



Title	香りと味の標章性・著作物性再考（2・完）：欧州の判決例等を手がかりに
Author(s)	駒田, 泰土
Citation	知的財産法政策学研究, 62, 187-200
Issue Date	2022-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/84909
Type	departmental bulletin paper
File Information	62_04-Komada.pdf



香りと味の標章性・著作物性再考(2・完) —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、前号)
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（以上、本号）

4. 考察

前号においては、香り・味の標章性・著作物性に係る欧州の判決例等とそれをめぐる様々な議論を眺めた。本号ではそれらを踏まえ、香りや味の標章性・著作物性について筆者なりに考察してみる。

4.1 なぜ香りや味は度外視されてきたか

周知のように、私的所有（知的財産権を含む。）には様々な哲学的基礎づけが与えられているが、専ら社会経済的観点からその発生メカニズムをみた場合、それは、生産財に投下された資本を保護する、あるいはそれへの資本投下を促す必要に応じて発生してきた観念であるといえる。逆にいえば、資本投下が行われない場所、あるいは投下した資本の回収が脅かされない場所には、私的所有の観念が生まれてこない。「所有権」について文化人類学的研究を行った民法学者・加藤雅信は、以上の所説を明快に述べる¹。

著作物保護も、歴史的にみれば、コピー技術の発達以前はとくに必要のない法制度であったが、当該技術の発達以後に、その必要が生じて生み出されている。商標は、資本主義経済の発達以前は（今日的な意味を有するものとしてのそれは）存在しないも同然であった。その発達以後、初めて商標が登場し、そこに化体した信用の形成・維持に投下された資本を保護するために、商標保護の制度が生み出されてきた。

そのようにして歴史に姿を現した著作権制度においても、香りや味は伝

¹ 加藤雅信『「所有権」の誕生』（三省堂、2001）90頁。

統的に度外視されてきたが、これも上記の理由による部分が大きいと思われる。それなりの資本を投下して創作された香りや味であれば、REが容易ではなかった。それらをコピーするには往々にして「フォーミュラ(処方箋)」「レシピ」が必要であって、創作者はこれを秘密にしておけば、コピーを防げたのである。また、フレグランス産業は長い間家内工業のレベルにとどまっていたので、秘密保持も容易であった。家内工業を脱しても、場合により秘密保持は有効な手段たりえた。コカ・コーラ社は、現在でも本社内の特別施設に香料のレシピを厳重に保管しているという。こうした状況下においては、著作権制度よりもむしろ営業秘密保護制度が機能する。

そして香りや味の商標保護が度外視されてきたのは、単純に、それらが商標として使用されることが少なかったからだといえよう。

米国では香りの商標登録も認められているが、実際に出願された例は多くなく、2015年4月時点で生き残っている連邦登録数は3本だけ(主登録簿)であるという²。存続期間が満了してしまった登録のほとんどは特定の一社によるものであるが、香りのブランディング戦略が稚拙であったため、いずれも出所表示力を獲得するに至らなかったのでは、という推測がなされている³。

4.2 状況の変化

しかし今日では状況に変化が生じつつある。まず、RE技術が長足の進歩を遂げつつある。一説によると、当該技術を用いれば、市場に流通した有体物から当該香りの化学的組成を突き止めることはもはや難しくないといい⁴。また、今日のフレグランス産業は、一般に数千の従業員が働く大企業がこれを担っている。よって、化学的組成のレシピに係る秘密を保持す

² Wall Street Journal 2015年4月15日付記事 (available at <https://on.wsj.com/3oRXLQQ>)。

³ C. Cronin, “Lost and Found: Intellectual Property of the Fragrance Industry; From Trade Secret to Trade Dress”, *New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Vol. 5, No. 1, 2015, p. 289.

⁴ *Ibid.*, p. 264. Croninは、健全な競争のため一般にREは適法であるべきと考えている。そして米国法の下では、特定の創作物に関してREが違法とされているが、香りに関しては許容されているので望ましいこととしている (p. 265)。

ることは、かつてよりもずっと難しくなっている⁵。

この意味において、Cronin は次のように述べている⁶。「GC-MS を使用すれば、驚くほどの正確さでその化学的組成を突き止めることができる」。「最も高価なフレグランスのコンポーネントに関する限り、その化学的組成は、通常、数か月あるいは数年に及び何百・何千ドルもの費用がかかる研究から生み出される。当然のことであるが、GC-MS はますます入手しやすくかつ実効的なものになってきており、よく知られたフレグランスの廉価な“そっくり版”を製造し、頒布する寄生産業が台頭してきている」。

同様のことは味についてもあてはまるかもしれない。この科学分野の最先端の研究者である都甲潔・中本高道によれば、最新の味覚センサを使用すれば、味を「計測」し「記録」することができるという⁷。さらには異なる食材を使用して同じ味を「再生」することも可能であるという⁸。彼らは、「同じ味であれば、値段の安い料理や低カロリーの食品の方が健康志向の消費者にはもちろん有り難いわけで、味覚センサを活用することで今後、このような例が増えることが期待される」⁹と述べている。

第二の変化は、著名な企業がブランディングのために香りを積極的に使用し始めている点である (Scent Branding)。既述のアバクロンビー&フィッチはその一例であろう。シンガポール航空のフライト・アテンダントは、スイレンの花と竹林の香りがする香水を使用し、また乗客に配布するおしぼりにもこれを使用しているという (ANA もこれに学んだのか、空港のラウンジ・エントランス、機内で配るおしぼり、アロマカードに特定の香りを漂わせているというが、筆者は未体験)。ロールスロイスは、そのヒット商品である1965年シルバークラウドの香りを抽出することに成功し、納車の際、新車のシート下にこれを吹きかけている。ジョンソン&ジョンソンのベビー・パウダーには、幼児にとって最もなじみがあり魅力的な香り

⁵ Ibid., pp. 267-268. 実際にパフューマーの不正開示を理由とする元使用者による訴訟が多発しているという。

⁶ Ibid., pp. 270-271.

⁷ 都甲潔＝中本高道『においと味を可視化する－化学感覚を扱う科学技術の最前線－』（フレグランスジャーナル社、2017）100頁以下。

⁸ 同上、130頁以下。

⁹ 同上、138頁。

して、ヴァニラのそれが付加されている。ケログのコーンフレークの生地は、それを齧ったときに常に一定の音や触感を得られるように調整されている——これは「広義の味」に着目したブランディングの例といえるかもしれない。

以上の例のすべてにおいて、特定の香りや味がすでに商標として機能している、とまではいえないだろう。だが、そこへ向かう途上とみられるケースがますますマーケティングの現場で増えつつある事実は否めない。

4.3 特許制度は有効か

ECS は味の創作の法的保護について特許制度の有効性を示唆しているが、果たして香りや味にとって特許制度は有効だろうか。

米国法について Cronin は否定的である。高級フレグランスにとって発明公開と引き換えに得る20年の保護はわりに合わず、また特許登録に必要な発明の有用性をしばしば説明できないからであるという。彼が挙げる代表的な米国の登録例は、有害で健康に悪い臭いを中和する類のフレグランスである。ほかに、心身の健康に良いとの理由で特許されたものがあるが、彼はその効果を疑問視している。いずれにせよ、フレグランス産業においては特許保護に依存する傾向がみられないことは確かである¹⁰。

わが国の特許法については、特定の味の飲料のパラメータ発明についてサポート要件違反とした事例（知財高判平29・6・8 判時2364号63頁）等も知られているが¹¹、それでも近年では、官能評価を主な効果とした飲食物に係る特許出願が増加しつつあるという¹²。しかし一方で、味や香りの創作は本質的には芸術的創作であって実用的創作ではないから、その保護になじまないとする見解がある¹³。既述のように、別の化学的組成によってもそっくりな香りや味を再生する技術が長足の進歩を遂げつつあり、その

¹⁰ Cronin, *op. cit.* (n. 3), pp. 274-275.

¹¹ 官能試験が用いられる食品発明と明細書記載要件との関係については、劉一帆「特許法における記載要件について—飲食物に関する発明の官能試験を素材として—」知的財産法政策学研究54号(2019) 91頁以下参照。

¹² 中野睦子「五感で感じるおいしさを数値化 官能評価で特許取得へ」食品新聞2021年9月7日付記事。

¹³ 井奈波朋子「香りの著作物性」著作権研究30号(2003) 188頁。

香だけ特許制度の有効性も逡減することになるだろう。

4.4 やはり香りや味に特定性はないのか

このように、客観的にみれば、香りや味の著作物性・標章性を必要とする方向に我々の社会は変化しつつあるように見える。しかし、ECJやEGCは結局そうした方向に足を踏み出さなかった。その最大の理由とされたのは、特定性の欠如である。

4.4.1 誇張を排して

もっとも、この特定性の欠如は誇張される嫌いがあるようである。味や香りが他人と共有できない全くの個人的体験にすぎないなら、その創作に資本を投下しようとかブランディングに使用しよう、などと思う者はいないだろう。McCutcheonは、伝統的な著作物は知覚以前に存在し、味は知覚されるまでは存在しないなどと主張して、そこに明確な断絶があるかのように語るが、そのような見方は本質的には錯誤である。絵画という有体物には元から色が付着しているわけではなく、特定の波長の反射光について我々の視細胞が特定の色情報を割り当て、脳に伝達しているにすぎない。その意味で、色彩の芸術である絵画は、人による知覚以前に存在しているわけではない。同様に音楽も、人の知覚以前にすでに「鳴っている」わけではない。空気の振動である音波が鼓膜等を通じて有毛細胞を刺激し、聴神経がその刺激を音の情報として脳に伝達しているだけである。

かくしてLucasらは、伝統的著作物と香りとの間にある違いは程度の問題でしかないと指摘している¹⁴。この意見がおそらく正しいであろう。とはいえ、香りや味は、視覚や聴覚の対象よりもはるかに鑑賞者の主観や鑑賞環境に影響されやすいということは確かである。GC-MSは、当該香りを生み出す化学的組成を正確に突き止めることができるのかもしれないが、人間による知覚の同一性までは担保しない。味覚センサは、口腔内で生じる化学的反応を特定し、再生できるかもしれないが、都甲潔＝中本高道が

¹⁴ A. Lucas / A. Lucas-Schloetter / C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., 2017, no. 78, p. 101.

明確に区別するように¹⁵、それは「舌で感じる味」であって「脳で感じる味」ではない(後者の同一性までは担保されない)。既述のように *Quaedvlieg* は、伝統的著作物であっても真の保護対象は生の作品ではなくて創作的表現であり、それを特定する上では必然的に抽象化が必要で、裁判官の主観を免れないと指摘しているが、味や香りが抱える問題とは、上述のように生の作品を知覚する段階ですでに同一性が担保されないというところにある——生の作品自体が様々に知覚されるのであれば、そこから抽出される創作的表現の像もその都度大きくブレざるをえない。この点をどうみるかという問題は、依然として残るのである。

4.42 機械は特定性の問題を解決するか

ECJ は、*Sieckmann* 事件判決において、香りが標章を構成する可能性を明確に否定せず、ただ、照会された手段による香りの表現方法はいずれも特定性を充たさないという趣旨の判断を行った。また、*Levora* 事件判決においては、著作物は特定性を充たすものでなければならないとし、「現状の技術水準」によっては味の特定性を担保できないので、味は著作物を構成しないという趣旨の判断を行った。

¹⁵ 都甲＝中本、前掲(注7)101-102頁。以下、関連する文章を引用する。「私たちが普段『言葉にする味』『話題にする味』は主観のかたまりです。これはもちろん脳で感じているのですが、この味は五感が一緒になった感覚です。『これどんな味?』と尋ねるときの多くは、舌で感じる味のみならず、鼻に来る香りもごっちゃになって話しています。鼻をつまんでオレンジジュースとリンゴジュースを飲むと区別がつかなくなることも多々あります。そのとき、私たちは決まってこう言うのです。『これまでジュースは舌で感じていると思っていたのですが、鼻もきいているのですよね』と。「そう、『脳で感じる味』は、不特定多数の情報が一緒になっており、『舌で感じる味』とは違うのです。私たちの感じる『味』はずいぶん多くの要因が絡んでおり、結果として主観的です…苦い薬にリン脂質(苦味抑制剤)などを混入させると、薬の苦みが減じます。この現象は口腔内、つまり舌の上で起こっていることが明らかになっています。これは『舌で感じる味』です。「舌や口腔内で感じる味は…これはかなり厳密に定義できます。なんとすれば、味細胞や味神経の応答を調べることで、酸味を感じた、甘い物質に応答した、などと判定できるからです。この事実からわかる通り、『舌で感じる味』は客観的なものであり、場合によっては定量的な議論も可能なのです」。

これらの判決からは、特定性をもたらすような技術が仮に存在していれば、また違った判断が可能であったかのような印象を受ける¹⁶。しかし、技術がどれほど進化したところで、人が「脳で感じる」香りや味、すなわち人間の知覚内容自体に十分な客観性が得られないのであれば、香りや味に標章性や著作物性を認めるべきではない。なぜなら、著作物や商標の類似性は、結局のところ公衆又は需要者自身の判断（通常の注意力）が決め手となるからである。著作権は当該著作物に対する公衆の需要を、商標権は当該商標に化体した信用が付着した商品・役務に対する需要者の需要を独占するためのツールである。彼らは、著作物市場や取引市場において常に何らかの技術を用いて香りや味の異同を評価するわけではない¹⁷。そんな彼らがあやふやにしか判断できないのであれば、そこに独占権を承認すべきではない。

すでにみたように、現行のハーモ指令や商標規則の前文は、一般に利用可能な技術であれば、それによる特定性の獲得も認められるというスタンスを示している。しかしそれは単に、標章の公示を確実にするものであれば当該技術を用いてもよい、というだけであって、人が公示されたものを直接知覚すると内容にブレが生じるというのであれば、話は別であろう。たとえば音の標章は、楽譜以上に電子ファイルによっても確実に公示されうる¹⁸、そのように公示されたものを人が知覚する内容にも客観性があるといえる。ゆえに問題なく登録可能な標章に含めてよい。しかし、香りや味については、そういうわけにはいかない。

4.5 わが国の著作権法の解釈

香りや味に著作物性を認めるべきでないとして、わが国の著作権法上この結論をどのように導くべきであろうか。

¹⁶ V. en ce sens, A. Quaedvlieg, “Les saveurs et l’identification de l’oeuvre”, RIDA, avril 2019, p. 21.

¹⁷ 井奈波、前掲（注13）190頁は、香りの特定性の問題について GC-MS 等による分析に期待しているが、賛成できない。

¹⁸ わが国に関していえば、音の商標の出願には視覚的特定手段（願書に記載された五線譜等）と聴覚的特定手段（提出物件としての CD-R/DVD）の両方が要求されている。

それらの著作物性を明確に否定するわが国ではまれな学説として、上野達弘の説がある。上野は、著作権法2条1項1号が著作物を「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」と定義していることから、香りや味の類は著作物から除かれると説く¹⁹。

しかし、この要件(ジャンル要件)は、広く文化的創作を保護する趣旨と解されることが一般的である。香りや味の創作も文化的創作であるといえるから、この要件自体は決定的な理由にはならないだろう²⁰。もっとも、嗅覚や味覚の対象がジャンル要件や10条1項の例示規定にも見当たらないという事実は十分に示唆的であり、立法者がそれらの著作物性を認めるつもりはなかったとそこから推測することは優に可能である。

私見はむしろ、香りや味は、著作権法2条1項1号にいう「表現したものに」該当しないと解して、それらの著作物性を否定すべきではないかと考える²¹。この要件は、伝統的にアイデア／表現の二分論に関連づけられているが、それだけではなく、「情報」²²として明確、正確、かつ客観的に伝達しうる状態にあることも要求するものと解することができよう²³。そ

¹⁹ 上野達弘「著作物性(1)総論」法教319号(2007)169頁。

²⁰ 井奈波、前掲(注13)192頁。

²¹ すでにみたように、ECSは、味をスポーツの動作になぞらえて、創作者のアイデアを何も伝達しないものという意見を公にしているが(本文3.25)、創作者の思想・感情を明確に伝達しないという点では、現代美術や現代音楽の類も同様であり、思想・感情の要件を理由に香りや味の著作物性を否定するのは適切ではないだろう。味や香りにも、現代美術や現代音楽並みの(あるいはそれ以上の)創作者の美的感情を込めることができる(井奈波、前掲(注13)189頁)。ただ、それが情報として鑑賞者に正確に伝わらない事実こそ、焦点を当てるべきであろう。

²² 「情報」という語は、森岡外の案出によるものではないかといわれている。森は、明治20年前後にクラウゼビツの「戦争論」を翻訳し、その際に「情報」の語を使用した。森が「情報」を造語する際、福沢諭吉の思想の影響もあったといわれている。「情(事物のありさま)」を「報(しらせる)」ものが情報であるという考え方に基づいている。長山泰介「情報という言葉の起源」ドキュメンテーション研究33巻9号(1983)431頁以下参照。

²³ 中山信弘『著作権法』(第3版、有斐閣、2020)60頁も、表現性の要件から「単に頭の中にあるというだけではならず」伝達しうる状態にあることが導かれる旨を明快に指摘する。

うした「情報」の性質を備えていないものは、比喩的にいえば、未だ個人的主観を十分に払しょくできていないのであり、外部の明るみの中に満足 of the いく形では出されていない（＝表出されていない）のである。そして機械はこの点において助けとすべきではない。

香りや味は人の知覚なくして存在しえないが、その点は伝統的な著作物も変わるところがない。ゆえに、その点で両者を区別しようとした McCutcheon の見解は妥当でない。しかし、前者は、後者よりもはるかに漠とした内容しか公衆に知覚させない。それは、表現したもの（*expression*）というよりは印象（*impression*）にとどまる、という彼女の指摘はある意味での射ていると思う。

すでにみたように、ECJ も *Levora* 事件判決において、味の著作物性を表現性の要件に関連づけて論じている。また、香りの著作物性を否定したフランス破毀院は、その直近の判決において「著作権は創作物をその知覚可能な形式において（*dans leur forme sensible*）保護するが、それは当該形式が十分に正確に特定でき、それによってその伝達が可能となる限りにおいてである」と述べている²⁴。当該判旨は、同国の著作権法において著作物は「その表現形式を問わず（*quels qu'en soient...la forme d'expression...*）」保護されると規定されており（L. 112-1）、著作物はいずれにせよ「表現形式（表現性を有するもの）」であるという前提に拠っていると思われる²⁵。つ

²⁴ それ以前に香りの著作物性を否定した破毀院判決（前号論文注15参照）はいずれも、「単なるノウハウの実行に由来する香水の香り（*la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en oeuvre d'un savoir-faire*）は、著作権による著作物の保護を享受しうる表現形式の創作物を構成しない」と述べており、判示内容に若干の変化がみられるところである。

²⁵ Pollaud-Dulian は形式（*forme*）を表現形式と同一視し、著作権法は形式の創作物を保護する旨を説いており、香りは形式の創作物に当たらないとして破毀院と同様の立場をとっている。F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, nos. 125, 126 et 129, p. 120, pp. 122-123.

もっとも、フランス法にいう「表現形式」を「表現」と「形式」に分離して解釈することも可能であろう。その場合、破毀院は、香りの類は（「表現」であるかもしれないが）「形式」には当たらないと解釈した、ということになる。なお、*Sieckmann* 事件の ECJ 法務官意見によれば、一般に神経生理学において視覚・聴覚・触覚の対

まり香りの類は、表現性の要件を充たすものでないと判断されたのであろう。

4.6 わが国の不競法の解釈

Sieckmann 事件判決では、特定性を有しないものはそもそも識別力ないし出所表示力をもたないのではないかという見方が示唆されている。確かに味に関しては想定しづらいが、香りは、特定の方法で繰り返し使用されることで商品等の出所表示力を備えることもあるように思われる（実際、ドイツ連邦特許裁判所は、本願標章について出所表示力を肯定している）²⁶。その場合には、当該香りは少なくとも形式的には商品等表示に該当するといわざるをえない。

しかし、当該香りに不競法上の保護を与えることは問題である。様々な香りの違いを需要者が明確に判別できない（特定性を欠く）という前提でいえば、他の企業がこのマーケティング手法に追随しようとした場合、需要者が（先行企業のそれとは）違う香りとして認識すると確信をもっていう香りしか使用できないことになる。だが、関連する商品や営業との関係で選択可能な香りにはおのずと制限があり、その数はおそらく多くない²⁷。

象は嗅覚・味覚の対象と区別されるが、前者のグループは「形」に関係しており、比較的客観的に描写しうるから、と説明されている（AG opinion, par. 25）。

²⁶ 本件に係る ECJ 法務官意見においても、次の記述がある。「ともあれ、嗅覚によって知覚される標識の出所表示機能を果たす抽象的な能力は、完全に疑いの余地がないと私は思う。もし、その意図が、特定の出所をもつ商品や役務を他の出所をもつそれらから区別するために個別化するというところにあるのなら、あるいはもし、特定の出所、当該事業の品質や名声を想起させることが問題となっているのなら、最良の方法は、嗅覚のように、確実に、あるいは説得力あふれる形でわれわれの感情と結合した知覚に頼ることである」（AG opinion, par. 29）。

²⁷ 標章の抽象度が高まると、その資源が枯渇しやすくなって反競争的效果が生じるという懸念（depletion issue）は色彩の標章についてもいわれてきたところであるが、実際にはわが国を含めて多くの先進諸国が色彩の商標登録を認める法政策を選択した。しかし、香りの標章については、市場競争的環境においては色彩以上に depletion の問題が生じるとの Elias の指摘がある。Elias は、「ソフト」な香りは布軟化剤や

にもかかわらず、特定の香りについて商品等表示性を肯定することは、香りを使用する商品・営業自体を寡占させるに等しい効果を生む。

ゆえに、たとえ特定の香りが出所表示力を備えることがあったとしても、実質的には商品等表示に該当しないと解すべきである²⁸。香りや味の類は、その出所表示力を考慮すべき場合があるとしても、常に他要素（支持物の種類、販売方法、販売に随伴する視覚的・聴覚的要素等）との組み合わせにおいて考慮されるべきではないか。

ティッシュペーパーなどに使用したくなるものだし、「クリーンあるいはフレッシュ」な香りは洗剤に使用したくなるものなので、*depletion issue* はありうることだと論じている。B. Elias, “Do Scents Signify Source?: An Argument against Trademark Protection for Fragrances”, *The Trademark Reporter*, Vol. 82, No. 4, 1992, p. 488.

²⁸ 井奈波は、「商品の機能・効果を達成するためにその形態をとる以外ありえないという場合に、その形態を保護することは、形態のみならず商品の機能・効果にも独占を認める結果となる。香水の場合、商品表示になりうるにおいて商品の機能・効果とは同一のものである。したがって、香水のにおいは商品表示になり得ない」と述べている（井奈波、前掲（注13）193頁）。欧州法及びフランス法に関して、Pollaud-Dulian も『『そもそも (a fortiori)』』、香水製造業者の商品のための商標としてフレグランス自体を選択するという事は認められない。なぜならそれが独占の対象とするのは商品そのものであり、それを識別可能とする手段とはならないだろうからである」と述べている。F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, *Economica*, 2011, no. 1337, p. 743. これと似たような考え方は、米国にもあるようである（*functionality doctrine* により、フレグランスは商標登録不可能とする考え方。See, F. Galbo, “Making Sense of the Nonsensical: A look at Scent Trademarks and their Complexities”, available at <https://www.ipwatchdog.com/2017/12/21/scent-trademarks-complexities/id=91071/>）。

著名な香水と香りの持続力や変化、開封後の劣化スピードが異なるが、瞬間的には同じ香りを有する別の香水が販売された場合には、需要者に出所の混同が生じうるようにも思われるので、香水という商品に関して上記の考え方をどこまで貫徹しうるかは疑問なしとしない。ただ、香りを商品等表示としてしまうと、本文で述べた理由により寡占状態となりかねないので、結論には賛成したい。なお、*depletion issue* を問題視する私見は、田村善之の説く「競争上似ざるをえない形態」除外説及び「営業方法」除外説（同『不正競争法概説』〔第2版、有斐閣、2003〕126-136頁）に一脈通ずるものである。

5. おわりに

香りや味は、たとえ芸術的創作と叫ぶものであっても、法的にはPDに属するものと考えられてきたように思う。それでも「フォーミュラ」「レシピ」の秘密保持を図ることで、それらの創作に投資した者が市場先行の利益を得ることは十分に可能であった。しかし今日では、RE技術の長足の進歩が、このstatus quoの存立基盤を危うくしている。

わが国では、平成26年に新しいタイプの商標を保護する法改正が行われたが、香りや味のそれは、産業界からのニーズが格別存在しないことや、特定性を十分に充たす公示方法が見当たらないという理由で、新たに標章概念に含めることは見送られた²⁹。しかし近年では、とくに香りを使用したマーケティング戦略が浸透しつつあるので、その商標保護を求める動きが今後みられるようになるかもしれない³⁰。

それでも、人が直接知覚する香りや味の内容が著しく主観的で特定性を欠く以上は、その標章性や著作物性を肯定することはできないと思われる。そのような法政策は次の問題点を抱えているからである。

- ・それは範囲が不明瞭な独占権をもたらすことになり、投資の成果保護を超える過剰な保護をもたらしかねない。
- ・それは範囲が不明瞭な独占権をもたらすことになり、多くの人を法的な危険にさらす。
- ・それによってもたらされる独占権の威嚇効果は広すぎる範囲で生じ、香りや味の寡占を招いて市場における健全な競争を阻害するおそれがある。

²⁹ 産業構造審議会知的財産政策部会商標制度小委員会『新しいタイプの商標に関する検討ワーキンググループ報告書』(2009) 12頁。

³⁰ 産業構造審議会知的財産分科会『新しいタイプの商標の保護等のための商標制度の在り方について』(2013) 5頁(「また、非伝統的商標のうち、上記の類型以外の『におい』…等については、諸外国において保護されている事例も一定程度あり、今後その保護のニーズが高まることも想定されることから、適切な制度運用が定まった段階で保護対象に追加できるよう、当小委員会において併せて検討を進めていくことが適当である」)。

- ・上記にいう範囲の不明確さは、機械（技術）によっては解決されない。

※ 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。

また、筆者のインタビューに快く応じてくださり、最先端の技術状況をわかりやすく説明してくださった株式会社味香り戦略研究所・代表取締役社長の小柳道啓氏にも感謝申し上げます。

本研究は JSPS 科研費 JP18H05216 の助成を受けたものである。