

令和元年12月19日判決言渡 同日原本交付 裁判所書記官

平成30年(ネ)第1670号 育成者権に基づく差止請求権不存在確認請求控訴事件

(原審 大阪地方裁判所平成26年(ワ)第12573号)

口頭弁論終結日 令和元年9月5日

判 決

控訴人兼被控訴人 (一審原告)

ブルージー・プロ株式会社
(以下「一審原告」という。)

同訴訟代理人弁護士

溝 上 哲 也

同

河 原 秀 樹

同

早 川 光 俊

同

井 垣 敏 生

同

高 須 賀 彦 人

同

中 谷 彩

被控訴人兼控訴人 (一審被告)

P 1

(以下「一審被告」という。)

同訴訟代理人弁護士

松 本 司

同

井 上 裕 史

同

田 上 洋 平

同

上 田 雅 稔

同

富 田 信 雄

主 文

- 1 一審原告の控訴及び一審被告の控訴をいずれも棄却する。
- 2 一審原告の請求の減縮に基づき、原判決主文第1項及び第2項を次のとおり変更する。

(1) 原判決別紙「原告製品目録1」及び原判決別紙「原告製品目録

2」記載の製品に使用する原判決別紙「種苗目録1」及び本判決別紙「種苗目録2-2」記載の種苗を、一審原告が生産し、調整し、譲渡の申出をし、譲渡し、輸出し、輸入し、又はこれらの行為をする目的をもって保管する行為につき、一審被告が、品種登録第15866号及び品種登録第15867号の各育成者権に基づく差止請求権を有しないことを確認する。

(2) 原判決別紙「種苗目録1」及び本判決別紙「種苗目録2-2」記載の種苗を使用した原判決別紙「原告製品目録1」及び原判決別紙「原告製品目録2」記載の製品を、一審原告が販売する行為につき、一審被告が、品種登録第15866号及び品種登録第15867号の各育成者権に基づく差止請求権を有しないことを確認する。

3 控訴費用は、各自の負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 当事者の求めた裁判

1 一審原告

- (1) 原判決中、一審原告敗訴部分を取り消す。
- (2) 上記取消部分について、原判決別紙「種苗目録3」記載の種苗を使用した原判決別紙「原告製品目録3」記載の製品を、一審原告が南海辰村建設株式会社に販売した行為につき、一審被告が、品種登録第15866号の育成者権を侵害した不法行為に基づく損害賠償請求権を有しないことを確認する。
- (3) (当審における請求の減縮後の確認請求)

主文第2項(1)、(2)と同旨

- (4) 訴訟費用は、第1、2審とも一審被告の負担とする。

2 一審被告

- (1) 原判決中，一審被告敗訴部分を取り消す。
- (2) 上記取消部分について，請求の減縮後の一審原告の差止請求権不存在確認請求に係る訴えをいずれも却下する。
- (3) 訴訟費用は，第1，2審とも一審原告の負担とする。

第2 事案の概要

(以下，略称は，特に断らない限り，原判決の例に従う。)

1 一審原告の請求及び訴訟の経過

(1) 一審原告の請求

一審原告は，登録品種の名称を「トットリフジタ1号」，「トットリフジタ2号」とする各登録種苗について育成者権（本件育成者権）を有する一審被告に対し，① 原判決別紙「種苗目録1」記載の種苗（本件種苗1）及び原判決別紙「種苗目録2」記載の種苗（本件種苗2）を生産等する行為，並びにこれらを使用した原判決別紙「原告製品目録1」記載の製品（原告製品1）及び「原告製品目録2」記載の製品（原告製品2）を販売する行為について，本件育成者権に基づく差止請求権が存在しないことの確認をそれぞれ求めるとともに，② 原判決別紙「種苗目録3」記載の種苗（本件被疑種苗）を使用した原判決別紙「原告製品目録3」記載の製品（原告製品3）を販売した行為につき，一審被告のトットリフジタ1号に係る育成者権（本件育成者権1）を侵害した不法行為に基づく損害賠償請求権が存在しないことの確認を求めている。

(2) 訴訟の経過

原審は，一審原告の請求について，上記(1)①の育成者権に基づく差止請求権が存在しないことの確認請求をいずれも認容し，同②の損害賠償請求権が存在しないことの確認請求は，棄却した。

これに対し，一審原告及び一審被告が，それぞれ，その敗訴部分を不服として，控訴を提起した。

(3) 請求の減縮

一審原告は、前記(1)①のとおりの確認を求めていたが、当審において、原判決別紙「種苗目録2」を、本判決別紙「種苗目録2-2」（以下「本件種苗2-2」という。）に変更し、上記各行為に関する一審被告の育成者権に基づく差止請求権不存在確認請求に係る訴えを変更した（この変更に係る本判決別紙「種苗目録2-2」は、一審原告が使用する種苗の範囲を、原判決別紙「種苗目録2」よりも限定するものであるから、請求の減縮であると解される。以下、原判決別紙「原告製品目録1」及び「原告製品目録2」を含めて、原判決を引用する場合、「本件種苗2」を「本件種苗2-2」と読み替える。）。

2 前提事実（争いのない事実並びに証拠及び弁論の全趣旨により容易に認定できる事実。なお、書証の枝番号を掲記しないときは、その全てを含む。以下同じ）

(1) 当事者等

ア 一審原告は、緑化事業の設計、施工、維持管理及びコンサルタント等を目的として、平成16年12月24日に設立された会社である。

P2は、一審原告からの委託を受け、兵庫県洲本市所在の畑等（以下「P2の農場」という。）において、植物の栽培等を行っていた。また、P2は、兵庫県南あわじ市所在のP5らの農家に対し、栽培を下請けさせていた。

イ 一審被告は、後記登録品種の育成者権者であり、鳥取県岩美郡<以下略>所在の株式会社フジタの監査役の地位にある。P3は、一審被告の夫で、フジタの代表取締役であり、P4は、フジタの専務取締役であり、一審被告とP3夫婦の長男である。

ウ 本件出願

P3は、平成16年2月10日、出願者を一審被告として、農林水産大

臣に対し、農林水産植物の種類について「ベンケイソウ科（キリンソウ）」学名「Sedum Kamtschaticum Fischer」、出願品種の名称「常緑キリンソウフジタ1号」、育成者「P3」、対照品種と区別される特性として、対照品種名「カランコエ」、区別される特性「常緑であること」、出願品種の育成の経過として、母親「新潟県柏崎市鯨波鶴ヶ鼻に自生の野生種」、父親「不明」、「平成6年7月新潟県柏崎市でキリンソウ苗を採取、当捕場で栽培し自然交雑により平成8年11月採種し同時に播種した。（120粒）」等と記載した品種登録願（以下「本件品種登録願1」という。）を、対照品種の名称（野生種キリンソウ）として、出願品種の特性値と対照品種の佐渡キリンソウ及び富山キリンソウの特性値を掲載した特性表等を添付して提出した（甲1）。

P3は、平成16年2月10日、出願者を一審被告として、出願品種の名称「常緑キリンソウフジタ2号」についても、上記各項目について同内容の記載をした品種登録願を提出した（甲2）。

（以下、これらの提出による一審被告の品種登録出願を「本件出願」という。）

(2) 一審被告の育成者権

一審被告は、次の育成者権（本件育成者権）を有している（甲8～13）。

ア 本件品種登録1に係る本件育成者権1

出願番号	第16646号
出願年月日	平成16年2月10日
出願者	P1
出願品種の名称（出願時）	常緑キリンソウフジタ1号
品種登録の番号	第15866号
登録年月日	平成19年12月17日

農林水産植物の種類 Phedimus kamtschaticus (Fisch.) 't Hart
(和名：エゾノキリンソウ種)

登録品種の名称 トットリフジタ 1号

品種育成をした者の氏名 P 3

育成者権者 P 1

イ 本件品種登録 2 に係る本件育成者権 2

出願番号 第 1 6 6 4 7 号

出願年月日 平成 1 6 年 2 月 1 0 日

出願者 P 1

出願品種の名称 (出願時) 常緑キリンソウフジタ 2号

品種登録の番号 第 1 5 8 6 7 号

登録年月日 平成 1 9 年 1 2 月 1 7 日

農林水産植物の種類 Phedimus kamtschaticus (Fisch.) 't Hart
(和名：エゾノキリンソウ種)

登録品種の名称 トットリフジタ 2号

品種育成をした者の氏名 P 3

育成者権者 P 1

(3) 本件特性審査と本件審査基準

本件出願に対し、出願品種の特性審査（以下「本件特性審査」という。）に用いられた審査基準（本件審査基準）は、原判決別紙「審査基準」のとおりである。本件審査基準は、後記の種類別審査基準に相当するものであり、その対象植物の範囲について、次のとおり記載していた（甲 1 6）。

「本基準案はベンケイソウ科（Crassulaceae）マンネングサ属（*Sedum* L.）の「きりんそう」（和名でキリンソウ、ホソバノキリンソウ及び産地名を付して呼ばれるエゾキリンソウ等）と呼ばれているアイゾーン種（*S.aizoon* L.）とカムチャティカム種（*S.kamtschaticum* Fisch.et

C.A.Mey.) を対象植物とする。」

(4) トットリフジタ 1 号の重要な形質に係る特性等

本件特性審査によって確認されたトットリフジタ 1 号の品種登録簿に記載された重要な形質に係る特性は、別紙「トットリフジタ 1 号の特性」（本件特性表）のとおりである（甲 8）。

トットリフジタ 1 号は、農林水産省において、繁殖の方法について「栄養繁殖」、出願品種の育成の経過の概要について「この品種は、平成 8 年に育成者の温室（鳥取県岩美郡<以下略>）において、新潟県在来種の自然交雑種子をは種し、その実生の中から選抜、以後、増殖を行いながら特性の調査を継続し、15 年にその特性が安定していることを確認して育成を完了したものである。」、特性の概要について「この品種は、新潟県在来種の自然交雑実生から選抜して育成されたものであり、葉の色は緑色で冬期の茎の伸長程度が強く地上部が枯死しないグランドカバー向きの品種である。」、区別性について「「新潟在来」及び「佐渡在来」と比較して、冬期の茎の伸長程度が強く、萌芽が早いこと等で区別性が認められる。」等と認定されて、登録が認められた（甲 9 2）。

トットリフジタ 2 号についても、農林水産省において、繁殖の方法、出願品種の育成の経過の概要及び出願品種の植物体の特性の概要について、トットリフジタ 1 号と同様の認定を受けた上、区別性について、「「新潟在来」及び「佐渡在来」と比較して、冬期の茎の伸長程度が強く、萌芽が早いこと等で、「トットリフジタ 1 号」と比較して、冬期の茎の長さが短いこと等で、区別性が認められる。」として、登録が認められた（甲 9 3）。

(5) 一審原告とフジタとの取引関係

ア フジタは、一審被告の許諾を得て、鳥取県岩美郡<以下略>所在の自社の圃場のビニールハウスでトットリフジタ 1 号を栽培し、カット苗（挿し木用に茎の先端の 3 cm から 4 cm 程度を切った苗）、プラグ苗

(カット苗を少量の土に植えて少し根を生やした状態の株)，ポット苗(円状のポットに植えられ相当程度に育った株)の形で、「常緑キリンソウ」として販売していた(甲110，乙14〔3頁])。

イ 一審原告は，平成20年6月23日，フジタ及びユアサ商事株式会社との間でトットリフジタ1号(流通名常緑麒麟草1号)及びトットリフジタ2号(流通名常緑麒麟草2号)について，一審原告が，施工現場において生育した麒麟草をカットした補植を除いて，増殖を行わないこと等をユアサ商事及びフジタに対し確約すること等を内容とする覚書(甲38，以下「本件覚書」という。)を取り交わし，その頃から，フジタが生産したトットリフジタ1号のカット苗等を，ユアサ商事を介して購入し，これをP2らに栽培させて，屋上緑化商品を製作，販売等した。一審原告が販売していた屋上緑化商品には，メキシコマンネングサを使用した「てまいらず」，トットリフジタ1号4株とメキシコマンネングサ5株をトレイ(50cm×50cmのもの。以下同じ)に植えた「みずいらず」(原告製品3はこれに該当する。) ， トットリフジタ1号の5株(場合により9株)をトレイに植えた「みずいらずスーパー」の3種類があった(乙11)。

ウ フジタ側は，平成24年1月31日付けのユアサ商事宛の文書によって，一審原告に対するトットリフジタ1号のカット苗の販売を同年3月31日限りで中止することを通知した(甲40)。

(6) 原告製品の本件料金所等への出荷

一審原告は，平成24年9月2日，南海辰村建設株式会社(以下「南海辰村建設」という。)から，阪神高速大和川線の●●入口・出口料金所(本件料金所)の屋上緑化工事を請け負った。一審原告は，平成25年2月，P2がP5に下請させて栽培していた「みずいらず」453トレイ(これに使用された本件被疑種苗がトットリフジタ1号であるか否かについては争いがある

る。)を、上記工事のために出荷した(乙15の添付資料)。

(7) 本件刑事事件

ア P4は、平成25年4月23日、P2の農場に赴き、P2がトットリフジタ1号又はトットリフジタ2号の違法増殖をしていると考え、同年5月、鳥取警察署に被害相談をした(乙33, 35)。

イ 一審原告、一審原告代表者及びP2は、平成27年2月15日、公訴事実の要旨を次のとおりとする種苗法違反被告事件につき鳥取地方裁判所に起訴され(乙1, 本件刑事事件)、平成30年1月24日、いずれも有罪判決を受けた(甲171)。

「一審原告代表者及びP2は、共謀の上、一審原告の業務に関して育成者権者の承諾なく平成24年8月下旬頃から平成25年2月6日頃までの間、兵庫県南あわじ市所在のP5の畑で、情を知らないP5に、トットリフジタ1号約8000株を育成させて生産した上、同月6日頃、一審原告が南海辰村建設から請け負った本件料金所新築その他工事に伴う屋根工事に關し、P5の畑から前記生産に係るトットリフジタ1号約1812株をトレイに植え込んだ「みずいらず」453トレイ(設置工費込み代金127万9720円)を、本件料金所新築その他工事現場に発送し、同月8日頃にこれを同所に到達させて南海辰村建設に譲渡し、もって育成者権を侵害した。」

一審原告及び一審原告代表者が控訴したところ、広島高等裁判所松江支部は、同年11月9日、原判決を破棄し、事件を鳥取地方裁判所に差し戻した(甲173)。

(8) 本件比較栽培試験

鳥取警察署は、本件刑事事件の捜査のために、平成25年8月22日及び同年9月6日、種苗管理センターに対し、本件料金所の建物屋上から採取した本件被疑種苗と、P3及びP4が「トットリフジタ1号」であるとして捜

査機関に提出した植物体について、比較栽培による品種類似性試験を内容とする鑑定を嘱託した。この嘱託に基づき、本件比較栽培試験が実施された（甲100, 101, 乙49～51）。

本件比較栽培試験の鑑定試料のうち、P4が平成25年8月20日に提出した植物体は、鑑定時「トットリフジタ1号（2年生株）」と呼称され（鑑定フジタ2年生）、P3が平成25年9月5日に提出した植物体（甲131～133）は、鑑定時に「トットリフジタ1号（1年生株）」と呼称された（鑑定フジタ1年生）。本件比較栽培試験鑑定では、鑑定フジタ1年生と本件被疑種苗とは特性において明確に区別されると判定され（甲100, 101）、鑑定フジタ2年生と本件被疑種苗とは、特性において明確に区別されないと判定された（乙50, 51）。

(9) 本件DNA鑑定

本件刑事事件において、鳥取大学乾燥地研究センターのP6教授は、平成26年1月30日付け及び同年2月19日付けの鳥取警察署からの鑑定嘱託に応じて、フジタ側が提出したトットリフジタ1号及びトットリフジタ2号と、本件料金所から採取した本件被疑種苗とのDNA情報の同一性について、10マーカーを用いた鑑定を行い、トットリフジタ1号と本件被疑種苗とのDNA情報は同一であるが、トットリフジタ2号と本件被疑種苗とのDNA情報は異なると判定した（本件DNA鑑定1, 乙53～60）。

また、P6教授は、平成27年1月27日付け及び同年4月1日付けの鳥取警察署からの鑑定嘱託に応じて、トットリフジタ1号と本件被疑種苗とのDNAの同一性について、20マーカーを用いた鑑定を行い、両者のDNA情報は同一であると判定した（本件DNA鑑定2, 甲106）。

(10) 一審原告のカタログ等の記載

一審原告の平成26年4月発行の屋上緑化総合カタログ（甲27）では、一審原告が販売する屋上緑化用商品として、

① みずいらず：「常緑キリンソウ」とメキシコマンネングサの混植

② みずいらずスーパー：「常緑キリンソウ」100%

とされ、「ブルージー・プロが現在使用している常緑キリンソウは、1919年東京大学のP7教授により、その存在が確認されたタケシマキリンソウを採用しています」と記載されている。また、平成26年12月4日時点の一番原告のウェブサイトにおいても、同様の記載がある（甲24）。

3 品種登録出願及び出願品種の特性審査に関する法令等の定め

(1) 品種登録願の記載事項

種苗法（以下、単に「法」と略すことがある。）は、品種登録を受けようとする者（出願者）は、願書（品種登録出願）に「出願品種の属する農林水産植物の種類」を記載しなければならない旨規定し（5条1項2号）、種苗法施行規則（以下「施行規則」という。）は、出願品種の属する農林水産植物の種類について、「別表第二に掲げる出願品種の属する種又は属の学名及び和名を記載するものとする。ただし、同表に出願品種の属する種又は属が掲げられていない場合にあっては、その属する種又は属を特定することができる学名及び和名を記載するものとする。」と規定する（5条1項）。

(2) 品種の定義等

法は、品種について「重要な形質に係る特性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」と定義し（2条2項）、この「重要な形質」について、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定めて、これを公示するものとするとしている（同条7項）。これを受けて、施行規則は、上記区分及び各区分に属する農林水産植物について、別表第一に掲げている（1条）。

(3) 出願品種の特性審査

農林水産大臣は、出願品種の審査をするに当たっては、その職員に現地調査を行わせ、又は種苗管理センターに栽培試験を行わせる（法15条2項）。栽培試験の項目、試験方法その他栽培試験の実施に関して必要な事項は、農林水産省令で定めるとされ（同条4項）、これを受けて、施行規則11条の2第1項は、栽培試験は、① 出願品種及び対照品種の植物体の特性、② 出願品種に係る法3条1項各号の要件について調査するものとし、適切な対照品種を選定し、出願品種及び対照品種の試験区を設け、並びにこれらを比較する方法により行う旨規定している。

特性審査は、「登録出願品種審査要領 平成10年12月24日付け10農産第9422号」（以下「審査要領」という。甲99の2）に基づき、農林水産植物の種類ごとに作成された種類別審査基準（種類別審査基準が定められるまでの間は、種苗特性分類調査の報告書。以下、単に「種類別審査基準」という。）に従って実施される（審査要領第4の2(1)）。種類別審査基準の内容は、法2条2項に基づき農林水産大臣が定めた重要な形質（平成20年農林水産省告示第534号「種苗法の規定に基づく重要な形質」）に即して定めるものとされている（甲174の7）。

4 争点

(1) 請求第1項及び第2項関係

確認の利益の有無（争点1）

(2) 請求第3項関係

ア 本件被疑種苗がトットリフジタ1号又はそれと特性により明確に区別されない品種か（争点2）

イ 一審被告の本件育成者権1に基づく請求は、本件品種登録1に無効・取消事由があることにより、権利濫用として許されないか

(ア) 原始的瑕疵1・育成者性の欠如（争点3-1）

(イ) 原始的瑕疵2・区別性の欠如（争点3-2）

- (ウ) 原始的瑕疵 3・未譲渡性（新規性）の欠如（争点 3－3）
- (エ) 後発的瑕疵 1・均一性，安定性の喪失（争点 3－4）
- (オ) 後発的瑕疵 2・均一性の喪失（争点 3－5）
- (カ) 当審における争点

本件特性審査の瑕疵による登録無効の成否（争点 3－6）

ウ 消尽の成否（争点 4）

5 争点に関する当事者の主張

- (1) 争点に関する当事者の主張は，後記(2)のとおり，当審における争点（争点 3－6）に関する当事者の主張，後記(3)のとおり，その余の争点に関する当事者の補充主張をそれぞれ付加するほかは，原判決「事実及び理由」第 2 の 4（8 頁 1 8 行目～3 8 頁の 2 1 行目）に記載のとおりであるから，これを引用する。ただし，原判決を次のとおり補正する。なお，タケシマキリンソウ種に属する品種を，単に「タケシマキリンソウ」と称することがある（以下同じ）。

（原判決の補正）

ア 原判決 1 0 頁 1 8 行目冒頭から 1 1 頁 8 行目末尾までを次のとおり改める。

「本件被疑種苗とトットリフジタ 1 号に関し，鳥取大学の P 6 教授による本件 DNA 鑑定 1 では，これらの DNA 情報は同一であると結論づけられた（乙 5 4，5 6，5 8，6 0）。本件 DNA 鑑定 1（マーカー数 1 0）は，DNA 鑑定学会により妥当性が検証された DNA 鑑定（マーカー数 1 8，乙 6 7 参照）と比較すると，マーカー数の相違から精度が落ちることは否定できない。しかし，DNA 鑑定学会により妥当性が検証された鑑定手法に対しては，若干の問題点が指摘されているものの，「提供されたマニュアルは，今回の検証に用いられたサンプルを対象とする限り，検査対象がトットリフジタ 1 号またはトットリフジタ 2 号であるか否かは正確に

識別可能なマニュアルであると言える」（乙67〔21頁の表13〕）と評価されている。したがって、精度に差はあるものの、鑑定人を同じくする本件DNA鑑定1の正確性を否定する理由はない。」

イ 原判決12頁5行目の「乙108の1」を「甲108の1」に改める。

ウ 原判決12頁15行目、18行目の「甲93の2」を、いずれも「甲92の2」に、各改める。

エ 原判決12頁22行目の「乙50及び51の試験」を「本件比較栽培試験（甲100、101、乙50、51）」に改める。

オ 原判決14頁24行目の「明らかであって、」の次に「冬を経験していないものが1年生株であり、冬を経験したものが2年生株であると定義をした上で、」を加える。

カ 原判決15頁23行目の「具体的には、」の次に「本件審査基準（甲16）の」を加える。

キ 原判決17頁16行目の「三宅西出口料金所」を「三宅西入口料金所」に改める。

ク 原判決19頁22、23行目の「階級値7」を「階級値4」に改める。

ケ 原判決23頁11行目の「農林水産省が」から12行目の「従って」までを「妥当性確認ガイドライン（甲129）に従って」に改める。

コ 原判決23頁23行目の「妥当性検証報告書」の次に「（乙67）」を加える。

サ 原判決24頁6行目の「バンドパターン判別表」の次に「（乙67〔13頁の表7〕）」を加える。

シ 原判決24頁7行目の「トットリフジタ1号と」の次に「トットリフジタ2号と」を加える。

ス 原判決24頁10行目の「タケシマキリンソウ1」の次に「（アルペンガーデンやまくさで購入したもの（甲135、137））」を加える。

- セ 原判決24頁13行目、18行目、22行目及び26行目の「鑑定意見書」の次に、いずれも「(甲138)」を加える。
- ソ 原判決25頁2行目の「タケシマキリンソウ2」の次に「(平成22年ころ入手、桐蔭横浜大学で保管されていたもの(甲141))」を加える。
- タ 原判決25頁6行目、10行目及び14行目の「鑑定意見書」の次に、いずれも「(甲142)」を加える。
- チ 原判決25頁16行目の「タケシマキリンソウ3」の次に「(田島ルーフィング株式会社で保管されていたもの(甲136))」を加える。
- ツ 原判決25頁20行目の「鑑定意見書」の次に、「(甲136)」を加える。
- テ 原判決25頁22行目の「タケシマキリンソウ6ないし8」の次に「(順に、平成27年2月3日付鑑定嘱託書(鳥取刑(鑑)発第68号、甲143)により鑑定に供試されたP916、P917及びP918)」を加える。
- ト 原判決25頁25行目、26頁4行目、10行目、15行目及び20行目の「鑑定意見書」の次に、いずれも「(甲144)」を加える。
- ナ 原判決28頁7行目の「P8准教授の」から8行目の「一致しており(甲140、141)」までを「P8准教授のタケシマキリンソウ(銚葉、平成11年頃入手、桐蔭横浜大学で保管されていたもの)とトットリフジタ1号は、P6教授のDNA鑑定において一致しており(甲139、140)」に改める。
- ニ 原判決28頁15行目の「甲149」を「甲148」に、18行目の「甲148」を「甲147」に、それぞれ改める。
- ヌ 原判決30頁13行目の「6 茎の伸長程度」を「6 冬期の茎の伸長程度」に改める。
- ネ 原判決31頁25行目の「20株中4株」を「20株中5株」に改める。

- (2) 当審における争点（本件特性審査の瑕疵による登録無効の成否，争点3－6）に関する当事者の主張

【一審原告の主張】

ア 種苗法における出願品種の特性審査（特に区別性）の在り方等

(ア) 対照品種

登録出願品種が属する種の認定によって，当該出願品種に対し，どの種類別審査基準が適用されるかが確定される場所，品種登録出願願には，「出願品種の属する農林水産植物の種類」の記載が義務づけられているから，出願者がその記載を誤らない限り，審査官において「登録品種が属する種」の判断を誤ることは考えにくい。また，「区別性」の有無の判断対象たる「重要な形質」も法定されており，個々の審査官の判断によるものではない。

そして，法は，品種登録要件具備の審査において，「適切な対照品種を選定し」て行う（施行規則11条の2第1項）栽培試験等を実施するとしている。この特性審査は，種類別審査基準等に従って実施される場所，出願品種との関係でどの品種が「適切な対照品種」かについて，農林水産省は「出願品種と最も類似する品種として選定された品種」と説明する（甲174の9）。育種の趣旨からすれば，この「適切な対照品種」に新品種の元となった既存品種が含まれることは明らかである。

(イ) 特許法との対比（種苗法の特性審査の在り方と重大な瑕疵）

特許法では，進歩性の判断基準や判断方法について，法令に具体的な定めはなく，審査基準はあるが，法の規定を受けて策定されたものではなく，裁判所を拘束しない。これに対し，種苗法における区別性の判断では，法令の規定を受けて，審査要領が策定されており，区別性審査に当該出願品種が属する種に適用される種類別審査基準を用いるものとされている。その意味において，審査官の判断の幅は特許法の場合よりも

狭いと解される。

そして、特許法では、引用発明が本願発明の属する技術分野に属さないものであっても、そのことのみによって特許が無効になるとは解されない。これに対し、種苗法における「対照品種」は、出願品種が属する種に属するものでなければならぬと指定されており、品種の定義からすれば、「対照品種」は当該最下位の植物学上の一の分類群に属する品種、すなわち当該出願品種が属する種の植物の集合である必要がある。各種類別審査基準にはその適用対象となる植物が明示されているから、出願品種の特性審査では、当該出願品種が当該種別審査基準の対象植物とする種に属する植物体であることが必要である。仮に、出願品種が属する種以外の種が誤って審査官に認定され、出願品種が属する種以外の種の種別審査基準を用いて特性審査がされた場合は、その審査には何の意味もなく、全く審査していないことと同じことになる。農林水産省も同旨の見解を述べている（甲174の7）。

また、特許法では、本願発明の進歩性判断において、審査官が主引用発明の選定を誤っても、そのみで特許は無効とはならず、無効を主張する者は、同じ技術分野に属する他の引用発明を選定し、本願発明との一致点と相違点を検討して進歩性がないと主張することになる。種苗法の栽培審査において、「対照品種」として選定された植物体が適切でなかったとしても、出願品種が属する種に含まれる既存品種であれば、すなわち種別審査基準の適用自体に誤りがなかった場合は、特許法の場合と同様に、登録無効を主張する者は、出願品種が属する種に属する他の既存品種を「対照品種」として、両者の相違点を検討して区別性がないと主張することができる。この場合は既存の種別審査基準を用いて区別性がないことを立証することが可能である。しかし、そもそも、種別審査基準の適用を誤って、出願品種が属する種ではない既存品種と

比較することは、種苗法が予定する審査とはいえない。

さらに、特許は「発明」すなわち「技術的思想の創作」に対して付与され、進歩性判断について、本願発明及び引用発明は文献に記載されているから、両者の一致点・相違点の検討は、書面審査によって行われる。それゆえ特許査定の後であっても、引用発明が記載された文献さえ存在すれば、改めて進歩性の有無を判断することは容易である。これに対し、種苗法による育成者権は、「植物体」という現物に付与される。したがって、一度品種登録がされた後、改めて区別性の有無が問題になると、栽培試験等により出願品種と対照品種を比較して判断する必要がある、結論を得るまでに時間がかかる上、無効を主張する者に過度の負担を強いることになる。

また、登録時における「対照品種」がそもそも出願品種の属する種に属する既存品種でない場合は、無効主張者に「区別性がないこと」の立証の負担を課すことは、不可能を強いるのと同様となる。なぜなら、出願品種がそれまで出願されたことのない新規植物であった場合、農林水産省の見解では、出願公表後、新規植物の出願品種を審査するための審査基準を作成することとなるから（甲174の3）、当該登録品種について「区別性がない」と主張する者は、審査基準（種別審査基準）がない状態で「区別性がない」ことを立証しなければならないからである。

以上によれば、種別審査基準の適用を誤って、そもそも出願品種が属する種ではない既存品種と比較することは、種苗法において予定されておらず、そのような審査には意味がないから、法に基づく審査がされていないものとして、区別性の有無を問題とするまでもなく、登録を無効とすべき重大な瑕疵があるというべきである。

イ 本件特性審査の重大な瑕疵

(ア) 本件審査基準の対象植物の記載は、前提事実のとおりであって、タケ

シマキリンソウ種は対象植物とされていない。農林水産省も、タケシマキリンソウ種に属する品種の審査には、審査基準を新たに作成するか、本件審査基準の対象植物にタケシマキリンソウ種を含めるかの検討が必要となるとしている（甲174の7）。

(イ) トットリフジタ1号は、後記のとおり、エゾノキリンソウ種に属する品種ではなく、タケシマキリンソウ種に属する品種であるから、区別性の有無は、タケシマキリンソウ種に属する対照品種と比較検討して判断されなければならない。対照品種には、少なくともトットリフジタ1号の元となった既存品種である、平成12年にP8准教授がP3に譲り渡したタケシマキリンソウ種の植物体（以下「P8准教授が譲渡したタケシマキリンソウ」という。）が含まれるべきであった。

(ウ) しかるに、本件特性審査は、トットリフジタ1号の特性審査に使えない本件審査基準を用いている上、トットリフジタ1号の属するタケシマキリンソウ種に属する他の既存品種との比較検討は全く行われずにされており、このような審査に全く意味がないことは明らかである。

したがって、本件特性審査の瑕疵は、そのことのみで登録を無効とする重大な瑕疵に当たる。

ウ 瑕疵の明白性等について

(ア) 本件特性審査の瑕疵が明白な瑕疵であること

本件特性審査の瑕疵は、審査官において、トットリフジタ1号が属する種の判断を誤ったことが原因であるが、トットリフジタ1号が属する種であると誤って判断されたエゾノキリンソウ種と、タケシマキリンソウ種は別の種であり、このことは、出願時、登録時にも明らかである。

文献（甲41，53～58，71）やイエリト社からのメール（甲154，155）など、審査官において適切な調査を行っていれば、トットリフジタ1号がタケシマキリンソウ種であると判断できた。また、P8

准教授も、トットリフジタ1号もしくはタケシマキリンソウ種は、落葉種であるエゾノキリンソウ種とはかなり異質との印象があるとした上、自身が種苗特性調査基準作成委員を経験した観点から、本件審査基準の特性表で比較する植物に、タケシマキリンソウ種が入っていなかったことについて、率直に疑問に思う旨証言している（乙74〔48頁〕）。

したがって、本件特性審査の瑕疵は、一見して明白な瑕疵といえる。

(イ) 瑕疵の明白性の要件が不要であること

一般に行政処分が無効とされるためには、瑕疵の重大性及び明白性が必要とされているが、明白性の要件については行政法上の解釈でも異論がある上、品種登録の無効事由としては、これを不要とすべきである。

また、本件では、仮に本件特性審査の瑕疵が明白とはいえなくても、次のとおり、育成者権を保護する必要もなければ、第三者の信頼保護や行政運営の安定性という観点を考慮する必要もないから、登録を無効とすべきである。

すなわち、P3は、本件出願に際し、トットリフジタ1号が、P8准教授が譲渡したタケシマキリンソウであるか少なくともそれに由来することを秘匿するため、すなわちトットリフジタ1号がタケシマキリンソウ種の品種であることを秘匿するため、後記のとおり、出願書類に様々な虚偽を記載した。その結果、審査官は、トットリフジタ1号が、エゾノキリンソウ種ではなく、タケシマキリンソウ種であることを看過して全く無意味な審査をした。このように瑕疵が生じた原因は、出願者自身の虚偽記載という刑事罰（種苗法68条）の対象となる重大な違法行為にあるから、その権利を保護する必要は全くない。

また、本件品種登録1という行政処分を元に新たな行政処分が積み重ねられているということはないし、処分が有効であることを前提に行なった第三者もいないから、本件では、行政運営の安定性を確保する必要

性もなければ、第三者の信頼保護を図る必要も全くない。むしろ、登録されるべきでない品種が登録されてしまったことによって、本来であれば、自由に利用できる品種の利用が制限されてしまうおそれがあるのであり、本件においても、本件品種登録によって、タケシマキリンソウ種の品種の自由な利用が制限されるおそれがある。そのような異常な状態を解消するために、登録を無効とした方が、品種の育成の振興と種苗の流通の適正化を図るという法の目的に合致し、公益を図ることとなる。

エ トットリフジタ1号の由来等

後記(3)【一審原告の主張】ア(原始的瑕疵1)でも主張するとおり、トットリフジタ1号は、P8准教授が譲渡したタケシマキリンソウそのものか、少なくとも、それに由来するものであることは明らかである。

【一審被告の主張】

ア 種苗法における区別審査の在り方等について

審査要領及び種類別審査基準のいずれも法令の規定を受けて策定されたものではない。特許法及び種苗法のいずれにおいても、審査官は、法律に基づいて特許要件又は品種登録要件該当性を判断するものであり、その審査の幅に差異はない。

対照品種について、施行規則11条の2は、対照品種が適切であることを要求しているが、同一の種であることを要求していないし、種類別審査基準においても、複数の「種」にまたがる審査に同一の標準品種を用いたり(乙89)、「種」より上位の分類である「科」の枠内で審査がされたりしている(乙90)。

そして、農林水産大臣において栽培試験に供した対照品種が適切ではなかったことや「種」において異なっていたことのみをもって、登録を無効とする重大かつ明白な瑕疵に当たるとは解されない。そのような場合に無効を認めると、出願人の責めに帰すべき事由がないにもかかわらず、権利

が剥奪され、かつ、当該品種が出願時に品種登録要件を充足していたにもかかわらず、権利取得が事実上不可能となる（無効とされた後に、再度品種登録出願を行っても、通常、当該品種は未譲渡性（法4条2項）の要件を充足しなくなっている。）からである。

また、特許法との対比に照らし、無効事由の主張立証責任を転換すべきであるとの一審原告の主張も、一度審査を受けた育成者権者に過度の負担を課すものといえ、相当でない。

イ 本件特性審査に瑕疵がないこと

本件審査基準は、本件出願を受けて、専門家の意見を聴いて作成された種類別審査基準であり、これを本件特性審査に用いることができないとする理由は全くない。

ウ 明白性の要件等について

行政処分は無効事由として明白性の要件を不要とし得るとの一審原告の主張は独自の見解である。

また、一審原告の主張は、トットリフジタ1号がタケシマキリンソウ種であることを前提とするが、トットリフジタ1号はエゾノキリンソウ種であり、タケシマキリンソウ種であると解する余地はない。仮にタケシマキリンソウ種の疑いがあるとしても、あくまで「疑い」に過ぎず、何人によってもタケシマキリンソウ種であると判断される理由はないから、本件特性審査に明白な瑕疵がないことは明らかである。

また、P3が本件品種登録願1に虚偽を記載したとの主張は否認する。

(3) その余の争点に関する当事者の補充主張

【一審原告の主張】

ア 原始的瑕疵1・育成者性の欠如（争点3-1）について

育成者性の立証責任は、育成者権を主張する一審被告が負うべきであるが、出願品種であるトットリフジタ1号は、P8准教授が譲渡したタケシ

マキリンソウである可能性が極めて高く、P3がその育成者でないことは明らかである。

なお、「タケシマキリンソウ」は公知の植物体であるから、品種登録はできないが、その育成者はP8准教授と認定されるべきである。

それらの理由を補説すると、次のとおりである。

(ア) DNA情報

- a P6教授による10マーカーによるDNA鑑定では、① P8准教授が提出したタケシマキリンソウとトットリフジタ1号のDNA情報が一致しており（甲140）、② P9が保有していたイエリト社から購入した「タケシマキリンソウ」（P91～5）とトットリフジタ1号とのDNA情報も一致している（甲149、150）。
- b 日本食品分析センターの試験報告書（甲63）によれば、トットリフジタ1号とタケシマキリンソウ（イエリト社及びP2が栽培していたタケシマキリンソウ）のDNAがITS領域1では100%、ITS領域2では99%で一致している。他方で、キリンソウ（*Phedimus aizoon* var. *floribundus* : 同科*Phedimus* 属キリンソウ）との相同性は95～96%であり、キリンソウに由来する可能性は、タケシマキリンソウに由来する可能性と比較して低いとされている。
- c P6教授が行ったトットリフジタ1号と日本DNAデータベース（DDBJ）に登録事実のあるタケシマキリンソウとのDNA鑑定においても、ITS領域1では同一であり、ITS領域2では1塩基だけ異なるとの結果になっている（甲169）。
- d P6教授は、a①の結果について、同一の植物、クローンだと思ふと述べ、また、cの結果について、トットリフジタ1号はキリンソウ種の植物ではなくタケシマキリンソウ種の植物（少なくともキリンソウ種よりはタケシマキリンソウ種の植物に近縁の植物）であ

るとしている（甲102の2〔91～94頁〕・添付資料「ブルー
ジー・プロからの常緑キリンソウフジタ1号の異議申し立てを読ん
だ感想」）

(イ) P8准教授によるタケシマキリンソウの譲渡及び本件出願の経緯に関
する供述等

a P8准教授は、タケシマキリンソウの譲渡経過等について、平成
11年頃、P3と知り合い、同人の圃場やハウス等を見学したとき、
そこにはセダム類の植物はなかった、平成12年頃、P3と一緒に
富山あるいは佐渡方面に行き、同年頃、「常緑キリンソウ」と呼ん
でいた「タケシマキリンソウ」をP3に譲渡し、普及を呼び掛けた、
その後、P3から品種登録の共同出願を誘われたが、自身がP3に
譲り渡した「原種」である「タケシマキリンソウ」を品種登録する
ことはあり得ないと考え、誘いを断ったと供述する（乙74〔2～
15頁〕）。

b これに対し、P3は、本件出願の経過について、平成6年頃、P
8准教授と新潟県にある佐渡島に植物の探求に行き、採取したキリ
ンソウをフジタに持ち帰り、敷地内で育てていたところ、冬場の新
芽がよく成長した、そのキリンソウの近くに置いていた箱に種子が
落ちていたのを見つけ、佐渡島から持ち帰ったキリンソウが自然交
雑して種子を作ったのだと思い、その種子を育てた、平成13年頃、
採取した種子が成長し、佐渡島のキリンソウよりも新芽を大きく成
長させる特性を持ったキリンソウができ、後にトットリフジタ1号
として登録した等と供述する（乙63〔3, 4頁〕）。

しかし、上記P3の供述は、本件品種登録願1（甲1）の記載と
重要事項において矛盾する。すなわち、品種登録願では、① 常緑性
を発見できた時期について「平成10年4月」と記載され、② 出願

品種の「母親」について「新潟県柏崎市鯨波鶴ヶ鼻に自生の野生種」とされている。加えて、P 3は、刑事事件の捜査段階では、トットリフジタ 1 号の親がタケシマキリンソウや他のキリンソウであることは否定できないことを認め（乙 3 0〔6 頁〕）、また、その公判廷では「自然交雑であるので親が特定できません」等と述べ（乙 7 0〔4 0 頁〕）、曖昧な説明に終始している。

また、本件出願当時、出願品種以外に常緑性のキリンソウはタケシマキリンソウしかなく、P 3は、刑事事件において、出願品種は、P 8 准教授から譲り受けたタケシマキリンソウよりも緑の量が多かったと供述する（乙 7 0〔3 6 頁〕）。しかし、そうであるなら、本件品種登録願 1 の「対照品種」としてタケシマキリンソウを記載できたはずであるが、P 3は、その存在を農林水産省に秘匿し、属のレベルで異なる植物である「カランコエ」を記載している。

c 以上によれば、トットリフジタ 1 号の育成経緯に関する P 3 の供述は到底信用できない。

(ウ) トットリフジタ 1 号とタケシマキリンソウの特性の一致

P 3 及び P 8 准教授は、トットリフジタ 1 号とタケシマキリンソウは、常緑性という特性を有しており、キリンソウはそのような特性を有していないと述べ（乙 7 0〔3 6～3 7 頁〕、乙 7 4〔1 2～1 3 頁〕）、P 9 も同旨の供述をする（甲 1 4 8）。また、P 6 教授の DNA 鑑定の妥当性検証（乙 6 7）において、比較対象となった「トットリフジタ 1 号」と見た目で識別することが困難な植物体も、そのほとんどがタケシマキリンソウ種とされている（乙 6 7〔9 頁表 3、添付資料 2 の 1～2 頁〕）。

イ 原始的瑕疵 2・区別性の欠如（争点 3－2）について

上記アのとおり、トットリフジタ 1 号は、P 8 准教授が譲渡したタケシ

マキリンソウそのものか又はそれに由来するものであるから、公知の品種である「タケシマキリンソウ」と明確区別性がない。また、前記(2)【一審原告の主張】イのとおり、適切に明確区別性が審査されておらず、区別性の要件を欠如している。

ウ 原始的瑕疵 3・未譲渡性（新規性）の欠如（争点 3－3）について

上記のとおり育成者と認定されるべき P 8 准教授は、タケシマキリンソウを、P 3 だけでなく緑化関係の企業数社に配り、守秘義務を課すことなく「業として」タケシマキリンソウを譲渡していた。したがって、未譲渡性（新規性）の要件を欠く。

エ 後発的瑕疵 1・安定性、均一性の喪失（争点 3－4）について

本件比較栽培試験における鑑定フジタ 1 年生の特性と、同鑑定フジタ 2 年生の特性は、本件特性表記載のトットリフジタ 1 号の特性と、明確に区別されるから、遅くとも平成 24 年 8 月頃にはトットリフジタ 1 号は、均一性、安定性を欠くに至った。この点に関し、原判決は、本件比較栽培試験には、量的形質についての判定過程に問題があり、その階級幅の設定及びそれに基づく階級値の判定を直ちに採用することはできないとする。しかし、そのような不備や問題点があるのであれば、そのような不備や問題点のない比較栽培試験をすべきであったといえ、上記認定は事実誤認というほかない。

オ 後発的瑕疵 2・均一性の喪失（争点 3－5）について

本件比較栽培試験に供試された鑑定フジタ 1 年生及び鑑定フジタ 2 年生の各 20 株について、形質ごとの平均値から 1 階級値以上異なった株が多くあることから、遅くとも平成 24 年 8 月頃にはトットリフジタ 1 号が均一性を欠くに至った。なお、原判決が採用した鑑定フジタ 2 号を用いた量的形質の階級幅の設定方法は、鑑定フジタ 2 年生と鑑定フジタ 2 号の年齢が同一であることを前提とするが、その点は P 4 の供述等によっても証明

されていないから、合理性がない。結局、均一性の有無は、本件比較栽培試験で採用された階級幅を使用した判断と、原判決が採用した階級幅を使用した判断を総合して、判断するほかないところ、トットリフジタ1号は、本件比較栽培試験で採用された階級幅を使用した場合は形質番号5及び10において、原審が採用した階級幅を使用した場合は形質番号5において、均一性を喪失していると判断される。

【一審被告の主張】

(確認の利益の有無(争点1)について)

確認の利益があるとの根拠とされた事情は、いずれも、本件口頭弁論の終結時から相当前に遡る平成27年11月までの事情であり、そのような事情をもって、確認の利益があるということはできない。

第3 当裁判所の判断

1 争点1(確認の利益の有無)について

(1) 当裁判所も、一審原告が本件種苗1及び本件種苗2-2を生産等する行為並びに一審原告が本件種苗1及び本件種苗2-2を使用した原告製品1及び原告製品2を販売する行為について、一審被告が本件育成者権に基づく各差止請求権を有しないことの確認を求める利益が存在し、また、これらの確認請求は理由があるものと判断する。

その理由は、原判決「事実及び理由」第3の1(38頁23行目～43頁7行目)に記載のとおりであるから、これを引用する。ただし、原判決を次のとおり補正する。

(原判決の補正)

ア 原判決39頁18行目の「なお、」から19行目の末尾までを次のとおり改める。

「なお、フジタパラダイスパークの代表者は、フジタの代表者であるP3であり、その本店所在地もフジタと同じである(甲36)。また、田

中緑化研究所及び緑化計画研究所は、いずれもフジタから仕入れたトットリフジタ1号を使用して行う緑化工事の施工業者である。フジタの専務取締役であるP4は、田中緑化研究所の代表者であるP10及び緑化計画研究所の代表者であるP11と共に、トットリフジタ1号を普及させるため常緑きりんそう緑化協会を立ち上げてPR活動等を行っており、P10及びP11らと共に、平成25年4月23日、P2の農場を訪れる等した際、一審原告がトットリフジタ1号を違法に増殖しているとの疑いを抱き、その後、鳥取警察署に被害相談をするなどした(乙2, 3)。」

イ 原判決41頁7行目の「原告は」から17行目末尾までを次のとおり改める。

「一審原告は、平成24年2月頃以降、商品に用いるトットリフジタ1号をタケシマキリンソウ種のうち公知のものに切り換えるべく、P2をして、埼玉県所在の株式会社アルペンガーデンやまくさ(以下「やまくさ」という。)等から購入したタケシマキリンソウを増殖させ(乙16)、同年10月の営業会議では、タケシマキリンソウ種のうち公知のものを本格採用する方針とし(甲134)、平成25年5月には、P2に指示してトットリフジタ1号を使用したみずいらずの在庫を処分させた(乙25)から、それ以降、P2において、みずいらず等の商品の製作にトットリフジタ1号を使うことはなくなったことが認められる。また、P12のP9も、一審原告が長野県所在のグリーンマーケットで購入し、平成24年11月29日にP9に送られたタケシマキリンソウの苗を増殖するとともに、平成24年12月初旬に一審原告の指示で購入したイエリト社の種子(甲31の2)も発芽させて併せて育苗し、平成25年4月19日に1万6000株を一審原告の下請生産農家に出荷したほか、平成25年夏以降、これらのタケシマキリンソウの苗を一審原

告やその下請生産農家に出荷していたことが認められる（乙41, 42）。そうすると、遅くとも平成26年4月以降、一審原告が販売する「みずいらず」及び「みずいらずスーパー」は、いずれもタケシマキリンソウ種である本件種苗1又は本件種苗2-2が用いられた商品、すなわち、原告製品1及び原告製品2であると認めるのが相当である。」

ウ 原判決41頁22行目の「原告が」から23行目末尾までを「一審原告が、タケシマキリンソウ種である本件種苗1、タケシマキリンソウ種であってトットリフジタ1号及び2号ではない本件種苗2-2を、いずれも「常緑キリンソウ」と呼んで、生産、販売することは何ら妨げられるものではない。」に改める。

エ 原判決42頁18行目「原告の権利」から末尾までを「一審原告がタケシマキリンソウ種である本件種苗1並びにタケシマキリンソウ種であってトットリフジタ1号及び2号ではない本件種苗2-2を生産等した上、これらの種苗を用いた原告製品1及び原告製品2をその顧客に販売できるという法的地位に不安が生じているというべきである。」に改める。

オ 原判決43頁6行目冒頭から末尾までを「タケシマキリンソウ種である本件種苗1及び本件種苗2-2が一審被告の有する本件育成者権を侵害するものではないこと自体は、当事者間に争いがないことから、」に改める。

(2) 一審被告の補充主張について

一審被告は、前記第2の5(3)【一審被告の主張】のとおり主張する。

しかし、原判決を引用して説示したとおり、一審被告の関係者は、一審原告の取引相手を含む緑化工事の施工業者に対し、「常緑キリンソウ」として認められているものは、トットリフジタ1号及び2号のみであるとの誤解を生じさせるような通知、宣伝を行っていたから、取引者に常緑キリンソウと

通常認識されるような種苗については、一審原告においては、一切、生産販売し得ないのではないかという不安が生じていたところ、そのような不安が本件口頭弁論終結時までに払拭されたといえるような事情の変化は認められない。

加えて、本件においては、一審原告は、常緑性はタケシマキリンソウ種の特徴であり、同様の特性を有するトットリフジタ1号も、タケシマキリンソウ種に属すると主張するのに対し、一審被告は、前記第2の5(2)【一審被告の主張】ウのとおり、トットリフジタ1号は、エゾノキリンソウ種に属する植物体であるとして、これを争っていることを考慮すれば、なお、一審原告が、トットリフジタ1号及び2号とは異なるものとして、常緑性を有するタケシマキリンソウ種の種苗を生産等し、また、それらの種苗を使用した製品を販売等することが、本件育成者権を侵害するものではないことを、その権利者である一審被告との間で明確にすることが、一審原告の上記不安の除去として有効適切であるというべきである。したがって、一審被告の主張は採用できない。

2 争点2（本件被疑種苗がトットリフジタ1号又はそれと特性により明確に区別されない品種か）について

当裁判所も、本件被疑種苗はトットリフジタ1号を違法に増殖したものであり、一審原告がこれを南海辰村建設に販売した行為は、本件育成者権1を侵害するものと判断する。その理由は、原判決「事実及び理由」第3の2（43頁8行目～80頁17行目）に記載のとおりであるから、これを引用する。ただし、原判決を次のとおり補正する。

（原判決の補正）

- (1) 原判決43頁12行目の「原告は」から13行目の「作成して」までを、「一審原告は、平成20年6月23日、フジタ及びユアサ商事と本件覚書を取り交わして」に改める。

(2) 原判決43頁24行目から25行目の「乙108の2 p 53」を「甲108の1〔109頁〕，乙78〔13頁〕」に改める。

(3) 原判決44頁10行目から45頁13行目までを次のとおり改める。

「(エ) 一審原告代表者は、平成22年から平成23年頃に、造園業を営むP13から、常緑性のキリンソウであるとして、タケシマキリンソウの紹介を受け(乙16, 43)、平成23年11月にグリーンマーケットからタケシマキリンソウとして6株と5株の合計11株購入し、後者5株についてはP12のP9に直送し、前者6株については、自分で育ててポット苗30株から40株ほどに殖やし、これを平成24年1月頃、P2に渡した。また、一審原告代表者は、平成23年12月にやまくさからタケシマキリンソウとして4株を購入し、それをP2に直送して、増殖するよう指示した(乙16～18, 23, 78〔82頁〕)。

なお、一審原告代表者は、本件刑事事件の公判において、P2に対し、上記グリーンマーケットから購入して育てた苗を渡したときに、併せて、P13からサンプルをもらって育てたタケシマキリンソウの苗も渡した旨供述する(甲108の1〔23～26頁〕)。

しかし、一審原告代表者は、捜査段階では、P13からタケシマキリンソウの紹介を受けたときサンプルはもらっていない(乙16〔2頁〕)、P13から時期も回数もはっきりしないがタケシマキリンソウのサンプルをもらった記憶があるが、これをP2のところで増やしたことはない(乙18〔6頁〕)等と述べ、その供述内容に変遷がみられるところ、その変遷について合理的な説明はない。また、P13は、自身が育てていたタケシマキリンソウを平成22年4月から平成23年11月までの間に一審原告代表者にサンプルとして渡したことはない、平成25年2月5日のメールに一審原告代表者からキリンソウ(エゾノキリンソウ種)のサンプルを求められて送った旨記載しているが、これはオオミエゾ3号のサンプルのことであり、1年

も2年も昔のことではないと供述しており（乙43）、このP13の供述の信用性を疑うべき事情は見当たらない。

そうすると、一審原告代表者の公判供述のうち、P13からもらったサンプルを育てたタケシマキリンソウも、P2に対し、併せて渡したとの部分は信用できず、P2が一審原告代表者の指示によって増殖したタケシマキリンソウは、やまくさ及びグリーンマーケットのものと認められる。」

- (4) 原判決45頁18行目の「(甲140)」を「(甲134)」に改める。
- (5) 原判決47頁1行目の「このように」から2行目末尾までを、「しかし、併せて作られたタケシマキリンソウのトレイ（タケシマキリンソウ種を使用した商品）の数については、育苗報告書に記載されなかった（乙23）。」に改める。
- (6) 原判決47頁3行目の「それ以前に」から6行目の「あった」までを、「P2の農場には、以前、一審原告が正規に購入したトットリフジタ1号のカット苗を栽培して製作したみずいらすの在庫品532トレイのほか、P2が上記在庫品やその他の商品に使われているトットリフジタ1号からカット苗を切り出して、本件覚書に反する態様で増殖させたトットリフジタ1号の苗があった」に改める。
- (7) 原判決47頁19行目の「乙28及びその添付資料」を「乙22、28〔各添付資料を含む。〕」に改める。
- (8) 原判決47頁20行目の「平成24年9月19日」を「平成24年10月19日」に改める。
- (9) 原判決48頁3行目の「甲17」を「乙17」に改める。
- (10) 原判決48頁7行目の「甲140」を「甲134」に改める。
- (11) 原判決53頁6行目の「行いて」を「行い、」に改める。
- (12) 原判決54頁5行目以下に「本件鑑定1」とあるのをいずれも「本件DNA鑑定1」に改め、同頁6行目以下に「本件鑑定2」とあるのをいずれも

「本件DNA鑑定2」に改める。

- (13) 原判決60頁11行目の「それらが全てにおいて」を「サンプルがトットリフジタ1号とは別品種でありながら、それらのマーカー全てにおいて」に改める。
- (14) 原判決68頁8行目の「甲100の1、」の次に「甲101の1、」を加える。
- (15) 原判決69頁2行目の「全て」を削除する。
- (16) 原判決71頁14行目の「大雪山」を「大雪山等」に改める。
- (17) 原判決72頁21行目の「甲100の2」を「甲100の1」に、同頁26行目の「甲100の1」を「甲101の1」に、それぞれ改める。
- (18) 原判決74頁10行目の「同一の方法」の次に「(ただし、後記cのとおり、栽培開始時期は耕種概要記載の時期と合致しない。)」を加える。
- (19) 原判決75頁2行目の「大きいとはいえない」から7、8行目の「これらのことを考慮すると」までを「大きいとはいえず」に改める。
- (20) 原判決75頁23行目の「同供述は採用できない。」を「同供述をもって、鑑定フジタ1年生として提出されたもの全てが「冬を経験していない」ものとは認められない。」に改める。
- (21) 原判決76頁4行目末尾に「そうすると、本件比較栽培試験鑑定のうち鑑定フジタ1年生を比較対照品種とした鑑定(甲100、101)については、これを本件被疑種苗がトットリフジタ1号を増殖したものか否かの認定に用いるのは相当でないというべきである。そこで、以下では、鑑定フジタ2年生を比較対照品種として実施された比較栽培試験鑑定(乙50、51)の信頼性について、検討する。」を加える。
- (22) 原判決76頁19行目の末尾に「そして、鑑定フジタ2年生と本件被疑種苗との間では、質的形質及び疑似の質的形質については、階級値の相違は認められなかった(乙50、51の各特性表)。」を加える。

(23) 原判決 80 頁 4 行目の「認められるから、」から 5 行目末尾までを、
「認められる。そうすると、鑑定フジタ 2 年生と本件被疑種苗との間では、
量的形質である複数の形質で階級値が異なるが、1 階級の幅以上に異なるも
のではないとして明確な区別性が認められないとした本件比較栽培試験鑑定
(乙 50, 51) の結論が誤りであるとはいえない。また、鑑定フジタ 2 年
生と本件被疑種苗との間では、前記のとおり、質的形質及び疑似の質的形質
については区別性が認められず、区別性が認められた形質はいずれも量的形
質であり、量的形質については、前述のとおり、栽培環境等の影響を受けて
変化することが想定されている。以上によれば、本件比較栽培試験鑑定に
よって、本件被疑種苗がトットリフジタ 1 号であるとの前記認定が妨げられ
るものではない。」に改める。

3 争点 3-1 (原始的瑕疵 1・育成者性の欠如)、争点 3-2 (原始的瑕疵
2・区別性の欠如)、争点 3-3 (原始的瑕疵 3・未譲渡性(新規性)の欠
如) について

(1) 当裁判所も、本件登録品種 1 に係る品種登録に、育成者性の欠如、区別
性の欠如及び未譲渡性(新規性)の欠如という原始的瑕疵が存するという一
審原告の主張は、いずれも理由がないと判断する。

その理由は、原判決「事実及び理由」第 3 の 3 (80 頁 18 行目～89 頁
10 行目) に記載のとおりであるから、これを引用する。ただし、原判決を
次のとおり補正する。

(原判決の補正)

ア 原判決 84 頁 24 行目の「比較栽培事件」を「比較栽培試験」に改め
る。

イ 原判決 86 頁 8 行目の「前記 2 (2) オ」を「前記 2 (2) カ」に改める。

ウ 原判決 87 頁 13 行目の冒頭から 21 行目末尾までを削除する。

(2) 一審原告の補充主張について

ア 原始的瑕疵 1・育成者権の欠如（争点 3－1）について

一審原告は、前記第 2 の 5 (3) 【一審原告の主張】アのとおり、トットリフジタ 1 号は、P 8 准教授が譲渡したタケシマキリンソウである可能性が極めて高いから、育成者は P 8 准教授であり、P 3 でないことは明らかであると主張する。

(ア) DNA 鑑定の結果等について

一審原告は、上記主張の根拠の一つとして、P 6 教授の 10 マーカーによる DNA 鑑定（甲 140）の結果を挙げる。

しかし、平成 25 年 10 月に鑑定嘱託された上記鑑定は、その信頼性についてひとまず措くとしても、これに供試されたタケシマキリンソウ（甲 139）は、P 8 准教授が、平成 11 年頃、愛好家から譲り受けて入手し、平成 12 年頃、P 3 に譲渡したタケシマキリンソウを株分け等したものではなく、P 8 准教授の手元に保管されていたタケシマキリンソウの管理に不安があったことから、平成 25 年に上記入手元である愛好家から再度同じものを入手しようとしたところ、同愛好家が別の者に譲渡していたことから、その譲渡先に依頼して改めて入手したものである（乙 74 [18, 19, 33, 34 頁]）。そうすると、上記鑑定に供試されたタケシマキリンソウが、平成 12 年頃、P 3 に対し、P 8 准教授が譲渡したというタケシマキリンソウと同じ植物といえるかは明らかとはいえない。したがって、トットリフジタ 1 号が、P 8 准教授が譲渡したタケシマキリンソウである可能性が高いと認めることもできない。

また、一審原告は、日本食品分析センターによる試験結果や P 6 教授が行った DDB J のタケシマキリンソウとの DNA 鑑定の結果（甲 63, 169）も根拠に挙げるが、核リボゾーム DNA 塩基配列解析は、品種の識別ではなく、種までの識別を目的とした試験であるし（乙

6) , 上記試験等に供試されたタケシマキリンソウとの類似性が高い (これに対して, エゾノキリンソウ種との類似性は高くはない。) から といって, 登録出願に係るトットリフジタ 1 号が, P 8 准教授が譲渡したタケシマキリンソウであるとは直ちに推認されない。

(イ) 登録出願の経緯等に関する関係者の供述について

また, P 8 准教授の供述 (乙 7 4) をもってしても, P 3 が, P 8 准教授が譲渡したタケシマキリンソウを, 共同で登録出願をすることを誘ったという事実までは認められず, 他の証拠をもってしても, P 8 准教授が常緑キリンソウの普及を呼びかけて第三者に譲渡した植物が, トットリフジタ 1 号そのものであるとの事実を認めるに足りないことは, 原判決を引用して説示したとおりである。

そして, 本件出願の経緯等に関する P 3 の本件刑事事件における供述 (甲 1 7 0 [2, 3 頁] , 乙 3 0 [4 ~ 6 頁] , 乙 7 0 [4 0 ~ 4 7 頁] 等) について, 確かに, ① 出願品種の常緑性を発見できた時期及び, ② 出願品種の「母親」について, 本件品種登録願 1 (甲 1) の記載内容 (前提事実(1)ウ) と齟齬する部分があることが認められる。

しかし, 出願経緯に関する供述の根幹部分が, 本件品種登録願 1 の記載内容と矛盾するとまではいえないし, 特に不自然な内容であるということもできない。P 3 は, トットリフジタ 1 号の親がタケシマキリンソウや他のキリンソウであることは否定できないとか (乙 3 0) , トットリフジタ 1 号の親が特定できない等と述べるが (乙 7 0) , タケシマキリンソウの種子が微小・軽量であること (甲 3 0, 1 5 3 参照) から, 飛散等して交雑した可能性を想定しているもので (乙 7 0 [4 0 頁]) , 本件品種登録願 (甲 1) にも父親については「不明」と記載しているから, P 3 の説明が直ちに不合理であるとは評価できない。

その一方で, P 3 は, P 8 准教授からタケシマキリンソウの譲渡を受

けた後、数年間にわたって、栽培を続けてきた一方、P 8 准教授は、P 3 に譲渡した後、トットリフジタ 1 号の育成に関し、何らかの関与をしたというわけでもない。P 8 准教授がタケシマキリンソウを入手し、P 3 に譲渡するまでの期間は短期間（約 1 年）であり（乙 7 4）、P 8 准教授自身、一審被告が冒認出願をしたとは思っていないという趣旨の供述をしていることや（乙 7 4）、後述するとおり、トットリフジタ 1 号と P 8 准教授が譲渡したタケシマキリンソウとの間に明確区別性が認められることなどを併せ考えると、上記の齟齬をもって、P 8 准教授がトットリフジタ 1 号の育成を行った事実を認めることはできないし、P 3 がトットリフジタ 1 号の育成を行った事実を否定するものともいえない。

(ウ) 特性の比較

タケシマキリンソウ種が常緑性という特性を有しており（甲 6 4、1 3 0、1 7 6、乙 3）、一見するとトットリフジタ 1 号と似ているという点（甲 1 4 8）がうかがえるも、前記引用にかかる原判決「事実及び理由」第 3 の 3 (3) アに記載のとおり、タケシマキリンソウ種がトットリフジタ 1 号の有する形質における重要な特性を具備しているか明らかとはいえず、P 8 准教授が栽培していたタケシマキリンソウの葉の形状に変異が多く出ることなどと相違していることなどから、登録出願に係るトットリフジタ 1 号が、P 8 准教授が譲渡したタケシマキリンソウそのものであるとの事実を推認させるものとはいえない。

なお、控訴人は、当審において、P 8 准教授が譲渡したタケシマキリンソウ及びそれ以外のタケシマキリンソウ種との明確区分性の有無に関する比較栽培試験による鑑定を申し立てた。しかし、P 8 准教授が譲渡したタケシマキリンソウ以外のタケシマキリンソウ種のうちいずれの品種を試験の対象とするかについて特定することなく比較栽培試験を求め

るもので相当とはいえない。また、上述したとおり、P 8 准教授が譲渡したタケシマキリンソウとの明確区分性が認められる以上、改めて比較栽培試験を実施する必要はないと考える。

(エ) 小括

以上によれば、登録出願に係るトットリフジタ 1 号が、P 8 准教授が譲渡したタケシマキリンソウそのものであると認めることはできない。仮に、P 8 准教授が譲渡したタケシマキリンソウに由来する可能性を否定できないとしても（これを P 3 が認識していたと認めるに足りる証拠があるわけではない。）、譲渡された後、明確区別性を獲得するまでの育成に関与しているわけではないことからすると、トットリフジタ 1 号の育成者が P 8 准教授であるとの一審原告の主張は採用できず、育成者性欠如の原始的瑕疵があるということとはできない。

イ 原始的瑕疵 2・区別性の欠如（争点 3－2）について

一審原告は、前記第 2 の 5 (3) 【一審原告の主張】イのとおり、トットリフジタ 1 号は P 8 准教授が譲渡したタケシマキリンソウそのものか又はそれに由来するものであるから、公知の品種である「タケシマキリンソウ」と明確区別性がないと主張する。

しかし、トットリフジタ 1 号は P 8 准教授が譲渡したタケシマキリンソウそのものであるとの主張は、上記アに説示したとおり採用できない。

また、P 6 教授の DNA 鑑定の結果（甲 1 4 0，1 4 2，1 5 0），DNA 塩基配列解析試験の結果等（甲 6 3，1 6 9）によっても、タケシマキリンソウとトットリフジタ 1 号とが特性において明確区別性がないとはいえず、かえって、20 マーカーによる甲 1 4 4 の DNA 鑑定の結果によれば、タケシマキリンソウ種には複数の系統が存在することがわかれる。しかし、一審原告は、P 8 准教授が譲渡したタケシマキ

リンソウを除く、タケシマキリンソウ種のうちどの既存品種との間で明確区別性がないと主張するのか特定しない（甲14）。

一審原告の主張はいずれも理由がない。

ウ 原始的瑕疵3・未譲渡性（新規性）の欠如（争点3-3）について

一審原告は、トットリフジタ1号は、P8准教授が譲渡したタケシマキリンソウそのものであり、これを育成者であるP8准教授が第三者に譲渡しているから、未譲渡性を欠くと主張する。しかし、上記アに説示したとおり、トットリフジタ1号が、P8准教授の譲渡したタケシマキリンソウそのものであると認めることはできない。したがって、そのことを前提とした一審原告の上記主張は、採用できない。

4 争点3-4（後発的瑕疵1・均一性、安定性の喪失）について

(1) 当裁判所も、一審原告の後発的瑕疵1に関する主張は理由がないと判断する。その理由は、原判決「事実及び理由」第3の4（89頁11行目～91頁6行目）に記載のとおりであるから、これを引用する。

(2) 一審原告は、本件比較栽培試験には、量的形質に係る特性に関し、階級幅の設定及びそれに基づく階級値の判定に不備があるのであれば、かかる不備がない比較栽培試験をすべきであり、原判決には事実誤認があると主張する。

しかし、本件比較栽培試験は、そもそも、本件被疑種苗と登録品種であるトットリフジタ1号の区別性のみを確認するために実施されたものであり、トットリフジタ1号の均一性及び安定性の判定を目的として実施されたものではない（乙71〔109, 110頁〕）。

したがって、一審原告の主張は、上記(1)の判断を左右するものとはいえず、採用できない。

5 争点3-5（後発的瑕疵2・均一性の喪失）について

(1) 当裁判所も、一審原告の後発的瑕疵2に関する主張は理由がないと判断

する。その理由は、原判決「事実及び理由」第3の5（91頁7行目～93頁17行目）に記載のとおりであるから、これを引用する。ただし、原判決92頁12行目「甲118」の次に「〔特性調査野帳〕」を加える。

- (2) 一審原告は、原判決が採用した鑑定フジタ2号を用いた量的形質の階級幅の設定方法は、鑑定フジタ2年生と鑑定フジタ2号の齢が同一であることを前提とするが、その点は証明されていないから、合理性がない等と主張する。しかし、上記前提の存否につき検討するまでもなく、本件比較栽培試験における鑑定試料の測定値・平均値を用いて、量的形質の階級幅を適正に設定することはできず、その結果に基づき均一性喪失の有無を判定することはできないことは、原判決を引用して説示したとおりである。

したがって、一審原告の主張は採用できない。

6 争点3-6（当審における争点：本件特性審査の瑕疵による登録無効の成否）について

(1) 特性審査の実務及び本件特性審査の経緯等

前提事実、証拠（甲99の2、甲104、甲174の3、後掲の書証）及び弁論の全趣旨によれば、品種登録における出願品種に係る特性審査の実務及び本件審査の経緯等について、次のとおり認められる。

ア 特性審査の実務

栽培試験又は現地調査によって実施される特性審査の審査基準として、一般基準や種類別審査基準が定められている。種類別審査基準には、対象とする植物について、植物分類学上の何属何種を対象とするか、調査対象とする形質、調査の方法等が定められている。

品種登録願の対照品種の記載は、対照品種の選定に当たって参考とされ得るものの、審査官は、出願書類の添付写真等も参考にするなどして、形質に係る特性を総合的に検討し、出願品種と最も類似度が高いと判断したものを対照品種として選択する。

それまで同種類の植物の出願がされたことがなかった新規植物について、出願がされた場合は、出願公表後、先ず種類別審査基準の策定の要否等が検討され、これを策定する場合は、種苗管理センターに出願品種に係る植物の特性情報について調査が依頼され、種苗管理センターでは、入手可能な品種を入手して調査をし、種苗特性分類調査の報告書及び審査基準案を作成する。農林水産省は、種苗管理センターから提出された上記報告書等に基づいて、審査官が現地調査又は栽培試験を実施する過程において、上記報告書等の調査結果の妥当性を検証し、種類別審査基準を策定する。

種類別審査基準は、複数の種にわたる品種を対象として作成されたり（例えば、乙89）、科に含まれる品種の全てを対象として作成されたりすることがある（例えば、乙90）。

イ 本件特性審査の経緯

(ア) P3は、平成16年2月10日、本件品種登録願1に前記第2の2(1)ウのとおり記載して本件出願をした。本件品種登録願1の対照品種には、出願品種とは属レベルで異なる植物である「カランコエ」が記載され、添付された特性表の対照品種が「野生種キリンソウ」となっていることと整合性がなかったが、出願品種について種レベルの学名が記載されていたことから、記載の補正が求められなかった可能性がある。

(イ) 本件出願当時、キリンソウとして出願されたトットリフジタ1号の特性審査に適用することが可能な種類別審査基準は存在しなかった。そのため、まず、種類別審査基準を策定する必要があるため、種苗管理センターに対し、調査が依頼され、平成18年3月に種苗管理センターから「種苗特性分類調査報告書 きりんそう」が提出され、同報告書に基づいて、農林水産省の担当審査官が平成19年1月12日にP3の圃場にて現地調査を実施し、出願品種（トットリフジタ1号）及び対照品種（佐渡在

来，新潟在来)の特性を調査し(甲92の3)，その結果を踏まえて，同年8月に本件審査基準が策定された。

(ウ) 本件審査基準は，セダムアイゾーンとセダムカムチャティカムの二つの種(以下，和名により「エゾノキリンソウ種」という。)に適用される種類別審査基準として策定され，タケシマキリンソウ種を対象植物として策定されたものではない(甲174の7〔9頁〕)。

(エ) 本件審査基準に基づく特性審査の結果を踏まえて，平成19年9月21日，トットリフジタ1号は，種苗法所定の登録要件をすべて満たしていると認定され(甲92の2)，品種登録に至った。

(2) 検討(本件特性審査の瑕疵の有無について)

ア はじめに

一審原告は，前記第2の5(2)【一審原告の主張】イのとおり，本件品種登録に際して，トットリフジタ1号が含まれるタケシマキリンソウ種を対象としない本件審査基準に基づいて，対照品種にタケシマキリンソウ種を選定せずに行った本件特性審査は，種苗法の予定する審査を全く行っていないことに等しく，重大な瑕疵に該当すると主張する。

その主張の趣旨は，種苗法49条に規定する取消事由(例えば，原始的瑕疵2の事由)の存否にかかわらず，それ自体で，重大な瑕疵に該当し，無効であるというものと解される。

そこで，以下，本件特性審査の瑕疵の有無，程度について検討する。

イ 審査の存在(本件審査基準の適否)

(ア) 一審原告は，本件特性審査においては，タケシマキリンソウ種が対象植物とされるべきであるのに，対象植物をエゾノキリンソウ種と誤ったため，適切な審査基準を策定することができず，また，適切な対照品種を選択することもできなかつたと主張する。

(イ) 確かに，出願品種が属する種に適用される種類別審査基準が用いられ

ることなく、出願品種とは異なる種の既存品種を対照品種として比較することは、種苗法が予定する審査とはいえない（出願品種の属する対象植物を誤ると、適切な対照品種を選択することはできない。）。

しかし、タケシマキリンソウ種とエゾノキリンソウ種とは異なる種であるとしても、比較的最近までは同じものと考えられており、その後、この二つの種との間で多くの異種交配が行われていることが認められ、その分類は容易ではない（甲154、155、乙74の46頁以下）。また、審査基準を策定するに当たり、どの程度の範囲の種を対象植物とするかが決まっているわけでもない。

(ウ) そして、前記(1)イのとおり、本件出願時には、出願品種であるトットリフジタ1号の特性審査に適用しうる種類別審査基準がなかったことから、種苗管理センターにおいて調査が実施され、その調査結果を基に、農林水産省の担当審査官がP3の圃場にて出願品種と対照品種の特性を調査し、農林水産省において本件審査基準を策定した。本件特性審査は、審査官が本件審査基準に基づいて、区別性審査を含む審査として行われたことが認められる。

すなわち、本件出願に際し、農林水産省の担当審査官が、調査の結果、本件審査基準を策定し、同基準中において「ベンケイソウ科マンネングサ属の「きりんそう」（和名でキリンソウ、ホソバノキリンソウ及び産地名を付して呼ばれるエゾノキリンソウ等）と呼ばれているアイゾーン種とカムチャティカム種を対象植物とする」とし、対照品種も農林水産省審査官によって選定された。

(エ) なお、本件刑事事件の手續において、トットリフジタ1号がタケシマキリンソウ種に属する可能性があるとして、DNA鑑定が実施されたりしたが、それまで、そのような議論がされた形跡はうかがえない。

(オ) 以上のような事実経過に加え、仮に、出願品種が対象植物に属さない

からといって、品種登録の要件（種苗法3条1項）を満たしている以上、上記の誤りが登録の取消事由となるわけではないことを併せ考えると、出願品種が対象植物に属していないということのみを理由に、本件特性審査が実施されなかったものと同視することはできず、直ちに、明白かつ重大な瑕疵があったとして、登録処分を無効とすることはできない。

ウ 原始的瑕疵の主張，立証の負担

この点につき、一審原告は、特許法との違いを指摘した上で、出願登録の有効性を争う者にとって、対象植物を誤って、出願登録された事例においては、そのこと自体を主張，立証するだけでなく、さらに取消事由の存在の主張，立証を求められるのは酷であると主張する（前記第2の5(2)【一審原告の主張】ア）。

しかし、審査基準の策定の制度が法定されているからといって、品種登録の出願者に特段の落度がないにもかかわらず、審査官が対象植物の選択を誤ったというだけで、当然無効とするのは、かえって、出願者にとって酷というべきである。刑事事件における立証責任の考え方との違いはあるとしても、一審原告の主張を採用することはできない。

エ 瑕疵の明白性の要否（その1）

品種登録は、農林水産大臣を処分庁とする行政処分であるところ、行政処分が当然無効であるというためには、処分に重大かつ明白な瑕疵がなければならないと解される（最高裁判所昭和36年3月7日判決・民集15巻3号381頁参照）。

この点について、一審原告は、前記第2の3のとおり、品種登録の要件である明確区別性を含む出願品種の特性審査は、法令により適切な対照品種を選定して栽培試験等を実施して行うことが定められ、特性を調査すべき重要な形質も農林水産植物の区分ごとに法令で定められていることを理由に、明白性の要件は不要であると主張する。

しかし、このような栽培試験等の実施は、品種登録の対象が、経時的又は栽培環境の違いによってその形質を変化させる生きた植物体であり、そのような植物体の重要な形質に係る特性が他の植物体とは明確に区別されることが確認されなければならないとの要請に基づくものであり、品種登録処分の無効事由について、栽培試験等の実施が法令に定められていることをもって、直ちに他の行政処分の無効の場合と異なる解釈を採るべき理由は見出し難く、無効事由として瑕疵の明白性を不要とすべきとの一審原告の主張は採用できない。

オ 瑕疵の明白性の要否（その2）

一審原告は、前記第2の5(2)【一審原告の主張】ウ(イ)のとおり、本件特性審査の瑕疵は、刑事罰の対象となるような出願者の行為によって生じたものであり、そのような出願をして品種登録を受けた者を保護すべき理由はないこと等から、本件における登録無効の主張には、瑕疵の明白性の要件は不要となる旨主張する。

しかし、本件出願に際し、P3が対照品種の記載等について、殊更虚偽を記載したとは考えにくい。また、前記(1)の特性審査の実務及び本件特性審査の経緯に照らせば、P3が対照品種について「カランコエ」と記載したことによって、審査官が栽培試験等に供試すべき適切な対照品種の選定を誤ったとの経過を認めることもできない。

以上のとおり、一審被告が、故意に出願書類に虚偽を記載したと認めることはできず、一審原告の主張は、前提を欠くものであり、採用できない。

カ まとめ

以上に検討したとおり、本件品種登録における出願品種の特性審査について、本件品種登録を無効とすべき明白かつ重大な瑕疵があると認めることはできない。

7 争点4（消尽の成否）について

当裁判所も、1審原告が1審被告から入手した登録種苗であるトットリフジタ1号を無許諾で増殖して、販売した行為は、登録種苗を「生産」する場合に該当し、消尽することはないと判断する。その理由は、原判決「事実及び理由」第3の6（93頁18行目～94頁6行目）に記載のとおりであるから、これを引用する。

第4 結論

以上の次第で、1審原告の本件請求のうち、当審における請求の減縮後の本件種苗1及び本件種苗2-2の生産等並びにこれらの種苗を使用した原告製品1及び原告製品2の販売について、1審被告が本件育成者権に基づく差止請求権を有しないことの確認請求は理由があるが、本件被疑種苗を使用した原告製品3の販売について、1審被告の本件育成者権1侵害による不法行為に基づく損害賠償請求権を有しないことの確認請求は理由がない。よって、原判決は相当であり、1審原告及び1審被告の各控訴は、いずれも理由がないから棄却し、上記1審原告の請求の減縮後の差止請求権不存在確認請求が認容される旨を付記することとして、主文のとおり判決する。

大阪高等裁判所第8民事部

裁判長裁判官 山 田 陽 三

裁判官 久 保 井 恵 子

裁判官 三 井 教 匡

(別紙)

種苗目録 2 - 2

農林水産植物の種類 タケシマキリンソウ種

(学名 : *Sedum takesimense* Nakai)

当該種苗の由来 国内で市販されているタケシマキリンソウの種苗（ただし、トットリフジタ 1 号〔登録番号：第 1 5 8 6 6 号〕及びトットリフジタ 2 号〔登録番号：第 1 5 8 6 7 号〕を除く。）を購入または譲り受けして生産した種苗

以上