

意匠法の問題圈 第28回

——意匠の類似と類否判断⑥

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

II. 現行意匠法の類否判断論の変遷

3. 裁判例の変遷

3) 総合判断と公知意匠参酌に関する裁判例

工. 各部形状等に関する公知意匠参酌の裁判例

(ア) 両意匠の要部認定

侵害系類否判断(意匠権侵害判断における意匠の類否判断)では、意匠の要部認定において、「意匠に係る物品の性質、用途及び使用状態」を参酌するとともに、「公知意匠にない新規な創作部分の存否」を参酌し、各部形状等について評価する手法が多数の裁判例で採用されている。これに対し、出願系類否判断(意匠の登録要件判断における意匠の類否判断)では、両意匠の共通点差異点の評価で、各部形状等について公知意匠を参酌し新規な創作部分か否かを評価しているといえるが、各意匠の要部を明示的に認定することは少ない。

侵害系類否判断においては、本件登録意匠についてだけ要部認定をする裁判例がほとんどである*¹。これは、類否判断構造の相違によると思われる。すなわち、侵害系類否判断の構造は、「被告意匠が登録意匠に類似するか否か」の判断である(意23条)。したがって、侵害訴訟における類否判断は、「登録意匠と被告意匠とが類似するか」という両意匠を等置した観点からではなく、「被告意匠が登録意匠に類似するか」という観点、すなわち登録意匠の類似範囲に被告意匠が含まれるかという観点からなされているからである*²。

なお、この構造だけに着目すると、「被告意匠の類似の範囲を定める意味がないから」、「被告意匠の要部を把握する必要はない」と考えられるかもしれない*³。

しかし、意匠の類否判断は、「登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断」(意24条2項)であり、基本的に両意匠を等置した観点からなされる。また、意匠の類否判断は、「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」(意24条2項)であり、「類似の美感を生ぜしめる意匠」か否かの判断である(最判昭和49・3・19〔可撓伸縮ホース〕昭和45(行ツ)45))。したがって、原則として両意匠が起こさせる美感を対比し両意匠の美感の類否を判断すべきものと思われる*⁴。意匠の美感は、物品の形状等が起こさせる美感であるから、物品の用途・機能によって意匠の美感が異なり、また、新規な創作部分か否かによっても美感が異なる。それゆえ、意匠の類否判断は、「意匠に係る物品の性質、用途及び使用状態」を参酌するとともに、「公知意匠にない新規な創作部分の存否」を参酌することによって「需要者の注意を引く部分(意匠の要部)」を把握して両意匠を対比する手法が採用されている。意匠の要部認定は、両意匠の美感を把握するための手法であり、原則的には両意匠の要部認定をすべきである。

出願系類否判断においては、両意匠の共通点及び差異点の全体について需要者の注意を引く程度を評価し総合判断することから、実質的に両意匠の要部を認定し両意匠の美感の類否を判断する手法となっている*⁵。侵害系類否判断においては、本件意匠の要部認定を明示的にして、その要部を中心として類否判断をすることから、上記のように本件意匠の要部認定だけで類否判断をしているように誤解されるかもしれないが、両意匠の共通点差異点の具体的評価において、被告意匠の特徴の評価や公知意匠を

●表 総合判断と公知意匠参酌に関する判決年表（本誌連載第27回分）

	ア総合判断の手法			裁判所 イ公知参酌			ウ意匠全体公知意匠参酌			言渡日
	(イ) 全体観 察&関係評価	(ウ) 有機的 全体観察	(エ) 相対的 関係評価	(イ) 2つの 理由	(ウ) 無効抗 弁以前	(エ) 権利 濫用	(イ) 公知意 匠参酌の意義	(ウ) 関連意匠 参酌	(エ) 後願意匠 参酌	
1960年							昭和34年意匠法施行・昭和35年4月			
1964年			①前橋地決							昭和39・12・22
1967年			②名古屋地判							昭和42・11・18
1971年	①名古屋高判									昭和46・2・12
1972年								①大阪地決		昭和47・11・18
1973年								⑤東京地判		昭和48・5・25
1974年							最判昭和49年3月19日〔可撓伸縮ホース〕			
1978年								⑥横浜地横須 賀支判		昭和53・2・22
	①東京高判									昭和53・11・28
1980年								⑨大阪地決 ⑩大阪地判		昭和55・9・19 昭和55・12・19
1981年							③大阪地判			昭和56・1・28 昭和56・3・25 昭和56・10・16
	②東京高判							⑪大阪地判		昭和57・12・22
1982年	②東京高判									昭和58・3・28
1983年								⑩大阪地判		昭和59・2・28
1984年		③大阪地判			①大阪地判					昭和59・4・18
			③東京高判							昭和60・7・29 昭和60・8・15 昭和60・10・15
1985年		④名古屋地判								
			④東京高判							
			⑤東京高判							
1988年	③東京高判	⑥東京高判								昭和63・7・27
1989年		⑦東京高判					④東京高判			平成元・3・23 平成元・6・19
			⑤大阪地判							
1991年					②大阪地判					平成3・6・28 平成3・8・15
	⑧東京高判									
1992年		⑥大阪地判			③大阪地判					平成4・9・29
1993年		⑦東京高判								平成5・2・25
1994年			⑧東京高判							平成6・3・22
				①大阪地判				⑩京都地判 ⑫大阪地判 ⑬大阪地判		平成6・7・13 平成6・7・19 平成6・11・24
		⑨大阪地判			④大阪地判					
1995年	⑨東京高判 ⑩東京高判						⑤東京高判		⑨新潟地判	平成7・4・13 平成7・9・12 平成7・9・14
1996年					①大阪地判					平成8・12・24
1997年	⑪東京地判					②東京地判		⑬東京地判		平成9・1・24 平成9・4・25 平成9・5・21
					⑤山口地下関 支決					
1998年	⑫東京高判									平成10・3・31
1999年					⑥新潟地三条 支判		平成10年一部改正（部分意匠）施行・平成11年1月			
		⑩東京高判								平成11・6・22 平成11・9・29 平成11・12・24
			②京都地判					⑮京都地判 ⑯大阪高判		平成12・2・23 平成12・3・15
2000年	⑬東京高判						◎最判平成12・4・11〔キルビー判決〕（民集54巻4号1368頁）			平成12・9・12
					⑦大阪地判					
2001年								⑭東京高判		平成13・8・29 平成13・11・13
	⑭東京高判							⑦東京地判		平成13・11・30
2002年						③東京地判	⑥東京高判			平成14・3・27 平成14・6・28 平成14・7・3 平成14・7・23 平成14・8・22 平成14・8・28 平成14・11・26 平成14・12・12
	⑮大阪高判 ⑯東京高判				④東京地判			⑧大阪高判 ①大阪高判		
			③東京地判						③東京高判	
					⑤東京高判					

事件名	事件番号	出典 (出典記載なしは最高裁HP)
〔サラダボール等〕 〔総線用舞輪1審〕 〔総線用舞輪2審〕 〔ケーブルハンガー〕 〔自動二輪車〕	昭和39(ヨ)61 昭和38(ワ)548 昭和42(ネ)996 昭和47(ヨ)2330 昭和43(ワ)11385	判タ172号188頁 無体集3巻1号28頁 無体集3巻1号19頁 判タ291号365頁 無体集5巻1号128頁
〔擬餌〕 〔カーテンレール〕 〔保管庫〕 〔道路用消火栓ブロック〕 〔包装袋用ホック〕 〔はさみⅠ〕 〔物干し器具〕 〔ライター〕 〔地中より隠現させる柵柱〕 〔乱れ箱〕 〔コンクリート型枠連結具〕 〔ぶらんこ〕 〔アタッシュ・ケース〕 〔断熱材被覆管用エルボー型カバー〕 〔建物壁用裝飾板〕 〔油圧作動カッター〕 〔弁当箱〕 〔回転警告灯〕 〔あんま器〕 〔包装用襟枠〕 〔包装用容器〕 〔建物用窓シャッターのガードレール下地〕 〔身長計〕 〔脱臭剤容器〕 〔運搬用回転車〕 〔衣装ケース2審〕 〔盗難防止用ホイールナット〕 〔電子レンジ用蒸し器〕 〔建物用扉の把手〕 〔自走式クレーン1審〕 〔ゴム紐〕 〔掛け時計〕 〔建築用板材〕	昭和46(ワ)235 昭和52(行ケ)78 昭和55(ヨ)1069 昭和50(ワ)1388 昭和54(ワ)1117 昭和54(行ケ)201 昭和53(ワ)4409 昭和57(行ケ)41 昭和56(ワ)6055 昭和56(ワ)4926 昭和58(行ケ)135 昭和57(ワ)3310 昭和59(行ケ)12 昭和59(行ケ)134 昭和62(行ケ)186 昭和63(行ケ)131 昭和62(ワ)8143 昭和62(ワ)1463 平成3(行ケ)17 平成元(ワ)7530 平成4(行ケ)66 平成5(行ケ)50 平成5(ワ)130 平成5(ワ)8250 平成3(ワ)2957 平成6(ネ)3464 平成6(行ケ)249 平成4(ワ)209 平成6(ワ)6969 平成5(ワ)3966 平成5(ワ)17437 平成8(ヨ)31 平成9(行ケ)138	無体集13巻1号296頁 判タ377号167頁 無体集12巻2号514頁 染野判例2585の292頁 取消集昭和56年438頁 染野判例2567の49頁 無体集13巻2号664頁 染野判例2563の31の40頁 染野判例2585の360頁 判タ536号385頁 染野判例2563の31の48頁 判時1167号137頁 無体集17巻2号379頁 染野判例2563の31の115頁 染野判例2563の31の186頁 染野判例6125の29頁 無体集21巻2号522頁 知財集23巻2号489頁 染野判例6145の4頁 染野判例6695の17頁 染野判例6691の68頁 染野判例6091の2頁 染野判例6691の105頁 知財集26巻2号582頁 染野判例6695の90頁 判時1536号103頁 染野判例6113の48頁 染野判例6691の164頁 染野判例6675の73頁 知財集29巻1号1頁 知財集29巻2号435頁 取消集(72)351頁 染野判例6105の79頁
〔ロープ連結具1審〕 〔ブリー〕 〔化粧箱〕 〔輸液容器2審〕 〔卵包装容器〕	平成10(ワ)62 平成10(行ケ)341 平成10(ワ)2980 平成10(ネ)3150 平成11(行ケ)173	染野判例6591の4頁 染野判例6121の128頁 染野判例6721の3頁 染野判例6091の19頁
〔包装用かご〕 〔戸車用レール材〕 〔ギター〕 〔貨物トラックの荷台扉開閉用ハンドルの掛金〕 〔長靴〕 〔バルブ用筐体〕 〔建築用埋込みボルト2審〕 〔メガホン〕 〔せいろう用中敷き1審〕 〔座いす〕 〔建物扉用取手の座板〕 〔せいろう用中敷き2審〕	平成10(ワ)11674 平成13(行ケ)13 平成13(行ケ)275 平成13(ワ)5737 平成13(行ケ)271 平成13(ワ)1560 平成13(ネ)3044 平成14(行ケ)42 平成13(ワ)27317 平成13(ワ)26362 平成14(行ケ)353 平成14(ネ)4764	判時1748号164頁

(次頁につづく)

参酌した評価をしており、実質的に被告意匠の要部認定が行われ、被告意匠の美感が判断されていると理解される。被告意匠が本件意匠に類似しないとする裁判例では、本件意匠とは異なる被告意匠の美感を認定する場合が多く、この被告意匠の美感の認定は、その前提として被告意匠の要部を実質的に認定していることを意味している（裁判例については、公知意匠参酌の基準時とともに後述する。）。

* 1 判時2490号48頁〔トレーニング機器2審〕解説は、侵害訴訟においては、「ほとんどの裁判例は、被疑侵害意匠の要部を把握せず登録意匠の要部のみを把握して両意匠の類否判断をしている。」と述べる。加藤幹「意匠の類否判断における公知意匠の参酌」パテントVol.74 No.8、73頁は、「裁判例の多くは、当てはめでは公知意匠を参酌しつつ登録意匠の要部のみを把握し、被疑侵害意匠の要部を把握せずに類否判断をしている」と述べる。

* 2 前掲*1判時2490号48頁。

* 3 加藤前掲*1 73頁。また、差異点が必要者の注意を引く程度や異なる美感を起こさせるものか否かの評価についても、「仮に登録意匠の類似の範囲に被疑侵害意匠が含まれるかどうかということにより適切に判断するためなどの理由で被疑侵害意匠の特徴点を把握する必要が生じて、その特徴点の把握は意匠の要部の把握とは似て非なる別の何かである。」と述べる。なお、76頁注(54)では、「ただし、結果として意匠の要部の把握と同一の手法となる可能性がないわけではない。」とも述べる。

* 4 東京高判平成14・11・26〔建物扉用取手の座金〕平成14(行ケ)353は、「問題は、美感の共通性の有無を具体的にどのように判断すべきか、ということである。二つの美感の共通性を問題とする以上、原理的にいえば、それぞれの意匠が生じさせる美感を何らかの方法で別々に認定し、これらを何らかの方法で表現しつつ、両者を比較するというのが、最も好ましい方法であるということもできよう。とはいえ、美感というものは、本来、意匠に接した者の主観的な意識内容であるから、判断の客観性を一定以上に確保しつつ、これを外部から把握して表現することは、いうべくして容易なことではない。そこで、審決のように、両意匠の構成要素における共通点及び相違点を認定し、公知事実、視覚効果等を勘案して各構成要素を評価した上で、総合的に類否を判断する手法は、判断の客観性を担保するとの観点からみて、少なくとも妥当な手法の一つというべきである」と述べる。

* 5 茶園成樹編著『意匠法2版』(2020年 有斐閣)〔茶園〕102頁は、「公知意匠と出願意匠との共通点及び差異点について、注意を引く部分であるか否かの認定・評価が行われ、その評価に基づいて、総合的な観察により需要者に対して異なる美感を起こさせているか否かが判断されることになっており、実質的には要部認定と同様のことが行われている」と述べる。

	ア総合判断の手法			イ公知参酌			ウ意匠全体公知意匠参酌			言渡日
	(イ) 全体観 察&関係評価	(ウ) 有機的 全体観察	(エ) 相対的 関係評価	(イ) 2つの 理由	(ウ) 無効抗 弁以前	(エ) 権利 濫用	(イ) 公知意 匠参酌の意義	(ウ) 関連意匠 参酌	(エ) 後願意匠 参酌	
2003年				④大阪地判				⑮東京高判	④東京高判	平成15・2・24 平成15・4・15 平成15・6・30 平成15・12・18 平成15・12・26
			⑪東京高判			⑥東京地判				
2004年									平成16年一部改正(意匠法41条準用特許法104条の3)	
						⑦東京高判				平成16・5・11 平成16・11・29 平成16・12・15
		⑮東京高判							⑤東京高判	
2005年		⑮知財高判								平成17・5・23 平成17・6・15 平成17・9・15
		⑮知財高判							⑦大阪高判	
2006年								④大阪地判	②大阪地判	平成18・1・17 平成18・1・18 平成18・6・28 平成18・8・30 平成18・12・21
									⑥知財高判	
				④知財高判				⑮大阪高判	⑧大阪地判	
2007年		⑮東京地判						②東京地判		平成19・3・23 平成19・3・27
			⑫知財高判							
									平成18年一部改正(類否判断基準)	施行・平成19年4月
										平成19・5・30
	⑤知財高判									
2008年									⑩東京地判	平成20・10・30
2009年			⑬知財高判							平成21・5・28
2010年							①知財高判			平成22・7・20 平成22・12・16
								②大阪地判		
2011年							②知財高判			平成23・3・28
2012年		②●大阪地判								平成24・6・21
2013年				⑤大阪高判						平成25・10・10
2015年									⑪大阪地判	平成27・10・26 平成27・11・26
								⑫東京地判		
2020年									令和元年一部改正(画像、建築物)	施行・令和2年4月
2021年									⑫大阪高判	令和2・7・31

(イ) 公知意匠参酌の必要性

意匠の類否判断における公知意匠参酌は、主として新規な創作部分の存否を参酌して意匠の要部認定をするために行われる。この意味での公知意匠参酌が必要と述べる裁判例として（以下、アンダーラインは筆者が記入した。）、①大阪地判平成17・1・17〔床束1審〕平成16(ワ)1099は、「意匠に公知の態様が含まれる場合、それによって直ちにその部分を要部と認定し得なくなるわけではないが、公知の態様は、ありふれているが故に看者の注意を特に引かないこ

とも多く、逆に新規な部分は看者の注意を引くことが多いから、要部の認定に当たって公知意匠を参酌することは許される」と述べる。また、本連載前回で、公知意匠参酌の意義に関する裁判例として挙げた、②知財高判平成22・7・20〔取鍋2審〕平成19(ネ)10032、③知財高判平成23・3・28〔マンホール蓋用受枠2審〕平成22(ネ)10014がある。

新規な創作部分を要部と認定する裁判例は多いが、例えば、④大阪地判昭和56・10・16〔物干し器具〕昭和53(ワ)4409(無体集13巻2号664

事件名	事件番号	出典 (出典記載なしは最高裁HP)
〔道路用防獣さく〕	平成14(行ケ)422	
〔荷崩れ防止ベルト〕	平成14(ワ)457	
〔かいり〕	平成15(行ケ)38	
〔自動車用ホイール〕	平成15(行ケ)280	
〔盗難防止用商品収納ケース1審〕	平成15(ワ)7936	
無効意匠権の権利行使制限)		
〔盗難防止用商品収納ケース2審〕	平成16(ネ)628	
〔射出成形機〕	平成16(行ケ)171	
〔配線用保護カバー〕	平成16(行ケ)138	
〔自動車用タイヤ〕	平成17(行ケ)10253	
〔自動車用タイヤ〕	平成17(行ケ)10036	
〔床束2審〕	平成17(ネ)570	
〔手さげかご1審〕	平成16(ワ)14355	
〔建築用壁板材〕	平成17(行ケ)10643	
〔包装用袋〕	平成18(行ケ)10058	
〔手さげかご2審〕	平成18(ネ)448	
〔ブロックマット1審〕	平成18(ワ)7014	
〔取鍋1審〕	平成16(ワ)24626	
〔ゴルフ用ボールマーカー2審〕	平成18(ネ)10084	
〔管継ぎ手〕	平成18(行ケ)10463	
〔衣類用ハンガー〕	平成20(ワ)1089	
〔流体シリンダ〕	平成20(行ケ)10401	
〔取鍋2審〕	平成19(ネ)10032	
〔長柄鋏〕	平成22(ワ)4770	
〔マンホール蓋用受枠2審〕	平成22(ネ)10014	
〔携帯用魔法瓶〕	平成23(ワ)9600	
〔遊技台の台間仕切り板2審〕	平成25(ネ)1136	
〔ロッカー用ダイヤル錠付き把手1審〕	平成26(ワ)11557	
〔道路橋道路幅員拡張用張出し材1審〕	平成26(ワ)1459	
〔トレーニング機器2審〕	令和2(ネ)211	

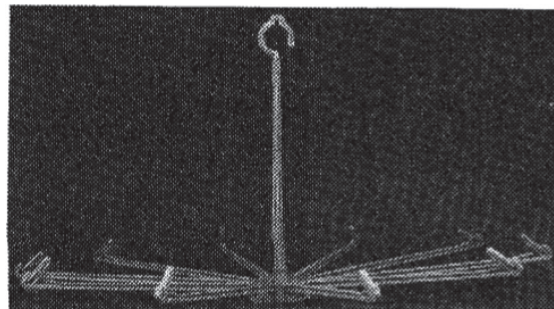
頁) [図1] は、「意匠の要部ないし特徴がどこにあるかをみる場合、公知意匠にない新規な部分であつて見る者の注意を強く惹く部分があればそこにこそ当該意匠の要部ないし特徴がある」と述べる。⑤大阪地判昭和59・2・28〔乱れ箱〕昭和56(ワ)4926(判タ536号385頁) は、「各部分を組合わせて上部に脱衣籠を備えた本体に二個の洗濯籠を並列載置して三者一体とした点は…新規性があり、この点が見る者の注意を強くひく部分と認められるから本件意匠の要部ということが出来る。」と述べる。

⑥大阪地判平成19・4・19〔ゴーグル〕平成17(ワ)12207は、「全体として、シャープでスポーティ感があり、かつ、スマートな美感をもたらしているものは見当たらないから、本件登録意匠の上記構成は、これらの各公知意匠にない新規で斬新な形状であるというべきであつて、需要者の注意を強く惹くものと認められる。」と述べる。

これに対し、周知公知の態様は新規な創作部分ではなく需要者の注意をひかず意匠の要部にはならないとする裁判例も多い。例えば、⑦東京高判昭和53・11・28〔カーテンレール〕昭和52(行ケ)78(判タ377号167頁) は、「意匠の基本形態が、一般にありふれた周知の形状である場合には、その部分は、意匠の創作部分ないし特徴ではないから、一般の需要者の注意をひくことはない」と述べる。

⑧名古屋地決昭和61・3・31〔整水器〕昭和60(ヨ)682(染野判例2585の729頁) は、「右公知意匠と共通する (ア) ないし (エ) の各点は、いわばありふれた意匠とみるべきであるから、この点を本件登録意匠の要部ないし特徴とみることはできない。」と述べる。⑨東京高判昭和62・2・24〔墓前花立筒〕昭和60(行ケ)138(染野判例2561の312頁) は、「基本的構成態様のうち、前記の構成は周知のものであつて、特に看者の注意を惹く部分ではない」とし、「本件意匠の意匠登録出願前によく知られたもので…特に看者の注意を惹く部分ではない」と述べる。⑩東京高判昭和62・3・26〔自動車用霜とり具2審〕昭和61(ネ)61(染野判例2585の899の24頁) は、「特段の事情がない限り、右公知の形状は強く看者の注意を惹く部分でないと認められるか

●図1 本件意匠第360592号「物干し器具」



ら、その部分は意匠の類否範囲を画定するための要部とはならない」と述べる。⑪東京高判平成元・3・23〔油圧作動カッター〕昭和63(行ケ)131(染野判例6125の29頁)は、「ありふれた部分は、看者の注意を惹く箇所とは到底いえない」と述べる。⑫東京高判平成3・12・25〔レーダーアンテナ〕平成2(行ケ)273(染野判例6105の7頁)は、「公知の形態は、その部分に差異があっても、看者に与える印象が弱く、その差異の評価は低くなるのであり、その差異が全体の意匠の類否判断に与える影響も微弱なものに止まる」と述べる。⑬大阪地判平成8・11・14〔物干し器具〕昭和63(ワ)2187(染野判例6691の205頁)は、「本件登録意匠の中の個々の点が物干し器具に関する公知意匠において個々の的に示された結果、物干し器具の意匠としてありふれた形状であると判断される場合には、かかる点は需要者の注意を強く惹くことはなく、要部とはいえない」と、個々の部分について公知意匠参酌することを述べる。⑭東京高判平成13・11・8〔包装用袋〕平成13(行ケ)282は、「周知事実に基づく判断」を述べる。⑮東京地判平成13・11・30〔貨物トラックの荷台扉開閉用ハンドルの掛金〕平成13(ワ)5737は、「本件意匠の出願前において公知」を参酌する。⑯知財高判平成18・7・13〔横葺屋根板材〕平成18(行ケ)10023は、「ある種物品に必然的な形態であるため、ありふれたものとなっている場合には、看者の注意を引き付ける度合いは弱くなるのが通常である」と述べる。

(ウ) 周知公知部分と要部認定

以上のように、周知公知の部分は新規な創作部分ではなく要部とならないとする裁判例は多いが、本連載前回の総合的判断手法の項目で述べたとおり、類否判断は、有機的な全体観察と相対的な関係評価の手法によって行われるものであり、周知公知部分も要部の要素から単純除外せず、意匠全体や組合せた態様について新規な美感があれば、周知公知部分も要部を構成すると考えられる^{*6}。

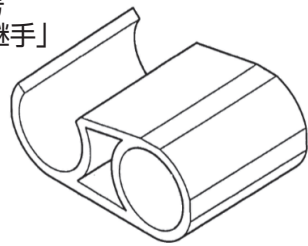
最近の裁判例では、①知財高判平成29・1・11

●図2 本件意匠
登録第1509040号
「バケツ」



〔バケツ〕平成28(行ケ)10153〔図2〕は、「本件登録意匠の出願前に既に…、複数公知になるだけで直ちに意匠上の要部でなくなるとはいえず（ヒット商品こそ、往々にして模倣品が現れることを考えれば当然である。）、飽くまで上記の点が本体部と蓋部の外観全体を通じて統一感を感じさせる独特の形態であって、意匠全体における支配的部分を占め、意匠的まとまりを形成し（このような評価を否定するに足りるほど、上記の点が陳腐化していたことを認めるに足りる証拠はない。）、看者の注意を強くひく構成態様であると評価される以上、これを両意匠に共通してみられる特徴的部分であるとして類否判断を行うことは当然である。」と述べ、公知部分も要部を構成する場合があるとする^{*7}。②大阪地判令和元・12・17〔トレーニング機器1審〕平成29(ワ)5108は、「要部の認定は、意匠の新規性を判断するのではなく、需要者の視覚を通じて起こさせる美感が共通するか否かを判断するために行うものであるから、公知意匠にはない新規な構成であっても、特に需要者の注意を引くものでなければ要部には当たらないというべきであるし、公知意匠と共通する」いわばありふれた構成であっても、使用態様のいかんによっては需要者の注意を引き、要部とすべき場合もある。」と述べる。③大阪高判令和2・7・31〔トレーニング機器2審〕令和2(ネ)211は、「公知意匠にはない新規な創作部分の存否等は大きな考慮要素ということはできるが、新規な創作部分であればそれだけの理由で常に要部となるわけではないし、新規な創作部分のみが要部となるわけでもない。あくまでも、需要者の最も注意を引きやすい部分がどこであるかが重要である。」と述べる。④大阪地判令和3・11・25〔送風機付き照明器具〕令和2(ワ)10386は、「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意

●図3 本件登録意匠
第1062965号
「建築構造材用継手」



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、要部認定に際しては、公知の意匠を参酌するものの、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」と述べる。

さらに、各部が公知であるだけではなく意匠全体として公知意匠に類似し新規性がない意匠もある。侵害訴訟の場合には、新規性がない登録意匠は、無効理由があり意匠権が行使できない。一方、出願審査においては、引用意匠が新規性がないありふれた意匠であり、新規な創作部分が存在しない場合も多い。だがそのときは、主として物品特性を参酌して、周知公知部分である基本的構成態様等を要部と認定することが可能であり、周知公知部分も要部を構成すると考えられる。

ほとんど全体が周知公知の引用意匠に関する考え方を述べる裁判例として、⑤東京高判平成7・4・12〔物干し器〕平成6（行ケ）172（染野判例6087頁）は、「原告の主張するとおりA～Jの各点が全て公知のものであるとすると、本願意匠もまた、公知の意匠に微差というべき点を加えたにすぎないところの意匠的創作のほとんどない意匠ということになって、このような意匠を保護することは、意匠法の本来予定するところではない」と述べる。⑥東京高判平成15・1・16〔建築構造材用継手〕平成14（行ケ）381〔図3〕は、「ある意匠において、周知ないし公知であり、ありふれたものとなっている部分が、当該意匠の要部、すなわち、看者の注意を最も強く引く部分となることはいくらでもあり得る。ありふれた部分を含む意匠を全体的に観察する際、ありふれた部分も、何らの美感をも与えないというわけではなく、よくあるものであるとの印象（こ

れも一つの美感である。）を看者に与えることは当然であり、当該意匠中の他の部分に、ありふれた部分が与えるこの印象（美感）を超える美感を生じさせるだけの力がない場合には、結局、ありふれた部分が、最も強く看者の注意を引く部分、すなわち、当該意匠の要部ということになるのは、当然である。ありふれた部分であるからといって、当然に、看者に与える印象が微弱であって、要部に該当しないということはできない。誇張していえば、むしろ、現実世にある多くの意匠の大半は、このようなものであるということも許されるであろう。」とし、また、「本件基本的構成態様及び本件具体的態様が機能上必然的に決まる形態であるとしても、意匠法における類否判断をするに当たり、これを考慮の対象から外すことに、何らの合理性も認めることはできない。意匠法において、二つの意匠の類否は、それぞれの意匠が全体として与える美感の対比により決定されるべき事柄であり、そうである以上、各意匠を構成する態様は、すべて、それが何に由来するものであろうと、考慮に入れられなければならないことになるのは、当然のことであるからである。」と述べる。⑦知財高判平成30・4・12〔ライター〕平成29（行ケ）10187は、「仮に上記の構成が周知のライターの形態と基本的に同一であったとしても、前記のとおり、看者の注意を強くひく構成態様であると評価される以上、これを両意匠に共通してみられる特徴的部分であるとして類否判断を行うことは当然である（そうでなければ、周知意匠と類似の構成を有する出願意匠が、僅かな部分の相違を理由に意匠登録を受ける結果となり、意匠法3条1項3号の趣旨からして相当でないことは明らかである。）。」と述べる。

*6 梅澤修「意匠法の問題圏第27回」DESIGN PROTECT 2021 No.132、10頁以下参照。

*7 なお、引用意匠以前に公知意匠が存在しないのであれば、当該形状等は引用意匠の要部と認定して類否判断する方法もあったと思われる。

（工）公知意匠参酌の基準時

（A）侵害系類否判断の場合

ここで問題となるのは、意匠の美感や類似の判断

が時間的に変化するものである。すなわち、意匠の美感や類似の判断は、当該意匠に近似する意匠がどの程度存在するかという、当該意匠分野の状況によって決まってくるが、同種意匠が多数出現するようになると類似範囲も狭く感じられ、類似の判断が変化することは否定できない。なお、当然のことであるが、対比される両意匠は、もとはそれぞれ異なる場所と時間にあり、時空を異にするもので、その需要者(看者)も同一ではない。意匠の類否判断は、そもそも、目の前の両意匠を対比するのではなく、時空を異にする両意匠の美感の類否判断である。

意匠の美感や類似の判断が変化するとしても、しかし、意匠権の法的な安定性や予測可能性を担保するため、原則として、「意匠の保護範囲(類似範囲)は出願時(創作時)から観念的に一定」とすべきである。したがって、侵害系類否判断については、保護範囲を一定に維持するために、本件登録意匠の要部認定において参酌する公知意匠は本件登録意匠の出願前のものに限られることが多い^{*8}。これは、美感の観点からみると、時間とともに美感が変化する場合でも、本件登録意匠については、その出願時点の美感を認定すべきということになる。

登録意匠の保護範囲が一定であるとする裁判例として、①東京地判平成9・1・24〔自走式クレーン1審〕平成5(ワ)3966(知財集29巻1号1頁)は、類似意匠の参酌に関連し、「本件意匠の要部及び類似の範囲は、本件意匠が出願された時点で観念的に定まっているのであり、本件意匠出願後公知となり、類似意匠の出願に先行する意匠の存否にかかわらず一定であると解されるから、…類似意匠が登録されていることをもって、本件意匠の要部及び類似範囲が変動する訳ではない。」と述べる^{*9}。この裁判例は、前回関連意匠(類似意匠)の参酌に関する裁判例として紹介したものであるが、この類似意匠の登録によって、本件意匠の要部及び類似範囲は変動する訳ではないとする考え方は、この判決の前からあったものである。例えば、②大阪地決昭和55・9・19〔保管庫〕昭和55(ヨ)1069(無体集12巻2号514頁)は、本件意匠と類似意匠との関係について、

「類似意匠を参考にする場合も当該本意匠また類似意匠が公知意匠との関係で創作の程度が相対的に低いことが明らかになればそのことも考慮に入れたうえで参考資料とすべきである。すなわち、公知意匠の内容如何によつては類似意匠を参考にして定められる類似の範囲も相応に限定されなければならない。」と述べる。これと同旨を述べる裁判例は、③大阪地判昭和55・12・19〔道路用消火栓ブロック〕昭和50(ワ)1388(染野判例2585の292頁)、④大阪地判昭和56・10・16〔物干し器具〕昭和53(ワ)4409(無体集13巻2号664頁)、⑤大阪地判平成元・6・19〔弁当箱〕昭和62(ワ)8143(無体集21巻2号522頁)、⑥京都地判平成6・7・13〔身長計〕平成5(ワ)130(染野判例6691の105頁)、⑦大阪地判平成6・7・19〔脱臭剤容器〕平成5(ワ)8250(知財集26巻2号582頁)等がある。東京地判平成9・1・24〔自走式クレーン1審〕の説示は、上記のような裁判例の延長にあるものであり、「意匠の要部及び類似の範囲は、本件意匠が出願された時点で観念的に定まっているのであり、本件意匠出願後公知となる意匠の存否にかかわらず一定である」との認識は、これ以前から存在していた。

本件意匠の要部や類似範囲が出願時点で観念的に定まっており、かつ、一定(で変化しない)とすれば、意匠の類否判断において本件意匠の要部認定のために参酌する公知意匠は、本件意匠出願前の公知意匠であり、本件意匠出願時が判断基準時となる。

本件意匠出願時を基準時とした裁判例は多数あるが、最近の裁判例として、⑧大阪高判平成14・7・3〔建築用埋込みボルト2審〕平成13(ネ)3044は、「控訴人は、別意匠2の存在を理由に平板部の形状は本件意匠の要部とならない旨主張するが、上記別意匠は後願登録意匠であって、本件意匠出願時に公知のものではない上、丸棒杆の中間部が屈曲した建築用埋込みボルトに関するものであるから、上記別意匠の存在は、上記要部の判断に影響を及ぼすものではない。」と述べる。⑨大阪地判平成18・1・17〔手さげかご〕平成16(ワ)14355は、「公報(乙8)記載の登録意匠は、本件登録意匠の出願



後に登録されたものであり、かつ、同意匠が本件登録意匠の出願前に公然知られた意匠ないし周知意匠であると認めるに足る証拠はないから、本件登録意匠の要部認定に際して参酌すべき公知意匠ということはできない。」と述べる。同様に、本件意匠の出願前の公知意匠を参酌すべき旨述べるものとして、⑩東京地判平成20・10・30〔衣料用ハンガー〕平成20(ワ)1089、⑪大阪地判平成21・7・23〔医療検査用細胞容器〕平成20(ワ)13282、⑫大阪地判平成22・3・25〔ごみ箱〕平成21(ワ)11520がある。⑬大阪地判平成22・12・16〔長柄鋏〕平成22(ワ)4770は、被告が提出する複数の証拠について、「これらはいずれも本件意匠登録出願日後に発行ないし公表されたものであるから、直ちにこれらを公知ないし周知である意匠として参酌することはできない」と述べる。

(B) 出願系類否判断の場合

侵害系類否判断の構造は、両意匠の美感の類否判断のために、「被告意匠が本件意匠に類似するか否か」を判断する（意23条）のに対し、出願系類否判断の構造は、「本願意匠が引用意匠に類似するか否か」を判断するものである（意3条1項3号等）。したがって、引用意匠の要部や類似範囲を認定し、その類似範囲に本願意匠が含まれる否かが判断されるべきである。しかし、上記のように、出願系類否判断において引用意匠や出願意匠についてその意匠の要部を明示的に認定することがないため、要部認定が必要ないと誤解されているように思われる^{*10}。また、さらに侵害系における本件登録意匠に相当するものが出願系では本願意匠と誤解されているように思われる^{*11}。

また、侵害系類否判断だけではなく、出願系類否判断においても「登録意匠の要部及び類似範囲は出願時に観念的に定まっており、かつ、一定である」との原則で判断手法が検討されなければならない。引用意匠が先行登録意匠である場合は、先行登録意匠の類似範囲が一定であることは当然である。そしてさらに進んで、引用意匠が先願意匠や公知意匠で

ある場合も、その引用意匠の類似範囲は出願時点（創作時点）で観念的に定まっており、かつ、一定であると解すべきである。

出願系類否判断の裁判例でも、⑩東京高判平成13・8・29〔戸車用レール材〕平成13(行ケ)13〔図4〕は、「類似意匠の登録は、本意匠の類似範囲に関する特許庁の判断を示すものの、その判断が誤りである場合には、当該類似意匠登録に無効事由が存在することとなるのであって、無効事由のある類似意匠登録により本意匠の類似範囲が変動するわけではない。」と述べる。同旨述べるものとして、⑪東京高判平成14・4・15〔貨物トラックの荷台扉開閉用ハンドルの掛金〕平成13(行ケ)491、⑫東京高判平成15・6・30〔かいろ〕平成15(行ケ)38がある。

意匠の要部及び類似範囲は一定であり変動しないとすれば、共通点差異点を評価する場合、引用意匠の形状等に係る評価と本願意匠の形状等に係る評価を意識的に区別して認定する必要がある。すなわち、各部形状等が需要者の注意を引く程度を評価する場合、引用意匠の各部形状等については、引用意匠以前の公知意匠を参酌し、本願意匠の各部形状等については、本願意匠出願前の公知意匠を参酌する必要がある。対比する両意匠は、異なる時空にあるものであり、各意匠以前の公知意匠のみを参酌することで、各意匠の出願時（創作時）において観念的に定まっている要部及び類似範囲を認定することができる。

『意匠審査基準』には公知意匠参酌の基準時について明確な記載はないし、意匠法で規定する登録要件は、本願意匠が先行意匠に類似するか否かであって、要部認定のための公知意匠参酌の基準時ではない。審査実務では、公知意匠参酌の基準時が問題となるケースは少なく、明確に意識されることはあまりないが、単純に本願意匠（後行意匠）出願前の公

知意匠をまとめて参酌して需要者の注意を引く部分（要部）を認定し、類否判断していると推認される。なお、知財高判平成31・4・22〔トレーニング機器〕事件の審決は、本願意匠出願前の公知意匠をすべて、引用意匠出願後の公知意匠も含めて、参酌している。このような審査運用も行われていると推認される*12。

しかし、仮に、このように引用意匠以後で本願意匠出願前に公知となった意匠を参酌する場合、その公知意匠が多数ある時には、引用意匠について「出願された時点の要部が事後的にありふれたものであるとされること」がありうる*13。このように意匠の出願時の要部が、「事後的にありふれたものであるとされること」は、「意匠の要部及び類似の範囲は、本件意匠が出願された時点で観念的に定まっているのであり、本件意匠出願後公知となる意匠の存否にかかわらず一定である」との観点からは、許されることではない。したがって、出願系類否判断における共通点差異点の要部性（需要者の注意を引く程度）の評価についても、両意匠ごとに各意匠以前の公知意匠を参酌して評価される必要がある。

（C）意匠ごとの基準時

意匠の類否判断構造は、侵害系類否判断は、「被告意匠が本件意匠に類似するか否か」であり、出願系類否判断は「本願意匠が引用意匠に類似するか否か」である。だが、ともに、「後行意匠が先行意匠に類似するか否か」、すなわち「後行意匠が先行意匠の類似範囲に含まれるか否か」の判断であり、同一の類否判断構造と捉えられる。本件登録意匠と本願意匠を中心にみると判断構造が相違するようであるが、いずれも、先行意匠（本件意匠・引用意匠）の類似範囲に後行意匠（被告意匠・本願意匠）が含まれるか否かの判断である。意匠の類否判断は、先行意匠と後行意匠との美感の類否であり、先行意匠の類似範囲に後行意匠が含まれるか否かの判断として、侵害系でも出願系でも同一の構造、同一の手法であると捉えるべきである。

したがって、両意匠の共通点の評価においては、美感の共通性を評価するのであるから、先行意匠時

点の美感を評価する必要がある、共通点の形状等の評価のための公知意匠参酌は先行意匠前の公知意匠に限られる。両意匠の共通点に係る形状等が、後行意匠においてありふれたものに変動している場合でも、先行意匠の類似範囲に後行意匠が含まれるか否かの判断であるから、先行意匠の要部や類似範囲を変動させないで判断すべきである。

これに対して、差異点の評価においては、後行意匠が異なる美感を起こさせるか否かを評価するものであり、両意匠の形状等のそれぞれについて、両意匠ごとに各意匠以前の公知意匠を参酌することになる。後行意匠の差異点については、後行意匠以前の全ての公知意匠を参酌して評価されるべきである。

また、意匠の類否判断において要部認定をする対象は登録意匠だけではない、対比される両意匠について新規な創作部分の存否を判断するために参酌される公知意匠は、当該意匠の出願（創作）前の公知意匠に限られよう。その理由は、当該意匠の創作内容は、その意匠出願時（創作時）で評価されるべきであり、その意匠出願時（創作時）で当該意匠の要部及び類似範囲は「観念的に定まっており、かつ、一定」とすべきだからである。

したがって、後行する類似意匠や後願意匠が参考とされるとしても、後行意匠の存在は新規な創作部分の評価には直接関係ないものである。それは本連載前回で検討したように、意匠全体として類似と判断された事例（類似意匠・関連意匠）、又は、非類似と判断された事例（後願登録意匠）としての参考例である。大阪高判令和2・7・31〔トレーニング機器2審〕令和2（ネ）211は、「ある登録意匠の要部を認定するに当たり、出願後の公知意匠（当該登録意匠を追従したようなものも含まれる。）を観察することによっても、当該登録意匠に含まれる当該形態が、需要者の注意を引くかどうかを判断することができる」と述べる。この後行公知意匠の参酌の具体的手法は明示されていないが、考えられるのは、意匠状況の把握や関連意匠・後願意匠の参酌等の手法であり、後行公知意匠は新規な創作部分の認定のために直接的に参酌されるものではない*14。

- * 8 前掲*1 判時2490号48頁〔トレーニング機器2審〕解説は、東京高判平成10・6・18〔自走式クレーン〕平成9（ネ）404（知財集30巻2号342頁）等の裁判例を踏まえて、「参酌する公知意匠は登録意匠の出願前のものであると解するのが合理的である」と述べる。
- * 9 梅澤修「意匠法の問題 図第27回」DESIGN PROTECT 2021 No.132、18頁以下参照。
- * 10 例えば、裁判例では、知財高判平成17・9・28〔キャスター〕平成17（行ケ）10274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。」と述べる。同旨述べるものに、知財高判平成19・9・10〔工芸用パンチ〕平成19（行ケ）10119がある。
- * 11 加藤前掲*1 74頁は、①現行判断手法を判示した裁判例の存在、②出願意匠の創作の実質的価値を見極める必要性、③意匠の累積的進歩に対応する必要性、④法解釈の許容性を理由として、特許法と同様に「意匠法を意匠の累積的進歩に対応させるため法3条1項3号の解釈に柔軟性をもたせてよいであろう。」とし、「出願意匠が引用意匠に類似するかの観点」ではなく「引用意匠が出願意匠に類似するかの観点」で類否判断すべきとして、「公知意匠を参酌して把握すべき意匠の要部は登録意匠や出願意匠の要部であって被疑侵害意匠や引用意匠の要部ではない。」と述べる。しかし、その結果先行登録意匠に類似する後行意匠が登録される可能性が生じることを許容している。すなわち、「その結果、既存の登録意匠の延長であるが独自の創作性を有する意匠は、既存の登録意匠の存在にもかかわらず意匠登録されるがその実施がその登録意匠に係る意匠権の侵害を構成する。すなわち、既存の登録意匠とその延長になる独自の創作性を有する意匠の両方が保護される。」と述べる。このような「既存の登録意匠の延長である意匠」は、利用関係的なものと推認されるが、登録意匠同士が類似し侵害を構成するような意匠登録は、明らかなダブルパテントである。登録意匠同士が類似することを許容する類否判断手法は、妥当とは思われない。
- * 12 『審判実務者研究会報告書2020（本編）』（2021年特許庁HP）48頁では、知財高判平成31・4・22〔トレーニング機器〕に関し、研究会では、「引用意匠の後に公知となった参考意匠を参酌するのは、妥当であろうという意見が、やや多数であった。」と述べ、本件審決と同様に意匠法3条をその根拠と説明するが、詳細な検討はされていない。
- * 13 前掲*1 判時2490号49頁参照。
- * 14 前掲*1 判時2490号〔トレーニング機器2審〕解説48-49頁は、後行意匠の参酌の具体例として、「ヒット商品こそ往々にして模倣品が現れることを考えれば、登録意匠を真似た後行意匠が多数出現したという出願後の事情を参酌することにより、その登録意匠のそれが出願された時点の要部が事後的により明確になることもあろう。また、登録意匠に先行、後行する意匠を参酌しても登録意匠に含まれる特定の形状等がありふれたものとはいえないならば、登録意匠

に先行する意匠のみを参酌した場合は理論上なおさらその形状等是有りふれたものとはいえないことになろう。（改行）これらは（前者については意匠の参酌ではなく事情の参酌ではないのかという問題が、後者についてはありふれたものとはいえないとの結論を導くために後行意匠を参酌する必要があるのかという問題があるが、）登録意匠が出願された時点で観念的に定まっている意匠の要部や類似の範囲をより適切かつ説得的に把握するためのものであり、このような目的のために登録意匠の出願後に公知となった意匠を参酌することは前掲裁判例（〔自走式クレーン2審〕）と不整合を来すものではないであろう。」と述べるが、あまり説得的な事例とは思われない。なお、東京地判平成20・10・30〔衣類用ハンガー〕平成20（ワ）1089は、「一般に、登録意匠の後願意匠については、特許庁の審査官の判断を介して、その類似範囲の外延を探索する資料でしかない」と述べるが、「本件意匠の後願意匠…乙4意匠」を援用して、「その形状が乙4意匠にもみられるものであることに照らすと、上記の共通点は、上記の首部の薄板が欠如するとの差異点を凌駕するほどの影響を看者に及ぼすものとみることはいできない。」としている。

（オ）侵害系の裁判例

（A）本件意匠の要部認定に関する裁判例

本件意匠の要部認定には、本件意匠出願時を基準時として、その出願前の公知意匠を参酌することは、上記のとおり多数の裁判例がある。

（B）被告意匠の要部認定に関する裁判例

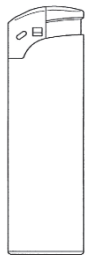
被告意匠の要部認定に関する裁判例として、以下のものがある。

①大阪地判平成16・12・21〔ライター〕平成16（ワ）5644〔図5〕は、被告意匠の差異点の評価について、本件意匠出願後で被告意匠以前の公知意匠を挙げている裁判例である。本件意匠は不透明であるが、被告意匠2は胴体部分が透明であった。裁判所は、公知意匠を参酌し、「胴体部分が透明で内部構造を視認し得るという構成自体はきわめてありふれたものであって、そのような構成自体は到底取引者及び需要者の注意を惹くものとは認められない。」と述べる。

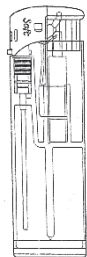
②大阪地判平成22・12・16〔長柄鋏〕平成22（ワ）4770は、結論として両意匠は類似するとしているが、「本件登録意匠において、ジョイント部を要部と認めることはできないが、仮に要部ではない

●図5

【本件意匠1066514号】



【被告意匠2】



【公知意匠】



部分に係る差異であっても、被告意匠において特徴的な形態を採用していることにより、全体としての美感を異ならしめるに至ったような場合には、全体として類似しない場合も考えられ得る。」と述べる。これは、「被告意匠において特徴的な形態」すなわち要部がありうることを示唆するものである。

③東京地判平成27・2・26〔体重測定器付体組成測定器〕平成24(ワ)33752は、「本件意匠1と被告意匠では、…透明ガラス板の縦横比が異なることに起因して、本件意匠1は看者に対し略正形状であるとの印象を与えるが、被告意匠は看者に対し横長の長形状であるとの印象を与えるのであり、この印象の差異は大きい。」と述べる。これは、「透明ガラス板を横長の長形状」とした点を被告意匠1の実質的な要部としている。

④東京地判平成27・5・15〔包装用箱〕平成26(ワ)12985は、「本件意匠と被告意匠とは、本件意匠の要部を構成するアクセントパネルの具体的形状において、差異があるところ、直線で構成された略菱形は、一般的にシャープで固い印象を与えるのに対し、曲線で構成された略紡錘形状は、一般的に丸く、やわらかな印象を与える。」と述べ、丸く、やわらかな印象を与えるアクセントパネルの具体的形状(略紡錘形状)を被告意匠の実質的な要部としている。

⑤大阪高判平成29・11・9〔植木鉢2審〕平成29(ネ)1627は、両意匠を「対比」し「共通点」「差異点」を認定し、「類否判断」において、両意匠は基本的構成態様が共通し「一定の美感の共通性が生じている」とする一方、「本件意匠の要部である枠体部の具体的形状」について、両意匠の各部の具体的形状の差異による「異なる印象」を認定して、本

件意匠は「全体的に丸くシンプルな印象」を受けるのに対し、被告意匠は「直線的でごつごつした印象」を受けるものであると判断している。この両意匠の対比と類否判断の全体を通じて、「本件意匠の要部」と対比的に「被告意匠の要部」が具体的に認定されているといえよう。

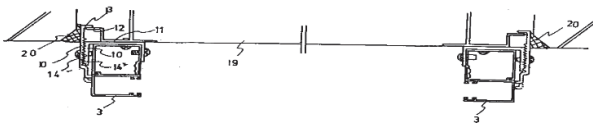
(力) 出願系の裁判例

(A) 本願意匠の要部認定に関する裁判例

本願意匠の要部認定、すなわち、本願意匠の各部構成態様が需要者の注意を引くものか否かの評価については、本願意匠出願時を基準時とすることは裁判例を挙げるまでもなく当然のことである。なお、厳密に検討すれば、共通点差異点について需要者の注意を引く部分か否か(新規な創作部分の存否)を評価するための公知意匠参酌は、本願意匠と引用意匠のそれぞれについて別個に評価していると推認される。

本願意匠の態様について本願意匠出願時以前の公知意匠を参酌し評価する裁判例は多数である。例えば、①東京高判平成元・3・23〔油圧作動カッター〕昭和63(行ケ)131(染野判例6125の29頁)は、「登録出願に係るある意匠が意匠法第3条第1項第1、2号に規定された引用意匠に類似する意匠かどうかを判断するにあたり、当該出願意匠の特徴点を認定する場合においては、その意匠登録出願当時のその意匠の属する分野における一般的な意匠の傾向やその普及の程度など意匠出願の背景などを勘案すべきものである。登録出願に係る意匠の構成のうちで、出願当時において需要者がしばしば目にするようなありふれた部分は、看者の注意を惹く箇所とは到底いえないし、そこにいわゆる意匠の要部があるものともいえないからである」と述べる。「出願意匠の特徴点」の認定について、本願意匠出願時を判断基準時としている。②東京高判平成5・2・25〔包装用容器〕平成4(行ケ)66(染野判例6691の68頁)は、相違点に係る本願意匠の態様について、「既に本願出願前に存在する意匠的態様である」「頭部以外の部分を透明にした包装用容器が本願出願前

●図6 引用意匠（実開昭和59-96294）



に既に存在したことが認められることからすると、かかる手法も本願意匠独自のもの」ではないと述べる。同旨述べるものとして、③知財高判平成18・3・27〔包装用容器〕平成17(行ケ)10785、④知財高判平成18・6・28〔包装用袋〕平成18(行ケ)10058、⑤知財高判平成18・7・6〔金属ブラインドのルーバー〕平成18(行ケ)10008等があり、⑥知財高判平成31・4・11〔Handle for electric toothbrush〕平成30(行ケ)10152は、差異点に係る本願意匠の態様について、「電動歯ブラシに動作制御鉤を2つ配することは、本願の優先日前に、普通に行われていたものと認められる。」と述べる。

(B) 引用意匠の要部認定に関する裁判例

引用意匠の要部認定に関する裁判例として、以下のものがある。

①東京高判平成6・5・26〔建物用窓シャッターのガイドレール組み立て材〕平成5(行ケ)49(染野判例6121の38頁)〔図6〕は、「両意匠の一致点は、ガイドレール組み立て剤の普遍的な周知の構成態様である」との原告主張に対し、実開公報の意匠は「引用意匠と同じ公報に記載されている意匠であるから、引用意匠の基本的構成態様が一致しても、かかる態様が周知であるとの判断の基礎とはなり得ない。」と述べる。引用意匠と本願意匠との共通点の評価時点は、引用意匠の公開時点としていると思われる。なお、本願意匠の相違点については、「建築用型材の分野においては、本願の出願前から普通に行われていることである」とし、他の相違点についても、「本願の出願前から普通に行われていること」と評価しており、「相違点」については本願出願時を判断基準時としている。両意匠の一致点については引用意匠公開時で公知性を評価し、本願意匠の相違点については本願出願時で公知性を評価している。なお、実際に参酌している公知意匠は引用意匠公開前のものだけである。②東京高判平成14・1・22〔敷居用レール材〕平成13(行ケ)279は、公知

意匠参酌の基準時を引用意匠出願前とした裁判例である。「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」と述べる。③知財高判平成17・5・23〔自動車用タイヤ〕平成17(行ケ)10253は、甲4ないし甲6の意匠が「引用意匠及び本願意匠の出願前に意匠登録されていたことが認められ…、本願意匠と引用意匠の構成態様のうち、上記のような形態はその出願前公知のものであったということができる」と述べ、両意匠の出願時を判断時とする。両意匠の共通点について、両意匠の出願時を判断時とするということは、実質的には、先願である引用意匠の出願時を判断時とすることになる。④知財高判平成23・9・28〔空調装置用膨張弁〕平成23(行ケ)10051は、無効審判取消訴訟であるが、「本件意匠登録の出願前に公知である」意匠を参酌し「本件登録意匠において、取引者・需要者の注意を引きやすい特徴的な部分(いわゆる要部)」を認定し、さらに「引用意匠における特徴的な部分も同様である。」としている。

他方、⑤知財高判平成31・4・22〔トレーニング機器〕平成30(行ケ)10169は、無効審判取消訴訟であるが、共通点について、「本件登録意匠の出願前に販売されていた同種の商品にも見られる態様」か否かについて、引用意匠出願後の公知意匠を含めて評価している。結論としては「両意匠に係る物品において普遍的に見られるありふれた形態とまでいうことはできない」としているが、この公知意匠参酌手法については、上記大阪高裁〔トレーニング機器2審〕について述べたように、先行意匠の要部や類似範囲が変更される可能性がある点で問題がある。特に、引用意匠の特徴部分において両意匠が共通する場合、共通性を希釈化するおそれがある。共通点の態様は、両意匠に共通する態様であるが、それが需要者の注意を引くものであるか否か（要部か否か）の評価は、各意匠ごとにおこなうべきであ

り、その判断時は各意匠ごとに異なる基準時となる。

オ. まとめ

以上のように（本連載前回も参照）、意匠の類否判断における総合判断の具体的手法は、①有機的な全体観察手法、②相対的な関係評価手法である。意匠は全体的なまとまりとして美感を起こさせるものであり、意匠を構成する形状等は周知公知部分であっても、単純除外はせずに要部認定すべきであり、公知の組合せ態様等も要部となることがある。要部認定は他要素との相対的な関係を評価して決まるものである。

要部認定のため公知意匠を参酌する主たる理由は、①3条1項登録要件と、②新規な創作部分の存否評価の2つであったが、無効の抗弁が認められ、①の理由は意義を失った面がある。しかし、当該分野の意匠状況を把握するという理由は存続しており、公知意匠参酌は、①意匠全体としての参酌と②要部認定のための部分態様の参酌を区別しつつ、両面的に行う必要がある。①意匠全体の公知意匠参酌には、関連意匠参酌や後願意匠参酌も含まれる。当該分野の意匠状況（関連意匠として類似すると判断された状況、又は、後願登録意匠として類似しないと判断された状況等）を把握するためには、本件意匠に先行及び後行する全ての公知意匠を参酌することができる。一方、②当該意匠の新規な創作部分の存否評価のための公知意匠参酌については、参酌すべき範囲は当該意匠以前に限られる。当該意匠に後行する公知意匠は、直接的な参酌対象ではない。

登録意匠に新規性の無効理由がある場合は、当該意匠は新規な創作部分がないものといえよう。しかし、格別新規な創作部分がないとしても当該意匠にも需要者の注意を引く部分（要部）とそうでない部分が存在する。出願系類否判断においては、引用意匠がありふれた公知の意匠であっても、当該意匠は要部（注意を引く部分）がない意匠ではなく、全体観察する場合の要部が認定できる。したがって、本願意匠の構成が周知公知の引用意匠と共通し、引用意匠の要部を超える新規な創作部分（特徴的差異点）

がなければ、本願意匠も周知公知の意匠と類似の意匠ということになり意匠登録を受けることはできない。

意匠の類否判断の手法を検討するための、前提的な原則は、「意匠の要部及び類似範囲は当初から観念的に定まっており、かつ、一定で変動しない」ということである。すなわち、意匠の類否判断は、意匠の創作当初の美感に基づき行われるべきである。両意匠の共通点に係る形状等が、後行意匠においてありふれたものに変動している場合でも、類否判断は先行意匠の類似範囲に後行意匠が含まれるか否かの判断であるから、先行意匠の要部や類似範囲を変動させないで判断すべきである。

したがって、侵害系類否判断において、本件意匠の要部認定は、その出願時を基準とする。被告意匠に本件意匠の要部を超える特徴的差異点があれば異なる美感を起こさせるものではなく、両意匠は類似する。被告意匠の差異点の構成が特徴的か否かの評価は被告意匠創作時が基準である。具体的には、実施時（先使用权が認められる時点）、又は、当該被告意匠の出願時や公開時となる。

出願系類否判断においても、本願意匠に、引用意匠（先行意匠）の美感を超える、新規な創作部分があれば異なる美感を起こさせるものではなく、両意匠は類似する。本願意匠の創作部分（要部）や美感の認定は本願意匠出願時を基準とする。一方、引用意匠の要部や美感の認定の基準時について明記されたものは少ないが、引用意匠の出願時・公開時と考えるべきであろう。引用意匠にはほとんど新規性がない意匠もあるが、引用意匠の当初の要部や美感を認定し、本願意匠がそれを超える要部や異なる美感を有するか否かが検討される必要がある。特に、新規な創作部分を有する引用意匠（登録意匠）である場合は、侵害判断と同様に引用意匠（登録意匠）の要部を中心に、総合判断する必要がある^{*15}。

*15 梅澤修「意匠の類否判断の課題」工業所有権報学会報43号（2020年）167頁参照。

（つづく）