

# 極小化物品の意匠登録成否と侵害成否

——意匠法上の視覚性についての考察——

藤 本 昇\*

**抄 録** 意匠法第2条は、「意匠とは、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。」と定義している。すなわち意匠は物品の美的外観を保護するものであって、視覚に訴えるものでないものや、視覚を通じて美感を起こさせないものは意匠を構成しないものである。

しかるに、最近、電子、通信分野においては益々部品は極小化傾向にあるが、このような極小化物品について前記意匠法上の「視覚性」との関係で「意匠の保護」やその「保護範囲」を如何に考えるべきか、実務上の極めて重要な問題がある。本稿はこの問題について問題提起とともに該問題について論及するものである。

## 目 次

1. はじめに
2. 意匠法上の意匠の意義
3. 視覚性
4. 意匠登録要件と視覚性
  4. 1 審査実例
  4. 2 チップ抵抗器事件
  4. 3 ベアリング用保護板事件
5. 意匠権侵害と視覚性
  5. 1 意匠権侵害
  5. 2 登録意匠の特定
  5. 3 侵害品の特定
  5. 4 類否判断と視覚性
  5. 5 参考事件
  5. 6 考 察
6. 視覚性についての考察
  6. 1 はじめに
  6. 2 肉眼観察と商取引慣行や取引実情について
  6. 3 出願意匠の特定と審査実務
  6. 4 登録意匠の特定とその保護範囲
7. むすび

## 1. はじめに

最近の意匠登録出願の傾向として、従来型の日用品や生活用品の物品分野よりも電気・電子機械器具や通信機械器具、及び遊技娯楽用品の物品分野の出願が増加傾向にある他、産業用機械器具の物品分野も出願増の傾向にある。

このことは、これらの物品分野において特許のみならず、意匠の重要性が認識されていることを裏付けるもので、例えば、クレーン事件（東京地判平成9年1月24日）のような大型の産業機械が登録意匠として保護されたこともその傾向を助長しているものと思われる。

一方、最近の製造技術や成形技術の進歩により、物品の大きさが、極めて小さい物品（いわゆる極小化物品）が高精度に成形され、これが電子機械や通信機械の部品として使用されている現状がある。例えば、極めて寸法の小さな発光ダイオードやチップ電子部品、接触子等が部

\* 藤本昇特許事務所 所長 弁理士  
Noboru FUJIMOTO

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

品として製造され販売されているのである。

このように意匠に係る物品が極小化物品である場合でも、現状は意匠登録出願時に該意匠を数十倍に拡大した図面を出願し、これが登録されている登録例は枚挙にいとまがない。

しかしながら、一方で特許庁は、「本願意匠は視認できず、意匠法第2条に定義する意匠の構成要件を満たすものではないため、意匠法第3条第1項柱書の規定により登録できない。」と審決で認定している。

このように現状では、特許庁の審査、審判において、「極小化物品と意匠の視覚性」について十分な論議をすることなく、審査、審理されているのではなからうかと思う。

一方、意匠権侵害訴訟において、数十倍に拡大された図面で登録された登録意匠の保護範囲と、極小化物品の侵害成否について正面から論じた判決例も、現在私の知る範囲ではないと思うが、今後重要な争点になると考えられる。

よって、本項は、「極小化物品と意匠法上の視覚性」について現状分析したうえで登録性と侵害性の観点から論及することを目的とするものである。

## 2. 意匠法上の意匠の意義

意匠法は、第2条において、「意匠とは物品（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」と定義され、「視覚に訴えるものでないもの（視覚性）」は法第3条第1項柱書の規定により登録できないものであると審査基準（3-1104）には規定されている。しかも、視覚性のないものとして、「粉状物及び粒状物の一単位のように微細であるために、通常の状態では、すなわち肉眼によっては形状を認識することができないものは、視覚を通じないことから意匠を構成するものとは認められない。」と例示している。

よって、意匠法上の意匠において「視覚性」とは肉眼で形状を認識することができるか否か、すなわち肉眼観察を法は視覚性に要求しているか否か、さらには肉眼観察であったとしても、拡大した意匠が視覚性を有するものであるか否か等を含めて「視覚性」について言及する。

## 3. 視覚性

意匠法第2条の「視覚」とは、他の五感である「聴覚」、「触覚」、「味覚」、「臭覚」ではなく、意匠は「視覚」を通じて美感を起こさせるものであると定義したものであって、それ以外の意義はないものと解する。すなわち意匠は、物品の形状、模様、色彩、又はこれらの結合であることから、これらを看者が視認でき美感を起こさせるものであればよいものであるべきである。

この点「視覚性」について、「意匠の視覚性には三つの意味があり、(1)は視覚以外の感覚でとらえられるものは意匠ではないという意味があり、(2)は肉眼で識別し得るものに意匠を限定するの意味である。(3)は外部から見えるものでなければならず、また外部から見るところは意匠であるという意味である。」（高田忠著・工業所有権実務双書、75頁）と解説されている。

しかるに、意匠は視覚を通じて美感を起こさせるものではあるが、これが必ず肉眼で識別し得るものに限定されるべき必要性があるのだろうか、疑問のあるところである。例えば、宝石としてのダイヤモンド等のように拡大鏡で観察して形態を把握することが業界の取引上慣行化されている場合には、むしろ肉眼観察を要求すべきではないのではなからうか。さらに、物品の形態を認識させるために物品を拡大してカタログや仕様書に掲載するとともに、実寸を表示して物品を特定して取引している慣行があれば、この取引実状を尊重すべきではなからうか。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

この点、韓国において、「半導体チップのように産業分野の取引慣習上、回路の把握が必要なきに顕微鏡や拡大鏡が通常使用されている場合には、そのような慣習を尊重して例外的に認めることが、意匠の創作を奨励し、国家産業発展に寄与するという意匠制度の趣旨に照らして考慮すべきである。」とされている他、米国においても、小さな宝石（2×2mm）のようなものでもUSPTOがDesign・Patentとして登録している事実がある。

以上の観点から考察するならば、視覚性とは、通常肉眼で形態が認識できることを原則とするが、商慣行上必ずしも肉眼でなく、拡大鏡等によって形態認識する場合や、拡大したカタログ等で商取引している取引実情があればこれを例外として認めるべきか否か検討の必要がある。

## 4. 意匠登録要件と視覚性

### 4.1 審査実例

意匠法は、前記のように意匠成立要件として「視覚性」を要求しているものであるが、現実には物品の大きさが極めて小さく、肉眼で認識することが困難と思われるような意匠が、例えば表1に示すように数多く登録されている事実がある。

一方、登録意匠の意匠に係る物品の説明の欄にはサイズの記載はないが、製品カタログを参照するとサイズが、長さ1.6mm、幅0.8mm、高さ0.8mmの発光ダイオードが、意匠登録第712549号、同第1066550号等として登録されている審査例も数多く存在する。

上記のような登録例から判断すると出願時には、数十倍に拡大された図面にて出願されていることから、意匠の審査時には視覚性について審査されているか疑問のあるところではあるが、むしろ審査官としては、「この種の物品分

表1 極小化物品としてサイズ記載のある登録意匠の審査実例

No.	意匠登録番号	意匠に係る物品	サイズ
1	677492	発光ダイオード	高さ1.2mm 幅1.27mm 長さ3.2mm
2	998189	発光ダイオード	縦横の寸法 0.5mm×0.5mm
3	998189の類似 1乃至3	発光ダイオード	縦横の寸法 0.5mm×0.5mm
4	998190	発光ダイオード	縦横の寸法 0.5mm×0.5mm
5	1085027	接触子	横幅が約4mm
6	1085028	接触子	横幅が約4mm
7	1179995	チップ電子部品	長手方向が3.5mm 幅方向が1.6mm 厚さ方向が1.6mm
8	117996	チップ電子部品	長手方向が3.5mm 幅方向が1.6mm 厚さ方向が1.6mm
9	1180295	チップ電子部品	長手方向が3.5mm 幅方向が1.6mm 厚さ方向が1.6mm
10	1180296	チップ電子部品	長手方向が3.5mm 幅方向が1.6mm 厚さ方向が1.6mm

野においては上記サイズも視認性がある。」ものと判断された結果登録されたのか、あるいは「この種物品は通常取引時にカタログ等に拡大した形態で認識するものであるため、当業者であれば視認性がある。」と判断されたのであろうか。

さらには、この種、極小化物品についてサイズ記載を要求しないのは、「物品のサイズは、記載がなくても認識できる。」と判断されたのであろうか。

前記表1に示す登録例のサイズから判断する限り、通常肉眼観察によってその形態を明確に視認することは困難であると考えるのが客観的である。このような考え方で出願意匠を拒絶した事件として下記のような審決や判決がある。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

## 4. 2 チップ抵抗器事件

昭和59年審判第727号拒絶査定不服審判事件  
(平成2年6月28日審決)

### [審判請求人の主張]

『請求人代理人は請求の理由において、「(1)本件出願の意匠に係る物品の説明に述べた大きさは、その形状、模様は肉眼をもって確実に判別できる程度の大きさであり、視認困難を理由として法に定める意匠の構成要件を満たさないとするはこの種電子部品の現況を無視したものである。(2)本件出願の意匠に係る物品と同程度の大きさの電子部品についての意匠はすでに登録されているから、本件出願の意匠も登録されてしかるべきである。」旨主張する。』

### [審決理由]

『そこで検討するに(1)の点については、意匠法第2条に定義する意匠は肉眼で物品の形状、模様、色彩、又はこれらの結合を明らかに視認でき、美感を起こさせるものでなければならぬところ、本願の意匠に係る物品の全体の大きさは、願書の説明によると、縦2.5mm、横1.25mm、厚さ0.5mmであるから、全体が、扁平な略直方体状のものとして視認できるとしても、更に仔細にみるに、願書添付の図面は約24倍に拡大された図面であるから、本願の意匠の両短辺側の面の半円弧状の切欠きは0.29mm程の半径のものであり、この大きさのものは到底肉眼では明確に視認できる態様とは言えず、上面についても、縦の2本の段差線で3分割されているうちの細かい一分割面の幅はわずかに0.2mm程であり、その段差の高さ0.4mm程の薄さと合わせて判断すると、これもまた到底肉眼では明確に視認できる態様とは言えず、これらの点は本願の意匠の形態に関する主要部を構成するものであり、全体の基調をなす特徴と言わ

ざるを得ないものであるから、この点についての微細な要部が肉眼で明確に視認できない以上、本願の意匠は、美感を起こさせるものとして認定できず、意匠法第2条に定義する意匠の構成要件を満たすものではないので請求人代理人の主張は採用できない。(2)の点の主張については、(1)の点についての主張に包含されるものであり、本願の意匠が意匠法第2条に定義する意匠の構成要件を満たすものではない限り採用できない。

以上のとおりであるから、本願は、意匠法第3条第1項柱書に規定する工業上利用することができる意匠にかかるものとしてできないから意匠登録を受けることができない。』

## 4. 3 ベ어링用保護板事件

東京高判 平成3年(行ケ)第274号 審決取消請求事件 (平成4年9月30日判決)

### [判決要旨]

『「ミニチュアベ어링用保護板」の本願意匠は、「外径は約3.4mmφ、内径は約2.6mmφ、厚さは約0.2mmである」ミニチュアベ어링用保護板に係るものとして特定されたもので、肉眼で視認できるのは円盤状リング型であることだけで、面取りの態様等が視認できないものであるから、周知の円盤状リング型の押さえ輪等から当業者が容易に想到することができる程度のものであることは明らかであり、本願意匠が第3条第2項に規定する意匠に該当するとして審決の判断は相当である。』

### [判決理由一部要旨]

『しかし、本願意匠の添付図面(別紙図面)が本願意匠の大きさを約50倍に拡大して示した図面であることは、上記本願意匠に係る物品の寸法と同図面の寸法を対比して明らかであり、これによって視認できるところがそのまま、上

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

記大きさの本願意匠に係る物品において視認できないことは当然であり、本願意匠に係る物品の大きさが上記のとおりであることを前提に同図面を見れば、その面取り部分は保護板の外径の約60分の1の幅で設けられているにすぎず、外径が約3.4mm φである本願意匠において、面取り部分の幅は計算上約0.057mmとなり、審決の述べるとおり、「肉眼で視認できるのは円盤状リング型であることだけで、面取りの態様等については肉眼では視認できない。」としかいようなないことが、明らかである。

原告はまた、審決の「審判請求書の理由及びそれに添付された実物参考見本によれば」との文言をとらえて、審決が本件補正後の願書の添付図面を完全に無視した旨主張するが、審決が、願書の記載及び添付図面により本願意匠を把握したうえで、審判請求書において原告が主張した点及び審判請求書に添付して原告が提出した実物参考見本を参照し、前記認定に至ったものであることは、審決の理由の記載からおのずと明らかである。』

上記審決事件から考察すると、意匠法第2条は肉眼で物品の形態を視認できるものでなければならず、全体の大きさが縦2.5mm、横1.25mm、厚さ0.5mmであると全体が扁平な略立方体状のものとしては視認できるが、その具体的な形態（例えば0.29mmの半円弧状の切欠き）は到底視認できないと判断していることからすれば、小さくても約2～3mm程度の形態は肉眼で視認できるサイズ、あるいは形態であると判断されているのである。

しかしながら登録例として前記のように縦横の寸法が0.5mm×0.5mmの発光ダイオードが登録されていることからすれば、前記審・判決の判断理由とは一致しないのである。

以上の点を考慮して考察するならば、登録要件としての意匠法第3条第1項柱書の意匠の視

覚性については厳格に解釈すべきではないと考える。仮に厳格な解釈を取るならば、例外としての肉眼観察を検討するべきで、このことは意匠の創作の奨励と意匠の保護という法目的にも合致するものである。

## 5. 意匠権侵害と視覚性

### 5.1 意匠権侵害

意匠権侵害において、登録意匠と侵害品がいずれもその大きさが極めて小さい場合に視覚性（視認性）の観点から、「登録意匠及び侵害品の特定をどのようにして特定するか」と、「その類否判断における肉眼観察による形態をどのように評価するか」が侵害成否との関係で極めて重要な問題となる。

### 5.2 登録意匠の特定

登録意匠が実物の大きさより数十倍に拡大した図面等で表現されて登録されている場合に、拡大した図面には仔細な形態も明確に認識できるように表現されているが、それを実物の大きさに縮小したとき肉眼では全てその形態を認識することができない場合には、登録意匠の特定としては肉眼で認識でき得る範囲でその形態を特定することが原則であると考ええる。

### 5.3 侵害品の特定

侵害品についても同様で、その特定としては肉眼で認識でき得る範囲でその形態を特定すべきものと考ええる。

### 5.4 類否判断と視覚性

登録意匠と侵害品とが特定された場合に両者を対比したうえで類否判断を行うものであるが、その際、侵害品について肉眼で形態認識できない構成要素については類否判断を左右する要素とはなり得ないことを原則と考える。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

## 5. 5 参考事件

この点に関する参考事件として下記の事件を解説する。

### 判定2004—60008号事件（平成16年7月6日判定）（発光ダイオード事件）

本件事件は判定事件ではあるが、イ号意匠が登録意匠の範囲に属するか否か、すなわち登録意匠とイ号意匠との類否についての判定で、しかも本件登録意匠は「発光ダイオード」を拡大した図面によって表現されており、イ号物件が全長4mm、高さ0.8mm、幅1.4mmからなる極めて小さな発光ダイオードである。

本件において登録意匠及びイ号意匠を視認性との関係で如何に特定するか、並びに特定された意匠の類否判断において視認性との関係でその形態を如何に評価判断するかが争点となったのである。これらの点について特許庁は下記のとおり判定した。

#### 【イ号意匠の特定】

『イ号意匠は、請求人が提出した「イ号物件目録」、及び「イ号物件図」によれば、意匠に係る物品を、「発光ダイオード」とし、その形態については、次のとおりのもものと認められる（別紙第2参照）。

まず、イ号意匠の形態についてであるが、「イ号物件目録」の(2)の記載によれば、「イ号物件は、正面視において本体の長さは、2.9mmで両側に突出した端子電極を含めて全長4mmで、高さ0.8mmで、平面視において幅は1.4mmである。」としたものであり、その大きさは極めて小さいものであるが、「イ号物件図」は、実物の大きさを約16倍に拡大したものであるから、当該「イ号物件図」に記載される図のうち、イ号物件の大きさに縮小したとき肉眼でその形態を認識することができない部分については、

意匠を構成する要素と認めることはできない。したがって、イ号意匠については、肉眼で認識することができる形態についてのみ特定し、認定をするものとする。

イ号意匠は、当該箇所（具体的構成態様）に該当する部分の大きさが極めて小さいため、その態様を肉眼で認識することができず、詳細は不明であり、当該部分の形態を特定することができない。』

#### 【類否判断】

『そこで、上記(2)に基づいて、本件登録意匠とイ号意匠を全体として観察し、両意匠の類否判断に与える影響について、総合的に考察する。

まず、両意匠において共通するとした態様は、両意匠の形態についての骨格的な態様であって、形態全体を支配する要素に係るものであり、とりわけ本体部の両側面部の前後中央部分から外方に側面視略「L」字状の電気接続端子が突出した態様は、本件登録意匠の形態上の特徴を顕著に表すところであって、この点が共通する両意匠は、看者に共通する印象を与えるところであり、両意匠の類否判断を左右する要素と認められる。

次に、本件登録意匠の具体的な態様（ア）ないし（キ）と、イ号意匠の当該箇所に該当する部分についての比較であるが、前記(2)のとおり、イ号意匠の当該箇所に該当する部分の態様が不明であるため、両意匠の具体的な比較検討はできない。しかしながら、たとえイ号意匠の当該箇所の態様が明確な場合であっても、これらの部分は、いずれも背面部や底面部等のさほど目立たない部位における態様であるから、あるいは、意匠全体として見ると極小さい部分における態様であるから、仮に、本件登録意匠との間に差異があるとしても、これらの点は、両意匠の共通するとした態様に包摂される程度の部分的な差異に止まるものであって、類否判断

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

を左右する要素としては、微弱なものといえる。

以上のとおり、両意匠は、意匠に係る物品が一致し、形態についても、前述のとおり不明な点があっても、類否判断を左右する要素において共通するから、全体として類似するものというほかない。』

## 5. 6 考 察

以上の判定理由から考察すると、極小化物品であっても肉眼でその形態を認識できる範囲において意匠が類似し、且つその類似部分が意匠の要部である限り、意匠は類似し登録意匠の範囲に属するものと判断したものである。

しかしながら該判定は基本的には特許庁の従前の「視覚性」に関する見解を逸脱する迄は至っていないものである。従ってこの判定理由から推論すると肉眼観察が困難な形態に意匠の要部があった場合、仮に拡大した図面で登録意匠公報にあらわれていても該要部は無視されることとなるし、イ号物件が肉眼観察困難な形態において登録意匠と同一、又は類似する意匠であっても意匠は類似しないこととなる。

しかしながらこの点については筆者は後記のとおり疑問がある。

## 6. 視覚性についての考察

### 6. 1 はじめに

以上のように意匠法上の「視覚性」についての現状を分析した結果、意匠法は物品の外観を保護するものであるため、視覚を通じて認識することができる物品の形態を保護対象とするものであることは法の趣旨であると同時に目的である。

しかしながら、現実の審査実務や社会の取引実状を勘案すると必ずしも「視覚性とは肉眼観察である」ことの意義について議論がなされていないのである。すなわち上記現状の考察から

すると、「肉眼とは何か」、「実物より数十倍に拡大された図面で意匠が登録されることの是非」、「数十倍に拡大されているにもかかわらず実物のサイズ表示がない登録意匠の是非」、「数十倍に拡大された登録意匠の保護範囲とは」、「拡大された物品がカタログや商品仕様書に掲載されて商品取引されている取引実状を無視すべきか否か」、「拡大鏡等を使用して極小化物品の形態を認識することが商慣行化されている場合にこれを無視すべきか否か」、「侵害品が極めて小さく肉眼観察困難な場合の侵害成否」等数多くの論点が「視覚性」について存在するのである。

### 6. 2 肉眼観察と商取引慣行や取引実情について

意匠を特定する場合に、肉眼で観察して視認できる物品の形態を意匠の構成として特定すべきは原則であるが、肉眼自体をとらえても人によって視認できたり、できなかつたりするため、必ずしも客観的ではないが、通常の状態通常人が肉眼で視認できることと解するを相当とする。

しかしながら、通常の状態では視認できない物品の形態であっても、「宝石等のように拡大鏡等によって極小化物品の形態認識が一般的に慣行化されている物品」や、「数十倍に拡大され且つ拡大図に実寸が併記されて商品カタログや商品仕様書に掲載されて商取引が慣行として行われている物品分野（例えば発光ダイオードや電子部品の物品分野）においては、物品の形態が拡大によって視認でき、しかもこの種の物品分野の当業者にとっては拡大された図面等によって、通常肉眼で視認できない形態をも視認して形態上の特徴を認識して取引している物品」の分野が存在するのである。

このような場合に前記原則論に立って「肉眼

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

観察不可能」として形態上の特徴を無視してよいものであろうか。

筆者は、現在の製造技術や成形技術の高度化によって電気や電子分野の部品が益々極小化傾向にある現状に鑑みると、前記原則論の例外として肉眼では視認困難な物品の外観形態であっても取引慣行として拡大された形態で当業者がその形態を認識している場合には、その形態も意匠の保護対象として例外的に認めるのが実情に則した妥当な法解釈であって、何ら法上の「視覚性」に反するものではないと考えるのである。むしろ意匠の創作の奨励と意匠の保護という法目的からするならば、より積極的に例外を認めるべきものとする。

よって、「視覚性」については、肉眼観察を原則とするが、肉眼で視認することが困難な形態であっても商取引慣行上や取引実情から当業者が認識できる形態については意匠として認定及び評価すべきであるとする。

### 6.3 出願意匠の特定と審査実務

現在の意匠課の審査実務としては、出願人が実物より数十倍に拡大した図面で、実寸の記載がない意匠出願をしてもその大きさを特定すべき拒絶理由通知が発せられない場合もあり、その結果前記のようにサイズ記載の意匠とサイズ不記載の意匠がいずれも登録されているのが現状である。

しかるに、前記肉眼観察を原則とする以上、物品名が極小であると予期できる意匠については少なくともその大きさを特定させるべきであって、特定がなされていない意匠はその形態を視覚性（肉眼観察）の観点から審査官はどのような形態として認識して審査されているのか極めて疑問である。特に拡大図では明確な形態であっても肉眼で視認できない形態を審査対象としているのか否か疑問のあるところである。実物が極小であるにもかかわらず数十倍に拡大し

た図面で実寸表示のない意匠が登録されると、登録意匠の特定や登録意匠の範囲が極めて不明確となり、権利保護に欠くことにもなりかねないのみならず、特許庁の審査が図面の審査で意匠の審査ではないとの批判にもなりかねないのである。

よって、今後、極小化物品で拡大図で出願する意匠については、原則として実寸記載を義務づけるべきである。

### 6.4 登録意匠の特定とその保護範囲

#### (1) 登録意匠の特定と大きさ（サイズ）

前記のように「数十倍に拡大された図面で登録された登録意匠」は、その意匠を特定する場合、まずサイズ記載がある意匠の場合には、実寸を参酌してその形態を特定し、しかもその際肉眼で視認できない形状等については拡大図で明確に表現されていたとしても無視あるいは不明として特定すべきであらうか。

思うに、登録意匠としては図面にあらわれた形態として意匠を特定すべきであって、登録意匠の評価としては肉眼で視認できない形態は評価が低いが無視すべきであるとする。但し前項で論述した取引慣行や取引実情がある場合は例外として評価すべきである。

次にサイズ記載がない意匠の場合には、願書に添付した図面にあらわれた意匠として意匠を特定すべきであって、これが極小であったとしても登録意匠としては意匠公報に掲載された意匠として認定されるべきである。けだしサイズ記載のない場合には実寸が特定できないからである。但し、物品名からそのサイズを当業者が特定でき得る場合にはこの限りではないと考える。

#### (2) 登録意匠の保護範囲

この場合もサイズ記載のある場合と、ない場合とによって登録意匠の範囲は原則として異なる。



※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

るものであるが、物品名から当業者がその寸法を特定でき得る場合にはその大きさのものと認定し、評価して視認性を論議することを相当とする。

意匠の類否判断においても原則として肉眼観察によって視認でき得る形態について対比・評価のうえ類否判断を行うべきものとするが、前記のように肉眼観察困難な形態であっても商慣行や取引実情によって当業者が認識している形態については類否判断要素とすべきであるとする。

### (3) 侵害品の特定と評価

侵害品についても前記登録意匠と同様に原則は肉眼観察によって認識でき得る形態について特定し、視認できない形態については不明又は無視すべきである。但し、商慣行や取引実情によって当業者が認識でき得る形態であるならば肉眼では認識が困難な形態であったとしても特定すべきである。

さらに侵害品の形態評価についても前記と同様に考えるを相当とする。

よって、意匠権侵害成否についての「視覚性」の評価は、原則は肉眼によって認識でき得る形態として特定、対比、評価したうえで両意匠の類否判断を行うべきではあるが、例外として商慣行や取引実情がある場合にはその商慣行や取引実情による当業者の認識を基準として類否判断を行うを相当と考える。

### (4) 意匠の類否判断と視覚性

前記のように肉眼観察によって、認定した登録意匠と侵害品とを対比、評価したうえで両意匠の類否判断を行うことを原則とするものであるが、類否判断基準としての、いわゆる創作説と混同説とによって視覚性についての判断を異にするか否かについて言及する。

#### 1) 創作説

創作説とは、周知のとおりデザイナー等当業者の立場を基準として新規で創作性のある部分を高く評価し、その創作部分の共通性をもって類似とする判断手法である。

該創作説の立場で考えるならば、極小化物品において創作部分が肉眼観察困難な場合であっても、本来ならばその部分は評価されるべきであるが、評価者である看者にとってその創作部分の形態認識が著しく困難、又は不可能である場合にはその部分は評価できないものとする。

しかしながら、その創作部分が物品の取引実情や商慣行からすると、当業者（看者）にとって、機能性や技術性等を考慮して高く評価している場合には、その創作部分は通常の肉眼観察では、その視認性は困難であったとしても当業者が前記商品カタログ等から形態認識している以上、例外としてその創作部分は高く評価して、それが共通する以上、類似であると判断すべきで、このことは意匠創作の保護と取引実情にも合致するものとする。

#### 2) 混同説

混同説とは、当該物品の取引者・需要者を基準として両意匠を対比したうえで、混同するかどうかを判断し、混同が生じるおそれがある場合には類似とする判断手法である。

該混同説の立場では、極小化物品について肉眼観察が困難な場合には、創作の有無に関係なく視認性が要求されるため、取引者・需要者がその形態を視認できない以上、評価、保護されないことになる。

しかしながら、前記のように極小化物品が電子部品等のように当業者が取引上その形態の特徴を認識している場合には、通常肉眼観察が困難な場合であっても、例外として視認性を認め混同するかどうか判断されるべきを相当とする。

この点は、一般需要者・消費者を対象とする

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

物品とは区別されるべきであると考え。けだしこのことはその物品の取引実情に則し意匠の保護になるからである。

### 3) 折衷説

筆者は、意匠の類否判断における意匠の要部は、新規な創作部分であって、且つその部分が看者の注意力を喚起する部分にあると考えるため、極小化物品で、通常肉眼観察によって視認できる形態であってその部分が新規な創作部分で、且つ看者の注意力を喚起せしめる部分、いわゆる意匠の要部において共通する以上、両意匠は類似すると判断すべきであると考え。但し、前記のように肉眼観察困難な場合であっても新規な創作部分で、且つ看者にとって取引実情からその形態を認識でき、看者の注意力が喚起される場合には、その部分は意匠の要部になり得ると考える。

以上のように創作説、混同説、折衷説のいずれかの立場で考察したとしても意匠は物品の美的外観を保護する以上、通常肉眼観察によって視認できる形態を対比、評価して類否を決すべきであることを原則とする。

しかしながら、前記のように取引実情や商取

引慣行を参酌した結果、通常では肉眼観察困難な場合であっても、当業者が拡大図や拡大鏡等によって、視認している形態については視認性ありとして対比、評価するを相当と考える。

このように解釈することは、この種「極小化物品」の意匠創作の奨励と保護という法の趣旨に合致するのみならず、最近の電子分野における部品の技術進歩や新規デザイン創作の傾向にも一致し、産業政策上最も好ましいと考えるからである。

## 7. むすび

本稿は、「極小化物品」について意匠法上の「視覚性の意義」と「肉眼観察の意義」とその問題点について、現状を認識したうえで意匠と商取引実情や取引慣行を如何に考えるかを考察し、筆者の見解を展開したものであるが、本稿については現場の審査官や審判官、さらには実務家の御意見を賜りたく、ここに十分ではないが筆者が最近思う意匠法の現代的課題を提起するものである。

(原稿受領日 2005年2月17日)