

先住民の知的財産保護における哲学的文脈

長谷川 晃

1. 本稿において試みたいのは、先住民の知的財産保護を旨とする法的制度枠組みにとっての理論的背景ないしは基礎を私なりに解明することである。先住民の知的財産保護のあり方については様々な議論動向があるが、これらは多く周知のことに属するので、ここでは特に触れず、必要のある限りで言及するに止めたい⁽¹⁾。むしろ本稿で行いたいのは、先住民の知的財産保護の基礎に関する法哲学的な考察である。そしてここでは特に、先住民の知的財産保護に関する独自の (sui generis) 制度といわれるものの根拠をめぐって考えを深めてみたいと思う。それは言い換えると、通常の知的財産権の法体系と先住民の知的財産保護の法体系との関係がいかなるものであり、それらを何がしか統括するような法的原理のあり方はいかなるものかという問題を考えてみるということである。

このように法体系のあり方やその統括を行う法的原理などを考えてゆく場合には、一般的には3つのポイントがあると思われる。第1はおおよそ法秩序が問題にする紛争状況をどう同定するかということであり、第2にそのような問題状況に対していかなる規範的あるいは法的な評価を加えるかということであり、さらに第3には具体的な法的保護措置ないしは法的制度をどのように予想するかということである⁽²⁾。このことを先住民の知的財産保護の場合に置き直して言えば、まず第1には先住民の知的財産保護において対象となりうる知識の形質がいかなるものであるかを同定することが重要である。なお、ここで形質という場合は知識の形態とその動態的な特徴の両方を含む。第2にはこの知識の形質に対して、先住民の知的財産保護がいかなる規範的狙いを持っているかということが他方で重要である。そして第3には、これらを前提としたうえで先住民の具体的な知的財産保護の制度の対応はどうであるかということ予想すること

もまた重要であろう。従って、本稿での議論もこれら3つのポイントに即して考えられることになる。

これら3つのポイント相互の論理的関係は次のようなものである。すなわち、広い意味で言えば、問題状況の同定とはそれに対して規範的評価が行われるところの一つの認知であり、問題状況の規範的評価と法的保護措置の予想とは逆にその認知に抗してなされる規範の側からの整序である。前者と後二者との間は論理的含意の関係ではなく、後二者の前者に対する批判的反応であることがここでは重要である⁽³⁾。従ってまた先住民の知的財産保護の場合にも、先住民の知識形質のあり方に対してその保護のための規範的な狙い、あるいは法的な具体的対応が評価的に対峙することになる。

かくしてこれら3つの考察のポイントがあるとすると、それらを統合的に理解してゆくことは一方では先住民の知的財産保護の規範的性格を示すことになり、他方ではおよそ知識社会における、特に情報に関わる法秩序の基本原則を示すことにもつながるであろう。そしてまたこのことを通じて、先住民の知的財産保護と通常の知的財産権保障との間のより深い関係を何がしか明確化できるのではないかと私は考える。これが本稿の基本的な問題関心である。

2. ちなみにここで注意しておきたいのは、このような問題設定をすることはそもそもいかなる意味を持っているかということである。

第1に、この問題設定においては、一定の基本原則を支えにしながらその下で多様な知的財産法の体系が存立するという見方が採られている。この法体系全体の原理的根拠という問題は、特に法哲学の見地から重要である⁽⁴⁾。このとき一方では、通常の知的財産権保障は個人主義的な権利の体系を中心にする西洋的法文化の側面を踏まえた上で行われており、そこでは経済的な自由が中心的な問題となっているが、他方で先住民の知的財産保護という場合には非西洋的な集団的文化への尊重と配慮を支えにしながら先住民の知的財産保護が考えられており、そこでは経済的自由とは異なった種類の道徳的価値が中心的な問題となっているように思われる。そうであるとする、当然これら二つの知的財産保護の相異はいかなる点に存するのかが問題になるし、またそうであれば、これら二つはまったく異

なった法体系あるいは法的取り扱いなのか、それとも何がしか統合的な形で考えられる種類のものなのかという問題も出てくるだろう。本稿では私は法体系の全体性という見地から後者の原理的統合の方向で議論を進めてみたいと考えるが、勿論これは、言ってみれば、知的財産保護の法体系全体を俯瞰するような統合的原理が考えられるという主張になるので、それが現在の知的財産保護制度のあり方にとってどれぐらいレヴェナントであるかということとはまた別に問題となるところではある⁽⁵⁾。

第2に、上記のような法哲学的見地から、とりわけ法体系を支える原理に着目して法体系のあり方を全体的に理解してゆこうとする場合には基本的に2つの視点があることに注意する必要がある。すなわち、私が構造的考慮と呼ぶものと構造的考慮と呼ぶものとの区別である。構造的考慮とは、知的財産保護の法体系全体を一つの対象として捉え、例えば一定の正義原理がその全体をいかに統御しているかといった見地の下で、知的財産保護の法体系の枠組みそのものが正義やその他の価値原理に適合しているかどうかという形で考察することを指す。しかしその一方で、実定法学や法実務において知的財産保護の法体系の中で様々な具体的問題の処理をめぐって考察を進める場合には、構造的考慮とは明らかに視点が異なってくる。つまり、構造的考慮は問題となっている法体系の外側からの考慮であるのに対して、法学者や実務家が知的財産保護の法的問題をめぐって考え判断する場合には、むしろ当の法体系の内側において正義や一定の価値のあり方を睨みつつ制度的な形で具体的問題の処理を行っている。この場合にもまた一定の正義や価値原則あるいは社会通念などが関わってくることは言うまでもないが、このような制度の内においてそれらの価値と知的財産法体系との個別具体的な関わり方を考えることを構造的考慮と呼ぶのである⁽⁶⁾。

この区別に従って言うならば、本稿での私の議論は構造的考慮の方にある。つまり、以下の考察は基本的には、知的財産保護の法体系内で個別具体的な価値原理がいかに働いているかという見地ではなく、知的財産保護の法体系を全体として支えているところの価値原理との関わりという構造的な問題を扱うということである。なお、そうであれば、構造的考慮とここで呼んでいるものと構造的考慮と呼んでいるものとの関係づけはどのようなことになるかという問題が当然出てくるが、それはまた改めて触れる

ことにしたい。

最後にもう一点注意したいのは、プロパティ (property) という概念の意義についてである。この概念は知的財産法の議論において一つの重要な鍵概念であるが、その分だけそれが有する含みについては注意しておく必要がある。プロパティという概念がジョン・ロックの『統治二論』から大きな影響を受けていることは周知のところであるが、ロックの場合、プロパティは、まさに神を前提にして、その神からすべての人間に与えられ、そして神の下での人間にとって相応の分としての生命、身体、財産、その他能力全般を指している。まさに神の下での人間にプロパーなものがプロパティなのであって、その意味でプロパティという概念はロックにおいて単に私有の物質的財産に限られない広い含みを有する⁽⁷⁾。その一方で、確かにロックのプロパティの議論が特に私有財産に集中しているという面もあって、その後プロパティは多く私有財産とほぼ同義に考えられて来たり、さらにロック自身が自然権という概念を重視したことも重なって、私有財産権 (プロパティ・ライツ) という形でプロパティの問題はもっぱら財産への権利の問題として考えられる傾向が強くなったことも否めない⁽⁸⁾。しかしロックの議論は、全体として見るならば、広い意味でのプロパティが人間の存在そのものに固有に関わる利益であって、かつそれが人間の社会秩序において保全される可能性に主眼があったと言わなければならない。

このような意味では、一般に自由のみならず平等や福祉、そして生存をも重視するに至っている現代においてプロパティという概念を理解する場合には、狭く解釈された私有財産権という意味でのそれである以上に、ロックの本義に即応して広く人間に与えられている生命、身体、財産、その他能力全般という意味を生かしながら考えてゆくことが必要である。そしてそうであれば、後にも論ずるように、先住民の伝統的知識や遺伝資源についてもそれをプロパティと捉えることに大きな支障はないであろう。

3. さて、先に区別をした3つのポイントに従いながら、先住民の知的財産保護のあり方について考えてゆこう。まず第1に重要なのは、先住民の知的財産に関する問題状況をどう同定するか、とりわけその焦点となる知識形質をどう考えるかということである。

まず通常の知的財産権を念頭に置いて考えるならば、著作権や特許権、

あるいは商標権などを典型例として、そこでの権利概念は基本的には個人に対する他者の不当な妨害を排除するものである。この場合の他者とは政府や社会内での他人を含んでいるが、権利の一つの重要な意義はこれらの他者の不当な妨害に対する個人の利益の規範的な防御にある⁽⁹⁾。従って、知的財産権の場合も、それは当然、個人の創造的知識あるいは知識創造の過程についての他者の不当な干渉や利用に対する規範的な防壁であると、まずは言うことができよう。この点では、知的財産権はいわゆる消極的自由権と基本的には同じ機能を持つわけである。例えば、消極的自由権が個人の信仰や活動などに関して政府からの不当な権力的干渉を防ぐことによって個人のかけがえのない利益を守ることに寄与する規範的防壁であるのと同じように、知的財産権もまた個人の知的創造や創造的知識に対して他者が不当に干渉する場合の防壁として機能することは明らかである。そしてこのような面では、知的財産保護は自由、それも個人の自由に関わりがあるということにも改めて注意しておく必要がある⁽¹⁰⁾。

ただし、こういった権利の概念はそれによって保護される個人の活動のあり方がいかなる実現状態にあるかという問題をオープンにしていることは言うまでもない。特に知的財産権の場合には、その保護の下にあるところの個人の活動は当然自発的なものであると考えられ、個人は知識創造への動機づけを強く持っていること、そしてその創造活動によって社会における知識全体に新たな寄与がなされることなどが前提条件として踏まえられているはずである。そしてそうであるからこそ、一定の権利という規範的防壁でもって新たな知識の創出を保護することが必要だと考えられているはずであって、これらはセットになって考えられているだろう。

以上のことを踏まえた上で先住民の知的財産保護の問題を考えてみた場合、一面では確かに先住民の人々が保持している独自の集団的知識は社会内の他の個人あるいは組織、とりわけ企業などとの関係で、それらの人々が先住民の知識に対して不当な利用や干渉を行うことに対する規範的防壁を与えている。このような先住民の知的財産保護を集団的な知的財産権の保障という形で捉えるかどうかは後に改めて言及するが、何らかの保護がなされることは、上述の個人の場合と同じように、社会内の他者からの情報や知識に関する不当な干渉や利用に対して防御を与え、当の先住民の集団的利益を護るという面もある。このことは確かに押さえておかな

ければならないことである。ところが、同時にここで重要なのは、そもそも先住民が社会の中で置かれている地位とそれに関連する集団的な知識のあり方の関係で言えば、そのような財産保護は、社会における様々な個人や組織、あるいは他の集団との対抗関係において、当の先住民の集団的知識それ自体を保全するという側面もあることである。このことはまず、何と言っても、知的財産保護において個人的な創造的知識がその対象として考えられる場合と先住民の集団的で伝統的な知識が考えられる場合とでは、当然に、知的財産保護の対象となっている知識形質、あるいは知的財産権を考える場合にはその主体のあり方において形式的相異があるということと関係している。このことは周知のとおりである⁽¹¹⁾。

しかし私の考えでは、より重要な相異は実は他の点にある。というのも、社会における知識のあり方という見地からは、個人による創造的知識は様々な形で社会の中に創出され、知識の流動性を高めるものであり、そのことによって多様な知識が社会的に流通する結果、人々は豊かな知識と情報を享受することになる。それに対して先住民の集団的知識においては、個人による創造や革新によって社会内の知識の流動性が高まるところに重要性があるのではなくて、むしろ社会的にマイナーであるために駆逐されてしまうかもしれない知識をそれ自体として保全して多様性を維持するところに意義がある。この意味で、ここで重要なのは、知識の保持形態が個人のものか集団のものか、あるいは知的財産権を有する場合にその主体が個人であるのか集団であるのかといったことではない。これは静的な区別であり、むしろより重要な区別は動的な区別にある。つまり、なぜ個人の創造的知識の保護や先住民の知的財産保護が重要かということは、知識や情報が不断に創造されまた変化してゆく以上、社会の中での知識や情報の配分のあり方がいかなる仕方でも個人的創造や集団的知識の保全によって変容するかという見地からしていかなる意義があるかを見定める点に存するのではなかろうか。そしてそのときにこそ、これら2つの知識のあり方の相異はいっそう明確になってくると思われる⁽¹²⁾。この意味では、知的財産を保護することの意義は、一方では個人の自由な創造や革新を促進するところに比重が置かれるのに対して、他方では多様な形で現存しているところの知識を可能な限り保全するところに重きがあることに相異が出てくるであろう。かくして、ここでの知的財産保護の方略の相

異を定めるのは、個人における知識創造機会を保護するのか、それとも特定の文化集団における知識享受環境を保護するのかという相異、換言すれば、知識機会の保護か知識環境の保護かという相異ではなかろうか。

こういった見方は、例えば田村善之教授が展開しておられる機能的知的財産法論に含まれている考え方に近いものであるだろう。田村教授の議論は周知のことであるのでここでは詳しくは繰り返さないが、それは、知的財産権保護においては社会に存在する様々な知識創造のポテンシャルをいかに引き出して繁栄させるかが重要であり、そのためには知的財産法体系による個々人のインセンティブ・コントロールが重要であるという考え方である⁽¹³⁾。この見方と、上述の知識の動的なあり方を見ることで個人や先住民に対する知的財産保護の区別を行うという見方とは通底している。しかし、ここで私なりの見地から実のところより重要だと思われるのは、既に示唆したように、動的な見地からの個人の知的財産保護に関しては、個人の自発性、創造的な動機づけ、あるいはそれらの結果としての社会における知識の流動性の高まりなど、幾つかの特殊な前提条件が伴っているということである。この点で対照させるならば、先住民の知的財産保護に関しては、個人の場合の前提条件とは異なった前提条件の下でその必要性が考えられる必要がある。すなわち、問題となる知識の集団性、知識の伝承性、そしてそれらの結果としての伝統的知識の保全などである⁽¹⁴⁾。そうであるならば、先住民の知的財産保護において重要なのは、社会的に知識創造のポテンシャルを引き出すためのインセンティブ・コントロールを行うかどうかということではなく、社会の知識のあり方を全体としていかなる状態で保全するのかということに存するというところであろう。それ故、後者の場合の知的財産保護の問題とは、社会の知識全体にとってのバランスという知識分配の問題であると捉えられるべきであり、この点でいかなる規範的な構え方をするかという問題であるということになる。

ここで、次の議論に移る前に、知識形質のあり方との関連で1点注釈をしておきたい。それは知識とはどのようなものかという問題に関連している。知識とは勿論一面では個々人が有している様々なノウハウや一定の物事に関する情報である。しかし個々人の集合体としての社会から見た場合には、知識は各個人、各組織、あるいは各集団に分散している。それ故、

個人が様々な知識を交換したり、あるいは企業と個人の間で知識が交換されたり、あるいは集団と集団との間で何か知識が交換されたりする過程は、社会の見地から見ると、知識がいろいろなレベルでネットワークを作って、社会的に展開、発展している状態なのである⁽¹⁵⁾。このような知識のあり方との関わりでは、法は社会においてダイナミックな情報場を作り上げていっている知識をどう統御するかという問題に関わることになる。このことは、法においては、例えば知識の産出に関する個人らの行為の様態以上に、知識そのもののあり方が、例えば一方に偏り独占が起こることで様々な問題が生ずるといった場合にその知識独占を許容するかどうか、あるいは逆に知識が様々な社会的事情によって駆逐され消失してゆくといった場合にそれを放置しておくかどうかといった規範的評価が問題とされることを意味するであろう⁽¹⁶⁾。ここでは、このような知識と法との関わりが議論の前提であることを確認しておきたい。

4. さて、先の知識形質の区別を前提にした上で、それに対応しながら先住民の知的財産を保護する場合にいかなる規範の見地から考えることになるのかという第2のポイントに議論を進めよう。

まず通常の知的財産権の保障の場合であるが、これは既に示唆したように、自由の保護、すなわち本稿で言う情報的自由の保護に関わっていると思われる。そしてその一典型が田村教授の機能的知的財産法の理論である。この点は以前に私なりに検討する機会があったが⁽¹⁷⁾、田村教授の理論は基本的には知識や情報の創出における自由という価値を評価するものである。そこでは、社会における知識創造のポテンシャルをいかに引き出し、知識の流動性や多様性を高めるかということに理論の基本的な狙いがある。これはまさに情報的自由の展開と発展に意義を見出す見方である。

しかし、この情報的自由の考え方には一方で限界もあることを意識する必要がある。それは、社会秩序において自由を基軸にするという見地に対しては他の社会的価値、例えば平等、効率性、友愛、あるいは連帯などを重視する見地が対抗しようということであり、従ってまた社会の中で知識のあり方を統御する場合にも、情報的自由を促進しようとする規範的な構え方に対して、情報的な意味での平等、あるいは情報的な効率性、情報的な友愛、情報的な連帯とさえ言うような価値に基づく構え方があり

得、拮抗しようということである⁽¹⁸⁾。その場合には、これらの価値の間でどのように優先順位づけをするかということが重要な問題として現れる。この角度から見ると、先住民の知的財産保護の問題は情報的自由の意義と限界を示す端的な事例である。

先住民の社会的な立場に焦点を当ててみれば、先住民は多く文化的マイノリティであり、人口が圧倒的に少ないことに加えて当該社会の多数者から文化的抑圧と搾取を被っていることが基本的な問題状況として挙げられるだろう。この文化的抑圧と搾取という事態との関係で反射的に求められるのは、そのような抑圧や搾取を可能な限り是正するという平等の要求であることは直ちに見て取れることである。自由な社会の中で個人らは思うままに活動できるとしても、文化的な抑圧や搾取を被る特定集団のメンバーは必ずしもそういった形の自由な活動可能性を持たない。そうであれば社会内の様々な人々の間での活動能力の等しい享受の可能性については一定の配慮が必要であり、ここに平等の要求が存するのである。そうだとすると、先住民の知的財産保護のあり方に関しても、そもそも情報的自由を享受できるような等しい活動能力という条件が整備されること自体が重要であるという意味で、情報的平等とでも呼ぶべき価値が重要になるであろう。この情報的平等の意義は、先住民の知識は社会において分散している他の個人的あるいは組織的知識と同等の形で保護される必要があるということである。換言すれば、それは、社会において現に創造的な機会を保護されかつ知識全体の流動性や多様性に寄与している個人や組織の知識と同等の意義と役割を先住民の知識もまた有することが承認され確保されなければならないということである⁽¹⁹⁾。

このような議論それ自体はなお論争の余地のあるものであるが、ここではその前提に立ってさらに議論を進めることにしよう。情報的平等による知的財産保護という場合にも、情報的自由の場合と同じ様な形で幾つかの条件があるであろう。まず第1に、情報的平等の問題はあくまで先住民などの集団と他の社会的単位、つまり他の個人や組織、あるいは集団との間の外部的関係における権利義務や利益の対等性に関わっている⁽²⁰⁾。しかしその一方で、第2に、保護の対象となっている先住民の知的財産のあり方に目を転じてみれば、先住民の知的財産保護は個人的創造の可能性を必ずしも排斥はしないものの、それはあくまで先住民の集団内でそのメンバー

が何らかの創造行為ができ、それによって先住民の知識のあり方が変化してもよいという了解を当の先住民がその集団の伝統として有しているときに限られるであろう。しかし、多くの場合は先住民独自の共同的で慣習的な知識の維持が重要である。その意味で、ウィル・キムリッカの言葉を借りるならば、先住民の各集団には文化の面での「内在的独自性」(intrinsic distinctiveness) が保たれるのである⁽²¹⁾。この内在的独自性という点から見た場合には、或る先住民の文化の中での様々なメンバーの一種創造的にも見える活動は実は先住民の共同的で慣習的な知識の伝承にとどまるのであり、個人的創造ではないことになる。

もっとも第3に、この内在的独自性の下では一面で先住民の各集団が独自の文化において多様な知識のあり方を追求することになるから、それだけを取ってみれば、個人々が様々な知識を創出し、社会全体において多様な形で情報が広がってゆくということと変わりはないように見えるかもしれない。そしてそうであれば、内在的独自性があるということは結局先住民の各集団が自由に知識のあり方を追求していることのように見えるかもしれない。しかし実のところ、先住民の各集団が文化的な内在的独自性を有していることは自由の問題であるよりはむしろ社会的多様性の問題であり、そこではむしろ寛容の重要性が示されているのではなからうか。情報的自由は、既に述べたように、基本的には個人が何らの不当な障害なく活動できるならば様々な知識創造を行い得、その結果として社会的な知識の流動性が高まるところにポイントがあるが、先住民の集団の場合には文化の内在的独自性を抱えて人々が共同性の下に生活する中で知識が育まれるのであり、自由な知識創造が行われるわけではない。それは当の集団において維持されてきた知識を伝承している状態であり、自由という観念では捉えられない種類の事柄である。

以上のように、情報的平等が集団の外部的関係に関わること、先住民の文化はそれぞれ内在的独自性を持つこと、そしてそのような文化の多様性に対する寛容が重要であることなどの見方は、或る意味で統合的に理解されるだろう。つまり、社会においては個人的知識のみならず集団のその他の種類の知識が適切な分散状態にあって、それぞれが独自の意義と相互作用とを有することが重要であり、その状態をいかに維持してゆくかという見地から情報的平等の意義を統合的に理解することができるように

思われる。情報的平等の状態においては、集団であれ、個人であれ、組織であれ、多様な社会的主体が対等に存立し、それぞれが生み出す様々な知識形質が共存し、そこから知識環境の豊かさが維持されるということに特徴がある。その一方、情報的自由の状態においては、個人が自由に活動し、創造的な知識が産出され、そこから様々な知識が繁栄するような広範な機会が保障されるということに特徴があり、情報的平等とは大いに性格が異なるのである。

勿論、これら2つの価値が本当にどこまで異なるのかはまた大きな問題であって、さらに考察する必要がある⁽²²⁾。或る面では、この相異を徹底することで、それぞれの価値から導かれる知的財産保護の法体系は全く異質であるというのが1つの考え方になりうるが、後にも述べるように私は必ずしもそうは考えない。平等と自由とはどこかで関連しうる価値であるとすれば、情報的平等を主とする知的財産保護の法体系と情報的自由を主とする知的財産保護の法体系とは何らかの形で統合されうると考えることができよう。その場合の価値的な軸が何かはまた別の問題であるが、上で示唆したように社会的な知識全体の豊かさが一つの鍵になるとすれば、ここではチャールズ・テイラーの言葉を借りて⁽²³⁾、知識社会における「深い多様性」(deep diversity) を軸としながら知的財産保護の様々な法体系が統合されるとも考えられよう。

第2のポイントに関する議論を終える前に、知的財産保護の規範的構えの問題に関して幾つかの注釈を加えておきたい。まず第1に、一般に情報的自由が重要であるという考え方は西洋の文化に胚胎すると言える。ここでは特に個人の存在や、個人が有する創造的動機づけや、個人の創造行為といった条件が知識のあり方を作り出していくという前提の上で、そのような個人の知識や情報の創出機会をいかに保障するかが重要になっている。またこの点では、前にも触れた田村教授の機能的知的財産法理論も基本的にこのような認識に定位している⁽²⁴⁾。それに対して、ここまでで強調してきた情報的平等の見地は、むしろ特定の集団的文化を含む社会の基盤となっている知識環境そのものをいかに保全するかを焦点としているところに相異があり、この意味で個人主義的前提を超えた条件を含んでいる。もっとも、この相異は実のところ相対的なものであるかもしれない。西洋的文化を一定の条件として前提した上で個人々が行う知識創出行為の機

会を保障するという考え方もまた一つの集団的文化なのであるが、ただそのような文化の環境自体は他の集団的文化との関係でもはや格別に維持する必要がないほどに優越的であると捉えられ、その程度に応じてむしろその内に生じる様々な活動のあり方を保障することだけが重要視されているとも言えるであろう。とは言え、社会の内に非西洋的な独自の文化を有した先住民の集団が存在する場合には、そのメンバーが行う個別の行為が基本的には共同的知識の維持・伝承であって個人的な知識や情報の創造とは異なる分だけ、知的財産保護にはそのような知識環境をいかに維持できるかというより広範な観点が求められ、情報的自由による保護だけではカバーできないのである。

第2に、先住民の知的財産保護は、現代社会の経済や文化における様々な抑圧や搾取を先住民が被っていることの結果として、特に先進国の経済活動における個人や企業との関係で求められている⁽²⁵⁾。原理的に見た場合、このような必要性はその裏返し of 的仮想をしてみるならばいっそう明らかである。すなわち、もしも集団的で共同的な知的財産保護が通例であって、その中で個人的な知識創造を重視する特殊な文化が存在し個人々が知識創造を行っているという状況を全体としてどのように位置づけるかという問題が起こったとするならば、今度は西洋的文化とそれに基づく知識創出活動の特異性が主張されて、個人主義的な特徴に見合った独自の知的財産保護が主張されることがありうるであろう。このような仮想的反転においてももし後者が重要だと考えられるならば、前者もまた当然に重要な問題のはずであって、そのことはただ西洋的文化が自明視される程度において覆い隠されているに過ぎないことは明らかである。またそうであるならば、情報的自由と情報的平等のいずれが重要かという問題は、結局は全体として社会的な知識の多様性のためにいずれに比重を置いて知的財産を保護するかという問題であると思われるし、それ故にこれら2つのタイプの知的財産保護を統合的に捉えることも決して不可能ではないだろう。

このこととの関連で、第3に、情報的平等と情報的自由との関わりについても注釈を付けておきたい。先住民の知的財産保護が問題となりうる幾つかのケースに即して考えよう。まず、先住民の知識を先住民自身がその集団内で利用するケースと、社会の多数者である先住民の個人や組織が先住民集団とは関係なく自分たちが行う様々の情報創出活動や企業活動

の中で自ら知識を活用し、経済的に利用するケースとは、それぞれの状況においてそれぞれの方式に従って、とりわけ非先住民のケースでは通常の知的財産権制度の下で問題が処理されることになる。これらは至極当然のことであるが、ここで、まさにこれらの場合に「それぞれの条件に見合ったそれぞれの方式の下で処理される」という考え方そのものは、情報的平等と情報的自由の相互補完性を示唆していると思われる。すなわち、それぞれの領域ではそれに即した処理が行われるという考え方そのものがまさに一定の分化の原則に則っているのであって、情報的平等に基づくものと情報的自由に基づくものとの間での制度的処理の相互補完性を示しているのである。そうであるとすると、なぜそのような原則が意義を有するのか、その根源がさらに注目されるべきであろう。そして、私の考えでは、それは現代の知識社会において深い多様性が享受されるべきであるという既述の原理につながっていると思われる⁽²⁶⁾。知識における深い多様性の原理は、様々な文化や知識がある場合にはそれらに応じて知的財産の保護のあり方を考えるべきであるという観点である。

その一方でこれとは異なったケースもまた重要であることは言うまでもない。ここで問題になるのは、先住民の知識を非先住民の個人や組織が経済的に利用した場合である。この場合には、もし当該の知識が先住民の了解によって開放されておりその利用に関して適切な補償条件が存在しているときには他者による経済的な利用も認められると判断されるであろう。このとき、まさにそのように判断すること自体が、先住民への尊重と配慮の必要性をすでに表現しているはずであり、それは情報的平等という原則を根拠にしていることになるであろう。このようなケースとは逆に、先住民の知識を先住民の一メンバーが経済的に利用して本人が利益を得るという場合も問題となる。この場合には、当該の先住民集団やその文化がメンバーの経済的利用を許容し一定の創造も認めるというときは別として、そのような条件が満たされないときに問題が発生すると思われるが、まさにこの条件それ自体は先住民の文化のあり方への尊重と配慮の必要性を表現しており、それもまた情報的平等の原則を根拠にしていると思われる。そして、それらの判断の背後には上述の知識の深い多様性の原理が存していることはもはや言うまでもない⁽²⁷⁾。

5. それでは、これら知識形質の特徴の問題や知的財産保護の規範的重要性の問題を踏まえるならば、先住民の知的財産保護の法的制度はいかに考えられるであろうか。ただしここでの問題は、具体的な知的財産保護制度のあり方に踏み込むことではなく、むしろ哲学的に見て制度構築の指針が知識形質の認識や知的財産保護の規範的な狙いからいかに導かれるかということである。そしてこの場合の予想は、先住民の知識をめぐる情報の平等の見地は当然それに見合った独自の法制度を求めるとであろうということである⁽²⁸⁾。通常の知的財産権制度が情報の自由を根拠として構築されているとすれば、それとは異なる情報の平等の見地からの制度構築は通常のものとは異なると考えるのが自然であろう。

しかしながら、そこには一定の条件ないしは限界があることにも注意を払わなければならない。その第1は、先住民の知的財産保護のために独自の法制度が立てられるという場合には、通常の知的財産権制度との調整をどのようにするかという問題が生じてくることである。その場合には、独自の法制度においても一定の法的主体を規定する必要性、あるいは先住民を代表して社会の他の個人や組織と交渉する何らかの機関なども考える必要が出てくるであろう。しかしその場合、先住民の文化や知識における内在的独自性との関わりでは、通常の知的財産権制度との接合のために法的主体を規定し一定の交渉機関を設けるといったことはむしろ障害になる可能性がある。そうであれば、独自の法制度という場合もそれは絶対的な意味での独自性を持つことはできない。この意味では、独自の性格とは制度の属性であるよりも制度構築の規整理念の問題である⁽²⁹⁾。換言すれば、ここまでの議論との関係では、先住民の知的財産保護制度における独自の性格とは、情報の平等という、情報の自由とは異なった見地からの制度構築指針の表現の問題だということである。

第2に、このような独自の法制度を構築する場合には権利の概念を利用する可能性があるが、そこにも或る限定が存在している。例えば昨今では「伝統的資源の権利」や「共同体の知識権」などが主張されることがあるが、先住民の知的財産保護に関する権利概念の適用可能性については留保が必要である。先住民の伝統的知識は基本的にはその集団にとっての生活環境の一部であり、その意味で共同善 (common good) として位置づけられるが、そのときには共同善はいかにして権利と認定できるかという理論

的な問題が生ずるのである⁽³⁰⁾。

権利の概念は、既に触れたように、基本的には他者との関係で生じる不当な妨害や介入などの問題から個人の利益を守る防壁と理解されるのであるが、そうであれば次のような問題が生じてくる。すなわち、一方では個人にとっての防壁という性格はいかにして集団の場合に拡張できるかという問題が出てくると同時に、他方では権利の対象になっている知識のあり方について、個人権の場合には個人自身が所有した創出するものが、先住民の間で共有され、かつ基本的には維持・伝承されてゆくところに特徴があるという性格のものとパラレルに考えるかという問題も生じてくるのである。これらに加えてさらに次のような問題も浮かんでこよう。すなわち、非先住民的な文化の下で個人の知識創造あるいは活動の重要性を評価している側から見ると、先住民の文化の中でその一メンバーが何らかの創造的な活動を行う可能性はあると考えられるのは自然であり、そうであれば先住民の文化の中でも当然に個人的活動によって得られるであろう利益や権利も考えられるように思われるのであるが、しかし実のところそれは先住民集団の外部から観察するときにそう見えるということに止まるのであって、集団内部の理解としてはメンバーの活動はあくまで共同のものであり、そのギャップは埋め得ないという問題である⁽³¹⁾。このとき、この文化の壁の故に権利の概念はいっそう適用されにくいことになるであろう。このような意味では、およそ集団的で共同的な権利というものは先住民の文化や知識、そして多くの先住民の思考法には疎遠なものであるだろう。それ故結局は、何らかの集団的な権利が主張されるとしても、それは社会内の他の個人や組織との関係において重要な利益が当該の集団の側にあることを宣言する性格のものとして、或る種プログラムのな権利の形で理解されるのではなからうか。

第3の問題は、先住民の知的財産に独自の保護制度の構築という場合に出てくる熟議 (deliberation) の手続の特徴における限定性である。確かに現在行われている様々な具体的な制度構築においては熟議の要素は重要となっている⁽³²⁾。このことは勿論意義深いことであるが、しかしここで注意しなければならないのは、実のところこれらの手続は単純に民主主義的ではあり得ないことである。厳格な形で言えば、民主主義とは個人々各自の意思を合算しながら多数決を採る形で決定がなされるシステムであり、

これは非常に西洋的な決定システムであると言えよう。ところが、先住民がその独自の文化の内では紛争を解決する場合の方法には上記の意味で民主主義的とは言えないものが多く存在する。例えば集落の長老を中心に互いにひざを突き合わせて主張を出し合い、長老の裁断を仰いで問題を解決するといった方法である⁽³³⁾。このことに加えて、先住民の知的財産保護に関する独自の法制度において様々な関係当事者間の熟議が必要だという場合に、或る人々が考えるのは上記の民主主義である一方で他方の先住民の人々が考えるのは集団独自の伝統的方法であることが多くありうる。そうだとすれば、ここにはこれらの異質な議論方法をいかに接続させるかという問題が生ずるのであり、この問題場面そのものは民主主義的なものではあり得ない。異質の前提の下で異質の紛争処理様式を持つ人々の間での一定の議論と紛争解決は、上で述べたような意味での民主主義の問題とは言えないのである。それ故むしろ、独自の法制度における熟議のプロセスは協働的 (collaborative) なものでなければならない。そしてそれは結局、先住民の知識や文化に対する適切な尊重と配慮に立ち、加えて異質の文化間の利害衝突を調停するための異文化間翻訳的な手続を含むものでなければならないのである⁽³⁴⁾。

このように考えてくれば、ここで必要な熟議の手続を支える基本的原理は何かという問題がさらに現れる。今その詳細に立ち入る余裕はないが、とりあえずここでは「開放性の道徳」と私が呼ぶ原理群が重要であろうということを示唆しておきたい。その有意義な一例としては、ジョン・スチュアート・ミルが示した公共的議論の道徳という主張が参考になるであろう。ミルは『自由論』の第2章で、人々が真理や正義を求めて公共的議論を行う場合に保持すべき道徳的態度を、19世紀半ばの当時としてはかなり広い視野を持って議論した。そこでは彼は、あらゆる意見表明の自由、他者の意見への抑圧禁止、不可謬性の仮定の放棄、あらゆる意見に開かれた態度、主張機会の平等、理性への依拠、他者の立場に立つこと、少数者の意見の尊重、真摯な論証、冷静な議論の遂行などを説いた⁽³⁵⁾。ここには異文化間に属する人々の対話についても参考にできる原則が多々含まれていると言える。

以上に論じて来たように、結局、先住民の知的財産保護のための制度構築という場合には、次のような条件ないしは限界を改めて確認しておく必

要がある。すなわち、第1には、先住民の知的財産保護の独自性ということが言えるとしてもそれは基本的には本稿で論じてきた情動的平等の見地に即する意味のものであり、第2に、この場面で権利概念を用いることは宣言的ないしはプログラムの意義以上には出ないことであり、さらに、先住民を含む様々な当事者間の熟議手続の構築という点では先住民独自の意思決定方法への配慮が大きな課題になるということである。しかし、このように考える場合にはそのさらなる前提に注意を払う必要がある。それは、既に示唆したような知識における深い多様性の肯認に含まれる、文化や知識の多様性に関する政治道徳的な見方である。それは一方では、次節で改めて述べるように、いわゆる多文化主義に関わるものであることはいままでのままだが、半面では知的財産保護制度の組み立て方に関する手続的原則の問題をも含む。この後者に関して言えば、それはここで言う「情報フェデラリズム」である。

知的財産保護の法制度が社会に存在しうる様々な活動主体やそれらの属する集団あるいは文化の全体を見渡しながら構築されなければならないとすれば、そこで重要となるのは、社会における単一の活動主体を前提したシステムではなく、或る種の多極共存システムでなければならない。このような考え方そのものがここで言う情報フェデラリズムである。一般的に言ってフェデラリズムがその構成単位の独自性とそれらの間の一定の連結とのバランスの上に成り立つ体制的原則である限りにおいては、通常の知的財産制度が妥当する領域と同時に文化集団に定位した独自の知的財産保護制度が妥当する領域とが併存していることを一方で踏まえつつ同時にまたその上位の次元でそれらの領域を統括する法的原理が存在するという考えに関して、一定のアナロジーが成立することになるだろう⁽³⁶⁾。それは換言すれば、本稿で議論して来た情動的自由と情動的平等との相異と有機的な関係という双面性に関わる事柄でもあって、このような思考全体が或る種のフェデラリズムを含んでいるわけである。

ただし、知的財産保護の法制度の理解のために、ここで情報フェデラリズムと呼んでいる見方をそもそも採るべきなのかは論争の余地のある問題であることは言うまでもない。先にも触れたように、知的財産保護の法制度においては情動的自由や情動的平等、あるいはさらにそれ以外の価値(情動的連帯?)などにそれぞれ定位する多様な制度が平行して存在しう

るかもしれないし、あるいはそれらの全体もまたさらに高次の次元で統合されているかもしれないのである。しかしながら、本稿での議論は基本的に2つの知的財産保護制度の統合的理解の可能性を模索してきており、これと首尾一貫した形でその根本を支えたと考えられるのは情報フェデラリズムであるだろう。

6. 最後に、本稿での議論の最も実質的な政治道徳的背景を成すと考えられる多文化主義の問題に触れることにしたい。

これまでの議論において、先住民の知的財産保護を含む広範な知的財産法体系の基盤として知識の深い多様性や情報フェデラリズムなどの考え方が示唆されて来たのであるが、そこではさらにそれらの背景にある政治道徳的価値のあり方についての考察が必要となる。そしてこの問題は、既に青柳由香氏が指摘されて来ているように、多文化主義の理解という問題と大いに関係している⁽³⁷⁾。まずこのような認識自体が重要なことであり、それを確認する意義があることを記しておきたい。その上で、しかし、先住民の知的財産保護の問題と多文化主義の問題との関わりは必ずしも十分に明らかであるわけではない。とりわけ、先住民の知的財産保護のためには、あくまでそれに適的な形での多文化主義が考えられなければならないことには注意をしなければならないであろう⁽³⁸⁾。

ここでまず議論の前提として、多文化主義に大きく2つの種類のことを区別する必要があるだろう。1つは記述的なものであり、もう1つは規範的なものである。記述的な多文化主義とは単に多文化の事実と言ってもよいものであって、事実として様々な文化が存在するという、それ自体は争う余地のない正しい認識である。重要なのはむしろ、様々な存在する文化をその豊かさを失うことなく保全することに意義があるとする規範的な多文化主義の立場である。ちなみに、ここでは逆に文化の保全は多様な形でなく一つの優勢な文化に統一される方向で考えるべきだという反多文化主義の考え方もありうることに注意しておきたいが、本稿ではその考え方はもはや採れないことは言うまでもない。

そこで規範的な多文化主義の立場の中ではさらなる区分が可能である。それはアナーキーなものと分離的なものとの区分である⁽³⁹⁾。アナーキーな多文化主義とここで呼ぶものは、多文化の状態は何らの人為的介入もなく

自然に生成すべき状態であって、場合によってはそれは文化の統一へ進むこともありうるという立場である。この見方の一例としてはリバタリアリズムを想起することができるが、ここではいわば文化のあり方は「何でもあり」(anything goes)という文化リバタリアニズムとでも呼ぶべき立場になろう。その一方、分離的な多文化主義とここで呼ぶのは、おそらく最も強い形の多文化主義であって、およそ文化の異なる集団や社会は最大限に分離して秩序づけるべきであるという立場である。この見方では文化の数だけ独自の秩序も存在することになり、それらの同化や統合はあってはならないのである。本稿の脈絡では、これら2つのタイプの多文化主義の中でとりえず分離的な多文化主義を念頭に置いていく必要がある。というのも、アナーキーな多文化主義は、集団的文化やその知的財産についての情報的平等による規範的保護や具体的法制度の構築に関して、価値的に安定した基礎を与えるものではあり得ないからである。

分離的な多文化主義の内ではさらに幾つかのタイプを分けることができる。それらにはまず領分関連的(sphere-relevant)なタイプがある。それは例えば経済や文化、法、あるいは宗教などの社会的な信念・行為様式の相異に応じて文化が区別されてゆくのであり、その区別を維持する必要があるとする考え方である。その一方では地域関連的(territory-relevant)なタイプも考えられる。これは多く先住民の人々の住む地域の離合集散状態に即して多文化状態を維持していくことが重要であるとする考え方である。これらに加えてもう1つのタイプとして、人種関連的(race-relevant)なタイプを考えることもできるであろう。これは文化が人種に応じて分かれるものであって、それに応じた分離を維持する必要があるとする考え方である。

さて、それでは先住民の知的財産保護のための政治道徳的背景として重要な多文化主義はいかなるタイプのものだろうか。直ちに明らかのように、そこでは人種関連的な分離的な多文化主義が一番近いものであると思われる。勿論、上述の領分関連的、地域関連的、人種関連的という分離的な多文化主義の内での区別は相互排他的なものではなく、それぞれにクロスする区別であるので、先住民の場合には地域関連的という特性が重なることもありうる⁽⁴⁰⁾。とはいえ第一義的には、人種関連的な分離的な多文化主義が先住民の知的財産保護の問題に適合的であるように思われる。しかしなが

ら、より立ち入って考えるならば、実は先住民の知的財産保護にとってはこのような分離的多文化主義の立場を採るならば問題が生ずるのではなからうか。

第1に人種関連的な分離的多文化主義は、社会全体の中で人種に応じた様々な形の知的財産保護制度があるときにはそれらが制度的に分離しなければならないという主張を含んでしまうことである。このことは本稿での議論において検討してきた知的財産保護制度の統合可能性とは相反する結果をもたらしてしまうであろう。通常の知的財産権保護の制度と先住民の知的財産保護制度とは確かにその基本性格が異なるが、その反面では、既に述べてきたように、これらの制度は完全に別物であることはないはずである。第2に、上に述べたように情報フェデラリズムを採るとき、そこでは様々な知的財産保護制度を統括する高次の法的インテグリティが要請されている。この法的インテグリティの観念は人種関連性の下での分離的多文化性とは明らかに不整合をきたすことになる。かくして、先住民の知的財産保護と整合的な多文化主義の問題については、実のところ、領分関連、地域関連、あるいは人種関連のいずれであれ分離的な多文化主義は採れないところであって、これらとは異なる多文化主義を構想しなければならないと思われる。

ここで魅力的であるのはいわば共存的な多文化主義の立場であり、それは換言すれば「多文化共存の原理」とでも言うべき原則を含むものである。この考え方は上述のアナーキーな多文化主義と分離的な多文化主義の中間形態であり、ここで言う多文化共存の原理とはリベラルな平等主義あるいはリベラルな文化主義と言われる立場の延長線上にある考え方である⁽⁴¹⁾。そのポイントは本稿において既に論じてきた事柄の中に自ずと示されている。すなわち、それはまず以て個人倫理や集団の倫理そのものとは区別された一定の公共道徳であり、その内実は、社会における個人や集団の様々な倫理を適切な尊重と配慮をもって統御すること、従ってまた知識や情報に関しても、社会における個人や集団の様々な知識や情報への要求を適切な尊重と配慮をもって統御することにある。換言すれば、多文化共存の原理は社会の中で様々な主体のあり方に即して存在する様々な倫理、様々な情報あるいは知識への要求を等しく存立させ、等しく向上させ、そして等しく達成させるところにその眼目があるとも言えるであろう⁽⁴²⁾。こ

の意味で、多文化共存の原理はまさに平等志向的な原則であって、基本的にはそこから情動的平等の原則が導かれると共に、その枠づけの中で情動的自由の原則を対比し位置づけることができ、加えて開放性の道徳をも要請する種類のものとして考えられるであろう。

結語を述べよう。本稿での出発点は一定の基本原則を支えにしながら、その下で多様な知的財産保護の法体系が存立するというをどのよう哲学的に意義づけることができるかということであった。ここでの議論は結局、情動的自由と情動的平等という2つの理念と、それに対応する形で通常の知的財産権保護制度と先住民の知的財産保護を位置づけることができるという区分をした上で、最終的には、これらの理念と制度の区分は実のところ相対的なものであることを示そうとした。そして当面の結論は、多文化共存の原理からまず情動的平等が重視され、それが充足された後に情動的自由の問題が生ずるという区分の形で知的財産保護の法体系全体が意義づけられるのではないかということである。そしておそらくそれは正義の一環である「情動的正義」(informational justice)の一つの表現でもあるだろう⁽⁴³⁾。

[注]

(1) 参照、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、2004年、101-110頁)；同「伝統的知識・遺産資源・フォークロア」(石川明編『国際経済法と地域協力』、信山社、2004年、133-176頁)；同「伝統的知識など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、2005年、95-112頁)、大澤(田上)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、111-126頁)、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、13-36頁)。その他一般的には、高倉成男『知的財産法制と国際政策』(有斐閣、2001年)、序章および4部5章。また、先住民の知的財産権の問題に関しては、2005年9月に北大法学研究科で開かれた、豪クィーンズランド大学法学部カマル・プーリ(Kamar Puri)教授によるセミナーからも多くを学ぶことができた。

(2) 参照、拙稿「競争の繁栄」と知的財産法原理」(『知的財産法政策学研究』3号、2004年、17-34頁)、18頁以下。

(3) このようなポイントの区別に関して、台湾国立精華大学科技法律研究所の范建得教授からは、第1の問題状況の同定を踏まえてそこから論理的に第2の規範的狙

いや第3の具体的制度構築の指針が導かれるという議論になっているというコメントをいただいた。しかし、そのような捉え方はいわゆる自然主義のファラシーに陥る可能性があり、むしろ本稿での議論はそのファラシーを回避しているものである。参照、上掲注(2)拙稿、18頁以下。

- (4) 例えば、参照、深田三徳『現代法理論論争』(法律文化社、2005年)。
 (5) 例えば、参照、田村善之『知的財産法(第4版)』(有斐閣、2006年)、7頁。
 (6) ここで言う構造化に関しては、参照、拙稿「市場における法的正義とは何か」(『法律時報』75巻1号、2003年、25-29頁)、28頁以下；拙稿「法と市場の間」(厚谷襄児先生古稀記念論集『競争法の現代的展開(上)』、信山社、2005年、57-81頁)、71頁以下。
 (7) John Locke, *Two Treatises of Government* (Ed. by Peter Laslett, Cambridge U.P., 2002), esp., The Second Treatise, chs. 2, 5. 参照、加藤節『ジョン・ロックの思想世界』(東京大学出版会、1987年)、3章および5章。 Cf. Stephen Holmes, *Passions and Constraint* (University of Chicago Press, 1995), ch. 8, esp. p. 247ff.
 (8) 参照、アラン・ライアン(森村進・桜井徹訳)『所有』(昭和堂、1993年)、1部。
 (9) これは例えばロナルド・ドゥオーキンが「切り札」(trump)という形で捉えている機能である。Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard U.P., 1977), ch. 7.
 (10) 参照、齋藤純一『自由』(岩波書店、2005年)、1章。
 (11) これらの一般的な区別に関しては、上掲注(1)の諸論考を参照。
 (12) 知識や情報の動的な意義に関して、例えば、参照、フリードリヒ・ハイエク(田中真晴・田中秀夫編訳)『市場・知識・自由』(ミネルヴァ書房、1986年)、1、2、3章；同(篠塚慎吾訳)『法・立法・自由Ⅱ：社会的正義の幻想』(春秋社、1987年)、10章。
 (13) 田村善之『知的財産法(第3版)』(有斐閣、2003年)、5頁以下および9頁以下。なお田村教授の見方に対する私なりの評価として、上掲注(2)拙稿、20頁以下。
 (14) このような知識の集団的特性に関して、高倉上掲注(1)書、346頁以下。
 (15) 参照、須藤修『複合的ネットワーク社会』(有斐閣、1995年)、I部。
 (16) ここでは法は知識や情報の配分統御を行うという考え方が前提されている。これは言うまでもなく法の機能の中でも資源分配機能を重視する見方に連なるものである。この機能に関しては、参照、田中成明『法的空間』(東京大学出版会、1993年)、1、2章。
 (17) 田村上掲注(5)書、8頁以下。また、上掲注(2)拙稿、24頁。
 (18) Cf. Thomas Nagel, *Mortal Questions* (Cambridge U.P., 1979), ch. 9.
 (19) Cf. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard U. P., 1985), ch. 8; Will Kymlicka, "Individual and Community Rights" (in: Judith Baker, ed., *Group Rights*, University of Toronto Press, 1994, pp. 17-33), p. 23ff.

- (20) Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship* (Oxford U. P., 1998), ch. 1.
 (21) Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy* (2nd. ed.) (Oxford U. P., 2002), p. 336ff., p. 348ff.
 (22) Cf. Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue* (Harvard U.P., 2001), ch. 3. また、参照、拙著『公正の法哲学』(信山社、2001年)、2部1章。
 (23) Cf. Charles Taylor, "The Politics of Recognition" (in: Amy Gutmann, ed., *Multiculturalism*, Princeton U. P., 1994, pp. 25-73).
 (24) 田村上掲注(5)書、9頁以下。
 (25) 具体例については、参照、青柳上掲注(1)「伝統的知識をめぐる問題の状況」、103頁以下；同「伝統的知識・遺伝資源・フォークロア」、139頁以下。
 (26) もっとも、深い多様性の原理が相互補完性の原則を必然的に含むかどうかは前者の解釈に依存する。その点について強い解釈を採るならば、そこに含まれるのはむしろ分離の原則であるだろう。しかし本稿では弱い解釈を採っている。
 (27) 上掲注(26)のように、深い多様性の原理について弱い解釈を採るときにのみ情動的平等はそのコロラリーとして働く。このことは、強い解釈を採るときには種々の知識形質の展開の多元性のみが評価されることになる点からも明らかであろう。
 (28) 独自の法制度の意義に関して、青柳上掲注(1)「伝統的知識をめぐる問題の状況」、104頁以下；大澤(田上)上掲注(1)論文、114頁以下。
 (29) ちなみに、経済法の領域では、独禁法の適用除外、特に知財関係の特許や実用新案権などに関する適用除外の問題をどう考えるかという議論がある。独禁法の場合にはそれは特別配慮の原則によって設けられるが、その根拠にも幾つかの考え方があり、例えば競争促進(これは独禁法の理念とも共通する)という考え方もあると言われる。この場合のように、当の法体系とは異なった領域の問題が現れた場合に一定の共通理念を根拠にそれを特別配慮のケースに位置づけ適用除外とするという考え方そのものは、「それぞれの問題領域に見合った法的処理を施す」という相互補完性原則の1つの現れだと思われる。現存の実定法体系の中にこのような考え方があるということは、知識に関する法体系の中でもその考え方が展開されることの一例ではなかろうか。
 (30) Cf. Jeremy Waldron, "Communal Good and Rights" (in: *do.*, *Liberal Rights*, Cambridge U. P., 1993, ch.14), esp. p. 344ff.; Kymlicka, Footnote (19); *do.*, *Politics in the Vernacular* (Oxford U. P., 2001), chs. 4, 6, 7.
 (31) ここでの価値の非共約性の問題は、議論における内的視点と外的視点の間のギャップの問題と重なっている。Cf. Nagel, Footnote (18), ch. 10.
 (32) 熟議の例は国際的な制度構築の場合に見られる。参照、青柳上掲注(1)「伝統的知識・遺伝資源・フォークロア」、158頁以下；青柳上掲注(1)「伝統的知識など

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」、97頁以下；大澤（田上）上掲注(1)論文、119頁以下；常本上掲注(1)論文、28頁以下。

(33) 例として、参照、保莉実『ラディカル・オーラル・ヒストリー』（お茶の水書房、2004年）、2章；アイヌ民族博物館監修『アイヌ文化の基礎知識』（草風館、1993年）、182頁以下。

(34) 熟議の手段が協働的でなければならないということは、情動的平等の実現という見地における一つの手段の原則である。このような手段の構築は幾つかの方式において行われうる。ここでは、(a) 国際的規模での議論フォーラムの構築とそこでの法的取り決めによる、(b) 一定の地域規模あるいは二国間協定的な議論フォーラムの構築とそこでの法的取り決めによる、(c) 一つの国や社会の中での議論フォーラムの形成とそこでの法的取り決めによる、といった方式が区別されよう。その一方で、取り決めの内容に関しても、(p) 当事者間の直接の交渉を通じた処理方式、(q) 政府や政府に準ずる団体が先住民を代表する形で社会内の他の個人や組織と交渉をする処理方式（アメリカの公共信託制度など）、(r) NGO などの市民団体や法律家グループなどが先住民を代表して社会内の他の個人や組織と交渉をする処理方式などが区別されよう。これらの(a)～(c)および(p)～(q)の区別は相互にクロスするものであり、情動的平等や協働的熟議の見地とそれぞれの先住民の状況とに応じて、それらの組み合わせにおいて最も適切な方式が選ばれると考えられるが、その中でも(b)―(q)/(r) が最も柔軟だと考えられるかもしれない。

(35) John Stuart Mill, *On Liberty* (Penguin Books, 1985), ch. 2. ミルの議論を単に道徳的指針のリストと捉えることは十分ではない。むしろ、それらは一定の道徳的態度の表現である。また、ここではこれらの原則を働かせる前提条件として一定の道徳的超越と批判的態度も必要である。参照、拙著『解釈と法思考』（日本評論社、1996年）、6章。

(36) 情報フェデラリズムというアナロジーには留保が必要かもしれない。それは政治体制としてのフェデラリズムに関して、州権の多様性に重きを置くかそれとも連邦の統合性に重きを置くかで含意が異なってくるからである。この点に関しては北大法学研究科・会澤恒助教授の指摘による。

(37) 参照、青柳上掲注(1)「伝統的知識をめぐる問題の状況」、106頁以下；同「伝統的知識など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」、110頁以下。

(38) 多文化主義の概念には様々な含意があるので、その種別には留意する必要がある。多文化主義一般に関しては、Cf. Kymlicka, Footnote (21), ch. 8; C. W. Watson, *Multiculturalism* (Open U. P., 2000).

(39) Cf. Kymlicka, Footnote (21), p. 348ff. またアナーキーな多文化主義に関して、Cf. Chandran Kukathas, *The Liberal Archipelago* (Oxford University Press, 2003), ch. 4.

(40) 例えばアイヌの場合には地域関連性と人種関連性との関係はそれほど強くはないのに対して、北米のインディアンのように人種関連性と地域関連性とがかなりオーバーラップして考えられるという場合もあるだろう。

(41) Cf. John Rawls, *Political Liberalism* (Columbia University Press, 1993); Dworkin, Footnote (22); Kymlicka, Footnote (20); *do.*, Footnote (30), Parts 1, 2.

(42) Cf. Kymlicka, Footnote (21), p. 364; *do.*, Footnote (30), ch. 2.

(43) Cf. Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property* (Ashgate, 1996), esp. ch. 8; 上掲注(2)拙稿、27頁以下。

[後記]

本稿は、2006年3月に台北市で開催された「先住民の知的財産および生物多様性に関する日台国際シンポジウム」において報告した英文原稿“The Deep Context of the Intellectual Property Rights for Indigenous People”を元に、さらに同年4月の北大法学研究科 COE・知的財産法合同研究会で与えられた報告機会を踏まえて加筆修正をしたものである。これら2つの機会に多くのご教示をいただいた方々、特に台湾国立精華大学科技法律研究所の范建得教授、北大法学研究科の田村善之教授、稗貫俊文教授、常本照樹教授、会澤恒助教授、そして上記 COE に参加されている知的財産研究所の青柳由香特別研究員、東海大学法学部の田上麻衣子講師に厚く御礼を申し上げたい。また、台湾国立台湾大学法律学院の陳妙芬副教授には上記シンポジウムのための台北滞在中に本稿の議論枠組みに関して多くの示唆をいただいたことに感謝申し上げたい。言うまでもなく、これらの方々の貴重な教示や示唆を生かしているかどうかはすべて筆者の責任の問題である。