

欧州・ドイツにおけるデザイン保護の動向と わが国の意匠法への示唆

——「物品」の位置づけをめぐって——

本 山 雅 弘*

抄 録 目下の意匠法改正論議で焦点の課題ともいえる画像デザインの保護拡充論は、その議論の実質に照らし、わが国の意匠法の特徴である「意匠の物品性」（意匠法2条1項）の再考論とも無関係ではない。そこでは、意匠法における「物品」の位置づけが問われる。この点の考察にあたり、意匠権の効力に「物品」の制約を課さない欧州・ドイツの意匠法は、「物品」の扱いをわが国と異にするものとして、興味深い比較法研究の対象となり得る。その若干の研究を試みるのが本稿である。それによれば、欧州法・ドイツ法のもとでは、「物品」が意匠法体系内に不可欠の要素として位置づけられる一方で、「物品」概念を巧みに用い、そこに無体物たる画像等をも包摂させることにより、論理的にはわが国の「意匠の物品性」の発想とも矛盾を生じさせることなく、画像デザイン・タイプフェイス等の無体的デザインの保護を可能としていることが、まず示される。また、他方で、「物品」の制約を受けない意匠権という発想が、登録要件なり侵害関係の判断場面で、わが国には未経験の解釈論上の論争を少なからず発生させていることも、示される。

目 次

1. はじめに
 1. 1 欧州におけるデザインの経済的意義
 1. 2 欧州・ドイツ意匠法制度に参照すべき「物品」の扱い
2. 保護対象としての意匠は物品から乖離した存在か—物品は意匠保護の非本質的要素か
3. 物品と不可分な意匠保護制度としての論理的帰結
 3. 1 画像等の無体的デザインの保護—有体物に限定されない物品概念
 3. 2 保護要件・侵害関係の判断主体の位置づけ—情報通利用者の解釈
 3. 3 意匠権のおよぶ利用行為—形態利用か物品利用か
4. 物品制約のない意匠権効力がもたらす解釈論—物品はいかにその独占適格性の判断・独占範囲の判断に影響するか
 4. 1 登録要件の判断に際しての物品制約の有無
 4. 2 無効理由・侵害関係の判断に際しての情

報通利用者の選択問題

4. 3 無効理由・侵害関係の判断で参酌されるデザイナーの選択問題
5. おわりに

1. はじめに

1. 1 欧州におけるデザインの経済的意義

欧州におけるデザインの特別な経済的意義を明らかにした¹⁾ 調査がある。欧州特許庁および旧欧州共同体商標意匠庁 (OHIM) が2013年9月に公表した、知的財産権の経済・雇用への貢献に関する総合的調査がそれである²⁾。同調査によれば、調査対象とされた欧州の615の産業分野³⁾のうち、165分野が、単位従業員数 (1,000

* 国士舘大学 法学部 大学院総合知的財産法学研究科 教授 Masahiro MOTOYAMA

人) 当たりの意匠権保有件数が平均値を超えるとの意味において、意匠(デザイン)の知的財産権に対し、相対的に高いインセンティブを見出しているという⁴⁾。この数字は、商標権に関する277分野を下回るものの、特許権に関する140分野を超えている⁵⁾。また、意匠権保護にインセンティブを見出す産業分野は、欧州の全雇用の12.2%を担っており、特許権に関する同産業分野の10.3%を上回り、商標権のその20.8%に次ぐ規模を示す⁶⁾。さらに、2008年から2010年の間の欧州共同体の全経済活動(GDP)は、その12.8%が、意匠権保護にインセンティブを見出す産業分野によって生み出され、これは、商標権の33.9%を下回るものの、特許権の13.9%にほぼ比肩するGDP貢献度を示す⁷⁾。

この2013年9月の産業レベルの調査に続き、デザイン保護の経済的意義は、OHIMが欧州の企業レベルにおける知的財産権の経済分析を行った2015年6月の調査にも示される⁸⁾。それによれば、知的財産権の保有企業は従業員数において非保有企業よりも上回る傾向にあり、デザインに関しては、意匠権の非保有企業が一社あたり平均93.6名の従業員を雇用するのに対し、意匠権の保有企業には同2,103.1名の従業員の雇用が認められる⁹⁾。また、意匠権の保有企業の一従業員あたりの売上高は、非保有企業のそれを、平均して31%上回り、意匠権の保有企業が支払う賃金は、非保有企業のそれを、平均して23%上回るという¹⁰⁾。

そして、このような欧州におけるデザインないし意匠権の経済的意義の高まりのなかで、共同体意匠制度のいわばヘビーユーザーとして顕著なプレゼンスを示す国は、ドイツであるという。すなわち、前記の2013年9月の調査によれば、制度施行の2004年から2008年の間の共同体意匠の登録件数において、出願人の国籍別の登録件数が最多なのは、7万2千件を超えるドイツであり、その数字は、たとえば、3位のフラ

ンスの2万件余りの3倍を超えている¹¹⁾。

他方で、そのドイツにおけるデザイン保護の近年の顕著な傾向として、画像デザイン等の無体的な形態に関する保護意識の高まりを指摘する最近の研究もある。

すなわち、ドイツ意匠法のもとで、出願時に使用物品の記載が要されるどころ(2013年までの旧法11条2項4号、現行法11条3項)、1993年と2013年との比較において出願・登録件数に最も大きな相違を認め得る物品分類が、「情報の記録、伝送または処理のための装置」の下位分類「画面表示およびアイコン」であるという¹²⁾。つまり画像デザイン等が属する物品分類である。1993年には当該分類に属するデザインの出願・登録数はわずかに4件であったのに対し、2013年には1,256件の出願と1,148件の登録がなされたようである¹³⁾。

1. 2 欧州・ドイツ意匠法制度に参照すべき「物品」の扱い

このような欧州・ドイツの事情は、わが国における目下の課題である意匠法改正論議とも重なりそうである。そこでは、デザインの経済的意義が再認識されるとともに¹⁴⁾、その認識に対応した制度修正として、建築物や内装等の空間デザインの保護とともに、画像デザインの保護の拡充がとくに注目されているからである¹⁵⁾。

わが国の意匠法のもとでの画像デザインの保護の不十分性については、すでに種々の指摘がある¹⁶⁾。そして、それらの問題意識の中核に位置づけられてきた課題は、いわゆる「意匠の物品性」にあると解しても、誤りではないであろう¹⁷⁾。すなわち、物品を保護対象たる意匠の構成要素と捉え、「意匠は物品と一体」¹⁸⁾と解される制度(意匠法2条1項)に対する問題意識である。

画像デザインは、たとえば物品の形状とは異なり、物品を離れて表示され得るし、特定の物

品に支持されることなく無体物のまま市場に供給され得るから、「意匠の物品性」を前提とするかぎり、画像の場合、保護に不足なり不都合が生じかねないという問題意識である。

意匠の物品性については、以前より、その保護対象としての本質性を疑問視する見解も示されてきた¹⁹⁾。近時の意匠法改正を念頭に置いた議論にも、物品性による制約に対し、画像デザインの保護拡充の観点を超え、意匠保護制度それ自体のあり方との関係で、明確な懸念を示す見解もある²⁰⁾。また、近時の学説には、意匠権の効力がおよぶ意匠の類似(意匠法23条)に物品類似を要件とする従来の最高裁判例の解釈論²¹⁾にも再検討の余地があり、意匠類似から物品類似を解放することも不可能ではないとの知見も示されている²²⁾。このような、意匠類似を物品類似から解放すべきとの見解も、物品類似要件を「意匠と物品の一体性」という意匠概念の解釈から導く上記判例の論理を前提とすれば、意匠概念の構成要素としての物品性の修正論にも至るのである。

そこで問われるのは、物品概念は意匠法のもとでいかに位置づけられるべきなのか、従来の見解が説くように²³⁾、物品とは無関係な形態それ自体の保護制度として意匠法を再構成すべきなのか、また、物品性に対する問題意識の火付け役ともいえる画像デザインの保護の拡充問題と物品性要件の修正論議とは、論理的に不可分の関係にあると解するほかないのか、といった問題である。

物品概念は、意匠概念(意匠法2条1項)を通じまた意匠の類似概念(同3条1項3号、23条)を通じ、意匠権の独占範囲を画するうえで不可欠の概念であり、その概念の位置づけに修正を加えることは、単にひとつの法律概念の意味修正に留まらず、意匠法体系なり意匠法秩序の全体のあり方にも関係せざるを得ない重要な課題というべきである。画像デザインの保護拡

充を契機にそのような修正論議に直面する我々にとっては、意匠と物品との関係を改めて整理することも必要であろう。

ところで、周知の通り、欧州の意匠保護制度は、意匠権の効力範囲に物品の制約を設けていない。欧州の共同体意匠規則(以下、欧州意匠規則という)36条6項は、共同体登録意匠の出願時に記載を要する物品が、意匠の保護範囲を制約しない旨を明文化する。わが国の意匠法とは異なり、欧州の意匠権の効力は特定の物品との関係に限定されず、ゆえに意匠類似の検討にあたり物品類似を問うことを要しない。

そして、この理の根拠として、欧州法の文脈でも引用される先例といえ²⁴⁾、乗用車意匠とおもちゃ車意匠との類似関係を物品カテゴリの制約を超えて認めた1995年のドイツ最高裁判例²⁵⁾である。このことから示される通り、意匠権の効力範囲に物品の制約を設けない欧州法は、その理論的ルーツにおいて、ドイツ意匠法(以下、ドイツ法という)との密接な関係が窺われる。

すると、先の我々の問題意識に照らすならば、意匠類似に物品類似を問わない制度を先行的に有する欧州意匠規則やドイツ法のもとで、意匠と物品とがどのような関係のもとに位置づけられているかの点は、興味を惹くところである。

そこで本稿は、欧州意匠規則とドイツ法に注目し、意匠法体系のなかで「物品」概念がいかに位置づけられているのか、保護対象である意匠と「物品」とはどのような関係に置かれているのかといった点を主たる問題関心として、若干の考察をしてみたいと思う。この考察を通じ、欧州制度のヘビーユーザーでもあるドイツの画像デザインの保護は、果たして、その意匠法制度が、意匠類似に物品類似を問わないこと、換言すれば、「意匠の物品性」を要しないことの帰結と解すべきなのか、あるいは、意匠類似に物品類似を問わない(意匠権の効力範囲に物品の制約を設けない)という、わが国の意匠法に

とって未知の世界では、いかなる解釈論上の課題が生じているのかといった関心の一端が、解明されるように思う。

なお、欧州意匠規則で意匠が利用される対象は、Product（英語）ないしErzeugnis（ドイツ語）と表記される。たとえば特許庁の仮訳はこれを「製品」と訳す²⁶⁾。しかし、本稿では、わが国の意匠法との形式的な比較を明瞭とし、また実質的にも、「意匠を構成する形態が利用された対象」という理解の点で²⁷⁾、わが国の物品概念と意味に変わりがないと考えることから、これを「物品」と訳して考察する。

2. 保護対象としての意匠は物品から乖離した存在か—物品は意匠保護の非本質的要素か

意匠が実用品の形態を構成するものである以上、事実上、意匠がその支持物たる物品と離れて存在し得ないことは当然といえる。しかし、ここで問うのは、法的保護対象としての意匠なりデザインが、欧州法・ドイツ法のもとで、物品と乖離したのか、換言すれば、意匠保護の法的効果において物品はなんの機能も果たさないと理解すべきか、という問いである。そのような理解は妥当しないようである。

まず、欧州法・ドイツ法における保護対象たる「意匠」の定義に照らしそれは明らかである²⁸⁾。

欧州意匠規則3条a項は、「意匠」について、「物品またはその部分の形態であって、とりわけ、その物品それ自体および／もしくはその装飾に関する、線、輪郭、色彩、形状、表面構造、形状、ならびに／または素材の特徴から生ずるものをいう」と定義する。

また、ドイツ法1条1項は、「意匠」について、「物品の全体またはその部分に関する二次元または三次元の形態であって、その物品それ自体もしくはその装飾に関する、線、輪郭、色彩、形状、表面構造、または素材の特徴から生ずる

ものをいう」と定義する。

意匠の概念は、いずれも、特定の物品に関する形態として、物品と不可分の概念であることがわかる。

ドイツ人学者が著す欧州意匠規則の注釈書においても、意匠概念と物品概念の不可分性は強調される場所である。すなわち、意匠とは原則的に「物品相関的(erzeugnisbezogen)」なものであり、保護対象は特定の物品またはその部分の形態であるというのである²⁹⁾。したがって、物品またはその部分の形態にならないものは、「意匠」ではあり得ず、意匠権の保護も受け得ないのである³⁰⁾。

そしてこのような学説が、そうした「物品相関的」な意匠の理解との論理的関連性を指摘する欧州法上の規範が、欧州意匠規則の前文14項である。

同項は、「意匠が独自性を備えるか否かは、その意匠を見ることによって情報通利用者（筆者注：意匠の登録要件・侵害関係の判断主体を示す概念。その意味については、3.2で後述。）に生ずる全体印象が、どの程度において、既存の形態群がその者に生じさせる全体印象と明らかに識別させるかを、当該意匠が利用され…る物品の種類(der Art des Erzeugnis)、および、とりわけ意匠が属する産業分野(Industrie-zweig)…を考慮することによって、判断されなければならない。」と定める。すなわち、意匠の独占的適格性を判断する際にも、当該意匠が使用される物品および当該意匠が属する産業分野が前提となり、意匠権の独占的適格性が物品と無制約に検討されるわけではない。欧州の意匠は、特定の物品との不可分な関係においてその保護を得るべきことが、ここに明文化されている。

では、このような意匠と物品との原則的な不可分関係(相関関係)のもとで、欧州法やドイツ法の特色として注目される、物品の制約を受

けない意匠権の効力範囲という発想は、どう位置づけられるのであろうか。

先に紹介した欧州意匠規則の注釈書によれば、そうした物品に無限定の効力範囲は、むしろ、意匠と物品の不可分な関係が制約されたものとして位置づけられている³¹⁾。つまり、意匠権の効力が特定物品の範囲を超えること、また、それに応じて意匠の登録要件も特定物品の範囲を超えて吟味されるべきことは、いずれも、物品相関的な意匠の原則に対する例外として位置づけられているのである。

以上に概観したところによれば、つぎのことがいえるであろう。すなわち、意匠権の効力範囲が特定の物品の制約を受けないとの特色を欧州法・ドイツ法に指摘できるとはいえ、そのことは、保護対象である意匠が物品から乖離した存在として理解され、あるいは、保護対象としての意匠にとって物品が非本質的なものと理解されることを意味するわけではない。むしろ、欧州法・ドイツ法のもとでも、意匠法体系上、物品と意匠とは不可分の関係を構成していると思わなければならないのである。

3. 物品と不可分な意匠保護制度としての論理的帰結

3. 1 画像等の無体的デザインの保護—有体物に限定されない物品概念

(1) 無体的なデザイン (画面, グラフィックシンボル, タイプフェイス等)の保護実態

欧州法・ドイツ法における物品と不可分な意匠保護制度の論理的帰結として、第一に指摘できるのは、まさにわが国の立法論の焦眉の課題ともいえる、無体的な画像デザインの保護なり、その手法と「物品」概念との関係である。

先に示した「意匠」の定義規定に明らかとなり、保護対象である意匠が物品と不可分の関係にあることはドイツ法でも同様であり、意匠

は、たとえば著作物のごとく、それが利用される媒体なり支持物と無関係に把握される対象ではない。では、近年の傾向として画像デザインの保護意識が旺盛なドイツ法において、この無体的なデザインは、どのような理論的ルートで意匠権保護を取得しているのであろうか。

その手法は、画像等の無体物の「物品」概念の中への取り込みである。そこでは、「物品」概念が、有形物を意味するその一般的な用語法とは異なること(ドイツ民法典90条の「物(Sache)」概念との相違)を前提としたうえで、無体的な画像等の「物品」媒体への包摂が行われているのである³²⁾。

具体的な規定をみよう。ドイツ法1条2項は、「物品」を、「あらゆる工業的または手工業的な対象であつて、包装、装丁、グラフィックシンボルおよび印刷用文字…を含むものとする。」と定義する。この条文で、「グラフィックシンボル」および「印刷用文字(タイプフェイス)」が敢えて列挙されている理由は、それらの無体的な対象が、一般的な用語法にいう(有形的な)「物品」とは異なるからにほかならない³³⁾。

そして、こうした無体的な「物品」に含まれる対象の外延は広く解されている。「グラフィックシンボル」には道路標識やピクトグラムのほか、エンブレムやワッペンも含まれる³⁴⁾。そして、アイコンやメニュー表示を含む画面も、グラフィックシンボルと同様に、語の一般的な意味としては有形的な媒体なり支持物とは異なるけれども、デザインの使用対象たる「物品」に該当すると理解される³⁵⁾。また、ロゴについても、グラフィックシンボルが法律上「物品」と捉え得るのであるから、それは「物品」の一種と捉えられる³⁶⁾。

一方で、先の欧州意匠規則の注釈書が説いたような、意匠と物品との不可分の関係(「物品相関的」な意匠)を強調する立場によれば、画像デザインは有形的な物品を要しないデザイ

ンそれ自体として、有形的な物品を常に伴う原則的な意匠とは異なる、例外的な保護対象と説明されることになる³⁷⁾。

もともと、「物品」を定義した欧州意匠規則3条b項の文言も、先のドイツ法の文言とほぼ同様に「あらゆる工業的または手工業的な対象であって、とりわけ、…包装、装丁、グラフィックシンボルおよび印刷用文字…を含むものとする。」と規定する。このように、定義規定が、グラフィックシンボル等の無体的対象を「物品」概念に包摂することに照らせば、有形的な「物品」概念を堅持した上記注釈書の説明は、説得的とはいえない。

しかし、そのような見解も、無体的な画像デザイン等の場合には、デザインそれ自体が「物品」である旨（「物品としてのデザイン (Design als Erzeugnis)」）を述べていること³⁸⁾からも、有形的な物品とは異なる無体的な「物品」概念を想定する点に、変わりはないようである。むしろ、ここには、あたかもわが国の「意匠の物品性」を想起させるかのような、デザイン（意匠）概念と物品概念との融合さえ認められる。

要するに、欧州法・ドイツ法では、グラフィックシンボルや画面等の有形的な媒体を特定せずに存在し得る無体的デザインを保護対象とするために、意匠を物品から切り離すのではなく、むしろ、意匠と物品との不可分の関係は堅持しつつ、例外的に、有形的な支持物なり媒体とは無関係にも観念し得る概念として「物品」概念を柔軟に対応させることにより、その保護の取り込みを図っているのである。

このような、「物品」概念を巧みに用いた無体的デザインの保護の構成は、物品と不可分な意匠保護制度の論理的帰結を示すと同時に、「物品」概念が、欧州法・ドイツ法の体系において、制度の本質をなす概念であることを示すものといえる。

(2) わが国の議論への示唆

従来のわが国の議論として、画像デザインの意匠権保護が不十分であることの主因は、意匠概念と物品概念の一体性（意匠の物品性）にあるものと説かれてきた³⁹⁾。すなわち、物品から離れて流通し得る画像デザインそれ自体を、有形的な物品の制約を超えて十分に保護し得ない理由は、保護対象を有形物たる物品から概念的に分離し得ないこと、つまり意匠の物品性に求められてきた。

また学説には、無体物をも包摂する欧州法の物品概念を説くにあたり、この「物品」の概念なり制度が、わが国の意匠法が要求する「意匠の物品性」とは両立し難い関係にある旨が説かれることもあった⁴⁰⁾。

しかし、前述のような欧州法・ドイツ法の議論や理解に照らすならば、このような見方は、必ずしも妥当とはいえない。そもそも、わが国の物品性と、「物品」概念に無体物をも包摂する欧州法・ドイツ法の発想とは、互いに論理的に排斥し合う関係にはない。たとえ、意匠の物品性を維持したとしても、「物品」概念に無体物を取り込めば、たとえば画像デザインについては、「画像（物品）の意匠」として、一般的な「物品の意匠」と同様に（意匠法2条1項）保護することは可能だからである。

現に、欧州法・ドイツ法が画像デザイン等の無体的デザインの保護を可能にしているのは、前述のとおり、一般的には有形物を意味する「物品」に無体物を包摂することにしたからである。わが国のような「意匠の物品性」の考え方を採らなかったことの帰結ではない。むしろ、画像デザイン等の保護との関係では、説明によっては、前示の「物品としてのデザイン (Design als Erzeugnis)」なる理解のごとく、意匠概念と物品概念を融合させ、あたかもわが国の物品性に通じるような見方も示されていたところである。

「物品」概念への画像等の無体物の包摂は、すでにわが国でも検討されたことがある。平成23年度の知的財産研究所の報告書には、画像デザインの保護の拡充に向け、「アイコンやグラフィカル・ユーザー・インターフェース等の画面デザイン自体を物品とみなして保護対象とする」旨の提案が示されている⁴¹⁾。近時の学説にも、物品概念を無体物を包摂可能なものとするべき旨の見解がある⁴²⁾。

また、無体的な画像等を「物品」概念に含めて捉えることは、画像デザイン等の意匠権に関し、その権利行使に伴うハードルを解消する上でも有益であるように思われる。

たとえば、現行法のように、画像を「物品」とは異なる「形態」と解する以上、物品の製造・使用・譲渡等の「物品」を介した利用行為にのみおよび意匠の実施(意匠法2条3項)のなかに、画像ソフトのオンライン供給のような市場流通行為を含めにくいという難点が指摘される⁴³⁾。しかし、このような難点に対しても、画像を「物品」の概念で把握し、画像の利用行為を直に「物品」の利用行為として把握することが可能になれば、もちろん立法論としてではあるが、画像という無体的な「物品」に特有な利用行為を「実施」概念に含めることで、画像ソフトのオンライン「供給」の行為も、画像に係る形態を表示する「画像という物品」の実施行為のなかに、吸収することができそうである。

さらに、有形的な意匠の場合には「物品」が担う用途機能を、画像デザイン等の無形的な意匠の場合には画像それ自体が担うという、一般的な実態を指摘する見解がある⁴⁴⁾。いわば、用途機能の点で、「画像」は「物品」と融合しているとも解される。画像等を「物品」に包摂させる発想は、そのような画像等の実態に即した保護を、従来の物品概念をめぐる解釈論(その用途機能を介した類否関係の判断)とも整合させつつ実現させ得る点でも、傾聴に値しよう。

他方、このような「物品」概念に無体物である画像等を包摂することは、必ずしも現行の知的財産法体系に手がかりを求められないわけではない。すなわち、特許法上の「物の発明」(特許法2条3項1号)にいう「物」に、無体物たるプログラムを包摂した平成14年特許法改正が、その理由をプログラムの生産・譲渡の可能性に求めている点に照らせば、画像等の無体的な情報たるデザインの市場流通(製造、使用、オンライン供給、有形物に格納した譲渡等)の実態に即した保護を検討しようとする問題意識のもとでは、当該画像等の無体物を「物品」の概念に包摂させ、意匠権の実施権の直接の客体とする発想は、必ずしも唐突なものとはいえないであろう。

3. 2 保護要件・侵害関係の判断主体の位置づけ—情報通利用者の解釈

欧州法・ドイツ法における物品と不可分な意匠保護制度の論理的帰結として、第二に指摘できるのは、保護要件・侵害関係の判断主体の位置づけである。

欧州法・ドイツ法のもとで登録要件としての独自性(欧州意匠規則6条、ドイツ法2条3項)および侵害関係(欧州意匠規則10条1項、ドイツ法38条2項)の判断主体は、いずれも「情報通利用者(informed user, Informierter Benutzer)」である。すなわち、前者の独自性の判断は、公知意匠との全体印象比較をデザイナーの造形余地(この概念の説明は、4.3.で後述)も考慮して行うことによってなされるが、この比較(比較の結果としての一貫性判断)と造形余地考慮の主体は、「情報通利用者」である。また、侵害関係の判断は、やはり登録意匠と被疑侵害意匠との一貫性判断をデザイナーの造形余地を考慮して行うことによってなされるが、この判断等の主体も「情報通利用者」である。

この情報通利用者は事実上の概念でなく、妥

当な意匠の独占範囲を導くための擬制的な人格概念であるが⁴⁵⁾、欧州意匠規則とドイツ法のいずれにもその定義規定はない。その具体化はもっぱら解釈に委ねられる。すなわち、情報通利用者をいかに位置づけるのか、より具体的には、独自性と侵害関係の判断主体に求められる意匠比較に際して、その注意力をいかなる程度のものとするべきかという解釈問題である。

この点について、共同体意匠の無効理由の存否をめぐり、2011年に現れた欧州司法裁判所の「PepsiCo」事件は、「共同体意匠法において、…全体印象の吟味に関し基準となる情報通利用者とは、商標法において適用可能な（特別な知識を期待されずかつ相互に対比される商標の直接比較を一般的には行わない）平均的消費者の概念と、幅広い技術的な技能を備えた（専門家としての）特許法上の当業者の概念との、中間に位置する概念として、理解すべきである」⁴⁶⁾と判示する。すなわち、情報通利用者は、平均的消費者と専門知識を備えた当業者の中間的存在と解されている。

ドイツ学説によれば、情報通利用者を平均的消費者と解すべきでない理由は、意匠のイノベーション・投資奨励を目的とする欧州意匠規則（前文7項）との抵触にあるという⁴⁷⁾。つまり、平均的消費者はその平均的な注意力ゆえ、意匠の全体印象比較において相対的に大きな相違点を看過し一貫性判断を導きやすいことから、妥当な意匠保護に不足を生ずるといえるのである。確かに、欧州意匠制度の検討過程においても、判断主体については、一般的消費者を意味する「代表的公衆（der maßgeblichen Öffentlichkeit）」の観点で修正されたうえで、現行の情報通利用者の概念が採用された経緯がある⁴⁸⁾。

では、情報通利用者は、何故に意匠の専門的な知識を備えた当業者と解されるべきでないのか。この理由にも、欧州制度のもとでの意匠と物品の不可分な関係をみるができる。

すなわち、欧州意匠規則を注釈する学説が、情報通利用者の概念との論理的関係を指摘するのが、保護対象としての意匠と物品との不可分な関係であり、さらに、その不可分関係の論拠としての欧州意匠規則の前文14項である⁴⁹⁾。先に触れたとおり、同項は、意匠の独自性判断の枠組みを示すものであるが、情報通利用者が「全体印象」の比較に際して行うべき考慮の限界について、「当該意匠が利用され…る物品の種類（der Art des Erzeugnis）、および、とりわけ意匠が属する産業分野（Industriebranche）」として明示する。これは、情報通利用者による比較検討の対象を、物品に関して無制約なあらゆる意匠に広げず、敢えて当該意匠に関する物品の種類なりその属する産業分野に限定するものである。すると、情報通利用者を、特定の物品の枠を超えて意匠に関する幅広い専門知識を有する当業者と解することは、欧州意匠規則が前提とする情報通利用者の限界づけと、整合しないこととなる⁵⁰⁾。

要するに、欧州法・ドイツ法のもとで意匠の独占適格性ないしその範囲の判断主体となる「情報通利用者」の概念も、意匠と物品との不可分の関係を抜きにしては、その位置づけが困難なのである。ここにも、物品と不可分な意匠保護制度の論理的帰結を指摘できる。

3. 3 意匠権のおよぶ利用行為一形態利用か物品利用か

欧州法・ドイツ法における物品と不可分な意匠保護制度の論理的帰結として、第三に指摘できるのは、意匠権のおよぶ利用行為と「物品」との関係づけである。

欧州法・ドイツ法の意匠権の効力範囲が物品の制約を受けないことは明らかとして（欧州意匠規則36条6項、ドイツ法11条6項）、果たして、意匠権のおよぶ「利用」とは、無体物としてのデザインそれ自体の「利用」なのか、あるいは、

デザインの支持物たる物品の「利用」なのかが、問われるところである。

わが国の意匠法が、意匠権のおよぶ「実施」(意匠法23条)を物品の利用行為(製造等)(同2条3項)に限定することは、意匠の物品性(同2条1項)とも論理的に整合するものと解されるが、この物品性を要しない欧州法・ドイツ法のもとでは、論理的には、意匠権のおよぶ「利用」を物品の制約なく構成することも可能であるから、その処遇が問われる。

「物品」は、欧州法・ドイツ法の意匠権の効力範囲の限界と決して無関係ではない。ドイツ法38条1項(欧州意匠規則20条1項)は、登録デザインの排他権が当該デザインを自ら利用し且つ第三者の無許諾利用を禁止する権利を意味するところ、その利用とは当該デザインが使用された物品の製造等のあらゆる行為を意味する旨を規定している。つまり、意匠権は物品と離れた無体的なデザインそれ自体に対する排他権ではなく、特定の物品に使用されたそのデザインが、その保護対象である⁵¹⁾。意匠の「利用」は物品と不可分の関係にある⁵²⁾。

確かに、意匠権の禁止権は、単に当該物品の製造行為にとどまらず、その写生・描写等の再製行為(Wiedergabe)にもおよび得るものと解されている⁵³⁾。禁止権を定めた上記の条項に再製行為への言及はないが、当該物品の引用等の再製行為に対し、意匠権が制限されていること(欧州意匠規則20条1項、ドイツ法40条3号)の反対解釈として、それは導かれている⁵⁴⁾。しかし、そのような意匠の再製行為一般との関係でも、保護対象となるのは、あくまで当該物品に使用されたデザインである⁵⁵⁾。

すなわち、意匠権のおよぶ再製行為は、著作権の内容である複製権がそうであるような、支持物の特定を問わない、無体物としての表現・形態それ自体の再製行為ではなく、有形的な対象物(物品)の造形的再製(bildhafte Wieder-

gabe)の行為なのである⁵⁶⁾。意匠権のおよぶ再製行為は、その種類と形式を問わず、例えばプロジェクターや画面での無形的な再製行為も含むものと解されるが、その保護対象もあくまで特定の物品の形態である⁵⁷⁾。

要するに、物品の制約のない欧州法・ドイツ法の意匠権とはいえ、意匠権の効力は物品と無関係には考えられないということである。

かつて、欧州意匠制度の検討過程において、1993年以降の欧州デザイン指令の提案には、意匠権の効力のおよぶ「利用」概念を、物品とは無関係に、デザインそれ自体の利用に着目するより単純な考え方も示されたことがある⁵⁸⁾。しかし、最終的には、禁止権を定めた上記の条項に明文化されているとおり、登録意匠制度の保護対象となるデザインとは物品に使用されるものであることが必要とされたのである。

欧州法・ドイツ法の意匠権の保護対象は、特定の物品ではないが、物品から乖離したデザインなり形態それ自体でもなく、あくまでも、ある物品の形態である⁵⁹⁾。ここにも、物品と不可分な意匠保護制度の論理的帰結を指摘できる。

4. 物品制約のない意匠権効力がもたらす解釈論—物品はいかにその独占適格性の判断・独占範囲の判断に影響するか

欧州ドイツ意匠制度のもとでは意匠権の効力が特定の物品に限定されることはない。ある物品のデザインの意匠権はそれと異なる物品のデザイン使用に対してもおよぶ。では、このような物品の制約を超えて意匠権がおよぶ法制のもとでは、意匠の登録要件の判断および侵害関係の判断に際して、どのような解釈論上の課題が生ずることになるであろうか⁶⁰⁾。そこには、物品性を前提としたわが国の意匠法には未知の解釈論上の課題を見出すことができるであろうか。

4. 1 登録要件の判断に際しての物品制約の有無

欧州法・ドイツ法のもとでは、意匠の登録要件である独自性判断は情報通利用者の観点からの全体印象の比較によって行われる（欧州意匠規則6条1項、ドイツ法2条3項）。先述のとおり、情報通利用者とは擬制的な人格概念であった。問題は、この情報通利用者に想定される「情報」の意味である。すなわち、情報通利用者が意匠の独自性判断に際して比較対象とする公知形態の情報は、あらゆる物品に関する情報か、あるいは特定領域の物品に関する情報か、という問題である⁶¹⁾。

わが国の意匠法のもとでは、意匠類否の判断主体である需要者（意匠法23条）は、新規性判断および侵害関係の判断のいずれの場面でも、意匠の物品性を前提に、特定の物品の需要者となるから、このような無制約に広がり得る物品から判断対象たる物品を限界づけるべきかという解釈問題は、基本的に生ずることはないであろう。

この問題に関して、判断を示した欧州司法裁判所の判例は、2011年に現れた「PepsiCo」事件（前出）である。同裁判所は、先に紹介のとおり、「情報通利用者」の概念を、平均的消費者と専門知識を備えた当業者の中間的存在と解する解釈を示したのにつき、その「情報」の意味について、つぎのように判示する。

「『情報通』なる表記の前提とするところは、当該利用者が、デザイナーまたは技術的な鑑定人ではないけれども、その関連する経済領域に存在する様々な意匠を熟知しており、そうした意匠が通例示す要素に関して一定の知識を有し、また、それらの物品をそれに対する自らの利益に基づき比較の大きな注意力を持って利用する、ということである」⁶²⁾。

すなわち、同裁判所によれば、情報通利用者

の「情報」の中身は、物品領域に関して無制約なすべての公知形態の知識ではなく、特定の経済領域に存在する意匠、すなわち具体的事案に関連する物品に関する知識にすぎないのである⁶³⁾。

しかし、この解釈に対しては根強い異論もある。すなわち、ドイツ法の注釈書は、上記欧州判例以降に著わされた2015年全訂新版においても、独自性要件の判断手法を解説するなかで、「比較の対象は、登録意匠の独自性と対比可能な、公知の形態群（Fromenschatz）から生ずるあらゆる形態である」と述べている⁶⁴⁾。独自性を基礎づける比較対象が結果的に当該意匠と最も近傍の形態であったとしても、独自性吟味の入り口では、あらゆる形態が比較対象になるというのである⁶⁵⁾。同様の見解は、欧州の意匠法制度の創設に理論的に深く関与した学説にも、説かれている⁶⁶⁾。

また、ドイツの下級審裁判例にも、すでに2006年に現れた共同体登録意匠に基づく差止請求の仮処分事件において、「欧州意匠規則6条1項によれば、独自性の基準が充足されるのは、当該意匠が、情報通利用者ですべての公知形態群のことをよく知る者…に与える全体印象が、他の形態の全体印象と異なる場合である」⁶⁷⁾との判示がみられる。

ごく近時の研究は、このような解釈の対立に対して、比較対象の「情報」内容に物品に関して制約を設けない後者の見解を批判する立場から、そのような見解は、情報通利用者の概念が擬制的概念であることと矛盾する、あるいは、情報通利用者とは全体印象を比較してその差異点の判断に十分なだけの公知形態の知識を持つ者であって、専門的な当業者と同等の知識を期待される者ではない旨を述べている⁶⁸⁾。

いずれにせよ、我々にとって興味深いのは、意匠権の効力範囲が物品の制約を伴わない欧州法・ドイツ法のもとでは、そのことの帰結として、意匠の独占適格性の判断場面において、そ

の判断主体を「物品」範囲に関し限定すべきか否かについて、解釈論の対立をもたらしているということである。

4. 2 無効理由・侵害関係の判断に際しての情報通利用者の選択問題

情報通利用者をめぐる解釈問題としては、さらに、登録意匠に関して無効理由の存否あるいは侵害関係が争われる場合に、特定の無効理由となる意匠なり被疑侵害意匠との間で、判断主体たる情報通利用者の選択問題が生ずる⁶⁹⁾。すなわち、意匠権の効力は物品の制約を超えておよぶことから、登録意匠の物品と、無効理由なり侵害関係の存否が吟味される意匠の物品が異なるとき、いずれの意匠（物品）に関する情報通利用者を、両者の全体印象比較の判断主体とすべきかという問題である。

わが国の意匠法のもとでは、意匠類否の判断主体である需要者（意匠法23条）は、新規性判断および侵害関係の判断のいずれの場面でも、意匠の物品性を前提に、特定の同一・類似関係を認め得る物品の需要者となるから、比較対象となる異種物品の間でいずれの需要者を判断主体とすべきかという解釈問題は、基本的に生ずることはないであろう。

この問題に関して、まず、被疑侵害意匠または無効理由が複数の使用形態からなる場合には、その判断主体たる情報通利用者は、原告意匠（登録意匠）の情報通利用者であって、原告意匠の使用形態を超える物品カテゴリの知識を有する利用者は、そこに含まれない旨を説く見解がある⁷⁰⁾。原告意匠、無効理由意匠、被疑侵害意匠の3者の物品がそれぞれ異なる場合には、いずれにせよ、原告意匠の情報通利用者をその判断主体と解すべきとの見解である⁷¹⁾。

この見解によれば、無効理由の判断場面と侵害関係の判断場面とで、その判断主体は、原告意匠（登録意匠）の物品に関する情報通利用者

の選択において、一致するわけである。

これに対し他の学説も、無効理由の判断（独自性の判断）場面との関係では、それと同様の見解を示している。すなわち、乗用車意匠とミニカー意匠とが比較される場面を想定した議論として、独自性吟味の対象となる意匠の物品に関する情報通利用者をその判断主体として選択し、異なる物品の意匠が当該吟味対象物品に使用される場面を想定したうえで、その全体印象比較をすべき旨を説いている⁷²⁾。

ところが、無効理由判断の場面とは異なり、侵害関係の判断の場面では、学説は一様ではない。すなわち、登録意匠との侵害関係を判断する場面では、被疑侵害意匠の物品に関する情報通利用者を、その判断主体とすべき旨を説く見解がある⁷³⁾。しかも、同見解は、無効理由判断の場合には登録意匠の物品に関する情報通利用者を選択すべき旨を説いた学説によるものである。その根拠は、もっぱら、被疑侵害意匠の利用がなければ紛争が生じ得なかった点に求められている⁷⁴⁾。

いずれにせよ、我々にとって興味深いのは、意匠権の効力範囲が物品の制約を伴わない欧州法・ドイツ法のもとでは、そのことの帰結として、意匠の独占適格性および独占範囲の判断場面において、その判断主体を、原告意匠（登録意匠）と被疑侵害意匠（無効理由意匠）とのいずれの「物品」との関係で選択すべきかについて、解釈論の対立をもたらしているということである⁷⁵⁾。

4. 3 無効理由・侵害関係の判断で参酌されるデザイナーの選択問題

欧州法・ドイツ法では、意匠の独自性判断および意匠権の保護範囲の判断にあたり、その判断主体である情報通利用者は、対比される意匠の全体印象を比較するに際して、意匠開発に際してのデザイナーの造形自由の程度（der Grad

der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung seines Designs) を考慮すべき旨が明文化されている（欧州意匠規則6条2項、ドイツ法2条3項／欧州意匠規則10条2項、ドイツ法38条2項）。

造形自由（Gestaltungsfreiheit）とは意匠造形にあたりデザイナーに確保される余地（Spielraum）を意味し、この造形余地は、公知意匠の集積すなわち公知形態群（vorbekannter Formenschatz）の密度によって狭められる関係にある⁷⁶。すなわち、情報通利用者が考慮すべき造形余地とはデザイナーの創作行為に係る要素である。そして、この造形自由（造形余地）の程度は、独自性の評価および保護範囲の広狭と、相関関係にある⁷⁷。すなわち、当該物品との関係で公知形態群の密度が低く造形余地が大きい場合には、大きな差異点でも全体印象は一致することから、独自性は承認され難い一方で、保護範囲は広く解される。反対に、公知形態群の密度が高く造形余地が小さい場合には、僅かな差異点が全体印象を異ならせることから、独自性が承認され易い一方で、保護範囲は狭く解される。

わが国の解釈論においても、意匠権の保護範囲（形態類否）を検討する際に（意匠法23条）、公知意匠の参酌が行われる⁷⁸。また、新規性要件の形態類否の判断に際しても（同法3条1項3号）、先行意匠群が参酌され、「同じ形態を持つ公知意匠の数や、他の一般的に見られる形態とどの程度異なった形態である」といった⁷⁹、あたかも欧州法・ドイツ法の「造形余地」なりそれとの相関と比肩すべき要素が、判断主体（需要者）の全体印象比較に際して考慮される。

ところが、欧州法・ドイツ法のもとでは、登録意匠の意匠権の効力は物品の制約を超えておよび得ることから、情報通利用者がその造形余地を考慮すべきとされるデザイナーが、侵害関係なり無効理由の存否を争う両意匠の間で、い

ずれの物品に関するデザイナーと解するべきかが問題となる⁸⁰。

しかもこの問題は、開発時点の異なるデザイナーの選択に関わるから、単に人格選択の問題にとどまらない。侵害関係が問われる場面では、登録意匠の保護範囲を決定づける造形余地の程度を、登録意匠と被疑侵害意匠のいずれの開発時を基準とすべきかという、保護範囲の判断基準時の選択に関する問題ともなる。つまり、考慮対象の内容である造形余地（造形余地は公知意匠の集積によって時間的に変化し得る）に直接影響する解釈問題なのである。

もっとも、無効理由を争う独自性判断の場面では、考慮対象となる造形余地を、独自性吟味の対象となる意匠、すなわち登録意匠の物品に関するデザイナーの造形余地と解する点で、学説上の争いはないようである⁸¹。

裁判例においても、欧州の一般裁判所（General Court）の2003年に現れた「Grupo Promer」事件では、先後願の関係で共同体登録意匠の無効理由の存否が争われた事案において、独自性判断に際して考慮すべきデザイナーの造形余地は、後願の被疑無効意匠のデザイナーの観点から、被疑無効意匠の出願日を基準として、考慮されている⁸²。また、ドイツ最高裁の2010年に現れた「コースター」事件でも、共同体登録意匠（原告意匠）の侵害関係が争われた事案において、欧州意匠規則10条2項の保護範囲の画定に際して考慮すべきデザイナーについて、「同規則6条2項の意味におけるのと同様に、原告意匠のデザイナーである」と判示する⁸³。独自性判断（欧州意匠規則6条2項）の場面で考慮すべき造形余地は、登録意匠のデザイナーのそれであることを前提としている。

これに対し、侵害判断の場面では、情報通利用者が保護範囲画定に際して考慮すべきデザイナーを、登録意匠と被疑侵害意匠のいずれのそれと解すべきかについては、見解の対立が見ら

れる。

まず、登録意匠の物品に関するデザイナーとする見解、すなわち、デザイナーの造形余地を登録意匠の優先日（出願日）を基準として確定すべき旨の見解である。

学説はその根拠を、法律の文言に求める。すなわち、欧州意匠規則10条2項が、登録意匠の保護範囲の画定に際し参酌を要請するデザイナーの造形自由は、「その者の（seines）」意匠に関するものとして定められているというのである⁸⁴⁾。この解釈の結果、意匠権の保護範囲を左右するデザイナーの造形余地は、その保護期間の全体を通じて、当該登録意匠の優先日を基準に確定され、したがって、被疑侵害意匠の侵害関係は、優先日以降に生じた形態群の変化や技術発展に関わらず、同一の事実関係に基づいて判断されるというのである⁸⁵⁾。

この学説を引用しつつ、2010年に現れたドイツ最高裁の判例が、共同体登録意匠の侵害関係を吟味する前示「コースター」事件である。

ドイツ最高裁は、「デザイナーの造形余地およびそれによる登録意匠の保護範囲を評価するためには、当該意匠の登録出願の時点が基準となる。原告意匠の保護範囲の画定に関して、被疑侵害形態のデザイナーの造形余地と、それに対応して、当該形態の造形の時点を基準としたとしたならば、原告意匠の保護範囲は、時間の経過とともに変えられ、とりわけ、その出願以降に生じた形態群の豊富化によって、制約され得ることになるであろう。このようなことは、その特殊な独自性ゆえに大量の類似形態の造形を結果としてもたらす形態の場合にこそ、その保護が短期間で失われ得るといって、不合理な結果を導くであろう」⁸⁶⁾と判示する。これは、前記学説を全面的に受け入れた最高裁判例といえる。

他方で、意匠権の保護範囲画定に考慮されるデザイナーを、被疑侵害意匠の物品に関するデザイナーとする見解も、一概に劣性とはいえない

い状況にある。

この見解を説くドイツ法の学説によれば、前記の反対説が依拠した法律の文言（「その者の」）に照らしても、登録意匠の優先日で確定される保護範囲を出発点とすべき理由はなく、むしろ同文言によれば、被疑侵害意匠が開発された時点を基準と解すべきであり、登録意匠の後に現れた物品が当該登録意匠の保護範囲に影響し、それを変更し得るというのである⁸⁷⁾。

また、欧州意匠規則の注釈書にも、侵害関係の判断に際して意匠開発の造形余地が考慮されるデザイナーは、被疑侵害意匠のデザイナーである旨の見解が示されている。もっとも、同見解は、選択されるべき人格は被疑侵害意匠のデザイナーであるけれども、その判断基準時は、登録意匠の優先日と解しており、当該優先日を基準として登録意匠の保護範囲は確定される旨が説かれている⁸⁸⁾。前記の反対説との折衷的な解釈論ともいい得る。

そして、こうした学説がともに言及する先例が、2006年のイギリス高等法院に現れた裁判例である。そこでは、共同体登録意匠に関して、「6条で考慮すべきデザイナーは登録意匠のデザイナーであるのに対し、10条で考慮すべきデザイナーは被疑侵害デザイナーである」⁸⁹⁾と判示されている。登録意匠の保護範囲の画定の場合に考慮すべき造形余地は、その独自性判断の場合とは異なり、被疑侵害意匠のデザイナーのそれであるとの立場である。

ごく近時の研究には、このような解釈の対立に対して、考慮すべき造形余地は被疑侵害意匠のデザイナーのそれと解すべきであるとの立場から、登録意匠の保護範囲の画定に際しては、その優先日以降に生じた技術発展や、それによって却って拡大された被疑侵害デザイナーの造形自由の可能性も考慮されるべき旨の見解もみられる⁹⁰⁾。

いずれにせよ我々にとって興味深いのは、欧

州法・ドイツ法の侵害関係の判断場面では、原告・被告双方の意匠の全体印象比較に際して、わが国の解釈論とほぼ同様に、先行意匠群なり公知意匠の状況に対する考慮（参酌）が行われるのであるが、欧州法・ドイツ法のもとでは、その考慮すべき状況（造形余地の程度）が、登録意匠のデザイナーのそれか、あるいは被疑侵害意匠のデザイナーのそれかについて解釈に争いが生じ、それは判断基準時の問題にも直結して、大きな対立となっているということである。

もちろんこの解釈対立は、判断の時間的要素に絡むから、登録意匠と被疑侵害意匠の両者の物品が異なる場面のみ生ずる問題ではない。とはいえ、欧州法・ドイツ法で想定可能なように、登録意匠と被疑侵害意匠とが、たとえば、人形用被服と人間用被服、あるいはミニカーと乗用車といった異種物品間で抵触関係を生じさせた場合⁹¹⁾、その異種物品の間で、先行意匠群の状況なり造形余地の程度は、その判断基準時という時間的な観点のみならず、物品の造形カテゴリの観点でも、顕著に異なることも考えられるから、保護範囲の画定をいずれの造形余地に基づいて行うべきかの解釈論の対立は、一層先鋭化することになる。

ここにも、欧州法・ドイツ法における物品の制約を超えた意匠権の効力との関係で、わが国の意匠法が依然として経験し得ない解釈論上の課題を指摘できる⁹²⁾。

5. おわりに

以上に本稿は、目下わが国の意匠法改正論の焦点の課題ともいい得る無体的な画像デザインの保護拡充論に刺激を受け、意匠法のもとで「物品」がいかに位置づけられるべきかという問題意識に促されて、デザイン保護の経済的意義の高まりのなかととりわけ画像デザインの意匠保護に活況を見る欧州法・ドイツ法に注目し、物品の制約を受けない意匠保護制度と解される同法

体系のもとで、物品がいかなる位置づけを受けているのか、そして、物品の制約を受けない意匠権がどのような解釈論上の課題を生じさせているかについて、若干の考察を試みた。

その考察成果をごく圧縮したかたちで示すならば、つぎのようにまとめることができよう。

第一に、欧州法・ドイツ法は、意匠権の効力範囲に物品制約を課さないにもかかわらず、意匠と物品とは保護対象として不可分の関係に位置づけられ、その論理的帰結として、①無体的な「物品」概念を媒介とした無体的な画像デザイン等の保護、②保護要件と侵害関係に関する判断主体の理論的位置づけ、そして、③常に「物品」を伴う意匠利用行為への意匠権の効力の限界づけという、種々の体系上の特色を見出し得ることがわかった。また、第二に、物品の制約を受けない意匠権が、解釈論上の課題として、①登録要件の判断主体について、物品範囲による限界づけの可否をめぐる解釈論、②異種物品の意匠間で無効理由・侵害関係が争われる場面において、判断主体の選択をめぐる解釈論、そして、③異種物品の意匠間で特に侵害関係が問われる場面において、保護範囲の判断基準時の選択（デザイナーの選択）をめぐる解釈論という、種々の見解対立をもたらしていることがわかった。

いずれも、わが国の意匠法を考察するうえで、興味深い結果といえる。とりわけ、「物品」概念への無体物の取り込みという発想は（上記第一点の①）、無体的な画像デザインの保護拡充の要請と「意匠の物品性」というわが国の意匠法体系全体に関わる理論的特色との両立を模索するうえでは、有益な示唆を与えるものと思われる。また、物品の制約を受けない意匠権という発想が、意匠法体系に意外と多くの解釈論上の課題（これはすなわち法の予見可能性の課題も意味する）をもたらすことも、とりわけ「物品」の位置づけに関し、今後のわが国の意匠法

の在り方を展望するうえで、一定の示唆を与えるものといえよう。その場合、欧州法・ドイツ法がいずれも登録要件の審査主義をとらず、登録要件吟味の場面では、比較対象とすべき意匠が登録意匠と無効理由意匠として特定されていることにも注意を要しよう。わが国のように、登録要件の実体審査を行う場合には、物品を無制約とすると、比較吟味の対象とすべき公知意匠はあらゆる物品の意匠となり、上記第二点の①②に指摘した解釈課題は、欧州法・ドイツ法の場合と異なり、特定されない物品との関係で生ずることになるように思われる。

わが国の意匠法のもとで、「物品」概念が、合理的な意匠保護を図るうえでいかなる機能を果たしているものと解すべきか、「物品」概念につき、保護対象としての本質性を否定することが妥当な見方というべきなのかといった点は、今後、デザイン保護の需要の高まりとそれに伴う紛争事例なり解釈論の積み重ねが、欧州諸国においても一層予想される中で、比較法的知見の的確な考察も踏まえつつ、さらに検討を深めるべき課題といえよう。

付記

本稿脱稿後、本稿が引用する欧州意匠規則の注釈書の最新版（第3版、2019年発行）に接した。同版では、侵害判断時に考慮されるデザイナーの選択問題について、大幅な加筆がなされた点が目を引く。そこでは、もっぱら登録意匠のデザイナーと解するドイツ最高裁判例の立場を明確に否定して、判断基準時は登録意匠の出願日としつつも、考慮すべき造形余地は、登録意匠と被疑侵害意匠の両方のデザイナーのそれと解すべき旨の新たな解釈論が、展開されている（Ruhl/Tolkmitt/Ruhl, *Gemeinschaftsgeschmacksmuster*, Kommentar, 3. Aufl., 2019, Art 10, Rn.53.）。登録意匠のデザイナーの観点のみでは不足を生ずるとの見解の根拠は、意匠

権が登録意匠の物品のみならず異種物品にもおよぶ点にある（aaO., Rn.53）。すなわち、被疑侵害意匠の物品に固有の（つまり、登録意匠の物品とは異なる）造形余地を考慮しないままでは、登録意匠に過剰の保護範囲を与えることになるとの懸念が示されている。本稿にも指摘したように、意匠権が異種物品にもおよぶという性質が、このデザイナーの選択問題を一層先鋭化させているのである。

本稿にかかる研究は科研費（18K01389）による研究助成を受けたものである。

注記

- 1) Jennifer Velz, *Die Prüfung von Eigenart und Verletzung sowie die Bestimmung des Schutzzumfangs im deutschen und europäischen Designrecht*, 2018, Rn.54.
- 2) *Intellectual property rights intensive industries: contribution to economic performance and employment in the European Union, Industry-Level Analysis Report*, September 2013.
- 3) *Industry-Level Analysis Report*, *ibid.*, p.26.
- 4) *Industry-Level Analysis Report*, *ibid.*, p.53.
- 5) *Industry-Level Analysis Report*, *ibid.*, pp.50-52.
- 6) *Industry-Level Analysis Report*, *ibid.*, p.59.
- 7) Velz, aaO., Rn.63 ; *Industry-Level Analysis Report*, *ibid.*, p.62.
- 8) *Intellectual property rights and firm performance in Europe: an economic analysis, Firm-Level Analysis Report*, June 2015 ; Velz, aaO., Rn.64ff.
- 9) Velz, aaO., Rn.66 ; *Firm-Level Analysis Report*, *ibid.*, p.36.
- 10) Velz, aaO., Rn.67-68 ; *Firm-Level Analysis Report*, *ibid.*, p.36.
- 11) Velz, aaO., Rn.103-104 ; *Industry-Level Analysis Report*, *ibid.*, pp.84-85.
- 12) Velz, aaO., Rn.96.
- 13) Velz, aaO., Rn.99.
- 14) 経済産業省・特許庁産業競争力とデザインを考える研究会「『デザイン経営』宣言」（2018年5月）は、デザインを「企業価値向上のための重要な

- 経営資源」として位置づけたうえで（6頁）、「デザイン経営を推進し、日本の産業競争力を強化するため」（9頁）、「その保護対象を広げるとともに、手続きの簡素化にも資するよう、意匠法的大幅な改正を」提言している（11頁）。
- 15) 産業構造審議会知的財産分科会意匠制度小委員会「産業競争力の強化に資する意匠制度の見直しについて（案）」。
 - 16) 近時の論考として、たとえば、青木大地「意匠の類似と物品の類似—知的財産権の範囲と物品等の意義」日本工業所有権法学会年報40号（2016年）19頁、同「意匠法とデザインの無体的利用、無体物のデザイン—著作権法との比較において」ジュリ1511号（2017年）76頁、古城春実「画像デザインの保護—改訂意匠審査基準と法律論の現状」DESIGN PROTECT114号（2017年）15頁。
 - 17) 青木・前掲注16) ジュリ1511号81頁、古城・前掲注16) 21頁。
 - 18) 最判昭和49年3月19日民集28巻2号308頁「可撓性ホース」事件。
 - 19) 牧野利秋「意匠法の諸問題」ジュリ1326号87頁、88頁は、画像デザイン等への意匠権保護の拡充を基本的な問題意識としつつも、より一般的観点から、物品性が意匠の本質的要素ではない旨を述べている。他方で、意匠の現実的な創作行為なり創作価値の観点から（当該「創作」の意味するところが多義的であり得る点に留意を要すると思われるが）、意匠における物品性の本質性を指摘する傾聴すべき見解として、五味飛鳥「類否判断における意匠の物品性が果たす役割」日本工業所有権法学会年報40号（2016年）189頁がある。
 - 20) 峯唯夫『『デザイン』と『意匠法』—『デザイン経営』に資する『意匠法』を考える契機として』パテント71巻12号（2018年）11頁は、「物品」による意匠権の制約が今日の「デザイン」保護の大きな障害である旨を説く。
 - 21) 前掲注18)
 - 22) 青木・前掲注16) 工業所有権法学会年報26頁、31頁。
 - 23) 牧野・前掲注19) 88頁は、物品性を前提としない意匠法制度の再構築を説いている。
 - 24) Eichmann/Kur/Eichmann, Designrecht, Praxis-handbuch, 2.Aufl., 2015, § 2, Rn.127; Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Kommentar, 2.Aufl., 2010, Art 10, Rn.50.
 - 25) BGH, Urteil vom 19. 5. 2010, GRUR 1996, 57-Spielzeugautos.
 - 26) https://www.jpo.go.jp/system/laws/gaikoku/document/mokuji/ec6_02j.pdf
 - 27) Eichmann/v. Falkenstein/Kühne/Eichmann, Designgesetz, Kommentar, 5., völlig neu bearbeitete Aufl., 2014, § 1, Rn.15.
 - 28) もっとも、登録要件を充たす意匠は、それぞれ、「共同体意匠」（欧州意匠規則1条1項）、「登録意匠」（ドイツ法2条1項）」と称される。
 - 29) Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Kommentar, 2.Aufl., 2010, Art 3, Rn.5.
 - 30) Ruhl, aaO., Art 3, Rn.5.
 - 31) Ruhl, aaO., Art 3, Rn.6
 - 32) Eichmann, aaO., § 1, Rn.15.
 - 33) Eichmann, aaO., § 1, Rn.20 u.21.
 - 34) Eichmann, aaO., § 1, Rn.20.
 - 35) Eichmann, aaO., § 1, Rn.26.
 - 36) Eichmann, aaO., § 1, Rn.30.
 - 37) Ruhl, aaO., Art 3, Rn.7ff.
 - 38) Ruhl, aaO., Art 3, Rn.28.
 - 39) 知的財産研究所「デジタル社会におけるデザイン保護に即した意匠制度の在り方に関する調査研究報告書」（平成24年2月）96頁、牧野・前掲注19) 87・88頁、古城・前掲注16) 21頁、青木・前掲注16) ジュリ81頁。
 - 40) 青木博通「欧州における新しい意匠制度—物品の意匠から製品の意匠への大転換」パテント55巻5号（2002年）70頁、同『知的財産権としてのブランドとデザイン』（有斐閣, 2007年）387頁。
 - 41) 知的財産研究所・前掲注39) 97頁。しかし、同書要約vii頁において、結論的には、この提案は、「審査負担や監視負担」の増大を懸念し採用されていない。
 - 42) 峯・前掲注20) 8頁。
 - 43) 古城・前掲注16) 21頁。
 - 44) 五味・前掲注19) 197頁。
 - 45) Eichmann, aaO., § 2, Rn. 27f, § 38, Rn.16.
 - 46) EuGH, Urteil vom 20. 10. 2011, GRUR 2012, 506, Leitsatz.1, u. Rn.53-PepsiCo: EuGH, Urteil vom 18. 10. 2012, GRUR 2103, 178, Rn.53-Neumann und Galdeano del Sel/Baena Grupoも同旨。
 - 47) Velz, aaO., Rn.172.
 - 48) Ruhl, aaO., Art 6, Rn.25.

- 49) Ruhl, aaO., Art.3, Rn.5.
50) Velz, aaO., Rn.173 u. 174.
51) Eichmann, Kommentar, aaO., § 38, Rn.51.
52) Eichmann, Kommentar, aaO., § 38, Rn.51.
53) ドイツ最高裁は, BGH GRUR 2011, 1117, Rn.30-ICEで, 高速列車ICEの意匠権の禁止権が, ICEの外観を他者が商品カタログに無断掲載する行為におよぶ旨を判示する。詳細は, 本山雅弘「ドイツにおける段階理論の放棄と日本法解釈論への示唆」著作権研究43号(2016年)20頁を参照。
54) Eichmann, Kommentar, aaO., § 38, Rn.60 ; BGH GRUR 2011, 1117, Rn.30-ICE.
55) Eichmann, Kommentar, aaO., § 38, Rn.60 ; BGH GRUR 2011, 1117, Rn.30-ICE.
56) Eichmann, Kommentar, aaO., § 38, Rn.60.
57) Eichmann, Kommentar, aaO., § 38, Rn.60.
58) Eichmann, Kommentar, aaO., § 38, Rn.1 u. 51.
59) Eichmann, Kommentar, aaO., § 37, Rn.3.
60) 同様の問題意識とそれに基づく欧州法の状況の一端の紹介は, 青木・前掲注16) 工業所有権法学会年報28頁にも示されている。
61) Velz, aaO., Rn.167f.
62) EuGH, GRUR 2012, 506, Rn.59.
63) Velz, aaO., Rn.174.
64) Eichmann, aaO., § 2, Rn.,16.
65) Eichmann, aaO., § 2, Rn.,16.
66) Annete Kur, Die Zukunft des Designschutzes in Europa-Musterrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR Int 1998, S.353, 355.
67) LG Braunschweig, Urteil vom 09.06.2006, BeckRS 2010, 05972.
68) Velz, aaO., Rn.174.
69) Velz, aaO., Rn.196ff.
70) Hennig Hartwig, Das Prinzip der Reziprozität im Geschmacksmusterrecht, GRUR-RR 2009, 201, 202f.
71) Velz, aaO., Rn.203も同旨。
72) Ruhl, aaO., Art. 6, Rn.77f.
73) Ruhl, aaO., Art. 10, Rn.49.
74) Ruhl, aaO., Art. 10, Rn.49.
75) Velz, aaO., Rn.303.
76) Velz, aaO., Rn.210 u. 216.
77) Eichmann, aaO., § 2, Rn.34-36, § 38, Rn.34f ; BGH, Urteil vom 19. 5. 2010, GRUR-2011, 142, Rn.17 -Untersetzer.
78) 茶園成樹編『意匠法』(有斐閣, 2012年)113頁〔茶園成樹〕
79) 意匠審査基準22.1.3.1.2 (4) (ii)。
80) Velz, aaO., Rn.246.
81) Eichmann, aaO., § 38, Rn.31 ; Velz, aaO., Rn.249.
82) EuG (Fünfte Kammer), Urteil vom 18. 3. 2003, GRUR-2010, 189, Rn.69, u. 76-Grupo Promer.
83) BGH, Urteil vom 19. 5. 2010, GRUR-2011, 142, Rn.18-Untersetzer.
84) Hartwig, aaO., GRUR-RR 2009, S.201, 203.
85) Hartwig, aaO., GRUR-RR 2009, S.203.
86) BGH, Urteil vom 19. 5. 2010, GRUR-2011, 142, Rn.18 -Untersetzer.
87) Eichmann, aaO., § 38, Rn.31 ; so auch bereits Eichmann/v.Falkenstein, Geschmacksmustergesetz, Kommentar, 3. Aufl., 2005, § 38, Rn.28 ; vgl. Velz, aaO., Rn.256.
88) Ruhl, aaO., Art 10, Rn.39.
89) England and Wales High Court of Justice-Procter & Gamble Company v Reckitt Benckiser (UK) Ltd [2006] EWHC 3154 (Ch), Nr.42.
90) Velz, aaO., Rn.256.
91) Velz, aaO., Rn.198が示す侵害関係の想定例。
92) もっとも, わが国の意匠法の解釈論においても, 登録意匠との侵害関係(意匠法23条)の判断に際して参酌されるべき公知意匠の範囲について, 「物品」の類否関係を争う余地がないといえないことは, ごく最近の事例としては, 東京地判平成30年9月21日「高気圧酸素補給カプセル」事件や東京地判平成30年12月20日「アイマスク」事件の判旨にも, 指摘することができる。
(URL参照日は全て2019年1月17日)

(原稿受領日 2019年1月18日)