

# 改正意匠法 24 条 2 項について

会員 小谷 悅司



## 目 次

1. はじめに
2. 意匠の類否判断に関する過去の学説、及び判例について
  - (1) 混同説
  - (2) 創作説
  - (3) 修正混同説（創作的混同説）
3. 改正意匠法 24 条 2 項の趣旨について
  - (1) 産業構造審議会知的財産政策部会意匠制度小委員会の報告書
  - (2) 最高裁判例について
  - (3) 私見
    - ①意匠法は創作保護法であること
    - ②意匠は視覚を通じた美感を本質とすること
    - ③「類似」の概念、及び類否判断の主体について
    - ④（純粋な）混同説、及び（純粋な）創作説批判
  - (4) 最近の判決からみた意匠の類似判断基準の傾向
    - ①意匠権侵害訴訟事件
    - ②査定系審決取消請求訴訟事件
4. まとめ

## 1. はじめに

従来、意匠の類否判断の基準について学説が分かれしており、裁判所における類否判断の手法や基準も必ずしも明確とはいえないかった。

そこで、今回の意匠法の改正で、最高裁 2 小昭和 49 年 3 月 19 日判決「可撓性伸縮ホース事件」において、意匠法 3 条 1 項 3 号の新規性と同 3 条 2 項の創作性の各規定の趣旨の違いに関し判示した判決において、3 条 1 項 3 号が「一般需要者の立場からみた美感の類否を問題にする」としたことに基づき、登録意匠の範囲に関する意匠法第 24 条の規定に新たに第 2 項として「登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断は、需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行うものとする。」との規定が設けられた。

しかしながら、この規定が第 24 条の「登録意匠の範囲等」として規定され、かつ「登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断」との規定ぶりから

「出願意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断」はどうなるのかとの疑問と、「需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行う」との規定ぶりから、意匠の類否判断の基準が需要者が経済取引の場において物品の混同を来たすおそれがある程度似ているか否かで類否を判断する所謂「混同説」に絞られたのかとの疑問が提起され問題となっている<sup>(1)</sup>。

上記問題点を検討するに当って、まず従来の学説、判例を整理し、かつ改正意匠法 24 条 2 項の規定の趣旨に関し産業構造審議会の意匠制度小委員会の審議内容、上記最高裁判例の趣旨、及び最近の判決例を紹介することにより考察することとする。

## 2. 意匠の類否判断に関する過去の学説、及び判例について

### (1) 混同説

#### イ. 学説

「意匠の類否は、被告が意匠の実施をしている場合において、意匠にかかる物品の実施に関与する者が、物品の混同を來すおそれがあるほどに似ていると感じるかどうかについて判断されるべきものと解される。」（清永利亮「意匠の類否」牧野利秋編・裁判実務大系 9 工業所有権訴訟法（1985）401 頁）

「経済取引において物品の購入者（取引者、需要者）が物品に係る意匠が類似しているために、A 製品を意匠登録された B 製品と混同することを放置するとすれば、意匠の独占的利用に対する法的保障がその意味を失うことは明らかである。……したがって、取引者、需要者が両意匠を混同するほどよく似ていると認識したとき両意匠は美感において類似するというべきである。」（竹田稔・知的財産権侵害要論〔第 3 版〕（2000）415～416 頁）

#### ロ. 判例

混同説に立つ主な判決例を以下摘示する。

「意匠の類否を判断するにあたっては、意匠を全体

として考察することを要するが、この場合、意匠を見る者の注意を最もひきやすい部分を要部として把握し、これを観察して一般の需要者が誤認、混同するかどうかという観点から、その類否を決するのが相当であり、その意匠に一般にありふれた周知の形状が含まれている場合には、この部分は、一般の需要者の注意をひくことはないから要部とはなりえないが、それが公知のものであるにすぎない場合にはこれをもって要部にはならないと即断すべきではない（東京高判昭52.4.14 スプレーガン事件 判タ 364 号 281 頁）。

「意匠の類否の判断基準は、意匠権者の権利保護を考えれば取引者において物品の誤認混同を来すおそれがあるほど似ているかを基準とすべきであり、取引者は、特に目につきやすい部分ないし見る者の注意を強く引く部分の意匠を観察し、他の意匠との異同を認識し取引するものであるから、類否の判断は、意匠構成態様に基づいて見る者に特に目につきやすい部分ないし見る者の注意を強く引く部分がどこであるかを、意匠の要部のみならず、全体を観察して認定した上で行われるべきである（名古屋高判平 3.7.10 フェンス事件 判時 1408 号 113 頁）。

「意匠とは、物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であるところ、意匠の要部とは、看者の目に触れ、その注意を最もひきやすい部分をいう。したがって意匠の要部は、当該意匠に係る物品の性質、用途あるいは使用形態を考慮して認定するのが相当である。かかる観点から本件意匠の要部について検討するに、本件意匠に係る物品である衣装ケースは専ら衣装その物を収納することを目的とするものであり、その使用態様は室内において独立に、あるいは他の家具と並べて使用し、あるいは押入れの中に据えて使用することが予定されている。そうすると、看者は、ほとんどの場合、物品の正面のみから観察することになり、したがって、その意匠的工夫は、主として正面方向からみた形状あるいは模様に関してされることになる。……本件意匠においては、正面方向からみた全体的構成態様が看者の注意を最もひく部分であることが明らかであるから、これが本件意匠の要部というべきである（新潟地裁平 6.8.9 判決 衣装ケース事件）。

「登録意匠と類似する意匠が実施された場合に意匠権侵害とされるのは、当該意匠に係る物品が流通過程に置かれ、取引の対象とされる場合において、取引者、需要者が両意匠を類似していると認識することにより

当該物品の誤認混同を生じ、意匠権の実質的保護が失われる結果とならないようにするためであると理解されるから、その類否判断は、両意匠の構成を全体的に観察したうえ、取引者、需要者が最も注意を惹く意匠の構成、すなわち要部がどこであるかを当該物品の性質、目的、用途、使用態様等に基づいて認定し、その要部に現れた意匠の形態が看者に異なった美感を与えるか否かによって判断すべきものである。そこで、まず、本件意匠及びイ号ないしへ号意匠の要部について検討するに、これらの意匠に係る物品である衣装ケースは、衣装その他の物を収納することを目的とするものであり、その使用態様は、室内において、独立にあるいは他の家具と並べて使用するか、あるいは押入れの中に据えて使用するものと判断される。そうすると、これを観る者は、本件意匠に係る物品を、正面方向からか、真横若しくは斜め横方向からみることになり、その意匠から受ける印象については、正面及び横方向からみた形状、模様について観察すべきである。したがって、本件意匠及びイ号ないしへ号意匠においては、正面方向と横方向からみた意匠の基本的構成態様及び具体的構成態様が最も看者の注意を惹く意匠の要部というべきである（東京高裁平 7.4.13 判決 衣装ケース控訴事件）。

「自走式クレーン」の本件意匠とイ号意匠の一致点によれば、イ号意匠は、本件意匠の要部であるブーム、キャビン、機器収納ボックス 3 者の構成態様及び配設関係、ブーム全体の構成態様及び下部走行体等との配設関係等の基幹的構成を具備しており、そのことによって看者に彼比混同を生じさせる共通の美感を与え、イ号意匠は本件意匠に類似すると認められ、相違点はいずれも細部についてのものであり、共通の美感を左右するに足りないから、被告のイ号物件の製造、販売等の行為は、本件意匠権を侵害する（東京地判平 9.1.24 自走式クレーン事件 判時 1665 号 101 頁）。

## (2) 創作説

### イ. 学説

「意匠の類似は意匠の創作が同一の美的思想から出したものであることをいう。」（牛木理一・意匠法の研究〔初版〕（1974）72 頁）

「（意匠法は創作保護法であることを前提として）意匠の類否判断の基準は、創作のポイントが一致し、物品の外觀から生じる美的思想が同一の範囲内にあると

認められれば類似するということになり、創作者が眞に創作した部分であって、かつ看者の注意を強く惹く部分が意匠の要部（創作のポイント）ということになる。」<sup>(2)</sup>（小谷悦司「意匠の類否判断」内田修古稀記念『判例特許訴訟法』（1986）626～631頁、同「意匠の要部認定と類否判断」企研 262 輯（1977）23頁）

#### ロ. 判例

創作説に立つ主な判決例を以下摘示する。

「登録意匠の要部ないし特徴を把握し、あるいはその類似範囲を画定するにあたっては、当該登録意匠出願前にその分野に属する公知意匠が存在した場合には、これを参酌してその類似範囲を決定すべきであり、また、登録意匠に類似意匠が付帯している場合は、本意匠の類似範囲を明確ならしめるための有効な資料とすべきであるが、類似意匠を参考にする場合、当該本意匠または類似意匠が公知意匠との関係で創作性の程度が相対的に低いことが明らかとなれば、このことも考慮し類似の範囲を相応に限定しなければならない（大阪地裁昭 56.10.16 判決 物干杆事件 無体集 13 卷 2 号 664 頁）。」

「意匠の要部は、公知意匠にない新規な部分であつて見る者の注意を強くひく部分にあると解されるから、これを乱れ箱についての登録意匠においてみると、その構成が上部に脱衣籠を備えた本体に二個の洗濯籠を併列載置して三者一体とした形状である場合、この点に新規性があり、見る者の注意を強くひく要部であるというべきであり、この要部を備えるイ号意匠は右登録意匠に類似するものといわなければならない（大阪地裁昭 59.2.28 判決 亂れ箱事件 判タ 536 号 385 頁）。」

「公知意匠と類似しない意匠のみが意匠登録されるのであるから、登録意匠の要部を認定するに当たっては、当該登録意匠の分野における公知意匠を参酌して、登録意匠のどの部分に創作性のある新規な部分があるのか、その程度はどのようなものなのかを把握して意匠の要部を定めなければならないのは当然であるが、公知意匠を参酌して要部を定めるとは、登録意匠の構成を分説して、そのうちで公知意匠に同様の構成部分を含んだものがあれば、直ちにその部分の構成は意匠の要部にならないとすることを意味するものでないことはいうまでもなく、出願前公知の意匠を参考にして、ありふれた部分のウェイトを低く認識し、新規な部分のウェイトを高く認識しながら、全体的な特徴を把握

して行われるべきであることをいうのである（大阪地裁平 1.6.19 弁当箱事件 無体集 21 卷 2 号 P522。）」

#### （3）修正混同説（創作的混同説）

##### イ. 学説

「意匠は公知意匠と類似しない意匠のみが意匠権として登録されるものである（意 3 条 1 項）から、公知意匠と比べた上で新規な部分でかつ取引者、需要者の注意を強くひく部分も意匠の要部として認定すべきである。」とした上で、「物品の性質、目的、用途、技術的機能、使用態様及び公知意匠を考慮して、登録意匠において見る人の注意を強く惹く部分、すなわち要部を認定し、両意匠をその要部の構成において対比、観察して、取引者、需要者が両意匠を取引の場において混同する程似ているか否かによって、両意匠の類否を決すべきであるとするものであり、この意味で類似の本質を混同と考える点では混同説である。（なお、この考え方は、意匠法 3 条 1 項からみて、登録意匠の要部の認定においては公知意匠を参酌すべきである点で創作説と考え方を共通にするものである。）」（設楽隆一「意匠権侵害訴訟について」特管 37 卷 11 号（1987）1367 頁、同「意匠の類否」実務相談工業所有権四法（1987）365～366 頁）

この考え方は、取引者、需要者が両意匠を取引の場において混同する程似ているか否かによって両意匠の類否を決すべきものであるとする点であくまで混同説に立つものといえるが、要部の認定において公知意匠を参照する点で従来の混同説と創作説を折衷した考え方であるところから修正混同説（創作的混同説とも称されています。）として捉えられるものといえる。

##### ロ. 判例

修正混同説に立つ主な判決例を以下摘示する。

「登録意匠の要部ないし特徴となるのは、原則として、物品の形態及び用途等からみて、その取引過程ないし使用状態において取引者、需要者の目につきやすく、公知意匠にない新規で、見る者の注意を強く惹く部分であると考えられる。そして、もともと、公知意匠と類似しない意匠のみが意匠登録されるのであるから（意 3 条 1 項）、登録意匠の要部ないし特徴を把握し、あるいはその類似範囲を画定するにあたって、当該登録意匠出願前にその分野に属する公知意匠が存した場合には、これを参酌して、登録意匠のどの部分に創作性のある新規な部分があるのか、その程度がどの

ようなものなのかなを、ありふれた部分のウエイトを低く認識し、新規な部分のウエイトを大きく認識しながら、全体的な特徴を把握して意匠の要部を定めなければならないのは当然である（大阪地裁平 6.7.19 判決 脱臭剤容器事件）。」

「意匠の類否を判断するに当っては、意匠を全体として観察することを要するが、この場合、意匠に係る物品の性質、用途、使用態様、さらに公知意匠にはない新規な創作部分の存否等を参酌して、取引者、需要者の最も注意を惹きやすい部分を意匠の要部として把握し、登録意匠と相手方意匠が意匠の要部において構成態様を共通にしているか否かを観察することが必要である（東京高裁平 10.6.18 判決 自走式クレーン車事件 判時 1665 号 94 頁）。」

「意匠の類否を判断するに当っては、意匠を全体として観察することを要するが、この場合、意匠に係る物品の性質、用途、使用態様、さらには公知意匠にはない新規な創作部分の存否等も参酌して、取引者、需要者の注意を最も惹きやすい部分を意匠の要部として把握し、両意匠が要部において構成態様を共通にするか否かを中心に観察して、両意匠が全体として美感を共通にするか否かを判断すべきである（大阪地裁平 13.2.20 判決 乗用自動車事件）。」

### 3. 改正意匠法 24 条 2 項の趣旨について

#### (1) 産業構造審議会知的財産政策部会意匠制度小委員会の報告書

産業構造審議会の小委員会における「意匠の類似範囲の明確化」に関する報告<sup>(3)</sup>において、「意匠の類否判断は、既存の公知意匠の参酌、意匠の要部の認定、意匠の全体観察等の複数の観点をまとめた総合的な判断であり、また、物品の形状に関する美感の評価であることから、客観的な分析や定量化が難しい側面があるが、判断主体の視点を明確にすることにより、簡潔で明瞭な説明が可能となると考えられる。また、意匠の類似概念は、意匠の創作を奨励し、産業の発達に寄与することを目的とする意匠制度の根幹をなす意匠の登録要件や意匠権の効力範囲を規定するものであることから、統一性をもって判断されることが望ましいと考えられる。このため、意匠の類否判断を明確化するため、意匠の類似について、最高裁判例、裁判例などにおいて説示されている需要者からみた意匠の美感の類否であることを明確にすることが適切であると考え

られる。」とし、総合的判断のファクターの 1 つとして「既存の公知意匠の参酌」を挙げているところから、産構審としては修正混同説を探る方針であったと推察できる。

#### (2) 最高裁判例について

上記産構審小委員会報告に指摘されている最高裁判例とは、この報告書の注 9 に「東京高判昭 45 年 1 月 29 日の上告審である最二小判昭 49 年 3 月 19 日民集 28 卷 2 号 308 頁では、「意匠法三条一項三号は、意匠権の効力が、登録意匠に類似する意匠すなわち登録意匠にかかる物品と同一または類似の物品につき一般需要者に対して登録意匠と類似の美感を生ぜしめる意匠にも及ぶものとされている（法 23 条）ところから、右のような物品の意匠について一般需要者の立場からみた美感の類否を問題にするのに対し、三条二項は、物品の同一または類似という制限をはずし、社会的に知られたモチーフを基準として、当業者の立場からみた意匠の着想の新しさないし独創性を問題とするものであって、両者は考え方の基礎を異にする規定であると解される。（中略）してみると、右と異なり、同一または類似の物品の意匠については同条二項を適用する余地がないとした原審の判断には、同条の解釈を誤った違法がある。」と判示して、意匠法第 3 条第 1 項第 3 号が一般需要者から見た美感の類否を判断するものであるとし、一方、意匠法第 3 条第 2 項は、社会的に知られたモチーフを基準として、当業者の立場からみた意匠の着想の新しさないし独創性を判断するものであるとした。また、東京高判昭 48 年 5 月 31 日の上告審である最二小判昭 50 年 2 月 28 日取消集（昭和 50 年度）521 頁の判決も同旨の判断を示している。」と記載されているとおり、最二小判昭 49 年 3 月 19 日民集 28 卷 2 号「可撓性伸縮ホース事件」と、最二小判昭 50 年 2 月 28 日「帽子事件」の 2 件の査定系審決取消請求事件に関する東京高裁判決の上告審の判決を指していることに疑いがない。

そして、この 2 件の最高裁判決が出された当時の最高裁調査官であった佐藤繁元東京高裁判事は、最高民事判例解説昭 49 年度版において「可撓性伸縮ホース事件」の最高裁判決の判例解説の中で「意匠が権利として独占的保護に値するのは、それが頭脳の創造的活動の所産としての創作であるためである。創作でない意匠は保護に値しない。しかし、この意味の創作性

を要件としたところで、具体的にいかなる意匠をもって創作とみるかは直ちには明らかになるわけではない。そこで、法はその標準を二つに分けて規定した。その一つは、客観的標準ともいるべきもので、従来未知のものとして評価される意匠であるかどうかということであり（3条1項），他の一つは、主観的標準ともいるべきもので、その創作過程において独創力を用いたとみられる意匠であるかどうかということである（同条2項）。この二つは、ともに創作性の要件に関するものではあるが、それぞれ異なる観点から右の要件を具体化したものとみることができるのであり、意匠の類否は前者の範疇に属する。このような見地に立ち、意匠が看者の視覚を通じて美感を起こさせるものである（2条1項）ことから考えると、同一又は類似の物品の公知意匠と構成要素において部分的差異があつても、その全体より生ずる美感ないし意匠的効果の面においてなんら異なるところのない意匠は、本質的に公知意匠に含まれるものであり、創作として未知のものと評価するに値しない。法3条1項3号は、かかる意匠を、公知意匠そのものと同一の意匠に準じ、類似の意匠として登録しないこととしたものである。」とし、さらに、「その類否判断の人的基準を『一般的需要者』としていることから、前述の物品混同説と結びつけて理解する向きがあるとすれば、おそらく判決の真意ではないであろう。」と指摘されている。

したがって、この最高裁判決に関わられた当時の調査官がその判例解説において「同一又は類似の物品の公知意匠と構成要素において部分的差異があつても、その全体より生ずる美感ないし意匠的効果の面においてなんら異なるところのない意匠は、本質的に公知意匠に含まれるものであり、創作として未知のものと評価するに値しない。法3条1項3号は、かかる意匠を公知意匠そのものと同一の意匠に準じ、類似の意匠として登録しないこととしたものである。」と記載されているところから、引用意匠にみられない新規に工夫された点がない限り引用意匠に類似するとの判断とみることができ、査定系審判の審決取消訴訟上告審において修正混同説が採用された判決といえよう。

今回の改正意匠法24条2項は、登録意匠とそれ以外の意匠（侵害と疑われる意匠や無効審判における引用意匠がこれに該当する）との類否判断においても、査定系審判の審決に関する上記最高裁判決の判旨を適用することを明らかにしたものとみることができる。

### （3）私見

#### ①意匠法は創作保護法であること

意匠法は、第1条の目的において「この法律は、意匠の保護及び利用を図ることにより、意匠の創作を奨励し、もって産業の発達に寄与することを目的とする。」と規定し、かつ登録要件として、新規性（3条1項）、及び創作性（3条2項）を挙げ、出願前公知な意匠と同一または類似する意匠、及び公知な形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合に基づいて容易に創作することができた意匠は、審査、審判において拒絶され（17条）、誤って登録された場合は無効とされる（48条）こととなっている。したがって、登録された意匠には必ず公知意匠に存在しない新たな創作された部分が存在し、その創作された部分が全体観察において看者の注意を強く惹くことから、当該登録意匠を価値づけ特徴づける要素となっている筈のものである。したがって、登録意匠に類似する意匠というには、上記登録意匠を価値づけている創作部分と同一、またはこれと近似する部分が比較する意匠にも存在し、かつ、他にこれを凌駕する程の創作部分といえる部分が比較する意匠に認められない場合、原則として全体観察上、両意匠は相紛れる類似のものとなる筈である。この点、出願意匠の場合も同様である。出願意匠中に、その出願前公知の意匠にはみられなかつた新規な創作といえる部分が存在し、全体観察上、公知な意匠と異なる印象を看者である需要者に与える結果、全体観察上相紛れることのない別異の意匠となり登録されるものである。但し、創作部分とは一定の纏まりのある部分のみでなく、公知な構成要素の配置関係を組み替えることにより、新規な印象を看者に与える場合もあることも忘れてはならない。

以上のように、登録意匠であれ出願意匠であれ新たな創作的価値の存否が類否を決する上で大きな要因（ファクター）であることに疑いがない。

#### ②意匠は視覚を通じた美感を本質とすること

意匠法は2条1項において「意匠とは、物品（物品の部分を含む）の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であつて、視覚を通じて美感を起こさせるものをいう。」と定義づけられており、「視覚を通じて美感を起こさせるもの」すなわち「視認性」と「美感」が意匠の成立要件であり、本質であることを忘れてはならない。

「視認性」とは全体観察上目に止まるものであることが求められることを意味し、また「美感」とは審美的感覚に働きかけることを意味し、積極的に美しいと感じさせることまでは要求されていないとされている<sup>(4)</sup>。したがって、比較する 2 つの意匠において、「需要者の視覚を通じて起こさせる美感」が異なるか否かは、一方の意匠に他方の意匠にみられない特徴部分（新規な創作部分）が目に止まる結果、需要者の視覚に訴える審美的感覚が異別なものとして受け取られる否かを意味することといえる。ここで「特徴部分（新規な創作部分）が目に止まる」とは、⑦特徴部分が目につき易い位置に存する、⑧特徴部分が占める面積比が大きい、⑨特徴部分が従来みられない特異な形状、模様である一つか、これらの組み合わせにより需要者の目に止まることを意味しているといえる。

したがって、特徴部分が隠れた部分あるいは目立たない部分にあるとか、特徴部分の面積比が小さいとか、特徴部分がさしたる特異性がなく目を惹き難い場合は、類否判断においてマイナス要素となるといえる。

### ③ 「類似」の概念、及び類否判断の主体について

「類似」という言語の字義は、諸橋「大漢和辞典」によれば「同類者相似」、すなわち同じ類のものが相似していることとされ、広辞苑によれば「似かうこと、似ていること」とされており、1 対 1 の対比概念である。

純粋な創作説にあっては「意匠の類似」を、登録意匠、または出願意匠の出願前公知の意匠の形態を参照して当該意匠の創作体（創作の要部）を認定した上で、「両意匠の形態が同一の創作体（創作の要部ともいう。）を有していることが認識できたとき両意匠は類似することになり、同一の創作体を有していないと認識できれば両意匠は非類似と判断することになる。」と定義する<sup>(5)</sup>。

意匠法は登録要件（3 条 1 項 3 号、9 条）においても、また効力の範囲の規定（23 条）においても、類似（似かよっている）という用語が用いられており、出願意匠がその出願前公知の意匠と似かよっているものは登録しないとし、かつ登録意匠と似かよっている意匠は当該登録意匠の効力の範囲に属するとしているものである。

意匠の類否は対比する 2 つの意匠が全体として似かよっているか否かを指すものである以上、単に創作の要部を共通にするということだけで全体として似かよっているか否かの判断を導くことはできない。創作

の要部を共通にすることは意匠の類似の必要条件の一つではあるが、これを以って十分とはいえない。その創作の要部（意匠の要部）が全体観察上類否の判断を決定づけるものであることが求められるといわなければならぬ。すなわち、その創作の要部（当該意匠を価値づけている要部）の物品全体に占める位置、大きさ（面積）、特異性の程度等のファクターを下に、全体より生ずる美感や意匠的効果によって混同が生ずるか否か、すなわち全体観察上似かよっているといえるかどうかの判断なくして類似か否かの判断はなし得ない。

そして、その判断の主体も、意匠登録制度が、物品の外觀に施された美的創作を保護することによって、市場に置かれる物品の差別化を図り購買を促進して産業の発達を図るものである以上、取引者・需要者の目による判断ということになろう。デザイナーは純粋美術家とは異なり、自己がデザインした物品が需要者によって評価が得られなければそのデザインは失敗ということになるところから、需要者の目を意識してデザインされているのが現実であろう。したがって、デザイナーや当業者の目を主体的基準とする場合も詰まるところ需要者の目線に立つこととなっているのではないかろうか。

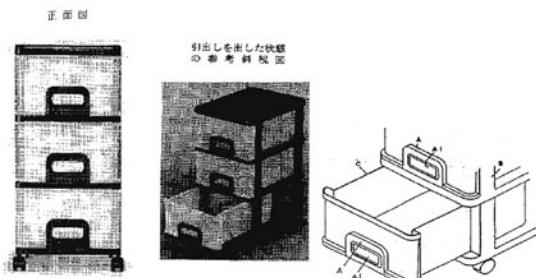
また、今回の改正で「需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて」と規定されたのは、意匠に係る物品が消費財から生産財まで多岐に亘っているところから、具体的な事案に応じて具体的な「需要者」の認定がし易くするため、あえて単に「需要者」と抽象的な記載に止め解釈に委ねたものと推察する。

### ④ （純粋な）混同説、及び（純粋な）創作説批判

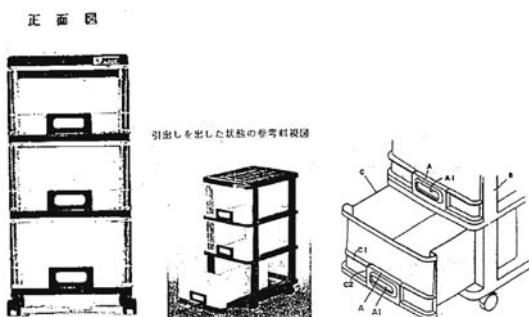
純粋な混同説については、設楽隆一判事が「意匠は公知意匠と類似しない意匠のみが意匠権として登録されるものである（意匠法 3 条 1 項）、公知意匠と比べた上で新規な部分でかつ取引者、需要者の注意を強くひく部分も意匠の要部として認定すべきである。」と指摘され、かつ、上記大阪地裁平成 6 年 7 月 19 日判決（脱臭剤容器事件）において「もともと、公知意匠と類似しない意匠のみが意匠登録されるのであるから（意 3 条 1 項）、登録意匠の要部ないし特徴を把握し、あるいはその類似範囲を確定するにあたって、当該登録意匠出願前にその分野に属する公知意匠が存した場合には、これを参照して、登録意匠のどの部分に創作性のある新規な部分があるのか、その程度がどの

ようなものなのかを、ありふれた部分のウエイトを低く認識し、新規な部分のウエイトを大きく認識しながら、全体的な特徴を把握して意匠の要部を定めなければならないのは当然である。」と判示されているとおり、純粋な混同説は登録意匠が新規性（意 3 条 1 項）、及び創作性（意 3 条 2 項）を主たる登録要件として審査された上で登録される創作物であることを忘却した説といわなければならず、適切でないとともに、看者の注意を強く惹く部分を要部として把握し、一般の需要者が誤認、混同するか否かで類否を決するとの視点のみでは要部の認定が看る者の主観によって左右され易くなり、上記衣装ケース事件の新潟地裁判決と東京高裁判決にみられるとおり、いずれも混同説に立ちながら侵害成否の判断が全く異なる結果となりかねない危うさを有しているものといえ適切なものとはいえない。特に東京高裁判決では本件登録意匠の基本的形態が出願前、周知ないしは公知となっている事実を看過し、本件登録意匠に、下図に示す公知意匠をも含む不当な類似範囲を認める結果を招来しており不適切であるといわなければならない（下図参照）。これは、純粋な混同説においては、本件登録意匠の出願前公知意匠を全く参酌することなく、本件登録意匠トイ号意匠を単に対比して需要者が混同を生ずる程類似しているか否かで判断することから生ずる問題点といえる。

本件意匠 意匠登録第 863835 号

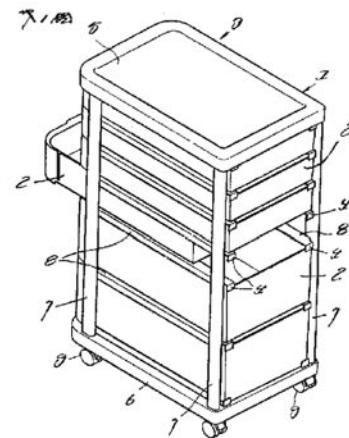


イ号物件



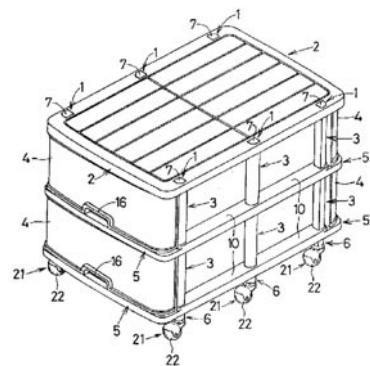
公知意匠 1

実用新案出願公開平 2 - 109438



公知意匠 2

実用新案出願公開平 2 - 82929



一方、純粋な創作説も、公知意匠を参照することにより創作者が真に創作した部分を要部と認定し、比較する意匠に、登録意匠に存する創作のポイントと同じ様な形態が存在することのみを以って類似と判断するだけでは、意匠法上「意匠の類似」なる概念が比較する 2 つの意匠が全体観察上需要者において混同する程似ているか否かである以上、創作のポイントの一致のみでは必ずしも全体観察上類似するといい難い場合も少なくなく、適切とはいい難い。特に、登録意匠の構成中、複数の構成要素が、各々異なる複数の公知意匠中に存する場合、それらの部分を機械的に除外し、残余部分を要部と認定する手法は、上記大阪地裁平成 1 年 6 月 19 日判決（弁当箱事件）に指摘されているとおり適切な解釈ではない。

したがって、混同説と創作説を折衷した修正混同説（創作的混同説）がより適切なものといえる。すなわち、意匠法 23 条において意匠権の効力の範囲は登録意匠に類似する範囲まで及ぶと規定され、「類似」とは互いに相紛れ混同するか否かの判断によって導かれる概念であり、かつ、現行意匠法が創作保護法であつて、新規性、創作性を主たる登録要件として審査した

上で登録されるものである以上、従来の混同説における要部認定手法である「意匠に係る物品の性質、用途、使用態様から取引者、需要者が最も注意を惹きやすい部分を意匠の要部として把握する手法」に、「公知意匠にはない新規な創作部分」をも加えて要部認定する手法が最も適切なものといえる。「新規な創作部分」は当然のこととして看者の注意を強く惹く構成部分であることに疑いがなく、「新規な創作部分」を公知意匠を参酌することにより認定し、それを要部と把握することによって客觀性が高まり、混同説の一大欠陥であった看者の主觀に左右されることなく、より客觀的で論理的な類否判断手法となり、混同説や創作説よりも予測可能性が高まる結果、法的安定性に秀れ、創作保護法である意匠の適切な保護に最も適うものといえるからである。

上記自走式クレーン事件の東京高裁平成 10 年 6 月 18 日付判決が、東京地裁平成 9 年 1 月 24 日付の混同説に基づく類否判断手法にわざわざ「さらに、公知意匠にはない新規な創作部分の存否等を参酌して」なるフレーズを書き加えて同一の結論の判決としたのも上記趣旨に基づくものといえる。

また、修正混同説に従えば、「類似」という用語の本質的な概念ともいえる全体観察上取引者、需要者が互いに相紛れ混同する程似ているか否かの視点を欠き易い創作説の欠陥をも是正しながら、創作説がいうところの創作保護の視点にも適う論理的な類否判断手法といえる。

以上みてきたとおり、修正混同説が上記①で指摘した意匠法が創作保護であることを十分尊重し、かつ上記②で指摘した意匠法上の「意匠」が視覚を通じて美感を起こさせるもの」を本質としていること、及び上記③の意匠法上の「類似」の概念にも十分沿うものであるといえ、意匠の類否判断の基準として最も適切なものであるといえる。

このことは、以下に示す最近の判決にも表われている。

#### (4) 最近の判決からみた意匠の類似判断基準の傾向

意匠法 24 条 2 項の施行日は平成 19 年 4 月 1 日とされているものの、この規定は産構審の意匠制度小委員会の報告に明示されているように、最二小判昭 49 年 3 月 19 日「可撓性伸縮ホース事件」、及び最二小判昭 50 年 2 月 28 日「帽子事件」の 2 件の最高裁判決に根

拠を置くものである以上、上記施行日を待たず裁判所は実質上この規定の趣旨に沿った判決をなし得るものといえ、すでに、改正意匠法が国会で成立をみた平成 18 年 6 月 1 日以降の判決中にこの規定に沿ったものと窺える意匠権侵害訴訟事件の判決や査定系の審決取消訴訟事件の判決があり、これらはいずれも上記修正混同説に基づく判決といえるので、以下に紹介する。

##### ①意匠権侵害訴訟事件

ア. 大阪高裁 平成 18 年（ネ）第 448 号（口頭弁論終結日 平成 18 年 6 月 21 日）「手さげかご事件」

「意匠の類否を判断するに当たっては、意匠を全体として観察することを要するが、この場合、意匠に係る物品の性質、用途、使用態様、さらには公知意匠にはない新規な創作部分の存否等を参酌して、取引者・需要者の注意を最も惹きやすい部分を意匠の要部として把握し、登録意匠と相手方意匠が要部において構成態様を共通にするか否かを中心に観察して、両意匠が全体として美感を共通にするか否かを判断すべきである。」

イ. 東地民 29 平成 18 年 10 月 30 日判決、平成 18 年（ワ）第 13406 号「ゴルフ用ボールマーカー事件」

「意匠の類否を判断するに当たっては、意匠を全体として観察することを要するが、この場合、意匠に係る物品の性質、用途、使用態様、更には公知意匠にはない新規な創作部分の存否等を参酌して、意匠に係る物品の取引者・需要者の注意を最も惹きやすい部分を意匠の要部として把握し、両意匠が要部において構成態様を共通にするか否かを中心に観察して、両意匠が全体として美感を共通にするか否かを判断すべきものといえる。」

ウ. 大地民 21 平成 18 年 12 月 21 日判決、平成 18 年（ワ）第 7014 号「ブロックマット事件」

「意匠の類否を判断するに当たっては、意匠を全体として観察した上、取引者、需要者が最も注意を惹く意匠の構成、すなわち要部がどこであるかを意匠に係る物品の性質、用途、使用態様、さらには公知意匠にはない新規な創作部分の存否等をも斟酌して把握し、登録意匠と対象となる意匠とが要部において構成態様を共通にするか否かを中心に観察して、両意匠が全体として美感を共通にするか否かによって判断すべきものである。」

上記ア～ウ事件の判決は、いずれも改正法が国会で成立した平成 18 年 6 月 1 日以降現在までの意匠権侵

害事件の判決の全てであり、いずれも意匠の類否判断に関する一般論の判示事項は文章までほぼ同一といえ、各々修正混同説に立つ類否判断を採る旨明らかにしており、「需要者」の認定も各々意匠に係る物品に対応して各事案毎に適切に認定している。これは物品が消費財であるか生産財であるか等によって「需要者」は具体的に異なるところから、法律上は単に「需要者」と規定したものと推察されるが、具体的な事案毎に「需要者」が考慮されるものと考える。現に、ア事件の「手提げかご」では、それを主として購入する「スーパー・マーケットやデパート等の購買担当者であると認めるのが相当である。」と判示するだけでなく、「購買担当者が買い物かごを選択する際に重視するのは、①店舗のイメージに合った優れたデザインであるか否か、②客単価の向上につながるかごの容量が大きいか否か、③堅牢か否か、④上部周辺の形状や周側面の孔がかごの網口に指を挟むことのない安全性に配慮した形状であるか否か、⑤サイドグリップの有無や把手杆の形状が顧客にとって使い勝手のよいものであるか否か、⑥広告機能に配慮したものであるか否か、⑦メンテナンスの容易さ、の各点であると認められる。そうすると、この種の買い物かごの需要者であり、看者であると想定されるスーパー・マーケットやデパート等の購買担当者は、上記②ないし⑦の個々の形態上の機能性に注意を払うことはもちろん、当該買い物かごのデザインが店舗のイメージにあった優れた美感を有するものであるか否かを顧客の視点に立って観察するものというべきである。」とし、「顧客」の視点も重視している。

イ事件のゴルフマーカーにあっては、「需要者であり看者である一般の競技者」と認定している。

ウ事件のブロックマットにあっては、「ブロックマットを見る需要者は、護岸、法面工事等の工事業者といった専門的知識を有する者であるところ上記のようなブロックマットの形状構造、使用態様、さらにブロックマットのカタログ（甲4、7、乙8）には、図面による平面視の形状のほか、法面などの地表面に敷設した状態を地表から、あるいは斜め上方から俯瞰した写真が掲載されている。これらによれば、需要者も、正面視、あるいは斜め下又は斜め上から俯瞰して、ブロックマットの形態を観察するものと認められる。そして、需要者はカタログを見て商品の選定をするものであるが、さらに具体的に観察するために現物を見た上で購入することもあると推認される。需要者が現物を見る

場合には、足下に置いたブロックマットを正面から見て観察することになる。」と認定している。

## ②査定系審決取消請求訴訟事件

ア. 知高1 平成18年7月18日判決 平成18年(行ケ)第10004号

### 「スポーツ用シャツ事件」

「意匠法3条1項3号に係る通常の意匠（全体意匠）の類否判断は、物品について一般需要者の立場からみた美感の類否を問題とするものであって、公知意匠からの創作容易性の問題ではない（最高裁昭和49年3月19日第三小法廷判決・民集28巻2号308頁参照）。すなわち、一般需要者である取引者・需要者が、まず、物品を全体的に観察するのが通常であることを前提に、①公知意匠に係る物品と当該意匠に係る物品が同一又は類似であるか否か、②それぞれの意匠の形態が同一又は類似であるか否かを検討し、その際、意匠の形態の類否については、全体的観察を中心に、これに部分的観察を加えて、総合的な観察に基づき、両意匠が看者に対して異なる美感を与えるか否かによって類否を決するのが相當である。この場合において、公知意匠との対比において部分的な差異があつても、新たな創作的工夫により格別の美感を与える要素を付加するものといえなければ、全体より生ずる美感ないし意匠的効果の面において異なるところがないから、公知意匠の範囲内にあると解すべきである。そうすると、意匠の類否判断は、一般需要者の立場からみて、物品の美観、すなわち、当該意匠に、新たな創作的工夫により独自の美感を与える要素を付加するものがあるか否かの観点から、当該意匠と公知意匠について混同が生ずるおそれがあるといえるほどに似ているかどうかによって決することになる。」

この判決は、知的財産高等裁判所の篠原勝美所長を裁判長とする知財高裁1部の査定系審決取消訴訟事件の判決であるところに大きな意義を有しているように見受けられる。

すなわち、出願意匠とそれ以外の意匠が類似であるかの判断も、第24条第2項の登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断と同様「需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行なう」ものとし、かつ「意匠の類否判断は、一般需要者の立場からみて、物品の美観、すなわち、当該意匠に新たな創作的工夫により独自の美感を与える要素を付加するもの

か否かの観点から、当該意匠と公知意匠について混同が生ずるおそれがあるといえるほどに似ているかどうかによって決することとなる。」とし、新たな創作的工夫の存否を重視した上で混同するか否かを判断する旨を明確にしており、査定系の場合も、従来の特許庁における創作を重視した上での混同を生ずるか否かの類否判断基準、すなわち修正混同説に立つ類否判断を採用する旨を明確に表明した判決と評価できる。

イ. 知高 1 平成 18 年（行ケ）第 10023 号（平成 18 年 5 月 18 日口頭弁論終結）判決 「横葺屋根板材事件」

「意匠法 3 条 1 項 3 号に係る意匠の類否判断は、物品について一般需要者の立場からみた美感の類否を問題とするものであって、公知意匠からの創作容易性の問題ではないところ（最高裁昭和 49 年 3 月 19 日第三小法廷判決・民集 28 卷 2 号 308 頁参照）、一般需要者である取引者・需要者は、本願意匠に係る物品を購入したり、使用したりする際、まず、物品を全体的に観察するのが通常であることからすると、本願意匠が公知意匠と類似するか否かの判断をするに当たっては、全体的観察を中心に、これに部分的観察を加えて、総合的な観察に基づき、両意匠が看者に対して異なる美感を与えるか否かによって類否を決すべきものである。」

ウ. 知高 2 平成 18 年（行ケ）第 10067 号審決取消請求事件（平成 18 年 6 月 12 日弁論終結）「側溝用ブロック事件」

「本願意匠と引用意匠（ただし、「本願意匠と同じ向きに合わせ」（審決 1 頁最終段落）たもの。以下同じ。）との共通点（A）のような「全体を、横長で断面略縦長方形状の角柱状体の内部中央に、長手方向に貫通する大きな排水路を設けた管体」である構成態様は、原告が主張するように、物品「側溝用ブロック」においてありふれた態様というべきであり、また、証拠（甲 2 ~ 11）によれば、共通点（B）ないし（E）の各構成態様は、いずれも本願出願前から公知であることが認められる。」

しかし、一般に、意匠は全体として機能的に構成されていることが多い、公知の部分が意匠の支配的部分を占め、これが全体的なまとまりとして視覚を通じて美感を起こさせることがあるから、公知の部分であっても、当該構成部分が意匠全体から見て看者の注意をひく場合には、その部分が意匠の要部に

なり得るものというべきである。」

「本願意匠の差異点（ア）ないし（ウ）に係る構成態様は格別のものと評価することはできず、意匠全体の支配的部分を占め意匠的まとまりを形成する上記共通点（A）ないし（E）に係る構成態様が類否判断に与える影響において相対的に大きなものになることは、上記（1）、（2）に述べたとおりであるから、本願意匠と引用意匠とが類似するとした審決の判断に原告主張の誤りがあるということはできない。」

エ. 知高 3 平成 18 年（行ケ）第 10008 号審決取消請求事件（平成 18 年 5 月 23 日弁論終結）「金属製ブラインドのルーバー事件」

「前記（1）のとおり、共通点（1）の全体の構成は、両意匠の支配的基調を形成するもので、これによって、看者に共通の美感を起こさせるものであり、視覚的な印象として両意匠間に強い類似性をもたらしているものであるところ、審決が上記⑤で指摘するに相違点（1）ないし（3）に係る態様が相俟つて表出する効果を勘案しても、上記共通点から醸し出される両意匠の圧倒的な類似性を凌ぐ視覚効果を認めることはできないから、本願意匠は引用意匠に類似するとした審決の判断に誤りはないといるべきである。」

上記イ～エ事件は、上記ア事件のように出願意匠に引用意匠にみられない新たな創作的工夫が認められるか否かに関しては判決文中特に積極的に触れられていないが、出願意匠に新たな創作的工夫が存しないので記載されていないだけであって、両意匠に共通して存在する公知な構成部分を要部とみて全体観察上両者は需要者が混同する程類似するからとして新規性なしと判断されたものといえる。

したがって、これらの判決に示された類否判断は修正混同説に立つものと評価できる。

#### 4. まとめ

以上みてきたとおり、改正意匠法 24 条 2 項の規定は「登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断は、……」との規定ぶりから、出願意匠とそれ以外の意匠の類否判断はこの規定の適用外であるかの印象を一見持つが、この規定中の「それ以外の意匠」中には「侵害とされる意匠」の外、登録意匠の「無効審判における引用意匠」も入るものといえ、登録適格性

の 3 条 1 項 3 号の規定にも適用されるものと解釈できる。また、意匠法 23 条の「(意匠権の効力)」の規定に入れることなく、意匠法 24 条「(登録意匠の範囲等)」の規定の 2 項に入れたこともこのことを裏づけているものといえ、上記した査定系審決取消訴訟事件である知高 1 平成 18 年 7 月 18 日判決「スポーツ用シャツ」事件の判決も上記趣旨に基づいているものといえる。

また、類否判断の主体を「需要者」と規定された点から純粋な混同説に絞られたとみる論者もいるが、「可撓性伸縮ホース」事件最高裁判決に関わられた当時の佐藤繁元東京高裁判事の判例解説において、3 条 1 項 3 号の規定の趣旨を「創作として未知のものと評価するに値しない意匠は……公知意匠そのものと同一の意匠に準じ類似の意匠として登録しないこととしたものである。」と述べていることと、改正意匠法が国会を通過した後の知財高裁 1 部の「スポーツ用シャツ」事件における「意匠の類否判断は、一般需要者の立場からみて、物品の美観、すなわち、当該意匠に、新たな創意的工夫により独自の美感を与える要素を付加するものがあるか否かの観点から、当該意匠と公知意匠について混同が生ずるおそれがあるといえるほどに似ているかどうかによって決することになる。」との判示とは軌を一にした判決といえる。したがって、24 条 2 項は所謂修正混同説に立つものといえる。

また、改正法国会通過後に下された 3 件の意匠権侵害訴訟事件においても押し並べて修正混同説に立つ判決が出されており、「需要者」の認定も意匠に係る物品毎に適切に判断されている。

したがって、永い間存在した意匠の類否判断基準に関する諸説の対立も今回の改正で終止符が打たれたといつてもよいといえる。但し、専門部を有しない各地方裁判所に意匠権侵害訴訟が係属した場合、意匠法 24 条 2 項の規定の趣旨を純粋な混同説と捉える向きが出てくることも否定できないが、われわれ実務家が具体的な事件の主張立証を通じてこれを正していくことが求められるといえる。

## 注

- (1) 牛木理一「改正意匠法 24 条 2 項への疑問」 パテント Vol.59 No.10
- (2) 筆者のこの説は、主体基準として「当業者の目」としたことから創作説に分類されているようであるが、筆者が「企業法研究」昭和 52 年 3 月号に書いた「意匠の要部認定と類否判断」において、過去 10 年間の意匠権侵害訴訟の判決理由を分析して意匠の要部に関する裁判所の判断として、「①物品の機能または使用状態からみて全体観察上看者の注意を最も強く惹く部分。②新規な特徴ある部分（創作者の真に創作した部分）。③新規な特徴ある部分であって、かつ、看者の注意を最も強く惹く部分。④（類似意匠登録が存する場合）類似意匠登録と共通する部分。⑤機能上必然的な形状部分を除外した特徴ある部分。」以上五つに分類できる旨述べ、かつ結論として「（特許庁で）登録するときは、その意匠に最も近い特許庁手持ちの先行意匠との比較において登録適格性が判断されている筈であり、また、そうでなければならない訳であるから、登録時において、すでにその意匠の創作のポイントはある程度明らかになっているということができる。たとえば、タンブラーの意匠で、通常のタンブラーの左右両端に一对の凹みを形成して持ち易さと新しい美感を付与しているが故に登録を認められた意匠は、当然その一对の凹みがその意匠の創作のポイントということができ、その意匠の類否判断をなすに際しては、その創作のポイントである凹み部分を意匠の要部と認定した上でなされなければならないのは理の当然といわなければならない。もちろん、この凹み部分は、単に新規な部分であるというだけでなく、物品タンブラーの人目にふれ易い部分に顕著に表わされているが故に、通常のタンブラーとは非類似であるとして登録されているのであるから、意匠の要部として認定する所以は、単に新規な部分であるからというだけでなく、看者の注意を強く惹く部分でもあるからである訳で、この両者が相俟って意匠の要部であると認定することが最も確かなことといえる。」とし、「登録意匠の要部は、上記③の「新規な特徴ある部分であって、かつ看者の注意を強く惹く部分」とみるのが最も妥当と考える。」と記述していることから、実質的には修正混同説に近い説といえる。

- (3) 特許ニュース 平成 18 年 3 月 15 日 No.11731 P14
- (4) 満田重昭「知的財産権事典」（丸善） 247 頁 「美感」参照
- (5) 牛木理一「デザイン・キャラクター・パブリシティーの保護」（悠々社） 122 頁 意匠の類似の根拠

（原稿受領 2007.2.08）