

# 女性用ハイヒールの靴底に付された色彩 と不正競争防止法における商品等表示 ～〔ルブタン不正競争事件〕～



大阪工業大学知的財産専門職大学院教授 大塚 理彦

## 要 約

女性用ハイヒールの靴底に付された色彩が不正競争防止法における商品等表示に該当するか否かが初めて争われた〔ルブタン不正競争事件〕を採り上げ、周知表示混同惹起行為（不正競争2条1項1号）における商品等表示該当性並びに混同概念の質的拡張及び時的拡張について論じる。商品等表示を特定する際には、その外延が不明確又は過大となることのないよう商品の具体的な特徴をもって外延を画すべきである。また、購買後におけるブランドの汚染・希釈化に対する保護のため、商品等における位置を特定した色彩のみからなる商標及び位置商標並びに商品の特徴からなる商品等表示の活用が求められる。

## 目次

- はじめに
- 第一審
  - 事案の概要
  - 判旨
- 控訴審
  - 事案の概要
  - 判旨
- 検討
  - 商品等表示該当性
  - 広義の混同
  - 購買後の混同
  - 審決取消訴訟
- おわりに

## 1. はじめに

女性用ハイヒールの靴底に付された色彩が不正競争防止法における商品等表示に該当するか否かが初めて争われた〔ルブタン不正競争事件〕<sup>(1)</sup>を採り上げ、周知表示混同惹起行為（不正競争2条1項1号）の一側面について考察する。判決には賛成するものの、いくつかの論点は残るものと思われる。本稿においては、商品等表示該当性と広義の混同について筆者の見解を示す。また、原告から購買後の混同に関する主張がなく、この点について議論が進まなかったことが残念である。商品等における位置を特定した色彩のみからなる商標及び位置商標並びに商品の特徴からなる商品等表示は、購買後におけるブランドの汚染・希釈化に対する保護のため活用されるべきであると考えられる。

## 2. 第一審

### 2. 1 事案の概要

原告 X は、高級ファッションブランドであるルブタンのデザイナーであり、原告会社の代表者である。原告会

社は、女性用ハイヒール等のルプタン商品の製造販売等を業とするフランス法人である。原告表示は、女性用ハイヒールの靴底に原告赤色（PANTONE 18-1663TPG）を付す構成からなるものである。原告商品であるルプタンの女性用ハイヒールは、革素材の靴底が原告赤色でラッカー塗装されている。一方、被告は、婦人靴の販売等を業とする株式会社である。被告商品は、赤色のゴム素材からなる靴底に金色で「EIZO」のロゴマークが付されている。

原告は、被告商品の製造販売等が不正競争防止法における周知表示混同惹起行為（不正競争2条1項1号）又は著名表示冒用行為（同2号）に該当するとして、被告商品の製造販売等の差止及び廃棄（不正競争3条1項・2項）並びに損害賠償（不正競争4条）を請求した。

## 2. 2 判旨

裁判所は、原告表示が不正競争防止法における商品等表示に該当しないとして原告の請求を棄却した。

まず、不正競争防止法における周知表示混同惹起行為（不正競争2条1項1号）の趣旨として、周知な商品等表示の有する出所表示機能の保護をあげる。ここで、商品等表示とは、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（不正競争2条1項1号括弧書）。

次に、色彩を含む商品の形態は、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、商品の形態が商品等表示に該当するためには、客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴である特別顕著性を有していること、特定の事業者による長期間の独占的利用又は短期間であっても極めて強力な宣伝広告がされる等した結果、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性を獲得していることが必要であるとする。ここまでの説示は、周知表示混同惹起行為に係る従来の裁判例を踏襲しているものといえることができる。

さらに、商品に関する表示が複数の商品形態を含む場合について「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て、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。」と判示した。この点が〔ルプタン不正競争事件〕第一審における新たな規範であると思われる。

本件への当てはめにおいて、原告表示は被告商品を含め、広範かつ多数の商品形態を含むものであるとしたうえで「原告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、原告商品の形態は、この点において特徴があるのに対し、被告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、原告商品の形態と被告商品の形態とは、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、少なくとも被告商品の形態は、原告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、原告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。」とし、原告表示は明らかに原告の商品等表示に該当しない赤色ゴム底のハイヒールを含むから、全体として商品等表示に該当しないと結論づけた。

なお、従来の裁判例によって示された規範についても当てはめを行い、特別顕著性、周知性のいずれも否定した。また、周知表示混同惹起行為における混同要件についても、需要者は価格帯及び靴底を含むデザイン性の相違から両商品の出所を識別できること、中敷や靴底に付されたブランド名のロゴから出所を確認できること、現物の印象や履き心地等を確認したうえで購入するのが通常であることから、誤認混同が生じないことは明らかであると

した。その他の原告主張についてもことごとく斥けた。

### 3. 控訴審

#### 3. 1 事案の概要

原告は判決を不服として控訴し、原判決の取消とともに、周知表示混同惹起行為（不正競争2条1項1号）又は著名表示冒用行為（同2号）に基づく被告商品の製造販売等の差止及び廃棄（不正競争3条1項・2項）並びに損害賠償（不正競争4条）を改めて請求した。

#### 3. 2 判旨

裁判所は、商品等表示該当性にふれることなく、混同要件を充たさないことにより周知表示混同惹起行為の成立を否定し、著名性要件を充たさないことにより著名表示冒用行為の成立を否定した。これにより原告の控訴は棄却された。

まず、周知表示混同惹起行為における混同要件について、価格帯が異なることにより市場種別が相違すること、需要者の多くが実店舗で試着のうえ購入すること、路面店又は直営店はもとより百貨店又は小売店においても売り場にはブランド名が明確に表示されていること、さらに中敷にはブランドロゴが付されていることといった取引の実情に鑑みれば、「被告商品を『ルプタン』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。」とした。

次に、著名表示冒用行為における著名性要件について、「一定の需要者には『靴底が赤い』女性用ハイヒールは『ルプタン』のブランドを指すものと認識されているといえる。」としながらも、靴底が赤い女性用ハイヒールは原告商品以外にも少なからず流通しており控訴人が独占的に使用してきたものとはいえないこと、本件アンケートにおいて原告表示を「ルプタン」ブランドであると想起した回答者は51.6%程度にとどまることにより、「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はまでは評価することができない。」とした。

### 4. 検討

#### 4. 1 商品等表示該当性

第一審において裁判所は、商品に関する表示の商品等表示該当性について「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。」<sup>(2)</sup>とする新たな規範を示した。原告表示は原告商品の商品等表示に該当しない赤色ゴム底のハイヒールを含むため、全体として商品等表示に該当しない。もっとも、この規範は、本来的には商品の出所表示機能を有するものではない表示の商品等表示該当性について、従来の裁判例によって示された特別顕著性と周知性からなる規範<sup>(3)</sup>を置き換えるものではなく、これを補完するものととどまると解される。

原告表示は、原告による商品等における位置を特定した色彩のみからなる商標の商標登録出願（商願2015-029921）<sup>(4)</sup>において、商標登録を受けようとする商標そのものであり、商標の詳細な説明には「商標登録を受けようとする商標（以下「商標」という。）は、女性用ハイヒール靴の靴底部分に付した赤色（PANTONE 18-1663TP）<sup>(5)</sup>で構成される。なお、破線（女性用ハイヒール靴の形態を示す。筆者注）は、商標がどのように使用されるかの一例を示したものであり、商標を構成する要素ではない。」と記載される。

原告商品を離れた抽象的かつ観念的な構成をもって原告の商品等表示を特定することには注意を要する。ログハウス調木造住宅に係る〔フランクフェイス事件〕<sup>(6)</sup>において裁判所は「そうすると、原告が『商品等表示』該当性を主張する原告表示の建物は、別紙1原告表示目録記載の写真に表現された原告建物を離れたものであるときは、具体的に特定された形態であると認めることができないものであって、原告が主張する前記〔1〕ないし〔6〕の特徴を全て備えた建物には、数限りないバリエーションが想定されるものであり、一般住宅の需用者である一般の消



費者において、通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる建物の形状ということとはできないから<sup>(7)</sup>、その出所を識別することができる商品の形態の特定に欠けるといわざるを得ない。」とした。

一方、シリーズ商品に共通の特徴が商品等表示該当性を獲得することもある。婦人服のシリーズ商品に係る〔プリーツ・プリーズ事件〕<sup>(8)</sup>において裁判所は、原告商品について「平成六年二月当時において、原告商品1ないし5（タンクトップ、ポロシャツ、ロングパンツ、カーディガン）など一七種のアイテムにつき一三色の単色の色彩を備えた婦人服のシリーズ商品であったところ、これらシリーズ商品の形態を、各アイテムの性質上必然的に備えるべき基本的形態（例えば、上衣のアイテムであれば、袖ぐりや襟ぐりが存在することなど）を捨象して観察すれば、『滑らかなポリエステル生地からなる婦人用衣服において、縦方向の細かい直線状のランダムプリーツ（幅が一定しないひだ）が、肩線、袖口、裾などの縫い目部分も含めて全体に様に施されており、その結果、衣服全体に厚みがなく一枚の布のような平面的な意匠を構成する』という共通した特徴があることが認められる。」とした。

また、スーツケースに係る〔リモワ事件〕<sup>(9)</sup>において裁判所は「需要者に認識される機会の多い原告製の商品（スーツケース）は、正面側及び背面側に、原告主張4要素で記述されるリブ加工が施されていることで商品形態の特徴があるといえるが、それに尽きるのではなく、そのリブ加工が施される本体の6面がほぼ完全なフラットな面で構成され、しかも、その折曲げ部を小さな曲率半径のカーブとしてすっきりとした直方体が形成されていること、加えて一般に4輪キャスターに分類される商品では、底面に、キャスターを取り付けるために本体底面の四隅を少し切欠いた箇所を設け、同所に比較的大径の2輪のキャスターがスーツケース本体の底面四隅に目立つ態様で取り付けられ8輪キャスターになっているという点に商品形態の特徴があり、これらの三つの商品形態の特徴が相俟って、他のスーツケースと識別しうる特別顕著性を有するものと認められる。」とした。

すなわち、商品に関する表示に係る商品等表示の特定において、商品の性質上必然的に備えるべき基本的形態は捨象することができる。また、複数の特徴をもって商品等表示を特定する場合であっても、それらの特徴が相俟って他の同種商品と識別し得る特別顕著性を有していれば商品等表示該当性が肯定される。〔ルプタン不正競争事件〕における原告表示は、その外延が不明確かつ過大であるから、これを明確かつ適切に画することが求められていると解される。しかし、原告表示を明確かつ適切に画することによって原告表示の商品等表示該当性は肯定される一方、被告商品は商品等表示該当性を獲得した原告表示には含まれないこととなろう。

#### 4. 2 広義の混同

控訴審において裁判所は、原告表示の商品等表示該当性については判断を示さず、周知表示混同惹起行為（不正競争2条1項1号）については混同要件を、著名表示冒用行為（同項2号）については著名性要件をそれぞれ否定することにより控訴人の請求をいずれも棄却した。訴訟経済に優れた判断といえるかもしれない。

混同概念の拡張については、二つの側面がある。一つは狭義の混同から広義の混同への質的拡張であり、もう一つは購買時の混同に加えて購買前の混同と購買後の混同<sup>(10)</sup>を觀念する時的拡張である。

質的拡張について、周知表示混同惹起行為における混同が広義の混同を含むことは複数の判例が示すところである<sup>(11)</sup>。広義の混同が生じ得る場合として最高裁は、親会社、子会社の関係や系列関係等の緊密な営業上の関係が存するものとの誤信、同一の商品化事業を営むグループに属する関係が存するものとの誤信をあげる。

控訴審において裁判所は「被告商品を『ルプタン』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。」としたが、広義の混同を含め、そのようなおそれがまったくないとまで言い切ることができるであろうか。例えば、原告が高級ファッションブランドであるルプタンのイメージを維持しつつ、より手頃な価格帯の別ブランドを提案したとの誤信は起こり得ないであろうか。店舗外観に係る周知表示混同惹起行為の成否が争われた〔コメダ珈琲事件〕<sup>(12)</sup>において裁判所は「店舗名等の相違を勘案しても、債務者表示1を使用することは、その使用主体と債権者表示1の出所との間に資本関係や系列関係、提携関係など（系列店、姉妹店などといわれる関係を含む。）の緊密な営業上の関係が存すると誤認混同させるおそれ（いわゆる広義の混同のおそれ）があると認められる。」としている。

#### 4. 3 購買後の混同

周知表示混同惹起行為（不正競争2条1項1号）における混同要件の成否は、取引の実情等を基に購買時の混同について争われる場合がほとんどであり、周知な商品等表示の有する出所表示機能の保護をその趣旨とする。これに対して、購買前の混同及び購買後の混同を観念するのが混同概念の時的拡張である。なお、本稿においては、購買前の混同には立ち入らないこととする。

購買後の混同は、さらに二つの類型に分類することができる。一つは、購買者と使用者が分離しており、購買者による購買時には混同は生じていないが使用者による使用時には混同が生じているという類型である。購買者は購買した商品を使用しておらず、実際にこれを使用するのは使用者であるため、出所表示機能に加えて品質保証機能も害されるおそれがある。

もう一つは、購買後に購買した商品を使用している者をたまたま目にした第三者に混同が生じているという類型である。この類型における第三者は往々にしてその商品の潜在的顧客であるから、出所表示機能に加えて、稀少性やブランドイメージの低下といった宣伝広告機能の棄損が懸念される。本件における原告が求めていたのは、購買時の混同の排除ではなく、第三者による購買後の混同の排除ではないかということが強く推認される<sup>(13)</sup>。なお、第三者による購買後の混同の対象となる商品がいわゆるコピー商品のようなものである場合には、そこに付されたブランドロゴ等が伝統的な商標権の侵害であるとしてこれを排除することもできようが、トレードドレスのような商品の特徴のみを模倣された場合には、新しいタイプの商標のなかでも商品等における位置を特定した色彩のみからなる商標及び位置商標並びに商品の特徴からなる商品等表示を活用してこれを排除すべきである<sup>(14)</sup>。

購買後の混同については、著名ブランドの汚染・希釈化に対する保護の観点から、著名表示冒用行為（不正競争2条1項2号）をもって手当てできているとする見解もあろう。しかし、著名性要件を充たすためには、全国的に知られていることに加えて、その商品の分野に属する取引者、需要者だけではなく世間一般に広く知られていることが必要であるとされる<sup>(15)</sup>。また、商品の形態については、たとえ商品等表示該当性が肯定されたとしても著名性要件を充たすことは困難であるとする裁判例がある<sup>(16)</sup>。

一方、著名には至らなくとも愛好者の間で人気の高いブランドは数多く存在する。そのようなブランドにおける商品の特徴の保護は周知表示混同惹起行為に頼らざるを得ないが、そこでは購買時の混同が争点とされることが多く、購買後の混同が争点となることはほとんどない。価格帯の相違、ブランド名の表示、購買時の現物確認といった取引の実情を基に購買時の混同を否定することは容易であるが、それでは商品の特徴のみを模倣した商品であって、価格帯や市場種別の異なるものを周知表示混同惹起行為の埒外におくこととなる<sup>(17)</sup>。

商品の特徴といった本来的には商品の出所表示機能を有するものではない表示における混同の解釈についてはより慎重な検討が必要である。具体的には、商品等表示の有する出所表示機能の棄損が採り上げられることが多いなか、宣伝広告機能の棄損に着目した混同の解釈が求められる。

原告が購買後の混同を主張した裁判例として〔リーバイス事件〕<sup>(18)</sup>がある。〔リーバイス事件〕において原告は「ジーンズのバックポケットのステッチは、購入後においては、ジーンズの出所を示すものとして、より重要な役割を果たす。すなわち、購入後は、出所を示す紙ラベルが取り払われ、ウエスト部分のパッチは着用した場合、上着などで隠れることが多く、生地にも模様がないのが通常なので、生地の模様で出所を区別することはできない。そこで、購入後、出所を区別するのは、バックポケットに付されたステッチを置いて、他の方法がない。たとえ被告商品に『エドウィン』又は『サムシング』という標章等が付されていても、混同防止力は微力である。ステッチの形状が類似であれば、それだけで、原告製品と被告商品との混同が生じる。」と主張したが、裁判所は購買後の混同に踏み込むことなく混同要件を肯定している。また、原告の主張においても、購買後の混同によって棄損される対象は出所表示機能であって宣伝広告機能についての言及はない。

購買後の混同を初めて認めた裁判例として〔ELLEGARDEN事件〕<sup>(19)</sup>がある。〔ELLEGARDEN事件〕において裁判所は、購買後の混同（ポスト・セールス・コンフュージョン）について「仮に購入者自身は、被告ウェブサイト中の説明内容により、被告商品を本件ロックバンドに関連するものであるということを認識できたとしても、当該商品を身に付けた者を更に他の第三者が見ることも当然あり得るところであり、そのような第三者は、当該商品



が本件ロックバンドに関連するものであるとの認識を有することができず、当該商品の出所が原告であると誤認するおそれがあると認められる。」とした。ここでも出所表示機能の棄損が問題とされ宣伝広告機能の棄損は議論されていない。

そもそも、購買時の混同について出所表示機能の棄損が問題になるのは、混同によって原告商品の購買機会の損失が懸念されるからである。一方、購買後の混同においても出所表示機能の棄損は生じているが、購買という行為は既に完了しているので購買機会の損失は観念できない。購買後の混同においては、購買者と使用者が分離している類型の場合、使用者による使用に係る品質保証機能の棄損がより重要な問題であり、第三者による購買後の混同の類型の場合、第三者による視認に係る宣伝広告機能の棄損がより重要な問題なのである。

#### 4. 4 審決取消訴訟

最後に、原告が原告表示とした商品等における位置を特定した色彩のみからなる商標の商標登録出願（商願2015-029921）について、拒絶査定不服審判（不服2019-014379）の拒絶審決に対する審決取消訴訟<sup>(20)</sup>にふれることとする。請求は棄却され、拒絶査定が確定している。

裁判所は、商標法3条1項3号に該当する商標が商標登録の要件を欠くとされる趣旨について〔ワイキキ事件〕<sup>(21)</sup>を引用したうえで独占適応性と自他商品識別力の欠如をあげた。続いて、商品の色彩について「取引に際し必要適切な表示として何人もその使用を欲するものであるから、原則として何人も自由に選択して使用できるものとすべきであり、特に、単一の色彩のみからなる商標については、同号の上記趣旨が強く妥当するものと解される。」と判示した。また、使用による識別力の獲得に係る商標法3条2項は例外的な規定であるとする。

本件への当てはめにおいては「本願商標の構成態様は特異なものとはいえないこと、原告が取り扱う女性用ハイヒール靴の中敷きに『Christian Louboutin』（一部文字を図案化してなるもの）のロゴが付されており、これらの文字の表示から、原告の女性用ハイヒール靴の出所が認識され、又は認識され得ることは否定できないこと、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赤色を靴底に使用した女性用ハイヒール靴を販売していたこと等の諸事情に加え、本件アンケートの調査結果から推認される需要者における本件商標の認知度は限定的であることを総合考慮すると、本願商標は、前記2(2)で示したような、公益性の例外として認められる程度の高度の自他商品識別力を獲得している（独占適応性がある）と認めることができないものであることは明らかである。」として、本願商標の商標法3条1項3号該当性を認めつつ同2項の適用を否定した。

同種商品の存在と本件アンケートの調査結果はおくとして、商品等における位置を特定した色彩のみからなる商標について、原告が取り扱う女性用ハイヒール靴の中敷きにロゴが付されていることをもって商標登録を拒絶することには疑問を禁じ得ない。それでは、商品等における位置を特定した色彩のみからなる商標の商標登録は極めて困難である。商品等における位置を特定した色彩のみからなる商標は、位置商標及び商品の特徴からなる商品等表示とともに、購買後におけるブランドの汚染・希釈化に対する保護のため活用されるべきである。

ロゴが付されている点について、原告を示す著名商標である文字を捨象した立体的形状のみからなる本願商標に対し、その使用態様においては立体的形状に文字が付されていた立体商標の商標登録出願に係る拒絶査定不服審判の審決取消訴訟の判決が参考になる<sup>(22)</sup>。〔コカ・コーラ事件〕<sup>(23)</sup>においては「リターナブル瓶入りの原告商品に『Coca-Cola』などの表示が付されている点が、本願商標に係る形状が自他商品識別機能を獲得していると認める上で障害になるというべきではない」と判示され、〔ヤクルト事件〕<sup>(24)</sup>においても「本件容器の立体的形状は、本件容器に付された平面商標や図柄と同等あるいはそれ以上に需要者の目に付きやすく、需要者に強い印象を与えるものと認められるから、本件容器の立体的形状はそれ自体独立して自他商品識別力を獲得していると認めるのが相当である。」と判示されている。いずれの事件においても、文字等を捨象した立体的形状のみからなる本願商標を示したうえで想起する銘柄を問うアンケート調査の結果、本願商標について高い認知率が得られたことが商標法3条2項の適用を肯定するための強力な後押しとなっている。

なお、位置を特定した色彩のみからなる商標の商標登録出願において〔ルプタン不正競争事件〕における原告表示の特徴であるとされた光沢及び質感について、商標審査便覧によれば、金色、銀色等のメタリックカラー及び

パールカラー並びにこれらに準ずる色彩を願書に記載することができるとされる<sup>(25)</sup>。

## 5. おわりに

今後は、原告表示が商品等表示該当性の判断に困難を伴う表示の場合、周知表示混同惹起行為（不正競争2条1項1号）については混同要件を、著名表示冒用行為（同項2号）については著名性要件をそれぞれ否定することにより原告の請求が棄却されるようになることが懸念される。とはいえ、商品等表示該当性に関する議論が不要になるわけではない。商品等表示該当性の判断については、原告表示の外延が不明確又は過大となることのないよう原告商品の特徴をもって外延を画すべきであろう。商品等表示該当性を緩やかに認めつつ周知性の判断に進むことが未登録商標をも保護の対象とする周知表示混同惹起行為（不正競争2条1項1号）の趣旨に副うのではないかと考える。

周知表示混同惹起行為における混同要件については、特に本来的には商品の出所を表示する目的を有しない表示において、購買後の混同にも配慮が必要である。購買後におけるブランドの汚染・希釈化に対する保護として、商品等における位置を特定した色彩のみからなる商標及び位置商標並びに商品の特徴からなる商品等表示が活用されるべきである。

なお、色彩のみからなる商標登録出願の審査においては、出願人の商品に文字等が付されていることをもって商標登録出願を拒絶するのではなく、文字等を捨象した色彩のみからなる商標が出所表示機能を発現するに至っているか否かを判断すべきである。そうでなければ、色彩のみからなる商標を導入した意味がないのではないと思われる。また、法改正を要するところではあるが、色彩とともにその光沢及び視覚に基づく質感並びに手触りのような触覚に基づく質感も特定した商標の導入についても検討を行うべきではないかと考える。


### (参考文献)

- (1) 東京地判令和4年3月11日判時2523号103頁〔ルプタン不正競争事件〕、知財高判令和4年12月26日令和4年（ネ）第10051号〔ルプタン不正競争事件〕。判批として、青木大也「女性用ハイヒールの靴底部分に付した赤色をめぐる商品等表示該当性が争われた事例」L&T No.99（2023）98頁。
- (2) 特許法における、いわゆるサポート要件（特許36条6項1号）を想起させる。原告表示を原告商品の特徴から導出される範囲に限縮すれば商品等表示該当性が肯定され得ると考えられる。
- (3) 近時の裁判例として、大阪地判令和4年8月25日令和2年（ワ）第4530号〔うき事件〕。なお、本稿において深入りはしないが、本来的には商品の出所表示機能を有するものではない表示の商品等表示該当性について、筆者は特別顕著性を有することのみで足りると考えている。周知性は、類似性とともな周知表示混同惹起行為（不正競争2条1項1号）の要件の一つである。
- (4) 控訴審の判決後に拒絶査定が確定している。
- (5) PANTONE 18-1663TPのTPは旧版色見本帳の符号であり現在はTPGとなる。
- (6) 東京地判平成26年10月17日平成25年（ワ）第22468号〔フランクフェイス事件〕。
- (7) 〔フランクフェイス事件〕において裁判所は「商品の形態」について不正競争防止法2条4項の定義を引用するが、不正競争防止法において「商品の形態」という用語は形態模倣商品提供行為（不正競争2条1項3号）についてのみ用いられており、これを商品等表示の特定に援用することには疑問なしとしない。なお、形態模倣商品提供行為においても、商品のアイデアやコンセプトのような抽象的な概念は「商品の形態」ということができない。東京地判平成12年4月25日平成11年（ワ）第24434号〔サンドおむすび牛焼肉事件〕、東京高判平成12年11月29日平成12年（ネ）第2606号〔サンドおむすび牛焼肉事件〕。
- (8) 東京地判平成11年6月29日判時1693号139頁〔プリーツ・プリーズ事件〕。
- (9) 大阪地判平成28年5月24日判時2327号71頁〔リモワ事件〕。
- (10) 参考論文として、井上由里子『「購買後の混同（post-purchase confusion）」と不正競争防止法上の混同概念－アメリカでの議論を手がかりに』相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題』（弘文堂・2005年）。
- (11) 最判昭和58年10月7日民集37巻8号1082頁〔日本ウーマン・パワー事件〕、最判昭和59年5月29日民集38巻7号920頁〔NFLチーム名称事件〕、最判平成10年9月10日判時1655号160頁〔スナックチャンネル事件〕。
- (12) 東京地決平成28年12月19日平成27年（ヨ）第22042号〔コメダ珈琲事件〕。
- (13) 購買者が着用している被告商品を第三者が視認した場合、光沢及び質感の相違並びに被告商品の靴底に付されたロゴによって原告商品と被告商品を識別することは困難であると思われる。
- (14) 商品等における位置を特定した色彩のみからなる商標及び位置商標の活用の可能性が高いことを指摘しているのであって、その

他の新しいタイプの商標が商品の特徴のみを模倣された場合に機能しないというわけではない。

- (15) 商標法4条1項8号における略称の著名性に係る裁判例ではあるが、東京高判平成16年8月9日判時1875号130頁〔CECIL McBEE事件〕。一方、著名表示冒用行為については一定の分野において著名であれば足りるとする裁判例もある。東京地判平成12年12月21日平成11年（ワ）第29234号〔虎屋事件〕、東京地判平成13年7月19日判時1815号148頁〔呉青山学院事件〕。
- (16) 東京地判平成12年6月29日判時1728号101頁〔モデルガン事件〕。
- (17)〔フランク三浦事件〕は原告が本件商標の無効審決の取消を求めた事件であるが、いわゆるパロディ商品である原告商品については、購買時の混同はもとより購買後の混同も認め難い。そこで、被告は本件商標を無効とすることによって購買後の混同が認められる余地の拡大を企図したのではないかと考えられる。知財高判平成28年4月12日判時2315号100頁〔フランク三浦事件〕。
- (18) 東京地判平成12年6月28日判時1713号115頁〔リーバイス事件〕。
- (19) 東京地判平成19年5月16日平成18年（ワ）第4029号〔ELLEGARDEN事件〕。控訴審判決はこれを否定しているが、購買後の混同が認められる余地は残している。知財高判平成20年3月19日判時2033号77頁〔ELLEGARDEN事件〕。
- (20) 知財高判令和5年1月31日令和4年（行ケ）第10089号〔ルプタン審決取消事件〕。
- (21) 最判昭和54年4月10日判時927号233頁〔ワイキキ事件〕。
- (22) 参考論文として、大塚理彦「色彩のみからなる商標に係る審決取消訴訟の現状」パテントVol.74 No.4（2021）70頁。
- (23) 知財高判平成20年5月29日判時2006号36頁〔コカ・コーラ事件〕。
- (24) 知財高判平成22年11月16日判時2113号135頁〔ヤクルト事件〕。
- (25) 詳細は商標審査便覧54.03「色彩のみからなる商標の出願における『金色』等の色彩に関する取扱い」を参照。参考商標登録出願として、商願2023-038979。

（原稿受領 2023.8.29）



## ヒット商品は こうして生まれた!


令和4年  
改訂版

**ヒット商品を支えた知的財産権**

「パテント・アトニー誌」で毎号連載しております、「ヒット商品を支えた知的財産権」。

こちらの記事を一冊にまとめた「ヒット商品はこうして生まれた!」は発明のストーリーをコンパクトにまとめたもので、非常に好評を博しております。

是非ご覧いただき、知的財産、更には弁理士への理解を深めていただければ幸いです。



◆本誌をご希望の方は、[panf@jpaa.or.jp](mailto:panf@jpaa.or.jp)までご一報ください。