

登録意匠「膣圧回復治療用具」意匠権侵害差止等請求事件：東京地裁平成27(ネ)37086・平成28年5月18日（民29部）判決〈請求棄却〉⇒特許ニュースNo. 14253

### 【キーワード】

登録意匠の類似の判断基準(意匠法24条2項), 登録意匠とそれ以外の意匠, 需要者か当業者か, 美観か美感か, 意匠法の目的は何か, 意匠法は創作保護法

### 【事案の概要】

1 本件は、意匠に係る物品を「膣圧回復治療用具」とする意匠登録第1167592号の意匠権（以下「本件意匠権」といい、本件意匠権に係る意匠を「本件意匠」という。）を有する原告Aが、被告有限会社アットプランニング（以下「被告アットプランニング」という。）が別紙物件目録記載1の製品（以下「被告製品1」といい、被告製品1に係る意匠を「被告意匠1」という。）を、被告株式会社メルシー（以下「被告メルシー」という。）が被告製品1及び別紙物件目録記載2の製品（以下「被告製品2」といい、被告製品2に係る意匠を「被告意匠2」という。）を、それぞれ販売及び販売のための展示（以下「販売等」という。）をしていること、並びに被告意匠1及び同2がいずれも本件意匠と類似することを前提に、被告らによる販売等は、本件意匠権を侵害する行為であると主張して、①意匠法37条1項に基づき、被告アットプランニングに対して被告製品1の販売等の差止めを、被告メルシーに対して被告製品1及び同2の販売等の差止めをそれぞれ求め（前記第1の1, 2）、②同条2項に基づき、被告アットプランニングに対して被告製品1の廃棄を、被告メルシーに対して被告製品1及び同2の廃棄をそれぞれ求め（前記第1の3, 4）、③意匠権侵害の不法行為による損害賠償請求権又は実施料を支払うことなく本件意匠と類似する意匠を実施したことによる不当利得返還請求権に基づき、被告アットプランニングに対し損害賠償金又は不当利得金265万2000円及びこれに対する同被告への訴状送達の日翌日である平成28年2月2日から支払済みまでの民法所定年5分の割合による遅延損害金の支払を求め、被告メルシーに対し損害賠償金又は不当利得金347万1000円及びこれに対する同被告への訴状送達の日翌日である平成28年1月31日から支払済みまでの民法所定年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた（前記第1の5, 6）事案である。

2 前提事実等（当事者間に争いが無い、後掲の証拠及び弁論の全趣旨により容易に認められる事実等）

#### (1) 本件意匠権

原告は、次の内容の本件意匠権を有している（甲1）。

登録番号	第1167592号
意匠に係る物品	膣圧回復治療用具

出 願 日 平成14年3月27日  
登 録 日 平成15年1月24日  
本 件 意 匠 別紙意匠公報（以下「本件公報」という。）の【図面】記載のとおり

## (2) 被告らの行為

- ア 被告アットプランニングは、少なくとも平成16年頃から平成21年頃まで、被告製品1を販売等していた。
- イ 被告メルシーは、平成16年6月頃から現在まで、被告製品1を販売等しており、平成26年12月頃から現在まで、被告製品2を販売等している。

## 3 争点

- (1) 被告意匠1は、本件意匠と類似するか（争点1）
- (2) 被告意匠2は、本件意匠と類似するか（争点2）
- (3) 損害額又は不当利得額（争点3）

## 【判 断】

### 1 本件意匠について

(1) 前記前提事実（本件公報を含む。）によれば、本件意匠は、「傾斜のついた用具を膣内に入れ、括約筋を断続的に締めることで用具を出入りさせ、膣圧を向上させるようにした膣圧回復治療用具」を意匠に係る物品とし、本件公報の【図面】で示された意匠であって、その構成態様は、次のとおりと認められる。

〔基本的構成態様〕

全体が、本体部を略楕円球体状とし、その背部に底部から前方に向けて側面視「く」の字状に立ち上がったリング状の持ち手部を形成した態様のものである。

〔具体的構成態様〕

- a 本体部は、正面視及び背面視において略「ハート」形状であり、
- b 右側面視において、底面がなだらかな曲線状であり、上面が左から頂点に向かってなだらかな曲線を描いた後に、頂点部から急勾配を描いて下降し、その後はなだらかな下降線をたどって持ち手部との結合部分に連結し、
- c 上面視及び底面視において、正面側（左側）が背面側（右側）に比して大径であり、
- d 表面には突起は存在しない。
- e 持ち手部は、略楕円状のリングを備え、側面視において本体部の最背面から正面上方に向かって略45度、「く」の字状に立ち上がっている。

(2) 登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断は、需要者の視覚を通じて起こさせる美観に基づいて行うものであるところ（意匠法24条2項）、このためには、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、当該意匠に係る物品の看者と

なる需要者が視覚を通じて注意を惹きやすい部分を把握した上で、登録意匠とそれ以外の意匠とが要部において構成態様を共通にするか否かを中心に観察し、全体としての美観を共通にするか否かを判断すべきである。

本件意匠に係る物品は、膣圧回復治療用具であって、これを使用する一般消費者を需要者と観念すべきところ、本件において、同用具の公知意匠に係る証拠は提出されていないが、膣圧回復治療用具を実際に使用する需要者にとっては、膣内に挿入する部分は、注意を惹きやすい部分といえる。もっとも、需要者は、現実と同用具を使用する際にどのように使用することとなるかについても着目すると考えられるから、本件意匠のうち持ち手部分も、注意を惹く部分であることは否定できない。

したがって、本件意匠について、需要者が視覚を通じて最も注意を惹きやすい部分は、本体部及び持ち手部分の各具体的構成態様にあるものと認められる。

## 2 争点1（本件意匠と被告意匠1との類否）について

### (1) 被告意匠1の構成態様

証拠（甲2）によれば、被告意匠1の構成態様は、次のとおりと認められる。

〔基本的構成態様〕

略楕円球体状の挿入部（A部）と、略楕円半球体状の女性器にあてがう部分（B部）とが互いの最背面部において結合し、略「く」の字状を形成した態様のものである。

〔具体的構成態様〕

- a A部は、正面視において「卵」形状であり、
- b 右側面視において、底面がなだらかな曲線状であり、上面が左から頂点に向かってなだらかな曲線を描いた後に、頂点部から急勾配を描いて下降し、その後はなだらかな下降線をたどってB部との結合部分に連結し、
- c 上面視及び底面視において、正面側（左側）が背面側（右側）に比して大径であり、
- d 表面に楕円球状に沿って5列にわたり小径の突起が多数形成されている。
- e B部は、底部にブラシ状に多数の突起が形成されている。

### (2) 本件意匠と被告意匠1との対比

#### ア 共通点

本件意匠と被告意匠1とは、略楕円球体状の部分と、これに結合する部分とが略「く」の字状を形成した態様のものである点、また、上記略楕円球体状の部分は、右側面視において、底面がなだらかな曲線状であり、上面が左から頂点に向かってなだらかな曲線を描いた後に、頂点部から急勾配を描いて下降し、その後はなだらかな下降線をたどっている点、また、上面視及び底面視において、正面側（左側）が背面側（右側）に比して大径である点において共通している。

#### イ 差異点

本件意匠における本体部は、正面視及び背面視において略「ハート」形状であり、その表面に突起は存在しないのに対し、被告意匠1におけるA部は、正面視において「卵」形状であり、表面に楕円球状に沿って5列にわたり小径の突起が多数形成されている。

また、本件意匠における持ち手部は、略楕円状のリングを備えているのに対し、被告意匠1におけるB部は、底部にブラシ状に多数の突起が形成されている。

#### ウ 判断

以上のとおり、本件意匠と被告意匠1とは、需要者が視覚を通じて最も注意を惹きやすい部分の各具体的構成態様において差異点が認められるところ、本件意匠の本体部には突起がないことから、滑らかな印象を与えるのに対し、被告意匠1のA部は、多数の突起が形成されていることから、ざらざらとした印象を与える。また、本件意匠の持ち手部にはリングを備えているのに対し、被告意匠1のB部は、底部にブラシ状に多数の突起が形成されていることから、明らかに異なった印象を与える。

以上の点を総合すると、前記共通点にかかわらず、本件意匠と被告意匠1とは、全体として美観を共通にするものとはいえないから、被告意匠1が本件意匠に類似するものとは認められない。

### 3 争点2（本件意匠と被告意匠2との類否）について

#### (1) 被告意匠2の構成態様

証拠（甲3）によれば、被告意匠2の構成態様は、次のとおりと認められる。

〔基本的構成態様〕

略楕円球体状の挿入部（C部）と、略楕円半球体状の女性器にあてがう部分（D部）とが、互いの最背面部において結合し、略「く」の字状を形成した態様のものである。

〔具体的構成態様〕

- a C部は、正面視において「卵」形状であり、
- b 右側面視において、底面がなだらかな曲線状であり、上面が左から頂点に向かってなだらかな曲線を描いた後に、頂点部から急勾配を描いて下降し、その後はなだらかな下降線をたどってD部との結合部分に連結し、
- c 上面視及び底面視において、正面側（左側）が背面側（右側）に比して大径であり、
- d 表面には突起は存在しない。
- e D部は、略楕円半球形状の底部にブラシ状に多数の突起が形成されている。

#### (2) 本件意匠と被告意匠2との対比

##### ア 共通点

本件意匠と被告意匠2とは、略楕円球体状の部分と、これに結合する部分

とが略「く」の字状を形成した態様のものである点、上記略楕円球体状の部分は、右側面視において、底面がなだらかな曲線状であり、上面が左から頂点に向かってなだらかな曲線を描いた後に、頂点部から急勾配を描いて下降し、その後はなだらかな下降線をたどっている点、上面視及び底面視において、正面側（左側）が背面側（右側）に比して大径である点及び表面に突起が存在しない点において共通している。

#### イ 差異点

本件意匠における本体部は、正面視及び背面視において略「ハート」形状であるのに対し、被告意匠2におけるC部は、正面視において「卵」形状である。

また、本件意匠における持ち手部は、略楕円状のリングを備えているのに対し、被告意匠2におけるD部は、底部にブラシ状に多数の突起が形成されている。

#### ウ 判断

以上のとおり、本件意匠と被告意匠2とは、需要者が視覚を通じて最も注意を惹きやすい部分の各具体的構成態様において差異点が認められるところ、本件意匠の本体部は、正面視において略「ハート」状であるのに対し、被告意匠2のC部は、正面視において略「卵」状であり、その印象を異にする。また、本件意匠の持ち手部には略楕円状のリングを備えているのに対し、被告意匠2のD部は、底部にブラシ状に多数の突起が形成されていることから、明らかに異なった印象を与える。

以上の点を総合すると、前記共通点にかかわらず、本件意匠と被告意匠2とは、全体として美観を共通にするものとはいえないから、被告意匠2が本件意匠に類似するものとは認められない。

## 4 結論

以上によれば、その余の争点につき判断するまでもなく、本件請求には理由がないからこれらをいずれも棄却することとし、主文のとおり判決する。

### 【論 評】

1. この判決もまた総論において、「意匠の類似」の意義について誤っている。即ち、本件判決が根拠とする意匠法24条2項の規定内容自体、その立法時に誤りを犯しているのである。

第1に、「登録意匠とそれ以外の意匠」とは何をいっているのかよくわからない。

そもそも「登録意匠」とは、出願意匠が特許庁における審査の結果、登録要件を具備する意匠として設定登録された意匠のことをいうのだから、この登録意匠と類似する範囲に存在する意匠は、類似の意匠として意匠権の効力が及ぶことを意匠法23条本文は規定している。それでは「類似の意匠」とは実体的にどういう現象のものをいうのかを定義すべきであり、そうであれば意匠法2

条の第1章総則で規定すべき概念であったのである。

ところが、平成19年4月1日施行の改正法は、いきなり「登録意匠の類似」として法24条2項に挿入したから、意匠審査の実体を無視した意味不明な立法となってしまっているのである。

即ち、法24条は、本来、第4章 意匠権、第1節 意匠権の中における「登録意匠の範囲」についての規定であるところ、同条2項は次の要件からなっている。

- (1) 登録意匠と
- (2) それ以外の意匠が類似であるか否かの判断は
- (3) 需要者の視覚を通じて起こさせる
- (4) 美感に基づく。

この規定には、意匠の類否判断をするについての“人的基準”だけが定められているところ、専ら需要者の視覚を通じての美感の有無であると規定している。

しかしながら、この規定中の人的基準を需要者においていることは、意匠法の目的に反するというべきである。即ち、法1条が規定する意匠法の目的は、「意匠の保護及び利用を図ることにより、意匠の創作を奨励し、もって産業の発達に寄与すること」にあるから、意匠に係る物品に創作を施し、この物品を量産することによって産業の発達に寄与することになるのである。そして、この意匠法の目的規定は、特許法と実用新案法の各1条と同旨の規定であり、商標法1条の規定とは異なるのである。

商標法1条は、「……あわせて需要者の利益を保護することを目的とする。」と規定する。

すると、特許法・実用新案法及び意匠法は産業財産権法と呼ばれているのに対し、商標法はこれに加えて消費者保護法と呼ばれる所以でもある。

とすると、本事案にあつては、登録意匠と類似する意匠であるか否かを判断する者は、需要者ではなく創作者を含む当業者であるべきで、かつ当業者の視覚を通じた美感の異同のいかんが人的基準となるべきであるから、本件判決における説示は誤りというべきである。当業者は当業界に展開されている意匠についての知識を豊富に有しているのに対し、需要者が有する知識などは少なくかつ千差万別である。

2. ところで、本件判決によれば、意匠法24条2項の適用に当たっては、「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、当該意匠に係る物品の看者となる需要者が視覚を通じて注意を惹きやすい部分を把握した上で、登録意匠とそれ以外の意匠とが要部において構成態様を共通にするか否かを中心に観察し、全体としての美観を共通にするか否かを判断すべきである。」、と多くの物的基準を説示している。

しかしながら、これらの要件は、すべて前記した法24条2項の規定をはみ出したものであるし、「全体としての美観」とは意味不明である。「美感 (aesthetic feeling)」と「美観 (aesthetic appearance)」との概念の違いを、裁判所はなぜ理解しないのだろうか。誤記ではすまされない大きな問題である。

3. さて、本件登録意匠の図面と被告意匠(1)(2)の図面とを対比観察すると、その正面、背面、左右側面、平底面に見られる形態の印象はそれぞれ全く別異であるから、両者は別異の「創作体」から生み出されたものであるということができ、被告意匠(1)(2)はいずれも本件登録意匠には類似しないものと判断できるのである。

本件の場合、この結論で終了してよいのだが、より説得力のある類否判断を示すためには、本件登録意匠が誕生する以前における当該物品が本来的に固有する形態は何であり、出願前公知の形態は何であるかという点についての検討が必要であることについては、指摘したとおり、本件判決でも述べている。そして、この論法は、法24条2項の規定以前から引かれているルールであり、物的基準なのである。

本件登録意匠については、その物品の説明から推察すると、腫圧回復治療用具という物品に係る登録意匠ないし公知意匠は従来存したことはなかったようであるから、両意匠の対比観察による類否判断によって正解が出て来るといえるだろう。

ところで、筆者はかつて個人的に、改正法24条2項の新規定についての必要性を某判事に尋ねたことがあったが、彼はその時、「不必要な規定だ」と答えられていた。「意匠の類似」の概念と属性については、すでに判例として確立していたからである。しかも、この規定は答申ではなく、国会提出のための法案作成時に急遽挿入されたのである。

4. 筆者は長年、意匠法における「意匠の類似」について研究している中で、多くの意匠権侵害事件の裁判例に接しているが、いずれの裁判例に対しても、意匠法の本質から論評することを常としている。多くの事例を引用しながら論じている論文と著書については、例えば次のものがある。

- (1) 「意匠は創作か識別か」 パテント 1982年3月号・4月号
- (2) 「意匠の類似について」 パテント 1991年9月号・10月号
- (3) 「意匠の特殊性と意匠の類否判断の困難性」 パテント 1999年5月号  
(以上については、「デザイン キャラクター パブリシティの保護」悠々社 2005年に集録している。)
- (4) 「意匠権侵害—理論と実際—」 経済産業調査会 2003年

[牛木 理一]

## 〔本件登録意匠〕

- (19) 【発行国】日本国特許庁 (JP)  
(45) 【発行日】平成15年3月17日 (2003. 3. 17)  
(12) 【公報種別】意匠公報 (S)  
(11) 【登録番号】意匠登録第1167592号 (D1167592)  
(24) 【登録日】平成15年1月24日 (2003. 1. 24)  
(54) 【意匠に係る物品】膣圧回復治療用具  
(52) 【意匠分類】J7-10  
(51) 【国際意匠分類 (参考)】24-01、24-02、24-04、28-02、30-99

(21) 【出願番号】意願2002-11711 (D2002-11711)

(22) 【出願日】平成14年3月27日 (2002. 3. 27)

(72) 【創作者】

【氏名】板垣 卓也

【住所又は居所】東京都豊島区巣鴨2-17-11

(73) 【意匠権者】

【識別番号】501294962

【氏名又は名称】板垣 卓也

【住所又は居所】東京都豊島区巣鴨2-17-11

【権利譲渡・実施許諾の表示】意匠権者において、権利譲渡の用意がある。

【審査官】生亀 照恵

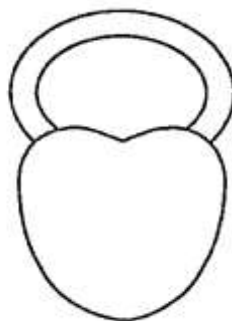
(55) 【意匠に係る物品の説明】傾斜のついた用具を膣内に入れ、括約筋を断続的に締める事で用具を出入りさせ、膣圧を向上させるようにした膣圧回復治療用具。

(55) 【意匠の説明】左側面図は右側面図と対称にあらわれる。斜視図の表面部全体に表された点は、いずれも立体表面の形状を表す点である。

【図面】

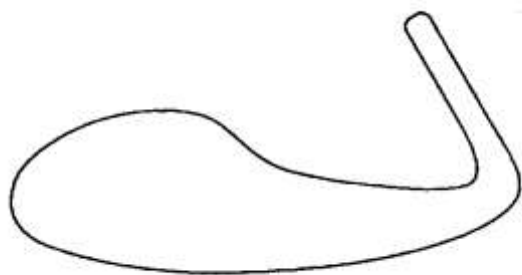
【正面図】

【背面図】

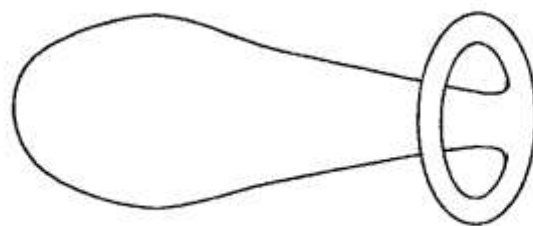




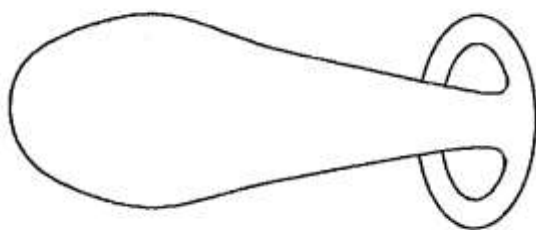
【右側面図】



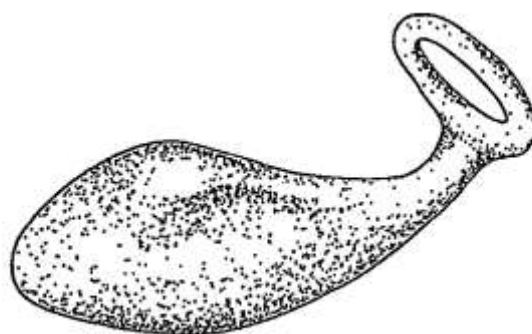
【平面図】



【底面図】



【斜視図】



(別紙)

〔 物件目録 1 〕  
(被告意匠 1)

- 1 製品名 オナマグラフェミペット  
本体の規格 横70mm×縦95mm×厚さ38mm  
形態 写真のとおり

【写真1】正面



【写真2】平面



【写真3】背面



【写真4】底面



【写真5】右側面



【写真6】左側面



〔 物 件 目 録 2 〕  
( 被 告 意 匠 2 )

2 製 品 名                    O r g a   F e m i ( オ ル ガ フ ェ ミ )  
  本 体 の 規 格                全 長 1 0 0 m m × 幅 ( 大 ) 3 5 m m × 幅 ( 小 ) 2 7 m m  
  形                            態                            写 真 の と お り

【写真1】正面



【写真2】平面



【写真3】背面



【写真4】底面



【写真5】右側面



【写真6】左側面

