

## 伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と 知的財産法制度

田村善之

### I 伝統的知識

#### 1 なぜ保護するのか

伝統的知識<sup>(1)</sup>と遺伝資源の保護が、知的財産法制度をめぐる国際政治の現場で一つの論点となって久しい<sup>(2)</sup>。そして、これらの保護制度を既存の知的財産法に包摂することには難があるということについても、既に一定の諒解があるように思われる<sup>(3)</sup>。もともと、何故、伝統的知識や遺伝知識を保護しなければならないのか(あるいはそもそも保護する必要がないのか)という原理論については未だに定説を見ないように思われる。本稿ではいくつかの可能性を検証することにした。

##### 1) 歴史的な搾取を根拠とする考え

伝統的知識に関してこの問題は、「先住民の」伝統的知識の保護の問題として位置づけられることが多い。また、遺伝資源を含めて、先進国と開発途上国との間の南北問題の一つとして議論されることもある<sup>(4)</sup>。たとえば、先住民の伝統的知識や途上国の遺伝資源を彼らの許諾無く利用し、かえって自ら特許等の知的財産権を取得することすらあるというバイオ・パイラシー(Bio-piracy)は、歴史的に途上国を搾取してきた先進国が、再度、バイオ・パイラシーによる搾取をなそうとする第二の植民地化に他ならない、という批判がその典型例である<sup>(5)</sup>。そこでは、伝統的知識等の問題が、先住民と後発民族との民族間の対立の問題であったり、先進国と開発途上国との国家間の対立の文脈の中に位置づけられていることになる。

しかし、民族間の対立や途上国と先進国の対立は、民族や国家等の共同体間の関係である。他方で、伝統的知識や遺伝資源に求められている保護が既存の知的財産権に類似する私権としての保護であるのだとすれば、既存の知的財産権は個人と個人の間を規律するものでしかない。その場合、権利者となりうる者が皆、先住民や途上国の国民であるとは限らず、逆に、権利を侵害する立場に立たされる者が皆、先進国の者であるとは限らないのだから、そこには根本的な齟齬がある。そもそも、過去に民族や国家間に歴史的な搾取があったという一事をもって、個人の権利や行為に影響を与えるためには何らかの論理的な架橋を要するというべきであろう。また、先住民の問題が主として国内の民族間の問題である場合には、国内と国際とで解決の仕方も異なりうるものだろう。

結論として、伝統的知識等の保護を、先住民の保護や過去の歴史的な搾取を根拠として肯定する考え方は、その政治的な意味合いはともかく、法律論としては完結しないものといわざるを得ないように思われる。

## 2) 文化の衝突を根拠とする考え

むしろ有望な論拠は、文化の衝突の回避を根拠として、伝統的知識の利用に対して一定の制約をかける必要性を肯定する考え方である<sup>(6)</sup>。先住民の伝統的知識として位置づけられているものの利用に関しては、一般的な傾向として、権利が個人に帰属するのではなく当該集団に帰属するものであり<sup>(7)</sup>、その利用の許否についても特定の儀式にのみ利用されるものとされていたり、healer などの一部の者に伝承されているか、王族、シャーマン等のみが決定するものとされている<sup>(8)</sup>などの制約があり、そのような規律は一定期間経過後消滅するというように観念されているのではなく、むしろ時間的な区切りが無いものと理解されているという特質があることが指摘されている。

前者の特質は、伝統的知識の利用を共同体主義的に規律するものであり、知的財産権を私権として個人主義的に捉える既存の知的財産法制とは根本的などころで異なるところがあるといわざるを得ない<sup>(9)</sup>。

また、後者の特質は、権利に存続期間を設ける既存の知的財産法制と相容れないものである。一般に知的財産権の存続期間は、知的財産の利用と後発者の創作を促すために設けられるものであって、(進歩という名分の

下で)変化を是とする文化、そしてその変化は個別の主体の競争的な研究開発によって行われるべきであるとする文化が前提とされている<sup>(10)</sup>。これに対し、伝統的知識の利用の規律について存続期間を設けない制度の背後には、変化を必ずしも否定するものではないが、それは個々の主体の競争によるのではなく、集団的な管理の下で遂行されるべきであるとする共同体主義的な文化が存すると見ることが許されよう<sup>(11)</sup>。存続期間を設けるか否かというところで、二つの文化が衝突していることになる<sup>(12)</sup>。

たとえば、既存の知的財産法が拠って立つ文化のために存続期間を区切って伝統的知識の利用を自由としてしまうと、伝統的知識を管理していた他方の文化が害される。ゆえに、前者の文化の一方的な優越を防ぐためには、なにかの形で伝統的知識の利用を制約する必要がある。伝統的知識を保護すべき根拠は、このような文化の衝突を回避するというところにあることができるように思われる。

もっとも、文化の衝突を回避して、双方を共存させる方策を見つけることは簡単なことではない。伝統的知識を管理していた文化を優先して伝統的知識の利用に対する制約を永続させてしまうと、既存の知的財産法の文化のほうが害されてしまうからである。たしかに、既存の知的財産法の文化が伝統的知識の文化に優越するという考えは戒めなければならない。しかし、それと同じ意味で、伝統的知識の文化が知的財産法の文化に優越するという理もないだろう。両者は対等のものとして調整が必要となるというべきである。

たとえば、伝統的知識の保護の根拠は、民族の自決権ないし自己決定権の保護に求められることがある<sup>(13)</sup>。たしかに、異質の文化が存在する場合、特定の文化の一方的な優越は許されるものではなく、その意味で、民族の自己決定権を保障しなければならないという考え方は、正当なものを含んでいるというべきである。もっとも、既にみたように、特定の民族の自己決定権を貫徹すると、他の民族なり個人なりの自己決定権と衝突することになる場合には、自己決定権という考え方だけでは解を導くことは困難となる。文化の衝突とその調整という観点が必要となる所以である<sup>(14)</sup>。

ところで、このように伝統的知識の保護に関して、文化の衝突の回避という観点を持ち出す場合には、「先住民」あるいは「先住民民族」<sup>(15)</sup>の伝統的知識の保護という捉え方に関しても、一定の見直しを迫ることになるだろ

う。文化圏の衝突が問題となるためには、確立した文化圏があることが前提となる。その意味では、「民族」に光を当てる考え方は正鵠を射ている。しかし、当該民族が「先」住民族であることは不要なはずである。「先」住民族であることは確立した文化圏を示す徴表でしかない。この点、歴史的搾取を根拠とする場合には確立した文化圏が存在することという限定は不要となるが、逆に歴史的に搾取があったことが必要となるはずであり、「先」住民であることがその証左となる場合が多いかもしれない。しかし、歴史的搾取に伝統的知識の保護の根拠を求めることができないことは既述したとおりである。以下、文化的な衝突の回避という観点に基づいた場合の調整の仕方について検討する際にも、叙述の便宜上、「先住民族等」という言葉を用いるが、「先」住民であることをメルクマールとするものではないことに留意されたい。

## 2 調整の手法

### 1) 民族が自己の伝統的知識を利用することが問題となる場合

伝統的知識を管理する先住民族等以外の者が、特許権等の知的財産権を取得してしまうことが問題とされている<sup>(16)</sup>。特に、その結果、既存の知的財産権が拠って立つ動的な文化とは異質の静的な文化を享受している先住民族の伝統的知識の利用行為が阻止されてしまうとすれば、動的な文化の静的な文化に対する一方的な優越を是認することになってしまうので、これは回避しなければならない。民族が固有の伝統的知識を自ら利用することを妨げられるとすれば、これは前述した民族の自己決定権の侵害ということもできるだろう。

もともと、現行法制によっても、ある程度、そのような利用の自由は守られているといえることができる。

特許でいえば、伝統的知識が公知技術となっているのであれば、新規性喪失を理由に特許は拒絶されることになる。出願に係る発明が真実、伝統的知識をそのまま出願したものであって何も手を加えられていないとすれば、冒認出願に他ならず、そもそも出願人は特許を受ける権利を有していないということになるだろう。また、先住民族等は先使用の抗弁を主張しうるかもしれない。

しかし、既存の特許法では解決がつかないこともある。冒認の証明が困難である場合もあるだろうし、冒認ではなく独自発明であれば実体法としても出願人の特許を受ける権利は否定しえないものである。また、新規性喪失に関しても、たとえば国によっては外国公知に関しては刊行物記載を要求している法制もある。伝統的知識のなかには伝承で語り継がれているものも少なくなく、その場合、新規性を喪失させることは困難となる<sup>(17)</sup>。また、一般的先使用の抗弁を認めていない国も存在する。

とはいうものの、知的財産権一般に通用するとされている属地主義<sup>(18)</sup>が妥当する場合、先住民族等が伝統的知識を利用している地とは無関係の外国の特許権が、伝統的知識の利用を妨げることはない。そうすると、ことは多くの場合、先住民族等が居住している地の国内法の問題という様相を呈することになる。もちろん、少数民族の保護が問題となっていることが少なくなく、各国の民主的な立法に委ねておけば良いなどと即断するわけにはいかない。そして、国際的には TRIPS 協定などの縛りが掛かるわけであるが、文化的な衝突を回避するために先住民族等の伝統的知識の利用の継続を認める必要がある場合には、条約もその観点を加味して解釈すべきであるということになる<sup>(19)</sup>。

### 2) 民族の外の外部者が伝統的知識を利用することが問題となる場合

調整がより困難となるのは、伝統的知識を管理する民族以外の外部の者が伝統的知識を利用することが問題となる場合である。文化的な衝突を回避するという視点からは、次の二つの観点を分けて考えることになる。

#### ① 民族の文化的規範が当該伝統的知識の排他性を要求している場合

たとえば、宗教的な儀式等の特定の目的以外に伝統的知識を供することが禁じられているとか、伝統的知識を利用する者が特定の者に限られているとか、そうでなくともその利用には長老の許可等を履践する必要があるとされている場合があるだろう<sup>(20)</sup>。条件に違反して、あるいは所定の手続きを履践することなく、伝統的知識が利用されるとすると、当該民族の文化的な規範が害されることになる。

しかし、だからといって、それを理由に、問題の伝統的知識を外部者が全く利用できないとすることは、逆に、他の文化圏の規範と衝突することになるかもしれない。特に現存の知的財産法制度の下では保護期間満了等

の理由でパブリック・ドメインとされる場合に問題が先鋭化する<sup>(21)</sup>。

これは、文化の衝突の問題である<sup>(22)</sup>。たとえば、保護期間の場面では、動かないことを是とする文化と、変化を是とする文化の対立の問題である。一方的優越を防ぐという観点からは、パブリック・ドメインを是とするわけにもいかないが、先住民族等の伝統的知識の保護を自明のこととするわけにもいかない。

利用を許容したうえで利益を先住民族に配分するという方が主張されることがあるが、排他的な規範が害されるのを防ぎ、文化の衝突を回避するという観点からみれば、本来、解決策にはならないはずである<sup>(23)</sup>。

実法的な解決が困難であるとすれば、手続的正義に頼ることになる<sup>(24)</sup>。具体的には国際的な条約の締結を含めた調整に委ねることになる<sup>(25)</sup>。もっとも、この場合、民主主義的な価値を前提としないようにする必要がある。国際的な交渉の場面に、国内でも少数民族であることが少なくない先住民族の参加を図る必要がある<sup>(26)</sup>。また、長老やシャーマン等の決定に従うことにしている文化も一つの文化なのであって、文化の衝突の回避という視点に(手続的な正義を含む)調整の根拠を求める以上、先住民族等をどのように代表させるかということに関しては、民主主義的な多数決原理の文化を押しつけてはならないことになる。

## ② 民族に排他的な規範がない場合

そもそも先住民族等のほうに伝統的知識の利用に関する規範がない場合には、文化的な規範の衝突はない。文化の衝突がない場合でも、何らかの解決が求められていたり、図られたりすることがないわけではないが、それは文化の衝突とは別の原理に基づく話だと考えるべきである<sup>(27)</sup>。

たとえば、端的に先住民族、少数民族の保護が問題となっているのかもしれない。この文脈では、歴史的な搾取論等も意味を有する。利益配分も有望な解決策というべきである<sup>(28)</sup>。歴史的に搾取されてきた少数民族を文化的かつ経済的に保護するために少数民族の文化を振興する措置を講じることとし、その一環として、フォークロア等の利用から生まれる収益を少数民族に還流するなどの方策も考えられよう<sup>(29)</sup>。もっとも、この場合、肝要なことは、そうした歴史的な文脈とは無関係の解決策は導きえないということである。歴史的な搾取という根拠は、少数民族の伝統的知識に関して知的財産権類似の特殊な保護を与えることは国内法的には可能とい

えようが、国際条約で認められている特許権や著作権に対して特殊の抗弁を少数民族に認める原理にはなりえないであろう。

他方で、生物資源に関わる伝統的知識については、より高次の見地から、生態系と共存する文化を維持し、生物の多様性を保存するためには、生物資源の搾取、枯渇を促すことになる西側の知的財産権、特に特許権(と1991年UPOV改正条約で強化された新品種保護にかかる権利)の取得を妨げなければならない、という理論も提唱されている<sup>(30)</sup>。もちろん、その目的の実現のためには、特許権の取得を阻止すれば足りるのか、それとも、農民によって自然と共生しながら培われる集団的なイノベーションに与えられる、共同体の知的財産権という新たな知的財産権までも認める必要があるのか、ということについては根本的な検討が要請されるのである。

## II 遺伝資源

ある国の領域に存する遺伝資源に基づく発明について、主権国以外の者、特に外国民が特許を取得することが許されるのか、ということが問題とされている<sup>(31)</sup>。

しかし、伝統的知識と関わりがなく、特定の民族がこれまでそれを管理していたことにより何らかの文化的な規範が成立しているわけではない遺伝資源に関しては、文化の衝突という観点からその利用に対する制約原理を導くことは困難である<sup>(32)</sup>。民族固有の問題でもない以上、先住民族や少数民族の保護の問題として捉えることも困難である。伝統的知識の保護とは別個独立に検討すべきであるといえよう。

すでに、生物多様性条約(CBD=Convention on Biological Diversity)<sup>(33)</sup>において利益配分の方針が定められていることが重要である<sup>(34)</sup>。同条約が推進する生物の多様性の保全は、これまで経済的な発展を謳歌しつつ環境破壊を進めてきたのは先進国であるにも関わらず、遺伝資源に恵まれた途上国にその保全を図るとともに、場合によっては経済的な発展をある程度犠牲にしなければならないことを要求するという側面があり、その代償として遺伝資源によってもたらされる利益を配分することが、政治的な要請ばかりではなく、衡平という観点からも必要とされるのである<sup>(35)</sup>。

締約国レベルのものではなく、遺伝資源を取得する企業のレベルでも、遺伝資源を取得する際に予め契約なり協定なりを権限のある当局や先住民族等と締結し、具体的な利益配分の仕方を定めておくことにより紛争を予防するという手法が用いられはじめている<sup>(36)</sup>。遺伝資源を取得するためには、遺伝資源が生息する土地に物理的に侵入することになるわけで、その場合、土地の所有権や主権的権利の侵害を防ぐために所有者なり主権者なりの同意を取り付けておく必要があると理解することができるかもしれない<sup>(37)</sup>。

ただし、同意がなかった場合に、所有権や主権的権利の侵害があることは格別、特許の取得までもが妨げられるのか、いうことはまた別の問題である。所有権の侵害に対する救済の効果をどこまで認めるのかという法技術的な問題であるとするれば、国際的な条約で何らかの縛りが掛けられない限りは、各国法が決める問題である。新規性に問題がある発明や冒認などの過誤登録を抑止するとともに、利益配分に関する契約等のない無断利用を探知するために、遺伝資源に由来する発明を特許出願する場合に出所の開示や合法的なアクセスの証明を要求するという制度<sup>(38)</sup>についても、同様の理が妥当する。国際政治の問題となっているという観点からも国際条約により解決を図るべき課題であるといえよう。

### Ⅲ むすびに代えて

本稿は、知的財産権制度が拠って立つ動的な文化と、伝統的知識を管理する民族の静的な文化が衝突する場合、その調整が必要となるという見地から伝統的知識の保護の問題を論じるとともに、そのような観点からは遺伝資源の利用に関する制約原理を導くことは困難であることを指摘した。

本稿は、知的財産法の制度の積極的根拠としてインセンティブ論を採用する観方に立脚している<sup>(39)</sup>。インセンティブ論に対しては、「競争的な繁栄」論を採ることでより一層の発展を享受しうる閾値に達している社会を前提とするものであって、国際的に成熟度に格差のある社会にただちに妥当するものではない、という指摘が既になされている<sup>(40)</sup>。本稿は、この指摘を受けとめつつ、そこで論点となりうるとしていた伝統的知識の保護の問題<sup>(41)</sup>を題材に、インセンティブ論を捨てて規範的な決定論を持ち出さ

ずとも、異なる文化的な規範の衝突の回避という原理を導入すれば、一定の解決策を導くことができるのではないかということを描いてみた。もとより、自然権論的な決定論によって知的財産権の保護制度を根拠づける考え方に依拠する場合には、全く異なる原理がもたらされる可能性があるが、それは本稿のよくなしうところではない。くわえて、前述したように、本稿は、生物資源に関わる伝統的知識について、特許権のドライブによって生じうる生物資源の枯渇に対抗して、いかに生態系を保存するのかという、より大きなパースペクティブをもった議論には深く立ち入ることができていない。ともあれ、伝統的知識の保護の問題を理論的に解決するには、この種の原理的な考察が不可欠となることを指摘して、本稿の結びに代えることにしたい。

---

(1) 「伝統的知識」という言葉の意味は確定していない。本稿では、「伝統的知識」を、民族に継承されている文化的表現や生物資源の活用の仕方に関する知識全般を指すものとする。具体的には、民謡、民話、民芸品から農業、医学、薬学に関する知識等々が含まれる(参照、Yo「伝統的知識と知的所有権」AIPPI44巻11号48頁(1999年)、青柳由香「伝統的知識・遺伝資源・フォークロア」石川明編『国際経済法と地域協力』(2004年・信山社)133～136頁、同「伝統的知識等に関する国際機構・地域のアプローチの検討—法的保護の視点—」慶應法学6号掲載予定93～95頁)。本稿にいう「伝統的知識」には、いわゆるフォークロア(青柳/前掲136頁)のほか、遺伝資源と呼ばれているものの一部が含まれる。特に、自然の資源に関する遺伝的情報であっても、民族に伝承されている生活上の知恵の一部になっているものは、本稿では「伝統的知識」の標題の下に考察することとする。したがって、本稿が積極的に「遺伝資源」を論じる際には、そこには「伝統的知識」に該当するものを含めていない(消極的に、遺伝資源を伝統的知識を含む概念として用いる条約や文献に言及する場合には別論となる)。このように「遺伝資源」を狭く特定するのは、特定の民族内で確立した文化の一部を形成するものとなっているのか否かということが、原理論的に法的な取扱いを定めるメルクマールとなると考えているからである。現実に問題とされている遺伝資源の多くが伝統的知識に関わるものであるが、しかし、遺伝資源の保護が提唱されるときは、伝統的知識であるか否かということとは無関係に、遺伝資源に対する主権的権利等が根拠とされることが少なくない。そうだとすれば、遺伝資源という問題設定の下で理論的にその保護の根拠を探る場合にも、伝統的知識から切り離れた理念型を考察の対象とすることで、議論が曖昧

となったり混同されるのを防ぐことができると考える次第である。

なお、一般に「遺伝資源」は遺伝情報を含む生物資源を総称する概念として使用されている。換言すれば、鉱物を含まないものと理解されており、本稿もこの用法に従っている。遺伝資源は自己増殖が可能であるために、生息域内に存する生物に対して主権が及ぶといっても、いったん国外に持ち出されれば持続的利用が可能であるために、原作国が特別の保護を主張するという構図があり、その点で鉱物とは区別されるという(大澤麻衣子「伝統的知識の保護と知的財産に関する一考察—遺伝資源及び伝統的知識の保全から活用の時代へ—」(特許庁委託平成13年度工業所有権研究推進事業報告書・2002年・知的財産研究所)23頁、同「知的財産としての伝統的知識の保護—国際的展望と課題—」知財研フォーラム50号30頁(2002年))。また、問題の拡散を防ぐために、これまた一般の用法に従い、遺伝資源には、ヒトの遺伝情報は含まないものとする。

(2) 高倉成男『知的財産法制と国際政策』(2001年・有斐閣)339～356頁、山名美加「知的財産権と先住民の知識」現代思想30巻11号(2002年)、大澤麻衣子「伝統的知識の保護と知的財産権に係る国際的な取り組み」企業と法創造1巻2号(2004年)、青柳/前掲注(1)国際経済法所収158～175頁、同/前掲注(1)慶應法学6号掲載予定(その簡略版として、同「知的財産と文化」庄司克弘編『国際機構』(2005年・岩波書店))の俯瞰を参照。先住民族に関わる各種の国際人権基準等の歴史をも含めた紹介として、常本照樹「先住民族の文化と知的財産の国際的保障」知的財産法政策学研究8号(2005年)。

詳細には、大澤・前掲注(1)工業所有権研究推進事業報告書(その要約として、大澤/前掲注(1)知財研フォーラム)、高倉成男「国際知的財産法制を動かすグローバルリズムと環境倫理」AIPPI 44巻7号(1998年)、同「環境技術と知的財産をめぐる国際交渉の論点と展望」知財管理48巻9号(1998年)、同「貿易と環境の知的財産の側面」『21世紀における知的財産の展望』(知的財産研究所10周年記念・2000年・雄松堂出版)、同「生物資源と知的財産」知財管理52巻3号(2002年)、ヴァンダナ・シヴァ(奥田暁子訳)『生物多様性の保護か、生命の収奪か、グローバルリズムと知的財産権』(2005年・明石書店)を参照されたい。フォークロアについては、増山周『伝承知識(Traditional Knowledge)』と知的所有権」特技懇212号(2000年)も参照。

各国の法制については、山名美加「UPOVと生物多様性条約(CBD)—インドにおける『育成者の権利』と『農民の権利』をめぐる考察—」阪大法学49巻3-4号(1999年)、Surinder Kaur Verma「生物学的資源及び遺伝資源の取得並びにその保護：インドの場合」AIPPI 46巻4号(2001年)、ホルヘ・カブレラ・メダグリーア(小高壽一訳)「遺伝資源へのアクセス、伝統的知識の保護及び知的所有権：コスタリカの経験から学んだ教訓」AIPPI 46巻4号(2001年)、青柳/前掲注(1)慶應法学6号116～124頁(EUの立場を解説)を参照。

(3) 伝統的知識を既存の知的財産法制を利用して保護を図ることの限界に関しては、大澤・前掲注(1)工業所有権研究推進事業報告書25～41頁、青柳/前掲注(1)国際経済法所収148～157頁に詳しい。

(4) ただし、大澤・前掲注(1)工業所有権研究推進事業報告書2頁、同/前掲注(1)知財研フォーラム29～30頁、同「生物多様性条約と知的財産権—環境と開発のリンクがもたらした弊害と課題」国際問題510号57頁(2002年)は、先住民は先進国にも存在しており、開発途上国であっても生物多様性に乏しい国があり、ゆえに、ことは単純な南北問題に止まらず、北北問題、南南問題、さらには先住民を抱える国の国内問題の様相をも呈していることを指摘する。

(5) シヴァ・前掲注(2)29・42・63～85頁。

(6) 青柳由香「伝統的知識等に関する法整備への先住民及び地域共同体の参加について」知的財産法政策学研究8号102～103頁(2005年)。多文化主義という文脈のなかに、この種の議論を位置づける青柳/前掲本注110～111頁も参照。多文化主義については、W.キムリッカ(千葉眞=岡崎晴輝)『新版現代政治論』(2005年・日本経済評論社)475～540頁。

(7) 青柳/前掲注(1)国際経済法所収156～157頁、常本/前掲注(2)16～17頁。

(8) 大澤・前掲注(1)工業所有権研究推進事業報告書9頁、青柳/前掲注(1)国際経済法所収138～139頁、同/前掲注(2)慶應法学6号93・99頁、常本/前掲注(2)17頁。

(9) 青柳/前掲注(1)国際経済法所収157頁、同/前掲注(1)慶應法学6号99～100頁、常本/前掲注(2)17頁、吉田邦彦「アイヌ民族の民法問題(下)」ジュリスト1303号61頁(2005年)。

(10) 高倉・前掲注(2)知的財産法制348頁参照。この傾向は、知的財産権を保護する根拠を、知的財産の創作とその普及への投資を促すために必要だからということに求めるインセンティブ論に置いて特に顕著といえる。長谷川晃「<競争的繁栄>と知的財産法原理」知的財産法政策学研究3号(2004年)24・30頁参照。

(11) 伝統的知識といえども、伝承の過程で変容するものであることにつき、大澤・前掲注(1)工業所有権研究推進事業報告書4～5頁、青柳/前掲注(1)国際経済法所収138頁、常本/前掲注(2)17～18頁。

(12) シヴァ・前掲注(2)は、特許制度が科学のイノベーションは完全に個人的なものであるという仮説に基づいているが(UPOV条約についても同様の歪みがあることにつき、同122頁)、元来、知識は共同体のなかでの交換による蓄積によって培われる集団の努力であると指摘するとともに(同34～35・146・151～153頁)、さらに一歩進めて、生命科学における創造性には、生物が本来的に有している創造性(同55頁)、先住民社会の知識体系が持つ創造性、現代の科学者の創造性があり、これらの多様な創造性を認めることが生物多様性の維持にとって肝要であるところ(同34～35・64～65頁)、先住民の知識体系は概してエコロジカルであるが、還元主義

と細分化を特徴とする科学的な知識の支配的モデルは自然のなかに存在する相互関係の複雑さを考慮に入れていないために生態系を破壊しかねない(同60～61・66・148～149頁。パンダナ・シバ(松本文二訳)『バイオパイヤシー グローバル化による生命と文化の略奪』(2002年・緑風出版)41～86頁も参照)と主張する。ゆえに、シヴァ・前掲は、結論として、知識の多様性を認め、尊重するために、TRIPS協定とWTOによって普遍化されつつある西側の知的財産権制度に限定されない知的財産権の体制、具体的には、先住民の知識体系や行動、それに基づく生活を保護することができる複数の知的財産権の体制を進展させる(シヴァ・前掲注(2)64～65・68頁)、具体的には集団の知的財産権を認め、伝統的知識を略奪する特許の取得を認めないことが問題を解決することになる(85・150～154頁)、と提唱する。

既存の知的財産法制度は、創作者個人がゼロから全てを作り出すというロマン主義的な創作者(authorship)観を前提としているために、創作の源泉やパブリック・ドメインが軽視され、知的大地の収奪(the intellectual land grab)が国際的に行われ、富める国と富まざる国の格差は拡大し、多国籍企業の寡占化が進むことになる結果、かえって創作活動が妨げられている旨、警鐘を鳴らす JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE, AND SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY, 42,56-59,121-143,155,168-173,177-179,183-184 (1996)も、生物の多様性を育む森林を保存するためには、創作者観に囚われることなく先住民に利益を還元する必要がある旨を説く(id, at 128-130)。同書の著者が関与した Bellagio Declaration も、同様に既存の知的財産法制が創作者観を前提していることを批判し、伝統的知識を保護する特別の「隣接権」を創設することを提唱する(id, at 192-200)。その紹介として、大塚善樹「生物多様性から知的財産権の多様性へ」現代思想30巻11号140頁(2002年)の紹介も参照。直接、伝統的知識に関する言及があるわけではないが、西欧型の知的財産権の根拠を相対化する試みにつき、遠矢浩規「国際政治学と知的財産権」広島法学26巻2号(2002年)も参照。なお、アメリカ合衆国の多国籍企業の各種ロビー活動により、知的財産の利用行為に対して海賊行為というレッテルが貼られつつ、国際的に知的財産の囲い込みが行われていく様については、PETER DRAHOS, JOHN BRAITHWAITE, INFORMATION FEUDALISM (2002), Peter Drahos(立花市子訳)「知的財産関連産業と知的財産の国際化: 独占促進と開発阻害?」知的財産法政策学研究3号(2004年)を参照。

(13) 常本/前掲注(2)19～20頁、青柳/前掲注(1)145頁の紹介を参照。

(14) 同様の理は、「人格権的アプローチ」を提唱する高倉・前掲注(2)知的財産法制348～351頁にも妥当するように思われる。

(15) その定義付けが困難であることにつき、青柳/前掲注(1)国際経済法所収135～137頁。なお、「先住民」と「先住民族」という用語は、自決権の有無に関して区別して用いられることがあるが(後者だと自決権があることを前提とする)、本稿で

は便宜上、両者を区別することなく互換的に用いている。

(16) 事例につき、青柳/前掲注(1)国際経済法所収139～143頁、シヴァ・前掲注(2)63～85頁、シバ・前掲注(12)139～144頁、高倉・前掲注(2)知的財産研究所10周年所収274頁、高林龍=増田由希子「特許法のハーモナイゼーションをめぐる一視点— 遺伝資源および伝統的知識の知的財産としての保護」L&T 16号47頁(2002年)。

(17) 青柳/前掲注(1)国際経済法所収157頁。文化的な衝突を回避するという観点からは、文字に依存しない文化を守る必要がある。もともと、このことは必ずしも新規性を喪失させ特許権の取得を否定するという結論を直ちに導くものでもない。当該民族が伝統的知識を利用することを予定していなかったような国での特許権の取得を否定しなくても、当該民族が伝統的知識を継続的に利用することは可能だからである。

(18) その意味や根拠については様々な議論があるが、ここでは触れない。田村善之「職務発明に関する抵触法上の課題」知的財産法政策学研究5号2～6頁(2005年)参照。

(19) 新規性喪失や冒認を看過して特許が認められてしまうことを抑止するとともに、利益配分に関する取り決めがなされるよう促すことを目的として、伝統的知識に由来する発明につき特許の出願の際に出所の開示や、アクセスが合法的なものであったことの証明を要求する法制度とTRIPS協定、特許協力条約(PCT)の整合性につき、田上麻衣子「遺伝資源及び伝統的知識の出所開示に関する一考察」知的財産法政策学研究8号67～75頁(2005年)、高倉/前掲注(2)314・315頁。生物多様性条約とTRIPS協定の整合性一般につき、田上麻衣子「生物多様性条約(CBD)とTRIPS協定の整合性をめぐって」知的財産法政策学研究12号(2006年)。

(20) 参照、大澤・前掲注(1)工業所有権研究推進事業報告書34頁、青柳/前掲注(1)国際経済法所収138～139頁参照。

(21) もちろん、既存の知的財産法のなかにも商標や著作者の人格的利益の保護など、存続期間満了により一律に保護を区切るという制度を採用していない場合もあることに留意する必要がある。たとえば伝統的知識に係る紋様等の改変的な利用のケースなどでは文化の衝突というものが生じないこともある(青柳/前掲注(1)国際経済法所収139～140・148～149頁)。

(22) ただし、排他性の意味合いには注意を要する。伝統的知識を管理する民族に、居住地内や当該民族の者の利用に対する排他性を要求する規範しかないのであれば、外部の地や外部の者の利用を認めたところで、当該民族の文化的な規範が害されることはない。当該文化圏を超えた外部の地や外部の者の利用に対しても排他性を要求する規範が存する場合に限り問題が顕在化する。

(23) たとえば、民族固有の衣装、紋様、音楽などの宗教的な意味合いのあるものを商品化することは、市場に載せてはならないと文化的に理解されているもの取

引を容認することを意味しており、それは文化の破壊にもつながりかねないから、利益を配分すればよいということでは済まずわけにはいかない(吉田/前掲注(9)57～58頁参照)。生物多様性条約に関しても、先住民族の側からは、同条約の下で推進が図られつつあるアクセス規制と利益配分という枠組みは、持続的開発の名の下に伝統的知識等の搾取を促すことになるだけであるという批判もなされていることにつき、常本/前掲注(2)30～31頁。もっとも、次に述べるように、手続的な正義を図った結果、利益配分ということで協議がまとまるのであれば、それは構わないのかもしれない。

(24) 青柳/前掲注(6)知的財産法政策学研究8号105～106頁。

(25) たとえば、既存の知的財産法から独立した sui generis(特別法)を指向する法制度や各種提案につき、大澤・前掲注(1)工業所有権研究推進事業報告書45～49頁、大澤/前掲注(2)企業と法創造1巻2号114～119頁、青柳由香「伝統的知識をめぐる問題の状況」企業と法創造1巻2号105～106頁(2004年)、同/前掲注(1)慶應法学6号101～110頁、同「太平洋共同体における地域的フレームワーク及びモデル法による伝統的知識・文化的表現の保護の取組み」企業と法創造1巻5号(2005年)。

(26) 青柳/前掲注(6)知的財産法政策学研究8号に詳しい。

(27) もっとも、このように単純に割り切ることができない事例もありうる。たとえば、先住民族等が伝統的知識に係る植物を輸出することにより生計を得ていたところ、輸出先の国で伝統的知識を利用した特許が取得されてしまった結果、輸出が困難となるような事例であるとか(大澤・前掲注(1)工業所有権研究推進事業報告書41頁、青柳/前掲注(1)国際経済法所収144頁、シヴァ・前掲注(2)78～79頁)、特許権が存在することにより伝統的知識に係る生物資源の消費にドライブが掛かる結果、当該生物資源の価格が高騰したり枯渇するという事例(シヴァ・前掲注(2)73～77・84頁)などを想定すると、伝統的知識の利用に排他的な規範が存在しなかったとしても、特許が取得されてしまうことにより、先住民族等の生活に影響が生じる場合があることが分かる。しかし、これらの事例では、先住民族の文化圏は当該伝統的知識に関して独立した静的な文化を享受しているわけではなく、輸出先国が交易を通じて既存の知的財産法が前提とする動的な文化とも交流しているのだから、文化の衝突を理由に独自の規範論を打ち立てることは困難であり、むしろ、発明の定義や新規性喪失の解釈など既存の知的財産法制による解決を指向すべきであるように思われる。ただし、特許を無効に追い込むことにはコストがかかるので、大量のバイオ・バイラシーに対する有効な打開策足り得ないとの指摘もなされている(シヴァ・前掲注(2)79頁)。

(28) たとえば、生物多様性条約8条(j)は、締約国が伝統的知識の利用がもたらす利益の衡平な配分を奨励することを謳っている(参照、青柳/前掲注(1)国際経済法所収164～165頁)。しかし、同条約の指向する利益配分という方策に対しては、地域

社会は伝統的知識を活用して生態系と共存しつつ生物資源を使用することができたところ、特許権のドライブが掛かることにより、生物資源は地域社会が必要とするものから、地域の外の人々の欲望を満足させるものへと転換し、その結果、生物資源が不足し価格が高騰し、伝統的知識を利用する文化、ひいては生態系が破壊される、ゆえに特許をみとめたうえで利益を配分するという方策は何ら解決にもなっていない、という根本的な批判も加えられている(シヴァ・前掲注(2)84頁)。

(29) アイヌ民族の民芸品に関する事例につき、吉田/前掲注(9)59～60頁。集団的な対価徴収制度をアイヌ文化振興法にリンクさせて創設することを提案するものに、同「アイヌ民族と所有権・環境保護・多文化主義(上)」ジュリスト1163号128頁(1999年)。

(30) 注(12)で紹介したシヴァ・前掲注(2)の議論を参照。属地主義と手続的な調整で問題の解決を志向する本稿の方策では、注(27)で指摘したように、特許が先進国で取得されることにより生物資源の消費にドライブが掛かり、その結果、伝統的知識に係る生物資源が枯渇することがありうるという問題には十分に対処することはできない。少なくとも、知的財産権に対する特別の制約原理(そもそも知的財産権の取得を防ぐ原理を含めたもの)が必要とされよう(TRIPS協定の改訂も含めて、シヴァ・前掲注(2)139～145頁参照)。それを超えて、共同体の知的財産権を認める必要があるかどうかということは、本文で指摘したように、別途、検討を要する(その創設を主張するシヴァ・前掲注(2)の主たる論拠は、バイオ・バイラシーを防ぐというところにあるように思われる。同85頁を参照)。

(31) 遺伝資源と出願に係る発明との関係如何では、この問題は、自然界に存在するものを単離しただけで特許に値する発明と評価することができるのか、という論点とも関わる場合がある。特許権の正当化原理としての知的創作の有無に関わる点である(田村善之『知的財産法』(第4版・2006年・有斐閣)178～179頁)、遺伝資源特有の問題ではないので、本稿ではこれ以上の検討はしない。

(32) ただし、遺伝資源の保護は、知的創作を権利の正当化理由とする既存の知的財産法制度に対するアンチ・テーゼとして、遺伝資源の存する土地の所有権が主張されているという側面がないわけではなく、その意味では文化の対立が全くないわけではない。実際、生物多様性条約の定める利益配分条項は、生物資源はパブリック・ドメインとして誰もが自由に利用できるが、しかし、それを利用して個人が創作したものは特許権等によりパブリック・ドメインから切り離し可能とする従来型の知的財産権に対するアンチ・テーゼを体現するものである。もっとも、その際に、アンチ・テーゼとして主張されるものが、個人主義的な従来型の創作概念に対立する概念として主張されるところの、民族共同体や農民による集団的な創作という概念であることもあれば(前述注(12)、山名/前掲注(2)阪大法学49巻3=4号617頁を参照)、主権的権利や土地に対する権利の衣を纏うこともある。理論的な純化を図る



ために、前者については「伝統的知識」の標語の下に、後者については「遺伝資源」の標語の下に考察するというのが本稿の方針であることにつき、前述注(1)参照。

(33) 参照、茶園成樹「生物多様性条約と知的財産権」日本工業所有権法学会年報22号(1999年)、高倉/前掲注(2)知財管理48巻9号1453～1456頁、同・前掲注(2)知的財産研究所10周年所収263～276頁、同・前掲注(2)知的財産法制340～343頁、同・前掲注(2)知財管理52巻3号309～313頁、同「生物多様性条約の技術移転条項の解釈」知財管理52巻4号(2002年)、大澤/前掲注(4)国際問題、田上麻衣子「CBD/Akwé : Kon ガイドラインについて」知的財産法政策学研究10号(2006年)、同/前掲注(19)知的財産法政策学研究12号、青柳/前掲注(1)国際経済法所収163～168頁、同/前掲注(1)慶應法学6号110～116頁、青柳由香＝田上麻衣子訳「[資料] Akwé : Kon 任意ガイドライン」知的財産法政策学研究10号(2006年)、山名/前掲注(2)阪大法学49巻3＝4号、堂本暁子『生物多様性』(1995年・岩波書店)72～168頁、ヴァンダナ・シヴァ(戸田清＝鶴田由紀訳)『生物多様性の危機 精神のモノカルチャー』(2003年・明石書店)167～177頁、中川淳司＝佐野稔『先端技術と知的財産権』(1997年・日科技連)124～149頁。

(34) 生物多様性条約15条7項は、遺伝資源の利用から利益を受ける国が、遺伝資源を提供する国に対して、利益を配分するための立法上、行政上、政策上の措置をとること、そしてその配分は相互に合意する条件で行う旨を定めている(19条2項も参照)。これらの規定が、資源搾取の歴史的な経緯を踏まえつつ、資源を有する国の主権に配慮した規定であり、先住民族の伝統的知識に関する利益配分を定める8条(j)とは性格を異にすることにつき、青柳/前掲注(1)国際経済法所収166頁。

(35) 高倉・前掲注(2)知的財産研究所10周年所収255頁、大澤・前掲注(1)工業所有権研究推進事業報告書24頁、同/前掲注(4)国際問題59頁。シヴァ・前掲注(2)115～116頁も参照。単なる衡平を理由とする理論を超えて、遺伝資源を資産とみることにより環境保全に市場原理を持ち込むべきであるとか(高倉・前掲注(2)知的財産研究所10周年所収266頁の紹介を参照)、さらには利益配分を図り先住民や地域共同体の生活を経済的に豊かにすれば環境保全につながるという見解が提唱されることもある(茶園/前掲注(33)118頁、大澤/前掲注(1)工業所有権研究推進事業報告書24頁の紹介を参照。米国企業からのライセンス収入を得てコスタリカの非営利機関である生物多様性研究所が運営されている例につき、山名美加「生物多様性の保護と知的財産権—コスタリカ生物多様性研究所(INBio)の事例を中心に—」特技懇212号66～68頁(2000年))。しかし、特に後者のような議論に対しては、商業的に成功する可能性がある資源はそれほど多くはないこと、かりに成功するものがあつたとしても利潤の高い特定の品種への転作が促され、かえって環境が破壊される可能性すらあること等から幻想に過ぎないという指摘がある(高倉・前掲注(2)知的財産法制349頁。山名/前掲本注68頁が指摘する限界も参照)。

(36) 事例につき、メダグリーア/前掲注(2)239～243頁、山名/前掲注(35)、Josef Straus「生物多様性条約と知的財産権」AIPPI 46巻4号7～8頁(2001年)、中川＝佐野・前掲注(33)144～145頁、大塚/前掲注(12)145～146頁、契約モデルにつき、高倉/前掲注(2)知財管理52巻3号315～316頁を参照。実務的には、権限ある当局がない場合や、適格な先住民族を特定するのが困難であることが少なくない等の課題があるとされる(田上/前掲注(19)知的財産法政策学研究8号88～89頁。シヴァ・前掲注(2)82～83頁も参照)。実情につき、参照、森岡一「生物多様性条約」に対する企業の取組」東海大学『遺伝資源及び伝統的知識の利用及び保護を巡る知的財産権問題に関する調査研究』(平成17年度特許庁研究事業大学における知的財産権研究プロジェクト研究成果報告書・2006年)。

(37) ちなみに、生物多様性条約15条1項は、各国が自国の天然資源に関し主権の権利を有すること、そして、遺伝資源の取得の機会につき定める権限は遺伝資源が存する国の政府に属し、その国の国内法令に従うべきことを説いている。天然資源は「人類の共同遺産(The Common Heritage of Mankind)」であるという従前の考え方(大澤・前掲注(1)工業所有権研究推進事業報告書54～57頁)が変更されたことになるが、他方で、「人類の共通の関心事(The Common Concern of Mankind)」(同条約前文)であることは認められている(大澤・前掲注(1)54頁、中川＝佐野・前掲注(33)143頁)。遺伝資源の取得に関し提供国の同意を要求する同条約15条5項も参照。15条2項は、文言上、締約国が遺伝資源を取得する場合を規律するが、茶園/前掲注(33)120頁は、商業的利用に関する同条7項の存在等を理由に、15条は民間部門を適用の対象から除外する趣旨はないとする。

(38) 出所開示等の制度は遺伝資源ばかりでなく、伝統的知識の保護のためにもその活用が提唱されている。詳細は、導入に積極的な立場から、Brad Sherman(才原慶道訳)「遺伝資源へのアクセスと利用の規制：知的財産法とバイオディスカバリー」知的財産法政策学研究8号(2005年)、批判的な検証とともに、田上/前掲注(19)知的財産法政策学研究8号(法的な義務づけではなく、遺伝資源取得時の契約による解決を志向)。青柳/前掲注(1)国際経済法所収168～169頁も参照。

(39) 自然権論的な発想は知的財産の利用の自由を確保するという場面で、他者の利用の自由に対する対抗原理として消極的に用いられることとともに、田村・前掲注(31)7～21頁。

(40) PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY, 171-197(1996)が提唱する情報正義論を参酌しつつ、長谷川/前掲注(10)24・30頁。

(41) 長谷川/前掲注(10)34頁。

## 特 集

【付記】

本稿は、2006年4月に開催された北海道大学法学研究科 COE 研究会における北海道大学の長谷川晃教授の「先住民の知的財産保護における哲学的文脈」と題するご報告に対するコメントとして用意されたものに手を加えたものである。同報告は、改訂されたうえ、本誌本号に掲載される予定であるので、併せて参照されたい。報告者を務められた長谷川晃先生のほか、同研究会に参加し有益な議論を提供していただいた、北海道大学教授の常本照樹先生、東海大学講師の田上麻衣子先生、知的財産研究所特別研究員の青柳由香先生に感謝申し上げます。