

ゲーム機意匠の意匠法3条2項の適用の可否：知財高裁平 18(行ケ)10367・平成 19年1月30日(4部)判決 請求棄却 【特許ニュース6月29日号】

〔キーワード〕公然知られた形態，公報という刊行物の性格，情報館受入れのドイツ国意匠公報，経過年数，推認，容易創作

〔事 実〕

1．本件は、原告（出願人・審判請求人，株式会社三洋物産）が平成 14年 8月 27日に出願した「ゲーム機」に係る意匠は、平成 16年 9月 27日に拒絶査定を受けたので、平成 16年 11月 8日に審判請求をしたところ、平成 16年 6月 7日に不成立の審決があった事案である。

本件意匠は部分意匠であり、スロットマシンゲーム機のレバー操作部分の形状についての登録を求めたものである。

本願意匠は、

(1)基本的構成態様において、

ア ゲーム機本体の前面遊技盤面の中央よりやや下方寄りの、操作卓部の前面左面に設けられたレバー操作部であって、

イ 台座部分と、その台座部分に設置されるレバー台から延びる軸部の先端に操作部を有するレバー部分とから構成されるものであり、

(2)具体的構成態様において、

ア 台座部分は、ゲーム機本体の湾曲部分を基端として手前側へ突出して表れるとともに基端部からの高さが一律でない円筒形状をなすものであり、

イ レバー部分は、上面やや凸湾曲面形状とした略円盤状のレバー台の上面中央から延びる軸部の先端に球状の操作部を取り付けた、

態様のものである。

2．審決の理由は次のとおりである。

本願意匠は、本願登録出願前に公然知られた形状であるレバー部（引用意匠 1）を、本件登録出願前に公然知られた形状である台座部（引用意匠 2）と単に組み合わせて、操作卓部の前面左面に表した程度にすぎず、容易に意匠の創作をすることができたものと認められるから、意匠法3条2項に規定する意匠に該当し、意匠登録を受けることができないというものである。

引用意匠 1 特開 2001 - 314546号公報の図 2 に表されたスロットマシン遊技機用レバー装置の意匠（別紙 2 - 1 のとおり）。

引用意匠 2 特許庁総合情報館が平成 9年 3月 13日に受け入れたドイツ意匠公報（登録番号第 M9605955号。1996年 12月 24日発行）所載

のパソコン用キーボードジョイスティック（審決書2頁32～33行の「ジョイントスティック」は「ジョイスティック」の誤記と認められる。）の台座部分の意匠（特許庁意匠課公知資料番号HH10013298号・別紙2-2のとおり）

〔判 断〕

1 取消事由1（引用意匠2の公知性の認定の誤り）について

(1) 引用意匠2に係る形状が、意匠法3条2項所定の「公然知られた」形状に当たるというためには、それが、本件登録出願前に、日本国内又は外国において、現実に不特定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り、この点については、当事者間に争いが無い。そして、当該事実については、被告が立証責任を負うものであるが、その点の立証に関しては、例えば、間接事実と経験則による事実上の推定等、一般の事実の証明に関する法則が適用されることはいうまでもなく、証拠によって客観的に立証されなければならないとの原告の主張は、かかる点まで含むものであれば、正当である。

しかるところ、乙第1、第3号証、第4号証の1～3、第5号証及び弁論の全趣旨によれば、本件ドイツ公報は1996年12月24日に発行されたものであり、平成9年3月13日に我が国の情報館がこれを受け入れ、その後間もなく、これを開架制で一般の閲覧に供したものであって、その発行から本件意匠登録出願までの期間は約5年8か月、情報館がこれを閲覧可能としてから本件意匠登録出願までの期間は約5年3か月であったことが認められる。

そして、独立行政法人工業所有権情報・研修館法（平成11年法律第201号。平成16年法律第79号による改正前の題名は「独立行政法人工業所有権総合情報館法。以下「情報館法」という。）3条が「独立行政法人工業所有権情報・研修館」（以下「情報・研修館」という）は、発明、実用新案、意匠及び商標に関する公報・・・その他の工業所有権に関する情報の収集、整理及び提供を行う・・・こと等により、工業所有権の保護及び利用の促進を図ることを目的とする（上記改正前の規定は「独立行政法人工業所有権総合情報館（以下「情報館」という）は、発明、実用新案、意匠及び商標に関する公報等を収集し、及びこれらを閲覧させること等を行うことにより、工業所有権の保護及び利用の促進を図ることを目的とする）と定め、また10条1号が「発明、実用新案、意匠及び商標に関する公報見本及びひな形を収集し、保管し、及び陳列し、並びにこれらを閲覧させ、又は観覧させること。」（上記改正前は「発明、実用新案、意匠及び商標に関する公報、見本及びひな形を収集し、保管し、陳列し、及びこれらを閲覧させ、又は観覧させること。」）を、上記3条の目的を達成するため行う業務の一つとして、規定していることにより、情報館におい

て、公報等の閲覧が可能であることは広く知られているところであり、このこと、及び、公報が元来、閲覧・頒布等によりその内容を周知する目的のものであることと、上記本件ドイツ公報の情報館における受入、供覧の経緯を併せ考えれば、我が国において、本件ドイツ公報が、本件登録出願前に、現実に不特定の者の閲覧に供され、こ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。

(2) 原告は、日本国内だけで、年間 3 ～ 4 万件の意匠公報が発行されており、これに、外国で発行される意匠に関する公報を加えた発行総数を考慮すれば、公報であるからといって、一般第三者に当然閲覧されているということができないと主張するが、仮に主張に係る数の意匠公報が発行されているとしても、上記認定事実を覆すには足りない。

また、原告は、本願意匠に係る物品と同種のゲーム機の実施が日本国内に限られ本願意匠の属する分野における事業者は、外国で頒布された刊行物に記載された形状について当然に認知しているとはいえないとか、積極的に調査をする以外に、外国で頒布された刊行物に記載された形状を知る機会を得ることはできないのが通常であると主張するが、仮に、本願意匠に係る物品と同種のゲーム機の実施が日本国内に限られるとしても、当該事業者を含む不特定者が、本件ドイツ公報を閲覧することがないといえるものではないから、上記主張も失当である。

なお、原告は、さらに、審決において、本件ドイツ公報発行日又は閲覧可能開始日からの経過年数等が示されるべきであったが、審決は、引用意匠 2 が公知である理由として、単に「公報という刊行物の性格からして」ということを挙げたのみであるから、審決取消訴訟において、それらの事実を主張立証することは許されないと主張する。

しかしながら、審判体は、原告に対する拒絶理由通知（甲第 7 号証）において、本件ドイツ公報の発行年月日、情報館の受入年月日、引用意匠 2 の登録番号等を明記しており、また、上記のとおり、審決においても、これを繰り返している。そして、本件ドイツ公報発行日から本件意匠登録出願までの経過年数は一義的に算出し得るし、また、情報館の受入年月日が正確には閲覧可能開始日と一致しなくとも、上記情報館法の規定などに照らして、受入後程なくして閲覧に供されたことが推認され、したがって、閲覧可能開始日から本件意匠登録出願までのおおよその経過年数も算出することができる。そして、審決の「引用意匠 2 は、ドイツ意匠公報として、既に、本願出願前の 1996 年 12 月 24 日に発行され、公報という刊行物の性格からして、一般第三者たる不特定多数の者に対して現実にその内容が知られているものであることは明らかであり、引用意匠 2 は、本願出願前に公然知られた意匠と認められる。」との説

示は、上記各経過年数をふまえたものであると理解されるから、審決に、原告主張のような瑕疵があるということとはできない。

2 取消事由2（創作容易性判断の誤り）について

(1) 原告は、「パロット」と称される回胴式ゲーム機である本願意匠に係る物品が属する分野と、パソコン用キーボードジョイスティックである引用意匠2に係る物品が属する分野は、共通せず、関連性も乏しいから、そのような分野に属する意匠を組合せの一方として考えることが、当業者にとってありふれた手法ということとはできないと主張する。

しかしながら、例えば、1996年（平成8年）12月21日発行の「マグロウヒルパソコン百科事典」の「ジョイスティック」の項目に「ジョイスティックとは、ビデオやコンピュータ・ゲームでよく使われる制御入力装置である」との記載があるとおり、パソコン用キーボードジョイスティックが、主にパソコンゲームに用いられることは周知の事項であるというべきである。そうすると、本願意匠も引用意匠2も、共に、レバーを有し、ゲームに用いられる制御器に係るものであって、用途及び機能は共通しており、その属する分野は同一ではないとしても、関連するものというべきであるから、原告の上記主張は前提を誤るものであって、失当である。

(2) また、原告は、パロットの操作卓部前面の左右両脇は、奥方に漸次回り込む略凸湾曲面となっているが、本願意匠によって、台座部の円形平面が正面側に向いた状態となる角度で操作卓部前面左脇寄りの位置に取り付けられ、レバー部の軸部が自然に正面側に延びて高い操作性を維持できるのであり、この点に本願意匠の台座部の創作性が認められるのに対し、引用意匠2の台座部は、円形平面が斜め上方を向いた状態の角度で取り付けられるものと考えられるから、引用意匠1と引用意匠2を組み合わせる本願意匠の位置に取り付けるためには、引用意匠2を、通常使用態様の角度と異なる角度に回転させなければならぬところ、本願意匠と異なる分野に属する引用意匠2を組合せの一方として用いた上、その組合せを引用意匠2にとっては通常でない角度に回転させて取り付けるといふ、二段階の工程を経ることは、当業者にとってありふれた手法でなし得ることができないものであると主張する。

しかしながら、機器に操作レバーを取り付ける際、機器の取付面にそのまま取り付けただけでは、操作レバーの角度等が、操作性の観点から適切なものとならない場合に、取付面上に台座を設け、これに操作レバーを付設することにより、操作レバーの角度等を調節して所望のものとするは、ゲーム機分野に限らず、一般的に行われている常套的な手段というべきである。そして、引用意匠2の台座も、かかる操作レバー付設用のものであるところ、当該台座は、

下部が奥方に漸次回り込む略凸湾曲面状の取付面から斜め上方に円筒状に突出させ、その円筒上面（操作レバー付設面）を所定の角度に保ちつつ、円筒基端部を取付面の略凸湾曲面形状に追随させるため、円筒の突出高さ（基端部からの高さ）を下部になるほど高くした形状であり、その意匠において、取引者・需要者の目を惹く特徴は、円筒基端部を取付面の略凸湾曲面形状に追随させ、当該略凸湾曲面が回り込む方向に円筒の突出高さを高くしている点であり、当該突出高さが高くなる方向が台座の上下左右いずれであるかという点ではない。

他方、本願意匠の台座部は、ゲーム機本体の湾曲部分を基端として手前側へ突出して表れるとともに基端部からの高さが一律でない円筒形状をなすものすなわちゲーム機本体操作卓部前面の左脇が奥方に漸次回り込む略凸湾曲面から正面に円筒状に突出させその円筒上面に正面を向けて付設した操作レバーの角度を保ちつつ円筒基端部を取付面である操作卓部前面の略凸湾曲面形状に追随させるため、円筒の突出高さ（基端部からの高さ）を左方になるほど高くした形状であることが認められる。そして、引用意匠2の分野と本願意匠の分野とが関連するものであることは、上記のとおりである。

そうすると、本願意匠は、引用意匠1のレバー部の形状と引用意匠2の台座部の形状とを組み合わせ、操作卓部の前面左面に表した程度にすぎず、容易に意匠の創作をすることができたものと認められ本願意匠の台座部が創作性を有するとか引用意匠1と引用意匠2を組み合わせ本願意匠の位置に取り付けるためには、二段階の工程を経ることが必要で、当業者にとってありふれた手法でなし得ることができないとの上記原告の主張は失当である。

原告は、パロットというゲーム機が、市場に出て間もない新しいものであり、本願意匠は従前では全く見られなかったものであって、強烈な印象を与える形態であるとか、本願意匠の台座部を回転させるという発想が容易でない以上、本願意匠は創作容易でないと主張する。

しかしながら、本願意匠は、これと密接に関連している旨、原告が自認する分野に属する引用意匠1のレバー部の形状と、上記のとおり、本願意匠と関連すると認められる分野に属する引用意匠2の台座部の形状とを組み合わせただけでの形状であり、かつ、引用意匠2の台座部に関しては、その特徴である、円筒基端部を取付面の略凸湾曲面形状に追随させ、当該略凸湾曲面が回り込む方向に円筒の突出高さを高くしている点をそのまま踏襲しているものであって、円筒の突出高さが高くなる方向が相違するのは、上記引用意匠2の台座部の特徴を踏襲した結果にすぎないものであるから、たとえ、パロットというゲーム機自体が、市場に出て間もない新しいものであったとしても、当業者において、本願意匠の創作が容易であることに変わりはない。

また、原告は、特許庁の意匠審査基準の「創作非容易性」の章における「置

換の意匠」の事例（甲第10号証30～34頁）を挙げ、意匠審査基準においては、同じ分野か、関連する分野の他の公知形態を、その位置や角度を特に変更することなく、単純に置換えて用いたものを、創作容易レベルとして想定していると考えられるが、本願意匠はこれに当たらないと主張する。

しかしながら、引用意匠2の分野と本願意匠の分野とが関連するものであることは、上記のとおりである。また、上記意匠審査基準の各事例において、置換えに用いる公知形態の位置や角度が特に変更されないで置き換えられていることは、原告主張のとおりであるが、これらの公知形態においては、当該位置・角度にあることが、意匠における特徴を成している（少なくとも自然である）のに対し、引用意匠2の台座部の特徴は、それ自体の位置・角度にあるのではなく、上記のとおり、円筒基端部を取付面の略凸湾曲面形状に追随させ、当該略凸湾曲面が回り込む方向に円筒の突出高さを高くしている点にあるのであるから、上記意匠審査基準の各事例とは、事例を異にするものである。したがって、原告の上記主張も失当である。

3 結論

以上によれば、原告の主張はすべて理由がなく、原告の請求は棄却されるべきである。

〔論 説〕

1．立法理由・立法経過

1.1 審査における拒絶査定と審判における請求不成立の事案の殆どは、特許出願にあっては特許法29条2項の進歩性、意匠登録出願にあっては意匠法3条2項の創作力の認定に対して不服がある場合である。

本件は、後者の場合であるが、特許庁はおろか裁判所までも、意匠法3条2項の立法経過や立法理由、そこから理解できる文理解釈を離れて、それぞれ我田引水に終始した都合のよい議論をして判断しているように見えるのは、筆者だけであろうか。

意匠法3条2項の適用をめぐる議論をするに際しては、常に平成10年改正法の立法経過及び立法理由を基本においている筆者の立場では、まず以下の理論的展開から始めなければならない。

1.2 現行意匠法の改正時において、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、法3条2項を改正することによって、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ず、疑問のまま残されている。けだし、強い意匠権とは、類似範囲の広い意匠権を意味するから、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、保護範囲が広がるのかは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としか理解せざるを得ない。

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、昭和34年意匠法の一貫した原則である(意23)。非類似の物品に及んで、登録意匠から容易に創作することができる意匠についてまで、意匠権の効力が及ぶものではない。

1.3 ところで、前記答申によると、法改正後の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。

「(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。」

すなわち、法3条2項を前記答申規定と比較すると、前者中から、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)」及び「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」の要件が消え、前半の「公然知られた」との要件のみの規定に変更されたのである。

2. 意匠法3条2項の解釈

2.1 「意匠審査の運用基準」(平成10年12月発行)によると、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、それぞれに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。

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。

しかし、同運用基準において記載されている、その規定の「解釈」と「判断

資料」との間には、以下指摘するように、明かに矛盾ないし欺瞞が見られるのである。

2.2 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、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ている。

すなわち、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については、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判示されているように、違いは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、意匠第3条第1項第2号の存在意義が全然なくなってしまう。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、単に公然と知られべき状態になったただけでは足りず、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変更否定された判決が、最高裁からなされたことは聞いていないから、現行法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、前記東京高裁の解釈が正当に通用しているというべきである。

2.3 ところが、「判断資料」の(1)-2及び(3)-2においては、「・・・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。」と「・・・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。」と、成立要件を変えているが、きわめて恣意的である。

すなわち、(1)-2に「公然知られた」状態にあるものとは、頒布刊行物中の形態自体が公然知られた状態にあるものと解されるし、(3)-2に「公然知られた」状態にあるものとは、頒布刊行物自体が公然知られた状態にあるものと解するしかない。

しかし、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」とにあつて、「公然知られた」の意義に、別異の解釈をしなければならない理由は全くないはずである。

したがって、特許庁が「運用基準」の判断資料として示した前記(3)-2の記載は、誤った解釈に基づいた我田引水論である。

けだし、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ものである以上、その形態を掲載した頒布刊行物はたとえ公然知られた状態にあつたとしても、その大量な公報の内部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つたと断定することはできず、単に「知られ得る状態」にあつたものとししか評価できないからであ

る。この区別は、法3条1項が、1号の場合と2号の場合とを明確に区別して規定している原則から、関係者は容易に文理解釈することができるのである。

3. 引用意匠の公知性の認定

3.1 そこで、まず意匠法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状、模様若しくは色彩又はこれらの結合に基いて、

容易に意匠の創作をすることができたとき、

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。

このうち、の主体やの公知対象については、比較的明らかであるとしても、の容易創作の基準は明らかであるとはいえない。そこで、の意味することとの関係について、改めて考えることにする。その中心にあるものといえば、「当業者」（主体）と「創作」（客体）である。

3.2 本件の引用意匠2件のうち、引用意匠1はわが国特許庁発行の公開特許公報中の「図2」の意匠であり、引用意匠2はドイツ国特許庁発行の意匠公報中の図面の台座部分の意匠であり、当業者はこの両意匠を寄せ集めると本願意匠のような形態のものとなるから、容易に創作することができたものと審判では判断されたが、このような法規定の解釈は誤りであると原告は指摘している。すなわち、原告は次のように主張した。

引用意匠2に係る形状が、意匠法3条2項所定の「公然知られた」形状に当たるというためには、それが、本件登録出願前に、日本国内又は外国において、現実に不特定の者に知られたという事実が必要であり、かつ、その事実は、被告が立証責任を負い、証拠によって客観的に立証されなければならない。

しかるところ、審決は、引用意匠2を記載したドイツ意匠公報の「公報という刊行物の性格からして」という理由のみによって、引用意匠2が、本件登録出願前、公然知られた形状であると認定するのである。しかし、日本国内だけで、年間3～4万件の意匠公報が発行されており、これに、外国で発行される意匠に関する公報を加えた発行総数を考慮すれば、公報であるからといって、一般第三者に当然閲覧されているということができないことは明らかである。本願意匠に係る物品と同種のゲーム機は、日本国内でのみ実施される場合が極めて多いため、通常、本願意匠の属する分野における事業者は、外国で頒布さ

れた刊行物に記載された形状について当然に認知しているとはいえない。これらの事業者は、積極的に調査をする以外に、外国で頒布された刊行物に記載された形状を知る機会を得ることはできないのが通常である。したがって、引用意匠2のように、上記事業者がアプローチする機会が少ないと思われる刊行物に記載された形状については、それが実際に公然知られた事実を客観的に立証する必要があるというべきである。

被告は引用意匠2が掲載されたドイツ意匠公報（以下「本件ドイツ公報」という。）が、本件意匠登録出願より約5年8か月前の1996年12月24日に発行され、我が国の特許庁総合情報館に受け入れられて、本件意匠登録出願より約5年3か月前から一般第三者に閲覧可能となったことを主張するが、これらの事実は、意匠の流行性という特質や、上記のとおり、本願意匠に係る物品と同種のゲーム機の実施が日本国内に限られることにかんがみると、引用意匠2に係る形状が現実に不特定の者に知られたという事実を何ら推認させるものではないパリ条約やドイツ意匠法及び独立行政法人工業所有権総合情報館法の各規定も同様である。

なお、仮に本件ドイツ公報発行日又は閲覧可能開始日からの経過年数等が引用意匠2の公知性の認定に有効な事実となり得るのであれば、審決において、それが示されるべきであったところ、審決は引用意匠2が公知である理由として単に「公報という刊行物の性格からして」ということを挙げたのみであるから、審決取消訴訟において、それらの事実を主張立証することは許されない。

3.3 引用意匠2件のうち、引用意匠(1)はわが国特許庁発行の公開特許公報の中の図面であり、引用意匠(2)はドイツ国特許庁発行の意匠公報の中の図面であるところ、これらの図面が意匠法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態」に該当するものか否かが争点となったから、この点について検討すると、やはり判決の解釈はおかしいと思う。

そこで、判決の認定判断はおかしいと筆者が思う点を挙げると、次の記述において見られる。

(1) 1996年(平8)12月24日に発行された本件ドイツ公報が、わが国の情報館に受け入れられたのは平成9年3月13日で、開架制で一般の閲覧に供した。その発行から本件意匠出願までの期間は約5年8か月、情報館が閲覧可能としてから出願までは約5年3か月である。

(2) 情報館では公報等の閲覧が可能であることは広く知られており、公報は元来、閲覧・頒布によってその内容を周知する目的があり、わが国で本件ドイツ公報が本件意匠出願前に、現実に不特定の者の閲覧に供され、これに掲載され

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。

(3) 仮に、原告主張の多数の意匠公報が発行されているとしても、上記認定事実を覆すには足りない。

(4) 仮に、本願意匠に係る物品と同種のゲーム機の実施が日本国内に限られるとしても当該事業者を含む不特定者が、本件ドイツ公報を閲覧することがないといえるものではないから、上記主張も失当である。

(5) 本件ドイツ公報発行日から本願意匠出願までの経過年数は一義的に算出し得るし、情報館の受入年月日が正確には閲覧可能開始日と一致しなくとも、上記情報館法の規定などに照らして受入れ後ほどなくして閲覧に供されたことが推認される。審決の「引用意匠 2 は、ドイツ意匠公報として、既に、本願出願前の 1996 年 12 月 24 日に発行され、公報という刊行物の性格からして、一般第三者たる不特定多数の者に対して現実にその内容が知られているものであることは明らかであり、引用意匠 2 は本願出願前に公然知られた意匠と認められる。」との説示は、上記各経過年数をふまえたものであると理解されるから、審決に、原告主張のような瑕疵があるということとはできない。

3.4 筆者がここに列挙した知財高裁の上記認定事実は、前記意匠法 3 条 2 項が規定する要件事実に応用するとどうなるのかが問われていることになる。しかし、それらの事実認定は一致しないばかりか、公報という刊行物の性格とか、可能性とか、目的とか、推認とかの表現でわかるように、説得力のない認定で終始しているのである。

したがって、このような批判に知財高裁が判決できちんと答えるためには、まず東京高裁の先輩らが行った前記判決例はすべて間違っていると確実に否定することから始めなければならないであろう。すなわち、意匠法 3 条 1 項は 1 号で「公然知られた」を要件とし、その 2 号で「頒布された刊行物に記載された」を要件として区別していても、3 条 2 項で要件とする「公然知られた」は、前記「頒布された刊行物に記載された」とする要件をも含むように文理解釈することが妥当であることを説示してほしいのである。

しかし、もしそのような批判的説示を知財高裁ができないのであれば、依然として前記した東京高裁の判決例の正当性が証明されることになるであろう。したがって、出来得れば、最高裁において受理決定後の逆転判決が出る前に、知財高裁にはもう一ど、現行意匠法の 3 条 2 項が生まれた立法経過と立法理由を精査することを望むものである。

前記の東京高裁判決が異口同音で認定していることは、1 号にいう「公然知られた」事実と 2 号にいう「公然知られ得る」事実とは異なるものであり、3

条2項の事実は前者に属するものであるという、きわめて簡単な答えである。

3.5 原告が争った第2の取消事由は、公知刊行物中の引用意匠1と引用意匠2とを寄せ集めたものが本願意匠となるから、容易に創作することができる意匠と認定された事実に対するものであった。

しかし、これは、各引用意匠の事実の公然性が前提となるから、この前提が誤っている以上、創作容易の有無を判断することはできず、その意味で批判の対象とはならない。

〔牛木 理一〕

