

機能にのみ基づく意匠の保護除外の基準について

Criteria for Identifying Designs Solely Dictated by Technical Function That Should Be Excluded from Design Protection

麻 生 典*
Tsukasa ASO

〔抄録〕

本稿は、機能にのみ基づく意匠の保護除外（意匠法5条3号）の基準について検討するものである。意匠法5条3号は、「物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠」は意匠登録を受けることができない旨規定し、意匠審査基準によれば、そこには必然的形状と準必然的形状が含まれる。意匠審査基準は、必然的形状か否かの判断基準について、「その機能を確保できる代替的形状が他に存在するか否か」と「必然的形状以外の意匠評価上考慮すべき形状を含むか否か」を特に考慮するものとしている。これらを前提としつつ、必然的形状に関する5条3号の実際の適用については、「その機能を確保できる代替的形状が他に存在するか否か」という形態の多様性基準にのみ基づき、「物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠」に該当しないと判断されている。

しかし、形態の多様性基準は、フランスでも欧州でも支持を得ていない。なぜなら、同じ技術的機能を発揮する他の代替的形態が存在したとしても、当該形態が専ら技術的機能によって定められていないことを証明できないからである。このような批判は我が国でもあてはまる。形態の多様性基準では、物品の技術的機能を確保するために必然的に定まる形状か否かを明らかにできない。そのため、同じ機能を発揮する他の代替的形態が存在するというだけで、5条3号の適用を否定することは適切ではない。

我が国でも、欧州司法裁判所のように、技術的機能が意匠の形状を決定づける唯一のファクターであるか否かによって5条3号の適用を判断し、技術的機能をもたらす形態以外の何らかの美的考慮がその形状に存在するかを検討すべきであろう。意匠法と特許法の区別は厳格に行い、意匠法によって機能にのみ基づく意匠が事実上保護されることがないようにすべきである。

1. はじめに

本稿は、機能にのみ基づく意匠の保護除外（意匠法5条3号）の基準について検討するものである¹⁾。

意匠法は、「物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠」を、その保護から除外している（5条3号）。これは平成10年改正によ

り導入された規定であるが、その導入趣旨は、「技術的、機能的観点から必然的に導かれた形状であって、実質的に美的な創作がなされていない創作が意匠法により保護されることとなると、意匠法が保護を予定しない技術的思想の創作に対して排他的独占権を付与することと同様の結果を招く可能性がある」、さらには、「物品の機能を確保する

* 九州大学大学院芸術工学研究院 助教
Assistant Professor, Faculty of Design, Kyushu University

ために不可欠な形状のみからなる意匠に意匠権が設定されると、第三者がその機能を有する物品を実施しようとする場合、この意匠権の侵害となってしまうため、経済活動を不当に制限し、かえって産業発展を阻害する要因になりかねないことに基づく」と説明されている²⁾。

そして、当該「物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠」には、「物品の技術的機能を確保するために必然的に定まる形状」と「物品の互換性確保等のために標準化された規格により定まる形状」が含まれるとされる³⁾。さらに、前者の判断基準については、「その機能を確保できる代替的形状が他に存在するか否か」と「必然的形状以外の意匠評価上考慮すべき形状を含むか否か」を特に考慮するものとしている⁴⁾。

これらを前提に、実際の必然的形状に関する 5 条 3 号の適用においては、「その機能を確保できる代替的形状が他に存在するか否か」という判断基準にのみ基づき、「物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠」に該当しないと判断されている⁵⁾。

例えば、無効 2004-035078 (2005 年 3 月 15 日審決) においては、「意匠法第 5 条第 3 号を適用するにあたっては、物品の形態は、機能的な要請に基づくものであっても、同時に、その意匠的效果をもたらすことは当然であるから、意匠審査基準にも記載されているが、『その機能を確保できる代替的形状が他に存するか否か。』を考慮して、厳格に適用するのが相当である。これを前提に請求人の主張を検討するに、同公報の図 5 に示されているように、実施例 2 の開口の形状として、実施例 1 の形状と異なるものが表されていること、また、原告も『開口の形状は、甲第甲 9 号証に開示された実施例に限らず、』として、その他の形状も存することを認めているところであるから、本件登録

意匠の開口部の形状は、物品の技術的機能を確保するために必然的に定まる形状に該当するものとはいえないものである」として、5 条 3 号の適用を否定している。

また、無効 2007-880005 (2007 年 12 月 25 日審決) においても同様に、「瓦に関して使用時に他の瓦の一部を係止することを用途とするフックの機能を確保するための形状としては、平成 8 年特許出願公開第 158542 号の公開公報に掲載された意匠(……)のように、本件登録意匠とは別の形状を取り得るものがあることから、本件登録意匠は物品の機能を確保するために必然的に定まる形状のみからなる意匠とは認められないことから、意匠法第 5 条第 3 項 [ママ] の規定に該当するものとはいえない」として、5 条 3 号の適用を否定している。

しかし、この「その機能を確保できる代替的形状が他に存在するか否か」といういわゆる「形態の多様性基準」のみで、機能にのみ基づく意匠の保護除外を否定する立場は、諸外国において当然のこととされているわけではない⁶⁾。それにもかかわらず、諸外国においても機能にのみ基づく意匠を保護対象より除外しているため 5 条 3 号が採用されたと説明されていることからすれば⁷⁾、諸外国を含めてその判断基準を検討することが必要であろう。

そこで本稿は、1909 年 7 月 14 日の意匠法⁸⁾ から特許法との調整規定を有し多くの裁判例を有するフランスと、同様の規定を有し、多くの事例を有する欧州連合知的財産庁と欧州司法裁判所の判断を検討し、我が国の機能にのみ基づく意匠の保護除外の基準を検討することを目的とする。

なお、本稿では、「物品の互換性確保等のために標準化された規格により定まる形状」(準必然的形状)は検討対象外とする⁹⁾。

2. フランス

上述の通りフランスにおいては 1909 年意匠法から特許権との調整規定が存在するが（1909 年意匠法 2 条 2 項。法典化後は知的財産法典旧 L.511-3 条。）、当該規定は 1998 年 10 月 13 日の欧州共同体意匠指令¹⁰⁾を受けた 2001 年 7 月 25 日のオルドナンス¹¹⁾により条文の文言が改正されている（知的財産法典 L.511-8 条）。そのため、オルドナンス前後の出願で分けて検討を進める。

(1) 1909 年意匠法下の状況¹²⁾

まずは、1909 年意匠法 2 条 2 項の条文とその立法趣旨を確認する。

(i) 立法趣旨

1909 年意匠法は、その 2 条 2 項において特許法との調整規定を設けた。

「同一の対象が、同時に、新規な意匠と特許可能な発明とみなされ、かつ、意匠の新規性を構成する要素が発明のそれらの要素と分離できない（inséparable）場合、当該意匠は 1844 年 7 月 5 日の法律¹³⁾による保護しか受けることができない。」¹⁴⁾

その立法理由は、ある創作が同時に意匠と特許の特徴を備えることがあることを前提としつつ、その存続期間（特許は 15 年、意匠は 50 年）と年金（特許は 15 年で 1500 フラン、意匠は各意匠につき 50 フランで 50 年）に大きな差があることから、両制度を調和することにあるとされる¹⁵⁾。

(ii) 要件

要件としては、「同一の対象が、同時に、新規な意匠と特許可能な発明とみなされること」と「意匠の新規性を構成する要素が発明のそれらの要素と分離できない」という 2 要件が課せられている。技術的機能に関する形態が意匠法による保護から

除外されるか否かの判断基準となる要件は実質的に後者であり、一般に不可分性（indissociabilité）要件と呼ばれている。

なお、意匠法と特許法における保護対象の区別の検討は、1806 年 3 月 8 日の意匠法の時代から意識されてきたが¹⁶⁾、意匠法内に特許法との区別規定が設けられた 1909 年法から議論が活発に行われるようになった¹⁷⁾。

(iii) 学説

学説ではこの不可分性の判断基準について、いくつかの基準が主張されてきた。

① 形態の多様性基準

その代表的な見解が、形態の多様性基準（critère de la multiplicité des formes）である。この見解は、同一の機能が他の形態によっても確保される場合には、意匠の要素と特許の要素とは不可分でないとして同一の対象について意匠権も特許権も取得可能である一方、その機能が特定の形態によってのみ確保される場合には、その形態は純粋に機能的であり特許権によってのみ保護されるとするものである¹⁸⁾。

しかし、本説はフランスにおいて支持を得ていなかった¹⁹⁾。

その理由は、形態の多様性基準は、不可分性は証明できても、可分性を証明することはできないからである²⁰⁾。すなわち、同じ機能を発揮する他の形態が存在したとしても、出願された意匠の形態そのものが純粋に機能的でないことは証明されていない²¹⁾。

また、通常、発明の実現は多様な形態によって可能であり²²⁾、形態の多様性基準では本規程の適用場が非常に限定されてしまうとも批判されている²³⁾。

②外形基準

より厳格に不可分性を捉える見解もある。それが「外形理論 (théorie de contour)」である。これは、形態が専ら任意のものであり、あらゆる有用性 (utilité) を欠いている場合にのみ意匠法によっても保護されるという見解である²⁴⁾。本見解に基づくと、その形態が純粋に装飾的な目的に基づく、すなわち、あらゆる有用性から解放されてはじめて意匠法による保護が可能となる。しかも、その有用性は人件費や原価の節約、生産の迅速化、耐久力の向上などを広く含むものである²⁵⁾。

こうした立場からは、およそ当該形態が有用性を全く持たないということは考え難く、ほとんどの場合に意匠法による保護を受けることができない²⁶⁾。それゆえ、当該基準は不可分性要件の判断基準としては行き過ぎた基準であるとして、支持を受けていない²⁷⁾。

③創作者の意図と形態の変更可能性基準

これらの説に対し、創作者の意図と形態の変更可能性を基準とする見解がある。この見解は、創作者の当初の創作の意図がどのようなものであったかを検討した後、対象物の形態を変更するとその機能も変更されるかどうかを判断すべきという見解である²⁸⁾。創作の意図は、純粋に美的な目的であることが必要であり、技術的目的の場合には、その時点で意匠権の保護を受けることはできないこととなる²⁹⁾。

(iv)裁判例

では、裁判例はどうだったのか。裁判例は不可分性要件の判断基準について、形態の多様性基準を肯定する裁判例と否定する裁判例とに分かれていた。

①形態の多様性基準肯定の裁判例

形態の多様性基準を肯定する裁判例が見られ始めたのは1930年代からである。

例えば1933年5月26日のLyon控訴院判決では、形態の多様性基準に直接言及してはいないものの、同じ効果を有する他の形態の存在により不可分性要件を満たさないとして、意匠法による保護が認められている³⁰⁾。

破毀院で形態の多様性基準が認められたものとしてフランスでしばしば引用されるのが、1957年2月27日の破毀院商事部判決である³¹⁾。そこでは、原審³²⁾の「[注油器という] Técalémitの意匠の六角形の形態と外観の特徴は、注油器の締付け装置または注油の効率性を確保するために定められているものではない。なお、その[技術的]結果は、六角機構以外の手法によってもとりわけ可能である。それゆえ、その注油器の固有の外観は、注油器の使用のために要求される条件からは独立している」³³⁾という判断を正当なものとして是認し、形態の多様性基準を肯定している³⁴⁾。

この他にも、形態の多様性基準を肯定する多くの裁判例が見られる³⁵⁾。

②形態の多様性基準否定の裁判例

一方で、形態の多様性基準に否定的な裁判例も1930年代から見られる。

例えば1936年11月3日のParis控訴院判決では「他の形態が同一の利点をもたらさうことは、ほとんど重要ではない」と形態の多様性基準を否定した³⁶⁾。同様に、1943年3月31日のLyon控訴院判決は「法は、係争の創作が異なる形態をとりうる場合でも、[その適用を]全く否定していない」として、形態の多様性基準を否定している³⁷⁾。

破毀院で形態の多様性基準を否定したのが、1998年10月22日破毀院商事部判決である。そこ

では、「Vélo 2000 社の意匠のフレームの強化とサスペンションは、技術的結果と不分離である。それはこの意匠の強化が他の形態によって得られるものであったとしても、である。控訴院は……この形態は保護できなかつたと判断しえた」として、控訴院の判断を是認している³⁸⁾。

この他にも、形態の多様性基準を否定する多くの裁判例が見られる³⁹⁾。

③形態の多様性基準に不言及の裁判例

なお、意匠法 2 条 2 項の適用について形態の多様性基準には全く言及しない判決も多い⁴⁰⁾。

④美的要素等欠如基準

では、形態の多様性基準を否定する又は形態の多様性基準に言及しない裁判例は、具体的にどのような基準で不可分性要件の判断を行なっているのか。

裁判例においては、当該形態が産業的または技術的結果を導くための形態であり、何らかの任意の (arbitraire)、空想的な (fantaisie)、装飾的な (ornemental, décoratif)、美的な (esthétique)、要素・考慮⁴¹⁾が含まれていない場合に不分離であるとするものが多い⁴²⁾。この立場は、例えば装飾的または美的要素が存在しなければ、当該形態は技術的または実用的な目的から採用されたものであり、その場合には当該形態は機能と不可分なものと考えられ、意匠権による保護は拒絶されるという立場である。こうした立場は、前述の形態の多様性基準を否定する 1998 年の破毀院判決の影響を受けたせい、1999 年以降しばしば見られる。

その他、1939 年 1 月 23 日の破毀院予審部の判決は「Giraud によってその機器に与えられた外観の形態は、専ら有用的な秩序の結果であり、機器の外観への意匠の外観の形態の適合は、特許化さ

れた産業の結果と不分離なものとなさなければならない」とする⁴³⁾。外形基準を主張する学説は外形基準に影響を受けた判決と主張するが⁴⁴⁾、美的要素等欠如基準ともとれる裁判例である⁴⁵⁾。

(v)小括

以上のように、裁判例では形態の多様性基準に立つものも見られるが、1998 年の破毀院判決を含め否定的な立場も広く見られ、それらの裁判例では美的・装飾的な要素等が見られない場合には不可分なもの扱われていた。また、学説でも形態の多様性基準は支持を得ていなかった。

(2)2001 年のオールドナンス

こうしたフランス法の状況において、2001 年 7 月 25 日のオールドナンスによって知的財産法典旧 L.511-3 条の文言が改正されたが、当該オールドナンスは 1998 年 10 月 13 日の欧州共同体意匠指令に基づくものである。そのため、まずは当該指令の内容を確認しておく必要がある。

欧州共同体意匠指令 7 条 (1) は「意匠権は、専ら技術的機能によって定められた製品の外観的特徴には存在しない」と規定し、その前提事由 (14) では「技術革新は、専ら技術的機能によって定められた特徴に意匠の保護を与えることによって妨げられてはならない。これは、意匠が審美性を有しなければならないということを意味しない。」と述べられている。

では 1991 年のグリーンペーパー⁴⁶⁾ では、技術的機能と意匠法との関係はどのように考えられていたのか。そこでは、多くの加盟国で製品の技術的機能に専ら従属する形態をその保護から除外していることを確認した後、この除外は「意匠保護と特許保護の間の分離ラインを引くために非常に有用」⁴⁷⁾であり、「技術的結果が、与えられた形態

によって唯一達成されうるなら、意匠は保護されない。反対に、創作者が探求された技術的結果に達するために幾つかの形態間での選択を有するなら、その特徴は保護を受けうる⁴⁸⁾としている。こうしたグリーンペーパーの記載からは⁴⁹⁾、形態の多様性基準が認容されているようにも読めるが、グリーンペーパーにおいて形態の多様性基準が基準として決定的なものとしてされているわけではない⁵⁰⁾。

(3)改正

こうした欧州共同体意匠指令を受けて、知的財産法典旧 L.511-3 条が L.511-8 条として以下のように改正された。

「特徴が専ら製品の技術的特徴によって定められた外観は意匠の保護を受けることができない⁵¹⁾。

新法においては旧法にはなかった「専ら (exclusivement)」という要件が課されていることから、その適用要件は旧法に比べ厳格になり、文理解釈からは、本条文が適用される場面が旧法より少なくなるという理解も示されている⁵²⁾。

(i)学説

では、本規定について学説はどのように評価しているのか。

①形態の多様性基準肯定説

学説では、新法の「専ら」という用語を根拠として、形態の多様性基準を肯定する立場が見られる⁵³⁾。

また、従来の形態の多様性基準では審美性を有しない意匠が保護されることが問題であったと理解し、新法の規定は欧州共同体意匠指令で審美性を全く問わないことを前提としているから、新法では形態の多様性基準が適切であると説くものもある⁵⁴⁾。なお、欧州司法裁判所における立体商標

について形態の多様性基準を否定した裁判例（欧州司法裁判所 2002 年 6 月 18 日 Philips c/ Remington⁵⁵⁾）については、意匠と商標を同じ基準で考える必要は必ずしもなく、また、条文の文言も欧州共同体商標指令⁵⁶⁾ 3 条 1 項 e) では「必要な (nécessaire)」であるのに対し、欧州共同体意匠指令では「専ら定められた (exclusivement imposé)」である点も相違していることを指摘する⁵⁷⁾。

新法後は、形態の多様性基準に立つ学説も旧法時に比べ多く見られる⁵⁸⁾。

②形態の多様性基準否定説

一方で、従来からの否定的な立場を引き継ぐ学説も見られる。旧法と条文は相違するものの、旧法の不可分性は新法の「専ら (exclusivement)」という副詞と同様の意味に捉えられる。また、形態の多様性基準が有する当該形態が機能に基づくものかどうかの判断ができないという理論的欠陥は回避されていない。そして、欧州司法裁判所 2002 年 6 月 18 日 Philips c/ Remington 判決において形態の多様性基準が否定されており、その保護除外の立法理由は意匠でも同様であるとして、形態の多様性基準を否定する⁵⁹⁾。

(ii)裁判例

オールドナンス後の出願についても、形態の多様性基準を肯定する裁判例が見られる一方⁶⁰⁾、否定例も見られ⁶¹⁾、そうした裁判例は従前通り、美的・装飾的探求の意思がない等として本条該当性を肯定している⁶²⁾。

(iii)小括

以上のように、フランスにおいては新法の下では学説も裁判例も形態の多様性基準が旧法下に比べれば有力となっていると評価される。しかし、

従来からの否定説も根強く、旧法通り美的・装飾的探求の意思等がない場合に L.511-8 条に該当するとする美的要素等欠如基準も有力に主張されている状況にある。

3. 欧州

では、欧州の状況はどうか。欧州共同体意匠規則 8 条 (1) は欧州共同体意匠指令 7 条 (1) 同様、「意匠権は、専ら技術的機能によって定められた製品の的外観的特徴には存在しない」と規定している⁶³⁾。当該規定の解釈について、まずは欧州連合知的財産庁の立場を確認しよう。

(1) 欧州連合知的財産庁 (EUIPO: 旧 OHMI) の立場

欧州連合知的財産庁でも、本規定の解釈についての立場は分かっていた。

(i) 形態の多様性基準

無効部および審判部では、明確に形態の多様性基準に立つと明示するわけではないものの、事案のあてはめにおいて他の代替的形態の存在を考慮することで事実上形態の多様性基準を肯定し、欧州共同体意匠規則 8 条 (1) の適用を否定する事例が見られる⁶⁴⁾。しかし、形態の多様性基準を肯定する立場は少数にとどまり、現在では形態の多様性基準を支持する立場は見られない。

(ii) 美的考慮欠如基準

他方で、欧州連合知的財産庁の支配的な立場は、形態の多様性基準を否定した上で、美的考慮の不存在を理由に欧州共同体意匠規則 8 条 (1) を適用するというものである。その典型例が、2009 年 10 月 22 日の審判部における chaff cutter 事件である⁶⁵⁾。

審判部はまず、形態の多様性基準については採

用できないことを明らかにする。当該基準を採用すると欧州共同体意匠規則 8 条 (1) の適用は極めて限定的な場面に限られ、特許法によらずに意匠法で技術的解決を独占しようとするのを防ぐ、という目的が達成できない。形態の多様性基準によれば、技術的解決が異なる手法で達成される場合には、どちらも専ら技術的機能によって定められたとは言えず、当該技術の独占をある者に許すこととなる (point 30)。

また、欧州共同体意匠規則 8 条 (1) の文言は、「その特徴が製品の技術的機能を達成できる唯一の手段でなければならない、ということの意味するのではな」く、「その特徴が選択された際に、製品の技術的機能を達成する必要性が唯一の関連ファクター (relevant factor) であったことを意味している」 (point 32)。

それゆえ、意匠は、機能性とは関係しない美的考慮が存在すれば意匠法で保護される (point 35)。

さらに、「意匠が創作された際に創作者の精神で起こっていたことを確定する必要はな」く、「デザインを見て、特定の特徴の選択のために純粋な技術的考慮以外の考慮が決定的でありえたかどうかを自問する合理的観察者 (reasonable observer) の立場から、この問題は検討されなければならない」 (point 36)。

なお、「製品の外観のあらゆる本質的な特徴が専ら技術的機能によって定められている場合に意匠が無効とされる」 (point 37)。

このように、chaff cutter 事件では、形態の多様性基準を否定した上で、なんらかの美的考慮が技術的考慮とは別に存在しなければ欧州共同体意匠規則 8 条 (1) の適用は免れず、また、その判断主体は合理的観察者であるとしたのである。

(iii) 創作者の自由度基準

少数ではあるものの、欧州連合知的財産庁が採用するもう一つの立場が創作者の自由度基準である。この立場は、その特徴の創造においてある程度の自由を創作者が有していれば、その特徴は専ら技術的機能によって定められたとは言えないとする立場である⁶⁶⁾。

(iv) 小括

以上のように、欧州連合知的財産庁においては、形態の多様性基準を否定しつつ、美的考慮欠如基準を採用する立場が支配的である。

(2) 欧州司法裁判所の立場

上述のような欧州連合知的財産庁における多くの無効部・審判部の判断にもかかわらず、専ら技術的機能によって定められた意匠に関する欧州司法裁判所の判決は、つい最近まで存在していなかった⁶⁷⁾。

その一方で、立体商標については技術的機能との関係で欧州司法裁判所の立場が示されており、立体商標に関する裁判例の意匠への影響が検討されてきた。

まずは、立体商標の機能性に関する 2002 年 6 月 18 日の欧州司法裁判所の判決 (Philips c/ Remington) である。1988 年の欧州共同体商標指令 3 条 1 項 e) は「技術的結果を得るために必要な商品形態によって専ら構成された標章」を拒絶または無効理由としているが、欧州司法裁判所は形態の多様性基準を否定し、代替的形態の存在によっては当該拒絶理由等は解消されないとした (point 81)。その一方で、当該事件の担当法務官 D.Ruiz-Jarabo Colomer は、欧州共同体商標指令ではその文言が「必要な (nécessaire)」であるのに対し、欧州共同体意匠指令では「専ら定められた (exclusivement

imposé)」とされていることから、意匠分野の保護除外を可能とする機能性のレベルは商標よりも厳格であり、形態の多様性基準は意匠の分野では認められるとの見解を明らかにしていた⁶⁸⁾。

しかし、2010 年 9 月 14 日の欧州司法裁判所の判決 (Lego c/ OHMI et Mega Brands) においては、傍論でありつつも、欧州共同体商標指令・規則でも欧州共同体意匠規則でも技術的解決がその保護から除外される理由は同様であるとされた⁶⁹⁾。

こうした状況の下、最近、欧州司法裁判所でついに欧州共同体意匠規則 8 条 (1) の判断基準について、形態の多様性基準を否定する裁判例が登場した⁷⁰⁾。それが 2018 年 3 月 8 日の欧州司法裁判所の判決 (DOCERAM GmbH c/ CeramTec GmbH) である⁷¹⁾。本事案は欧州共同体意匠規則 8 条 (1) の解釈について、ドイツの Düsseldorf 高等裁判所が、以下の 2 点について先決裁定を求めたものである。第 1 点として、保護が除外される欧州共同体意匠規則 8 条 (1) の製品の外観的特徴は、デザインの効果は製品デザインのために何ら重要でないが、技術的機能性がデザインを決定する唯一のファクターである場合に、専ら技術的機能によって定められたといえるか。第 2 点として、それが肯定される場合に、製品の外観の様々な特徴が機能性の考慮に基づいて専ら選択されたかを評価するためには、どのような観点が適切か。「客観的観察者 (observateur objectif)」⁷²⁾ の観点が適切であるなら、その観察者をどのように定義するのか (point 16)。

欧州司法裁判所は、第 1 点について、代替的な意匠の存在が決定的であるのか、それとも、その機能が特徴を決定づける唯一のファクターであるかが問題であると指摘した上で (point 17)、前者の形態の多様性基準は採用できないとした。欧州共同体意匠規則「8 条 (1) の文言には何らの定義

も存在しないことから、製品の外観の特徴が専ら技術的機能によって定められているかを評価する基準は何ら提供されていないことを確認しなければならない。それゆえ、本条からも、[欧州共同体意匠]規則のその他の条文からも、製品の機能と同じ技術的機能を発揮することを可能とする代替意匠の存在が、本条の適用の決定を可能とする唯一の基準を構築するとはいえない」(point 22)。形態の多様性基準では、専ら技術的機能によって定められている形態を複数登録することにより、ある者に特許要件を満たさず特許と同じ排他的保護を得させることとなり、競争者がある技術的特徴を有する製品を提供することを阻害し、または、可能な技術的解決を阻害し、欧州共同体意匠規則 8 条 (1) の有効性を奪うこととなる (point 30)。それゆえ、代替的形態の存在は欧州共同体意匠規則 8 条 (1) のための決定的な基準とはならず、「技術的機能が [外観] 特徴を決定づける唯一のファクターである」ことが基準となる (point 32)。

その上で、第 2 点について、欧州共同体意匠規則 6 条 (1) 等の「経験豊かな使用者 (utilisateur averti)」のように、判断主体が欧州共同体意匠規則 8 条 (1) に示されているわけではなく (point 35)、その適用は個々のケースにおける客観的な事情 (circonstances objectives) に基づいて判断すべきであり、客観的観察者に基づく必要はないとした (point 38)。ただし、その客観的事情には、製品の外観的特徴の選択を決定した理由、製品の利用に関連する情報、同じ技術的機能の実現を可能とする代替的意匠などが考慮されるとしている (point 37)。

このように、欧州司法裁判所は明確に形態の多様性基準を否定した。一方で、欧州共同体意匠規則 8 条 (1) の適用については技術的機能が外観の特徴を決定づける唯一のファクターである場合と

するだけで、欧州連合知的財産庁の基準との関係は明確にはされていない。しかし、当該表現は欧州連合知的財産庁の美的考慮欠如基準に非常に近い表現であり⁷³⁾、法務官の意見書でも美的考慮欠如基準が形態の多様性基準と対比する形で述べられていることから⁷⁴⁾、欧州司法裁判所の立場は欧州連合知的財産庁の美的考慮欠如基準に基づくものと評価してよいと思われる。ただし、第 2 点の判断から明らかなように、その判断主体として客観的観察者は採用できないとした上で、代替的意匠の存在は客観的事情の一要素となりうるとしている。

(3) フランス法との比較

フランスにおいても、美的要素や装飾的要素が技術的機能に基づく形態以外に含まれているか否かで判断される美的要素等欠如基準が主張されていた。欧州司法裁判所のように客観的事情に基づき技術的機能が外観の特徴を決定づける唯一のファクターである場合と表現するわけではないが、美的要素等の有無で判断することから両者は非常に近い基準と評価できよう。

4. 機能にのみ基づく意匠の保護除外の基準の検討

フランスの多くの学説・裁判例が、欧州レベルでも欧州連合知的財産庁・欧州司法裁判所が、形態の多様性基準について否定的な立場に立っている。それは同じ技術的機能を発揮する他の代替的形態が存在したとしても、当該形態が専ら技術的機能によって定められていないことを証明することにはならないからである。

このような批判は我が国でもあてはまろう。形態の多様性基準では、物品の技術的機能を確保するために必然的に定まる形状か否かを明らかにで

きない。そのため、同じ機能を発揮する他の代替的形態が存在するというだけで、5条3号の適用を否定することは適切ではない。

この点、欧州司法裁判所が立つ美的考慮欠如基準は我が国でも支持できるものといえよう。客観的に見て技術的考慮以外の考慮がその形態に存在しなければ、それは機能にのみ基づく形状からなる意匠と評価でき、そうした技術的形態は特許法で保護すべきと言えるからである。我が国の5条3号導入の趣旨説明である「技術的、機能的観点から必然的に導かれた形状であって、実質的に美的な創作がなされていない創作が意匠法により保護されることとなると、意匠法が保護を予定しない技術的思想の創作に対して排他的独占権を付与することと同様の結果を招く可能性がある」(下線筆者)という説明も、この趣旨を言うものと理解できる。また、形態の多様性基準とともに審査基準に掲げられている「必然的形狀以外の意匠評価上考慮すべき形状を含むか否か」という基準も、その趣旨に理解すべきである。

なお、我が国では欧州共同体意匠規則には存在しない意匠の成立要件としての審美性要件(2条1項)が存在する。審美性に関する審査基準⁷⁵⁾においては「機能、作用効果を主目的としたもので、美感をほとんど起こさせないもの」は意匠法3条1項柱書で拒絶されるとされ、5条3号新設以前には実際に美感が欠如するとして機能的意匠について登録を拒絶した例も存在した⁷⁶⁾。その一方で、新たに5条3号が平成10年改正で規定されたのは、機能にのみ基づく意匠であっても何らかの美感を有する場合もあり、審美性要件では登録を拒絶できないという点にあった⁷⁷⁾。審美性要件としての美感は看者に何らかの美感を生じさせれば足り、それは機能にのみ基づく形態から生じる機能美のような美感でも十分であるため、機能にのみ

基づく意匠であっても審美性要件を満たすとした上で、5条3号の適用が検討されるとされたのである。このように、審美性要件としての美感と、5条3号の判断基準としての美的考慮とは別要件であり⁷⁸⁾、5条3号においても美的考慮が存在するかを判断することが可能である。

では、客観的に美的考慮が存在する否かを判断するために、いかなる事情が考慮されるべきか⁷⁹⁾。この点についても前述の欧州司法裁判所の判断が示唆的であろう。そこでは、製品の外観的特徴の選択を決定した理由、製品の利用に関連する情報、同じ技術的機能の実現を可能とする代替的意匠などが考慮要素として挙げられていた⁸⁰⁾。我が国でもこれらの考慮要素で判断することが可能であろう。代替的意匠の存在も考慮することは可能であるが、あくまでも単なる手がかり(simple indice)⁸¹⁾でしかなく、それのみでは5条3号の適用を否定されない。また、機能にのみ基づく意匠か否かは客観的に定まるものであることから、創作者の主観は考慮する必要はない。

我が国で平成10年改正における5条3号の導入の際に、諸外国に比べ機能にのみ基づく意匠の保護除外の適用を厳格にすべきだと考えていた形跡はない⁸²⁾。そして、我が国が諸外国を拠り所とした形態の多様性基準は、その不適格性がフランス・欧州で明らかにされ、支持を得ていない。そうであるとする、現状、我が国では本来特許法で保護されるべき機能にのみ基づく技術的形態が他国に比べ広く保護されてしまう可能性がある⁸³⁾。もちろん、実際には機能にのみ基づく意匠は公知であることも多いであろうし⁸⁴⁾、何らかの形状が付加されて当該意匠が登録されたとしても、機能に基づく形状の部分は意匠の要部とはならないとして権利侵害を否定することで⁸⁵⁾、意匠法で技術的形態が広く保護されることを危惧する必要はあ

まりないと言えるのかもしれない。しかし、5条3号を設けた以上その適用は伝家の宝刀ではないし、形態の多様性基準だけでは機能にのみ基づく意匠の保護を除外できないことから、やはり我が国でも美的考慮欠如基準により5条3号の適用を判断すべきであろう⁸⁶⁾。

5. おわりに

機能にのみ基づく意匠の保護除外の適用については、形態の多様性基準はあくまで判断要素の一つとすべきであり、当該基準のみによってその適用を判断すべきではない。その適用は、その機能

が意匠の形状を決定づける唯一のファクターであるか否かによって判断し、技術的機能をもたらす形態以外の何らかの美的考慮がその形状に存在するかを検討すべきであろう。意匠法と特許法の区別は厳格に行い、意匠法によって機能にのみ基づく意匠が事実上保護されることがないようにすべきである⁸⁷⁾。

[附記] 本研究は、JSPS 科研費 17H01942 の助成を受けたものです。

注)

- 1) 最近の論考として、青木博通「グローバルにみた機能性と意匠権の保護範囲Ⅰ，Ⅱ，Ⅲ [未完]」Design Protect 115号(2017年)20頁以下，116号(2017年)25頁，118号(2018年)20頁以下。
- 2) 特許庁総務部総務課工業所有権制度改正審議室編『平成10年改正 工業所有権法の解説』(発明協会，1999年)42頁以下。
- 3) 同上44頁。
- 4) 意匠審査基準41.1.4.1。
- 5) 侵害訴訟であるが、具体的な判断基準を示すことなく、「本件カード意匠における具体的構成態様及び本件レンズチップ意匠における具体的構成態様は、いずれも、カード型の単式顕微鏡の部品としての機能を確保するために不可欠な構成のみから成るものであるとは認められない」と5条3号該当性を否定した裁判例がある(東京地判平20年11月13日平成18年(ワ)第22106号)。審決取消訴訟で5条3号を争った裁判例はないようである(前掲注(1)116号25頁)。
- 6) 形態の多様性基準によったのは、「英国デザイン権法(無方式)、EU意匠指令案と同様に、(a)形態必然性、(b)相互連結性、の観点から、代替可能性の有無、即ちその機能を異なる意匠によって達成できるか否かによることが適当である」(『工業所有権審議会意匠小委員会報告書 平成9年11月20日』78頁)と説明される。
- 7) 前掲注(2)42頁。なお、5条3号が欧州共同体意匠規則に則っていると評価するものとして満田重昭=松尾和子『注解 意匠法』(青林書院，2010年)196頁[松尾和子]。
- 8) Loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles.
- 9) 本稿では、いわゆる「Must fitの意匠」と「Must matchの意匠」は検討対象外とする。
- 10) Directive 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou

modèles.

- 11) Ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 portant adaptation au droit communautaire du code de la propriété intellectuelle et du code des postes et télécommunications.
- 12) 1909年意匠法下でのフランス法についての日本語文献として、Marie-Angèle Pérot-Morel 著・播磨良承(訳)「フランス法における意匠の保護と特許法との関連」『意匠の保護 ヨーロッパにおける意匠法と著作権法との交錯』(発明協会，1983年)65頁以下。
- 13) 特許法のことである。
- 14) 提案条文から若干の修正が加えられているが、実体的な変更はない(S.1910, Lois Annotés, p.971)。なお、前掲注(2)45頁にも知的財産法典L.511-3条の訳文が掲載されている。
- 15) S.1910, Lois Annotés, p.971.
- 16) Pataille, note sous Rouen, 6 août 1856, *Ann.propre.ind.* 1857, p.8, A.Taillefer, note sous Paris 14 avril, *Ann.propre.ind.* 1905, p.191.
- 17) Frédéric Pollaud-Dulian, 'Les mystères de la forme fonctionnelle', *Mélanges Jacques Béguin*, Litec, 2005, p.661.
- 18) F.Pollaud-Dulian, *op.cit.*(n°17), p.663.
- 19) 支持するものとして、しばしば Fernand-Jacq, *Ann.propre.ind.* 1934, p.11, Robert Brochut, note sous Cass. civ., 27 févr. 1957 (2^e arrêt), *Ann.propre.ind.* 1957, p.403 が引用される(例えば、M.-A. Pérot-Morel, 'Les difficultés d'application de l'article 2. alinéa 2 de la loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles', *JCP G* 1966, I, 2045, n°16, Pollaud-Dulian, *op.cit.*(n°17), p.663)。しかし、Fernand-Jacq 論文では形態の多様性基準を支持するような記載は見受けられないように思われる(Fernand-Jacq 論文への同様の評価として、R.Plaisant, note sous 15 avr. 1964, *JCP G* 1964, II, 13896, p.63)。
形態の多様性基準に批判的な立場として、Yves Loyer, 'Sur l'article 2 alinéa 2 de la loi du 14 juillet 1909', *Ann.propre.ind.* 1952, p.122 et s., P.Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, T.2, 1954, p.14, Paul Carteron,

- ‘A propos de l’alinéa 2 de l’article 2 de la loi du 14 juillet 1909’, *Ann.propre.ind.* 1955, p.10 et s., R.Plaisant, précit., Albert Chavanne, *RTD.com.*, 1965, p.399, Henri Desbois, *RTD.com.*, 1968, p.68 et s., F.Perret, ‘Quelle protection juridique?’, *JCP E* 1988, II, 15094, p.32, F.Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n°885, p.392.
- 20) R.Plaisant, *op.cit.*(n°19), p.63, M.-A.Pérot-Morel, *op.cit.*(n°19), n°22, Yves Gaubiac, ‘Autres problèmes de frontières’, A.Françon et M.-A.Pérot-Morel (dir), *Les dessins et modèles en question*, Librairies Techniques, 1986, n°122, p.70, F.Perret, *op.cit.*(n°19), p.32.
- 21) Alain Casalonga, *Traité technique et pratique des brevets d’invention*, 1949, T.1, L.G.D.J., n°252, p.173, F.Pollaud-Dulian, *op.cit.*(n°17), p.664.
- 22) Paul Roubier, *op.cit.*(n°19), p.14.
- 23) M.-A. Pérot-Morel, *op.cit.*(n°19), n°19.
- 24) P.Carteron, note sous Paris, 3 nov. 1936, *S.1939*, 2, 58, et même auteur, ‘Les confins du modèle et du brevet d’invention’, *Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p.27.
- 25) P.Carteron, *op.cit.*(n°24), *Mélanges*, p.27.
- 26) F.Pollaud-Dulian, *op.cit.*(n°17), p.664.
- 27) R.Brochut, *op.cit.*(n°19), p.402, M.-A.Pérot-Morel, ‘L’application respective du régime de protection des dessins et modèles et des inventions brevetables’, *RTD com.*, 1976, p.35, même auteur, *op.cit.*(n°19), n°15, F.Pollaud-Dulian, *op.cit.*(n°17), p.665.
- 28) A.Casalonga, *op.cit.*(n°21), n°259, p.178. 審美性を意匠の本質的要件とするところが若干異なるが, Casalonga の見解に近い見解として, M.-A.Pérot-Morel, *op.cit.*(n°19), *op.cit.*(n°27), p.38 et s.
- 29) *ibid.*
- 30) Lyon, 26 mai 1933, *Ann.propre.ind.* 1933, 378, *S.1933*, 1, 195. その他同様の裁判例として Paris, 28 mars 1933, *Ann.propre.ind.* 1934, 113, Paris, 2 juill. 1935, *Ann.propre.ind.* 1936, 178, Paris, 17 juill. 1936, *Ann.propre.ind.* 1937, 224, Paris, 8 mars 1939, *Ann.propre.ind.* 1939, 258, Trib.civ. Lille, 30 janv. 1948, *Ann.propre.ind.* 1949, 57, Paris, 3 mai 1948, *Ann.propre.ind.* 1950, 255, Lyon, 17 avr. 1950, *Ann.propre.ind.* 1950, 270.
- 31) M.-A. Pérot-Morel, *op.cit.*(n°19), n°17, Jacques Raynard, Emmanuel Py et Pascale Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, Lexis Nexis, 2016, n°534, p.308.
- 32) Paris, 1 déc. 1948, *Ann.propre.ind.* 1949, 74.
- 33) 判決文中 □ は筆者が補ったものである。以下同様。
- 34) Cass. com., 27 fév. 1957, *Ann.propre.ind.* 1957, 410.
- 35) Cass. civ., 20 fév. 1956, *Ann.propre.ind.* 1956, 259, Cass. civ., 16 janv. 1957, *Bull.civ.* III, n°25, p.20, *Ann.propre.ind.* 1957, 304, Paris, 7 déc. 1957, *Ann.propre.ind.* 1957, 424, Cass. com., 25 fév. 1964, *Bull.civ.* III, n°94, p.82, *D.1964*, p.757, Cass. com., 2 juin 1964, *Bull.civ.* III, n°288, p.248, *D.1964*, p.757, Cass. com., 22 fév. 1966, *Bull.civ.* III, n°111, p.93, *JCP*, 1967, II, 15196, Cass. com., 12 janv. 1970, *JCP G* 1970, II, 16408, Cass. com., 4 juill. 1978, *Ann.propre.ind.* 1979, 353, Montpellier, 25 fév. 1988, *PIBD* 1988, n°465, III, 579, Aix-en-Provence, 19 fév. 1993, *PIBD* 1993, n°544, III, 329, Paris, 22 juin 1993, *Ann.propre.ind.* 1994, 103, Paris, 19 nov. 1997, *PIBD* 1998, n°649, III, 147, Paris, 22 janv. 1999, *PIBD* 1999, n°681, III, 334, Paris, 12 fév. 1999, *PIBD* 1999, n°682, III, 362, Paris, 23 juin 2000, *PIBD* 2000, n°708, III, 555, TGI Paris, 8 sept. 1999, Paris, 8 mars et 10 mai 2000, *PIBD* 2002, n°750, III, 450, Paris, 22 sept. 2000, *PIBD* 2000, n°713, III, 64, Paris, 11 oct. 2000, *RIDA* avr. 2001, 367, Paris, 4 mars 2005, *PIBD* 2005, n°812, III, 437.
- 36) Paris, 3 nov. 1936, *S.1939*, 2, 57.
- 37) Lyon, 31 mars 1943 et 2 mai 1944, *Ann.propre.ind.* 1948, 368, *S.1947*, 1, 100.
- 38) Cass. com., 20 oct. 1998, *PIBD* 1999, n°669, III, 51, *JCP E* 1999, p.1630.
- 39) Paris, 29 juin 1954, *Ann.propre.ind.* 1954, 284, note Marconnet, Paris, 18 mai 1957, *Ann.propre.ind.* 1957, 321, Paris, 26 fév. 1979, *D.1980*, p.528, Paris, 18 déc. 1986, *PIBD* 1988, n°413, III, 238, Paris, 8 janv. 1990, *D.1992*, som.com., p.311, obs. J.-J.Burst, *PIBD* 1990, n°481, III, 437, Paris, 1 fév. 1990, *Ann.propre.ind.* 1992, 77, *PIBD* 1990, n°482, III, 466, Paris, 12 fév. 1999, *PIBD* 1999, n°679, III, 290, Paris, 31 mai 2000, *PIBD* 2000, n°705, III, 448, Paris, 14 mars 2001, *PIBD* 2001, n°731, III, 605, Paris, 31 oct. 2000, *PIBD* 2001, n°713, III, 62, Cass. com., 27 fév. 2001, *PIBD* 2001, n°723, III, 352, Paris, 7 nov. 2001, *PIBD* 2002, n°750, III, 446.
- 40) Rouen, 6 août 1856, *Ann.propre.ind.* 1857, 8, Caen, 30 août 1859, *Ann.propre.ind.* 1862, 256, Paris, 18 août 1868, *Ann.propre.ind.* 1869, 191, Cass. crim., 25 nov. 1881, *Ann.propre.ind.* 1882, 133, Paris, 14 avr. 1905, *Ann.propre.ind.* 1905, 190, Paris, 24 avr. 1933, *Ann.propre.ind.* 1934, 11, Paris, 30 janv. 1935, *Ann.propre.ind.* 1937, 212, Paris, 4 juin 1935, *Ann.propre.ind.* 1936, 127, Chambéry, 30 juin 1948, *Ann.propre.ind.* 1949, 68, Paris, 9 mars 1953, *Ann.propre.ind.* 1953, 309, Cass. com., 22 janv 1973, *D.1973*, p.216, Cass. com., 9 mai 1981, *Ann.propre.ind.* 1981, 191, Paris, 30 juin 1986, *Ann.propre.ind.* 1987, 230, Cass. com., 26 avr. 1988, *D.1990*, som.com., p.186, obs. J.-J.Burst, *PIBD* 1988, n°441, III, 434, Cass. com., 7 déc. 1993, *Ann.propre.ind.* 1995, 95.
- 41) 裁判例では要素 (élément), 考慮 (considération), 効果 (effet), 動機 (motif), 配慮 (souci), 探求 (recherche) などの表現が見られるが, 裁判例で区別して使用している形跡はないことから意味するところは同じであろう。
- 42) Paris, 30 janv. 1935, *Ann.propre.ind.* 1937, 212, Paris, 4 juin 1935, *Ann.propre.ind.* 1936, 127, Paris, 18 mai 1957, *Ann.propre.ind.* 1957, 321, Paris, 3 juill. 1986, *PIBD* 1986, n°405, III, 62, Cass. com., 26 avr. 1988, *D.1990*, som. com., p.186, obs. J.-J.Burst, *PIBD* 1988, n°441, III, 434, Paris, 31 oct. 1989, *PIBD* 1989, n°474, III, 195, Douai, 5 avr. 1990, *PIBD* 1990, n°480, III, 406, Strasbourg, 26 juin 1990, *PIBD* 1990, n°486, III, 595, Versailles, 25 nov. 1998, *Ann.propre.ind.* 1999, 239, Paris, 12 fév. 1999, *PIBD* 1999, n°679, III, 290, Paris, 18 janv. 2000, *PIBD* 2000, n°716, III, 130, Paris, 31 mai 2000, *PIBD* 2000, n°705, III, 448, Paris, 31 oct. 2000, *PIBD* 2001, n°713, III, 62, Paris, 15 déc. 2000, *PIBD* 2001, n°717, III, 189, Paris, 10 janv. 2001, *PIBD* 2001, n°722, III, 324, Paris, 14 mars 2001, *PIBD* 2001, n°731, III, 605, Paris, 7 nov. 2001, *PIBD* 2002, n°750, III, 446, Cass. com., 28 janv. 2002, *PIBD* 2002, n°742, III, 236, Paris 8 oct. 2003, *RIPIA* 2003, n°214, 48, Paris, 28 sept. 2005, *PIBD* 2005, n°820, III, 746, Cass.com., 9 juin 2009, *PIBD* 2009, n°902, III, 1325.
- 43) Cass. req., 23 janv. 1939, *S.1947*, 1, 104.
- 44) P.Carteron, *op.cit.*(n°24), *Mélanges*, p.27.
- 45) J.Schmidt-Szalewski et J.-L.Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4.éd., 2007, n°374, p.155 では形態の多

- 様性基準を肯定する判決と評価されている。
- 46) Commission des communautés, Livre vert sur la protection juridique des dessins et modèles industriels.
- 47) Livre vert, n°5.4.6.1.
- 48) Livre vert, n°5.4.6.2.
- 49) ただし, Livre vert, n°11-5-1 には形態の多様性基準を示唆するような記載はない。
- 50) 欧州共同体意匠指令では形態の多様性基準が採用されていると評価するものとして, Guillaume Marchais, ‘Présentation de la directive du 13 octobre 1998 sur les dessins et modèles’, *Gaz. Pal.*, 23-24 fév. 2000, p.281, Pascal Kamina, ‘La directive n°98/71/CE du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins et modèles’, *JCP G*, 1999, I, 104, n°14.
- 51) 欧州共同体意匠指令 7 条の文言と若干異なる規定となっているが, オルドナンスによって改正されていることから議会資料がなく, その差異の理由は明らかではない (P.De Candé, *Juris Classeur Marques-Dessins et Modèle*, Fasc. 3110, n°26)。
- 52) B.Posner, ‘Le livre vert de la Commission de communautés européennes sur la protection juridique des dessins et modèles : in colloque IRPI’, *Gaz. Pal.* 16-17 oct. 1992, p.786, F.Pollaud-Dulian, ‘L’ordonnance, du 25 juillet 2001 et la réforme du droit des dessins et modèles’, *JCP G*, 17 oct. 2001, p.1923, Jacques Azéma et Jean-Christoph Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 8.éd., 2017, n°1299, p.849.
- 53) P.de Cande, ‘La protection en France des dessins et modèles déposés, depuis l’ordonnance n°2001-670 du 25 juillet 2001’, *Propri. intell.* avr. 2002, p.22, même auteur, note sous Paris, 14 mars 2001, *Propri. intell.* avr. 2002, n°3, p.67, J.Schmidt-Szalewski et J.-L.Pierre, *op.cit.*(n°45), n°374, p.155.
- 54) Jérôme Passa, *Droit de la propriété industrielle*, L.G.D.J., 2.éd., 2009, n°710, p.949.
- 55) CJCE, 18 juin 2002, Philips / Remington, aff.299/99, Recueil I -5478, concl.Colomer.
- 56) Directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques.
- 57) *ibid.*
- 58) P.Kamina, ‘Le nouveau droit des dessins et modèles’, *D.*2001, n°7, p.3260, W.Duchemin, ‘Intérêt et limites du nouveau système de protection des dessins et modèles en Europe’, *Propri. intell.* oct. 2002, n°5, p.16, Patrick Tafforeau et Cédric Monnerie, *Droit de la propriété intellectuelle*, Lextenso éd., 2015, p.347, Nicolas Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, L.G.D.J., 4.éd., 2016, n°328, p.228.
- 59) F.Pollaud-Dulian, *op.cit.*(n°17), p.669 et s., Jean-Christoph Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2.éd., 2003, n°811, p. 325. 商標に関する欧州司法裁判所の立場から形態の多様性基準を否定するものとして, François Greffe et Pierre Greffe, *Traité des dessins et des modèles*, Lexis Nexis, 9.éd., 2014, n°183, p. 73, J.Raynard, E.Py et P.Tréfigny, *op.cit.*(n°31), n°536, p.310.
- 60) Paris, 7 avr. 2006, *PIBD* 2006, n°832, III, 446, TGI Paris, 4 fév. 2011, RG n°09/18613, Paris, 11 janv. 2013, *PIBD* 2013, n°978, III, 999, TGI Paris, 17 janv. 2014, *PIBD* 2014, n°1007, III, 479, Paris, 27 mars 2015, *PIBD* 2015, n°1029, III, 428.
- 61) Paris, 10 nov. 2015, *PIBD* 2016, n°1041, III, 49.
- 62) Paris, 12 janv. 2007, *PIBD* 2007, n°847, III, 178, Paris, 4 avr. 2007, *PIBD* 2007, n°854, III, 406.
- 63) Règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires.
- 64) 独自性 (caractère individuel) 要件の判断内での言及ではあるものの, OHMI, déc. n° ICD 867, 1 déc. 2005, Ampel24 Vertriebs- GmbH & Co KG c/ Daka Research Inc., OHMI déc. n° ICD 2723, 15 mai 2007, Polska c/ ZA Klad Produkcjo. 欧州共同体意匠規則 8 条 (1) の判断内での言及として, OHMI, 3^ech., 12 fév. 2015, aff. R998/2013-3, Austrotherm GmbH c/ Termo Organika Sp. Z.o.o, OHMI, 3^ech., 8 déc. 2015, aff. R2162/2014-3, Velekey Szerelvénygyártó kft. c/ Rotovill kft. 暗黙裡に形態の多様性基準を肯定するものとして, OHMI, 3^ech., 16 juin 2014, aff. R2297/2012-3, Rockwool International A/S c/ Knauf Insulation Limited.
- 65) OHMI, 3^ech., 22 oct. 2009, aff. R690/2007-3, Lindner Recyclingtech GmbH c/ Franssons Verkstäd AB. その他同様の立場として, OHMI, 3^ech., 12 nov. 2009, aff. R1114/2007-3, Dr.Oetker Polska Sp. Zoo c/ Zaklad Produkcji, OHMI, 3^ech., 29 avr. 2010, aff. R211/2008-3, Nordson Corporation c/ UES AG, OHMI, Ch rec., 4 mai 2012, aff. R564/2011-3, Coneco Szymocha Winiarski Spolka Jawna c/ Dorel France SA, OHMI, 3^ech., 10 juin 2013, aff. R2466/2011-3, Chemring Countermeasures Limited c/ Wallop Defense Systems Limited, OHMI, 3^ech., 14 avr. 2014, aff. R1772/2012-3, Nintendo Co., Ltd. c/ Compatinet S.L.U. et al, OHMI, 3^ech., 12 mai 2014, aff. R1997/2012-3, TrekStor GmbH c/ ZAGG, Inc., OHMI, 3^ech., aff. R1341/2015-3, 6 juin 2016, 2WF Societé par Actions Simplifiée c/ Benmore Ventures LTD.
- 66) OHMI, 3^ech., 17 sép. 2013, aff. R2081/2011-3, Asstec Assembly Technology GmbH & Co. KG c/ KLB Blech in Form GmbH, OHMI, déc. n° ICD 9136, 13 juin 2014, Elopak AB c/ AB Nordemballage, OHMI, déc. n° ICD 9231, 30 avr., 2014, International Edge, Inc. c/ Blue Gentian, LLC.
- 67) 第 1 審裁判所では, 形態の多様性に与する裁判例はあった (TUE, 6 oct. 2011, aff. T-246/10, ECLI:EU:T:2011:578.)。
- 68) Conclusions dans l’affaire Philips c/ Remington, point 34-35. 我が国での紹介として, 青木博道「欧州共同体意匠規則——市場指向型デザイン保護システムの概要とその後の進展——」知的財産法政策学研究 10 号 (2006 年) 204 頁。
- 69) CJUE, 14 sept. 2010, aff.C-48/09 P, point 46. 本判決の紹介として今野裕之「立体商標の保護」国際商事法務 39 巻 8 号 (2011 年) 1196 頁。
- 70) すでに Henrik Saugmandsgaard Oe 法務官の意見書でも形態の多様性基準に否定的な見解が示されていた (Conclusions dans l’affaire DOCERAM GmbH c/ CeramTec GmbH, aff. C-395-16)。
- 71) CJUE, 8 mars 2018, aff. C-395-16.
- 72) 「合理的観察者」と同様の意味として捉えられているようである (Henrik Saugmandsgaard Oe, *op.cit.*(n°70), point 56 et note 64.)。
- 73) OHMI, 3^ech., 22 oct. 2009, aff. R690/2007-3, point 32 の表現と, CJUE, 8 mars 2018, aff. C-395-16, point 32 の表現を参照。
- 74) Henrik Saugmandsgaard Oe, *op.cit.*(n°70), point 21. ただし, そこでは美的考慮欠如基準は「因果関係 (causalité)」基準と称されている。この表現は L.Brancusi, ‘Design determined by the product’s technical function : arguments for an autonomous test’, *E.I.P.R.*, 2016, vol. 38 (1), p. 25, note 24

の記載を受けた表現である。

- 75) 意匠審査基準 21.1.1.4。
- 76) 例えば、不服審判昭和 38 年 4029 号（昭和 42 年 8 月 31 日審決）、不服審判昭和 58 年 13481 号（昭和 61 年 7 月 10 日審決）。
- 77) 特許庁審査第一部意匠課意匠制度企画室「特許法等の改正に関する答申——[意匠制度の見直しについて]——」32 号（1998 年）6 頁。
- 78) 欧州でも美的考慮欠如基準は審美性要件の導入を求めたものではないとされている（OHMI, 3^ech., 22 oct. 2009, aff. R690/2007-3, Lindner Recyclingtech GmbH c/ Franssons Verkstädter AB, point 35）。我が国もそうした理解を前提としている（前掲注（2）42 頁）。
- 79) なお、2016 年 AIPPI ミラノ総会でも本問題が取り扱われ、そこでは少なくとも、同じ技術的機能を実質的に得ることを可能とする製品のための代替的外観が存在しないかどうかと、製品の技術的機能を達成する必要性が製品の外観に到達するために唯一の関連ファクターであったかを考慮すべきだとしている（AIPPI, Congrès de Milan, Résolution le 20 sép. 2016, point 5）。
- 80) CJUE, 8 mars 2018, aff. C-395-16, point 37.
- 81) F.Pollaud-Dulian, *op.cit.*(n°17), p.680.
- 82) 前掲注（2）42 頁、前掲注（8）76 頁以下。
- 83) 欧州では意匠登録が 8 条（1）に基づき無効とされても（OHMI, 3^ech., 14 avr. 2014, aff. R.1772/2012-3, Nintendo Co., Ltd. c/ Compatinet S.L.U. et al.）、我が国では意匠登録されている例もある（意匠登録第 1259804 号）。
- 84) 寒河江孝允＝峯唯夫＝金井重彦『意匠法コンメンタール』（レクシスネクシス・ジャパン株式会社、第 2 版、2012 年）219 頁 [鹿又弘子]。
- 85) 例えば、京都地判平成 9 年 1 月 30 日平成 6（ワ）第 3367 号（評釈として吉原省三「判批」『判例意匠法』（発明協会、1999 年）743 頁）、東京地判平成 13 年 8 月 30 日判時 1762 号 140 頁、知財高判平 23 年 3 月 28 日平成 22（ネ）第 10014 号。ただし、京都地判平成 9 年 1 月 30 日は、必然的形状は「ただちに本件意匠の要部とみることできない」（下線筆者）と、必然的形状の要部該当性の余地を残している。他方、機能性に関連する形状等も美感を判断する要素であり要部となりうるとする裁判例として、知財高判平 24 年 6 月 28 日平成（ネ）10085 号。
- 86) なお、創作者の自由度基準も採用できないと考えるべきであろう。そもそも我が国では創作者の自由度を考慮する独自性要件すら存在しないことから、意匠法の規定全体から見ても創作者の自由度基準は適切ではない。美的考慮欠如基準が合理的の観察者という従来にならぬ概念に基づくこと、さらに審美性要件を求めるかのような基準であることから、創作者の自由度基準を支持するものとして、Legal review on industrial design protection in Europe, Under the contract with the Directorate General Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (MARKT2014/083/D), 2016, p.91 et s.
- 87) なお、本稿は商標法（4 条 1 項 18 号）や不正競争防止法（2 条 1 項 3 号）における機能的形態の保護除外に直接的に影響を与えるものではない。それらの機能的形態の保護除外については、そもそもその存在理由自体が他法との調整か否かという時点から争いがあり（例えば、小泉直樹『模倣の自由と不正競争』（有斐閣、1994 年）250 頁、田村善之『不正競争防止法』（有斐閣、第 2 版、2003 年）130 頁以下、宮脇正晴「商品形態の商品等表示該当生」別冊特許 11 号（2014 年）15 頁以下）、特許法との調整規定であることが明確な意匠法とは異なり、単純に本稿の議論を適用できるものではない。