

意匠法3条2項が規定すること

- 3条1項との関係について -

1. はじめに
2. 当業者と創作
3. 「可撓伸縮ホース事件」をめぐる東京高裁と最高裁との対立
4. もう一つの同種事件の東京高裁と最高裁との対立
5. 舟本論文に対して
6. 「公然知られた」について
7. むすび

1. はじめに

本稿は、筆者が「特許」2006年10月号に発表した『改正意匠法24条2項への疑問』と題する論文の中で指摘した問題点、即ち今回の法改正の唯一の根拠となった「可撓伸縮ホース」の登録意匠をめぐる最高裁判決の是非を、意匠法3条の規定から明らかにすることを目的とする。

そして、ここで問題とすることは、意匠法3条2項が規定することについてであり、同規定から見た3条1項との関係についてである。

まず意匠法3条2項の規定を分説すると、次のとおりである。

意匠登録出願前に、その意匠の属する分野における通常の知識を有する者（当業者）が、

日本国内又は外国において公然知られた形態に基いて、

容易に意匠の創作をすることができた、

その意匠（前項各号に掲げるものを除く。）については、

前項の規定にかかわらず、

意匠登録を受けることができない。

このうち、
については比較的明らかになっているようであるが、

については殆ど議論されていない。しかし、わかったつもりで看過されていた
は、実は決して明らかになっていないことに気が付いたので、この
の意味することと
との関係について改めて考えることにする。その中心にあるものは、「当業者」（主体）と「創作」（客体）である。

2. 当業者と創作

意匠法3条2項は、まず判断主体として明確に「当業者」を主語に置いている。とすると、3条1項の次に置かれている2項の存在意義を考えれ

ば、ここではじめて当業者を登場させたのではなく、1項でこの判断主体の主語である「工業上利用することができる意匠の創作をした者」とは、その意匠の属する分野における通常の知識を有する者、即ち当業者に含まれる者であると解することが自然である。

このような「意匠の創作者」としては、1項1号や2号にいう公然知られた意匠や刊行物記載の意匠又はインターネット上に表現された意匠に関する知識を⁽¹⁾、注意すればいつでも入手することができる。そして、意匠の創作時にはそれらの知識の上で、新しい意匠の創作の程度が前記1号又は2号の公知の意匠の創作性を越えていないときは、3号の類似する意匠となってしまうことになる。

3条1項と2項との規定を、出願意匠に対する積極的な登録要件であると考えれば、出願意匠の類似を判断する主体（1項3号）も、出願意匠の創作力を判断する主体（2項）も、いずれも当業者であることに変わりはないと解することになる。そうすると、当業者が視覚を通じて見るものとは、出願意匠を構成している形態の創作体そのものであり、同一又は類似の物品間の形態との関係では類似か否かの判断となり、非類似の物品の形態との関係とは創作力の有無の判断と解することになる⁽²⁾。

このように考えることは、昭和34年意匠法の3条1項と2項についての立法者の考え方を正確に理解した文理解釈であり、間違っていないと確信する。

そして、これによって、1項の後に2項が位置している理由と、「その意匠（前項各号に掲げるものを除く。）」および「前項の規定にかかわらず」と規定している意味が、正確に理解することができることになるのである。

これが、確認を含めてあえて言えば、3条1項の規定において、判断主体としての一般需要者や判断客体としての物品の混同が、登場していない理由である。

そして、この両者に対しては、意匠法の別の場所、即ち意匠の消極的登録要件を規定する5条2項が与えられているのである。

したがって、意匠登録の出願人や代理人弁理士はすべて、創作者が創作した意匠について出願をしているのであるから、これを審査する立場にある特許庁の審査官も審判官も、そして審決取消訴訟を行う知財高裁の裁判官も、改正意匠法24条2項の規定やその唯一の根拠となった「可撓伸縮ホース事件」の最高裁昭和49年3月19日判決を鵜呑みにすることは危険であると認識すべきである。

幸い前記24条2項は、意匠法中で「登録意匠の範囲」との見出しのある第4章意匠権、第1節意匠権の中の規定であるから、出願系の意匠に対しては適用されないと解することができる。

しかし、意匠権侵害訴訟では裁判所において、登録意匠はまず丸裸にさ

れて、出願時の積極的登録要件の具備を精査される侵害裁判の現実を見ると、黙ってははいられない。知的財産法の中核にあって、多くの周辺法と関係している意匠法の存在意義を知る筆者としては、同規定の理非を明らかにする批判を今後も繰返し、再改正の発言を続けなければならないと考えている。

また、平成19年4月1日施行の改正法24条2項は、いつかは司法の判断を受けなければならないことになるであろう⁽³⁾。

3. 「可撓伸縮ホース事件」をめぐる東京高裁と最高裁との対立

3.1 筆者がかつて執筆した論文⁽⁴⁾の題材とした「可撓伸縮ホース事件」の最高裁（三小）昭和49年3月19日判決は、その前の東京高裁（六民）昭和45年1月29日判決に対する上告審判決であるが、意匠法3条1項3号と3条2項の立法理由をめぐる解釈において、東京高裁判決が最高裁判決を上廻って説得力があると直感したものである。

それから30年以上経った今日、幸か不幸か意匠法改正の契機となった、登録意匠に対する登録無効審判事件の昭和41年8月26日審決に対する出訴にはじまる前記事件の判決を、改めてここに紹介することは、同旨の「帽子事件」をめぐる東京高裁昭和48年5月31日判決および最高裁昭和50年2月28日判決についても論じた筆者の責務であると感じている。

ここに紹介する「可撓伸縮ホース事件」の両裁判所の判決はいずれも要旨だけであるから、詳細については、拙著「意匠法の研究」（発明協会）や拙著「意匠権侵害 - 理論と実際」（経済産業調査会）などを参照していただきたい。この事件は、原告が被告の登録意匠が特許庁審判において無効にならなかったことから、その審決の取消を求めた事案である。

3.2 特許庁審決（審判昭39 - 2489 昭和41年8月26日）

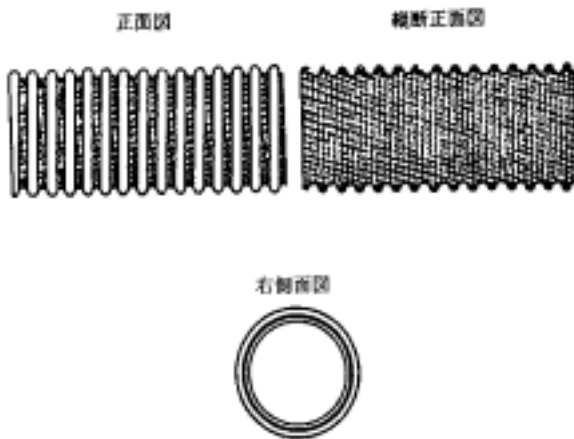
本件登録意匠は、ホースの周側に隆起筋条螺旋をやや間隔をおいて現われ、その隆起筋条の間を透明にして管肉内に介在させたメリヤス網目が透明部の表面に透して見えるようにしたものである（別紙第1図参照）。これに対し、請求人（原告）が本件登録意匠の登録出願前公知であると主張する登録第146834号類似第1号の意匠、登録昭和34年4月9日。以下「引用意匠」という）は、管体を透明にして管肉内に介在させたメリヤス網を表面に透かして表われるようにしたものである（別紙第2図）。

そして両者を比較すると、両者は管肉内に介在させたメリヤス網模様が表面に透かして見えるようにした点では一致するが、引用意匠には螺旋状に現われた隆起筋条が全くない。本件登録意匠の前記隆起筋条は外観上強く現れているから、両意匠を全体として観察すれば、両意匠を類似した意匠と認めることはできない。

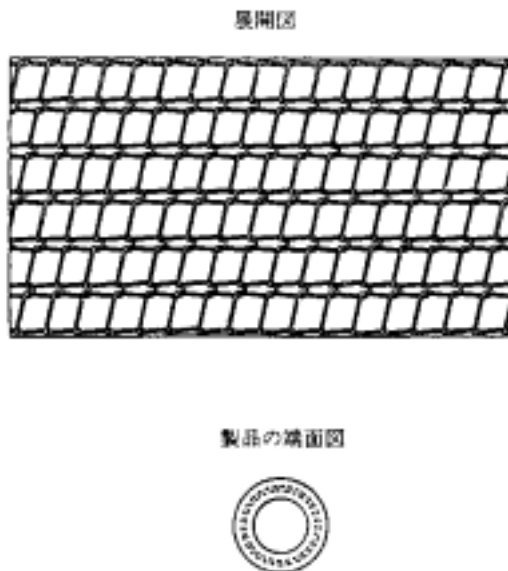
また、請求人（原告）の主張するように、螺旋状に隆起筋条の現われた

可撓伸縮ホースが従来から公知であり、管体を透明にして管肉内に介在させたメリヤス網を表面に透かして見えるようにした引用意匠が、本件登録意匠の登録出願前公知（別紙第3図）であるとしても、本件登録意匠はその外観上その何れとも相違する一つのまとまった意匠を構成し、意匠的效果を異にしているから、本件登録意匠は右両者に基づいて容易に推考できる意匠とは認めることができない。

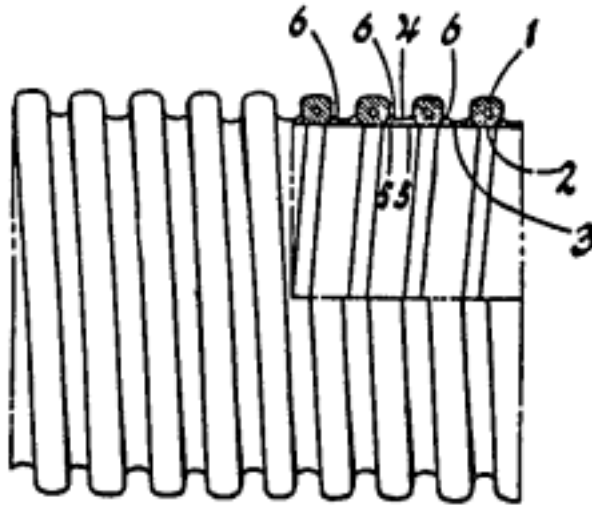
【別紙第1図】



【別紙第2図】



【別紙第3図】



3.3 東京高裁(6民)判決(昭41(行ケ)167号 昭和45年1月29日)⁽⁵⁾

(1)類似の判断について

「二個の意匠の類否は、意匠に係る物品の製作方法や内部構造の類否とは無関係に、出願された意匠そのものの外観を全体的に観察し、その意匠的效果、すなわち視覚を通じて美感を起こさせる態様の類否によって決すべきである。」そこで、本件登録意匠と引用意匠等とを対比すると、「両意匠はホースの管肉内に介在させたメリヤス網目模様が表面に透けて見えるという点では共通するが、本件登録意匠には隆起した螺旋状筋条があるのに対し、引用意匠には全くこれがないこと、また、公知の可撓伸縮ホースも本件登録意匠もホースに螺旋状に隆起筋条が現われているという点では共通するが、本件登録意匠でホースの管肉内に介在させたメリヤス網目模様が表面に透かして見えるのに対し、公知の可撓伸縮ホースではこのようなものが見られないことがいずれも明らかである。」そして、「本件登録意匠は、右の隆起した螺旋状筋条が高く浮き出した無地の斜縞をなし、筋条と筋条との間が低く沈んだ網目模様から成る斜縞をなし、両者が長手方向に沿って交互に現出し、そのコントラスト(対比)とリピート(繰返し)により看者の視覚を通じて美感を与えるものであり」、引用意匠や公知意匠のいずれとも「全く異なった意匠的效果を有するものと認めるのが相当である。」したがって、「本件登録意匠が叙上の二者と類似の意匠であるとの原告の主張は採用しがたい。」

(2)創作力の判断について

意匠法3条2項は、同一または類似の物品以外の物品との関係で創作性のない意匠の登録を防止しようとする規定であるから、本件の場合のよう

に、同一分野の物品の関係において、本件登録意匠が登録要件を備えているかどうかを判断するには、もっぱら同条第1項によるべきであって、同条第2項の適用はないものと解するのが相当である。」したがって、「同条第2項は該当することを主張してその登録を争う原告の主張は、当裁判所の採用しえないところである。」

(3) 3条1項と2項との関係について

意匠は、「意匠にかかる物品について実施されるものであり、物品と一体をなしているものである点で、発明・考案と異なるから、意匠法3条の規定はこれに対応する特許法29条又は実用新案法3条とはいささか趣を異にし、1項、2項ともに意匠の登録要件として、出願意匠に創作性（オリジナリティ）があることを要求する規定であると解するのを相当とする。すなわち、意匠法3条1項は同一または類似の物品の公知意匠との関係で創作性を欠く意匠、すなわち同一または類似の意匠の登録を防止し、また3条2項は同一または類似の物品以外の物品と一体をなした周知の意匠、あるいは周知の形状、模様もしくは色彩またはこれらの結合との関係で創作性のない意匠、すなわち転用意匠（たとえば米国の自由の女神の像をかたどったラジオ受信機のごとし。昭和42年7月25日言渡の当庁昭和37年（行ナ）187号事件判決参照）の登録を防止しようとするものである。」

この東京高裁の判決が、出願意匠の創作性とその条文適用との関係を物品の異同をもって1項と2項とに区別したことは、一つの解釈である。この解釈の根拠になっているものは、「意匠は物品について実施され、物品と一体をなしているもの」という考え方である。

3.4 最高裁判決（昭45（行ケ）45 昭和49年3月19日）について

(1) まず3条2項の立法趣旨について、次のように説示する。

「同条2項は、その規定から明らかなとおり、同条1項が具体的な物品と結びついたものとして意匠の同一、または類似を問題とするのとは観点を異にし、物品との関係を離れた抽象的なモチーフとして日本国内において広く知られた形状、模様もしくは色彩またはこれらの結合を基準として、それから当業者が容易に創作することができた意匠でないことを登録要件としたものであり、そのモチーフの結びつく物品の異同類否はなんら問題とされていない。」

(2) 3条1項3号と2項との判断基準の違いについて、次のように説示する。

「同条1項3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類否を問題とするのに対し、3条2項は、物品の同一または類似という制限をはずし、社会的に広く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。したがって、同一または類似の物品に関する意匠相互間においても、その意匠的效果の類否による同条1項3号の類似性の判断と、その一方の意匠の形状、模様、色彩等に基づいて当業者が容易に他方の意匠を創作することができたかどうかという同条2項の創作容易性の判断とは、必ずしも一致するものではなく、類似の意匠であっても、しかも同条2項の創作が容易な意匠に当たると認められる場合があると同時に、意匠的效果が異なるため類似の意匠とはいえないが、同条2項の創作容易性は認められるという場合もありうべく、ただ前者の場合には同条2項かっこ書により、同条1項3号の規定のみを適用して登録を拒絶すれば足りるものとされているのである。」

この理由を整理すれば、次のようになる。

- (a)同一または類似の物品につき一般需要者から見た意匠的效果（美感）の類似による類似性の判断（類似の意匠） 3条1項3号の適用
- (b)物品のわくを超え、社会的に広く知られたモチーフ（ありふれた素材）から、当業者が一方の意匠に基き他方の意匠を創作することができた創作容易性の判断（類似の意匠でないが創作容易な意匠） 3条2項の適用

4．もう一つの同種事件の東京高裁と最高裁との対立

もう一つの同種事件とは、筆者が常に前記「可撓伸縮ホース事件」と共に紹介し論説している「帽子事件」である。

4.1 特許庁審決（審判昭42-6486号 昭和44年11月24日）

この事件は、原告（出願人・審判請求人）が特許庁に出願した意匠（別紙第1図）が登録にならなかったため、その審決の取消を求めた事案である。

本願出願前公知の外国雑誌PARIS MATCH 1960年4月16日号41頁掲載の帽子の意匠（以下「引用意匠」という。）は、倒腕状の頂部を山形に形成して本体となし、その下部周縁に外方に向かって斜降したひさしを設けた至って普通の形のピケ帽において、本体を頂点より放射状に六分して、これを濃赤色と蜜柑色で交互に表わし、下部周辺（ひさし

との境)に上部と同一の蜜柑色をリボン状に表わし、ひさしを上部と同一の暗赤色で表わした態様のものである。(別紙第2図)

本願意匠は、倒椀状の本体の下部周縁に外方に向って斜降したひさしを設けた子供の帽子などに普通見受ける普遍的な形の帽子において、本体を頂点より放射状に八分(六分とあるのは誤記と認める。)し、これを黒色と黄色で交互に表わし、下部周辺(ひさしとの境)に上部と同一の黒色からなるリボンを施し、ひさしを上部の黄色と同一の黄色で表わした態様のものである。

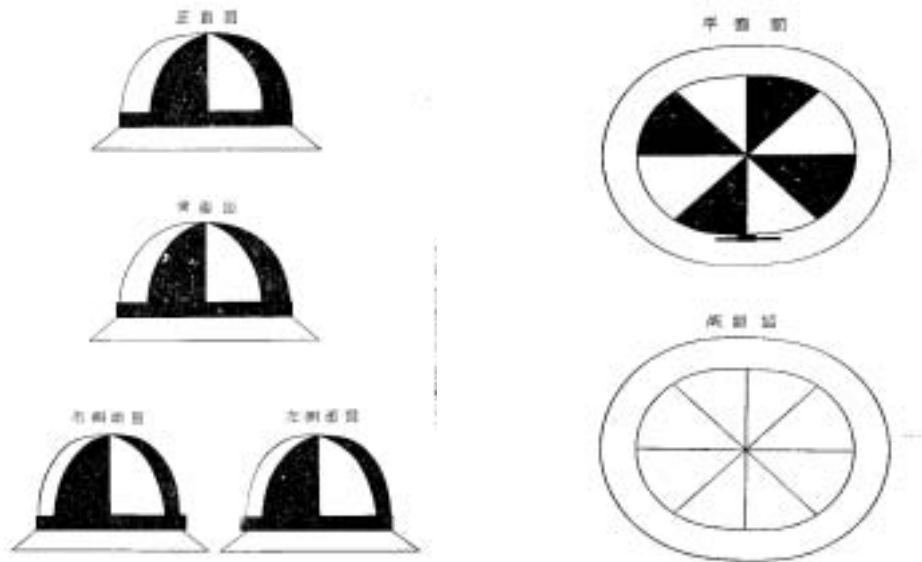
そこで両意匠を比較するに、両者は頂部の形状、ひさしの傾斜角度において多少相違するところがあるが、何れも帽子の一種として典型的なありふれたもので特徴がなく、意匠的效果を發揮し両者が最も強く患者の注意を引く支配的要部は、これに施された模様の構成態様にあるものと認められる。よってこの点について検討するに、両者はその本体において、頂点を中心としてこれを放射状に分割し、これを明暗二色で交互に表わし、下部周辺(ひさしとの境)にリボン状部を設け、これを本体部の二色のうち一方の色彩と同一の色彩で表わした基本的構成態様において全く酷似する。

ただ両者間には明暗の配色において差異が認められるが、かかる二色の配色からなる物品においては、その色彩の選択表現に当たり、種々の色彩を対比させることは普通一般に行われるところであり、これがために模様の構成が変わることもなく、両者は明暗二色の組合せにおいて類型の範囲を出ないものである。また、本願意匠のリボンの結び目飾りが引用意匠には見当たらないけれども、本願意匠のものは黒色であって、リボン状部の巾と同一の巾で同じ黒色で表わされ、全周部の一部に一個、リボン部に平行して平に設けられているもので、顕著に視覚をとらえるものとは認められず、両者の前記のような構成態様の一致からみれば、その有無は微差にすぎないから、両意匠は全体として類似の範囲を出ないものと認める。

したがって、本願は意匠法3条1項3号の規定に該当し登録することができない。

【別紙第1図】

(底面図を除く各図の黒い部分は黒色で、白い部分は黄色である。)



【別紙第2図】

(写真中の帽子の頂点より交互に分かれている部分は、向って左から交互に濃赤色と蜜柑色で、ひさしとの境の下部周辺部分は上部と同一の蜜柑色、また、ひさし部分は上部と同一の濃赤色で、それぞれ表わされている。)



4.2 東京高裁（6民）判決（昭45（行ケ）1号 昭和48年5月31日）⁽⁶⁾

(1) 意匠は物品に化体し視覚を通じて美感を起こさせるものであるから、意匠にかかる物品の性質、用途上看者の目にふれることが期待されない部分の形状、色採等は意匠の要部にならないことが明らかである。本願意匠は帽子の意匠であるところ、帽子の本体裏面は人の目にふれることが期待されていないから、特段の主張のない本件においてはその形状、色彩は本願意匠の要部にならないと解さなければならない。

(2) 意匠法3条2項が異なる物品の周知意匠または周知の形状、模様等との関係で登録意匠に創作性があることを要求するのに対し、同条1項3号は同一物品（類似物品を含む。以上同じ。）の公知意匠（同項1号、2号の意匠）との関係で創作性があることを要求する規定であるから（同条1項と2項との関係は、この意味で特許法29条1項と2項との関係とはいささか趣を異にする。） 同号にいう類否の判断の基準は創作性の有無であり、出願にかかる意匠の構成のうち、意匠にかかる物品の形状、色彩等としてありふれた部分はその要部にならないと解すべきである。もっとも、意匠が物品の出所を混同するおそれがあるか否かを基準にして判断すべきであるとの見解が生ずることが考えられるが、意匠法は意匠を使用する者の業務上の信用の維持（商標法1条参照）をその目的としてないし、意匠法5条2号は、同一物品の公知意匠と類似しない意匠であっても他人の業務にかかる物品と混同を生ずるおそれがあるものは意匠登録を受けることができない旨規定しているから、右の見解には左祖できない。

却って、意匠法が意匠の創作の奨励を目的としていること（同法1条）に鑑みれば、同法3条1項3号は、同一物品の公知意匠と同一の意匠ではなくても、これとの関係で創作性の認められない意匠、すなわち、これに基づき容易に創作できる意匠は、同一の意匠ではなくても、これとの関係で創作性の認められない意匠、すなわち、これに基づき容易に創作できる意匠は、同一の意匠に準ずるものとして意匠登録を受けることができない旨を定めたものと解するのが相当である。（なお、このように解するならば、登録無効審判請求の除斥期間を定めた意匠法49条と意匠登録の無効理由を定めた同法48条1号、3条とを相互に矛盾なく解釈することができる。）

これを本件についてみるに、本願意匠の全体の形状は、平面楕円形で倒腕状の本体の下部周縁に直線状に下向きに傾斜した均一巾のつば（ひさし）を設けたものであって（この点は平面楕円形であることを除き当事者間に争いが無い。）ほかに特徴がなく、帽子としてありふれたものであることが認められる。したがって、本願意匠の構成のうち全体の形状はその要部にならないと解さなければならない。

(審決は、本願意匠および引用意匠の全体の形状はいずれもありふれたものであるから両意匠の要部にならない旨説示しているが、出所の混同を生ずるか否かを類否判断の基準とする前叙の見解を前提とするならば、両者がそれぞれ帽子の形状としてありふれたものであっても、相互に類似し物品の出所の識別に役立たないとは限らない。この点で右説示はいささか不十分である。)

(3) 意匠は物品に化体し物品全体として美感を起こさせるものであるから、その類否の判断すなわち創作性の有無の判断は、全体観察による総合判断でなければならず、したがって、両意匠を構成する一部分に軽微な差異があっても、その部分は要部にならない。そこで、前示(1),(2)で述べた部分を除く本願意匠の構成とこれに対応する引用意匠の構成を前掲甲第2号証添付の図面および乙第1号証に基づいて対比すると、本体表面を八等分したか六等分したか、つば(引用意匠では鋸庇)の巾が均一であるか否か(仮に引用意匠の鋸庇の巾が不均一であるとしても)、リボンおよびその決着部の有無、本体表面の人体と想像される黒色模様の有無は、両意匠のそれぞれ一部分に存する軽微な差異であって、看者の注意を惹くものではないから、これらの部分はいずれも両意匠の要部ではないことが明らかである。

前示(1)ないし(2)で述べた部分を除いて本願意匠および引用意匠をそれぞれ全体として観察すると、両意匠の要部は、本体表面を放射状に等分し、これをそれぞれ二色(本願意匠では黒色と黄色、引用意匠では濃赤色と蜜柑色)で交互に着色し、全周につば部(引用意匠では鋸庇)を、下部周辺にリボン状部(引用意匠では間隔部)を設け、両部を前記二色で交互に着色した点であると認めるのが相当である。そうだとすると、本願意匠は、色彩の点を除き、引用意匠と酷似し、これとの関係で創作性を有しないことが明らかである。

審決は、両意匠の色彩は明暗二色の配色という限度で要部となるに過ぎないから、両意匠は色彩の点でも酷似する旨説示するが、意匠法上の意匠は「物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合」(同法2条1項)な要素であることは常識に照らし明らかであるから、両意匠の色彩はその明度のほか色相もそれぞれ要部になる旨主張するが、そのような見解は、外国の立法例のように、色彩のみが異なる意匠の実施を意匠権の侵害とみなす旨の規定(例えばドイツ意匠法5条2号)を欠く我が意匠法の解釈としては到底採用することができない。もっとも、二個の意匠の形状、模様が同一であるときは、たとえ色彩が異なっても両者が相互に類似し、一方が他方から容易に創作することができるものと認めるべき場合があることは吾人の日常の経験が教えるところであるけれども、それには一定の限界

があることもまた明らかである。

これを本件についてみるに、引用意匠における色彩の配合は濃赤色と蜜官色の配色であり、明暗二色の配色であるけれども、両者の明度の差は顕著ではなく、しかも右二色は常識上同一の系統に属することが明らかであるから、これと類似し、これから容易に創作できる二色の配色は、二色の明度の差が同程度であり、しかも常識上同一の系統に属するものに限定されると解するのが相当であるから、明暗二色ではあるが二色の明度の差が顕著であり、黒色は無彩色であり黄色は有彩色であるから両者は同一の系統に属しないことが明らかである。そうだとすると、本願意匠における色彩の配合は引用意匠における色彩の配合と類似せず、これとの関係では創作性があるものと認めざるを得ない。

被告は黒色と黄色の配合は極めてありふれた配色であるから、これによって本願意匠と引用意匠の類否の判断は左右されない、と主張する。しかし、前叙のとおり、意匠法3条1項3号は同一物品の公知意匠との関係で創作性を要求する規定であるから、黒色と黄色の配色が帽子の意匠以外においてありふれていたとしても、これによって本願意匠における黒色と黄色の配色が本願意匠の要部ではなくなると解すべき理由はない。しかしながら、黒色と黄色の配色がありふれた配色であることは原告等の明らかに争わないところであるばかりでなく、原告等が主張するように安全注意の意味を有し、工事現場、踏切等において広く見受けられる色彩の配合であることは当裁判所に顕著であるから、当業者がこれを帽子の意匠に転用することは極めて容易であるといわねばならない。そうだとすると、本願意匠における黒色と黄色の配合は、意匠法3条2項にいう出願前日本国内において広く知られた色彩の結合との関係で創作性を有しないことが明らかである。

以上判示したとおり、本願意匠は意匠法3条1項3号、2項により登録することができないものであるから、これと結論を同じくする審決は正当であって、原告等主張の違法はない。

4.3 最高裁判決（昭48（行ツ）82 昭和52年2月28日）について

「思うに、意匠法（以下「法」という。）3条1項3号は、同項1，2号に掲げる意匠（公知意匠）と類似の意匠でないことを登録要件としたものである。そこで、同一又は類似の物品の意匠間において、一般需要者の立場からみた美感の類否が問題となるのである。これに対し、同条2項は、物品との関係を離れた抽象的なモチーフとして日本国内において広く知られた形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合（周知のモチーフ）を基準として、それから当業者が容易に創作することができる意匠でない

ことを登録要件としたものであって、そこでは、物品の同一又は類似という制限をはずし、右の周知の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が問題となるのである。それゆえ、同条1項3号の類似と同条2項の創作の容易とは、その考え方の基礎を異にするものであって、同条1項3号の類似の意味を創作の容易と同義に解し、同条1項3号は、同条1項1、2号に掲げる意匠に基づき容易に創作できた意匠につき登録拒絶を定めたものである旨の原審の判断は誤りであるといわなくてはならない(最高裁(三小)昭45(行ツ)45同49年3月19日判、民集28巻2号308頁参照)。」

この判決によっても、東京高裁が考えた意匠法3条1項3号と同条2項との関係に関する解釈は否定された。

しかしながら、最高裁が否定したことは、3条1項3号の規定が同一又は類似の物品間において創作が容易なものは類似する意匠として保護せず、3条2項の規定が非類似の物品間において創作が容易なものは創作力(単なる創作性ではない)がない意匠として保護しない、という東京高裁の考え方に対してだけであって、3条1項3号の規定が、自他物品を混同するほどに識別できないものは類似する意匠として保護しないという混同説の見解を妥当としたものではない。

最高裁は、最後に、「本願意匠と引用意匠とを全体的観察により対比すれば、両意匠は類似するものであるというを妨げず、本願意匠は、公知意匠である引用意匠との関係で法3条1項3号に該当するものと解するのが相当である。そうすると、本願意匠が同条1項3号に該当し登録することができない旨の本件審決を維持した原審の判断は、その過程において適切を欠くところもあるが、その結論において正当である。」と述べている。しかし、この判決は、東京高裁が引用した意匠法49条3号の規定に対する見解は示していない。簡単に「その過程において適切さを欠くところもあるが」と説示しているだけである。

結論を左右する問題でなければ、あえて最高裁として見解を示す必要はないと考えたのかも知れないが、この判決によって最高裁は、東京高裁が示した類否判断の根拠を物品の混同におくことに対する否定的見解を、積極的に否定していると解することはできない。

この点については、すでに「可撓伸縮ホース事件」の最高裁判決の解説において佐藤繁最高裁調査官が、「その類否判断の人的基準を『一般需要者』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。⁽⁷⁾」と述べられていたが、この見解は「帽子事件」の最高裁判決についてもそのまま該当するのである。

したがって、最高裁の前記2つの判決を根拠に、意匠の類似を物品の混同識別の見地から考えると混同説を肯定する考え方がわが国の判例となっていると解することは、明らかに誤まりといわねばならない⁽⁸⁾。

5．舟本論文に対して

筆者がかって「意匠の類似」について議論した論文の一つに、「パテント」1982年3月号・4月号に発表した『意匠は創作か識別か - 舟本説を中心に考える』⁽⁹⁾がある。この論文は、舟本信光東京地裁判事が「豊崎光衛先生追悼論文集 - 無体財産法と商事法と諸問題」(1981年11月)に発表された論文『意匠の識別機能について』⁽¹⁰⁾に対する批判である。

同批判論文において筆者は、わが国意匠法の沿革を述べた中で、舟本判事が「これらの法改正の沿革の前後を通じ、意匠法が商品生産・流通秩序に関する規制を目的とし、実質も機能してきたことは、一貫して変わらないことがうかがわれる。⁽¹¹⁾」と理解されたこと、及び「意匠」の定義規定にいう「美感」を商品の識別機能を指すと解されたことの誤りを指摘した。けだし、わが国意匠法の歴史は、常に実用新案法との保護領域をどうするかを考えてきた歴史ではあっても、商標法との保護領域をどうするかを考えてきた歴史ではない。

大正10年意匠法を同年実用新案法との比較において見れば、いずれも「物品に関する」、「新規の」、「工業的考案」を保護対象とし、違いは前者が「実用ある新規の型の工業的考案」を、後者が「新規の意匠の工業的考案」を対象としていた点だけであり、いずれも「新規の考案」を保護することを目的とする法律であることに変りはなかった。

これについて、吉原隆次先生は明確に次のように述べられている。

「意匠ハ物品ノ型ニ關スル考案ナリ。意匠ノ目的物ハ型ヲ對象ト爲ス考案ナリ。型ニ關セザル考案ハ意匠トシテ保護ヲ受クベキニ非ズ。型、外形ヲ離レテ意匠ヲ觀念シ能ハズ。乍併型、外形ハ意匠ノ對象タルニ止マリ、目的物ニ非ズ、意匠ノ目的物ハ常ニ考案ナリトス。意匠ガ型ヲ對象ト爲ス考案ナル點ニ付テハ實用新案ト全然同一ナリ。意匠モ亦發明、實用新案ト同ジク人ノ智能ニ基ク技術的生産物ナリ。技術ニ關係ナキ精神的生産物タル意匠トハ全ク性質ヲ異ニス。意匠ヲ觀念スルガ爲ニハ技術的思考力ノ存在ヲ必要トス。意匠ノ技術的思考力ハ型ニ現レ人ノ美的感覺ヲ刺戟スルニ足ル程度ノモノトナルコトヲ要ス。⁽¹²⁾」

なお、意匠法3条1項3号に規定する「類似する意匠」とは、事実上公知と刊行物公知の意匠と基本的に同一の創作体を有する意匠のことをいうから、同一の創作体を有する意匠は類似の範囲に属するものとして保護し

ないことは、特許法と実用新案法と同様に、創作保護法である意匠法の目的に適うのである。したがって、同じ類似といっても、商標法が目的とする業務上の信用の維持や需要者の利益を保護する商標法とは本質的に違うというべきである。端的にいえば、商標法には新規性の規定はない。

いずれにせよ、意匠の類似について混同説なるものを説く者は、まず筆者の前記批判論文を読んでいただきたい。そして、その上で、創作説なるものに対して、もし反論があるならばしていただきたい。ただし、混同説や創作的混同説は説ではあっても、創作説なるものは、説以前の本質的思想であることだけは申し上げておきたい⁽¹³⁾。

6. 「公然知られた」について

このテーマを論ずるに当たり、もう一つの大きな問題が実務上ある。それは、「はじめに」で分説した についてであり、特許庁の審査・審判でも知財高裁の審決取消訴訟でも、「公然知られた」形態の解釈の誤りに気付いていないことである。

「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いて」とは、意匠法3条1項1号の規定とほぼ同じである。すなわち、同条1項1号の規定に基づくとは、事実上公知公用のものであることが前提であり、刊行物公知は除かれており、さらに物品の類否を越えた形態のみを基準としている。もっとも、刊行物公知と同時に事実上公知となった形態であれば適用の対象となり得るが、3条1項1号の規定の趣旨を3条2項の規定が引き継いでいることを考慮すると、刊行物公知にまで拡張して適用することはできない。したがって、3条2項の規定を適用する者は、重大な注意を払っていただきたい。

頒布された刊行物自体が公然知られた状態であればよいと解する考え方が特許庁にあるが、3条1項1号と同条項2号との立法趣旨の違いを考慮すれば採用することはできない。すなわち、公然知られた形態か否かの問題は、その形態自体が刊行物に掲載される以前に事実として公然と存在していたことに対する認定事項である。また、平成10年改正法の立法までの経過を見ると、最初の法案には、事実上公知のみならず刊行物公知の形態についても記載されていたが、最終法案では2号型の刊行物公知は削除され、1号型の実事実上公知だけが残ったのである。しかし、その理由は明らかにされていない。

容易に創作することができる意匠と認められる例としては、次のような意匠の場合が挙げられる。

(1)当業者にとってありふれた手法により、意匠の形態を構成する要素を、他の公然知られた形態の構成要素に置き換えた場合。

- (2)当業者にとってありふれた手法により、公然知られた複数の形態を寄せ集めた場合。
- (3)当業者にとってありふれた手法により、意匠の形態を構成する要素の配置を変更した場合。
- (4)構成比率の変更又は連続する単位の数の増減による場合。
- (5)公然知られた形態をほとんどそのまま表現した場合。(自然物、公知の著作物・建造物)
- (6)商慣行上の転用による場合。(実物から玩具へ)

これらの場合に該当するか否かを認定するとき、当業者にとってありふれた手法とは、事実を的確に把握した上で、どういう理由があるから容易であるということができるといえるのかをよく考えなければならず、審査官・審判官の立場で容易にできるというのでは理由にならない。

昭和34年法3条2項の適用について、江藤哲審判長は次のように言われていた。

「これこれの事実があり、この事実からその出願のものになるのは、これこれの理由があるから、容易であるということができるといえるものではない。出願意匠を審査する人が容易にできるというのは問題にならない。無理な理由をつけて出願意匠の登録を拒絶することはまったく意味がないといえる。⁽¹⁴⁾」

したがって、意匠法3条2項の規定の適用は慎重でなければならない。

7. むすびに代えて

7.1 昭和34年法の最初の49条3号の規定について、筆者は、この規定は立法上のミスであり、形式的には意匠法3条1項3号と同一文言の規定とすべきであったと考える。しかし、同時に、このミス規定には、奇しくも3条1項3号にいう「類似する意匠」の意味が的確に言い表されていたと考えている。

旧意匠法49条とは次のような規定である。⁽¹⁵⁾

意匠登録が次に掲げる意匠についてされたときは、その意匠登録についての前条1項の審判は、意匠権の設定の登録の日から5年を経過した後は、請求することができない。

- (1)意匠登録出願前に外国において公然知られた意匠
- (2)意匠登録出願前に外国において頒布された刊行物に記載された意匠
- (3)意匠登録出願前にその意匠の属する分野における通常の知識を有する者が前2号に掲げる意匠に基づいて容易に意匠の創作をすることができた場合における意匠⁽¹⁶⁾

ところが、前記「可撓伸縮ホース事件」において最高裁は、この49条

3号に関する規定の意味を文字通り解釈することを拒否した。ということは、最高裁は、この規定に依拠するよりも、独自に考えた前記のような解釈を優先したのである。しかし、なぜ法規定の文言解釈よりも独自の解釈が優先しなければならないのかについて、最高裁は何の理由も述べていない。

7.2 思うに、最高裁が考えた意匠法3条1項3号と同条2項の規定についての解釈には、無理がある。その最大の理由は、旧意匠法49条の規定の意味を「これに対応する登録無効事由を定めた実体規定を強いてあげるとすれば、3条1項3号をおいてほかにはないが」と述べながら、この規定にしたがうことをあえて避けたことである。

もう一つの理由は、意匠法23条の意匠権の効力規定に根拠をおき、この規定を「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又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。」と解し、だから3条1項3号の規定も「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とする。」と解したことである。

しかしながら、意匠法23条本文には、登録意匠に類似する意匠か否かの判断は一般需要者によって行うなどとは規定されていない。また、3条1項3号における意匠の類否判断も、なぜ一般需要者によることになるのかについて理由の開示はない。

かえって、23条本文は「意匠権者は、業として、登録意匠及びこれに類似する意匠の実施をする権利を専有する。」と、意匠権者が業として独占排他的に実施できる権利を有すると規定しているのであるから、登録意匠に類似する意匠であると確信すれば、その類似の意匠についても登録番号を表示して独占排他的に実施することができるのである。そして、意匠権侵害についていえば、意匠権に対する侵害行為を差止めることができるのは、まず意匠権者であるから、かれらの立場で、意匠の類否を考えることになるのは当然である。

また、先に見たように、旧49条3号では人的基準は当業者であると明記されていたし、3条2項における人的基準もまた当業者である。とすれば、3条1項3号もまた当業者をその判断基準とすると理解するのはむしろ自然であろう。

7.3 さらに、意匠の類否判断の基準を一般需要者とした場合の不都合なことは、例えば自動車、電気製品、その他数多くの各種機械に使われる多種多様な部品のように、需要者であるユーザーの目には見えない物品にか

かる意匠については、類否判断をすることが不可能なことになる。しかし、各種の部品についての意匠登録例が多く存し、これに対する意匠権侵害問題も起きていることを考えると、意匠権侵害事件において、意匠の類否判断の人的基準を一般需要者におくことは妥当性を欠くことになる。

にもかかわらず、意匠の類否判断を物品の混同の有無から考え、その人的基準を一般需要者におくことが妥当であると説くのであるならば、知的財産法における意匠法の存在意義と意匠権の本質に矛盾しない確固たる理論づけとともに、需要者の目につかない各種部品や各種型材などに係る登録意匠に対する見方についての説明が必要となる。

7.4 それにしても、あれから30年以上が経ち、亡くなられてもなお燦然と輝いて、われわれ後輩の弁理士たちの注目をあびている東西2人の先輩弁理士が残された功績は大きい。

1人は「可撓伸縮ホース事件」の原告（審判請求人）代理人の大阪の故中島信一先生であり、他の1人は「帽子事件」の原告（審判請求人）代理人の東京の故松田喬先生である。特に中島先生とは、私は公私共に交流があった。

この偉大な2人の先輩がおられるからこそ、後輩の私も、裁判所をして後世に残るような名判決を出していただきたいと思い、訴訟の書面を書くたびに正義感を丸出しに頑張っている。

その意味では、意匠の類否判断は、両意匠の創作体が共通しているか否かによると主張する私の考え方を、技術の保護を法律的に考えたり解釈する立場にある弁理士の後輩たちは強く採ってほしいと思う。そうすれば、ある日、商標法や不競法の窓から意匠法の部屋に迷い込んで来た混同説なる鳥は、再び商標法や不競法の部屋に戻り、意匠法の世界から完全に消え去ってしまうであろう。

加えて、特許庁の意匠の審査官や審判官の諸君らも、知的財産法の中核的存在である意匠法の本質を再認識され、もう少し学習してほしいものである。

注

(1) 現行意匠法は3条1項2号においては、頒布刊行物記載の意匠とインターネット上の意匠とを同列において見ていることは実質的には問題なからうが、いずれにあってもその中に掲載されている意匠（図面）自体は、「公然知られたもの」ではなく、「公然知られ得る状態にあるもの」にすぎない。

- (2) この考え方は、東京高裁「可撓伸縮ホース事件」と「帽子事件」の東京高裁において採られている。
- (3) その最近の裁判例としては、前記拙稿の副題とした映画の著作権の存続期間の消滅をめぐるDVD販売差止めの2つの事件（東京地決平 18.7.11、東京地判平 18.10.6）が教訓となる。
- (4) 「意匠の類似と創作力」パテント 1974年2月号、「意匠法3条2項の新しい解釈」パテント 1974年5月号、「帽子の迷い（続・意匠の類似と創作力）」パテント 1976年1月号。なお、筆者が「意匠法の研究・初版」（発明協会）を刊行したのは1974年12月20日である。
- (5) 無体裁集2巻1号16頁。この事件の裁判長は後日、最高裁長官になられた服部高顕判事。
- (6) 無体裁集5巻1号184頁。この事件の裁判長は、「ホース事件」の陪席の石沢健判事。瀧川叡一判事も陪席として両事件に関与されている。
- (7) 佐藤繁「同一又は類似の物品の意匠と意匠法3条2項の適用」最高裁民事判例解説（昭和49年）325頁。
- (8) 審議会意匠小委員会における議事録参照。
- (9) この論文は、牛木理一「デザイン キャラクター パブリシティの保護」67頁（悠々社 2005）に収集されている。
- (10) 明確に混同説を論じられたのは、当時東京地裁判事の舟本信光氏である。舟本判事は、1981年11月に刊行された「豊崎光衛先生追悼論文集 - 無体財産法と商事法の諸問題」（有斐閣）437頁において、「意匠の識別機能について」の論文を発表された。この舟本判事の考え方は、高田忠氏の「物品混同説」（「意匠」149頁）の考え方のさらに上を行く混同説である。なお、筆者もこの「論文集」の末席をけがしている。そのテーマは、「英国にみるデザイン保護の変遷と将来への展望」（461頁）で、CDPA 1988 施行の10年ほど前に脱稿したものであるが、英国におけるデザイン保護の沿革を、著作権法との深い関係をみながら「フィットフォード・レポート 1977」まで紹介している。
- (11) 舟本前掲442頁。竹田稔東京高裁判事と清永利亮東京高裁判事が相次いで混同説で意匠の類似の意義を説いておられたが、いずれも舟本説の影響によるものと思われる。
- (12) 吉原隆次「実用新案法・意匠法詳論」302頁（有斐閣 昭和3年）。吉原隆次先生は筆者の大学時代の恩師であり、長年、中央大学法学部講師として、わが国工業所有権法学界をリードされて来られた方であり、多くの弁理士合格者を教育された。青山学院大学が1960年に法学部を創設した時、教授として迎えられた。
- (13) 牧野利秋「意匠法の諸問題」ジュリスト 2007年1月1日-15日 84頁

を参照されたい。

- (14) 江藤哲「意匠法第3条第2項（創作容易）について」パテント1968年4月号25頁。
- (15) 意匠法49条は昭和62年6月1日施行の改正法によって削除され、外国公知の意匠と同一又は類似する意匠に対する意匠登録無効審判請求の除斥期間は廃止された。
- (16) この旧規定にある「意匠に基づいて容易に意匠の創作をすることができた場合」とは、意匠の類似を意味すると筆者は解していたが、この解釈に共通するような解釈を、「ボールスプライン軸受事件」の最高三小昭平6(オ)1083平成10年2月24日判決は、特許権侵害事件の「均等論」の成立要件の一つとしたといえる。即ち、同判決が説示する「エ．対象製品等が特許発明の特許出願時における公知技術と同一又は当業者がこれから右出願時に容易に推考できたものではなく」にいう「容易推考」とは、特許法29条2項に規定する「発明に基づいて容易に発明することができたもの」とは異質の意味を有する概念として、最高裁が理解して使用したことに見ることができるのである。

〔牛木 理一〕