HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 認識の共食い ： 近代法による伝統的な文化的表現の保護の可否をめぐって |
| Author(s) | Tuebner, Gunther; Fischer-Lescano, Andreas; 田村, 善之//訳 |
| Citation | 知的財産法政策学研究, 33, 23-60 |
| Issue Date | 2011-03 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/45719 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | IPLPJ33_002.pdf |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

# 認識の共食い：近代法による伝統的な文化的表現の保護の可否をめぐって

**Gunther TEUBNER and Andreas Fischer-LESCANO**
田村　善之（訳）

## １．伝統的知識：社会的なイッシュー・フレーミング

様々な奇跡がニームの木（Azadirachta indica）について語られている。特にインドでは、神聖な木として崇拝されている。葉からの抽出物は14の菌類、焼けた体組内のバクテリア、腸チフスの病原体に対して有効な成分として活用されている。ウィルスの感染、天然痘、水疱瘡、ヘルペスに対しても有効とされている。木の全ての部分がアーユルベーダの薬として活用されている[1]。バイオ殺虫剤、バイオ殺菌剤もニームの木から抽出されている。ターメリック（Curcuma longa）も、同様に様々な用途を有する香料である。伝染病対策、外傷の治癒、さらには香料や染料にも用いられる。ニームとターメリックという二つの天然の産物に共通していることは、国境を越えたネットワークによって経済的な利益のために利用されているということである。アメリカの企業である W.R. Grace & Co. は、菌類に対して効果のある *Azadirachta* 剤を安定化させる製品との関係で一連の特許を取得しており、ミシシッピ大学医療センターの研究者は傷口を癒す目的

＊ 著者は Isabel Hensel の有益な示唆に感謝する。

[1] Heinrich Schmutterer, *The Neem Tree Azadirachta Indica A. Juss. and Other Meliaceous Plants: Sources of Unique Natural Products for Integrated Pest Management, Medicine, Industry and Other Purposes*, Weinheim: VCH, 1995.

のターメリックについて米国で特許を取得している[2]。これらの多国籍のネットワークを活用して知識を我が物にしようとする試みは、先住民からの強い抵抗に遭遇している。NGO の活動家は、付与された特許を無効とする法的手段に訴えており、いずれもそれに成功した。ターメリックについてはインド科学産業委員会から再審査の請求がなされた結果、米国特許（特許番号5401504）は取り消されている。取消しの理由は、発明は新規性を欠いているというものであった[3]。ヨーロッパ特許庁（EPO）に持ち込まれたニームに関する紛争も同様の経過を辿る。Vandana Shiva と Magda Alvoet に率いられた環境活動家による異議申立てを受けて、ヨーロッパ特許庁は、当該技術を伝える口頭の伝承や文書に基づき新規性を欠いていることを理由に、ヨーロッパ特許条約（EPT）[4] 52条 1 項に基づいて問題のヨーロッパ特許（0436257号）を取り消している[5]。

これら二つの事件は、伝統的知識[6]が、近代の経済、科学、技術の調査方法によって搾取されることに対して、勇敢かつ名誉ある、しかし問題のある戦い方を示している。それは、工業化された世界の法的なフォーラムに紛争を持ち込むという戦い方である。

このような法的な戦略の背後にある真の問題は、その問題のフレーミングの仕方にある。近代の中心を占める政治や法が、周縁の社会に属する伝統的な知識の問題を認識するために用いる分類はいったいどのようなものになるというのだろうか。しかも、そのようなカテゴリーが、身代金の条件、つまり伝統的知識の利用に対する制裁の内容とその行使の方法を最終的に決定するものとなるのである。公益を追求する弁護士といえども、面前の法廷で繰り広げられる裁判所や、申立先の行政機関、さらには、その解釈をめぐって議論をなしている法的な規範の問題に対するフレーミングに従うことを迫られる。このようにして従前のフレーミングに依存することにより、既存の法的な規制に問題を接続させ、漸進的な法のイノヴェイションを実現するシナリオのための道筋を開く機会がもたらされることにはなるものの、こうしたフレーミングは、関連する特定の法的な分野における概念のシステムに極めて近接した領域にとどまらざるをえないように弁護士を拘束し、それによって紛争の真の次元を探求し、問題に適合的な解決を見出すことを効果的に阻止することになる。ニームに関する問題のフレーミングはとりわけ奇異なものであった。はたして、特許の新規性に対する攻撃が功を奏したからといって、それで伝統的な知識に関する問題が適切に把握されたということになるのだろうか。答えは否であ

[2] 両事件の詳細につき、see Murray Lee Eiland, *"Patenting Traditional Medicine"* (2007) Journal of the Patent and Trademark Office Society 89, pp. 45-84; Anja v. Hahn, *Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften zwischen geistigen Eigentumsrechten und der public domain*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Vol. 170, Berlin: Springer, 2004, at p. 270 (Turmeric) and at p. 279 (Neem Tree). See also Rekha Ramani, *"Market Realities v. Indigenous Equities"* (2001) Brooklyn Journal of International Law 26, pp. 1147-1176, at footnote 5 ―ターメリックの特許について。ニームの木の特許に関する文献は多数存するが、特に示唆的なものとして、Shalini Randeria, *"Rechtspluralismus und überlappende Souveränitäten: Globalisierung und der listige Staat' in Indien"* (2006) Soziale Welt 57, pp. 229-258, at p. 237; Emily Marden, *"The Neem Tree Patent: International Conflict over the Commodification of Life"* (1999) Boston College International & Comparative Law Review 22, pp. 279-295, at p. 283; Vandana Shiva and Radha Holla-Bhar, *"Piracy by Patent: The Case of the Neem Tree"* in Jerry Mander and Edward Goldsmith (eds.), The Case of the Global Economy: And For a Turn Toward the Local, San Francisco: Sierra Club Books, 1996, pp. 146-159, at p. 148.

[3] Reexamination Certificate B1, 3500, 21 April 1998, cancelling claims in US Patent No 5. 401. 504; Graham Dutfield, *"TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge"* (2001) Case Western Reserve Journal of International Law 33, pp. 233-275.

[4] Implementing Regulations to the Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention) of 5 October 1973, as last amended by the Act revising Article 63 EPC of 17 December 1991 and by Decision of the Administrative Council of the European Patent Organisation of 21 December 1978, of 13 December 1994, of 20 October 1995, of 5 December 1996, of 10 December 1998, and of 27 October 2005, as well as the preliminary applicable regulations of the Act revising the Convention on the Grant of European Patents of 29 November 2000.

[5] EPO, Decision revoking the European Patent, 13 February 2001, Application No 90250319.2-2117, Patent No 0436257; the objection to this decision was decided negatively on 8 March 2005 (Az. T 0416/01 – 3.3.2).

[6] 以下、伝統的知識という概念は、知識の生産という全体的な文脈に鑑み、個々の伝統的な文化の形式をも包含するものとして用いる。

る。原告は単に、治療効果に関する伝統的な知識が、既に宗教的な文書に記されていたということを証明するのに成功したに過ぎない[7]。ニームに関する法的な問題を知的財産法の言説に従って表現することは、現実の紛争の目的を無視することにほかならない。なぜならば、知的財産権に特有の知識の「新規性」は、けっして規制が必要な問題ではないからである。規制を必要とする真の問題は、伝統的な知識の生成の過程をそれ自体として保護するところにある。そうだとすると、科学、技術、医療、メディア、芸術、経済といった分野における近代社会による伝統的な知識の利用によって生じる紛争を記録する問題のフレーミングの仕方としてはどのようなものを用いるべきであり、また、このような紛争を適切に翻訳すべき法的な問題はどのようなものとなるのだろうか。

伝統的知識を法的なイッシューとしてどのように性格づけるかという問題に取り組む専門家は、国際法の断片化という尖鋭的な問題に直面することとなる[8]。公衆による抗議の影響の下、伝統的な知識の問題を記録し法的な規制を開始する国際的な組織は複数存在するが、そのいずれもがこの問題をそれら組織が有するトンネル的な狭い視野からものごとを記録するために、そもそも最初からして伝統的知識の問題は法の断片化現象を具現するものとなってしまっているのである。

> 「実際、［伝統的知識の］保護をグローバルなレベルで創設しようという試みは、広範な断片化現象をもたらしている。当初こそ、世界知的財産権機関（WIPO）と国際連合教育科学文化機関（UNESCO）の共同作業により、知的財産権タイプの独自立法による保護のモデル条項（UNESCO-WIPO Model Provisions, 1982）という成果があげられたが、それ以降、国際社会は伝統的な知識に対して何ら首尾一貫した対処をなしえないままに終わっている。地域、国、市民社会といった様々なレベルで、伝統的知識の異なる側面を保護しようとする試みが多元的になされる結果、この問題に関する絵図が複雑なものとなり、断片化現象を深刻化させている。」[9]

しかしながら、伝統的な知識の保護が、法の断片化によって生じた規範的な衝突に晒される場合には、問題に対するフレーミングの弊害はよりいっそう大きなものとなる。国際法委員会（ILC）のワーキング・グループによって初めて定式化された法的な断片化に対する過熱した議論は、既存の法の規定や裁判所にヒエラルヒーを設けるという方策では、この種の紛争を避けることができないことを示している[10]。その結果、論争は司法の場から政治の場に、規範的な紛争から国際的な体制間の政治的な紛争に移行することになる。世界貿易機関（WTO）、国際連合食糧農業機関（FAO）、WIPO 等の様々な国際的組織によって制度的に植えつけられた問題の理解の仕方と、これらの組織による個別の解決策の提言は、相互に衝突する。今日においては、伝統的知識は、多様な尖鋭的な政治的な紛争のなかに引きずり込まれており、侵略的に増殖する知的財産権のグローバルな拡張現象を一方の極とし、文化多様性と生物多様性の維持を他方の極とする相剋のなかに、押し込められてしまっているのである[11]。

---

[7] このことは、特許を取り消す決定に対する審判の申立てを裁くに際して EPO が明示したところである。「結局のところ、発明性を欠くという点において（EPC 56条）、主たる申立てには理由がないことになる」*supra* note 5, at p. 21.

[8] 伝統的知識に関する国際法における断片化現象については、see Martin A. Girsberger, *"Legal Protection of Traditional Cultural Expressions (TCEs): A Policy Perspective"* in this volume.

[9] NCCR, International Symposium "Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment", Lucerne, *"Conference Programme"*, June 2007, available at http://www.nccr-trade.org/ip-7/international-symposium-traditionalcultural-expressions-in-a-digital-environment-.htm.

[10] Martti Koskenniemi, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission: Draft conclusions of the work of the Study Group, ILC, 58th Session, A/CN.4/L.682, 13 April 2006; see also the (inferential) Report of the Study Group of the International Law Commission. Draft Conclusions of the Work of the Study Group: Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, ILC, 58th Session, A/CN.4/L.702, 18 July 2006.

[11] Instead of all, see Commission on Intellectual Property Rights, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, London: Commission on Intellectual Property

ここにおいて、伝統的な知識の国際的な法的問題化に随伴する倒錯的な効果[12]が露顕する。伝統的知識を自己の利益戦略のために搾取しているのは多国籍企業ばかりではない。多国間の規制体制も自らの規制的な戦略のために同様のことをなしているのである。もちろん、こうした体制は伝統的知識を私的な利益のために濫用しているわけではないが、しかし、それにもかかわらず、周縁的な社会の知識を、(それが途上国の側に立脚するものだとしても)国際的な公序という特定の善を実現するための道具として利用していることに変わりはないのである。グローバルな体制による初期化に続いた各国の立法府による露骨な規制的な体制は、この理を例証するものである。インドは、グローバルな政治状況の影響の下、2002年生物多様性法36条(5)において、知的財産権のインセンティヴと生物多様性という相互に衝突する二つの政治的な目標をバランスすることを試みた[13]。

しかし、伝統的な知識を保護する手段として、生物の種の多様性を保護するために、サステイナビリティの政策を追求するという理由で、生物多様性を持ち出すとは何と迂遠な論理であろう。生態系の持続と経済的な目的の双方を追求するという形での伝統的知識の道具主義化が、伝統的知識固有の性質に馴染まないことは、医療目的にこれを関係づけたタイにおける実例が示している。タイの法制度は、伝統的な知識を促進する全ての法規範を、タイの伝統的な医療に関する知識の保護を促進するものに包摂しているのである[14]。また、かりに、ブラジルやアフリカのモデル法のように、伝統的知識の保存自体が「本来的に」政策的な目標であると宣言され

Rights, September 2002.

[12] Raymond Boudon, *Effets pervers et ordre social*, Paris: Presse Universitaire Française, 1977.

[13] 同項は次のように定める。「中央政府は、国家生物多様性局の推奨に従い、生物多様性に関する地域の住民の知識を尊重し保護することに努める。保護の手段には、地域、州、国のレベルにおけるこれら知識の登録、独自立法その他の保護手段が含まれうる。」Hereunto, see Thomas Cottier and Marion Panizzon, *"Legal Perspectives on Traditional Knowledge: The Case for Intellectual Property Protection"* (2004) Journal of International Economic Law 7, pp. 371-399, at p. 380.

[14] See WIPO, Comparative Summary of Existing Sui Generis Measures and Law for the Protection of Traditional Knowledge, WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4, 20 June 2003.





る場合であっても、伝統的知識は、高度の「社会的、経済的な価値」のストックであって、 デジタルのデータベースに記録され、文書化され、蓄積され、活用されるべきものと理解される。その結果、知識の生産に至るプロセスを保護する目的が見誤られることになる[15]。さらに、伝統的知識の道具主義化は、知的財産権の保護の体制が先住民を近代市場に適応させるという目標を宣言するときに、さらに見紛うことのないものとなる。

> 「我々の見解は、熟慮の末に制度設計された伝統的知識を保護する知的財産権は、途上国をしてグローバルな農業市場において完全なプレイヤーとして参画することを促進するとともに、国際的な福利厚生に貢献した先住民に平等に報いることになる、というものである。」[16]

このように国際組織固有の特異的な規制の論理に伝統的知識を従属させる作業と、伝統的知識という断片を、強固に過ぎる制度の政策から解き放ち、近代における根本的な衝突に立ち返って再度伝統的知識を描き直すという作業とは全く異なるものである。Martti Koskenniemi も、断片化現象に関するILCのワーキング・グループの報告書において、制度の衝突は、グローバル社会における深遠なる矛盾を具現するものであると評している。

> 「社会学的な意味では、それは異なる社会の合理性を具現するものであるといってもよいかもしれない。制度間の衝突は合理性の衝突となって表面化する。たとえば、環境の合理性は貿易の合理性と、人権の合理性は外向的な取引の合理性と、それぞれ対立する。したがって、既述した国際法の断片化現象はグローバル社会の現実そのものの断片的な側面、すなわち社会的な差別化の原理としての属地性を(非属地的な)機能性でもって代替するという側面をそのまま表出するものなのである。」[17]

[15] ブラジル法の状況とアフリカのモデル法につき、see *ibid*.

[16] Cottier and Panizzon, *supra* note 13, at p. 372.

[17] Koskenniemi, *supra* note 10, at para. 133, footnote 168; Martti Koskenniemi and Päivi

ここにおいて次のことが明らかとなる。制度的な衝突は、国際的な異質の制度間の政治的な紛争からばかりでなく、異質の社会的システムから生じることもある[18]。伝統的知識の問題をグローバルの次元で規制しようとする様々な試みにおいては、国際社会の部分的な原理が互いに衝突する。経済、科学、医療、文化、宗教の原理が伝統的知識に対するアクセスに関して抵触することになる。誤解を恐れず単純化すると、これは以下のことを意味する。伝統的知識を使用する際に、経済、科学、芸術、メディア、医療にこれを利用しようとする利益が、文化、宗教、生活の仕方の一体性、多様性という主張と衝突する。その結果、関連する規制のプロジェクトが、こうした衝突に反応する様は多様なものとなる。階層的な決定や制度間の交渉によって、こうした利益を妥結に導くことははたして可能なのであろうか。

この観点からみた場合、伝統的知識は相互に衝突する合理性によって引き起こされる問題だと把握することが適切なものであるが、さらにもう一歩、法的な断片化に関する近代の議論にまで話を進めることが必要となる。合理性の衝突という位置づけは、伝統的知識の問題を適切に叙述するものとはならない。なぜならば、そうした位置づけは、単純な断片化に向けられたものであって、「グローバル社会」における「二重の断片化」を正しく把握するものとはなりえないからである。それは、伝統的知識のストックが世界の複数の機能的な制度間の分岐した要求の対象となっていることを明瞭化するものにはなりえても、第二層における断片化、つまり、文化的な多極主義、異なる世界の文化的な衝突を斟酌することに失敗する[19]。しかし、伝統的知識をめぐる紛争は、一方では機能的にグローバルなシステム、他方ではグローバル社会における地域の文化という、二重の断片化によって生じるものなのである[20]。このように紛争を再定位することだけで、法的な規範の探求に対して、紛争により適切に対処する社会学的な方向性を与えることが可能となる。政治的な問題のフレーミングも、伝統的知識に対する法的な性格づけも、この二重の多極主義を無視することは許されず、むしろそれを所与のものとして受けとめ、結論に反映し、それに基づいて規制のプロジェクトを構築する必要がある。

もちろん、そのためには、国際関係における「文化的衝突」（Samuel Huntingdon）、政治学における「ジハード対マック世界」（Benjamin Barber）、社会学における「多元的近代」（Schmuel Eisenstadt）、法学における「法文化の特異性」（Pierre Legrand）等の鳴り響くセイレーンの歌声に対して、強力な自己規律をもってその誘惑から逃れなければならない[21]。これらの表現は全て、現代のグローバル社会において、相互に閉鎖的に隔離された異なる地域的な分化が衝突している様を婉曲的に表現する言い回しという点で共通する。近代社会と伝統的社会における文化的な衝突という概念が、これほどまでに影響力を有するようになった結果、文化というものが総体であり、あるいは一体的な、簡潔な排他的な単位であり、それゆえその境界を守るために戦わなければならないという前提が疑問視されるようになったのである。その代わり、高度に特化されたグローバル社会というハイパー構造が、その内部における地域的な文化を統合する構造をいかにしてサボタージュすることに成功しているのかということを分析する

Leino, *"Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties"* (2002) Leiden Journal of International Law 15, pp. 553-579; Andreas Fischer-Lescano and Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt: Suhrkamp, 2006.

[18] Saskia Sassen, *Territory-Authority-Rights – From Medieval to Global Assemblages*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006.

[19] Surya P. Sinha, *"Legal Polycentricity"* in Hanne Petersen and Henrik Zahle (eds.), Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law, Aldershot: Dartmouth, 1995, pp. 31-69.

[20] Rudolf Stichweh, *"Strukturbildung in der Weltgesellschaft – Die Eigenstrukturen der Weltgesellschaft und die Regionalkulturen der Welt"* in Thomas Schwinn (ed.), Die Vielfalt und Einheit der Moderne. Kultur- und strukturvergleichende Analysen, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, pp. 239-257; このアプローチを採用するものとして、Christoph Beat Graber, *"Safeguarding Traditional Cultural Expressions: A Human Rights Perspective"* in this volume.

[21] *Ibid.* Pierre Legrand and Roderick Munday, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003; Benjamin R. Barber, *Jihad vs. McWorld: How the Planet is Both Falling Apart and Coming Together and What This Means for Democracy*, New York: Random House, 1995.

ことが肝要となる[22]。

決定的な要因は、グローバルな社会の文化的な原理と地域のそれとを区別することにある。機能的に差別化を志向する近代の知識のストックと、社会に根ざした伝統的な知識との間の区別と言い換えてもよい。この区別こそが、伝統的知識の紛争に、特異的な色彩を与える。資本主義社会として、組織化社会として、知識社会としての近代社会それ自体に原因があるわけではない。原因は、むしろ個別的な、高度に特化された行動の施設、すなわち、機能的なシステム、形式的な組織、ネットワーク、認識の共同体に目を向ける必要がある。これらのものが各々、独自のやり方で地域的な文化における知識の生産を解体することに関与する。個別の機能に特化したこれら近代の制度が、分化され分層化された社会における分散化した構造に遭遇すると、伝統的知識の生成過程をそれが根ざしていた文脈から切り離し、近代の制度に特有の新陳代謝のなかに伝統的知識を翻訳する以外に選択肢はありえないことになる。

> 「『科学』と『宗教』を絶縁し、『宇宙論的』あるいは精神的な説明を、いわゆる『実践的』な核心から切り離すことは、伝統的な知識の形態の基盤を掘り崩すことにほかならない。」[23]

近代の単一の文脈をもった諸制度が、その特化されたゴールのために、「一体化した」伝統的文化の関係を使用する場合、伝統的な知識がそのさらなる進展のために依存している再生産の関係から、これを切り離すことになる。簡単にいえば、多元的な方向性を指向する伝統的な制度が、特定の近代のハイパー構造の有する単一の方向性指向によって侵食を受けることになる。グローバル社会の科学や経済のプロセスが、いかにして、伝

[22] Stichweh, *supra* note 20.

[23] Rosemary J. Coombe, *"Protecting Cultural Industries to Promote Cultural Diversity: Dilemmas for International Policy-Making Posed by the Recognition of Traditional Knowledge"* in Keith Maskus and Jerome Reichman (eds.), International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 559-614, at p. 606.





統的な知識の形態に内在する全体的な関係、とりわけ宗教的な関係を遮断し、自己固有の特化した合理性に都合のよいように利用しようとしているのか、その野蛮な試みはアイアワースカの蔓(*Banisteriopsis caapi*)の例が示すところである[24]。この植物は、アマゾンのデルタ地帯固有の生来種であり、先住民のシャーマンによって向精神作用のある「アイアワースカ」という飲料を生成するために用いられていた。この飲料は(ブラジルにおけるサント・ダイミ教において)様々なアマゾンの精霊にかかる神話や儀式の必須の部分を構成している[25]。リュウマチ、気管支疾患、トラウマ等の病気の治癒に用いられるほか[26]、宗教的な儀式では神や宇宙と遭遇することを容易にする。アイアワースカを摂取することによりもたらされる陶酔状態は、全てのものの起源への回帰とみなされている。死者の霊と接触するためにも利用されることから、アイアワースカは、*liana de los muertos*(死者の蔓)と呼ばれることが少なくない[27]。このような全体的な文脈を無視して、1986年6月17日にLoren S. Millerがアイアワースカの経済的な用途を最適化することを目的とする米国植物特許5751号を取得した。Millerが特許化したアイアワースカの蔓は、「da Vine」と呼ばれ、既に発見されていた蔓とは色彩と花弁の形状において区別することが可能なものであった。Millerは、この特許を特に医療目的で利用することを企図していた[28]。

[24] See also Michael F. Brown, *Who Owns Native Culture?*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004, at p. 107.

[25] Beatriz Caiuby Labate and Wladimyr Sena Araujo, *O Uso Ritual da Ayahuasca*, Campinas: Mercado de Letras, 2004; Carsten Balzer, *Wege zum Heil: Die Barquinha. Eine ethnologische Studie zu Transformation und Heilung in den Ayahuasca-Ritualen einer brasilianischen Religion*, Mettingen: Brasilienkunde-Verlag, 2003; Benny Shannon, *Antipodes of the Mind: Charting the Phenomenology of the Ayahuasca Experience*, Oxford: Oxford University Press, 2002; Arturo Burga Freitas, *Ayahuasca: Mitos, leyendas y relatos de la amazonía peruana*, Lima: Tipo-Offset, 1980, at p. 55.

[26] See the contributions in Jacques Mabit, *Memoria del Segundo Foro Interamericano Sobre Espiritualidad Indígena*, Lima: CICEI, 2001.

[27] Rosa Giove, *La Liana de los Muertos al Rescate de la Vida*, Tarapoto: Takiwasi, 2002.

[28] 明細書には以下のように記されている。「本発明にかかる植物は、ガン治療と精神療法という治療目的のために研究がもくろまれている。脳に関わるパーキンソン

この特許のことが南米に知られるにつれ、非政府組織（NGO）やNGOのネットワークが その再審査を請求した[29]。ニームと同様、再審査の請求が認められ、特許は取り消された[30]。しかし、ニームの事件と様相を異にしていたのは、この決定に対して米国特許商標庁（PTO）に不服が申し立てられたということであり、PTOは、2001年に、当該植物特許は従前知られていた種とは十分に区別されることを理由に、特許権者勝訴の審決を下した[31]。「da Vine」特許は20年の存続期間満了により2006年に消滅したが、この事件は、発見の「新規性」に焦点を当てた法的な議論がいかに無力なものであるかということを露顕した[32]。特許庁は、既存の植物に対して（花弁の色彩や葉の形状などの）些細な変更を加えるだけで新規性の要件を充足すると判断することが少なくない。このような容易に操作可能な要件をもってことの成否が決せられてしまうのであれば、人々や世界の解釈や見解の互いに相違するパターンであるとか、グローバル社会において根本的なところで違いがあるものごとを区別する形式が、相互の衝突のなかでそれぞれ存立しうる場合があると想定することは到底、困難であろう。

発見に対して、法的な問題として「新規であること」を要求することは、そもそも一般的に比べようもないものを比較しようとしている場合には、

病の予後と狭心症の取扱いに効果を発揮する。防腐効果と殺菌効果を有し、抗アメーバ、抗蠕虫作用を呈する。季節がくれば花を咲かすので、鉢植え植物としても魅力的である。」See the summary, Description of US 5751P.

[29] Request for Reexamination of US Plant Patent No 5751, 30 March 1999.

[30] Leanne M. Fecteau, *"The Ayahuasca Patent Revocation: Raising Questions About Current US Patent Policy"* (2001) Boston College Third World Law Journal 21, pp. 69-105; Glenn Wiser, *"US Patent and Trademark Office reinstates Ayahuasca Patent"* (2001) Center for International Environmental Law Publications 25 June, pp. 1-14; Maggi Kohls, *"Blackbeard or Albert Schweizer: Reconciling Biopiracy"* (2007) Chicago-Kent Journal of Intellectual Property 6, pp. 108-137.

[31] For details, see Hahn, *supra* note 2, at p. 275 and Wiser, *supra* note 30.

[32] Valerie J. Phillips, *"Half-Human Creatures, Plants & Indigenous Peoples: Musings on Ramifications of Western Notions of Intellectual Property and the Newman-Rifkin Attempt to Patent a Theoretical Half-Human Creature"* (2005) Santa Clara Computer and High Technology Law Journal 21, pp. 383-451, at p. 402.





不適切極まりないものである。なぜならば、生物多様性や国際的な知識の蓄積に関する紛争は、周縁的な文化と機能的に差別化された世界的な施設間の根本的な紛争が政治的な装いで具現されたものにほかならないからである[33]。

> 「我々は『生物多様性』と知識にのみ集中してはならない。なぜならばもっと大きなことが問題となっているからだ。実際、我々の世界に対する理解、我々の文化、我々の故郷、我々の精神性と先住民のそれとが問題とされているのである。これら全ての要素が相互に結びついている。」[34]

したがって、結局のところ、「バイオパイラシー」という表現が、近代社会による伝統的な知識の利用を言い表すのに適した叙述であるといえよう。文化的な生活の基盤が危殆に瀕する原因が、経済的な利益の原理ばかりでなく、グローバルな科学の拡張に対する欲求、ヘルス・ケアのシステム、あるいは文化的な産業にも存するのだということを、我々に自覚させ続けることになるからである[35]。さらにいえば、「認識の共食い（Cannibalising epistemes）」という方が、知識を食し、知識によって食するという二重の意味を有する言葉であるがために、より適切な比喩であるように思われる。問題となっているのは常に、情報に対する拡大する欲求というグローバル社会における機能的な制度、形式的な組織、ネットワーク、認

[33] Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, Berlin: Duncker and Humblot, 1992.

[34] "No debemos focalizar sólo en la 'biodiversidad' y el conocimiento, porque estamos hablando sobre mucho más que éso. En realidad estamos hablando sobre toda nuestra concepción del mundo, nuestras culturas, nuestras tierras, nuestra espiritualidad como pueblos indígenas. Todo ésto está vinculado. Debemos contemplar el panorama completo" (Stella Tamang, Federación de las Nacionalidades, Nepal, en el Seminario/Consulta Asiático, cited in Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), *"Los Pueblos Indigenas Reivindican su Integridad Intelectual"* (1995) Asuntos Indeginas, at pp. 14-15).

[35] バイオ探索に対する批判として、see Vandana Shiva, *"Bioprospecting as Sophisticated Biopiracy"* (2007) Journal of Women in Culture and Society 32, pp. 307-313.

識論的なコミュニティという階層構造が有する生来的な合理性の最大化である。こうした階層構造が、地域の文化を、その生命線となっている文脈から引き剥がし、情け容赦なく自己の航跡に取り込んでいるのである。この理は、グローバル社会が伝統的知識を扱う方法に特に顕著に示される[36]。知識はパブリック・ドメインに属しているという科学的には正当な主張は、必然的に地域的な文化の知識の共同所有の構造を破壊することになる。知識に対する一般的なアクセスという原理は、宗教に根ざした神秘の領域を侵奪することになる。科学的に特化した方法で管理可能性を管理することは、伝統的知識が宗教、文化、慣習に対して依存しているという事態を破壊することになるが、こうした依存性こそがそもそも伝統的知識が生き残っていくためには必要なものなのである。

## ２．分化した社会的な形式の衝突の取扱い

グローバルな近代の地域的な文化に対する侵食がこのように慎重に計測されたものであるということを所与とすると、広く政治的、法的に用いられる計測器、すなわち戦略という尺度を用いて、文化的な衝突それ自体に取り組むことにはさしたる意味がないことが分かる。

進むべき道は、伝統的な社会という名の下に近代化に一般的に抵抗するというところではなく、グローバル社会のハイパー構造を慎重な計算の下で制限するその順番にある。個別の拡張的な近代の制度から始めて、外部から圧力をかけることでそうした制度が自制的に行動することを要求することが必要となる。認識の侵食に対する政治的かつ法的な反作用によって、拡張する近代社会の下位のシステムに自制を促す外的な圧力を構築する必要がある。目指すべき準則は以下のとおりである。社会に根ざした知

[36] See, e.g., Articles 1(1) and 12(3) of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture. 伝統的な知識をグローバルなデータベースにより保護しようとする意義のある試みが、近代科学の原理に伝統的知識を従属させることになるという Dae の批判につき、see Erica-Irene Daes, *"Intellectual Property and Indigenous Peoples"* (2001) American Society of International Law Proceedings 95, pp. 143-150, at p. 144.





識のストックに対する破壊的な拡張に対する外部的に強制された自制。グローバルな近代社会のハイパー構造に対して、地域の文化の一体性を尊重するよう威嚇する必要がある[37]。

問題のフレーミングのために Niklas Luhmann が展開した基本権に対する社会学的な理論を用いることが有益な示唆を与えてくれるように思われる。Luhmann の理論は、機能的な差異化の有する破壊的な側面が、他の文脈において社会的な対抗運動が拡張的な社会体制に対して自制するよう威嚇することにより、効果的に減殺されてきたということを示している。もっとも、この理論は、機能的に差異化された「グローバル化」と地域的な文化に根ざした知識の間の異なるタイプの衝突に適用する際には、相応の修正が必要となる。社会学的な観点からみると、基本権は、一般に法律家が捉えているような、政府の権力に対抗して個人のために法的に保護された権利に止まるものではない。基本権は、個別の下位のシステムの内部に存し、内側からその拡張を制限する社会的な対抗制度なのである。システム理論の観点からみると、基本権の歴史的な役割は、個人の法的な地位を守ることに尽きるものではなく、むしろ、搾取しようとする傾向に対して、社会の各領域の自律性を保障するところの方に主たる意味があると把握される[38]。歴史的には、基本権は、近代社会における自律的な行動領域の出現に応じて、特に自律的な政治というマトリックスに対応して出現し

[37] 伝統自身の概念を近代の分類、とりわけ法的な分類のなかに包摂することが困難であることについては、see Coombe, *supra* note 23, at p. 611.

[38] 制度としての基本権に対するシステム理論のアプローチに関しては、see Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker and Humblot, 1965. See also Gert Verschraegen, *"Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory"* (2002) Journal of Law and Society 29, pp. 258-281. 様々な社会的な文脈におけるその適用の子細については、see Gunther Teubner, *"Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch 'private' transnationale Akteure"* (2006) Der Staat 45, pp. 161-187. Karl-Heinz Ladeur, *"Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie"* (1999) Kritische Justiz 32, pp. 281-300; Christoph Graber and Gunther Teubner, *"Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere"* (1998) Oxford Journal of Legal Studies 18, pp. 61-74.

た。政治において拡大主義的な傾向が顕著になり、社会の他の自律的な領域の一体性が脅威に晒されたとき、社会的な紛争の嵐が引き起こされた。この紛争の過程で獲得された地位が基本権として公式化され、対抗制度として政治のなかに内部化されたのである。このような拡張主義の傾向は歴史的には、他の座標軸でも顕現している。過去には、政治の領域で、近代では、経済、科学、技術、その他の社会的なセクターにおいて。搾取傾向に対する対抗運動として自律的な領域を強化するという方策は、伝統的な垂直的な政治的な基本権の次元ばかりでなく、基本権が他の拡張的な下位システムに対して「第三者効」を有するとされた水平的な次元における、一般的な反作用的なメカニズムを体現している。政治的な基本権の中核となる役割が、政治的な道具主義から行動の領域の自律性を保護するところにあったのだとすると、「社会的な基本権」の中核を占める役割は、社会的な支配的な合理化指向の傾向というマトリックスに対抗して、いわゆる非合理的な行動のロジックにセーフガードを与えることを可能とするところにあるということになる[39]。

バイオパイラシーは、今日のいたるところに存在する様々な下位システムの拡張的な傾向が、グローバル化された現代の社会と伝統的な地域的な文化という問題のある境界に対して示された好例であるということができる。第一義的な争点は、実質的には、基本権の水平的な効果の問題となる。

> 「文化の保護とバイオパイラシーの分野では、主要当事者は政府ではなく、大学、博物館、企業などの私的存在である。」[40]

[39] この方向でのさらなる分析として、see Gralf-Peter Calliess, *"Reflexive ransnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law"* (2002) Zeitschrift für Rechtssoziologie 24, pp. 185-217; Peer Zumbansen, *"The Privatization of Corporate Law? Corporate Governance Codes and Commercial Self-Regulation"* (2002) Juridicum 3, pp. 32-40; Ralph Christensen and Andreas Fischer-Lescano, *Das Ganze des Rechts. Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*, Berlin: Duncker and Humblot, 2007.

[40] Daes, *supra* note 36, at p. 148.





したがって、基本権の理論をさらに一般化することが必要となる。今回は全く別の方向に向けられることになるが。機能的な分化のマトリックスが近代社会における自律的諸領域のインテグリティのみならず、地域の文化の伝統的な知識の一体性を脅かすのだとすれば、こうした事態は、現代社会のハイパー構造の外部的な衝突、抗議、組織化された抵抗、社会的な運動がなべて、その生来的な拡張に対する欲求を内部から制約するために基本権を内部化するよう威嚇することが期待されるという、前述した内部化のロジックと相関関係を有することになる。機能的なシステム、組織、ネットワーク、認識のコミュニティの威嚇された自制を、実効的な政策と法的な規範のなかに実現するためには、制度的な想像力が必要となる。

結論として、近代法の内部において、地位的な文化的なアイデンティティと現代の法的な保護のメカニズムの間に特有の妥協を体現するハイブリッドな法的形式を発展させるためには、基本権の修正された理論の文脈において先導的な原理が展開される必要がある。基本権の保護が実際にこの方向で機能するとすれば、当該妥協は、地域的な文化の特殊性に対する近代制度の過敏な反応と、近代法の操作性の双方の間の道を行くものでなければならない。単純に文化的な一体性の側に立つということでは十分ではない。実効的なものとなるためには、近代の規範的なプログラム、特に基本権の違反に対する制裁、禁止事項、その無効、刑罰、補償を定める規定に適合したものとなる必要がある。これはまさに、先に批判した知的財産法の政策の下位命題とは全く異なるものとなる[41]。

### 2.1.「外的なもの」の「内的なもの」への再参入

外部の圧力の下での自制は、近代の法的な制度が、先住民の文化の利益を、基本権を擁護するために、自己の文脈のなかに再構成することが奨励されなければならないということを意味している。それでは、このことは、伝統的な知識の保護が、法が抵触する場合のルールの助けの下、慣習法に関わる近代法を用いて解決されなければならないということを意味して

[41] See Tade Matthias Spranger, *"Indigene Völker, 'Biopiraterie' und internationales Patentrecht"* (2001) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2, pp. 89-92, at p. 91.

いるのだろうか。過去においては、政策決定者は、人類学の影響の下、実際にこの解決策を支持しており[42]、グローバル化された近代性と地域的な文化の関係を、基本権の問題として表現しつつ、外在的な価値を内在的なものとして再構成することが可能であるか否かということに関する基本的な問題に法を立ち向かわせることになったのである。

このような解決策は、植民地法における問題の多い伝統を必然的に復活させるものでしかないのではなかろうか。イギリスの植民地の政府は、単に自己の法を押しつけたのではなく、その主たる部分は、管理下にある植民地の人々の「先住民の法」を自己の公式の法に統合するものであった[43]。植民地政府は、既存の慣習法が、イギリスの基本的な法的な原理と相容れないと判明した場合に限って、その効果を停止したに過ぎない。制約要素は「矛盾原理」というものであり、先住民の法は、自然的な正義、衡平、良心と矛盾する場合には適用されないと判断された[44]。しかし、このような取扱いは、先住民の人々の規範制定力を適切に代理するものにはならず、むしろそれとは正反対の結果を導いた。人類学者の批判的な検証により、この表面的には穏健な法の背後にある、権力の機構の秘密が暴露されている。根気を要する綿密な研究により、慣習法と呼ばれていたものはそれ自体としては全く存在しなかったということが証明された。全ては欺瞞だったのである。それは、イギリスの植民地政府とそれに追従する人類学者によって創造された単なるフィクションでしかなかった[45]。トリックは、まさにこの虚構に存する。先住民法や慣習法なるものは、伝統的な人類学者が想定したような、「先住民の人々の慣習、慣行、慣例に典拠を有するルール」[46]ではなく、単に「ヨーロッパの拡大と資本主義への移行過程の構築

[42] Daes, supra note 36; Anthony Taubman, *"Saving the Village: Conserving Jurisprudential Diversity in the International Protection of Traditional Knowledge"* in Maskus and Reichman, *supra* note 23, pp. 521-564; Coombe, *supra* note 23.

[43] Sally Engle Merry, *"Legal Pluralism"* (1988) Law and Society Review 22, pp. 869-896.

[44] *Ibid*. at p. 870.

[45] Francis Snyder, *Capitalism and Legal Change: An African Transformation*, New York: Academic Press, 1981.

[46] Anthony Allott, *Essays in African Law*, London: Butterworths, 1960, at p. 62.





物」、ゆえに単なる「植民地時代の神話」[47]に過ぎない。イギリスの法律家が、様々な文化の堆積物のなかから、自らの目的に適した要素を選び出し、植民地政府の公式の印章を押印するために、それらを一括りにしたコラージュに「既存の先住民の法」という名を与えていたのである。

このような植民地政府による高度に恣意的な「伝統的な文化」の統合から我々が学びとらなければならない教訓は何であろうか。そこには他に道がなかったということである。あるのは、我々が受けとめなければならない現実である。基本権を利用して現代の制度の拡張を制約することがゴールなのだとすれば、外在的な要素を内在的な定義に再構成するというような方策以外に、内在的なバリアーが設けられることはありえない。さもなければ、地域的な文化の名の下になされる外在的な抗議や抵抗が何らの効果もないままに元に戻るだけに終わるだろう。チャンスは、それこそが最も大切にしなければならないところの伝統的な文化に対する反動や過敏な態度のなかで再構成を進行させるところにある。近代法は、地域的な文化のなかから必要となる伝統的な事実上の慣習や慣行を選び取り、これを一括りにして、規範的な所有の地位と行為義務として、地域的な文化によって創造されることが予定されていたはずの「慣習法」という名のコラージュを作り上げる。このようにして、近代法による地域的な文化の解釈は、単純な巨大な誤解に基づいて作り上げられたものなのであるが、それはおそらく創造的な誤解であったということが許されよう。とはいえ、その創造性は、何もないところから突然、新たな発見を見出したというようなものではなく、現実に存在する外国の文化的な実体を近代法に変容させたという意味に発揮されている。有名な Polanyi の区別を手直ししていうと、法的な誤解は、黙示的な伝統的な社会的な知識に基づいて、明示的な、近代の、法的な知識を構築したという限度で創造的なものなのである。誤解は、様々な不協和音にもかかわらず、一つの理解として通用する。まさに、ポスト・モダンの法的な多元主義の理論を演出したポルトガルの法社会学者の Boaventura de Sousa Santos の「法、それは誤解の地図」という言説が妥当する[48]。

[47] Merry, *supra* note 43, at p. 875.

[48] Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization*

グローバル化された近代の法は、地域的な文化の内の特定のコミュニケーションを「法的な行為」であって「法規範」を作出しうるものと誤解する構造を有しているが、近代の拡張に対する実効的なバリアーとなるためには現実に誤解する必要性があったのである。ここで注目しなければならないことは、法的な行為は、法が、それを通じて、いたるところで生成された規範の助けを借りて判断するためのものというだけでなく、法自身を生成するものなのだということである。この真の意味でのフィクションを用いて、法は、「先住民の法」という制度のなかに、禁止や他の法的な制裁を履践することにより、近代の拡張主義的な傾向に対して反作用をなしうる能力のある新たな法の生成メカニズムを創造する。そして、まさにここにこそ、先住民にとって反対の応答を発展させるためのグローバルな基本権の保護のシステムを構築する可能性が存在するのである。先住民が自らをどのようにみているのかということを理解する試みは、この理解を近代の言語のなかにおける制約として再構成するための唯一のチャンスにほかならない。伝統的な知識の生成者が自らを認識する方法、つまり、「先住民の自己決定の原理」こそが、規範的な重心に位置づけられるべきものである[49]。それは、伝統的知識をそれ自体として抽象的に保護するというものではなく、伝統的知識が生成される文化的な条件を保護するものなのである。

### 2.2. 個人を超える基本権

社会学の原理に基づいて確立される基本権の理論は、基本権を用いて先住民の文化の自己認識を確保する際に呈示される最も困難な課題に対峙しうるものであって、しかも相当の可能性でその克服に成功しうるものでなければならない。ここにいう最も困難な課題とは、すなわち、この基本権の受益者は誰かという難題である。近代法は、当然のことながら、知識の創作者が受益者であるというだろう。しかし、こうした個人的な基本権

*and Emancipation*, Evanston, IL: Northwestern University Press, 2003, at p. 417.

[49] Coombe, *supra* note 23, Taubman, *supra* note 42, at p. 46, Daes, *supra* note 36, at p. 146.





という認識に対しては、伝統的知識の共同体的な集合的な性格が対抗する。このような衝突が劇的に顕現したのが、オーストラリアの裁判所において、先住民の土地に対する関係を、近代的な分類における「所有権」という用語で表現するという方策が見出された事例である[50]。しかし、社会学的な原理に基づいた基本権の理論は、個人ばかりでなく、非個人的なコミュニケーションのプロセスに対しても基本権を帰するものであり、そうすることによって、地域的な文化が自身に対して有している認識にアプローチすることを試みる。「共同体、協力体、団体、家族、部族（つまり、個の集合ないし集団）」が法的な主体であると宣言すること[51]で十分であると考えてはならない。制度的に理解された基本権の名宛人たりえる者がいるとすれば、それは、個人であるか集団であるかを問わず、その創作者ではなく、文化間の特有の妥協として、このケースがそうであったように、伝統的な知識自体なのである。ここから得られるグローバルな法に対する示唆は、基本権をより急進的に脱個人化し、先住民のコミュニケーションのプロセスをその固有の権利である基本権の名宛人として理解し、その法的保護を保障するのにふさわしい手続を設計するということである[52]。個人や集団

[50] Daniel J. Gervais, *"Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge"* (2003) Cardozo Journal of International and Comparative Law 11, pp. 467-495; Daniel J. Gervais, *"Traditional Knowledge and Intellectual Property: A TRIPS-Compatible Approach"* (2005) Michigan State Law Review, pp. 137-166; Taubman, *supra* note 42.

[51] Cottier and Panizzon, *supra* note 13, at p. 388; Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A liberal theory of minority rights*, Oxford: 1996; Rodolfo Stavenhagen, *"Cultural Rights: A Social Science Perspective"* in Eide Asbjørn, Catarina Krause, and Allan Rosas (eds.), Economic, Social and Cultural Rights, The Hague: Kluwer Law International, 2001, pp. 85-109; David R. Downes, *"How Intellectual Property Could be a Tool to Protect Traditional Knowledge"* (2000) Columbia Journal of Environmental Law 25, pp. 253-282, at p. 255; Gervais, *supra* note 50, at p. 481. For a critique of this approach, see Elizabeth Burns Coleman, *"The Disneyland of Cultural Rights to Intellectual Property: Anthropological and Philosophical Perspectives"* in this volume.

[52] カナダの憲法が、その集合的、制度的理解において、このような基本権の考え方を進めたものといえるかもしれない。1982年カナダ憲法法 35条(1)は以下のように定めている。「カナダ先住民の既存の民族の条約上の権利はここに認識され承認さ

の権利に加えて、先住民の「文化的な権利」が、第三の「ハイブリッドな」権利として認められることとなろう。文化的なプロセスを法的な「主体」であると宣言することによって、基本権の理論が、外国の伝統的な知識を特定する能力を有するようになる[53]。これこそが、まさに真にその名に値する「独自立法」といえる。

## 3．基本権の制度的な受益者としての伝統的知識

個人を超えた次元を有する伝統的知識の保護は、知的財産権を行使することを（その行使主体が個人であるか集団であるかにかかわらず）促進することを目的とするものではなく、特許に対する規制、その他類似のアクセス規制等、目標とされる禁止措置を課す際の自己規制を法的に招来することを意図している。換言すれば、件の国際的な共通の認識の共食い[54]は、個人の内国特許権といったベルゼブブ によって駆逐されてよいものでもなく（前述１．を参照）、統合化されたグローバルな特許法のなかに衝突を組み入れるだけで撃退されてよいものでもない（前述２．を参照）。実際には、より錯綜した保護手段が講じられ、ついで国際的な伝統的知識の法の文脈のなかに手続的な装置が構築されることが必要なのである（以下を参照）。

### 3.1. 内国の特許法の調整による解決は有効打となるか？

ニーム、ターメリック、アイアワースカの三つの事件では、いずれも伝

れる。」

[53] Christoph Beat Graber, *"Safeguarding Traditional Cultural Expressions: A Human Rights Perspective"* in this volume; Christoph Beat Graber and Martin Girsberger, *"Traditional Knowledge at the International Level: Current Approaches and Proposals for a Bigger Picture That Includes Cultural Diversity"* in Jörg Schmid, Festgabe für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Zurich: Schulthess, 2006, pp. 243-282.

[54] Sebastian Bödeker, Oliver Moldenhauer and Benedikt Rubbel, *Wissensallmende: Gegen die Privatisierung des Wissens der Welt durch "geistige Eigentumsrechte"*, Hamburg: VSA-Verlag, 2004.





統的知識に対して特許が付与され、各国の国内の特許法に基づく訴訟が利用された。そこにおいては、発見が新規といえるか否かということが紛争の核心をなす問題として扱われた。この要件をめぐって様々な区別が出発点として用いられた。書面による証拠と口頭による証拠[55]、（アジア・グループの示唆[56]によれば）関連して「当業者」という概念が用いられることになる「発明性」の有無を決する基準、あるいは、内国の特許取得を妨げうる公序の厳密な定義[57]など。このようにして、各国の特許権による私的な搾取に対する保護が、発見の新規性を否定する証拠、「良俗」の保護、伝統的知識の適度な普及と利用となって顕現し、実現するとみなされるのである[58]。

アイアワースカの蔓の特許の事例は、内国の特許法のセッティングのなかで紛争が取り扱われる場合、いかに誤解に基づく幸福が長続きしないものであるのかということを如実に示している。当初こそ、特許取得に対する攻撃は功を奏したが、最終的には、その手法は、問題を専ら特許法の論理の下で語るという傾向を助長してしまったという意味で不適切なものでしかなかった。新規性要件の操作によりものごとが扱われることになり、伝統的な文化に対する感受性は完全に失われてしまった。アイアワースカ

[55] Siddartha Prakash, *Trade and Development Case Studies, Country Studies: India, Local Species – Turmeric, Neem and Basmati*, Geneva: World Trade Organization, 1998, at p. 83.

[56] WIPO, Technical Proposals on Databases and Registries of Traditional Knowledge and Biological/Genetic Resources, Document submitted by the Asian Group, WIPO/GRTKF/IC/4/14, 6 December 2006, at Annex.

[57] Hahn, *supra* note 2, at p. 297.

[58] 古典的なインドとペルーの例につき、see BUKO – Kampagne gegen Biopiraterie, *Grüne Beute: Biopiraterie und Widerstand*, Frankfurt: Trotzdem-Verlag, 2005, at p. 139. こうした傾向を強化する、伝統的知識のグローバルなデータベースを構築しようとする世界銀行のプロジェクトにつき、see Daes, *supra* note 36, at p. 144.　Google のプロジェクト自身がバイオパイラシーとの批判を受けている。「Google は、ブラジルのクリティーバにおいて、今週、Coalition Against Biopiracy による Captain Hook Awards for Biopiracy を受賞した。主催者は Google が遺伝子研究施設である J. Craig Venter と共同してこの惑星に存する全ての遺伝子をサーチするデータベースを構築しようとしていることが、バイオパイラシーの露骨な証拠であると主張している。」See Andrew Donoghue, *"Google Accused of Biopiracy"* ZDNet News, 30 March 2006.

の事件は、内国の特許法の背後に存する問題を露顕させた。「da Vine」について特許権の取得が可能であったのは、単に花弁と葉の形状に僅かな変更が加えられていたからに過ぎない。とはいえ、内国の特許に内在する制限により解決を図る試みは、過激に過ぎるという問題を引き起こすこともない。同事件におけるNGOの主張は、公序と一般の良俗に焦点を当てるものであった[59]。最初のうちは、このような議論の仕方は先住民の論理を西洋の理論の抽象的な尺度のなかに再構築するものとして適切なものであったようにみえた。実際、西洋法に関する先例のなかには、「知的財産権に対する公序と良俗に基づく例外に適用可能であるところの文化に根ざした相対主義」として説明しうるものも存在した[60]。このアプローチの下では、特許庁は、家庭裁判所と同様、外国の文化に対して一定の知識を取得する必要があることになる。しかし、この方途は、望ましい保護の水準を達成するのに失敗した。伝統的知識に対する特許権の取得をめぐる紛争が内国の特許のシステムに立ち返って処理されなければならないことは極めてよく理解しうるものであるが、それと同様に、こうした保護の戦略によってもたらされる解決が単に一時的なものに止まるということもまた明らかである。伝統的な知識の特許化を一般的に防ぐという法的な効果を取得するためには、伝統的な知識をパブリック・ドメインに帰属させ、一般的にアクセス可能なものとしなければならない[61]。しかし、このような解決は、それに伴って副次的な問題を喚起する[62]。特許化されることばかりでなく、パブリック・ドメインに属するという理由で特許化されないこともまた、特許という形でものごとを認識するその陥穽の仕業によって、すなわち、知的財産権とパブリック・ドメインという誤った二分法によって、伝統的知識の一体性を害することになるのである。両者ともに、市場（知的財産権）かパブリック・ドメインかのいずれかによって、伝統的知識の生産能力を破壊してしまうことに変わりはない。みせかけだけの勝利を

[59] Hahn, *supra* note 2, at p. 297.

[60] Taubman, *supra* note 42, at p. 541.

[61] For details, see William van Caenegem, *"The Public Domain: Scientia Nullius"* (2002) European Intellectual Property Journal 24, pp. 324-330.

[62] Taubman, *supra* note 42, at p. 544.





防ぐためには、パブリック・ドメインによる搾取に対して、伝統的知識を生産する文化の文脈を保護することが必要であるように思われる。

### 3.2. グローバルに定義された先住民の知的財産権による制約は有効打となるか？

共同体の領域における伝統的知識の保護を確保するために、最低限の保護の水準と一般的な法の原理をハーモナイズしようとする試みは、より過激なものである。「既存の伝統的知識の手段によって保護されていない伝統的知識を保護する新たな知的財産権の手段を開発する」[63]ことを企図する構想は、伝統的知識の利用に内在する先住民の論理であるところの分析的な認識論を評価しようとする点で最も急進的といえる。その帰結は、広範な段階づけをもたらす。神聖な要素は一般的にアクセス不能とされる一方で、他の形式の知識は「准パブリックドメイン」とされることが予想される。

知的財産権並びに遺伝資源・伝統的知識・フォークロア に関する政府間委員会（IGC）の努力により、伝統的知識の問題をグローバルな特許法の統一の文脈で解決しようとする動きが活発化している。長年にわたって、WIPOは、WTO法、とりわけ知的財産権に関する貿易関連の側面に関する協定（TRIPS）に従って仕立てられている各国の特許システムを自由化しようとする近時の議論に対抗して、実質的にグローバルな特許法を構築しようとするプロジェクトに従事してきた。その中核となるプロセスにおいては、以下の三つの事項が交渉の俎上に載せられることになる。（ⅰ）2000年6月にジュネーヴで採択された特許法条約（PLT）[64]。PLTは各国の手続的な条項、とりわけ特許取得に至る形式的な行政手続をハーモナイズする条約である。（ⅱ）1970年にワシントンで採択された特許協力条約（PCT）。PCTは特許をリスト・アップする中央集権化されたシステムを導入する条

[63] WIPO, Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, WIPO Report on Factfinding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), Geneva: WIPO, at p. 226.

[64] WIPO Doc. PT/DC/47.

約である。（iii）実体特許法条約草案（SPLT）。SPLT は世界の特許法を統一化することを目的とするものであり、2002年 5 月に WIPO 特許法常設委員会において最初の草案が議論された[65]。

IGC の作業は未だ完結していない。一方では途上国、他方ではアメリカ合衆国、カナダ、オーストリアの意見の相違はあまりにも大きい[66]。現在にいたるまでの交渉によってもたらされたものは、条約規定の予備的草案[67]に止まり、しかもそれは複数の合理性をむりやり一つのものに共存させたものに過ぎない。主たる問題は、伝統的知識とそれに関連する条項の実体的な法的統一化という試みが、ある文化に対しては抽象的に過ぎる反面、ある文化に対しては具体的に過ぎることとなるために、先住民の文化的な多様性を適切に取り扱うものとはなりえないところにある。

> 「先住民の知識を認識し保護するための統一的なガイドラインを作成しようとする試みは、かかる法的な多様性を単一の「モデル」に押し込めようとするものであって、必然的にいかなる先住民の社会の価値、概念、法にも適合しないものとなる運命にある。」[68]

IGC はこの問題を認識しているが、それにもかかわらず、分化したパターンを周縁的な社会に適用するという試みを止めることができず、グローバル社会の中心からも統一的な賛同を得ることに失敗している。WIPO の

[65] 極めて複雑な WIPO の特許関連法制度に関する示唆的な概観として、see Carlos Correa and Sisule Musungu, *"The WIPO Patent Agenda: The Risk for Developing Countries"*, South Center Working Papers 12/2002.

[66] See, e.g., WIPO, Decisions of the Tenth Session of the IGC, 30 November−8 December 2006, WIPO/GRTKF/IC/10, 8 December 2006.

[67] WIPO, Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore: Policy Objectives and Core Principles, WIPO/GRTKF/IC/9/4, 9 January 2006 and WIPO, Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles, WIPO/GRTKF/IC/9/5, 9 January 2006.

[68] Four Directions Council, *Forests, Indigenous Peoples and Biodiversity*, Submission to the Secretariat for the Convention on Biological Diversity, Lethbridge, Canada: Four Directions Council, 2006.





草案は一般的に TCE と伝統的知識を区別しており、もって不用意にも伝統的な全体的なパターンを塗り替えてしまっている[69]。

> 「ここには草案の二つの対象と原理が存在する。第一のものが伝統的文化的表現（「フォークロアの表現」）に関わり、第二のものが伝統的知識そのものに関わる。このような取扱いは、これら二つの分野において喚起するそれぞれに特有の政策と法的な課題に対して、多くの場合、それぞれ分離して対処するという選択がなされてきたことに対応するものである。しかし、それにもかかわらず、本草案は、多くの共同体において、その文化的、知的な遺産を尊重し保護するうえで、両者が密接に関連づけられ、さらには統合された側面を有しているという了解の下で起草されている。」[70]

さらにいえば、地域の権利が生成される形式や個別的な決定のプロセスが、地域の慣習から実体的な普遍的法に抽象化されてしまい、最終的に（周縁部の倫理的な決定ではなく）中央の倫理的な決定によってパターン化されてしまっている。

### 3.3. 衝突する規範を通じた規制

グローバルな実質法のアプローチよりも、既に存在する慣行を関連づけて認識し、抵触法のアプローチの文脈のなかで、「伝統的な知識は先住民の慣習法に従って取得され利用されなければならない」ということを承認

[69] See in this sense, Joint Statement of the Indigenous Peoples Council on Biocolonialism (IPCB), Call of the Earth/Llamado de la Tierra (COE), and International Indian Treaty Council (IITC), WIPO/GRTKF/IC/10, 4 December 2006, at para. 2:「我々は TCE と伝統的知識を分離することが人為的なものであって、先住民の文化遺産の全体論的な性質に反するということを認識するに至ったことを表明せざるをえない。」

[70] ECOSOC, Information Received from the United Nations System: World Intellectual Property Organization, E/C.19/2006/6/Add. 13, 21 March 2006, at para. 10.

する方がより適切な方策であるように思われる[71]。

しかし、「関係する民族の慣習法」とはいったい何なのであろうか。別の言い方をすれば、近代法が、植民地のパターンを再び踏襲してしまうことなく、伝統的知識に内在する全体論的なフレームワークの要求を再公式化するには、どのようにしたらよいのだろうか。

この問題を取り扱う国際的な法的文書やグローバルな制度は数多に上る。個々の分野の専門家がそれぞれの領域毎の論理を適用するために、グローバル社会の矛盾が個別的に機能的に断片化されて拡大されることになる。現在、伝統的知識を扱う組織には以下のものがある。国連経済社会理事会（ECOSOC）、国連砂漠化対処条約（UNCCD）、環境と開発に関する国連会議（UNCED）、国連貿易開発会議（UNCTAD）、国連開発計画（UNDP）、国連環境計画（UNEP）、国連女性開発基金（UNIFEM）、国連先住民作業部会（UNWGIP）、世界保健機関（WHO）、国際労働機関（ILO）、FAO、WTO、世界銀行。そして、多数の国際的な協定が明示的に伝統的知識に言及している。独立国における先住民及び種族民に関する条約[72]、先住民族の権利に関する国際連合宣言草案[73]、先住民族の権利に関するアメリカ宣言草案[74]、生物多様性条約（CBD）[75]、深刻な干ばつ又は砂漠化に直面する国（特にアフリカの国）において砂漠化に対処するための国際連合条約[76]、食料農業植

[71] Four Directions Council, *supra* note 68.

[72] ILO−Convention (No 169), adopted in Geneva on 7 June 1989 by the General Conference of the International Labour Organisation at its 76th Session, entered into force on 5 September 1991. See Kerrin Schillhorn, *Kulturelle Rechte indigener Völker und Umweltvölkerrecht – Verhältnis und Vereinbarkeit*, Berlin: Duncker and Humblot, 2000, at p. 50.

[73] United Nations Commissioner for Human Rights, Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

[74] Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (approved by the Inter−American Commission on Human Rights on 26 February 1997, at its 1333rd session, 95th Regular Session), OEA/Ser/L/V/.II.95 Doc.6 (1997).

[75] Adopted by the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), concluded in Rio de Janeiro on 5 June 1992.

[76] Concluded in Paris on 17 June 1994.





物遺伝資源に関する国際条約[77]（FAO の文脈で推進された）、UNESCO 無形文化遺産の保護に関する条約[78]。植物の新品種の保護に関する条約（UPOV）[79]も忘れてはならない。無数の国際組織が先住民の権利を監護することを企図している。欧州復興開発銀行、アジア開発銀行、アフリカ開発銀行。UNDP と世界銀行は先住民のためのプログラムを立ち上げている。UNCTAD は、この分野における法的な素材を体系化し、“Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions”と題する包括的なレポートをまとめ上げた[80]。

WTO の法的な枠組みの一部をなす TRIPS 協定27条には、加盟国に対して、植物に関連する伝統的知識の保護を義務づける規律が含まれている。同27条(3)は、特許もしくは効果的な特別の制度、又はこれらの組合せによって植物の品種の保護を定めることを加盟国に求めている。たとえば、この条項を遵守するために、EU は、バイオ特許指令を発行し、生物的組織に対する特許の取得を可能とした[81]。TRIPS 協定27条と生物多様性条約との間には緊張関係があるということはよく指摘されるところである[82]。こうした議論を受けて、WTO の、TRIPS 協定により当局とされた理事会は、ドーハ閣僚宣言[83]19項に基づき、「TRIPS 協定と生物多様性条約の間の関係、伝統的知識の保護、その他の加盟国によって提起された関連する新たな展開を71条(1)に基づいて」定式化すること、より厳密には「この作業を遂行するに際して、TRIPS 理事会は TRIPS 協定 7 条と 8 条に示された

[77] Concluded in Rome on 3 November 2001.

[78] See also the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, Paris 20 October 2005, entered into force on 18 March 2007.

[79] International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV-Convention), 2 December 1961.

[80] UNCTAD, Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions, UNCTAD/DITC/TED/10, November 2004.

[81] Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 about the Legal Protection of Biotechnical Patents, OJ L 213, 30 July 1998, at p. 13.

[82] See Christoph Beat Graber and Martin Girsberger, *supra* note 53.

[83] WTO, Doha Ministerial Declaration adopted on 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 November 2001, at para. 17.

目的と原則に唱導され、開発という次元を十分に考慮に入れなければならない」とされた作業を断念している。この間、ドーハ・ラウンドにおけるWTOのこの分野における作業はほとんど進展を示していない。

共存可能なシステムを作ろうとする提案は、その他の関係にも看て取ることができる。2002年には、生物多様性条約加盟国会議は、伝統的な知識の保護に関するガイドラインを含む「遺伝資源へのアクセスとその利用から生じる利益配分の公正かつ衡平な配分に関するボン・ガイドライン」を採択した。ボン・ガイドラインは生物多様性条約８条(j)の「自国の国内法令に従い、生物の多様性の保全及び持続可能な利用に関連する伝統的な生活様式を有する原住民の社会及び地域社会の知識、工夫及び慣行を尊重し、保存し及び維持すること、そのような知識、工夫及び慣行を有する者の承認及び参加を得てそれらのいっそう広い適用を促進すること並びにそれらの利用がもたらす利益の衡平な配分を奨励すること」という条文の意味内容の子細を明らかにすることを企図したものであった。最後に、国連人権フレームワークの一部をなす「市民的及び政治的権利に関する国際規約」(ICCPR) の19条と27条、特に、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約 (CESCR)」15条の一般的なコメントに触れておく。

> 「科学的、文学的、芸術的作品により生ずる精神的、物質的利益の保護を享受する先住民の権利に関して、締約国は、しばしばその文化遺産及び伝統的知識の表現を組成する先住民の作品に関して、先住民の利益の実効的な保護を確保する措置を講じなければならない。先住民の科学的、文学的、芸術的作品の保護措置を講じるに際して、締約国は、先住民の選好を斟酌しなければならない。これらの保護は、国内の知的財産権の制度の下で先住民を個人的もしくは集団的な創作者として承認し、登録し、保護する措置を講じることを含みうるものであり、かつ、第三者によって先住民の科学的、文学的、芸術的作品が許諾なく使用されることを防止するものでなければならない。これらの保護措置を実施するに際して、締約国は関係する先住民の創作者の、自由な、事前の、十分な情報に基づいた同意の原則と、科学的、文学的、芸術的作品の口述その他の慣習的な伝達方法を尊重しなければならず、それが適切と認められる場合には、その作品から生ずる利益の先住民による集団的な管理を提供しなければならない。」[84]





これは、伝統的な知識の保持者と利益配分を中心的な特徴とする生物多様性条約８条(j)と15条(7)に示された権利と対応しているが、このような要求は、WTO の文脈における規範と一定程度衝突することになる。

このように互いに衝突する多数の制度が列挙される様を眺めるだけでは、伝統的知識の問題の深遠を十分に理解したことにはならない[85]。この相互衝突をして、個別の文脈毎に互換不能であるというように理解する場合には、その害毒を過小評価することになる。なぜならば、特にこの場合には、衝突は単に個人の知的財産権者同士の間で起こるに止まらず、あるいは多様な国家同士の権利の間で起こるに止まらず、さらにいえば、異なる制度的な文脈のなかで公式化されてきた規範同士の間で起こるに止まるわけでもないからである。伝統的知識の下では、組織の根本的な社会原理が衝突しており、それを制度的な衝突として取り扱うこと自身が既に実際の衝突を阻害することにほかならないのである。

### 3.3.1. 擬制的な衝突法による制約

こうした考慮は、特化した近代法と伝統的な社会における全体論的な制度との間で抵触法的なアプローチを展開すべきであることを示唆する。この点に関して、法が衝突した場合の一般的な解決策の提案は、「先住民の遺産の獲得と使用は、当該先住民の慣習法に従う」というものである[86]。

---

[84] Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from Any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He Is the Author (Article 15(1)(c)), UN Doc. E/C.12/2005, 21 November 2005; on TCE, see in particular para. 32.

[85] For details, see International Court of Environmental Arbitration and Conciliation, Consultative Opinion on the Compatibility Between Certain Provisions of the CBD and the TRIPS as to the Protection of Traditional Knowledge (EAS – OC 8/2003), Rep. Michael Bothe.

[86] WIPO, Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge, WIPO/GRTKF/IC/

しかし、既に指摘したように、慣習法に直接、立ち返ることは不可能である。なぜならば地域の慣習法を参照するという行為自体が、機能的な差別化と機能的な法制下というレンズを通して、全体論的に組織化された社会の形式を観察していることを既に意味しているからである。その意味で抵触法は、自律的な法という近代的な相手方が存在することを前提としている。このような自律的な法が存在しない以上、「生産的な誤解」として前述したようなアプローチを採用することが必要となる。近代的な、国境を越えた制度は、伝統的な社会の規範的な構成に関する独自の規範と、自制に関する実質的な規範を発展させる必要がある。そのような方策を採用する場合には、伝統的知識の実質的な定義（それが政策としてであれ、構成としてであれ）を得ることは困難となろうが、その代わりに、「公序」の制約を伴う「先住民の法」として近代法より再構成された、全体論的な知識の慣行を参照することにより、実効的な保護を得ることができるかもしれない。

このような制度論的な観点に与する場合には、一部で提唱されているように、デジタル形式で伝統的知識を評価し、文書化し、保存するという方策をもって、伝統的知識を単なる知識の蓄積として保護するだけでは不十分であることが明らかとなる[87]。たしかに、そのような手法は、近代の経済と科学による利用にとっては便利なものとなるだろう。先行するデジタル化された情報により発見が新規性の要件を満たすことは不可能となるから、不正な特許取得の慣行を防ぐことにも資するだろう。しかし、こうした手法は、伝統的な知識の生産にとって必要な条件を支援することには役立たない。そのような知識の発展は、主として知識が生産される文脈に依存するからである。換言すれば、個別の地域の文化のフレームワークの条件が維持される必要がある。この点において、高度に特化された現代の知識の定義と、全体論的な伝統的知識の衝突という問題が再燃する。近代法がこの衝突によって期待される役割を遂行する能力があるのだろうか[88]。ここにおいては、成果だけではなく、知識の生産のプロセスの全てが基本

5/8, 28 April 2003, at para. 105.

[87] Legitimate criticism by Daes, *supra* note 36.

[88] Taubman, *supra* note 42, at p. 525.





権の保護の対象とされなければならない。伝統的な知識を特定の文化のなかで保護しようとするのであれば、基本権の保護は知識それ自体とそれが文化のなかに根ざしていく過程の双方に及ぶものでなければならない[89]。

### 3.3.2. 伝統的知識の手続的な保護

言葉を換えていえば、現代の基本権は、自律的な伝統的知識の認識論を可能とする条件を保障しうるものである必要がある。それと同時に、基本権は現存の文化の蓄積を現存の状態で保存することのみを企図するものであってはならないことは明らかである。民族の保護政策を導入するということだけでは不十分である。そのような施策は自律性のプロセスではなく構造に向けられているものだからである。基本権の保護は、先住民の文化が独立して、近代との衝突のなかで発展するためのフレームワークを創造するものでなければならず、そのためには近代からの特定の侵略を制限したり、填補的に、先住民への資源の移転を促進するものである必要がある。この目標を実現し、伝統的知識の保護をめぐる衝突に関する法を接続させる出発点の候補はいくつもあり、それらはグローバルな基本法の保護のさらなる進化を予感させる最初の徴候とみるべきものである。

この理は、共同体の集合的な権利という性質に特に妥当する。このような手続的な権利の受益者はいったい誰になるべきなのだろうか。対話に関する権利として、これらの権利は、個体を超えた目標に資するものである。「伝統的知識に関する対話」基準を用いて、受益者の範囲を決するに際しては、存在論的な意味での主体ではなく、主観化のプロセスの継続的な展開が問題となる。つまり、対話の権利の法的な行使を委託されるべき過程はいったいどれか、ということが問題となる。一般論をいえば、擬人化された集合体は不要であり、その代わり、伝統的知識に関する権利を履行しうる助けとなるような主体に対して権利を帰属させるように、一連の法技術を駆使することができるようになる。このことは権利自身にとってばかりでなく、当事者適格を確定するためにも重要である。たとえば、オース

[89] Taubman, *supra* note 42, at p. 540.

トラリアの裁判所は、Onus v. Alcoa of Australia Ltd. において次のように判示している。

「[Gournditichjmara]共同体は、その法と習慣に従った遺跡の守護者であり、現に遺跡を使用している。私は、…こうした事情に鑑みれば、申請者はこれらの遺跡の保存に関して特別の利益があり、当事者適格を肯定するに足りるという見解に賛成する。」[90]

認識の集団の形成のされ方が多種多様なものであることを反映するために、「共同体」の定義は、広範なものであることが必要となるが[91]、それは対話の権利を保障するものであると同時に、名宛人の集団を実効的に定義するものでなければならない。たとえば、ブラジル法の7条Ⅱにおける共同体の定義は以下のようなものである。

「人の集団であって、Quilombo 共同体の末裔を含み、文化的な条件により他と区別され、伝統的に継続する世代によって組織され、独自の習慣に従い、社会的経済的な制度を保持しているもの。」[92]

これらの集団の伝統的知識の配分に関する決定への参加を可能とすることは、法規範の互換性に関する中心的な課題となる。こうした方策を官僚的なないものねだりであると批判する論者[93]は、往々にして相手方のロジックは互酬性を要求するということを無視している。そのような互酬の条件を満たすことなくものごとを進めることは、結局は、グローバル社会の一方的な搾取を認め、立憲主義への闘争を諦め、グローバルな規制緩和の波に服従することを意味する。それは、多様な法的義務、特に当事者に

[90] *Onus v. Alcoa of Australia Ltd.*, C.L.R. 27 (1981), at p. 149

[91] Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London: Verso, 1991.

[92] Provisional Act No 2, 186-16, 23 August 2001, at Article 7(2).

[93] Hanns Ullrich, *"Traditional Knowledge, Biodiversity, Benefit-Sharing and the Patent System: Romantics v. Economics?"*(2005) EUI Working Paper 2005/07.





「事前の十分な情報に基づく同意」と「利益の分配」という概念の遵守を促す法的義務を見誤っていることをも意味している[94]。この二つのメカニズムを先に進めることが、実効的な伝統的知識の保護の鍵となるといえよう。

「事前の十分な情報に基づく同意」（インフォームド・コンセント）[95]は、共同体が自らに影響しうるプロセスに参加し[96]、必要とあれば[97]、その資源や知識に対するアクセスを拒否する権利を与えられなければならないということを保障する。African Model Act の 5 条は、この概念を以下のように条文化している。

「(1) 地域共同体の遺伝資源、知識又は技術に対してアクセスは、いかなる場合でも、下記の(ⅰ)及び(ⅱ)の機関の書面による事前の十分な情報に基づく同意の対象となる。

（ⅰ）各国の当局

[94] See also the Mataatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples, June 1993. 同宣言の Paragraph 2.5 は次のようにいう。「先住民との完全なる共同の下、追加される文化と知的財産権の制度には、以下のものが組み入れられる。(個人的なものだけでなく)集団的な所有と起源、現代の作品ばかりでなく歴史的な作品の遡及的な包摂、文化的に重要な対象の毀損に対する保護、競争的なものではなく共同的なフレームワーク、複数世代にまたがる伝統的な知識の守護者の直接の継承者としての保護の受益者。」

[95] See Marc-Antoine Camp, *"Wer darf das Lied singen? Musikethnologische Anmerkungen zum rechtlichen Status traditioneller Musikkulturen"* (2005) sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter–, Informations– und Wettbewerbsrecht 9, pp. 307-315.

[96] Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Working Group on Indigenous Populations, 22nd session, 19-23 July 2004, at p. 5:「自由で、事前の、十分な情報に基づいた同意は、先住民がその土地や資源に対して固有の事前の権利を有していることを認識するとともに、関わり合いを有する第三者に対して、十分な情報に基づいた同意の原理に則り、平等かつ敬意を払った関係を構築することを要求する正当な権利を有していることを尊重する。」

[97] See Ulrich Brand and Christoph Görg, *Postfordistische Naturverhältnisse. Konflikte um genetische Ressourcen und die Internationalisierung des Staates*, Münster: Westfälisches Dampfboot, 2003, at p. 75.

（ⅱ）関係する地域共同体の当局で、女性が決定に関与することを保障するもの。

(2) 政府や関係する地域共同体の事前の十分な情報に基づく同意がないままになされたアクセスは無効であり、本法又は他の遺伝資源に対するアクセスを取り扱う法の罰則の対象となる。

(3) 各国の当局は、同意が求められており承認されているかということを確認するために、関係する地域共同体に相談しなければならない。関係する地域共同体に対する相談なく承認されたアクセスは、いかなる場合にも無効であり、本法において要求される事前の十分な情報に基づく同意の原理と要件に違反する。」[98]

有効な協定の締結なく伝統的知識が使用された場合、それに対してとりうる多様な法的な帰結がここに示されている。これらの手段は、それ自体としては、EC 指令2004/48EC を強化することを目的とする知的財産権の行使に関する刑事的な手段に関する2006年 4 月26日の EC 指令[99]には看取しえないものである。この EC 指令はプロダクト・パイラシーにその適用を制限している。バイオパイラシーの問題は取り扱われていない。個別の認識の共同体の慣習に従った合意の創造が参酌されることは、インフォームド・コンセントや、違反があった場合の二次的責任、その結果としての刑罰と原状回復義務に関して特に重要となる[100]。生物多様性条約の文脈で

[98] African Model Legislation for the Protection of the Rights of Local Communities, Framers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological resources, OAU Model Law, Algeria, 2000, available at http://www.wipo.int/tk/en/laws/pdf/oau_modellaw.pdf.

[99] COM(2006) 168 final, 26 April 2006.

[100] したがって、賠償に関する制度もまた常に慣習法が参酌されることになる。See Tracy Lewis and Joseph H. Reichman, Using Liability Rules to Stimulate Local Innovation in Developing Countries: A Law and Economics Primer, unpublished paper, Columbia University Earth Institute, Center on Globalization and Sustainable Development, 15 September 2003; Carlos Correa, *Protection and Promotion of Traditional Medicine: Implications for Public Health in Development Countries*, Geneva: South Centre, 2002. たとえばフィリピンでは、the Philippines Indigenous Peoples' Rights Act, Republic Act 8371, § 32 は、先住民の「文化的、知的宗教と精神的な財産が、自由かつ事前の十分な情報に





は、事前の同意を保障し、伝統的知識の利用が効果的に配分されることを確保するために、出所を証明する作業が決定的に重要とされている[101]。知識の出所を開示することは、「真に新規な発見のみが特許される」[102]ことを保障するのみならず、確立される手続上の権利の管理についてコミュニケーションをとるべきコンタクト・ポイントを開設することにも資するものである。

先住民の集団に対する利益分配を規制する規範が、用益権の取得により伝統的知識を経済的に使用することを容易にするように設計されている場合には、使用を規律する契約的な協定を適切なものと考えることは困難である。先住民の文化を西洋の交換経済に統合し、文化の宗教的な内容を破壊することにより、当該協定は文化の自律性を保護することとは逆の方向にものごとを進めてしまうことになろう。したがって、間文化的な観点に立脚すると、ファンドを用いる解決策がより適切である。これは、他の規制規範に比べて相対的に実行が容易であり、ゆえに最も有望な選択肢であるということができる。ファンドによる解決策は、金銭的な補償を分散し、その種の侵入が高度に特化されているために方向性が失われている場合においても、その補償を可能とする選択肢を提供するものである。2002年 9 月に南アフリカで開催された持続可能な開発に関する世界サミットにおける UNCED のアジェンダ21[103]は、近時、規制に関するこの種の技術を強力に支持するものとなった。このサミットは、ボン・ガイドライン採択の数カ月後に挙行された。同ガイドラインに対しては、当初、伝統的知識のアクセスを改善することを強調し過ぎており、インフォームド・コン

基づく同意がないか、又は、先住民の法、伝統、慣習に違反して盗取された場合に、その原状回復を求める権利」を保護している。

[101] See lately CBD, Report of the Meeting of the Group of Technical Experts on an Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance, UNEP/CBD/WG‐ABS/5/2, 20 February 2007. 102 Gregor Kaiser, *"Biopiraterie: Der neue Kolonialismus"* (2006) Blätter für deutsche und internationale Politik 51, pp. 1172-1176, at p. 1175.

[102] Gregor Kaiser, *"Biopiraterie: Der neue Kolonialismus"* (2006) Blätter für deutsche und internationale Politik 51, pp. 1172-1176, at p. 1175.

[103] Rio de Janeiro, June 1992, available at http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/english/agenda21toc.htm.

セントや利益配分の問題が軽視されているという批判もなされていたが、ヨハネスブルグの世界サミットにおいて、「遺伝資源の利用から生じる利益に対する公正かつ衡平な配分を促進し保障する国際的な体制であるボン・ガイドラインに留意した、生物多様性条約のフレームワークに基づく交渉」の要請を導くという成果をもたらした[104]。この要求に応えて、2006年3月にクリティーバで開かれた生物多様性第8回締約国会議では、こうした試みが予備的なものながら決議Ⅷ/4となって結実し[105]ている。

この解決策は、前述した矛盾する論理を互換可能なものとするために、生物多様性条約の傘の下で、事前の十分な情報に基づいた同意と利益の分配という構想が実効的な規制として導入する国際的な体制の確立を導いた、という意味で有望な出発点であるように思われる。

［訳者付記］本論文は、Gunther Teubner and Andreas Fischer-Lescano, C*annibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions?*, in: Christoph Beat Graber und Mira Burri-Nenova (Hrsg.), Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions in a Digi-tal Environment, Edward Elgar, Cheltenham 2008, 17-45 の翻訳である。Teubner先生には、2010年8月23日に本拠点の知的財産法研究会で本論文に基づくご講演に加えて、翻訳の手筈まで整えていただいた。記して感謝申し上げる。

[104] UN, Report of the World Summit on Sustainable Development, A/CONF.199/20, 2002, at section 44(o).

[105] CBD, Draft Decisions of the Eighth Meeting of the Conference of the Parties to the Convention of Biological Diversity, UNEP/CBD/COP/8/1/Add.2, 1 March 2006, at pp. 48-59.