

出願意匠「呼吸マスク」拒絶審決取消請求事件：知財高裁平成 22(行ケ)10079・平成 22 年 7 月 7 日(4 部)判決 請求棄却

【キーワード】

意匠法 3 条 1 項 3 号，部分意匠，意匠の類否判断，法 2 4 条 2 項，最高判昭和 4 9 年 3 月 1 9 日，同判昭和 5 0 年 2 月 2 8 日，全体的觀察

【事 実】

本件は，原告（スリーエム イノベイティブプロパティズ カンパニー）が，下記 1 のとおりの本件意匠登録出願に対する拒絶査定不服審判の請求について，特許庁が同請求は成り立たないとした別紙審決書（写し）の本件審決（その理由の要旨は下記 2 のとおり）には，下記 3 の取消事由があると主張して，その取消しを求める事案である。

1 特許庁における手続の経緯

(1) 出願手続（甲 1）及び拒絶査定

意匠に係る物品：「呼吸マスク」

意匠の形態：別紙審決書（写し）の「別紙第 1」（以下「別紙第 1」という。）のおおりの部分意匠（以下「本願意匠」という。）

出願番号：意願 2 0 0 7 - 3 0 4 0 0 号

出願日：平成 1 9 年（2 0 0 7 年）1 1 月 2 日

パリ条約による優先権主張日：平成 1 9 年（2 0 0 7 年）5 月 3 日（アメリカ合衆国）

拒絶査定：平成 2 0 年 9 月 1 6 日

(2) 審判請求手続

審判請求日：平成 2 0 年 1 2 月 1 5 日（不服 2 0 0 8 - 3 1 7 2 4 号）

本件審決日：平成 2 1 年 1 0 月 2 3 日

本件審決の結論：「本件審判の請求は，成り立たない。」

審決謄本送達日：平成 2 1 年 1 1 月 1 0 日

2 本件審決の理由の要旨

(1) 本件審決の理由は，要するに，本願意匠は，下記引用例の第 2 図及び第 3 図に現されたマスク（その形態は別紙審決書（写し）の「別紙第 2」（以下「別紙第 2」という。）のおおりの）の本願意匠に対応する部分の意匠（以下「引用意匠」という。）と類似するから，意匠法 3 条 1 項 3 号に掲げる意匠に該当し，意匠登録を受けることができない，としたものである。

引用例：昭和 6 0 年実用新案出願公開第 1 1 6 3 5 2 号（考案の名称「簡易マスク」）の公開実用新案公報（昭和 6 0 年 8 月 6 日公開。甲 2）

(2) 本件審決が前提とした，本願意匠と引用意匠との共通点及び差異点は，以下のとおりである。

ア 共通点：基本形状をマスクの上縁に沿って屈曲する細幅の帯状としたものであって，具体的な屈曲の態様は，正面視，中央部をなだらかな山状に突出させ，その山裾に相当する部位を一度浅く窪ませた後，その外方の頬骨から口元に当接される部位近辺を再度緩やかに湾曲突出させて，全体が中央を頂点として左右対称に波打つようにした点

イ 差異点：この左右対称に波打つ態様の延在方向について，本願意匠は，側面視，顔面に対して略平行となる鉛直方向に延在させたのに対し，引用意匠は，顔面に対して略45°となる斜め方向に延在させた点（以下「本件差異点」という。）

3 取消事由

本願意匠と引用意匠との類否判断の誤り

【判断】

1 本願意匠と引用意匠との類否について

(1) 意匠法3条1項3号について

意匠法3条1項1号及び2号所定の公知意匠と類似の意匠であることを理由として，同項3号に該当することを理由に意匠登録出願について拒絶するためには，まずその意匠にかかる物品が同一又は類似であることを必要とし，さらに，意匠自体においても同一又は類似と認められるものでなければならない。意匠権の効力は，登録意匠及びこれに類似する意匠にも及び，意匠の類否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とされているから（意匠法23条，24条2項），同法3条1項3号においては，同一又は類似の物品の意匠間において，需要者の立場からみた美感の類否が問題となる（最高裁昭和45年（行ツ）第45号同49年3月19日第三小法廷判決・民集28巻2号308頁，最高裁昭和48年（行ツ）第82号同50年2月28日第二小法廷判決・裁判集民事114号287頁参照）。

(2) 物品の類否

本願意匠は，意匠に係る物品を「呼吸マスク」とする部分意匠である。引用意匠は，簡易マスクに関するものであり，本願意匠の部分に対応するマスクの上縁部である。

よって，本願意匠に係る物品と引用意匠に係る物品とは，少なくとも類似し，この点について当事者間に争いはない。

(3) 意匠の観察方法について

ア 原告は，本願意匠に係るマスクのような，立体物でありかつ形態が不使

用時状態，使用直前状態，装着状態により変化する物品については，外部から観察される限り，物品の状態や観察方向は限定されるべきではなく，各状態，特に，需要者にとって関心が最も高い装着状態の形態に重きをおいて，当該部分意匠を多方向から三次元的にかつ総合的に観察した上で，部分意匠の形態の特徴を把握するべきであると主張する。

イ しかしながら，意匠登録を受けようとする者は，願書に意匠登録を受けようとする意匠を記載した図面を添付しなければならず（意匠法6条1項），通商産業省令で定める場合はこれに代えて意匠登録を受けようとする意匠を現した写真，ひな形又は見本を提出することができ（同条2項），意匠に係る物品の形状等がその物品の有する機能に基づいて変化する場合において，その変化の前後にわたるその物品の形状等について意匠登録を受けようとするときは，その旨及びその物品の当該機能の説明を願書に記載しなければならないとされている（同条4項）。そして，いわゆる基本六面図のほか，斜視図その他の必要な図面を加え，意匠の理解を助けるため必要があるときは，使用の状態を示した図その他の参考図を加え（意匠法施行規則3条，様式第6備考8，14），開くものの意匠であって開き等の意匠の変化の前後の状態の図面を描かなければその意匠を十分表現することができないものについては，意匠の変化の前後の状態が分かるような図面を作成すべきものとされている（同様式第6備考20）。

したがって，出願人たる原告において，不使用時状態，使用直前状態及び装着状態とで，意匠に係る物品の形状が変化するというのであれば，本来，適宜の必要な図面を加え又は意匠の変化の前後の状態が分かるような図面を作成すべきものであるところ，原告は，願書に，折り畳むとフラットな状態になることは記載しているものの，装着状態が別紙第1記載の図面とは異なるものであることを記載していないし，装着状態の説明もなく，別紙第1記載の図面以外の図面等を提出していない（甲1）。そして，登録意匠の範囲は，願書の記載及び願書に添付した図面に記載され又は願書に添付した写真，ひな形若しくは見本により現された意匠に基づいて定めなければならないとされていること（意匠法24条1項）に照らしても，願書に添付した図面に記載され又は願書に添付した写真，ひな形若しくは見本により現された事項及びここから認識できる事項以外の事項を考慮して本願意匠を認定し得るとすることは，相当でない。

また，意匠は物品の形状等であるところ（意匠法2条1項），呼吸マスクの装着状態は，これを装着する者の顔面の大きさや輪郭線，装着の仕方等によって変形し得るものであり，特に本願意匠のような，呼吸マスクの外縁部分の一部である帯状の部分のみを対象とする部分意匠においては，

その図面によることなくその態様を認定することが困難である。そして、原告において、別紙第1の図面に記載された形態が、呼吸マスクの使用直前状態を現すものと主張するところ、その状態は、呼吸マスクという本願意匠に係る物品自体の形態として通常観察される状態であり、上記図面に記載され、又はこれにより現された意匠に基づいて、本願意匠を認定することに、誤りはない。

なお、検甲第1、2号証は、本願意匠及び引用意匠の近似実施品又は製作見本であるから、これを装着して撮影した写真（甲6の1）による比較は、正確なものとはいえない。

(4) 類否判断の前提となる事実

ア 本願意匠の構成について

本願意匠は、別紙第1の図面に記載のとおりのものであり、上方パネル、中央パネル及び下方パネルの3区画から成る呼吸マスクの上方パネルの外縁部についての意匠であり、マスクの上縁部に沿った細い帯状の部分である。

本願意匠の構成態様は、使用直前状態の正面視によれば、全体が略円弧状で、その中央部が山状に上方に突出し、当該突出部から左右対称に両側に向かって湾曲しながら斜め下方に伸びる曲線であり、背面視もほぼ同様である。平面視によれば、左右方向になだらかに波打つような曲線からなる。側面視によれば、上下方向になだらかに波打つような曲線からなる。具体的な湾曲の態様は、中央部が山状に突出し、左右対称にその両側に浅い凹状の湾曲があり、さらにその外側が緩やかに凸状に湾曲することにより、緩やかな波打ち状に形成されている。

イ 引用意匠について

引用意匠は、別紙第2の図面に記載された簡易マスクのうち、本願意匠の部分に対応するマスクの上縁部に沿った細い帯状の部分についてのものである。

引用意匠の構成態様は、正面視によれば、全体が略円弧状で、その中央部が山状に上方に突出し、当該突出部から左右対称に両側に向かって湾曲しながら斜め下方に伸びる曲線である。側面視によれば、斜め方向になだらかに波打つような曲線からなる。具体的な湾曲の態様は、中央部が山状に突出し、左右対称にその両側にやや丸みを帯びて凸状に湾曲している。

ウ 本願意匠と引用意匠との共通点及び差異点

上記ア、イによれば、本願意匠と引用意匠とは、正面視、全体が略円弧状で、その中央部が山状に上方に突出し、当該突出部から左右対称に両側に向かって湾曲しながら斜め下方に伸びる曲線である点において共通する。

もっとも、その湾曲の具体的態様は、本願意匠は、山状に突出した中央部の両側に浅い凹状の湾曲があり、外側の凸状の湾曲が、引用意匠の方がやや丸みを帯びている点において相違する。また、側面視において本件差異点があることは、当事者間に争いが無い。

(5) 両意匠の類否

ア 本願意匠が呼吸マスクの上縁部に関する部分意匠であることにかんがみると、本願意匠と引用意匠とを全体として観察した場合、意匠全体の支配的な部分を占め、全体として一つの意匠的なまとまりを形成し、需要者に視覚を通じて一つの美感を与えて、需要者の注意を強く惹くのは、正面視における形状というべきである。そして、正面視、全体が略円弧状で、中央部が山状に上方に突出し、当該突出部から左右対称に両側に向かって湾曲する曲線であるという態様は、基本形状が細い帯状を呈する中において、類否判断に極めて大きな影響を及ぼすものであり、この点において本願意匠と引用意匠とは共通するから、需要者の視覚を通じて起こさせる美感は、類似する。

なお、両意匠を対比すると、正面視における具体的な湾曲の態様には、上記・ウのとおり相違する点もあるが、その相違はわずかである上、本願意匠における浅い凹状の湾曲を含む形状は、本件出願前から普通に見られる態様であって（乙3ないし6）、このような部分的差異があっても、需要者の視覚を通じて起こさせる全体から生じる美感に与える影響は少ない。

また、両意匠の側面視における本件差異点、すなわち、本願意匠が上下方向（顔面に対して略平行となる鉛直方向）であるのに対し、引用意匠が斜め下方（顔面に対して略45°となる斜め方向）である点において相違するものの、本願意匠のようにこれが上下方向である態様は、本件出願前から普通に見られる態様であって（甲4、5、乙1）、ありふれた形状といわざるを得ないから、このような部分的差異があっても、需要者の視覚を通じて起こさせる全体から生じる美感に与える影響は少ない。

よって、具体的な湾曲の態様における相違点及び側面視における本件差異点は、特段の看者の注意を惹くものではなく、類否判断に及ぼす影響は大きいとはいえず、引用意匠との上記相違点及び本件差異点が、正面視、全体が略円弧状で、中央部が山状に上方に突出し、当該突出部から両側に向かって湾曲する曲線であるという共通点を凌駕するものとはいえない。

イ 以上説示したところによれば、本願意匠は、需要者に全体として引用意匠と共通の美感を生じさせる意匠的效果を有するものと認めるのが相当であり、差異点に係る本願意匠の形態から生じる意匠的效果は、ありふれた

ものであって、意匠全体としては、引用意匠と類似のものといわざるを得ない。

ウ 原告は、両意匠の具体的な波打ち形状は共通しておらず、本願意匠の上縁部は、中央部の山裾から左右の端部に向かって、湾曲の方向が各小山の山裾から頂部にかけて変曲する変曲点を有する波打ち形状を有するという、引用意匠には見られない特徴を有していると主張する。

しかしながら、意匠の類否判断は、全体的観察を中心に、これに部分的観察を加えて、総合的な観察に基づいてされるべきところ、意匠全体の支配的な部分を占め、全体として一つの意匠的なまとまりを形成し、需要者に視覚を通じて一つの美感を与える構成態様を軽視し、細部の形状などの具体的態様のみを重視することはできない。そして、本願意匠と引用意匠との具体的な湾曲の態様が異なるとしても、その差異は、微細なものであり、全体の形状の共通点を凌駕するものとまではいえないことは、前記のとおりであって、部分意匠の類否判断の結論に影響を及ぼすものであるとはいえない。このように、本願意匠と引用意匠とは、全体として、基本的かつ特徴的な形状を共通としているものであり、このような中で見られる上記相違点は、両意匠の特徴的な形状ということとはできず、両意匠の類否判断には影響を及ぼさないものというべきである。

エ 原告は、本願意匠の上縁部の波打ち形状は、特に装着状態において引用意匠の対応部分と大きく相違すると主張する。

しかしながら、そもそも、本件出願において装着状態の意匠に係る図面は提出されておらず、願書に添付された図面に記載されている事項及びここから認識できる事項以外の事項を考慮すべきでないことは、前記のとおりである。また、原告が本願意匠に係るマスクの装着状態を示すものとして提出した写真（甲6の1の写真1-3）及び引用意匠に係るマスクの装着状態を示すものとして提出した写真（同2-3）による比較が正確でないことも、前記のとおりであるが、これらの写真によれば、装着状態においては、本願意匠においても、側面視、斜め下方に波打つ曲線を描いており、むしろ、この点においても、引用意匠の側面視と共通することになってしまうものであって、原告の上記主張は、失当である。

(6) 本件審決の類否判断の当否

以上のとおり、本願意匠は、引用意匠とその意匠に係る物品が類似し、さらに、両意匠が類似するものと認められるので、本件審決の判断は、結論において相当である。

2 結論

以上の次第であるから、原告の請求は棄却されるべきものである。

【論 説】

1 . この事案は、拒絶査定不服の審判請求事件で成り立たずの審決を受けた原告が、審決取消しを求めた知財高裁においても、請求棄却の判決を受けたことから、原告出願に係る意匠は、公開された判決文の「別紙1」には添付されていないから、第三者にとっては引用意匠との対比判断を、具体的図面によってすることができないのが残念である。したがって、引用意匠から出願意匠に係るマスクの形態を想像するしかない。⁽³⁾

2 . さて、本件判決は、原告の出願意匠に対して法3条1項3号を適用する条件として、まず(1)物品が同一又は類似であること、(2)意匠自体が同一又は類似であること、を説示するが、これは高裁としての見識を疑うほど、あまりにも初歩的な説明である。

ところが、そこで急に法23条と法24条2項の規定を飛躍引用し、(3)意匠権の効力は登録意匠及びこれに類似する意匠にも及ぶこと、(4)意匠の類否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、とされているとも説示する。

だから、出願意匠に対する類否判断は、「同一又は類似の物品の意匠間において、需要者の立場からみた美感の類否が問題となる。」と説示し、古い例の「可撓伸縮性ホース事件」(最高判昭和49年3月19日)と「帽子事件」(最高判昭和50年2月28日)の2つの最高裁判決を援用する。⁽¹⁾

しかし、これでは知財高裁としての出願意匠の類否判断法についての論理が一貫せず支離滅裂である。

3 . 原告は本件において、出願意匠に対する拒絶理由に基く拒絶査定及び不成立の審決の適否を問題にしているのであって、出願意匠が審査の結果、設定登録された後に発生する意匠権の効力が及ぶ範囲(意23条)や登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否か(意24条2項)のことを問題にしているのではない。したがって、裁判所は、本件の争点は何であるのかを理解していないか、誤解しているといわねばならない。

また、前記「ホース」事件は登録無効審判請求事件であるし、前記「帽子」事件は出願拒絶審決取消請求事件であるから、「意匠権の章節」において規定されている改正法24条2項の立法根拠として、前記判例を挙げているのは立法者の誤りである。その真実に気付かず無反省に、前記のような規定と判例紹介をしている本件判決の考え方はどうかと思う。⁽²⁾

4．ところで、原告によれば、部分意匠に係る本願意匠に係るマスクは、動く意匠もどきのもののように、不使用時、使用直前時、装着時においてその形態が変化するため、当該部分意匠を多方向から三次元的にかつ総合的に観察すべきであると主張したが、実際にはそのような特許明細書的な主張をするだけの裏付けとなる各状態時の変化を示す図面の提出は出願時にはなかった、と判決は指摘している（意6条4項）。

したがって、そのような図面等の提出を出願時にしていない原告の主張は正鵠を得ていないと認定し、以下、部分意匠について一面的な全体観察しかしていない。

5．本判決は、両意匠を対比観察して類否判断をする。その際のキーワードは、図面の正面視における全体の意匠的まとまりへの需要者の視覚 一つの美感 需要者の注意であるという。その結果、「全体が略円弧状で、中央部が山状に上方に突出し、この突出部から左右対称に両側に向かって弯曲する曲線である態様」は、基本形状が細い帯状を呈する中であって、類否判断に極めて大きな影響を及ぼすところ、この点に両意匠は共通するから、需要者の視覚を通じて起こさせる美感は類似すると認定した。これには、部分的な差異があっても、全体から生じる美感に与える影響は少ないという。

また、両意匠の側面視における部分的な差異点についても、需要者の視覚を通じて起こさせる美感に与える影響は少ないと認定した。

その他の差異点についても、両意匠の類否判断に影響を及ぼさないと説示する。

その結果、本件判決は、原審決の判断を結論において相当と判示し、請求棄却としたのである。

しかし、美感などというものは、看者にとって様々であることを考慮すれば、美感の類似などというものは意匠の類否判断の決め手にはならないし、客観的な説得力に欠ける基準である。必要なことは、視覚を通じて見たその中に存在する創作体を見出しこれを把握することである。

知財高裁の裁判官のレベルアップに期待したい。

- (1) 拙著「意匠法の研究（四訂版）」128頁，192頁。特にこの2事件における東京高裁判決を注目すべきであり、意匠の類否判断の主体は意匠の創作力の判断主体と同様、当業者であると説示し、その客体は創作体であると説示している。また、3条1項3号と3条2項の適用の違いは、同一又は類似の物品間の創作体の異同は前者の問題であり、非類似物品

間の創作体の異同は後者の問題であると説示する。

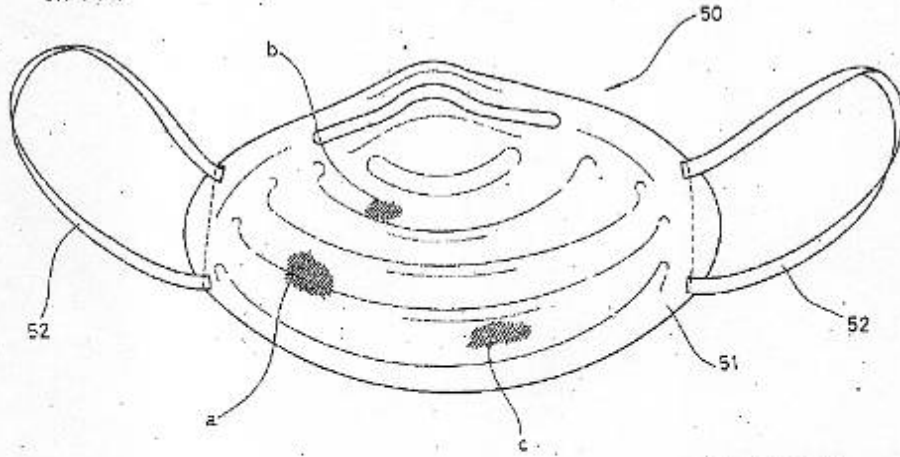
なお、これらの事件判決で最高裁は、意匠の類否判断の主体を「一般需要者」と命名しているのに、改正法ではこれを採用していない。

- (2) 改正法24条2項のような定義的な規定を、なぜ第1章総則の第2条で規定しなかったのかを考えるべきである。出願意匠に対しても適用したいのであれば、第2条に規定すべきであった。筆者は、この規定について批判しているのに対し、飯村敏明判事はこの規定は立法の必要がなかったと説かれている。日本弁理士会研修所シンポジウム「意匠の類似（後半）」パテント2010年9月号69頁。
- (3) 梅沢修弁理士が「特許ニュース」平成22年10月5日号（No.12841）で発表されている本件判決を扱った論説には、本願意匠に係る図面が掲載されているが、入手方法があったのだろう。しかし、もし本願意匠の審決取消請求の本件判決が確定すると、審決も確定することになるから、その意匠登録出願は初めからなかったことになり、先願の地位は残らない（意9条3項）が、前記「特許ニュース」における公開事実は残るから、後願意匠に対しては新規性に関する意匠法3条1項2号・3号が適用されることがあり得るだろう。（2010年10月7日記）

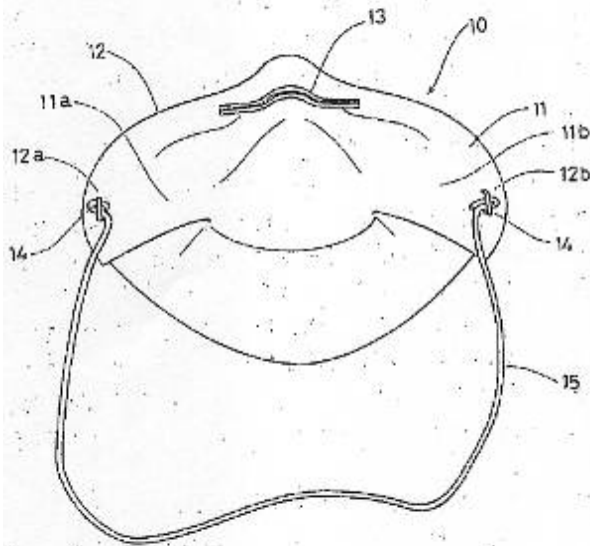
〔牛木 理一〕

引用意匠

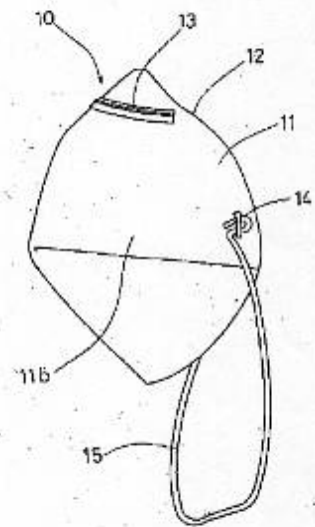
第1図



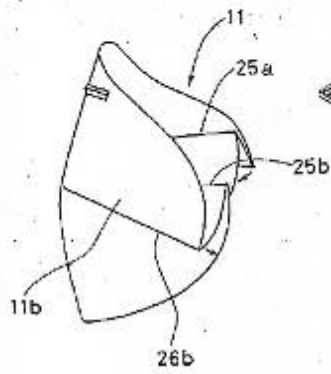
第2図



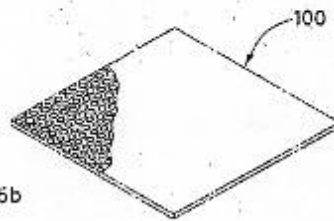
第3図



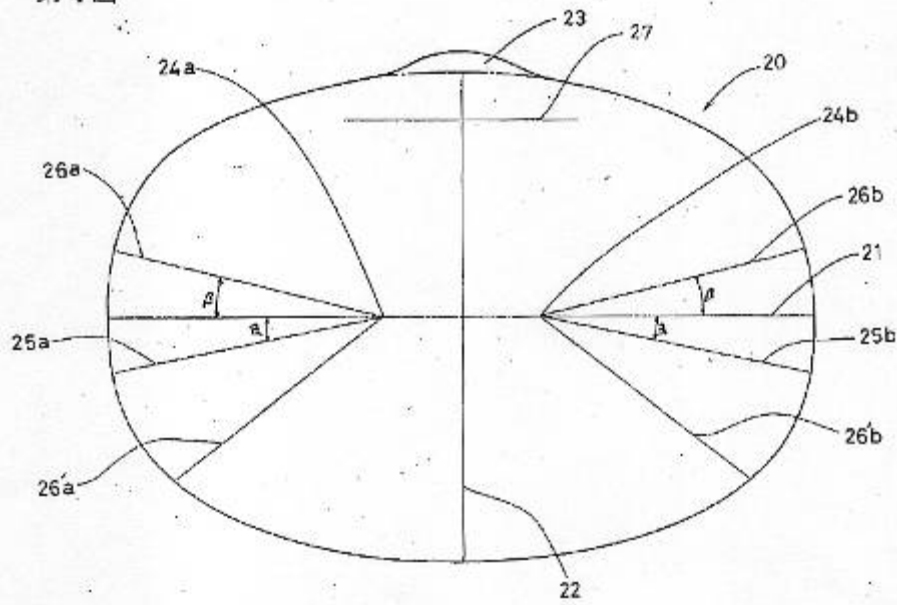
第5図



第6図



第4図



第7図

