

「貼り薬」意匠登録無効審決取消請求事件：知財高裁平成 21(行ケ)10209・平成 22 年 1 月 27 日(2 部)判決 棄却

【キーワード】

物品の形状及び色彩の結合から成る意匠，意匠法 3 条 1 項 3 号，同法 3 条 2 項，配色，美感，類否判断の主体，創作力判断の主体，創意工夫

【事 実】

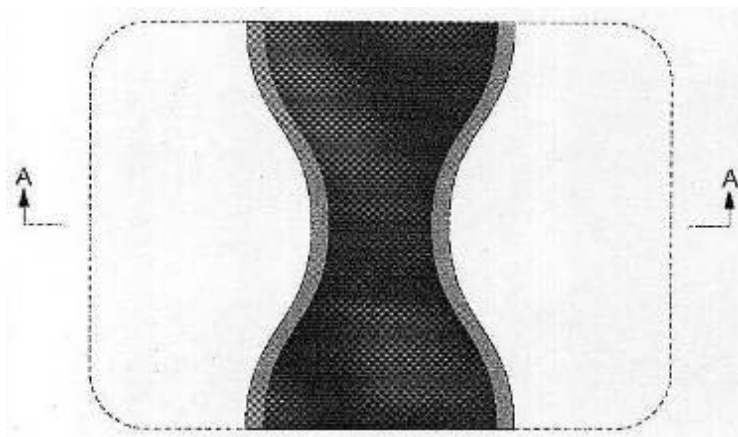
1 本件は，意匠に係る物品を「貼り薬」とする意匠登録第 1 3 2 2 0 7 2 号について，原告が意匠登録無効の審判請求をしたところ，特許庁が請求不成立の審決をしたことから，原告がその取消しを求めた事案である。

2 争点は，下記(1)の本件登録意匠が，下記(2)の引用意匠と類似（意匠法 3 条 1 項 3 号）又はこれに基づいて容易に意匠の創作をすることができたか（同条 2 項），等である。

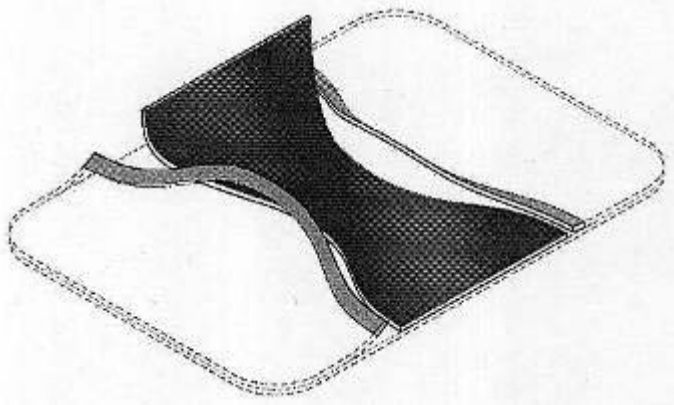
記

(1) 本件登録意匠

- ・意匠に係る物品 貼り薬
- ・出 願 日 平成 1 9 年 7 月 1 3 日
- ・登 録 日 平成 2 0 年 1 月 1 8 日
- ・登 録 番 号 第 1 3 2 2 0 7 2 号
- ・意 匠 権 者 久光製薬株式会社（被告）
- ・正面図

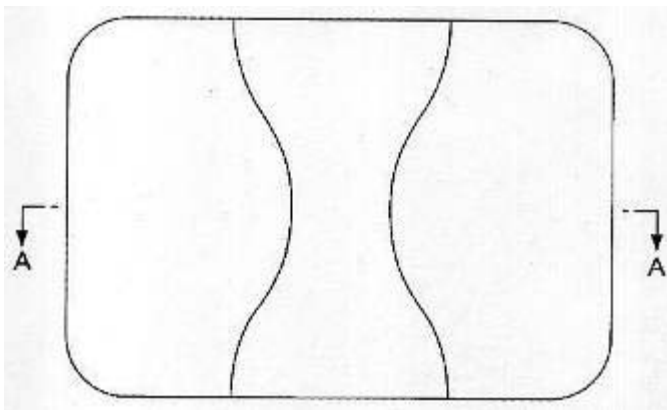


- ・剥離シートの一部を剥がした状態の斜視図



(2) 引用意匠(甲1)

- ・意匠に係る物品 貼り薬
- ・出願日 平成14年12月17日
- ・登録日 平成15年9月12日
- ・登録番号 第1189179号
- ・公報発行日 平成15年11月5日
- ・意匠権者 三笠製薬株式会社(原告)
- ・正面図



3 (1) 特許庁における手続の経緯

被告は、平成19年7月13日、意匠に係る物品を「貼り薬」とする本件登録意匠について意匠登録出願(意願2007-19198号)をし、平成20年1月18日に意匠登録第1322072号として設定登録を受けた。

これに対し、原告が平成20年8月1日付けで、前記引用意匠との類似(意匠法3条1項3号)又はこれに基づいて容易に創作をすることができた(同条2項)との理由に基づき、本件登録意匠について意匠登録無効審判請求を行っ

たので、特許庁は、同請求を無効2008-880020号として審理した上、平成21年6月24日、「本件審判の請求は、成り立たない」旨の審決をし、その謄本は平成21年7月6日原告に送達された。

(2) 審決の内容

審決の理由の要点は、本件登録意匠は、引用意匠と類似しないから意匠法3条1項3号に違反しない、公然知られた形状及び配色によって容易に創作することができたものとは認められないから同条2項に違反しない、というものである。

【判断】

1 請求原因(1)(特許庁における手続の経緯)、(2)(審決の内容)の各事実は、当事者間に争いが無い。

2 取消事由1(類否判断の誤り)の有無について

(1) 本件登録意匠と引用意匠との類否

ア 本件登録意匠と引用意匠を対比した場合、両意匠は、審決が認定したとおり、背割線をその中央に括れのあるものとし、上下両方を拡張して互いに外側へわずかに弧状とし、中央分離帯部と左右の両剥離シートの縁とが密接している点において共通するが、本件登録意匠は、左右の剥離シートの中央分離帯部に接する上下全長に帯状部(左右の剥離シートの帯状部)を設けているのに対し、引用意匠は同部位に帯状部を設けていない点、及び、本件登録意匠は中央分離帯部の剥離シートを青色とし、左右の剥離シートの帯状部を水色としているのに対し、引用意匠は中央分離帯部の剥離シートと左右の剥離シートとがいずれも透明である点に差異がある。

そして、本件登録意匠は、上記のような2色の色分けを採用することにより、上記背割線の形状を際立たせるとともに、機能的にも中央分離帯部と左右の剥離シート部の両部分を明瞭に見分けることを可能とするものであるのに対し、引用意匠の剥離シートは透明であるため、透明シートの切断線の視認性は相対的に低いものとなっているから、本件登録意匠における上記差異点は、全体として背割線を含む形状における共通性を凌駕する影響を美感に与えるものである。

そうすると、本件登録意匠と引用意匠は、上記共通点を考慮に入れたとしても、全体としては両意匠に係る物品「貼り薬」の需要者である使用者に与える印象が大きく異なるというべきであるから、本件登録意匠と引用意匠が類似するということとはできない。

イ これに対し原告は、審決が、背割線の態様に関する甲2公報ないし甲5公報を挙げて、同態様の共通点をもってしては両意匠の類否判断を決する

ことができないとした点は正鵠を得ないと主張する。しかし、上記アのとおり、審決が認定した本件登録意匠と引用意匠の差異点に係る構成は需要者に与える美感に大きな影響を与えるもので、背割線の態様に関する構成、すなわち共通点のみをもって類否判断を決し得ないことは明らかであるから、原告の上記主張は採用することができない。

また原告は、色彩学の観点からは本件登録意匠における中央分離帯部とこれに接する左右の剥離シートにおける帯状部の各配色に新規性はないと主張するが、上記アのとおり、本件登録意匠は、中央分離帯部に接する左右の剥離シートに帯状の模様を配し、これと中央分離帯部とを塗り分けることにより、全体として2色の色分け模様を構成した点に美感上の差異を生じさせているのであって、単に配色のみで引用意匠との美感上の差異を生じさせるものではないから、原告の上記主張は採用することができない。

(2) 原告は、本件登録意匠と甲2意匠との類否についても論及するので、念のためこれについても判断する。

甲2意匠は、その正面部は前記第3, 1(3)ア(ウ)のとおりであり、その余の形状は審決写しのとおりである。

そこで本件登録意匠と甲2意匠とを対比すると、甲2意匠は引用意匠と同じ形状の背割線を含む剥離シートを有し、中央分離帯部分の中央部分に切断線を示す太線とドット模様が印刷され、左右の剥離シートには切断線を示す矢印と剥離シートを剥がす手順を説明した図がそれぞれ印刷されているものであるから、その共通点は本件登録意匠と引用意匠のそれと同様であり、他方、差異点は上記のような中央分離帯部分と左右の剥離シートにおける模様の差異といえることができる。

そして、甲2意匠における上記太線は中央分離帯部分に設けられている上、狭巾の帯線であり、かつ、上下両端まで達している状態ではないのに対し、本件登録意匠における左右の剥離シートの帯状部は、左右の剥離シートに設けられている上、一定の幅を有し、かつ、上下両端まで達しているから、これらの態様は異なるものであり、このような本件登録意匠と引用意匠の上記差異点に係る構成は需要者に与える美感に影響を与えるものといわざるを得ないから、上記のような共通点を考慮に入れたとしても、両意匠が類似するということとはできない。

これに対し原告は、本件登録意匠の前記背割線の外側に沿う左右の剥離シートの帯状部は極めて狭巾の帯線であり、甲2意匠の正面図において左右対称に見られる太巾線と実質的に変わらない構成態様のものといえることができるから、それ自体の創作性は極めて低いと主張する。しかし、本件登録意匠における上記帯状部は左右の剥離シートに一定の幅を有するものとして存在

し、かつ、これが上下両端に達しているのもあって、甲2意匠の中央分離帯部分における単なる狭巾の帯線で上下両端に達していないものとは異なることはその構成上明らかであるから、両者の構成態様は実質的にも異なるというべきである。したがって、原告の上記主張は採用することができない。

3 取消事由2（創作容易性判断の誤り）の有無について

(1) 本件登録意匠の背割線の形状が少なくとも本件登録意匠の出願前に見受けられるものであることは引用意匠及び甲2公報に係る意匠の示すとおりであるが、左右の剥離シートの中央分離帯部に接する上下全長に帯状部を設け、その帯状部を中央分離帯部よりも明色とした態様が本件登録意匠の出願前に公然知られていたことを認めるに足る証拠はない。

そして、左右の剥離シートの中央分離帯部に接する上下全長に帯状部を設けることや、その配色をどのように施すかについては創意工夫を要するものというべきであるから、本件登録意匠は、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創作することができたものとは認められない。

(2) これに対し原告は、医療用の物品に係る意匠の創作をする当業者（その意匠の属する分野における通常の知識を有する者）にとっては、引用意匠に日本国内に公然知られた色彩を結合して、容易に本件登録意匠の創作することができたと主張するが、本件登録意匠は単に色彩の結合（配色）のみで構成されるものでないことは前記2に説示したとおりであるから、原告の上記主張は採用することができない。

4 結論

以上のとおりであるから、原告主張の取消事由はすべて理由がない。よって、原告の請求を棄却することとして、主文のとおり判決する。

【論 説】

本件の争点は、(1)本件登録意匠は引用意匠（甲1）に類似するか否か、(2)そうでなければ容易に創作することができたか否か、の意匠法3条1項3号及び2項の適用をめぐる事案であり、意匠法におけるもっとも基本的な問題が争われたといえる。

1．本件意匠と引用意匠との類似性について

1.1 本件意匠は、「貼り薬」に係る基布の一面の中央部分に、左右間隔巾をおいた2本の背割線により中央分離帯を形成し、この中央分離帯の両背割線は、その中央部が内方向にくびれかつ上下方向にゆるい放物線を描くよう弧状に形成され、前記2本の背割線は細巾帯状に形成し、この細巾帯状に成る背割線部

は淡青色（スカイブルー）に着色し、前記中央分離帯部は濃青色（セルリアンブルー）に着色している。

上記した「形状＋模様＋色彩」の結合の構成態様から成る形態が、看者の視覚を通じて美感を起こさせる部分であり、創作の要部となっていることから、この要部についての保護を求めたのが本件の“部分意匠”であろう。

1.2 これに対し、本件意匠の出願日前公知の引用意匠（甲1）は、「貼り薬」に係る基布の一面の中央部分に、左右間隔をおいた2本の背割線により中央分離帯を形成し、この中央分離帯の左右の背割線は、その中央部が内方向にくびれかつ上下方向にゆるい放物線を描くよう弧状に形成した「形状＋模様」の結合から成る“全体意匠”である。

このような構成態様から成る引用意匠の形態が、看者の視覚を通じて美感を起こさせる創作の要部といえるものである。

1.3 ところで、意匠の類似とは何をいうかといえ、看者が視覚を通じて現象としてそこに存在する意匠（物品の形態）の実体、即ち創作体（要部）を把握したとき、その創作体を共通に有していると認定する場合のことをいう。これは、意匠法が特許法・実用新案法と並んで産業上の創作保護法であるといわれる所以である。

法2条1項は、「意匠」を定義して「物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であって、視覚を通じて美感を起こさせるものをいう。」と規定していることから、「美感」という要素を特に意味ありげに過大評価する向きもあるが、誤りである。

現行意匠法が意匠の定義に「美感」を付加したのは、特に「物品の形状」を保護対象とする実用新案法との区別のために必要だったからにすぎないし、美感の有無自体は実際の審査の対象とはなり得ないのである。

法の沿革をたどると、大正10年法（旧法）から昭和34年法への改正時に、旧実用新案法1条の「物品ニ関シ形状 二係ル実用アル新規ノ型ノ工業的考案」が現行法1条の「物品の形状 に係る考案」と、旧意匠法1条の「物品ニ関シ形状 二係ル新規ノ意匠ノ工業的考案」が現行法2条1項の「意匠とは、物品の形状 」と、それぞれ改正されるに際し、意匠法における「物品の形状」に対する保護条件を、実用新案法の「物品の形状」と区別するために、「視覚を通じて美感を起こさせるもの」という要素を定義に付加したにすぎないのである。⁽¹⁾

そのように考えなければ、美感を惹起しない専ら物品の実用的機能を発揮するために構成されている形態（法5条3号の一步手前にあるような意匠）から成る登録意匠の存在を、われわれは認めるわけにはいかないことになる。

「視覚を通じて美感を起こさせる」とは、法律の文章らしくない意匠法特有

の表現である。というのは、意匠の成立要件の入口にある「視覚 美感」は、「臭感」・「味感」・「聴感」・「触感」と並んで人間の感性に依拠する要素を、その後、理性によって解析し、さらに悟性によって論理的に類否判断するという、意匠の類否判断法の難しさを暗示しているのである。⁽²⁾

1.4 そこで、本件意匠の類否判断において、両意匠を対比してまず各意匠が有する創作体を把握せんとすると、本件意匠の創作体は前記 1.1 で認定したような部分意匠にある。すると、当該部分の意匠の形態は、前記のとおり形状に付加して、細巾带状の背割線部と中央分離帯部に、明度の異なる濃淡青色を配合している点が本件意匠の創作体であり、それを要部と把握することになる。

ということは、本件意匠に係る形態の構成態様は、物品の「形状 + 模様 + 色彩」の結合から成るところ、その「形状」については、引用意匠に係る形態の「形状」とほぼ同一であると認定できるのに対し、その「模様 + 色彩」については、当該物品において類似といえるほどに、創作性のない構成態様と認めることができるか否かが問題となる。

しかしながら、前記程度の「模様 + 色彩」は、当業者（創作者）（需要者はもともと意匠を創作しない。）であれば、何人でも創作することができる程度の構成態様であるから、このようなものの場合にあっては、引用意匠に係る形態に対して類似する意匠といえるのである。

この点について、『意匠の審査基準』が、「(5)公知の意匠と部分意匠との類否判断」の項において、「色彩のみの違いは、形状又は模様の差異に比してほとんど影響を与えない。」と解説していることは、重要である。（同 93 頁）

2 . 本件意匠の引用意匠からの創作容易性について

2.1 そこで、前記した本件意匠の「模様 + 色彩」の程度は、その創作性の低さから、引用意匠に係る形態に含まれる類似の意匠といえるけれども、これに対し、かく判断するのはやや無理があり、引用意匠の類似の範囲から脱しているのではないかとの判断の可能性があるとして、原告は、法 3 条 2 項の創作力の欠如、即ち引用意匠から当業者が容易に創作することができる程度のものであると主張した。

この主張を立証するために提出したのが甲 6 に係る文献『色彩デザイン学』である。この文献の発行日は、本件意匠の出願日より後であったとしても、著者らは長年大学で学生を指導する教授であってみれば、この文献に記述されている色彩に関する事実は、本件意匠の出願時点ではすでに当業界においても周知の事実であったと容易に解することができた。そして、ここに記載されている色彩に関する事実は、古今東西を問わず普遍的なものであったといえる。

2.2 甲6に係る前記文献については、審判手続時には提出されていなかったものであったが、原告が甲6に係る文献を提出した目的は、色彩デザイン学上は、すでに広く知られている色彩配合に関する常識をまとめた文献としての存在意義を考慮すれば、文献中の色彩に関する事項は、審査機関である特許庁の意匠の審査官や審判官にとっては、当然、周知の知識というべきレベルのものであることを指摘したかったからであろう。

また、この濃淡青色の配合関係は、例えば全日本空輸株式会社（ANA）のブランドカラーとしても広く知られていることは、同社発行のポスターや時刻表の表紙などを見れば明らかである。⁽⁵⁾

したがって、本件意匠における色分け模様が創作的価値が高いなどと評価している被告の主張を支持した審決も判決もおかしいと思う。

3. 判決の思考力の浅薄さ

3.1 本件意匠と引用意匠との類否判断について

(1) 判決は、甲1の公知意匠との対比において、まず本件意匠に係る形態の構成態様について、甲1との差異点を把握した後、その差異点を「全体として背割線を含む形状における共通性を凌駕する影響を美感に与えるものである」と認定する。その結果、「両意匠に係る『貼り薬』の需要者である利用者に与える印象が大きく異なるというべきである」から、両意匠は類似するとはいえないと判断している。

(2) そこで思うことは、類似すると判断する思考過程において、(1)なぜ美感が出て来て、創作が出て来ないのか、(2)なぜ需要者が出て来て、当業者（創作者）が出て来ないのか、という疑問である。

その理由を端的に言えば、この判決は、意匠の類否判断の人的基準（主体）を、需要者の一人である裁判官（審判官）に置いており、彼らの肉眼（視覚）で美感的なものを感じているから、ということになる。

しかしながら、(1)ここまで引用意匠（甲1）との差異点を把握しているならば、この点が本件意匠の創作の要部といえるのだから、その差異点に創作性が存在する、と認定すればよいのである。けだし、美感などという看者の感性のいかに問うような困難なテストを課することは、誠に危険なカケであるのに対し、前記創作の要部とその差異点を把握することは十分可能なことであり、説得力があるからである。

また、(2)意匠法のどこにも、需要者を意匠類否の人的基準とすることについての規定はない。平成18年製の新法24条2項を根拠とすることは誤りである。けだし、この新规定の立法化は、昭和34年製の現行意匠法の目的に反しかつ意匠法の精神と矛盾するものだからである。そして、この新规定は、意

匠法は実用新案法や著作権法と同様に創作保護法の分野に属する知的財産法であって、商標法や不競法が属する識別保護法の分野に属する法律ではないことを知らない者が作った規定であるといわねばならない。

すると、この新规定は、それまでに、裁判所でも実務者間でも考え方の対立があった意匠の類否判断法に、あえてストップをかけようとして立法府の仮面をかぶった行政府が、類否判断の一手法を、あたかも最大の手法であるかのごとく誤解して立法化したものであり、そもそも立法化の必要はなかった規定なのである。

したがって、意匠類否の判断主体を、意匠法においては本来無縁の需要者としていることは誤りであるところ、その意味では、「可撓伸縮性ホース」事件の最高裁昭和49年3月19日<三小>判決は誤りであり、東京高裁昭和45年1月29日<6民>判決を妥当と解すべきなのである。⁽³⁾

(3) ところで、この新规定の位置は、第4章意匠権・第1節意匠権の「登録意匠の範囲」における条項であるから、意匠権が発生した登録意匠と類似する意匠か否かについての判断基準が与えられたと解するしかない。すると、「それ以外の意匠」とは、登録意匠の範囲に属する意匠か否かのことを意味するから、それ以外の意匠のこと、例えば出願意匠のことは想定されていないと解するのが自然である。法律上の規定の位置は、それなりの立法理由がある以上、軽視すべきではない。⁽⁴⁾

また、この新规定は、法2条1項における「意匠」の定義規定と矛盾するから、広く意匠の類否判断の基準とはなり得ない。けだし、法2条1項は、保護客体としての意匠は定義していても、視覚の主体については定義していない。

したがって、法3条1項3号や法9条1項に規定する出願中の意匠に対しても適用できると解することは、違法な考え方というべきである。

(4) 法3条1項3号に規定する意匠の類否判断をする主体は、出願意匠に係る創作者が属する当業者であることは、正に法3条1項柱書に規定しているのである。即ち、まず意匠登録の出願をする者とは、「工業上利用することができる意匠の創作をした者」である。この意匠の創作者は、正に当業界における意匠の知識を有する者であるからこそ、創作することができるのであり、その創作の結果を、特許庁に意匠登録出願をするのである。

ところが、自信をもって出願したところ、特許庁という公的な審査機関が審査したところ、すでに日本の国内外において公然知られていたり、頒布刊行物等に知られていた事実が客観的に証明されることによって、その意匠の創作は出願人にとって主観的なものであったことを知ることであり、拒絶され、保護されないのである。

しかも、拒絶されるのは、公知意匠と同一のものだけでなく、類似のものも

含まれるが、その理由は公知意匠との間で創作の度合いが低いからである。そして、この公知意匠と同一又は類似の範囲にある出願意匠は、新規性がない意匠と評価されることになるのである。

したがって、「意匠の類似」の判断の中に、美感（感性）が入る余地は全くない。それほど、前記したように、創作の程度を判断する意匠の類否判断とは理性的なものである。

(5) 判決は、「念のため」と称して甲2の公知意匠との対比をして類否判断をしている。

ここにおいても判決は、「これらの態様は異なるものであり、このような本件登録意匠と引用意匠の上記差異点に係る構成は、需要者に与える美感に影響を与えるものといわざるを得ない」ことを理由に、両意匠は類似するということとはできないと判断する。

しかし、判決は、「両者の構成態様は実質的にも異なるというべきである。」と説示しているのだから、ここは両者の「意匠の創作体は異なる」からとか、「意匠の創作の要部は異なる」からとか考えて、類似する意匠ではない、となぜ判断することができないのだろうか。

3.2 本件意匠の創作非容易性判断について

原告は、審判事件においては、一貫して主的には法3条1項3号、予備的には法3条2項を主張したが、訴訟においては予備的主張にウェイトをおいた。しかし、判決はこの主張に対しては、前記類否判断より極めて軽い説示と判断しかしていない。

判決は、「左右の剥離シートの中央分離帯部に接する上下全長に帯状部を設け、その帯状部を中央分離帯部よりも明色した態様が本件意匠の出願前に公然知られていたことを認めるに足る証拠はない」と認定するが、原告が提出した甲6の色彩学の文献や全日空の色彩配分マークについては無視している。

すると、判決は、当該物品の範囲内での創作容易性のことしか考えておらず、当該物品の範囲を超えて広く色彩デザイン学の見地からの判断はしていないことになる。ということは、裁判所の考え方からすると、意匠の類否判断と同じ基準で、意匠の創作容易性の有無を考えていることになる。

また、判決は、色彩の配色をどうするかは創意工夫を要するものというが、本件意匠の場合、配色自体にどのような創意工夫を施せば創作力があると認められるというのか不明である。「帯状部」の有無ということだけなのか。

3.3 本件判決を読んで思うことは、知財高裁の裁判部は3人の合議体であるけれども、その中の陪席1人を担当判事としているところ、概して全裁判官は意匠法や意匠の創作という根本的かつ本質的な原理の理解力に欠けているようにみえる。だからこそ、判決文を読んでいて思考力の浅薄さを感じるのである。

〔牛木 理一〕

- (1) 牛木理一「問われている我が国意匠法」F．K．バイヤー教授古稀記念論文集・知的財産と競争法の理論 269 頁（第一法規 1996）。
- (2) 牛木理一「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 61 頁，同「デザイン キャラクター パブリシティの保護」189 頁。
- (3) 牛木理一「意匠法の研究」（四訂版）128 頁，同「最高裁判決は絶対なのか - 意匠法 3 条 1 項・ 2 項の解釈と適用」知財ぷりずむ 2007 年 11 月号 1 頁。
- (4) 法律の規定が置かれた条項の位置が重要であることについて、最高裁平成 20（受）889 号平成 21 年 10 月 8 日<一小>判決は、次のように判示している。「旧法の下において、実際に創作活動をした自然人ではなく、団体が著作者となる場合があり得るとしても、映画の著作物につき、旧法 6 条によって、著作者として表示された映画制作会社はその著作者となることが帰結されるものでもない。同条は、その文言，規定の置かれた位置にかんがみ、飽くまで著作権の存続期間に関する規定と解すべきであり、団体が著作物とされるための要件及びその効果を定めたものと解する余地はない。」
- (5)

