

平成13年（行ケ）第372号 審決取消請求事件（平成14年5月15日口頭弁論終結）

原告	被告	判決
ト	訴訟代理人弁理士	マイタケプロダクツ インコーポレーテッド
同	被告	小川 谷 悦 司
指定代理人	特許庁長官	瀬川 幹 夫
同	滝宮 川	田 信一郎
		智久 成
		文

主
原告の請求を棄却する。
訴訟費用は原告の負担とする。
この判決に対する上告及び上告受理申立てのための付加期間を30日

と定める。

事実及び理由

第1 当事者の求めた裁判

1 原告
特許庁が平成11年審判第1540号事件について平成13年5月8日にした審決を取り消す。
訴訟費用は被告の負担とする。

2 被告
主文第1、2項と同旨
第2 当事者間に争いのない事実

1 特許庁における手続の経緯
原告は、「D-fraction」の欧文字を書してなり、指定商品を商標法施行令別表の区分による第5類「中枢神経系用薬剤、アレルギー用薬剤、循環器官用薬剤、呼吸器用薬剤、ビタミン剤、滋養強壮変質剤、細胞賦活用薬剤、しゅよう治療用薬剤、抗生物質製剤、生物学的製剤、生薬、動物用薬剤、カプセル」とする商標（以下「本願商標」という。）について、平成8年9月27日にされた商標登録出願（商願平8-109443号）により生じた権利を、平成10年5月6日に出願人名義変更届を提出して承継した者である。同出願については拒絶査定がされたので、原告は、平成11年1月28日、これに対する不服の審判を請求した。特許庁は、同請求を平成11年審判第1540号事件として審理した上、平成13年5月8日に「本件審判の請求は、成り立たない。」との審決をし、その謄本は、同月25日、原告に送達された。

2 審決の理由
審決は、別添審決謄本写し記載のとおり、本願商標は、「D-fraction」の欧文字を書してなるところ、「D-Fraction」又は「Dフラクション」の語は「マイタケの熱水抽出物で得られた酸不溶性、アルカリ溶性の分枝鎖を持っている多糖体」（注、典拠とされた乙第3号証の文献中では上記「アルカリ溶性」が「アルカリ容性」と記載され、審決もこれによっているが、誤記と認め、以下、「アルカリ溶性」と表記する。）を示すものであり、本願商標の指定商品に接する取引者、需要者は、本願商標を「マイタケ」より抽出された物質を表したものと理解し、認識するとみるのが相当であるから、本願商標をその指定商品に使用しても、単に商品の原材料又は品質を表示するにすぎず、また、これを当該原材料、品質を有しない商品に使用するときは、商品の品質について誤認を生じさせるおそれがあり、本願商標は商標法3条1項3号及び同法4条1項16号に該当し、商標登録することができないとした。

第3 原告主張の審決取消事由

1 審決は、本願商標の指定商品に接する取引者、需要者は、本願商標を「マイタケ」より抽出された物質を表したものと理解し、認識するとみるのが相当であるとの誤った認定をした上、本願商標を、その指定商品に使用しても、単に商品の原材料又は品質を表示するにすぎず、また、これを当該原材料、品質を有しない商品に使用するときは、商品の品質について誤認を生じさせるおそれがあるとの誤った判断をしたから（取消事由）、違法として取り消されるべきである。

2 取消事由（本願商標が原材料又は品質の表示及び品質の誤認表示であるとする認定判断の誤り）

(1) 審決は、「『D-Fraction』又は『Dフラクション』の語は、原審において開示する文献（注、平成7年6月10日株式会社菜根出版発行、神戸薬科大学教授難波宏彰（以下「難波教授」という。）著『舞茸の世界』（乙第3号証）41頁～42頁、同年11月13日同社発行、同教授著『舞茸の代替療法域』（乙第4号証）61頁～71頁、『Chemical & Pharmaceutical Bulletin. Vol. 36 (No5) May 1988』所載の同教授外2名『口から投与されたGrifola frondosa（マイタケ）の子実体からの蒸留物が示す抗しゅよう作用』〔甲第20号証、原文は英語〕）によれば、『マイタケの熱水抽出物で得られた酸不溶性、アルカリ溶性の分枝鎖を持っている多糖体のこと』であって、該抽出物は、近年研究成果の著しい抗ガン剤の一物質として注目されていること。また、東洋産のキノコについての薬効の研究は、永年に亘っておこなわれており、『マイタケ』についての研究及び『マイタケ』からの抽出分（D-Fraction）についても、本願商標出願時以前から研究が行われていたことが認められる。・・・そうとすれば、本願指定商品に接する取引者・需要者は、本願商標が、出願人（請求人）（注、原告）主張のように、『『4番目の抽出工程において混合物から分離されたもの』の如き意味合いが間接的に暗示されるにとどまるものである』と認識するとみるよりは、『マイタケ』より抽出された物質を表したものと理解し、認識するとみるのが相当である」（審決謄本2頁13行目～27行目）と認定するが、誤りである。

「D-fraction」は、上記文献が示すような意味合いをもって学会等で定着している語ではなく、学会発表ないし論文発表に際し、一時的かつ暫定的に命名されたいわば仮称にすぎず、「マイタケの抽出物」を表す語とはなっていない。本来「fraction」の語は、科学技術用語として用いられるものであり、「混合物から分離できる一部分」（平成8年9月30日株式会社日刊工業新聞社発行「マグローヒル科学技術用語大辞典第3版」、甲第2号証）ないし「画分」、「留分」（昭和58年6月15日株式会社インタープレス発行「科学技術25万語大辞典英和編」、甲第3号証）を意味するものである。これにアルファベットの4番目の文字「D」を付した「D-fraction」は「4番目の抽出工程において混合物から分離されたもの」のごとき意味合いを間接的に示すにとどまるものであり、研究者の間では、「D-fraction」又は「Dフラクション」の語は抽出画分の仮称として研究論文の中でしばしば使用される言葉であって、マイタケから抽出した特定の物質、成分の名称とは認識されていないことが明らかである。

他方、上記文献によれば、審決のいう「『マイタケ』より抽出された物質」（審決謄本2頁26行目）は、マイタケの子実体より特定の抽出方法で得た抗しゅよう作用等を有するタンパク質を含む多糖体を意味し、これを示す語としては、いずれの学者も「βグルカン」の語を用いており、「D-fraction」又は「Dフラクション」がマイタケから抽出された特定物質を示す一般名であるとする審決の認定の誤りは明らかである。

また、「D-fraction」又は「Dフラクション」がマイタケから抽出された特定物質を示すものではないことは、マイタケを対象とした「D-fraction」は「MD-fraction」又は「MDフラクション」と呼ばれていることから明らかである。

(2) 米国において薬効があるとして初めてマイタケエキスを紹介、販売、普及させたのは、原告の代表者であるA及び副社長であるBであり、原告は、米国におけるマイタケエキスの普及、販売に関するパイオニアである。本願商標は、このような実績を有する原告によって採択され、現に使用されている商標であり、米国においては、本願商標は商品の品質を表す語としては認識されておらず、自他商品識別力のある標章として認識されているのであるから、我が国においても、本願商標は自他商品識別力のある標章として認定されるべきである。

第4 被告の反論

1 審決の認定判断は正当であり、原告主張の取消事由は理由がない。

2 取消事由（本願商標が原材料又は品質の表示及び品質の誤認表示であるとする認定判断の誤り）について

(1) 本願商標の指定商品に関心を有する取引者、需要者は、常に学会等において使用される正式名称をもって取引に当たるとは限らず、殊に本願商標の指定商品のように健康に関する商品、例えば、しゅよう治療用薬剤（いわゆるがん治療剤）については、治療、抑制等に有効な物質の発見がマスメディアによってセンセーショナルに取り上げられ、学会等における正式名称としては認められていない語であっても、一般に通用するようになる事例は少なくない。そして、審決において開示

する上記文献によれば、本願商標の指定商品に係る取引者、需要者が本願商標に接するときには、「マイタケから抽出された免疫活性化機能を有する物質」あるいは「マイタケの抽出物」を表したものと理解し、認識するとみるのが相当である。

原告は、「D-fraction」又は「Dフラクション」は「4番目の抽出工程において混合物から分離されたもの」のごとき意味合いを間接的に示すにとどまるものであると主張する。なるほど、「D-fraction」又は「Dフラクション」の語が、原告主張のように使用されることがあるとしても、上記のように、「D-fraction」又は「Dフラクション」の語が「マイタケの抽出物」を意味するものとして使用され、本願商標の指定商品の取引者、需要者もそのように理解し、認識するといえる以上、「D-fraction」又は「Dフラクション」の語は、原告主張の意味合いを有するものとして使用されるにとどまらず、商品の原材料又は品質を表示するものというのが相当である。

原告は、マイタケの子実体より特定の抽出方法で得た抗しゅよう作用等を有するタンパク質を含む多糖体は、学者によって若干の差異はあるが、いずれの学者も「βグルカン」の語を用いており、「D-fraction」又は「Dフラクション」がマイタケから抽出された特定物質を表す一般名であるとする審決の認定の誤りは明らかであると主張する。しかし、審決は、本願商標の指定商品に接する取引者、需要者は、本願商標を、原告主張のように「『4番目の抽出工程において混合物から分離されたもの』の如き意味合いが間接的に暗示されるにとどまるものである」と認識するとみるよりは、「マイタケの抽出物」を表したものと理解し、認識するとみるのが相当であると認定したものであって、マイタケから抽出された特定物質を表す一般名である旨認定したのではない。

「βグルカン」と「D-fraction」又は「Dフラクション」とは異なる物であることは、平成9年6月5日付け日本農業新聞（乙第8号証）の「βグルカンの成分の一つ、D-フラクションが、腫瘍（しゅよう）に対し最も作用が強い」との記載からも理解されるものであって、原告の上記主張は失当である。

また、「マイタケから抽出されたDフラクション」は、マイタケから安定的に抽出することができるものであること（乙第1、第9号証）、また、キノコの中ではマイタケが最も優れたものであること（乙第10、第11号証）、さらに、マイタケよりの抽出物「D-fraction」が米国において既に臨床に使用されていること（乙第10号証）が認められる。そうすると、本件商標の指定商品、殊に「しゅよう治療用薬剤」に接する取引者、需要者は、「D-fraction」又は「Dフラクション」の語からは、「マイタケの熱水抽出物で得られる酸不溶性、アルカリ溶性の分枝鎖を持っている多糖体」である抗がん効果等を持つ物質であると理解、認識し、それ自体、自他商品を識別する標章とは認識しないとみるのが相当である。

(2) 原告らがマイタケの薬効を米国に普及させた事実は認められるとしても、本願商標が、原告らの採択に係る自他商品識別機能を有するものとして理解、認識されるとの特別の事情は認められないから、本願商標が自他商品識別機能を果たし得るとすることはできず、原告の上記主張は失当である。

第5 当裁判所の判断

1 取消事由（本願商標が原材料又は品質の表示及び品質の誤認表示であるとする認定判断の誤り）について

(1) 本願商標は、「D-fraction」の欧文字を書してなり、指定商品を商標法施行令別表の区分による第5類「中枢神経系用薬剤、アレルギー用薬剤、循環器官用薬剤、呼吸器官用薬剤、ビタミン剤、滋養強壮変質剤、細胞賦活用薬剤、しゅよう治療用薬剤、抗生物質製剤、生物学的製剤、生薬、動物用薬剤、カプセル」とし、平成8年9月27日に商標登録出願がされたものであることは、当事者間に争いがない。

(2) 審決は、「D-Fraction」又は「Dフラクション」の語は、「マイタケの熱水抽出物で得られた酸不溶性、アルカリ溶性の分枝鎖を持っている多糖体のこと」を示すものであるから、本願商標の指定商品に接する取引者、需要者は、本願商標が、「マイタケ」より抽出された物質を表したものと理解し、認識するとみるのが相当であると認定するところ、原告は、「D-Fraction」又は「Dフラクション」の語は、特定の物質を示す意味をもって学会等で定着している語ではなく、学会発表ないし論文発表に際し、一時的かつ暫定的に命名されたいわば仮称にすぎず、審決のいうように「マイタケの抽出物」を表す語ではない旨主張する。

そこで、「fraction」の語について辞典類における記載を見ると、「マグローヒル科学技術用語大辞典第3版」（平成8年9月30日株式会社日刊工業新聞

社発行、甲第2号証)には「混合物から分離できる一部分」と記載され、「科学技術25万語大辞典英和編」(昭和58年6月15日株式会社インタープレス発行、甲第3号証)には「画分[かくぶん]・・・留分(蒸留)[りゅうぶん]」と記載されている。また、医薬関係の専門誌を見ると、昭和62年発行の「Chemical & Pharmaceutical Bulletin. Vol. 35」所載の「シイタケ(Lentinus Edodes)子実体の抗しゅよう作用 経口的にネズミに投与」(甲第4号証、原文は英語)には「粉状のシイタケの子実体(A)は、B、C、D、Eの4つのフラクションに分けられた」(2455頁10行目)と記載され、「ALTERNATIVE & COMPLEMENTARY THERAPIES - FEBRUARY 1998」所載の「シイタケ 主要な薬効キノコ」(甲第5号証、原文は英語)には「粉状のキノコが数個のフラクションに細分された場合、レンチナンを含む溶解性多糖類から構成される、Cフラクション(液状のフラクション)とDフラクションは、経口的に摂取される最も活性的なフラクションである」(54頁右欄18行目~23行目)と記載されている。そして、静岡大学名誉教授農学博士水野卓作成の陳述書(甲第6号証)には「“D-フラクション”という言葉は、しばしば研究者が、抽出画分の仮称として、研究論文の中で使用する言葉であって、マイタケの研究に限って使用される言葉でも、特定物質の名称でもない」と記載されている。

上記各記載を総合すれば、「fraction」の語は、本来「混合物から抽出される一部分(画分)」を意味する医薬関係の科学技術用語であり、また、「D-fraction」の構成部分中の冒頭の「D」はアルファベットの4番目の文字であることから「4番目」を意味し、「D-fraction」は「混合物から抽出される4番目の画分」を意味する医薬関係の科学技術用語であることが認められる。

(3)ところで、一般に商標法3条1項3号に掲げる商標が商標登録の要件を欠くとされるのは、このような商標は多くの場合自他商品の識別力を欠き、商標としての機能を果たし得ないものであるとともに、商品の原材料名又は品質にあっては、取引上必要不可欠な表示として取引者、需要者に伝達する必要があることから、特定人による独占使用を認めることが公益上適当でないとの趣旨に出たものである。したがって、指定商品の取引者、需要者に原材料名又は品質として認識される可能性があり、これを特定人に独占使用させることを不適当とする公益上の理由がある場合には、同号にいう原材料又は品質の表示に当たると解するのが相当である。そして、本願商標の指定商品は、上記のとおり商標法施行令別表の区分による第5類「中枢神経系用薬剤、アレルギー用薬剤、循環器官用薬剤、呼吸器官用薬剤、ビタミン剤、滋養強壮変質剤、細胞賦活用薬剤、しゅよう治療用薬剤、抗生物質製剤、生物学的製剤、生薬、動物用薬剤、カプセル」であるところ、これら商品の取引者、需要者は、医師、薬剤師等の医療専門家に限られず、患者あるいは健康な者であっても、自らの意思と支出においてこれらの商品を購入することがあるから、本願商標の指定商品の需要者には、医師、薬剤師等の医療専門家のみならず、患者及び健康維持等のためこれらの商品を購入する一般人の消費者をも含むものと認めるのが相当である。

そこで、「D-fraction」又は「D-フラクション」の語が一般にどのようなに用いられているかについて検討することとする。

まず、新聞について見ると、平成6年4月21日付け東京スポーツ(乙第1号証)には「神戸女子薬科大学微生物研究室の難波宏彰教授が免疫機能を活性化させることによってエイズウィルスの活動を強力に抑える『Dフラクション物質』の開発に成功、アメリカの学会でも熱い注目を集めているという」、「Dフラクションはキノコの種類、マイタケから抽出したもの」との記載が、平成8年10月1日付けタ刊フジ(乙第2号証)には「マイタケから抽出された成分(D-フラクション)には、抗腫瘍効果がある」との記載が、平成8年4月22日付け読売新聞タ刊東京版の記事情報(乙第5号証)には「マイタケがエイズに効果」の見出しの下「マイタケ中の『D-フラクション』という多糖体の一種に、免疫力を活性化する働きがあり、この成分が抗エイズ効果をもたらすようだ」との記載が、平成9年10月3日付け毎日新聞朝刊東京版の記事情報(乙第6号証)には「『マイタケ』からはがんの発生や増殖、転移を阻止する物質『D-フラクション』が抽出され、動物実験で効果が確認されている」との記載が、同年12月7日付け日刊スポーツの記事情報(乙第7号証)には「プレゼント・・・『マイタケエキスDフラクション』を5人に」、「中高年の健康維持にお勧めのサプリメント『マイタケエキスDフラクション』・・・を発売。マイタケの成分は多糖体が豊富で核酸やビタミン、ミネラルを含有。この『マイタケエキス——』を5人にプレゼント」との記載が、

平成9年4月16日付けの日本経済新聞（乙第9号証）には「雪国まいたけは免疫力を高める成分であるDフラクションを、マイタケから安定的に抽出することに成功した。・・・Dフラクションはがんを抑える効果がある」との記載が、同年6月5日付け日本農業新聞（乙第8号証）には「マイタケの持つ成分が、体に備わった免疫機能を活性化させ、がんを抑制する・・・『βグルカンの成分の一つ、Dーフラクションが、腫瘍（しゅよう）に対し最も作用が強い』と同教授（注、難波教授）」との記載がある。雑誌では、週刊現代（平成9年3月15日号、乙第10号証）には「マイタケの中に、強力に免疫力を高める成分が含まれていることがわかった」、「現在、アメリカでは3000人もの医師が『Dフラクション』を臨床に使っているという」（176頁3段2行目～17行目）との記載が、安心（同年7月号、乙第11号証）には「マイタケにも、免疫増強作用と抗腫瘍作用が認められています。・・・その働きの中心になっているのが、Dフラクションと呼んでいる物質です」（54頁2段10行目～17行目）との記載がある。また、一般の書籍では、平成7年6月10日株式会社菜根出版発行、難波教授著「舞茸の世界」（乙第3号証）には「マイタケ抽出物（Dフラクション）マイタケの熱水抽出物で得られた酸不溶性、アルカリ溶性の分枝鎖を持っている多糖体のこと」、「現在アメリカのいくつかのガン治療専門病院で、マイタケ抽出物（Dフラクション）と化学療法を併用した臨床試験が行われております。・・・マイタケ抽出物（Dフラクション）は直接ガン細胞を殺すものではありません。しかし人体の自然治癒力である免疫システムを強化します」（41頁）との記載が、同年11月13日同社発行、同教授著「舞茸の代替療法域」（乙第4号証）には「マイタケの“D-fraction”の経口投与による抗腫瘍機作」（61頁1行目～2行目）、「マイタケからの抽出成分（D-fraction）の経口投与によって免疫応答を示す細胞による抗腫瘍作用の実験をし（た）」（62頁20行目～22行目）との記載がある。

これらの新聞記事及び雑誌記事は、「Dフラクション」又は「Dーフラクション」が、いずれも「マイタケの抽出物」であるとした上、人体の免疫機能を活性化させることによってエイズウィルスの活動を抑える（乙第1、第5号証）、免疫力を活性化させ、がんの発生や増殖、転移を抑制する（乙第2、第6、第8～第11号証）、健康維持にお勧めのサプリメント（乙第7号証）など、様々な効能を有する医薬品ないし健康食品として紹介するものであり、上記各書籍の記載も、「D-fraction」又は「Dフラクション」について、「マイタケの抽出物」であり、人体の免疫機能を良くし、がんなどに抑制効果があるという内容のものである。このうち上記の各書籍の発行部数は明らかではないが、各新聞及び雑誌は、いずれも多く発行部数を有する一般的なものであることは当裁判所に顕著であり、その発行日は、特定の一時期に集中したものではなく、平成6年4月から平成9年10月まで長期間に及んでいる。以上の事実によれば、我が国において、本願商標に接する指定商品の取引者、需要者は、「D-fraction」又は「Dフラクション」を本願商標の指定商品であるしゅよう治療用薬剤などの原材料と認識し、少なくとも、これら商品の原材料として認識する可能性があり、また、「D-fraction」又は「Dフラクション」をこれら商品の原材料として含むという意味で品質の表示として認識する可能性があるものと認めることができる。

加えて、証拠（甲第13、第14号証、乙第6、第7、第9号証）によれば、我が国において、複数の企業が、がん治療に効果があるとして、「マイタケの抽出物」を含む健康食品を製造、販売し、これに「Dーフラクション・エキス」、「スーパーDーフラクション」、「MDフラクション」、「マイタケエキスDフラクション」など、本願商標「D-fraction」の構成中の「fraction」の部分の表音を片仮名文字で表記した「Dーフラクション」又は「Dフラクション」を含む名称を商品名として使用していることが認められる。そうすると、「D-fraction」の構成からなる本願商標を、ビタミン剤、しゅよう治療用薬剤等を含む本願商標の指定商品について特定人に独占使用させることは、その者を他者より不当に有利な立場に立たせることになるから、公益上不適当というべきである。

したがって、本願商標は、商標法3条1項3号にいう原材料又は品質の表示に当たると解するのが相当である。

(4) 原告は、マイタケの子実体より特定の抽出方法で得た抗しゅよう作用等を有するタンパク質を含む多糖体は、学者によって若干の差異はあるが、いずれの学者も「βグルカン」の語を用いており、「D-fraction」又は「Dフラクション」がマイタケから抽出された特定物質を示すものではないことは、マイタケを対象とした「D-fraction」は「MD-fraction」又は「MDフラクション」と呼ばれていること

からも明らかであると主張する。

確かに、平成10年5月1日成美堂出版株式会社発行の「さわやか元気5月号」（甲第7号証）においては、マイタケから抽出された抗がん作用に関わる成分について、「『多糖類β-D-グルカン』の一種」（120頁3段5行目）及び「β-D-グルカン蛋白複合体」（121頁1段11行目～12行目）の語を用い、昭和62年4月30日精糖技術研究会発行の「精糖技術研究会誌第35号」所載の「マイタケ子実体の多糖類」（甲第8号証）においては、マイタケ子実体から抽出された成分について、「β-（1→3）-D-グルカン」（85頁本文18行目）の語を用い、「Chemical & Pharmaceutical Bulletin. Vol. 33」所載の「培養のグリフォラフロンドサの粒状の菌糸体のエキスに見られる構造的性質と抗しゅよう作用」（甲第9号証、原文は英語）においては、「グリフォラフロンドサ（Grifola frondosa）」（甲第20号証によればマイタケをいうものと認められる。）の子実体から抽出された抗しゅよう活性を有する成分について、「β-1, 3グルカン」（3395頁～3400頁）の語を用いている。また、平成10年6月7日現代書林発行のシャリ・リバーマン著「ガン、糖尿病と闘うマイタケD-フラクション」（甲第10号証）においては、「マイタケ『D-フラクション』とは、マイタケを熱水抽出することによって得られる特有の画分をベースに開発された商品で、（注射ではなく）経口服用で最も効果が得られるように工夫されたものです。もっと詳しく言うならば、活性β-グルカンを主体とした多糖タンパク複合体です」（77頁11行目～78頁2行目）、「東京薬科大学の宿前先生・・・はその後、このマイタケ・エキスをGrifolanと名付け、子実体のみならず、菌糸体から得られる成分がβ-1, 3グルカンという多糖体であることを発見しました」（96頁10行目～97頁5行目）との記載が、さらにまた、特公平6-99320号公報（甲第11号証）においては、「抗エイズウイルス活性を有する硫酸化βグルカンのレトロウイルス感染症治療用薬剤」（【発明の名称】）、「マイタケ子実体及び菌糸体中に含まれる・・・β-1, 6グルカンおよび・・・β-1, 3グルカンを硫酸化して得られるマイタケ由来の硫酸化多糖タンパク体が・・・硫酸化βグルカンのレトロウイルス感染症治療用薬剤」（1欄【特許請求の範囲】【請求項1】）、「マイタケ中に存在するβ-グルカン-タンパク多糖体は明らかにHIVによる細胞変性を抑制することが判明した」（8欄【発明の効果】）との記載がある。

しかしながら、上記甲第7号証の「マイタケの場合もタンパク質と結合した、このβ-D-グルカンが含まれており、この物質が抗ガン作用に関わっているわけです。多糖類β-D-グルカンは、ブドウ糖が連なった高分子物質です」（120頁3段7行目～12行目）の記載及び上記乙第8号証の「マイタケの持つ成分が、体に備わった免疫機能を活性化させ、がんを抑制する・・・『βグルカンの成分の一つ、D-フラクションが、腫瘍（しゅよう）に対し最も作用が強い』と同教授（注、難波教授）」（1段1行目～5段6行目）との記載によれば、マイタケから抽出された「D-fraction」又は「D-フラクション」と呼ばれる成分は、「βグルカン」の一種であることが認められるから、上記の各記載は、「D-fraction」又は「Dフラクション」がマイタケから抽出された成分を示す語として一般に使用されていることと相容れないものではないことが明らかであり、これらの記載は、「D-fraction」又は「Dフラクション」がマイタケから抽出された成分を示す語としては使用されていないことの根拠とはならないから、原告の上記主張は失当である。

また、平成10年3月20日株式会社法研発行の難波教授著「がんに挑む舞茸」（甲第12号証）には「マイタケの子実体に含まれる物質を精製していくとさまざまな物質が得られ、これを順番にA・B・C・Dと名付けていきました。その結果、最終的に得られた抽出物である、マイタケのD画分に強い抗腫瘍性がみられたことから我々はこの画分をマイタケのD-フラクション、マイタケの頭文字のMをとりMD-フラクションと名づけ、一九八八年の日本薬学会誌に発表しました」（33頁2行目～6行目）、「私たちはこのマイタケのペプチドグルカンを、四番目の抽出で得られた物質であることから、『マイタケ・D-フラクション』略して、『MD-フラクション』と名づけました」（40頁9行目～11行目）との記載が、平成9年5月1日付けタ刊フジ（甲第13号証）には難波教授の発表として「MD-フラクションとは、まいたけの熱水抽出物で得られた酸不溶性、アルカリ溶性、アルカリ溶性質の分枝鎖を持っている多糖体のこと」との記載が、平成10年4月22日付けスポーツ報知（甲第14号証）には「市販の錠剤に含まれるMDフラクションの量」との記載が、平成11年1月7日付け「健康産業流通新聞」

(甲第15号証)には「マイタケから熱抽出したMDフラクション」、「このマイタケのMDフラクション」、「マイタケには、MDフラクションの他」などの記載が、平成10年11月1日成美堂出版株式会社発行の「さわやか元気11月号」

(甲第16号証)には「マイタケから抽出したMDーフラクションのエクス」(207頁3段19行目～20行目)、「マイタケのMDーフラクション」(208頁3段22行目～末行)などの記載があり、これらによれば、マイタケから抽出した抗しゅよう性を有する成分について、「MDーフラクション」又は「MDフラクション」の語も使用されていることが認められる。しかし、上記に認定したように、多くの新聞、雑誌及び一般の書籍において、マイタケから抽出した成分につき、「Dフラクション」、「Dーフラクション」又は「D-fraction」の語が使用されているのであるから、これらの各記載は、本願商標に接した指定商品の取引者、需要者が、「D-fraction」又は「Dフラクション」を本願商標の指定商品であるしゅよう治療用薬剤などの原材料と認識し、少なくとも、これら商品の原材料又は品質の表示として認識する可能性があるとの上記認定判断を左右するものではない。

(5) さらに、原告は、本願商標は、米国におけるマイタケエキスの普及、販売に関するパイオニアである原告によって採択され、現に使用されている商標であり、同国においては、本願商標は商品の品質を表す語としては認識されておらず、自他商品識別力のある標章として認識されているから、我が国においても、本願商標は自他商品識別力のある標章として認定されるべきであると主張する。平成10年6月7日現代書林発行のシャリ・リバーマン著「ガン、糖尿病と闘うマイタケDーフラクション」(甲第10号証)には「キノコについてはまったくの処女地米国で、マイタケの旋風を巻き起こし、『Dーフラクション』のブームに火をつけたのは、ニューヨークに住むA(注、原告代表者)を中心とした日本人だった」(34頁末行～35頁2行目)、「ここで期待通りの結果を得たA氏は、マイタケの薬効を米国で普及することを決意し、投資銀行を辞め数人の仲間とマイタケ・プロダクツ・インク(注、原告)を設立した」(36頁12行目～37頁1行目)、「一九九六年にマイタケ・プロダクツ・インクはカプセル錠の『Dーフラクション』を一般向けに発売し、すぐさま・・・三〇〇〇店以上のフランチャイズを持つGNCでの取り扱いを決めるなど、小売業界でも健康補助食品の人気商品として、短期間にその地位を築いた」(45頁8行目～11行目)と記載され、また、甲第17号証によれば、原告は、「MAITAKE D-FRACTION」からなる、米国商標登録第2012571号商標(登録日1996年(平成8年)10月29日、使用開始日1995年(平成7年)9月25日、商取引における使用開始日同日)の商標権者であることが認められる。しかし、上記事実によっては、本願商標が、我が国において、自他商品識別力を欠くとする上記の認定判断が左右されるものでないことは当然であるし、また、商標法3条2項の使用による自他商品識別力の獲得については、審判において何ら主張、判断がされていないから、原告の上記主張も失当である。

(6) 以上検討したところによれば、我が国において、本願商標をその指定商品に使用しても、単に商品の原材料又は品質を表示するにすぎず、また、これを当該原材料、品質を有しない商品に使用するとき、商品の品質について誤認を生じさせるおそれがあり、本願商標は商標法3条1項3号及び同法4条1項16号に該当するとした審決の判断は正当というべきである。

2 以上のとおり、原告主張の取消事由は理由がなく、他に審決を取り消すべき瑕疵は見当たらない。

よって、原告の請求は理由がないから棄却することとし、訴訟費用の負担並びに上告及び上告受理申立てのための付加期間の指定につき行政事件訴訟法7条、民事訴訟法61条、96条2項を適用して、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第13民事部

裁判長裁判官 篠 原 勝 美

裁判官 岡 本 岳

裁判官 宮 坂 昌 利

