

私権の付与と公法上の規制

——「バイオテクノロジーと法」に関する覚書

齋藤 誠

Monstrum ト戦スルモノハ、己ガ Monstrum ト化シテハナラヌ Friedrich Wilhelm Nietzsche

はじめに

一 バイオ保護と規制

二 公序条項の役割

結びにかえて

はじめに

筆者は、前稿「特許・確認・法政」⁽¹⁾において、「特許法上の特許は、講学上の特許ではなく『確認』である」という行政法上の「古典的」命題について検討を加えた。そこで得た一つの帰結は、この命題がいわば「裏側における」

私権の付与と公法上の規制

公法・私法論の残照を示すのではないかということであった。すなわち、それは、「私権」の設定・認証は本来的には司法^②民事作用であり、行政の関与は例外的なものにとどまるという觀念の所産だったのである。

こうした「私権」を軸とした、一見「二元的」な思考方法は、行政法と他法の境界領域では今日でも見受けられるところである。^③本稿では、こうした「私権の付与」と「公法上の規制」の関係について、バイオテクノロジーの法的保護と規制を素材として、考察を加えるものである。もとより、素材の「新規性」および、それに関する筆者の限定的な知識により、本稿が文字通りの *Memoire* となることは、ご容赦いただきたい。

一 バイオ保護と規制

1 今日におけるバイオテクノロジーの発展は、それによって創造された生物—植物・微生物・動物すべてを含む—又それを利用して得られた物品及びその「創生」^④技術の、特許法による保護を要請するにいたっていることは周知の事実である。

他方で、こうしたバイオ保護（以下「バイオテクノロジーの法的保護」の略語としてこの語を用いる）の動向に関しては、安全性や、倫理的観点からの批判も存在する。安全性については、遺伝子組み換えの「新生物」が外界に出た場合の影響といった点が、倫理的な観点では、動物・ひいてはヒトないしはその構成要素に「手を加える」ことに対する反対が代表的なものであろう。そして、現実の特許申請された「生物」は、その都度論議の対象となってきた「オイルを「食べる」細菌、ハーバードマウス等々」^⑤。

そして、バイオ保護法においても、何らかの形で安全ないし倫理に関する規定を置くべきだという議論も最近では

見られるところである。ここでは、まずバイオ保護EC指令案⁽⁶⁾についての議論を例にとつてこの論点に関する議論を紹介しておく。

2 EC指令案二条は「発明の内容が、それが生物(living matter)から構成されているということのみを理由として特許不能とされてはならない」として、バイオ保護の大枠を設定しようとするが、W.Rohleyによる修正案は、以下の如くこの枠に安全性・倫理性の観点から、比較的広範囲な限定を加えようとする。

Rohley 修正案二条

三項 一項(EC指令案二条と同趣旨)による保護にもかかわらず、発明の公表ないし利用が公序(public order)ないし良俗(common decency)に反する場合は特許可能とされてはならない。

四項 三項の公序良俗違反の有無の判断に当たつては、個々の事案において、一方における発明の有用性と、他方における発明による危険(risks)の比較衡量(comparative assessment)および、基本的法原則からもたらされる異議を勘案しなければならない。

五項 ヒトそのものに及ぼされる発明、ないしヒトの発生・発育のいかなる段階におけるものであれその遺伝子の同一性を変換する発明は、いかなるものであれ公序と両立不可能であり、従つて特許不能である。

六項 動物の生産ないし改造のための、不自然(unatural)な過程を含み、或いは当該動物に不必要な苦痛ないし身体的傷害を加える発明、および、そうした過程から得られたバイオ素材を内容とする発明は、いかなるものであれ公序と両立不可能であり、従つて特許不能である。

七項 動物を対象とした発明のうち動物の表現型(phenotype)ないし遺伝子組成を得るために動物の健康ないし福利に悪影響を及ぼさざるを得ないもの、ないしキメラの発明は、いかなるものであれ公序と両立不可能であり、従つて特許不能である。

八項 ヒトないし動物に対する治療ないし診断のための方法は、営利目的として扱われるべきでなく、従つて、特許可能な発明ではない。但し、医療過程に用いられる特定の物質ないし混合物からなる物品にはこの条項は適用されない。⁽⁶⁾

これに対し、ヒトおよびその遺伝子に限つて限定を加えるのは、Menzによる修正案二条二項である。

二項 ヒトそのもの(Human beings per se)は、特許の対象とならない。医療を目的とするヒト遺伝子の改変を内容とする発明は、それが公序良俗(ordre public)に反せず、人間の尊厳(dignity of human beings)を侵さない限りで、特許可能である。⁽⁷⁾

Rothley案に対しては、バイオ保護「推進」側の化学工業企業団体であるCEFICから一般論として、以下のような批判が寄せられている。①倫理的な問題は、「最初の」実験段階で議論さるべき問題であり、当該発明が「保護」されるかどうかという「終わり」の段階でもちだされるべきではない。②指令案は、特許保護を「強める」ためのものであつて、「弱める」ものであつてはならず、よつてアメリカや日本の特許法の発展動向におくれを取るべきでは

なく、すでに特許対象となっているものはずすべきでもない。しかしながら、CEPICさえ（！）も、なんらの倫理的規定もおくべきでないというのではなく、公序ないし倫理は、時代により変化するものであり、その点で「一般条項」をおくことには利点があるととして、Marz による修正案二条二項に賛成している。⁽¹⁰⁾

3 『産業上の権利保護における遺伝子発明』と題する浩瀚な研究において、Moutang もまた、バイオ保護法において、発明の安全性・倫理性を問題とする余地があり、なおかつヒト遺伝子についての倫理的制約は、特許法における、不特許の帰結をもたらすとしている。⁽¹¹⁾

以上管見した限りでは、バイオ保護法においてもなんらかの形で、安全・倫理規定をおき、一定の発明を不特許とすることがありうるというのが、「彼の地」における議論の動向のように思われる。翻ってわが国では如何であろうか。こちらでは、バイオ規制とバイオ保護の「別建て」論が展開されているところである。⁽¹²⁾

例えば、動物特許と安全性の問題について、(財)知的財産研究所の「バイオテクノロジー成果物の法的保護のあり方」報告書は以下のように述べる。

安全面については、従来から保護を与える(例えば、発明を保護すること、安全性の確保に関する政府の措置とは必ずしもリンクしないものとして処理されている。たとえば、医薬特許が付与されたとしても、医薬品としての安全性が確認され製造・販売承認が得られるまでは実際の製造・販売は行えない。パリ条約においても、第四条の四で「特許の対象である物の販売、・・・が国内法令上の制限を受けることを理由として、特許を拒絶し又は無効とすることはできない」と規定し、この趣旨を明らかにしている。仮に生物に対してある法的保護が与えられたからと

いっても、実験や産業利用が安全性を十分に確保された上で行われることは当然であり、法的保護を与えることが安全性を担保したということではなく、法的保護と安全性はそれぞれ別個の観点から十分な検討が行われるべきである。¹³⁾

安全面・倫理面の審査は特許付与の際排除すべきものかどうか―上記 Merz 案では、ヒト遺伝子に限定して、「公序良俗」「人間の尊厳」という観点からの審査が行われることとなるが―バイオ成果物一般についてはどうい制度が望ましいのであろうか。以下では、保護・規制「別建て」論に検討を加え特許法上の公序条項の果たすべき役割について考察することとする。

4 発明の保護と安全性の確保は「別建て」とする見解においては、前記知財研報告書のように、その立論の「補助線」として、医薬品に関する現行法制が、引き合いに出されることが多い。すなわち、新規な医薬品に「特許法」上の医薬特許が与えられたとしても、それはその医薬品の安全性を担保するものではなく、医薬品の製造・販売には、別途「規制法」としての薬事法の審査および、製造・販売承認が必要である。¹⁴⁾この両者の審査は、別個独立になされるため、薬事法の承認時には、残余特許期間が僅少になるという問題が生じて、期間延長が定められたことは記憶に新しいところである。この特許法改正により、医薬品に関しては、いちおう「別建て」が確立したといえよう。¹⁵⁾

「特許権」付与と当該特許技術の規制を分けるこの議論を特許法の制度的観点から、敷衍すると以下のようなようになる。

特許法による特許の付与は、特許権者に実施の独占権を与える効果を持つにすぎず、実施そのものを保証する（御

墨付をあたえる」ものではない。裏をかえせば「危険」な発明を不特許にしたところで、独占権が生じないというだけで、その実施自体が阻止されるわけではない。従って、特許制度が、産業政策的見地から構築されたものとしても、バイオハザードの防止といった「現実困難な政策目的を背負いこみかえって技術の発展を阻害」⁽¹⁶⁾してはならないというわけである。

5 安全性について、その確保を他の規制法―その在り方は、様々に考えられる―に委ねるとして、倫理面については、特許法三二条の公序条項によって一定の「限定的な」審査を考えるべきだとする見解もありえよう。例えば、前記知財研報告書も動物の特許可能性について以下のように述べる。

動物が既に様々な形で利用されている現状に鑑みれば、何か倫理に反するかという法的価値判断を一律に行うことは極めて難しい。したがって、誰がみても倫理に反するような成果物については個別的に判断されるに留まるといべきであろう。⁽¹⁸⁾

他方、安全性審査を行うべきであるという見解にとつても手掛かりになるのは、この公序条項である―同項は、「公衆衛生」を害するおそれのある場合も不特許であると定める―。以下、この条文の利用可能性について検討してみよう。

二 公序条項の役割

1 公序違反の「発明」を不特許事由とするこの条文については、判例の蓄積はあまりないにせよ⁽¹⁹⁾、その存在理由についての議論は存在する。

その第一の見解は、三二条二号を民法九〇条と同趣旨と解するものである⁽¹⁹⁾。しかしながら、この見解については、民法九〇条は、「法の理念からみて容認できない内容に裁判上の保護を与える」ことを拒絶するものであるのに対して、三二条違反として、不特許となった発明については、独占権付与が拒絶されるだけで、その実施ができなくなるわけではないのでその「理論構造」が異なるという批判がある⁽²⁰⁾。

第二の見解は、当該発明の本来の目的が公序良俗に反し、その目的に沿った実施が必然的に公序良俗に反するおそれがあるものは不特許とするもので、これが特許法学説では通説である。その立論の趣旨は、平たくいえばそのような発明に「独占権を与えても結局意味がない」というものである。しかしこの見解についても、特許明細書による目的判断が「法学における「目的」論議一般につきまとう困難ではあるが、曖昧にならざるをえないという難点が指摘されている⁽²¹⁾。

そこで、第三の見解は、当該発明の内容が、公開公告等で公表された場合、その公序良俗に反する内容をもつ発明を社会に広めることに国が「加担」することになることを理由に、不特許とするというものである⁽²²⁾。

いずれの見解にせよ、「倫理性」を軸とする同条の発動の余地は否定されていないが、保護・規制「別建て」論を徹底すれば、その余地は狭く解されることとなろう。以下同条項適用の問題点につき少しく検討することとする。

2 公序条項の適用について「理論的」な制約は存在するのであろうか。一つの想定される理論構成は、前述した「別建て」論である。しかしながらこの議論も、公法・私法二分論に立つて特許法を「財産権法」として純化させようというものではなからう。⁽²³⁾ また、特許権の設定が、産業政策の見地から財産権の設定に国家が関与するものであるとすれば、そこに公序適合性が（程度はともあれ）要求されることは異とするにはあたるまい。古くは、「特許法上の特許」確認⁽²⁴⁾ 説をとる美濃部博士も、公序条項については「公益上不適當」なものを保護しないことは当然であるとしている。仮に特許権が、特許処分先験的？な「私権」に由来するという立場をとつたとしても、その制約は存在するのであつて、根拠として憲法二九条二項（財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める）を持ち出すこともできよう。

すると、残るのは、機能的・政策的に見てバイオテクノロジーについて規制と保護を二分するのが妥当かどうかという問題となる。この点では、「別建て」論・「公序」条項利用論ともに、様々な議論があり得よう。「別建て」論側の主張としては、前述したように、特許法の「機能」として、不特許が実施規制に直結しない以上、そうした政策目的実現に同法を「使う」べきでないということになる。これに対しては、公序条項に関する第三の見解のように、ある程度は同法によつて、そうした機能が果たされうるという反論も可能であろう。

将来的には「有るべき」規制制度が構想されるにせよ—その場合も、医薬品の場合のように、特許権の権利期間と、規制機関の審査期間の関係の調整等が必要となるかもしれないが—、⁽²⁵⁾ バイオ実施規制が確立されているとはいえない今日においては、最初に「横目でみた」ヨーロッパの動向からも窺われるように、その安全面・倫理面における発動可能性は留保しておくべきであつて、その点では、上記第三の見解が、バイオ領域についても適合的なのではなから

うか。

無論現在の特許審査体制で、そうした審査が—明細書の書面審査で—実際に可能かという問題⁽²⁶⁾もあり、それは「一般条項」一般の適用妥当性の問題⁽²⁷⁾、予測的決定にかかわる問題とともに、今後の検討が必要であろう。

3 より広い range をとった場合に、「保護と規制」関係が如何にあるべきかについては、本稿では一義的な解答を得ることはできなかった—今日において法が、生物同様に、「過去から未来に対して、結果は原理的に一対多だが、その結果は事後的に一つに決まる」自律的システムであるとすれば、それは「外部観察者によってその挙動を一義的に決定できないのである」⁽²⁸⁾から解を得る困難さはなおさらであるが—。

但し、この点については、「一般条項」についての G. Teubner の議論から、一つの示唆を得ることができよう。すなわち、周知の如く Teubner は、現代社会において法システムによる、他システムに対する直接的な介入が、「規制のトリレンマ」を将来するとして、その解決策として「自省的法」を提案し、法システムの規範的閉鎖性と認知的開放性を結び付けるものとして、「一般条項」の効用を説いている。そしてその大きな特色は、「一般条項の不明確性」が法システムの他システムへの適合の能力を高めるとともに、システム間の紛争を調整する役割を果たすというものである。⁽²⁹⁾

とすれば、特許法上の公序条項が、Teubner のいう「システム間抵触法(intersystemische Kollisionsrecht)」⁽³¹⁾として、直接的な規制に代わって機能しうるかどうかとも一つの興味深い論点であるといえよう。

結びにかえて

本稿では、バイオテクノロジーの保護・規制関係の一端を「雑考」したにすぎず、それぞれの内包すべきものについては、「門二入ル」こともできなかった。そこでここでは、ヒトに関する遺伝子工学―それが、既に保護対象として議論の俎上に登っていることは前述したEC指令案を巡る議論からも伺えるし、アメリカにおいてヒト遺伝子の特許申請が話題を呼んだのも記憶に新しいところである―について、「唯脳論」者養老孟司教授の見解を紹介して結びにかえたい。

ヒトを対象とする遺伝子操作については、遺伝子科学諸分野の中でも、とりわけ制約論が主張されるところである。⁽³²⁾この点について、養老教授は「客観性」を標榜して止まない現代諸科学も、「ヒトの見方」に依存していることは否定できず、そしてヒトの考え方の形式自体は、ほとんど変わってこなかったとすると、ヒトを対象とする遺伝子工学は、この「ヒトの見方」そのものを変えてしまう可能性を持つ点で、従来の諸科学とは違う面を持ちうる。しかし、ここで興味深いのは、教授がその「認識」から、ヒトを対象とする遺伝子工学に「禁止」の結論をただちに導出しない点である。

「それは「禁止」の問題ではない。「現在のヒト」という生物の物の考え方の問題である。⁽³³⁾」とすれば、「バイオテクノロジーと法」の問題についてもまた、「我々は何処からきて何処へいくのか」という問いへの洞察が求められているといえるのではなからうか。

*本稿は、筆者が(財)知的財産研究所バイオ委員会委員として行った欧州調査の「副産物」である。

- (1) 「特許・確認・法政—行政法学からの特許法上の特許に対するアプローチ」筑波法政一四号三四九頁以下(一九九一)。
- (2) 同三五六頁以下参照。
- (3) 違法模倣商品の、税関での差止めの問題で、差止めを求める私人に担保を提供させるという手法が検討され、実施の見込みであるが、それには、「私人」にそうした「公法」上の任務を代行させることは「理論的」におかしいという反対論があったのもその一例といえなくはないし(エンフォースマメントを含めた、いわゆるG A T T「新分野」についてはさしあたり、榎泰邦「ウルグアイ・ラウンドと新分野(上・下)」ジュリスト九七五・九七六号(一九九一)参照)、個人情報保護システムの設計に際し、「私人」の持つ情報については、除外しないソフトな手段にとどめるという「手法」も、それに類縁性を持つといえよう。個人情報保護についてはさしあたりジュリスト九四六号(一九八八)の特集参照。
- (4) バイオ保護の動向についてはさしあたり、「特集・バイオテクノロジー成果物の法的保護」(ジュリスト九九〇号、一九九一)の諸論考、河原晶一郎「バイオテクノロジー成果物の法的保護—植物品種保護制度をめぐる情勢と今後の方向」(ジュリスト九九二号(一九九一)一二頁)、「バイオテクノロジー成果物の法的保護のあり方」報告書(財)知的財産研究所一九九一)、同報告書の概要紹介として、三嶋真弘「バイオ成果物の保護のあり方」(N B L 四八六号(一九九一)、一一頁)、J・H・バートン「難問山積の生物特許」(日経サイエンス一九九一年五月号)、山下冽「動植物特許の国際的な動向」(特許研究一九九一年一〇月号)を参照。そこで議論されているように、日本におけるバイオ保護の「当面の」問題は、U P O V 条約改正に伴う、バイオ植物に関する種苗法と特許法の調整問題である。
- (5) バイオテクノロジーの法規制については、(西)ドイツの国法学者大会、日本の公法学会で相次いでテーマに取り上げられたことは記憶に新しいところである。保木本一郎「遺伝子工学の公法的統制—ヒト・ゲノムの解明と知の自己統制」(公法研究五三三号、一九九一、二六頁以下)、同「科学技術の公法的統制論」高柳信一先生古稀記念・行政法学の現状分析』(一九九一)参照。Vgl. Dietrich Murswiek, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verwaltungsrecht, VVDStR 148, 1990 S. 207. バイオ保護の最近の動向については、米国一般特許法で初めて保護された

- 生物となった「オイルを食べる」細菌をめぐる事件 (Chakrabarty—Entscheidung) を含めて、vgl. Rainer Mufang, *Genetische Erfindungen im gewerblichen Rechtsschutz*, 1988, S.79 ff. 同じく、米国特許法で保護された動物第一号となったハーバードマウス (人間のガン遺伝子を持つ) について、ヨーロッパ特許庁も、特許査定の方針を最終的に決定した模様である (17, October, Nature 誌による)。そこにいたる経緯については、小泉直樹「バイオテクノロジー成果物の法的保護の必要性」(前掲ジュリスト特集一五頁以下) 一八頁参照。わが国でも、一九九一年、白内障ラットについて、特許査定がなされた (特公平 2—62201 号)。なお、バイオ規制論において、バイオ特許につき立ち入った議論がなされることは稀であるが、「基礎研究と経済的利益との結びつき」という観点からこれに消極的評価を与えるものとして、オトフリート・ヘツフェ (青木訳『倫理・政治的ディスクール』(一九九一) 一九〇頁以下参照。さらに丸山英二「人体を材料とするバイオテクノロジーと法」(法学セミナー四三三八号 (一九九二) 参照。
- (6) proposal for a council directive on the legal protection of biotechnological inventions, CEFIC, 1991, S.1 ff.
 - (7) ebd. S.2
 - (8) ebd. S.3 ff.
 - (9) ebd. S.2.
 - (10) ebd. S.3 ff.
 - (11) Mufang, a.a.O., S.219 ff.
 - (12) 小泉前掲、なお参照、佐藤恵太・商事判例研究 (考案の産業上利用可能性と公序良俗違反に関するもの) (ジュリスト 九四〇号 一一八頁 (一九八九))。
 - (13) 知財研前記報告書五頁。
 - (14) 小泉前掲 一八頁。なお「産業上の利用可能性」と規制の関係につき、佐藤前掲 一一八頁参照。
 - (15) 立法にいたる背景については、渋谷達紀「医薬特許の期間回復問題」(ジュリスト 八三四号 (一九八五) 六六頁以下参照。しかしながら、この延長条項については、現在その目的と別意の「使われ方」がなされているという批判もある。

- (16) 小泉前掲十九頁。
- (17) 現行の、科学技術庁の組換えDNA実験指針から、ドイツの遺伝子工学規制法といった包括的なものまで様々である。同法については、保木本前掲「科学技術の公法的統制論」三〇〇頁以下参照。
- (18) 前掲報告書五頁。
- (19) 中山信弘編「注解特許法上巻(第二版)」二五七頁以下(橋本良郎)参照、民法九〇条の現在における機能については、例えば、四宮和夫「民法総則(第二版)」(一九八二)二〇九頁以下の「自然法的」記述を参照。「法の現実と理想」との、あるいは法と道徳とのギャップが顕著になった高度資本主義時代にあつて、公序良俗の観念は、そのギャップを埋める機能をいとなむことができる。同条の立法過程における議論、およびその後の展開については、大村敦志「契約成立時における「給付の均衡」(1)」(法学協会雑誌二〇四巻一号(一九八七)九頁以下、米倉明「法律行為(一九)」(法学教室六二号(一九八五)三八頁以下参照、それによれば、立法時、「善良の風俗」については、極めて限定的に考えられ、公序については、司法・行政等に関する強行法規違反の「補充」的役割が想定されていた。フランスにおける公序観念の展開については、山口俊夫「現代フランス法における「公序(ordre public)」概念の一考察」(「国家と市民第三巻(国家学会百年記念論集)」(一九八七)四五頁以下参照。さらに、ドイツにおける「一般条項論」に検討を加えたものとして佐藤岩夫「法の現実適合性と一般条項」(法学五三巻六号(一九九〇)八九頁以下)参照。
- (19-a) 判例の傾向については、さしあたり武田正彦「公序良俗に反する発明」(「特許判例百選(第二版)」(一九八五)六八頁)参照。
- (20) 佐藤(惠)前掲一一八頁。
- (21) 佐藤(惠)前掲一一九頁。法律行為の「目的」と異なり、発明が他の「公序違反」目的に利用される場合のとり扱い如何という問題もある。
- (22) 佐藤(惠)前掲一九九頁、この場合、公序条項と、パリ条約四条の四―当該発明にかかる物品の販売が国内法の制限を受けることを理由として特許拒絶ないし・無効とすることはできないとする規定―の関係が問題となりそうだが、条約

の方を狭く解する(可変可能な取締法規に限定して、「安全性」「倫理性」に関する規定は除外する)ことは可能であろう。橋本前掲、小泉前掲注二〇参照。また逆に、この条約を根拠として前記知財研報告書のように、「別建て」論が展開出来るかどうかも疑問である。

(23) 小泉前掲一九頁は一方で、「単にある技術に多額の投資がなされているという事実をもつてその保護をたやすく肯定することを慎むべき」とする。

(24) 美濃部『日本行政法下巻』(一九四〇)三六〇頁。

(25) 「規制法」の整備により、「別建て」が確定しても、規制法で禁止された実験によって得られた発明についての扱いはといった問題も残り、この場合も、「公序条項の発動可能性」を残しておく必要があるのではないか。

(26) 生物審査基準に付加する形で、ガイドラインの作成等が考えられよう。

(27) 一般条項の「問題解決」能力については、従来より疑問も呈せられており、四宮前掲(注19)のように牧歌的な見解はそのままでとりえないであろう。しかしながら、一方では3で後述するように、一般条項を直接介入型の法に代えて、活用しようとする見解も登場しており、また他方で、特許法三二条が民法九〇条と異なつて裁判所による「公序」判断の前に専門行政庁の審査を介在させており、ガイドライン等により、行動基準を事前に設定することが可能な点―それは、一般条項の不明確性の増大による、他システムへの開放性の確保という観点からは消極的に評価されるであろうが―をも考慮に入れる必要がある。無論古典的な立場からすれば、将来バイオ規制の内包と外延が明確になれば、この問題もまた、かつて一般条項で処理されていた事柄と同様に、「やがて落ち着く先が探し出される」(椿寿夫「公序良俗論の周辺」(法律時報六四卷二号(一九九二)の表現)ということになるのであろう。

(28) 行政法上の Prognose 決定に関する議論も参考にならう。Vgl. F. Ossentühl, Die richterliche Kontrolle von

Prognoseentscheidungen der Verwaltung, in Erichsen(Hrsg), Festsch. für C.F. Menger Zum 70. Geburtstag(1985).

STJ1行政法上の「目的プログラム」についてはさしあたり、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』(一九九〇)第六章参照。バイオハザードが「不可逆的な危険」なのか「想像上の危険は過大視しやすい」のかといった議論もあり、Rothley 修正

案四項のような「比較商量」が軽々に可能かどうかという疑問もある。又、こうした審査を行うことにより、危険な発明に国が特許を与えたことにより、規制法の場合と同様に賠償責任が生じるのかという問題もある。

(29) 郡司幸夫「生物学的時間における他者・進化の時間論」(養老孟司他編『講座進化1』(一九九一)二〇三頁の表現)。

(30) G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1988 同書の書評として、村上淳一『ドイツ現代法の基層』(一九九〇) VII 章、Teubner の一般条項論に批判的検討を加えたものとして佐藤(岩) 前掲論文参照。

(31) Teubner, a.o., S.123ff. なお、規制と保護のあり方に関して、北川善太郎「生物体法序説—DNAと法」(「学士会会報」一九九二—II号)は「遺伝子組換え技術に対して、人体や社会生活の安全といった公益的な事由による規制を加え、その革新技術は知的財産で保護すればよいということでは済まない」として、「生物体法」を提唱するが(八四頁)、その内包は未だ詳らかでない。

(32) 保本本前掲「科学技術の公法的統制論」三〇五頁以下参照、自然科学者側の認識としては、例えば、「座談会・実験医学の新段階—分子レベルから個体レベルへ」(週刊医学界新聞一九七六号—一九九二)における森脇和郎教授の以下の発言を参照。「遺伝子を傷つけてみると、いろいろなことが起こる可能性があります。それをすべて取り上げていくと、生物としては起こらない現象までやってみなければならぬ問題がある。その点は少し気をつけておかなければならない。」(中略)「遺伝子を入れ換えた時に個体がどうなるか、ヒトでは実験できないわけですからね。」(同四—五頁)。

(33) 養老孟司「機械論と機能論」(同『ヒトの見方』一九九一(筑摩文庫版)六二頁)なお参照、同「個体発生と系統発生」(同他編『講座進化4』(一九九一)二三七頁)二六六頁以下、人の人格の同一性という視点からこの問題にアプローチするものとして、森村進「生命技術・自由主義・逆ユートピア」(米村・長尾編『メタ・バイオエシックス』(一九八七)一二〇頁以下参照)。