

「造形デザイン」の知財判決紹介（3）

一意匠の類否判断と創作非容易性判断――

知財高判平成 22. 7. 20「取鍋」特許権侵害差止等請求控訴事件平成 19(ネ)10032

原審:東京地判平成 19. 3. 23「取鍋」特許権侵害差止等請求事件平成 16(ワ)24626

（参考：知財高判平成 21. 1. 28「取鍋」（意匠）審決取消請求事件平成 20(行ケ)10131）

<特許ニュース No. 12919 平成 23 年 2 月 4 日>

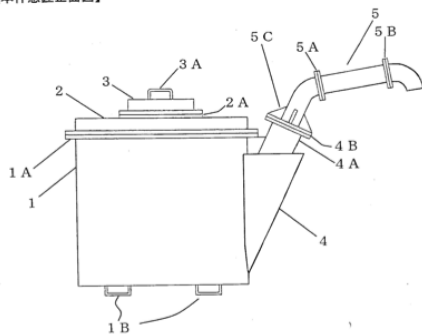
【事案の概要】

本件知財高裁の「取鍋」事件は、意匠権侵害と特許権侵害とに基づく請求事件である。すなわち、知財高裁 HP の判決紹介によれば、「控訴人(被告)の使用する溶融アルミニウム合金搬送用加圧式取鍋が、被控訴人(原告)が有する特許権及び意匠権を侵害するとして提起された訴えにおいて、控訴人の製品は被控訴人の有する特許発明の技術的範囲に属し、被控訴人の特許に無効理由はなく、控訴人の製品は被控訴人の意匠と類似し、同意匠には無効理由はなく、控訴人には特許権等侵害につき過失があり、特許権等侵害による被控訴人の損害額については、上記取鍋を使用して納入された溶融アルミニウムの販売価格を基準としながら、同取鍋の購入・修理価格をも斟酌しつつ、原審が認定した被控訴人の損害額は過大であるとして、損害額を減額した事例」（知財高裁判例集：要旨（知財高裁 HP））である。

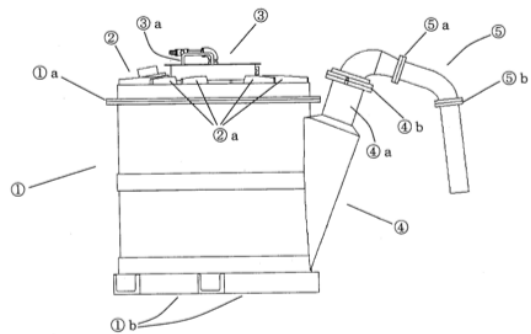
本稿では、意匠権侵害に係る内容、すなわち、控訴人（被告（Y））の製品は被控訴人（原告（X））の意匠と類似し、同意匠登録には無効理由はなく、との判示内容について紹介する。地裁では、意匠権侵害に係る争点が、「1. Y製品の意匠は、本件意匠に類似するかについて」（意匠権侵害の有無）だけであったが、知財高裁では、「2. 本件意匠は公知意匠から容易に創作し得るかにについて」（本件意匠登録の無効理由の有無）も争点となった。

なお、本判決のポイントの一つに損害額の算定がある。すなわち、「本判決は、基本的に、原審の判断枠組みに従って判断しながら、損害額の算定については、原審の損害額の算定は過大であるとして、損害額につき、4968万8617円(不法行為に基づく損害額)及び96万5609円(不当利得に基づく損失額)並びに遅延損害金部分に変更した。」（知財高裁判例集：要旨（知財高裁HP））ものである。この点についての評釈は、岩坪哲「民訴法248条に基づく損害額の算定 「物の使用」に係る損害認定 溶融アルミニウム取鍋事件」（知財ぷりずむ2010年10月Vol.9 No. 97, 51頁）がある。

【本件意匠正面図】

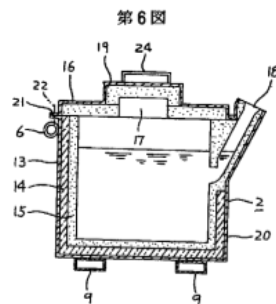
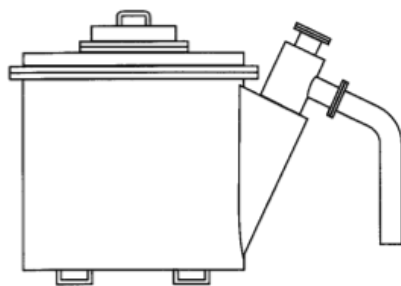


【被告意匠正面図】



【関連意匠（意匠登録第 1137869 号）正面図】

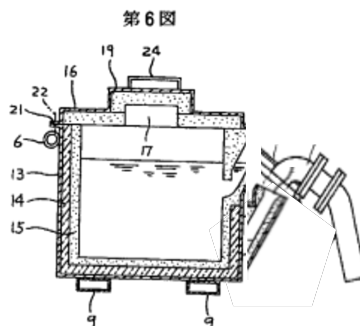
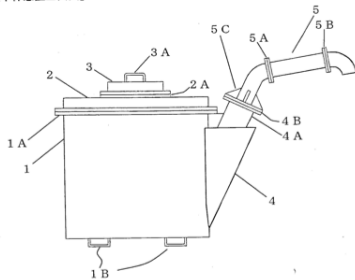
「公知意匠 1」（乙 1 の第 6 図） 特公平 04-006464



＜創作非容易性判断のための対比図＞

【公知意匠 2 を公知意匠 1 に適用した合成意匠】

【本件意匠正面図】



【判旨】

1. Y製品の意匠は、本件意匠に類似するかについて

（1）類否判断の一般論

知財高裁は、両意匠の類否判断については、最初に以下のとおりの類否判断の一般論を挿入するほかは、原審東京地裁の認定判断をほとんどそのまま引用し

ている。

その一般論とは、すなわち、「登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断は、需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行う（意匠法24条2項）とされている。

そして、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、目的、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。

なお、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ない、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。

もっとも、意匠とは、様々な要素の組合せ全体から構成される全体としての視覚情報が最終的には意味を有するものであり、一部に公知意匠が含まれても、他の要素と併存することで異なる意匠を構成することも想定されるため、要部認定に際して、周知又は公知の意匠を参酌するものの、周知又は公知の意匠が包含されることをもって、直ちにその部分が、要部から排除されるべきものとはまではいえない。

以上を前提として、以下、本件意匠と被告意匠の類否を検討することとする。」

（2）上記の一般論を踏まえて、知財高裁は、両意匠の類否判断については、東京地裁の判示を引用する。

①両意匠の認定

判決は、まず、本件意匠と被告意匠の構成態様を認定した後（本件意匠の構成態様、及び、被告意匠の構成態様については、別紙の図面【本件意匠正面図】および【被告意匠正面図】を参照されたい。）、「本件意匠の要部について」認定している。

②「本件意匠の要部」

「ア……本件意匠に係る物品は、「取鍋」であり、本件意匠公報の【意匠に係る物品の説明】に「本物品は、アルミニウム等の溶融金属を搬送するために使用する

る取鍋である。筒状の本体上部の蓋から溶融金属を投入し、本体側部から伸びる配管から溶融金属を外部に取り出すものである。……。」と記載されている。」

「イ このような物品の性状、用途、使用態様によれば、取鍋の取引者及び需要者である溶湯アルミニウム納入関係者及び作業従事者は、取鍋からやや離れた位置で観察するのであり……、各構成部の細部の形状よりも、このような取鍋を形成する基本的構成の形状とその全体としてのまとまりが、取引者及び需要者の注意を強く引く意匠の要部であるというべきである。」

「ウ 被告は、これに対し、公知意匠 1 <特公平 4－6 4 6 4，別紙図面参照（筆者注）>に類似する本件意匠の取鍋本体，大蓋及び小蓋は本件意匠の要部ということはできず，本件意匠の要部は，突出し部及び配管の具体的構成態様であると主張する。

しかし，登録意匠の要部とは，登録意匠のうち，物品の性状，用途，使用態様などからみて，取引者及び需要者の注意を強く引く部分をいうのであり，公知意匠の組合せあるいは公知意匠と新規な意匠との組合せにより意匠が創作されることもあり得ることからしても，単に公知の意匠であるというだけで，登録意匠の要部となり得ないとする理由はないと解すべきである。公知の意匠あるいは周知慣用の形状ないし意匠であることから，登録意匠の要部とならない場合があることは少なくはないとしても，公知意匠であることから，直ちに，登録意匠の要部となり得ないと考えることは相当ではない。登録意匠の要部を全体としてみて，意匠の創作性が認められればよいと解すべきである。本件意匠は，取鍋本体 1，大蓋 2，小蓋 3，突出し部 4 及び配管 5 とから構成されており，全体として一体化した形状，構成及び態様（基本的構成態様）から成るのであって，その性状，用途，使用態様から見て，細部の形状よりもその全体的形状が取引者及び需要者の注意を強く引くことは前記のとおりであり，その中に公知の意匠にみられる形状，構成及び態様が含まれているとしても，その全体的形状が公知意匠からみて，新規性及び創作性があればよいと解すべきである。」

「公知意匠 1 と比較すると，本件意匠の創作的な部分は，上記のような突出し部及び配管の形状にあるといえるものの，乙 2 の 1 ないし 1 1 にみられるその余の加圧式取鍋の意匠と比べると，本件意匠については，公道運搬可能な取鍋としての形態にその特徴があるのであり，取引者及び需要者は，公知意匠 1 からみたときの創作的部分のみならず，取鍋本体，大蓋，小蓋，突き出し部及び配管の各構成から成る全体的な形状にも注目するものである。したがって，取鍋本体，大蓋，小蓋と類似の形状が，傾動式取鍋についての公知意匠 1 においてみられるとしても，このことのみから，当該形状が本件意匠において，取引者及び需要者が注目すべき要部となり得ないとする被告の主張は採用するこ

とができない。」

③ 本件意匠と被告意匠の類否

結論として、「本件意匠と被告意匠とは、その具体的構成態様をみても、上記の態様においていずれも共通しており、具体的構成態様において後記認定の差異があるものの、これらの差異によっても、基本的構成態様とこの具体的構成態様の共通性から生じる美感を左右するだけの差異、特徴があるということとはできない。すなわち、本件意匠において、取引者及び需要者が注目するのは、上記のとおり、取鍋本体、大蓋、小蓋、突出し部及び配管の各形状とその全体的形状のまとまりにあるから、その基本的構成態様及び具体的態様において、このような共通性がある以上、両者は、美感において類似するものと認められる。」

「被告が主張する差異は、次に述べるとおり、両意匠に共通する美感を左右する程のものではなく、上記類否判断に影響を与えるものということとはできない。

a) 本件意匠の突出し部4は、その上面部が水平面であるのに対し、被告意匠の突出し部4は、その上面部が突き出し部の斜線に垂直で外側にやや傾いており、かつ、円錐台状をしている点で異なる。しかし、取引者及び需要者は、本件意匠及び被告意匠において、突出し部とその上方に設けられたパイプ状部材及び配管に注目し、これとその全体形状から両意匠の美感における共通性を認識するのであるから、この差異は、取引者及び需要者が認識する美感の共通性を凌駕して美感の差異を生じさせるような顕著な差異とはいえないものである。

b) 本件意匠では、パイプ状部材にフランジを介して接続された配管5が斜め上方へ延び、途中で屈曲してその傾きを水平方向に近い方向に変え、さらに、その傾きを直角にほぼ下向きに変えた後すぐに開口しているのに対し、被告意匠では、パイプ状部材4にフランジを介して接続された配管5がわずかに斜め上方へ延び、すぐに屈曲してその傾きを水平方向よりやや下方向に変え、さらに、その傾きを直角にほぼ下向きに変えた後、取鍋本体1の高さの2分の1ほどの長さまで伸びてから開口している点で相違している。しかし、配管の傾き具合及び開口部の位置の差異は、熔融金属を注ぎ出す際の注ぎ出し先の容器の位置という使用態様から生ずる差異であり、両者とも、パイプ状部材及び配管が逆U字状に屈曲していることに変わりはなく、取引者及び需要者は、突出し部とその上方に設けられたパイプ状部材及び配管の逆U字状の形状に注目し、これと取鍋の全体形状から両意匠に共通する美感を認識するのであるから、この差異は、取引者及び需要者が両意匠の全体的構成から認識する美感の共通性を凌駕して美感の差異を生じさせるような顕著な差異ではないというべきである。なお、このことは、本件意匠を本意匠とする関連意匠（意匠登録第1137869号）の・・・具

体的構成態様の意匠が本件意匠の関連意匠として登録されていることから裏付けられるものである。

c) 本件意匠と被告意匠の具体的構成態様においては、上記の差異以外においても、細部において差異がある。例えば、本体底面に配置されたチャンネルの位置等、被告意匠には、大蓋2の外縁部から、その中心部の小蓋3に向かい、8枚の長方形の板状の部材2aが設けられていること、本件意匠の両意匠の配管5、5に設けられたフランジ5A、5a及び5B、5bの位置に差異があること、本件意匠には、フランジ4Bに4枚の直角二等片<マ>三角形の補強片5Cが設けられているのに対し、被告意匠においてはこれが存在しないことなどの差異がある。しかし、これらの差異は、両意匠が基本的構成態様において同一であり、その具体的構成態様においても、上記のとおり、共通している意匠的特徴が多いこと、並びに、本件意匠の要部が取鍋本体、大蓋、小蓋、突出し部及び配管の基本的形状とその全体的組合せにあることからすれば、両意匠の全体的構成から生じる美感の共通性を超えて美感の差異を生じさせるものということとはできない。

(5) 結論 したがって、被告意匠は、本件意匠に類似し、本件意匠に係る物品と同一の取鍋に本件意匠と類似する意匠を使用する被告の行為は、本件意匠権を侵害する行為であると認められる。」

2. 本件意匠は公知意匠から容易に創作し得るかについて

「(1) 被告は、本件意匠につき、公知意匠1（乙1参照）及び公知意匠2（乙2の6参照）に基づき、容易に創作できた意匠であり、意匠法3条2項に違反して登録されたため、無効であると主張するため、以下、検討する。

(2) 意匠法3条1項3号は、意匠権の効力が、登録意匠に類似する意匠すなわち登録意匠にかかる物品と同一又は類似の物品につき一般需要者に対して登録意匠と類似の美感を生ぜしめる意匠にも、及ぶものとされている（同法23条）ところから、上記のような物品の意匠について一般需要者の立場からみた美感の類否を問題とするのに対し、同法3条2項は、物品の同一又は類似という制限をはずし、社会的に広く知られたモチーフを基準として、当業者の立場からみた意匠の着想の新しさないし独創性を問題とするものであって、両者は考え方の基礎を異にする規定であると解される（最高裁昭和49年3月19日第三小法廷判決・民集28巻2号308頁参照）。

本件においても、以上に示された基準に沿って、本件意匠が公知意匠1及び2から容易に創作し得たか否かにつき検討する。」

(3) 証拠（乙1、乙2の6）によれば、以下の事実が認められる。

ア 公知意匠1について

<省略・別紙図面参照>

イ 公知意匠 2 について

＜省略・別紙図面参照。「特開平5-293634号「鑄造用等の溶湯運搬炉」の図1の意匠と推認される。（筆者注）＞

「(4) 以上を前提とすれば、本件意匠と公知意匠 1 とは、突出し部におけるパイプ部材の有無、配管の有無の点で異なっており、これらの相違は、取鍋全体からみても、取鍋における溶湯が導出される部分、すなわち、看者（当業者）からその部分により美感を異にすると認識され、注目される部分におけるものと認められる。しかるに、公知意匠 2 も、パイプ部材に当たる部分がなく、その配管の形状もその全体的な傾斜具合が概ね下向きである点において、概ねやや上向きに横の方向に広がっている本件意匠と大きく異なるものである。

そうすると、このような公知意匠 2 を公知意匠 1 に適用したとしても、上記のような看者に注目される部分における形状差が存在し、着想の新しさないし独創性があるというべき本件意匠につき容易に創作できるとはいえない。

(5) これに対し、被告は、公知意匠 1 の突出し部の位置を、取鍋本体の側面の高さの中ほどから、できるだけ底部に近い位置に変更した上、公知意匠 2 の一部分（配管）を取り出し、これを公知意匠 1 の突出し部の先端に組み合わせることによって、本件意匠を容易に創作し得る旨主張する。

しかし、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しても、被告の上記主張は、もはやそのような範囲を超えているから、本件意匠は、公知意匠 1、2 を組み合わせることにより容易に創作し得るとはいえない。

(6) このほか、被告は、傾動式取鍋にかかる公知意匠 1 を加圧式取鍋において利用するために、機能的に必要な修正を加えると、必然的に本件意匠に類似する旨主張する。

しかし、そもそも意匠法 3 条 2 項の創作容易性においては、物品の類似性を問題としないことをも考慮すれば、機能的な観点に基づく被告の上記主張は妥当でない上、仮に、傾動式取鍋から加圧式取鍋に変更する上で、突出し部の位置を下げたり、配管を設ける必要があるなど、必然的な変更部分があるとしても、その変更において、デザイン面で創作性を発揮する余地は十分にあるというべきで、傾動式取鍋にかかる公知意匠 1 を加圧式取鍋において利用しようとした場合、必然的に本件意匠と類似の意匠となるものではない。

(7) 以上のとおり、本件意匠の創作容易性に関する被告の主張は採用できない。」

【検 討】

1. 意匠の類否判断

(1) 本判決の一般論

原告意匠と被告意匠の類否判断について、知財高裁は、原審である東京地裁の判決をほとんどそのまま引用している。ただし、最初の部分に、意匠の類否判断の一般論を挿入している。

すなわち、

＜一般論①＞「登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断は、需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行う (意匠法24条2項) とされている。」

＜一般論②＞「そして、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、目的、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。」

＜一般論③＞「なお、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。」

＜一般論④＞「もっとも、意匠とは、様々な要素の組合せ全体から構成される全体としての視覚情報が最終的には意味を有するものであり、一部に公知意匠が含まれても、他の要素と併存することで異なる意匠を構成することも想定されるため、要部認定に際して、周知又は公知の意匠を参酌するものの、周知又は公知の意匠が包含されることをもって、直ちにその部分が、要部から排除されるべきものとまではいえない。」と判示している。

上記の各段落に示されているように、本判決は、意匠の類否判断の一般論として、①意匠の類否判断は、意匠法24条2項の規定に基づくこと、②要部観察を踏まえた全体観察であること、③公知意匠参酌の必要性、④周知又は公知の部分が要部から排除されないこと、を説示した。注目すべき点は、③公知意匠参酌の必要性について詳説している点である。

(2) 意匠法24条2項

①平成18年改正後の裁判例

平成18年改正によって、意匠法24条2項の規定が新設されてからは、意匠の類否判断に当たって、この規定が引用されることが多い。特に、意匠権侵害訴訟の判決では、ほとんどの判決で引用されている。例えば、①東京地判平成20.2.19「バケット先端装着具」平成19(ワ)1972、②大阪地判平成21.7.23「医療検査用細胞容器」平成19(ワ)1972、③大阪地判平成21.11.5「長靴」平成21(ワ)2726、④大阪地判平成22.1.21「マンホール蓋用受枠」平成20(ワ)14302等、⑤大阪高判平成22.5.14「長靴」平成21(ネ)3051がそうである。そして、審決取消訴訟においても、⑥知財高判平成22.7.7「呼吸マスク」平成22(行ケ)10079は、意匠法24条2項を引用している。

②類否判断の主体的基準

意匠法24条2項は、「登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断は、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する。」と規定する。すなわち、平成18年の改正によって、意匠の類否判断の主体的基準は、「需要者」であることが、意匠法に明記された。

従来、意匠の類否判断についての学説は、創作説と混同説が対立していた（竹田稔『知的財産権侵害要論〔特許・意匠・商標編〕』（第5版2007）649頁以下参照。）。①混同説とは、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であり、②創作説とは、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である。そして、これらの折衷的な考え方として、③修正混同説、すなわち、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（判例タイムズ「増幅器付スピーカー事件」東京地判平成19.4.18平18(ワ)19650号判例タイムズNo.1273（2008.9.15）280頁参照）。

意匠法24条2項の規定により、主体的基準については、「創作者」ではなく「需要者」であることが明記され、この議論には一定の決着がついたといえよう。主体的基準については、創作説を主張することは、少なくとも現行法の解釈としては成立しない（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(2007) 3773（201）頁参照。山田氏は「いわゆる創作説は現行法のとる立場ではない」という。市川佐知子「部分意匠と損害額算定における寄与度」大阪地判平成17.12.15判タ1214号268頁」（パテント2008 Vol.61 No.2 , 56頁）も同旨。）。

③意匠法24条2項と意匠法3条1項3号の類似

なお、意匠法 24 条 2 項の規定は、「登録意匠とそれ以外の意匠」の類否判断について規定するが、意匠法 23 条の類否判断だけでなく、意匠法 3 条 1 項 3 号等、意匠法における他の類否判断について妥当するといえる。

文言だけで考えても、意匠法 24 条 2 項は「登録意匠とそれ以外の意匠」との類似についての規定であるから、意匠法 3 条 1 項 3 号の適用において、登録意匠が引用意匠とされた場合には当然この規定に該当する。また、意匠法 9 条の適用においても、先願意匠は登録意匠であるから、この規定に該当することになる。

そして、法律用語の一般論として、「3 条 1 項 3 号にいう『類似する意匠』と 10 条 1 項にいう『類似する意匠』と、23 条にいう『類似する意匠』とは条文上の用語が同一であり、これを別異に解すべき格別の理由も見いだせないから、意匠の類否の問題として共通性をもつものと理解して差し支えない。」といえよう（竹田・前掲 624 頁，647 頁）。

そもそも立法趣旨として、「可撓伸縮ホース」事件の最高裁判決（最高裁判決 1974.3.19「可撓伸縮ホース」昭 45（行ツ）45 民集 28 巻 2 号 308 頁）は、「まず、登録意匠に類似する範囲にまで及ぶ意匠権の効力範囲の解釈や判断方法について特定し、その特定した内容に基づき意匠法第 3 条第 1 項第 3 号に規定されている意匠の類似の解釈や判断方法について言及している。こうした考え方に鑑み、今改正においては、意匠法の根幹をなす意匠権の対象である登録意匠の範囲を規定している意匠法第 24 条に第 2 項を新たに設け、意匠の類否判断の解釈や手法を規定することとしたものである。これにより、意匠法第 3 条第 1 項第 3 号をはじめ、他の条項に規定されている意匠の類否についても一定の解釈が及ぶことになるものと考えられる。」と説明されているところである（特許庁総務部総務課制度改正審議室編『平成 18 年意匠法等の一部改正 産業財産権法の解説』（発明協会 2006）24 頁）。

以上のように、意匠法 24 条 2 項の規定を新設することによって、意匠の類否判断の主体的基準については、「創作者」ではなく「需要者」であることが明記された。とはいえ、以下に見るように、実際の意匠の類否判断手法においては、かならずしも、創作説が否定され混同説が妥当だという状況ともいえない。

（３）要部観察を踏まえた全体観察

①裁判例の傾向（修正混同説）

本判決は、意匠の類否判断の一般論②として、「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、目的、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。」と判示している。

まず、ここにいう要部観察を踏まえた全体観察という類否判断の手法は、ほとんどの裁判例において採用されているものである。そして、その際に要部認定の手法として、①「意匠に係る物品の性質、目的、用途、使用態様」に加えて、②「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（取引者・需要者の最も注意を惹きやすい部分）を把握するというのも、ほとんどの裁判例において採用されている手法である。特に、最近の侵害訴訟の本件登録意匠の要部認定においては例外なく採用されているといえよう（例えば、大阪高判平成 18. 8. 30「手さげかご」平 18(ネ)448 号・判例時報 1965 号(2007. 7. 1)147 頁。この判例時報の解説では、「意匠権侵害訴訟において公知意匠を参酌すること自体は、ほぼ確定した裁判実務となっており、多くの裁判例において、本判決が示すように、『意匠に係る物品の性質、用途、使用態様、さらには公知意匠』が参酌されている」とされている。）。

したがって、裁判例では、前記「③修正混同説」に沿った考え方、すなわち、「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」が主流であるといえる（小谷悦司「改正意匠法 24 条 2 項について」パテント 2007Vol. 60No. 3, 6 頁参照）。

②要部認定における公知意匠参酌

以上のように、意匠法 24 条 2 項の規定によって主体的判断基準は「需要者」とされたが、実際の類否判断の手法（要部認定手法）においては、公知意匠を参酌するという創作説的手法を採用しているのが多くの裁判例といえ、「修正混同説」的な類否判断が裁判例の傾向といえよう。

竹田氏によれば、混同説は、2つの点で創作説と異なるとされる。すなわち、「一つは、創作説では、周知かどうかは当業者を基準とし判断されるが、この考え方では取引者、需要者を基準として周知かどうかを判断する点、もう一つは、創作説では周知の態様は当然意匠の要部から除外されるが、この考え方では周知であるか否かは、意匠の要部の決定に関係がなく、ただありふれた態様であるが故にその部分から看者に異なる美感を有するものと認識されないのが原則であるということになる。」すなわち、混同説（竹田説）によれば、意匠の要部認定のために、「公知意匠にはない新規な創作部分の存否等」を参酌すべきではないということになる。「類否判断に当たっては、まず両意匠の基本的構成態様、具体的構成態様を認定し、これを全体的に観察し、物品の性質・用途・使用形態等を参酌してどこが看者の最も注意を引かれる部分かを判断し、これを意匠の要部とする。」のである（竹田・前掲 678-679 頁）。

本件の原告 X の代理人は、竹田氏であるが、X の主張では、「意匠の類否は、意匠を全体として観察し、物品の性質・用途・使用形態等を参酌して意匠の要部，すなわち，看者の最も注意を引かれる部分から看者にどのような美感を与えるか，両者の美感に相違があるかによって判断すべきものである。その場合，周知ないし公知の形状であるからといって，当然に意匠の要部から除外することにはならない。」としている。すなわち，類否判断において，「物品の性質・用途・使用形態等を参酌」すべきであるが，「公知意匠の参酌」については否定的であり，むしろ，「周知ないし公知の形状であるからといって，当然に意匠の要部から除外することにはならない。」点を強調している。

このような混同説的な要部認定の手法に対して，本判決は，近時の裁判例の傾向と同様に，「意匠に係る物品の性質，目的，用途，使用態様」のみならず，「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」，意匠の類否判断をすべきことを説示したものといえよう。

同旨裁判例として，東京地判平成 19. 4. 18「増幅器付スピーカー事件」平 18(ワ)19650 号（判例タイムズ No. 1273（2008. 9. 15）280 頁）があるが，その判例タイムズの解説によれば，「創作性を離れた美感の類否は相当ではなく，公知意匠等も参酌して，物品の混同を生ずるといえるかを判断するという，上記のいわゆる修正混同説の考え方が相当であろう。」とされ，「近時の裁判例も，概ね，同様の考え方に従って判断されていると思われる」として，①大阪地判平 19. 4. 19「ゴーグル」平成 17(ワ)12207，②知財高判平 19. 3. 27「ゴルフ用ボールマーカ―」平成 18(ネ)10084，③東京地判平 19. 3. 23「取鍋」平成 16(ワ)24626，④東京地判平 19. 3. 16「墓前用収納箱」平成 18(ワ)9943，⑤大阪地判平 18. 12. 21「ブロックマット」平成 18(ワ)7014 等〔いずれも最高裁 H P〕が挙げられている。

最近の裁判例を見ても，この類否判断手法は定着したといえよう。以下の裁判例では，意匠の類否判断の一般論としても修正混同説と同様の考え方を説示しているものである。⑥東京地判平成 20. 10. 30「衣料用ハンガー」平成 20(ワ)1089，⑦大阪地判平成 21. 7. 23「医療検査用細胞容器」平成 20(ワ)13282，⑧大阪地判平成 21. 11. 5「長靴」平成 21(ワ)2726，⑨大阪地判平成 22. 1. 21「マンホール蓋用受枠」平成 20(ワ)14302 等，⑩大阪地判平成 22. 3. 25「ごみ箱」平成 21(ワ)11520，⑪東京地判平成 22. 5. 14「模造まつげケース」平成 20(ワ)36851，が同旨説示をしている。例えば，⑩大阪地判平成 22. 3. 25「ごみ箱」平成 21(ワ)11520 では，「登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断は，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である（意匠法 2 4 条 2 項）。したがって，その判断にあたっては，意匠に係る物品の性質，用途，使用態様，さらには公知意匠にない新規な創作部分の存否等を参酌して，需要

者の注意を惹き付ける部分を要部として把握した上で、両意匠が要部において構成態様を共通にするか否かを中心に観察し、全体として美感を共通にするか否かを判断すべきである。」と説示している。

③公知意匠参酌を否定する裁判例

なお、公知意匠を参酌すべきではない旨説示した裁判例も若干存在する。

すなわち、①知財高判平 17. 9. 28「キャスター」平成 17(行ケ)10274 では、「意匠法 3 条 1 項 3 号該当性の判断においては、登録出願に係る意匠が公知の意匠に見られないような看者の注意を惹く点を有するかどうかを検討すれば足りるものであって、その際に、当該対比に用いる公知意匠についてそれ以前の公知意匠に見られない特徴的部分の範囲を確定することを要するものではない。」と説示する。また、②知財高判平成 19. 9. 10「工芸用パンチ」平成 19(行ケ)10119 では、「意匠法 3 条 1 項 3 号該当性における公知意匠と出願に係る意匠との類否を判断するに当たっては、公知意匠について、更に以前から存在した公知意匠との比較した上で要部を認定することは合理性がなく、単に、両者の共通点、差異点を総合して類否判断すべきである」と説示する。

これらは、いずれも審決取消訴訟における意匠法 3 条 1 項 3 号の類否判断に係る説示である。しかし、審決取消訴訟においても、類否判断の手法としては、公知意匠参酌を採用する考え方が大勢であることに変わりはない。例えば、本シリーズ第 2 回で採り上げた、①知財高判平成 22. 7. 7「呼吸マスク」平成 22(行ケ)10079 も公知意匠を参酌して類否判断をしている(特許ニュース No. 12842 平成 22 年 10 月 6 日参照)。また、②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、および、③知財高判平成 19. 6. 14「建築用板材」平成 19(行ケ)10066 では、類否判断の一般論としても、公知意匠参酌をすべき旨説示している。

すなわち、「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、そのためには、両意匠の基本的構成態様及び各部の具体的態様のそれぞれにおいて、形態上の共通点及び差異点を抽出した上、それらを、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ことが相当である。」と説示している(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)。

④『意匠審査基準』における類否判断手法

特許庁の審査においても、公知意匠を参酌する意匠の類否判断手法が採用されているといえる(「22. 1. 3. 1. 2 意匠の類否判断の手法」(『意匠審査基準』26 頁以下) 参照)。

特許庁『意匠審査基準』の類否判断手法を要約すれば、「意匠の類否を判断

するに当たっては、意匠全体として類否判断するが、そのためには、共通点及び差異点について、①意匠全体に占める割合、②物品特性、及び③公知意匠を参酌し、美感の観点から看者の注意を引く部分か否かを評価して、意匠全体として両意匠の全ての共通点及び差異点を総合的に観察した場合に、需要者に対して共通する美感を起こさせるか否かを判断する。」ということができる。したがって、意匠審査の類否判断においても、公知意匠参酌をして各部の態様の評価をすることで、公知意匠参酌の類否判断手法が採用されているといえる。

⑤物品の混同

混同説は、「意匠の類否は、取引者、需要者（物品の購入者）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り意匠の類否を判断すべきである」と説明する（竹田・前掲 650-651 頁）。この「物品の混同」については、批判が多い。牧野氏は、「物品の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もない。ここでは広く需要者の観点からみて公知意匠と同一ではないとしてもほぼ同一の美感を呈するか否かが問われているのであり、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。」と論じている（牧野利秋「意匠法の諸問題」ジュリスト (No. 1326) 2007. 1. 1-15, 91 頁）。山田氏は、「物品の混同を意匠の類否の根拠とすること（すなわち、物品の混同があれば意匠が類似していると判断すること）は相当ではなく、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」という（山田・前掲 208-209 頁）（同旨見解として、木村耕太郎「知的財産法エキスパートへの道（第 11 回）：意匠の類似（1）」知財プリズム 2009 年 7 月 124 頁がある。）。

裁判例でも、「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ても、必ずしも意匠の類似がないとは限らない」と説示したものがある（京都地判平成 1. 7. 20「側溝用ブロック」昭和 62（ワ）972 審決取消訴訟集 24 号 550 頁）。

これに対して、竹田氏は、「混同説からは、意匠として類似していても物品として混同しないということとはあり得ない（物品の混同が生じててもそれが意匠の類似によるものでないときは意匠の類否とは別個の問題である）のであって、物品として混同しないということは意匠として類似しないと見るべきであろう。」と論じている（竹田・前掲 653-654 頁）。したがって、上記括弧書きの部分を踏まえるならば、混同説（竹田）であっても、単純に「物品の混同があれば意匠が類似していると判断すること」（山田）はないのであり、「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」と判断すると思われる。

そうすると、「物品の混同」という基準にあまりこだわる必要はなく、具体的な類否判断の手法を検討すべきものといえよう。

（４）公知意匠参酌の必要性

①創作の実質的価値（牧野説）

本判決で注目すべき点は、公知意匠参酌の必要性について、理由を付して説示したことである。

知財高裁は類否判断の一般論③として、意匠の類否判断における、公知意匠の参酌の必要性について、次のように述べている。すなわち、「なお、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。」と説示した。

この「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」との理由付けは、牧野氏の所説を想起させる。

すなわち、牧野氏は、「３条１項の新規性要件、２項の創作非容易性要件は意匠の創作保護という法の目的に適うものとして、意匠の創作性を基準とする登録要件を定めた規定であると理解すべきであるから、このような要件により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なければならない。そのためには、侵害訴訟の場において、登録意匠が公知意匠に比して、どのような新規な意匠的形態を有しているのか、また、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が容易に創作をすることができた意匠を越える意匠的形態を備えるかを検討して、登録意匠が備える創作性の幅を確定し、その上で、登録意匠の意匠的形態が需要者の視覚を通じて起こさせる美感と対象意匠の意匠的形態から生ずる美感とを比較し、両者が共通性を持つかどうかを判断することが必要であり、かつ、それで十分である。」と論じている（牧野・前掲 91-92 頁）。

②『意匠審査基準』における「創作的価値」

特許庁『意匠審査基準』においても、意匠の類否判断手法のなかで「先行意匠群との対比に基づく評価」では、「形態の創作的価値」を評価することを規定し

ている。すなわち、「形態が注意を引きやすいものか否かは、同じ形態を持つ公知意匠の数や、他の一般的に見られる形態とどの程度異なった形態であるか、又その形態の創作的価値の高さによって変わる。」とし、「新規な形態であって、創作的価値が高いと認められる場合、その形態は、過去のものとは異なっているという強い印象を与え、強く注意を引くものである。」との解釈を提示している。

③意匠法3条1項3号と意匠法3条2項との関係

なお、「意匠的形態の創作の実質的価値」ないし「創作的価値」については、やや注意を要すると思われる。

牧野氏も引用しているが、「可撓伸縮ホース」事件の判例解説である佐藤繁〔判解〕（最判解民事篇昭和49年度318頁）では、意匠の創作性について、「法は、その標準を2つに分けて規定した。その1つは、客観的標準ともいふべきもので、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1つは、主観的標準ともいふべきもので、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）。この2つは、ともに創作性の要件に関するものではあるが、それぞれ異なる観点から右の要件を具体化したものとみることができるのであり、意匠の類否は前者の範疇に属する。」と解説している。

牧野氏は、「この解説の指摘するとおり、同判決は、意匠が権利として保護される根拠はそれが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、3条1項3号ひいては23条の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」（牧野・前掲90頁）とまとめている。

たしかに、意匠の登録要件である、「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」である。だが、意匠の類否判断をおこなう意匠法3条1項3号は、「客観的標準ともいふべきもので、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」である。したがって、登録意匠の保護範囲の判断である、類否判断も「客観的標準」に属するものである。佐藤氏も解説するように、「意匠の類似」と「創作非容易」とを混同してはならないだろう。すなわち、「その意匠を考案するについて独創力を要したか否かは、それより生ずる美感ないし意匠的効果の異同の判断には直接関係せず、それは同条2項において問題とされるべき事柄である。」といえよう（佐藤繁〔判解〕（最判解民事篇昭和49年度318頁））。

④意匠法41条で準用する特許法104条の3（特許権者等の権利行使の制限）との関係

本判決は、「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。」とも説示している。

この説示は、山田氏が指摘する次のような事情を踏まえたものと思われる。

すなわち、「公知意匠を参酌して要部を認定することについては、当該意匠が公知意匠と同一のものを含んで無効事由を有する場合に、侵害訴訟において無効を認定できないことから認められてきた手法であるとして、意匠登録が意匠登録無効審判により無効とされるべきものと認められるときは、意匠権者はその権利を行使することができないとの規定が導入された（法 41 条による特許法 104 条の 3 の準用）現在、意義を失った旨の指摘（村林隆一「改正意匠法第 24 条 2 項について」知財ぷりずむ 2007 年 6 月号 24 頁）がある。

あるいは、意匠登録を無効とすべきものがかなり含まれるとして、公知意匠を参酌すべき場合は限定されとの指摘（杉浦正樹「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第 4 巻（著作権法，意匠法）』（新日本法規，平成 19 年）418 頁）もある。」という事情である。

だが、「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、意義を有しているのではないかと思われる。」とされている（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 卷 11 号(2007)3773(201)頁（208 頁））。

裁判例でも、大阪地判平成 21. 11. 5「長靴」平成 21(ワ)2726 における原告の主張として、「被告らは、……出願前の公知意匠を参酌して本件意匠の要部を把握して被告意匠と本件意匠とが類似しないという主張をするが、この主張は誤解に基づくものである。……意匠法 24 条 2 項制定後は、物品の特定の部分をもって意匠の要部であるとする考え方は採用されない。」との主張があった。しかし、裁判所は、「意匠法 24 条 2 項は、意匠の類否判断が「需要者の視覚を通じて起こさせる美感」の類否に基づいて行われる旨を定めているところ、この観点でされる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であり、かかる判断手法が同条項により排斥されたものとする根拠はない。」と説示している（控訴審大阪高判平成 22. 5. 14「長靴」平成 21(ネ)3051 も同旨説示）。

（５）公知及び周知の態様も意匠の要部を構成する

①裁判例

本判決における類否判断の一般論④「公知及び周知の態様も意匠の要部を構成する」との説示は、従来から通説的な考え方であるといえよう。

例えば、①東京高判平成 16. 11. 29「射出成形機」平成 16(行ケ)171 では、「構

成態様が周知ないし公知のものであるとしても、意匠の類否判断は、意匠に係る物品の外観の全体にわたって、その形態を観察する全体的、視覚的な判断であるから、当該意匠を全体的に観察した場合に、それが意匠全体の支配的部分を占め、意匠としてのまとまりを形成し、看者の注意をひくときは、なお当該部分は意匠上の要部となり得るものというべきである。」と説示している。また、②東京地判平成 19. 4. 18「増幅器付きスピーカー」平成 18(ワ)19650（判例タイムズ No. 1273（2008. 9. 15）280 頁）でも、「各部分について公知ないし周知の意匠があることから、直ちに、これらを組み合わせた部分が要部と認められなくなるものではなく、意匠を全体的に観察した場合に、当該部分が意匠全体の支配的位置を占め、意匠的まとまりを形成し、看者の注意を最も惹くときは、要部と認められる」と説示している。

②本件被告の主張

なお、Y は、控訴審において、公知意匠は要部にならない旨の主張を若干変更している。すなわち、「一般には、『公知意匠であることから、直ちに、登録意匠の要部となり得ないと考えべきではない』かもしれないが、創作法である意匠法の類否判断としては、公知な部分と新規な部分は軽重をつけてしかるべきである。」旨の主張をしている。この主張は一般論としては妥当なものといえよう。

（6）本件の類否判断

本判決は、上記のような一般論を踏まえて、「公知の意匠あるいは周知慣用の形状ないし意匠であることから、登録意匠の要部とならない場合があることは少なくはないとしても、公知意匠であることから、直ちに、登録意匠の要部となり得ないと考えことは相当ではない。登録意匠の要部を全体としてみて、意匠の創作性が認められればよいと解すべきである。したがって、取鍋本体、大蓋、小蓋と類似の形状が、傾動式取鍋についての公知意匠 1 においてみられるとしても、このことのみから、当該形状が本件意匠において、取引者及び需要者が注目すべき要部となり得ないとする被告の主張は採用することができない。」との原審東京地裁の説示を引用している。この説示は、知財高裁の一般論④と同旨といえよう。

そして、本件意匠の要部については、「公知意匠 1 と比較すると、本件意匠の創作的な部分は、上記のような突出し部及び配管の形状にあるといえるものの、乙 2 の 1 ないし 1 1 にみられるその余の加圧式取鍋の意匠と比べると、本件意匠については、公道運搬可能な取鍋としての形態にその特徴があるのであり、取引者及び需要者は、公知意匠 1 からみたときの創作的部分のみならず、取鍋本体、大蓋、小蓋、突き出し部及び配管の各構成から成る全体的な形状にも注

目するものである。」との原審東京地裁の説示を引用している。この説示は、知財高裁の一般論に基づき、本件意匠について、「意匠に係る物品の性質、目的、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」したものと評価できる。

このような認定から、「本件意匠において、取引者及び需要者が注目するのは、上記のとおり、取鍋本体、大蓋、小蓋、突出し部及び配管の各形状とその全体的形状のまとまりにあるから、その基本的構成態様及び具体的態様において、このような共通性がある以上、両者は、美感において類似するものと認められる。」と結論されたものである。

（７）意匠の類否判断における課題

①意匠権侵害の類否判断と登録要件判断の類否判断

一般論としては、上記のように、意匠法２３条の類似も意匠法３条１項３号の類似も、同じ意匠法の用語として、同義に解されるべきものである（「（２）意匠法２４条２項 ③意匠法２４条２項と意匠法３条１項３号の類似」参照）。とはいえ、意匠権侵害訴訟の類否判断においては、本件登録意匠の要部認定が必ずおこなわれるが、登録要件判断の類否判断においては、本願意匠の要部認定や引用意匠の要部認定が明示的におこなわれていないことが多い。しかし、判決の具体的内容を見てみると、登録要件判断の類否判断においても、本願意匠および引用意匠の要部認定が実質的におこなわれていると思われる。

『意匠審査基準』の類否判断手法を要約すれば、「意匠の類否を判断するに当たっては、意匠全体として類否判断するが、そのためには、共通点及び差異点について、①意匠全体に占める割合、②物品特性、及び③公知意匠を参酌し、美感の観点から看者の注意を引く部分か否かを評価して、意匠全体として両意匠の全ての共通点及び差異点を総合的に観察した場合に、需要者に対して共通する美感を起こさせるか否かを判断する。」ということができる。なお、審決取消訴訟の裁判例でも、審査基準と同様の類否判断手法を説示しているものがある（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（「（３）要部観察を踏まえた全体観察③公知意匠参酌を否定する裁判例」で説示内容引用。）、および、知財高判平成 19. 6. 14「建築用板材」平成 19(行ケ)10066 参照）。

この審査基準の類否判断の手法では、本願意匠と引用意匠の両方の態様について、「②物品特性、及び③公知意匠を参酌し、美感の観点から看者の注意を引く部分か否かを評価」しており、いわば、類否判断の対象である両意匠のそれぞれについて要部認定をしている判断構造となっているといえよう。

そうすると、侵害訴訟の類否判断では、本件登録意匠の要部認定をするだけ

であるのに対し、登録要件判断の類否判断では、本願意匠と引用意匠の両方の要部認定をするという相違があると誤解されるかもしれない。しかし、実は、侵害訴訟の類否判断においても、本件登録意匠の要部認定だけでなく、イ号意匠（被疑侵害意匠）の要部認定も実質的におこなわれるのである。それは、本件登録意匠とイ号意匠との差異点の評価に顕れる。すなわち、両意匠の差異点がありふれた周知の態様であれば類否判断において評価されないが、その差異点がい号意匠の新規な創作部分であれば大きな差異点として評価されることに顕れる。この点は、侵害訴訟の類否判断の一般論では明記されていない点であるが、その具体的な類否判断においてはこのような手法が採用されているといえよう（竹田・前掲参照。次項にて詳論する。）。

したがって、侵害訴訟の一般論としても、本件登録意匠の要部認定だけでなく、イ号意匠の要部認定もおこなうべきものといえる。あるいは、意匠審査基準のように、両意匠の共通点および差異点について、「②物品特性、及び③公知意匠を参酌し、美感の観点から看者の注意を引く部分か否かを評価」という類否判断手法で足りると思われるのである。いずれにしても、侵害訴訟の類否判断と登録要件判断の類否判断は、同じ判断構造において捉えられるといえよう。

②公知意匠参酌と周知意匠参酌

前記のように、竹田氏によれば、意匠の要部認定に「物品の性質・用途・使用形態等」のみを参酌し、意匠の要部認定には公知周知意匠の参酌をしないことが、混同説の類否判断のポイントである（上記「（３）要部観察を踏まえた全体観察 ②要部認定における公知意匠参酌」参照）。

しかし、竹田氏は、混同説を標榜しつつも、両意匠の差異点の評価においては、周知意匠参酌の判断手法を採用している。すなわち、「その差異が微差といえない程度のものであっても、周知の極めてありふれた態様のものであつて、看者、すなわち取引者、需要者にその部分から両意匠が美感を異にするとは認識されないときは、両意匠は類似する意匠である。しかし、周知の態様であっても、必ず看者に美感の差異の決め手とされるとはいえない。周知の態様が他の態様と結合することにより他方の意匠--引用意匠・イ号意匠--とは異なった美感をもつものと認識されることがあるから、このような場合には両意匠は類似しない。……創作説では周知の態様は当然意匠の要部から除外されるが、この考え方では周知であるか否かは、意匠の要部の決定に関係がなく、ただありふれた態様であるが故にその部分から看者に異なる美感を有するものと認識されないのが原則であるということになる。」との判断手法を述べているのである（竹田・前掲 678-679 頁）。

竹田氏は、「周知であるか否かは、意匠の要部の決定に関係がなく」と述べ

る。しかし、「需要者にその部分から両意匠が美感を異にするとは認識されない」あるいは「看者に異なる美感を有するものと認識されない」ということは、通常、「周知の極めてありふれた態様」については、「需要者の注意を引かない」からであると論じられる。すなわち、周知部分は「需要者の注意を引かない」部分であり、「需要者の注意を引く部分＝意匠の要部」ではないから、看者に異なる美感を起こさせるものではないと論じられる。したがって、「周知であるか否かは、意匠の要部の決定に関係がある」といわなければならない。

そうすると、竹田氏の類否判断の手法においても、実質的に公知周知意匠を参酌する手法が採用されているといえる。すなわち、竹田氏の採用する類否判断手法も、「公知周知の態様」の評価観点と「物品特性（使用状態等）」の評価観点から総合的に意匠の要部を認定するといえよう。

③公知意匠の参酌時点

先に述べたように、侵害訴訟の類否判断では、本件登録意匠とイ号意匠（被疑侵害意匠）の要部認定をし、登録要件判断の類否判断では、本願意匠と引用意匠の両方の要部認定をする。すなわち、意匠の類否判断においては、対比する両意匠の要部認定をする必要があるといえる。

その場合、要部認定において公知意匠参酌する範囲が問題となる。登録意匠については、ほとんどの裁判例で、登録意匠出願前の公知意匠を参酌している。また、本願意匠の要部認定においては、本願意匠出願前の公知意匠が全て参酌されることも容易に理解される。そして、その他の意匠（イ号意匠（被疑侵害意匠）、および、引用意匠）については、明確に述べた裁判例は少ないが、各意匠の要部認定ということから考えると、それぞれの意匠の出願ないし公知時点前の公知意匠を参酌する必要があると思われる。

侵害訴訟においては、両意匠の差異点の評価について、本件登録意匠の出願後で被告意匠出現前の公知意匠をも参酌した裁判例として、大阪地判平成 16. 12. 21「ライター」平成 16(ワ)5644 がある。

審決取消訴訟においては、公知意匠の参酌時期を引用意匠出願ないし公知時点前とした裁判例として、東京高判平 14・1・22「敷居用レール材」平 13（行ケ）279、および、知財高判平成 17. 5. 23「自動車用タイヤ」平成 17(行ケ)10253 がある。

「敷居用レール材」事件では、「甲 4 ないし 8 号証公報は、いずれも引用意匠の意匠登録出願日より後に発行されたものであるから、引用意匠の上記形状の特徴である『底部を一段陥没させた溝』は、引用意匠との関係において公知の形状であるとは認められず、かえって、引用意匠を特徴づける形状であることが推認される」と説示している。また、「自動車用タイヤ」事件では、「共通点の評価」において、「原告引用の甲 7 号証は、引用意匠及び本願意匠の各出

願後に意匠登録されたものである。」ということから、「公知意匠」すなわち「引用意匠及び本願意匠の出願前に意匠登録」され公報が発行された意匠からは除外している。本願意匠の出願前というだけでなく、「引用意匠出願前」を意識しているものといえよう。

意匠の類否判断における公知・周知意匠の参酌の手法は、侵害訴訟の類否判断でも登録要件判断の類否判断でも同じである。すなわち、①本件登録意匠（引用意匠）の出願前（公知前）の公知周知意匠を参酌して、その本件登録意匠（引用意匠）の要部を認定する。②そして、本件登録意匠（引用意匠）の要部を被告意匠（本願意匠）が共有するか否かを認定する。③両意匠は要部においてほぼ一致し、その点では美感（意匠的效果）が共通することを前提として、④両意匠の差異点の評価においては、被告意匠（本願意匠）の公知時点（出願時点）を基準にして、その時点前の公知周知意匠を参酌するという手法を採るべきであろう。

これを、審査基準における両意匠の評価手法にあてはめると、①両意匠の共通点の評価は、本件登録意匠（引用意匠）の出願（公知）前の公知意匠を参酌して行い、②両意匠の差異点の評価は、被告意匠（本願意匠）の公知（出願）前の公知意匠を参酌して行うという公知周知意匠参酌の手法となる。したがって、この類否判断手法によれば、本件登録意匠出願後に公知周知になった態様を被告意匠が利用して侵害を免れようとしてもそれは難しくなるだろう。登録意匠の構成の一部を意匠登録出願後に公知または周知となった構成態様に置き換えることによって、被告意匠が登録意匠とは非類似となり、権利行使を容易に免れることができるのであれば、意匠法の目的に反するからである。また、同様の意匠出願があったとしても、意匠登録を受けることは難しいと思われる。

④類否判断における創作非容易性の参酌

牧野氏によれば、類否判断における公知意匠の参酌は、単に当該意匠的形態の新規性の評価のみならず、創作非容易性の評価をもすべきものと解される。

すなわち、「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なければならない。そのためには、侵害訴訟の場合において、登録意匠が公知意匠に比して、どのような新規な意匠的形態を有しているのか、また、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が容易に創作をすることができた意匠を超える意匠的形態を備えるかを検討して、登録意匠が備える創作性の幅を確定し、その上で、登録意匠の意匠的形態が需要者の視覚を通じて起こさせる美感とを比較し、両意匠が共通性を持つかどうかを判断することが必要であり、それで十分である。」と述べられている（牧野・前掲 92 頁）。

意匠の類否判断において、その意匠的形態（各部の構成態様）について、創

作非容易性（創作力、考案力等）の観点からの評価をしている裁判例は古くは、①最高裁判昭 39. 6. 26「乗合自動車」昭 37(オ)380（民集 18 卷 5 号 938 頁＜旧法＞）がある。両意匠（バス）には天窓の有無に差異があったが、「天窓の考案は、その個々についてはもとより、配列の状態と総合してみても、本件各意匠を現わすべき乗合自動車、殊にこれに含まれる観光用乗合自動車にあつては、何人といえども、前示引用意匠に関する刊行物の記載から、特別の考案を要せずして、容易に着想実施し得べきものであり、その余の考案のごときも、部分的で軽微な相違に過ぎないものというべきである。従つて、原判決のように前記天窓の考案が要部に存するものであると認めるにしても、本件各意匠は、全体として観察する場合、旧意匠法第 3 条第 1 項第 2 号に該当し、新規性を欠くものと判断するのが相当である。」と説示されている。また、②東京高判平成 10. 6. 18「自走式クレーン」（知財集 30 卷 2 号 342 頁）では、「ウインチをブームの上部に配設したクレーン車は本件意匠の出願前公知であると認められるところ、この種の物品の属する分野においては必要に応じてウインチの位置を多少変更する、すなわち、ブームの上端に取り付けるか、ブームの内部に内蔵するかといった程度のことは容易になし得る事項であると考えられることから、ウインチの位置及び形状、ウインチの位置との関連で必要となるカウンターウェイトの存在及び形状が、本件意匠の要部を形成するものとまでは認められない。」と説示されている。類否判断において、各部構成態様の創作非容易性を参酌した裁判例としては、他に、③名古屋高判昭 46. 2. 12「縹（かせ）繰用舞輪」昭 42(ネ)996 無体集 3 卷 1 号 19 頁、④知財高判平成 18. 7. 13「横葺屋根板材」平成 18(行ケ)10023、⑤ 知財高判平成 18. 7. 18「スポーツ用シャツ」平 18(行ケ)10004 がある。

意匠全体としての評価は、前記「可撓伸縮ホース」事件最高裁判例のとおり、意匠法 3 条 2 項は、「同条 1 項が具体的な物品と結びついたものとしての意匠の同一又は類似を問題とするのとは観点を異にし、物品との関係を離れた抽象的なモチーフとして日本国内において広く知られた形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合を基準として、それから当業者が容易に創作することができた意匠でないことを登録要件としたもの」である。すなわち、「その意匠を考案するについて独創力を要したか否かは、それより生ずる美感ないし意匠的効果の異同の判断には直接関係せず、それは同条 2 項において問題とされるべき事柄である。」との解説のとおりである（佐藤繁〔判解〕（最判解民事篇昭和 49 年度 318 頁）参照）。

しかし、意匠全体としてではなく、類否判断における各部の構成態様（意匠的形態）についての評価において、創作非容易性の観点を入れる余地があるか否かは今後の検討課題といえよう。

2. 意匠の創作非容易性の判断

(1) 裁判所の判断

①創作非容易性

本判決は、本件登録意匠の創作非容易性について、「本件意匠と公知意匠 1 とは、突出し部におけるパイプ部材の有無、配管の有無の点で異なっており、これらの相違は、取鍋全体からみても、取鍋における溶湯が導出される部分、すなわち、看者（当業者）からその部分により美感を異にすると認識され、注目される部分におけるものと認められる。しかるに、公知意匠 2 も、パイプ部材に当たる部分がなく、その配管の形状もその全体的な傾斜具合が概ね下向きである点において、概ねやや上向きに横の方向に広がっている本件意匠と大きく異なるものである。

そうすると、このような公知意匠 2 を公知意匠 1 に適用したとしても、上記のような看者に注目される部分における形状差が存在し、着想の新しきないし独創性があるというべき本件意匠につき容易に創作できるとはいえない。」と説示している。

本件の「公知意匠 2 を公知意匠 1 に適用」して、意匠を構成すると、別紙【公知意匠 2 を公知意匠 1 に適用した合成意匠】のようになるが、この合成意匠と本件登録意匠が「大きく異なるもの」であることは明らかであろう。（なお、「公知意匠 2」（乙 2 の 6 の第 1 図）は何かは本判決文だけでは明確でないが、裁判所の形状等の認定内容を検討すると、「特開平 5-293634 号「鑄造用等の溶湯運搬炉」の図 1」（本件意匠の無効審判に係る審決取消訴訟における「特開公報（甲 6）の図 1「公知意匠 3」」）と推認される。）

別紙【公知意匠 2 を公知意匠 1 に適用した合成意匠】のとおり、公知意匠 2 に公知意匠 1 を適用して合成される意匠は、本件意匠とは「看者に注目される部分」（取鍋における溶湯が導出される部分）における形状差が存在する。しかし、本件意匠の関連意匠（意匠登録第 1137869 号）も本件被告意匠も、本件意匠（本意匠）とは「看者に注目される部分」（取鍋における溶湯が導出される部分）における形状差が存在する。この関連意匠や本件被告意匠が本件意匠と類似と判断されていることを考慮すると、合成意匠は本件意匠と類似する意匠である可能性は高いといえよう。

したがって、公知意匠 2 に公知意匠 1 を適用して、本件意匠と類似の意匠が容易に創作できたとしても、本件意匠と同一の意匠が容易に創作できない限り、本件意匠は創作容易とはいえないと思われる。すなわち、本判決が説示するとおり、「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」が、当該意匠と類似の形状の意匠を容易に創作できるとしても、意匠の創作容易性は肯定されない。意匠が創作容易といえるためには、意匠の要旨全体について創作容易であることが論証されなければならないのである。

②機能と創作非容易性

本判決は、「被告は、傾動式取鍋にかかる公知意匠 1 を加圧式取鍋において利用するために、機能的に必要な修正を加えると、必然的に本件意匠に類似する旨主張する。」のに対しては、「傾動式取鍋から加圧式取鍋に変更する上で、突出し部の位置を下げたり、配管を設ける必要があるなど、必然的な変更部分があるとしても、その変更において、デザイン面で創作性を発揮する余地は十分にありというべきで、傾動式取鍋にかかる公知意匠 1 を加圧式取鍋において利用しようとした場合、必然的に本件意匠と類似の意匠となるものではない。」と説示している。

機能との関係で必然的に形状等が定まる場合はともかく、「デザイン面で創作性を発揮する余地は十分にあり」場合、すなわち、同じ機能に基づきさまざまな形状等が創作される余地がある場合は、創作非容易であるといえよう。

(2) 関係する審決取消訴訟

本判決にも説示されているように、被告は、本件意匠につき無効審判請求をし、「本件審判の請求は成り立たない。」との審決につき、審決取消訴訟(知財高裁平成20年(行ケ)第10131号)を提起したが、知財高裁は、平成21年1月28日、被告の請求を棄却する旨の判決をしている。

この審決取消訴訟判決においても、「本件意匠と公知意匠 1 との間の形状差は、突出し部におけるパイプ部材の有無、配管の有無というものであり、取鍋全体から見ても、取鍋における溶湯が導出される部分、すなわち、看者からその部分により美感を異にすると認識され、注目される部分におけるものであると認められる。しかるに、公知意匠 3 <本判決の「公知意匠 2」に相当>も、パイプ部材に当たる部分がなく、その配管の形状もその全体的な傾斜具合が概ね下向きである点において、概ねやや上向きに横の方向に広がっている本件意匠と大きく異なるものである。そうすると、このような公知意匠 3 を公知意匠 1 に適用することによつては、上記のような看者に注目される部分における形状差が存するにもかかわらず公知意匠 1 から本件意匠を容易に創作できるとはいえないというべきであつて、上記形状差が常套的な域を出ないということできない。」と説示している。

本判決とほぼ同様の判断をしたものといえる。

(3) 裁判例

本判決に説示されているように、意匠の創作容易性が肯定されるのは、「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」である。したがって、意匠が創作容易というためには、意匠の要旨全体について創作容易であることが論証されなければならない。本件意匠と類似の意匠が容易に創作されるだけでは意匠法3条2項の適用はできない。いいかえれば、本件意匠について論証に都合のよい抽象的な認定をしてはならないし、抽象的な構成だけが創作容易であっても、十分ではなく、意匠の類否判断をする時と同程度に精密な意匠の認定をして、その認定された意匠の内容全体が創作容易であることを論証する必要があるといえる。

この考え方と同様の説示をした裁判例には、下記のようなものがある。本判決は、その一事例といえよう。

例えば、①「美容椅子の脚」事件では、審決の認定判断、すなわち、「組み合わせ態様については、造形上、多様な工夫の余地があるところであって、構成各部の態様を具体的に決定し、構成各部をどのように関連づけ、構成し、それらの結合により全体の形態についてどのように具体化するかの選択は多様にあると認められるところ、本件登録意匠は、そのような創作の過程を経て、一連の創意工夫の結果、構成各部の具体的な組み合わせにより、一定のまとまりを表出するに至ったものであり、この全体のまとまりを形成した点について、容易に創作をすることができたとする証拠が認められない。」との認定判断が、「是認することができる。」とされている（東京高判平成16年1月29日「美容椅子の脚」平成15(行ケ)226）。その他、②「そもそも、樹脂等で形成された棒状の軸部を連結する場合に、……、様々な意匠を選択する余地があるといえる。」……「本願意匠のうち個々の構成態様が、ありふれているものであっても、……その全体の印象として、特有のまとまり感のある、本願意匠の特徴を選択することは、当業者が容易に創作し得たとはいえない」とした裁判例（知財高判2007年6月13日「貝吊り下げ具」平19(行ケ)10078）、③「本願全体意匠は、多様なデザイン面での選択肢から、創意工夫を施して創作したものである」と認定した裁判例（知財高判平成19年12月26日「包装用容器」平成19(行ケ)10209,平成19(行ケ)10210）もまた、本件意匠の具体的態様を重視し、全体のまとまりを形成した点を創作非容易と評価したものといえる。

本判決は、このような裁判例の一事例となるといえよう。

以上