The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	米国意匠法における機能性
Author(s)	茶園, 成樹
Citation	阪大法学. 2022, 72(3-4), p. 348-326
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/89703
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

米国意匠法における機能性

茶 園 成 樹

1　はじめに

我が国意匠法については、令和元（2019）年に、意匠の定義の見直しを含む大規模な改正が行われたが、この改正には、経済産業省・特許庁が立ち上げた、産業競争力とデザインを考える研究会が2018年に公表した報告書「『デザイン経営』宣言[(1)]」が大きく影響していた[(2)]。同報告書では、企業が大切にしている価値、それを実現しようとする意志を表現する営みである「デザイン」が、他の企業では代替できないと顧客が思うブランド価値を生み出し、またイノベーションを実現する力となることから、デザインを活用し、ブランドとイノベーションを通じて企業の産業競争力の向上に寄与する経営手法である「デザイン経営」の推進が提言されている[(3)]。

このようなデザイン経営により（ブランド力とともに）イノベーション力の向上が期待されていることと意匠制度との関係にとっては、イノベーションが技術的なことに限られないにせよ、技術的創作に対する意匠保護の在り方が重要な問題になると思われる。この問題は、主として、平成10（1998）年改正前は、意匠法２条１項が定める意匠の定義における「美感」に関する論点とされ、同改正後は、５条３号の不登録事由に関する論点とされてきたが、これらの点が争われた審判決例はわずかしかなく、そのこともあって十分な議論が行われてこなかった。そこで、本稿では、この問題に関係する米国意匠法における機能性[(4)]との比較を通じて、我が国法について検討することとしたい。

2　米国意匠法における機能性の生成

第１節　装飾性要件

米国における意匠保護は特許法の中に規定されており、意匠特許の付与によって行われる。特許法では、発明の保護について、「新規かつ有用な（useful）方法、機械、製造物若しくは組成物又はそれについての新規かつ有用な改良を発明又は発見した者は、この法律の条件及び要件に従い、それについての特許を取得することができる」（特許法101条。この場合の特許は、実用特許と呼ばれる）と定められているのに対して、意匠の保護については、「製造物品のための新規、独創的かつ装飾的な（ornamental）意匠を創作した者は、この法律の条件及び要件に従い、それについての特許を取得することができる」（171条ａ項）と定められている。つまり、保護される意匠は「装飾的な意匠」である。

米国において意匠保護が定められたのは1842年である[(5)]。当時は、製造物品（article of manufacture）のデザインには著作権保護が及ばず、特許や商標によっても保護されなかったため、この保護の空隙を埋めるために意匠特許制度が新設された。ただし、1842年時点では装飾性要件は規定されなかった。「有用な」に替えて、「装飾的な」が導入されたのは、1902年改正によってであった[(6)]。

1902年改正は、特許庁の Allen 長官の要請に応えたものであり、同長官は、次のように、意匠特許に関して「有用な」が定められていることによる混迷状態の解消を求めた。「現在の状況は、次のようなものである。法律の中に『有用な』という言葉が含まれている。最高裁は、このことが考慮されるべきであると述べており、現在、裁判所は、その考慮として、『有用な』という用語が『好ましい感情を生じることへの適合』であるとしている。これは、機械的有用性とは大きく異なるものである。このことは、法案にあるように、『有用な』という言葉を削除し、『美的な』という言葉を挿入するならば、大変上手く説明される」、「法案が成立すれば、意匠特許の対象は、知的創作の領域にお

いて適切な哲学的地位を占めることになると考えられる。その領域の一方の側には、機械的機能の有用性を有する機械的構造に保護を与える法律があり、他方の側には、著作権があり、それにより、美術の対象が保護され、取引に関わる新規で美術的性質の対象を保護する地位を留保するが、機能的有用性に対する存在を正当化しない」と述べた。[7] そして、上院の報告書は、次のように説明した。「提案された改正が求めているのは、現行法を、機械的特許（mechanical patent）の対象を規律する法とは異なるものとしての意匠特許法の明白な要件に合致させることである。現行法では、裁判所は、意匠特許権者を害しないように、『有用な』という言葉を最大限に曲解するように強いられており、議会の意匠特許法の制定目的が、意匠特許に関する法律における不適切な言葉のせいで、明らかに避けられ、中断されている場合がある」。[8]

このように、1902年改正により装飾性要件が設けられた趣旨は、意匠特許と実用特許の境界を明確に設定するというものであった。この点に関連して、ある論者は、意匠特許と著作権・商標が、「それぞれ独自の方法で、『有用な』又は『機能的な』特徴に対する保護を、それらの特徴が実用特許法の排他的な領域であることから、否定している」と述べ、これを「特許法優位（patent law supremacy）」原則と呼んでいる。[9]

第２節　裁判例

装飾性要件について、初期の裁判例には、芸術美や審美的魅力を問題とするものがあった。例えば、ある判決は、リベット固定機の意匠について、当該意匠が「均整がとれておらず、優美さに欠け、感覚や感情に訴えない」ことを理由に無効とした。[10] もっとも、このような裁判例の考え方には、裁判官に美に関する主観的な判断を求めることになるという問題があった。[11] また、装飾性を視覚性と捉える、いわゆる「関心事（matter of concern）テスト」を採る裁判例があった。[12] ある判決では、「通常の使用において隠れている又はよく見えない物品が、その外観が関心事になり得ないため、意匠特許の適切な対象ではないことは、繰り返し判示されている」と述べられた。[13]

これらと異なり、機能性に焦点を当てる裁判例があった。例えば、鉄のアイ

ロン（sad iron）の意匠特許に関するStrause Gas Iron事件において、ラーニッド・ハンド判事は、先行する類似の意匠特許と比較して、「意匠特許の対象について何らかの余地があるとしても、特許権者はそれを見出さなかった。……これらの形状を意匠特許へと変更することは、実用的な考慮以外のものにより決定された（dictated by other than utilitarian considerations）ようには思われない。発明的な努力が必ず最も基本的な審美的感受性さえも満足させることに向けられたと考えることは、無理であると思われる。……鉄のアイロンを美術によってデザインすることを始めて、比率と計画の考慮だけに規律された者であれば、苦も無く原告のアイロンを製作することができたであろう」と述べて、原告の請求を棄却した地裁判決を支持した[(14)]。また、別の裁判例では、「新規で発明的であることに加えて、意匠は、『装飾的』、審美的手腕の産物でもあることを要し、美的な考え方を具現化しなければならない」、「特許は、新規なものが、装飾的であることよりも機能的であることを理由としても、無効となる」、「意匠特許を維持するために求められる新しくて好ましい審美的印象は、単なる機能的な配置を組み合わせたことによる自然な結果ではあり得ない。本件では、意匠は、明らかに機能的又は機械的な要件により決定されたものであり、良好な効果は副産物に過ぎない。そのため、無効である」とされた[(15)]。

現在、装飾性要件は、意匠が、①関心事でない場合、又は②機能により決定されている場合でなければ、満たされると解されている[(16)]。後者が、本稿の対象である機能性の問題である[(17)]。

3　機能性の判断基準

機能性が問題となり、これを理由に意匠特許が無効となる場合として、前章において引用した裁判例では、「機能により決定されている（dictated by function）」というものが示されていた。裁判例では、これ以外に、「主として装飾的（primarily ornamental[(18)]）」や「主として機能的（primarily functional[(19)]）」との表現も用いられていた。

そうした中で、意匠特許に関する事件の専属管轄を有するCAFC（Court of

Appeals for the Federal Circuit：連邦巡回区控訴裁判所）の前身であるCCPA（Court of Customs and Patent Appeals：関税特許控訴裁判所）が、機能（的考慮）「のみにより決定されている（dictated solely by）」と表現し[20]、1982年に設立されたCAFCも、この表現を受け継いだ[21]。1993年のL.A. Gear事件判決では、「意匠特許は、製造物品の外観を対象とする。製造物品は必然的に実用目的に役立つものであり、実用品の意匠は、問題となる意匠の外観が物品の用途又は目的『により決定されている』場合には、機能的なものとみなされる」と述べられた[22]。最高裁も、意匠特許に関係しない判決における知的財産保護制度の説明の中での記述ではあるが、「保護を受けるために、意匠は、機能のみにより決定されていない、審美的に好ましい外観を提示するものでなければならない」と述べている[23]。

では、意匠がどのようなものであれば、機能により決定されている場合になるのか。前述のL.A. Gear事件判決では、「製造物品の機能を遂行する方法が複数ある場合、その物品の意匠は、主として装飾的な目的を果たすものであることになりやすくなる」と述べられた[24]。このように、物品の機能を遂行する意匠が複数あるかどうかが問題となり、同一の機能を果たす代替的な意匠（alternative design）が存在するかどうかに焦点が当てられて、代替的な意匠が存在すれば機能的ではなく、その存在が認められなければ機能的となる[25]。

代替的な意匠の存在が重視されるとすると、物品の機能を果たす意匠は複数あるのが通常であるため、機能性を理由に意匠特許が無効と判断されることはあまり生じないことになる。実際、そのような判断を行ったCAFCの裁判例はわずかである[26]。また、この点を象徴する裁判例として、スマートフォンのグラフィカル・ユーザー・インターフェイスのデザインに関するApple v. Samsung事件において、2015年のCAFC判決は、当該デザインが、商品デザイン等の商標であるtrade dressとしては機能的であり、よって保護されないが、意匠としては機能的ではないと判断した[27]。

以上のように、機能性の問題が生じるのは、「機能により決定されている」場合であると解されているが、その理由は、この解釈に至る議論が十分に行われていないため、明らかではない。ある論者は、「機能により決定されてい

る」は、単純な事件の処理に当たっての簡略用語に過ぎないと批判し、この場合の該当性を判断するために、代替的な意匠が存在するかどうかを重視する考え方に対して、実用特許と意匠特許の境界を明確に設定しようとした1902年改正の趣旨に反しており、廃止すべきとの見解を主張している[28]。この見解を支持し、クレームされた特徴を排他的に使用することにより競争者に不利益を与えることが問題なのであれば、競争者にとって利用可能な代替的なものが存在するかどうかを問うことは自然であるが、機能性は競争上の必要性だけに関わるものではなく、有用な物品の特徴の保護を専ら実用特許制度に振り向ける（channel）ことにより意匠特許と実用特許との境界を画定しようとするものであり、問題は、物品の機能を遂行する他の方法があるかどうかではなく、クレームされた特徴が物品の機能において役割を果たしているかどうかである、機能を遂行する他の方法が存在するということは他の機能的な意匠が存在することを意味するに過ぎない、と主張する論者もいる[29]。

4　侵害判断における機能性

機能性により意匠特許が無効と判断されるのは、意匠全体が機能的な場合である。意匠の一部の特徴が機能的であっても、無効という結果は生じない[30]。その一方、一部の特徴が機能的であることが、意匠特許のクレーム解釈、ひいては侵害の成立にどのような影響を与えるかという問題がある。

この点に関し、多機能の大工道具の意匠特許の侵害が争われたRichardson事件において、2010年のCAFC判決は、クレーム解釈の一環として、原告の意匠の装飾的な側面と機能的な側面を区別し、後者を除外して侵害判断を行い、非侵害の結論に至った地裁判決[31]を支持した。CAFCは、「意匠が機能的な要素と非機能的な要素の両方を含む場合、クレームの範囲は、特許に示された意匠の非機能的な側面を画定するように解釈されなければならない」と述べたOddsOn事件判決[32]を引用し、「地裁は、適切に、クレーム解釈の一環として原告の意匠の機能的側面を除外した（factor out）。定義上、特許を受けた意匠は、複数の機能的構成部分を有する多機能品であり、我々は、意匠特許が、実用特

許とは異なり、物品の装飾的な意匠に保護を限っていることを明らかにしている。……特許を受けた意匠が、主として装飾的よりも機能的であるならば、その特許は無効である。しかしながら、意匠が装飾的な側面も含んでいる場合には、保護の範囲が当該側面に限られ、クレームされた物品の機能的な要素には及ばない意匠特許が認められる」と述べた。(33)

ところで、意匠特許の侵害判断方法については、意匠特許に関するCAFC唯一の大法廷判決である、2008年のEgyptian Goddess事件判決は、次のように通常の観察者（ordinary observer）テストを述べた1871年のGorham事件最高裁判決を引用し、これを支持した。(34)「購買者が普通に払うような注意を払う通常の観察者の目から見て、２つの意匠が実質的に同じであり、両者の類似性が、そのような観察者を誤認させて、一方のものを他方のものと考えて購入させるほどのものである場合には、特許を受けた他方のものは一方のものによって侵害される」。(35)また、侵害判断方法として、1984年のLitton Systems事件CAFC判決により、意匠特許の侵害が成立するためには、特許を受けた意匠を先行技術から区別する新規部分（novelty）が利用されなければならないとする新規ポイント（point of novelty）テストが示されていたが、(36)Egyptian Goddess事件判決は、このテストを用いるべきではないと解した。(37)

このように意匠特許の侵害が通常の観察者テストによって判断されることになるところ、Richardson事件判決が述べた、意匠の機能的特徴を除外すること、ないし濾過すること（filtration）は、通常の観察者にとっては無理であり、また、本来的に、通常の観察者を判断主体とすることと整合しないとの批判が行われた。(38)

その後の裁判例は、意匠の機能的特徴の除外・濾過について、明示的に否定しないが、抑制的な取り扱いを指向しているようである。(39)2015年のApple v. Samsung事件CAFC判決は、機能的な目的により決定されている要素を除外すべきであるとのSamsung社の主張に対して、この主張は判例法により支持されない、「Richardson事件において、問題となる意匠特許は、『その機能的な目的により決定』されていた多くの構成部分から成る多機能の道具を表していた。……しかし、Richardson事件におけるクレーム解釈は、それらの構成

部分を全体として、排除するものではなかった。むしろ、クレーム解釈は、それらの構成部分の装飾的な側面を含んでいた。……この解釈は、控訴審において支持された。……そのようなものとして、Richardson 事件における『その機能的な目的により決定』という文言は、そこでの事実の描写に過ぎない。Samsung 社が主張するような、クレームの範囲から全ての要素を削除するルールを設けるものではない」と述べた[40]。また、超音波外科手術器具の意匠に関する Ethicon 事件では、地裁が Richardson 事件判決に基づいて機能的な要素を除外することにより、意匠特許は保護範囲を有しないと判断したことに対して、CAFC は、「クレーム解釈として、地裁は、トリガーが特定の湾曲したデザインを有し、トルク・ノブ（torque knob）が特定の平面形状を有し、起動ボタンが特定の円形状の外観を有するという事実を無視した。物品それ自体に内在する機能性とは異なり、問題となる物品を飾る装飾的なデザインが物品の用途に不可欠であるという証拠はない。……よって、本件の意匠特許は、特定の形状における、開いたトリガー、トルク・ノブ及び起動ボタンの一般的なデザイン概念を保護するものではないが、一定の範囲―それらの要素の特定の装飾的なデザイン―を有している。そのため、我々は、本件の意匠特許が『何も』カバーしないとの地裁の解釈を退ける」と述べた[41]。個人用浮遊具の意匠に関する Sport Dimension 事件 CAFC 判決も、次のように述べて、機能的な要素を除外した地裁のクレーム解釈を覆した。「原告の意匠の一定の要素は有用な目的に役立つとしても、地裁のクレーム解釈は排斥される。地裁は、腕バンド及び先細りとなる側面のトルソー（torso）をクレーム全体から排除したのであり、その解釈は我々の法に反する。……地裁は、クレームから構造的な要素を削除することにより、不適切に、意匠特許のクレーム範囲を、全体的な装飾をカバーするものから個々の要素をカバーするものに変質させた[42]」。

学説では、侵害判断において機能的な特徴を除外することに対して、このようなクレーム解釈は、意匠特許の保護が意匠の全体的形態に係わるという原則と矛盾するとの見解がある[43]。これとは反対に、機能的な特徴を除外・濾過することによって意匠特許が機能を独占しないようにすることを確保できるとして、Richardson 事件判決を支持する見解も有力に主張されている[44][45]。

5　我が国法の検討

第１節　平成10年改正以前の状況

現行意匠法は昭和34（1959）年に制定されたものであり、それ以前に施行されていた旧法は大正10（1921）年に制定されたものであった。旧法１条は、意匠登録の対象として、「物品ニ関シ形状、模様若ハ色彩又ハ其ノ結合ニ係ル新規ノ意匠ノ工業的考案」を規定しており、現行法２条１項の意匠の定義における「美感」のような要件は定められていなかった。また、現行法５条３号のような機能と直接的に関係する規定は存在しなかった。

もっとも、学説上は、意匠は審美的価値を有しなければならないと解されていた。ある論者は、「物品において型として表現せられる形状、模様、色彩またはその結合が看者をして審美感を生ぜしめることを要するのである。審美感とは物品における型が全體として看者に特殊の趣味感を與えることを言うのである。而して一定の趣味感であるを以って足り必ずしも高尚優美な美感たることを要しない。醜もまた一定の趣味感たるを得るのである」と述べていた[46]。審査取極においても、「物品ヲ装飾（美化）スルモノト認ムルニ足ラサルトキハ意匠ヲ構成セサルモノトシテ拒絶スルコト（意匠法第１条）（昭和五）」と定められていた[47]。

審美的価値を意匠の要件と解する理由は、実用新案法の保護対象である実用新案と区別することにあった。旧実用新案法１条は、実用新案の登録対象として、「物品ニ關シ形状、構造又ハ組合ハセニ係ル實用アル新規ノ型ノ工業的考案」を規定していた。学説では、例えば、「實用新案と意匠とは一定の創作せられた考案が型として具現せられた點において一致するが、その考案が前者は實用的價値、後者は審美的價値を目的とする點において異なるのである。その結果型の構成要素においても差異を生ずる。即ち前者が形状、構造または組合わせを型の構成要素とするに對し、後者は形状、模様若しくは色彩またはその結合を型の構成要素としているのである。實用新案と意匠との差異は結局前記の實用的價値があるか審美的價値があるかの點に過ぎないのである」と説かれ

ていた。[48]

現行法制定の基礎となった昭和31（1956）年の工業所有権制度改正審議会答申では、「第１条を改正し、物品の形状、模様若しくは色彩又はそれらの結合に係る新規かつ独創的な意匠の工業的考案をなした者は、その物品の意匠について意匠の登録を受けることができる旨を規定する」とされた。また、「技術的効果のみを有する物品の形状、模様若しくは色彩又はそれらの結合は、意匠ではない旨を定義する」とされた。

しかしながら、上記答申に基づいて特許庁において最初に策定された法案[49]では、２条において、「意匠」が「工業的に製造することができる物品の形状、模様若しくは色彩又はそれらの結合」と定義され、機能に係わる要件は含められず、また、その他に機能に関係する規定は設けられなかった。その後の法案調整において、意匠の定義から、「工業的に製造することができる」という表現は登録要件であるとして外され、逆に「視覚を通じて美感を起こさせるもの」という要件が加えられた。[50]この趣旨も、意匠と実用新案を区別することにあったようである。[51]

結局、昭和34（1959）年に制定された現行法の２条１項には、「意匠」の定義として、「物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であって、視覚を通じて美感を起こさせるもの」が定められた。そして、特許庁の審査では、以下の場合に、審美性（美感性）なしとして拒絶されることになっていた。①視覚以外の五感の快さを主としたもので、視覚による美的処理がほとんどなされていない場合、②機能、作用効果を主目的としたもので、ほとんど美的処理がなされていない場合、③意匠としてのまとまりがなく、煩雑な感じを与えるだけで、ほとんど美的処理がなされていない場合。[52]

以上のように、平成10年改正前は（意匠法５条３号の新設を除けば、現在も変わらないが）、意匠の要件として美感性が定められ、上記②が示すように、この要件において機能性が問題とされていた。これらの点では、米国意匠法と類似しているといえよう。しかしながら、機能性が問題となる理由が、米国法においては、意匠特許と実用特許の境界を明確に設定することであり、機能に係わる創作成果を専ら実用特許の領域に振り向けることであるとすると、我が

国法とは大きく異なる。我が国の旧法では、実用新案と区別するために意匠が審美的価値を有することが要求され、現行法においても、美感性要件によって意匠と実用新案が区別されると解されている。[53] ここでの区別は、意匠と実用新案がいずれも物品の形状等に係わる点で共通しているために、保護の重畳による混乱が生じないようにすることが目指されている。実用新案法が意匠法との関係で優先的な地位を有し、実用新案法の領域に意匠法が侵入することを阻止するものではない。[54] 工業所有権制度改正審議会が「技術的効果のみを有する物品の形状、模様若しくは色彩又はそれらの結合は、意匠ではない旨を定義する」ことを答申したことは前述したが、その理由も、「このたびの改正で意匠権の保護が厚くされた反面、実用新案は程度の低い考案として保護を薄くされた結果、技術的な考案が、実用新案としてでなく、意匠として相当出願されてくることが考えられるので、それらを拒絶するのに容易なように、この際意匠の定義において、はっきりした規定をおくことになつたわけである」と説明されており、[55] 意匠と実用新案が入り乱れることを防止しようとされたのである。

もっとも、こうした意匠と実用新案の区別という我が国法の問題意識への忠実な対応は、機能性を理由とする保護除外ではない。意匠と実用新案による混乱を避けるためには、登録を受ける意匠が美感を起こさせるものであることを的確に判断すれば足りるのであり、機能的であるかどうかは関係ないからである。それにもかかわらず、機能性が問題とされたのは、美感とは美に対する感覚とされ、[56] 主観的性質が強いものであるため、美感を起こさせるかどうかを法的に判断することが困難である一方、造形に当たって機能が主目的であった場合は、美的な考慮は全く又はほとんどされていないことになるので、美感性を欠くと判断することが可能であり、またそのように判断すべきと考えられたためであるように思われる。[57]

なお、米国法の装飾性要件について、前述したように、初期の裁判例に、芸術美や審美的魅力を問題とするものがあったが、裁判官に美に関する主観的な判断を求めるものであり、現在では、そのような考え方を採る裁判例は見当たらないようである。我が国法の美感性要件に関しても、美感の有無を法的な問題として取り扱うことは適切ではないのであり、美感は、対象が人間の心理に

与える影響くらいに理解することで十分であろう[58]。そして、機能性の問題は、次に述べるように、平成10年改正後は専ら５条３号において検討されるべきものであり、結局のところ、美感性要件は、現在では、実用新案等の技術的創作との区別をシンボリックに表すことに止まり、実質的な内容を有しないものとなっていると思われる[59]。

第２節　意匠法５条３号

平成10（1998）年の意匠法改正は、部分意匠制度を導入したが、これに伴い、「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」を不登録事由とする５条３号を新たに設けた[60]。その趣旨は、「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、この意匠権の侵害になってしまうため、経済活動を不当に制限し、かえって産業の発達を阻害する要因になりかねないことに基づくものである[61]」。

「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」とは、その形状が専ら、①物品の技術的機能を確保するために必然的に定める形状、又は②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だけで構成されているものを指す[62]。形状「のみからなる」は、「物品の技術的機能……は専ら形状によって体現されることから、意匠の構成要素である模様、色彩の有無を問わず、その意匠の形状にのみ着目するとの趣旨を現している[63]」と説明されており、形状が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場合には、模様・色彩が付されていても、保護が否定されることになる。

特許庁の意匠審査基準では、「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」に当たるか否かの判断に際しては、特に、ⓐ「その物品の機能……を確保できる代替可能な形状が他に存在するか否か」、ⓑ「必然的形状等以外の意匠評価上考慮すべき形状を含むか否か」を考慮すると定められている[64]。審決例においても、代替的な形状が存在するかどうかが重視されている[65]。なお、５条３号に関する裁判例には、単に同号に該当しないとだけ述べたものしか存在しない[66]。

５条３号の趣旨が、上記のように自由な経済活動の確保であるとすると、同号に該当する形状となるためには、他者が利用することに競争上の必要性が認められるものでなければならず、その結果、同号該当性の判断にとっては、審査基準が定めるように、代替的な形状が存在するかどうかが重要となるであろう。このように解することは、「物品の機能を確保するために不可欠な」という文言とも適合する。

これに対して、５条３号が新設された理由として、「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になると、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」とも述べられている[67]。ここでは、意匠法による技術的創作の保護自体が問題とされているようであり、そうであれば、代替的な形状が存在する場合であっても、３号該当性が認められることがあり得よう。ただし、ここで指摘されている弊害は、技術的創作一般ではなく、「技術的、機能的観点から必然的に導かれた形状」の場合に限られている。

実は、５条３号が定められるに至った議論は、「機能にのみ基づく意匠の保護除外」を対象としたものであった。工業所有権審議会意匠小委員会の報告書は、意匠審査基準では、「機能、作用効果を主目的としたもので、美感をほとんど起させないもの」は３条柱書により登録できないとされているが、「この基準によれば、機能にのみ基づく意匠であっても『美感』を有していれば登録せざるを得ず、『美感』の有無を基準とする判断には限界があるので、『美感』とは別の判断項目を明文化することが適切である」と述べた[68]。新設された５条３号は、機能確保のために不可欠な形状を定めたのであるが、その制定理由の説明には、文言の違いを無視して、意匠小委員会の上記考え方が引き継がれたようである[69]。

学説には、EU において、共同体意匠規則[70] 8条１項が保護を否定する「専ら技術的機能により決定されている（solely dictated by its technical function）製品の外観的特徴」について、同一の機能を果たすことのできる複数の形態が存在するかどうかで判断する「形態の多様性（multiplicity of forms）基準」

と、美的考慮（aesthetic considerations）が存在するかどうかで判断する「美的考慮欠如基準」が対立する中で、欧州司法裁判所が形態の多様性基準を否定した[71]ことを踏まえて、我が国法の５条３号について、美的考慮欠如基準を支持して、代替的な意匠が存在するかどうかを問わず、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と主張する見解がある[72]。意匠の定義の美感性要件における機能性も、創作の主目的が機能、作用効果であることが問題とされていて、美的考慮欠如基準を採用していると評価することができるものであり、そのため、上記見解を採用すれば、美感性要件と５条３号が同質のもので、後者は前者の発展形という関係にあると捉えることが可能となろう[73]。

思うに、上記見解は、我が国法が、EU 意匠法に類似して、機能にのみ基づく意匠の保護除外を定めていたならば、説得力を有したであろう。しかしながら、５条３号では、機能確保のために不可欠な形状のみからなる意匠の保護除外が定められているのであり、この見解を採用することは困難といわざるを得ない。同号については、EU 意匠法における用語を用いるとすると、形態の多様性基準が妥当であり、この基準の下で、代替的な形状の存在が問題とされるべきであろう。

この考え方によれば、美感性要件と５条３号が異質のものとなり、それゆえに、両者の併存を認識すべきことになりそうである。しかしながら、同じ機能性の問題に対して、美的考慮欠如基準を採用していると評価できる美感性要件が存在する中で、形態の多様性基準を採用すると解される５条３号が新設されたのである。形態の多様性基準の適用範囲は、少なくとも理論的には、美的考慮欠如基準よりも狭いことになり、両者の併存は５条３号の新設を無意味なものとすることになる。そのため、機能性の問題は、美感性要件から外され、専ら５条３号において検討されるべきである。

以上のことから、機能性による保護除外については、我が国法と米国法は同様という結果となる。しかしながら、この結果が十分な議論を経たうえでのものかを問われるならば、我が国法は、この点も米国法と同様、否定的に答えるしかない。そのため、現状では、代替的な形状の存在を問題とする解釈で特に

問題はないように思われるが、デザイン経営の進展等の機能性を巡る状況の変化により新たに問題が生じる可能性があり、そのような場合に備えて、米国法の動向を注視する価値はあろう。

第３節　意匠の類否判断における機能性

意匠の一部が機能的である場合の意匠の類否判断については、その部分の形状が機能確保のために不可欠なものである場合には、５条３号の趣旨に鑑みて、当該形状は類否判断において考慮されるべきではない[(74)]。他方、機能確保のために不可欠な形状でない場合には、当該形状が共通することは、類否判断において考慮される場合も考慮されない場合もある。

機能的な形態は、多くの製品で採用されて、ありふれたものであり、需要者の注意を引かず、そのことを理由に類否判断において考慮されないことも少なくないであろう[(75)]。他方、機能を重視する需要者が、その機能を実現する形態に注目することがあり、その場合には、当該形態が類否判断において考慮されることになる。例えば、目違い修正用治具（相対して配置される鉄骨構造又は鋼管コンクリート構造等における形鋼、柱などの突合部に生じる水平・垂直方向のずれを修正するために用いられる道具）に係る意匠権の侵害が争われた、知財高判平成24年６月28日（平成23年（ネ）10085号）〔目違い修正用治具事件〕は、「目違い修正用治具は、建設現場や造船所等で使用され、需要者は、そのような場所で作業を行う業者であり、目違い修正用治具の使用方法及び需要者層からすれば、目違い修正用治具は、その実用的な観点から、使用時における取り扱いやすさ……、耐久性に着目して選択されると考えられるから、目違い修正用治具の把持部材の形状、開口部を有する取付基部の形状、調整用ボルトの形状、補強板の形状（補強板の有無を含む。）における特徴は、需要者の注意を惹きやすい部分であると認められる」と述べた[(76)]。意匠審査基準第Ⅲ部第２章第１節2.2.2.6(３)(a) も、「機能的な要求の実現に造形的な自由度があり、その形状でなければならない必然性がない場合の形状については、その造形的な特徴を考慮する。ただし、物品等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、意匠法が本来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になるため、保護しない（意匠法第５条第３号）」と定めている。

我が国においては、意匠の類否は全体観察によって判断されるが、その判断過程において対比される両意匠の共通点・差異点を認定し評価することが行われる。[(77)] そのため、米国法のような、機能的特徴の除外・濾過そのものの是非が論じられることはない。また、我が国の現状では、上記のような取扱いで特に問題は生じていないであろう。ただし、今後、機能性による保護除外の在り方が変動することがあれば、それに伴って、類否判断における機能的特徴の取扱いも再検討が求められることになろう。

（１） 報告書「『デザイン経営』宣言」〈https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/kenkyukai/kyousou-design/document/index/01houkokusho.pdf〉。久保田大輔「産業競争力とデザインを考える研究会報告書『「デザイン経営」宣言』について」特許研究66号（2018年）87頁参照。

（２） 特許庁総務部総務課制度審議室編『令和元年特許法等の一部改正・産業財産権法の解説』（発明推進協会、2020年）２頁参照。

（３） デザイン経営については、鷲田祐一『デザイン経営』（有斐閣、2021年）も参照。

（４） 米国意匠法における機能性を論じる文献として、Mott, The Standard of Ornamentality in the United States Design Patent Law, 48 A.B.A. J. [part 1] 548, [part 2] 643 (1962); Saidman & Hintz, The Doctrine of Functionality in Design Patent Cases, 19 U. Balt. L. Rev. 352 (1989); Church, The Weakening of the Presumption of Validity for Design Patents: Continued Confusion under the Functionality and Matter of Concern Doctrines, 30 Ind. L. Rev. 499 (1997); Saidman, The Crisis in the Law of Designs, 89 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 301 (2007); Saidman, Functionality and Design Patent Validity and Infringement, 91 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 313 (2009)（邦訳として、事務局（訳）「米国における機能性および意匠特許の有効性と侵害」AIPPI 55巻２号（2010年）88頁）; Afori, The Role of the Non-Functionality Requirement in Design Law, 20 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 847 (2010); Oake, Understanding Functionality in Design Patent Law, Intellectual Property Today, [part 1] Oct., 2011, at 2, [part 2] Dec., 2011, at 2, [part 3] Jan., 2012, at 15; Du Mont & Janis, Functionality in Design Protection Systems, 19 J. Intell. Prop. L. 261 (2012)【以下、"Du Mont & Janis - Functionality"

として引用】; Carani, Design Patent Functionality: A Sensible Solution, Landslide, vol.7, no.2, at 19 (2014); Saidman, The Demise of the Functionality Doctrine in Design Patent Law, 92 Notre Dame L. Rev. 1471 (2017); Du Mont & Janis, Trends in Functionality Jurisprudence: U.S. and E.U. Design Law, in: Hartwig (ed.), Research Handbook on Design Law (2021) 30【以下、"Du Mont & Janis - Trends" として引用】; Menell & Corren, Design Patent Law's Identity Crisis, 36 Berkeley Tech. L. J. 1 (2021)【以下、"Menell & Corren - Identity Crisis" として引用】; Saidman, A Primer on Design Patent Functionality, 36 Berkeley Tech. L. J. 147 (2021)【以下、"Saidman - Primer" として引用】; Sarnoff, Design Patents are Theft, Not just a "Fraud upon the Public," Who Need Legislation to Restore their Repair Rights, 36 Berkeley Tech. L. J. 169 (2021); McKenna, Fixing Functionality in Design Patent Law, 36 Berkeley Tech. L. J. 195 (2021); Carani, All or Nothing at All: Design Patent's Ornamentality Requirement and the Failings of Feature Filtration, 36 Berkeley Tech. L. J. 213 (2021)【以下、"Carani – All or Nothing" として引用】; Menell & Corren, The Design Patent Emperor Wears No Clothes: Responding to Advocates of Design Patent Protection for Functionality, 36 Berkeley Tech. L. J. 231 (2021)【以下、"Menell & Corren – Emperor" として引用】; Carani & Barnes, United States, in: Carani (ed.), Design Rights: Functionality and Scope of Protection (2d ed., 2022) 1. 邦語文献として、青木博通「グローバルにみた機能性と意匠権の保護範囲Ⅲ」DESIGN PROTECT 118号（2018年）20頁。

（5） Du Mont & Janis, The Origins of American Design Patent Protection, 88 Ind. L. J. 837 (2013); Hudson, A Brief History of the Development of Design Patent Protection in the United States, 30 J. Pat. Off. Soc'y 380, 380–383 (1948) 参照。

（6） Menell & Corren - Identity Crisis・前掲注（4）at 24–28; Du Mont & Janis – Functionality・前掲注（4）at 264–265; Hudson・前掲注（5）at 388–393; Binney, Present Status of the Law Relating to Designs, 25 Annu. Rep. A.B.A. 662 (1902); Du Mont, A Non-Obvious Design: Reexamining the Origins of the Design Patent Standard, 45 Gonz. L. Rev. 531, 588–591(2009) 参照。

（7） S. Rep. No.57–1139, at 3 (1902), cited in Menell & Corren - Identity Crisis・前掲注（4）at 25–26.

（8） S. Rep. No. 57–1139, at 1 (1902), cited in Menell & Corren - Identity Crisis・前掲注（4）at 27.

（9） McKenna & Strandburg, Progress and Competition in Design, 17 Stan. Tech. L. Rev. 1, 18–19 (2013).

（10） In re Stimpson, 24 F. 2d 1012, 1012 (C.A.D.C. 1928). In re Koehring, 37 F. 2d

421, 422 (C.C.P.A. 1930) も参照。

(11) H.C. White Co. v. Morton E. Converse & Son Co., 20 F. 2d 311, 312 (2d Cir. 1927). Allen, Design Patentability, 9 J. Pat. Off. Soc'y 298, 299, 302 (1927) も参照。

(12) 例えば、Rowe v. Blodgett & Clapp Co., 112 F. 61 (2d Cir. 1901).

(13) In re Stevens, 173 F. 2d 1015, 1016 (C.C.P.A. 1949).

(14) Strause Gas Iron Co. v. William M. Crane Co., 235 F. 126, 130-131 (2d Cir. 1916).

(15) Blisscraft of Hollywood v. United Plastics Co., 189 F. Supp. 333, 337 (S.D.N.Y. 1960), aff'd in part, rev'd in part, 294 F. 2d 694 (2d Cir. 1961).

(16) Burstein & Vishnubhakat, The Truth about Design Patents, 71 Am. U. L. Rev. 1221, 1254 (2022). U.S. Patent and Trademark Office, Manual of Patent Examining Procedure §1504.01(c) も参照。

(17) なお、Burstein, Faux Amis in Design Law, 105 Trademark Rep. 1455, 1460 (2015) は、商標法における機能性との混同を避けるために、「問題となる意匠が『機能的であるために無効』という代わりに、『装飾的でないために無効』あるいは、『装飾性を欠くために無効』と述べる」ことを提案している。

(18) Fendall Co. v. Welsh Manufacturing Co., 203 F. Supp. 45, 47 (D.R.I. 1962).

(19) Bliss v. Gotham Industries, Inc., 316 F. 2d 848, 851 (9th Cir. 1963); Bentley v. Sunset House Distributing Corp., 359 F. 2d 140, 145 (9th Cir. 1966).

(20) In re Garbo, 287 F. 2d 192, 193-194 (C.C.P.A. 1961); In re Carletti, 328 F. 2d 1020, 1022 (C.C.P.A. 1964).

(21) CAFC の初期の裁判例については、Menell & Corren - Identity Crisis・前掲注(4) at 64-68参照。

(22) L. A. Gear, Inc. v. Thom McAn Shoe Co., 988 F. 2d 1117, 1123 (Fed. Cir. 1993).

(23) Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U. S. 141, 148 (1989).

(24) 988 F. 2d at 1123.

(25) Seiko Epson Corp. v. Nu-Kote International, Inc., 190 F. 3d 1360, 1368 (Fed. Cir. 1999); Door-Master Corp. v. Yorktowne, Inc., 256 F. 3d 1308, 1313 (Fed. Cir. 2001); Rosco, Inc. v. Mirror Lite Co., 304 F. 3d 1373, 1378 (Fed. Cir. 2002).

(26) McKenna & Sprigman, What's in, and What's out: How IP's Boundary Rules Shape Innovation, 30 Harv. J. L. & Tech. 491, 520 (2017).

(27) Apple Inc. v. Samsung Electronics Co., Ltd., 786 F. 3d 983, 989 (Fed. Cir. 2015). In re Becton, Dickinson & Co., 675 F. 3d 1368, 1375 (Fed. Cir. 2012) も参照。意匠法における機能性と商標法における機能性を比較検討する論文として、Olson, Competing Design Doctrines: A Comparative Review of Design Patent & Trade

Dress Functionality, 45 AIPLA Q. J. 555 (2017); Roby, Different by Design: Functionality in Trademarks and Design Patents, Fed. Law., vol.67, Aug., at 27 (2020); Burns & Holubar, Is it Functional or is it Functional?, Landslide, vol.13, no.3, at 26 (2021). TrafFix 事件最高裁判決は、商標法における技術的な機能性に関して、「我々は、『「一般論として、商品の特徴が機能的であり」、商標として役立つことができないのは、「それが、物品の用途や目的に不可欠である場合、又は物品の費用や品質に影響する場合」である』と述べた。……これを敷衍すれば、我々は、機能的な特徴が、『その排他的な使用により競争者が信用とは無関係な不利益を受ける』ものであると考えてきた」と判示した（TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc., 532 U. S. 23, 32 (2001)）。Bone, Trademark Functionality Reexamined, 7 J. Legal Analysis 183 (2015); McKenna, (Dys) Functionality, 48 Hous. L. Rev. 823 (2011); 小嶋崇弘「標識法における機能性法理」日本工業所有権法学会年報42号（2018年）４～７頁参照。商標法には、この技術的な機能性のほかに、美的な機能に関わる美的機能性（aesthetic functionality）があるが、美的機能性は意匠法においては認められないと解されている。Automotive Body Parts Association v. Ford Global Technologies, LLC, 930 F. 3d 1314, 1319-1322 (Fed. Cir. 2019).

(28) Menell & Corren - Identity Crisis・前掲注（４）at 126-128.

(29) McKenna・前掲注（４）at 207. なお、Du Mont & Janis - Functionality・前掲注（４）at 302 は、代替的な意匠の基準は操作され易いという欠点があるが、他の基準よりは適当であると評価する。

(30) L. A. Gear, Inc. v. Thom McAn Shoe Co., 988 F. 2d 1117, 1123 (Fed. Cir. 1993).

(31) Richardson v. Stanley Works, Inc., 610 F. Supp. 2d 1046 (D. Ariz. 2009).

(32) OddzOn Products, Inc. v. Just Toys, Inc., 122 F. 3d 1396, 1405 (Fed. Cir. 1997). Lee v. Dayton-Hudson Corp., 838 F. 2d 1186, 1188 (Fed. Cir. 1988) も参照。

(33) Richardson v. Stanley Works, Inc., 597 F. 3d 1288, 1293-1294 (Fed. Cir. 2010).

(34) Egyptian Goddess, Inc. v. Swisa, Inc., 543 F. 3d 665, 670 (Fed. Cir. 2008). この判決に関する邦語文献として、鹿又弘子「米国意匠権侵害の判断基準に関するCAFC 大法廷判決とその後の判例」DESIGN PROTECT 88号（2010年）13頁、山口洋一郎「米国 CAFC における特許制度改革―意匠権のクレーム解釈における公知意匠の役割を明瞭にした Egyptian Goddess v. Swisa 大法廷判決―」AIPPI 54巻１号（2009年）６頁。

(35) Gorham Co. v. White, 81 U. S. (14 Wall.) 511, 528 (1871).

(36) Litton Systems, Inc. v. Whirlpool Corp., 728 F. 2d 1423, 1444 (Fed. Cir. 1984).

(37) 543 F. 3d at 677-678. Fromer & Lemley, The Audience in Intellectual

Property Infringement, 112 Mich. L. Rev. 1251, 1302 (2014) は、新規ポイントテストが廃止されたことを批判する。Lemley & McKenna, Scope, 57 Wm. & Mary L. Rev. 2197, 2261–2265 (2016) も参照。

(38) Du Mont & Janis – Functionality・前掲注(4) at 278; Chang, The Proper Role of Functionality in Design Patent Infringement Analysis: A Criticism of the Federal Circuit Decision in Richardson v. Stanley Works, Inc., 19 Tex. Intell. Prop. L. J. 309 (2011).

(39) Du Mont & Janis – Trends・前掲注(4)at 45–49 参照。

(40) Apple Inc. v. Samsung Electronics Co., Ltd., 786 F. 3d 983, 998 (Fed. Cir. 2015).

(41) Ethicon Endo-Surgery, Inc. v. Covidien, Inc., 796 F. 3d 1312, 1334 (Fed. Cir. 2015).

(42) Sport Dimension, Inc. v. Coleman Co., Inc., 820 F. 3d 1316, 1322 (Fed. Cir. 2016).

(43) Carani – All or Nothing・前掲注(4); Saidman – Primer・前掲注(4)at 160–166.

(44) Menell & Corren - Identity Crisis・前掲注(4)at 129–132; Menell & Corren – Emperor・前掲注(4)at 251–258. Buccafusco & Lemley, Functionality Screens, 103 Va. L. Rev. 1293, 1353 (2017); Buccafusco, Lemley & Masur, Intelligent Design, 68 Duke L. J. 75, 126 (2018) も参照。

(45) なお、Burstein, Intelligent Design & Egyptian Goddess: A Response to Professors Buccafusco, Lemley & Masur, 68 Duke L. J. Online 94, 108–114 (2019) は、Egyptian Goddess 事件判決が述べた侵害判断方法の下では、Richardson 事件判決におけるクレーム解釈を採用するかどうかで結論が異なることはないと述べる。

(46) 萼優美『條解工業所有権法』(博文社、1952年) 392頁。同旨：田中清明『特許實用新案意匠商標法論』(巌翠堂書店、1935年) 267頁、飯塚半衛『無體財産法論』(巌松堂書店、1940年) 225頁、永田菊四郎『工業所有権論〔改訂版〕』(冨山房、1959年) 245～246頁。また、村山小次郎『特許新案意匠商標四法要義』(巌松堂書店、1922年) 315頁は、意匠は「装飾上の目的」を要すると述べ、吉原隆次『實用新案法意匠法詳論』(有斐閣、1928年) 306頁は、「装飾用」のものであることを要すると述べた。

(47) 昭和26年6月集録意匠審査取極。特許庁意匠課編『意匠制度100年の歩み』(特許庁、1989年) 60頁注32に引用。

(48) 萼・前掲注(46)354頁。

(49) パテント10巻12号 (1957年) 58～65頁に掲載されている。

(50) 特許庁編『工業所有権制度百年史 (下巻)』(発明協会、1985年) 300頁。

(51)　満田重昭＝松尾和子編『注解意匠法』（青林書院、2010年）148頁［森本敬司］は、「当時の審議録によれば、法目的・定義規定を置くに際し、昭和32年10月10日の総務課第２読会において、意匠法と同じく物品の形状を保護の客体とする実用新案法との関係で区別の必要性が指摘され、その翌年の３月26日から４月３日までの法制局第２読会において、『美的感覚に訴えるもの』の案が提案され、その修正として『視覚を通じて美感を起こさせるもの』となり、これが法律文となったことが伺われる」と述べている。

(52)　高田忠『意匠』（有斐閣、1969年）85～86頁。現行の意匠審査基準では、視覚を通じて美感を起こさせるものと認められないものの例として、①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、②意匠としてまとまりがなく、煩雑な感じを与えるだけで美感をほとんど起こさせないもの、を挙げている（第Ⅲ部第１章2.4）。

(53)　渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ〔第２版〕』（有斐閣、2007年）555頁、寒河江孝允＝峯唯夫＝金井重彦編著『意匠法コンメンタール〔新版〕』（勁草書房、2022年）66頁［五味飛鳥］。萼優美『改訂工業所有権法解説〔四法編〕』（ぎょうせい、1982年）546～547頁、高田・前掲注(52)13頁も参照。

(54)　現行法の国会審議の際、当時の政府委員は、実用新案や特許との関係について、次のように答弁した。「例えばライターのような場合について考えてみますというと、デザインとして非常に見た目がよいという場合には、これは意匠権の対象となるわけでございますが、これと同時にライターの技術的効果の上に何らかのプラスがある、例として申し上げますれば、火が消えにくい、風が吹いても消えにくいように、まわりに防壁を作るが、同時にそれが意匠として見た目も非常にいいデザインになるという場合には、これは意匠の登録出願というように扱ってもよし、あるいは実用新案の出願として考えてもよいわけでございますが、このような例があり得るかと思います。あるいはまた扇風機について申し上げましても、見た目の美しい、見た目が非常に心理的に美しいという場合は意匠でございますけれども、これと同時に風力が強くなるとか、危険の防止になるとかいうふうな技術的効果がこれに伴っておるというような場合には、実用新案、あるいは少し程度が高度の場合にはこれが特許権の対象としての発明にもなり得るということが考えられようかと存じます」。第31国会参議院商工委員会議録第15号（昭和34年３月５日）17頁。これは、宮滝恒雄『実例でみる意匠審査基準の解説〔改訂増補版〕』（発明協会、1997年）10頁に引用されている。

(55)　特許庁編『工業所有権制度改正審議会答申説明書』（発明協会、1957年）57頁。

(56)　特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第22版〕』（発明推進協会、2022年）1252頁。

(57)　宮滝・前掲注(54)27頁、豊崎光衛『工業所有権法〔新版・増補〕』（有斐閣、1980年）324頁、紋谷暢男編『意匠法25講〔改訂版〕』（有斐閣、1985年）28頁［小野昌延］参照。

(58)　愛知靖之ほか『知的財産法』（有斐閣、2018年）325頁［青木大也］、茶園成樹編『意匠法〔第２版〕』（有斐閣、2020年）27頁［青木大也］。田村善之『知的財産法〔第５版〕』（有斐閣、2010年）364頁、兼子一＝染野義信『工業所有権法〔改訂版〕』（日本評論社、1968年）591頁も参照。

(59)　米国法の装飾性要件は、意匠が関心事でない場合は満たされないことになるが（前掲注(12)～(13)に対応する本文参照）、このような場合は、我が国法では、「視覚を通じて」という視覚性要件の問題として取り扱われることになろう。

(60)　５条３号には、令和元（2019）年改正により、建築物の意匠と画像の意匠が保護対象に加えられたことに伴い、「建築物の用途にとつて不可欠な形状のみからなる意匠」及び「画像の用途にとつて不可欠な表示のみからなる意匠」が追加された。

(61)　特許庁編・前掲注(56)1263～1264頁。

(62)　特許庁編・前掲注(56)1264～1265頁。

(63)　特許庁編・前掲注(56)1265頁。

(64)　意匠審査基準第Ⅲ部第６章3.4。

(65)　特許庁審決平成17年３月15日（無効2004-35078）〔マンホール蓋事件〕、特許庁審決平成19年12月25日（無効2007-880005）〔平板瓦事件〕。

(66)　東京地判平成20年11月13日（平成18年（ワ）22106号）〔顕微鏡事件〕。

(67)　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、1998年）42頁。

(68)　「工業所有権審議会意匠小委員会報告書―デザイン創造時代へ向けて―」（1997年11月20日）78頁。

(69)　加藤恒久『改正意匠法のすべて』（日本法令、1999年）102頁も参照。

(70)　Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, OJ L 3, 5.1.2002, p.1.

(71)　DOCERAM GmbH v CeramTec GmbH (C-395/16), 8.3.2018, ECLI: EU: C: 2018: 172, [2018] ECDR 13. この判決については、Endrich, Pinning down functionality in EU design law – A comment on the CJEU's DOCERAM judgment (C-395/16), JIPLP 2019, 156; Dobinson, Rethinking the functionality exclusion in EU community design law, EIPR 2019, 639; Suthersanen, Excluding designs (and shape marks): where is the EU Court of Justice going?, IIC 2019, 157; 麻生典「機能にのみ基づく意匠の保護除外の基準について」特許研究66号

（2018年）32頁、青木博通「意匠の技術的機能性に関するEU司法裁判所（CJEU）の判決」ジュリスト1541号（2020年）82頁、Christian Thomas（事務局訳）「EUにおける意匠―保護する価値があるのか、それとも技術的機能によって定められるものなのか？―」AIPPI 63巻12号（2018年）1061頁参照。

(72)　麻生・前掲注(71)41～42頁。

(73)　なお、麻生・前掲注(71)41頁は、「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、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」と述べており、むしろ、両者の併存が正当化されるべきと考えられているようである。

(74)　東京高判平成19年9月10日（平成19年（行ケ）10119号）〔工芸用パンチ事件〕、田村・前掲注(58)367頁。東京高判昭和50年10月29日判タ335号264頁〔保温着事件〕も参照。

(75)　東京地判平成13年8月30日判時1762号140頁〔ラック用カバー事件〕。知財高判平成23年3月28日（平成22年（ネ）10014号）〔マンホール蓋用受枠事件〕も参照。

(76)　東京高判平成16年10月19日（平成16年（行ケ）172号）〔エンドミル事件〕、東京高判平成4年7月30日（平成4年（行ケ）9号）〔集束暗渠管事件〕、東京高判昭和53年8月30日無体集10巻2号436頁〔リーマ事件〕も参照。

(77)　さしあたり、茶園編・前掲注(58)105～106頁［茶園］。

［付記］　本稿は、JSPS科研費 19H01437及び22H00799に基づく研究成果の一部である。