

科学研究費補助金基盤研究 (B)「標章の保護と公共政策に関する総合研究」(25285034)

## 研究成果報告

2015年8月28日

明治大学法学部教授

夏井 高人

科学研究費補助金基盤研究 (B)「標章の保護と公共政策に関する総合研究」(25285034)の平成25年度～平成27年度(2013年4月～2016年3月)における共同研究分担者としての研究成果の要旨は、下記のとおりである。

なお、この報告書内で示した論説等の原文は、少数の例外(商業出版社から出版されたもの)を除き、いずれも明治大学専任教員データベース中の「著書・論文」のところからリンクによりダウンロードして閲覧できるようにして公開してある。

### 記

#### 1 研究分担項目

植物の品種名、伝統的知識と商標制度との関係について検討を行う。

#### 2 研究の手法

- ① 植物の品種名としての名称それ自体の特定性(他の種・品種との識別力の有無)及び植物分類学上の基本的な知見との整合性について、基礎的な研究を行う。
- ② 現行の商標制度及び商標法理論の欠陥を明らかにし、改善策を提案することによって、特定性(他の種・品種との識別力)を有する標章としての植物の名称が法的手続上でも適正に保護されるようにするための基礎的な研究を行う。
- ③ ラン科植物(とりわけ植物種としてのセッコク(*Dendrobium moniliforme*)及び園芸品種としての石斛・長生蘭)を具体的な素材に採り、名称の連続性・整合性の有無に関する研究を尽くすことにより、現行の商標等の知的財産権の識別子として用いられている名称との連続性(同一の符号としての名称であっても客観的に同一の植物種を指す名称であると認めることができるか否か)を検討する。

- ④ ラン科植物（とりわけ植物種としてのセッコク (*Dendrobium moniliforme*) 及び園芸品種としての石斛・長生蘭) を具体的な素材に採り、生薬（中薬）の原料となる植物の有用性を示す本草書中の名称との連続性・整合性に特に留意しつつ、特許における有用性要件の
- ⑤ 植物一般について、遺伝子組換え等の特殊な人工交配技術の応用により生産された産物である植物の名称について、生物学上の基本原理との整合性に留意した研究を行う。
- ⑥ 以上により、植物の名称に関する既存の商標法・種苗法等の法理論及び法律実務が根幹部分において既に破綻していることを実証し、今後のあるべき法政策を提案する。なお、既存の問題に対する政策論上及び法解釈論上の解決策については拙稿「植物の同一性識別の誤りによる特許制度上の問題点とデータベースによる解決方法」法とコンピュータ 27号 33-43頁（2009）において論説として日本語で私見を公表し、また、CILS Conference (Zauchensee, Austria, 2008) における英語による研究報告「Some Legal Issues Caused by Identification of Wild Herbal Plants - Interpretation and Perspectives of Patent Law -」として私見を公表している（研究報告内容は、Meiji Law Journal vol.15 pp.1-19 に論説形式で収録）、本研究は、私見の妥当性・有用性（同時に通説的見解及び実務上の取扱いの不当性・非有用性）に関する具体的な実証研究成果を更に蓄積・増強するための研究でもある。

### 3 研究成果（既往）

#### 3.1 「青色花の薔薇か薔薇咲きの堇草か」及び「胡蝶蘭と関連する特許出願」

拙稿「青色花の薔薇か薔薇咲きの堇草か」法律論叢 86 巻 4・5 号 141-187 頁（2014）において、「アプローズ」という名称によるバラ科植物園芸交配品とスミレ科植物園芸交配品との間の遺伝子組換え植物特許出願を素材として、古典的な形態分類から遺伝子解析結果を基礎とする分類（APG 分類）への急激な変化という植物分類学上での大規模な変化を踏まえ、植物種を特定する符号（標識）としての名称それ自体の有用性について検討し、加えて現行の植物名称指定に関する国際的な規範や国内法等に関する詳細な検討を行い、そして、特に遺伝子組換え植物について交配種（雑種）としての本質を明らかにし、片方の交配親の名称のみによる特許出願及び品種登録等が法的にも植物分類学上でも無効であり、そのような名称のみによっては知的財産として保護されないということの基本原則を明らかにした。

例えば、植物種 A の遺伝子中から 1 パーセントを除去し、植物種 B の遺伝子 1 パーセン

トで置き換えた場合、生成される遺伝子組換え植物は、 $A \times B$  という新種であって、 $A$  の品種でも  $B$  の品種でもない。同様に、植物種  $A$  の遺伝子中から 99 パーセントを除去し、植物種  $B$  の遺伝子 99 パーセントで置き換えた場合、生成される遺伝子組換え植物は、やはり  $A \times B$  という新種であって、 $A$  の品種でも  $B$  の品種でもない。そして、 $A \times B$  について国際的に承認された種名が存在しない場合、種名不詳の交配種 ( $A \times B$ ) という扱いになる。 $A \times B$  について  $C$  という国際的に承認された種名が存在する場合、 $A \times B$  は  $C$  であり、 $A$  の品種でも  $B$  の品種でもない。

本稿で述べていることは特許法を中心とするものであるが、名称の指定及びその有効性に関する部分は、商標法の領域においても全く同様に妥当する。なお、本稿の前駆的な研究として、古典的な形態分類から APG 分類への変更に伴う法解釈学上の基本的問題に関する研究成果は、拙稿「植物分類体系の変化が法制度に与える影響-大麻規制法令を中心とする考察-」法律論叢 84 巻 4・5 号 91-111 頁 (2012) において既に示してあるとおりである。

拙稿「胡蝶蘭と関連する特許出願」やまくさ 65 号 80-123 頁 (2014) では、前掲「青色花の薔薇か薔薇咲きの菫草か」における検討を踏まえ、ラン科植物とツユクサ科植物との間の遺伝子組換え植物を素材として、特許出願と種苗法に基づく品種登録との法制度上の関連も含め、前掲「青色花の薔薇か薔薇咲きの菫草か」と同様の検討を行い、同様の検討結果を得た。

### 3. 2 「一般名称を用いた商標－Elemis 事件判決を中心とする考察」

拙稿「一般名称を用いた商標－Elemis 事件判決を中心とする考察」明治大学社会科学研究所紀要 53 巻 2 号 123-162 頁 (2015) において、「Elemis」との名称を用いた商標出願を素材として、一般名称としての植物の名称の商標出願における法的問題点について、商標（標章）としての識別性のない一般名称による商標登録の可否という観点から、他の類似審決例・裁判例を踏まえて詳細に検討し、加えて、現行の商標法における出願拒絶事由に関する主張・立証責任に関し通常の要件事実論を踏まえた検討結果を示した。「Elemis」は、日本国においては必ずしも一般的ではないが、現時点での海外においては一般名称として用いられる植物名（俗名）の一種であることを明らかにした上で、「Elemis」と関連する様々な植物名が本草書等の古典的な書籍にある植物名とは必ずしも一致していないこと、すなわち、歴史上の連続性・整合性において疑問があることを明らかにした。また、主張・立証責任に関する検討結果は、通説とは異なる部分を含むが、同稿中で引用した知財高裁判決が示すような主張・立証責任に関する基本法理を前提にすれば法解釈論として全く揺るぎのないものであり、従来のような民事訴訟法上の基本原則をほとんど無視しているのにも等しい知的財産法理論及び特許庁における審査業務のあり方に対して根源的な再考を促すという点では成功していると考えられる。

### 3.3 「本草特許」など

拙稿「本草特許」・『はばたき—21世紀の知的財産法—中山信弘先生古稀記念論文集—』（弘文堂、2015）201-213頁において、①「伝統的な知識」は、それが伝統的なものであるがゆえに、それ自体としては特許発明としての新規性を有しないということをあげることができ、他方、②「伝統的な知識」では、特許発明としての有用性の根拠としては経験的な知識しかないのが一般的で、それだけでは客観的な証明が十分とは言えないこと、以上の2点の問題点があることを明確に示した上で、「鉄皮石斛」と関連する中国の特許出願（特許申請）を素材として、総論的な観点から、本草書に記載されている生薬（中薬）と関連する特許（特許出願）を含む知的財産権としての法的保護における問題点を指摘した。これらの問題点は、商標出願や種苗法に基づく品種登録においても同様に慎重に考慮・検討されるべきものである。

ただ、同稿は、記念論文集としての出版上の制約から文字数の制限があり、前提となる事実について詳細かつ説得力をもって論証することが非常に難しく、また、同稿において示した基本的知見を具体的事例に応用した場合の適否を評価するための検討結果を示すことができなかった。そこで、同稿では割愛した部分を別稿において詳論するという方法を採用ことにした。なお、前駆的な研究成果としては、拙稿「狸狽事件判決再考」法律論叢 85 巻 2・3 号 327-386 頁（2012）、拙稿「石斛と木斛」らん・ゆり（東京山草会ラン・ユリ部会ニュース）426 号 10-17 頁（2013）、拙稿「続石斛と木斛」同誌 427 号 11-14 頁（2013）がある。

別稿における検討は、2つの系統に大別することができる。一方は、日本国の古典的書籍中にある「蘭」（とりわけ「石斛」）の名が示す植物が現行の和名と一致するか否かを検討した結果を示すもので、他方は、中国における古典的書籍（本草書）中にある「蘭」に関する同様の検討結果を示すものである（これらの研究成果は、文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（研究代表・中山信弘）「情報財の多元的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築」の研究成果ともなる部分を含んでいる。）。

日本国における古典的書籍中にある「蘭」に関する研究結果としては、拙稿「延喜式（土御門本）にみえる石斛の産地」やまくさ 63 号 80-89 頁（2013）、拙稿『『松山本草』に収録されているラン科植物の図』らん・ゆり（東京山草会ラン・ユリ部会ニュース）442 号 8-14 頁（2014）、拙稿「貝原篤信（益軒）『大和本草』の石斛」同誌 443 号 12-22 頁、拙稿「保久利—伝統的な有用植物の特定と法的課題」法律論叢 87 巻 4・5 号 45-68 頁（2015）、拙稿「敦盛草の方言(1)」らん・ゆり（東京山草会ラン・ユリ部会ニュース）452 号 21-26 頁（2015）、拙稿「敦盛草の方言(2)」同誌 453 号 15-18 頁、拙稿「敦盛草の方言(3)」同誌 454 号 13-24 頁（2015）で公表し、とりわけ、『大同類聚方』との関連では、拙稿「大同のころには御寶とも名付給ひて」らん・ゆり（東京山草会ラン・ユリ部会ニュース）435 号 6-10 頁（2013）、拙稿「奈女加多薬」同誌 436 号 8-13 頁（2014）、拙稿「阿可利薬」同誌 437 号 4-20 頁（2014）、拙稿「美多加羅薬」同誌 438 号 5-39 頁（2014）、拙稿「比布利也未比（日震病）の薬方（上）」

同誌 439 号 6-53 頁, 拙稿「比布利也未比（日震病）の薬方（中）」同誌 441 号 10-21 頁（2014）, 拙稿「比布利也未比（日震病）の薬方（下）」同誌 444 号 22-33 頁（2014）, 拙稿「民都山薬」同誌 445 号 10-17 頁（2014）, 拙稿「美々之多礼也味（耳の垂れ病）の薬方（上）」同誌 446 号 17-32 頁（2014）, 拙稿「美々之多礼也味（耳の垂れ病）の薬方（下）」同誌 447 号 8-13 頁（2014）で公表した。

他方, 中国における古典的書籍（本草書）中にある「蘭」に関する同様の検討結果としては, 拙稿「中国古典文献にみえる石斛の産地」やまくさ 64 号 137-177 頁, 拙稿「『孔子家語』の蘭」らん・ゆり（東京山草会ラン・ユリ部会ニュース）448 号 12-31 頁（2015）, 拙稿「『荀子』の蘭(1)」同誌 449 号 11-34 頁（2015）, 拙稿「『荀子』の蘭(2)」同誌 450 号 17-44 頁（2015）, 拙稿「『荀子』の蘭（3・完）」同誌 451 号 25-52 頁（2015）で公表した。

以上の連載論説により全てを検討し尽くしたことにはならず, まだまだ検討すべき古典的書籍が多数あるが, 現行の植物名と古代の植物名との連続性・整合性に関して, かなり大きな疑問が存在することを論証することには十分に成功していると考え。このことは, 既に述べたとおり, 特許法だけではなく商標法や種苗法の解釈・運用上でも大きな影響を与え得るものであり, この連続性・整合性の欠如という問題を無視した行政行為には瑕疵があることになり, また, 植物の名称を構成要素とし, または, 古典的な書籍にある記述をそのまま鵜呑みにして単純に根拠資料として付与された特許, 同様に安易に登録された商標や品種等について法律上の無効の問題を発生させ得るものであることを示唆するのに十分であると考え。

### 3.4 「怠け者の散歩道」など

インターネット上で植物の写真及び継続的な観察結果と考察の要旨等を公開しているブログ「怠け者の散歩道」（<http://ele-middleman.at.webry.info/>）において, かなり膨大な数量の記事をアップロードして公開してきた。

このブログでは, 野外観察や展示会等に関する記事のほか, 自ら自宅で栽培している数百種に及ぶ植物（特にラン科植物）の観察結果を適宜記録して公表している。多数の植物を実際に栽培し, 10 年以上にわたって観察し続けている。

これは, 理屈のみで考察するのではなく現実に存在する植物や様々な微生物の生態を直接に観察し考察した結果を踏まえて考察するものでなければ, 生物と関連する法律問題に関する検討結果が空理空論・砂上樓閣に陥り, 全く根拠のない虚偽学説となってしまう危険性が極めて大きいこと（とりわけ, 理屈だけで考察している場合, 大前提とする理論等が現時点では時代遅れのものとなっており当該専門領域では誰も用いないものとなっているような場合には, とりわけ弊害が大きいこと）から, そのような事態の発生を避けるためである（実物の植物の観察と併せ, 植物学の領域に属する最新の論文とりわけ分子生物学的研究に基づく論文等も収集し検討した上で, 細心の理論状況を把握してきた。）。そして, 観察し

た結果を示す写真等を公開しているのは、長年にわたり実際に観察してきた事実を逐次証明し続け、いわゆるデータ捏造や他所からの盗用等ではないということを自ら証明するためである。これは、刑事訴訟法理論における伝聞法則の例外の一つである「メモの理論」と類似する発想に基づく。

「怠け者の散歩道」に含まれている記事には単なるエッセイに過ぎないものも多数含まれる。しかし、上記のような意図で記録・公開しているブログである。

そして、これまで継続して、従来の標準的な植物図鑑等の記載には多くの誤りがあること、そして、標準的な植物図鑑において示されている分類や名称を用いた特許出願等が無効になる可能性があるだけでなく、従来の植物学上の知見を前提とする種の保存法の運用に誤りがあり憲法違反となり得るものが含まれていることを示し続けてきた。

このブログとは別に、ラン科植物の特定を確実にするため、かなり長期間にわたり前駆的研究を実施してきた。その中には内外の山野における自然観察結果や、内外の著名な植物園で生きた標本 (Living specimen) として栽培されている希少な植物の観察結果等が含まれる。そのような基礎的な研究成果をインターネット上において図鑑形式により「Prof. Summer's Web Garden」 (<http://flowers.la.coocan.jp/>) として公表してきた。

### 3. 5 リバティアカデミー「ランの世界」など

明治大学リバティアカデミーの教養科目である「ランの世界」(2009年～2015年に毎年開講)においても、講義形式で研究成果を反映すると同時に、研究成果を一般公衆に対して継続的に公開・提供してきた。

この「ランの世界」における講義用教材として、拙稿「生薬としてのラン」(2013)、拙稿「日本のランの栽培の歴史」(2015)等を作成した。

また、明治大学法学部及び明治大学大学院法学研究科における関連科目中において、本研究における研究成果を反映した授業を行い、これを大学教育における教育内容とし反映してきた(2013～2015)。

## 4 研究成果（研究年度内の予定）

明治大学法学部紀要・法律論叢の88巻4・5号に「植物の名称と景品表示法の適用」(仮題)と題して、標章としての植物名称の誤用・濫用に伴う消費者保護法関連の問題を主として扱う論説を執筆・公表する予定である。

また、伝統的知識との関係では、東京山草会の会誌及び同会らん・ゆり部会の部会誌において、更に連載して詳細な検討結果を執筆・公表する予定である。現在のところ「敦盛草の方言」と題して現行和名として確定しているラン科アツモリソウ属植物の名称が本来的なものではないという歴史的事実を解明しつつある。今後の予定としては、屈原の作とされる

『楚辞』にある「蘭」との名称及びいわゆる「六朝詩」にある「蘭」との名称が何を指すのかを解明する研究を続行する。現時点での仮説（「蘭」は通説の主張するフジバカマを指すものと解することはできないとの仮説）を明確に論証すると同時に、「蘭（らん、らに）」なる植物が種々雑多な植物（特に園芸交配品である有用植物）を指すものとして用いられてきたという歴史的経緯を明らかにし、「蘭」との名称から受ける印象を特徴として何らかの標章を商標出願する際（品種登録及び品種特許出願する場合を含む。）、古典的書籍や従来の通説のみに依拠しそれらの文献を引用しても全く無効であることを反論の余地なく明確に論証したいと考えている。

以上の論証は、本研究と一見無関係のように誤解される恐れが多分にある。しかし、植物の名称について一般的に理解されてきたことが基本的に全部間違いまたは嘘であることを論証し、安易に植物の名称を用いて知的財産権を確保しようとする試みを阻止することは、単に日本国だけではなく、「伝統的な知識」の保護との関連においても世界的な規模で有意義な研究であると考えられる。要するに、既存の知識が完成されたもので不動なものであるとの誤解が存在しているとの事実を解明し、あるべき方向性を提案し続けることは、植物と関連する知的財産権の保護の健全性を確保・維持するための必須の前提であり、かつ、不可避の作業であると考えられる。

以上に加えて、前掲「怠け者の散歩道」を含むインターネット上の公開媒体において、今後も、従来は野生植物と考えられてきた植物の本質と名称の適否に関する観察結果を示し続ける予定である。なお、法律論を多く含む知見については、主として、インターネット上のブログである「サイバー法ブログ」（<http://cyberlaw.cocolog-nifty.com/>）で公開する予定である。

## 5 まとめ

以上により、本研究の共同研究者としての研究分担部分に関する研究成果としては、十分な研究成果を示すことができたと考えられる。

以上