

香りの著作物性

弁護士 井奈波 朋子

創作された香りが著作権法により保護されるか否かは、これまであまり議論されてこなかった問題点である。本稿では、香水の著作物性を肯定したパリ商事裁判所 1999 年 9 月 24 日ティエリー・ミュグレー事件を紹介し、創作された香りが著作権によって保護される可能性があるのか否かを検討する。また、補足として、著作権法以外の知的財産法による保護の可能性についても触れる。

1 1999 年 9 月 24 日パリ商事裁判所 15 部判決（ティエリー・ミュグレー事件）¹

(1) 事実

ティエリー・ミュグレー (Thierry MUGLER) はフランスの著名なファッションデザイナーである。ティエリー・ミュグレー・パルファン社 (SA THIERRY MUGLER PARFUMS) は、1992 年から今回の裁判で問題となっている「エンジェル (ANGEL)」という香水を発売している。

一方、GLB モリナール社 (SA GLB MOLINARD) は、「ニルマラ (NIRMALA)」と称する同一系統の香水を発売した。

そこで、ティエリー・ミュグレー・パルファン社は、GLB モリナール社を相手に、(a)ニルマラの香りがエンジェルの香りに存在する原告の著作権を侵害していること、および(b)ニルマラはエンジェルの香りの不正なただ乗り商品であり、GLB モリナール社の行為は不正競争行為に該当すると主張し、パリ商事裁判所に訴えた。

(2) 争点およびこれに対する裁判所の結論

本件訴訟では、(a)著作権侵害について、①香水は、知的財産法典 111-1 条 1 項²に定める「精神の著作物」に該当するか否か、②エンジェルの香り

¹ Tribunal de commerce de Paris, 15^e ch., 24 sept. 1999 : 評釈 RJDA 3/2000 p355; PIPIA 2000 p71

² 知的所有権法典 111-1 条 1 項「精神の著作物の著作者は、その著作物に関して、自己が創作したという事実のみにより、排他的ですべての者に対抗しうる無形の所有権を享有する。」（外国著作権法令集(16)フランス編（社）著作権情報センター）

には創作性があるか否か、③ティエリー・ミュグレー・パルファン社はエンジェルの著作権者か否かが争点となった。裁判所は、①香水が精神の著作物であること、および②エンジェルの香りの創作性については肯定したが、③香水の創作はクエスト (QUEST) 社という別会社によって創作され、ティエリー・ミュグレー・パルファン社に対する著作権の譲渡は行われていないとして、ティエリー・ミュグレー・パルファン社が著作権者であることを否定した。

さらに、(b)不正競争行為に該当するか否かについて、裁判所は、G L B モリナール社の行為は、エンジェルの成功を利用した不正なただ乗り行為と認定し、不正競争行為に該当すると判断した。不正競争行為であることを認定するにあたって、裁判所は二つの香水の類似性を認定している。裁判所がどのように香水の類似性を判断したかについても簡単に紹介する。

(3) 「精神の著作物」に該当するか否かに関する裁判所の判断

被告である G L B モリナール社は、香水は産業上の結果を示すもので、著作権法によって保護されないこと、においはすぐ消えてしまうものであり、受ける印象も受け手によって異なるということを香水の著作物性を否定する根拠として主張していたが、本判決は、(①)～(④)の理由を掲げ G L B モリナール社の主張を退けた。

「(①) 新しい香水の創作は、しばしば長期にわたり、専門的な創作者によってなされるまさしく美的探求の結果であり、したがって、精神の著作物であることは否定しえない。(②) それは予め定義づけられた製品の製法を開発することを目的とする産業上の研究の成果ではない。(③) フォーミュラという用語の技術的側面にまどわされるべきではなく、それは香水の複製を可能とするものとして、音楽の複製を可能とする楽譜と比較し得るのであり、音楽と香水は、その創作の時点でどちらも明確に定義づけられているものではない。(④) においという表現によって生み出される印象が消え去る性質をもつこと、そして、その感じ方が人によって違うことは、障害にならない。なぜなら、音楽は同様に消え去る性質をもつものであり、感覚的感じ方すべては多かれ少なかれそれを受け取る人によるものだからである。」

判決理由は、2つのアプローチから、香水が精神的著作物であることを肯定している。すなわち、①②は、香水の創作過程に着目したアプローチであり、③④は、音楽との表現上の類似性に着目したアプローチである。

(4) エンジェルの香りの創作性に関する裁判所の判断

本判決は、創作性について、以下の(①)～(③)の理由を挙げて肯定している。

「ティエリー・ミュグレー・パルファン社は、『エンジェルは、その香りの創作性から、新傾向の源となったことは明らかである』と主張する。この傾向は、“カラメル”の側面を持つグルメで甘い匂いの香水という傾向であり、エンジェルは、香水業界にグルメの香りという概念を導入した。

新聞・雑誌は、一致して、この新傾向の創作性を認めた。すなわち、：エクスプレス誌(1999年2月号)は、エンジェルを当代12香水の一つに選んだ。：『1992：エンジェルは、子供のころのようなチョコレートと蜂蜜にひたされた前代未聞で扇情的な趣向によって心を奪った』。

同様に、エサンシエル・デュ・マナジュモン誌(1997年11月号)は、“東洋のグルメ”と名付けた前代未聞の調合であり、その創作は、少なくとも608の試行を要したと述べた。

鑑定人Mは、エンジェルは、オリエンタル系(パチュリとバニラの調和)の香りに属し、おそらく、REMINISCENCEのパチュリ系でかつGLBモリナール社のHABANITA系であると考えられるが、オリエンタルな竜涎香(アンバー)部分については、HABANITAを伴うエンジェルの系統がHABANITAを元祖とするとは明確に言い切れない。

GLBモリナール社は、エンジェルの創作性の欠如を主張するにもかかわらず、ティエリー・ミュグレー・パルファン社の主張に対する反論を行わず、この創作性を否定するであろう先行性も主張しない。

したがって、

(①) エンジェルの創作性は真に否定されえず、それは新聞・雑誌によって一致して認識されかつ現在も認識されているものである。(②) 仮に、鑑定人Mがいくらかの着想を識別しているとしても、エンジェルが何を元とするかを見いだしていない。(③) いかなる先行性³も認められない。裁判所は、エンジェルは創作的であり、法による保護に値すると判断する。」

(5) 香水の類似性の判断方法

「裁判所によって任命された鑑定人は、ニルマラとエンジェルの間にも過度に類似することが偶発的もありうるかを評価するために、4種類の異なる方法を用いた：

- ① 2つの香水のクロマトグラフィー分析
- ② 調香師による判定

³ ここでは先行性を問題としているが、フランス著作権法の下において、先行性がなければ創作性が認められないというわけではない。

③電気機器を用いた調香による分析

④消費者テスト

その上、⑤香水産業連合会の調停委員会は、ティエリー・ミュグレー・パルファン社の求めにより、類似性の問題を検討した。」

①のクロマトグラフィー分析は、香水の構成要素を分析する方法である。この方法より、2つの香水の識別された要素のうち87.5%が共通すると認定された。②は専門の調香師が匂いをかぎ分けて識別する方法である。調香師は、二つの香水が同じ系統のものであることは認定したが、香りが似通っている関係にある香水が他にも存在することを指摘し、本件で問題となっている2つの香水の類似性は特に驚くべきことではないと指摘する。③は電気機器に匂いの同一性を識別させる方法である。100回のテストで95回にわたって2つの香水を同じものと混同したことから、2つの香水は同じ香水というに等しいと判断された。④は消費者1111人を対象に識別テストを行ったものである。消費者テストでは2つの香水は似ていないとの回答が過半数を上回った。⑤は、本件訴訟の前に行われた調停手続における議論である。調停委員会では2つの香水の類似性は混同を引き起こしうると判断された。このように裁判所は、1つの方法に偏ることなく、さまざまな方法を用い、2つの香水の類似性を判断しようとしているが、いずれの方法も結論を導く上で決定的でない。このような結果をふまえ、裁判所は、被告であるGLBモリナール社が、ニルマラというかつて発売していた香水の名称を用いたことや、エンジェルがグルメの香りという新傾向を打ち出してから類似の香水を市場においたことなどの被告の態度に着目して、ただ乗り行為でありかつ不正競争行為と認定したようである。

2 フランスにおける議論

(1) フランス著作権法⁴の基本構造

著作権法による保護を受けるための積極的要件は、法律に明記されているわけではない。解釈上、積極的要件として、①精神の著作物 (*oeuvre de l'esprit*) であること⁵、および②創작성 (*originalité*)⁶、③表現であること (アイディア

⁴ 知的所有権法典の第1部が著作権法に、第2部が工業所有権法に相当する。

⁵ 知的所有権法典 111-1 条 1 項 (注 2)

⁶ 知的所有権法典 112-4 条 1 項「精神の著作物の題号は、それが創작성を示す場合には、著作物そのものとして保護される」

本条項は、創작성の要件を正面から規定したものではないが、著作権法による保護の要件として、創작성が必要であることを示唆した条文と解されている。

は保護しない)⁷が必要であるとされる⁸。

さらに、知的所有権法典 1 1 2-1 条は、「この法律の規定は、いずれの精神の著作物についても、その種類、表現形式、価値又は目的の如何を問わず、著作者の権利を保護する。」⁹と規定する。したがって、著作権法による保護を検討するに際しては、著作物の種類、表現形式、価値、目的は無視して考えなければならない。香水の著作物について問題となるのは、「“種類”の如何を問わず」という点である。当該規定にもかかわらず、嗅覚と味覚に訴える創作物については著作権法による保護の対象から排斥される傾向にあった¹⁰。

(2) 香水に関する裁判例ー 1 9 7 5 年 7 月 3 日パリ控訴院第 4 部判決¹¹

ティエリー・ミュグレー事件以前に、香水のフォーミュラ（処方箋）について判断した裁判例がある（以下「ロシャス事件」という）。

ロシャス事件は、「AJA63」「Sirdar」という 2 つの香水のフォーミュラが著作権法により保護されるか否かが問題となった事件である。これらのフォーミュラからは、それぞれマルセル・ロシャス社という香水会社の「ファム（Femme）」「マダム・ロシャス（Madame Rochas）」という香水が制作される。

⁷ パリ大審裁判所 1 9 8 0 年 1 1 月 4 日判決（Tribunal de grande instance de Paris, 4 novembre 1980）：単なるアイデアは自分のものとすることはできない。単なるアイデアはそれが表現される形式において保護され得るにとどまる。

パリ大審裁判所 1 9 7 0 年 3 月 9 日判決（Tribunal de grande instance de Paris, 9 mars 1970）：著作権の保護は、著作物の表現と構成に適用される。

⁸ 積極的要件として、伝統的に挙げられているのは、②創造性③表現の要件であり、①の要件は明確には検討されていないようである（COLOMBET, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, précis, Dalloz ; FRANCON, Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle）。

①の要件を積極的に掲げる見解は、精神の著作物とは、人間の“創作活動”によって創作されたものとする（A. LUCAS et H.-J. LUCAS, Traité de Propriété littéraire et artistique, Litec）。この見解によれば、単なる発見・発掘・全くの偶然の産物にすぎないものなどは、①の要件を満たさないため、著作権法により保護されない。

⁹ 外国著作権法令集(16)フランス編（社）著作権情報センター

¹⁰ 外国著作権法概説－英・米・独・仏・伊－社団法人著作権情報センター 2 0 0 3 年 3 月 165 頁以下

¹¹ Cour d'appel de Paris 4 e ch., 3 juillet 1975 : 評釈 RIDA 1/1977 p108 ; Dalloz 1976 sommaire p19 ; Gazette de Palais, journal du 21-22 janvier 1976 p43 原審 Tribunal de Commerce de Paris, 7 janvier 1974

パリ控訴院は、次のように判断した。「1957年3月11日法3条¹²が精神の著作物の例として、視覚または聴覚によって感得しうる著作物しか列挙していないとしても、“特に”という副詞の存在は、他の3つの感覚によって存在しうる著作物を、場合によっては、予め排除するものではない。係争となった契約は、美術の著作物の複製権の譲渡ではなく、天然香料、合成香料、特定の構成物、それ自体さまざまな製造方法によって得られたあらゆる要素を、決められた配合によって混ぜることによって、産業上の製品とする方法を公表するものである。製品を作るための産業上の技術はたとえそれが特許可能性のないものであっても著作権を享受しえない。係争のフォーミュラには特許可能性がないという事実は1957年3月11日法に関するいわゆる“発明”の性質を変更するものではない。したがって、開発されたフォーミュラは、1957年法によって保護される著作物ではない。」

ロシヤス事件判決は、香水のフォーミュラは製品を作るための産業上の技術であるという理由で、著作権法による保護を否定した。しかし、「“特に”という副詞の存在は、他の3つの感覚によって存在しうる著作物を、場合によっては、予め排除するものではない。」と判断した点で、1957年3月11日法3条各号（現行知的所有権法典112-2条）は例示列挙であり、各号に定める著作物以外の創作物にも著作権法による保護を認める可能性を示唆する裁判例であると評価されていた。

(3) 香水の著作権法による保護否定説¹³

香水の著作権法による保護を否定する見解の根拠は、集約すると以下のとおりである。

著作権法の保護の対象となる著作物は、伝統的に、視覚または聴覚に働きかけるものである。その他の感覚に働きかけるものは精神の著作物の概念に入るとは考えにくい。香水が消え去る性質をもつことや安定性が欠如していることから考えても、精神の著作物として受け入れ難い。

創作性は、作者の人格を固定したもののの中に、場所や時を超えて存在しうる。しかし、香水は、このような安定的で永続性のある創作物ではないため、人格の発現と認められない。

¹² 1957年3月11日法3条「この法律の適用上、次の各号に掲げるものは、特に精神の著作物とみなされる。(以下略)」本規定は現行知的所有権法典112-2条に引き継がれた。

¹³ Jean CALVO, Guy MORELLE, Gazette de Palais, journal du 21-22 janvier 1976 p43 (ロシヤス事件評釈), Tribunal de Commerce de Paris, 7 janvier 1974 (ロシヤス事件原審)

においては主観的感覚によって左右されるのであるから、客観的にそれを表すことが可能であるべき美術的表現と認められない。

知的所有権法典 1 1 2 - 2 条の規定が、“特に”と規定しているとおおり、この規定が例示列举であることは確かである。しかし、これは既に存在する精神の著作物の範疇の中にあるものを目的としたものである。

香水は、産業上の製品を作るための産業上の技術であり、芸術的性質を持つものではない。

実務上の問題として著作権侵害か否かの判断が極めて困難である。

(4) 保護肯定説¹⁴

否定説に対し、香水の著作権法による保護を肯定する見解は、以下を根拠とする。なお、学説上は、肯定説の方が有力のようである。

法は、著作物を視覚または聴覚に訴えるものに限定していない。加えて、著作物の永続性や固定を保護の条件としていない。

1 1 2 - 2 条に“特に”とあるとおおり、当該規定に定める著作物は例示列举であり、視覚または聴覚に訴える著作物だけでなく、嗅覚など他の感覚に訴える創作物についても保護の対象として受け入れる趣旨である。

人によって感じ方が異なるという点は、音楽などの著作物と同様であり、香水の著作権法による保護を否定する根拠にはならない。

調香にあたっては確かに技術的拘束を受けるが、他の著作物においても技術的拘束は存在するし、調香にあたって創作者から自由を奪うものではない。むしろ、どのような素材を用い香水の香りにどのような時間的变化を与えるかなどは、創作者の自由に委ねられている。したがって、香水の創作は単なる産業上の手法ではなく、美の追究であり、必然的に創作性が認められる。

侵害かどうかは、分析器等の機器を用いることによって客観的に判断することが可能である。

(5) ティエリー・ミュグレー判決の位置づけ

フランスにおいては、肯定説・否定説いずれも拮抗していた状態であったが、ティエリー・ミュグレー事件判決は、その中で、初めて香水の著作権法による保護を認めるという画期的な裁判例となった。

なお、ロシヤス事件では、香水自体の著作権法による保護ではなく、香水のフォーミュラの著作権法による保護が問題となっているのに対し、ティエリー・ミュグレー事件で問題となっているのは香水そのものの著作物性であ

¹⁴ Jean-Pierre PAMOUDJIAN, *Le droit du parfum*, LDGJ p209 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de Propriété littéraire et artistique*, Litec ;

る。したがって、ティエリー・ミュグレー事件の結論は、一応、ロシヤス事件判決の結論とは矛盾しない。しかし、香水とフォーミュラを別異に解するのは疑問であり、フォーミュラの著作物性についても見直す余地がある（後述）。

3 我が国における香りに対する保護の可能性

以下では、我が国において、香水に著作物性が認められるのか否か、また、他の知的財産法による保護を享受しうるのかを検討する。

(1) 香りの分類¹⁵

香りの保護の可能性を検討するにあたり、まず、香料がどのように分類されるかを簡単に説明する。

まず、香料は(a)単品香料と(b)調合香料に分類される。(a)単品香料は、(i)天然香料と(ii)合成香料とに分類される。(i)天然香料には、動物性香料と植物性香料があり、動物性香料は4種類、植物性香料は、約1500種類あると言われている。(ii)合成香料は、約5000種類あり、そのうち市場で取引の対象になる主な合成香料は約500種類と言われている。合成香料には、天然香料と同じ化学構造を持つものと、天然香料にはない香りを人工的に作り出したものがある。天然香料・合成香料は調合香料の原料である。

(b)調合香料は、単品香料を調合したものである。調合香料は、(i)食品香料と(ii)化粧品香料に分類される。(i)食品香料は、一般にフレーバーと呼ばれ、口に入る製品に用いられる。香料を調合することによって、天然の食品の香りを再現するのが基本である。(ii)化粧品香料は、フレグランスと呼ばれるものであり、主に、香水、化粧品、石鹸、入浴剤、芳香剤など、口に入るもの以外の香りづけのために用いられる。

香水は化粧品香料（フレグランス）の一種であるが、石鹸や入浴剤のように他の製品ににおいをつけることを目的とするのではなく、におい自体が製品となっている点に特徴がある。香水は、フォーミュラ（処方箋）とよばれるものに従って再製される。フォーミュラは香水に使用す

なお、PAMOUKDJIAN氏は、香水自体は著作物であるが、香水のフォーミュラはノウハウであるから、著作権法による保護の対象ではないという見解をとる。¹⁵廣瀬清一著「香りをたずねて」コロナ社、湖上国雄著「香料の物質工学」地人書館、平田幸子監修「香水の本 香りへの招待」新潮文庫、エドモン・ルドニッカ著 曾田幸雄訳「香りの創造」白水社文庫クセジュほか

る香料と構成比を記述したものである。下記の表は、構成比の例である¹⁶。

(例) シンプレタイプ

物質名	(g)	物質名	(g)
ベルガモット油	300	バニラシソ	10
レモン油	60	バニサムトロー	10
イランイラン油	20	タマリシ	10
リナロール	50	ラブダナム油	5
ローズ油	11	ムスタクシソ	20
ローズアブソリュート	10	ムスタクシソ	20
ゼフィラム油	10	オストリウムシソ	5
ジャスミンアブソリュート	15	ムスタクシソ	10
フェニルエチルアルコール	25	シベットアブソリュート 18%希薄液	10
フェニルエチルアルコール	40	ローズベース*	40
パチョリー油	50	オーストラリアシソ*	20
サンダルウッド油	30	ジャスミンベース*	20
ペパー油	30		1000
オーストラリアシソ	40		

(2) 特許法による保護の可能性

香水ないし香水のフォーミュラには、確かに、産業上の技術という側面がある。しかし、香水ないし香水のフォーミュラが産業上の技術として特許法の保護の対象となるかという点極めて疑問である。

特許法により保護される発明は、物、方法および物を生産する方法に分類される（特許法2条3項）。そうすると、(1)で述べた香料のほとんどは物、方法および物を生産する方法として、特許の対象となる。たとえば、天然香料の場合、天然香料の抽出方法が特許の対象となる。また、合成香料の場合、製造された合成香料、合成の方法および合成香料の製造方法が特許の対象となる。調合香料の場合、製造された調合香料、調合の方法および調合香料の製造方法が特許の対象となる。

それでは、香水ないし香水のフォーミュラは、特許法による保護の対象となりうるか。香水は、物質の性質を利用して創作されるので、自然法則を利用した創作（特許法2条1項）であると考えられる。香水は流通可能な商品であるから、産業上の利用可能性があることも明らかである。しかし、発明は、「技術的思想」の創作（特許法2条1項）でなければならない。つまり発明は、一定の目的を達成するための具体的手段であることが必要である。特許明細書の発明の詳細な説明において、発明が解決しようとする課題、課題を解決するための手段等を記載することとされている（特許法36条3項、特許法施行規則24条）のはそのためである。したがっ

¹⁶出典：藤巻、服部、林、荒井編「香料の事典」朝倉書店、湖上国雄著「香料の物質工学」地人書館

て、香水や香料のフォーミュラについても、一定の技術的目的ないし課題があり、課題を解決するための手段があるような場合は、特許の保護対象となりうる。

しかし、特許の対象となるものは、あくまで「技術的思想」の創作であるから、香料をブレンドして良い匂いを作り出すことには解決すべき技術的課題がなく特許の対象とはならない。特許法で保護されているのは、香水に使われる技術であり、においの良さそのものは保護の対象ではない¹⁷。したがって、一般の香水や香料のフォーミュラのように、においの良さを追及した創作物については、発明に該当せず、特許法による保護の対象にはならない。

(3) 著作権法による保護の可能性

それでは、香水は、著作権による保護を受けられるのか。香水が著作物に該当するか否かを、著作権法2条1項1号の定義に従って、①「思想又は感情」の表現に該当するかという問題、②アイデアと表現の二分論との関係で、表現でなくアイデアではないのかという問題、③「創作性」の問題、④「文芸、学術または美術の範囲に属する」かどうかの問題に分け、検討する。

(a) 思想又は感情

思想または感情の著作物であるためには、人間の精神活動が存在していることが必要である¹⁸。ベルヌ条約2条1項には「literary and artistic

¹⁷香りに関する出願例1：カネボウ株式会社出願にかかる香料組成物（特許出願2001-216311）【課題】エタノール刺激臭が緩和され、香り立ちがマイルドで、香りに暖かみを与えかつ香りの持続に優れた香水、コロソニン等の香料組成物が提供する。【解決手段】ひまわり種子油0.01～5質量%、香料0.5～40質量%およびエタノール30～98質量%を含有することを特徴とする香料組成物。

出願例2：カメヤマ株式会社出願にかかる香水線香（特許出願平10-39420）【課題】 焚いたとき、微弱芳香を部屋に放散させることができる香水線香を提供すること。【解決手段】 香料成分が他の機能成分と共に、結合母材（マトリックス）中に分散されている香水線香。香料成分が、ベース香料に加えて、白壇粉末、バニリン及び貝香を必須成分として含有する。

そのほかにも香水関係で出願されている例があるが、においの良さそのものやいいにおいを作り出すためのブレンドの仕方等について出願されている例は見当たらない。

¹⁸大阪控判昭和11年5月19日「著作物とは精神的な労作の所産たる思想感情

works」とあるだけで、著作物そのものに関する定義はないが、精神的創作物でなければならないと説明されている¹⁹。また、ドイツ、スイス、フランスにおいては、著作物をいずれも精神的な創作物と考えている²⁰。

中世の時代、神が創造主と考えられていた時代には人間の精神活動は意識されていなかった²¹。絶対王政の時代になると人間は君主に隷属する者にすぎず、権利が与えられたとしても特権として与えられていたに過ぎなかった。フランス革命期になって、人間は自由・平等に存在し、権利の主体であると捉えられるようになり、1789年のフランス人権宣言17条では所有権の神聖不可侵が規定された。フランスでは人間の自由な精神活動の産物である著作物が所有権のひとつとして保護されることも、この時期に明確にされた²²。

香水の創作行為は、明らかに人間の精神的活動の所産である。香水の創作過程にとりかかるとき、調香師はまず創作したい香りのイメージをデザインする。次に、その中から想定したイメージに合う香りを作り出すために素材となる香料を選択する。香水を構成する素材となる香料で、実際に使用されているものはおよそ3500種類以上あるといわれている。それらを微妙な割合で調合し、香りの骨格を作る。こくやアクセントを付け、持続性、拡散性などにも配慮して香水を完成させるという手順で創作する。香水には、最初の香り、中間の香り、最後の香り（いわゆるトップノート、ミドルノート、ラストノート）というように、時間の経過により香りに変化が生じるようにするのが一般的であり、その香

の独創的表白であって客観的存在を有し、しかも文芸学術もしくは美術の範囲に属するものである」。

東京高裁昭和62年2月19日判決無体集19巻1号30頁判時1225号111頁（当落予想表事件）「思想又は感情とは、人間の精神活動全般を指す。

¹⁹ Guide to the BERNE CONVENTION for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971), WIPO “Before leaving paragraph (1) of Article 2, it is worth noting that the Convention speaks of “works” but nowhere defines what is meant by the word. But it is clear from its general tone that these must be intellectual creations.”

²⁰ ドイツ著作権法2条2項「この法律の意味における著作物は、個人的精神的な創作物に限る」、スイス著作権法第2条「文芸及び芸術の精神的な創作物」、フランス著作権法知的所有権法典111-1条1項「精神の著作物」（注2参照）。

²¹ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de Propriété littéraire et artistique*, Litec

²² 上演権に関する1791年1月13-19日法および複製権に関する1793年7月19-24日法。1791年法の立法に関与したル・シャプリエは、「全ての所有権で、最も神聖で、個人的なものは、作家の思考の産物である作品である」と述べている。

りの変化が自然であることも要求される。香水の成分にはベース、ブレンダー、モディファイア、フィキサティブという4種類があり、ベースは香水を特徴づける基本となる香り、ブレンダーは香りに深みを与える香り、モディファイアは香りに変化を与える香り、フィキサティブは全体を整える香りである。これらを組み立てるのにどのような素材を使い、どのように配合するかを決める。このような創作過程をみると、香水は人間の精神的活動によって生み出されるものであり、思想感情の創作物であると考えられる²³。

ところで、ティエリー・ミュグレー事件においては、「音楽と香水は、その創作の時点でどちらも明確に定義づけられているものではない」と述べられている。つまり、音楽も香水も、最初に楽譜やフォーミュラがあるわけではなく、楽譜やフォーミュラというものは、創作物を書き留めておくものに過ぎない。すなわち、創作の時点では、いずれも無から有を生み出す精神活動が行われているのである。

しかし、それは特許法で定める「技術的思想の創作」ではない。科学的思想の創作であるためには、一定の課題を達成するための具体的手段である必要があるが、香料をブレンドして良い匂いを作り出すことを目的としたものは、何ら課題の解決を目的とした創作ではない。

(b) アイディア・表現二分論—香水はアイディアか。

①香水におけるアイディア

アイディアは、著作物を創作するための着想、スキームなどの観念的存在である。香水の場合、香りのイメージや香りの骨格がアイディアに該当すると考えられる。

例えば、ジャック・ゲランは、古代インドの伝説をモチーフにしたロシア・バレエを見て、構想を得て、東洋的な香調の、「シャリマー」（ゲラン社製品）を創作した。また、ジャック・ゲランは、「ミツコ」（ゲラン社製品）という香水を創作しているが、この香りは、苔・アンバー・

²³ マリーセリーヌ・グルニエ・デプレ「香りの錬金術」平田幸子監修「香水の本 香りへの招待」新潮文庫39頁より、「たとえばバラ・ベルサイユは約250種の香料から成っていますが、このブレンドは自然界には存在しません。つまり、1つのあり得ない香りをつむぎ出すために、調香師たちは2000からある香料をふるいにかけて、数百の材料をセレクトし、コンマ以下の微妙なバランスで配合率を決めていくのです。その後には待っているのはテストに次ぐテスト。当然この過程では化学記号や数式が登場します。但し、最終的に判断を下すのは人の感覚以外にはあり得ません。」

フローラルの香りを骨格としている。²⁴香水においては、このように香りの構想、イメージ、骨格、香調等がアイデアに該当すると考えられる。

②においによる表現方法

香水においては、香りの構想、イメージ、骨格、香調等がアイデアで、それを表現したものが完成した香水であると考えられる。

香水が表現であるとする、においによる表現方法というものを観念しうるのかが問題となりうる。著作物は人間の精神的活動の所産を人に伝達するものなので、人の精神的活動の所産が外部に表示され、第三者が覚知感得できる程度に具体的であればよいと考えられる。その場合、直接覚知感得されるものか、機械を通して覚知感得されるものかは問わない。

香水の場合、液体を媒体としたにおいとして、嗅覚により覚知できる。嗅覚により正確に覚知できないとしても、ガスクロマトグラフィーなどの分析機によって機械を通して具体的表現を覚知感得しうる。したがって、嗅覚に訴えかける方法による表現であっても、著作物性を排除する理由にはならない。

③化学的知識・ノウハウと著作物性

実際に、香水を創作するにあたっては、拡散性や持続性など香料に関する化学的知識やノウハウが必要である。しかし、化学的知識やノウハウが必要であるからといって著作物性が否定されるわけではない。建築の著作物においても、建築技術に関するノウハウが必要であるが、ノウハウが必要であるからといって建築の著作物性が否定されるわけではない。ところで、香水は化学的知識やノウハウだけで作成されるものではない。香料や調香に関する知識・ノウハウは香水を創作するための基礎知識にすぎない。基礎知識を用いてイメージを膨らませ香水を創作するというのは、産業上の技術ではなく創作的表現の領域であると考えられる。

(c) 創作性

①香水の創作性の有無

創作性が認められるためには、独創性の発揮されたものである必要はなく、筆者の何らかの個性が発揮されていれば足りる²⁵。

²⁴ 諸江辰男「名香物語」平田幸子監修「香水の本 香りへの招待」新潮文庫 30 頁以下

²⁵ 東京地方裁判所平成 11 年 1 月 29 日判決判時 1680 号 119 頁(古文単語事件)、東京地裁平成 13 年 5 月 30 日判決判時 1752 号 144 頁(交通標語事件)等。

著作者の個性が表れているといえるためには、何が必要か。芸術性やいわゆる个性的かどうかは問題でない。表現の自由な領域があり、その領域で著作者が自由な裁量で表現を選択していれば個性が発揮されているものとして、創作性が認められる。

香水を創作する場合、その創作過程は、作ろうとする香水のイメージを描き、香料の数だけある素材の中から調合を行う。香水のイメージを実現するために何を用いるかはまったく創作者の自由な選択に委ねられているので、素材の自由な選択と調和の工夫の結果、創作された香水には著作者の個性が表れていると考えられる。香水の場合、香料の選択、持続性など技術的な拘束をうけるが、完全に技術的な拘束をうけるわけではない。それは、音楽において、音符や楽器の種類による拘束を受けたり、絵画において色彩の種類による拘束を受けるのと同じであると考えられる。

②新規性と創作性

ティエリー・ミュグレー事件では、エンジェルが画期的な香水であったことが重要視され、香水の「新規性（先行性）」が議論されている。本来なら新規性は著作権による保護を認めるにあたって考慮されないはずである。確かに新規性は著作物性の要件ではないが、創作性を立証するための間接事実になりうる。つまり、新規性の主張立証は、ありふれた表現でないということを主張立証するため有力な主張立証手段である。

においの場合、著作者の個性が表現されているにおいということであれば、単にグレープフルーツのにおいであるとか、バラのにおいであるというように、なんらかの匂いを単に再現したにすぎないものや、何らかの匂いであることが明らかに分かるようなものは、いくら努力して創作したとしても個性を表現したものではないと考えられる。

(d) 文芸、学術または美術の範囲に属することについて

香水は、文芸、学術または美術の範囲には属していないように考えられる。しかし、裁判例は、「「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属する」というのも、知的、文化的精神活動の所産全般を指すものと解する」と解釈している²⁶。知的、文化的精神活動の所産が著作権法による保護の対象となるのであれば、香水も知的、文化的活動の所産として、この要件を満たすと考えられる。

この要件については、著作権法から産業の領域に属するものや実用品

²⁶東京地裁昭和61年3月3日判決および東京高裁昭和62年2月19日判決（当落予想表事件）

をこの要件によって排除すると考える見解もある。香水は実用品だから著作権法から排除されるのではないか、という反論も予想される。しかし、産業の領域に属するものや実用品も知的文化的精神活動に入ることには確かである。プログラムは産業の領域に属するが、著作物として保護されている。建築も産業の領域に属するが著作物として保護されている。しかし、プログラムも建築も特許の対象にもなりうる。特許では、一定の課題を達成するための具体的手段として、プログラムのアイデアや建築の技術などを保護する。他方、プログラムや建築は技術的思想の創作に止まるものではなく、思想感情の表現という面も有し、この部分は著作権法により保護される。

したがって、産業の領域に属するものや実用的なものが著作権法による保護から先天的に除外されるわけではない。保護の目的・対象に応じて、特許と著作権との政策的振り分けが行われているにすぎない。そうすると、香水も香水に使われる技術は特許法で保護し、においという表現自体は著作権法で保護されるという振り分けになると考える。

(e) フォーミュラと香水との関係

となった。裁判所は、①香水が精神とにおいとを切り離し、香水は著作物、フォーミュラは産業上の技術という色分けを行う見解もある²⁷。

しかし、フォーミュラを使えば、同じ香水を製作することができという点で、フォーミュラと香水とは同一性があるのではないかと考えられる。また、フォーミュラ自体、香水に適用される機能を表示しているわけではなく、それ自体としてみても、フォーミュラは産業上の技術であるとは考えられない。

ティエリー・ミュグレー事件で述べられているように、「音楽と香水は、その創作の時点でどちらも明確に定義づけされているものではない」音楽の場合は、最初に作曲という行為があり、その結果創作された音楽を記録として楽譜に書き留める。したがって、楽譜は、音楽を紙媒体に記録して複製した記録媒体の一つであると考えられる。香水も、音楽と同様、最初に香水の創作行為があり、その結果創作された香水を再製するために記録を取っておく。その記録がフォーミュラであり、香水を複製した記録媒体の一つであると考えられる。

²⁷ Jean-Pierre PAMOUDJIAN, Le droit du parfum, LDGJ p209

著作物	アイデア	表現	複製物
音楽	断片的メロディ 一等	音楽	レコード等 楽譜
香水	イメージ等	香水	香水の複製物 フォーミュラ

(f) 料理について

嗅覚に働きかける創作物である香水に著作物性があると考えた場合、味覚に働きかける著作物である料理についても著作物性が認められるのではないかという疑問が生じる。香水に関する議論は、料理についてもそのまま当てはまるどころであり、料理についてどのように捉えるかが、さらなる検討課題となる。

(4) 不正競争防止法による保護の可能性

同じ調子の香りの香水を販売する行為は、不正競争防止法に抵触するか。この場合、周知表示誤認混同行為（不正競争防止法 2 条 1 項 1 号）に該当するのではないかが問題となりうる。

条文上、商品等表示として「人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器もしくは包装」が例示されているが、それ以外でも自他識別機能・出所表示機能があるものは「商品表示」と認めるのが裁判例である。たとえば、色彩の組み合わせが特定人のものであると識別させるに至っているような場合には商品表示に該当する²⁸。

しかし、商品の機能・効果を達成するためにはその形態をとる以外に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²⁹。香水の場合、商品表示となり

²⁸ 大阪地裁昭和 58 年 1 月 23 日（トロピカルライン事件）「色彩は、本来何人も自由に選択して使用することが許されるものであるが、特定の単色の色彩又は複数の色彩の特定の配色の使用が当該商品には従来見られなかった新規なものであるときには、特定人が右特定の色彩、配色を当該商品に反復継続して使用することにより需要者として右特定の色彩・配色の施された商品がこれを使用した右特定人のものである旨の連想を抱かせるようになることは否定できないところであり、このように商品と特定の色彩・配色との組み合わせが特定人のものであることを識別させるに至った場合には、右商品と色彩・色彩の配色との組み合わせも又、商品の形態と同様、不正競争防止法一条一項一号にいう「他人ノ商品タルコトヲ示ス表示」たり得るものといわなければならない。」

²⁹ 米国法上の **functionality doctrine** はこの場合に保護を否定する。なお、大阪高等裁判所平成 12 年 3 月 24 日、東京地方裁判所平成 13 年 3 月 27 日判決