

「造形デザイン」の知財判決紹介（２）

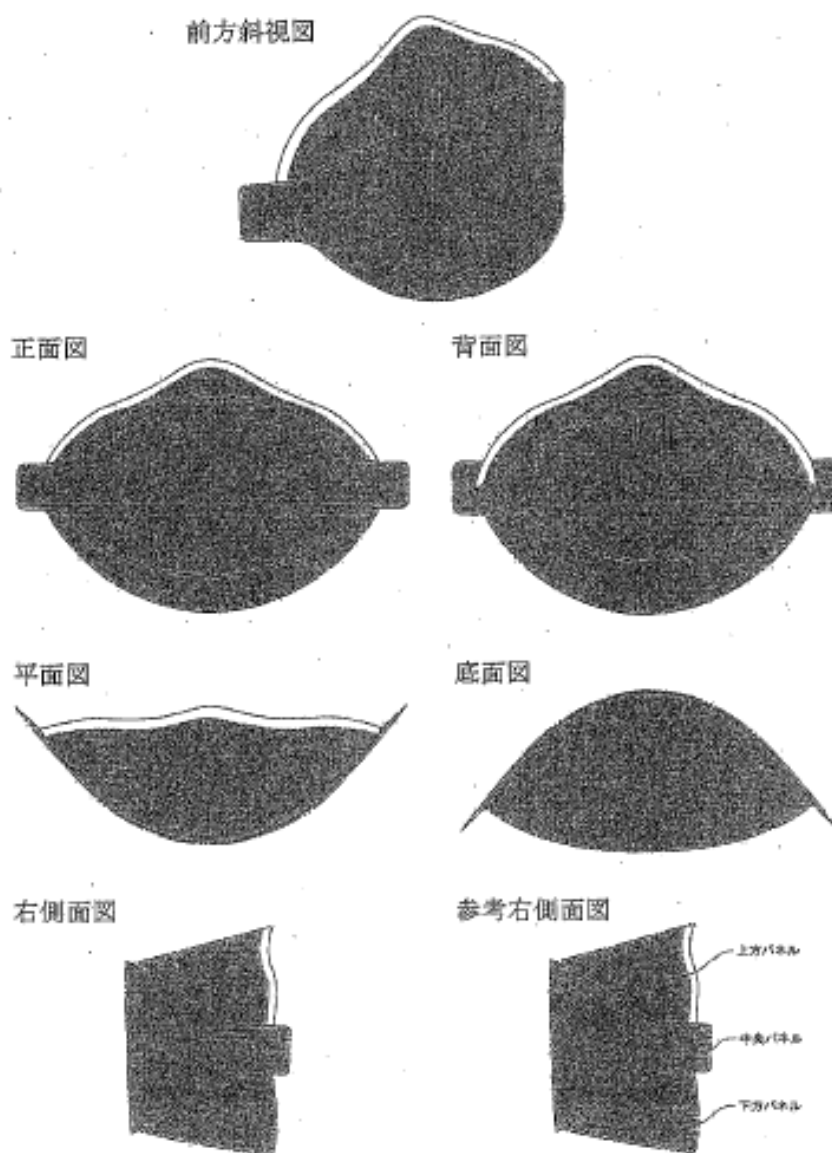
一意匠の認定（動的意匠）と類否判断―

知財高判平成 22. 7. 7「呼吸マスク」 審決取消請求事件平成 22(行ケ)10079

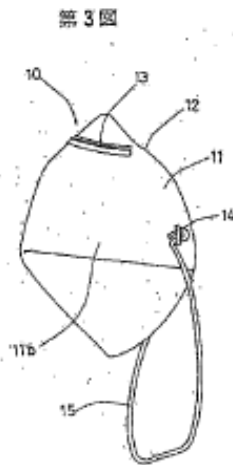
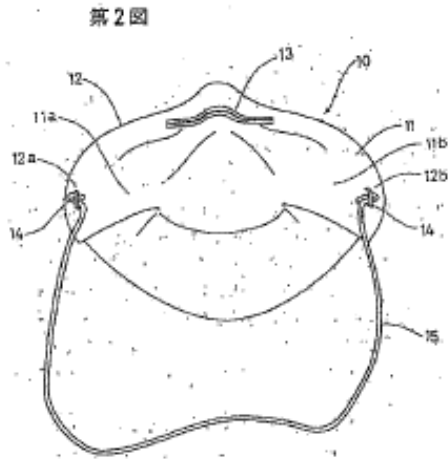
京橋知財事務所
弁理士 梅澤 修

【本願意匠】

「灰色を付した部分以外の部分（上方パネルの縁部）が，部分意匠として登録を受けようとする部分である」



【引用例】



【事案の概要】

本件は、「呼吸マスク」の意匠登録出願に対する拒絶査定不服審判の請求について、同請求は成り立たないとした審決の取消しを求めた事案である。原告の請求は棄却された。

審決の理由は、本願意匠は、引用例（昭和 60 年実用新案出願公開第 116352 号（考案の名称「簡易マスク」）の公開実用新案公報（昭和 60 年 8 月 6 日公開））の第 2 図及び第 3 図に現されたマスクの本願意匠に対応する部分の意匠（以下「引用意匠」という。）と類似するから、意匠法 3 条 1 項 3 号に掲げる意匠に該当し、意匠登録を受けることができない、としたものである。

原告は、(1) 意匠の観察方法について、「本願意匠に係るマスクのような、立体物でありかつ形態が不使用時状態、使用直前状態、装着状態（使用時の状態）により変化する物品については、外部から観察される限り、物品の状態や観察方向は限定されるべきではなく、各状態、特に、需要者にとって関心が最も高い装着状態の形態に重きをおいて、

当該部分意匠を多方向から三次元的にかつ総合的に観察した上で、部分意匠の形態の特徴を把握するべきである。本願においては、基本六面図が開示されているから、マスク装着状態の再現性があり、装着状態の形態も開示されているのに等しい。」として、(2) 共通点の認定について、「本件審決は、本願意匠と引用意匠との共通点を、マスクの使用直前状態に限ってかつ正面視のみに限って、大略的に形態を把握して認定しており、その認定は誤りである。」旨主張し、(3) 差異点の認定について、本願意匠は、「波打ち形状を有するという、引用意匠には見られない特徴を有しており、・・・その装着状態では、引用意匠の形態とは異なる波打ち形状が顕著に現れる。」とし、(4) 類否判断について、「本願意匠の上縁部の波打ち形状は、本願意匠図面が示す使用直前状態においても、・・・明瞭に観察され、・・・不使用時の折り畳み状態、特に装着状態において引用意匠の対応部分と大きく相違し、」「本願意匠の呼吸マスクという物品は、装着時には顔面の一部を構成することになるから、マスクの輪郭は、需要者がマスクを選択するに当たって極めて重要な考慮要素」となること等から、両意匠は非類似である旨主張した。

これに対して、被告は、(1) 意匠の観察方法について、「本願意匠のように形態が変化する物品においては、意匠上重視すべき形態は、その物品の本来の使用目的を達成する上で必要とされる形態であって、かつ、その物品自体の形態として定常的に観察される自律的な形態とすべきである。」とし、「本願意匠の場合、呼吸マスクという物品の本来の使用目的を達成するときに観察される自律的な形状である、使用直前状態(願書に添付された図面に現された状態)の形態を重視すべきである。」旨主張した。(2) 共通点の認定について、および、(3) 差異点の認定について、審決の認定に誤りはなく、(4) 類否判断について、本願意匠の「変曲点を有する波打ち形状」は、「引用意匠に見られ、また、引用例の第1図にも見られるものであるから、既にありふれた態様」であり、両意匠を類似するとした本件審決の判断に誤りは無い旨主張した。

【判旨】

1 本願意匠と引用意匠との類否について

(1) 意匠法3条1項3号について

「意匠法3条1項1号及び2号所定の公知意匠と類似の意匠であることを理由として、同項3号に該当することを理由に意匠登録出願について拒絶するためには、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、さらに、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。意匠権の効力は、登録意匠及びこれに類似する意匠にも及び、意匠の類否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されているから(意匠法23条、24条2項)、同法3条1項3号においては、同一又は類似の物品の意匠間において、需要者の立場からみた美感の類否が問題となる(最高裁昭和45年(行ツ)第45号同49年3月19日第三小法廷判決・民集28巻2号308頁、最高裁昭和48年(行ツ)第82号同50年2月28日第二小法廷判決・裁判集民

事 114 号 287 頁参照)。」

(2) 物品の類否

「本願意匠に係る物品と引用意匠に係る物品とは、少なくとも類似し、この点について当事者間に争いはない。」

(3) 意匠の観察方法について

「意匠登録を受けようとする者は、願書に意匠登録を受けようとする意匠を記載した図面を添付しなければならない(意匠法 6 条 1 項)、通商産業省令で定める場合はこれに代えて意匠登録を受けようとする意匠を現した写真、ひな形又は見本を提出することができ(同条 2 項)、意匠に係る物品の形状等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の形状等について意匠登録を受けようとするときは、その旨及びその物品の当該機能の説明を願書に記載しなければならないとされている(同条 4 項)。そして、いわゆる基本六面図のほか、斜視図その他の必要な図面を加え、意匠の理解を助けるため必要があるときは、使用の状態を示した図その他の参考図を加え(意匠法施行規則 3 条、様式第 6 備考 8, 14)、開くものの意匠であって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十分表現することができないものについては、意匠の変化の前後の状態が分かるような図面を作成すべきものとされている(同様式第 6 備考 20)。

したがって、出願人たる原告において、不使用時状態、使用直前状態及び装着状態とで、意匠に係る物品の形状が変化するというのであれば、本来、適宜の必要な図面を加え又は意匠の変化の前後の状態が分かるような図面を作成すべきものであるところ、原告は、願書に、折り畳むとフラットな状態になることは記載しているものの、装着状態が別紙第 1 記載の図面とは異なるものであることを記載していないし、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(甲 1)。そして、登録意匠の範囲は、願書の記載及び願書に添付した図面に記載され又は願書に添付した写真、ひな形若しくは見本により現された意匠に基づいて定めなければならないとされていること(意匠法 24 条 1 項)に照らしても、願書に添付した図面に記載され又は願書に添付した写真、ひな形若しくは見本により現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。

また、意匠は物品の形状等であるところ(意匠法 2 条 1 項)、呼吸マスクの装着状態は、これを装着する者の顔面の大きさや輪郭線、装着の仕方等によって変形し得るものであり、特に本願意匠のような、呼吸マスクの外縁部分の一部である帯状の部分のみを対象とする部分意匠においては、その図面によることなくその態様を認定することが困難である。そして、原告において、別紙第 1 の図面に記載された形態が、呼吸マスクの使用直前状態を現すものと主張するところ、その状態は、呼吸マスクという本願意匠に係る物品自体の形態として通常観察される状態であり、上記図面に記載され、又はこれにより現された意匠に基づいて、本願意匠を認定することに、誤りはない。」

(4) 類否判断の前提となる事実

「本願意匠と引用意匠とは、正面視、全体が略円弧状で、その中央部が山状に上方に突出し、当該突出部から左右対称に両側に向かって湾曲しながら斜め下方に伸びる曲線である点において共通する。もっとも、その湾曲の具体的態様は、本願意匠は、山状に突出した中央部の両側に浅い凹状の湾曲があり、外側の凸状の湾曲が、引用意匠の方がやや丸みを帯びている点において相違する。また、側面視において本件差異点があることは、当事者間に争いが無い。」

(5) 両意匠の類否

「本願意匠が呼吸マスクの上縁部に関する部分意匠であることにかんがみると、本願意匠と引用意匠とを全体として観察した場合、意匠全体の支配的な部分を占め、全体として一つの意匠的なまとまりを形成し、需要者に視覚を通じて一つの美感を与えて、需要者の注意を強く惹くのは、正面視における形状というべきである。そして、正面視、全体が略円弧状で、中央部が山状に上方に突出し、当該突出部から左右対称に両側に向かって湾曲する曲線であるという態様は、基本形状が細い帯状を呈する中にあって、類否判断に極めて大きな影響を及ぼすものであり、この点において本願意匠と引用意匠とは共通するから、需要者の視覚を通じて起こさせる美感は、類似する。」

なお、「具体的な湾曲の態様・・・の相違はわずかである上、本願意匠における浅い凹状の湾曲を含む形状は、本件出願前から普通に見られる態様であって(乙3ないし6),」また、「両意匠の側面視における本件差異点」は、「本願意匠のようにこれが上下方向である態様は、本件出願前から普通に見られる態様であって(甲4,5,乙1),ありふれた形状といわざるを得ないから,」いずれも、「特段の看者の注意を惹くものではなく、類否判断に及ぼす影響は大きいとはいえず」,「本願意匠は、需要者に全体として引用意匠と共通の美感を生じさせる意匠的效果を有するものと認めるのが相当であり、差異点に係る本願意匠の形態から生じる意匠的效果は、ありふれたものであって、意匠全体としては、引用意匠と類似のものといわざるを得ない。」

「意匠の類否判断は、全体的観察を中心に、これに部分的観察を加えて、総合的な観察に基づいてされるべきところ、意匠全体の支配的な部分を占め、全体として一つの意匠的なまとまりを形成し、需要者に視覚を通じて一つの美感を与える構成態様を軽視し、細部の形状などの具体的態様のみを重視することはできない。」

「原告は、本願意匠の上縁部の波打ち形状は、特に装着状態において引用意匠の対応部分と大きく相違すると主張する。

しかしながら、そもそも、本件出願において装着状態の意匠に係る図面は提出されておらず、願書に添付された図面に記載されている事項及びここから認識できる事項以外の事項を考慮すべきでないことは、前記のとおりである。また、原告が本願意匠に係るマスクの装着状態を示すものとして提出した写真(甲6の1の写真1-3)及び引用意匠に係るマスクの装着状態を示すものとして提出した写真(同2-3)による比較が正確でな

いことも、前記のとおりであるが、これらの写真によれば、装着状態においては、本願意匠においても、側面視、斜め下方に波打つ曲線を描いており、むしろ、この点においても、引用意匠の側面視と共通することになってしまうものであって、原告の上記主張は、失当である。」

(6) 本件審決の類否判断の当否

「以上のとおり、本願意匠は、引用意匠とその意匠に係る物品が類似し、さらに、両意匠が類似するものと認められるので、本件審決の判断は、結論において相当である。」

2 結論

「以上の次第であるから、原告の請求は棄却されるべきものである。」

【検討】

1. 本願意匠の認定

(1) 本願意匠は動的意匠か

本願意匠は、意匠に係る物品が「マスク」であって、願書の記載によれば、「折り畳むとフラットな状態になる」ものである。また、「その意匠の属する分野における通常の知識を有する者」（意6条3項）にとって、この種マスクは、顔に「装着」して使用するものであることは明らかである。そうすると、本願意匠に係る物品「マスク」の「機能」は、顔に「装着」し、かつ、「折り畳む」ことができることであるから、本願意匠は「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」（意6条4項）ものであり、いわゆる「動的意匠」といえよう（高田『意匠』74頁参照）。

動的意匠の代表的なものは、ビックリ箱などであるが、「釣竿」の登録意匠について「収納状態、全竿を伸ばした状態、一本の中間竿を元竿に収納した状態というように、全長が何段階かに変化する動的意匠である」（東京高判平成 11. 7. 13「釣竿」平 10（行ケ）42 最高裁HP）と認定されているし、「衣服などの布製品は、その形態が販売時、使用前、使用中と極めて多様に変化するものが多く、このような物品の場合、原則的には動的意匠といえる」（名古屋地判昭 58・6・24「保温着」無体集 15 巻 2 号 523 頁）と認定されている。本願意匠の「呼吸マスク」も「衣服」と同様に「原則的には動的意匠」といえよう。

なお、「動的意匠とは、意匠に係る物品の形状、模様又は色彩が、その物品の有する機能、構成に基づいて変化するよう仕組まれていて、静止した状態をとらえただけでは、その変化の状態をとらえられないものをいう」（東京高判平成 16. 3. 31「輸液バッグ」平 15（行ケ）358）として、本件輸液バッグについて「カバーシートは薬剤の劣化防止という機能を果たさせるべく一時的に貼付され、その使用時には剥離することが予定されているものであり、これを剥離した場合には仮の形態から本来の形態が現れるにすぎないとみるべきであり、当該物品の形態等にこのような変化が生ずることをもって、動的意匠ということとはできない」旨説示するものがある。しかし、この輸液バッグは「カバ

ーシール」を剥離するだけであり、「形状が変化するもの」とは異なる。原則としては、前記「釣竿」や「衣服」のように、形状が変化するものであれば、その「変化の状態をとらえられる」か「とらえられない」かにかかわらず、動的意匠と解される。

また、本願意匠「呼吸マスク」については、装着態様を「認定することが困難である」とされているから、「輸液バッグ」事件の解釈でも、本願意匠は動的意匠といってよいだろう。

（２）本件の観察方法の争点

本件では、観察方法が一つの争点となっている。

原告は、「本願意匠に係るマスクのような、立体物でありかつ形態が不使用時状態、使用直前状態、装着状態（使用時の状態）により変化する物品については、外部から観察される限り、物品の状態や観察方向は限定されるべきではなく、各状態、特に、需要者にとって関心が最も高い装着状態の形態に重きをおいて、当該部分意匠を多方向から三次元的にかつ総合的に観察した上で、部分意匠の形態の特徴を把握するべきである。」と主張した。

これに対して、被告は、「本願意匠のように形態が変化する物品においては、意匠上重視すべき形態は、その物品の本来的な使用目的を達成する上で必要とされる形態であって、かつ、その物品自体の形態として定常的に観察される自律的な形態とすべきである。」とし、「本願意匠の場合、呼吸マスクという物品の本来的な使用目的を達成するときに観察される自律的な形状である、使用直前状態（願書に添付された図面に現された状態）の形態を重視すべきである。」旨主張している。

このような争点の前提として、原告、被告共に、本願意匠が動的意匠であり、「装着状態」や「使用直前状態」において変化態様を有し、その変化態様もある程度具体的に特定されたものと認定しているといえよう。しかし、裁判所は、本願意匠について、その「装着状態」は開示されていないものと認定したと解される。

（３）裁判所の意匠の認定

本件判決は「動的意匠」との認定を明記していない。

また、原告が、「本願においては、基本六面図が開示されているから、マスク装着状態の再現性があり、装着状態の形態も開示されているのに等しい。」と主張したのに対して、裁判所は、以下の理由で、本願意匠の装着状態は開示されていないと認定したものと解される。

すなわち、第一に、本願は、「装着状態が別紙第 1 記載の図面とは異なるものであることを記載していないし、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。そして、・・・願書に添付した図面に記載され又は願書に添付した写真、ひな形若しくは見本により現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。」こと、及び、第二に、「呼吸マスクの装着状態は、これを装着する者の顔面の大きさや輪郭線、装着の仕方等によって変形し得るものであり、・・・その図面によることなくその態様を認定することが困難である。」ことから、原告の「装着状態の形態も開示されている」との主張を退けたものといえよう。

この判断を踏まえて、図面に記載された使用直前状態は、「呼吸マスクという本願意匠に係る物品自体の形態として通常観察される状態であり、上記図面に記載され、又はこれにより現された意匠に基づいて、本願意匠を認定することに、誤りはない。」と説示している。また、類否判断においても、「そもそも、本件出願において装着状態の意匠に係る図面は提出されておらず、願書に添付された図面に記載されている事項及びここから認識できる事項以外の事項を考慮すべきでないことは、前記のとおりである。」と繰返し説示している。

2. 動的意匠について

(1) 動的意匠に関する記載

意匠法6条4項に規定する「意匠に係る物品の形状、模様又は色彩がその物品の有する機能に基づいて変化する」意匠、いわゆる「動的意匠」（高田『意匠』74頁参照）に関する規定を受けて、意匠法施行規則で「動くもの、開くもの等の意匠」の表現方法を定めている。「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」（意施規3条様式第6備考20）必要がある。

「物品の有する機能に基づいて」の文言を入れた意義は、「物品の有する機能に基づく」以外の変化を除くことである。すなわち、当該物品の通常の使用態様から外れた使用方法により加えられる変形、あるいは、破損による変形等を除くことを意味するものと解される。サービス意匠といわれるような変形も、この意味で除外される。

(2) 動的意匠と静的意匠の関係

『逐条解説』では、動的意匠の趣旨について、「玩具などには動くものが多く、たとえば、動物の形状をした玩具では四本足で立っている場合と後二本足で立っている場合とでは意匠が違ったものとなることがある。したがって、四本足の形状について意匠登録を受けておいても二本足の形状について他人に意匠登録を受けられるおそれがある。しかし、形状の異なる状態ごとに意匠登録を受けるために出願するのではわずらわしさがたえないので、4項のような規定を設けて動く意匠について一出願で完全な権利がとれることにしたのである。」（『工業所有権法逐条解説 [18版]』（以下『逐条解説』）1022頁）と説明している。

この説明では、意匠法6条4項の動く意匠の出願をすると、変化態様のそれぞれに静止状態の権利をも取得できるかのようなのであるが、必ずしもそうではない。動的意匠は、各変化態様全てを含んで一つの意匠と捉えるのが通説である。すなわち、「動的意匠は、刻々に変化する形状、模様、色彩を総合した一体の意匠である」（高田『意匠』75頁）と解される。したがって、変化態様の一態様と同一の静的意匠が存在しても、他の変化態様を含めた全体の動的意匠として対比し、非類似と判断される場合もある。意匠の類否はあくまでも、一意匠の全体としての比較になるからである。ただし、実際には、「動く意匠と静止した意匠ではもともと大変異なるが、その静的意匠が動的意匠の各動作中の基本的な主体をなす姿態と同一または近似したものであれば、動的意匠の動作が突飛なものでない限り、両者は類似する」（高田『意匠』75頁）と解される場合も多いと思われる。

以上が通説といえるが、しかし、大正10年法では、そもそも意匠は固定的なものと捉えられており、動的意匠については、意匠法で保護すべきか否かが問題となっていたのである。すなわち、昭和3年の「工業所有権法規改正ニ關スル會議」の審議録によると、「意匠ハ固定的ノモノナルコトヲ要スルヤ否ヤハ問題ナルモ之ヲ要スト為スヲ通説トス」とされ、「したがって、ビックリ箱、首振り人形、動的広告塔等の保護については問題があるとしている。」（特許庁意匠課『意匠制度120年の歩み』40頁（特許庁HP））。動的意匠は、昭和34年法改正によって保護されるようになったものであり、上記『逐条解説』の記載は、昭和34年法改正時の事情を反映した部分があるといえよう。

なお、次のような見解は、『逐条解説』と同様な捉え方をさらに押し進めたものといえよう。すなわち、「びっくり箱や折畳み包装箱の変化の前後にわたる形象を1出願とすることができるのは、1意匠1出願主義の例外である。それらの形象は、いずれも同一物品の形象であるので、出願手続との関係では、それらを別個の意匠と考える必要はないことにしたものである。意匠権の侵害が問題となる場面では、それぞれの形象は、本則に立ち戻って別個の意匠として扱われ、いずれかの形象と同一または類似の意匠を無断実施すれば、権利侵害が肯定されることになる。」（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578頁）。

この解釈は、動的意匠の保護導入の趣旨を勘案すると傾聴すべきものである。しかし、現行意匠法において、動的意匠は一意匠一出願（意7条）の例外である旨の明文規定はない。むしろ、前記通説（高田）のように、変化態様の全体を総合して一意匠と捉えるのが、現行法においては妥当といえよう。組物の意匠も、構成物品に係る意匠全体を一意匠として意匠登録を受けることとなっている（意8条）。これと同様に、動的意匠も変化態様の全体を一意匠と捉えるべきであろう。動的意匠についてだけ例外的に、一つの意匠登録において複数の意匠権を包含するものと解することはできないと思われる。

（3） 動的意匠の一態様の意義

意匠法6条4項の規定と、それに関する意匠法施行規則の規定には、若干矛盾があるようにも思われる。すなわち、意匠法6条4項では、その変化の前後にわたるその物品の形状等について「意匠登録を受けようとするときは、その旨及びその物品の当該機能の説明を願書に記載しなければならない」と規定されており、その変化の一態様だけについて意匠登録を受けようとするときはその旨及びその物品の当該機能の説明が必要ないとも解せられる。だが一方、意匠法施行規則の規定では、動的意匠であれば、「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こと」が必要である（意施規3条様式第6備考20）。

実際に創作された意匠が動的意匠であっても、意匠登録出願において一態様の図面しかなく、願書に動的意匠について意匠登録を受けようとする旨及び当該機能の説明の記載もなく、そして、変化の前後の状態が分からない場合は、その意匠登録出願の意匠は静的意匠と認識されるほかない。しかしながら、一態様の図面しかないが、意匠に係る物品の記載等から動的意匠であることが分かる場合、必ず「意匠の変化の前後の状態が分かるような図面を作成」しなければならないのだろうか。あるいはさらに、動的意匠の一態様についてのみ意匠登録を受けようとすることはできないのであろうか。例えば、折り畳み型の携帯電話機の意匠において、折り畳んだ状態の形状のみにつて意匠登録を受けることはできないのであろうか。

通説は、意匠は物品の形状等であるから、物品の有する機能に基づいて変化する形状等は、一物品のまとまりにおいて一意匠を構成すると捉え、変化の一態様についてのみ意匠登録を受けることはできないとする。したがって、例えば折り畳み型の携帯電話機は、開いて使用する状態についても特定する必要があり、開いた状態の図面が必要となる。動的意匠については、その変化態様の全てを含めた全体を一意匠として、一つの美感を与えるものとして捉えられているのである。

だが、前記の大正10年法や『逐条解説』のように、意匠とは静的状態（固定的態様）が主たるものであると捉え、物品の機能に基づく変化の全態様（物品のまとまり）ということに縛られない考え方もあり得るのではなかろうか。平成10年改正により部分意匠制度が導入されたことで、美感を与えるまとまりは、物品というまとまりに縛られないとの考え方が復活してきたと思われる。部分意匠と同様に、動的意匠のうちのある一態様のみについても、物品のまとまりに縛られずに美感を与えるまとまり（一意匠）と捉える可能性があるのではなかろうか。

（４）変化態様の認定（裁判例）

問題は、動的意匠において、その変化の前後にわたる形状等、あるいは当該機能が明記されていない場合の意匠の認識である。一般に、変化態様の図面がなくても、ある変化態様を有する意匠と認識できる場合には、その変化態様の作図は必要ない。「洋服ダンスとか机のように、開く部分があっても、開扉した状態の意匠に特色がなければ、変

化の状態を示す必要はない。しかし、例えば、開扉しなければ中の・・・形状が不明な意匠・・・は、開扉状態の図面を必要とする」のである（工業所有権法研究会編著『工業所有権法質疑応答集』2065-3 頁）。同様に、変化する旨及び機能の説明がなくとも変化態様を有する意匠が理解できる場合には、その変化する旨及び機能の説明も必要ない。

（ア）変化態様を認識できるとした裁判例

裁判例の多くは、当該機能及びその変化の前後にわたるその物品の形状等について明らかに認識できる場合は、その記載を省略できる旨判示している。

①「椅子」事件では、「それがいかなる程度、内容の変化であろうとも逐一、ことごとく、その旨及びその物品の当該機能の説明を願書に記載しなければならないとまで定めているものではなく、その必要がない場合、たとえば、願書に添付された図面それ自体から当該機能及びその変化の前後にわたるその物品の形状等が明らかに認識できる程度、内容のものである場合には、これを省略することを排斥しない趣旨の規定であると解するのが相当である。（かく解すべきことは、意匠法第24条の規定、ことに、願書に添付した図面が、もともと意匠登録を受けようとする意匠を特定して表示するためのものであることからすると当然の帰結である。そして、その点について、意匠登録を受けようとするものでないときは、かえって、その旨が明らかにされるべきである。）」と説示している（東京高判昭56・6・17「椅子」無体集13巻1号483頁）。

②「罐の提げ手」事件では、「意匠に係る物品の当然持つ機能を考慮して登録意匠の範囲を定めるべきである」とし、「本件意匠に係る物品は罐の提げ手の把手が回転し得るものと認むべきことは、その物品のもつ機能上当然のことといわなければならない」と説示している（東京高判昭56・10・20「罐の提げ手」無体集13巻2号767頁）。

③「保温着」事件でも、「衣服などの布製品は、その形態が販売時、使用時、使用中と極めて多様に変化するものが多く、このような物品の場合、原則的には動的意匠といえるが、あらゆる変化態様を作図せずとも、意匠が明確に表現できる一つの状態の『必要図』だけを作図すればよく、その他の状態は、物品の性質からみて十分に理解することができるものと解される」と説示している（名古屋地判昭58・6・24「保温着」無体集15巻2号523頁）。

④「電子レンジ用蒸し器」事件では、「組み合わせられた状態における図面等から分離可能性が認識できる場合までも、分離可能性について説明ないし図示を不可欠とする趣旨とは解されない」と説示された（新潟地判平成7年9月14日「電子レンジ用蒸し器」平4（ワ）209 取消集57号313頁）。

（イ）変化態様を認識できないとした裁判例

しかし、記載がない場合は、動的意匠とは認識しない、あるいは、開示されていない態様は意匠の構成要素と認定しないとの裁判例もある。以下の裁判例は、簡単に一般化

できない面があるが、動的意匠の一態様のみの出願の可能性を示唆するものといえよう。

①東京高判昭 55・5・6「いす」事件では、前記東京高判昭 56・6・17「椅子」事件と対照的に、同じように表現された意匠について、上下動しないものと認定された（東京高判昭 55・5・6 取消集昭 55 年 663 頁）。

なお、前記東京高判昭 56・6・17「椅子」事件でも、括弧書きにおいて、「(その点について、意匠登録を受けようとするものでないときは、かえって、その旨が明らかにされるべきである。)」と説示しており、動的意匠の一態様のみの出願の可能性を示唆しているとも解される。

②「保管庫」事件では、「本件に関する意匠を検討する場合、抽出内部の棚の構成、形態は特段考慮すべきものではない。蓋し、保管庫の通常の使用状態は抽出を閉じた状態と解されるから抽出内部の棚の形態は意匠を特徴づける外観ということができないからである。もし、抽出開状態の形状を意匠の要素とすることを欲するのであれば、出願に際し、その動き、開き等の意匠の変化の前後の状態がわかるような図面を作成すべきである」ところ、本意匠についてはそのような試みがなされていない」と説示されている（大阪地判昭 55・9・19「保管庫」無体集 12 巻 2 号 514 頁）。

③「包装用箱」事件では、「甲意匠（意匠登録出願に係る意匠）に係る物品の形状等がその物品の有する機能に基づいて変化しうるものであっても、その変化した形状等について意匠登録を受ける趣旨が願書に明示されていない以上、甲意匠の変化した形状等を想定して、これと乙意匠（意匠登録出願に係る意匠と対比すべき意匠）の通常の使用状態における物品の形状等を対比することは許されない」，「本願意匠の容体について『上面に順次折り畳まれている部分のいずれかを摘み上げることによって開』くと説明されてはいるものの、蓋部上面を上方に引き上げたときの状態がどのようなものであるか確定的な形状は示されておらず、その形状について意匠登録を受ける趣旨は右願書に何ら記載されていないことが認められることに照らしても明らかである」と説示された（東京高判昭 61・6・24 無体集 18 巻 2 号 221 頁）。

3. 本件判決の意匠の認定

本願意匠は、顔に「装着」し、かつ、「折り畳む」ことができる「動的意匠」といえる。しかし、本件判決は、主として、「装着状態が別紙第 1 記載の図面とは異なるものであることを記載していないし、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と認定した。

このように認定した理由には、「呼吸マスクの装着状態は、これを装着する者の顔面の大きさや輪郭線、装着の仕方等によって変形し得るもので」あるから、特定しにくいということ、また、「使用直前状態・・・は、呼吸マスクという本願意匠に係る物品自体の形態として通常観察される状態」であること、さらに、装着状態においても、実質的に「引用意匠の側面視と共通することになってしまうもの」であるとの判断があった

と思われる。すなわち、総合的にみて、装着状態における比較をするまでもないと判断したものと解される。

とはいえ、「本件出願において装着状態の意匠に係る図面は提出されておらず、願書に添付された図面に記載されている事項及びここから認識できる事項以外の事項を考慮すべきでないこと」を主たる理由としており、前記「（イ）動的意匠の変化態様を認識できないとした裁判例」に属する判決と解すこともできよう。

すなわち、本件では、本願意匠は引用意匠と類似し意匠登録を受けることができなかった。しかし、本願意匠が引用意匠と類似せず意匠登録を受けることができたとすれば、本願意匠「呼吸マスク」は、装着状態の意匠に係る態様が開示されておらず、添付図面に記載された「使用直前状態」（及び、折り畳んだ状態）についてだけ意匠登録を受けたものと認定されるべきものとなる。

したがって、本判決も、動的意匠について、その一態様について意匠登録を受けることの可能性を示唆するものといえよう。

4. 意匠の類否判断

(1) 一般論

裁判所は、意匠法及び最高裁判決に基づき、意匠法3条1項3号の類否判断について一般的にいえることを次の通り説示した。

すなわち、「意匠法3条1項1号及び2号所定の公知意匠と類似の意匠であることを理由として、同項3号に該当することを理由に意匠登録出願について拒絶するためには、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、さらに、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。意匠権の効力は、登録意匠及びこれに類似する意匠にも及び、意匠の類否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されているから（意匠法23条、24条2項）、同法3条1項3号においては、同一又は類似の物品の意匠間において、需要者の立場からみた美感の類否が問題となる（最高裁昭和45年（行ツ）第45号 同49年3月19日第三小法廷判決・民集28巻2号308頁、最高裁昭和48年（行ツ）第82号同50年2月28日第二小法廷判決・裁判集民事114号287頁参照）。」

(2) 公知意匠参酌

意匠権侵害事件の裁判例における意匠の類否判断の一般論では、公知意匠を参酌して要部認定をすることが通説となっている。しかし、本件の上記一般論では、意匠法及び最高裁判決に基づいて説示できる内容に限ったため、公知意匠の参酌についての説示はない。

意匠権侵害事件では、意匠の類否判断の一般論として公知意匠の参酌をすべきことを説示するのが一般的となっている。例えば、最近の「取鍋」事件（知財高判平成22.7.20

平成 19(ネ)10032) では、「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。」とし、意匠の類否判断において、「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」を説示している。

本判決では、上記侵害事件と違って、一般論においては「公知意匠参酌」について明示的な説示をしていない。しかし、本件の類否判断における意匠の各部の構成態様についての評価では、事実上公知意匠を参酌しており、意匠の類否判断において公知意匠を参酌する手法が採用されているといえよう。

すなわち、「正面視における具体的な湾曲の態様・・・、その相違はわずかである上、本願意匠における浅い凹状の湾曲を含む形状は、本件出願前から普通に見られる態様であって(乙3ないし6)、このような部分的差異があっても、需要者の視覚を通じて起こさせる全体から生じる美感に与える影響は少ない。」との説示、また、「両意匠の側面視における・・・である点において相違するものの、本願意匠のようにこれが上下方向である態様は、本件出願前から普通に見られる態様であって(甲4,5,乙1)、ありふれた形状といわざるを得ないから、このような部分的差異があっても、需要者の視覚を通じて起こさせる全体から生じる美感に与える影響は少ない。」との説示がある。そして、類否判断のまとめとして、「本願意匠は、需要者に全体として引用意匠と 共通の美感を生じさせる意匠的效果を有するものと認めるのが相当であり、差異点に係る本願意匠の形態から生じる意匠的效果は、ありふれたものであって、意匠全体としては、引用意匠と類似のものといわざるを得ない。」と説示されている。このような説示を見ると、裁判所が公知意匠の参酌の手法を採用していることは明らかであるといえよう。

(3) 美感と意匠的效果

本判決は、類否判断のまとめとして「本願意匠は、需要者に全体として引用意匠と共通の美感を生じさせる意匠的效果を有するものと認めるのが相当であり」と説示している。ここで、「美感」と「意匠的效果」の意味が明確に区別されている点が注目される。すなわち、「美感」は意匠が「需要者に生じさせる」もので、需要者(主体)の側に生じる事であり、「意匠的效果」は意匠が「有するもの」で、意匠(客体)が有する「美感を生じさせる効果」という区別である。「意匠」は「視覚を通じて美感を起こさせるもの」で(意2条)、「美感」は意匠が「需要者の視覚を通じて起こさせる」ものであり(意24条2項)、「美感」は需要者と意匠との間に生起する事態といえる。そして、「美感」と「意匠的效果」は、本判決が説示するように、「美感」が需要者(主体)に生じるもの(感覚)で、「意匠的效果」は意匠(客体)が有するもの(効果)であり、

同じ事態を主体と客体の両側面から捉えたものとして区別することができよう。

なお、「可撓伸縮ホース」事件最高裁判決の説示も、この主体側と客体側との区別を踏まえているものと思われる。すなわち、最高裁判決の次のような説示にみられる通りである

「同条一項三号は、・・・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、三条二項は、・・・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。したがつて、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一項三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二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、しかも同条二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、同条二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、同条二項かつこ書により「同条一項三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。」「本件登録意匠は、・・・引用意匠及び原判示の可撓性伸縮ホースとは全く異なつた意匠的效果を有する」（最高判昭和49.3.19「可撓伸縮ホース」民集28巻2号308頁）。

以上のように、最高裁判決においても、「美感」は、「需要者からみた」ものであり、「意匠的效果」は「意匠」の効果であり、意匠が「有する」とされている。

意匠と需要者の間に「美感」が生起する事態には、「(主体側)需要者—美感」⇔「意匠的效果—意匠(客体側)」，というような関係構造が成立しているといえよう。とはいえ、「美感」を「意匠的效果」で言い換えたとしても、それだけで「意匠」が明確になったわけではない。意匠の類否判断において、重要なことは、需要者と意匠との間において「美感」が生起するという事態について、その内容を具体的に捉えることであるように思われる。

5. 本願意匠（部分意匠）に対応する引用意匠の認定

本判決では、「引用意匠」について、「引用例の第2図及び第3図に現されたマスクの本願意匠に対応する部分の意匠」と認定している。「引用意匠」は、「マスクの意匠（全体意匠）」ではなく、「マスクの部分の意匠（部分意匠）」と捉えられているといえよう。

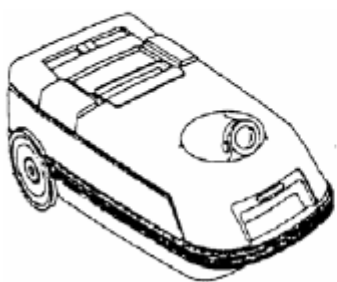
意匠権侵害事件において、本件登録意匠が部分意匠である場合は、対比される被告意匠は、被告製品のうち本件登録意匠に対応する部分意匠とされる。被告製品の当該部分意匠は、被告製品意匠の「一部の意匠」であり、被告製品意匠に「全体が包含」されるものである（大阪地判平成17.12.15「化粧用パフ」平16(ワ)6262判時1936号156頁，判タ1214号268頁等。「造形デザイン」の知財判決紹介(1)」特許ニュース(H22.4.2)

参照)。

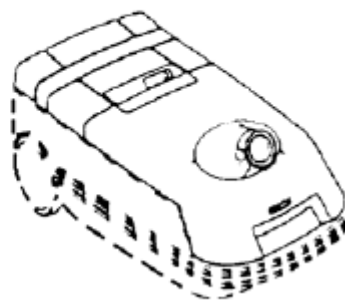
これと同様に、部分意匠の新規性(意3条1項)の登録要件判断においても、本判決が説示するとおり、本願意匠と対比される「引用意匠」は、本願意匠に対応する「部分意匠」というべきであろう。

なお、『意匠審査規準』では、この解釈とはやや違う見方をしているように思われる。すなわち、「71.4.2.2.2 意匠法第3条第1項第3号の規定に該当する部分意匠の意匠登録出願の例」において、【事例1】の「公知の意匠」として「電気掃除機本体」全体意匠の図面が例示されている(『意匠審査規準』93頁)。この事例では、「電気掃除機本体」の部分意匠(本願意匠)に対応する引用意匠は「電気掃除機本体」の全体意匠となってしまう。そうすると、本願意匠(部分意匠)と「本願意匠に対応する部分の意匠(引用意匠)」とを対比するのではなく、本願意匠(部分意匠)と「「電気掃除機本体」の全体意匠(引用意匠)」とを対比し類否判断するような誤解を生じさせる可能性があり、疑問である。

【事例1】公知の意匠
「電気掃除機本体」



部分意匠の意匠登録出願
「電気掃除機本体」



『意匠審査規準』では、部分意匠と全体意匠との関係は、単純な「包含」関係とは捉えていないことが推認される。なお、これと関係する解釈として、意匠法3条の2の「願書の記載及び願書に添付した図面、写真、ひな形又は見本に現された意匠の一部」についての解釈がある。

意匠法3条の2にいう「願書の記載及び願書に添付した図面、写真、ひな形又は見本に現された意匠」とは「意匠登録を受けようとする意匠」であり「先願に係る意匠として開示された意匠」(『意匠審査規準』)を意味する。『意匠審査規準』では、この「先願に係る意匠として開示された意匠が全体意匠であるか部分意匠であるか・・・を問わず」(71.4.4.1『意匠審査規準』96頁)、とされている。そして、「71.4.2.2.2「意匠法第3条第1項第3号の規定に該当する部分意匠の意匠登録出願の例」事例1から事例6において、公知の意匠を先願に係る意匠として開示された意匠に読み替えて参照されたい。」(71.4.4.2『意匠審査規準』97頁)とされており、【事例4】「包装用びん」

では、先願意匠の破線部分（意匠登録を受けようとししない部分）について実線部分（意匠登録を受けようとする部分）とした後願意匠が意匠法3条の2に該当する事例として挙げられている。この『意匠審査規準』の解釈によれば、意匠法3条の2の先願意匠については、部分意匠でも、その「意匠登録を受けようとする意匠」（「先願に係る意匠として開示された意匠」）は、破線表現した形態を含めた当該意匠に係る物品の形態全体であり、当該全体意匠と同一と捉えているといえよう。

【事例4】公知の意匠
「包装用びん」
(意匠公報掲載の部分意匠)



部分意匠の意匠登録出願
「包装用びん」



部分意匠の意匠登録出願は、意匠に係る物品の形態の「一部」について「意匠登録を受けようとする部分」として、意匠登録出願しているものである。単に、「一部」について特徴がある旨、ないし要部である旨を主張している意匠登録出願ではない。意匠登録を受けようとする意匠が、部分意匠の出願と当該全体意匠の出願とで同一であると捉えることは無理があるように思われる。すなわち、部分意匠における破線部分については「意匠登録を受けようとする意匠」（「先願に係る意匠として開示された意匠」）を構成するものではないといえよう。

しかしながら、当該部分は「先願に係る意匠として開示された意匠」ではないが、後願の意匠の出願前すでに「先願において開示された意匠」である。したがって、すでに創作があったことが明らかなもので、後願の意匠については「新しい意匠を創作したものとすることはできないため」（『逐条解説』1013頁）、意匠法3条の2の趣旨から拡大解釈をすることは許されよう。この意味では、『意匠審査規準』の運用は妥当性があると思われる。

（なお、中国専利法の同様の規定（専利法第23条1項抵触出願）の審査においては、「引例意匠において公告された専利書類の全内容を判断の根拠とし」、・・・「引例意匠において公告した専利書類に使用状態の参考図が含まれる場合、当該使用状態の参考図に保護を要求しない意匠を含めるとしても、これを係争専利と比較し、同一又は実質的

に同一の意匠であるかを判断することができる。」(『専利審査指南』(JETRO日本語仮訳)第4部分33頁)とされている。

以上