

改正意匠法 24 条 2 項への疑問

— DVD 著作権裁判の教訓—



意匠委員会 元委員長 牛木 理一

抄 録

今回の法律改正は「意匠法等の一部改正法律案」とあるように、意匠法が主役となっていたといえる。2003年2月に経産省製造産業局が結成した戦略的デザイン活用研究会は、同年6月に「デザインはブランド確立への近道」と題した競争力強化に向けた40の提言を含む報告書を発表したが、この中に「意匠権の権利保護の強化」の項がある。さらに、知的財産戦略本部が2004年5月に発表した計画報告書には、第2章「保護分野」の中で「デザイン保護のために意匠制度を整備する」があり、また「デザインの国際的保護のための審査協力等を推進する」がある。さらに、同本部が2005年6月に発表した計画報告書には、「デザイン保護のために意匠制度を整備する」とだけある。しかし、具体的に「意匠権の効力範囲の明確化と強化」のテーマはあっても、意匠法24条にからむ改正規定の提示はない。にもかかわらず、改正法には24条2項が新たに加入することになったのである。

今回の意匠法改正の最大の疑問点はこの規定にあり、この立法は、意匠法3条1項3号か3条2項かの適用をめぐる出願意匠に対する審決取消事件を扱った最高裁判決についての行政府（立法者）による誤解ないし曲解から始まったといえる。しかし、これによって特許庁及び裁判所が過去に蓄積してきた審査例、審判例そして裁判例を徒に破壊するような混乱を実務上与えることが予想されるので、特に取り上げることにした。そして、この問題を考えるのに渡りに舟となるような東京地裁の決定が最近あったので、前記規定の適用をめぐる違法性を考える教訓として考えてみたい。

はじめに

1. 意匠の類否判断の基準は何か
 - 1.1 規定位置の意義
 - 1.2 美感と創作
 - 1.3 意匠の定義との関係
 - 1.4 実用新案との関係
 - 1.5 美的特徴と創作性
 - 1.6 事象としての意匠の表現
 - 1.7 類否判断と混同
 - 1.8 最高裁判決の意義
 - 1.9 最高裁判決の真意
 - 1.10 判断主体を規定することの実益はない
 - 1.11 小括
2. 国会における質疑応答など
 - 2.1 参議院経済産業委員会から
 - 2.2 衆議院経済産業委員会から
 - 2.3 審議会小委員会の議論から
3. 東京地裁のDVD著作権裁判
 - 3.1 本法改正法附則2条の適用
 - 3.2 国会審議の議事録
 - 3.3 文化庁見解の誤り
 - 3.4 すべては法の目的から始まる
4. 意匠の類否判断の現実と矛盾
5. むすび

はじめに

平成18年6月7日に公布され、平成19年4月1日から施行されるだろう改正意匠法には、「物品の部分」の範囲の拡大（意2条2項）、同一出願人による先後願の意匠登録出願のうち、先願が全体意匠で後願が部分意匠の場合における後願排除の条件の緩和（意3条の2但書）、関連意匠の出願条件の緩和（意10条1項）、意匠権の存続期間を設定登録日から20年間（意21条）などに見られるように、意匠法の利用者にとっては歓迎できる法改正がなされている中で、歓迎できない法改正が存することが注目される。それは意匠法24条2項の規定である。

意匠法24条とは、「第4章意匠権」の「第1節意匠権」の中の一規定であり、その見出しには「登録意匠の範囲」とある。この「登録意匠の範囲」についての規定は、25条の「特許庁の判定」、25条の2の「裁判所からの鑑定嘱託」へと及んでいるところ、新しい24条2項は次のように規定する。

登録意匠とそれ以外の意匠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ものとする。

この規定の立法理由などについては、政府委員の説明や地方説明会の説明や解説文などを見ると、人によってその言いまわしや表現が微妙に異なっているところ、最近の制度改正審議室の解説では次のように述べている。

「意匠の類似の概念は、意匠制度の根幹をなす意匠の登録要件や、意匠権の効力範囲を規定するものである。意匠の類似とは、最高裁判例において、一般需要者から見た美感の類否であるとされているが、裁判例や実務の一部において、意匠の類似について当業者から見た創作的な観点からの評価を行うものがあり、最高裁判例とは違う判断手法をとるものが混在していることにより、意匠の類否判断が不明瞭なものとなっている。

そこで、意匠の類否判断に統一性をもたせるため、意匠が類似であるか否かは、最高裁判例等において説示されている取引者、需要者から見た意匠の美感の類否であることを確認的に規定することとした。」⁽¹⁾

行政府（立法者）は、このように、意匠の類似とは当業者から見た創作性の観点から評価するという対立する考え方が裁判所や実務者の間に強く存在していることを確認しているにもかかわらず、そして最高裁の判決の真意を正確に理解していないにもかかわらず、あえて法律によって意匠の類否判断の統一基準を無理に定めようとしたことについての説得力のある説明がない。

しかし、そのような対立状態にある問題を、一方の説に立って無理矢理に縫い合わせた装束は、早晚必ずや綻びることになるだろう。

また、意匠の類似の問題は、物品の類似と形態の類似との2つの面から考えなければならないにもかかわらず、この新规定はこの問題を全く忘れてしまっている。これでは、正確な意匠の類否判断などは到底できない。

そこで、筆者は以下において、この新规定が施行された後に起るかも知れない実務上の混乱と、それに対する司法による判断が予想される同規定が含む疑問点についての的確に指摘しておきたい。⁽²⁾

1. 意匠の類否判断の基準は何か

昨年12月に産構審の意匠制度小委員会が発表した「報告書」では、「意匠の類否判断を明確化するため、意匠の類似について、最高裁判例、裁判例等において説示されている需要者から見た意匠の美感の類否であることを明確にすることが適切であると考えられる。」とまず述べられている。

しかし、ここに挙げられている最高裁判例とは、い

ずれもかなり古いものであることはさておいても、出願系の審決取消訴訟に関する事案である。この判例といわれている事件判決をめぐる詳細な議論については後述する。

ところで、意匠の類否判断の基準を考えるときには二つの大きな問題がある。一つは人的基準（主体）、二つは物的基準（客体）である。今回の法改正は、この二つの基準をあえて法文化することによって、意匠法ではもっとも難題といわれる意匠の類否判断の問題を一気に解決しようとしているように見えるのだが。

以下、意匠法を含む産業財産法と著作権法が法体系を構成している知的財産法全体を念頭におきつつ、改正意匠法の24条2項の規定について批判する。

1.1 規定位置の意義

まず、この規定の意匠法上の位置づけを見ると、意外にも24条2項である。しかし、24条は前記のとおり「登録意匠の範囲」を見出しとするから、登録意匠の類似のことは無関係の規定である。もし登録意匠に類似する意匠との関係を規定するのであれば、23条2項の方がまだマシであったのである。

また、もし意匠の類似の問題は、登録意匠のみならず、出願意匠についても同様にあるのだから、このような規定をどうしてもおきたいのであれば、その位置は「第1章総則」の2条の「定義」の中で規定するのが適切であったのである。

「総則」に規定すれば、出願・登録その他を問わず、意匠法において「意匠の類似」という重要な概念について一貫して解釈することができるからである。

ところが、24条に規定することは、設定登録されて意匠権が発生した「登録意匠」に限定していることになるから、「出願意匠」には適用されないと解さざるを得なくなる。

特許庁（行政府）側の見解としては、「それ以外の意匠」とあるとは、出願意匠も含まれると解しているようであるが、それは明らかに誤解である。「それ」とは文法上、その前の「登録意匠」を指すものであるから、「それ以外の意匠」とは、登録意匠をめぐる自己の意匠や他人の意匠が含まれるということの意味する。したがって、一つの登録意匠に類似する意匠が自己の意匠であろうと他人の意匠であろうと、「登録意匠及びこれに類似する意匠」として、23条によって意匠権の効力が及ぶという意味になるから、24条2項の中に出願意匠が入り込む余地はないのである。

1.2 美感と創作

次に「登録意匠」と類似するか否かの問題は、自己

の他の意匠が自己の登録意匠と類似する範囲に属するか否かを考えるばかりでなく、他人の意匠が自己の登録意匠と類似する範囲に属するか否かを考えることにもなるから、意匠権侵害事件に直に関係することになる。

したがって、侵害訴訟において被告側は抗弁として、当該物品が固有する基本的形態や周知公知の意匠を証拠として提出する意味がなくなることになる。また、登録意匠の類似範囲の縮小限定論や全部公知による登録無効論による権利濫用の判決はできなくなる。けだし、判断主体となる需要者（消費者）にとっては、裁判所の場において後出しされる公知意匠の資料などは、単に意匠全体を対比して美感の異同を判断するだけの作業であれば無関係なことであるばかりでなく、需要者（消費者）は当該物品の基本的形態についての知識はもっていても、公知の意匠が何であるかについての知識などは殆ど持っていないのが普通である。

にもかかわらず、前記のような新規度を設けることは、今までに侵害裁判所が裁判例として確立してきた努力の結晶が水泡に帰してしまうことになりかねない。

しかも立法者（行政府）が本当に「24 条 2 項」の内容のような規定の導入を考えたのであれば、意匠法 1 条その他の規定の中から「意匠の創作」なる概念を削除すべきである。

専ら美感の類否で意匠の類否判断をするというのであれば、立法者（行政府）は、意匠権侵害訴訟において蓄積されている公知例を参酌した多くの裁判例を否定することになるばかりでなく、意匠法 41 条で準用する特許法 104 条の 3 の規定とも整合しなくなる。登録意匠がなぜ無効となるのかを考えるべきである。しかし改正意匠法では、美感がないことを理由とする無効の蓋然性がある場合だけの適用を予想しているというのか。

結局、今回この規定を立法した者（行政府）は、知的財産法という法体系の中における意匠法の本質や意匠という存在の特殊性をよく理解していない者といわねばならない。

1.3 意匠の定義との関係

意匠法は、「意匠」を定義して、「物品（物品の部分を含む。）の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であって、視覚を通じて美感を起こさせるものをいう。」（意 2 条 1 項）と規定する。

需要者（消費者）という名の人には、性別、年齢、学歴、職業、経験、知識、性格、気質、環境、状況など思いつくような様々な条件によって千差万別であることは当然のことであるところ、立法者（行政府）が

もし二つの同一物品の外観形態を見ての類否判断には日本人共通の普遍性があると考えているとすれば、それは迷信である。したがって、もし人の観察眼が単に生理的現象としての美感や印象に留まっているのであれば、的確な意匠の類否判断などはできるはずがない。

意匠権侵害事件においてまず問題となる、登録意匠が新規性や創作力などの登録要件を具備しているか否かを判断する時点はその意匠の出願時であるから、登録意匠の範囲はその出願時に確定しているということが出来る。即ち、出願時における物的基準が問題となるのであって、出願時における人的基準が問題となることはない。そしてこの両基準は、特許権及び実用新案権の場合と全く共通である。したがって、そこでは人的基準としての需要者が出る幕は全くないのが真実である。

また、「視覚を通じて」とは、人が単に生理的に肉眼を通じて物品の形態を眺めるというだけではなく、実はその形態を見て通すという意味に解さなければ、定義の真意はわからない。

人が見て通すということは、物品の外観形態を漫然と眺めるということではなく、その表現物の意味内容を把握することである。意匠の類否判断をするときに、当該意匠の創作の要部を把握しなければならないということは、正に意匠を見て通す作業であり、これによって意匠の類否判断にはじめて客観性を与えることができるのである。

また、「美感を起こさせる」とは、視覚を通じて物品の外観形態を見たときに、看者に何らかの美しい感じを抱かせることを意味するから、何らかの美感も起させないような意匠は、「意匠法上の意匠」とはいえないことになる。

しかし、定義にいう「美感」とは、大正 10 年法からの立法経過を見ると、以下述べるように、実用新案法が保護対象とする「物品の形状」と区別するために注意的に規定しただけである。

昭和 34 年意匠法の立法時に、当時の高田忠意匠課長が参考にした立法例は英国の 1949 年登録デザイン法（1956 年著作権法 10 条との関係）であったことは、筆者は本人から直接聞く機会があったから承知していたが、昭和 34 年法がその保護対象とした「意匠」の定義に、「視覚を通じて (by the eye)」の要件のみならず、「美感を起こさせるもの」を加入した理由は、英国にはないがわが国には存していた実用新案法との関係を意識していたものであり、それ以上のものではなかったのである。ちなみに、英国の登録デザイン 1949 年法（1988CDPA によって改正）には「美感を起

こさせるもの」に相当する要件規定は存在しない。⁽³⁾

にもかかわらず、わが国裁判所においては、司法の場で議論するにはふさわしくない「美」や「美感」などという非法律的用語に意外と反応を示した一部の裁判官が、後記するわが国意匠法の歴史を無視して独自の説を展開したようである。⁽⁴⁾

1.4 実用新案との関係

同じく物品を保護対象とする実用新案法上の「考案」は、自然法則を利用した技術的思想の創作をいうと定義（実 2 条 1 項）するところ、そのような考案は「物品の形状、構造又は組合せに係る」ものでなければならないと、同法 1 条は規定する。ここに「物品の形状」とは、前記意匠法が保護対象とする「物品の形状」と同一の概念である。

そこで、現行各法が二つの「物品の形状」を区別して保護対象の違いを決めた要素とはといえば、前記した「美感」の有無である。したがって、意匠法が意匠の定義において、「美感」を成立要件としている理由は、実用新案法の保護対象と区別しているだけのことであり、ことさら意匠法の定義規定にある「美感」を、意匠の類否判断の基準にまで高揚しなければならない必然性は全くないのである。

ところで、実用新案法の歴史は、意匠法の歴史より新しい。意匠法は特許法と同時の明治 32 年 3 月 2 日に制定され、同年 7 月 1 日より施行されているのに、実用新案法は明治 38 年 3 月 16 日の制定で同年 7 月 1 日より施行されているところ、長年わが国の産業経済界を支配していた大正 10 年法（大正 11 年 1 月 11 日施行）の 1 条によると、「物品ニ関シ形状、構造又は組合ハセニ係ル実用アル新規ノ型ノ工業的考案ヲ為シタル者ハ其ノ物品ニ付実用新案ノ登録ヲ受クルコトヲ得」と規定する。

他方、先輩格の意匠法はその 1 条に、「物品ニ関シ形状、模様若ハ色彩又は其ノ結合に係ル新規ノ意匠ノ工業的考案ヲ為シタル者ハ其ノ物品ノ意匠ニ付意匠ノ登録ヲ受クルコトヲ得」と規定した。

そして、実用新案（意匠）の新規と称するは、実用新案（意匠）が左の各号の一に該当することなきをいうとして、次のように規定する。

[実用新案法 3 条]

一 登録出願前国内ニ於テ公然知ラレ若ハ公然用キラレタルモノ又ハ之ニ類似スルモノ

二 登録出願前国内ニ頒布セラレタル刊行物ニ容易ニ実施スルコトヲ得ヘキ程度ニ於テ記載セラレタルモノ又ハ之ニ類似スルモノ

[意匠法 3 条 1 項]

① 本法ニ於テ意匠ノ新規ト稱スルハ意匠カ左ノ各號ノ一ニ該當スルコトナキヲ謂フ

一 登録出願前国内ニ於テ公然知ラレ若ハ公然用キラレタルモノ又ハ之ニ類似スルモノ

二 登録出願前国内ニ頒布セラレタル刊行物ニ容易ニ実施スルコトヲ得ヘキ程度ニ於テ記載セラレタルモノ又ハ之ニ類似スルモノ

このように、両法の保護対象と保護要件を見てみると、実用新案の類似も意匠の類似も、いずれもそれらが工業的考案の中のものであることを意味し、逆に一つの工業的考案から生まれた新規の型は類似の実用新案や意匠として保護されるのである。したがって、このような歴史を有する意匠法の存在意義を忘却し、立法論を議論しては意味がないことになる。

時間の経過によって行われる法律改正時に、特別な断絶を意味する解説がない限り、使用文言の変更はあっても、その根底を流れる法思想に変化はない。

1.5 美的特徴と創作体

物品への一つの具体的な創作の表現において、デザイナーにとってもっとも重大な関心事は、彼又は彼女の感性と理性の中にある「美的特徴」が、その物品にどのようなかたちとなって表現されているかである。

物品において発揮しているこの「美的特徴」は、客観的に論理的に判断されるとき、「意匠の要部」といわれるものである。したがって、意匠の類否判断において、意匠の要部はどこにあるかと問われる意味は、その物品の形態が発揮している美的特徴のことである。物品の新しい外観をかたち作る際には、デザイナーによる創作活動があり、この創作活動の結果として美的特徴が発揮された形態を有する物品が完成し、それが意匠の要部を構成することになる。したがって、意匠の類否を判断する者は、物品におけるこのような意匠の創作の要部、即ち美的特徴を的確に把握しなければならないのである。

このように、物品の形状や模様などの外観について、同一の美的特徴を発揮していると見られる意匠を同一の創作体の範囲に属する意匠というとき、それを意匠法では「類似する意匠」という。

意匠法が、他人の登録意匠や公知意匠に類似する意匠の出願を拒絶してこのような意匠を保護するのは、その意匠が発揮している美的特徴と同一の特徴を発揮する意匠は、先行するこれらの意匠の創作体の範囲に潜在的に存するものだからである。

このように、同一および類似の物品内における同一

の美的特徴を有する形態は、同一の意匠の創作体の範囲にあることから、類似の意匠と呼ばれることになり、登録意匠や公知意匠は積極的または消極的に保護を受けることになる。そして、一定範囲を有する意匠の創作体を保護することは、正に意匠法の目的に合うことになる。

1.6 事象としての意匠の表現

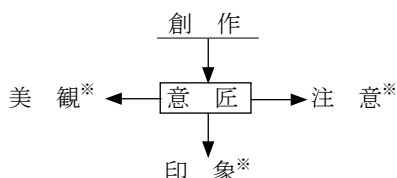
そこで、登録意匠に類似して侵害となる意匠とは、意匠に係る物品がどのような形態をしているのかといえ、次のようにまとめることができる。

具象的には、人が視覚を通じて2つの“物品”の形態を対比して見たとき、その物品の外観から受ける美感や印象を同じくするものであり、その結果、流通の場において2つの“商品”を需要者（消費者）が混同することになり、抽象的には、具象的形態の背後にある2つの意匠の形態をつくり出した創作体が同一であることを意味する。したがって、逆にいえば、同一の創作体から発生している形態は、その外観から受ける美感や印象が同じものであり、その結果としてほぼ混同を来すことになるというのである。

意匠をめぐるこのような事象は、原因と結果に分けて考えることができる。ここにいう原因とは意匠の創作をいう。即ち、この世に意匠が存在して意匠権が発生するためには、まずデザイナーによる創作ありきという原因があるのであり、逆のまず需要者（消費者）による混同があるのではない。この原因に目をやれば、意匠の創作を保護するのが意匠法であることになる。その意味から、意匠法は根本的に創作者を含む業者を保護する法律であり、意匠の類否判断は当業者の立場からなされなければならないとは、自然に考える論理となる。

これに対し、結果に目をやれば、需要者（消費者）を流通の場における意匠（商品形態）の混同から保護するのは不正競争防止法と考えることになる。

この事象を図示すれば、次のようになる。



(※混同はこれらの結果として起こる。)

1.7 類否判断と混同

侵害裁判所が意匠の類否判断をする際に、「美感」・「印象」・「注意」の用語を使用するのは、対比する登録意匠と被告意匠の各形態に表われている事象を見て

いるからであるが、実はその「事象」を通して意匠の創作体という「実体」を見通さなければ類否判断をしたことにはならない。即ち、看者は、登録意匠に係る物品の形態を表現している「原因」である創作の何たるかを把握しなければならないということである。

しかる後に、看者は被告意匠が本件登録意匠の創作体を具備しているか否かを、その形態を見て通して判断するのであり、それが意匠の類否判断というものである。これが創作説であるが、これは説以前の意匠法の本質に根ざすものである。

これに対し、いわゆる混同説は意匠法の本質をとらえていない浅薄な問題外の説であり、正に商標法や不正競争防止法における「類似」の意義と混同している説である。

後記する意匠法改正を審議した国会の委員会での質疑応答時において、長官が引用した最高裁の判決例（可撓伸縮ホース事件）について解説した佐藤繁最高裁調査官は、後記するように、この混同説をきっぱり否定しているから、注意すべきである。

1.8 最高裁判決の意義

「報告書」によれば、意匠の類似範囲の明確化のためには、「意匠の類否判断は、現在の公知意匠の参酌、意匠の要部の認定、意匠の全体観察等の複数の観点をもとめた総合的な判断であり、物品の形状に関する美感の評価であることから、客観的な分析や定量化が難しい側面があるが、判断主体の視点を明確にすることにより、簡潔で明瞭な説明が可能となると考えられる。」と結論づけている。

また、「意匠の類似概念は、意匠の根幹をなす意匠の登録要件や意匠権の効力範囲を規定するものであるから、統一性をもって判断されることが望ましいと考えられる。」と述べている。

もし本当にそう考えているのであれば、本規定の位置づけは24条2項ではなく、意匠法の「総則」である2条の定義規定に置かれるべきである。

それを証明するように同「報告書」が、「意匠の類否判断を明確化するため、意匠の類似について、最高裁判例、裁判例等において説示されている需要者からみた意匠の美感の類否であることを明確にすることが適切であると考えられる。」と述べているのは、出願意匠に対してのことである。即ち、「報告書」が挙げている最高裁の2つの判例とは、可撓伸縮ホース（最高三小判昭和49年3月19日）と帽子（最高二小判昭和50年2月28日）に係る意匠登録出願に関し、意匠法3条1項3号と3条2項との適用をめぐる事件であ

り、いずれも同時期頃になされた判決であるところ⁽⁵⁾、前者判決について、当時の最高裁調査官の佐藤繁東京高裁判事は次のように解説されている。

「意匠が権利として独占的保護に値するのは、それが頭脳の創造的活動の所産としての創作であるためである。創作でない意匠は保護に値しない。しかし、この意味の創作性を要件としたところで、具体的にいかなる意匠をもって創作とみるか直には明らかになるわけではない。そこで、法はその標準を二つに分けて規定した。その一つは、客観的標準ともいべきもので、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）、他の一つは、主観的標準ともいべきもので、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）。この二つは、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のであり、意匠の類否は前者の範疇に属する。このような見地に立ち、意匠が看者の視覚を通じて美感を起こさせるものである（2条1項）ことから考えると、同一又は類似の物品の公知意匠と構成要素において部分的差異があっても、その全体より生ずる美感ないし意匠的効果の面においてなら異なるところのない意匠は、本質的に公知意匠に含まれるものであり、創作として未知のものと評価するに値しない。法3条1項3号は、かかる意匠を、公知意匠そのものと同一の意匠に準じ、類似の意匠として登録しないこととしたものである。」（最高裁民事判例解説 昭和 49 年 318 頁）

最高裁判決について、このように解説されたのち佐藤繁判事は、「その類否判断の人的基準を『一般の需要者』としていることから、前述の物品混同説と結びつけて理解する向きがあるとすれば、おそらく判決の真意ではないであろう。」（同 325 頁）と警告している。

しかし、需要者といいい般需要者といいい、このような人的基準は極めて抽象的な概念であるところ、これは創作者の立場を離れた商標法や不正競争防止法において採用されている基準である。特許法と並んで創作保護法である意匠法における登録要件の新規性及び創作力の判断基準日はその意匠の出願日であるから、需要者（消費者）が判断主体として顔を出すことはない。そして、意匠の人的判断基準として、物品（製品）に創作される意匠（デザイン）は製造者（デザイナー）の立場からの判断基準を確立しなければ、意匠法の目的は達成されないことになる。

にもかかわらず、改正意匠法 24 条 2 項が、なぜ商

品が相手の消費者を含む需要者の立場を判断主体としなければならなかったのか、全く理解に苦しむところである。

1.9 最高裁判決の真意

そこで、今回の立法化に影響を与えたとみられる前記「可撓伸縮ホース事件」の判決理由において、最高裁が説示しているところを紹介すると、次のとおりである。

「さらに敷衍すれば、同条1項3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また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（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、物品の同一また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って、両者は考え方の基礎を異にする規定であると解される。」

ここに、キーワードとして「一般需要者」と「類似の美感」が出ており、これは意匠法 23 条に規定する意匠権者の専有的効力が登録意匠及びこれに類似する意匠の範囲まで及ぶことから、共通の美感を消費者が受けるもの場合に「類似の意匠」をいうと同判決が説示しているとすれば、一見して前記新規定は妥当のように見えるかも知れない。

しかし、佐藤最高裁調査官の解説によれば、同事件の判決は、「創作でない意匠は保護に値しない。」との考え方を基本的に置き、事象としての出願意匠を見て通している以上、実体である創作体の存在を見抜いていたといえる。即ち、私が図示したとおりの考え方は維持していたものといえる。

最高裁判決が美感といい、意匠的効果といっている背後には、事象としての意匠を存在づけている創作体を認識していることは、東京高裁が説示した意匠の創作性をめぐる3条1項3号と3条2項の適用において、人的基準に対しては否定しても、物的基準に対しては否定していないことから明らかである。

1.10 判断主体を規定することの実益はない

しかし、実際には、審査や審判の現場においても、また侵害裁判の現場においても、意匠の類否判断をする主体は、端的にいえば審査官や審判官であったり、裁判官であるから、そして彼らは出願意匠や登録意匠に対して登録要件の有無を精査して判断する者であるから、法律があえて「需要者」という人的基準を規定

したところで実益はない。しかも、「需要者（消費者、取引業者）」と説明しているから、判断はますます混乱することになるだろう。消費者と取引業者とは、同一の商品に対しては次元の異なる主体だから、それぞれの判断能力は全く別異である。

むしろ重要な問題は物的基準であり、それについて最高裁の前記判決は、自他商品の混同の考え方によって意匠の類否判断をしているのではないと佐藤最高裁調査官が解説していることの方がはるかに重要である。

その裏を返せば、佐藤最高裁調査官は、意匠の類否判断の物的基準は、意匠を存在あらしめている創作体の異同にあると示唆しているのは、前記「創作でない意匠は保護に値しない。」と解説されていることから明らかである。

しかし、意匠の類否判断の基準についてはこれまでの実務どおりでよく、あえて法規定としておく必要はない。最近の法改正の動機として、例えば特許法 104 条の 3 の規定に見られるように⁽⁶⁾、侵害裁判所の最近の裁判例の蓄積を早く立法化しようとする姿勢がとられているようであるが、これは米国流の立法態度であるといえよう。

しかし、英国法の場合にあつては、例えば著作権の効力をめぐる 1941 年の「ポパイ事件」の貴族院判決以来の歴史に見られるように、登録デザイン法との関係について、現在の CDPA1988 の 52 条における著作権の効力の制限規定に至るまで、非常に長い時間をかけて論議しているのである。⁽⁷⁾

したがって、わが国にあつても、裁判例を立法に導入するまでには、各裁判例を熟考し分析しこれを蓄積して確実なものにした後にすべきである。

また、あえて立法化することなく、判例法のままでもよい場合もある。意匠の類否判断における人的基準にあつては、あえて需要者（消費者）を明記することによって、その反対論に対して合理的に説得することができない以上、規定したことによるマイナス効果が起こることを予想しなければならないだろう。

1.11 小括

意匠法 24 条 2 項の規定は、「意匠の類似範囲の明確化」の一環として立法されたようではあるが、けっして類似範囲の明確化に寄与していないばかりか、意匠の類否判断がますます困難な藪の中に入ってしまったように思えてならない。

意匠の類否判断はその実務において、出願意匠に対する場合と侵害意匠に対する場合とでは区別しなければならない掟があるが、判断基準となるべき原則の上

では、意匠の「類似」という概念の有する意味内容に関しては同じであつてよい。

その原則とは意匠の「創作」の保護であり、この原則から出願意匠に対しても侵害意匠に対しても、視覚を通じて見通すことによって事象としての意匠の中に存在する創作体を把握するのであり、その創作体を出願意匠や侵害意匠が共有しているか否かを判別することによって、特許庁や侵害裁判所において意匠の類否判断がなされていることを、立法者（行政府）はよく認識しなければならない。そして、その判断時には美感も需要者も入り込む余地はない。

キーワードは「意匠の創作」であり、対比する意匠の創作体の異同を合理的に考えて把握することによって、意匠の正確な類否判断はなされるのである。美感は、判断の入口にはあつても出口にはもはやない。

2. 国会における質疑応答など

意匠法の改正を主役とする今回の「意匠法等の一部を改正する法律案」は、参議院先議で平成 18 年 4 月 6 日、同院の経済産業委員会の審議から始まった。参議院で可決した後、平成 18 年 5 月 26 日、衆議院経済産業委員会でも審議された。そこで、ここでは両院委員会における改正意匠法 24 条 2 項をめぐる質疑応答から重要点について抜粋して紹介し、それらについて解析してみた。

2.1 参議院経済産業委員会から

若林秀樹議員（民主）の質問

A. 今回の法改正で唐突感があつたのは、意匠法 24 条で、意匠の類似判断をするために、需要者（即ち、消費者、取引業者）の視覚を通じて起させる美感に基づいて行うとある。この規定がなぜここに規定されたのか、なぜデザイナーの視点を省いたのか、その背景を伺いたい。

B. 審査官は需要者ではないのに、なぜ需要者の視点になるのか。デザイナーは作る人だから、作る人の視点が当然考慮されるべきではないか。世界的にはどうなっているのか。デザイナーとか様々な関係者の判断を入れるべきでないのか。

C. やっぱりデザイナーなり作った人が申請するわけで、それを判断するのは審査官ですね。審査官も別に需要者じゃないわけですから、提出されたデザインをどうやってそれを判断するかを審査官がやるのに、ここで需要者の視覚を通じてということを示して、それで本当にできるかどうかというのは私には分かりにくいので、何のための規定なのか、法律で規定する

この意味合いが分かりにくいと思います。

→これは同議員の感想につき、答弁を求めず。

中嶋長官の答弁

A. 1 2つの意匠が類似するかどうかは、もちろん特許庁の審査官が判断する。

2 裁判上争われた事件で、最高裁では、一般の需要者の視覚から見た美感の類否で判断すると解釈している。

3 実務の世界の一部では、デザイナー等の当業者の視点から意匠の類否判断をすると解釈する立場もある。

4 意匠の類似の判断が、法律の明文上は明確になっていない。

5 現在確立している最高裁の判例を参考に、意匠の類似判断は、需要者の美感に基くことを明文化して明確にすることによって、統一性をもった判断の根拠を与えることにする。需要者とは、最終消費者又は取次ぎ業者をいう。

6 審査官は、需要者を想定して審査を行う。

→審査資料として、内外のカタログ、雑誌、ウェブサイト、展示会などから収集したり、日頃から勉強している。

→最終的に需要者の注意を引きつける点、部分が重要なのかを考慮して、意匠の類似判断をする。

B. 1 欧米の実際の制度や運用の実務を見ても、具体的な類似、類否の判断を需要者の視覚で行うことは共通になっている。

2 日本では、最高裁の判例によって基本的にそれが実務として定着している。

3 消費者や取扱い業者が、どの点に着目して見ているかに基づいて判断されるべきだ。

→この点は、先進国共通の実務にしたがって手当てしたということ。

質疑応答の解析

A. 1 に対して

意匠法 24 条とは、「登録意匠の範囲」の見出しがあるように、もともと「第 4 章意匠権・第 1 節意匠権」の中の規定であるから、登録意匠自体の範囲を画定するための規定である。また、同章第 2 節は「権利侵害」についての規定である。

すると、この条項は、登録意匠に対して自己又は他人の実施意匠が類似するか否かについての判断基準を規定したものであって、出願意匠に対し審査官が引用する公知意匠との類否を判断する基準についてまで及んで規定しているものではないと理解することができる。

したがって、長官の答弁は誤りである。もしこの条

項の意味内容を出願意匠に対しても同様に審査官の審査に適用させたいのであるならば、「第 1 章総則」の第 2 条の「定義」において規定すべきものである。

2 に対して

この最高裁の判例とは、「可撓伸縮ホース」に係る出願意匠に対する拒絶査定系の審決取消事件であり、登録意匠に係る意匠権の侵害事件に対する判例ではないから、意匠権侵害の場合にまで及んで適用されるべきではない。けだし、意匠の類否判断の論法は、登録性の有無を判断する特許庁と権利侵害の有無を判断する裁判所とは、自ずから違うものだからである。

3 に対して

実務の世界では、むしろデザイナー（創作者）を含む当業者（供給者）の視点から意匠の類否判断をする立場が普通であって、一部ではない。

意匠権侵害訴訟において裁判所は、登録意匠の類似範囲を画定する手法として、登録意匠の出願前の公知周知の意匠の存在を確認した上で、登録意匠の真の創作体がどこに存するかを把握する作業をする。この把握作業が登録意匠の要部の認定である。類否判断のための意匠の対比はその後の作業である。

4 に対して

意匠の類否判断をする者は、特許庁では審査官・審判官であり、裁判所では裁判官であり、実務界では弁理士であるが、法律上の明文がなくてもこれまで 100 年以上にわたって事実上、合理的に意匠の類否判断をして来ているのだから、今更、問題の多い判断条件を明文化する必要性はなかったのである。これはかえって、混乱を起す原因となるだけである。

5 に対して

前記事件とは、意匠法 3 条 1 項 3 号（意匠の類似）と 3 条 2 項（意匠の創作力）との適用において、その判断主体を、東京高裁六民部では両者とも当業者としていたのを、最高裁では前者を一般需要者、後者を当業者と区分けしただけのことである。

これを特許庁長官は、需要者については最終消費者（エンドユーザー）又は取次ぎ業者と説明しているが、すると意匠法は商標法と同じ立法目的となってしまう、意匠法が特許法と同根の「創作保護法」だという法の目的と矛盾することになる。また、前記古い判例については批判も多い。この判決は、「需要者」と「一般需要者」との具体的違いを明らかにしていないし、全物品分野に適用できる基準といえるのかも明らかでない。まして消費者などとは言っていない。

しかし、意匠法が創作保護法であるという根本に立

てば、美感という単に視覚を通じて見て判断するだけではなく、その実体を見通して把握した創作体の異同によって判断するのが意匠の類否判断の原則だ、ということである。

したがって、明文化することによって解釈の統一性をもたせるようにしたという説明は理由にならないばかりでなく、かえって混乱をまねくことになるだろう。

6 に対して

長官がここで答弁している事柄は、むしろ例外であって、審査官は庁内で机上での調査と判断するのが普通である。審査用の関係資料などは、全世界から収集されており、そのデータ数は世界一であるといわれている。

審査官は、美感の有無の審査などをしていないのが現実だから、美感の類否による判断などはできない。創作の異同によって類否判断をしているのが現実の姿である。

B.1 に対して

デザイン保護の世界では、大別してコピーライト・アプローチかパテント・アプローチかの2つの考え方があり、前者はヨーロッパの伝統的思想、後者は日本、米国などの伝統的思想である。近年、EU デザイン法が採るデザインアプローチの考え方があり、これは前記2つのアプローチの中間に行くデザイン保護の独自性を説くものである。しかし、いずれのアプローチ論とも創作を保護する点では共通の基盤をもつ。

ところが、改正法のように、意匠をトレードマーク・アプローチないしアンフェアコンペティション・アプローチを採る国は世界にはない。

2 に対して

最高裁判決の内容は前記のとおりだから、これがすべての意匠の類否判断で定着していると解することは誤解である。特許庁の審査自体から違う。

3 に対して

前記のように、デザイン保護の基本的考え方が世界では大別してパテント・アプローチかコピーライト・アプローチかに二分されている以上、先進国共通の実務や法制にしたがって手当したとの考え方は通用しない。長官の答弁にはすべて具体性がなく、個別質問に対するその場しのぎの姿勢が見える。

質問 C に対して

この質問に対しては長官の答弁はなかったが、救われた感じがするだろう。

意匠法は、デザインを創作して供給する側を保護するのか、市場に流通して買う側を保護するのか、わが

国の意匠法と商標法の各目的を読めばその違いは自明である。

2.2 衆議院経済産業委員会から

牧原秀樹議員（自民）の質問

需要者の視覚による美感という判断基準を入れたとしても、日本で大体コンセンサスがあったとしても、中国や外の国に行ったときに、この需要者による美感という判断基準が用いられているわけでは必ずしもないわけで、同じ判断になったとしても随分違いがあり得る。海外における模倣では、現実的にどう被害に直面しているのか。

中嶋長官の答弁

中国、韓国を初めとする模倣品がアジア全域に流通するだけでなく、わが国に逆流してくる形で模倣品被害が大きな広がりを見せている。

諸外国の意匠の類似判断の基準は、制度上、EU デザイン法では類似の判断主体は情報に通じた使用者、ユーザーと規定する。米国は判例法では、判断主体は通常の観察者である。中国でも、判例や特許庁の意匠の審査基準では、類似判断の主体は一般消費者となっている。その意味で、主要各国の意匠の類似の判断主体は、おおむね一般の消費者ととらえられている。

今後は、アジア諸国に日本から意匠の審査官等の専門家を派遣し実務レベルの会合を開くとか、アジアの途上国の意匠審査官を研修生として受け入れとか、類否の判断基準に関する情報を共有していくことに努める。

質疑応答の解析

1 審議している法案はわが国意匠法であり、意匠法 24 条 2 項で当該規定を挿入することの当否を質問すべきであった。この判断基準は、その規定位置からすると、登録意匠に対するそれであって、特許庁の審査における出願意匠に対するものではないことになるから、そこを明確に指摘し、明解な答えを引き出すべきであったにもかかわらず、その不可思議を指摘していない。

2 長官は、EU、米国、中国における意匠の類否判断の主体をユーザーや通常の観察者をあげているが、その判断とは特許庁におけるそれなのか、侵害裁判所におけるそれなのか明らかにしていない。

筆者は、JICA や発明協会ベースで行われている発展途上国の政府関係者や実務者らに対する研修に毎年参加し意匠法を講義しているが、スタンスとしては常に創作保護法の哲学を遵守するようにしている。

一般消費者やユーザーの立場は千差万別であるし、まして彼らの美感たるや平均的に共通したものではない。これに対し、発展途上国の研修生に対しては、創

作保護の観点からの説明が確実に理解されている。

しかし、長官の答弁どおりに専門家を派遣するとすれば、意匠課の技官ではなく、商標課の事務官の方が適当というべきだろう。

野田佳彦議員（民主）の質問

1 意匠法 2 条の定義規定と実際の意匠実務の間の乖離があるのではないかと。「視覚を通じて美感を起こさせるもの」とは、人の主観によって随分違い、解釈の余地が相当あると思う。

2 美感とは、美という表現を使うことがいいかどうかは疑問。今度は、24 条、意匠の類似判断で、需要者の視覚による美感に基づいて行くと、あえて「需要者」という言葉が今回の法改正の中で明記されたが、需要者とは物品を買う消費者とか、それを取り扱う業者が需要者と思うが、あえて 24 条に需要者による視覚という文言を入れた理由を明らかにしてほしい。

中嶋長官の答弁

1 意匠の定義規定から、審査に当たって美感の有無も判断することになっている。

ただ実際上は、実務上一番大事な意匠の審査における判断は、新規性と創作容易性が一番のコアである。

実務的に例を見ると、機能とか作用の効果を主目的としたもので、殆ど美的処理がなされていないものや、煩雑な感じを与えるだけで美的処理がなされていないものは、美感を起こさせないということで、拒絶の対象となり得る審査基準となっている。

美感は主観的なものであり、一義的に詳細にわたり明確に規定することは容易でないが、審査実務の積み重ねによって可能な限り審査官間の判断差違を防止する。美感の有無を理由に登録を認めない例は少なく、若干はある。

2 2つの意匠が類似するか否かの判断は、登録の可否を判断する審査の際、あるいは侵害か否かの争い時に、意匠権の効力の範囲を定める際に必要となる重要な要素である。具体的には、新規性の判断において、また侵害かどうかの意匠権の効力範囲について、必要となってくる。これには最高裁の判例があり、一般需要者の視点から見た美感の類否で判断すると解釈された。しかし、実務の一部には、デザイナーなどの当業者が、プロの専門家の視点から評価すべきとの主張があり、意匠の類似判断が不明瞭になっているという懸念が指摘されている。

意匠の新規性における類似判断は、ヨーロッパ、米国を見ても一般需要者、消費者の視点で行っている。意匠の創作容易性の判断は、ある意味でデザイナーな

どの当業者の視点が必要になってくる。今回の改正では、意匠の類似判断については需要者の美感に基づいて行うことを明確化し、関係者において認識の統一性をもって類似判断が可能となるようにした。

質疑応答の解析

1 長官は、美感の有無についても審査上、判断していると答弁しているが、もしそれがあったとしても、現行の昭和 34 年法が施行された直後の頃にはあったかも知れないが、今日では「美感」なしで拒絶された審査例は聞いたことがない。

2 ここでも、意匠法 24 条 2 項の規定位置が問題となっているが、この章節の位置からすれば専ら意匠権侵害事件においてのみ適用されるはずであり、出願意匠に対しては適用されないと考えるのが自然であり、出願意匠の審査にも適用されると解するのは無理である。

すると特許庁における運用はどうするのか。また侵害裁判所においては、従来、公知例を引用して登録意匠の要部を把握した上で意匠の類否判断をするという多くの蓄積した裁判例による意匠の類否判断の方法ないし基準の確立はどうなるのか。

2.3 審議会小委員会の議論から

前記した国会における特許庁長官の答弁を補いかつ明らかにするような答弁が、その前に行われている審議会の意匠小委員会での議論の中に見られる。ここで答弁するのは田川審議室長である。

第 1 には、意匠の「類似」を混同と考えるとする事についての答弁である。

平成 18 年 1 月 25 日の議事録を見ると、峯委員（弁理士）や牧野委員（元東京高裁判事・弁護士）の痛烈な指摘にもかかわらず審議室長の答弁は、「意匠法自体が保護しようとするのは、当然そのデザインでございませけれども、実際にそれを評価するフィールドというのはやはり市場ということでございます。商標的な誤認・混同の方に傾くというよりも、意匠法的前提として、そうした経済活動というもの、あるいは需要者といったものを前提にした議論というものはそれほどおかしいものではないのではないかと思っております。」と、意匠法の存在意義を知らない素人のような、反意匠法的で親商標法的な答弁をしている。

しかし、意匠法や登録意匠について、立法者がこの程度の認識であるとするれば、同じレベルから特許法や特許発明を論じて、商標法的な議論しかできないことになるだろう。

第 2 には、「需要者」についての峯委員の質問に対する同室長の答弁である。

「問題意識としては繰り返してございますが、意匠権の範囲の予見可能性というのが非常に狭いと、すなわち類否の判断の基礎というものがきちんと定まっていけないのではないかとということでございます。例えば看者ということである場合には、当業者、デザイナーなり、ある場合には需要者となるということでございます。これにつきましては、既に最高裁判例におきまして、需要者に与える美感というものを基礎とすることが既に定着をしております。それをはっきりさせることによって、類否判断の手法や類否判断の基準をつくる場合にも、まず、その主体というものをはっきりさせることによって、明確化が図られると考えているところでございます。」

また、峯委員が「そうすると各事案において、需要者がだれなのかということをお個別に特定しなければいけない。そういう作業がさらに加わってくるのではないか。その特定次第によっては、類否判断において、細かさ、視点というものがまた変わってくるかもしれない。とするならば、この『需要者』という言葉を用いることで原作者の目で判断するというのを否定したいという趣旨だと、以前にお伺いいたしましたけれども、そのことを離れて、さらに需要者はだれなのだという点について、新たな問題を引き起こすおそれがある、そういう問題をはらんでいるのではないかとありますが、それはいかがでしょうか。」と質問しているのに対し、次のように答弁している。

「そこは物品の性格によって、当然に需要者の性格というのは変わってくると思います。結局この需要者、ある物品にとって最も経済的な価値を評価し得る需要者というところが実際には判断の基準になってくるのではないかとこのように考えております。」

さらに、峯委員が「ここで一たん『需要者』という言葉が入ってきますと、客観的な看者、想像上の判断者である看者というものが、需要者という市場における個々の集合体として、あたかも現実に存在し得る、あるいは現実に存在する観察者であるかのように位置づけられるようになりはしないか。そして、その結果として、市場における混同という面が強調されて、現在では運用を変えないというお気持ちかと思いますが、次第に、5年、10年経るうちに需要という言葉に基づいて混同というような方向に強く傾いていく、そういうおそれはないのでしょうか。」と迫ったのに対し、次のように答弁している。

「ご指摘の点は、創作法である意匠法というものが、商標的な誤認・混同説に傾いていく可能性がないかと

いうことでございますけれども、意匠法自体が保護しようとするのは、当然そのデザインでございますけれども、実際にそれを評価するフィールドということやはり市場ということでございます。商標的な誤認・混同の方に傾くというよりも、意匠法の前提として、そうした経済活動というもの、あるいは需要者といったものを前提にした議論というものはそれほどおかしなものではないのではないかと考えております。」

『ホース事件』による最高裁判例、確かに昭和40年代の判例ではございますけれども、現在でもその考え方はほとんどの判例におきまして、踏襲をされていると考えております。その消費者の視点を見て、今回、私どもの問題意識というのは、まさしくデザインを保護するに際して、意匠権の範囲というものが予見可能性が低いのではないかとこのようにまず問題点がございまして、それとご指摘のいろんなデザイン観の変遷というのはあると思いますけれども、デザイン観の変遷と権利範囲をどういうふうに解釈していくかということは、これは両立し得る議論ではないかというふうに思っております。いずれにしても現在の類否判断の実務というものが変更されるものではございません。あくまでもその予見可能性を高めるための基礎づけとして『需要者』ということをお今回盛り込みたいということでございます。」

これらの質疑応答で注目すべきことは、峯委員が指摘しているように、審議室長は、意匠の類否判断を原作者の目で行うことを否定し、専ら流通市場における「消費者の目」で行うと認識していることである。さらに、登録意匠の類似範囲とは、その「予見可能性」という不可思議な見地から判断することから、その人的基準は需要者がよいと考えているようである。

しかし、もし前者の発言が本当であれば、知的財産法の全体像における意匠法の位置づけや存在意義についての不勉強を証明していることになるが、それに対して意匠実務の専門家集団である意匠課は、このような素人の答弁に対し表立って何の異論も示していないのは不思議である。

3. 東京地裁の DVD 著作権裁判

さて、パラマウント・ピクチャーズ・コーポレーションが株式会社ファーストトレーディングを相手にした映画 DVD 商品の製造頒布中止の仮処分事件において、東京地裁は、本件映画の著作権のわが国における存続期間の満了による消滅を理由に、平成18年7月11日、申立却下の決定をしたが、これは著作権法の一規定を

めぐる司法による行政府の法解釈の誤りを断じた事例として注目される。⁽⁸⁾

この決定に対しては即時抗告されたが、東京地裁は、債権者がその主張を依拠したと思われる文化庁及び文化庁側に立って解説している多くの書物をあげて、その誤った解釈を全部糾弾しているのである。

3.1 本法改正法附則 2 条の適用

まず裁判所は、著作権法 54 条 1 項と 57 条の規定は、「年によって期間を定めた」（民 140 条）ものであって、「時間によって期間を定めた」（民 139 条）ものではないとし、年によって期間を定めた場合は、「期間は、その末日の終了をもって満了する。」（民 141 条）とされるから、保護期間の満了を把握する基本的な単位は「日」となるべきであると説示する。そして、改正著作権法附則 2 条の規定は、施行期日である平成 16 年 1 月 1 日において、映画の著作物の著作権の存否についての問題に、「年によって期間を定め」、「末日」の終了をもって満了することを前提とする限り、昭和 28 年（1953）に米国において最初に公表された本件映画の著作権は、わが国において昭和 29 年（1954）1 月 1 日から満 50 年の平成 15 年（2003）12 月 31 日に存続期間は満了したと判断した。

したがって、「本件改正法が施行された平成 16 年 1 月 1 日においては、改正前の著作権法による著作権は既に消滅している。よって、本件改正法附則 2 条により、本件改正法の適用はなく、なお従前の例によることになり、本件映画の著作権は、既に存続期間の満了により消滅したものとわがざるを得ない。」としたのである。

これについて債権者は、本件映画の本来の保護期間が平成 15 年 12 月 31 日午後 12 時までであって、平成 16 年 1 月 1 日午前零時と同時であるから、本件改正法の施行の際、現に改正前の著作権法による著作権が存していたと主張し、文化庁長官官房著作権課も、同様の見解を表明していたという。

これに対し裁判所は、確かに、本件映画の保護期間の満了を『時間』をもって表現すれば、平成 15 年 12 月 31 日午後 12 時となる。しかしながら、著作権法 54 条 1 項及び 57 条の規定は、『年によって期間を定めた』（民法 140 条）ものであって、『時間によって期間を定めた』（同法 139 条）ものではない。年によって期間を定めた場合は、『期間は、その末日の終了をもって満了する。』（同法 141 条）とされるから、あくまでも、保護期間の満了を把握する基本的な単位は『日』となるというべきである。」と認定したのである。

そして、「そもそも、本件改正法の附則中に、映画の著作物の著作権の存否を問題とするに当たって、一瞬を指す意味の「時間」の単位でとらえるべきであるとする文理上の手がかりはない。また、本件改正法が平成 16 年 1 月 1 日午前零時の瞬間から施行されるとしても、「施行の際」との文言によって、その施行の一瞬を切り取るべきものでもない。」という。

このように、裁判所は、本件改正法附則 2 条の適用に関する文化庁の見解は、文理解釈上誤りであるから、採用することができないと断じたのである。

3.2 国会審議の議事録

これに対し債権者は、現行著作権法の立法過程において、政府委員の答弁による解釈に立脚して、おそくとも昭和 46 年から今日まで文化庁の解釈を前提とする著作権実務が運用されてきていると主張し、国務大臣や政府委員（文化庁次長）らの答弁説明を引用したが、裁判所は、本件改正法の国会の審議において、昭和 45 年 12 月 31 日に保護期間が満了する著作物について現行著作権法が適用されるか否かに関し、具体的な説明も質疑もなされていないことを明らかにした。したがって、昭和 45 年 12 月 31 日に保護期間が満了する著作物について、昭和 46 年 1 月 1 日に施行された現行著作権法が適用されるということは、文理解釈上、困難であると認定したのである。

さらに、「仮に、現行の著作権法施行の際の適用関係について、当初昭和 37 年 12 月 31 日に保護期間が満了する予定であった著作物を現行の著作権法によって引き続き保護したいという立法者意思を認め、合目的に、昭和 45 年 12 月 31 日に保護期間が満了する著作物につき昭和 46 年 1 月 1 日に施行された現行の著作権法が適用されると解するとしても、本件改正法附則 2 条につきこれと同様に解すべき立法者の意思を汲み取ることは困難である。すなわち、上記イ（オ）のとおり、本件改正法の国会における審議の会議録には、本件改正法附則 2 条の適用関係に関する記載や、保護期間を延長した場合に対象となる映画やその公表時期に関する記載はなく、本件改正法の適用関係について、国会における立法段階での具体的な審議はされていないものと推認される。よって、本件改正法附則 2 条については、平成 15 年 12 月 31 日に保護期間が満了する著作物を保護するためのものであったという立法者意思を認めることはできない。」と説示した。

裁判所をしてこのような判断をせざるを得なかった理由の一つは、国会における立法段階で具体的な審議がなされたとの記録が議事録になかったことをあげて

いるが、そこからは本件改正法附則 2 条について、平成 15 年 12 月 31 日に保護期間が満了する著作物を保護するためのものであったという立法者の意思は確認できないと説示しているのであり、この説示は注目すべきである。

3.3 文化庁見解の誤り

債権者は、債権者が主張する文化庁筋の解釈を前提とする実務が運用され定着しているのだから、法的安定性を考慮すべきであると主張したのに対し、裁判所はきっぱりと、次のように断じている。

「本件改正法附則 2 条の適用関係に関する文化庁の上記見解は、従前司法判断を受けたものではなく、これが法的に誤ったものである以上、誤った解釈を前提とする運用を将来においても維持することが、法的安定性に資することにはならない。」

また、債権者は、知的財産権の保護を重視する時代の要請を指摘したが、これに対し裁判所は、「著作権法は、著作者の権利を定め、その文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作権者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与することを目的とした法律である（著作権法 1 条）。上記著作権法の目的を実現し、知的な創造活動を促進して、より高度な創造に向けた意欲を与え、他方で、その成果を活用して社会を進展させるために、権利の保護と公正な利用のバランスを失してはならないことはいままでもない。」と説示するとともに、著作権法 119 条以下の刑事罰の規定を引用し、「改正法の適用の有無は、文理上明確でなければならない、利用者にも理解できる立法をすべきであり、著作権者の保護のみを強調することは妥当でない。」と説示している。その結果、本件映画については、本件改正法は適用されず、平成 15 年 12 月 31 日の終了をもって保護期間が終了したから、パブリックドメンに帰属する著作物であるとして、債権者の被保全権利は認められないと判断した。

3.4 すべては法の目的から始まる

筆者は、知的財産法分野について多くの論文や判例批評を書いているが、思考に窮したら、立法の故郷である法の目的規定 1 条に帰れと常に肝に銘じている。本稿と同時進行で、職務発明者の「相当の対価」をめぐる特許法 35 条 3 項の問題を再度研究している中で、中村修二対日亜化学工業（株）事件における東京高裁による「和解の考え」を読み直してみて、そこに「相当の対価」の金額は、「発明を奨励し」、「産業の発達に寄与する」との特許法 1 条の目的に沿ったものであるべきだと説示しているのに改めて気が付いた。一見、

従業員の職務発明の対価と特許法の目的とは関係がないように思えるが、実はそうではなかったのである。

これと同じことが、意匠の類否判断基準を画定するにあたっては、意匠法 1 条の目的に沿ったものか否かを考える必要があるということを書きたい。そして、改正意匠法 24 条 2 項の規定や行政府（立法者）の解釈が、「意匠の創作を奨励し」、「産業の発達に寄与する」との意匠法 1 条の目的に沿ったものであるかどうかを問いたい。意匠法は特許法と同様、使用者等や従業者等の意匠の創作へのインセンティブ法であることが明らかであるところ、商標法 1 条を見よ。ここには「産業の発達に寄与する」に加えて、「需要者の利益を保護する」とある。

このように立法の目的の相違を知れば、何人も 24 条 2 項についての行政府の解釈の誤りが明らかであることがわかるだろう。その意味で前記東京高裁の和解の考え方は、新条項に対する司法の教訓となるだろう。

4. 意匠の類否判断の現実と矛盾

4.1 筆者は弁理士試験委員だった昔のことを思い出す。口述試験で筆者は、受験生に対し次のような質問をしたのだ。

「盲目の人は意匠の類否判断ができますか。」

受験生の答えは異口同音に「できません。」であった。理由とは聞くと、「視覚を通じて美感を起こさせる」という意匠の定義を満たしていないからという。

筆者のこの質問は、予め用意されていた本題に入る前の前提として聞いたものであったのだが、同室の試験委員であった吉藤幸朔先生から、一グループ全員の口述試験が終わった後で、余計なことは質問するなどの注意を受けた。

本題の質問事項が何であったかは忘れたが、おそらく意匠法 23 条がらみのことであつたと思う。

4.2 ところで、審決でも判決でもその理由説明を読むと、登録意匠や引用意匠やイ号意匠に係る形態(かたち)の構成態様について、言葉によって詳細に説明されている。しかし、これは、およそ「視覚によって美感を起こさせる」ものという意匠の定義とは矛盾する行為である。即ち、現行意匠法は「意匠」の定義規定において、五感のうち特に「視覚」を選んだが、その視覚が起こす「美感」を言葉で正確に説明することは、デザイナーではない審判官や裁判官や弁理士にはとうてい無理である。

筆者は弁理士としていろいろな鑑定をするが、特許権侵害の鑑定の方が意匠権侵害の鑑定よりはるかに易

しい。けだし、特許権の場合は、鑑定の前提となる明細書や特許請求の範囲に記載されている言葉(日本語)が確定しているから、そこから出発することができるのに対し、意匠権の場合は、鑑定の前提となる言葉が存在しないから、まず言葉作りから始めなければならないのである。その時には、「視覚」や「美感」は影も形もないのである。それらが登場するのは、鑑定の終りにおいて、付け足して格好をつけるだけである。そして、この事実は、審決文や判決文を読めば一目瞭然である。

すると、審判官も裁判官も、そしてわれわれ弁理士も、意匠の類否判断は専ら対比する意匠との創作の異同によって行っているのであり、そのためには登録意匠や引用意匠やイ号意匠のそれぞれがどのような創作性を有するものなのかを、言葉によって長々と説明するのである。また、意匠権侵害訴訟にあっては、登録意匠の出願前の公知意匠を持ち出して登録意匠の範囲、即ちその要部なるものを画定した上でイ号意匠と対比し、登録意匠の要部を具備しているとかしていないとかを認定する。ということは、意匠権侵害事件において意匠の類否判断は、人間の脳において、視覚を通じて何らかの美感を起こすという右脳支配の感性から左脳支配の理性に伝達し、それを悟性によって論理的に判断するという過程を経ていることになる。

4.3 以上が意匠の類否判断の現実の姿であるから、新 24 条 2 項の規定が、意匠法の過去及び現在、そして将来の運用とは矛盾しているものであることは誰の眼にも明らかである。にもかかわらず、何故このような規定を制定することになったのだろうか。

かつて審判長時代の江藤哲氏は、筆者が面談に訪れた時に言われたものだ。拒絶査定不服の審判を請求するときは、「理由は何にも書かなくていいよ。本願意匠は引用意匠とは類似しない、と書くだけでいいよ。」と。すると、審決では、視覚を通じて美感が違うから、意匠は類似しないという理由だけで終るのかと思ったら、両意匠の創作上の相違点が詳しく書かれてあった。審決を受けた後に面接に伺った時、江藤氏は言われた。「後があるからね。」この「後」とは、東京高裁のことである。

江藤氏が言われた「後」には、後に控える方々に「美感」を云々してもわからないから、「形態(かたち)」を言葉で説明しておかねば理解してもらえないだろうという含みがあったと思う。けだし、裁判官の方々は、言葉で理屈をこねることは得意だから、言葉で説明すれば、「形態」の構成態様についても理性で想像して

もらえるからである。

筆者が、意匠は創作であって、美感や印象や注意は創作を把握するための入口であり、識別や混同はその結果であると繰返し断言しているのは、意匠の類否判断法の真実を突いているからである。ところが、侵害裁判所の判断手法は、登録意匠の要部を把握しそれが登録意匠が発生して存在する原因となる創作体であることをよく理解していながら、判断思考はそこで止まり、同時にこの原因たるものを忘れてしまい、結果としての識別や混同の方に判断の目を移してしまっている。そして、無意識のうちに、同じく類似を扱う商標の類否判断の手法と混同する矛盾に陥ってしまうのである。しかし、これは、商標法と同類の不正競争防止法の問題であればよいが、あくまでも意匠の類似を扱う意匠法上の問題である。

なお、今回の改正意匠法 24 条 2 項の制定に際し、立法者(行政府)が参考にしたという 2 つの最高裁判決は、意匠の類否判断の物的基準を創作の異同と解したのであれば正しいが、人的基準を一般需要者と解したことは、これと矛盾する。前者の物的基準に対応すべき人的基準は、意匠法では正しくは当業者であり製造者(デザイナー)でなければならない。したがって、最高裁は将来、事案が上告されて来た時には、これを受理され、この問題を審理し直すべきであると筆者は考えているが、いかがだろうか。

5. むすび

5.1 今回の改正意匠法案の参衆両議院の経済産業委員会における審議を見ていると、政府委員(特許庁長官)は、意匠の類否判断の主体として商品を購入する消費者を連発しているから、需要者や取引業者なる主体概念が飛んでしまっているし、それ以外の真の主体であるデザインを創作して世に提供する供給者であるデザイナーや製造者を含む当業者はカヤの外の存在とされている。

すると、すでに筆者が指摘したように、商品の外観を見てどのような美感を起こすかによって意匠の類否を決めるとすれば、意匠権侵害事件において登録意匠の創作体を把握する作業は必要ないことになるから、被告は公知周知の意匠を証拠に提出する意味がなくなる。

一方、出願意匠に対しては意匠法 24 条 2 項の規定の適用はないと解されるにもかかわらず、政府委員は国会ではその規定の趣旨を無視していろいろと説明していることは、矛盾したり筋が通らず趣旨が一貫していないことになる。

そこで、今回の意匠法改正で立法者（行政府）が唯一の依拠とした 2 つの最高裁の判決例は、いずれも出願系のものであって侵害系のものではない。にもかかわらず、意匠の類否判断の基準が 24 条 2 項という意匠権の章節に規定されたことは矛盾であり違法であるという主張との対立については、また逆に意匠権侵害訴訟で問題となる意匠の類否判断をする場合には適用できても、特許庁の審査・審判での出願意匠の類否判断には適用できないという主張との対立については、将来、司法による判断があるかも知れない。その意味で、前記 DVD 著作権訴訟の東京地裁の決定は、広く知財事件に対する教訓となったといえるのであり、また職務発明者の相当対価をめぐる特許法 35 条 3 項の適用に関して表明した東京高裁の和解の考え方もまた、24 条 2 項の適用を考えるときの教訓となるといえる。

5.2 国会に提出された法律案要綱によると、今回の改正意匠法等の施行期日は、原則として公布の日から起算して 1 年を超えない範囲内で政令で定められているが、第 4 及び第 15 については公布日から起算して 3 月を超えない範囲で、第 2、第 9、第 10 については平成 19 年 1 月 1 日から、それぞれ施行するとされている。すると、これらに該当しない第 8 について意匠法 24 条 2 項の施行日は前記例外には含まれず、平成 19 年 4 月 1 日ということになる。

しかし、第 10 の罰則規定はその 3 か月前の 1 月 1 日からの施行となると、この 3 か月間は意匠権侵害の刑事事件において意匠の類否判断については現行法下の考え方で行わねばならず、新 24 条 2 項の適用はないという不統一な解釈をしなければならないことになる。教訓となる前記東京地裁の決定では、著作権 119 条以下の刑事罰の規定についても言及しているから、改正意匠法中の規定の各施行日についても疑問があるといわねばならない。

5.3 以上のように、特許庁と裁判所を相手とするわれわれ弁理士は、改正意匠法の規定をめぐる前述した種々の疑問点に目をつぶることなく、じっくりと考えながら仕事をしていかねばならないだろう。

なお、ここに発表した改正意匠法の 24 条 2 項論については、筆者がすでに発表している今回の改正意匠法全般に対する批判の中で論及している事項と重複する部分があることをお赦しいただきたい。これは、真実は一つであることを物語るものである。

注

- (1) 「意匠法等の一部を改正する法律の概要」コピライト 2006 年 8 月号 25 頁
- (2) 筆者がここにいる司法判断とは、東京地裁平成 18 (ヨ) 22044 号 平成 18 年 7 月 11 日決定 (申立却下) の著作権仮処分命令申立事件である。
- (3) 登録デザイン法 1 条 1 項は次のように規定する
 - 1-(1) In this Act “design” means features of shape, configuration, pattern or ornament applied to an article by any industrial process, being features which in the finished article appeal to and are judged by the eye, but does not include-
 - (a) a method or principle of construction, or
 - (b) features of shape or configuration of an article which-
 - (i) are dictated solely by the function which the article has to perform, or
 - (ii) are dependent upon the appearance of another article of which the article is intended by the author of the design to form an integral part.
- (4) 牛木理一「意匠は創作か識別か - 舟本説を中心に考える」パテント 1982 年 3 月号 33 頁・4 月号 49 頁、牛木理一「デザインキャラクターパブリシティの保護」67 頁 悠々社 (2005)。筆者の前記論文は、舟木信光先生 (当時、東京地裁判事) が豊崎光衛先生の追悼論文集「無体財産法と商事法の諸問題」(有斐閣 1981) に寄稿発表された「意匠の識別機能について - 美感を起こさせるもの -」に対する批判であったが、後日、ある会でお会いする機会があった際に互いの論文のことを話し合った中で舟木先生から、「考え方が浅かったかも知れない。」という言葉聞いたことを筆者は今でも覚えている。
- (5) 両事件判決の詳細については、牛木理一「意匠法の研究 (四訂版)」128 頁以下 発明協会 (1994)。牛木理一「意匠権侵害 - 理論と実際」46 頁以下 経済産業調査会 (2003)。なお、この 2 つの事件判決を一早く取り上げた拙稿としては、①東京高裁の 2 つの判決を論じた「意匠の類似と創作力」パテント 1974 年 2 月号 15 頁、②ホース事件の最高裁判決を論じた「意匠法第 3 条第 2 項の新しい解釈」パテント 1974 年 5 月号 47 頁、③帽子事件の最高裁判決を論じた「帽子の迷い (続・意匠の類似と創作力)」パテント 1976 年 1 月号がある。いずれも意匠出願の代理人であった「ホース事件」は故中島信一先生の、「帽子事件」は故松田喬先生の奮闘がしのばれる。前記①②については、佐藤繁最高裁調査官の「解説」でも紹介されている。
- (6) 意匠法 41 条が特許法 104 条の 3 (特許権者等の権利行使の制限) の規定を準用している意味を考えよ。同条が適用される意匠権とは、特許権の特許発明の場合と同様に、その登録意匠に要求される新規性 (客観的創作性) や創作力等の登録要件が欠如している場合を予想しているのである。
- (7) 牛木掲掲「研究」316 頁以下、牛木理一「キャラクター戦略と商品化権」69 頁以下 発明協会 (2000)。
- (8) 牛木理一「映画 DVD 製造等仮処分事件」特許ニュース 2006 年 8 月 9 日号。

(原稿受領 2006.8.14)