

## 中国における意匠の類否判断と改正審査指南の方向

加 藤 恒 久\*

**抄 録** 本論は、中国において、日本のオートバイメーカーである本田技研工業株式会社（以下ホンダという。）が受けた物品「小型オートバイ」の意匠特許をめぐって争われた知的財産権局復審委員会での意匠特許の無効宣告決定事件及びその決定取消の訴訟事件を概観し、中国の意匠の類否判断内容を、わが国の意匠の類否判断基準に照らしつつ明らかにし、更に2004年7月1日に改正された同国の審査指南（わが国の審査基準に相当する。）の方向性を探ろうとするものである。

### 目 次

1. はしがき
2. 復審委員会における無効宣告請求事件
  2. 1 判断の対象と争点
  2. 2 復審委員会の決定（第3669号）
  2. 3 論 評
3. 北京市第一中级人民法院判決
  3. 1 原告の主張
  3. 2 判 旨
  3. 3 論 評
4. 北京市高级人民法院判決
  4. 1 判 旨
  4. 2 論 評
5. 審査指南の改正
  5. 1 改正の方向
  5. 2 判断主体
  5. 3 判断原則
  5. 4 観察方法
  5. 5 判断方法

### 1. はしがき

中国は、約13億人の人口を擁し、人口100万人以上の都市が100以上あり、そこに500社ほどのオートバイメーカーがあるといわれており、それだけのスケールであれば、工業所有権に関する争いにこと欠かないだろう。従って、あまり多いとはいえない意匠権侵害事件もそれなり

に発生することになる。

しかし、単にそのようなスケールによる事件の発生だけでなく、模倣のし易さという点から見て、今後の事態が予想される。商標の場合は、同一又は類似の商標を使用することによって、有名メーカーの製品と混同させることは、商標を商品に付すだけであるから、模倣のし易さから見るならば、商標が一番模倣し易く、簡単に実行できるので、商標のニセモノ事件<sup>1)</sup>が後を絶たないのは予想されるであろう。

それとともに、意匠権侵害の発生も中国では予想以上に多いのではないと思われる。その原因としては、勿論色々あるが、意匠は物品の外観であり、その外観を模倣する技術が中国ではかなりの程度において普及し習得していると考えられるからである。これまで、先進国のメーカーが大挙して進出し、それとともに工作機械が搬入され、その結果技術レベルが向上した。とりわけ日本の金型業者が苦境に陥っているところからもわかるように、金型技術の向上は著しく、製品から簡単に金型を起こし、その部品を再生産できるようになった点が挙げられる。この点、特許発明に係る技術は、難易の幅はあ

\* 弁理士・法学博士 金沢工業大学大学院客員教授  
Tsunehisa KATO

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

るが、容易に模倣できるほど技術的習熟度が熟しているとはいえない。予断は許さないが、まだここ当分は、特許権侵害で問題を起こす傾向より、登録意匠とりわけ有名製品の物品の外観を真似る意匠権侵害の事案が多く発生し、意匠権行使の対抗手段として、中国メーカーより無効審判が請求されるというケースが予想される。

そのような状況において、コピー製品を製造する中国メーカーに対して、日本のオートバイメーカーを代表するホンダが、オートバイの意匠権を行使しようとしたところ、反対にホンダの意匠登録の無効審判が請求され、それについて知識産権局専利復審委員会で登録を取消すとの審決があった。これに対してホンダは第一審の北京市第一中級人民法院に出訴したが、そこで同審決を維持するとの判決が行われ、更に第二審たる北京市高級人民法院に出訴し、ようやく無効審決を取消すとの判決を勝ち取った。このホンダのオートバイをめぐる事案はおおいに参考になるものと思われるため、本稿においては、本事案を概観し且つその意義を探る。またこれらの判決に影響されたのであろうか、2004年7月1日付けで審査指南が改定されたが、本稿は、改定審査指南と従前の審査基準との差異を検討して、中国意匠法の解釈論に影響があったのかどうかを検証し、今後の指針を探ろうとするものである。

なおこの事件に関しては、既にいくつかの論評が発表されている<sup>2)</sup>ので併せて参照されたい。

## 2. 復審委員会における無効宣告請求事件

### 2.1 判断の対象と争点

#### 1) 本件特許意匠

権利者：本田技研工業株式会社

出願日：1993年7月1日

優先日：1993年5月14日

登録日：1994年6月1日

登録番号：意匠特許第93303569.1号

意匠に係る物品：小型オートバイ



#### 2) 引用先願特許意匠

権利者：光阻工業股份有限公司(台湾高雄市)

出願日：1992年11月8日

登録日：1994年1月5日

登録番号：意匠特許第92307683.2号

意匠に係る物品：オートバイ



#### 3) 争点

本件の請求人は中国企業3社で、被請求人はホンダである。その背景としては、中国企業3社が、本件特許意匠と同じオートバイを実施し、ホンダが侵害訴訟を提起したところ、対抗手段として、中国企業3社より復審委員会に意匠特許の無効宣告の請求が提起されたものである。

復審委員会では、本件意匠特許が、引用意匠

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

特許の出願（1992年11月8日）後、登録（1994年1月5日）前である1993年7月1日の出願に係り、両意匠は先後願の関係にあるところから、「二人以上の出願人が同一の発明創造について個別に特許出願した場合、特許権は最先の出願人に付与される」<sup>3)</sup>なる中国特許法第9条（先願主義）の規定違反で特許されたかどうか争われた。

## 2.2 復審委員会の決定（第3669号）

復審委員会は、「参照自動二輪車と比較した場合、テール部の形状、マフラーの形状及びバックミラーの形状に本特許との相違点が見られる。ランプシェードのランプの取付け台も異なっており、その他、ミラーの構造にも差異が見られる。しかしながら、復審委員会は、全体として、上記相違点は部分的かつ局所的な変更によるものであり、視認できない場所に組み付けられていると考えている。本特許及び参照自動二輪車によると、自動二輪車の車体全体、フレームの形状、自動二輪車ヘッドの緩和曲線部分、フロントカバー、ステップフロア、シートを含む大半の主要部品の形状及び配置に関しては、同一もしくは類似の意匠が用いられている。従って、本特許及び参照自動二輪車は双方とも、外観の形状全体についていえば、視覚的效果は同じであり、特に比較する場所と時間が異なっていて直接比較できないような場合、バイヤーは双方の意匠につき混乱し、まごつくことになると思われる。従って、二つの意匠は類似しており、換言すると、本特許及び参照自動二輪車は同一の発明一考案に属しているといえる。復審委員会は、本出願の方が後から出された出願であり、同じ発明一考案に関して中国特許庁に本出願を行った日付以前に他人が同じ意匠を提出しているが故に中国特許法第9条の条件を満たしていないとの判断を示す。」とした。

## 2.3 論 評

本決定は、相違点と共通点に分け、相違点を局所的で視認しにくい部分であるとし、それ以外の主要部分が意匠を同じくしていると認定しているのであるが、このような認定手法は、わが国の審判決においてもよく見られるところであり、認定の適否は別として、非難されるべきものではない<sup>4)</sup>。

次に、主要部品の形状及び配置に同一又は類似の意匠を用いているので、全体形状の「視覚的效果」が同じとしている点であるが、これもわが国の「視覚を通じて美感を起こさせるもの」（日本意匠法第2条1項）に通じており、また、わが国の判例である「可とう性ホース事件」<sup>5)</sup>における「第3条第1項第3号が美感の類否を問題とする」という点でも違和感を感じず判断ではない<sup>6)</sup>。

続いて、決定は、「比較する場所と時間が異なっていて直接比較できないような場合」とし、離隔観察方法を採用している。この離隔観察方法は、わが国の通説ではなく、間接対比観察<sup>7)</sup>によるべきとされているが<sup>8)</sup>、離隔観察方法によった裁判例がないわけではない<sup>9)</sup>。離隔観察は、二つの意匠を対比するのではなく時と場所を異にして行う判断であるから、記憶に頼った判断方法であり、それは、取引においては、常に二つの製品が同時的に需要者の購入の場に存在するものではなく、時と所を異にした場において遭遇してその時以前のあやふやな記憶乃至印象で取引する状況を前提とするものである。その意味において、この離隔観察方法は、優れて競争秩序を維持することを法理念と解する競争説<sup>10)</sup>に親しむ議論であり、競争説の論理的帰結である混同説を採用する審査指南<sup>11)</sup>に忠実な判断を取り入れたものであるといえる<sup>12)</sup>。

「本特許及び参照自動二輪車は双方とも、外観の形状全体についていえば、視覚的效果は同

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

じであり、特に比較する場所と時間が異なっていて直接比較できないような場合、バイヤーは双方の意匠につき混乱し、まごつくことになる」との判断は、明らかに、混同説に基づく判断である。

まず、本決定は、判断主体を「バイヤー」としているが<sup>13)</sup>、「バイヤー」が「購入者」であり、「消費者」に等しければ、形式上審査指南に規定されているとおりの基準に従っているといえる<sup>14)</sup>。しかし、「意匠製品の一般消費者」あるいは「対比意匠製品の同一又は類似の意匠を常識的に判断できる」という文言を反映させているかどうかは不明である。

要部判断あるいは全体観察・総合判断<sup>15)</sup>という点では、本決定は、「自動二輪車の車体全体、フレームの形状、自動二輪車ヘッドの緩和曲線部分、フロントカバー、ステップフロア、シートを含む大半の主要部品」としているの、「主要部品」と区別しているのは、要部抽出を行っているのではないかと思われる。なぜなら、主要な部品とは、一般の消費者の目に付き易い存在感のある部位であるはずであり、それは審査指南の定義による限り、要部であるから、少なくとも要部の確定を行っていることになるからである。

本決定は、主要な部品に注目し、その部分が「同一又は類似の意匠が用いられている」としているが、製品の事情に通じた一般消費者の目で判断すれば、賛同できないところである。決定がそのように判断したのは、「意匠製品の一般消費者」という抽象的主体で判断したからであり、「対比意匠製品の同一又は類似の意匠を常識的に判断できる」という文言を反映させた意味での一般の消費者すなわちオートバイの事情に通じた消費者の目で行っていないと思われる。

審査指南では、単に「一般の消費者」（審査指南第5章4）といているのではなく、同指南

第5章4は「意匠製品の一般消費者」となっているのであるから、これを当該意匠製品の事情に通じた消費者と解するならば、主要部品の形態をもっと注意深く、製品の事情に通じた需要者の目で行うべきであり、これを本決定は「製品一般の一般消費者」<sup>16)</sup>と読むことによって、本決定が導かれたのではないか<sup>17)</sup>。

では、単なる一般の消費者は、なぜ判断主体として採用してはいけないのであろうか。もし、意匠が製品としての識別機能を有し、法はその機能を保護し、競争秩序を維持するのが目的ならば、製品事情を知らない一般消費者の利益も守らねばならないから、「意匠製品の一般消費者」は、意匠製品一般の消費者となろうが、意匠の機能及び法目的をそのように解したのでは、意匠法の解釈が成り立たない<sup>18)</sup>。意匠の機能は、消費者の購買心を刺激して、需要を喚起し、製品の製造及び流通を盛んにすることにあり、それが故に産業法としての意匠法で保護され、「産業の発達に寄与する」ことが可能となると解される。そのような観点から類否判断における判断主体を考えるならば、製品を買おうとする購入者であり、購入者たる消費者が、製品の事情（それは機能的なもの審美的なものを含めて）を知らないで、取引を行うと考えることはナンセンスであらう。従って、「意匠製品の一般消費者」は購入しようとする当該製品の事情を知った一般消費者と解されるのである<sup>19)</sup>。そのような判断主体を想定するならば、本件における主要部品の差異が判別できないはずはない。

なお、審査指南<sup>20)</sup>では、一般消費者は、「仮想の人間」とされている。これは、意匠が視覚的存在であり、これに対して、消費者は、視覚のみによる認識主体ではないため、その判断には、視覚的認識以外の認識結果が当然に入り込むため、視覚的認識内容以外のものを排除すべきこととなり、その結果、実際には有り得ない

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ような制限された認識能力のみを有する者を想定せざるを得なかったものと理解される。その論理はわからないではないが、認識能力に制限を加えると、そのような判断主体に立って判断することが困難となり、かえって恣意的な判断が入り込む危険はないであろうか。この問題は、意匠の類否判断を、事実判断から価値判断に移さなければ解決できないといえないだろうか<sup>21)</sup>。改正審査指南（2004年7月1日施行）は、このような判断主体の仮想性をやめ、判断主体を規制するのではなく、判断内容を規制する手法を採った。

### 3. 北京市第一中級人民法院判決

#### 3.1 原告の主張

原告は、復審委員会の決定を不服として、復審委員会の決定の取消しの訴えを提起した。原告は、消費者の注意を引き易い部分としてオートバイの前面及び側面を挙げ、その違いを説明するとともに、一般消費者の内容に関して、「意匠の類似性を判断する主体は、意匠に関する製品の潜在的及び／或いは実質的購買者であるべきであり、当該購買者は必然的にその購入希望商品の一般的知識を有し、且つ当該商品の現状を理解している者でなければならない。

特に、高価な物品の購入を希望する際、購買者は通常慎重に比較して選択を行い、同類の製品を詳細に対比し、安価な商品の購入を希望する消費者と比較した場合、高価な物品を購入する購買者は商品に対して非常に高い注意力を注ぎ、且つ通常比較の高いレベルの判断力を有しており、従って、単純に意匠の類似性を判断する主体を一般的消費者と解することはできない。」と主張した。

#### 3.2 判 旨

これに対して、下記の理由による決定維持の

判決があった。

まず、両意匠の相違点について、「本特許と対比文献を比較すると、その相違点は次のとおりである。前方から見ると、対比文献の楕円形のヘッドステアリング部は本特許より若干平たく、ターンシグナルランプの間部分もよく見るとやや違いがある。本特許のフロントパネルは滑らかな曲面であるが、対比文献のフロントパネルには2本の凸縁があり、ヘッドライト内のライトの数が異なり、本特許のリアパネルは対比文献のリアパネルより滑らかでつやがある。さらに細部構造の形状が若干異なっている。」と相違点を認定したものの、「当裁判所は、原告が主張するようにオートバイの多くの部位がいずれも重要な部分であるならば、車の意匠に対して全体的な観察、総合的な判断を行う方式で、同一及び類似を判断すべきであると考えている。いわゆる総合的な判断の方式とは、本特許意匠のすべてから対比文献が同一又は類似であるか否かを決定すべきで、本件特許意匠の部分や局部から見て先願意匠と同一又は類似か否かの結論を出すべきではなく、又本件特許意匠の各部分を分割して対比文献と対比して判断してはならない。従って、原告がオートバイを幾つかの部分に分割して単独に対比を行ったことは、特許法審査指南の意匠の同一、類似の判断原則および判断方式から逸脱している。

上記二者の対比分析からわかるように、本特許及び対比文献はボディー全体、フレームの形状及び配置の上でいずれも非常に似通っており、ヘッドステアリング部、フロントパネル、ステップ部、シート、尾部など各主要構成部品の構造の形状、接続、配置などにはいずれも類似の意匠を採用しており、二者のリアパネルにおいて、一つは滑らかでつやがあり、もう一つは凹凸があつて平らではないとしても、その他の部分がいずれも類似している状況下においては、一般消費者にとって、二者の全体的な外観

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

形状が同様に映る視覚効果が生じ、特に時間や場所を変えて間接的に対比した場合、一般消費者が単純に意匠上の角度から二者を混同、誤認する恐れは十分にある。」とした。

消費者については、「前述のとおり、特許法の意義における一般消費者とは一種の仮定した人物であり、かかる消費者が製品を購入する際には、製品の形、模様、色のみ注意到注意がいくもので、価格などその他要素を考慮することはないのである。従って、原告の『貴重物品を購入する購入者は商品に対して極めて高い注意力を注ぎ、且つ一般に比較的高いレベルの判断力を有するものである』という主張に対し、当裁判所はこれを支持しない。」とした。

### 3.3 論 評

この判決の特徴は、「オートバイの多くの部位がいずれも重要な部分すなわち要部であるならば、全体観察、総合判断をすべきである」とした点である。この考え方の論拠は必ずしも明らかではないが、総合判断に対するところの要部判断においては、要部が存在しそして同時に非要部が存在するという状態を前提とするものであり、要部が多数ある場合非要部が少ないわけであるから、全体が要部となり、非要部がないわけであるから、要部判断が成立する余地がないことになり、全体観察、総合判断ということになるのであろうと推察される。

そして、そのような考えの下に、「本特許及び対比文献はボディー全体、フレームの形状及び配置の上でいずれも非常に似通っており、」とする点では、全体観察、総合判断のような観を呈しているが、続けて、「ヘッドステアリング部、フロントパネル、ステップ部、シート、尾部など各主要構成部品の構造の形状、接続、配置」に言及しているが、このような各部の検討は、自らいうように「本件特許意匠の部分や局部から見て先願意匠と同一又は類似か否かの

結論を出すべきではなく、また本件特許意匠の各部分を分割して対比文献と対比して判断してはならない。」とする原則に矛盾しないのであろうか。

この点、わが国の裁判例では、たとえば、「意匠の類似、非類似の判断に際しては、対象となる意匠は、各部分各要素を総合した統一体として評価される」<sup>22)</sup> というように、意匠は物品全体の美感であるという点から出発し、需要者の注意を引く部分を要部とし、その要部が全体の美感形成に寄与するという流れで判断するのが普通であるように思える。

いずれにしても、全体の美感は、各部の構成の集大成であって、その際その美感形成に大きく寄与する部分が要部なのであって、各部あるいは需要者の注意を引く部分を要部としてその分析を欠かすことはできないのである<sup>23)</sup>。

全体観察、総合判断というならば、「ボディー全体」、「フレーム」の形状及び配置のような専らシルエット的な形態から外れることは許されないところと思われる。

判決のいう「全体的な観察」は、意匠全体で観察することを内容とするものであろうが、それとペアになる「総合的な判断」は、いかなる要素の総合なのであるか必ずしも明確ではない。審査指南によれば、「製品の一般消費者の注意を喚起しやすい部位を確定することが困難な場合に行うべき判断」であって、それは取りも直さず「要部」の確定ができない場合の判断であり、要部がその判断要素となることは勿論である。審査指南では、「対象意匠の一部分や局部から出発して先行意匠と同一又は類似の判断の結論を出すのではなく、対象意匠の全体から類似を確定する」とするので、対象意匠の一部分や局部の総合というのも採り得ないところである。とすれば、一部分又は局所を見ることなく、単に全体を単純に見て、全体の視覚効果によって、類否判断を行うべきとすることに

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

なる。しかし、意匠の全体の視覚効果なり印象は、要部であれ局所であれ、それらから構成されることは明らかであり、その集大成ということを考えれば、各部に言及しないわけには行かないのではないと思われる。

もう一つ、全体観察と総合判断の関係で問題なのは、総合判断には、全体観察という観察方法がペアとなっているのに対して、要部判断には、どのような観察方法が採られるのか明確ではない点である。要部は、審査指南には「一般消費者の注意を喚起し易い部位」（審査指南第5章6.7.1）とあるが、そのような部位は、意匠全体を見なければ確定できないはずであり、局部判断では要部の確定は無理であることを考えると、要部判断にも全体観察が不可欠であるというべきである。結局、全体観察は、要部判断と総合判断の両者に共通するものであるというべきであろう。そして、総合判断は、要部判断と異なり、「製品の一般消費者の注意を喚起しやすい部位を確定することが困難な場合」（審査指南第5章6.6）の判断であり、シルエットで行う類否判断となるであろう。

かくして、審査指南がよって立つ混同説に従って、判断主体を一般消費者とし、離隔観察をすれば混同誤認をするので、本件意匠は類似と判断し、特に一般消費者については、審査指南の表現をそのまま使って、「特許法の意義における一般消費者とは一種の仮定した人物であり、かかる消費者が製品を購入する際には、製品の形、模様、色のみ注意到注意がいくもので、価格などその他の要素を考慮することはない」のである。従って、原告の「貴重物品を購入する購入者は商品に対して極めて高い注意力を注ぎ、且つ一般に比較的高いレベルの判断力を有するものである」という原告の主張を否定した。

本判決では、審査指南のいう仮想上の人物を持ち出して、消費者の基準を解釈しているが、

審査指南のいう一般消費者の仮想性は、実際の消費者を登場させて判断させると誤認混同の発生に不合理を生じ、その補正のためであると解釈される。たとえば、特許意匠に対して先行意匠が大きい場合、消費者は区別できるが、その場合その大小を無視して判断するような人を判断主体として想定する。また、特許意匠が形状のみの意匠であり、先行意匠が形状+模様の意匠の場合、模様の存在によって、一般の需要者は混同することはないが、形状レベルで見れば混同するはずであり、そのような場合に、審査指南「(2) 考慮しない要素 一般消費者が対象意匠製品を購入する場合、対象製品の具備する要素のみを、同一製品か否かを、弁別する要素とする。」のようにしようとするものである。

これに対して、審査指南「(1) 知識水準と認知能力、(3) 一般注意力」は、ごく常識的なものであり、この部分では一般消費者の仮想化は行われていない。

審査指南では、一般消費者は、意匠製品の消費者であり、混同説が取引の秩序ということの問題とするならば、そこに登場する消費者は、何も知らない無垢な消費者ではなく、ある程度の商品知識を有するあるいは事情を知った消費者であることは当然であり、それが、審査指南の「対象意匠製品の同類の製品の意匠の状況を常識的に理解している」ことの意味であろう。本判決は、価格について言及しているが、審査指南が言っているのは、一方の意匠製品は価格が高く他は低いので混同を生じないことになるが、そのような場合価格を見ない消費者が、類否判断の仮想的消費者なのであると述べているに過ぎないのである。従って、二つの意匠製品の同類の製品がともに高価であれば、両意匠を価格で区別ができるわけではないから、「対象意匠製品の同類の製品の意匠の状況を常識的に理解している」消費者として、審査指南において許される存在となるであろう。

## 4. 北京高級人民法院判決

### 4.1 判 旨

(1) 複数の外観デザインが同様の発明創造に該当するかどうかを判断するには、複数の外観デザインが同一、近似であるかどうかを判断する。意匠の具体的対象に基づき、要部判断が全体観察・総合判断の方法を用いる。但しこの二つの判断方法は、互いに排斥し合うものではない。意匠製品が単純で、消費者が関心を持つ設計要部が明瞭であれば、一般に要部判断の方法を用いることができる。意匠製品が複雑で、消費者が関心を持つ設計要部が比較的多い場合、一般に先ず要部を比較し、次に全体観察・総合判断を行うことができる。

(2) 本案件において、争われている意匠は“小型オートバイ”で、対比文書の証拠1も二輪車である。“小型オートバイ”の意匠特許と証拠1に記載される二輪車を対比すると、以下の結論が得られる：

- 1) 両者はいずれも小型オートバイ製品で、同類製品に該当する。
- 2) 両二輪車製品の構成部分は同一である。
- 3) 対応する構成部分には違いがある。

すなわち、車輛を前方から観察すると、証拠1に記載される二輪車は、楕円形車頭ステアリング部が“小型オートバイ”意匠特許に記載される二輪車の車頭ステアリング部よりやや扁平で、方向指示灯の間の部分にも違いがある。“小型オートバイ”意匠特許に記載される二輪車は、車輛前カバーが滑らかな曲面で、証拠1に記載される二輪車は、車輛前カバーに2本の凸縁がある。ヘッドランプカバー内のランプ数も異なっている。〈中略〉

車輛を後方から観察すると、“小型オートバイ”意匠特許に記載される二輪車は、後の車体カバーが証拠1に記載される二輪車の後の車体

カバーより滑らかである。また、他の細微な構造の形状も異なっている。

(3) こうした事から、“小型オートバイ”意匠特許には消費者が関心を持つ要部が比較的多くあることが分かる。「要部を対比した後、全体観察・総合判断する」方法を用いて、“小型オートバイ”意匠特許の各視図に記載される二輪車の各構成部分を逐一観察し、得られた総合的印象によれば、それは証拠1に記載される先行二輪車意匠よりシンプルで、明快であり、証拠1に記載される先行二輪車意匠と異なった美感に富んでいる。しかも全体観察を行っても、要部対比を通じて現れる違いが視覚中で消失することはない。両者の間の違いの多くは視覚的に目に付きやすい位置にあり、要部判断を行っても、全体観察・総合判断を行っても、いずれも二輪車製品に対して一般的知識水準と認知能力を有する消費者は“小型オートバイ”意匠特許と証拠1の混同を引き起こすことはあり得ない。従って、“小型オートバイ”意匠特許と証拠1に記載される先行二輪車意匠を比べると、両者はどちらも同類製品だが、両者の意匠は同一ではなく、近似もしていないので、両者は同様の発明創造に該当しない。

従って、ホンダが提出した[“小型オートバイ”意匠特許と証拠1に記載される先行二輪車の意匠を比べると、相違箇所が多々あり、全体的に同一でなく、近似もしていない]との意匠に関する上訴理由は、成立するので、当裁判所はそれを支持する。

### 4.2 論 評

第一審では、要部判断が否定され、全体観察・総合判断が適用され、対象たる二つの意匠は類似となったのであるが、通常要部判断なしの（あるいは、要部の確定作業のない）全体観察・総合判断に対応する意匠は、全体としてのデザインが斬新であり、その意匠について需要



## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

者に判断情報がないため、各部分の評価が十分ではなく、全体としてしか把握できないものであるといえよう。そのような場合には、「製品全体に対する観察を実施しても製品の一般消費者の注意を喚起し易い部分を確定することが困難である」（審査指南第4部分第5章6.6）から、総合判断によるべきこととなる。

これに対して、競争メーカーなどから基本的形態を同じくする意匠が現れて、基本形態を同じくする多数の意匠が市場に出現するようになると、需要者も購入する以上常識的な情報入手して、何がよいか、何が好みに合うか予め情報を入手、あるいは販売先で情報を得て購入するのが普通であるから、基本的形態が同じで、具体的なバリエーションで購買意欲の刺激が行われている市場では、需要者は、意匠のうち基本的形態より、具体的形態の展開に注意を払い、その点を評価してどの製品を購入するかを判断するのが普通であろう<sup>24)</sup>。

従って、オートバイのような成熟した物品分野では、「一般消費者の注意を喚起し易い部位」（審査指南第4部分第5章6.7）、すなわち要部が必ず存在することになり、要部判断を行わねばならないのが普通である。

審査指南では、「製品全体に対する観察を実施しても製品の一般消費者の注意を喚起し易い部分を確定することが困難である」場合には、総合判断をし、「一般消費者の注意を喚起し易い部位」がある場合は、要部判断をするのであるから、両者は択一的な関係に立ち、第一審もこの立場に依拠したのである。

これに対して、本判決は、両判断をいわば融合させている点に特徴がある。すなわち、二つの判断方法は、互いに排斥し合うものではなく、「意匠製品が単純で、消費者が関心を持つ設計要部が明瞭であれば、一般に要部判断の方法を用いることができる。意匠製品が複雑で、消費者が関心を持つ設計要部が比較的多い場合、一

般に先ず要部を比較し、次に全体観察・総合判断を行うことができる。」としているのである。

審査指南でいえば、総合判断は、「製品全体に対する観察を実施しても製品の一般消費者の注意を喚起し易い部分を確定することが困難である場合」であり、「一般消費者の注意を喚起しやすい部位がある場合」（要部判断）ができないのであるから、「要部を対比した後、全体観察、総合判断する」というような融合がなぜ成立し得るのか、定義から判断するならば、なぜこの二つの判断方法が、互いに排斥し合うものではないとすることができるか、その根拠は明らかではない。おそらく、総合判断と要部判断（「要部を対比」が直ちに要部判断というのは問題がある。）が、審査指南の定義と異なる解釈をしたからと解される。

わが国では、どのような意匠も、意匠全体の美感がその本質をなすものであるから、全体観察は、どのような意匠に対しても適用されるものであり、その中で、要部があれば要部認定をし、その要部全体によって構成される美感を当該意匠の美感とし、要部がなければ全体の美感を当該意匠の美感として判断するのが普通であり、いずれの場合にも実質的に総合判断をしているのであり、少なくとも審査指南とは異なる。

第一審と判断基準の適用において異なるのは、以上の判断方法のみであり、判断主体たる消費者は、「二輪車製品に対して一般的知識水準と認知能力を有する」とし、審査指南のレベルを超えるものではない。

しかし、判断の内容について、復審委員会及び北京市中級法院とは異なり、本判決だけが、「混同について」、「美感上の混同」とした点を「大いに評価する」<sup>25)</sup>との指摘がある<sup>26)</sup>。しかし、この点については、復審委員会は「双方の意匠につき混乱し、まごつくことになると思われる。」としているのであり、第一審は「一般消

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

費者にとって、二者の全体的な外観形状が同様に映る視覚効果が生じ、特に時間や場所を変えて間接的に対比した場合、一般消費者が単純に意匠上の角度から二者を混同、誤認する恐れは十分にある。<sup>27)</sup>としているのであり、それらは、「意匠の誤認・混同」について言及するものである。

しかして、意匠はもともと美感を本質とし、意匠の類否とは美感の類否であるとするわが国の判例<sup>28)</sup>からするならば、意匠をその本質たる美感に置き換えて「美感上の混同」と言ったことは単なる言葉の置き換えと理解されるものである。

確かに、中国の法律には「美感」という表現はないが、中国の審査指南には「視覚的印象」単に「印象」「美的感覚」なる語が使用されており、「美感」あるいは「美感を起こさせるもの」と全く同じとはいわないが、本質的には変わらないと解釈される。従って、この「美感上の混同」をもって、「中国においては、意匠を特許法で保護しているが、これは、意匠を知的創造物として保護することを意味している。従って、類否判断においても、本質的には、意匠の創作のポイント（新規な特徴点）がどこか、すなわち、公知意匠との違いはどこかを明確にした上で、対比する二つの意匠の類否判断を行うべきであり、いわゆる修正混同説（創作的混同説）<sup>29)</sup>に立脚すべきであると考えている。」ということにはならないと思われる<sup>30)</sup>。

また、続けて、本判決は、判断主体を審査指南どおりに「製品に対する一般知識レベルと認知能力を持ち合わせている消費者」として、「意匠製品に関連する一般消費者の視点から判断した点が異なり、この判断を大いに評価したい。」<sup>31)</sup>とするのであるが、復審委員会の決定と第一審の判決のいう一般消費者の解釈と本判決の一般消費者に、それほど大きな差異があるとは思われない。

つまり、審査指南では、「意匠の同一又は類似を判断する場合意匠製品の一般消費者（「一般消費者」という）が容易に混同するか否かを判断の基準とする。」というのであるから、「一般の消費者」は論理上当然に「当該製品の消費者」であり、そのような一般消費者は、「一般的な知識水準と、認識能力を備え」といっているのであるから、本判決は審査指南以上のことをなんらしていないのである。むしろ、「対象意匠製品の同種製品の意匠の状況を常識的に理解している。」（審査指南第4部分第5章4(1)）ことを明確に述べるべきだったのであり、それを宣言しなかった本判決は、審査指南に対しては言葉足らずである。

このように、本判決が、「一般的な知識水準と、認識能力」に言及しており、復審委員会と第一審判決がこれに言及していないからといって、「大いに評価したい。」とするまでのことはなかったのではないかと。

むしろ本判決は、審査指南では、要部判断における要部とは、「一般消費者の注意を喚起しやすい部位」とされているのであるから、そのような視点で、本件製品にそのような部位があるかどうか検討し、その存在を認め且つ要部判断を行うという、審査指南を素直に適用したことであったというべきであろう。この点、復審委員会と第一審は、「一般消費者の注意を喚起し易い部位」が存在するにもかかわらず、これをせず、要部認定において誤っていたのである。

留意すべき第二審判決の新規な点は、要部判断と、全体観察、総合判断を連結させた点にある。この点は、必ずしも審査指南の趣旨に沿うものではなく、全体観察・総合判断は、あらゆる意匠について行うべきであるとする意匠の原則に立ち返った議論であると思われる。要部を比較した上での総合判断は、審査指南の定義される場所のものではなく、要部認定で得られ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

た各要部の構成全体の美感を見て、先行意匠と対比する判断が、総合判断となるものであり、それをこの判決は「小型オートバイの意匠特許の各図に記載される先行意匠よりシンプルで、明快であり、先行意匠と異なる美感に富んでおり、全体観察を行っても要部対比を通じて現れる違いが視覚中で消失することはない」としたものと思われ、そのような要部認定と全体観察・総合判断の結合は日本の例から見れば自然であり、肯認できるところである。

## 5. 審査指南の改正

### 5. 1 改正の方向

今まで述べてきた審査指南は、2004年5月26日に、国家知識産権局の審査指南公報第1号でその改正が公布され、同年7月1日に施行された（以下改正審査基準という）。

本項は旧審査基準の改正部分について概観し、その方向性を探ろうとするものである。

今回の改正の最大のポイントは、旧審査指南で採用されていた類否判断の内容を、「誤認・混同の有無」の上位概念として、「両者の相違が製品の全体視覚効果に顕著な影響を有するか否か」を導入し、それが、意匠の類否判断の原理となり、「誤認・混同の有無」はその一態様に過ぎなくなり、同時に離隔観察方法を削除した点であろうと思われる。これは、旧審査指南の混同説からの乖離であり、以下では、それがどのような意味を持ち、わが国の判例とどのような関係を有するかを検討する。

### 5. 2 判断主体

改正審査指南は判断主体について、「意匠が同一又は類似するかを判断する時、対象意匠に係わる製品の一般消費者の知識レベル及び認知能力に基づいて評価を行わなければならない。種類が異なる対象意匠に係わる製品に、異なる

消費群がある。ある種類の意匠に係わる製品の一般消費者は、下記の特徴がある。

1) 対象意匠に係わる製品の同類又は類似する製品の意匠状況に対して、常識的な了解を持つ。例えば、自動車に関しては、その一般消費者は、市場に販売される自動車及び大衆に向くマスコミに掲載される自動車広告により披露される情報などを、ある程度で了解している。

2) 意匠に係わる製品の間が存在する、形状、図案および色彩における相違に対して、一定の識別力を有する。」と規定し、以下の点が変更になった。

(1) 対象意匠ごとに、消費群があることが明示され、旧審査指南の「意匠製品の一般消費者」が明確となったといえる。特に、自動車の例を挙げて、その一般消費者は、「市場に販売される自動車及び大衆に向くマスコミに掲載される自動車広告により披露される情報などを、ある程度で了解している」というのであるから、レベル的にはかなり高いというべきであり、ホンダの小型オートバイ事件が影響しているともいえなくはない。

(2) 旧審査指南の「(2) 考慮しない要素」が削除され、仮定の人物との文言もなくなった。従って、改正審査指南の下での一般消費者は、現実の消費者に近くなったと推定される。前記案件において、第一審及び第二審において、原告ホンダは、2台の小型オートバイを並べて混同を一般の消費者に問うアンケート調査を行い、それを裁判所に証拠として提出したが、類否判断の判断主体は、仮定の人物であり、現実の者ではないということの一つの理由として証拠力を否定されたが、今後は、仮定の人物という理由では否定されることはないであろう。

(3) その他の判断主体を決定する内容は、改正審査指南の「5. 判断原則」に移された。このことは、判断主体で絞りをかけるのではなく、判断内容で論ずるものだとされたわけで、

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

このため判断主体の概念が取引の実体と合致し、合理的乃至自然な論法が可能となったといふべきである。

### 5.3 判断原則

旧審査指南では、「一般消費者が対象意匠製品を購入しようとする際に、製品の購入時及び使用時の印象のみを基に、対象意匠を目視できない状況において、先行意匠を対象意匠と誤認するならば、混同が生じたとみなし、対象意匠と先行意匠は、同一又は類似することとなる。そうでない場合、両者は同一でもなく類似もしない。」とし、誤認・混同が、類否判断の尺度であったが、改正審査指南では、「5. 判断原則 一般消費者は、対象意匠と引用意匠とに対して全体観察を行い、両者の相違が製品の全体視覚効果に顕著な影響を有しなければ、対象意匠と引用意匠とが類似する。さもなければ、両者は、同一でもなく、類似もしない。一般消費者は、対象意匠と引用意匠とを混同・誤認すれば、両者の相違が製品の全体視覚効果に顕著な影響を有しない。但し、両意匠が一般消費者に誤認・混同させないことにより、必ずしも両者の相違が製品の全体視覚効果に顕著な影響を有する結論を得ない。」とされ、「意匠の誤認・混同」のかわりに、「全体視覚効果に顕著な影響」という概念が導入され、「誤認・混同」は、「全体視覚効果に顕著な影響の有無」を判断する一態様であり、誤認・混同を生じなくても、「全体視覚効果に顕著な影響」があれば、意匠は非類似となる。

たとえば、特許意匠が、形状のみからなる意匠であり、先行意匠がその形状と模様の結合からなる意匠の場合、一般消費者は、両者を区別できるが、この場合、非類似とせず、形状の同一又は類似で、両意匠を類似とする場合がこれに該当する。このような例は、旧法では、判断主体たる一般消費者が、仮想人間化され、先

行意匠の模様を見ず、意匠特許の具備する要素のみを、類否判断の要素としたものである（旧審査指南の(2)考慮しない要素）。

この改正部分は非常に意味が大きいのではないと思われる。それは、小谷その他の論者がいうように、旧審査指南は、混同説を採用するものであり、混同説は、意匠法を競争規制法の一つと考えるから、意匠の類否を、誤認・混同で律してきたのである。それが、誤認混同でなくともよく、誤認・混同は全体視覚効果に顕著な影響を判断する一つの基準に過ぎないということになったので、第一義的な意味では、混同説の旗を降ろさざるを得ないからである。一方、全体視覚効果に顕著な影響は、創作とも関係なさそうであるから、創作的混同説<sup>32)</sup>であるとはいえないであろう。

これをわが国の判例に照らせば、先に挙げた創作説に立った高裁判決を否定した「可とう性ホース事件」(昭和49年3月19日最高裁判決・昭和45年(行ツ)第45号審決取消し請求事件)の指摘するわが国意匠法第3条第1項第3号の意匠の類似の問題は、「一般需要者の立場から見た美感の類否」に対応させることができよう。この判決を混同説のように理解する傾向があるが、そのような理解に問題があることは、つとに指摘されるとおりである<sup>33)</sup>。

混同説にとって、混同の生じないような意匠の類似を考えることは不可能であり(それは、混同を防止することが意匠法の目的と解釈するので、混同を生じない意匠は、規制概念としての意匠の類似とは関係ないからである。)、この改正で、混同説は退場せざるを得ず、また、それを基本とする創作的混同説(日本では、意匠類否論が、この説に収束されるという見方があることは既に指摘のとおりである。)も、審査指南の中で成り立つかどうか疑問である。

ここにおいて、まさに、「全体視覚効果に顕著な影響」が問われなければならないのである

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

が、誤認・混同を外したのは、その議論では不都合が不可避であり、端的に言って、形状の同じ青い電話機と、赤い電話機ですら、混同説では非類似とせざるを得ないのであり、そのような普遍性のない理論が通用するはずはないのである。

そして創作説が通用しないというのならば、意匠の有する視覚を通じての需要喚起能力が法的保護価値の本体であり、それを中心として保護体系が構築されるべきである<sup>34)</sup>。美感を起こさせるとは、需要者の購買心を刺激することであり、美感の類否とは購買心の刺激の仕方が同じかどうかであり、必ずしも誤認・混同ではないのである。勿論、誤認・混同は、購買心の刺激の仕方が同じかどうかを判定する基準の一つになるが、それがすべてではないのであって、たとえば、青電話と赤電話の例についていえば、誤認・混同は生じないが、青も赤も需要者の好みの問題であり、両者は法的には均等な価値を有し、形状が同じである点で類似であると判断できるのである。

審査指南はともかく、特許法の意匠の保護が、いかなる思想に基づいて行われているか、不分明な点はあるが、旧審査指南に見られるように、それは明らかに創作説を不採用とし、混同説で対処しようとしたのであるが、今回の改正は混同説をも離れ、別の考え方に立とうとしているのではなかろうか。

そして、この「全体視覚効果に顕著な影響」は、次の点を考慮してその有無が判断される。

「(1) 使用状態において見えやすい部位が見えにくい部位より、通常、製品の全体視覚効果に顕著な影響を有する。

(2) 製品のある部位が当該類製品に有り触れたデザインであると証明される場合、その他の部分のバリエーションが、通常、製品の全体視覚効果に顕著な影響を有する。

(3) 製品の寸法が異なる場合、その寸法の相

違が製品全体の拡大または縮小のみを引き起こせば、通常、製品の全体視覚効果に顕著な影響を有しない。

(4) 製品に係わるデザインのバリエーションを引き起こせず、またはある類の意匠に係わる製品の通常の方法の取り替えであるに過ぎない場合、通常、製品の全体視覚効果に顕著な影響を有しない。

(5) 製品の機能、内部構造、技術性能及び製品の機能により限定された唯一の特定形状は、通常、製品の全体視覚効果に顕著な影響を有しない。」

ところで、侵害事件に関してではあるが、中国最高裁の司法解釈として、「専利紛争事件の審理に関する若干問題に関する規定」第41条（公知デザインによる抗弁）（2003年10月27日～29日の会議討論案）では、「侵害品にかかる意匠が、意匠権を取得した意匠と完全に同一ではなく、意匠権を取得した意匠が公知デザインと顕著に区別することができない場合、人民法院は、侵害品意匠権の保護範囲に入らないと認定すべきで、被告は意匠権への侵害を構成しない。」（現時点では未施行）として、侵害成否の条件として、「公知デザインと顕著に区別することができるかどうか」を基準としている。面白いのは、同じ意匠権侵害に関して、北京市高級人民法院による「特許権侵害認定のガイドライン」（2001年10月9日発表）が、北京市第一、第二中級人民法院に通知され、2001年10月11日より正式に施行され、将来的には、北京市だけでなく全国的レベルに統一されるとされている<sup>35)</sup>が、その第67条（意匠の対比）及び第70条（類似判断）では、「主要創作部分」を要部とし、この要部を中心として意匠の類否を認定すべきものとしている。つまり、登録意匠と抗弁事由としての公知意匠との関係は、最高裁の司法解釈が施行されれば、「顕著な区別」で判断し、特許意匠とイ号意匠の類否は、「主要な創作部

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

分の同一又は類似」で判断することになるわけである。勿論両者は同じではなく（創作的には別でも、顕著な区別を行えない場合、その逆の場合は容易に想定できる。）、イ号意匠との関係では創作的にアプローチし、抗弁の成否の場面では顕著な区別（それは審査指南の「全体的視覚効果への影響」に通ずる考え方と解釈される。）で論ずることになるわけであるが、整合性があるとはいいいがたい。

ただし、「特許権侵害認定のガイドライン」自体も整合性で問題があり、同ガイドライン第65条（類似判断の対象）では、「意匠特許権の侵害判定を下す、即ちイ号物品と意匠特許物品とが同一又は類似するか否かの判断は、一般消費者の審美・観察力を基準としなければならない。」「とするのであるが、それに従うならば、第70条の「主要な創作部分」は、一般消費者が判断すべきことになる。しかし、創作部分を一般の消費者が正当に判断できるはずがないことは明らかである。技術思想としての発明の同一性を、一般消費者が判断するような理論が認められるはずがないのと本質的に同じである。

以上のことから、最高裁の司法解釈が施行されれば、この北京市高級人民法院のガイドライン第70条は、同司法解釈に抵触することになるう。

そして、最高裁の司法解釈は、「顕著な区別」というのであり、混同とは別の概念であり、それを包摂するものであるから、少なくとも改正審査指南と基礎を同じくすると解せられる。中国の今後の類否に関する判断基準の方向は、このような方向にあるように思われる。

## 5. 4 観察方法

直接対比観察は変更されないが、離隔観察が削除された。この観察方法は、混同説の本丸と

もいべき観察方法であり、これを捨てたことは、混同説を捨てたと推察される。混同説では、通常取引は、製品の販売場所に対比の製品を持っていくことはなく、専ら過去の時と場所を異にして形成された印象で購入するのが取引の常態であり、そのとき誤認・混同が生ずることを問題としようとするものである。従って、離隔観察は混同説にとって存立の基礎ともいべき観察方法なのである。

なお、全体観察方法は、判断の原則の中に取り込まれており、その結果、総合判断固有のものではなく、要部判断及び総合判断に通有する判断方法となったと理解される。

## 5. 5 判断方法

改正審査指南では、「6. 6 総合判断 一般製品において、その意匠の同一及び類似の判断は、総合判断方式を採用する。総合判断方式とは、対象意匠の全体で引用意匠との同一又は類似を確定し、意匠の部分又は局部から引用意匠との同一又は類似する結論を付けることがないのいう。」とされているので、一般製品は、総合判断をすべきものと解されるが、要部判断とは択一的関係に立つと解する向きもあるようである。しかし、一般製品の定義はなく、要部判断の「ある製品」も限界が不明であり、そうならば、運用を待たないと理解できないところである。

しかし、要部判断の対象たり得る製品として、「机、椅子、壁掛けレターボックス、車両のナンバープレート、テレビ、腕時計、絨毯、瓶、缶、トイレ用の天井取付け型換気扇などは要部判断の対象たる製品」を挙げているが、これらのいくつかは、通念上一般製品であり、またどんな製品でも使用時に隠れる面を有するのが普通であり、隠れる面がない製品のみ総合判断の対象とするならば、そのような製品はなくなるであろう。そこから考えると、総合判断は、一

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

般製品に対しての固有の判断方法ではないと解すべきであろう。

そして、要部判断については、改正審査指南で、「6. 7. 1 要部 ある製品において、その他の部位に比べて明らかに一般消費者の注意を引きやすい部位が存在する場合、このような部位を要部と称する。

6. 7. 2 要部の確定 要部の確定は、一般消費者の注意を引く要素と緊密に係る。要部を確定する際に、製品の使用状態、従来の同類又は類似する類の製品に係わるデザインの形式及び製品の全体視覚効果への影響で確定する。一般的に、使用状態において、製品の全体視覚効果に明らかに強烈な影響を有する部位のみが要部とされる。例えば、使用状態において、特定の方向で使用者に向く製品、例えば、壁掛け式レターボックスは、その使用状態において、見える部分が見えない部分（例えばそのボックスの背面）より、全体視覚効果への影響が明らかに強烈である。従って、このような類の製品は、使用状態においてそれらの見える部位は、要部とされることができる。」とされ、「使用状態」が要部決定で重要視されている。混同説の場合、混同は取引で発生するものであるから、使用状態は問題とはならないはずであり、ここでも混同説の退潮の影を見ることができる。

他方、「机、椅子、壁掛けレターボックス、車両のナンバープレート、テレビ、腕時計、絨毯、瓶、缶、トイレ用の天井取付け型換気扇」などの製品は要部判断の対象たる製品であるが、「机、椅子、テレビ、腕時計」などが、いわゆる一般製品の枠外であるとするのは不自然であり、そこから見ると、総合判断と要部判断とは重複して判断すべきものとなり、総合判断は、部分又は局部の判断で類否を決める特殊製品を除く、原則的にすべての製品について行う観察方法として掲げられていると理解される。

## 注 記

- 1) この点については、馬場錬成「中国ニセモノ商品」中央公論新社、2004年6月10日発行に詳しい。
- 2) 齊藤瞭二「中国意匠特許権無効請求事件を一つの事例として」パテント(弁理士会)Vol.56, No.7, p.9以下、小谷悦司「中国における意匠特許の類似判断」知財ぶりずむ(財団法人経済産業調査会)、2003年9月号No.12, p.22以下、丁英烈他2名「中国の特許権と意匠特許の類似判断について」Design Protect(日本デザイン保護協会2004)No.62 Vol.17-2, p.8以下、平成15年度国際活動センター産業競争力部会第3部会「中国における意匠の類否判断、保護範囲の考察」パテント(弁理士会)Vol.57, No.8, p.31以下。
- 3) 特許法条文訳文は、三協国際特許事務所「WTO加盟に向けた改正中国特許法」(経済産業調査会発行)、特許法・実施細則・審査指南は、本田国際特許事務所/永新專利特許商標代理有限公司「2001年改正施行版・中国特許法・特許法実施細則審査指南(審査基準)」(日本語訳)を主として用いた。
- 4) わが国の審査基準22.1.3.1(3)の「意匠の類否判断」では、「共通点及び差異点を意匠全体として総合的に観察して、それらが意匠の類否に与える影響を評価することにより行う。」とする。
- 5) 昭和49年3月19日最高裁第3小法廷判決・昭和45年(行ツ)第45号審決取消請求事件
- 6) わが国の審査基準22.1.3.1(3)では「意匠の類否判断とは、両意匠が生ずる美感の類否についての判断を言う。」としている。
- 7) 程永順「意匠の特許権付与審査の基準及び方法に関する疑問」特許ニュース2003年7月18日号p.6では、間接対比の方法を観察者の、時間・空間上一定の間隔を置いて比較するものであるとしている。
- 8) 高田忠「意匠」有斐閣, p.152
- 9) 東京高裁平成12年2月29日判決・平成11年(行ケ)第336号・第一法規工業所有権法26巻6125の186頁では「その意匠の対比は、時と場所を異にしたとき看者にどのように認識されるかの観点から行われるべきものであることからすれば審決の認定に不当なところはない」としているのがその例である。
- 10) 高田前掲書p.149。但し高田は、離隔観察方法を

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

支持せず、間接対比方法を支持している（同p.152）。

- 11) わが国の審査基準は、特許庁に審査官を拘束するに過ぎない内部的規範であり、裁判所を拘束するものではないのに対して、中国の法規の効力は、三権分立の法体系を採っていないためわかりにくい。中国の審査指南では、形式上行政法規の下の「部門規章」は、〈岩井智子「改正商標法」経済産業調査会（2003年5月1日発行，p.51）〉によると、「法的拘束力は法律や行政法規より劣り、裁判においても参考とされるだけということもある」とされるが、この審査指南は、法規たる実施細則第121条の授權により国家知産局局長令として公布施行されたものであり、審査指南の「はしがき」には、「本審査基準は特許法及び実施細則の具体的な内容をなすもので、特許局及び特許復審委員会が事務を処理する根拠と基準であり、関係当事者が上記各段階で遵守すべき規則である。」とある。後述のように、北京第一中級人民法院の判決は、審査指南の判断方式に関する原告の主張が、審査指南に違背していることを指摘しており、裁判でも事実上重要な解釈準則となっていることは間違いない。
- 12) 同旨、小谷前掲p.28
- 13) 小谷前掲p.26では「一般消費者」と訳されている。
- 14) このケースについてはではないが、「一般の消費者は、一般の購入者よりも範囲が広い」とする見解がある。程永順前掲論文p.6
- 15) 審査指南及び今回の決定及び判決は、「要部判断あるいは全体観察・総合判断」という表現を使うが、全体観察・総合判断では、観察と判断が対で存在するのに対して、要部判断は、どのような観察方法となるのか不明である。全体観察のアントニムは、局部観察と思われるが、要部判断の観察方法として局部観察ということはないはずである。なぜなら、要部というのは意匠全体の中のある部位の評価の問題であり、意匠全体の観察なしに行えるはずはないからである。従って、要部判断の観察方法も全体観察ということになろう。
- 16) 場面は異なるが、岩井智子解説・訳／韓登營校閲「中国初の特許権侵害認定ガイドライン」AIPPI（2002）Vol.47 No.2, p.110の第66条の規定する普通消費者に近い。
- 17) 平成11年6月8日東京高等裁判所判決／平成10

年（行ケ）第394号では、「出願意匠と引用意匠とは板材の上部背面に薄く設けられた部分を下地に釘止めし、同板材の上の木口に設けた凸部に他の板材の下の木口に設けた凹部を嵌合することによって2枚の板材を連結する、いわゆる「実はぎ」用の部材の意匠であるから、両意匠を建築用板材の取引者、需要者である建築を専門とする設計者、施工者が、それによってどのような「実はぎ」が得られるかの観点から注意深く観察し相当微細な点も有意の差異として認識されるものと解される」とし、かなり専門的な判断主体とされており、また、墓前花立筒事件（昭和63年2月24日／東京高等裁判所／民事第13部／判決／昭和62年（行ケ）第160号・判例工業所有権法2563の31の160頁）では、その需要者は墓石業者であるとされた。

- 18) この点については杉光一成「現行法（昭和34年法）の起草経緯からみた意匠法〈1〉」パテントVol.53 No.6 p.17, 拙著「意匠法要説」p.11以下に詳しい。
- 19) 2004年7月1日に施行された改正審査指南は、判断主体を端的に言えば、製品事情に通じた消費者であるとするものと解される。
- 20) この時点の審査指南は2001年7月1日施行のものであり、その後審査指南は、2004年7月1日付けで改正された。
- 21) 齊藤前掲書p.13は、「法目的、制度の存在理由を踏まえて導き出される法的評価を基にする認定である。」とする点は傾聴に値するが、齊藤の法目的、制度の存在理由は畢竟創作奨励までであり、賛同できない。齊藤において、類否判断の主体について「意匠の類否判断の基準の一として『主体的基準』をおくことが見られる。そこに説かれる主体的基準は、『一般の需要者』と『当業者』に分かれている。しかし、法律の具体的事実への適用にあたって、その判断の主体を特定者に限定し、基準とすることは必要なものであろうか。法がその必要性故に特にその主体的基準を明示した創作容易性の場合とはともかく、類否の判断に主体の限定を加える理由は見出し難い。」とし、「あえて判断主体というとき、それは、当業者、一般需要者といった特殊的な立場を超越した普遍的主体ということになる。」とするのであるが、かかる齊藤の考え方は、わが国の学説・判例にはない考え方である。この考



※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- え方において、当業者と一般需要者の判断が割れた場合、その普遍主体はどう判断するのであろうか。
- 22) 昭和63年7月27日東京高裁判決・昭和62年(行ケ)第186号
- 23) 斉藤前掲p.14「そこで、意匠の構成を明らかにするについては、その総体を一言のもとにあらわすことは不可能であるから、その物品の形態を構成する各部分の形状を具体的に把握し、その認識確定されたところを表示、いわゆる構成について分説し、それらの全体をもって意匠を特定して行うことが一般である(なお、その形態の骨格的態様について『基本的構成態様』のようにいう基本形状に抽象する作用を通じて把握されるもので、厳密には評価を含んだ認識となる)。こうしてみると、原告の主張は、一部もしくは局部から出発して結論を得ているのではなく、各部分の相違点という事実を摘示し、この事実をもとに総体としての類否を論じたもので何ら異とするところではない、と思われるが如何だろうか。」とされるが同感である。
- 24) 有名なアタッシュケース事件〈昭和60年8月15日東京高裁判決・昭和59年(行ケ)第92号、無体集第17巻2号p.379〉では、「本願意匠及び引用意匠に係る物品であるアタッシュ・ケースは収納部分を比較的偏平な正方形に近い横長の直方体状の箱体とし、その上面に把手を取付けた全体として形状の比較的単純な携帯用かばんの一種であると認められるから、その用途に照らし、どのアタッシュ・ケースを取上げても全体の形状、大きさにさしたる相違はなく、これに意匠的工夫をこらすといっても自ら限度があることは明らかである。従って、新たに意匠を創作するといっても、いきおい他のアタッシュ・ケースのほか用途、形状等が類似するトランク、スーツケース、手提かばん等他のかばん類にあらわれた意匠を参考にし、これを部分的に寄せ集め、或はこれに若干の改変を加えるにとどまることが多いことが予想されるから、公知の意匠と或る程度の共通性を有することは避けられないところである。」とし、基本的構成態様において異なるところがなくても、具体的構成態様において異なるから、非類似であると判示した。
- 25) 平成15年国際活動センター産業競争力部会第3部会前掲p.38
- 26) 小谷前掲論文p.29も「一步進んで『混同』を『商品の出所の混同』や『物品の混同』ではなく、端的に『美的感覚上の混同』、即ち対比する意匠の美的創作が同じかといえるか否かを類否判断の基準としており、わが国で言う創作説や創作的混同説〈修正混同説〉に近い判断といえる。」としているが、「美的感覚上の混同」といえば、「対比する意匠の美的創作が同じかといえるか否かを類否判断の基準」にどうしてなるのであろうか。「美感に富む」ということは、もともと中国特許法実施細則第2条3項の意匠の適宜で言及されており、美感は意匠の成立要素であるわけであるから、それに言及したからといって、「意匠の美的創作」が導かれるということは有り得ないのではないか。もし有り得るとするならば、わが国の判例では、「美感の類否」とされているのであるから、それは「美的創作」に置き換えられることになり、わが国の多くの判例は、「創作説や創作的混同説〈修正混同説〉に近い判断をしている」ことになるのであろうか。それとも、わが国の方では美感と創作は別概念であるから、「美感の類否」から「意匠の美的創作」は導かれませんが、中国法では、「創作」が意匠の概念要素となっていないので、そのような解釈ができるのであろうか。
- 27) 同じ部分を、小谷の前掲論文が紹介する訳文で見ると、「両者の全体的な外観形状は一般消費者に同じ視覚効果を生じる。特に、時間、空間を変えて間接的に比較した場合、一般消費者が単純に意匠だけを見れば、両者を誤認又は混同することになる。」とされている。従って、この訳文でも「意匠の誤認混同」である。
- 28) 可とう性ホース事件・前掲
- 29) 「修正混同説(創作的混同説)」に言及されているが、この説は、混同説を基本として、公知意匠・公知部分を斟酌するところに成立するようである。しかし、公知意匠・公知部分は直ちには創作部分とはいえないのであり、また、創作の価値は、発明と同じように、消費者によって判定できるものではない。一般消費者を判断主体とせざるを得ない混同説の中で、どのようにして異質な判断内容を盛り込んで、理論的整合性を持たせるのであろうか。端的に言えば、創作的には同じであるが混同しない場合、混同するが創作的には違うものは、類似となるのであ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

30) ろうか、それとも非類似なのであろうか。  
小谷前掲論文p.27では、わが国は、「最近創作説と混同説の折衷説とも言える創作的混同説（修正混同説）に収束する傾向にあるといえるものの、まだ相当揺れており予断を許さぬところがあり、依然困難な問題といえる。」とされるが、わが国の判例の傾向が、創作的混同説（修正混同説）に収束する傾向があるともいえないのではなかろうか。混同説において、公知部分を排除するのは論理的に成り立つか疑問であるが、この点は別に論じたい。

- 31) 平成15年国際活動センター産業競争力部会第3部会前掲p.38
- 32) 小谷前掲文ほか。もともと、創作的混同説なる説が整合性を以って立論できる可能性が少ないことは既に述べたとおりである。
- 33) 佐藤繁「最高裁民事判例解説」（1974年）p.325
- 34) 詳しくは、拙著「意匠法要説」ぎょうせい（1981年9月）参照。
- 35) 岩井／韓前掲p.102以下

（原稿受領日 2004年10月5日）

