

## 「造形デザイン」の知財判決紹介（11）

－創作非容易性（部分意匠）－

－知財高判平成26年3月27日「使い捨てカイロ」審決取消請求事件

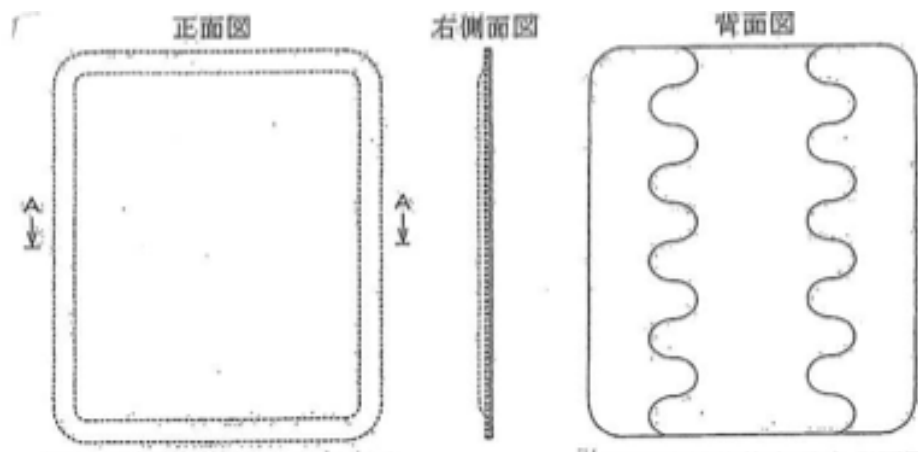
平成25年(行ケ)10305号－

### 【事案の概要】

本件は、原告が、意匠に係る物品を「使い捨てカイロ」とする部分意匠に係る意匠登録出願をし、その拒絶査定不服審判において、本願意匠は意匠法3条2項の規定に該当するとの拒絶理由通知を受け、「本件審判の請求は、成り立たない。」との審決がなされたので、その審決取消を求めた事案である。平成10年改正によって部分意匠制度が導入され、同時に創作非容易性の登録要件についてハードルが高くなったことにより、最近では部分意匠や創作容易性に関する裁判例が増加している<sup>1</sup>。本件も部分意匠の創作非容易性が争われた事案である。

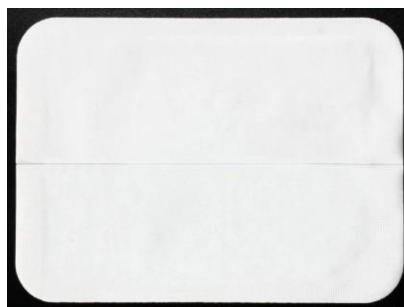
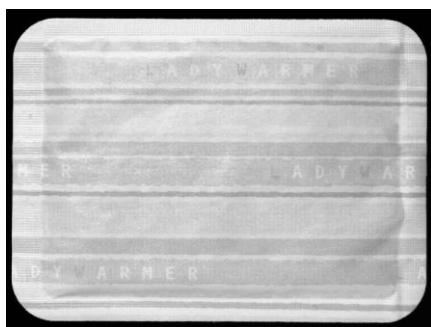
同日に、同じ原告により「使い捨てカイロ」の審決取消訴訟が他に3件あるが、いずれも同旨の判決である（平成25（行ケ）10306～10308）。本件を代表として採り上げる。

### 【本願意匠】（背面の剥離紙部のみ実線）



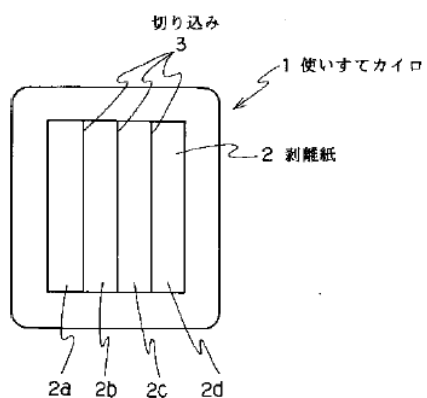
【甲22公報（意匠登録第1237838号の意匠公報）】（公報発行2005.4.25）

<sup>1</sup> 詳しくは、拙稿「意匠法3条2項（創作非容易性）についてⅡ」（DESIGN PROTECT 2011 No.90 Vol.24-2, 21頁）参照。

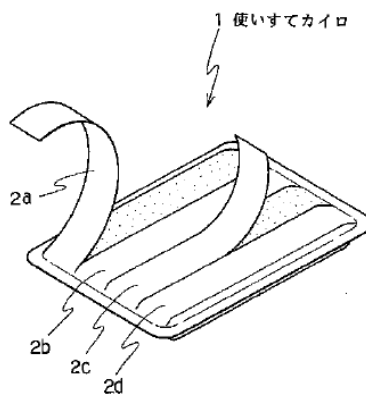


【甲 2 3 公 報（特 開 平 7 - 8 0 0 1 8 号 の 公 開 特 許 公 報）】

【図 1】



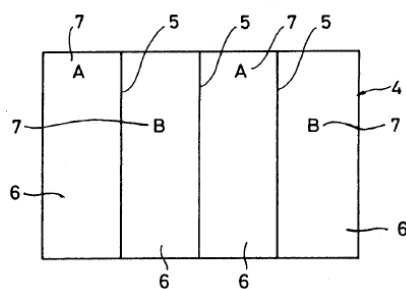
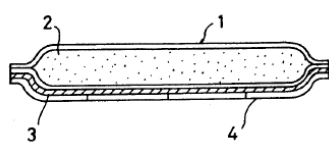
【図 3】



【甲 2 4 公 報（実 用 新 案 出 願 公 開 平 3 - 6 3 3 2 2 号 の 公 開 実 用 新 案 公 報）】

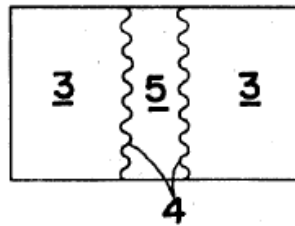
第 2 図

第 1 図



【甲 2 5 公 報（実 用 新 案 出 願 公 開 昭 5 8 - 1 2 4 1 2 3 号 の 公 開 実 用 新 案 公 報）】

第3図



### 【審決の理由】

本件裁判所が説示する「審決の理由」は、以下のとおりである。

「(1) 審決の理由は、……要するに、本願意匠は、その出願前に日本国内又は外国において公然知られた形態に基づいて、当業者であれば容易に創作をすることができたものであるから、意匠法3条1項の規定に該当し、意匠登録を受けることができない、というものである。

(2) 審決が認定した本願意匠及び公知の形態は、次のとおりである。

#### ア 本願意匠

本願意匠は、袋体のカイロの裏面全面に設けられた衣類に貼付するための粘着面を覆う剥離紙の部分意匠であり、……剥離紙の全体形状は、隅丸長形状であって、二度貼りを可能とするために、該剥離紙には、一度目と二度目の粘着面が略同面積となるように長手方向と平行で、上端から下端までその高さ一杯に波線状の切り込み線を、該剥離紙全体を約1：2：1の面積比に区画する位置、言い換えると、剥離紙の左右幅を約1：2：1に分割する位置に、左右対称になるように2本設けたものである。

#### イ 公知の形態

審決は、使い捨てカイロにおいて、以下の各形態はいずれも、本願出願前に公知の形態であると認定した。

##### (ア) 形態1

剥離紙全体を隅丸長形状とすること（意匠登録第1237838号の意匠公報（甲22。以下「甲22公報」という。）。別紙審決書写しの「別紙第2」参照。以下「形態1」という。）。)

##### (イ) 形態2

切り込み線を剥離紙の長手方向と平行で、上端から下端までその高さ一杯に設けること（甲22公報。別紙審決書写しの「別紙第2」参照。以下「形態2」という。）。)

##### (ウ) 形態3

使い捨てカイロにおいて、二度貼りを可能とするために、剥離紙に複数区画を形成するような切り込み線を設け、さらに、二度貼りの前後において粘着面の面積を略同じとなるように、剥離紙全体を約1：2：1の面積比に区画する位置に切り込み線を設ける

こと（例えば、特開平7－80018号の公開特許公報（甲23。以下「甲23公報」という。別紙審決書写しの「別紙第3」参照）の【図1】及び【0011】の記載並びに【図3】及び【0012】の記載から導き出される態様。具体的には、本願意匠は、甲23公報の【図1】及び【図3】の2b及び2cの剥離紙を一体とした態様のものである。そして、実用新案出願公開平3－63322号の公開実用新案公報（甲24。以下「甲24公報」という。別紙審決書写しの「別紙第4」参照）の第1図及び第2図の発熱袋の態様。）（以下「形態3」という。）。

#### （エ）形態4

発熱袋（カイロ）において、切り込み線を直線以外の曲線等とすること（例えば、甲24公報の〔実施例〕の記載。以下「形態4」という。）。

#### （オ）形態5

剥離紙の切り込み線を波線状とし、当該波線を左右対称に設けること（例えば、貼付薬の事例ではあるが、実用新案出願公開昭58－124123号の公開実用新案公報（甲25。以下「甲25公報」という。別紙審決書写しの「別紙第5」参照）の第3図。以下「形態5」という。）。 」

### 【原告主張の取消事由】

「審決は、公知の形態の認定を誤り、本願意匠の容易創作性の判断を誤ったものであるから、違法であり、取り消されるべきである。

#### 1 公知の形態の認定について

##### （1）形態3について

……甲23公報には、「二度貼りを可能とするために、剥離紙に複数区画を形成するような切り込み線を設けること」や、「二度貼りの前後において粘着面の面積を略同じとなるようにすること」や、「剥離紙全体を約1：2：1の面積比に区画する位置に切り込み線を設けること」は、全く開示されておらず、教示されてもいない。また、剥離紙全体を約1：2：1の面積比に区画する位置に切り込み線を設けることは、甲24公報にも示されていない。

したがって、審決が、形態3を公知の形態と認定したのは誤りである。

##### （2）形態4について

……甲24公報の〔実施例〕には、切り込み線を直線以外の曲線等とした場合に、具体的に如何なる形態であるかについては示されていない。

したがって、審決が、形態4を公知の形態と認定したのは誤りである。

#### 2 容易創作性の判断について

審決は、甲23公報、甲24公報及び甲25公報に基づき、剥離紙全体を約1：2：1の面積比に区画する位置（剥離紙の左右幅を約1：2：1に分割する位置）に、切り込み線を左右対称に2本設ける程度のことは、当業者であれば容易に創作することがで

きたものであると判断した。

しかし、以下のとおり、上記各公報は、審決の容易創作性判断の根拠となるものではない。剥離紙を、左領域、中央領域、右領域の面積比が約1：2：1となるように3分割した形態は、公然知られた形態に基づいて容易に創作できたものではない。

……」

## 【被告の反論】

### 「1 公知の形態の認定について

……甲23公報及び甲24公報に表された意匠は、いずれも剥離紙を左右に均等に4分割したものであるが、はがす剥離紙の態様によっては、粘着面が同一の面積となる態様が現出されることは容易に想定できるものである。

甲23公報及び甲24公報において中央の2枚を同時にはがした場合には、面積比が約1：2：1となるので、粘着面が略同一の面積となるような態様については、当業者が容易に想到できるものである。

また、面積比が約1：2：1になるように切り込み線を2本入れることについても、この種使い捨てカイロの分野において、表面部に粘着面を設けた使い捨てカイロは、広く知られたありふれた態様であり、①粘着面を長手方向の中央や両端部に設けることは、乙第1号証の第1図にあるように、従来から認められる態様であり、②剥離紙の短手方向に、上領域、中央領域、下領域と3分割し、中央領域の幅を広くするような切り込み線を一端から他端まで上下に2本設けることは、乙第2号証【図1】にあるように、既に見られる態様であり、③剥離紙を左領域、中央領域、右領域と3分割し、剥離紙の左右幅を面積比が約1：2：1になるように分割する位置に切り込み線を左右対称に2本設けた態様は、乙第3号証の意匠にあるように、既に見られる態様であるから、剥離紙の分割態様を、左領域、中央領域、右領域の面積比が約1：2：1になるように3分割することは、甲23公報及び甲24公報に具体的形態として表されていなくとも、当業者であれば、明細書の記載を受けて容易に想到し得る範囲内のものである。

したがって、甲23公報や甲24公報に表された四つに等分された剥離紙の形状において、切り込み線を3本から2本に減じ、両端の剥離紙をそのままに、中央部分の2枚の剥離紙を一体とし、面積比が約1：2：1になるように分割する態様とすることも、当業者においては当然に想到し得る範囲内のものであり、審決が、形態3及び形態4を公知の形態と認定した点に誤りはない。

### 2 容易創作性の判断について

#### (1) 甲23公報及び甲24公報について

原告は、甲23公報及び甲24公報は、審決の容易創作性判断の根拠となるものではないと主張する。

しかし、剥離紙をその粘着効果や貼り替え等を考慮して、複数に分割をすることは甲

2 3 公報及び甲 2 4 公報に表されており、例えば、本願意匠と同様に切り込み線を 2 本とする態様とした場合に、本願意匠のように面積比を約 1 : 2 : 1 に、あるいは、約 2 : 1 : 2（甲 2 5 公報）とする程度の創作は、当業者であれば十分考え得る範囲内のものである。

また、甲 2 3 公報は、本願意匠のように、使い捨てカイロの片面全面が剥離紙で覆われ、全面を覆う剥離紙の一端から他端まで切り込み線が形成された形態とは異なるものであるとしても、剥離紙の一端から他端まで切り込み線が形成された形態は、甲 2 4 公報に表されているのであって、このような態様とすることも容易に想到し得るものである。」

### 【判決要旨】

「当裁判所は、原告主張の取消事由は理由がないものと判断する。その理由は以下のとおりである。

#### 1 公知の形態の認定について

(1) 意匠法 3 条 2 項……でいう「公然知られた」とは、不特定の者に秘密でないものとして現実にその内容が知られたことをいい、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は、「公然知られた」形態とすることができる。

#### (2) 刊行物の記載

##### ア 甲 2 2 公報の記載

甲 2 2 公報には、使い捨てカイロにおいて、剥離紙全体を隅丸長形状とすること（形態 1）、及び、切り込み線を剥離紙の長手方向と平行で、上端から下端までその高さ一杯に設けること（形態 2）が記載されている（甲 2 2）。

##### イ 甲 2 3 公報の記載

甲 2 3 公報の【図 1】には、使いすてカイロ 1 の粘着剤層を覆う剥離紙 2 の長手方向に 3 本の切り込み 3 が略等間隔に平行に形成され、剥離紙 2 が 4 分割されたものが示されており、【実施例】の【0 0 1 1】には、「切り込み 3 の数は本発明においてとくに限定されず、少なくとも 1 本あれば良く、また切り込みの形成箇所も適宜選定すればよい。」との記載がある。

また、甲 2 3 公報の【図 3】には、使いすてカイロ 1 の使用例として、4 分割された剥離紙 2 a、2 b、2 c 及び 2 d のうち、2 a と 2 c を剥がし、その部分の粘着剤層が現出しているもの（半分の面積の剥離紙が剥がされているもの）が示されており、【実施例】の【0 0 1 2】には、「本発明の使いすてカイロの特徴は、貼り直しをしても粘着力の衰えないところにある。したがって、切り込みは、粘着剤層の一部のみを現出させるためのものであり、適宜剥離する部分を選択すればよい。たとえば、剥離紙 2 a、2 c を剥がして所望の部位にカイロを貼着させることができる。そののち他の部位に貼

着し直したいときは剥離紙 2 b, 2 d を剥がすことにより確実な接着力で貼着させることができる。さらに貼着するものの材質によって接着力を調整したいときなども、粘着剤層を現出させる面積を簡単に調節することができる。」との記載がある（甲 2 3）。

#### ウ 甲 2 4 公報の記載

甲 2 4 公報の第 1 図には、発熱袋（カイロ）の断面図が示されており、第 2 図には底面図として、粘着剤層 3 を覆う剥離シート 4 の短手方向に 3 本のカットライン 5 が平行に形成され、剥離紙 4 が 4 分割されたものが示されており、〔実施例〕には、「4 は剥離シートで、非転着性粘着剤層 3 を被覆し、使用時剥離されるものである。この剥離シート 4 には適宜数のカットライン 5 が形成され、部分剥離が可能となっている。カットライン 5 の具体的な形状は部分剥離可能なものであれば直線、曲線等その如何を問わないが、平行直線や同心円とし、カットライン 5 により形成された複数の分画部片 6 に、同時に剥離すべき部片毎に共通番号 7 を付すのが簡便である。」との記載がある（甲 2 4）。

#### エ 甲 2 5 公報の記載

甲 2 5 公報には、貼付薬の剥離紙の切り込み線を波線状とし、当該波線を左右対称に設けること（形態 5）が記載されている（甲 2 5）。

#### (3) 形態 3 について

前記(2)イのとおり、甲 2 3 公報の【図 1】には、3 本の切り込み線が略等間隔に平行に形成され、剥離紙 2 が 4 分割されたものが示されており、【実施例】の【0 0 1 1】には、切り込みの数を増減することや、切り込みの形成箇所を変更することが示唆されており、【0 0 1 2】には、二度貼りを可能とするために、剥離紙を剥がす部位を選択することが示唆されている。

また、前記(2)ウのとおり、甲 2 4 公報の第 2 図には、3 本のカットライン 5 が平行に形成され、剥離シート 4 が 4 分割されたものが示されている。

しかし、甲 2 3 公報及び甲 2 4 公報には、切り込み線を 2 本とし、剥離紙全体を約 1 : 2 : 1 の面積比に区画する位置に切り込み線を設けることは記載されていない（記載されているに等しいということもできない）。甲 2 3 公報及び甲 2 4 公報によって認め得る公知の形態は、「剥離紙全体を約 1 : 1 : 1 : 1 の面積比に区画する位置に、3 本の切り込み線を平行に設けること」にとどまり、甲 2 3 公報には、これに加えて、「二度貼りの前後において貼着面の面積を略同じとすること」が記載されているにとどまる（以下、甲 2 3 公報記載の上記形態をまとめて「形態 3 a」という。）。

したがって、審決が、甲 2 3 公報等から「剥離紙全体を約 1 : 2 : 1 の面積比に区画する位置に切り込み線を設けること」も含めた形態 3 を公知の形態と認定したことは、誤りである。

#### (4) 形態 4 について

甲 2 4 公報には、形態 4、すなわち、「発熱袋（カイロ）において、切り込み線を直線以外の曲線等とすること」が記載されている。

すなわち、前記(2)ウのとおり、甲24公報の第2図には、粘着剤層3を覆う剥離シート4の短手方向に3本のカットライン5が平行に形成されたものが示されており、〔実施例〕には、カットライン5の形状を曲線等にすることが記載されている(ただし、曲線の形状について、同心円との例は記載されているが、それ以外の曲線等の例示はない。 )。

したがって、審決が、形態4を上記の限りで認定し、これを公知の形態と認定したことに誤りはない。

## 2 容易創作性の判断について

(1) 審決が、前記1(3)のとおり、甲23公報等から、使い捨てカイロにおいて、「剥離紙全体を約1:2:1の面積比に区画する位置に切り込み線を設けること」も含めた形態3を公知の形態と認定したことは誤りであるものの、審決は、「本願意匠は、袋体のカイロの裏面全体に設けられた、衣類に貼付するための粘着面を覆う剥離紙を、本願出願前に公然知られた隅丸長形状とし、そして、二度貼りを可能とするために、該剥離紙に、一度目と二度目の粘着面が略同面積となるように該剥離紙の長手方向と平行で、上端から下端までその高さ一杯に、波線状の切り込み線を、該剥離紙全体を約1:2:1の面積比に区画する位置、言い換えると、剥離紙の左右幅を約1:2:1に分割する位置に、左右対称に2本、単に設けた程度にすぎないものであって、当業者であれば容易に創作することができたものと認められる。」(審決書5頁)と判断しており、審決のこの判断に誤りはない。すなわち、甲22公報から使い捨てカイロの剥離紙としてありふれた形態であると推認される形態1と形態2について、その切り込み線の形態を使い捨てカイロにおいて公知の形態である形態3a及び形態4並びに貼付葉の剥離紙における公知の形態である形態5に基づいて形態3及び形態5とする程度のことは、次に述べるとおり、当業者であれば容易に創作することができたものと認められる。

ア 形態1と形態2の剥離紙からなる使い捨てカイロを、二度貼りをするための使い捨てカイロとするために、甲23公報の【図3】のように、剥離紙を3本の切り込み線により4等分し、一度目と二度目の剥離面積が等面積になるように、4枚の剥離紙から2枚の剥離紙を選択して剥離することは公知である(形態3a)。そして、甲23公報の【図3】では、一度目と二度目の剥離面積を等面積とするための例として、一度目に2aと2cの剥離紙を剥離している例が示されているけれども、一度目に両側にある2aと2dの剥離紙を剥離し、中央にある2bと2cの剥離紙を残す方法や、一度目に中央にある2bと2cの剥離紙を剥離し、両側にある2aと2dの剥離紙を残す方法も、上記記載例と実質的に同一の方法であるから、剥離紙の剥離方法としてこれらの方法も記載されているに等しいものということが出来る。そして、上記の剥離方法(中央の2bと2cの剥離紙を同時に剥離するか、残す方法)や、甲23公報において切り込み線の数を減じたり、切り込みの形成箇所を適宜選定することなどが記載されていることを前

提として甲 2 3 公報の【図 3】をみると、中央の 2 b と 2 c の剥離紙の間にある切り込み線をなくし、2 b と 2 c を一体とした形態、すなわち、2 本の切り込み線により剥離紙の面積比を約 1 : 2 : 1 となるようにした形態（形態 3）を創作することはそれ程困難なことではないといえることができる。また、剥離紙を 2 本の切り込み線により 3 区画に分ける形態は、貼付薬においては公知の形態である（甲 2 5、乙 3。なお、貼付薬と使い捨てカイロとは、人体に直接貼り付けるものであるか、衣服の上から人体に間接的に貼り付けるものであるかの違いはあるものの、いずれも、人体にその形状に沿うように直接又は間接的に貼り付けるものであって、日常的に使用されるものである点において共通する。）。

そうすると、使い捨てカイロの分野における当業者が甲 2 3 公報に接すれば、使い捨てカイロの二度貼りを可能とするために、一度目と二度目の剥離面積が等面積になるような切り込み線を設けた剥離紙として、【図 1】に示された形態において、切り込み線を 2 本とし、剥離紙全体を約 1 : 2 : 1 の面積比に区画する位置に切り込み線を設けること（形態 3。具体的には、甲 2 3 公報の【図 1】又は【図 3】の 2 b と 2 c の間に切り込みを入れず、2 b と 2 c を一体とした態様のものにすること）は、容易に創作することができたものといえる。

イ また、甲 2 3 公報の切り込み線は直線であるが、これを直線とする必然性はなく、発熱袋（カイロ）において、切り込み線を直線以外の曲線等とすること（形態 4。ただし、曲線の形状について、波線状との例示はない。）、及び甲 2 5 公報の貼付薬のように、剥離紙の切り込み線を波線状とし、当該波線を左右対称に設けること（形態 5）は、いずれも公知の形態であること、しかもこの波線形状は極めてありふれた形状であることからすると、甲 2 3 公報の切り込み線を、直線ではなく、甲 2 5 公報のような波線形状とすることも、容易に創作することができたものといえる。

ウ 以上によれば、本願意匠は、公知の形態である形態 1、形態 2、形態 3 a、形態 4 及び形態 5 に基づいて容易に意匠の創作をすることができたものであると認められ、これと概ね同趣旨の審決の判断に誤りはない。」

## 【検討】

### 1. 公知形態と創作非容易性判断

#### （1）本件の公知形態 3 の認定

本件では、「形態 3」（すなわち、「使い捨てカイロにおいて、二度貼りを可能とするために、剥離紙に複数区画を形成するような切り込み線を設け、さらに、二度貼りの前後において粘着面の面積を略同じとなるように、剥離紙全体を約 1 : 2 : 1 の面積比に区画する位置に切り込み線を設けること」）に関する判断がポイントとなっている。審決では、形態 3 を「公知の形態」と認定して創作非容易性を判断している。これに対して、原告は、「剥離紙全体を約 1 : 2 : 1 の面積比に区画する位置に切り込み線を

設けること」は、全く開示されておらず、教示されてもいない。」と主張した。

審決では、形態3について、「特開平7-80018号の公開特許公報(甲23。以下「甲23公報」という。別紙審決書写しの「別紙第3」参照)の【図1】及び【0011】の記載並びに【図3】及び【0012】の記載から導き出される態様。具体的には、本願意匠は、甲23公報の【図1】及び【図3】の2b及び2cの剥離紙を一体とした態様のものである。」と注記をしており、「約1:2:1の面積比に区画」された形態が現に公知でないことを、審決でも認識していたと推認される。また、被告の反論として、「具体的形態として表されていない」とも、「甲23公報や甲24公報に表された四つに等分された剥離紙の形状において、切り込み線を3本から2本に減じ、両端の剥離紙をそのままに、中央部分の2枚の剥離紙を一体とし、面積比が約1:2:1になるように分割する態様とすることも、当業者においては当然に想到し得る範囲内のものであり、審決が、形態3及び形態4を公知の形態と認定した点に誤りはない。」と主張している。

裁判所は、「甲23公報及び甲24公報には、切り込み線を2本とし、剥離紙全体を約1:2:1の面積比に区画する位置に切り込み線を設けることは記載されていない(記載されているに等しいということもできない)。甲23公報及び甲24公報によって認め得る公知の形態は、「剥離紙全体を約1:1:1:1の面積比に区画する位置に、3本の切り込み線を平行に設けること」にとどまり、甲23公報には、これに加えて、「二度貼りの前後において貼着面の面積を略同じとすること」が記載されているにとどまる。(改行)したがって、審決が、甲23公報等から「剥離紙全体を約1:2:1の面積比に区画する位置に切り込み線を設けること」も含めた形態3を公知の形態と認定したことは、誤りである。」と判断している。

しかし、創作非容易性の判断において、「使い捨てカイロの分野における当業者が甲23公報に接すれば、使い捨てカイロの二度貼りを可能とするために、一度目と二度目の剥離面積が等面積になるような切り込み線を設けた剥離紙として、【図1】に示された形態において、切り込み線を2本とし、剥離紙全体を約1:2:1の面積比に区画する位置に切り込み線を設けること(形態3。具体的には、甲23公報の【図1】又は【図3】の2bと2cの間に切り込みを入れず、2bと2cを一体とした態様のものにする)は、容易に創作することができたものといえる。」と説示し、結論として、本願意匠は創作容易であるという審決の判断を維持している。

なお、被告の反論において、形態3を公知の形態としつつも、創作容易の判断として、「複数に分割することは甲23公報及び甲24公報に表されており、例えば、本願意匠と同様に切り込み線を2本とする態様とした場合に、本願意匠のように面積比を約1:2:1に、あるいは、約2:1:2(甲25公報)とする程度の創作は、当業者であれば十分考え得る範囲内のものである。」と主張している。審決においては、形態3について認定と判断の区別にやや曖昧な点があったといえよう。

しかし、このように曖昧な認定判断となったことには理由があり、形態3が公然知られていることをシンプルに認定できるならば、本願意匠について創作容易と判断しやすいという事情があったものと思われる。以下、創作非容易性の判断構造に基づき、この点を検討する。

## （2）創作非容易性の判断構造について

『意匠審査基準』（23.5）では、容易に創作することができる意匠と認められるものの例として、「1. 置換の意匠、2. 寄せ集めの意匠、3. 配置の変更による意匠、4. 比率の変更、単位の数増減、5. ほとんどそのまま、6. 商慣行上の転用」という6つのケースを例示している。このような手法によって、公然知られた形態を再構成しただけの意匠は、「公然知られた形状……に基づいて容易に意匠の創作をすることができた」とものと解される。上記の事例では、「その意匠の属する分野において」、置換や寄せ集め等の創作手法が、「当業者にとってありふれた手法である」ことを前提としている。だが、これは例示としての「仮の」前提であって、すべての意匠の創作において、これらの手法（置換や寄せ集め等の手法）が、一般的にあらかじめ「当業者にとってありふれた手法」であるわけではない点に注意が必要である。したがって、『意匠審査基準』では、「23.7 当業者にとってありふれた手法であることの提示」を審査の要件としている。すなわち、「創作容易な意匠というためには、当業者にとってありふれた手法によって創作されたという事実を要する。」とし、「したがって、意匠法第3条第2項の規定により拒絶の理由を通知する場合は、原則、当業者にとってありふれた手法であることを示す具体的な事実を出願人に提示することが必要である。」と規定した。「ただし、その手法が当業者にとってありふれたものであることが、審査官にとって顕著な事実と認められる場合、例えば、玩具業界において、本物の自動車をそっくりそのまま自動車おもちゃに転用するという手法等の場合には、必ずしもその提示を要さない。」とされている。

以上のように、創作非容易性の判断において、意匠を構成する手法が「ありふれた手法」であるか否かについては、慎重に判断する必要があり、十分な論証が必要である。これに対し、「公然知られた形態」であるか否かは、比較的単純な事実認定である。本件の「形態3」について、審決が「公然知られた形態」と認定した背景には、このような事情もあったのではなかろうか。

また、注意すべき点として、創作非容易性判断において、本件意匠の部分的態様と公知態様とは、需要者の観点からみて「実質的同一」でなければならないことがある。すなわち、両部分的態様について「需要者の視覚を通じて起こさせる美感」が同一であることが必要である。上記『意匠審査基準』に挙げられた事例においても、引用形態（公然知られた形態）は、本願意匠の当該部分の形態とほとんど同一の形態である（「6. 商慣行上の転用」は例外。）。裁判例でも、「意匠の構成要素を他の意匠に単に置き換えるか、

複数の意匠をそのまま組み合わせることにより、当該意匠と同一又はほぼ同一の形状の意匠を容易に創作できる場合には、意匠の創作容易性が肯定される」と説示したものである（知財高判平成 22. 7. 20「取鍋」平成 19(ネ)10032。

本願意匠の「形態 3」は、公然知られた形態ではないとされたが、「使い捨てカイロの分野における当業者が甲 2 3 公報（形態 3 a）に接すれば、……形態 3……のものをすることは、容易に創作することができたものといえる。」と判断されている。この形態 3 a に基づく形態 3 の創作容易との判断を前提として、本願意匠全体の創作非容易性については、「甲 2 2 公報から使い捨てカイロの剥離紙としてありふれた形態であると推認される形態 1 と形態 2 について、その切り込み線の形態を使い捨てカイロにおいて公知の形態である形態 3 a 及び形態 4 並びに貼付薬の剥離紙における公知の形態である形態 5 に基づいて形態 3 及び形態 5 とする程度のことは、……当業者であれば容易に創作することができたものと認められる。」と判断されている。

以上のように、本件の創作非容易性判断は、本願意匠の「形態 3」について創作容易と判断し、それを踏まえて本願意匠全体について創作容易と判断している、いわば二段階の判断構造をもっている。これは、『意匠審査基準』の事例には見られない複雑な判断構造である。たしかに、基準の事例は、創作非容易性の判断構造をその事例のみに限るというものではない。本件と同様に、引用形態と本件意匠の部分形態の差異を認めつつ、その差異点について、さらに創作容易性を認定した裁判例として、①東京高判平成 4. 11. 26「繊維テープ溶断ロール」（平 3（行ケ）191 取消集 32 号 193 頁）、②東京高判平成 11. 7. 13「釣竿」（平 10(行ケ)42)、③東京高判平成 14. 11. 27「包装用容器」（平 14（行ケ）307）、④東京高判平成 16. 12. 15「配線保護カバー」（平 16（行ケ）138）等がある。しかし、これらの裁判例の判断構造は、創作容易の判断を二段階で行っていることになり、「論証が複数ステップの論理展開」<sup>2</sup>となっている危険性があり、このような判断構造を採る場合は慎重な検討が必要とおもわれる。

## 2. 「公知」の意義

本判決では、意匠法 3 条 2 項でいう「公然知られた」とは、「不特定の者に秘密でないものとして現実にその内容が知られたことをいい、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は、「公然知られた」形態とすることができる。」と説示しているが、意匠法 3 条 1 項 1 号「公知」と同 2 号「刊行物記載等」との区別がされていない点でやや疑問である。本件の引用例については、本願意匠出願の相当前に発行されたものであり、その「公然知られた」形態であるとの認定は妥当である。しかし、形式的であるが意匠法 3 条 1 項 1 号と同 2 号との区別は必要と思われる。

『意匠審査基準』では、意匠法 3 条 2 項の「公然知られたとは、意匠法第 3 条第 1 項

---

<sup>2</sup>前田健・小林純子「進歩性判断の法的な構造」パテント 2010 Vol. 63No. 7、126 頁参照。

第1号に規定する公然知られたと同義である。すなわち、不特定多数の者に秘密でないものとして現実にその内容を知られたことをいう。」と規定している（『意匠審査基準』（23.3）35頁）。これに対して、意匠法3条1項2号に関し、「頒布とは、刊行物が不特定の者が見得るような状態におかれることをいい、現実に誰かがその刊行物を見たという事実を必要としない。」と解している（同（22.1.2.2）20頁）。したがって、「頒布された刊行物に記載された」ものが、「現実に誰かが見たという事実」が証明できないような場合は、直ちに「公然知られた」といえないことも考えられる。ある程度の部数や公開状態があれば、公然知られたといえるが、形式的には一応の区別が必要であろう。

昭和54年以前は、『公然知られた』とは、不特定多数の人に知られ得る状態におかれたことをいう。したがって、必ずしも不特定多数の人によって現実に知られたことを要しない。」そして、「登録意匠は、設定登録の日より公然知られた意匠と認める」と解されていた（高田忠『意匠』（有斐閣1969年）131頁～134頁参照。同旨、（平成10年改正前）『意匠審査基準』（3-2000）（『意匠制度120年の歩み』第4部資料参照。）。）。

だが、東京高裁昭和54年4月23日判決において、「公然知られた意匠」とは、「一般第三者たる不特定人又は多数者にとつて、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ないものと解するのが相当である。」（東京高判昭54・4・23「サンドペーパーエアグライNDER」無体集11巻1号281頁）との説示を受け、それまでの運用に疑義が認められるので、公報発行前においては公然知られた意匠としては取り扱わないこととした。すなわち、「公然知られた」とは、「秘密の状態にはされておらず、現実に知られていることをさす」（『工業所有権法逐条解説〔19版〕』879頁）のであり、現在の『意匠審査基準』でもこの運用を採用している。

最近では、公開商標公報について公知性が問題となった事例（知財高判平成26.3.27「シール」平成25（行ケ）10315）において、「仮に同条1項1号の「公然知られた」意匠の意義を、不特定人又は多数の者が知り得る状態になったことで足りると解した場合には、同項1号を2号と別個に規定した意味が失われてしまうから、同項1号の「公然知られた」意匠とは、不特定人又は多数の者が知り得る状態になったことでは足りず、現実に知られている状態に至ったことを要すると解するのが相当である。そうだとすると、同条2項の「公然知られた」模様等についても、同様に、不特定人又は多数の者が知り得る状態になったことでは足りず、現実に知られている状態に至ったことを要すると解するのが相当である。」との説示がある。また、意匠法3条2項の「公然知られた」については、「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」と説示したものがある（知財高判平成 19. 1. 30「ゲーム機」平成 18（行ケ）10367）<sup>3</sup>。

本件の引用文献は、本願意匠の出願日よりかなり前に発行された特許庁公報に掲載されたものであり、いずれも本願出願時までに「不特定人又は多数の者に現実に知られている状態にあったことに疑いの余地はない」ものである。また、この点に関し、原告被告に争いはなかったと思われる。

### 3. 部分意匠の創作非容易性

#### （1）全体意匠の創作非容易性判断との相違

『意匠審査基準』（71. 4. 3）では、部分意匠の場合、「意匠法第3条第2項の規定の適用についての判断は、「意匠登録を受けようとする部分」の全体の形態が、当該意匠登録出願前に公然知られた形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合に基づいて当業者であれば容易に創作することができたものであるか否かを判断すると共に、当該部分の用途及び機能を考慮し、「意匠登録を受けようとする部分」を当該物品全体の形態の中において、その位置、その大きさ、その範囲とすることが、当業者にとってありふれた手法であるか否かを判断することにより行う。（改行）なお、その他の判断基準については、全体意匠についての判断基準が適用される」と規定している。

部分意匠の場合は、「物品の部分の形態」（意 2 条 1 項括弧書き）についてのみ創作非容易性が問題となる点が、物品全体の意匠とは異なる。だが、部分意匠の構成（形態）が特定されれば、その創作非容易性の判断方法は通常の全体意匠とほとんど変わらないといえよう。物品の部分の形態について創作非容易性を判断することは特別のことではない。なお、部分意匠の類否判断の方法については、裁判例でも、「部分意匠についての類否判断も、基本的には通常の意匠（全体意匠）の類否判断と異なるところはない」と説示されている<sup>4</sup>。

---

<sup>3</sup> その他、裁判例については、峯唯夫「公然知られた意匠に関する検討・考察-特許法における公知・公用を参照しつつ知的財産高等裁判所 平成 23 年 11 月 21 日判決 平成 23 年（行ケ）第 10129 号「照明器具用反射板」審決取消請求事件」（知財管理 Vol. 62 No. 9, 2012, 1311 頁）参照。なお、峯氏は「「特許法，実用新案法のように公然実施されたものが規定されていないのは，意匠は外観で判断するため，公然実施をすればすべて公知になることに基づく。」（『工業所有権法逐条解説 19 版』1073 頁）との解釈に疑義を呈しているが，これは，昭和 54 年以前の『公然知られた』とは，不特定多数の人に知られ得る状態におかれたことをいう。」との解釈に基づくものかもしれない。

<sup>4</sup> 知財高判平成 18. 7. 18「スポーツ用シャツ」（平 18（行ケ）10004），同旨，大阪地判平成 25. 9. 26「遊技機用表示灯」（平 23（ワ）14336）。

## （２）位置大きさ範囲の評価

部分意匠における「位置大きさ範囲」については、前回「遊技機用表示灯」事件において、やや詳しく検討したところであるが<sup>5</sup>、結論として、部分意匠の「位置大きさ範囲」については、部分意匠の構成（形態）ではなく、類否判断や創作非容易性判断において参酌するとしても、高く評価されることは少ないと思われる<sup>6</sup>。

本件においては、位置等はほとんど共通する引用例であったため、問題となっていない。

---

<sup>5</sup> 特許ニュース No.13725，平成 26 年 5 月 27 日参照。

<sup>6</sup> なお，部分意匠のより包括的な議論としては，拙稿「意匠法の問題圏⑦，⑧」（DESIGN PROTECT 2014 No.101,102）を参照されたい。