

# 「意匠の類否判断基準と不正競争防止法2条1項3号及び商標法との比較」

北大サマースクール  
2015年8月22日  
ユアサハラ法律特許事務所  
弁理士 青木博通

## 第1 北大サマースクール（過去のテーマ）

- 2011年 「意匠権侵害の判断基準—日米欧中の比較法的考察」  
2013年 「意匠の国際登録制度「ハーグ協定ジュネーブアクト」の概要と各国意匠権侵害の判断基準」  
2015年 「意匠の類否判断基準と不正競争防止法2条1項3号及び商標法との比較」

「商標及び意匠の定義の拡大に伴い、商標と意匠がオーバーラップするケースが増えてきた。まず、意匠の類否判断基準について、日本、欧州、米国、中国との比較において、物品の類否にフォーカスして解説する。次に、不正競争防止法2条1項3号の模倣及び商標の類否と意匠の類否の判断手法の違いについて検討し、各法律の違いの理解を深める。」

## 第2 グローバルにみた「物品」と意匠権の保護範囲 —意匠権の保護範囲はどこまで及ぶか—

- I はじめに
- II 歴史的考察
- III 意匠の類否
- IV 物品の類否
- V 物品の類否を問わない
- VI リアルとバーチャル
- VII 最近の著作権に関する裁判例（トリップトラップ事件）
- VIII 今後の検討課題

### I. はじめに<sup>1</sup>

本論文は、2014年7月12日に開催された日本デザイン保護協会第105回研究会

---

<sup>1</sup>物品の類否については、牧野利秋「意匠法の諸問題」ジュリスト1326号（有斐閣、2007年）84頁、青木博通「物品の類否判断基準」『別冊ジュリスト商標・意匠・不正競争判例百選』（有斐閣、2007年）110頁、青木大也「意匠法における物品の類似性について」論究ジュリスト（有斐閣、2013年）166頁参照。

で発表した「物品と意匠権の保護範囲」をもとに取りまとめたものである。

研究会では、石田正康会員（青山学院大学法学部特別招聘教授）より、ネクタイ（蝶ネクタイ、ワンタッチ止めネクタイ等）の意匠をネクタイ型ブローチとした場合、当該ネクタイの意匠権は当該ネクタイ型ブローチに及ぶかとの問題提起がなされた<sup>2</sup>。

この問題提起を基に、ネクタイとネクタイ型ブローチは類似物品と言えるのか（物品の類否）、類似物品と言えない場合、意匠権が及ぶのか（物品の類否を問わない）、さらに、ネクタイがバーチャルな世界（例：テレビゲーム）で使用された場合、意匠権が及ぶのか（物品性を問わない）という問題について、日本だけでなく、中国、米国及び欧州の法律及び裁判例も交えて検討してみたい。

（ワンタッチネクタイ）



（ネクタイ型ブローチ）



ボトル VS ダミーボトル

監視カメラ VS ダミー監視カメラ

## II 歴史的考察

### 1. 意匠法の変遷

明治 24 年意匠条例、明治 32 年意匠法、明治 42 年意匠法では、保護すべき意匠として「工業上ノ物品に応用スヘキ形状模様若シクハ色彩ニ係ル」との規定があった。この規定は、

---

<sup>2</sup> クールビズの関係でネクタイをしない傾向があり、これに対応するため、ネクタイをネクタイ型ブローチにしたものが流行した背景がある。ネクタイ型ブローチについては、八王子織物工業組合直営ショップ ” ベネック ” のウェブサイトを参照

(<http://www.mulberry-city.com/beneck/#id0>)。

米国特許法 171 条にある「物品のための (for an article) 」に近い規定であり、意匠と物品との関係が希薄である。

大正 10 年意匠法では、「物品ニ関シ形状、模様若ハ色彩又は其の結合ニ係ル」となり、大正 10 年意匠法 26 条 1 項 2 号（罰則および禁止権の範囲を定める規定）に「他人ノ登録意匠ニ係ル物品ト類似ノ物品ヲ業トシテ製作、使用、販売又ハ拡布シタル者」との規定が設けられた<sup>3</sup>

すなわち、大正 10 年法で、意匠と物品との結びつきが強固になり、刑事罰の条項で、物品の同一または類似が意匠権侵害の要件として規定されていた。

現在、意匠法では、以下の規定が設けられている。

意匠法 2 項 1 項 1 号（定義）

「「意匠」とは、物品（物品の部分を含む。第八条を除き、以下同じ。）の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であつて、視覚を通じて美感を起こさせるものをいう。」

意匠法 23 条（意匠権の効力）

「意匠権者は、業として登録意匠及びこれに類似する意匠の実施をする権利を専有する」

意匠法 24 条 1 項（登録意匠の範囲）

「登録意匠の範囲は、願書の記載及び願書に添付した図面に記載され又は願書に添付した写真、ひな形若しくは見本により現わされた意匠に基いて定めなければならない。」

意匠法 24 条 2 項（登録意匠の範囲）

「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。」

意匠法 2 条 1 項 1 号で、「物品の (of an article) 形状、模様」と規定されているので、意匠と物品の関係は強固になっている。しかしながら、大正 10 年法のように、意匠権侵害の要件として、物品の類否について規定していないので、意匠権侵害の前提として物品の類否は要件とならないとの解釈も取りうることになる。

## 2. 最高裁判決

上記Ⅱ 1 で述べたように、規定上は、物品の類否は、意匠権侵害の要件となっていないが、ホース事件（最判昭和 49 年 3 月 19 日・民集 28 卷 2 号 308 頁）で、最高裁が以下の通り、意匠の類否判断においては、物品の同一または類似が前提となることを判示したため、その後の下級審では、意匠の類否判断の前提として、物品の類否を検討する裁判例が多い（後述するⅢ 2 の表 1 参照）。

なお、本判決では、両意匠の物品は同一分野の物品であるが、登録意匠は引用登録意匠に類似せず、登録意匠は引用登録意匠から創作容易ではないと判断された。

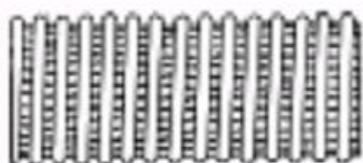
「意匠は物品と一体をなすものであるから、法 3 条 1 項により登録を拒絶するためには、

---

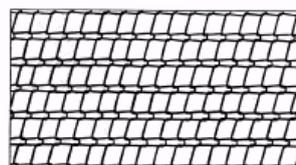
<sup>3</sup> 高田忠『意匠』（有斐閣、1969年）135 頁、兼子一・染野義信『新特許・商標』（青林書院、1962年）265 頁参照。

まずその意匠にかかる物品が同一又は類似であることを要し、更に、意匠自体においても同一又は類似と認められるものでなければならない。意匠法3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(意匠法23条)ところから、右のような物品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、物品の同一又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、当業者の立場から見た意匠の着想の新しさないし独創性を問題とするのであって、両者は考え方の基礎を異にする規定であると解される。」

登録意匠



引用登録意匠



### III 意匠の類否

意匠権侵害判断基準の比較

	項目	日本	中国	米国	欧州
1	主体	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 需要者(取引者含む)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 物品の一般消費者の知識水準と認知能力</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 先行意匠をよく知っている通常の観察者</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 既存のデザイン群を認識している情報に通じた使用者</li> <li>※相対的新規性</li> </ul>
2	物品製品	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 物品の同一又は類似</li> <li>■ 用途・機能基準</li> <li>■ 混同基準</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 物品の種類と同一又は類似する物品</li> <li>■ 用途基準</li> </ul>	特になし。	特になし。
3	形態	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 美感に基づいて行う。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 登録意匠と同一又は類似</li> <li>■ 設計特徴に基づき、意匠全体の視覚的効果を以って総合的に判断。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 実質同一で、取り間違えて購入するように誘導する場合。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 全体的印象が同じか否か。</li> <li>■ 意匠を開発する際のデザイナーの自由度を考慮する。</li> </ul>
4	補完的手	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ ①意匠に係る物品の性</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 技術的機能で決まる設計特</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 3-Way visual comparison</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 創作の自由度が制限される</li> </ul>

	法	<p>質, 用途, 使用態様, ②公知意匠にない新規な創作部分の存否等を参酌して, 意匠に係る物品について需要者の注意を惹き付ける部分を意匠の要部として把握する。</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ 共通点、相違点を公知例との関係で評価。</li> <li>■ 要部が共通し、全体として、共通点が相違点を凌駕する場合には類似。</li> </ul>	<p>徴、視覚効果に影響を与えない物品の材料・内部構造は考慮しない。</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ 次は、視覚的效果に影響大。①容易に直接観察できる部分、②登録意匠の既存設計と区別される設計特徴</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 登録意匠と被告製品との距離が遠く、先行意匠と近い場合、非侵害。</li> <li>■ 登録意匠と被告製品との距離が近く、先行意匠と遠い場合、侵害。</li> </ul>	<p>と、些細な違いでも全体的印象に影響を与える。</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ 創作の自由度が大きくなれば、権利範囲も大きくなる。</li> </ul>
--	---	---	--	---	---

#### IV 物品の類否

##### 1. 中国、米国、欧州

意匠権侵害の要件として、中国では、以下の中国司法解釈8条、9条にあるように、物品の類否が意匠権侵害の前提となる。

しかしながら、米国、欧州では、物品の類否は、意匠権侵害の前提要件とならない。

##### (中国司法解釈)

第8条 登録意匠に係わる物品の種類と同一又は類似する物品において、登録意匠と同一又は類似する意匠を用いた場合、人民法院は権利侵害で訴えられた設計が、専利法59条2項に定めた意匠権の保護範囲に入っていると認定しなければならない。

第9条 人民法院は意匠に係わる物品の用途を基に、物品の種類の同一又は類似を認定しなければならない。物品の用途確定にあたって、意匠の簡単な説明、意匠の国際分類表、物品の機能、および物品の販売や実際の利用状況などの要素を参酌することができる。

##### 2. 日本

物品の類否についての日本の学説、特許庁意匠審査基準、裁判例を整理すると表1の通りとなる。

物品の用途、機能から判断するものとして、1（用途同一で機能が異なる場合）、2（用途が異なり機能が同一の場合）、6（用途と機能の共通性）がある。

物品の混同を基準とするものとして、4（混同説）がある。

物品の類否を問わないものとして、3（混同説）、5（創作説）がある。

物品の用途、機能の他に、構造や経済性、当業者や需要者の共通性等を物品の類否判断において考慮するものとして、7がある。

用途＝使いみち

機能＝物のはたらき

表1 物品の類似に関する学説・特許庁審査基準と裁判例の整理

	学説・意匠審査基準	裁判例
1	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 同一物品とは用途および機能が同じものをいい、類似物品とは用途が同じで機能が異なるものというとするもの（高田、渋谷）<sup>4</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 出願意匠に係る物品「道路用ブロック」と引用意匠に係る物品「タイル」は道路面に敷設（ふせつ）して使用する点で用途が共通しているから類似物品である（東京高判昭和58年9月13日判工〔現行編〕18巻2561の36頁以下）</li> <li>■ 小型の物品を収納する点で用途が共通し、収納する物品が、登録意匠（保管庫）の場合、薬品を保管するのに対して、公知意匠Ⅰ、Ⅲ、Ⅳ（工具またはマイクロフィルム用の保管庫）は、工具またはマイクロフィルムを保管する点で機能が異なるから、両物品は、類似物品と判断している（大阪高決昭和56年9月28日〔薬品保管庫〕）。</li> <li>■ 登録意匠に係る物品「ローブ連結環」と被告意匠「プラスチック製のキーホルダー」は、用途が異なり、両物品のとの間に誤認混同の生ずるおそれは少ないから、被告意匠は意匠権の権利範囲に属しないとしたもの（新潟地三条支判平成11年6月22日・判工〔第二期版〕（28）6591の4頁）がある。</li> </ul>

<sup>4</sup>高田忠『意匠』（有斐閣、1969年）138頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ（第2版）』（有斐閣、2007年）606、607頁参照

		<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 出願意匠に係る物品「卵容器」と引用意匠に係る物品「電球容器」は、使用状態を対比すると両者は包装用パッキングとして用途および機能を同じくするので同一物品であるとしたもの（東京高判昭和48年3月6日日判タ306号258頁）</li> </ul>
2	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 用途が異なり機能が同一の場合には非類似物品であるとするもの（光石）<sup>5</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ この説に反する裁判例として、多機能物品について、「本件物品は増幅器付スピーカー、原告製品は増幅器であり、両物品は同一ではないから、両物品の用途・機能等から、それらの類似性を検討すると、本件物品は、増幅器及びスピーカーという、2つの機能を有する、いわゆる多機能物品であるところ、増幅器の機能において、原告製品と機能を共通にするものであり、両物品は類似すると解される。」（東京地判平成19年4月18日[増幅器付スピーカー]判タ1273号280頁）</li> <li>■ この説に反する裁判例として、登録意匠に係る物品「荷崩れ防止ベルト」と公知意匠「布製ベルト」は、結束具としての機能が同一で、結束の対象物が「荷物」と「可撓性導管（消防用ホース）」で用途を異にするから類似物品と判断している（大阪地判平成15年4月15日・判決集未搭載）。</li> </ul>
3	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 「仮に意匠の類否は需要者が意匠にかかる物品を混同するかどうかによって決すべきであるとの見解（混同説）を採るときには、需要者は、意匠それ自体は似ていても、普通の自動車を買うつもりでミニチュアの自動車を買うということはないであろうから、右の場合には、意匠は類似しないといえれば足りるのではなかろうか（中略）意匠にかかる物品を異にするから意匠は類似しないとい</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ なし。</li> <li>■ 後述する米国に裁判例あり。</li> </ul>

<sup>5</sup>光石士朗『意匠法詳説』（帝国地方行政学会、1969年）98頁参照。

	う必要はないのではなからうか」とするもの（清永） <sup>6</sup>	
4	<p>■ 「登録意匠に係る物品に類似する物品とは、登録意匠またはこれに類似する意匠を物品に実施した場合、当該物品の取引者、需要者が意匠権者の製造、使用（中略）をする物品と混同するおそれのある物品をいう」（竹田）<sup>7</sup></p>	<p>■ 「意匠権の効力が及ぶ「登録意匠に係る物品と類似の物品」とは、登録意匠又はこれに類似する意匠を物品に実施した場合に、当該物品の一般需要者において意匠権者が販売等をする物品と混同するおそれのある物品を指すものと解するのが相当である。」（知財高判平成17年10月31日[カラビナ]）</p> <p>■ 「意匠の類否は、一般需要者を基準とし、登録意匠と類似の美観を生じさせ、両意匠に混同を生じさせるおそれがあるか否かによって決すべきものであることにかんがみると、意匠に係る物品の類否も、一般需要者を基準とし、両物品が同一又は類似の用途、機能を有すると解される結果、両物品間に混同を生じさせるおそれがあるか否かという観点からこれを決すべきものと解される。」「イ号物件（ゲルマニウムシリコンブラシ）は、その用途・機能において本件登録意匠に係る物品である「化粧用パフ」と類似するものというべきであり、仮に、その本体部分の意匠であるイ号意匠が本件登録意匠と類似するとすれば、上記の一般需要者に混同を生じさせるおそれがあるものというべきである。（大阪地判平成17年12月15日[化粧用パフ]）</p>
5	<p>■ 「意匠の類似性が需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて判断されるものであるならば、物品の類似性を意匠の類似性の前提要件として考えるべき理論的必然性はなく、意匠権の保護範囲を画する意義をもたない。 （中略）創作性の高い意匠は、物品の区分を超えて類似の美感を生ぜしめるものであるといえる</p>	<p>■ なし。 ■ 後述する欧州に規定あり。</p>

<sup>6</sup> 清永利亮「意匠の類否」牧野利秋編『裁判実務大系 工業所有権法』（青林書院、1985年）406頁参照。

<sup>7</sup> 竹田稔『知的財産権侵害要論（特許・意匠・商標編）』（発明推進協会、2012年）559頁参照。

	から、物品の区分に囚われずに広い保護を与えるべきことになる」(牧野) <sup>8</sup> 。	
6	<p>■ 特許庁意匠課編『意匠審査基準（2015年5月13日施行版）「意匠の類否判断の手法」22.1.3.1.2は、物品の用途（使用目的、使用状態等）および機能に共通性があれば意匠は類似し、共通性がない場合には意匠は類似しないと、共通性は、具体的な物品に表された形態価値を評価する範囲においてあればよいとする。</p>	<p>■ 「部分意匠に係る物品「スポーツ用シャツ」と引用意匠に係る物品「セーター」は、衣服である点で用途が共通し、上着である点で機能において共通するところが多いから、類似物品であると判断されている」（知財高判平成18年7月18日）</p>
7	<p>■ 「確かに通常の意匠に係る物品は、何らかの用途・機能を有し、デザインもそれに沿うであろうが、物品の類似性に係る要素がそれに限定されるゆえんにはならない。立場次第であるが、他にも構造や経済性、当業者や需要者の共通性等、様々な要素を考慮する余地があろう。」（青木）<sup>9</sup></p>	<p>■ 登録意匠は「ラップフィルム摘み具」であるのに対し、原告が製造販売している物品は原告包装用箱を使用した原告製品（原告包装用箱を使用した商品名「NEWクレラップ」のラップフィルム製品）であるから、両者は用途、機能等を異にし、物品として同一性又は類似性がない。（東京地判平成16年10月29日判時1902号135頁〔ラップフィルム摘み具事件〕）</p> <p>■ 「このように木ねじとタッピンねじとは、ねじ自身でねじ切り（ねじ立て）ができるねじである点で共通し、ねじの構造及び機能においてほぼ同様のものであるということができ、対象となる締結部材が木ねじでは木材を対象としている点において相違するにすぎないものであるから、物品としての共通性を有するものである。」（知財高判平成20年5月26日〔木ねじ〕）</p>

意匠が類似するにもかかわらず、物品が類似しないから意匠権侵害を構成しないとした典型的な裁判例が、表1の4でも紹介した下記のカラビナ事件である。

裁判所は、登録意匠に係る物品「カラビナ」と被告物品「アルミニウム、メタル製のハ

<sup>8</sup>牧野利秋「意匠法の諸問題」ジュリスト（有斐閣、2007年）1326号93頁参照。

<sup>9</sup>青木大也「意匠法における物品の類似性について」論究ジュリスト（有斐閣、2013年）171頁

ート型の形状をしたアクセサリ（ハートカラビナキーチェーン）」は物品が類似しなから、意匠権侵害を構成しないと判断した。

願書の「意匠に係る物品の説明」欄に、「本願意匠に係る物品は、登山用具や一般金具としても使用される他、キーホルダーやチェーンの部品等の、装飾用としても使用されるものである」との記載があったが、物品名は、機能名称のない「カラビナ」となっていた。

#### ■ 知財高判平成17年10月31日[カラビナ]

「付言すると、そもそも、本件登録意匠の物品が、実際には、「意匠に係る物品の説明」欄に記載されている多機能物品であるとすれば、「意匠に係る物品」欄に「カラビナ」と記載すべきでなく、上記ガイドラインに従えば、「キーホルダー用カラビナ」などとすべきであったものである。」

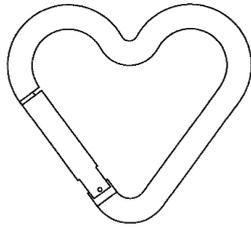
「意匠法2条は、「この法律で『意匠』とは、物品（物品の部分を含む。第八条を除き、以下同じ。）の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であつて、視覚を通じて美感を起させるものをいう。」と規定しており、意匠は「物品」の外観に関するものであるから、物品を離れての意匠はあり得ないところであつて、「物品」とその「形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合」とは不可分一体の関係にあるものと解すべきである。一方、同法23条本文は、「意匠権者は、業として登録意匠及びこれに類似する意匠の実施をする権利を専有する。」と規定するところ、「物品」については明示されていないが、「物品」とその「形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合」とが不可分一体であることは上記のとおりであり、また、同法3条1項3号の意匠についての「類似」の概念は、一般需要者に対して登録意匠と類似の美観を生じさせるものと解され（最高裁昭和49年3月19日第三小法廷判決・民集28巻2号308頁参照）、物品についての「類似」も、同法3条1項3号の意匠についての「類似」と同じ概念であるといふことができる。したがつて、同法23条本文は、意匠権の効力が、「登録意匠及びこれに類似する意匠」についてその「登録意匠に係る物品と同一又は類似の物品」に及ぶことを定めたものといふべきであり、意匠権の効力が及ぶ「登録意匠に係る物品と類似の物品」とは、登録意匠又はこれに類似する意匠を物品に実施した場合に、当該物品の一般需要者において意匠権者が販売等をする物品と混同するおそれのある物品を指すものと解するのが相当である。

本件において、本件登録意匠に係る物品は、上記1(1)のとおり、岩登り用具ないし登山用具として使用される「カラビナ」であるのに対して、被控訴人商品は、上記第2の2(4)のとおり、アルミニウム、メタル製のハート型の形状をしたアクセサリである。

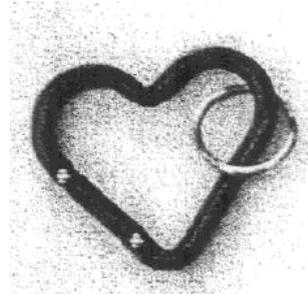
そうすると、被控訴人商品と本件登録意匠に係る物品とは、物品の使用の目的、使用の状態等が大きく相違していることが明らかであり、たとえ、被控訴人商品の形態と本件登録意匠の構成態様とが似ているとしても、被控訴人商品の一般需要者が具体的な取引の場で被控訴人商品と本件登録意匠に係る「カラビナ」とを混同するおそれがあるとは認め難いから、被控訴人商品は、物品の類否の観点からも、本件登録意匠の権利範囲に属するとはいえず、本件意匠権の効力は及ばないものとい

うべきである。」

(原告登録意匠)



(被告意匠)



## V 物品の類否を問わない

### 1. 米国型

清永利亮弁護士（元東京高裁部総括判事）の以下の考え方は、Ordinary Observer Test（通常の観察者テスト）の下、米国の裁判例でもとられている。

「仮に意匠の類否は需要者が意匠にかかる物品を混同するかどうかによって決すべきであるとの見解（混同説）を採るときには、需要者は、意匠それ自体は似ていても、普通の自動車を買うつもりでミニチュアの自動車を買うということはないであろうから、右の場合には、意匠は類似しないといえれば足りるのではなからうか（中略）意匠にかかる物品を異にするから意匠は類似しないという必要はないのではなからうか」<sup>10</sup>

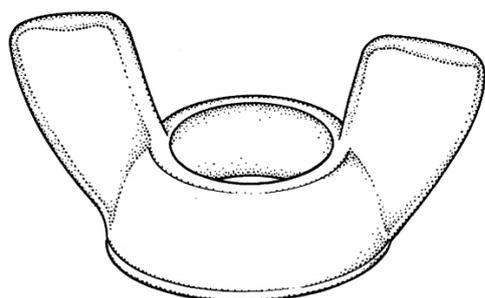
チザム教授によると、まったく異なる製品に登録意匠が使用された場合、侵害となるか先例となる裁判例はないようである<sup>11</sup>。下記判決でも、意匠権侵害が否定されている。

- 米国意匠登録第387541号意匠「帽子 (hat)」のイメージを利用したTシャツ及びボトルキャップが当該意匠権の侵害か否かが争われた事件において、「no reasonable person would purchase the t-shirt or bottle cap thinking that he or she was purchasing the novelty hat」と判示して、Ordinary Observer Test（通常の観察者テスト）を適用の上、意匠権侵害を否定している（Kellman v. Coca-Cola Co., 280 F. Supp. 2d 670 (E. D. Mich. 2003)）。なお、本件では、原告が彫刻について著作権を保有しており、著作権侵害は認容されている[図3]。

<sup>10</sup> 清永利亮「意匠の類否」牧野利秋編『裁判実務大系 工業所有権法』[1985] 406頁

<sup>11</sup> Chisum on Patents (2011年), Chapter 23 Design Patent, 23.05(2)参照。

米国意匠登録第387541号  
(帽子)



原告の著作物 (彫刻)



被告のTシャツ



(バタフライナットをモチーフに創作)

Ordinary Observer Test (通常の観察者テスト) について判示した米国最高裁判決は、下記の判決である。

■ Gorham Co. v. White, 81 U.S. 511, 512(1871)

「製造された物品に新規で独創的な特定の外観を与えることによって、その商品価値を高め、その需要を拡大し、公衆に優れたサービスを提供することができる。」

「専門家に観察できるものであれば、そのような僅な相違によって模造意匠が侵害の責めを免かれるとされるのなら、法律の目的は達成されない。」

「We hold, therefore, that if, in the eye of an ordinary observer, giving such attention as a purchaser usually gives, two designs are substantially the same, if the resemblance is such as to deceive such an observer, inducing him to purchase one supposing it to be the other, the first one patented is infringed by the other.」  
(Gorham Mfg. Co. v. White, 81 U.S. (14 Wall.) 511, 20 L.Ed. 731 1872)

「通常の観察者の目で、購入者が通常払う注意により、双方の意匠が実質的に同一であ

り、その類似性が、通常の観察者を欺瞞し、一方を他方のデザインと考へ、購入するように誘導する場合には、意匠権侵害を構成する。」

## 2. 欧州型

牧野利秋弁護士（元東京高等裁判所部総括判事）の以下の考へ方は、欧州共同体意匠規則10条、36条（6）、一般裁判所の判決によって、欧州で実現されている。

「意匠の類似性が需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて判断されるものであるならば、物品の類似性を意匠の類似性の前提要件として考へるべき理論的必然性はなく、意匠権の保護範囲を画する意義をもたない。（中略）創作性の高い意匠は、物品の区分を超えて類似の美感を生ぜしめるものであるといえるから、物品の区分に囚われずに広い保護を与えるべきことになる」<sup>12</sup>。

### （欧州共同体意匠規則）

#### 第10条 保護の範囲

(1) 共同体意匠によって与えられる保護の範囲には、情報に通じた使用者に対して異なる全体的印象を与えない意匠を含めるものとする。

(2) 保護の範囲を評価するときは、意匠を創作する際の意匠創作者の自由度を考へるものとする。

#### Article 10 Scope of protection

1. The scope of the protection conferred by a Community design shall include any design which does not produce on the informed user a different overall impression.

2. In assessing the scope of protection, the degree of freedom of the designer in developing his design shall be taken into consideration.

#### 第36条 出願書類が遵守すべき条件

（省略）

(2) 更に、出願書類には、その意匠を組み込む予定であるか又は適用する予定である製品の表示を含めなければならない。

(3) 前記の他に、出願書類には次を含めることができる。

(a) 表示又は見本を説明する説明書

(d) 意匠を組み込む予定又は適用する予定の製品に関するクラス別分類

（省略）

(6) (2) 及び(3) (a) 及び(d) に記載した構成要素に含まれる情報は、意匠自体に関する保護の範囲に影響を及ぼさないものとする。

### ■ 一般裁判所（GC）判決<sup>13</sup>

<sup>12</sup>牧野利秋「意匠法の諸問題」ジュリスト（有斐閣、2007年）1326号93頁。

<sup>13</sup> OHIMの Alicante News（2010年4月号）、AIPPI 55巻6号（2010年）60及び61頁、

(事件番号：T-9/07/2010年3月18日一般裁判所判決)

デザイナーの創作の自由度の判断手法について「係争意匠を組み込む予定の製品、または係争意匠が応用される予定の製品を確認するには、その意匠の登録出願における製品名を考慮に入れるべきであるが、さらに必要であれば、対象製品の性質、その意図される目的または機能を明確にできる範囲で、その意匠自体も考慮に入れるべきである。意匠自体を考慮に入れることにより、登録時に表示された商品の広範なカテゴリーに対象製品を含めることが可能になるため、情報に通じた使用者およびデザイナーの意匠創作時の自由度を判断できるようになるだろう。」としており、製品名も創作の自由度の判断に斟酌されることを示している。

全体的印象とデザイナーの創作の自由度の関係については、「係争意匠を創作する際のデザイナーの自由度が制限されればされるほど、問題となる意匠間の些細な差異でさえ、情報に通じた使用者に異なる全体的印象を与えるには十分であるとみなされる可能性が高くなる。」と判示している。

## VI リアルとバーチャル

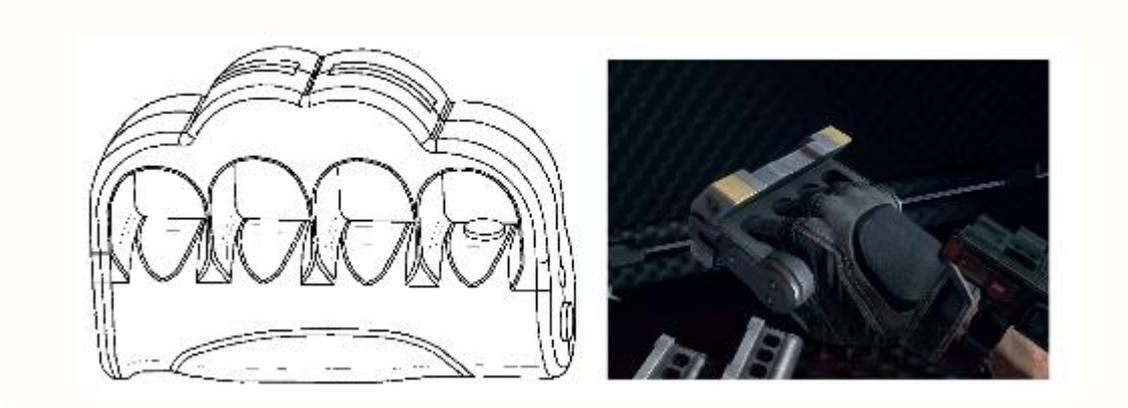
### 1. 米国

米国では、意匠と物品の関係は、日本より稀薄であるが（物品のための (for an article) と規定）、意匠権侵害の判断基準は、Ordinary Observer Test（通常の観察者テスト）によるため、スタンガンを買おうとして、ビデオゲームを購入することはないので、意匠権侵害を構成しないと判断されている。

- 米国意匠登録第561294号及び登録第576246号意匠「スタンガン」のイメージの映像を含む「ビデオゲーム」が当該意匠権の侵害か否かが争われた事件において、「no reasonable person would purchase defendant's video game believing that they were purchasing plaintiff's stun gun」と判示して、Ordinary Observer Test（通常の観察者テスト）を適用の上、意匠権侵害を否定している（P. S. Products, Inc. v. Activision Blizzard, Inc. et al, E.D. Arkansas, Feb. 21, 2014）。

米国意匠登録第561294号

被告のビデオゲームの映像



## 2. 欧州共同体意匠規則

欧州共同体意匠規則3条の規定によれば、製品には、無体物も含み、欧州共同体意匠規則36条(6)によれば、製品名は意匠の保護範囲に影響を及ぼさないので、製品名「自動車」の意匠権の効力が、ゲーム中の「仮想自動車」に及ぶ可能性がある<sup>14</sup>

(欧州共同体意匠規則)

### 第3条 定義

本規則の適用上、

(a) 「意匠」とは、製品の全体又は一部の外観であって、その製品自体及び／又はそれに係る装飾の特徴、特に線、輪郭、色彩、形状、織り方及び／又は素材の特徴から生じるものをいう。

(b) 「製品」とは、工業又は手工芸による物品をいい、その中には、特に複合製品に組み立てることを目的とする部品、包装、外装、図形的表象、印刷書体を含むが、コンピュータ・プログラムは含まない。

### Article 3 Definitions

For the purposes of this Regulation:

(a) “design” means the appearance of the whole or a part of a product resulting from the features of, in particular, the lines, contours, colours, shape, texture and/or materials of the product itself and/or its ornamentation;

(b) “product” means any industrial or handicraft item, including inter alia parts intended to be assembled into a complex product, packaging, get-up, graphic symbols and typographic typefaces, but excluding computer programs;

## VII 最近の著作権に関する裁判例

2015年4月14日に幼児用椅子について著作物性を認める判決があった(著作権侵

<sup>14</sup> 杉光一成「3Dデジタルと知的財産 第4回 3Dデジタルデザインの法的保護—意匠法と著作権法の「死の谷」—」NBL965号(2011年)106頁乃至115頁参照。

害は否定)。本件意匠のような応用美術について、従来のように純粋美術と同視できるか否か、専ら美的鑑賞の対象とされるか否かといった基準ではなく、作成者の個性が発揮されているか否かといった基準で、著作物性を判断すべきと判示している。

この判断基準が今後定着していくと、著作権で保護される意匠の範囲が欧州のように拡大することになる。

### (歴史的考察)<sup>15</sup>

・著作権法と意匠法の重疊的保護について積極的な学説(満田重昭「デザインと美術の著作物」齊藤博=牧野利秋編『裁判実務大系(27) 知的財産関係訴訟法』[1997] 95頁, 齊藤博『著作権法概論』[2014] 43頁, 上野達弘「応用美術の保護」パテント 67巻4号110頁(2014))がある。

↓

・また、重疊的保護の問題を美術性の要件のみならず、創作性の要件との関係で検討を加えるべきとの見解もある(中平健「著作権と工業デザイン等」著作権研究30号34頁, 前掲・上野163頁, 上野達弘「(総論) 応用美術の法的保護」企業と法創造5巻3号42頁)。

↓

・椅子についての立体商標の登録が認容された(知財高判23年6月29日)。

↓

・重疊的保護の問題については、A I P P I 国際総会(2012年10月韓国ソウル)でも議論され、「独自の美術的な特徴を有すること(Having original artistic character)は、工業製品に対する著作権保護の十分な資格(sufficient qualification)とすべきである。」との決議文が採択された(青木博通=乾裕介「議題231:工業製品に対する意匠保護と著作権保護の相互作用」A. I. P. P. I58巻1号49頁(2013))。

↓

・純粋美術と同視しうるか否かを判断するにあたり、実用目的からの美の表現において実質的制約を受けることがないこと、すなわち、実用面からの分離性が、著作物性を認容する方向で考慮される(紋谷暢男・本百選〈第3版〉23頁, 作花文雄『詳細著作権法』〔第4版〕[2010] 145頁, 高林龍『著作権法〔第2版〕』[2013] 45頁, 米国著作権法101条(1976年法), 前掲東京地判昭和56・4・20, 前掲京都地判平成元・6・15, 前掲東京高判平成4・9・30, 東京地判平成26・4・17平25(ワ)8040号〔トリップトラップ事件〕, 知財高判平成26・8・28判時2238号91頁(ファッションショー事件))。

↓

・このような流れの中で、幼児用椅子について、作成者の個性が発揮されており、創作的な表現であるとして、著作物性を認容した裁判例(知財高判決平成26・4・14平成26(ネ)10063号)が現れた。

---

<sup>15</sup> 近刊:別冊ジュリスト「著作権判例百選(第5版)」(青木博通執筆分)

【トリップトラップ事件（知財高判平成27年4月14日）】—幼児用椅子の形状

「著作物性の要件についてみると、ある表現物が「著作物」として著作権法上の保護を受けるためには、「思想又は感情を創作的に表現したもの」であることを要し（同法2条1項1号）、「創作的に表現したもの」といえるためには、当該表現が、厳密な意味で獨創性を有することまでは要しないものの、作成者の何らかの個性が発揮されたものでなければならない。表現が平凡かつありふれたものである場合、当該表現は、作成者の個性が発揮されたものとはいえず、「創作的」な表現ということとはできない。応用美術は、装身具等実用品自体であるもの、家具に施された彫刻等実用品と結合されたもの、染色図案等実用品の模様として利用されることを目的とするものなど様々であり（略）、表現態様も多様であるから、応用美術に一律に適用すべきものとして、高い獨創性の有無の判断基準を設定することは相当とはいえず、個別具体的に、作成者の個性が発揮されているか否かを検討すべきである。」

「控訴人ら主張に係る控訴人製品の形態的特徴は、(1)「左右一対の部材A」の2本脚であり、かつ、「部材Aの内側」に形成された「溝に沿って部材G（座面）及び部材F（足置き台）」の両方を「はめ込んで固定し」ている点、(2)「部材A」が、「部材B」前方の斜めに切断された端面でのみ結合されて直接床面に接している点及び両部材が約66度の鋭い角度を成している点において、作成者である控訴人オプスヴィック社代表者の個性が発揮されており、「創作的」な表現というべきである。したがって、控訴人製品は、前記の点において著作物性が認められ、「美術の著作物」に該当する。」

(原告)

【右前方】

【側面】

【左前方】



(被告)



## VIII 今後の検討課題

Iで問題提起した、ネクタイとネクタイ型ブローチでは、用途・機能に共通性がなく、物品の混同の可能性もないので、従来の裁判例によると、物品は類似しないと判断される可能性が高いが（装飾という意味では用途がおなじなので、用途・機能基準だと類似で、混同基準だと非類似との考え方もありうる）、意匠権が非類似物品にも及ぶとの解釈論をとれば、ネクタイの意匠権がネクタイ型ブローチに及ぶことになる。

さらに、ネクタイがバーチャルな世界（例：テレビゲーム）で使用された場合、意匠権が及ぶかについては、日本の意匠の定義の物品性との関係で、意匠権が及ばない可能性が高いが、画面デザインの保護の拡張がなされていくと（コンテンツの保護まで拡張）、意匠権が及ぶとの解釈論または及ばすべきとの立法論でてくるのではないかと考えられる。

VIで述べたトリップトラップ事件判決における著作権保護の考え方が定着するのであれば、意匠制度をさらに魅力的なものとするため、意匠権の保護範囲としての物品の類否及び物品性について、

- ・サーチコスト（非類似物品まで低コストで調査できるか）、
- ・意匠の創作性の高さ、←牧野説（要件化しやす）
- ・公知例、機能性の参酌方法（原告・被告双方の物品の公知例、機能性を参酌するか否か）、
- ・意匠法3条2項（創作非容易性）との関係、
- ・損害が発生する範囲はどこまでか、←企業の発想（物品）、デザイナーの発想（物品関係なし）

といった点に目配りをしながら、再検討が必要となろう。

※フランスは美の単一性の理論の下、重疊的保護を広くみとめているが、意匠出願総数も多い。←著作権同様に物品性が意匠の保護要件となっていない。

### 第3 不正競争防止法2条1項3号との比較<sup>16</sup>

#### 改正不正競争防止法（2005年11月1日施行）

	2条1項1号 (混同防止規定)	2条1項2号 (著名表示保護規定)	2条1項3号 (商品形態模倣禁止規定)
要件	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 商品等表示</li> <li>■ 周知性</li> <li>■ 類似性</li>   <li>■ 混同</li> <li>■ 営業上の利益への侵害</li> <li>■ 期間の制限なし</li>   <li>■ 機能的商品形態の保護除外（判例）</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 商品等表示</li> <li>■ 著名性</li> <li>■ 類似性</li>   <li>■ 商品等表示として</li> <li>■ 営業上の利益への侵害</li> <li>■ 期間の制限なし</li>   <li>■ 機能的商品形態の保護除外（判例）</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 商品形態（内部構造）</li> <li>■ 模倣 依拠（アクセス） 実質的同一</li> <li>■ 混同不要</li> <li>■ 営業上の利益への侵害</li> <li>■ 日本国内における最初の販売の日から3年間で保護期間終了</li> <li>■ 機能確保に不可欠な形態の保護除外</li> </ul>
救済	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 差止</li> <li>■ 損害賠償</li> <li>■ 信用回復の措置</li> <li>■ 不当利得（？）<sup>17</sup></li> <li>■ 刑事罰</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 差止</li> <li>■ 損害賠償</li> <li>■ 信用回復の措置</li> <li>■ 不当利得（？）</li> <li>■ 刑事罰</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 差止</li> <li>■ 損害賠償</li> <li>■ 信用回復の措置</li> <li>■ 不当利得（？）</li> <li>■ 刑事罰</li> </ul>

※改正法では、「通常有する形態」が削除されている。

#### 1. 趣旨

(1) 意匠法 — 新たな需要を喚起する意匠の創作の保護

(2) 2条1項3号 — 市場先行の利益の保護

#### 2. 判断主体

(1) 意匠の類似 — 需要者（取引者を含む）

(2) 実質的同一 — 創作者（田村教授）

<sup>16</sup> 田村善之「商品形態のデッド・コピー規制の動向—制度趣旨からみた法改正と裁判例の評価—」知的財産法政策学研究25戸間（2009年）33頁乃至65頁。

<sup>17</sup> 否定する学説（田村善之教授）がある。

「不正競争防止法は、新商品の開発を促進するような市場先行の利益を守るのが究極の目的です。そうだとすると、大事なものは市場先行の利益を失わせるような模倣かどうかということです。もちろん、これだけでは具合的な基準としえはあまりにも漠とし過ぎて通用しませんが、需要者基準か創作者基準か悩んだときにはメタの問題として立ち返るべきところはここにあります。」

「趣旨に鑑みる場合には・・・創作者基準をとるべき。創作者目線で改変が容易かどうか・・・ただ、裁判官に荷が勝ち過ぎるという問題があるので、改変が容易であることが明白な場合に限って、すなわち、袖をつけるのは簡単だとか、色彩を変えるのは簡単だというときに限って、デッドコピーを肯定すべき・・・」

（田村善之「商品形態のデッド・コピー規制の動向—制度趣旨からみた法改正と裁判例の評価—」知的財産法政策学研究 25 戸間（2009 年）33 頁乃至 65 頁。）

### 需要者（2条4項「需要者が通常の方法」）

#### 3. 公知例との関係

(1) 意匠の類似 — 参酌

(2) 実質的同一 — 別の個性、ありふれていない

#### ①□ 大阪の裁判所

##### ■ 大阪地判平成 10 年 9 月 10 日 [BEAR'S CLUB 小熊タオルセット] — 同一性○

「被告は、主として小熊の人形が持っているアクセサリーの色、タオルの柄及びキッチンクロスの有無の相違から、原告商品では全体として活発な男の子の印象を与えるのに対し、被告商品では全体としてかわいい女の子の印象を与えると主張する。たしかに、子細に観察すれば、タオルにおける小熊の絵の相違からそのような印象の差が生じ得ることは理解できる。しかし、原告商品も被告商品もその第一印象は、小熊をモチーフとしたかわいらしいタオルセットというものであって、被告が指摘する印象の差は、両者を子細に見比べた上でようやく理解できることである。したがって、この点を重視することはできない。

(3) 以上を総合すれば、原告商品一ないし六と、被告旧商品一ないし六及び被告新商品一ないし六とは、全体としてそれぞれ実質的に同一の形態であると認めるのが相当である。」

(原告)

(被告)



判例評釈：

飯村敏明「商品形態（１）ーセット商品（小熊タオルセット事件）」別冊ジュリスト188号168頁乃至169頁

「まず、後行商品が先行商品とまったく同一でない場合であっても、実質的に同一の範囲であれば、法2条1項3号の保護を与えるべきであるという点は異論が少ない（平成17年改正法2条5項は、「模倣」とは「実質的に同一の形態の商品を作り出すこと」と規定する。これまでの判例の集積したものとして説明されている）。

問題は、この見解を前提としたうえで、先行商品の形態上の特徴的な部分をどのように抽出するかの判断基準ということになる。しかし、この抽出基準を理論的に説明することは極めて困難である。

他の法律（意匠法、商標法、著作権法、法2条1項1号）に関してであれば、当該法規が保護する趣旨等を参酌したアプローチが可能である。たとえば、意匠や著作物であれば、先行品における創作的な部分か否かを基準として特徴部分を抽出することができるし、周知商品等表示であれば、具体的な販売形態に照らして、出所識別機能を有する部分であるか否かを基準として特徴部分を抽出することができる。

これに対して、法2条1項3号において、先行商品の形態が保護されるのは、当該商品等に、創作性や顧客吸引機能や出所識別機能や周知・著名性があるという理由からではなく、投資および開発のコストを回収し、開発意欲を促進させるという政策的理由からである。商品を市場に出すという意思決定をし、現実に市場に出したという行為に対して、模倣からの保護を与えるというものであるから、先行商品のどの部分が、保護に値する特徴的部分であるかを抽出する基準を設けることは難しいことになる。先行商品が  $a + b$  という要素からなり、後行商品が  $a + c$  という要素からなる場合、実質的に同一というためには、 $a$  こそが保護に値する特徴的部分であることを論証しなければならないが（特徴的部分は、先行者の立場からは少なければ少ないほど有利になり、後行者の立場からは多ければ多いほど有利になる）、そのために、どのような論理づけが必要かは依然として明らかではない。

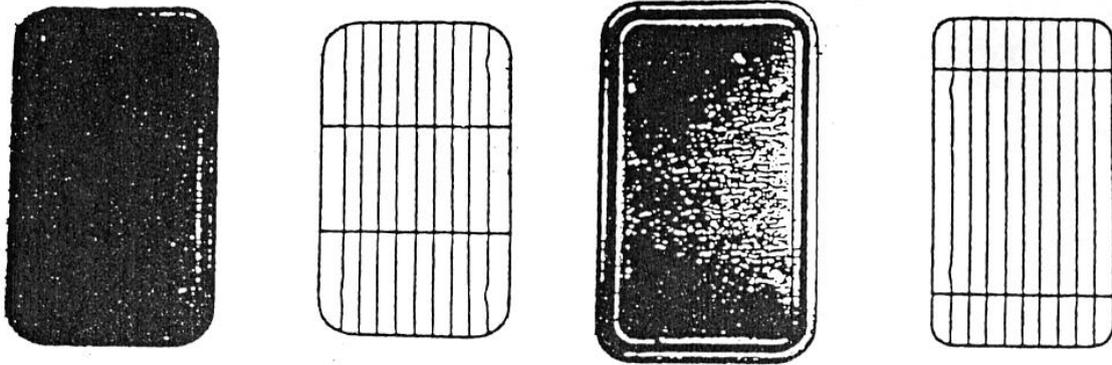
本判決もその点の分析はない。結局、法2条1項3号の立法趣旨に鑑みれば、「実質的同一」の幅はさほど広いものではなく、先行商品と後行商品の全体形状を構成する各要素のほとんどすべてが共通であるような場合を指すと解するほかはない。本判決も、「実質的同一」の意義を、そのように理解することができる限りにおいて正当であるといえよう。」

■ 大阪地判平成 10 年 9 月 17 日 [網焼きプレート] 一同一性○

相違点が被告製品において特に費用をかけて商品の機能上あるいは外観上意義のある改変が行われたものとも解し難いから、両製品の実質的同一性を失わせるには至らない程度のもものと認めるのが相当であるとしたものがある

(原告)

(被告)



■ 大阪地判平成 25 年 5 月 30 日 [婦人用ハンドバッグ] 一同一性○

「(1) 不正競争防止法は、先行者の開発利益を保護することを目的として、新たな商品の形態を模倣する行為は、その形態が当該商品の機能を確保するために不可欠である場合を除き、新たな商品が最初に販売された日から 3 年を経過しない範囲で、これを不正競争とする旨を定めた (同法 2 条 1 項 3 号, 19 条 1 項 5 号イ)。また、同法は、上記保護の対象となる商品の形態について、「需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感をいう」と定める一方で、**形態に創作性、独創性のあることをその保護の要件とはしていない (同法 2 条 4 項)。**」

「しかしながら、前記(1)で述べたとおり、同号が保護する商品の形態は、外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様等からなる商品全体の形態をいうのであって、創作性、独創性は求められないから、その商品の形態を構成する個々の要素が従来の商品形態に見られる特徴の組み合わせであったとしても、全体として新たな商品形態となる以上は、同号による保護を否定する理由はないというべきである。

特に、婦人用バッグを需要者が選択する場合、基本的な形状と大きさ、施されたデザイン、持ち手等の形状や位置、付加的装飾の有無形状、素材の選択や加工といった点が嗜好又は用途に合致するかといった観点のみならず、収納部の設け方や容量、あるいは開閉の方法といった内部の形状に属する点が嗜好又は用途に合致するかといった観点から検討がなされると考えられるから、これらの点について、個別にみると同一の部分的形態を有する商品が、原告各商品の販売以前に存在したことが認められるとしても、全体としての形態において、これらを組み合わせた商品が存在していなかった以上、当該商品を初めて市場に出した者は、その形態を模倣する者との間では、先行者として保護されるべきであ

る。したがって、被告らの上記主張は採用できない。

(5) 以上によれば、原告各商品の形態は、不正競争防止法2条1項3号の「商品の形態」として保護されるというべきである。」

「このように、原告商品②と被告商品②は、**基本的形態及び具体的形態の多くが共通し**、全体としての形状も同一であることから、両者の形態は実質的に同一であるというべきである。」

「実質的同一性の判断は、需要者の知覚を基準にされるべきであるから（不正競争防止法2条4項参照）、外観の相違に影響を与えない些細な部分が要部になるということはいえず、また、ありふれた部分であることをもって要部になり得ないともいえないのであって、被告らの上記主張は採用できない。」

(原告)



(被告)



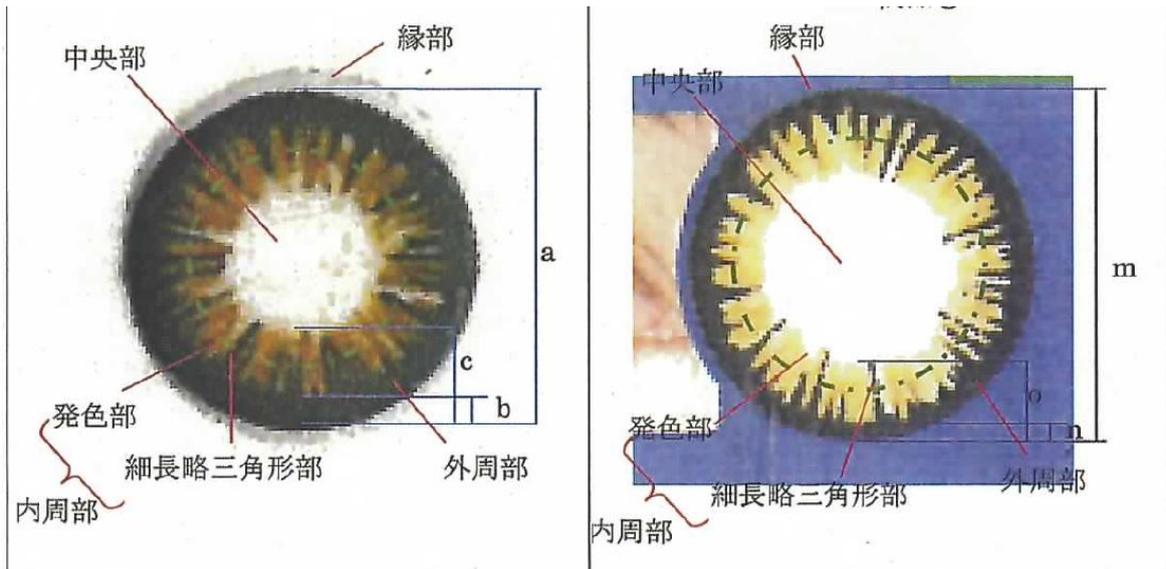
#### ■ 大阪高判平成25年12月19日 [カラーコンタクトレンズ] 一同一性×

「不正競争防止法2条1項3号の規定及び趣旨によれば、自身又は他人が開発し、既に市場に流通している商品の形態に何らかの変更を加えて新たな商品として販売する者が、同号による保護を受けるのは、**当該変更が新たな商品形態の開発といえる場合に限られ**、当該変更前の商品と変更後の商品の形態が実質的に同一であって、需要者においてこれを新たな形態の商品として認識し得ないような場合には、たとえ当該変更過程で相応の資金や労力の投下が行われていたとしても、**当該変更により新たに商品形態の開発がされたとはいえず**、同号による保護は受けられないというべきである。そうすると、変更後の商品が同号によって保護されるべき形態を有するか否かについては、基本的には、両商品の形態を形状、模様、色彩、光沢及び質感その他必要な要素に分解して対比的に観察した上で、全体として（全体観察を行って）両商品の形態が実質的に同一であると判断されるか否かによって決することになる。

また、その判断の基準は、需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって、上記要素を踏まえて、変更後の商品の形態を全体としてみたときに、**当該変更前の商品の形態のそれとは別の個性**を与えられたものであると認識し得るか否かによることとなる。」

(原告)

(被告)



■ 大阪地判平成 26 年 8 月 21 日〔言葉再生機能付き熊の縫いぐるみ〕—同一性〇

「前記商品形態の模倣を不正競争行為と定める趣旨は、資金、労力を投入して新たな商品の形態を開発した者を、資金、労力を投入せず、形態を模倣することでその成果にただ乗りしようとする者との関係において保護しようとする点にあるから、前記不正競争行為が成立するためには、保護を求める商品の形態が、**従前の同種の商品にはない新たな要素を有し、相手方の商品がこれを具備するものであると同時に、両者の商品を対比し、全体としての形態が同一といえるか、または実質的に同一であるといえる程度に酷似していることが必要であり、これらが認められる場合に、後者が前者に依拠したといえるかを検討すべきものと解される。**」

「被告が**類似商品と指摘するものが原告商品より以前に存在したと認めるに足る証拠はなく、また、熊のぬいぐるみであれば、上記で認められる原告商品の形態を備えることが不可欠といえるものではないことは明らかであり、原告商品の具体的形態からしてもありふれたものとまではいえず、前記(2)で認定した開発の経緯に照らしても、原告商品の形態は、不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の保護の対象となるものといえる。**」

←意匠の分野ではぬいぐるみの類似範囲は狭い。

(原告)



(被告)



## ② 東京の裁判所

### ■ 東京高判平成10年2月26日 [ドラゴンソード] 一裁○ 高裁×

相違がわずかな改変に基づくものであって、酷似しているものと評価できるような場合には、実質的に同一の形態であるというべきであるが、当該改変の着想の難易、改変の内容・程度、改変による形態的効果等を総合的に判断して、当該改変によって相応の形態上の特徴がもたらされ、既に存在する他人の商品の形態と酷似しているものと評価できないような場合には、実質的に同一の形態とはいえないものというべきであるとしたもの

(原告)



(被告)



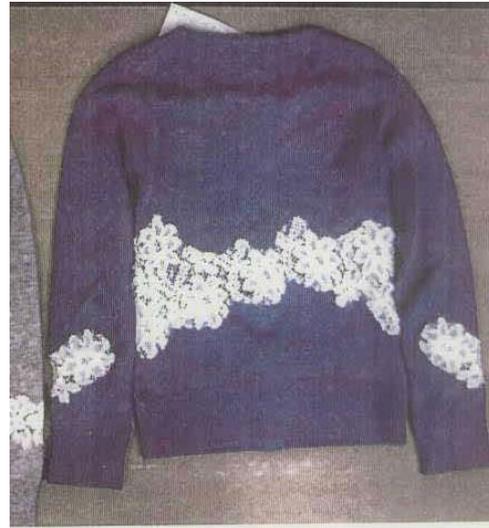
### ■ 知財高判平成20年1月17日 [カーデガン] 同一性 ×

「レースが付されている長袖カーディガンにおいて、レースをどこに付すかや後身頃(うしろみごろ)における生地とレース部分とのバランスは、商品の形態に変化を与える重要な要素といえるものであり、原告商品4と被告商品Dは、背面部における透かしレース部分の配置と生地とのバランスに顕著な相違があり、原告商品4と被告商品Dは、形態が実質的に同一であるということとはできない。」

(原告)



(被告)



■ 東京地判平成 25 年 11 月 13 日 [ストッキング] 一同一性 ×

「そして、問題とされている商品の形態に他人の商品の形態と相違する部分があるとしても、その相違がわずかな改変に基づくものであって、商品の全体的形態に与える変化が乏しく、商品全体からみて些細な相違にとどまると評価される場合には、当該商品は他人の商品と実質的に同一の形態というべきである。これに対して、当該相違部分についての改変の着想の難易、改変の内容・程度、改変が商品全体の形態に与える効果等を総合的に判断したときに、当該改変によって商品に相応の形態的特徴がもたらされていて、当該商品と他人の商品との相違が商品全体の形態の類否の上で無視できないような場合には、両者を実質的に同一の形態ということとはできない。」

「着用時の状態を正確に把握するためには、非着用時の模様の配置を参考にする必要がある。その意味で、非着用時の模様の配置（被告のいう着用前の平置きの状態）を参照することが相当であると解される。」

(原告)

星柄

(被告)

星柄

■ 東京地判決平成 26 年 4 月 17 日 [台所用品] 一同一性 ○

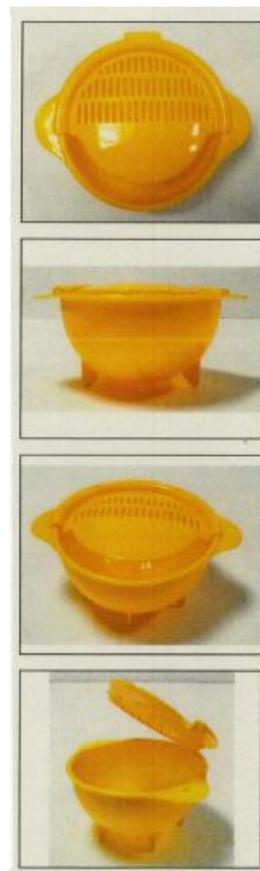
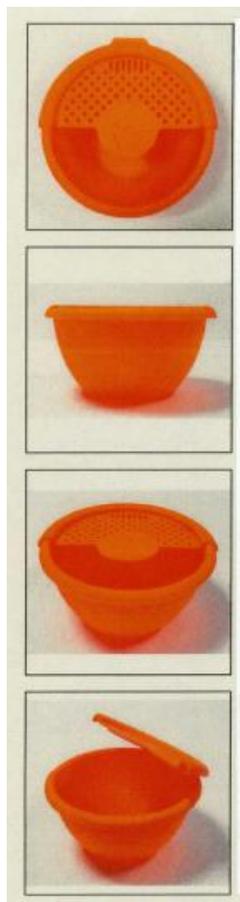
「そして、同条1項3号が他人の商品の形態を模倣することを不正競争行為と定めたのは、先行者が商品形態の開発のために投下した費用・労力の回収を可能にすることにより、事業者間の公正な競争を確保するためであると解される。このような同号の趣旨に照らし、問題とされている商品の形態と他人の商品の形態との間に**需要者に識別可能な相違点がある場合には、その相違点がわずかな改変に基づくもので、商品の全体的形態に与える変化が乏しく、商品全体から見てささいな相違にとどまると評価されるときは格別、そうでない限り模倣に当たらない**というべきである。」

「そして、これらの相違点は全体的形態に与える変化が乏しいささいな相違にとどまるとは到底いえないものであるから、両者の形態が類似するとはいえないと判断するのが相当である。」

「被告各商品の販売を許容することは新商品の開発者を保護するという不正競争防止法2条1項3号の趣旨に照らし許されないと主張するが、**同号は商品の具体的形態を保護するものであって商品の機能やアイデアを保護するものではないから、具体的形態に大きな相違点があると認められる本件において、同号の不正競争行為を認めることはできない。**」

(原告)

(被告)



■ 知財高判平成26年2月26日〔携帯マッサージ器〕—同一性 ○

「そもそも、模倣品を規制することにより、市場における先行者の利益を保護し、先行者

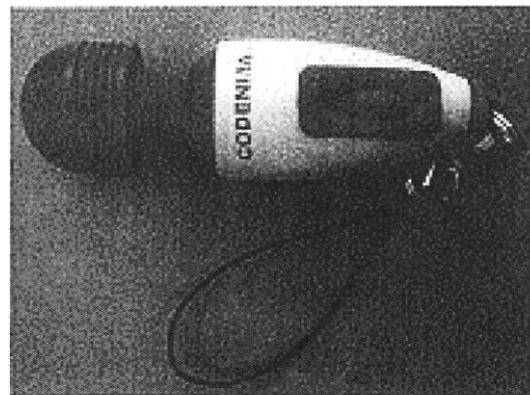
の商品開発及び市場開拓のインセンティブを確保し、公正な競争秩序を維持するとの不正競争防止法の趣旨に照らせば、同法2条1項3号によって保護される「商品の形態」とは、広く商品全体の形態をいうものであって、商品の機能を確保するために不可欠の形態及びありふれた形態は除外されるものの、形態自体が高い独創性を有することが必要とされるものではない。そして、原告商品が、手持ちの電機マッサージ器としての機能を確保する上で不可欠な形態に該当するものでないことは明らかであるし、従来の同種品との比較においてありふれた形態ともいえないことは、以下のとおりである。」

「しかし、商品の形態を比較した場合、問題とされている商品の形態に他人の商品の形態と相違する部分があるとしても、当該相違部分についての改変の内容・程度、改変の着想の難易、改変が商品全体の形態に与える効果等を総合的に判断した上で、その相違がわずかな改変に基づくものであって、商品の全体的形態に与える変化が乏しく、商品全体から見て些細な相違にとどまると評価されるときには、当該商品は他人の商品と実質的に同一の形態というべきである。」

(原告)



(被告)



(先行商品形態)



- ① 大阪の裁判所—新たな要素、個性？  
・費用をかけたか（網焼きプレート）

- ・個々の形態が従来からあっても、全体として新たな形態であればよい。基本的形態及び具体的形態の多くが共通（婦人用ハンドバック）
- ・相応の資金や労力が投下されても、需要者において新たな形態と認識されないと保護される形態に該当しない。個性が必要（カラーコンタクトレンズ）。
- ・原告の形態が同種の商品にない新たな要素を有し、相手方の商品がこれを具備（熊のぬいぐるみ）

## ② 東京の裁判所—識別？

- ・当該改変の着想の難易、改変の内容・程度、改変による形態的効果等を総合的に判断して、当該改変によって相応の形態上の特徴がもたらされ、既に存在する他人の商品の形態と酷似しているものと評価できないような場合には、実質的に同一の形態とはいえない（ドラゴンソード事件）（ストッキング事件）（携帯マッサージ器事件）
- ・需要者に識別可能な相違点があれば、わずかな改変でも同一でない（台所用品）。

## 4. 機能性との関係

- (1) 意匠の類似 — 考慮する
- (2) 実質的同一 — 考慮する

## 5. 刑事罰の要件

- (1) 意匠の類似 = 差止等と同じ
- (2) 2条1項3号= 不正の利益を得る目的で

## 第4 商標法との比較

### I 全体意匠と立体商標

	項目	意匠	立体商標
1	出願人適格	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 創作者又は承継人</li> <li>・ 職務創作あり</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 制限なし</li> <li>・ 職務創作なし</li> </ul>
2	成立要件		
	(1) 美感	・あり	・なし

	(2) 不動産	・不可、但し、組立家屋は可能	・可能
	(3) 文字	・不可、模様に該当せず。但し、含めることは可能	・可能
	(4) 部分	・可能 ・破線利用可能。	・可能 ・破線利用可能。
3	登録要件		
	(1) 新規性・創作非容易性	・あり	・なし
	(2) 出所識別力	・なし	・あり
	(3) 機能性	・あり	・あり
	(4) 混同	・あり	・あり
	(5) 類似商標（意匠）の登録	・先行意匠の公報発行前まで可能	・後日出願可能
4	秘密性	・登録日から最大3年間秘密にできる。	・なし
5	権利の効力		
	(1) 専用権の範囲	・類似の範囲まで	・同一の範囲
	(2) 指定商品（役務）と物品	・物品との関係で決まる ・但し、物品の同一又は類似に限定しない学説あり。	・指定商品（役務）との関係で決まる
	(3) 商標と意匠の類似	・一般需要者からみた美感の類否（最高裁） ・24条2項「需要者の視覚を通じて起させる美感に基づいて行う」 ・ <b>全体観察</b> ・ <b>間接対比観察</b>	・商品の出所の混同  ・ <b>所定方向</b> ・ <b>離隔観察</b>
	(4) 商品と物品の類似	・用途が同一で機能が異なるもの ・用途または機能が類似するもの ・意匠権者の製造等する物品と混同するもの	・出所の混同（同一営業主が製造または販売）
	(5) 使用（実施）態様	・商標的使用態様は不要 ・視認性、但し、拡大図の商品カタログで取引されている場合には、実物を視認できなくともよい。	・商標的使用態様 ・メタタグについての使用について、侵害判断をした判決あり。
	(6) 金型の差止	・可能	・可能
	(7) 損害賠償	・実施不要	・使用が原則として前提
6	権利の効力の制限		

	(1) 機能的商標と 意匠	・効力制限の規定なし ・準用特許法104条の3	・効力制限の規定あり ・準用特許法104条の3
	(2) 裁定制度	・あり	・なし
	(3) 真正商品の並行 輸入	・特許権について黙示の許諾 説(BBS 事件)	・商標機能論
7	存続期間	・登録日から20年	・更新により半永久
8	分離移転	・不可	・原則可能
9	使用(実施)義務	・なし	・あり

■ エルメス立体商標事件（東京地判平成26年5月21日）—立体商標同士の侵害事案

「商標と標章の類否は、対比される標章が同一又は類似の商品・役務に使用された場合に、商品・役務の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによって決すべきであるが、それには、そのような商品・役務に使用された標章がその外観、観念、称呼等によって取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品・役務の取引の実情を明らかにし得る限り、その具体的な取引状況に基づいて判断すべきも

である。そして、商標と標章の外観、観念又は称呼の類似は、その商標を使用した商品・役務につき出所の誤認混同のおそれを推測させる一応の基準にすぎず、したがって、これら3点のうち類似する点があるとしても、他の点において著しく相違することその他取引の実情等によって、何ら商品・役務の出所の誤認混同をきたすおそれの認め難いものについては、これを類似の標章と解することはできないというべきである（最高裁昭和39年（行ツ）第110号同43年2月27日第三小法廷判決・民集22巻2号399頁，最高裁平成6年（オ）第1102号同9年3月11日第三小法廷判決・民集51巻3号1055頁参照）。

原告商標は立体商標であるところ、上記類否の判断基準は立体商標においても同様にあてはまるものと解すべきであるが、被告標章は一部に平面標章を含むため、主にその立体的形状に自他商品役務識別機能を有するという立体商標の特殊性に鑑み、その外観の類否判断の方法につき検討する。

立体商標は、立体的形状又は立体的形状と平面標章との結合により構成されるものであり、見る方向によって視覚に映る姿が異なるという特殊性を有し、実際に使用される場合において、一時にその全体の形状を視認することができないものであるから、これを考案するに際しては、看者がこれを観察する場合に主として視認するであろう一又は二以上の特定の方向（所定方向）を想定し、所定方向からこれを見たときに看者の視覚に映る姿の特徴によって商品又は役務の出所を識別することができるものとするのが通常であると考えられる。そうであれば、立体商標においては、その全体の形状のみならず、所定方向から見たときの看者の視覚に映る外観（印象）が自他商品又は自他役務の識別標識としての機能を果たすことになるから、当該所定方向から見たときに視覚に映る姿が特定の平面商標と同一又は近似する場合には、原則として、当該立体商標と当該平面商標との間に外観類似の関係があるというべきであり、また、そのような所定方向が二方向以上ある場合には、いずれの所定方向から見たときの看者の視覚に映る姿にも、それぞれ独立に商品又

は役務の出所識別機能が付与されていることになるから、いずれか一方の所定方向から見たときに視覚に映る姿が特定の平面商標と同一又は近似していればこのような外観類似の関係があるというべきであるが、およそ所定方向には当たらない方向から立体商標を見た場合に看者の視覚に映る姿は、このような外観類似に係る類否判断の要素とはならないものと解するのが相当である。

そして、いずれの方向が所定方向であるかは、当該立体商標の構成態様に基づき、個別的、客観的に判断されるべき事柄であるというべきである。

(2) これを本件について検討するに、原告標章、被告標章はいずれも、内部に物を収納し、ハンドルを持って携帯するハンドバックに係るものであるから、ハンドルを持って携帯した際の下部が底面となり、この台形状の底面の短辺と接続し、ハンドルが取り付けられていない縦長の二等辺三角形の形状を有する面が側面となることはそれぞれ明らかである。そして、その余の面のうち、蓋部、固定具が表示されている大きな台形状の面が正面部に該当し、か

つこの正面部には、その対面側に相当する背面部とは異なり、装飾的要素をも備えた蓋部、ベルト、固定具が表示されており、ハンドルを持って携帯した際に携帯者側に向かって隠れる背面部とは異なって外部に向き、他者の注意を惹くものであるから、この正面部は、少なくとも所定方向の一つに該当するものと解される。

これは、被告の開設したインターネットショッピングサイトにおいて、いずれもこの正面部を含む写真が表示されていることのほか、各商品の紹介においては、全てこの正面部のみが表示されていることも、正面部が所定方向であることを裏付けるものであるといえる。〔甲1〕そして、この正面部から観察した場合、原告標章と被告標章とは、本体正面の形状において底辺がやや長い台形状であり、上部に、略凸状となるように両サイドに切り込みを有し、横方向に略三等分する位置に鍵穴状の縦方向の切込みを二箇所有する蓋部が表示されていること、前記蓋部上に、前記略凸状の両サイドの切り込みから本体正面中央まで延在する左右一対のベルトが表示されていること、前記蓋部の凸型部分と前記左右一対のベルトとを本体正面の上部中央にて同時に固定することができる位置に、先端にリング状

を形成した固定具が表示されていること、前記鍵穴状の切込みの外側の位置において、前記蓋部の凸型部分と前記各ベルトとを同時に固定する左右一対の補助固定具が表示されていること、上部に円弧状をなす一対のハンドルが表示され、前記正面側のハンドルは前記鍵穴状の切込みを通るように表示されていること、以上の点においていずれも共通しており、原告標章と被告標章とは、所定方向である正面から見たときに視覚に映る姿が、少なくとも近

似しているというべきであり、両者は外観類似の関係にあるといえることができる。

被告標章は、原告標章では立体的構成とされている蓋部、左右一対のベルトとこれを固定する左右一対の補助固定具、先端にリング状を形成した固定具、ハンドルの下部（正面部と重なりベルト付近まで至る部分）について、これらの質感を立体的に表現した写真を印刷して表面に貼付した平面上の構成とされているところ、これを正面から見た場合に上記共通点に係る視覚的特徴を看取できるものというべきである。

一方、上部及び側面方向から被告標章を観察した場合には、原告標章では立体的に表現

された上記蓋部等が立体的でないことは見て取れるものの、上部及び側面は、いずれも所定方向には該当せず、上記所定方向から観察した場合の外観の類否に影響するものではない。

(3) そして、原告商標ないし被告標章において、何らかの観念ないし称呼が生じ、これらが著しく相違するものとも認められない。

(4) 以上によれば、被告標章は原告商標と類似しているということができ、被告につき、過失の存在の推定を覆すに足る事情も認められない（商標法39条、特許法103条）。

(5) この点に関して被告は、被告各商品につき、そのデザインは写真として似ているかもしれないが、素材や価格などで明確に区別できる等と主張するが、本件全証拠によっても、上記所定方向である正面から観察した場合に、被告標章が原告標章と類似するとの判断を覆すに足る事実は何ら認めることができないし、商品の出所の誤認混同をきたすおそれがないものとも認められない。したがって、被告の上記主張は採用することができない。」

原告登録商標



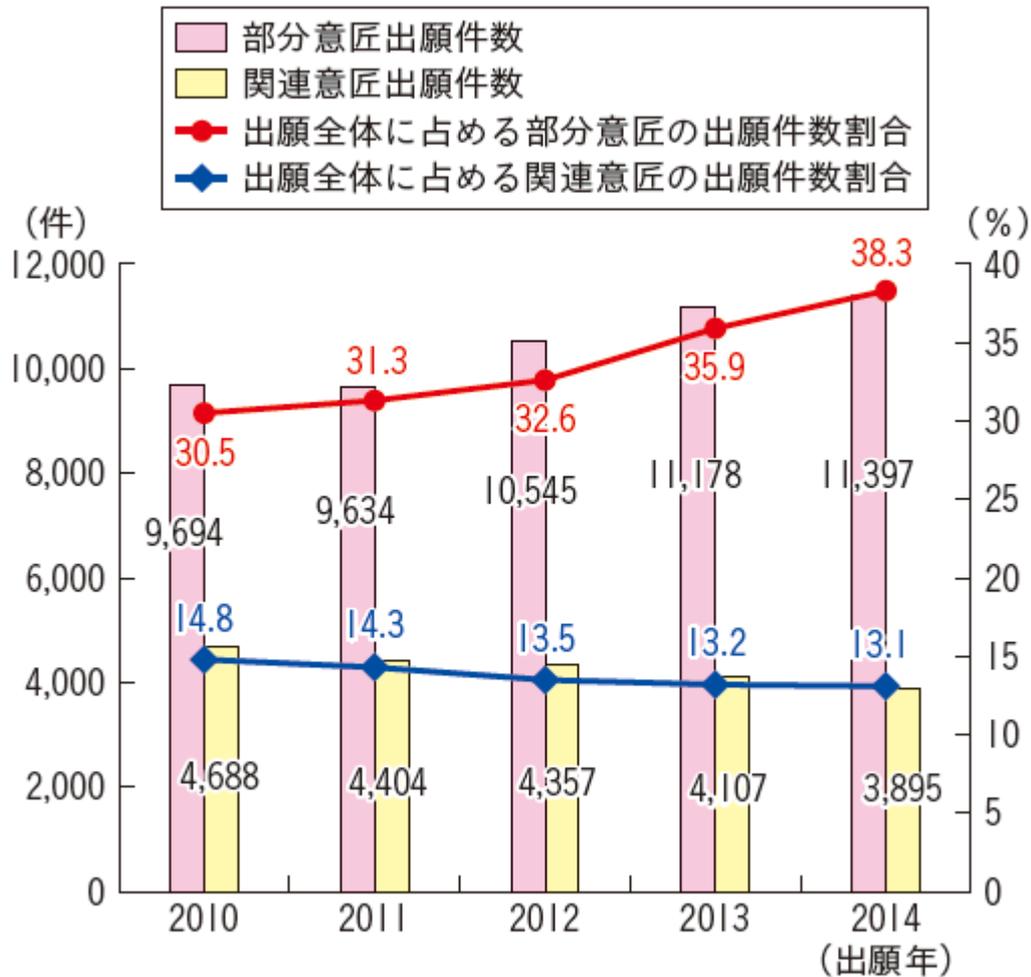
被告標章と思われるバッグ



### 3. 部分意匠と位置商標

#### 1. 部分意匠と破線の関係

部分意匠：38.3%



位置商標：色彩（356件）、音（237件）、位置（166件）

部分意匠に関する学説の整理

	学説	内容
1	独立説（独立タイプ）	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 権利主張されている部分で使用されていれば、それがどのような部位に用いられていようと類似範囲に入るとする立場です（佐藤恵太「部分意匠の権利範囲に関する覚書」知的財産と現代社会（信山社）693頁）。</li> </ul>
2	要部説（要部タイプ）	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 開示された図面を重視し、願書の図面に開示された部位と違う方法で使用された場合には類似範囲に入らないとする立場（吉原省三「部分意匠の問題点」・知的財産と現代社会（信山社）117頁、加藤恒久『部分意匠論』尚学社228頁）。斎藤瞭二「部分意匠の二三の問題」・知的財産権その形成と保護（新日本法規）616頁は、部分の形状がどのようなものであるかを把握するための観点から破線部をみるもので、破線部自体が対比・評価の対象</li> </ul>

		<p>となるものでないことを強調されている。意匠審査基準は要部説に属す。</p> <p>■ 要部説に属するものでも、田村善之『知的財産法』（有斐閣、2003年）334頁は、位置関係等を緩やかに解しており、松尾和子「意匠制度110周年と改正意匠法の意義」特許研究28巻9号7頁は、部分意匠が独創性の高い極めて特徴のある意匠である場合には、位置等において、創作性の低い意匠とは異なる評価が下されてよいとの見解をとられている。</p>
3	タイプ別部分意匠類否論	<p>■ 部分意匠を部分自体に創作的寄与が認められるものと、配設関係（位置、大きさ及び範囲）に創作的寄与が認められるものとに分類し、前者については位置、大きさ及び範囲が登録意匠の類似範囲に影響を与える度合いが低く、後者については位置、大きさ及び範囲が登録意匠の類似範囲に影響を与えるとする立場（青木博通「タイプ別部分意匠類否論」DESIGN PROTECT 50号10頁）。</p>

■ 知財高判平成19年1月31日【プリー/部分意匠】

[http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/066/034066\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/066/034066_hanrei.pdf)

「部分意匠の類否の判断に当たっては、意匠登録を受けようとする部分の形状等と、同部分と位置等が大きく異なる部分についての形状等は、仮に、それらの形状等自体が共通又は類似していたとしても、美感上、看者に与える印象が異なる場合もあるから、意匠登録を受けようとする部分とそれに相当する部分が、物品全体の形態との関係において、どこに位置し、どのような大きさを有し、全体に対しどのような割合を占める大きさであるか（「位置等」）についての差異の有無を検討する必要がある。

もっとも、部分意匠制度は、破線で示された物品全体の形態について、同一又は類似の物品の意匠と異なる場所があっても、部分意匠に係る部分の意匠と同一又は類似の場合に、登録を受けた部分意匠を保護しようとするものであることに照らせば、類否判断において、意匠登録に係る部分とそれに相当する部分の位置等の差異を考慮するに当たっては、上記部分意匠制度の趣旨を没却することがないようにしなければならない。破線部の形状等や部分意匠の内容等に照らし、通常考え得る範囲での位置等の変更など、予定されていると解釈し得る位置等の差異は、類否判断に影響を及ぼすものではない。」

■ 東京地判平成27年5月15日【包装用箱/部分意匠】—非侵害

[http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/152/085152\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/152/085152_hanrei.pdf)

[http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/152/085152\\_option1.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/152/085152_option1.pdf)

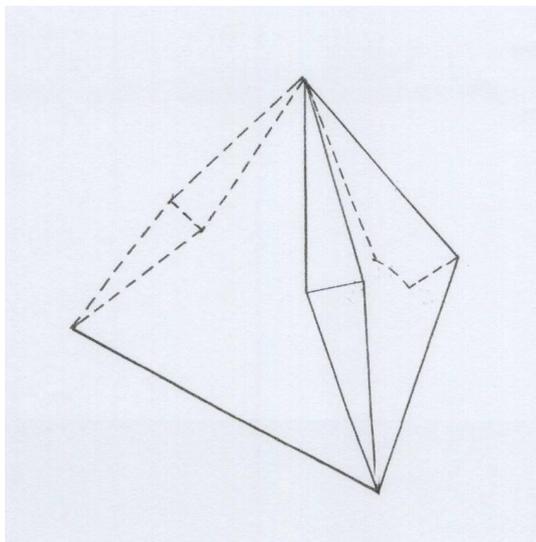
「部分意匠として意匠登録を受けた部分が、物品全体の形態との関係において、どこに位置し、どのような大きさを有し、物品全体に対しどのような割合を占める大きさであるか（以下、これらの位置、大きさ、範囲を単に「位置等」ともいう。）は、破線によって具体的に示された形状等を参酌して定めるほかはない。すなわち、部分意匠は、物品の部分

であり、意匠登録を受けた部分だけで完結しないから、破線によって示された形状等は、それ自体は意匠を構成するものではないとしても、意匠登録を受けた部分がどのような用途及び機能を有するといえるものであるかを定めるとともに、その位置等を事実上画する機能を有するものであるというべきで、意匠登録を受けた部分の機能及び用途を確定するに当たっては、破線によって具体的に示された形状等を参酌して定めるほかはない。

もっとも、部分意匠制度は、破線で示された物品全体の形態について、同一又は類似の物品の意匠と異なるところがあっても、部分意匠に係る部分の意匠と同一又は類似の場合に、登録を受けた部分意匠を保護しようとするものであることに照らせば、部分意匠の類否判断において、意匠登録に係る部分とそれに相当する部分の位置等の差異については、上記部分意匠制度の趣旨を没却することがないようにしなければならず、破線部の形状等や部分意匠の内容等に照らし、通常考え得る範囲での位置等の変更など、予定されていると解釈し得る位置等の差異は、部分意匠の類否判断に影響を及ぼすものではない（知財高裁平成18年（行ケ）第10317号平成19年1月31日判決参照）。」

(原告)

第1440898号（包装箱）



(被告)



## 2. 位置商標

### (1) 商標審査基準

位置商標の類否判断は、文字や図形等の標章とその標章を付する位置を総合して、商標全体として考察する。

原則として、位置そのものを要部として抽出しない。

標章に自他商品・役務の識別機能が認められない場合、商品に付される位置等によって需要者及び取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察しする。

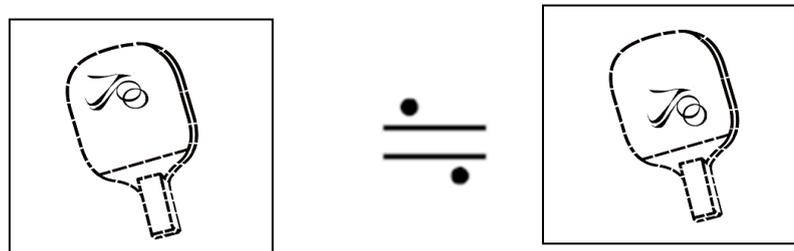
図1は、原則として類似すると判断される（指定商品第28類「動物のぬいぐるみ」）

図1 類似する例←部分意匠の場合、類似にならないのでは？



図2にあるように、標章に識別機能が認められる場合、標章が同一または類似であれば、位置が異なっても原則類似する。

図2 類似する例



(位置商標)

指定商品 第28類

「卓球のラケット」

(位置商標)

指定商品 第28類

「卓球のラケット」

## (2) 不正競争防止法2条1項1号

- ・ Levi'sズボン事件 (東京地判平成12年6月28日)

弓型ステッチについて商品等表示性を認容するが、タブについては否定

## (3) 米国の裁判例

- (イ) Levi'sズボン事件 (侵害)<sup>1</sup>

<sup>18</sup> 632 F.2d 817: Levi Strauss & Co., Plaintiff/appellee, v. Blue Bell, Inc., Defendant/appellant United States Court of Appeals, Ninth Circuit. - 632 F.2d 817 Argued and Submitted Sept. 11, 1980. Decided Nov. 13, 1980.

(ロ) Levi's シャツ事件 (差し戻し)<sup>19</sup>

### 3. 部分意匠と位置商標

#### (1) 相違点

部分意匠 — 実線部分に創作的寄与度のあるものとなないもの  
位置商標 — 実線部分に出所識別力のあるものとなないもの

#### (2) 侵害判断

部分意匠—実線部分の創作的寄与度  
          実線部分の位置、大きさ、範囲  
位置商標—実線部分の出所識別力  
          実線部分の位置

## III 動的意匠と動き商標

### 1. 動的意匠

#### ■ 東京高判平成 16. 3. 31 最高裁WP [輸液バッグ] —動的意匠

<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/165D734A339FE69949256EC30029262B.pdf>

「動的意匠とは、意匠に係る物品の形状、模様又は色彩が、その物品の有する機能、構成に基づいて変化するように仕組まれていて、静止した状態をとらえただけでは、その変化の状態をとらえられないものをいうと解される所、本件輸液バッグにおいて、カバーシートは薬剤の劣化防止という機能を果たさせるべく一時的に貼付され、その使用時には剥離することが予定されているものであり、これを剥離した場合には仮の形態から本来の形態が現れるにすぎないとみるべきであり、当該物品の形態等にこのような変化が生ずることをもって、動的意匠ということとはできない。」

### 2. 動き商標

#### (1) 審査基準

動き商標の類否は、動き商標を構成する標章とその標章の時間の経過を伴い変化する状態から生ずる外観、称呼及び観念のそれぞれの判断要素を総合して商標全体として考察する。

原則として、動きそのものは要部として抽出しない。

双方の動き商標の軌跡が同一または類似する場合には（例：■の軌跡がSUNの文字と

<sup>19</sup> Levi Strauss & Co. v. Blue Bell, Inc. 228 U.S.P.Q346(9<sup>th</sup> Cir. 1985)

▲の軌跡がSUNの文字)、類似する。

軌跡が線として残らない場合、標章が非類似であれば、類似しない。

動き商標の軌跡(例: ■の軌跡がSUNの文字)と文字商標「SUN」は類似する。

## (2) 不正競争防止法

■ かに道楽事件<sup>1</sup>

■ スペースインベーダーゲーム事件<sup>1</sup>

※いずれも動くものと動きがユニークで商品等表示性が認められ、被告の商品等表示も動くものと動きが酷似

## (3) 米国の裁判例 — なし

### 3. 動的意匠と動き商標

#### (1) 相違点

動的意匠 — 意匠の部分が動く

動き商標 — 商標自体が動く場合もある

動的意匠 — 一意匠概念が狭い(最初の意匠から予測できる範囲)

動き商標 — 一商標概念が広い(最初の商標から予測できなくともよい)

#### (2) 侵害判断

動的意匠 — 動く部分の創作的寄与度  
動き

動き商標 — 動く部分の出所識別力  
動き

以上

<sup>20</sup> 大阪地判H. 62. 5. 27・昭和56年(ワ)第9093号[かに道楽]

<sup>21</sup> 東京地判S54. 9. 27・昭和54年(ワ)第8223号[スペースインベーダー]