

商品に付した単一色で構成される表示につき、 混同のおそれと著名性を否定することにより 不正競争防止法2条1項1号・2号の保護を否定した事例

知財高判令和4.12.26令4(ネ)10051[ルブタンレッドソール]

A Case Denying Protection for a Single-Color Indication of Goods due to the Lack of Confusion Risks and the Famousness Requirements under Article 2, Paragraph (1), Items (I) and (ii) of the Unfair Competition Prevention Act

山本真祐子*
YAMAMOTO Mayuko

〔抄録〕

本判決は、女性用ハイヒールの靴底に原告赤色（PANTONE 18-1663TPG）を付した原告表示が周知・著名な商品等表示であるとして、不正競争防止法2条1項1号・2号に基づく請求がなされた事案において、その商品等表示性を否定した東京地判令和4.3.11判時2523号103頁[ルブタンレッドソール]の控訴審判決である。保護を否定する結論は同様ながら、その理由付けは原審と大きく異なっている。

まず、本判決は、同法2条1項1号につき混同のおそれのみを判断し、これを否定することにより保護を否定する。しかしながら、従来裁判例では、商品の形態にかかる商品等表示性が問題となる場合、周知商品等表示性及び類似性が肯定される場合には、原則として混同のおそれは否定されない傾向があり、混同のおそれの不存在のみを理由に保護を否定する本判決は例外的な判断手法を採用しているように思われる。もっとも、事案に着目した分析をなすと、本件は、商品等表示であると主張されている主要な特徴が色彩にかかるものであり、生来的に出所識別力が強いとはいえないものであるうえ、問題となっている商品形態間に相違がみられる事案であり、かような事案においてその保護を否定するという点では、従来裁判例の傾向の枠内にあるといえる。

つぎに、同法2条1項2号については、靴底が赤色の女性用ハイヒールが、原告商品以外にも少なからず我が国で流通していること、及び控訴人が別途商標登録出願している商願2015-29921の出所識別力の検証のために実施されたアンケート調査において、原告表示を原告のブランドであると想起した回答者が51.6%程度にとどまるために著名性が否定されることに基づき、「他人の著名な商品等表示」ではないとしてその保護を否定する。2号による保護のハードルを不必要に高くしすぎるものではないか、疑問が残る。もっとも、アンケート調査の適切性に疑義のある事案であったことには注意が必要である。

* 群馬大学情報学部 講師
Lecturer, Gunma University Faculty of Informatics

第1 事案の概要

控訴人 X（以下「控訴人 X」という）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、控訴人クリスチャン ルブタン エス アー エス（以下「控訴人会社」という）の代表者であった。控訴人会社は、原判決別紙原告表示目録記載の表示（女性用ハイヒールの靴底にパントン社が提供する色見本「PANTONE 18-1663TPG」（原告赤色）を付したもの（原告表示））を使用した商品（原告商品）等を製造・販売している。



原告表示



原告商品目録

本件は、控訴人らが、被控訴人が製造・販売する原判決別紙被告商品目録第1の女性用ハイヒール（被告商品）は周知又は著名な原告表示と類似する商品であり、被告商品（下記画像参照）の販売等は原告商品と混同させる行為であって、不正競争防止法（不競法）2条1項1号又は2号に該当すると主張して、被告商品の製造販売等の差止めや、損害賠償請求等をなした事案である。



原判決は、原告表示は不競法2条1項1・2号の周知・著名な商品等表示に当たるものではなく、

また、原告表示を使用した原告商品と被告商品とは需要者において出所の混同を生じさせるものではない等として、控訴人らの請求をいずれも棄却したため、控訴人らはこれを不服として控訴した。

第2 判旨

1. 不正競争防止法2条1項1号について

「原告表示は、『女性用ハイヒール靴底にパントン社が提供する色見本『PANTONE 18-1663TPG』（原告赤色）を付したもの』であり、この原告表示は、女性用ハイヒール（原告商品）に付されることから、需要者は、ハイヒールを購入する女性の一般消費者であり、主たる需要者層は、20代から50代の女性であるといえる。」「また、被告商品も、女性用ハイヒールであるから、主たる需要者層は原告商品と同じである。」

「一般的に、女性が靴を購入するときは、履き心地（フィット感）、色・形のデザイン性、歩きやすさ、値段といった点に着目して取引がされるものであり……靴を購入するときは実店舗で複数の靴を試着して自分にフィットするものを選択して購入することがほとんどである……特に、女性用ハイヒールは、サイズの合わない靴を選択すると身体等に負担がかかるものであるから、実店舗での試着が勧められているところである……実際、原告商品及び被告商品も、公式オンラインショップで販売されており、試着サービスもあるが、その売上高は、全体のごくわずかを占めるにとどまる。」「なお、購入の着目点に値段が挙げられていることからすると、特に高級ブランド品を志向する者は、ハイヒールのブランドにも着目して購入することがあると認められる。」「女性用ハイヒールの市場は、大別して、①高級ブランド品、②手ごろな価格帯のブランド品、③安価な無名品の3つのセグメントに分けられるとされている……とこ

ろ、原告表示が付される原告商品は、最低でも 8 万円を超える高価格帯のハイヒールであり、10 万円を超えるものもある……から、市場種別でいえば、①の高級ブランド品の市場に分類されるものであって、靴底は革製で、光沢のあるラッカー塗装の赤色であり、中敷には『ルブタン』のブランドロゴが付されている。」「原告表示が付された原告商品は、主として、路面店や高級百貨店内の直営店、アウトレットモールで販売されているが、これらの店舗では、その店舗又は区画が『ルブタン』ブランドの商品であることが一見して分かる販売形態がとられている。」「なお、原告商品は、一部のセレクトショップ、ルブタン日本人以外の店舗が運営する EC サイト等で販売されていることもある……が、商品の画像(全体像とアップ)とともに商品の詳細な説明が添えられている」。

「他方、被告商品は、1 万 6000 円から 1 万 7000 円(いずれも税抜き)のハイヒールであり……前記の市場種別でいえば、手ごろな価格帯のブランド品に分類されるものであって、靴底はゴム製で、光沢のない赤色であり、中敷及び靴底には金色で『EIZO』のブランドロゴが付されている。」「被告商品は、埼玉県内の路面店、百貨店の直営店、全国のセレクトショップ、靴専門小売店のほか、公式オンラインショップでも販売されている……が、百貨店、小売店では、『EIZO』のブランドプレート等がある区画で販売されており、公式オンラインショップは『EIZO』のショップであることが明記されている……。また、被告商品は、セレクトショップや EC サイトでも販売されているが、これらのサイトでは、いずれもブランド名が明記され、商品の画像とともに商品の説明が添えられている」。

「このように、被告商品と原告商品は、価格帯が大きく異なるものであって市場種別が異なる。

また、女性用ハイヒールの需要者の多くは、実店舗で靴を手に取り、試着の上で購入しているところ、路面店又は直営店はいうまでもなく、百貨店内や靴の小売店等でも、その区画の商品のブランドを示すプレート等が置かれていることが多いので、ブランド名が明確に表示されているといえ、しかも、それぞれの靴の中敷きにはブランドロゴが付されていることから、仮に、被告商品の靴底に付されている赤色が原告表示と類似するものであるとしても、こうした価格差や女性用ハイヒールの取引の実情に鑑みれば、被告商品を『ルブタン』ブランドの商品であると誤認混同するおそれがあるといえないことは明らかというべきである。

また、普段は被告商品のような手ごろな価格帯の女性用ハイヒールを履く需要者の中には、場面に応じて原告商品のような高級ブランド品を購入することもあると考えられるが、こうした需要者は、原告商品が高級ブランド(控訴人らが主張するように『ルブタン』がラグジュアリーブランドであり、日本だけではなく世界中の著名人や芸能人が履くというイメージがあればなおさらである。)であることに着目し、試着の上で慎重に購入するものと考えられるから、被告商品が原告商品とその商品の出所を誤認混同されるおそれがあるとはいえない。」

「以上のとおり、仮に、被告商品の靴底に付された赤色が原告表示に類似するとしても、原告表示を付した原告商品であると誤認混同するおそれ(広義の混同を含む。)があるとはいえないから、原告表示が不競法 2 条 1 項 1 号に規定する『他人の商品等表示』に該当するか否かについて判断するまでもなく、被告商品の販売等が同号の『不正競争』に当たるとはいえない。」

2. 不正競争防止法 2 条 1 項 2 号について

「控訴人 X は、会社を設立以後、全世界に店舗を展開して、原告表示を付した高価格帯の女性用ハイヒール（原告商品）を販売し、数多くの著名人や芸能人に愛用され、また、日本でも、平成 10 年以降は路面店等のショップで販売が開始されて、年間 30 億円を超える売り上げを誇り、数多くの雑誌、メディア等で原告表示は『レッドソール』として取上げられ、一定の需要者には『靴底が赤い』女性用ハイヒールは『ルブタン』のブランドを指すものと認識されているといえる。」

「しかし他方で、靴底が赤色の女性用ハイヒールは、原告商品以外にも少なからず我が国においては流通しており……女性用ハイヒールの靴底に赤色を付した商品形態を控訴人らが独占的に使用してきたものとはいえない。」「また、本件アンケートは、東京都、大阪府、愛知県に居住し、特定のショッピングエリアでファッションテム又はグッズを購入し、ハイヒール靴を履く習慣のある 20 歳から 50 歳までの女性を対象としたものであるが、本件アンケート結果によると、靴底が赤いハイヒール靴を見たことがないものを含め、原告表示を『ルブタン』ブランドであると想起した回答者は、自由回答と選択式回答を補正した結果で 51.6%程度にとどまる（なお、本件アンケート調査結果では、赤いハイヒール靴を見たことがある人に限定して認識率を評価するのが適切であるとするが、本件アンケート調査は、主要都市で、しかも、ファッション関係にそれなりに関心のあるハイヒール靴を履く習慣のある女性を対象としたものであり、その当否についても疑義がある上、そこから更にこうした限定を付すことは明らかに相当でない。）。この結果によれば、原告表示は、一定程度の需要者に商品出所を認識されているとはいえるが、それが著名なものに至っているとまで

は評価することができない。」

「そうすると、原告表示が不正競争防止法 2 条 1 項 2 号に規定する『他人の著名な商品等表示』であるとはいえないから、そうであることを前提とした控訴人らの請求は、その前提を欠くものというべきであり、その他の争点について判断するまでもなく理由がない。」

第 3 検討

1. はじめに

本判決は、女性用ハイヒールの靴底に原告赤色を付した原告表示が周知・著名な商品等表示であるとして、不正競争防止法（以下「不競法」という）2 条 1 項 1 号・2 号に基づく請求がなされた事案において、その商品等表示性等を否定することにより保護を否定した東京地判令和 4.3.11 判時 2523 号 103 頁（以下「原判決」という）¹⁾ の控訴審判決である。

本判決の第一の特徴は、保護を否定する理由付けが原判決と大きく異なる点である。まず 1 号について、本判決は、混同のおそれの不存在のみを理由にその保護を否定するが、従来裁判例においては、商品形態について周知商品等表示性や類似性が肯定される場合に、原則として混同のおそれは否定されない傾向にあった。かかる状況下、価格差や需要者の取引態様に着目して混同のおそれのみを否定するという判断手法を採用した本判決は例外的な判断手法を示すものであり、その射程が問題となる。つぎに、2 号については、原判決と異なり著名性等を否定することによりその保護を否定しており、その際、アンケート調査において、原告表示を原告のブランドであると想起した回答者が 51.6%程度にとどまることをその理由付けとしている。「3」でも述べるとおり、1 号の周知性については、既に裁判例分析に基づき 10%程

度が分水嶺ではないかとの指摘がなされていたが²⁾、2号の著名性に関して需要者の認知度について具体的な数字が一定の基準として示されたものは管見の限り珍しいように思われる。もっとも、かかる判示に基づき、50%程度の知名度があると著名性が否定されるとの一般論を導きうるのか、やはりその射程の検討が必要となるだろう。

他方、本判決の第二の特徴である、特定の商品の特定部分に付される輪郭なき特定の色彩につき1・2号による保護をした点については、後述のとおり従来裁判例の傾向に沿ったものといえる。

2. 不競法2条1項1号の混同のおそれ

1号により保護されるためには、「需要者の間に広く認識された」(＝周知性)「商品等表示」が存在し、被疑違反商品との類似性・混同のおそれも認められることが条文上必要となる。もっとも、本件のように商品形態につき、周知商品等表示性、類似性が肯定される場合には、混同のおそれの不存在により保護が否定されることは稀であった。

(1) 従来裁判例

ア 商品のブランド名や価格に相違がある事案等

本件では、問題となっている商品のブランド名、価格等における相違が存在した事案において、混同のおそれが否定されている。しかしながら、従来裁判例においては、商品形態につき周知商品等表示性と類似性が肯定される場合、ブランド名や価格における相違等の存在にかかわらず、原則として混同のおそれも肯定されてきた³⁾。

(ア) 商品・ブランド名について

まず、商品形態につき周知商品等表示性と類似性が肯定される場合において、商品形態に付されている商品・ブランド名にすら共通性がある事案

においては、混同のおそれが肯定されている(大きな価格差が存在したにもかかわらず、大阪地判平成10.2.19平8(ワ)1984・平9(ワ)4912[ルイヴィトンエビ]⁴⁾、東京地判平成16.7.28判時1878号129頁[パネライ]⁵⁾等。混同のおそれを肯定する方向の他の事情も存在したものとして、需要者層に低年齢のものが含まれていた東京地判平成10.2.25判タ973号238頁[ニュータマゴウオッチ]、販売方法や陳列方法、価格帯における共通性もあった東京地判平成11.6.29判時1693号139頁[プリーツ・プリーズ]等がある。なお、商品名の共通性が高いとまではいえないが東京地判平成9.2.21判時1617号120頁[わんぱくシャベル]⁶⁾、東京地判平成18.7.26判タ1241号306頁[ロレックス]⁷⁾も参照。商品・ブランド名の共通性ではないが、パッケージ、宣伝チラシ、商品マニュアル等における共通性が存在した事案として、東京地判平成19.12.26平18(ワ)27454[家庭用医療機器]⁸⁾も参照。)

のみならず、両商品のブランド名や商品名に共通性を見出しがたい事案においても、なお混同のおそれが肯定されている(東京地決平成11.9.20判時1696号76頁[iMac]、大阪地判平成14.12.19平13(ワ)10905[マグライト]⁹⁾、東京地判平成29.8.31平28(ワ)25472[ユニットシェルフー審]、知財高判平成30.3.29平29(ネ)10083[同二審]、東京地判平成30.2.27平28(ワ)10736[折り畳み傘]、東京地判令和元.12.18平30(ワ)8414[キングブレード]¹⁰⁾。価格差や上部及び側面方向から見た形態の相違にかかわらず東京地判平成26.5.21平25(ワ)31446[バーキン立体商標]¹¹⁾、価格差や質感等の形態の相違にもかかわらず知財高判令和2.12.17令2(ネ)10040[バーキン二審]¹²⁾、価格やパッケージ形態の相違にかかわらず東京地判平成22.9.17平20(ワ)25956[角質除去具一審]、

知財高判平成 23.3.24 平 22(ネ)10077[同二審]¹³⁾, 価格, 形態, 販売店舗の相違にかかわらず東京地判令和元.6.18 平 29(ワ)31572[BAO BAO]¹⁴⁾。他方, 需要者や価格帯は共通するものとして東京地判平成 22.11.18 平 21(ワ)1193[TRIPP TRAPP I]¹⁵⁾。).

以上のとおり, 従来裁判例では, 商品形態につき周知商品等表示性と類似性が肯定される場合には, 商品・ブランド名にすら共通性がある事案はもちろんのこと, これが相違する事案においても, 混同のおそれが肯定されていた。

(イ) 価格差について

商品形態につき周知商品等表示性と類似性が肯定される場合には, 価格差が存在する場合にも混同のおそれは否定されていない。例えば, 被疑違反者商品の価格が請求人の 5-6 割程度である場合はもちろんのこと (前掲 [角質除去具]), 約 2-4 割 (前掲 [レイヴィトンエピ]), 約 0.4 割-1 割 (前掲 [BAO BAO]), 1 割を下回る金額 (約 0.6 割-1.5 割程度) の前掲 [ロレックス]¹⁶⁾ 等。被告の主張に基づくが, 前掲 [パネライ]¹⁷⁾ も参照。著名性を肯定しているため傍論ながら, 前掲 [バーキン立体商標], 前掲 [バーキン二審] も参照) であつても, 混同のおそれが認められている (ただし, 前掲 [BAO BAO] や前掲 [ロレックス] では, 不競法 5 条による推定の覆滅事由として価格差が考慮されている。).

(ウ) その他取引の実情について

さらに, 原則的には, 具体的な取引の実情 (商品特性, 販売方法, 需要者特性等) に着目して, 混同のおそれが否定されることもない (商品特性や販売方法につき前掲 [iMac], 需要者特性につき前掲 [キングブレード], 東京地判平成 19.12.26 平 18 (ワ) 27454 [家庭用医療機器], 販売活動につ

き前掲 [ユニットシェルフ], 販売店舗につき前掲 [BAO BAO] 等。なお, 専門家である玩具の卸し及び小売業者における混同のおそれは大きくないとも言えるとしつつ, 一般消費者の混同するおそれは十分に認められるとするものとして前掲 [わんぱくシャベル] がある。).

ただし, 例外的に, 需要者が専門家である医療従事者であり, その具体的取引態様は, 医療機器の製造販売業者等の担当者からの説明に基づき委員会を通じて発注する等といったプロセスをたどり, しかも多くの医療機関では一増一減のルール (「医療機器の使用について, 医療機関が医療機器を採用するにあたっては, 同種の医療機器については, 一種類のみを採用するという原則的な取扱い」) が採用されているという取引の実情のもと, 原被告商品にはそれぞれの商品名及び会社名が記載され, それぞれ別々のパンフレットが作成されて別々に販売されるとの事案において, 周知商品等表示性・類似性を認めつつ, 混同のおそれを否定した東京地判平成 30.12.26 平 30 (ワ) 13381 [携帯用ディスクポータブル低圧持続吸引器一審] がある。ただし, 控訴審の知財高判令和元.8.29 平 31 (ネ) 10002 [同二審] では, 原審で認定されていなかった取引の流れ (必ずしも委員会を通じて, かつ一増一減のルールが採用されているわけではないことや, 専門販売業者を通じずにネット購入されることもある等) が認定されたうえで, 当該新たに認定された取引が大きな要因となって, 混同のおそれが肯定されるに至っている。

このように, 原則的には, 商品形態につき周知商品等表示性・類似性が肯定される事案において, 具体的な取引の実情に基づき混同のおそれが否定されることはなく, 例外的に具体的な取引の実情に基づき混同のおそれを否定するものが管見の限り 1 件あったが, 控訴審で取り消されていた¹⁸⁾。

(エ)傍論として混同のおそれを否定する裁判例

他方、周知商品等表示性や類似性が認められない場合に、混同のおそれを否定する裁判例は多数存在する。

(i) 周知商品等表示性を否定

周知商品等表示性を否定しつつ、混同のおそれも否定するものとして、例えば大阪地判昭和 61.4.25 判タ 621 号 1887 頁 [ピュアネス浄水器] がある（浄水器として一般にありふれた形状であることや、大々的な広告・宣伝もないこと等に基づき周知商品等表示性を否定したうえで、請求人商品も被疑違反商品も訪問販売で販売されているうえ、別異のネームプレートが明確に表示されているために、混同のおそれも認められないとされている。）。同様に、周知商品等表示性を否定しつつ、傍論において混同のおそれも否定するものとして、大阪地判平成 7.7.11 判時 1549 号 116 頁 [フォーミュラテーブル]（レースに使用されたタイヤを用いたテーブルの形態）¹⁹⁾ や、東京地判平成 18.1.13 判時 1938 号 123 頁 [カプセル薬剤一審]、知財高判平成 18.9.28 平 18（ネ）10009 [同二審]（カプセル及び PTP シートの色彩構成）、大阪地判令和元.6.13 平 29（ワ）12720 [ガラス瓶]、大阪高判令和 2.2.14 令元（ネ）1635 [同二審]（ガラス瓶の形態）がある（周知性を否定しつつ、混同のおそれを否定する大阪地決昭和 45.12.21 昭 45（ヨ）3425 [金属大判]²⁰⁾ も参照。なお、黎明期のものであるが、商品等表示性と共に混同のおそれを否定する大阪地判昭和 35.5.30 判時 236 号 27 頁 [事務用オフセット印刷機]²¹⁾ も参照）。

その他、商品形態が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して、その商品等表示性を否定するとともに、混同のおそれも否定するものとして、大阪地判平成 10.10.13 平 6（ワ）

6444 [シャーレンチ一審]、大阪高判平成 12.3.24 平 10（ネ）3390 [同二審] がある。

(ii) 類似性を否定

周知商品等表示性を検討することなく、原告商品の形態の相違に鑑みて類似性を否定するとともに、混同のおそれも否定するものとして、東京地判平成元.3.27 判時 1305 号 114 頁無体集 21 巻 1 号 200 頁 [ぺんたくん一審]、東京高判平成 1.12.25 無体集 21 巻 3 号 1066 頁 [同二審] がある。同事案においては、原告被告ともに知育玩具を販売していたところ、原告の商品である「ぺんたくん」の形態の特徴的な部分は、「五角筒柱による平仮名、数字及び絵等を記載し、これをセットにした点にあるのに対し、被告製品一及び二は、六角筒柱に平仮名、数字及び絵等を記載し、これをセットにしたものであるから、両者は、その形態を異にし、また『ぺんたくん』の五角筒柱ブロックに描かれた絵と被告製品一及び二の六角筒柱ブロックに描かれた絵が数字を表す絵を含めて全く異なっていること、『ぺんたくん』に存する迷路のブロックに相当するものが被告製品一及び二に存在しない」といった相違があることに基づき、類似性が否定されている。また、両者の販売態様（セット売りされるもの等）や販売価格の違い²²⁾、その商品名の違い（原告商品は「ぺんたくん」、被告は「めばえっこ」であって、それぞれ容器等に大きく表示されている）に基づき、幼児の保護者が慎重に考慮、選択して購入する際に識別容易であること等に基づき、混同のおそれも否定されている。

同様に、形態の相違故に類似性を否定し、被告商品が受注生産式であるという取引形態に照らし混同のおそれも否定するものとして、東京地判平成 4.4.27 判時 1431 号 148 頁知裁集 24 巻 1 号 230 頁 [顕微鏡] もある。

以上の裁判例には、共通する部分が独占になじまない事案である旨の指摘がなされている²³⁾。

(オ)小括

以上のとおり、商品形態につき周知商品等表示性、類似性が肯定される場合に、ブランド名や価格の相違、その他取引の実情に基づき混同のおそれは否定されず、混同のおそれを肯定する裁判例は、周知商品等表示性や類似性も否定していたというのが従来裁判例の基本的傾向であった²⁴⁾。

イ 商品等表示として主張される特徴の主たるものが色彩であった事例

他方、混同のおそれが問題となっているか否かにかかわらず、本件と同様に商品等表示として主張される特徴の主たるものが単色の色彩であった事案においては、基本的に商品等表示性が否定されることにより、これまで保護が否定されてきた（戸車のオレンジ色につき大阪地判昭和 41.6.29 下級民集 17 巻 5・6 号 562 頁 [オレンジ戸車]、特定のシリーズ家電に用いられる濃紺色につき大阪地判平成 7.5.30 判時 1545 号 84 頁 [It's 一審]、大阪高判平成 9.3.27 知的財産例集 29 巻 1 号 368 頁 [同二審]、ジーンズに付される赤色等の布片につき東京地判平成 12.6.28 判時 1713 号 115 頁 [LEVI'S ステッチ一審]、東京高判平成 13.12.26 判時 1788 号 103 頁 [同二審]²⁵⁾）。

これに対して、複数の色彩の組合せの事案（大阪地判昭和 55.4.18 判工 2585 の 267 頁 [香辛料包装用丸缶]、大阪地判昭和 58.12.23 判タ 536 号 273 頁 [三色ウェットスーツ]）や、複数の色彩の組合せのみならず、絵柄も施されていた事案（マスカラ容器のワインレッド色、キャップの銀色、目の絵柄を併せたものにつき大阪地判平成 20.10.14 判時 2048 号 91 頁 [マスカラ容器]）においては、商

品等表示としての保護が肯定されている事案も存在する。

ウ 商品等表示として主張される特徴が輪郭等なきものであった事例

さらに、本件のように特定された特徴の輪郭に限定がない場合（原告表示目録では、赤色が付された女性用ハイヒールの靴底やハイヒール全体の形状には破線が用いられており、破線部は表示を構成する要素ではない旨の説明がある。）にも、商品等表示性は認められにくいといえる（東京地判平成 18.7.26 判タ 1241 号 306 頁 [ロレックス]、東京地判平成 26.10.17 平 25（ワ）22468 [フランクフェイス]、大阪地判平成 28.5.24 判時 2327 号 71 頁 [スーツケース]、東京地判平成 30.12.20 平 29（ワ）40178 [レグウォーマー一審]、知財高判令和元.6.27 平 31（ネ）10004 [同二審] 等）²⁶⁾。

例えば、前掲 [ロレックス] の製品 5 と 8 に共通する特徴として、腕時計の針、文字盤及びブレスレットの形態につき特定がされ、文字盤とブレスレットをつなぐ部分（ケース）の形状の特定がされなかった事案において、商品等表示性が否定されている。また、前掲 [スーツケース] でも、スーツケース等鞆類の輪郭等に限定がない、リブ加工された表面形状を中心とする特定につき、商品等表示性が否定されている。他方、特徴の輪郭を限定しない特定ながら周知商品等表示性が肯定された事案として、前掲 [プリーツ・プリーズ]（婦人服全体に施されるプリーツ）、前掲 [BAO BAO]（三角形のピースを敷き詰めることなどからなる鞆類の形態）がある。これらは、輪郭に比して、特定された特徴が需要者に与える印象が強い事案であったといえるように思われる。

エ 小括

以上のとおり、商品形態の1号による保護が問題となった従来裁判例の基本的傾向は、その商品等表示性・類似性が肯定される場合には混同のおそれ認められ、混同のおそれを否定するものは、そもそも周知商品等表示性が認められないか、類似性を否定するというものであった。

他方、本件のように、商品等表示として主張される特徴の主たるものが単色の色彩であった事例では、混同のおそれに立ち入ることなく周知商品等表示性が否定され、その保護が否定されていた。また本件のように、商品等表示として主張される特徴が輪郭等なきものであった事例でも、周知商品等表示性が認められにくい傾向が存在した（ただし、輪郭に比して特定された特徴が需要者に与える印象が強いといえる事案においては、商品等表示としての保護が肯定されていた。）。

なお、商品等表示として主張される特徴の主たる特徴が赤色という色彩である本件の事例につき、周知の商品等表示性を否定した原判決も、以上の流れに属する一例といえる。

(2) 検討

本判決は、周知商品等表示性と類似性について判断を加えないまま、混同のおそれを否定することのみをもってその保護を否定しており、周知商品等表示性や類似性が否定されるということをその判断の前提としていない。混同のおそれに独自の意義を持たせている点で、商品形態につき周知商品等表示性や類似性が肯定される場合には混同のおそれが否定されないという従来裁判例の基本的傾向に沿わないものと考えられる。もっとも、このような例外的な取扱いがなされたことは本件が初めてというわけではなく、近時でいえば、前掲[携帯用ディスプレイザブル低圧持続吸引器一審]

の例がある。

しかし、同判決について既に指摘されているように、商品形態のように、本来的にはその出所識別力を有していないものに、周知商品等表示性が認められる場合であれば、商品形態自体が需要者にとって重要な考慮要素となっているという前提がなければならないであろう²⁷⁾。そうだとすると、商品形態にかかる周知商品等表示性を肯定しつつ、混同のおそれを否定するという判断がなされることは想定しにくいのではないだろうか²⁸⁾。本件の事案も、以下「ア」「イ」で述べるように、商品等表示として主張されたものが、その識別力の弱さゆえにそもそも周知商品等表示性がなかった事案であるように思われ、商品形態につき周知商品等表示性や類似性が認められる事案にまでその射程は及ばないものと考ええる。

ア 商品等表示として主張される特徴の主たるものが単色の色彩であった点

本件で商品等表示としての保護が主張されたのは、女性用ハイヒールの靴底に原告赤色を付したものであり、その主たる特徴は色彩にあるように思われる。

たしかに、従来裁判例の事案と異なり、本件の原告は、①色彩が付される場所を女性用ハイヒールの靴底に限定し、②その色彩もパントン社が提供する色見本を指定している点で、従来の否定例よりも具体的に特定している。しかしながら、色彩を一要素とする特定がされながら保護が肯定された従来の事案（前掲[三色ウェットスーツ]や前掲[マスカラ容器]）との比較においては、未だ単色の色彩が主たる特徴となっているように思われる。また、①の特定については、そもそも靴底は上部に比して見えにくいいため、かような具体化は商品等表示性の獲得に大きな効果をもたらさな

かったように思われる²⁹⁾。また、②の特定も、色見本による特定は、人が知覚できる色彩に限度があることに鑑みると、これをもって商品等表示該当性が認めやすくなるとはいえないであろう³⁰⁾。

イ 商品等表示として主張される特徴が輪郭等なきものであった点

本件の原告は、赤色が付される靴底の輪郭について限定がなき特定をなしていたところ、かような事例で保護が認められた従来裁判例とは異なり、輪郭に比して特定された特徴が需要者に与える印象が強い事案とはいえないように思われる。

たしかに、本件は女性用ハイヒールとの特定がされているため、色彩の輪郭にあたる靴底の形状は事実上ある程度限られたものになる可能性はある（ただし、少なくともつま先の輪郭には、一定のバリエーションはあるだろう）。しかし、商品形態の一部分の輪郭ある特徴に周知商品等表示性を肯定した前掲「パネライ」（ベルトや文字盤の形態を捨象した、腕時計の同種商品にないリュースプロテクタ、ケース及びベゼルの形態）と比較すると、輪郭は限定されていないうえ、そもそも特定された特徴の識別力が弱く（識別機能が生じにくい色彩であり、その場所も上部に比して見えにくく、原告赤色と似た赤色が、原告以外の女性用ハイヒールの靴底でも原告商品の日本販売前から継続使用されていた等）、更に本件は捨象された部分の印象が強いように思われる（捨象された靴上部の色彩は、靴底の色彩とのコントラストにかかわる等）。そのため、輪郭にある程度の限定があっても、特定された特徴の識別力の弱さ、及び捨象された部分の印象の強さ故に、周知商品等表示性が否定されるべき事案とiiいうるように思われる。

以上のとおり、本件で商品等表示として主張されたものは、その識別力の弱さ故に、そもそも周

知商品等表示性がなかった事案であるように思われる。なお、本判決が2号にかかる判断で「一定の需要者には『靴底が赤い』女性用ハイヒールは『ルブタン』のブランドを指すものと認識されているといえる」と判示していることに鑑みると、周知性を否定することが難しい事案であるとの考慮がその背後にあった可能性は存在するかもしれない。しかし、かかる事実関係を前提としても、本件の控訴人が特定するような、色彩の光沢やハイヒール本体の形状に限定のない範囲で需要者に認識されているとまでいえるかには疑問を差し挟む余地があるように思われ、また「一定の需要者」に全ての被告需要者が含まれるとの立証までなされているとも言い難いように思われる（原告から需要者の認知度を示すアンケート調査が提出されており、そこでは51.6%程度の認知度が示されているが、後述のとおり、当該アンケート調査結果によって、本件の被告商品の需要者における認知度が立証されているとはいえないように思われる。）。したがって、やはり周知商品等表示性が認められる事案とはいえないと考えられよう。

また、仮に周知商品等表示性が肯定される可能性があったとしても、少なくとも類似性が否定されるべき事案であったといえるように思われる。前述のとおり、商品形態につき類似性を否定した裁判例は、そもそも共通する形態が機能的なものである等の理由により、独占になじまない部分が共通しているに過ぎない事案であることが指摘されていた。本件でも、共通する部分は、女性用ハイヒールの靴底に赤色が用いられているという点であるように思われるところ、そもそも色彩の独占適応性については、注25で述べたとおりかねてより懸念が示されていたところである。また、原判決が指摘するとおり、原告の商品形態は、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、被告商品は赤色ゴム底のハイヒールであるとされており、靴底の色彩の光沢等において相違がある事案であったといえよう。そうすると、共通する部分は、独占になじまない（光沢を捨象した）色彩を、比較的需要者の目に入りにくい女性用ハイヒールの靴底に付すという点にすぎないものとして、類似性も否定しうる事案であったように思われる。

以上のとおり、本判決の射程は、保護が求められているものの識別力が弱いものであるか、または被疑違反商品との共通部分に保護適格性がないために、周知商品等表示性又は類似性を否定すべき事案に限定されると考えるべきである。そのため、生来的に識別力が強い対象（典型的にはブランド名）が問題となっている事案はもちろんのこと³¹⁾、生来的には識別力が強くなくとも、使用により識別力を獲得している対象が問題となっている事案においてまで、本判決のような判断手法が妥当すると考えるべきではないように思われる。しかしながら、判決文においては、価格差や具体的取引態様に着目した判断がなされているため、商品等表示として主張されている対象に識別力が認められる事案にも射程が広がるかのような印象を受けかねないように思われる。その意味では、原判決のように商品等表示性を否定する判断手法のほうがより望ましいのではないだろうか³²⁾。

3. 不競法 2 条 1 項 2 号の著名性

本判決は、アンケート調査（以下「本件アンケート調査」という）において、原告表示を控訴人のブランドであると想起した回答者が 51.6%程度にとどまることを理由に、原告表示の著名性を否定する。1 号の周知性については、従来需要者の 10%程度の認知度が分水嶺ではないかと説かれて

いた³³⁾が、2 号の著名性については、管見の限り需要者の認知度につき具体的な数値を伴った判断がされたことはなく、本判決が 51.6%程度の認知度で著名性を否定したことは一定の指標になりうるかもしれない。もっとも、アンケート調査については、そもそも母集団の設定や質問の適切性等、その設計において注意すべき事柄があることはかねてより指摘されてきたところである³⁴⁾。そのため、本件アンケート調査にかような観点から問題がある場合には、そのように問題のある調査によってすら 51.6%程度の認知度しかなかったという事案で著名性が否定されたということがいえるに過ぎず、当該数値を著名性の指標として一般化することはできないように思われる。そこで、以下では本件アンケート調査の適切性の観点から、かような射程限定が必要であるかを検討する。

(1)はじめに

本件アンケート調査の母集団は、GMO リサーチ株式会社が維持管理するインターネットモニター会員の中から、年齢 20 歳から 50 歳までの、東京都、大阪府及び愛知県に居住し、特定のショッピングエリアでファッションアイテム又はグッズを購入し、ハイヒール靴を履く習慣のある女性を対象とするものであった³⁵⁾。そのため、かような母集団の設定の適切性がまず問題になる。

つぎに、本件アンケート調査では、図案化された原告表示を示して「画像のように靴底部分が赤いハイヒール靴を販売しているファッションブランドがあることを知っているか」との質問（以下「本件質問」という）がなされているところ、示されたものが実際に流通している商品でない点等や、ハイヒールの靴底を赤色とすることが特定のブランドの特徴であることが前提となっている質問である点で問題が生じうる。

そこで、アンケート調査における母集団の設定及び質問方法という点に着目し、以下検討を行う³⁶⁾。

(2) 従来裁判例

ア 母集団の設定

(ア) 地域的範囲

本件の控訴人は、不競法 2 条 1 項 2 号に基づく請求をなしているため、2 号が要求する著名性の地理的範囲が前提として問題となる。学説では、1 号の周知性と同様に、被告が類似表示を使用している地域を含む一定地域で著名であれば足りるとするもの³⁷⁾と、全国著名を要求するもの³⁸⁾がある。もっとも、判決の事実認定によると、本件の被告商品は「本社のある路面店（埼玉県草加市）、百貨店内の直営店だけでなく、全国のセレクトショップ、靴専門小売店でも多数取り扱われ、販売されている」とのことであり、控訴人はこれに対して地域的限定を付さずに 2 号に基づく請求をなしている。そうすると、少なくとも控訴人において全部認容の判決を得ようとするのであれば、被疑違反者の需要者の地理的範囲である全国著名が必要になる事案といえる。そのため、著名性の地理的範囲につきいずれの考え方を採用するにせよ、本件アンケート調査の母集団の地理的範囲が、東京都、大阪府及び愛知県に居住する者と限定されていることの当否が問題となる。

そこで、以下では全国著名性が問題となった裁判例を検討する。既に述べたとおり、2 号の判旨においてアンケート調査が検討された裁判例は管見の限り乏しいが、商標法 3 条 2 項の使用による全国的な識別力の獲得にかかる立証に関して、判旨がアンケート調査に言及する例はそれなりの数が存在する。すなわち、商品形態や色彩のような本来的には出所識別力を有しないと考えられるものは、原則的に商標法 3 条 1 項 3 号や 6 号に該当

するために登録が阻却されるが、例外的に使用による識別力を獲得していれば商標登録がなされる（商標法 3 条 2 項）。そして、当該識別力は、全国的なものである必要があるということに争いはないように思われる³⁹⁾。そうすると、全国的な識別力の獲得を必要とする場合における、アンケート調査の母集団設定方法という点で参考になるため、商標法 3 条 2 項にかかる従来裁判例を検討する。

まず、知財高判平成 20.5.29 判時 2006 号 36 頁〔コカ・コーラ〕では、アンケート調査が二度行われており、第一次調査は東京と大阪における CLT 調査（「街頭等に設置されたブース内において、任意の調査対象者が調査票に記入する方式」）で、第二次では、東京と大阪における CLT 調査と日本全域に対するウェブ調査が行われていたところ、全国的規模の調査があるため当然ながら、調査地域につき特段問題とされることなく、調査結果が参酌されて商標法 3 条 2 項の使用による識別力獲得が肯定されている。のみならず、知財高判平成 22.11.16 判タ 1349 号 212 頁〔第二次ヤクルト〕は、東京 4 会場及び大阪 4 会場の合計 8 会場における CLT 調査が行われたに過ぎず、全国的な調査は行われていなかったが、やはり調査地域については特段問題とされることなく、調査結果が参酌されて商標法 3 条 2 項該当性が肯定されている。街頭調査の場合、全国各地で行うことには費用・時間・手間暇が相当なものとなると思われるため、人口が集中している大都市圏のみで行うことも合理性があるということであろうか。

以上のとおり、ウェブ調査による全国的なアンケート調査のみならず、大都市圏のみでの街頭調査によって全国的な識別力獲得の立証を肯定したものが存在した^{40), 41)}。

(イ)顧客層

本判決によると、被控訴人の需要者は、控訴人需要者と同様に「ハイヒールを購入する女性の一般消費者であり、主たる需要者層は、20代から50代の女性」とされているが、本件アンケート調査の母集団は、これに「特定のショッピングエリアでファッションアイテム又はグッズを購入」という、買い物の嗜好に関する更なる属性限定がされたものとなっている。そこで、以下ではアンケート調査の母集団において、顧客層に関する一定の限定が加えられていた従来裁判例を検討する。既に述べたとおり、2号でアンケート調査が用いられた裁判例は管見の限り乏しいが、不競法2条1項1号と商標法3条2項にかかる裁判例が参考になる。不競法2条1項1号においては、被疑違反者の需要者における周知性が問題とされるところ⁴²⁾、この点で何らかの限定がかかった母集団でアンケート調査がされていた事案を検討する。また、商標法3条2項においては、識別力を有すべき顧客層は出願商標の指定商品・役務の需要者であるため⁴³⁾、この点で何らかの限定がかかった母集団でアンケート調査がされていた事案を検討する。

まず、母集団が、不競法2条1項1号による請求をなしている者自身の顧客に限定されていたと目される事案で、顧客層が限定的である等されてアンケート調査結果に基づく立証が奏功しなかった事案として大阪地判令和4.8.25令2(ワ)4530〔釣り用うき〕がある⁴⁴⁾。また、商標登録出願人の顧客とまでは言い難い者も含まれているが、「原告商品を見たことがある者、特に1年未満に見たことがある者、原告商品を持っている者及び過去に持っていた者」との母集団が問題視されたものとして知財高判令和4.12.26令4(行ケ)10050〔レゴブロック〕がある⁴⁵⁾。そのほか、原告の展示会

来場者へのアンケートであった点が問題視されたものとして大阪地判平成21.12.10平18(ワ)8794〔カップホルダ用装飾リング〕、請求人の顧客とまではいえないものの、請求人に関する範囲での顧客層しか母集団に取り込めていなかった事案において、やはり母集団が限定的であるとされたものとして、知財高判平成29.2.23平28(ネ)10009・平28(ネ)10033〔給水パイプ二審〕⁴⁶⁾、自由回答式にて「不動産・情報サイト」の名称として商標登録出願にかかる記載した者を対象としていたことが問題視されたものとして前掲〔HOME'S 色彩商標〕の第一次調査⁴⁷⁾がある。

また、請求人に関する者との間でいえなくとも、指定商品・役務にかかる需要者の一部しか母集団に取り込めていない場合（前掲〔油圧ショベルⅠ〕⁴⁸⁾、知財高判令和2.8.19令元(行ケ)10146〔油圧ショベルⅡ〕⁴⁹⁾ ⁵⁰⁾ や、商標登録出願の指定商品・役務の需要者のうち、一般消費者を除いた専門家に限定された母集団であることが問題視されたものとして、知財高判令和2.8.27令元(行ケ)10143〔櫛の位置商標〕（理容師、美容師及び理美容師養成学校の関係者）、知財高判平成30.11.28平30(行ケ)10060〔介護用マットレス立体商標〕（福祉用具レンタル卸業者、貸与業者及び販売業者、ケアマネージャー（介護支援専門員）、福祉用具鑑定士、福祉用具プランナー等）がある。また、指定商品・役務の需要者に一般消費者が含まれない事案ではあるが、母集団が専門家のなかでも限定されすぎていたことが問題視された事例も存在する（知財高判令和3.4.21令2(行ケ)10116〔円皮鍼収納容器〕⁵¹⁾、知財高判令和3.4.21令2(行ケ)10117〔円皮鍼〕⁵²⁾）。

他方、母集団を一般消費者全体としており、かかるアンケート調査結果が商標法3条2項の立証に奏功した事案として、前掲〔第二次ヤクルト〕

がある（前掲「LEVI'S 弓形ステッチ」も参照）。また、一般消費者まで広い母集団ではないが、商標登録出願にかかる指定商品・役務や、不競法 2 条 1 項 1 号にかかる被疑違反者の顧客一般に限定したに止まる事例でも、顧客層の限定という点には問題視されていない（それぞれ別の理由で商標法 3 条 2 項該当性や不競法 2 条 1 項 1 号該当性は否定されているが、知財高判令和 5.1.24 令 4（行ケ）10062「鉛筆色彩商標」⁵³⁾、知財高判令和 2.12.15 令 2（行ケ）10076「エバラ焼き肉のたれボトル」⁵⁴⁾、前掲「HOME'S 色彩商標」の第二次調査⁵⁵⁾、大阪地判平成 22.12.16 判時 2118 号 120 頁「商品陳列デザイン」⁵⁶⁾、前掲「hummel」⁵⁷⁾ 参照）。

以上のとおり、不競法 2 条 1 項 1 号に基づく請求をなす者や、商標登録出願人の顧客に限定したり、これに近い限定をなす場合には、顧客層よりも限定された母集団であることが問題視されていた。のみならず、請求人に関係のある者とまでいえなくとも、指定商品・役務にかかる需要者の一部しか母集団に取り込めていない場合にも、顧客層にかかる母集団の設定が問題視されていた。

他方、一般消費者を母集団とする場合にはもちろんのこと、一般消費者まで広げずとも、商標登録出願にかかる指定商品・役務や、不競法 2 条 1 項 1 号にかかる被疑違反者の顧客一般に限定したに留まる場合には、顧客層にかかる母集団の設定は問題視されていなかった（ただし、後者は結論として保護を肯定した事例ではない。）。

イ 質問方法

本件質問は、ハイヒールの靴底の赤色が、特定のブランドの特徴であることを前提とする質問であるように思われる。また、質問に際して示されているのは、実際に流通している原告商品ではなく、ハイヒールの形状を破線で表した図案であり、

これは破線を用いて示したハイヒールの形状よりも靴底の赤色に目を向けさせる効果を持つように思われる。他方で、同図案は、靴底に注目させつつも、破線で示された全体形状についても一定の印象は与えるものであるために、回答者はハイヒールの全体形状からも影響を受ける可能性が存在する（すなわち、全体形状が異なれば異なる回答となる可能性があるように思われる。）。しかし、本訴訟で控訴人が商品等表示表示性を主張しているのはハイヒールの本体形状を捨象した靴底の原告赤色のみであるという問題も生じうる。

そこで、以下では、本来的には出所識別力のない商品形態や色彩等であるにもかかわらず、これらに出所識別力があることを前提とする質問内容となっていた事例、並びに質問に際して提示する図案において、保護を求める範囲以外の部分を破線としている事例、及び保護を求める範囲に商品の全体形状は含まれないものの、質問に際しては全体形状も示されていた事例につき、従来裁判例を検討する。

(ア) 出所識別力を前提とする質問内容

まず、前掲「コカ・コーラ」の第一次調査では、「本願商標と同一の立体的形状の無色容器、本願商標と同一（口部を除く。）の立体的形状の着色容器、及び本願商標と同一の立体的形状の容器に「Coca-Cola」と横書きしてなる文字商標を付した文字商標付容器を上記の順に提示し、当該容器と同じ形状をした飲料を見たことがあるか（質問〔1〕）、その飲料の商品名を知っているか（質問〔2〕）を回答させる調査」が行われていた。判決の認定からは、質問前に文字商標が付されているものを提示したものであるかは不明確であるが、仮にそうである場合は文字商標による強い誘導がある点で問題といえよう（もっとも、第二次調査では文

字商標のない容器のみが示されており、かかる問題は解消されている。)。この点を措くとしても、文字商標が付されていない容器の立体的形状を示したうえで、これが特定の飲料に使われている容器であること、すなわち当該容器のみで出所識別力を有するというを前提とした質問がなされており、やはり誘導的といえるように思われる(第二次調査においても、本願商標と同一の形状の容器を提示し、同じ形状の商品を見たことがあるかという質問(質問〔1〕’), その形状の商品の名前を知っているかとの質問(質問〔2〕’)がされており、第一次調査ほど誘導的ではないものの、やはり示された容器が特定の商品の出所識別力を有していることが前提した質問となっているように思われる。)。もっとも、裁判所はこの点を特段問題視せず、当該アンケート調査結果を参酌して商標法3条2項該当性を肯定している。ただし、同事案は、長年にわたる莫大な販売実績や、当該容器を印象付ける多くの宣伝広告がなされる等しており⁵⁸⁾、アンケート調査結果(第二次調査)においても、出願人の商品名を答えられた者がCLT調査で73.3%、ウェブ調査でも60.3%というある程度余裕のある数値が示された⁵⁹⁾ものであることには留意が必要である(地模様に関するが、東京高判平成12.8.10平11(行ケ)80〔鞆類の型押し柄の地模様商標〕⁶⁰⁾も参照)。

他方、色彩にかかる商標登録出願が問題となった事案において、出所識別力があることを前提とする質問内容が問題視されたものとして前掲〔油圧ショベルⅠ〕がある。同事案では、本願商標の色彩の画像を見せた上で、「どのメーカーの油圧ショベルかをお答えください」との質問がなされていたところ、裁判所は「かかる質問は、本願商標が出所識別標識と認識されることを前提とするものであるから、その回答によって、本願商標が原

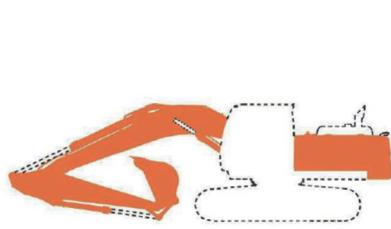
告のみの出所識別標識と認識されていることを示しているのか、単に原告の油圧ショベルの車体色と認識するにとどまるのかを区別することはできない」として、当該アンケート結果を採用していない。なお、質問方法において同様の問題を抱えるように思われるものの、判旨においてこの点は問題視されず、別の理由により商標法3条2項該当性や不競法2条1項1号に基づく請求が認められていないものも存在する(前掲〔油圧ショベルⅡ〕, 前掲〔鉛筆色彩商標〕, 前掲〔HOME’S色彩商標〕, 前掲〔エバラ焼き肉のたれボトル〕, 前掲〔櫛の位置商標〕, 前掲〔円皮鍼収納容器〕, 前掲〔円皮鍼〕, 前掲〔介護用マットレス立体商標〕, 前掲〔釣り用うき〕, 前掲〔商品陳列デザイン〕, 前掲〔ガラス瓶二審〕, 前掲〔hummel〕等)。

以上のとおり、出所識別力の存在が前提となっている質問がされた事案において、この点を問題とすることなく当該調査結果を参酌して商標法3条2項該当性を認めた裁判例は存在したものの(前掲〔コカ・コーラ〕), 長年にわたる莫大な販売実績や、当該容器を印象付ける多くの宣伝広告がなされ、アンケート調査結果においてもある程度余裕のある数値で認知度が示された事案であった。これに対し、そもそも出所識別力の獲得が困難とされる色彩にかかる商標登録出願に関し、出所識別力の存在を前提とする質問がなされた事案ではこの点が問題視されており、またかような質問方法が用いられた事案において、その点は問題視されないながら、結論として商標法3条2項該当性や不競法2条1項1号に基づく請求を認めなかったものは多数存在した。

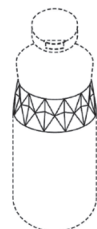
(イ)提示する画像

まず、質問者に提示する画像において、登録を求めている商標以外の部分を破線としている事例

として前掲〔油圧ショベルⅡ〕がある（画像①）。しかしながら、判旨においてこの点は問題視されておらず、むしろ他の点が問題視されている。すなわち、前述のとおり母集団の顧客層が限定的であることや、質問方法につき「以下の画像の色彩を見て、どのメーカーの油圧ショベルかをお答えください。」と問う際に、原告以外の複数の事業者が本願商標の色彩と同系色であるオレンジ色をその車体の一部に使用した油圧ショベルを販売していたにもかかわらず、「回答するメーカー名」は複数であってもよいことの明記がないことが問題視されている。



画像①



画像②

つぎに、図案が提示されたわけではないものの、登録を求めている商標には商品の全体形状は含まれないのに対し、質問に際しては全体形状も示されていた事例として、前掲〔エバラ焼き肉のたれボトル〕がある。すなわち、出願商標は、指定商品である焼き肉のたれの容器のうち、標章を付する位置が特定された位置商標であったところ（画像②）、アンケート調査で示されたのは、出願商標が使用された出願人商品（「本願商標使用商品」）を含む4種の商品の容器（文字等の平面標章が付されておらず、中身も充填されていないが、キャップ部の形状や色彩を含め、容器全体の形状（輪郭）が特定されているもの）の写真であった（他製品の容器全体と本願商標使用商品の容器全体を比較するという手法のアンケート調査であった。）。

かかる方法につき、裁判所は「本願商標は商品

容器の一部に付される立体的形状であるから、その部分のみを他製品と比較するのは難しい面があり、そのような立体的形状の識別性を確認するために、本件アンケートのように、他製品の容器全体と本願商標使用商品の容器全体を比較するという手法も、そのような手法自体が一概に不相当とはいいい切れない」としつつも、「上記のように容器全体を比較する場合には、容器全体の形状や、本願商標を構成する立体的形状以外の部分による印象も識別に寄与することも考慮に入れなければならない」としたうえで、比較対象として提示されていた他の3種類の商品の容器の全体形状と、本願商標使用商品のそれとの相違点を指摘したうえで、「本件アンケートにおいて、容器全体を比較して、本願商標使用商品の容器について、原告の商品であると回答した者や、『エバラ焼き肉のたれ黄金の味』という商品であると回答した者が相当程度いたとしても、それらの者は、容器全体から受ける印象によって識別した可能性が相当程度あり、本願商標を構成する立体的形状により識別したものと認めることはできない」と判示している。また、提示写真において、本願商標を構成する立体的形状と同一の部分を含む赤枠が表示されていても、写真には容器全体が表示されているために、これをもって「本願商標を構成する立体的形状と同一の部分により識別がされた」と認めることはできない」とされている。

以上のとおり、管見の限りそもそも同様の問題が存在していた例は少なく、保護を求める範囲以外の部分を破線としている点を問題視するものは存在しなかったが、かような事例では他の理由によりアンケート調査の適切性が問題視されていた。また、保護を求める範囲に商品の全体形状は含まれないものの、質問に際しては全体形状も示されていた事例については、この点を問題とした裁判

例が存在し、かようなアンケート手法自体は否定しないものの、調査対象者が、保護を求める部分とは異なるところで識別しているのではないかということにつき慎重な判断をなし、実際にかかる観点理由の一つとされてアンケート調査は採用されていなかった。

(3) 検討

ア 母集団の設定

従来裁判例には、まず地理的範囲につき、ウェブ調査による全国的なアンケート調査のみならず、大都市圏のみでの街頭調査によって全国的な識別力獲得の立証を肯定したものが存在した。そうすると、本件のようにウェブ調査であっても、調査対象が大都市圏に限定されていたことのみをもって調査方法の適格性が否定されることはないように思われる。ただし、街頭調査と異なり、ウェブ調査の場合は全国調査を行うことが相当程度容易と考えられるため、認知の度合い等他の事情次第では、識別力の獲得を阻害する事情として参酌される可能性は否定できない。実際、控訴人が原告表示につき色彩のみからなる商標として商標登録出願をなしていた件に関する知財高判令和 5.1.31 令 4（行ケ）10089 [ルブタン色彩商標] は、本件アンケートにつき「ファッション関係にそれなりに関心のある主要都市に居住し、特定エリアでファッションアイテム等を購入する女性を調査対象としたにもかかわらず、本願商標の認知度は半数程度にとどまっており、全国の需要者層にまで調査対象を広げると、本願商標の認知度はこれよりも下回することは容易に推認される」としており、母集団の地理的限定を、商標法 3 条 2 項該当性を否定する方向に参酌している。また、本判決も、母集団をより限定する控訴人の主張に対する応答の文脈で「主要都市で、しかも、ファッション関

係にそれなりに関心のあるハイヒール靴を履く習慣のある女性を対象としたものであり、その当否についても疑義がある」と述べており、主要都市にかかる限定に一定の疑義を示している。

つぎに、「特定のショッピングエリアでファッションアイテム又はグッズを購入」するとの買い物の嗜好に関する属性限定がかけられていた点は、地理的範囲の限定以上に問題が生じうるであろう。従来裁判例では、不競法 2 条 1 項 1 号に基づく請求をなす者や、商標登録出願人の顧客に母集団が限定されていた事案や、需要者の一部しか母集団に取り込めていない場合にはかような母集団設定が問題視され、他方一般消費者を母集団とする場合にはもちろんのこと、一般消費者まで広げずとも、商標登録出願にかかる指定商品・役務や、不競法 2 条 1 項 1 号にかかる被疑違反者の顧客一般に限定したに留まる場合には、(結論として保護を肯定した事案ではないが、)顧客層にかかる母集団の設定については問題視されていなかった。本件の場合、「特定のエリア」がどこであるのかは、判決文から定かではないが、これが高級ショッピングエリア等原告の顧客に近づく限定であるならば、母集団が不競法 2 条 1 項 1 号に基づく請求をなす者等の顧客であることが問題視された従来裁判例に近い事案といえよう。また、母集団が控訴人の顧客とまではいえないとしても、本件の被控訴人需要者である「ハイヒールを購入する女性の一般消費者」のなかには「特定のエリア」で買い物をしない者が含まれている可能性が高く、少なくとも需要者の一部しか母集団に取り込めていない事案とはいえるように思われる（原判決も、高級ブランド品の需要者を対象とすることを問題視している。）。そうすると、従来裁判例の傾向に照らすと、母集団の設定が問題視されるべき事案であったと考えられる。本判決は、前述のとおり母

集団の設定につき一定の疑義を示すに留まるが（ただし、原告表示の商標登録出願にかかる前掲「ルブタン色彩商標」や原判決においては、この点に関する母集団設定がより問題視されていることは前述のとおりである。）、かように問題視されるべきアンケート調査の結果においてすら、51.6%しか原告表示を控訴人のブランドと想起した者がいなかったという事案で、2号の著名性を否定したものと理解すべきといえよう。

イ 質問方法について

まず、本件アンケートの①の質問を、出所識別力の存在を前提とすることが問題視された前掲「油圧ショベルⅠ」の質問（本願商標の色彩の画像を見せた上で「どのメーカーの油圧ショベルかをお答えください」と質問）と比べると、最初から「どのブランド」とまでは問うていない点で、誘導の度合いはやや弱い。他方、示しているものがあるブランドや商品の特徴であるということをも前提としたうえで、その知・不知を問うているという点で質問の誘導度合いが同程度と思われる前掲「コカ・コーラ」と比較すると、そもそも商品等表示として特定されているものが輪郭なき色彩という、商品の立体的形状以上に識別力に乏しいものであるように思われるうえ、前掲「コカ・コーラ」ほどには長年にわたる莫大な販売実績や、当該容器を印象付ける多くの宣伝広告がなされる等していたとはいえず、アンケート調査においても余裕のある数値が示された事案とはいえないように思われる。そうすると、アンケート調査の質問事項の適切性は重要な意味を持つこととなり、前掲「油圧ショベルⅠ」と同様に、その質問の適切性は問題にされてしかるべきであったのではないだろうか。本判決は、質問方法について問題視するような判示をなしているわけではないが、か

ように問題視されるべき質問方法を用いたアンケート調査結果ですら、51.6%しか原告表示を控訴人のブランドと想起した者がいなかったという事案で、2号の著名性を否定したものと理解すべきといえよう。なお、前掲「第二次ヤクルト」の質問方法（本願商標と実質的に同一の立体的形状写真を提示し、容器から思い浮かべるイメージ（問1）、容器から思い浮かべる商品（問2）等を質問）は、まずは何を思い浮かべるかを調査対象者に委ねており、出所識別力を前提としてない質問方法であるように思われ、参考になる⁶¹⁾。

つぎに、本件には、実際に流通する商品ではなく、破線を用いた図案を示している点にも問題があるように思われる。裁判例においてこの点を正面から問題視するものは管見の限り見当たらなかったものの、保護を求める部分が破線との対比で際立つような態様となっており、回答者において、これにより靴底に着目するよう誘導される可能性を否定できないのではないだろうか。かような誘導を排除するために、アンケート調査において示すのは、実際に需要者が目にする商品とすることがより適切といえるように思われる（被告商品の現物提示を示唆する、原判決の説示を参照）。

なお、そうすると、特に商標登録の場合には、登録を求めている商標以外をも含む出願人の商品の全体を示すことが必要になるところ、回答者において、真に登録を求めている商標に着目して回答をなしたのかが不明確になるという問題も生じうる。当該問題については、前掲「エバラ焼き肉のたれボトル」と同様にそのような質問方法自体を排除しないとしても、かような方法で得られたアンケート調査結果の意味するところは慎重に検討する必要があると考える。すなわち、示された全体形状とは異なる形状で質問がなされたときに、調査対象者において別の回答がなされる可能性を

踏まえ、全体形状につき印象の異なるいくつかのパターンを示す別調査をも行う等の工夫が必要になるのではないだろうか。対して、不競法 2 条 1 項 1 号等に関しては、基本的には被疑違反者の商品自体を示すことで足りるように思われる（原判決の説示を参照）。

ウ 小括——本判決の射程——

以上のとおり、本件アンケートには、母集団において「東京都、大阪府、愛知県に居住し、特定のショッピングエリアでファッションアイテム又はグッズを購入」する者との限定がなされ、その質問方法は、出所識別力の存在を前提にしたものであり、示された図案による誘導や、保護を求める範囲以外の全体形状も（破線によってではあるが）示されていたという問題が存在したように思われるところ、かようなアンケートをもってしても 50% 程度の識別力しか得られていない事案に

おいて 2 号の著名性が否定された事例と捉えるべきであり、著名性につき、一般的に需要者の 50% 程度の認識では足りないとの判示をなしたものと理解すべきではないように思われる。

4. おわりに

本判決は、1 号についても、2 号についても、その射程が限定されるべき事情が存在すると考えられるが、判旨を卒然と読む限りはより広い射程を有するものであるかのようにも見える可能性があり、注意が必要であるように思われる。

【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、何度も大変貴重なご指導を賜りました。また、ユアサハラ法律特許事務所の青木博通弁理士からは、公刊前の貴重なご論考等を拝読させていただく機会を賜りました。この場をお借りして心より御礼申し上げます。

注)

- 1) 評釈として黒田薫〔判批〕ジュリ 1574 号（2022）8-9 頁、辻村和彦〔判批〕知財ぷりずむ 236 号（2022）41-51 頁、石井美緒〔判批〕特研 74 号（2022）60-77 頁、拙稿〔判批〕重判令和 4 年度（近刊）がある。
- 2) 田村善之『不正競争法概説』（第 2 版・2003・有斐閣）（以下「田村・不競法概説」という）46 頁
- 3) 朱子音〔判批〕知的財産法政策学研究 58 号（2021）215-294 頁。田村善之「裁判例にみる不正競争防止法 2 条 1 項 1 号における規範的判断の浸食」『知的財産法の理論と現代的課題』（中山信弘先生還暦・2005・弘文堂）（以下「田村論文」という）402-416 頁も参照。
- 4) 被告特有の周知でない商品・ブランド名（「コルムナ」）も付されていたが、周知な原告のシリーズ商品名（「エビ」）や原告の商品名も付されていた事案において、価格差（原告製品は 90640 円ないし 13 万 2000 円、被告製品は 29800 円）や、被告のほうに「イタリア製」との明記があったとの事情にかかわらず、混同のおそれが肯定されている。
- 5) 被告各製品に付された「MARINA MILITARE」との名称は、原告製品 9 の名称と同一、原告製品 3 から 5 までの名称である「LUMINOR MARINA」と一部共通というものであった事案において、価格差（被告の主張によると、原告各製品は約 40 万円から 90 万円、被告各製品の価格は約 5 万円から 8 万円）、販売態様の相違（被

告の主張によると、原告各製品は総代理店を通じて著名な高級百貨店や時計店において販売、被告各製品は被告ら店舗の店頭又は通信販売により販売）は、混同のおそれありとの認定を左右しないとされている。

- 6) 原告商品は「わんぱくしゃべる」、被告商品は「キッズシャベル」である。
- 7) 原告製品 1 は「GMT マスター」、被告製品 1 は「UTC マスター」等である。
- 8) パッケージの共通性（アタッシュケース内に格納等）、主たる販売方法の共通性（「体験会」を通じた販売）、宣伝チラシの類似性（「被告アメックが使用する宣伝チラシ……及び被告クリエイトの販売代理店らが使用する宣伝チラシ……に掲載されている内容は、以前それらの販売代理店が原告製品を販売していた当時に使用していたチラシ……の掲載内容の一部をそのまま使用し、原告製品に関する記事内容及び原告製品の写真によって被告製品の宣伝をしていること、並びに宣伝チラシ……は、「針＋圧＋振」という原告製品を想起させる文言を用いている」）、マニュアル冊子の同一性、被告の使用説明マニュアル中の原告製品の写真の使用といった事情が存在した事案において、高級商品（原告製品の価格は 25 万円以上、被告製品の価格は 20 万円程度と高価）であり、「家庭用医療機器という商品の性質上、一般消費者は効能に着目して購入する」という事情等の存在にかかわらず、混同のおそれを肯定する。

- 9) 原告商品は「MINI MAGLITE」、被告商品のブランド名は「ELPA」、商品名は「アルミハンディライト」であるとの相違があり、またパッケージについて、いずれも透明のブリスターパッケージが用いられており商品が見えるところは共通するが、台紙については、原告商品が薄いシルバー色を基調とするもの、被告商品は全体の色彩が青色といった相違等も存在する事案において、混同のおそれが肯定されている。
- 10) 原告各製品は「キングブレード」というシリーズ名、被告各製品は「カラフルファンタスティック」であるとの事案において、商品名の相違については「需要者は、インターネットに掲載された商品の形態を見てその出所を識別することも少なくないと考えられ、また、商品名は新商品が発売されるたびに異なった名称が付されることもあるのであるから、製品の名称が異なることから直ちに混同のおそれがないということはできない。」とされ、需要者層の特殊性（知識が豊富な「オタク」）については、「一口に『オタク』といっても、その知識や経験は様々であり、需要者にはコンサートなどの各種イベントへの参加者なども含まれるのであるから、需要者の性質から、当然に、製品の機能や価格帯により出所を識別することができる」ということはできない。」と判示されている。
- 11) 原告商品「バーキン」、被告商品は「ジンジャーバッグ」であり、被告商品の価格は1万4900円（税抜）から2万0800円（税抜）であるのに対し、原告主張によると原告商品は1個100万円を超える高級バッグであるとの事案において、「看者が観察する場合に主として視認するであろう所定方向である正面において同一の特徴を備えており、上部及び側面方向からの観察を含めても、その全体的形状は上記原告標章と類似する」としたうえで、これをもって混同のおそれも認めている（ただし、不競法2条1項2号の著名性を認めているため、1号にかかる判断は傍論と考えられる。）。
- 12) 前掲「バーキン二審」は、商品名及びロゴに相違があり、価格・品質に関しても、被控訴人商品が高品質で1個100万円以上の価格であるのに対して、被疑違反者である控訴人商品は安価な合成皮革等を用いて価格も1個約2万8000円とはるかに安価であったという事情の存在にもかかわらず類似性と混同のおそれを肯定した（ただし、不競法2条1項2号の著名性を認めているため、1号にかかる判断は傍論と考えられる。なお、東京地判令和2.6.3平成31（ワ）9997「バーキン一審」は、2号による保護のみを肯定し、混同のおそれは検討していない。）。
- 13) 原告商品名は「SCRATCH」、被告商品名は「夢見るかかとちゃん」であり、価格差（原告は税込2940円、被告は税込で1480円～1785円）、パッケージの形状や色彩にも相違が存在したが、前掲「角質除去具一審」は「この程度の販売価格の差異があるからといって、上記認定が左右されるものではなく、他にこれを左右する証拠はない」とし、前掲「同二審」は、パッケージの形状・色彩の相違につき、商品の選別の主たる要素は商品本体である旨を述べて混同のおそれを肯定した。
- 14) 原告のブランド名「BAO BAO ISSEY MIYAKE」等に対して、被告は「Avancer」であり、両商品の価格差も大きい（割合が最も小さいものでも約9倍（被告商品8と原告商品4）であり、多くの商品が約13倍を超え、それが約23倍であったものもある（被告商品3と原告商品3））、原告商品と被告商品にはピースの形態や数等にかかる相違も存在し、その取引態様における相違（原告商品は本件ブランドの商品のみを販売する専門店で売られているのに対し、被告商品が販売されるのはそのような店でない）すら存在するが、混同のおそれが肯定されている。
- 15) 需要者はいずれも小さな子供を持つ親たちであり、価格帯も同一（原告製品の定価は税込2万8350円であり、被告製品の定価は税込2万6040円）である一方、被告製品の左の側面板の上部に「Aprica」のロゴが存在する事案において「同表示は被告製品全体の大きさに比べ小さなもので、需要者の目に留まらないこともあり得ることであり、仮に需要者が同表示を認識することがあったとしても……少なくとも、需要者において、被告製品が原告ストック社の関係する会社の商品であると誤信するおそれはある」とされている。なお、判決の認定によると、商品形態自体にも脚板の先端と側面板の下端にかかる相違があった事案であったが、共通点を凌駕するものとはいえないとして類似性が肯定され、混同のおそれも肯定されている。
- 16) 例えば「平成14年6月ころ、被告有限会社は、原告製品6（エクスペローラー〈2〉。Ref.16570）の新品を41万8000円で販売していたが、被告製品6（エクスパータイマー〈2〉）を6万8000円で販売していたこと、原告製品4（ヨットマスター・ロレジウム。Ref.16622）の新品を76万8000円で販売していたが、被告製品4（セイルマスター）を4万8000円で販売していたことが認められ」る。
- 17) 被告の主張では、原告各製品は約40万円から90万円、被告各製品の価格は約5万円から8万円とされている。
- 18) 当該控訴審判決は、ここまで紹介した他の裁判例に比べると、混同のおそれを肯定するに当たり、取引の実情につき詳細な分析をなしているところが特徴的であり、その意味で本件控訴審判決と一脈を通じるところがあるが、原判決を取消すという文脈の中で理解する余地もあるものであった。
- 19) 同判決は、原告商品が、F3レースで使用済みのブリヂストン社製のタイヤをテーブルフレームとして使用し、円形の強化ガラスをテーブル面として使用するアイデア商品であって、その形態には相当の特異性は認められるとしつつ、被告商品が販売されるまでに約9ヶ月しか経っていないことや、その間の原告商品の販売個数も、需要者をカーレースマニアに限定しても多数のものとはいえず、宣伝広告も限定された者であることに基づき、周知商品等表示性を否定した。そのうえで、仮に周知商品等表示性を取得していたとしても、両商品で用いられているタイヤの性質（原告商品は日本でも知名度の高い世界最高峰のF1レースで使用されたもの、被告商品は日本国内でも格の低いカーレースに過ぎないF3レースで使用されたもの）及びそれに基づく価格差（被告商品の価格は原告商品の5倍以上）や、需要特性（カーレースマニアなどカーレースに特に関心のある者であるため、タイヤがいかなるレースで使用されたものであるかは十台な関心事）、両商品形態の差違（被告商品のタイヤ幅は原告商品よりも約18.7cm大きく、かような幅の広さはF1レースの特質に基づくものであることや、被告商品のタイヤ上面に書かれてい

る「GOODYEAR」と書かれているところ、F1 レースで使用されるタイヤは、イギリスのグッドイヤー社の製造にかかるもののみであることは、カーレースマニアの間では浸透していると推認されること)に基づき、混同のおそれも否定している。

- 20) 請求人による大判の販売が他業者より若干早かったというにとどまり、約半年後には他業者から類似の純金製大判が同名称・同種包装で宣伝・販売されており、請求人のものも他業者のものも、天正菱大判の複製品と見られるようないわゆる似たり寄ったりの大判であり、そもそも大判や小判の複製品、模造品の販売等は請求人独自のアイディアではなく従来から存するものであるうえ、この種の大判の購入者は、その美術的価値に着目するのではなく、むしろ物価上昇の傾向にあるなかで最も実質的価値の安定している純金で作られた大判という点および万博記念という点が動機となって購入したものと認められることや、請求人の大判が被疑違反商品の販売よりも高かったために、購入者がこれらが別物であることを十分認識したうえで請求人のそれを続々と返品したこと等に基づき、周知性を否定した。
- 21) 同判決はまず、請求人主張の商品形態が従来商品にない形態を有していたことは認めつつ、請求人の商品形態が我が国で販売されてからわずか1年経たずして同様の形態が被疑違反者によって販売され併存状態が続いたことや、その他第三者による同様の商品形態の販売等も開始されていること等に基づきその商品等表示性を否定した。そのうえで、両商品の形態の相違や、被疑違反の商品に製造者・製品名を表示したネームプレートが明確につけられていること、高額商品で営業から販売までに時間がかかるが故の販売方式(被疑違反者においては一商社を通じた受注生産式を採用)、その需要者特性(官庁、公社、商社等の特定層)等に鑑み、「店頭陳列の大衆的商品その他集团的取引の対象になる商品とは異なり慎重な調査検討を伴う個別的取引にのみ親しむ商品である関係上、ただその形態が紛らわしいからということのために、見違えて取引するようなことは、ありえない」として、混同のおそれを否定した。同事案には、被疑違反者の商品を扱う商社において、被疑違反者の広告文書に請求人の広告文書中の図案の一部が利用されているという事情が存在し、またセールスマンが被疑違反者の商品を販売するにあたり、請求人商品の「国産化」「国産品」などをうたったり、請求人商品の輸入は中止になった等の趣旨の説明をした面が窺われないではないともされているが、被疑違反者の商品の製造動機が、当時のわが国の輸入抑制策のため、請求人商品の輸入が制限され、請求人商品につき工業所有権による禁止がないところから、これを模倣して国内生産することにあつたという由来を説明するための不用意な言葉であると考えられないこともなく、そうでないとしてもその救済は別途にこれを考慮すべきである等として、かような事情をもって1号による保護は肯定しない旨判示されている。
- 22) 『『ぺんたくん』』は、小学校入学前の幼児を対象とする五角筒柱のブロックからなる知育玩具であって、絵本八冊等とセットにして、昭和五八年五月から同六一年七月まで一セット三万四〇〇〇円で、それ以降は一セット二万八〇〇〇円でそれぞれ訪問販売されている」のに対し、「被告製品一は、六角筒柱のブロックからな

る知育玩具であって、ガイドブック三冊等とセットにして、昭和六〇年一月から玩具問屋及び玩具小売商人に販売され……右小売商人等を通して、一セット一万二八〇〇円で一般消費者に販売されている」等の事実関係が認定されている。

- 23) 田村・不競法概説 130 頁参照
- 24) かような傾向については、1号の目的(の1つ)が需要者の混同の防止であるとしつつも、「混同する可能性のある需要者の割合がそれほど多くない場合でも、需要者に気をつけさせるよりは、混同の源である表示を使用する者に混同を起しうる表示を取り止めさせたほうが効率的に混同を抑止しうる」との判断のもと、周知性や混同のおそれを抽象的に判断し定型化するとともに、その充足の有無の予測可能性を高めることには賛意を表すべき」との評価が加えられている(田村論文 415-416 頁)。
- 25) 単色の色彩については、古来存在し、それ自体に創作性や特異性が認められるものではないために出所識別機能が生じにくいものであることや、仮に同機能を有したとしても、元々自由に使用できたものであることとの関係で、独占適応性の観点からの問題提起がなされてきた(前掲 [It's]。大阪地判平 9.11.27 平 7 (ワ) 10667 [ローソク包装箱] 参照)。また、人が知覚できる色彩には限度があることや(知財高判平成 18.9.28 平 18 (ネ) 10012 [PTP シート I] 同 10022 [同 II]、知財高判令和 2.8.19 令元(行ケ) 10146 [油圧ショベル II]、前掲石井 67・69・75 頁注 22 等)、形状や輪郭に限定がないために独占の範囲が広がるおそれがあること(前掲 [油圧ショベル]、前掲石井 67 頁)等の問題も指摘されている。学説も、単色の色彩につき保護を否定すべきとするもの(田村・不競法概説 128-129 頁)、限定的な保護を提唱するもの(三村量一 [判批]『商標・意匠・不正競争判例百選(《初版》)』(2007) 135 頁。松村信夫 [判批] 知財管理 46 巻 9 号(1996) 1442-1443 頁も参照)等、消極的な見解が多い(高部真規子『実務小説 不正競争訴訟』(2020・きんざい) 120-121 頁、大塚一貴「新タイプの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 14 巻 3 号(2018) 17-18 頁も参照)。他方、具体的な出所識別力を有しているならばその保護を肯定してもよい旨を説くものとして、渋谷達紀『不正競争防止法』(2014・発明推進協会) 52-53 頁がある。
- 26) なお、かような特定は、本件もそうであるように、シリーズ商品に共通する特徴を商品等表示であると主張する場合になされやすい(シリーズ商品の保護につき、横山久芳 [判批] ジュリ 1177 号(2000) 199-201 頁、蘆立順美 [判批] ジュリ 1227 号(2002) 160-163 頁、前掲高部 119-120 頁、拙稿 [判批] ジュリ 1556 号(2021) 111-114 頁等)。
- 27) 前掲朱 273 頁
- 28) 同上
- 29) 前掲拙稿重刊(近刊)
- 30) 前掲石井 69 頁。原判決も特別顕著性判断で参酌する同種商品につき色見本との同一性を厳密にみていない。石井 75 頁注 25 も参照。前掲拙稿重刊(近刊)も参照。
- 31) 田村論文 403-404、414-415 頁参照
- 32) 混同のおそれを否定する手法を採用した本判決に対しては、『『色彩の商品等表示性』』という難易度の高い争点

にはあえて結論を出さず、分かりやすく切れる部分で切る」ものであるという肯定的な評価もみられる（「知財高裁に救われたルプタン」と題するブログ（企業法務戦士の雑感～Season2～）の記事（<https://k-houmu-sensi2005.hatenablog.com/entry/2023/01/29/233000#fn-940ecd47>、2023年2月8日最終閲覧）。もっとも、本文で述べたとおり、商品等表示として主張されている対象に識別力が認められる事案にも射程が広がるかのような印象を受けかねないということを危惧するのであれば、原判決のように商品等表示性を否定するアプローチのほうがよりよいように思われる。

33) 田村・不競法概説 46 頁

34) 井上由里子『「混同のおそれ」の立証とアンケート調査』『知的財産の潮流』（知的財産研究所 5 周年・1995・信山社）34-65 頁、同「判批」『商標・意匠・不正競争判例百選（《2 版》）』（2020）135 頁、同『「混同のおそれ」の立証とアンケート調査』小野昌延ほか編『不正競争の法律相談 I』（2016・青林書院）245-257 頁、同ほか「標識関係訴訟における《需要者アンケート》（1）」知的財産法政策学研究 63 巻（2022）1-66 頁、青木博通「商標不正競争事件における証拠としてのアンケート調査」同『知的財産権としてのブランドとデザイン』（2007・有斐閣）250-281 頁、同「アンケート調査」同『新しい商標と商標権侵害』（2015・青林書院）147-165 頁、同「新しいタイプの商標等と需要者アンケート」発明 2022 年 5-9・11・12 月号（2022）・2023 年 2-3 月号（2023）、小野昌延編著『注解・不正競争法 [第 3 版]・上巻』310・428 頁 [芹田幸子=三山峻司]、三山峻司「表示法の係争事件におけるアンケート調査の実践的な利用法についての検討」産大法学 50 巻 3=4 号（2017）等。小野昌延「商標事件におけるアンケート調査」『知的財産法と現代社会』（牧野敏明判事退官・1999・信山社）419-446 頁も参照。

35) より具体的には、かような対象者につき東京都、大阪府及び愛知県の各都道府県をそれぞれ 1000 人ずつ割り付け、20 歳から 50 歳を 10 年ずつの 3 つの年代グループに分けて各グループが均等になるように割り付けて回答者サンプルを抽出し、上記各都道府県のそれぞれにおいて 1000 人を上回ることを目標に回収を行い、東京都 1055 人、大阪府 1041 人、愛知県 1053 人の回収を得たというものであった。

36) 検討対象とする裁判例は、少なくとも本来的出所識別力にある程度共通性があるように思われる、色彩や商品形態といった対象が問題となった事案のものとする。

37) 田村・不競法概説 243-245 頁等

38) 玉井克哉「フリー・ライドとダイリューション」ジュリ 1018 号（1993）42-43・45 頁等

39) 田村善之『商標法概説（第 2 版・2000・弘文堂）』（以下「田村・商標法概説」という）189 頁等

40) 全国規模のアンケート調査が行われながら、これをもって商標法 3 条 2 項の使用による識別力の獲得が認められなかった事例もあるが、これらはアンケート調査の地理的範囲が問題視されて商標法 3 条 2 項の適用が否定されたものではない（知財高判令和 2.6.23 令元（行ケ）10147 [油圧ショベル I]）（全国 502 か所の建設業界の事業者を対象とするが、後述のとおり顧客層や質問方法について問題視されている。）、知財高判令和 2.8.19 令元（行ケ）10146 [油圧ショベル II]（後述の

とおり顧客層の点で問題視されている。）、知財高判令和 2.12.15 令 2（行ケ）10076 [エバラ焼き肉のたれボトル]（後述のとおり質問方法の適切性が問題視されている。）、知財高判令和 2.3.11 金判 1597 号 44 頁 [HOME'S 色彩商標]（第一次調査は東京都、神奈川県、千葉県、埼玉県、愛知県、京都府、大阪府、兵庫県及び福岡県在住者を、第二次調査は北海道、宮城県、首都圏（埼玉県、千葉県、東京都、神奈川県）、愛知県、京阪神（、広島県及び福岡県を対象とするが、質問方法の適切性が問題視されている。）。）。

41) その他、日本国外（ドイツのベルリン）において実施されたアンケートについて、その地理的範囲を問題視して、これをもって日本における識別力獲得の根拠とならないとするものがある（知財高判平成 27.7.16 平 27（行ケ）10002 [人工股関節立体商標 I] 知財高判平成 27.7.16 平 27（行ケ）10003 [人工股関節立体商標 II]）。

42) 田村・不競法概説 37、43-44、123 頁

43) 田村・商標法概説 189-190 頁等

44) 「回答の内容からすると回答者の多くが原告商品を愛用する顧客であることがうかがえ、需要者一般の認識が正確に調査できているとはいいい難い」とされている。

45) 指定商品のうち「おもちゃ、組立おもちゃ」につき、「既に原告商品や原告グループについて一定の認識を有している可能性が高い者のみを対象としている点で、の需要者全体を対象とするべき調査結果としては相当とはいえない」とされている。

46) 「回答した一般消費者等は、控訴人のギャラリー来館者、控訴人従業員が講師をしている動物等専門学校の学生及び教職員、控訴人の製品を取り扱う小売店を訪れた者であって」、被告製品の需要者は「水草栽培を趣味とする者ばかりではなく、魚の飼育を趣味とする者を広く含む」にもかかわらず、上記アンケートの母集団は「特に水草栽培を好む者が多く含まれていると考えられることからすれば、このアンケート結果をもって、被告各製品の需要者の間で原告各製品が周知であったと認めることはできない。」とされている。

47) 『「不動産・情報サイト」の名称として『LIFULLHOME'S』や『HOME'S』と記載した 228 人を対象として、本願商標の橙色を見せ、思い浮かべた不動産・住宅情報サイトの名称を記載させるという方法によるものであるから、その対象者は、調査前から原告ウェブサイトの名称を認識していた者に限定されており、しかも、本願商標の橙色を示す前の段階で、原告ウェブサイトの名称を示され、いわば正解をほのめかされた状態で回答しているといえることから、原告ウェブサイトの名称を記載する回答する者が高い確率で現れるのは当然であるといふべきである」とされている。

48) 指定商品「油圧ショベル、積込み機、車輪により走行するローダ、ホイールローダ、ロードローラ」「鉱山用ダンプトラック」に対して、母集団から「ホイールローダ、ダンプトラック、道路機械、環境機械等の需要者や、農業や酪農など土木建設業者以外の業種の者が除かれている上、油圧ショベルを 10 台以上保有している者のみに絞られている」とされた事例

49) 「油圧ショベルの需要者は、建設業者、建設機械を取り扱う販売業者及びリース業者のみならず、農業従事者及び林業従事者、農機及び林業機械を取り扱う販売業者等が含まれるものであるが、本件アンケートは、土

木建設業以外の業種等の需要者が調査対象者から除外され、農業従事者及び林業従事者等が調査対象者に含まれていないから、本件アンケートの調査結果は、油圧ショベルの需要者の一部の認識を反映したものにとどまっている」とされた事例

- 50) なお、不競法2条1項1号に基づく請求について、請求人である被控訴人の商品形態の周知性立証を減殺する趣旨で、被疑違反者たる控訴人から提出されたアンケート調査について「対象者は、控訴人の主張によっても単に二十代から四十代の一般消費者であるというにとどまるところ、控訴人商品及び被控訴人商品が金属製のユニットシェルフの家具であって、一般消費者が卒然と購入に至るような性質の商品でないことを考慮すると、少なくともこれらの商品を含む家具一般について何らかの関心を有する者を、上記にいう需要者と解すべきものである。」として、当該アンケート調査を参酌しなかったものとして前掲「ユニットシェルフ二審」がある。同判決に対しては、立証責任の観点から疑問が呈されている（宮脇正晴「商品形態が商品等該当するための要件と、それに関連する証拠」L&T82号31-32頁（2019）等）。
- 51) 鍼灸師全員でなく、施術経験のある者に限定している点につき、「サンプルに偏りがある」とされていた。
- 52) 同上
- 53) 指定商品は「鉛筆、シャープペンシル、シャープペンシルの替え芯、鉛筆削り（電気式のものを除く。）」、母集団は鉛筆を使用する子を持つ親（20歳から59歳までの母親）と自身が鉛筆を使用している者であった。
- 54) 指定商品は「焼肉のたれ」、母集団は市販の焼肉用調味料を年に1本以上自分自身で購入する人であった。
- 55) 指定役務は「インターネット上に設置された不動産に関するポータルサイトにおける建物又は土地の情報の提供」に対して、第二次調査の母集団は「[1] 直近1年以内に「引越し」や「住み替え」、「住まいの購入・建築」を検討・経験した者、[2] 「不動産・住宅情報サイト・アプリ」で情報収集した者、[3] 「LIFULL HOME'S」、 「SUUMO」、 「at home」、 「マイナビ賃貸」、 「CHINTAI」のうち、いずれかのサイトに対し「全国の不動産物件・住宅会社の情報を提供しているサービス」という認識がある者の全ての条件を満たし、かつ、「住宅メーカーまたは販売」、「不動産・建設関係」、「広告代理店・マスコミ・市場調査関連」に従事する本人又は家族でないこと」であった。
- 56) 被疑違反者のベビー・子供服売場を商品陳列デザインにつき1号に基づく請求がなされた事案において、母集団が「9歳未満の子供がいる女性」であった事例
- 57) スニーカー側面の図柄につき1号に基づく請求がされ、被疑違反者の需要者である一般消費者における認知度が問題とされた事案において、母集団は「20～50代のスニーカーを持っている男女100人ずつ（ただしマスコミ関係者、市場調査会社関係者、スポーツ用品・靴のメーカー・販売関係者を除く）」であった。
- 58) 「我が国において製造、販売を開始した昭和32年には、年間販売数量は40万ケース台にとどまったが、昭和36年には、年間販売数量は100万ケース（2400万

本）を突破し、昭和46年には、年間販売数量は9951万ケース（23億8833万本）を記録した。その後、アルミ又はスチール缶入り商品やペットボトル入り商品の比率が上昇するにつれ、リターナブル瓶入りの原告商品の販売数量は徐々に減少したが、近年でも400万ケース（9600万本）前後の年間販売数量をあげている」うえ、「原告及び日本コカ・コーラは、昭和36年に、リターナブル瓶入りの原告商品について、本格的な広告宣伝を開始し、以降、多大な広告費を投入し、長年にわたり、新聞・雑誌における広告の掲載やテレビ・ラジオにおけるコマーシャル放送等を繰り返し、行うことにより、リターナブル瓶の形状を印象付ける広告宣伝を継続して」おり、これは「原告商品全体に占める、リターナブル瓶入り原告商品の販売数量が占める割合は相対的に低下した」後も継続されている等とされている。

- 59) 第一次調査の質問[1]に対し、見たことがあると回答した割合は無色容器については91%、文字商標付容器については98%、質問[2]に対し調査対象者が「コカ・コーラ」と回答した割合は、無色容器については81%、文字商標付容器については97.5%、第二次調査のうち、CLT調査では質問[1]’に対し「見たことがある」と回答した調査対象者の割合は93.7%、その形状の商品の名前を知っているかとの質問（質問[2]’）に対し「コカ・コーラ」と回答した調査対象者の割合は73.3%、ウェブ調査では質問[1]’に対し「見たことがある」と回答した調査対象者の割合は89.4%、質問[2]’に対し「コカ・コーラ」と回答した調査対象者の割合は60.3%であった。
- 60) 本来的には識別力の存在が疑わしい靴等の地模様に関し、その地模様が用いられる「エピ・ライン」というシリーズ商品について「バッグの写真を例として挙げた質問に対して、原告のエピ・ラインのシリーズを認識していると回答した女性の割合が74・9パーセントに上っており、モノグラム・ラインの97・0パーセントに次ぐ認知率を示して」おり、別の調査結果においても「本願商標を単独で、あるいは、実際の商品に付されている「LV」のモノグラムの表示を削除して、本願商標のみを付したバッグを回答者に見せて、本願商標がいかなる者に属するか、あるいは本願商標を使用した商品のシリーズ名は何かを問うアンケート調査を、同社のホームページにアクセスして回答するという方法で行ったところ、本願商標を付したバッグの写真による質問に対して、回答者の62・8%が原告の商品であることを認識しており、さらに本願商標のみの写真による質問に対して、回答者の70%が原告のものであることを認識しているという調査結果が得られてい」たところ、これが参酌され商標法3条2項該当性が肯定された事案であった。前者の調査は文字商標も付されていたものであることが窺われ、前後者両方ともその質問方法が不明である点で問題がありそうだが、そもそも日本における莫大な売上げ（昭和62年（1987年）に約8億円であったものが年々増加して、平成8年（1996年）には、236億円に達して」いる等）や、多数の雑誌掲載実績等が存在した事案であった。
- 61) 適切な質問方法の詳細は、注34に掲げる文献を参照