

意匠法の問題圈 第38回

——意匠の認定・補講(動的意匠と自然物)

京橋知財事務所 弁理士 梅澤 修

はじめに

今回は、本連載第16回から第22回^{*1}の「意匠の表現と認定」の補講として、最近の2件の裁判例を紹介し、動的意匠(変化する意匠)と自然物に関し検討する。

I. 知財高判令和6・12・19

〔容器入り飲料〕

令和6(行ケ)10034

本願意匠「容器入り飲料」〔図1〕

(知財高等裁判所HP・裁判例要旨より)^{*2}

●図1

斜視図

開蓋後の斜視図



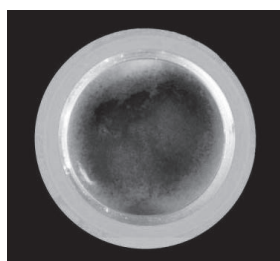
発泡後の状態を示す開蓋後の開口部拡大斜視図



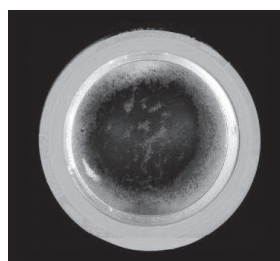
編集注:

本願は包装用缶をピンク色に着色し(本誌では薄墨色)、着色された部分以外の部分の形状等について、意匠登録を受けようとしている。

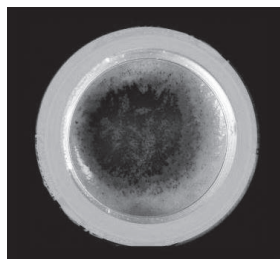
発泡状態の変化を示す
開蓋後の平面図1



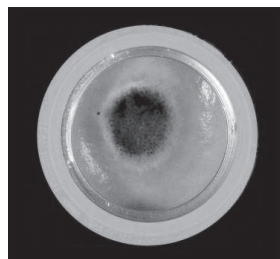
発泡状態の変化を示す
開蓋後の平面図2



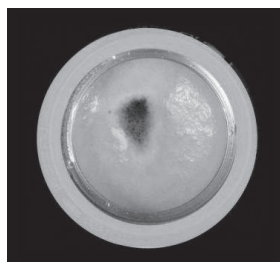
発泡状態の変化を示す
開蓋後の平面図3



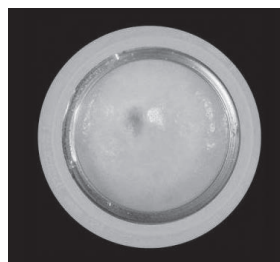
発泡状態の変化を示す
開蓋後の平面図4



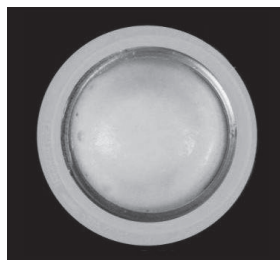
発泡状態の変化を示す
開蓋後の平面図5



発泡状態の変化を示す
開蓋後の平面図7



発泡状態の変化を示す
開蓋後の平面図10



1. 事案の概要

1) 拒絶理由及び審決

本件は、原告が、意匠に係る物品を「容器入り飲料」として意匠登録出願をしたが、拒絶査定を受けたことから拒絶査定不服審判を請求し、これに対し特許庁が請求不成立の審決をしたので、その審決の取消しを求めて訴えを提起したが、請求は棄却されたものである。

本判決によると、審査における拒絶理由通知は、「この意匠登録出願は、意匠に係る物品を『容器入り飲料』とし、…開口縁を含む容器の内側及びその内容物の、意匠の説明の欄の記載でいうところの『発泡性飲料』であると見受けられます。しかしながら、当該『容器入り飲料』は、液体であって、包装用缶に包装されることから初めてその内部に留まるものであり、そのもの固有の形状等を有するものということとはできず、意匠法第2条第1項に規定する意匠を構成するものとは認められません」と述べる。

本件審決は、本願が「意匠を構成するものではない」との結論は同じであるが、その理由はやや異なる。審決の要旨は、「意匠法が保護の対象とする意匠のうち、物品の形状等に係る意匠は、市場で流通する有体物である動産の定形性を有する形状等であって、人が視覚を通じてその形状等を認識することができ、その結果、人に美感を起こさせる、という全ての要件を満たすものでなければならないところ、本願意匠に係る物品「容器入り飲料」の、開蓋時に容器内方に現れる濃褐色の液体及びその上方を順次覆うように出現する乳白色の気泡の形状等を主要な構成要素とする開蓋時における本願部分の形状等は、意匠法上の意匠を構成するものとはいえないから、本願において意匠登録を受けようとするもの（本願意匠）は、意匠法2条1項に規定する意匠を構成するものとは認められない」と述べる。

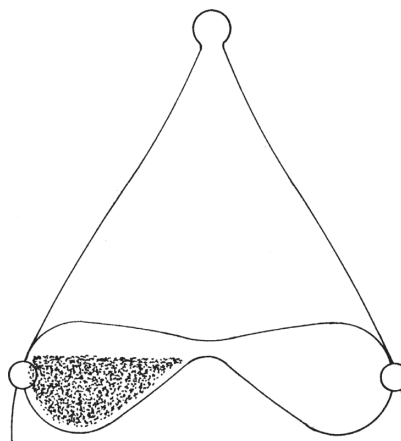
審決は、「乳白色の気泡の形状等を主要な構成要素とする開蓋時における本願部分の形状等」が「意匠を構成するもの」ではないと判断した。その前段で意匠法上の意匠該当性（意匠法2条1項に規定する意匠を構成するもの）の要件を述べているが、ど

の要件を根拠としているかは、明確ではない。審査の拒絶理由は、「液体であって、そのもの固有の形状等」を有さないことから意匠該当性を否定しており、その当否はともかく、明解である。

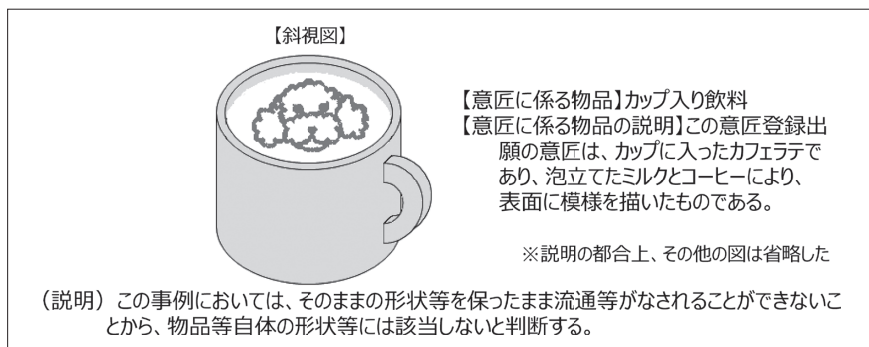
『意匠審査基準』（以下『基準』という。）では、意匠法3条1項柱書（工業上利用することができる意匠）の規定から導き出される要件は、（i）意匠該当性、（ii）意匠の具体性、（iii）工業上利用性とされている^{*3}。そして、（i）意匠該当性を満たすための要件として、①物品等であること、②物品等自体の形状等であること、③視覚に訴えるものであること及び④視覚的美感を起こさせるものであることを必要とすると規定している^{*4}。

①物品等であることについては、『基準』は、「気体、液体など、そのもの固有の形状等を有していないものは、物品と認められない」と規定する^{*5}。したがって、本件「液体及び気泡」は「定形性」を有する物品等と認められない可能性がある。拒絶理由はこの観点のみから意匠該当性を否定していると思われる。しかし、本件「液体及び気泡の形状等」は、容器に入った液体の上方を覆う気泡であり、液体等であっても一定の形状の容器などに入れた状態では形状等が特定されるので、物品性は否定されない可能性もある。砂が入った「砂時計」（意登1144479号）[図2]の登録事例も存在する。審決も単純にこの観点からのみ意匠該当性を否定したとは思われない。

●図2 意登1144479号 「砂時計」



●図3 物品等自体の形状等と判断しないものの例



②物品等自体の形状等であることについては、「カップ入り飲料」の事例をあげて【図3】、「そのままの形状等を保ったまま流通等がなされることができないことから、物品等自体の形状等には該当しない」と説明されている*6。本件の物品は「容器入り飲料」であるが、使用状態における「気泡」の変化態様を含めて意匠登録を受けようとする部分としたものである。したがって、「そのままの形状等を保ったまま流通等がなされることができない」と判断され、本件は「物品等自体の形状等」ではないことから意匠該当性が否定された可能性がある。しかし、この基準は、もともとはサービス意匠などの「販売を目的とした形状等」は意匠法で保護せず、物品本来の使用状態における形状等のみを保護するための規定であったところ、「販売を目的とした形状等」についても、当該形状等を維持することが可能なものについては、物品等自体の形状等として」保護することを目的として2019年に改訂されたものである*7。したがって、本件の「液体及び気泡の形状等」は使用状態の形状等であり、この規定の観点から保護を否定する必要はないとも考えられる。

③視覚に訴えるもの及び④視覚的美感を起こさせるものであることについては、本件「液体及び気泡の形状等」は、一応視覚的に認識されるので、この要件の観点からは意匠該当性があると考えられる。

したがって、審決全体の内容は明らかではないが、下記の原告の主張も勘案すると、本件「液体及び気泡の形状等」には「定形性」がないことから、①物品等又は②物品等自体の形状等であるとはいえず意

匠法上の意匠に該当しないと判断されたと思われる。また、原告及び被告の主張を見ると、本件の変化状態の定形性が争点となっており、(ii)意匠の具体性がないことから、工業上利用することができる意匠(意2条1項柱書)に該当しないと判断された可能性もある。当事者は『基準』の規定に拘泥せずに、本件(動的意匠)について工業上利用することができる意匠(意2条1項柱書)該当性を争っているといえよう。なお、本件の意匠に係る物品は「容器入り飲料」であるが、蓋を開けて液体が見えるだけで気泡の変化がなければ、定形性があるといえるので、気泡の変化態様の定形性が主たる争点と思われる。

2) 原告の主張

ア 「定形性」に関し

原告は、「動的意匠の制度は、法文自体、変化を当然に予定しているものであるから、変化を予定しない通常の意匠と同じ「定形性」の要件を課すことは誤りであり…動的意匠は、「物品の機能に基づいて、一定の規則性をもって変化する」形態であれば、「定形性」を有することになると解される」と主張する。

イ 本願意匠の要旨

原告は、本願意匠の構成について、発泡状態の変化を示す開蓋後の平面図1ないし10に現されたように、「乳白色の泡沫の総体が液面及び空間との境界により呈する形状等の変化として知覚され…開蓋後の濃褐色の液体及び液体の上方を順次覆うように出

現する乳白色の「泡沫」の総体が、濃褐色の液体の上方を覆うように盛り上がって変化する形状等である」と主張する。そして、「ビールの「気泡」及び「泡沫」の生成、消滅等の個々の泡の状態は、「添付写真」、「意匠に係る物品の説明」及び「意匠の説明」に基づいて認識できない以上、本願意匠の要旨ではないことが明らかで…願書の添付写真を見た者には、泡の総体としての泡（乳白色部分全体）としての形状等の変化自体が意匠として認識され、個々の泡の状態は、認識されない。本願意匠において美感を喚起するのは、泡の総体の形状であり、個々の、一つ一つの泡の状態ではない」と主張する。

3) 被告の主張

被告は、動的意匠の変化については、「その変化の前後、いずれの状態における形状等についても、意匠法上の「意匠」に該当するものでなければならぬと解され、すなわち、変化の状態の一つ一つにも「定形性」が求められるものである」と主張する。

そして、本願が「一定の規則性をもって変化する」ものであり「定形性」を有すものであるかについて、「本願の添付写真の「発泡状態の変化を示す」各写真に現れた気泡の総体の形状及びその変化からは、定まった形状ないし規則性を見いだすことはできず、開栓の都度、添付写真と同じ形状等が再現されるものとも想定し難いものである」とし、さらに、実施商品の「公開情報を見れば、それらに示された気泡の総体の形状及びその変化においても、開栓毎に泡立ちの状態は全く異なり、そこから定まった形状ないし規則性を見いだすことはできない」と主張する。

2. 判旨

1) 本願意匠について

「本願意匠は、【意匠に係る物品】を「容器入り飲料」とする…ピンク色で着色された部分以外の部分の形状等について、意匠登録を受けようとするものである。」

2) 動的意匠について定める意匠法6条4項の解釈について

「意匠法6条4項の「意匠に係る物品の形状…がその物品…の有する機能に基づいて変化する場合において、その変化の前後にわたるその物品等の形状等」を願書に記載しなければならない旨の出願の規定により、意匠に必要とされる物品の形状の要件が直ちに變更されるとは解し難いところであり、…動的意匠について定める意匠法6条4項の改正の経緯や、意匠一般に係る意匠法の定めにも鑑みると、上記のとおり変化の前後にわたるいずれの状態においても、意匠法上の物品としての要件、すなわち物品の属性として一定の期間、一定の形状があり、その形状認識の資料である境界を捉えることのできる定形性があり、その変化の態様に一定の規則性があるか変化する形状が定常的なものであることが必要であると解される…。」

3) 本願意匠の内容について

「(1) …動的意匠であり、かつ部分意匠である本願意匠につき、意匠登録を受けようとする内容については、以下のとおり認められる。」

「ア 【意匠に係る物品の説明】には、「本物品は容器入りの発泡性飲料であり、開蓋後に容器内の圧力が開放されると、容器内周面より起泡する。」と記載され、【意匠の説明】には、「…開蓋後、容器内周面より起泡し、『開蓋後の平面図』に示す状態から『発泡状態の変化を示す開蓋後の平面図1～10』に示す状態へと発泡状態が経時的に変化する。『開蓋後の平面図』に示す状態から『発泡状態の変化を示す開蓋後の平面図1～10』に示す状態までの変化の時間は10秒である。」とあるとおり、缶内部の発泡性飲料が容器内の圧力の変化により容器内周面から起泡し、発泡状態が10秒の間に「発泡状態の変化を示す開蓋後の平面図」の1ないし10に示すとおり変化するものである。」

「エ …発泡状態の経時的変化は以下のとおり…。

(ア) …開蓋後の平面図1によれば、…缶周縁部液面上に沿って乳白色の泡が生じているところ、気

泡の量が少なく細い帯状となっていたり、泡がない箇所（図内右斜め上部分、下部分等）と、気泡の量が多く太い帯状となっている箇所（上部分、右下部分等）とがあり、中央部にはほのかに白い部分がある。

（イ）…平面図2について、泡が略円環状の輪郭を形成しているものの、缶周縁に帯状となった気泡の幅は一定ではなく、その輪郭形状はいびつな円形である。

前記（ア）と比べて、気泡による帯の幅が増した箇所（右上部分）がある一方、消滅ないし減少した箇所（右下部分）がある。また、中央部には前記平面図1の白い部分が消えて、白い気泡の小さな集合が不規則に散在する。

（ウ）…平面図3及び同平面図4に至り、円環形状の径が漸次的に狭まっていくものの、輪郭形状の径が狭まる進行の度合いは場所により一定ではなく、全体として缶の中心より上方向へそれて行き、形状も円ではなくいびつな形状である。円環形状の中央付近には白い気泡がある。

（エ）…平面図5において、円環形状の径はすばまって縦長になり、同平面図5及び同平面図6において、円環形状の径が漸次的に狭まっていくものの、輪郭形状の径が狭まる進行の度合いはところにより一定ではなく、全体として缶の中心より上方向へそれて行き、形状も円からはかけ離れたいびつな形状である。同平面図7及び同平面図8において、形成された泡は次第に開口部全面を覆うが、中央部付近にくぼみがあり、同平面図7から同平面図8にかけて小さくなっている。

（オ）…平面図9、同平面図10及び…開口部拡大斜視図においては、泡沫面が缶口部へ向けて盛り上がっていき、缶口面上部に概ね円錐台状の立体形状を形成するが、発泡の状態は様ではなく、大きな単独の気泡が見え隠れする部分（左部分）がある上、気泡が盛り上がった立体形状は、2段の円錐台状である。」

「(2) 本願意匠の要旨認定に係る原告の主張についての判断

ア 原告は、…本願意匠の要旨は開蓋後の濃褐色の液体及び液体の上方を順次覆うように出現する乳白色の「泡沫」の総体が、濃褐色の液体の上方を覆うように盛り上がって変化する形状等にあり、本件審決の本願意匠の要旨認定は誤りである旨主張する。

しかし、…原告の上記主張は、願書の記載及び添附された写真に基づき必要にして十分なものとはいえない。

その上で、意匠の要旨は、願書に添附された説明及び写真に基づき認定されるものであるところ、原告の上記主張は、…中央部付近に当初生じた泡の一部がいったん消えること（乳白色の気泡が一旦生じた後に再度濃褐色の液体が現れる箇所）などについても記載されているものではなく、原告の主張は、願書に基づくものとはいえない。

したがって、原告の上記主張は採用することができない。」

4) 本願意匠の意匠該当性について

「(1) 既に検討したとおり、動的意匠は、出願に係る意匠が、意匠法2条1項の「意匠」である状態を保ちながらその要素である形状等を変化させる場合に、その変化の過程であるその前後の状況を含めて全体として一つの動的な形状等として把握し、これを一つの意匠として保護しようとするものであり、変化の前後にわたる物品の形状である中間状態も含め、全体として一つの物品の形状等として把握できる定形性等が必要である。

具体的には、上記…のとおり、物品の形状は、その変化の前後にわたるいずれの状態においても、意匠法上の物品としての要件、すなわち物品の属性として一定の期間、一定の形状があり、その形状認識の資料である境界を捉えることのできる定形性があり、その変化の態様に一定の規則性があるか変化する形状が定常的なものであることが必要である。

これを本願についてみると、前記…のとおり、発

泡状態の変化を示す開蓋後の平面図1ないし3において、缶周縁に帯状となった気泡の幅は一定ではなく、その輪郭形状もいびつな円形であり、その過程において、気泡による帯の幅が増した箇所がある一方で、消滅ないし減少した箇所がある。また、中央部の白い部分が消えて、白い気泡の小さな集合が不規則に散在する状態になった後、円環形状の径が漸次的に狭まっていくものの、輪郭形状の径が狭まる進行の度合いも場所により一定ではなく、形状も円ではなくいびつな形状を示した後に、2段の円錐台形状に至る。このような気泡の発生及び消滅の状況は、上記意匠ないし動的意匠の要件である一定の期間、一定の形状を有し、境界を捉えることのできる定形性があるものとみられないほか、変化の態様に一定の規則性があるか、あるいは変化の形状が定常的であるとも認め難いものである。

なお、本願意匠を実施した商品とされる「生ジョッキ缶」についての公開情報によっても、気泡の総体の形状及びその変化は、開栓ごとに異なり、缶の周縁部に大きな泡が複数視認できる状態（甲31、15頁）、まだらに湧いた気泡が増加する状態（乙8）、泡の総体が球の一部を切り取ったようなドーム形状に盛り上がった状態（乙9）、缶内部の液面の周縁部にかろうじて泡の集合がみられる状態（乙10、4頁）などが認められるにとどまり、開栓の都度、本願の願書の添付写真と同じ形状等が再現されるものとは認められず（甲1、17、31、乙7ないし10）、この点に照らしても、本願意匠に示された気泡の発生及び消滅の状況が定形性を欠き、変化の態様に一定の規則性はなく、変化の形状が定常的であるとも認め難いとの上記の認定は、相当といえることができる。

そうすると、本願意匠は、意匠登録を受けることのできる意匠には該当しないものというべきである。

(2) 本願意匠の意匠該当性についての原告の主張に対する判断

原告は、前記第3〔原告の主張〕で主張するとおり、本願意匠は一定の規則性をもって形状が変化するものであり、これは特許登録されていることによ

り技術的にも裏付けられたものである旨を主張する。

しかし、本願意匠においてその物品の形状が一定の規則性をもって変化するものとはいえないことについては既に検討したとおりである。また、原告の主張する特許に係る技術により、缶内に充填された飲用可能液が缶の上端部が隠れるように発泡するもの（特許第7161596号、請求項6。甲34）であったとしても、必ずしも本願の願書の記載及び添付写真に示されたとおりに物品の形状が変化することが示されているとはいえない。

したがって、原告の上記主張は採用することができない。

その他、原告は種々主張するが、それらの主張を参酌しても、本願意匠が意匠法に定める意匠に該当しないと判断は左右されない。」

3. 検討

1) 動的意匠の変化態様の定形性

裁判所は動的意匠の保護趣旨として「『意匠』である状態を保ちながらその要素である形状等を変化させる場合に、その変化の過程であるその前後の状況を含めて全体として一つの動的な形状等として把握し、これを一つの意匠として保護しようとするもの」と述べる。

そして、意匠法6条4項の解釈について、「動的意匠について定める意匠法6条4項の改正の経緯や、意匠一般に係る意匠法の定めにも鑑みると、上記のとおり変化の前後にわたるいずれの状態においても、意匠法上の物品としての要件、すなわち物品の属性として一定の期間、一定の形状があり、その形状認識の資料である境界を捉えることのできる定形性があり、その変化の態様に一定の規則性があるか変化する形状が定常的なものであることが必要であると解される…。」との一般論を述べる。

この一般論の前段は、「変化の前後にわたるいずれの状態」すなわち「変化する形状等のうちの一形状」（変化の一部形状）についての規定であり、後段は、「変化の態様」すなわち「全体として一つの

動的な形状等」(変化の全体形状)についての規定である。

前段では、意匠と認められるためには、変化の一部形状について、物品の属性としての「定形性」を必要とすると述べる。確かに一定の形状が視認されることは必要である。だが、動的意匠は、形状等が変化するものであり、一定の形状は必ずしも「一定の期間」継続する(定常的である)ことがない、変化の一部形状(例えば、カーテンの開閉等における途中状態)は、その一定の形状が視認されないこともある。変化が早い場合には、写真等に固定しなければ一定の形状が定常的にならないが、変化全体としては一定の変化態様が視認されるといえる。したがって、変化する形状が視認されるならば、変化する形状のうちの一形状(変化の一部形状)について、この定常的であること(継続性)を厳密に求める必要はないと思われる。

動的意匠の場合の「定形性」とは、後段の「変化の態様」すなわち全体として一つの動的な形状等(変化の全体形状)についての定形性が重要と思われる。変化する意匠として保護されるためには、変化の態様に全体として一定の規則性(物品の機能に基づく変化という意味での規則性)があり、または、変化する形状が全体として定常性があり、変化する形状全体が一定の期間継続する必要がある。これは、変化する形状の「反復可能性・再現性」といえよう。

なお、判決の一般論は「意匠のうち物品の形状」についての解釈であるが、建築物及び画像の形状等を含む意匠全体にも該当する解釈と考えられる。

2) 本願の変化態様の定形性

裁判所は、本願意匠の変化態様の定形性については、「発泡状態の変化を示す開蓋後の平面図1ないし3において、缶周縁に帯状となった気泡の幅は一定ではなく、その輪郭形状もいびつな円形であり、その過程において、気泡による帯の幅が増した箇所がある一方で、消滅ないし減少した箇所がある。また、中央部の白い部分が消えて、白い気泡の小さな集合が不規則に散在する状態になった後、円環形状

の径が漸次的に狭まっていくものの、輪郭形状の径が狭まる進行の度合いも場所により一定ではなく、形状も円ではなくいびつな形状を示した後に、2段の円錐台形状に至る。このような気泡の発生及び消滅の状況は、上記意匠ないし動的意匠の要件である一定の期間、一定の形状を有し、境界を捉えることのできる定形性があるものとみられないほか、変化の態様に一定の規則性があるか、あるいは変化の形状が定常的であるとも認め難いものである」と判断する。

裁判所は、「気泡」が形成する形状について認定しているが、「気泡の発生及び消滅の状況」は定形性等がないとしている。したがって、気泡が形成する形状の視認性は一応肯定され、審査における拒絶理由の「液体であって、そのもの固有の形状等を有するものということとはできず」意匠該当性がないとの判断は直接的には採用されていないと思われる。

裁判所が指摘する定形性がない態様(気泡の発生及び消滅の状況)は、二類型に分けられる。第一類型は、各写真に現された形状に関する定形性がない態様であり、すなわち、「気泡の幅は一定ではないこと」「気泡の輪郭形状がいびつな円形であること」である。第二類型は、各写真間の変化における定形性がない変化態様であり、すなわち、「その過程において、気泡による帯の幅が増した箇所がある一方で、消滅ないし減少した箇所があること」「輪郭形状の径が狭まる進行の度合いも場所により一定ではないこと」「形状も円ではなくいびつな形状を示した後に、2段の円錐台形状に至ること」である。

しかし、第一類型の定形性がない態様は、写真に現された形状そのものであり、写真に現されたとおりに特定された形状である。「幅が一定でない」形状も「いびつな円形」も、写真に現された「一定の形状等」である。それらを「一定の形状を有しない」ということはできないと思われる。したがって、本願形状等の変化態様のうち、写真で現された各変化態様はそれ自体は定形性がある意匠である。

また、第二類型の変化態様の定形性についても、「帯の幅の増減があること」、「径が狭まる度合いが

相違すること」及び「いびつな形状が円錐台形状となること」は、いずれも写真で現された「一定の形状等」から別の「一定の形状等」への変化であって、この写真で現された変化形態はそれ自体は特定されており、定形性がない態様とはいえない。

したがって、裁判所が認定した「気泡の発生及び消滅の状況」は、直ちに定形性がないと認定することはできないように思われる。

3) 本願の変化態様の「反復可能性・再現性」

本判決は、上記「変化の態様に一定の規則性があるか、あるいは変化の形状が定常的であるとも認め難い」との判断につづけて、「なお、本願意匠を実施した商品とされる「生ジョッキ缶」についての公開情報によっても、気泡の総体の形状及びその変化は、開栓ごとに異なり、…開栓の都度、本願の願書の添付写真と同じ形状等が再現されるものとは認められず、この点に照らしても、本願意匠に示された気泡の発生及び消滅の状況が定形性を欠き、変化の態様に一定の規則性はなく、変化の形状が定常的であるとも認め難いとの上記の認定は、相当といえることができる」と述べる^{*8}。確かに、実際の製品において本件の気泡の変化状態が厳密に「反復再現」される可能性は低いかもしれない。しかし、その実際の変化状態がどのようなものであったとしても、出願意匠の変化態様は、願書及び写真に現されたとおりに特定されており「一定の形状等の変化」が特定されている。むしろ、「一定の形状等の変化」が特定されているから、それが反復再現されていないとの判断も可能である。

したがって、本判決において本願意匠に「定形性」がないというその実質的な意味は、本願意匠の変化態様の再現性がないことと思われる。本判決は、動的意匠と認められるためには、変化の態様に「一定の規則性」や「定常性」があることを要求する。しかし、これは変化態様の定形性ではなく、一定の形状等が、繰り返し再現できることを要求するものであり、変化態様の再現性を要求するものである。本件では意匠法3条1項柱書の工業上利用性の登録要

件に含まれる、「意匠の具体性」と「意匠の再現性」の要件が分節されていないことから、論旨が不明確になったと思われる。

『基準』は、「工業上利用性」（意匠法3条1項柱書）の登録要件について、三要件に分けている。すなわち、①意匠法上の「意匠」を構成するものであること、②意匠が具体的なものであること、③工業上利用することができるものであることである^{*9}。そして、「定形性」の問題は、②意匠の具体性の要件であり、「再現性」の問題は、③工業上利用性の問題である。『基準』は、③工業上利用性について、「意匠法で保護される意匠は、同一のものを複数製造したり、建築したり、作成したりすることができるものに限られる」と規定し、なお、「現実には工業上利用されていることを要せず、その可能性を有していれば足りる」と述べる^{*10}。

原告は「本願意匠の要旨は開蓋後の濃褐色の液体及び液体の上方を順次覆うように出現する乳白色の「泡沫」の総体が、濃褐色の液体の上方を覆うように盛り上がり変化する形状等」にあるとし、変化の状態を概括的に捉えているが、裁判所は、「原告の主張する特許に係る技術により、缶内に充填された飲用可能液が缶の上端部が隠れるように発泡するものであったとしても、必ずしも本願の願書の記載及び添付写真に示されたとおりに物品の形状が変化することが示されているとはいえない」と述べる。本件判決は、変化態様について相当具体的で厳密な再現性を要求するものであり、また、再現の可能性についても、技術的に高い実現性を要求している。『意匠審査基準』の「現実には工業上利用されていることを要せず、その可能性を有していれば足りる」との規定から見ると、厳しい要求と思われる。このような判断の前提として、「液体」について（気泡を含めて）「そのもの固有の形状等を有していないものは、物品と認められない」^{*11}との認識があるのかもしれない。しかし、本願の認定では写真（発泡状態の変化を示す開蓋後の平面図）に現された気泡・泡の状態を一応は本願意匠の構成として認定していることを考慮すれば、本願意匠は変化状態の再

現性が認められず工業上利用できる意匠ではないと判断されたものと理解すべきである。

次の、大阪地判令和7・1・23〔土留め用植生土嚢〕令和5（ワ）2668は、自然物の「草」を意匠の構成に含む登録意匠の侵害事件であるが、意匠の「定型性」が問題となり、裁判所は、登録意匠の「草」について「権利範囲に含まれる「草」の形状も、一定の定型性、再現可能性を有する構成態様として特定」している。

- * 1 梅澤修「意匠法の問題図」第16～22回 DESIGN PROTECT No.115,116（2017）,118,119（2018）,121～123（2019）
- * 2 本願は拒絶査定が確定しているため、出願内容や審決は公開されていない。本願の図面等は知財高等裁判所HPに掲載された本件判決【要旨】に基づく。
- * 3 『基準』（令和5年3月）Ⅲ部1章1頁。
- * 4 『基準』Ⅲ部1章2頁。
- * 5 『基準』Ⅲ部1章3頁。
- * 6 『基準』Ⅲ部1章6頁。
- * 7 『基準』Ⅲ部1章5頁。
- * 8 被告主張でも、「本願の添付写真の「発泡状態の変化を示す」各写真に現れた気泡の総体の形状及びその変化からは、定まった形状ないし規則性を見いだすことはできず、開栓の都度、添付写真と同じ形状等が再現されるものとも想定し難いものである」とし、さらに、実施商品の「公開情報を見れば、それらに示された気泡の総体の形状及びその変化においても、開栓毎に泡立ちの状態は全く異なり、そこから定まった形状ないし規則性を見いだすことはできない」と主張している。
- * 9 『基準』Ⅲ部1章1頁。
- * 10 『基準』Ⅲ部1章30頁。
- * 11 『基準』Ⅲ部1章3頁。

Ⅱ. 大阪地判令和7・1・23・〔土留め用植生土嚢〕

令和5（ワ）2668

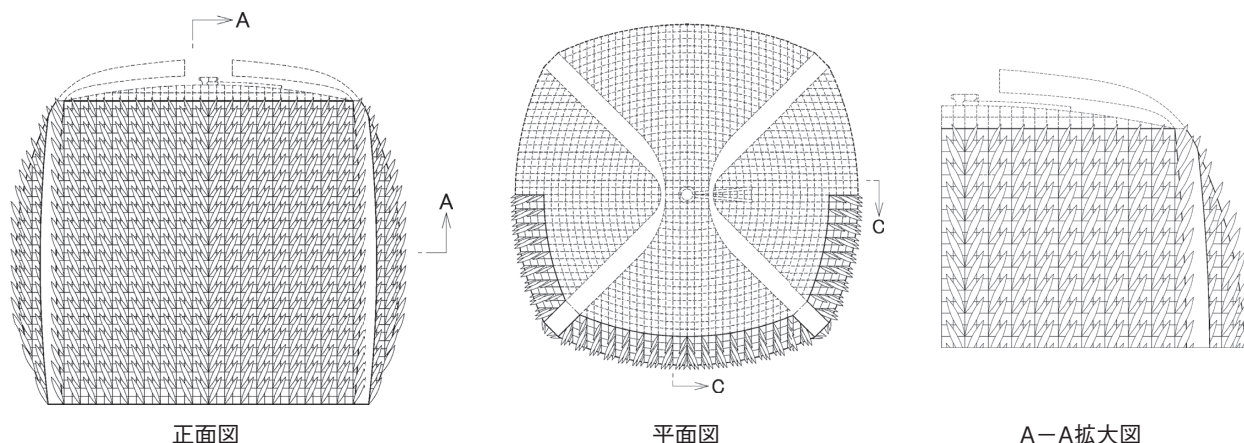
本件意匠1 意登1531256号〔図4〕

1. 事案の概要

本件は、原告が、被告製品（土嚢袋）は原告が有する本件意匠1（意匠登録第1531256号「土留め用植生土嚢」部分意匠）及び本件意匠2（意匠登録第1531255号「土留め用植生土嚢」全体意匠）と同一又は類似であるとし、また、被告製品は原告が有する本件特許の技術的範囲に属するとし、被告製品の製造販売等の差止及び廃棄を請求したが、いずれの請求も棄却されたものである。本件意匠に係る物品は、「布状体を底面、網状体を外側面とする袋体と、外側面を装飾する草とからなる土留め用の土嚢である」と説明されている。裁判所は、争点1－1（本件意匠1と被告土嚢（被告製品（土嚢袋）に土砂が詰められた状態の土嚢）が類似することにより被告製品の製造等が本件意匠権1を間接的に侵害するか）及び2－1（本件意匠2と被告土嚢が類似することにより被告製品の製造等が本件意匠権2を間接的に侵害するか）につき、本件意匠1、2と被告土嚢は類似せず、また、争点3－1（被告製品が本件訂正後各発明と均等なものであるか）につき、被告土嚢は本件特許の技術的範囲に属さないことから、いずれの請求原因も認められないと判断した。

以下、意匠に関し検討する。

●図4 本件意匠1 意登1531256号「土留め用植生土嚢」



原告は、「本件意匠1の土嚢外側面の「草」とは、…自然物である」と主張し、被告は、「本件意匠1の…「草」とは、土嚢内部の種子から発芽し生えた「草」（自然物）ではない。意匠法の保護対象は、工業的方法により量産可能な意匠であり、自然物が作り出した造形ではなく、「定型性」が必要であるから、原告の主張は、定型性のない「自然物の一瞬の造形」を意匠法の保護対象とするものであり、相当でない」と主張している。

2. 判旨

「争点1-1（本件意匠1と被告土嚢が類似することにより被告製品の製造等が本件意匠権1を間接的に侵害するか）について

(1) 本件意匠1の構成態様

本件意匠1は、別紙「本件意匠1（図面）」のとおりであり、意匠登録公報の正面図には「草」を配置した形状が権利範囲（部分意匠の実線）として記載されている。ここで、「草」の意義については、本件意匠1の意匠に係る物品が「土留め用土嚢」であること、意匠登録公報には「草」とのみ記載されていることからすれば、自然物である草が除外されとはいえない。もっとも、意匠は、工業上利用できる意匠でなければならず、工業用生産手段を用いて技術的に同一のものを大量に生産できる意匠であることから、一定の定型性、再現可能性を有することが必要である。この理は、自然物を利用した意匠であっても変わらないと解すべきであるから、権利範囲に含まれる「草」の形状も、一定の定型性、再現可能性を有する構成態様として特定すべきである。

以上から、基本的構成態様及び具体的構成態様は、別紙…のとおりで特定される^{*12}。

(2) 被告土嚢の構成について

被告土嚢の構成について、原告は、被告製品に土砂が詰められた後、屋外に設置されて相当期間が経過した状態の構成により特定すべきであるとするのに対し、被告は、土砂を詰めて設置された時点の状態の構成により特定すべきである旨主張するとこ

ろ、いずれも被告製品の通常の使用形態を前提とするものであるから、被告土嚢の構成の対象になり得るというべきである。もっとも、被告土嚢は、施工後、被告製品内の植物の種子が発芽して生育して外側面に草が生え出て、当該草が成長するという経過をたどるものであるから、本件意匠権1の侵害の有無、すなわち、本件意匠1と被告土嚢との類否を検討するとの観点からは、土嚢袋の外側に袋内の種子が発芽して草が生育して出てきた状態をもって特定することが相当である。

以上によれば、被告土嚢の構成は、…別紙…のとおりで特定される。

これに対し、原告は、被告土嚢の外側面が草の形状が均等の長さとなる構成である旨主張するが、本件記録上、被告土嚢の土嚢袋内の種子が発芽して生長した草が上記外側面に均等の長さで配置されていることを示す証拠は存しないから、原告の主張は採用できない。

(3) 本件意匠1と被告土嚢との類否

本件意匠1の意匠に係る物品は、「土留め用植生土嚢」であり、土嚢が法面に積み上げて設置されるものであること、からすれば、当該物品の需要者である土木事業者等は、土嚢の正面部（法面と反対側）に注意を惹き、特に「植生土嚢」であることからすれば当該正面部の「草」の形状に特に注目すると解される。そうすると、本件意匠1の要部は、少なくとも「草」の形状（具体的構成態様I）であるところ、本件意匠1と被告土嚢はこの点において大きく相違するから、類似するとは認められない。

3. 検討

1) 本件意匠（自然物を含む意匠）の構成

本件意匠は【意匠に係る物品の説明】に「布状体を底面、網状体を外側面とする袋体と、外側面を装飾する草とからなる土留め用の土嚢である」との説明があり、自然物である「草」が意匠の構成に含まれると解される。判決は、「意匠登録公報の正面図には「草」を配置した形状が権利範囲（部分意匠の実線）として記載されている」と述べ、意匠登録を

受けようとする部分を「権利範囲」と捉えている。そして、裁判所が説示するとおり、「意匠は、工業上利用できる意匠でなければならず、工業用生産手段を用いて技術的に同一のものを大量に生産できる意匠であることから、一定の定型性、再現可能性を有することが必要である。この理は、自然物を利用した意匠であっても変わらないと解すべきであるから、権利範囲に含まれる「草」の形状も、一定の定型性、再現可能性を有する構成態様として特定すべきである」といえよう。

『基準』は、自然物の再現可能性に関して、「自然物を意匠の主たる要素として使用したもので量産できないもの」は「工業上利用することができないものと認められず、意匠法第3条第1項柱書の規定により意匠登録を受けることができない」と規定する。例えば、「自然石をそのまま使用した置物のように、ほとんど加工を施さない自然物をそのままの形状で使用するもので…同一物を反復して多量に生産し得るものでない」ものは意匠登録を受けることができない^{*13}。

本件意匠は、自然物である「草」を意匠の構成に含むものであるが、その「草」の形状も、「一定の定型性、再現可能性を有する構成態様」として特定すべきものであり、本判決は、本件意匠の願書及び添付図面等に記載のとおり具体的な「形状等」を有するものと認定した。なお、自然物である「草」を意匠の構成に含むものであるが、「再現可能性」を有する構成態様と認定したと解される。

本件は物品（土嚢）であるが、建築物の場合には特に、それに付随する自然物について、意匠の構成に含まれるか否かが問題となる。『基準』は、「植物や石等の自然物であって、建築物又は土地に継続的に固定するなど、位置を変更しないものであり、建築物に付随する範囲内のものについても、建築物の意匠の一部を構成するものとして取り扱う」と規定する^{*14}。本件の説示を踏まえると、建築物の意匠の一部を構成する「自然物」についても、「一定の定型性、再現可能性を有する構成態様」として認定されるべきことになろう。

しかし、『基準』は、「建築物の一部に意匠を構成する自然物等が含まれている場合の形状等の評価」で、「例えば植物の枝葉や花の形状等のように、自然が生み出した造形からなる形状等自体は、意匠の特徴として考慮しない。他方、人工構造物と自然物等との位置関係や、それらを含めた建築物の意匠全体の構成については、当該造形的特徴を考慮する」と規定する^{*15}。「意匠の特徴」「造形的特徴」の意味がやや曖昧であるが、「植物の枝葉や花の形状等」のような自然物の具体的な形状等は、「自然が生み出した造形」であり、意匠の構成として評価されず、たとえば意匠の類否判断において重視されないという意味に理解される。

しかし、本件意匠1の「草」の認定は「具体的構成態様」も認定しており、草が「3種類の大きさ」で、網状体の目合いからの「配置」や「傾き」及び「密度」、さらに草の「先端のとがった細長い形状」や「長さ」まで具体的に認定している。本件意匠1の要部は「少なくとも「草」の形状（具体的構成態様I）である」と判断されたことから、このような具体的な認定となっていると思われる。これに対して、『基準』は、「自然が生み出した造形からなる形状等自体は、意匠の特徴として考慮しない」とし、意匠の創作として評価される「造形的特徴」とは、「人工構造物と自然物等との位置関係や、それらを含めた建築物の意匠全体の構成」であると述べる。だが、「建築物の意匠全体の構成」は、そこに含まれる「自然物の形状等」によって形成されているのであり、「自然の造形」と単純に区別はできない。

本件の「草」の認定は、本件意匠の構成の認定において「自然が生み出した造形からなる形状等自体」を区別することが困難な場合があり、「人工構造物と自然物等との位置関係や、それらを含めた建築物の意匠全体の構成」の認定として、「自然物の具体的な形状等」を含めて認定すべき場合があることを示唆するものと思われる。

2) 被告意匠（間接侵害の対比意匠）の認定

被告製品は「土嚢袋」であり、現場で土砂が詰められ、側面に種子・肥料が入った植生シートから草が生えるものである。裁判所は、「被告製品の通常の使用形態」は、いずれも「被告土嚢の構成の対象になり得る」とし、「本件意匠権1の侵害の有無、すなわち、本件意匠1と被告土嚢との類否を検討するとの観点からは、土嚢袋の外側に袋内の種子が発芽して草が生育して出てきた状態をもって特定する」と述べる。したがって、本件意匠1と対比して類否を判断する被告意匠は、本件意匠と同程度に草が生え出た状態の「被告土嚢」（の意匠）である。

両意匠の類否について、裁判所は、「本件意匠1の意匠に係る物品は、「土留め用植生土嚢」であり、土嚢が法面に積み上げて設置されるものであること、からすれば、当該物品の需要者である土木事業者等は、土嚢の正面部（法面と反対側）に注意を惹き、特に「植生土嚢」であることからすれば当該正面部の「草」の形状に特に注目すると解される。そうすると、本件意匠1の要部は、少なくとも「草」の形状（具体的構成態様I）であるところ、本件意匠1と被告土嚢はこの点において大きく相違するから、類似するとは認められない。」と判断している。

「被告土嚢」は、「使用状態の意匠」について、本件意匠の間接侵害を判断するための、類否判断の対比意匠（被告意匠）とは認められたが、本件意匠の要部である「草」（自然物）の具体的構成態様において明らかに相違し、両意匠は類似しないとされたものである^{*16}。

3) 変化する「草」の一状態の意匠

「被告土嚢」の意匠は、「本件意匠1と被告土嚢との類否を検討するとの観点からは、土嚢袋の外側に袋内の種子が発芽して草が生育して出てきた状態をもって特定」されたが、これと同様に、本件意匠1「土留め用植生土嚢」も「土嚢袋の外側に袋内の種子が発芽して草が生育して出てきた状態」の意匠である。したがって、両意匠の物品は「草」が生育して形状が変化するものである。

本件意匠の意匠に係る物品「土留め用植生土嚢」は、「土嚢袋の外側に袋内の種子が発芽して草が生育」する物品であり、その意匠に係る物品全体は、「草」の形状等が変化するものであり、形状等が変化する動的意匠である。したがって、本件意匠1は、「種子が発芽して草が生育して出てきた状態」という「変化の一状態」について意匠登録を受けた意匠であり、「変化の一形状等」を「権利範囲」とする意匠である。被告が主張する、「自然物の一瞬の造形」を意匠法の保護対象とするものであるが、判決の述べるとおり「草」の形状も、「一定の定型性、再現可能性を有する構成態様」として特定された意匠である。

動的意匠については、「動くもの、開くもの等の意匠であって、その動き、開き等の意匠の変化の前後の状態の図面を描かなければその意匠を充分表現することができないものについては、その動き、開き等の意匠の変化の前後の状態が分かるような図面を作成する」必要がある^{*17}。また、動くもの、開くもの等と同様に「ふたと本体、さらとわんのよう

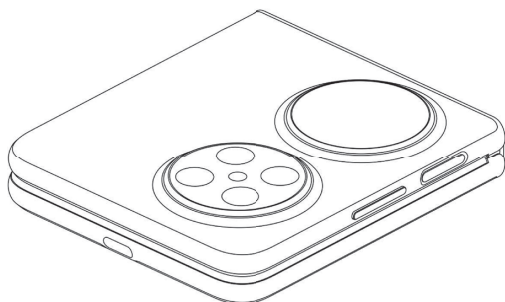
に分離することができる物品」についても「ふたと本体、さらとわんのよう

に分離することができる物品であつて、その組み合わせられたままではその意匠を充分表現することができないものについては、組み合わせられた状態における図のほかに、その物品のそれぞれの構成部分について」必要図を加えるとされている^{*18}。

だが、開いた状態等が図示されていない登録意匠もあるし、明らかに変化する意匠であっても全ての変化状態の図面がない登録意匠はある。[図5][図6]の事例は、二つ折りのモバイルフォンであるが開いた状態の図面がない登録意匠であり、土鍋は蓋を閉じた状態の図面しかない登録意匠である。

「登録意匠の範囲は、願書の記載及び願書に添付した図面等により表された意匠に基づいて定めなければならない」（意24条）ことから、『基準』では、「出願された意匠の認定は、願書の記載及び願書に添付した図面等を総合的に判断して」行うこととし、「開示されていない範囲の形状等については、意匠登録

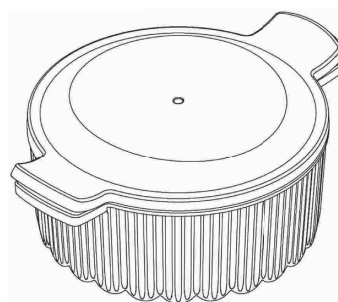
●図5 意登1771887号「モバイルフォン」



を受けようとする部分の形状等として取り扱わない」と規定する^{*19}。意匠の一部が開示されていない場合に、審査では「開示された範囲を意匠登録を受けようとする部分と捉えることで、一の創作の内容が特定できる場合は、意匠が具体的なものであると判断する」とし^{*20}、また、「図面において開示されていない範囲の形状等については意匠登録を受けようとする部分として取り扱わず、図面において表された部分について意匠登録を受けようとする部分とする意匠として取り扱う」と規定する^{*21}。すなわち、意匠に係る物品の形状等全体が図面に記載されていない場合は、記載された「部分の形状等」について意匠登録を受けようとする意匠（部分意匠）と認定されることになる。

裁判例をみると、物品の形状等全体を表現するためには図面等が不足している意匠について、意匠が具体的に認識できるとする考え方には2つの類型がある。すなわち、(1)「記載されていない事項を当業者知識等に基づき認定する」類型と「(2) 記載されていない事項は積極的に不特定と認定する」類型があった。だが、部分意匠制度の導入（平成10年改正）以降は、出願人権利者の選択責任によって「意匠登録を受けようとする意匠」を特定するという傾向が強まっている。したがって、願書及び図面等に「記載された事項及びここから認識できる事項以外の事項を考慮して本願意匠を認定し得るとすることは、相当でない」（知財高判平成22・7・7〔呼吸マスク〕平成22（行ケ）10079）^{*22}との立場で、「記載された事項」のみによって「登録意匠の内容」を特定し、記載されていない事項は積極的に不特定と

●図6 意登1761777号「土鍋」



認定する解釈の妥当性が大きくなっているように思われる^{*23}。〔呼吸マスク〕事件では、本願意匠は、「装着状態の説明もなく、別紙第1記載の図面以外の図面等を提出していない」ことから、本願意匠の装着状態は開示されていないのであり、本願意匠は、添付図面に記載された「使用直前状態」(変化の一態様)についてのものと認定された。本件〔土留め用植生土嚢〕も、同様の考え方によって、本件意匠1は、「種子が発芽して草が生育して出てきた状態」という「変化の一状態」について意匠登録を受けた意匠であり、「変化の一形状等」を「権利範囲」とする意匠であると認定したものといえよう。

上記〔容器入り飲料〕事件の判断と比較すると、本件〔土留め用植生土嚢〕は、形状等の「定型性、再現性」に関する判断が緩やかであり、本件意匠の工業上利用性の要件該当性が認められたように思われる。そして他方で、意匠の権利範囲（意匠の内容）については、願書及び添付図面の記載から厳密に限定して判断している。したがって、〔容器入り飲料〕についても、本件と同様に「定型性、再現性」に関し緩やかに判断する可能性もあったように思われる。

*12 別紙「裁判所の認定（意匠）」では、本件意匠1の具体的構成態様について、「1I 草は、少なくとも、3種類の大きさを有しており、草は、網状体の目合いから外側斜め上方に向かって配置されており、正面左半分の草は、正面中央上下方向に対して左側に約30度傾いており、正面右半分の草は、正面中央上下方向に対して右側に約30度傾いており、左側面の草は、上下方向に対して正面側に約30度傾いており、右側面の草は、上下方向に対して正面側に約30度傾いている」「1J 草は、網状体の目合い縦2マス×横2マスに1本程度の密度で生えている」「1K 草は先端のとがっ

た細長い形状であり、網状体の目合い1マスの大きさの約2～3倍程度の長さである」と述べる。また、被告土囊の具体的構成態様について、「1i 草は、網状体の目合いから外側に向かって生えており、長さは、3種類にとどまらず、外側に向かって生えた草は、概ね、草の自重により草の先端が垂れ下がっている」「1j 草は、不均等な密度で生えている」「1k 草は、先端のとがった細長い形状であり、網状体の目合いの1マスの草の形状に個体差や生長差がある」と述べる。

- *13 『基準』Ⅲ部1章31頁。なお、自然石形状の置物の多くは、現在の技術で再現可能性があると思われる。
- *14 『基準』Ⅳ部2章3頁。
- *15 『基準』Ⅳ部2章16頁。『基準』Ⅳ部2章20頁の「建築物の一部に意匠を構成する自然物等が含まれている場合の考え方」でも同一の規定がある。
- *16 本件では、意匠権の間接侵害が争点となっているが、間接侵害に関しては、梅澤修『『造形デザイン』の知財判決紹介（32）部分意匠の間接侵害—東京地判令和6・3・29〔運搬台車用の手押部材〕』（特許ニュースNo.16315令和7.2.4）を参照されたい。
- *17 意匠施規3様式第6備考22。
- *18 意匠施規3様式第6備考19。
- *19 『基準』Ⅱ部1章1頁。なお、「参考図」における、必要図と異なる形状等は「出願の意匠の形状等に係る認定において考慮しない」とし、「参考図」においてのみ開示された部分については、「意匠登録を受けようとする部分として取り扱わない」と規定する。
- *20 『基準』Ⅰ部1章1頁。
- *21 『基準』Ⅲ部1章9頁。同旨、『基準』Ⅲ部1章15頁。
- *22 梅澤修『『造形デザイン』の知財判決紹介（2）知財高判平成22.7.7「呼吸マスク」』（特許ニュースNo.12842 平成22年10月6日）参照。
- *23 梅澤修「意匠法の問題圏第19回」DESIGNPROTECT No.119（2018）25頁参照。