

意匠法第3条第2項の適用矛盾

—最高裁判断への疑問—

弁理士 牛木 理一

1. 序論（背景）
2. 知財高裁における審理状況と判断
3. 最高裁における判断
4. 知財高裁の判断理由に対して
5. 意匠法3条2項の真意
 - ・東京高裁の裁判例（3件）
6. 知財高裁の判断（「シール部分意匠事件」）
7. 結論（意匠法改正への契機）

1. 序論（背景）

1.1 特許法29条2項及び実用新案法3条2項の規定は、まず特許法29条1項及び実用新案法3条1項の規定が、それぞれ産業上利用することができる発明又は考案が、①1号に規定する出願前に日本国内又は外国において公然知られた発明又は考案ではない、②2号に規定する出願前に日本国内又は外国において公然実施された発明又は考案ではない、又は③3号に規定する出願前に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発明又はインターネットにより公衆に利用可能になった発明又は考案ではない、と所謂「新規性」を有する発明又は考案であることが確認された後、次に特許法29条2項及び実用新案法3条2項に規定する当業者が前項各号の発明又は考案に基づいて容易に発明又は考案をすることができたときは、所謂「進歩性」がない技術的思想の創作として、特許又は実用新案登録を受けることができないとする。

この特許法及び実用新案法における発明又は考案に対する新規性及び進歩性の保護要件は、同じ創作保護法である意匠法にあっても、法3条1項及び3条2項において規定されているのである。

即ち、意匠法3条1項は、工業上利用することができる意匠の創作をした者は、その意匠が①1号に規定する意匠登録出願前に日本国内又は外国において公然知られた意匠ではない、又は②2号に規定する出願前に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又はインターネットにより公衆に利用可能になった意匠ではない、又は1号・2号に掲げる意匠に類似する意匠ではない「新規性」を有する意匠であることが確認された後に、意匠法3条2項に規定す

る、当業者が「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基づいて容易に意匠の創作をすることができたときは、その意匠については意匠登録を受けることができない」と規定するのである。

1.2 ところが、現行の平成10年法3条2項の規定改正法案の審議過程においては、重要な改訂があったことを、われわれは注目しなければならないのである。

それは、同法3条2項に規定する「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づいて」とは、意匠法3条1項1号の規定とほぼ同じ内容のものであることである。即ち、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、刊行物公知は除かれており、さらに物品の類否を超えたもの（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、法3条1項1号の規定の趣旨を法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全くできないのである。したがって、法3条2項の規定を適用しようとする者（例えば審査官）は、重大な注意を払わなければならないのである。

また、頒布された刊行物自体が公然知られた状態にあればよいと解する考え方が特許庁側にはあるようであるが、法3条1項1号と同条項2号との立法内容の違いをよく考慮すれば、採用することはできない。けだし、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からである。

また、平成10年改正法の成立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規定されていたけれども、最終法案には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。

また、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ている。

- (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）

出願意匠がこれらの場合に該当するか否かを認定するときにおいて、当業者にとってありふれた手法とは、まず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客観的に考えなければならない、審査官や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のである。

1.3 そこで、筆者がここで議論したい問題は、特許庁における「不服2017-8669号事件」の平成29年12月16日審決により、不成立に終わった事案についてである。これは、意匠法3条2項の適用の可否が争われた事件であるところ、審判部は不成立の審決をしたので、審決取消の請求訴訟を知財高裁に提起したところ、同高裁においても「請求棄却」の判決をしたので、さらに不服により最高裁判所へ上告受理の申立てをしたのである。¹

1 筆者は、意匠法第3条第2項の規定問題については、①「特許ニュース」2007年2月15日号において「意匠法3条2項が規定すること」及び②本誌2007年11月号において「最高裁判決は絶対なのか」を公表している。

1.4 審判請求人（出願人）は、意匠に係る物品を「中空鋼管材におけるボルト被套管」とする意匠について、平成28年5月25日に意匠登録出願をしたが、本願意匠は特許庁発行の公開実用新案公報「平成1年実用新案出願公開第132807号の第3図等に符号2で示された接着部材の意匠」に類似するとして、平成29年5月19日に拒絶査定を受けたので、同年6月14日、これに対する不服審判を請求したのである。

これに対し特許庁は、上記請求を不服2017-8669号事件として審理をした上、平成29年12月4日、「本件審判の請求は、成り立たない。」との審決をし、その謄本は同年12月15日に原告に送達されたのである。

しかしながら、審判における拒絶理由（法3条2項）は、審査における拒絶理由（法3条1項3号）とは異なるものであったのである。

2. 知財高裁における審理状況と判断

2.1 本件審決の理由の要旨

本件審決の理由は、別紙審決書のとおりである。要するに、本願意匠（別紙1）は、下記ア、イの引用例に記載された意匠（以下、それぞれ「引用意匠1」、「引用意匠2」という。）にみられる公然知られた形状に基づいて当業者が容易に創作できたものであるから、意匠法3条2項に該当するというものである。

ア 引用例1：実開昭54-32025号公報（別紙2引用意匠1図面。甲1第2図）

イ 引用例2：実開昭63-173408号公報（別紙3引用意匠2図面。甲2第1図）

2.2 本願意匠の創作容易性について

(1) 引用意匠1及び引用意匠2の公知性について

ア 意匠法3条2項は、公然知られた形状等に基づいて容易に意匠の創作をすることができたときは、意匠登録を受けることができない旨を規定している。公然「知られた」との文言や、同条1項が、刊行物に記載された意匠（同条1項2号）と区別して「公然知られた意匠」（同条1項1号）を規定していることと対比すれば、「公然知られた」というためには、意匠登録出願前に、日本国内又は外国において、現実には不特定又は多数の者に知られたという事実が必要であると解すべきである。

イ 引用意匠1は、昭和54年に公開された公開実用新案公報に記載された意匠であり、引用意匠2は、昭和63年に公開された公開実用新案公報に記載された意匠である。したがって、引用意匠1の記載された公報は、本願意匠の登録出願時までには37年が、引用意匠2の記載された公報は、同じく28年が、それぞれ経過している。

特許庁発行の公報は、閲覧・頒布等によりその内容を周知する目的のものであり、多数の公共機関に対し交付され、これらの機関の多くにおいて一般の閲覧に供されている。引用意匠1の記載された公報が発行された翌年の昭和55年当初における交付先施設数は225か所で、このうち、一般の公開に供している地方閲覧所は115か所であり、昭和54年の一般地方閲覧所の公報類の閲覧者数は23万3879人である（乙1の1・2）。引用意匠2の記載された公報が発行された昭和63年末における交付先施設数は195か所で、このうち、一般の公開に供している地方閲覧所は102か所であり、同年の一般地方閲覧所の公報類の閲覧者数は16万8709人である（乙2）。

さらに、特許庁では、平成11年3月にインターネットを通じて産業財産権情報を無料で提供する「特許電子図書館（IPDL）」サービスを開始した。また、その後、その運営の移管を受けた独立行政法人工業所有権情報・研修館（INPIT）において、平成27年3月から「特許情報プラット

フォーム（J-PlatPat）」の提供を開始している。J-PlatPatでは、明治以降発行された1億件を超える公報類や諸外国で発行された公報を蓄積しており、文献番号、各種分類、キーワード等により検索することが可能である（乙3）。

ウ 以上の事実を総合すると、引用意匠1及び引用意匠2の記載された公報が、いずれも、本願意匠の登録出願時まで長期にわたって公然知られ得る状態にあって、現実に不特定又は多数の者の閲覧に供されたことが認められる。そして、これらの事実によれば、これら公報に記載された引用意匠1及び引用意匠2に係る形状が、現実に不特定又は多数の者に知られた事実を、優に推認することができる。

(2) 創作容易性について

本願意匠は、意匠に係る物品を「中空鋼管材におけるボルト被覆具」とし、その形状は、正面視をハット状、平面視を横長長方形の板状としたものである。

引用意匠1は、建築構成材や建築構造材に固定される横長長方形板状の支持具の表面に現れるボルトの頭部を、支持具全体を被覆して保護するボルトカバーに係る意匠であり、横長長方形板の左側端部を内側にコ字状に屈曲させ、右側端部をL字状に屈曲させた形状のものである（甲1）。

引用意匠2は、壁等の補強用金具に係る意匠であり、全体形状を、正面視をハット状に形成した横長長方形板とし、底面中央の凹陥部に他部材を抱持して両端部を固着したものである（甲2）。

引用例1によれば、引用意匠1のボルトカバー(7)は、固定板(1)の係止リブ（8a）（8b）に形合するように、その端部の形状が形成されているものであり、端部の形状は、ボルトカバーを取り付ける箇所等に応じて、当業者が任意に選択できるものと解される。そうすると、建築部材の分野における当業者であれば、引用意匠1のボルトカバーに、引用意匠2の形状を適用して、ボルトカバーの端部の形状を変更し、正面視をハット状、平面視を横長長方形の板状とすることは、容易になし得ることであるから、本願意匠は、当業者が、引用意匠1に、引用意匠2を適用して、容易に創作することができたものと認められる。

(3) 原告の主張について

ア 原告は、引用意匠1は、ボルトカバーの意匠であり、引用意匠2は、壁補強用金具の意匠であって、図面上それぞれその形態を異にするものであるから、本願意匠とは存在目的が全く異なるものであり、これら2つの意匠から、建築用鋼管材の連結のために使用するボルトの取付けを確実にするために、鋼管材内部に取り付けたボルト頭部の上方部分を被覆するようにしておくための部品である本願意匠を容易に創作できるとはいえない旨主張する。

しかし、意匠法3条2項は、物品との関係を離れた抽象的なモチーフを基準として、当業者が容易に創作することができた意匠か否かを問題とするものである。引用意匠1はボルトカバーの意匠であり、引用意匠2は壁補強用金具の意匠であって、同じ建築部材の範ちゅうに属するものである。上記の範ちゅうの分野における当業者にとって、引用意匠1と引用意匠2が形態を異にするものであることや、引用意匠と本願意匠の存在目的が異なることをもって、容易創作性が否定されると解すべき理由はない。

イ 原告は、大冊な公報中の1頁に記載されている一図面について、「特定の形態自体が公然知られたもの」となったと断定することはできないと主張する。

しかし、J-PlatPatを利用すれば、Fターム分類体系等を利用して体系的な技術情報を入手することが可能であるから（乙3）、公報が大冊であることは、不特定又は多数の者の閲覧に供されたとの推認を妨げるものではない。

ウ また、原告は、被告が引用した意匠図面が記載されている公開実用新案公報が、実際に一般第三者によって閲覧されたという具体的事実の証明がされない限り、意匠法3条2項は適用されるべきではないなどと主張する。

しかし、公報内の具体的な図面が知られていることや、引用図面が記載された公報が実際に第三者によって閲覧されたことの証明までなくても、本件において、引用意匠1及び引用意匠2の記載された公報が、いずれも、現実には不特定多数の者の閲覧に供され、これら公報に記載された引用意匠1及び引用意匠2に係る形状が公然知られたものとなっていた事実を推認できることは、前記(1)のとおりである。

エ 以上のとおり、原告の主張はいずれも採用できない。

(4) 小 括

以上によれば、本願意匠は、引用意匠1及び引用意匠2の公然知られた形状に基づいて当業者が容易に創作できたものであり、意匠法3条2項に該当する。

よって、原告の請求は理由がないから棄却することとし、主文のとおり判決する。

3. 最高裁における判断

3.1 最高裁第二小法廷は4人の裁判官の全員一致で、次のとおり決定したのである。(平成30年10月5日)

第1 主文

- 1 本件を上告審として受理しない。
- 2 申立費用は申立人の負担とする。

第2 理由

本件申立ての理由によれば、本件は、民訴法318条1項により受理すべきものとは認められない。

3.2 民訴法318条1項は、「上告すべき裁判所が最高裁判所である場合には、最高裁判所は、原判決に最高裁判所の判例（これが無い場合にあっては、大審院又は上告裁判所若しくは控訴裁判所である高等裁判所の判例）と相反する判断である事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件について、申立てにより、決定で、上告審として事件を受理することができる。」と規定する。

それにもかかわらず、最高裁にあっては、後記するように、東京高裁における裁判例が存在しているにも拘らず、これを無視した判断をしていることを指摘したいのである。

4. 知財高裁の判断理由に対して

しかしながら、知財高裁は、特許庁発行の公報は、閲覧、頒布等により、その内容を周知する目的を有するものであるから、多数の公共機関に交付され、一般の閲覧に供されている事実から、引用意匠1と引用意匠2に係る各形状が「現実には不特定又は多数の者に知られた事実を、優に推認することができる。」とか、「公報内の引用意匠1及び引用意匠2に係る形状」が実際に第三者によって閲覧されたことの証明がなくても、本件において引用意匠1及び引用意匠2の記載された公報が、いずれも、現実には不特定多数の者の閲覧に供され、これら公報に記載された引用意匠1及び引用意匠2に係る形状が公然知られたものとなっていた事実を推認できる。」と記述していることは、結局、特別な裏付け証拠のない全くの推論にすぎないから、信憑性を欠く理由

による判断であるといわねばならないのである。

判決が使用している「推認」とか「推定」とかは法律用語といえる概念であり、裁判官は事実認定の際によく使用する用語である。しかし、この用語について辞典には、「同一視する程度が弱く、反証を許す」と説明されているから、反証を許されないような裏付け証拠を提出しない単純な推認のみであっては、その判断は信頼することができないといわねばならないから、裏付けなしに使用することは不適當な用語なのである。

5. 意匠法3条2項の真意

5.1 意匠法3条2項の立法趣旨

現行意匠法の改正時に、工業所有権審議会は、平成9年12月16日に発表した「意匠制度の見直しについて」と題した答申において、次の四点を、制度見直しの方向性の柱として挙げていた。

- ① 創造的デザインの保護（広く強い権利）の実現
- ② 国際化時代への対応
- ③ 利用者の使い易さの向上
- ④ 早期保護

このうちの①の点の中には「創作容易性水準の引き上げ」があり、これによって、登録する創造的デザインには、広くかつ強い意匠権を与えることができると考えられたようである。

しかしながら、法3条2項を改正すれば、なぜ広くかつ強い意匠権を発生させることができるのかの理由については明らかにされておらず、疑問のまま残されている。けだし、「強い意匠権」とは、原則として意匠法23条本文が規定する意匠権の効力が及ぶ類似範囲の広い意匠権を意味するものであるから、出願意匠が、公然知られた意匠より容易に創作できるとして拒絶されたとしても、その反射的効果として引用された他人の公知意匠がどのように強くなり、保護範囲が広くなるのかについては全く答えられていないから、結局、法3条2項の規定は、意匠権の効力には何の影響も与えていないものであることになる。

意匠権の効力が及ぶ範囲は、同一又は類似の物品間の同一又は類似の形態に限られるものであることは、抜本的に改正された昭和34年意匠法の一貫した原則であるから、創作容易性水準の引き上げは、意匠権自体の強化とは無関係のことである。

5.2 前記答申によると、意匠法改正後の法3条2項で規定する「創作容易」な判断対象となる意匠とは、次のものをいうと規定されていたのである。

「(1)日本国内又は外国において公然知られた意匠（物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合）又は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（物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合。）

(2)日本国内又は外国において公然知られたモチーフ（形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合）又は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モチーフ。」

ところが、立法時においては、法3条2項の規定は、前記答申内容のものから、次のように、成立要件が厳しく制限された内容のものに変更されたのである。

「2 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、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基づいて容易に意匠の創作をすることができたときは、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。」

即ち、現行法3条2項を前記答申規定と比較すると、(1号の中からは、後半の「又は日本国内

又は外国において頒布された刊行物に記載された意匠（物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合）」の要件が削除され、また(2)号は全部削除され、(1)号前半の「公然知られた」との要件のみに制限された規定に修正され、これが現行法3条2項の規定となったのである。

したがって、特許庁においても知財高裁にあっても、この立法過程における変更事実を忘却してはならないのである。

5.3 意匠法3条2項の解釈

(1) ところで、「意匠審査の運用基準」（特許庁平成10年12月発行）によると、意匠法3条2項の「公然知られた」とは、次のように解釈すべきであると説明されている（2頁）。

「公然知られた（公知）」には「広く知られた（周知）」状態も含まれるが、それぞれ以下のように説明する。

① 公知

「公然知られた（公知）」とは、不特定多数の者にとって、単に知られうる状態にあるだけでは足りず、現実知られている状態にあることを要する。

② 周知公知のうち、その名称をいえば、証拠を出すまでもなく思い浮かべることができる「広く知られた」状態にある場合を周知という。

また、同条項の適用に際し判断の基礎となる「資料」として、同運用基準は次のように記載する（2頁）。

① 公知の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合

①-1 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

①-2 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形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であって、当該刊行物が頒布されただけでなく、「公然知られた」状態にあるもの。

② 周知の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合

日本国内又は外国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。

③ 公知の意匠

③-1 日本国内又は外国において公然知られた意匠

③-2 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であって、当該刊行物が「公然知られた」状態にあるもの

④ 周知の意匠

日本国内又は外国において広く知られた意匠

(2) しかしながら、同運用基準において記載されている各規定の「解釈」と「判断資料」との間には、以下指摘するように、矛盾が見られるのである。

意匠法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」と同一概念であるから、同一意義を有するものであることは言うまでもないところ、同運用基準の前記解説はこれを忠実に理解している。

即ち、法3条1項1号に規定する前記概念の意義と法3条1項2号に規定するそれとの違いは、平成10年改正意匠法前ではあるけれども、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判示されているように、忠実に遵守されているのである。

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、意匠法第3条第1項第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、意匠法第3条第1項第2号の存在意義が全然なくなってしまふ。

なぜならば、第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、第1号を右のように解する以上、第2号を第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、第1号の『公然知られた』の意味は、単に公然と知られうべき状態になっただけでは足りず、公然と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。」

(3) 現行意匠法3条2項について

ア 意匠法3条1項1号についての東京高等裁判所による前記3つの裁判例は、現行意匠法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、現行意匠法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、同様に解釈されるべきものである。けだし、意匠法3条1項1号に規定する「公然知られた意匠」と同法3条2項に規定する「公然知られた形状、模様、若しくは色彩又はこれらの結合」における「公然知られた」の日本語の意義については、それぞれ別異の解釈をしなければならない根拠と理由は、立法上全く存しないからである。

イ ところが、本件の原審決は、意匠法3条2項に規定する「公然知られた」に関して、「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形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合は、『公然知られた』形態とすることができる。」と認定したが、この認定は、少なくとも前記東京高裁による3件の裁判例に照らして誤りである。けだし、「事実上公知」と「刊行物公知」とは、法3条1項の1号と2号とに照らせば、全く別異の要件事実だからである。

意匠法3条2項に規定する「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」とは、その形態自体が「不特定多数の者にとって現実に知られている」状態にあることをいうのであり、単に知られ得る状態にあるだけでは成立しないことである以上、その形態を掲載した頒布刊行物がたとえ公然知られた状態にあったものであるとしても、その公報の内部の1頁に掲載されている一図面をもって、「特定の形態自体が公然知られたもの」となっ

た、とは断定することができないのである。

6. 知財高裁の判断について

6.1 そこで、同様の事案に対し、知財高裁第1部が平成26年3月27日になした判決（知財高裁平成25年（行ケ）10315号）においては、次のように判示しているのである。（出願意匠「シール部分意匠」拒絶審決取消請求事件・特許ニュースNo.13727）

「意匠法3条2項所定の『公然知られた』とは、一般第三者たる不特定人又は多数者に、単に知り得る状態になったことでは足りず、現実知られている状態になったことを要すると解するのが相当である。

すなわち、意匠法3条1項は、意匠登録を受けることができない意匠として、①出願前に日本国内又は外国において公然知られた意匠（1号）、②出願前に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又は電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった意匠（2号）、を別個に列挙している。また、同条2項は、出願前に当業者が日本国内又は外国において『公然知られた』形状、模様等に基づいて容易に創作することができた意匠は、同条1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旨を定めている。

仮に法3条1項1号の『公然知られた』意匠の意義を、不特定人又は多数の者が知り得る状態になったことで足りると解すれば、同項1号を2号と別個に規定した意味が失われてしまうから、同項1号の『公然知られた』意匠とは、不特定人又は多数の者が知り得る状態になったことでは足りず、現実知られている状態に至ったことを要すると解するのが相当である。そうだとすると、同条2項の『公然知られた』模様等についても、同様に、不特定人又は多数の者が知り得る状態になったことでは足りず、現実知られている状態に至ったことを要すると解するのが相当である。」

この「シール部分意匠」事件にあっては、被告は、裁判所からその事実関係を問われたのであろう。その結果、引用文献に記載された引用商標からなる模様は、平成23年4月21日から同月末日までの間に、現に合計41回ダウンロードされ、本願意匠の出願がなされた同年5月16日まではダウンロードされた回数はさらに増えていたと推測される、と認定したのである。

そうすると、前記「ボルト被覆具」事件にあっては、被告特許庁長官は原告に対し、その事実を証明する証拠を確実に開示する責任があったというべきである。

しかしながら、被告は、そのような証拠を審判審理において、原告に対し全く示していないのである。

6.2 意匠法3条2項解釈の誤り

出願意匠に対する被告特許庁による拒絶審決の誤りは、意匠法3条2項の規定についての解釈の誤りに因るものであることが明らかである。即ち、意匠法3条1項とは別に規定する同法3条2項は、当業者が「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基いて容易に創作をすることができたときは」、新規性はあっても創作力がない（創作容易性）として登録を認めない旨を規定した立法であるから、出願意匠を審査し判断する立場にある被告が、この規定の解釈を正確に理解しようとはせず、自由な解釈によって出願意匠を葬り去ろうとすることは違法である。

したがって、わが国の産業財産権の発生についての審査機関である特許庁にあっては、意匠法3条2項の立法経過を精査し、真の立法理由を理解し、日本国民である原告を保護するための正しい審査をしてもらいたいのである。

被告は、法3条2項における「公然知られた」とは、「不特定の者に現実に知られたことを要する」との理解を得た上で、「特許庁発行の公報を含め、頒布された刊行物に記載された意匠」は、その公開の事実により、「一般第三者である不特定人又は多数の者が知り得る状態となれば、実際に閲覧されているものと解するのが相当である」と主張するが、誤りである。けだし、被告が引用した意匠図面が掲載されているという「公開実用新案公報」が、実際に一般第三者によって閲覧されたという具体的事実の証明がなされていない限り、「公然知られた」ことを要件とする法3条2項の規定は適用されるべきではないからである。

6.3 原告の主張に対する被告の反論について

(1) 審決の判断について

本願意匠に対し、法3条2項に該当するとして引用された意匠1と意匠2とは、いずれも特許庁発行の①公開実用新案公報(甲1)中の第2図の「符号7のボルトカバーの意匠」(意匠1)と②公開実用新案公報(甲2)中の第1図の「符号1の壁補強用金具の意匠」(意匠2)であるところ、当業者(本願意匠の出願人)がこれらの図面を見て、本願意匠を容易に創作することができたとする背景的事実や容易とする根拠については証明されていないばかりでなく、そもそも前記2公報中の図面に記載されている意匠自体が「現実に公然知られたものである」と認定してよい事実の証明は、審査及び審判においては全くなされていないのである。

(2) 取消事由1の被告の反論に対して

ア. 事実上公知と刊行物等公知について

(ア) 被告は、特許庁が発行する公報は開示の目的をもってなされるものであるから、公報発行の目的とする公示効果によって、公報発行の時から現実に不特定の者に知られるに至ったものと解すべきであると主張するが、誤りである。

この点については、まず法3条1項が1号と2号とに区別して規定している立法趣旨を理解すべきであるところ、同条2項においては同条1項1号にいう「事実上公知の場合」を要件として規定し、1項2号にいう「刊行物等公知の場合」を除外しているのである。

(イ) 被告は、前記公報について、日常的に活用している情報であるといわれるが、企業や特許事務所では、特定の技術分野における新しい情報を必要に応じて検索することはあり得ても、各公報中に記載されている図面等の情報を知識として常時所有しているものではないから、引用意匠1や引用意匠2が、本願意匠の出願前に不特定多数者によって公然知られているものと同視できるものである、というような主張は誤りである。

(ウ) 被告は、乙号証として4件の特許庁発行の年報等を提出しているが、これらの資料は、引用意匠1と引用意匠2に係る各図面が、法3条2項に規定する「日本国内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であるも」のであることを裏付ける証拠となるものではないのである。

したがって、これらの資料だけでは、本願意匠に対して引用された2つの公開実用新案公報中の特定の2つの図面上の形態が、不特定多数者によって閲覧されて、現に公然と知られた形態となったものであることを証明していることには全くならないのである。

被告が引用している知財高判平成19年1月30日の裁判例は、「ドイツ公報が、本件登録出願前に、現実に不特定の者の閲覧に供され、それに掲載された引用意匠2に係る形状が公然知られたものとなっていた事実を優に推認することができる」と判示しているというが、この判示には、不特定多数者が現実にダウンロードした回数や期間等についての具体的な数値の明記がないから、信憑性を欠く判示であるといわれなければならないのである。

6.4 「ボルト被套具事件」対「シール部分意匠事件」の判決の対立と妥当性

前記「中空鋼管材におけるボルト被套具」に係る審決取消請求事件において、被告特許庁は「不特定人又は多数の者が知り得る状態となれば、実際に閲覧されているものと解するのが相当である」と主張し、知財高裁もこれに同意を示しているが、前記「シール部分意匠事件」の知財高裁にあっては、「同条2項の『公然知られた』模様等についても、同様に、不特定人又は多数の者が知り得る状態になったことでは足りず、現実知られている状態に至ったことを要すると解するのが相当である。」と消極的な解釈をしているのである。すると、同じ「相当性」について、両知財高裁は正反対の解釈と判断を示しているのである。そして、「相当性」と認定判断する根拠を比較すると、一方は主観的な判断、他方は客観的な判断、と評価するしかないのである。

7. 結論（意匠法改正への契機）

本稿において筆者がアピールしたかったことは、2つの法規定解釈の方向性についてである。

その一は、行政府も、司法院も、現行意匠法3条2項の立法経過と立法理由とを、よく理解すべきである。

その二は、もし現行法規定の内容の不完全さを認識したならば、法改正を早く検討することである。

筆者は、最後に、このことを本稿の結論としたいと書き終わって間もなく、偶然に、筆者がこの論文を書いていることを知っていたかのように、経産省の「特許法等の一部を改正する法律案」が閣議決定され、現在開会中の第198回国会（通常国会）に提出される予定ですとのニュースがネットで発表されたのである。その中に、「2. 意匠法の一部改正」の項があり、(1)保護対象の拡充、(2)関連意匠制度の見直し、(3)意匠権の存続期間の変更、(4)意匠登録出願手続の簡素化、(5)間接侵害規定の拡充の5項目が挙げられていたが、意匠法3条2項の規定改正については認められなかった。しかしながら、法改正案の「第3条2」の箇所に、目立たぬように入力されているのわかるように、傍線が引かれていたのである。

ということは、この改正案の規定によって、現行法下の前記知財高裁の判決も、最高裁の上告審不受理の決定も、誤りであることが証明されたといえるのである。

そうであれば、改正意匠法の施行期日は、公布日から1年を超えない範囲内において政令で定める日からであるから、その日までに出願された意匠、即ち筆者が紹介したのと同内容の意匠登録出願に対しては、特許庁においては、より慎重な審査を行わなければならないことになるのである。²

以上

2 2019年5月17日発行の「官報」（号外第11号）によると、「特許法等の一部を改正する法律」が公布され、「三. 意匠法の一部改正関係」として、他法に比して最も多い10項目が挙げられている中で、法3条2項関係について、「意匠登録に係る創作非容易性水準の引き上げ」と題して、「頒布された刊行物に記載され、又は電気通信目録を通じて公衆に利用可能となった形状等又は画像から容易に創作できた意匠については、意匠登録を受けることができないこととした。」と記載されている。改正法の付則第2条によれば、意匠法の一部改正に伴う経過措置として、意匠法3条2項の規定は、「改正法施行日以後にする意匠登録出願について適用し、施行日前にした意匠登録出願については、なお従前の例による。」と規定する。

なお、今回の改正法案には意匠法の保護対象を拡張したり、意匠権の存続期間を出願日から25年に変更するなど、注目すべき項目が多い。この改正法の施行は、公布日から起算して1年を超えない範囲内に政令で定める日から施行するという。