

# 育成者権（しいたけ）侵害事件控訴審判決



弁護士知財ネット 農水法務支援チーム 事務局  
ライツ法律特許事務所  
弁護士・弁理士 平井 佑希

## 第1 序 論

本稿では、知財高判平成31年3月6日（平成30年（ネ）第10053号、同第10072号）<sup>1</sup>を検討、評釈する。

本判決は、しいたけ（*Lentinus edodes (Berk.) Sing.*）に係る育成者権の侵害に基づき、損害賠償請求を認容した。

本判決の原判決（東京地判平成30年6月8日（平成26年（ワ）第27733号）<sup>2</sup>と比較すると、原判決が侵害にかかる種苗の輸入の差止請求等を認容したのに対し、本判決はこれらの請求を棄却した点において異なる、また、本判決と原判決はいずれも損害賠償請求を一部認容したが、認容した損害賠償額については、原判決が6000万円を超える高額 of 損害賠償を認容していたのに対し、本判決では大きく減額され、認容された損害賠償額が1000万円を下回った（891万6375円）点において異なる。

本稿では、原判決と本判決で結論が異なる原因となった、カスケイド原則に関する点を中心に検討、解説を行う。

## 第2 事案の概要

### 1 当事者等

#### (1) 控訴人（一審被告）

控訴人（株式会社河鶴。以下「控訴人」という。）は、漬物の製造・企画・販売等を業とする株式会社である。

なお、一審においては、控訴人のほかにも、控訴人の関連会社である株式会社長野管財（旧称号：株式会社アグリリンク長野）の破産管財人が被告となっていたが、同被告は控訴していない。

#### (2) 被控訴人（一審原告）

被控訴人（森産業株式会社。以下「被控訴人」という。）は、きのこ種菌・菌床・加工食品・飲料の製造販売等を業とする株式会社である。

なお、控訴人による控訴を受け、被控訴人からも附帯控訴がされている。

1 知財高裁第3部。鶴岡稔彦裁判長、寺田利彦裁判官、間明宏充裁判官。

2 原判決については、本誌Vol.16 No.192（2018年9月号）において解説を行っている。

## 2 本件育成者権

### (1) 出願等の経緯

本件品種（品種登録第7219号。農林水産物の種類：しいたけ。登録品種の名称：JMS 5 K-16。）は、平成7年9月28日に訴外明治製菓株式会社によって出願され、平成11年4月15日に品種登録を受けた。その後平成14年9月12日に被控訴人が育成者権を譲り受け、平成15年2月28日にその旨の移転登録を受けた<sup>3</sup>。

### (2) 特性表の記載

きのこ類の栽培方法としては、大きく分けて原木栽培<sup>4</sup>と菌床栽培<sup>5</sup>とがある。原木栽培と菌床栽培とは、得られる収穫物（きのこ）の特性が大きく異なり得る。

本件品種の品種登録原簿には、原木栽培による特性表のみが添付されており、菌床栽培による特性表は添付されていない<sup>6</sup>。なお、これは本件品種に限ったものではなく、現在の品種登録の運用上、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の取扱いがなされている。

後述のとおり、控訴人はこの点を指摘して、本件育成者権の効力は菌床栽培によって収穫されたしいたけには及ばないとか、菌床栽培によってしいたけを収穫していた控訴人には過失がないなどと主張している。

## 3 控訴人の行為

控訴人は、控訴人の関連会社である訴外河鶴農研からしいたけを購入し、卸していた。

控訴人が訴外河鶴農研から購入したしいたけには、以下の①と②の2つのルートで生産又は仕入れが行われたものがあるが、控訴人はこれらを区別なくパック詰めして卸していた。

[訴外河鶴農研の生産、仕入れのルート]

①国内の商社である訴外株式会社S.S.IT（以下「SSIT」という。）を通じて、中国の菌床生産者から菌床を購入し、国内の施設でしいたけを栽培する。

②国内のしいたけ栽培業者から収穫物であるしいたけを仕入れる。

## 4 本件に至る経緯

### (1) 被告各しいたけの販売

被控訴人は、平成24年2月3日に小売店において、控訴人の卸したしいたけ（以下、判決文に合わせて「被告各しいたけ」という。）を購入した。

控訴人にしいたけを卸していた訴外河鶴農研は、SSITから購入した菌床（上記ルート①の菌床）の品種について、そのほとんどが中国で品種登録されている「L-808」という品種であるなどと説明を受けていた。

---

3 特許権等の移転と同様、育成者権の移転も登録が効力発生要件とされている（種苗法32条1項1号）。

4 原木（ほだ木）に孔を開け、そこに種菌を接種し、自然に近い環境下で栽培する方法。

5 おが屑や米ぬかなどを混ぜた菌床に種菌を接種し、湿度や温度を厳重に管理したハウス内で栽培する方法。

6 ただし、願書には菌床栽培による試験結果も添付されている。

## (2) 被控訴人による通知と控訴人による回答

被控訴人は控訴人に対し、平成24年5月14日付け（同月16日に到達。以下「本件通知書」という。）の内容証明郵便にて、被告各しいたけの対峙培養試験の結果、被告各しいたけが被控訴人の育成者権を侵害している可能性が高い旨を通知した。

これに対し控訴人は、平成24年6月4日到達の回答書（以下「本件回答書」という。）にて、中国の菌床生産者及びその菌床を輸入・販売したSSITの会社名及び住所を被控訴人に伝えるとともに、当該菌床が「L-808」であるなどと説明を受けている旨回答した。

以後説明する控訴人の過失の推定覆滅の有無やカスケイド原則の適用の有無の論点との関係では、これらの本件通知書と本件回答書のやり取りは重要である。

## 5 争点

本件の争点は以下のとおりである。

- (1) 控訴人の行為
- (2) 本件品種と被告各しいたけの対比
- (3) 育成者権の及ぶ範囲
- (4) 品質の安定性欠如による権利濫用の有無
- (5) 過失の有無
- (6) 損害発生の有無及び損害額
- (7) 差止め及び廃棄の要否
- (8) 謝罪広告の要否

## 第3 原判決の判示内容（概略）

原判決は被告各しいたけが本件品種と特性により明確に区別されない品種（種苗法20条1項。すなわち侵害品種。）であると判示した上で、被控訴人の控訴人に対する、菌床の輸入差止請求、収穫物の生産、譲渡等の差止請求、収穫物及び加工品の廃棄請求並びに損害賠償請求（6678万5832円及びこれに対する遅延損害金）を認容した。

以下では、特にカスケイド原則や損害賠償額に関連する部分について、原判決の判示内容を簡単に紹介する。

## 1 控訴人の過失の有無について

(1) 本稿「第2、2、(2)」で指摘したとおり、本件品種に係る品種登録原簿には、原木栽培に係る品種の特性のみが掲載されており、菌床栽培に係る品種の特性は掲載されていない。控訴人はこの点を指摘して、本件において種苗法35条（過失の推定）は適用されない、仮に適用されるとしても、推定は覆滅されるなどと主張した。

また控訴人は、種苗法2条5項1～3号が規定するカスケイド原則を指摘した上で、カスケイド原則の例外を認めて収穫物の販売を行っていた控訴人に対する損害賠償を認めるのであれば、種苗法35条は適用されない、仮に適用されるとしても推定は覆滅されるなどと主張した。

(2) これに対し原判決は、種苗法35条は、過失の推定に関し、公示の範囲によってその適用範囲を制限する旨の例外規定は設けられていないこと、カスケイド原則の存在を理由として同条の適

用を否定すべきという控訴人の主張は条文上の根拠を欠くことなどを指摘し、本件においても同条の推定規定が適用されると判示した。

一方、過失推定の覆滅の有無については、業としてしいたけを販売していた控訴人は、侵害品種であるか否かを慎重に調査・確認すべき注意義務を負うとしつつも、被控訴人による本件通知書の到達前の控訴人の行為については、本件品種の品種登録原簿には原木栽培に係る品種の特性のみが記載されていること、原木栽培と菌床栽培とでは発生する収穫物の特性が大きく異なることなどを指摘して、控訴人において侵害品種か否かを判断するためには、被告各しいたけについて原木栽培を行った上で、登録されている全ての品種の特性表との対比を行い<sup>7</sup>、さらには必要に応じてDNA解析等による調査・確認を行うことが必要となるが、控訴人のような通常の取引業者にそこまでの注意義務を課すことは相当ではないとして、過失の推定覆滅を認め<sup>8</sup>た。

## 2 損害の発生及びその額について

### (1) カスケイド原則に基づく権利行使の制限について

ア 種苗法2条5項は、品種の「利用」の定義を定めており、その1号が種苗の生産等について、2号が種苗を用いることにより得られる収穫物の生産等について、3号が品種の加工品の生産等について規定している。同項2号及び3号は、収穫物や加工品の生産等が「利用」に当たるのは、「育成者権者又は専用利用権者が前号<sup>9</sup>に掲げる行為について権利を行使する適当な機会がなかった場合に限る」と規定している。

詳細は後述するが、種苗法は、種苗に対する権利行使<sup>10</sup>を原則とし、収穫物に対する権利行使は、種苗に対する権利行使の機会がなかった場合に、加工品に対する権利行使は、種苗に対しても収穫物に対しても権利行使の機会がなかった場合に限られるものと規定している。

この育成者権の段階的行使の原則は「カスケイド原則」と呼ばれ、UPOV条約でも採用されている<sup>11, 12</sup>。

イ 控訴人は、平成24年6月2日到達の回答書で、中国の菌床生産者及びその菌床を輸入・販売したSSITの会社名及び住所を被控訴人に回答したのであるから、以後、被控訴人には本件品種の種苗（菌床）に対する「権利を行使する適当な機会」があったと主張した。

ウ しかし原判決は、本件においては、海外で菌床が無断増殖されて日本に輸入され、被控訴人が控訴人らによる種苗の無断増殖、販売を知らずに収穫物が流通した段階で被告各しいたけの無断販売を発見したのであるから、被控訴人には権利を行使する適当な機会がなかったとして、控訴人の主張を排斥した。

7 第三者の育成者権を侵害しないように特性表との対比を行うべきであることは当然であるので、通常の場合と比べて追加的に要求されるのは、被告各しいたけについて原木栽培をすることのみであって、それほど酷なものとは言えないようにも思える。

8 これに対し、被控訴人による通知の到達後の控訴人の行為については、過失の推定覆滅を認めなかった。

9 2号の場合。3号については「前二号」。

10 ただし正確には、育成者権の権利制限を規定したのではなく、品種の「利用」概念を制限しているものである。

11 植物の新品種の保護に関する国際条約（1991年法）14条(2)及び(3)。

12 農林水産省生産局知的財産課編著「最新逐条解説種苗法」（ぎょうせい、2009年。以下「最新逐条解説」という。）13～14頁。

## (2) 逸失利益について

原判決は、種苗法34条1項に基づき損害賠償額を算定した。

すなわち、控訴人による平成24年～平成26年までの3年間に販売した侵害品の数量が149万4700.674kg、被控訴人しいたけの1kgあたりの利益額が152円であると認定した上で、被控訴人と控訴人との販路の違い<sup>13</sup>、単価の違い<sup>14</sup>、被控訴人の市場におけるシェア<sup>15</sup>などを総合考慮して、侵害品の譲渡数量の70%に相当する数量については、被控訴人が販売することができない事情があったと認定した。

そうすると、平成24年～平成26年までの被控訴人の逸失利益の額は6815万8350円（149万4700.674[kg] × 152 [円/kg] × 0.3）となり、これを控訴人の過失が認められる期間（被控訴人の通知書が到達した以後の平成24年6月から平成26年12月までの31か月分）で按分すると、控訴人が支払義務を負うべき損害賠償金は5869万1912円（6815万8350円 × 31/36 [月/月]）であると認定した<sup>16</sup>。

## 第4 本判決の判示

本判決も、被告各しいたけが侵害品種（登録品種と特性において明確に区別されない品種）であることや、本通知書の到達前の控訴人の行為について過失の推定覆滅を認めた点は原判決と同様であるが、本判決は以下に述べるとおり、控訴人が被控訴人に対して、平成24年6月2日到達の本回答書で、菌床を輸入・販売したSSITの会社名及び住所を回答した以降に国内で販売された菌床によって得られた収穫物であるしいたけの販売については、種苗法2条5項2号により権利行使ができないと判示した。

その結果、育成者権の行使が認められ、かつ、控訴人の過失が認められる被告各しいたけの販売数量は大幅に減縮され、控訴人は15万5579.297kg分の販売行為について、損害賠償責任を負う旨判示された。

以下、本判決の判示内容のうち、カスケイド原則や損害額に関連する部分について説明する。

### 1 種苗法2条5項2号に基づく収穫物に対する権利行使の可否について

#### (1) カスケイド原則について

種苗法2条5項2号、3号「おける『権利を行使する適当な機会』とは、種苗法の規定の基となった植物の新品種の保護に関する国際条約(UPOV条約)14条の規定をも参酌すれば、育成者権者等が、第三者によって登録品種の種苗や収穫物が利用（無断増殖等）されている事実を知っており、かつ、当該第三者に対し、許諾契約を締結することなどによって育成者権を行使することが法的に可能であることをいうものと解される。」

（下線は筆者が付した。）

13 控訴人の販売先がスーパーマーケット等の小売店が中心であるのに対し、被控訴人の販売先の多くは工場や卸売事業者である。

14 被控訴人のしいたけのほうが控訴人のしいたけよりも高額である。

15 被控訴人の生しいたけ集荷販売実績は、全国の実績の約0.1%程度である。

16 なお、原判決では逸失利益のほか、侵害調査費用が202万3920円、弁護士費用相当額が607万円とそれぞれ認定されており、その合計額である6678万5832円が認容されている。

(2) 本件へのあてはめについて

本判決は、SSITによる侵害品種の菌床の中国からの輸入が種苗法2条5項1号の「輸入」に、同種苗を訴外河鶴農研に販売した行為が同号の「譲渡」にそれぞれ該当すると認定した上で、本件事案において被控訴人に本件育成者権を行使する適当な機会があったか否かについて以下のとおり判示した。

「本件についてみるに、被控訴人が平成24年5月14日付け内容証明郵便（・・・本件通知書）によって、本件品種と対峙培養試験を行った結果、被告各しいたけが本件育成者権を侵害している可能性が高い旨を通知したのに対し、控訴人は、同年6月4日到達の書面（・・・本件回答書）によって、①被告各しいたけは、いずれも河鶴農研から仕入れているものであること、②河鶴農研が控訴人に納入するしいたけには、国内の生産者から仕入れているものと、河鶴農研自身が入手した菌床を基に生産しているものがあること、③後者の生産に関しては、河鶴農研は商社であるSSITを通じて中国の菌床生産者から購入した菌床により、しいたけの生産を行っていること等を回答しており、これによれば、本件回答書には、中国の菌床の購入先や種菌の購入先の名称及び住所のみならず、SSITの名称や住所（本店所在地）についても明記されていたことが認められる。そうとすれば、被控訴人は、本件通知書を発出した時点で既に対峙培養試験を行って被告各しいたけが本件育成者権を侵害している可能性が高いとの客観的な証拠を得ており、なおかつ、本件回答書によって、種苗である菌床を国内の輸入業者（SSIT）が輸入して販売しているとの事実及びその輸入業者を具体的に特定するに足る情報を得たのであるから、これにより、本件品種の種苗が第三者（SSIT）によって利用（無断増殖等）されている事実を知ったといえ、また、少なくとも本件回答書の到達以降に国内で販売（譲渡）される輸入菌床については、かかる第三者（SSIT）との間で許諾契約を締結することなどによって本件育成者権を行使することが法的に可能となったとみるのが相当である。」

（下線は筆者が付した。）

(3) 被控訴人の反論に対して

これに対し被控訴人は、本件回答書には侵害を裏付ける客観的な資料や説明がなかったこと、かえってSSITはその取り扱っている菌床が本件品種であることを否定していたことなどを指摘して、本件回答書を受領した後も、被控訴人が控訴人以外の侵害者を特定して権利行使することは法的にも事実上も困難であったと主張したが、本判決は以下のとおり述べて、被控訴人の主張を排斥した。

「本件回答書に菌床の輸入販売を行った者としてSSITの名称や本店所在地が明記されていたことは前記のとおりであるし、被控訴人が、本件回答書を得た時点で既に対峙培養試験を行って被告各しいたけが本件育成者権を侵害している可能性が高いとの客観的な証拠を得ていたことも前記のとおりであるから、被控訴人がSSITに対して（SSITを種苗に関する侵害者と特定して）権利行使することについて少なくとも法的な妨げはなかったというべきである。」

（下線は筆者が付した。）

## (4) 侵害となる期間及び数量割合について

以上のとおり、本判決の認定によれば、本件回答書が被控訴人に到達した平成24年6月4日以降にSSITを通じて国内で販売されるしいたけの菌床については、種苗法2条5項1号に従って、種苗の段階でSSITに対して権利を行使する適当な機会があったことになり、平成24年6月3日までに訴外河鶴農研がSSITから購入した菌床に基づいて収穫されたしいたけの販売行為のみが、種苗法2条5項2号に基づく権利行使の対象となる。

ここで、購入した菌床からしいたけを栽培することができる期間は限られており、また一定の期間については平成24年6月3日までに購入した菌床から収穫されたしいたけと平成24年6月4日以降に購入した菌床から収穫されたしいたけとが混在していたことになる。

そこで、本判決は平成24年6月3日までに購入した菌床から収穫されたしいたけの販売期間や数量割合について、以下のとおり判示した。

「本件品種につき、生産者にしいたけの菌床が届いてから培養・発生を終了して菌床を廃棄するまでの日数（生産者栽培期間）が230日（培養80日、発生150日）とされているところ…、本件品種と特性により明確に区別されない品種である被告各しいたけについても同様に考えることができるといえるから、遅くとも、平成24年6月4日から230日余を経過した平成25年2月以降に販売される被告各しいたけ（収穫物）については、全て平成24年6月4日以降に国内で販売（譲渡）された菌床（権利行使可能な種苗）によって得られたものと合理的に推認することができる。

また、平成24年6月4日から、菌床の培養期間（80日）が経過した後である、遅くとも平成24年9月以降は、平成24年6月4日以降に購入された菌床からのしいたけも収穫されることになる<sup>17</sup>。したがって、平成24年9月以降に販売された被告各しいたけには、平成24年6月3日以前に購入された菌床からのしいたけと、同月4日以降に購入された菌床からのしいたけが含まれるものであり、両者の割合は各2分の1と推認するのが相当である。

したがって、平成24年9月から平成25年1月までの被告各しいたけの販売のうちその半量分と、平成25年2月以降に行われた被告各しいたけの販売は、法2条5項2号かつこ書の要件を満たさないものとして、同号本文の利用行為に該当せず、被控訴人は控訴人に対し権利行使できないと認めるのが相当である。」

（下線部は筆者が付した。）

## 2 過失の推定覆滅について

本判決も、控訴人の過失の有無に関し、原判決の判断を引用して、本件通知書が控訴人に到達するより前の控訴人の行為について、過失の推定覆滅を認めた。

17 培養初期は、おが屑などの培地に菌を蔓延させていき、培養開始から一定の培養期間を経ると、しいたけの子実体が発生し始める。その後しいたけを収穫することができるが、一定の期間が経つと子実体が発生しなくなってしまう。培養開始から子実体が発生し始めるまでの期間が培養期間、子実体が発生し始めてから子実体が発生しなくなるまでの期間が発生期間などと呼ばれる。これを本件について見ると平成24年6月4日に菌床を購入したと仮定すると、そこから80日間の培養期間を経た以降は、当該菌床から子実体が発生することになるから、その時以降は平成24年6月3日までに購入した菌床から得られたしいたけと平成24年6月4日以降に購入した菌床から得られたしいたけとが混在することになる。

また、控訴審における当事者の主張に対しては、以下のとおり述べて、いずれも排斥している。

(1) 被控訴人の主張に対して

被控訴人は、控訴審において、①控訴人が関連会社である訴外河鶴農研にしいたけの菌床栽培をさせてこれを仕入れ、年間50万kg～80万kgのしいたけを販売して多額の売上げを上げていたことや、②控訴人や河鶴農研のようなしいたけの栽培・販売業者は、品種登録簿には原木栽培の特性値のみが掲載されていることや、栽培方法によってしいたけの特性値が異なり得ることを熟知していることなどを指摘して、本件通知書が到達する前の控訴人の行為についても過失の推定覆滅を認めるべきではないと主張したが、本判決は以下のとおり述べて、被控訴人の主張を排斥した。

「前記①の事情があったからといって直ちに控訴人が本件育成者権の侵害を知り、あるいは、当然知ることができたということとはできないし、前記②の事情についても、かかる事情があったからといって控訴人のような通常の取引業者にそこまでの注意義務を課すことが当然であるとまではいえないことは、原判決が説示するとおりである。」

(2) 控訴人の主張に対して

一方控訴人も、控訴審において、現物主義の下で、原木栽培や菌床栽培によって比較栽培実験を実施する場合、原木栽培の場合には少なくとも1年は要し、菌床栽培の場合でも実際原審で九州大学に依頼した際には263日間を要しているのであるから、これらの期間は過失の推定覆滅を認めるべきであると主張したが、本判決は以下のとおり述べて、控訴人の主張を排斥した。

「本件通知書には、被告各しいたけは本件育成者権を侵害する可能性が高いと記載され、本件品種、被告各しいたけの商品表示及び品種の異同に関して実施した試験方法まで明記されているのであるから、本件通知後、控訴人は、被告各しいたけが本件育成者権の侵害に当たるか否かについて、DNA解析を含む適切な調査、確認をすべき義務を負うというべきであるところ、そのような適切な調査、確認を行っていない以上、過失推定が覆滅されるものではない。」

### 3 損害額について

以上のようなカスケイド原則及び過失に関する認定を前提として、本判決は損害額に関し、以下のとおり認定した。

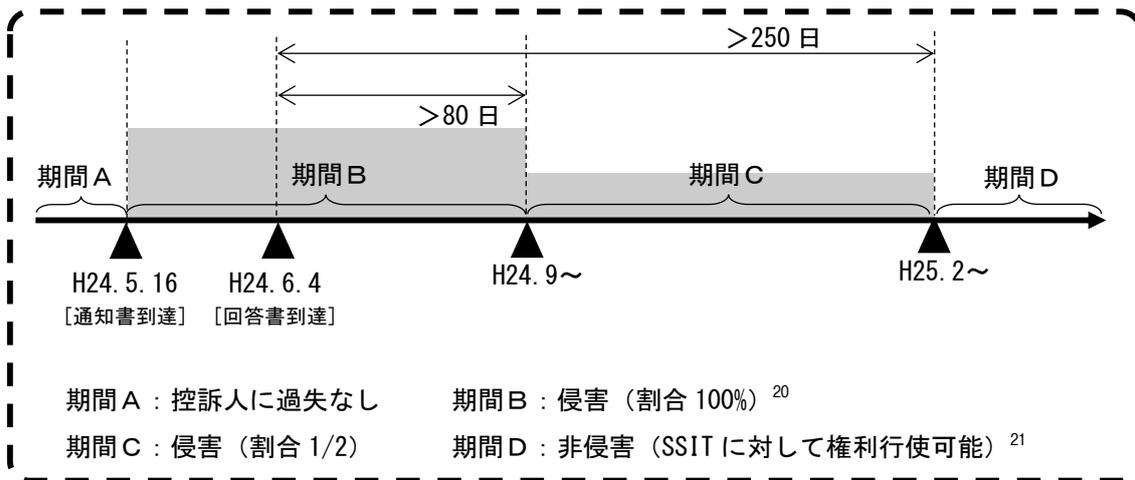
(1) 逸失利益算定の対象となる侵害期間及び侵害品の数量割合について

前記「第4、1、(4)」<sup>18</sup>で述べた点及び前記「第4、2」で述べた点<sup>19</sup>から、種苗法2条5項2号による権利行使の対象となり、かつ控訴人の過失が認められる期間及び各期間における侵害

18 侵害となる期間及び数量割合について

19 過失の推定覆滅について

品の数量割合は以下のとおりとなる。



(2) 侵害品の譲渡数量

上記(1)を前提として、本判決は控訴人による侵害品の譲渡数量について、以下のとおり認定した。

ア 控訴人によるしいたけの譲渡数量

期間 B（平成24年 6 月～ 8 月）	7 万2027.00kg
期間 C（平成24年 9 月～平成25年 1 月）	23万6803.70kg
期間 B の全量及び期間 C の半量の合計	19万0428.85kg

イ 河鶴農研の生産・仕入れルート

前記「第 2、3」で説明したとおり、訴外河鶴農研のしいたけの生産、仕入れのルートとしては、SSIT から菌床を購入して国内の施設で栽培するルートと、国内のしいたけ栽培業者から収穫物であるしいたけを仕入れるルートの 2 つのルートが存在する。本判決は以下のとおり判示し、698kg に限って、後者のルートに相当するものとして、上記数量（19万428.85kg）からの控除を認めた。

「河鶴農研は、平成24年 2 月当時、SSIT を通じて菌床を購入するルートと、国内のしいたけ栽培業者から収穫物であるしいたけを購入するルートの二通りの方法で菌床又はしいたけを仕入れ、前者の菌床については自らの施設でしいたけを栽培して控訴人に販売していたと認められるところ、これは前記イの侵害期間（平成24年 6 月から平成25年 1 月までの 8 か月間）においても変わらないと考えられる。したがって、本来であれば、前記譲渡数量から後者のルートに係る譲渡数量が差し引かれるべきであるが、証拠によってその全体の数量が確定できない以上、控訴人が現存する請求書・・・に基づいて主張する698kg に限ってこれを差し引くのが相当である」

20 控訴人における帳簿等の管理状況によるのか、本判決は譲渡数量について月単位で集計しており、期間Bは平成24年 6 月～ 8 月、期間Cは平成24年 9 月～平成25年 1 月の数量を集計している。

21 このように、控訴人によって平成25年 2 月以降に行われるしいたけの販売行為については、種苗法 2 条 5 項 2 号かっこ書の要件を満たさないことから、差止請求及び廃棄請求は棄却されている。

ウ 他品種の菌床から得られた収穫物の割合

また本判決は、訴外河鶴農研が本件品種以外の品種の菌床を購入していたことを指摘して、以下のとおり判示した。

「河鶴農研においては、侵害品である『L-808』<sup>22</sup>以外にも複数の種類の菌床を購入していたと認められるので、前記譲渡数量における侵害品の占める割合を検討する必要があるところ、証拠・・・及び弁論の全趣旨によれば、その割合は約82%と認めるのが相当である」<sup>23</sup>

エ 侵害品の譲渡数量

以上から計算すると、損害賠償額の算定の基礎となる、控訴人による侵害品の譲渡数量は15万5579.297kg ((19万0428.85 [kg] - 698 [kg]) × 0.82) となる<sup>24</sup>。

(3) 逸失利益について

以上のとおり認定された侵害品の譲渡数量を前提として、本判決は被控訴人の逸失利益額を以下のとおり認定した。

ア 被控訴人の単位数量当たりの利益額

本判決も原判決と同様、被控訴人のしいたけ1kg当たりの利益額は152円であると認定した。

イ 販売することができないとする事情

本判決も原判決と同様、侵害品の譲渡数量のうち、70%に相当する数量については、被控訴人が販売することができないとする事情があったと認定した。

ウ 逸失利益額

以上を前提として、本判決は控訴人の育成者権侵害行為により被控訴人が被った逸失利益相当損害額について、709万4415円 (15万5579.297 [kg] × 152 [円/kg] × 0.3) であると認定した<sup>25</sup>。

## 第5 検討

本判決は、種苗法2条5項2号が規定するカスケイド原則によって、控訴人が被控訴人に対して、日本国内において侵害品の菌床を輸入、販売していたSSITの名称及び住所などを回答した時点(平成24年6月4日)以降に購入した菌床に基づいて生産されたしいたけの販売行為については、侵害を否定した。

以下では、この点について検討を行うこととする。

---

22 SSITから「L-808」であるとの説明を受けていた侵害品の菌床。

23 原判決も同旨。

24 原判決の認定は149万4700.674kg。

25 なお、本判決では、上記の逸失利益のほか、侵害調査費用の1/2である101万1960円及び弁護士費用相当額が81万円とそれぞれ認定されており、その合計額である891万6375円が認容されている。

## 1 カスケイド原則とは

(1) 既に説明したとおり、我が国の種苗法2条5項各号は、品種の「利用」<sup>26</sup>を定義しており、その1号は種苗の生産等について、2号は種苗を用いることにより得られる収穫物について、3号は加工品について、それぞれいかなる行為が「利用」に当たるのかということの規定している。そして、収穫物に対する権利行使は種苗に対する「権利を行使する適当な機会がなかった場合」に、加工品に対する権利行使は種苗及び収穫物に対する「権利を行使する適当な機会がなかった場合」に、それぞれ限定して行うことができると規定している。

このように、種苗法は種苗に対する権利行使を原則とし、種苗に対する権利を行使する適当な機会がなかった場合にはじめて収穫物に対して、さらに収穫物に対する権利行使の適当な機会すらなかった場合にはじめて加工品に対して、権利を行使できると規定しており、このような段階的な権利行使を捉えて「カスケイド」原則<sup>27</sup>などと呼ばれている。

(2) このようなカスケイド原則は、我が国の種苗法に特有のものではなく、UPOV条約14条(2)及び(3)でも採用されており<sup>28</sup>、育成者権の保護と収穫物及び加工品の生産・流通安定性の調和を図ったものであると説明されている<sup>29</sup>。

渋谷教授によれば、このような知的財産権の段階的行使の原則は、各種知的財産権の権利消尽の法理<sup>30</sup>や著作隣接権におけるワンチャンス主義とも通底するものであると説明されている。

## 2 種苗法が規定しているカスケイド原則の特殊性

(1) 特許権をはじめとする知的財産権に関しては、明文規定の有無は別として、権利者又はこれと同視し得る者（例えば実施権者など。以下では、権利者と合わせて「権利者等」と表記する。）によって、一旦適法に流通に置かれた権利対象物に対しては、以後知的財産権を行使することができないという、いわゆる「権利消尽」の法理が広く採用されている。

権利消尽の法理の下では、権利行使をすることができる最初の機会（最初に適法に流通に置く段階）に適切な権利行使を行わなければ、以後の権利行使が制限されることとなるので、そのよ

26 特許法でいうところの発明の「実施」に相当する。

27 カスケイドとは段々の滝を意味する。カスケイド原則という語は渋谷達紀教授によって考案された造語であるとされている（渋谷達紀「種苗法の概要」77頁。経済産業調査会、2014年。）。

28 UPOV条約14条

(2) [Acts in respect of the harvested material] Subject to Article 15 and Article 16, the acts referred to in items paragraph (1) (a) (i) to paragraph (1) (a) (vii) in respect of harvested material, including entire plants and parts of plants, obtained through the unauthorized use of propagating material of the protected variety shall require the authorization of the breeder, unless the breeder has had reasonable opportunity to exercise his right in relation to the said propagating material.

(3) [Acts in respect of certain products] Each Contracting Party may provide that, subject to Article 15 and Article 16, the acts referred to in items paragraph (1)(a) (i) to paragraph (1)(a) (vii) in respect of products made directly from harvested material of the protected variety falling within the provisions of paragraph (2) through the unauthorized use of the said harvested material shall require the authorization of the breeder, unless the breeder has had reasonable opportunity to exercise his right in relation to the said harvested material.

29 農林水産省生産局知的財産課編著「最新 逐条解説種苗法」13頁（ぎょうせい、2009年）。以下「最新逐条解説」という。

30 種苗法も、その21条4項で権利消尽を規定している。

うな意味において、権利消尽の法理も知的財産権の段階的な行使を規定したものであると言え、その限りにおいては、種苗法が規定するカスケイド原則と共通する。

(2) しかし、種苗法が規定するカスケイド原則は、権利消尽の法理とは大きく性質が異なる点もあるように思われる。

ア まず第1に、権利消尽の法理が適用されるのは、権利者等によって権利対象物が流通に置かれた場合であるのに対し、種苗法のカスケイド原則の場合には、権利者等の意思とは無関係に侵害品種の種苗が流通に置かれた場合にも適用される点において大きく異なる。

なお種苗法21条4項は、「育成者権者・・・の行為・・・により登録品種等の種苗、収穫物又は加工品が譲渡されたときは、当該登録品種の育成者権の効力は、その譲渡された種苗、収穫物又は加工品の利用には及ばない。」として権利消尽の法理を明文で規定しており、育成者権者等が種苗を譲渡した場合には、当該種苗から得られた収穫物や加工品に対しては育成者権が及ばない。これと他にカスケイド原則が設けられていることからすると、カスケイド原則が適用される場面の多くは、育成者権者等の意思に基づいて種苗が譲渡されたようなケースではなく、育成者権者等の意思に反して侵害品種の種苗が流通してしまったような場合であると想定される。

本件でも、海外で第三者が種苗を生産し、それが日本に輸入され、譲渡されたことによってカスケイド原則が適用されたが、育成者権者である被控訴人はそのような流通に全く関与していない。このように育成者権者が関与せずに侵害品種の種苗が流通してしまったような場合であっても、これを覚知した以降は、カスケイド原則によって、収穫物等への権利行使が制限される結果となる。

イ 第2に、権利行使が制限される対象について、権利消尽の法理によって制限されるのは、権利者等が流通に置いた権利対象物そのもの<sup>31</sup>に対する権利行使であるのに対し、種苗法が規定するカスケイド原則において種苗に対する権利を行使する適当な機会があった場合には、種苗そのものに対する権利行使ではなく、収穫物や加工品に対する権利行使が制限されることになる。

しかし、種苗と収穫物、加工品とは全く別物であって、1つの種苗から多数の収穫物が、しかも複数回繰り返して生産され、単価や単位利益額も種苗と収穫物、加工品とでは大きく異なる。種苗を譲渡する段階で、そこから収穫物や加工品が得られた場合の価値まで適切に反映して権利行使をすることは容易ではなく、この点も種苗法の規定するカスケイド原則の特殊性と言える。

(3) 権利消尽の法理のように、権利者等が適法に流通に置いた物が、同一性を保ったまま転々流通する場合について、取引の安全と権利保護の調和を図る必要があるということは、一定程度理解できる。

しかし種苗法にカスケイド原則は、育成者権者等が関与せずに流通に置かれた侵害品種の種苗

---

31 むしろ、物理的には同じ物であっても、権利者等が流通に置いた物に加工等が行われ同一性を失ったと評価される場合には、新たに生産等が行われたものとして、当該加工後の物に対する権利行使が認められると解されている（最判平19・11・8（民集61巻8号2989頁）〔インクタンク事件〕など）。

にも適用され、当該侵害品種の種苗から得られた収穫物や加工品に対する権利行使が制限されることになる。

種苗法が規定するカスケイド原則のこのような特殊性を考えると、果たして権利制限をして取引の安全を図る合理性があるのかという点からして疑問を抱かざるを得ない。

### 3 「権利を行使する適当な機会がなかった場合」

(1) さらに、種苗法2条5項2号及び3号の「権利を行使する適当な機会がなかった場合」における「権利」とは、種苗等に対する利用許諾権を意味し、育成者権侵害に基づく差止請求権や損害賠償請求権は含まれないと解されている。その理由について、最新逐条解説13頁では、「育成者権等の侵害に対する差止請求権、損害賠償請求権等については育成者権等が侵害された場合の効果として発生するものであるから、『権利』には該当しない。」などと説明されている。

しかし、事前に行われる利用許諾も、事後に行われる差止請求や損害賠償請求も、知的財産権の行使の一態様である。

知的財産権の事前許諾が行われるのは、事後的に差止請求や損害賠償請求を受けないようにするためであり、事前の許諾権は事後の差止請求権、損害賠償請求権と一連一体、表裏一体の関係にある。

そのような関係に立つ権利を峻別すること自体困難であるように思われるし、事前の許諾権のみが種苗法2条5項2号及び3号の「権利」に含まれ、事後の差止請求権や損害賠償請求権は含まれないと区別する合理性もないように思われる。

(2) また仮に種苗法2条5項2号及び3号の「権利」が許諾権行使の機会のみを意味すると解釈するとした場合、どのような場合であれば「権利を行使する適当な機会」があると言えるだろうか。

本判決は、本件回答書を受領した以後は、被控訴人はSSITに対して権利を行使することが「法的に」可能であったと判断している。しかし、民法166条1項が「消滅時効は、権利を行使することができる時から進行する。」と規定しているのに対し、種苗法2条5項2号は「権利を行使する適当な機会」があったか否かを問題としている。すなわち、単に法的に権利行使が可能であるだけではなく、権利行使の機会として適当であることが文言上要求されているのであって、単に法的に権利行使が可能であったことをもって、適当な機会があったとまでは言えない。

さらに、裁判によって差止請求や損害賠償請求を行う場合と異なり、事前の許諾権を行使するためには、相手方との交渉や合意が必要となる。権利侵害を否認している相手方を説得し、許諾契約を締結し、適切な許諾対価を得るというのは、容易なことではない。相手方との合意が必要な事前許諾の場合において、いかなる時点で「法的に」権利行使が可能であったと評価すべきか自体も定かではないが、少なくとも本判決が述べるような、権利侵害の相手方を覚知し、権利侵害の客観的な証拠を保有しているという事情をもって、権利行使の「適当な機会」があったとは到底言えないであろう<sup>32</sup>。

本判決が指摘するような事情は、せいぜい、被控訴人がSSITに対して、「差止請求権」や「損害賠償請求権」を行使することが「法的に」可能であることを示すものではあるとしても、「事

32 なお、権利消尽の法理における「権利者と同視し得る者」には権利者から許諾を得た者も含まれるが、未だ交渉段階の者は含まれない。その段階で川下への権利行使を制限してまで取引安全を図るほどの合理性があるとは思われない。

前の許諾権」を行使する「適当な機会」があったことを示すものとは到底言えない。

#### 4 損害賠償額との関係

(1) 種苗法が規定するカスケイド原則については、権利行使が制限される客体が、種苗とは別物である収穫物や加工品であることに関連して、損害賠償額の計算の関係においても大いに疑問がある。

本件では損害賠償額の算定は、種苗法34条1項<sup>33</sup>に基づいて行われているが、これに対応する特許法102条1項については、特許権者において侵害品と市場において競合する物・方法を業として実施していることが適用のための要件と解されており、種苗法34条1項についてもこの解釈は異ならないものと考えられる<sup>34</sup>。

本件において、被控訴人と控訴人とであれば、いずれも収穫物であるしいたけを販売しているから、両者の製品が市場において競合しうる関係に立ち種苗法34条1項の適用が認められるが、被控訴人がSSITに対して損害賠償請求権を行使することを考えた場合には、被控訴人は菌床の輸入、販売を行っていないため、SSITとの関係においては、種苗法34条1項が適用できず、種苗法34条3項の相当実施料額の請求が成し得るに止まってしまう。

(2) また仮にSSITとの関係において種苗法34条1項を適用できたとしても、やはり収穫物の譲渡数量をベースとして損害賠償額を算定することはできない。

つまり、種苗法34条1項本文は「育成者権者・・・が故意又は過失により自己の育成者権・・・を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為を組成した種苗、収穫物又は加工品を譲渡したときは、その譲渡した種苗、収穫物又は加工品の数量（以下この項において「譲渡数量」という。）に、育成者権者・・・がその侵害の行為がなければ販売することができた種苗、収穫物又は加工品の単位数量当たりの利益の額を乗じて得た額を、育成者権者・・・の利用の能力に応じた額を超えない限度において、育成者権者・・・が受けた損害の額とすることができる。」と規定しており、ここで損害賠償額算定の根拠となるのは、侵害品の譲渡数量である。したがって、収穫物を販売していないSSITに対して、種苗法34条1項に基づいて、収穫物であるしいたけの販売数量をベースとした請求を行うことはできない。

#### 5 私見

(1) 以上のような点を考慮すると、種苗法2条5項2号及び3号が規定しているカスケイド原則については、知的財産権の段階的行使を規定しているという一面においては権利消尽の法理と共通する点があるとしても、その性質は大きく異なり、育成者権の行使を制限してまで取引の安全を図るだけの合理性があるのかは疑問である。

特に、権利消尽の場合と異なり、カスケイド原則の下では、育成者権者等が関与せずに流通に

33 特許法102条1項や著作権法114条1項に相当する。

34 最新逐条解説147頁でも、『その侵害の行為がなければ販売することができた種苗、収穫物又は加工品』とは、『侵害の行為を組成した種苗、収穫物又は加工品』と市場における代替関係が存在する正規品をいう。」と説明されている。種苗とそこから得られる収穫物とでは、別物であり、そこに化体している価値も異なるという種苗法の特殊性に鑑みて、種苗法34条1項と特許法102条1項とで解釈を異にすることも、理論的には可能かもしれないが、そうすると種苗法34条1項のみなし規定の根拠である補完関係が失われてしまい、妥当ではない。

置かれた侵害品種の種苗が存在した場合にまで権利行使が制限されることになる。近時、特に海外への優良品種の流出が大きな問題となっている中、海外から侵害品種の種苗が還流してしまった場合に育成者権が大きく制約されてしまうというのは、我が国の育成者権の保護、ひいては国内の農産物の保護に悖る結果となる。

仮に、本件においてSSITに対する権利行使を行う余地が残っているととしても、SSITに対する関係で侵害が認められるか否かは、当該訴訟におけるSSITとの攻撃防御の状況にもよることであり、不透明である。本判決においては、被告各しいたけについて対峙培養試験を行い、被告各しいたけが本件育成者権を侵害している可能性が高いとの客観的な証拠を得ていたと認定されているが、被告各しいたけが、SSITが納品した菌床から収穫されたものであるか否かについて争われる可能性も十分にあるし、そのことを客観的な資料をもって立証することは必ずしも容易ではないようにも思える。

しかも、SSITとの関係において侵害が認められたとしても、SSITとの関係で得られる損害賠償額は、SSITが譲渡した侵害品種の種苗の数量をベースとした3項請求の限度とならざるを得ず、控訴人が販売した収穫物をベースとした1項請求を認容した原判決と比べると小さい金額に止まると想像される。

このような状況に照らすと、本件の事情の下で、被控訴人に種苗に対する権利を行使する適当な機会があったとして、控訴人の収穫物に対する権利行使を制限してしまうというのは、被控訴人の育成者権の保護に欠けるように思われる。

本判決の結論によるならば、侵害品種の種苗を利用して収穫物を生産・販売している業者は、警告を受けるまでは安心して収穫物の生産・販売を継続することができ、警告を受けたら直ちに種苗の仕入先を開示すれば責任を免れることになるし、種苗の販売業者としても、相当実施料額の支払いのみで、その責任を免れることになりかねない。

本件においては、しいたけに係る品種登録の実務上の取り扱いとして、菌床栽培に係る収穫物の特性が記載されていなかったという事情があり、そのことに起因して被控訴人による通知より前の控訴人の行為について過失の推定覆滅が認められたという事情はあるものの、そのような実務上の取り扱いによる不利益を育成者権者が負担するというのが公平ともいえないように思える。

侵害者ばかりが得をして、権利者が泣きを見るような事態となることを強く危惧する次第である。

(2) 種苗法2条5項2号、3号の「権利」とは事前の許諾権のみが含まれるという解釈にも疑問があるし、そのような解釈を前提とした場合であっても、本判決が権利を行使する適当な機会があったと判示していることには賛成できない。

本件に顕れた事情からすれば、SSITとの間で許諾契約を締結して、適正な許諾料を得ることができるのかは、まだまだ不透明であると言わざるを得ない。

(3) カスケイド原則がUPOV条約に基づくものであることからすれば、これを無視することはできないとしても、その適用範囲については、育成者権の保護に十分に留意しつつ、限定的に解しても良いのではないか。

例えば、種苗法2条5項2号及び3号の「権利」が許諾権を意味するのであれば、同号が単に権利を行使する「機会」ではなく権利を行使する「適当な機会」がなかった場合と規定していることに照らし、種苗に関する侵害の事実やその相手方を知ったというだけではなく、その相手方

が侵害の事実を認めてライセンスを受ける意思を表明する<sup>35</sup>など、許諾契約を締結して適切な許諾料を得ることができる蓋然性が高いと言えるような場合に限り「権利を行使する適切な機会」があったと解釈することも可能であるように思われる。

権利消尽の場合と異なり、カスケイド原則による権利制限を広く認めてしまうと、権利者において適正な権利行使の対価を回収することができないことになりかねず、育成者権の保護に悖る結果となるように思われる。

以 上

---

35 標準特許に基づく差止めの可否の場面における「willing licensee」と対比すれば「willing licensor」とも言い得る。