

知的財産法における「過失の推定」と「依拠」

——特許法と種苗法を中心に——

愛 知 靖 之

1 はじめに

特許法一〇三条をはじめとして、知的財産法には「過失の推定」規定が設けられている⁽¹⁾。他方、著作権侵害の要件として依拠性が要求されているところ⁽²⁾、特許法などでは侵害要件とはされておらず、たとえ独自開発であっても（先使用の抗弁や出願前の公然実施を理由とする無効の抗弁が認められない限り）、権利侵害を免れないとするのが一般的な考え方である。

筆者は、AI生成コンテンツが著作権侵害を構成するかを論じる際に問題となる依拠性を検討するに当たって、そもそもなにゆえ、この要件が要求されるのかについて考察したことがある⁽³⁾。また、種苗法について公示の対象と権利範囲にずれが生じていることに起因して、少なくとも過失推定の覆滅を柔軟に認めるべきであり、さらに「独自育成の抗弁」の可能性についても言及した論稿を公表している⁽⁴⁾。

本稿では、これらの前稿に基づきつつ、特許法と種苗法を対象に、権利の存在とその内容が公示されるという「過失の推定」の根拠を確認し、特許法において過失推定の柔軟な覆滅を認めるべき場面や過失推定規定の適用を否定すべき

場面があることを明らかにする。また、種苗法においても、公示の不完全性を理由に推定規定の適用を柔軟に否定する方向性を示す。さらに、知的財産諸法において「依拠性」が要求される、あるいは、要求されない根拠に照らして、著作権法における「独自創作」であるとの被疑侵害者の主張立証（それを抗弁と解するか積極否認と解するかはともかく）と同様に、種苗法においても「独自育成の抗弁」を採用する可能性について検討する。その根拠もやはり公示の不完全性に求められる。

(1) 意匠法四〇条、商標法三九条による特許法一〇三条の準用、種苗法三五条。他方、無審査主義が採用されている実用新案法には過失の推定規定は設けられていない。

(2) 不正競争防止法二条一項三号の商品形態模倣行為でも、依拠性が要件となっている（不正競争防止法二条五項）。

(3) 愛知靖之「AIによるコンテンツ生成と依拠性」三村量一先生古稀記念論文集（日本評論社、二〇二四年）所収予定。

(4) 愛知靖之「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』——」別冊パテント二七号一四三—一五四頁（二〇二三年）。

2 著作権法における「依拠性」の根拠と特許法における「依拠擬制」の根拠

著作権侵害要件としての「依拠」とは、「①他人の著作物等に接し（アクセスし）、②これを基にして」著作物等を作成・利用していることをいう。⁽⁵⁾この要件の消極的根拠は、「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」点に求められる。⁽⁶⁾

しかし、これは、あくまで、既存著作物に依拠せずに独自創作した場合に権利侵害を否定すべきことの根拠に過ぎず、既存著作物に依拠し、これと類似性のある著作物を作成・利用した場合に権利侵害を肯定すべきことの根拠ではない。⁽⁷⁾他者の著作物に依拠し、これと類似性のある著作物を無断で作成・利用する行為は、まさに、他者の著作物に「フリー

ライド」する行為にはかならない。そもそも、著作権法のみならず、知的財産法は、模倣（フリーライド）は原則自由としつつも、一定の範囲・要件の下で、一定の財産的情報に対する模倣（フリーライド）を規制している。その理由は以下の通りである。「情報は、物理的占有を観念できる有体物とは異なる無体物であり、複数の者が同時に利用することが可能である（消費の非競合性）。それゆえ、情報が公開された後は、その利用を容易かつ大量に行うことが可能であり、情報創作者がこれを人為的に排除することは困難である（消費の非排除性）。情報（無体物）が有するこのような公共財的性格ゆえに、その模倣が容易となるのである。……模倣が一切禁じられないとすると、創作者とは異なる者が、情報創作費用・開発費用が転嫁されていない分安価で、オリジナルと品質の大きく異ならない製品や作品を流通させることができる。このような競合品の流通により、創作者は創作費用・開発費用を回収することが困難となるため、創作インセンティブが減退する。その結果として、社会は情報の過少生産状態に陥りかねない。」「そこで、知的財産法は、情報の無断利用（模倣）行為を禁止して、創作者に超過利潤の獲得を認めて創作・開発費用の回収を容易にすることで、創作インセンティブを保障すると同時に、情報の公開も促している」のである。⁽⁸⁾すなわち、他者の財産的情報にアクセスし、それを基にして財産的情報を生み出し利用することで、自身で一から独自創作を行う場合よりも、創作費用を削減することができる。このことにより、オリジナルよりも安価に情報を生産・流通させることが可能となるため、オリジナルに対する需要（市場機会）が奪われ、その創作者が費やした創作費用の回収が妨げられることで、創作インセンティブが減殺することになるのである。⁽⁹⁾

このように、他者の財産的情報にアクセスし、これにフリーライドすることにより、創作費用を節減することで、ひいては情報創作者の創作インセンティブが減殺されることこそが、他人の財産的情報に「依拠」した場合に、権利侵害を肯定するための積極的論拠である。そして、このような創作費用に関する説明は、著作権法における依拠性固有の正当化根拠ではなく、創作法一般に通ずるその存在理由そのものである。したがって、特許法等においても、独自開発で

はなく他者の特許発明等に依拠していた場合に権利行使が認められることは、この創作費用に基づく説明により同様に根拠付けられることになるのである。⁽¹⁰⁾

他方で、特許法等においては、侵害要件として、「依拠性」は要求されておらず、たとえ被疑侵害者が独自開発したものであったとしても、権利行使が許されている。その理由は、権利の存在とその内容が公示されているため、権利が及びうる範囲を調査するコスト負担はさほど大きくはなく、調査義務を課しても大きな支障が生じないことによる。当業者等には、公示に基づき権利内容・範囲を調査し、特許発明の実施を回避することで、特許発明に対する需要（市場機会）を喪失させない責任が生じるのである。このような責任を当業者等に課すことで、特許権者に特許発明の排他的・独占的实施を保障している。これにより、発明の開発・創作のための投下資本の回収やそれらを上回る利潤の獲得を容易にし、もって創作インセンティブを確保しているのである。当業者等にはこのような責任が課される以上、たとえ実際には特許公報に掲載されたクレーム・明細書を見ることがなく独自開発を行ったとしても、その一事をもって侵害責任自体を免れることはなく（「独自開発の抗弁」なるものが認められることはなく）、少なくとも差止請求権の行使は受けることになる。このことによつて、特許発明を実施した競合品が市場から放逐され、創作インセンティブが保障されることになる。このことによつて、特許発明を実施した競合品が市場から放逐され、創作インセンティブが保障される。他方、損害賠償請求に対しては、過失による調整がなされ、一応、免責の余地が確保されている（もつとも、後述するように、特許法一〇三条の過失推定規定の適用を受ける上に、現在の裁判実務では推定の覆滅がほぼ認められていない）。繰り返しになるが、当業者が権利内容・範囲を調査し、特許発明の実施を回避する責任を負担する、すなわち、侵害要件としての「依拠」が実際には「擬制」されているに等しい扱いとなっている根拠は、権利の存在と内容が十分に公示されること⁽¹¹⁾⁽¹²⁾に求められる。

意匠法には（出願公開制度がないほか）秘密意匠制度があり、意匠権設定登録日から三年以内の期間（延長・短縮も可）、登録意匠を秘密にすることが可能とされている（意匠法一四条）。他方で、権利行使に対する予測可能性を確保し、不意

打ちを防止するため、秘密意匠に基づく差止請求権行使には警告を要する（同法三七条三項）とともに、過失推定を受けない（同法四〇条但書）。このことも、公報により権利の存在と内容が公示されることが、依拠を不要とする根拠であり、さらに、過失推定を基礎付ける前提条件ともなっていることを裏付けるものといえよう。⁽¹³⁾

また、特許権侵害場面での均等論については、第三要件で容易想到性（置換容易性）が要求されているため、特許公報により公開されたクレームに基づき、侵害品の製造時⁽¹⁴⁾に当業者が容易に想到できるような置換であれば、それを行った製品に対し特許権の効力が及ぶことも予測可能だといえるため、公示に基づく「依拠の擬制」を及ぼすことが正当化できる。

なお、特許法は補償金請求権（六五条）を認めているところ、その趣旨は、出願公開により出願発明の内容が公表されることで、他者による出願発明の模倣・無断実施が可能となるため、出願公開の代償として、特許権付与に至るまでに生じた無断実施行為による不利益を補填する権利を付与することにより、出願に対するインセンティブを保障する点に求められる。⁽¹⁵⁾ 他方、補償金請求権の行使には、出願人が出願発明の内容を記載した書面による警告を行うか、実施者が出願公開された出願に係る発明であることを知りながら実施を行っていたことが要求されている（六五条一項）。すなわち、補償金請求権行使が認められるには、出願公開が行われているという事実のみでは足りず、警告かあるいは実施者が実際に出願発明を知っていたことが必要とされている。したがって、出願公開公報それ自体に対する調査義務までは要求されていないと解される。⁽¹⁶⁾ その理由は、「出願公開は、審査を経ていない特許出願について行われるものであり、しかも特許掲載公報に比べて発行される量も多いので、これを全て読むことを第三者に義務付けるのは適当ではないから」とされている。⁽¹⁷⁾ 出願公開制度それ自体は、特許公報と同様の権利行使に対する他者の予測可能性を確保するための公示制度としての機能を十分に担うものではなく、あくまで、可能な限り重複投資を回避させるとともに、突然の特許権の発生により他者の企業活動が不安定になる危険を除去する⁽¹⁸⁾という効果があるに留まる（この効果自体が特許制度上重

要であることは言うまでもないが）。権利行使を正当化し、それを基礎付けるといふ効果までを持つものではないと解されるのである。ともかくも、補償金請求権の行使に関しては、過失推定規定の適用を受ける余地はなく、あくまで出願発明の無断実施者による故意での実施が前提とされている。⁽¹⁹⁾

他方で、被疑侵害者側としては、特許発明に依拠せずに独自に開発し実施（あるいはその準備）を行っていた旨を、先使用の抗弁（先使用权）や公然実施を理由とする無効の抗弁を通じて主張することはできる。⁽²⁰⁾ 特許権設定登録はおろか出願公開＋出願人からの警告等すらなされていない状況では、他者の発明の存在とその内容を調査するのには多大なコストがかかり、調査義務を課すことをおよそ正当化することができないため、「依拠の擬制」を行うだけの前提を欠いている。このことを先使用权の一応の存在理由とすることができ⁽²¹⁾⁽²²⁾る。

(5) 愛知靖之ほか『知的財産法〔第二版〕』（LEGAL QUEST）二九〇頁（有斐閣、二〇一三年）（愛知靖之執筆）。

(6) 愛知ほか・前掲注(5)・二九〇頁（愛知）。

(7) 高野豊太「依拠性について——依拠性要件の正当化根拠とAI生成コンテンツ——」神戸法学雑誌七二巻一・二号五五―五六頁（二〇二二年）。

(8) 愛知ほか・前掲注(5)・三―四頁（愛知）。

(9) 以上、高野・前掲注(7)・五六―五七頁。このように、本稿も創作費用と調査費用により正当化する立場をとるところ、この点は高野説を踏襲するものである。

(10) 以上、愛知・前掲注(3)。前田健「先使用权の成立要件——制度趣旨からの考察——」特許研究六八号二―一二頁（二〇一九年）も参照。

(11) また、依拠擬制の根拠として、重複発明に対する投資抑制ということを挙げるものもある（前田・前掲注(10)・一二頁）。もし独自発明であるという理由で権利行使を免れるとすれば、特許権行使を回避するために、過去の発明を参照せずに同ような発明に投資するという行動が増えると予想されるところ、特許法の目的は、過去の発明の成果を参照させつつ、技術を迅速に進歩させるところにあるため、このような行動は望ましくないというわけである。

(12) このほか、進歩性要件の存在を「依拠の擬制」を基礎付ける要素と位置付ける見解もある（想特一三「プロダクト・バイ・プロセス・クレーム解釈の理論と均等論——依拠性の判断を排した特許制度が引き起こす不都合は回避できるのか——」Sotokudo六号三五―三六頁注一一（二〇一六年）<https://thinkpatup.seesane/doc/Sotokudo6-20160729.pdf>（二〇二四年一月四日確認）、そとく日記（二〇一九年一〇月一七日記事）

「先使用权」の正当化根拠と「進歩性」要件を「依拠性の擬制」で考える（前田健「先使用权の成立要件」特許研究PATENT STUDIES No. 68 (2019) <https://thinkpatseesane.net/article/47078498.html> (101024年1月4日確認)。そもそも、進歩性要件の趣旨は、「当業者が、引用発明の構成を変更して、本願発明の構成に至ることが容易であった場合には、……排他権を付与するまでもなく、いずれ当業者は本願発明（と同一の発明）に至るのであって、殊更、創作インセンティブを保障するために排他権を付与する必要はないし、独占の弊害が生じることに鑑みれば、これを付与すべきでもない」という点に求められる（愛知靖之「進歩性判断における「予測できない顕著な効果」の斟酌」川濱昇先生・前田雅弘先生・洲崎博史先生・北村雅史先生還暦記念「企業と法をめぐる現代的課題」六八六頁（商事法務、2022年）。「いずれ当業者が至るだろう」と言える程度の発明は、他の当業者が独自に開発する蓋然性が高いと思考されるものの、「いずれ当業者が至るだろう」とは言えないような発明については、独自開発に至る蓋然性が低く、他者がそれと同一・類似の発明を行った場合には、独自開発ではなく、特許発明に依拠しフリーライドしたものとみなせるというのである。フリーライドしているとはみなせる範囲でのみ、特許権が付与されているというわけである。

(13) 中山信弘「小泉直樹編『新・注解特許法』【第二版】二二・三二・四頁（青林書院、2017年）（吉田和彦執筆）。

(14) 容易想到性の基準時は「侵害時」であると説明されることが多いが、厳密に言えば、物の発明であれば、被疑侵害物件の製造（生産）開始時というべきであろう。たとえば、特許製品を生産している業者ではなく、単に製品を譲渡しているにすぎない小売業者のみが、特許権侵害で訴えられ、その訴訟において均等論の適用が争点となったとする。このとき、侵害（開始）時は特許製品の「譲渡（開始）時」を意味することになるが、これを容易想到性の基準時とすべきでないことは明らかなはずである。あくまで、置換を行うことによって被疑侵害製品が製造された時点であればならない。他方、方法発明については、方法の使用（開始）時である。最判平成10年2月24日民集五二巻一頁一三頁（ボールスライン）も、「対象製品等の製造等の時点において容易に想到することができた」か否かを基準としている（もっとも、「製造等」と述べており、製造時以外の時点も含まれる書きぶりにはなっているが）。

(15) なお、商標法上の金銭的請求権等（商標法一三条の二）は、出願人が商標登録前に既に商標の使用を開始したことにより当該商標に化体した業務上の信用を保護することを目的とするものであり、特許法上の補償金請求権とは趣旨を異にする。

(16) 中山「小泉編・前掲注(16)・二一・五頁（吉田）。

(17) 特許庁「工業所有権法（産業財産権法）逐条解説【第三版】二四三頁（発明推進協会、2022年）。

(18) 愛知ほか・前掲注(5)・八一頁（青木大也執筆）。

(19) 六五条六項は一〇三条を準用していない。

(20) なお、先使用权者など特許権行使を免れる法的地位にある者に対しては、補償金請求権も行使することができない（吉藤幸明「熊谷健一補訂『特許法概説（第三版）』四〇五頁（有斐閣、一九九八年）など）。

(21) 前田・前掲注(10)・二二・二四頁。

(22) もっとも、このような理由のみでは、先使用権の基準時が特許出願時に設定されていることを説明できない。「依拠の擬制」という観点からは出願公開時にすべき」(前田・前掲注10)・三三頁注23)だからである。ただし、本文で述べたように、出願公開自体は、権利行使に対する他者の予測可能性を確保するための公示制度としての機能を十分に担うものではなく、権利行使を正当化しそれを基礎付ける効果までは認められない。先使用権の本来的な基準時は、出願公開時というよりも、出願公開が行われた上で、出願人から警告が行われた時点、あるいは出願公開された発明の内容を知った時点、すなわち補償金請求権の対象となる時点となろう(もちろん、出願から一年六ヶ月が経過する前に、特許権が付与された場合には、特許公報の発行時となる)。

それともかく、先使用権の基準時が特許出願時とされているのは、公然実施との関係で一応の正当化を試みることができよう。すなわち、公然実施を行っていた場合に侵害を免れるためには、新規性欠如を理由に無効審判で特許を無効とする(あるいは、現行法上は、無効の抗弁を提出する)ことで足りるため、先使用権独自の意義に乏しい(もちろん、先使用権による対処も可能ではあるが。先使用権が独自の意義を持つのは、非公然実施が行われたケースである。ただし、公然実施による新規性欠如の基準時は出願時であるため、出願後に公然実施を開始したとしても新規性を失わせることができない。公然実施ですらこのような帰結となる以上、公衆がアクセスすることができず「パブリック・ドメイン」を構成しないという意味でより社会的な効用の乏しい非公然実施について、あえて基準時を後ろ倒しにするべきではない。そこで、先使用の抗弁も同じ出願時を基準時とし、出願後に実施を開始した場合には、抗弁を認めず、侵害が肯定されることになるのである。

このように先使用権は非公然実施に対して独自の意義が見いだされるという視点は、先使用権の要件を議論する際にも軽視することはできない。先使用権の要件の緩和を図るということは、非公然実施を誘発するインセンティブとなりかねないからである。「パブリック・ドメイン」を醸成するという観点からは、むしろ先使用権の要件を緩和しないことで、公然実施を誘引する方が、その目的に適うと思われる。実際、先使用権の効力範囲は、出願時に「実施又は準備をしている……範囲内」に限定されており、たとえば出願時に物の譲渡のみを事業として行っていた場合、その物の生産にまで先使用権の効力が及ぶわけではない。他方で、公然実施による新規性欠如を理由に無効審判により特許権を無効にしたり、無効の抗弁を提出する場合には、このような実施行為の範囲の限定なく、公然実施の対象であった発明に対するいかなる実施行為であっても侵害を免れることができる(さらに、著作権法における「独自創作」の主張に関しても、「創作」行為のみならず、いったん独自創作が行われれば、その後の利用行為についても、その範囲に限定なく、あらゆる利用行為が許容されると考えられる(愛知・前掲注(3))。先使用権について、このような効力範囲の限定が付されていることは、結果として、非公然実施しか行っていないため先使用権にしか頼ることのできない者に対する保護の範囲を限定することにより、公然実施に対するインセンティブを与える効果を持つものと評価することもできよう。

3 特許法における「過失の推定」

(1) 根拠

過失推定を定める特許法一〇三条は、過失を根拠付ける具体的事実の立証は困難であることが多いところ、特許権侵害の被害者たる権利者の損害賠償請求権行使を容易にすることで侵害に対する十分な救済を担保し、もって創作インセンティブを保障するという見地から設けられた規定であると考えられる（過失推定の必要性）。特に、「特許権の対象である発明は技術的情報であり、情報財特有の性質として物理的管理が難しく、同じ技術を第三者が実施していた場合、模倣ではなく独自に開発した技術であつても特許権侵害となりうるが、損害賠償につき独自開発であり無過失であるという主張をされると反論のできない場合が多い」ことも根拠として挙げられている⁽²³⁾。他方で、特許権侵害に基づく損害賠償請求権の根拠規定は民法七〇九条であり、あくまで特許権侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償という形がとられているところ、不法行為損害賠償制度では、私人の行動の自由を保障するという観点から過失責任の原則が採用されている。不法行為法における過失責任の原則の重要性に鑑みて、特許法は、この原則自体の例外、すなわち、無過失責任（あるいは過失の「擬制」）までは規定しないとの立法的判断を行ったのである。したがって、侵害判断自体を行う場面では「独自開発の抗弁」は認められないものの、（侵害が成立することを前提とした）損害賠償請求の場面では、独自開発などを理由とする「無過失の抗弁」が、少なくとも理論上は許容されていることになる。

他方、過失の推定が許容される根拠（過失推定の許容性）は、「特許発明の内容については特許公報や特許登録原簿等によって公示されており、しかも特許権又は専用実施権の侵害は業としての行為のみが該当するものであることから侵害の行為をする者は一応過失によってその行為をしたものと推定し、立証責任を転換せしめたものである」とされてい

る。⁽²⁴⁾ 裁判例においても、「特許発明についてはその存在及び内容が公示されているから、業として新たに製品の製造、販売等を行い又は新たに方法の使用を行おうとする者は、その製品又は方法が他人の特許権を侵害するか否かを右公示に基づいて調査することが可能であり、そのような調査を行うべきものであるとして、その製品又は方法が、他人の特許権又は専用実施権を侵害するものである場合には、調査を怠ったか、調査に基づいて適切な判断をしなかった等の過失があるものと推定するものである」(東京地判平成一〇年五月二九日判示一六六三号一二九頁(〇脚歩行矯正具))と述べ、特許権侵害において依拠性が要求されない根拠と同様に、権利の存在と内容が公示されることから、調査費用の負担が大きくないことが根拠とされている。

したがって、「依拠性」が不要とされることと、過失が推定されることのいずれも、権利の存在とその内容が公示されることが前提となっている。

(2) 過失推定の覆滅及び過失推定規定適用の否定

① 緒 論

周知の通り、我が国の裁判例において、無過失の抗弁による過失推定の覆滅が認められることはほぼ無く、「事実上はみなし規定に近い運用がなされているといえよう」⁽²⁵⁾。やはり、権利の存在と内容が公示されているということが決定的に重視されており、このような運用を支えているものと思われる。

しかしながら、過失推定の覆滅を認めるべきではないかという点が議論されている主要な場面として、流通業者による譲渡やユーザによる使用と、公報未発行期間の実施がある⁽²⁶⁾。本稿も、このようなケースにおいては、過失推定規定の適用自体を否定する、あるいは、無過失の抗弁により過失推定の覆滅を柔軟に認めるべきと考える⁽²⁷⁾。

② 流通業者による譲渡やユーザによる使用

物の発明に係る特許権侵害は、物の生産のみならず、その後の譲渡や使用等にも成立する。しかしながら、「たとえばタクシー会社は業として自動車を使用しており、特許権を侵害する自動車を運行することは侵害となるが、タクシー会社に自動車に関する極めて多数にのぼる特許権の調査義務を課することは事実上不可能である。また小売業者も侵害品を販売すれば侵害となるが、小売業者が特許権の調査をすることも期待できない場合が圧倒的に多い」。⁽²⁸⁾「このような場合には、具体的なケースにもよるが、損害賠償については過失の推定が覆される場合があってもよいのではないかとと思われる」⁽²⁹⁾と指摘されている。

この見解が説くように、小売業者や製品のユーザが、製品の譲渡・使用をする度に常に特許公報を確認し、権利の存在と内容を調査すべき義務を負うというのでは、過大な調査費用を課すことになり妥当ではないと思われる。そもそも、このような者は、必ずしも「発明の属する技術の分野における通常の知識」を有するとは限らないため、たとえ特許公報に接しても、特許発明の内容や権利範囲を正確に理解できないことも多いであろう。被疑侵害品自体は、公示された特許発明に依拠して生産されたものと「擬制」されるため、特許権侵害自体は否定できないとしても、過失推定の覆滅は柔軟に認めるべきである。

確かに、実務上は、対象製品が他者の知的財産権を侵害していないことを保証する条項をメーカーと締結することで、流通業者・使用者が仮に損害賠償請求を受けたとしても、それをメーカーに填補させることはできるかもしれない。しかしながら、メーカーの無資力リスク、すなわち、メーカーの倒産等により事後的に十分な損害填補を受けられないリスクを流通業者・使用者が負担することにはなる。

また、損害賠償請求権を否定しても、故意・過失を不要とする不当利得返還請求権は認められるのであるから違いは

ないという批判もあり得る⁽³⁰⁾。しかし、現状、不当利得返還請求権が認められるのは実施料相当額に留まっているため、損害賠償請求が認められた場合には、特許法一〇二条一項・二項による賠償まで認められ得る点で重大な違いがある。

このケースでは、特許公報により特許発明の内容が公示はされており、推定規定適用の前提を満たしているため、一〇三条の適用自体は認められるものの、過失推定の覆滅を肯定するという形で処理すべきということになる。

③ 公報未発行期間の実施

A 従来の裁判例

特許権の設定登録後、特許公報が発行されるまでの間に実施行為が行われた場合に、過失推定の覆滅を認めるべきかが次の問題である。

古くは、推定覆滅を認めた裁判例も存在する。意匠権侵害に関する事案であるが、大阪高判平成六年五月二七日知裁集二六卷二号四四七頁(クランプ)は、「侵害者の過失の推定を規定する意匠法四〇条本文は、特許庁において意匠権の設定の登録があったときは、同法二〇条三項により所定事項を意匠公報に掲載して公告し、公告後はこれにより一般人は意匠権が設定されたこと及びその意匠内容を知ったものと擬制することを前提としている。したがって、意匠公報が未発行の時点における意匠権の侵害については、過失を推定することはできない。」「本件意匠公報発行前における控訴人のイ号物件の販売が本件意匠権を侵害することについて、控訴人に故意又は過失があったことを認めるに足りる証拠はないから、意匠公報発行の日である平成元年六月二十九日以降における控訴人の侵害行為(イ号物件の販売)に過失があったことは推定することができるが、それより前の行為には過失を推定することができない。」「と判示している。この判決は、「過失を推定することはできない」と述べているところ、このケースでは、そもそも公報により登録意匠の内容が公示されておらず、推定規定適用の前提を満たしていないことから、意匠法四〇条の適用自体が否定されるため、

そもそも同条により「過失を推定することはできない」という形で処理されたものと考えられる。

同じく、大阪地判昭和四八年一月二八日判タ三〇八号二七八頁（花束はたき）も意匠法四〇条を「適用することができない」とし、大阪地判平成一三年七月二六日平成二年（ワ）四一八四号（壁紙糊付機）も、「特許法一〇三条により過失が推定される根拠は、特許権の存在が公示されていることにあるから、特許権登録後であっても、特許公報の発行が行われていない期間については、過失推定の根拠を欠き、過失は推定されないというべきである。」とする。

大阪地判昭和四七年三月二九日無体裁集四卷一号一三七頁（道路用安全さく）も同じく公報未発行期間の実施に関する事案であり、本判決は、意匠公報が未だ発行されていない場合の侵害については、意匠法四〇条を適用することができないと解すべきであるとした。ただし、本件では、原告から被告に対して内容証明郵便が送付されていた。しかし、判旨は、本件登録意匠の図面の送付もないなど、「結局、内容証明郵便の内容から本件登録意匠の内容を確認することは不可能であつたといわざるを得ない」ことなどから、被疑侵害者に重い調査義務が課せられているとは到底解し得ず、せいぜい「このような場合には、侵害者と主張された相手方は、直ちに特許庁に出向いて調査することが容易でありこれが期待されるような場合を除き、速に、郵便、電話等によりまたは発明協会等の取扱代行機関に依頼して、特許庁に出願関係書類の謄抄本の請求をし、右手続によつて得た書類によつて該登録意匠の内容を知るのが通常期待し得べきところであり、この種の調査義務をも怠つたため該登録意匠の内容を知らなかった場合は過失の責を免れることができないと解すべきである」とする。その上で、被疑侵害者がこのような調査を実際に行つたものの「本件登録意匠にかかる一件書類が意匠公報掲載のために印刷所に回されていたという被告の責に帰すべからざる事由によりその内容を知り得なかつた」ことを理由に、過失を否定している。

これに対し、名古屋地判昭和五四年十二月一七日無体裁集一一卷二号六三二頁（ねじ切り盤）は、原告が被告に対し書面によりイ号製品の製造販売の停止を求めるとともに、本件登録意匠の意匠登録証写と登録証写添付の写真を送付し

たという事案において、「意匠法四〇条前段の規定は、当該登録意匠の内容が意匠公報によつて公示される以前であってもその適用があるものと解され、また同条の推定はこれをくつがえすに足る特段の事情がある場合には機能しないものであるが、被告主張の本件登録意匠についての意匠公報未発行、原告が被告に送付した意匠登録証写添付写真の不鮮明、本件登録意匠を備えた原告製品への登録番号不表示の事実をもつてしても右推定をくつがえすに足りない。」と判断し、意匠公報発行前でも意匠法四〇条の適用を否定せず、推定の覆滅も認めなかった。もつとも、本件では、侵害停止を求める警告書、意匠登録証写や不鮮明ながらもその添付写真も送付されていた事案であるため、公報未発行期間であることを理由にたとえ過失推定規定の適用自体を否定したとしても、正面から過失を肯定できる事案だったといえるかもしれない⁽³¹⁾（警告書等の書類や写真から、登録意匠の内容をどこまで正確に理解できるか次第であるが）。したがって、公報未発行期間における過失推定規定適用の可否は、本件の結論には直接影響しなかったとも言える。前掲道路用安全さく事や本件が示唆するように、公報未発行期間であっても、権利者が権利の存在と内容を正確に理解できる形で警告を行ったにもかかわらず、実施行為が行われた場合には、過失（あるいは故意）が肯定されること自体に問題はない。権利範囲の予測可能性は十分に確保されているためである。公報未発行期間であることを理由に仮に特許法一〇三条等の適用を否定するとしても、当該警告を受けた事実により、結果回避義務が根拠付けられることになる。

同じく警告が行われた事案として、大阪地判平成一六年七月二六日平成一四年（ワ）一三五二七号（置棚）がある。裁判所は、原告が出願公開後に公開特許公報を添えて警告書を送付した上、本件特許出願について補正後のクレームに基づく特許審決を受けた後、補正後のクレームと共にその旨を記した通告書を送付していたという事案において、被告が「過失が認められるのは、本件特許権の特許公報が発行された翌日」であると主張したのに対し、「一般に、特許査定ないし特許審決がされ、特許料が納付されれば、特段の事情がない限り、早晚特許権の設定登録がされるのであるから、被告は、上記通告書の到達時において、本件特許出願についても、数日間ないし遅くとも数週間のうちには、特許

権の設定登録がされるであろうことを、高い確度をもって予見することができたものと認めることができる」ことを理由に、上記通告書の到達時点で「実施行為を中止すべき注意義務を負う」として、「本件特許権の設定登録時以降のイ号物件の販売行為について、過失が認められ、損害賠償責任を負うべき」と断じた（大阪高判平成一九年一月二七日平成一六年（ね）二五六三号・三〇一六号（同控訴審）も、この判断を是認している）。

しかしながら、近時の裁判例においては、このような警告等が行われていない事案であっても、正面から推定の覆滅を否定したものがある。東京地判平成二七年二月一〇日平成二四年（ワ）第三五七五七号（水消去性書画用墨汁組成物）は、以下のように判示した。「特許法は、特許権は設定の登録により発生する（六六条一項）、登録があったときは特許権者の氏名等を特許公報に掲載する（同条三項）、特許公報は特許庁が発行する（一九三条一項）と規定するところ、登録から特許公報の発行までは、事柄の性質上、ある程度の期間を要すると考えられるから、特許権発生後、特許公報が発行されていない期間が生じることは、同法の規定上、予定されていると解される。一方、同法一〇三条は、単に『特許権を侵害した者はその侵害の行為について過失があつたものと推定される旨規定し、特許権の発生時（登録時）から過失による不法行為責任を負うことを原則としており、特許公報の発行を過失の推定の要件と定めてはいない。また、同条が過失の推定を定めたのは、発明を奨励しもって産業の発達に寄与するという法目的（同法一条）に鑑み、特許権者の権利行使を容易にしてその保護を図るためであることは明らかである。以上の特許法の諸規定に照らせば、特許公報の発行前であることのみから過失の推定が覆されると解することは相当ではない。」

B 検 討

確かに、特許法一〇三条は「他人の特許権……を侵害した」こと自体を前提事実としており、この事実さえ立証されれば、直ちに過失が推定される規定ぶりにはなっている。しかしながら、この規定の根拠が権利の存在と内容が公報に

よって公示されることに求められる限り、このことが一〇三条適用の前提条件となっていると解すべきである。一〇三条の適用自体がいったん認められた場合には、同規定の枠内で推定に要する前提事実は特許権の侵害のみとされているものの、そもそも、公報が発行されておらず、権利内容の公示を受けることができないければ、一〇三条適用の前提が調っていないことを理由に、その適用自体を否定すべきなのである。出願人・特許権者から個別に警告を受けた場合や自ら発明の存在と内容を知っていた場合を除いては、特許公報による公示があつて初めて、権利範囲を調査し、実施を回避する責任・義務が生じるというのが特許法全体の趣旨であり（出願公開があつたのみでは足りないことは前述した通りである）、一〇三条もこのような趣旨を前提とした規定と解すべきである。過失は結果回避義務違反を意味するところ、公報発行前に権利の存在と内容を調査し侵害結果を回避する義務が生じる説得力のある根拠を示すことはできない。特許法もあくまで損害賠償に対し無過失責任を規定しているのではなく、過失責任の原則を維持している。公報未発行かつ個別の警告等がない場合に、実質的に無過失責任に近い運用をして、高度な調査義務・著しく高い調査費用を課すことを正当化することはできないと思われる。旧来の裁判例と同様、特許公報未発行期間については、警告等が無い限りは、一〇三条の適用自体を否定すべきである。

もっとも、以上のように過失推定規定の適用を否定すべき理由を、特許公報が発行されていないため、権利の存在と内容を調査する費用の負担が過大となり、そのような重い調査義務を課すことを許容するだけの正当化根拠がない点に求めるとすると、同じことは、侵害要件としての「依拠性」にも当てはまる可能性がある。特許権侵害において依拠が「擬制」されているのも、権利の存在とその内容が公示されているため、権利が及ぶる範囲を調査するコスト負担はさほど大きくはなく、調査義務を課しても大きな支障が生じないことによる。過失推定と同様に、あくまで、特許公報による公示が行われていることが、依拠擬制の前提をなしているとも解されるのである。一方で、公報未発行期間について過失推定規定の適用を否定しながら、他方で、依拠の擬制自体は当該期間にも及ぶとする場合、このような帰結を

両立させる説得的な論拠を提示することができだろうか。⁽³²⁾ 仮に、その論拠を提示できないのであれば、過失推定規定の適用を否定するという立場に与する限りは、特許公報発行前に発明され、実施が行われていた場合には、⁽³³⁾「独自開発の抗弁」を認め、特許権侵害自体も否定しなければならないことになるのではないだろうか。この点に関しては、今後の課題としたい。

(23) 中山信弘『特許法「第五版」』四〇〇頁（弘文堂、二〇一三年）。

(24) 特許庁・前掲注(17)・三四八頁。

(25) 中山・前掲注(23)・四〇二頁。

(26) 特許法一〇三条をめぐる他の法的論点に関しては、中山・小泉編・前掲注(13)・二二二―二二六頁（吉田）参照。

(27) 長野史寛「知的財産権侵害における不当利得返還請求——侵害利得と不法行為が交錯する一場面——」法学論叢一八〇巻五・六号六八二―六八四頁（二〇一七年）は、特許法一〇二条二項・三項を実質的に侵害利得と見ることによって、二項・三項に関しては、過失推定の覆滅が認められておらず、一〇三条についてみなし規定に近い運用がなされていることを好意的に評価している。すなわち、二項・三項を侵害利得と見た上で、同項は、不法行為の故意・過失要件を借用し、この追加的な要素の力によって、侵害利得を根拠付ける事実の主張立証責任を侵害者に転換した規定（侵害利得と不法行為の「混合構成要件」を定めたもの）（同六八三頁）と理解する。それゆえ、二項・三項に基づく責任は、本来は故意・過失を要しない侵害利得に他ならないため、故意・過失に重要な役割を与える必要はなく、過失推定の覆滅がほぼ認められておらず、事実上、無過失責任化している事態も、むしろ侵害利得を規定するという二項・三項本来の趣旨を完遂しようとしているものとして積極評価されている。他方で、一項については、不法行為に基づく逸失利益賠償を規定したものと理解し、過失が事実上擬制され、無過失責任化している事態に疑義を呈している。この見解も、一〇二条を不法行為の特則と見る限りにおいて、過失推定の覆滅を柔軟に肯定すべきであること自体は認めているのである。

(28) 中山・前掲注(23)・四〇一頁。

(29) 中山・前掲注(23)・四〇一・四〇二頁。

(30) 増井和夫・田村善之『特許判例ガイド「第四版」』三五五頁（有斐閣、二〇一二年）。

(31) 中山・小泉編・前掲注(13)・二二一―二三頁（吉田）も、「この件は、積極的に過失を認めることができた事例とも見られる」と述べている。

(32) 前掲注(11)掲記の重複発明への投資抑制という根拠も、過去の発明の成果を参照させることで、重複発明に対する投資を抑制させるという観点からは、参照可能な程度に過去の発明が十分に公示されていることが前提となるようにも思われる。公示が行われていない期間については、重複

発明を回避するための行動を取るために多大なコストがかかり得るのである。もっとも、前田・前掲注(10)・三三頁注24は、「重複投資の抑制という観点からは、先使用权の成立基準は、特許発明の発明時とした方がより説得的かもしれない」とし、後行発明（先使用权の成否が問題となっている発明）者が先行発明（「特許発明」）の存在を知り得たかどうかを問題とせず、ともかく客観的に先行発明が存在していさえすれば、後行発明に先使用权を認めるべきではないとの理解がされているようである。

また、前掲注(12)で紹介したフリーライドとみなせる範囲でのみ特許要件の充足が認められているという理解に立てば、特許公報による公示の有無を問うことなく、特許権が有効に成立しさえすれば、（その特許権自体は、同じ発明がなされればフリーライドとみなせる範囲でしか成立していないはずであるから）侵害を認めてよいという帰結に至りそうである。そもそも、他者が公報を見ることなくたまたま独自に同一発明の開発に至るような発明には特許権が成立していないはずだというわけである。確かに、進歩性要件は、当業者に容易想到な発明は、排他権を付与するまでもなく、いずれ当業者が思い至る程度の発明であるため、特許権を認めるべきではないという発想に基づいてはいるものの、実際に出願時において当業者に容易想到性が認められないような発明であっても、特許公報が発行される前に、偶然に、独自開発が行われることはあり得る。このような場合において、さすがに、独自開発が現実に行われた以上、フリーライドとみなせる範囲で特許権が付与されたとは認められないとして、このような事実のみを根拠に進歩性自体を否定し特許無効とすることはできないであろう。だとすれば、現実には生じた公報未発行期間の実施については、フリーライドではない以上、この立場によっても、依拠の擬制を行う前提が欠けていたことになるのではないだろうか。

(33) もちろん、特許出願前については、先使用の抗弁・無効の抗弁で対処可能であるため、実際には、「特許出願後、特許公報発行前」が「独自開発の抗弁」独自の意義が見いだされる期間となる。

4 種苗法における権利の公示

以上の検討内容を活用しつつ、以下では、種苗法における過失推定規定適用のあり方や「独自育成の抗弁」について考察する。というのも、種苗法上は品種登録簿による育成者権の存在と内容の公示について、特許法等とは異なる固有の問題点が存在するためである。

まず、種苗法二〇条一項では、育成者権の効力は、登録品種（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と規定されている。同法二条二項は、「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る、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。」と定めており、同条一項では、「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。」とされている。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」を保護対象としているのである。このように、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ているために、審査段階や侵害訴訟における侵害判断においては、植物体の「現物」が重要な位置を占めることになる。すなわち、「品種」とは、現実存在する「植物体の集合」であるため、侵害訴訟においても、最終的には、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を判断することになる（「現物主義」）。

種苗法上は、「重要な形質に係る特性」が単に「特性」と呼ばれているわけであるが、この「重要な形質」は、農林水産大臣が、農業資材審議会の意見を聴いて、これを定め、公示するものとされている（同法二条七項）。この「特性」（「重要な形質に係る特性」）のうち、実際に農林水産省の審査によって特定された特性が、「審査特性」（同法一七条の二第一項）と呼ばれている。この「審査特性」が品種登録簿に記載され（同法一八条二項四号）、公示されることになる。⁽³⁴⁾ 重要なことは、「審査特性」は、必ずしも農林水産大臣が指定・公示した「重要な形質」に係る特性の全てを含むわけではないという点である。「重要な形質」の全てが常に審査の対象となり、最終的に公示されるわけではないのである。⁽³⁵⁾

その上で、令和二年改正において、「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。」という推定規定（種苗法三五条の二）が新たに設けられた。前述のように、育成者権の効力は、「登録品種と特性により明確に区別されない品種」にまで及ぶところ、被疑侵害品種が登録品種と「審査特性により明確に区別されない品種」であることを育成者権者が主張立証すれば、⁽³⁶⁾ 植物体の現物においても被疑侵害者品種が「登録品種と特性により明確に区別されない品種」であることが推定される（法律

上の推定)。被疑侵害者側は、現物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、品種登録簿で公示された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、推定が覆滅し、侵害が否定されることになる。三五条の二は、現物による立証責任を被疑侵害者側に転換することにより、育成者権者の立証負担の軽減を図っているのである。⁽³⁷⁾ 被疑侵害者側の抗弁とはなったものの、三五条の二の新設によっても、侵害判断自体は最終的には「現物」が有する特性に基づき行われるという原則（「現物主義」）自体は維持されている。⁽³⁸⁾

「現物主義」自体は維持されている一方、品種登録簿により農林水産省が審査した「審査特性」が公示されることが、種苗法上の「過失の推定」（同法三五条）の根拠の中核をなしている。⁽³⁹⁾ 特許法にいう特許公報による公示に相当するものである。したがって、品種登録簿に記載された審査特性によって、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、少なくとも審査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義務・責任を負担することになる（三五条の二の推定規定につながる）。他方で、他の種苗業者は、たとえ品種登録簿記載の審査特性によって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、侵害を免れる（三五条の二はあくまで推定規定であり、現物の対比により推定を覆滅させることができるという点につながる）。

もっとも、「現物主義」が維持されており、かつ、品種登録簿に記載された「審査特性」は、常に農林水産大臣が指定・公示する重要な性質に係る特性全てを含むわけではないため、品種登録簿は登録品種の特徴の全てを明らかにするものではなく、それ自身が育成者権の権利範囲を直接に確定するものではないという点が重要であり、特許公報による公示との大きな違いである。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、それのみで権利範囲が完全に画されるわけではなく、あくまでそのための出発点に過ぎないということになる。

このように、品種登録簿上の特性の記載自体が権利範囲を画するのではなく、あくまで「現物」が実際に有する特性が基準となることからさらに重大な問題が生じる。他の種苗業者は、品種登録簿で登録品種の審査特性を確認し、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残るのである。令和二年改正前には、登録品種と被疑侵害品種の間で品種登録簿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、同一品種である可能性もあると言われていた。⁽⁴⁰⁾「現物主義」のもとでは、品種登録簿記載の特性が異なっている、その差異が栽培条件の違い等に起因するものに過ぎないのであれば、育成者権者は、現物同士を対比することにより、特性により明確に区別できない旨を立証することで、侵害が認められる可能性が残るわけである。令和二年改正法も、「現物主義」を維持する限り、以上の理は等しく妥当する。

しかし、このような事態は、品種登録簿による公示に基づき、権利の存在と内容を確認した種苗業者の「信頼」・予見可能性を害することにつながるのではないだろうか。過失の推定が許容される根拠（過失推定の許容性）は、特許法・種苗法等を問わず、権利の存在と内容が公示されることから、調査費用の負担が大きくないことに求められる。しかしながら、種苗法では、育成者権の効力範囲は、「特性」により明確に区別されるか否かによって画されるところ、その「特性」の全てが品種登録簿によって公示されるわけではなく、現物が実際に備えている「特性」が最終的な基準となる。他の種苗業者は、品種登録簿による公示のみでは権利範囲を調査することができないということになれば、侵害を完全に回避するために、現物による対比を強いられることになる。しかし、品種登録簿による公示に基づいて行動するだけでは必ずしも結果回避義務を履行したことにならず、常に現物の確認を要するとなれば、権利範囲に関する調査に多大なコストがかかることになり、非常に重い調査義務を負担することになってしまう。これでは、行動の自由が大きな制約に服することになる。品種登録簿による公示を過失推定の基礎に置く以上は、それを信頼して行動した者（少

なくとも、品種登録簿記載の審査特性と異なる特性を備えた品種を開発し利用する者」を保護するために、品種登録簿による公示が権利範囲を完全に画するものではないことから、損害賠償請求における過失推定規定適用の前提を欠くものとして、同規定の適用を否定すべきである。⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾ 前述の特許法における特許公報未発行期間の実施と同じ処理をすべきと考えることになる。そうすると、同様に、損害賠償請求における過失推定規定の適用を否定するのみならず、「独自育成の抗弁」を許容し、育成者権侵害自体を否定するという帰結も導かれうる。前稿においても、「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」ことから、真の救済を図るためには、「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、権利の内容及と範囲が完全には公示されておらず、それを現物同士の対比により完全に調査しようとすれば、多大なコストがかかり得る」ことを理由に、「『独自育成の抗弁』⁽⁴³⁾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」と論じたところである。筆者としては、十分に成り立ち得る立論ではあると思いつつも、特許公報未発行期間の実施に対する「独自開発の抗弁」と同様に、今後の課題としてさらに検討を続けていきたい。

(34) 品種登録規則「二条五項も、品種登録簿の「登録品種の植物体の特性記録部には、登録品種の植物体の審査特性に関する事項を記録しなければならない。」とする。

(35) 「重要な形質」は、必ず審査される形質（必須形質）と出願者が求めた場合にのみ審査される形質（選択形質）に区別される。種苗法施行規則五条二項では、「願書には、重要な形質のうち出願品種の審査に関する国際的な基準その他の事情を勘案して、必ず調査しなければならない以外のものとして農林水産大臣が定めて公示する重要な形質については、出願者が当該重要な形質に係る特性が第七条第一項第一号に該当しないと思料する場合には、当該特性を記載しないことができる。」と規定されている。「必ず調査しなければならないもの」が必須形質、「必ず調査しなければならないものの以外のも」が選択形質を指す。

(36) 被疑侵害品種を「登録品種の品種登録審査時と同様又は少なくとも近似した栽培条件、栽培方法等で栽培し、その特性を階級値として特定した結果、品種登録簿に記載された登録品種の審査特性と差がない品種であれば、基本的には「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」に該当」する（農林水産省輸出・国際局知的財産課『逐条解説種苗法（改訂版）』一九三頁（きょうせい、二〇二二年））。

- (37) 愛知・前掲注(4)・一四六―一四九頁。
- (38) 農林水産省・前掲注(36)・一九三頁。「現物主義」が維持される以上、育成者権者は品種登録簿上の審査特性に基づく主張立証もできるというだけであり、現物同士を対比して、直接、被疑侵害品種が「登録品種と特性により明確に区別されない品種」であることを主張立証することもできる(同一九四頁)。
- (39) 農林水産省・前掲注(36)・一九〇頁は、過失推定の根拠として、品種登録簿による公示のほか、登録品種の種苗を業として譲渡または譲渡の申出をする場合には、当該登録品種の名称を使用することが義務づけられること(種苗法二二条一項)、登録品種の種苗を業として譲渡または譲渡のための展示もしくは広告を行う場合には、その種苗が品種登録されている旨の表示を付すことが義務づけられていること(同法五五条)なども挙げている。もともと、登録品種の名称や種苗が品種登録されている旨の表示を見た種苗業者は、それを基に、権利の存在とその内容を品種登録簿によって確認することになるのであるから、これらの名称・表示は品種登録簿による権利範囲の調査のきつかけとなるというのが、実際上の主たる機能であろう。
- (40) 嶋末和秀Ⅱ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『現代的財産法 実務と課題』一三五二頁(発明推進協会、二〇一五年)。
- (41) 愛知・前掲注(4)・一四九―一五〇頁では、「過失推定の覆滅」として処理していたが、特許法における特許公報未発行期間の公示と同様に、権利の内容・範囲について完全な公示がされていないことから、規定適用の前提を欠き、過失推定規定の適用自体を否定するという理論構成に改説する。
- (42) 実際、育成者権侵害に対する過失推定の覆滅を認めた裁判例として、東京地判平成三〇年六月八日平成二六年(ワ)二七七三三号(しいたけ)・知財高判平成三二年三月六日平成三〇年(ネ)一〇〇五三号等(同控訴審)がある。
- (43) 愛知・前掲注(4)・一五〇―一五一頁。

5 おわりに

本稿では、著作権侵害における依拠性の根拠と、反対に特許権侵害等において依拠が要求されておらず、依拠が「擬制」されている根拠、さらに、知的財産諸法が定める過失推定規定の根拠を確認した。依拠の「擬制」や過失推定の根拠は、権利の存在とその内容が公示されているため、権利が及ぶうる範囲を調査するコスト負担はさほど大きくはなく、

調査義務を課しても大きな支障が生じないことに求められる。

そうである以上、この根拠が妥当しない場面、すなわち、公示がなされる前に実施・利用行為が行われる場合や、高度な調査義務を課するのが適切ではない流通業者による譲渡やユーザによる使用の場面、さらに、権利の内容・範囲の全てが公示されるわけではない種苗法に基づく育成者権行使の場面では、過失推定規定の適用自体を否定する、あるいは、適用自体は肯定しつつも推定の覆滅を柔軟に認めていくべきであることを明らかにした。さらに、推定規定適用の前提を欠く場合には、さらに著作権法上の「独自創作」の主張と同様に、「独自開発の抗弁」・「独自育成の抗弁」等を認める可能性を示唆した。まだまだ荒削りの試論であり、残された課題も多いが、公示と権利行使のあり方が広く議論される契機となれば幸いである。

【付記】 本研究は「JSPS 科研費22K01284」の助成を受けたものがある。