

# 最高裁判決は絶対なのか

- 意匠法3条1項・2項の解釈と適用 -

牛木内外特許事務所

弁理士 牛木 理一

## 目次

### はじめに

1. 意匠法3条2項と3条1項との関係
2. 「可撓伸縮ホース事件」の東京高裁と最高裁との対立
3. 「帽子事件」の東京高裁と最高裁との対立
4. 舟本判事論文に対して
5. 意匠法3条2項をめぐる「公知」と「周知」
6. 昭和34年意匠法旧49条3号について
7. 意匠の類否判断を難しくしている考え方（「判例時報」から）
8. むすび

---

### はじめに

平成19年4月1日施行の改正意匠法（平成18年6月7日公布）には、立法者の誤解ないし曲解を生む重大な根拠となった昭和34年意匠法旧3条の下における最高裁判決が存在する。それは、「可撓伸縮ホース」に係る登録意匠の登録無効審判請求の不成立審決に対する審決取消訴訟事件の東京高裁昭和45年1月29日判決に対する最高裁昭和49年3月19日（三小）判決である。

また、改正審議会の立法経過を含む答申や特許庁長官の国会答弁の中では登場していないけれども、前記判決と同旨の事案として、「帽子」に係る出願意匠の査定不服審判請求の不成立審決に対する審決取消訴訟事件の東京高裁昭和48年5月31日判決に対する最高裁昭和52年2月28日（二小）判決が、時を相前後して出ていることを関係者は承知しておかれない。

そこで、本稿において筆者は、改正意匠法24条2項の立法に動機付けを与えた最高裁判所の古い判決は、果たして誤りのない絶対的な判断といえるのか否かについて、前記2つの判決を改めて解析した上で、総合的に批判してみた

いのである<sup>(1)</sup>。

## 1 . 意匠法 3 条 2 項と 3 条 1 項との関係

筆者がここで問題にすることは、改正意匠法 3 条 2 項が規定することについてであり、同条項から見た同法 3 条 1 項との関係についてである。

そこで、まず同法 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。

この規定の中心にあるものを見ると、「当業者」(主体)と「国内外に公然知られた形態」(客体)である。

意匠法 3 条 2 項は、判断主体として明確に「当業者」を主語に置いている。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に他ならないと解することが自然である。

このような「意匠の創作者」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<sup>(2)</sup>を、得ようと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。

そして、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せざるを得ない。

すると、当業者が視覚を通じて見る内容とは、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では創作力の有無の判断と解することにな

る<sup>(3)</sup>。

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<sup>(4)</sup>。

これが、確認を含めて言えば、3条1項の規定においては、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。換言すれば、需要者は市場に流通している商品の新しいデザインに注目することはあっても、そのデザインを生み出す創作に直接関与することはないということである。

そして、この需要者と混同の両者に対しては、意匠法は別の場所、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、そして少なくとも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、絶対として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、その規定位置の関係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。

しかしながら、意匠権侵害訴訟の裁判所においては、登録意匠はまず丸裸にされ、出願時の積極的登録要件の具備を精査されたり、意匠法41条で準用する特許法104条の3が適用がされたりしている現実の矛盾を見ると、この規定についてもわれわれは黙っていられないのである。

その意味で、平成19年4月1日施行の改正法24条2項は、いつか司法の判断を受けなければならないことになるのではなかろうか<sup>(5)</sup>。

## 2. 「可撓伸縮ホース事件」の東京高裁と最高裁との対立

2.1 筆者がかつて執筆した論文<sup>(6)</sup>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(1974)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けれども、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ついては、われわれ実務家には、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されたものである。

ということは、最高裁の判決は、法論理的に筋の通らない無理論であるということである。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。

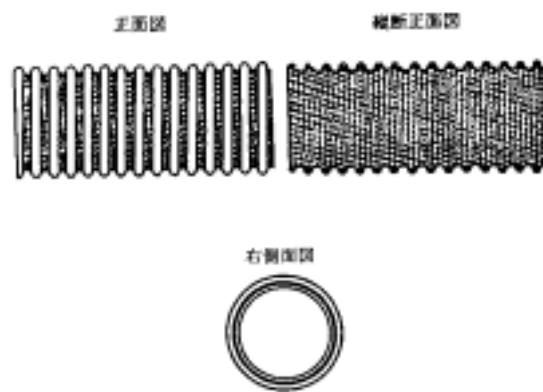
## 2.2 特許庁審決(審判昭39-2489・昭和41年8月26日)

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し、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)。

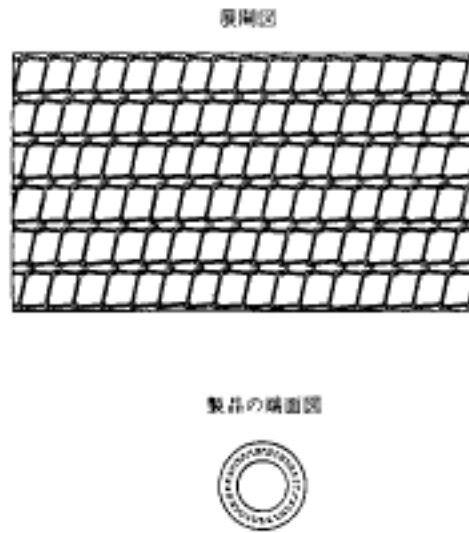
そして両者を比較すると、両者は管肉内に介在させたメリヤス網模様が表面に透かして見えるようにした点では一致するけれども、引用意匠には螺旋状に現われた隆起筋条が全くない。本件登録意匠の前記隆起筋条は外観上強く現れているから、両意匠を全体として観察すれば、両意匠を類似した意匠と認めることはできない。

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。

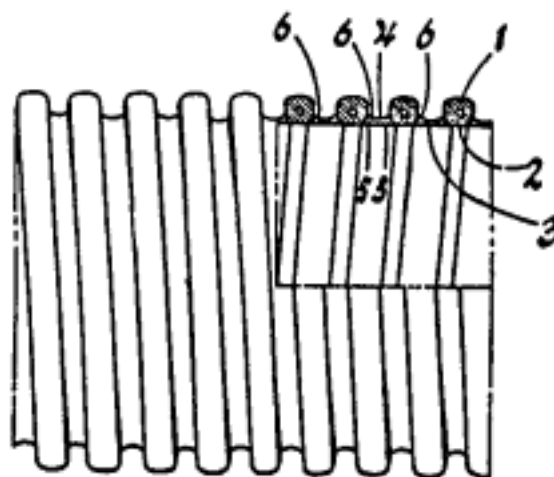
【別紙第1図】



【別紙第2図】



【別紙第3図】



## 2.3 東京高裁(6民)判決(昭41(行ケ)167・昭和45年1月29日)<sup>7)</sup>

### (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項に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。

#### 2.4 最高裁（三小）判決（昭 45（行ツ）45・昭和 49 年 3 月 19 日）

(1) 判決は、まず意匠法 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) 次に意匠法 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。

「さらに敷衍すれば、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見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項かつこ書により、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。

## 2.5 最高裁判決の疑問点

(1) この最高裁判決の最大の問題点は、3条2項の適用は、意匠にかかる物品の類否に関係なくなされ、物品が同一であったとしても、3条2項の適用はあると解した点である。

ところが、この判決は結論として、東京高裁がくだした結論「原告の請求を棄却する。」ことを支持するためか、原審がなした意匠は引用意匠に類似せず、かつ容易に創作できるものでもない、という判断を承認した。

しかし、これは、判決が説示している3条2項についてのそのすぐれた解釈にもかかわらず、結論において空しさを覚えるのである。この空しさは、この判決が、原審がした3条2項は同一または類似の物品間の意匠の創作容易の場合には適用しないという説示を否定し、同条項の適用は異物品間における意匠の創作容易性の場合のみならず、同一または類似の物品間においても適用する



ことができる、と判示したにもかかわらず、本件登録意匠を無効にするという具体的な事態に対しては、この考え方の適用をためらったことにある。

この後味の悪さは、判決は自ら気づいていたのではなかろうか。判決は次のように認定する。

「しかしながら、原審の確定するところによれば、本件登録意匠は、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なる斜縞をなし、両者が長手方向に沿って交互に現出し、その対比と繰返しにより看者の視覚を通じて美感を与えるもので、引用意匠および原判示の可撓伸縮ホース事件と全く異なった意匠的效果を有するものであるから、本件登録意匠は、その着想の点においても、独創性が認められないものでなく、これを右引用意匠等の形状、模様、色彩またはこれらの結合に基づいて当業者が容易に創作することができた意匠であるということとはできない。」

(2) この判決は、本件登録意匠との違いについて、東京高裁がなした判断を、「引用意匠および原判示の可撓伸縮ホース事件とは全く異なった意匠的效果を有するものであるから」とそのまま是認しているけれども、つづいて「独創性が認められないものではなく」ということは、先に説示した3条2項についての積極的な解釈に反する判断であるといわざるを得ない。

意匠的效果は違うも創作が容易である本件登録意匠と引用意匠らとの間には、もし引用意匠らに周知性が認められたならば、その論理の当然の帰結として、意匠の創作が容易にできたものとして、3条2項を適用して登録無効とすべきであったであろう。

(3) 3条1項3号と3条2項の登録要件を判断する人的基準を、前者は一般需要者、後者は当業者と区別している。しかし、すべに述べたように、このように区別しなければならぬ合理的な理由はないのである。

## 2.6 佐藤繁最高裁調査官の解説

最高裁判決は、意匠の類似と創作容易性とは全く別個の観念であると考えたことについて、佐藤繁最高裁調査官は、この判決の解説において、「意匠が権利として独占的保護に値するのは、それが頭脳の創作的活動の所産としての創作であるがためである。創作でない意匠は保護に値しない。」しかし、このような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が

直ちに明らかになるわけでないから、意匠法はその標準を二つに分けて規定したといわれる。「その一つは、客観的標準ともいべきもので、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。<sup>(8)</sup>」と述べられる。

佐藤調査官は続けて、「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させるものである(2項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っても、その全体より生ずる美感ないし意匠的效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して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。その意匠を考案するについて独創力を要したか否かは、それより生ずる美感ないし意匠的效果の異同の判断には直接関係せず、それは同条2項において問題とされるべき事柄である。」といわれる。

最高裁判決について、このように解説されたのち、佐藤調査官は、「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。<sup>(9)</sup>」と述べられている。

物品混同説については、後記する「帽子事件」の判決において、東京高裁は、意匠が物品の出所の識別標識としての機能を営むことがあることは否定しないものの、「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)をその目的としていないし、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、右の見解には左袒できない。」と明確に否定している。

### 3. 「帽子事件」の東京高裁と最高裁との対立

もう一つの同種事件とは、「帽子事件」の最高裁(二小)昭和52年(19

77) 2月28日判決である。

### 3.1 特許庁審決(審判昭42-6486・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、倒椀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られ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、意匠的效果を発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。

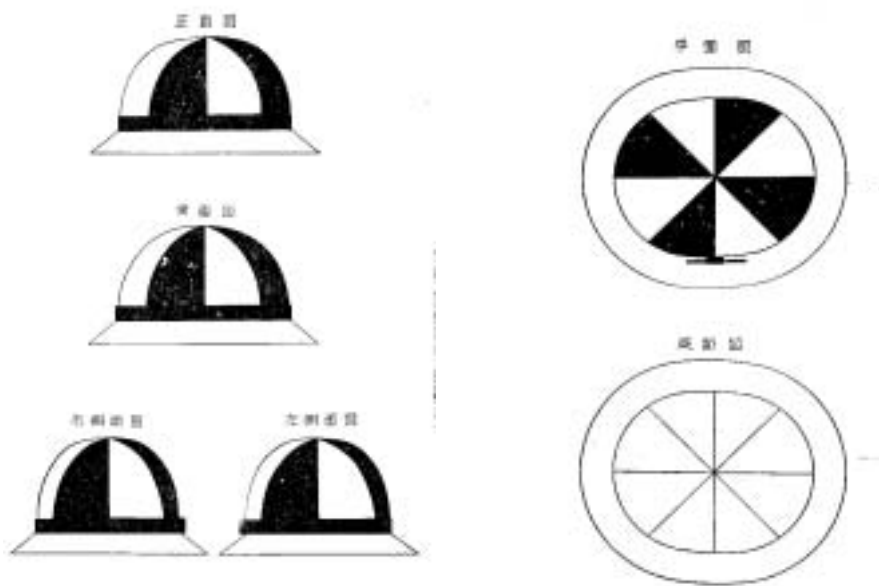
ただ両者間には明暗の配色において差異が認められるが、かかる二色の配色からなる物品においては、その色彩の選択表現に当たり、種々の色彩を対比させることは普通一般に行われるところであり、これがために模様の構成が変わることもなく、両者は明暗二色の組合せにおいて類型の範囲を出ないものである。また、本願意匠のリボンの結び目飾りが引用意匠には見当たらないけれども、本願意匠のものは黒色であって、リボン状部の巾と同一の巾で同じ黒色で表わされ、全周部の一部に一個、リボン部に平行して平に設けられているもので、

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的一致からみれば、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。)



3.2 東京高裁（6民）判決（昭45（行ケ）1・昭和48年5月31日）<sup>(10)</sup>

（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、平面楕円形で倒碗状

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(引用意匠では鋲庇)の巾が均一であるか否か(仮に引用意匠の鋲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(引用意匠では鋲庇)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ら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。

### 3.3 最高裁(二小)判決(昭48(行ツ)82・昭和52年2月28日)

「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って、そこでは、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、佐藤繁最高裁調査官がすでに「可撓伸縮ホース事件」の最高裁判決の解説において、「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。<sup>(11)</sup>」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。

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していたことは、明らかに誤まりといわねばならない<sup>(12)</sup>。

#### 4．舟木判事論文に対して

4.1 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 - 舟木説を中心に考える<sup>(13)</sup>』がある。この論文は、舟木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 有斐閣）に発表された論文『意匠の識別機能について<sup>(14)</sup>』に対する批判である。

舟木判事は、意匠と商標とを「生産工程・消費構造の現況においては、そのいずれも、商品に使用する目的と態様においては、実質的に大差を見出し難い面が少なくない。」といわれ、意匠の定義にいう「美感を起させるもの」とは、商品についての識別機能の指すものであると、独自の考え方を説かれた。そして、「意匠の類否は、多様な志向型の識別性を含めた需要吸引力という購買心理的な見地から検討する以上、一般需要者の立場で判断すべきこ

ととなり、意匠法第3条2項の当業者による創作性の有無に関する判断も、いわば創作容易性ひいては特別顕著性の問題となって、元来一般需要者の立場の判断に還元されるべきものでなからうか。」とまでいわれ、「需要吸引力の保護の本質からすれば、意匠法は商標法と同様に不正競争法の一環として考察できるばかりでなく、従来の紛争処理も実質的にそうした見地に副ってきたと見られないだろうか。」と極論される。

筆者は、この批判論文において、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。<sup>(15)</sup>」と理解されていたこと、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ていたことに対する誤りを指摘したのである。けだし、わが国意匠法の歴史は、常に特許法や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、商標法や不正競争防止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からである。

結局、舟本説は、意匠という事象の原因と結果とを区別せず、これを混同して考えていたところに初歩的な論理の誤りを犯しているといわざるを得ない。しかし、この誤りの源はといえば、前記2つの最高裁判決にたどりつくのである。

4.2 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。<sup>(16)</sup>」

なお、意匠法3条1項3号に規定する「類似する意匠」とは、事実上公知や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。端的にいえば、商標法には新規性の規定はない。

4.3 したがって、もし法律家である裁判官の中に、現行法において「類似」の用語が使われているのは商標法と意匠法であるから、その意味内容は同義ではないかと本当に考えられている方がいるとすれば、前記した創作保護法としての意匠法の歴史を学んでいただきたいと思う。

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、まず筆者の前記舟本論文に対する批判論文などを読んでいただき、その上で、創作説なるものに対して、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、意匠法において、説以前の本質的思想であるということだけは申し上げておきたいのである<sup>(17)</sup>。

## 5. 意匠法3条2項をめぐる「公知」と「周知」

5.1 ところで、以上のいずれの裁判所においても、見解を示さなかった問題がある。それは、法3条2項の適用をめぐる「公知」と「周知」の対立である。

すなわち、いずれの裁判所も、意匠法が3条1項と2項とで、なぜ「公知」と「周知」とに分けて規定しているのかについて注目しなかったことは不思議である。本件の場合、「ホース」について2つの引用意匠が出願前に刊行物上公知であることには当事者間に争いはなかった。しかし、もしこの2つの意匠の周知性が立証されていた場合には、結論は変わっていたであろうか。けだし、単に特許庁発行の公報に掲載されている意匠というだけでは、周知の意匠になったことの証明にはならないからである。

しかしながら、昭和34年意匠法は、なぜ3条1項3号の創作性（類似でな

いこと)の登録要件では「公知」の意匠を基準とし、2項の創作性(創作力があること)の登録要件では「周知」の意匠(形態)を基準としていたのだろうか。2項は周知の形態からの単純な転用意匠に対しては登録しないという立法理由であるとすれば、その分野の通常の知識を有する者(当業者)が、その引用の範囲を拡大し特許庁発行の公報のような刊行物公知上の意匠に基いて、容易に創作することができたと判断することを認めるわけにはいかないことになる。その意味では、創作容易な意匠とはいえないから、登録は維持できると最高裁が判断したことは妥当だったかもしれない。

ところが、平成10年改正法はこの事実に気付いたのか否か不明であるが、法3条2項のような規定に改正してしまったから、そこでまた新たな問題が起っているのである。法3条2項に規定する「公然知られた」とは、法3条1項1号に規定する「公然知られた」と同一の概念であるから、法律家としては、同一の意味を有する概念であると解することは言うまでもない。

5.2 同じ「公知」と呼ばれる意匠の場合でも、法3条1項1号に規定する「事実上公知」の意匠と法3条1項2号に規定する「刊行物上公知」の意匠との違いは、すでに東京高裁の審決取消訴訟における次の裁判例によって明確に判示されているのであるから、遵守されるべき原則である。

(1) スプレーガン事件(東京高判昭和48年9月17日・無体裁集5巻2号280頁)

「右特許明細書が被告主張の場所で公衆の閲覧に供せられるようになったからといって、そのことから直ちに、右特許明細書に記載された本件意匠とほぼ同一の意匠が、意匠法3条1項1号にいう『外国において公然知られた意匠』になったものということとはできない。被告は『公然知られた』という意味は、文献の場合には一般公衆の閲覧可能性があれば足りるという。しかしながら、『公然知られた』という意味を、文献の場合について、被告の右主張のように解すると、意匠法3条1項2号の存在意義が全然なくなってしまう。なぜならば、2号でいう『日本国内又は外国において頒布された刊行物に記載された意匠』は、常に一般公衆の閲覧可能性があるものであるから、1号を右のように解する以上、2号を1号とは別に規定する意味はないからである。そうすると1号の『公然知られた』の意味は、単に公然と知られべき状態になっただけでは足りず、公然知られたことを要するものと解すべきである。」

(2) サンドペーパーエアグラインダー事件(東京高判昭和54年4月23日・無体裁集11巻1号281頁)

「意匠法3条1項1号にいう『公然知られた意匠』とは、同項2号において1号とは別に頒布刊行物を規定している趣旨に鑑みると、その意匠が、一般第三者なる不特定人または多数者にとって、単に知りうる状態にあるだけでは足りず、字義どおり現実に知られている状態にあることを要するものと解される。そして、また、不特定人という以上、その意匠と特殊な関係にある者やごく偶発的な事情を利用した者だけが知っているだけでは、いまだ『公然知られた』状態にあるとはいえないものと解するのが相当である。」

(3)電子オルガン事件(東京高判昭和54年5月30日)

「意匠法3条1項1号にいう『公然知られた意匠』とは、同項2号において1号とは別に、頒布刊行物を規定している趣旨に鑑みると、その意匠が、一般第三者たる不特定人または多数人にとって、単に知りえる状態にあるだけでは足りず、字義どおり現実に知られている状態にあることを要するものであり、また不特定人という以上、その意匠と特殊な関係にある者やごく偶発的な事情を利用した者だけが知っているだけでは、いまだ『公然知られた』状態にあるとはいえず、意匠権の設定登録があっても、それによって直ちにその意匠が現実に一般第三者にも知られるものではない。本願第二意匠の出願日前に、引用意匠が一般第三者によって現実に知られている状態にあったことを認めるに足る証拠はない。」

その後、法3条1項1号についての東京高裁の前記解釈が否定変更された判決が、最高裁からなされたとは聞いていないから、法3条1項1号に規定する「公然知られた」に関する解釈のみならず、法3条2項に規定する「公然知られた」に関する解釈にあっても、前記東京高裁判決の解釈による裁判例が、今日でも依然として適法に通用しているというべきである。

ただ、「公然知られた」の概念の中には、特許公報や意匠公報のような単なる刊行物上の図面による形態は含まれないとしても、商品カタログに現物写真で掲載されている意匠の場合は、事実上公知の意匠に近いものであるから、刊行物上公知性とは区別され得るものとして、事実上公知性を推認してもよいだろう<sup>(18)</sup>。

5.3 筆者が最近代理した次の2つの出願は、いずれも意匠法3条2項が適用され対象であったが、(1)については審判請求によって、(2)については意見書提出によって拒絶理由通知は撤回され、登録設定済みか又は登録設定中の事案である。

(1)意願2004-17825号・審判2006-13930号

意匠登録第1297058号「焼き網」

(2)意願2006-15800号

登録設定中「箸」

したがって、特許庁の審査部・審判部の一部においては、ようやく意匠法3条2項の真意が理解されようとしている気配を筆者は感じるものであり、そうであるならば、同一又は類似の物品間においては、2項より3条1項3号を適用した方が、出願人に対し説得力があるかも知れないことに気付き始めたような気配もある。ということは、同じ意匠の創作性の有無を判断する場合、3条1項3号のそれと3条2項のそれとは、文理解釈をすれば基準となる対象が違うということ、事実上法規を適用する立場にある者はよく理解することが必要なのである。

## 6．昭和34年意匠法旧49条3号について

6.1 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、奇しくも立法者が3条1項3号にいう「類似する意匠」に込めた意味が、的確に言い表されていたと考えている。その旧法49条とは、次のような規定である<sup>(19)</sup>。

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<sup>(20)</sup>

ところが、前記「可撓伸縮ホース事件」において最高裁は、この法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。しかし、なぜ法規定の文理解釈よりも独自の解釈を優先しなければならな

かったのか、最高裁は何の理由も述べていない。

6.2 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、意匠権者は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当然である。

6.3 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は多く存し、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である。

## 7. 意匠の類否判断を難しくしている考え方（「判例時報」から）

7.1 「意匠の類否判断に当たっては、意匠を全体として観察することを要し、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るとされた事例」

これは、「判例時報」No.1965 p.147（平成19年7月1日号）に掲載された大阪高裁平成18年8月30日民8部判決の紹介見出し記事である。

筆者は、これを何回読んでも、「手さげかご」に係る登録意匠の意匠権侵害事件において、意匠の類否判断をする基準を説示している裁判所の考え方をよく理解することができない。まして、意匠法の研究をしていない者が読んだら、ちんぷんかんぷんであり、意匠の類否判断の難しさの洗礼を受ける前に退散してしまうことになるだろう。しかし、このような、いわばキーワードとなるような言葉を総花的に羅列する判決をしている裁判官たちは、結局、意匠の類似とは何かという命題に対して、正確に答えていないことを意味する。そして、ここに、関係者をして意匠の類否判断は難しいものと思わせる原因を作っている土壤を見る思いがする<sup>(21)</sup>。

そこで、この解説者がまとめているところを要約すると、次のとおりである。  
(1)意匠の類否判断の人的基準は、これを意匠の創作者とするのか、意匠に係



る物品の需要者とするのか等について従来から争いがあった。最三判昭49.3.19(可撓伸縮ホース事件)以降も、主として学説において、この議論は引き続きなされてきた<sup>(22)</sup>。

ただ、下級審判決では、前掲最三判を受け、需要者を設定する実務がほぼ定着し、本判決もこれを踏襲した。

この流れから、平成18年改正意匠法は新たに24条2項を追加し、人的基準を明文化するに至り、この論点については一定の終止符が打たれているという。

しかし、下級審の立場では最高裁判決にしたがわざるを得ないだろうが、これを批判する学説までこれにしたがわざるを得ないと考えているのであれば失当である<sup>(23)</sup>。立法化したから一定の終止符が打たれたと解釈することは、改正法24条2項の規定が司法の判断を受けていない以上、誤りであるし、前掲最三判はその法論理構成の欠陥によって、将来覆されるおそれもあり得るといえるのである。

また、この新规定の位置付けは、「第4章意匠権」の中の「登録意匠の範囲」に関する規定であり、「第1章総則」における「定義」としての一般規定ではないから、新规定の適用は極く限られていると解すべきだろう。

(2)最三判の「一般需要者」とは、「特別需要者」を想定しても除外すると解するとの議論が生ずることから、改正法24条2項は「需要者」とし、本件判決も、需要者の範囲に「取引者」を含めたといい、人的基準を「スーパー等の購買担当者に限定するのは相当でない」とした控訴人(一審原告)の主張を斥けている。

しかし、本事件において、高裁判決は地裁判決とは異なり、需要者の概念に取引者を含ませて意匠の類否判断の人的基準を解しているが、取引者といえは当業者の範疇に属する主体であるから、極めて曖昧な説示といわねばならない<sup>(24)</sup>。

そこで、一般需要者、需要者、取引者、当業者などと、裁判所などの法律分野で曖昧に使用されている用語は経済用語であるから、一ど経済学の洗礼を受けべきだろう。

(3)意匠の類否判断基準に関しては、周知のとおり、混同説と創作説が対立するとして、前者については竹田稔説を引用しているが、後者については何にも

引用していない<sup>(25)</sup>。そして、東京高判平成 15 年 6 月 30 日を引用し、近年の下級審判決には明示的に意匠保護の根拠を物品の混同防止に求める傾向があるという。

しかし、この下級審判決をもって、意匠法の目的を無視ないし忘却し、意匠法をして物品の混同防止に求める「傾向」にあると解している解説者は、結局、意匠法が特許法、実用新案法及び著作権法と同様の創作保護法であることを知らない者といわれるだろう。このような者が、もし意匠権侵害訴訟において、商標権侵害や不競法侵害における場合と同様の考え方で意匠の類似を判断しているとすれば、恐ろしいことである。

(4) 公知意匠を参酌するか否かによって創作説と混同説が分かれるところ、竹田説によれば、公知部分か創作部分かは物品の形態を見て混同するか否かによってわかることだから、公知意匠を参酌する必要はないという。

しかし、当業者でない需要者一般には、法 3 条 1 項 2 号に規定する刊行物上公知の意匠の知識などは殆どないのが普通であるから、竹田説のような考え方は非現実的であるというべきである。意匠権侵害訴訟で被告が提出する証拠は殆ど刊行物上公知であり、それも内外国を問わないものであるところ、これによって司法裁判所では改めて特許庁審査が再開されるような状態になるのであるから、それをなぜ需要者、端的にいえば消費者のレベルまで落として類否判断をしなければならないのかわからない。

混同説に立てば、侵害訴訟において登録意匠の要部の把握作業などは全く不要であり、単に両意匠の全体を見て美感的ないし印象が一致するか否かで判断するだけで十分なはずである。公知意匠を参酌して登録意匠の要部を認定する創作的混同説とでもいえる折衷説に対してもこれを否定する竹田説からは、創作の要部の把握などは無用な作業である<sup>(26)</sup>。

されど、侵害裁判所の現実を見ると、公知意匠を参酌しているのはなぜだろうか。これが混乱の原因であり、意匠はわからないと言われている理由でもあるから、裁判所の責任は大きいし、裁判所は批判に答えるべきである。

なお、「可撓伸縮ホース事件」の最高裁判決について、意匠の類否判断に際し最高裁は混同説をとるものでないことは、佐藤繁最高裁調査官の解説があることに注意すべきである<sup>(27)</sup>。

(5) 外国立法例について

解説者は、E Cデザイン法の規定と米国デザインパテント判例を紹介し、意匠の類否判断の人的基準について、主要国内での意匠の権利範囲解釈の基準は相互に隣接してきているように見えるというが、果たしてそうであろうか。具体的事例に当たって考えてみられていない以上、このような結論じみた発言をされることは疑問である<sup>(28)</sup>。

7.2 わが国意匠法は、3条1項及び2項において、それぞれの判断についての人的基準は、すでに述べたとおり、規定しているところであるにもかかわらず、これを最高裁は自然かつ正確に理解しようとせず、法規定を離れて独自の解釈をしていることに、解説者はなぜ気付かないのだろうか。わが国意匠法は、すでに昭和34年法3条1項柱書によって、意匠の類似判断の人的基準を確立しているから、これに違反するような前記最高裁判決を唯一の根拠として制定された平成18年改正法24条2項は、自家撞着に陥っている誤りの立法であるといわねばならないのである。

確認のため繰返し述べるが、法3条1項3号において意匠の類否判断をする人的基準は、「工業上利用することができる意匠の創作をした者」であり、このような者は、法3条2項にいう「その意匠の属する分野において通常の知識を有する者」に含まれている者であることを、意匠法を読む者は基礎知識として知っているはずなのである。

7.3 ここで紹介した大阪高裁判決についての解説によると、判決の内容自体はわかりにくい展開になっていることがわかるが、意匠の類否判断はそんなに困難なことではないのである。即ち、当業者である看者が、正常に感性・理性・悟性の判断過程をたどるならば、自然に妥当な意匠の類否判断をすることはできるのであり、易しいことなのである<sup>(29)</sup>。

## 8. むすび

8.1 最初に紹介した「可撓伸縮ホース」の登録意匠をめぐる登録無効審判事件は最高裁まで上げられたけれども、途中の東京高裁(6民)においては、出願意匠に対し、法3条1項3号(意匠の類似・新規性)と法3条2項(意匠の創作力)の2つの登録要件の有無が審査されたところ、物的基準(客体)は、

前者では同一若しくは類似の物品間における創作性の有無を判断し、後者では非物品間における創作性の有無を判断し、その人的基準（主体）はいずれも当業者であると判断し、明快な答えを出したところに、関係者から大きな評価が与えられたのである。

ところが、最高裁において、法3条1項3号の適用では人的基準がなぜか一般需要者に変更され、一般需要者の立場から見た同一又は類似の物品間での美感の類否を問題とするとされたのに対し、法3条2項は当業者の立場から物品の類否を離れたモチーフを基準とし、両規定は考え方の基礎を異にすると解したことから、おかしくなったのである。

工業所有権法には、意匠法と商標法というそれぞれ別目的をもった独立した法律が存在しているにもかかわらず、最高裁は、意匠法3条1項3号にいう意匠の類似を考える際に、工場内における「物品」と流通市場における「商品」とを区別することなく混同し、そこから出る前者の当業者と、後者の一般需要者（消費者）という人的基準のうち、後者の立場を選択してしまったのである。しかし、その理由については説示されていない。

さらに、大きな疑問は、昭和34年法の3条2項の規定は、平成10年改正によって、その物的基準（客体）が「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」から、「日本国内又は外国において公然知られた形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合」に変更されたのである。にもかかわらず、今回の平成18年改正では、最高三判昭和49年3月19日という古い裁判例が根拠となって、法24条2項という新规定が生まれることになったことには、立法政策の時代的ズレを感じてならない。のみならず、指摘したように、立法者はその法適用において、事実上公知の立場は極めて困難な規定であることに自らを追い込んでしまったから、特許庁は困惑してしまっているのではないだろうか。

8.2 しかしながら、ある日突然、商標法や不競法の窓から飛んで意匠法の部屋に迷い込んで来た混同説なる小鳥は、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ことをわれわれは期待したい。

そのためには、拙論が単に批判に終ることなく、必要ならば2つの最高裁判決を覆す判決を最高裁大法廷で得る努力を、われわれ実務家はこれからも続け

ていかなければならないと考えている。

この最高裁判決の綻びの一端は、すでに改正意匠法 24 条 2 項に規定された意匠の類似の人的基準が、「一般需要者」から「(取引者を含む)需要者」と変更され、解釈されているところに見られるから、前記判決の全面的な変更は時間の問題といえるのかも知れないのである。

## 注

- (1) 牛木理一「改正意匠法 24 条 2 項への疑問」パテント 2006 年 10 月号 35 頁は批判論文である。本稿は、この批判論文の延長線上にあり、かつ牛木「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」特許ニュース 2007 年 2 月 15 日号を基礎とし、さらに新しい議論を展開しているものである。平成 18 年改正法に至るまでの審議経過については、前記論文である程度紹介している。
- (2) 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図面上の意匠は、「公然知られた意匠」ではなく、「公然知られ得る状態にある意匠」にすぎない。不服 2006-13930・平成 19 年 1 月 23 日審決は拒絶査定を撤回したが、これは事実認定の誤りを理由としたもので、法規定の適用の誤りを直接の理由としたものではなかった。
- (3) この考え方は、東京高裁の「可撓伸縮ホース事件」と「帽子事件」の判決において採られている。
- (4) 特許庁意匠課編の最近の「審査基準」(154 頁)によると、第 8 部「第 2 章補正の却下」に関する意匠法 17 条の 2 の規定に関する解説は、次のように述べている。

「願書の記載及び願書に添付した図面等は、登録意匠の範囲を定める基となる美的創作として出願された意匠の内容を表しており、その意匠の属する分野における通常の知識に基づいて、願書の記載及び願書に添付した図面等から直接的に導き出される具体的な意匠の内容を意匠の要旨といい、その意匠の属する分野における通常の知識に基づいて、願書の記載及び願書に添付

した図面等から直接的に意匠の要旨を導き出すことを意匠の要旨の認定という。」

この説明からも明らかなように、出願の図面等は、そのまま登録意匠の範囲を定める基本となる「美的創作」である意匠の内容を具体的に表現しているものであるから、その図面等から当業者が直接的に表現できる形態が「意匠の要旨」である。

したがって、特許庁における意匠の審査は、前記3条1項・2項を含めすべて当業者の立場から行われるものであることは自明であるから、審決取消訴訟を扱う裁判所においても、この原則を遵守して審理してもらわなければならない。

- (5) 最近の裁判例としては、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つの裁判事件(東京地決平成18年7月11日、東京地判平成18年10月6日)が教訓の一つといえるだろう。
- (6) 牛木「意匠の類似と創作力」パテント1974年2月号,牛木「意匠法3条2項の新しい解釈」パテント1974年5月号,牛木「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。
- (7) 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,陪席は石沢健判事,滝川叡一判事である。
- (8) 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)318頁。
- (9) 佐藤前掲325頁。
- (10) 無体裁集5巻1号184頁。この事件の裁判長は、「ホース事件」の石沢健判事,陪席は瀧川叡一判事,宇野栄一郎判事である。
- (11) 佐藤前掲325頁。
- (12) 審議会意匠小委員会における議事録参照。
- (13) 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。
- (14) 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。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「豊崎論文集」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、CDPA1988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歴史を、著作権法との深い関係について「フィットフォード・レポート1977」まで紹介している。
- (15) 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。竹田説については「意匠の類否について」発明 87 巻 2 号・3 号、「知的財産権侵害要論」発明協会 319 頁など。清永説については「意匠の類否」裁判実務大系「工業所有権法」404 頁。
- (16) 吉原隆次「実用新案法・意匠法詳論」302 頁(有斐閣 昭和 3 年)。
- (17) 牧野利秋弁護士(元東京高裁判事)の「意匠法の諸問題」ジュリスト2007年1月1日-15日号 84 頁を参照されたい。また、「自動車用ホイール」意匠権侵害事件をめぐる横浜地判平成 4 年 12 月 24 日と東京高判平成 6 年 11 月 30 日との判決理由を対比して読めば、両判決の考え方の違いは鮮明である。牛木理一「意匠権侵害 - 理論と実際」492 頁(経済産業調査会 2003)。
- (18) 事実上公知の意匠に準ずるものとしてカタログ掲載の意匠の場合を挙げたが、特許庁が国の内外から収集している各種のカタログや雑誌上の写真には、そのカタログや雑誌の題号と発行所、発行年月日、工業所有権情報研修館の受け入れ年月日などの記載があるだけで、原本は存在しないものであるから、その証拠価値は疑問である。
- (19) 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たが、これは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制度を廃止するためであって、規定の表現ミスを訂正するという積極的な理由からではなかった。
- (20) 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文言であると、筆者は長年理解していた。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。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最

高裁は理解し使用したと読むことができる。牛木理一「均等論と自由技術論」知財管理 48 巻 10 号 1569 頁(1998)。

- (21) 筆者は、この「手さげかご事件」の大阪地裁平 16(ワ)14355 平成 18 年 1 月 17 日判決について、「特許ニュース」No.11779 平成 18 年 5 月 26 日の「弁理士の眼 18」で取り上げ、判決理由と結論に対し、控訴審判決とほぼ同じように批判している。この地判では、当該物品の需要者とは、「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。」と説示していた。  
<http://www.u-pat.com> 第 2A-33 参照。
- (22) 創作説とは、主として牛木理一「意匠法の研究(四訂版)」122 頁以下(発明協会 1994)、牛木前掲「意匠権侵害」19 頁以下のことを指しているのだろう。
- (23) 本事件判決の覆面解説者が、もし司法関係者であるとすれば、このような断定的な論評は慎むべきである。
- (24) 一般需要者(消費者) 需要者 取引者を含む需要者と、改正法の立法者の考え方は、ころころ変わって来ている。取引者とは、当業者に含まれる概念である。しかし、今回の改正法は、意匠の類似範囲の拡大化を狙ったものといわれているが、登録意匠の類似範囲を立法で画定することは不可能な問題である。
- (25) なぜこの解説者は、竹田判事も引用している前記牛木説を引用しないのだろうか。もっとも創作説は説ではなく、説以前の意匠法の本質である。けだし、意匠法は特許法や著作権法と同様に創作保護法だからである。
- (26) いわゆる混同説について設楽判事は、「登録意匠の中で、取引者又は需要者の注意を強くひく部分が意匠の要部となるから、右要部を認定したうえで、要部において、登録意匠と被告意匠が、取引者、需要者が混同する程によく似ているとすれば、普通の場合、両意匠は全体として美感において類似するということになる。そして、混同の主体は、創作説のように当業者に限定して解すべきではなく、取引者又は需要者であり、例えば、当業者間で取引される物品の場合は当業者が基準となる場合もあるし、一般需要者が取引の主体となる場合は、一般需要者を基準に混同を判断すればよいと考える。要は、意匠の要部において、具体的な取引の場で混同が生じるほど似ているか否かを判断することになる。」(設楽隆一「意匠権侵害訴訟について」特許管理 37 巻 11 号)と述べられる。

登録意匠の要部の認定には、物品の用途、技術的機能等を考慮するとともに、公知意匠を参酌する必要があることを説かれる同判事は、いわゆる創作説との



違いを、「考え方としては、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ひ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。」と述べられる。

しかし、物品の性質、用途、機能等のみならず公知意匠を考慮して意匠の要部を認定する立場は、明らかに創作説の考え方である。注意を引いたり、混同したりするのは、その結果である。

設楽判事の考え方は、混同説・識別説とは異なり、創作説に近い折衷説であるところ、このような折衷説に対し竹田稔判事は、「混同説に立ちながら、登録意匠の要部認定には公知意匠を参酌すべきであるとし、この点では…創作説と考え方を共通にする見解がある。」と指摘された上で、「意匠の類否判断の基準を物品の混同に求めながら、上記の理由で創作説と同じ立場に立つことは、論理的に整合性を欠く結果をもたらすのではないだろうか。」と批判される。

(27) 前掲(8)参照。

(28) 牛木理一「商品形態の保護と不正競争防止法」175 頁(経済産業調査会 2004)。

(29) 平成 10 年意匠法改正時における 3 条 2 項についての審議会答申では、3 条 1 項 1 号と 2 号との 2 つの公知態様に属する場合が規定されていたけれども、特許庁は立法時に 3 条 2 項の規定を前者の事実上公知に属する場合に限り、後者の刊行物上公知に属する場合を削除してしまった経緯があることを忘れてはならない。