

東アジアの知的財産権について — その理念・現状・戦略 —

稗 貫 俊 文

今日、東アジアの経済発展とこの地域に住む人々の福利のためには、一定の知的財産の保護は不可欠であると言えるであろう。東アジア地域は、日本が先行するというこの地域に特有の経済発展の形（「雁行形態」）が崩れ、各国が経済成長を遂げつつある。今や、東アジア地域は世界でも最も経済成長がすすむ地域になった。しかし、成長する中国の経済と、停滞する日本の経済を比較しても、まだ日本経済の規模が大きく、そこには相当の格差が存在する。そのなかで、東アジア地域に適合する知的財産制度の構想とはいかなるものであろうか。それは各国毎に構想されるべきであろうか。保護のミニマムな基準を統一すべきであろうか。私は、経済法、とりわけ競争法の立場から、日本や韓国、台湾、中国など東アジア知的財産権のかかる保護のあり方に関心をもってきた^(注1)。

しかし、東アジア地域で、果たして、私たちが理想とする知的財産権制度を自由に選択するという条件が整っているであろうか。そうではないと私は思う。私たちは、知的財産のどのような保護が妥当であるかを自由に議論ができて、1980年代後半に米国から始まった知的財産権の保護強化の圧力の中で、それを制度化することが難しい政治的環境に置かれている^(注2)。このような中で、本日、韓国、中国、台湾の知的財産権の優れた専門家3人の示唆に富むご報告を聞くことができた。3人のご報告は、議論の対象、範囲、抽象度において違いがあっても、東アジアの将来の知的財産の保護のあり方を検討する貴重な知見を提供して下さるものであった。

コメントを行うにあたり、まず、課題を整理しておきたいと思う。すなわち、(1)「知的財産権は、いかなる根拠により、いかなる程度の保護をおこなうべきか」という知的財産権の原理の探求の問題、(2)「かかる課

題を自由に制度化する環境が東アジア地域に与えられているか」という東アジアの国際政治的環境の問題、そして、(3)「もし自由な環境が十分に与えられていないとしたら、限られた選択肢の中で、我々は、如何なる戦略的対応を行うべきか」という東アジアの戦略的選択という3点の課題である。

(1) 中国の中南財政政法大学法学院の曹新明教授の「21世紀における知的財産法の哲学的考察」というご報告は第一の課題にかかわる。

曹新明教授の最初の考察は、500年余の歴史をもつ知的財産権制度の理念を現代の中国法の観点から回顧する試みである。ロックやルソーによる天賦人権論、ヘーゲルの所有権理論、工業経済時代の生涯教育に対する投資を確保する経済利益論、知的財産の保護と利用の均衡を図る利益均衡論など知的財産権制度を支持する西欧の「異なる時期、異なる国、異なる体系」の理論を回顧して、曹教授は、これらを中国の知的財産権法の制度の理論として受け入れることは難しいとする。理由は必ずしも明確にされていない。おそらく、古い文化的伝統をもった中国では、インセンティブ論と異なり、知的な創作者の社会的な貢献を尊重して、事後的に補償を与えるという考え方が支配しているということであるように思われる。

曹新明教授は、中国の知的財産権法の基礎としては、18世紀初頭のイギリスの著作権に関する法令(1709年のアン条例)が拠った理論が適切であり、巨大な印刷業者や書籍販売業者に著作権を認めず、創作の源泉である創作者に経済的な見返りを与えるという穏当で中庸な当法令の理念が支持されるという。これが後述する曹教授の「利益分配論」に連なるものとなるのであろう。

曹教授は、マイクロソフトのOS独占を擁護し、また著作権の保護期間の再三の延長を正当化する米国流の投資奨励論や世界的制度の調和論を批判する立場から、知的財産権制度に反対する現代の先鋭な思想潮流に注目する。米国の Anatoly Volynets の知的財産権懐疑論、米国の Richard Stallman の知的財産権反対論、カナダの Davis Geneius の知的財産権硬直論を紹介し、彼らの厳しい批判を免れる21世紀の知的財産権法の新しい哲学を求めると、それは「権利の弱体化」と「利益分配論」に帰着するであろうという。そして、現行の知的財産権法は、インターネットとの間に不整

合があり、伝統的知識や遺伝子資源の保護との間にも不整合が存在するとして、そこに「権利の弱体化」と「利益分配論」の考え方を導入する。

第1に、伝統的知識や遺伝子資源の保護を取り上げる。その権利の主体は定めがたい。主体は法人でも個々の自然人でもなく、民族、コミュニティの構成員、地域に分散する居住者が主体となる。権利の客体も規定しがたい。伝統的知識は今日まで長くコミュニティに伝えられたものの総体であり、保護の範囲や保護期間という考え方に適合しない。伝統的知識の一部を利用して新規な成果を得た開発者がその利益を独占することは正義と公正に反する。ここでは、コミュニティ権を基礎とする「利益分配論」を導入することが有益であるとする。

第2に、インターネット上の著作物の保護を取り上げる。曹新明教授は、インターネットの時代には、著作権の保護は脆弱になると指摘され、これに対して、使用料(対価)を確実に徴収する仕組みが確保されるべきであると提唱される。そして、それが確保される限りで、できるだけ制約のない利用を認めることが重要であると提唱される。ここに「権利の弱体化」の考え方が導入されるべきとする。それは知的財産権の中核的部分を、損害賠償請求権と使用許諾契約締結請求権とで構成するものである。他方、それは差し止め請求権を否定するのではなく、無断使用者が契約締結を拒んだ場合にだけ行使することができるとする。よく考えられた権利の内容構成であると思われる^(注3)。日本でも、若干異なるところはあるが、差し止め請求権を含まない債権的な権利として、対価徴収権を提唱する論者がいる^(注4)。

東アジア地域で知的財産権を研究する者は、この地域に住む人々の幸福のために、いかなる知的財産の保護が望ましいか議論を続けるべきである。曹教授の提言は、知的財産制度の現代的な課題への深い洞察に支えられている。東アジアの国々の知的財産権の構想は、曹教授の唱える「権利の弱体化」と「利益分配論」の議論から大きな示唆を獲得することになる^(注5)。

(2) では、第2に、東アジアで、我々は、望ましい知的財産制度を競って制度化することができる政治的環境があるであろうか。それを実現する恵まれた環境は与えられていないというのが現状であろう。それをむしろ逆の観点から示したのが、台湾の台湾大学法律学院の謝銘洋教授の「WTO

「TRIPs 協定の台湾知的財産法制への影響」という報告であったと言っ
てよい。謝教授は、米国政府による2国間交渉の圧力の中で、また、WTO
体制のTRIPsの加盟とその後の経緯で、台湾の知的財産権制度は世界水準
の制度になったことを詳細に紹介している。

台湾は、80年代の東アジアの四小龍(韓国、台湾、香港、シンガポール)
から始まり、この10余年に、大きく経済成長を遂げた。それにもない台
湾企業の不正商品やコピーの製造・輸出に米国などの批判がたかまり、米
国政府は、貿易交渉で圧力をかけた。こうして台湾は法改正を迫られ、知
的財産権制度は急速に現代化し、条文上の保護水準は国際水準に達した。
台湾は、2002年1月1日に、WTOに加盟したが、加盟までの10年余の期間
は台湾の知的財産法制の激動期であった。謝教授は、この時期を3期に分
けて特徴づけている。

第一期は、WTO加盟のための受け身の改正の時期とされる。米国政府
は、通商法スペシャル301条を用いた政治的圧力で、各国の知的財産の保
護の強化を迫った。台湾は、かかる米国政府の圧力の下、著作権法の実演
家の保護、翻訳権の強制実施の廃止が課題とされ、また遡及効をもつ著作
権法の保護が求められた。次に、米国政府から、台湾のWTO加盟が求め
られ、知的財産権でも、TRIPs協定への整合をはかるべく関連規定を改正
をした。

この時期に、このような経験をしたのは台湾だけではない。米国政府の
貿易政策上の圧力で、日本、韓国、台湾、中国も、知的財産権に関わる国
内法の改正を強いられた^(注6)。東アジア地域で、その歴史と文化、この地
域の産業と学問に相応しい知的財産権制度を設計する余地はほとんどな
くなった。知的財産の保護を如何に行うかという課題は、国際政治的にも、
産業技術的にも、米国政府の通商戦略の影響を受けざるを得なかったの
である。東アジアの国は、WTOのTRIPs体制と米国政府との2国間貿易交渉
により、経済発展の途上であっても十分な猶予を与えられることなく、知
的財産権の保護の強化を求められ、今も求められ続けているとあってよい
^(注7)。

第二期は、WTO加盟後の台湾の知的財産権法の改正である。インター
ネット関連で、著作権法の公衆送信権、複製の概念の拡大、権利管理のデ
ジタル情報の保護が行われた。特許法では、早期公開、審査請求制度の導

入、異議申し立ての廃止・付与後の異議申し立ての新設、侵害の非刑事化、
商標法では、立体商標、音声商標、著名商標の保護が行われ、防護商標・
連合商標の廃止が行われている。

第三期は、その後の世界的な新課題への対応である。現在、医薬品のデ
ータ保護権、医薬品の強制実施、遺伝資源の保護が課題となっている。遺
伝子資源の採取国の同意(インフォームドコンセント)を要件とする各国
の特許出願と、その違反に対する各国の特許権の取消制度が提案され、こ
れとの関連でTRIPs27条3項(b)の改正がWTOを舞台で問題になっている。
台湾は、植物が豊富で、寒帯・温帯・熱帯植物が共存しており、適切な対
応を迫られているという。

謝教授は、この過程を、米国政府の貿易政策を批判するという観点から
報告しているわけではない。むしろ、台湾は1990年前後に知的財産権制度
の数十年の深い眠りから覚醒したとしている。WTO/TRIPs協定の誘導、
米国政府の圧力が後押しして、台湾を知的財産権の国際的検証の洗礼にさ
らし、国際参与の機会を与え、知的財産権で世界の舞台へ押し出したとし
ている。そして、今では、データ保護、地理的表示、医薬品の強制実施、
遺伝子資源を用いた特許発明で資源採取国の開示を求めることなどが課
題になっているとする。

いうまでもなく、米国政府は、国際的な知的財産権の保護強化を、台湾、
韓国、日本など世界各国の経済厚生改善のために行っているわけではな
い。米国政府の知的財産権の思想は、研究開発のインセンティブ論を基礎
とするのであるが、中国の曹教授が批判したごとく、市場のインセンティ
ブ機能を補完すること以上の、大きなインセンティブ効果を与えようとす
るものである。米国流の知的財産権制度の考え方は、インセンティブ効果
を最大限に設定して、一方で既存の知的財産権の権益を諸外国から守ると
ともに、他方で研究開発投資を強力に誘引することを目指すものであると
思われる。これは、競争が激化する国際経済のなかで、比較優位にたつ自
国の知的財産を通商戦略上の武器として有効に使おうという考え方に基
礎づけられた特異な制度観である^(注8)。米国の国内では、知的財産権に大
きな権益を抱えた農薬会社、映画・レコード会社などの企業が政治的な影
響力を行使して、自らの権益を拡大して擁護している。知的財産権法は新
手の産業保護法となっているといっても過言ではない。自国の国際競争力

を強めることが米国政府の至上命題であり、社会的不公平や社会的コストが発生しても、そのために耐えるべきものと考えているかのようである^(注9)。

皮肉であるが、謝教授は、このような背景をもった米国政府であっても、その政治的圧力が台湾にとって有益であったという評価をしている。謝教授のそのような評価は、この時期の日本と米国の貿易摩擦に対する私の評価とは異なるものがある。しかし、謝教授の評価は、日本を含めて、東アジア全般に妥当する面があることは否定できない。その意味では、謝教授の評価はむしろ率直であり、適切であると思う。そこには歴史の逆説があり、ヘーゲルのいう「歴史の狡知」があるといえよう。

(3) 私たちは、米国の影響下で、知的財産権の保護強化の振り子が極端に振れた時代に生きている。この趨勢は当面変わりそうにみえない。

では、第3に、このような国際政治的な圧力の中で、東アジアに相応しい知的財産権の制度を求めることは可能であろうか。それは可能だと私は思う。そのヒントは、韓国の東国大学校法科大学の朴栄吉教授の「医薬品特許と強制実施——HIV・AIDS 問題を中心に」という HIV・AIDS 問題にかかわる報告によって示されたと思う。医薬品特許の独占から生まれる弊害に焦点を当て、「強制実施実施」を求める運動が世界の世論を動かし、米国政府を孤立させたのである。

朴栄吉教授は、報告の冒頭で、Novartis 社の白血病の治療薬 Glivec の韓国特許法上の強制実施を請求する韓国国内の医療 NGO の運動を紹介された(結局、韓国特許庁は請求を認めなかった)。続いて、HIV・AIDS 治療薬のアクセス問題で WTO を舞台にして世界的に強力な運動が行われていることを興味深く詳細に報告された。

HIV/AIDS 治療薬の問題は、2000年6月に、ブラジル、インド、タイ、アフリカ諸国その他の途上国の問題提起で WTO の争点となった。2001年11月14日のドーハ公衆衛生宣言で、HIV/AIDS、結核、マラリア、その他の感染症について、①後発途上国の医薬品の特許、営業の秘密保護は2016年1月まで延期すること、②宣言のパラグラフ6において、強制実施により当該医薬品を生産できる途上国のアクセス権を確保し、それを TRIPs 理事会が2002年末までに一般理事会の報告することを採択した。しかし、一

般理事会では米国政府の反対があり2002年12月末には合意ができなかった。2003年8月30日になって、ドーハ宣言は、一転して修正無しで一般理事会決定となった。これを可能にしたのは、タイの出身のスパチャイ WTO 事務局長や EU の交渉担当官、途上国の努力であり、世界の世論が非道義的であると非難して、米国政府を孤立化させるほどの事態を招きさせたからであるとされる^(注10)。また、このような解釈を導く根拠になったのは、TRIPS 協定7条(目的規定)、8条1項(公益利益の措置の許容)、31条の柔軟性であるとされる。

朴栄吉教授の報告は、このプロセスを見事に描き出し、そこから一定の教訓を引き出している。感染症の治療薬の市場が先進国と発展途上国で確実に分離されてさえいけば、途上国の薬価を劇的に下げる差別価格政策が実効的に行われうるとし、そうなるのであれば、経済的考慮から人道的考慮へと観点を転換して、途上国の薬価を「適切な補償」(TRIPS 協定31条(h))から「補償無し」とする解釈へ変更してもよいとする。おそらく議論の余地はあるだろうが^(注11)、貴重な提言であった。

朴栄吉教授が紹介した国際的な動きは、米国流の知的財産権強化策に真向から反対して自国に理想的な制度を対置して争うという成算に乏しい戦略を取らずに、むしろ、保護の行き過ぎが生み出す深刻な弊害に焦点を絞って、それを解除する方策を世界世論に唱えるという戦略をとることの有効性を示唆しているように思われる。

結び

知的財産権制度の保護強化の弊害は多面多層の構造をもっている。独占権濫用の弊害^(注12)、新しい技術が知的財産権者の既得権益と抵触して抑圧される懸念^(注13)、知的財産権者の既得権益を拡大する法律案が容易に議会を通過する懸念^(注14)、伝統産業に対する新しい権利の弊害^(注15)、生命倫理の問題、途上国の開発問題、多様な生物資源の保護、少数民族の伝統的知識の保護など様々である。それを個別に捉えて弊害を洗い出して改善を求めることが必要である。

このような戦略的な改革志向は決して孤立していない。東アジアだけでなく、世界の人々が同じ志向を共有している。米国の市民や学者の間にも

同じ志向がある^{(注16)(注17)}。さらに、保護の強化を逆手にとって、東アジア地域の生物の多様性や伝統的な知識の保護を多国籍企業に認めさせるといふ運動も同様の戦略的な対応という意義をもちうる。この立場からは、東アジア地域の文化、フォークロア、伝統的な知識、多様な生物資源などの保護をどのような形で行うべきかということも課題になる。

繰り返せば、保護の行き過ぎの弊害に焦点を絞り、その解除に粘り強く取り組むこと、あるいは強化を逆手にとって既得権益をもつ利害集団に東アジア地域の新しい知的財産の保護を認めさせること、それが東アジアの当面の現実的な選択であるように思われる。

(注1) 稗貫俊文「東アジアにおける知的財産権の保護－日本における知的財産権の保護の最近の動向を中心に－」北大法学論集54巻5号62－75頁（2003年12月）、稗貫俊文「日韓両国の独占行為規制の有効性の比較と東アジアの競争原理－民営化・知的財産・中小企業－」北大法学論集54巻5号115－129頁（2003年12月）。

(注2) 知的財産権にかんする1980年代中頃の米国の政治的圧力の例として、コンピュータプログラムの保護方法の選択の問題がある。この点に関しては、中山信弘「ソフトウェアの法的保護（新版）」（有斐閣、昭和63年）の「はしがき（初版）」を参照されたい。今日では、ソフトウェアは特許権でも保護されている。いわゆるソフトウェア特許がそれである。ソフトウェア特許が開発を妨げているとし、この問題を、コンピュータプログラムの著作権により保護することを決めた1980年代の拙速な選択の帰結として批判するものとして、今野浩「経済教室 ソフト特許、開発の妨げ」日経新聞2005年3月2日。

(注3) 新たで自由なコミュニケーション・ツールとしてのインターネットは、今後数十年かかっても、まだ人類は汲み尽くせないほどの可能性をもっている。知識・情報の生産、伝達、複製、加工における個人の役割がきわめて大きくなるであろう。出版社、新聞社、放送局、レコード会社などの中間業者の役割は二次的なものになるであろう。

そのとき、個人に差止請求権を認めると、権利の社会的なバランスが大きく崩れる。すべての個人が、他のすべての個人と情報システムに対する脅威になるであろう。そこで、日本では、使用料（対価）の徴収は認めるが、差止請求権は認めないという権利の構想が行われている。使用料の確実な徴収が行われるかぎり、それが報償となり、創作のインセンティブは損なわれないことを均衡点としている。(注4)の田村論文を参照されたい。

曹新明教授の差止請求権を背後に留保した契約締結請求権という考え方は、田村

教授らの考え方とは若干異なるアイデアである。その微妙な違いにこそ意義があると思われる。曹新明教授は、日本におけるインターネット著作権の保護に新たなアイデアを追加したといえよう。

(注4) この代表的な論者として、たとえば、田村善之「知的財産法 第3版」16頁以下（有斐閣、2003年）。対価徴収権として、田村善之「機能的知的財産法の理論」183－204頁（信山社、1996年）。

(注5) 曹新明教授の知的財産権否定論を含む哲学的考察は、議論のパーспекティブが広く、知的財産権の制度の考え方について様々な示唆を与えてくれる。断片的であるが、筆者が示唆を受けて考えたことを書いておきたい。第1に、曹教授の知的財産権の考察とインセンティブ論者の一部との親和性である。第2に、知的財産権の既得権益化、あるいは既存の競争を阻害する懸念である。第3に、最貧国における知的財産権の機能の限界である。

《曹新明教授の理論のインセンティブ論との親和性》

曹教授の議論のインセンティブ論との親和性を述べてみたい。曹教授の「権利の弱体化」と「利益分配論」は、その説明から推認するに、インセンティブ論にたっていないと思われる。しかし、知的財産権制度は、インセンティブを目的に唱わなくとも、事実上のインセンティブ効果を有しており、曹教授の考えはある種のインセンティブ論と親和的でありうる。もともと市場が与える自然的な投資のインセンティブ効果が存在する。しかし、それでは不十分であるから、知的財産制度は、それを補うためにインセンティブを設けるものであると言う説明がある。田村教授はそのような知的財産権を「インセンティブ創設型」とし、不正競争防止法を「インセンティブ支授型」として分けている。そして、前者の「インセンティブ創設型」であっても米国流の過大なインセンティブ論は採っていない。田村善之「知的財産法 第3版」1－21頁、（有斐閣、2003年4月）。曹教授の議論はデジタル・ネットワーク時代に相応しい制度の構想であり、田村教授の議論とも親和的であると思う。

他方、米国の知的財産権制度の構想のように、いたずらにインセンティブ効果を加重することは、社会的公正や社会的費用を発生させるから、望ましくないと考えることができる。田村教授がそうである。曹新明教授の契約締結請求権の考え方も、米国流の知的財産権の制度観と真っ向から対立するである。米国が過度の知的財産権強化の方向に振れているなかで、曹教授の議論は、田村教授のようなインセンティブ論者とも共存でき、東アジアの知的財産構想を推進しうる力をもっている。

《知的財産権の既得権保護への変質のおそれ》

現代に支配的な知的財産権は近代の知的財産権制度の出発の時に約束されていた重要な前提を反故にする懸念を内包している。近代の知的財産保護の正統性は一定の制度上の前提に支えられていた。それは新規性と進歩性を保護の条件とすることにより、既得権を擁護したり、競争を阻害したりしないような仕組みが用意され

ていることである。これは近代特許法の出発とされる英国の1624年の専売条例(Statute of Monopolies)の制定過程からも明らかである。貴族で構成される議会の側に立ったエドワード・クック卿が、スチュワート王朝に対抗して、王朝の財源をなす不当な営業特許権の付与を、新規で有用な技術の製造・販売に関する14年間の特許状(Letters Patent)を除いてすべて廃したことから始まる。既得権を擁護したり、競争を阻害したりしないという知的財産権の近代的前提は、さらに、一定の事実的な前提に支えられている。すなわち、一定の科学技術の水準で、同等の技術的能力を有するあまりにも多数の開発者が、あまりにも多額の投資をして技術開発レースを展開するというような事態はありえないという前提である。このような事実的前提が、今日の様々な分野の研究開発活動でも常態であるかどうか疑わしい。企業の研究開発競争は熾烈を極め、多数の企業が同等の課題の解決を目指して多額の費用を要する技術の研究開発に余念がない。このようななかで、先願主義の下であれ、先発明主義の下であれ、新規性と進歩性のある発明を行った者に排他権を与えることは、その保護期間を通じて、既得権を擁護する効果をもたず、競争を阻害したりしないと断言できるかどうか疑わしい。むしろ、先願主義の下であれ、先発明主義の下であれ、最初の到着者一人にのみ排他権を与える知的財産権制度は、研究開発レースに敗退した多数の企業がすでに投下した巨大なR&Dリソースを無駄にして、研究開発競争の社会的コストを異常に高めるであろう。現代の知的財産権は、新規性や進歩性の要件が十分に機能したとしても、研究開発のリソースを浪費して、保護の既得権化をもたらし、在り得たはずの競争を阻害する危険がある。そのような懸念のある知的財産権制度が、国際通商のレベルで国際競争力の強化の手段とされるのであれば、いずれ、そのような知的財産権制度の正統性を問う事態を招くであろう。そのようなスウィングバックが米国から始まる可能性もある。このような兆候については(注9)を参照されたい。そのとき、曹教授の「権利の弱体化」と「利益分配論」が与えるパースペクティブの広い議論は制度設計の大きな示唆を与えるであろう。

《最貧国の知的財産権の意味》

開発途上国、とりわけ最貧国における知的財産権の限界のことが指摘されなければならない。知的財産の保護の思想は一定の制度的前提に支えられている。そのひとつは、いかなる保護の思想を唱えるとしても、「産出された知的財産」の円滑な取引を図る仕組みが存在することを前提にすることである。知識・情報という無体物は、秘密管理と秘密保持契約だけでは管理可能でなく、円滑な取引は行いえない。排他権の設定が知識・情報を管理可能とし、取引の確実性を高める。それが制度的前提である。

では、逆に、なぜ排他権をあたえるのか。上記の議論を逆に辿れば、知識・情報を管理可能とし、円滑な取引を可能とするためということになろう。しかし、実際

には、このことを排他権を付与する目的として主張する者はいない。それを越えたメタレベルの目的が唱えられる。すなわち、排他権付与の目的として、自然権論や発明公開説、インセンティブ論などが唱えられる。知的財産権制度を設ければ、天賦人權の自然法思想に適い、あるいは発明を奨励するかのよう議論される。本当にそうであろうか。

知的財産の管理可能性や取引可能性は暗黙の前提である。しかし、暗黙の前提を公然と露わにすれば、知的財産権制度の目的論や理念論の妥当範囲とその限界も可視的になる。管理可能性や取引可能性という前提条件は、さらにそれを支える事実的前提を必要とする。それは「産出された知的財産」が存在しなければならないということである。そもそも知的財産が産出されなければ、排他権を付与して管理可能性や取引可能性を確保することも、それを暗黙の前提にして、自然権論やインセンティブ論を唱えることもまったく意味をなさない。

まさに、そういう現実がこの世界にはある。開発途上国、とくに最貧国では、極度の貧困から「産出された知的財産」なるものが産出されようがない。生きる最低限のことが問題になって、教育的、研究的インフラストラクチャーが整備される望みはなく、知的財産を創出するような科学技術の教育・研究環境はまったくない。世界を覆う知的財産権の強化の波は、その一方の端で、かかる国と地域に接している。自然権論や公開説、インセンティブ論など制度の目的論や、それを支える排他権の付与による管理可能性と取引可能性という暗黙の制度的前提も、知的財産が産出される政治的・経済的・科学技術的環境になれば、まったく空虚である。特許制度を制定して、強制ライセンス制度を発動しても、国内にコピー製品を製造する能力のある企業がないという途上国の悲惨な現実がそのことを如実に示している。(注6) 米国は、1980年代後半に、通商政策として、いわゆる「301条アプローチ」を採用する。1988年通商法がそれである。このアプローチは、まず、諸外国の様々な貿易障壁の存在を調査する。そして、米国の利益を損なっている国の貿易慣行を「優先国」の「優先慣行」として指定する。米国はこの是正のための外交交渉を行い、交渉が決裂すれば、制裁措置をとるというものである。これがスーパー301条アプローチと言われるものであるが、知的財産権に関しては、スペシャル301条があって、同じアプローチをとる。1989年には、知的財産に関する「優先国」はなかったが、「優先監視国」として、インド、ブラジル、韓国、メキシコ、中国、サウジアラビア、台湾、タイの8国が認定されている。

日本は1990年に、「優先監視国」として、特許や商標の審査遅延、サービスマークの登録制度の不存在、レコード製作者の保護期間の短さ、レコードの貸与権を外国のレコード製作者に認めていないこと、海賊版ビデオの規制のための法律を強化すること、を求められた。

韓国は、1986年12月に、米国に要求されて、物質特許とその遡及効を認める特許

法改正、著作権とその遡及効、コンピュータプログラム保護を行った。これは欧州や日本には及ばない不公正なものであった。

参考文献として、行天豊・黒田真編「日米経済問題 100のキーワード」64-80頁、142-146頁(有斐閣、1992年)、鶴田俊正・宮智宗七編著「ポスト構造協議」151頁以下、(東洋経済新報社・1990年)。

(注7) こうした圧力を受ける問題が、東アジアの側にもあったことは事実である。東アジアでは、海賊版の映画テープ、DVD、CDの違法な製造と販売で生きている人々がいた。それは地下経済の一つであり、そこに雇用が確保されていた。模倣品産業は、昔は、明らかに経済発展の一段階を構成していた。戦後の日本も米国製品の模倣品を製造して輸出した時代がある。しかし、知的財産権の保護強化が喧しくなった現在の国際政治的環境のなかで、途上国は、このような猶予はもはや許されない。そのような前提で、経済発展を遂げなければならなくなった。これが果して、公正であるか議論の余地があるが、議論すれば変更ができるという可能性はない。開発途上国でも、コピー製品、不正商品の横行などで最低限の保護さえ確保されていないのであれば、米国政府を批判する資格はないということになるだろう。

米国政府が通商法上の制裁を示唆し、あるいは制裁を行使して、東アジアの各国に無理強いした知的財産権の強化は、米国の国益のためであり、ときには米国だけに有利な形の差別的措置であった。例えば、韓国の朴教授は、医薬品特許の強制実施に関して、米国政府の振る舞いを批判している。9/11テロ後の炭疽病の発生により、米国は、途上国がAIDS治療薬に対して求める政策と同じ政策を踏襲して、ドイツの製薬会社の Bayer AG が特許をもつ炭疽病治療薬のCiproの特許を無効にした。朴教授はその経緯を詳細に紹介して、ダブルスタンダードと非難している。

しかし、皮肉にも、米国が強制した制度の改革は内容的に見ると、東アジア地域の知的財産権の保護の不十分性由来し、妥当な要求も意外と多いというのが実情である。そのために、米国政府による強制を理由に知的財産の保護を否定するような言説は、知的財産権の保護に反対するための口実と受け取られかねない。謝銘洋教授の議論は、このことに自覚的であり、台湾が不正商品経済から脱することにより得られる政治的・経済的利益を強調されていると思う。

(注8) このことは米国の法学者が認めるところである。著名な反トラスト法学者で、判事で、法の経済分析の専門家でもあるウィリアム・M・ランダスヤリチャード・A・ボズナーは、米国の知的財産権強化の動きは、1980年代の米国の国際競争力の低下に対する危機感、とくに日本に対する危機感であったと指摘している。「様々な形態の知的財産の経済分析の持続性のある出版が始まったのは1970年代になってからである。それ以降、文献が急激に増えた。これは、法の経済分析一般の進歩、国内と国際経済での知的財産の重要性の増大、国内と国際経済でのかかる財産の権利を拡大する強力な運動、の反映である。この運動は、本書で論じる立法府、行政

府、司法府の多数のイニシアチブをもたらした。米国では、1970年代を含み、1980年代を通じて(そして1990年代の幾半期にも及んで)、ある広範に行き渡った信仰——米国は凋落している、他の国々、とくに日本に競争で打ち負かされつつある、この劣勢は経済成長を刺激するものとしての技術革新を再度強化することによってのみ止めることができるという信仰——が蔓延した。」と。William M. Landes, Richard A. Posner, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW, p.2(Belknap Harverd, 2003)。また、彼らは、1980年代から始まる米国の知的財産権の強化が公益的な観点から本当に説明可能であるか懐疑的である。Ibid., p.p.403-419, 424。

(注9) 興味深いことに、最近、米国において、知的財産権の保護強化の社会的コストが耐え難い限度に至っていると見られる兆候が出てきた。知的財産権の保護の最大の受益者と思われる代表的な企業が特許制度の改革を唱え始めたのである。

マイクロソフト社(以下、「MS社」とする。)は研究開発費を年間70億ドル支出して、毎年3,000件を越える特許出願をしており、知的財産権の保護の最大の受益者であるといえよう。しかし、MS社の Senior Vice President, General Counsel, & Corporate Secretary のブラッド・スミス氏は、2005年3月10日にワシントンDCのアメリカ企業研究所で行われた講演で、特許制度の弊害面を指摘して、是正策を提案している。彼によれば、MS社は財務的に安定していることから、特許権の訴訟ターゲットとなりやすく、年間平均30-45件の特許訴訟の防御をしており、このために年間1億ドルの費用を費やしているという。

ブラッド・スミス氏は、MS社の名前で特許制度の4つの改革を提言している。第1に、質の高い特許権の必要性である。慎重な審査を行うべく、その費用の確保のために、審査料収入を他の政府支出に転用しないように提言している。そして、審査のコストを民間にも負担させるべく、特許付与後の異議申し立ての行政手続を設けるべきであるとする。第2に、濫訴の弊害をなくするべく、侵害差止は回復不能の損害が発生するおそれがあるときのみ認められるべきであり、3倍額の賠償金も甚だしい故意の侵害に限定されるべきとする。そして、特別裁判所を連邦地裁にも設置するように提唱する。第3に、制度の国際調和で企業のコストを下げるべきであり、米国は先発明主義から先願主義へ転換するべきであるという。第4に、個人と中小企業の特許出願を奨励すべく、彼らの特許出願料は無料にすべきであるとする。

第1、第2、第3の提言は、米国の一方的な知的財産権の強化策が、ここに来て、国内的にも、優良企業に大きな負担を負わせていることを示している。これが直ちに米国政府の知的財産政策の転換をもたらすものとは言えないが、国際競争力の強化を目指した貿易政策主導の知的財産権強化策は研究開発のインセンティブを阻害する面が出てきたことは否定できないことだろう。Brad

Smith, "Improvements to the Global Patent System Start at Home", At the American Enterprise Institute Washington, D.C. March 10, 2005, (<http://www.microsoft.com/presspass/exec/bradsmith/03-10-05AEIPatentReform.asp>)

(注10) 一般理事会で採択された理由として、山根教授は、「この問題で孤立した米国は、非人道的なレッテルを貼られぬよう、その後控えていたカンクン閣僚会議が頓挫せぬよう、表面的な政治収束に急いだからであろう」としている。山根裕子「医薬品アクセスと今後の TRIPS 協定」『貿易と関税』25頁以下、27頁(2004年9月)。なお、一般理事会で採択される前のドーハ公衆衛生宣言の経緯と争点についても、同じく、山根裕子「TRIPS 協定と医薬品アクセス」『貿易と関税』50頁以下(2003年9月)が詳しい。

(注11) 朴栄吉教授は、HIV/AIDS 治療薬の市場が先進国と発展途上国で確実に分離されていないとき、先進国の高額市場への還流がおきないように、直接診察治療(Directly Observed Therapy) プログラムによって市場を分離することが可能であるとし、差別価格政策が実効的に行われようという。そうなれば、途上国の薬料を下げるのが実施可能になるとする。この場合、朴栄吉教授は、経済的考慮から人道的考慮への転換を説き、TRIPS 協定31条(h)の「適切な補償」を、途上国では「補償無し」とする解釈を採用するように求める。

朴教授の「補償無し」の提案は、この場合、最適な選択でないかもしれない。市場のパラドックスを指摘しておきたい。山根教授によれば、世界の医薬資本は、研究開発の費用の高騰と成功の格率の低下から、大きな利益が得られることが予測される新薬開発を選択して、そこに研究開発の力を注ぐ傾向があるという。途上国で蔓延する感染症に対する治療薬の開発投資は、利益の薄いことから、無視されがちになる。インド、ブラジル、中国、南アフリカなどでコピー薬品を製造する企業もそのような動きに同調する傾向があるという。山根裕子「医薬品アクセスと今後の TRIPS 協定」『貿易と関税』25頁(2004年9月)。そうであれば、途上国で「補償無し」の措置をとることは、逆に、コピー薬品の製造可能な国の企業から輸出のインセンティブを奪うことが懸念されよう。

(注12) 曹先生が指摘したごとく、マイクロソフトの OS 独占が問題を生んでいる。米国の一連のマイクロソフト事件がその例になろう。稗貫俊文「ハイテク産業の収穫増と反トラスト政策——マイクロソフトと「正のフィードバック」論」『情報・秩序・ネットワーク』北大法学部ライブラリー3(田村善之編)378-437頁、北大図書刊行会、1999年5月、稗貫俊文「ソフトウェア商品の抱き合わせに対する当然違法の法理の適用の妥当性——マイクロソフト事件控訴審判決を素材にして」『知的財産法の系譜 小野昌延先生古希記念論文集』791-807頁 青林書院(2002年8月)を参照されたい。

(注13) 先進国においても、不正商品・コピー商品の問題は起きている。技術の高

度化がデジタルネットワークの新しい媒体を次々と生み出し、それが海賊版の作成を効率化し容易にしているという現実がある。そして、無断複製、無断配布の防止のために、その種のハードウェアやソフトウェアの利用や開発を禁止し、刑罰をかけるという法制度が、技術の開発を妨げるというジレンマを生み出している。

日本のウイニー(Winny)事件がその良い例証であろう。ウイニー事件を簡単にみておこう。インターネットの先端技術の開発者が逮捕・起訴された。まず、インターネット上のファイル交換技術を悪用して、著作権侵害(自動公衆送信権のうち送信可能化権の侵害)に利用したとして、平成15年12月に、容疑者が二人逮捕された。2人が使っていた技術は、日本人により開発された匿名性の高いp2p(ピアツーピア)の技術で、ウイニーと称されている。今年5月には、そのウイニーの開発者が侵害の補助に当たる行為をしたとして逮捕された。p2p技術は今後のインターネットの発展をリードする技術である。その開発者が逮捕されることは世界でも珍しく、一部の専門家の間では、日本のp2p技術の開発に悪影響があるのではないかとの懸念が表明されている。警察側はウイニーを開発したこと自体が犯罪ではないが、本件では、著作権侵害を助ける意思をもって開発が行われていることが問題であるとしている。

開発者の逮捕と起訴の可否は論評の限りではない。このような技術の開発は、著作権や著作隣接権の保護のあり方を根本から問い直すべき性格をもっており、既存の事業者の既得利益と、優れた新技術の普及との葛藤は今後避けがたいものとなる。「ニュース&ビューズ」『ASAHI パソコン』13頁No.367(2004.10.1)、『ASAHI パソコン』18-19頁No.361(2004.6.15)、『ASAHI パソコン』20-21頁No.367(2004.10.1)。

(注14) 知的財産権を強化する時代には、既得権益をもつ知的財産権者集団の求める改正強化の法案が国会を通りやすい。競争政策の観点からは、既得権益をもつ団体や事業者が行う新立法要求のためのロビーイング活動に対して、法律案の具体的な中身を見て、その立法が如何なる副作用を生み出すか、公正取引委員会や専門家が意見表明することの役割が大きくなる。そのような意味で、音楽レコードの還流防止措置に関する著作権法改正の立法過程は、限界もあるが、比較的良好なモデルケースとして注目に値すると思われる。稗貫俊文「知的財産権に関する競争政策の新しい動向について」公正取引649号2頁-12頁(2004年11月)を参照されたい。

(注15) 伝統的な農業営業が知的財産権の保護対象を生物へ拡大する動きの影響を受けている。最先端の種子・農薬会社が伝統的な農業に与えた影響を知る例として、シュマイザー対モンサント・カナダ事件があげられる。本件はカナダの特許侵害訴訟事件である。農薬・種子会社のモンサント・カナダ社は、自己が特許権をもつ除草剤耐性の遺伝子組み換え(GM)カノーラ(なたね)の種子を販売していた。除草剤など農薬の頒布が少なく済むという宣伝がなされていた。

モンサント・カナダ社は、1997年に、カナダの農民であるシュマイザー氏を、自己の特許種子を無断で栽培しているとして、1万9千ドルの損害賠償を求める特許

権侵害訴訟を提起した。シュマイザー氏は、これは近隣農場の開放系で栽培されていた GM カノーラの花粉が風や鳥で運ばれたか、トラックで運送中に種子が漏れ落ちたかの事故によるもので、自分に責任はないとした。モンサント側は、GM カノーラの遺伝子をもつ菜種の割合がシュマイザー氏の畑の95%を占めており、事故によるものにしては割合が大きすぎるとした。本裁判は、遺伝子組み替え技術に懸念をもつ世界の消費者団体や農業団体に注目された。

カナダの最高裁判所は、5対4でモンサントの種子の特許の有効性とシュマイザー氏の侵害を認め、支払うべき金銭的損害はなかったとして損害賠償は認めなかった。知的財産権の保護対象が生物に拡大し、伝統的な農業経営を脅かすに至った時代の事件として注目してよいであろう。Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser (<http://www.lexum.umontreal.ca./csc-scc/en/rec/html/2004scco34.wpd.html>)

(注16) 著作権の保護期間の延長がもたらす弊害に対して米国政府を相手に法廷で戦った米国市民がいる。映画・音楽分野の影響を知る例として、エルドレッド対司法省事件の連邦最高裁判決を挙げておこう。著作権法の保護期間の延長が市民のボランティア活動にも影響を与えている。ここで取り上げる事件は、米国市民のエリック・エルドレッド氏ほかの原告が、1998年著作権保護期間延長法(Copyright Term Extension Act、以下では CTEA とする)が合衆国憲法1条8節8項、修正第1条に反する立法であるとし、それを前提として1997年電子窃盗防止法の原告らに対する執行の差し止めを求めた事件である。

原告の一人のエルドレッド氏は、著作権の保護期間を終えた童話などの著作物を子供たちのために脚注、コメントを付して、ウェブサイトに掲載する活動をしている。本件の憲法上の争点は、保護期間を延長する CTEA の制定が合衆国憲法1条8節8項に定められる知的財産権立法に関する連邦議会の権限を逸脱しているか、あるいは修正第一条の表現の自由を侵害しているか、ということであった。前者の争点は連邦議会の立法裁量の範囲を問うもので、CTEA による著作物(既存のものを含む)の保護期間の延長の当否を争うものではない。

連邦最高裁は、2003年1月15日に、合憲判断を下した。前者の争点について、知的財産権に関する連邦議会の権限は歴史的に見ても広く自由な権限を行使しており、裁判所が制度の適否を判断する立場にはないということであった。Eric Eldred, et al., Petitioners v. John D. Ashcroft, Attorney General, U.S.L.W. Vol.71 No.27 p.p.4052-4076.

日本の競争政策の立場からみて、この訴訟は、その社会学的な背景に意味がある。すなわち、CTEA は、米国のレコード会社やハリウッド映画資本が強力なロビイング活動で立法化を図ったものである。同法により、自然人の著作物は死後70年、法人の著作物は公表から95年あるいは創作から120年のいずれか短い方に定まった。これは既存の著作物にも効力が及び、著作権の保護期間が切れる直前の映画や音楽

にも及んだ(CTEA はミッキー・マウス保護法とも言われている)。このため、クリエイターの知的創作を保護することで創作のインセンティブを与えるという知的財産権の本旨に適合する説明は難しくなり、エンターテインメント業界を擁護する制度に変質しているという印象は否めない。知的財産権の強化は、同業界の既得権益の拡大に結びつき、それが米国の国益を増大する立法政策として擁護される。その陰では、エルドレッド氏のような創作物を利用する多数の市民の利益が犠牲になっている。「知」は誰のものか ～インターネット時代の大論争～」KHK スペシャル『変革の時代』第3回(2002年7月14日TV放送)。ローレンス・レッシング、FREE CULTURE、山形浩生・守岡桜訳(翔泳社、2004年7月)。

ちなみに、本判決で法廷意見に与した米国連邦最高裁のスカリア(Scalia)判事は、札幌における講演の後の質疑応答で、この事件にコメントして、「私はこの立法は不適切な立法だと考えますし、破棄したいと考えます。しかし、議会は19世紀の初めから何度も、著作権保護期間を遡及的に延長することをやってきたのであって、そうだとすると伝統的に議会在そのような権限を持っている、と判断せざるをえません。」と述べている。アントニン・スカリア「憲法と宗教—憲法解釈方法論の一事例として—」(会沢恒訳)「北大法学論集」第55巻5号65頁以下、82頁。

(注17) 現在では、マイクロソフト社のような知的財産権の保護強化の最大の受益者と思われる米国企業が特許制度の改革を唱え始めている。(注9)を参照。

※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、曹新明教授、謝銘洋教授、朴栄吉教授のご報告に対する筆者のコメントをもとにしている。