

Title	欧州連合司法裁判所判例による著作物性基準の調和
Sub Title	The authorial works protectable by EU copyright
Author	小泉, 直樹(Koizumi, Naoki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2022
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.48 (2022. 3) ,p.119- 136
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	岡野谷知広教授・庄司克宏教授・菅原貴与志教授・増田晋教授・山手正史教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20220331-0119

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

欧州連合司法裁判所判例による 著作物性基準の調和

小 泉 直 樹

- 1 欧州連合司法裁判所判例における著作物性の基準
- 2 関連する国際条約、EU法の規定
- 3 著作者の知的創作であるという意味でオリジナルであること：第一要件
- 4 表現といえる部分であること：第二要件

1 欧州連合司法裁判所判例における著作物性の基準

2019年9月12日、欧州連合司法裁判所（以下「ECJ」）によって下された Cofemel - Sociedade de Vestuário, SA v G-Star Raw CV, C-683/17, EU:C:2019-721 先行判決（以下「Cofemel判決」という。）は、衣服等のデザインについても、他の種類の著作物についてこれまでECJ判例が示してきたものと同様の基準（以下「ECJ基準」という。）によって著作物性が判断されるべきであり、したがって、加盟国の著作権法上、デザインの保護について、実用的目的を超えた、特段の美的に顕著な視覚的効果の存在を要件とすることは、EU情報社会指令（Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society）に違反する、と説示した¹⁾。

その際、Cofemel判決は、ECJ基準について、以下のように整理している。「著作物性はEU法の自律的概念であり、統一的に解釈適用される必要がある。2つの要件から成り、第一に、著作者の知的創作であるという意味でオリ

1) 小泉直樹「応用美術の著作物性に関する欧州連合司法裁判所 Cofemel 判決」慶應法学 47号 45頁（2022年）。

ジナルでなければならない。

第二に、そのような創作の表現といえる部分が著作物である（2009年7月16日の Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening, C-5/08, EU:C:2009:465 先行判決〔以下「Infopaq 判決」という。〕および2008年11月13日の Levola Hengelo BV v Smilde Foods BV, C-310/17, EU:C:2018:899 先行判決〔以下「Levola Hengelo 判決」という。〕）（パラグラフ 29）。

第一の要件についての確立した先例によると、オリジナルといえるためには、著者の自由で創作的な選択として、人格（個性）が反映されていれば足りる（2011年12月1日の Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and Others., C-145/10, EU:C:2011:798 先行判決〔以下「Painer 判決」という。〕）（パラグラフ 30）。

当該対象物の作成が技術的要請、ルールによって制約されており、創作的な自由の余地がない場合には、オリジナルな著作物とはいえない（2012年3月1日の Football Dataco Ltd and Others v Yahoo! UK Ltd and Others, C-604/10, EU:C:2012:115 先行判決〔以下「Football Dataco 判決」という。〕）（パラグラフ 31）。

第二の要件については、当該対象が十分な精確性と客観性を以て特定可能なものであることが必要である（食品の味の著作物性を否定した Levola Hengelo 判決）（パラグラフ 32）。

以上二つの要件を充たせば、情報社会指令にしたがって著作物としての保護を受ける。保護の程度は著者によって行われた創作の自由度によってかわることはない（Painer 判決）（パラグラフ 35）。」

以下、2009年の Infopaq 判決以降の ECJ 基準の形成過程を跡付けてみたい。

2 関連する国際条約、EU法の規定

(1) ベルヌ条約²⁾

文学的および美術的著作物の保護に関するベルヌ条約パリ改正条約2条は、以下のように規定する。著作物性の一般的基準についての規定は存在しないものの、2条5項において、編集物の保護要件として「知的創作」に言及があり、

同条 8 項において時事の記事又は雑報については著作物性が認められないとされている。

「(1)「文学的及び美術的著作物」には、表現の方法又は形式のいかんを問わず、書籍、小冊子その他の文書、講演、演説、説教その他これらと同性質の著作物、演劇用又は楽劇用の著作物、舞踊及び無言劇の著作物、楽曲（歌詞を伴うかどうかを問わない。）、映画の著作物（映画に類似する方法で表現された著作物を含む。以下同じ。）、素描、絵画、建築、彫刻、版画及び石版画の著作物、写真の著作物（写真に類似する方法で表現された著作物を含む。以下同じ。）、応用美術の著作物、図解及び地図並びに地理学、地形学、建築学その他の科学に関する図面、略図及び模型のような文芸、学術及び美術の範囲に属するすべての著作物を含む。

(3) 文学的又は美術的著作物の翻訳、翻案、編曲等による改作物は、その原作物の著作権者の権利を害することなく、原著作物として保護される。

(5) 素材の選択又は配列によつて知的創作物 (intellectual creations) を形成する百科辞典及び選集のような文学的又は美術的著作物の編集物は、その編集物の部分を構成する各著作物の著作権者の権利を害することなく、知的創作物として保護される。

(8) この条約の保護は、単なる報道にすぎない時事の記事又は雑報については適用されない。」

(2) TRIPs 協定³⁾

知的所有権の貿易関連の側面に関する協定 (TRIPs 協定) は、以下のように規定する。同協定にも、著作物性の定義規定は存在しないが、著作権の保護は表現にのみ及び、アイデアには及ばないと規定が見られる。

「9 条

(1) 加盟国は、1971 年のベルヌ条約の第 1 条から第 21 条まで及び附属書の

2) 公益社団法人著作権情報センター HP。

3) 特許庁 HP。

規定を遵守する。

(2) 著作権の保護は、表現されたものに及ぶものとし、思想、手続、運用方法又は数学的概念自体には及んではならない。

10 条

(1) コンピュータ・プログラム（ソース・コードのものであるかオブジェクト・コードのものであるかを問わない。）は、1971 年のベルヌ条約に定める文学的著作物として保護される。

(2) 素材の選択又は配列によって知的創作物を形成するデータその他の素材の編集物（機械で読取可能なものであるか他の形式のものであるかを問わない。）は、知的創作物として保護される。その保護は、当該データその他の素材自体には及んではならず、また、当該データその他の素材自体について存在する著作権を害するものであってはならない。」

(3) WIPO 著作権条約⁴⁾

著作権に関する世界知的所有権機関条約（WIPO 著作権条約）は、以下のよう
に規定する。著作物性の定義規定は置かれていないが、アイデアの除外につ
いては規定がある。

「1 条

(4) 締約国は、ベルヌ条約第 1 条から第 21 条までの規定及び同条約の附属
書の規則を遵守する。

2 条

著作権の保護は、表現されたものに及ぶものとし、思想、手続、運用方法又
は数学的概念自体に及ぶものではない。

4 条

コンピュータ・プログラムは、ベルヌ条約第 2 条に定める文学的著作物とし
て保護される。その保護は、コンピュータ・プログラムの表現の方法又は形式

4) 公益社団法人著作権情報センター HP。

のいかんを問わず与えられる。

5 条

素材の選択又は配列によって知的創作物を形成するデータその他の素材の編集物は、その形式のいかんを問わず、知的創作物として保護される。その保護は、当該データその他の素材自体に及ぶものではなく、また、当該編集物に含まれるデータその他の素材について存在する著作権を害するものでもない。」

(4) EU 著作権保護期間指令⁵⁾

同司令 6 条は、「著者自身の知的創作であるという意味でオリジナルである写真は 1 条に従い保護されなければならない。保護基準としては、それ以外が適用されてはならない」(Photographs which are original in the sense that they are the author's own intellectual creation shall be protected in accordance with Article 1. No other criteria shall be applied to determine their eligibility for protection) と規定する。

ECJ 基準の第一要件である「著者の知的創作」という語が用いられている。

(5) EU コンピュータプログラム保護指令⁶⁾

同司令 1 条 3 項は、「コンピュータプログラムは、著者自身の知的創作⁷⁾ であるという意味でオリジナルである場合には保護されなければならない。保護基準としては、それ以外が適用されてはならない」(A computer program shall be protected if it is original in the sense that it is the author's own intellectual creation. No other criteria shall be applied to determine its eligibility for protection) と規定している。

ECJ 基準の第一要件である「著者の知的創作」という語が用いられている。この語は、情報社会指令には見当たらないが⁸⁾、ECJ の判例は、プログラム以外

5) Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights, OJ L 372,27.

6) Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, OJ L 111, 5. 公益社団法人著作権情報センター HP に山本隆司氏による全訳が掲載されている。

7) 前掲注 6) の山本訳は「精神的創造物」の訳を用いる。

の通常の著作物についても、共通の要件となると解釈している。

(6) EU データベース保護指令⁸⁾

同司令3条1項は、「本指令に従い、コンテンツの選択または配列によって、著者自身の知的創作を構成するデータベースは著作権によって保護されなければならない。保護基準としては、それ以外が適用されてはならない」(In accordance with this Directive, databases which, by reason of the selection or arrangement of their contents, constitute the author's own intellectual creation shall be protected as such by copyright. No other criteria shall be applied to determine their eligibility for that protection)と規定している。

ECJ 基準の第一要件である「著者の知的創作」という語が用いられている。

(7) EU 情報社会指令⁹⁾

EU 情報社会指令は、加盟国に、著作者 (author) に、その著作物 (work) について、方法、形式、全部または一部を、直接的、間接的、一時的、永久的に複製を許諾または禁止する排他的権利を与えることを義務づけ (同司令2条(a))、同司令の規定は、デザイン権には影響を与えないと規定している (同司令9条)。

同司令には、著作物の定義は置かれていない。

以上、ベルヌ条約、TRIPs 協定、WIPO 著作権条約には著作物の一般的定義規定は置かれていない (編集物の著作物性、アイデアの除外については規定が存在する)。

EU 情報社会指令には著作物の定義規定が存在せず、保護期間指令、プログ

8) Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, OJ L 77, 27. 公益社団法人著作権情報センター HP に山本隆司氏による全訳が掲載されている。

9) Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Official Journal L 167, 22.

ラム保護指令、データベース保護指令にのみ、「著者自身の知的創作」という ECJ 基準の第一要件に言及した規定がある。

3 著作者の知的創作であるという意味でオリジナルであること：第一要件

ECJ 基準の第一要件は、著作者の知的創作であるという意味でオリジナルであること、である。オリジナルといえるためには、著者の自由で創作的な選択として、人格が反映されていれば足りる。反対に、当該対象物の作成が技術的要請、ルールによって制約されており、創作的な自由の余地がない場合には、オリジナルな著作物とはいえない。

(1) Infopaq 判決

①国内裁判所における事件の経緯

ECJ 基準の形成の起点となった重要判決である。Infopaq (以下「I 社」という。) は、メディア調査分析を行っており、その主たるビジネスはデンマークの日刊紙及び定期刊行物から選択された記事のサマリーを作成することである。記事は、顧客と合意した一定の基準にもとづき、同社の 'data capture process' によって選択されている。'data capture process' は、検索結果の表示の際、検索語の前後 5 語、合計 11 語を記事から抽出するものであった。Danske Dagblades Forening (以下「D 団体」という。) は、デンマークの日刊紙の業界団体であり、著作権関係の問題について会員社を助力することを任務としていた。2005 年、D 団体は、I 社が権利者の許諾を得ずに商業目的で新聞記事をスキャンしていることを知り、I 社に対して data capture process の一部が著作権者の権利を侵害しているとして苦情を申し立てた。I 社は、D 社の主張に対し、デンマーク王国東部高等裁判所 (Østre Landsret) に、D 社または会員社の同意を得ずとも上記行為が可能であることの確認を請求した。東部地区裁判所は、I 社の請求を棄却したため、I 社はデンマーク王国最高裁判所 (Højesteret) に上訴した。最高裁判所は、手続を停止して、ECJ に対し、I 社の行為は情報社会指令 2 条

a という複製に当たるか等について先行判決付託を行った。

②先行判決

判決原案の起案者（Rapporteur）は、Malenovský 判事¹⁰⁾である。同判事は、後に Cofemel 判決においても判決原案を起案している。

先行判決が付託された論点は 13 にのぼるが、著作物性の概念については付託の直接の対象とはなっていない。先行判決は、付託された論点検討の前提問題として、本件で問題となった記事から抽出された 11 語の著作物性について大要以下のように説示している。

まず前提として、情報社会指令 2 条のように、EU 法を統一的に適用する必要性及び平等原則から、EU 法がその文言の意義及び射程の決定について加盟国の法に委ねていないときは、通常は、EU 全体で自律的かつ統一的な解釈が与えられる必要がある（パラグラフ 27）。

デンマーク裁判所は、新聞記事等からの 11 語の抽出から成るテキストを蓄積、印刷することが情報社会指令にいう「部分的複製」に当たるかを質問している（パラグラフ 30）。

情報社会指令 2 条（a）は著作者に複製権を与えている。著作者の権利の保護の対象は「著作物」である（パラグラフ 33）。

ベルヌ条約の全体のスキーム、とくに 2 条 5 項、8 項からは、著作物としての保護は知的創作であることが前提となることが明らかである（パラグラフ 34）。

同様に、EU コンピュータプログラム保護指令 1 条 3 項、EU データベース保護指令 3 条 1 項、EU 著作権保護期間指令 6 条は、プログラム、データベース、写真について著者自身の知的創作であるという意味でオリジナルであることを著作権保護の要件としている（パラグラフ 35）。

著作権に関する統一的な法的枠組みを構築する観点から、情報社会指令も、

10) Masaryk 大学（チェコ共和国）教授（国際公法）。

前文 4、9、11、20 から明らかな様に、同じ原則に立っている（パラグラフ 36）。

以上、情報社会指令 2 条（a）における著作権は、著者自身の知的創作であるという意味でオリジナルである対象にのみ適用される（パラグラフ 37）。

新聞記事については、その著者自身の知的創作は、対象が提示される形式、文体と、文学的な表現に表れる（パラグラフ 44）。

保護される著作物の一部については、個々に見るならば、著者の知的創作とはいえない単語から成ることに注意が必要である。著者がオリジナルな形で創作性を表現し、知的創作という成果物を獲得するのは、単語の選択、配列、組合せを通じてである（パラグラフ 45）。

したがって、単語自体は、保護の対象とならない（パラグラフ 46）。

著作物から 11 語を抽出し、蓄積、印刷する行為は、複製される要素が著者の知的創作の表現といえる場合には、情報社会指令 2 条にいう一部の複製に該当し得る。具体的な認定は、加盟国によってなされることになる（パラグラフ 51）。

Infopaq 判決は、ベルヌ条約、著作権関係 EU 指令に言及しつつ、EU 法上一般的に適用される自律的概念として、著者自身の知的創作という意味でオリジナルであることが著作物の要件であるとした。具体例として、文章を構成する個々の単語自体は著作物ではないが、その選択配列等に創作性が認められると指摘している。本件において具体的に著作物性が認められるかは、ECJ の職域ではなく、デンマーク裁判所が決定する。

(2) Painer 判決

Infopaq 判決のいう「著者自身の知的創作」について敷衍し、著者の自由で創作的な選択として、人格が反映されていれば足りるとした判決として、Painer 判決がある。

①国内裁判所における事件の経緯

フリーランスの写真家 Painer 女史（以下「P 氏」という。）は、Natascha K.¹¹⁾



Stef van Gompel, Opinion of the Advocate General of the ECJ in the Painer case (1) : applicable exceptions and limitations, Kluwer Copyright Blog, 3 May 2011 掲載。

た Natascha K. の近影の想像写真 (photo-fit) も掲載された。2007 年、P 氏は掲載した新聞社、雑誌社を相手どり、オーストリア共和国ウィーン商事裁判所 (Handelsgericht Wien 知的財産関係事件の特別管轄を有する) に、複製、頒布等の差止等を求めて出訴した。P 氏が提起した別件の暫定的差止命令事件において、オーストリア共和国最高裁判所 (Oberster Gerichtshof) は、Natascha K. の近影の想像写真のテンプレートとして使用された本件写真は著作権で保護されるが、photo-fit の作成は翻案ではなく、自由利用であると判断していた。このような中、商事裁判所は、手続を停止して、ECJ に対し、先行判決付託を行った。先行判決が求められた論点は、情報社会指令 5 条 3 項 (d) (引用) (問題 2)、同項 (d) (公共の安全または行政、立法、司法手続の適切な運営・報告を確保するための利用) の解釈 (問題 3)、「写真の著作物又はポートレート写真は、現実を写し取ったものであり、表現の形成における自由度が非常に小さいため、写真

の写真 (以下「本件写真」という) を撮影した。P 氏はこの写真を譲渡したが、その際、写真の権利は手放さず、公表にも同意していなかった。譲渡の対価は当該プリントに相当するだけの額であった。その後、1998 年に Natascha K. が誘拐され、捜査当局は搜索願を公開した際、本件写真が使用された。誘拐事件の報道に当たり、新聞社、雑誌社は、P 氏が著作者であることを表示せずに、本件写真を掲載した。本件写真をもとに、コンピュータによって合成され

11) 1998 年、当時 10 歳の少女 Natascha Kampusch は、オーストリア・ウィーンで誘拐され、2006 年、監禁先から脱出した。後日、自叙伝を出版し、監禁生活の体験とともに、警察の杜撰な捜査に対する批判を行った。

の翻案に対して弱い保護しか与えられないか又は全く保護されないか」(問題4) というものであった。

②先行判決

判決原案の起案者(Rapporteur)は、Infopaq 判決、Cofemel 判決と同じ Malenovský 判事である。

「写真の著作物又はポートレート写真は、現実を写し取ったものであり、表現の形成における自由度が非常に小さいため、写真の翻案に対して弱い保護しか与えられないか又は全く保護されないか」(問題4)が本稿の主題である著作物性に関連する。

第一に、ポートレート写真のような現実を写し取った写真も、EU 著作権保護期間指令6条にいう写真として著作権による保護を受ける。当裁判所は、すでに、Infopaq 判決において、著者自身の知的創作であるという意味でオリジナルな対象、たとえば写真について、著作権が及ぶと説示していることを指摘しなければならない(パラグラフ87)。

EU 著作権保護期間指令の前文17にあるとおり、知的創作が自身のものであるとは、著者の人格(個性)を反映しているということである(パラグラフ88)。

著者が著作物を作り出すにあたり、自由で創作的な選択を通じて創作的能力を発揮しているとき、著者自身の知的創作であるといえる(パラグラフ89)。

ポートレート写真については、写真家は制作の各時点において、自由で創作的な選択を行うことができる(パラグラフ90)。

以上、ポートレート写真も、EU 著作権保護期間指令6条によって著作物として保護され得る。加盟国裁判所は、当該写真が著者の個性が表れた知的創作であり、撮影の際の自由で創作的な選択が表現されているかを判断すべきである(パラグラフ94)。

第二に、写真の著作物の保護は他の著作物よりも劣るかという点について。情報社会指令2(a)は、著作物の著作者に複製権を与えている(パラグラフ

95)。

同条による保護はなるべく広く与えられるべきである（パラグラフ 96）。

さらに、EU の著作権関係の指令の中には、創作的自由の程度の違いによって保護の大きさが変わるという条文は見当たらない（パラグラフ 97）。

したがって、ポートレート写真について、情報社会指令 2 条（a）によって与えられる保護は、ポートレート以外の写真の著作物を含む他の著作物よりも劣ることはない（パラグラフ 98）。

（3）Football Dataco 判決

著者自身の知的創作といえない場合として、当該対象物の作成が技術的要請、ルールによって制約されており、創作的な自由の余地がない場合を挙げる判決として、Football Dataco 判決がある。

①国内裁判所における事件の経緯

Football Dataco およびプレミアリーグサッカー協会ら（以下「F 社」という。）は、連合王国イングランドおよびウェールズのサッカーリーグの対戦における得点、反則、レッド / イエローカードの数等に関する統計を掲載した Football Live というデータベースを提供しており、リーグの年間対戦日程表（fixture list）（以下「本件対戦日程表」という。）の作成に関与していた。Yahoo! UK 社ら（以下「Y 社」という。）は、メディア企業および賭けサッカー業者であり、本件対戦日程表を無許諾で使用していた。F 社は、本件対戦日程表についてデータベース保護指令 7 条¹²⁾ による SUI GENERIS RIGHT、および同指令 3 条による著作権、イギリス連合王国法に基づく著作権を有すると主張し、Yahoo!

12) 加盟国は、コンテンツの取得、検証または提供のいずれかに質的および / または量的に実質的な投資がなされたことを示すデータベースについて、当該データベースの作成者に対して、当該データベースのコンテンツの全部または質的および / もしくは量的な評価において実質的な一部を抽出および / または再利用することを防止する権利を定めなければならない（前掲注 8）山本訳）。

UK 社（以下「Y 社」という。）らは、本件対戦日程表には権利は存在せず、無償でビジネスに使用可能であると反論した。

一般に、サッカーの年間対戦日程表を作成するためには、黄金律（golden rule）と呼ばれるいくつかのルールに従う必要がある。重要なものとしては、同一チームが3対戦連続してホームまたはアウェイの対戦を行うことはできない、連続した5対戦のうち4回ホームまたはアウェイの対戦を行うことはできない、可能な限りどのチームもシーズン中ホームまたはアウェイの対戦が同数となるようにすべきであるといったものである。これらのルールをできる限り尊重しながら競合する複数の要請を充たす対戦日程表を作成することは相当の労力と熟練を要する。単に厳格な基準を当てはめるだけではなく、たとえば電話帳を編集するのとは異なり、作成の各段階、とくにコンピュータプログラムでは所与の条件を充たす案が見つからない際、判断と熟練を要する。

一審裁判所は、対戦日程表は作成に相当の創作的作業を要するため、データベース保護指令3条の著作物性を認めしたが、SUI GENERIS RIGHT、イギリス連合王国法に基づく著作権については否定した。

控訴院民事部（Court of Appeal, England and Wales, Civil Division）は、手続を停止して、ECJに対し、以下の先行判決付託を行った。

問題1 データベース保護指令3条（1）にいう、「コンテンツの選択または配列によって著者自身の知的創作を構成するデータベース」とは何か。とくに次の点はどう考えるべきか。

- (a) 当該データを生成するための知的労力や熟練は慮外におかれるべきか。
- (b) 「選択または配列」には既存のデータに重要な意味を付け加えること（サッカーの試合の日程の決定のような）も含まれるか。
- (c) 「著者自身の知的創作」といえるためには、著者が相当の労力と熟練をつぎ込んだ以上のものが必要か。必要とすればそれは何か。

問題2 データベース保護指令は、加盟国裁判所が同指令によって規定されているのとは異なる要件でデータベースに著作権法による保護を与える

ことを排除するか。

②先行判決

判決原案の起案者は Lenaerts 判事¹³⁾である。

データベース保護指令3条(1)における選択または配列とは、データの選択配列に関するものであり、データベースの製作者は、データの選択配列を通じてデータベースを構成する(パラグラフ32)。

したがって、Y社らが主張するとおり、問題1の(a)にあげられている当該データを生成するための知的労力や熟練は、指令に基づく著作権法による保護の評価には無関係である(パラグラフ33)。

本件において、知的リソースは、個々の対戦に対応する試合日、試合開始時間、チーム名を、所定のルール、パラメータ、組織上の制約、クラブの要請に沿いつつ決定することに費やされている(パラグラフ35)。

これらのリソースは、データベースに格納されたデータの生成に関係するものであり、著作権による保護とは無関係である(パラグラフ36)。

データベース保護指令前文16から明らかだとおり、著者自身の知的創作とはオリジナリティの要件である(パラグラフ37)。

データベースの構築については、収録されたデータの選択配列を通じて、自由に創作的な選択を通じてオリジナルな形で創作的能力を表現している場合にオリジナリティの基準を充たす(パラグラフ38)。

これに対し、データベースの構築が、技術的考慮や、規則、制約によって規定され、創作的自由の余地がない場合にはオリジナリティの基準を充たさない(パラグラフ39)。

データの選択または配列が著者の創作のオリジナルな表現である限り、著作権の保護に関して、問題1の(b)にいう「選択または配列」には既存のデータに重要な意味を付け加えること(サッカーの試合の日程の決定のような)の

13) Katholieke Universiteit Leuven (ベルギー王国) 教授 (ヨーロッパ法)。

有無は無関係である（パラグラフ 41）。

データベースの構築に、問題 1 の（c）にいう相当の労力と熟練をつぎ込んだとしても、そのことは、著作権による保護を正当化しない（パラグラフ 42）。

本件について、上記のファクターに照らし、本件対戦日程表が、データベース保護指令 3 条（1）の著作権による保護の基準を充たすかを判断するのは付託裁判所である（パラグラフ 43）。

付託裁判所が認定する本件対戦日程表の作成の手續に、さらに、データの選択または配列のオリジナリティを示す要因が付け加わらない限り、著作権による保護の適格はない（パラグラフ 44）。

第二の問題については、所定の移行期間以降は、データベース保護指令は、加盟国裁判所が同指令によって規定されているのとは異なる要件でデータベースに著作権法による保護を与えることを排除する。

4 表現といえる部分であること：第二要件

ECJ 基準の第二要件は、創作の表現といえる部分であること、である。表現といえるためには、当該対象が十分な精確性と客観性を以て特定可能なものであることが必要である。

第二要件に関する判例として、食品の味の著作物性を否定した *Levola Hengelo* 事件判決がある。

①国内裁判所における事件の経緯

Levola Hengelo（以下「L社」という。）は、クリームチーズとフレッシュハーブ入りのスプレッドデ IPP である *Hekenskaas* についての特許権を保有していたが、2012年に期間満了で消滅した。2014年から *Smilde*（以下「S社」という。）は、*Witte Wievenkaas* という商品をオランダ国内のスーパーマーケットにおいて販売していた。L社は、S社による *Witte Wievenkaas* の製造販売は *Hekenskaas* の味についての著作権を侵害するとして、オランダ王国ゲルダー

ランド地方裁判所（Rechtbank Gelderland）に提訴した。L社は、ある食品を食したときに感じられる全体的な感覚で、食感も含むものが著作物に該当すると主張した。地方裁判所は、L社は、Hekenskaasの味のどの要素あるいは要素の組み合わせがユニークでオリジナルな特徴を生み出しているのか特定されていないとして、著作物性の判断を行わなかった。L社が控訴した（Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden）。

L社は、香水の香りについて一般論として著作物性を認めたオランダ王国最高裁（Hoge Raad der Nederlanden）のLancôme事件判決（NL:HR:2006:AU8940）が本件にも類推されるべきであると主張した。

これに対してS社は、味を保護することは著作権の仕組みにそぐわないと反論した。著作権は純粋に視覚的または音声的な創作物のための制度だからである。さらに、食品の不安定さと味覚の主観性のため、著作物として保護するにはなじまない。加えて、著作者に与えられる権利と権利制限は、現実的に、味にはあてはまらないとも主張した。

控訴裁判所は、フランス共和国破棄院は香りの著作物性を一切認めていないことを指摘している（judgment of 10 December 2013（FR:CCASS:2013:CO01205））。EU域内の最高裁の間で香りが著作物であるかについて判断が分かれていた。

このため、控訴裁判所は、審理を停止しECJに対し先行判決の付託を行った。

問題 1

- (a) EU法上、食品の味に著作権を認めることは排除されているか。
- (b) ベルヌ条約2条(1)の「文芸著作物」の例として挙げられている著作物はいずれも視覚、聴覚によって感得できるものであることが味について著作物として保護を否定する理由となるか。
- (c) 不安定な食品や主観的な味覚は著作物としての保護になじむか。
- (d) 情報社会指令2条から5条に規定する権利および権利制限は、食品の味については適用されないか。

②先行判決

判決原案の起案者は Vilaras 判事¹⁴⁾。

著作権による保護は、アイデア、手順、操作方法、数学的概念それ自体には及ばない（パラグラフ 39）。

したがって、情報社会指令という著作物に該当するためには、表現が、必ずしも永久的なものではなくても、十分な精確性と客観性を以て特定可能なものであることが必要である（パラグラフ 40）。

なぜなら、第一に、著作権当局は、保護対象を明確かつ精確に特定できる必要がある。第二に、法的安定性の妨げとなる保護対象の特定の際の主観性の排除のためには、対象は精確かつ客観的に表現されている必要がある（パラグラフ 41）。

食品の味は、精確かつ客観的にはピン留めできない。文学、視覚等の著作物のように精確かつ客観的な表現はなく、味は、本質的に味覚によるが、これは主観的なものであり、年齢や、嗜好、食習慣、当該食品が消費された環境などに依存する（パラグラフ 42）。

さらに、現時点の科学では、技術的手段によって精確かつ客観的に味を特定し、同種の商品の味と区別することは不可能である（パラグラフ 43）。

したがって、食品の味は情報社会指令という著作物には該当しない（パラグラフ 44）。

加盟国著作権において、味を著作物として保護することは許容されない（パラグラフ 45）。

日本の著作権法上も、2条1項1号にいう著作物に該当するためには、表現性が必要となる。同号の「表現したもの」については、従来、表現とアイデアの二分論との関係で専ら論じられてきており、味が「表現したもの」に当たるか、という議論は正面から行われてこなかったように思われる¹⁵⁾。中山信弘

14) ギリシャ共和国裁判官出身。

『著作権法』60頁（有斐閣、第3版、2020年）は、「『表現したもの』とは単に頭の中にあるというだけではならず、人の五感をもって感知し得る程度に具体的なものである必要がある。つまり思想・感情それ自体が著作物ではなく、思想・感情が核となり、それが具体的に表現されて初めて著作物となる。」と述べている。味覚も五感の一つであるので、具体性があれば、将来、著作物として認める余地があるということかもしれない。

一方、Levola Hengelo 判決は、味覚は、そもそも、精確かつ客観的にはピン留めできない、主観的なものであるとして、著作物性を否定している。

レストランが他店のレシピを真似したらどうなるか、というのは知財法の非専門家からよく寄せられる定番の質問の一つである。「味に著作権はありません」という返答が常套句であると考えるが、十分に精査された解答とも言えない。ECJの議論は、今後の参考になろう。

（2021年8月18日脱稿）

【付記】 本稿は、2021年度慶應義塾学事振興資金（個人研究「EU著作権法の研究」）の成果である。

脱稿後、駒田泰土「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——」知的財産法政策学研究 61号 49頁（2021年）に接した。

15) 香りの著作物性に関するフランス法の議論の紹介として、麻生典「香気の著作物性—フランスにおける議論を中心に—」法学政治学論究 78号 317頁（2008年）、井奈波朋子「香りの著作物性」著作権研究 30号 180頁（2003年）がある。