

II. 現行意匠法の類否判断論の変遷

1. 混同説と創作説

1) 類否判断論の年表

現行意匠法は、昭和34年改正法であるが、意匠の類否判断論に影響する一部改正が3回行われている。最初は、平成10年の部分意匠制度の導入であり、次は平成18年の意匠法24条2項の類否判断基準の規定の追加であり、最後は、令和元年の画像意匠、建築物意匠、内装意匠の保護対象拡大の改正である。そして、意匠の類否判断論に最も影響を与えた判例である、最判昭和49・3・19〔可撓伸縮ホース〕昭和45(行ツ)45(民集28巻2号308頁)も、類否判断論の画期となる。

上記出来事の間、主な類否判断論文を配置した年表を作成した。裁判官論文を中心に現行意匠法の類否判断論の歴史を展望する〔表1〕(論文等の引用には年表記載の番号を付した)。

2) 混同説と創作説の対立

現行法の類否判断論の歴史は、混同説と創作説の対立の歴史である。竹田⑥(2月号47-49頁)は、「混同説は、意匠の類否は、取引者、需要者を基準として、両意匠がよく似ていると感じることによって物品の混同を生じるおそれがあるか否かによって類否を判断すべきであるとする説」とし、高田(3)、清永③、設楽⑤等を混同説とする。これに対し、「創作説は、意匠法の第一義的な目的は、意匠の創作の保護にあるとし、創作の要部が一致し、物品の外観から生じる美的思想の同一性の範囲にあると認められれば類似する意匠とする。」ものであり、牛木(5)、松尾(11)、斎藤(9)を創作説としている。この分類は

その後もほぼ変わらず、小松⑩(854頁)は、混同説の代表として竹田⑦と高田(3)を挙げる。片瀬⑫(373頁)は混同説、創作説に加えて需要説(加藤(8)、田村(13))に分けるが、混同説と創作説に二分するとすれば、需要説も混同説に含まれる。

両説の争点は、主体的基準が「取引者・需要者」か「当業者」かの点、及び、根本的な基準が「混同のおそれ」か「創作(価値)」かという点である。「公知意匠参酌」の方法にも相違があるが、その他の意匠の類否判断基準、「意匠に係る物品の性質、用途及び使用態様、並び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、登録意匠と対比すべき意匠とが、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重視して、観察を行うべきである。」*1については、同じように考えている。

遡れば、昭和34年法改直後、杉林(1)(2)、高田(3)、光石(4)*2は、「一般の需要者を基準にして混同するおそれ」を意匠の類否判断の基準としている。だが、それは基準の一つであり、「物品の混同のおそれ」を根本的な基準とするものではない。また、「ありふれた部分は小さく評価され、特徴のある部分は大きく評価」するとの基準もあり、公知意匠を参酌することも否定されていない。佐藤⑪(322頁)は、これらの説について、「美感ないし意匠的効果の異同の判断にあたっては物品混同のおそれを考慮するもの」と述べる。

高田(3)、牛木(5)は、デザイン論に多くの頁を割いているが、混同説も創作説も、近代デザインが日常品に関する総合的造形活動であるというデザ