

TRIPS 協定下の世界市場における知的財産制度の「当為」あるいは「正当性／正義」に関する検証

森 哲也^(*)・加藤 浩^(**)

開発途上国を抱える世界市場に先進国が構築した知的財産制度を展開すると、知的財産創造で遅れている開発途上国の利益を害する可能性がある。そこに、反知的独占論が台頭して来た。従って、ここで改めて知的財産制度の「当為」あるいは「正当性／正義」を、多角的な観点から検証が必要である。

現代知的財産制度の先駆は米国でありそれは米国の憲政史に観ることができる。その米国が TRIPS 協定の成立を仕掛けた。しかし、TRIPS 協定の性格や構築された内容は、開発途上国が協定に加盟し易いように、その性格に柔軟性を持たせてあり、開発途上国支援のための「国際開発」の文脈の規定も備えている。米国の知的財産制度とアジアの知的財産制度の先駆日本のそれが、途上国の知的財産開発の未来への軌道を示唆する。

1. はじめに
2. 現代 IP 制度の先駆は米国そしてアジアの IP 先駆日本・途上国の未来
3. TRIPS 協定成立の経緯
4. TRIPS 協定の性格及び規律範囲・強化点並びに権利行使・「法の支配」に関する合意
5. TRIPS 協定の性格
 - (1) 柔軟性の規定
 - (2) 途上国への協力配慮の規定—「国際開発」の文脈
 - (3) 規律範囲の現代化対応及び強化点
6. 権利行使並びに IP に関する「法の支配」に関する合意(協定第 41-49 条, 第 50-64 条)
 - (1) 一般的義務
 - (2) 民事上及び行政上の手続及び救済措置
7. TRIPS 協定下の途上国に効果的な IP 制度及びその運用
 - (1) 職務発明・職務意匠制度における「特許・意匠登録を受ける権利」の帰属原則の整備
 - (2) 特許審査における「進歩性」判断の内国人技術水準(以下「技術水準」と)との調整
 - (3) 途上国の商業的体質に適合する意匠・商標制度の活用強化
8. ボルドリンらの反知的独占論の根拠とする事例の概要
9. IP 保護の歴史的事実及びこれを支持する諸学説と相違う反知的独占論
 - (1) 法哲学からのアプローチ
 - (2) 「法の支配」からのアプローチ
 - (3) 市場原理論からのアプローチ
 - (4) 途上国の教育水準・識字率・「潜在能力」・「国際開発」からのアプローチ
10. おわりに

1. はじめに

WTO 付属書 1-C の「貿易関連の知的財産側面に関する合意(the Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Properties: 以下『TRIPS 協定』)」が成立して久しく、知的財産(Intellectual Property: IP)を独占排他権である知的財産権で保護する制度(Intellectual Property System: 以下「IP 制度」)は、現在、国際的に普遍的な制度となっている。

そこに、「IP 懐疑論」及び「反知的独占論」(以下これら二つの論をまとめて「反知的独占論(against IP-monopoly doctrine)」という。)が台頭して来た。この「反知的独占論」は、IPR に関する多数のネガティブ事例を挙げて IP 制度の非なる意義を唱えている。

TRIPS 協定を仕掛けたのは経済大国のアメリカ合衆国(以下「米国」)であるだけに、定点的な見方をすれば、IP 制度の世界大の展開はとりわけ開発途上国(以下「途上国」)と利害を異にすることになり、前記「反知的独占論」を頷かせることになる。

そこで、更めて、IP 保護の「当為(E:oughtness G:sollen)あるいは正当性／正義(E:legitimacy/

(*) 校友, 特許業務法人日栄国際特許事務所会長, 弁理士, 日本大学大学院博士後期課程在学。

(**) 日本大学法学部 教授

justification G:Legilimität/Rechligkeit)」を多角的観点から検証し、更に TRIPS 協定が、途上国を含めて IP 保護の世界大での拡大強化を目的として展開されていることの「合理性 (E:rationality G:Rationalität)」をも検証する。

なお、これらの検証にあたっては、米国や途上国における憲法体制に関連する途上国特有の法文化と法理を背景に意識した。

2. 現代 IP 制度の先駆米国とアジアの IP 先駆日本が示す途上国が向うべき IP 制度の軌道

TRIPS 協定を仕掛けた米国の憲法(以下「米国憲法」)⁽¹⁾の前文には、次のように建国の理念が掲げられている。

「我々合衆国人民は、より完全な合衆国を形成し、法の正義(Justice)を確立し、国内の平穏を確保し、共同の防衛に備えをし、一般の福祉を増進し、そして、我々自身と我々の子孫に自由の恵沢を保障するために、このアメリカ合衆国憲法を制定する。」(筆者訳)

この前文の文脈から、米国が、自由の恵沢をもたらす民主主義と、そのための「法の支配(rule of law)」も建国の理念としていることが理解できる⁽²⁾。その自由の恵沢には、合衆国内での経済活動や精神活動の成果が含まれることは言うまでもない。

そして、この前文に掲げられた理念を具体化するよう、本文第 1 条 8 節 8 項⁽³⁾は、著作者と発明者の保護を規定する。

米国は、憲法に国防や税制などと並んで IP 制度の「正統性(political rationality)」を定め、著作者や発明者を、その精神活動の成果である著作物と発明につき

期限付きの独占排他権 IPR を付与して保護し、以て文化と共に米国の産業を発達させようとしたのである。

ウィリアム ベネット(William B. Bennet)の著書⁽⁴⁾では、民主主義及び自由主義と、とりわけ特許制度との深い関係が指摘されている。

この民主主義思想が特許制度と関連して述べられている理由は、米国の特許制度が、「発明者主義」で一貫していることにあると理解できる。

つい最近まで米国で IP 実務家として活動していた故ヘンリー幸田(Henry Koda)は、1776 年の米国独立宣言文を起草して後に第 3 代大統領となったトーマスジェファソン(Thomas Jefferson)の功績を挙げ、特許制度は米国の憲政史の中で、重要な位置付けがなされたと言う⁽⁵⁾。

そのジェファソンは、特許法案を起草し、これが、憲法制定の 3 年後の 1790 年に連邦法である特許法(以下「35USC」)として制定された。この 35USC は、意匠の保護も規定し、商標法(15USC)による商標の保護も併せて、米国の IP 制度の主軸となって米国を現在の産業大国に導いた。

しかし途上国(developing countries)の殆どは、イアン・ブラウン(Ian Brown)が言うように、商業中心の生業で宿命的な「商業国家(commercial states)」として永く生き続けて来た⁽⁶⁾。しかも先進国の植民地支配を受けてモノカルチャー(mono-culture)となった宿命がある。それらの地域では、既存の経済的価値の取引が中心で、科学技術の分野で新たな経済的価値の創造を旨としない傾向が強く残っている。

米国 IP 制度の国家そしてその産業への貢献の歴史は、100 年以上も前の 1885(明治 18)年から知財立国をしてアジアの IP 先駆となった日本のそれと共に、IP 制度を採用している現在の途上国が未来の運命開拓に向かう明確な軌道を示すことになるはずである。

(1) National Constitution Center(1988) “THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES” Philadelphia, p. 1 を参照。

www.constitutioncenter.org, 2019 年 3 月 12 日アクセス。

Declarational Preamble

‘WE THE PEOPLE of the United States, in order to form a more perfect Union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this CONSTITUTION for the United States of America.’

(2) AMERICAN CENTER JAPAN, “Rule of Law”

https://americancenterjapan.com/aboutusa/translations/3086/, 2019 年 3 月 12 日アクセス。

(3) 前掲注(1)を参照。

(4) William B. Bennett(1972) “The American PATENT SYSTEM An ECONOMIC interpretation” pp. 71, 72 を参照。

http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm

(5) ヘンリー幸田(1999) 『米国特許法逐条解説<第 3 版>』発明協会 p. 3 を参照。

(6) Ian Brown(1999) pp. 2-3, 9, 260-270 “ECONOMIC CHANGE IN SOUTH-EAST ASIA c.1850-1980” Oxford University Press を参照。

3. TRIPS 協定成立の経緯

1883年に「工業所有権の保護に関するパリ条約」が成立し、その3年後の1886年に「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」が成立し、その後数々のIP関係条約が結ばれてIP保護の国際化が進行した。

TRIPS協定はIP保護の更なる強化拡充を目指して、WTO協定の成立過程の中で締結されたのであるが、直接の要因は、1980年代初頭の頃から低下しつつあった米国の産業競争力である。

時の大統領ロナルド W. レーガン(Ronald Wilson Reagan)は、大統領産業競争力委員会(the President's Commission on Industrial Competitiveness)に命じ、「グローバルな競争—新たな現実(*Global Competition - The New Reality*)」と題した報告書を作成させた。これがいわゆるヤング・リポート(Young Report)である。

尾島明は、同レポートの中には、米国が他国との競争で優位にある技術開発力を維持し強化するには、IPの保護をグローバルな、すなわち世界大の広がりでも強化することが必要であると述べられていることや、その後の経緯を解説している⁽⁷⁾。

米国が、このような姿勢でGATT協定の交渉に臨んだ結果、WTO協定及びその附属書-1CであるTRIPS協定が成立したのである。

すなわち、WTO協定は、1947年の関税貿易一般協定(General Agreement on Tariffs and Trade: GATT)の下で立ち上げられたウルグアイラウンドで起草されたが、1994年GATTはWTO協定附属書1Aの一部として妥結され、1995年にその体制が成立した。

それまで、物品中心のGATTにおいて大きな議題となっていたのが、IP保護に関する実効性を担保する紛争解決手続と、その手続の限定的な適用範囲についてであった。

そこで、GATTの物品の貿易に関する部分を「物品の貿易に関する多角的協定」のかたちでWTO協定の附属書-1Aとして吸収し、サービス貿易に関する一般協定(General Agreement on Trade of Services: GATS)をWTO協定附属書-1Bとし、更にIPの保護の充実・拡大・強化のために、TRIPS協定が

WTO協定附属書-1Cとして締結された。

このように、WTO協定の附属書-1におけるA、BそしてCの協定で、GATT体制の物品からサービス、及びIPに貿易規律の対象が拡大したことを、GATTからの規律拡大という。

従って、WTO協定の紛争解決に関しては、IPにはGATT協定第22条と同第23条がTRIPS協定第64条経由で、また、サービス貿易にはGATT協定第22条と第23条経由で、司法的構造を採る「紛争解決に係る規則及び手続に関する了解」(WTO協定附属書-2)が適用されることになった⁽⁸⁾。

4. TRIPS 協定における知財保護と途上国ノ利害の調整

このようなTRIPS協定に参加した途上国は、IPRの権利行使(enforcement)に関する制度整備、並びにIPに関して権利保護を旨とする実質論にいわゆる「法の支配(rule of law)」の「実定性(substantive effectiveness)」が強く要求されることになる(協定第41-49条・第50-64条)。

途上国側は、自らのIP制度を先進国(developed countries)並みに強化することで、IPRによって当面、先進国に技術的あるいは経済的に支配されることになり、先進国とは利害が真っ向から対立する立場にある。従ってTRIPS協定には、途上国の利害との調整機能がなければならない。

この調整機能は、経過措置を含んだ柔軟性あるいは弾力性(以下「柔軟性:flexibility」)の規定構成と、「国際開発(international development)」の文脈上にあると言える途上国への支援ないし協力の配慮規定に顕れている(協定第66条第2項・同第67条)。

しかし、途上国では、TRIPS協定の要請を満足させる制度枠組の構築はするものの、IPに関する「法の支配(rule of law)」は、概して形式論の範疇の「法による支配(rule by law)」に止まる傾向にあり、現在までのところ、実質論のそれを満足するものではない。

TRIPS協定は、途上国に、その内国人のうち少なくともIP創造者の財産IPを「所有権化(monopolize)」する道を開かせ、「法の支配」の下に途上国自体の経済発展に貢献することになる。

(7) 尾島明(2012)『逐条解説 TRIPS 協定～WTO 知的財産協定のコンメンタール～ *Detailed Analysis of the TRIPS*』(2012)日本機械輸出組合 pp. 1-7 を参照。

(8) 小寺彰(2000)『WTO 体制の法構造』東京大学出版会 pp. 11-21 を参照。

何れにしても既存のパリ条約、ベルヌ条約、その後のローマ条約やワシントン条約では、IP 保護の枠組み構築が相当程度に各加盟国の裁量に委ねられていたところ、TRIPS 協定ではその保護枠組み構築の準則が強化された⁽⁹⁾。

5. TRIPS 協定の性格

(1) 柔軟性の規定

TRIPS 協定は、対立が錯綜する多国間関係の持つ宿命でもあるが、条約の国際間の「実定性(substantive effectiveness)」を保つために、権利・義務に関して曖昧さを含んだ柔軟性(flexibility)を有しているのである⁽¹⁰⁾。

TRIPS 協定前文の第7段には、「後発開発途上国が健全かつ存立可能な技術的基礎を創設することを可能にするために、国内における法令実施の際の最大限の柔軟性に関するこれらの諸国の特別なニーズを認め…」とある。

この基本方針に沿って第1条第1項では加盟国の義務を緩やかにし、第8条では、公衆の健康及び栄養、公共の利益促進のための国内措置の自由を、第65条では、この協定の適用義務の1年猶予や期間延長、中央計画経済から自由企業経済への移行過程にあり、IP 制度の構造改革と整備が必要な国に対する期間運用に関する配慮、技術分野によって物質特許を認めていない加盟国が、その分野に物質特許を導入するときの更なる期間適用延期を定める。

(2) 途上国への協力配慮の規定—「国際開発」の文脈

第66条第2項は、「先進加盟国は、後発開発途上加盟国が健全かつ存立可能な技術的基礎を創設することができるように技術の移転を促進し及び奨励するため、先進加盟国の領域内の企業及び機関に奨励措置を提供する。」と規定する。これは、途上国のうちの後発開発途上国に特化した規定である。

第67条は、「この協定の実施を促進するため、先進加盟国は、開発途上加盟国及び後発開発途上加盟国のために、要請に応じ、かつ、相互に合意した条件により、技術協力及び資金協力を提供する。その協力には、

知的所有権の保護及び行使並びにその濫用の防止に関する法令の準備についての支援並びにこれらの事項に関連する国内の事務所及び機関の設立又は強化についての支援(人材の養成を含む。)を含む。」と規定する。これは、後発開発途上国と開発途上国の両方に適用される規定である。

これらの規定は、幅広い「国際開発(international development)」の文脈となっている。

(3) 規律範囲の現代化対応及び強化点

ここでは、主だった事項とその関連規定について挙げ、その検討をする。

TRIPS 協定の成立により、WTO 体制の貿易制度の規律範囲が、GATT の物品すなわち有体物(corporeal thing)の経済的価値から、IP という無体物(incorporeal thing)の経済的価値へと、更に拡大・強化する国際的な制度(regime)が成立したことになる。

TRIPS 協定における規律範囲の拡大点、及び規律のあり方を含めた強化点を要約すれば、規律範囲、すなわち規律対象についてはその現代化であり、規律のあり方、すなわち規律の強化点については、権利行使(enforcement)を容易にして、前述の実質論で言う「法の支配」の「実定性」を強化する方向性を明確にしたこと、そして、特に発明特許について特許の存続期間の最低限を明定したことである。

① 著作物(第9条-14条)について

TRIPS 協定は、1883年に成立していたパリ条約や、その3年後に成立した著作物の保護に関するベルヌ条約の基本的な規律範囲を踏襲している。

TRIPS 協定では、ベルヌ条約が対象とする著作物について、経済的な権利とは言えない著作人格権を除いて、保護範囲の遵守が要求されており、また、著作物に関しても規律範囲の現代化が行なわれている。

すなわち、コンピュータ・プログラム(ソース・コードのものであるかオブジェクト・コードのものであるかを問わない。)や、素材の選択又は配列によって知的創作物を形成するデータその他の素材の編集物(edited works: 機械で読取可能なものであるか他の形式のものであるかを問わないが、当該データその他の素材を除く。)が対象となっている(第10条)。なお、これは、2002年に成立した「著作権に関する世界知的

(9) 加藤暁子(2003)「WTOのTRIPSにおける医薬品関連発明保護制度の斬新的発展—特許権を中心に—」『特許庁委託平成14年度産業財産権研究推進事業報告書』財団法人知的財産研究所 pp.1, 2を参照。

(10) ピーター・K・ユー(Peter K. YU)「国際的な囲い込みについて(3)」『知的財産法政策研究18号』(2007) pp.30-33を参照。

所有権機関条約」の第6条にも対応している。

途上国でも、当面、著作物保護の制度の普及・運用に注力することは、その国の産業の発達にも大きく奏効する重要なIP法制策となろう。

その他、コンピュータ・プログラム及び映画の著作物に関してその原作品又は複製品の商業的に公衆に貸与する貸与権(協定第11条)があり、これも、規律範囲の現代化対応の典型である。

そして、著作隣接権(right adjointed to the witten/composed works: 協定第14条)を明定する。

著作隣接権とは、実演家・レコード制作者・放送機関を保護する権利のことである。なお、この保護期間が20年と短いのは、原作を創造した者ではなく単に商業化して経済的利益を得ている者に対する保護だからである。

② 商標(協定第15-21条)について

協定第15条第1項の末尾に、「加盟国は、標識を視覚によつて認識することができることを登録の条件として要求することができる。」と規定しているが、この規定は視覚によらない商標の運用を否定していない。つまり、商品やサービスを識別することができるのであれば、視覚に限らず広く「知覚」で認識できる、例えば音や匂いなども商標(trademark)であり得ると反対解釈ができるのである。

現に日本では、平成27年、すなわち2015年から「知覚によつて認識できる標識」(日本商標法第2条1項)としてハナマルキ株式会社の「『塩こうじな～らハナマルキ』」が音登録第6029681号が「新しい商標」の態様として登録されている。

いずれにしても、貿易が行われて市場が世界大の広がりを持つようになっている現在では、商標の保護も世界大に展開されなければならない。

前述したように、当面「商業国家」において商標を市場で特別顕著なかたちで選択することは、途上国内国人(national citizen)の非科学技術分野の高い能力・資質が、市場に商品を効果的に認識させる商標的確な選択を可能にし、商標制度が途上国に格好なIP制度であることも明らかである。

③ 地理的表示(協定第22条)について

この地理的表示(geographic indication)は、ある商

品に関し、その確立した品質、社会的評価その他の特性が当該商品の地理的原産地に主として帰せられる場合において、当該商品が加盟国の領域又はその領域内の地域若しくは地方を原産地とするものであることを特定する表示を言うものとされる(協定第22条1項)。

加盟国の多くは、主として不正競争防止法の規制によりその保護を図っている。この地理的表示は、一次産品の輸出をする途上国における共同体のブランド形成に有効であり、そのTRIPS協定のこの規定に従った制度設計は途上国にとって重要である。

この地理的表示は、途上国の商標制度において、日本の「地域団体商標」保護の制度(日本商標法第7条の2)と同じ制度を設ければ、独占排他権により地域共同体のブランド形成・保護に貢献するはずである。

④ ぶどう酒・蒸留酒の地理的表示の追加(協定第23-24条)について

EU諸国の地名に対する強い独占的保護の主張と、ヨーロッパの地名と同一又は類似の地名が多く存在していることから来る米国やラテン系諸国の独占反対の主張とが対立する場で、突然の議長裁定の判断により、ぶどう酒等の地理的表示の追加的保護としてこの規定が容れられたという経緯がある⁽¹¹⁾。

この議長裁定は、例えば、ぶどう酒を地域ブランドにしようとしている途上国と、途上国のブランドを普通名称として使用しようとする先進国との対立に断を下したことに意義がある。

⑤ 意匠(協定第25-26条)について

意匠(design)は、日本の例でいえば、令和2年の改正法によれば、「物品(物品の部分を含む…)の形状、模様、若しくは色彩若しくはこれらの結合(以下「形状等」という。)、建築物(建築物の部分を含む。…)の形状等又は画像(機器の操作の用に供されるもの又は機器がその機能を発揮した結果として表示されるものに限り、画像の部分を含む。…)であって、視覚を通じて美観を起こさせるものをいう。」される。

従って、意匠保護の対象は、「物品」に限定されていた意匠の対象が建築物のような不動産や通信機器などの操作画面に及び、意匠制度の機能が拡大した。

TRIPS協定は、独自に創作された新規性(novelty)又は独創性(originality)のある意匠の保護要件を定め、

(11) 尾島明(2012)『逐条解説 TRIPS 協定～WTO 知的財産協定のコンメンタール～Detailed Analysis of the TRIPS』日本機械輸出組合 p. 103 を参照。

その際、その物品の外観が、技術的・機能的な由来により特定されているときは保護してはならないと規定する(協定第25条1項)。

意匠は、消費者の購買意欲を直接刺激するものであり、商品の販売促進に直接的に貢献して市場を活性化する⁽¹²⁾。しかし、この分野は、直接的には科学技術に関係せず、途上国内国人(national citizen)の非科学技術分野のとりわけ美術的な創作における高い能力・資質で、市場の購買意欲を直接刺激する商品の外観を創作することができるので、意匠制度の普及と強力な運用は、途上国にとって重要な法政策となる。

⑥ 発明(協定第27-34条)について

TRIPS協定第27条1項は、発明(invention)保護の要件(特許要件)として、新規性(novelty)、進歩性(inventive step/non-obviousness)及び産業上の利用可能性(industrial applicability)を示している。

協定第27条にある「注」の規定は、明らかに米国の35USC第103条の影響を直接受けているものであるが、米国ではこの概念の判断要素と「新規性」との判断手順につき、多くの訴訟で争われている⁽¹³⁾ほどに曖昧なのである。

この「発明」の成立については、製品開発の研究者である大門博が明快に教示している⁽¹⁴⁾。すなわち、発明は、「問題情報あるいはニーズ(needs)、すなわち技術課題」と、「そのような問題解決にはこのような手段、すなわち技術情報(technological information/seeds)と、それらの「組み合わせ(combination)」力の三要素で成り立つとされる。

これを、簡単な公式で表すと
発明 = (問題情報すなわち技術課題A + 技術情報B)
× (AとBの組合力)
となる。

従って、市場にある問題情報を新しく認識し、その問題情報に合った技術情報すなわち解決手段を「組み合わせ」ることで「新規性」のある発明が完成する。そして、これらの情報への「当業者」の認識力と「組合力」における難易度がその発明の「進歩性」となる。

実際には、問題情報の的確な把握が産業上有用な発

明をするための要であり、これは、抽象的に研究者の思索によって検知できることもあるが、多くは、前掲ハイエクが言う「現場の人(a person on hands-on hands experience)」⁽¹⁵⁾からもたらされるものである。

そうであれば、この問題情報に、的確に、しかもより速くアクセスできるのは「現場の人」、つまり、途上国ならばその内国人であるから、その内国人は、その国内で有用な発明をする競争において、IPRを外国人に先んじて獲得できるはずである。

要するに、途上国においては、その審査基準は内国人の技術水準と密接に関連し、特に技術水準の低い内国人の発明を特許すべきである。TRIPS協定には、「進歩性」の水準を低く運用しあるいは「進歩性」を要求しない制度設計も可能とする柔軟性がある。

また、発明には、概して物の発明、方法の発明、そして物を生産する方法の発明があるが、TRIPS協定第27条1.によれば、発明は、物であるか方法であるかを問わずに保護しなければならないとされる。

従って、TRIPS協定に加盟した途上国も、国民健康・公衆衛生に直結する医薬品及びその材料である効能物質(共に物の発明)に対する特許は拒否できない。これはIP保護の強化である。

そして、同条2項は、一般的な不特許事由に関するものであるが、公の秩序又は善良の風俗の判断基準は、国の文化が異なればそれによって異なるので、各加盟国に独自の不特許事由が規定される可能性がある。

これに加えて、同条3項は、加盟国が医療(診断方法・治療方法・外科的方法)や微生物関係以外の本質的に生物学的方法に特化して不特許事由を規定できるとする。

医療に関して不特許事由を規定するのは、これに独占排他的効果のある特許権を設定することは、国民健康・公衆衛生等の観点から好ましくないという理由からであり、また、本質的に生物学的方法を不特許事由とするのは、倫理・宗教上の問題が想定される可能性があるとの理由からである⁽¹⁶⁾。

なお、TRIPS協定におけるこの不特許事由は、ヨーロッパ連合理事会の指令(Directive)とヨーロッパ特許条約(European Patent Convention: EPC)で定められた'*ordre public and morality issue*'の思想による

(12) 高田忠(1969)『意匠』有斐閣 p. 1を参照。

(13) ヘンリー幸田(1999)『米国特許法逐条解説<第3版>』発明協会 pp. 73-93を参照。

(14) 大門博(1967)『製品開発と特許戦略』東洋経済新報社 pp. 67, 68を参照。

(15) ゲオルク・フリードリッヒ A. ハイエク(田中真晴・田中秀夫編訳)(2004)『市場・知識・自由—自由主義の経済思想—』ミネルヴァ書房, pp. 52-62を参照。ハイエクは「社会における知識の利用」に関して「現場の人」の問題提起力を示唆している。

(16) 前掲注(11)p. 129を参照。

と説明されている⁽¹⁷⁾。

⑦ 特許出願人に対する発明開示要求(協定第 29 条)について

これは、発明の明細書による開示要求であり、例えば先進国からの特許出願を途上国が受けた場合は、その明細書が後に続く発明創造のためのテキストとなり途上国の内国人はこの明細書から先進国の発明の技術を学ぶことができる。

この発明には、国際特許分類(International Patent Classification: IPC)で精緻な類別と関連体系が付与される。

この発明の開示が、特許出願の願書に添付される明細書によるものとされることは、IP 保護のグローバル化第 1 波として成立したパリ条約が前提とするところであり、特許制度のある全ての国でこの明細書の制度が採用されている⁽¹⁸⁾。

⑧ 強制実施権の設定を含む特許権者の許諾を得ていない他の特許発明の使用(協定第 31 条)について

この制度は、協定第 30 条が想定した試験・研究などのために実施することに対する特許権の効力が及ばないとした限定的な列挙範囲の場合とは別に、強制的に特許発明を実施しなければならない場合に発動されるものであり、典型的には強制実施権の設定を含む。

なお、この概念に入る制度は、日本のように(米国を除く)先進国にも存在するが、日本ではその発動の実績はない。しかし、カナダ、米国、ドイツや、最近ではイスラエルなどその発度実績が見受けられる。

この制度は、運用の次第によっては、特に途上国に有利に機能する制度である。

しかし、契約自由の原則、あるいは私的自治の原則の例外として国家が実施契約に介入する制度であることから、「法の支配」の下に政府の恣意を抑えるために、事前協議の実行を義務づけるなど TRIPS 協定はその発動を制限する条件を規定する。

⑨ 集積回路の回路配置(協定第 35-38 条)について

これも規律範囲の現代化の典型例である。この集積回路の回路配置については、「集積回路についての回路配置に関する知的所有権に関する条約」があり、

TRIPS 協定は、基本的にはその条約の規定に従って保護を定めるとする(協定第 35 条)。

⑩ 開示されていない情報の保護(協定第 39 条)について

パリ条約 10 条の 2 に規定する不正競争行為に関連して保護されるべき対象に、開示されていない情報(Protection of Classified Information)を具体的に挙げ、加盟国はそれを保護する義務があると規定した。これも規律範囲の現代化の例であると言える。

6. 権利行使並びに IP に関する「法の支配」に関する合意(協定第 41-49 条, 第 50-64 条)

TRIPS 協定は、権利行使や「法の支配(rule of law)」に関する詳細な合意を包含する。ここでは、とりわけ途上国の IP 保護における制度設計及びその利害と密接かつ直接の関係がある事項を採り上げて論じることとする。

(1) 一般的義務

侵害行為に対する効果的な措置を採る義務であり、これには、迅速な措置と予防措置が含まれ、加えて、濫用防止措置に関する制度作りも義務とされる(協定第 41 条 1-3 項)。特に、IP 関係の決定は、司法審査に服することを義務づける(同条 4 項)。IP に関する措置が司法審査に服するとされるのは、「法の支配」の「実定性」を担保するための国際的な努力の顕れである。

(2) 民事上及び行政上の手続及び救済措置

① 公正かつ公平な手続(協定第 42 条)

いわゆる正当手続(due process)の保障であり、ここでは、IP 民事訴訟につき独立の「弁護士」を代理人として選ぶことを認め、過度に重い手続上の負担を当事者に課してはならないとする。

ここにいう「弁護士」には、「審決取消訴訟代理権」を有し「特定侵害訴訟代理資格」も有する日本の弁理士は含まれないとされる。それは、弁理士が独立して訴訟遂行できる審決取消訴訟代理権は、審決という行政処

(17) Joseph Straus (2013) 'Order public and morality issues in patent eligibility' Toshiko Takenaka (Editor) "Intellectual Property in Common Law and Civil Law" Edward Elgar Publishing Limited (2013) Toshiko Takenaka (Editor) pp. 19-49 を参照。

(18) パリ条約は、その第 4 条 A (3) で、優先権の申立てをするものに対して、加盟国は、最初の出願に係る出願書類(明細書、図面等を含む。)の原本の提出を要求することができるとしている。

分に対する抗告訴訟の代理権であって民事訴訟の代理権ではなく、また、特定侵害訴訟代理権は、弁護士が受任した事件についてのみ行使できるものであって(弁理士法第6条の2)、ここでいう独立の「弁護士」とは解釈できないからである。

② 証拠方法の提出命令(協定第43条1, 2項)

特にIP訴訟において問題になる証拠提出命令であるが、これは秘密情報保護を条件とする。そして、故意にその提出命令に従わなかった場合には、相手当事者の提出した証拠に基づき判決ができることを規定する。

日本では、民事訴訟法第219-314条にわたり、書証となる文書や、これに準ずる図面、写真、録音テープ、ビデオテープのような情報を表すために作成された物件の提出命令を含んで詳細に規定されている。

③ IPR 侵害品の水際差止(司法では協定第44条1項・税関当局では第51条)

④ 司法当局の損害賠償支払命令権限と訴訟費用敗者負担の原則(協定第45条1, 2項)

これには弁護士費用も含まれる。

⑤ 司法当局によるIPRに関する侵害予防、侵害物品及び侵害物品生産設備の廃棄命令(協定第46条)

⑥ 司法当局によるIPR侵害者に対する侵害加担者の情報提供命令(協定第47条)

⑦ 訴訟当事者に権限行使手続の濫用があった場合の司法当局による当事者に賠償の支払いを命じる権限(協定第48条1項)

これは、いわゆる濫訴を行った者に対して、被告に生じた損害を賠償させることを規定する。

⑧ 行政上の手続(協定第49条)

司法手続によらない例えば税関当局による水際(国境)手続などの行政上の手続も、正当手続の関係諸原則に従わなければならないとしている。

⑨ 刑事上の手続(協定第61条)及び紛争の防止及び解決(協定第63, 64条)

IPRの侵害と不正競争の防止に関する刑事上の手続と刑罰を定めるとしている(第61条)が、これは罪刑法定主義に則るべきことを宣言しているものである。また、IPに関する国際間紛争の解決に関しては、GATT協定の第22条及び同第23条と、TRIPS協定第64条の紛争解決に関する規定の規定を経由して、WTO協定附属書-2として合意された「紛争解決に係る規則及び手続に関する了解」の司法的構造により処理される。

7. TRIPS協定下の途上国に効果的なIP制度及びその運用

ここで、持てる資源の故に、オランダに続き英国の植民地支配を受けてモノカルチャー(mono-culture)のすがたで「商業国家」となった人口3,200万(2017年現在)の多民族分節社会を抱える半島国家マレーシアの例を挙げて、途上国の内国人のIP創造状況を特許出願件数、意匠登録出願件数、そして商標登録出願件数をマレーシアに出願した外国人との対比で示す⁽¹⁹⁾。

すなわち、2010年のマレーシアへの特許出願合計件数は6464件、うち内国人のものが1,275件で19.70%、同年意匠登録出願合計は1,465件、うち内国人のものが699件で47.70%、そして同年の商標登録出願合計件数は24,070件、うち内国人のものが12,610件で52.38%となっている。

マレーシアでは、科学技術に関する特許分野においてIP創造に遅れを示し、反面、非科学技術に関する意匠・商標の分野では外国勢に対して健闘している様子が窺える。

このような途上国のIP状況を踏まえて、途上国のためのIP方策として以下の3点を挙げるができる。

(1) 職務発明・職務意匠制度における「特許・意匠登録を受ける権利」の帰属原則の整備

職務発明・職務意匠制度に関する制度設計と運用の内容については、TRIPS協定に格別の義務規定はない。換言すれば、加盟国は、自由にその制度設計と運用をすることができることになっている。

(19) 特許行政年次報告2011年版及びマレーシア知的公社(MyIPO)の統計データに基づいて推算した。

発明や意匠の創作は、精神活動の結果であるから、必ず自然人である個人がするものである。それ故に、「特許・意匠登録を受ける権利」という概念が IP の分野では重要視され、特に民主主義・自由主義の世界では、職務発明・職務意匠の創作であっても「特許・意匠登録を受ける権利」は、IP 創造をした個人に帰属することを原則とする。

この原則を代表して発明者主義(inventor-ship oriented principle)と言い、発明により国家が発展し経済力を持った国、すなわち、米国、ドイツ、オーストリア、そして日本を含む現在の先進国の多くがこれに立脚する。

これに対して、職務発明・職務意匠の創作の「特許・意匠登録を受ける権利」には、発明・意匠の創作に投資する事業主が原始取得するものであるとする使用者主義(employer-ship oriented principle)がある。それは、労働者の地位が低かった時代に多く観られたが、現在は、英国、スイス、フランス、イタリア、ポルトガル、スペイン、オランダなどに残っていて⁽²⁰⁾、途上国の多くも同様な制度となっている。

現代における発明・意匠の大多数が職務発明・職務意匠の創作であり、特に近時の技術の発達が職務発明でもたらされたという事実⁽²¹⁾、そして、後述するように、世界における特許出願などの件数大国が、米国、日本であったことを鑑みれば、発明者主義を職務発明・職務意匠制度の基本原則として、「特許・意匠登録を受ける権利」を発明者・意匠創作者たる従業員に帰属させる原則が、IP 創造の促進に効果的であることが判る。

かかる原則に立っても、職務発明・職務意匠の創作は、事業主の投資を考慮して、相当な対価を払って事業主が「特許・意匠登録を受ける権利」を発明者・意匠創作者から譲渡を受けて最終的には使用者たる企業が特許権者・意匠権者となるので、衡平を失することはない。

(2) 特許審査における「進歩性」判断の内国人技術水準(以下「技術水準」との調整 途上国の特許制度の運用にとりわけ重要なのは、

「進歩性」の判断である。

その判断手順としては、日本の裁判所でも採用されているのであるが、①判断対象となる本発明の特定、②引用発明の認定、③本発明と引用発明の共通点と相違点の認定、④相違点に関する「容易性」の判断、とされる⁽²²⁾。

一般的にその「進歩性」の判断基準は、当該加盟国の技術水準と発明保護の姿勢によって異なるべきである。この「進歩性」の判断運用のあり方は一般的に確立されている⁽²³⁾。

協定第 27 条 1 項 注に「進歩性」を「自明のものではないこと」と「同一の意義を有するとみなすことができる。」とあるのは、「進歩性」の判断運用次第で「新規性」に近い水準とすることを可能とする協定の柔軟性の顕れである。

例えば、通常の特許における「進歩性」の判断の基礎となる「その発明の属する技術分野の通常の知識を有する者つまり「当業者(a person skilled in the art)」の範囲を広く構えず、かつ発明の効果の程度に高いハードルを設定しない審査を行うことである。

これによって、途上国の低い IP 創造力の程度から乖離しない運用で特許保護ができることになる。

例えば、鍛造の分野では、周知の冷間鍛造でなる鋼棒を用いた「コンクリートの機械的接合を補強するための方法及び装置」のタイ特許第 4575 号の侵害刑事事件において、冷間鍛造がコンクリートの機械的補強の技術分野では周知ではなく当業者の知識の範囲ではないとして、「進歩性」を認めた王立国際貿易・知的財産裁判所(CIPITC)の判決(No.1358/2542)⁽²⁴⁾は、「当業者」を狭く想定した「当業者」の範囲を狭く採るアプローチとして高く評価できる。

なお、小特許制度や実用新案制度は、「進歩性」を特許要件としないかあるいは上述のように低い水準に設定するので、A. F. シューマッハー(Ernest Friedlich Schumacher)が提唱する「中間技術(intermediate technology)」⁽²⁵⁾の保護が容易になり、内国人の IP 創造の喚起に効果的である。

この「進歩性」の判断基準であるその発明の属する技術分野、つまり「当業者」の範囲は、当該国の内国人の

(20) 瀧野文三(1966)『使用人発明権論』中央大学出版部 pp. 22-26 を参照。

(21) 前掲注(20)p. 21 を参照。

(22) 加藤志麻子(2008)「科学分野の発明における進歩性の考え方」『パテント 2008 Vol. 61 No. 10v』日本弁理士会 p. 8 を参照。

(23) 西島孝喜『発明の進歩性～判断の実務～』(2008)pp. 57, 58 を参照。

(24) 筆者は、2012年10月27日より同年10月31日にタイで行われたアジア弁理士協会チェンマイ総会における研究委員会の特許部会での「進歩性の国際協調(A harmonization in inventive step)」に関するセッションに参加したが、そこで得た間接的な情報を元にして、タイのアソシエート S&I アジアに依頼して調査した結果、この判決が確認できた。

(25) Ernest Friedrich Schumacher “Small is Beautiful”. Blond and Briggs 1973. London

技術水準と直接関係するので、特許審査におけるその基準は、特許制度をその国の IP 創出を喚起するように機能させるために重要である。

その際、低い水準でその「進歩性」の審査をすれば、当然、外国人の発明も多数特許されることになるが、前述したように、内国人は国内の技術に関する問題情報には「現場の人」としてより速く遭遇できる有利な立場がある。

ここにいう国内の技術に関する問題情報とは、例えば、途上国によくある伝統技術や生活関連技術などの前述「中間技術 (intermediate technology)」のそれであり、途上国の特許制度では、この「中間技術」に関する技術の「特許化」が可能な「進歩性」の審査運用が肝要である。

この「進歩性」については、前述したように、この協定第 27 条 1 項の注で、「自明」でなければ「進歩性」があるとみなすことができると規定している。その「自明」は誰にとってそうなのかといえ、それは「当業者」なのであるから、途上国では前述の「当業者」アプローチを採る際にその範囲を狭く採れば、「自明」でない範囲が広がり、「進歩性」ありとされる範囲も広がる。

なお、途上国の中には、この「進歩性」に関して、とりわけ小発明・実用新案の保護制度が、通常の特許制度に比して低く抑える運用とするか、あるいは、「進歩性」を特許登録の要件としない制度設計となっている国もある。

もっとも、特許制度は、本来、内国人の IP 創造を奨励してその国の産業の発達に寄与することを目的とする。

その産業の発達には、一般的に、創造された発明が、新しさ、すなわち「新規性 (novelty)」と、「産業上の有用性」、すなわち「産業上の利用可能性」、そして、当該従来技術での「当業者」を基準としてどれだけ進歩しているか、すなわち「進歩性」を備えるものは保護されることである。

TRIPS 協定第 27 条 1 項で、「……特許は、新規性、進歩性及び産業上の利用可能性のあるすべての技術分野の発明について与えられる。……」と規定するのは、これらの特許要件とすることの「当為」を確認する意味もある。

そこで問題になるのは、当該発明が従来技術に比してどの程度進歩しているか、すなわち発明の「進歩性」

が特許要件とされることである。

何故ならば、この要件の採り方の判断は、その基礎を内国人の技術水準に根ざした水準に置くことで内国人の発明考案を広く「所有権化」することができ、途上国が TRIPS 協定の規律に従いながら自国の IP 戦略を展開するのに有効な手段となる。

(3) 途上国の商業的体質に適合する意匠・商標制度の活用強化

著作物の分野は当然として、とりわけ意匠の創作は、物品の外観の創作であって格別に技術的素養を必要としない。そして、途上国は、産業が商業中心の体質で科学・技術の分野で当面ハンディキャップがあるものの、文学や美術の分野で内国人の能力・資質が先進国に劣らない。従って、途上国にとって、意匠保護の制度は、IP 創出で先進国をキャッチアップして市場優位に立つための効果的な手段となる。

また、産業が商業中心の体質をもつ途上国では、市場の信用を化体する商標を活用することで、市場優位に立つ可能性が大いにある。例えば、マレーシアの例ではあるが、チャンドラン ゴヴィンダラジュ (V.G.R. Chandran Govindara.ju) とチャン-ユアン ウオン (Chan-Yuan Wong) が、商標はマレーシアにとって最も馴染む IP であるといっている⁽²⁶⁾のは、IP としての商標も、途上国に当面の市場優位を与える有力な手段であることを示唆する。

そして、意匠の創作や市場において特別顕著な商標を選択することは、美術の分野、文学の分野で先進国に比較して決して劣ることのない能力を有する途上国の内国人にとって、市場優位に立つための好適な IP 制度であることは、5.(3)⑤で述べたとおりである。

8. ボルドリンらの反知的独占論の根拠とする事例の概要

UN の機関である WHO、その他 NGO の運動で、医薬品の特許権に強制実施権を設定する制度の運用要件を途上国の国民健康や公衆衛生に関する福祉のため、WTO のドーハ宣言がなされた。

しかし、WHO や関係 NGO の動きや圧力は、TRIPS 協定の IP 保護を認めるという前提に立って

(26) V.G.R. Chandran Govindara.ju・Chan-Yuan Wong (2011) 'Patenting activities by developing countries: The case of Malaysia' "World Information 2011" p. 52 を参照。

いるので、いわばアンチ IP 論であるピーター ドラホス (Peter Drahos) の懐疑論やミケーレ ボルドリン (Michael Bouldrin) の明確な反知的独占論 (against IP monopoly doctrine) の立場に立つとはいえない。

ここで、そのアンチ IP 論を代表して、特にミケーレ ボルドリン (Michael Bouldrin) らの反知的独占論 “*against IP monopoly doctrine*”⁽²⁷⁾ がどのような事例を挙げてその論を展開しているのか、その骨子を少し敷衍したかたちで纏めて示すと、概ね次のとおりである。

蒸気機関の蒸気を別容器で膨張、凝縮させる新型蒸気機関を発明したジェームス ワット (James Watt) は、1768 年にその特許出願をして翌年特許された。そして、ワットの共同事業者である金持ち事業家マシュー ボウルトン (Matthew Boulton) が議会で働きかけをして、その特許権の存続期間を 1800 年までに延長させた。

ワットらは、その間、その特許権により、他の発明者が競争者となるのを抑止した。皮肉なことにワット自身も、他人の特許権で技術改良が阻まれた。このように、特許権は、産業の発達を阻害するだけである。

その顕れとして、ワットの特許権の存続期間中には、英国では蒸気機関の出力の伸びが年間 750 馬力に止まった。しかし、その特許権の存続期間を過ぎて 30 年間における蒸気機関の出力の伸びは、年間 4000 馬力以上であったし、特許権の存続期間中は殆ど変わらなかったその燃費効率も、1810 年から 1835 年までに、推定であるが約 5 倍に増大した。

このように、ワットの特許権存続期間が終了すると、蒸気機関の生産性や効率が急上昇したばかりでなく、蒸気動力自体が産業革命の牽引力となった。

ワットらが特許権を得ようとして議会工作したのは、競争を抑制する特権を得ようとして行った、経済学でいうレントシーキング (rent seeking) であって、合法的な独占という毒入り果実である。IP はイノベーションも創造性も伸ばさない。これらは不必要悪なのだ。

産業革命は遙か昔の出来事だ。これに対し IPR は現代の問題である。現代では、著作権や特許権がなくても、凄まじい速さで創造が起こる事例はいくつもあ。例えば、オープンソースソフトウェアが独占なしで成功している。

しかし、ソフトウェア産業では特許権と著作権で独占化が進み、イノベーションも大幅に低下した。特許権が大きく機能して現代的なソフトウェアがもたらされたというのは、紛れもなく幻想にしか過ぎない。

この本は、法の現状についてではなく経済について論じるのを旨とし、その経済において法はどうあるべきかを述べたものである。

従来の通説では、アイデア開発には、固定費と限界費用がかかり、模倣者が競争に参入するとアイデアに係る財の価格は限界費用にまで低下し、従って、競争を抑える独占がないとイノベーションはないとされる。

しかし、この通説は、限界費用が一定の場合や、模倣者の生産力に費用からくる制約がない場合にだけ有効なのであり、実際は、限界費用は増加する場合があります、また、模倣者であっても模倣に費用がかかって、生産力に費用からくる制約があるので現実的ではない。何故なら、模倣に少しでも費用がかかれば競争はない。

また、現実的な問題として、殆どの産業でのイノベーションの利益に重要なのは短期であり、長期にわたると新しいイノベーションにとって代わられる。

と。

9. IP 保護の歴史的事実と相違う反知的独占論

ボルドリン (Bouldrin) らに代表される反知的独占論は、IP 保護の当為 (oughtness)、あるいは正当性 / 正義 (legitimacy/justification) を否定し、引いては TRIPS 協定が目指す IP 保護とその強化の合理性をも否定することにもなる。

この反知的独占論に対しては、実質的に民主主義・自由主義の世界を代表する米国がその憲政史を以て反論してくれた。しかし、多角的な視点からも理論的に反論が出来るので以下に述べる。

(1) 法哲学と「開発法学」からのアプローチ

WTO・TRIPS 協定が展開する IP 保護の拡大・強化の「合理性」は、先ず IP 保護の「当為あるいは正当性 / 正義」を前提とする。そして、その IP 保護の「当為」「正当性」「正義」の問題は、本質が情報という無体物 (incorporeal thing) に所有権類似の独占排他権を

(27) Michele Boldrin・Devid K. Levine (2010) “*against intellectual monopoly*” CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS pp. 1-43 及び pp. 158-160 を参照。

設定することの是非の問題である。

ミシェル・ヴィレー (Michel Villey) の『ローマ法』(1955)には、要約すると次のことが述べられている⁽²⁸⁾。

彫像とその材料の陶土に関して、彫像は誰のものかという議論がアリストテレス学派とストア学ザビニ派の間でなされ、アリストテレス学派の「彫像の形相を創出した彫刻家」の所有に帰する。

この議論では、アリストテレス学派は、物の本質は形相 (prudential idea) であり、彫刻家の精神活動の成果である形相はその創作者の財産として私権の対象となり得ると論証したのである。

また、ローマ法の歴史では、ローマの政治家・哲学者・法学者であるマルキュウス T. キケロ (Marcus Tullius Cicero) は、やや学術的な章句を用いて、目に見えるものと意識だけで理解されるものとを区別することを広め、その後、ストア学派のルシウス A. セネカ (Lucius Annaeus Seneca) が、この区別を有体物 (corporeal thing) と無体物 (incorporeal thing) と命名した。

このように、ヴィレーは、哲学でいわれる形相、すなわち無体物の例として彫刻家の IP を挙げ、これを利益として私権の対象となし得るとし、無体物の所有の法哲学 (legal philosophy) における理論的根拠を示した魁が古代ギリシアにあったことを教示する。

この議論により、無体物の概念が、ローマ法の歴史の中では相続財産の総体や通行権等と共に拡大し、その理論的帰結として IP 保護の「当為」が確認され、そのことが IP 保護の強化・拡大の「合理性 (rationality)」を裏付ける基礎とした。

そして、この知的創造の成果は創造した者に属するという思想は、前述「職務発明制度 (employee' invention system)」における「従業者帰属の原則 (inventor-ship oriented principle)」の「当為」を裏づけることになる。

また、この議論からは、人の権利つまり人権の問題として、IP に対する規範意識 (norm consciousness) の原点を観察することができよう。

IP が IPR として保護されるべきことは、近世の法哲学の分野でも明確に承認された。それは、IPR が

人格権であるとする弁証法の創始者ゲオルク W.F. ヘーゲル (Georg Wilhelm Friedrich Hegel) や、17-18 世紀に登場して天賦人権説を唱えた英国のトマス ホッブス (Thomas Hobbes)、労働価値説のジョン ロック (John Lock) などによる。

ヘーゲルの IP 保護論が人格権論 (personality theory) に立脚するものであるとされることには、大いに異論のあるところではあるが、その IP 保護論を要約すると以下のようなものである⁽²⁹⁾。

前述ローマ法における概念、無体物を「使用」という行為の「物の非実体性」として把握し、次に、「精神的産物」は、創作として、すなわち「外化」されたかたちで、他人も利用できるようになるが、発明者や著作者は、それが他人の所有に帰することなく自らの所有に帰することを望むものであり、このことに、発明者や著作者の権利の実体が求められなければならない。

これによれば、ヘーゲルの IP 保護論は、むしろ所有権論に近いものであろう。

また、天賦人権説を代表するロックは、個人の所有権が成立する理論的な根拠を、個人の労働に置いている⁽³⁰⁾。

大地にあるものは、神が人類の生活のために与えた人類の共有物であるから、そのままでは何人も排他的な権利は持ちえない。しかし、この共有物でも、それに個人がその労働によって有益なものとした場合は、そのものは同じく神が創ったその個人の排他権の対象となる。

ここには、IP のように創造したその瞬間から情報として創造者たる個人から離れて人類の共有物となる性質のものに対して、個人固有の IP 創造という労働の成果として独占排他権を認めることの当為の論理が展開されている。

ジョン ロック (Jhon Locke) を中心とする IP 所有学説は、ロッキアン (Lockean) といわれ⁽³¹⁾、その思想は前述アリストテレスの IP 所有思想に系譜があると言えよう。

何れにしても、IP に対する独占排他権を設定する

(28) ミシェル・ヴィレー (田中周友・赤井節共訳) (1955) 『ローマ法』白水社 pp. 77-86 を参照。

(29) ゲオルク・ウィルヘルム・ヘーゲル (1955) (岡田隆平・速水啓二共訳) 『法の哲学』岩波書店 pp. 67-69, 100 を参照。

(30) ジョン・ロック (加藤節訳) (2011) 『統治二論』岩波書店 pp. 325-331 を参照。

(31) 前掲注(17)p. 19 を参照。

ことの「当為」は、既に古代に論証されており、それがローマ法の時代に継承され、そして近世の法哲学において確立されて現在に至っていることが判る。

そして、最後に現代の碩学の論を観ることにする。すなわち、ロバート P. マージェス (Robert P. Merges) は、IP 保護の「当為」あるいは「正当性 (legitimacy)」を「正義化 (justifying)」の問題として捉えて論じている⁽³²⁾ので、その論理の都合上ここに要約して示す。

ロックは、自然における有体物は万人に「競合的」であり、これに対して労働によって加工を加えて新しい価値を形成した部分に所有が生じる。何故なら、その労働はこれを行った個人が所有するものだからであるとする。

イマニエル カント (Emanuel Kant) は、所有は個人の対象物に対する自立的占有の意志に根拠があり、占有の意志が表明された後は、他人はこれを尊重しなければならないとする。

前者は労働に後者は個人の自律的な意志に所有の根拠を置くがこれは共に支持できる。

そして財産権は、独占的なものであるから、社会においては「配分的正義 (distributive justice)」に合うものでなければならない。知的財産は、それ自体社会に利益をもたらすものであるから、「配分的正義」に適っている。

ここで途上国に特化した財産あるいは資産一般についてではあるが、IP についても示唆に富んだ説示があるのでここに挙げる。

エルナンド・デ・ソト (Hernando De Soto) は言う⁽³³⁾。

途上国の内国人には、実は、豊富な「財産 (asset)」がある。しかし、彼らはそれを法的に確定する「所有権化 (monopolize)」の道を見ず、あるいはその認識がない。「所有権化」されない「財産」はこれを運用するのでなければ経済発展に繋がらない。財産をあるいは資産を「所有権化」すれば運用可能な「資本 (capital)」となり、その運用により経済発展を可能にする。

と。

もし途上国の内国人が発明をしたらそれは彼又は彼女の財産となるが、無体財産 (incorporeal asset) であるが故にそのままではその発明者の経済活動には繋がらない。そこで途上国が採用した特許制度で特許出願がなされれば特許権を得ることができる。それは「所有権」に近似した独占排他権となり、経済的に運用可能な「資本」と化する。

ボルドリンらは、彼らの本が、経済について書かれたものであって、法の現状ではなく法はどうあるべきかについて書かれたものだと述べながら、IP の属する無体物たる利益の保護についてあるべき法哲学の観点を欠き、法はどうあるべきかについて言及がない。

また、ボルドリンらは、ワットの新型蒸気機関の発明に特許が与えられたが、その特許権存続期間の間は産業の発達を阻害したし、他人の関連特許でワット自身もその他人の特許関連で実施を阻害されたという。この場合、産業の発達が公益であるのだが、私権である特許権との調整が問題となろう。

つまり、特許権は、存続期間という公益・私益の調整手段により、所有権のような消滅することのない絶対性が排除されたものである。しかし、ボルドリンらはこのことを無視しているのみならず、私権である特許権は、その気になれば契約により他人とのクロスライセンスでその発明を実施化できたはずであったことも無視している。

なお、ボルドリンらは、特許権存続期間が切れた後で蒸気機関の出力改善ができたということを描いているが、このことも、クロスライセンスにより改善発明の実施化が行われなかっただけであって、それまでに改善発明がなされず産業の発達に進展がなかったことを意味しない。

そして、ボルドリンらは、ワットの特許に関するレントシーキングを描くが、このことは、当時の英国普通法の中にあつた特許制度における議会工作が経済学という市場原理と異なる活動であつただけであり、制度の本質論とは無関係であろう。

特許制度がなくて発明者が特許を取得できなかったことにより、他人の模倣で発明者の事業が成り立たず、実際に産業の発達に繋がらなかった例は日本には少なからずあつた。例えば、明治年代の専売特許条例 (1885 年) が施行される前のことであるが、ガラ紡発明者の臥雲辰致のように、多くの者が発明の成果を模

(32) Robert P. Merges (2011) "Justifying Intellectual Property" Harvard University, pp. 32-42, 72-85 を参照。

(33) Hernand De. Soto (2001) "The Mystery of Capital" Clays Ltd. pp. Great Britain, 1-13, 231-235 を参照。

倣されてしまい、事業が成り立たないまま赤貧のうちに没落してしまった⁽³⁴⁾。

また、途上国に関しては、「開発法学 (development jurisprudence)」からのアプローチは欠かせない。論述の都合上、ここで「開発法学」の立場について述べる。

安田は、その「開発法学」の立場から、途上国の地域には、その地の伝統に根差した共同体 (community) の共同法理 (community-oriented principle of law) をなす固有法 (proper law) と、世界大で広がる市場法理 (market-oriented principle of law) をなす移入法 (imported law) と、「開発体制」関連で政府権力の指令をなす指令法理 (directive-oriented principle of law) が共存すると言う⁽³⁵⁾。

なお、安田は、また、市場と共に世界大の広がりをも有する移入法の IP 制度による権利と途上国の コミュニティーにおける共有財産 (public goods: 公共財) との調和・調整が重要であるともいう⁽³⁶⁾。これは、IP 制度が共同法理にも馴染む可能性を示唆するが、その一方で、IP 制度の途上国への導入は、当該途上国の社会の実態に基点をおいて慎重に進めなければならないことも示唆する。

何れにしても、ボルドリンらは、現在の「開発法学」からの慎重なアプローチは全く考慮に入れておらず、その主張は説得力に欠ける。

(2) 「法の支配」からのアプローチ

世界で、国家として承認されている殆どの国の IP 制度は、例えば、発明保護には特許法、意匠保護には意匠法、そして商標保護には商標法、著作物保護には著作権法という成文法による。

そこで IP 保護の「当為」あるいは正当性 / IP 保護の正義化」とその強化拡大の「合理性 (rationality)」とを

検証するには、現在の「法の支配 (rule of law)」の概念についての明確な認識が必要となる。

これは、難しいことではあるが、ザ ワールド ジャスティス プロジェクトのリポートにある 9 ファクター⁽³⁷⁾を規準とするのが、現代の「法の支配」の実態が示すかたちが示唆されるので妥当である。

もとより、この「法の支配」の概念に基礎を与える考え方 (思想) は、洋の東西において存在する。

しかし、主として西洋社会とその文物の影響を強く受けている地域のそれと、主として東洋社会つまり中国の文物の影響を強く受けている地域のそれとは、その生い立ちから来る意味内容は基本的に異なる。

そこで、先ず、西洋社会に属する研究者の「法の支配」の考察を観る。

ローレンス フォスター (Lawrence Foster) によれば、「法の支配」とは、最狭義では、様々な決定が、裁量をまじえず、周知の原理又は法律を適用して行われることによって、個人が政府の恣意から護られる法制度を言うことされる⁽³⁸⁾。

また、トム ビンガム (Tom Bingham)⁽³⁹⁾ は、国際法の分野で、「法の支配」に人権思想が加わり、各国内の国内法に浸透してゆく関係や、その実定性を担保する法制度のあり方を論じている。

フリードリッヒ A. ハイエク (Friedrich August von Hayek) は、「法の支配」を、「政府が行なうすべての活動は、明確に決定され前もって公表されているルールによって規制される、ということの意味する。」と言う⁽⁴⁰⁾。

ハイエクのこのような考えによれば、「法の支配」の社会に対する意義は、政府や行政の権力は明定された法により自由裁量が限定されることで人権が護られる点にあることにある。

(34) 特許庁監修 (1970) 「資料編」『発明総覧』通称産業調査会 p. 16 を参照。

(35) 安田信之 (2005) 『開発法学アジア・ポスト開発国家の法システム』名古屋大学出版会 pp. 5-32 江参照。

(36) 安田信之 (2010) 「アジア知的財産政策と制度 過去・現在・未来—アジア法・開発法の視点から」小野昌延・岡田春夫共編『アジア諸国の知的財産制度』青林書院 pp. 3-32 を参照。

(37) The World Justice Project 2015 (2015) “Rule of Law Around the World” pp.10-15 を参照。

以下の如く「法の支配」の概念規準となる要素を挙げている (筆者訳)。

Factor 1: Constrain on Government Power (政府権力の制限)

Factor 2: Absence of Corruption (汚職がないこと)

Factor 3: Open Government (開かれた政府)

Factor 4: Fundamental Rights (基本的人権)

Factor 5: Order and Security (秩序と安全)

Factor 6: Regulatory Enforcement (適正な規制)

Factor 7: Civil Justice (民事訴訟手続の保障)

Factor 8: Criminal Justice (刑事訴訟手続の保障)

Factor 9: Informal Justice (略式訴訟手続の適正)

(38) ローレンス・フォスター (田辺誠訳) (1993) 「中国と法の支配」『広島法学 16 巻 4 号』広島大学, p. 369 を参照。

(39) Tom Bingham (2011) “The Rule of Law” Penguin Group pp. 66-109, 117, 118 を参照。

(40) ゲオルク・フリードリッヒ A. ハイエク (西山千明訳) (2013) 『隷属への道』pp. 92-110 を参照。

ブリアン Z. タマナハ(Brian Z. Tamanaha)は、「法の支配」を形式論と実質論で論じることができるとして、次のように整理している⁽⁴¹⁾ので、要約して示す。

形式論は、「法の支配」を法「による(by)」支配であるとし、法を政府による支配の道具とする考えでありドイツにおける概念「法治国家(rechtsstaat)」の一部である。これは、議会法という民主主義の手續に則れば、法の内容とは関係がなく、一般的、予測可能性、明確性、確実性だけの形式的合法性があればよいとして、かつての米国奴隷制度の容認もした。

実質論は、「法の支配」を、財産・契約・プライバシー・自治を中心とした個人の権利を包含し、尊厳への権利及び/又は正義や社会福祉・実質的平等・共同体の維持のための概念とみる。

この意味の「法の支配」によれば、また、在朝・在野の法律専門家の資質や能力、裁判手続の迅速さ、そしてその公正さ、特に刑事事件の被告に不利な証人の身の安全確保手段などが確保されていなければならないとされる⁽⁴²⁾。

そもそも実質論での「法の支配」の思想は、紀元前の古代ギリシアの哲学に遡るのであって、プラトンやアリストテレスの議論とアテネの民主主義にその淵源が求められる⁽⁴³⁾。

そして、この思想に、1689年の英国議会による人権宣言(大憲章)と、1789年のフランス革命による人権宣言で人権思想が加わり、米国や西欧社会に普及した。それは、1948年にUNでなされた世界人権宣言で普遍的理念となり、その2年後のヨーロッパ人権条約で、少なくともヨーロッパ連合(European Union: EU)の中で規範としての「実定性(substantive effectiveness)」が顕著になった⁽⁴⁴⁾。

更に19世紀以降は、この立法の思想概念から拡大して、法は願望として形成された立法意思の産物であるという概念、すなわち法を「道具」として捉える考え方が広がった⁽⁴⁵⁾。これは、「法の支配」を法「による」支配とみる形式論の範疇に属する。

次に、東洋社会の典型である中国の「法の思想」関連

の考え方(思想)を中心に検討する。

明代末の歴史家黄宗羲は、中国では夏、殷、そして周の二帝・三王のときまでは民を慮った法つまり実質論の「法の支配」があったが、その後はその思想は消失したと言う。

そうすると、アンヌ・チャン⁽⁴⁶⁾によれば、現在の中国で展開されている「依法治国」は支配の「道具」論としての「法による支配(rule by law)」に通じるものとなる。孔子が「国家統治の道具」として唱えた儒教の精神内面に関する「仁」、及びそれを外面に表現する「礼」と、商鞅と韓非子で知られる法家の「規矩」は、明らかに形式論の「法による支配(rule by law)」に属する規範概念である。

しかし、人間の自然・自由を「無為」として提唱する「老子」の思想⁽⁴⁷⁾は、実質論の「法の支配」に近い内容を有している。

このように、中国の「法の支配」も西洋のそれと同様に紀元前からの伝統を持ち、その概念は多様な内容を含むので、現在の中国政府の「依法治国」を実質論の「法の支配」と対照して論じるには、現実の政策展開がどの内容に向かっているのかを深く慎重に観察する必要がある。それは、中国の「法の支配」も、権力に制限をかけるという作用があり、この意味で実質論の「法の支配」と共存できる余地があるからである。

なお、ローレンス・フォスター(Lawrence Foster)は、中華人民共和国の建国における1950年憲法と共に進められた「法の支配」は、1967年に始まった文化大革命がクライマックスに達した時期に実質論としての「法の支配」は廃止されたと言⁽⁴⁸⁾、次の毛沢東語録を紹介している。

我々は法の支配よりも人の支配(人治)を選ぶ。すべての人民が人民日報の社説に従っている。いま、法の必要性がどこにあるうか。

と。

また、中国司法の頂点は最高人民法院であるが、とりわけ最高人民法院は、全国人民代表大会とその常任委員会に対して責任を負うことになっている(中国憲法第128条)。そして、その院長は全国人民代表大会

(41) ブリアン Z. タマナハ(四本健二監訳) (2011) 『法の支配を巡って 歴史・政治・理論』現代人文社 pp. 129-161 を参照。

(42) Tom Bingham (2011) “The Rule of Law” Penguin Group pp. 85-109 を参照。

(43) 前掲注(42)の pp. 10-33 を参照。

(44) 前掲注(41)の p. 39 を参照。

(45) 経済産業研究所 (2015) 「中国における『依法治国』～四中全会決定と中国における法治の今後の展開」経済同友会中国委員会での講演を参照。

(46) アンヌ・チャン (2010) 『中国思想史』(志野好伸・中島隆博・廣瀬玲子共訳) 知泉書房 pp. 175-202 を参照。

(47) Randall Peerenboom (2002) “China’s Long March toward Rule of Law” Cambridge University Press p. 4 を参照。

(48) 前掲注(36)の p. 369 を参照。

で選挙され、副院長、各「裁判廷」の院長、副院長、「裁判員(裁判官)」は、同常任委員会によって任免される。この裁判官達を任免する実質的権限は、制度上党にあることになっている⁽⁴⁹⁾のであるから、基本的に司法の独立はない。従って、「法による支配」はともかく実質論の「法の支配」はない。

前掲ハイエクは、「社会主義は『法の支配』と相入れない」とまで断言している⁽⁵⁰⁾。

しかし、現在の中国では、市場経済と結合していることから、IP 制度の分野においては、IP 専門裁判所を設け、前述「依法治国」の「法による支配」を、専門性の観点から充実させて実質論の「法の支配」に近づけて展開する努力は窺える⁽⁵¹⁾。

前述したような中国の形式論の「法の支配」、すなわち広範囲にわたる含意ヴァリエーションの中でそれは可能なのである。

この IP 保護に関する現在中国の動きは、憲法上に IP 創造奨励とその支援の要請があって(中国憲法第 47 条)⁽⁵²⁾、その要請を司法分野で実効あらしめようとする現体制での努力の顕れである。

そして、これらの中国政府の努力は、IP 制度を市場法理と整合させる努力であり、その「法の支配」を実質論のそれに近づけるものであって無駄ではない。何故ならば、中国憲法で、中国が人民民主主義の国家であると謳い(第 1 条)、その全ての権力(主権)は人民に属するとしている(第 2 条)のであるから、IP 制度を民主主義の理念に沿って運用すれば、その「法の支配」は、市場法理と整合することになる。

中国では IP 模倣品が大量に製造されて国内市場に蔓延し IPR 侵害事件の多発が深刻化している⁽⁵³⁾ばかりでなく、これらの IP 模倣品が ASEAN 地域の国々の市場を席卷している。

これは、中国の実用新案制度が方式中心の審査で制度であって、登録前の考案の「新規性」「進歩性」など

の実体審査がなされなかったことで、制度乱用の素地が中国社会にあることが原因の一つのように思える

転じて、途上国における IP 関係の「法の支配」も、実質論の淵源に遡った意味のそれとしては未だ曖昧であるといわなければならない。

何れにしても、中国の「法の支配」の現状は、ASEAN 諸国でもインドシナ半島大陸部で中国と国境を接するベトナム⁽⁵⁴⁾、ミャンマーそしてラオスの隣国タイ⁽⁵⁵⁾、更に華人が人口の 30% 弱を占める半島・島嶼部のマレーシア⁽⁵⁶⁾やインドネシア⁽⁵⁷⁾のように、国中に IP 模倣品が増大蔓延している事実が裏付ける。

それは、この地域の内国人(national citizen)の、少なくとも IP に関する規範意識(norm consciousness)の低さが原因しているものといえる。

かくして、途上国における IP 関係の「法の支配」の課題は、制度的な改革に加えて、大きく内国人の規範意識の向上にある。

ところで、IP 保護関連の「法の支配」では、前述したように建国以来憲法上の要請として強力に展開して来たのは米国である。

しかし、米国に対する一般的な「法の支配」の評価が、102 カ国中 19 位と低いことを前掲ザ ワールド ジャスティス プロジェクトのリポート⁽⁵⁸⁾が示している。これは意外な事実であるが、建国時に胚胎していた人種差別文化が根強いことによるものと推測される。

現代においては、1948 年 12 月 10 日に UN の総会で採択された世界人権宣言第 27 条が、発明者や著作者の権利を人権として認めている⁽⁵⁹⁾のであるから、その保護に向かった IP 制度の構築と運用こそ真に「法の支配」に適うあり方であろう。米国は IP に限って世に範を垂れていたとする他はない。

なお、現時点での途上国の「法の支配」については、ニック チースマン(Nick Cheesman)の「法と伝統秩序(law and order tradition)」が、当面展開可能な「法の

(49) 豊平佳子(2008)「現代司法制度についての考察」『名古屋大学院論集 社会科学編第 44 巻 4 号』pp. 217, 218 を参照。

(50) 前掲注(40)の pp. 107-110 を参照。

(51) 熊琳「中国でも知財裁判所が正式発足」『時事速報』p. 1 時事通信社を参照。

(52) 中国憲法第 47 条 中華人民共和国の公民は、科学研究・文学・芸術創作・及びその他の文化活動を行う自由を有する。国家は、……人民に有益な創造的活動を奨励し、援助する。

(53) JETRO(2012)『模倣品対策マニュアル 中国編』pp. 130, 131 を参照。

(54) JETRO(2007)『模倣品対策マニュアル ベトナム編』p. 5 を参照。

(55) JETRO(2008)『模倣品対策マニュアル タイ編』p. 35 を参照。

(56) JETRO(2010)『模倣品対策マニュアル マレーシア編』pp. 8-13 を参照。

(57) JETRO(2016)『インドネシアの模倣品対策に関する調査』p. 6 を参照。

<https://www.jetro.go.jp/world/reports/2016/02/096e1028806e981a.html>

(58) The World Justice Project(2015)“Rule of Law Around the World” pp. 6, 152 を参照。

<http://worldjusticeproject.org/factors>

(59) アムネスティ日本訳第 27 条 1.(前述)アムネスティ日本『世界人権宣言』を参照。

<http://www.amnesty.or.jp/human-rights/music-and-art/passport/udhr.htm>

支配]概念として一考に値する。

このように IP 制度の有効な展開に必需とされる「法の支配」について言及することなくして反知的独占論を展開するべきではない。

ボルドリンらの反知的独占論は、前述 IP 保護の「当為」「正当性」「正義」と、その拡大強化の「合理性」を前提にした「法の支配」の展開の論証を踏まえていない。

(3) 市場原理論からのアプローチ

この市場原理 (market mechanism)⁽⁶⁰⁾ とは、市場に備わる自動調節機能のことであるが、具体的には「個体の最適化 (optimization of an individual)」と系の「予定調和 (preestablished harmony in a system)」である。

「個体の最適化」は、人間の例でいえば、受動的合理性により環境に適応していく行動である。

例えば、ある価値のある財をある価格で製造・販売する者がいる環境の市場系において、これと同じものを後から製造・販売する者は、先の製造・販売者の手法を模倣できるから、それより安価な財を製造・販売できる。これは、製造・販売者という個体が最適化行動を採っていることを意味する。

このようにして、その市場系ではその財に関して価格競争の連鎖が生じ、一物一価の法則に従い、最終的には利益が出なくなる寸前まで価格が下落した状態で収まり、その財について市場の活性は終息する。これが「系の予定調和」である。

この想定には、人間固有の能動的合理性は入っておらず、その能動的合理性の行動態様である発明や技術革新が論外とされている。そこで、E.F. シュムペーター (Joseph Alois Schumpeter) は、この人間の能動的合理性の顕れである発明、すなわち新商品の開発、新技術開発の競争が資本主義経済をかたち作るとしている⁽⁶¹⁾。

これによれば、発明等の技術革新が市場系を活性化状態で予定調和させることになる。しかし、シュムペーターのこの理論によっても、模倣による価格競争はなくなり、市場の活性状態は一時的なものに止まり、最終的には終息状態で「予定調和」することになる。

そこで、新技術を中心とした IP の創造者に、一定

の期間、一定の範囲で独占排他権、すなわち IPR を与え、模倣を抑止しながら市場に商品の流れに「落差 (potentiality)」を設けることが必要になって来る。IPR は市場の流れにこの「落差」を形成し市場の活性を維持するのである⁽⁶²⁾。

IP 制度は、とりわけ新規の発明につきその発明概念の範囲で独占排他権を設定する。その権利者の一定の期間、一定の範囲で市場優位に立つことができ、市場原理の支配する自由経済市場の活性を維持する機能を有する。

ボルドリンらの反知的独占論では、市場原理が支配する自由市場において、IP と IPR が市場の活性を維持する機能を有していることが論じられていない。

(4) 途上国の教育水準・識字率・「潜在能力」・「国際開発」からのアプローチ

IP 創造は、IP 創造行動を選択する「潜在能力 (capability)」の開発によって喚起されることは、アマルティア・セン (Amartya Sen) が示唆している⁽⁶³⁾。

すなわち、IP を創造するには、ものを学び習う能力が前提になり、これは識字能力が基礎となる。

翻って、2008 年 9 月のユネスコ統計研究所の推計値では、識字率が、タイの女性 92.3% 男性 95.7%、ベトナムの女性 86.9% 男性 93.9%、マレーシアの女性 89.1% 男性 93.9%、その他、最近軍政からの脱却をしつつあって明確に後発開発途上国であるミャンマーですら女性の 86.4% 男性 93.9% と非常に高く、100 年余り前の日本における産業の揺籃期を遥かに凌いでいる⁽⁶⁴⁾。

このように、現在の途上国内国人は、教育水準も識字率も高い。

それにもかかわらず、途上国の内国人が IP 創造の道を選択することなく過ごしているのは、途上国産業が未だに「商業国家」の体質のまま、内国人は自らの「財産」を「資本化」することなく、しかも既存の経済的価値の取引に終始していることによる。

ここに、途上国の国籍を有する内国人、そのうちのとりわけ国内資本企業が、自律的に IP 創造力を高め IPR で自らの富を蓄え、グローバル市場で市場優位

(60) 永谷敬三(1999)『日本経済学』中央経済社 pp. 2-7 を参照。

(61) シュムペーター(1995)ジョセフ アロイス シュムペーター(中山伊知郎・東畑精一共訳)『自由主義・社会主義・民主主義』東洋経済新報社、pp. 130-132 を参照。

(62) 拙著(2010)『自由主義経済の道理』『平成立国の書』社稷を知る弁理士の会、図を参照。

(63) アマルティア・セン(大石りら訳)(2009)『貧困の克服—アジア発展の鍵は何か』集英社第 22 刷 pp. 24-26 を参照。センは、ここで日本の明治時代半ばのころの高い識字率について述べている。

(64) ユネスコ統計研究所(2008)『アジア太平洋 20 カ国の識字状況の比較』p. 1 を参照。
<http://www.accu.or.jp/shikiji/overview/ov03j.htm>

に立つことができるようにすることが必要になり、それは、その国の IP 法政策の選択により可能となる。それと同時に、ここに、途上国においては、特に学校での IP 創造教育の重要性が高まるのである。

途上国の内国人は、文学の分野あるいは美術の分野における資質と能力は、決して先進国の人々に劣るものではない。このことは、特に現在の途上国における内国人の「潜在能力」の高さからして十分うなずけることである。

このことに思いを致せば、例えば、市場の取引秩序を維持しながら商標に化体した信用を保護する商標制度、市場の購買意欲を直接刺激する物の外観である意匠を保護する意匠制度、そして、創作した著作物を保護する著作権制度の運用強化は、途上国にとって当面最適な IP 法政策の選択であると言える。

また、前述したように TRIPS 協定自体も、「国際開発」による途上国支援の規定(第66条2項, 第67条)を含んでいて、途上国もその支援を享受しつつあることは、TRIPS 協定で IP 保護の拡大・強化を指向することの「合理性(rationality)」も裏付ける。

しかし、「反知的独占論」は、ひたすら IPR の独占により IP の後発創造を妨げることを主張するのみである。

10. おわりに

自由主義、民主主義を国家理念としている米国は、建国・立憲のときから IP の保護をして現在に至っている。そして、TRIPS 協定を仕掛けたのも、経済大国の米国であった。

この TRIPS 協定は、世界大の広がり度で IP 保護の強化・拡大をするために、広く途上国も巻き込んで締結された。

このような IP 保護の「当為(E:oughtness G:Sollen)」は、遠い昔のギリシアの哲学者達により論証され、それはまた、その後の法哲学や「法の支配(rule of law)」論に承継されて、現在は IP 保護の「正当性/正義 E:legitimacy/justification G:Legilimität/Rechligkeit)」として論じられている。「法による支配(rule by law)」の概念は、これらの議論の歴史の中の現実主義(pragmatizm)により生れた。

その後、市場のグローバル化という物理現象が、IP 保護の強化・拡大の「合理性(E:rationality G:Rationalität)」を実証している。

ただ、TRIPS 協定は、上記のように米国が仕掛けたものであるから、途上国との利害関係を異にする側面を有していることから、反知的独占論を頷かせることになった。

しかし、このような IP 保護の強化・拡大を目指す TRIPS 協定の「合理性(rationality)」は、協定自体が、運用に柔軟性を持たせる規定や途上国を支援する文脈の「国際開発(international development)」の諸規定に表れている。

それ故に、TRIPS 協定に加盟した国は、少なくとも IP 創造者にその「財産」IP の「所有権化」と「資本化」をする道を開き、その「資本の活用」で経済発展に向かうことになるだろう。

また、既に高い識字率で担保されている「潜在能力(capability)」の開発は、途上国にとって、自律的な IP 創造に大いなる可能性を持たせることになる。それには、特に学校における IP 創造教育が効果を発揮する。

上記に鑑みれば、途上国も遠からず、IP 創造において先進国と肩を並べる日が来るであろうことは想像するに難くないであろう。

かくして、多くの途上国が、TRIPS 協定に積極的に参加している事実と、UN の世界人権宣言で IPR が人権として宣言された事実で、IP の世界大に広がった IP の保護思潮は不可逆なものとなったと言える。

現在では、産業の発達に寄与する IP 保護は「開発法学」観点からも研究され推奨されるようになっていく。

よって、台頭してきた IP 懐疑論や反知的独占論(anti-IP-monopoly doctrine)は、現代において成り立つ余地がない。

以上