

「立体フェイスマスク」意匠権侵害差止等請求事件：大阪地裁平成23(ワ)3361・平成24年11月8日(21民部)判決<請求認容>➡特許ニュース No. 13377

#### 【キーワード】

意匠の類似(意24条2項), 商品形態の模倣(不競2条1項3号), 差止請求権(意37条1項), 損害賠償額(意39条3項・実施料相当額), 共同不法行為(民719条)

#### 【主 文】

- 1 被告美友は, 別紙被告商品目録記載の立体フェイスマスクを販売し, 販売の申出をしてはならない。
- 2 被告amiは, 別紙被告商品目録記載の立体フェイスマスクを輸入し, 販売し, 販売の申出をしてはならない。
- 3 被告らは, 原告に対し, 各自金105万8608円及びこれに対する平成24年4月30日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 4 訴訟費用は, これを5分し, その1を被告らの負担とし, その余を原告の負担とする。
- 5 この判決は, 第1項ないし第3項に限り, 仮に執行することができる。

#### 【事案の概要】

1 本件は, 本件各意匠権を有し, かつ, 別紙原告商品目録1, 2記載の各立体フェイスマスク(以下, 順に「原告商品1」, 「原告商品2」といい, 総称して「原告各商品」という。)を製造販売する原告が, 別紙被告商品目録記載の立体フェイスマスク(以下「被告商品」という。)の輸入販売等をする被告ら各自に対し, 被告らには, 民法719条1項前段又は同条2項の関係があるとして, 以下の請求をした事案である(なお, 同一内容の請求については選択的併合の関係にある。 )。

(1) 意匠権侵害を理由とする請求

ア 意匠法37条1項, 2項に基づく被告商品の輸入販売等の差止め・廃棄請求

イ 意匠権侵害の不法行為に基づく損害賠償金1381万2500円及びこれに対する不法行為の後の日である平成24年4月30日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の請求

(2) 不正競争防止法2条1項3号の不正競争該当を理由とする請求

ア 同法3条1, 2項に基づく被告商品の輸入販売等の差止め・廃棄請求

イ 同法4条に基づく損害賠償金1381万2500円及びこれに対する不法行為の後の日である平成24年4月30日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の請求

## 2 判断の基礎となる事実

以下の事実は、当事者間に争いが無いが、掲記の各証拠又は弁論の全趣旨により容易に認められる。

### (1) 当事者

ア 原告（株式会社ニチエイ）は、化粧品・医薬部外品・化粧雑貨・衛生材料・医療機器等の製造販売を業とする会社である（甲1）。

イ 被告美友（株式会社美友）は、化粧品の製造、販売及び輸出入等を業とする会社である（甲2）。

ウ 被告ami（ami株式会社）は、医薬品、医薬部外品、化粧品、健康食品等の製造販売などを業とする会社である（甲3）。

### (2) 原告の意匠権

原告は、立体フェイスマスクに関する次の意匠権を有している（以下の本件意匠権1～3を総称して「本件各意匠権」という。）。

ア 本件意匠権1（甲4。以下、その登録意匠を「本件本意匠」という。）

登録番号 第1371301号

登録日 平成21年9月11日

意匠に係る物品 立体フェイスマスク

登録意匠 別紙意匠公報1記載のとおり。

イ 本件意匠権2（甲5。なお、本件意匠権2の登録意匠は、本件本意匠の関連意匠であり、以下「本件関連意匠」という。）

登録番号 第1371578号

登録日 平成21年9月11日

意匠に係る物品 立体フェイスマスク

登録意匠 別紙意匠公報2記載のとおり。

ウ 本件意匠権3（甲6。なお、本件意匠権3の登録意匠は、本件本意匠の関連意匠であり、以下「本件関連意匠」という。）

登録番号 第1371579号

登録日 平成21年9月11日

意匠に係る物品 立体フェイスマスク

登録意匠 別紙意匠公報3記載のとおり。

本件意匠権1～3に係る願書の「意匠に係る物品の説明」には、いずれも次の記載がある。

「本物品は、不織布等の含水性のシート体を素材とし、液体を含浸させた状態で顔面に貼付して使用される立体フェイスマスクであって、左側顔面及び右側顔面のそれぞれに対向する2枚のシートを重ね合わせ、顔の正中線に沿うそれぞれの端部を加熱又は加圧して接着した立体フェイスマスクである。2枚のシートの端部に形成された多数の矩形のそれぞれは、加熱部材又は加圧部材で押圧されて厚さが減少している部分である。2枚のシートは、それぞれの内側

面が互いに離れるように広げた状態で、顔面に沿う立体形状を維持する。」

### (3) 原告商品の販売

原告は、化粧品会社にOEM商品として納入することを予定して、遅くとも平成21年4月頃までに、原告各商品を開発した。

訴外株式会社カネボウ化粧品は、原告から納入された原告商品1を「インプレス コンセントレートマスク3D」という商品名で、遅くとも同年9月4日頃までに、一般消費者に販売開始し、また、訴外株式会社エキップは、原告から納入された原告商品2を「SUQQU リファインド フロウ ストレッチ マスク」という商品名で、遅くとも同年11月20日頃までに、一般消費者に販売開始した(甲15~17)。

### (4) 被告らの行為

ア 被告美友は、平成22年9月頃から、韓国で製造された被告商品を日本国内で販売しており(甲7,8)、被告amiは、その製造販売元(輸入元)とされている(甲7)。

イ 被告商品の構成は、別紙被告商品図面記載のとおりである(以下、被告商品に係る意匠を「被告意匠」という)。

## 3 争点

### (1) 意匠権侵害を理由とする請求

被告意匠は本件本意匠、本件関連意匠、本件関連意匠と類似するか。

(争点1)

(2) 不正競争防止法2条1項3号の不正競争該当を理由とする請求被告商品は原告各商品の形態を模倣した商品であるか。(争点2)

(3) 被告amiの侵害行為の有無及び共同不法行為の成否。(争点3)

(4) 原告の損害額。(争点4)

## 【判断】

1 争点1(被告意匠は本件本意匠と類似するか)について

当裁判所は、被告意匠は本件本意匠に類似すると判断する。その理由は以下のとおりである。

### (1) 本件本意匠の構成

ア 証拠(甲4の2)及び弁論の全趣旨によれば、本件本意匠は、別紙意匠公報1に記載のとおりであり、意匠に係る物品を「立体フェイスマスク」とするもので、その構成態様は、次のとおりと認められる。

#### (ア) 基本的構成態様

A 薄いシート状を呈し、正面図は人の顔面の右半分、背面図は人の顔面の左半分に対応する形状を有する。

B 正面図における右側外形線(複数の矩形のある部分)は、顔の正中線

に対応し，外側に凸の曲線，内側に凸の曲線及び略直線を連結して構成される。

C 正面図における左側外形線（頂点から右側外形線の下端の矩形の底辺を伸ばした線との交点までの部分）及び下側外形線（右側外形線の下端と左側外形線の下端の間の部分）は，顔の周囲に対応し，外側に凸の曲線及び略直線を連結して構成される。

D 右側外形線及び左側外形線は，頂点から下顎上端に対応する部分の高さまでは，鼻梁部，鼻頭部及び口部に対応する部分を除き，略釣鐘形の外形形状を呈している。

E 正面図における目に対応する部分に，横長の略楕円形状の孔部を備える。

(1) 具体的構成態様

F 右側外形線の形状

上から順に以下の部位によって構成されている。

F - 1 額部は，外側に凸となる曲線で構成される。

F - 2 眉間部は，内側に凸となる曲線で構成される。

F - 3 鼻梁部は，略直線で構成される。

F - 4 鼻頭部は，外側に凸となる曲線と略直線で構成される。

F - 5 上顎部は，内側に凸となる曲線を含む略直線で構成される。

F - 6 口部は，2本の直線及びこれを連結する内側に凸となる曲線で構成される。

両直線のなす角度は略25度であり，上顎部の略直線と口部の上側の直線とのなす角度は略直角，口部の下側の直線と後記下顎部の上部の略直線とのなす角度は略直角である。

F - 7 下顎部は，その上部の略直線と，その中部の外側に凸となる曲線と，その下部の略直線とで構成される。

G 孔部の具体的な形状

水平方向から約20度右上向きで配置されている。

上部の曲率半径が小さく下部の曲率半径が大きい凸レンズ断面状である。

H 切込線の形状

H - 1 左側外形線の下方にへの字状の切込線を備える。

H - 2 右側外形線の鼻頭部の略直線の延長上に，略直線及び内側に凸の曲線からなる切込線を備える。

同切込線は，鼻翼の外形に対応する。

H - 3 孔部の左右端に，切込線を備える。

右端の切込線は右上約20度方向の下側に凸の曲線により構成される。

左端の切込線は左下約20度方向の直線により構成される。

I 右側外形線に対応する矩形の形状

右側外形線（鼻頭部及び口部を除く。）に沿って、略同一形状の多数の微細な矩形が、その長辺がいずれも略水平となるように配置されている。

(2) 被告意匠の構成

ア 証拠（甲12）及び弁論の全趣旨によれば、被告意匠は、立体フェイスマスクであって、その構成態様は次のとおりと認められる。

(ア) 基本的構成態様

a 薄いシート状を呈し、正面図は人の顔面の右半分、背面図は人の顔面の左半分に対応する形状を有する。

b 正面図における右側外形線（複数の矩形のある部分）は、顔の正中線に対応し、外側に凸の曲線、内側に凸の曲線及び略直線を連結して構成される。

c 正面図における左側外形線は、顔の周囲に対応し、外側に凸の曲線及び略直線を連結して構成され、その下部に外側に凸の曲線による突起形状を備える。

正面図における下側外形線はへの字状の折れ線で構成される。

d 右側外形線及び左側外形線は、頂点から下顎上端に対応する部分の高さまでは、鼻梁部、鼻頭部及び口部に対応する部分を除き、略釣鐘形の外形形状を呈している。

e 正面図における目に対応する部分に、横長の略楕円形状の孔部を備える。

(イ) 具体的構成態様

f 右側外形線の形状

上から順に以下の部位によって構成されている。

f - 1 額部は、外側に凸となる曲線で構成される。

f - 2 眉間部は、内側に凸となる曲線で構成される。

f - 3 鼻梁部は、略直線で構成される。

f - 4 鼻頭部は、外側に凸となる曲線と略直線で構成される。

f - 5 上顎部は、略直線で構成される。

f - 6 口部は、2本の直線及びこれを連結する内側に凸となる曲線で構成される。

両直線のなす角度は略25度であり、上顎部の略直線と口部の上側の直線とのなす角度は略直角、口部の下側の直線と後記下顎部の上部の略直線とのなす角度は略直角である（なお、被告らはそれぞれの角度について順に21.5度、93度、86.5度であると主張するが、いずれも最大でも3.5度の違いに過ぎず、被告らの主張を前提にしても上記のとおり認定できる。）。

- f - 7 下顎部は，その上部の略直線と，その中部の外側に凸となる曲線と，その下部の略直線とで構成される。
- g 孔部の具体的な形状
  - ほぼ水平方向に配置されている。
  - ほぼ水平な長軸に対して対称な楕円形状である。
- h 切込線の形状
  - h - 1 左側外形線の下部に直線状の切込線を備える。  
左側外形線の上部に直線状の切込線を備える。
  - h - 2 右側外形線の鼻頭部の略直線の延長上に，略直線，内側に凸の曲線及び略鉛直方向の略直線からなり，その先端は鼻頭先端の高さまで達する切込線を備える。  
同切込線は，鼻翼の外形に対応する。
  - h - 3 孔部の左右端及び下部に，切込線を備える。  
右端の切込線は右上約45度方向の直線により構成される。  
左端の切込線は水平方向の直線により構成される。  
下部の切込線は，下方向の直線により構成される。
- i 右側外形線に対応する矩形の形状
  - 右側外形線（鼻頭部及び口部を除く。）に沿って，略同一形状の多数の微細な矩形が，その長辺がいずれも右側外形線方向を向くように配置されている。

(3) 本件本意匠の要部について

ア 要部について

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感に基づいて行うものである（意匠法24条2項）。

したがって，その判断にあたっては，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，需要者の注意が惹き付けられる部分を要部として把握した上で，両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，全体として美感を共通にするか否かを判断すべきである。

イ 需要者，使用態様について

本件本意匠及び被告意匠は，いずれも立体フェイスマスクに関するものであり，その需要者は美容に関心を持つ一般消費者である。

立体フェイスマスクは，不織布等の含水性のシート体を素材として，美容液等を含浸させた状態で顔面に貼付して使用されるものであることからすれば（甲4の2等），需要者は，顔面の正中線に対応する部分に着目するといえることができる。

ウ 公知意匠について

(ア) 公開特許公報（特開2007-330329。乙1）の図2には，立

体フェイスマスクの形状が開示されている（以下「乙1意匠」という。）。

同意匠は、顔面の正中線に対応する図2の左側外形線において、額部、眉間部、鼻梁部、鼻頭部、上顎部、口部、下顎部を備えることが認められる。

ただし、左側外形線は、額部は直線で構成されていること、眉間部は内側に凸となる鋭角であること、鼻頭部は外側に凸となる鋭角と直線で構成され、上顎部との間に鋭角の切込みがあること、上顎部は直線で構成されていること、口部は2本の直線と内側に凸となる鋭角で構成されていること、下顎部は外側に凸となる曲線で構成されていることなどが認められる。

(1) 公開特許公報（特開平7-194430。乙2）の図3には、立体フェイスマスクの形状が開示されている（以下「乙2意匠」という。）

同意匠は、顔面の正中線に対応する図3の左側外形線において、額部、眉間部、鼻梁部、口部、下顎部を備えることが認められる（なお、上顎部はなく、鼻頭部は口部と一体となっている。）。

#### エ 関連意匠について

本件本意匠と本件関連意匠とは、右側外形線、左側外形線、孔部、切込線の形状、右側外形線に対応する矩形の形状において一致する。

一方、本件本意匠は、上記のとおりの下側外形線を備えるのに対し、本件関連意匠は、いずれも首部を有しており、この点において相違する（甲5の2、6の2）。

#### オ 本件本意匠の要部

上記認定したところを総合して、本件本意匠の要部を検討する。

立体フェイスマスクにおいて、需要者は、顔面の正中線に対応する右側外形線に着目するということができること、当該部分に額部、眉間部、鼻梁部、鼻頭部、上顎部、口部、下顎部を備えること自体は、機能上不可欠なものであり、本件本意匠の出願前にも当該部分を備える意匠が存在していたことが認められる。

そうすると、本件本意匠の要部は、右側外形線の具体的な形状にあるといえる。

#### カ 被告らの主張について

(ア) 被告らは、顔面にフィットさせる二つ折りの立体フェイスマスクにおいて、顔面の凹凸に沿った形状とすること（すなわち、右側外形線の具体的な形状）は機能上当然に導かれる形状であって、看者の注意を惹く部分ではなく、機能上不可欠の形状であると主張する。

しかしながら、フェイスマスクの顔面に対応する部分に、額部、眉間部、鼻梁部、鼻頭部、上顎部、口部、下顎部を設けること自体は、立体フェイスマスクの機能上不可欠ということが出来るものの、これらの各部位の具

体的な形状は、各創作者において工夫する余地があるのであって、この点は、乙1意匠、乙2意匠の具体的な形状が本件本意匠と同一ではないこと、平面上のフェイスマスクにおいて目、鼻、口に対応する部分の配置及び形状に様々なものがあること（甲16）からも明らかというべきである。

(1) 被告らは、切込線及び顔面と首部の境界部分が要部であると主張する。

しかしながら、切込線自体は、意匠の外縁を形成するものではなく、それほど目立つとはいえないし、使用実態を考慮しても、立体フェイスマスクは美容液等を含浸させた状態で顔面に貼付して使用されることからすれば、その貼付する状態はある程度自由に調整することができ、切込線の形状によって決定的に異なることになるわけでもない。

また、顔面と首部の境界部分（下側外形線）については、立体フェイスマスクは顔面を覆うことを主目的としたものであり、首部はそれに付随するものであることからすれば、この部分を顔面の正中線に対応する右側外形線と同等に捉えることはできないというべきである。

したがって、被告らの主張には理由がない。

(4) 類否について

ア 本件本意匠と被告意匠との共通点及び差異点

(ア) 共通点

本件本意匠と被告意匠とは、基本的構成態様のうち、全体的な形状（A）、右側外形線の形状（B）、左側外形線の形状（Cの一部）、右側外形線と左側外形線との関係（D）、孔部の形状（E）において共通する。

また、具体的構成態様のうち、右側外形線の具体的な形状（F）、右側外形線（鼻頭部及び口部を除く。）に沿って、略同一形状の多数の微細な矩形があること（Hの一部）において共通する。

(イ) 差異点

左側外形線下部の突起形状の有無

本件本意匠には、突起形状がないのに対し、被告意匠には突起形状がある。

下側外形線の構成

本件本意匠は略直線及び外側に凸の曲線により構成されているのに対し、被告意匠はへの字状の折れ線で構成されている。

孔部の具体的な形状

本件本意匠は、水平方向から約20度右上向きに配置され、上部の曲率半径が小さく下部の曲率半径が大きい凸レンズ断面状であるのに対し、被告意匠は、ほぼ水平方向に配置され、ほぼ水平な長軸に対して対称な楕円形状である。

左側外形線の切込線

本件本意匠は下部にへの字状の切込線を一つ備えるのに対し、被告意匠



は上部と下部に直線上の切込線を一つずつ備える。

#### 鼻頭部の切込線

本件本意匠は、鼻頭部の略直線の延長上に、略直線、内側に凸の曲線からなる切込線を備えるのに対し、被告意匠は、鼻頭部の略直線の延長上に、略直線、内側に凸の曲線及び略鉛直方向の略直線からなり、その先端は鼻頭先端の高さまで達する切込線を備える。

#### 孔部の切込線

本件本意匠は、左右端に切込線を備え、右端の切込線は右上約20度の方向の直線、左端の切込線は下側に凸の曲線により構成されるのに対し、被告意匠は、左右端及び下部に切込線を備え、右端の切込線は右上約45度方向の直線、左端の切込線は水平方向の直線、下部の切込線は、下方向の直線により構成される。

#### 右側外形線に対応する矩形

本件本意匠は長辺がいずれも略水平となるように配置されているのに対し、被告意匠は長辺がいずれも右側外形線方向を向くように配置されている。

### イ 類否の判断

(7) 本件本意匠と被告意匠は、上記ア(7)の共通点があるところ、これらのうち特に右側外形線の具体的な形状は本件本意匠の要部に関するものであって、両者に共通の美感を生じさせるといえる。

本件本意匠と被告意匠とは、上記ア(イ)の差異点が認められる。しかしながら、これらはいずれも本件本意匠の要部に関するものではない。左側外形線の下部の突起部分の有無( )や下側外形線の構成( )については、意匠全体の外縁を画するもので一定の美感を形成するものということはいえるが、左側外形線については、全体的な形状が共通していることからすれば、下部の突起部分によってそれほど美感の相違が生じているとはいえないし、下側外形線の構成は異なるものの、本件本意匠の要部に関する共通点によって生じる美感の共通性を失わせるほどの差異とまではいえない。また、孔部の具体的な形状( )についても、孔部の位置や大きさに大差がない以上、上記程度の相違点が美感に及ぼす影響は小さいといえる。

さらに、切込線( )についても、被告意匠には、本件本意匠の切込線とほぼ同じ位置に切込線があることからすれば、その具体的な構成の差異は美感を異にするとまではいえない。

また、右側外形線に対応する矩形の配置( )についても、そもそも矩形自体が細かい上、矩形の配置に需要者が着目するともいえないことからすれば、この点が美感に及ぼす影響もまた小さいといえる。

(1) 被告らは、本件各意匠及び被告意匠の構成に関して、各寸法比に差異があると主張するが、被告らの主張する寸法比を前提にしても、証拠(乙

8, 9) 及び弁論の全趣旨によれば, 両意匠の重なり合いの程度は別紙意匠対照図の程度と認められるから, この点を理由に両意匠は類似しないといふことはできない。

(5) 小括

したがって, 本件本意匠と被告意匠とは, その美感を共通にするものであって, 類似すると認められる。

2 争点3 (被告amiの侵害行為の有無及び共同不法行為の成否) について

(1) 証拠(甲9, 乙11~19, 21~30)によると, 被告amiは, 化粧品製造販売業者としての許可を有しており, 平成21年3月頃から, 被告美友が販売する化粧品について, その化粧液の成分表に基づく成分の確認や薬事法に係る申請手続等の業務を請け負っていたこと, 被告商品については, 被告amiが製造販売元として表記され, 被告amiにおいて, 上記成分の確認や薬事法に係る申請手続等を行っていたことは認められるものの, 被告amiが, 被告商品の実際の通関手続まで行っていたこと, 及び被告amiが被告商品の輸入販売によって利益を得ていたことについては, これを認めるに足りる証拠はない。

(2) 以上を踏まえて検討するに, 被告amiは, 被告商品の輸入販売行為を直接行うものではないにせよ, 被告美友の依頼を受けて被告商品の輸入販売に必要な不可欠な手続を行っており, 一般消費者にもその関与が周知されていたといえる。このような関与に照らせば, 被告amiは, 被告美友と共同して, 被告商品の輸入販売等によって意匠権侵害を行ったと認めるのが相当である。

したがって, 被告amiは, 本件の意匠権侵害について, 共同不法行為責任を負い, 侵害行為も認められる。

3 争点4 (原告の損害額) について

(1) 被告商品の販売による損害額

原告は, 被告らによる被告商品の販売数量は130万枚, 販売単価は1枚当たり50円と主張するが, 被告らが自認する22万8240枚(48万5280枚を輸入し, 25万7040枚を返品したとの主張)を超える数量を認めるに足りる証拠はなく, 前記返品(乙19, 29)後になお在庫を抱えているとするのは合理的ではないから, 現時点において在庫は有しておらず, 前記争いのない数量22万8240枚については, 販売済みであると認められる。また, 証拠(甲8, 乙20)によれば, 被告商品は, フェイスマスク単独では1枚当たり28円で販売されていたと認められるから, 販売単価は1枚当たり28円と認めるのが相当である。したがって, 被告商品の販売総額は, 639万0720円である。

また, 実施料率については, 本件本意匠は, 立体フェイスマスクの意匠であって繊維製品といえるところ, 平成4年度~10年度までの繊維製品の実施料率の平均値は6.1%であるが, 原告が本件本意匠の開発に時間と労力を投入

したこと（甲24, 25）, 前記のとおり, 本件本意匠と被告意匠とは類似し, 商品としても, 美容液を浸潤させて用いる立体フェイスマスクとして完全に競合する関係にあり（甲7, 8, 15, 16, 21~23, 26~33）, 上記実施料率で使用許諾する関係にあるとは解されないこと, 当該意匠は, 商品の売上げに相当程度寄与していたといえることを考慮すると, 被告意匠の使用に対する使用料率としては15%をもって相当と認める。

したがって, 意匠法39条3項に基づく, 被告商品の販売による原告の損害額は, 95万8608円（639万0720円×0.15）である。

## (2) 弁護士費用相当額

本件事案の性質, 審理の経過等の諸般の事情を総合考慮すると, 被告らによる本件本意匠の侵害行為と相当因果関係のある原告の弁護士費用相当額の損害は, 10万円と認めるのが相当である。

## (3) 小括

以上のとおり, 本件意匠権1の侵害による原告の損害額は, 105万8608円と認められる。

## 結 論

以上によれば, 被告らにおいて被告商品をなお輸入等するおそれはあるものの, 現時点で在庫を有しているとは認められず, 損害については上記のとおりであるから, 原告の請求については, 主文の限度で認容し, その余については理由がないから棄却し, 認容する請求については仮執行宣言を付することとして, 主文のとおり判決する。

## 【論 説】

### 1. 争点1に対して

1. 1 知財事件を取扱う地方裁判所にあつては, その判決文の作成フォームは定型化しつつあるから, それを読んで批評する者としては, 同じ裁判所が扱った以前の裁判例と比較してしまう。本件にあつては, 同部が平成24年5月21日に判決した「携帯用魔法瓶」をめぐる意匠権侵害差止等請求事件（大阪地裁平成23（ワ）9600号）における手法と同じであるが, この事件の方が本件よりも提起がおそく, 判決が早い事案である。

1. 2 さて, 本件の争点1の意匠権侵害を理由とする請求において, 裁判所は, まず被告意匠は本件本意匠と類似するか否かの点について, 両意匠の各構成を説明した後, 「本件本意匠の要部」の認定の必要を意匠法24条2項を引用し, 「したがって, その判断にあたっては, 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, 需要者の注意が惹き付けられる部分を要部として把握した上で, 両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, 全体として美感を共通にす

るか否かを判断すべきである。」と説示する。

しかしながら、この説示は、法24条2項には規定されていない要件を盛り込んでいるものである。「即ち、物品の性質，用途，使用態様」とは、本件登録意匠に係る物品自体の属性のことを言っているのだから、意匠の類否判断前の説示として問題はないとしても、「公知意匠にない新規な創作部分の存否等」については、参酌すべきことを要求されているものではないから、この説示は本規定の文理解釈から越脱していることになる。

また、法24条2項には「意匠の要部」という要件の規定はなく、あるのは「視覚を通じての美感」だけである。しかも、美感の主体は、当業者や取引者ではなく、一般消費者という需要者であるという。

しかしながら、一般消費者には、刊行物公知の意匠についての知識などはないし、また一般消費者の視覚を通じての美感の異同は、登録意匠の構成要件の中に公知の意匠部分がたとえ含まれていたとしても、消費者の商品選択の動機には関係のない問題である。

ところが、本件登録意匠に対し公知意匠を参酌するという事は、出願時における当該意匠の創作の要部を把握するために必要な作業であり、正に創作者（当業者）の立場からの行為である。

1. 3 裁判所は、本件登録意匠（本意匠）の要部の認定において、その出願前に刊行物公知の図面（乙1の図2，乙2の図3）を引用し、これらとの対比で部分的に重複する箇所を共通点と認定し、それ以外の重複しない箇所を差異点と認定し、「本件本意匠の要部は、右側外形線の具体的な形状にあるといえる。」と認定した。

しかる後に裁判所は、特に右側外形線の具体的な形状において、本件本意匠と被告意匠とは「共通の美感を生じさせるといえる。」と認定し、両意匠は類似するものと判断したのである。

しかしながら、美感とは、きわめて主観的で感性的な要件であるのみならず、看者である需要者には個人差があることを考えるならば、その美感を惹起させる原因となる物品の形態における創作性を把握することが、客観的に説得力があるというものである。裁判所は、前記公知意匠を引用しこれと対比したことにより、本件本意匠の創作の要部を把握したのであるから、この創作の要部を被告意匠がどの程度に具備しているのかを考えることが、類否判断の作業であるというべきである。

1. 4 ところが、裁判所は、新設されたこの規定の由来を熟慮することなく、要件を勝手に加えて消化不良のまま引用しているのである。そこで、この規定の由来について、以下考える。

第1に、「意匠」の定義規定（意2条1項）に「美感」が登場している所以

は、「物品の形状」が実用新案法の保護対象（実1条）となっていることとの違いを明らかにするためであった、という現行意匠法における美感の意義を考慮しない<sup>(1)</sup>ばかりか、「意匠の類似」についての判断基準を意匠法2条の定義規定ではなく、意匠法24条2項の意匠権に係る「登録意匠の範囲」の中で規定したことが、そもそもの誤りであったというべきである。

第2に、出願意匠の類否を判断する主体は、当業界の創作者（当業者）であることは意匠法3条1項柱書が規定しているのに、意匠法24条2項において、急に需要者が登場しなければならないのかわからない。意匠法の目的は、「意匠の創作を奨励し、もって産業の発達に寄与する」ことにあるのに、なぜ商標法の目的にある需要者の利益の保護まで出てくるのか、この辺りの法律問題を裁判所はよく考えていないことになる。

しかも、裁判所は、本件登録意匠に対していくつかの刊行物公知の意匠を引用し参酌しているが、意匠法24条2項には、そのような行為をしなければならないことを規定していないばかりか、同条1項には本件登録意匠の範囲についてきちんと規定しているのであるから、当裁判所の考え方はおかしいことになる。

なお、裁判所によっては、「美感」を「美観」と混同して判決理由に記述されているものを見受けることがあるが、これは問題外である。

1. 5 ところで、筆者はかつて、知財高裁の某部総括判事に、意匠法24条2項の存在意義について尋ねたことがある。それに対し同氏は、権利侵害事件でも審決取消請求事件でも、裁判例の蓄積は十分にあるから、あえて規定するまでもなく、意匠の類否判断について、裁判所は対応できると答えられていた。ということは、同時に同氏は、意匠法24条2項の規定の内容には疑問を持っておられたのである。

この規定の立法に際しては、平成18年4月6日の参議院経済産業委員会および平成18年5月26日の衆議院経済産業委員会の質疑応答があるので、その議事録を参照されたい<sup>(2)</sup>。前者では若林秀樹議員（民主党）が、後者では野田佳彦議員（民主党）が鋭い質問をして立法理由を迫及していたが、これに対し中嶋特許庁長官は、論旨が一貫しないわけのわからない答弁をして終わっているのである。（野田佳彦議員とは後の内閣総理大臣である。）

1. 6 しかしながら、本事件に対する裁判所の心証は筆者は理解できるから、そうであれば意匠法24条2項の規定は無視し、裁判所独自の考え方に基いて意匠の類否判断をすればよいのである。

即ち、本件登録意匠の要部の把握とは、その意匠の創作体の把握を意味するのだから、その場合には出願前公知の意匠をまわりに置いて、その創作体のいかに考えて把握することになるのである。そして、このような思考作業をす

れば、正に意匠は創作であって、美感ではないし、まして商品の識別や混同の有無のために存在しているものでないことを理解することができるのである。

筆者はこのことを、これまでにいろいろな場において繰り返して説明しているのに、理解できないでいる人々のことを理解することができない<sup>(3)</sup>。創作説は「説」ではなく、意匠の本質そのものを説いているのである。「意匠の類似」とは、この意匠の本質にある創作から出発する問題である。

## 2. 争点2に対して

裁判所は、争点1の原告による被告意匠に対する意匠権侵害の主張を認めたことから、争点2の不競法2条1項3号適用についての原告の主張は判断しなかった。

## 3. 争点3に対して

裁判所は、被告美友が、被告意匠に係る物品を韓国から輸入するに際し、被告amiに依頼して被告商品の輸入に必要な手続を行なわせているから、両社は共同して被告商品の輸入販売等によって原告の意匠権侵害を行った民法719条の共同不法行為責任を負うと判断した。

## 4. 争点4に対して

4. 1 被告意匠に係る被告商品の販売数量については、被告が自認した228,240枚だけを裁判所は認め、これに1枚当たりの販売価格28円を掛けた金額6390,720円が売上額であると算定した後、これに被告意匠の使用に対する実施料率を15%をもって相当するとし、実施料として958,608円を損害額として算定した。

この場合、予め当事者同志が意匠権の実施許諾契約をする料率では、売価額の5%位が通常であるところ、本件にあっては、原告が本件本意匠の開発に時間と労力を投入したことに對する不競法2条1項3号の不正競争行為によって被告商品の売上げに相当程度寄与したことを考慮し、実施料率を15%とすることを相当と認定したのである。

4. 2 意匠権侵害論について意匠法は39条で、次の3つの損害額の算定基準を規定する。

- (1) 被告による侵害行為がなければ、原告が販売することができた物品の単位数量当たりの利益額を乗じた額を、得べかりし利益として請求することができる(意39条1項)。
- (2) 被告がその侵害行為によって利益を受けているときは、その利益額を原告の損害額と推定できる(意39条2項)。
- (3) 被告の実施によって原告が受けるべき実施料相当額を損害額として請求

することができる（意39条3項）。但し、この場合、実施料相当額を超える損害の賠償の請求を妨げないとする（意39条4項）。

当裁判所はこの損害論において、(3)の規定を基本的に採用した上で、前記賠償金のほかに弁護士費用相当額として100,000円を認定し、原告の損害額に加算したが、この金額が被告らによる本件本意匠権の侵害行為と相当因果関係にあるものとしては、いかにも少な過ぎる金額と言わざるを得ない。

この問題は、全侵害裁判所において再考していただきたい国民の声ではなからうか。

- (1) 牛木理一「意匠法の研究（四訂版）」12頁以下（発明協会 1994）
- (2) <http://www.u-pat.com/> Contents 第1.1改正意匠法コーナー「7.改正意匠法24条2項の立法理由について」参照。
- (3) この議論の詳細については、例えば牛木理一「改正意匠法24条2項への疑問」パテント2006年10月号参照。

〔牛木 理一〕