

意 匠 の 類 似 (前半)

司会 会員 高橋 大典

コーディネーター
会員 峯 唯夫



～ パネリスト ～

会員 牛木 理一



会員 小谷 悦司



知的財産
高等裁判所
総括判事
飯村 敏明



元東京高等裁判所
知的財産部判事
弁護士・会員
牧野 利秋



会員 加藤 恒久



元特許庁意匠課
審査官・審判官
会員 梅澤 修



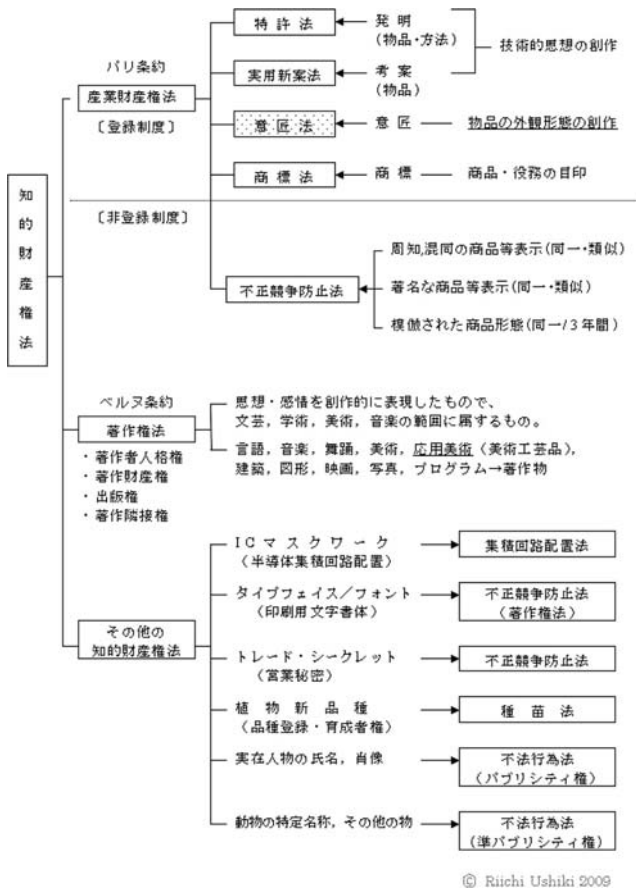
※ 本稿は平成 21 年 11 月 30 日 (月) に東京で開催された日本弁理士会研修所主催意匠シンポジウムで行われたパネルディスカッションの前半を録取したものである。後半は 9 月号に掲載予定である。

(高橋) 只今から、「意匠の類似」に関するシンポジウムを開催いたします。司会は日本弁理士会研修所の高橋大典が務めさせていただきます。よろしくお願いいたします。それではコーディネーターの峯先生よりよろしくお願いいたします。

(峯) ご紹介いただきました、峯でございます。今日の進行ですけれども、テーマとしては第 1 に意匠法の位置づけ、「何故意匠を保護するのか？」であるとか「産業の発達」との関係、「美感」について、その辺のことを議論して頂きます。第 2 のテーマとして「類似論」。意匠の類似の考え方です。それぞれの方から自由なご発言を頂きたいと思っております。第 3 は「判決例を素材とした類似の検討」ということを用意しております。以上 1, 2, 3 という順番で進めます。1 番, 2 番につきましては各冒頭にパネリストの方々から各 5 分程度スピーチを頂いてその後にディスカッションという進行を予定しております。それでは、ここに並んでいる順序、牛木先生から順に発言頂きます。それでは牛木先生お願い致します。

1. 意匠法の位置付け

(牛木) 只今ご紹介いただきました弁理士の牛木でございます。本日パネリストの 1 人として皆さんの前に、私が意匠法について長年研究し経験してきたことの一端をお示しすることによって、皆さんにおかれては弁理士の実務上、何らかの得るものがあればと思います。本日のメインテーマは「意匠の類似」についてです。そこで、コーディネーターの峯先生から言われたこの問題で最初に、私が話す問題点というのは、意匠の保護と産業の発達との関係ということですが、その前に私はどうしても言っておきたい点があります。そのことをまず冒頭に申し上げておきたいと思っております。その一つとして「意匠制度の位置づけ」とは、私のテキストの 2 ページにあげているチャートであり、これは知的財産権法全体の私なりに作り出した法体系であります。この中で、意匠法というのは、ここにあるとおり産業財産権の中にひとつの法分野を占めていますところ、これを全部話すつもりはありませんが、特許法、実用新案法、意匠法の 3 つが、いわ



(牛木理一氏のスライドより)

ゆる産業上の創作保護法であります。つまり特許法、実用新案法の保護法域は、技術的思想の創作であり、意匠法は、物品の外観形態の創作を保護法域としているものであることを冒頭に申し上げておきます。それに対し商標法は、商品とか役務の目印、サインを保護対象としているものです。以上はいわゆる登録制度の中にありますけれども、非登録制度の中には意匠法に関係がありそうな分野、これを私は一応ゴシック体で書いていますが、不正競争防止法の中の商品等表示、あるいは商品形態というのがあることを考えると、不競法では広い意味での創作も保護していると考えています。それから、もう一方、著作権法で保護する著作物というのは、ご存じの通り、思想又は感情を創作的に表現したものである。その中には、意匠あるいはデザインに関係深いものとして、応用美術という保護分野があります。これは美術工芸品といわれる一品制作のものに限って保護するというのが、我が国の著作権法の原則です。そんなところをこのチャートを見て申し上げます。

次に、意匠法という法律の目的です、これは第1条の規定のことで。第1条は、意匠の保護と利用を図ることによって、意匠の創作を奨励し、もって産業の

発達に寄与することにあると規定しています。このような法の目的から、意匠法は特許法及び実用新案法と同様、産業上の創作保護法であるということになります。

それでは意匠の本質、意匠法が保護対象とするところの意匠とは何かという、意匠の本質について若干説明したいと思います。ここで「意匠」とは、英語の“Industrial Design”であり、機械的生産によって生み出される物品に関するデザインをいいます。その意味で、インダストリアルデザインは、一品制作の純粹美術作品とは違って、工芸品とも違いますけれども、先ほど申し上げたように、いわゆる応用美術作品を含むものと考えられます。また、英語の“design”という言葉の概念には、計画する、企画する、予定する、という意味がありますので、そう言う意味ではいわゆる「デザイン」というのはもともと完成された物体をいうのではなくて、完成されるべき物体への発想であり、企画をいうと解されます。したがって「ある思想からある物体へのデザイン」というふうに私は考えております。

(峯) 牛木先生ご協力ありがとうございます。あと1分差し上げますので、「アプローチ」あたりいかがでしょうか。

(牛木) 1分だけお願いします。このアプローチのことは非常に重要なことです。意匠保護の法律的なアプローチとしては大きく分けて、パテント・アプローチ(特許からのアプローチ)とコピーライト・アプローチ(著作権からのアプローチ)との2つがあります。これは私が創作した考え方ではなくて、イギリスのWilliam Wallace という当時の知的財産庁副長官が、かつてジュネーブで行われたデザインの法的保護のあり方を議論した研究会で発表していることです。また、第3に、デザインアプローチという考え方があります。これはECのデザイン法案の作成を依頼されたMPIのBier所長が提言しているアプローチであり、パテントでもコピーライトでもない、その中間にあるデザインはデザイン特有のアプローチがあつていいという考え方があります。日本はどっちかという、パテントアプローチの色彩が強いだらうと考えています。

(小谷) 日本の意匠法はわが国意匠法の嚆矢である明治21年の意匠条例の時から、新規性が審査され絶対的独占権を与えるという制度でしたので、あきらかに

パテントアプローチの産業財産権であるということがいえようかと思えます。わが国意匠法によって保護される物品の形態は僅かながら美術の著作物と重なる部分がありますけれども大部分は意匠法によって保護される性質のものであります。そこで、意匠登録制度の趣旨は、物品の外観に施された美的思想の創作をした者に一定の期間独占的に実施をする権利を与えて保護することにより意匠の創作を奨励することにあります。その結果、新しい意匠的工夫が施されたより美しい、より利便性の高い商品が次から次へと生み出され、商品選択の幅が増大し需要が喚起されることによって産業の発達につながるのが意匠法の目的（第1条）であると考えます。そして、私達人間の生活環境をより豊かに、かつ快適なものとしているということが言えようかと思えます。意匠は技術のような進歩はみられないとよくいわれます。確かに技術のように顕著な累進的進歩はみられませんけれども、技術の進歩と共に意匠にも大きな変化があるというふうには考えております。強化プラスチック、ファインセラミック、複合金属等の材料の進歩によりまして、従来素材では成形できない新しい形態、意匠というものが生まれているといえます。例えば電気自動車の例でいえば、内部構造が簡単などころからデザインの自由度が高まります。そこで、金属より強度が高い強化プラスチックによって金属では成形できなかったような意匠が開発されつつあります。意匠法上の美感は、装飾美と機能美に大別できるわけですが、工業デザインの分野では明らかに機能美であります。如何にもスピードが出そうな新幹線の車輜や自動車、如何にも使い勝手が良さそうな携帯電話やパソコン、如何にも軽そうな靴や靴、このように外観を見ただけでその商品の機能が感得できる機能美溢れる商品の出現によって生活環境がより快適に、より豊かになっていることは確かであります。これは消費財のみならず生産財の場合も、生産性、耐久性、経済性が外観からみてとれるようなすっきりしたデザインの機械や装置が年々増えているということが言えようかと思えます。このように、意匠登録制度は、より快適な、より豊かな環境を得たいという需要者の心理に基づく秀れたデザインの商品選択によって需要の増大が図られ、産業の発達につながることを企図した制度であるということが言えようかと思えます。まとめますと、意匠法の目的、意匠登録制度の趣旨は意匠の保護及び利用を図ることによって意匠

の創作を奨励することが目的であって、その結果市場における物品の差別化が図られ購買が促進される。これらは取引者・需要者の目に基づく判断と行動によるわけです。その結果産業の発達と、より豊かで快適な生活環境が実現できる、それが意匠法の目的であるというふうには考えます。

(飯村) 飯村でございます。意匠法の目的と産業の発達との関係、美感についての私の考えは、小谷先生がご説明になりましたことと全く同意見です。今回のシンポジウムのテーマは、「意匠の類否判断」ですので、そのテーマとの関係で、私の個人的な意見を補足いたします。以下2点を指摘したいと思えます。

第1は、「意匠制度」と「産業の発達」との関係でございます。意匠法は特許法と極めて類似した制度であり、その制度設計も特許法に類似しております。両者は、次の点で異なります。すなわち、特許法は、その目的として、「技術的思想の創作」の保護を通して、産業の発達を促すことを規定しているのに対して、意匠法は、その目的として、「美感」の保護を通して、産業の発達を促すことを規定しています。両法律は、パラレルなものと考えられていますが、「技術思想」と「美感」とは、製造、販売活動において、意味づけ、機能、性質等において、大きな相違があります。意匠の類否判断においても、意匠法と特許法との相違を理解・認識することが大切であると思えます。

そこで、特許法と意匠法との違いについて、申し上げます。特許法の制度の前提ですが、産業に利用可能な技術は、特別な立法政策を採らなくても、時代とともに、ごく自然に進歩していきます。特許法は、一定水準以上の技術的創作をした発明者に対して、「公開するという行為」の代償として、20年間の独占を保証することとしました。このような制度を設けることによって、技術を公開した企業に独占力を与えることにより、産業資本を増やし、独占力のメリットによってインセンティブを高めることにより、技術が格段に進歩します。産業の発展に対して、次のようなメリットもあるとされています。まず、①価値のある貴重な技術が隠されることなく、公開されることが促されます。これは、社会全体からみて、無駄な重複的な研究開発を避けることができ、限られた研究資源・ヒューマンリソース等の効率的な配分に役立ちます。次に、②出願から一定の期間（20年）を経過すれば、公共の財産として、誰でも利用することができ、それだけ産

業資源が増加するということになります。そのような意味で、「特許制度」は、「産業の発達」との関係で、直接的な因果関係が分かりやすいものとして設計されています。

これに対して、意匠制度の場合は、全く事情が異なります。まず、①意匠法制度があることによって、価値のある貴重で有益な「意匠」の公開が促進されるという因果の関係は、成立しません。仮に、意匠法制度を設けない場合に、物品（商品）の「意匠」が隠されるということは、通常、想定できません。企業は、消費者に向けて物品を流通させるために意匠を創作するわけですから、意匠法制度が存在すると否にかかわらず、物品の形状を隠すという行動を採る選択肢か考えられません。次に、②出願から一定の期間（20年）を経過すると、その「意匠」が、公共の財産として、誰でも利用することができ、それだけ、産業資源の増加が期待されるというメリットも、意匠の場合、必ずしも妥当しません。むしろ、意匠権を持っている企業が、20年間もの長い間、同一形状・模様・色彩を有する物品を製造・販売し続けているような場合を想定しますと、不正競争防止法上の保護を受けることによって、期間が満了した後でも独占できることもあり得ると思われまゝ。また、そもそも、20年後に、特定の意匠がパブリック・ドメインになって、誰でも使用できる状態が、果たして、社会資本・産業資本の増加を意味するのかという点については、疑問の余地もあるところではあります。

以上、「意匠制度と産業の発展」というテーマを総合しますと、意匠制度においては、特許法で理念として考えられている、「技術を公開するという犠牲」と「一定期間の独占」というトレード・オフは、必ずしも、念頭に置かれていないように考えられます。

第2に、「美」特有の困難な問題があります。「美」は、極めて主観的なものです。特定の「形状・模様・色彩の結合」について、それが他よりも美感において優れているか劣っているか、及び、美感において相違するかどうかは、すべての人が同じように感じるという保証はありません。このように申し上げるのは、「美」ないし「美感」を定義することすら困難だからです。個人的に、「美感」の定義を試みてみました。すなわち、「空間や物の形状、模様又は色彩のすべて又は一部を創出し又は利用し、視覚を通じて表現する技術ないし活動によって、人が受けとめる感情又はその変

化」というものです。このような定義の試みからも明らかにおり、「美感」は、広い概念でしか定義をすることができず、また、主観的であって、時代や流行、判断する人によって変化します。また、「進歩」という考え方も成り立たないように思われます。

第2の点を総合しますと、「類否の判断」には、意匠制度の目的との関係などを考慮して、できる限り客観的な判断基準を定立する必要があるのですが、「意匠」それ自体の固有の性質が、そのような基準の定立を妨げる要素があり、困難にしているということがあります。

そこで、全体を総括しますと、意匠法は、産業の発展に寄与する。しかし、寄与の仕組みは、基本的には、独占できる意匠とそうでない意匠について、交通整理をすることによって、ユーザー、物品の製造、販売に当たり、「意匠」を活用しやすくさせるいう限度で、産業の発達に寄与する、ということかと思えます。

(牧野) 牧野でございます。意匠は意匠法によって権利の客体とされており、何故意匠を権利の客体として法的に保護しないといけないうかというその根拠は、人間の創造的活動の所産としての創作がそこにあるからだ、と考えています。このことからして、意匠法の目的は意匠の創作の保護と捉えるべきだと考えております。それは、商標法や不正競争防止法のような競争秩序を維持することを目的とするのとは異なり、もちろんその作用はあるわけですが、根本的には意匠の創作の保護にあると思っております。このことは、意匠法1条の趣旨からみても明らかかといえると思えます。同条が「産業の発達に寄与することを目的とする」と規定していることから、意匠法の目的が産業の発達に寄与することにあるというようにお考えの向きもあるかも知れませんが、「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」として、「もって」という用語で前後を繋げていることに示されているとおおり、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することの結果がひいては産業の発達に寄与するという考えを表していると思えるべきものと考えます。ここで産業の発達とは単に製造業を中心とした産業の発達というふうに狭義に解すべきではなくて、意匠創作活動もその一環である人間がよりよく生きるうえで必要な社会環境の質的向上を目指す諸活動の発展が、ひいては産業の発達に連なるというふうに

広く捉えるべきであります。このように考えますのは、従来、ともすれば意匠を利用する側の視点から考えられてきた意匠法を創作者を保護するという視点を重視したい、あるいは同等に重視した意匠制度でありたいと思うからであります。

次に、美感についてですが、法律にはあまり馴染まないように思われる美感という用語は、結局のところ意匠創作の成果である物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合である意匠の形態がもたらす視覚的効果をいうもので、これを美感という言葉で表したのであると思います。それは、意匠の形態が持つ創作的価値というものの総合的評価を示すものと理解すべきであります。後ほど出てきますけれども、24条2項は意匠の類否の判断は美感に基づいて行うと規定しておりますけれども、その意味はこの視覚的効果をもたらす形態の持つ創作的価値の総合的評価に基づいてすることを意味していると捉えるべきだと考えています。以上でございます。

(加藤) 加藤です。意匠の目的というのは意匠法の解釈の意匠法全体を解釈するための指針だというふうに当然言えると思いますけれども、私は産業の発達ということについてもっと積極的な意義付けを考えております。それは単に創作を保護したらその反射的な効果として工業が発展する、あるいはそれを取り巻く環境が守られるとか、そういうことではなくて単に創作者が保護されるだけじゃなくて、経済それ自体、産業経済それ自体が拡大するんだというふうな積極的な意義付けを与えるべきなんじゃないかなと思うんです。それは意匠法が意匠を保護する根拠は、意匠のもつ社会的な機能というふうな点に着目して法が保護することによって経済が発展というのがあるんだというふうな流れで解釈すべきなのではないか。社会的な存在としての意匠を法はどう見ているかと、あるいはどう解釈すべきかということなんです、やはりそれは意匠は需要者の目を引きつけて、購買促進するんだという需要促進機能というものがあるからそれを保護することによって、最終的には産業の発達に寄与する。つまりそれを保護すれば、保護するということは意匠権を与えるということですが、それがインセンティブとなって創作が奨励される。創作が奨励されて新しい意匠が出てくれば需要者はそれを買おうとする、買えば作り手の側は人も雇わなきゃいけない設備投資もしなきゃいけない。しかも取引も活発になるとそういう経済の

良い意味でのサイクルも生まれてくるという産業立法なんだと、あくまでも、単なる創作を保護すれば良いんだよという考え方ではないんだと。おそらく単に創作を保護すれば産業発達に寄与するというふうなことになりますと経済の発展だとか産業の拡大だとかそういうふうな積極的な意義が折り込めないのではないかと。それからもう一つ意匠法の目的の読み方ですけれども、意匠法、意匠の目的の中で法が保護しようとしているのは意匠の創作ではないんです。意匠の保護なんです。「意匠の保護および利用を図ることにより」であって、意匠の創作という言葉は使われていないんです。これは意匠法に一貫して言えることなんです、2条1項の意匠の定義の中に創作という言葉は入っていません。それから23条の登録意匠およびこれに類する意匠、これが意匠権で保護する範囲なんです。登録意匠の創作と同一または類似のものを保護しようとしている訳じゃないんです。つまり一貫して意匠法っていうのは創作というものが奨励の対象ということで掲げていますけれども、意匠の保護の対象としては意匠の創作というものは入ってこないということで第1条をどういうふうに読むかっていうと意匠の保護をするんだと、それは意匠の購買心を刺激するようなそう言った意匠を保護するんだと、そしてそれを生むところの創作それを奨励するんだと、それによって全体として積極的な意味での産業の発達が達成されるんだと、こういうふうな流れになっているんじゃないかなと。それによって全体の解釈が相当違ってきます。例えば創作っていうものを中心として考えれば、新規性にしても進歩性にしてもそれから類似の解釈にしても創作ってものがかんがらずにかかわってきて、その類似範囲ってのを決めざるをえないわけなんですけれども、私が申し上げたような今の様な解釈をすれば、美感というものを中心としてこれ美感というものという風に捉えるのかひとつ問題ありますけれども、その美感というものを中心として類似範囲なりその他の条項の解釈ができると思います。

(梅澤) 基本的な考え方は先ほどから話されている先生方とそんなに変わらないと思います。特に小谷先生や牧野先生がおっしゃられたような考え方で意匠制度の位置づけは良いと思いますが、意匠の創作価値については美感を中心にとらえていきたいというのが私の立場になるかと思います。メモにしました内容を読ませていただいて報告に代えたいと思います。

(1) デザイン活動は、物品に関する様々なニーズ（機能性、美的造形性、生産性等）を統合して、物品の形態を作り出す、「総合的造形活動」と一般的に捉えられていると思います。

(2) 意匠法は、デザイン創作の結果としての意匠を保護する制度である。意匠を保護することで、意匠の創作を奨励し、デザイン創作・企業活動が活発化し、ひいてはデザイン製品により豊かな生活環境が形成されるという、大まかにはそういうサイクルを目的としているのではないかと思います。

(3) 意匠法は、物品の形態について、視覚を通じて美感を起こさせるものとしての価値（「意匠的価値」と呼んで良いと思います。）を保護する。

(4) 美感（「意匠的効果」と言い換えて良いと思いますが）とは、物品の形態について価値判断をする基準ないし観点として重要な意義があると考えてます。というのは同じ物品の形態について特許・実用新案においては技術的効果の観点から評価され、立体商標においては出所表示機能の観点から評価するというので、「物品の形態」というだけではこの「意匠的価値」というものは捉えきれないと思います。その中心にはやはり美感という概念を持ってこざるをえないと思っております。

(5) なお、意匠における美感は、単に形態の美感ではなく、「物品の形態」全体のまとまりとしての「美感」であり、物品性がはいつているということで、総合的造形活動の創作結果の中核をなすものと捉えるべきであろうと考えています。先ほど飯村判事がおっしゃられたように、よく美感は主観的と言われるわけですが、ある一定の社会的、歴史的な共通性と言いますか、客観性を有するものとして捉える可能性というのがあるんじゃないかというのが個人的になるかもしれませんが、考え方でございます。

(峯) ありがとうございます。それでは今まで6人の方から発表頂きました、その内容についてもう少し詳細なご見解を頂きたいと思っております。その前に牛木先生、後半の産業の発達あるいは美感について説明頂く時間が無かったので補充頂ければと思います。

2. 美感

(牛木) それでは前段がやや長くなったので、肝心の産業の発達と美感の位置づけについて申し上げることができませんでした。産業の発達との関係というのは、他の先生方がおっしゃったように、特許法、実用新案法それと同じであり、それ以上のものでもそれ以外のものでもないということです。

次に、美感の位置づけについて触れたいと思います。現行意匠法が意匠の定義に美感を付加したのは、特に物品の形状を保護対象とする実用新案法との区別のために必要だったからにすぎません。美感の有無は審査の対象とはなり得ないということです。私ごとで恐縮ですが、私が受験した弁理士試験は、大正10年法の最後の試験で、昭和34年度の試験を受けて合格したのですが、その当時はいわゆる旧法といわれていた大正10年法の実用新案法、意匠法と、それから実際に仕事を始めたのは昭和35年4月からで、その当時は新法といっていましたけれど、旧法と新法との両方をまたいで勉強していますので、両者の立法経過については指導の先生方から習っています。改正される際に、実用新案法の場合も物品の形状を保護の対象としています。ところが、意匠法の場合もやはり物品の形状を保護対象とすることから、じゃあ何が違うかということになると、視覚を通じて美感を起こさせるものというのが、違いのファクターとなっています。これは、私は最初は蛇足かなと思ったけども、蛇足でない、その違いを考えると、実用新案法でいうところの物品の形状との区別のために美感という用語が付加されている、と理解していました。したがって、美感のことを過大評価する必要は無いと思います。それからもう一つ言いたいことは、視覚を通じて美感を起こさせるというのは、いわゆる法律の文章らしくない意匠法特有の表現です。ということは、意匠の成立要件の入り口にある視覚と美感は、人間の感性に依拠した要素を、その後、理性によって解析し、さらに悟性によって論理的に類否判断をするという、複雑な宿命を意匠の類似の問題は負わされていると、私はとらえているのです。これについてはまた後で、類否判断についてのところで申し上げます。

(峯) ありがとうございます。今の牛木先生の美感の評価との関係において牧野先生がこの美感というものをある意味無化すると言いますか、美感について単に見た目と言うよりも別なアプローチのご見解を先ほど

述べられたと思うんですけれども、その点についても少しどのような要素をみて美感という言葉に含めていくのかご解説いただけますでしょうか。

(牧野) 美感という用語に示されていることを法律的に意味あるものと捉えるためには、やはりその裏付けとして存在する客観的なものを捉えないといけません。あるいは、つまり、美感をもたらす根拠となるものは何かということからつかまえていかなければならないと思います。それはまさに意匠創作の成果として結実した物品の形状、模様もしくは色彩又はこれこれらの結合であり、それが異なれば見る者に起こさせる視覚的効果、すなわち美感も異なるということになります。それぞれ創作された意匠の形態が持つところのそこに示されている創作的価値というものを総合的に評価することが視覚的効果である美感を認識することになると思っています。創作的価値の総合的評価を示す用語として理解すべきだと申し上げたのは今言ったような考えからであります。よろしいでしょうか。

(峯) 要は物品の形状、模様、色彩等々の要素に戻って総合的に判断していくというご説明と理解致しましたが、飯村先生もかなり近いお立場を言っていることがあったかと記憶しておりますけれども、いかがでございましょうか。

(飯村) 意匠法の制度があることによって、産業の発達に促進するという点について、すべての報告者の先生方がこれを肯定しております。私も、否定するものではありません。ただし、冒頭で申し上げましたとおり、意匠制度がもたらす「産業の発達の意味内容」については、少しだけ異なる認識を持っています。意匠制度は、ユーザーが、多様なデザインの製品を選択でき、豊かな生活を享受することができ、そのような物品を供給しようとする生産者の側の創造活動を保護するという点で、産業の発達や生活の向上というメリットをもたらす可能性のある制度だと思っています。しかし、意匠制度が、理想的に運用された場合に、そのような効果が期待できるという意味にすぎません。したがって、「類否の判断手法」をどのように捉えるかについて、意匠法の原理・原則論と結びつけて結論を導こうとすると無理が生じます。むしろ、意匠法の原理・原則と、すこしだけ切り離して、「どのような実務的運用をするのが、最も客観的に公平な結果に結びつくか」を中心に考えるべきであろうと思います。

原理原則論から類否の手法を導こうとすると無理が

生じる理由は、繰り返しになりますが、つぎのようなものです。意匠制度の制度目的・正当化根拠としての「犠牲と報償」や「インセンティブ論」は、必ずしも妥当しません（すべての場合に妥当しないわけではありませんが）。なぜならば、特許の場合には、技術を公開しないという選択肢が可能な分野もありますが、意匠の場合に、デザインを公開しないという選択肢はあり得ません。ある企業が、自ら、進んで公開した犠牲と独占力獲得とのトレード・オフは成り立ちません。また、「競争原理論」も、すべての場合に妥当するわけではありません。ある企業が、特定の物品について、登録可能性のあるすべてのデザインについての意匠登録を独占し、その登録意匠の中の一つだけを利用するような場合には、健全な競争を阻害しますし、需要者の多様なデザインの商品の選択肢が増えるわけではありません。制度には、常に、メリットとデメリットはあるもので、上手く行くことだけを念頭に置いて、類否判断の議論をすることには、限界がありそうです。

また、なにより、「美感」は、主観そのものです。優れた美感、劣った美感というような区分をする基準はありません。時代とともにデザインが進歩するということも、わかるような気もするのですが、本当に成り立つのかどうかの検証は不可能です。

要するに、意匠法は、企業が、顧客吸引力が期待できそうなデザインを創作したとして、一定の要件の下でデザインの独占を保護（一定の期間）する制度です。そのような制度の下で、意匠を保護するとしてどのような手法で保護すべきか、どの範囲まで保護すべきかという問題に対して、法律が、「物品の形状、模様、色彩の結合」プラス「美感」というツールを設けました。できる限り、交通整理のツールとして、客観化するための解釈・運用の努力が必要です。

(峯) その辺、小谷先生いかがでしょうか。

(小谷) 意匠の美感と申しますのは、物品の形状、模様もしくは色彩、またはこれらの結合といった構成要素を変化させることによって新しい印象を看者に与える。その新しい印象が美感ということになるかと思うんです。デザインをする場面でも、それから意匠出願や、意匠の侵害訴訟等における意匠の類否を判断する場面においても常に創作部分は何かを考えます、これは特許でも実用新案でも同様です。特に意匠の場合、全く新しい物品を創作した時はこれは大きな創作です。しかし多くの場合、物品の形態は機能上制約が

ありますので意匠の創作は既存の物品の形状、模様もしくは色彩といった構成要素の一部を他の構成に置き換えるとか、あるいは各構成要素はそれぞれ全部公知だけでもその組み合わせ方を変えることで看者に与える印象を変えることによってなされます。それははっきり変わったときに、新しい意匠的価値、意匠的工夫がなされたとの評価の下に、意匠登録されるわけです。このように部分的な変更によって看者に与える印象も変化しますし、また既存のありふれた意匠の実施は全く自由ですので競争者の選択の余地は十分残されているといえるのではないかと考えます。この点、意匠は、特許、実用新案と異なり、代替性が高い代わりに公表することによるトレードオフ関係は低いといえます。また、制度目的も特・実と同様産業の発達にありますが、特・実のように技術の進歩による産業の発達ではなく、意匠創作の奨励に基づく需要の増大によって産業の発達を図ることにあるといえようかと思えます。

(峯) 今のご説明は類似論の入り口としては理解できるんですけども、意匠の定義における美感は何かと言った時に新しい印象が美感なんだという位置づけはちょっとずれているような気がするんですけどもいかがでしょうか。

(小谷) 意匠の美感というのは。純粹美の様に個性的で自由な美ではなく、機能的に制約を受ける物品の外観美であるところから、意匠の構成要素に部分的な変化を付すことによって看者が受ける印象が変われば、新たな意匠が生まれることになる。意匠の創作とはそういうものなんだというふうな認識で意匠の美感を捉えることができるように思います。

(峯) この議論はまた後半の類似のところまでさせていただきまして、加藤先生いかがでしょうか、美感については。

(加藤) 美感はその意匠の本質的な要件であり、美感というのは非常に主観的な用語なので法律になじまないという考え方がありますが、別にすべての法律用語が正確にあらかじめ決まっている、概念として決まっている訳ではなくて、おこがましいようですけど、それを埋めるのが法解釈ということになるわけです。美感というものを解釈する場合に先ほども申し上げましたように、意匠の保護の根拠というものは需要者の購買心を刺激してものを買わせるという機能にあるのだということでもあります。そうするとこの美感という

ものも客観的な意味で解釈しようとする、需要者の購買心に刺激する、購買心の注意を引きつけるというそういった感じ、印象、これが概要になる。もちろん客観的にならなければいけませんから、誰がそういうふうな印象を判定するのか、誰がその注意を喚起させられるのかという事なのかというふうな事を決めなくてはいけない、それは誰がどういう場でというふうな事をこの意匠の定義の中の美感の内容として決めれば、それで美感の内容というのは客観化される。そしてそれを意匠の類似論にそのまま持っていけるわけです。以上です。

(峯) 加藤先生のスライドに、美感その根源的意味は需要者の購買心に働きかける印象であると書かれています。先ほど小谷先生から印象なんだというお話がありましたけれども、この購買心というところはちょっと置くとして、需要者に働きかける印象だということでは小谷先生も一緒でございましょうか。

(小谷) おおむね一緒です。

(峯) それでは美感を強調されるとおっしゃった梅澤先生。

(梅澤) 今まで話された内容とそんなに違いませんが、ただ意匠の美感はやっぱり根っこことなると思います。保護しようという創作というのはデザインですので、いろんなニーズを総合してひとつの造形活動をする。その結果としての物品の形態の造形をしているという点を評価したいので、単に純粹美術的な形態の美感ではなくて、物品の美感性といいますか、その物品性を考慮したデザインに創作内容というのを捉えていく必要があると考えています。その美感をみるべきだというふうに思っております。単純な例を言いますと現在の車のデザインを考えた場合と、例えば10年前、20年前、30年前の車のデザインを考えると全く変わっている。それは単なる変化というものではない、やはり一定の進歩に近いものがデザインの創作内容にもあると私は考えています。

(峯) 美感の話は後半の類似論の入り口ということになりますので、各パネリストがこのような美感論を持っているということのを頭の片隅に置いて頂きたい。先ほどから飯村先生がおっしゃってる意匠の保護と産業の発達その結びつき、かなり大きな問題提起をされていらっしゃいますけれども、今このパネリストの中で産業の発達というものをいわゆる経済活動の発達、発展だというふうに明確に位置づけられているのが加

藤先生。牛木先生はその辺までご発言頂いてないんですけれどもいかがでしょうか。

3. 産業の発達

(牛木) 産業の発達ということを考えるときは、特許法、実用新案法のそれと同列に考えればよいと思います。ということは、産業の発達というのは、いろんなことが考えられますが、それについてうんぬんすることは必要ないと思います。ですから、問題はその前に存在する意匠の創作を考えることであり、それを奨励することによって、産業の発達に寄与するのだということになるのですから、それ以上のことは考えられていません。

(峯) 産業の発達を経済活動の活発化というふうには狭く捉える考え方、それから文化的なものまで含めて考える考え方があります。その中で意匠保護と競争秩序というものとの関係、先ほど飯村先生が若干ふれられましたけど、競争秩序が維持されている中での話なんだ、保護なんだというようなお話があったかと思えますけれども、競争秩序というものを意匠法の目的と位置づけられている方とこれは商標、不競争の世界なんだと外されてる方、両方いらっしゃいます。まず加藤先生そこはどうでしょうか。

(加藤) まず競争秩序ということをコントロールするのが意匠法だという考え方は高田先生がとっておられます。公正な秩序その維持が第一義的な意匠法の目的なんだという考え方ですけれども、これは意匠の類似論にいくと混同説ということになります。混同説についてはいろいろ判決もあります。しかし混同説その流れで解釈すると新規性はともかく内容的に混同で処理できますけれども、しかしもう一つ考えてみるとなぜすべての世界中あらゆる公知の意匠との関係で出願意匠の新規性がとらわれなければいけないのか。公正な秩序と関係ない部分がずいぶんあるじゃないかと。それから進歩性なんかはどうなんだと。工業上利用できるなんてどうしてそんなことそういうふうな競争秩序維持の為にそんな登録要件を設けるのかとか。あらゆるものが問題になってきます。従ってこの競争秩序維持ということを第一義的な意匠の保護の目的だという考える考え方は成り立たないと私は思っています。以上です。

(峯) また別の観点からこれを含めることに否定的な牧野先生ちょっとご説明いただけますでしょうか。

(牧野) 意匠法も競争法の一環としての知的財産法す

なわち情報保護法の一つとして、自己の有する情報の財産的価値を保護するため他人の不当な情報の利用を抑制するという法制度であることは間違いありません。その意味で競争秩序の維持という機能を果たしています。しかし、それが意匠法の第一義的な目的かといえますと、そうではないのではないかと考えています。競争秩序の維持を図る制度として、例えば、不正競争防止法は不正不当な競争行為を挙げてこれを禁止するという手段を採っていますが、我が国の意匠制度は、このような手段とは異なり、先ほど述べましたとおり、意匠を権利の客体として法的保護の対象とし、この権利すなわち意匠権を対世的排他権として位置づけ、これによって他人の不正な意匠の利用を排除し、自己の創作した意匠の財産的価値を守る、そうすることが意匠の創作を奨励することになるという仕組みの法制度です。こういう法制度を構築したその結果それが先ほど申しましたような広い意味での産業の発達に寄与すると、そういう理念の下に意匠法は成り立っているものであり、競争秩序の維持そのものを直接の目的とする法制度ではないと理解している訳であります。

(峯) この点に関してご意見のある方、小谷先生。

(小谷) 公正な競争秩序の維持というものは全ての産業財産権を通じてあると思うんです。ただ創作物の場合の公正な競争秩序の維持と、自他商品識別標識である商標や不正競争防止法2条1項1号等という公正な競争秩序の維持とは違うと思うんです。発明、考案、意匠等の創作物に関しては他人の創作物にフリーライドする行為自体が公正な競争秩序を破壊するものであるというふうに考えれば創作物の公正な競争秩序の維持というのは明確になると思います。一方、商標とか不正競争防止法2条1項1号等の自他商品識別標識につきましても、他人の商標や周知商品形態に化体された信用にただ乗りする行為が公正な競争秩序の維持に反することとなります。同じ産業財産権における公正な競争秩序の維持といっても、創作物の場合と標識に関する場合とは全く違うんだということが言えようかと思えます。これを端的に言えば、周知形状は創作とはいえないので意匠法では保護の対象となりません。これに対し、立体商標であるとか2条1項1号の自他商品識別標識としての商品形態では周知になって初めて保護の対象になる。まったく逆なんです。この点は、みなさんご理解頂けると思います。

(峯) 飯村先生、レジメとかパワーポイントの中で競争

環境を整備するための法律というふうにお書きになってらっしゃいます。その意味をもう一度ご説明いただけますでしょうか。

(飯村) パワーポイントでは、意匠法について、「一定の価値のある意匠の創作について、創作者に独占権を与えて、他者からの『まね』から守るための、競争環境を整備するための法律である。一定のルール、秩序ある交通整理をして、公平な競争環境を実件するという意味で、間接的に『産業の発達に寄与』しているといえる。」と記載しました。その意味は、既に、発言したとおりです。ところで、一定の公正・健全な競争環境を達成するためには、意匠法以外にも、さまざまな法律が設けられています。たとえば、不正競争防止法や商標法などの標識法があります。そのようなさまざまな法律制度の中で、意匠法は、「一定の価値ある意匠の創作」を判断基準として、その公平な競争環境を実現する法律である点に、他の法律とは異なる特徴を有しています。

(峯) 良くわかりました。牛木先生。

(牛木) ちょうど飯村先生がいらっしゃるし、裁判所の方々もお見えになっておられるので、ちょっと気になることをひとつふたつ質問したいのです。意匠権侵害訴訟のいろんな判決文を読んでみますと、美感という概念を aesthetic impression とか feeling の意味ではなくて、appearance を意味する美観という語が使われている場合がある。それは意識してそうなのか、単なるワープロ上の誤記なのかということが前から気になっていましたので、その点が一点。それからもう一点は、意匠権の存続期間が15年、20年の満了によって消滅した後は、不正競争防止法2条1項1号あるいは2号のような要件をもしその意匠が具備しておれば、不正競争防止法による不正競争行為として保護される場合もあり得るのかどうか。この2点をお伺いしたいのです。

(飯村) 美感について、美観という記載をしたのは、個別的・具体的な文脈では、適切ではなかったのかも知れません。ただ、その点は、判決文の流れから、その趣旨を汲んでいただければ幸いと思います。

意匠権に基づく保護の下で独占した結果、特定の形態に識別力が生じて、存続期間が終了した後においても、不正競争防止法上の保護を受けられるかという点については、抽象的な回答としては、肯定し得るといえます。この点は、特許権に基づく保護によって、一

定の形状をした製品を独占的に製造、販売していることによって、特定の形態に識別力が生じて、不正競争防止法上の保護が与えられるということも、稀ではありますが、否定できませんので、意匠だけの特徴ではないかも知れません。

(峯) 今の点はそれだけ捉えても十分にディスカッションの対象になりそうなテーマだと思いますけれども、直接のテーマではありませんので今日はこの辺にさせていただきます。あともう一点、需要増大という点、何人かのパネリストの方が需要増大という要素をあげられてました。それが意匠法の望むところなのか予定するところなのか、最後その点について順番にご意見いただきたいと思います。それでは後ろから梅澤先生から順番に手前に戻って頂きましょう。

(梅澤) 私は需要増大については、結果として付いてくるもの、あるいは実際に意匠を実施した場合に売れる売れないの問題と同じで、意匠法が直接的に目的とするようなものではないと思っています。

(加藤) 私は意匠の社会的な意義というのは、意匠法にとってですけども、需要増大、あるいは需要喚起という性格を意匠が持っている。だからそれを保護することによって積極的な意味での産業の発達に寄与するというふうなことが達成できるというふうに思っています。以上。

(牧野) 私は梅澤さんと同じ意見です。直接の目的とはしていないだろう、あるいは直接の効果として生ずるものとは予定されていないだろうというふうに思っております。

(飯村) 私も梅澤先生と同じ意見でございます。需要喚起は、意匠法の直接的な目的ではないだろうと思われれます。ただし、合理的な企業であれば、需要を喚起する目的で、最も有効な意匠を創作し、市場に提供するわけですから、需要喚起という結果はついてきます。

(小谷) 私も梅澤先生と同じです。意匠創作を保護する。意匠創作を奨励するのが目的でその結果市場においてそういう現象が起きるといふふうに考えるべきじゃないかと、すべての意匠が需要増大につながるとは限りませんので。

(牛木) 私は、前にも申し上げたとおり、意匠法という法律の中で文理解釈するならば、需要とか需要者とかいう概念は出て来ないのであり、そこまで考える必要は全くないばかりか、誤りであると思います。

4. 類似論

(峯) 以上で第1部を終了し、第2部「類似論」に入ります。まず類似論でどんな話をするか、初めに概括的にお話ししますと、まず原則的にどういうふうにか考えるのか、意匠の創作というものの考え方、それから創作の異同、いったい誰を基準に考えて行くのかというような問題。それから24条2項これをどう位置づけるのか。それとの関連において最高裁の判決、可撓性ホース事件(最高判S49・3・19)、これをどういうふうにか位置づけていったらいいのかというような話がありまして、それから具体的な適応の場面において、査定系と侵害系でどう見方が違うのか、あるいは同じなのかという話をしていきたいと思えます。みなさんご承知の通りであります、24条2項の「需要者の視覚を通じて起こさせる美感」、これが議論の対象になっていきます。可撓伸縮性ホース事件、これもパネリストからの紹介もあろうかと思えますけれども、3条1項3号と3条2項の切り分けについて判示した事案でございます。この事案に基づいて24条2項は立法されたという経緯だと説明されております。

(牛木) 意匠の類似論の原則をお話ししますと、まず第1に、デザイナーの創作活動というものは、これは割愛しても良いということです。ただ私が言っておきたいことは、さきほど加藤先生その他からいろいろ話があったけれども、いわゆる社会的なニーズというお客さんからのニーズ、要望とかそういうものはデザイナーはちゃんと頭に入れて創作を始めるのです。ですから、しかし、それ以上のことやそれ以外のことは考えなくても良いよと言いたいです。意匠の類似の問題を考える時には、創作そのものを考えれば良いんだということを強調しておきたかったのです。

第2に、意匠の類似の真意というところを説明したいと思えます。物品の形状や模様などの外観について、同一の特徴を発揮していると見られる意匠を、同一の創作体の範囲に属する意匠というとき、それを意匠法では類似する意匠(例えば意匠法3条1項3号)といいます。意匠法が、他人の登録意匠や公知意匠に類似する意匠の出願を拒絶し、前者らの意匠を保護するのは、その意匠が発揮している特徴と同一の特徴を発揮する意匠は、先行する意匠の創作体の範囲に潜在的に存するものだからであります。そして、先行する意匠の創作体の範囲にあるような意匠は、意匠法によって保護する価値も必要もないと評価されるのであ

ります。この創作体という概念は後でまた説明いたします。

意匠の類似についてこのような考え方をすれば、自己の登録意匠に類似する意匠についての関連意匠登録制度、(旧類似意匠登録制度)の合理性を容易に理解することができるのであります。自己の登録意匠、本意匠に類似する意匠を一まとめにしておくことは、その意匠の創作体の範囲を客観的に明確にしておく効果があります。これによって、意匠法23条本文に規定する意匠権の効力の及ぶ範囲のことも理解することができるのであります。

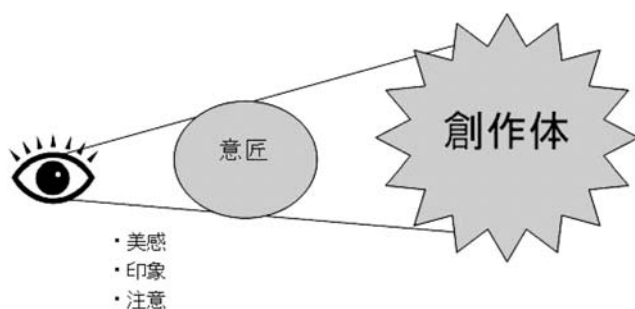
第3に物品の類似性ですが、特徴が同一であるということは、専ら物品の形状や模様を見てする視覚的判断であります。したがって、同一の創作体の範囲に属し、意匠が類似すると判断する前提には、物品の類似性が当然出てくるのであります。これは意匠の定義を頭に入れて読んでいます。物品の類否は用途や機能などによって決められるものであるところ、一つの創作体が発揮している特徴は物品の形状や模様に表示されるものですから、その特徴の表現には、意匠の他律性から、おのずから限界があることとなります。そして、類似の物品もまた、意匠の類否を判断するときの条件となるのであります。意匠の他律性という言葉はあまり聞き慣れないかも知れませんが、意匠というのはあくまでも物品という他律によってそこに展開あるいは表現されるものであるということを言っているのであります。だから物品そのものが意匠にとっては他律性です。他律性とは、著作物でいうところの自律性と対比して考えているのです。著作物は絵でも陶器でもそうですけれども、自分自らが創作したそのものが作品となりますから、それが新規であろうかならうかは関係ありません。このように、同一および類似の物品内における同一の特徴を有する形態は、同一の意匠の創作体の範囲にあることから、類似の意匠と呼ばれることとなり、登録意匠や公知意匠はその類似範囲まで、積極的または消極的に保護されることになるのであります。この消極的保護というのは、いわゆるパブリックドメインになったような公知の意匠は、誰でも実施できるという意味で保護されているのです。積極的な保護というのは登録意匠のことです。

それで先ほどからの議論になっている問題に絡むのですが、意匠発生の原因と結果、登録意匠に類似して侵害となる意匠とは、意匠に係る物品がどのような形

態をしているのかといえ、次のようにまとめることができるのです。具象的には、人が視覚を通じて2つの物品の形態を対比して見たとき、その形態の表象から受ける美感や印象を同じくするものであり、その結果として、取引の場において2つの物品（商品）を、取引者・需要者が混同する場合もあるのであり、抽象的には、具象的形態の背後にある2つの物品の形態を創り出した創作体が同一であることを意味します。したがって、逆にいえば、同一の創作体から発生している物品の形態は、その表象から受ける美感や印象が同じものであり、その結果として混同を来す場合もあるということになるのです。

意匠をめぐるこのような現象は、原因と結果に分けて考えることができるのであります。ここにいう原因とは、意匠の創作をいいます。即ち、意匠権が発生するためには、まずデザイナーによる意匠の創作という原因があります。この原因に目をやれば、意匠の創作を保護するのが意匠法であるということになります。その意味から、意匠法は創作者を含む当業者を保護するための法律であり、前述の意匠の類否判断は、当業者の立場からなされなければならなくなると自然に考えることができるのであります。この現象を図示すれば、私はここに書いてあるように、意匠というものを中心に置いてみると、ある人は美感を起こしたり、印象を持ったり、注意を喚起すると。その背後にあるのが創作ですよ、ということでありませう。

そこで、この視覚を通じての真意ですけれど、次の図を見て下さい。ここには目玉があります。肉眼が意匠を見ると、何らかの印象、美感、印象、注意を喚起することになりますが、それだけではなく視覚を通じてという意味が非常に重要だということです。つまり、私がここで言いたいのは、看者が単に自分の肉眼によって眺めるだけでは無く、あくまでも見て通すということが重要だということです。その結果、意匠の実体である創作体を見通して把握することができるの



(牛木理一氏のスライドより)

です。

(小谷) それでは私の方から類似論をお話しさせていただきます。意匠法上の意匠の類似は、以下に示す意匠法の2つの規定に準拠する概念というふうには私は考えております。まず意匠法は創作保護法であること。意匠は人間の頭脳活動の所産としての物品の外観に施された美的思想の創作物である。そこで創作か否かにつきまして意匠法3条1項の新規性の登録要件、3条2項の創作性の登録要件があり、これらに由来する基準として、公知意匠には存在しない新たな創作部分が意匠を価値づける特徴部分、すなわち、要部となる。出願意匠にそういう創作部分がなければ公知の意匠と対比して新しい意匠的工夫がないということで拒絶されるということになります。次に、意匠法2条1項に由来する基準として、視覚を通じて美感を起こさせるものでなければ登録されません。「美感」というのはいわゆる審美的感覚、純粋美術の美ではなくして特異性というふうにお考え頂いたら良いと思います。

そして「視覚を通じて」ということは視認性が求められるということです。すなわち、特徴部分、新規な創作部分が全体観察において目に止まらなければならないということです。創作部分があってもそれが目に見えない裏側にあるとか、物品の要部にちょこっとある程度で目立たないようでは意匠の要部とはいえない。したがって、特徴部分（新規な創作部分）が①目につきやすい位置にある、②面積比として大きい、③従来みられない得意な形状、模様である。この3つの1又は複数の組み合わせた形で存在していることが求められるということになります。

次に、類似の語義を漢和辞典で調べてみますと「同類者相似」とあります。いわゆる同じ類のものが相似していることなんだと、そこでそれを意匠に置き換えてみますと意匠の類似とは同じ類（たぐい）のもの、すなわち、同一又は類似の物品の意匠であって、全体として似ていることをいうことになります。そして、意匠法上の意匠の類似とは。意匠法上、出願意匠が出願前公知意匠又は先願意匠と同一又は類似の意匠は登録しないとされ（3条1項3号、9条）、また登録意匠と同一又は類似の意匠は当該登録意匠の効力の範囲に属すると規定している（23条）。すなわち、意匠法は類似範囲を含めて一個の創作物として捉えている。そういう意味では牛木先生の御意見と同じといえます。類似の範囲を含めて一個の創作物として意匠法は審査の

場面でも 23 条の意匠権の効力の規定においても、意匠権者自ら類似の範囲を含めて実施できる旨規定しております。意匠の類否は、対比する 2 つの意匠が全体として似ているか否かである以上、単に創作の要部を共通にするというだけで全体として似ているか否かの判断を導くことはできません。この点は牛木先生の御意見と違っているわけです。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りますが、これを以って十分とはいえない。その創作の要部が全体観察上類否の判断を決定づけるものでなければならない。すなわち、創作の要部である形態からもたらされる意匠的效果である美感において共通している結果、視覚上全体として相紛わしいといえるか否かで類否が決せられると考えます。意匠的效果としての美感というのは需要者が感じ取れる美感でなければならない。そういう意味で意匠の要部というのは新規な特徴部分であって、かつ看者の需要者の注意を強く引く部分というふうに規定づけられると思います。

次に類否判断の主体ですけれども、意匠登録制度が物品の外観に施された美的創作物である意匠を保護することにより、市場において視覚上個性的な多様な物品が流通することによって、購買を促進して産業の発達につなげることを意図した制度である以上、需要者の目による判断ということになります。この点につきましては、ブリタニカ国際大百科事典の「デザイン」の項で数十ページ費やしてデザインに関し記載しており、その中で物作りのデザインは、基本的に、統一的、効果的な全体を生み出すための部分と部分との相互関係を指す。そして、構成要素の配列と細部の決定には通常次の 4 つのファクターがある。すなわち、デザイナーがデザインする際に考慮する点として、まず使用する材料の可能性、このデザインならどのような材料を用いることができるかの判断です。2 番目はその材料に適した製作技術はなんであるかを考える。3 番目に全体的に見た場合の部分と部分とをどのように結合させるかを考える。4 番目にこれを見たり用いたりする人々に及ぼす全体の効果を考えてデザイナーはデザインをしているということです。従って新しく創作されたデザインを見たり用いたりする需要者が果して受け入れてくれるか否かを常に意識してデザインがなされている。纯粹美はその创作者の個性的な美を追究しますけれども、デザインの美というのはそのデザインを市場においたとき需要者に受け入れられるかどうか

ということデザイナーは常に考えてデザインしている。市場において受け入れられなかったらそのデザインは失敗であるということになるからです。したがって意匠の類否判断の主体はデザイナー等の当業者ではなく、需要者の目ということになるかと考えます。時間が参りましたので、後は類否に関する議論の中でお話申し上げたいと思います。

(飯村) 第 1 に、「類否の判断をどのようにするか」という点です。一般的な教科書どおりの説明ですが、同時に、私個人の感想を込めた「まとめ」として記載しております。

- ① 第 1 手順は、「需要者」からみた「意匠＝形状、模様、色彩の結合」を対比すること、つまり、共通点、差異点を総合的に評価すること、
- ② ②第 2 手順は、「需要者の立場での判断」、「肉眼による対比」、「外観重視」、「全体的観察と要部観察の両面からの総合的判断」などを活用すること、パワーポイントではまとめました。

このフォーミュラは、主観的な判断を排除することを最大の眼目としています。その理由は、「美感」は、極めて主観的であって、判断者によって、相違する可能性があります。「美感」の性質が主観的であることによるデメリットをできる限り回避するためには、客観性担保のためのフォーミュラが必要となります。①は、客観性を担保し、予見可能性を確保するために多くの裁判例が採用している原則を並べたものです。ここで「需要者」を基準としているのは、次のような理由に基づくものです。特許の進歩性の判断において、アメリカやドイツでは、客観性を担保する目的で、「セカンダリー・コンシダレーション」基準を採用しています。特許法のような創作法における「進歩性」は、当業者（创作者側）を基準にするのが論理的ですが、それにもかかわらず、「需要者が長年期待していた技術であること」などを判断基準に含めています。このようなセカンダリー・コンシダレーションという発想の基礎は、客観性の担保です。なお、日本では、特許法の運用において、実質的に活用されてはいません。

意匠法は、創作法ですので、意匠の類否判断においても、创作者側に立った判断という考え方がむしろ論理的です。しかし、客観性の担保のためには、「需要者」からみた評価という観点こそ重要だといえます。「需要者」の立場で判断して結論を導くという発想は、特許法におけるセカンダリー・コンシダレーション的

と、その基礎を共通にする発想です。なお、客観的なフォーミュラといえども、時代や社会の要請や取引の実情の変化に伴って、少しずつ変わっていくものと思われまますし、また、変化する方が健全だと考えていますので、それ存在自体が客観的なものではないという点を付け加えておきたいと思えます。

第2に、「商品価値が高まるとの要素は、類否の判断に影響を及ぼすか？」という問題点ですが、私の答えは、「必ずしも影響しない。」というものです。その理由は、①商品価値の上昇は、デザインのみではなく、便宜性、機能性、廉価性等、その他さまざまな要素を総合して決められること、②現行の意匠法の類否判断では、従来意匠との比較において、「美感が優れる」ことのみを判断要素として要求していないこと、③たとえ「美感が劣る」ことがあっても、非類似と判断する余地があること、④製造機械、部品など、「美感」によって需要が喚起することが想定できない種類の物品の場合であっても、意匠権の成立可能性は、格別排除されていないことなどを挙げることができます。

第3に、「何故、類似性が必要なのか」という問題点についてです。類似性は、法律で規定しておりますので、それ以上考える必要性もなさそうですが、なぜ、法律が類似性を求めたかという立法理由について考えてみたいと思えます。立法論としては、「類似性」は、保護の要件の候補の一つにすぎなかったのですが、仮に、公知意匠と「類似」の意匠に保護を与える制度は妥当を欠くとの理由で採用された要件です。立法論としては、「登録要件」、「登録意匠の範囲」の判断基準として、類似概念を取り除いて、何か別の選択肢（例えば「同一性」とか「混同の有無」）を検討することは不可能ではありませんが、他の基準では、①狭すぎて使いにくい、②意匠の目的から離れる、③複数の判断基準の組み合わせは混乱を招く等の理由から、他の要件と比較すれば、相対的に優位な判断基準であるとされて「類似性」が要件として採用されたのではないかと考えています。

第4に、「混同は、類似性の判断要素となり得るか？」という問題点です。この点は、消極的に考えています。その理由は、次のとおりです。すなわち、①仮に、A意匠とB意匠が、類似すると判断するための要件として、上記のフォーミュラを充足することに付加して、さらに、「混同すること」との要件を加重するという見解は、厳しすぎて妥当を欠くので否定すべき

です。しかし、他方、②仮に、A意匠とB意匠が、類似すると判断するためには、上記のフォーミュラを充足しないに場合であっても、「混同」が生じることを、類似性を推測する要素として判断することは、事案により、あっても良いと思えます。その理由は、次のとおりです。すなわち、意匠に係る創作の成果（形状、模様、色彩の結合）は、公知意匠との比較で判断することが、最も合理的です。需要者の目から見て「混同の生じない、識別性の高い意匠」が作りだされたのであれば、その意匠は、結果的には「意匠権成立適格を有する、引用意匠と非類似の意匠」であると評価される傾向が強いという関係が成り立つことは肯定してしるべきです。これは、ある種のセカンダリー・コンシダレーション手法かと思えます。

第5に、「商標の類否判断等と違いは何か？」という問題点です。

この点は、商標の類否判断は、時間的、空間的に離れて、商品の出所を取り違えるかという観点を含むので、結果として、商標の類否の判断は、「インパクトが強く、取引者、需要者の印象に残る部分」が、より重要なファクターになるといえましょう。これに対して、意匠の類否判断は、離隔的な対比は行わないため、結果として、需要者にインパクトを与えない部分（細部）も、考慮の対象になる傾向があるということがいえます。

第6に、「審査と侵害訴訟で類否の判断手法は同じか？」という問題点があります。

この点は、「原則論」と「判断の実際」と分けて、述べたいと思えます。

まず、「原則論」ですが、審査も侵害訴訟も形式的な類否の判断手法は同じであるべきと考えます。両意匠のうち、客観的な要素を中心に類否判断をいたします。とくに、裁判所では、類否判断の過程について、当事者、第三者、上級審で検証できるよう、理由付けを客観的な「用語」によって説明することに心がけています。総じて、判断手法に相違はありません。

これに対して、「判断の実際」における、「審査」と「侵害訴訟」は、傾向的な相違があるといえます。まず、「侵害訴訟」は、要部の共通性を重視する傾向が強いといえましょう。侵害訴訟の場合、登録意匠（原告意匠）と公知意匠等を対比して、公知意匠等が具備する特徴は、登録意匠の要部（特徴的な部分）から除外いたします。そのような過程を経由して、原告意匠と

被告意匠との対比判断をするため、原告意匠の類似範囲は狭く解釈される傾向が強いといえましょう。他方、「審査（審決取消訴訟も含まれます。）」は、「引用意匠」よりもさらに「先行する意匠」との共通部分があったとしても、その共通部分を引用意匠の要部から排除した上で、「本願意匠」と「引用意匠」とを対比判断するという手法は、原則的に用いません。したがって、「引用意匠」よりもさらに「先行する意匠」の共通部分が存在するという事実は、「本願意匠」と「引用意匠」とが類似する要素として評価されます。結果として、審査（審決取消訴訟を含む。）の方が、「本願意匠」と「引用意匠」とが類似するとの結論を導きやすいといえましょう。

さらに、「審査（審決取消訴訟を含む。）」と「侵害訴訟」で類否の幅に異なる結果が生じることに弊害があるのか、という点です。意匠が登録されても、その登録意匠の類似範囲が、審査で想定された類似範囲よりも狭い場合が生じます。この点は、意匠をより広く登録させるという意味で、意義があります。当業者が、登録意匠にこのような限界があるという共通認識を有しているのであれば、上記の運用も是認されてよいと思われる。

(牧野) 3条の1項1, 2, 3号, 私は本来的に意匠法において類似概念というのが必要なのかどうかについては、かなり疑問をいただいているものでありますけれども、現行法の解釈としての類似論を述べたいと思います。

まず登録要件における類似について法律の構造は3条1項1, 2号で同一を規定し、その後3号で類似を規定しています。この法構造にのっとりすると、まずこの1, 2号はここに同各号に規定されている意匠（公知意匠）と同一の意匠は登録しないと言っています。このような意匠には客観的に見て権利として保護すべき新規な美感をもたらす意匠の創作がないということがその根拠であると考えます。そうしますと、1, 2号に続いて同列に規定されている3号がなぜ公知意匠に類似する意匠につき登録を拒絶すべきものとしたかという、これはたとえ可撓性ホース事件最高裁判決の立場に立って需要者の立場から見るとしても公知意匠と似ていて区別がつかない程度の美感しか生じない意匠というのは、これは客観的に見れば1, 2号に該当する意匠に準ずるものとして同じく権利として保護すべき新規な意匠の創作がないからである、そういう規定

ぶりになっていると考えるわけです。そうしますと、3条の1項1, 2, 3号に規定されているところは、結局のところ、従来未知のものとして評価される新規な意匠であるかどうかによって出願意匠の創作性を計る客観的標準を規定しているものと理解できます。

そしてさらに3条2項を見ますと、3条2項は物品とは離れた公然知られた形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合に基づいて当業者が容易に創作をすることができた意匠は意匠登録を受けることができないと規定しておりますとおり、ここでは当業者の目を見て創作性を計っているわけであります。そうしますと3条1項で拒絶すべきものではないと判断された意匠、すなわち3号で言えば需要者の目からすれば公知意匠と類似しないと判断された意匠でも2項適用の場面では当業者の観点に立って一定水準以上の創作性を出願意匠が備えているかを吟味すべきものとしているということになります。

こうしてみていきますと、結局、登録要件を定めた3条は、その1項と2項によって、意匠の創作保護という法の目的に適うものとして、意匠の創作性を基準とする登録要件を定めた規定であると理解されるわけです。5条には、他人の業務に係る物品と混同を生ずるおそれがある意匠の登録は受けることができないと規定されておりますけれども、5条は、創作性とは無関係な公益的理由によるものというふうに理解すべきであろうと思われる。

それでは侵害判断における類否判断についてはどうかと申しますと、私は、具体的事案について権利義務を確定する司法判断において権利の保護範囲を定めるためには、当該権利の持つ実質的価値すなわちどの程度保護される価値がある権利なのかという評価を必ずしないといけないと考えております。これは知的財産権に限らず全ての権利につき行われていることでありますし、また行わなければならないと思っております。したがって、侵害判断における類否判断においても、創作性を基準とする登録要件に従って登録された登録意匠が需要者に美感を起こさせるその意匠の形態に顕現されている創作の実質的価値を即してその保護範囲を確定しなければならないのではないかとということになります。24条2項が類否判断の主体を需要者としたことから、登録意匠の創作性は類否判断に関わりがないとする考えもございましてけれども、それは間違いで、美感の類否の判断は、需要者の目を基準にし

て客観的には対象意匠が登録意匠の持つ創作性の範囲内にあるかどうかということできなければならないということです。これは先ほどの3条1項3号の類否判断が公知意匠と出願意匠の対比であるのに対し、24条2項の場合は登録意匠と侵害対象とされた意匠との対比であるという点では異なりますけれども、いずれの場合とも、後者が前者が創作性の範囲内にあるかどうかという点が判断されている、またこのように判断すべきであろうと思うわけであり、時間がまいりましたので、一応終わります。

(峯) 又詳細は後で補充していただきたいと思います。では加藤先生お願いいたします。

(加藤) 意匠の類似というのはある意匠とある意匠が似てるかどうか。具体的には価値の幅を等しくするというではないかと思えますけれども、その意匠の価値というものは何によって決まるかという、意匠が購買者の注意を引きつけるというその力によって決まるわけです。その幅ってというのはあるいはその社会的な価値というものは、どこにあるんだという事が基本であります。つまり意匠の目的からあるいは意匠の定義から演繹的に導き出されるのが、意匠の類似論だというふうに申し上げて良いかと思えます。そういうわけですから、意匠は誰に働きかけるかという、当然需要者に働きかけるわけです。だから需要者が判断主体なんです。創作者じゃないんです。それでどういうふうな時に類似であるか類似でないか決めるかという、それは需要者に働きかける働き方が同じであるかどうかということで、だから創作なんて入る余地がないんです別に。それで、ただそういうふうなことがその美感の内容となるわけですが、その美感というものを中心として展開するそういった類否論は当然客観的なものでなければいけない。だからまず需要者があってそしてどこが購買心を刺激するのかということです。そしてそれをさらにもっと客観化するにはどんな場で判断するんですかということが問題になります。つまり例えば創作を重視する考え方をする方、これはここにずっと並んでいらっしやいますけれども、どういうふうな場で判断するんですかといった時に基準が出ないんです。もしかしたらできるかもしれませんが。二つ並べてしみじみ見るというやり方はあるのかもしれませんが、そういうふうなことを意匠の判断において実行されるのでしょうか。二つ並べてしみじみ見てここが違うあそこが違うだから違うんだと

いうふうなことになるのでしょうか。そうではなくてやはり私の考え方は基本的にですね、意匠というのは社会、取引社会において取引される。この取引される時に需要者の心理に働きかけるというところにあるわけですから、そうするとその場面で意匠の類似というのは判断しなければいけない。場合によっては二つ並べて比べるものあるでしょう。あるいは例えば自動車なんかどうでしょうか。同じ自動車を買いたいと思って、トヨタのディーラーに行くと次は日産のディーラーに行くとかというやり方もあるでしょう。つまり一般的に本を読ませて頂きますと直接的観察、あるいは間接的な観察というやりかたもあるようで、それからその中間的な観察もあるというふうに言われていますけれども、私はその観察の場面というものは当該物品の取引形態を反映しながらやるんだというふうに思います。例えば文房具屋なんかいった場合にはあっちこっち文房具を見て買いに行く訳じゃない、だけれども自動車の場合には普通はディーラーです。ディーラーでやりますから場所が違う。それから時間も多少ずれる。だから記憶もちょっと衰える。だけど二つ並べてあるような文具の場合にはそういうふうな配慮をする必要ない。というわけで販売の場所とか販売の場ですね、そういうことは当該物品によらずいぶん違ってくるんじゃないかというふうに考えて良いんじゃないかと。こういう発想は少なくとも創作を第一義的に保護の本質とする考え方は取り得ないと思います。そのような考え方は、意匠法の目的、意匠の定義、意匠法第24条2項から成り立たないことは明らかなのです。判例でも完全に否定されています。それからもう一つ混同説ですけども、混同説というのは類似というものを混同で考えようというふうな考え方です。これは現実にあるわけで、いくつかの判例もありますし、一番初めに大きな所は可撓性ホース事件の高裁の判決、それから帽子事件の高裁の判決（東京高判S48・5・31、最高判S50・2・28）、失礼しました。この判決は創作説です。訂正します。混同説に基づく判決は、減速器ギア用事件（東京地判H15・1・3、東京高判H15・6・3）なんかで、これは彼（峯先生を指す）がやった事件ですけども、明らかに高裁なんかでは混同説でばっさりやられている。これを混同説ってのはどこが問題なのかという、さっき混同説が良いと言いましたけれども、混同説の基本は公正な取引社会の秩序の維持ということにその目的を読むんでしょ

うおそらく。じゃあ意匠法がそんなこと配慮してるかという、例えば出願したらある意匠を出願したら、100年前にアフリカで出た意匠をもって登録を受けられないんですよ。そうでしょ、こんな事がどうして公正な秩序の維持に係わるんですか。それから私が10年間意匠を使って切らしちゃったとまあ切らさなくてもその存続期間を満了をしちゃったと。みんなはパブリックドメインになるんだと。権利が無くなった後にそう言うことを事態を予想してOKだというふうに言って権利を独占権を与えてあげているわけですよ。そのような意匠制度がどうして公正な秩序の、もう時間ですって。そういうふうに意匠の類似ってというのは、意匠の目的論から色々考えなきゃいけない、客観視しなければいけないというのが私の考え方です。以上。

(峯) また後で補充お願いいたします。梅澤先生。

(梅澤) 時間もないのでメモにそってざっとお話したいと思います。

まず (A) 一般論ですが、

(1) 意匠の類否判断に関する24条の2項の規定は、美感(=意匠的效果)が「物品の形状等」について価値判断をする基準ないし観点として重要であることを明確にした意義があるんじゃないかと考えています。

(2) 3条等の「類似」も同様に解釈されるべきであると考えております。「類似」は意匠法において区別されていない同一概念として規定されていると思いますし、最高裁可撓伸縮ホース事件の解釈が妥当であろうと思います。

(3) 3条1項、2項とも意匠について客観的創作性を問題とする規定であると思います。牧野先生がおっしゃった通りなんですけど、1項は創作結果物としての意匠について、「需要者に起こさせる美感」の観点から新規性を問題とするのに対して、2項は意匠の創作行為(プロセス)について当業者にとって創作行為の非容易性を問題とすると思います。

(4) なお、意匠の類似というのは、顔の類似等と同様に、直感的な認識(類似というからにはですね)であると思います。従っていろんな他の顔類と比較してそういう対比経験の積み重ねによって自然に形成される認識であり、意匠の類似も原則として直感的なものだと思っています。

次に、「意匠マップ」の事例を見てください。引用意

匠(あるいは本件登録意匠)と出願意匠(イ号意匠)の対比関係、すなわち、1対1の対比の関係が類似(類否関係)ですが、その裏にはいろんな同種の物品の意匠があって、それらと対比し、その全体の中で初めて類似が浮かび上がってくる。私の審査審判の経験上からもそうではないかと考えております。



(B) として類否判断の具体的手法についてですが、意匠の類否判断は直感的であり、全体観察総合判断が原則となると思います。しかし、その前提として、当然分析的判断をしなければいけない。それは先ほどから客観性を問題されていることと繋がりがあるかと思っています。

具体的手法としては、両意匠の認定対比をして、共通点差異点を認定します。そしてその共通点差異点について、(1)面積比によるが、(2)物品特性、および(3)公知性、周知性の観点から面積比にバイアスをかけて類否判断に及ぼす影響を評価するというのが、審査系の基本的な考え方だと思います。そういう分析的評価を踏まえて、全体観察総合判断をする。これは直感的判断かと思っています。

それでちょっと詳しく3観点を申しますと、

(1) 美感が基本にありますので、それに基づいて「全体的まとまり」を面積比から基本的に評価すると思います。美感に基づく直感的判断であるから、意匠の全体的なまとまりが対象であり、全体観察が基本となるということになると考えております。原則として、美感が共通するとは、大部分の形状等が共通することであります。

(2) 物品特性ですが、これは美感と言っても純粋美術と違い、意匠は形態全体を均等に評価するものではなくて、物品の使用状態等から注目される部分の態様

を中心に美感を評価するそういう美感であろうと思います。

(3) 公知性、周知性を問題にするのは、同種物品の中で歴史的に特異な形態が、需要者に注目され、意匠の全体的美感を決定すると思うからで、逆にありふれた態様は注目されない。したがって、類否判断において公知周知意匠を参酌し、各部の形態の新規性の程度を評価する必要があると思っております。

(C) もう少し具体的な話になりますと類否判断の時点、公知周知意匠を参酌する時点をどうするかという問題があります。

(1) 査定系(3条等)と侵害系(24条2項等)で類似概念は同一であり、したがって類否判断手法も全く同じにすべきというのが原則だと考えてます。

(2) 公知周知意匠の参酌手法も全く同じにすべきであるというのが原則であろうかと思えます。

(3) 具体的手法としましては、①まず共通点の評価には、侵害事件においては登録意匠(査定系においては引用意匠)出願前(出現前)の公知周知の意匠を参酌します。②次に差異点の評価では、イ号意匠(査定系においては出願意匠)出現前(出願前)の公知周知を参酌します。すなわち、ダブルスタンダードと申しますが、共通点と差異点について、それぞれ二つの時点での違う評価をすべきじゃないかと思っています。

まず①について、例えば、登録意匠出願後にイ号意匠との共通点の態様が「ありふれたもの」となるという事も生ずるわけですが、登録意匠出願後の公知意匠は参酌しないで、共通点については当然類否判断において評価は低くしない、登録意匠の出願前の公知意匠しか参酌しないというのがあたりまえだと思います。②については、引用意匠の出現時にはありふれたものでなくても、本願出願時に差異点の態様がありふれたものとなっている場合が生じると思うんですが、そういうものは出願意匠にとってはもうすでにありふれた意匠ですから、類否判断においてその点については評価するべきではなくて低く評価するというふうな考え方になるかと思えます。

(4) 上記のような具体的手法を採用することによって、それぞれの意匠について実質的には要部認定をして対

比し類否判断するのと同様の結果になると考えています。すなわち、この具体的手法を採れば、登録意匠(あるいは引用意匠)については、その出願時点(公開時点)での要部認定をし、イ号意匠(あるいは出願意匠)については、公開時(出願時点)での要部認定をしていることに結果としてなるのではないかと思います。小谷先生が言われていたような、いずれについても要部認定をする事が、この具体的手法によってできるのではないかと思います。

(D) 最後は、念のための観点ですが、公知意匠の参酌と言っても「意匠を全体的に比較する場合」と「公知意匠の特定部分の態様を参酌する場合」とがあらうかと思えます。類否判断においては、公知意匠参酌というのは、各部態様についての新規性評価のための参酌であり、全体比較は問題にならないと思えます。

全体比較において類似であると判断された場合には、「公知意匠の抗弁」とか、「無効の抗弁」で当然無効というふうな判断がされまして、もう類否判断にいくまでもないような議論になるのかと思えます。

なお、無効の抗弁が規定される以前は本来無効の登録意匠について権利行使を制限することができなかったわけです。そこで、公知意匠を参酌して登録意匠の要部を限定的に認定、そしてイ号意匠と非類似との判断をする手法あるいはその要部だけに限って完全に同一かどうか見て狭く認定するような手法が採られたと思われませんが、特104条3の規定が入ってからはそういうような特殊な手法を採る必要がなくなったと思われれます。

したがって、侵害訴訟における登録意匠とイ号意匠との類否判断においても、特に登録意匠の要部認定をせず、両意匠の共通点、差異点を評価する中で実質的に両意匠の要部を認定する審査審判的な手法といましようか、そういう類否判断手法を採ることができるとし、そちらに移行していくんじゃないかと思っております。以上です。

(峯) ありがとうございます。以上で前半を終了します。

(原稿受領 2010. 3. 12)