

憲法改正は 国際法の視座で ～競争力国家を目指して～

森 哲也

日本弁理士政治連盟会長

text by Mori Tetsuya

知的創造立国の宣明 ～国際関係論の視座に立って

1. 市場原理

グローバリゼーションは、自由主義経済の市場理想「完全市場モデル」の展開である。

この「完全市場モデル」の世界を支配するのは、アダム・スミス(Adam Smith)の「見えざる手」であるが、これは、ニュートン物理学の法則、「固体の最適化」と「系の予定調和」であると思われる。これは新古典派経済学の理論による想定であるが、自由市場の特にデフレ現象を比較的明解に説明できる。

つまり、「完全市場モデル」はアナーキーで、何でもありの世界であることから、自然にキャッチアップ型の経済行動(先行者が成功しているから己もやるというものの真似行動)を許す(人という固体の行動の最適化)。これは、当然、価格競争の連鎖を起し、最終的にデフレーション状態で経済活動は終息する(市場は、自らを活性化する落差(potentiality)を失う=市場という系の予定調和)。そして、先に事を起こせば損をすることから、そのまま「市場の失敗」という膠着状態となる。

ジョン・ケインズ(John M. Keynes)は、財政・規制で落差をつけて活性化するとする。これはある範囲で有効であるが、市場の自律性に対してネガティブに作用する側面があり、これにも限界があると言わなければならない。何故なら、国が手を出すと、人々は自律性を減退したままの経済行動にでる(これが横並び指向のキャッチアップ型経済活動である)。かくして、やはりデフレーションに向かう物理現象が起こる。

現在、わが国には、これで説明できる側面がある。

ジョセフ・A・シュンペーター(Joseph A. Schumpeter)は、「技術革新」で市場に落差を設けて活性化する。ちなみに、自由主義の旗手米国は「発明立国」、歴代大統領に何人もの発明家がいる、建国以来、技術革

新により経済を活性化してきた。しかし、「発明立国」「技術革新」だけではアダム・スミスの世界から脱することは出来ない。1787年9月17日にアメリカ合衆国憲法(以下、合衆国憲法)成立し、わずか2年と少し後の1790年に、独立宣言の起草者トーマス・ジェファソン(Thomas Jefferson)の起草になる特許法が成立した。したがって、アメリカ特許制度の歴史は建国の歴史であり、知的財産権によって、「一定の期間、一定の範囲」で新規技術で創業した者に独占権を認め、市場の落差を保って現在の繁栄を築いた。

1995年に成立したWTO体制で、グローバル市場主義経済の規範が策定された。GATTを吸収した付属書1のGATT GATS TRIPSであり、このことは、「有体物」の価値から、人の精神活動の成果物たる「無体物」の価値へのパラダイムシフトを意味する。特に、TRIPSによって知的財産の保護が自由経済社会の規範となった。

2. 知的覇権

米国は、ヘゲモニスト(覇権主義者)の国であると言われている。何事にもとられずに自由な行動ができる環境ならば、自由競争に打ち克つために覇権精神が必要となるのは当然のことだと言えよう。

その合衆国憲法第1条第8節の8に、

“Section 8 The Congress shall have Power... To promote the Progress of Science and usefull Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respectitve Writing and Discoveries”
「議会は、著作者と発明者と共に、彼らの著作物および発見に対する期間を限定した排他的権利を保障することによって、科学と有用な技術の発達を奨励する権限を有する。」(筆者訳)と規定し、連邦議会に知的創造立国のため、知的創造者の権利を保護する権限を付与してい

る。このように、米国は、知的覇権を求めることが国是となっている国である。言い換えると、憲法で著作権や発明者の権利が直接保護され、アメリカ国民は、あらゆる機会において知的創造活動への強いインセンティブを受けていることになる。

アブラハム・リンカーン(Abraham Lincoln)のように発明家であった人たちが、これまで大統領として何人も就任していることを知れば、合衆国憲法にこのような規定が存在する所以が分かる。時代は下り、カーター政権からレーガン政権に移ると、軍需産業の強化とプロパテントによる知的覇権の政策とが合体して強力な覇権手段が生まれ出され、現在のアメリカの繁栄の基礎が築かれた。1999年4月、クリントン大統領は、『米国の繁栄への新しい挑戦技術革新指標の調査結果1999年』によって、プロパテントの政策を拡大して著作権を駆使する知的覇権の強化宣言につないでいる。

しかし、憲法に発明等の保護を規定した国は米国一国にとどまらない。古い記録ではあるが、ドイツ、オーストラリア、カナダ、中国、北朝鮮、その他43カ国にもおぼろげな多くの国々が知的創造立国を憲法の中で謳っているのである。

この潮流は、各主権国家が、万国工業所有権保護同盟条約、著作権保護のベルヌ条約、WTOのTRIPSなどの国際法を遵守しながら産業立国をしようとする姿勢にほかならない。

3. 日本、「この国のかたち」として

この世界的な潮流を見れば、天然資源には乏しくても、もとより創造的な民族の国日本に、知的創造立国を謳う規定が憲法上に存在しないということ自体が不思議な気さえしてくる。実は、現行憲法制定過程においては、占領軍総司令部側からも日本側からも、憲法に発明等の保護に関する規定を設ける案が出ていたという¹⁾。

平成7年に「科学技術創造立国を国是とする」として科学技術基本法(平成7年法律第130号)が成立し、バブル崩壊後の日本経済の建て直しに向かって政府は動き始めた。しかし、当時は、科学技術に直結した著作物が視野に入っていなかった。

また、この科学技術基本法により科学技術の国家戦略を展開しようと、24兆円の予算で、5年間にわたる総合科学技術会議が平成12年に内閣府でスタートした。しかし、人と設備に対する予算割り当てがなされても、生まれた新技術を知的財産権化するための予算割り当てをする発想がなかった。これは、有体物の財産権保護の規定(第29条)は設けても、無体である知的創造物に対する知的財産権の保護の規定を欠く憲法上の姿勢のあらわれであると言える。

平成14年に成立した「知的財産基本法」は、知的

財産保護について理想の政策を精緻に示している。政府が、これにより「知的財産国家戦略」を司法改革とともに打ち出して進展させようとしているのは時代の要請であるが、数多の抵抗があって、実際には「この辺の落とし所」と論理思考を止めてしまう「惑溺」(福沢諭吉翁)に陥る恐れもある。それは、官僚組織を支配する閉鎖的論理(Geschlossenheit)により、既存の組織・規範が思考や行動の出発点となり、「法解釈学的理論展開」の末に、元の位置に戻るか、少しばかり進んだ状態となるのである。これは行政と司法の体質の宿命とも言えよう。

このことは、知的財産制度について、国益追求戦略の観点からは言うに及ばず、自国の足元であるアジア地域諸国への国益調整あるいは国益配分的手段として展開することを妨げている。

かくして、知的財産の保護のマインドを国民的な広がりとして、この国の力とするためには、憲法の高い次元からの精神的バックアップが必要であることが分かる。

このように、21世紀のわが国が知的創造立国でその存在を国際社会に主張するのであれば、そのことは、「この国のかたち」を規定する憲法に謳われなければならないと考える。

4. 一億総知的創造者化の教育を

「この国のかたち」といえば、日本がもともと創造性の豊かな民族の「民族国家」であったことは、現代のわれわれが受け継いでいる文化遺産を見れば一目瞭然である。しかし、われわれは、いつしかその自覚を失っていた。

その原因は、大きく二つあると言える。まず一つ目は、享保6年、徳川幕藩体制における太平を保つために施行された法律「新規御法度」である。これによって、発明等の知的創造をする者は処罰の対象となり、挙げ句の果てには、奇人変人の烙印を押されて社会から葬り去られたのである。もう一つは、明治維新後の富国強兵策であり、これによって、日本人は、外国の文物、特に技術をそのまま導入して日本を外国と同じ技術レベルないしは国力を同化することに専念するようになり、いわゆる真似することから始める思考パターンを身に付けてしまったのである。日本人の改良技術的思考はこの辺に原因があると言える。

維新前後のしばらくの間、日本が国際社会では一人前の国家としての扱いを受けずに、数々の不平等条約を結ばされていたことは誰もが知っているが、その主な原因が、諸外国の知的創造物を何もためらうことなく利用することを是認している、と国の姿勢を誤解されていたことによる点は意外に知られていない。

不平等条約の解消の外交交渉において相手国から明治政府に出された条件は、万国工業所有権保護

同盟条約(パリ条約)に加盟して、発明を内外人平等に保護することであった。明治32年7月にその同盟条約に加盟し、その年の3月に公布されていた特許法が条約加盟の月に施行されて、内外人が平等に発明・考案について保護されるようになり、積年の外交課題であった不平等条約の解消がなかった。

この時から日本は、外国と対等な競争関係に入り、数々の偉大な発明家を輩出するようになった。しかし、なおわれわれは、他人のアイデアを見てこれを改良する思考に走る傾向にある。これはリスクを取ることを潔しとしない文化によるものと思われる。画期的な創造にはリスクが付き物である。このリスクテイキングの勇氣は、日本の場合、特に子どもの頃からの学校教育で養う他はないだろう。結論を言えば、わが国に必要なことは、子どもの頃からの徹底した創造性教育であり、あまねく日本人が創造性のポテンシャルを持つようにすることである。そのためには、憲法上の精神的バックアップが必要である。

5. 知的財産権による国益の配分的正義を ～人類の幸福と国際の平和に貢献

どのような国家も団体も、富の配分的正義に適った分配を望み、そのための主張をする。イスラム社会ですら、冷静に分析すれば配分的正義に適った富の分配を主張していることが分かる。

「自由」を基盤とする市場主義のグローバリズムは、全市場に優勝劣敗を顕在化し、極端な貧困を広げてしまう「原理主義的資本主義」を容認する。これは、当然、他の「原理主義」と衝突することになる。今、衝突相手は明らかに「イスラム原理主義」であり、その運命にあったと言わなければならない。

しかし、全体主義を基盤とするソビエト連邦の崩壊により、人類の大半が、「自由」を基盤とする社会制度を望んでいることが分かった。それが、資本主義社会であるとすれば、「衝突」を避けるための調整手段が必要である。つまり、自由市場に対して創造的に先行参入した者を一定の期間だけ保護し、その保護期間内に利益を確保したとき、公共に開放する機能を持つ知的財産権でしか「衝突」は避けられない。低開発国も開発途上国も先進国も、このルールに則って経済活動をすれば、グローバル市場での富を、配分的正義に従って創造をした者に応分獲得させ、配分をすることができる。特に配分は、知的財産権の権利存続期間が経過した後は当然のこと、その権利の存続期間中も、対象となっている知的財産の開発に携わった人々や団体(発明者、会社、国など)に配分的正義の原則でこれを行うことができる。

しかし、知的財産権の機能も、富の配分の側面についてはまだまだ研究と実務上の工夫を要するし、こ

れがすべてではないことも確かである。ではあるが、極めて効果的であることも確かである。「特許制度は人類の叡智の賜物である」と言われたのもむべなるかなであろう。

したがって、憲法に知的創造立国を宣明し、その保護に当たる知的財産権制度をグローバルな観点から構築することが望まれる。

事前規制の行政国家から事後チェックの司法国家へ～競争力国家への脱皮

グローバル市場で生き残る国家は、競争力のある国家である。国家の競争力は、国民の自律した精神と活動により培われるものであることは、福沢諭吉翁が教えるところである。

グローバル市場で生き残るためにも、国民の精神と活動を事前に規制する行政国家から、節度を持った自由な精神と活動を許し、逸脱した行為は事後にチェックする司法国家へと、国家の体質を変えていく必要がある。

1. 行政事件訴訟法の改正にちなんで

今、「特区」を設定して規制を解除しながら産業を興すとともに、司法の機能を拡充する政策が進められている。

その司法改革の一環として行政事件訴訟法の改正が進められている。法案には、種々の改革案が盛り込まれてあらかた妥当な方向と言える。その技術的な面で特に期待したいのは、証拠開示手続の充実と裁量の範囲の見直し、および処分基準の明確化である。

2. 行政裁判所・行政審判庁について

行政事件訴訟法の改正案に関連して、行政裁判所と行政審判庁の創設が将来検討事項として提示されているが、共に妥当な方向とは言えないと考える。すなわち、行政そのものは、法秩序の下で定められた行政目的を実現するものであることから、あくまで法の執行である。そこに、裁判規範として行政特有の「専門性」あるいは「特殊性」があるとは考えにくいため、通常は裁判所が裁けばよいことである。

かくして、一般的な行政専門裁判所の創設は、旧来の「公権力主体の優越」の理念を強化させるだけで、民主的精神基盤を弱体化させる方向付けをすることになり、有害である。

また、行政審判庁に関して言えば、これは空想的であり、現実から乖離した構想である。なぜならば、特許庁の審判、公正取引委員会の審判、国税不服審判庁の審判、海難審判庁の審判などのように、審判対象に高度な専門性のある分野に限ってではあるが、既に審判制度は確立しており、これを統合して一般的

「行政審判庁」に事件処理をさせるメリットは全くないばかりでなく、そのように異なる分野の専門審判官・審査官を行政現場から切り離して一カ所に集めることは、行政効率、経済の観点から正しくない。もっとも、現行の行政審判制度にも問題がないわけではない。例えば、国税不服審判庁のように、「通達行政」の不透明さを多く残した税務行政の基準を前提にしたままの審判前置主義がそれに当たる。つまり、行政処分 of 広すぎる裁量の範囲の見直しと処分基準の明確化が今後の課題となる。

かくして、行政処分の裁量の範囲を狭める一方で、どうしても残さなければならない裁量の範囲は、「公共の役務」の中に残し、その基準をより明確化・透明化する必要がある。これによって、国民が行政サービスを受けやすくなり、行政訴訟自体の件数も減ると考えられる。

3. そして「行政」の理念の見直しを

「行政」は、もとより大陸法系の概念であり、普通法の英米法のそれとは成り立ちと内容が基本的に異なる。

わが国は、大陸法系、特にドイツ系の行政概念を受け継いでいる。ドイツの行政法学者オットー・マイヤー (Otto Mayer) は、「行政」を、国家がその法秩序の下でその目的を実現するための司法以外の国家作用であると定義している。この行政法学は、「公権力主体の優越」を基本理念としており、当然、わが国はこの系譜に属する。これは、同じ大陸法系であっても「公共の役務」を行政の理念とするフランスとは大きく異なる。

一方で世界は、情報の高速化により、特に人々の生活を支える経済活動がグローバル化し、国家では構造改革・規制改革が進行していく。そこで、国家は、事前規制型の行政国家から事後チェック型の司法国家にその姿を変える必要が出てくる。そうであれば、わが国の行政の理念も、ドイツ型の「公権力主体の優越」からフランス型の「公共の役務」に変えるべきではないだろうか。

4. 憲法上「行政」の章に「公共の役務」を

かくして、憲法改正の際には、わが国の国家のあり方として行政の理念を「公権力主体の優越」からフランス型の「公共の役務」にシフトさせた実態を示す規定を設ける必要があると考える。

5. 憲法上「司法」の章に

「知的財産専門裁判所」を

論者は、平成12年1月27日の日本経済新聞「経済教室」の欄に、司法制度改革・知的所有権の裁判所を、と主張した。

果たせるかな、今、知的財産国家戦略という国策の下に、「知的財産高等裁判所」が創設された(平成16

年法律第119号) けだし、極めて大きな第一歩である。

日本弁理士会や産業界は、知的財産全般を職分管轄とし、しかも、裁判所法第20条から第22条にいう、「裁判官会議の権限」、「事務局」、「支部」を備えた第9番目の高等裁判所の創設を望んでいたのであるが、実際の制度設計では、東京高等裁判所の「特別な支部」として創設されることになった。その結果、「裁判官会議の権限」、「事務局」は独立して備えるものの、東京高等裁判所内の「入れ子式」機関として、支部は設けることができず、知的財産の地方への広がりに対応が十分にできているとは言えない。第一、裁判所の認識に「専門的=技術的」、「非専門的=非技術性」の認識があるのは問題である²。

これでは、知的財産国家戦略本部事務局の「司法行政面での独立した権限が法律上確保された知的財産高等裁判所」を、という取りまとめ案の理想を満足するものではない。

改革が何故このようなことになるのか。総じて言えば、(お金が大変かかるというような)財務省側の予算面での誤解や、朝野を含めた既存の法曹組織、そして法解釈学的な思考に終始する学者からの強烈な抵抗に対して、高度なレベルでの政治的調整と決着がなされたからである。

ともあれ、知的財産高等裁判所は、「政治主導」の力により、知的財産専門裁判所に向かって、難産の末の極めて大きな第一歩を踏み出したものと評価できよう。

かくなる上は近い将来、完全なかたちの「知的財産専門裁判所」が最高裁判所の下に創設されるよう努力を続けるべきである。

併せて、憲法改正の機運に乗り、憲法において、「知的財産立国」、「知的創造立国」を宣明するとともに、「司法」の章に「知的財産専門裁判所」を明定し、整合性のとれた「この国のかたち」とすることが重要となってくる。この点については、「21世紀の日本と憲法」有識者懇談会(代表・三浦朱門氏)が、「知的創造に関する新しい権利」の保護を憲法にと提唱しており、民間有識者のマインドがここまで来たかと大いに感銘を受けるものがある。

1 昭和43年1月24日開催の弁理士会・発明に関する憲法改正委員会委員長・南一清氏の資料による

2 平成16年3月19日法務委員会政府答弁

日本弁理士政治連盟会長 森 哲也(もりてつや)

1940年生まれ。1963年日本大学法律学科法職課程卒業。1964年弁理士登録。1966年工学院大学専修学校応用化学科卒業。1986年弁理士会理事副会長。1988年弁理士会審査委員会委員長。1995年黄綬褒章受章。2002年日本弁理士政治連盟会長(現職)。

