

青色花の薔薇か薔薇咲きの堇草か

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2014-07-26 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 夏井, 高人 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/16639

【論 説】

青色花の薔薇か薔薇咲きの萇草か

夏 井 高 人

目 次

- 1 はじめに
- 2 アプローチの本質的構成要素
 - (1) 特許出願
 - (2) 品種登録
 - (3) 商標
- 3 植物交配種に関する命名規約
 - (1) カルタヘナ議定書
 - (2) 国際植物防疫条約
 - (3) 植物の新品種の保護に関する国際条約
 - (4) 国際栽培植物命名規約
- 4 法的課題
 - (1) 品種登録
 - (2) 特許

- (3) 消費者保護
 (4) 環境保護
 5 まとめ

1 はじめに

二〇〇九年末、農林水産省農林水産技術会議は、農林水産研究成果一〇大トビックスの一つとして、「SUNTORY blue rose APPLAUSE」との表題で、サントリーフラワーズ株式会社が世界初の「青いバラ」の開発に成功したとの事実を公示した。⁽¹⁾この文書には、「青い色のバラがないのは、青色色素のデルフィニジンが花弁に存在しないことが理由です。バラにはデルフィニジンを合成するために必要な青色遺伝子（フラボノイド³、⁵水酸化酵素遺伝子）が存在しないためと考えられています」との説明が続いて、サントリーホールディングス株式会社では、「遺伝子組換え技術を用いて、この青色遺伝子をバラに導入することによって、花卉で青色色素をほぼ一〇〇%蓄積させることに成功し」、「不可能の代名詞」とまでいわれた「青いバラ」を開発したとの趣旨の記述がある。

この「APPLAUSE」という名の「青いバラ」なる植物（以下「アプローズ」という。）は、生物多様性に影響しないことを条件に、サントリーホールディングス株式会社が二〇〇八年一月三一日付で農林水産省及び環境省から切り花用を使用・栽培することの承認を得たものである。⁽²⁾

アプローズは、バラ科植物の花色の形成を制御する遺伝子部分をスミレ科植物の遺伝子と組換えて人工的に形成された園芸植物の一種であるので、遺伝子組換え生物等の使用等の規制による生物の多様性の確保に関する法律（平成

一五年法律第九七号・以下「カルタヘナ法」という。)の二条二項に規定する「遺伝子組換え生物」の一種である。ところが、同法には、遺伝子組換え生物の命名に関する条項は存在しないし、同法の基礎となった国際合意である多様性に関する条約のバイオセーフティに関するカルタヘナ議定書((Cartagena Protocol on Biosafety)・以下「カルタヘナ議定書」という。)⁽³⁾の中にも遺伝子組換え生物の命名に関する規律は含まれていない。

他方、園芸植物の交配種(雑種)の命名については国際合意として国際栽培植物命名規約(International Code of Nomenclature for Cultivated Plants (ICNCP))が存在するので、カルタヘナ法における規律とは関係なく、国際栽培植物命名規約に従った植物分類上の取り扱いと命名がなされなければならない。ただし、この国際栽培植物命名規約中には遺伝子組換え植物の命名方法についての手続規定が含まれていないので、遺伝子組換えによる交配種については伝統的な交配に関する規定を準用または類推適用して適用することになる。

ところで、一般に、遺伝子組換え生物の一種である遺伝子組換え植物が異種間の交配種である場合には、それが園芸植物である限り、親種とは異なる新種名により分類特定がなされるべきものとされている。それゆえ、例えば、バラ科植物とスマイレ科植物との間の交配種は、バラ科植物でもスマイレ科植物でもなく、全く別の新種という扱いになる。そして、人工交配種(雑種)としての新種名が未定の間は「種名不詳」として扱われることになるであろう。同様に、全く新たな交配であるために既存の科名または属名が存在しない場合には、「科名未定」または「属名未定」として扱われることになる。

その交配技術として遺伝子組換え技術の応用が行われているとしても、異種間交配の結果生じたバラ科植物とスマイレ科植物との間の交配種(雑種)をバラ科植物として扱うことは、国際栽培植物命名規約上では非合法ということになる。また、バラ科植物ではなくスマイレ科植物との交配種(雑種)は、バラ科植物でもスマイレ科植物でもない。そう

であるにもかかわらず、そのような雑種について仮に「バラ科植物」であることを示す標識が付された場合、その標識は、群としての同一性識別要素として機能するから、外形上ではバラ科植物としての識別力しか有しない以上、人工的な交配品（雑種）としては知的財産権法上の法的保護を受けることができない。この場合、標識が適切でないために情報財としての法的機能が阻害されているものとして理解することも可能である。加えて、バラ科植物ではないものをバラ科植物として消費者に販売した場合には、当然のことながら、商品の同一性及び属性について重大な誤謬を発生させ得ることになるという意味で、消費者保護上の法的問題が生じ得る。

本論文は、以上のような問題意識に基づき、遺伝子組換え技術の応用によって形成された人工交配種の同一性識別に不可欠な命名という標識または識別要素を機軸として、情報財としての人工交配種の命名により生じ得る法的課題について、若干の検討を試み、あるべき解決策を提示し、近未来の社会において真剣に取り組まざるを得ない法的課題を示唆することを目的とする。

2 アプローズの本質的構成要素

前記農林水産省農林水産技術会議の文書には、アプローズを成立させるための構成要素について、その概略しか記載されていない。しかしながら、サントリー株式会社「フラボノイド生成経路を改変したバラ (F35:H, 5AT, Rosa hybrida)」（WKS82/130-9-1, OECD UI: IFD-52901-9）生物多様性影響書の概要」（平成一九年六月）とりわけ同文書中の一七頁以下には、アプローズの製造に必要なフラボノイド等の交換の実際について詳細な説明がなされており、これを読むことによって、バラのフラボノイド形成過程を遺伝子組換えによって改変しアプローズという名の人工合

成による新種植物の胚芽に相当する細胞塊を生成するための技術の概要を理解することができる。⁽⁴⁾

これによれば、人工合成のために宿主として用いられたバラ品種は WKS82 (出願番号一七六三六、出願者京成バラ園芸株式会社)⁽⁵⁾ とのことであり、そして、合成過程を記述した項の結論部分には、「①パンジー由来の E35H 遺伝子をバラで発現させる、②アントシアニンを安定化し、より青色化させるためトレニアアントシアニン5-アシル基転移酵素遺伝子を発現させる、の2種の構成要素をバラに導入し、デルフィニジンを蓄積させ、アントシアニンを安定化させることにより青色のバラを得た」とある。つまり、アプローズがどのような花を咲かせる植物であるのかに關する開発者の自己認識としては、「青いバラ」ではなく「青色のバラ」であったという事実を知ることができる。

他方、アプローズを成立させるために構築された遺伝子組換え技術については国際特許出願「バラの内在性の代謝経路を人為的に抑制し、かつパンジー由来のフラボノイド^{3'}、^{5'}—水酸化酵素をコードする遺伝子を発現させることを特徴とするバラの製造方法」(国際出願番号 PCT/JP2004/011958 (国際出願日二〇〇四年八月一三日)、国際公開番号 WO2005/01747 (国際公開日二〇〇五年二月二四日)、発明者田中良和(四名)がある(以下「青バラ特許出願」という)。

そこで、この青バラ特許出願に記載されているところに基づき、アプローズのような外観上バラ様の青色花を咲かせる人工合成植物を成立させるための構成要素について、本論文における問題提起の趣旨を含め、法的観点を加味した考察を試みる。

(1) 特許出願

青バラ特許出願の「発明の詳細な説明」中の「技術分野」の項には、「本発明は、新たな花色を有するバラの製造方法に関するものである。詳しくは、バラ内在性の代謝経路を人為的に抑制し、かつパンジーのフラボノイド^{3'}、5'-水酸化酵素をコードする遺伝子と、ジヒドロミリセチンを還元するジヒドロフラボノール還元酵素をコードする遺伝子を発現させることによるバラの製造方法に関するものである」と記載されている。⁽⁶⁾

そして、青バラ特許出願の「特許請求の範囲」としては、次のように記載されている。

【請求項1】

バラの内在性の代謝経路を人為的に抑制し、かつパンジー由来のフラボノイド^{3'}、5'-水酸化酵素をコードする遺伝子を発現させることを特徴とするバラの製造方法。

【請求項2】

バラの内在性の代謝経路を人為的に抑制し、かつパンジー由来のフラボノイド^{3'}、5'-水酸化酵素をコードする遺伝子及びジヒドロフラボノール還元酵素をコードする遺伝子を発現させることを特徴とする請求項1記載のバラの製造方法。

【請求項3】

バラの内在性のジヒドロフラボノール還元酵素の発現を人為的に抑制し、かつパンジー由来のフラボノイド^{3'}、

5'—水酸化酵素をコードする遺伝子及びバラ以外の由来のジヒドロフラボノール還元酵素をコードする遺伝子を発現させることを特徴とする請求項2記載のバラの製造方法。

【請求項4】

バラの内在性のフラボノイド3'—水酸化酵素の発現を人為的に抑制し、かつパンジー由来のフラボノイド3'、5'—水酸化酵素をコードする遺伝子を発現させることを特徴とする請求項1記載のバラの製造方法。

【請求項5】

請求項1〜4のいずれか1項記載の製造方法により得られるバラもしくはそれと同じ性質を有するその子孫またはそれらの組織。

【請求項6】

請求項1〜4のいずれか1項記載の製造方法により得られたバラの花弁の色が、紫、青紫又は青であるバラもしくはそれと同じ性質を有する子孫またはそれらの組織。

【請求項7】

バラの花弁の色が、イギリス王立園芸協会カラーチャート(RHSCC)のバイオレットグループ、バイオレットブルーグループまたはブルーグループに属するものであり、請求項6記載のバラもしくはそれと同じ性質を有する子孫またはそれらの組織。

【請求項8】

バラの花弁の色が、イギリス王立園芸協会カラーチャート(RHSCC)のバイオレットグループの85aまたは85bに属するものである、請求項7記載のバラもしくはそれと同じ性質を有する子孫またはそれらの組織。

これら青バラ特許出願の請求項中で、請求項1、2、3、4は、バラ科植物の自然の花形成代謝機能を抑制し、バラ科以外の植物の花形成因子で置き換えた人工合成植物を製造する方法に関するものであり、それぞれ独立している。⁽⁷⁾しかし、前記「技術分野」の項にある「本発明は、新たな花色を有するバラの製造方法に関するものである。詳しくは、バラ内在性の代謝経路を人為的に抑制し、かつパンジーのフラボノイド3'、5'—水酸化酵素をコードする遺伝子と、ジヒドロミリセチンを還元するジヒドロフラボノール還元酵素をコードする遺伝子を発現させることによるバラの製造方法に関するものである」との記載と内容的に一致するのは請求項2である。

請求項1、3及び4は、請求項2とは異なる。

請求項1は、「バラの内在性の代謝経路を人為的に抑制」するという点では請求項2と同じだが、「パンジー由来のフラボノイド3'、5'—水酸化酵素をコードする遺伝子」のみを発現させるものであり、「ジヒドロミリセチンを還元するジヒドロフラボノール還元酵素をコードする遺伝子」とは無関係である点が請求項2と異なっている。

請求項3は、「バラの内在性の代謝経路を人為的に抑制」するのではなく、「バラの内在性のジヒドロフラボノール還元酵素の発現を人為的に抑制」するものであり、かつ、バラ以外の由来の「ジヒドロフラボノール還元酵素をコードする遺伝子」に限定して「ジヒドロフラボノール還元酵素をコードする遺伝子」を発現させるもの、すなわち、バラ内在の「ジヒドロフラボノール還元酵素をコードする遺伝子」をバラ以外由来の「ジヒドロフラボノール還元酵素をコードする遺伝子」と交換するものである点が異なっている。

請求項4は、「バラの内在性の代謝経路を人為的に抑制」するのではなく、「バラの内在性のフラボノイド3'—水酸化酵素の発現を人為的に抑制」するものであり、かつ、「パンジー由来のフラボノイド3'、5'—水酸化酵素をコードする遺伝子」のみを発現させるもの、すなわち、バラ内在の「バラの内在性のフラボノイド3'—水酸化酵素」をパンジー

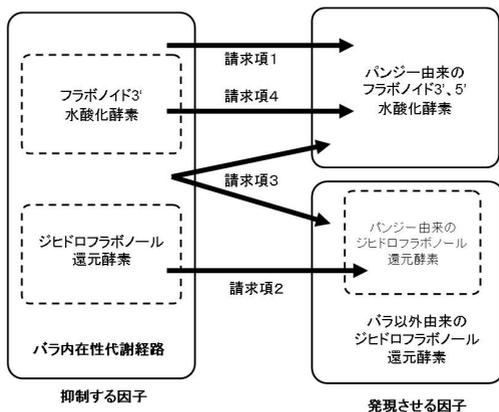


図1 請求項1～請求項4の相互関係

他方、青バラ特許出願の請求項5、6、7、8は、種苗法に基づく品種登録による法的保護とは別に、特許によって品種としての法的保護を獲得することを目的とするものである。この特許出願は国際特許出願であって日本国特許の出願ではないが、日本国の法令の解釈として、特許法と種苗法との適用関係について最も厳格に理解する立場では、

の「フラボノイド3'、5' 水酸化酵素をコードする遺伝子」と交換するものである点が異なっている。以上請求項1ないし請求項4のフラボノイド経路変化による製造方法に関する特許請求項相互の関係を図示すると、図1のようになる。

品種としての保護を特許法によつて得ることはできず、種苗法に基づく品種登録にのみよるべきであると解することに
なる。すなわち、最も嚴格に解する立場では、これらの請求項について特許を認めることができない。しかし、植
物の新品種の保護に関する国際条約 (International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV
Convention)) は、一九九二年改正前は二重保護を禁止していたものの、同改正により二重保護禁止条項が削除され、
日本国もその改正に批准している。そして、現行の種苗法及び特許法のいずれにも二重保護禁止条項が存在しないこ
とから、現時点では、特許法による品種の法的保護は可能であると解するのが多数説である。⁽⁸⁾ただし、別の名称によつ
て二重に保護された場合の対処などに面倒な紛争が生ずる余地がある。⁽⁹⁾

請求項5は、請求項1〜4のいずれかの方法により製造されるバラ科植物の品種 (植物体組織) であつて、かつ、
「紫」、「青紫」または「青」の範疇にあるものについての特許の請求である。しかし、同一の方法によつて青色以外の
多種多様な花色の植物が生成される可能性が非常に大きいことから、この請求項だけで独立して特許を得ることがで
きない。請求項5は、請求項6、請求項7または請求項8と組み合わせられた場合にのみ意味があると解される。

請求項6、請求項7及び請求項8は、いずれも色の相違による同一性識別を目的とするものであるが、色を特定す
るための基準となる構成要素が実質的には全く同一であるので、それぞれ相互に言い換えになつてゐるのに過ぎない。
請求項6は、日本工業規格 JIS Z 8102:2001「物体色の色名」付表一に示されている慣用色名に準拠して、「紫色」、「青
紫色」または「青色」の色名称の範疇にある色の花を咲かせるバラ科植物の品種 (植物体組織) についての特許の請
求である。

請求項7は、国際標準であるイギリス王立園芸協会カラーチャートに準拠して「紫色」、「青紫色」または「青色」の
色名称の範疇にある色の花を咲かせるバラ科植物の品種 (植物体組織) についての特許の請求である。

そして、請求項8は、国際標準であるイギリス王立園芸協会カラーチャートに準拠して「紫色」の色番号の範囲にある色の花を咲かせるバラ科植物の品種（植物体組織）についての特許の請求と解される。

しかし、請求項6で特定される花色の植物の科または属は無数に存在するので、請求項6だけでは特定性がなく、請求項4と組み合わせられた場合にのみ意味がある。⁽¹⁰⁾ 請求項7及び請求項8も請求項6と同様である。

以上から、アプローズの本質的要素を抽出してみると、①バラ内在性の代謝経路を人為的に抑制し、②パンジーのフラボノイド3', 5'-水酸化酵素をコードする遺伝子及びジヒドロミリセチンを還元するジヒドロフラボノール還元酵素をコードする遺伝子を発現させるという方法により製造される③紫色、青紫色または青色の花を咲かせる人工合成植物（新種生物）ということになる。

アプローズの製造において用いられたとされる「遺伝子組換え」に相当するのは、この①と②の部分であり、バラ科植物が本来もっている花色形成代謝機能を破壊・除去し、それに代えて、バラ科植物ではないスミレ科植物であるパンジー⁽¹¹⁾の遺伝子及びジヒドロフラボノール還元酵素をコードする遺伝子を人工的に発生させるといふ部分である。一般に、科を異にする植物間では自然的な受粉による受精及び種子形成がないとされている。青バラ特許出願にかかる技術は、そのように自然界においては決してあり得ないような交雑を強制的・人工的に実現することを目的とするものだと理解することができる。⁽¹²⁾

(2) 品種登録

二〇一三年一〇月一日現在、日本国において、「アプローズ」という名称により種苗法に基づく品種登録がなされた

園芸品種は存在しない。⁽¹³⁾

(3) 商標

二〇一三年一〇月一日現在、サントリーフラワーズ株式会社を権利者とし、「アプローズ」という名称（呼称）で登録された商標には次のものがある。

【登録番号】 第二三八七五五〇号

【登録日】 平成四年（一九九二）三月三二日

【出願番号】 商願平一―一四三七〇五

【出願日】 平成元年（一九八九）二月一五日

【先願権発生日】 平成元年（一九八九）二月一五日

【商品及び役務の区分並びに指定商品又は指定役務】

3 せっけん類、歯磨き、化粧品、植物性天然香料、動物性天然香料、合成香料、調合香料、精油からなる食品香料、薫料

30 食品香料（精油のものを除く。）

アプローズ

【登録番号】 第五二八七三九八号

【登録日】 平成二十二年（二〇〇九）二月一日

【出願番号】 商願二〇〇九一三三三〇九

【出願日】 平成二十二年（二〇〇九）四月二十八日

【先願権発生日】 平成二十二年（二〇〇九）四月二十八日

【商品及び役務の区分並びに指定商品又は指定役務】

31 生花の花輪、野菜、果実、飼料、種子類、木、草、芝、ドライフラワー、苗、苗木、花、牧草、盆栽

アップローズ
APPLAUSE

【登録番号】 第五三二九七四七号

【登録日】 平成二十二年（二〇一〇）六月一日

【出願番号】 商願二〇〇九一八〇四五三

【出願日】 平成二十二年（二〇〇九）一月二十三日

【先願権発生日】 平成二十二年（二〇〇九）一月二十三日

【商標（検索用）】 アプローズ/APPLAUSE

【氏名又は名称】 サントリーフラワーズ株式会社

【商品及び役務の区分並びに指定商品又は指定役務】

アプローズ APPLAUSE

これらの商標のうち、青バラ特許出願にかかる技術により人工的に生成される新種植物それ自体と関係するのは、第五二八七三九八号の商標である。第二三八七五五〇号及び第五三二九七四七号の商標は、その新種植物から得られる副産物（抽出成分、抽出成分を配合した化学製品等）と関係する可能性があるという程度のものと解される。

そして、第五二八七三九八号の商標は、植物の分類学上の種別とは一切関係なく、全ての種類の木本及び草本を含む⁽¹⁴⁾。そして、園芸植物である「バラ」として一般に知られているバラ科植物の多くは木本に属するものであり（ただし、自然界には草本に属するバラ科植物が非常に多数存在する。例えば、イチゴがその代表例である。）、スマレ科植物は通常草本に属する。ところが、青バラ特許出願にかかる技術により人工的に生成される新種植物は、木本であるバラ園芸種に草本であるスマレ科植物の遺伝子を組み込んだものであるので、論理的には木本と草本の中間的な物体であって、純粋な木本でも純粋な草本でもない⁽¹⁵⁾と解する余地がある。このように解する場合には、青バラ特許出願にかかる技術により人工的に生成される新種植物は、第五二八七三九八号の商標による権利保護範囲に含まれないということにならざるを得ない。しかし、現状では、木本でも草本でもない新種生物について適切に「商品の区分」等の記載が可能であるかどうかについては非常に疑わしい。

以上のような問題はあるが、仮に青バラ特許出願にかかる技術により人工的に生成される新種植物についても第五

二八七三九八号の商標による権利保護範囲に含まれるとの見解に基づくとすれば、このような新種植物について「アプローズ」との名称を付した商品として、ライセンス等を得ることなく、生花の花輪や植物体を販売する行為は商標権侵害を構成し得ることになる。

これらの点については、これまで十分に議論されてきたとは言えないので、今後真剣に検討されるべき課題の一つだと考える。その場合、生物分類学上の国際的に承認された考え方を無視し、知的財産権の世界だけで特別の取り扱いをすることは許されないということに細心の注意が払われるべきである。

また、近未来の課題として、三次元プリンタ (3D Printer) を用いた立体印刷技術の普及という事実を考慮に入れた検討も必要になるのではないかと思われる。三次元プリンタは広い意味での印刷技術の一種と考えることができ、実際に二次元印刷を多層に重ねて三次元印刷を実現するタイプの三次元プリンタも多数実在するので、二次元印刷と三次元印刷との間には境界が全くない。

ところで、青バラ特許出願にかかる技術を用いて生成される新種植物を三次元プリンタで立体複製し、その複製物について「アプローズ」なる名称を付した場合、上記の第五二八七三九八号の商標との抵触が発生するかどうかが問題となり得る。⁽¹⁵⁾ 更に、三次元印刷それ自体について第五二八七三九八号商標の権利者であるサントリフラーウズ株式会社以外の権利者によって「アプローズ」の商標登録がなされている場合、立体複製行為または立体印刷された複製物について「アプローズ」の名称使用を阻止することができないという問題が発生し得る。例えば、仮に青バラ特許申請にかかる特許発明が有効であったとしても、その発明技術を実施する際、「アプローズ」という名称では三次元印刷による大量増殖ができないという事態が発生し得る。⁽¹⁶⁾

このことが机上の想定に過ぎないものではなく現実であり得るものであるという事実を示唆するものとして、次の

よ様な商標登録がある。

【登録番号】 第三一〇七七一六号

【登録日】 平成七年（一九九五）一月二六日

【出願番号】 商願平五―二二九八九

【出願日】 平成五年（一九九三）三月五日

【先願権発生日】 平成五年（一九九三）三月五日

【商標（検索用）】 アプローズ／APPLAUSE

【権利者】 メアリー・ケイ・インコーポレイテッド

【商品及び役務の区分並びに指定商品又は指定役務】

16 印刷物

アプローズ
APPLAUSE

なお、青バラ特許申請にかかる技術により生成される人工品種である「アプローズ」を第三者が育成することを商標権によって阻止することができないことは明らかである。例えば、第五二八七三九八号の商標における商品または役務の区分は「生花の花輪、野菜、果実、飼料、種子類、木、草、芝、ドライフラワー、苗、苗木、花、牧草、盆栽」となっており、これらの事項の中には植物の育成またはこれに類する行為についても及ぶと解する余地のあるものが

含まれる。しかし、仮にそのように解することができるとしても、それはあくまでも「アプローチ」という名を用いた植物の育成に限定される。その結果、全く同じ遺伝子組成をもった植物を全く別の名で育成する行為を法的に阻止⁽¹⁷⁾することができない。そのような育成を阻止するためには、少なくとも現行法の下では、種苗法に基づく品種登録または特許権しかない。

3 植物交配種に関する命名規約

私的に飼育されている動物（ペット）の特定の個体について、公序良俗に反するような特殊な場合を除き、原則として、そのペットの飼主が当該ペットを個体識別するための愛称として自由に名称を付することができることについて学説上の異論は存在しないだろうと思われる。このことは植物である園芸品種等でも同じである。⁽¹⁸⁾

しかし、動物及び植物に属する生物はもとより、動物でも植物でもない生物⁽¹⁹⁾に対して、個人が任意の形式及び符号列によって、種としての名称を自由に付することはできない。種の名称の決定に関しては、様々な国際合意が存在し、その国際合意に適合する名称のみが適法な名称である。また、ある特定の種に属する植物の細胞またはカルスについては議論がある。⁽²⁰⁾

ただ、複数存在する国際合意及びその運用上では様々な矛盾が存在しているように思われる。本論文ではその詳細を論ずることができない。そこで、ここでは、本論文における検討に必要な範囲内で、生物種の命名を規律する主要な国際合意等の概要を述べ、問題点を指摘するのとどめる。⁽²¹⁾

(1) カルタヘナ議定書

カルタヘナ議定書は、その本文中に生物種の名称規律に関する条項を一切含んでいない。しかし、カルタヘナ議定書の付属書中には生物種の名称と若干なりとも関連する条項がある。

まず、カルタヘナ議定書八条一項(通告)は「前条一の規定の対象となる変更された生物の意図的な国境を越える移動に先立ち、輸入締約国の権限のある当局に対して書面により当該移動について通告し、又は輸出者がその通告を確実に行うよう義務付ける。その通告には、少なくとも付属書Iに定める情報を含める」と、一〇条三項(c)(決定手続)は、「自国の国内規制の枠組み又は付属書Iの規定に基づいて追加的な関連情報を要請すること。この場合において、輸入締約国が回答すべき期限の計算に当たっては、当該輸入締約国が追加的な関連情報を待たなければならない日数は、算入しない」と、一三条二項(簡易な手続)は、「I(a)の通告において提供される意図的な国境を越える移動に関する情報は、付属書Iに定めるものとする」とそれぞれ規定している。そして、これらの条項に規定する「情報」として、付属書I(c)は、「変更された生物の名称及びその識別についての情報並びに変更された生物の安全性の水準について輸出国における国内の分類がある場合にはその分類」と指定し、また、付属書I(e)は、「変更された生物の安全性に関連する受容体生物又は親生物の分類学上の位置、一般名称、採集され又は取得された場所及び特性」と指定している。

しかしながら、付属書Iそれ自体の中には生物種の命名規律に関する条項が一切含まれていない。

また、カルタヘナ議定書の付属書II(c)及び(f)にも付属書Iと同旨の条項が存在するが、付属書IIの中にも生物種の

命名規律に関する条項が一切含まれていない。

なお、これら附属書Ⅰの規定の態様から推測すると、カルタヘナ議定書は、遺伝子組換え生物について、それが「人工的な雑種の一種（単一種でありながら、遺伝子レベルでは全く異なる種の遺伝子を含み、それらの遺伝子を分離した場合には成立し得ない生物種）である場合が含まれ得る」との科学的な事実認識を明確に共有する人々によって締結された議定書であるとは到底判断できない。⁽²³⁾ つまり、極めて非科学的な認識に基づくものであり、合意としての論理性・合理性を全く欠くものとして、カルタヘナ議定書に規定されている国際合意全体が完全に無効である可能性がある。

(2) 国際植物防疫条約

国際植物防疫条約 (International Plant Protection Convention (IPPC)) (昭和二十七年条約第一五号) は、七条二項（輸入に関する要件）の(i)において、「締約国は、最善を尽くして、規制有害動植物の最新の一覧表を学名を用いて作成し、及び最新のものとし、当該一覧表を事務局長、自国が構成国である地域の植物防疫機関及び要請に応じてその他の締約国に提供する」と規定している。

この条約成立当時においては、無論、遺伝子組換え植物は存在しなかった。しかし、条約の締結趣旨等から考えると、同条約が遺伝子組換え植物のような人工的に生成された新種生物等を検疫の対象から除外するものとは考えられない。

しかしながら、七条二項(i)には「学名⁽²⁴⁾」を用いた一覧表を作成すべきことを規定するのみであり、その学名がどのようなにして決定されるのかについては全く規定されていない。

(3) 植物の新品種の保護に関する国際条約

植物の新品種の保護に関する国際条約は、品種登録する植物等の命名法に関する条項を含まない。しかし、命名は自由放任ではなく、一定の制限がある。特に同条約の二〇条は、次のように規定している。

第二〇条 品種の名称

(1) 「名称の付与及び名称の使用」

- (a) 品種には、その固有性を示すための一名称を付す。
- (b) 締約国は、(4)の規定が適用される場合を除くほか、育成者権の保護の期間及びその満了後において、当該品種につきその登録された名称を自由に使用することが当該登録された名称と同一の名称についての如何なる権利によつても妨げられないことを確保する。

(2) 名称の性格

品種の名称は、品種の識別を可能にするものでなければならない。品種の名称は、品種を示すために慣習として確立している場合を除くほか、数字のみから成るものであってはならない。品種の名称は、品種の特性若しくは価値について又は品種若しくは育成者の識別について誤認又は混同を生じさせる虞のあるものであってはならない。品種の名称は、特に、品種の属する属及び種と同一の属及び種又は品種の属する属及び種に極めて類似する属及び種に属する既存の他の品種につき締約国の領域において使用されている如何なる名称とも異なるもので

なければならぬ。

(3) 名称の登録

品種の名称は、育成者が当局に提示する。当局は、品種の名称が(2)の要件を満たしていないと認める場合は、当該名称の登録を拒絶し、所定の期間内に他の名称を提示するよう育成者に要求する。当局は、育成者権を与えるのと同時に品種の名称を登録する。

(4) 第三者の既存の権利

第三者の既存の権利は、品種の名称の登録によって影響を受けることはない。(7)の規定により品種の名称の使用を義務付けられている者による当該名称の使用が既存の権利に基づき禁止される場合は、当局は、他の名称を提示するよう育成者に要求する。

(5) すべての締約国における同一の名称

一の品種については、すべての締約国において同一の名称を提示しなければならない。各締約国の当局は、品種の名称が当該締約国の領域においては適当でないと認める場合を除くほか、提示された名称を登録する。品種の名称が適当でないと認める場合は、当局は、他の名称を提示するよう育成者に要求する。

(6) 締約国の当局間の情報交換

締約国の当局は、品種の名称に関する情報、特に、名称の提示、登録及び取消を他のすべての締約国の当局に通報する。通報を受けた当局は、必要に応じ、通報を行った当局に対し名称の登録について意見を述べることができる。

(7) 名称を使用する義務

締約国の領域において保護が認められている品種の種の販売の申出又は販売その他の販売手段を当該領域において行う者は、当該品種の育成者権の保護の期間及びその満了後において、当該品種の名称を使用しなければならない。ただし、当該名称の使用が(4)に規定する既存の権利により妨げられない場合に限り。

(8) 名称と共に使用される表示

品種の販売の申出又は販売その他の販売手段に当たっては、登録された名称と共に商標若しくは商号又はこれらに類似する表示を使用することができる。この場合は、登録された名称を容易に識別することができるようにしておかなければならない。

これらの条項の中で(2)は特に重要である。例えば、ラン科植物にツユクサ科植物の遺伝子を組み込んで新種生物を生成した場合、その新種生物は、種名未定の雑種植物なのであって、ラン科植物でもツユクサ科植物でもないで、当該新種生物について、ラン科植物であるとの誤認を生ずるおそれのある名称またはツユクサ科植物であるとの誤認を招く危険性のある名称を付してはならないことになる。換言すると、この例において、当該新種生物は、ラン科植物及びツユクサ科植物であるとの誤認を生ずるおそれのない名称を付さなければならない。このことは、後述のとおり、同条約に基づき制定された日本の種苗法の解釈においても同じである。

(4) 国際栽培植物命名規約

遺伝子組換え技術により自然界には存在し得ない新種生物が植物品種として人工的に生成された場合、それは野生

植物ではないので、栽培植物の命名に関する国際合意である国際栽培植物命名規約に従って命名及び国際的な品種登録がなされなければならない。⁽²⁵⁾

まず、同規約一条(12)は「交配によって生じた栽培植物は、本規約の規定のもとで栽培品種またはグループとして命名される」と定義し、同規約二条(216)は、「別の生物から遺伝子物質を意図的に埋込んだ結果、新しい属性を示す遺伝子組換植物は、栽培品種とみなしうる」と規定している。したがって、青バラ特許申請にかかる技術により生成された新種生物は、同規約に定める「栽培品種」に含まれるものとして、同規約の定める規律に従うべきことになる。そして、その命名の形式(方式)については、同規約一九条に詳細な定めがあり、基本原則として「栽培品種名は、所属する属以下の分類群の正名に栽培品種形容語を組み合わせたものである」(19.1)と規定されている。したがって、国際的な植物名決定機関によって正名が公式に確定されておらず、当該植物の属名が不明または未定の間は、事実上、命名できないという結果になる。⁽²⁶⁾

ただし、この国際規約については、各国の利害対立等が多々あるので、今後更に修正・改正が重ねられる可能性が高い。今後の動向に着目する必要がある。

また、同規約上、各国政府が所管するそれぞれの種苗品種登録機関をもって国際的にも品種登録がなされたとの扱いをすることが許容されており、日本国では農林水産省生産局種苗課が登録機関として指定されている(同規約附属書II)。

ところが、各国における登録の方式や指針等が区々になつていくことから、潜在的にも顕在的にもかなり多数の矛盾と混乱が生じている。にもかかわらず、そのような矛盾や混乱に起因する法的課題について継続して検討・考察をしている研究者は、ほぼ皆無に近いくらい乏しいというのが偽らざる現実である。それゆえ、本論文において示唆す

るような本質的な問題点が社会的に表面化することは滅多にない。問題が現実化していても、そのことが認識される
ことが稀だからである。

4 法的課題

(1) 品種登録

現行の品種登録制度は、登録可能な種が既知の「科」及び「属」のいずれかに属するものであるとの前提に立つて
構成・運用されている。既知の「科」及び「属」のいずれにも属しない新品種は種苗法に基づく品種登録ができない
ことから、結果的に、同法に基づく保護を受けることができない。とりわけ、人工的に生成された新品種の分類学上
の位置づけが未定である間は、いかなる「科」または「属」に属しているともいえない状態になる。仮にたまたま事
実上の品種登録がなされたとしても、分類学上の根拠を全く有しないものとして無効である。⁽²⁷⁾

現行の品種登録制度における上記のような前提に立った法解釈・運用は、「知識の完全性」を前提としていると解さ
れる。換言すると、植物の分類は完全であり、地球上に存在する全ての植物種は既存の植物分類体系上のいずれかの
「科」及び「属」に必ずあてはまるという認識・理解が大前提となっている。

しかしながら、一般に、既存の知識に誤謬や虚偽が含まれていることがあり得ることは当然のことであるし、また、⁽²⁸⁾
そもそも未発見（発見されていても学会誌等において未発表である場合を含む。）の種については知識の欠落が存在す
る。そして、様々な技術を用いて人工的に生成される新種生物は、現時点では存在していないかもしれないが未来の

ある時点では成立するかもしれない生物であり、観念的には、潜在的な「知識の欠落」の一種として理解することができる。このような知識の誤謬及び欠落を前提に考えた場合、現行の法制のような「知識の完全性」⁽²⁹⁾を前提とした法解釈及び法運用は本来的に荒唐無稽であり、論理的には全く根拠のないものである。強いて言えば、既存の知識にすぎない行政当局としては、一応それが正しいものであると仮定した上で既存の知識の範囲内でのみ法執行・法運用を行うという妥協的・現実的な政策を採用するしかなく、ただ、公定力等の行政法上の概念によって守られているのに過ぎないと解することが可能かもしれない。

他方、種苗法四条一項四号は、同法に基づく品種登録出願の要件の一つとして、出願品種の名称が「出願品種に關し誤認を生じ、又はその識別に關し混同を生ずるおそれがあるものであるとき」は品種登録を受けることができないう旨を規定している。この要件は、植物の新品種の保護に関する国際条約二〇条所定の名称要件と対応するものだと理解することができる。そして、「誤認」の意義については、種苗法内には定義規定が存在しない。一般的な法解釈に委ねられているものと解される。

そこで「誤認」の意義について検討してみると、種苗法の所管官庁である農林水産省生産局種苗課の見解によると、「出願品種に關し誤認を生じ」とは、「出願品種の名称が、品種の特性（法第二条第二項参照）又は育成者（法第三条柱書参照）等について事実と異なった認識を与えることである」との法解釈を示しているが、他方で、「その識別に關し混同を生ずる」については、品種間の混同の範囲の識別混同に限定する解釈を示し、品種よりも上位の概念である種または属の混同については何も触れていない。⁽³⁰⁾しかし、品種間の些細な混同よりも種または属の混同のほうがより甚大・深刻な社会的悪影響・害悪をもたらす危険性が明らかに高いことから、同課の見解は、「その識別に關し混同を生ずる」場合を品種の混同のみに限定する趣旨ではなく、種または属の混同を生ずる危険性がある場合にも当然解釈

として「その識別に關し混同を生ずる」場合に含まれると解する趣旨と思われる。

そこで、青バラ特許申請にかかる技術により生成された細胞塊を公知の培養・増殖・育成技術により成長させて成立させた種苗である「アプローチ」について考えてみると、「アプローチ」との名（符号列）のみでは科及び属の特性が示されているわけではないが、登録に際して、「ばら属（*Rosa L.*）」を選択・指定した場合、バラ科バラ属に属する植物品種である「アプローチ」という名称の品種であることを示すことになる。しかし、青バラ特許申請にかかる技術により生成される新種生物は、バラ科植物とスマレ科植物との人工交配による科間雑種（科名及び属名未定）なのであって、バラ科植物ではない。したがって、バラ科植物ではない雑種植物の品種であるのにバラ科植物の品種として品種登録申請がなされた場合、明らかに、品種の「特性」の一種である植物分類学上の位置づけに關して虚偽の内容を含み誤認を生ずるおそれのある申告であり、不適法ということになる。⁽³¹⁾

ところが、この場合、同法四条一項違反は同法一七条一項一号の拒絶理由とはならないが、「アプローチ」という名称それ自体について変更命令の事由がある場合を除き、科または属のあてはめの誤りは「名称の変更」によつて是正することのできないタイプの課題に属するので、同法一六条一項所定の変更命令の対象とはならない。それゆえ、同法一六条一項所定の変更命令違反を理由として同法一七条一項二号に基づき拒絶することもできない。

一般に、このような立法者が立法時点では全く想定できていなかったような事態に属する事案においては、法の規定に基づく対応が不可能な品種登録の申請に対しては、法律上の根拠条項が何も存在しない以上、処分庁としては、何らの対応も全くしないで申請を放置したままとせざるを得なくなる。その結果、事実上のものとして、処分庁から申請の取消（撤回）を求められることもあり得ると思われる。

このような事態は、「知識が不完全であることを」を全く認識せず、「生物分類に關する知識が確固不変のものとし

て完成された分類体系及び識別基準が現実に存在している」と錯覚して種苗法が立法されたこと、更に遡っては同様の錯誤に基づいて関連する国際条約が合意されたことに起因するものである。種苗法の構造上の重大な欠陥の一つとして指摘することができる。⁽³²⁾

他方において、遺伝子組換え植物については、「組換えられる側の親株のままの植物であり、雑種ではない」との見解もあり得る。この見解を採用した場合、元のままであるはずのものがどうして新品種になるのか説明できない。また、組換えに用いられる遺伝子の親株もまた同じく親株なのであり、組換えられる側だけを親株とする恣意的な解釈について合理的な根拠を見出すことができない。ここでは、「組換えられる側だけを親株としてみなしたい」という人間の願望または欲望が存在しているのみであり、科学的には全く根拠のない言説と言わざるを得ない。したがって、ほんのわずかでも別種の遺伝子が含まれている植物については、それが遺伝子組換えによる場合であるか伝統的な交配技術による場合であるかを問わず、どちらか一方の親株の一種であるとの取り扱いをすることは許されず、そのような前提で誤ってなされてしまった品種登録は全て無効である。同様に、そのような意味で無効な品種登録名を前提にして更に交配等がなされ派生品種が生み出された場合、それら派生品種全てについて、植物分類上の物理的誤りが含まれていることになるので、全て無効になると解するべきである。

(2) 特許

一般に、特許制度は、特許請求項によって示された技術等の中で進歩性、有用性及び実施可能性が合理的かつ適法に認められ得る範囲内にあるものを知的財産権の一種として保護するものであるが、その権利保護範囲は、そのよう

にして実施可能性等が合理的かつ適法に認められ得る範囲内に限定される⁽³³⁾。そして、有効に成立した特許であっても、その権利保護範囲及び内容については更に厳密な検討が加えられるべき場合がある。有効に成立した特許権はとりわけ強い独占権を有するものである。それゆえ、例えば、植物と関連する特許について述べると、法的に肯定される権利本来の保護範囲を超えた法的効力は、伝統的・歴史的に自由な趣味の世界に属すると理解されてきた園芸文化に対して重大な制約を加えるものとして極めて不当であるので、認められるべきではない⁽³⁴⁾。

裁判所は、この点に関して、「発明とは、自然法則の利用に基礎付けられた一定の技術に関する創作的な思想であり、その創作された技術内容は、その技術分野における通常の知識経験を持つ者であれば何人でもこれを反復実施してその目的とする技術効果を挙げるができる程度にまで具体化され、客観化されたものでなければならず、その技術内容がこの程度に構成されていないものは、発明としては未完成のものであって、特許法二条一項にいう発明とはいえない」と解している（最高裁昭和四四年一月二八日第三小法廷判決・民集二三卷一号五四頁⁽³⁵⁾）。

このような観点から検討してみると、青バラ特許申請に実施例として記載されているところを仔細に検討してみると、青バラ特許申請にかかる技術の実施試験が再現可能なものとして成功したことによって青色の花を咲かせる植物の試験株の生成に成功したのか、それとも、たまたま自然発生的な突然変異に遭遇することができたというだけなのかを判別することは非常に難しい（特に、遺伝子組換えにより生成された細胞塊を植物体へと成長させる過程で突然変異その他の自然的要因による影響を受けていないことの証明はない）。つまり、青バラ特許申請にかかる技術の科学的再現可能性または検証可能性が確実であることの実証、法的には第三者による再現的利用の可能性という意味での実施可能性の実証が確実にできているかどうかについては疑問である。

他方、仮に発明として認められ得る技術である場合であっても、問題が残る。青バラ特許申請中の実施例4の記述

によると、「バラの形質転換に関してはすでに多くの方法が報告されており（中略）、これらの方法に従って形質転換を実施できる。具体的にはアグロバクテリウム・ツメファシエンス (*Agrobacterium tumefaciens*) Ag 10株 (Lazo et al. Bio/Technology 9: 963-967, 1991) の菌液中に、無菌苗の葉から誘導したバラのカルスを五分間浸し、滅菌濾紙で余分な菌液を拭き取った後、継代用培地に移植し、二日間暗所で共存培養した。その後、カルベニシリンを四〇〇 mg/L 加えた MS 液体培地で洗浄し、継代用培地にカナマイシン五〇 mg/L とカルベニシリン二〇〇 mg/L を加えた選抜・除菌用培地へ移植した。選抜培地上で生育阻害を受けず、正常に増殖する部分の移植と培養を繰り返し、カナマイシン耐性カルスを選抜した。カナマイシン耐性を示した形質転換カルスを、カナマイシン五〇 mg/L、カルベニシリン二〇〇 mg/L を添加した再分化用の培地で培養し、カナマイシン耐性シュートを得た。得られたシュートは 1/2MS 培地で発根させた後、馴化を行った。馴化個体は鉢上げ後、閉鎖系温室で栽培して開花させた」というのであるから、青バラ特許申請にかかる技術により生成された細胞塊を増殖して植物体へと成長させるためには、当該特許技術とは全く無関係な公知の増殖技術が用いられたということ⁽³⁶⁾を理解することができる。

青バラ特許申請にかかる技術は、あくまでも遺伝子組換え技術の応用である「バラの製造方法に関するもの」であって、その技術を用いて生成された新種生物の栽培方法、増殖方法または繁殖方法に関するものではない。したがって、仮にこの技術について特許が有効に成立する場合でも、その権利保護範囲は、生成された新種生物の増殖・繁殖にまでは及ぶものではなく、当該新種生物の第三者による育成・栽培を当該特許権によって阻止することができない。そのような育成・栽培の権利を独占するためには、日本の現行法下においては、種苗法に基づく品種登録をする以外にはないものと解される。

ただし、現行の種苗法の解釈・運用上、バラ科植物とスミレ科植物との雑種である科名未定新種植物については品

種登録の途が存在しないことは既述のとおりであるので、結果的に、法改正等によって現状が変更されない限り、「アプローズ」の増殖・育成を知的財産の一種として保護するための法的手段は存在しないことになる。⁽³⁷⁾

(3) 消費者保護

既述のとおり、植物の新品種の保護に関する国際条約の解釈上、遺伝子組換え技術を用いて別種の遺伝子を組み込んで生成された新種生物について、親となった生物との誤認を招くような名称を用いることが禁止されていることは既述のとおりである。したがって、例えば、マメ科植物であるダイズ（大豆）に別の種に属する植物の遺伝子を組み込んで生成した新種生物（人工品種である雑種）については、「大豆」と同一または同種の植物であるとの誤認を招くような名称を用いることは許されず、全く別の新種生物であることが一義的明瞭に理解できるように名称としなければならぬ。のみならず、マメ科植物の遺伝子にマメ科以外の科に属する植物の遺伝子を組み込んで生成された新種生物は、マメ科植物ではなくマメ科植物と非マメ科植物との雑種である科名未定の人工新種植物であることになるので、マメ科植物であるとの誤認を招くような名称を付することが許されない。このことは、消費者保護の関係でも大きな問題性を含んでいると考えられる。⁽³⁸⁾ その中で最も重要な検討課題は、景品表示法違反の有無である。

例えば、ある特定の植物の分類学上の位置づけが消費者契約法四条一項一号所定の「重要事項」に該当する場合には、消費者は、当該消費者契約を取り消すことができる。また、ある特定の植物が遺伝子組換え植物であることの告知または不告知が同法四条二項所定の錯誤の原因となる場合には、消費者は、当該消費者契約を取り消すことができる。問題は、特定の植物が遺伝子組換え植物である場合、その事実について「重要事項」として消費者契約法上の要

件該当性があるかどうかである。ここまで論じてきたとおり、異なる種の遺伝子の組換え技術の応用により生成された新種生物については、その親となった植物と同一の科または属に属する植物であるとの誤認が生じないように命名しなければならない。このこととの解釈論上のバランスも考慮して考えると、異なる科または属に属する種間の雑種に関する限り、親となった種が属する科または属と同一の科または属に属するものとの誤認を生じさせるような名称を用いた商品が取引の目的物である場合には、消費者契約上の重要事項と解して差し支えないものと解する。

他方、事案によつては、不当商品類及び不当表示防止法四条所定の不当表示に該当することもあり得るのではないかと解する。⁽³⁹⁾ただ、同法は、工場で製造される工業製品である商品等を念頭において制定されたものであるので、遺伝子組換え作物等への適用については異論が多々あり得るのではないかと思われる。しかしながら、現代社会では、植物工場において工業製品として農作物を大量に生産・出荷することがごく普通に行われるようになってきている。本格的な植物工場とは言えなくても普通のビニールハウス内で行われている農業の手法も、基本的には植物工場と同じような考え方を基盤とするものである。⁽⁴⁰⁾かつての牧歌的な農村風景だけをイメージするのは極めて愚かなことである。したがって、人工的に生産される作物についても、それ以外の無機質な工業製品と法適用上差異を設けるべき合理的根拠が全くない。⁽⁴¹⁾

これらの点については、従来あまり論じられてこなかった。それは、消費者保護法関連の研究者でさえ、遺伝子組換え植物が雑種であり、親となった植物と誤認するような名称を付してはならないとの国際ルールが確立されているという事実を十分に認識していなかったためではないかと推測される。今後、この分野においても更に検討が深められることを期待したい。⁽⁴²⁾

(4) 環境保護

前掲「フラボノイド生合成経路を改変したバラ (F357H, 5AT, Rosa hybrida)」（WKS82/130-9-1, OECD UI: IFD-52901-9) 生物多様性影響書の概要」によれば、環境影響評価として、バラ科植物との交雑の可能性について検討がなされたことを知ることができる。同概要の三九頁には、「園芸種はバラ属の近縁野生種と交雑可能である。近縁野生種のうち、日本で自生するのはノイバラ (*R. multiflora* Thunb. ex Murray)」、テリハノイバラ (*R. wichuriana* Crép.)、マナス (*R. rugosa* Thunb. ex Murray)」、オオタカネバラ (*R. acicularis* Lindl.)」、カブフトイバラ (*R. marretii* Lévl.)、オオフジイバラ、アズマイバラ、ヤマテリハノイバラ (*R. luciae* Franch. et Roehrb.)、ヤマイバラ (*R. sambucina* Koidz.)、カカヤンバラ、ヤエヤマノイバラ (*R. bracteata* Wendl.)、ナニワイバラ (*R. laevigata* Michx.)、サンシヨウバラ (*R. roxburghii* Tratt. var. *hirtula* (Regel) Rehd. et Wils.) の10種とタカネバラ (*R. acicularis* var. *nipponensis* (Crép.) Koehne.)、ツクシイバラ (*R. multiflora* var. *adenochoeta* (Koidz.) Makino)」、モリイバラ (*R. luciae* var. *hakonensis* Franch. et Sav.)、フジイバラ (*R. luciae* var. *fujisanensis* Makino)」、ヤブイバラ、ニオイイバラ (*R. luciae* var. *onoei* (Makino) Momiyama)」、ニヤコイバラ (*R. luciae* var. *paniculgera* (Makino) Momiyama) の6変種のみであり、本組換え体との交雑の可能性が考えられるのはこれら10種と6変種に限られる。以上のことから、これら10種と6変種が交雑の可能性のある野生植物として特定された」との記載がある。そして、これらの植物等との交雑の可能性についての検討の結果として、同概要の四一頁には「本組換え体が近縁野生種と交雑する可能性はないか、あっても極めて低く、また交雑することにより得られた交雑種が我が国の環境に適応して、近縁野生種の生育等に悪影響を及ぼす可

能性は極めて低いことから、交雑性に起因する生物多様性影響を生ずるおそれはないと判断された」との記載がある。しかしながら、このような「交雑の可能性のある野生植物」の特定に合理性はない。なぜなら、「アプローズ」はバラ科植物とスミレ科植物との人工的な雑種である新種生物であり、外観上はいかにもバラの形状をしていてもバラ科植物ではないのに、バラ科植物であるとの認識のみを前提とし、バラ科植物に含まれる一〇種及び六変種の野生バラ科植物のみに限定して交雑可能性の検討対象としているのは誤りだからである。

とりわけ、青バラ特許申請にかかる技術は植物の生殖器及び細胞の発生に直接影響を与えるものである。それゆえ、その技術を応用して実際に得られた植物である「アプローズ」がバラ科植物としての特性のみを残しているとするこゝとは単に論理矛盾となるだけではなく、「アプローズ」がスミレ科植物としての遺伝的特性を失っていない可能性を完全に否定することはできない⁽⁴³⁾。したがって、「アプローズ」にはスミレ科植物の遺伝子が含まれているという意味で、スミレ科植物との交雑可能性についても検討がなされなければならない。しかし、そのような検討がなされていない以上、遺伝子拡散の危険性の検討対象の特定として極めて重大な欠落があると言わざるを得ない⁽⁴⁴⁾。加えて、遺伝子組換えによって、バラ科及びスミレ科以外の植物との交雑能力を有するに至ることが絶対には断定できない。

それゆえ、遺伝子汚染の危険性の有無という観点からは、バラ科だけに限定せず、スミレ科を含め、およそ接触可能性を有する限り地球上にある全ての種類の植物との交雑の可能性について検討しなければならぬとするのが理論的には最も正当な考え方であらざるを得ない⁽⁴⁵⁾。

他方、花粉などを介してなされる交雑の危険性だけが生態系への影響ではない。植物の中には、植物体の一部の組織を用いて繁殖用の特殊な形状のクローンを生成し栄養繁殖することがある。例えば、ムカゴや分球した球根などがその例である。また、植物体の一部を延長し、別の場所に定着すると伸びた部分を切り離して別個体とする方法で栄

養繁殖するものもある。根や地下茎などを長く伸ばした先に新芽が形成される場合などがその例である。そして、挿し木、挿し茎、挿し葉などのように植物体の一部を切り取り、それを地面に植えて根を形成させクローンを繁殖する技術が園芸の世界では古くから非常に広く利用されている。加えて、スマレ科の植物など比較的多くの種類の植物において、閉鎖花を形成し、外の個体との遺伝子交換を全く経ないで自己のクローンである種子を形成し、それをばらまくことによつて大規模に繁殖するものがあることが広く知られている。これらと同様のことは、当然のことながら、自然界で常に発生し続けている。

ところで、「アプローズ」にはバラ科植物の遺伝子が含まれているので、バラ科植物としての特性を有している可能性が高い。そして、一般に、バラ科植物は、挿し木や接木などの方法で容易に栄養繁殖させることが可能であることが知られている。それだけではなく、バラ科植物の中には、環境条件次第で、枝をツル状に長く伸ばし、這つたり他の樹木等にかまったりすることによつて勢力範囲を拡張する高い能力を有するものが少なくない。これらのことから、「アプローズ」にもこのような栄養繁殖上の形質上の特性がある可能性が高いにもかかわらず、同概要ではほとんど検討されていない。「アプローズ」をバラ科植物の一種としてとらえる立場に基づいて検討がなされているとしておりながら、バラ科植物一般の形質上の特性や普通の園芸栽培方法について全く無知な状態でこの検討結果が示されていることは非常に奇異なことである。

以上は、「アプローズ」を例にとつた議論ということになる。しかしながら、同様のことが全ての種類の遺伝子組換え植物について言えることは自明である。したがって、本論文で示したような考察の視点を踏まえ、遺伝子組換え植物については、既に承認済みのものを含め、全面的な再評価が求められる。それなしには、真の意味で環境影響評価が尽くされたとは到底認め難い。

5 まとめ

本論文においては、今日では比較的ありふれた技術的手段として認識されるに至っている遺伝子組換え技術の応用によって形成された人工交配種（人工雑種である新種生物）の同一性識別に不可欠な命名という問題を機軸として、情報財としての人工交配種の名が知的財産法制等の法適用の場面で重大な問題を惹起しかねないということを指摘した。

本論文で示唆した問題点は、個々の植物品種の法的保護という観点からだけではなく、国際取引上や国際的な農業政策にも重大な影響を与え得るものであると同時に、国民の生命・健康の確保や消費者保護という意味でも重要な課題を含んでいる。国際的に承認され得る合理的な解決手段が模索されなければならない。具体的には、伝統的な交配の方法によるにせよ遺伝子組換えのような高度な科学技術の応用によるにせよ、異なる種の遺伝子を共存させた新種生物を生成した場合には、その新種生物は雑種 (hybrid) の一種であるという極めて当たり前の認識を全世界の人々が共有することが大事である。そのような認識の共有を実現した上で、そのような雑種についての国際的に統一された命名法及びそのための組織を確立しなければならない。⁽⁴⁶⁾ そのようにして明確な識別基準を確立することによって、多額の費用を支出して開発された新品種等が適法かつ妥当に法的な保護を受けることができるようになるし、また、そのような新品種等を商品として取引活動をする経済社会が法的に保護されることになる。

他方、科学技術は日進月歩であるので、非常に近い将来、任意のDNA（アミノ酸またはそれを構成する分子・原子）について、超高性能三次元プリンタを用いて分子レベルまたは原子レベルで任意に操作し物理的に修正する技術が確立され、多方面で応用されることになるだろう。この技術は、従来の遺伝子組換え技術とは全く異なり、遺伝子を媒

介するベクターなどの存在を一切要せず、遺伝子に対して直接の操作を行い、予めプログラムに記述されたとおりに
 改変・修正することを可能とする。そのようにして生まれた改変種は、もはや交配種概念の範疇を超えるものである。
 要するに、伝統的な意味での交配や品種改良の概念を基礎とする法制度は既に相当陳腐化しているものであり、今
 後は、任意の人工生命体の製造や生命体、非生命体とのハイブリッド、そして、それらの人工的な共生体のようなも
 のを想定した法制度の設計が必要である。そして、あくまでも抽象モデルのレベルの問題としては、そのような意味
 での生物と非生物とを全く区別しないサイバネティクスベースでの法学体系すなわち真の意味でのサイバー法の確立
 をめざした学術研究上の試みが重ねられなければならない。

本論文が以上のような意味での近未来における全く新しい法現象を認識するための契機の一つとなり、それに対応
 するための全く新たな法制度設計の検討のためにいくばくかの寄与となり、それによって、人間社会や経済取引のあ
 るべき姿の形成に貢献することとなれば幸いである。⁽⁴⁷⁾

— 法 律 論 叢 —

注

- (1) 「SUNTORY blue rose APPLAUSE」新発売―世界初の「青いバラ」がいよいよ発売―
http://www.s.aifrc.go.jp/docs/pdf/2009_02.pdf [二〇一三年九月七日確認]
- (2) 平成二五年八月二日現在における「カルタヘナ法に基づく第一種使用規程が承認された遺伝子組換え農作物一覧（作物別、承
 認順）」は、農林水産省のサイトで公開されている。
http://www.maff.go.jp/syontan/nouan/carta/clist/pdf/list02_20120904.pdf [二〇一三年一〇月一〇日確認]
- (3) 外務省のサイトで翻訳文が公表されている。
<http://www.mofa.go.jp/mofaj/galco/kankyo/jyoyaku/cartagena.html> [二〇一三年九月七日確認]
- (4) <http://www.bch.biodic.go.jp/download/lmo/public-comment/130-9-1-2007ap.pdf> [二〇一三年九月七日確認]
- (5) 登録品種名は「ケイハブルー」（登録番号一五七二九）である。

- (6) アプローズの開発時点においては、青色色素発現を誘導する因子としてスミレ科植物の遺伝子が着目され実際に使用された。しかし、今日では、花の青色色素発現を誘導する因子として、スミレ科植物ではなくツユクサ科植物の遺伝子が着目されており、それを用いた遺伝子組換えの試みのほうが多い。例えば、「ツユクサのフラボノイド³⁾、5'-水酸化酵素遺伝子(特開2008-253250 (P2008-253250A))」などがある。
- (7) 請求項としての記述の具体性・特定性の有無については賛否両論があり得ると思われる。一般に、製造方法特許における請求項の記述が抽象的であり特定していかないとするれば、新規性・有用性・実施可能性があると判定するのは難しい。青バラ特許出願に限定するというと、特許請求項以外の部分の記述と総合して判断した場合の権利保護範囲の解釈は、多義的であり得るように思われる。なお、この点に関しては、竹田稔監修『特許審査・審判の法理と課題』(発明協会、二〇〇二)四一九頁以下、「片山英二」、辻丸光一郎『バイオ特許の実務』(経済産業調査会、二〇〇四)二六三頁以下、村林隆一・松本好史・伊原友己・平野和宏・中野睦子『植物新品種保護の実務』(経済産業調査会、二〇〇四)一五九頁以下が参考になる。
- (8) 井内龍二・伊藤武泰・谷口直也「特許法と種苗法の比較」パテント六一巻九号四九頁
- (9) 農林水産省生産局種苗課編『改訂新版逐条解説種苗法—平成15年・17年改正法対応』(経済産業調査会、二〇〇六)一四頁以下では、品種としての特許が認められる場合は単に品種として新規性があるというだけではなく製造方法等について新規性がある場合に限定されることになるとの理解を前提に、品種を特許法と種苗法の両方で保護しても実害が発生するおそれはないとされている。しかしながら、例えば、同一の植物品種についてその名称とは無関係に製造方法についてのみ特許を得ている者が、同一の植物品種についてBという名称で品種登録をしたという事例などでは特に問題が発生することはないだろうと考えられるが、そうではなく、Aという名称の植物品種の製造方法として特許を得ている者が同一の植物品種についてBという名称で品種登録もしているといった事例を想定してみると、同一の植物品種について過大な法的保護を与えることになると考えられる。本論文では、異種間の人工合成種については、その親となった植物が属する科や属とは異なる新種の人工交配種として権利保護をすべきであるとの立場を採っているが、仮に私見を是とする場合、既存の科または属によってその植物の分類学上の特定をすることができないので、何らかの仮の名称(先の想定事例ではA)を付して特許申請をするしかなくなることになり、その結果として懸念するような事態が発生する確率も増加することになると思われる。
- (10) 伝統的な受粉という人工交配によって作出されたバラ科植物園芸品種として、「紫」及び「青紫」の範疇にある色の花を咲かせる園芸品種は無数に存在する。バラは文学作品の中ではしばしば登場するものでありながら、バラ科に属する従来の園芸品

種中で「青」の範疇に属する色の花を咲かせる品種は存在しなかったし、厳密には現時点でも存在していない（既述のとおり、アプローズは青紫色の花を咲かせるバラである）。

(11)

ここでいう「パンジー」なる植物が通常の学名によって示される植物としては何という植物を指すのかは全く不明である。一般に、「パンジー」という名（総称）で知られている植物は、和名を「サンシキスマイレ（三色堇）」と呼ばれる園芸植物である。この植物は、野生植物である *Viola tricolor* の栽培品の中から交配・選抜によってつくりだされた一群の園芸品種の一種であり、交配品（交雑種）であることを示す *Viola × wittrockiana* との学名をあてるのが一般的になっている（ただし、分類学上の異論がある）。*Viola × wittrockiana* は、青だけではなく、赤、黄、白などの色素を誘導する代謝因子を内在する植物なので、「パンジー」というだけで必ず青色の花を咲かせるわけではないところか「三色堇」の名のとおり多種多様な組み合わせの色の花を咲かせる園芸植物として広く知られている。青バラ特許出願において「パンジー」の名が記載されているのは、合理的に理解しようとする限り、①パンジーと総称される一群の園芸植物中のいずれかの植物の遺伝子であって、かつ、②フラボノイド^{3'}、5'-水酸化酵素をコードするものという意味と解される。しかし、パンジーという園芸植物は、過去多年にわたりかなり多重に交配を重ねてきたものであることからすると、そもそも多様な遺伝子を含む植物群であると推定される。そのことからすると、パンジーと名のつく植物の遺伝子中から一義的明確に「フラボノイド^{3'}、5'-水酸化酵素をコードする遺伝子」のみを抽出することが可能かについてはかなり疑問である。実施例においてはたまたまその抽出に成功したかもしれない。しかし、パンジーと名のつくものであればどの個体からでも同様に「フラボノイド^{3'}、5'-水酸化酵素をコードする遺伝子」のみを得られるという検証結果が示されるか否かは全く不明である。加えて、「フラボノイド^{3'}、5'-水酸化酵素」という名称・表現のみで青色の色素発現因子として一義的明確に紛れなく特定されていると言えるか否かも不明である（正確には、遺伝子構成要素の配列中の特定部分のみが意味を有することになるので、その部分の範囲及び機能が明確に特定されていない限り、遺伝子関連特許としての特定性に欠けるということができる。特定の特許において産業上の有用性があると認められた機能以外に作用する遺伝子構成要素部分は、当該特許においては権利性を有しない無意味記述に過ぎない。そして、意味られたる遺伝子構成要素部分のみを比較した場合、一義的明確に特定の機能を必ず発現させるという関係が証明されなければならぬ。この点に関しては、前記「ツユクサのフラボノイド^{3'}、5'-水酸化酵素遺伝子（特開二〇〇八—二五三二五〇）」との比較検討をしてみることが有用である。この点を明確にするためには、およそパンジーという名称の植物由来のものでありさえすれば、いかなる植物から得られるものであっても、「フラボノイド^{3'}、5'-水酸化酵素」の範疇に属するものである限り、それ

を用いられ、いかなる条件の下においても、必ず「青色の花色の形成のみを誘導し」、「他の形質が一切発現しない」という事実を多数の証拠によって実証・証明する必要があるのではないかと考えられる。同様に、請求項には「バラ」としかないので、バラ科植物に限定がないように読める。そこで、実際に宿主として用いられた「ケイハブルー」以外のバラ園芸用品を用いた場合でも、遺伝子組換え処理それ自体に誤りがない限り、必ず「青」の花を咲かせる個体を生成することができるという結果が得られるかどうかを検証されなければならない。しかしながら、青バラ特許出願中の請求項5ないし8には「紫」、「青紫」及び「青」との花色が示されている。この点をどう評価するかによって、特許としての有用性評価が異なる結果となるのではないかと考えられる。

(12) 伝統的な園芸栽培上における交配技術によっては受精不可能とされているものであっても、将来、特殊なホルモン等の化学物質が発見または開発され、どのような科または属に属する植物間であっても自由自在に交配が可能となる時代が到来するかもしれない。もしそのような時代になると、自然的な交配(交雑)の可能性の有無に関する自然科学上及び一般社会通念上の評価尺度にも当然に変容が生ずることになる。

(13) 「アプローズ」という語を含む園芸品種としては、シンビジウムの交配品種である「エンザンチャレンジアプローズ」(登録番号六七二四、登録者有限会社向山蘭園)が一品種あるだけである。

(14) 「草」や「木」に関する商標について、木本及び草本に含まれない植物に対しても当該商標権の法的効力が及ぶかどうかについては、不明である。私見としては、法的効力が全く及ばないと解するのが妥当である。例えば、蘚苔類や藻類などは、植物の一種ではあるが、草本でも木本でもない。また、植物の一種として分類されている単細胞生物等(植物性プランクトンの類を含む。)も同じである。

(15) 現行の商標役務分類によると、「印刷物」(第一六類)とは「絵はがき、楽譜、歌集、カタログ、カレンダー、雑誌、時刻表、書籍、新聞、地図、日記帳、ニュースレター、パンフレット」であるとされている。しかし、これらの物品が二次元的のものでなければならぬとの限定は一切存在しない。現実には、立体物である楽譜、歌集、カタログ、カレンダー、書籍、日記帳、パンフレットの類がかなり多数ごく普通に流通している。それゆえ、例えば、三次元プリンタで製造したバラの形状をした有機質の生きた日記帳(例えば、花びら一枚一枚に個別の色素変容を人工的に作用させ、あたかも文字列であるかのような花柄を生成し、社会的な機能としては日記帳としての機能を有するようにした外観上バラ科植物様の人工生命体の一種、非生物である造花の一種またはその混合物)であるような立体の印刷物、あるいは、電子データを受信し三次元プリンタで実物そっくりのミ

ニチュア立体物を立体印刷するという技術を応用した印刷物であるバラのように見える植物のカタログ(有機物で立体印刷することによって生きた植物様新種生命体で構成されるカタログのようなものも理論的には成立可能である。)であるような印刷物などを構築することは、理論的には、非常に近い将来において実現可能な範囲内にあると思われる。この例でも分かるように、従来標準的と思われる商品や役務とは全く異なる特性を有し、従来の方法とは全く異なる手段により生成・構成される商品や役務が非常に広範囲な領域において「印刷物」として出現する現実的な可能性が極めて高いと言える。他方で、印刷の対象となる媒体に限定はないので、例えば、三次元プリンタを用い、人間を含む動物や植物などの生体組織に有機物を噴霧して立体を構成した結果として生成されるものは「印刷物」の範疇に属する。将来的には、がん治療などの方法として特定の種類の細胞を人間の身体内に定着させる場合や、普通のバラに花だけ青いバラが咲いているような造形を実現するために、このような三次元印刷技術が利用される可能性があり、そのような場合でも全て「印刷物」の範疇に属する。しかしながら、法学者や立法者の圧倒的多数は、三次元プリンタを用いた立体物の生成(立体印刷)の可能性について想像力を働かせる能力を有していないか、そのような想像力を働かせる訓練を全く受けていないし、仮に想像できた場合でも現行の役務分類を適法に上書きしてしまうような横断的な技術的要素に基づく商品や役務について適切なあてはめをするような判断基準が提供されていないので判断のしようがなく途方にくれるという結果となる。そもそも三次元プリンタのもつ潜在的または顕在的な技術的能力の恐ろしさまたは社会的影響力を全く認識していない場合が少なくないものと推定される。私見としては、三次元プリンタを制する者が未来社会を制するのであり、事実上の物質伝送的機能を有する三次元プリンタが実在し更に高度化する現実の蓋然性の異常な高さを一日でも早く認識すべきであることを強調したい。更に翻つて考えてみると、現行の役務区分それぞれ自体が識別力という観点では合理的に機能しないものとされてしまっていること、換言すると、三次元プリンタという驚異の技術の出現によって商標制度の根幹がほぼ全面的に反故にされつつあるということを理解すべきだと考える。

(16) 印刷に用いられる顔料または微粒子素材について、無機物に限定するという理解は全く存在しないし、理論的にも成立しない。現実には有機物である顔料や有機物を含む顔料が多数存在する。そして、顔料の全てが有機物であるアミノ酸の一種である場合または他の要素と結合されることによりアミノ酸の一種として機能し得る無機または有機の化学物質等でも、それを用いた人工的な複製的微粒子配置技術は「印刷」及び「印刷物」の範疇に属する。

(17) 「アプローズ」はバラ科植物とスマイレ科植物の人工的に生成された雑種としての新種生命体であるが、もしバラ科植物としての形質を濃厚に残しているとすれば、他の一般的なバラ科植物と同様に、挿し木や接木等の方法(栄養繁殖の一種)により

極めて容易に増殖することができると考えられる。

- (18) かつて、「キャベツには心がある」との俗説が流布されたことがある。それを信じた人々の中には、自分が栽培しているキャベツに愛称をつけ、その名で呼びかけたたりした者があるという。

- (19) 代表的な例として、キノコ(茸)などのような菌類がある。菌類は、生物の分類上、動物でも植物でもないのが国際的に共通の認識となっており、そのこと自体を否定する見解はないと考えられる。したがって、菌類に属する生物を動物品種または植物品種として扱うことは、法律上も事実上も許されない。この点と関連して、種苗法施行令一条は菌類を「植物」とみなしているが、疑問であり、当該条項が無効であると解する余地がある。最も妥当な解決策としては、動物及び植物以外の種として分類される種に属する生物種の種苗についても適用可能性を拡大する方向で、可及的速やかに種苗法の一部改正がなされるべきである。この点に関する裁判例として、知的財産高等裁判所平成一八年二月二十五日判決・判例時報一九九三号一七頁があるが、特に検討を加えることなく菌類を植物の一種として扱っている部分については、判決理由としての合理性に疑義がある(ただし、請求棄却の結論になっているので、判決としての結果に変わりはないという意味で判決の有効性は維持される)。なお、現時点で菌類に含まれると理解されている個々の特定の生物種について、その分類学上のあてはめに関する議論はあり得るが、これは全く別の問題である。

- (20) 前掲『植物新品種保護の実務』四五二頁

- (21) 二〇一三年八月二日付官報により公布され二〇一三年一〇月二八日に発効する「食料及び農業のための植物遺伝資源に関する国際条約 (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (ITPGR))」「生物の多様性に関する条約 (Convention on Biological Diversity (CBD))」「平成五年条約第九号」「ワシントン条約」として知られる「絶滅のおそれのある野生動植物の種の国際取引に関する条約 (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES))」「昭和五年条約第二五号」及び「ラムサール条約」として知られる「特に水鳥の生息地として国際的に重要な湿地に関する条約 (Convention on Wetlands of International Importance Especially as Waterfowl Habitat)」「昭和五五年条約第二八号」の中には生物種の命名規律に関する条項は含まれていない。また、国際藻類・菌類・植物命名規約 (International Code of Nomenclature for algae, fungi, and plants (ICN)) は、野生種である植物等に適用される国際合意であり、人工的な栽培種(特に交配種)には適用されないもので、本論文における考察とは基本的に関係のないものであるが、必要に応じて関連条項を参照する。

- (22) あくまでも推測の域を出ないが、「受容体生物又は親生物」である生物種(A)に別の生物(B)の遺伝子を組み込んだ場合、それによって生成される新生物は「受容体生物又は親生物」である生物種(A)に属するとの素朴な誤理解に基づくものと思われる。ところで、一般に、普通の顕花植物において「受容体生物又は親生物」である生物種(C)の雌蕊に別の生物(D)の花粉を人工的に受粉させて別の生物(D)の遺伝子を自然的な受精機能により「受容体生物又は親生物」である生物種(C)の遺伝子に組み込み、それによって新生物(CとDの雑種)を生成する場合と、遺伝子組換え技術等により新生物(AとBの雑種)を生成する場合とは全く変わるところがないので、そのいずれの場合でも生成される新生物は雑種である。しかしながら、自然的な受精機能により交配可能なCとDについてたまたま遺伝子組換えによって新生物を生成した場合、どちらの方法によっても結果的には(自然的に成立可能な確率の範囲内にあるものとして)全く同じような雑種が生成されるのに、上記の素朴な誤理解に基づくと、自然的な交配の場合にはCとDとの雑種(C×D)として扱われ、遺伝子組換えの場合にはCとして扱われるということになると、これを想定してみると、それが極めて非常識なことであり、社会的にも大混乱と重大かつ深刻な誤解を与え得るものであることが極めて明瞭である。なお、野生種である植物等の自然交雑種の命名について、国際藻類・菌類・植物命名規約 APPENDIX I (NAMES OF HYBRIDS) Article H.1 は、「Hybridity is indicated by the use of the multiplication sign × or by the addition of the prefix “notho-” to the term denoting the rank of the taxon」と規定している。
- (23) 遺伝子組換え生物が雑種の一つであるということに関して、カルタヘナ議定書の締結に関与した人々が全員錯誤に陥っている状態にある。もしそうであるとすれば、議定書の締結意思それ自体が錯誤により無効であるとの法解釈も成立可能である。そのような錯誤が仮に特定の国家、企業、組織、団体、個人等による意図的かつ巧みな誘導ないし欺瞞的行為によって発生したものであったとしても同じである。
- (24) 野生種である植物等の学名(Scientific name or Latin name)の命名については、国際藻類・菌類・植物命名規約に従うのを基本原則とする。なお、生物多様性条約に基づく世界分類学イニシアティブ(GTI)については、志村純子・松浦啓一編著『世界分類学イニシアティブの手引き』(東海大学出版会、二〇〇四)が詳しい。
- (25) 国際栽培植物命名規約の信頼できる日本語訳としては特定非営利活動法人栽培植物分類名称研究所訳『国際栽培植物命名規約第七版』(Apoc. 二〇〇八)がある。本論文では、この日本語訳に依拠する。
- (26) 例えば、「Applause」が完全なバラ科バラ属植物であるときは、属名「Rosa」と形容語「Applause」を組み合わせた「Rosa

「Applause」にして命名すべきであり、形容語「Applause」のみでは識別力を全くもたない名称として無効である。ところが、青バラ特許申請にかかる技術により生成される新種生物は、バラ科植物とスミレ科植物の人工交配であり、その人工交配であることを示す単一の属名は国際機関によって正式な決定がなされていないので、科名未定種ということになる。そして、科名または属名を指定することができず単に形容語のみが存在する場合、結果的に、命名することができないということになる。強いて言えば、もし「*Rosa* × *Viola* Applause」という命名が国際栽培植物命名規約の解釈上の許容範囲にあるのだとすれば、このような命名を事実上することは許されることになるだろうと思われる。ただし、その場合の日本名としては、「バラ属スミレ属間雑種アプローズ」(ラテン語の名称表示の直訳)と明確に表示されなければ違法である。つまり、この植物は、重色の薔薇ではないし薔薇咲きの萼草でもない。また、このような種名未定の雑種について種苗法に基づく品種登録をすることができないことについては、後述のとおりである。

(27)

前掲知財高判平成一八年二月二十五日は、種苗法に基づく品種登録が無効である場合の無効確認訴訟の適法性に関して「種苗法は、登録要件を欠いた品種登録がなされた場合において、農林水産大臣が職権で取り消すべきことを定めるのみであり(種苗法四二条一項)、特許法等に定められているような無効審判手続(特許法一三三條、実用新案法三七條、意匠法四八條、商標法四六條参照)を有しておらず、処分に不服のある者がこれを争う手段を特に法定していない。よって、行政事件訴訟法に基づき、裁判所に対し、直接品種登録処分の無効確認等を求める訴訟を提起することも許されるものと解すべきである」と判断した上、行政事件訴訟法三六條所定の「その効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができない」の解釈について、「当該処分に基づいて生ずる法律関係に關し、処分の無効を前提とする当事者訴訟又は民事訴訟によつては、その処分のため被っている不利益を排除することができない場合はもとより、当該処分起因する紛争を解決するための争訟形態として上記の当事者訴訟又は民事訴訟との比較において、当該処分の無効確認を求め訴えの方がより直接的で適切な争訟形態であると見るべき場合をも意味するものである(最高裁判平成元年(行ツ)第一三一号同四年九月二二日第三小法廷判決・民集四六卷六号一〇九〇頁)」と判示している。

(28)

この点については、夏井高人「狸狒事件判決再考」法律論叢八五卷二・三号三七頁、同「植物分類体系の変化が法制度に与える影響—大麻規制法令を中心とする考察—」法律論叢八四卷四・五号九一頁、同「鉢内で自然実生発芽した植物が国内希少野生植物種に該当する場合の法解釈」やまくさ六三号四七頁、同「播磨風土記にみえる石灰の解釈」らん・ゆり(東京山草会ラン・ユリ部会ニュース)四三三三号九頁、同「環境省RDBにおけるラン科植物絶滅危惧種名修正の必要性について」ラン・ネッ

- トワーク JAPAN 八号一二頁で具体的な事例に基づき検討結果を示した。
- (29) 「知識を網羅的に記述することが可能である」との信念は、近代では百科全書派の哲学に由来するものと考えられる。このような信念は、例えば、クラウドコンピューター内に格納されたビッグデータにより高精度の解析が可能であるとの信念の基礎ともなっている。しかし、これまでかつて知識が完全かつ網羅的に記述されたことはないし、今後もない。現実には存在している物理現象であっても人間が認識不可能なものほうが圧倒的に多いということを理解すれば、当然のことと考える。にもかかわらず、かなり古い時代に成立した動物図鑑や植物図鑑等における分類及び記述により「生物種の同定が全て可能である」との前提で現行の種苗法や種の保存法等の法制度が設計され運用されており、かつ、法執行・運用を現実には担当する行政庁としては仮に誤謬等が発見された場合でもそれを是正するための合理的な手段を十分にもっているとは言えない。このことは否定しようのない事実だと思われる。
- (30) 前掲『改訂新版逐条解説種苗法』七四頁
- (31) 強いて言えば、「*Rosa*」×すみれ属 (*Viola*) に属する人工交配品種として申請がなされるべきだろう。この場合、現行の品種登録データベースは、その構成上全く対応できないので、法制面での見直しだけではなく、装置としてのデータベースシステム全体の完全な作り直しが必要となる。
- (32) 外面においては、農業、園芸、製薬などを含め関連する産業界に対して誤った経済的期待(法的には無効な幻想)を生じさせているという意味で、立法者の政治的責任が問題となるだけではなく、同時に、問題のある立法を合理的なものとするための法改正をせずに放置したままにしているという意味で、国家の不作為による違法の問題を生じさせ得るものである。
- (33) 物の特許であるか方法の特許であるかの相違等により、その権利保護範囲の解釈が異なることがあり得るが、詳細は避ける。なお、関連する裁判事例として、東京高裁平成一四年一〇月一〇日判決・判例タイムズ一一一九号二一五頁などがある。
- (34) Jack Sidders, *Conference sheds light on breeders' gene patent fears*, 11 December 2009
<http://www.hortweek.com/news/973114/Conference-sheds-light-breeders-gene-patent-fears> [二〇一三年一〇月三日確認]
- (35) 関連する裁判例として、東京高裁平成一三年五月一七日・判例時報一七七五号二三二頁、大阪高裁判決平成八年三月二九日・判例タイムズ九〇七号七六頁などがある。
- (36) 無菌培地を用いて細胞塊から組織を形成させ、選抜・培養する方法は、様々な科に属する植物についてかなり広く利用されており、例えば、素人のラン科植物愛好家の中には自家製培地を用いた通常の住宅内で組織培養及び増殖を実施することによりラ

ン科植物苗を大量に生産し、愛好家の会などで分譲するといった例がある。筆者自身、そのようにして素人の愛好家によって培養されたフラスコ入りのラン科植物の無菌培養苗を愛好家の会などを通じて入手し、成長させ、栽培し、開花させた後、更に受粉・結実させて種子を増殖させた実体験を非常に多数有する。

(37) 正確には、既知の「属」に属する植物について同属に属する他の植物との属間交雑によって得られた新品種については種苗法に基づく品種登録ができる場合がある。この場合の属間交雑は、遺伝子組換え技術の応用によって遺伝子レベルでの人工交配として成立させることが可能と思われる。しかし、非常に多くの場合、同属間の交雑は自然的な受粉によっても成立するので、仮にそのような遺伝子組換え技術について特許申請がなされたとしても、有用性の評価を得ることができず、特許が成立しないという結果になることになる場合が圧倒的に多いだろうと考えられる。また、遺伝子組換えという高度かつ高価な技術的方法の応用によるよりは伝統的な受粉による方法のほうが安定的かつ安価に個体増殖を得ることができるだろうと推測されるので、経済的合理性の観点からも疑問がある。

(38) 従来、遺伝子組換え生物由来の食品については、生命・身体の安全を侵害する危険性の有無という観点からの検討や批判が中心的なものだったように思われる。それはそれで重要なことである。しかしながら、そもそも「これは何であるのか？」という点について、消費者に誤認を与える場合、その種の課題もまた消費者保護法の解釈・運用の範囲に含まれると考える。特定の科に属しない植物についてあたかも特定の科に属するかのような名称を付した植物として流通させる行為は、このような意味での「誤認」を招き得る。このような観点からすると、現行の食品衛生法が全く無力な存在である。消費者にとつても事業者にとつても安全な食品であるかどうかの最終的な意思決定はその本人の自己決定権の範囲内に属するものとはいえ、必要な情報が適切に提供されていないところでは合理的な意思決定がなされ得るはずがない。

(39) 例えば、イネ科植物とナス科植物との遺伝子組換えによる人工雑種である新種生物が存在すると仮定した場合、その新種生物を外のイネ科またはナス科植物よりも病害虫に強いとの趣旨の表示をした種苗を販売したという事案について考えてみると、当該新種生物はイネ科植物でもナス科植物でもない科名未定の雑種である新種生物であるのに、相対的に優良な形質を有するイネ科植物またはナス科植物として販売、あるいはその誘引をしたことになり得る。このような結果を招く行為は、不当表示に該当し得る。このような事例において、種苗を購入する者は、単なる個人である場合だけでなく農業経営者である場合であっても、事業者としてではなく消費者契約法上の消費者として扱うべきであると解すべきである。そして、一般的に消費者が購入者に含まれる得る商品に関する限り、その全ての購入者が消費者ではないような場合であっても、不当景品類及び不当表示

防止法——一条所定の差止請求権が認められるべきである。

(40) 照明、通風、温度だけではなく施肥、灌水、病害虫の予防・駆除までコンピュータ管理により人工的に行われるようなハウス栽培はそれほど珍しいものではない。特にいわゆるブランド品である農作物については、通常の栽培方法によつては良い結果を得ることができないことが多く、栽培環境を徹底して管理した特別の栽培方法によらなければならないのが普通である。加えて、品種登録された品種の育成権を得て栽培している者の多くは、契約によつて特定の栽培方法のみを採用すべきことが法的に義務付けられていることがむしろ原則となつており、所定の栽培方法を維持するためにはコンピュータ管理を含め工場での工業製品の製造と似た栽培方法を導入するしかないことがある。

(41) 消費者庁企画課編「逐条解説消費者契約法」第2版』（商事法務、二〇一〇）一〇九頁には、魚屋の店頭で「新鮮だよ」と言う行為は主観的な評価であつて客観的な事実により真実または真性であるか否かを判断できないので不実告知に該当しないとの説明がある。植物の分類には見解の相違があるとはいえ、主観の評価ではなく、純粹種であるか異なる種の遺伝子を含むものであるかについては客観的に判断することが可能であるので、純粹種でないのに純粹種であると説明する行為は不実告知に該当し得る。

(42) 植物の命名上の問題が消費者契約上または不当景品類及び不当表示防止法の解釈・適用と関連する直接の争点となつた裁判事例はない。なお、トウダイグサ科に属するアマメシバという和名の植物について、学名 (*Saururus androgynus*) 及びその毒性情報等を示すことなく、「アマメシバ」の成分を有するものとして健康食品を販売していたという事案について、本論文の問題意識と関連する裁判事例がある。この事案について、名古屋地方裁判所は、健康食品である「粉末あまめしば」が製造物責任法二条一項の製造物に該当するとした上で、同食品を通常予見される使用方法に従つて使用した場合にも閉塞性細気管支炎が生じ得るとして、同食品には同法二条二項所定の欠陥があるとの判断を示した（名古屋地裁平成一九年一月三〇日判決・判例タイムズ二二八一号二三七頁）。

(43) 組み込まれる遺伝子が色素形成に関与するものである場合でも、その遺伝子が他の機能を一切もっていないかどうかは不明である。複数の機能を有する遺伝子について、その中の一部が科学的に証明されているとしても、それ以外の機能が全くないという証明にはなっていない。そもそも調べていない。現実問題として、植物の特定の形質が植物体全体に広範に影響を及ぼすことがあるという事実は、例えば、長生蘭（セッコク (*Dendrobium monifforme*) などのラン科セッコク属植物の日本国古典園芸上の園芸品種）栽培のペテランであれば、葉の奇形があれば花にも影響を与え、茎などの花以外の植物体部分の色素に変化が

- あれば花にも変化があることを経験的に熟知している。しかし、その遺伝学上のメカニズムについては必ずしも明らかにされているとは言えず、推定による理論が存在するのみである。この例からも理解できるとおり、植物体の中のごく一部に変化があっただけで、他の関係なさそうな部分にも大きな影響を及ぼすことがあり、どのような場合にどのような結果になるかについては、植物生理学上でもほとんど研究がなされていないといったまことに遺憾な状況にあることを否定することができない。
- (44) 一般に、スマイレ科植物は極めて旺盛な繁殖力を有していることが知られており、とりわけ園芸愛好家の間では、スマイレ科植物の種子が鉢内に飛び込んで発芽し雑草化する結果、目的とする栽培植物を圧迫し最悪の場合には枯死させてしまうことがあるということがよく知られている。このことは、単なる一般的な経験則というだけではなく、筆者自身による非常に多数の種類のスマイレ科植物の数年間にわたる栽培実験の結果によっても明確に事実として裏付けられる。したがって、万が一にもスマイレ科植物について遺伝子汚染が発生すると、その拡散を阻止することが基本的に不可能となってしまう危険性が高い。
- (45) ここで日本国に自生する植物だけに限定しないのは、「アブローズ」が園芸作物としての商品の一種である以上、それが正規または非正規に国外に輸出され、日本国とは異なる国において日本国に自生しない植物との交雑をする危険性があるからである。
- (46) 名称という識別子を用いることを断念し要素集合のマッチングのみで識別する手段の導入の提案を内容とする私見は、夏井高人「植物の同一性識別の誤りによる特許制度上の問題点とデータベースによる解決方法」法とコンピュータ二七号二五頁で示した。この方法論は、直接的には植物関連特許の識別や審査業務などを念頭において形成したものである。しかし、本論文において商標権との関連で示唆したとおり、特許や商標における分類区分が現代社会では合理的に機能しなくなってしまうことを考えると、仮に伝統的な分類方法を残すにしても、実質的な識別手段としては、名前(識別符号)による識別ではなく、要素集合のマッチングという方法を採用せざるを得ないのではないかと考える。
- (47) 本論文は、科学研究費補助金(基礎研究B)「標準の保護と公共政策に関する総合研究」(研究課題番号:25283034)による研究成果の一部である。