



Newsletter

21世紀COE<企業法制と法創造>総合研究所
知的財産法制研究センター

❖ RCLIP 第22回研究会（2008/1/28開催）

「意匠の類比判断に係る人的基準について」

五味飛鳥（弁理士・早稲田大学大学院法学研究科
博士後期課程）



2008年1月28日に開催された第22回RCLIP研究会において「意匠の類否判断に係る人的基準について」と題する報告を行った。平成18年の意匠法改正により、登録意匠とそれ以外の意匠の類否判断においては「需要者」がその人的基準になるとされたが（法24条2項）、定義規定も置かれていないことからその概念は必ずしも明確でない。そこで、意匠権侵害事件に係る裁判例の傾向、また、欧州の裁判例で示された「informed user」概念の内容などを参酌しながら、この需要者が具体的にどのような者であるかを考察したものである。

報告者は、冒頭において本報告の方針を示した。「デザインをデザインとして保護するための解釈の提示」と「混同、創作というキーワードを極力使用しない解釈の提示」の2点である。その上で、報告者は、そもそも類否判断は比較対象の共通点と差異点についていずれが重要であるかを決定する作業であり、その基準を考えるためには共通点と差異点の重要性の決定手法を検討する必要があると述べ、先ず一般論として、人が比較対象を似ていると判断する際には比較対象の「固

有の特性」の対比を行うが、当該「固有の特性」の把握にあたっては、①他の同種のものとの「相対化」による「特徴的な形態」の特定、②観察者と対象の「関係性（関わり合い方）」に基づく観察ポイントの「重み付け」、そして、③「特徴的な形態」が「重み付け」の強い部位にある場合にはそれが「固有の特性」とされ易いというような先の2つの評価の総合が行われると解説した。そして、対比する意匠の類否を判断するプロセスもこれと同様であり、このことは侵害事件において東京の2つの裁判所及び大阪の2つの裁判所が昨今一貫して提示する類否判断基準に適合しているとした（例えば、平成19年3月27日知財高判、最高裁HP）。すなわち、昨今の裁判例では、需要者の注意を最も惹きやすい部分を意匠の要部として把握しこれを中心に観察するとしつつ、この要部は「意匠に係る物品の性質、用途、使用態様等」及び「その意匠の各部が公然知られた意匠に係るものと同一の意匠に係る部位であるか」を考慮して把握すると判示されているところ、前者は観察者と対象の「関係性に基づく重み付け」の決定基準であり、後者は他の同種のものとの相対化による特徴的な形態の特定を意味しているとしたものである。

続いて報告者は、この「相対化+関係性」基準には、基準が二元化してしまうリスクが存在していると指摘した。すなわち、対比している対象の共通点と差異点のそれぞれが「相対化」と「関係性」のそれぞれの観点からいずれも重要と評価される場合には、これらのいずれがより重要であるかを決定できなくなるリスクである。報告者は、このリスクは欧米の侵害判断基準にも同様に存在するとして上で、欧州共同体デザイン規則の解釈では保護範囲画定におけるすべての考慮要素が

人的基準である「informed user」の knowledge や awareness に吸収されており、このような解釈においては理論上必ず基準が一元化することを指摘し、併せて、この解釈は自然であり合理的であるとした。そして、我が国意匠法においても同様に「需要者は informed されている」と解釈される必要があり、それにより基準二元化のリスクが回避されると述べ、より具体的には、需要者は「意匠に係る物品の性質、用途、使用態様等」を理解し「その意匠の各部が公然知られた意匠に係るものと同一の意匠に係る部位であるか」の考察ができる程度に先行意匠についての知識を持っているとした。

報告者は、以上の結論を前提として、更に法24条2項の需要者に informed されている情報の内容と質を検討した。

先ず、需要者が理解的「諸要素及び「安全性」や「環境性」を調整して統合して成るものであり、これを受け取る需要者もこれら諸要素及び性質を介して意匠と関わるのであるから、「関係性」の基準である「意匠に係る物品の性質、用途、使用態様等」基準においては、より具体的には、意匠の「機械的」「文化的」「技術的」「経済的」諸要素及び「安全性」や「環境性」が考慮されるとするのが妥当であるとした。

次に、「相対化」の基準となる需要者の先行意匠に関する知識について、informed user に関しては記録保管所的な精緻な知識ではなくデザインの総体というような概括的な知識と解釈されていることを指摘しながら、我が国意匠法においても、需要者が「ありとあらゆる先行意匠を知っている」と解釈してはこの者が高々度な知識を備えることになって需要者の文理に沿わなくないこと、また、人が比較対象を似ていると判断する場合に「あらゆる他の同種のもの」に関する知識を持ち合わせていることは通常あり得ないことを挙げて、需要者の知っている先行意匠は概括的総体的なものに留まると考えるのが妥当であるとした。なお、この基準をあてはめると、具体的

には、比較対象の意匠を構成する一部の形態が先行意匠にあつて「ありふれている」「多く見られる」場合に「意匠の要部を構成しない」と結論し、例えば「十年前に一つだけ同じような形態を具えた意匠が存在していた」という程度の場合は当該形態の要部該当性を否定する理由にはならないことになるとした。そして、東京地裁の裁判例(平成19年3月23日東京地判、最高裁HP)の存在などを指摘しつつ、このような基準は従来から採用されているとし、また、この基準を用いれば、侵害事件における類否判断と登録要件である法3条1項3号に係る判断とを、同一のものとするのが可能であると結論した。

以上の報告に引き続き、出席者との間で積極的な質疑応答が行われた。

(RC 五味飛鳥)

❖ RCLIP インド特別研究会 (2008/2/21 開催)

「伝統と技術：インド著作権法の二面性」

【協賛】サイマル・インターナショナル

【報告者】Professor Dr. Mira SunDara Rajan
(University of British Columbia)

【司会】高林龍 (早稲田大学教授)



2008年2月21日に開催されたRCLIP特別研究会では、インドご出身のブリティッシュ・コロンビア大学 Mira Sundara Rajan 教授をお招きし、「伝統と技術：インド著作権法の二面性」と題するご報告を頂戴した。本研究会は、RCLIP 知財判例データベースにインド判例が掲載されたことを記念して行われた。

本報告は、インド著作権法をめぐる状況につき、インド国内の著作権法政策の概観、インド著作権法の歴史的・文化的文脈、事例の紹介、将来への課題を主なトピックとして行われた。

まず、Rajan 教授は、インドは発展途上国である一方、最先端のハイテク産業や大規模な映画産業をも擁するような特殊な二面性を有し、現在のインドにおける政策は、二つの相対立する目標の実現を必要とする、すなわち、イノベーションを促進する一方で、国内の新旧の文化産業を保護せねばならず、さらに、国際社会の一員として、特に WTO のもとで著作権の体制を遵守しなければならないという問題状況を示した。

Rajan 教授は、イノベーションの推進に関して、IT 産業の育成を促進させる枠組み作りが肝要であると述べた。しかし、規制のない状態で成長し後に著作権の保護強化に転じた米国のソフトウェア産業の状況に鑑み、著作権法が IT 産業に与えた影響の理解と実践につき、インドにおいては大きな不確実性が存在すると指摘した。

著作権に関する国内産業については、Rajan 教授は、政府がとりわけ映画に関して、海賊版からの保護の必要を認識していると述べた。また、インドにおける「翻訳」の特殊性について言及した。Rajan 教授は、叙事詩『ラーマーヤナ』を例に挙げ、インドでは 18 の公用語、数千の方言があるが、「翻訳」とは伝統的に、単にある言語で書かれたものを別の言語に変えるというのではなく、各地域の歴史的文化的文脈に合わせて、新たな創造的形態を生み出すことと考えられると述べた。しかし現代ではまた、国民の知識水準の向上を目指して、英語その他外国語の著作物をインド国内で翻訳する要求、またインド国内の各方言間での内容が同一で正確な翻訳への要求も生じ、現行のインド著作権法では翻訳に関する強制実施権が規定され、実務上も広く行われているが、異なる利害関係者の間で厳しい紛争が起きている状況が紹介された。

続いて、Rajan 教授は、西洋の知的財産研究者

にカルチャーショックを与えるという、インド著作権法の背景に存在する独自性の強い歴史的・文化的文脈を指摘した。インドでは、コモンロー、シヴィルロー、社会主義およびポスト社会主義の法制度、発展途上国の法制度がすべて混淆して存在しているとされる。Rajan 教授は発展途上国の法制度の観点から歴史に言及され、古くからインド各地域に多様で複雑な法の体系が存在し、生活のあらゆる場面に社会的慣行や習慣が存在していたこと、西洋より遥かに古く 9、10 世紀には「盗作」をめぐる論争が生じていたことを示した。インドの伝統的著作権モデルでは、表現と同程度にアイデア自体の保護も重視されており、西洋モデルに比べて保護範囲が広いことが示された。特に、米国著作権法との比較において、インド法では「固定」概念が文言に存在しないことから、現代のデジタル環境の中で、「固定」要件の意義を問い直す契機になること、また、名声など無形のものをもより重視する性格が現代に適している点が指摘された。なお、インドでは現代でも著作者に対する金銭的報酬の観念が希薄で、侵害の要因となっているとされるが、これは、伝統的に著作者が自らの生計を庇護者に依存し、むしろ評判や名声を重視するという長く続いた実態の上に、19 世紀中葉に英国法が表面的に導入されたことから生じた事態であると説明された。

続いてインドにおける著作権法改正の沿革を紹介された。特に 1984 年には、ビデオフィルムとコンピュータ・プログラムを保護対象とする改正、92 年には保護期間を死後 60 年に延長、94 年には WTO 加盟に際し、実演家の権利、追及権、ソフトウェアの公正利用、ソフトウェアに関する人格権(Moral rights)規定が追加されたが、それぞれについて説明された。

さらに、2つの事例が紹介された。まず、独立直後のマドラス(現タミル・ナードゥ)州政府が、国民的アイデンティティの形成の観点から、保護期間内にあった国民的詩人バラティ Bharathi の作品の著作権を買い取り、全国民に帰属させたこ

とから、野放図な出版によって作品の同一性が著しく害され、出版業者らが莫大な利益を上げたが遺族は何も得られなかった事例を説明された。

1978年から2005年まで30年弱にわたり続いたセガール Sehgal 事件は、著作権法の実効性を確保するために司法の果たす役割に関する実例として紹介された。インドの司法は非常に活動的であり、司法と行政の考え方が対立することが多く、個人の著作者に有利な判決が多く出されている現状が指摘された。

最後に Rajan 教授は、今後の展望について、インドでは当面激しい変化が続くとし、国際的な場でインドの独自性について理解を求め、発展途上国における知的財産権・知識の普及、創作活動の保護を推進すべきであるとの見解を述べた。

以上を内容とする報告に引き続き、参加者との間で活発な質疑応答が行われた。

(RC 志賀 典之)

❖ RCLIP 第23回研究会 (2008/03/06 開催)

「商標法における『商品』をめぐる考察」

立命館大学法学部准教授 宮脇正晴



2008年3月6日に開催された第23回 RCLIP 研究会では、立命館大学の宮脇正晴准教授を招聘し、80名程度の参加者の中で、「商標法における『商品』をめぐる考察」と題する報告を頂いた。

本報告は、商標法における「商品」とは何か、という基礎理論を再検討するものである。

商品といえるためには、有償性が必要であると説かれることがあり、裁判例においても、パンフ

レットや販促品は商品ではないとする例もある (パンフレットにつき東京地判昭36・3・2下民集12・3・410 [趣味の会]、販促品につき大阪地判昭62・8・26無体集19・2・268 [BOSS])。しかし、今日においては、これらは有償性の問題ではなく、「商標としての使用」の問題 (当該販促品等に付された商標が何についての出所識別機能を果たしているかという問題) であると捉えるのが通説であるとされる。

その上で、「商品」といえるためにはどのような性質が必要かについては、通説の中でも一致をみていない (取引対象性・有体物性・動産性をあげるものとして、小野昌延『商標法概説 [第2版]』有斐閣1999年172頁。取引対象性・流通性をあげるものとして、小野昌延編『注解商標法 [新版] 上巻』青林書院2005年86-87頁 [網野誠担当部分]。有体物性・動産性・流通性・取引対象性をあげるものとして、平尾正樹『商標法 [第1次改訂版]』学陽書房2006年20-21頁。流通性・取引対象性・有体物性をあげるものとして、田村善之『商標法概説 [第2版]』弘文堂2000年251頁)。

この点に関し、現在の商標法は2条3項2号において「電機通信回線を通じて提供する行為」をも「使用」に含めている以上、動産性・有体物性を要求するのは無理ではないか、と宮脇准教授は指摘する。

いずれにせよ、流通性・取引対象性が必要であることについては共通しているといつてよいが、それは、あくまでも登録場面でのことであって、侵害場面においては別途の考慮がなされているといえる。すなわち、登録場面では、商標権を与える (不使用取消審判においては、登録を維持させる) ことが適当であるかが問題となるので、真に保護すべき実体があるか否かという観点から、商品概念を決することになり、その意味で、流通性・取引対象性が要求されている。これに対して、侵害場面では、混同のおそれからの権利者の保護が問題となるので、混同のおそれが生ずる

ようなものはすべて商品概念に含めるべきであるとされるのである（例えば、田村・前掲 251頁）。このような思考方法は、裁判例においても前提とされていると思われる。

しかしながら、そのように場面に応じて商品概念を異別に考えてよいとする根拠は不明確のままである。そもそも不使用取消審判についての50条1項は、「指定商品…についての登録商標…の使用」を要求しているのであり、端的に、権利者の商品が指定商品に含まれるか否かを検討すれば足りるはずである。他方、侵害場面においては、37条1号によれば、「指定商品」に「類似」する商品について商標が使用される場合も侵害に含まれるから、侵害者と目される者の商品が指定商品の類似範囲に含まれるか否か、を検討すれば足りるはずである。そうだとすれば、登録場面と侵害場面とで、商品概念を異別に考える必要はなく、登録場面では指定商品に含まれるか、侵害場面では指定商品の類似範囲に含まれるかを検討すれば足りる、と宮脇准教授は指摘する。

このような立場を採用することの利点として、出願時の指定商品の特定具体化の促進、及び商標権の保護範囲の適正化があげられる。

例えば、知財高判平19・9・27最高裁HP〔東京メトロ〕¹では、「とうきょうメトロ」と題する印刷物を無償でポストイング・配布する行為について、「新聞、雑誌」を指定商品とする登録商標「東京メトロ」の使用にあたとされた。この場合、商標「東京メトロ」の指定商品の類似範囲は「新聞、雑誌」を基点に決定することになるが、商標権者は無料紙にしか登録商標を使用していないのに、「新聞、雑誌」を基点とした類似範囲にまで保護を及ぼすのは、使用実態と保護範囲の乖離が生じてしまい、商標権の保護範囲として適切ではないのではないか、と宮脇准教授は指摘する。「無料紙」と「新聞」は取引実態が異なるも

のであり、そうである以上、「無料紙」に使用しているとはいえ、宮脇准教授の立場によれば、端的に、不使用取消審判が認められるべきであったということになる。無料紙での信用形成というのは重要であるが、それならば、指定商品を「無料紙」として商標登録すべきであり、このようにして、出願人は、自己の使用実態に合わせて「指定商品」を特定具体化することになり、その結果、使用実態と保護範囲の乖離が防止され、商標権の保護範囲の適正化にも資することになるのである。

以上を内容とした報告に引き続き、参加者との間で積極的な議論が行われた。特に、指定商品を「無料紙」とする出願が可能かという点については、会場から、現在の特許庁ではそのような運用はしていないが、個別具体的な事情によっては争う余地があるかもしれない、との指摘がなされた。もっとも、そのような負担を出願人に負わせるのは酷ではないか、また、指定商品「新聞」で商標登録して、新聞で使用していたが、無料紙にも進出しようとした場合に、指定商品「無料紙」として商標権を更に取得せよというのでは、やはり商標権者に酷ではないか、との指摘もなされた。

(RCLIP RC 平山太郎)

¹
<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070928144009.pdf>



アジア知的財産判例データベース進捗状況

<http://www.21coe-win-cls.org/rclip/db/>

中国 DB プロジェクトの進捗状況

2007年度の中国案例(追加した65件も含む)は、現在90%完成していて、すべて3月末に出来上がる予定である。(RA 兪風雷)

タイ DB プロジェクトの進捗状況

現在、316件の判例が掲載されている。今年は、75件の判例が追加される予定である。なお、話題となったウルトラマンの著作権侵害に関するタイ最高裁判所判(2008年2月)も追加した。(RC 今村哲也)

インドネシア DB プロジェクトの進捗状況

2007年度分として、30件の判例の選択を依頼しており、交渉中となっている。(RA 小川明子)

台湾 DB プロジェクトの進捗状況

2007年度分として60件が予定されていたが、さらに40件を追加することとなり、合計100件となる。(RA 小川明子)

ベトナム DB プロジェクトの進捗状況

本年は、残念ながら知財DBへのベトナム判例登録はかなわなかった。今後も引き続きベトナム人民最高裁との関係を維持し、判例の収集にあたりたい。(RA 五味飛鳥)

韓国 DB プロジェクトの進捗状況

昨年度登録された60件に追加して、今年も新たに韓国の知的財産権判例が追加された。2007年11月6日に商標判例15件、2008年1月23日に特許判例14件が登録され、韓国の知的財産権判例は総計89件になった。

(早稲田大学助手 張睿暎)

編集・発行

早稲田大学 21世紀 COE

<企業法制と法創造>>総合研究所内

知的財産法制研究センター長 高林 龍

Web-RCLIP@list.waseda.jp

<http://www.21coe-win-cls.org/rclip/>