

意匠法の問題圈 第23回

——意匠の類似と類否判断①

京橋知財事務所 弁理士

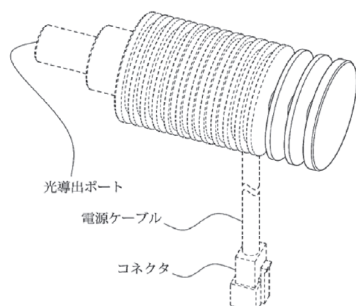
(一社) 日本デザイン保護協会 意匠研究会 会員 梅澤 修

I. 歴史的概観

1. 最近の意匠の類否判断基準

最近の裁判例をみると、意匠権侵害事件の多くで同様の類否判断基準の一般論が述べられている。また、登録要件判断の場面でも、実質的に同様の類否判断基準が採られ、基準が統一化されてきた。たとえば、①大阪高判令和元・9・5〔検査用照明器具 2 審〕平成30(ネ)2523(②原審大阪地判平成30・11・6〔検査用照明器具 1 審〕平成28(ワ)12791も同文)〔図1〕は、「類否判断の枠組」として、「登録意匠と対比すべき意匠と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)ものとされており、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。」と述べる(アンダーラインは筆者記入。以下も同じ)。

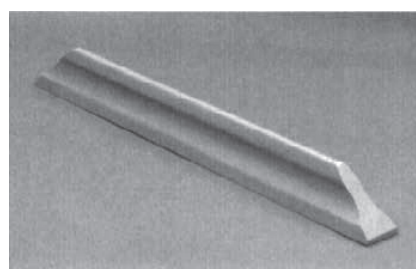
●図1 本件登録意匠第1224615号
「検査用照明器具」



同旨を述べる最近の裁判例として、③大阪地判令和元・8・29〔そうめん流し器〕平成29(ワ)8272、④大阪地判平成31・3・28〔電子タバコケース〕平成29(ワ)849がある。また、本件登録意匠が部分意匠である場合も同旨述べられており*1、たとえば、⑤東京地判平成30・12・20〔アイマスク〕平成29(ワ)40178、および⑥大阪地判平成29・5・18〔植木鉢〕平成28(ワ)7185、⑦大阪地判平成29・2・14〔靴底〕平成28(ワ)675がある。

審決取消訴訟における裁判例でも、⑧知財高判平成29・9・27〔建築扉用把手〕平成29(行ケ)10048〔図2〕は、「意匠の類否の判断基準」として、同旨一般論を述べる。特に、前記大阪高裁説示のアンダーライン部分については、全く同じ文言である。

●図2 本件登録意匠第1548809号「建築扉用把手」



*1 知的財産研究所『特許庁委託平成29年度知的財産に関する日中共同研究報告書』(2018)〔茶園成樹〕170頁参照。

2. 昭和34年法初期の学説

この一般論と同様の内容は、すでに現行昭和34年意匠法改正時(1959年)から、論じられていた。たとえば、①杉林信義*2は、「意匠の類似判断」に対する「原則的なもの」として、「1 一般の需要者を

基準にして、混同するおそれがあるか…2意匠の類似判断は、全体観察による総合判断…3物品の見易い部分の意匠上の相異は、大きなウェートをもって判断…4ありふれた意匠である部分は表面積の比よりも比較的小さく評価される。5外観類似…10機能を異にするも用途が同一であれば物品は類似」と述べる*3。

②高田忠*4は、「意匠の類否判断の基準」として、「1. 一般の需要者を基準にして混同する虞れ…2. 斬新なものほど混同の範囲すなわち類似の幅が広い…3. 肉眼をもってする間接対比観察…4. 外観類似…5. 全体観察による総合判断…6. 物品の見易い部分の意匠の相違は大きなウェイトを持って判断…7. 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」等と述べる。

③光石士郎*5は、「美感の類似の問題」と述べ、また、「意匠と物品とは意匠即物品という一体不可分の関係にあって、互いに非類似の物品間においては意匠の類似観念ははいり込む余地が全くない。」とし、「意匠は物品に関するものであり、意匠の類否判断に際しては、その前提としてまず物品の類否について考察しなければならない。」と述べる。そして、「意匠の類否判断の基準」としては、「第一意匠における支配的要素…第二商品の一般需要者が意匠の類似によって商品の混同をきたすおそれ…第三肉眼をもってする対比観察により、外観類似にウェイトをおいて…第四全体観察による総合判断…第五物品の見やすい部分の意匠の相違は大きなウェイトをもって判断…第六意匠の全体観察における…ありふれた意匠の部分は、それが占める表面積の割合よりは比較的に小さく評価され特徴をもった意匠の部分は、それが占める表面積の割合よりは比較的に大きく評価される。」と述べる。

以上のように、現行法初期には、意匠の類否判断は、①需要者の美感の類否が基準であり、②全体観察をするが、③物品特性と公知意匠等を参酌し要部（注意を引く部分）を把握して、④要部を中心に（重視して）判断するという現在の類否判断基準のほとんどが論じられていた。また、歴史を遡れば、この

内容は、大正10年法時代から議論され、裁判例（大審院判決）を通じて確立してきたものである。

*2 杉林信義『実例工業所有権法要覧・Ⅱ』（富山房 1964年以下「杉林・要覧Ⅱ」）461頁

*3 杉林信義『新工業所有権概論〔第三編上巻意匠〕』（新生社 1966年）623頁～624頁も、同旨を述べる。

*4 高田忠『意匠』（有斐閣 1969年）147頁以下

*5 光石士郎『新訂意匠法詳説』（帝国地方行政学会 1971年）96頁以下

3. 美感と全体観察

1) 明治期からの学説

判断基準である「美感」は、明治期から意匠の中心概念であった。たとえば、①旦六郎治*6は、「意匠は或る物品に美しき外観を呈せしめ趣味を与える」と、②村山小次郎*7は「意匠なるものは物品の美的外観に依り其個性を判断す」と、③吉原隆次*8は、「意匠は新規なる工夫が物品の型に現れ新しき型に依りて人の美的感覚を刺激する場合に存す」と、④加藤正道*9は、「美的考案」と、⑤稲垣征夫*10は、英国判事グロスカップの意見に基づき、「意匠の本体は、…観る者の心に或る美感を喚起せしむる其の限定し難き全体に存するものである。従て、意匠が類似するや否やの問題を決定するに付ても、全部対全部の関係に於て、観る者の心に喚起せられべき美感……印象の類否に依り決すべきもの」と述べ、⑥蓼優美*11は、「意匠は全体として視る者の美感を満足せしむるに足る印象を与ふるもの」と、⑦永田菊四郎*12は、「意匠の本質たる審美感は其の型が全体として現わすもの」と述べる。

以上のように、意匠の価値が「美感を起こさせること」は明治期から共通認識であった。しかし、意匠全体としての美感や全体観察については、昭和のはじめころから明記されるようになる（⑤稲垣）。それ以前には、たとえば、意匠全体のみならず一部の応用も権利侵害とする考え方もあった*13。

意匠法の歴史を見ると*14、明治21年意匠条例から明治42年意匠法までは、保護対象に大きな変更はなく、「意匠」は、「物品に応用」するものであり、物品とは概念的に分離できる「形状等」そのものと

理解されていた。したがって、著作権と同様に、「形状等の一部」を意匠と認識することも可能であった。だが、大正10年意匠法は、それまでと大きく変化し、「物品に関し形状等に係る新規の意匠」（1条）と規定され、意匠は「物品と不可分な形状等」と認識された。したがって、物品の単一性も根拠となり、意匠（物品の形状等）全体として一つの美感を起こさせるものとの理解が定着したと思われる。

2) 大正10年法の裁判例

ア 美感

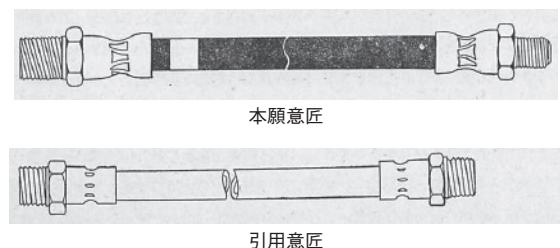
意匠の美感に関して説示する裁判例として、①大審判昭和9・6・20〔固形懐炉灰〕^{*15}は、「差異の存するが為め之より受くる美的印象に差異ある」と、②大審判昭和10・6・12〔容器〕^{*16}は、「別異の趣味的美観を有せず」と、③大審判昭和12・5・10〔洗濯板〕^{*17}は、「看者の趣味的快感を刺戟するに足りるもの」と、④大審判昭和12・11・25〔玩具計数器〕^{*18}は、「意匠的趣味感に於て何等異ならざるもの」と、⑤大審判昭和13・5・10^{*19}は、「看者の趣味的快感を刺激する」と、⑥大審判昭和13・8・12〔紙牌〕^{*20}は、「審美的若くは趣味的印象を与ふるもの」と、⑦大審判昭和13・12・20〔食料品瓶〕^{*21}は、「審美的若くは趣味的印象を与える」と、⑧東京高判昭和35・2・9〔人形〕^{*22}は、「審美的創作の見地よりしてほとんど人の注意をひくに足るものではない」と述べる。

イ 全体観察

美感については明言しないが、意匠全体としての類否や全体観察について説示した裁判例として、①大審判昭和7・3・25〔籠〕^{*23}は、「塵取形翼を共通にすることに因りて生ずる全体としての形状の類似性」と、②大審判昭和7・12・23〔建築用金属板〕^{*24}は、「全体として外観に於て前記公知公用の網代板に類似し」と、③大審判昭和8・2・27〔厨炉〕^{*25}は、「両厨炉の全体としては相類似する」と、④大審判昭和8・7・15〔赤飯〕^{*26}は、「意匠全体として観察する」と、⑤大審判昭和12・11・12〔壺〕^{*27}は、「全体として観察する」と、⑥大審判昭和18・10・29〔玩具〕^{*28}は、

「全体を一体的に観察し其の結果受くる印象に基き」と、⑦大審判昭和18・10・29〔玩具〕^{*29}は、「全体の対比的観察により要部である形状において類似する」と、⑧東京高判昭和35・3・15〔車輛ブレーキ管及びハンドリック用油圧管〕〔図3〕^{*30}は、「両意匠は全体として類似の域を脱する」と述べる。

●図3 「車輛ブレーキ管及びハンドリック用油圧管」



ウ 意匠全体としての美感

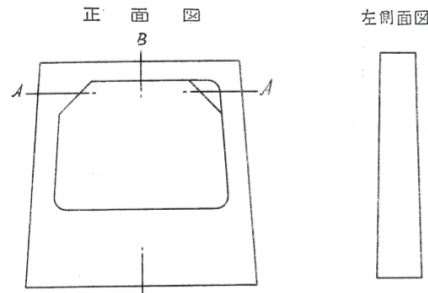
意匠全体としての美感について説示する裁判例として、①大審判昭和8・7・7〔容器〕^{*31}は、「全体としての外観より生ずる趣味感を異にする」と、②大審判昭和10・3・29〔固形懐炉灰〕^{*32}は、「看者に別異の美的印象を与えるに足らず両意匠は全体としての外観構想甚だ相似たる」と、③大審判昭和10・6・12〔容器〕^{*33}は、「全体として対比せる結果…別異の趣味的美観を有せず」と、④大審判昭和15・3・15〔玩具〕^{*34}は、「意匠的趣味感の対象として全体的に観察する」と、⑤東京高判昭和24・12・13〔スプーン〕^{*35}は、「両者は全体として観る場合に全く異なる審美且趣味的感情を誘発する」と、⑥東京高判昭和33・1・18〔壺帽〕^{*36}は、「意匠の目的は審美的価値にあり」、「意匠は全体として看者に訴えるもの」と、⑦東京高判昭和37・9・18〔ローソク容器〕〔図4〕^{*37}は、「意匠的趣味感ないし美的感覚は意匠の各構成要素から各別に感得されるものではなく、各要素がこん然一体化されたもののうえに感得される…から、意匠の対比は全体的に行う」と述べる。

*6 旦六郎治『四法要義』（有斐閣 明治44年）3頁

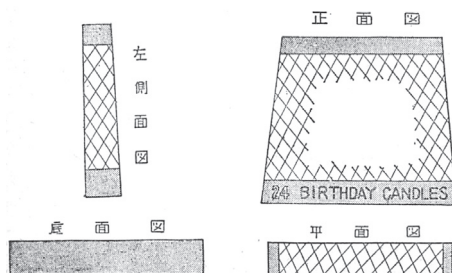
*7 村山小次郎『四法要義』（巖松堂書店 大正11年）334頁

*8 吉原隆次『実用新案法意匠詳論』（有斐閣 昭和3年）303頁

●図4 意匠登録第131436号「ローソク容器」



(イ) 号意匠



- * 9 加藤正道「特許時報」第85号（昭和4年）
- * 10 稲垣征夫「意匠の意義を論ず（三）」日本大学法学部「法律学研究」第27巻1号（昭和5年）34頁
- * 11 蓼優美『特許実用新案意匠商標学説判決総覧（続巻）』（有斐閣 昭和8年）1285頁
- * 12 永田菊四郎『工業所有権論』（富山房 昭和25年）246頁
- * 13 杉本貞治郎『意匠法』（明治36年）48頁～49頁は、「意匠専用権は其意匠の全部に及ぶものなり単に其全部を一体としてのみならず其の何れの部分にも及ぶものなり 故に其の全部を応用するも又其の一部を応用するも共に意匠専用権の侵害となるなり」と述べる。
- * 14 以下の歴史的内容について詳しくは、特許庁意匠課『意匠制度120年の歩み』（特許庁HP2009年、以下『意匠120年』）、梅澤修「意匠法における登録要件と権利範囲（歴史と各国比較）（上）」（AIPPI（2014）Vol.59 No.1 40頁）参照。
- * 15 昭和8（オ）2368 杉林・要覧Ⅱ 400頁
- * 16 昭和10（オ）708 杉林・要覧Ⅱ 443頁
- * 17 昭和12（オ）21 杉林・要覧Ⅱ 308頁
- * 18 昭和12（オ）871 蓼優美『特許実用新案意匠商標学説判決総覧』（有斐閣 昭和7年 以下「蓼・総覧」）1025頁
- * 19 昭和13（オ）21 杉林・要覧Ⅱ 324頁
- * 20 昭和12（オ）2470 兼子一・染野義信編著『判例工業所有権法』（第一法規 以下「兼子染野・判例」）655頁
- * 21 昭和13（オ）574 兼子染野・判例 655頁
- * 22 昭和34（行ナ）10 兼子染野・判例 655の8の5頁
- * 23 昭和6（オ）2875 兼子染野・判例 653頁
- * 24 昭和7（オ）2641 蓼・総覧 1023頁
- * 25 昭和7（オ）212 蓼・総覧 1024頁
- * 26 昭和7（オ）3595 兼子染野・判例 653の3頁
- * 27 昭和12（オ）1187 蓼・総覧 1006頁
- * 28 昭和18（オ）259 蓼・総覧 1026～1027頁

- * 29 昭和18（オ）307 大審院第9巻 191頁、審決公報号外24号（『意匠120年』393頁より）
- * 30 昭和33（行ナ）32 兼子染野・判例 655の8の6頁
- * 31 昭和8（オ）1125 杉林・要覧Ⅱ 401頁
- * 32 昭和9（オ）2923 蓼・総覧 1025頁
- * 33 昭和10（オ）708 杉林・要覧Ⅱ 443頁
- * 34 昭和14（オ）793 兼子染野・判例 659頁
- * 35 昭和24（行ナ）10 兼子染野・判例 652頁
- * 36 昭和31（行ナ）13 兼子染野・判例 566の2頁
- * 37 昭和35（行ナ）57 兼子染野・判例 655の8の17頁

4. 大正10年法の要部認定

以上のように、意匠の類否判断が、「美感」に基づくこと、および「全体観察」を基本とすることは、大正10年法以前からの学説判例により形成された。しかし、さらに詳細に展開する学説はなく、要部認定について詳説する学説もない。だが、大正10年法時代の裁判例には類否判断の具体的な内容について述べるものがある（審決例もある^{*38}。）、これら審判決によって、昭和34年法初期の類否判断基準の学説が形成されたものと思われる。

1) 要部認定に関する裁判例

要部等を認定し判断している裁判例として、①大審判昭和18・10・29〔玩具〕^{*39}は、「全体の対比的観察により要部である形状において類似する」と、②東京高判昭和33・1・18〔曇帽〕^{*40}は、「多少の差異は認められるが…、殆んど看者の注意をひかないものである。」とし、「差異があっても、この部分が看者に強い印象を与える支配的な要素となっていない」と、③東京高判昭和35・3・15〔車輛ブレーキ管及びハンドリック用油圧管〕^{*41}は、「この部分は少なくとも本願意匠の要部を成すものというべく、そして特に意匠としての考案を施した要部において顕著な相違が存在する」と述べる。

2) 物品特性参酌の裁判例

物品の性質、用途及び使用態様等の「物品特性」を参酌している裁判例として、①大審判昭和12・11・25〔玩具計数器〕^{*42}は、「計数器の裏面の如きは計数器本来の用法に於て其の要部を為すものにあ

らざる」と、②東京高判昭和33・12・20〔鍋敷〕*43は、「その要部は、右意匠を現わすべき物品である鍋敷の性質上、普通一般人の目に触れる部分であり、かつ本件意匠において、最も観者の注意を引くように構成されている、…支杆の部分の形状に存する」と、③東京高判昭和37・9・18〔ローソク容器〕*44は、「正面、背面、窓孔の位置とかたちの差異は、一見して見る者の注意をもっともひく部分に存し、ことに、本件登録意匠において見る者の印象ないし審美観に特別に訴えるように意図して構成されたものと認められる」と述べる。

3) 公知意匠参酌

要部認定において公知意匠参酌に関する説示をする裁判例として、①大審判昭和7・3・25〔籠〕*45は、「前者の形状は従来籠の形状として公知に属すること顯著なところなれば意匠として特に看者の注意を惹かず…全体としての形状の類似性を阻却せず」と、②東京高判昭和35・2・9〔人形〕*46は、「異なる点は、…きわめてありふれたものであり、特徴がなく、審美的創作の見地よりしてほとんど人の注意をひくに足るものではない」と述べる。

*38 審決例については、杉林・要覧Ⅱ 392頁以降参照。

*39 前掲（*29）

*40 前掲（*36）

*41 前掲（*30）

*42 前掲（*18）

*43 昭和33年（ネ）928 兼子染野・判例 655の8の2頁

*44 前掲（*37）

*45 前掲（*23）

*46 前掲（*22）

5. 物品の類似

1) 大正10年法の変革

前記のように、明治期には、保護対象に大きな変更はなく、意匠は「物品に応用」するものであり、物品と分離できる「形状等」が意匠と理解されていた。だが、「形状等」そのものを表現しただけでは著作物であっても「意匠」ではなく、「物品類別」によって「応用すべき物品を指定」する必要がある、その「指定物品」によって権利範囲が決められた。専用権の

範囲は登録意匠を「指定物品に応用すること」等で変更ないが、禁止権の範囲については、明治21年法では、「同一物品に応用して販売」することであったが、明治32年法では、「登録意匠を模倣すること」まで拡大し、明治42年法では、「登録意匠と類似の意匠」についても「同一の物品に応用すること」が意匠権侵害と規定された。なお、指定物品は、同一の類別内で複数指定することができた*47。

これに対して、大正10年法は、「物品に関し形状等に係る新規の意匠」（1条）と規定し、意匠は「物品に関する形状等」であり物品と形状等は不可分のものとされた。意匠の類似については、「物品の形状等」全体の類似性が問われることとなり、審査においても、類別に拘泥せず「他類別意匠」であっても類似する意匠に係る出願は拒絶し、類別を超えて「意匠の類似」する場合があると解された*48。大正10年法の意匠の禁止権は、「他人の登録意匠に係る物品」と「同一又は類似の物品」の使用等に及ぶと規定される（26条）。この規定は、明治期に近く「物品の類似」を想起させるが、「登録意匠に係る物品」の類似であるから、具体的な形状等を有する物品の類似を意味すると解される。すなわち、禁止権の範囲は、登録意匠と類似する意匠に係る物品の範囲である。したがって、禁止権の範囲は、現行昭和34年法の権利範囲とほぼ変わらないものである。なお、指定物品による分割移転制度は残っていたが、類似の物品の移転は認めず*49、審査では、複数物品の指定も原則認めず、「一物品一意匠を原則」としていた*50。

大正10年法の意匠の類似に関する学説を見ると、①吉原隆次*51は、「意匠の類似するや否やは外形に依り決すべく、尚指定物品の類似するや否やに付ても考慮すべき」と、②加藤正道*52は、「意匠の類似するや否やを決定するが為には施行規則の類別に拘泥すべからず。」と*53、③田中清明*54は、「意匠の類似は、型のみならず、指定物品をも参酌して決定すべく」と述べる。以上のように、意匠の類否は、「型（形状等）」と「指定物品」との総合的判断と解される。明治期のように、物品の類似と形状等の類似と

を別個に判断するような判断構造ではない。

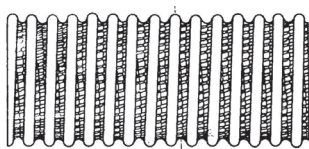
2) 大正10年法の裁判例

物品の類似に関する裁判例としては、以下のものがある。①大審判昭和7・3・25〔籠〕^{*55}は、「意匠権の範囲の同一なりや否を判断するには各意匠を現すべき物品を共通にすることを要す…両者は籠の形状として類似の意匠なり」と述べ、物品の類似は類否判断の一考慮要素である。②大審判昭和15・3・15〔玩具〕^{*56}は、同様に、「各意匠を現わすべき物品を共通にすることを要す」と述べる。③東京高判昭和33・1・18〔曇帽〕^{*57}は、「比較するに、先ずその意匠を現わすべき物品において互いに抵触し、…次にその意匠について考察する」と述べ、物品の類似と意匠の類似を分離した、明治期の考え方に近い。

3) 〔可撓伸縮ホース〕最判

最判昭和49・3・19〔可撓伸縮ホース〕昭和45(行ッ)45(民集28巻2号308頁)〔図5〕は、「法三条一項により登録を拒絶するためには、まずその意匠にかかる物品が同一又は類似であることを必要とし、更に、意匠自体においても同一又は類似と認められるものでなければならない。」と述べ、物品の類似が意匠自体の類似のための前提要件とする二段階テスト^{*58}を説示する。

●図5 意匠登録第207720号「可撓伸縮ホース」



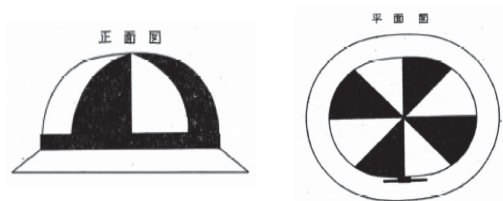
だが、昭和34年法初期の学説で同旨述べるものは、③光石『新訂意匠法詳説』だけである。②高田^{*59}は、「同一物品以外の物品では、たとえその形状等が同一であっても、原則として意匠は同一とはいえない。」とするが、一方で、「一般的には、用途は同じであるが機能が異なるということで類似物品として

あつかわれ、または用途も機能も異なっているので非類似物品としてあつかわれている物であっても、形状等によっては、用途のみならず機能も接近してきて、物品名から見れば、一般的には類似物品または非類似物品といわなければならないが、形状等からして具体的にはほとんど同一物品といわねばならない場合も生ずる。」と述べ、類否判断は、物品と形状等の総合判断であり、物品の類似は、意匠の類否判断の一要素と解する。①杉林^{*60}も、「意匠の類似判断」の原則の一つとして、物品の類似(10機能を異にするも用途が同一であれば物品は類似)について述べ、前提要件とはしていない。

4) 〔帽子〕最判

最判昭和50・2・28〔帽子〕昭和48(行ッ)82(集民114号287頁、判タ320号160頁)〔図6〕は「可撓伸縮ホース」最判と同旨とされるが^{*61}、両判決は、かなり相違があり、〔帽子〕最判では、明確な二段階テストは採っていない。〔帽子〕最判は、「意匠法三条一項三号は、同項一、二号に掲げる意匠と類似の意匠でないことを登録要件としたものであつて、そこでは、同一又は類似の物品の意匠間において、一般需要者の立場からみた美感の類否が問題となるのである。これに対し、同条二項は、…物品の同一又は類似という制限をはずし、右の周知の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きないし独創性が問題となるのである。それゆえ、同条一項三号の類似と同条二項の創作の容易とは、その考え方の基礎を異にする」と述べる。

●図6 本願意匠「帽子」



〔帽子〕最判は、「同一又は類似の物品の意匠間において」と短く述べるのに対して、〔可撓伸縮ホース〕

最判は、「①意匠は物品と一体をなすものであるから、…法三条一項により登録を拒絶するためには、②まずその意匠にかかる物品が同一又は類似であることを必要とし、更に、意匠自体においても同一又は類似と認められるものでなければならない。しかし、同条二項は、…③同条一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、…同条一項三号は、④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（法二三条）ところから、右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」と述べる（番号も筆者記入）。

〔帽子〕最判は、〔可撓伸縮ホース〕最判の3条2項についての説示をほとんどそのまま引用するが、3条1項3号についての説示を極端に省略し、上記アンダーライン①ないし④を削除している。

〔可撓伸縮ホース〕最判の①「意匠は物品と一体をなす」と③「具体的な物品と結びついた」との説示は、その意図とは逆に、物品と意匠を分離するものである。両者を分離するからこそ、「物品の類似」を觀念でき、物品から分離された「意匠」は単に「形状等」のみを意味することになる。これに対して、〔帽子〕最判は単純に「同一又は類似の物品の意匠間」と述べる。これは、意匠が「物品の形状等」であり、分離できないことを前提とし、「同一又は類似の物品に係る意匠間」との意味と解される。〔可撓伸縮ホース〕最判は、「物品」と「意匠(形状等)」を分離して理解する明治期に逆戻りしてしまったようである。

そして、〔帽子〕最判では、②の二段階テストの説示も削除されている。大正10年法以降、意匠は「物品の形状等」と理解されるから、「物品」を切り離し、その類似を前提要件とすることはできない。また、④「同条一項三号は、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」との説示も、物品に応用する形状等という、明治期の規定を想起させる。

〔可撓伸縮ホース〕最判は、明治期のように「物品の類似」と「形状等の類似」に分離する類否判断か、又は、「物品の類似」と「意匠自体の類似」の二段階テストを述べるものなのか、曖昧である。〔帽子〕最判は、この説示を削除し、「同一又は類似の物品の意匠間において」と述べる。明治期の「物品に応用すべき意匠」概念を否定し、かつ、類否判断における二段階テストも否定していると思われる。

しかし、両最判の説示の主眼は、意匠法3条1項3号(類似性)と意匠法3条2項(創作非容易性)とは考え方を異にし、類似は物品が問題となるのに対し、創作非容易は物品の制限をはずしているという点である。物品の類似や二段階テストの説示は、本質的なものではない。〔可撓伸縮ホース〕最判の説示は、物品と形状等が一体であり、物品を離れて意匠の類似はないことを強調したものと解される。

以上のように、〔可撓伸縮ホース〕最判説示は、①明治期のように物品と形状等を分離し觀念したか、②物品の類似と意匠自体の類似の二段階テストを提示したか、③物品を離れた意匠の類似はないことを強調したか等、多面的に解釈される。しかし、大正10年法からの意匠の定義や〔帽子〕最判の説示を踏まえると、③物品を離れた意匠の類似はないとの解釈を是とし、物品の類似は、意匠自体の類似の一考慮要素であり、前提要件とする必要はないと思われる^{*62}。

*47 杉本前掲（*13）38頁

*48 『意匠審査取極』（前掲（*14）『意匠120年』588頁）

*49 田中清明『特許（実用新案 意匠・商標）法論』（巖波堂書店 昭和10年）301頁

*50 『意匠審査取極』（前掲（*14）『意匠120年』）587頁。特許庁編『工業所有権法逐条解説（21版）』1283頁は、「意匠の特性から現実には物品の指定は一つに限られ、この制度を活用する余地がない。」と述べる。）

*51 前掲（*8）311頁

*52 前掲（*9）

*53 蓐前掲（*11）555頁。田中前掲（*49）269頁も同旨。

*54 田中前掲（*49）301頁

*55 前掲（*23）

- *56 前掲（*34）
- *57 前掲（*36）
- *58 五味飛鳥「類否判断における意匠の物品性が果たす役割」『工業所有権法学会年報40号』（有斐閣 2017年）191頁、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）164頁参照。
- *59 前掲（*4）142頁
- *60 前掲（*2）461頁
- *61 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』（法曹界 1993年）205頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ〔第2版〕著作権法・意匠法』（有斐閣 2007年）569頁参照。
- *62 梅澤前掲（*58）164頁参照。

6. 創作非容易性の考慮

1) 〔帽子〕事件の経緯

〔帽子〕最判は、原審の判断は結論において正当とするが、その類否判断において創作非容易性を考慮している点が注目される。ポイントは、「色彩の配合（本願意匠においては黒色と黄色、引用意匠においては濃赤色と密柑色）」の評価である。

ア 審決

審決は、「かかる二色の配色からなる物品においては、その色彩の選択表現に当り、種々の色彩を対比させることは普通一般に行なわれるところであり、これがために模様の構成が変ることもなく、両者は明暗二色の組合せにおいて類型の範囲を出ないものである。」と判断した。「選択表現に当り、…普通一般に行われている」との理由は、単なる新規性ではなく、創作の容易性を考慮している。

イ 高裁判決

高裁は、「意匠にかかる物品の形状、色彩等としてありふれた部分はその要部にならない」とし、「本願意匠は、色彩の点を除き、引用意匠と酷似し、これとの関係で創作性を有しない」とし、「色彩の配合は引用意匠における色彩の配合と類似せず、これとの関係では創作性がある」と述べる。しかし、「ありふれた配色である…から、当業者がこれを帽子の意匠に転用することは極めて容易である」とし、本願意匠における黒色と黄色の配合は、意匠法第三条

第二項にいう出願前日本国内において広く知られた色彩の結合との関係で創作性を有しない」とし、「本願意匠は意匠法第三条第一項第三号、第二項により登録することができないものである」と述べる。

〔帽子〕高裁は、本願意匠について、「色彩の点を除き、引用意匠と酷似し、これとの関係で創作性を有しない」こと（意3条1項3号）、および「黒色と黄色の配合は、…広く知られた色彩の結合との関係で創作性を有しないこと」（意3条2項）から、二つの拒絶理由を適用し審決を維持している。

ウ 〔帽子〕最判

〔帽子〕最判は、「要するにともに二色の配合であるにすぎず、しかも、本願意匠の二色の配合がごくありふれたものであること原審の判示するとおりであるから、両意匠の色彩の配合の点の差異も、必ずしも顕著なものとはいえない。そうであるとする、本願意匠と引用意匠とを全体的観察により対比すれば、両意匠は類似する」とし、原審は結論において正当としている。原審高裁の判断を肯定的に踏まえ、意匠の美感の類否判断において、「一部の形状等」の創作容易性を考慮したものといえよう。

3) 大正10年法の裁判例

ア 意匠全体としての考案力

大正10年法においては、現行法のような創作非容易性規定はなかったが、意匠は「考案」との定義に基づき、一定の考案力を登録要件とし、『意匠審査取極』（昭和5年）にもその基準が規定されていた^{*63}。考案力に関する裁判例もある。なお、意匠全体として考案力を判断する裁判例と、意匠の類否判断において意匠の一部について考案力を考慮する裁判例とを区別する必要がある。

意匠全体としての考案力について説示する裁判例として、①大審判昭和13・7・30〔紙牌〕^{*64}は、「特別の考案力を要せずして容易に着想実施し得べきものと認むるを相当とすべきを以て観者に美的印象を与うるや否に關せず意匠法第1条の新規なる意匠の工業的考案に該当するものと請うを得ざるもの」と、

②大審判昭和12・11・12〔壇〕*65は、「『オリンピック』の記事として周知知られるところにして斯る公知の模様を壇の中央部に現はさんとするが如きは特殊の考案を要せず何人も容易に想到し得べきもの」と、③大審判昭和13・8・12〔紙牌〕*66は、「…「考案」にあらざる…進んで審美的若くは趣味的印象を与ふるや否を判断することを要せず」と述べ、④大審判昭和13・12・20〔食料品瓶〕*67も、③と同旨述べる。

イ 類否判断における考案力の考慮

意匠の一部の形状等について、その考案力を考慮して、意匠全体の美感の類否判断をしている裁判例として、①大審判昭和8・2・27〔厨炉〕*68は、「炉台には何れも灰掻口を具うものなれば炉胴の部分に焚付口等を設くる如きは容易に考案し得べきものに属し特別顕著性を有するものに非ざるを以て両厨炉の全体としては相類似するものと認むる」*69と、②大審判昭和8・7・15〔赤飯〕*70は、「凡そ赤飯に南天の葉を配するが如きは世俗一般に慣用せらるるところにして赤飯と云わば容易に南天の葉を聯想せしむるのみならず本件登録意匠に於ける右南天の葉模様は…特殊の印象を惹起せしむることなきが故に…相類似する」と、③最判昭39・6・26〔乗合自動車事件〕〔図7〕*71は、天窓の有無について、「天窓の考案は、…、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。…本件各意匠は、全体として観察

する場合、…新規性を欠く」と述べる。

以上のように、一部の形状等について、「容易に考案し得べきものに属し特別顕著性を有するものに非ざる」もの、「世俗一般に慣用せらるるところにして…容易…聯想せしむる」もの、または、「何人といえども、…特別の考案を要せずして、容易に着想実施し得べきもの」等は、類否判断に影響しない相違とされている。なお、このような意匠の一部の形状等についての創作容易性の主体的判断基準は、「世間一般」や「何人」であり、「当業者」ではない点も注目される。

この類否判断において考案力を考慮した大正10年法時代の裁判例が、〔帽子〕最判の前提にある。現行法でも、要部の認定等について、創作非容易性の観点から評価した裁判例は10件以上あり、最近10年間は7件と増加している。このような類否判断手法は、類似範囲を拡大し意匠の保護強化を図るために必要なものと思われる*72。

*63 前掲（*14）『意匠120年』第4部資料参照。

*64 昭和12（オ）2469 兼子染野・判例 654頁

*65 昭和12（オ）1187 蓐・総覧 1006頁

*66 前掲（*20）

*67 昭和13（オ）574 兼子染野・判例 655頁

*68 前掲（*25）

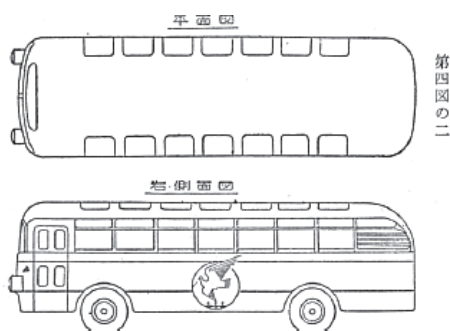
*69 加藤恒久「新規性と創作容易性」『知的財産法最高裁判例評釈体系Ⅱ』（青林書院 2009年）15頁（*6）は、本判決は、「新規性の問題とするが、「容易に考案し得べきもの」と「特別顕著性を有するもの」を並置させており、はと〔乗合自動車〕（最判昭39・6・26）と同じ「筋」のものと指摘する。

*70 前掲（*26）

*71 昭和37（オ）380民 集18巻5号 938頁

*72 裁判例等詳しくは、梅澤前掲（*58）、172頁参照。なお、高田前掲（*4）220頁は、類似と創作容易の「両者は考え方の基礎を異にするもので、その範囲または幅は必ずしも同じとはいえないが、近似したものではある。」とし、同一類似物品間では創作容易の例は少ないと述べる。

●図7 本願意匠「乗合自動車」



(つづく)