

平成18年2月10日判決言渡 同日原本領収 裁判所書記官
平成17年(ワ)第5653号 不正競争行為差止等請求事件
口頭弁論終結日 平成18年1月17日
判決

原告 エーザイ株式会社
同訴訟代理人弁護士 中村勝彦
同 長坂井 省
同 藤井 基
同 柏 健
同 太田 知
同 伊勢 智
同 宮下 成子
同 央

被告 鶴原製薬株式会社
同訴訟代理人弁護士 上田潤二郎
同訴訟代理人弁理士 中野収 二志
同 高垣 泰志

主文

- 1 原告の請求をいずれも棄却する。
- 2 訴訟費用は原告の負担とする。

事実及び理由

第1 請求

1 被告は、別紙被告標章目録1記載の表示を付したカプセル並びに同目録2及び3記載の表示を付したPTPシートを使用した胃潰瘍治療剤を製造し及び販売してはならない。

2 被告は、その占有に係る前項記載の商品を廃棄せよ。

3 被告は、原告に対し、金34万5000円及びこれに対する平成17年3月30日(訴状送達の日)の翌日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

第2 事案の概要等

1 争いのない事実等

(1) 当事者

ア 原告は、医薬品、医薬部外品等の製造、販売、輸出入等を業とする株式会社である。

イ 被告は、医薬品等の製造、販売、輸入販売等を業とする株式会社である。

(2) 原告商品

ア 原告は、昭和59年12月6日、テプレノン(テプレノンを有効成分とする胃炎・胃潰瘍治療剤「セルベックスカプセル50mg」(以下「原告商品」という。))につき、その販売を開始した(甲1)。

イ 原告商品は、別紙原告標章目録1記載のとおり、蓋をなす部分(キャップ)が概ね緑色で、蓋をされる部分(ボディ)が概ね白色で構成されたカプセル(以下「原告カプセル」という。)に薬剤が収められている。原告カプセルは、別紙原告標章目録2及び3記載のとおり、表面及び裏面とも銀色地のPTPシート(以下「原告PTPシート」という。)に収納されている(甲14、乙1)。

(3) 被告の行為

ア 被告は、平成10年7月以降、テプレノン(テプレノンを有効成分とする胃潰瘍治療剤「デムナロンカプセル」(以下「被告商品」という。))を販売している(乙27)。

イ 被告商品は、別紙被告標章目録1記載のとおり、キャップが概ね緑色で、ボディが概ね白色で構成されたカプセル(以下「被告カプセル」という。)に薬剤が収められている。被告カプセルは、別紙被告標章目録2及び3記載のとおり、表面及び裏面とも銀色地のPTPシート(以下「被告PTPシート」という。)に収納されている(乙2)。

2 事案の概要

本件は、原告が被告に対し、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成と類似した薬剤を販売するのは不正競争防止法2条1項1号所定の不正競争行為

に当たると主張して、被告カプセル及び被告PTPシートを使用した胃潰瘍治療薬の製造、販売の差止め、商品の廃棄を請求するとともに、平成14年3月以降の損害賠償金34万5000円及びこれに対する平成17年3月30日（訴状送達の日）の翌日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金を請求する事案である。

3 本件の争点

- (1) 原告カプセル及び原告PTPシート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」に当たるか否か（商品等表示性）
- (2) 原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成と被告カプセル及び被告PTPシートの色彩構成とが類似しているか否か
- (3) 被告商品と原告商品の混同のおそれの有無
- (4) 損害の有無及び額

第3 争点に関する当事者の主張

1 争点(1)（商品等表示性）について

〔原告の主張〕

(1) 原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成の自他識別力の獲得

ア 外観上の特徴

原告カプセルと原告PTPシートとは、緑色と白色の2色からなるカプセル及び銀色地に青色の文字等のデザインを付したPTPシートという色彩構成であり、両者相まって2つの特徴的な外観を有している。

また、胃潰瘍治療剤において、緑色と白色の2色で配色されたカプセル及び銀色地に青色の文字等のデザインを付したPTPシートという外観的特徴を有した医療用医薬品は、原告商品の販売開始前には全く存在せず、被告商品を始めとする原告商品の後発医薬品の販売が平成9年ころに開始される前では原告商品のみが存在し、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り、特異性がある。

イ 情報伝達活動等

原告は、原告商品の販売開始以来現在に至るまでの20年以上にわたり、全国に多数のMR（医薬情報担当者。医薬品の適正な使用に資するため、医療関係者を訪問するなどして、安全管理情報を収集、提供することを主たる業務とする。）を雇用し、MRを通じて、医師等に対し、熱心かつ地道な情報伝達活動等を行い、また、講演会等を積極的に行った。原告は、自社のホームページ上で原告商品の製剤写真を掲載し、医療関係者のみならず、患者を含む一般市民に対しても、原告商品の色彩構成を認識し得る状態で上記情報伝達活動を行ってきた。原告商品は、「薬の事典 ピルブック 第15版（2005年版）」の表紙（甲5）にも掲載されている。このように、原告は、原告商品を普及させるべく、多大な労力と費用をかけて努力してきた。

ウ 販売実績

原告が前記イの情報伝達活動等を行った結果、原告商品の販売実績は長年にわたって高水準を維持している。

すなわち、原告商品は、その販売開始以来、胃潰瘍治療剤の分野において圧倒的な処方数及び年間売上高を維持しており、胃潰瘍治療剤の売上全体に占める原告商品のシェアは非常に高い。

原告商品は、医療用医薬品が全国の医療機関でどれだけ処方されたかを示す処方ランキングにおいて、全医療用医薬品の中で平成13年までは2位を維持し、現在においても4位であり、A2B抗潰瘍治療剤（胃潰瘍治療剤、十二指腸潰瘍治療剤、胃炎治療剤及び逆流性食道炎治療剤等の消化性潰瘍剤をいう。）の中でも、平成12年から平成16年にかけて5年連続で同ランキングの1位を維持し続けている。

エ 取引の実情

需要者である医師、薬剤師等の医療関係者や胃潰瘍患者は、原告商品をカートン（包装箱。以下「原告カートン」という。）から取り出した状態、すなわち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取り扱う。すなわち、原告商品を始めとする医療用医薬品においては、製薬会社から卸を通じて医療関係者に販売された後に、カートンが開封され、カプセル及びPTPシートが視認できる状態になったものを、医療関係者が多種の医療用医薬品の中から選別し、それを患者に交付するという過程を経て最終消費者である患者が取得する。

オ 周知商品等表示性

原告は、前記イ及びウのとおり、原告商品を普及させるべく多大な労力と費用をかけて情報伝達活動を行い、販売開始以来現在に至るまで、20年以上、一貫して、原告商品に上記色彩構成を使用してきた。

そして、原告は、原告商品の販売開始以来13年間にわたり、独自性、特異性のある上記色彩構成を医療用医薬品に独占的に使用してきた。なお、原告商品の高い販売実績・処方実績からすれば、胃潰瘍治療剤の需要者に対しては、後発医薬品の販売後も原告が上記色彩構成を独占していると評価することができる。

以上のとおり、前記A2B抗潰瘍治療剤分野における原告商品の高い販売実績・処方実績と相まって、医療関係者及び胃潰瘍患者において、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成のみから原告商品を他の商品と識別できるようになってきており、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成のみから原告の製造販売に係る商品であると認識されるほどの自他商品識別力を獲得するに至っている。

よって、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成は、自他商品識別力を有しているから、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。

か なお、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成の出所表示機能（自他商品識別機能）が果たす役割は、特に、患者が高齢者の場合に顕著である。

すなわち、高齢患者は、白内障や緑内障などの眼疾患を持つ割合が高く、視力が低下してPTPシートに記載されている小さな文字を識別することはほとんど不可能となり、PTPシート自体の色やPTPシートに記載されている文字の色又はカプセルの色のみによって薬剤を識別している者がほとんどである。

実際に薬剤師が調剤薬局において高齢患者に対してPTPシートの識別テストを行った結果、高齢患者がPTPシートに記載された文字色の違いですら識別できないことがある事実が判明した。

なお、この薬剤師は、上記事実を記載した記事中で、薬剤師も薬局で調剤業務を行う際に間違っただ錠剤を取ってしまうことがあることを述べるとともに、高齢者が薬剤を識別する際の重要な因子がPTPシートの色であり、次にPTPシートの文字の誘目性（色の目に付きやすさ、目立ちやすさ）であると考えられる旨を述べている。

(2) 被告の主張に対する反論

ア 外観の特徴の取引における役割に関する主張（後記〔被告の主張〕(1)及び(2)）について

(ア) 薬事法の目的は「保健衛生の向上」であって（同法1条）、「国民経済の健全な発展に寄与すること」という不正競争防止法の目的（同法1条）とは異なるから、薬事法上、医薬品のカプセル及びPTPシート自身が独自の医薬品として販売、授与すること等が許されていないからといって、当然に不正競争防止法の適用を受けなくなるものではない。

また、不正競争防止法2条1項1号は、行為者と需要者との間に直接取引行為が存在することを要求しておらず、「商品等表示」を使用し、他人の商品又は営業を混同を生じさせる行為であれば足りるものである。そうすると、取引行為に限定して「商品等表示」に当たるか否かを判断する必要はなく、取引の際にカプセル及びPTPシートがカートンに収納され、開封が禁じられているとしても、カプセル及びPTPシートの色彩構成が「商品等表示」に当たらなくなるものではない。行為者と直接取引関係にない需要者に混同を生じさせるおそれのある場合であっても、「商品等表示」に当たり得る。

(イ) PTPシートに当該医療用医薬品の商品名が記載されていたとしても、需要者が当該医療用医薬品のカプセル及びPTPシートの外観から当該医療用医薬品を識別することは十分に考えられるのであって、PTPシートに当該医療用医薬品の商品名が記載されていることの一事をもって、当該PTPシートの色彩構成が不正競争防止法2条1項1号の「商品等表示」に当たらないということとはできない。

また、厚生労働省の通知がPTPシートに商品名を記載することを要求しているからといって、カプセル及びPTPシートの外観を他の医薬品のカプセル及びPTPシートの外観に類似させることが許容されるわけでもない。他の医薬品のカプセル及びPTPシートの外観に類似した外観のカプセル及びPTPシートを採用することは、医薬品の誤投与を生じさせるおそれのある行為であって、医薬品の誤投与の防止を目的とする同通知の趣旨に反するものである。

イ 原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成がありふれている旨の主張（後記〔被告の主張〕(3)）について

(ア) カプセル及びPTPシートの色彩構成が医療用医薬品全体の中で特徴的である必要はない。すなわち、不正競争防止法2条1項1号における「需要者の間に広く認識されている」「商品等表示」とは、類似表示の使用者（被告）の顧客層において認識されている商品等表示であれば足りるところ、本件においては、被告商品の顧客層、すなわち胃潰瘍治療剤の需要者において、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成が特徴的であれば足りる。

(イ) 被告主張に係る他の薬剤の存在によっても、原告カプセルの色彩構成の独自性ないし原告PTPシートに原告カプセルが装填された状態の両者の色彩構成の独自性は何ら損なわれるものではない。

すなわち、緑色と白色のカプセル及び銀色地に青色の文字等を付した胃潰瘍治療剤のうち、東和薬品製「エクベックカプセル」（乙3, 46）等の原告商品の後発医薬品は、いずれも、現在原告との間で訴訟が係属中であって、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成と類似の色彩構成をあえて採用しているのだから、これらの医薬品のカプセル及びPTPシートの色彩構成が原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成と類似するからといって、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成が不正競争防止法2条1項1号の「商品等表示」に当たらないことを根拠づけることにはならない。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、また、胃潰瘍治療剤に限らず、原告商品とその後発医薬品を除くと、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医療用医薬品は、原告商品以外には存在していない。

また、東和薬品製「セファレキシン・C『トーフ』」（乙15, 3）
6. 以下、特に断らない限り、書証の番号には枝番を含む。）
「フスゼミンCPカプセル」（乙17, 34）、
科研製薬製「セブニー・P」（乙20, 43）及び富山化学工業製「ラリキシカプセル」（乙21, 32）
は、いずれも胃潰瘍治療剤ではない。胃潰瘍治療剤である大洋薬品工業製「アテミノンカプセル150mg」（乙4, 47）、大原薬品工業製「ニザチジンカプセル75mg『OHARA』」（乙8, 51）及び同「ニザチジンカプセル150mg『OHARA』」（乙9, 51）は、カプセルのキャップの色が黄緑色であって、原告カプセルのキャップの濃い緑色とは異なる色のものであり、原告カプセルとは一見してその印象が異なる。

ウ 機能的表示に関する主張（後記〔被告の主張〕(4)）について

医療用医薬品のカプセルであっても、色彩の組合せは多数存在し、その組合せにより高い自他商品識別力を持たせることができる。カプセルの一方が白色でない医療用医薬品も多数存在する。

また、PTPシートの素材がアルミシートであるとしても、地の銀色を必然的に使用しなければならないわけではなく、PTPシートの銀色の色彩は機能的な表示ではない。PTPシートの地の色彩には、銀色のほか、オレンジ色、青色、金色、緑色、クリーム色、黄色、水色等の多数の色があるし、PTPシートに印刷された文字等の色にも、青色のほか、緑色、赤色、ピンク色、オレンジ色、紫色、茶色、黒色等の多数の色がある。同一色でも、その濃淡によっては全く異なる印象を与える場合もあり、カプセル及びPTPシートの色彩構成及びその組合せは無数に存在する。被告商品においては原告商品と類似した色彩構成をあえて使用している。

〔被告の主張〕

原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成は、自他商品識別力を有しておらず、不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」に当たらない。

(1) 不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」は、商品の譲渡、引渡し、輸出、輸入の際に視覚によって認識できることが必要であり、商品の外部から認識できない内部の表示は、同号にいう「商品等表示」に当たる余地がない。

ところで、薬事法58条、45条により、医薬品は医薬品を収めた容器又は被包に封を施して販売しなければならないこととされ、原告商品は、カートンに添付文書とともに収納され、封を施された状態で販売されるのであって、実際に使用される医療機関に到達するまでの間にカートンが開封されることは決してない。原告商品のカプセル、PTPシート、カプセルを装填したPTPシートは、それ自

身が独自の医薬品として販売、授与されることが許されておらず、販売等の目的で貯蔵、陳列することが許されていないのであって、カプセルやPTPシートが露出した状態で販売されるのではない。

なお、原告から出荷されたカートンが医療機関に到達したときに取引は終了し、医薬品を購入した医療関係者らがカートンを開封して、医薬品を取り出し、選別し、保管し、最終的に患者に交付する行為は、医療行為の一部であって、商品の流通行為を構成するものではない。

そうすると、原告商品のカプセル及びPTPシートの色彩構成は、商品の外部から認識できないものであるから、同号にいう「商品等表示」に当たる余地がない。

(2) 原告商品を他の商品と識別できるのは、原告PTPシートに「セルベックス」、「Seibex」と商品名(商標)が付されているからにほかならず、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成が自他商品識別機能(出所表示機能)を有しているからではない。

すなわち、仮に原告カプセル及び原告PTPシートの外観が不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」に当たり得るとしても、それは原告PTPシートの表裏両面に記載された商品名(商標)「セルベックス」の表示を含めた全体である。PTPシートに記載された文字等の配色のみを見て、その内容を見ないということはあり得ない。

(3) 原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成は極めてありふれており、これが自他商品識別力を獲得しているとは到底いうことができない。

また、医薬品のカプセルを2色で構成する場合、通常、一方を白色にするから、カプセルの色彩構成にバリエーションがあるとはいっても、他方の配色を多数の色から選択しているにすぎない。また、PTPシートについても、通常、アルミシートの地の色である銀色をそのまま使用するから、PTPシートの色彩構成にバリエーションがあるとはいっても、PTPシートに印刷する文字等の配色を多数の色から選択しているにすぎない。そうすると、カプセル及びPTPシートの色彩構成の選択において考慮されるのはそれぞれ1色ずつである。単一色の独占は原則として許されないことであり、原告がカプセルについて緑色を、PTPシートについて青色を選択したとしても、原告商品の売り上げがいかに大きいからとはいえ、この選択による色彩構成の独占を許すべきではない。

原告カプセルの色彩構成と同様の色彩構成を採用した医薬品のカプセルは、富山化学工業製の抗生物質製剤「ラリキシカプセル」(乙21, 32)等が、原告商品の販売が開始されるよりも以前から存在していたし、また原告PTPシートの色彩構成と同様の色彩構成を採用した医薬品のPTPシートも、科研製薬製のプロナーゼ製剤「エンピナス・P」(乙23, 61)等が原告商品の販売が開始されるよりも以前から存在していた。緑色と白色のカプセル及び銀色地に青色の文字等を付したPTPシートの双方を採用した医薬品も、平成9年以降の数年間に、東和薬品製の胃潰瘍治療剤「エクベックカプセル」(乙3, 46)等が多くの製薬会社から販売された。かように同様の色彩構成を採用した医薬品は多数販売されており、今日まで原告が緑色と白色のカプセル及び銀地に青色の文字等の付されたPTPシートという色彩構成を独占して使用してきたわけではない。

原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成が過去の一時期に周知性を獲得していたとしても、被告商品の販売が開始された平成10年7月の前後に大洋薬品工業製「セループカプセル」等の販売が開始されることにより、平成14年ころには同様の色彩構成を有する多数の医療用医薬品が販売されていたのであって、遅くとも平成14年ころには原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成の自他商品識別力は失われていた。

(4) 医薬品のPTPシートにおいては、耐腐食性やガス不透過密閉性に優れるアルミシート(銀色地)の表面を樹脂で被覆し、その上からカプセルを収納するポケットを有するプラスチックシートを接着しているが、圧倒的多数の医薬品のPTPシートの地の色が銀色であるのは、わざわざ着色する必要がないので、アルミシートの地の色をそのまま使用しているからであって、PTPシートの機能に由来する必然的な色彩にすぎない。

2 争点(2)(類似性)について

〔原告の主張〕

被告カプセルにおいては、キャップが緑色で、ボディが白色の色彩構成となっており、原告カプセルの色彩構成と同一である。被告PTPシートにおいても、

銀色地に青色の文字等のデザインが付されており、原告PTPシートの色彩構成と同一である。そして、これらの特徴のほか原告商品と区別し得るような特徴を有していない。

そうすると、被告カプセル及び被告PTPシートは、原告カプセル及び原告PTPシートの2つの色彩構成の特徴を有しており、被告カプセル及び被告PTPシートの色彩構成は、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成と全体として類似する。

なお、被告と同様に原告商品の後発医薬品を製造販売し、現在原告との間で不正競争行為差止等請求事件の別件訴訟が係属している共和薬品工業株式会社は、カプセル及びPTPシートの色彩構成を先発医薬品である原告商品の色彩構成に近づけていることを自ら認めているし、同様の後発医薬品メーカーである沢井製薬株式会社も、医師及び薬剤師にとっては患者の誤投薬事故を防止するために、患者にとっては誤服用を防止するために、先発医薬品の色彩構成と同一又は類似の色彩構成を有することが好ましい旨主張しているのであって、後発医薬品メーカーは、誤投与事故を防止したり、患者らの不安感及び抵抗感を減少させるため、意図的に商品の色彩構成を先発医薬品の色彩構成に類似させている。

〔被告の主張〕

原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成は、原告商品と他の商品とを区別する自他商品識別力を有しておらず、原告商品の商品名(商標)と一体不可分のものとして初めて自他商品識別力を有するというべきであるところ、原告PTPシートには「セルベックス」及び「Seibex」と、被告PTPシートには「デムナロン」及び「DEMUNARON」と、それぞれ特徴的かつ目立つように記載されているから、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成が被告カプセル及び被告PTPシートの色彩構成と類似しているからといって、「商品等表示」として類似しているものではない。

3 争点(3)(混同のおそれの有無)について

〔原告の主張〕

(1) 被告商品の有効成分は原告商品の有効成分と同一であり、被告商品は原告商品と同一の効能及び効果を有する。両者の性質、用途及び目的における関連性は極めて高く、商品の色彩構成が類似しているから、医療関係者及び胃潰瘍患者において、被告商品を原告商品又は原告と密接な関係にある第三者が製造販売する商品であると誤認するおそれが非常に大きい。

不正競争防止法2条1項1号で要求される混同のおそれは、取引過程において生じる混同だけでなく、取引過程以外の、医師、薬剤師が医療用医薬品を選別、給付する過程において生じる混同でも足りる。

原告商品のような医療用医薬品においては、製薬会社から卸を通じて医療機関に販売され、カートンが開封された後に、カプセル及びPTPシートが視認できる状態になったものを、医師、薬剤師等の医療関係者が多種の医療用医薬品の中から選別し、それを患者に交付する。そうすると、医療用医薬品についての誤認混同のおそれは、製薬会社から卸を通じて医療機関に販売される時点のみならず、医師、薬剤師等が多種の医療用医薬品の中から選別する時点や患者が医師、薬剤師等から医療用医薬品を受領する時点でも生じ得る。

(2) 医師、薬剤師にとっての混同のおそれ

ア 医師等は、多種多様な薬剤を日々相当数扱わなければならないから、取扱いの便宜上、医療機関及び薬局に保管している同種、同薬効の薬剤は隣同士の棚や同一カテゴリーの棚に置いていることが通常である。そのような保管状況では、同種、同薬効の薬剤が同一の色彩構成を有しているとすれば、医師等が、被告商品を原告商品と誤認するおそれは非常に高い。

医師が原告商品「セルベックス」を処方しようとして、原告商品の商品名を処方箋に記載した場合に、薬剤師が原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成を想起して、その色彩構成と類似の色彩構成を有する被告商品を処方してしまうおそれは否定できない。

また、医師は、処方を行う際に、処方箋に、「セルベックス」等の商品名ではなく、「テブレノン」という有効成分の一般的名称を記載することも許されており、実際にそのような処方も行われている。しかるに、処方箋の「テブレノン」という記載だけを見た薬剤師が、「セルベックス」という商品名ではなく、緑色及び白色の2色からなるカプセル並びに銀色地に青色の文字等のデザインを付したPTPシートという色彩構成を持った処方頻度の高い原告製造に係る胃潰瘍治療

剤を想起することにより、原告商品を処方しようとすることも、原告商品の販売実績及び処方実績からすれば当然に考えられる。そのような場合、薬剤師が、原告商品を調剤しようとして、緑色及び白色の2色からなるカプセル並びに銀色地に青色の文字等のデザインを付したPTPシートという原告商品と類似する色彩構成を有する被告商品を調剤してしまうことは十分考えられる。

このような事情を考慮すれば、医師、薬剤師等の医療関係者に関して、混同のおそれを否定することはできない。

イ 原告PTPシートに原告商品の商品名（商標）が表示されており、被告PTPシートに被告商品の商品名「デムナロンカプセル」が表示されているとしても、この表示の違いをもって直ちに原告商品と被告商品の間に混同のおそれがないとされるものではない。

(3) 患者にとっての混同のおそれ

ア 医療用医薬品についての誤認混同のおそれは、患者が医師、薬剤師等から医療用医薬品を受領する時点でも生じ得る。患者が処方される医療用医薬品について関心を有し、処方する医師に対して特定の医療用医薬品を処方して欲しい旨を希望することも十分に考えられる。

そうすると、患者も需要者とみるべきである。

イ 原告商品は胃潰瘍治療剤であるが、胃潰瘍は一般的に再発する可能性が高いため、胃潰瘍を完全に治療するためには胃潰瘍治療剤を長期にわたり反復継続して服用しなければならず、胃潰瘍患者にとって胃潰瘍治療剤は欠くことのできないものとなっている。

しかし、原告商品のような医療用医薬品は、医師の処方に基づき投与されるものであるため、患者が自ら積極的に薬剤を選別するのではない。

多くの患者は、医師から処方された医療用医薬品を特段の注意を払うことなく取得、服用しているのが実情であり、商品名でなく、緑色と白色の2色からなるカプセル及び銀色地に青色の文字等のデザインを付したPTPシートという商品の色彩構成のみをもって原告商品を識別及び記憶していることも十分考えられる。

時と所を異にして、原告商品を常用している患者に対し、原告商品の色彩構成と酷似する色彩構成を有する被告商品を処方した場合には、これを原告商品と混同するおそれは十分考えられ、患者が被告商品を胃潰瘍治療剤であるとの説明を受けただけで交付された場合には、交付を受けた被告商品を、原告商品又は原告会社が製造若しくは販売する商品であるとか、原告と緊密な営業上の関係を有する会社が製造又は販売する商品であると誤認して、被告商品を服用してしまうおそれがあることは明らかである。

特に、高齢患者の場合には、白内障や緑内障などの眼疾患を持つ割合が高いため、視力の低下により、PTPシートに表示されている小さな文字で医療用医薬品を識別することはほとんど考えられず、PTPシートの地の色やこれに記載されている文字の色、カプセルの配色だけで医療用医薬品を識別していることが多く、原告商品と被告商品とを誤認混同する可能性は非常に高い。

商品に著名な商標が併記されている場合ですら誤認混同のおそれを否定できないのであるが、被告PTPシートに患者にとって決して著名とはいえずなじみのない医療用医薬品の商品名が記載されている場合には、なおさら、この記載をもって原告商品と被告商品の間に混同のおそれがないとはいえない。

〔被告の主張〕

(1) 需要者はPTPシートに記載された商品名（商標）によって商品を識別するから、混同のおそれはない。

すなわち、前記1〔被告の主張〕(2)のとおり、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成は原告商品の商品名（商標）と一体不可分のものとして初めて自他商品識別力を有するというべきであるところ、原告PTPシートには「セルベックス」及び「Seibex」と、被告PTPシートには「デムナロン」及び「DEMUNARON」と、それぞれ特徴的かつ目立つように記載されており、被告商品を原告商品と誤認混同するおそれはない。

(2) 医師及び薬剤師にとっての混同のおそれ

原告商品及び被告商品のような医療用医薬品は、医薬品入りカートンが流通経路を経て医療機関に到達した時点で取引が終了し、その後、薬剤師が患者に対して医療用医薬品を販売又は授与する行為は、医療機関内部で行われる医療行為の一部にすぎない。

ところで、薬剤師は、医師の発行する処方箋によらなければ販売若しくは授与の目的で医療用医薬品を調剤してはならず、また処方箋を発行した医師の同意がある場合以外は、処方箋に記載された医療用医薬品を変更して調剤してはならないものとされている（薬剤師法23条）。また、薬剤師は、処方箋中に疑わしい点がある場合には、当該処方箋を発行した医師に問い合わせ、疑わしい点を確認した後でなければ、医療用医薬品を調剤してはならないものとされている（同法24条）。

そうすると、薬剤師が患者に対して医療用医薬品を販売又は授与する行為は、医師の厳格な管理の下で行われる、医療機関内部の投薬行為の一部であって、薬剤師は不正競争防止法2条1項1号にいう「需要者」に含まれない。

(3) 患者にとっての混同のおそれ

ア 原告商品及び被告商品は、投薬に医師の指示が必要な要医師指示薬であり、必ず医師や薬剤師等の医療関係者から交付されるものであって、患者が一般の薬局や薬店で任意に購入できる性質のものではない。患者は、医師の決定に基づいて医療用医薬品を服用するにすぎない立場にあるのであって、医療用医薬品の購入に対して経済的対価を支払うことがあるとしても、商品の選択及び決定をする権限がない。

また、原告商品及び被告商品は、医薬品入りカートンが流通経路を経て医療機関に到達した時点で取引が終了し、その後の管理、保管及び投薬等の行為は、医療機関内部で行われる医療行為の一部にすぎない。

そうすると、患者は不正競争防止法2条1項1号の「需要者」に含まれず、同号を適用する余地はない。

イ なお、原告商品及び被告商品は、要医師指示薬であり、医師の処方箋なしには販売又は授与されることはなく、最終需要者たる患者は、医師の決定に基づいて、これらを服用する立場にあるにすぎない。そうすると、患者が被告商品を原告商品と混同したとしても、商品の選択及び決定をする権限がないから、原告の営業には何らの影響がなく、原告が「営業上の利益を侵害」されたとはいえない。

4 争点(4) (損害の有無及び額) について

[原告の主張]

被告は、遅くとも平成14年3月以降、被告商品を販売しており、同月から本訴提起日までの売上金額は69万円を下らない。

被告の利益率は50パーセントを下らないから、被告が被告商品の販売行為によって得た利益の額は上記売上金額に利益率50パーセントを乗じて得た34万5000円を下らない。

そうすると、原告が被告の上記行為によって被った損害の額は、34万5000円を下らない。

[被告の主張]

争う。

第4 当裁判所の判断

1 原告商品と被告商品の形状等

前記争いのない事実を証拠を総合すれば、以下の事実が認められる。

(1) 原告商品

ア 原告商品は、別紙原告標章目録1記載のとおり、キャップが概ね緑色（正確には灰青緑色）で、ボディが概ね白色（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、キャップ及びボディの双方に識別コード「S X 5 0 0（編注：○の箇所に原告会社のロゴが入っている）」が赤色で印刷されている。

さらに、原告カプセルは、別紙原告標章目録2及び3記載のとおり、P T Pシート（原告P T Pシート）に収納されているが、原告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）には原告の英字による標章（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 0（編注：○の箇所に原告会社のロゴが入っている）」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（甲14、乙1）。

イ 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白色の原告カートンに収納される。原告商品は、原告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。

1000カプセル入りの原告カートンの上面には、緑地の帯に大きく白抜き文字で「Seibex 50mg」と、その下の白地部分に黒色の文字で「胃炎・胃潰瘍治療剤 セルベックスカプセル 50mg」などと記載され、また、原告の英字による標章（楕円の内部に「Eisai」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も、同様の記載がある（弁論の全趣旨）。

ウ 原告商品の色彩構成は、カプセルが緑色及び白色の2色からなり、PTPシートが銀色地に青色の文字等が付されているというものであり、また、昭和59年12月の発売以来、一貫してこの色彩構成を採用しているものである（弁論の全趣旨）。

(2) 被告商品

ア 被告商品は、別紙被告標章目録1記載のとおり、キャップが概ね緑色（正確には灰青緑色）で、ボディが概ね白色（正確には淡橙色）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いる。

さらに、被告カプセルは、別紙被告標章目録2及び3記載のとおり、PTPシート（被告PTPシート）に収納されているが、被告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）には商品名「デムナロン50mg」が青色で印刷され、また表面のその余の部分には、「TSU432」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「DEMUNARON 50mg」が青色で印刷されており、その余の部分には、商品名「デムナロン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2）。

イ 被告カプセルが封入された被告PTPシートは、複数枚がまとめられていったん銀色の包装袋に収納され、この包装袋はさらに白色と青色のカートン（以下「被告カートン」という。）に収納される。

1000カプセル入りの被告カートンの上面中央には、被告の名称「Tsuruhara Pharmaceutical」及びマークが記載されており、被告カートンの側面（手前）に貼り付けられたシールには、黒字で「胃潰瘍治療剤 デムナロンカプセル DEMUNARON Capsules」と大きく記載されているほか、被告の商号等が黒字で記載されている。被告カートンの右側面にもシールが貼り付けられており、このシールに黒字で「デムナロンカプセル DEMUNARON Capsules（テプレノンカプセル）」と記載されている（弁論の全趣旨）。

2 争点(1) (商品等表示性) について

(1) カプセル及びPTPシートの商品等表示性

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」と規定されている。医薬品のカプセルやPTPシートは、上記「商品の容器若しくは包装」に当たるから、同号にいう「商品等表示」に当たり得る。

被告は、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PTPシートが露出した状態で取引されることはなく、その原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成が商品取引の際に需要者の目に触れることはないから、原告カプセル及び原告PTP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」には当たる余地がない旨主張する（前記第3の1〔被告の主張〕(1)）。

なるほど、薬事法45条では、医薬品の一般販売業者以外の販売業者が容器等を開封して販売することが禁じられており、原告商品は、原告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って、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）。しかしながら、1991年、1993年、1995年及び1998年の原告の製品便覧である「Current Manual of Eisai Products」（甲3）において、原告商品が原告カプセル及び原告PTPシートの写真を用いて掲載されている。また、原告が取引先に対して配布した「新発売ご案内」と題する原告商品のリーフレット（甲4の1）でも、原告カプセルの写真が原告カートンの写真とともに

掲載されており、原告商品のリーフレット（甲4の2及び3）や原告のホームページにおける医療用医薬品製品一覧の原告商品のページ（甲14）でも、原告カプセル及び原告PTPシートの写真が掲載されている。さらに、橘敏也著「薬の事典ピルブック 第15版（2005年版）」（甲5）の表紙には原告カプセルの写真が、科学的根拠に基づく胃潰瘍診療ガイドラインの策定に関する研究班編集「EBMに基づく胃潰瘍診療ガイドライン」（甲6）中の「テプレノン」に関するページ及び郷龍一編集「写真でわかる処方薬事典」（甲7）の「テプレノン」に関するページには原告カプセル及び原告PTPシートの写真が、それぞれ掲載されている。

そうすると、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PTPシートの色彩構成を全く目にする余地がないとはいえないから、取引の際に原告カプセル及び原告PTP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。このように、取引の際に原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成が露出していないという事実は、需要者が商品を識別、選択する際に上記色彩構成が果たす役割が小さいことを示すにすぎないものである。

(2) カプセル及びPTPシートの色彩構成の商品等表示性

不正競争防止法2条1項1号は、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ものであるところ、その趣旨は、周知な商品等表示の有する出所表示機能を保護するため、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することにより、もって事業者間の公正な競争を確保することにある。

医薬品のカプセルやPTPシートは、「商品の容器若しくは包装」として同号にいう「商品等表示」に当たり得ることは前記(1)に判断したとおりであるが、その色彩や、複数の色彩の組合せである色彩構成については、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い。そうであっても、カプセルやPTPシートの色彩自体がカプセルやPTPシート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り、その場合には、これが同号にいう「商品等表示」に当たることになる。他方、色彩は、本来何人も自由に選択して使用することができるものであり、商標法においては、文字、図形、記号等と結合して商標となり（商標法2条1項）、意匠法においては、物品の形状、模様等と結合して物品の意匠となるものである（意匠法2条1項）。また、不正競争防止法2条1項1号の趣旨は上記のとおりであり、カプセルやPTPシートの色彩自体を当該事業者に独占させることを目的とするわけではない。そして、カプセルやPTPシートの色彩自体が上記「商品等表示」に該当し、当該色彩を有するカプセルやPTPシートを使用した商品の販売行為が同号に該当するとすると、その場合には、カプセルやPTPシートについて、当該色彩の使用そのものが禁止されることになり、結果的に、商標権や意匠権等工業所有権制度によることなく、本来何人も自由に選択して使用できるはずの色彩を使用したカプセルやPTPシートを用いた、同種の商品の販売が禁じられ、第三者の市場への参入を阻害し、これを特定の事業者独占させることになる。

したがって、医療用医薬品のカプセルやPTPシートの色彩自体が特定の出所を表示する二次的意味を有し、不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」に該当するためには、① そのカプセルやPTPシートの色彩が客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有しており（特別顕著性）、かつ、② そのカプセルやPTPシートの色彩が特定の事業者によって長期間独占的に使用され、又は極めて強力な宣伝広告や爆発的な販売実績等により、需要者においてその色彩を有するカプセルやPTPシートが特定の事業者の出所を表示するものとして周知になっていること（周知性）を要すると解するのが相当である。

なお、周知商品等表示に当たるか否かは、差止請求については口頭弁論終結時、損害賠償請求については損害賠償請求の対象である行為がされた時である平成14年3月から平成17年3月までを基準として判断すべきである（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頁参照）。

(3) 原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成の特別顕著性

ア 原告は、原告商品の緑色と白色の2色からなるカプセル及び銀色地に青

色の文字等のデザインを付したPTPシートの色彩構成（原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成）をもって、商品等表示に該当する旨主張する（前記第3の1〔原告の主張〕(1)）。

イ 証拠（乙3ないし18，20ないし24，30ないし58及び60ないし65）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原告の特許権の存続期間が満了した後、平成9年7月から数年間の間に、原告商品の後発医薬品が多数発売されるようになったが、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、原告は、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、別紙薬剤一覧表記載のとおり、平成14年3月の時点で、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、原告商品及び被告商品以外に、別紙薬剤一覧表記載の番号1ないし9（以下、その番号に従って「薬剤1」などという。）の少なくとも9商品があり、医療用医薬品全体では、これに薬剤15及び17を加えた少なくとも11商品がある（ただし、薬剤17のPTPシートの表面に印刷された文字等の色は青色であるが、裏面に印刷された文字等の色は赤色であり、表面と裏面で印刷された文字等の色が異なる。）。

なお、平成14年7月に、同様の色彩構成を有するカプセル及びPTPシートを採用した薬剤10，12及び14の販売が開始されたが、これらの薬剤も胃潰瘍の治療に用いられるものである（乙47，51，65）。そうすると、平成14年7月当時、同様の色彩構成を有するカプセル及びPTPシートを採用した医療用医薬品は、胃潰瘍治療剤の効能効果を有するものに限っても、薬剤10，12及び14が加わって少なくとも12商品に増加し、医療用医薬品全体では少なくとも14商品に増加した。

（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、平成14年3月の時点で、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、薬剤1ないし9，26，30及び33の少なくとも12商品、医療用医薬品全体では薬剤1ないし9及び15ないし33の少なくとも28商品がある。

そして、同年7月には、これに胃潰瘍治療剤の効能効果を有する薬剤10ないし14の5商品が加わる。

（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、原告商品及び被告商品以外では、平成14年3月の時点で、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、薬剤1ないし9の少なくとも9商品があり、医療用医薬品全体では、薬剤1ないし9，15，17及び34ないし36の少なくとも14商品がある。

そして、同年7月には、これに胃潰瘍治療剤の効能効果を有する薬剤10，12及び14の3商品が加わる。

ウ 上記認定のとおり、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は、原告商品及び被告商品以外に、平成14年3月の時点で少なくとも9商品、同年7月の時点で少なくとも12商品も存在し、原告商品の色彩構成は、ありふれたものといわざるを得ない。また、同様に、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胃潰瘍治療剤の効能効果を有する医療用医薬品は、原告商品及び被告商品以外に、平成14年3月の時点では少なくとも12商品、同年7月の時点では少なくとも17商品が存在し、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胃潰瘍治療剤の効能効果を有する医療用医薬品は、原告商品及び被告商品以外に、平成14年3月の時点では少なくとも9商品、同年7月の時点では少なくとも14商品が存在する。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（薬剤1ないし9）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きたおり、仮に原告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、原告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、現時点においてはもちろん、原告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月までの時点においても、原告カプセル及び原告PTPシートの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しているとはいえない。

エ 小括

以上によれば、原告カプセルや原告PTPシートの色彩が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ということはできず、特別顕著性が認められない。

オ 原告の主張について

(ア) 原告は、薬剤1等の原告商品の後発医薬品は、現在原告との間で訴訟が係属しており、これら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、また、胃潰瘍治療剤に限らず、後発医薬品を除くと、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医療用医薬品は、原告商品以外には存在していないから、上記色彩構成には特異性があるなどと主張する（前記第3の1〔原告の主張〕(2)イ(イ)）。

しかし、前記のとおり、原告カプセル及び原告PTPシートの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本件口頭弁論終結時、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、平成9年以前の状況が直接問題になるわけではない。また、上記色彩構成の特別顕著性は、需要者にとって当該色彩構成が顕著な特徴を有するか否かの問題であって、原告商品の後発医薬品を除外して考える合理性はない。また、仮に10社もの後発医薬品メーカーが、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成に類似させた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、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成から需要者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、原告の上記主張はいずれも失当である。さらに、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成と類似した色彩構成を有する薬剤のうち、薬剤10、12及び14の3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7、乙47、51、65）、仮に原告商品の後発医薬品を除外してみたとしても、原告カプセル及び原告PTPシートの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はいえない。

(イ) 原告は、薬剤10ないし12の医療用医薬品は、カプセルのキャップに使用されている色が黄緑色であって、原告カプセルのキャップに使用されている濃い緑色とは全く異なるなどと主張する（前記第3の1〔原告の主張〕(2)イ(イ)）。

しかしながら、原告自身が原告カプセルの色彩について、正確には灰青緑色であるものを「緑色」と表現し、正確には淡橙色であるものを「白色」と表現して主張していることにかんがみれば、特別顕著性の判断の場面のみにおいて色相及び濃淡を厳密に区別するのは相当でない。また、需要者においては、カプセルの着色の濃淡等にはさほど関心がなく、格別注意を払わないのが通常であると推認されるところ、原告カプセルのキャップと薬剤10ないし12のカプセルのキャップの緑色の濃淡の違いはそれほど大きくなく、離隔的に観察したときには両者を識別することが必ずしも容易でないから、薬剤10ないし12の色彩構成をも考慮して原告カプセルの色彩構成の特別顕著性を判断しても差し支えないというべきであ

る。そして、胃潰瘍治療剤の需要者の中に胃潰瘍患者が含まれ、高齢の胃潰瘍患者のうちには、白内障による水晶体の黄変のために淡い色の違いの識別が困難となり、色相差や誘目性の大きい色を採用することが重要となっていること（甲10）は、原告自ら主張するところである。このことに照らしても、上記程度の濃淡の違いは、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成が顕著な特徴を有するものであるか否かを判断する上で重要なものとは解されない。

（ウ）原告は、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原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成のみからこれが原告の製造販売に係る商品であると認識されるに至っている旨を主張する（前記第3の1〔原告の主張〕(1)エ及びオ）。

医師及び薬剤師等の医療関係者は、医療用医薬品について不正競争防止法2条1項1号にいう「需要者」に当たるといふべきところ、これらの医療関係者が原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成によつて原告商品を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。

前記イ認定のとおり、キャップが緑色系で、ボディが白色系のカプセルを採用した医療用医薬品が多数あること、銀色地に青色系の文字を付したPTPシートを採用した医療用医薬品が多数あること、両者の特徴を兼ね備える医療用医薬品も多数あること、これらの中には原告商品の後発医薬品以外のもが含まれていることにかんがみると、細心の注意をもつ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、カプセル及びPTPシートの色彩構成から薬剤を識別するのは、誤投薬が生じる危険性の高い極めて不適当な行為であるといわざるを得ないから、原告が主張するような識別がされているとは考え難く、せいぜい医療関係者は商品名（薬剤名）による識別の補助として、医療用医薬品の色彩構成の違いを利用しているにすぎないといふべきである（なお、前記のとおり、病院ないし薬局に至るまで、原告商品は原告カートンに封入されて原告カプセル及び原告PTPシートが露出しない状態で取引されるから、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成が商品識別に果たす役割は極めて小さい。）。厚生省医薬安全局長が各都道府県知事にあてて発した通達「医療事故を防止するための医薬品の表示事項及び販売名の取扱いについて」（医薬発第935号）においても、医療事故防止のために、和文販売名を概ね2錠（カプセル）分のシートに1箇所ずつ記載するよう求めており（乙26の別添4）、この通達は医療関係者が商品名で医療用医薬品を識別していることを前提とするものといふことができる。

（エ）原告は、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カプセル及び原告PTPシートの色彩構成のみからこれが原告の製造販売に係る商品であると認識されるに至っている旨を主張する（前記第3の1〔原告の主張〕(1)エ及びオ）。

しかしながら、胃潰瘍患者が不正競争防止法2条1項1号にいう「需要者」に含まれるとしても、胃潰瘍患者が、原告商品を原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成によつ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。

原告商品は、医師による処方箋がないと入手できない性格の医療用医薬品であり、医師等が処方箋に商品名を記載して服用すべき医療用医薬品を指定した場合には、病院内で医療用医薬品の交付を受ける院内処方するときでも、病院外の薬局で処方箋に基づいて医療用医薬品の交付を受ける院外処方するときでも、胃潰瘍患者による医療用医薬品の選択の余地はない。

一方、医師等が服用すべき医療用医薬品を指定するに当たり、処方箋に有効成分の一般名称を記載した場合には、当該有効成分を含有する医療用医薬品の範囲内で胃潰瘍患者による医療用医薬品の選択が可能となるが、前記イのとおり、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医療用医薬品は多数存在するから、調剤薬局等において商品名を用いた説明等をせず医療用医薬品を胃潰瘍患者に選択させたり、これを交付しているとは考え難いし、商品名を用いた特定や誤服用を防ぐ工夫がされているものと推認される。カプセル及びPTPシートの色彩構成のみで医療用医薬品を識別するときは、誤服用の危険性が高いから、胃潰瘍患者においても色彩構成のみから原告商品を識別するとは考え難い。また、仮に、胃潰瘍患者が、原告商品と取り違えてこれと同

一ないし類似の色彩構成を有する医療用医薬品を服用したとしても、それは取引行為が完全に終了した後の事故であって、不正競争防止法が対象とする不正競争行為とは関係がない。

(4) 周知性

原告は、平成4年以来毎年1000人前後のMRを投入して原告商品の情報伝達活動を行っており(甲2)、原告商品のリーフレット等を配布し(甲3及び4)、自己のホームページで原告商品を紹介し(甲14)、平成8年には約10億カプセル、456億円の年間売上高を上げるに至ったものである(甲11、12)。原告は、後発医薬品が製造販売されるに至った平成9年までの13年間原告商品を独占的に販売し、相当数の売上げを上げたものではあるが、原告商品の処方ランキング(甲15)は原告自らが各社の推定処方数から推定した客観性に乏しいものであるし、胃潰瘍治療剤全体ないしカプセル及びPTPシートを用いた医療用医薬品全体の売上高や処方数は証拠上明らかでない。

前記(1)のとおり、「薬の事典 ピルブック 第15版 (2005年版)」の表紙や「EBMに基づく胃潰瘍診療ガイドライン」及び「写真でわかる処方薬事典」の「テプレノン」に関する項目で原告カプセル及び原告PTPシートの双方又は前者のみの写真がそれぞれ掲載されているものの(甲5ないし7)、これらに掲載されていることから直ちに、商品名とは別に原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成が医師、薬剤師等の医療関係者及び胃潰瘍患者に広く浸透しているとまではいえない。

そうすると、原告商品が一定期間独占的に販売され、宣伝広告がされたとしても、商品やその名称の出所表示機能とは別に、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成が原告の出所を表示するものとして周知になっているとまでは必ずしもいい難い。

(5) まとめ

以上のとおり、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成は、医療用医薬品全体ではもちろん、胃潰瘍治療薬の中でも、顕著な特徴を有しているとはいえず、需要者においてこれを用いて商品を識別しているとはいいい難いから、いかに多数の原告商品が販売されたとしても、原告カプセル及び原告PTPシートの色彩構成には自他商品識別機能ないし出所表示機能はなく、不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」には該当しないというべきである。

3 争点(3)(混同のおそれ)について

前記2(3)オ(ウ)に判示したとおり、医師、薬剤師等の医療関係者は、医療用医薬品をその商品名で識別しており、また、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るのであるから、カプセル及びPTPシートの色彩構成による出所の混同のおそれがあるとはいえない。また、前記2(3)オ(エ)に判示したとおり、仮に、胃潰瘍患者を不正競争防止法2条1項1号の「需要者」に含めたとしても、胃潰瘍患者も上記色彩構成により医療用医薬品を識別しているとはいえないから、被告商品の色彩構成による混同のおそれがあるとはいえない。

4 結論

以上の次第で、その余の点について判断するまでもなく、原告の請求はいずれも理由がないから、これを棄却することとして、主文のとおり判決する。

東京地方裁判所民事第47部

裁判長裁判官 高 部 眞規子

裁判官 中 島 基 至

裁判官 田 邊 実

(別紙略)