

改正種苗法下における育成者権行使のあり方

—育成者権行使における「現物主義」—

京都大学大学院法学研究科 教授 愛知 靖之

要 約

本稿は、令和2年種苗法改正により、侵害訴訟における育成者権者の侵害立証の負担を軽減し、育成者権の活用促進を図るために導入された35条の2を1つの手がかりとして、改正種苗法下における「現物主義」の意義や育成者権行使のあり方について検討を行うものである。

検討に際しては、育成者権の本質及び種苗法が規定する権利の効力範囲の趣旨にも留意しつつ、十全な育成者権保護による新品種育成に向けたインセンティブ保障の要請と特性表による開示を信頼した者に対する行為自由の保障の要請とを調和させる権利行使のあり方を模索する。

目 次

1. はじめに
2. 種苗法の保護対象
3. 育成者権の行使—現物主義 vs. 特性表主義—
 - 3.1. 侵害判断の手法
 - (1) 権利の効力範囲
 - (2) 育成者権の本質と効力範囲
 - (3) (侵害訴訟段階での)「現物主義」の根拠
 - (4) 「特性表主義(クレーム主義)」の根拠
 - 3.2. 侵害判断において特性表を活用する種苗法改正
4. 現物主義の妥当性
5. 特性表の意義
6. 「特性」に該当しない特徴の斟酌
 - 6.1. 問題の所在
 - 6.2. 現物主義からの帰結
 - 6.3. 現物主義からの帰結に対する問題点
7. おわりに

1. はじめに

我が国農業の発展には植物新品種の保護が必要不可欠である。しかし、シャインマスカットや紅秀峰(さくらんぼの品種)など我が国の優良品種が海外に流出する事案が頻発する一方で、侵害立証の困難性ゆえに育成者権が活用しにくかったこともあり、我が国における植物新品種の開発ひいては農林水産業の発展が危ぶまれるような事態となっている。このような状況のもと、優良品種の海外流出防止、育成者権を活用しやすい権利にするための制度見直しなどを目的とした改正種苗法が令和2年12月2日に成立した(同9日に公布)。

改正の内容は多岐にわたっており、品種の海外流出防止という目的のもと、品種の海外持ち出しに対して、育成者権の消尽の例外を認めて権利行使を可能にする規定(種苗法21条の2など)の新設⁽¹⁾など、重要な

(1) この制度が持つ課題については、滝井朋子「2020年改正種苗法による指定国制度 育成品種の海外流出防止」日本工業所有権法学会年報44号190頁(2020年)参照。

改正が行われている。しかし、本稿では、法改正全てを扱うのではなく、育成者権のエンフォースメントに関する課題を検討する。具体的には、侵害訴訟における育成者権者の侵害立証の負担を軽減し、育成者権の活用促進を図るために導入された35条の2を1つの手がかりとして、改正種苗法下における育成者権行使のあり方について検討を行う。

育成者権行使という品種保護の中核をなす重要問題について、育成者権の本質に立ち返りながら、権利行使に関する種苗法特有の課題を浮き彫りにし、法改正がその課題にどのように対応したのか、改正法に残された課題は何かを検討することにより、品種の自由利用の保障と調和させつつ植物新品種の十全な保護を達成できるような育成者権のエンフォースメントのあるべき姿の一端を明らかにするのが、本稿の目的である。

2. 種苗法の保護対象

種苗法20条1項によれば、「育成者権者は、品種登録を受けている品種（以下『登録品種』という。）及び当該登録品種と特性により明確に区別されない品種を業として利用する権利を専有する」。2条2項では、「この法律において『品種』とは、重要な形質に係る特性（以下単に『特性』という。）の全部又は一部によって他の植物体の集合と区別することができ、かつ、その特性の全部を保持しつつ繁殖させることができる一の植物体の集合をいう。」と規定され、同条1項では、「この法律において、・・・『植物体』とは、農林水産植物の個体をいう。」とされる。このように、種苗法は、「農林水産植物」の個体である「植物体」の集合すなわち「品種」を保護対象とする。リンゴを例に取れば「ふじ」・「王林」・「紅玉」などが「品種」に当たる。農林水産植物の個体である植物体の集合が保護対象とされるがゆえに、審査や権利侵害の有無を判断する際などに、植物体の「現物」が重要な位置を占めることになる。

さらに、2条2項により、「品種」は、「重要な形質に係る特性」（種苗法上、これは単に「特性」と呼ばれる）によって他の植物体の集合と区別でき、その特性の全部を保持しつつ繁殖させることができるものでなければならない。ここで、「形質」とは、たとえば、花の色・大きさ・形、葉の大きさ・形といった植物体の特徴を指し、「特性」とは、花の色が「赤い」、花の形が「円形」といった形質ごとに現われる性質を指す。2条7項は、「農林水産大臣は、農業資材審議会の意見を聴いて、農林水産植物について農林水産省令で定める区分ごとに、第2項の重要な形質を定め、これを公示するものとする。」としており、「重要な形質」は農林水産大臣が定めた上で、これを公示することになっている⁽²⁾。

「重要な形質に係る特性」＝「特性」のうち、農林水産省の審査によって特定された特性、すなわち、「審査特性」（種苗法17条の2第1項）は、品種登録簿（種苗法18条2項）に記載され（品種登録規則11条5項）、公示される。これが、育成者権侵害の判断に用いることができるか否かが議論されてきた「特性表」である。特性は、品種の特徴を数値化（「特性値」）して表現されている。もっとも、農林水産大臣が定めて公示した特性の全てが、常に審査され品種登録簿の特性表に記載されるわけではなく、特性表には登録品種が備える全ての特性が網羅されているわけではない。改正種苗法下においては、審査の効率化を図るために、一定の形質については、出願者が審査を求めた場合に限り審査の対象とされることとなっている。すなわち、「重要な形質」は、審査において必ず調査される重要な形質（必須形質）と出願者が求めた場合にのみ調査される形質（選択形質）とに区別される⁽³⁾。必須形質は、全ての形質について、その特性を願書（種苗法5条1

(2) 令和4年3月17日農林水産省告示第589号 https://www.maff.go.jp/j/shokusan/hinshu/act/etc/juyona_keisitu.pdf (2022年6月1日閲覧)。

(3) 農林水産省輸出・国際局知的財産課種苗室「品種登録の手引き（令和4年4月1日版）」2頁、25-26頁（2022年）https://www.maff.go.jp/j/shokusan/hinshu/info/tebiki/toroku_tebiki.pdf (2022年6月1日閲覧)。

項4号)と願書添付書類の「説明書」(種苗法5条2項・種苗法施行規則7条1項1号)に記載する⁽⁴⁾とともに、その特性を保持していることを証する資料を願書に添付しなければならない(種苗法5条2項)。必須形質に係る特性は、必ず審査において調査され、特性表に記載される。他方、「選択形質」は、出願者による願書・願書添付書類の説明書への記載は任意となっており(令和4年改正種苗法施行規則5条2項)、出願者が審査を求めて願書等に記載した特性(その特性を保持していることを証する資料を願書に添付することも必要である(種苗法5条2項))のみが審査において調査され特性表に記載される^{(5),(6)}。

出願者は、資料提出命令により、審査に必要な出願品種の植物体を提出することが求められることがあり(種苗法15条1項)⁽⁷⁾、権利取得のための審査に際しても、栽培試験(または現地調査)(種苗法15条2項)が行われることが多い。「現物」を用いた審査が重視されているのである(審査段階での「現物主義」)。

3. 育成者権の行使－現物主義 vs. 特性表主義－

3.1. 侵害判断の手法

(1) 権利の効力範囲

種苗法20条1項によれば、育成者権の効力は、登録品種(と同一品種)及び当該登録品種と特性により明確に区別されない品種にまで及ぶ。前述の通り、「品種」とは、現実に存在する「植物体の集合」であるため、侵害訴訟においても、比較栽培等により、育成者権者・被疑侵害者双方の植物体の現物同士を対比して、特性により明確に区別されないかが判断されることになる(侵害訴訟段階での「現物主義」)。

「特性により明確に区別されない品種」とは、「登録品種と特性に差はあるものの、品種登録の要件としての区別性が認められる程度の明確な差がないもの」、「具体的には、登録品種との特性差が各形質ごとに設定される階級値・・・の範囲内にとどまる品種」⁽⁸⁾とされているが、裁判例では、これに加えて、「特性差が上記の範囲内にとどまらないとしても、相違する項目やその程度、植物体の種類、性質等を総合的に考慮して、『登録品種と特性により明確に区別されない品種』への該当性を肯定することができる場合もあるというべきである。」とされている(知財高判平成27年6月24日平成27年(ネ)10002号〔なめこ〕)。「特性により明確に区別」されるか否かの判断は、育成者権の本質に基づく規範的判断を要するわけである。

(2) 育成者権の本質と効力範囲

育成者権は、特定の新品種(植物体の集合)を実際に育成したという寄与・貢献に基づいて、育成者に付与される排他権である。この点を強調すれば、育成者権者自身が実際に育成した品種そのものに限って権利が及び、それとは別の品種には一切効力が及ばないという考え方につながり得る。育成者権者が育成した品種そのものではない別の品種であるにもかかわらず、これと「特性により明確に区別されない品種」にまで権利の効力が及ぶとされている点をどう正当化するかが問題となる。

この問題については、さしあたり、以下のように考えることができる。そもそも、種苗法は、育成者に自

(4) 実際には、願書(5条1項4号)の「出願品種の形質及び出願者が保持していると思料する出願品種の特性」欄には、「説明書の『5.出願品種の形質及び特性』に記載するとおり」と記載されており、願書添付書類の「説明書」(5条2項・種苗法施行規則7条1項1号)中の「出願品種の形質及び特性」欄に特性を記載すれば、その記載が願書にそのまま引用される形式が採られている(令和4年改正種苗法施行規則別記様式第1号。農林水産省輸出・国際局知的財産課種苗室・前掲注3・16頁も参照)。

(5) 農林水産省輸出・国際局知的財産課種苗室・前掲注3・25-26頁、72頁参照。

(6) 具体的に、どの特性が「選択特性」に該当するかは、令和4年3月17日農林水産省告示第589号・前掲注2で定められている。

(7) 実際には、15条1項による資料の提出は栽培試験が行われる場合に限って必要となるようである(農林水産省輸出・国際局知的財産課種苗室・前掲注3・3頁参照)。また、令和4年における種苗法施行規則の改正前は、種子・種菌を種苗とする品種については、出願時に種子・種菌を提出しなければならないことになっていたが、同改正による施行規則4条の削除により不要とされ、種苗法15条1項の資料提出命令があった場合にのみ提出すれば足りることとなった(農林水産省輸出・国際局知的財産課種苗室・前掲注3・3頁参照)。

(8) 農林水産省生産局知的財産課編著『最新逐条解説種苗法』90頁(ぎょうせい、2009年)。

身が育成した登録品種の需要に対する市場機会の排他的利用を認めることによって、投下資本の回収を可能にし、さらなる新品種の育成に向けたインセンティブを保障することを目的としている⁽⁹⁾。これは、知的財産法に共通の法目的である。そして、植物体に対する需要は、まさに当該植物体が有する特性・特徴によって生まれる。登録品種と「特性により明確に区別されない品種」の無断利用によっても、登録品種それ自体の市場機会が奪われるのである。それゆえ、上記法目的を達成するためには、このような品種の利用に対しても権利行使を認め、登録品種に対する需要を独占させることが必要となる。種苗法が、植物体に対する需要を生み出す源泉としての「特性」のみを品種区別の指標にし、「特性により明確に区別」されるか否かで権利の効力範囲の外縁を画している理由もここにある。

以上のように考えると、たまたま登録品種と「特性により明確に区別されない品種」が、「特性」以外の指標や解析手法（遺伝子解析等）によって、（遺伝的に）登録品種に由来せず、これと区別される別品種であることが明らかとなった場合にも、育成者権の効力が及ぶこと（「現物」としては別の品種に対しても権利の効力が及ぶこと）⁽¹⁰⁾も正当化できる。植物体に対する需要の源泉としての「特性」によって、登録品種と明確に区別されない以上、そのような品種が無断利用されれば、登録品種それ自体に対する市場機会も奪われるため、権利行使を認めるべきだからである。

「現物主義」という考え方は、決して、育成者権の効力を育成者権者自身が育成した「現物」に限定する考え方（「モノ」として別の品種であれば権利の効力を否定すべきとする考え方）ではない。あくまで、育成者権の効力は「特性」によって区別されない品種に対してまで及ぶということを前提に、その区別を品種登録簿の「特性表」のみによって行うのではなく、現物が実際に備えた特性によって行うべきとする考え方を意味するにすぎない。

もっとも、以上のような考え方では、20条2項により、従属品種にまで育成者権の効力が及ぶとされている理由の説明が困難となる。従属品種とは、「親となる登録品種に主として由来し、そのわずかな特性を変更して育成された品種」であり⁽¹¹⁾、かつ、特性により当該登録品種と明確に区別できる品種をいう。従属品種は固有の育成者権を取得できるものの、なお原品種たる登録品種の育成者権の効力も及ぶのである。原品種たる登録品種と特性により明確に区別される品種である以上、従属品種が無断利用されても、登録品種の需要が直ちに奪われるわけではない。それにもかかわらず、登録品種に係る育成者権の効力が及ぶとされているのは、登録品種とは異なる新たな需要を喚起し得る別品種ではあるものの、従属品種の育成者は、原品種たる登録品種の育成者の寄与・貢献に無断で大きく依存しているためであると説明することができよう。前述したように、育成者権は、特定の新品種を実際に育成したという寄与・貢献に基づいて付与される排他権である。このような寄与・貢献にただ乗りされている以上、育成者権の十全な保護を図るために権利行使が認められるべきなのである。このような理由から、登録品種と「特性により明確に区別」されるために、登録品種の需要が直ちに奪われるわけではないものの、例外的に権利の効力が及ぶとされたのが、従属品種である。

(3) (侵害訴訟段階での)「現物主義」の根拠

これまで述べてきたように、侵害訴訟段階での「現物主義」とは、訴訟において、登録品種と被疑侵害品

(9) 長谷川達「育成者権侵害訴訟における現物主義—なめこ:KX-N006号事件控訴審判決」立教法学 100号 13-14頁(2019年)参照。

(10) DNA品種識別技術検討会「植物のDNA品種識別についての基本的留意事項—技術開発と利用のガイドライン—」2頁(2003年) http://www.hinshu2.maff.go.jp/pvr/dna_manual/guideline.pdf (2022年6月1日閲覧)も、特性により「明確に区別されない他の品種が育成された場合にはその品種にも育成者権が及ぶこととなるが、この明確に区別されない品種と登録品種の間にはDNA塩基配列において差異が存在するものであることにも留意すべきである。」と述べている。藤野陸子「育成者権侵害とDNA分析」日弁連知的財産センター・弁護士知財ネット監修『農林水産関係知財の法律相談Ⅱ』234頁(青林書院, 2019年)にも同様の指摘がある。

(11) 農林水産省生産局知的財産課・前掲注8・93-94頁。

種を対比して、「特性により明確に区別」されるか否かを判断する際に、品種登録簿の特性表に記載された審査特性のみを対比すれば足りるのではなく、登録品種の現物（現実の植物体の集合）が実際に備える特性を対比すべきとする考え方である⁽¹²⁾。

他方で、侵害判断においては、品種登録簿の特性表の記載を、あたかも特許法上のクレームのように権利の効力範囲を画するものととらえ、特性表に記載された審査特性のみを対比に用いれば足りるとする見解もある（「特性表主義（クレーム主義）」）。

一般的には現物主義が通説と目されており、実務もこの立場に基づいて動いている。この立場をとるべき根拠については、以下のように論じられている。すなわち、「種苗法に基づく品種登録制度の保護対象は、『品種』という現実に存在する植物体の集団であり、育成者権の範囲は、その登録品種の植物体の集団に含まれるかにより決せられる」⁽¹³⁾。あるいは、「特性の評価方法等の研究が進展したとしても、栽培条件等により影響を受ける不安定な部分が残ることなどから、栽培された品種について外観等の特徴を数値化することには限界が残らざるをえない」⁽¹⁴⁾。さらに、東京高判平成9年2月27日知的裁集29巻1号159頁〔えのきたけ〕は、育成者権者は、「種苗登録の際、提出した特性こそが基準とされるべきであり、・・・品種登録簿によれば、寒天培地上の最適生長温度は25℃とされている旨主張する。しかしながら、実験毎に厳密に同一の実験条件を再現することは困難であり、多少の温度条件等の差が存在すると認められるから、異なる時点で全く同一の実験条件で行われたとは認めることのできない種苗登録時の試験結果をそのまま採用することはできないといわなければならない。同一条件の下で実際に両品種につき試験をして行われた・・・試験結果の方がより信用できるというべきである。」と判示している。このような事態は、まさに、「栽培条件等により影響を受ける不安定な部分が残る」という「植物の特性を数値化して評価することの方法的限界」に起因するものといえるだろう。したがって、「品種登録制度の保護対象が『品種』という植物体の集団であること、この植物の特性を数値化して評価することの方法的限界等を考慮するならば、品種登録簿の特性表については、審査において確認された登録品種の主要な特徴を相当程度表すものということができるものの、育成者権の範囲を直接的に定めるものとはいうことはできないことになる⁽¹⁵⁾。侵害訴訟段階においても、改めて、栽培試験などにより植物体の現物が実際に有している特性を確認した上で、被疑侵害品種との対比を行う必要があるというわけである。

また、登録品種と被疑侵害品種の間で特性表記載の審査特性が一致していない場合であっても、栽培条件等の違いにより、特性の差異が合理的に説明できるような差異であれば、同一品種である可能性もあるとの指摘がある⁽¹⁶⁾。仮にこのような事態が実際に生じるのであれば、それもまた、「栽培条件等により影響を受ける不安定な部分が残る」という「植物の特性を数値化して評価することの方法的限界」に起因したものと評価できよう。

反対に、登録品種と被疑侵害品種の間で、品種登録簿の特性表に記載された審査特性は全て一致するものの、それら以外の特性に差異がある場合には、植物学上は異なった品種であるにもかかわらず、育成者権侵害を認めてしまうと、被疑侵害者に不測の損害を与え、育成者権者には必要以上の保護を与える結果となるという根拠も挙げられている⁽¹⁷⁾。特性表主義のもとでは、品種登録簿の特性表に記載されていない特性は考慮されず、たとえ実際にはこの特性において登録品種と被疑侵害品種が明確に区別される場合であっても、侵害が肯定されてしまうことになり不当な結論が導かれるというのである。たとえば、知財高判平成18年

(12) 嶋末和秀＝西村康夫「種苗法における『現物主義』について」飯村敏明先生退官記念『現代知的財産法 実務と課題』1352頁（発明推進協会、2015年）。

(13) 農林水産省生産局知的財産課・前掲注8・81頁。

(14) 農林水産省生産局知的財産課・前掲注8・82頁。

(15) 農林水産省生産局知的財産課・前掲注8・82頁。

(16) 嶋末＝西村・前掲注12・1352頁。

(17) 嶋末＝西村・前掲注12・1355頁。

12月25日判時1993号117頁〔りんどう〕は、侵害訴訟ではなく、品種登録無効確認請求訴訟ではあるものの、以下のように判示している。「品種登録の際に、品種登録簿に記載される品種の特性（種苗法18条2項4号）は、登録品種を品種登録簿上、同定識別するためのものであり、特許法において特許請求の範囲の記載に基づいて定められる特許発明の技術的範囲（特許法70条1項）とは異なり、それによって権利の範囲を定めるものではない（すなわち、品種登録簿に記載された特性と同一の特性を備えていても、品種登録簿に記載されていない他の特性において異なり、別品種であると判断される場合には、登録品種の育成者権を侵害するものではない。）」（下線筆者）。

なお、侵害訴訟段階の現物主義にいう「現物」とは、育成者権行使の基礎となる「現物」である以上、品種登録要件の充足が審査された上で、品種登録により育成者権付与が認められた「現物」すなわち品種登録時の「現物」を意味する。したがって、育成者権行使に当たっては、権利行使時の現物と登録時の現物の同一性の立証も必要となる。

(4) 「特性表主義（クレーム主義）」の根拠

一方、「特性表主義」を採用すべきとする論者は、その根拠として、侵害訴訟提起に際して現物を特定・証拠提出することの困難性⁽¹⁸⁾、特性表に記載されていない特性を裁判所が特定・考慮することの困難性⁽¹⁹⁾、現物同士の対比の困難性⁽²⁰⁾など、現物主義がもたらす立証・判断の困難性を挙げている。ひいては、「育成者権者の権利行使を極めて困難にするばかりか、一般人がどういふ場合が権利侵害に当たるのかを予測することを不可能にし、その結果、種苗法の立法趣旨を没却することにもなりかねない⁽²¹⁾」と論じられる。確かに、現物主義を貫けば、侵害時点において、種苗の現物が失われている場合に、権利行使が認められないことになる。実際に、前掲なめこ事件は、育成者権者が品種登録時に種苗管理センターに寄託していた登録品種のなめこの種菌から子実体が発生せず、「現物」同士の対比ができなかった事案で、現物主義に基づき、育成者権侵害を否定している。現物主義では、特性表記載の特性のみならず、現物が保有する全ての特性の同一性が求められるため、現物同士を対比した上で同一性の主張立証を行うという困難も生じる。

さらに、登録品種の内容が公示されることが、過失推定規定（35条）の根拠とされているところ⁽²²⁾、品種登録簿記載の審査特性が権利内容・権利範囲を基礎付けるものではないとすると、過失推定の趣旨が没却され、過失責任原則に反するほか、権利行使の可能性についての予測可能性を失わせることにもなる⁽²³⁾。

以上のことから、侵害訴訟においては、クレームを基礎に判断を行う特許法と同様に、品種登録簿の特性表を基礎に侵害判断を行うべきだと結論付けられる。

もっとも、侵害訴訟段階では「特性表主義」を採用すべきと説く論者も、審査段階では「現物主義」を維持するようである⁽²⁴⁾。審査段階では、現物を対象に審査を行い、どのような特性を有する品種を育成者が実際に育成したのかを確認する必要があるためである。

3.2. 侵害判断において特性表を活用する種苗法改正

現物主義に基づく侵害判断に対しては、以上のように、侵害立証の困難性などの理由から強い批判が投げ

(18) 村林隆一ほか『植物新品種保護の実務—権利の取得と侵害—〔改訂2版〕』369-372頁（経済産業調査会、2013年）〔伊原友己執筆〕、伊原友己「種苗法」牧野利秋ほか『知的財産訴訟実務大系Ⅲ著作権法、その他、全体の問題』305-307頁（青林書院、2014年）。

(19) 村林ほか・前掲注18・372-373頁〔伊原〕、伊原・前掲注18・307頁。

(20) 村林ほか・前掲注18・378-379頁〔伊原〕、伊原・前掲注18・309頁。

(21) 村林ほか・前掲注18・82頁〔松本好史執筆〕。

(22) 農林水産省生産局知的財産課・前掲注8・150頁。

(23) 村林ほか・前掲注18・396-401頁〔伊原〕、伊原・前掲注18・319-320頁。

(24) 伊原・前掲注18・387-388頁。

かけられていたところ、改正種苗法は、特性表に基づく侵害立証を取り入れた。

新設された35条の2は、「品種登録簿に記載された登録品種の審査特性により明確に区別されない品種は、当該登録品種と特性により明確に区別されない品種と推定する。」と定める。品種登録簿の特性表に記載された登録品種の審査特性と被疑侵害品種の特性とを対比して、両者が明確に区別できないことさえ立証すれば、登録品種と被疑侵害品種が現物それ自体として「特性により明確に区別されない」と法律上推定されるという規定である。育成者権者側が特性表記載の審査特性によって登録品種と被疑侵害品種が明確に区別されないことを立証すれば推定が働き、被疑侵害者側が現物の備える実際の特性によって登録品種と被疑侵害品種が明確に区別されること（登録品種と被疑侵害品種の現物には、特性表記載の審査特性以外の特性に違いがあるため、両者は明確に区別されること）を立証することで、推定が覆滅される。現物による立証負担を被疑侵害者に転嫁することで、育成者権者の立証困難からの救済を図り、もって育成者権を活用しやすい権利にするというのが改正の趣旨である。

4. 現物主義の妥当性

前述の通り、育成者権は、「特定の新品種（植物体の集合）」を実際に育成したという寄与・貢献に基づいて、育成者に付与される排他権であり、育成者に自身が育成した登録品種の需要に対する市場機会の排他的利用を認めることによって、投下資本の回収を可能にし、さらなる新品種の育成に向けたインセンティブを保障することが種苗法の目的である。したがって、特性表に記載された審査特性のみならず、特性表に記載されていない特性（需要の源泉）であっても、それによって登録品種と明確に区別される別品種に対しては、それが無断利用されても登録品種の需要が直ちに奪われるわけではない以上、もはや育成者権者による市場機会のコントロールを認めるべきではない（権利の効力は及ばない）。

それゆえ、登録品種と被疑侵害品種の対比は、植物体が実際に有する特性それ自体によって行うのが原則だと考えられる。改正種苗法も、品種登録簿の特性表に記載された審査特性により明確に区別されない品種は、育成者権の効力が及ぶものと推定するにすぎず、登録品種の現物が有する特性全てが考慮されるという「現物主義」を正面から承認している。品種登録簿の特性表に記載されない特性の斟酌を肯定する改正種苗法は、「現物主義」を強力に根拠付けることになるのである。

5. 特性表の意義

侵害訴訟段階においても「現物主義」に立ち、植物体の現物を重視するとした場合には、「特性表」の持つ意義はどのように考えればよいのだろうか。

そもそも、「現実に存在する特定品種は、極めて多数の形質を具有しているはずだから、その全形質に係る特性を完璧に洩れなく列挙すれば、その品種を特定し限界付けることができるかもしれない。しかしこれを現実に行うことは事実上不可能であろう」⁽²⁵⁾。それゆえ、品種が具有する極めて多数の形質のうち、他品種と区別するのに有用適切な形質を選定して「重要な形質」とし、その特性を対象に審査を行わせている⁽²⁶⁾。そして、この審査に基づき育成者権が付与された以上、実際に審査され特性表に記載された審査特性が、育成者権の範囲を画する上での出発点とされることには合理性がある。もっとも、品種の全ての特性がもれなく記載されているわけではないため、現物主義からは、あくまで出発点にすぎず、それのみで権利範囲が完全に画されるわけではないということになる。

以上のような意義を持つ特性表により登録品種の特性（の一部）が公示されることが、育成者権侵害に対

(25) 滝井朋子「品種登録簿上の特性と育成者権の範囲」牧野利秋先生傘寿記念『知的財産権 法理と提言』808-809頁（青林書院、2013年）。

(26) 滝井・前掲注25・809頁。

する「過失の推定」(35条)の基礎となる。もっとも、特性表は登録品種の特徴の全てを明らかにするものではなく、それ自体が育成者権の権利範囲を直接に確定するものでもない。後述するように、推定の覆滅は柔軟に認めるべきである。たとえば、東京地判平成30年6月8日平成26年(ワ)27733号〔しいたけ〕、知財高判平成31年3月6日平成30年(ネ)10053号等〔同控訴審〕は、「種苗法に基づく品種登録の運用上、しいたけについては、出願品種の用途に菌床栽培が含まれる場合であっても、原木栽培に係る品種の特性のみを品種登録原簿に掲載すると取扱いがされていること・・・、原木栽培と菌床栽培とでは発生するしいたけの特性が大きく異なることの各事実が認められる。」「しいたけの品種登録制度に関する現在の取扱いの下では本件品種に関して公示されている特性表(原木栽培のみ)との対比によっても被告各しいたけ(菌床栽培)と本件品種の異同を判別することができない」と判示して、菌床栽培されたしいたけについて、過失の推定覆滅を肯定している。

また、品種登録簿の特性表によって、登録品種が有する特性(の一部)が公示される以上、他の種苗業者は、少なくとも特性表記載の特性によって明確に区別されない種苗の無断利用を回避する責任をまずは負担すべきだと考えられる。特性表が公示される以上、他の種苗業者の予測可能性を害するわけでもない。他方で、他の種苗業者は、たとえ特性表記載の特性によっては登録品種と明確に区別されない品種であったとしても、それ以外の特性によって明確に区別される品種を利用しているという場合には、特性によって区別される別品種であるため、侵害を構成しない。特性表記載の特性によって明確に区別されない種苗が育成者権の効力の及ぶ種苗と(法律上)推定し、特性表に記載のない特性によって明確に区別されるとの抗弁が認められれば、育成者権侵害が否定されるとの改正種苗法の規律につながるわけである。

一方で、他の種苗業者は、品種登録簿で登録品種の特性を確認し、それと異なる特性を持つ品種を育成することで育成者権を迂回しようとしても、現物主義からは、なお侵害が肯定される可能性がある。3.1(3)で述べたように、現物主義の立場からは、登録品種と被疑侵害品種の間で「特性表」記載の特性が一致していない場合であっても、栽培条件等の違いにより、特性の差異が合理的に説明できるような差異であれば、同一品種として育成者権の効力が及び得るとの指摘がされているのである。現物主義からは、特性表に記載された登録品種の特性と被疑侵害品種の特性との差異が、栽培条件等の影響を受けたがために偶然生じたものにすぎないという事実が立証された場合には、現物同士を同一条件下で改めて対比し直すことで、現物が実際に有する特性と被疑侵害品種が実際に有する特性の差異の有無を明らかにすべきであり、特性表よりもこの現物同士の対比により導かれた結論を優先させるべきということになる。その結果、特性表記載の特性と被疑侵害品種の特性には明確な違いがあったものの、現物同士の対比の結果、特性により明確に区別されない品種であることが明らかになった場合には、侵害を肯定せざるを得ない。しかしながら、このような帰結では、品種登録簿の特性表で権利の効力範囲を確認した種苗業者の信頼・予見可能性を害するのではないだろうか。侵害は肯定せざるを得ないとしても、少なくとも過失推定の覆滅を認めて損害賠償請求は否定すべきだと考える。

もっとも、過失を認めて損害賠償請求は否定できたとしても、差止請求や不当利得返還請求を退けることまではできない。そこで、以上のようなケースについては、過失推定の覆滅を超えて、侵害自体を否定するということもあり得るかもしれない。著作権侵害要件として「依拠」が要求され、「他人の著作物と全く同一の著作物が作成されたとしても、独自創作の結果、たまたま同一の著作物となっただけでは、権利侵害は認められない」とされている根拠は、「特許権等と異なり、権利の存在と内容が公示されない以上、自身が創作しようとするものと同一又は類似の著作物等が存在するか否かを完全に調査することは不可能に近く、そのような義務を課すことは創作活動を大きく阻害することになる」点にある⁽²⁷⁾。種苗法においても、品種登録簿の特性表が登録品種の特徴の全てを明らかにするものではないため、権利の内容と範囲が完全には

(27) 愛知靖之=前田健=金子敏哉=青木大也『知的財産法 (LEGAL QUEST)』283頁(有斐閣, 2018年)〔愛知執筆〕

公示されておらず、それを現物同士の対比により完全に調査しようとするれば、多大なコストがかかり得る。このように考えれば、単なる過失推定の覆滅のみならず、「独自育成の抗弁」を認めて侵害自体を否定する素地も整っていると評価することはできないだろうか。

6. 「特性」に該当しない特徴の斟酌

6.1. 問題の所在

繰り返しになるが、35条の2は、「品種登録簿に記載された登録品種の審査特性により明確に区別されない品種は、当該登録品種と特性により明確に区別されない品種と推定する。」と定めている。この規定からは、侵害判断において、特性表に記載されていない「特性」（審査特性ではない「特性」）も考慮されることは明白である。それでは、さらに「特性」に該当しない特徴も考慮されるのだろうか。この問題は、種苗法改正によっても解決はされていない。

この問題を考えるに当たって、種苗法の規定構造をおさらいしておこう。まず、育成者権は、「特性により明確に区別されない」品種にまで及ぶ（20条）。この「特性」とは、「重要な形質に係る特性」を指す（2条2項）。したがって、「重要な形質」ではない形質に係る特徴は、「特性」には該当しない。そして、「重要な形質」は、農業資材審議会の意見を聴いて農林水産大臣が指定・公示する（2条7項）。以上のことから、農林水産大臣が指定・公示していない形質に係る特徴は、「特性」に該当しないことになる。

以上を前提とすると、植物体の現物が実際に有するものの、農林水産大臣未指定の形質に係る特徴は「特性」に該当しないため、当該特徴に顕著な差異が明確に存在していた場合にも、「特性により明確に区別されない」ことになり、育成者権の効力は及んでしまうことになりそうである。現物が実際に有する特徴であるにもかかわらず、侵害判断で斟酌されないことになる。これが現物主義の限界ということになるのだろうか。たとえば、農林水産大臣が指定した「バラ」の「重要な形質」には、「花の香りの強弱」は含まれているものの、「花の香りの違い」は含まれていない。また、しいたけ等の「重要な形質」に「味」は含まれていない。仮にこれらの特徴に客観的かつ顕著な差異があることが明確に立証された場合でも、なお別品種とは認められず、育成者権が及ぶという帰結が果たして妥当なのだろうか。

もっとも、もともと「重要な形質」は品種の区別に有用適切な形質が選定されていることは前述の通りであり、「重要な形質」として指定されていない「香りの違い」や「味」などによる品種の区別を客観的な証拠によって立証することは現実には困難である。それゆえ、このような問題が侵害訴訟で実際に生じることにはほとんどなく、純粋に理論的な課題にとどまるものかもしれない。しかしながら、この問題は、「現物主義」の射程を明らかにする上で重要な問題と考えられる。さらに、農林水産省によれば、現在「重要な形質」として指定されている形質から、審査が困難な形質を削除することが予定されているようであり⁽²⁸⁾、仮にこのような削除が実現すれば、「重要な形質に係る特性」に該当しないとされる特徴が増えていくことも予想される。反対に、品種登録時には「重要な形質」とされていなかった形質が事後的に「重要な形質」に追加されることもあり得る。このような場合、当該形質に係る特徴は品種登録時における「重要な形質に係る特性」には含まれないので「特性」には該当しないと考えるべきなのか、侵害訴訟段階では「重要な形質に係る特性」である以上、「特性」に当たるとして、裁判所が侵害判断で斟酌可能かが問題となるが、これとも関連してくる。そこで、最後に「特性」に該当しない特徴を侵害判断で斟酌可能かという問題について、現物主義からの帰結を検討しておこう。

(28) 農林水産省農業資材審議会第21回種苗分科会（令和3年12月9日）配付資料2-1「改正種苗法における重要な形質の考え方」10頁（2021年）<https://www.maff.go.jp/j/council/sizai/syubyou/21/attach/pdf/index-1.pdf>（2022年6月1日閲覧）。

6.2. 現物主義からの帰結

やはり現物主義を貫くのであれば、登録品種と被疑侵害品種の間で、現物が有する特徴に明確な差異がある以上、このようなケースでも育成者権の行使を否定すべきということになる。本稿で繰り返し述べてきたように、特性表に記載された特性のみならず、特性表に記載されていない「特性」であっても、(需要の源泉としての)特性によって、登録品種と明確に区別される場合には、もはや育成者権者による市場機会のコントロールを認めるべきではない。これと同様に、たとえ農林水産大臣未指定の特質に係る特徴であっても、(同じく需要の源泉としての)植物体の特徴(たとえば、しいたけの「味」)によって登録品種と明確に区別される旨を仮に被疑侵害者が立証した場合には、登録品種とは異なる需要を被疑侵害品種が喚起する以上、育成者権者による市場機会のコントロールを認めるべきではなく、育成者権の効力を否定すべきなのである。

「重要な形質」は、「遺伝的なものに限られ、一定の環境条件下において特性が十分な再現度をもって発現するものが選ばれています」⁽²⁹⁾、「『重要な形質』は、品種を区別する上で『重要』ということであって、経済的な重要性を意味するものではありません。・・・どのくらい多く収穫物が得られるか(『収量性』)は、経済上、多くの植物の種類で重要な形質であり、育種の際の目標にもなっていますが、収量性は様々な要素の組み合わせで決定されることや環境要因で結果が変わりやすいため、品種を区別する上では適切な形質とはいえません。」⁽³⁰⁾(下線筆者)と指摘されている。「重要な形質に係る特性」以外の特徴が経済的重要性を有するため品種に対する固有の需要喚起の源泉となり、その特徴の差異が、登録品種に対するものとは異なる新たな需要を喚起し得ることが示唆されているのである。

6.3. 現物主義からの帰結に対する問題点

このように、現物主義を徹底する立場からは、農林水産大臣が指定していない形質に係る特徴は種苗法上「特性」に該当しないにもかかわらず、登録品種と被疑侵害品種とが当該特徴により明確に区別される場合には、育成者権侵害を否定すべきということになる。

しかし、このような帰結は、6.1. で整理した種苗法の規定構造に反する。20条により育成者権侵害が否定されるのは、「特性により明確に区別」される場合であって、「特性」に該当しない特徴のみにより明確に区別されるにすぎないケースでは、「特性」によっては明確に区別されない以上)なお育成者権の効力が及ぶことになる。すなわち、農林水産大臣が指定した「重要な形質」以外の形質に係る特徴に差異があるのみでは、なお育成者権の効力が及ぶと規定されているのである。

そこで、現物主義からは、条文解釈として、「重要な形質」(2条2項)には、同条7項に基づき農林水産大臣が定め公示した「重要な形質」以外の形質も含まれるとの解釈も示されている⁽³¹⁾。裁判所が独自に「重要な形質」を認定することができるというのである。この見解は、「農林水産大臣は、農業資材審議会の意見を聴いて、農林水産植物について農林水産省令で定める区分ごとに、第2項の重要な形質を定め、これを公示するものとする。」と定める2条7項について、「委任立法の形式を取っているわけではない」⁽³²⁾ために、どの形質が「重要な形質」に当たるかについて、裁判所が独自に判断可能であると解することを前提としている。しかしながら、2条7項の解釈として、農林水産大臣以外の機関が「重要な形質」を定めることが許されると解するのは困難かもしれない。

また、実質的に見ても、被疑侵害者が推定覆滅のために差異を主張する特徴が、農林水産大臣が指定していない形質に係る特徴であった場合、農林水産植物の専門家でもない裁判所が、農林水産大臣未指定の形質

(29) 川口藍「品種登録の対象」日弁連知的財産センター・弁護士知財ネット監修『農林水産関係知財の法律相談Ⅱ』66頁(青林書院、2019年)。

(30) 川口・前掲注29・67頁。

(31) 嶋末＝西村・前掲注12・1355頁

(32) 嶋末＝西村・前掲注12・1355頁。

を「重要な形質」と認定した上で、その特性の差異を理由に別品種と扱うという専門的な判断を行うことができるのかという問題もある。特性表主義に立つ論者からも、「種苗法上、品種を分ける特性は、農業資材審査会の意見を聴いて農林水産大臣が決めるという建て付けになっているので〔種苗法2条7項〕、育成者権侵害訴訟において係る行政判断とは無関係に特性項目を付加するような判断ができるのかどうか⁽³³⁾という指摘や、「品種を区別するための特性、つまりどのような特性に着目し、それがどの程度異なっていれば別品種というべきなのかということについては（「重要な形質」は）、種苗法は、農林水産大臣が農業資材審議会・・・の意見を聞いて定めることとし、しかもこれは公示されることになっています（種第2条7項）。換言すれば、農林水産植物の専門家による慎重審議により、品種と品種とを区別する重要な形質は何であるかが決められる建前になっているわけですから、育成者権侵害訴訟の現場で裁判所が任意に、品種登録簿に記載されている特性は全て一致しているが、それ以外の部分（特性）で異なる点があるから、別品種であるなどという判断をすることをそもそも種苗法が許すのか法理的に疑問がありますし、また、仮にそれを種苗法が許すとしても、農林水産植物の専門家でもない裁判所に、そのような判断（農業資材審議会・種苗分科会で専門的に審議され決定されるような品種と品種を区別する境界特性の設定という専門的判断）が現実問題として可能なのか非常に疑問です。」⁽³⁴⁾との異論も出されている。

ただし、3. 1. (1) で見たように、特性により明確に区別されるかどうかは、裁判所が、「相違する項目やその程度、植物体の種類、性質等を総合的に考慮して」、育成者権の本質に根ざした規範的観点から判断すべきものである。専門的知見は鑑定等により獲得しつつ、裁判所が農林水産大臣未指定の形質に係る特徴を、上記の総合考慮に基づいて独自に「重要な形質に係る特性」と認定した上で、それにより明確に区別されるとの規範的判断を下すこと自体は、種苗法の上記条文解釈をクリアできさえすれば、可能だと思われる⁽³⁵⁾。もちろん、「重要な形質」は品種を区別するのに適切な形質が選ばれており、これに該当しない形質に係る特徴に基づいて登録品種と被疑侵害品種が明確に区別される旨を被疑侵害者側が立証できるというケースは限られるであろうから、議論の実益はさほど大きくはないかもしれない。とはいうものの、現物主義の立場からは、実際に被疑侵害者がこの立証に成功した場合にまで、育成者権侵害を肯定すべき積極的な理由は存在しない。

以上のように、実質論としては、裁判所による独自の判断が許容されるべきだと考えるが、現行種苗法2条7項を前提に、その解釈論として、このような考え方を採り得るかは別論である。前述のように、重要な形質に係る特性の内容を農林水産大臣に委任する委任立法の形式を採っているわけではないことを理由に、農林水産大臣指定の形質以外の形質に係る特徴も含まれるとの解釈論も提示されてはいる。しかし、2条7項の規定ぶりからは、「重要な形質」の指定と公示を農林水産大臣に委任しており、どの形質が「重要な形質」に該当するのかを、それ以外の機関が公的に定めることはできないと理解することも可能であるため、このような解釈論を採ることは難しいかもしれない。もっとも、仮に解釈論としての限界を超えているとしても、立法論として、2条7項の規定は残しつつも、何が「重要な形質に係る特性」に該当するかについて裁判所に最終的な判断権限を留保するような改正はあり得る。また、その場合には、当事者の立証困難・裁判所の判断困難を軽減すべく、特性表に記載された審査特性のみを調査対象としている判定制度（35条の2）を拡充し、審査特性以外の特性（特性表に記載されていない選択形質に係る特性や、農林水産大臣指定の形質に係る特性ではないものの裁判所が独自に「特性」と認定したもの）に対しても、農林水産大臣の判定を求めることができるようにするという事も考えられる。登録品種に対する需要を独占させ、もって、新品種の育成に向けたインセンティブを保障するためには、植物体に対する需要の源泉としての特性により、登録品

(33) 伊原友己「令和2年種苗法改正論議の俯瞰と改正法案の概要」知財ぶりずむ19巻220号41頁（2021年）。

(34) 村林ほか・前掲注18・391頁〔伊原〕。

(35) 同旨、嶋末＝西村・前掲注12・1359頁。

種と明確に区別されない品種の無断利用に対しては、権利行使を認めるべきという育成者権保護の趣旨は、種苗法上も完全な形で実現されるべきだからである。ただし、このような立法論は、重要な形質に係る特性は全て同一でありながら、それ以外の特徴のみに差異があるというケースが実際に顕在化するという立法事実があって初めて改正を基礎付けることになるので、ここでは純粋に理論的な指摘にとどめておく。

他方で、品種登録時には「重要な形質」とされていなかった形質が侵害訴訟時には「重要な形質」に追加されていたというケースについては、農林水産大臣が指定・公示した形質である以上は、裁判所が、当該形質に係る特徴を「重要な形質に係る特性」と認定した上で、侵害判断に用いることに問題はないと考える。

7. おわりに

本稿での主張をまとめる。

特性によって明確に区別されない品種は、たとえ、他の指標・解析手法により登録品種と別品種であることが明らかとなった場合にも、育成者権の効力が及ぶ。

他方で、農林水産大臣指定の重要な形質に係る特性であろうと、未指定の形質に係る特徴であろうと、(需要の源泉としての)植物体の特性・特徴により登録品種と明確に区別される場合には、(少なくとも立法論としては、)いずれの場合も「特性により明確に区別」(20条1項)されるという裁判所の判断を可能にし(農林水産大臣未指定の形質に係る特徴であっても、裁判所が独自に「重要な形質に係る特性」であるとの認定を行うことを可能にし)、育成者権の効力を否定すべきである。

また、品種登録簿による公示には限界がある以上、少なくとも過失推定の覆滅は柔軟に認めるべきであり、「独自育成の抗弁」により侵害自体を否定することも検討する必要がある。

育成者権のエンフォースメントを構築する際には、十全な育成者権保護を図ることが重要であることは当然であるが、それとともに、品種登録簿の特性表による開示を信頼した他の種苗業者の行為自由も保障することもまた重要であり、両者の利益を調和させることが求められるのである。