

II. 現行意匠法の類否判断論の変遷

1. 混同説と創作説

1) 類否判断論の年表

現行意匠法は、昭和34年改正法であるが、意匠の類否判断論に影響する一部改正が3回行われている。最初は、平成10年の部分意匠制度の導入であり、次は平成18年の意匠法24条2項の類否判断基準の規定の追加であり、最後は、令和元年の画像意匠、建築物意匠、内装意匠の保護対象拡大の改正である。そして、意匠の類否判断論に最も影響を与えた判例である、最判昭和49・3・19〔可撓伸縮ホース〕昭和45(行ツ)45(民集28巻2号308頁)も、類否判断論の画期となる。

上記出来事の間、主な類否判断論文を配置した年表を作成した。裁判官論文を中心に現行意匠法の類否判断論の歴史を展望する〔表1〕(論文等の引用には年表記載の番号を付した)。

2) 混同説と創作説の対立

現行法の類否判断論の歴史は、混同説と創作説の対立の歴史である。竹田⑥(2月号47-49頁)は、「混同説は、意匠の類否は、取引者、需要者を基準として、両意匠がよく似ていると感じることによって物品の混同を生じるおそれがあるか否かによって類否を判断すべきであるとする説」とし、高田(3)、清永③、設楽⑤等を混同説とする。これに対し、「創作説は、意匠法の第一義的な目的は、意匠の創作の保護にあるとし、創作の要部が一致し、物品の外観から生じる美的思想の同一性の範囲にあると認められれば類似する意匠とする。」ものであり、牛木(5)、松尾(11)、斎藤(9)を創作説としている。この分類は

その後もほぼ変わらず、小松⑩(854頁)は、混同説の代表として竹田⑦と高田(3)を挙げる。片瀬②(373頁)は混同説、創作説に加えて需要説(加藤(8)、田村(13))に分けるが、混同説と創作説に二分するとすれば、需要説も混同説に含まれる。

両説の争点は、主体的基準が「取引者・需要者」か「当業者」かの点、及び、根本的な基準が「混同のおそれ」か「創作(価値)」かという点である。「公知意匠参酌」の方法にも相違があるが、その他の意匠の類否判断基準、「意匠に係る物品の性質、用途及び使用態様、並びに公知意匠にはない新規な創作部分の存否等を参酌して、取引者・需要者の最も注意を惹きやすい部分を意匠の要部として把握し、登録意匠と対比すべき意匠とが、意匠の要部において構成態様を共通にしているか否かを重視して、観察を行うべきである。」*1については、同じように考えている。

遡れば、昭和34年法改直後、杉林(1)(2)、高田(3)、光石(4)*2は、「一般の需要者を基準にして混同するおそれ」を意匠の類否判断の基準としている。だが、それは基準の一つであり、「物品の混同のおそれ」を根本的な基準とするものではない。また、「ありふれた部分は小さく評価され、特徴のある部分は大きく評価」するとの基準もあり、公知意匠を参酌することも否定されていない。佐藤①(322頁)は、これらの説について、「美感ないし意匠的効果の異同の判断にあたっては物品混同のおそれを考慮するもの」と述べる。

高田(3)、牛木(5)は、デザイン論に多くの頁を割いているが、混同説も創作説も、近代デザインが日常品に関する総合的造形活動であるというデザ

●表1 裁判官論文等年表

| 年号 | 編・著者名 | 書名・論文タイトル | 掲載書(誌)名 |
|-------|------------------------|---------------------------------|---------------------------|
| 1960年 | | 昭和34年意匠法施行・昭和35年4月 | |
| 1964年 | (1) 杉林信義 | 『実例工業所有権法要覧・Ⅱ』 | |
| 1966年 | (2) 杉林信義 | 『新工業所有権概論(第三編上巻意匠)』 | |
| 1969年 | (3) 高田 忠 | 『意匠』 | |
| 1971年 | (4) 光石士郎 | 『新訂意匠法詳説』 | |
| 1974年 | | 最判昭和49年3月19日(可撓伸縮ホース) | |
| | (5) 牛木理一 | 『意匠法の研究(初版)』 | |
| 1977年 | (6) 小谷悦司 | 『意匠の要部認定と類否判断』 | 企業法研究 262輯 |
| | ①佐藤 繁 | 『同一又は類似の物品の意匠と意匠法3条2項の適用』 | 『最判解民 昭和49年度』 |
| 1980年 | (7) 牛木理一 | 『意匠法の研究(改訂)』 | |
| 1981年 | | ②舟本信光 | 『無体財産法と商事法の諸問題』 |
| | (8) 加藤恒久 | 『意匠法要説』 | |
| 1985年 | | ③清永利亮 | 『裁判実務体系9 工業所有権法』 |
| | (9) 斎藤瞭二 | 『意匠法』 | |
| 1986年 | (10) 小谷悦司 | 『意匠の類否判断』 | 『判例特許訴訟法』 |
| | (11) 松尾和子 | 『意匠の類否』 | 『特許紛争の諸問題』 |
| 1987年 | | ④濱崎浩一 | 特許管理 |
| | | ⑤設楽隆一 | 特許管理 |
| 1990年 | | ⑥竹田 稔 | 発明2月号・3月号 |
| 1991年 | (12) 斎藤瞭二 | 『意匠法概説』 | |
| 1992年 | | ⑦竹田 稔 | 『知的財産権侵害要論(特許・意匠・商標編) 初版』 |
| 1993年 | | ⑧最高裁判所事務総局行政局監修 | 『知的財産権関係民事・行政裁判例概観』 |
| 1994年 | | ⑨設楽隆一 | 『実務相談工業所有権四法』 |
| 1998年 | | ⑩櫻林正己 | 『民事弁護と裁判実務8 知的財産権』 |
| 1999年 | | 平成10年一部改正(部分意匠) 施行・平成11年1月 | |
| | | ⑪長沢幸男 | 『現代裁判法体系26 知的財産権』 |
| | (13) 田村善之 | 『知的財産法』 | |
| | (14) | 三枝英二先生・小谷悦司先生還暦記念『判例意匠法』 | |
| 2001年 | | ⑫山田知司 | 『新・裁判実務体系4 知的財産関係訴訟法』 |
| 2007年 | | ⑬牧野利秋 | ジュリスト (No.1326) |
| | (15) 寒河江孝允・峯 唯夫・金井重彦編著 | 『意匠法コンメンタール』 | |
| | | 平成18年一部改正(類否判断基準) 施行・平成19年4月 | |
| | (16) 渋谷達紀 | 『知的財産法講義Ⅱ(第2版)』 | |
| | ⑭杉浦正樹 | 『28 意匠権侵害訴訟における意匠権の効力の及ぶ範囲について』 | 『知的財産法の理論と実務4』 |
| | ⑮杉浦正樹 | 『29 意匠権侵害訴訟の審理の特徴・留意点について』 | 『知的財産法の理論と実務4』 |
| | ⑯竹田 稔 | 『知的財産権侵害要論(特許・意匠・商標編)5版』 | |
| | (17) | 『判例百選 商標法意匠法不正競争防止法』 | 別冊ジュリスト188号 |
| | ⑰山田真紀 | 『知的財産訴訟の実務(7) 第5意匠権侵害訴訟』 | 法曹時報 59巻11号 |
| 2009年 | 特許庁意匠課 | 『意匠制度120年の歩み』 | |
| 2010年 | (18) 満田重昭・松尾和子編 | 『注解意匠法』 | |
| 2012年 | (19) 茶園成樹編著 | 『意匠法』 | |
| | (20) 寒河江孝允・峯 唯夫・金井重彦編著 | 『意匠法コンメンタール(第2版)』 | |
| 2014年 | | ⑱山田真紀 | 実務研究会編『知的財産訴訟の実務(改訂版)』 |
| 2015年 | | ⑲小松一雄 | 『現代知的財産法実務と課題』 |
| 2018年 | | ⑳片瀬 亮 | 『最新裁判実務体系第10巻 知的財産権訴訟1』 |
| | | ㉑片瀬 亮 | 『最新裁判実務体系第10巻 知的財産権訴訟1』 |
| | | ㉒柴田義明 | 『最新裁判実務体系第10巻 知的財産権訴訟1』 |
| 2020年 | | 令和元年一部改正(画像、建築物) 施行・令和2年4月 | |

| 出版社 | 発行年月 |
|---------------|-----------|
| 富山房 | 昭和39年2月 |
| 新生社 | 昭和41年3月 |
| 有斐閣 | 昭和44年11月 |
| 帝国地方行政学会 | 昭和46年4月 |
| 発明協会 | 昭和49年12月 |
| | 昭和52年3月 |
| | 昭和52年11月 |
| 発明協会 | 昭和55年3月 |
| 有斐閣 | 昭和56年1月 |
| ぎょうせい | 昭和56年9月 |
| 青林書院 | 昭和60年6月 |
| 発明協会 | 昭和60年11月 |
| 発明協会 | 昭和61年7月 |
| 発明協会 | 昭和61年10月 |
| | 昭和62年11月 |
| | 昭和62年11月 |
| | 平成2年2月・3月 |
| 有斐閣 | 平成3年4月 |
| 発明協会 | 平成4年6月 |
| 法曹界 | 平成5年8月 |
| 商事法務研究会 | 平成6年7月 |
| ぎょうせい | 平成10年4月 |
| 新日本法規 | 平成11年3月 |
| 有斐閣 | 平成11年9月 |
| | 平成11年12月 |
| 青林書院 | 平成13年12月 |
| | 平成19年1月 |
| レクシスネクシス・ジャパン | 平成19年1月 |
| 有斐閣 | 平成19年6月 |
| 新日本法規 | 平成19年6月 |
| 新日本法規 | 平成19年6月 |
| 発明協会 | 平成19年9月 |
| | 平成19年11月 |
| | 平成19年11月 |
| 特許庁 | 平成21年3月 |
| 青林書院 | 平成22年10月 |
| 有斐閣 | 平成24年3月 |
| レクシスネクシス・ジャパン | 平成24年3月 |
| 法曹会 | 平成26年5月 |
| 発明推進協会 | 平成27年7月 |
| 青林書院 | 平成30年12月 |
| 青林書院 | 平成30年12月 |
| 青林書院 | 平成30年12月 |

イン創作の実態を踏まえ、デザインの保護価値に基づいて類否判断論を展開したものといえる。混同説は、市場における意匠の「需要喚起」の効果を重視したものであり、創作説は、使用者への「美感喚起」の効果を重視したものである。例えば、加藤(8)(152頁)は、意匠の「需要増大機能」を本質的価値と捉え類否判断論を展開するのに対し、小谷(6)*³は、「意匠創作の実態」から「物品の外観に施された美的思想の創作」を意匠の本質とする。

3) [可撓伸縮ホース] 最判の評価

ア 当初の理解

一般に、[可撓伸縮ホース] 最判が、意匠の類似は創作の容易性とは異なるものであり、類否判断主体を一般需要者と説示したことから、創作説が否定されたとされることが多い。

しかし、佐藤①(325-326頁)は、意匠法3条1項と2項は、「ともに創作性の要件に関するもの」であり、「一つは、客観的標準ともいべきもので、従来未知のものとして評価される意匠であるかどうかということであり(3条1項)、他の一つは、主観的標準ともいべきもので、その創作過程において独創力を用いたとみられる意匠であるかどうかということである(同条2項)」と述べ、「創作性」と「創作非容易性」を区別して論じる。[可撓伸縮ホース] 最判が否定するのは、類似性と創作非容易性を同一視することであり、いずれも「創作性の要件」として捉えることは否定してないのである。したがって、本判決は、「その全体より生ずる美感ないし意匠的效果の面においてなら異なるところのない意匠は、本質的に公知意匠に含まれるものであり、創作として未知のものと評価するに値しない。」とするものであり、「類否判断の人的基準を「一般需要者」としていることから、…物品混同説と結びつけて理解する向きがあるとすれば、おそらく判決の真意ではないであろう。」と述べる。

また、清永③(405頁)も、[可撓伸縮ホース] 最判は、「[類似]について創作の容易を意味すると解する見解を採らず」と述べ、創作性とは区別している。そ

して、清永③(409頁)は、「意匠法は、混同をもって意匠権侵害の成立要件とするものではなく、類似する意匠の実施をもって成立要件としているのである。意匠権侵害の成否に関する認定判断の対象は、類似するかどうかであって、混同するかどうかは、類似していることから生じる結果であり、また、類似する意匠の実施をすると混同が生じるであろうという意味において侵害を実質的に根拠付けるものであるにとどまる。」と述べる。さらに、設楽⑤(1372頁)は、「創作説の考え方、すなわち「創作者が真に創作した部分であって、かつ看者の注意を強く惹く部分が意匠の要部」との考え方を否定したものという事はできない。」と述べる。そして、設楽⑤(1375頁)は、「類似の本質を混同と考える点では混同説である」が、類否判断の要部認定においては公知意匠を参酌すべきであると述べ、いわゆる「修正混同説」を提唱している。

イ 創作説否定との評価

濱崎④(1360頁)は、「最高裁判決は、意匠の類否を創作性を基準として判断することは相当でないこと、類否判断の主体的基準は一般需要者であることを明らかにしたものである。」と述べ、「創作性」と「創作非容易性」との区別を曖昧にしている。竹田⑥(3月号46-47頁)は、「昭和60年以降になると、混同、誤認を類否判断の基準とすることを明示する判決がほとんどみられなくなっている。」が、「美感あるいは美的印象」という「判例は、混同説に依拠しているか、混同説に極めて近い見解に立っている…多くの判決が類否判断の主体を取引者、需要者とし、意匠に係る物品が流通する過程において取引者、需要者の最も注意を引く意匠の構成態様がどこかによって意匠の要部を認定している」と述べ、裁判例の傾向を混同説寄りに解釈する。長沢⑪(298頁)も、「判例は、創作説の立場を否定し(最判昭49・3・19民集28・2・308)、基本的に混同説の立場を採っていると解される(最判昭50・2・28判タ320・160頁参照)」と述べる。山田知司⑫(375頁)も最判は、「創作説を否定し、混同説の立場に立つことを明らかにして

いる。下級審も、ほぼ混同説によっている。」と述べる。

なお、『裁判例概観』⑧(205-206頁)によれば、「混同説に立つことが明らかな裁判例」としては、東京高判昭和52・4・14〔噴霧器噴口〕判タ364号281頁、東京高判昭和54・4・23〔ハンドグラインダー〕無体裁集11巻1号297頁、東京高判昭和59・9・27〔包装用袋〕判タ543号284頁の3例しかない。だが、櫻林⑩(451頁)は、清永③、設楽⑤の修正混同説も含めて、「判断基準は、現在の裁判実務では、混同説で統一されていると思われる」と述べる。

4) 平成18年改正以後

平成18年一部改正により類否判断は、「需要者の視覚を通じて起こさせる美感」を基準とすることが明記された(意24条2項)。この規定は、主体的基準を「需要者」とし「美感の類否」を問題とするのであり、〔可撓伸縮ホース〕最判に則ったものといえよう。

牧野⑬(90-92頁)は、佐藤①を参照し、〔可撓伸縮ホース〕最判について、意匠保護の根拠は「人間の創造的活動の所産としての創作にあること、意匠法3条1項3号及び3条2項は、ともに意匠の創作性を判断する標準と位置づけていること、…類似の判断基準はいずれも美感の類否にあることを示している」と捉える。そして、「公知意匠に類似する意匠の登録が拒絶される根拠は、需要者の立場から見たとしても公知意匠と区別がつかない程度の美感じかもたらしていない意匠は、客観的にみれば、前2号に該当する意匠に準ずるものとして、同じく権利として保護すべき新規な意匠の創作がないとすることにある」とし、「混同をその根拠として持ち出す理論的必然性はないし必要性もない。…ほぼ同一の美感を呈するが故に意匠に係る物品が市場において混同されるということがあり得るとしても、それは美感が類似する結果として生ずるのにすぎず、その逆ではない。」と述べ、混同要件を否定する。結論的に、「意匠の類否を決定するために法律上必要とされる要件事実は美感の共通性の有無にあるの

であって、物品の混同の有無は要件として参酌すべき事実ではない。」とし、「物品の混同を生ずることを理由に意匠が類似すると判示する下級審裁判例も、その判決理由を分析すれば…両者の備える意匠的形態がもたらす美感の類否を判断していることにほかならない」と述べる*4。

牧野論文は混同要件を否定する画期的なものであるが、その後の、杉浦^⑮(417頁)は、18年改正後は、「創作説を採用する余地はなくなり、基本的に、混同説・修正混同説のいずれかに議論は収斂していく」と述べる。また、片瀬^⑯(375頁)は、「可撓伸縮ホース」最判は、「意匠の類否について、当業者を基礎として意匠の創作性の異同を判断することは否定するものの、意匠の類否に関する法の趣旨を、創作性のある意匠を保護するという観点から捉えるものということができる。」と述べるが、やや曖昧である。

しかし、山田真紀^⑰(208-209頁)は、混同要件は否定されるとし、「意匠の類否については、昭和49年最判でも「一般需要者からみた美感の類否」とされ、平成18年改正法により追加された法24条2項においても、意匠の類否は、「需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行う」とされたのであり、物品の混同が要件とされているものではない。」として、「美感が類似する場合に生じる物品の混同という現象が、意匠の類否を判断する際の事情となると考えるのが相当であろう。なお、物品の混同が意匠の類否の基準となる旨を示す裁判例も、物品の混同の有無のみから類否を判断しているものではないようであり、近似の裁判例でも、美感を共通にするか否かを示している例が多い。」と述べる*5。さらに、小松^⑱(858頁)は、保護すべき公知意匠と類似しない意匠とは、「創作として未知のもの」(佐藤^①(325頁))や「新規な美感をもたらす意匠の創作」(牧野^⑬(90頁))であるとの指摘を踏まえ、意匠法24条2項が追加されたが、「物品の混同が要件とされているわけではないし」、「可撓伸縮ホース」最判も「物品の混同について触れるところはない」、「大部分の事件では、美感を共通にするかどうかによって判断されているのであり、混同のおそれが類否の

判断に当たって実際に機能しているわけではない…。したがって、混同のおそれは、類否判断において考慮する必要はなく、類否判断の基礎となっていると考える必要もない」と述べる。もはや、混同要件は無用のものとなっている。

*1 本連載前回「意匠法の問題圏 第23回」(DESIGN PROTECT 2020 No.126) 11頁参照。

*2 前掲11頁以下参照。

*3 小谷悦司『論文集』(三協国際特許事務所 平成28年) 159-160頁参照。

*4 この牧野説は、需要者基準は維持するものの、混同要件を否定し創作的価値を基準とする点は創作説に近い。牛木(7)(91頁)は、「美感説、印象説、注意説の三つの考え方は、いずれも創作された意匠の外観(物品の形態)を肉眼で見た時の一時的判断の結果を問題にしているのに対して、混同説は、一つの物品に新しく創作された形態が意匠として完成された後に商品として流通におかれた時点で見たとの二次的判断の結果を問題にしているものであり、判断次元が異なるものである。そして、これらの説は、結局、一つの意匠、すなわち新しく創作された意匠に対する見る人の見方の違いにすぎないのである。」と述べる。松尾(11)(290頁)は、「物品の混同と意匠の類似とは、理論上異なる」とし、意匠の類似は、「当業者を判断基準の主体とし、登録意匠の美感的ないし審美性と、イ号意匠の有する審美性が、広義の需要者の購買心を刺激することにおいて、共通性を有することができるか否かを指導理念として判断する」と述べる。

*5 同時期の『判例百選 商標法意匠法不正競争防止法』(17)では、鈴木将文「50意匠の類否判断基準 [衣装ケース事件]」103頁は、「混同説は、意匠法的不正競争法的側面を過度に重視(逆に言えば、「創作の奨励」(意匠1条)という法目的を過小評価)しており、また、「混同」概念の実質的に説得的な説明もなされておらず、適切な考え方とはいえないであろう。」と述べる。また、平嶋竜太「51意匠の要部認定(1)-新規な創作部分 [自走式クレーン事件]」105頁は、「混同説的な立場を前提とした場合であっても、当該登録意匠の創作的価値(本件事例では新規な創作部分)を考慮要素として参酌することは、理論的に何ら矛盾するものではなく、むしろ意匠において「混同」の源泉となりうる要素につき、より正確に抽出するためには、登録意匠の創作的価値は積極的に考慮・参酌されてしかるべきものと考えられる。取引者・需要者における混同を類否判断の中心に据えることから、意匠の有する個別の創作的要素を捨象して判断すべしという要請は論理的には直ちに導き出せない」と述べる。

2. 類否判断の各論

1) 基本的な基準

ア 美感の類似

「可撓伸縮ホース」最判が説示し、意匠法24条2項が規定するとおり、「意匠の類似」は「需要者の

視覚を通じて起こさせる美感」の類似である。意匠全体としての美感の類似が意匠の類似であるとの基準は原則的なものとしていつも肯定されている。

舟本②(444頁)は、「美感を起こさせるもの」とは「需要吸引力」を意味し、「商品の機能・性質・資質・品質・種別・使用上の趣味嗜好(刺激)などについて需要者に訴える、物品の外観の特異性の作用」であると述べる。清永③(407頁)は、裁判所の「看者に与える印象」、「審美的観点」、「審美感」、「印象」、「審美感」、「意匠的趣味感」、「趣味感」、「審美感」、「視覚的印象」、など表現は、「それぞれ異なった意味に用いられているのではなく、「美感」を別の言葉に置き換えたにすぎないように思われる。」と述べる(『裁判例概観』⑧(205頁)も同旨)。

イ 物品の類似

裁判官論文は総じて「物品の類似」要件はあまり重視していない。特に、類否判断の「前提要件」として「意匠自体の類似とは別個に判断」すべきとの主張は全くない。「類否判断の一考慮要素」とする見解が多数である。

佐藤①(321頁)は、「意匠は物品の外観であり、物品が異なれば意匠も別個となる。…法3条1項の規定は、物品が相互に同一又は類似であることを前提とする。」と述べる。しかし、これは、「物品の外観」であることを強調するだけで、「意匠自体の類似」の前提要件として、「物品の類似」だけを別個に判断すべしというもの(二段階テスト)とは思われない。清永③(406頁)は、「物品の類否は、意匠の類否を判断する場合の一要素として理解しておけば足りるのではなからうか。…物品の同一性又は類似性を別個に、しかも抽象的に論じることにはそれほど意味はない」と述べる。以後の裁判官論文では、「物品の類似」を「意匠自体の類似」の前提要件とするものはない。

平成10年以降、部分意匠及び画像デザインの保護が検討される中で、「物品の類似」が問題化してきた。牧野⑬(92-93頁)は、〔可撓伸縮ホース〕最判について、「あたかも類似する意匠の範囲は物品の同一

又は類似を前提として評価すべきであるとするように読める。しかし、このように解すべき法的根拠は見いだし得ないし、その理論的根拠は示されていない。」とし、「意匠の類似が需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて判断されるものであるならば、物品の類似性を意匠の類似性の前提要件として考えるべき理論的必然性はなく、意匠権の保護範囲を画する意義をもたない。」と述べる。杉浦⑯(419頁)は、「23条は、意匠権の範囲を画するに当たり、物品の同一性・類似性を明示的には求めていない。しかし、…物品の同一性・類似性を意匠権侵害の要件とするのが通例である。」とし、「なお、…一要素として理解しておけば足りるのではないかとする指摘もある」と述べる。山田真紀⑰(210頁)は、意匠法に「物品の類似については規定されておらず、意匠権侵害の要件とはされていない。」とし、牧野⑬や、清永③の指摘を踏まえ、「実際の裁判例でも、意匠類否の判断の一要素として理解しているのではないかと思われる。」と述べる。小松⑱(852頁)は、「登録意匠に係る物品と被告製品とが同一又は類似の物品であることは、類否の前提事項又は類否判断の一要素として判断される。」と述べ、類否判断の際に創作性の程度や物品の類似などが「考慮される」と説示した裁判例を挙げる*6。片瀬⑲(377頁)も、「物品の類否」は、「全体観察において考慮される要素の一つということができる。意匠法も、意匠に係る物品の類似を、意匠の類似の要件としていない。」と述べる。

以上のとおり、「物品の類似」は類否判断の一考慮要素との見解が通説となっている。令和元年改正によって物品を離れた「画像」自体が保護されることになったが、今後「物品の類似」についてどのように判断されるか注目される*7。

ウ 主体的基準

類否判断の主体的基準は、意匠法上は、「需要者」として決着したが、その「需要者」の内実についてはまだ議論が続いている。

清永③(408頁)は、「意匠権侵害の成否は、意匠

の実施をする場面、すなわち意匠にかかる物品の製造、譲渡、貸与等の場面において生じる。」と述べる。したがって、意匠の実施をする場面に係る需要者が類否判断の主体ということになる。牧野⑬(92頁)は、「需要者」は「専門家ではないが、先行意匠にもある程度の予備知識がある取引者を含めた需要者が想定されている」と述べる。杉浦⑭(406頁)は「取引者、需要者が公知意匠につき相応の知識を有するとは必ずしもいえない」と述べる。取引者・需要者の知識レベルをどの程度に設定するかで、要部認定も変わってくるだろう。小松⑯(865-866頁)は、参酌される公知意匠や関連意匠等は、「必ずしも需要者が認識しているわけではない」ことから、むしろ「専門家ではないが、先行意匠にもある程度の予備知識のある取引者を含めた需要者が想定される」とし、「裁判実務で行われている意匠の類否判断は、率直にいうと、意匠に係る物品の性質、用途、使用態様、斬新で購買者の注意を惹く構成態様など、需要者の視点から意匠の要部を把握するにとどまらず、公知意匠の参酌や関連意匠の参酌など、当業者といった専門家の視点も加えて判断しているといわざるを得ない面があることは否定できない。しかし、それは、意匠の実質的価値に相応するものとして登録意匠の保護範囲を把握するという態度(これは至当なものであると評価できる)からして妥当なものというべきである。そして、そのような意匠の類否判断の手法は、需要者の視点を中心に判断するものではないから、意匠法24条2項の規定を逸脱するものではないと思われる。」と述べる。片瀬⑰(383頁)は、「先行意匠にもある程度の予備知識のある取引者を含めた需要者であって、当該意匠を実施する場面を前提に想定することになる。」とし、「意匠を実施する場面が複数考えられる場合、どのような需要者を想定するかは問題であるが、一の需要者に特定する必要はない」と述べる。

以上のように、牧野⑬以降は、主体的基準である「需要者」は、相当程度の知識を有し公知意匠や関連意匠も知る者と考えられている。このような「需要者」は「取引者」でも相当のレベルであり、「当

業者」と大きな差異はないようにも思われる。

2) 要部認定

ア 全体観察と要部認定

要部認定は、いうまでもなく「意匠全体の美感の類否」を判断するための手法である。『裁判例概観』⑧(205頁)は、「意匠を全体的に観察する手法を採った最高裁判例」(最判昭和50・2・28〔帽子〕裁判集民事114号287頁)を挙げている。

濱崎④(1365頁)が、「意匠は、その各構成部分を総合した全体的なまとまりとして、視覚に印象付けるものである」と述べるとおり、意匠の類否判断は、意匠全体の美感の類否であり、単なる視覚的情報の集合ではなく、「まとまりある形態」(ゲシュタルト)を「美感を起こさせるもの」として認定する必要がある。設楽⑨(365頁)も、「意匠は、各構成を有機的に結合したものであって、全体的に観察すべきものである」と述べる。「有機的に結合したもの」とは、意匠を構成する部分(要部認定)についても該当するし、部分意匠についても該当する指摘である。意匠は全体として美感を起こさせるものであるとともに、要部を構成する各部分(部分意匠を構成する各部分)においても、有機的に結合した「まとまりある形態」として「美感を起こさせるもの」と視認されるものでなければならない。片瀬⑰(378-379頁)は、「全ての視覚情報を比較することは困難であり…特徴的な美感を生じさせる視覚情報を抽出して比較せざるを得ない。そこで、当該意匠において、特徴的な美感を生じさせる視覚情報を、意匠の要部として認定する作業が必要になる。」と述べる。この「特徴的な美感を生じさせる視覚情報」も、同様に有機的なまとまりある形態である。

イ 周知意匠、公知意匠の参酌

(ア) 公知部分除外的な参酌

昭和34年法改正当初から、意匠の類否判断において、要部認定のために公知意匠参酌もすることは通説的な判断手法であった。佐藤①(327頁)は、「公知部分やありふれた部分が意匠の効果を判断する場

合に小さく評価されることは一般に認められている」と述べる。

そして、公知意匠を参酌するもう一つの理由として、設樂⑤(1374-1375頁)は、「公知意匠と類似しない意匠のみが意匠権として登録されるのである(3条1項)から、公知意匠と比べたうえで新規な部分でかつ取引者又は需要者の注意を強くひく部分も意匠の要部として認定すべきである。」…「登録意匠の類似の範囲を認定する場合に、公知意匠までその類似の範囲に含めるような認定はすべきではない。」と述べる。

しかし、濱崎④(1365頁)は、「審決取消訴訟判決を中心として」検討していることから、「意匠は、その各構成部分を総合した全体的なまとまりとして、視覚に印象付けるものであるから、意匠の類否判断に当たって、周知・公知の形態をたやすく要部から除外することは相当ではない」ことを強調する。さらに、竹田⑥(3月号50頁)は、設樂⑤について、「意匠の類否判断の基準を物品の混同に求めながら上記の理由で創作説と同じ立場に立つことは、論理的な整合性を欠く結果をもたらすのではないだろうか。」と述べる。混同説の論者からは公知意匠の参酌には批判が多かった。

『裁判例概観』⑧(226頁)は、「裁判例は、要部の認定に当たって、出願前に公知であった意匠を参酌する傾向にある。」と述べる。なお、設樂⑨(365頁)は、「単純に公知意匠の構成を登録意匠の要部から除外して考えるのは、意匠は、各構成を有機的に結合したものであって、全体的に観察すべきものであることからしても相当では(ない)」として、批判を包摂した見解を述べる。櫻林⑩(454頁)も、「単に抽象的に物品の性質・用途・使用形態などから、どこが一般の取引者需要者の注意を最もひく部分かを判断しようとしても、当該業界の商品に精通していない限り、具体的な基準を把握することが困難な場合が少なくない。その点、周知意匠及び公知意匠を調査することにより、そのような基準を把握する手がかりをつかむことができる。」と述べる。山田知司⑫(377-378頁)は、人の認知の原理から公知意匠

参酌の必要性を説明し、「美感が類似(混同)すると感じるか否かは、登録意匠とイ号意匠のみを対比して決定すべきものではなく、他の意匠との関係を参酌して決定すべきである。このことは、例えば、日本人としては似ていない二人の人間でも、西洋に行けば東洋人らしい風貌に着目されて似ていると言われる…ことを考えれば明らかである。」とし、「ごくありふれた形態は、取引者・需要者がしばしば目にするところであるから、注目される形態とはいえないことが多い。」と述べる。

(イ) 平成16年「特許法104条の3」追加

杉浦⑭(405頁)は、濱崎④と同様に「ありふれた形状であっても、当該意匠の支配的部分を占め、意匠的まとまりを形成して、看者の注意を引くものであれば、なお意匠の要部たり得る。」と述べる。なお、挙げられた裁判例は審決取消訴訟の例だけである。拒絶理由の引用意匠は往々にしてすでにありふれた意匠であることが多く、その場合でも意匠の要部は認定されるべきであり、新規な特徴部分がない場合は、物品特性から注意を引く部分が要部となる。そのため、このような論理構成がされている面があると思われる。

また、杉浦⑮(418頁)は、設樂⑤について、「修正混同説が公知意匠を参酌すべきとして想定している事例には、端的に意匠登録を無効とすべきものがかなり含まれるようにも思われる。…権利を行使することができない(意41、特許104の3①)とされたことも考え合わせると、今後は、混同説と修正混同説との間に実質的な差異は見出し難くなるのではないか。その意味で、意匠の類否判断の基準に関する実務は、今後は基本的に混同説に基づいて運用されるのではないかと述べる。片瀬⑯(381頁)も、「意匠登録が無効にされるべき場合、意匠権者は、その意匠権を行使することができなくなった。したがって、先行する公知意匠を参酌し、公知意匠に存在しない形態をもって登録意匠の要部を認定する必要は、乏しくなった」と述べる。

しかしながら、山田真紀⑰(208頁)は、牧野⑱を

踏まえて、「意匠の新規性(法3条1項)及び創作非容易性(法3条2項)という創作性の登録要件を充足して登録された意匠の範囲については、その意匠の美感をもたらす意匠的形態の創作の実質的価値に相応するものとして考えなければならず、公知意匠を参酌して、登録意匠が備える創作性の幅を検討すべきである…、当該意匠全体が、公知の意匠といえるような場合を除き、公知意匠の参酌は、類否判断に当たって、なお、意義を有している」と述べる*8。小松⑩(862頁)は、「公知意匠の参酌に言及していない裁判例もあるが、…公知意匠を参酌することを否定する趣旨とは解されない。明示的に公知意匠の参酌を否定する裁判例は見当たらない。」と述べる。また、小松⑩(865-866頁)は、牧野⑬の「登録された意匠の保護範囲は、その意匠の美感をもたらす意匠的形態の創作の実質的価値に相応するものとして考えねばならない」との見解に注目し、「多くの裁判例が実際に行なっている意匠類否の判断の基礎にある考え方に沿うように思われる。」と述べる。そして、山田真紀⑱も参照しつつ、「意匠の類否判断は、公知意匠を参酌して意匠の美感をもたらす意匠的形態の創作の実質的価値に相応するものとして考えるべきであるから、公知意匠を参酌する意義は上記法改正後も失われていない」と述べる。意匠全体としては無効理由を主張できるので公知意匠参酌の必要性はないとしても、部分形態については公知意匠を参酌して各部の創作性について評価する必要があると思われる。柴田⑳(395頁)も、牧野⑬の「創作の実質的価値」を参照しつつ、「要部の認定に際して公知意匠を参酌し、公知意匠に見られない新規な構成が注意をひくことから当該構成を要部として認定することは、公知意匠との関係での登録意匠における保護に値する構成を明らかにした上で意匠権の効力の範囲を確定している面がある」とし、「公知意匠を参酌して要部を認定することは、意匠権の性質から行われてしかるべきものといえ、特許法104条の3を準用する意匠法41条が設けられた現在においても、このことは変わらない」と述べる。

以上のように、公知意匠参酌の必要性は失われて

いない。注意すべき点は、公知意匠参酌を、意匠全体に係る場合と、意匠の各部分(構成要素)に係る場合とで区別することである。「特許法104条の3を準用する意匠法41条」は意匠全体としての新規性(公知意匠全体との対比)の問題であるが、要部認定における公知意匠参酌は、意匠の構成要素のうちどの部分が要部(創作的価値がある部分・需要者の注意を引く部分)かを認定するための公知意匠参酌である。要部認定のための公知意匠参酌は常に必要である。なお、牧野⑬(92頁)が指摘する「意匠の美感をもたらす意匠的形態の創作の実質的価値」や「登録意匠が備える創作性の幅」を確定するためには、従来の公知意匠等の参酌手法でよいのか、少なくとも創作非容易性との関係を検討する必要がある。

(ウ) 登録要件判断における公知意匠参酌

原則として、意匠法上の「類似」はいずれも同一の意味と解釈される。設楽⑤(1371頁)は、「一つの法律で使用されている用語は、特段の理由がない限り、同一の意味に解釈すべきである」と述べる(同旨、竹田⑥(2月号43-44頁))。また、山田知司⑲(373頁)は、「可撓伸縮ホース」最判は「3条1項3号の類似と同法23条の類似について、両者の意味は同一であるとしている。」と述べる。したがって、類否判断基準も同様といえる。小松⑩(852頁)は、「意匠権侵害訴訟の裁判実務では、意匠の類否判断の手法は概ね確立されているとあってよく、このことは最近の多くの裁判例を見ても変化はない。…(審決取消訴訟における意匠の類否判断も)基本的には同様なものと考えられて」と述べる。

だが、公知意匠参酌については議論がある、櫻林⑩(455頁)は、設楽⑤の公知意匠を参酌する要部認定について、「意匠法3条1項3号における意匠の類似の判断においては…、公知意匠との類似そのものが争点なのであるから、右のようなことをすることなく、当該公知意匠に類似するという判断をすれば足りる」と述べる。確かに、設楽⑤が想定する意匠全体としての公知意匠参酌は、類似する引用意匠が存在するか否かの判断であり、登録要件判断その

ものである。しかし、前記のとおり、出願意匠と引用意匠とを対比し類否判断する場合にも、両意匠の「創作の実質的価値」を認定する必要がある。両意匠の需要者に起こさせる美感がどのようなものかを判断せずに類否判断はできないからである。また意匠全体については引用意匠の発見だけで済むが、要部の認定には物品特性等の参酌とともに公知意匠の参酌(出願意匠及び対比する引用意匠についての公知意匠参酌)も必須である*9。

3) 類似意匠、関連意匠の参酌

『裁判例概観』⑧(228頁)は、類似意匠が、「侵害訴訟において意匠権の効力の及ぶ範囲を確定する際にも参考にされている。」と述べる。長沢⑩(299頁)は、「登録意匠のうち類似意匠と同一の部分は、要部に当たると解すべきである。この点を明示的に判示した判例はないが、下級審裁判例は、これを前提としているものと解される」と述べる。

意匠は全体としてまとまりある形態によって美感を起こさせるものであるから、単純に「登録意匠のうち類似意匠と同一の部分は、要部に当たる」ということはできないが、共通する部分が要部である可能性は高い。しかし、原理的には、本意匠と類似意匠は、意匠全体として類似すると判断された事例として参酌されるべきである。また、杉浦⑭(407頁)が指摘するように、「特許庁と裁判所とで評価が異なることもあり得る」が、関連意匠も、「本意匠の類似の範囲を考察するに当たっては、類似意匠と同様に参酌し得る」といえよう。

4) 後願意匠の参酌

『裁判例概観』⑧(232頁)は、「ある意匠の後願意匠が登録されているということは、両意匠は類似しないものと特許庁が判断したということであるから、意匠の類似範囲を画するに当たり、考慮に値する」と述べる*10。また、杉浦⑭(408頁)は、「判断時点の相違には留意する必要があるものの、登録意匠の類似の範囲の外延を外側から探る素材として、類否判断の参考資料となり得る」と述べる。当該意

匠の後願意匠も類否判断において参酌することが可能であるが、あくまで「類似の外延」の参考資料であり、当該意匠の要部認定における公知意匠参酌とは明確に区別する必要がある*11。

*6 東京地判平成19・4・18〔増幅器付スピーカー〕(判タ1273号280頁)。

*7 『意匠審査基準』は「物品の類似」を前提要件として捉えており、「全体観察において考慮される一要素」とするまでに至っていない。

*8 詳細は、梅澤修「意匠の類否判断の課題」『工業所有権法学会年報43号』(有斐閣 2020年) 169頁以下参照。また、『判例百選 商標法意匠法不正競争防止法』(17)別冊ジュリスト188号(2007年)では、鈴木将文「50意匠の類否判断基準〔衣装ケース事件〕」103頁も、「意匠の創作上の特徴がどこにあるのかを考慮することは、当然必要で…公知意匠を参酌する判断手法は基本的に支持され」と述べる。

*9 櫻林⑯(456頁)は、「当該構成部分に近似した公知意匠の提出をすることができない場合は、要部と認定される場合が少なくない」とし、「斬新なもののほど混同の範囲すなわち類似の幅が広いことを詳細に指摘している文献として、高田忠著『意匠』150頁(有斐閣・昭44)」を挙げるが、高田のこの基準は、登録要件を念頭にしたものである。

*10 「後願意匠を要部認定にあたって参酌するもの」として、大阪地昭56・10・16判、無体裁集13巻2号664頁を挙げるが、本件登録意匠と後願登録意匠とが、全体として非類似とされた理由を参酌しており、本件登録意匠の要部認定のために出願前公知意匠を参酌する手法とは異なるものである。

*11 大阪高判令和2・7・31〔トレーニング機器〕令和2(ネ)211は、「ある登録意匠の要部を認定するに当たり、出願後の公知意匠(当該登録意匠を追従したようなものも含まれる。)を観察することによっても、当該登録意匠に含まれる当該形態が、需要者の注意を引くかどうかを判断することができる」と述べる。しかし、具体的な後願意匠の参酌方法等は明らかでなく、原審大阪地判令和1・12・17平成29(ワ)5108も「本件意匠に先行、後行する公知意匠を総合しても、本件意匠のパッドの形状等がありふれたものであるとか、需要者の注意を引くものではないということではできない。」と述べるだけである。

(つづく)