

「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の保護

— 一種苗法による保護と特許法による保護との交錯 —

弁護士・弁理士 川田 篤

目次

1. 緒論
 - 1.1. 我が国において
 - 1.2. ドイツにおいて
 - 1.3. 国際条約の影響
 - 1.4. 我が国とドイツとの相違点
 - 1.5. 本稿の検討課題
2. 我が国における「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の保護
 - 2.1. 我が国の種苗法による「植物の品種」の保護
 - (1) 「農林水産植物」とは
 - (2) 「品種」とは
 - (3) 「特性」とは
 - (4) 品種登録
 - (5) 保護範囲
 - 2.2. 我が国の特許法による「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の保護
 - (1) 我が国の特許法の規定
 - (2) 特許・実用新案審査基準
 - (3) 我が国の特許法による保護の事例
 - 2.3. 我が国における品種登録による保護と特許による保護との調整
 - (1) 1978年の植物の新品種の保護に関する国際条約との関係において
 - (2) 1991年の植物の新品種の保護に関する国際条約との関係において
3. ドイツにおける「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の保護
 - 3.1. ドイツ品種保護法による「植物の品種」の保護
 - 3.2. ドイツ特許法による「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の保護
 - (1) ドイツ特許法による「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の扱い
 - (2) 欧州共同体バイオテクノロジー発明指針の影響
 - (3) 欧州特許庁における扱いとの交錯—トマト事件Ⅱをめぐり
 - 3.3. ドイツにおける品種保護と特許による保護との調整
 - (1) 調整の規定の沿革
 - (2) 品種保護を選択した理由
4. 我が国に帰り…総括
 - 4.1. 我が国において問題が顕在化していない要因
 - 4.2. 今後の問題の顕在化のおそれ
 - (1) 我が国の農業の基本的な構造の変化の可能性
 - (2) 将来予想される問題点—特許法の視点から

1. 緒論⁽¹⁾

本稿は、ドイツにおける議論を必要な範囲において紹介しながら、我が国における「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」についての保護の在り方を検討するものである。

緒論においては、我が国及びドイツにおける「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の保護に係る法制度の概要を示した後、我が国の法制度とドイツの法制度との相違点を明らかにした上で、本稿の検討課題を提示する。

1.1. 我が国において

「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」を知的財産として保護する特別の法制度として、我が国においては、「植物の品種」を保護する種苗法⁽²⁾がある。その詳細については、本稿「2.1.」において説明する。

種苗法による保護のほか、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」が発明にも当たり得るときは、特許法⁽³⁾による保護がされる可能性がある。その詳細については、本稿「2.2.」において説明する。

1.2. ドイツにおいて

ドイツにおいて、我が国の種苗法に相当する「植物の品種」を保護する法制度としては、ドイツ国内法である1997年（平成9年）のドイツ品種保護法（Sortenschutzgesetz）⁽⁴⁾のほか、欧州共同体法である欧州共同体品種保護規則（Verordnung über den gemeinschaftlichen Sortenschutz）⁽⁵⁾がある。その詳細については、本稿「3.1.」において説明する。

他方、我が国の特許法に相当するものとしては、1981年（昭和56年）のドイツ特許法（Patentgesetz）⁽⁶⁾のほか、欧州特許条約（Europäisches Patentübereinkommen）⁽⁷⁾がある。その詳細については、本稿「3.2.」において説明する。

なお、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の保護との関係については、欧州共同体における「1998年バイオテクノロジー発明の法的保護に関する欧州理事会指針」（以下「欧州共同体バイオテクノロジー発明指針」という。）⁽⁸⁾がある。同指針は、ドイツを含む欧州共同体の各国に対する拘束力はあるが、欧州特許庁に対しては直接の拘束力を及ぼさない点に留意する必要がある。

(1) 本稿は、平成30年12月7日の日本弁理士会中央知的財産研究所「イノベーション推進に向けた特許の保護対象」研究部会での発表に基づく。その際に研究員の先生方からいただいた多くの示唆を踏まえ、本業の合間の限られた時間の中、更に調査及び思索をした。筆者がたどり着いた地点までの報告をさせていただく。

(2) 種苗法（平成10年法律第83号）。以下、特に断りのない限り、「種苗法」というときは、平成10年に制定された「種苗法」をいう。

(3) 特許法（昭和34年法律第121号）。

(4) Sortenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3164). 以下、特に断りのない限り、「ドイツ品種保護法」というときは、「1997年ドイツ品種保護法」を意味するものとする。なお、近時のドイツ品種保護法の簡潔な紹介として、滝井朋子「ドイツ品種保護法上の新品種保護」L & T 79号（平成30年）112頁以下がある。

(5) Verordnung (EG) Nr. 2100/94 des Rates vom 27. Juli 1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz. 近時の欧州共同体品種保護規則の簡潔な紹介として、苗村博子「EUにおける植物品種保護の法制と侵害立証」L & T 78号（平成30年）105頁以下がある。

(6) Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980 (BGBl. 1981 I S. 1). 以下、特に断りのない限り、「ドイツ特許法」というときは、「1981年ドイツ特許法」を意味するものとする。

(7) Übereinkommen über die Erteilung Europäischer Patente vom 5. Oktober 1973 (BGBl. 1976 II S. 649, 826).

(8) Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen.

1.3. 国際条約の影響

我が国もドイツも批准している国際条約との関連も無視し得ない。そのような条約として、1961年（昭和36年）に制定され、1972年（昭和47年）及び1978年（昭和53年）の改正を経て、1991年（平成3年）に改正された植物の新品種の保護に関する国際条約（いわゆるUPOV条約）⁽⁹⁾が挙げられる。

なお、1995年（平成10年）に発効した「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」（いわゆるTRIPS協定）⁽¹⁰⁾も僅かであるが、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」に係る規定がある（同協定27条3項（b）号）。

1.4. 我が国とドイツとの相違点

我が国もドイツも1991年（平成3年）の植物の新品種の保護に関する国際条約を批准していることから、それぞれの「植物の品種」の保護に係る法制度である我が国の種苗法とドイツ品種保護法とは互いに近似している。

しかし、ドイツ特許法は「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」について特許の対象から除外する規定（同法2a条1項1号及び2項）を設けており、ドイツ品種保護法による保護とドイツ特許法による保護との重複を調整しているが、我が国の特許法は「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」についての保護の重複を調整する規定を設けていない。

その結果、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」については、ドイツにおいて特許法による保護が与えられないものが、我が国においては特許法による保護がされることがあり得ることになる。

なお、このような相違点が生じたのは、1978年（昭和53年）の植物の新品種の保護に関する国際条約を我が国及びドイツが批准した時の対応の違いによる。その詳細については、それぞれ、「2.3」、「3.3」において詳述する。

1.5. 本稿の検討課題

パリ条約⁽¹¹⁾の特許独立の原則（同条約4条の2）からすれば、ドイツにおいて特許がされないものを、我が国において特許をすることは、何ら差し支えないとの見方もあるかもしれない。

しかし、ドイツにおいて特許がされない理由が、我が国においても妥当するののかについて検証する必要がある。もし、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」について、ドイツにおいては特許法による保護がされない理由が、我が国においても妥当するとすれば、我が国における「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」についての保護の在り方が問われなければならない。この点を解明することが、本稿の検討課題である。

2. 我が国における「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の保護

2.1. 我が国の種苗法による「植物の品種」の保護

我が国における「植物の品種」の保護に関する特別の法制度としては、種苗法がある。種苗法は、新規な特性を備えた「植物の品種」について、登録要件（区別性、均一性、安定性、未譲渡性、名称の適切性）を満たすものに品種登録を認め、登録された品種の育成者にその利用（生産、譲渡など）を業として専有する

(9) Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961, révisée à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 19 mars 1991.

(10) 世界貿易機関を設立するマラケシュ協定附属書1C 知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（平成6年条約第15号）。

(11) 1900年12月14日にブラッセルで、1911年6月2日にワシントンで、1925年11月6日にヘーグで、1934年6月2日にロンドンで、1958年10月31日にリスボンで及び1967年7月14日にストックホルムで改正され、並びに1979年9月28日に修正された工業所有権の保護に関する1883年3月20日のパリ条約（昭和50年条約第2号）。

育成者権を認める。

なお、種苗法の内容は、1991年（平成3年）の植物の新品種の保護に関する国際条約の国内法化の側面も強い。すなわち、同条約は、内国民待遇、優先権の主張などのほか、国内法化すべき実体法の規定を詳細に設けており、我が国の種苗法もこれらの実体法の規定を国内法化している。

（1）「農林水産植物」とは

ある生物分類表⁽¹²⁾は、生物を、①細菌・古細菌、②藻類、③植物、④菌類、又は、⑤動物に分類する。このように、「植物」は生物分類上の区分の最上位のものであり、その中には多種、多様なものがある。

しかし、我が国の種苗法には「農林水産植物」の定義があり、「農産物、林産物及び水産物の生産のために栽培される」、次の植物をいうとされる（同法2条1項前段）。

- ① 種子植物（例えば、穀物、野菜、果実、花き）
- ② しだ類
- ③ せんたい類
- ④ 多細胞の藻類
- ⑤ その他政令で定める植物（種苗法施行令1条に列挙された32種類の「きのこ類」）

我が国の種苗法は、このように「農林水産植物」と定義されるもの（同法2条1項前段）に対象を限定している。農業政策的には、①の種子植物が重要であろう。そこで、本稿では、「農産物、林産物及び水産物の生産のために栽培される種子植物」、例えば、穀物、野菜、果実、花きなどを主として念頭に置きながら、議論を進めたい。

（2）「品種」とは

穀物、野菜、果実、花きなどについては、味覚の良さ、色合いの良さ、収量の多さ、気候に対する強さ、病気に対する強さなど、多様な動機から、品種改良が試みられている。

ここで、「品種」についても、種苗法には定義があり、「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」をいうとされる（同法2条2項）。

「植物体」との用語は聞き慣れないが、この用語についても、種苗法に定義があり、「農林水産植物の個体」をいうとされる（同法2条1項後段）。「個体」とは、「不可分の単一体で、生活のために必要かつ十分な構造と機能を備えたもの」をいうとされる⁽¹³⁾。一言でいえば、「植物の個体」とは、ある植物の一つ一つを意味することになる。

このように、「品種」は「植物体の集合」であるが、品種相互を区別するものは、「重要な形質に係る特性」ということになる。

（3）「特性」とは

「重要な形質に係る特性」（以下、単に「特性」ということがある。）とは、「それぞれの形質ごとに表現される性質」をいうとされる⁽¹⁴⁾。具体的に「特性」が何であるかは、種苗法にも、同法施行令にも、同法施行規則にも定義はない。これは、一言で「植物」と言っても多様であり、品種の「特性」も植物の種類ごと

(12) 八杉龍一ほか3名編『岩波 生物学辞典 第4版』（岩波書店、平成8年）1535頁以下。

(13) 農林水産省生産局種苗課『改訂新版 逐条解説 種苗法』（経済産業調査会、平成18年）59頁。

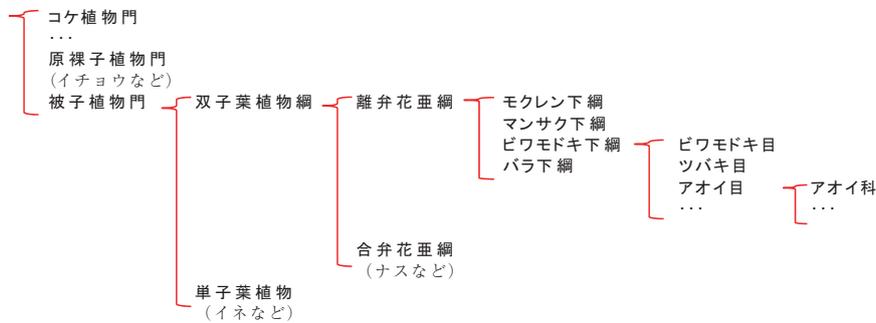
(14) 農林水産省生産局種苗課・前掲注（13）60頁。

に異なり得るために、一般化することが難しいことによるものと思われる。そこで、農林水産大臣は、農林水産植物について種苗法施行規則で定める区分（同規則1条及び別表第1）ごとに、重要な形質を定めるものとし（種苗法2条7項）、農林水産省告示「種苗法第2条第7項の規定に基づき重要な形質を定める件」（平成20年4月1日付け農林水産省告示第534号）（ただし、その後の告示により、随時、改正がされている。）により植物の区分ごとに個別具体的な定めがされている。そして、さらに、農林水産大臣が定める「農林水産植物種類別審査基準」において、植物の種類ごとの「特性表」が作成され、その特性が詳細に定められている。「特性表」は、農林水産大臣の裁量により定められるが、これまでの実際の審査における実務を踏まえているほか、我が国も批准している1991年の植物の新品種の保護に関する条約に基づく「一般指針」をも踏まえている。品種登録の実務においては、この「特性表」に基づいて審査がされている。

「特性表」における「特性」が具体的にどのようなものか、ここでは、「オクラ」を例にとり説明する。

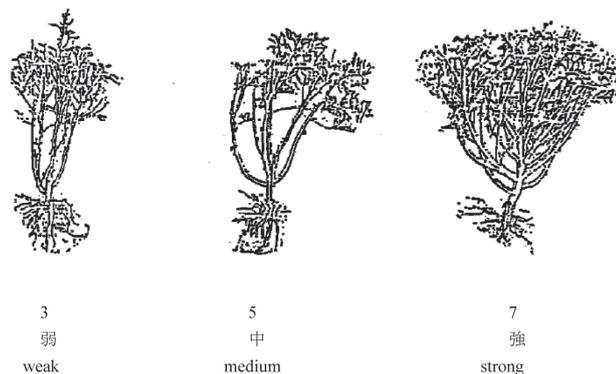
「オクラ」は、生物分類表⁽¹⁵⁾によれば、「被子植物門」、「双子葉植物綱」、「離弁花亜綱」、「ビワモドキ下綱」、「アオイ目」、「アオイ科」に分類される。

「オクラ」の「植物」全体における位置付けは、次のようになる。



「特性表」には、「オクラ種」の形質として、26もの形質が挙げられている。その一例を挙げると、「形質1」としては、葉の「分枝性」が挙げられている。

形質1 分枝性 Char.1 Plant: degree of branching

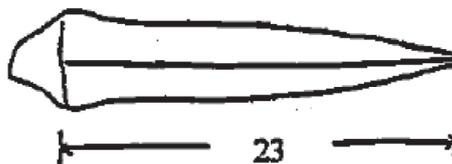


このように、「オクラ」の果実は食用ながら、果実以外の部分も含めて特性の基準が定められている。「3 弱」、「5 中」、「7 強」は、「階級値」を示す。

(15) 八杉龍一ほか3名編・前掲注(12)1554頁。

また、「形質 23」としては、「成熟果の長さ」が挙げられている。

形質 23 成熟果の長さ Char.23 Fruit: length of mature fruit



階級値は、「3 短」,「5 中」,「7 長」であり、その基準となる「標準品種」としては、「グリーンスター」,「東京五角」,「エメラルド」が挙げられている。

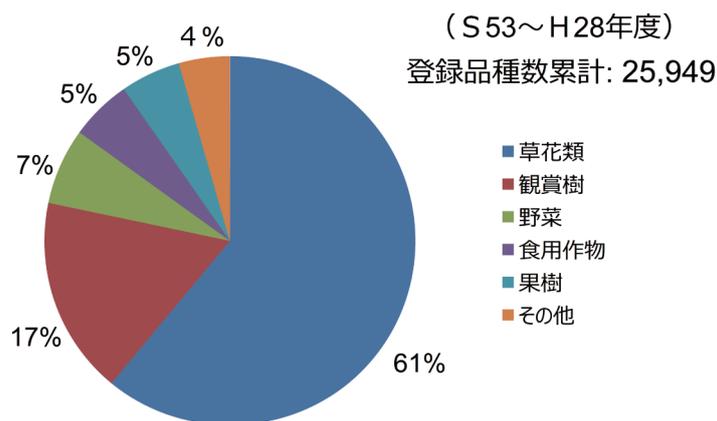
このように、「オクラ」の「成熟果の長さ」が異なれば、特性が異なることになり、品種も異なることになる。しかし、「成熟果の長さ」が異なるとしても、異なる品種の間の相互の交配は可能であるから、生物学的な分類とは意味合いが異なる。したがって、「品種」は、生物学的な分類よりも更に細かい分類といえる。その結果、種苗法による品種登録も細分化され、育成者権も細分化されて成立することになる。

(4) 品種登録

種苗法は、新規な「特性」を備えた植物の「品種」のうち、出願から審査を経て、品種登録の要件、すなわち、①区別性、②均一性、③安定性、④未譲渡性、⑤名称の適切性を満たすものに「品種登録」を認める（同法 3 条 1 項 1 号から 3 号まで並びに 4 条 1 項及び 2 項）。

品種登録を受けた「登録品種」について「育成者権」（種苗法 19 条 1 項）が認められ、育成者権者は、その「利用」（生産、譲渡など）（同法 2 条 5 項）を業としてする権利を専有する（20 条 1 項）。

種苗法上の品種登録（同法 3 条）がされた登録品種の累計は、農林水産省によれば、次の円グラフのとおりである⁽¹⁶⁾。



(16) 農林水産省食料産業局の作成に係る資料「国内外における品種保護をめぐる現状」（平成 29 年 12 月 15 日付け）8 頁（作物分野別の登録割合）。農林水産省のウェブサイトに掲示されているもの（<http://www.maff.go.jp/j/council/sizai/syubyou/17/attach/pdf/index-10.pdf>）。

この円グラフ中、「食用作物」は、稲、麦類、豆類、かんしょなどである。いわゆる主食に関するものであり、農業政策において重要である。しかし、稲でいえば「こしひかり」のような定番のものがあるためなのか、あるいは品種改良の余地が限られているのか、登録品種の数は全体の5パーセントにすぎず、それほど多くはない。

ほかに食用となるものとしては、「野菜」⁽¹⁷⁾及び「果樹」⁽¹⁸⁾などがあるが、それぞれ、7パーセント、5パーセントであり、いずれも、登録品種としては、多くはない。

このように、「食用」となる植物は重要なものでありながら、登録品種の数としては、併せても全体の17パーセントであり、多数ではない。

これに対し、登録品種として圧倒的に多数を占めるのが「草花類」と「観賞樹」であり、併せて全体の78パーセントに及ぶ。しかし、本稿では、農業政策上、議論になりやすい「食用」となる植物を中心に論ずる。

(5) 保護範囲

育成者権の効力が及ぶ範囲は、「登録品種」及び「登録品種と特性により明確に区別されない品種」である（種苗法20条1項）。

ア 「登録品種と特性により明確に区別されない品種」

「登録品種と特性により明確に区別されない品種」とは、「登録品種と特性に差はあるものの、保護要件としての区別性が認められる程度の差がないもの」をいうとされ、「特性差が各形質毎に設定される階級値(…)の範囲内にとどまる場合」がそれに該当するとされる⁽¹⁹⁾。

生命体である植物は、発明とは異なり、交配などにより特性が少しずつ変化するおそれがある。そこで、「登録品種と特性により明確に区別されない品種」については、なお、育成者権を及ぼす趣旨と思われる。

イ 「従属品種」及び「交雑品種」

育成者権は、いわゆる「従属品種」及び「交雑品種」にも及ぶ（種苗法20条2項1号及び2号）。

「従属品種」とは、登録品種の主たる特性を保持しつつ特性の一部を変化させて育成され、かつ、特性により当該登録品種と明確に区別できる品種をいう（種苗法20条2項1号）。

また、「交雑品種」とは、その品種の繁殖のため常に登録品種の植物体を交雑させる必要がある品種をいう（種苗法20条2項2号）。

このように、我が国の種苗法は、特性を基準として細かく品種登録を認める代わり、育成者権の保護範囲は、「登録品種と特性において区別されない品種」か、登録品種を必須とする「従属品種」又は「交雑品種」までにとどまるものとしている。

ウ 現物主義

ある品種が「登録品種と特性において区別」されるかどうかの判断は、裁判例においては、いわゆる「現物主義」による。品種登録簿の「登録品種の植物体の特性記録部」の「重要な形質に係る特性」の記載により保護範囲が特定されるわけではない。すなわち、特性において区別されるかどうかは、ある品種と登録品

(17) 根菜類（だいこん、にんじん、ばれいしょなど）、葉茎菜類（はくさい、キャベツ、ほうれんそう、ねぎ、ブロッコリー、たまねぎなど）、果菜類（きゅうり、かぼちゃ、なす、トマト、スイートコーン、えだまめなど）、果実的野菜（いちご、メロン、すいかなど）など。

(18) みかん、りんご、なし、かき、もも、うめ、ぶどう、くりなど。

(19) 農林水産省生産局種苗課・前掲注（13）116頁。

種とを同一条件で栽培試験をし、現物同士を比較する必要がある⁽²⁰⁾。

「現物主義」の結果、品種登録簿の「登録品種の植物体の特性記録部」の「重要な形質に係る特性」の記載により保護範囲が固定されるわけでもない。また、登録品種自体の特性が変容すれば、保護範囲自体が変容し得る。その意味では、極めて不安定な権利である。変容が大きく、登録品種の特性が失われれば、品種登録自体が取り消され得る（種苗法 49 条 1 項 2 号）。例えば、「なめこ（KX-N006 号）事件」の東京地裁の判決⁽²¹⁾は、特性が変容したことに伴い、明らかな取消事由があるとして、育成者権の行使に対し、権利の濫用の抗弁を認めた。

2.2. 我が国の特許法による「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の保護

発明を保護するための一般的な制度として特許法がある。そして、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」が発明として特許要件（新規性、進歩性など）を満たしているときは、特許がされる余地がある。その特許権者は、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の実施を業としてする権利を専有することになる（同法 68 条本文）。

(1) 我が国の特許法の規定

我が国の特許法は、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」に係る発明についての規定を置いてはいない。種苗法による保護との調整に係る規定もない。

(2) 特許・実用新案審査基準

我が国の特許庁は、特許・実用新案審査基準においてではないが、『特許・実用新案ハンドブック』付属書 B「『特許・実用新案審査基準』の特定技術分野への適用例」の「第 2 章 生物関連発明」において、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」に係る発明について問題となり得る特許要件に係る審査の指針を示している。

例えば、「2. 特許請求の範囲の記載要件」, 「2. 1 明確性要件（第 36 条第 6 項第 2 号）」, 「(2) 微生物及び動植物に関する発明」, 「e 動植物（遺伝子工学以外の手法によるもの）」において、次のとおり、明確性が認められる植物に関する発明の例を挙げる。

『特許・実用新案ハンドブック』付属書 B 第 2 章 生物関連発明

2. 1 (2) e 動植物（遺伝子工学以外の手法によるもの）

動植物は、動植物の名称、当該動植物が有する特徴となる遺伝子、当該動植物が有する特性や作出方法等の組合せを請求項に記載することで特定することができる。

動植物が寄託されている場合には、受託番号により特定することもできる。

例 1：イネ植物を生育過程において、植物ホルモン X を含む組成物で処理することによって得られたイネ植物。

例 2：樹皮中にカテコールタンニン含有量とピロガロールタンニン含有量が $X_1 \sim X_2 : Y_1 \sim Y_2$ の割合で含まれ、かつカテコールタンニンを $Z_1 \sim Z_2$ ppm（重量比）含む日本栗に属する植物であって

(20) 東京高判（18 部）平成 9 年 2 月 27 日（平成 8 年（ネ）第 873 号）知的裁集 29 卷 1 号 159 頁＝判例時報 1600 号 127 頁〔ホクト M-50 事件〕。

(21) 東京地判（29 部）平成 26 年 11 月 28 日（平成 21 年（ワ）第 47799 号・平成 25 年（ワ）第 21905 号）判例時報 2260 号 107 頁〔なめこ（KX-N006 号）事件〕。なお、本判決の合議体に属する裁判官による論考として、嶋末和秀＝西村康夫「種苗法における『現物主義』について」設楽隆一ほか 6 名編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記念論文集』（発明推進協会、平成 27 年）1351 頁がある。

受託番号が ATCC-〇〇〇〇〇のもの又は上記特性を有する変異体。

例 3：2 倍体のスイカを倍数化処理して得られる 4 倍体のスイカと 2 倍体のスイカを交配することにより得られる体細胞染色体数が 33 であるスイカ。

例 4：受託番号 ATCC-〇〇〇〇〇であるキャベツを種子親，他のキャベツを花粉親として，××除草剤に対する抵抗性を有するキャベツを得ることを特徴とする，キャベツの作出方法。

この「生物関連発明」について審査基準に挙げられた例は，①「イネ」に植物ホルモンによる処理をした（プロダクト・バイ・プロセス・クレームというべき）物の発明，②一定の属性を備えた「日本栗」そのものの物の発明，③交配による一定の属性（染色体数）を備えた「スイカ」そのものについての（プロダクト・バイ・プロセス・クレームというべき）物の発明，④交配により一定の属性（除草剤に対する抵抗性）のある「キャベツ」を得るための方法の発明である。

なお，これらの例は，飽くまで特許請求の範囲の記載の明確性の要件を満たすような例を挙げたものである。明確性の要件を満たすとしても，これらのもの全てについて，特許が認められるべきかどうかは，別論といえる。

(3) 我が国の特許法による保護の事例

我が国の特許法において，「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」に係る発明について特許をすることを制限する規定はないことから，これらの発明が特許要件を満たす限り，特許をすることについて支障はないことになる。

しかし，実際に「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」に係る発明と思われるものについて特許がされた例は，それほど多くはないように思われる。

かつて，特許庁の「産業別審査基準」の一つとして昭和 50 年に公表された「植物新品種」を踏まえて，発明の名称を「ヨモギ属に属する新植物」とするヨモギ属の新植物ペンタヨモギに関する発明に係る特許出願が昭和 52 年にされたことがある⁽²²⁾。そして，昭和 58 年に特許出願公告（特公昭 58-3646）がされ，いわゆる付与前の異議申立てにおける維持決定を経て，昭和 60 年 9 月 13 日に特許権の設定の登録がされた。この特許をめぐる，我が国が昭和 57 年に批准した 1978 年（昭和 53 年）の植物の新品種の保護に関する国際条約⁽²³⁾における植物の新品種について特別の保護と特許による保護との重複を認めない規定（同条約 2 条 1 項）との関係が議論された⁽²⁴⁾。

近時のものとして，例えば，発明の名称を「ブラシカ オレラセア種植物およびその製造方法」とする特許（特許第 6373117 号，出願日平成 26 年 8 月 7 日，登録日平成 30 年 7 月 27 日）を見いだした。なお，「ブラシカ オレラセア種植物」とは，端的にいえば，ハボタン（葉牡丹）である。その特許請求の範囲の請求項 1 及び 3 は，次のようなものである。

(22) 中山信弘監修『植物特許と種苗法』（講談社，昭和 60 年）98 頁以下〔池谷欽一〕は，このペンタヨモギに係る特許出願に係る発明について特許がされたのは，「染色体レベルまで明確に新植物を分析し，…新植物の特徴との因果関係を明らかに記述して」いたという例外的な事情によるとする。

(23) 1972 年 11 月 10 日及び 1978 年 10 月 23 日にジュネーブで改正された 1961 年 12 月 2 日の植物の新品種の保護に関する国際条約（昭和 57 年条約第 11 号）。

(24) 斎藤誠「植物新品種の種苗法による保護と特許法による保護」斎藤博＝牧野利秋編『裁判実務体系 第 27 卷 知的財産関係訴訟法』（青林書院，平成 9 年）467 頁（477 頁以下）。ただし，この特許に限れば，出願日が昭和 52 年であり，昭和 57 年の 1978 年条約の批准よりも前であることから，同条約には抵触しないとの見方もあり得た（斎藤・同書 477 頁以下）。

【請求項 1】

受託番号 FERM P-22274 で特定されるブラシカ オレラセア種植物またはその後代系統であることを特徴とする、ブラシカ オレラセア種植物。

【請求項 3】

第 1 の親系統と第 2 の親系統とを交雑することにより、後代系統のブラシカ オレラセア種植物を得る交雑工程を含み、前記第 1 の親系統が、請求項 1 または 2 記載のブラシカ オレラセア種植物であり、前記第 2 の親系統が、ブラシカ オレラセア (Brassica oleracea) 種植物であることを特徴とするブラシカ オレラセア種植物の製造方法。

その発明の課題としては、明細書の段落【0005】に、「茎の伸長が速いブラシカ オレラセア種植物およびその製造方法の提供を目的とする。」との記載がある。

その発明の課題を解決するための手段としては、【請求項 1】については、明細書の段落【0006】に、「本発明のブラシカ オレラセア種植物は、茎長の短いハボタン品種と同じ条件で栽培した場合、同じ栽培期間経過時において、茎長が、前記ハボタン品種の茎長と比較して 1.3 倍以上長くなることを特徴とする。」

との記載がある。

また、【請求項 3】については、明細書の段落【0007】に、

「本発明のブラシカ オレラセア種植物の製造方法は、第 1 の親系統と第 2 の親系統とを交雑することにより、後代系統のブラシカ オレラセア種植物を得る交雑工程を含み、前記第 1 の親系統が、前記本発明のブラシカ オレラセア種植物であり、前記第 2 の親系統が、ブラシカ オレラセア (…) 種植物であることを特徴とする。」との記載がある。

これらの明細書の記載を踏まえると、まず、本発明の【請求項 1】の「受託番号 FERM P-22274 で特定されるブラシカ オレラセア種植物」は、「茎長の短いハボタン品種の茎長と比較して 1.3 倍以上長くなる」という「特性」を有する「植物の品種」そのものに係る発明のようでもある。

また、本発明の【請求項 3】の「ブラシカ オレラセア種植物の製造方法」は、「本質的に生物学的な植物の育成の方法」に係る発明のようでもある。ここで、本発明の明細書を見ると、段落【0027】には、

「本発明によれば、例えば、茎の伸長が速いブラシカ オレラセア種植物を得ることができる。本発明の製造方法は、前記本発明のブラシカ オレラセア種植物を、第 1 の親系統として使用することが特徴であって、その他の工程および条件は、何ら制限されない。本発明の製造方法は、例えば、育成方法または育種方法ということもできる。」

との記載がある。すなわち、「本発明の製造方法」の特徴は、【請求項 1】の「受託番号 FERM P-22274 で特定されるブラシカ オレラセア種植物」を、第 1 の親系統として使用することのみにある。従来の育成の方法を用いてもよいとされ、「本質的に生物学的な植物の育成の方法」をその技術的範囲に含んでいる。

本発明の「ブラシカ オレラセア種植物」が「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」に係る発明に該当するとしても、前述したとおり、我が国の特許法において、これらの発明について特許がされることを妨げる規定はない。したがって、特許要件を満たす限り、これらの発明について特許がされることは、何ら差し支えがないことになる。

2.3. 我が国における品種登録による保護と特許による保護との調整

我が国において、種苗法における品種登録による保護自体と特許法における特許による保護自体との重複を制限する規定は設けられていない⁽²⁵⁾。これは、次に見るとおり、1978 年 (昭和 53 年) の植物の新品種の保護に

関する国際条約の保護の重複を認めない規定に対する我が国の政府の消極的姿勢が、1991年（平成3年）の植物の新品種の保護に関する国際条約における保護の重複を認めない規定の削除により許容されたことによる。

（1）1978年の植物の新品種の保護に関する国際条約との関係において

1961年（昭和36年）に制定された植物の新品種の保護に関する国際条約においては、植物の新品種について特別の保護と特許による保護との重複を認めない規定（同条約2条1項）が設けられていた。1978年（昭和53年）の植物の新品種の保護に関する国際条約においても、同様の規定（同条約2条1項）が存続された。

我が国は、昭和57年に1978年条約を批准したことから、当時の種苗法⁽²⁶⁾による保護と、特許による保護との調整が問題となり得た。ところが、当時の種苗法にも、特許法にも、そのような調整をする規定は設けられていない。なお、1978年条約当時の特許庁及び農林水産省の関係者の座談会において、「植物について特許されるということは、現実の問題としてほとんどまずない」ので、「法律上の規定のうえでの調整はいたさずに、併存している格好で両省庁は話をつけた」との認識が示されている⁽²⁷⁾。

このように、法律の規定による調整が見送られた状況において、我が国が1978年条約の義務を履行するためには、運用として、「植物の品種」に係る育成又は発明をした者は、当時の種苗法による保護と、特許法による保護との一方しか選択することができないとの扱いをするしかないような状況にあるといえた⁽²⁸⁾。

（2）1991年の植物の新品種の保護に関する国際条約との関係において

1991年（平成3年）の植物の新品種の保護に関する国際条約においては、植物の新品種について特別の保護と特許による保護との重複を認めない規定が削除された。

我が国は、平成10年に1991年の植物の新品種の保護に関する国際条約も批准しているが⁽²⁹⁾、同条約の批准後は、同条約を批准するために平成10年に制定された現在の種苗法による保護と特許法による保護との重複は妨げられないと解されている⁽³⁰⁾。そして、種苗法による保護と特許法による保護との調整は、立法論であるとされ、「将来何らかの問題が生じたら、両者の間の調整規定を設ければ足りるであろう」とも指摘されている⁽³¹⁾。

仮に、将来の立法論であるとしても、産業政策上又は農業政策上の理由や、倫理上の理由などにより、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」に係る発明について特許による保護を認めないとする考え方もあり得るところである。

そこで、そのような考え方の当否を検討するに当たり、そのような考え方を従来から採用しているドイツ及び欧州における状況を垣間見ることとする。

(25) ただし、種苗法には、「登録品種（…）の育成をする方法についての特許権を有する者…が当該特許に係る方法により登録品種の種苗を生産し、又は当該種苗を調整し、譲渡の申出をし、譲渡…する行為」などには、特許権が存続している間も、特許権が消滅した後も、育成者権の効力が及ばないとする規定が設けられている（同法21条1項2号から5号まで）。この規定は、品種の育成方法についても特許による保護が与えられることを前提として、育成者権の効力は、出願日の前後を問わず、特許発明の方法により育成された同一の品種には及ばないとしたものとされる（渋谷達紀『種苗法の概要』（経済産業調査会、平成26年）109頁以下）。したがって、この規定は、品種登録による保護自体と特許による保護自体とを調整する規定ではない。しかし、特許権者から当該品種の種苗を譲り受けた者が種苗を増産する行為には、なお、育成者権が及び得るとしても（種苗法21条4項ただし書）、特許権者との関係においては、特許権の効力を優先させることにより、品種登録による保護と特許による保護との重複を調整する規定といえなくもない。

(26) 種苗法（昭和53年法律第89号）。

(27) 紋谷暢男ほか4名「座談会 植物新品種保護法をめぐって（上）」ジュリスト683号（昭和54年）15頁（22頁）〔赤保谷明正農林水産省農蚕園芸局参事官発言〕。

(28) 斎藤・前掲注（24）478頁。

(29) 1972年11月10日、1978年10月23日及び1991年3月19日にジュネーブで改正された1961年12月2日の植物の新品種の保護に関する国際条約（平成10年条約第16号）。

(30) 中山信弘『特許法〔第4版〕』（弘文堂、令和元年）163頁以下、高部真規子「『植物の新品種を育種し増殖する方法』に係る発明の育種過程における反復可能性」法曹会編『最高裁判所判例解説〔民事篇〕平成12年（上）』（法曹会、平成15年）144頁（153頁）。

(31) 中山・前掲注（30）164頁。

3. ドイツにおける「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の保護

3.1. ドイツ品種保護法による「植物の品種」の保護

ドイツにおいて品種保護を受けるためには、ドイツ品種保護法に基づいて、ドイツ品種保護を受けるか、又は欧州共同体品種保護規則に基づいて、欧州共同体品種保護を受けることになる。

ドイツ品種保護法と欧州共同体品種保護規則とは、ドイツ及び欧州共同体のいずれもが1991年(平成3年)の植物の新品種の保護に関する国際条約を批准しており、同条約を踏まえて定められていることから、ほぼ同内容である。同様の理由により、我が国の種苗法による保護とも、ほぼ同内容である。

例えば、品種保護の要件、用語の定義に係る規定は、それぞれ、次のとおりである。

ドイツ品種保護法

第1条(品種保護の条件) 品種保護は、植物品種(Pflanzensorte)(品種(Sorte))で次の要件を満たしているものに与えられる。

- 一 区別性(unterscheidbar)
- 二 均一性(homogen)
- 三 安定性(beständig)
- 四 新規性(neu)及び
- 五 登録適格性を有する品種表示(eintragbare Sortenbezeichnung)により表示されること。

2 品種が欧州共同体品種保護(gemeinschaftlicher Sortenschutz)の対象であるときは、本法による品種保護は与えられない。

第2条(用語の定義) 本法において、

- 一 「種(Arten)」:植物の種並びに植物の種の統合(Zusammenfassungen)又は区分(Unterteilungen),
 - 一 a 「品種(Sorte)」:植物の集合体(Gesamtheit)又は再び完全な植物を得ることができる植物の部分の集合体であって、最下位の既に知られた分類群(Taxon)に属し、品種保護の付与のための条件を満たしているかを問わず,
 - a) 特定の遺伝子型(Genotyp)又は遺伝子型の特定の組合せにより生ずる特性(Merkmale)の表現(Ausprägung)により定めることができ、
 - b) ほかの全ての植物又は植物の部分の集合体と、これらの特性のうち少なくとも一つの特性の表現により、区別することができ、かつ
 - c) 変化なく増殖させることができる適性において、単位(Einheit)と見ることができるものをいう。
 - 二 「品種の繁殖用の材料(Vermehrungsmaterial)」:植物及び植物の部分を行い、植物の生成又はそのほかの栽植に用いられる種苗を含む。

欧州共同体品種保護規則

第5条(欧州共同体品種保護の対象) 欧州共同体品種保護の対象となり得るものは、全ての植物学上の属及び種に係る品種(Sorten aller botanischen Gattungen und Arten)であり、属及び種の間の一世代交雑品種(Hybriden)を含む。

2 本規則における「品種」とは、植物の集合体で、既に知られた最下位のものの唯一の植物の分類群に属し、品種保護の付与のための条件を完全に満たしているかを問わず、

- 一 ある特定の遺伝子型又は遺伝子型のある特定の組合せにより生ずる特性の表現により定めることができ、

- 少なくとも当該特性のうちの一つの特性の表現により、全てのほかの植物の集合体と区別することができ、かつ、
- 変化なく増殖させることができる適性に照らし、単位と見ることができるものをいう。

第6条（保護し得る品種）

欧州共同体品種保護が与えられる品種は、

- a) 区別性
- b) 均一性
- c) 安定性及び
- d) 新規性

のあるものである。

さらに、いずれの品種も第63条の品種表示が確定されていることが必要である。

ドイツ品種保護法においては、登録要件（区別性、均一性、安定性、新規性、名称の適格性）を満たす「植物の品種」について「品種保護」が与えられる（同法1条1項）。そして、品種保護権の保有者のみが、ドイツ国内において、保護された品種の繁殖用の材料を生産し、繁殖のために加工し、流通に置き、又は輸出する権限などを有する（同法10条）。

欧州共同体品種保護規則における品種保護の要件（同規則6条）自体は、ドイツ品種保護法におけるものとほぼ同様である。ただし、欧州共同体の加盟国全体において、品種保護の権利が統一的に成立し、かつ、その効力が及ぶ点（同規則2条）において、ドイツ品種保護よりも権利が成立する地域的な範囲が広汎である。もともと、権利の行使は各加盟国の裁判所によることになる（同規則101条）。

欧州共同体品種保護規則に基づく制度は、ドイツ品種保護法を含めた加盟各国の品種保護のための制度とは、別個の制度である（欧州共同体品種保護規則3条）。

ただし、ドイツ品種保護法においては、同規則による保護とドイツにおける品種保護とを調整する規定が設けられている。

すなわち、ドイツ品種保護が先行した後、同一の品種に欧州共同体品種保護が与えられたときは、ドイツ品種保護に基づく権利は行使することができない（ドイツ品種保護法10c条及び欧州共同体品種保護規則92条2項）。他方、欧州共同体品種保護が先行したときは、同一の品種にドイツ品種保護は与えられない（ドイツ品種保護法1条2項及び欧州共同体品種保護規則92条1項）。

したがって、欧州共同体品種保護が与えられているときは、ドイツ品種保護は与えられないか、又は権利を行使することができないことになり、欧州共同体品種保護のみが認められているに等しい状態となる。

3.2. ドイツ特許法による「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の保護

(1) ドイツ特許法による「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の扱い

ドイツ特許法は、発明を保護するための一般的な制度であり、技術的思想が発明として特許要件（同法1条1項）を満たしているときは、特許により保護される。そして、特許がされるときは、特許権の保有者のみが、特許発明の実施をする権限を有することになる（同法9条）。

しかし、ドイツ特許法は、次のとおり、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」などについては、特許が認められないとする（同法2a条1項）。

ドイツ特許法

第2 a 条 特許がされないのは、次のものである。

- 一 植物の品種及び動物の種族並びに本質的に生物学的な植物及び動物の育成の方法 (im Wesentlichen biologische Verfahren zur Züchtung von Pflanzen und Tieren) 及びもっぱらこのような方法により得られた植物及び動物 (die ausschließlich durch solche Verfahren gewonnenen Pflanzen und Tiere)
 - 二 …
- 2 特許がされるものは、次の発明である。
- 一 発明の対象が植物又は動物であって、発明の実施がある特定の植物の品種又は動物の種族に限られないもの
 - 二 微生物学的若しくはそれ以外の技術的な方法又はそのような方法により得られた物を対象とするもので、ある植物の品種又は動物の種族にのみ関するものではないもの
- 3 本法における次の用語の意味は、次のとおりである。
- 一 「生物学的材料」とは、遺伝的情報を含み、かつ、自ら増殖し、又は生物学的機構により増殖されることができる材料をいう。
 - 二 「微生物学的方法」とは、微生物学的材料が用いられ、微生物学的材料への侵襲がされ、又は微生物学的材料が産生される方法をいう。
 - 三 「本質的に生物学的な方法」とは、植物又は動物の育成の方法であって、完全に交配又は選別のよう自然現象 (natürliche Phänomenen wie Kreuzung oder Selektion) に基づく方法に関するものをいう。
 - 四 「植物の品種」とは、現に適用がされている欧州共同体品種保護に関する1994年7月27日欧州理事会規則2100/94号(欧州共同体官報L 227号1頁)における品種の定義をいう。

このように、

- ① 植物の品種
- ② 本質的に生物学的な植物の育成の方法
- ③ もっぱら本質的に生物学的な植物の育成の方法により得られた植物

については、ドイツ特許法による保護は与えられない(同法2 a 条1項1号)。なお、これらのものも「発明」には該当し得るが、特許の対象から除外したものとされる⁽³²⁾。

①の「植物の品種」の意義については、欧州共同体品種保護規則の定義(同規則5条2項)によるとされる(ドイツ特許法2 a 条3項4号)。欧州共同体品種保護規則の定義は、ドイツ品種保護法の定義(同法2条1 a 号)とほぼ一致している。したがって、「植物の品種」の定義に該当するものについては、ドイツ品種保護又は欧州共同体品種保護の対象になるとしても、ドイツ特許の対象にはならないことになる⁽³³⁾。ただし、「発明の対象が植物又は動物であって、発明の実施がある特定の植物の品種又は動物の種族に限られないもの」は、ドイツ特許の対象になり得るとされる(ドイツ特許法2 a 条2項1号)。なお、「植物の品種」を得る方法については、特段の制限はなく、従来の育成方法によるものであれ、遺伝子工学により得られたものであれ、特許の対象から除外されるとされる⁽³⁴⁾。

②の「本質的に生物学的な〔植物の育成の〕方法」の意義については、「植物…の育成の方法であって、完

(32) *Keukenschrijver* in: *Busse/Keukenschrijver*, Patentgesetz (ドイツ特許法), 8. Aufl., 2016, § 2 a PatG, Rdn. 5.

(33) *Benkard/Mellullis*, Patentgesetz (ドイツ特許法), 11. Aufl., 2015, § 2 a Rdn. 24.

全に交配又は選別のような自然現象に基づく方法に関するものをいう。」と定義されている（ドイツ特許法 2 a 条 3 項 3 号）。他方、「微生物学的若しくはそれ以外の技術的な方法又はそのような方法により得られた物を対象とするもので、ある植物の品種又は動物の種族にのみ関するものではないもの」については、特許が認められるとされる（ドイツ特許法 2 a 条 2 項 2 号）。しかし、その境界が問題となる。この点については、欧州特許条約の同様の規定（同条約 53 条 b 号）に係る欧州特許庁の拡大審判部の判断においてであるが、「交配及び選別の段階に続く段階や、交配又は選別の段階の一部において、植物の遺伝子全体の有性的な交配の段階又はそれに続く植物の選別の段階の実施を可能にし、又は支持するような技術的な手段が含まれている」というだけでは、なお、「本質的に生物学的な植物の育成の方法」足り得ることは否定されないとされている⁽³⁵⁾。

③の「もっぱら本質的に生物学的な植物の育成の方法により得られた植物」が特許の対象から除外されたのは、②の「本質的に生物学的な植物の育成の方法」が特許の対象から除外されていることが、そのような方法により得られた植物を包括するような特許により容易に回避することを防ぐためであるとされる⁽³⁶⁾。ただし、③の除外については、欧州特許庁における欧州特許条約 53 条 b 号の解釈との整合性が問題とされていることは、「(3)」において後述するとおりである。なお、特許の対象から除外されるものは、このような方法により得られた「植物」であるから、「植物の品種」より広いとされる⁽³⁷⁾。

(2) 欧州共同体バイオテクノロジー発明指針の影響

1998 年（平成 10 年）の欧州共同体バイオテクノロジー発明指針は、次のとおり、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」を特許の対象から除外している（同指針 4 条）。

欧州共同体バイオテクノロジー発明指針

第 4 条 特許がされないものは、次のものである。

a 植物の品種及び動物の種族

b 本質的に生物学的な植物及び動物の育成の方法

2 発明の対象が植物又は動物であるが、特許が認められるのは、その発明の実施が技術的にある特定の植物の品種又は動物の種族に限られないときである。

3 第 1 項第 b 号により発明の特許性が影響を受けないのは、その発明が微生物学的若しくはそれ以外の技術的な方法（ein mikrobiologisches oder sonstiges technisches Verfahren）又はそのような方法により得られた物を対象とするときである。

同指針は、ドイツを含め欧州共同体加盟国に効力が及ぶ。したがって、ドイツにおいても、2005 年（平成 17 年）1 月 21 日、欧州共同体バイオテクノロジー発明指針を履行するためのドイツ特許法改正法が公布された⁽³⁸⁾。

ただし、「植物の品種」及び「本質的に生物学的な植物の育成の方法」については特許の対象から除外されること（同指針 4 条 1 項 a 号及び b 号）については、既にドイツ特許法において定められていたことから（2005 年改正前の 1981 年ドイツ特許法 2 条 2 項 1 文）、同指針の影響は限られている。

(34) Benkard/Melullis, ebenda, § 2 a Rdn. 33.

(35) EPA (GBK), Entsch. v. 9. 12. 2010 – G 2/07, GRUR Int. 2011, 266, 276 – Broccoli I [ブロッコリー I 事件] .

(36) Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung - Drucksache 17/10308 - (ドイツ連邦政府の提出法案 – 連邦議会公報 17/10308 – に対するドイツ連邦議会法務委員会（第 6 委員会）の報告）, BT-Drs. 17/14222, S. 3.

(37) Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung - Drucksache 17/10308 - , BT-Drs. 17/14222, S. 2 f.

(38) Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über den Schutz biotechnologischer Erfindungen vom 21. Januar 2005 (2005 年 1 月 21 日のバイオテクノロジー発明の保護に係る指針の実施のための法律) , BGBl. I 2005, S. 146.

同指針による影響があるとすれば、「その発明の実施が技術的にある特定の植物の品種…に限られないとき」(同指針4条2項)及び「その発明が微生物学的若しくはそれ以外の技術的な方法又はそのような方法により得られた物を対象とするとき」(同指針4条3項)は、特許の対象となるとされた点である。これらの点については、ドイツ特許法においても、当該指針に従う規定(同法2a条2項1号及び2号)が設けられている。

(3) 欧州特許庁における扱いとの交錯—トマト事件Ⅱをめぐる

ア 欧州特許条約及び同条約施行規則における扱い

欧州特許は、欧州共同体品種保護が、欧州共同体全体に統一的に効力を及ぼす権利を認めるのとは異なり、ドイツも含めた欧州特許条約の加盟各国の国内の特許権とみなされる。

ここで、「(2)」において前述した欧州共同体バイオテクノロジー発明指針は、欧州特許条約に基づく欧州特許庁には効力が及ばないものの、欧州特許条約の加盟国かつ欧州共同体の加盟国には効力が及ぶことから、欧州特許条約と抵触しないかが問題となる。しかし、欧州特許条約においても、次のとおり、「植物の品種」及び「本質的に生物学的な植物の育成の方法」については、欧州特許の対象から除外されている(同条約53条b号、同条約施行規則26条及び28条)。したがって、欧州特許条約は、同指針には抵触しないことになる。

欧州特許条約

第53条 特許性の例外

欧州特許は、次のものには認められない。

- a) …
- b) 植物の品種及び動物の種族並びに本質的に生物学的な植物及び動物の育成の方法。ただし、微生物学的方法及びこれらの方法により得られた物については、この限りではない。

欧州特許条約施行規則

第26条 総則及び定義

…

4 「植物の品種」とは、全ての植物の集合体で、最下位の既に知られた唯一の植物学上の分類群であり、品種の保護の付与のための条件を完全に満たしているかを問わず、

- a) ある特定の遺伝子型又は遺伝子型のある特定の組合せから生ずる特性の表現により定めることができ、
- b) 少なくとも当該特性のうちの一つの特性の表現により、全てのほかの植物体の集合と区別することができ、かつ、
- c) 変化なく繁殖させることができる適性に照らし、単位と見ることができるものをいう。

5 植物又は動物の育成のための方法が、本質的に生物学的であるのは、完全に交配又は選別などの自然現象に基づく方法に基づくときである。

第28条 特許性の例外

…

2 欧州特許条約第53条b項により、欧州特許は、もっぱら本質的に生物学的な方法により得られた植物又は動物には、付与されない。

このように、欧州特許の対象からの除外については、欧州特許条約自体によるほか、同条約施行規則に定められている部分がある。「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」を定義する規定(同

条約施行規則 26 条 4 項又は 5 項) や、「もっぱら本質的に生物学的な方法により得られた植物」を欧州特許の対象から除外する規定 (同条約施行規則 28 条 2 項) などである。これらの同条約施行規則に定められている部分が、欧州特許条約と整合するかどうか問題となり得る。整合しないときは、欧州特許条約が優先することになる (同条約 164 条 2 項)。

イ トマト事件Ⅱと 2013 年のドイツ特許法改正

トマト事件Ⅱ⁽³⁹⁾において問題とされた特許は、発明の名称を「水分が減少したトマトの産生方法及びこの方法により得られた生産物」とする欧州特許第 1211926 号 (優先日 1999 年 8 月 19 日, 出願日 2000 年 7 月 4 日, 登録日 2003 年 11 月 26 日)⁽⁴⁰⁾である。

その請求項 16 は、次のようなものである。ただし、異議申立事件において、その後、訂正がされている。

請求項 16 トマトの果実であり、その特徴は、非処理の表皮は果実の乾燥を許容し、その表皮のしわが維持され、乾燥は微生物による腐敗をおおむね伴うことがないことにあるもの。

なお、欧州特許出願に対応する日本出願の公開特許公報の段落【0011】には、発明の詳細な説明において、「そこで、本発明の好ましい実施態様によると、少なくとも一つのリコペルシコン・エスカレンタム植物をリコペルシコン種と交配させハイブリッド種を産生する段階と、ハイブリッド種の第一世代を回収する段階と、そのハイブリッド種の第一世代から植物を生長させる段階と、最新ハイブリッド世代の植物を授粉させる段階と、その最新ハイブリッド世代により産生された種を回収する段階と、最新ハイブリッド世代の種から植物を生長させる段階と、通常の成熟時期を過ぎても、植物をつるに残したままにする段階と、熟した果実の延長された保存期間と果実表皮のしわにより示される果実中水分の減少量を調べる段階とを含む果実中水分の減少したトマトを産生するトマト植物を育てる方法が提供される。」

と記載されている。

トマト事件Ⅱにおいて、本願発明は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」に係るものといえそうであるが、その方法から得られたトマトとの関係において、欧州特許庁の拡大審判部は、「本質的に生物学的な植物の育成の方法」(欧州特許条約 53 条 b 号) の解釈について、

「欧州特許条約 53 条 b 項の『本質的に生物学的な植物の育成の方法』との適用範囲については、次のように解釈される。すなわち、物の発明において、特許請求の対象が植物又は植物の物質、例えば、果実又は植物の部分のようなものであるときは、植物の品種に係るものではないので、特許による保護は排除されない。」

と判示した⁽⁴¹⁾。

拡大審判部は、このように、「本質的に生物学的な植物の育成の方法」により得られた「植物」についても、特許の対象から除外されないかのような判断を示した。

「トマト事件Ⅱ」の欧州特許庁の拡大審判部の判断を受けて、ドイツ連邦議会 (Bundestag) の与党及び野党が共同して、「本質的に生物学的な植物の育成の方法により得られた植物」を特許の対象から除外することを明らかにすべきことを提案した⁽⁴²⁾。

(39) EPA (GBK), Entsch. v. 25. 3. 2015 – G 2/12, GRUR 2016, 585 – Tomate II [トマト事件Ⅱ] .

(40) 欧州特許出願に対応する日本出願に係る公開特許公報として、特開 2011-200239 がある。

(41) EPA (GBK) , Entsch. v. 25. 3. 2015 – G 2/12, GRUR 2016, 585, 596 – Tomate II [トマト事件Ⅱ] .

(42) Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Keine Patentierung von konventionell gezüchteten landwirtschaftlichen Nutztieren und -pflanzen (CDU/CSU, SPD, FDP 及び BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN 会派の申入書: 従来の育成方法に係る農業用家畜及び植物の特許の対象からの除外) , BT-Drs. 17/8344.

このような申入れを受けて、ドイツ連邦議会の法務委員会は、当時審議されていたドイツ連邦政府 (Bundesregierung) の提出に係るドイツ特許法改正法案⁽⁴³⁾を修正し、「もっぱらこのような方法〔=本質的に生物学的な植物及び動物の育成の方法〕により得られた植物」を特許の対象から除外する規定を追加すべきことを提案した⁽⁴⁴⁾。同委員会は、その理由として、

「しかし、欧州特許庁拡大審判部は、その判断において、そのような動物又は植物に関する方法により得られる、動物又は植物の形式で生み出された生産物の特許性の問題を検討したものとはいえない。ドイツ連邦政府の意見としては、バイオ特許指針 4 条の趣旨及び目的に従えば、そのようなものにも、特許の対象からの除外が妥当すべきである。そうでないと、従来の育成方法が特許の対象から除外されていることが、困難なく回避されてしまうであろう。したがって、育成者及び農業者の利益のために明らかにされるべきことは、従来の育成の方法に直接に由来する植物及び動物について、第三者の特許において、包括的な生産物を特許請求するようにして、その範囲に入れるようなことができないようにすることである。」

との説明をしている⁽⁴⁵⁾。

ドイツ連邦議会は、このようなドイツ特許法改正法案を修正する提案を踏まえて、2013 年（平成 25 年）6 月 27 日、同改正法案を可決した。同年 10 月 25 日、同改正法が施行され、ドイツ特許法 2 a 条 1 項 1 号に、次の下線部の文言が追加された⁽⁴⁶⁾。

第 2 a 条 特許がされないものは、次のものである。

- 一 植物の品種及び動物の種族並びに本質的に生物学的な植物及び動物の育成の方法及びもっぱらこのような方法により得られた植物及び動物

ウ 欧州特許条約施行規則 28 条 2 項の追加とその後の展開

ドイツ連邦政府は、欧州特許庁に対し、2013 年のドイツ特許法改正法によりドイツ特許法 2 a 条 1 項 1 号に追加された文言と同様の解釈が欧州特許条約においても採用されるべきことを求めたとされる⁽⁴⁷⁾。

欧州特許庁は、2017 年（平成 29 年）6 月 29 日の事務会議において、欧州特許条約施行規則 28 条 2 項を追加することを決定し、2013 年のドイツ特許法改正と同様の規定を設けた⁽⁴⁸⁾。

しかし、発明の名称を「改善された栄養価を有する唐辛子の植物及び果実」とする出願⁽⁴⁹⁾について、2017 年に新たに設けられた欧州特許条約施行規則 28 条 2 項に基づく拒絶の査定に対する出願人による審判の請求事件 (T1063/18) において、欧州特許庁の審判部は、欧州特許条約施行規則 28 条 2 項は、欧州特許条約 53 条 b 号に抵触することから、欧州特許条約の規定が優先するとして（同条約 164 条 2 項）、2018 年（平成 30 年）12 月 5 日の審決により、拒絶の査定を取り消している⁽⁵⁰⁾。

(43) Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung patentrechtlicher Vorschriften und anderer Gesetze des gewerblichen Rechtsschutzes (ドイツ連邦政府の提出法案：特許法その他産業財産法の改正のための法律案), BT-Drs 17/10308.

(44) Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung - Drucksache 17/10308 - (ドイツ連邦政府の提出法案 - 連邦議会公報 17/10308 - に対するドイツ連邦議会の法務委員会 (第 6 委員会) の議決の提案), BT-Drs. 17/14221.

(45) Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung - Drucksache 17/10308 -, BT-Drs. 17/14222.

(46) Gesetz zur Novellierung patentrechtlicher Vorschriften und anderer Gesetze des gewerblichen Rechtsschutzes vom 19. Oktober 2013 (2013 年 10 月 19 日の特許法その他産業財産法の改正のための法律) (BGBl. I S. 3830).

(47) *Keukenschrijver*, Sortenschutz (ドイツ品種保護法), 2. Aufl., 2017, Einl., Rdn. 23.

(48) Amtsblatt Juli 2017.

(49) EP 2 753 168.

(50) EPA, Entsch. v. 5. 12. 2018 - T1063/18, Pepper [唐辛子事件].

したがって、欧州特許条約施行規則 28 条 2 項がどこまで実効性を維持することができるかは、現状、明らかではない。

また、「もっぱら本質的に生物学的な植物の育成の方法により得られた植物」に係る発明についての欧州特許がされた後、その欧州特許のドイツにおいて効力を有する部分が、ドイツ連邦特許裁判所において、「唐辛子事件」(T1063/18)における欧州特許庁審判部の解釈とは異なり、欧州特許条約施行規則 28 条 2 項による特許の対象からの除外が欧州特許条約 53 条 b 号の解釈により導かれるものとして、無効なものと判断されるおそれもある(欧州特許条約 138 条 1 項 a 号)。

「もっぱら本質的に生物学的な植物の育成の方法により得られた植物」についてもまた、「本質的に生物学的な植物の育成の方法」を特許の対象から除外する規定の実効性を確保するために特許の対象から除外されていると解すべきかどうかという論点は、この技術の分野に属する当業者においては、実務上の重要な関心事であろう。

ただし、本稿における関心事は、このような議論の帰すのみならず、ドイツにおいて、「植物の品種」を始めとして、「本質的に生物学的な植物の育成の方法」、さらには「もっぱら本質的に生物学的な植物の育成の方法により得られた植物」までについても、特許の対象から除外しようとする強い傾向があることである。

3.3. ドイツにおける品種保護と特許による保護との調整

(1) 調整の規定の沿革

ドイツにおいて、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」が特許の対象から除外されたのは、1976 年(昭和 51 年)に 1968 年(昭和 43 年)のドイツ特許法 1 a 条として追加された時点である⁽⁵¹⁾。1981 年(昭和 56 年)のドイツ特許法の制定時に、同法 2 条 2 号に条文が移動された。

このように「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」に係る発明が特許の対象から除外されたのは、① 1963 年(昭和 38 年)の発明に係る特許の実体法の特定の概念の統一のための条約(いわゆるストラスブル条約)⁽⁵²⁾において、これらのものが特許の対象から除外されるかどうかの判断が締約国の選択に委ねられたこと(同条約 2 条 b 号)、②その後、1973 年(昭和 48 年)の欧州特許条約において、同様の除外が定められたこと(同条約 53 条 b 号)、並びに、③ 1961 年(昭和 36 年)の植物の新品種の保護に関する条約において、植物の同一の品種について、特別の保護及び特許による保護とのいずれかを選択することとし、その重複を認めていないことから(同条約 2 条 1 項)、ドイツにおいては、品種保護によることを選択したことによるとされる⁽⁵³⁾。

1991 年(平成 3 年)の植物の新品種の保護に関する条約に至り、品種保護と特許との重複を認めないとする規定は、削除されたが、ドイツにおいては、品種保護と特許との重複を認めない規定が維持されている。

(2) 品種保護を選択した理由

「(1)」において前述したとおり、ドイツ特許法においては、現在に至るまで、品種保護と特許との重複を認めていない。その理由については、例えば、1996 年(平成 8 年)の論考において、次のような説明が見られる。

「通常、品種保護の対象とされている植物の購入者は、農業者又は造園業者である。欧州全体において、共通の理解として、農業者は、2 種類の異なる保護権、すなわち、2 種類の実施料の請求に直面しなけ

(51) *Fitzer* in: *Fitzer/Lutz/Bodewig*, Patentrechtskommentar (注釈特許法), PatG, vor § 2a, Rdn. 1.

(52) Das Übereinkommen zur Vereinheitlichung gewisser Begriffe des materiellen Rechts der Erfindungspatente vom 27. November 1963 (BGBl. 1976 II S. 649).

(53) *Häußer*, Neue Pflanzen im Spannungsfeld zwischen Patent- und Sortenschutz (特許による保護と品種保護との緊張の場における新規な植物), GRUR Int. 1996, 330, 332.

ればならないようなことがないようにされるべきであるという理解があるように思われる。そこで求められる一つの解決として実際に確実なものとされるべきことは、保護された植物の品種の譲受人は、一個の保護権にのみ直面するようにするということであり、それは、その利用される品種が一特許された一生物学的な発明に関するものであるときでも同様である。⁽⁵⁴⁾

このような説明のみからでは、複数の権利が重複して行使されなければよいことになり、品種保護に代えて、特許による保護を選択する余地もあり得ることになる。

ここで、ドイツにおいて、品種保護を選択した理由については、例えば、1987年（昭和62年）の論考においては、次のような説明が見られる。

「立法者は、育成者の利益を考慮して、育成者に育成の成果に対し排他的な利用権を与え、それにより全ての実施の可能性を認めた。この排他的権利の内容及び範囲は特許におけるよりも狭いことから、必然的に一般的な利益、すなわち、全ての個人が、知的な育成の成果を無制限に使用し、応用することができること、及び生産物を実施料などの費用負担をできるだけ少なくして得ることができることを、非常に重視しているといえる。」⁽⁵⁵⁾

2009年（平成21年）のドイツ品種保護法の解説書の一つは、この1987年（昭和62年）の論考を引用しつつ、

「特許は、特許に固有の法的効果により、負の効果を招きかねない。例えば、強い独占力、利用関係及びライセンスのピラミッドが生じることにより、望んでもいない費用の増大、品種の多様性の制約、かつ、遺伝的資源の制約などの一時にやや誇張されているが、反対の論者から確信に足りる反論はされていない一指摘がされている。」⁽⁵⁶⁾

とし、1987年の論考に対する有力な反論が見られないとの認識を示している。

このように、ドイツにおいては、農業者の保護、多様な品種の育成の促進などの観点から、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」については、特許による保護よりも、品種保護によることが選択されたものと思われる。

ドイツにおいても、品種保護は、その保護の範囲は狭いものの、特性が相違すれば容易に得ることができる一方、特許を得ることは容易ではないが、その保護の範囲は広く、かつ、強力であると認識されている⁽⁵⁷⁾。恐らくは「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」について広く特許を認めることは、農業者の保護、多様な品種の育成の促進などを阻害するものと見ているものと思われる。

なお、ドイツにおける農業者の保護は、ドイツ品種保護法の規定によるばかりではなく、ドイツ特許法においても徹底されている。すなわち、農業者の自家増殖は、ドイツ品種保護法においても認められているほか（同法10 a条3項）、ドイツ特許法においても同様に認められている（同法9 c条1項）。また、偶然かつ不可避的な生物学的材料の農地への混入に対しては、ドイツ特許法により特許権が制限されている（同法9 c条3項）。

4. 我が国に帰り…総括

4.1. 我が国において問題が顕在化していない要因

我が国において、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」が特許の対象から除外されているわけではない。したがって、「2. 2. (3)」において紹介した発明の名称を「ブラシカ オレラセア

(54) HäuBer, ebenda, GRUR Int. 1996, 330, 333.

(55) Lukes, Das Verhältnis von Sortenschutz und Patentschutz bei biotechnologischen Erfindungen (バイオテクノロジー関係発明における品種保護と特許による保護との関係), GRUR Int. 1987, 318, 320. 同様の指摘は, Benkard/Melliss, a. a. O. (Fn. 33), § 2 a, Rdn. 19 にも見られる。

(56) LeBmann/Würternberger, Sortenschutzrecht (ドイツ品種保護法), 2. Aufl., 2009, § 1, Rdn. 24.

(57) LeBmann/Würternberger, ebenda, § 1, Rdn. 12.

種植物およびその製造方法」とする近時の特許の事例についても、仮に、それが「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」に該当し得たとしても、我が国において特許がされることは、何ら差し支えないことになる。

他方、ドイツにおいて、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」については、特許による保護よりも品種保護によることが選択されたのは、農業者の保護、多様な品種の育成の促進などの観点によるものと思われることは、「3. 3. (2)」において前述したとおりである。

ここで、我が国において、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」を特許の対象から除外していないことにより、農業者の保護、多様な品種の育成の促進などの観点からの具体的な問題、例えば、小規模な農家が特許権侵害の警告を受けたというような報道に接する機会は余りないように思われる。

我が国において、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」を特許の対象から除外していないことによる問題が顕在化していないとすれば、その要因として想定されるものとしては、筆者は農業政策に必ずしも通暁はしていないので憶測になる面もあるが、次のような事情が挙げられるのではないか。

要因① 我が国において主要な作物に係る「植物の品種」の育成は、公的な機関である国や都道府県などの農業試験場が中心的な役割を果たしてきた。これらの公的な機関が特許権を取得し、農家などに権利の行使をするような事態が発生しなかった。

要因② 主要な作物に係る「植物の品種」は、農業試験場が育成した品種を農業協同組合が組合員に普及させてきた。そのため、国内外の企業が特許権に係る品種を流通する余地がそもそも限られていた。

要因③ 我が国では、遺伝子を組み換える方法により育成された「植物の品種」についても、特許権の効力が及ぶことは排除されない。しかし、我が国の消費者において遺伝子の組み換えにより育成された作物についての拒否反応が強いためか、そのような特許権の効力が及び得る作物が普及しなかった。

要因④ 特許庁の審査においても、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」を特許の対象から除外する規定がないにもかかわらず、反復可能性などについて疑問があるためか、実際に特許の査定をした事例は決して多くはないように思われる。そのため、権利の行使の前提となるべき特許権自体が少ない。

要因⑤ 外国には、「植物の品種」の育成者として世界的に活動している巨大な企業がある。しかし、これらの世界的な企業は、ドイツを始めとする欧州において「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」が特許の対象から除外されていることから、あえて我が国においてのみ、「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」について特許出願をし、特許権を取得する動機に乏しい。

これらの想定される要因のうち、要因④のように特許法上の理論的な問題による要因や、要因⑤のように特許制度に統一性がないことに基づく要因もある。

しかし、要因①又は②のように農業政策としての側面による要因が、強い直接的な影響を及ぼしているように思われる。また、要因③のように消費者政策としての側面による要因も無視し得ないであろう。

4. 2. 今後の問題の顕在化のおそれ

(1) 我が国の農業の基本的な構造の変化の可能性

我が国が「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」を特許の対象から除外していないことによる問題が顕在化していない要因として想定されるものについては、前述したとおりである。これらの想定される要因は、飽くまで仮説であり、実証的な検証も容易ではないであろう。

しかし、これらの要因のうち農業政策に係るもの（要因①及び②）は、我が国の農業の高齢化、後継者難など、農業協同組合を中心とした農業の基本的な構造の変化により変容して行く可能性がある。

現時点においても、例えば、平成30年の主要農作物種子法⁽⁵⁸⁾の廃止により、主要な作物に係る「植物の品種」の育成における農業試験場の役割が変わり始めている。その結果、世界的な企業が、主要な作物の種苗の供給から栽培の過程に至るまで、我が国の農業に参入する余地が生まれるかもしれない。

また、農業協同組合を中心とした生産から流通までの仕組みが、組合員である農家の減少に伴い、維持が難しくなるかもしれない。その結果、農業協同組合によらない新たな生産から流通までの仕組みが、私企業により次第に確立されて行く可能性がある。

(2) 将来予想される問題点—特許法の視点から

我が国の農業の基本的な構造が変容し、農業が次第に自由化されて行く過程の中で、伝統的な農家と国内外の私企業との間における摩擦が生じる可能性があるかもしれない。

そのような摩擦の一環として、例えば、我が国においては認められ得る「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」に係る特許に基づいて、農業協同組合や組合員である農家に対し、権利の行使が活発にされ始めることも想定されよう。しかし、我が国の総農家数は約215万戸のうち約82万戸は自給的農家とされ、約133万戸の販売農家も家族経営体によるものがほとんどであり、かつ、約72万戸は第2種兼業農家である⁽⁵⁹⁾。したがって、ほとんどの農家は、特許権の行使に対しては無力であろう。

我が国において「植物の品種」及び「本質的に生物学的な植物の育成の方法」について特許が認められているものと思われる例として、「2. 2. (3)」において、発明の名称を「ブラシカ オレラセア種植物およびその製造方法」とする特許を紹介した。その技術的範囲は「受託番号」により十分に特定されているともいえる。しかし、仮に、その技術的範囲に従来からあるハボタンの品種が含まれているような場合において、従来からある品種であることについて立証に困難を来すような事態が生じないかとの懸念もあろう。

一般論としても、従来からある植物の品種について、特許発明の出願前から実施をしていたとしても、公知文献が乏しいために、公然知られていたことを立証することが困難なことが考えられる。

また、先使用による通常実施権を主張しようにも、「植物の品種」としての特性が時間の経過とともに変容することもあり得る。そのため、特許出願前後における先使用に係る発明の同一性の立証が困難であることもあろう。

さらに、従来からある「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」についても、公知文献がないことを奇貨として、新たな視点に基づいて僅かな数値限定をしたような発明について特許出願をすることにより、その技術的範囲に取り込むことを試みるような企業も現れるかもしれない。特に近時の特許の審査は、特許出願人に対し寛容な傾向があり、かつ、公然実施をされた発明の認定には厳格な傾向があるようにも思われ、このような自由技術にも等しい発明を抑制する機能を果たし得るのかについては、危ういものを感じる。

このような懸念が特に米の品種など主要な作物との関係において現実化すれば、我が国においても、ドイツにおけると同様の「植物の品種」又は「本質的に生物学的な植物の育成の方法」の特許の対象から除外するようなことも検討する必要がある可能性は否定し切れない。

(58) 主要農作物種子法（昭和27年法律第131号）。

(59) 農林水産省『農林業センサス第2巻 農林業経営体調査報告書—総括編—』（平成28年）30頁、36頁及び37頁による。