

香りと味の標章性・著作物性再考(1) —欧州の判決例等を手がかりに—

駒 田 泰 士

1. はじめに
2. 香り・味の標章性
 - 2.1 Sieckmann 事件判決
 - 2.11 事実関係
 - 2.12 判旨
 - 2.2 Eli Lilly 事件審決
 - 2.21 事実関係
 - 2.22 審決要旨
 - 2.3 Eden SARL 事件判決
 - 2.31 事実関係
 - 2.32 判旨
 - 2.4 指令及び規則の改正
 - 2.41 MP 報告書に示された廃止理由
 - 2.42 改正の影響をめぐる議論
3. 味の著作物性
 - 3.1 Levora 事件判決
 - 3.11 事実関係
 - 3.12 判旨
 - 3.2 Levora 事件判決をめぐる諸議論
 - 3.21 本判決の意義
 - 3.22 本判決は著作物概念を画したか?
 - 3.23 条約上の例示規定との関連
 - 3.24 味の特定性
 - 3.25 味の表現性
 - 3.26 立証の問題
 - 3.27 現行制度との親和性
 - 3.28 その他の知財制度の有用性 (以上、本号)
4. 考察
 - 4.1 なぜ香りや味は度外視されてきたか

- 4.2 状況の変化
- 4.3 特許制度は有効か
- 4.4 やはり香りや味に特定性はないのか
 - 4.41 誇張を排して
 - 4.42 機械は特定性の問題を解決するか
- 4.5 わが国の著作権法の解釈
- 4.6 わが国の不競法の解釈
- 5. おわりに

1. はじめに

欧州においては、香りや味の標章性や著作物性について、EU法上の重要な司法判断がECJから示されている。

いずれも結論としては消極的な判断であった。香りの標章性に係る判決の後にはEU商標法の関連規定が改正されたが、その際にも当該判決の考え方が明確に否定されることはなかった。よって当面は、香りや味がEU域内で標章ないし著作物扱いされることはないと考えられる。

もともと、近年の産業構造の変化に照らすと、香りや味の商標保護・著作物保護を否定する法政策を今後も維持できるのか、少し疑問がわかないでもない。とくに香り（フレグランス）について顕著に見られることであるが、その開発には通常莫大な投資がされる一方で、リバース・エンジニアリング（以下、「RE」）による香りのコピーが技術の進歩によりますます容易になりつつある。また、様々な感覚を使って顧客とのコミュニケーションを図る戦略は、先進的な企業の間ではもはや確立されたマーケティング手法となっている。たとえばアパレル事業を行っているアバクロンビー&フィッチは、世界中の店舗で同じフレグランス（Fierce）が香るようにしており、顧客は当該フレグランスによって同社店舗内の商品を想起するという。

わが国は現在、香りや味を商標法にいう標章に含めていない。それでも理論上は、不正競争防止法にいう商品等表示（同法2条1項1号・2号）に含まれると解したり、著作物（著作権法2条1項1号）に含まれると解することが可能である。しかし、そのような解釈を明確に支持する論者も

ほとんどいない¹。つまり、わが国では一般に、香りや味はカテゴリカルにパブリック・ドメイン（以下、「PD」）に属すると解されてきたように思われる。しかし、このコンセンサスはほとんど暗黙のものであるので、なぜそのように解すべきかに関する明確な説明に出会う機会もほとんどない。香りや味がPDに属するとの結論自体は合理的と評価しうるかもしれないが、その根拠がこれからも妥当し続けるか否かはよくわからないところである。

本研究は、上記欧州判決を主な考察の素材として、香りや味はなぜPDに属すると考えられてきたのかを改めて問い直し、当該法政策は今後も維持されるべきか否かを考察しようとするものである。

2. 香り・味の標章性

香りが、いわゆる商標ハーモ指令（89/104/EEC）や商標規則（（EC）No 40/94）上の商標を構成しうるか否かについて、ECJとEGC（第1審裁判所）がそれぞれ意見を述べている（2002年 *Sieckmann* 事件判決²、2005年 *Eden SARL* 事件判決³）。また、味の標章についてその登録を否定したOHIM（現在のEUIPO）の審決がある（2003年 *Eli Lilly* 事件審決⁴）。

2.1 *Sieckmann* 事件判決

本判決は香りの標章についてハーモ指令の解釈を示したものである。

¹ 中山信弘は、著作物の定義にいう「表現したもの」に関して、「人の五感をもって感知し得る程度に具体的なものとなっている必要がある」と述べる。もっとも、香りや味の著作物性を肯定する趣旨か否かははっきりしない。『著作権法』（第3版、有斐閣、2020年）60頁。

² C-273/00.

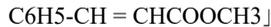
³ T-305/04/00.

⁴ R 120/2001-2 (2004). なおこれに先行して、香りの標章について登録を否定したOHIMの審決（R 711/1999-3 (2001)）も存在するが、本稿では *Sieckmann* 事件判決の影響を受けた *Eli Lilly* 事件審決のみ紹介する。

2.11 事実関係

当時のハーモ指令 2 条には、写実的に表現できる標章のみが商標を構成するとの文言があり (graphical representation の要件)、この事件ではケイ皮酸メチルエステルに係る香りの標章の登録可能性が争われた。出願人 (Sieckmann 氏) はディスクリプション (説明) を添付したが、それは次のようなものである。

「ドイツ特許商標庁に出願された純粋化学物質 (ケイ皮酸メチルエステル) に係る香りの標章について商標保護を求める。当該物質の化学式は下記の通りである。この標章の見本も、ドイツ・テレコムのエエローページにリストアップされた地方研究所又はたとえばダルムシュタットにある E. Merck 社を通して取得できる。



Sieckmann 氏はまた、出願に際してコンテナに入った香りのサンプルを提出し、この香りは通常、シナモンをわずかに含むバルサミコの果実の匂いと表現されると述べている。

ドイツ特許商標庁は、本願商標の写実的表現性は疑わしいという理由で、出願を拒絶した。同庁は結局、識別力を欠く商標はいかなる場合であれ登録できないから、当該標章が写実的表現性を有するか否かを判断する必要がない、とまで述べた。

Sieckmann 氏は拒絶査定に対する不服申立てを行った。照会元である連邦特許裁判所は、理論上、香りは出所を表示する独立した手段として商標登録されうると判示した。そして同裁判所は、本願標章は上記役務を識別せしめるもので、それらの特徴を純粋に記述するものではないと判断した。しかし同裁判所は、本願標章のような香りのそれは、指令に対応する国内法上の要件である写実的表現性を充足しない疑いがあると判断した。そこで手続を中止して以下の質問に対する ECJ の先決的意見を求めた。

- (1) 指令にいう写実的表現性を充たす標章とはそれ自体が視覚的に認識しうるもののみをいうのか、それとも補助的な手段により間接的に表現しうるものも含むと解釈すべきか。

- (2) (1)において後者の解釈が支持される場合に、香りの標章は次のいずれによって写實的に表現することが可能か。(a) 化学式、(b) 公開を予定したディスクリプション、(c) 見本の提出、(d) 上記補助手段の組み合わせ。

2.12 判旨

ECJは、ハーモ指令2条が商標を構成しうる標章として例示している具体例はいずれもそれ自体が視覚的に認識可能なものばかりであるが、当該規定はあくまでも例示であること、写實的表現性の要件は当該標章“それ自体”が視覚的に認識可能でなくとも充たされうることを指摘している(par. 44, 45)。ただし、登録官庁が審査対象を的確に特定し、登録を維持できるように、また市場における競争者が登録・出願情報を的確に調査できるように、またそもそも当該標章が出所を表示する機能を営むことができるように、その表現は、明確で、正確で、自足しており、容易にアクセスでき、知的に把握でき、持続的かつ客観的なもの(clear, precise, self-contained, easily accessible, intelligible, durable and objective)でなければならぬとしている(par. 50, 51, 53, 55)。

他方で、化学式から香りを認識しうる人はわずかであり、十分知的に把握できる手段とはいえないこと、化学式は香りではなく物質を表現するものであって⁵、十分明確かつ正確に表現する手段とはいえないことを指摘している(par. 69)。また、ディスクリプションも十分に明確、正確かつ客観的な手段であるとはいえず(par. 70)、見本も十分に安定的で持続的ではな

⁵ 香りの著作権保護に好意的な論者からは、化学物質(化学式)と(その)香りの関係は楽譜と音楽のそれに等しいという指摘が聞かれることがある。これに対して否定的な論者からは、化学式は第一義的には当該物質の化学的組成を示すものであり、化学式から香りを認識しうる人はわずかであることから、それと香りとの関係は、楽譜と音楽のそれに比することができないと反論される。文脈は異なるが、判旨もこれと同様の考えに立つものであろう。もっとも、単純なメロディーであればともかく複雑な音楽になってくると、楽譜を読んだだけで音楽全体を認識しうる人は(その分野のプロであっても)かなり限られてこよう。結局、当該物質を実際に生成しなければ香りを知りえないように、楽譜をもとに実際に演奏しなければ音楽を正確に知りえないことになるから、両者の間に決定的な違いはないようにも思える。

いため、やはり写実的表現性の要件を充たさないとしている (par. 71)。そしてこれらが個別的に見て当該要件を充たさない以上、その組み合わせもまた当該要件を充足しないと判断した (par. 72, 73)。

要するに ECJ は、(1) の質問に対し写実的表現性は標章それ自体の視覚的認識可能性を要求しないと回答し、(2) の質問で列挙された方法では当該要件を充たしないと回答した。

2.2 Eli Lilly 事件審決

その後 OHIM は、Sieckmann 事件判決に示された写実的表現性の要件に係る解釈を、味の標章について援用している。

2.21 事実関係

これは、「菓の苦みを緩和する人工的なイチゴ味」というディスクリプションとともに共同体商標の登録出願がされたという事案である。OHIM 審査官は、当時の商標規則 (EC) No 40/94) 4 条が定める写実的表現性の欠如 (7 条 1 項 a 号) と識別力欠如 (同項 b 号) を理由にこれを拒絶する旨を出願人に通知した。出願人はこれに異議を唱えたところ、審査官はさらに当該標章が医療調合剤の記述的表示に当たるとの拒絶理由を示した (7 条 1 項 c 号)。そして拒絶査定をしたが、写実的表現性に係る拒絶理由はこれを撤回した。

2.22 審決要旨

審査官が撤回した時点では、Sieckmann 事件判決が言い渡されていなかった。審判官は同判決を踏まえ、写実的表現性に係る拒絶理由が成立するとしている (par. 12)。もっとも、識別力の欠如を理由とする審査官の判断はいずれにせよ正当であるので、本件ではその点を指摘するまでもないとした (par. 13)。

2.3 Eden SARL 事件判決

本判決は香りの標章について商標規則の解釈を示したものである。

2.31 事実関係

本件の事案は、熟したイチゴの香りと表現される香りの標章の共同体商標登録出願に関して、OHIMが下した拒絶審決の取消しを出願人が求めたというものである。

2.32 判旨

EGCは、一般論として香りの標章がSieckmann事件判決に示された基準を充たす形で表現される可能性を全否定しなかったが(par. 28)、しかし本件においては「熟したイチゴの香り」という表現は明確、正確かつ客観的なものでないと結論づけた(par. 33, 35)。イチゴの香りはそもそもが種類によって様々に異なるため、というのがその理由である。

2.4 指令及び規則の改正

その後、2008年に欧州理事会は欧州委員会にEU商標制度の見直しを提言し、これを受けてマックスプランク研究所が2009年から2年間調査研究を行っている。2011年に同研究所の報告書⁶(以下、「MP報告書」)が公表され、その提言に基づいてハーモ指令及び商標規則上の写実的表現性の要件が廃止された。同要件を廃止したこれらのEU法の基本的な内容は、2016年から施行されている。

現行のハーモ指令((EU) 2015/2436) 3条1項と商標規則((EU) 2017/1001) 4条1項は、商標が、(a) 自他商品等識別力をもち、かつ (b) 明確で正確な保護対象(the clear and precise subject matter of the protection)を登録官庁及び公衆が特定できるような方法で表現される標章によって構成されることを定めている。また商標規則の前文10項には、「標章は、一般に利用可能な技術を用いて表現することも許容されるべきである。ゆえに、表現が明確、正確、かつ自足しており、容易にアクセスでき、知的に把握可能で、持続的かつ客観的なものである限り、写実的な手段である必要はない」と規定されている。ハーモ指令の前文13項にもほぼ同じ規定がある。

⁶ Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System (available at https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi_final_report_with_synopsis.pdf).

2. 41 MP 報告書に示された廃止理由

MP 報告書は、写実的表現性の要件を廃止すべき理由をいくつか挙げている。第一に、それが制度のユーザの大半の意見であることである (par. 2. 9)。第二に、写実的に表現できないものは EU 法上絶対に商標を構成しないという見解があるが、これは誤解であって、この要件は登録制度との関係で重要性をもつにすぎず、当該標章それ自体の保護適格性を決定するものではないことを明確にする必要があることである (par. 2. 12)。第三に、この要件は解釈によってすでにかなり柔軟に運用されているが、それでも音、香り、味、触感の標章といった非伝統的標章に関してかなりの法的不安定性を残していること、第四に、音の標章には録音物のように写実的表現よりも法的安定性を高めるのに適した手段があること、である (par. 2. 13)。

2. 42 改正の影響をめぐる議論

MP 報告書は、登録要件を緩和するとしても *Sieckmann* 事件 ECJ 判決に示された基本的な考えを損なうべきではないが、判決に示された基準を逐語的に再述する必要はないとしている (par. 2. 13)。確かに改正法条の文言は「明確かつ正確」にとどめられたが、前文では当該判決の基準 (7 基準) が結局そのまま再述されている。後で検討する味の著作物性に係る ECJ 判決では、「十分な正確性と客観性をもって特定しうる (identifiable with sufficient precision and objectivity)」という基準が用いられているが、いずれも同じ状態を指すものと考えられるので、以下ではこれを「特定性 (identifiability)」と呼びたい。

MP 報告書自体は、香りや味の商標登録にも好意的なスタンスをとっているように見えるが、上記のように改正後も *Sieckmann* 事件判決の影響は残存しているため、それらの登録が実現することはありそうもないことと論じられている⁷。

ただし、*Sieckmann* 事件判決は、ガスクロマトグラフィー質量分析法 (以

⁷ T.A. Adekola, “Abolition of Graphical Representation in EU Trademark Directive: Should Countries with Similar Provisions Follow EU’s Footsteps?”, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 24, 2019, pp. 65-66; 麻生典「香りの文化と法的保護」*Cosmetology* 28号 (2020) 188-189頁。

下、「GC-MS」の利用可能性については(問われていないので)何も言及していない。また、香り、味、触感に係るセンサ技術は長足の進歩を遂げつつあるので、そうした技術の助けによって上記特定性の問題が除去される見込みはある、とも論じられている⁸。

3. 味の著作物性

ECJは最近、味の著作物性について初めて判断する機会を得た。

3.1 Levora 事件判決

それが2018年Levora事件判決⁹である。問題となったのは、工業製品の加工食品の味であった。

3.11 事実関係

Heksenkaas (又はHeks'nkaas) は、クリームチーズとハーブから構成される食品で、他の食品の上に塗ることが予定されている製品である。Heksenkaasは、野菜及び生鮮食品を扱うオランダの小売店によって2007年に開発されたが、2011年に、食物原料の製造を業とするLevora Hengelo BV (以下、「Levora」)との間で、当該製品に係る知的所有権を譲渡する旨の合意が成立した(Heksenkaasの製造方法に係る特許は2012年に付与され、Heksenkaasの文字商標は2010年に登録出願されている)。

同じく食物原料の製造を業とするSmilde Foods BV (以下、「Smilde」)は、2014年1月以降、Witte Wievenkaasとして知られる製品を製造し、オランダのスーパーマーケット・チェーンにこれを卸してきた。

Levoraは、Heksenkaasの味が同国著作権法1条にいう著作物に該当し、Witte Wievenkaasはその複製物に該当すること、Witte Wievenkaasの製造と販売はHeksenkaasの味に係る著作権を侵害することを理由として、その差

⁸ Ibid., p. 66; 麻生、同上189頁。なお、Sieckmann事件判決に倣い、商標構成可能な標章は「自足している(self-contained)」ものであることを要求しているにもかかわらず、一般に利用可能な技術の補助による表現でもかまわないとしている商標規則前文10項は、矛盾しているのではないかと指摘されている。See, Adekola, *ibid.*, p. 67.

⁹ C-310/17.

止めを求める訴訟をオランダ・ヘルダーラント地方裁判所に提起した。なおLevoraは、当該訴訟手続において、味に係る著作権が「接触を通して知覚される感覚を含む口中での食品消費によって惹起された味覚上の総体的印象」の上に成立すると主張している。

これに対しSmildeは、食品の味について著作物性はカテゴリーカルに認められないと主張した。

同地裁は、Heksenkaasの味を構成するどの要素又はどの要素の組み合わせについて著作物性の存在を主張しているのかについて、Levoraが立証責任を尽くしていないとして、Heksenkaasの味が著作物に該当するか否かについて直接判断することなく請求を棄却した（2015年6月10日判決）。

Levoraはオランダ・アーム・レーワルデン控訴裁判所に控訴した。

同控訴裁は、本件における中心的問題は食品の味が著作権保護を享受できるかどうかであると考え、以下の質問に対するECJの先決的意見を求めた。

- (1) (a) EU法は、食品の味が—著作者の固有の知的創作物として—著作権によって保護される可能性を排除しているか。とりわけ：
 - (b) EU全加盟国を拘束するベルヌ条約の2条1項では、「文学的及び美術的著作物」は、「表現の方法又は形式の如何を問わず…文芸、学術及び美術の範囲に属するすべての製作物」を含むとされており、ここに挙げられている例はいずれも視覚又は聴覚によって認識される創作物であるという事実によって、味に対する著作権保護は排除されるか。
 - (c) 食品の不安定さ及び／又は味の主観的な性質は、食品の味が著作権保護を享受する可能性を排除するか。
 - (d) 情報社会指令2条ないし5条が定める排他的権利とその制限は、食品の味について著作権保護を排除するか。
- (2) 質問1(a)に対し「否」という回答がされた場合、
 - (a) 食品の味が著作権保護を享受するための要件は何か。
 - (b) 味の著作権保護は、味それ自体の上のみ基礎づけられるのか、それとも食品のレシピにおいてか、それともその両方か。
 - (c) 侵害訴訟において著作権保護を享受しうる食品の味を創作したと

主張する当事者は、どのような証拠を提出すべきか。係争対象の食品を味わったり匂いをかいだりすることで法廷意見を形成することができるよう、当事者が当該食品を法廷に提出することで十分か。それとも控訴人は、当該味を構成するために行われた創作的選択に係るディスクリプション及び／又はその味が著作者の固有の知的創作物と評価されるために依拠したレシピを提出すべきか。

- (d) 侵害訴訟の法廷は、被告食品の味が著作権侵害を構成しうるほどに控訴人食品の味と類似しているか否かをどのように判断すべきか。総じて二つの味が同一であるという印象は、ここにおいて決定的なファクターとなるか。

3.12 判旨

Smildeは、本案手続においてLevoraが著作物性を主張するHeksenkaasの味を明確に特定していないことから、同手続において請求が棄却されるべきことは明白であり、ECJは本件照会を受理すべきでないと主張した。これに対してECJは受理可能性(admissibility)を認めたが、その詳細は割愛する。

ECJは、大旨以下のように回答している。

照会元裁判所が質問(1)で問うていることは、要するに次の2点である。すなわち、(i) 情報社会指令は食品の味に著作権保護を与えていないと解釈されねばならないか、また(ii) 同指令は、国内法令が味に著作権保護を与えることを禁じていると解釈されねばならないか、である(par. 32)。

情報社会指令が「著作物」概念の意味と範囲について加盟国法への参照を全く命じていないことから、当該概念の解釈は、EU法上独立したものであり、域内で画一的に通用するものでなければならない。そしてこのことは、EU法の統一的適用の要請と公平の原則から導かれる(par. 33)¹⁰。

食品の味は、それが情報社会指令にいう「著作物」に分類されて初めて同指令に基づく保護を受けうる(par. 34)。同指令にいう「著作物」に分類

¹⁰ 判決は、2009年Infopaq事件判決(C-5/08)や2014年Deckmyn事件判決(C-201/13)を引用している。

されるためには、次の二つの要件をともに充足しなければならない。第一に、目的物が著作者の固有の知的創作物であるという意味で創作的であること (par. 35, 36)、第二に、当該創作物は表現したものであること、である (par. 37)。

国際条約上採用されているアイデア・表現の二分論は、EU法としても当然に妥当する (WIPO 著作権条約 2 条、TRIPs 協定 9 条 2 項) (par. 38, 39)¹¹、そこから、情報社会指令にいう「著作物」が存在するためには、目的物が十分な正確性と客観性をもって特定されるように表現されていなければならないということが導かれる。その際、当該表現が必ずしも永続的形態をとっていなくてもよい (有体物に固定されていなくてもよい) (par. 40)。

「表現したもの」から上記特定性のルールが派生する理由は、さらに次のように説明できる。第一に、著作物が明確かつ正確に特定できるということは、排他的権利としての著作権の保護を保証する当局にとって必要なことであるし、侵害を回避したいと考える第三者、とりわけ市場において競争する事業体にとって必要なことだからである。第二に、法的安定性の観点からは目的物を特定する上で主観的な要素が介在してはならず、当該要素が介在しないことを保証するには、目的物は正確かつ客観的に表現しうるものでなければならないからである (par. 41)。

文学的、絵画的、映画の又は音楽著作物の場合と異なり、食品の味には上記特定性がない。食品の味というものは、本質的に主観的で変化しやすい味覚的感觉と経験に基づいて特定されるものである。すなわち、当該食品を味わう者の年齢や食の好み、消費性向といった属性や、当該食品が消費される環境・文脈に、味は依存している (par. 42)。また、現状では、技術的手段を用いて正確で客観的な食品の味の特定を行い、その味を他の同種食品の味から識別できるようにすることも不可能である (par. 43)。

結局、食品の味は情報社会指令上の「著作物」に分類されえない (par. 44)。また、既述のようにEU法上の著作物概念は域内で統一的に適用され

¹¹ EUはベルヌ条約の当事国ではないが、WIPO 著作権条約の当事国であり、その 1 条 4 項を通してベルヌ条約上の実体規定 (1 条ないし 21 条) を遵守する義務を負っている。また WTO の当事国であり、TRIPs 協定 9 条 1 項を通して同じ義務を負っている。

ねばならないことからすると、同指令は、国内法令が食品の味に著作権保護を与えることを禁じていると解釈されねばならない (par. 45, 46)。

質問 (1) の回答が「是 (排除している)」である以上、質問 (2) に回答する必要はない。

3.2 Levora 事件判決をめぐる諸議論

本判決には実に多くのコメントが寄せられている。

3.2.1 本判決の意義

本判決は食品の味についてのみ直接判断しているが、その影響は、香りの創作にも及ぶと思われる¹² (実際、視覚や聴覚は機械的感覚として、嗅覚と味覚は化学的感覚としてしばしば一緒に議論される¹³)。本件において Smilde は、著作権制度は視覚又は聴覚によって認識しうる創作物のみを保護する制度であり、嗅覚や味覚の対象は著作物に含まれないと主張していた。反対に Levora は、視覚や聴覚の対象のみが著作物たりうるわけではないと主張し、香水の香りも原則として著作物たりうるとしたオランダ最高裁判決 (2006年判決¹⁴) を引き合いに出していた。なお、これとは対照的に、フランスの最高裁は香水の香りはカテゴリカルに著作物概念から

¹² もっとも、判決理由は明示的に食品の味に限定されており、その特定性欠如に基づいているから、必ずしも香りに等しくあてはまるとはいえないとするコメントもある。論者は、香りに関しては味よりもこれを正確に把握する技術が進歩しつつある点や、それとの関連で ECJ が (Sieckmann 事件判決において) 香りが特定性の基準を充たしうると考えていたであろう点を、理由として指摘している。Léon Dijkman, “CJEU Rules that Taste of a Food Product is not Protectable by Copyright”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 14, No. 2, 2019, p. 86.

¹³ Sieckmann 事件において公表された ECJ 法務官 (Ruiz-Jarabo Colomer) の意見によれば、この区別は神経生理学において一般的に確立されたものであるという。Opinion of Advocate General C-273/00 (hereinafter referred to as “AG opinion”), par. 25.

¹⁴ Hoge Raad, June 16, 2006, *Lancôme Parfums et Beauté et cie S.N.C. v. Kecofa BV*. 名和小太郎「香水の著作権？」情報管理50巻9号(2007)597頁以下が、本判決を紹介している。

除外されるという真逆の判断を示している（2013年判決¹⁵）。とはいえ、フランス国内ではこの最高裁判決に従わない下級審の裁判例も多い¹⁶。

3.22 本判決は著作物概念を画したか？

ECJはこれまで創作性についていくつか判例を積み重ねてきているが、著作物それ自体に関しては、これまでのところ明確な指針を示してこなかった。本件はECJが（EU法上の）著作物概念に明確な定義を与えるきっかけになるかと思われたが¹⁷、本判決は結局そのような期待に応えるものではなかったと評価されている¹⁸。

確かにECJは、食品の味は、それが情報社会指令にいう「著作物」に分類されて初めて同指令に基づく保護を受けることができるとし、著作物概念をまず明らかにしようとしているように読める。しかし、そこで述べられた二つの要件論は、McCutcheonによるとやや粗雑な考察の結果でしかない。この点について彼女は次のように指摘している。まず第一の要件は、単に創作性要件をリステイトしたもの、あるいは著作物性を創作性にマー

¹⁵ Cass. com., 10 déc. 2013, n° de pourvoi : 11-19.872 <disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/>>. なおフランスでは、それ以前にも同旨の結論を述べる破毀院判決が複数存在していた。Cass. civ., 13 juin 2006 [Bsiri-Barbir], RIDA 2006 oct. p. 349, RTD Com. 2006, p. 587; Cass. com., 22 juill. 2008 [Beauté Prestige]; Cass. civ., 22 janv. 2009 [Lancôme], RIDA 2009 janv. p. 371.

¹⁶ V.A. Lucas / A. Lucas-Schloetter / C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5° éd., 2017, No. 78, p.100, note 53.

¹⁷ See, e.g., C. Sganga, “Say Nay to a Tastier Copyright: Why the CJEU Should Deny Copyright Protection for Taste (and Smells)”, *JiPLP*, Vol. 14, No. 3, 2018, p. 190: “It is now up to the Luxembourg judges to make order in the overlap of sources and responses, providing a final answer to the heated querelle”.

¹⁸ C. Sganga, “The Notion of ‘Work’ in EU Copyright Law After *Levola Hengelo*: One Answer Given, Three Question Marks Ahead”, *EIPR*, 2018, p. 415 & p. 420: “The ‘Heks’nkaas’ case promised to be the end of a jurisprudential saga where the clouds surrounding the notion of work in EU copyright law could be finally cleared out” “the hope for a conceptual clarification...could last only for four months.” See also, J. McCutcheon, “The Concept of the Copyright Work under EU Law: More Than a Matter of Taste”, *European Law Review*, Vol. 44, No. 6, 2019, p. 779.

じさせたものにすぎない。そして、そのように創作的でなければならない著作物とは一体何であるかについて、ECJは何も述べていない。第二の要件も、アイデア・表現の二分論を単純にリステイトするものでしかない。結局、これらの要件論はトートロジーである¹⁹。ECJは、実質的に特定性を第三の要件としているが、これもすべての所有権 (property) についてあてはまる基本的な要請にすぎない。

また、ECJが著作物概念に明確な定義を与えなかったことから、Sgangaは、著作物を限定列挙するタイプの加盟国法令がEU法と整合するか否かは本判決によって明らかとされるまでには至らなかったと述べている²⁰。そのような国内法令としては、アイルランド法、オーストリア法及び(Brexit以前の話になるが) 英国法が知られている。

3.23 条約上の例示規定との関連

本判決は質問 (1) (b) について正面から回答していない。この点は、本判決が「現状では」技術的手段を用いて正確で客観的な味の特定をなしえないと述べたこととも相まって、味と著作物概念との関係に不明確さを残している²¹。

というのも、仮に、ベルヌ条約上の例示規定が味や香りをア・プリオリに著作物から排除する趣旨と解されるなら、特定性の有無とは関係なく、味はそもそも著作物を構成しないということになるが、ア・プリオリに排除されていないとすれば、味が著作物を構成するか否かは、結局、特定性に依存するからである。そして判旨は、将来的には何らかの機械的・技術的手段によって味についても特定性が承認される可能性を、明確に排除していない。

¹⁹ McCutcheon, *ibid.*, p. 780. したがってMcCutcheonは、ECJは単に味が著作物たりうるかについてのみ論ずる抑制的判断をただけであって、著作物自体の積極的な定義は行わなかったと評価している。また、そのような定義をする機会がECJに訪れるのかについても疑問視している。著作物自体という包括的で抽象的な概念の定義という問題は、個別事案との関連性を有しない仮定の問題と評価される可能性があるからである。

²⁰ Sganga, *op. cit.* (n. 18), p. 420.

²¹ この点の指摘については、*Ibid.*; McCutcheon, *op. cit.* (n. 18), p. 781.

また、技術的手段による特定性が基本的に承認されたととして、ではどの程度の特定性で足りるかのガイドラインも、もちろん本判決には示されていない。

これに対し、本件に係る法務官意見は質問 (1) (b) に回答しており、ベルヌ条約上の例示は味や香りを排除する趣旨との解釈を示した、と見る向きがある²²。しかし、そのように読むことができそうな箇所は、実際には以下の文章に限られる²³。

「…私は、ベルヌ条約 2 条 1 項では『文学的及び美術的著作物』という語は『表現の方法又は形式の如何を問わず、文芸、学術及び美術の範囲に属するすべての製作物を含む』とされているけれども、当該規定は書籍や楽曲のようなもつぱら視覚又は聴覚によって認識される著作物を列挙しており、味や香り、触覚などの他の感覚によって認識されうる成果物は排除されていることに留意したい。」

ここから何らかの決然とした意見を読み取ることは困難であろう²⁴。

ベルヌ条約は著作物を視覚や聴覚の対象に限定していると解するとしても、それは可能な解釈の一つにすぎず、そのようなルールの一合理性は一体どこにあるのかが結局説明されねばならない。法務官は、著作物性について疑念が持続するときは必ず国際社会が介入して明確化が図られるのが常であるとして、その例としてコンピュータ・プログラムやデータベースをあげている²⁵。それらは確かに、ベルヌ条約の特別の取極めである WIPO 著作権条約において著作物に含まれることが明確化された。しかしそのような事実は、当該ルールの一合理性を直接説明するものではない。ま

²² Sganga はこのように評価しているように思える。Ibid.

²³ AG opinion, par. 51.

²⁴ Cf. McCutcheon, op. cit. (n. 18), p. 781.

²⁵ AG opinion, par. 52 & 53. Sganga も、これまで EU 法は新たな経済的・技術的与件に対応するために著作権法を現代化する必要性について言及してきたが、そのために著作物の伝統的なカテゴリーの内容を明確化することはあったものの(コンピュータ・プログラムを literary work に含めた例)、新たなカテゴリーを承認することは決してなかったという事実を指摘している。Sganga, op. cit. (n. 17), pp. 192-193.

た、ベルヌ条約のリストが作成されたときにはすでに料理や香水の芸術性は確固たる評価を得ていたが、それでもリストにそれらが明示的に掲載されなかった事実は、条約作成者がそれらは著作物概念に含まれないと考えていたことを裏書きするという見解もある²⁶。そうだとしても、味や香りが著作物たりえないと条約作成者が考えた理由は何か、今日でもその理由は妥当するのかがさらに問題となろう。法務官意見も結局は特定性を重視しているようであり、しかも、次のように述べている点でさほど本判決と変わらないという印象を受ける²⁷。

「今日の技術では、味や香りの正確で客観的な特定は不可能ではないかと思われる…私は、将来的に技術が発展して、味や香りの正確で客観的な特定ができるようになり、立法府が著作権やその他の手段を用いてそれらを保護する行動を起こす可能性は、否定しない。」

なお、欧州の著名な学者から成る団体「欧州著作権協会（European Copyright Society²⁸、以下、「ECS」）」も本件のための意見書²⁹をECJに提出しており、そこでは、ベルヌ条約が著作物の例示以前に「文学、学術、美術」の三分野を示し、その外縁ないし外周を定めたとの見解を示している（par. 9）。もっともECSは、著作権制度の目的と正当化根拠こそがそれら三分野の外縁を明確に定めるとも述べており、やはり目的論的解釈の必要性を認めている（par. 10）。

3.24 味の特定性

味には（目下のところ）十分な特定性がないという見解が多数である。これにはいくつか理由が指摘されている。

²⁶ Ibid., p. 192; McCutcheon, op. cit. (n. 18), p. 782.

²⁷ AG opinion, par. 57.

²⁸ ストラスブール大学のC. Geigerやマックスプランク研究所のR. Hiltyが主導する非営利団体組織。

²⁹ “Opinion on the pending reference before the CJEU in Case 310/17” (available at <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2018/03/ecs-opinion-on-protection-for-tastes-final1.pdf>), hereinafter referred to as “ECS opinion”.

- (a) 食品自体が不安定で（生産年度、どの程度空気に触れていたか、気温、賞味期限等に影響される）、一定の状態を保持しない³⁰。
- (b) 味は、味覚のみならず嗅覚や口中の触感によっても構成されると考えられ、食品自体の視覚的形態からも影響を受けると考えられる。よってその範囲がはっきりしない³¹。
- (c) 味わうという経験の内容はテイスターの属性（性別、喫煙嗜好の有無、病気の有無、テイスティングに係る訓練経験の有無等）に左右される。また、味わう際にテイスターが何を見て何を聞いているかという要素、すなわちテイスティングの文脈であるとか環境にも左右される³²。また、テイスターが先に何を食し何を飲んだかによっても変化しうる³³。
- (d) 味には経時的要素がある。ワインのアタック、フィニッシュ、アフター等³⁴。

もっとも法務官意見は、(a) は味を著作物概念から除外する理由にはならないと指摘している。情報社会指令は、著作物の固定を著作権保護の要件として定めていないからである³⁵。

(c) は、味の鑑賞には必然的に主観性が介在するという見方に説得力を与えている。もっとも、味とよく比較される香りについて Field は次のように述べている³⁶。

³⁰ Ibid., par. 23; McCutcheon, op. cit. (n. 18), p. 775. なお、香水の香りも同様の意味において不安定であるといわれる。皮膚上の化学成分の影響を受けるので、直接皮膚に噴射するか服の上に噴射するかで同じ香水でも香りが違ってくるといふ。

³¹ Ibid., p. 771.

³² Ibid., p. 775.

³³ Ibid., p. 776. なお、香水の香りにも経時的要素がある。トップノートは10分から15分程度皮膚の上に滞留するが、その後は数時間ミドルノートが支配的になる。最後まで香りを保つのがエンドノートであり、これが香水の基礎となる香りである。

³⁴ Ibid.

³⁵ AG opinion, par. 59.

³⁶ T. Field, “Copyright Protection for Perfumes”, IDEA- The Journal of Law and Technology, Vol. 45, No. 1, 2004, p. 27. Field は香りの著作権保護を否定しないが、立法による明確化が必要であるとしている (p. 30)。

「香りに対する保護を拒絶することは、図画に対して保護を否定するのと全く同じことのように思える。なぜなら、その印象は、たとえば照明、距離そして角度によって変化するし、いうまでもなく観察者の視覚的鋭敏さや誰が色盲の者であるかによっても変化するからである。音楽も、楽器の特徴を考慮するならば、それに応じて、あるいはそれ以上にもっと変化する。」

また、やや異なる観点からであるが、そもそも創作的表現である著作物は生の作品 (*l'oeuvre brute*) そのものではなく、まさに創作的表現としてそこから観念的に抽出されるべきものであるから(そして裁判官がこの抽象化作業を行う)、保護対象を特定する上である程度主観性が介在することは避けられないことであり、著作物について特定性を要求することは本来的に不可能であると *Quaedvlieg* は主張している³⁷。

McCutcheon は、*Field* の上記見解を批判している。彼女は伝統的な著作物も人によって異なる印象の対象となりうることを認めるが、それらと味との間にはなお二点の決定的な違いがあるとす³⁸。第一に、伝統的な著作物には、音、書かれた文字、映像のような単一かつ画一的な記録物 (*a single, uniform material record*) が存在するという点である。そして、人々のそれに対する反応や経験が様々に異なりうるだけであるとする。対して味は、それが内在する物質を実際に味わい、触れ、匂いをかぐまでは味として化学的に具現しない。伝統的な著作物は知覚以前に存在するが、味は知覚されるまでは存在しない。第二に、伝統的な著作物については、照明の当て方を一定にするとか、同じ楽器を使用するなどして機械的に共通の経験を作り出そうと思えば作り出すことが可能である点である。そしてそのようにすることで、知覚の多様性を劇的に減少させることができる。この点、

³⁷ A. *Quaedvlieg*, “Les saveurs et l’identification de l’oeuvre”, *RIDA*, avril 2019, pp. 11-13, p. 19. *Quaedvlieg* は、舞踊や無言劇は演じられるたびごとに変化するので必ずしも固定的な表現形式を有していないが、その著作物性は承認されており、したがって正確で客観的な形式がないという点は著作権保護にとっての障害とはならず、せいぜいのところそれらの著作物について固定が要求される(たとえばフランス知的財産法典 L. 112-2-4°)にとどまるとも指摘している (pp. 14-15)。

³⁸ *McCutcheon*, op. cit. (n. 18), pp. 775-776.

その存在が味わう者の知覚と結びついている味に関しては、反応や経験の多様性を避けることができず、またその多様性の程度も知ることができない。

3.25 味の表現性

ECJは、特定性を表現性（アイデアと表現の二分論）と関連づけている。McCutcheonはこの点を積極的に評価する³⁹。彼女によれば、伝統的な著作物が鑑賞者の知覚（認識）以前に存在しうるのは、いずれも「表現」されているためである。反対に、味は決して外部に出され光を当てられる（表現される）ことはなく、創作者の内面から鑑賞者の内面に伝達される何かでしかない（食品はこの意味で味の表現物ではない）。したがってMcCutcheonは、味は表現（expression）というよりは印象（impression）というのが正しく、もっと正確に言えば化学的プロセスでしかないので、手順等に保護を与えないとする著作権の原則からすれば味が保護されないのは当然であるという。

これに対し、味は創作者のアイデアをそもそも伝達しないという理由によってその著作物性を否定しているのがECSである（わが国の著作権法になぞらえていけば、思想又は感情の要件を充足しないので保護を否定する、という理屈に近い）。味は鑑賞者に何らかのイメージ（たとえば花）を喚起させることもあるが、当該イメージは味を知覚する際に認識として与えられるものではない（not communicated cognitively）。ECSによれば、創作者のアイデアが鑑賞者の認識を通してダイレクトに伝達されることを可能とするものが著作物であり、そうでないものはその外に置かれねばならない（par. 11）⁴⁰。同様の理由から保護を与えられない人工物として、サ

³⁹ Ibid., pp. 778-779. Sgangaも、味や香りは、不足する特定性を補うために、それらの美的表現よりも基礎となるアイデアやプロセスに頼らざるをえず、「技術的アイデアと創作的な外部化との区別はあいまいなものにとどまる」と指摘している（Sganga, op. cit. (n. 17), p. 193）。そして、著作権法にいう「表現」とはアイデアの知覚可能な外部化であり、創作的で識別可能な方法で著作者の創作的な（個人的な）刻印を伝達するものにほかならないと指摘している（ibid., p. 194）。

⁴⁰ ただしECSは、香りと味はアイデアと同様に（in the same way as 'ideas'）未完成状

サッカー選手等のスポーツ的な動作があるという。

ECJは質問 (2) (b) の回答を拒んだが、レシピをどう考えるのかという問題がある。レシピは創作者のアイデアを確かに伝達しうる。しかし、それはアイデアそのものでしかないというのがECSの見解である (par. 15, 16)。

3.26 立証の問題

味について特定性・表現性を認めることが困難であれば、その立証も困難にならざるをえない。著作権を主張する原告は、食品自体を法廷に提出すれば足りるのか、それとも味の組成に関するディスクリプションやレシピも提出すべきか？類似性の判断も総合的な印象で足りるのか？当該印象の判断は、テイスティングの特別な訓練を受けていない一般的平均人がこれを行うべきか⁴¹？これらの点は質問 (2) (c) (d) で照会されているが、ECJは味の著作物性自体を否定したので回答を行わなかった。

3.27 現行制度との親和性

現行著作権法における排他権とその制限のシステムは、味の著作物性という考え方と整合しないという意見もある。ECSは、公共交通機関で旅行すると人は香りについて情報社会指令3条にいう公衆への伝達を行うことになるのか、引用のような権利制限はどのように香りや味に適用されるのかと自問し、現行制度と整合しない旨を強調している (par. 17)⁴²。

またECSは、英国やキプロスのようなコモンロー諸国においては、著作物の限定列举と固定要件の制度が採用されていること(味や香りそのものは固定できない)、現行のEU法はそれらの国内法を排除していないと一応考えられることから、味や香りの著作物性がEU法によって強制されると解することは補完性の原則に違反する、とも指摘している (par. 19)。

態の素材 (raw material) を構成するとも指摘している (ECS opinion, op. cit. (n. 29), par. 17)。

⁴¹ Cf. *ibid.*, par. 25.

⁴² See also, Sganga, op. cit. (n. 17), p. 193.

3. 28 その他の知財制度の有用性

ECSは、食品の創作にはより適した制度がすでに存在しており（営業秘密、特許）、それらによることで十分であるとする（par. 28）⁴³。もちろん、これらの制度は味そのものを保護の対象とはしていない。

※ 本稿は、2020年12月26日に開催されたパブリック・ドメイン研究会（オンラインで実施）での報告の際、ハンドアウトとして提出したものである。同研究会における田村善之教授をはじめとする会員の先生方からの貴重なご意見・ご示唆に感謝申し上げます。

本研究はJSPS 科研費 JPH05216の助成を受けたものである。

⁴³ ECSは、特定性を有する食品の他の要素、すなわちパッケージデザインや食品の形態等は、商標法によっても保護されうるであろうと指摘する。