

意匠法 3 条 2 項 (創作非容易性) について I

京橋知財事務所 弁理士 梅澤 修

I. 創作非容易性要件の沿革

1. 意匠法 3 条 2 項の趣旨

意匠法 3 条 2 項 (創作非容易性) は、3 条 1 項 (新規性) とともに、意匠法における中心的な保護要件である。両規定は、創作保護法としての意匠法において、保護すべき意匠の客観的な「創作性」について、「新規性」と「創作非容易性」という両面から評価するものである (後記、「^{かとう}可撓性伸縮ホース」事件について詳説する)。すなわち、両規定は、「意匠の基本的な登録要件を定めるものであり、意匠制度の根幹に係る規定」といえよう^{*1}。また、3 条 2 項は、平成 10 年改正以降、その適用が増加している。意匠審査においては拒絶理由の 1 割程度を占め、関係する裁判例も増加しており、審査実務上もその重要度が高まっている。

なお、特許法の「進歩性」と比較する場合、その趣旨が相違するとの指摘がある。すなわち、渋谷達紀氏は、意匠法における「創作困難性の要件は、特許法における発明の進歩性の要件 (特許 29 条 2 項) とは、意味を異にする。進歩性の要件には、①特許を取得できる発明を進歩性のあるものに限ることにより、技術の進歩を加速させる、②進歩性のない発明を権利の対象から除き、その実施を自由なものとする、という積極消極の 2 つの目的がある。意匠は、発明のように進歩することはないから、創作困難性の要件が規定されていることの主たる目的は、②と同様のものとなる。すなわち、意匠を用具とする製品差別化競争を阻害することのないように、創作困難性のない意匠は、絶対権である意匠権の対象とせず、公有とすべきだ、というのが同要件の置かれている理由と考えられる」と指摘する^{*2}。

しかし、意匠制度には、より創作性の高い意匠の開発を促進させようとする目的が存在することは明らかである。例えば、平成 10 年の一部改正は、「創作性の高いデザインを適切に保護し、創作性の高い意匠の創作を促すことが必要である」との認識で行われた^{*3}。したがって、意匠法においても、この創作非容易性の要件には、積極的目的もあり、特許法と同様に、積極消極の 2 つの目的があるといえよう。

2. 条文規定の変遷

1) 現行条文

現行の 3 条 2 項は、昭和 34 年法の規定を平成 10 年に改正し、創作非容易性を判断する基礎資料について「日本国内において広く知られた」ものから「外国において公然知られた」ものへ拡大した。

2) 意匠法の規定の変遷

意匠法の規定の変遷をみると、昭和 34 年意匠法以前の条文には、登録要件として「創作非容易性」に関する明示的な規定はない [表 1]。しかし、いずれの条文においても「創作」に関する文言が用いられている。そして、大正 10 年法時代における『意匠審査取極』(昭和 26 年)によれば、登録要件として「考案力」に関する規定がある。これをみると、すでに、昭和 34 年意匠法の『意匠審査基準』(昭和 40 年)と同様の審査運用がされていたことが分かる。

3. 審査基準の変遷

1) 大正 10 年法時代の『意匠審査取極』

大正 10 年意匠法の時代においては、昭和 5 年頃から『意匠審査取極』がまとめられていた。創作非

●表1 意匠法条文の変遷

	登録を受ける者	新規性	創作非容易性
1. 意匠条例（明治 21 年）	新規ノ意匠ヲ提出シタル者	「公知・公用」	
2. 意匠法（明治 32 年）	新規ノ意匠ヲ案出シタル者	「公知・公用」及び「類似」	
3. 意匠法（明治 42 年）	新規ナル意匠ヲ案出シタル者	「公知・公用」「刊行物」及び「類似」	
4. 意匠法（大正 10 年）	新規ノ意匠ノ考案ヲ爲シタル者	国内「公知・公用」「刊行物」及び「類似」	考案力（基準）
5. 意匠法（昭和 34 年）	意匠の創作をした者	世界「公知」「刊行物」及び「類似」	「国内・広く知られた形状等」に基いて容易
6. 意匠法（平成 10 年）	意匠の創作をした者	世界「公知」「刊行物」及び「類似」	「世界・公然知られた形状等」に基いて容易

容易性については、昭和 26 年に下記のような「考案力に対する審査基準」が決められている*4。

「査取極」の内容を実質的に引き継ぐものであるといえよう。

- 「1. 一般人の常識として誰でも容易に考へつく程度の極くありふれた意匠は考案力を要しないとして拒絶すること
 2. 自然物の写実的な極くありふれた模倣意匠は考案力を要しないものとして拒絶すること
 3. 同一又は類似物品ではないがその意匠の転用がその業界の常識になっている物品の間に於ける意匠の転用はその転用に際して加えられた変更が商習慣上通常なされる程度に過ぎない場合には考案力を要しないものとして拒絶すること
- 3 の項中その意匠の転用が業界の常識となっている物品とは次の場合を言う
1. 転用が業界の習慣となっている場合
 2. 用途上の関係が密である物品相互間
 3. 有名な図形若しくは形態また既に数多くの他の物品に利用されている図形若しくは形態を他の物品に利用した場合」

2) 平成 10 年改正前昭和 34 年意匠法の『意匠審査基準』

昭和 34 年改正によって、創作非容易性に関する明文の規定が設けられ、それに対応する『意匠審査基準』が作成された。その内容は、下記のとおりである。これは、前記の大正 10 年法時代の『意匠審

「V 法第 3 条第 2 項に規定する容易な創作と認められるもの

1. ありふれた形状や模様に基づくものの場合

三角形、長方形、円、梅形、円筒体、錐体、正多面体、直方体、水玉模様、市松模様、紋章の丸に三巴、下り藤などありふれた形状や模様であっていろいろな物品に用いられているものを殆どそのまま物品に表した程度にすぎないもので、当業者が容易に創作できると認められるもの。

2. 自然物ならびに有名な著作物及び建造物などの模倣の場合

自然物（動物、植物、もしくは鉱物）ならびに有名な著作物及び建造物などの全部又は部分の形状、模様などを殆どそのまま物品に表した程度にすぎないものの。

3. 商慣行上の転用の場合

非類似の物品の間に転用の商慣行がある場合において、非類似の物品の形状、模様、もしくは色彩又はこれらの結合を物品に商慣行上通常なされる程度に変化させて表したにすぎないもの」

3) 審査基準の変遷

上記のように、大正 10 年法時代の『意匠審査取極』と昭和 34 年法時代の『意匠審査基準』とを比較するとほとんど同じ判断基準であることが分かる。そして、この判断基準は、平成 10 年一部改正後にも引き継がれている。すなわち、平成 10 年改正によって「日本国内において広く知られた」との規定が「日本国内または外国において公然知られた」と改正されたものの、創作非容易性の判断基準は大きな変更はないと思われる*5。

現在の『意匠審査基準』では、創作容易の事例とされる「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、単位の数の増減、5. ほとんどそのまま」は、改正前昭和 34 年法の『意匠審査基準』における「殆どそのまま物品に表した」との判断基準をより具体的に例示したものと評価できよう〔表 2〕。

- *1 満田重昭・松尾和子 編『注解 意匠法』青林書院（2010年）134頁
- *2 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ 著作権法・意匠法』第2版 有斐閣（2007年）567頁
- *3 特許庁編『工業所有権法逐条解説』第18版 1012頁
- *4 特許庁意匠課『意匠制度120年の歩み』第4部資料 特許庁HP
(http://www.jpo.go.jp/cgi/link.cgi?url=/seido/s_ishou/isyous_seido_ayumi.htm)
- *5 前掲『意匠制度120年の歩み』参照

Ⅱ. 新規性と創作非容易性との関係 （可撓伸縮ホース事件）〔図 1〕

1. 意匠権の効力範囲との関係

意匠法 3 条 1 項は、公知意匠または刊行物記載意匠と「同一又は類似する意匠」は、意匠登録を受けることができないとの規定であり、23 条では意匠権の効力は、「登録意匠及びこれに類似する意匠」に及ぶと規定する。先行意匠に「類似」しないことが意匠登録の要件であり、意匠登録を受けた後は、登録意匠に「類似」する意匠にまで意匠権の効力が及ぶ。したがって、同じ「意匠の類似」概念によって、新規性の登録要件と意匠権の効力範囲が規定されているといえよう。

これに対して、創作非容易性の登録要件は、意匠権の効力範囲とは直接関係がなく、いわば、登録意匠について、その権利範囲を超える創作性を要求する規定である。3 条 2 項の括弧書きに規定するように、「意匠法 3 条 1 項各号に掲げるものを除き」3 条 2 項の規定が適用されるのである。したがって、創作非容易性は、権利範囲を画する新規性の登録要件に、さらに加重された登録要件といえよう。

2. 新規性と創作非容易性との関係

「可撓伸縮ホース」事件の最高裁判決によれば、意匠法 3 条 1 項は、「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、及ぶものとき

●表2 審査基準の変遷

(1) 意匠審査取極（昭和 26 年 6 月）	(2) 意匠審査基準（改正前 昭和 34 年法）	(3) 意匠審査基準（平成 10 年改正）
1. 誰でも容易に考へつく程度の極くありふれた意匠	1. ありふれた形状や模様に基づく殆どそのまま物品に表した	<公知形状等に基づき> 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、単位の数の増減 5. ほとんどそのまま
2. 自然物の写実的な極くありふれた模倣意匠	2. 自然物などの模倣殆どそのまま物品に表した	
3. 常識になっている転用変更が商習慣上通常なされる程度	3. 商慣行上の転用商慣行上通常なされる程度に変化	6. 商慣行上の転用

れている（法23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のに対し、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つて、両者は考え方の基礎を異にする規定であると解される」と説示されている*6。

すなわち、3条1項各号（新規性）は、「同一又は類似の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」のに対して、3条2項（創作容易性）は、「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」のである。斎藤瞭二氏によれば、「新規性の規定が、意匠の同一または類似という、形態価値の共通性から、結果的に客観的創作性の存否を見定めるのに対し、創作容易性の規定は、物品を離れたモチーフとしての形状、模様、色彩を基にして、創作という行為の面からその程度を見定めるものである」とされる*7。したがって、3条1項各号（新規性）は、「創作された意匠（創作結果）」について評価する登録要件の規定であり、3条2項（創作容易性）は、「意匠の創作行為」について評価する登録要件の規定であるといえよう。

「可撓伸縮ホース」事件の判例解説である佐藤繁〔判解〕によれば、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

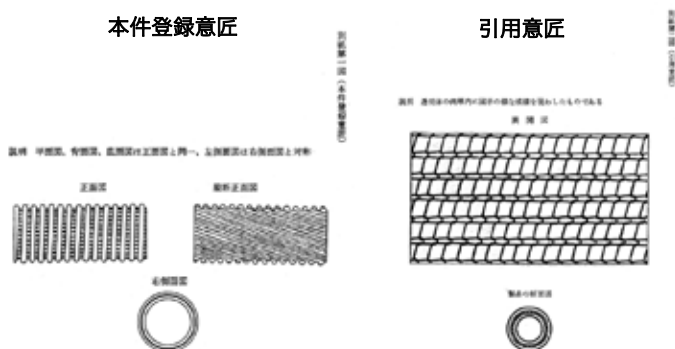
観的標準ともいふべきもので、従来未知のものとして評価される意匠であるかどうかということであり（3条1項）、他の1つは、主観的標準ともいふべきもので、その創作過程において独創力を用いたとみられる意匠であるかどうかということである（同条2項）。この2つは、ともに創作性の要件に関するものではあるが、それぞれ異なる観点から右の要件を具体化したものとみることができる」*8と解説しているが、これも同様の解釈といえよう。

3. 意匠の「創作性」と登録要件

「可撓伸縮ホース」事件最高裁判決は、上記のような判断に基づき、「同一又は類似の物品に関する意匠相互間においても、その意匠的效果の類否による同条1項3号の類似性の判断と、その一方の意匠の形状、模様、色彩等に基づいて当業者が容易に他方の意匠を創作することができたかどうかという同条2項の創作容易性の判断とは必ずしも一致するものではなく、類似意匠であつて、しかも同条2項の創作が容易な意匠にも当たると認められる場合があると同時に、意匠的效果が異なるため類似意匠とはいえないが、同条2項の創作容易性は認められるという場合もありうべく、ただ、前者の場合には、同条2項かつこ書により同条1項3号の規定のみを適用して登録を拒絶すれば足りるものとされているのである。」とし、「同一又は類似の物品の意匠については同条2項を適用する余地がないとした原審の判断には、同条の解釈を誤つた違法がある」と説示した。

この事件の原審東京高裁では、「意匠法第3条の規定は、……第1項、第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あると解するのを相当とする。すなわち、意匠法第3条第1項は同一または類似の物品の公知意匠との関係で創作性を欠く意匠、すなわち同一または類似の意匠の登録を防止し、同条第2項は、同一または類似の物品以外の物品と一体をなした周知の意匠あるいは周知の形状、模様もしくは色彩または

●図1



これらの結合との関係で創作性のない意匠、すなわちいわゆる転用意匠（たとえば、米国の自由の女神の像を形どつたラジオ受信機）の登録を防止しようとするものである。したがって、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、もつぱら同条第1項によるべきであつて、同条第2項の適用はないものと解するのが相当である」と説示していた*⁹。

最高裁判決は、上記高裁判決の後段部分を否定したものである。しかし、前段部分「第1項、第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ある」との説示については、否定していないといえよう。上記の佐藤繁〔判解〕でも、「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」と解していた。また、牧野利秋氏も、「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」を示していると述べている。したがって、意匠法第3条の規定は、「第1項、第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ある」*¹⁰と解すべきであろう。

*6 最判昭和49.3.19民集28巻2号 308頁

*7 斎藤瞭二 著『意匠法概説』有斐閣（1991年）93頁

*8 最判解民事篇 昭和49年度 318頁

*9 東京高判昭和45.1.29無体集 2巻1号 16頁

*10 牧野利秋「意匠法の諸問題」ジュリスト（No.1326）
2007.1.1-15 90頁

Ⅲ. 創作非容易性の判断基準と比較法的検討

1. 『意匠審査基準』における判断基準

1) 判断主体（判断の主体的基準）

『意匠審査基準』によれば、「その意匠の属する分野における通常の知識を有する者（以下「当業者」）は、創作非容易性を判断する主体である」とされて

いる。

なお、厳密に言えば、判断の対象である「当業者（A）が容易に意匠の創作をすることができたこと」、を判断する者（判断主体）は、「当業者（A）」自身ではない。平均的な当業者である（A）を想定して、3条2項該当性を判断する主体（判断主体）は、審査官や裁判官である。したがって、「当業者（A）」は、「当業者（A）が容易」であるか否かを判断するための「主體的基準」であるが、その判断をする主体（判断主体）ではない。

また、同様の構造は、類否判断における判断主体についてもいえる。すなわち、「需要者に起こさせる美感」が共通する場合に両意匠を類似と判断する判断主体は、審査官や裁判官である。この場合も、厳密に言えば、「需要者」は、類否判断の「判断主体」ではなく、類否判断の「主體的基準」である。

2) 創作非容易性の判断の基礎となる資料

上記のとおり、平成10年改正によって、「日本国内又は外国において公然知られた形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合」とし、改正前の「日本国内において広く知られた」から、判断の基礎となる資料を拡大した。しかし、創作容易性の考え方の根本に変更はないと思われる〔表2〕。

なお、「創作困難性の判断の基礎とされる公知の形象は、出願時において公知であることを要する。したがって、忘れ去られた過去の公知意匠の形象は、公知の形象ではない」とする解釈がある*¹¹。しかし、3条2項の規定が、「意匠登録出願前にその意匠の属する分野における通常の知識を有する者が日本国内又は外国において公然知られた形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合に基づいて」とされている以上、判断の基礎資料である「公然知られた形状等」は「意匠登録出願前に」公然知られたものを全て含むのであり、「出願時」に「公然知られた」形状等のみに限定する解釈は採用できない。

3) 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

『意匠審査基準』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、上記6つのケースを例示し、具体的に下記のように説明している。

1. 置換の意匠：置換とは、意匠の構成要素の一部を他の意匠に置き換えることをいう。公然知られた意匠の特定の構成要素を当業者にとってありふれた手法により他の公然知られた意匠に置き換えて構成したにすぎない意匠。
2. 寄せ集めの意匠：寄せ集めとは、複数の意匠を組み合わせることで一の意匠を構成することをいう。複数の公然知られた意匠を当業者にとってありふれた手法により寄せ集めたにすぎない意匠。
3. 配置の変更による意匠：公然知られた意匠の構成要素の配置を当業者にとってありふれた手法により変更したにすぎない意匠。
4. 構成比率の変更又は連続する単位の数の増減による意匠：公然知られた意匠の全部又は一部の構成比率又は公然知られた意匠の繰り返し連続する構成要素の単位の数を当業者にとってありふれた手法により変更したにすぎない意匠。
5. 公然知られた形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合をほとんどそのまま表したにすぎない意匠：公然知られた形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合（広く知られた形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合に基づく場合も同様とする。以下同じ。）をほとんどそのまま物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合に表したという当業者にとってありふれた手法により創作された意匠。
 - 5-1 公然知られた形状や模様に基づく意匠
 - 5-2 自然物並びに公然知られた著作物及び建造物等に基づく意匠
6. 商慣行上の転用による意匠：非類似の物品の間に当業者にとって転用の商慣行というありふれた手法がある場合において、転用された意匠。

いずれのケースにおいても、当業者にとって「ありふれた手法」であることが創作容易判断の要件となっている。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。

2. 各国の創作非容易性規定

各国の意匠制度を見ると、日本のように創作非容易性を登録要件とする国は、米国、中国および韓国等がある。これに対して、欧州は、保護範囲を超える創作非容易性を登録要件としない [表 3]。

3. 中国専利法における創作非容易性要件

1) 2010 年改正専利法

中国の第3次改正専利法（2009 年施行）には、日本の創作非容易性と近似する登録要件が新たに規定された。すなわち、「専利権を付与する意匠は、既存の設計又は既存の設計的特徴の組み合わせと比べて明らかな違いがあることとする」（専利法 23 条 2 項）との規定である。この規定は、先行設計との一対一の「比較」だけでなく、「組み合わせと明らかな違いがあること」を要求し、また、同一または類似の物品にしばられず、「転用」や「組み合わせ」に適用があることから、日本の「創作非容易性」に近似する概念といわれる*¹²（なお、「設計」は、デザインを意味し、「意匠」は、出願された設計を

●表3 登録要件と保護範囲の各国比較

	日本	中国	米国	欧州
登録要件①	① 新規性 (類似)	① 新規性 (実質的同一)	① 新規性	① 新規性 ② 個性的特徴 異なった印象
主體的基準	需要者 (取引者含む)	当該物品の一般消費者	平均的な観察者	知識を有する利用者
登録要件②	② 創作非容易性	② 明らかな相違 (区別)	② 非自明性	
主體的基準	当業者	当該物品の一般消費者	当業者	
保護範囲	類似	類似 (実質的同一)	実質的同一 紛らわしい模造	異なった印象を与えない
主體的基準	需要者 (取引者含む)	当該物品の一般消費者	通常の観察者	知識を有する利用者

各国条文訳は特許庁HP (<http://www.jpo.go.jp/shiryou/s-sonota/fips/mokuji.htm>) 参照。米国については、平成22年度意匠委員会第2部会「アメリカ意匠特許制度について」パテント 2011 Vol.64, No.2, 9頁参照。

意味する)。

2) 専利法 23 条 2 項の『審査指南』

日本の『意匠審査基準』に当たる中国の『審査指南』によれば、専利法 23 条 2 項の「明らかな相違 (明显区别)」とは、「いくつかの状況を指す」とされ、以下の 3 つの状況が例示されている。

その 3 つの状況とは、

- 「(1) 係争意匠は、種別の同一又は類似な製品の現有設計と比べて、明らかな相違がない。
- (2) 係争意匠は現有設計の転用により成されるものであり、両者の設計的特徴が同一であるか、あるいは軽微な差異だけがある。そして、当該具体的な転用手法について、種別の同一又は類似な製品の現有設計にヒントがある。
- (3) 係争意匠は、現有設計又は現有設計の特徴の組み合わせにより成されるものであり、該現有設計が係争意匠の対応した設計の部分と同一であるか、あるいは軽微な差異だけがある。そして、当該具体的な組み合わせ手法について、種別の同一又は類似な製品の現有設計にヒントがある。」

という状況である*¹³。「係争意匠」とは、「無効宣告を請求された意匠専利 (登録意匠)」をいう)。

上記のような係争意匠は、「(1) 現有設計と相違がない意匠」「(2) 転用意匠」「(3) 組み合わせ意匠」ということができよう。

「(1) 現有設計と相違がない意匠」については、現有設計と一对一の比較をおこなって「明らかな相違」が判断される。そして、「一般消費者が係争意匠と引例意匠を全体観察することにより、両者の相違点は製品の意匠全体の視覚効果に顕著な影響を与えないと認識している場合には、係争意匠は現有設計と比べて明らかな相違がないことになる。顕著な影響についての判断は、種別の同一又は類似する製品の意匠に限る」とされている*¹⁴。この『審査指南』の規定をみると、「(1) 現有設計と相違がない意匠」とは、日本の意匠法 3 条 1 項 3 号 (先行意匠に類似する意匠) と近似するものと思われる。

これに対して、「(2) 転用意匠」「(3) 組み合わせ意匠」の場合は、対比される現有設計又は現有設計の特徴は、「種別の同一又は類似する製品の意匠」に限定されない。また、「全体観察」ではなく、現有設計又は現有設計の特徴を「係争意匠の対応した部分の設計」と対比して「同一であるか、あるいは軽微な差異だけがある」か否かを判断する*¹⁵。いわば、部分的に対比観察をすることとしている。

すなわち、係争意匠の対応した部分の設計について、現有設計と部分的に対比観察して、当該部分の設計が「同一であるか、あるいは軽微な差異だけが

ある場合」には、専利法 23 条 2 項の「明らかな相違」がない可能性がある。そして次の判断ステップとして、「係争意匠と種別の同一又は類似な製品の現有設計において具体的な転用及び／又は組み合わせ手法のヒントがあるか否かについて判断する」。この「ヒントがあるなら、両者には明らかな相違点がないことになる」。なお、「独特な視覚効果を生じるものは除く」とされている*¹⁶。

さらに、『審査指南』では、(2)「現有設計の転用」について、以下のタイプは「明らかに転用手法のヒントがある場合」とされている。すなわち、

- 「(1) 単なる基本的な幾何形状を用いるか、又はこれに軽微な変化だけを施すことによって成される意匠
- (2) 自然物や自然景色の原形態の単純模倣によって成される意匠
- (3) 著名建築物や著名作品の全部又は一部の形状、図案、色彩の単純模倣によって成される意匠
- (4) ほかの種別の製品における意匠の転用で成される玩具、装飾物、食品類製品の意匠」

である。

また、(3)「現有設計とその特徴の組み合わせ」については、「合体と置換」があり、以下のタイプは「明らかに転用手法のヒントがある場合」とされている。すなわち、

- 「(1) 種別の同一又は類似な製品における複数の現有設計をそのままに、若しくは微細な変化を施すことにより直接に合体して成される意匠。例えば、数点の部品の設計を一つに合体して形成した意匠。
- (2) 製品に係る意匠の設計的特徴を種別の同一又は類似な製品に係る別の設計的特徴をそのままに、若しくは微細な変化を施すことにより置き換えて成される意匠。
- (3) 製品の現有の形状設計と現有の図案、色彩

又はその結合を直接に合体して成される当該製品の意匠、若しくは現有設計における図案、色彩又はその結合を、ほかの現有設計における図案、色彩又はその結合に置き換えて成される意匠」*¹⁷。

以上のような、専利法 23 条 2 項「明らかな相違」についての判断の方法は、日本における創作非容易性の判断の方法と近似するところがあるといえよう。中国の「(2) 転用意匠」は、日本の『意匠審査基準』に挙げられていた、創作容易な意匠の事例のうち、「5 公然知られた形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合をほとんどそのまま表したにすぎない意匠」、「6 商慣行上の転用による意匠」に近似する。そして、中国の「(3) 組み合わせ意匠」は、日本の「1 置換の意匠」、「2 寄せ集めの意匠」に近似するといえよう。

なお、日本の創作非容易性の例示とされている、「3 配置の変更による意匠」、「4 構成比率の変更又は連続する単位の数増減による意匠」については、中国の『審査指南』では、「実質的同一」の意匠と捉えている。すなわち、一般消費者が、本件意匠と引用意匠の相違点について、「引例意匠を設計ユニットとし、当該種別の製品の通常の配列方式により配列を繰り返しているか、又は配列数に増減の変化を施したところである。例えば、映画館の座席を行に沿って配列を繰り返しているか、又は行に沿った座席の数を増減させたなど」と認識している場合は、両意匠は「実質的同一」の意匠である。中国においては、意匠の構成態様の「繰り返し」や「数に増減」は、専利法 23 条 2 項「明らかな相違」（創作非容易性）の問題ではなく、専利法 23 条 1 項「新規性」（実質的同一）の問題と捉えられているのである*¹⁸。

ただし、日本においても、意匠の構成態様の「繰り返し」や「数に増減」をした意匠であっても、意匠全体として類似となる可能性はある。「繰り返し」や「数に増減」をしただけで非類似となり、創作非

容易性だけを問題とするというわけではない点は注意を要しよう。意匠の構成態様の「繰り返し」や「数に増減」をした意匠であっても、全体として類似と判断される場合には、3条2項括弧書きにより、3条1項3号が適用されるべきである。また、さらに言えば、このよう判断運用をすべきことは、3条1項と3条2項との関係一般について該当することであり、『意匠審査規準』で挙げられている、創作非容易の他の事例（「置換」「配置変更」「転用」等）についても、本件意匠が基づく意匠と類似であるか否かがまず判断されるべきであり、類似である場合は3条1項が先に適用されなければならない。

3) 判断の主體的基準

専利法23条2項「明らかな相違」の判断における主體的基準は、「転用意匠」「組み合わせ意匠」の場合も「一般消費者」である。すなわち、「意匠が専利法第23条1項、2項の規定に合致するか否かについて判断する際、係争意匠に係わる物品の一般消費者の知識レベルや認知力を基に評価しなければならない」*¹⁹。『審査指南』では、「判断の主体」は、専利法第23条1項、2項とも同一の「一般消費者」であることが明記されている。

しかし、趙嘉祥氏は、「新規性」の判断主体は「一般消費者」であり、「明らかな区別」すなわち「創作性」の判断主体は「一般のデザイナー」である、と考える。そのような観点でとらえれば「判断主体」という仮定の人について、理解しやすくなり、また実際の判断もしやすい」と解釈している*²⁰。

専利法23条2項は、日本の創作非容易性に近似しており、いずれも「創作性」を保護要件とする規定であると評価できる。しかし、日本の創作非容易性における「ありふれた手法」か否かについては、「当業者」を基準として判断するが、中国の「設計の転用、つなぎ合わせ、置換え」の手法が「常用設計手法」であるか否かについては、「一般消費者」を基準として判断するという相違があると思われる。

この「判断の主體的基準」については、3つの場

面に分けて検討することができる。すなわち、

- ①現有設計との「同一、ないし軽微な差異」の判断場面
- ②転用・組み合わせの「手法のヒント」の存在についての判断場面
- ③「独特な視覚効果」の有無についての判断場面である。

4) 現有設計との「同一、ないし軽微な差異」

前記のように、係争意匠の対応した部分の設計と現有設計とを部分的に対比観察して、当該部分の設計が「同一であるか、あるいは軽微な差異だけがある場合」には、専利法23条2項の「明らかな相違」がない可能性がある。

この「部分の設計」の同一性の問題は、「意匠の同一ないし類似」とは、部分的構成態様が意匠全体かという点で根本的に異なる。だが、中国の『審査指南』では、「意匠の同一」と「意匠の実質的同一」を区別しつつ、その判断方法について規定している点を参照しておく必要があろう。

まず、専利法23条1項は、「専利権を付与する意匠は、既存の設計に属さないものとする。また、いかなる部門又は個人も同様の意匠について、出願日以前に国务院専利行政部門に出願しておらず、かつ、出願日以降に公開された専利文書において記載されていないこととする」と規定するが、『審査指南』では、ここに規定する、「現有設計に属しないとは、現有設計の中に、係争専利と同一な意匠もなければ、係争専利と実質的同一な意匠もないことを指す」とし、また、「同様の意匠とは、意匠の同一又は実質的同一を指す」と規定している*²¹。

そして、『審査指南』によれば、「意匠の同一」は、「同種別の製品の意匠」において、「全設計要素」が「同一」であることである。これに対して、「意匠の実質的同一」は、「種別の同一又は類似する製品の意匠」において判断し、「一般消費者が、係争意匠と引例意匠を全体観察することにより、両者の相違点は単に以下に挙げる状況に該当すると認識してい

●中国専利法23条の判断構造（1）

	専利法 23 条 1 項：属する・同様		専利法 23 条 2 項：明らかに相違（区別）		
	同一	実質的同一	①現有設計との対比	②転用	③組み合わせ
判断客体	「係争専利」と「対比設計」				
判断主体	一般消費者の知識レベルや認知力				
製品種別	同一	同一又は類似			
設計要素	全要素が同一	相違点は、 ①局部上の軽微な差異 ②見えない部分 ③通常設計 ④繰り返し・増減 ⑤ミラー対称	相違点は製品の意匠 全体の視覚効果に 顕著な影響を与えない <考慮要素> ①見えやすい箇所 ②通常設計以外 ③機能的形状 ④局部の軽微な変化	同一あるいは 軽微な差異	同一あるいは 軽微な差異

る場合、係争意匠と引例意匠が実質的同一なものとなる」すなわち、その状況とは、

- 「(1) 相違点は、一般の注意を払う程度では感じられないほど局部上の軽微な差異だけがある。例えば、ブラインドの意匠でルーバーの具体的な枚数が違うだけなど。
- (2) 相違点は、使用する時に容易に見えない又は見えない部分にある。ただし、容易に見えない部分での特定設計が一般消費者にとって目をひくような視覚効果を生じることが証拠により示されている場合を除く。
- (3) 相違点は、ある設計要素全体を当該種別の製品の通常設計における相応した設計要素に置き換えたところである。例えば、図案と色彩の付された菓子箱の形状を正方体から長方体に置き換えたなど。
- (4) 相違点は、引例意匠を設計ユニットとし、当該種別の製品の通常の配列方式により配列を繰り返しているか、又は配列数に増減の変化を施したところである。例えば、映画館の座席を行に沿って配列を繰り返しているか、又は行に沿った座席の数を増減させたなど。
- (5) 相違点は、相互にミラー対称になったところである」* 22。

以上の専利法 23 条 1 項の「実質的同一」の判断方法を踏えると、専利法 23 条 2 項の『審査指南』に規定する部分の設計が「同一、ないし軽微な差異」であるとは、「設計要素」が全く「同一」ではない場合も想定しているといえる。しかし、「意匠の実質的同一」として 5 つの状況が挙げられているが、そのうちの 1 つである「軽微な差異」しか想定していない。したがって、部分の設計が「同一、ないし軽微な差異」であるとは、意匠の「同一」よりもやや広いが、「実質的同一」よりも明らかに狭く、「同一」とほぼ重なる概念といえる。日本に置き換えれば、「類似」より明らかに狭く、「同一」ないし「実質的同一性」とほぼ重なる概念といえよう。

中国の『審査指南』と比較検討すると、日本の創作非容易性判断においても、本件意匠の部分的構成態様と引用の構成態様とは、「同一性」が要求されることが明らかである。『意匠審査基準』の創作容易の事例（1）ないし（4）については、「公然知られた意匠」は同一の意匠と解するほかない。ただし、事例（5）には、「公然知られた形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合をほとんどそのまま表したにすぎない意匠」というように、「ほとんどそのまま」という概念があり、「類似」ではないが「実質的同一」の範囲を含むといえよう。なお、この「実質的同一性」の判断は、意匠の部分の構成態様についての判断であるから、「需要者の視覚を通じて起こさせる美感

●中国専利法23条の判断構造（2）

	専利法 23 条 1 項： 属する・同様		専利法 23 条 2 項：明らかに相違（区別）		
	同一	実質的同一	①現有設計との対比	②転用	③組み合わせ
判断方式		①単独比較 ②直接観察 ③製品の外観 ④全体観察・総合判断 ⑤組物製品、状態が変化する製品 ⑥設計要素 ・文字や数字は、図案として勘案 ・単一色彩の変化は、実質的同一	(1) 現有設計の内容を確定 (2) 係争意匠の対応した部分の設計と比較 (3) ①両設計が「同一、軽微な差異」 ②転用・組み合わせの「手法のヒント」 ③「独特な視覚効果」なし		
			・明らかにヒントがある場合 ①基本幾何学形 ②自然物 ③著名建築等 ④玩具、装飾物、食品類製品		・明らかにヒントがある場合 ①同一又は類似の製品、合体 ②同一又は類似の製品、置き換え ③現有図案色彩の合体や置き換え

に基づいて」行われるべきであろう（意 24 条 2 項参照）。したがって、この実質的同一性判断の主體的基準は、「当業者」ではなく、中国と同様に「需要者＝一般消費者」であると思われる。

5) 「手法のヒント」の存在

中国では「手法のヒント」の有無についても、判断の主體的基準は、「一般消費者」である。これに対して、日本における「ありふれた手法」については、その判断の主體的基準は「当業者」である。したがって、形式的に見ると、中国に比べて日本の方が、登録要件のハードルが高いように思われる。

しかし、前記のように、中国の『審査指南』においては、「手法のヒント」を例示しなくてもよい場合、すなわち「あきらかに手法のヒントがある場合」が多数列挙されている。これに対して、日本の『意匠審査基準』においては、「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」として1つしか例示されておらず、多くの場合、「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」と解される。したがって、この点では、中国の登録要件のハードルの方がやや高くなっているといえよう。

6) 「独特な視覚効果」の有無

中国の『審査指南』において、むやみに創作非容易性の規定が適用されないように、歯止めとなっている考え方が、この「独特な視覚効果」という概念であろう。これについて『審査指南』では、以下のように説明されている。

「独特な視覚効果とは、係争意匠が現有設計と比べて、予想できない視覚効果を生じたことを言う。組み合わせた後の意匠において、各現有設計或いは設計の特徴が視覚効果上で呼応関係を成さず、各自で独立に存在したり、単純に重ねているだけなら、通常は独特な視覚効果を形成しない。

意匠に独特な視覚効果を備えている場合には、現有設計又は現有設計の特徴の組み合わせと比べて、明らかな相違を備えることになる」*23

日本においても、裁判例において同様の考え方が示されていると思われる。すなわち、前記「可撓伸縮ホース」事件では、「本件登録意匠は、隆起した螺旋状筋条が高く浮き出した無地の斜縞をなし、筋条と筋条との間が低く沈んだ網目模様からなる斜縞をなし、両者が長手方向に沿って交互に現出し、その対比と繰返しにより看者の視覚を通じて美感を与えるもの」である点に着目し、「引用意匠」（網目模

様のホース) および公知の可撓性伸縮ホース(螺旋状筋条のホース)とは「全く異なった意匠的效果を有する」ことを評価している。この「全く異なった意匠的效果」と「独特な視覚的效果」とは近似する概念であると思われる。

なお、日本でも中国でも、その効果を判断する「主体的基準」は、「需要者」や「一般消費者」である。

7) まとめ

中国との比較検討によって、日本の創作非容易性の判断における「主体的基準」について若干明らかになったと思われる。中国と同様に日本の創作非容易性判断においても、本件意匠の部分的態様と対比される態様とが、「需要者」の観点からみて「実質的同一」でなければならない。すなわち、当該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」が共通している必要がある。

また、結果的に、「全く異なった意匠的效果」(「可撓伸縮ホース」事件)や「独特な視覚的效果」(『審査指南』)があれば、創作性が肯定されるべきであるが、その「効果」の判断についても「主体的基準」は、「需要者」や「一般消費者」である。

以上の2つの場合に対して、日本においては「ありふれた手法」か否かの判断の「主体的基準」は「当業者」である。これは、意匠法3条2項の「その意匠の属する分野における通常の知識を有する者が…容易に意匠の創作をすることができたときは」との規定から当然といえよう。しかし、中国『審査指南』においては、専利法23条1項、2項の規定については、「判断の主体」が「一般消費者」とされており、「手法のヒント」の有無の判断についても、「主体的基準」は「一般消費者」である。この点は、中国と日本の判断基準の相違といえる。だが、中国の「一般消費者」とは、「係争意匠に係わる物品の一般消費者」であり「異なる種別の物品は、異なった消費者群を持つ」と捉えられている。そして、「同種又は類似物品の意匠やその常用設計手法について、常識程度の認識を持っている。例えば自動車

の場合、その一般消費者は市販されている自動車や、よくマスコミで見かけるような自動車広告で開示された情報などについて、ある程度の認識を持っている」者とされている*24。したがって、その知識レベルにおいて日本の「当業者」と大きく相違するものではないといえよう。

さらに、中国の『審査指南』においては、「手法のヒント」を例示しなくてもよい場合、すなわち「あきらかに手法のヒントがある場合」が多数列举されていることから、登録要件のハードルは、中国の『審査指南』のほうがやや高くなっている可能性もある。

今後の運用が注目されるところであるが、中国においても日本と同様の創作非容易性の判断運用が行われるものと期待される。(つづく)

* 11 渋谷達紀 著『知的財産法講義Ⅱ 著作権法・意匠法』第2版 有斐閣 (2007年) 569頁

* 12 趙嘉祥(劉鋒訳)「中国新意匠制度とその実務的対応Ⅱ」
DESIGN PROTECT 2010 NO.87 Vol.23-4 3頁

* 13 『専利審査指南』(日本語仮訳) 日本貿易振興機構 北京センター知的財産部 編 第4部分37頁

* 14 前掲 第4部分38頁

* 15 前掲 第4部分39頁

* 16 前掲 第4部分39頁

* 17 前掲 第4部分39頁～40頁

* 18 前掲 第4部分34頁

* 19 前掲 第4部分33頁

* 20 趙嘉祥「中国新意匠制度とその実務的対応Ⅰ」
DESIGN PROTECT 2010 NO.87 Vol.23-3 10頁

* 21 『専利審査指南』(日本語仮訳) 第4部分33頁

* 22 前掲 第4部分34頁

* 23 前掲 第4部分40頁

* 24 前掲 第4部分33頁