

# 香りの文化と法的保護

九州大学芸術工学研究院

麻生 典

This research is exploring the legal protection of fragrances while paying attention to the cultural background of fragrances. The legal protection of fragrances under the Patent Law, the Trademark Law, the Copyright Law, and the Unfair Competition Prevention Law would be conceivable. Among of them, the legal protection by the Patent Law or the Unfair Competition Prevention Law is restrictive and insufficient, whereas, regarding to the legal protection by the Trademark Law, it was expected trademark applications of fragrances would increase when the requirement of graphical representability of the Community Trademark Regulation and Directive was discarded. However, the EUIPO still keeps the status not allowing fragrances to be registered as a trademark. Nevertheless, analyzing the component of fragrances would be possible technically, so there is a possibility that expressing fragrances objectively and clearly is not so difficult technically. If such objectivity and clarity are ensured, the legal protection of fragrances under the Trademark Law seems to be worth considering.

On the other hand, the legal protection of fragrances under the Copyright Law is sometimes emphasized from the cultural aspect. In France, fragrances are valued traditionally focusing on perfume, and considered to be a perfumer's creation. In Japan, the traditional culture of *Kodo* (Japanese incense) can be evaluated to have a cultural aspect of fragrances. However, even in France, the legal protection of fragrances under the Copyright Law is claimed by masking the industrial aspect of fragrances with the cultural aspect. Then, we should consider an approach to protection from the industrial aspect, not from the cultural aspect. Therefore, it seems that the legal protection of fragrances under the Trademark Law should be aimed.

In any case, it is strange that the legal protection of fragrances hasn't been so appealed in Japan, despite that the cultural and industrial importance of fragrances are well recognized. These points are for further study.

## 1. 緒言

本研究は香りの文化的背景に留意しつつ、香りの法的保護を探求しようとするものである<sup>1</sup>。

産業界において、独自の香りを開発し、その香りを基に利益を得ることは通常行われている。例えば、芳香物質そのものには、しばしば特許権が取得されている。しかし、特許権の保護は、特許化された物質と同一の物質にしか及ばないことから、特許権に基づいては結果的に同じ香りを有する他の物質の製造を差し止めることはできない。そのため、特許権による香りの保護は間接的なものに過ぎない。

そこで、香りを直接的に保護するために訴求されるのが、商標法による保護と著作権法による保護である。しかし、商標法による保護は欧州法の下では認められている一方で、我が国では認められていない。また、我が国では香りの著作権法による保護に関する議論はほとんど存在していないが、フランスにおいては幾度となく（日本の最高裁にあた

る）破産院で争われるなど、その議論は非常に活発である。

他方、香りはその国の文化の反映でもありと考えられる。人間が絶対的に心地良いと感じる香りも存在すると考えられるが、好まれる香りは各国で差異があり、そこには各国で積み重ねられた文化的背景が影響している可能性が高い。

このように、香りの保護を考える際には、法的保護のあり方と、その前提となる文化的背景の分析が必要である。

そこで、本研究は、フランス法および欧州法を比較対象として、香りの文化的背景と、その法的保護を探求することを目的とした。

## 2. 方法

研究手法は、外国法研究を含むため、比較法研究の手法を採用した。

## 3. 結果

### 3.1. 著作権法による保護

#### 3.1.1. フランスにおける議論

フランスにおいて著作物として香気が問題となることを明らかにし、香気に対する著作権による保護を初めて明確に認めた裁判例がThierry Mugler Parfums c/GLB Molinard事件である<sup>2</sup>。そして、そこで示された論理がフランスの後の諸判決での基礎とされることとなる。その意味でThierry Mugler Parfums c/GLB Molinard事件は、

<sup>1</sup> 化粧品分野における香りの重要性は従来から指摘されることである（例えば、Fragrance journal 2005年4月号の特集「最近香りの研究と化粧品への応用」を参照）。



The culture of fragrances and the legal protection  
Tsukasa Aso  
Faculty of Design, Kyushu University

<sup>2</sup> Thierry Mugler Parfums c/ GLB Molinard, T. com. Paris, 24 sept. 1999, RIPIA, 2000, p.71. 2008年頃までのフランスにおける議論状況については、拙稿「香気の著作物性—フランスにおける議論を中心に—」。

2006年の破毀院判決までのリーディングケースとなった。とはいえ、創作性の判断基準についてはその後の諸判決においても相違があり、学説でもそれは同様であった。学説の態度はThierry Mugler Parfums c/GLB Molinard事件の理論を受け継ぎ香気の保護に好意的であったが、保護否定説も若干ながら存在していた。

破毀院が香気の保護についてなした最初の判決が、2006年6月13日の判決である。破毀院は、「ノウハウの単なる実行から生じる香水の香りは、上述の[知的財産法典112条-1、112条-2の]意味において、著作権法による精神的著作物の保護の利益を受けることができる表現形式の創造を構成しない」<sup>3</sup>として香りの保護を拒絶した。本判決は、香りはノウハウの実行に過ぎないとして香りの著作権による保護を否定したものであり、このような判決は破毀院でその後幾度となく繰り返され<sup>4</sup>、破毀院の香りの著作権法による保護を断固として否定するという態度を見て取れる。

ただし、香りを著作物としては保護しないという結論は変わらないものの、その理由づけには若干の変化も見られる。2013年の破毀院判決では「著作権は、知覚可能な形式がその伝達を可能とするために十分な明確さと共に確認しうる場合に限り、知覚可能な形式における創造を保護する。香水の香りは、それ自体は著作物とならない精製という手法の外縁で、この特徴を表明する形式を有さず、著作権による保護を受けることはできない」<sup>5</sup>。2006年の破毀院判決における香気はノウハウの実行にすぎないという理由づけから、香りはその不明確さから知覚可能で形式とは言えないという理由づけに変化しているのである。2006年の破毀院判決に対する学説や下級審の批判に対応したものと考えられるが、2013年の破毀院判決に対してもなお、嗅覚に訴えかける香りがなぜ知覚可能とは言えないのか、という批判は見られるところである。

このように、フランスにおいては、香りの著作権法による保護は学説・下級審では強く主張されているものの、破毀院はこれを一貫して否定してきた。理由づけに変化が見られるとしても、著作権法による保護についてはフランスでは困難な状況にあると言えよう。

他方で、フランスにおいては香水に代表されるように、香りはその文化の一部を形成している。調香師の社会的地位も認められており、Que sais-jeシリーズでも調香師を代えて香りの創造についての2度書籍が出版されている<sup>6</sup>。そして、産業的にも、実際に香りの保護について訴訟を提起しているのは香水を提供する会社である。しかし、こうした動きが例えばファンデーションなど化粧品全般にまで及び、多数の訴訟が提起されているわけではない。その理由は明らかではなく、今後は社会学的分析が必要となる。いずれにしても、フランスでは文化的にも産業的にも香りの保護の社会的要請は強いという状況にあるが、どちらに主眼が置かれているかと言えば、それはやはり産業的側面と言わざるをえない。むしろ、産業的側面からの著作権保護の主張を隠すために香水の香りの文化的側面を強調しているとも言えるかもしれない。その意味で、フランスにおいては純粋な文化的保護を指向することで香りの著作権による保護を望むものではなく、あくまで著作権を道具とした産業的投資の保護の指向であるように思われる。

### 3.1.2. 欧州の状況

欧州においては欧州全体に及ぶ著作権の保護はなく、情報社会指令<sup>7</sup>と呼ばれる指令により各国法の調和が図られているに過ぎない。そのため、味覚・嗅覚によって知覚される無体物が著作物として保護されるかも各国に委ねられるが、その解釈については欧州司法裁判所が示すことができる。

最近、香りではないものの食品の味に関する欧州司法裁判所の判決がなされた。著作権法による著作物としての保護の議論の枠組みで言えば、著作物として例示されていない嗅覚・味覚で知覚される無体物が著作物として保護対象となりうるのか、という点に関連するものである。

本件は、オランダの会社が提起した訴訟についてオランダの裁判所が欧州司法裁判所に対して先決裁定を求めたものであるが、実はオランダは香りに対して著作物性を最高裁が認めた国でもある<sup>8</sup>。そのため、味覚で知覚できる食品の味という無体物についても著作物として著作権法の保護対象となる可能性を期待して、訴訟が提起されたという事情があろう。結論から言えば、欧州司法裁判所は食品の

法学政治学論究78号317頁以下を参照。

<sup>3</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 13 juin 2006, Bull. civ. I. n°307, p.267.

<sup>4</sup> Cass com., 1<sup>re</sup> juill. 2008, Juris-Data 07-13952, Cass 1<sup>re</sup> civ., 22 janv. 2009, Juris-Data 08-11404. その背景には、2006年の破毀院判決後も下級審では香気著作権法による保護が肯定されていたという事情がある(例えばBPI c/ Senteur Mazel, TGI Bobigny, 28 nov.2006, inédit, cité par J.DALEU, D.2007, AJ, p.736, BPI c/ Senteur Mazel, CA Paris, 4<sup>e</sup>ch., 14 févr.2007, Juris-Data 06-09813, Lancôme c/ Argeville, CA Aix en Provence, 2<sup>e</sup>ch, 13 sept.2007, Juris-Data 05-23579.)。

<sup>5</sup> Cass com., 10 déc. 2013, Juris-Data 11-19872.

<sup>6</sup> Edmond Roudnitska, Le parfum, PUF, 1980, Jean-Claude Ellena, Le parfum, 5<sup>e</sup>éd., PUF, 2017.

<sup>7</sup> Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

<sup>8</sup> オランダ最高裁2006年6月16日判決(H.R. 16 juin 2006, LJV AU89/40)参照。さらにそこでは創作性の証明責任が侵害者側に転換されている(Kamiel KOELMAN, Parfum ou forme d'expression artistique ?, Magazine de l'OMPI, oct. 2006, n°5, p.3)。

味の著作物性を否定したが (CJUE, 13 novembre 2018, aff. C-310/17, Levola hengelo BV C/smilde Foods BV.)、より重要なのはその理由づけである。欧州司法裁判所は、著作権法における保護対象である表現は必ずしも永続的である必要はないが、十分に明確で客観的でなければならない。食品の味の識別は本質的に、感情と主観的で変わりやすい味覚的経験、すなわち、年齢、好み、消費習慣、食した際の状況・環境に左右されることから、明確性と客観性が欠けている。それゆえ、食品の味について著作物性は認められないとした。

本判決が重視しているのは、知覚対象物の客観性と明確性である。言い換えれば、その知覚が主観的なものであってはならないということである。こうした論拠は、人によって受け取られ方が異なることから香りは著作物としての保護を受けられないとする批判としてフランスにおいて従来から見られるものであるが、本判決には香りの商標についての登録を拒絶した欧州司法裁判所の判決の影響もあろう (CJCE, 12 déc. 2002, aff. C-273/00, Ralf Sieckmann c/ Deutsches Patent-und Markenamt : この点については後述)。

いずれにしても問題は、この判決が香りの著作権法による保護の議論にどのような示唆を与えるのか、ということである。もちろん、香りも味と同様に客観性と明確性という観点から著作物性を満たさないという評価も可能であろう。他方で、香りについては技術的な成分分析から明確性と客観性を保つことも可能との評価もありえようし、香りは味ほど個人の経験に左右されないと評価できる可能性もある。欧州司法裁判所の判決の射程は、事案からして食品の味にしか及ばないと解されるが、香りの著作権法による保護についても、知覚対象物の明確性と客観性が欠けているとして欧州司法裁判所で否定的な評価がなされる可能性は高まったように思われる。そして、この欧州司法裁判所の判決は、香りに関する著作物性についての各国の著作権法の解釈に影響を与える可能性が高まったと言えよう。

### 3.1.3. 我が国の状況

我が国では香りの著作権法による保護についての裁判例は存在せず、学説においても十分な議論は存在しない<sup>9</sup>。

## 3.2. 商標法による保護<sup>10</sup>

では、商標法による香りの保護はどうか。欧州各国の商標法は欧州共同体商標指令によって調和されているため、欧州共同体商標指令の解釈に従うこととなる。また、欧州全体で効力を有する商標権に関する欧州共同体商標規則が存在する。欧州共同体商標指令と欧州共同体商標規則において基本的に商標の登録要件は異ならないことから、両者を区別せず検討する。

まず、欧州では香りの商標の登録例が存在したことが注目に値する。すでに権利としては消滅しているが、指定商品をテニスボールとし、刈ったばかりの草の香りを商標とした商標権の存在である (登録番号:428870)。本商標登録については、旧欧州共同体商標指令2条の「写実的表現可能性」要件を満たすと判断されたが、出願書類では香りについて文章だけで表現されたものであった。

しかし、この文章だけで写実的表現可能性を満たすという点については、本商標登録とは別の出願にかかる事件において欧州司法裁判所で否定されることとなった。欧州司法裁判所は、香りの商標に関して、旧欧州共同体商標指令2条の「写実的表現可能性」要件を充足するためは、明白、明確、自己充足的、入手容易、理解容易、永続的、かつ、客観的でなければならないとした (CJEU, 12 déc. 2012, aff. C-273/00)。当該判決における明白性等の内容は非常に厳格なものであり、香りの商標についてこの写実的表現可能性を満たすことは現実的には不可能と言えるものであった。実際、本判決後においては、香りの商標が欧州において保護されることはなかった。

他方で、この写実的表現可能性要件が2015年の欧州共同体商標指令および欧州共同体商標規則によって削除されたことにより<sup>11</sup>、商標の登録要件が緩和されたと理解する向きがあった。言い換えれば、香りにかかる商標についての保護可能性が開かれたという期待があったのである。しかし、現実にはそうはならなかった。

2015年の欧州共同体商標規則4条では、商標は「明確、かつ、正確な主題を判断することができる態様」<sup>12</sup>で表示されることが必要とされている (欧州共同体商標指令3条も同旨)。さらに、欧州共同体商標委員会実施規則3条は、「商標は、管轄当局及び公衆に対して、明確性及び正

<sup>9</sup> 拙稿「香気著作権法による保護」『著作権・著作隣接権論文集 第7回』、著作権情報センター、1頁以下、2009年。

<sup>10</sup> 商標による保護の概論を示したものとして、反町ボルド祐美「諸外国における香りの商標の現状と TPP11 協定」『パテント』72巻8号152頁。

<sup>11</sup> Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market. また、Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark.

<sup>12</sup> 邦訳は特許庁の諸外国・地域・機関の制度概要および法令条約等から引用 (2020年3月27日最終確認) ([https://www.jpo.go.jp/system/laws/gaikoku/document/mokuji/ec-shouhyou\\_rijikai.pdf](https://www.jpo.go.jp/system/laws/gaikoku/document/mokuji/ec-shouhyou_rijikai.pdf))。

確性を伴って所有者に付与される保護の主題を判断することが可能になるように、明確、正確、自己充足的、入手容易、理解容易、永続的で、かつ、客観的な方法で管理簿に再現するべく一般的に利用可能な技術を用いて何らかの適切な様式で表示される」と規定している<sup>13</sup>。そして、これらの条文の解釈として欧州知的財産庁 (EUIPO) の商標ガイドラインにおいては、「現在のところ、嗅覚と味覚の商標は受け入れられない。というのは、その表現は、それ自体が明確、正確、完全であり、容易にアクセス可能、理解可能、継続可能、そして、客観的でなければならず (欧州共同体商標委員会実施規則 3 条第 1 段落)、技術の現状はこの種の商標をそうした方法で表現することはできないからである。その上、欧州共同体商標委員会実施規則は、サンプルまたは見本の寄託を適切な表現と認めていない。商標の記述は表現に代替できない。なぜなら香りの記述は明確でも、正確でも、客観的でもないからである [12/12/2002, C-273/00, Sieckmann, EU:C:2002:74, § 69-73; 04/08/200, R 120/2001-2, THE TASTE OF ARTIFICIAL STRAWBERRY FLAVOUR (gust.)]。それゆえ、あらゆる嗅覚または味覚の商標の出願は、欧州知的財産庁によって欧州共同体商標登録出願として扱われない (出願でないといみなされる)。なぜなら、その出願は出願日の取得のために要求される要件を満足しないからである」<sup>14</sup>とされている。

そのため、欧州では「写実的表現可能性」要件が削除されたにもかかわらず、旧欧州共同体商標指令 2 条の解釈として 2012 年の欧州司法裁判所で示された解釈が現在の欧州共同体商標指令および欧州共同体商標規則の条文の解釈としても維持されており、現状、欧州では香りを商標権で保護することは不可能な状況にある。

### 3.2.2. 我が国の状況

我が国では香りは商標法における保護を受けることはできない (商標法 2 条)。

### 3.3. 他の方策

香りについて芳香物質としての特許権による保護は当然に可能であり、この点についての疑義は存在しない。ただし、先にも述べたように、特許権が及ぶのはその芳香物質

そのものであり、他の物質が同じ香りを発したとしても特許権の効力は及ばないことから、香りを保護するためには特許権の実効性は薄い。

他方で、フランスの裁判例ではノウハウに言及されているが、ノウハウが営業秘密に該当するような場合には香りは保護を受けることが可能である。フランスでは営業秘密に関する欧州共同体指令をうけて<sup>15</sup>、2018 年に制定された「営業秘密の保護に関する法律第 2018-670 号」に基づいて営業秘密の定義等を設け<sup>16</sup>、商法典に具体的な規定が設けられた (商法典 L.151-1 以下)。当該法律が成立する以前から、フランスでは判例によって民法 1240 条 (旧 1382 条) に基づいた不正競争訴訟または寄生競争訴訟で営業秘密が保護されており、それは営業秘密に関する指令後でも変わらない<sup>17</sup>。我が国においては、営業秘密に該当する場合には不正競争防止法による保護を受けることが可能であるが、香りが商品等表示に該当するかは検討を要する事項であり、また、民法 709 条に基づく不法行為での保護を受ける可能性は高くない<sup>18</sup>。

## 4. 考察

本研究の申請時点においては、欧州で欧州共同体商標指令および欧州共同体商標規則が改正され「写実的表現可能性」要件が削除されたことにより、香りについての商標出願が欧州で増加するのではないかという期待があった。しかし、実際には、そうした動きは広がっているとは言い難い。実際、欧州知的財産庁では、現状、香りの商標は登録しないとしており、裁判例も存在していないことから、香りについて商標出願してその解釈を裁判所で争うほどの意味まではないと欧州の企業も考えている可能性が高い。もちろん、上記で検討したように、特許権または営業秘密としての保護を各国で受ける可能性もあるが、その保護には限界があり十分な保護とは言い難い。

他方で、香りの成分分析などは十分に技術的に可能であり、香りを客観的かつ明確に表現することも技術的にはそれほど困難でない可能性もある。そうした客観性と明確性が確保されるのであれば、商標法での保護は十分に検討に値するように思われる<sup>19</sup>。

一方で、香りの文化的側面から著作権による保護が強調

<sup>13</sup> 邦訳は特許庁の諸外国・地域・機関の制度概要および法令条約等から引用 (2020 年 3 月 27 日最終確認) ([https://www.jpo.go.jp/system/laws/gaikoku/document/mokuji/ec-shouhyou\\_iinkai.pdf](https://www.jpo.go.jp/system/laws/gaikoku/document/mokuji/ec-shouhyou_iinkai.pdf))。

<sup>14</sup> <https://guidelines.euipo.europa.eu/1803430/1799014/directives-des-marques/9-11-2-----9-3-11-2-marques-olfactives-et-marques-gustatives>。

<sup>15</sup> DIRECTIVE (EU) 2016/943 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure.

<sup>16</sup> 解説として、安藤英梨香「【フランス】営業秘密の保護に関する法律」、外国の立法、No.279-2、12 頁、2019。

<sup>17</sup> 拙稿「フランスにおける寄生概念」瀬川先生・吉田先生古稀記念「社会の変容と民法学の課題下」、成文堂、691 頁、2018。

<sup>18</sup> 最判平 23 年 12 月 8 日民集 65 卷 9 号 3275 頁 [北朝鮮映画事件]。

<sup>19</sup> 技術的に色で香りを表現することで、客観性と明確性を担保することもありえよう (Amandine Esquis, De la marque traditionnelle à la marque atypique : l'exemple de la marque olfactive, 2014, thèse, Université de Lorraine, p.284 以下)。

されることがある。フランスでは香水を中心に香りを伝統的に重視し、それを調香師の創作であると考えた立場も有力である。我が国でも香道という伝統文化からすれば、香りが文化的側面を有すると評価できる。ただし、結局のところフランスでも、香りの産業的側面を文化的側面で覆い隠して著作権による香りの保護が主張されていると言える。そうであるとすると、文化的側面から保護のアプローチを

考えるのではなく、産業的側面から保護のアプローチを考えるべきである。そのため、基本的には、商標法での香りの保護が指向されるべきであるように思われる。

いずれにしても、香りの文化的重要性、産業的重要性がこれほど認識されているにもかかわらず、その保護がこれほど訴求されないというのも不思議な状況である。それらの点は今後の検討課題としたい。