

# 商品に付した単一色で構成される表示が 商品等表示に該当しないとされた事例

東京地判令和4年3月11日【ルブタン・レッドソール事件】

A Case in Which It Was Held That a Single-Color Indication on a Good Does Not Fall Under an Indication of Goods or Business

石井美緒\*  
ISHII Mio

## 〔抄録〕

本件は、Xらが、女性用ハイヒールの靴底に付した赤色（X表示、色見本で特定）が商品表示であるとして、靴底に赤色を付した同種商品（Y商品）を製造販売しているYに対し、不競法2条1項1号違反に基づき差止等を請求したものである。裁判所は、①X表示自体の商品表示については、形態一般に関する従前の裁判例に則り、特別顕著性と周知性の要件を採用した。続いて②商品に関する表示が複数の商品形態を含む場合において、その一部の商品形態が商品等表示に該当しないときは、商品に関する表示は全体として商品等表示に該当しないと解するのが相当であるとした。裁判所は、X・Y商品は靴底の光沢・質感において明らかに印象を異にしY商品形態はXらの出所表示として周知でないため、X表示全体としての商品表示性を否定した。これに続き、①についてあてはめを行い、X表示自体の商品該当性も否定した。

本判決には、従前の裁判例と同様、X表示自体の商品表示該当性を直接に検討している部分（①）と、従前とは異なり、X・Y商品を検証し具体的形態の大きな相違点を指摘し、単色の広範性等の問題点を顕在化させている部分がある（②）。また、②では形態や価格帯の違いによるブランド価値の相違をも強調しており、保護すべき市場利益の範囲をも示唆している。本判決は商標法改正後初の単色に関する不競法違反事件であるのみならず、上記のような大きな意義がある。単色という特定性が難しいものについて検証結果を重視している点や単色にいかなる要素を付加すれば商品等表示性が認められえたかを示唆する点でも、実務に影響を与えるだろう。

本件はファッションという審美性が商品の機能ともいいうる商品に関するものであり、これをより強調して商品表示該当性を否定できたと解される。また本判決でも示されているが、商品の特性と色彩その他の商品構成要素との関係から、識別力と独占適応性を具体的に検討することが必要であろう。

## 第1 事案の概要

原告（X）は、高級ファッションブランド「クリスチャン ルブタン」（「ルブタン」）のデザイナーであり、原告会社（X社）の代表者である。X社は、ルブタンの商品の製造販売等を業とするフラ

ンス法人の会社であり、女性用ハイヒールの靴底に赤色（パントン社が提供する色見本「PANTONE 18-1663TPG」、「X赤色」）を付したもの（図のとおり、これを付す構成からなる表示を「X表示」）等を使用した商品（「X商品」、写真1）等を製造販

\* 日本大学商学部 准教授・弁護士  
Associate Professor, Faculty of Commerce, Nihon University / Lawyer



(図：X 表示)



(写真 1：X 商品)



(写真 2：Y 商品第 1 の 1)

売している。X は、平成 3 年から同 4 年までの間、X 社を設立してルブタンのブランドを立ち上げ、遅くとも平成 9 年以降、女性用ハイヒールの靴底にラッカー塗装した X 赤色を継続的に使用し、これが X 商品の特徴の一つとされてきた。X 社は、遅くとも平成 10 年までに、X 商品の輸入販売を日本で開始した。X は、平成 21 年 9 月、ルブタン日本法人を設立し、同 22 年に銀座に 2 か所店舗を構えた。同社は設立後、オンラインショップのほか、上記 2 店舗以外にも青山店、高級百貨店内での店舗等で販売している。

被告 (Y) は、靴底が赤色の女性用ハイヒール (7 種類、「Y 商品」、写真 2 等) を製造販売等している。

そこで X らは、Y 商品は周知著名な X 表示と類似した商品等表示を使用した商品であり、Y 商品の製造・販売及び販売のための展示は、X 商品と混同を生じさせるなど、不競法 2 条 1 項 1 号 (「本号」) 及び 2 号の不正競争に該当すると主張して、製造・販売等の差止め等及び損害賠償を請求した。

なお、X は、平成 27 年 4 月、X 表示<sup>1)</sup>の商標登録出願をしたが (指定商品は女性用ハイヒール靴)

拒絶査定を受けたため、不服審判を請求した。本判決後の令和 4 年 6 月 7 日、査定維持の審決【ルブタン審決】が出されている (不服 2019-14379 号審決)。

## 第 2 判旨

本号該当性について以下のとおり判断し、X らの請求を棄却。

「(1)……商品の形態 (色彩を含むものをいう。以下同じ。) は、特定の出所を表示する二次的意味を有する場合があるものの、商標等とは異なり、本来的には商品の出所表示機能を有するものではないから、上記規定の趣旨に鑑みると (筆者注：「周知な商品等表示の有する出所表示機能を保護するという観点から、周知な商品等表示に化体された他人の営業上の信用を自己のものと誤認混同させて顧客を獲得する行為を防止し、事業者間の公正な競争等を確保する」こと)、その形態が商標等と同程度に不競法による保護に値する出所表示機能を発揮するような特段の事情がない限り、商品等表示には該当しないというべきである。そうすると、商品の形態は、①客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴 (以下「特

別顕著性」という。)を有しており、かつ、②特定の事業者によって長期間にわたり独占的に利用され、又は短期間であっても極めて強力な宣伝広告がされるなど、その形態を有する商品が特定の事業者の出所を表示するものとして周知(以下、「周知性」といい、特別顕著性と併せて「出所表示要件」という。)であると認められる特段の事情がない限り、不競法2条1項1号にいう商品等表示に該当しないと解するのが相当である。

そして、商品に関する表示が複数の商品形態を含む場合において、その一部の商品形態が商品等表示に該当しないときであっても、上記商品に関する表示が全体として商品等表示に該当するとし、その一部の商品を販売等する行為まで不正競争に該当するとすれば、出所表示機能を発揮しない商品の形態までも保護することになるから、上記規定の趣旨に照らし、かえって事業者間の公正な競争を阻害するというべきである。のみならず、不競法2条1項1号により使用等が禁止される商品等表示は、登録商標とは異なり、公報等によって公開されるものではないから、その要件の該当性が不明確なものとなれば、表現、創作活動等の自由を大きく萎縮させるなど、社会経済の健全な発展を損なうおそれがあるというべきである。そうすると、商品に関する表示が複数の商品形態を含む場合において、その一部の商品形態が商品等表示に該当しないときは、上記商品に関する表示は、全体として不競法2条1項1号にいう商品等表示に該当しないと解するのが相当である。

(2) これを本件についてみると、X表示は、別紙X表示目録記載のとおり、X赤色を靴底部分に付した女性用ハイヒールと特定されるにとどまり、女性用ハイヒールの形状(靴底を含む。)、その形状に結合した模様、光沢、質感及び靴底以外の色彩その他の特徴については何ら限定がなく、靴底に付された唯一の色彩であるX赤色も、それ自体

特別な色彩であるとはいえないため、Y商品を含め、広範かつ多数の商品形態を含むものである。

そして、前記認定事実及び第2回口頭弁論期日における検証の結果(第2回口頭弁論調書及び検証調書各参照)によれば、X商品の靴底は革製であり、これに赤色のラッカー塗装をしているため、靴底の色は、いわばマニキュアのような光沢がある赤色(以下「ラッカーレッド」という。)であって、X商品の形態は、この点において特徴があるのに対し、Y商品の靴底はゴム製であり、これに特段塗装はされていないため、靴底の色は光沢がない赤色であることが認められる。そうすると、X商品の形態とY商品の形態とは、材質等から生ずる靴底の光沢及び質感において明らかに印象を異にするものであるから、少なくともY商品の形態は、X商品が提供する高級ブランド品としての価値に鑑みると、Xらの出所を表示するものとして周知であると認めることはできない。そして、靴底の光沢及び質感における上記の顕著な相違に鑑みると、この理は、赤色ゴム底のハイヒール一般についても異なるところはないというべきである。

したがって、X表示に含まれる赤色ゴム底のハイヒールは明らかに商品等表示に該当しないことからすると、X表示は、全体として不競法2条1項1号にいう商品等表示に該当しないものと認めるのが相当である。

のみならず、前記認定事実によれば、そもそも靴という商品において使用される赤色は、伝統的にも、商品の美感等の観点から採用される典型的な色彩の一つであり、靴底に赤色を付すことも通常の創作能力の発揮において行い得るものであって、このことはハイヒールの靴底であっても異なるところはない。そして、X赤色と似た赤色は、ファッション関係においては国内外を問わず古くから採用されている色であり、現に、前記認定事

実によれば、女性用ハイヒールにおいても、X商品が日本で販売される前から靴底の色彩として継続して使用され、現在、一般的なデザインとなっているものといえる。そうすると、X表示は、それ自体、特別顕著性を有するものとはいえない。また、前記認定事実によれば、日本におけるX商品の販売期間は、約20年にとどまり、それほど長期間にわたり販売したものとはいえず、X会社は、いわゆるサンプルトラフィッキング(雑誌編集者、スタイリスト、著名人等からの要望又は依頼に応じて、これらの者が雑誌の記事、メディアでの撮影等で使用するためX商品を貸し出すという広告宣伝方法という。)を行うにとどまり、自ら広告宣伝費用を払ってテレビ、雑誌、ネット等による広告宣伝を行っていない事情等を踏まえても、極めて強力な宣伝広告が行われているとまではいえず、X表示は、周知性の要件を充足しないというべきである。したがって、X表示は、そもそも出所表示要件を充足するものとはいえず、不競法2条1項1号にいう商品等表示に該当するものとはいえない。

(3) また、前記認定事実によれば、X商品は、最低でも8万円を超える高価格帯のハイヒールであって、靴底のラッカーレッド及びその曲線的な形状に加え、靴の形状、ヒールの高さその他の形態上の顕著なデザイン性を有する商品であるのに対し、Y商品は、手頃な価格帯(筆者注: Y商品の価格は1万6000円又は1万7000円(いずれも税抜)であると認定されている)の赤色ゴム底のハイヒールであることからすると、ハイヒールの需要者は、両商品の出所の違いをそれ自体で十分に識別し得るものと認めるのが相当である。さらに、いわゆる高級ブランドであるX商品のような靴を購入しようとする需要者は、その価格帯を踏まえても、商品の形態自体ではなく、商標等によってもその商品

の出所を確認するのが通常であって、X商品、Y商品とも、中敷や靴底にブランド名のロゴが付されているのであるから(筆者注: X商品の中敷にはルプタンのロゴが、Y商品の中敷及び靴底には、金色で「EIZO」のロゴが付されている)、需要者は当該ロゴにより出所の違いを十分に確認することができる。しかも、X商品のような高級ブランド品を購入しようとする需要者は、自らの好みに合った商品を厳選して購入しているといえるから、旧知の靴であれば格別、現物の印象や履き心地などを確認した上で購入するのが通常であるといえ、上記の事情を踏まえても、このような場合に誤認混同が生じないことは明らかである。

このような取引の実情に加え、X商品とY商品の各形態における靴底の光沢及び質感における顕著な相違に鑑みると、X商品とY商品とは、需要者において出所の混同を生じさせるものと認めることはできない。

そうすると、Y商品の販売は、不競法2条1項1号にいう不正競争に明らかに該当しないものと認められる。」

### 第3 従来の裁判例や学説等

#### 1 従来の裁判例

##### (1) 単色が問題となった裁判例

本判決以前に単色が商品等表示の該当性が問題となった裁判例としては以下のものがある。

##### ①大阪地判昭和41・6・29 下級民集17巻5・6号 562頁【オレンジ戸車】

本件は管見の限り、色彩自体が商品等表示に該当するかが初めて争われた事件である。

X(戸車等の建築金物類の製造販売業)は、戸車のコマの原料にナイロンを用い、これにオレンジ色を着色し販売した。販売当時市場に出回っていた戸車の大部分は鉄真鍮製であり、「ナイロン」製

の戸車はなく、Xの創製したナイロン製戸車は、他社のそれと比較して耐久性等の特性があった。また、販売開始当時、他の戸車の色は、黒、灰、茶褐色、白色であったところ、Xは、売り上げ増加が必常であると考え、自己の製品を鉄真鍮製など当時市場で取引されている他の戸車と識別させるため、ナイロン戸車のコマの色に、需要者の心裡に強く印象づけやすいオレンジ色を選択した。

Yは、コマに赤と黄の中間色であるオレンジ色を使用した戸車を販売している（Yの製品についてXはナイロン製であると主張しているが、裁判所はそれについて判断していない）。

そこで、XがYに対し本号に基づき差止の仮処分を申し立てた。

裁判所は、以下のとおり判断した。

「もとより、色彩の使用は原則として自由であるから、特定人が戸車のコマにオレンジ色のみを永年に亘り使用しても、この事実だけから直ちに戸車のコマに対するオレンジ色の使用につき排他的独占的使用権が生ずる理由がない。また他人がこれによりその色の使用の自由を奪われる道理がない。

しかしながら、もし、他人の商品はその色で知られ、その色の商品を見るものは誰でも他人の商品だと判断するに至った（セコンダリーミーニング）場合とか、その色である旨の表示をすれば、誰でも直ちに他人の商品であると判断する（トレードネーム）など、その色が他人の商品と極めて密接に結合し、出所表示の機能を果たしているような特別の場合には、その商品に施された色ならびにその色である旨の呼名は防止法1条1号にいう『他人の商品たることを示す表示』として不正競争から保護せられなければならない。」

その上で、以下のように事実認定とあてはめを行った。

「Y提出の需要者及び販売業者からの集計報告

書によると、戸車販売業者の店頭でプラスチック戸車自体を見てその存在自体を知るに至った需要者の数は、宣伝広告の活動を通じて知った者の数に比較して非常に多く、このことは、プラスチック戸車の販売業者93人……のなかで、需要者より戸車の色、製造業者、製品の名称などを指定して戸車購入の申込みを受けている者は僅か7人であり、その他の販売業者86人は右のような指定を受けることがなく、需要者において販売業者の店頭で戸車自体を見て選択し、或いは業者の勧めのままに購入している者の記載があることによっても是認できる。『Xが『オレンジ色』の語を用いた宣伝広告を始めた前後には既に、色彩並びに形態の点でXの戸車に類似し、品質ならびに性能の点ではXのそれに劣る類似品が市場に出て、その数は次第に増加し、オレンジ色の色彩のみによつてはXの戸車を他の戸車と区別しがたい状態にあつたのであり、Xは他の類似品と区別するためチラシに記載して警告したが類似品はその後も増加の傾向をたどり、現在においては、需要者はもちろん販売業者もその大多数は、オレンジ色の色彩のみによつては、Xの戸車を他の製品と区別することができず、更にはオレンジ色の戸車をXの製品ではなく、Yらの製品と考えるものが少なくなかった。』

Xが使用してきた「オレンジ色は多様な色相を含んでおり、オレンジ色を戸車のコマに使用するときはその色は特異なものであるとしても、右のような多様な色相のオレンジ色を使用した場合には出所表示として購買者に与える印象も弱く特別顕著性も薄いといわなければならない。」

そして、「他に戸車のコマのオレンジ色がXの戸車のセコンダリーミーニングとなっていた事実を認めるに足りる疎明はない」として、周知表示性を否定した。

②大阪地判平成7・5・30判時1545号84頁【It's  
1審】、大阪高判平成9・3・27知的財産例集29  
巻1号368頁【同控訴審】

本件は、Xが、X製品の特徴は色彩が濃紺色である家電製品であるという点にあり、この特徴は、昭和63年（そうでないとしても平成5年）にはXの商品であることを示す出所表示機能を取得し、周知に至っていたところ、Y製品はX製品の当該特徴と同じ特徴を具えているから、YによるY製品の製造・販売はX製品との混同を生じさせるとして、本号に基づき、製造・販売等の差支・損害賠償を求めた事案である。1審はXの請求を棄却したため、Xが控訴した。控訴審も、色彩の商品表示性について以下のとおり否定した。

まず、1審（古来存在するもので本来何人も自由に使用し得ること、濃紺色というおおまかな枠で包括した色彩、しかも、仮に従来家電製品ではほとんど用いられなかったとしても、極くありふれており親しまれてきた色彩であること）と同様の一般論と色彩の特性の問題から、出所識別機能（自他識別機能）が生じ得るのはそれほど多くはないと考えられるとした。さらには当該機能を取得したといえるかどうかを判断するにあたっては、「その色彩を商品表示として保護することが、右の色彩使用の自由を阻害することにならないかどうかの点も含めて慎重に検討されなければならない」と述べた。

その上で、具体的判断基準としては、「単一の色彩が特定の商品に関する商品表示として不競止法上保護されるべき場合があるとしても、当該色彩とそれが施された商品との結びつきが強度なものであることはもちろんとして、(1) 当該色彩をその商品に使用することの新規性、特異性、(2) 当該色彩使用の継続性、(3) 当該色彩の使用に関する宣伝広告とその浸透度、(4) 取引者や需要者で

ある消費者が商品を識別、選択する際に当該色彩が果たす役割の大きさ等も十分検討した上で決められねばならず、それが認められるのは、自ずと極めて限られた場合になってくるといわざるを得ない（これを前提とすれば、いわゆる『色彩の枯渇』の点は必ずしも大きな問題になるものではないと考えられる。）」とした。

そして控訴審は、X製品が濃紺色の家電製品であることがXの商品であることを示す出所表示機能を取得しているか否かについてについて、以下のとおり認定した。まず、「濃紺色」とX商品との結びつきについては、同一機種で他色を使用したX家電製品の存在、「濃紺色」と同系統色使用のX家電製品の存在、X製品中の家電製品以外の製品の存在、X製品における黒色の混在という問題点があることを指摘している。次に、色彩の新規性については、「濃紺色」自体が特殊な色ではなく従来から広く親しまれた色彩であること、X製品に使用されている「濃紺色」に近い色彩がX製品販売前に家電製品に使用された例がないわけではないこと、現在では、我が国の大手家電メーカーの多くが、自社製品の一部にX製品の濃紺色に近い色彩を使用していることを挙げている。続いて「濃紺色」の継続使用とX製品の販売状況については、発売以来現在まで相当程度変遷を重ねているというYの主張も理由のないことではない等としている。最後に、X製品識別・選択の動機については以下のとおり述べた。X製品の多くは、耐久消費財である家電製品であって、その価格は、決して低廉なものばかりではないのであるから、消費者がその色彩のみに着目して製品を識別、選択して購入するとは考えられず、実際に小売店舗において製品を手に取り、製品の機能性、安全性、堅牢性について自分自身で他の製品と比較検討したり、それがどのメーカーの製品であるかを確認

したうえで製品を選択し購入するのが通常であると考えられる。現に、X 製品には、目につきやすい個所に X 製品のシリーズ名である「It's」及び X の商号の英文による略称である「SANYO」の表示が付されており、こうした表示が X 製品を識別、選択する上で大きな働きをしていることは否定できないというべきである。

## (2) 複数色の組合せが問題となった裁判例

### ①大阪地判昭和 58・12・23 判タ 536 号 273 頁

#### 【三色ウエットスーツ】

当時の市場のウエットスーツの色の主流が、素材であるゴム地の色そのまま使用した黒色であったところ、X は開発により、昭和 53 年から、三色ずつ組み合わせた 4 ラインを一定の箇所に使用したウエットスーツ (X 製品) を製造し販売している。これらのラインは、それぞれ黄赤、青、黄みの緑、赤紫を中央に配置した色とするこれと同系色三色の組合せからなり (JIS で一般色名、色相、明度/彩度等を特定)、色落ち (最も明度の低い濃い色を基調として、順次明度が高く淡い色へと移行する) の配色となっており、X 製品の発売以前には、このような色落ち三色ライン (「本件ライン」) を使用したものはウエットスーツ業界にはなかった。Y らが色落ちした三色ラインを使用した製品を製造・販売したため、X が Y らに対し差止等を請求した (本件ライン及び X 主張の Y の三色ラインのカラー写真は、無体裁集 15 巻 3 号 929・935 頁に掲載されている)。

裁判所は、上記のとおり X 製品発売以前には上記色落ちの配列のウエットスーツがなかったこと、X 製品はその後売り上げを順調に伸ばし、自ら多数広告宣伝に努めたり、販売部数の多い雑誌社の紹介記事に掲載されたりしており、販売地域も全国にまたがっていること、類似ライン付きのスーツが少量輸入販売されたが、X の警告により程なく市場から姿を消しており、これ以外に本件ライ

ンと同一・類似のラインを使用したウエットスーツが市場に出た形跡はなく、X が本件ラインを独占的かつ継続的に使用したことから、発売から 2 年強で出所表示機能を獲得したとした。また、本件ラインは、見る者の眼を惹きつける鮮やかな色調を有し、殊に黒色系、反対色系の場合に一層目立つことが認められることや、X の本件ラインの開発の目的等から、本件ラインは、それ自体スーツ本体の色彩、形態から独立して商品の出所表示機能を有するというに妨げないとした。

### ②知財高判平成 18・9・28 平成 18 (ネ) 10012 号

#### 【PTP シート①】、同 10022 号【PTP シート②】

X、Y とともに医薬品等の製造、販売等を業とする株式会社であるが、X が Y に対し、Y 製造・販売の胃潰瘍治療剤が X 販売の胃炎・胃潰瘍治療剤 (X 商品) とカプセル及び PTP シートの色彩構成において類似し、Y の販売が本号違反であるとして、差止・損害賠償等を請求した。X 主張の X 商品カプセル及び PTP シートの色彩構成は、緑色と白色の 2 色の組合せからなるカプセル及び銀色地に青色の文字等が書かれている PTP シートという色彩構成 (「本件構成」) である。

原審 (東京地判平成 18・1・18 平成 17 年 (ワ) 5654 号、同 18・1・31 平成 17 年 (ワ) 5652 号) が X の請求を棄却したため、X が控訴したが、控訴審も以下の理由により控訴を棄却した。

控訴審は、商品等表示に当たるというためには、その色彩をその商品に使用することの特異性など、顕著な特徴を有することに加えて、当該商品について当該色彩あるいは色彩構成の使用継続性の程度、需要者が識別要素として色彩あるいは色彩構成に着目する度合いなどをも考慮して検討されなければならないというべきであるとした。

あてはめとしては、医療医薬品として本件構成を使用するものが複数又は多数あることを挙げて

「X商品の本件配色は、医療用医薬品（少なくともカプセル剤）全体からみて、ごく単純な配色のものであり、特異性のある顕著な特徴を有しているものとは認められない」とし、商品表示該当性を否定した<sup>2)</sup>。

## 2 単色等の色彩を商品等表示とすることの問題点

特に単一の色彩を商品等表示とすることについては、以下のような問題点が指摘されている。

### (1) 古来存在すること

色彩は古来存在し選択するものであり、創作性が認められない。したがって、ありふれたものが多く一般的に独占に適さないし、商品を個別化する認識手段ともなり難い（【It's 1 審】、【同控訴審】、本判決、【ルブタン審決】<sup>3)</sup>）。

一方、色の組み合わせの場合、その色の組合せ・配色の順序にある程度創作要素があるため、そこに出所識別力が発生する余地もあり得るし、単色の独占に比して第三者の他の色彩（の組み合わせ）の選択肢が格段に広い。

### (2) 色彩枯渇論

上記(1)に関連するところであるが、色彩については枯渇論が唱えられている（【It's 1 審】、枯渇論との調整の観点から判断基準を示したものとして【同控訴審】、【ローソク包装箱】<sup>4)</sup>）。色彩は古来あるものである上に、人の知覚認証できる色彩には限度があること（後記(3)も関係する）<sup>5)</sup>と商標として取引上使用される色彩にも限度があり競業者の利益保護が問題となる。加えて形状や輪郭に限定がないため独占の範囲が広がるおそれがある（知財高判令和2・8・19 令和元（行ケ）10146号【油圧シヨベル②】<sup>6)</sup>）。

### (3) 特定可能性

商品等表示として認められるためには、表示として特定されていることが必要であるとする。

特定可能な標章・標識であることを商標登録について要求する見解があるところ<sup>7)</sup>、商品等表示が権利行使の根拠となる以上、当該特定の必要性は登録制度を前提としない不競法上の商品表示にも妥当するとする。第三者としては、使用が認められる範囲が不明確であると、使用に関する萎縮効果が生じてしまうからである。この点、本判決は、「商品等表示は、登録商標とは異なり、公報等によって公開されるものではないから、その要件の該当性が不明確なものとなれば、表現、創作活動等の自由を大きく萎縮させるなど、社会経済の健全な発展を損なうおそれがあるというべきである」と述べている。また、そもそも外延が特定できないものをもって出所識別力の獲得が認められるのかも、大いに疑問あるところである。

「視覚は、人間の知覚のうち、おそらく最も厳密かつ客観的な識別ができると思われるため」特定可能性は、少なくとも伝統的な商標を念頭に置く場合にはあまり問題にならなかったと思われる<sup>8)</sup>。しかし、視認可能なものの中でも色彩には伝統的な商標とは異なる特性がある。この点、商標法がその当時、色彩のみの商標を認めていなかった趣旨に関して、「色彩は明度、彩度といった基準をもって、その範囲をあらかじめ特定できるにせよ、色彩が一般人の認識において同一・類似であるか否かを判定することは、商品の形態など、他の要素が『商品等表示』として保護される場合に比べて困難であることも否定できない」という見解があり<sup>9)</sup>、後発者に事実上の色彩選択の自己規制効果が生じるおそれがないともいえない。

### 3 従来の学説

まず、単色については、オレンジ色などというおおまかな枠で包括した場合、商品等表示として保護すべきではないとする見解がある。同見解は、たとえ出所識別力を有したとしても、色彩も大まかな枠で包括されてしまうと、限られた選択肢の範疇に属するため、その独占を認めると何人目かからは商品に付する色彩がなくなってしまうなどという事態を招くことになり、第三者の使用の自由を制限することになるから、商品表示として保護すべきではない（その規範として競争上似ざるをえないもの）とする<sup>10)</sup>。ただし同見解は、「色彩も組合せられたうに配列されるなどある程度図式化して用いられる場合には、選択肢は極めて多数存在することになるから、その独占を認めても競争を阻害することはほとんどない」とする<sup>11)</sup>。

これに対し、「取引上使用することのできる色彩には限りがあるので、使用の自由を制限することは妥当でないと考えられている」としつつ、「単一色が商品表示として機能する場合があります」として、これを否定することはできないとする見解もある<sup>12)</sup>。

単色の商品等表示該当性について出所識別性や競争阻害性の観点から類型化するものとして、以下のものがある。

第1に、商品の性質や色の性質によって判断する見解がある。同見解は、「壁紙・化粧品や被服・服飾品等のように当該商品の性質上美観が重視される商品においては、色彩は商品の本来の機能そのものであり、商品の機能自体が出所表示となりえないことからすれば、単一の色彩が商品等表示に該当することは否定されるべきであろう。また、単一の色彩といっても、色彩と商品の組合せの新規性・特異性や、不正競争防止法の保護範囲を適切な範囲に限定する観点からすれば、商品等表示該当性を肯定しうるのは、その範囲が限定的な範囲にとどまる中間色に限定すべきであり、「白、

黒や、他の色の合成により作り出すことのできない三原色」は色彩使用の自由を不当に阻害することから、また、「日本語言語において基本色名と観念される色彩（白、灰、黒、茶〔褐〕、赤〔紅〕、桃、橙、黄、黄緑、緑、水色、青〔藍〕、紫）も、当該名称から観念される色の幅が広いこと」から、「商品等表示該当性を否定するのが相当と思われる」としている<sup>13)</sup>、<sup>14)</sup>。第2に、商品と色の種類との関係に着目する見解もある。『商品等表示』として保護される色が、一般に同種商品に使用される可能性のある色（例えば、……家電製品についていえば、『白』『アイボリー』など、自動車では『白』『黒』『赤』等のメタリックな着色である場合）と、従来、同種商品について全く使用されることがなかった特殊な色ないし色彩である場合とでは、後発者の色彩選択の自由に対する制約や競争上の弊害に差が生じると思われる」とする<sup>15)</sup>。第3に、商品購入にあたり色が果たす役割によって判断する見解もある。「需要者が商品購入に際して、商品名により商品を識別し、色彩に着目して商品を購入しているわけでない場合は、その色彩は商品等表示としての他他識別機能を実質的に発揮していないことになるから、その場合は、その色彩の商品等表示性は認めるべきではないと考える」とする<sup>16)</sup>。第4に、商標登録出願に関する論述であるが、特定の市場であり指定役務の限定がある場合には独占を認める見解もある。「元来、色彩の識別力は高く、色彩の自由使用の確保の必要性、換言すれば色彩の枯渇問題がないと認められる市場と指定商品役務の限定がある場合においては、色彩に生来的な識別力を認めても障碍はないように思われる」とし、その例として、市場が携帯電話市場であり指定役務も移動体電話による通信サービスと限定されている場合を挙げている<sup>17)</sup>。

## 第4 判旨の位置づけ及び射程の画定

### 1 判旨の位置づけ

#### (1) 抽象論について

従来の単色に関する裁判例は、商品形態に関する多くの裁判例で採用されている特別顕著性と周知性の2要件を採用していない(このうち【It's 控訴審】は4要件を定立している)。これに対し本判決は、特別顕著性と周知性の2要件を設けており(判旨(1)前半)、Xが商品等表示として主張する抽象的な商品形態(単一の色彩)について上記2要件をあてはめている(判旨(2)後半)<sup>18)</sup>。

この点、商品形態に関する2要件については、裁判例において特別顕著性は具体的要件として機能しておらず、商品等表示該当性は周知性の要件に吸収されていると解する見解があり<sup>19)</sup>、筆者もこれに賛同する。

色彩に関する裁判例でも、特別顕著性の間接事実は、ありふれていること及び同種の配色の製品が多数存在し、Xが独占使用していないことであり(東京地判平成18・1・13判時1938号125頁【PTPシート③】、本判決、2要件説ではないが要件の1つとして特別顕著性を挙げている【PTPシート①②】も同じ)、周知性や【It's 控訴審】の1要件である新規性と重複するところがある。

#### (2) 具体的商品形態の特定について

一方、本判決は、これに留まらず、従前の裁判例と異なり、Yが使用する具体的商品形態にも着目し、Xの使用する具体的商品形態と詳細に比較検討している(判旨(1)後半及び(2)前半)。

本件Xは、従来の単色の裁判例とは異なり、X表示として「赤色」という大まかな特定ではなく、パントン社が提供する色見本「PANTONE 18-1663TPG」<sup>20)</sup>と特定し、同色彩を付する場所を「女性用ハイヒールの靴底」に特定している。裁判所

は、それにも拘わらず、Y商品が同見本の同一色彩か否かの検証はせず、前記のとおり「X赤色を靴底部分に付した女性用ハイヒールと特定されるにとどまり、」その形状、形状に結合した模様、光沢、質感・靴底以外の色彩その他の特徴については何ら特定がなく、「靴底に付された唯一の色彩であるX赤色も、それ自体特別な色彩であるとはいえない」とした上で、従前の裁判例と同様の結論を導いており、この点に特徴がある<sup>21)</sup>。筆者は、当該結論の理由は以下のとおりであると考え。①色見本で細かく特定されていたとしても、需要者が識別できる色には限界があること(前記第3の2(3)特定可能性<sup>22)</sup>)、②従来の裁判例では、商品の種類との関係もありX・Y商品間で材質等に相違がなかった可能性が高く、光沢等による外観の大きな相違が見られなかったと考えられるが<sup>23)</sup>、本件商品は靴であったため、商品の外観に大きな印象の相違が現れたこと、③後記私見の整理によると、ファッションは審美性を発揮できることが重要であるため、他者の選択の幅の確保が必要であったことが挙げられるだろう。このうち①の理由に基づくならば、本件のようなファッション関係以外の商品の事案でも同様の結論となり得よう。

上記②に関連して、従前の単色に関する裁判例は、Xが商品表示として主張する色彩について「大まか」等であることや当該色彩の性質等(基本色やありふれている等)を指摘し、また、Xが使用する色相にも幅があることや他者の同種色彩の使用に着目して商品表示該当性を判断している。しかし、色彩の付された商品の材質等はX・Y商品間で異ならなかったからなのか、両者が別個の商品形態であるとは述べていない。本判決は、X・Yの各商品形態を検証により比較し<sup>24)</sup>、靴底が同じ赤色<sup>25)</sup>であるといっても「材質等から生ずる靴底の光沢及び質感において明らかに大きく印象を異

にする」と述べ<sup>26)</sup>、単色の問題点を具体的に明らかにしている。そして X ではなく Y の具体的商品形態に関する X を出所とする周知性を否定する等して、X 表示全体としての商品等表示の該当性を否定している<sup>27)</sup>。

これら（物の材質や塗装方法等）にも関連するところであるが、本判決は、X・Y の市場の相違も指摘している。すなわち、X 商品の市場が「高級ブランド品」（8 万円を超える高価格帯）であるのに対し、Y 商品は「X 商品と比較すると廉価で手頃な価格帯のブランド品」（1 万 6000・1 万 7000 円）であることにも着目している（判旨（3））。裁判所は、X 自身が商品表示該当性を立証するため提出したアンケートに「女性用ハイヒールの市場につき、①高級ブランド品、②手頃な価格帯のブランド品、③安全な無名品の 3 つのセグメントに分けられる」と記載されていることを受けて、「X 商品は高級ブランドの需要者を主として対象とするものであるから、手頃な価格帯のブランド品のセグメントに属するといえる Y 商品を含めたものとしては、必ずしも適切とはいえない」としている。これは X・Y 商品が別個の市場を構成していることから、Y 商品の存在は X の市場利益の形成に影響していないことを示唆しているといえよう<sup>28)</sup>。

従前の裁判例では、X が自社商品の需要者層を限定して主張していることに対して、裁判所がこれを否定するものはあるものの（【It's 1 審】<sup>29)</sup>）、X・Y の市場は同一であるという前提で判断されていると考えられる。この点でも本判決は従前の裁判例とは異なる。のみならず裁判所は「そもそも X 表示は、広範かつ多数の商品形態を含み得るものであって、上記の形態の相違にかかわらず、手頃な価格帯の赤色ゴム底のハイヒールについてまで X らの商品等表示に該当するとすれば、かえって公正な競争を阻害し、社会経済の健全な発展を損なうおそれがあることは、上記において例示

したとおりである」とも述べており、保護すべき市場利益の範囲を強く意識しているといえよう<sup>30)</sup>。

## 2 射程の画定

本事案は、上記のとおりそもそも具体的形態も市場も異なるとされたため、仮に X が自己が使用している具体的形態を商品表示として主張したとしても、本号に該当しないと判断されたと思われる。それでは、仮に X の具体的な商品形態と Y の使用商品形態が類似していた場合はどうか。

本判決は「商品に関する表示が複数の商品形態を含む場合において、その一部の商品形態が商品等表示に該当しないときは、上記商品に関する表示は、全体として不競法 2 条 1 項 1 号にいう商品等表示に該当しないと解するのが相当である」としているが、本事案において「その一部以外」の商品形態が商品等表示に該当するか、該当するとしてどの商品形態かについては言及していない（結論を導くために言及する必要もなかった）。

本判決は、Y 商品との違いである X 商品の特徴として「靴底は革製であり、これに赤色のラッカー塗装をしているため、靴底の色は、いわばマニキュアのような光沢がある赤色」である点を挙げているが、靴底の材料として革を選択するのは少なくとも女性用ハイヒールについて（高級ブランドであればなおさら）特別ではなく、また、ラッカー塗装も特別なものとは言い難い。そうすると、この組み合わせにより生じた光沢や質感だけでは、出所識別力を獲得するとは言い難く、また独占適応性の問題もある<sup>31)</sup>。したがって、仮に Y 商品の靴底が X 商品と同じような色彩・光沢と質感を放っていたとしても、その一事をもって判断されるのは妥当ではない。裁判所も、「X 商品は、最低でも 8 万円を超える高価格帯のハイヒールであって、靴底のラッカーレッド及びその曲線的な形状に加え、靴の形状、ヒールの高さその他の形態上の顕

著なデザイン性を有する商品である」としており（写真 1 参照）、ここに至ると商品表示性が認められる余地も生じうるかもしれない。

## 第 5 検討

前記第 3 の 2 の色彩の問題点を踏まえると、筆者は色彩の商品等表示該当性の判断基準として、以下のものが妥当であると考ええる。

(1) 単色の場合、出所識別力を獲得することも極めて困難であるのみならず、技術的形態以上に独占に適応しないため、商品表示性は殆ど認め難い（【It's 1 審】、【It's 控訴審】）。商品表示の類否や周知性等は取引者・需要者の観点から判断される場所、単色については一般需要者による識別が難しい。色彩の視認・特定可能性を得るためには、少なくとも色の組合せ（配色の割合・順序等も含む）や、単色の場合には光沢や形態等の寄与割合が高いことが必要であると思われる。

そしてこのように解しても、競争への影響のより少ない文字商標等の伝統的商標との併用で出所識別力の獲得を得ればよいであろう<sup>32)</sup>。

(2) とりわけ基本色（特に三原色）その他ありふれた色は、その一事をもって出所識別力・独占適応性を欠くため、商品表示に該当しない（【オレンジ戸車】、【It's 1 審】、【同控訴審】、本判決、【PTP カプセル①】、【同②】、【ローソク包装箱】、拒絶査定維持審決に対する取消訴訟として知財高判令和 2・6・23 令和元（行ケ）10147 号【油圧ショベル①】、【油圧ショベル②】、拒絶査定不服審判である【ルブタン審決】）。このような場合、需要者においても色彩以外の要素（文字等の伝統的標識）で出所を認識しているし、事業者自身も商品にこれらを付している（後記（7）のとおり）。

また、X 自身の使用する色彩に色相が多種類だったり変遷等があったりする等、一貫性がない場

合も、特定性に欠けるので商品表示には該当しないと考える（【オレンジ戸車】、【It's 1 審】、【It's 控訴審】<sup>33)</sup>）。

(3) 特に、色彩と当該商品・サービスの機能との関連性が高い、すなわち審美性（中でも色）が重視される場合には、色彩使用の独占は商品市場の競争そのものを阻止するし、出所識別機能が高くないため、単色の商品等表示該当性は認められないと考える。

色彩が商品の特性に占める割合が高いか、色彩より他の機能の方が重要かには相違があり、ファッション・壁紙等は色彩が商品に占める割合が極めて高いといえるだろう<sup>34)</sup>。例えば被服等のファッションの場合、審美性追求の観点から、第三者にとって多種多様な色彩を自由に使用できるように選択肢（幅）を確保し市場の自由な競争を確保することが必要であるため<sup>35)</sup>、単色は色彩の枯渇論以前の問題として商品表示には該当しないと考える。したがって、例えば光沢感や質感に稀有な特徴があり、当該特徴と併せて直ちに出所を特定できるような極めて特別な事情がない限り、後記（4）の継続的な独占使用があったとしても、当該分野については独占を認めるべきでないと考ええる。

そうすると、本件では、上記（1）乃至（3）のいずれによっても X 表示の商品表示性は否定できたと解される（【オレンジ戸車】、【It's】、【PTP シート】、【油圧ショベル】、知財高判令和 2・3・11 令和元（行ケ）10119 号【不動産情報】も（1）又は（2）により結論づけることができたであろう）。

このことと、単色を施した形状等に創作性があれば意匠法や不正競争防止法の形態模倣規定による保護を受けられるということは別論である<sup>36)</sup>。

(4) 出所識別力及び独占適応性の観点に基づく上記（1）（2）の間接事実となりうるものとして、古来ある色彩を既に同業他者が使用していること

が挙げられる。一方、色の組合せを含め商品表示性が認められるためには（前記(1)のとおり単色の場合極めて例外的ではあるが）、自らが継続して使用しているだけでなく、少なくとも独占的に使用継続していることが必要である（他者が使用しており否定されたものとして、単色のもので【オレンジ戸車】、【It's 控訴審】、本判決<sup>37)</sup>、【油圧ショベル①】、【油圧ショベル等②】、【ルブタン審決】、色の組合せのものとして【PTPシート①】、【同②】。一方、独占使用継続性があり商品表示に該当するとしたものとして【三色ウエットスーツ】<sup>38)</sup>）。

(5) 色彩が出所識別機能以外の機能を有する場合がある。例えば、橙色は、人への危害及び財物への損害を与える事故防止・防火・健康上有益な情報並びに緊急避難を目的として規格化された「JIS安全色」の一つであるし【油圧ショベル①】、【同②】、広告やウェブサイトのデザインにおいて、前向きで活力のある印象を与える色彩でもある（【不動産情報】）。このような色彩は営業のため第三者に自由に使用させることが適切である<sup>39)</sup>。のみならず、上記の規格やカラーイメージ故に、建設工事現場や、不動産売買の仲介等の不動産業者のウェブサイトにおいても、(ロゴマーク等を装飾する色彩として) 一般に使用されたりしている。このことから、上記(2)のありふれた色彩や(4)の他者の使用事実が認められることが通常である。

(6) 一方、色彩がこのような機能を有しなくとも、商品の特性との関係で出所識別力として占める割合が高くない場合、すなわち需要者が商品の性能等の機能を重視し色彩のみを判断材料として購入しない場合には、商品表示に該当しない<sup>40)</sup>。仮に継続的にその色彩を独占的に使用していたとしても、出所識別力を有すると認められるためには、その色の商品を見たりその色である旨の表示をしたりすれば、それだけで誰でも直ちに特定の者の商品であると判断するというように出所表示

機能を取得することが必要である（【It's 1 審】<sup>41)</sup>等）。色彩には、一般的に訴求力があり、また、数ある商品等から一定範囲に絞る（探索する）目印（例えば、A社の商品は全て○色であるため、○色でなければ同社商品ではない）となり得ることは否めないが、そのことと商品選別に直結する力（個別識別力）があることとは異なる。

例えば、商品の個別化手段として、実際に店舗等で現物を見たり説明を受けたり履き心地を確認したりして購入するか等の購入に至る経緯が問題となる（【オレンジ戸車】、【It's 控訴審】、本判決、【油圧ショベル①】<sup>42)</sup>）。一般的に日用品以外の商品の場合は慎重に選ぶことが多く、特に低廉でなかったり、機能の差別化が重要な商品分野であったりすれば、当該機能や（その機能や信頼性を備えていることを確認するため）後記(7)のロゴを確認することが重要となろう（周知・著名ブランドであれば、機能の確認よりロゴ等の確認の方が重視されることが多いと思われる）。

一方、商品表示性を認めた【三色ウエットスーツ】の場合、ウエットスーツの一般素材はゴム製であり、Xの素材もゴム製だったため、商品間の機能に特段の差異は大きくないと思われる。

(7) 前記のとおり、商品にロゴ等が付されている場合は、一般的に当該ロゴの出所識別力は色彩のそれに比べて高いため、商品個別化機能はロゴが果たしている場合が多い<sup>43)</sup>。特に低廉でない商品（【It's 控訴審】、本判決（X製品には中敷に、Y製品には中敷き及び靴底にロゴが付されている）、【油圧ショベル①】、【同②】、【不動産情報】）や、細心の注意をもって識別することが要求される商品（【PTPシート①】、【同②】）では、商品を識別する際に色彩が果たす役割が大きいとは言い難い<sup>44)</sup>。

また、同種の色彩を備える商品が多数流通している取引市場では、ブランド名や商品名に依拠せず色彩等のみで出所を識別することは事実上困

難である（【ルブタン審決】）。

(8) 一方、周知商品表示の該当性の判断にあたっては、販売実績（売上の多寡・シェア率等）、販売期間、広告宣伝実績は、ロゴ等一般的に出所識別力を備えやすい表示であれば関連性が高いといえるが、元来識別力を有しないあるいは独占適応性を持たない色彩（特に単色）の場合、重視されないだろう（【オレンジ戸車】、【PTPシート②】、本判決、【油圧ショベル①】、【同②】、【ルブタン審決】<sup>45)</sup>）。ただし、上記(1)～(7)の問題に抵触しない場合に、肯定の一要素としては認められるだろう（【三色ウエットスーツ】は自ら多数広告宣伝に努める等しており、2年強で出所表示機能の獲得が認められている）。

また、アンケート結果も、少なくとも、当該色彩からXが想起されるだけでは足りず、他の選択肢がないぐらい堅固であること、他の要素を確認せずに色だけでも選ぶことが分かること（さらには現物を示す等）が必要であろう。

(9) 以上からすると、少なくとも単色については、色が機能としての意味を持たず、相当程度特異な色（競業者が通常の場合、到底選ばないであろう色）であり、日用品等価格帯が安く当該商品の機能やロゴ等を事前に確認せず、あるいは確認することができずに購入する場合以外は、商品表示性を認め難いと解される<sup>46)</sup>。

そうするとXとしては、次の段階として、商品の材質・塗装材料や方法による具体的な色の表れ方（光沢等を含む）や、複数色の組合せ・色と文字・図形等のデザインとの組み合わせによって、商品表示の要件を充足するように努めざるを得ないであろう。もっとも、光沢等についても、素材の性質によって決まる場合には、周知性（を認定する一要素としての独創性）を得ることが困難だったり、競争上似ざるを得ないとされたりする可

能性が高いであろう。

なお、前記(3)で述べたファッション分野であっても単色ではない場合、色の組合せ次第では創作性が生じることもあり得るだろう。したがって、第三者が他の色彩（単色や色の組合せ）により審美性を表すことが十分可能であれば、独占を認めてもよいと考える。ただし、前記のとおり既に他者が使用していたり、商品の選択について色彩以外の要素を判断要素としたりしているのであれば、独占適応性・出所識別力の観点からやはり商品表示性を否定すべきである。また、独占の範囲が広くなるおそれがあるため、類似性の判断にあたっては、色彩・配列・幅等について厳格に判断することが必要であろう。

本判決と【三色ウエットスーツ】を比較すると、前者が靴底の単色であるのに対し、後者は色落ちの三色の組合せである。加えて、後者のXはファッション性豊かなカラスーツの開発を試み、それに使用するラインとして本件ラインを組み合わせて開発したところ、X製品の発売以前にはこのような色落ち三色ラインを使用したものはウエットスーツ業界にはなかったこと（それに遡ること8年前頃からカラスーツが他社により販売されていたが、ウエットスーツの色の主流は黒色だった）、「本件ラインは見た目にも鮮やかで、人の眼を惹くに足るものであり」、「見る者に他と際立った特別の印象を与えていることが明らかである」こと及び本判決のX表示は輪郭のない単色をハイヒールの靴底に付したものであるのに対し、本件ライン（三色の組合せの4種類）が商品に付された位置は25種類に及ぶが、各色の間隔は9ミリメートルで、各色の間に1ミリメートルの黒色のラインを含んだものであったこと等が相違点として挙げられる。また、X製品発売後の一時期に同種製品が輸入されたものの少数に止まりXからの

警告により市場から姿を消している点でも、本案とは異なる<sup>47)</sup>。同判決は、ロゴ表示や製品機能等、他の識別要素や価格帯については言及していないが<sup>48)</sup>、前記(6)のとおり商品の素材そのものは従来製品と同様のゴム地(三色スーツの場合、それに本件ラインの布地を接着させている)であること等から、色のみで個別識別すると判断したという前提であると解されよう。

## 第6 色彩のみからなる商標との関係

本件のX表示(前記注1のとおり厳密には範囲が異なるが)について、【ルプタン審決】も登録要件を満たさないとしたが、その理由付けとしては、当該色見本で特定された色彩のみを判断対象として、その特質(三原色の1つでありふれたもの)、他者の使用状況、色彩一般の使用の必要性や販売実績・広告宣伝方法・アンケート結果等を挙げた上で、一定程度認知されているとしても周知に至っていないとしている。色彩商標は一般の商標とは異なり使用による周知性の獲得が必要な商標であると解されるため(商標法3条1項3号・同2項)、不競法の商品表示該当性の認定要素と共通する部分が多い。他方、不競法の場合、商標法とは異なり、色彩以外の商標として登録が認められて

いない要素を付加して商品表示とする主張も可能である<sup>49)</sup>。このような相違から商標法と不競法の活用としては、以下のように考える。

商標登録の場合、単色である場合にはそれに出所識別力のある商標(強いものでなくても、組み合わせにより強くなるもの)を組み合わせるか位置商標、さらには形態や色の組合せの出願を検討するのが妥当であろう。不競法の場合、これらに加えて、具体的形態、商標法で保護されない質感等の特殊性や他の出所識別力のあるものとの組合せを商品表示として構成することが妥当である<sup>50)</sup>。

また、商標登録及び商品表示性のいずれでも要素となるであろう独占の使用継続性を主張するためには、販売開始初期のうちから類似品を排除し続けることが必要である。もっとも、単色のみを根拠とする場合、侵害警告等の法的根拠を見出すことが難しいため、やはり具体的形態等と併せて形態模倣等で排除せざるをえないだろう。

【謝辞】執筆にあたり、東京大学大学院法学政治学研究科の田村善之教授から、多くの貴重なご助言を賜りました。この場をお借りして心より御礼申し上げます。

### 注)

- 1) 厳密には、出願商標はX表示(「PANTONE 18-1663T PG」)ではなく「PANTONE 18-1663TP」である。
- 2) この他に、ローソク包装箱の基本的な色彩が濃紺であり、箱に表示される文字や図柄に使用される色彩が、白、赤、黄、青の四色であるものについて、本号の適用を否定した裁判例がある(大阪地判平成9・11・27平成7(ワ)10667号【ローソク包装箱】)。また、これらの判決とは異なり色彩のみの商品表示性が問題となった事件ではないが、Xのマスカラ容器等について、色彩(容器本体が濃いワインレッドの色を有する)を含めた特徴点について商品等表示に該当し、Y容器等との類似性及び販売経路・需要者の同一性(価格帯が同様であること)から混同のおそれがあると認められたものもある(大阪地判平成20・10・14判時2048号91頁【マスカラ容器】)。
- 3) 三村量一【判評】別冊ジュリスト188号(2007)135頁。

- 4) 改正前商標法2条1項において色彩のみの商標が認められていなかった趣旨として言及するものとして松村信夫【判評】知財管理Vol.46 No.9(1996)1442-1443頁、土肥一史「新商標の識別性と類似性」小泉直樹・田村善之編『はばたき——21世紀の知的財産法』(弘文堂、2015)786-787頁。田村善之『不正競争防止法概説【第2版】』(有斐閣、2003)(「不競法」)128-129頁も同旨。
- 5) 【PTPシート①】、【同②】は、「緑色」と「灰青緑色」、「白色」と「淡橙色」とは、需要者が肉眼で離隔的に観察した場合は識別することが困難であるとしている(後記注24)も参照。
- 6) 土肥一史『商標法の研究』(中央経済社、2016)64-65頁。同58-59頁も参照。
- 7) 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編・日本工業所有権法学会年報31号(有斐閣、2008)63頁。

- 8) 前掲・鈴木 63 頁。
- 9) 前掲・松村 1442-1443 頁。
- 10) 前掲田村・不競法 128-129 頁, 同「〔講演録〕意匠登録がない商品デザインの保護の可能性～著作権法・不正競争防止法の交錯～」(「〔講演録〕」) コピライト 676 号 (2017) 33 頁。
- 11) 前掲田村・不競法 128-129 頁。
- 12) 渋谷達紀『不正競争防止法』(発明推進協会, 2014) 45 頁。
- 13) 前掲・三村 135 頁。
- 14) このうち競争環境の不当な制限を防止するために同旨の見解をとるものとして大友信秀「非伝統的商標と独占適応性」特許研究 71 号 (2021) 30 頁, 33 頁注 27 (ただし, 商標登録要件に関する見解である)。もっとも, これらの色に近いとされる色でも, 例えば, ティファニー・ブルーのように他の青色から識別できる一定の特徴を有している場合は, その色に近似する範囲までの独占は認めても, 他者の利益を損なうことはないであろうとする。
- 15) 前掲・松村 1442-1443 頁。
- 16) 大塚一貴「新タイプ商標に分類される標識の周知・著名商品等表示としての保護の観点から見た課題」日本知財学会誌 Vol.14 No.3 (2018) 18 頁。渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ〔第 2 版〕』(有斐閣, 2008, 「講義Ⅲ」) 44 頁以下も参照。
- 17) 前掲・土肥「新商標の識別性と類似性」790-791 頁。
- 18) 黒田薫【判評】ジュリスト 1574 号 (2022) 9 頁。
- 19) 宮脇正晴「商品形態の周知等表示該当性」別冊パテント 11 号 (2014) 14 頁, 横山久芳「商品形態の標識法上の保護」別冊パテント 14 号 (2016) 78 頁, 前掲・田村【講演録】31 頁。これに対し, 「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」という 1 号の文言を一体の要件と捉えれば, 商品等表示該当性判断の際に周知性を考慮することも理解し得るという見解(谷有恒【判評】別冊ジュリスト 248 号 (2020) 159 頁)や, 形態が商品等の出所を表示する程度には段階があり, 形態の顕著性と周知性は相関的な関係にあるという見解もある(森崎英二「混同惹起行為」高部眞規子編著『最新裁判実務大系 (11) 知的財産権訴訟Ⅱ』(青林書院, 2018) 811 頁)。同旨のものとして宮川美津子「商品等表示性の認定・判断について(不正競争防止法 2 条 1 項 1 号)」牧野利秋他編『知的財産法の理論と実務 第 3 巻〔商標法・不正競争防止法〕』(新日本法規, 2007) 243 頁もあるが, これらは対立する見解ではないと思われる。
- 20) なお, 実際の PANTONE 18-1663TPG は, 前記図 (X 表示) の色彩より写真①及び同②の色彩に近いように認知される。<https://www.pantone.com/conect/18-1663-TPG> 参照。
- 21) 本件のように X が単一の色彩を特定したものと, 商標登録出願については【油圧ショベル②】がある。X は「タキシーイエロー (マンセル値: 0.5YR5.6/11.2)」の商標を登録出願しているが, 拒絶査定維持審判に対する審決取消請求は棄却されている。なお, X は出願後に手続補正により「オレンジ色 (マンセル値は上記と同じ)」としており, 同じマンセル値でありながら色彩の一般名称を変更している。
- 22) 【油圧ショベル②】も「人の視覚によって, マンセル

値で特定された本願商標のオレンジ色とマンセル値の異なる同系色のオレンジ色を厳密に識別することには限界がある」ことを指摘している。

- 23) 従来の裁判例では, Y 製品の検証をしていないが, 上記理由によりあえて検証をする必要がなかったのかもしれない。なお, 単色ではないが, 【三色ウエット】の商品も (スポーツ) ファッションであるが, ウエットスーツの機能の関係から材質はゴムに限られていた。
- 24) 裁判所は, このように検証による光沢・質感での印象の大きな差異を指摘した上で, 「そうすると, X らの主張は, 写真ではなく現物の印象の差異につき, 裁判所の上記認定とは異なる前提に立つものである」として, 色彩の「言語」による表現の曖昧さ・広範性に加えて, 本件では「写真」を通しての視認の限界も明確に指摘している。色彩は, 一般的に見る側 (需要者) の印象による相違があることに加えて, 当該色が商品等に塗装されて視覚的に認知される際には, 商品の材質, 染料や塗り方・染め方等により相当程度幅が生じる。このため, 商品にもよるであろうが, 今後は, 色彩が争点となる不競法違反事件では, 色彩を「(『赤色』だったり, 色見本帳に則ったりして) 文字で表現する」「図や写真で示す」以上に「検証」を通して視認することが, 裁判所の認定に与える影響も大きいと思われる (不競法違反事件では「比較の対象が特定しており, 裁判でも現物を見たり触ったりして評価することができる」ことを指摘するものとして, 前掲・鈴木 124 頁)。

なお, 当事者が検証結果を証拠として提出したものとしては【PTP シート①】、【同②】がある。同事件で, X は, 自社医薬品の配色 (灰青緑色と淡橙色) が他社の同種医薬品 (緑色と白色の配色) と明確に識別することができるため, 顕著な特徴を有していると主張した。裁判所は, 写真での色の識別は困難であり, 「また, 検甲第 1 号証において, カプセル自体を直接肉眼で観察しても, 識別は困難である」と述べている。このように X 商品と Y 以外の同種医薬品との識別の可能性を判断するための検号証であり (【三色ウエットスーツ】は Y が検号証を提出), X・Y 両製品の印象が異なることの立証資料でない点でも本判決とは異なる。

また, アンケートの手法 (対象者に回答を求めるとに際し, 現物を示す必要があるか等) も, より慎重に検討する必要があるであろう。

- 25) 前記のとおり X 表示は色見本で特定されているが, 裁判所は「靴という商品において使用される赤色は, 伝統的にも, 商品の美感等の観点から採用される典型的な色彩の一つである」と及び「X 赤色と似た赤色は, ファッション関係においては国内外を問わず古くから採用されている色である」としており, 商品表示性を検討するにあたり, 大まかな「赤色」との表示の特定と峻別していないようである。
- 26) 本判決以前に, X・Y 商品間の色調及び光沢感の相違について言及した裁判例としては, 形態模倣 (不競法 2 条 1 項 3 号違反) に関するものとして, 大阪地判平成 21・6・9 判タ 1315 号 171 頁【化粧品容器 (アトシステム)】がある。
- 27) 本判決は, 最初に X・Y 間の具体的商品形態は異なる (非類似) としており, その後に Y 商品形態に関する X の周知性について論じている。X は, 自己の商品等表示が, Y の需要者層と重複する需要者層に周知であ

ることを主張・立証する必要があるところ（安永武央「周知表示・著名」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』（青林書院，2001）445頁），Xが主張する商品表示にはYの具体的形態も含まれていたため，当該形態に関するXの周知性が検討され否定されている。仮にXがX表示（「女性用ハイヒールの靴底に色見本 PANTONE 18-1663TPG を付したもの」）ではなく，X商品形態である「靴底は革製であり，これに赤色のラッカー塗装をしたもの」を商品表示として主張していたとしても，X・Y商品の基本的な相違点が，靴の材質と塗装（ファッションでは，ブランドの高級性等との兼ね合いにより，これが顕著に表れる）・価格帯・ブランド価値の違いから生じることからすれば，周知性・類似性・混同のいずれかの点で侵害が否定された事案である。

これに関連し，シリーズ商品についてであるが，周知性ニーズ・類似性ニーズという問題を指摘するものとして，山本真祐子【判評】ジュリスト 1556号（2021）112-113頁。近時の裁判例においては，商品の形態が商品等表示に該当するための要件とされている特別顕著性が否定されている（東京地判平成 17・2・15 判時 1891号 147頁【マンホール用ステップ】）。また，2要件否定説でも，需要者が出所識別表示として認識していない要素であるために周知な商品等表示ではないとされたりするリスクの存在があることが指摘されている（前掲・田村【講演録】31頁等）。

なお，【マンホール用ステップ】は，具体的構成のうちある部分についてのみ商品表示該当性を認め，その上で，商品の形態の類否の判断に当たっては，商品等表示に該当する形態として客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有している部分の類否を判断している。この手法は，結合商標の類否や著作権侵害の類否（表現のうち創作的部分の類似性）の手法と共通するものがある。これに対し，本判決のような単色については，抽象的な色彩と具体的な各形態は包含関係にあり，【マンホール用ステップ】のような意味での部分は認められないが，類否の手法として参考になる（著作権侵害における類否判断での「思想・感情」そのものか「具体的表現なのか」と共通する部分があると解される）。

- 28) 高級ブランドイメージを具体化したものがXの具体的形態であり，X・Y商品間での形態の相違により需要層も異なるとも考えられよう。

もっとも，【PTPシート①】，【同②】は，特別顕著性の有無の判断における「同種商品の範囲」について，医師等が日常的に胃潰瘍治療剤に限らず，同種多様な医薬品を取り扱っている実態からすれば，「同種商品」は胃潰瘍治療剤だけでなく医療用医薬品全体をいうものと解すべきであるとしている。そうすると，ハイヒールを履く女性を全体として1つの市場（高級ブランドを買いつつ廉価品も買うことを想定）として需要者を画定する可能性も出てくる。ただしその場合であっても，需要者全体において，Xの商品形態は認知度が低いとされた可能性が相当程度あったと考えられる。

- 29) Xの，X製品（It'sシリーズ）が単身者を販売対象とし低価格に設定されていること等の主張に対し，裁判所は，It'sの価格帯について「X製品の中でもテレビ（標準価格9万5000円），ビデオ（同7万円），冷蔵庫（同6万4000円，5万2000円），全自動洗濯機（同5万

7000円）」等「に至っては，一般家庭用としても高価という外はない」としている。

- 30) 小野昌延編『新・注解 不正競争防止法【第三版】上巻』（青林書院，2012）266頁【三山峻司執筆】参照。周知性の程度について「重要なことは，当該表示に混同を防止する必要があるほどの信用形成がすでになされているか否か，また，他者の冒用を許すことが，取引秩序上の信義公平に反する程度に達しているか否かということにある」とする。

- 31) 本判決も，Xの具体的商品形態について単に「この点において特徴がある」と述べるに留めている。

なお，商品形態に関する見解であるが，「質感は，多くの場合，商品の機能的形態（2条1項3号括弧書）といえるから，その模倣を禁止することができる場合は限られている」とするものとして，前掲渋谷・講義Ⅲ 113-114頁。

- 32) 宮脇正晴「不正競争防止法の商品等表示の規制におけるパブリック・ドメインの確保」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦Ⅱ』（弘文堂，2020）321-322頁。前掲小野編・注解不正競争防止法（上）235頁【芹田幸子執筆】，「美的機能を有する要素と出所識別機能を果たす部分を概念上分離することが困難な場合」に関して，小嶋崇弘「標識法における機能性法理」日本工業所有権法学会年報42号（有斐閣，2018）21頁。

- 33) 関連して，商標審査基準（第15版）の商標法「第2条第3条第2項（使用による識別性）」の「6. 色彩のみからなる商標について」においても，同項の適用が認められない例として，「①使用商標と出願商標の色相（色合い），程度（色の鮮やかさ）や明度（色の明るさ）が全部又は一部異なる場合」が挙げられている。

- 34) 前掲・三村 135頁。

- 35) 特にファッション関係は，本判決が商品形態一般の本号該当性について述べている「表現，創作活動等の自由」との関係が強い分野といえよう。前掲・宮脇「不正競争防止法の商品等表示の規制におけるパブリック・ドメインの確保」321-322頁参照。

- 36) 単一の色彩を施した乗用車や電気器具の場合は，立体的形状と色彩を含めた全体が商品の形態を構成し，形態模倣の規制対象となり得る（混同招来行為の場合とは考え方が異なる）とするものとして，前掲渋谷・講義Ⅲ 113-114頁。

- 37) ファッション関係で国内外問わず古くからあらゆる商品に採用されていること，著名な数ブランドによる使用事実や令和元年8月時点で，ウェブサイトで少なくとも70程度のブランド・販売店から販売されていたこと。

- 38) 前記のとおり，一時期同種製品が出回っていたのに対しXの警告により市場に出回らなくなった。同判決について「周知性については，一般論としては『反復継続的な使用』にしか言及していないが，実際の認定事実としては『独占的な使用』がなされたことに触れている」と指摘するものとして，小松陽一郎【判評】別冊ジュリスト 188号（2007）133頁。

- 39) 業界の標準・推奨規格として色彩が定められている場合にはこれと識別が難しい色彩に独占力を付与する商標登録は認めるべきでなく，出願商標が当該規格と比較される場合には，出願人により非類似・識別可能性を主張・立証することが求められるとする見解として，前

掲・大友 27 頁。

- 40) 前掲・大塚 18 頁, 商品形態一般に関する前掲・宮川 246 頁参照。
- 41) 渋谷【判評】判時 1561 号 211 頁は, 【It's 1 審】について, 「判旨は様々な事実を認定しているが, 重要と思われるものは, X の同業他社も電化製品について濃紺色に近い色彩を採用しているという事実と, 消費者による商品の選択が色彩のみに着目して行われているわけではないという事実である」としている。
- 42) 【オレンジ戸車】の場合, 前記のとおり機能に特性があったと認められる。当時市場に出回っていた戸車の大部分は鉄真鍮製であり, 他の一部分はベークライト製(プラスチックの一部) 或いはゴム製のものであり, 「ナイロン」製の戸車はなかった。X の創製したナイロン製戸車は, 他社のそれと比較して, 耐久性, 耐摩擦性が高く, 軽くて錆びない, 加工成形することも容易, 油剤を用いる必要がなく, 更に騒音も生じない特性があった。そして, 店頭で実物を見てその存在を知るに至った需要者の数が, 宣伝広告活動を通じて知った者の数に比較して非常に多かった(戸車アンケート結果)。また, 【It's 1 審】及び【同控訴審】は製品の機能性, 安全性, 堅牢性, 本判決は高級性及び履き心地が重要であるとしており, 【油圧ショベル①】も建設機械は製品の機能や信頼性が重視されるとしている。もっとも靴の履き心地については, X 商品がオンラインショップでも販売されていること及び靴という商品の性質上初回は当該機能が重視されるが, それ以降はむしろロゴ等での確認の方が重視されると思われる。本判決も「旧知の靴であれば格別」としている。
- 43) 当該標章が出所識別機能を発揮しているのか否かは当該市場分野の取引者・需要者の色彩に対する慣れの問題に過ぎないという見解として, 前掲土肥・商標法の研究 64-65 頁。
- 44) 【PTP シート①】, 【同②】は, 色彩も商品探索の際の特定性の一助にはなるが, 最終的商品選別の決め手ではない細心の注意力をもって医薬品を選別すべきことが要求されている医療関係者が, 貯蔵されている多数の医薬品の中から処方された薬剤を取り分けるときには, 販売名(薬剤名)によって確認していると推認され, 薬剤名よりもカプセル及び PTP シートの色彩構成に着目しているとは考えられないとしている。
- 45) 例えば, 【オレンジ戸車】では, X のナイロン戸車の販売数量は, 次第に需要が増え, 昭和 33 年 10 月以降には毎月約 120 万個(全国の需要数量の約 3 分の 1) に達し, 昭和 37 年 1 月頃より毎月約 100 万個に減少し, その販売区域は, 北は北海道, 南は九州に至る国内全域に及んでいることを一応認めることができるとしている。【油圧ショベル①】, 【同②】は, 約 50 年にわたり, 当該色彩を車体の少なくとも一部に使用した油圧ショベルを販売し, 販売台数及びシェアは, ミニショベルを除く油圧ショベルは概ね 20%, ミニショベルが 10%前後であって, それぞれ年間数千台の販売実績を挙げているし, 各種広告媒体によって, 少なくとも 20 年以上広告宣伝してきており, 広告宣伝費は多いときで年間 15 億円を超えたとしている。【PTP シート②】では, X が主張するように「X 製品の胃潰瘍治療剤におけるシェアが圧倒的であるとしても,」類似の色彩構

成の同種商品が氾濫しており当該構成を「採用した後発医薬品の販売を早期に阻止できなかった以上,」特別顕著性を否定されることはやむを得ないとしている。本判決では, ルプタン日本法人の婦人靴の販売金額(消費税抜き)の合計は, 平成 27・28 年度ともに約 32 乃至 33 億円台であることやメディアでの紹介・受賞歴等が認定されているが, 「日本における X 商品の販売期間は, 約 20 年にとどまり, それほど長期間にわたり販売したもとはいえず」としている。【ルプタン審決】でも, X ブランドに係る商品の我が国における輸入販売実績(25 年以上), 年間販売規模(2015-2017 年で約 70 億円前後), 女性用靴だけでも年間で約 30 億円以上, ハイヒール靴だけでも約 20 億円以上(2015-2018 年)で, 雑誌・書籍・インターネット上の記事情報等において継続して紹介されていること等が認定されている。同審決は, その文脈からすると 25 年以上の販売実績を長期間であると捉えているように読み取り得るが, 本判決と同様, 当該実績は結論に影響していない。

なお, 本判決では宣伝広告方法がサンプルトラフィックのみであることを捉えて「極めて強力な宣伝広告が行われているとまではいえ」ないとしているが, 宣伝広告の内容がどこまで周知になったかが重要であり, 広告費用の多寡のみで判断されるわけではない。当該判旨部分(宣伝広告方法)も, 結論には影響を与えるものではなかったと考える。

- 46) もっとも, その場合, 一時的話題にはなりうるも(そのため, その短期間に出所識別力を獲得する可能性も否定できないが), 訴求力が弱いことが多いであろうから使用(販売等)が継続されるかという問題がある。
- 47) 本件でも X の主張によると「模倣商品」の販売事業者に対し不競争法に基づき, 販売中止を求めるなどの措置を講じてきたようであるが, それでも, X 商品の国内販売前から他社より継続使用され, 現在一般的なデザインになっていると認定されている。
- 48) 同事件は差止及び損害賠償請求(弁護士費用のみ)であることから, 商品の価格帯は認定されていない。
- 49) 前掲・大塚 18 頁は「商標法において新しいタイプに分類される商標の出願方法では, 色彩のみからなる商標など, それ自体が独立して識別力を発揮する場合でない, 基礎的要件としての自他識別力が認められ」ないが, 「不正競争防止法の周知商品等表示においては, より多様な判断要素を考慮して, 混同を防止する必要があるほどの信用形成がされているかを判断し得る点で, 同じ周知表示でも, 商標法とは異なった信用保護の手段を提供し得る場合もあり, 商標制度と不正競争法で補完し合うべき部分といえる」とする。
- 50) 前掲・大塚 19 頁は, 「周知商品等表示と第三者の商品等表示について, 対比する各構成それ自体の識別力が高くない場合でも, 両構成の共通点から生じる印象の強さが相違点から生じる印象の強さを上回り, 需要者または取引者において, 両表示が類似するものとして受け取られるおそれがあるか否かという観点から」本号該当性を主張し得る場合があるとして, 東京地判平成 20・12・26 判時 2032 号 11 頁【黒烏龍茶事件】を例に挙げている。私見としては, 【マスカラ容器】もこれに該当すると考える。