になった最初の事例である。適切な損害額については更なる検討が必要であろう。

#### 6. 残された課題

本件では、顧客吸引力を有した商品表示に知的財産性を認めた。これはまさに、不正競争防止法が、市場の秩序を維持する競争法としての大きな役割を果たしているといえる<sup>15)</sup>。その一翼を担う知的財産法の一つである商標法において色彩などの新しいタイプの商標<sup>16)</sup>をどのように保護していくのかという問題が残されているものの<sup>17)</sup>、不正競争防止法においてどのような色彩が商品表示となるかについては明確ではなく、たとえば、航空会社のフライト・アテンダントの制服などを青色に統一するといったコーポレート・カラーにおいても色彩の重要性が増している現在においては、商標法における保護が待たれるところである。

#### 注 記

- 1) Original Equipment Manufacturingの略。「委託を受けた相手先ブランドで販売される製品を製造すること」をいう（経済産業省「消費生活用製品安全法におけるOEM生産品・PB品の取扱いに関するガイドライン」（2008年）1頁 [http://www.meti.go.jp/product\\_safety/producer/shouan/07\\_shouan\\_guideline\\_3.pdf](http://www.meti.go.jp/product_safety/producer/shouan/07_shouan_guideline_3.pdf)）。
- 2) 小野昌延編『新注解不正競争防止法新版（上）』（芹田幸子執筆）（青林書院，2007年）194頁以下参照。
- 3) セカンダリー・ミーニングとは、記述的な意味などを飛び越えて商標の意味を有したものをいう（イーサン・ホーウィッツ（荒井俊行訳）『アメリカ商標法とその実務—英和対訳』（雄松堂出版，2005年）39頁）。
- 4) 多種類のオレンジ色からなる車の色では、出所表示性、特別顕著性も薄いとして商品等表示性が否定された事件。
- 5) 「濃紺色」の家電製品に出所表示機能はなく、商品等表示として認められなかった事件。

- 6) 「使用による識別性」を解説したものとして、小野〔芹田執筆〕前掲注2) 115頁以下参照。
- 7) 小野〔三山峻司執筆〕前掲注2) 250頁以下参照。
- 8) 経済産業省知的財産政策室編著『逐条解説不正競争防止法』(有斐閣,平成18年改訂版,2007年)56頁。
- 9) 田村善之『知的財産法』(有斐閣,第5版,2010年)92頁。
- 10) 更に詳しくは、小野〔三山峻司執筆〕前掲注2) 247頁以下参照。
- 11) 2号について、「法の条文が、著名であれば使用者の不正の目的を問うことなく、ただちに絶対的な保護を与えるような形式になっていることは問題である」(田村善之『不正競争防止法概説』(有斐閣,第2版,2003年)244頁)とする説がある。しかし、不正の目的を要件とすることは、たとえばパロディや批評を行う場合にも不正の目的が認められるのではないだろうかと懸念する。むしろ、不公平な取引を規制する一般条項とパロディや批評を適用除外とするフェアユースの規定が望まれる(権利制限規定の必要性について、土肥一史「著名商標の保護(特集 商標制度制定125周年を迎えて)」L&T43号(2009年)71頁参照)。なお、著作権法におけるフェアユースの規定導入を検討したものとして、フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』(第一法規,2010年)参照。
- 12) 「表示が高度に認知されているばかりではなく、表示が特別に顕著であること、すなわち、独占に適するものであること」(田村・前掲注9)242頁)をいう。
- 13) 松村信夫「著名なウィークマークの保護」小野昌延=山上和則編『不正競争の法律相談』(青林書院,2010年)246頁以下参照。
- 14) 5条1項の損害額の推定規定について、不正競争行為類型などに応じた適用がなされなければならないことについて述べたものとして、松尾和子「新不正競争防止法の問題点—損害額の推定等の規定の導入について—」日本工業所有権法学会18号1頁以下参照。
- 15) 「不正競争防止法の体系的位置づけ」について角田政芳=辰巳直彦〔辰巳直彦執筆〕『知的財産法』(有斐閣アルマ,第5版,2010年)262頁以下参照。拙稿「不正競争防止法への一示唆—ドメイン名のフェアユースから—」帝塚山法学18号(2009年)17頁以下も参照されたい。
- 16) 鈴木将文「新しい形態の商標の保護」日本工業所有権法学会年報第31号(2008年)49頁,仙元隆一郎編著『知的財産権判例研究Ⅲ』(日本知的財産協会,2006年)688-689頁EC裁判所2003.5.6判決参照。
- 17) 小塚荘一郎「新しいタイプの商標と商標法の新しい理論」知財研フォーラムVol.75(2008年)32-37頁,産業構造審議会知的財産政策部会商標制度小委員会「新しいタイプの商標に関する検討ワーキンググループ報告書」(2009年)[http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/shingikai/pdf/new-wg\\_menu/wg\\_houkoku.pdf](http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/shingikai/pdf/new-wg_menu/wg_houkoku.pdf)参照。

【別紙】

原告商品表示目録2  
(原告包装) 正面図



被告商品表示目録3  
(被告包装) 正面図



件外包装写真



(原稿受領日 2010年6月4日)