

判決年月日	平成26年2月26日	担当 部	知的財産高等裁判所 第2部
事件番号	平成25年（ネ）第10075号 10077号		
○被告らが原告商品の形態模倣をしたことに基づく民法709条，不正競争防止法4条に基づく損害賠償請求事件について，原判決と同様に責任原因を肯定したものの，その損害額について，同法5条1項ただし書の「販売することができないとする事情」，同条2項の推定覆滅事情として，3割の減額が相当であるとし，5割の減額を認めた原判決を変更した事案。			

（関連条文） 不正競争防止法2条1項3号，5条1項ただし書，同条2項

1 事案の概要

本件は，原告（控訴人）が，被告商品について，原告商品の形態を模倣しているから，不正競争防止法2条1項3号に該当するなどと主張して，被告会社（被控訴人）に対し，被告商品の製造，譲渡・販売等の禁止及び廃棄を求め，被告会社とその代表者（被控訴人）に対し，同法4条及び民法709条に基づく損害賠償9391万4788円の一部である5627万1781円と遅延損害金を求めた事案である。

原判決は，被告らに対し，連帯して1747万6912円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で，原告の請求を認容し，その余の原告の請求を棄却した。

これに対し，原告は，損害金3495万3824円及びこれに対する平成24年3月1日から支払済みまで民法所定年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で一部控訴し，被告らは，敗訴部分について附帯控訴した。

争点は，①原告商品の形態が不正競争防止法2条1項3号によって保護される「商品の形態」に当たるか，②原告商品と被告商品の商品形態が実質的に同一であるか，③原告商品が被告会社にとって不正競争防止法2条1項3号の「他人の商品」に当たるか，④被告らの故意又は過失及び共同関連性の有無，⑤損害額であったところ，本判決は，①ないし④については，控訴審における追加主張をふまえても，原判決と同様に被告らの責任原因は認められると判断した。一方，損害については，次のとおり判示して，原判決が同法5条1項ただし書の「販売することができないとする事情」又は同条2項の推定覆滅事情として5割の減額を認めたのを変更し，3割の減額が相当であるとした。

2 判断（争点⑤（損害））について

（1）不正競争防止法5条1項ただし書の「販売することができないとする事情」について

本判決が認定した事実関係によれば，原告と被告会社は，原告が卸売業者である被告会社に原告商品を販売し，被告会社はさらに主として大型小売業者であるドンキホーテに販売するという取引をしており，原告の取引先としては，被告会社のほか，卸売業者であるティーアイエスにほとんど限定されていたところ，被告会社が本件不正競争行為をしたことをきっかけに，被告会社は，原告との取引を終了させ，ドンキホーテに対し直接，被告商品を販売するようになったというものである。また，原告の行為に起因して，本件不正競争行為開始後に，原告とティーアイエスとの取引関係は終了に至ったものである。

以上の事実関係をもとに，本判決は，以下のとおり説示して，「販売することができないとする事情」として3割を減額すべきものとした。

ア 「不正競争防止法5条1項は，民法709条に基づき逸失利益の損害賠償を求める際の損害額の算定に当たり，因果関係の立証困難を救済するため，侵害者の譲渡製品の数量に当該侵害行為がなければ被侵害者が販売することができた製品の単位数量当たりの利益額を乗じた額を損

害と推定することとし、同項ただし書は、侵害者が同項本文による推定を覆す事情を証明した場合には、その限度で損害額を減額することができる旨を規定したものである。したがって、「販売することができないとする事情」には、特段の限定はなく、侵害品がなければ被侵害者の商品を販売することが可能であったとする因果関係の推定を覆滅させる事情を広く含むというべきである。」

原告は主として卸売り会社を通じた販売ルートで原告商品を販売しており、原告の取引先のほとんどは、被告会社とティーアイエスで占められていたこと、原告と被告会社との取引は、特定の期間、特定数の取引を義務付けるような継続的取引契約や提携契約は締結されず、それまでに長期間の取引関係を継続してきた実績もなく、原告と被告会社の取引関係が上記期間以降も継続する蓋然性が高いとはいえないこと、平成22年10月にティーアイエスとの取引終了後、新たな卸売業者を開拓するのに必要と思われる数か月間が経過しても、取引先として新たな卸売業者を選定できておらず、その後、原告商品を販売できていないことが認められる。一方、ドン・キホーテは、多くの納入業者との間で取引があり、大手卸売業者に限らず、中小零細企業との間で直接取引を行っており、実際、原告が平成13年3月からドン・キホーテと継続的取引契約を締結し、直接取引をした実績があったことも踏まえると、本件不正競争行為がなかった場合に、原告が直接、ドン・キホーテとの取引に参入できていた可能性も十分にあり、また、その他の卸売業者との取引による販売の可能性もあった。

さらに、原告が他社に原告商品の類似品を販売しようとしたことを理由としてティーアイエスとの取引が終了に至っているところ、同日以降に被告会社がティーアイエス販売した分については、侵害品がなければ、原告が同等の数量を販売できたはずであるとは認められないから、当該数量は侵害行為によって販売機会を喪失したということとはできない。よって、被告会社の被告商品の販売数のうち、ティーアイエスに対して平成22年11月以降に販売した数量については、原告が同数量を販売することができなかったものと認められる。

イ 不正競争防止法5条1項ただし書の「販売することができないとする事情」は、侵害品がなければ被侵害者の商品が販売できたであろうという因果関係の推定を覆滅させる事情であり、当該不正競争行為がなく、侵害品が存在しなかった場合を前提にするものであるから、現実に被侵害者が自己の商品を販売できなかったことを減額事情とするのは相当ではない。もっとも、当該不正競争行為開始以降の事情であっても、侵害者が販売した侵害品と同数量を被侵害者が販売できたとする推定を覆す事情として、被侵害者自身の営業力、取引先の開拓力の乏しさなど、侵害者が侵害品を販売したほどには被侵害者が販売できなかったと認められるような事情がある場合には、これを考慮することができる。

ウ 不正競争防止法5条1項ただし書にいう「販売することができないとする事情」に特段の限定はなく、当該推定覆滅事情には、例えば、本件のように、被侵害者において、自らの行為を理由として従前の取引先から契約を打ち切られるなどの事情も含まれる。

(2) 不正競争防止法5条2項に基づく損害額

同項に基づく損害額は、推定覆滅として、上記と同様に3割の減額が相当とした。