

II. 現行意匠法の類否判断論の変遷

3. 裁判例の変遷

1) 混同説と創作説

ア 主体的基準

前回(128号)においてみたように、現行法の類否判断論は、最近まで「混同説」と「創作説」の対立の歴史であった。東京地判平成19・2・14〔増幅器付きスピーカー〕事件解説(判タ1273号280頁2008年)は、各説について、「混同説(取引者、需要者を基準として、両意匠が物品の混同を生じるおそれがあるほど似ているか否かにより判断するという考え方)、創作説(デザイナー等の当業者を基準として、両意匠から生じる美感が同一であるか否かにより判断するという考え方)、修正混同説(意匠の要部を認定する際に、公知意匠を参酌し、公知意匠と比べて新規な部分を要部とする創作説の考え方を取り入れつつ、両意匠が混同するほど似ているか否かによって類否を決すべきとする考え方)がある」とされる。」と述べ、「修正混同説の考え方が相当」で、「近時の裁判例も、概ね、同様の考え方」であると述べる。

平成18年一部改正で意匠法24条2項が追加され、「需要者に起こさせる美感」が意匠の類否判断基準となり、「デザイナー等の当業者」が主体的基準であることは否定されている。しかし、最近の裁判例における通説的な基準には、「混同のおそれ」についても述べられていない。「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」という基準は創作説的な手法である(アンダーラインは筆者。以下同じ)。

そもそも、裁判例で「デザイナー等の当業者」を類否判断の主体的基準と明記する裁判例はない。創作説の裁判例といわれる東京高判昭和48・5・31〔帽子〕昭和45(行ケ)1は、「同法第三条第一項第三号は、同一物品の公知意匠と同一の意匠ではなくても、これとの関係で創作性の認められない意匠、すなわち、これに基づき容易に創作できる意匠は、同一の意匠に準ずるものとして意匠登録を受けることができない旨を定めたもの」であると述べるが、主体的基準については明記していない。なお、「容易に創作できる」か否かは「創作者」の問題であるから、主体的基準は「創作者」と推認できるとはいえよう。しかし、「類似する意匠」が「容易に創作できる意匠」であるとする裁判例も本件以外にない。創作説の代表的裁判例といわれる、東京高判昭和45・1・29〔可撓伸縮ホース〕昭和41(行ケ)167は、「意匠の類否は、意匠に係る物品の製作方法や内部構造の類否とは無関係に、出願された意匠そのものの外観を全体的に観察し、その意匠的效果、すなわち視覚を通じて美観を起こさせる態様の類否によって決すべきである。」と述べるだけであり、主体的基準については明記していない。ただ、意3条1項、2項「ともに意匠の登録要件として出願意匠に創作性(オリジナリティ)があることを要求する規定で…同一分野の物品の関係において本件登録意匠が登録要件を備えるかどうかを判断するには、もっぱら同条第1項によるべきであって、同条第2項の適用はないものと解するのが相当である。」と述べたにすぎない。この説示の後半部分が、同一分野の物品の関係においても同条第2項(創作非容易性)の適用があるとして、最高裁で否定されたものである。

●表1 判決年表① 混同と創作

判決年	裁判所		言渡日	事件名	事件番号	出典 (出典記載なしは最高裁HP)
	混同判決	新規創作判決				
1960年	昭和34年意匠法施行・昭和35年4月					
1972年	①名古屋地決		昭和47・5・12	〔超音波魚群探知機〕	昭和46(モ甲)252	無体集4巻1号268頁
1974年	最判昭和49年3月19日(可撓伸縮ホース)					
		①東京地判	昭和49・12・11	〔自動車用アンテナ〕	昭和42(ワ)1345	取消集昭49年地裁405頁
1976年		②大阪地判	昭和51・11・5	〔ひな壇〕	昭和47(ワ)162等	取消集昭51年地裁715頁
1977年		②東京高判	昭和52・4・14	〔噴霧器噴口〕	昭和45(行ケ)66	判夕364号281頁
1979年		③東京高判	昭和54・4・23	〔ハンドグラインダー〕	昭和52(行ケ)72	無体集11巻1号297頁
1980年		④東京高判	昭和55・7・23	〔動力伝導用ローラー チェーンのブッシュ〕	昭和54(行ケ)132	染野判例2557の34頁
		③大阪地決	昭和55・9・19	〔保管庫1審〕	昭和55(ヨ)1069	無体集12巻2号514頁
1981年		⑤東京高判	昭和56・4・28	〔構築用ブロック〕	昭和54(行ケ)220	取消集昭56年865頁
		④大阪高決	昭和56・9・28	〔保管庫2審〕	昭和55(ラ)542	無体集13巻2号630頁
1983年		⑥大阪地判	昭和56・10・16	〔物干し器具〕	昭和53(ワ)4409	無体集13巻2号664頁
		⑤大阪地判	昭和58・7・29	〔磁気治療器〕	昭和56(ワ)2050	判時1140号133頁
		⑥大阪地判	昭和58・12・9	〔スノーポール〕	昭和54(ワ)528	判夕514号295頁
1984年		⑦東京高判	昭和59・9・27	〔包装用袋〕	昭和55(行ケ)316	判夕543号284頁
1985年		⑧東京高判	昭和60・9・19	〔額受金具〕	昭和58(行ケ)219	取消集昭60年1348頁
1987年		⑦東京高判	昭和62・3・26	〔自動車用霜とり具2審〕	昭和61(ネ)61	取消集昭62地裁276頁
1988年		⑧大阪地判	昭和63・12・27	〔包装用袋〕	昭和59(ワ)7459	無体集20巻3号656頁
1989年		⑨釧路地裁 帯広支部決	平成元・3・27	〔荷車〕	昭和62(ヨ)36	取消集25号476頁
		⑨大阪地判	平成元・6・19	〔弁当箱〕	昭和62(ワ)8143	無体集21巻2号522頁
		⑩京都地判	平成元・7・20	〔側溝用ブロック〕	昭和62(ワ)972	取消集24号550頁
1991年		⑩名古屋高裁 金沢支判	平成3・7・10	〔フェンス2審〕	平成2(ネ)76	判時1408号113頁
1992年		⑪東京高判	平成4・7・30	〔包装用袋〕	平成3(行ケ)263	染野判例6105の55頁
1994年		⑪京都地判	平成6・7・13	〔身長計〕	平成5(ワ)130	取消集51号345頁
		⑫大阪地判	平成6・7・19	〔脱臭剤容器〕	平成5(ワ)8250	知財集26巻2号582頁
		⑬東京高判	平成6・11・30	〔自動車用ホイール2審〕	平成5(ネ)144	染野判例6701頁
1995年		⑫東京高判	平成7・4・13	〔衣装ケース2審〕	平成6(ネ)3464	判時1536号103頁
		⑬岡山地判	平成7・4・25	〔建物用床板〕	平成4(ワ)509	取消集55号292頁
		⑭大阪地判	平成7・4・25	〔包装用容器〕	平成5(ワ)7086	染野判例6691の143頁
		⑭東京高判	平成7・9・26	〔タイムカード〕	平成7(行ケ)33	知財集27巻3号682頁
1997年		⑮東京地判	平成9・1・24	〔自走式クレーン1審〕	平成5(ワ)3966	知財集29巻1号1頁
1998年		⑮東京高判	平成10・6・18	〔自走式クレーン2審〕	平成9(ネ)404	知財集30巻2号342頁
1999年	平成10年一部改正(部分意匠) 施行・平成11年1月					
		⑯大阪高判	平成11・5・25	〔包装用缶2審〕	平成10(ネ)2916	染野判例6679の55頁
		⑰新潟地裁 三条支部判	平成11・6・22	〔ロープ連結環〕	平成10(ワ)62	染野判例6591の4頁
2000年		⑯大阪高判	平成12・2・23	〔輸液容器2審〕	平成10(ネ)3150	
		⑱東京高判	平成12・9・27	〔包装用容器〕	平成12(行ケ)34	染野判例6095の37頁
2001年		⑯大阪地判	平成13・2・20	〔乗用自動車〕	平成11(ワ)11203	
2002年		⑳大阪高判	平成14・7・3	〔ボルト2審〕	平成13(ネ)3044	

(次頁へつづく)

明治以来、意匠の類似は「美感」が判断基準の根本であるから、主体的基準が美感の看者である「需要者」であることは明らかである（昭和34年法初期の学説等参照）。また、美感を基準とすれば、類似と創作非容易性が同じ概念でないことも明らかである*1。創作説的な考え方で「需要者の美感」を

類否判断の基準とすることは否定されない。

したがって、混同説と創作説を区別するものは、「需要者の美感」ではなく、「混同のおそれ」の要件と「新規な創作部分」の参酌であると思われる。この二つの観点から裁判例を概観したものを[表1]にした。

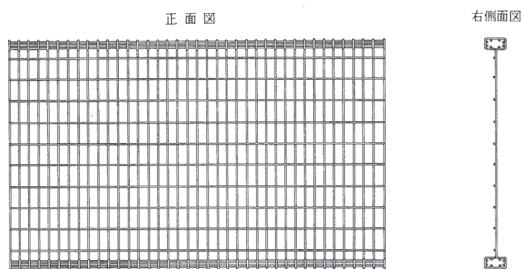
	裁判所		言渡日	事件名	事件番号	出典 (出典記載なしは最高裁HP)
	混同判決	新規創作判決				
2003年	②1東京地判		平成15・1・31	〔減速機1審〕	平成14(ワ)5556	
		①7大阪地判	平成15・4・15	〔荷崩れ防止ベルト〕	平成14(ワ)457	
	②2東京高判		平成15・6・30	〔減速機2審〕	平成15(ネ)1119	
2004年	②3東京高判		平成16・3・31	〔輸液バッグ〕	平成15(行ケ)358	
		①8大阪地判	平成16・12・21	〔ライター〕	平成16(ワ)5644	
2005年	②4知財高判		平成17・10・31	〔カラビナ2審〕	平成17(ネ)10079	
	②5大阪地判		平成17・12・15	〔化粧用パフ1審〕	平成16(ワ)6262	
2006年		①9大阪地判	平成18・1・17	〔手さげかご1審〕	平成16(ワ)14355	
	②6大阪高判		平成18・5・31	〔化粧用パフ2審〕	平成18(ネ)184	
	②7知財高判		平成18・7・13	〔横葺屋根板材〕	平成18(行ケ)10023	
	②8知財高判		平成18・7・18	〔スポーツシャツ〕	平成18(行ケ)10004	
		②0大阪高判	平成18・8・30	〔手さげかご2審〕	平成18(ネ)448	
		②1東京地判	平成18・10・30	〔ゴルフ用ボールマーカー1審〕	平成18(ワ)13406	
2007年		②2大阪地判	平成18・12・21	〔ブロックマット〕	平成18(ワ)7014	
		②3東京地判	平成19・3・16	〔墓前用収納箱〕	平成18(ワ)9943	
		②4知財高判	平成19・3・27	〔ゴルフボールマーカー2審〕	平成18(ネ)10084	
	平成18年一部改正(類否判断基準) 施行・平成19年4月					
2008年	②5①知財高判		平成19・6・14	〔三段熨斗付き紐丸冠瓦〕	平成19(行ケ)10036	
	②6②知財高判		平成19・6・14	〔建築用板材〕	平成19(行ケ)10066	
	②7東京地判		平成20・2・19	〔バケツ先端装着具〕	平成19(ワ)1972	
2009年	②8大阪地判		平成21・7・23	〔医療検査用細胞容器〕	平成20(ワ)13282	
	②9大阪地判		平成21・11・5	〔長靴〕	平成21(ワ)2726	
2010年	③0大阪地判		平成22・1・21	〔マンホール蓋用受枠1審〕	平成20(ワ)14302等	
	③1大阪地判		平成22・3・25	〔ごみ箱〕	平成21(ワ)11520	
	③2東京地判		平成22・5・14	〔模造まつげケース〕	平成20(ワ)36851	
	③3知財高判		平成22・7・20	〔取鍋2審〕	平成19(ネ)10032	
	③4大阪地判		平成22・8・26	〔測量地点明示プレート〕	平成20(ワ)8761	
	③5大阪地判		平成22・12・16	〔長柄鋏〕	平成22(ワ)4770	
2011年	③6知財高判		平成23・3・28	〔マンホール蓋用受枠2審〕	平成22(ネ)10014	
	③7大阪地判		平成23・9・15	〔爪やすり〕	平成22(ワ)9966	
	③8東京地判		平成23・12・27	〔蒸気モップ〕	平成21(ワ)13219	
2012年	③9大阪地判		平成24・6・21	〔携帯用魔法瓶〕	平成23(ワ)9600	
	④0東京地判		平成24・6・29	〔エーシーアダプター〕	平成23(ワ)247	
2013年	④1大阪地判		平成25・1・22	〔放電ランプ〕(部分)	平成23(ワ)529	
	④2大阪地判		平成25・3・7	〔遊技台の間仕切り板〕	平成24(ワ)4224	
	④3大阪地判		平成25・8・22	〔亀甲葺屋根〕	平成24(ワ)6771	
2015年	④4東京地判		平成27・5・15	〔包装用箱〕	平成26(ワ)12985	
2016年	④5東京地判		平成28・4・15	〔バリケード用錘〕	平成26(ワ)33834	
	④6知財高判		平成28・7・13	〔道路橋道路幅員拡張用張出し材2審〕	平成28(ネ)1001	
2017年	④7大阪地判		平成29・2・7	〔美容用顔面カバー〕	平成28(ワ)5739	
	④8大阪地判		平成29・5・18	〔植木鋏〕	平成28(ワ)7185	
	④9③知財高判		平成29・9・27	〔建築扉用把手〕	平成29(行ケ)10048	
2018年	⑤0大阪地判		平成30・11・6	〔検査用照明器具1審〕	平成28(ワ)12791	
	⑤1東京地判		平成30・12・20	〔アイマスク等〕	平成29(ワ)40178	
2019年	①大阪地判		令和元・8・29	〔そうめん流し器〕	平成29(ワ)8272	
	⑤2大阪高判		令和元・9・5	〔検査用照明器具2審〕	平成30(ネ)2523	
	②大阪地判		令和元・12・17	〔トレーニング機器1審〕	平成29(ワ)5108	
令和元年一部改正(画像、建築物) 施行・令和2年4月						
2020年	③大阪地判		令和2・5・28	〔データ記憶機〕	平成30(ワ)6029	
	⑤3大阪高判		令和2・7・31	〔トレーニング機器2審〕	令和2(ネ)211	
	⑤4東京地判		令和2・8・27	〔自動精算機1審〕	令和1(ワ)16017	
2021年	⑤5知財高判		令和3・2・16	〔自動精算機2審〕	令和2(ネ)10053	

イ 混同説の裁判例

(ア) 物品の混同か意匠の混同か

「混同(のおそれ)」を一般論として述べる裁判例、または、類否判断の結論において「混同(のおそれ)」を述べる裁判例は、年表「混同判決」の28件ある。混同説の代表的な裁判例と思われるのは、⑩名古屋高裁金沢支判平成3・7・10〔フェンス2審〕〔図1〕であり、「第三者が登録意匠に類似する意匠を実施し、取引者がこれを意匠権者の物品と誤認して購入すれば、意匠権者はその利益を侵害されることになるから、意匠権者の権利保護を考えれば、意匠の類否は、取引者が物品の誤認・混同を来すおそれがあるほど似ているかどうかを基準に判断すべきである」と述べる。

●図1 本件登録意匠第665223号「フェンス」

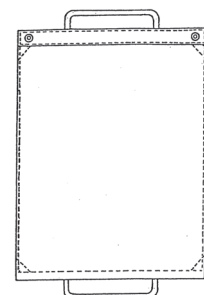


これと同様に「物品の混同(のおそれ)」を類否判断基準とする裁判例は、他に7件ある。すなわち、①名古屋地決昭和47・5・12〔超音波魚群探知機〕は「需要者がその製品を彼此混同するおそれがあるものというべく、従つて、債務者製品一〇一型意匠は本件登録意匠に類似する」と述べる。⑥大阪地判昭和56・10・16〔物干し器具〕は、「見る者に本件意匠とは別異の印象を与え、本件意匠にかかるものと混同を生ぜしめないようなものには、その効力を及ぼし得ない」と述べる。「意匠にかかるもの」は「物品」と解される。⑦東京高判昭和59・9・27〔包装用袋〕は、「両意匠の表わされた彼此商品の包装用袋の混同を生じるおそれ」と述べる。⑨釧路地裁帯広支部決平成元・3・27〔荷車〕は、「判断の基準は、一般に、意匠の類否によって一般的需要者に商品の混同を起こさせるかどうかによる」と述べる。⑯大阪高判平

成11・5・25〔包装用缶2審〕は、「美感を同じくし物品の混同を生じるか否か」と述べる。⑰新潟地裁三条支部判平成11・6・22〔ロープ連結環〕は、「取引者、需要者が両意匠を類似していると認識することにより、当該物品の誤認混同を生じ、意匠権の実質的保護が失われる結果とならないか否かという観点も重要」と述べる。⑱大阪高判平成12・2・23〔輸液容器2審〕は、「意匠に伴う美感の類似によって、その実施に関与する者が物品の混同を来すおそれがあるか否か」と述べる。

以上のように、「物品の混同(のおそれ)」を述べる裁判例は8件しかない。「混同」を述べる28件の裁判例の具体的説示内容を見ると、「物品」の混同ではなく「意匠」の混同を述べるものが多い(13件)。例えば、⑪東京高判平成4・7・30〔包装用袋〕〔図2〕は、「意匠法3条1項3号にいう『類似』は、その有する本来の語義に照らし、創作性の有無の観点からではなく、誤認混合のおそれの有無の観点から理解すべきである。また、意匠に関わる人は創作それ自体のみを目的とするものではなく、その意匠が物品に係るものである以上その実施(意匠法2条3項)をも目的として創作するのであり、この実施の段階で意匠は取引者、需要者の目に触れることになるのであるから、先行する公知意匠保護のため、これと誤認混同するおそれのある意匠の登録を拒絶する必要があることは明らかである。かかる意味においても、『類似』の意義を上記のように解するのが相当である。」と述べる。混同説の根拠についても説示するが、しかし、「誤認混同するおそれのある意匠」とは、単に「類似する意匠」を言い換えたにすぎず、実質的な内容のない概念となってい

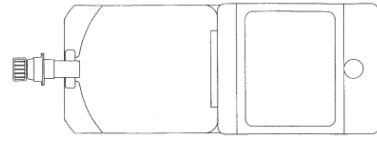
●図2 本願意匠「包装用袋」



●図3 本件登録意匠第1016887号「輸液バッグ」

る（なお、「創作性」を「創作非容易性」と同じ意味に理解していると思われる）。

同様に「意匠の混同」を述べる裁判例として、②東京高判昭和52・4・14〔噴霧器噴口〕は、「意匠の類否を判断するにあたっては、意匠を全体として観察することを要するが、この場合意匠を見る者の注意をひき易い部分を要部として把握し、これを観察して一般の需要者が誤認、混同するかどうかという観点からその類否を決するのが相当である。」と述べる。「誤認、混同する」対象は「意匠」である。③東京高判昭和54・4・23〔ハンドグラインダー〕は、「両意匠に混同誤認のおそれはない」と述べる。④東京高判昭和55・7・23〔動力伝導用ローラーチェーンのブッシュ〕は、「本件意匠と引用例の意匠を表したものの相互間に、…微弱かつ部分的な差異といわざるをえず、需要者において混同のおそれがあることが認められる。」と述べる。⑤東京高判昭和56・4・28〔構築用ブロック〕は、「一般の需要者は、両意匠から異なった印象を受けるものとみるのが相当であり、両意匠を誤認混同するおそれがあるものとは認められない。」と述べる。⑧東京高判昭和60・9・19〔額受金具〕は、「両意匠の吊環先端頭部の形状の差異は、…両意匠を全体としてみるとき、格別の印象を看者に与えるものとはいい難いものである、また、原告主張の両意匠の吊環の形状に表われた機能上の差異も一般の需要者に対し混同のおそれを全く排除するほどのもの」ではないと述べる。⑬岡山地判平成7・4・25〔建物用床板〕は、「要部に於いて、イ号意匠は、看者に全く異なった意匠感を与え、本件意匠との間に誤認混同を生じる余地はない」と述べる。⑮東京地判平成9・1・24〔自走式クレーン1審〕は、「本件意匠とイ号意匠の一致点によれば、…看者に彼此混同を生じさせる共通の美感を与えるものであり、イ号意匠は本件意匠に類似すると認められる。」と述べる。⑲東京高判平成12・9・27〔包装用容器〕は、「意匠が類似するとは、意匠に係る物品の取引者及び需要者が両意匠を混同すること」と述べる。⑳大阪高判平成14・7・3〔ボ



ルト2審〕は、「要部に現われた両意匠の構成態様が看者に共通の美感を与え、両意匠の誤認混同を生じさせるか否かを基準とすべき」と述べる。㉓東京高判平成16・3・31〔輸液バッグ2審〕〔図3〕は、「意匠と物品とは一体をなすものであるから、…意匠法3条1項により登録を拒絶するためには、まずその意匠に係る物品が同一又は類似であることを必要とし、さらに、意匠自体が同一又は類似と認められるものでなければならない。そして、意匠自体の類否の判断は、一般の需要者が普通の注意力をもって当該意匠に係る物品の購買を選択するに当たって、対比されるべき両意匠に係る物品の形状、模様若しくは色彩又はそれらの結合から看取される美観により、両意匠について混同を生ずるおそれがあるか否かによって判断すべきであり、その場合には当該物品の性質、目的、用途、使用態様などからその需要者の注意を強く引く部分がどこにあるかを考慮すべきものと解される。」と述べる。〔可撓伸縮ホース〕最判の「物品の類似」と「意匠自体の類似」の区別を踏まえた「意匠の混同」を説示するものとして注目される。㉗知財高判平成18・7・13〔横葎屋根板材〕は、「意匠の類否判断は、取引者・需要者が区別できるかどうかではなく、物品の美観の観点から二つの意匠について混同が生ずるおそれがあるといえるほどに似ているかどうかによるのである。」と述べる。㉘知財高判平成18・7・18〔スポーツシャツ〕は、「意匠の類否判断は、一般需要者の立場からみて、物品の美観、すなわち、当該意匠に、新たな創作的工夫により独自の美感を与える要素を付加するものがあるか否かの観点から、当該意匠と公知意匠について混同が生ずるおそれがあるといえるほどに似ているかどうかによって決することになる。」と述べる。

以上のように、「混同(のおそれ)」といっても、「意

●図4 本件登録意匠第864835号「衣装ケース」

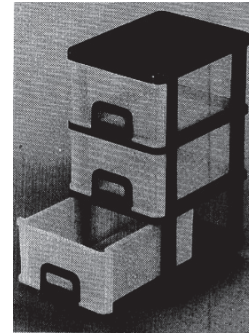
匠の混同」が「意匠の類似」であると述べる裁判例が多い。しかし、「意匠の混同」といってしまうと、単に「意匠の類似」を言い換えたに過ぎず、意匠の類否判断の基準とはいえない。純粹に「物品の混同のおそれ」を基準とする混同説の裁判例は少ないのである。特に、最後の2つの知財高裁判例は、いずれも「美感(美観)」に基づく「意匠の混同」と述べ、また、「新たな創作的工夫により独自の美感を与える要素」の有無を判断することについても述べるものである。これらは、もはや混同説ではなく創作説的な類否判断論といえよう。

(イ) 混同のおそれの具体的判断

そして、具体的判断の内容をみると、「混同のおそれ」の事実を認定判断して、「混同のおそれ」があるから意匠が類似すると結論する裁判例は見当たらない。むしろ、「美感が類似」すること等を理由として「混同のおそれ」を結論している。基準が逆転し、「意匠が類似」するから「混同のおそれ」があると述べるものもある。

例えば、⑫東京高判平成7・4・13〔衣装ケース2審〕〔図4〕は、「取引者、需要者が両意匠を類似していると認識することにより当該物品の誤認混同を生じ、意匠権の実質的保護が失われる結果とならないようにするため」と述べ、意匠の類似を前提として物品の誤認混同を導いている。結論でも「意匠の要部をなす基本的構成態様及び具体的構成態様において共通し、美感を同じくするものであって、看者に類似の印象を与え、取引において誤認混同を生じさせる」と述べる。

同様に「美感の類似」や「意匠の類似」を根拠として「混同(のおそれ)」を導く裁判例として、①名古屋地決昭和47・5・12〔超音波魚群探知機〕は、「両意匠は、この種意匠の類否を判断する上において大きなウエイトをもつ全体の形状及び正面の形状、模様が酷似しており、しかも、正面を除くその余の面も全体として類似し顕著な相違点は見られないのであるから、需要者がその製品を彼此混同するおそれがある」と述べる。③東京高判昭和54・4・23〔ハ



ンドグラインダー〕は、「全体として一般の需要者に与える印象は別異であって、両意匠に混同誤認のおそれはないといわざるをえない。」と述べる。これは「印象」の相違を先に判断しており、印象と美感はほぼ同義であるから、混同の有無の前に美感の類否を判断するものである。⑤東京高判昭和56・4・28〔構築用ブロック〕は、「一般の需要者は、両意匠から異なった印象を受けるものとみるのが相当であり、両意匠を誤認混同するおそれがあるものは認められない。」と述べる。⑥大阪地判昭和56・10・16〔物干し器具〕は、「見る者に本件意匠とは別異の印象を与え、本件意匠にかかるものと混同を生ぜしめないようなものには、その効力を及ぼし得ない」と述べる。⑨釧路地裁帯広支部決平成元・3・27〔荷車〕は、「判断の基準は、一般に、意匠の類否によって一般的需要者に商品の混同を起こさせるかどうかによる」と、意匠の類否を前提にする。⑭東京高判平成7・9・26〔タイムカード〕も同様に、「取引者、需要者が両意匠を類似していると認識することにより当該物品の誤認混同を生じないようにするためである」と述べる。⑯大阪高判平成11・5・25〔包装用缶2審〕は、「美感を同じくし物品の混同を生じるか否かにより決すべきである」とし、「具体的な侵害の成否は、取引者又は需要者が通常有する美感を基準として右新規な創作部分と侵害意匠とを対比することにより、物品の用途・通常の使用形態等に照らしてなお物品の混同を生じるか否かによって判断すべきである。」と述べる。⑳大阪高判平成14・7・3〔ボルト2審〕は、「要部に現われた両意匠の構成態様が看者に共通の美感を与え、両意匠の

誤認混同を生じさせるか否かを基準とすべき」と述べる。

(ウ) 物品の類似に関するもの

意匠の類否判断と同様に、「物品の類似」についても混同説的な考え方を述べる裁判例がある。

例えば、^{②④}知財高判平成17・10・31〔カラビナ2審〕は、「意匠権の効力が及ぶ「登録意匠に係る物品と類似の物品」とは、登録意匠又はこれに類似する意匠を物品に実施した場合に、当該物品の一般需要者において意匠権者が販売等をする物品と混同するおそれのある物品を指す」と述べる。^{②⑤}大阪地判平成17・12・15〔化粧用パフ1審〕は、「意匠の類否は、一般需要者を基準とし、登録意匠と類似の美観を生じさせ、両意匠に混同を生じさせるおそれがあるか否かによって決すべきものであることにかんがみると、意匠に係る物品の類否も、一般需要者を基準とし、両物品が同一又は類似の用途、機能を有すると解される結果、両物品間に混同を生じさせるおそれがあるか否かという観点からこれを決すべきものと解される。」と述べる。^{②⑥}大阪高判平成18・5・31〔化粧用パフ2審〕も、原審と同旨述べる。

しかし、「両物品間に混同を生じさせるおそれがある」と判断されるのは「両物品が同一又は類似の用途、機能を有すると解される結果」である。とすれば、「両物品を混同すること」とは、用途機能が類似し「両物品が類似すること」を意味する。したがって、前記の「意匠の混同」が「意匠の類似」を言い換えたにすぎないのと同様に、この「物品の混同」とは、単に「物品の類似」を言い換えただけと思われる。「物品の類似」については、「混同の有無」ではなく、「用途、機能」の実質的異同を検討して判断する以外にない。「意匠の類似」も、混同ではなく、美感の類否を検討して判断されるのと同様である。

(エ) 法目的としての混同

類否判断の基準としてではなく、保護目的の説明として「物品の混同」を述べるものもあるが、これ

らは、本来的には類否判断に関する混同説とはいえない。

例えば、^{②⑦}東京地判平成15・1・31〔減速機1審〕は、「意匠保護の根拠は、流通過程における混同防止にある」と述べる。^{②⑧}東京高判平成15・6・30〔減速機2審〕も、「需要者が当該意匠に係る物品を混同し、誤って物品を購入することを防止」することと述べる。

(オ) 小括

以上のように、裁判例では「物品の混同」を類否判断の基準とするものは少なく、また、「物品の混同のおそれ」を具体的な要件として判断している事例はほとんどなかった。「混同」を述べる裁判例でも、意匠の類否判断は、美感の類否判断であり、「物品の混同」は美感の類否の結果として述べられていた。「物品の混同」は類否判断の実質的な基準・要件となっていなかったといえよう。

したがって、平成18年中頃以降は「混同」について説示する裁判例はなくなっている*²。これに対して、多くの裁判例が述べる類否判断の一般論は、「公知意匠にない新規な創作部分の存否」を参酌するものとなっている。

ウ 「新規な創作部分」に関する裁判例

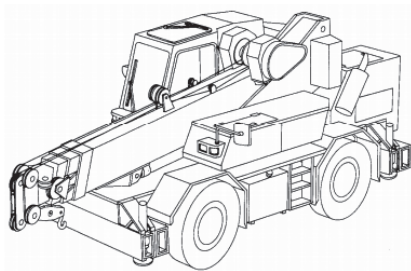
(ア) 「新規な創作部分」

類否判断の一般論において、公知意匠にはない新規な創作部分の存否等を参酌して意匠の要部認定をすべきことを説示する裁判例として、[表1]年表「新規創作判決」記載の55件がある。なお、類否判断の一般論は述べずに、事案の具体的類否判断において、意匠に係る物品の性質、用途、使用態様、さら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要部を認定しているものも多数あるが、今回は採り上げない。

これらのなかで、一般論において、「公知意匠にはない新規な創作部分の存否を参酌」すると述べた最初の裁判例は、^{②⑨}東京高判平成10・6・18〔自走式クレーン2審〕[図5]であり、「意匠の類否を

判断するに当たっては、意匠を全体として観察することを要するが、この場合、意匠に係る物品の性質、用途、使用態様、さら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、登録意匠と相手方意匠が、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観察することが必要である。」と述べる。これは、最近の裁判例の類否判断基準と同旨の一般論である。片瀬亮「意匠の類否」*3は、本判決を「要部認定基準」の「リーディングケース」と指摘する。

●図5 本件登録意匠第766928号
「自走式クレーン」



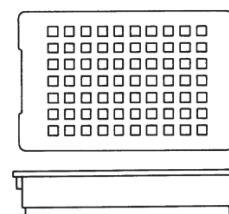
〔表1〕年表に記載した本判決以降の「新規創作」の裁判例39件は、これとほぼ同旨の一般論を述べている。なお、説示最後の、「意匠の要部において構成態様を共通にしているか否かを観察することが必要である。」との部分は、「構成態様を共通にするか否かを中心に観察」（⑩大阪地判平成13・2・20〔乗用自動車〕）と修正されることが多い（以下、この修正された説示を「通説」という）。

これ以前の「新規創作」の裁判例では表現が異なるが、実質的に「新規な創作部分」を参酌することを述べる。すなわち、①東京地判昭和49・12・11〔自動車用アンテナ〕は、「特に創作性が存する部分」と、②大阪地判昭和51・11・5〔ひな壇〕は、「本件意匠の新規な部分」や「斬新な意匠的創作性が存する部分」と、③大阪地決昭和55・9・19〔保管庫1審〕は、「公知意匠は…本意匠の特徴、要部ひいては類似範囲を決するための資料」と、④大阪高決昭和56・9・28〔保管庫2審〕は、「類似範囲を判定するにつ

いて右各公知意匠を参酌すべきことは当然」と、⑤大阪地判昭和58・7・29〔磁気治療器〕は、「創作性の存否・程度を把握」と、⑥大阪地判昭和58・12・9〔スノーポール〕は、「創作性の存否・程度」と、⑦東京高判昭和62・3・26〔自動車用霜とり具2審〕は、「公知の形状は強く看者の注意を惹く部分でない」と、⑧大阪地判昭和63・12・27〔包装用袋〕は、「公知意匠にはない新規で創作性のある部分」と、⑨大阪地判平成元・6・19〔弁当箱〕は、「公知意匠にない新規…部分」や「創作性のある新規な部分」と、⑩京都地判平成元・7・20〔側溝用ブロック〕は、「特段の新規性、創作性を認めることができない部分」と、⑪京都地判平成6・7・13〔身長計〕は、「創作性の存否・程度」と、⑫大阪地判平成6・7・19〔脱臭剤容器〕は、「創作性のある新規な部分」や「その程度」と、⑬東京高判平成6・11・30〔自動車用ホイール2審〕は、「公知意匠に示される当該意匠分野における従来意匠の水準との関係でどの程度意匠的創作として法的に保護すべき寄与があるかを客観的に評価」すべきと、⑭大阪地判平成7・4・25〔包装用容器〕は、「公知意匠にはない新規で創作性のある部分」と述べる。

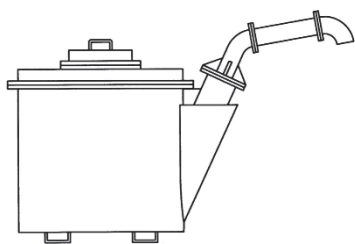
⑰大阪地判平成15・4・15〔荷崩れ防止ベルト〕以降の裁判例は、ほとんどが「通説」と同一の説示であるが、若干相違するものとして、⑱大阪地判平成21・7・23〔医療検査用細胞容器〕〔図6〕は、「両意匠の形態の異同が、当該物品の目的、用途及び使用態様等に照らして需要者が注目し得る部分における意匠上の形態に係るものであるかどうか、当該登録意匠の出願時点における公知意匠等を参酌して需要者に新規な美感をもたらし得る形態に係るもので

●図6 本件登録意匠第888566号
「医療検査用細胞容器」



あるかといった観点から、両意匠が全体として美感を共通にするか否かを検討する」と述べる。公知意匠の参酌時期が「登録意匠の出願時点」であることを明記し、「新規な創作的部分」について「新規な美感をもたらし得る形態に係るもの」と述べ、意匠の要部が「美感を起こさせるもの」に関する創作であることを指摘する。⑳大阪地判平成21・11・5〔長靴〕は、通説を述べるが、さらに、平成18年の意匠法24条2項追加後も、「美感の類否判断の手法として、需要者の視覚を通じて起こさせる美感の観点から上記事項(新規な創作部分の存否)を参酌して本件意匠の要部を把握し、被告意匠がその要部における構成態様と共通するか否かを判断することは、むしろ同条項の趣旨に沿うもの」と述べる。㉑知財高判平成22・7・20〔取鍋2審〕〔図7〕は、通説を述べるとともに、「意匠の新規性(意匠法3条1項)及び創作非容易性(同条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る必要があるため、公知意匠を参酌することの必要性は、意匠法41条によって特許法104条の3が準用されるようになった後においても、完全に失われてはいないというべきである。」と述べる。㉒知財高判平成23・3・28〔マンホール蓋用受枠2審〕も通説を述べるとともに、上記〔取鍋〕と同旨を述べる。

●図7 本件登録意匠第1137667号「取鍋」



(イ) 審決取消訴訟の裁判例

〔表1〕年表「新規創作判決」記載の55件の裁判例

●図8 本願意匠「三段熨斗付き紐丸冠瓦」

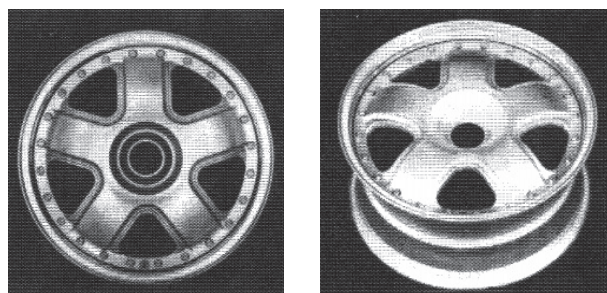


は、ほとんどが侵害訴訟である。そもそも、審決取消訴訟では類否判断の一般論を述べるものが少ないが、公知意匠を参酌する要部認定について同旨述べる裁判例は年表の「新規創作判決」で黒丸数字を付した3件である。㉓①知財高判平成19・6・14〔三段熨斗付き紐丸冠瓦〕〔図8〕は、「視覚的効果、使用態様、公知意匠にない新規な創作であるか否か等の観点から検討し、共通点が及ぼす美感の共通性と差異点に基づく美感の個別性とを比較考量し、総合的、全体的に類否を判断する」と述べる。㉔②知財高判平成19・6・14〔建築用板材〕も同旨を述べる。㉕③知財高判平成29・9・27〔建築扉用把手〕は、侵害訴訟における通説と同旨を述べるものである。

(ウ) 創作性の程度

なかでも創作性の程度を評価することを明示的に述べるものがあり、⑤大阪地判昭和58・7・29〔磁気治療器〕は、「創作性の存否・程度を把握」と、⑥大阪地判昭和58・12・9〔スノーポール〕は、「創作性の存否・程度」と、⑪京都地判平成6・7・13〔身長計〕は、「創作性の存否・程度」と、⑬東京高判平成6・11・30〔自動車用ホイール2審〕〔図9〕は、「公知意匠に示される当該意匠分野における従来意匠の水準との関係でどの程度意匠的创作として法的に保護すべき寄与があるかを客観的に評価」すべきと述べる。前記⑬知財高判平成22・7・20〔取

●図9 本件登録意匠第761059号「自動車用ホイール」



鍋 2 審〕及び③⑥知財高判平成23・3・28〔マンホール蓋用受枠 2 審〕が述べる「意匠的形態の創作の実質的価値」も創作の程度を意味すると思われる。

なお、前記「混同判決」のなかでも、⑥大阪地判昭和56・10・16〔物干し器具〕は、混同を基準としつつ、「新規性、創作性の高いものについては、その類いの範囲も相応に広がる」と述べる。また、⑦知財高判平成18・7・13〔横葺屋根板材〕と⑧知財高判平成18・7・18〔スポーツシャツ〕は、「新たな創作的工夫により独自の美感を与える要素」の有無を判断することを述べるものであり、もはや、混同説とはいえない。

工 現在の類否判断基準

(ア) 修正創作説(使用美説)

前記の〔増幅器付スピーカー〕事件解説(判タ1273号281頁)によれば、2008年当時の裁判例は、概ね「修正混同説」の考え方であるとされている。前回の裁判官論文の歴史的検討でも、2007年には「混同説・修正混同説」に収斂するとの見解もあった*4。

しかし、上記のとおり、⑦知財高判平成18・7・18〔スポーツシャツ〕以降は、類否判断に関し「混同のおそれ」について述べるものはない。また、前回の裁判官論文や学説の検討でも、「混同要件」は、もはや必要ないとされている*5。

混同説の立場からは、「24条2項の規定が設けられたことに伴い、意匠の類否は、これまでの「創作説」及び「混同説」の議論を踏まえるまでもなく、端的に24条2項の解釈の問題となったと解される」とし、「看者(取引者及び需要者)の視点を意匠の類否の判断基準として強調した「混同説」の問題意識は、…近似の裁判例の判断手法にも受け継がれている。しかしながら、「需要者」が基準となることを強調する趣旨において「混同」の有無を前面に置く必要性は、…24条2項が設けられたことにより、発展的に解消された」とされている*6。

しかし、「混同説」の立場では、「公知意匠にはない新規な創作部分の存否を参酌」する必要はない。「新規な創作部分」が需要者の注意を引く意匠の要

部となる可能性が肯定されるのは、類否判断において意匠の美感の創作的価値を評価すべきとする創作説的な立場からである。意匠法は創作保護法であり、現行法当初からいわれている、ありふれた部分は注意を引かず、新規な部分は注意を引くこと*7が事実であれば、意匠の類否判断において、公知意匠を参酌して新規な創作部分を認定する必要があり、意匠の新規な創作的価値を評価する必要がある。

また、判断主体は「当業者」ではなく「需要者」とされたが、「混同」を要件とするのでなければ、もはや「修正混同説」ということもできない*8。このような類否判断の考え方は、需要者に起こさせる美感を基準とするが、意匠の創作的価値である美感の類否を判断することから、むしろ「修正創作説」(主体的基準を「当業者」から「需要者」に変更した創作説)というべきであろう。また、需要者取引者に起こさせる美感は、「意匠に係る物品の性質、用途及び使用態様」を参酌して把握される要部に係る美感であり、「物品の使用状態における美感」すなわち「使用の美」である。その美感が起きる場所である「使用状態」を中心に意匠の類否を考えるべきであるとすれば、この類否判断論は、「使用美説」というべきである*9(次回詳細を検討する)。

(イ) 最近の裁判例

最近の裁判例で、一般論として「公知意匠にない新規な創作部分の存否」を参酌することを述べないものとして、①大阪地判令和元・8・29〔そうめん流し器〕、②大阪地判令和元・12・17〔トレーニング機器 1 審〕、③大阪地判令和 2・5・28〔データ記憶機〕がある。

これらは、事案の具体的判断においても、公知意匠参酌には消極的あるいは明確におこなわないようにも思われる*10。公知意匠を参酌して新規な創作的部分を限定してしまうこと、すなわち、登録意匠の類似範囲を狭めてしまうことがないようにしたものと推測される。しかし、公知意匠を参酌することで新規な創作部分が適切に把握されるのであり、客観的な類似範囲が確定されると思われる。妥当な公

知意匠参酌を行わない場合、第三者にとって客観的な類似範囲(権利範囲)の予測がつきにくくなる。単に類似範囲が広いだけでは妥当な意匠保護とはならないおそれがある*11。

②大阪地判令和元・12・17〔トレーニング機器1審〕の控訴審③大阪高判令和2・7・31〔トレーニング機器2審〕では、通説の一般論を述べ、「意匠に係る物品の性質、用途、使用態様、さら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、需要者の最も注意を引きやすい部分を意匠の要部として把握」と述べている。また、その後2件の裁判例(④東京地判令和2・8・27〔自動精算機1審〕、⑤知財高判令和3・2・16〔自動精算機2審〕)でも通説の一般論が述べられている。「公知意匠にはない新規な創作部分の存否」を参酌する要部認定手法が妥当と思われる。

なお、⑤大阪高判令和2・7・31〔トレーニング機器2審〕では一般論に付け加えて、控訴人(原告)の「要部の認定においては創作性の程度や、新規な構成であることが十分に考慮されるべきである」との主張に対して、「確かに、公知意匠にはない新規な創作部分の存否等は大きな考慮要素ということではあるが、新規な創作部分であればそれだけの理由で常に要部となるわけではないし、新規な創作部分のみが要部となるわけでもない。あくまでも、需要者の最も注意を引きやすい部分がどこであるかが重要である。」と述べる。また、「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(当該登録意匠を追随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」との指摘もある。これら、具体的な公知意匠参酌の手法については、次回以降に検討する。

* 1 高田忠『意匠』(有斐閣 1969年)220頁は、類似と創作容易というのは「考え方の基礎を異にするので、その範囲または幅は必ずしも同じとはいいきれないが、近似したものはある。」と述べる(555頁も同旨)。

* 2 混同説的な裁判例がなくなった理由の一つは、牧野利秋「意

匠法の諸問題」(ジュリスト (No.1326) 平成19年1月)、論文と思われる本連載「意匠法の問題圏第24回」(DESIGN PROTECT 2020 No.128)参照。

- * 3 高部眞規子編著『最新裁判実務体系第10巻 知的財産権訴訟 I』(青林書院 2018年)383頁参照。
- * 4 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』(新日本法規 平成19年6月)417頁参照。
- * 5 本連載前回「意匠法の問題圏第24回」(DESIGN PROTECT 2020 No.128)19頁参照。
- * 6 竹田稔・川田篤『知的財産権訴訟要論(意匠編)第7版』(一般財団法人発明推進協会 2020年)265頁。
- * 7 例えば、前掲(*1)147頁以下は、「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」し、「斬新なものほど混同の範囲すなわち類似の幅が広い」と述べる(本連載第23回 DESIGN PROTECT No.126)11頁参照。
- * 8 裁判例で明確に混同説を否定するものとして、⑩京都地判令和1・7・20〔側溝用ブロック〕は、「意匠法は、混同のおそれを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意匠権侵害の成立要件とするものであり、物品の混同があっても、それが意匠の類似によるものでない場合には意匠権侵害は成立しないし、逆に物品の混同がなくとも、必ずしも意匠の類似がないとは限らないのであるから、その物品を取り扱う需要者に現実に物品の混同が生ずること、もしくはそのおそれがあることをもって類否を決する基準とすることはできない。意匠の類否は、物品全体を観察して、新規性、創作性のあるものとして登録意匠の要部と解されるものが、対比する物品においても意匠の要部として共通に存し、他に看者の注意を引く創作部分がない場合には、その物品の意匠は登録意匠と類似しているものと解するのが相当である。」と述べる。
- * 9 意匠法目的との関係で、意匠の需要増大機能を基礎付けるのは、意匠の根本的価値である美感、すなわち意匠的效果(使用価値)であることについては、本連載「意匠法の問題圏第2回」(DESIGN PROTECT 2012 No.93)24頁以下を参照。
- * 10 梅澤修「大阪地判令和2年5月28日〔データ記憶機〕判決紹介」特許ニュース15281号(令和2.10.26)参照。
- * 11 意匠の要部は、物品特性と公知意匠にない新規な創作部分の存否等を参酌して評価認定される。このような手法は、需要者に起こさせる美感について「客観的に評価」するためのものである。意匠の創作的価値の内容である「美感」(意匠的效果)について客観的に評価するために「物品特性と公知意匠等を参酌」して要部を認定するのである。したがって、この意匠的価値(美感)は、創作者が主観的に観念しているアイデアではない。むしろ、創作者は自己の創作的価値を客観的に評価することはできない。新規な創作として意匠登録を受けることができるか否かは創作者が主観的に判断することではない。意匠の創作的価値は、需要者に起こさせる美感を客観的に評価することによってはじめて認定されるものである。

(つづく)