

出願意匠「使い捨てカイロ」拒絶審決取消請求事件：知財高裁平成 25(行ケ)10305・平成 26 年 3 月 27 日(3 部)判決<請求棄却>/最高裁平成 26(行ヒ)263・平成 26 年 11 月 21 日(2 小廷) <不受理の決定>■特許ニュース No. 13871

### 【キーワード】

部分意匠，意匠法 3 条 2 項（当業者・公然知られた模様等・容易に創作），意匠法 3 条 1 項 1 号（公然知られた意匠），意匠法 3 条 1 項 2 号（頒布刊行物に記載の意匠・インターネットによる公衆利用可能な意匠），公開商標公報に記載された標章（模様）

### 【事案の概要】

#### 【事案の概要】

#### 1 特許庁における手続の経緯

原告は，平成 23 年 4 月 15 日，意匠に係る物品を「使い捨てカイロ」とする部分意匠に係る意匠登録出願（意願 2011-8751 号。以下「本願」といい，本願に係る部分意匠を「本願意匠」という。）をした。

原告は，平成 24 年 3 月 9 日，拒絶査定を受け，同年 6 月 11 日，拒絶査定不服審判（不服 2012-10847 号）を請求した。原告は，平成 25 年 4 月 19 日，本願意匠は意匠法 3 条 2 項の規定に該当するとの拒絶理由通知を受け，同年 5 月 29 日付けで意見書を提出した。

特許庁は，平成 25 年 9 月 25 日，「本件審判の請求は，成り立たない。」との審決をし，同年 10 月 11 日，その謄本を原告に送達した。

#### 2 審決の理由

(1) 審決の理由は，別紙審決書写しのとおりである。要するに，本願意匠は，その出願前に日本国内又は外国において公然知られた形態に基づいて，当業者であれば容易に創作をすることができたものであるから，意匠法 3 条 2 項の規定に該当し，意匠登録を受けることができない，というものである。

(2) 審決が認定した本願意匠及び公知の形態は，次のとおりである。

##### ア 本願意匠

本願意匠は，袋体のカイロの裏面全面に設けられた衣類に貼付するための粘着面を覆う剥離紙の部分意匠であり，別紙審決書写しの「別紙第 1」の記載及び図面に記載されたとおりのものである。すなわち，剥離紙の全体形状は，隅丸長形状であって，二度貼りを可能とするために，該剥離紙には，一度目と二度目の粘着面が略同面積となるように長手方向と平行で，上端から下端までその高さ一杯に波線状の切り込み線を，該剥離紙全体を約 1：2：1 の面積比に区画する位置，言い換えると，剥離紙の左右幅を約 1：2：1 に分割する位置に，左右対称になるように 2 本設けたものである。

##### イ 公知の形態

審決は、使い捨てカイロにおいて、以下の各形態はいずれも、本願出願前に公知の形態であると認定した。

(ア) 形態1

剥離紙全体を隅丸長形状とすること（意匠登録第1237838号の意匠公報（甲22。以下「甲22公報」という。）。別紙審決書写しの「別紙第2」参照。以下「形態1」という。）。

(イ) 形態2

切り込み線を剥離紙の長手方向と平行で、上端から下端までその高さ一杯に設けること（甲22公報。別紙審決書写しの「別紙第2」参照。以下「形態2」という。）。

(ウ) 形態3

使い捨てカイロにおいて、二度貼りを可能とするために、剥離紙に複数区画を形成するような切り込み線を設け、さらに、二度貼りの前後において粘着面の面積を略同じとなるように、剥離紙全体を約1：2：1の面積比に区画する位置に切り込み線を設けること（例えば、特開平7-80018号の公開特許公報（甲23。以下「甲23公報」という。）。

別紙審決書写しの「別紙第3」参照）の【図1】及び【0011】の記載並びに【図3】及び【0012】の記載から導き出される態様。具体的には、本願意匠は、甲23公報の【図1】及び【図3】の2b及び2cの剥離紙を一体とした態様のものである。そして、実用新案出願公開平3-63322号の公開実用新案公報（甲24。以下「甲24公報」という。別紙審決書写しの「別紙第4」参照）の第1図及び第2図の発熱袋の態様。）（以下「形態3」という。）。

(エ) 形態4

発熱袋（カイロ）において、切り込み線を直線以外の曲線等とすること（例えば、甲24公報の〔実施例〕の記載。以下「形態4」という。）。

(オ) 形態5

剥離紙の切り込み線を波線状とし、当該波線を左右対称に設けること（例えば、貼付薬の事例ではあるが、実用新案出願公開昭58-124123号の公開実用新案公報（甲25。以下「甲25公報」という。別紙審決書写しの「別紙第5」参照）の第3図。以下「形態5」という。）。

## 【判 断】

当裁判所は、原告主張の取消事由は理由がないものと判断する。その理由は以下のとおりである。

### 1 公知の形態の認定について

(1) 意匠法3条2項は、「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・・・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。」と規定する。

ここでいう「公然知られた」とは、不特定の者に秘密でないものとして現実  
にその内容が知られたことをいい、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。

## (2) 刊行物の記載

### ア 甲 2 2 公報の記載

甲 2 2 公報には、使い捨てカイロにおいて、剥離紙全体を隅丸長方形状と  
すること（**形態 1**）、及び、切り込み線を剥離紙の長手方向と平行で、上端  
から下端までその高さ一杯に設けること（**形態 2**）が記載されている（甲 2  
2）。

### イ 甲 2 3 公報の記載

甲 2 3 公報の【図 1】には、使い捨てカイロ 1 の粘着剤層を覆う剥離紙 2  
の長手方向に 3 本の切り込み 3 が略等間隔に平行に形成され、剥離紙 2 が 4  
分割されたものが示されており、【実施例】の【0 0 1 1】には、「切り込  
み 3 の数は本発明においてとくに限定されず、少なくとも 1 本あれば良く、  
また切り込みの形成箇所も適宜選定すればよい。」との記載がある。

また、甲 2 3 公報の【図 3】には、使い捨てカイロ 1 の使用例として、4  
分割された剥離紙 2 a、2 b、2 c 及び 2 d のうち、2 a と 2 c を剥がし、  
その部分の粘着剤層が現出しているもの（半分の面積の剥離紙が剥がされて  
いるもの）が示されており、【実施例】の【0 0 1 2】には、「本発明の使  
い捨てカイロの特徴は、貼り直しをしても粘着力の衰えないところにある。  
したがって、切り込みは、粘着剤層の一部のみを現出させるためのものであ  
り、適宜剥離する部分を選択すればよい。たとえば、剥離紙 2 a、2 c を剥  
がして所望の部位にカイロを貼着させることができる。そののち他の部位に  
貼着し直したいときは剥離紙 2 b、2 d を剥がすことにより確実な接着力で  
貼着させることができる。さらに貼着するものの材質によって接着力を調整  
したいときなども、粘着剤層を現出させる面積を簡単に調節することができ  
る。」との記載がある（甲 2 3）。

### ウ 甲 2 4 公報の記載

甲 2 4 公報の第 1 図には、発熱袋（カイロ）の断面図が示されており、第  
2 図には底面図として、粘着剤層 3 を覆う剥離シート 4 の短手方向に 3 本の  
カットライン 5 が平行に形成され、剥離紙 4 が 4 分割されたものが示されて  
おり、【実施例】には、「4 は剥離シートで、非転着性粘着剤層 3 を被覆し、  
使用時剥離されるものである。この剥離シート 4 には適宜数のカットライン  
5 が形成され、部分剥離が可能となっている。カットライン 5 の具体的形状  
は部分剥離可能なものであれば直線、曲線等その如何を問わないが、平行直  
線や同心円とし、カットライン 5 により形成された複数の分画部片 6 に、同

時に剥離すべき部片毎に共通番号7を付すのが簡便である。」との記載がある(甲24)。

#### エ 甲25公報の記載

甲25公報には、貼付薬の剥離紙の切り込み線を波線状とし、当該波線を左右対称に設けること(形態5)が記載されている(甲25)。

#### (3) 形態3について

前記(2)イのとおり、甲23公報の【図1】には、3本の切り込み線が略等間隔に平行に形成され、剥離紙2が4分割されたものが示されており、【実施例】の【0011】には、切り込みの数を増減することや、切り込みの形成箇所を変更することが示唆されており、【0012】には、二度貼りを可能とするために、剥離紙を剥がす部位を選択することが示唆されている。また、前記(2)ウのとおり、甲24公報の第2図には、3本のカットライン5が平行に形成され、剥離シート4が4分割されたものが示されている。

しかし、甲23公報及び甲24公報には、切り込み線を2本とし、剥離紙全体を約1:2:1の面積比に区画する位置に切り込み線を設けることは記載されていない(記載されているに等しいということもできない)。甲23公報及び甲24公報によって認め得る公知の形態は、「剥離紙全体を約1:1:1:1の面積比に区画する位置に、3本の切り込み線を平行に設けること」にとどまり、甲23公報には、これに加えて、「二度貼りの前後において貼着面の面積を略同じとすること」が記載されているにとどまる(以下、甲23公報記載の上記形態をまとめて「形態3a」という。)

したがって、審決が、甲23公報等から「剥離紙全体を約1:2:1の面積比に区画する位置に切り込み線を設けること」も含めた形態3を公知の形態と認定したことは、誤りである。

#### (4) 形態4について

甲24公報には、形態4、すなわち、「発熱袋(カイロ)において、切り込み線を直線以外の曲線等とすること」が記載されている。

すなわち、前記(2)ウのとおり、甲24公報の第2図には、粘着剤層3を覆う剥離シート4の短手方向に3本のカットライン5が平行に形成されたものが示されており、【実施例】には、カットライン5の形状を曲線等にすることが記載されている(ただし、曲線の形状について、同心円との例は記載されているが、それ以外の曲線等の例示はない。)

したがって、審決が、形態4を上記の限りで認定し、これを公知の形態と認定したことに誤りはない。

## 2 容易創作性の判断について

(1) 審決が、前記1(3)のとおり、甲23公報等から、使い捨てカイロにおいて、「剥離紙全体を約1:2:1の面積比に区画する位置に切り込み線を設けること」も含めた形態3を公知の形態と認定したことは誤りであるものの、審決は、「本願意匠は、袋体のカイロの裏面全体に設けられた、衣類に貼付する

ための粘着面を覆う剥離紙を、本願出願前に公然知られた隅丸長方形状とし、そして、二度貼りを可能とするために、該剥離紙に、一度目と二度目の粘着面が略同面積となるように該剥離紙の長手方向と平行で、上端から下端までその高さ一杯に、波線状の切り込み線を、該剥離紙全体を約1：2：1の面積比に区画する位置、言い換えると、剥離紙の左右幅を約1：2：1に分割する位置に、左右対称に2本、単に設けた程度にすぎないものであって、当業者であれば容易に創作することができたものと認められる。」（審決書5頁）と判断しており、審決のこの判断に誤りはない。すなわち、甲22公報から使い捨てカイロの剥離紙としてありふれた形態であると推認される形態1と形態2について、その切り込み線の形態を使い捨てカイロにおいて公知の形態である形態3a及び形態4並びに貼付薬の剥離紙における公知の形態である形態5に基づいて形態3及び形態5とする程度のことは、次に述べるとおり、当業者であれば容易に創作することができたものと認められる。

ア 形態1と形態2の剥離紙からなる使い捨てカイロを、二度貼りをするための使い捨てカイロとするために、甲23公報の【図3】のように、剥離紙を3本の切り込み線により4等分し、一度目と二度目の剥離面積が等面積になるように、4枚の剥離紙から2枚の剥離紙を選択して剥離することは公知である（形態3a）。そして、甲23公報の【図3】では、一度目と二度目の剥離面積を等面積とするための例として、一度目に2aと2cの剥離紙を剥離している例が示されているけれども、一度目に両側にある2aと2dの剥離紙を剥離し、中央にある2bと2cの剥離紙を残す方法や、一度目に中央にある2bと2cの剥離紙を剥離し、両側にある2aと2dの剥離紙を残す方法も、上記記載例と実質的に同一の方法であるから、剥離紙の剥離方法としてこれらの方法も記載されているに等しいものといえることができる。そして、上記の剥離方法（中央の2bと2cの剥離紙を同時に剥離するか、残す方法）や、甲23公報において切り込み線の数を減じたり、切り込みの形成箇所を適宜選定することなどが記載されていることを前提として甲23公報の【図3】をみると、中央の2bと2cの剥離紙の間にある切り込み線をなくし、2bと2cを一体とした形態、すなわち、2本の切り込み線により剥離紙の面積比を約1：2：1となるようにした形態（形態3）を創作することはそれ程困難なことではないといえることができる。また、剥離紙を2本の切り込み線により3区画に分ける形態は、貼付薬においては公知の形態である（甲25、乙3。なお、貼付薬と使い捨てカイロとは、人体に直接貼り付けるものであるか、衣服の上から人体に間接的に貼り付けるものであるかの違いはあるものの、いずれも、人体にその形状に沿うように直接又は間接的に貼り付けるものであって、日常的に使用されるものである点において共通する。）。

そうすると、使い捨てカイロの分野における当業者が甲23公報に接すれば、使い捨てカイロの二度貼りを可能とするために、一度目と二度目の剥離

面積が等面積になるような切り込み線を設けた剥離紙として、【図1】に示された形態において、切り込み線を2本とし、剥離紙全体を約1:2:1の面積比に区画する位置に切り込み線を設けること（形態3。具体的には、甲23公報の【図1】又は【図3】の2bと2cの間に切り込みを入れず、2bと2cを一体とした態様のものにする）は、容易に創作することができたものといえる。

イ また、甲23公報の切り込み線は直線であるが、これを直線とする必然性はなく、発熱袋（カイロ）において、切り込み線を直線以外の曲線等とすること（形態4。ただし、曲線の形状について、波線状との例示はない。）、及び甲25公報の貼付薬のように、剥離紙の切り込み線を波線状とし、当該波線を左右対称に設けること（形態5）は、いずれも公知の形態であること、しかもこの波線形状は極めてありふれた形状であることからすると、甲23公報の切り込み線を、直線ではなく、甲25公報のような波線形状とすることも、容易に創作することができたものといえる。

ウ 以上によれば、本願意匠は、公知の形態である形態1、形態2、形態3a、形態4及び形態5に基づいて容易に意匠の創作をすることができたものであると認められ、これと概ね同趣旨の審決の判断に誤りはない。

## (2) 原告の主張について

ア 原告は、甲23公報の【0011】には、切り込み3によって形成される剥離紙の面積に大小を形成するといったことは一切説明されていないとか、同【0011】に「切り込みの形成箇所も適宜選定すればよい。」との記載はあるが、この記載は、同文献記載の発明が「偏平状袋の片面の全面または一部に粘着剤層が形成されてなる」使い捨てカイロ（請求項1、請求項2を参照）であることから、偏平状袋の片面の一部に粘着剤層が設けられている場合には、粘着剤層を露出させるために必要な位置に切り込みを設ければよいという程度の意味と解され、実際、甲23公報の実施例記載の剥離紙に形成される切り込みは、剥離紙の一端から他端までその高さいっぱいには設けられているものではなく、使い捨てカイロ本体の外枠部分を除く中央部に露出させるべき粘着層が形成されており、その粘着層に対応して剥離紙に切り込みが形成されているのに対し、本願意匠は、使い捨てカイロの片面全面が剥離紙で覆われ、全面を覆う剥離紙の一端から他端まで切り込み線が形成されたものであり、甲23公報の実施例記載の形態は、本願意匠の形態とは、厳密な意味では異なるものであるとして、甲23公報は、審決の容易創作性の判断の根拠とはなるものではないと主張する。

しかし、甲23公報の【0011】における「切り込みの形成箇所も適宜選定すればよい。」との記載を、原告が主張するように限定して解釈すべき根拠はない。また、形態1と形態2の剥離紙からなる使い捨てカイロは、もともと全面を覆う剥離紙の一端から他端まで切り込み線が形成されたものであり、これを二度貼りができる使い捨てカイロとするために、同分野におけ

る当業者が甲 2 3 公報に接すれば、形態 3 a を認識すると同時に、この形態 3 a と同種のものとして、その中央の切り込み線をなくし、剥離紙全体を約 1 : 2 : 1 の面積比に区画する位置に切り込み線を設けること（形態 3。具体的には、甲 2 3 公報の【図 1】又は【図 3】の 2 b と 2 c の間に切り込みを入れず、2 b と 2 c を一体とした態様のものにする）を、容易に創作することができたものであることは、前記(1)に説示したとおりである。

したがって、原告の上記主張を採用することはできない。

イ 原告は、甲 2 4 公報における部分剥離に関する記載は、剥離紙を分割する際に、平行直線によって剥離紙の面積が等しいものを多数形成するか、同心円により中心から外方に向かって半径が一定寸法ずつ大きくなる複数のドーナツ状の剥離紙を形成するといったことを意図したものと推察され、剥離紙の面積比が 1 : 2 : 1 となる形態にすることを示唆するものではないとして、甲 2 4 公報は、審決の容易創作性の判断の根拠とはなるものではないと主張する。

確かに、甲 2 4 公報は、剥離紙の面積比が 1 : 2 : 1 となる形態にすることを直ちに示唆するものではない。しかし、使い捨てカイロの分野における当業者が甲 2 3 公報に接すれば、形態 3 a を認識すると同時に、この形態 3 a と同種のものとして、その中央の切り込み線をなくし、剥離紙全体を約 1 : 2 : 1 の面積比に区画する位置に切り込み線を設けること（形態 3）を、容易に創作することができたものであることは、前記(1)に説示したとおりであり、上記意味において、審決の容易創作性の判断に誤りはない。

ウ 原告は、甲 2 5 公報の貼付薬においては、貼付作業のために、左右方向中央部に面積の小さな剥離帯体 5 を形成することが必須であり、そのために同公報の第 3 図に示された剥離紙の 3 分割態様が提案されているのであるから、甲 2 5 公報に表された公然知られた形態とは、剥離紙を剥離紙の短手方向に切り込み線を 2 本入れ、面積比を 2 : 1 : 2 に分割する態様であるところ、この公然知られた形態に基づいて、使い捨てカイロを二度貼りする際に、二度とも良好な粘着が行えるようにするための形態として、剥離紙の長手方向に、面積比が約 1 : 2 : 1 となるように波線状の切り込み線を 2 本入れた本願意匠を創作することは、当業者が容易に創作し得たものではないと主張する。

しかし、審決が甲 2 5 公報を容易創作性の判断の根拠としたのは、形態 5、すなわち、剥離紙の切り込み線を波線状とし、当該波線を左右対称に設けることが公知であることを示すためであって、切り込み線を、面積比が 1 : 2 : 1 となるような位置に形成することが公知であることを示すためではない。

また、甲 2 5 公報は、貼付薬に係る公開実用新案公報であるところ、貼付薬と使い捨てカイロとは、人体に直接貼り付けるものであるか、衣服の上から人体に間接的に貼り付けるものであるかの違いはあるものの、いずれも、

人体に、その形状に沿うように直接又は間接的に貼り付けるものであって、日常的に使用されるものである点において共通することは前記説示のとおりである。

したがって、甲25公報は、本願意匠の容易創作性判断の根拠となり得るものであり、原告の上記主張を採用することはできない。

## 結 論

以上によれば、原告の請求は理由がないからこれを棄却することとし、主文のとおり判決する。

## 【論 説】

### 第1 本件評釈の概要について

本件は、意匠法3条2項に規定する「公然知られた」の文言解釈に関する事案である。この規定の適用問題に関しては、過去の事例では「スプレーガン」事件（東京高判昭和48年9月17日 昭和45年（ワ）第11422号）、「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 昭和52年（行ケ）第71号）、「電子オルガン」事件（東京高判昭和54年5月30日 昭和53年（行ケ）第27号）があり、これらの東京高裁判決はいずれも、意匠法3条1項1号における「公然知られた」とは、単に公然と知られ得る状態になっただけでは足りず、公然知られた事実が存在したことを要する、と解すべき旨が判示されている。（詳細については後述する。）

ところが、本件の原判決にあっては、意匠法3条2項の「公然知られた」の意義について、前記東京高等裁判所の判例における意匠法3条1項1号の「公然知られた」と相反する解釈を行った上で、本願意匠は容易に創作することができたものと判断したのである。

しかしながら、現行意匠法3条1項1号の「公然知られた」と現行同法3条2項の「公然知られた」との意義を、文言上それぞれ別異に解釈しなければならない根拠は立法上全くないから、本件の原判決の認定は、先行する前記東京高等裁判所の判例に相反することになると言わざるを得ないのである。

### 第2 原判決には東京高裁の判例に相反する判断があること

#### 1. はじめに

本件の原判決は、「意匠法第3条第2項に規定する『公然知られた』とは、不特定の者に秘密でないものとして現実にその内容が知られたことをいい、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。

しかしながら、この認定は、下記4. で詳述する東京高等裁判所の3件の判例及び知的財産高等裁判所の判例と相反する解釈によるものである。



## 2. 意匠法第3条第2項の立法趣旨について

### 2. 1 平成10年の意匠法改正

平成10年の意匠法改正時において、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

この答申（甲31）の(1)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、意匠法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全く明らかにされておらず、疑問のまま残された。けだし、強い意匠権とは、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のだから、出願意匠が、公然知られた意匠より容易に創作できるものとして拒絶されたとしても、その反射的效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、保護範囲が広がるのかは全く答えられていないから、結局、意匠法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ことになる。

### 2. 2 改正後の意匠法3条2項の規定

前記答申によると、法改正後の意匠法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、次のものをいうとなっていた（3頁）。

「(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、立法時には意匠法3条2項の規定は、前記の答申内容のものから、次のように、成立要件が厳しく限定された内容のものとなったのである。

「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、意匠法第3条第2項を前記答申規定と比較すると、(1)号の中から、各号後半の「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）」および「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」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」との要件のみの規定に修正されたのである。

以上が、現行意匠法３条２項の立法に至るまでの経過である。

### 3. 意匠法３条２項の解釈について

#### 3. 1 意匠審査の運用基準

「意匠審査の運用基準」（平成１０年１２月特許庁発行）（甲３２）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、それぞれは以下のように解される。

##### （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。

なお、「外国において広く知られた（周知）」とは、当該国において周知なことは必要であるが、必ずしも複数の国において周知であることを要しないものとする。また、日本国内における周知性も要しないものとする。

#### 3. 2 運用基準における判断の基礎

また、意匠法３条２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。

### 3. 3 小括

意匠法3条2項に規定する「公然知られた」とは、意匠法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、同一の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ようとしている。

しかし、上記3. 2の(1)－②及び(3)－②においては、その判断の基礎に誤りがある。意匠法3条1項1号に規定する前記概念の意義と意匠法3条1項2号に規定するそれとの違いについては、東京高等裁判所の審決取消訴訟における以下の裁判例によって判示されている。

## 4. 東京高等裁判所及び知的財産高等裁判所の判例

### 4. 1 東京高裁の判例

#### ア. 「スプレーガン」事件（東京高判昭和48年9月17日 昭和45年（ワ）第11422号）

この判決は、次のように判示する。

「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、意匠法第三条第一項第一号にいう『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、意匠第三条第一項第二号の存在意義が全然なくなってしまう。なぜならば、第二号でいう「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、第一号を右のように解する以上、第二号を第一号とは別に規定する意味はないからである。そうすると、第一号の『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、公然知られたことを要するものと解すべきである。」

#### イ. 「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 昭和52年（行ケ）第71号）

この判決は、次のように判示する。

「意匠法第三条第一項第一号にいう『公然知られた意匠』とは、同項第二号において第一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又は多数者にとって、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然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。」

#### ウ. 「電子オルガン」事件（東京高判昭和54年5月30日 昭和53年（行ケ）第27号）

この判決は、次のように判示する。

「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』状態にあるとは言えず、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。」

#### 4. 2 東京高等裁判所の判断について

(1) 意匠法3条1項1号についての東京高等裁判所の前記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、同様に適用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」において、「公然知られた」の意義について、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、立法上全くないからである。

(2) 本件の原判決は、意匠法3条2項に規定する「公然知られた」に関し、「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、前記東京高裁の3件の判例に照らすと誤りである。

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、単に知られる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としても、その大冊な公報の内部の1頁に掲載されている「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ず、単に「知られ得る状態」にあったものとしか評価できないからである。

(3) また、本件の原判決が本願意匠に対し、意匠法3条2項を適用して引用意匠を「公然知られた」ものと判断したことは、やはり知的財産高等裁判所(1部)が、本件の原判決と奇しくも同日に行った前記判決の説示とも相反するのである。

#### 4. 3 知財高裁の判例について

本件の原判決と同日に知的財産高等裁判所第1部においてなされた判決(平成26年3月27日 知財高裁平成25年(行ケ)10315号:甲35)は、次のように判示している。(出願意匠「シール」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(同項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、電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった意匠(同項2号)等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』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定める。

仮に同条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した場合には、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。」

### 第3 原判決は「公然知られた」形態についての判断を誤っていること

(1) 本件の原判決は「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。」(原判決第11頁3行～5行:甲30)との前提に立っているから、公知の形態についての判断を誤っている。

(2) 形態1および形態2は甲22公報に記載され、形態3aは甲23公報に記載され、形態4は甲24公報に記載され、形態5は甲25公報に記載されており、形態3を公知の形態と認定した審決は誤りであるものの、形態1、2、3a、4及び5という公知の形態に基づいて形態3及び形態5とする程度のことは、当業者であれば容易に創作することができたものと認定している(原判

決第11頁6行～第14頁13行：甲30）。

（3）しかしながら、この認定は、意匠公報、特許公報及び実用新案公報といった刊行物に掲載されただけの形態1，2，3a，4及び5について、これらを全部公然知られた形態であるとしており、先行する東京高等裁判所の前記判例等に相反する前提に立ってなされているから、誤りである。

#### 第4 むすび

以上のとおり、本件の原判決は、意匠法3条2項の規定の解釈を誤るとともに東京高等裁判所および知的財産高等裁判所における判例に相反する判断をしているというべきであるから、民事訴訟法318条1項に該当する事件として、本申立は受理されるのが道理というものであったであろう。

しかしながら、最高裁判所は次のような判断をしているのである。

#### 第5 最高裁の判断〔平成26(行ヒ)261号・平成26年11月21日(二小廷)〕

裁判官全員一致の意見で、次のとおり決定。

##### 第1 主文

- 1 本件を上告審として受理しない。
- 2 申立て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。

#### 第6 最高裁の決定について

最高裁判所が、民訴法318条1項による受理をしないと決定したとき、なぜ理由を説示しないのかわからない。民訴法の規則にその旨の規定も見当たらないから、不思議である。

最高裁は、司法府の最高位に立つ存在で、事実を法規等に照らして認否することを使命とする機関であるから、国民の請求に対して理由を付さずに一方的に切捨御免の決定をするのでは納得できず、国民の信頼を失うことになる。したがって、ぜひとも法秩序の改正をしていただきたいと思うのである。

#### 第7 その他の事件

本件と同じ「使い捨てカイロ」に係る出願意匠については、本件以外に3件の意匠登録出願があり、同じ理由によって拒絶査定を受け、審決取消請求事件が継続していた。しかし、本件と全く同じ理由によって知財高裁の判断を受け、上告不受理の決定がなされたことを付言しておく。

〔牛木 理一〕

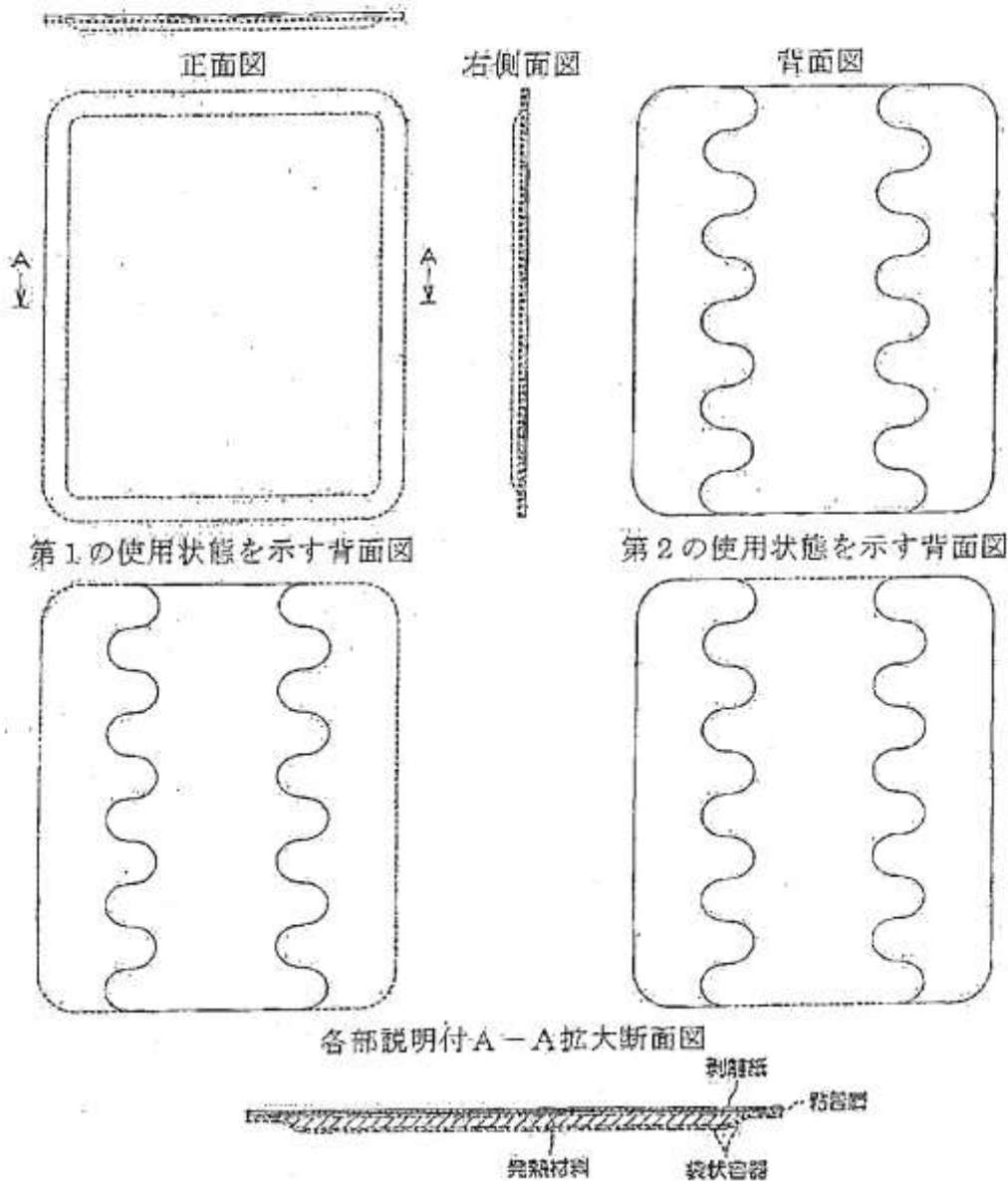
別紙第1 本願意匠

意匠に係る物品 使い捨てカイロ

意匠に係る物品の説明 本物品は、使い捨てカイロであり、鉄粉その他の発熱材料が通気性を有する袋状容器に收容されたもので、袋状容器の裏面には、衣類等に貼って使用するための粘着層が設けられており、粘着層の表面は3分割された剥離紙で覆われている。

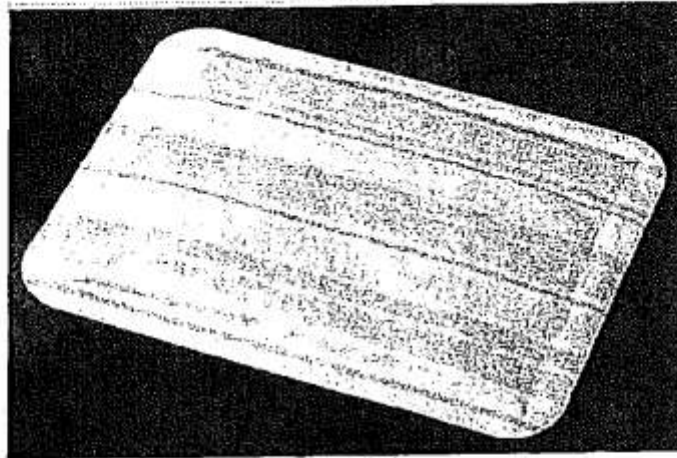
意匠の説明 使用時は、3分割された剥離紙の両外側の2枚の剥離紙を剥がして、両外側部分を衣類に貼り付けて使用する（第1の使用状態を示す背面図を参照）、3分割された剥離紙の中央部の1枚の剥離紙を剥がして、中央部分を衣類に貼り付けて使用する（第2の使用状態を示す背面図を参照）。また、一度衣類に貼り付けた後、別の場所に貼り代えて使用を続ける場合は、残りの剥離紙（第1の使用状態の場合は、中央部に残った剥離紙、第2の使用状態の場合は、両外側に残った剥離紙）を剥がすことにより、中央部分または両外側部分の粘着層が新たに露出し、良好な貼り付け性能が得られる。図において実線で表した部分が、部分意匠として意匠登録を受けようとする部分である。底面図は平面図と、左側面図は右側面図と対称に表れる。

平面図



意匠に係る物品 かいり

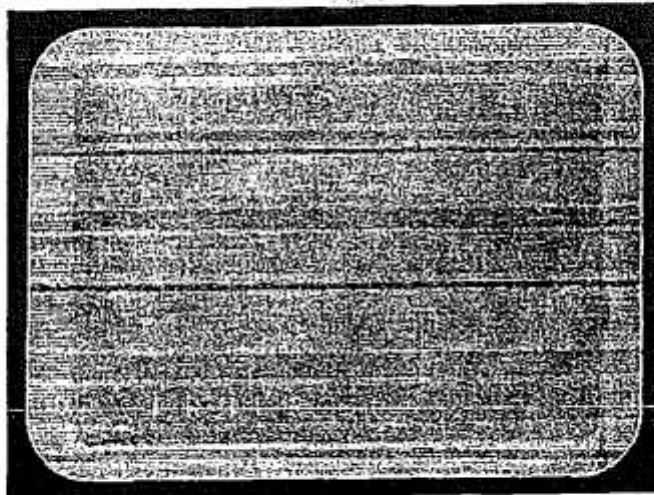
斜視図



平面図



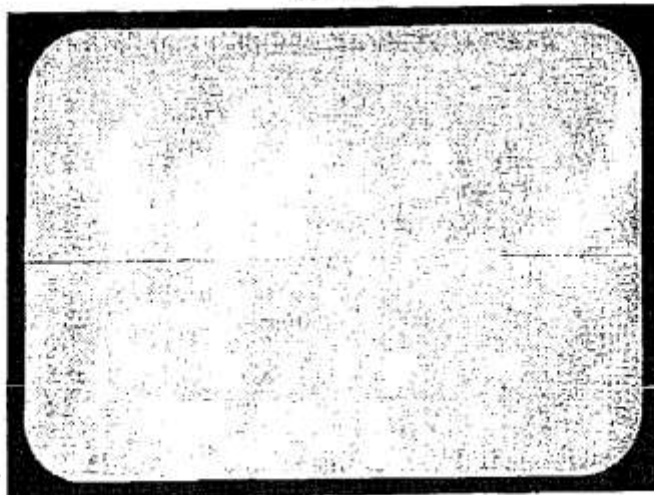
正面図



底面図



背面図



左側面図



右側面図





(19) 日本国特許庁 (J P)

(12) 公開特許公報 (A)

(11) 特許出願公開番号

特開平7-80018

(43) 公開日 平成 7 年 (1995) 3 月 28 日

(21) 出願番号 特願平5-231315

(22) 出願日 平成 5 年 (1993) 9 月 17 日

(54) 【発明の名称】 使いすてカイロ

## 【実施例】

【0011】 図1に示される実施例では、剥離紙2に3本の切り込み3が平行に形成されている。この切り込み3の数は本発明においてとくに限定されず、少なくとも1本あれば良く、また切り込みの形成箇所も適宜選定すればよい。

【0012】 図1に示される実施例の使用例を図3に示す。本発明の使いすてカイロの特徴は、貼り直ししても粘着力の衰えないところにある。したがって、切り込みは、粘着剤層の一部のみを現出させるためのものであり、適宜剥離する部分を選択すればよい。たとえば、剥離紙2a、2cを剥がして所望の部位にカイロを貼着する。そののち他の部位に貼着し直したいときは剥離紙2b、2dを剥がすことにより確実な粘着力で貼着させることができる。さらに貼着するものの材質によって粘着力を調整したいときなども、粘着剤層を現出させる面積を簡単に調節することができる。

## 【図面の簡単な説明】

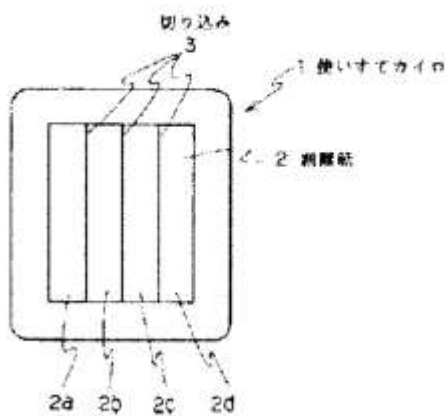
【図1】 本発明の使いすてカイロの実施例を示す平面図である。

【図3】 図3は図1の使いすてカイロの使用例を示す斜視図である。

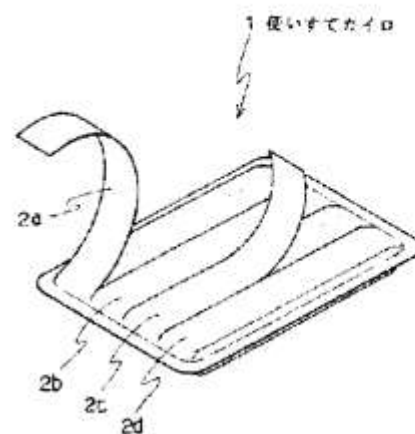
## 【符号の説明】

- 1 使いすてカイロ
- 2 剥離紙
- 3 切り込み
- 5 剥離紙
- 5a 粘着剤層
- 6 剥離紙

【図1】



【図3】



⑨ 日本国特許庁 (J P)

⑩ 実用新案出願公開

⑪ 公開実用新案公報 (U) 平 3-63322

⑫ Int. Cl.<sup>1</sup>

識別記号

庁内整理番号

⑬ 公開 平成 3 年 (1991) 6 月 20 日

A 61 F 7/08

3 3 4 P

5737-4B

⑭ 考案の名称 発熱袋

⑮ 実 願 平 1-123709

⑯ 出 願 平 1 (1989) 10 月 23 日

〔考案が解決しようとする課題〕

而して、従来の発熱袋は、一旦糊離シートを糊離して人体等に貼着使用すると最早再貼着使用が困難となるため、貼り替えによる貼着部位すなわち加温部位の変更は事実上不可能なのが実態であった。

そこで、本考案者は斯かる従来の発熱袋の欠点を解消すべく種々検討を重ねた結果、部分糊離可能な糊離シートを用いることにより再貼着使用可能ならしめた本考案を案出したものである。

〔課題を解決するための手段〕

すなわち、本考案は膠着剤の存在により発熱する発熱剤を収納した通気性袋体の片面に非転着性粘着剤層を設けると共に、該非転着性粘着剤層を部分糊離可能なカットラインを有する糊離シートで被覆したことを特徴とする発熱袋である。

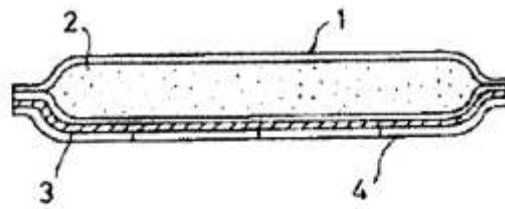
〔実施例〕

これは糊離シートで、非転着性粘着剤層 3 を被覆し、慣用時糊離されるものである。この糊離シート 4 には適宜数のカットライン 5 が形設され、部分糊離が可能となっている。カットライン 5 の長体的形状は部分糊離可能なものであれば直線、曲線等その如何を問わないが、平行直線や同心円とし、カットライン 5 により形設された複数の分画部片 6 に、同時に糊離すべき部片毎に共通記号 7 を付するのが簡便である。また、カットライン 5 の長体的形設法は、スリット、ハーフカット、ミシン目等カット糊離可能なものであればその如何を問わない。

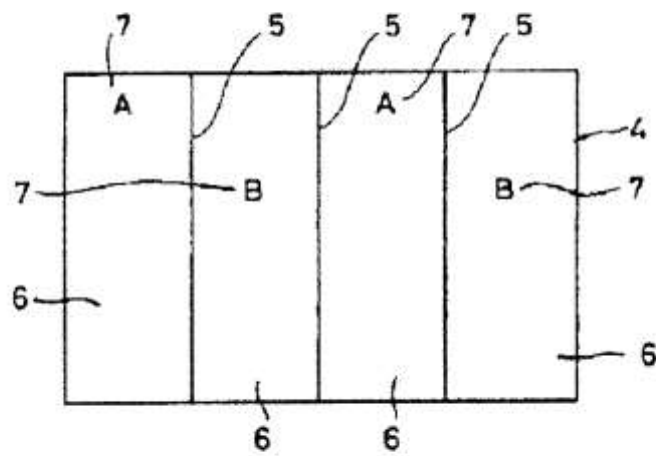
4. 図面の簡単な説明

第1図は本考案発熱袋の断面説明図、第2図は同底面説明図である。

第1図



第2図



- |           |          |
|-----------|----------|
| 1: 透気性袋体  | 2: 発熱剤   |
| 3: 粘着剤層   | 4: 剥離シート |
| 5: カットライン |          |

⑨ 日本国特許庁 (JP)

⑩ 実用新案出願公開

⑪ 公開実用新案公報 (U)

昭58-124123

⑫ Int. Cl.<sup>7</sup>  
A 61 F 13/02  
A 61 K 9/70

識別記号

庁内整理番号  
7033-4C  
7057-4C

⑬ 公開 昭和58年(1983)8月24日

審査請求 有

⑭ 貼付案の剥離紙構造

⑮ 実 願 昭57-20633

⑯ 出 願 昭57(1982)2月15日

### 3. 考案の詳細な説明

この考案では、剥離紙の所定箇所には、波形状或は鋸歯状の切込み線を形成したことによって、剥離紙の剥離が、皮膚面への貼着を行いながら徐々に行え、しかも剥離時の剥離紙のつまみ取りも簡易に行える貼付案の剥離紙構造を提供せんとするものである。

### 4. 図面の簡単な説明

第3図、第4図は、他の実施例を示す平面図。

第3図

