

## 21世紀における知的財産権の法哲学的考察

### — 知的財産権制度の再構築の視点から

曹 新 明\*

前 原 洋(訳)

**要旨** 知的財産権制度が現段階まで進展するに至り、現在3つの新たな思潮のうねりに直面している。これらはそれぞれ「知的財産権懐疑論」、「知的財産権反対論」そして「知的財産権改造論」である。もしこれら3つの思潮のいずれか1つが成立してしまうと、知的財産権の理論的基礎を根幹から揺るがすだけでなく、深刻な場合には知的財産権制度の崩壊につながりかねない。したがって、現在の知的財産権の法哲学的基礎について考察を行い、この3つの思潮を詳説するとともに、知的財産権の法哲学理論を再構築することは、大変有意義な研究である。

**キーワード** 知的財産権、法哲学、知的財産権懐疑論、知的財産権改造論

#### 一、問題の提起

知的財産権制度はすでに500年余り前から存在しており<sup>1</sup>、しかも大多数の国（特に工業先進国）ですでにこのような制度が確立している<sup>2</sup>。数世紀の進展を経て、この制度は日増しに成熟するのみならず、その作用もますます顕在化しており、とりわけ《TRIPs協定》の出現は、知的財産権の国際的貿易分野の戦略的地位を確立させ、その顕著な特徴は近年来多くの国が知的財産権立国の戦略を始めたことである。しかしながら、新たな技術の発明と利用そして伝統的知識の保護などの問題の提起に伴い、知的財産権制度には常に多くの厄介な現象も見られるようになり、現在ではすでに多くの学者が、社会にくまなく浸透している知的財産権制度に対する挑戦を展開し始めている。第一に、アメリカの Anatoly Volynets を代表とする「知的財産権懐疑論」の学者が、知的財産権制度に十の大きな疑問を投げかけ、現在の知的財産権保護は社会、経済、文化、教育などを促進する作用を生じておらず、かえって阻害する現象を引き起こしているとの見解

を示している。第二に、アメリカの Richard Stallman を代表とする学者が、知的財産権制度の制限、場合によっては知的財産権制度の廃止を主張し、社会に強烈な反響を引き起こし、知的財産権反対の思潮を形成している。第三に、カナダの Davis Genius を代表とする学者が、伝統的知識の保護を研究する過程において、現在の知的財産権制度は過度に硬直化しており、現実の社会の客観的な需要に適していないことから、現行の知的財産権制度に対して改造を行うべきであるとの見解を示している。

これら3つの思潮のうねりに直面し、知的財産権研究の学者は、具体的に実行可能性のある対策を提示するために、従来の知的財産権の法哲学を振り返り考察を始めた。本稿では試みとしてこれに対して深く掘り下げて考察し、諸先生の教えを請いたいと思う。

## 二、知的財産権制度の法哲学理論を振り返る

周知のように、知的財産権制度は知識と富との間の架け橋であり、法律の規定により、知識を財産に転化させまたは智慧を富に転化させるものと言われている。このような転化の正当性については、少なくとも「所有権理論」、「天賦人権論」、「経済利益論」、「利益衡平論」そして「利益補償論」などの基本理論により支持されている。これらの理論はそれぞれ異なる時期に、異なる国で形成され、異なる体系の知的財産権制度を支持しており、これらに対する探究と回顧は、知的財産権制度の支持理論を開拓、刷新し、知的財産権制度の存在のよりどころとなる基礎の更なる確立のために役立つであろう。

1. 所有権理論。所有権は、一個人とその他のすべての人における、有体物または無体物に関する関係である<sup>3</sup>。この学説は、触れることの可能な有体物には所有権が生じ、触れることの不可能な無体物にもまた所有権が生じ得ると述べる。著名な哲学の大家であるヘーゲルは、抽象法の段階においては、所有権は単に抽象的な概念であるが、現実の倫理的実体の市民社会において、所有権が抽象性をアウフヘーベンしたことにより、現実の司法的保護を受ける権利となり、これが概念と現実が結合した所有権であると考えている<sup>4</sup>。有体財産に所有権の保護を与える理由は、これら

が人類の生存のよりどころとなる物質の基礎であり、同時に、社会の安定、調和、協調発展にも必要であるからである。物質財産に言及するならば、哲学者は占有と処分権に注意すべきであることを人々に喚起している。この面において、私有財産は容認されるものである。私有財産制度は3つの理由に基づき人類の生活にとって必要性がある。第1に、人が共同作業またはその他諸々の事象に寄せる関心は、いずれも自身が所有する物への関心の高さには及ばないからである。第2に、もし各人すべてが自己の作業を全うするならば、人類社会の営みに、より秩序がもたらされる。逆に、各人がすべての一切の事象に関与するのであれば、これにより生じる結果は天下の大乱となるに違いない。第3に、もし各人が自己の分の財産に満足するならば、人類全体は一層平和に共存するであろう。また当然の理にかなう現象としては、連合または共同で、ある物を所有している人々の間では、往々にして紛争が生じるということが挙げられる<sup>5</sup>。

他方、無体財産権の場合、例えば知的財産権、グッド・ウィル、土地使用権、ライセンスなどがあり、知的財産権はその中における重要なひとつに数えられる。周知のように、知的財産権が保護する対象は著作、発明創造、商業標章、営業秘密、プログラム、集積回路の配置設計および植物の新品種などを含む知的創作物であり、知的労働者とその智慧、知識、資金、時間および労力を用いて創出した成果である。有体物の所有権理論同様、知的労働者とその創作した知的労力の成果について独占権を享有する理由は、公共性のあるもの（例えば情報、コンテンツ、データ）上に創造的な労働を付加した後、公共性のあるものを公共の状態から離脱させ、私有領域に移入し、私人の占有する財産となることによって、知的財産権が発生するということにある。したがって、知的財産権が有体財産の所有権と異なるのは、単に表現方式の相違であって、本質的な差異はない。「所有権理論」によれば、知的創作物に知的財産権を付与するのは、同様に社会の安定、調和、協調発展に必要であるからである。

2. 天賦人権論。この理論は西洋の哲学者であるロック、ルソーなどにより提唱されたものである。17～18世紀のヨーロッパでは、新たに興った有産階級が封建的な教会、封建君主の専制と特権の圧迫に反対するために、ホブズ、ロック、ルソーなどの哲学的思想家が初めて明確に「天賦人権論」を提唱した。その主な内容とは、人は生まれながらにして生命、自由、



5. 利益補償論。1709年、イギリスで公布された世界初の著作権法(《アン条例》)はこの理論をその哲学的基礎としているものである。この理論の基本的意義は、著作物創作の発起者や著作物の創作者は著作物の創作のために投資が必須であり、相応の経済的なリスクを負うことから、その著作物に対する一定期間内の独占権を彼らに付与し、彼らがその投資を回収する機会を得て、相応の利益の見返りを得られるようにするものである。著作物の創作者に一定期間の独占権を付与することは、すなわち彼らの投資と支出に対する一種の利益補償であり、それによって彼らはようやく積極的にそして情熱を持って経済的リスクを省みることなく、この種の投資を行うというのが、この理論が成立する基礎である。もし法律が投資者または著作物の創作者のために投資により生じた成果に独占権を付与できないとするならば、自然と利に走り害を避けるという人間の本能により、このリスクを甘受してまでこのような投資を行う人はいなくなり、ひいては知力開発市場の源の枯渇に至るであろう。このような現象がいったん出現すると、盗用者が不当な利得(この種の不当な利得は時に非常に巨額となり得る)を得ることが生じること、そして投資者または創作者による類似の投資へのインセンティブが大きく損なわれることで、公衆がより多くのすばらしい著作物に巡り合う機会を失うといった2つの結果を招いてしまうであろう<sup>12</sup>。まさしくこの理論の支持の下、イギリスでは著作権が強大な印刷業者または書籍販売業者の手元から作者者に返還されたわけである<sup>13</sup>。

一方、中国は古い文明の国であり、知的労働者が創作的活動を行うにあたって求めるものは単に経済的利益のみでなく、自己の明晰な智能を社会に貢献するという、“提案が先にあり、利益は後にあり”、というところに主な目的がある。知的財産権制度を構築することは、つまりは知的創作物を最大限、生産力に転換することで、経済発展を促すことであり、これと同時に知的労働者に、その投資に適切な補償が得られるよう独占権を付与するためである。我が国(訳者注:中国。以下同じ。)で知的財産権制度を再構築した当初<sup>14</sup>、この理論は非常に現実的で意義のあるものであった。当時、人々の観念において、経済利益、インセンティブ、利益平衡、天賦人権などは、急進的な理論として受け入れ難かったが、利益補償論は大変穏当で、中庸かつ実状に適合していたので、人々の内心の渴望と表面上の

現れとの落差を補うことができた<sup>15</sup>。

### 三、知的財産権反対の思潮の解釈

上記の法哲学理論は、それぞれ異なる側面から知的財産権制度の構築に理論的支持を与えている。ただし、このような理論はまた異なるレベルにおいて何らかの欠陥が存在していることから、本稿一、で紹介したような3つの知的財産権反対の思潮を引き起こしたのである。

第1の思潮は「知的財産権懐疑論」である。この理論の構想者は知的財産権制度の合理性に対して十の大きな疑問を投げかけている。十の大きな疑問のうち、知的財産権の保護は、人々の創作の機械化、著作物の商品化および宣伝化をなさしめるが、このような結果が果たして社会の進歩を促すのかという疑問が最上位にあるわけであるが、これら疑問は結局のところ、知的財産権制度は社会、教育、文化、経済などを積極的に推進する作用を生み出していないばかりか、かえって阻害や妨害の効果を生み、これが知的財産権制度構築の趣旨とは大きく相違しているというものである。知的財産権は独占権であり、所有権に相当する絶対性を有しているが、知的財産権は所有権と以下の点で異なる。第1に、不動産、食品、衣服などの有体財産は一般の庶民の生活に緊密な関係があるが、知的財産権は単に文化人または知識層など少数者のことにすぎず、一般の庶民への関係は密接ではないことを考えると、知的創作物に知的財産権の保護を与えることは、少数者が多数者の懐から金銭的負担を求めることに相当するが、そもそもこの多数者の懐には幾らの金銭も入っていないので、知的財産権制度は社会の公平性を損なわせることになる。第2に、所有権の及ぶ範囲は具体的な有体財産であり、社会秩序の安定、庶民生活の安穩、生産・交換を促進する機能以外には、基本的にはその他の人により多くの面倒をもたらさないが、知的財産権の及ぶ範囲は抽象的な知的創作物であり、ある具体的な対象にとどまることはない。このような論理によれば、知的財産権者が得るのはつまり社会全体の利益における一部分である。言い換えれば、知的財産権者はその有限の投資で社会全体の1つの巨大市場を占有し、全社会における他の何人かがこの市場に参入することを制限することになる。確かにこのような疑問は完全に間違いとはいえないが、少なくとも完

全に正確であるともいえない。なぜならば知的財産権は法律の諸々の制限を受け、しかも庶民の通常の学習および生活には基本的に多大な影響をもたらすことはないからである。

第2の思潮は「知的財産権反対論」である。この理論は、知的財産権制度が社会的分配の不公平を拡大させ、正常に機能していた社会秩序を混乱させたと考えている。国際的なレベルでは、もし発展途上国または未開発の国に先進国と同様の基準で知的創作物の保護を求めるならば、発展途上国または未開発の国は永遠に先進国の収奪の下に甘んじなければならないことになってしまう。コンピュータソフトウェアを例にとってみるならば、現在、アメリカのマイクロソフト社はすでにグローバルな範囲で基本ソフトのソフトウェア市場を完全に独占しており、もしマイクロソフト社の基本ソフトのソフトウェアの独占権を否定しないのであれば、予見可能な未来において、他の国にはマイクロソフトのウィンドウズシステムを超えてこれに対抗できる新たなソフトウェアを開発できる機会は訪れないであろう。言い換えれば、その国は永遠にアメリカの牽制を受けることになるということである。特許分野における結果もまた然りである。知的財産権反対の思潮はアメリカに端を発しており、その提唱者 Richard Stallman は、アメリカの知的財産権保護は社会にくまなく浸透している段階に入っており、公衆がこれに支出する代価はますます大きくなっていると述べている。最も腹立たしいのは、アメリカの議会が著作権保護の期間を度々延長したことで、そのために公衆にさらに毎年数億ドルの代価の支払いを強いたことである。アメリカ議会は、自らの行為に対して、これらの措置の根拠となる法哲学理論とは「全世界協調論」<sup>16</sup>と「投資奨励論」<sup>17</sup>であると弁明している。知的財産権反対論者からみれば、アメリカ議会在が提示したこの2つの理論にはいずれも立脚し得ない。つまり「全世界協調論」についていえば、現在、二大国際条約である《ベルヌ条約》および《TRIPs協定》のいずれも著作権保護期間の延長はなされておらず、そして真に協調すべきものは、EUでもアメリカでもなく、これらの2つの条約である。「投資奨励論」についていえば、アメリカ議会の論理にゆだねると、アメリカ議会は著作権保護期間を再度延長しかねないという懸念がある。もしこのように際限なく延長していくならば、知的財産権の保護期間という制限は形骸化するため、アメリカ憲法における著作権条項と矛盾することになる。

伝統的知識の保護の面では、「知的財産権反対論」がその発言力を高めるだろう。

知的財産権制度に対して唱えられた第3の異議とは「知的財産権改造論」であり、とりわけ従来の意味における知的財産権制度に対するものである。現在の各国の知的財産権法によれば、いずれの知的創作物も法律の規定の要件を満足することではじめて相応の知的財産権を取得することができるかと規定されている。1、客体が実体的要件を満たさなければならず、例えば創作物が独創性を備えることではじめて著作権を取得できる。発明は特許性を備えてはじめて特許権を取得できる。商標は特別顕著性を備えることではじめて登録され、商標権を取得できる。2、主体が適格かつ確定的であること。具体的には、一知的創作物について相応の知的財産権を取得したい場合には、その主体は本国国民であるか、またはある国際的な知的財産権条約の加盟国の国民、またはその他法定の条件に合致する者であるだけでなく、さらには具体的な自然人、法人またはその他の組織であることが求められる。3、権利の内容が「排他権と許諾権」となっていること。具体的には、知的財産権者は、その他何人が同意を得ることなく無断で、知的財産権の保護を受けている知的創作物を営利を目的として利用することを禁止できることである。このような制度構造は、創作者の創作的活動の成果を保護するのに有利であり、しかも社会公衆の法益に役立ち、そして創作者により公衆領域の資源に何らかの創作的な労働が加えられないまま、それがその者に独占されてしまうことを防止し、同時に知識の刷新を刺激し、社会の進歩を促すことに有利となる。

しかしながら、このような制度構造の弊害も非常に顕著であり、伝統的知識の保護に適用しにくい。伝統的知識とは世界中の先住民または地域共同体が有する知識、発明及び慣習を指し、数世紀の発展を経て、しかもその地域の文化と環境に適用され、代々口承されてきたものであり、それを有するのは一集合体または地域であり、物語、歌曲、民謡、ことわざ、文化理念、信仰、儀式、地域的な規則、地方の方言、そして植物品種の栽培などを含む農家の慣習・風俗として表現されている。伝統的知識は主に実用性のあるものであり、農業、漁業、医薬、林業などの分野では特にこの傾向がある<sup>18</sup>。伝統的知識は知的財産権の客体とはなり得ないのであるが、なぜならば、これらは知的財産権を取得する実体的条件に基本的に合致し

ないためであり、さらには、伝統的知識の主体はある先住民、集落、地域またはある厳密な組織を持たない先住民であり、知的財産権の主体としての要求を満たすことができないからである。しかし、いったんある人が伝統的知識(伝統的な医薬など)を利用し、知的財産権の条件に合致する知的創作物を開発した場合において、この開発者が相応の知的財産権を取得してしまうと、かえってこの伝統的知識を有する者によるその伝統的知識の通常の利用を禁止または制限することが可能となる。現実はまだにこの状態にある。このような状況は知的財産権反対論者、知的財産権改造論者がその理論を支える事実に根拠を得ることに帰結する。

また一方で、従来の意味での知的財産権制度は、インターネット環境下において数々の衝撃を受けており、とりわけ著作権制度が最も大きな衝撃を受けていることはすでに周知なこととなっている。

#### 四、21世紀の知的財産権法哲学の構築

現行の知的財産権制度は、非常に硬直化しているとはいえないが、あるべき柔軟性を欠いていることは確かであり、特に現行の知的財産権制度は伝統的知識やインターネットからの挑戦に直面しており、その場合の硬直性は顕著である。例えば、従来の知的財産権の保護には主体が明確で、客体が法律の規定の条件に合致していることが求められており、しかも権利者はある特定の自然人、法人またはその他の組織でなければならないとされている。これらの条件は伝統的知識についていえば、いずれも満たすことは難しい。知的財産権の主体の確定という観点から見れば、伝統的知識を有する者は往々にして地域、集合体、民族または複数の地域に散らばって居住する共同体であり、1つの単一としての主体を形成することは不可能である。したがって、現行の知的財産権法によれば、伝統的知識を有する者はその伝統的知識をもって知的財産権を取得することはできない。さらに知的財産権の客体についてみた場合、伝統的知識は現行の知的財産権法が規定する権利取得の条件を基本的に満たすことができないため、相応の権利を取得することも不可能である。

しかし、ある特定の者が伝統的知識に技術的な加工または処理を施して得られた成果について、もし対応する条件に合致するならば、これによつ

て知的財産権を取得することができる。権利の取得後には、この知的財産権者は逆に伝統的知識を有する者による伝統的知識の使用を制限することができるようになってしまい、このような結果は社会の公平性と正義に明らかに反することになる。まず、伝統的知識を有する者にしてみれば、この種の伝統的知識はすでに彼らの生活、仕事、娯楽、往来、ひいては宗教信仰の準則または不可欠で重要な組成部分になっているかもしれないことを考えると、知的財産権者が知的財産権を利用して彼らを制限することは明らかに道理から外れている。そして、伝統的知識は先住民、現地住民または地域共同体に代々伝承されてきた智慧の結晶であって、その他の何人かが伝統的知識に短期的な研究開発を行った場合における、その成果に溶け込んでいる技術の含有量または知的要素は、伝統的知識自体が有する深淵な文化に比して、ほとんど無視して考慮しなくても構わないほど少量である。もしこのような成果が知的財産権を取得できるのであれば、その権利者は決してこの開発者のみではあり得ない。

このようなバランスを欠いた体制を是正する途はかなり多くあるものと思われるが、比較的有効な方法は、伝統的知識に一種の公共的な性質を持つコミュニティ権、実際には一種の利益分配権を付与することである。何らかの自然人または法人が伝統的知識を利用して研究開発を行う必要がある場合には、まず伝統的知識のコミュニティ権を有する者の許諾を受けねばならず、そしてこれにより得られた開発者の権利は、伝統的知識を有する者に対しては制限的作用を生じ得ないばかりか、その取得した利益を伝統的知識のコミュニティ権の主体と一定の基準で分配することにより、知的財産権制度に柔軟性を持たせ、その適応能力を向上させるものである。

「排他権と許諾権」により構成されている知的財産権においては、従来の形態の知的創作物にとって従来メディアと現時点の環境下における保護には最も有効な制度モデルである。知的創作物は、法により知的財産権が生じた後、法律に別段の規定がある場合を除き、知的財産権者以外の者がその同意を得ることなく無断で営利を目的としてその知的創作物を使用すると、権利侵害を構成し、法により相応の法的責任を負わなければならない。したがって、本稿の二、において紹介した5つの法哲学理論をもって知的財産権制度を構築することは、実行可能性がある。なぜならば、



<sup>10</sup> Judith Silver: *What is Intellectual Property?* "The heart of the United States intellectual property law is the balancing of two goals: financially rewarding creations through the granting of exclusive rights to the creator, and promoting the free flow of ideas to facilitate more inventions." <http://library.lp.findlaw.com/intellectualproperty.html>.

<sup>11</sup> Richard Stallman: *the Function of Intellectual Property System*, "Incentive for intellectual creation which are provided by patents, copyrights and sui generis law." Mickey Davis: "It appears that there is sufficient incentive in the market itself by the granting of the monopolies to the creators." <http://lists.essential.org/pipermail/upd-discuss/2002q2/000234.htm>.

<sup>12</sup> *International Copyright & Neighboring Rights*, by S.M. Stewart Butterworth & Co. Ltd 1989, P8.

<sup>13</sup> *International Copyright & Neighboring Rights*, by S.M. Stewart Butterworth & Co. Ltd 1989, P8.

<sup>14</sup> 我が国の知的財産権制度は19世紀中後期にはじめて構築され、1898年の《振興工芸給奖章程》(振興工芸褒賞規程)がシンボリックなものである。その後、1904年に最初の《商標法》が制定され、1910年に最初の《著作権法》が制定された。1949年の中華人民共和国の建国時、我が国の知的財産権制度は基本的にすでに当時の国際先進レベルに達していた。しかし政権の更迭、制度の変遷により、知的財産権制度の我が国での変異を引き起こし、20世紀の70年代末80年代初頭ころに、我が国の知的財産権制度の再構築を開始し、前世紀の末そして今世紀初頭におおむねこの計画が完了した。

<sup>15</sup> 湯宗舜：《専利法教程》法律出版社，1987年版。

<sup>16</sup> 米国著作権局が著作権保護期間を再度延長した理由の一つとは次のとおりである。情報のグローバル化の今日、国際社会は統一協調した著作権保護期間基準があるべきである。現在、EU では著作権保護期間を著作者の生存年に死後70年を加えた著作権の指令が通過している。《ベルヌ条約》の規定によれば、もし米国がその著作権の保護期間を著作者の生存年に死後70年を加えたものに延長しなければ、米国人の著作の著作権はEU では著作者の生存年に死後50年を加えた保護期間しか得られず、したがって米国人のEUでの利益に損害をもたらす。EUの著作権保護期間との一致を図るために、米国はその著作権の保護期間を延長する必要がある。The Sonny Bono Copyright Term Extension Act を参照のこと、資料の出所：<http://www.copyrightextension.org/page01.html>

<sup>17</sup> 米国著作権局が著作権保護期間を再度延長したときに述べた別の理由は次のとおりである。既存の著作物への投資を奨励する。米国の議会は、もし既存の著作権の保護期間を延長しなければ、間もなくパブリック・ドメインに入るにもかかわらず投資価値のある著作物に対する追加的な投資を行う意欲のある人がいなくなる。

したがって、著作権保護期間を延長することでこの種の追加投資が可能になると見解を述べている。The Sonny Bono Copyright Term Extension Act を参照のこと、資料の出所：<http://www.copyrightextension.org/page01.html>

<sup>18</sup> 参照：Traditional Knowledge, Innovations and Practices Introduction, 資料の出所：<http://www.biodiv.org/programmes/socio-eco/traditional/default.asp>

[編集者付記] 本稿は、平成16年9月19・20日に開催された第5回東アジア法哲学シンポジウムの第7セッション「東アジアにおける知的財産権をめぐる基本問題」(20日実施)において行われた報告の原稿に加筆修正を施したものの翻訳である。当日ご報告の労をとっていただいた上に、翻訳掲載をお許しくださった曹新明先生に謝意を表したい。