

伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と 知的財産法制度・再論

田 村 善 之

1 はじめに

本日は、伝統的知識と遺伝資源保護の根拠と知的財産法制度の関係についてお話をしたいと思います。

伝統的知識に関しては、定義はさまざまです。人によって分かれておられます。一般的には、民族が伝統的に培ってきた、自然に関わる知識を指すことが多いのですが、他方では自然に関わらないものでも、民謡や民芸品など、文化的なフォークロアを含めて用いる場合もあります。

また、遺伝資源に関しては、生物資源とその遺伝情報を指すとされることが通例です。遺伝資源というのは、伝統的知識に該当する場合も多いのですが、定義上は、生物資源であれば、特に民族が伝統的にしていたもの、知識に関わるものでなくても含まれます。

生物資源というものがメルクマールとされている理由の一つに、生物資源は自己増殖をすることで問題を深刻化させるということを挙げることができます。なぜ自己増殖をすることが問題かといいますと、国外にこれらの生物資源を持ち出しただけで、それ以降は外国の方で自己増殖をするため、継続的な利用が可能となり、問題が深刻化することになります。

したがって一般には、自己増殖をしない鉱物資源を含むことはありません。また、定義としては、人の遺伝情報も含めて考えてよいのですけれども、人の遺伝情報に関しては、そもそも伝統的知識や遺伝資源にかかわらない倫理的な議論等が入ってきますので、議論の拡散を防ぐために、少なくとも本報告では入れないでお話をします。

さて、こうした伝統的知識や遺伝資源に関しては、一般的には、日本で

はあまり深くこの問題が考えられたことはないように思いますけれども、国際的には、こうしたものに関しての保護を求める声が、特に途上国から多く聞かれてきます。ここで、そうした保護を求める主張を大ざっぱに概括しておきます。

一つは、バイオパイラシーという言葉があります。これはどういうことかという、先住民が有していた伝統的知識に関連する事実について、外国の企業が国内あるいは外国で特許を取得してしまうと、これはバイオの海賊にほかならない、という主張です。

もう一つは、特許とは無関係ですけれども、特にフォークロアに関しては、文化的な侵食も問題とされることがあります。先住民の持っている文化的な、あるいは宗教的なシンボルである文様を、外国の企業が商業的に使用してしまうことが問題にされています。こうしたバイオパイラシーや文化的な侵食があるために、保護を求める側としては、こうした遺伝資源や伝統的知識に関しては、排他権が必要なのだと主張するのです。

その結果、たとえば、伝統的知識や遺伝情報、遺伝資源にかかわる特許を取得する場合には、事前にその遺伝資源が所在した国の同意が必要だと主張される、あるいは、その同意の前提として、一定の利益を遺伝資源が所在した国に還元する必要がある、そのような主張がなされるわけです。

そして、このような事前の同意や利益配分がきちんとなされているかどうかを担保するために、遺伝情報にかかわる特許出願の場合には、いったいどこからこの遺伝資源を得たのかという出所を開示することが求められるところでは、

他方で、特に先進国の側ということになります。伝統的知識や遺伝資源に対して、特別の保護を否定する側の主張というのもよく聞かれるところでは、

たとえば、特許の取得に関しては、これはむしろ大きな新しい保護制度の問題ではなくて、単に新規性要件の立て方の問題に過ぎないのではないかとされているわけです。現在、日本では、このような問題はありませんが、たとえば外国では、新規性を喪失する事由として、公知の問題を国内公知に限定し、外国公知を含めない法制度を採っているものがあります。外国の刊行物記載は含めるにしても、刊行物に記載されていない情報については、新規性を喪失しないという立法です。たとえば、アメリカ合衆国

の特許法がその一例です。

このような場合、先住民の知識というものは、文献になっていないこともありますので、こうした新規性要件が非常に狭くなっている特許法の下ではそのために特許取得を防ぐことができない、そうした個別の特許制度に内在する問題だと捉える考え方があります。また同じように、伝統的知識とほとんど変わらない特許を認めたり、あるいは遺伝情報、遺伝資源を天然に存在する状態ではなく、単に単離しただけで発見と見て、特許取得を認めてしまう発明概念の理解の仕方に問題があるというのです。

これらの問題点が解決されれば、特許取得、バイオパイラシーは防げるのだといった意見もあります。つまり、従来の特許制度の中で解決すればよいだけの話であって、別途、何か排他権や利益配分等の、あるいは出所開示等の特別の保護制度を設ける必要は見当たらないのだというわけです。また、文化の侵食に関しましても、元来、著作権の保護期間を経過したものは、パブリックドメインに属しているはずであるから、従来著作権法では、その利用を妨げるものほどこにもないといった反応も加えられるところでは、

さて、このように国際的には、特別の保護を主張する側と特別の保護を否定する側の主張が真っ向から対立しているわけです。そうなりますと、いかに考えたらよいのか。もし特別な保護が必要であるとすれば、いったいそれはどのような理由に基づくものなのかということを考えないことには、この問題を解決することは困難であると思います。

2 歴史的な搾取を根拠とする考え

いくつか可能性があります。まず一つ目は、歴史的な搾取を根拠とする考え方です。もともと先住民民族に対しては植民地化等で、先進国が搾取を繰り返してきたのだから、この問題は先進国の第二の植民地化問題なのだ、つまりバイオパイラシーを中心に、遺伝情報の搾取、伝統的知識の搾取というのは、バイオの世界、あるいは情報の世界での第二の植民地化である、そうした意見が聞かれることもあります。

もっともこのような主張に関しては、保護が求められているのが私人的権利であるとするれば、そしてまた、特許の取得を狙っている相手方が私人

だとすれば、私対私の問題ではないかという気がします。つまり、民族対民族や、国対国の問題ではないように思われます。また、先住民族と無関係の、そもそも途上国同士での特許の偏在の問題もあり得るところですので、これを、過去に搾取が行われていたので二度目の搾取は許さない、そのための方策なのだ、あるいは、過去の搾取の代償として保護が必要なのだという形で保護を根拠づけることは、理論的には無理ではないかと思われれます。

3 文化的な衝突を根拠とする考え

1) 文化的な衝突が生じる場合

二番目に可能性があるのが、文化的な衝突を根拠とする、多文化主義という考え方です。伝統的知識の利用形式やその決定の手續きに、先住民の排他的なケアが存在する場合というのは少なくありません。たとえば、伝統的知識を利用できる機会というものが、特定の儀式に用いる場合、宗教的な儀式などに用いる場合に限定されている場合がありますし、また、遺伝情報にかかわる薬草に関する知識などでも、そうした伝統的知識の利用を許諾できるのは、ヒーラーなど特定の者に限定されているという場合もあります。その場合、他の形式で利用したり、その手續きを無視して無断で利用したりすると、こうした先住民族の文化的な規範が害されることとなります。

こうした文化的な規範の侵食を理由として、一定の保護を認めるという考え方は、十分にあり得るところだと思います。他方で、特許の存在しない情報ですとか、著作権の存続期間を経過した情報は、パブリックドメインに属させるべきだということも、これもまた一つの文化だということができます。つまり、先住民族の文化を、排他的な規範を尊重して、特定の儀式の利用に限定したり、一定の許諾手續きを要求したりしますと、逆に、こうした特許の存在しない情報や著作権の存続期間経過後の情報は、パブリックドメインに属するという先進国型の知的財産法の文化が侵害されることとなりますので、そこには文化の衝突が存在することとなります。

2) 文化の衝突の背景

このような文化の衝突は、伝統的知識が前提としている文化と知的財産権が前提としている文化との間に根本的な違いがあるという点に根ざしているところがあります。伝統的知識の文化の方は、概して言えば、動きの少ない静態的な文化であり、進歩はありますが、それは漸進的なものだということができます。また、伝統的知識は個人の発明者や作者のものになるというよりは、共同体的なもので、また自然との調和がなされながら発展していくという点において、エコロジカルなものであることが通例だということができます。

他方で知的財産権の文化は、より動的、よりイノベーション的ですし、また、現在の知的財産法は、個人主義的に発明者、著作者が知的財産の創出の源になっているということを前提としています。また、知的財産権の制度のなかでも、特に特許制度は主として工業的なものを取り扱っており、エコロジカルな要素は少ないと言えるかと思います。このように、そもそも拠って立つ文化が根本から対立しているところに、問題の複雑性があるように思われます。

3) 調整の手法

さて、それではこうした衝突する文化をどのように調整したらよいでしょうか。ときには、これは民族の自己決定権の問題だと言われることもあります。このような民族の自己決定権を理由として、領域的な、あるいは属地的な解決を導くことは可能であるかもしれません。つまり、先住民族の生活圏内では、伝統的知識の継続的利用を認めるべきなので、たとえ誰かがどこかで特許権を取ろうとも、少なくとも先住民族の生活圏には、その特許の効力は及ばないという考え方が十分あり得るかと思います。

しかし、このような考え方だけでは、当該土地以外での利用、たとえば外国における特許取得や外国による文化的侵食に関しては、民族の自己決定権は他の地における民族の自己決定権と衝突するので、解決には至らないのではないかと思います。たとえば日本の特許法であれば、日本国民が対象でないものや、存続期間経過後の情報はパブリックドメインとするという自己決定をしているはずですから、それと衝突をしてしまうということです。つまり、先住民族の自己決定権で導かれる解決というのは、領域

的な限度に止まるのではないかと思います。

このように、権利同士が対立している、そしてまた、その背後には大きな文化間の違いがあるということになりますと、解決は一刀両断ではできない。結局は、手続的正義による解決に委ねるほかはないということになります。現在こうした問題の解決が条約で図られていることは、理由のないことではないように思われます。

4) 文化的衝突を根拠とする議論：小括

以上、文化的衝突を根拠とする議論に関しては、有望ではありますが、限界もあります。その特徴をまとめておきましょう。

まず一つは、伝統的知識の議論に関して、排他的な規範があることが前提となります。伝統的知識を制約する文化的な規範がないのであれば、文化的な衝突というのは象徴がありませんので、そうした議論は説得力を失うこととなります。他方で、文化というのは遺伝資源にとどまらず、フォークロアにも及び得るところが特徴です。また、先ほど申し上げたとおり、領域を超えて衝突する場合には、これは手続的正義による解決しか方途がないように思われます。

4 生物多様性・環境の保全を根拠とする考え方

1) 環境の保全のためには排他権の設定が必要とする考え方

続いて別の考え方をご紹介します。それは、生物多様性または環境の保全を根拠として、保護を基礎づけようとする考え方です。これにはいくつかのタイプがありますが、一つ目に環境の保全のためには、排他権の設定が必要であるとする考え方があります。先住民族にその利用の形態を決めさせた方がエコロジカルだ、だから、先住民族に排他権を与えるべきだ、という主張がなされることがあります。

これが論理必然的かどうかは不明なところです。特許取得に関する同意権限などを認めますと、かえって先住民族の生態的な文化を変容させ、知的財産権の文化に侵入させる結果、先住民族が商業化に突き進み、結局はエコロジカルではなく、インダストリアルに変容するだけになるかもしれません。つまりここでは、排他権を設定することが即、エコロジカルにつ

ながるということを保障する手立てがないことが問題です。

2) 利益配分による収益を環境保全に使用をさせることを根拠とする考え方

二番目に、利益配分を認めることで、その利益配分による収益を環境保全に使用させる、そのために利益配分をした方がよいという考え方があります。同じような主張ですが、環境を保全してもらおう、そのために、ある程度生物の多様性を保全してもらおう、産業化をある程度断念してもらおう、その代償として利益配分をするという考え方もあります。

このような考え方に関しては、フィジビリティが問題になるのではないかとされています。つまり、利益の上がる伝統的知識、遺伝情報というのは、それほど多くないのではないかと根本的な実現可能性が問われることがあります。また、かりにフィジビリティの問題がなかったとしても、この考え方は、特に後者の代償の考え方に顕著ですが、利益の配分に関して配分後のその用途目的を限定しないということであれば、特許を認める以上は、環境破壊の歯止めにはならないのではないかと。つまり生物多様性、環境の保全を根拠とする考え方ではないのではないかと、という内在的な問題点があるように思われます。

3) 特許取得により環境破壊にドライブがかかることを防ぐべきことを根拠とする考え方

三番目に、より根本的に、特許を取得する、その結果、当該遺伝情報、伝統的知識が非常にもうかることになり、たとえば、森林の伐採が進むと、環境破壊によりドライブがかかっていく。そうした事態を防ぐためには、そもそも特許取得を防ぐべきだという考え方もあります。つまり、特許がなくても、森林等の伐採が進み、生物多様性はどんどん失われていくわけですが、それが特許が取得されることにより、商業化による加速化が進むことを問題とする考え方があります。

この考え方は、遺伝資源そのものばかりではなくて、遺伝資源を利用する技術に関する特許一般に妥当する考え方です。有力な考え方だと思われませんが、しかし他方で、環境にどの程度配慮し、産業にどの程度重点を置くのかということは、実は一義的には決まらない問題だということができます。

エコロジーというものが、大変重要な価値であるにしても、それをどの程度重視するのか、あるいは産業にとって必ず有意義なものとするかどうかというのは、一つの価値観の問題です。これは文化圏によって、国によって価値が異なる以上、極端な例は別として、やはりグレーゾーンでは優劣を決めることが困難であるように思います。

環境に関わるものであれば特許取得を認めないというのは、一つの立場であります。世界的に、国際的に常に受け入れられる規範となるには、やはり制約があると思われます。価値の対立の問題であるということであれば、やはり問題の解決は手続的正義に委ねるほかはありません。結果的には、生物多様性条約等の条約による解決が図られることとなります。もちろん、ここでは、手続的正義を実現するためには、どのような国際的フォーラムが望ましいのかということ、別途問題とすべきでしょう。その際には、はたして国というものが先住民を代表するものとして相応しいものであるのか、NGO等の国家という枠組みに縛られない組織を活用する方途を探るべきではないか等の考慮も働かせなければなりません。

4) 生物多様性・環境の保全を根拠とする考え方：小括

以上の生物多様性と環境の保全を根拠とする考え方をまとめてみます。第一に、こうした考え方は、遺伝資源に関わるものですので、伝統的知識の中でも、フォークロアについては無関係だということが言えます。

第二に、排他的な規範の存在は不要です。そうではなくて、環境に関わるかどうか、あるいは、生物多様性に関わるかどうかということの方が重要だということです。そのうえで、たとえば生物多様性環境か産業の発展かという価値の衝突の問題となりますので、やはり手続的正義に委ねるほかないとまとめることができるかと思えます。

5 主権的権利を根拠とする考え方

そのほかにも、遺伝資源等に関しましては、主権的権利を根拠とする考え方でも有力に存在します。つまり、有体物である生物資源が存在している土地から有体物である生物資源を持ち出す行為が、その土地に対して有している国の主権的権利を侵害していることが問題なのだという主張であ

ります。

この主張は、有体物の持ち出しとは無関係の、フォークロアに関わるものではないと思われます。しかし、他方で、有体物である生物資源に関しては、確かに試験的権利なるものを主張することが論理的に可能なように思えます。もっとも、持ち出し行為が主権的権利の侵害だとしても、そこから外国での有体物とは最終的には無関係になっている、あるいは情報化している、その情報に関する特許取得まで防ぐことができるのかということ、やはり別問題ではないかという気がします。

主権的権利を根拠に、情報に関する特許権を防ぐことができるかどうかに関しては、主権的権利から一義的に導くことはできない問題でして、結局は、契約や協定等が締結される必要があるのではないかと思います。

6 結び

以上の報告をまとめてみますと、まず言えることは、伝統的知識、遺伝資源に関する権利は、これを自然権として当然保護すべきだという考え方は成り立たないのではないかということです。しかし他方では、先進国型の知的財産法において、パブリックドメインに配置されているものの利用は本来的に自由であるという逆の意味での自然権的な考え方も、当然には成り立たないということは本報告で示すことができたように思われます。

問題は、文化や価値の対立にある以上、結局は手続的正義による解決を志向するほかはないのですが、少なくとも、どちらにも自然権がない以上は、耳を傾ける必要があるということとは言えるのではないかと思います。以上をもって本報告の結びといたしたいと思います。

[付記] 本稿は、北海道大学21世紀COEプログラムが金沢大学法学部、金沢大学知的財産本部と共同して2007年9月22日から23日に金沢で開催した国際シンポジウム『新時代における知的財産権の発展とその対応策の検討』における筆者の講演録である。開催をとりしきっていただいた金沢大学の友友信秀先生をはじめとして本シンポジウムの挙行にご協力いただいた全ての関係者の方々、当日、司会の労をおとりいただいた名古屋大学の鈴木将文先生、海外からも含めて本シンポジウムのために集まっていた報告者の先生方、そして当日遠路からも含めて訪れていただいた全ての参加者の方々に御礼申し上げます。

講演録という性質上、文献引用は割愛したが、詳しくは田村善之「伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度」知的財産法政策学研究13号(2006年)を参照していただければ幸いである。もっとも、本稿は、生物多様性という視点の取扱いに関する考え方など、同論文の発表後の筆者の考え方の進展を反映したものとなっている。

本稿を活字化するに際しては、北海道大学法学部に在学中の小池千尋さんにお世話になった。記して感謝申し上げます。