

胃潰瘍治療剤カプセル事件：知財高裁三部平 18(ネ)第 10009 平成 18 年 9 月 28 日
判決〔控訴棄却〕 C 1 - 3 1 参照

〔キーワード〕

色彩構成，商品等表示製，不正競争行為，一般不法行為

〔事 実〕

控訴人，被控訴人は、いずれも医薬品，医薬部外品等の製造，販売等を業とする株式会社である。

本件は、控訴人が被控訴人に対し、被控訴人の販売する胃潰瘍治療材「セループカプセル 50mg」（以下「被告商品」という。）が控訴人の販売する胃炎・胃潰瘍治療材「セルベックスカプセル 50mg」（以下「原告商品」という。）とカプセル及び P T P シートの色彩構成において類似し、被控訴人による被告商品の販売が不正競争防止法 2 条 1 項 1 号所定の不正競争行為に該当すると主張して、被告商品の販売等の差止め及び破棄（同法 3 条）並びに損害賠償（同法 4 条）を請求したが、原判決が、控訴人の請求をいずれも棄却したため、控訴人が、これを不服として控訴を提起し、当審において、被控訴人の行為が民法 709 条所定の一般不法行為にも該当することを主張して、これに基づく上記と同一内容の請求を予備的請求として追加した事案である。

なお、控訴人が主張する原告商品のカプセル及び P T P 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 P T P シートという色彩構成（以下「原告色彩構成」という。）であり、控訴人は、この原告色彩構成が不正競争防止法 2 条 1 項 1 号にいう「商品等表示」に当たると主張するものである。

〔判 断〕

当裁判所は、原告色彩構成は出所表示機能ないし自他商品識別機能を備えたものとは認められないから、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号所定の「商品等表示」に該当するものではなく、被控訴人による被告商品の販売が同号所定の不正競争行為に該当することを理由とする控訴人の主位的請求はいずれも理由がないと判断する。また、控訴人が当審において追加した、被控訴人の行為が民法 709 条所定の一般不法行為に該当することを理由とする予備的請求もまた理由がないと判断する。その理由は、次のとおりである。

1 不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の「商品等表示」について

(1) 色彩（色彩構成）の商品等表示性不正競争防止法 2 条 1 項 1 号が、他人の周知な商品等表示と同一又は類似の商品等表示を使用することをもって不正競争行為と定めた趣旨は、周知な商品等表示に類似する商品等表示を使用することにより、需要者ないし取引者に当該商品等の出所を誤認させ、他人の営業上の信用にただ乗りをして顧客を獲得する行為を防止することにより、周知な商品等表示に化体された営業上の信用を保護するとともに、事業者間の公正な競争を確保することにあると解される。

そして、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号において、「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」と規定されているところ、商品やその容器等の外観に表れた色彩（色彩構成）も、一応、同号にいう「商品等表示」に当たり得るものといえる。

もっとも、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の趣旨や、同号において「商品等表示」が「人の業務に係る・・・商品又は営業を表示するものをいう」と定められていることからすれば、同号にいう「商品等表示」は、商品等表示それ自体が客観的に自他識別機能ないし出所表示機能を備えていることが必要であることはいうまでもないところ、商品あるいはその包装の色彩や色彩構成（複数の色彩の組合せ）は、商標等と異なり、本来的には商品の出所を表示する目的を有するものではなく、その色彩や色彩構成自体が商品と結合して特定の出所を表示する二次的意味を有するに至る場合があるにすぎないものである。

また、色彩は、文字、図形、記号等と結合した場合には、商標法上の商標となり得るし（同法 2 条 1 項）、物品の形状、模様等と結合した場合には、意匠法上の意匠（同法 2 条 1 項）となり得るものであるが、本来、色彩（色）それ自体の使用は、何人も自由に行うことができるものであり、色彩あるいは色彩構成を商品等表示として不正競争防止法によって保護することは、本来自由に使用できる色彩について特定の事業者の独占を認める結果になることにも留意する必要がある。

したがって、色彩あるいは色彩構成自体が商品と結合して出所表示機能を有し、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号所定の「商品等表示」に当たるといえるためには、その色彩をその商品に使用することの特異性など、少なくとも当該色彩あるいは色彩構成が他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有していることが必要であるというべきであり、また、その商品等表示該当性を判断するに当たっては、上記顕著な特徴を有することに加えて、さらに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、需要者が同種商品の識別要素として

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。

(2) 原告カプセル及び原告P T Pシートの商品等表示性原告カプセルは商品の一部であり、原告P T Pシートは商品の包装であるから、それらの外観に表れた色彩構成も、一応、不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」に当たり得るものといえる。

この点について、被控訴人は、原告商品は原告カートンに収納された状態で販売され、原告カプセルや原告P T Pシートが露出した状態で取引されることはないから、原告カプセル及び原告P T Pシートの色彩構成は、そもそも不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」に当たる余地がない旨主張する。確かに、原告商品は、控訴人から代理店を経由して病院ないし薬局に販売されているものであり、病院ないし薬局に到達するまでは原告カートンに収納された状態である（弁論の全趣旨）が、証拠（甲第3号証の1ないし4，第4号証の1ないし3，第5ないし第7号証，第14号証，乙第7号証）によれば、控訴人の製品便覧、取引先に配布した原告商品のリーフレット、控訴人のホームページのほか、「写真でわかる処方薬事典」などの書籍に、原告カプセル及び原告P T Pシートの写真が掲載されていることが認められ、これによれば、少なくとも原告商品を購入すべき医療機関ないし薬局において、購入前に原告カプセル及び原告P T Pシートの色彩構成を十分認識しているものと推認されるから、取引の際に原告カプセル及び原告P T Pシートが露出していないことの一事をもって、上記色彩構成が不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」に当たる余地がないということとはできない。

また、被控訴人は、医療用医薬品は常に医薬品名を明示して注文するのが常であり、薬事行政上も、P T Pシート等には商品名を和文で記載することが要求されているから、カプセル及びP T Pシートの色彩構成が識別機能を持つこととはなく、顕著性などを論ずるまでもなく、商品等表示性がない旨主張する。しかし、商品あるいはその包装の色彩構成が不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」に一応当たり得るものであることは、前記のとおりであり、医療用医薬品のカプセル及びP T Pシートの色彩構成がおよそ商品等表示性を有しないと解するのは相当でない。

(3) 原告色彩構成の商品等表示性

ア 前記のとおり、原告色彩構成が出所表示機能を有し、不正競争防止法2条1項1号所定の「商品等表示」に当たるといえるためには、その色彩をその商品に使用することの特異性など、少なくとも当該色彩構成が他の同種商品とは

異なる顕著な特徴を有していることが必要である。

この点について、控訴人は、医療用医薬品の場合、そのカプセル及びP T Pシートの色等形態が商品等表示に該当するか否かを検討する際には、当該色等形態が他の商品と異なる顕著な特徴を有しているかどうかを重視すべきではない旨主張する。しかし、前記のとおり、色彩自体は本来的には商品の出所を表示する目的を有するものではなく、一定の場合に特定の出所を表示する二次的意味を有するに至る場合があるにすぎないものであり、しかも、色彩は本来何人も自由に使用することのできるものであるから、原告カプセル及び原告P T Pシートの色構成について、商品を他から識別して特定の出所を表示する機能を備えているものとして、その独占を認めるためには、少なくともそれがありふれたものではない顕著な特徴を有していることが必要であると解すべきであり、このことは医療用医薬品についても何ら異なるところはないというべきである。

なお、控訴人は、原告色構成を控訴人が独占したとしても、その他の事業者に与える不利益は原告商品と同様の色構成をカプセル形態の胃潰瘍治療剤に限って使用することができなくなるという極めて限定されたものにすぎないなどとも主張しているが、本来何人も自由に使用することのできる色彩について、特定の事業者の独占を認めることは、それがカプセル形態の胃潰瘍治療剤の範囲に限られるとしても、他の事業者に与える不利益は大きいものがあるといわざるを得ないのであり、色彩あるいは色構成が商品等表示に当たるといえるためには、少なくともそれがありふれたものではない顕著な特徴を有していることが必要であるというべきである。

イ ところで、原告色構成が他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有しているかどうかを検討するに当たって、同種商品の範囲をどのようにとらえるかについて、控訴人は、医療用医薬品の種別ごとの処方ランキングが存在し、医療用医薬品の種別ごとの市場が存在するから、原告色構成の商品等表示該当性は、医療用医薬品全体の中で判断するのではなく、胃潰瘍治療剤の中において判断すべきであると主張する。

原告商品及び被告商品が医療用医薬品であることは当事者間に争いがなく、弁論の全趣旨によれば、医療用医薬品は、製薬会社等から医療機関等に販売され、そこで具体的処方があるまで保管され、医師の処方により患者に対して使用され、患者はその薬剤の対価を負担するものであることが認められる。医師等は、日常的に数多くの患者に接し、様々な薬剤を処方・使用しているところ、医師等が日常的に接する患者は、胃潰瘍に限らず多種多様な疾病に罹患しているの

であり、一人の患者が同時に複数の疾病に罹患していることも少なくない。また、処方箋により医療用医薬品の調剤を行う調剤薬局においては、複数の医師からの処方箋に対応するため、非常に多くの種類の医薬品を取り扱うものであり、調剤薬局が日常的に取り扱う医療用医薬品も胃潰瘍治療剤に限らず、多種多様である上、複数の種類の医療用医薬品が処方された患者に対し、処方に係る複数種類の医療用医薬品を調剤する場合も多い。このように、医師等が日常的に胃潰瘍治療剤に限らず、多種多様な医療用医薬品を取り扱っている実態からすれば、医療機関等において医療用医薬品がその種類や薬効によって分類・保管されているとしても、原告商品についての「同種商品」は、医療用医薬品全体をいうものと解すべきである。控訴人は、医療用医薬品の種別ごとの処方ランキングが存在することを根拠の一つとして挙げるが、同種商品の範囲は、上記のように同種商品が通常取引においてどのように取り扱われているかの観点から判断されるべきであって、処方ランキングの存在は、これと何の関係もない。

以上のとおり、「同種商品」は胃潰瘍治療剤に限定されるとの控訴人の主張は採用することができず、原告色彩構成が顕著な特徴を有しているどうかは、医療用医薬品全体を同種商品として検討されるべきであり、原告色彩構成が出所表示機能を備えているかどうかも、医療用医薬品全体の中で判断すべきである。

2 原告色彩構成についての具体的な検討

(1) 原告商品と被告商品の形状等

当事者間に争いが無い事実、以下に摘示する証拠及び弁論の全趣旨によって認められる事実を総合すると、原告商品及び被告商品の形状等は以下のとおりである。

ア 原告商品

原告商品は、原判決別紙原告標章目録1記載のとおり、蓋をなす部分が概ね緑色（正確には灰青緑色）で、蓋をされる部分が概ね白色（正確には淡橙色）で構成されたカプセル（原告カプセル）に薬剤が収められており、蓋をなす緑色の部分及び蓋をされる白色の部分の双方に識別コード「S X 5 0」が赤色で印刷されている（甲第14号証）。原告カプセルは、原判決別紙原告標章目録2及び3記載のとおり、PTPシート（原告PTPシート）に収納されているが、原告PTPシートは表面及び裏面とも銀色地となっており、シートの表面の上部（耳部）には控訴人の英字による標章（楕円の内部に「E i s a i」とあるもの）や、商品名「セルベックス50mg」が青色で印刷され、かつ、

カプセル収納部分の下部に相当する部分に幅広の縞模様が青色で印刷されている。他方、シートの裏面の上部には、商品名「S e l b e x 5 0 m g」等が青色で印刷され、その余の部分には、商品名「セルベックス50mg」や「S X 5 0」の文字、カプセルの取り出し方を示す図等が青色で印刷されている（乙第1号証）。

原告カプセルが封入された原告P T Pシートは、複数枚がまとめられて緑色の原告カートンに収納される。原告商品は、控訴人から代理店を經由して病院ないし薬局に販売されているものであり、病院ないし薬局に到達するまでは原告カートンに収納された状態である。

100カプセル入りの原告カートンの上面には、大きく白抜き文字で「胃炎・胃潰瘍治療剤セルベックス<R>カプセル50mg」と記載され、また、控訴人の英字による標章（楕円の内部に「E i s a i」とあるもの）及び商号等が黒字で記載されている。なお、原告カートンの側面には、黒字で「胃炎・胃潰瘍治療剤セルベックス<R>カプセル50mg」と記載されている（乙第5号証）。

原告商品には、昭和59年12月の発売以来、一貫して原告色彩構成が採用されている。

イ 被告商品

被告商品は、原判決別紙被告標章目録1記載のとおり、蓋をなす部分が概ね緑色で、蓋をされる部分が概ね白色で構成されたカプセル（被告カプセル）に薬剤が収められており、蓋をなす緑色の部分及び蓋をされる白色の部分の双方に識別コード「T P R 2 3 7」が赤色で印刷されている。

被告カプセルは、原判決別紙被告標章目録2及び3記載のとおり、P T Pシート（被告P T Pシート）に収納されているが、被告P T Pシートは表面及び裏面とも銀色地となっており、シートの表面の上部（耳部）には商品名「セループカプセル50mg」が青色で印刷され、また表面のその余の部分には、被控訴人の英字による標章（アルファベットの「t」とこれを囲む塗りつぶされた円からなるもの）、「237」との識別コード、有効成分の含有量を示す四角い枠で囲まれた「50mg」の文字が青色で印刷されている。他方、シートの裏面の上部には、商品名「C E L O O P 5 0 m g」が青色で印刷されており、その余の部分には、商品名「セループカプセル50mg」やカプセルの取り出し方を示す図等が青色で印刷されている（乙第1号証）。

被告カプセルが封入された被告P T Pシートは、複数枚がまとめられて白色のカートン（以下「被告カートン」という。）に収納される。

100カプセル入りの被告カートンの上面左側には、大きく緑色の文字で「CELOOP」、 「胃潰瘍治療剤セループ<R>カプセル50mg」などと記載され、また、被控訴人のマーク等が緑字で記載されている。また、被告カートンの上面右下側には、被控訴人の英字による標章（アルファベットの「t」とこれを囲む塗りつぶされた円からなるもの）と製造販売元として被控訴人の商号が記載されている。なお、被告カートンの側面には、緑色の文字で大きく「胃潰瘍治療剤セループカプセル<R>カプセル50mg」などと記載されている（乙第5号証）。

(2) 原告色彩構成の顕著性

ア 被控訴人の研究開発部課長代理A作成の報告書（乙第2号証）及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。

(ア) 原告商品の有効成分であるテプレノンを含む消化性潰瘍治療剤に係る控訴人の特許権（特許第1495088号）の存続期間は平成9年7月に満了し、同特許権は消滅したが、このころから原告商品の後発医薬品が発売されるようになった。原告商品の後発医薬品は、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成と同様の色彩構成を採用したものが多かった。

なお、控訴人は、平成17年3月、原告商品の後発医薬品メーカー10社に対し、本件訴訟と同様、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成と同様の色彩構成の使用が不正競争防止法2条1項1号の不正競争行為に当たるとして、訴訟を提起した。

(イ) 緑色系の色と白色系の色の2色の組合せによる色彩構成のカプセルと、銀色地に青色系の色の文字等が付されているPTPシートの双方が用いられている医療用医薬品としては、平成17年5月24日現在で、胃潰瘍治療剤の効能効果を有する医療用医薬品に限ってみても、アルフレッサファーマ製「ニザチジンカプセル150mg『OHARA』」、共和薬品工業製「テルペノンカプセル50mg」、沢井製薬製「セフタックカプセル50」、同「ニザチンカプセル150」、ゼリア新薬工業製「アシノンカプセル150」、被控訴人製「アテミノンカプセル150mg」、長生堂製薬製「アントベックスカプセル50mg」、鶴原製薬製「デムナロンカプセル」、東和薬品製「エクベックカプセル」、日-18本医薬品工業製「コバルノンカプセル」、明治薬品・大正薬品工業製「セルテプノンカプセル50mg」、メルク・ホエイ製「セルパスカプセル」及び陽進堂製「アンタゴスチンカプセル」の13商品（乙第2号証の添付資料3-2）、アズウェル製「ニザチジンカプセル150mg『OHARA』」（乙第2号証の添付資料1-2。以下、これらの医

療用医薬品を、その番号に従って「薬剤」などという。)並びに原告商品及び被告商品の少なくとも合計16商品がある。

(ウ) 緑色系の色と白色系の色の2色の組合せによる色彩構成のカプセルの医療用医薬品としては、前記(イ)の時点で、医療用医薬品全体では旭化成ファーマ製「シングルカプセル」等の少なくとも49商品(乙第2号証の添付資料3。原告商品及び被告商品を含む。)及びアズウェル製「ニザチジンカプセル150mg『OHARA』」(薬剤,乙第2号証の添付資料1-2)の少なくとも合計50商品がある。

また、これを胃潰瘍治療剤の効能効果を有する医療用医薬品に限ってみても、アルフレッサファーマ製「ニザチジンカプセル75mg『OHARA』」等の32商品(乙第2号証の添付資料3-2。原告商品及び被告商品を含む。)及びアズウェル製「ニザチジンカプセル150mg『OHARA』」(薬剤,乙2の添付資料1-2)の少なくとも合計33商品がある。

(エ) 銀色地に青色系の色の文字等が付されているPTPシートを用いた医療用医薬品であって、カプセルが用いられているものとしては、前記(イ)の時点で、医療用医薬品全体では、旭化成製「エフペニックスカプセル」等の66商品(乙第2号証の添付資料1。原告商品を含む。)及びアルフレッサファーマ製「ニザチジンカプセル150mg『OHARA』」(薬剤)等の13商品(乙第2号証の添付資料3-2。被告商品を含む。なお、ゼリア新薬工業製「アシノンカプセル150」は、同添付資料1と同添付資料3-2の双方に重複して記載されている。)の少なくとも合計79商品がある。

また、これを胃潰瘍治療剤の効能効果を有する医療用医薬品に限ってみても、小野薬品工業製「ロノックカプセル」等の9商品(乙第2号証の添付資料1-2。原告商品を含む。)及びアルフレッサファーマ製「ニザチジンカプセル150mg『OHARA』」(薬剤)等の13商品(乙第2号証の添付資料3-2。被告商品を含む。ゼリア新薬工業製「アシノンカプセル150」が2つの資料に重複して記載されていることは上記のとおり。)の少なくとも合計22商品がある。

イ 上記認定のとおり、原告商品の色彩構成は、緑色系の色と白色系の色の2色の組合せによる色彩構成のカプセルと、銀色地に青色系の色の文字等が付されているPTPシートの双方が用いられている、胃潰瘍治療剤の効能効果を有する医療用医薬品に限ってみても、原告商品及び被告商品を含めて少なくとも16商品も存在し、ありふれたものといわざるを得ない。また、同様に胃潰瘍治療剤の分野に限定して、緑色系の色と白色系の色の2色の組合せ

による色彩構成のカプセルが用いられている医療用医薬品は、原告商品及び被告商品を含めて少なくとも33商品も存在し、また、銀色地に青色系の色の文字等が付されているPTPシートが用いられている医療用医薬品は原告商品及び被告商品を含めて少なくとも22商品も存在し、胃潰瘍治療剤に限定しなければさらに多数の医療用医薬品が存在するから、これらの各色彩構成は、よりありふれたものといわざるを得ない。そして、一般に、緑色系と白色系の組合せや銀色地に青色系の文字の組合せが特異なものといえないことを合わせ考慮すれば、原告カプセル及び原告PTPシートの上記色彩構成は、医療用医薬品としても他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有しているとはいえない。

また、少なくとも原告商品の後発医薬品についてみても、平成9年7月以降、8年以上にわたって、緑色及び白色の2色からなるカプセル及び銀色地に青色の文字等を付したPTPシートの色彩構成を使用しており、仮に控訴人が胃潰瘍治療剤の効能効果を有する医療用医薬品としては初めてこの色彩構成を原告商品に採用したものであるとしても、控訴人による上記色彩構成の独占は相当程度長期間にわたって確保されなかった結果、その特徴が希釈化されてしまったものといわざるを得ない。

したがって、現時点（本件口頭弁論終結時）においてはもちろん、控訴人が損害賠償請求について損害の発生期間として主張する平成14年3月から平成17年3月までの間においても、原告色彩構成が医療用医薬品全体からはもとより、胃潰瘍治療剤の分野に限ってみたとしても、顕著な特徴を有しているとはいえない。

ウ 以上によれば、原告色彩構成は、ありふれたもので、特異性はなく、他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有しているということとはできないから、出所表示機能を有するものではなく、不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」であるということとはできない。

エ 控訴人の主張について

(ア) 控訴人は、上記報告書（乙第2号証）の添付資料3記載の薬剤のうち10種の薬剤は、現在控訴人との間で訴訟が係属している原告商品の後発医薬品であるところ、原告商品の後発医薬品が発売される平成9年ころまでは、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成と同一ないし類似の色彩構成を有する胃潰瘍治療剤は、原告商品以外には存在していなかったし、後発医薬品の販売開始後は、原告商品とこれらの後発医薬品のみが存在するだけであるから、原告色彩構成には特異性がある旨主張する。

しかし、そもそも、原告色彩構成が周知商品等表示に当たるか否かは、差止請求については事実審の口頭弁論終結時、損害賠償請求については損害の発生期間として主張する平成14年3月から平成17年3月までを検討すべきであるから（最高裁昭和61年(オ)第30,31号同63年7月19日第三小法廷判決・民集42巻6号489頁）、原告色彩構成が他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有しているかどうか、上記の時点で判断すべきものである。また、上記の顕著な特徴を有するか否かは、需要者一般にとって原告色彩構成が出所表示機能を備え得るといえる程度に顕著な特徴を有するかどうかという問題であって、客観的に判断されるべきものであるから、原告商品の後発医薬品を除外して考える合理性はない。仮に10社もの後発医薬品メーカーが、原告色彩構成に類似する色彩構成を採用して後発医薬品を販売していた結果、類似の色彩構成の同種商品が氾濫すれば、原告色彩構成から需要者一般が抱く観念と原告商品との結びつきは大きく減弱するといわざるを得ないのであるから、類似する色彩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、原告色彩構成が顕著な特徴を有しないと判断される結果となることはやむを得ないところである。しかも、原告色彩構成と類似した色彩構成を有する薬剤 ないし のうち、薬剤 , , , 及び の5商品は、原告商品の後発医薬品以外の医療用医薬品であるから（甲第7号証）、仮に原告商品の後発医薬品を除外してみたとしても、原告色彩構成が胃潰瘍治療剤の分野において顕著な特徴を有するものであるということとはできない。

控訴人は、後発医薬品の販売後も、原告商品は高いシェアを維持しており、後発医薬品が発売されたことによって、原告色彩構成の自他商品識別力は希釈されていない旨主張するが、類似の色彩構成の同種商品が氾濫することにより、原告色彩構成がありふれたものとなれば、需要者一般にとって原告色彩構成と原告商品との結びつきが減弱することは上記のとおりであり、控訴人の主張は採用することができない。

(イ) 控訴人は、原審においては、薬剤 及び の医療用医薬品は、カプセルの蓋をなす部分に使用されている色が黄緑色であって、原告カプセルの蓋をなす部分に使用されている濃緑色とは明らかに異なると主張していたところ、当審においては、原告商品における「緑色系」の色は、正確には「灰青緑色」であり、薬剤 , , , に使用されている「緑色系」の色彩とは、着色の濃淡の違いにとどまらず、離隔的に観察しても明確に識別することができるなどと主張している。

しかし、原告商品、被告商品を含む医療用医薬品の通常取引においては、

色を識別するとしても、肉眼での観察によると考えられるから、控訴人の主張する色彩の相違は、需要者が肉眼で離隔的に観察した場合に、識別することができるものでなければならない。また、原告色彩構成はカプセルの色とPTPシートの地の色及び文字の色との組合せであるから、PTPシートに入った状態でカプセルを観察する方法が最も原告色彩構成に適合する。しかし、乙第2号証の添付資料の写真を肉眼で観察しても、「緑色系」とされる複数のカプセルから、原告カプセルを色で識別することは困難であり、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。上記各薬剤と原告商品とのカプセルの蓋をなす部分の緑色の濃淡はそれほど大きなものではなく、これを明確に識別できるとする控訴人の主張は採用することができない。また、控訴人の提出する甲第69号証は、薬剤のカプセルの色差及び吸光度を機械で測定した結果であり、肉眼で観察した場合にもあてはまるとはいえない。なお、「灰青緑色」という色の名称は、一般的なものではなく、たとえ、肉眼で色調の違いを認識することができたとしても、需要者の記憶に残りにくい。当審で提出された甲第40号証は原告商品の添付文書であり、控訴人は原告商品の販売開始以来、色彩構成を変更していないと主張しているから、カプセルの色彩を「灰青緑色」と「淡橙色」の組合せと記載した文書が原告商品の販売開始時から存在したと考えられるにもかかわらず、控訴人は、原審の当初から、原告色彩構成のうち、カプセルの色については、緑色系の色と白色系の色の組合せと主張してきたのであって、「灰青緑色」と「淡橙色」の組合せとは主張していない。したがって、控訴人自身においても、原告商品のカプセルの色彩を、「緑色系」という以上に「灰青緑色」とまで識別していなかったものと推認される。

(ウ) 控訴人は、医師及び薬剤師等の医療関係者は原告商品を原告カートンから取り出し、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成を視認できる状態で原告商品を選別するのであって、医療関係者においては、商品名だけでなく、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成からこれが控訴人の製造販売に係る商品であると認識しており、原告色彩構成は自他商品識別機能を獲得するに至っている旨主張する。

しかし、医師は、患者の診療において高度の注意義務を負っている者であり、医師及び薬剤師等の医療関係者は、誤って処方と異なる薬剤を患者に交付することを防ぐ必要があるから、細心の注意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、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。乙第6号証によれば、誤投与を防ぐために、PTPシートに薬剤の販売名（薬剤名）を記載するよう指導が行われていることが認められ、原告商品、被告商品を含む医薬品のPTPシートには販売名が記載されているから、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、販売名によって確認していると推認される。なお、甲第33号証には、錠剤の識別方法として「色」が有効だと答えた医師、薬剤師が多かったとの結果が記載されているが、同号証における識別は「医療ミスを防ぐため」のものであり（医療ミスを防ぐためであれば、成分が同一である先発品と後発品とは、同じ色にすべきことになる。）、薬剤の出所との関係での識別ではない。また、甲第28号証の1ないし125は、印刷された数行にわたる各質問事項に対して「はい」「いいえ」「わからない」との回答が用意された書面に、回答のいずれかを丸で囲み、署名又は記名押印するだけの方式のものであり、その実質的な質問事項（ ないし ）もすべて誘導的な内容のもので、いわば回答を暗示して行われたアンケートともいうことができるから、その結果をそのまま信用することはできない。

(I) 控訴人は、胃潰瘍患者は原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成を視認できる状態で原告商品を選別するから、胃潰瘍患者においては原告色彩構成からこれが控訴人の製造販売に係る商品又はいつも服用している医薬であるとの認識を持ち、カプセル及びPTPシートの外観で識別しているのが実情であり、原告色彩構成は自他商品識別機能を獲得するに至っている旨主張する。前記認定のとおり、医療用医薬品は、製薬会社等から医療機関に販売され、医師の処方により患者に対して使用され、患者は使用された薬剤の対価を負担するものであり、患者が薬局等で処方箋なしに自らの選択で購入することはできない。しかし、通常の診療過程において、目的とする治療に適合した効能を有する薬剤が複数存在する場合に、医師が患者に対して各薬剤の内容や薬価について説明をした上で、患者に選択をさせることは想定されるし、医師が成分名を記載した処方箋を患者に交付して、患者が薬剤師から説明を受けた上で、同一成分の複数の薬剤の中から選択することも想定される。このように、患者が複数の薬剤の中から自己に使用される薬剤を選択することに関与することがあり得るし、最終的には、患者が対価を負担することを考えると、上記のような限度において、患者も医療用医薬品の「需要者」に該当するといえることができる。

もっとも、患者が「需要者」に該当するとしても、本件において、胃潰瘍患者が、原告商品を原告色彩構成によって他の胃潰瘍治療剤ないし医療用医薬品

一般から識別していることを認めるに足りる証拠はない。甲第26号証によれば、医師、薬剤師ともに、医薬品処方時の患者への説明において、「効果・効能」、「服用方法」、「副作用」を説明する者が77パーセント以上であるのに対し、「外観（色・デザイン等）」を説明する者は、医師で8.0パーセント、薬剤師で16.5パーセントにすぎないとのアンケート結果が出ていることが認められる。これによると、患者が医師又は薬剤師から受ける説明においては、薬剤の効能、副作用が重要な事項として説明され、薬剤の外観は重視されていないことが認められる。また、説明時にカプセル及びPTPシートその他の薬剤の外観を患者に示すことが行われているとしても、それは患者が処方された複数の薬剤を誤って服用することを防ぐ目的でされているものであって、薬剤の出所との関係で示されているものではないとみるのが相当である。甲第26号証には、処方された医薬品が複数あるときに、患者が服用の際確認するのは、外観（色・デザイン等）が最も多いとのアンケート結果も記載されているが、処方された医薬品が複数あるときに、患者が服用の際、カプセル及びPTPシートの色彩等を確認するのは、上記と同様に、誤って服用することを防止するためであり、薬剤の出所との関係で識別しているものではないと考えられる（このことは、患者が高齢者の場合も同じである。）。なお、甲第31号証の1ないし4及び第32号証の1ないし11は、原告商品と他の同種商品との誤認混同についての調査結果であるが、その結果は、需要者が薬剤の出所を認識する場合において原告色彩構成に着目していることを示すものではない。

したがって、患者が薬剤の出所との関係で原告商品を原告色彩構成によって識別していることを前提に、原告色彩構成が自他商品識別機能を有している旨の控訴人の上記主張は採用することができない。

3 以上のとおり、原告色彩構成は、不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」に当たらず、その余の点について判断するまでもなく、被控訴人の被告商品の販売行為は、同号所定の不正競争行為に該当しないから、控訴人の主位的請求は理由がない。

4 不法行為に基づく請求（当審で追加した予備的請求）について

控訴人は、被控訴人の行為が仮に不正競争防止法2条1項1号所定の不正競争行為に該当しないとしても、社会的に許容される限度を逸脱するものであるから、民法709条所定の一般不法行為を構成すると主張する。

しかしながら、一般に、経済活動ないし取引行為は法令等による規制に抵触しない限り、原則としてこれを自由に行うことができるものというべきである。本件において、被控訴人による被告商品の販売が不正競争防止法2条1項1号

所定の不正競争行為に該当しないことは既に判示したとおりであるから、被控訴人において専ら控訴人に損害を与えることを目的として被告商品を販売しているなどといった特段の事情のない限り、被控訴人による被告商品の製造販売行為が民法709条所定の一般不法行為を構成することはないというべきであるところ、本件に現れた事実関係及び全証拠を検討しても、そのような特段の事情の存在は認められない。したがって、被控訴人の上記行為が民法709条所定の一般不法行為に該当することはないから、一般不法行為に基づく差止等請求が認められるか否かを判断するまでもなく、控訴人の予備的請求も理由がない。

5 以上によれば、控訴人の主位的請求は理由がなく、控訴人が当審において追加した予備的請求にも理由がない。よって、控訴人の主位的請求を棄却した原判決は相当であるから、本件控訴を棄却し、当審において追加された予備的請求をいずれも棄却することとし、当審における訴訟費用の負担につき民事訴訟法67条1項、61条を適用して、主文のとおり判決する。

〔論 説〕

1．原告商品の色彩構成（「緑色＋白色」カプセル、「銀色時＋青色文字」PTPシート）は、不競法2条1項1号にいう「商品等表示」に当たらないとの認定は、地裁判決のそれと同じである。したがって、不正競争行為に該当しないと判断したが、妥当である。

2．追加した予備的請求として、原告は一般不法行為（民709条）を構成すると主張したが、不競法2条1項1号に該当する不正競争行為でない以上、一般不法行為は構成したいと判断したが、これも妥当である。

〔牛木 理一〕