

博士学位申請論文（本審査用）

提出日：2018年12月10日

テーマ：医薬伝統的知識の国際的保護

所属：法学研究科博士課程

指導教授：古賀 衛

学籍番号：16DA001

姓名：何 劼

目次

| | |
|----------------------------------|----|
| はじめに | 1 |
| 1 研究背景及び目的・意義 | 1 |
| 2 研究内容・考察の順序 | 3 |
| 第 I 章 問題の所在 | 7 |
| 第 1 節 基本問題 | 7 |
| 1 基本事例 | 7 |
| 2 各基本事例に関する基本問題 | 9 |
| 3 いくつかの基本問題から得られる問題点 | 14 |
| 第 2 節 基本問題に対する解決策（先行研究 I） | 19 |
| 1 バイオパイラシー—解決策のスタートライン | 19 |
| 2 医薬伝統的知識の保護に関する三つの基本問題 | 21 |
| 3 医薬伝統的知識の保護方法 | 30 |
| 第 3 節 新たな問題 | 35 |
| 1 先行研究 I からのまとめ | 35 |
| 2 変形事例 | 37 |
| 3 各変形事例に関する基本問題 | 39 |
| 4 変形事例の整理から得られるいくつかの問題点 | 41 |
| 第 4 節 国際的保護に関する先行研究と現行法（先行研究 II） | 45 |
| 1 研究のターゲット | 45 |
| 2 ターゲット 1 について | 45 |
| 3 ターゲット 2 について | 46 |
| 第 II 章 医薬伝統的知識 | 50 |
| 第 1 節 伝統医薬と医薬伝統的知識 | 50 |
| 1 伝統医薬（伝統医学） | 50 |
| 2 医薬伝統的知識 | 51 |
| 第 2 節 医薬伝統的知識の特徴 | 58 |
| 1 医薬伝統的知識の一般的特徴 | 59 |
| 2 医薬伝統的知識の法的特徴 | 64 |
| 第 3 節 医薬伝統的知識の現行知的財産権による保護 | 66 |
| 1 現行知的財産権法による保護 | 68 |
| 2 現行知的財産権法による保護の問題 | 74 |
| 第 III 章 医薬伝統的知識の保護の正当化根拠 | 80 |
| 第 1 節 医薬伝統的知識を保護する理由 | 80 |
| 1 生存権に基づく理由 | 81 |
| 2 歴史に対する清算という理由 | 85 |
| 3 先住民の権利の保護という理由 | 91 |
| 4 知的財産権の正当化根拠からみる医薬伝統的知識の保護 | 93 |
| 第 2 節 第一、第二及び第三の理由に関する議論 | 98 |
| 1 生存権に基づく理由 | 98 |

| | |
|------------------------------------|-----|
| 2 歴史に対する清算という理由 | 102 |
| 3 先住民の権利保護という理由 | 106 |
| 第3節 医薬伝統的知識に対する権利設定 | 110 |
| 1 医薬伝統的知識に対する所有権 | 110 |
| 2 知識に対する所有の排他性の由来 | 112 |
| 3 医薬伝統的知識の所有権の排他性の限界 | 115 |
| 第IV章 医薬伝統的知識の保護におけるバランス | 118 |
| 第1節 知的財産権法システムにおけるバランス | 119 |
| 1 知的財産権法におけるバランスの必要性 | 119 |
| 2 知的財産権法における利益バランスの構造 | 123 |
| 第2節 医薬伝統的知識の法的保護における権利・利益のバランス | 126 |
| 1 医薬伝統的知識の法的保護における権利・利益のバランスの必要性 | 126 |
| 2 医薬伝統的知識の法的保護における権利・利益のバランスの構成 | 128 |
| 第3節 医薬伝統的知識の併存の原因に関する考察 | 129 |
| 1 境界を越える伝統医薬活動による併存 | 130 |
| 2 媒体物の移動による併存 | 134 |
| 3 行政的境界による併存 | 138 |
| 4 偶然の併存 | 139 |
| 5 上記併存に関する各理由における所有関係 | 141 |
| 第V章 医薬伝統的知識の国際的保護 | 143 |
| 第1節 生物多様性条約 (CBD) 及び名古屋議定書 | 144 |
| 1 生物多様性条約における伝統的知識の保護について | 144 |
| 2 生物多様性条約における (遺伝資源の) 国際的保護システムの検討 | 150 |
| 3 名古屋議定書における国際的保護と伝統的知識の保護について | 158 |
| 第2節 WIPO における医薬伝統的知識の保護 | 163 |
| 1 WIPO/IGC における伝統的知識の保護に関する議論の経緯 | 164 |
| 2 WIPO の視角からみる伝統的知識の保護 | 169 |
| 第3節 食料及び農業植物遺伝資源に関する国際条約 (ITPGR) | 172 |
| 第4節 医薬伝統的知識の国際的保護のゆくえ | 173 |
| 1 国際的保護に関わる第三者機関-WHO | 173 |
| 2 保護方法の選択 | 174 |
| 第5節 中国における医薬伝統的知識の国際的保護 | 175 |
| 1 中国の医薬伝統的知識の保護における問題 | 176 |
| 2 医薬伝統的知識を保護する現行法制度 | 177 |
| 3 CBD や WIPO の議論場でみる中国の姿勢 | 183 |
| 4 学説から見る医薬伝統的知識の保護に関する中国の立場 | 183 |
| 5 私見-中国における医薬伝統的知識の国際的保護 | 185 |
| 結論 | 190 |
| 1 本論文の結論 | 190 |
| 2 残された課題 | 194 |

| | |
|----------|-----|
| 参考文献 | 196 |
| I 和文文献 | 196 |
| II 中国語文献 | 198 |
| III 英文文献 | 200 |
| IV 資料 | 201 |
| V ウェブサイト | 202 |

はじめに

1 研究背景及び目的・意義

(1) 研究背景

伝統的知識(Traditional Knowledge)の利用問題は、20世紀後半以降ますます注目されるようになってきた。世界知的所有権機関(WIPO)、国連教育科学文化機関(UNESCO)、国連食糧農業機関(FAO)、世界保健機関(WHO)等の国際組織は各自の立場から伝統的知識の保護を推進している。その努力の結果として、世界遺産条約、無形文化遺産保護条約、生物の多様性に関する条約(生物多様性条約、CBD)及びCBDに関する名古屋議定書のような国際条約が締結された。医薬分野、特に薬事分野においては、伝統的知識の利用問題は遺伝資源(即ち、遺伝資源としての薬用動植物)の不当利用と絡む場合が多く、また、先住民保護の分野と重なる部分がある。従って、医薬伝統的知識の保護に関する議論は、伝統的知識の保護及び遺伝資源の保護という二つの平面で展開され、更に先住民の人権保護とも交錯してきた。こうした議論の中で、特に注目されたのは、先住民の医薬伝統的知識の保護問題である。遺伝資源保護を主な目的とするCBD採択からおよそ20年を経て、「遺伝資源に対する権利」や「伝統的知識に対する権利」等の主張が認められるようになってきた。

遺伝資源の不当利用問題に対して、1991年の食料及び農業のための植物遺伝資源に対する国家の主権に関するFAO決議(3/91)や1992年の生物多様性条約の締結以来、各国は様々な対応措置を考え、国内立法から国際条約まで幾つかの成果をあげてきた。問題や対立はまだ存在しているけれども、国際協力を推進することで解決できると考えられている。遺伝資源の保護にとって中核となる生物多様性条約によれば、遺伝資源の保護は各締約国の国内法に任せられる。そして、名古屋議定書は資源提供国の国内法上の利益を外国においても保護できるよう、新たな国際的保護の形式を探索している。一方、医薬伝統的知識は、遺伝資源と異なり、知識として知的財産権保護や無形文化財保護の対象になる可能性もあるので、保護の方法は多様である。従って、国際的保護の方法もいくつかの形があると考えられている。

CBD及び名古屋議定書は、先住民の遺伝資源に関する伝統的知識の保護についても言及している。しかし、遺伝資源に関する伝統的知識と医薬伝統的知識の範囲は同じではないので、前者を保護するために作られた条約は後者を完全にはカバーできない。その一方、2007年、WIPOによって、医薬伝統的知識を含む「全て」の伝統的知識の保護に関する指針が作成されている。この指針には汎用性があるものの、医薬伝統的知識の特徴に応じて特化した保護方法に関する言及がなされていない。更に、名古屋議定書のような具体的かつ法的拘束力のある条約はまだ締結されていない。法適用の準拠法を指定することによって、ある国の医薬伝統的知識に対して、知的財産権法やその他の私法的保護を提供する可能性もある。これまで、豊富な遺伝資源又は医薬伝統的知識を持っている国々は自国の国内法整備を進めてきたが、国内法上の伝統的知識の保護に関する利益を国境を越えてどのように実現するかについてはまだこれから先の問題である。一方、利用者から見れば、医薬伝統的知識を利用するとき、交渉相手や関連法令が特定されなければ、利用の進行は困難となり、潜在的コストが膨大化する可能性もある。結局これは、医薬伝統的知識の維持と発展にマイナスの影響を与えかねない。

(2) 研究目的・意義

医薬伝統的知識の保護に関して、基本的な保護方法は「保存、尊重及び維持」することであるが、これまでの議論は医薬伝統的知識に対して所有権や類似の権利を設け、その権利を知識の一部の伝承者や保有者に付与し、彼らの当該権利を保護するというものであった。医薬伝統的知識の所有に関する争いは、当該知識が複数の国に同時に併存する事実から生じる。医薬伝統的知識の併存は、様々な過程で生じる。例えば、第 I 章で述べる基本事例 (1) や変形事例 (1) のような行為、即ち遺伝資源の盗用に類似する行為で、外部の者が医薬伝統的知識の伝統的存在区域で遺伝資源の知識にアクセスし、無許可で自国に持ち帰り利用したため、当該知識が複数の国（遺伝資源国と盗用者の属する国）で併存するに至った場合や、ある国の伝統医学の影響を受けた複数の国がその伝統医学を発展させた結果、当該複数国に併存するに至った場合である。

ある医薬伝統的知識が異なる伝統医学又は伝統医薬システムに併存することは、医薬伝統的知識に関する紛争が起こる重要な原因の一つである（第 I 章の基本事例 (3)、(4) 及び変形事例 (3)、(4) を参照）。こうした紛争は「途上国対先進国」という対抗的、競争的な色彩が濃いことに起因すると思われるが、一方的に「先進国は途上国の医薬伝統的知識を略奪した」と批判することは、知識併存の歴史的経緯を無視するものではないだろうか。知識併存の歴史を整理・考察し、各利害関係者にはどのような権利があるべきか、各利害関係者との間にどのような権利のバランスがとられるべきか、という問題に対する解決策を探ることが、本論文の研究目的の一つ目である。

次に、医薬伝統的知識への排他的な権利付与に関して、WIPO 等の国際機関の文書（例えば、本文注 (85) の WIPO の研究を参照）、国内法（例えば、本文注 (37) のタイの国内法を参照）及び一部の学説の中で論じられている。権利の名称はそれぞれ異なるが、当該権利が、知識という物理的境界がない「もの」に対する権利者以外の者の利用の自由（及びそこから生じる収益の自由）を排除し、又は彼らの一部の権利を剥奪することで、権利者の独占を実現させるものであるという点で変わりはない。

また、保護の対象物は異なるが、物理的境界がないという性質は医薬伝統的知識も知的財産権法の下で保護されている現代の医学知識も同様である。知的財産権の場合、排他的権利に対する時間的制限、空間的制限で構築される擬制の権利の境界がある。それと比較すると、具体的制限措置は異なるけれども、医薬伝統的知識に排他的権利を付与するとき、時間的制限や空間的制限も必要ではないかと筆者は考えている。つまり、複数の潜在的権利者と権利の独占という互いに矛盾する要素の間で、バランスをどのようにとることが研究目的の二つ目として挙げられる。

更に、国際的平面でみると、医薬伝統的知識は複数の国に併存しており、上記のバランスは国家間でとられることになる。現行条約として存在する生物多様性条約、名古屋議定書及びその他の国際文書では、「医薬伝統的知識の保護に関する国内法を整備する」ものとされ、多くの国において立法的・行政的又は政策的保護方法が整備されている。各国のニーズや各利害関係者（先住民・伝統利用者・保有者・一般利用者等）のニーズはそれぞれ異なり、各国の国内法にも相異点が見られるため、医薬伝統的知識の保護にとって、法適用の問題は解決しなければならないと言える。

筆者の祖国・中国では、現在、医薬伝統的知識の保護をめぐる紛争を多く存在する。中国は歴史上、有数の文明古国であり、東西文化交流の中心として存在してきたこともあり、非常に多くの医薬伝統的知識が中国から伝播・流通している。中医は WHO が述べているように三大伝統医学システムの一つであり、東アジアに大きな影響を与えた。日本の漢方医

学や韓国の韓医学（東医）は中医の影響を受けて発展した伝統医学と言える。その他の中華文明圏内の国又は地域でも、中医を伝承してきた長い歴史がある。更に、広義の中医では、漢民族の漢医（狭義の中医）のみならず、漢族以外の 55 の少数民族の医薬伝統的知識も含まれるため、中医学には東南アジア諸国、インド、ペルシア、アラビア諸国、朝鮮半島における伝統医学と重なる部分が多い。漢医学にも、アラビア、ペルシア、インド、東南アジア又は南米や古代欧州から受け入れた多くの生薬及び知識がある。従って、中国は知識の提供者としての側面と知識の利用者としての側面の両方を有していると言える。

こうしたことから、中国及びその周辺国家における医薬伝統的知識の併存に基づく法適用の調整の問題に関する研究は、これらの国々にとって、非常に有益であると思われる。

2 研究内容・考察の順序

(1) 研究内容

医薬伝統的知識の保護に関しては三つの基本問題がある。即ち、1) 医薬伝統的知識とは何か、2) 医薬伝統的知識の保護とは何か、3) なぜ医薬伝統的知識を保護するのか。

第一の問題について、WIPO や CBD はそれぞれ、伝統的知識の範囲を定め、その中で、医療・保健・薬事に関する伝統的知識を医薬伝統的知識としている。CBD では、保護の対象になる（医薬）伝統的知識は先住民社会及び地域社会の知識に限られているが、WIPO の定義と基本的には同じと言える。CBD によって定められた（医薬）伝統的知識の定義は多くの学者（特に途上国の学者）によって採用され、支持されている。

第二の問題について、医薬伝統的知識の保護は、医薬伝統的知識そのものの保護と医薬伝統的知識の権利者や潜在的な権利者の利益の保護に二分され、それぞれに対応措置が考えられている。

医薬伝統的知識そのものの保護とは、CBD 第 8 条 (j) に述べられているように、知識、工夫、慣行を保存、尊重及び維持する行為をいう。それは知識そのものを消失させるだけでなく知識の価値も低下させてはならず、また、知識の発展の源たる伝統的活動を維持することを意味する。

医薬伝統的知識の権利者の利益の保護について、知識を作った個人や集団に権利を与え、知識の利用から生じる利益の分配に彼らも参加させようとする議論がある。第 I 章の基本事例で見ると、医薬伝統的知識を（権利者の）許可なく利用した後、利用の成果たる新薬の特許申請し、利益を独占する行為は、生物の海賊という意味のバイオパイラシーであると主張されるようになってきている。この主張に基づけば、医薬伝統的知識に対しては所有権や知財権に類似する権利があるということになる。具体的に言えば、他者の利用を許可する権利、他者の利用を阻止する権利、当該知識の利用からの利益を求める権利等が考えられる。

さて、そもそも誰が権利者になり得るのかということについて、途上国の学者の多くは、先住民・先住民社会及び地域社会のみが医薬伝統的知識の権利者になることができると主張する。他方で、WIPO の規定においては、先住民以外の者が権利者になることを否定していない。学説や一部の国家実行から、国家が権利主体として認められるという見解や先住民のみならず国家にも権利主体があるとする二重権利主体論も唱えられている。

第三の問題、即ち医薬伝統的知識の保護の理由について、「先住民の人権を保護するために、先住民の伝統的生活様式又は伝統的知識のような伝統的資源を保護すべき」、「歴史的搾取に対する補償のために、先住民にはある種の排他的権利を与えるべき」、「文化的

多様性を保護するために、伝統文化の一部とする医薬伝統的知識を活性化させるべき」、「将来の世代に、文化的資源又は知識を保存し、残すために、知識を保護するべき」等の主張が見られる。

現行条約として、遺伝資源に関する伝統的知識の保護について、生物多様性条約は、伝統的知識そのものの保護（保存）、伝統的知識の価値の保護（尊重）、及び伝統的知識の発展可能性の保護（維持）の三つを設定している。WHO の伝統医薬発展のための計画によれば、伝統的知識そのものの保護には伝統的知識を喪失しないようにすること、並びに伝統的知識の内容及び意義を変えないようにすることという二つの意味がある。伝統的知識の価値の保護には更に、伝統的知識の価値を認識し、また伝統的知識制度に対する尊重を促すという二つの意味がある。そして、伝統的知識の保護にとって最も重要なのが、伝統的生活様式そのものを維持し、権利者が伝統的生活様式を放棄しないようにするための伝統的知識の発展可能性の保護である。これは伝統的知識にとって根本的な保護になると認識される。

この三つの保護は遺伝資源に関する伝統的知識のみならず、医薬伝統的知識の保護に対しても適用できる。

CBD において挙げられる具体的な保護手段としては、伝統的知識の文書化又はデータベース化、事前の情報に基づく同意（PIC）、利用から生じる利益についての相互に合意する条件（MAT）に基づく配分、及び特許を出願する際に用いる遺伝資源に関する出所開示等である。伝統的知識の定義や特徴の観点からすれば、それは途上国だけではなく、先進国においても大量に存在している。先進国におけるこのような知識は知的財産権法制度で保護されるから、途上国における伝統的知識も、一定程度知的財産権法で保護される可能性があると思われる。

医薬伝統的知識の国際的保護について、上記の先行研究で述べられているように、国内法を整備することで、これに応えようとする国が増えている。医薬伝統的知識の利用は、国境を越えて行われる場合が多く、バイオパイラシーとされた事例では、伝統的知識に対する利用、研究開発及び製造販売はほとんど所有国や原産国以外の国において行われていた。従って、知識の提供国/原産国にとって、いかにして自国の管轄領域外で行われた不正利用行為を制限ないし処罰するかが問題になる。それに関しては、国内の法整備よりも、公正かつ衡平で拘束力ある国際条約の締結が緊急の任務であるという主張がある。しかし、多くの学者は国内法の整備を基礎として、整備された国内法の域外適用や国内法の法的効果の域外での確保が行われるべきであると主張している。この点については、先進国と途上国の対立が激しく、途上国の学者の中には、法の安定性や執行可能性を重視するものもいる一方で、先進国の歴史責任論等を根拠として、先進国が一方向的に妥協すべきと主張する者もいる。

国内法の域外適用や国境を越えた法的効果の確保には、次の三つのパターンがある。即ち、1) 一定のルールに従って、特定の事項及び特定の対象に対して、選択し適用するというパターンで、基本的に国際私法によって法適用の選択が行われる。2) 一定の国際的適用手続に従って、一国の国内法が直接域外効力を有し、適用されるというパターンで、名古屋議定書がこのシステムを構築した。3) 国際法に定められた具体的な権利義務規則に従って、国内法を調整するというパターンである。

本論文は、各国の医薬伝統的知識の保護に関する国内法又はその他の行政的、政策的保護方法がすでに整備されていることを前提として、国際的保護はどうあるべきかについて考察する。

医薬伝統的知識が複数の国において存在することはよく知られているが、その理由には

以下のことが考えられている。即ち、1)パブリックドメインに入ったので、人々に知られるようになった。2)利用国の者が知識の元の所在地を訪ね、知識にアクセスし、元の所在地から持ち出した。3)併存が所謂「合理的理由」に基づいている。筆者は、医薬伝統的知識の保護には、パブリックドメインに入るか否かとは関係なく、パブリックドメインという概念は適用できないという主張が認められることをベースにして、伝統的知識が複数の国において存在する「合理的理由」を整理する。

また本論文は、医薬伝統的知識の保護法制度における衡平、及び医薬伝統的知識の地域限定性から生じるその保護法の属地主義的特徴に基づく国際的保護の動向についても論じる。

名古屋議定書は遺伝資源の保護法としての国内法の域外適用に関する実行可能な法制度であるが、主に有体物（遺伝資源）の保護を核心的な目的とするので、医薬伝統的知識をカバーできないと考えられている。そのため、名古屋議定書を参考に、他の国際組織の下での新たな保護システムの構築を検討することにする。

(2) 考察の順序

本論文の構成は、以下のとおりである。

第 I 章（問題の所在）において、医薬伝統的知識の保護問題を議論し、本論文の議論対象とする問題の経緯を紹介する。まず、医薬伝統的知識の保護の「原点」となる基本問題を述べ、先行研究の関心と成果について紹介する。次に、先行研究を分析し、そこにおける主張や学説を纏める。最後に、先行研究の成果に基づいて、どのような問題が残っているか、どのような新たな問題が出てくるかを整理し、本論文の議論の全体像を描く。

第 II 章（医薬伝統的知識の定義と内容）においては、医薬伝統的知識の定義、内容及び特徴について論じる。本章は後述の議論の基礎を提供する、医薬伝統的知識の保護に関する三つの基本問題の第一の問題を議論する。ここで特に論じるのは医薬伝統的知識の地域性という特徴についてである。この特徴に対する検討は第 IV 章以下の議論にとって重要だと思われる。

第 III 章（医薬伝統的知識の保護）においては、なぜ医薬伝統的知識を保護する必要があるのかという基本問題の中の第三の問題を論じる。医薬伝統的知識の保護に関する先行研究には幾つかの保護理由が挙げられているが、一方の当事国の都合で主張され、普遍性がないものもある。また、医薬伝統的知識の保護方法（基本問題の第二の問題）は既に先行研究によって解明されているが、これについても取り上げる。特に知識において所有権や排他的所有権を設定するという保護方法に関する考察が本章の主な内容である。

第 IV 章（医薬伝統的知識の保護における権利・利益のバランス）においては、医薬伝統的知識の併存の原因を整理する。第 III 章の結論を先取りして言えば、医薬伝統的知識に対して排他的所有権を設定する場合、当該排他的所有権に対して、時間的制限又は空間的制限を加える必要がある。空間的制限は権利の属地性という法的性質によって表現されるが、医薬伝統的知識そのものの地域性とも繋がると思われる。本章は医薬伝統的知識の併存の原因を考察しながら、上記の繋がりを論じる。

第 V 章（医薬伝統的知識の国際的保護）においては、法適用の手続としての国際法に関する議論が展開される。まずは、WIPO 及び CBD の枠内で（医薬）伝統的知識の国際的保護の流れを整理する。その次に、法適用の手続ルールとしての国際法については、名古屋議定書によって定められた新たな法適用手続システムを分析し、またこのシステムは医薬伝統的知識の保護に適用できるか、このシステムにどのような役割が期待できるかについて

て論じる。更に、中国における医薬伝統的知識の国際的保護について論じる。
最後は以上の議論を纏め、残された課題について論じる。

第 I 章 問題の所在

第 1 節 基本問題

1 基本事例

医薬伝統的知識の利用及び保護には、どのような問題があるのか。この問題を議論する前に、我々は以下のようないくつかの事例を見てみることにする。

(基本事例 1)

A 国のジャングル(しかも、このジャングルは A 国の先住民 A 族の伝統的居住地である)には、ある植物 P が自生していた。あるとき B 国の薬品企業 X 社の研究者が、A 国を訪れて植物 P を B 国本社に持ち帰り、研究した結果として、植物 P には、高い解熱作用があり、新型インフルエンザにも有効な成分 α (以下、「成分 α 」と略称) が発見された。X 社は、人工合成された成分 α を量産し、特許を取得し、新薬の開発によって巨大な利益を得たが、B 国の薬品企業 X 社は植物 P の出所たる A 国及びその先住民 A 族に対しては何らの利益配分もしていない¹。

¹夏目健一郎「遺伝資源と知的財産に関する議論の動向」『特許研究』第 50 号 (2010 年) 45 頁を参照。この事例はバイオパイラシーに該当するとして、批判されている。バイオパイラシーの典型的な事例は、ホーディア (Hoodia) 事件である。

基本事例 1 の実態は、先住民の伝統的居住地以外の者が先住民の居住地を訪ね、居住地に自生している動植物資源を居住地外に持ち出し、かつ、当該資源に対して研究開発を行うことである。先進国の利用者が途上国の遺伝資源を無許可で利用するバイオパイラシーがそこに典型的に現れている。即ち、先住民の居住地の境界線が国境線と一致し (利用された知識の所在国の国民が「先住民」になるので、先住民の居住地の境界線が国境線と一致する可能性がある。例えば、中国の一部の学者の主張によれば、中国における 56 の民族の全体は「中華民族」という先住民になる。この場合、中国全土は先住民たる中華民族の居住地であり、国境線は居住地の境界線である。すべての外国人が中国の領域内で行う遺伝資源へのアクセス又は利用行為は基本事例 1 に該当する)、外部の者が先住民の伝統的居住地に入り、最初のアクセス者及び利用者になる場合である。ホーディア事件は、バイオパイラシーと指摘されることがあるが、結局は最初にアクセスする者及び最初の利用者 (即ち研究開発をする者) は当該資源 (及び伝統的知識) が同じ国の国民である一つの例として挙げられる。

ホーディアは、南アフリカに広がるカラハリ砂漠で育つサボテンに似たガガイモ科の多肉植物である。カラハリ砂漠周辺のサン族は、何千年も前から、砂漠を長期間狩猟するときにはホーディアを持参していたといわれている。砂漠の強い日差しと極度の乾燥に負けず、飢えもせず、狩りを続けられるのもホーディアのおかげであるとサン族の間では信じられている。1963 年、南アフリカ科学産業研究評議会 (The Council for Scientific and Industrial Research, CSIR と略称する) が、地域社会の伝統医薬の調査プロジェクトの一環として、ホーディアの採取を始めた。1983-1986 年には、ホーディア中に食欲抑制成分を有する活性物質が発見・特定され、1995 年に CSIR は当該食欲抑制成分「P57」について特許を出願・取得し、1997 年には当該特許について英国のファイトファーム社にライセンスを許与した。

更に 1998 年ファイトフォーム社が大手製薬会社たる米ファイザー社に排他的ライセンスを設定して、新薬の開発・製品化が進められた。上記の行為に対し、2001 年から、先住民の権利擁護団体である南アフリカ・サン族評議会は CSIR を非難し、サン族が薬の販売による利益を得られるようにすべきであると主張し始めた。2002 年、CSIR とサン族の間で、P57 に関する利益配分に関する覚書が締結された。当該覚書には、サン族がホーディアに関する伝統的知識の保有者であるという記載が盛り込まれ、サン族の文化と知識を保護することも合意された。更に、2003 年に利益配分に係る契約も締結され、CSIR がファイトファーム社から受け取るマイルストーン・ペイメントの 8%、及び新薬が商業化された場合に CSIR が受け取るロイヤリティの 6%をサン族 (CSIR と南アフリカ・サン族評議会により設立されたサン族・ホーディア利益配分信託) に対して支払うことに合意した。磯崎博司他編『生物遺伝資源へのアクセスと利益配分——生物多様性条約の課題』(信山社、2011 年) 177 頁、最首太郎「CBD と TRIPS との関係——生物遺伝資源・伝統的知識の開示要件を巡って——」中央大学法学会編『法学新報』第 116 巻第 3・4 号 (2009 年) 318 頁。周方『传统知识法律保护研究』(知识产权出版社、2011 年) 181 頁、宋晓亭編集代表『中医药传统知识的法律保护』(知识产权出版社、2009 年) 262-266 頁、Evanson Chege Kamau and Gerd Winter, *Common Pools of Genetic Resources : Equity and Innovation in International Biodiversity Law*,

(基本事例 2)

植物 P は A 国だけではなく、A 国のジャングルに類似している B 国のジャングル（しかも、B 国のジャングルは、B 国の国民たる B 族の伝統的居住地域に包含されている。以下同様）にも自生している。しかし、従来、B 族はその植物を A 族の使用方法与異なる方法で使用し、また、B 国の薬品企業 X 社は A 族のような用途に関する可能性を全く考えたことがなかった²。ある日、B 国の薬品企業 X 社の研究者が A 国を訪れて、従来、A 族が熱を下げるために植物 P によって薬湯（以下、「A 族の伝統薬」と略称）を作っていること（「医薬伝統的知識 p」、以下「知識 p」と略称）を知った。X 社は知識 p に基づいて、本国にある植物 P に対して研究開発を行い、成分 α を発見した³。そして、X 社は成分 α を量産化し、成分 α による薬品開発及び特許取得をし、巨大な販売利益を手に入れたが、知識 p の実際の伝承者・保有者である A 族に対しては何らの利益配分もしていない。

(基本事例 3)

植物 P は A 国だけではなく、A 国のジャングルに類似している B 国のジャングルにも自生しているし、A、B 国のいずれにおいても知識 p が伝承されている⁴。ある日、B 国の薬品企業 X 社の研究者は本国において知識 p が伝承されていることを知った⁵。X 社は本国にある知識 p を使用・利用し、植物 P に対して研究開発を行い、成分 α を発見した。そして、成分 α の量産化、薬品開発又は特許取得をし、巨大な販売利益を手に入れた。A、B 国のいずれにおいても植物 P の利用開発、利益配分等に関しては規制ルールがないので、X 社は知識 p の伝承者・保有者である A 族及び B 国の権利者に対しては何らの利益配分もしていない⁶。

Routledge, 2013, pp. 40-42. 本論文は医薬伝統的知識の保護を議論の対象とするので、基本的には遺伝資源の保護については論じない。しかし、基本事例 1 のようなことはバイオパイラシー源となる、すべての問題の嚆矢であるので、ここで論じることとする。ところで、ハーディア事件は、後記の基本事例 4 にもつながっている。

²例えば、ディル (Dill, ラテン語で *Anethum Graveolens*) という植物は、欧州及びアジアに自生している。欧州における使用に関する記録は 1 世紀からと言われる。17 世紀の英国では不安の除去、鬱状態の緩和にディルの種子を使う療法がある (ディルの語源は「鎮める」の古代スカンジナビア語「dilla」である)。ジュニー・ハーディング著＝服部由美訳『ハーブ図鑑』(ガイアブックス、2012 年) 34 頁。中国では、ディルは「蒔蘿」(標準語) 又は「西必提」(「シ ビ ティ」と発音され、ウイグル語からの音訳である) と表記される。ウイグル族の民族医薬では、尿道結石及び膀胱結石、腸腹の脹満、胃寒による胃痛等の治療で使われる。賈敏如＝李星炜編集代表『中国民族药志要』(中国医药科技出版社、2005 年) 44 頁。ところで、欧州におけるディルのもう一つの用法は、中世初期から消化薬として利用されることである。現在でも、消化不良、胃痙攣、便秘や過敏性大腸症候群の腹痛の治療において利用され、中国での用法と類似する。それは本文の基本問題 3 で述べる状況に該当する。

³「知識 p に基づく」には、実際、多くの、かつ複雑な形がある。簡単にいえば、薬用知識 p をそのまま使い、「A 族の伝統薬」(薬湯) を現代の製薬技術で現代薬の剤型 (例えば、マイクロカプセル剤、注射剤又は粉末状エキス剤) として生産するという形 (医薬伝統的知識の使用) や、薬用知識 p から啓発を受け、薬用植物 P の中からある病に対する有効成分 α を発見し、新薬を開発するという形 (医薬伝統的知識の利用) がある。基本事例には、便宜上、「植物 P に対して研究開発を行い、成分 α を発見した」としているが、実は上記の二種類を包含している。具体的には、次章の第 2 節で論じることとする。以下では、「医薬伝統的知識の使用・利用」又は「医薬伝統的知識を使用・利用し」と表記する。なお、使用又は利用のみの場合は、「医薬伝統的知識の使用」や「医薬伝統的知識を使用し」又は「医薬伝統的知識の利用」や「医薬伝統的知識を利用し」と表記する。

⁴なぜ二つの国において伝承されるかについては、第 IV 章において分析し議論する。

⁵この場合には、B 国の知識 p の伝承者・保有者自らが製薬会社 X を作る事又は X に加入することも包含される。

⁶ところで、実際、この例においては、A 族と B 族が同じ伝統医薬を持っているかどうかは関係がないと思われる。つまり、知識 p が、A、B 二国の伝統医薬においてどのように位置づけられるかは関係ない。なぜなら、外部の薬品企業は伝統的医薬学そのものより、薬材 (動植物又は鉱物) にはどのような成分があり、この成分にはどのような効果があるかについて関心を持つからである (本文の基本事例 4 も同様)。また、医薬伝統的知識の所在国の薬品企業 (このような薬品企業には、伝統医薬の伝承者・保有者

(基本事例 4)

植物 P は A 国だけではなく、A 国のジャングルに類似している B 国のジャングルにも自生しているし、A、B 国のいずれにおいても知識 p が伝承されている。ある日、C 国の薬品企業 Y 社の研究者は B 国を訪れ、B 国において知識 p が伝承されていることを知った。Y 社は B 国における植物 P に対して研究開発を行い、成分 α を発見した⁷。そして、成分 α を量産化し、成分 α による薬品開発及び特許取得をし、巨大な販売利益を手に入れた。前の基本事例と同様に、A、B 国のいずれにおいても植物 P の利用開発、利益配分等に関しては規制ルールがないので、C 国の薬品企業 Y 社は知識 p の伝承者・保有者である A 族及び B 国の権利者に対しては何らの利益配分もしていない⁸。

2 各基本事例に関する基本問題

上記の四つの基本事例をめぐって、遺伝資源⁹又は伝統的知識の単なる提供国である A 国の立場から見れば、表 1 によって示される通り、以下のような基本問題における不利益が生じると思われる。各基本事例から引き出される問題は「基本問題 1」、「基本問題 2」等と称することにする。

前款で列挙した四つの基本事例に共通するのは、A 国には全くバイオ技術がなく、現代製薬のテクニック水準も低い単なる資源又は知識の提供国である（この場合、表 1 における A 国の製薬企業の利益はすべて潜在的利益である）。C 国はハイテクを有するが、伝統医薬がほとんどない単なる利用国である。このような場合、単なる利用者としての Y 社及び利用国としての C 国にとって、資源又は知識の利用に関する法的問題は生じない。しかし、A、C 両国に対して、遺伝資源又は伝統的知識の利用国及び提供国という二つの性質を有する B 国の立場は微妙である。基本事例 1 及び 2 における B 国の立場は基本事例 4

によって作られた企業も少なくない。例えば、日本の救心製薬は代々薬屋を経営する堀家の堀博愛薬房から発足し、亀田製薬は亀田利三郎の薬舗から発足した。中国では、杭州の胡慶余堂製薬会社、雲南の雲南白薬製薬会社のような数代の歴史を有する伝統的薬局兼病院から発展した製薬会社があげられる。そして、今の中国では、「病院調剤」（中国語では「院内製剤」と表記する）という病院の自家製伝統薬及びその伝統薬の現代的な剤型を製造、販売することがある）は伝統的知識を使用することが多い。従って、本論文では明確に分けて議論することはしないが、基本事例 4 における第三国からの利用者たる Y 社による利用と X 社による利用の着目するところは異なると思われる。

⁷解析、研究開発又は製造販売の場所とは関係ない。即ち、Y 社の研究開発活動において利用された植物 P は B 国で自生するものであり、研究開発活動が行われる場所は A 国、B 国、C 国又はその他の国のいずれである可能性もある。

⁸基本事例 4 に関する実例について、中国の論文でよくみられるのは、モンゴル伝統医薬（中国ではモンゴル族伝統医薬）の知識についてである。中国のモンゴル族とモンゴル国のモンゴル人は同じ民族であり、同じような医薬伝統的知識を有するのは当然である。ある論文によれば、日本モンゴル民族伝統医学研究所（モン研）は内モンゴル医学院中モン医学院（内モンゴル医学院大学中医モンゴル医学学部を指す、筆者注）に人員を派遣し、モンゴル伝統医学を学んだことがあり、その後、当該研究所はモンゴル伝統的知識を利用し、「モンゴル壮茶」というモンゴル族の健康茶を発売する。しかし、この健康茶には、知識の出所が表記されておらず、出所地住民の利益に対する配慮もなかった。周・前掲注（1）110 頁を参照。ここでは、日本が C 国に当たり、モン研は C 国の企業 Y 社に当たる。それに対して、中国が B 国、モンゴルが A 国に当たる。また、前掲注（1）で述べているホーディア事件も、基本事例 4 に該当する。即ち、ホーディアは南アフリカのみならず、隣国のボツワナにも自生しており、ボツワナのサン族にも同様の伝統的利用方法がある。しかし、ボツワナには ABS（遺伝資源へのアクセス及び利益配分）に関する国内法がない。この事件の結果として、利用者たる CSIR とファイザー社は南アフリカの国内法によって規制されることになる。最首・前掲注（1）。

⁹遺伝資源の定義については、生物多様性条約第 2 条（用語）の「遺伝素材」及び「遺伝資源」を参照。それによれば、遺伝素材とは遺伝の機能的な単位を有する植物、動物、微生物その他に由来する素材を指し、遺伝資源は価値を有する遺伝素材である。本論文において、遺伝資源は一般的に生薬になる動植物である。

のC国と同じである一方、基本事例4においては、B国は基本事例1及び2のA国と同様の立場となる。B国及びX社はA国に対するときは確かに利益を得る者になるが、C国及びY社に対しては、被害者になる可能性もある。

表1 各基本事例から生じる基本問題

| | | |
|-------|--|---|
| 基本問題1 | (基本問題 1.1) A国の先住民の慣習法・伝統的生活様式におけるルールによれば、植物Pは神聖なものとされ、いかなる「外部の者」にも利用させたくないの、薬品企業X社の行為は先住民に「精神的損害」を加える可能性がある。 | |
| | (基本問題 1.2) X社はA国の自然資源たる植物Pを自社の本国に持ち帰り、それを利用して開発した薬品をA国に特許出願した後、特許権が承認された。 | (基本問題 1.2.1) A国の薬品企業は将来本国において同様又は類似の特許出願ができなくなる(市場を占める可能性が失われる)。 |
| | | (基本問題 1.2.2) A国の薬品企業はX社に対して(多くの)特許使用料を支払わないと、当該薬品を製造、販売することができなくなる(市場が失われ、国民も安価な薬品を入手できなくなる)。 |
| | | (基本問題 1.2.3) A国の薬品企業や研究開発機関はX社に対して(多額の)特許使用料を支払わないと、当該薬品関連の特許権が付与されるテクニックの輸入、そしてそのテクニックに基づく研究開発が制限されるおそれがある(技術の進歩が止まり、国家にも国民にも不利益が生じる)。 |
| | | (基本問題 1.2.4) A国の国民はX社に対して特許使用料を支払わないと、植物Pに関する伝統的な利用も制限されるおそれがある(安価の伝統薬がなくなり、代々伝承された伝統も切断されてしまう)。 |
| | | (基本問題 1.2.5) X社が特許権又は特許権のような排他的使用、収益の権利によって多くの利益を得るのに対して、植物Pを伝統的に利用してきたA国の先住民等は恩恵を受けることができなくなる(先住民に貧困、不公平を生じさせる)。 |
| | (基本問題 1.3) X社がA国の自然資源を自社の本国に持ち帰り、それを利用して開発した薬品をA国以外の国に特許出願する。 | (基本問題 1.3.1) A国の薬品企業は将来外国(X社の特許権がある国、以下同様)で特許出願できない(市場を占める可能性が失われる)。 |
| | | (基本問題 1.3.2) A国の薬品企業はX社に対して特許使用料を支払わないと、当該植物Pから開発した薬品を外国へ販売できなくなる(製造販売コストが増大し、市場が失われる)。 |
| | | (基本問題 1.3.3) X社が特許(のような排他的使用、収益の権益)によって多くの利益を得るのに対して、資源所在国であるA国及び植物Pを伝統的に利用してきたA国の先住民等は恩恵を受けることができなくなる(先住民に貧困、不公平を生じさせる)。 |
| | (基本問題 1.4) 薬品企業X社はA国特有の、かつ先住民に代々利用されてきた薬草たる植物Pを許可なしに自国に持ち帰り、研究開発を行い、又は特許を申請し、排他的占有を得る可能性がある。 | |

| | | |
|-----------|---|--|
| 基本問題 2 | <p>(基本問題 2.1) A 国の先住民の慣習法・伝統的生活様式におけるルールによれば、植物 P の利用方法は神聖なものとされ、いかなる「外部の者」にも利用させたくない ので、薬品企業 X 社の行為は先住民に「精神的損害」を加える可能性がある。</p> | |
| | <p>(基本問題 2.2) X 社は A 国の伝統的利用方法(知識)を利用して開発した薬品を A 国に特許出願する可能性がある。</p> | <p>(基本問題 2.2.1) 当該伝統的知識の所在国たる A 国の薬品企業は将来当該知識を利用し、本国で同様又は類似の特許出願ができなくなる(市場を占める可能性が失われる)。</p> |
| | | <p>(基本問題 2.2.2) A 国の薬品企業は X 社に対して(多額の)特許使用料を支払わないと、当該薬品を製造、販売することができなくなる(市場が失われ、国民にとっても、安価の薬がなくなってしまう)。</p> |
| | | <p>(基本問題 2.2.3) A 国の薬品企業や研究開発機関が X 社に対して(多くの)特許使用料を支払わないと、当該薬品関連の特許権が付与されるテクニックの輸入、そしてそのテクニックに基づく研究開発が制限されるおそれがある(技術の進歩が止まり、国家にも国民にも不利益が生じる)。</p> |
| | | <p>(基本問題 2.2.4) A 国の国民は X 社に対して特許使用料を支払わないと、植物 P に関する伝統的な利用も制限されるおそれがある(安価の伝統薬がなくなり、代々伝承された伝統も切断されてしまう)。</p> |
| | | <p>(基本問題 2.2.5) X 社が特許(のような排他的使用、収益の権益)によって多くの利益を得るのに対して、研究開発において重要な役割を果たした知識を伝承している A 国の先住民等は恩恵を受けることができなくなる(先住民に貧困、不公平を生じさせる)。</p> |
| | <p>(基本問題 2.3) X 社が A 国の知識を利用して開発した薬品を A 国以外の国に特許出願する。</p> | <p>(基本問題 2.3.1) A 国の薬品企業は将来外国で特許出願できない(市場を占める可能性が失われる)。</p> |
| | | <p>(基本問題 2.3.2) A 国の薬品企業は X 社に対して特許使用料を支払わないと、当該伝統的知識を利用して開発した薬品を外国へ薬品販売できなくなる(製造販売コストが増大し、市場が失われる)。</p> |
| | | <p>(基本問題 2.3.3) X 社が特許(のような排他的使用、収益の権益)によって多くの利益を得るのに対して、同様の植物 P を有する A 国及び研究開発において重要な役割を果たした伝承している A 国の先住民等は恩恵を受けることができなくなる(先住民に貧困、不公平生じさせる)。</p> |
| | <p>(基本問題 2.4) 薬品企業 X 社は A 国特有の、かつ先住民に代々伝承されてきた伝統的知識を許可なしに自国において研究開発を行い、又は特許を申請し、排他的占有を得る可能性がある。</p> | |

| | | |
|-----------|---|---|
| 基本問題 3 | <p>(基本問題 3.1) A 国の先住民の慣習法・伝統的生活様式におけるルールによれば、当該植物 P の利用方法は神聖なものとされ、いかなる「外部の者」にも利用させたくないの、薬品企業 X 社の行為は先住民に「精神的損害」を加える可能性がある。</p> | |
| | <p>(基本問題 3.2) X 社は B 国の植物 P の伝統的利用方法 (知識) を利用して開発した薬品を A 国に特許出願する。</p> | <p>(基本問題 3.2.1) 同様の伝統的知識を持っている国 (A 国) の薬品企業は将来当該知識を利用して開発した薬品について、本国で同様又は類似の特許出願ができなくなる (市場を占める可能性が失われる)。</p> |
| | | <p>(基本問題 3.2.2) A 国の薬品企業は X 社に対して (多額の) 特許使用料を支払わないと、当該薬品を製造、販売することができなくなる (市場が失われ、国民にとっても、安価の薬がなくなってしまう)。</p> |
| | | <p>(基本問題 3.2.3) A 国の薬品企業や研究開発機関は X 社に対して (多額の) 特許使用料を支払わないと、本国の伝統的知識たる植物 P の利用方法に基づく研究開発が制限されるおそれがある (技術の進歩が止まり、国家にも国民にも不利益が生じる)。</p> |
| | | <p>(基本問題 3.2.4) A 国の国民は X 社に対して特許使用料を支払わないと、植物 P に関する伝統的な利用も制限されるおそれがある (安価の伝統薬がなくなり、代々伝承された伝統も切断されてしまう)。</p> |
| | | <p>(基本問題 3.2.5) X 社が特許 (のような排他的使用、収益の権利) によって、多くの利益を得るのに対して、同様の資源、即ち植物 P を有する A 国及び同様の伝統的知識を伝承している A 国の先住民等は恩恵を受けることができなくなる (先住民に貧困、不公平を生じさせる)。</p> |
| | <p>(基本問題 3.3) X 社が B 国の伝統的知識を利用して開発した薬品を A 国以外の国に特許出願する。</p> | <p>(基本問題 3.3.1) 同様の伝統的知識を持っている国 (A 国) の薬品企業は将来当該知識を利用して開発した薬品について、外国で同様又は類似の特許出願ができなくなる (市場を占める可能性が失われる)。</p> |
| | | <p>(基本問題 3.3.2) A 国の薬品企業は X 社に対して (多額の) 特許使用料を支払わないと、当該伝統的知識を利用して開発・製造した薬品を販売することができなくなる (市場が失われる)。</p> |
| | | <p>(基本問題 3.3.3) X 社が特許 (のような排他的使用、収益の権利) によって、多くの利益を得るのに対して、同様の資源、即ち植物 P を有する A 国及び同様の伝統的知識を伝承している A 国の先住民等は恩恵を受けることができなくなる (先住民に貧困、不公平を生じさせる)。</p> |

| | |
|--|--|
| 基本問題 4 | (基本問題 4.1) A 国の先住民の慣習法・伝統的生活様式におけるルールによれば、当該植物 P の利用方法は神聖なものとして、いかなる「外部の者」にも利用させたくないため、薬品企業 X 社の行為は先住民に「精神的損害」を加える可能性がある。 |
| | (基本問題 4.2) Y 社は B 国の伝統的利用方法(知識)を利用して開発した薬品を A 国に特許出願する。 |
| | (基本問題 4.2.1) 同様の伝統的知識を持っている国 (A 国) の薬品企業は将来当該知識を利用して開発した薬品について、本国で同様又は類似の特許出願ができなくなる (市場を占める可能性が失われる)。 |
| | (基本問題 4.2.2) A 国の薬品企業は Y 社に対して (多額の) 特許使用料を支払わないと、当該薬品を製造、販売することができなくなる (市場が失われ、国民にとっても、安価の薬がなくなってしまう)。 |
| | (基本問題 4.2.3) A 国の薬品企業や研究開発機関は Y 社に対して (多額の) 特許使用料を支払わないと、本国の伝統的知識たる植物 P の利用方法に基づく研究開発が制限されるおそれがある (技術の進歩が止まり、国家にも国民にも不利益が生じる)。 |
| | (基本問題 4.2.4) A 国の国民は Y 社に対して特許使用料を支払わないと、植物 P に関する伝統的な利用も制限されるおそれがある (安価の伝統薬がなくなり、代々伝承された伝統も切断されてしまう)。 |
| | (基本問題 4.2.5) Y 社が特許 (のような排他的使用、収益の権利) によって、多くの利益を得るのに対して、同様の資源、即ち植物 P を有する A 国及び同様の伝統的知識を伝承している A 国の先住民等は恩恵を受けることができなくなる (先住民に貧困、不公平を生じさせる)。 |
| | (基本問題 4.3) Y 社が B 国の伝統的知識を利用して開発した薬品を A 国以外の国に特許出願する。 |
| | (基本問題 4.3.1) 同様の伝統的知識を持っている A 国の薬品企業は将来当該知識を利用して開発した薬品について、外国で同様又は類似の特許出願ができなくなる (市場を占める可能性が失われる)。 |
| (基本問題 4.3.2) A 国の薬品企業は Y 社に対して (多額の) 特許使用料を支払わないと、当該伝統的知識を利用して開発・製造した薬品を販売することができなくなる (市場が失われる)。 | |
| (基本問題 4.3.3) Y 社が特許 (のような排他的使用、収益の権利) によって、多くの利益を得るのに対して、同様の資源、即ち植物 P を有する A 国及び同様の伝統的知識を伝承している A 国の先住民等は恩恵を受けることができなくなる (先住民に貧困、不公平を生じさせる)。 | |

上記の各基本問題に関して、特に以下の 2 点について説明を加えておく必要がある。

まず、基本問題 1.1、2.1、3.1、4.1 において、ある種の植物がある先住民にとって「聖物」(神聖なもの)であるという例は、アヤフアスカにみられる。アヤフアスカは、アマゾン川流域の先住民にとって神聖な象徴とされる。当地の Guichua 族の言葉では、アヤフアスカは「死亡の藤」又は「霊魂の藤」を意味する。アヤフアスカの薬湯は精神的飲み物とされ、巫や伝統医者だけがその調剤方法を知っている。しかも、アヤフアスカの採集及び調剤は神聖な行為と認められ、専門の宗教的儀式によって行わなければならない。

1986 年、米国人のミラー (Loren Miller) 氏はアヤフアスカについて、米国における植物特許 (特許 5751 号) を獲得した。出願書における説明において、当該植物は癌や精神病の治療に用いることができ、防腐剤や消毒剤としての用法もあると述べている。8 年後、このことを知ったアマゾンの先住民たちは激怒した。1994 年、彼らは先住民及び伝統的民族のためのアマゾン連合 (COICA) という組織を通じて特許の再審査及び取消請求を提出した。この事件では、先住民たちは国際環境法センター (Center of International

Environmental Law, CIEL) の援助を得た。

請求理由は第一に、米国特許 5751 号は新規性に欠けるため、取り消されるべきであるというもので、第二は、アヤファスカそのものはアマゾン川の全流域において神聖な地位を有するので、米国特許 5751 号の承認は特許法の社会的及び道徳的原則に反するものであるとされた¹⁰。特許出願を受ける米国特許商標局がまず最初に処理すべき問題は、特許出願者によるある文化的団体又は民族的団体 (cultural or ethnic group) にとって神聖である植物又は知識に対する私権の主張が倫理・道徳に合致するか否かということであった¹¹。この主張に基づけば、各国の特許局には、膨大な量の情報が必要となり、その情報をもつデータベースも必要となる。

説明を加えておくべき第二点は、基本問題の 1.2.4、2.2.4、3.2.4、4.2.4 における先住民の日常生活における伝統的利用も制限される点に関して、一般的に、現代特許権が一般人の日常生活に対して、マイナスの影響を与えることは少ないと思われるが、まったく影響がないともいえないということである。

薬品の例ではないが、Peter Drahos 及び John Braithwaite は、その著書 *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy* の冒頭において、以下のような例を挙げた¹²。

即ち、公園の中で、一人の小娘がブランコで遊んでいる。彼女は普通するようなブランコを前後に振るのではなく、片方のチェーンを握って左右に振ることにした。数日後、彼女の両親には知的財産権法執行機関 (The Intellectual Property Enforcement Agency、この機関は警察局に属している) から通知が届いた。その通知には、「監視カメラは、あなたたちの娘のブランコの遊び方を撮影した。この遊び方はある特許の一部であり、PlayPay 社が既に当該遊び方を含む特許を有している。あなたたちは特許使用料を支払うか、特許に関する権利侵害訴訟に臨むか、それ以外に選択肢はない」と記されていた。

これは架空の事例ではあるが、ブランコの遊び方が特許になったケースは実際にある (米国特許 6368227 号)。

また医薬に関する例もある。1999 年、タイの伝統的薬用植物プエラリア・ミリフィカからなるタイ特許 8912 号が成立した。特許権の行使によれば、プエラリア・ミリフィカを含むすべての製品が排除されるとした。本特許の請求項の記述によれば、プエラリア・ミリフィカ以外の添加物の濃度が 0% の場合も請求範囲に含まれるため、プエラリア・ミリフィカ製品 (伝統薬も含まれる) が市場から排除されることになった¹³。

3 いくつかの基本問題から得られる問題点

(1) 論点

まず、上記 4 つの基本問題を整理して論点をまとめれば、以下のようになる。但し、以下の論点は資源又は知識の提供国の立場から見たものである。

(論点 1) 外国の薬品企業が先住民の伝統的知識又は先住民社会における自然資源たる

¹⁰宋・前掲注 (1) 267 頁。

¹¹アヤファスカ事件についての国際環境法センターの弁護士 David Downes 氏の発言、B. Bachner, *Intellectual Property Rights and China: the Modernization of Traditional Knowledge*, Eleven International Publishing, 2009, p. 10 を参照。

¹²See Peter Drahos and John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy*, Earthscan Publications Ltd, 2002, p. 1.

¹³森岡一『生物遺伝資源のゆくえ—知的財産制度から見た生物多様性条約』(三和書籍、2009 年) 129 頁。

植物を許可なしに先住民又は先住民の集団としての先住民社会の所在地から持ち出し、研究開発し、(その開発の成果を)私有財産とし、かつ販売をすることは、現状では関連法規がないので違法行為ではないとしても不正行為ではないかという懸念がある¹⁴。ここには、もう一つ隠された問題がある。それは、A国の薬品企業が自国の先住民の自然資源たる植物又は医薬伝統的知識を許可なしに先住民・先住民社会の所在地域から持ち出し、利用することも不正な行為ではないかという問題である。基本問題の2及び3¹⁵では、外国の企業が特許権等の排他的権利を取得することによってA国薬品企業による自国の医薬伝統的知識の利用を妨げることはA国にとって問題になると考えられている。A国の薬品企業が自国の自然資源又は医薬伝統的知識を利用できるということが、この問題の前提であろう。換言すれば、本論点の焦点は、遺伝資源・伝統的知識の保有者・伝承者にあるべき権利がないということにある。

(論点2) 伝承者・保有者以外の者(特に外国の利用者)の獲得した特許権が、先住民のような知識の伝承者・保有者又は伝統的利用者による医薬伝統的知識の伝統的利用を妨げる可能性は否定されていない。ここで、更に二つの無視できない問題が生じる。即ち、伝統的活動の伝承が切断されてしまうという問題と、先住民のような伝統的利用者(特に途上国の貧困な伝統的利用者)にとって、安価かつ有効な伝統薬がなくなってしまうという問題である。換言すれば、本論点の焦点は、特許権(又はその他の排他的占有権)によって、知識の伝承者・保有者にマイナスの影響を与えるということになる。

(論点3) 先住民以外の者たる薬品企業X社又はY社が自然資源又は医薬伝統的知識の伝承者・保有者たる先住民の神聖なもの(薬用資源又は知識)を利用することは、先住民の精神的利益を害すると考えられている。

(論点4) X社又はY社はA国以外の国で知識pを利用するとき、A国の先住民又は薬品企業に事実上の不利益を与える可能性がある(基本事例3及び4を参照)。

多くの利益を得る薬品企業と利用される知識の伝承者たる先住民との間に、どのような方法又はどのような形で利益のバランスを求めるかが問題になる。

(2) 関連行為

基本問題における各関連行為は表2で示されている。

¹⁴知的財産権の権利者は、不正利用されている著作品の複製品を海賊版だという。権利者の許可がない場合、当該複製品の製作者及び利用者が権利者に属する知識又は知識製品を恣意的に複製し、使用することは、盗賊と類似しているからである。

例えば、米国商用ソフトウェア連盟のメンバーの一人は、ある報告会において、以下のようなことを言った。即ち、「(この発言は不正ダウンロードには利益均衡の必要があるという考えに対する反論として言われると思われる、筆者注) ビル・ゲーツは既に多くの利潤を得たので、ソフトウェアを少しダウンロードすることは彼に対してどのような損害もないだろう、と述べた人がいるが、このロジックは間違っている。それは窃盗である。君たち(報告会の参加者、筆者注)は、キャディラックが金持ちのものであるから、盗むことは構わないと思うだろうか、ソフトウェアの海賊行為も同じだ」。See Drahos and Braithwaite, *supra* note 12, p. 29.

上記の発言者は、知識の製品の恣意的複製とキャディラックを盗むことを対比したが、それと同様に、薬品企業は先住民に許可されない場合、遺伝資源又は伝統的知識を恣意的に使用・利用する(先住民の居住地域から持ち出し、研究開発又は製造販売をすべて含んでいる)ことも上記の「盗賊行為」と類似しているのではないか。

上記の「知的財産権に関する盗賊行為」との唯一の違いは、我々が法律によって当該遺伝資源又は伝統的知識に対して先住民に属する権利を設定していないことである。換言すれば、もし、我々が上記の先住民(又はその他の明確な権利者)に属する権利を設定すれば、許可なしの恣意的な持ち出し、利用又は専有化する行為はまさに遺伝資源又は伝統的知識に対する盗賊行為になるであろう。

¹⁵なお、以下の内容を除く。1.2.4、1.2.5、1.3.3、2.2.4、2.2.5、2.3.3、3.2.4、3.2.5、3.3.3、4.2.4、4.2.5、4.3.3

表2 医薬伝統的知識の使用・利用の関連行為

| 行為者 | 行為 | | 結果 |
|-----------------------------------|--|-------------|-------------------------------------|
| 外国人 (Foreigner、 略称 F) | ①アクセス | | 知識を知り、知識の元の保有者がコントロールする可能性が事実上消失する。 |
| | ②使用・利用行為 | a 現代的研究開発行為 | |
| | | b 伝統的利用行為 | |
| | ③現代的使用・利用の成果に対して、排他的権利（現在では主に知的財産権）を設定する行為 | | a 排他的権利は使用・利用された知識をカバーする |
| | | | b 排他的権利は使用・利用された知識をカバーしない |
| | ④伝統的使用・利用の成果に対して、排他的権利を設定する行為 | | a 排他的権利は使用・利用された知識をカバーする |
| | | | b 排他的権利は使用・利用された知識をカバーしない |
| | ⑤上記 F②の成果を商業化する行為 又は F③、F④の排他的権利を第三者に譲渡し、ライセンスを付与する行為 | | a 利益を得る |
| | | | b 利益を得ない |
| | ⑥上記③又は④の排他的権利を行使し、当該資源・知識に対する他者（資源・知識の提供国又は第三国）による使用・利用行為を阻止する行為 | | a 阻止行為の対象は使用・利用された知識の使用・利用を含んでいる |
| b 阻止行為の対象は使用・利用された知識の使用・利用を含んでいない | | | |

| | | | |
|---|--|-----------------------------------|--|
| 医薬伝統的知識の伝統的権利者 (Traditional Subject of Right、略称 TSR) | ①使用・利用行為 | a 現代的研究開発行為 | |
| | | b 伝統的利用行為 | |
| | ②現代的使用・利用の成果に対して排他的権利を設定する行為 | a 排他的権利は使用・利用された知識をカバーする | |
| | | b 排他的権利は使用・利用された知識をカバーしない | |
| | ③伝統的使用・利用の成果に対して、排他的権利を設定する行為 | a 排他的権利は使用・利用された知識をカバーする | |
| | | b 排他的権利は使用・利用された知識をカバーしない | |
| | ④上記 TSR①の成果を商業化する行為又は TSR②TSR③の排他的権利を第三者に譲渡し、ライセンスを付与する行為 | a 利益を得る | |
| | | b 利益を得ない | |
| | ⑤上記 TSR②又は TSR③の排他的権利を行使し、当該資源・知識に対する他者（資源・知識の提供国又は第三国）による使用・利用行為を阻止する行為 | a 阻止行為の対象は使用・利用された知識の使用・利用を含んでいる | |
| | | b 阻止行為の対象は使用・利用された知識の使用・利用を含んでいない | |

(3) 利害関係者

利益の関係者について議論しよう。上記の論点に基づけば、各論点における直接的な利害関係者には、少なくとも以下の五つがある。

①A 国の先住民 A 族。関連する利益は、「聖物」が非「聖物」として扱われるという不利益、自らの医薬伝統的知識を伝統的に利用できるという利益及び自らの医薬伝統的知識の使用・利用から得る利益である。

②B 国の伝統的権利者 B（先住民、先住民社会及び地域社会、並びにその他の伝統的権利主体）。関連する利益は上記と同じ。

③A 国薬品企業。関連する利益は、本国市場における販売利益（この場合、かかったコストはマイナス利益と設定される、以下同様）、本国市場の独占可能性、本国以外の国における販売利益及び本国以外の国における市場独占可能性である。

④B 国の薬品企業 X 社。関連する利益は上記の A 国の薬品企業と同様。

⑤C 国の薬品企業 Y 社。関連する利益は上記の A 国の薬品企業と同様。

他方、A 国や B 国の国内法に「遺伝資源は国が所有する」と規定する条項がある場合、

植物 P の所在国たる国も資源の所有者として直接的な利害関係者になれる¹⁶。

間接的な利害関係者には、直接的な利害関係者が所在する国 (A、B、C 国) が含まれ、これらの国家には外国又は外国人による侵害行為から、自国民 (自然人又は法人) を保護する義務がある。自国における先住民又は薬品企業が外国又は外国人により利益侵害を受けることは国家利益の侵害につながる。しかも、国内薬品企業が「被害者」になるとき、製薬分野の国内産業も損なわれる可能性がある。産業の損失は結局国家の損失になる。

ここで注意すべきは、一国内の利害関係者である先住民、薬品企業及び当該国家に共通する「関連利益」が、外国の薬品企業によって行われた利益の専有行為を排除すること、又は当該利益を「自ら」専有することだということである。そして、先住民と自国の薬品企業 (例えば、基本事例 3 における、知識の提供者たる B 国の先住民 B 族と B 国の薬品企業 X 社) との間にも、権利の専有又は利益配分に関する争いがあると思われる。

(4) まとめ

上記の内容から、我々は議論の対象を次の六つに纏めることができる。即ち、①薬用遺伝資源に対して、所有権のような権利が設定されるか、またこの権利は誰に属するのか。②医薬伝統的知識に対して所有権のような権利が設定されるか、またこの権利は誰に属するのか。③薬用遺伝資源に対して、排他的に利用、収益の権利が設定されるか、またこの権利は誰に属するか。④医薬伝統的知識に対して排他的に利用、収益の権利が設定されるか、またこの権利は誰に属するか。⑤薬品企業が遺伝資源又は伝統的知識を利用し研究開発した場合、特許権等の排他的権利は設定されるか、またこのような権利授与の限界はどこにあるのか。⑥もし、上記の①～④で言及した権利が先住民・先住民社会に属すると判断される場合、国家との関係はどうなるか¹⁷。

以下の先行研究で、上記の六つの議論の対象に対する様々な学説や主張を見ていく。

¹⁶例えば、中華人民共和国憲法第 9 条 1 項は、「鉱物、水流、森林、山、草原、未開墾地、砂浜等の自然資源は、すべて国家が所有するものであり、すべての国民が所有するものである。ただし、法律によって集団が所有する森林及び山、草原、未開墾地、砂浜は除かれる」と規定している。本論文で引用する中国法は教学法規中心編『学生常用法規全書 (第 11 版)』(中国法制出版社、2011 年)を参照した。

¹⁷国家は遺伝資源又は医薬伝統的知識の使用・利用行為の間接的な利害関係者として存在する。このような場合、国家は先住民利益の保護者として、先住民が利用者との交渉を行うとき、交渉を促進すると同時に、先住民の主張に従い、先住民の利益を保護する。(国又は地方行政機関は) 民族、又は地域社会において、代表機関を作ることができる。上記の代表機関がなければ、当地の政府は代表機関になることができる。刘银良「传统知识保护的法律问题研究」郑成思編集代表『知识产权文丛 (第 13 卷)』(中国方正出版社、2006 年) 249 頁。

医薬伝統的知識の事例ではないが、ウスリー舟唄事件において、最高人民法院は「ホジェン族四排民族郷政府は憲法によって定められた基本原則及び法律上の禁止事項に反しない限り、自己の管轄区域内のホジェン族民衆の権利及び利益を保護するために、自己の名義でホジェン族のフォークロア作品の合法的権利・利益の侵害行為に対して訴訟を起こすことができる」と判示した (ホジェン族は主に中国及びロシアに分布している少数民族であり、ロシアではナナイ人と称される。民族郷 (Ethnic township) は村町レベルの少数民族自治体の名称であり、「四排」は地名である、筆者注)。最高人民法院「饶河县四排赫哲族郷政府訴郭頌等侵犯民間文学芸術作品諸作權糾紛案」『中華人民共和国最高人民法院公報』2004 年度第 7 号 (2004 年) を参照。しかも、四排民族郷の行為には憲法上の根拠があると言われる。中国憲法 119 条によれば、「民族地方自治体の自治機関は自主的に本地方の教育、科学、文化、衛生、体育の事業を管理し、民族の文化遺産を保護・管理し、民族文化を發展し、繁栄させる (筆者訳)」。刘银良、同上。

仮に、本文の①及び②で言及した権利が国家に属すると判断されれば、国家は直接的な利害関係者=権利者として、利用過程に参加する。権利が侵害される場合には、権利者として、訴訟又はその他の紛争解決手続において原告になれる。

第2節 基本問題に対する解決策（先行研究 I）

これまでの先行研究は、主に遺伝資源又は伝統的知識に関する権利設定及びこの権利に基づく国内法政策の策定に集中していた。本節では、この内容について論じることとする。遺伝資源又は伝統的知識の保護に関する国内法政策に関するその他の問題については、国際法レベルでの議論と関連づけて、第4節において論じることとする。本論文で引用する文献では、医薬伝統的知識ではなく、医薬伝統的知識を含む「伝統的知識」を対象にするものが多い。本論文は医薬伝統的知識の保護を論じるものであるが、このような文献を引用する場合、「医薬伝統的知識」の代わりに「伝統的知識」という用語を使用することにする。なお、引用文献が医薬伝統的知識のみに関わる場合は、「医薬伝統的知識」又は「伝統的知識」という用語を使うこととする。

1 バイオパイラシー—解決策のスタートライン

医薬伝統的知識の保護は、農業関係の伝統的知識の保護とともに、遺伝資源の保護問題の一部として扱われ、その多くはバイオパイラシーに関わる。ここではまた、前節の(4)でまとめで設定した設問①及び②の一部に対する回答が与えられるだろう。

まず最初に、バイオパイラシーに関するいくつかの定義をみてみよう。バイオパイラシーという用語は、カナダの NGO である ETC Group が初めて使用したものである。ETCG の定義によれば、バイオパイラシーとは「農民及び先住民の遺伝資源及び知識に関し、(通常、特許権又は知的財産権によって) 排他的独占支配を行うことを望む個人又は機関が当該資源又は知識を占有すること」をいう¹⁸。

インドの学者ヴンダナ・シヴァ氏によれば、「バイオパイラシーとは、非工業文化において数世紀にわたって使用されてきた生物資源、生物製品や製法に対する排他的所有権や支配を正当化するために知的財産権制度を利用することである。第三世界の人々のイノベーション、創造性、才能に基づく生物多様性と伝統的知識に対して特許を主張することは『バイオパイラシー』の行為である」¹⁹。シヴァ氏は続けて、「特許は発明に対して与えられるので、バイオパイラシーの特許は伝統的知識の形態をとるイノベーションを否定する。特許を認め、発明に報酬を与える急激な動きが先進国の政府や企業に農村共同体が数世紀にわたって蓄積し、数世代の人々が集団で取り組んできたイノベーションを無視させることになった」と述べ、バイオパイラシーの弊害を指摘している²⁰。

Longman 辞書 Dictionary of Contemporary English によれば、バイオパイラシーとは、「長年にわたって、自然又は農民(特により貧しい国々における農民)によって開発されてきた植物、動物及び遺伝子等を利用する生産物に対して、大企業が特許(法的権利)を取得しようとするプロセス」である²¹。

上記の定義から、我々はいくつかのヒントを抽出することができる。

まず第一に、バイオパイラシーは(農民又は/及び先住民以外の者による)(医薬に関す

¹⁸ETCG, *Issues*, at <http://www.etcgroup.org/en/issues/> 及び、田上麻衣子「遺伝資源及び伝統的知識をめぐる議論の調和点」『知的財産法政策学研究』第19号(2008年)172頁参照。

¹⁹ヴンダナ・シヴァ著=奥田暁子訳『生物多様性の保護か、生命の収奪か—グローバリズムと知的財産権—』(明石書店、2005年)63頁。

²⁰同上、14頁

²¹“The process in which large companies try to get PATENTS on (=legal rights to) products that make use of plants, animals, GENES, etc. that were developed over many years by nature or by farmers, especially farmers in poorer countries.” See *Dictionary of Contemporary English*, (Person Education, 2005), p.137.

る) 遺伝資源又は伝統的知識に対する排他的占有・支配と定義される。表2を見ると、阻止されるべき行為は、「F③」と「F④」のみである。即ち、単なる遺伝資源又は伝統的知識へのアクセス (F①)、利用開発行為 (F②) はバイオパイラシーではない。伝承者たる先住民の知識に対する占有²²及び占有による自由な使用・利用の剥奪こそが、バイオパイラシーである。

第二に、上記のバイオパイラシーの定義には、「農民及び先住民の遺伝資源及び知識」、「第三世界の人々の伝統的知識」等の表現が使われるが、農民及び先住民以外の者の知識は伝統的知識でないとは必ずしも言えない。上記の定義から明らかなことは「農民及び先住民の遺伝資源及び知識」がバイオパイラシーによって害されるということに過ぎないのである。

第三に、バイオパイラシーの定義からは、国家が権利者になり得るという結論は導き出せない。しかし、バイオパイラシーの実施者は外国の企業だけでなく、本国の企業や研究機関の場合もあり得る²³。基本事例3のように、B国の企業X社が自国における植物Pに関する知識pを利用し、薬品を開発することは、バイオパイラシーになる可能性がある。もし、X社が民間薬品企業ではなく、B国の国立研究所である場合、国家がバイオパイラシーの実施者になることも考えられるであろう。この場合、上記の議論④における国家の立場も明らかにする必要がある。

ところで、初期のバイオパイラシーの定義と比べると、現在のそれには若干の変化が見られる。例えば、薛達元氏はバイオパイラシーには、以下のような2つの形式があるとしている²⁴。

「1)「間違った特許」²⁵—長い年月の間に生じた伝統的知識が人々によって代々伝承されてきたが、文献資料には記入されていないので、特許審査機関が審査をするとき参考にできなかった。従って、当該特許に関する先行技術がないと思われたまま、新規性や進歩性がない「発明」に特許権が誤って授与された。

2)ある種の「正しい特許」—特許権の授与は確かにある国の国内法に従って行うことであるが、以下の場合にはバイオパイラシーと認めるべきと考えられている。

a) 特許権を授与する基準が極めて低い場合。例えば、ある国は発明だけでなく、「発見」も発明と同様に扱い、特許権を授与することができる。ある国(例えば米国)では、伝統的知識を先行技術として認めない場合が多い。

b) 特許権が授与されるのは確かに発明であるが、PIC、MATが確実に行われたことを証明することができない場合、このような特許権授与もバイオパイラシーと認定されるべきと考えられている。」

薛氏がこの定義を定式化したのは、2009年であり、生物多様性条約の発効から既に17年が経っていた。

伝統的知識の利用に対して、事前の利用情報伝達、許可、利益配分等の規制手段を認め

²²ここで、占有というのは、特定の法がない状態における自然的な占有を指す。どのような権利があるか不明であるが、知識が住民たちの労働の過程から生じたものかは確かである点で、有体物への専有権の発生と類似している。逆に、この点から、法的権利を付与し、法律上の占有になるべきという考えが導かれるであろう。

²³例えば、伝統的権利者(特に先住民)以外の者が知識を専有化するような場合である。前述のホーディア事件において、バイオパイラシーの実施者と指摘されたものの中には、サン族と同じ国における者もいた(CSIR)。

²⁴薛達元編集代表『遺伝資源、伝統知識と知識産権』(中国環境科学出版社、2009年)114頁。

²⁵同上。また、この「間違った特許」の例として、ニーム特許の無効審判の事例(2000年欧州特許庁一審、2005年3月8日欧州特許庁控訴審)がある。この事例については森岡・前掲注(13)140-143頁を参照。

る国は増えているので、出願を行う国の国内法に「PIC、MAT」の義務が規定され、当該義務を確実に履行すれば、伝統的知識に関する特許の獲得行為はバイオパイラシーを構成しなくなるといえよう。

しかし、ここにはまだ未解決の問題が残っている。基本事例 3 や基本事例 4 のように、利用者たる X 社や Y 社が交渉相手とする B 国の知識 p を合法的、かつ PIC と MAT の義務を確実に履行したうえで入手したものの、交渉相手ではない A 国の先住民 A 族に対しては何もしていない場合、X 社や Y 社の行為は、バイオパイラシーにならないかという問題である。この問題は、本章第 3 節の変形問題 3 又は変形問題 4 で論じることとする。

以上のように、バイオパイラシーとして非難されるかどうかは、主に伝統的知識の伝統的権利者以外の者が知識を専有化したかどうかによる。これがスタートラインとなって、次のことが考察されなければならない。即ち、伝統的権利者の伝統的知識を専有するのは不当であると考えられているが、まず、権利者が伝統的知識を所有していると言えるのは、どのようなことにより成立するのか、そして、仮に、伝統的知識に所有権等の権利が設けられれば、「権利者」は誰か、ということである。これらの問題に対する研究は、今後の研究にとっても重要かつ解決すべき問題である。

2 医薬伝統的知識の保護に関する三つの基本問題

(1) 医薬伝統的知識とは何か

医薬伝統的知識の保護というとき、まず医薬伝統的知識の定義を明確にするのは当然なことであろう。とはいえ、医薬伝統的知識だけでなく伝統的知識に関しても、いまだ明確で統一した定義はない。条約又は国際組織によっては、定義を行っているものもあるが、その意味は条約又は国際組織によって異なる。例えば、伝統的知識を定義し、医薬（医療・保健分野）における伝統的知識の定義に該当する知識は医薬伝統的知識である、というものもあるし（CBD 等）、伝統的知識の定義を行い、そこから生じる知識は医薬伝統的知識であるというものもある（WHO 等）。また、より具体的な定義は各国の国内法に任せられているので、定義は更に複雑になる。

WIPO の伝統的知識に対する定義は以下の通りである。即ち、伝統的知識は伝統的活動から生ずる知識内容又はその実質的な要素である。それは、伝統的知識を構成する技能、創造、方法及び知識、或いは先住民及び先住民社会の伝統的生活様式に関する知識、並びに代々伝承された知識体系にある知識を含んでいる²⁶。

当然なことであるが、WIPO による定義によれば、伝統的知識は具体的な技術領域に限らず、「農業、環境及び医学に関する知識、及び遺伝資源に関するすべての伝統的知識が含まれる」²⁷。医療の分野で使われる生物又はその他の材料に関する情報、生産方法、デザイン、文学、音楽、宗教儀式及びその他の技術等、換言すれば、（医薬分野の）伝統的生産・生活に基づく文学、芸術、科学発明、発見、デザイン、商標、名称又は符号、公衆に知らせない秘密的な情報、及び他の伝統を基礎とする知的活動から生じたすべての創造は、

²⁶ See Annex to WIPO, *The Protection of Traditional Knowledge: Revised Objectives and Principles*, WIPO/GTRKF/IC/11/5. また、2006 年の WIPO/IGC 第 10 回会合での文書によれば、「…『伝統的知識』という用語は、伝統的文脈における知的活動から生じる知識の内容又は実体を一般的に意味するものとし、伝統的知識体系の一部を構成するノウハウや技能、工夫、慣行及び学習、並びに先住民及び地域社会の伝統的生活様式に体现され、又は世代間で継承された成文化された知識体系に含まれる知識を含む」。See WIPO/GTRKF/IC/10/5.

²⁷ *Ibid.*

伝統的知識に属する²⁸。以上のように、WIPO が定義した伝統的知識は、範囲が広く包括的な定義であり、広義の伝統的知識と言える。

WIPO 以外には、「遺伝資源・伝統的知識・伝統的文化的表現の保護に関する政府間会合」(Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore、以下、IGC と略称) が 2007 年 7 月の会合で作成した文書がある(第 3 条)²⁹。それによれば、「伝統的知識は伝統的知識システムを形成する知的活動から生み出され、代々引き継がれ、改良されてきたスキル、ノウハウ・慣行・イノベーション等の知識」をいう。それは、世代継承・関連技術の発展とともに進化し、先住民の生活様式等に由来する要素を包含する。なお、この規定には「定義が硬直的、限定的にならない」という文言が付記されているため、状況に応じて伝統的知識が広範囲に及ぶことが想定されており、先住民の不利にならないように配慮されている。

CBD には、伝統的知識を定義している条項はないが、第 8 条(j)の中で「…生物多様性の保全及び持続可能な利用に関連する伝統的な生活様式を有する原住民の社会及び地域社会の知識、工夫及び慣行を尊重し、…」(下線筆者)と規定し、「原住民の社会及び地域社会の知識、工夫及び慣行」が伝統的知識として認められ、保護の対象になる。

第 7 回生物多様性条約締約国会議(COP7)で採択された法的拘束力のない「任意的ガイドライン」の定義(第 6 条(h))は、「伝統的知識とは、生物多様性の保全及び持続可能な利用に関連する伝統的な生活様式を有する原住民の社会及び地域社会の伝統的知識、工夫及び慣行」³⁰として、CBD 第 8 条(j)と類似の表現を用いているが、違いがある。それはこのガイドラインの定義によると、伝統的知識が(一部の)先住民社会及び地域社会のものであることである。

ところで、CBD の下では、「伝統的知識」と「先住民、先住民社会及び地域社会の知識、工夫及び慣行」(CBD の保護対象になる知識)は同様のものではない。1997 年、マドリードで発表された CBD の文書 Traditional Knowledge and Biological Diversity の第 84 パラグラフにおいて、伝統的知識は以下のように説明されている。即ち「伝統的知識とは、自然と密接な関係の下に生きてきたグループの人間によって築きあげられてきた一群の知識を表すために用いられる用語である。そこには分類システム、一連の現地の環境に関する経験的観察及び資源の利用を規律する自己管理システムが含まれる」³¹。

WHO は伝統的知識に対して、複数の定義をしている。一つは、WHO の知的財産・イノベーション・公衆衛生委員会(Commission on Intellectual Property, Innovation and Public Health, CIPIH)の報告書においてなされた定義で、それによれば、「伝統的知識は、伝統を基礎とする創造、イノベーション、文学、芸術、又は科学的作品、実演及び意匠を含むが、それらに限定されるものではない。かかる知識は、世代から世代に伝えられることが多く、かつ一定の民族又は土地に関連することが多い」³²。もう一つは、「2002-2005 年世

²⁸ WIPO/GRTKF/IC/3/9, para. 25.

²⁹ 「伝統的知識・遺伝資源・伝統的文化的表現の議論が継続へ」『A. I. P. P. I』第 52 巻第 9 号(2007 年) 621 頁を参照。

³⁰ 正式名称は「原住民の社会及び地域社会により伝統的に占有又は利用されてきた聖地、土地及び水域において実施するよう提案された開発又はそれらに影響を及ぼす可能性のある開発に関する文化的、環境的及び社会的影響アセスメントの実施のための Akwe:Kon 任意的ガイドライン」。日本語訳版は田上麻衣子=青柳由香による。田上麻衣子「CBD Akwe:Kon ガイドラインについて」『知的財産法政策学研究』第 10 巻(2006 年) 221-245 頁参照。ところで、以下、CBD の第 8 条(j)及びそれと関連する文書を直接引用する場合は、公定訳に従って、「原住民」という用語を使用することにする。

³¹ UNEP/CBD/TKBD/1/2. See

<http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wstkbd-01/official/wstkbd-01-02-en.pdf>. (最終閲覧日 2017 年 10 月 15 日)

³² CIPIH Report, *Public Health, Innovation and Intellectual Property*, p. 195. at

「世界保健機関伝統医学戦略」において、「伝統的医薬」に対して、「異なる文化的背景に固有な (indigenous) 理論、信仰及び経験に基づいて生じ、精確に解釈できるか否かを問わず、健康の維持を旨とし、身体又は心理の疾病を予防、診断、改善又は治療する知識、技能及び慣行」という定義が行われている³³。伝統的医薬の中には、「各種の医学上の慣行、方法、知識及び信仰が含まれ、人類の健康を維持し、病を治療、診断又は予防するために単独又は併用される植物、動物又は鉱物に基づく薬物、精神的治療方法…及び運動 (training)」が含まれる³⁴。同文書では、伝統医学に対する定義もあり、それによれば、「伝統中医学、インド医学及びアラビア医学等の伝統医学システム及び多様な民間療法の総称」とされる³⁵。

次に、国内法における伝統的知識に対する定義を見てみよう。

ペルーの「生物資源に関する先住民共有の知識を保護する制度を導入する法律」(第2条 (b) 項)³⁶によると、「共有の知識」(ペルー法上の伝統的知識、筆者注)とは、生物多様性の性質、用途、特徴に関して先住民及び共同体が世代を超えて蓄積し培ってきた知識をいう。

タイ法³⁷では、「伝統的タイ医薬の知恵 (traditional Thai medicine wisdom)」(3項パラグラフ 1)、「伝統的なタイ医療 (traditional Thai medicine)」(同項パラグラフ 2)、「伝統的なタイの医療文献 (traditional Thai medicine text)」(同項パラグラフ 3)、「伝統的なタイの薬剤 (traditional Thai drug)」(同項パラグラフ 4) 及び「伝統的なタイの薬剤の製法 (traditional Thai medicine drug formula)」(同項パラグラフ 5) に対して、それぞれの定義がなされている。

まず、伝統的タイ医薬の知恵とは、伝統的タイの医療に関する知識と能力の基礎を意味する。伝統的なタイの医療とは、継承によって発展してきた知識や文献に基づいた病気の診察、診断、セラピー、治療又は予防に関する医学的プロセス、人間又は動物の健康の促進と回復、助産術、伝統的なタイマッサージを意味し、また伝統的なタイの薬の生産準備と医療器具・機器の発明の促進の健康を意味する。

伝統的なタイの医療文献とは、タイ語の本、ヤシの葉、石の刻文やその他の素材に記録されているか、記録されていなくても、何らかの方法で学習、継承を通じて伝えられている伝統的タイの医療に関する技術的な基礎を意味する。

伝統的なタイの薬剤とは、ハーブから直接作っているか、ハーブを混合するか加工して作っているもので、薬剤に関する法律の下で指定されている伝統的な薬を含む。

伝統的なタイの薬剤の製法とは、いかなる剤型であれ伝統的なタイの薬剤の製造工程と成分が指定されている製法を指す。

<http://www.who.int/intellectualproperty/documents/thereport/ENPublicHealthReport.pdf>

³³See WHO, *Traditional Medicine Strategy 2002-2005* WHO_EDM_TRM_2002.1, p.1.

http://www.who.int/topics/traditional_medicine/definitions/en/. (最終閲覧日 2017年12月10日)

³⁴*Ibid.*

³⁵*Ibid.*

³⁶Law Introducing a Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous People Derived from Biological Resources (法律第27811号、2002年8月10日付官報「El Peruano」にて公布) 一般的には「法律第27811号」と略称され、本論文では、「ペルー法27811号」と称する。

http://www.wipo.int/exprot/sites/www/tk/en/laws/pera_law.pdf (最終閲覧日 2017年10月15日) を参照。邦訳版は一般法人バイオインダストリー協会によって仮訳されている。

www.mabs.jp/countries/others/pdf/231j.pdf (最終閲覧日 2017年10月15日) を参照。

³⁷「伝統的タイ医療の知恵の保護と促進に関する法律 B.E. 2542 (1999)」(The Protection and Promotion of Traditional Thai Medicine Wisdom Act B.E.2542 (1999))、邦訳版(和英対照)は国立遺伝学研究所知的財産室 ABS 学術対策チームの仮訳 http://www.mabs.jp/countries/thai/thai_sokushinhou.pdf (最終閲覧日 2017年10月15日) を参照。

上記の国内法より複雑な定義をする国内法もあり、その例として、南アフリカ及びアフリカ連合 (AU) の法規則が挙げられる。いずれの法規則においても、伝統的知識と特定の権利者 (例えば先住民) の知識は分けて定義されている。

南アフリカの「2008 年バイオプロスペクティング、アクセス及び利益配分に関する規則」³⁸ (南アフリカ ABS 規則又は 2008 年 ABS 規則と略称) においては、「伝統的用法又は知識」と「先住民の用法又は知識」に対して、それぞれの定義が行われている。前者は「伝統的に遵守、許容及び承認されており、文書化されているか否かを問わず、規則、用法、慣習又は慣行に従う、原住民社会による原生生物資源の慣習化している用法又は知識をいい、またそれには当該社会による関連原生生物資源に関する発見が含まれる」(第 1 条) とし、後者は「原生生物資源の知識、当該資源に関する発見又は当該資源の伝統的用法が既に開始されており、又は許可申請において予定するバイオプロスペクティング又は研究プロジェクト貢献若しくはその一部を構成しようとしている場合の当該知識、発見又は用法を含む」(同上) とされる。

AU の法規則においては、「伝統的知識」と「地域社会の知識又は先住民の知識」がそれぞれ定義されている。まず、伝統的知識に対して、AU に属するアフリカ地域知的財産機関 (African Regional Intellectual Property Organization、ARIPO) の「伝統的知識及びフォークロア表現保護に関する法的文書」第 2 条では、以下のような定義をしている。即ち伝統的知識とは、「知識がある社会の伝統的な生活様式に体现され、又は世代から世代へ継承されてきた成文化された知識体系に含まれる伝統的文脈におけるノウハウ、技能、慣行及び学習を含む知的活動や洞察の結果生まれた地域社会又は伝統的社会に由来するあらゆる知識」をいう³⁹。更に、同文書の第 3 条では、保護しなければならない伝統的知識を列挙している⁴⁰。この定義は WIPO の定義に近いと思われる。それに対して、「アフリカ統一機構モデル法—地域社会、農民、育種者の権利の保護と生物資源へのアクセスの規制」(「AU モデル法」と略称) は「地域社会の知識又は先住民の知識」を「生物資源保全と持続可能な利用に必要な、蓄積された知識、或いは社会経済的価値を持つもの、又はその両方かつ先住民社会・地域社会で長年にわたり発展してきたもの」(第 1 条) と定義している⁴¹。

次に、学説における伝統的知識の定義について確認してみよう。

鄭成思氏は(医薬) 伝統的知識は「世界中の少数民族、特に地方の先住民に所有される知識、技能及び伝統的慣行」であるとし、その中の医薬分野における伝統的知識が医薬伝統的知識であるとする⁴²。鄭氏は、伝統的知識には、生じた時点及び開発者が確定できず、かつ、知識又は技術を体系的に特徴づけするのが難しいけれども、社会、文化及び経済の発展にとっては重要な価値を有し、非主流の人々によって保有される点に特徴があると指

³⁸ Regulation on Bio-prospecting, Access and Benefit-sharing. See http://www.environment.gov.za//PolLeg/Legislation/2008May29/Bio_Prospecting_Regulation08%20February2008.pdf. (最終閲覧日 2017 年 10 月 15 日)

³⁹ 邦訳版はバイオインダストリー協会による仮訳。See <http://www.mabs.jp/kunibetsu/others.html> (最終閲覧日 2017 年 10 月 15 日)

⁴⁰ 「(a) ある伝統を背景に、また世代を超えて生み出され、守られ又は伝承されている伝統的知識。(b) ある地域社会又は伝統的社会と特に関係の深い伝統的知識。(c) 管理、保護又は集会的文化的所有若しくは責任の形式を通じて当該知識を保有すると認められる地域的又は伝統的社会の文化的アイデンティティに不可欠な伝統的知識。この関係は、各種慣行、法律又は議定書等により公式に又は非公式に規定することができる」。

⁴¹ <http://www.mabs.jp/countries/others/pdf/341e.pdf> (最終閲覧日 2017 年 10 月 14 日) を参照。また、邦訳版についてはバイオインダストリー協会による仮訳があり、<http://www.mabs.jp/countries/others/pdf/341j.pdf> (最終閲覧日 2017 年 10 月 14 日) を参照。

⁴² 鄭成思『知识产权-应用法学与基本理论』(人民出版社、2005 年) 1 頁。

摘する。伝統的知識は、現代知的財産権法上の権利として認められる知識や技術以外の、コミュニティに属する知識、技能及び慣行だと言うのである⁴³。

周方氏は中医薬伝統的知識について「中華民族が有する代々伝承されかつ持続的に発展し、現実の又は潜在的な価値がある医薬又は保健に関する知識であり、この分野における知的（原文には「智力」と表記される）活動から生ずる革新及び工夫も含まれる」とする⁴⁴。

周方氏の定義に近いが、宋暁亭氏の中医薬伝統的知識の定義は注意すべきである。宋氏の考えによれば、「中医薬は中国の伝統医薬であるので、（中医薬に関する知識は）典型的な伝統的知識であり、世界知的財産権機関によって定義される伝統的知識に属する」とする一方、中医薬伝統的知識が『中医薬知識』であることを強調し、「中医薬知識を中医薬伝統的知識と中医薬に関する現代的知識に二分するやり方は中医薬知識の基本的な属性に反する行為である」とする⁴⁵。宋氏の主張は基本的に WHO の「2002-2005 年世界保健機関伝統医学戦略」における医薬伝統的知識に関する定義に従い、伝統医薬は何かを定義し、伝統医薬に関するすべての知識は当該伝統医薬に関する医薬伝統的知識であるとする。中医薬の分野に限定すれば、昔から伝承された処方や伝統的製剤等のみならず、治療方針に従って処方箋に記載している薬用動植物を利用して開発する現代薬の製法、用法又は用量等が中医薬伝統的知識に属するだろう。これに関しては、次章においてより詳細な議論を展開する。

田上麻衣子氏及び青柳由香氏は、伝統的知識を狭義の伝統的知識と広義の伝統的知識の二つに分けて定義している。狭義の伝統的知識は、先住民や地域社会が伝統的に保持・発展・伝承してきた様々な知識をいう⁴⁶。また、民話、伝統的な詩、口承文学や伝統舞踏・演劇のような文化的表現（フォークロア）といった伝統的知識もあり、両者をまとめて広義の伝統的知識と呼ぶ⁴⁷。狭義の伝統的知識と広義の伝統的知識が医薬分野に関わっていれば、それらは当然狭義/広義の医薬伝統的知識に属する。

稲村務氏は伝統的知識の論文において、「伝統」という用語を定義する。それは「世代から世代へと伝えられてきた集団の文化や慣習で、それを持ち伝える成員に一定の規制力を及ぼすと考えられているもの」である⁴⁸。

Lewinski 氏、Stoll 氏及び Taubman 氏は、「伝統的知識」(traditional knowledge) 又は「先住民の知識」(indigenous knowledge)⁴⁹という二つの用語を使用する。Taubman 氏及び Leistner 氏は共著の論文の中で両者を明確に区別し「前者は多様なローカルで伝統的な文脈で保持される知識 (knowledge held in diverse local and traditional contexts)」をいい、後者は「先住民の地位を明白に持っている人の知識体系 (knowledge systems of peoples identified as having distinct indigenous status)」を指す⁵⁰。

⁴³同上。

⁴⁴周・前掲注 (1) 51 頁。

⁴⁵宋・前掲注 (1) 4-6 頁。

⁴⁶青柳由香=田上麻衣子「伝統的知識 (TK) に関する問題の所在」磯崎・前掲注 (1) 194 頁。

⁴⁷同上。

⁴⁸稲村務「伝承/伝統的知識概念の構築のために—民俗、フォークロア、常民—」『琉球大学法文学部紀要 (人間科学)』36 号 (2017 年)、111 頁を参照。稲村論文で使われる伝統の定義は『日本民俗大辞典』によるものである。福田アジオ等編『日本民俗大辞典』(吉川弘文館、2000 年) 168 頁。

⁴⁹Posey 及び Dutfield の論文では “knowledge of indigenous peoples” という用語が使われている。Darrell A. Posey and Graham Dutfield, *Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous and Local Communities*, International Development Research Centre, 1996. p. 68.

⁵⁰Antony Taubman and Matthias Leistner, “Analysis of Different Areas of Indigenous Resources,” in S. v. Lewinski (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources*,

このように「伝統的知識とは何か」について真正面から回答するやり方の他に、伝統的知識の特徴を捉えて、その輪郭を描き出すという方法もとられることがある。

Posey 氏及び Dutfield 氏は、「彼ら（利用者を指す、筆者注）は何を探しているか」というテーマの下で、外部の者が探す医薬伝統的知識は、(1) 植物と動物の種の用途及び土壌と鉱物の用途に関する現在、過去、又は潜在的な知識、(2) ある有用な種の作製、加工又は貯蔵に関する知識、(3) 多くの成分を含むレシピに関する知識、(4) 個体としての種に関する知識（栽培法、管理基準及び種の選択基準等）、(5) 生態系システム保護に関する知識、(6) 知識分類システムのいずれかであるとしている⁵¹。

後に上記の「先住民の知識」(knowledge of indigenous peoples) は、「伝統的知識」(traditional knowledge)、「伝統的社会の知識」(knowledge of traditional community) 又は「伝統的資源」(traditional resources) と同義に使われるようになっていて、Posey 氏及び Dutfield 氏の考えも、伝統的知識を先住民の知識や伝統的社会の知識と同義で使用しているのであろう。更に、Posey 氏及び Dutfield 氏は同書において、先住民の知識であれ、伝統的社会の知識であれ、権利の対象たる知識は、先住民（特定の人又はその集団）にとって、一つの重要な資源であると主張する⁵²。

ところで、Dutfield 氏は先住民のために伝統的知識を保護する必要があることを強調しているが、伝統的知識を必ずしも先住民のものであると認識しているわけではない。彼は別の論文において、伝統的知識を「過去及び現在、土地に密着して生活している、工業化や現代産業における機械的・科学的生産品からの影響の度合いが相対的に小さい生活を営む共同体における支配的な知識」⁵³と定義しているからである。

最後に、筆者は伝統的知識を伝統的活動から生じる知識であること、と定義したいと思われる。第 II 章の図 1（医薬伝統的知識の構成）に示されるように、様々な伝統医薬活動から、診断、治療、薬事等に関する経験が纏められた。それらを整理し、更なる検証を行い、体系化した成果は、医薬伝統的知識である。筆者の定義は、WIPO の定義に類似する。この定義に基づいて、第 III 章では医薬伝統的知識の由来から、医薬伝統的知識への権利付与の正当性を得られることについて検討する。

(2) 医薬伝統的知識の保護とは何か

医薬伝統的知識の保護が主張されるようになったのは、前述したバイオパライシーが表面化したことに加え、途上国、特に途上国の貧困者に安価な薬品を提供する必要があったためである。後者は、生存権及び健康に関する権利といった人権の保護、又は現行の特許権（或いは特許権の拡張）に対して反対の立場から議論される場合が多く、第 III 章第 2 節において詳しく論じることとする。このバイオパライシー及び貧困者への薬品提供の必要性から、医薬伝統的知識に対する不当利用がいかに阻止されるべきかに関心が集中していた。その後、医薬伝統的知識の有する商業的価値や医薬伝統的知識そのものの重要性が目目されるようになってきたため、医薬伝統的知識それ自体の維持も重視されるようになった。

Posey 氏及び Dutfield 氏は「先住民に事前に情報を提供せず、かつ先住民からの許可が

Traditional Knowledge and Folklore, 2nd Edition, Kluwer Law International, 2008, p. 69.

⁵¹ Posey and Dutfield, *supra* note 49, pp. 12-13.

⁵² *Ibid.*, p. 69.

⁵³ Graham Dutfield 著、田村善之＝刘晓倩訳「伝統的薬草から現代的医薬品へ—伝統的知識、新薬の発見方法、特許によるバイオパライシーに関する批判的検討—」『知的財産法政策学研究』第 33 卷（2011 年）61-81 頁。

ないまま、彼らの知識、種、植物及び彼らの生物遺伝子素材の抽出物を商業化する行為が、先住民の身も心も害し、彼らの権利を侵害する一連の行為に当たるとする⁵⁴。従って、このような行為を防止するのは保護行為とみなされる⁵⁵。

何建志氏は「伝統的知識に対する財産権に関する基本的法理の問題：経済効率の観点から」と題した論文において、伝統的知識の保護に関する一つの疑問を提起している。彼の疑問は、「多くの主張には、伝統的知識に対して、発展途上国や先住民社会・地域社会に属する権利を設けるべきというものがある。しかし、もし発展途上国や先住民社会・地域社会の人に対して、彼ら以外の者の伝統的知識の使用に対する制限の権利、又は利益配分の権利を付与すれば、当該『彼ら以外の利用者』の伝統的知識の利用コストが上がってしまい、知識の伝播と発展を阻害してしまうのではないか。それは伝統的知識を害する行為ではないか」というものである⁵⁶。

柳長華氏の主張は、何氏の疑問に対して一つの答えを与えている。まず、柳氏は「伝統的知識の保護と知財権法上の保護はイコールと捉えるべきではないし、捉えることもできない」と述べた⁵⁷。その上で、「伝統的知識の保護は単なる保護対象の消滅を防ぐ、というような消極的活動ではないし、単なる他者の不正占有及び不正利用を防止することでもない。伝統的知識の保護とは伝統的知識を持続可能な利用に資するという長期的な目標の実現のための手段とみなすべきである」と主張する⁵⁸。

劉銀良氏は柳氏の主張より具体化して、次のように主張している。「伝統的知識の保護には、伝統文化の消滅を避けるために、伝統文化を救い、それを保存、保護し、文化的多様性を保護するという目的と、伝統的知識の開発と利用を促進することによって現地の住民を発展させ、伝統的知識そのものの発展を促進するという二つの目的がある。…伝統的知識の保存、保護によって、知識を利用・開発する機会も増えるし、逆に知識の利用・開発によってある種の伝統的知識の保存、保護を促進することもできる。しかし、過度の保存は知識に対する利用・開発を阻止してしまう。…消滅に瀕する伝統的知識に対しては、知識を救う意義と緊迫さはより大きいと思われる。使用頻度があり、消失する危機が全くない生命力の強い伝統的知識に対しては、知識の持続可能な発展を促進することがより大切であろう」⁵⁹。

つまり、劉氏によれば、伝統的知識の保護には、知識そのものの保護と知識の伝承者・保有者の利益の保護の二つがある。

ところで、現行規則として、WIPOは、知識そのものの保護と知識の伝承者・保有者の利益の保護の両方を重視している。WIPOによれば、伝統的知識の保護は以下の内容を含む。

即ち、伝統的知識の価値を認識すること、伝統的知識制度に対する尊重を促すこと、伝

⁵⁴Posey and Dutfield, *supra* note 49, p. 44.

⁵⁵Posey氏及びDutfield氏は、伝統的知識に対する不正利用の防止のみならず、伝統的知識を含めて先住民に属する伝統的資源を保護することを主張している。*Ibid.*, p. 69.

⁵⁶なぜなら、知識の本質は情報（information）であるからである。ある知識が消失するおそれがあるとき、この知識を救うための最も良い方法は、人々に当該知識に対する利用行為を奨励することである。ある知識を使用する人間が多ければ多いほど、この知識が消失する危険性は低くなり、知識体系が発展する可能性も高くなると何氏は考えている。それについて、何氏は英語の例を挙げる。ある言葉を使う人間がいなくなると、この言葉の消失のおそれが生じる。逆に、英語のような多くの人間によって使われる言葉には、消失するおそれは少ないであろう。しかも、世界中の英語を使う人が多ければ多いほど、英語の内容は豊富になっていくだろう。何建志「建立传统知识财产权之基本法理问题：经济效率之观点」郑・前掲注（17）20-23頁を参照。

⁵⁷柳長華『『中薬傳統知識的保護』の序言』宋・前掲注（1）3頁。

⁵⁸同上。ところで、不正占有を防止すると柳氏は述べるが、それに対して「正当な占有」はあり得ると筆者は考えている。具体的には第IV章において論じる。

⁵⁹劉・前掲注（17）232-233頁。

統的知識の保有者の実際のニーズを満たすこと、伝統的知識の保有者が直接表明する抱負及び期待に従い、伝統的知識の保有者及び管理者として彼らの権利を尊重し、彼らの福祉並びに経済的、文化的及び社会的利益に貢献し、彼らの社会、科学及び社会的に有益な技術の進歩に対する彼らの貢献に報いること、伝統的知識の保全及び保存を促すこと、伝統的知識の保有者に権限を与え、伝統的知識制度特有の性質を認識すること、伝統的知識制度の支援、即ち、伝統的知識の保有者による又は保有者間における伝統的知識の継続的な慣習上の利用、発展、交換及び伝承を尊重し、これを促すとともに、知識及び関連する遺伝資源の慣習上の管理者の義務を支援し及び補強し、伝統的知識制度の継続的な展開を促すこと、不正及び不公平な利用を抑止すること、知識の革新及び創造性を促すこと、利益の公平な配分を促すこと、地域開発及び正当な取引活動を促すこと、権限のない当事者への不適切な知的財産権の付与を防止すること、透明性及び相互信用を高めること、及び伝統的文化表現の保護を補完することである⁶⁰。

CBD もまた、WIPO より詳細ではないが、WIPO と同じように、知識そのものの保護及び知識の伝承者・保有者の保護の両方を重視している。CBD は、伝統的知識の権利設定を締約国に義務付けてはいないが、その第 8 条 (j) で、伝統的知識を「尊重し、保存し及び維持する」と規定している。そして、CBD は伝統的知識に対する権利設定を義務化していないが、名古屋議定書においては、伝統的知識は遺伝資源と同様、PIC、MAT の対象になる。

宋暁亭氏は中国の医薬伝統的知識の保護のためには、薬剤の製法、用法又は用量等の知識のみならず、医薬基礎理論、(中) 医薬特有の名称・符号 (例えば人名、薬名、処方名、病症名、療法名等)、及び薬用自然資源 (生薬) も同時に保護の対象とすべきで、医薬伝統的知識が商業的利用価値のある情報の場合、法的権利を付与することによって、知識の財産価値を体現し、知識所有者の精神的ニーズを満たし、かつ、医薬伝統的知識に対する不当占有と不正利用を排除すべきであると主張する⁶¹。

(3) なぜ医薬伝統的知識を保護するのか

医薬伝統的知識を保護しなければならない理由として以下の六つが指摘されている。

①第一に、知的活動の成果に対する権利の保護は、人権保護の一環として、重視されるべきであると言われることがある。なぜならば、伝統的知識は知識の創造者の知的活動の結晶で、保護されるべきであり、医薬伝統的知識の保護は、知識の創造者 (特に先住民) の人権の保護を意味するからである。世界人権宣言第 27 条 2 項は、「すべての人は、その創作した科学的、文学的、又は美術的作品から生ずる精神的及び物質的利益を保護される権利を有する。」と規定する。

また、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約第 15 条 1 項 (c) は、すべての者に認められる権利として、「自己の科学的、文学的又は芸術的作品により生ずる精神的及び物質的利益が保護されることを享受する権利」をあげている。更に、先住民に特化した国際文書である国連先住民権利宣言第 31 条は以下のように規定し、先住民の文化及び知的財産を承認している。

「1 先住民族は、自らの文化遺産、伝統的知識及び伝統的文化表現、並びに科学、技術及び文化の発現 (人的及び遺伝的資源、種子、薬、動植物の特性に関する知識、口承伝統、文学、意匠、スポーツ及び伝統的競技、並びに視覚的及び舞台芸術を含む。) を維持し、管理し、保護し、かつ、発展させる権

⁶⁰ See Annex to WIPO, *supra* note 26.

⁶¹ 宋・前掲注 (1) 10 頁。

利を有する。先住民族は、また、このような文化遺産、伝統的知識及び伝統的文化表現に関する自らの知的財産を維持し、管理し、保護し、かつ発展させる権利を有する。

2 国は先住民族と連携して、これらの権利の行使を承認しかつ保護するために、効果的な措置をとる。」

②第二に、人権保護の観点には更に、生存と発展の権利からのアプローチがある。この考えによれば、まず、伝統的知識には巨大な経済的価値がある。その価値を開発し、しかも持主に専有させれば、その持主たる先住民は豊かになる⁶²。そして、多くの伝統的な生活様式を有する先住民社会にとって、伝統的知識は彼らの日常生活の基本である。途上国の人は、日常生活の中において、伝統的知識、特に伝統的知識の重要な部分である伝統医薬を多く使用してきた。例えば、マレーシアにおいて、伝統医薬品の一人当たりの平均消費量は現代薬品の倍になる。一部の辺境地域において、伝統医薬は貧しい人々にとって、唯一の購入できる薬品なのである⁶³。伝統的知識を保護することは彼らの生存と発展を保護することにつながる。

③第三は、経済的侵略又は文化的侵略を防ぐという観点から医薬伝統的知識を保護しなければならないという見解である。先進国による先住民族又は発展途上国に対する侵略や植民地化が終わった現在、先進国は先進的な技術及び強大な経済力に基づいて、不公平な国際経済貿易規則（知的財産権制度も含まれる⁶⁴）を実施してきた。先進国は既に独立した旧植民地から財産を略奪し⁶⁵、更に旧植民地の伝統的文化を潰すことも行ってきた⁶⁶。

⁶²1986年に国連総会が採択した「発展の権利宣言」において、発展の権利は「すべての個人及び人民（every human person and all peoples）が有する権利と定義されている。しかし、植民地化及び略奪の歴史的背景から、発展の権利の実質は途上国が自国から略奪された利益を自ら取り戻す権利である」という主張がある。严永和『论传统知识的知识产权保护』（法律出版社、2006年）43-44頁を参照。

⁶³朱雪忠「传统知识的法律保护初探」『华中师范大学学报（人文社会科学版）』第43卷第3号（2004年）33頁。

⁶⁴ある学者はより極端な考えを主張している。即ち、現行知的財産権法制度は人権と衝突しているため、少なくとも伝統的知識の保護にとって、知的財産権法は最も優れた選択肢ではない、という主張である（この学者は後に特別な制度を作って伝統的知識を保護すると主張している）。この主張によれば、「知的財産権法制度は生存権と衝突している、つまり、特許権をはじめ、知的財産権は発展途上国や地域社会の薬草使用によって生命健康を維持する権利と衝突している」。周・前掲注（1）69頁。また、特許権に保護される薬物は、保護されない薬物より価額が高い。「一般的には、最も貧困の途上国において、薬品の価額が最も高いという事実は間違いない。しかし、多数の薬品特許を持つのは先進国の製薬会社であるため、彼らは様々な手段を用いて途上国の薬品政策、例えば（薬品に対する）強制実施権を妨害し、貧困国家の国民に現代的な医療を受けさせない」と主張する学者もいる。See A. Chapman, "Approaching Intellectual Property as a Human Right: Obligations Related to Article 15(1) (c) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights," *Journal of Legal Studies*, Vol. 18 (1989), p. 325. 更に、西洋医薬の進出によって、途上国の伝統的医学（活動）を潰すことは、先進国にとって巨大な収入になる。中華民国23年（1934年）2月15日における抗議電文には以下のような記述がある。即ち、「税関の報告によれば、毎年の西洋薬の輸入額は1億元（当時の銀貨）を超えることになる。このような大金を外国に支払い、強敵を資することは、我が国家又は民族を滅ぼすことになることが全く考えられてこなかった。」「長沙市国医公開等快郵代電」『医界春秋』87期（民国23年2月15日）所収。楊念群『再造病人—中西医衝突下の空間政治（1832-1985）—（第2版）』（中国人民大学出版社、2013年）369-370頁を参照。ここでは、所謂第二次植民地化がどのような悪影響をもたらすかについては触れられていない。また、あげられた例は貧困国における医薬価格であるが、その因果関係も明白ではない。しかし、このような主張は中国のような途上国において強い支持がある。

⁶⁵严・前掲注（62）43頁を参照。中国の学者にはこの観点を支持する者が多い。

⁶⁶例えば、ロックフェラー財団が中国協和医学院（現北京協和医科大学）に寄付をしたとき、条件として、「彼ら（医学院）がしなければならないこととして、五億の中国人によって何千年前から使われた安全で、効果がありかつ安価な薬草をゴミ箱に捨てさせ、米国生産の価額が高くなかつ副作用のある薬品を採用させる」ことをあげた。See Hans Ruesch, "The Truth About the Rockefeller Drug Empire: The Drug Story"（呂嘉戈『挽救中医』（広西師範大学出版社、2006年）43頁所収）。

医薬分野においては、遺伝情報の盗取や伝統的知識の盗取であるバイオパイラシーが横行した。これは経済的侵略又は文化的侵略の一環と捉えられ、これを防がなければならない、というのである⁶⁷。

④第四は、医薬伝統的知識は人類にとって重要であるという観点からである。伝統的知識は製品やプロセスの開発にとっての有用な道標となる可能性があり、また伝統的知識が存することで、バイオテクノロジーの研究開発における時間や投資といったものが効率的に行われることもあり、このような場合、伝統的知識は潜在的には商業的利益に結び付くもの、つまり財産的価値を有する「財産的情報」にもなるだろう。だからこそ、それらを何らかのシステムにより保護しなければならず、また、伝統的知識の保有者に対しても、利益配分を行うべきであるという主張がなされるのである⁶⁸。

⑤第五は、文化的多様性の観点からである。例えば、劉銀良氏は、「伝統文化を救い、それが消滅することを避け、文化的多様性を保護するのは、伝統的知識を保護する一つの理由である。全人類の立場から見れば、できる限り多くの伝統文化や民族的文化の存在と発展を維持し、保存し、促進することは、人類の文化的多様性を守ることであり、人類社会の健全な発展を促進することである。本土（知識が生じ発展している地域）の住民から見れば、彼らがいる文化的環境及び自然環境を維持し、保護することは、彼らに基本的な文化的権利と生存権が享有される」⁶⁹と述べ、文化的多様性の重要性を説く。

⑥最後は、伝統的知識の不公平な利用に対して制限を一切加えなければ、知識の出所地の（先住民社会及び地域社会の）人民や所在国の不満や憤慨を惹起する可能性があるということである。最終的に、彼らは、知識を維持、保存及び発展する意欲も失ってしまう可能性もある。或いは手段を問わず外部の者の知識へのアクセスと利用を一切切断する可能性もある。結局、知識の発展にとってはマイナスの効果しかなく、知識を消滅させる恐れもある⁷⁰。

3 医薬伝統的知識の保護方法

医薬伝統的知識の保護は、①知識そのものの保護、及び②知識の伝承者・保有者の利益の保護に二分される。更に、伝統的知識そのものの保護は伝統的知識を消さないようにする努力（①-1）、及び伝統的知識の内容と意義を変えないようにする努力（①-2）に分けられる。WHOは2003年5月28日の決議において、「医薬伝統的知識はその由来の社会及び民族の財産であり、十分に尊重されることを承認する」⁷¹と述べており、知識そのものの保護（尊重）と所有者の利益の保護の両方に言及している。

伝統的知識は先住民の伝統的生活様式、生息地域及びその地域における自然資源から切り離されない地域性の特徴がある。その地域性特徴に基づいて、筆者は以下のようなことを主張している。即ち、伝統的知識の利用行為は伝統的知識をその地域から分離すること

⁶⁷経済的侵略又は文化的侵略について、中国のある学者は以下のようなことを主張している。即ち、「現在、先進国は自国の製品、技術及び資金を中国に輸出するとともに、文化、価値観又は法規範を中国に輸出しようとする。このような事態は我が国の伝統的知識の生存空間を狭くさせ、必ず中華民族の生存権又は発展の権利を損ない、中華民族を経済、科学技術又は文化等の分野で先進国に『従属』させることになる」。周・前掲注（1） 71頁参照。

⁶⁸山名美加「遺伝資源・伝統的知識の保護と知的財産制度—「財産的情報」をめぐる新しいフレームワークの考察—」『日本国際経済法学会年報』第21号（2012年）214頁。

⁶⁹劉・前掲注（17）231-232頁。

⁷⁰朱・前掲注（63）32頁。

⁷¹“Recognizing that traditional medicinal knowledge is the property of communities and nations where that knowledge originated, and should be fully respected.” WHA. 56. 31. (2003), para. 4.

であるが、分離された伝統的知識は完全な伝統的知識ではなく、伝統的知識の一部と思われる。そして、このような一部しかないの伝統的知識がもともとの地域特徴と伝統性の特徴を失えば、ただの「有用な情報」になってしまう。このような「有用な情報」になったものに新たな地域性又は社会性の特徴は比較的容易に付与されるので、伝統的知識の中身の変容は免れない。従って、伝統的知識の保護にとって、伝統的知識をもともとの存在環境から切り離し、「有用な情報」にしてしまう行為は特に慎重でなければならない。伝統的知識の中身を変えないようにする努力も伝統的知識そのものの保護の重要な一部なのである。

次に、伝統的知識の価値の保護としての伝統的知識の尊重について、WIPOの保護原則に従えば、それは「伝統的知識の価値を認識」し「伝統的知識制度に対する尊重を促す」ことを意味する⁷²。

伝統的知識の保護にとって最も重要なのが、伝統的知識の発展可能性の保護であり、即ち、伝統的社会及び地域社会そのものを維持し、先住民が伝統的生活様式を放棄しないようにすることである。伝統的知識を根本的に保護するためには「(先住民及び地域)社会の独特の文化を保存し存続させなければならず、単に経済的理由である濫用や盗用の対抗措置をとることではない」⁷³。

伝統的知識を保護するための具体的取り組みである上記の①-1の伝統的知識を消さないようにする努力には二つの側面がある。一つは伝統的社会・伝統的知識の伝承者の維持によって、伝統的知識を保存すること、もう一つは、外部の力で、伝統的知識の一部であっても、ある手段を使って定着させ、保存することである。

伝統的知識の価値の保護及び伝統的知識の尊重だけでなく、①-2の伝統的知識の中身を変えないようにする努力にとっても重要なのは、乱用を認めないということである。最後に、伝統的知識の発展可能性の保護は、伝統的知識の保有者の利益の保護という具体的な目標に着目する。

(1) 文献化及びデータベース化による医薬伝統的知識の保護

①文献化及びデータベースの効果

伝統的知識の文献化 (Documentation)・データベース化の効果について、WIPOは、少なくとも①伝統的知識から金銭的利益を生み出すこと、②将来世代に向けて伝統的知識を組織化・システム化して保存すること、③(文献化・データベース化に参加する)各主体の間における協力関係を構築すること、④特定の伝統的知識を保持する存在として先住民や地域共同体が社会的承認を得ること、⑤データベースの利活用を通じた能力開発や教育、⑥伝統的知識の保護に関する特許出願に対する防御的機能、⑦伝統的知識に対する積極的な知財権保護という効果があることを述べている⁷⁴。以下では、二つの主要な効果について述べることにする。

第一の主要な効果、即ち文献化・データベース化によって伝統的知識の関連特許出願をある程度防ぐ効果について、WIPOは、伝統的知識の文献化が、一般に、パブリックドメインに属する伝統的知識についてそれらをデータベース化することによって、第三者によ

⁷²政策目的 (i) 及び (ii)。世界知的財産権機関事務局 (田上麻衣子訳) 「伝統的知識の保護に関する規定案：政策目的及び基本原則」『特許研究』第43号 (2007年) 79-87頁を参照。

⁷³S. v. Levinski (ed.), *supra* note 50, p. 66.

⁷⁴See WIPO, *Documenting Traditional Knowledge - A Toolkit*, p. 9.

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1049.pdf (最終閲覧日 2018年12月4日)

る権利取得を防ぐという伝統的知識の消極的保護としての価値を有すると述べている⁷⁵。

周氏は、「伝統的知識データベースを設立する主要な目的は特許の不当な授与を防止することである。また多数の伝統的知識が未だ文献化されていないので、データベース化によって先住民社会以外の者による伝統的知識に対する特許申請が非常に容易になる」と述べている⁷⁶。

また厳氏は、「口述や利用に伴って公開された伝統的知識を文献化、データベース化、ネット化することによって、その伝統的知識を特許法上の先行技術にすることは、伝統的知識が盗用される時、特許法の新規性要件を満たすことを阻止できる」としている⁷⁷。

ウコン事件は文献化又はデータベース化の必要性を認識させた重要な事件である。この事件において、インド政府は「アユルヴェーダ」及び他の文献を証拠として、米国特許局のウコンに関する特許を取り消すことに成功したのであるが、事実の概要は以下の通りである。

「1995年3月、米国ミシシッピ大学医学センターは傷口の癒しにおけるウコンの利用に関する米国特許権を授与された。当該特許はウコンを利用し傷口の癒しを促進する方法を含んでいた。ところで、傷口には手術の傷口又は潰瘍の傷口が含まれる。しかし、Agarwal氏及びNarain氏の研究（1996年）によれば、インドでは、ウコンの粉末を用いる治療方法は各家庭の伝統的な治療方法であり、児童の外傷に対する治療における利用には何代にも渡る歴史がある。1996年、インド科学工業研究評議会（Council of Scientific and Industrial Research of India、CSIR）は米国の特許局に当該特許を取り消す申請を提出した。CSIRは、ウコンの粉末を利用し傷口を癒す方法はインドでは周知の事実であり、だれでもこれを利用していると主張した。当該特許が授与されたのは、出願者が出願したとき、ウコンの伝統的利用方法及び関連文献を提出しなかったためである。…CSIRが当該特許には新規性要素を欠いているという証拠を提出した後、当該特許は取り消された。…その過程において、CSIRは関係文献（アユルヴェーダ）を提供したのである…」⁷⁸。

ウコン事件はインドにおける医薬伝統的知識の文献化・データベース化保護プロジェクトの誘因の一つになる。その後、インドは自国の伝統的知識デジタル図書館⁷⁹の設立を行

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ 周・前掲注（1）191頁。

⁷⁷ 厳・前掲注（62）144頁を参照。

⁷⁸ Krishina Prasad Oli and Tara Devi Dhakal, “Access and Benefit Sharing from Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge” (2008) 秦天宝他訳『遺伝資源と関連伝統的知識の獲取と惠益分享』（中国環境科学出版社、2012年）163頁、又は森岡一「薬用植物特許紛争にみる伝統的知識と公共利益について」『特許研究』第40号（2005年）39-41頁を参照。

⁷⁹ インドの伝統的知識デジタル図書館は、医学用植物を対象として、2001年インド科学・産業研究委員会及びインドの医療政策を管轄するAYUSH省の共同プロジェクトとして設立されたものである。その設立の理由について、伝統的知識デジタル図書館のホームページでは、以下のようなことを述べている。90年代以降のグローバル化と国際的な特許取得活動の活発化を承け、インドの伝統的知識が諸外国で不当に特許取得される。また、インドの医薬伝統的知識は主にサンスクリット、アラビア語、タミル語、ヒンディー語、ウルドゥー語等、外国の特許主管官庁の審査員に理解しにくい言葉で記録されているため、誤って授与したインドの医薬伝統的知識に関する特許は2000件以上に上った。それを防ぐため、伝統的医療の専門家、特許審査官等を含む学際的チームによって本データベースが企画・作成され、公的に存在していたインドの伝統的医療に関する治験を、英、日、スペイン等五か国語で参照可能とするものとすることによって、従来サンスクリット等のインドの言語でのみ充分にアクセス可能であった情報を公開し、もって不当な特許取得を防止した。このプロジェクトの成果について、同図書館のホームページでは、「（本図書館は）文献化を通じた伝統的知識の保護のアプローチとして先駆的なものであり、これまで1200を超える特許出願に対する異議申立てを各国特許庁に対して提出しており、実際に200以上の事例でインドの伝統的医療知識に対する不当な特許取得を未然に防いだとされている」と述べている。See <http://www.tkd1.res.in/tkd1/LangJapanese/Common/Home.asp?GL=Jap>（最終閲覧日2018年12月4日）

って始めた。

伝統的知識の文書化又はデータベース化のもう一つの効果は、知識を保存することである。伝統的知識の文書化によって、形がない不安定な知識に確定的なキャリアを与えることができるのである。このような実践は、ある国家においては、千年以上の歴史がある。例えば、東晋時代に葛洪によって編集された『肘後備急方』又は明時代に李時珍によって編集された『本草綱目』はこのような実践の例である。それは、民間に散布された薬方、薬草の病気治療又は保健に関する使い方等の伝統的知識を文字と絵で表現又は記録したものである。インドにおいても、千年前に伝統的知識の文集である「アユルヴェーダ」が存在していた。文献編集の当初の目的は当該伝統的知識を正しい形で記録し、或いは保存することであったのかもしれない⁸⁰。しかし、現代において、伝統的知識の文献化、又は文献化に基づくデータベース化は、上記のとおり、特許獲得に対する有効な阻止手段と認識されている。

技術的にデータベース化によって伝統的知識を保存することは容易だが、ペルーの国内法はデータベースの構築について、参考になる。

ペルーにおける「先住民共有知識の登録簿」と呼ばれるデータベースの構築基礎は、前述したペルー法 27811 号である。この法によって、ペルーの先住民共有の知識は三種類の「登録簿」と呼ばれるデータベースで保護される。それは、ペルー国家競争保護・知的財産権保護庁 (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectu、以下、INDECOPI) に管理される「公開の国家登録簿」(第 15 条 (a)、第 17 条)、「非公開の国家登録簿」(第 15 条 (b)、第 18 条) 及び先住民自身が管理する「地方登録簿」(第 15 条 (c)、第 24 条) である。

「公開の国家登録簿」には公知となっている伝統的知識 (第 17 条) 及び先住民の申請に応じてそれらの伝統的知識を収録する (第 19 条)。それに対して、第三者が閲覧できない非公開の登録簿 (第 18 条) は先住民の申請によってそれらの伝統的知識を収録する (第 19 条)。申請書には一定の形式があり、収録されるものは文書だけでなく、生物資源の試料又は標本、又は写真等の資料も含まれる (第 20 条)。

収録される伝統的知識の収集は、原則的には先住民の申請によって行われるが (第 20 条、第 21 条)、国家からの援助として、INDECOPI の代表も先住民のもとに派遣される (第 22 条)。

他に、「地方登録簿」は先住民が自分の慣習や慣行によって作成、管理しているが、INDECOPI はその作成又は管理活動に対して技術レベルで援助する (第 24 条)。

データベースには公開と非公開のレベルがある。上記のペルーの先住民共有知識の登録簿のように、データベースに収録された伝統的知識は、その持主たる先住民の意思表示によって、公開か非公開が決まる。また、インドのようにデータベースを完全に非公開データとする場合もある⁸¹。

⁸⁰例えば、李時珍氏は「古代」の医薬に関する伝統的知識を編集した『本草綱目』の目的について、次のように序文に明記した。即ち「古代に『本草』という本がある。炎帝、黄帝以降、漢、梁、唐、宋を経て本朝に至るまで、様々な注釈・解釈がある。その中には理不尽なこと、間違い、誤用が多く存在している。君は…三十年の時間をかけて、八百余家の著書を検証し、原稿を三回書き直した。重複の内容を削除し、不足の部分を補完し、間違い内容を書き直した」。李時珍編集、劉衡如＝劉山永校正・注釈『本草綱目』(華夏出版社、2011 年) 正文 1 頁。この序文によれば、李時珍氏は『本草綱目』を編集する目的は明らかに古代からの伝統的知識を整理し、正しい形として記録、保存されることであったと思われる。

⁸¹情報の流出からインドないし伝統的知識の保持者の利益を守るため、デジタル図書館は一般に公開のものとはされておらず、国家の特許主管官庁等が、インド科学工業産業評議会 (CSIRI) と非公開に関する契約を結んだ機関のみにアクセスが許可されている。2017 年に発表された WIPO の文献によると、CSIRI

各国は本国の伝統的知識を収集し、その記録方法はなるべく伝統的知識の所在する環境—自然環境と社会的環境—を全面的に記録する必要がある。記録される情報は少なくとも知識の持ち主たる先住民の関連情報を含むべきであり、また、データベースは定期的に更新され、記録された伝統的知識の発展の軌跡及び最新の成果を収集すべきとされる。

②データベース化による保護の不足

データベース化の問題として、「データベースは先住民社会に伝統的知識に関する権利を付与できないこと、多くの伝統的知識は口頭で伝承されるので、その口承された伝統的知識は文献化されにくいこと、そもそも文献化できないこと、及び、データベースに入った伝統的知識は一般的に先行技術とみなされ、伝統的知識の利用から生じる利益は保証できないこと」が指摘されている⁸²。また、「伝統的知識を先行技術として認められると…他者が伝統的知識を用いて特許を獲得することを阻止」する「最低レベルの保護が伝統的知識に与えられる」が、「伝統的知識がデータベースに入ったとしても一般的に、当該伝統的知識に対して何らかの権利が生ずることを意味するものではない」という指摘がある⁸³。

伝統的知識のデータベース化は伝統的知識の所有権を明確にすることができるが、一方でデータベースは伝統的知識の一般化を促進することになる。この伝統的知識の一般化は、伝統的知識の一つの特徴である地域社会での限定的保持という性質の破壊につながる。結果として、伝統的知識の経済的価値は知識の一般化により低下することは避けられない⁸⁴。

(2) 医薬伝統的知識の伝承者・保有者の利益保護

前述のとおり、伝統的知識そのものを保存すること以外に、伝統的知識にある権利を設定することによって、伝統的知識の持ち主たる先住民、先住民社会及び地域社会が他者の伝統的知識の利用を阻止したり、利用から生じる利益を配分されることがある。WIPO における研究には、以下の5つの主要な法的保護の方式が提示されている⁸⁵。

- 1) 伝統的知識に対して、排他的権利を付与すること。その中には (i) 現行の知的財産権の各権利を利用し、又は (ii) 従来の知的財産権の存在形式を修正・改正し或いはその保護範囲を拡大し、又は (iii) 特殊な法制度によって、新たに設けられる各種の排他的財産権を付与することが含まれる。
- 2) 1) の排他的財産権がない場合であっても、伝統的知識に PIC を適用すること。
- 3) 補償責任、又はパブリックドメインにあるものの有償的利用。
- 4) 不正競争防止法を利用すること。
- 5) 慣習法を承認すること。

伝統的知識の伝承者・保有者の利益の保護制度として、大別すると知的財産法による保護と特別な制度による保護がある。

まず、知的財産法による保護について、伝統的知識の発達程度はそれぞれであり、前述のとおり、先進国においては途上国における伝統的知識と区別できない伝統的知識が存在している。このような知識は多くの場合に知的財産法制度によって保護されている。

と契約したのは9か国/地域の特許主管官庁である。即ち、オーストラリア、カナダ、チリ、欧州、ドイツ、インド、日本、英国及び米国。それらが CSIR と契約するとき、以下のような条件を同意しなければならない、即ち、①第三者に対して、内容を披露しないこと、②伝統的知識データベースを利用する目的は、特許検索と審査のみ、及び③伝統的知識データベースの機能を強化するため、CSIR に対して、報告を提出することである。See *supra* note 79, p. 22.

⁸²周・前掲注 (1) 193 頁。

⁸³严・前掲注 (62) 146-147 頁を参照。

⁸⁴森岡・前掲注 (13) 21 頁。

⁸⁵WIPO/GRTFK/IC/7/6. (2004)

従って、逆に、途上国における伝統的知識の中には、それと同じ性質を有している知識、即ち体系化、商業化、文献化され、また技術面では現代技術又は技術成果で表現できる伝統的知識があれば、このような知識は特別な制度で保護されるよりも既存の、また直ちに機能できる知的財産制度で保護するほうがより効率的で迅速に保護できる場合もある。例えば、技術的な伝統的知識を有している先住民が伝統的知識の体系に技術革新を施した場合、特許要件を満たす工夫には特許保護が与えられる。伝統的知識に関わる伝統的標識、符号又は用語は商標登録ができる。他には不正競争防止法によって伝統的知識の成果としての産物を保護できるし、先住民が秘密として扱っている商業的伝統的知識（伝統的商業秘密）はその不当な獲得又は公開を禁止することもできる。

医薬伝統的知識には、現行知的財産権法によってカバーされない部分が多いので、知的財産権法を修正し、当該法ではカバーされない医薬伝統的知識も保護の対象にできる、という主張は嚴永和氏や袁紅梅氏等が支持している⁸⁶。

修正の方法は二つある。一つは、CBD によって定められる PIC 制度を現行知的財産権法（例えば特許法）に導入し、伝統的知識に対する積極的知的財産権から生ずる利益に間接的な保護を与える。これは、PIC の取得を特許申請の要件にすることであり、そうすれば、特許の出願者は特許を取るために、知識の権利者と交渉し、法的又は行政的要求を満たす契約を結ぶことになる。

もう一つの方法は現行知的財産権法の権利申請要件（権利主体になる基準、新規性、進歩性又は実用可能性の認定基準等）を修正することである。そうすれば、伝統的知識の権利者が出願によって当該知識に関する知的財産権を獲得できる⁸⁷。ところで、嚴永和氏の考えによれば、CBD 及び名古屋議定書は伝統的知識を遺伝資源と同様に扱い、知識は物として扱われ、所有権がその上に設けられる。これによって確かに知識の権利者に配分される利益はあるが、それは少なすぎると考えられる。従って、嚴永和氏の主張は、最終的に伝統的知識をカバーできる知財権法を制定することが目標となる⁸⁸。また、知財権法上、自由利用に関わるパブリックドメインに関しては、パブリックドメインは医薬伝統的知識の保護には適用できない、という考えを支持する学者がいる⁸⁹。

特別な制度については、知的財産法で保護される伝統的知識はある程度の体系化、商業化、文献化が行われ、かつ現代技術で実現される伝統的知識に限られている。しかし、知的財産法で保護できない又は保護されにくい伝統的知識も他に大量に存在している。このような伝統的知識の保護手段として、次の三つの特別な制度が設定されている。

伝統的知識の使用に対する制限、先住民以外の者が伝統的知識を用いてある利益を獲得できるとき先住民側が行える阻止行為、及び伝統的知識の利用から生ずる利益の配分である。この三つの現行制度は、PIC、特許を出願するときの出所開示、及び MAT の制度から構成されている。

第3節 新たな問題

1 先行研究 I からのまとめ

前述の表2によって、自然資源たる植物P及びその薬用に関する伝統的知識pに対して、

⁸⁶ 嚴・前掲注(62) 265-266頁、272-279頁、又は袁紅梅編『中药知识产权法律制度的反思与构建』（北京師範大学出版社、2011年）125-136頁を参照。

⁸⁷ 嚴・同上、袁・同上又は宋・前掲注(1) 132頁を参照。

⁸⁸ 嚴・前掲注(62) 113-114頁、127頁、296-306頁を参照。

⁸⁹ 嚴・前掲注(62) 174-177頁又は宋・前掲注(1) 134-136頁を参照。

外国の利用者は以下のような行為をされると考えられている（行為地を問わない）。

- 1) F①：植物 P 又は知識 p にアクセスする行為。
- 2) F②：植物 P 又は知識 p を使用・利用する行為（伝統的使用又は現代的研究開発）。
- 3) F③：F②の伝統的使用・利用の成果に対して排他的権利（主に特許権）を設けること（特許取得）。これは、a) 当該排他的権利が原資源・知識の使用に及ぶ場合、又は b) 当該排他的権利が原資源・知識に及ばない場合に分けられる。
- 4) F④：F②使用・利用の成果に対して排他的権利（主に特許権）を設けること（特許取得）。これも、a) 当該排他的権利が原資源・知識の使用に及ぶ場合、又は b) 当該排他的権利が原資源・知識に及ばない場合に分けられる。
- 5) F⑤：F②の使用・利用の成果を生産販売する行為、又は F③及び F④における排他的権利を第三者に譲渡、ライセンスする行為。その結果として、a) 利益を得る場合、又は b) 利益を得ない場合がある。
- 6) F⑥：F③又は F④の排他的権利を行使し、当該資源・知識に対する他者（資源・知識提供国又は第三国）による使用・利用を阻止する行為。これには F③及び F④と同様、a) 阻止行為の対象は伝統的使用・利用を含んでいる場合、又は b) 阻止行為の対象が伝統的使用・利用を含んでいない場合の二つがある。

植物 P 又は知識 p の所在国・提供国として、上記の利用者の行為に対する対策として、以下のことがとられるべきと考えられている。

（対策 1）

F①行為の外国利用者の調査活動に対して、障碍を設けること。例えば、国内法において、外国利用者による遺伝資源又は伝統的知識の単独調査に対して禁止条項を設けたり、調査結果に関して各権利の帰属を決める条項を設けること等があげられる。

（対策 2）

F②行為に対して、植物 P 又は知識 p に対する使用・利用行為そのものが権利侵害を惹起する不法行為であるという規定を設ける。これは、資源又は知識に対して法的権利が設けられるということが根拠となっている。法的権利があるため、使用・利用はその法的権利の権利者の同意を得て行う。従って、同意のない使用・利用は不法行為である。この対策は、法的、行政的又は政策的手段で、資源（植物 P）及び医薬伝統的知識（知識 p）に対して、権利を設けることを最終目標とする。

（対策 3）

上記 F③及び F④行為に対して、以下の三点が考えられている。

(1) F③及び F④の行為の排他的権利を否定する。排他的権利を否定する理由は次の二つである。

一つは、当該排他的権利の取得は法律、政令、省令又はその他の行政的或いは政策的規範に反するものである、という理由である。もう一つは、F③及び F④行為にある排他的権利は、審査員のミスや勘違いによって授与されたものであり、当該排他的権利に関する「知的活動の成果」は、既に先行技術として存在しているので、権利の授与は間違っているという理由である。

とられる対策としては、前者の場合は、a)（対策 2）の「資源又は知識に対して権利を設ける」である。後者の場合は、b) 特許審査員の審査能力を高めるという対策である。そのために知識のデータベース化という対策がとられる可能性は高いと思われる。

(2) F③及び F④行為の排他的権利が資源又は元の知識をカバーすることを否定する。もし知識の保有者・所在国が、自らの伝統的生活を邪魔されたくないと考えるのであれば、この対策をとる可能性が高い。最終的に政策として採用されるのは、（対策 3）(1) -b)

と同様のデータベース化ということになる。

(3) 利用者の植物 P 及び知識 p に対する使用・利用の権利そのものを否定することによって、使用・利用の成果における利用者の排他的権利も否定するという考えがある。対策としては、(対策 2) をとることになる。

(対策 4)

F⑤行為に対して、二つの対策がある。即ち、(1) 植物 P 又は知識 p の保有国・所在国の本土企業に、利用国の企業と競争させること、(2) 利用者の製造・販売行為を禁止すること。前者の場合は、(対策 3) ①及び③を、後者の場合は、(対策 2) をとることになる。

(対策 5)

F⑥a) 行為に対して、次の三つの対策がある。(1) 当該排他的権利を否定すること、(2) 当該排他的権利が元の資源又は知識をカバーすることを否定すること、(3) 利用国の使用・利用に関する権利そのものを否定すること。以上の対策は上記の(対策 3)と同様である。

2 変形事例

第 1 節で述べた基本事例は、第 2 節で論じた PIC や出所開示のような制度を各国の国内法が導入した場合、局面は以下のように変わると思われる。本論文ではそれらを「変形事例」と称することにする。

まず、条件が一つ増える。それは基本事例における単なる資源・知識の提供国である A 国が国内法において以下のような条項を設けているという条件である。

① A 族及び A 国には、植物 P 及びその薬用の知識たる知識 p に対する所有・使用・収益の権利、他者の利用を阻止する権利、及び自己の意思によって植物 P 又は知識 p を利用者に譲渡し、又はライセンス契約を締結する権利がある。

② 植物 P 及び知識 p に対する所有権に基づいて、外国人の使用・利用は A 国（の主管官庁）及び A 族（代表組織＝A 族委員会）に事前に情報伝達を行い、当該主管官庁及び A 族委員会の同意を得なければならない。また、同意を得た証として、「同意証明書」が主管官庁によって発行される。

③ 植物 P 及び知識 p に対する使用・利用は、A 族委員会と契約を締結し、契約には利益配分（MAT）条項を含めなければならない。また、利益配分の比率はある割合を超えるものとする⁹⁰。さもなければ、契約は有効に成立しない。

④ 植物 P 及び知識 p に対する無許可又は無契約の使用・利用は不法行為と定義される。

⑤ 知識 p そのものには、特許権のような現代的排他的権利（知的財産権）が設けられないよう、先行技術としてパブリックドメインに入れることにする。

⑥ 外国の利用者が知識 p を利用し、又は使用して成果（成果が先行技術に当たらない特許の対象になる場合）を特許出願するとき、知識の出所又は PIC を得る証としての許可書及び契約を開示するものとする。さもなければ、特許権は授与されない。

A 国のような厳格な国内法に対して、B 国又は単なる利用国たる C 国では、緩やかな国内法が制定される。

(変形事例 1)

A 国のジャングルにある種の植物 P が自生していた。A 国においては、植物 P が本国の先

⁹⁰例えば、ペルー法第 27 条（c）項には、共有知識を土台にして直接及び間接に開発された製品の販売による総売上額（税引前）の 5%以上にあたる割合を…先住民への報酬にするということを規定している。前掲注（36）を参照。

住民 A 族によって所有され、しかも植物 P に対して、国家は主権的権利を有していると定めている法律があり、植物 P の利用に関する法律もある。しかし、植物 P の伝統的利用方法に関する知識は A 国以外の各国の特許庁のデータベース、又は検索しやすいデータベースに入っていない。植物 P に関心を持つ外国人研究者、例えば B 国の X 社の研究者には二つの選択肢がある。

選択肢 a は、(基本事例 1) のように、植物 P を B 国本社に持ち帰り、研究開発を行う。研究成果たる成分 α を量産し、新薬の開発によって巨大な利益を得たが、A 国の先住民に対しては何らの利益配分もしようとしない場合である。この場合、A 国においては特許等の排他的権利は取得できないだろう。なぜなら、当該新薬は出願国=A 国の国内法違反の不法行為であるとみなされるか、挙証できる先行技術があるからである。また第三国において特許等の排他的権利が取得できるか否かは明白でない場合、それは第三国の国内法によって決まる。

選択肢 b は、A 国の国内法に従って対処する場合である。

(変形事例 2)

植物 P は A 国だけではなく、A 国のジャングルに類似している B 国のジャングルにも自生している。しかし、従来、B 国の先住民はその植物を A 国の住民の使用方法とは異なる方法で使用し、また、B 国の薬品企業 X 社は植物 P の A 族のような用途に関する可能性を全く考えたことがなかった。A 国においては、植物 P が本国の先住民に所有され、しかも植物 P に対して国家は主権的権利を有していると定めている法律があり、植物 P の利用に関する法律もある。更に、植物 P 又は知識 p を包含する植物 P の伝統的薬用方法の利用に対する規制法もある。しかし、植物 P の伝統的利用方法という知識は A 国以外の各国の特許庁のデータベース、又は検索しやすいデータベースに入っていない。

ある日、B 国の薬品企業 X 社の研究者は A 国を訪れて、A 国の先住民に伝承され、保有されている知識 p を知った。X 社は当該知識 p を参考にし、本国における植物 P を合法的に入手し⁹¹、植物 P に対する研究開発を行い、成分 α を発見した。そして、成分 α による薬品開発を行い、特許を取得し、巨大な販売利益も手に入れた。この場合、B 国の薬品企業 X 社は植物 P に関する知識 p の伝承者・保有者である A 国の先住民 A 族に対して何をするかについては、変形事例 1 と同様の二つの選択肢がある。

選択肢 a は A 国の先住民 A 族に対しては何らの利益配分もしない場合である。この場合 A 国における特許権は当然獲得できないし、第三国における特許権が獲得できるか否かは当該第三国の国内法次第である。

選択肢 b は A 国の国内法に従って対処する場合である。

(変形事例 3)

植物 P は A 国だけではなく、A 国のジャングルに類似している B 国のジャングルにも自生し、A、B 国のいずれにおいても植物 P の薬用方法である知識 p が伝承されている。ある日、B 国の薬品企業 X 社の研究者は本国における知識 p に対して合法的にアクセスし、かつ、植物 P 及び知識 p の利用について、自国法に反しない契約を知識の権利者⁹²と締結した。X 社は本国における植物 P に対して研究開発を行い、成分 α を発見した。そして、成分 α に基づく薬品開発を行い、特許を取得し、更に、販売による巨大な利益も手に入れた。

上記の活動の中で、B 国の薬品企業 X 社によって行われた医薬伝統的知識へのアクセス、

⁹¹ B 国には A 国のような法律がないので、自国における植物 P (変形事例 3 及び 4 の場合は伝統的知識 p) の入手は合法である。又は、B 国の国内法は A 国の法律と異なるけれども、B 国には遺伝資源の利用に関する法律があり、X 社 (変形事例 4 の場合は Y 社) も B 国の国内法に違反せず本国における植物 P (変形事例 3 及び 4 の場合は伝統的知識 p) を入手し、利用開発を行う。

⁹² B 国における知識 p の伝承者、保有者 (B 国民) をいう。

利用、収益行為は自らの医薬伝統的知識を対象とするので、A 国の先住民 A 族と直接関わっていないと考えられる可能性が高く、A 族に対しては何らの利益配分もしないことも不自然とは考えられないであろう。

(変形事例 4)

植物 P は A 国だけではなく、A 国のジャングルに類似している B 国のジャングルにも自生し、A、B 国のいずれにおいても植物 P の薬用方法である知識 p が伝承されている。ある日、C 国の薬品企業 Y 社の研究者は B 国を訪ね、B 国における知識 p に対して合法的にアクセスし、かつ、植物 P 及び知識 p の利用について、B 国法に反しない契約を知識の権利者（B 国民）と締結した。Y 社は B 国における植物 P に対して研究開発を行い、成分 α を発見した。そして、成分 α による薬品開発を行い、特許を取得し、更に、販売による巨大な利益も手に入れた。上記の活動の中で、C 国の薬品企業 Y 社は B 国の国内法を遵守し、B 国の知識 p の権利者に対して、事前の利用情報伝達、(持主の) 同意による利用等をした。更に契約を確実に履行し、事後の公正かつ衡平な利益配分を行った。C 国の薬品企業 Y 社によって行われた医薬伝統的知識へのアクセス、利用、収益行為は B 国における医薬伝統的知識を対象とするので、A 国の先住民 A 族と直接関わっていないと考えられている可能性が高く、A 族に対しては何らの利益配分もしないことも不自然と考えられないであろう。

3 各変形事例に関する基本問題

上記の 4 つの変形事例を巡って、遺伝資源又は伝統的知識の提供国である A 国の立場から見れば、表 3 のような問題がまだ残っている。

ところで、変形事例 4 には、一つの潜在的問題があると思われる。即ち、A、B 両国の国内法の適用を受ける薬品企業への規制に差がある場合、例えば、A 国の国内法が B 国の国内法より薬品企業に対する制限が厳しい場合、当該企業が緩やかな規制の国を選択して、その国における医薬伝統的知識を利用するのは当然なことである。従って、ある医薬伝統的知識が一国のみに存在しており、又は一つの先住民社会のみに伝承されていれば、当該知識の所在国に定められた厳しい規制ルールは有効に機能する。そうではない場合、国内法上の規制が厳しければ厳しいほど、この国における伝統的知識の（本国の利用者或いは伝統的利用者以外の）利用者の数は減少する。つまり、前掲注（56）に述べた何建志氏によって提起された問題に帰着するが、国家が自国の伝統的知識を（コントロール下に置いて）薬品企業に利用させ、そこから生じる利益の配分によって自国の国民を豊かにするという目標を持っていたとしても、この目標が実現することはほとんどないと思われる。

表3 変形問題

| | | |
|---|---|---|
| 変形問題 1 | <p>(変形問題 1.1) A 国の先住民の慣習法・伝統的生活様式におけるルールによれば、当該植物 P は神聖なものとされ、いかなる外部の者にも利用させたくないの、薬品企業 X 社の行為は先住民に「精神的損害」を加える可能性がある。</p> | |
| | <p>(変形問題 1.2) X 社は A 国の自然資源たる植物 P を自社の本国に持ち帰り、それを利用して開発した薬品を A 国に特許出願した後、特許権が承認された。</p> | <p>(変形問題 1.2.1) A 国の薬品企業は将来外国 (X 社の特許権がある国、以下同様) で特許出願できない (市場を占める可能性が失われる)。</p> |
| | | <p>(変形問題 1.2.2) A 国の薬品企業は X 社に対して特許使用料を支払わないと、当該植物 P から開発した薬品を外国へ販売ができなくなる (製造販売コストが増大し、市場が失われる)。</p> |
| | | <p>(変形問題 1.2.3) X 社が特許 (のような排他的使用、収益の権益) によって多くの利益を得るのに対して、資源所在国である A 国及び植物 P を伝統的に利用してきた A 国の先住民等は恩恵を受けることができなくなる。(先住民に貧困、不公平を生じさせる)</p> |
| <p>(変形問題 1.3) 薬品企業 X 社が A 国特有の、かつ先住民に代々使用されてきた植物 P を許可なしに自国に持ち帰ること、研究開発を行うこと、又は特許を申請し、排他的占有をすることは A 国の国内法上違法行為であるけれども、X 社は A 国の法人ではないし、A 国において経営拠点が無いので、A 国の国内法によって当該行為を直接的に規制 (処罰を含む) することができない。</p> | | |
| 変形問題 2 | <p>(変形問題 2.1) A 国の先住民の慣習法・伝統的生活様式におけるルールによれば、当該植物 P の利用方法は神聖なものとされ (例えば、聖職者以外の者が当該知識を使ってはならない)、いかなる外部の者にも利用させたくないの、薬品企業 X 社の行為は先住民に「精神的損害」を加える可能性がある。</p> | |
| | <p>(変形問題 2.2) X 社は A 国の伝統的利用方法 (知識) を利用して開発した薬品を A 国以外の国に特許出願する。</p> | <p>(変形問題 2.2.1) A 国の薬品企業は将来外国 (X 社の特許権がある国、以下同様) で特許出願できない (市場を占める可能性が失われる)。</p> |
| | | <p>(変形問題 2.2.2) A 国の薬品企業は X 社に対して特許使用料を支払わないと、当該植物 P から開発した薬品を外国へ販売ができなくなる (製造販売コストが増大し、市場が失われる)。</p> |
| | | <p>(変形問題 2.2.3) X 社が特許 (のような排他的使用、収益の権益) によって多くの利益を得るのに対して、資源所在国である A 国及び植物 P を伝統的に利用してきた (というより知識を「創造」した) A 国の先住民等は恩恵を受けることができなくなる (先住民に貧困、不公平を生じさせる)。</p> |
| <p>(変形問題 2.3) 薬品企業 X 社が A 国特有の、かつ先住民に代々伝承される伝統的知識を許可なしに自国において研究開発を行うこと、又は特許を申請し、排他的占有をすることは A 国の国内法上違法行為であるけれども、X 社は A 国の法人ではないし、A 国において経営拠点が無いので、A 国の国内法によって当該行為を直接的に規制 (処罰を含む) することができない。</p> | | |

| | | |
|--------|--|---|
| 変形問題 3 | (変形問題 3.1) A 国の先住民の慣習法・伝統的生活様式におけるルールによれば、当該植物 P の利用方法は神聖なものとされ（例えば、聖職者以外の者が当該知識を使ってはならない）、いかなる外部の者にも利用させたくないのに、薬品企業 X 社の行為は先住民に「精神的損害」を加える可能性がある。 | |
| | (変形問題 3.2) X 社が B 国の伝統的知識を利用して開発した薬品を A 国以外の国に特許出願する。 | (変形問題 3.2.1) 同様の伝統的知識を持っている国 (A 国) の薬品企業は将来当該知識を利用し、外国で同様又は類似の特許出願ができなくなる（市場を占める可能性が失われる）。 |
| | | (変形問題 3.2.2) A 国の薬品企業は X 社に対して特許使用料を支払わないと、当該植物 P から開発した薬品を外国へ販売ができなくなる（製造販売コストが増大し、市場が失われる）。 |
| | | (変形問題 3.2.3) X 社が特許（のような排他的使用、収益の権利）によって多くの利益を得るのに対して、資源所在国である A 国及び植物 P を伝統的に利用してきた（というより知識を「創造」した）A 国の先住民等は恩恵を受けることができなくなる（先住民に貧困、不公平を生じさせる）。 |
| 変形問題 4 | (変形問題 4.1) A 国の先住民の慣習法・伝統的生活様式におけるルールによれば、当該植物 P の利用方法は神聖なものとされ（例えば、聖職者以外の者が当該知識を使ってはならない）、いかなる外部の者にも利用させたくないのに、薬品企業 X 社の行為は先住民に「精神的損害」を加える可能性がある。 | |
| | (変形問題 4.2) Y 社が B 国の伝統的知識を利用して開発した薬品を A 国以外の国に特許出願する。 | (変形問題 4.2.1) 同様の伝統的知識を持っている国 (A 国) の薬品企業は将来当該知識を利用し、外国で同様又は類似の特許出願ができなくなる（市場を占める可能性が失われる）。 |
| | | (変形問題 4.2.2) A 国の薬品企業は Y 社に対して特許使用料を支払わないと、当該植物 P から開発した薬品を外国へ販売ができなくなる（製造販売コストが増大し、市場が失われる）。 |
| | | (変形問題 4.2.3) Y 社が特許（のような排他的使用、収益の権利）によって多くの利益を得るのに対して、資源所在国である A 国及び植物 P を伝統的に利用してきた（というより知識を「創造」した）A 国の先住民等は恩恵を受けることができなくなる。（先住民に貧困、不公平を生じさせる） |

ところで、変形事例 1 の場合、仮に、B 国の薬品企業 X 社が選択肢 b を採用すれば、法律上の問題がないと思われる（A 国の国内法が完璧に整備され、X 社が A 国の国内法に従って植物 P にアクセスし、利用開発をする場合、経済的な損害だけでなく、精神的損害も生じないことが想定されている）。問題になるのは、X 社が選択肢 a を選択する場合である。この場合は、問題が依然解決されないまま存在することになる。

4 変形事例の整理から得られるいくつかの問題点

(1) 問題点の整理

変形事例 1 の場合、A 国の主張は以下のように整理されると思われる。

A 国では、①X 社の植物 P の取得又は利用は不法行為と認められる。②不法行為に基づく発明という理由で X 社によって出願された特許は授与されない。③X 社は裁判所による刑事罰又は主管官庁による行政罰を科される可能性がある。④X 社は原告を A 族委員会とする民事訴訟の被告になり、不当利得返還又は権利侵害による差止や賠償を求められる可能性がある。

しかし、上記の 4 つの法的効果は A 国の管轄区域内においてしか発生しないので、A 国又は A 族は、変形問題 1 を解決し、以下のような目標を実現するために、何らかの救済手段をとるとと思われる。

①X 社が A 国の管轄区域以外においても植物 P の使用・利用成果に関する特許を取得できないようにする（取得された特許は取り消さない）。②X 社に対して、行政罰又は刑事罰が科されるよう行政又は裁判所に訴える。③X 社に対して不当利得返還又は権利侵害による損害賠償や侵害差止を民事裁判で請求することである。

上記の 3 点の目標に基づいて、国際法のレベルで達成すべき目標には三つある。

①X 社の植物 P に対する無許可使用・利用行為が A 国以外の国の管轄地域内でも不法行為として認められるようになること。②A 国以外のいずれの国でも、不法行為による発明に対しては、特許権を授与しないという規定がその国の特許法に採用されるようになること⁹³。③X 社の行為が A 国以外の国の管轄地域内でも、不当利得又は権利侵害の基準を満たすようになること。上記③の結果として、1) A 国の管轄地域以外においても、A 国法が適用され又は選択適用されるようになり、また、2) B 国又はその他の国に対して A 国法の中に定められる基準に照らして、国内法を制定させることとなる。

変形事例 2 の場合は変形事例 1 と同様と思われるが、X 社の行為の対象は植物 P ではなく、知識 p である。

変形事例 3 の場合には、議論する前に、処理すべき先決問題が一つある。それは B 国の B 国民は、知識 p に対して、A 国の権利者（A 族又はその成員たる A 族の人）と同様の権利を有するか否か、という問題である。この先決問題の中には、二つの段階があると思われる。まずは、B 国民は知識 p に対して、所有、使用、収益等の権利を有するか否かという段階である。もし、B 国民に知識 p に対する権利がないとすれば、変形事例 3 は変形事例 2 に転化する。仮に B 国民が知識 p に対して権利を有し、知識 p が A 国の権利者と B 国民に共有されるとしても、A 国の権利者と B 国民の間には、権利配分（或いは権利のバランス）の問題が残る。また、A 国の権利者と全く同じ権利ではなくても、B 国民に少なくとも知識 p の伝承、使用・利用又は収益の権利があるとすれば、A 国の権利者の特許無効請求、不当利得返還請求又は損害賠償請求に対抗することができる。その場合、第二段階として、変形問題 3 に列挙される A 国又は A 国の権利者にとって不利益があることがまだ解決されていないので、どのような救済がとられるかについて議論する必要がある。

ところで、B 国民の上記権利は一般的に B 国の国内法によって承認される。それゆえ、A、B 国以外の第三国における訴訟においては、A 国国内法に従うか、B 国国内法に従うか、それとも当該第三国の国内法に従うか、という準拠法の問題が出てくる。

次に、変形事例 4 の場合、変形事例 4 の先決問題は、変形事例 3 の先決問題とは相違点の一つがある。

即ち、もし、B 国民に知識 p に対する権利がないとされる場合はともかく、B 国民に知

⁹³現行法として、遺伝資源又は伝統的知識の無許可使用・利用の成果を特許出願する行為は、不法行為と認められ、刑事罰が科せられるが、取得された特許そのものの効力の存否には関係ない、という規定を設ける国がある。

知識 p に対する権利が認められ、知識 p が A 国の権利者と B 国民に共有されるとしても、B 国民には知識 p を利用者たる第三者に譲渡し又はライセンス契約を締結する権利がないとすれば、変形事例 4 は変形事例 2 に転化する。ただ、利用者は X 社ではなく、Y 社である。

ところで、B 国の国内法によって、自国民たる B 国民には利益の源と言われる知識 p に対して、第三者に譲渡し又はライセンス契約を締結する権利がないと定めるのは、一般的には奇妙であると言える。このような場合、どのような協定を締結し、A 族、A 国、B 国民及び B 国との利益のバランスをどのようにとることが課題となる。

変形事例 4 では、以下のような法律関係又は法的行為があると思われる。

① B 国民と C 国の利用者たる Y 社との間に、知識 p の使用又は利用に関する契約 Y_p (以下、契約 Y_p) が締結される。この場合、Y 社の使用・利用及びその他の諸行為は、契約 Y_p に基づいて行われる。

② Y 社は、C 国及び B 国において、知識 p の利用又は使用に基づいて、新薬を開発し、その新薬 q を特許出願し、特許権 Y_q (以下、特許権 Y_q) を得た。

③ Y 社の知識 p に対して研究開発し商業化した行為は、A 国の先住民 A 族の利益を事実上損なうことになり、A 国法によれば、「不法行為」になるおそれがある。

上記のことから、権利者たる A 族が可能な請求は下記のようになると思われる。

「1) 契約 Y_p の無効請求 (B 国民には知識 p に対する権利がなく、又は B 国民には知識 p に関する第三者への譲渡契約やライセンス契約を締結する権利がない)

2) 特許権 Y_q の無効請求 (A 国の国内法違反、又は A 国の公序良俗違反を理由とすることが考えられる)

3) Y 社の使用・利用又は商業化行為は A 族の伝統的知識に関する権利を侵害するため、Y 社の使用・利用又は商業化行為に対する差止請求

4) Y 社の使用・利用又は商業化行為は A 族の伝統的知識に関する権利を侵害するため、Y 社に対する損害賠償請求 (Y 社の知識 P に対する使用・利用又は商業化行為から生じる利益を配分するという形で実現する可能性もある)

5) Y 社の使用・利用又は商業化行為の対象は A 族の知識 p であることから、A 族に配分される利益を占有するのは不当利得であり、その分を返還する不当利得返還請求 (Y 社の使用・利用又は商業化から生じる利益を配分するという形で実現する可能性もある)」

上記の請求に関する裁判管轄権はどの国にあるか、契約に関する無効請求、特許権に関する無効請求、差止請求、損害賠償請求及び利益配分請求はどこの国の法に準拠して裁判するのが課題として残る。

(2) A 国の観点から見た論点

以上の四つの変形問題を整理して A 国の観点から論点をまとめれば、以下ようになる。

(発展論点 1)

外国の薬品企業 X 社が遺伝資源又は医薬伝統的知識の伝承者・保有者たる先住民の神聖なもの (薬用資源又は知識) を使って、先住民の精神的利益を害する可能性は依然残っている。しかし、A 国の先住民 A 族は自らの精神的権利が害されるという理由で、外国の薬品企業の利用開発行為に対し、差止請求の権利を有効に行使することができない場合が多い。

(発展論点 2)

外国の薬品企業（X社又はY社）はA国以外の外国における医薬伝統的知識を合法的に取得し、利用するとき、A国の先住民又は薬品企業に対して事実上の不利益を与える可能性が依然残っている。確かにA国は、当該知識へのアクセス、PIC、MAT又は出所開示に関する法定要件を満たさない（換言すれば、A国法上の不法行為と認められる行為）という理由で、特許等の排他的権利を外国の薬品企業に授与しないことができるけれども、当該薬品企業がA国以外の国においてこのような権利を取得するのを阻止できない。尚、この状況の下でも、A国の先住民A族が自らの伝統的知識を伝統的に利用する権利は保障される。しかし、外国の排他的権利に基づく権利者以外の者による利用に対する差止請求権の行使によって伝統的な生活様式が切断される危険性はなくなるが、A国の先住民が自ら伝統的な生活様式を放棄する危機は依然残っている。

A国の国内法の執行者としてまた自国民の利益を最大化することを図っているA国政府にとって、上記の二つの発展論点を解決するとき、自国の国内法が自国の領域外においても適用され、又は外国において国内法と同様の法的効果を生じさせることは達成すべき目標であろう。発展論点1の場合、いかなる方法を用いるにせよ、A族の精神的権利を損なわないようにすればよい。或いは、A族の精神的権利の侵害という理由で、外国企業の利用行為に対して差止請求権を行使できれば問題は解決すると思われる。発展論点2の場合、いかなる方法を用いるにせよ、A族に属するPIC、MAT又は出所開示に関する権利が保障できれば問題は解決すると思われる。

(3) B国の観点から見た論点

次に、我々はB国の立場から、問題を再び見てみよう。

上記の変形事例におけるB国には、以下の二つの特徴が想定される。一つはB国における医薬伝統的知識はB国の地域社会の住民たるB国民にとって、神聖なものではないと認められていることである。もう一つはB国には遺伝資源又は医薬伝統的知識の利用を規制する法律があるが、A国の国内法より緩やかである、又は、B国の関係国内立法はC国の国内法と類似しており、A国と大きく異なるという点である。

B国にとっては、二つの発展論点が存在している。

(発展論点3)

一つ目の発展論点は、B国の先住民の利益の保護という側面で、これには更に、以下の二つの問題がある。一つはC国の薬品企業Y社の利用開発行為に対する規制、Y社がB国の医薬伝統的知識にアクセスし、C国本社において研究開発する行為に対して、B国は上記のA国と類似する立場に立っている。もう一つは、変形事例4のように、B国民が利益配分を求め、C国の企業Y社と契約を締結している場合、Y社の当該利用行為はA国の先住民A族によって差止請求権が行使される可能性がある。もし上記のA国の主張通り、B国がA族の差止請求権を認めれば、B国民への利益配分の基礎たる利用行為ができなくなり、よってB国民の利益は損なわれることになる。従って、B国はB国民の利益を保護するために、A族の差止請求権を承認しないことになるだろう（つまり、A国の関係国内法を自国において適用しない、又は同様の法的効果を生じさせない）。そこで、A族の差止請求権がB国において行使できるか否かをめぐるA、B両国の攻防が問題になってくる。

(発展論点4)

二つ目の発展論点は、B国の薬品企業の利益の保護という側面に焦点が当てられる。B国の企業X社自体はB国民によって作られた企業であり、かつ、X社がB国における自らの医薬伝統的知識を利用するとき、B国の国内法を確実に遵守するとする。この一般的に

何の法的問題もないと思われる行為は、直接的な関係がない国である A 国又はその先住民たる A 族に阻止され、又は利益配分（予想以外のコスト）を請求されるおそれがある。発展論点 3 と同じように、そこにおける A 族の阻止権又は利益配分請求権が B 国において行使できるか否かをめぐる A、B 両国の攻防が問題になってくる。

次に、変形事例 4 における単純な利用国たる C 国及び利用者 Y 社にとって、一般的には、B 国における利用開発販売から得た利益を直接関係がない A 国の国内法に従い、A 族に配分することは、コストを増大させると言える。上記の変形事例 4 に対する分析によれば、A 国又は A 族には知識 p に対してどのような権利が認められるのか、B 国又は B 国民には知識 p に対してどのような権利が認められるのか、知識 p に対して A 族、A 国、B 国民、B 国の間にはどのような権利のバランスがとられるのか、ということが国際的利用又は国際的保護にとって、まず解決しなければならない問題となる。仮に、B 国民は自己の使用・利用、収益の権利のみを有し、譲渡やライセンス契約を結ぶ権利がないことを Y 社が知れば、Y 社はコスト軽減のため、B 国民ではなく、知識の譲渡権やライセンス締結権を有する A 族と契約する。従って、Y 社として一番得たいのは、法規制の安定性であると思われる。Y 社として知りたいのは、資源又は医薬伝統的知識を有する A、B 国において、どのような国内立法があるか、A、B 両国の間には資源又は医薬伝統的知識の利用に関してどのような協定（特に権利のバランス及び利益配分についての条項）があるかということである。そのことを発展論点 4 と同時に考えれば、A、B 両国間における知識 p に対する権利のバランス及び利益配分体制を明白にするということが、各当事者に求められる。

直接の利害関係者ではなく、第三者の立場から見れば、以下のような発展論点がある。（発展論点 5）

A 国、A 国の先住民 A 族、B 国、B 国の知識 p の伝承者・保有者たる B 国民は、知識 p に対して、どのような権利を有するのか、又は、上記の四者間の権利バランスはどのようにとられるのか。その点について、少なくとも、各当事者間には統一した見解があるべきと思われる。

第 4 節 国際的保護に関する先行研究と現行法（先行研究 II）

1 研究のターゲット

上記の発展論点を纏めれば、研究のターゲットは基本的に二分されると思われる。一つは発展論点 4 及び 5 で述べられたように、医薬伝統的知識が複数国において併存するとき、各所在国及び所在国における当該知識の伝承・保存を行う伝承者・保有者との間の権利・利益配分というターゲットである（ターゲット 1）。もう一つは、発展論点 1-発展論点 3 に示されたように、遺伝資源又は伝統的知識の越境利用の保護措置として、一国の国内法の越境適用問題というターゲットである（ターゲット 2）。

2 ターゲット 1 について

ターゲット 1 について、医薬伝統的知識の共有に注目した。秦天宝氏は、伝統的知識保護の利益バランスを論じるとき、伝統的知識を有する主体は複数の村、又は複数の民族である可能性があり、従って、彼ら間における利益配分の衝突が生じる可能性があることを述べている⁹⁴。Dutfield 氏は以下のような問題を提起している。「Quijos Quichua 人に

⁹⁴秦天宝「生物資源相关传统知识保护中的利益平衡」『河南财经政法大学学报』第 129 号（2012 年）115

よって『chiri caipi』（ラテン語で Brunfelsia grandiflora）と呼ばれる植物は、Shuar 人によって『chini kiasip』と呼ばれる。この二つの社会にいる人々の当該植物の利用方法は類似している。Canelos Quichua 人は、彼らの間の仲介者（mediators）になるかもしれない。当該植物を利用し、ある薬を発明する場合、誰が利益配分を受けるのか？ Quijos Quichua 人？ Shuar 人？ それとも Canelos Quichua 人？」⁹⁵と述べられている。上記の考えは、利益配分のバランスに注意する必要があることを言及しているが、どのような理由に基づいて利益配分をするか、又は利益配分の基準は何かについては言及していない。また、医薬伝統的知識の共有を否定することができないと主張する学者もいる⁹⁶。例えば、「植民・略奪・窃盗等の手段によって獲得された伝統的知識については、権利の正当性は絶対認められないが、文化の伝播（例えば、唐文化が日本や朝鮮半島に伝播されたこと）という手段によって獲得された我が国の中医知識を完全に制限するのも、現実的なやり方ではない」⁹⁷という主張がある。一方、共有を直接的に否定していないが、ある複数の国に存在する医薬伝統的知識をその中の一国の専有物と断言し、他の国又は伝承者・保有者の知識に対する類似の権利を事実上否定する学者もいる⁹⁸。医薬伝統的知識の併存の「合理的理由」に関する詳細の議論は第 IV 章において行う。

3 ターゲット 2 について

ターゲット 2 について、国際法としては、「3+1」という形で医薬伝統的知識を保護していると思われる。即ち、以下に述べる 3 種類のグローバルな保護形式（即ち「3」）、及び医薬伝統的知識の保護に関する二国間協定又は多国間協定によって保護する形式（即ち「+1」）である。前者の「3」には、以下のような保護形式がある。即ち、各国は、国内法によって、伝統的知識（医薬伝統的知識を含む）に保護を与える。その他、涉外訴訟が発生する場合、どのような紛争が起こる場合にどの国の実体法（国内法）を適用することができるか、又は適用されるべきかを示す機能を有する国内法もある。この法適用を選択する機能を有する国内法に従い、外国法が適用されることは可能である（所謂法選択による外国法の適用）。各国は、国内法によって伝統的知識（医薬伝統的知識を含む）に保護を与えるが、国際法としては、利用国の管轄範囲内で、提供国・提供国の関係権利者に求められた法的効果がどのように実現できるかを規律する役割を果たす。ここでは、更に二つの考え方があると思われる。即ち、①主権国家が相互に主権を制限し、伝統的知識の保護に関する国際的な基準を定め、それによる国内法の調和を行うというものである（所謂統一的国際ルール）、②知識提供国の国内法の域外適用を認め、そのための条件と手続を定めることである。

後者の「+1」については、米国とペルーの自由貿易協定の例が挙げられる。当協定の第 16 章には、両国間における「伝来の知恵」に関する MAT 及び特許出願について一定の合意が見られる⁹⁹。

頁。

⁹⁵Posey and Dutfield, *supra* note 49, p. 37.

⁹⁶劉・前掲注 (17) 228-229 頁、245-251 頁、何・前掲注 (56) 19-31 頁、又は 2008 年中国伝統医薬保護シンポジウムにおける劉春輝氏（上海中医薬知的財産権研究センター所属・弁護士）による発言。宋・前掲注 (1) 244 頁を参照。

⁹⁷劉春輝氏の発言、同上。

⁹⁸宋・前掲注 (1) 81-84 頁。

⁹⁹ペルー・アメリカ合衆国自由貿易協定要約 29 頁を参照。See <http://www.jetro.go.jp/jfile/report/05001285/05001285-001-BUP-0.pdf>. (最終閲覧日 2017 年 8 月 10 日)

(1) 法選択による外国法の適用

四つの変形事例において、A国以外の利用・特許権取得・製造販売行為に対して訴訟を提起する場合、共通する問題点は、①利用者（X社又はY社）によって取得された特許権の有効性、②利用者の諸行為は権利侵害であるため差止請求及び損害賠償請求が提起されること、③利用者の諸行為は権利侵害であり、それによって得た利益は不当利得であるため、利益返還請求が提起されることである。

次に、上記3点について、現行の法制度からどのようなことが言えるか、その点について論じることとする。

①の特許権の効力について、特許は登録によって取得される権利であるという属地主義の色彩が濃い。従って、特許の効力の存否に関しては、特許権付与国の法律を準拠法にするのが一般的である¹⁰⁰。しかし、A族が、X社又はY社に対してA国法上の不法行為を理由に特許権の取り消しを求めても、A国以外の国において、A国法を準拠法とする可能性はあまりなく、またコスト面でも、X社又はY社に特許権を授与する国において訴訟を提起することは、A族にとってはほとんど不可能である。

②の不法行為による差止請求及び損害賠償について、一般的に、不法行為地の法が準拠法として選択される。各変形事例の場合、もし不法行為地が不法行為の実施地と解釈される場合¹⁰¹、一連の利用に関する不法行為の最初の行為たる知識にアクセスする行為を含めて、全ての不法行為の実施地がA国以外の国（B国又はC国）であれば、A国法が準拠法になる可能性も低いと思われる。実際、既にパブリックドメインに入った一部の医薬伝統的知識にとって、アクセス行為をA国以外の国で行うことはあり得る¹⁰²。不法行為の実施地以外では、損害結果発生地法が準拠法として選択される可能性もあるが、これは必ずしも各国に採用されるわけではない。そして、より密接な法的関係を有する国の法を準拠法とする可能性もあるが、「より密接な関係を有する国」とはいかなる国なのかが必ずしも明らかとは言えない¹⁰³。

③の不当利得請求について、不当利得発生地の法又は（不法行為による不当利得の場合の）不法行為地の法が準拠法になり得る¹⁰⁴。前者の場合、B国又は知識pの利用に基づいて開発された薬品の販売地は不法利得発生地と判断される可能性が高いが、それが必ずA国となるわけではない。この場合、A国法は準拠法になる可能性があるけれども、選択されなかったとしても問題にならない。

¹⁰⁰特許権等の産業財産権の系統の権利は、国家行為としてそれを創設するのであって、当然にその国家の法による。道垣内正人＝澤木敬郎『国際私法入門（第8版）』（有斐閣双書、2018年）252頁。

¹⁰¹つまり、行動地において不法行為にならないとしてなした行為が、偶々結果発生地において不法行為となるため、不法行為責任を問われるというのでは、加害者の保護に欠ける、という考えに基づいて、行為者が損害を生ぜしめるような行動に従事した地を不法行為地とする。溜池良夫『国際私法講義（第3版）』（有斐閣、2005年）395頁。

¹⁰²例えば、日本の法の適用に関する通則法第17条は、通常予見可能性という前提要件を加えながらも、加害行為地とは異なる地で損害結果が発生した場合、その結果発生地法によることを原則としている。結果発生地法が採用される理由として、民事責任の場合には、損害の填補に重点が置かれるべきであろうという考えがある。また、結果発生地が幾つかある場合には、最も重大な結果が発生した地を結果発生地とすべきである、という説もある。溜池・同上。

¹⁰³しかし、不法行為の是正のための実体法規定の目的は、不法（権利侵害のような）行為がされた地の秩序維持にあるとともに、加害者と被害者との利害のバランスを図る上でも、一般に不法行為地が最密接関係地であると考えられている。道垣内＝澤木・前掲注（100）217頁を参照。

¹⁰⁴不当利得に関する制度は、法律上の原因なく他人の損失において利得した者に対し、その利得を償還させるのが不当利得制度である。一般的に、不当利得について原因事実発生地法による。道垣内＝澤木・同上、237頁。

(2) 権利者の救済確保規則としての国際法

この保護形式の下では、(1)と同様、医薬伝統的知識の保護に関する具体的な規則は各国の国内法によって定められる。しかし、ここで、法適用規則の役割が担う法は、(1)の場合とは異なり、国内法ではなく国際法であり、また法適用の選択ルールではなく、権利者の権利がどの利用者によって侵害される場合であっても権利者の所在国の管轄範囲外において有効な救済が得られることを確保することである。しかし、それぞれの伝統的知識は、形式や存在様式に関して保有者の社会によって異なると考えられ、拘束力のある統一的ルールでは具体的な権利、義務を規定するのは困難であり、適切ではないであろう。従って、一般論として、統一的ルールとしては、ガイドライン等の指導的文書にならざるを得ない。統一的ルールの下で、各国はルールの方針に従い、自国の国内法整備を行うことになる。

変形事例 4 の場合、A 国には既に厳格な国内法があるので、整備する必要はなさそうである。B、C 両国には国内法整備を行うに当たり、二つの選択肢がある。

一つ目は、B 国及び C 国において、自国における伝統的知識（知識 p に限らない）の権利者の同意を得ない使用・利用を確実にコントロールし、一定の罰則を設けるという選択肢である。この場合、伝統的知識の権利者以外の者が権利者の許可を得ずに伝統的知識を使用・利用することは不正利用とされ、かつ、当該不正利用者に対して経済的、行政的又は刑法上の不利益を加える、という条項を設けられる。つまり、A 国から得た知識 p の不正利用行為は、B 国や C 国における伝統的知識の不正利用と同様に扱われるということである。

二つ目は、B 国又は C 国において伝統的知識を使用・利用するに当たり、知識の取得、利用及び利益配分は、知識提供国の国内法上の要件を満たし、それに反する者に対しては、提供国の国内法に準拠してある種の不利益を加える規定を設けることである。

統一的ルールの他に、知識の提供国たる A 国の国内法の域外適用を認め、かつ、そのための条件と手続を定めるという方法もある。その具体的な例として、名古屋議定書が挙げられる。

名古屋議定書は、提供国の国内法が国境を越えて利用国へ渡っていくための橋をかける役割を果たすという法の域外適用システムがあるその橋の入口及び出口に、更に、その前後に、何段階のドアを設け、それらのドアをどのくらい開けるか閉めるかを巡って交渉が続いたのである。そのようなドアは次の各項目に対応している¹⁰⁵。

第一に、名古屋議定書という橋を渡るための全体条件として、国内法の適用範囲、国内法の手続的透明性、そして、特別事情に対する考慮義務である。

第二に、橋の幅を定めることとなる議定書の適用範囲、橋を渡ることのできる国内法規定を定めることとなる対象事項、そして議定書の射程を定めることとなる利益配分の対象範囲である。

第三に、橋の出口又は利用国への入口において、他国法令に対する個別的な受入選択権、また、受け入れたことにより国内法化された他国法令要件への対応措置に関する裁量権である。

第四に、その対応措置の不遵守に対する制裁に関する裁量権、及び監視・認証制度の構築に関する裁量権である。

名古屋議定書は、もっぱら医薬伝統的知識や伝統的知識の保護条約ではなく、生物多様性条約の下における遺伝資源の利用及び利益配分に関する議定書であり、変形事例 1 はま

¹⁰⁵磯崎・前掲注(1) 264-266 頁を参照。

さに名古屋議定書のターゲットになるが、変形事例 2-4 はターゲットから外されている。名古屋議定書によって定められる提供国法の域外適用システムは遺伝資源に限られる。医薬伝統的知識の範囲は CBD 及び名古屋議定書の保護対象の範囲と一致しないし（つまり、遺伝資源に関わらない医薬伝統的知識は名古屋議定書の保護対象にはならない）、また、たとえ保護範囲に入る医薬伝統的知識であっても、その関係保護法の域外適用は遺伝資源と異なり、義務化されていない¹⁰⁶。換言すれば、名古屋議定書は医薬伝統的知識に対して直接の保護を与えていないということなのである。しかし、名古屋議定書に基づいて作られた国内法の域外適用システムは、医薬伝統的知識の保護にとっても参考になるかもしれない。

¹⁰⁶例えば、第 15 条 1 項は遺伝資源へのアクセスと利益配分に関して、「適当で効果的な、かつ、均衡のとれた立法上、行政上又は政策上の措置をとる」と規定しているのに対して、伝統的知識の場合、第 16 条 1 項では「適宜、適当で効果的な、かつ、均衡のとれた立法上、行政上又は政策上の措置をとる」と規定され、「適宜」のような曖昧な用語を使い、義務としていない。

第 II 章 医薬伝統的知識

医薬伝統的知識の保護については、前章に述べたとおり、国内法レベルにおいて法的、行政的又は政策的方法をとる国家は増えているが、国際法平面には未解決の問題が多く残っている。これらの問題の解決のために、まず、我々は最初の問題に戻ってみよう。

何建志氏の論文は、三つの問題を提起した。即ち、伝統的知識とは何か、伝統的知識の保護とは何か、なぜ伝統的知識を保護するかという問いである¹⁰⁷。この三つの問いを医薬分野に限定して議論すれば、1) 医薬伝統的知識とは何か、2) 医薬伝統的知識の保護とは何か、3) なぜ医薬伝統的知識を保護するか、ということになる。本章では、まず第 1、2 節において、第 1 の問いに関して、また第 3 節においては第 2 の問いに関して論じている。なお、第 2 の問いは次章においても言及される。第 3 の問いは次章の問題になる。

第 1 節 伝統医薬と医薬伝統的知識

1 伝統医薬（伝統医学）

伝統医薬の定義について、まず、医薬分野における最も権威的な組織たる世界保健機関 (WHO) の定義を見てみよう。

WHO は、2001 年及び 2013 年において、伝統医学戦略 (Traditional Medicine Strategy) を作成した。両文書 (“Traditional Medicine Strategy 2002-2005” 及び “Traditional Medicine Strategy 2014-2023”) とともに、伝統医学に関する定義を行っている。戦略 2002-2005 年の前文によれば、伝統医学は以下のようなものである。

「伝統医学とは、伝統中医学、インドのアユベータ、アラビアのユナーニのような伝統的医学システム（医学体系）及び各種の民間療法の総称である。伝統医学療法には、以下のようなものが含まれる。即ち、薬物療法（薬草¹⁰⁸、動物の器官又は/及び鉱物を使用する場合）及び非薬物療法（薬物をあまり用いない手法、例えば針で刺す療法、手法治療及び精神治療で治療する場合）である。アロパシー医学 (allopathic medicine) に基づく保健システムが主たる保健システムとして採られる国家又は伝統医学が未だ国家保健システムに入っていない国家において、伝統医学は常に補充医学 (complementary medicine)、代替医学 (alternative medicine) 又は非常用医学 (non-conventional medicine) と称される」¹⁰⁹。

同文書の中に、「伝統医学とは何か」という題目があり、以下のような記述がある。即ち、「多くの伝統医学体系があり、中には伝統中医学、インドのアユベータ及びアラビアのユナーニが含まれる。そして、様々な先住民の伝統医学体系もまた歴史を通して、アジア、アフリカ、アラビア、インディアン先住民、及びその他の文化により発展してきた。歴史、個人の態度及び哲学の要因の影響を受けて、それらの慣行は、国家及び地域によって、大きく異なっている。いうまでもなく、その理論と応用は、アロパシー医学のそれと

¹⁰⁷ 何論文は「伝統的知識に対して財産権を設定する理由」がテーマであるが、その内容は伝統的知識を保護する理由、特に財産権を設ける理由について論じるものである。何・前掲注 (56)。

¹⁰⁸ 薬草には、植物、植物原料又はその組み合わせ等の活性成分がある薬草、薬草原料、薬草製剤及び薬草製品が含まれる。

¹⁰⁹ See WHO, *supra* note 33, p.1. 本文書の中で、アフリカ、ラテンアメリカ、東南アジア又は/及び西太平洋地域に言及するとき、伝統医学という用語を使い、欧州又は/及び北米 (及び豪州) に言及するとき、補充及び代替医学という用語を使う。上記すべての地域に言及するときは、伝統医学/補充及び代替医学という用語を使う。

は著しく異なっている」¹¹⁰。

更に、同文書の box1 において伝統医薬に対する説明が詳細になされている。それによれば、伝統医学は立法の対象になり、管理され、公開で伝授され、また広範囲に又は体系的に実施することができるし、数千年の経験に恵まれている。一方、伝統医学は高度の機密性や神聖性を有し、また極端に地方化され、口伝のみで知識が伝授される可能性がある。それは身体の症状又は感知に基づく超自然の力であるかもしれない。はっきりしていることは、全世界的レベルで、伝統医学に対する精確な定義又は記述がないことである。伝統医学には様々な、時にはお互いに矛盾する特徴と観点が含まれている。しかし、それに対して一つの実務的な定義を付与することには意義がある。WHO にとって、このような定義は、全面的かつ包括的なものであるべきと考えられる。

従って、WHO は伝統医学に各種の医学慣行、方法、知識及び信仰を含め、人類の健康を維持し、病を予防、診断又は治療するための、単独又は合同で適用される植物、動物又は/及び鉱物に基づく薬物、精神療法、手法治療又はトレーニングと定義している¹¹¹。

ところで、WHO の当該戦略は、伝統医学の維持と発展、例えば伝承の促進や各国の保健システムに注がれる努力等を、本組織の行動目標であると宣言したが、この「伝統医学の維持と発展」ということが伝統医学の保護とみなされる、と筆者は考えている。

戦略 2014～2023 年において、前回の戦略の実行から得た経験を参考にし、WHO は伝統医学の定義を更に明確にしている。それによれば「伝統医学は長い歴史を有する。伝統医学とは、異なる文化に特有な理論、信念及び経験—それらが説明できるか否かを問わず—に基づく知識、工夫及び慣行の全体である。それは健康の維持及び身体と心の病の予防、診断、改善又は治療において用いられる」¹¹²。上記 WHO の定義から、少なくとも伝統医学はアロパシー医学以外の医学システムであることがわかると思われる。

2 医薬伝統的知識

(1) 医薬伝統的知識

前章で述べた通り、医薬伝統的知識の定義については、主に二つの考えがある。即ち、1) 伝統医薬に関する知識、2) 医薬に関する伝統的知識である。前者は、医薬体系そのものは伝統的なものであるため、当該医薬体系から生じる（間接的に生じるものも含む）全ての知識は医薬伝統的知識であると考えられている。それと異なり、後者の考えによれば、ある知識が伝統的知識であるとき同時にそれが医薬分野の知識（医薬活動から生じる知識又は医療保健分野に関わる知識）に属するのであれば、当該知識は、医薬伝統的知識と呼ばれることになる。

上記の二つの定義について、まず、前者の考えによれば、伝統医薬の定義又は範囲が定義され、その結果、医薬伝統的知識の定義と範囲も当然に確定されると考えられている。本節の 1 で述べたように、WHO は、伝統医薬に対して精確な定義又は記述がないと認める一方、アロパシー医学ではない、という点を認めている。

WHO の定義に沿って考えれば、現代医学とみなされるアロパシー医学という医学体系と各時期において同時に存在する諸医学体系は当然伝統医学に含まれるが、アロパシー医学

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 7.

¹¹¹ See WHO, *supra* note 33.

¹¹² WHO, *Traditional Medicine Strategy 2014-2023*, p. 15 at http://www.who.int/topics/traditional_medicine/definitions/en/. (最終閲覧日 2017 年 10 月 15 日)

に到達するまで存在していた「アロパシー医学の前身」はアロパシー医学ではないので、そこから生じる医薬知識（しかもその一部は今まで伝承されてきた）も伝統医薬の知識、即ち医薬伝統的知識になるかもしれない。

より詳しく説明すれば、例えば、伝統医学と認められるアラビア医学又はインドの一部の伝統医学、或いは中国の一部の少数民族の伝統医学・伝統医薬においては、四体液説又は三体液説はその基礎である。四体液説が発達したのは古代ギリシアであった。ギリシアの医者ヒポクラテス（紀元 129 - 199 年）はその発達に大きく貢献し、哲学者のアリストテレス（紀元前 284 - 322 年）とともに、医学の基礎を作った。更に、ヒポクラテスの医学知識がギリシアからローマに伝播され、ローマの名医たるガレノスによって整理され発展させられた。この医学システムは最終的にビザンツ帝国を経てアラビアの世界に伝播された。19 世紀まで、ヒポクラテスやガレノスによって作られ、発展してきた医学体系が通用し¹¹³、少なくとも、ルネサンス期の末期まで欧州では主流の医学であったと思われる。

ヒポクラテスやガレノスの欧州伝統医学が現代医学であるアロパシー医学へと発展するのはルネサンス期で、その後急速に現代医学に至った¹¹⁴。それとともに、四体液説のような古代から伝承されてきた医学知識は主流から外されてきた。しかし、それらは完全に捨てられたとは言えない。即ち、古代ギリシア時代の考え方は聖ヒルデガルトのような修道院の人によって継承されてきて、現在の補充医学の一部（ハーブ療法等）になった。

一方、中東、北アフリカ、地中海沿岸に渡るイスラム系の国家はビザンツ帝国から古代欧州の医学体系又はその知識に影響を受けた。紀元 750 - 1000 年前後、ビザンツ帝国の東部と中東の科学・哲学的な著作はほとんどアラビア語に翻訳され、イスラム医学の発展に大きな影響を与えた¹¹⁵。

WHO の伝統医学に対する定義の中に、アラビア医学は伝統医学の一例としてあげられている（「such as … Arabia…」という表現がある、前掲注（109）を参照）が、その源の一つである古代欧州の医学体系（かつ、当該医学体系は現在の欧州においても非主流で、アロパシー医学と異なる存在である）も伝統医学と認識されるであろう。従って、そこから生じる知識も医薬伝統的知識と認めることができる。

それに対して、後者、即ち「医薬分野に関する伝統的知識は医薬伝統的知識である」という考えは、知識そのものの伝統性を重視する。WIPO の医薬伝統的知識に対する定義は厳密ではなく、精確な定義でもないことを繰り返し述べてきた。しかし、分野別のより少し精確な定義を下すことは可能である。例えば、前に述べたように、医薬（医薬伝統的知識ではない）の分野において、「伝統的」医薬はアロパシー医学ではないと定義されたことがある。

工業生産の分野では、産業革命以来の規模の大きい機械による生産方式を除く、歴史を有する生産様式は伝統的な生産様式と認識されることもある。この点から考えれば、伝統医薬には伝統的知識もあれば現代的知識もある。伝統医薬が現代の西洋科学からヒントを

¹¹³ハイデローレ・クルーゲ著、畑澤裕子訳『ヒルデガルトのハーブ療法』（フレグランスジャーナル社、2010 年）15 頁、及び Anne Ronny 著、立木勝訳『医学は歴史をどう変えてきたか—古代の癒しから近代医学の軌跡まで—』（東京書籍、2014 年）18-19 頁を参照。

¹¹⁴つまり、革命のような医療界の知識更新が行われ、医療の面目が一新された。それは、学問としての解剖学が始まったこと、及び 16 世紀末にオランダで顕微鏡が発明されたことである。アンドレアス・ヴェサリウス（紀元 1514 - 1563 年）の人体に対する研究、又は解剖学や詳細な解剖図の普及、レーウエンフックの微生物や単独の細胞に対する観察等で、欧州を中心とする医学は、人体を分解し、ついに人体の物理的構造を解明し、現在のアロパシー医学まで至った。Anne Ronny 著、立木勝訳・同上、16 - 17 頁を参照。

¹¹⁵William & Helen Bynum 著、鈴木晃仁＝鈴木実佳訳『Medicine—医学を変えた 70 の発見—』（医学書院、2012 年）30 頁。

得て発展してきた一つの変化、例えば工業的生産方式をとり現代式の薬剤を製造することや、古代から遵守されてきた患者の個体差によって投薬量や投薬方法を少しずつ調整するというやり方によらず、アロパシー医学のような標準化の投薬方法によることで、その現代式の薬品の製造方法又は標準化の投薬方法は伝統的知識というより現代的知識と呼ばれるべきではないか、と思われる。日本の伝統医薬たる和漢薬には、生薬の中から有効物質を抽出して製造したエキス剤等があり、古代から伝来する伝統薬より高い効果を有する、という技術的な進歩があるということは、その実例の一つである。中国にも、中医学の現代化というプロジェクトが急速に進んでいる。伝統医薬における現代的知識は、決して医薬そのものの伝統性を否定することを意味していないと思われる。しかし、当該知識の誕生と発展は、現代医学における現代医薬知識と同様のパターン（方法）で行われるので、伝統的知識の派生物として認識されるが、伝統的知識に入れることはできない。

次に、先住民の権利の保護という角度から考えれば、医薬伝統的知識を後者のように定義する場合、先住民にとって有利かもしれない。なぜなら、先住民の知識こそ、伝統的であるとされるからである。しかも、一部の論文には先住民知識と伝統的知識は同等とみなされ、両者を相互補完的に用いているものもみられる¹¹⁶。

WIPO は確かに伝統的知識と先住民知識をはっきり区分しているが、先住民知識を狭義の伝統的知識と記述するその他の組織の文献もある¹¹⁷。次章で論じるが、先住民の権利の保護は医薬伝統的知識を含む伝統的知識の保護にとって、極めて重要である。しかも、国家レベルでは、この重要性から、自国の先住民を保護する法的、行政的又は政策的手段が徐々に国家によって採用されているが、国際的なレベルにおいても医薬伝統的知識の保護を先住民の保護に関する諸条約やCBDのような先住民（の知識）のみに保護を与える条約の枠内に入れることが可能である。従って、この定義は途上国にとって、確かに魅力的なものであり、彼らに受け入れやすい定義かもしれない。

しかし、我々はこの定義を考えると、以下のような点を考えなければならない。仮に、我々が医薬伝統的知識を医薬に関する先住民の知識であるという考えに基づいて議論を進めれば、上記のように古代ローマ人やギリシア人の医薬活動から生じ、更にアラビアの世界やインド・中国に伝播され、かつ受入地で伝承されてきた医薬知識は、受入地たる国では先住民の医薬知識＝医薬伝統的知識として保護されることになる。そして、もし何か特別の権利がそこで生じれば、その権利は知識の所在地たる保有者や国が有することになる。逆に知識の誕生地たる国では先住民の医薬知識＝医薬伝統的知識としては認められなくなり、誕生地たる国にも当該知識に対して何か特別の権利があるとは言えないと換言することが可能になってしまう。

医薬伝統的知識を保護しなければならないのは、次のような理由による。

即ち、先住民たちが医薬伝統的知識を創造し、かつその創造のプロセスは伝承によって中断せずずっと行われてきたので、当該知識は先住民のものであり、先住民らには当該知識に対する所有権又は類似する権利があるからである。特に最初の創造者には必ずかかる権利があると言われる¹¹⁸ことがある。しかし、それには、医薬伝統的知識の範囲について衝突が生じるのではないかと、という懸念もある。

上記のことを考慮すると、医薬伝統的知識を定義するとき、医薬体系そのものの伝統性と知識の伝統性という特徴の両方を配慮しなければならないと思われる。注意すべき点は、

¹¹⁶ See Posey and Dutfield, *supra* note 49, pp.75–92.

¹¹⁷ See *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, WIPO Publication No. 920. at https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/920/wipo_pub_920.pdf (最終閲覧日 2018 年 12 月 6 日)

¹¹⁸ 詳細は第 III 章第 1 節の 4 及び第 3 節で論じる。

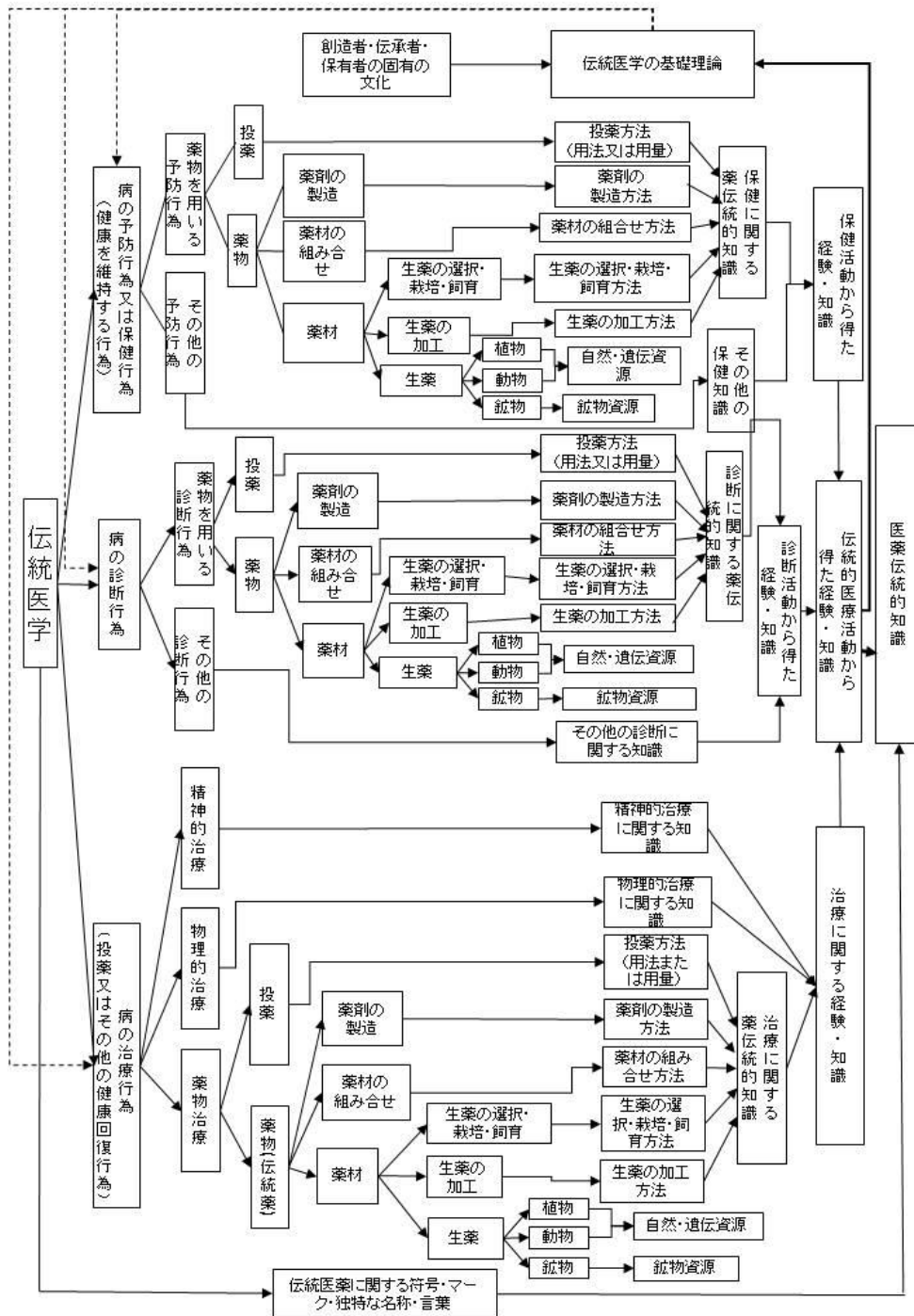
伝統医薬に関する知識と医薬分野における伝統的知識という二つの定義は決して同じ概念ではなく、衝突する概念でもないということである。実際、両者の範囲はほとんど一致するが、細かな点では差異もあると思われる。そして、両者が一致するところは本論文の議論対象である医薬伝統的知識であると考えられている。

次に、伝統医薬と医薬伝統的知識の間にどのような関係があるかについて検討してみる。

(2) 伝統医薬と医薬伝統的知識の関係

中医薬及び中医薬伝統的知識の構成及び構成要素間の内部関係は図 1 の示すとおりである。

図 1 (筆者作成)



まず、知識が生じる伝統的医療、保健又は薬事に関わる行為、即ち伝統医薬活動は、病を予防する行為¹¹⁹、病を診断する行為、病を治療する行為（精神的治療¹²⁰、物理的治療¹²¹

¹¹⁹漢医薬又はそれを基礎とする東アジア諸国の伝統的医学には、「病の発生と進行を防ぐ、つまり未病を治す」という見解がある。印会河編集代表＝浅野周訳『中医薬大学全国共通教材：全訳中医基礎理論』（たにぐち書店、2013年）40頁又は331-334頁を参照。基礎的な教科書たる『靈枢』には「上工治未病、不治已病」という記述がある。田代華＝刘更生整理『靈枢経』（人民衛生出版社、2005年）112頁。ドイツのヒルデガルトは、食事法と適切な生活を送ることは治療や手術で病気を治すことよりも重要であると主張し、病気予防法を自らの医学理論の中核の位置に置いている。ゴットフリート・ヘルツカニヴィ＝ガート・シュトレーフ著、飯島慶子訳『聖ヒルデガルトの治療学 中世ドイツの薬草学の祖が説く心と魂の療法』（フレグランスジャーナル社、2013年）18-19頁を参照。

¹²⁰例えば、宗教活動によって、患者に暗示を与え開病させるという治療方法は、多くの伝統医療体系に

及び薬物治療を含む)の三つの部分に分けられる。それぞれの行為の中に蓄積された経験やそこから生ずる知識は、病の予防に関する知識、病の診断に関する知識、病の治療に関する知識になる。医療行為から生ずる経験が全く理論の裏付けのない単なる経験的なものに過ぎない「経験医学」は、それ以降の医療行為の参考や指針にもなりえる¹²²。

一方、生命・生物に対する認識というものもある。それは前に述べた三つの行為に蓄積された経験から纏められた人の自然又はそこにある万物に対する認識であり、この認識から生ずるのは伝統医学の基礎理論である(図1中の太線)。それは、人体の生理、病理、病因又は動植物の性質等に関するものであり、伝統的哲学と融合すると、病因、病理に関する理論的、体系的知識システムが作られ、伝統医学の基礎理論になる。例えば、漢医の基礎理論には、陰陽五行、臟象¹²³、気血津液、経絡、病因と発病、病機¹²⁴等の内容があり、中国における各少数民族の民族医の基礎理論にもそれに相当する内容がある。また雲南省のタイ族の伝統医薬は、「四タ、五ユン」(漢字では「四塔(タ)五蘊(ユン)」と表記される)という理論に基づいて生じたものもある¹²⁵。「四タ」とは、「ジェンユクタ」(風)、「ディエゾタ」(火)、「アボタ」(水)、「バタブィタ」(土)であり¹²⁶、「五ユン」とは「ルバハンタ」(形体ユン、人体を指す)、「プィダナハンタ」(受ユン又は受覚ユン、人の感情、知覚を指す)、「センヤナハンタ」(想ユン、人の思想活動を指す)、「ウェンランナハンタ」(心ユン、人が世の中の万物に対する認識及び認識能力等を指す)、「センハナハンタ」(組織ユン、人体の各器官、組織の生体活動の中の変化を指す)である¹²⁷。タイ族の医者は、

ある。

¹²¹例えば、中医、韓医及び漢方では、針で身体の表面に機械的な刺激を与え、病気の治療や予防を行う方法(針術)及び艾を燃やし、それによる温熱的刺激を体に与えるという方法(灸術)がある。平馬直樹＝浅川要＝辰巳洋『基本と仕組みがよくわかる東洋医学の教科書』(ナツメ社、2014年)212頁、220頁を参照。

¹²²しかも、後継者が自らの医療行為で行った様々な試みから得た経験を整理し、元の経験たる伝統的知識に織り込むということは医薬伝統的知識を発展させる。例えば、習得した先人の処方について、ある学者は次のよういう。「中国では新しい処方を次々に創設します。生薬の薬能を重視しています。…日本では、処方を変えないで新しい使い方を開発してきました」。松田邦夫「日本漢方の伝統と発展—臨床医の立場から—」『日本東洋医学会誌』第53巻第6号(2002年)603頁を参照。

生薬の薬能を発揮させて新たな組合せを開発する(＝新薬を開発すること)と、証を重視し、薬の新たな使い方(用法又は用量等)を開発することは、いずれも、後継者が先人の知識を習得し、自らの試みから経験を蓄積したものである。更に、経験医学に至る前に、本能的医療という段階もあり、原始人類は動物的本能に基づいて、無意識に身体に有害なものを除去することがある。例えば、とげが刺さり、それを手で抜去し、傷口を舌でなめて清潔にし、腐敗した植物を食したときには喉に指を差し込んで嘔吐する。それは動物が行っていることと同様の行為。これは人類特有な行為ではなく、本能のままに行う動物共通の行為であるが、最も原始的医療の形態とみるべきである。上記の本能から治療(成功又は失敗両方)の経験が蓄積される一方、集団生活を営み、文化が発展してくると、過去の自分の経験を推進したり、他者又は他の動物を模倣して医療行為を行うようになる。こうしてある種の疾病に特定の療法が用いられて種族の間で一定の方式が固定した。それは経験医療である。石原明『日本の医学—その流れと発展—』(至文堂、1959年)1-2頁を参照。

¹²³臟象学説は、人体の臟腑や組織、器官の生理機能と病理変化、それらの相互関係、及び臟腑組織器官と外部環境の相互関係を研究した学説である。これを基礎として臨床各科の辨証論治を行う。印＝浅野・前掲注(119)39頁、83-148頁を参照。

¹²⁴病機では、正邪闘争、陰陽失調、気血の異常、病理変化の一般法則を述べる。同上、39頁、263-365頁を参照。

¹²⁵四タはパーリ語「タデウダンシ」の略称である。「タデウ」は「元素、要素、物質の本源」を意味し、「ダンシ」は「四種類」を意味している。五ユンはパーリ語「ハンタダンハ」の略称である。「ハンタ」はパーリ語でユン(蘊)を意味しており、「ダンハ」は傣族語で「五」を意味している。西双版纳州民族医药研究所编写组『傣族传统医药方剂』(云南科技出版社、1995年)8頁。

¹²⁶漢字で書かれた文献には「仮約塔」、「參卓塔」、「啊波塔」、「巴塔维塔」と表記されている。龙鳞『云南民族医药文化浅探』(云南人民出版社、2008年)61頁。

¹²⁷漢字で書かれた文献には「魯巴夯塔」、「维达纳夯塔」、「先雅纳夯塔」、「稳然纳夯塔」「山哈纳夯塔」と表記されている。同上。

風、火、水及び土という四つの物質が世の中の万物の構成要素であり、人体の構成要素にもなると考えている。「四タ、五ユン」の理論は上座部仏教に基づくものである。タイ族の先人は「四タ」を用いて、人体の各器官の属性を分析し、生体活動における各器官の変化を述べた。それに基づいて、四タの失調という病因が指摘され、四タそれぞれに対応する治療方法も纏められた。

ヨウ族の民族医薬学には盈虧衡平論、症同疾異論、三元調和論、気一万化論、心腎生死論という基本理論がある¹²⁸。朝鮮族の民族医薬は天、人、性、命という整体概念を指導理論とし、四維四象による弁象論治¹²⁹を主要内容とする医薬学システムである¹³⁰。

日本漢方の基礎理論には、弁証論治、萬病一毒等がある。インドや中国の南西部（チベット等）で形成された仏教及びヒンドゥー教の信仰体系は、人体が多くのチャクラというエネルギーセンターによって支配されていると認識し、エネルギーは体の下の方で発生して上昇していき、頭頂部から完全な形でエネルギーが流れていくことが理想的な状態と考えられている。そのバランスが崩れたり、どこかのチャクラでエネルギーが滞ったりすると、肉体や精神の病気が起こると主張し、治療は乱れたチャクラをもとの状態に戻すことである¹³¹。

前にも述べたドイツのヒルデガルトは、古代欧州の伝統的医学をまどめ、火、空気、水と土という四つの元素が人を構成し、人間の健康状態を決めているので、宇宙の法則の下にバランスと調和を保って共に働き、それによって人は健康的で生きていられると主張する¹³²。

纏めて言えば、医薬基礎理論とは、医療行為から蓄積された経験と伝統哲学のような、知識を創造し、伝承し、保有する人々の固有の文化的背景が融合した論理性・指導性（権威性）のある理論であると思われる。しかも、この理論は後の世代における医療活動と薬事活動を指導する役割を果たす（図1中の点線）。

次に、病の治療行為の中には、精神的方法による治療¹³³、物理的方法による治療¹³⁴及び薬物による治療の三つの分野がある。いずれの治療行為からも、当該治療に関する知識が生じる。

また次に、薬事に関する伝統的知識について、上記の三つの治療手段があるが、いずれの治療においても、薬物が利用される可能性があり（物理的治療や精神的治療の場合、補助手段として、薬物が利用されることがある）、利用される薬物は伝統薬である。薬物利用の分野には、投薬行為と使われる薬物がある。投薬行為から投薬に関する経験、例えばある疾病に対する薬剤の用法又は用量等の経験が蓄積されると、当該投薬行為に関する知識になる。次に、投薬行為において用いられるのは薬剤である（生薬を直接利用する場合

¹²⁸李彤「瑶医医理简述」『广西中医药』第26卷6号（2003年）39-40頁。

¹²⁹弁象論治は朝鮮族医学における治療手段である。まず、朝鮮族の医者は患者を体質によって太陽、太陰、少陽、少陰という四つの「象」に分ける。そして診察するとき、「四象人弁証綱要」における判断基準によって、患者がどの象に属するかを判断し、その次に弁証を行い、望、聞、診、切という四診法によって、病史、病症、病位及び病性を分析する。違う病であっても、同じ象に属すれば、同様の薬物を用いて治療することがある。治療を行うとき、象によって薬物を選択する。即ち、朝鮮族の医者は薬物に対する人体の適性を極めて重視している。楊崢=楊思遠「朝药，奇葩开在青山秀水间」『中国民族』2010年度第4号（2010年）42頁、梁峻『论民族医药 医学类型和表达范式的比较研究』（中医古籍出版社、2011年）280-281頁を参照。

¹³⁰楊=楊・同上。梁・同上。

¹³¹Anne Ronny・前掲注（113）15頁。

¹³²ヘルツカニヴィ=シュトレロフ・前掲注（119）15頁。

¹³³次節でも述べるが、伝統医療に含まれる精神的治療には、神聖な儀式等、神話に繋がるものが少なくない。

¹³⁴例えば針、灸、抜火罐（detachable stove chimney）、伝統的マッサージ等があげられる。

も少なくないが、その場合、用いられる生薬は薬剤とみなされる)。薬剤(薬物)を更に分ければ、薬剤(薬物)の製造(調剤)、薬剤の材料の組み合わせ(処方とその内容)及び薬物の材料(薬材)がある。換言すれば、伝統薬は幾つかの薬材を一定の比率で組合せて(単味薬の場合では、薬材は一つのみ、比率は100%である)、ある調剤方法に従って作られる。

処方する方法や調剤方法は、処方又は調剤に関する知識である。更に、薬材は生薬由来であるが、生薬の性質によって、動物性、植物性又は鉱物性の生薬がある。いずれの種類生薬にも、自然に存在するものから生薬になるという過程がある。植物性の生薬は、採集によって生薬になり、また、人工栽培によって常用薬の原材料になる。動物性の生薬は捕獲によって生薬になり、また、人工的飼育によって常用薬の原材料になる。鉱物も同様、採掘によって生薬になる。

生薬が直接薬の材料になることがあるが、特に体系化され、伝統医学に至った伝統医薬システムにおいては、生薬をある程度加工した後に薬の材料になることが極めて多い。そのとき、生薬の加工という行為も伝統的薬事行為に含まれる。上記の薬材に至るまでの各過程や各行為から積み重ねられた経験が当該行為に関する知識になる。

その他には、伝統医薬に関する符号、マーク、独特な名称、言葉等も医薬伝統的知識になる¹³⁵。

第2節 医薬伝統的知識の特徴

伝統的知識は、一群の自然と深く繋がっている人(先住民、先住民社会及び地域社会はそこに含まれるが、この一群の人は彼らに限らない)の世代を超えて蓄積され、創造された自己の分類法を有する知識体系であり、現地(当該一群の人が暮らしている区域を指す)の自然環境の観察、自然環境への適応、また、資源利用及び自己管理に関する一連の経験でもある。その中で、健康維持のための活動によって創造され、蓄積された部分は医薬伝統的知識である。

医薬伝統的知識の実質的な要素には、医薬伝統的知識としての思想(例えば医療、保健の方針)、当該思想を表現する又は思想のキャリアーである実物(例えばある治療方法(伝統的知識)に用いられる生物資源=薬用動植物)、及び医薬伝統的知識の伝承及び利用の中から生じる商業上の名誉・名声のような無形的・財産的利益とその利益を表す実物(例えばそれに関するマーク、符号等)が含まれる。

伝統的知識の特徴に関して、WIPOは以下のような点を列挙している¹³⁶。

- 1) 伝統的社会の中に生まれ、保存され及び伝播されること、
- 2) 代々伝承で保存され又は伝播される伝統的知識は伝統社会との深い繋がりがあること、
- 3) 管理権、後見、共同所有権又は文化的責任の形を通じて知識を維持していると認識さ

¹³⁵WIPOにおける定義によれば、伝統的知識は医療又は農業の分野で使われる生物又はその他の材料に関する情報、生産方法、デザイン、文学、音楽、宗教儀式及び他の技術等である。換言すれば、伝統的生産・生活に基づく文学、芸術、科学発明、発見、デザイン、商標、名称又は符号、公衆に知らせない秘密的な情報、並びに他の伝統を基礎とする知恵活動から生じたすべての創造は、伝統的知識に属する。See *supra* note 28., para 25を参照。漢医薬伝統的知識の場合、「中医薬伝統標識・老字号」というものがある。例えば、華佗、仲景等のような歴代の名医から生ずる標識、六神丸、片仔癭等のような有名な方剤から生ずる標識、雷允上、同仁堂のような老舗である。日本漢方の場合、正露丸のような有名な製剤から生ずる標識、救心のような老舗がある。

¹³⁶伝統的知識の保護に関する規定案：政策目的及び基本原則、その実体的規定の第4条を参照。世界知的所有権機関事務局・前掲注(72)83頁。

れる先住的又は伝統的社會や人々の文化的アイデンティティに不可欠であること—この（不可欠な）関係は、慣習上の伝統的な慣行、規約又は法令により、公式又は非公式に表現される場合がある、

- 4) 伝統的知識は幅広い知識、文化、環境及び技術分野における知的活動であり、かつ、伝統的社會によって伝統的知識として認められること。

WIPO のまとめから、我々は以下のようなことがわかる。即ち、伝統的知識には伝統性という特徴があり、その伝統性は知識の生じた社會の伝統性に繋がりがあること、伝統的知識の権利主体は（現地の伝統的住民団体又は伝統的社會の）ルールによって複数になる可能性があること、伝統的知識は膨大な、複雑な知識システムであり、一体性があることが特徴である。以上の WIPO の掲げる特徴のうち、伝統性は現代社會の立場から見れば、法的特徴ではなく、一般的特徴であり、また、伝統的知識の一体性も一般的特徴であると思われる。それに対して、潜在する権利主体が複数で不特定であることは明らかに法的特徴であろう。

青柳由香氏は、伝統的知識には、①コミュニティ内で共同で創作・開発され、②コミュニティ内で共有され、③世代を超えて伝承され、④口承で伝わり、⑤伝承される間に創作・発見の蓄積や散逸により内容が変容し、⑥コミュニティが存在する土地の自然と調和的であり、コミュニティの包括的な文化と密接に結び付いた利用のされ方をすることが多い、という特徴があることを指摘している¹³⁷。中国の学者である唐広良氏は、伝統的知識の特徴として伝統性、団体性と一体性、継続性と継承性、相対的公開性と共有性、特定の指向性の五つを挙げた¹³⁸。WIPO を含む上記の考えには、伝統的知識（医薬伝統的知識）の一般的特徴と法的特徴を区分することなく、両者を混同して論じている。筆者は、まず、医薬伝統的知識の一般的特徴を整理し、分析した上で、その一般的特徴と現行法によって定められる法的要素には不適合性があるかどうかを調べれば、その法的特徴を纏めることができると考えているので、以下では、医薬伝統的知識の一般的特徴と法的特徴を分けて論じてみたい。

1 医薬伝統的知識の一般的特徴

第 I 章第 2 節の 2 の (1) に述べたとおり、精確なものではないが、伝統的知識に対する定義がある。この定義から見れば、伝統的知識は世界を認識し、解釈する方法であり、一つの科学・学問に至るまでのものもある。現状においては、伝統的知識と現代的知識は、お互い独立の知識システムを構成するかもしれない。現代的知識は、相当広い範囲内において、普遍的に認められる知識であり、西洋の科学、哲学及び社会経済制度から生じ、かつ今の世界においては主流とされる知識でもある。端的に言えば、現代的知識は現代法制度、特に知的財産権法制度によって定められる各形式要件や要求に適應する知識群である。それに対して、伝統的知識は、その創造、発展及び応用等に関する普遍性が欠如する。ただ一定の区域における一定の人々の活動や儀式の中から生じ、存続し、かつ著しく伝統的特徴を有し、現代の技術基準と法的要件を満たさない、一般的にはキャリアーもない知識の集合及び知識の断片である。

医薬伝統的知識は現代的知識と比較すると、幾つかの違いがある。概して言えば三つの

¹³⁷青柳由香「伝統的知識等に関する国際機構・地域のアプローチの検討—法的保護の観点」『慶応法学』第 6 号（2006 年）95 頁。

¹³⁸唐広良「遗传资源、传统知识及民间文学艺术国际保护概述」郑成思編集代表『知识产权文丛・第 8 卷』（中国方正出版社、2002 年）54—57 頁を参照。

特徴があり、それは (1) 一体性という特徴、(2) 事物を認識する方式の特徴及び (3) 強烈な地域性という特徴である。この三つの特徴には更にいくつかの特徴的な点があり、次では各特徴的な点について論じることとする。

(1) 医薬伝統的知識の一体性という特徴

現代医薬知識は、個々の独立の断片的な知識に分割されることができし、それぞれの断片的な知識の開発コストや収益も数量化される。知的財産権法はこの特徴に応じて、それぞれの断片的知識に関する利益を保護する。それに対して、医薬伝統的知識は誕生後、伝統社会の中に世代を超えて伝承され、この過程の中で、伝承者・保有者は生活環境の変化によって、継承した知識を調整し、更新する。即ち、継続的に変化している医薬伝統的知識においては、知識が継承され、更新され、古い知識と新しい知識が一体化され、分割できない関係にある。

従って、一体性という特徴は、①知識システムは累積的に進歩するため、新知識と旧知識は一体化し、分けられない、分断できない、②伝承行為・活動そのものは知識の更新・創造であり、伝承活動は知識を発展させる行為である。

各世代、各地域の伝承者は、受容した知識に基づいて、現世代のその地域による新たな経験を旧知識に加え、旧知識と異ならせる。この雪だるまを作るような知識の更新又は一つの体系としての知識の発展は、伝統的知識の特徴である。

この意味で、ある伝統医薬に基づいて開発されてきた現代薬品は、当該伝統医薬の現代社会（現世代）によって加えられた経験や知識と認められるかもしれない。加えられた分は確かに現代知的財産権法の保護対象であるが、知識体系の観点から見れば、この加えられた分は実は当該医薬伝統的知識体系の現代的派生物であるため、当該伝統的知識の一部として認められるべきであろう。

中国の宋暁亭氏等の学者が主張したように、中医薬伝統的知識は、伝統医学たる中医学の知識であり、その中で中医薬伝統的知識と中医薬現代的知識を故意に区分することはできず、全ての中医薬知識は中医という伝統医薬から生じるため、伝統に基づく医薬知識として、医薬伝統的知識と認められるべきである（全ての中医薬知識は中医学という医薬伝統的知識体系に属するべきである）¹³⁹。彼らのこの主張は、一体性の特徴を見れば、理解できるかもしれない。

ところで、同様の理解や立場に基づけば、以下のことが認められるであろうか。つまり、ハーブ療法由来の現代薬も伝統医薬の成果であるということである。なぜなら、その基礎となった医薬活動は非アロパシー医学のものであり、かつ、古代ギリシアとローマから伝承されてきた伝統がある活動であるからである。換言すれば、ハーブ療法は伝統医薬に属するので、ハーブ療法から発展してきた植物薬は伝統医薬の派生物であり、それに関する知識も医薬伝統的知識に属するからである。

(2) 事物を認識する方式に関する特徴

医薬伝統的知識に含まれる事物を認識する方式は、現代医薬知識（アロパシー医学の知識）と異なる。この点について、更に以下の三つの特徴が見られる。

①医薬伝統的知識には、神聖性を有する知識が多い。知識が生じる文化的背景・世界観から見れば、医薬伝統的知識の中には、有神論・万物には魂があるという理念から生み出

¹³⁹宋・前掲注（1）200-203 頁を参照。

されるものが多い。

例えば、中国における民間医の治療方法には、治療と共に紙銭¹⁴⁰と線香を燃やし、呪文をとる等の儀式がある。アマゾン流域において、アヤフアスカという薬用植物は、神聖な宗教的用途があり、現地においては、人々に「精神的ワイン」と呼ばれている。アヤフアスカには精神的又は宗教的意義があるので、現地の人々は、一人の人間がアヤフアスカのような神聖な象徴に対して財産権を有すると宣言し、金銭的利益を得ることは、彼らに対する重大な侵害であると思っている¹⁴¹。

このような文化的背景・世界観の下で、一連の儀式や呪文は単独で、又はその他の医薬伝統的知識と緊密に連携して、医薬伝統的知識になる。即ち、このような伝統的知識は、人（特に知識の保有者・伝承者）の精神的活動・信仰と深く繋がっており、一つの精神的体系を構成する。

それに対して、医薬知識を含む現代的知識はほとんど神性から離れて、「科学」の世界に至った。一般的に、現代科学の形成はガリレオ、ニュートン等の科学者が現代天文学・物理学を開創したときから始まる。現代医学も中世後の現代解剖学に基づいて発展してきた。現代的知識や現代科学の誕生は、神、聖に関する知識と生活知識の分離から生じるものである¹⁴²。宗教改革以来、科学と宗教の間における闘争は科学の勝利で終わり、それによって、世俗文化と宗教文化、世俗知識と宗教知識は次第に離れて、お互いに独立する並行な世界—所謂物質の世界と精神の世界—になった¹⁴³。従って、現代社会において、現代的知識は人の信仰体系とは完全に分離し、神聖性の文化的背景を欠くに至ったと思われる。

②病因、病理又は治療に関して、医薬伝統的知識は全体論 (holism) に基づくものが多い。健康問題を認識又は解決するための方法論の観点から見れば、医薬伝統的知識は全体に対する分析を強調し、それぞれの部分に対する分析を省略する傾向がある。つまり、物全体の重要性が強調され、全体論が重視されている。

例えば、多くの伝統医学の基礎理論は、全体論に基づいて、人体は環境と一体になり、バランスをとっていると考えている。もしバランスが崩れれば、病が生じる。これに対して、崩れたバランスを回復する、ある治療手段が取られる。

前節の2の(2)に述べた漢医学は陰陽五行の相生相克に基づいて、健康の状態を維持すると考えている。医者は、全身的な連関たる『脈』の上に、治療をすることで効果的のあるツボがあることを発見し、それに刺激を与えればどのような効果があるかについて、詳しい知識を蓄積していく。治療のみならず、診断も同様である。つまり、病気は身体のどこかで起こっているに違いないが、その部分は孤立しているのではなく、全体的なものとして表れてくる¹⁴⁴。

タイ族の「四タ五ユン」という医学の中では、人体の構成要素たる風火水土がそれぞれの役割を果たしている。四タは相生・相剋であり、バランスがとれていれば、人は健康と言えるし、バランスが崩れていけば、病が生じると考えられている¹⁴⁵。欧州における古代ギリシア医学を中心とする伝統医学も、体を構成する四つの元素のバランスと調和を重視する¹⁴⁶。

¹⁴⁰死者や神様に捧げるお金である。古代では銀色の紙で作った銀貨や金色の紙で作った金貨、銅銭等があり、現在では冥界銀行の文字がある紙幣もある。

¹⁴¹宋・前掲注(1) 260頁を参照。

¹⁴²その根源を言えば、それは教会の権威が衰弱してきたことであろう。

¹⁴³羅素著＝馬元徳訳『西方哲学史・下巻』（商务印书馆、1976年）3－5頁、91頁を参照。

¹⁴⁴山田慶児『中国医学の思想的風土』（潮出版社、1995年）30－31頁参照。

¹⁴⁵前掲注(125)－(127)を参照。

¹⁴⁶ゴトフリート・ヘルツカニヴィ＝ガート・シュトレロフ・前掲注(119)を参照。

それに対して、現代西洋医学たるアロパシー医学は還元論 (reductionism) を基礎として生じた科学である。前にも述べたが、アロパシー医学の嚆矢はルネサンス期から急速に発達してきた現代解剖学である。ヴェサリウスの『人体構造論』では、古代欧州の伝統医学である体液中心の医学から、人体の構造をなす固体 (心臓、肝臓、脾臓、脳のような臓器) に関心が移っている。更に、正常体の解剖のみならず、病体や死体の解剖も行った。そこから、病気が臓器に変化を起こすと病気の足跡が発見される。顕微鏡に関する技術の発展とともに、体の分析が更に進み、臓器から組織へ、細胞から分子へと微細化していった。現代西洋医学はこのように発展してきた医学還元論に従う医学であり、病を退治する基本的な手法として、症状に対抗する薬が用いられるので、逆症療法、即ちアロパシー医学と呼ばれることになった。

③病因、病理、薬物の効果又は生体等に対する説明 (解釈) について、主流の医学と異なる点がある。ものを観察する方法論のみならず、知識の表現形式についても、医薬分野の伝統的知識は現代的知識と全く異なる形で表現される。知識は思考・知的活動の産物であり、主観的なものに属する。文化の違いによって、各自が行う知的活動の過程や知的活動の産物に対する表現にも大きな差がある。例えば、病の分類、薬理に対する説明、病因等に関する次のような違いが挙げられる。

マラリア及びその他の類似の発熱の病に対する認識について、数百年前から、アマゾン流域のインディアンは、キナという木の皮があり、それを用いて上記の病を治療することができると認識している。彼らはキナを神の木とみなし、更に宗教的象徴と見ている。しかし、1820年のフランスの科学者は、キナの中から、キニーネというアルカロイドが抽出されることを発見した。更に、1944年に科学者が見つけたのは、キニーネの化学式や構造 (絶対立体配置) である。キニーネの化学式や構造は医薬に関する現代的知識である。知的活動の成果として、インディアンも西洋の科学者もキナの薬用機能、即ちマラリア及びそれと類似の発熱の病を治す効果を認識している。インディアンはアルカロイドやキニーネという物質の分子式を知らないし、当然キニーネの人工合成方法も知らない。しかし、彼らは、キナという物質、及びキニーネと同じような機能を有することを知っている。これは単なる表現の差に過ぎないと思われる¹⁴⁷。

表現の違いは体系化された伝統医薬において、更に著しく現れてくる。例えば、中医や漢方の中に、証¹⁴⁸というのがあり、それは中華文化圏における伝統的医学の思考法に基づいて成立した医学特有の認識法によって診断の対象となる症状である。証は現代医学上の「症状」と同様ではなく、病名とも異なる。まず、症状との関係について、証とは、病人の自覚症状と他覚症状 (医者の診察によって発見された症状) とを集め、これらのうちから生命に最も重大な関係のあるもののみを抽出し、統一された一連の有機的関連を持った症状群とする¹⁴⁹。現代医学の症状、例えば発熱、咳、痰があること等は、表面的なもの

¹⁴⁷ 前掲注 (62) 113 頁。

¹⁴⁸ 証の定義について、「しるしとして表れている症状とこれらの個々の症状の背後にある統一的なあるものとを意味する」(西山英雄『漢方医学の基礎と診療』(創元社、1969年) 76頁) や、「患者が現時点で表している症状を気血水、陰陽、虚实、寒熱、表裏、五臓、六病位等の基本概念を通じて意識し、更に病態の特異性を示す症候をとらえた結果を総合して得られる診断であり、治療の指示である」(寺澤捷年『症例から学ぶ和漢診療学 (第2版)』(医学書院、1998年) 200-201頁) とするもの、「疾病に現れる多くの症状を統合したもの、若しくは疾病の病因・病位・性質・正邪の盛衰を概括したもの」(刘桂平=孟静岩編集代表、中医基本用語辞典翻訳委員会訳『中医基本用語辞典』(東洋学術出版社、2006年) 303頁)、等ある。

¹⁴⁹ 西山・同上、78-79頁。

であり、だれでもすぐわかり、かつ同様の判断ができる（つまり、一般人が判断できないのは症状の背後にある病因や病理等である）。それに対して、証は医師の知識と経験によって判断した結果であり、つまり、医師の知識と経験によって結果が異なる可能性がある。次に、病名は多くの病人を整理し、治療方針を立てるために病気につけられた分類名で、大衆性のある一種の符号にすぎないのである。そのため、病人の個性は全く無視されている。それに対して、証は病人の個性によって異なり、同じ症状であっても、その証が異なるのは全く珍しくないことである。つまり、病名は固定的であるのに対して、証は体の状態の変化によって流動的なものになる。中医でも漢方でもこの流動的な証によって治療方法を選択することを随証治療という。上記の証という健康状態に対する評価から、東洋における伝統医学と現代医学には違いがあることがわかるであろう。

(3) 強烈な地域性という特徴

医薬伝統的知識は伝統社会が世代を超えて生存している地域と深い繋がりがあり、かつ知識の誕生や発展は地域環境と切り離されないという特徴がある。前節の2の(2)に述べたように、医薬伝統的知識は主に二つの源に由来する。一つは経験であり、もう一つは基礎理論である。まず、経験は医療保健又は関係する薬事行為に由来し、医療保健又は関係する薬事行為が行われた地域の自然環境は異なるので、その経験も当然に異なると思われる。中国の諺に「一地方の水と土は、その地方の人々を養育する」がある。風土によって、人の体質、性格等が異なり、その居住地に最も適応できる形に発展してきた、という意味である。前に述べたように、伝統医学は患者の個性を重視するので、その結果として、異なる地域に育てられた異なる人の体質に応じて適用される治療方法も異なってくる。

中国において、疾病及びその治療方法が地方によって異なることは、漢医学にとって最も重要な基礎理論書たる『黄帝内経』にも述べられている¹⁵⁰。地域又は現地の環境によって病因又はそれに応じる治療法がそれぞれあることは確かに読み取ることができる。つまり、この抽象的地域・医療関係はその後の医者に流用されるが、方術のものではなく、実際の地理環境に対する観察によって病因、疾病分類や療法等を帰納することになる。実践において、たとえ薬物治療が主流になっても、投薬の方法、地元生産の生薬や調剤された薬剤の特徴、又は薬剤のレシピは地域によって異なる。

薬事に関する場合も同様で、生薬になる動植物が異なる地方におけるものはその自生地環境に応じて、生体特性等に関する細かい区別がある。生薬になる場合、その効果も同様ではないだろう。中国では「ミカンが淮河以南に自生すればミカンになり、淮河以北に移植するとカラタチになる」という諺がそのことを端的に述べている。患者の体質、病因及び生薬の性質が地域によって異なるので、体に対する調整方法（治療手段）や用いられる薬（生薬も含む）も地域性があり、その地域性を無視し乱用する場合、ひどい結果が出

¹⁵⁰ 『黄帝内経・素問』の異法方宜論編を参照。和訳版は小曾戸丈夫訳『素問』（たにぐち書店、2016年）126-128頁を参照。

てくる可能性もある¹⁵¹。

それに対して、アロパシー医学の体系には確かに風土病という概念もあるが、アロパシー医学の治療観は体の調整ではなく、病の直接的な元凶（細菌やウイルス等）の消滅であるので、その医薬知識の適用は時期、地域を問わず行うことができる。炎症があれば消炎剤を投薬したり、感染症になれば抗生物質を投薬したり、そのような治療方法（医療知識）はアフリカでもアメリカでも本質的な区別が殆どない。

次に、経験と哲学的思想の融合は医薬伝統的知識の指導的理論、即ち基礎理論になる。異なる地域におけるそれぞれの住民の宗教信仰、彼らが持っている哲学的思想もそれぞれであり、そのため、同様の治療活動から纏められた経験であっても、地域によって、その内容や所属の医学体系における位置については区別があると思われる。

ところで、多くのCBD締約国の国内法の規定でも、伝統的知識と伝統社会（特に先住民社会）の「深い繋がり」については言及されている。例えば、ペルー法第2条b項は伝統的知識を「生物多様性の性質、用途特徴に関して先住民及び共同体が世代を超えて蓄積し、培ってきた知識」と定義した。即ち、ここで「先住民」（「先住民」の定義は同条c項によって定められる）が有する世代を超えて蓄積し、培ってきたある知識は伝統的知識であるとされているので、先住民に属さない知識は伝統的知識ではない。マレーシアのサラワク州法である「サラワク州生物多様性センター条例」は、研究開発の対象を四つの許可証によって分類している。伝統的知識は民族生物学研究許可証（Ethnobiological Research Permit）の対象で、「現地の住民に属する医療、飲食、保健又はその他の目的のためにサラワク州における生物資源の利用に関する知識及び情報」とされる¹⁵²。このように、サラワク州法の規定によれば、伝統的知識には、現地の住民に属する知識という前提がある。

2 医薬伝統的知識の法的特徴

ここでは知的財産権法によって定められた基準に基づいて、医薬伝統的知識の特徴を明らかにしていく。

医薬伝統的知識の法的特徴には、主に以下の二つがある。

(1) 権利主体の集団性

伝統的知識の誕生と発展は、先住民社会又は地域社会におけるある特定の成員の知恵や考えで作られたわけではなく、当該成員が所在する先住民社会又はその先住民社会と繋がっている複数の先住民社会において数百年の時間がかかって作られるものである。所謂皆の知恵の結晶というものである。

一般的に、伝統的知識は二つの方法で作られる。一つは先住民社会の成員達が長期間の

¹⁵¹例えば、北宋の蘇軾は聖散子方を愛用した。彼が黄州の地方官僚に任じられたとき、大きな流行病が発生し、この薬剤を用いて、多くの人々を治したことがある。この薬剤は十数種類の生薬を釜に入れて煎じてから得られるものである。保健と治療という効果があると言われる。しかし、この処方寒疫の治療のみに適用すると考えられており、北方の疫病に適用すれば、正反対な効果が出てしまい、人を殺してしまう。つまり、南北のみならず、より細かい個別的な自然環境及び風土、慣習等によって、治療方法が異なるのである。梁其資『面对疾病-传统中国社会的医疗观念与组织-』（中国人民大学出版社、2012年）247頁。

¹⁵²S. Carrizosa, S. B. Brush, B. D. Wright, and P. E. McGuire (eds.), *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementing the Convention on Biological Diversity*, IUCN, 2004, p. 249

共同居住・生産又は生活の中で積み重ねる方法である。もう一つは、最初は一人や二人の成員から創造され、その後長い年月において伝統社会の伝承によって改造、進化させる方法である¹⁵³。いずれにしても、単一の成員がその知識に対して創造者又は発明者のような権利を主張することはできない¹⁵⁴。換言すれば、医薬伝統的知識は主に単一の権利者ではなく、団体に属することが多い。それは集団・団体の経験に基づいて生じたものである。

次に、知識の存続の状態に関して、医薬伝統的知識は関連集団の伝統的医療・保健活動と共存し、持続的に更新されるものである。それと同時に、医薬伝統的知識は関連する集団の文化的背景、宗教信仰、道徳観念等と深く繋がり、集団の成員に自然に継承される知識である。そのため、ある医薬伝統的知識が製品化されるとしても、知識そのものに対して、創造者（発明者）としての権利を主張できる単一の成員はいない¹⁵⁵。医薬伝統的知識は遠い昔から、数世代の人によって伝承されてきたので、その中に、知識の起源又は知識を最初に作った者を確定できない。現状として、そのような知識は若干の伝統社会において併存している。

(2) 部分的公開と相対的秘密性

権利の客体（対象）については、伝統的知識にはある程度の公開性と相対的秘密性という特徴がある。

全体としての医薬伝統的知識について言えば、知識は一定の集団において代々伝承で共同開発された知的活動の産物である。医薬伝統的知識は伝統社会の中で成員たちに共同で掌握され、所有されるものであるが、この公開性は相対的なものである。現代知的財産権法の基準に照らしていえば、パブリックドメインに入った知識が多い。

伝統的知識は長い年月をかけて、伝統社会の成員共同で作成され、代々伝承された知識であるから、伝統社会の内部ではある程度公開されている。しかし、伝統社会以外の者に対しては、その知識は知られていないであろう¹⁵⁶。実は、こういう知識の公開状態は実験室における発明に関する知識（例えば実験データ）とよく似ている。

一方、伝統社会の内部においても、ある家や特定の成員（医者、神官等、家長等）が有する秘密の伝統的知識も少なくない。例えば、中国には「祖伝秘方」（先祖から伝承され

¹⁵³例えば、後で挙げる貴州省従江県瑤族は薬風呂を慣習とする民族であった。秦・漢時代において、瑤族は長江流域から現湖南省に移動し、更に西南山地に移動した。集団として、瑤族は当地の苗族より勢力が弱いので、山地の奥又は山頂に居住しなければならなかったが、そこで風呂用薬となる植物を発見し利用した。薬風呂の慣習はその後も続き、現在、各家の薬方は同じではないが、通用の薬草がある。前掲注（注 62）281-282 頁を参照。通用の薬草の利用は村民全体の積み重ねた経験と考えられ、各家特有の方は各家で伝承される経験の積み重ねである。

¹⁵⁴単一のメンバーは発明者のような権利を主張できない。同時に、先住民社会において、ある特定の伝統的知識（例えば医薬）の使用に関する権限は特定の人（例えば神官又は年長者）に専属すると言えるが、彼らが当該知識を使用するとき、先住民社会の慣習に従わなければならない。先住民社会全体の利益に相応しくなければならない。S. v. Levinski (ed.), *supra* note 50, p. 18 を参照。

¹⁵⁵唐广良『知識产权：反观、妄议与臆测』（知识产权出版社、2013 年）54-57 頁。

¹⁵⁶前掲注（79）で述べたインドの例のように、言葉が原因で、インドの医薬伝統的知識の大部分は、インド以外、特に欧米諸国の人々に知られない。当該知識はインドにおいては長時間に利用され、人々に知られるが、それ以外の人にとっては、まだ秘密のような状態にすぎない。従って、インドは医薬伝統的知識を記録するデータベースを作るとき、その情報の秘密保持のため、外国の利用者に対して、身分や守秘義務等、幾つかの制限を加えている。前掲注（79）、又は注（81）を参照。また、瑤族薬風呂の例では、風呂用薬の製造・使用方法は、薬草の採取方法、加工方法、薬湯を煮る方法等に分けられ、基礎知識は村民全員が知っているが、核心的な薬方は少数の人しか知らなかった。村民以外の人々が知っているのは、当地にある草を薬湯で煮て風呂に入れば体に有益であるということに過ぎない。上記の製造・使用方法に関する基礎知識でも普通は知らない状態にある。前掲注（153）を参照。

た秘密である薬方)、即ち家族以外のものは知らない薬方、若しくは「伝子不伝女」(息子のみに伝承するが、娘は知識の継承者になれない)、「同門相伝」(師匠から弟子への伝承)の中医知識がある。先住民社会の女性や弟子ではない人は当該知識を知ることにはできない。

上記の医薬伝統的知識の一般的特徴及び法的特徴は、知識の保護にとってどのような影響を与えるかについては、第3節において論じる。

第3節 医薬伝統的知識の現行知的財産権による保護

本章第1節に述べたとおり、我々は医薬伝統的知識を医薬分野における伝統的知識と定義しても、伝統医薬に関する知識と定義しても、医薬伝統的知識は知的活動から生じた無形物ないし知恵の結晶であることは否定できない。伝統医薬は、基礎となる世界観・宇宙観・事物に対する認識に関して、今の主流医学たるアロパシー医学と異なり、病理や病機又は病名等もアロパシー医学と大きな差異があると言われる。しかし、医薬伝統的知識が知識である点は医薬分野における現代の知識と同様である。従って、多くの現代医薬活動から生じた知識に保護を与える知的財産権制度をそのまま利用しても、医薬伝統的知識に対して十分な保護を与えることができるのではないかと、という考えを持つ者はいる。

実際、知的財産権法を利用して医薬伝統的知識を保護する例もある。例えば、中国の医薬伝統的知識に関しては、1984年中国特許法が施行され、1985年から2002年まで、中薬特許出願の件数は29321件(内訳は、発明23092件、実用新案5498件、外観デザイン761件)に至った¹⁵⁷。2002年度のデータを見れば、およそ81%(1870件)の出願が承認され、特許権が授与された¹⁵⁸。同年度に公表された中国伝統中医特許データベースの中に、検索できる中医特許文献12124本、中薬処方(レシピ)32603個が収録されている¹⁵⁹。

しかし、このような実績があっても、知的財産権は本当に医薬伝統的知識に対して十分な保護を与えるか否かについてはまだ疑問がある。一般的な理解は、先住民社会等の伝統的社会は知的労働の成果(知識)に対する所有権又は資源に関する権利に対して、当該社会自身でこれを定義づけているかもしれない¹⁶⁰。しかし結局、先進国の政治的圧力に屈服し、先進国で生じた現行知的財産権制度を採っており、このような制度は、伝統的社会に対して、あまり友好的ではないかもしれない。もう一つの懸念は、各伝統的社会¹⁶¹は、ある種の特殊資源とその用途に関して、同様又は類似の利用方法・知識を有するかもしれない。ただ一つの社会(一般的にはライセンス契約のような契約を結ぶ社会)に対してお金を支払うことは、各伝統的社会間の衝突を生じさせ、長期間の訴訟を生じさせてしまう可能性もある¹⁶²。

とはいえ、知的財産権法システムを利用し、先住民社会の利益を保護することもできないとはいえない。なぜなら、知的財産権には様々な種類の権利があり、それらは知識の創造者・伝承者・保有者の医薬伝統的知識を保護することや彼らが商業化したい製品の販売のある程度の助けになるかもしれないからである。本節では、これについて論じる。

まず、現行知的財産権法によって医薬伝統的知識を含む伝統的知識に保護を与える利点

¹⁵⁷ 肖诗鹰=刘铜华編集代表『中药知识产权保护和申报技术指南』(中国医药科技出版社、2005年)9-10頁。

¹⁵⁸ 同上。

¹⁵⁹ 同上、12頁。

¹⁶⁰ 例えば、中国では宋の時代から、業界内の規範や家族内の規範によって、商品に標識を設け、他者の当該標識の盗用を防止することが行われてきた。それは現代の商標制度と同様ではないが、類似する要素があると思われる。See William Alford, *To Steal a Book Is an Elegant Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*, Stanford University Press, 1995, pp. 14 - 15.

¹⁶¹ 原文では先住民社会及び類似の自然環境で暮らしている少数民族団体、以下同様。

¹⁶² See Drahos and Braithwaite, *supra* note 12, pp. 11-12.

と欠点については、表3にまとめられている¹⁶³。

表3 各知的財産権制度の伝統的社会にとっての利点と欠点

| 権利の種類 | 利点 | 欠点 |
|-------|---|---|
| 特許 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 知識を法的に保護する 2. 多くの国家で出願できる | <ol style="list-style-type: none"> 1. 保護期限がある 2. 出願費用が高く、法律顧問も必要 3. 伝統的社会的集団知識ではなく、個人の発明における知識を保護する 4. 保護は難しく、コストもかかる |
| 準特許 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 合法的に知識を保護する 2. 特許より、多くの伝統的知識が保護できる 3. 特許より、出願手続は簡単で、かかる時間が少なく、かつ審査は比較的緩やかである | <ol style="list-style-type: none"> 1. 当該制度を設けている国家が少ない 2. 国際出願に関する国際協定がない 3. 保護期間は特許より短い |
| 著作権 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 獲得は容易である 2. 保護期間が長い | <ol style="list-style-type: none"> 1. 思想の表現のみを保護し、知識そのものを保護しない 2. 保護期間は無限ではない |
| 商標 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 出願費用は高くない 2. 更新する必要があるが、実質の保護期限がない 3. 先住民貿易者や貿易組織の製品はより多くの消費者を招致する可能性がある | 知識そのものを保護しない |
| 営業秘密 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 商業価値がある伝統的知識を保護できる 2. その他の種類の知的財産権より、多くの知識が保護できる 3. 契約によって貿易を行い、経済的利益を獲得することができる 4. 費用は高くない | 特許や著作権と比べれば、効力範囲が狭く、営業秘密システムをとる国も少ない |

¹⁶³Posey and Dutfield, *supra* note 49, p. 90. 原文では、育種者の権利も上記の表に入れられ、医薬伝統的知識の保護においては関係がないとはいえないが(例えば、薬用植物の新品種を育成する者には、この権利がある)、メインの保護法になるわけでもないため、上記の表から削除している。他に、原文では地理的標示及び証明と標識について言及しているが、上記の表には入っていない。

次に、現行知的財産権法による保護とその問題に関して詳しく説明する。

1 現行知的財産権法による保護

前掲注(28)に述べたとおり、WIPOの伝統的知識に対する定義によれば、医薬伝統的知識は医薬分野における伝統に基づく「文学、芸術又は科学的作品、表現、発明、科学発見、外観デザイン、標識、名称と符号、未公開の情報…」である。伝統に基づくという用語を除けば、残る「文学、芸術又は科学的作品、表現、発明、科学発見、外観デザイン、標識、名称と符号、未公開の情報」は明白に著作権、特許権、商標権、営業秘密の権利、不正競争防止の権利等の知的財産権の保護対象になる可能性のあるものである。以下では、知的財産権制度の中の特許、商標(地理的標示も含む)、営業秘密保護という三つに分けて、それぞれの制度が医薬伝統的知識に対してどのような保護を与えるかを論じる。

(1) 特許

医薬伝統的知識に対する「損害」について、多くのバイオパイラシーの例、例えば前掲注(78)に述べたウコン事件が示しているのは、特許制度の下における、医薬伝統的知識(実際、直接損害を受けているのは、医薬伝統的知識の創造者・伝承者・保有者である)に対する損害である。第I章に述べたバイオパイラシーに関する定義によれば、バイオパイラシーは特許のような排他的権利によって伝統社会の(医薬知識を含む)伝統的知識を特許権者の私物とし、しかも、特許権者の占有を排他的なものにする。直観的には、特許権は医薬伝統的知識を害する元凶とも言える。しかし、現行特許制度によって保護される医薬伝統的知識は確かにある。

技術進歩や既存技術に基づく研究開発には、終わりがないと一般的に考えられる。現行特許法の下では、いずれの技術の進歩についても、進歩そのものに関する特許権が関係出願者に授与される¹⁶⁴。

伝統薬に関する発明に対して与えられる特許の主な類型には、主に以下のようなものがある¹⁶⁵。

- 1) 伝統薬(製剤)の抽出物(単一の原材料、複数の原材料)
- 2) 伝統薬の組み合わせ物、つまり、活性成分に補助剤の加わる薬品製剤。当該製剤に関して、単一活性成分(有効部位)を特徴に持つ場合、単一活性成分が初めて発見される場合、単一活性成分が初めて薬用とされる場合、多種類の活性成分(粉末、混合物、抽出物が含まれる)の場合、及び補助剤を特徴に持つ場合のいずれかにも該当するとき、特許権授与の対象になる。

そして、剤型を特徴とする新剤型及び剤型の改進が含まれるもの(例えば、新たな伝統薬製剤¹⁶⁶、伝統的投薬方法を改進する新製剤¹⁶⁷、天然薬物からとった有効部分及びその製剤、剤型を改変するが投薬方法を改変しない製剤¹⁶⁸、伝統薬と現代薬成分の

¹⁶⁴石井正『知的財産の歴史と現代』(発明協会、2005年)3頁。

¹⁶⁵前掲注(62)249-253頁を参照。

¹⁶⁶即ち、伝統薬創薬、例えば、本文中で以下に掲げられる四物湯という薬から、生薬の加減によって、桃紅四物湯や七物降下湯が創薬されたこと。

¹⁶⁷例えば、丸剤から注射剤への改進等、天花粉の例がある。

¹⁶⁸例えば、粉末状水溶剤等、投薬の方法は湯薬を飲むことで、伝統薬製剤(湯剤)と同様であるが、携帯の便宜性等は伝統薬剤より進歩する。

複合製剤)も特許の対象となる。

3) 伝統薬製剤 (薬品)

4) 伝統薬の製造方法 (生薬等の原材料の加工方法、生薬の取得方法 (栽培方法も含む)、伝統薬製剤の製造 (調剤) 方法)

5) 伝統薬用途に関する発明 (新たに発見され又は既に知られている伝統薬原材料の薬品製造における用法、伝統薬原材料の新しい有効部分の薬品製造における用法、新たな適用疾患が生じる伝統薬製剤の当該新規疾患に対する薬物の製造における用法)

以下では、當帰、川芎、白芍及び熟地という四つの生薬によって構成される四物湯 (日本薬局製剤番号 K92 号)¹⁶⁹という伝統薬を例に考察してみる。

四物湯は血虚の聖剤といわれ、婦人薬方の祖となっている¹⁷⁰。補血、養血の効果を有し、増血剤や補血剤として使われる有名な古伝処方である。そして、婦人科で最も常用される薬物である¹⁷¹。四物湯そのものは既に二千年以上の歴史があり、多くの出版物にも記載されているので、知的財産権法上のパブリックドメインに入り、たとえ権利主体等の特許取得要件を満たしたとしても、新規性はないため、特許権は得られない。しかし、四物湯の新しい用途、用法又は用量が現在の治療活動の中に反映されるならば、その新しい用途に対して、特許権は得られるかもしれない。仮に、生薬の有効部分、有効成分の抽出や有効成分の純化等に関する新しい製剤方法が発明されれば、当該新規製剤方法に対しても、特許権を得ることができる。もし当該薬のある剤型が他の剤型より体の吸収率等の効果を著しく向上することがある場合、当該新剤型に対して、特許権は得られると思われる。

更に、四物湯の基本レシピは當帰、川芎、白芍及び熟地の 1:1:1:1 の比率で構成される。生薬の種類や比率を加減すれば、様々な新しい処方作られる。中国では、四物湯を基本処方とする改方の数は 800 以上があり、日本にも四物湯の改方がある。改方の中で有名なのは、桃紅四物湯、阿艾四物湯 (『金匱要略』では芎歸膠艾湯をいう)、八珍湯、十全大補湯、七物降下湯等がある。

桃紅四物湯は、四物湯に桃仁、紅花を加えるものであり、血虚、血瘀による月経過多、慣習性流産等を治す効果を有する。芎歸膠艾湯は、四物湯に阿膠、艾葉、甘草を加えて作った薬であり、川芎、當帰、阿膠、艾葉という四つの生薬成分で構成される。この薬は月経過多を治し、安胎養血の重要な処方である。八珍湯は四物湯に、四君子湯 (薬局製剤番号 K89 号) を加えるものである。

一般的に、四物湯には補血の効果が有り、血虚を補い、血行をよくして血燥を潤し、心と肝の機能を盛んにする¹⁷²。四君子湯は氣虚を治し、補氣の効果を有するものであり、氣虚を補い、脾胃に力をつけ、消化機能を亢進して、筋肉を充実する。従って、八珍湯は氣血両方を補足する効果を有する¹⁷³。

十全大補湯 (薬局製剤番号 K96 号) は八珍湯に基づいて、更に桂皮、黄耆という二種類の生薬を加味して作った薬である。桂皮は陽の氣を通じて、血行をよくし表の寒を散ずる。黄耆は氣を補い、表を固めて泄さず、筋肉の水滯を除く。従って、この薬は大病後や慢性

¹⁶⁹古伝の薬方である。金匱要略より先の処方と言われる。ところで、『外台秘要』にも四物湯を記載しているが、それは、桔梗湯 (薬局製剤番号) の加減方 (改方) である。

¹⁷⁰埴岡博『薬局製剤漢方 212 方の使い方 (改訂 5 版)』(じぼう、2012 年) 117 頁。

¹⁷¹宋時代の『和劑局方』によれば、この薬については「營衛を調節して氣血に栄養を与え、衝任脈が虚損しているのを治す。月経が不調で、腹中が絞るように痛かったり、下血が止まないで腹中に血塊があって硬く、時々痛んだり、妊娠しているが宿冷のために流産するかもしれず、胎動がおかしく、下血が漏れていたりするのを治す。産後の衰弱に乗じて感染症をおこし、悪露が残存して塊を作り、下腹部が傷み、往來寒熱があるのにもよい」と記述されている。

¹⁷²埴岡・前掲注 (170) 122 頁。

¹⁷³同上。

疾患で気血、陰陽、表裏、内外が皆虚したものを補う効果を有する¹⁷⁴。七物降下湯は、四物湯に釣藤鈎、黄耆、黄檗に加える薬である。釣藤鈎は鎮痙去風薬であり、血管痙攣鎮静作用が報告されている。黄檗は清熱降下薬として、湿熱を除き、胃燥を潤し、下痢を止めるとされている。この薬は眼底出血が反復するという証、及び、下肢のしびれ、疲労、頭痛、鼻血、盗汗等の証に用いられた¹⁷⁵。

上記の改方は基本方たる四物湯と同様、出版物によって公刊されることにより公知の技術となり、パブリックドメインにも入ったので、特許の対象にならない。しかし、仮に、ある改方がまだ公開されず秘密になっており、誰も知らない場合、他の特許取得の要件を満たさせば、特許出願によって、特許権を得る可能性は残っている。

ところで、医薬伝統的知識を保護するため、特許法を改正し、できる限り医薬伝統的知識をカバーするという主張は、中国においてよく論じられる。その結論としては、特許法の改正によって、上記の改方も（パブリックドメインに入っていない限り）、特許権の対象になることが主張されている¹⁷⁶。

現行特許法の下では、多くの国では、薬品（製剤）は特許の対象になることができる。当該薬品が伝統薬であるか、現代薬であるかを問わず、特許権の授与に関する諸基準を満たせば、権利が授与される。伝統薬の大国と呼ばれる中国の場合、1993年の特許法改正の後、中薬を含む薬品も特許の対象にすることができるようになった。

医薬伝統的知識における技術や方法の利用には、主に三つパターンがある。即ち、1) 薬品（物）を利用すること、2) 薬方（薬方の内容たる知識）を利用すること、3) 薬方（知識）からヒントを得て創薬をすること、というパターンである。更に、利用の成果を特許出願し、特許権を取得するには、以下のような三つのパターンがある。

1) 伝統薬を利用し、新たな用途、用法又は用量を発明する場合。ところで、伝統医薬とアロパシー医薬では、病名、病因等、病に対する評価システムが異なる。例えば、中医でも、漢方でも、証というもので体の機能や状況を観察する。それに対して、アロパシー医学の場合は病で体の不健康を表現する。特許を出願するとき、中医や漢方の証の代わりに、アロパシー医学の病の概念を用いて、新しい用途に関する特許保護を受ける例がある。小柴胡湯又は人參湯という二つの複方に関する米国特許における免疫調節剤特許がそれである¹⁷⁷。

2) 薬方（薬方の内容たる知識）を利用し、元処方剤型を変更し、新剤型で特許を獲得する場合。その例として、牛黄清心丸の例¹⁷⁸が挙げられる。

3) 薬方（知識）からヒントを得て創薬をする場合。ここでは、ヒントを得る程度に関して、更に細分できる。即ち、①薬方の伝統的用法から、当該薬はどのような病を治すことができるかというヒントを得て、薬方を分析し（即ち、薬方に記載されている各生薬の機能（主薬、補助剤等）を調べ（この中には研究のため、改方することもある）、主薬の有効成分を抽出すること）、生薬から抽出され、純化された有効成分を新薬とし、特許権を獲得する。この例には天花粉プロテインの例¹⁷⁹や青蒿素¹⁸⁰の例がある。もう一つは、伝統

¹⁷⁴同上。

¹⁷⁵同上、115頁。

¹⁷⁶ 嚴・前掲注（62）265-266頁、272-279頁、袁・前掲注（86）125-136頁を参照。

¹⁷⁷ 米特許 5055297号

¹⁷⁸ 宋・前掲注（1）217-219頁。

¹⁷⁹ 天花粉はカラスワリの根を乾燥し研磨した粉末である。宋代の『太平聖恵方・桂新散方』という医薬書に記載される内容によれば、天花粉はその時代から墮胎手術のために使われた。現在、この使い方は江蘇省又は湖北省の地方に存在している。1966年、安全な墮胎薬を開発していた中国政府は、民間薬方には天花粉、牙皂（サイカチ）の粉末等に水をかけて丸薬を作り、その丸薬を膈に入れて墮胎を行うこと（及び高熱という副作用があること）を知った。研究者はその民間薬方を解析し、有効成分を分離し

薬の伝統的用法から、ある生物には意外な価値があることを分かり、当該生物に対する研究を行い、多くの有効成分を発見し、伝統的用法より幅広い利用方法を発見したことである。この例について、ゴキブリが挙げられる¹⁸¹。このような場合、抽出物の化学式、抽出物の人工的合成方法、抽出物の新しい用途、抽出物に基づいて開発された新薬、その新薬の用途等の全ては特許の対象にすることができる。

(2) 商標・地理的標示

商標は、製品の製造者、販売者又はサービスの提供者が自己の商品やサービスを他者の同様又は類似の商品やサービスと区別する標識である。このような標識は、商品やサービスにおいて表示し、商品の製造者、販売者又はサービスの提供者の商業的名誉を示している。商標は工業財産権の性質を有し、無形財産の一種である。

伝統医薬の発展のレベルは、地域又はその創造者、伝承者、保有者によって異なっている。その中には、古い時代から、伝統薬又はその生薬を商品とし、交換や売買をしている社会もある。例えば、日本の場合、少なくとも奈良時代から、越中の国から薬種を調とし

始めた。最初、研究者は民間薬方を含んでいる薬物を一種ずつ外していき、最後に天花粉とサイカチが残った。この天花粉とサイカチの混合物は「天皂合剤」という墮胎薬になった。しかし、患者が高熱になる副作用の問題はまだ解決していなかった。

更に、研究者は天花粉とサイカチの粉末を純化し、天花粉が胚胎組織を壊死する効果を有し、サイカチが筋肉表面を潰瘍させると同時に、溶血効果によって人間に熱を出させることを発見した。純化される天花粉とサイカチの粉末を分析することによって、次のことを明らかにした。即ち、天花粉に含まれるあるプロテインは墮胎効果のある有効成分であり、サイカチは腫に潰瘍を作って天花粉プロテインの吸収率をアップさせる機能を有する。従って、研究者は単に天花粉を用いて薬物を作ることにした。1972年、その純天花粉で作られる注射剤が量産された。1982年、安全かつ有効な墮胎薬と言われる結晶天花粉プロテイン注射剤も量産された。金善炜「天花粉蛋白的故事—中药现代化的一个成功实例」生命的化学 26 卷 6 号 (2006 年) 564—567 頁を参照。

¹⁸⁰青蒿 (チン ハオ) はヨモギ属植物であり、中国の伝統薬として、千年以上前から皮膚病やマラリア等様々な病気の治療に用いられてきた。1960 年代、命令を受けた中国軍の研究機関はマラリア治療薬の調査を行った。結局、マラリアの治療に用いられる 200 種類以上の伝統薬が試験され、『肘後備急方』(最初は晋時代で葛洪に編集された『肘後救卒方』であり、南北朝・梁時代の陶弘景に再編集され、『補闕肘后方』と呼ばれた、更に宋・金時代楊用道に補完され、『付広肘后方』になり、三書総称『肘後備急方』) に記載された「青蒿一握、以水二升漬、绞取汁、尽服之」(青蒿一束、水二升をかけて絞って、その汁を全部飲む) に照らして、1972 年に青蒿の葉からマラリアに効果的な物質としてアーテミスニンを発見した。青蒿は中・東欧、東北アジア (特にシベリア地域)、北米地域 (特にポトマック川流域) にも分布している植物であるが、それを抗マラリア薬物として使っているのは古代中国人しかないであろう。ところで、青蒿の例は中国において、バイオパイラシーの例としてよく言及される。それは、当時、特許法がない中国の科学者が、特許を出願しない状態で、アーテミスニンに関する論文を海外で発表し、当該知識をパブリックドメインに入れたので、結局アーテミスニンの人工的合成又はそれに関する複方の特許はドイツの製薬会社に先に取得された、ということである。

<http://finance.sina.com.cn/chanjing/cyxw/20151008/064023415512.shtml> (最終閲覧日 2017 年 10 月 10 日)

¹⁸¹明の時代に著された『本草綱目』は、ゴキブリは血液循環を促進し又は膿瘍を治療する効果を有していることを記載している。雲南省大理地域に住んでいる先住民にはゴキブリを焙じて、その粉末を使って治し難い外傷を治療する伝統がある。1965 年、大理地方にいた李樹楠氏は隣に住んでいるおじさんが骨結核を患って瘻孔もあることを知った。しかし、同じ村にいる当地の医者からある外用薬をもらって使用してから二週間後、難病である瘻孔は完全に治った。好奇心を持っている李樹楠氏は使用され、捨てられた薬にある動物の残骸を組立て、その動物がゴキブリであることを発見した。当時、ゴキブリは「四害」(四種類の有害動物、即ち鼠、ゴキブリ、蝇、蚊) の一つと言われていた。驚いた李樹楠氏は研究者を集め、ゴキブリの薬用成分に関する研究を始めた。それから十数年、ゴキブリから千種以上の有効成分が発見され、その有効成分を用いる薬品も開発された。その中から特許を取得したものも少なくない。瘻孔だけではなく、皮膚潰瘍、胃潰瘍、火傷等も治療できる。現在、大理当地では薬用ゴキブリの大規模養殖工場も建てられ、ゴキブリの薬用に対する研究も続いている。宋・前掲注 (1) 277—281 頁を参照。

て中央に供給し、更に外国(中国の東北地域における渤海国という遊牧民族の国)と生薬、薬種の取引を行った¹⁸²。この商品となった伝統薬には、薬の品質、即ち商売上の信憑性と名誉の証¹⁸³とする符号、マーク、図案等が作られた。それらは現代法では、商標と言われる。この歴史から見れば、商標権(地理的標示も集団的商標として含まれる)は、商品化され、かつ歴史的な信憑性と名誉のある伝統薬に対して、一定の保護を与えると思われる。

実際、商標権は医薬伝統的知識に関する知的財産権の重要な一部である。薬品(製剤)に与えられる商品商標のほかに、伝統医療にはサービス商標を、生薬(加工された生薬も含む)には集団的商標を与えることができる。商標登録は、伝統薬企業にとって重要な意義があり、例えば、歴史上、名誉がある老舗の中国の同仁堂、潘高寿、胡慶余堂、及び日本の救心、感応丸等は、海外でも高名であり、それは企業にとって、巨大な無形財である。

商標保護の中の一つの重要な部分は、地理的標示による保護である。TRIPS 協定第三節 22 条によれば、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物であることを特定する表示は、地理的標示とされる。地理的標示制度の下では、保護を受ける商品の特定の品質、社会的評価又はその他の特性は、主にその地理的由来から生じる。地理的標示が伝統医薬の保護において機能できるのは、中国語で「道地薬材」、即ち、オーセンティック生薬の分野である。

(3) 営業秘密による保護

主要な知的財産権以外に、技術上の秘密や公開されていない情報等、秘密保持のために法の保護を受けるものがある。それは、ある情報の保有者が合理的な秘密維持措置をとり、かつ、その秘密の状態に置かれることによって商業的価値を有する情報を指す。法律上は営業秘密という名義で保護されている。

営業秘密とは、秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないものである¹⁸⁴。営業秘密保護の目的は、生産開発のインセンティブを保証するために、営業活動上の情報を秘密にすることで他の競業者に対し優位に立とうとする企業の行動を法的に支援するというところにある¹⁸⁵。

保護の対象になる情報の特徴は、以下の四点にまとめることができる。

1) 公衆にとってこの種の情報は公開されていない。或いは、たとえ当該情報を構成する個々の要素が公開されていても、各要素を組み合わせて利用する方法は公開されていない。ここでいう秘密とは相対的の秘密性である。そのような例は、伝統処方には数多くある。例えば、六神丸という中国の名薬は、牛黄、麝香、センソ、朝鮮人参、熊胆、真珠という六つの生薬で作られるが、そのレシピにある一丸の六神丸における各生薬の比率、又は生薬の投入時間帯等の製法(調剤するとき、各生薬の投入時間帯、方法、事前に加工する必要があるか否か、又は加工方法等)は公開されず、秘密(しかもトップレベルの国家秘密)になると言われる¹⁸⁶。

¹⁸²鎌田元一監修『イラストでつづる富山売薬の歴史 郷土「富山」を支えた人々』(薬日新聞社、1986年) 17-18 頁を参照。

¹⁸³教科書によれば、商標の機能には、品質保証の機能がある。小野昌延『商標法概説(第2版)』(有斐閣、1999年) 49 頁、又は平尾正樹『商標法(第1次改定版)』(学陽書房、2006年) 8 頁を参照。

¹⁸⁴田村善之『不正競争法概説(第2版)』(有斐閣、2003年) 328 頁。

¹⁸⁵同上。

¹⁸⁶2017 年から施行されている『中華人民共和国中薬法』の第 43 条 3 項は、「国家は法に従い国家秘密

中国では、祖伝秘方、即ち先祖代々伝承された秘密になる処方は少なくない。漢医薬でも、民族医薬でも、伝承者しか知らないものが多い。日本にもその例がある。名医と称される田代三喜氏は、その著書の中で「隠し文字」という方法で、薬名を暗号化したことがある。例えば、生薬竜胆の代わりに、一文字の「箱」を使っている。或いは、麝香の代わりに、上は「赤」、下は「白」という独創の符号（文字）を使っている。田代氏の教えを受けられなかった者は、彼の著書を手に入れても、著書の中にある処方方のレシピは理解できない¹⁸⁷。

2) 同様の情報を保有する者は一人だけではなく、かつ、お互いに同様の情報を持っていることを知らない。現行法の下では、秘密維持措置がとられるという状態を前提としてこのような情報を保護するため、一人に排他的に所有されるか否かということは審査手続の対象にならない。

3) 秘密維持措置は、知識の保有者によって故意に（意識的に）とられるものである。例えば、上記の田代三喜氏の暗号化された処方について、その暗号の編成は、田代氏の意識的行為である。しかも、秘密維持措置は、一般的に有効なものである。田代氏の隠し文字は、現在では、矢数道明氏によって解明されたので¹⁸⁸、その秘密保持は既に無効になっている。仮に保有者によってとられる措置が無効であり、当該保有者の情報が他者によって公開される場合、開示者の権利侵害を訴える可能性は失われてしまう。

4) 当該情報の価値は、主に秘密という状態によるものである。換言すれば、秘密であるから価値がある。仮に秘密維持が当該情報の価値を上げることができない場合、又は当該情報が公開されても価値が低下しない場合、当該情報は保護されるべき「秘密情報」ではない。

秘密保持は、医薬伝統的知識の保護の重要な手段である。伝統薬の秘密保持による保護は、中国にも日本にも長い歴史がある。特に、伝統薬の技術面から見れば、複雑な調剤方法を有し、レシピが複雑であり、テクニク性が強い伝統的製剤が多くあることは確かである。出来上がった製品（薬剤）から、リバースエンジニアリングが詳細なレシピや具体的な製造方法を調べることは困難である。このような特徴を有する薬品にとって、営業秘密の保護は、重要な役割を果たしている。

保護の対象から見れば、特許の保護を受けられない診療方法や理論知識、又は特許権取得の三要件を満たさない技術方法は、公開されていなければ、商業的秘保護を受けることが可能である。換言すれば、技術上の秘密を公開しない状況の下では、高い商業的価値を有するけれども、特許に関する要件（主に新規性要件）を満たさないため、特許権を得られない技術情報は保護される。

と認定される伝統中薬処方及び製造工芸に対しては、特殊保護をする」と規定している。同条文についての公式釈義は、「知的労働の成果に対する独占の最も伝統的な方法として、当該成果を隠蔽し、誰にも知らせないという方法が古代から利用されてきた。現行法の下では、一部の知識に対する当該保護方法が認められる（営業秘密）。また中薬法は、国家秘密とされる伝統中薬処方のレシピ及び生産の工芸に対して、特殊な保護を与えている。中薬伝統的知識の中には、長期間に秘密として維持され、パブリックドメインに入っていないものが多い。中国でよく聞かれる「祖伝秘方」（先祖から伝承されてきた秘密とされる家伝薬のレシピ）はそれである。1950年代において、六神丸、雲南白薬、片仔癭等幾つかの祖伝秘方はその伝承者から国家に上納され、国家のものになった。このようなものはこの第43条3項の対象になる」と述べている。

http://satcm.gov.cn/zcfgyjds/zewj_158/201707/t20170722_37865.html を参照。

¹⁸⁷廖育群『扶桑汉方的春晖秋色 日本传统医学与文化』（上海交通大学出版社、2013年）159頁。ところで、現存の田代氏の著作は9冊あり（大塚敬節＝矢数道明編『近世漢方医学書集成（第1巻）』（名著出版、1979年）に収録されている）、そのうち、四冊目は薬学の本であるが、タイトルはない。その中では、隠し文字と実際の薬物名がそれぞれ対応しているので、この本はおそらくコードブックの効果もあると考えられている。

¹⁸⁸同上。

営業秘密保護の獲得のためには、行政的又は法的手続は必要とされない。法定の条件を満たせば、救済を求めることができる。従って、伝統医薬の分野においては、このような保護方法を選択する企業や個人が少なくない。

営業秘密の内容には、技術情報と経営情報が含まれている。中医や漢方のようにすでに相当程度発展している伝統医学では、一部の伝統薬製剤のレシピと製造に関する技術方法は複雑であり、製品の物質や構造も明白ではないので、リバースエンジニアリングを用いてもレシピや調剤方法を得にくいものも少なくない。そのような医薬伝統的知識の保護において、商業的秘密という方法をとる最大の利点は、時間的制限ということにある。権利者が有効な秘密維持措置をとっている場合でさえ、その薬品製剤の詳細なレシピや製法等は長い時間を経ても秘密のまま維持され、持続的な経済的利益が生じる。一つの祖伝秘方は、商業的秘密として、数世代を超えて保護される可能性もある。例えば、現在国家秘密になる中国の薬方である六神丸、雲南白薬等は、いずれも数百年の歴史がある。

ところで、依然として秘密とされる多くの医薬伝統的知識の持主である中国では、外国へ向けた渉外中医薬活動をすると、技術上の秘密の保護が重視されている。『中医薬条例』や『中医薬渉外管理作業一時弁法』のような国内法には、秘密維持の規定が設けられている。これに従って、渉外中医薬技術の秘密維持作業は強化されている。外国との交流を行うとき、活動に使われる技術、資料、及び実物サンプルは関連機関に提出される必要があり、主管官庁の許可を得なければならない¹⁸⁹。

2 現行知的財産権法による保護の問題

医薬伝統的知識を含む伝統的知識の保護を議論するとき、伝統的知識には現行知的財産権法が適用できない、といった指摘がある。更に、第I章第2節で述べたとおり、技術面で十分な保護を与えることができないという問題がある。また、伝統的知識は現行知的財産権制度の対象とする客体と全く異なる世界の発想であるので、現行知的財産権制度によって伝統的知識に全面的な保護を与えることはあり得ない、という主張がある。

以下では、特許、商標、及び商業的秘密の維持という三つの現行制度に関して論じることとする。

(1) 特許

名和小太郎氏は、特許制度における伝統的知識の非適格性について、以下の4点の理由を纏めている。即ち、①特許法によれば、発明者は自然人でなければならない、しかし、伝統的知識は集団の作り出したものである。②特許法によれば発明は、産業用の利用可能性をもたなければならない。一方、伝統的知識には医療に関するものが多いが、医療行為は産業には含まれない。③特許法によれば発明は、公然となった物であってはならない。しかし、伝統的知識はテキストとして記述されることはなく、くわえてクラブ財として公然と非公然の中間にある。④特許法によれば、発明は非自明性を持たなければならない。しかし、伝統的知識は常に改良及び保守行為の中にある¹⁹⁰。

詳しく論じると、まず、特許法によって医薬伝統的知識を保護するための最初の問題は、保護できるのは伝統薬及びそれに関する知識しかないことである。

¹⁸⁹中医薬条例（政令第374号）第24条2項及び第35条、又は中医薬渉外管理作業一時弁法第8条及び第16条。

¹⁹⁰名和小太郎「伝統的知識と知的財産権」『情報知識学会誌』第12巻第4号（2003年）80頁。

現行特許法の下では、一般的に疾病の診断方法は特許権の客体にならない。従って、伝統的診断方法及び伝統医薬の基礎理論は特許の対象にならない。

そして、特許法には、パブリックドメイン制度があり、そこに入った知識は特許の対象にならない。そのため、既に公表され、多くの人々に知られる伝統処方や出版された医薬書に記載されている伝統処方は、特許の対象にならない。

更に、特許権取得の三要件の一つには、実用可能性、具体的には産業上の応用可能性という要件があり、産業上の基準を満たさないものに対しては、特許権が授与されない（他の二つの要件は後述する）。しかし、伝統医学や伝統医薬には、かなり個別的な治療案となる具体的な証や患者の体質等、具体的な状況に応じて作成された処方、又は個人の経験による改方等がある。結局、現行特許法の下では、上記の個別的な治療案又は類似する医薬伝統的知識は特許法上の実用可能性の要件を満たさないので、特許の対象にならず、特許法による保護を受けられない。

具体的要件に関する不適合のほか、医薬伝統的知識は特許という制度に適合しにくい。ある意味で、特許（証書）は明確な発明者に対して、一定の期間内で他者の特許対象たる発明を製造、販売、又は輸入行為を阻止する排他的権利を与える法的証明書である。知識製品（知的活動の成果）としての伝統的知識は、権利主体、特許取得要件等の面で現行特許制度と衝突している。

まず、権利主体について、知的財産権は個人によって創作された新しい知識を保護するものであり、集合的権利になじまない、と名和氏が指摘する¹⁹¹。現行特許法は、特定かつ具体的な発明者を求めている。職務発明の場合、法人も特許の権利主体になり得るが、特定かつ具体的な権利者という要件は変わらない。しかし、伝統的知識は伝統社会の成員が長期間にわたる生産・生活の中から、自分が暮らしている自然環境に適応するため、徐々に蓄積した経験と方法の集合である。従ってその中に、特定かつ具体的な発明者がいない所謂群体的創造から生じる知識製品が多い。一部の薬方には確かに明確な創方（薬方を初めて作成することを指す）者がいる。

例えば、七物降下湯の創方者は矢数道明氏であり、ひとつぶぐすりの創方者は堀家である。しかし、彼らの創方は、前の世代によって蓄積された経験に基づいて行われたものである。七物降下湯のベースになるものは千年以上の歴史を有する四物湯である。ひとつぶぐすりのベースになる牛黄麝香製剤も数百年の歴史を有する。

特許法に基づくならば、彼らの行為は、パブリックドメインにおける知識を利用し、独自に生薬を加味し、処方を変更し、新たな用途、用法又は用量を創造した結果、新たな薬が作られたということになる。従って、他の要件を満たすならば、特許権を授与することには特に問題がない。しかし、伝統医薬の世界では、このような個人や家族によって創造され、かつ産業化される伝統薬は比較的少ない。多くの村や民族によって蓄積され経験によって創造された薬方の場合、明確な具体的な発明者を求める特許法の下では、保護を与えることはかなり困難である。

現行特許法によれば、実用可能性の他に新規性、進歩性という特許取得要件が設けられている。新規性は一般的に海外で公表しておらず、国内では公開使用していない発明は、新規性を有すると認められる。進歩性について、「当（該）業者が特許出願時における技術水準から容易に発明することのできたものは『進歩性のない発明』と呼ぶ」¹⁹²ということは、一般的な認識と言える。そして、特許法の目的が産業の発達にある以上、産業上利

¹⁹¹同上、77頁。

¹⁹²中山信弘『特許法（第3版）』（弘文堂、2016年）133-134頁。

用可能な発明のみを保護する¹⁹³現行特許法の枠内で、特許審査機関は上記の基準に照らして、発明の特許取得可能性を判断する。

医薬伝統的知識の場合、まず第一に、新規性について、伝統的な知識は、それが伝統的なものであるがゆえに、それ自体としては特許発明としての新規性を有しないと指摘される¹⁹⁴。伝統的知識は伝統社会の内部では、口伝によることがよく知られているが、書面で公開されている場合もある。現行特許法によれば、それらの知識は、既に新規性を失っていることになる。口頭で伝承されているが、書面で公開されていないものについては、特許法上の先行技術とみなされる可能性はあまりない。同時に、文献化されていない先行技術に対して、特許審査員の調査には困難が伴うということも事実である。従って、伝統社会によって長い歴史の中で利用される伝統技術は、現代の研究者に許可のないまま利用され、誤った特許が利用者に授与される可能性もある。

次に、進歩性について、伝統的知識における薬物の性質や効能は、現代科学のように精確に表現されているわけではない（分子構造や化学式も、細胞、神経等のアロパシー医学の用語も使わない）¹⁹⁵。例えば、伝統社会の成員は、ある動植物又は動植物の特定の部分がどのような病を治療する効果があるかということのみを知っている。医薬分野における進歩性の有無の判断基準は、基本的にアロパシー医学の基準であるので、伝統医薬の場合、その判断基準が正しいか否かについては疑問が残る。

実態に即していえば、現行特許制度は伝統医薬に対して、ある程度の保護を与えることができるが、それは主に医薬伝統的知識の利用（の成果）に対する保護に集中している。換言すれば、前掲注（179）－（181）に言及した天花粉プロテイン、青蒿素、ゴキブリのケースのいずれにおいても、特許権を付与されるのは伝統薬を利用して開発された薬品である。

現行特許制度は、後述するように、産業の発達のため、知識の創造や革新の意欲を刺激する制度である。伝統医薬（特に伝統薬）を利用し、新薬開発を行う意欲が刺激されるのは、それによって莫大な利益が創出される可能性があるためであり、伝統医薬そのものを発展させることは、刺激の直接的な対象ではない。つまり、特許の保護の下での医薬伝統的知識そのものの革新と発展のための意欲の刺激は期待できそうにないのである。

（2）商標・地理的標示

商標制度で医薬伝統的知識を保護する場合、販売される薬品は一般的に保護の枠内に入る。診療活動も、サービスとして、商標の保護対象になり得る。

しかし、商標の登録と使用の実務では、多くの問題がある。例えば、伝統社会における住民の商標に対する認識不足がある。商業が発達していない社会や、伝統薬が商品とみなされない社会はともかく、中国の都市部等の伝統薬の製造と販売がかなり発達した社会において、伝統薬商標登録数の不足や薬品名称と商標名を適正に扱わないこと（企業には、薬品の通用名と商標を混同し、薬品の原材料や効能等を商標として登録する等の傾

¹⁹³同上、114頁。

¹⁹⁴夏井高人「本草特許—Traditional Chinese medicinal composition patents」小泉直樹＝田村善之編『はばたき—21世紀の知的財産法』（弘文堂、2015年）203頁。

¹⁹⁵霍山石斛特許申請（中国特許 CN102579836、日本では出願しなかった）に対して、本特許申請は、その構成要素において、成分となる植物が一義的、明確、かつ排他的特定されておらず、多義的な解釈を許容し得るものだという意味で、特許発明としての特定性に欠けるものと解される。このことは特許無効原因（日本特許法第123条による）の1つとなりえると解する、という指摘がある。同上、204-208頁。

向がある)が指摘されている。しかも、その社会の住民が持っている商標に対する認識も、かなり伝統的で、現代商標法に対する認識不足は深刻である。例えば、中国の場合、老舗の商標の海外の出願数が少ないという点がよく挙げられる。そのため、老舗の商標が海外において先に別の企業に登録されることもあり(例えば、同仁堂が日本で冒認されたことがある¹⁹⁶)、結果として、企業にとっては損失を伴うことになるであろう。

地理的標示による保護について、問題になるのは、地理的標示によって保護されるのは、特定の地域のある生薬の純正性とそれに関する社会的評価である。伝統薬の利用で最も重要な処方、即ち生薬の利用に関する知識や、生薬の加工に関する知識も保護の対象ではない。そのため、地理的標示によって医薬伝統的知識を保護するには、その保護範囲は極めて狭い。

更に、地理的標示を含めて、商標制度の保護対象は、商品とされる伝統薬と生薬に限られている。前にも述べたが、伝統社会の発達程度によって、医薬伝統的知識や伝統薬の扱いもそれぞれである。中医薬(特に漢医薬学)や漢方医薬のように、古い時代からの商品社会において商品になった伝統薬や伝統的医療活動は少なくないが、そうではない伝統薬や伝統的医療活動はより多く存在していると思われる。そのような知識に対して、商標保護は不可能であろう。

(3) 商業的秘秘の維持

TRIPS 協定第 39 条 2 項によると、営業秘秘の成立には、以下のような条件がある。

- 1) 秘秘という状態が維持されていること
- 2) 商業的価値を有すること
- 3) 情報の保有者は適当な秘秘維持措置を採っていること

前に述べたとおり、伝統的知識について、多くの医薬伝統的知識は、伝統社会、先住民、その他の伝承者又は保有者のみに把握されており、まだ公開されていないので、営業秘秘の秘秘性という要件を確かに満たしている。しかし、商業的価値を証明するには、判断基準はあまり明白ではない。結局、商標の場合と同様、知識を利用し、当該知識を反映する製品が流通しないと、商業的価値を有するという要件は満たさないかもしれない。

次に、前に述べたとおり、伝統薬には、複雑なレシピや製法によって、リバースエンジニアリングをしてもその成分を調べられないものがあるけれども、営業秘秘の保護は一般的にリバースエンジニアリングに対抗できない。特に単味の生薬のような構成がシンプルな薬品や複雑な調剤作業の必要のない薬品の場合、リバースエンジニアリングが薬品の構成を調べ、更に有効成分を探すのは、難しい作業ではない。

そして、商業的秘秘による保護は、関係情報が秘秘であるからこそ、排他性を有するのであり、法的排他性が必ずしもあるわけではない。換言すれば、他の者が自力で同様又は類似の物を発明する場合、秘秘の価値も消失してしまう。

更に、情報化社会では、秘秘情報がいつどこで漏洩するか予測できず、伝統的知識の保存と発展の目標の実現するために、知識の調査、収集、整理は必要であり、知識の伝播も常に行うことである。しかし、これは医薬伝統的知識の営業秘秘による保護に対してはマイナスの影響がある。例えば、中国では医薬伝統的知識を保存するため、大規模な調査が行われ、調査の結果が公開され、誰でも利用できるようになっている。特に改革開放政策がとられ始めた 1970 年代後半以来、政府の公開出版によって、中薬又は生薬の識別方法

¹⁹⁶ 「中国企業商標の 15%が海外で登録される」 Pepole's Daily Online (2012 年 2 月 29 日)
<http://j.people.com.cn/94476/7743649.html> (最終閲覧日 2018 年 12 月 9 日) を参照。

や構成成分に関する研究結果が大量に公表された。1977年の『中医薬材百科全書』には、5760種類以上の中薬レシピが記載されている。1979年に出版された『中医薬材』には、およそ1000種類の中薬レシピが記載されている。1982年の『中草薬彩図集』には、5000種以上の中薬生薬に関する情報が記載されている。1988年の『中医薬薬材最新匯編』では、6000種類以上の薬用植物が確認されている¹⁹⁷。当該出版物は国の調査によって出版され、かつ公開されたが、その中に元々秘密になるものがあったかもしれない。もしそうであれば、このような秘密の持主が秘密によって利益を得る機会は、永遠に失われてしまうであろう。

営業秘密という方法で医薬伝統的知識を保護するのは、上記のような問題があるため、医薬伝統的知識の保護にとって効果は制限されていると思われる。

(4) 知的財産権法による保護の根本的な不適合性

知的財産権法は、基本的に産業の発達のため、知識の創造や革新の意欲を刺激する制度である。従って、伝統社会や伝統的な生活から生じた医薬伝統的知識にとっては、根本的に適合しないと思われる。

一般的に、伝統的知識に関して、現行知的財産権制度の有する欠点は以下の三つにまとめられる。

1) 保護の功利性が強すぎ、公平性の点で欠陥があるという点。即ち、知的財産の国際的保護において、結果的には途上国にとって著しく不公平であると思われる。途上国において特許権を授与されたものは、80%以上が先進国の国民や法人、主には多国籍企業であり、知的財産権は先進国が途上国を略奪する武器になるというような批判もある¹⁹⁸。この意味で、知的財産権による保護の受益者は多国籍企業であり、現地の住民の研究や創造を刺激することはない。

2) 客体に対する保護は、技術的面を重視しがちで、社会的影響を軽視している。

3) 権利の実現は市場原理に頼りすぎている¹⁹⁹。

現行知的財産権制度の下では、知的財産権は、権利主体、権利の期限、知識製品の技術的要素等に触れている。ある種の知識製品が知的財産権保護を得たい場合、又は知的財産権を授与されたい場合、関連製品のスペック等の技術データ²⁰⁰、及び法定の保護期限²⁰¹が必要となる。この点について、特許国内法や条約における規定には、多少の違いがあるが、主旨は同じだと思われる。しかし、上記の点に関しては、伝統的知識は知的財産権の要求に適應できないと思われる。

権利主体について、伝統的知識の創造者や革新者が一群の人や団体である場合が多く、複数の民族や社会が同様の伝統的知識を有する場合もある。従って、伝統的知識の権利主体を確定（確認）する時、大きな困難に直面することになる。

次に、知識製品の新規性について、伝統的知識は代々伝承され、かつ公開された部分が多い。その中には、書面で公開されたものもあるし、ある社会の内部で公開され、当該社会のメンバーであればだれでも自由に使える知識もある。知的財産権法上のパブリックドメインに入ったものもある。それは知的財産権法の新規性要件に適合しない。

¹⁹⁷ 肖=刘・前掲注（157）5頁。

¹⁹⁸ 胡夢雲「現有知識産権法律制度的正当性考評」『湘潭師範学院学報』2004年度第7号（2004年）

¹⁹⁹ 唐・前掲注（155）74-76頁。

²⁰⁰ 特許出願するとき、明細書で説明するもの。

²⁰¹ TRIPS協定第33条には、特許の保護期間は、出願日から計算して20年の期間が経過する前に終了してはならないと明記されている。

次に、製品の完全性について、知的財産権法によれば、権利の客体には、技術的に完全性が必要であり、かつ完成された知識製品であることが要求される²⁰²。それに対して、伝統的知識には、知識製品の一部に過ぎないものが多い。

次に、権利の期限について、伝統的知識の一部の所有者、特に先住民は、自らの知識に対して無期限の権利を求める。それは、先住民らが、一般的に知識の所有権問題を物権の問題とみなすからである。しかし、これは知的財産権のような排他的占有効果を有する権利の時間的有限性と衝突する。知的財産権の観点から見れば、一定期限内の排他的権利は創造者や革新者に対する奨励である。このような奨励を通じて、創造者が自らの知識製品を社会に貢献させ、科学や技術の進歩を促している。それに対して、伝統社会の成員は、自己の医薬伝統的知識を先祖代々から伝承された「宝物」として認識している。

²⁰²唐・前掲注（155）90頁。

第 III 章 医薬伝統的知識の保護の正当化根拠

医薬伝統的知識に関する各関係者の利益やニーズは異なるので、学者によって提出される保護に関する主張も異なる。その中には、創造者や革新者等の知識の各関係者に対してある種の権利を付与することによって、知識の保存、知識に対する尊重及び伝統的医薬活動の維持を間接的に実現し、又は促進することができるという主張がある。また、医薬伝統的知識に関する権利の付与は医薬伝統的知識の保護の中で最も重要なものであるという主張もある²⁰³。

第 II 章において、医薬伝統的知識の保護に関する三つの基本問題の一つ、即ち医薬伝統的知識は何であるかについて論じた。第 II 章の後半では、同章前半で纏めた特徴ある医薬伝統的知識に対して、現行知的財産権法システムが適用できるかについての議論を展開した。結論の一部として、以下の二点が分かった。

①現行知的財産権法システムの下では、医薬伝統的知識は現行法システムによって全面的にかつ有効にカバーされていない。

②現行知的財産権法システムの下で知識の創造者や革新者に利益を与え、彼らの創造の意欲を刺激するという構造は、医薬伝統的知識そのものの革新ではなく、医薬伝統的知識のアロパシー医学上の利用に関する革新を促進していることがわかった。

従って、現行知的財産権法システムは医薬伝統的知識及びその関係者(創造者、革新者、伝承者又は保有者等)の利益に対して十分な保護を与えることができず、新たな保護システムを設ける必要があるという主張がなされることになる。

しかし、新たな保護システムといっても、CBD や多くの国の動向を見れば、その中身たる具体的な保護手段として、主に PIC の手続、MAT の締結、特許の手続における遺伝資源と伝統的知識の出所開示という手段があり、いずれの手段であっても、一部の人が他の人によるある特定の(医薬)伝統的知識の利用を禁止する権能が含まれる。また、第 I 章第 4 節、及び後の第 V 章で述べているように、CBD の第 8 条(j) 項や WIPO の文献には、個人又は団体(先住民社会、地域社会等)と伝統的知識の間に、「所有」という関係があることがみられる。知的財産権法の保護対象たる知識(情報)を私的財として保護するために、国家は物理的には誰もが自由になしうる情報の利用行為を禁止する権利を設定し、人工的な希少性を作り出してきた。一体なぜ人為的に禁止権を設定してまで希少性を作出しなければならないのかということが、知的財産権の正当性という問題になる²⁰⁴。それと同様に、伝統的知識について、何のために利用行為を禁止する権利を設定し、その権利を一部の人や社会に授与する、という伝統的知識に対する(特別的保護による)権利の正当化は(医薬)伝統的知識の保護にとって、避けられない問題になる。

本章では、なぜ医薬伝統的知識を保護する必要があるのかについて論じる。具体的には、医薬伝統的知識を保護する理由、保護手段の一つとして医薬伝統的知識に対する権利を設ける理由、医薬伝統的知識に対する所有権を設ける理由、及び医薬伝統的知識に対する排他的権利を設ける理由について論じることとする。

第 1 節 医薬伝統的知識を保護する理由

医薬伝統的知識の創造、革新、伝承、保有、使用又は利用の過程において、各当事者の

²⁰³ 前掲注(62) 133-134 頁を参照。

²⁰⁴ 山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)」『知的財産法政策学研究』第 28 号(2010 年) 222 頁。

ニーズは異なり、かつ、彼らの所在国のニーズも異なるので、それぞれの立場によって医薬伝統的知識を保護する理由は異なるが、医薬伝統的知識を保護する理由は以下の4つに纏められる。

1 生存権に基づく理由

この理由に関して、まず、以下の点がよく指摘される。

①知的財産権の発展とともに、或いは現行知的財産権の下では、一部の人には現代薬品を獲得する機会が制限されている。この「一部の人は先住民や途上国の国民であるとともに医薬伝統的知識の伝承者・保有者でもあることが多い。

②現行知的財産権の下では、上記の「先住民や途上国の国民」の伝統薬（より上質の伝統薬であるエキス剤等伝統薬の現代製剤を含む）を獲得する機会が制限されている。

③先住民、医薬伝統的知識の伝承者・保有者及び伝統医薬を持続的に実践し、伝承している社会にとって、伝統医薬に対する依存度が高い場合がある。この点は先住民又は貧しい人々においては特に顕著である。

④現行知的財産権法又は国際法上の調整手法はまだ不十分であると考えられている。

前に述べたとおり、医薬伝統的知識の保護は、最初は公衆衛生危機の下で特許法に対する批判から始まった。毎年、1700万もの人が伝染病によって命を失った。伝染病の中で、最も危険なのはマラリア（毎年およそ500万人の患者が出て、そのうち200万人が死亡）、呼吸器の疾病（毎年およそ400万人の児童が呼吸器の疾病で死亡、そのうち300万人の死因は肺結核）、下痢（汚染された水や食物による伝染、毎年300万人の児童が死亡）及びウイルス性肝炎であった²⁰⁵。更に、エイズが原因で2003年までに2000万人が死亡した²⁰⁶。一つ注意すべきことは、上記の毎年1700万人の伝染病被害者のうち、90%以上はアフリカ、アジア及び南米の住民だということである。WHOの報告によれば、エイズで死亡した開発途上国の国民の数は、平均毎日800名に上る²⁰⁷。

1990年代、エイズに対する治療薬は20種類発明されたが、エイズの多発国ではあまり利用されていなかった。その最も主要な原因は、恐らく高騰した薬価であることが指摘されている²⁰⁸。同様の事はマラリアに関しても言える。毎年、マラリアでの死亡は200万人に上る。その中の大部分はアフリカの児童である。速効性のある薬品は高価であるため、彼らは有効な治療を受けられない²⁰⁹。ある学者のデータによれば、世界の人の3分の1は、不可欠な薬品を得られず、更に、この比率はアフリカやアジアの最も貧困の地域において、2分の1と高くなる²¹⁰。

²⁰⁵ See WHO, *The World Health Report 1996, Fighting Disease, Fostering Development*, (1996).

²⁰⁶ UNAIDS, *2004 Report on the Global AIDS Epidemic, 4th Global Report*, p.13. 2006年末までに、エイズの感染者は3950万に至った。山根裕子『知的財産権のグローバル化——医薬品アクセスとTRIPS協定』（岩波書店、2009年）110頁。

²⁰⁷ See WHO, *The World Health Report 2001*, p.144 and UNAIDS, *Report on the Global HIV/AIDS Epidemic*, (2000), p.125, 129, 133.

²⁰⁸ See Drahos and Braithwaite, *supra* note 12, p.6. 又は山名美加「発展途上国における特許の強制実施制度—インドを事例の一つとして—」『日本工業所有権法学会年報』第24号（2001年）65-72頁を参照。

²⁰⁹ See Nathan Frad, “Patents, Access to Medicines, and The Role of Non-governmental Organizations,” *Journal of Generic Medicine*, Vol. 1, No. 2, January (2004), p.137.

²¹⁰ Ellen't Hoen, “TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way From Seattle to Doha,” *Chicago Journal of International Law*, Vol. 3, No.1 (2002), p.28. <http://www.accessmed-msf.org/upload/PressClips/24620021440503/ChicagolawjournalTRIPS.pdf>. (最終閲覧日 2017年10月14日)

これまで途上国においても、国内で、比較的lowレベルの知的財産権保護システムを設け、伝染病に対して効果のある特許薬を輸入し、国産化した後、国産品を市場に投入することで薬価を下げる事ができていたが、TRIPS協定の締結後は、これもできなくなった。なぜなら、TRIPS協定は、知的財産権保護の最低基準を定め、かつ、保護対象を全ての技術分野の発明にまで拡充した結果、薬品そのもの、薬品の製造方法や薬品の有効成分たる物質の人工合成方法等の薬品に関する方法が全て保護の対象になり、その利用に対する制限も可能になったためである²¹¹。

多くの途上国やNGOの努力に基づいて、途上国の国民や貧しい人々の健康に関する権利²¹²と薬品企業の特許権との衝突を解決するため、TRIPS協定に対して一つの調整が行われた。それは、医薬品に関する強制実施制度である。この制度の基礎は、「貿易に関する知的財産権協定と公衆衛生問題に関する宣言」（ドーハ宣言）にあり、それによれば、途上国には国民の公衆衛生を保護する権利がある。エイズ、マラリア、肺結核又はその他の流行疾病により公衆衛生危機が生じた場合、TRIPS協定の締約国は、公衆衛生危機に対処するため、自国で特許の強制実施を認め、特許使用料を支払わずに特許を有する薬品を製造し、販売することができるようになった²¹³。

タイでは、日本の厚生労働省の一部局に相当する衛生部が強制実施令を發布し、心臓病を治療する特許薬物プラビックス（Plavix、血小板の集合を抑制する薬物であり、心筋梗塞等の治療に用いられる）の模倣品の製造、販売を許可した。それによって、当該薬物のタイにおける市販価格は90%下がり、20万人の患者を救ったと言われる²¹⁴。ところで、この薬品の特許権はサノフィ・アベンティス社（フランス）及びブリストル・マイヤーズスクイブ（米国）が有し、2017年度前半だけの売上が7億6500万ユーロに至っていた²¹⁵。

これと類似する例は、南アフリカにもある。1997年、南アフリカは、公衆衛生目的で医薬品を供給する名目で、「医薬品及びその関連物質の管理に係る改正法」（The Medicines and Related Substances Control Amendment Act）の第15条C項を改正した。この条項は、南アフリカの厚生大臣に、強制実施権や並行輸入等について、特許法及び通商法上の決定を行う権限として、①南アフリカの特許権が付与されている医薬品で、権利者或いはその許諾を得た者が、すでに市場に流通させた医薬品に関して行う行為には、特許法上の権利の効力は及ばないと決定し、②南アフリカで登録された医薬品と同一の構造及び品質を有し、同一の名称を用いる医薬品を、当該登録者以外の者が輸入することを許可し、③上記②のもとに輸入された医薬品の登録と使用を認めた²¹⁶。

しかし、上記の例のような当事国の個別の努力は、著しい困難を伴うものであった。南

²¹¹TRIPS協定第27条1項を参照。

²¹²この権利は、条約によって名称が異なる。国際人権規約では「健康を享受する」と言われ、児童の権利に関する条約では「健康及び医療に関する権利」と言われる。また、米州人権条約第4条では「生命に対する権利」と言われる。本論文では、健康に関する権利と称する。

²¹³ドーハ宣言のパラグラフ5（b）は、「各加盟国は強制実施権を付与する権利及び当該強制実施権が付与される理由を決定する自由を有すること」と述べており、同パラグラフ（c）においては「各加盟国は何が国家緊急事態その他の極度の緊急事態を構成するか否かを決定する権利を有すること、また、HIV/AIDS、結核、マラリア等の感染症を含め、公衆衛生の危機が、国家緊急事態その他の極度の緊急事態に該当することがあり得ること」と述べている。

²¹⁴山根・前掲注（206）120頁、又はHoen・前掲注（210）29頁を参照。

²¹⁵サノフィ社によって発表されたプレスリリース（2017年7月31日発表、日本語版は同8月8日発表）、6頁。www.sanofi.co.jp/1/jp/download.jsp?file=7A8D6F55-4828-422E-8275-EF0B15610AD3.pdf。（最終閲覧日2017年12月9日）を参照。

²¹⁶山根・前掲注（206）122頁。当該法の修正はRepublic of South Africa Government Gazette, <http://www.gov.za/sites/default/files/a90-97.pdf>。（最終閲覧日2017年12月9日）pp.11-12を参照。

アフリカ²¹⁷もタイも、国内立法によって強制実施権を行使する際に、例外なく大企業や多国籍企業といった外国製薬業者からの訴訟と先進国からの圧力を受けた。ドーハ宣言に従い健康に関する権利と特許権の衝突の問題をある程度解決することができたとしても、それは TRIPS 協定の枠内で調整を行うに過ぎない。自国で薬品製造能力がない国にとって、安価な薬品を入手する方途はまだ厳しいと思われる。

途上国や貧しい人々にとって、公衆衛生危機の害を減少するもう一つの方法は、自国の伝統医療を利用することである。1929 年、于右任氏²¹⁸が中医保護に関する代表団と会見したとき、「わたしの故郷である陝西省では、全省で西洋式の病院は教会所属の一軒しかない。西洋医の医師も三人いるだけである。中医によって治療される民は大多数である。従って、中医は中国人の健康の保護に対して、大きく貢献した」と述べていた²¹⁹。これは、当時の中国のように現代医学の足りない地方の住民にとって、現地の伝統医学は欠かせないものであったことを意味している。日本の長野県栄村秋山郷のような山奥にある村は 1960 年代までアロパシー医学に恵まれていなかったと言われ、利用されたのは富山売薬から得た伝統的家庭配置薬又は地方に伝承されてきた民間薬に過ぎなかった²²⁰。

WHO のデータをみると、多くの途上国では、住民の多くが初期医療ニーズへの対応を伝統医療に依存している。例えば、エチオピアでは、90%の国民が初期医療のニーズを伝統医療に依存している²²¹。1998 年のデータによれば、ガーナ、マリ、ナイジェリア及びザンビアで熱の出る児童の 6 割は、病院に行かず、自宅で薬草による治療を受けている²²²。2002 年、WHO アフリカ地域第 50 回委員会会議の示したデータによれば、80%の WHO のアフリカ加盟国の国民は、伝統医療を用いている²²³。

アジアでは、タイは伝統医療を管理するための特別な法を採択し、トルクメニスタンはテビブ治療者の免許システムを確立した²²⁴。中国、北朝鮮やベトナム等の国は、伝統的プラクティショナーを国内医療保険システムに完全に統合した²²⁵。中国では、およそ 40%の医療保健サービスは伝統医学の形で行っており、毎年、伝統治療を受ける中国人は 2 億人に上る²²⁶。インドでは、65%の国民にとって、伝統医学は唯一受けられる治療である

²¹⁷ 1998 年 2 月、41 社の製薬会社は当時の南アフリカ大統領であるマンドラ氏を被告として提訴した。また、2001 年 3 月、39 社の製薬会社はビレトリア高等裁判所に提訴し、TRIPS 協定違反の疑いで南アフリカ政府を被告席に立たせた。Drahos and Braithwaite, *supra* note 12, p. 8. 又は山根・同上、120-121 頁を参照。

²¹⁸ 当時の于氏は中華民国監察院（三権を監督する権能を有する、立法院、行政院や司法院と同レベルの独立機関）院長在任中であつた。1929 年 3 月、中華民国政府衛生部は中医廃止に関する法案を可決した。その反対運動の一環として、全国中医業界の代表団は首都南京に行き、請願活動を行った。請願書を提出すると同時に、政府要員と面会し、相談も行った。于氏は当時の元老及び重役として、彼らとの面会に出席したとき、このような発言をしており、中医業界の見方だという姿勢を示していた。

²¹⁹ 陈有仁『银元时代生活史』（上海人民出版社、2010 年）、131 頁。

²²⁰ 信濃生薬研究会『信濃の民間薬』（医薬タイムズ社、1990 年）、25 頁。昭和 40 年（1965 年）から、秋山郷の小赤沢という部落に診療所が設置されたが、常駐する医師がおらず、看護婦一人しかいなかった。薬局等医薬品販売業もなく、少なくとも 1960 年代後半まで秋山郷ではアロパシー医学があまり利用できず、村民の健康を守っているのは現地の伝統医療であった。

²²¹ WHO, *supra* note 33, p. 9, Table 1.

²²² *Ibid.*, p. 13.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ エミリア・ヤンスカー＝ミハエラ・シェルブレア＝ブレンダン・トビン「開発途上国において公衆衛生ニーズに取り組むための伝統的知識の重要性」国連大学『Work in Progress』第 17 巻第 2 号（2005 年）27-29 頁。

²²⁵ See WHO, *supra* note 33, p. 10, Table 2.

²²⁶ *Ibid.*, p. 11 及びジェネーブ医学教育研究基金：http://www.gfmer.ch/TMCAM/PGC/_TMCAM_2004.htm（最終閲覧日 2017 年 8 月 6 日）を参照。

227。一方、確立された医療システムを補完するものとして、伝統医療に対する認識を促進するというアプローチを採用した国もある。

途上国に見られる伝統医療に対する依存性は、医者 の比率にも見られる。例えば、アフリカのある農村地帯では、伝統的治療者の住民に対する割合は 1 : 200 であるのに対し、アロパシープラクティショナーの割合は 1 : 20000 に満たない²²⁸。

途上国において、伝統医療が広く受け入れられるかどうかは、治療の有効性だけでなく、アクセスの容易さ、値段の低さ、受け入れやすさ等の幅広い社会的、経済的、地理的及び文化的な要因に左右される。WHO の報告によれば、ガーナにおいてマラリアを治療する場合、西洋式の治療を受ける費用は、伝統的治療を受ける場合の 16 倍かかる。また、薬局で現代薬を購入する場合、かかる費用は伝統的治療の場合の 3.5 倍である²²⁹。アクセスの容易さについて、伝統医療は当地の住民たちの日常生活の中で生成、発展してきたので、彼らの日常生活と深く繋がっている。伝統医療で使用・利用される薬草は、身の回りに自生しているものがメインになる。

中国の農村部では、庭で自生する薬草をとり、軽い風邪や咳等を治療することは一般的である。咳があるとき、陳皮、枇杷葉、桑の葉等は薬として使われる。お腹を下すと、煮た塩漬けの鴨卵が薬として使用されることがある。疱疹（ヘルペス）に対して、糯米の汁を皮膚に塗ることはよく使われる方法である²³⁰。中国東南部の福建省の山奥に居住している客家人²³¹は関節炎の治療法として、茅莓根²³²約 60g を白酒 50ml に一週間浸し、1 日 2 回服用する。或いは茅莓根 60-120g を湯煎し、薬湯を飲んで関節炎を治療する²³³。上記の陳皮はミカンの皮であり、枇杷や桑の木は当地において、昔から一般の家庭栽培作物である。塩漬けの鴨卵や糯米は極めて普通の食材であり、時間や場所を問わず、購入でき、また自分で作ることもできる。茅莓も野生のイチゴ属植物であるので、簡単に入手できる。

次に、受け入れやすさに関して、前章で述べたとおり、医薬伝統的知識は当地の文化と深く繋がっており、当地の住民の信仰と繋がることも少なくないので、外来の医薬又は文化的基礎が全く異なるアロパシー医薬に比べると、当地の住民の慣習として浸透している可能性が高い。また、伝統医療の伝統的利用地域（特に途上国）においては、伝統医療が国民の日常生活に浸透することもある。例えば、客家人には、「拔青哩」²³⁴という慣習があり、そのため、例えば車前草²³⁵には利尿の効果があり、鵝不食草²³⁶には消炎の効果がある

²²⁷WHO, *supra* note 33, p. 12.

²²⁸*Ibid.*, p. 14.

²²⁹*See ibid.*, p. 13, Table5.

²³⁰田丰輝『医方拾遺—一位基层中医师的临床经验—』（人民军医出版社、2014 年）168 頁。

²³¹客家人は西晋時代（西暦約 265-317 年）から 14 世紀の間に、北部の戦乱を避けるため黄河流域（所謂「中原」）から現広東省、江西省及び福建省の地域に移動し、移住地の原住民と通婚し、繁栄した漢族の人である。今でも漢族の五つの主な支系の一つである。彼らは最も古い中華文明を継承し、その文明を南の地域へ伝播し、当地の自然・人文環境と融合し、自らの特徴を有する客家文化を作った。

²³²茅莓（日本名ナワシロイチゴ又は苗代莓、学名 *Rubusparvifolius*）の根。ナワシロイチゴはバラ科キイチゴ属植物であり、中国、朝鮮半島及び日本に分布している。全草は薬になる。湿気による骨痛、下痢等の治療で利用される。漢族以外にはトジャ族（トジャ族語での発音は「ジケン」）の民族医薬にある。賈＝李・前掲注（2）528 頁。

²³³劉徳栄編集代表『福建医学史略』（福建科学技術出版社、2011 年）291 頁。

²³⁴漢字ではこの三文字であり、発音は「パー・チン・リー」である。福建省の客家人は山から採集された生の薬草を青哩と呼ぶ。拔青哩は薬草を採集するという意味である。

²³⁵車前草（シャゼンソウ、）はオオバコの全草である。種子は車前子と呼ばれる。種子も全草も生薬の一種である。日本薬局方の記載によれば、（日本の）民間薬としては鎮咳、去痰の効果があり、漢方薬の薬材としては、五淋散、清心蓮子飲、牛車腎気丸において利用される。この薬草は日本全国、千島、サハリン、東シベリア、中国（台湾）、マレーシアに分布する。福岡薬剤師会編『福岡の薬草手帖』（福岡薬剤師会、2008 年）94 頁。漢医薬典籍には、利尿の効果の有すると記載されている。李時珍編＝劉衡如他校正・前掲注（76）738 頁。中国の少数民族には、腫れ（アチャン族）、咳（ブラン族）、風邪発熱（ブ

こと等の医薬知識は一般の大人であれば誰でも知っている。「抜青哩」そのものは、客家人にとって、日常生活における重要なイベントでもある。日本では500年代の末期から薬狩りという薬草採集の行事があり、5月5日が薬日として定められたことがある²³⁷。

上記の①～③の事実から、以下のような結論が出てくる。

まず第1に、伝統医薬・医薬伝統的知識は、貧しい人々や高価な現代薬を購入できない人々の命を保護するために不可欠である。

次に、先住民や伝統社会による、自己の伝統医薬及び医薬伝統的知識に対する自由な使用・利用（現代的利用も含む）は禁止されない。そうでなければ、健康に関する権利や生命権といった彼らの生存権は害されるという結果が生じる。

以上の結論から、医薬伝統的知識に対する保護は必要であり、医薬伝統的知識に対して、何らかの権利²³⁸が付与されるべきであるという結論が導かれる。

2 歴史に対する清算という理由

（植民の）歴史に対する清算という理由については、(1)経済的清算と(2)文化的清算の二つに分けて論じられる。

(1) 経済的清算

まず、経済的清算を主張する学者は、途上国（先住民）の貧困には主に先進国の責任があると考え、その歴史的責任を果たすため、途上国（先住民）を豊かにさせる義務が先進国にあると主張する。

この義務を履行する一つの方法として、医薬伝統的知識を含む伝統的知識の保護がある。ここでいう保護は、医薬伝統的知識の中に先住民や途上国の国民が有する所有権を設け、この権利に基づいて、ライセンス料に類似する伝統的知識利用料又はそれに相当する利益を途上国（先住民）に渡すということである。

具体的に言えば、歴史的に、途上国は先進国の侵略・植民地支配によって貧困に陥った。更に、侵略・植民地支配に基づいて、不公平な国際経済秩序が生じ、貧困国はその不公平な国際経済秩序の下で、持続的な貧困に陥った。従って、途上国（先住民）に対して、先進国には彼らを豊かにさせる義務があるというのである。

この主張を更に展開すれば、発展の権利の実質は途上国と伝統社会の発展である、という主張につながる。即ち、先住民や途上国の国民にある種の専属の権利を付与することは、近代欧米社会による植民地支配、侵略及び長期にわたる不公平な国際経済秩序に対する挑戦である。医薬伝統的知識に排他的所有権を設け、権利を先住民や途上国の国民のみに付与することは、この挑戦を実現させる一つの方法である。

長期間の植民地支配や略奪によって、欧米の先進国は多くの財産を途上国から獲得した。更に、植民地が独立した後も、先進国はまだ不公平な国際経済貿易規則によって間接的に

イ族、コウサン族)、腎炎(タイ族、ドウ族)、下痢(ドクリュウ族)、骨折(ケイボ族)等に対して効果がある薬として使われる。中国においては、31の少数民族がこの生薬を使っている。賈=李・前掲注(2) 469-470頁。

²³⁶ 鵝不食草はキク科植物 Herbacentipedaе である。

²³⁷ 鎌田・前掲注(175) 13頁、又は横浜薬科大学漢方と漢薬調査研究センター編『古代出雲の薬草文化』(出帆新社、2013年) 38-40頁を参照。

²³⁸ ここでいう権利はどのような権利であるか、例えば、単なる自由使用の権利であるのか、それとも財産権のような所有関係を示す権利であるのか等に関しては、後で論じる。

大量の財産を途上国から獲得した²³⁹。このような考えは当該主張の出発点となっている。

その典型的な例を言えば、特許と先進国によるグローバル経済の支配、ということが挙げられる²⁴⁰。シヴァ氏の主張によれば、特許という言葉は開封特許状に起源を有する。開封特許状がヨーロッパで初めて発行されたのは六世紀のことである。ヨーロッパの君主たちが自分たちのために外国の領土の発見や征服に勅許状や書状を与えたのである。これらの文書は植民地化のために、また輸入独占権を設定するために使われた。それをはっきり示しているのが、コロンブスに与えられた勅許状である。この勅許状の中で最もよく使われているのは、発見と征服（占有）が同視される、という表現である。このように特許は、歴史を通して植民地化と結びついてきた。ヨーロッパによる世界の植民地化の初期においては、特許の目的は領土の征服であった。そして現在の目的は、経済の征服である。それはWTOが招いた特許を巡る今日の紛争の背景となっている。特許は第三世界からは再植民地化の道具と見られることが多いが、西側の大国からは、植民地時代の征服のように、自然権と見られている。

「かつての植民地化と今日の再植民地化とは、もちろん多くの違いがある。今日では宗教は、征服を正当化する最終的な理由とはならない。再植民地化は世俗のプロジェクトである。しかしこのいわゆる世俗のプロジェクトを動かすのは、市場という新しい「宗教」である。領土、金、鉱物資源は、もはや征服の対象ではない。支配されねばならないのは、市場と経済システムである。植民地時代の土地のように、知識は財産に変えられねばならない」²⁴¹。

シヴァ氏の主張は当然途上国の立場から特許の歴史を述べているが、少なくとも、植民地から独立した国家の特許制度が植民地統治と深く関係していることは否定できない。歴史上、多くの欧米列強の艦砲で開国され、所謂現代の法制度を受け入れた国の大部分（その中の多くの国は今でも途上国である）は、自主的に自国の知的財産権制度を構築したのではなく、植民者によって強制的に導入され、施行させられた。

例えば、フィリピンはスペインの植民地であったとき、スペインの特許法を採用した。1898年、米国はフィリピンを占領した後、フィリピンの特許出願は米国特許及び商標管理局に提出され、米国法を基準に審査された後、特許権を授与されることになり、フィリピンで適用される特許法は米国法となった。1947年、フィリピンは自国の特許制度を構築したとき、その制度のほとんどを米国法に従って設けた。1910年、日韓併合条約によって、韓国は日本の植民地になった。韓国では、日本の特許法が施行されたが、1946年、米国が韓国に対して軍事管制をしたときから、日本法の代わりに米国特許法が韓国で施行されるようになった²⁴²。

上記の例に対して、植民地や半植民地が独立した後、自国の知的財産権システムを立て直した例もある。例えば、医薬分野において、1970年、インドは特許法において、薬品に関わる方法やプログラムのみに権利を付与し、薬品そのものは特許の対象にならないと定めた²⁴³。また、薬品の特許保護期間はその他の特許保護期間の14年に対して²⁴⁴、わずか7年に過ぎなかった²⁴⁵。このような国内法に対する修正は旧宗主国によって作られた文学

²³⁹Drahos and Braithwaite, *supra* note 12, p. 240.

²⁴⁰シヴァ・前掲注 (19) 22-24 頁を参照。

²⁴¹同上、24 頁。

²⁴²Drahos and Braithwaite, *supra* note 12, pp. 7-8.

²⁴³インド 1970 年特許法第 3 条 (d) を参照。http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=128091 (最終閲覧日 2017 年 10 月 15 日)

²⁴⁴同法第 53 条 1 項 (a) を参照。

²⁴⁵同法第 53 条 1 項 (b) を参照。

的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約や工業所有権の保護に関する 1883 年 3 月 20 日のパリ条約の拘束から逃れることにはならないが、少なくとも、自国の状況と利益となるような法改正であった。より激しい動きをしたのは中国である。中華人民共和国が建国された後、清時代又は中華民国時代から施行された法体系は全て廃止され、ベルヌ条約やパリ条約にも参加せず、更に別の知的活動に対する奨励制度を作った²⁴⁶。

先進国が行った行為は、途上国に対して、大きな損失を生じさせる行為である。従って、途上国の発展を支援し、彼らを豊かにするのは、先進国の責任と義務であり、発展の権利は実質的に途上国や伝統社会だけに与えられた権利である²⁴⁷。

現実に途上国では、現代科学技術の発展のレベルは低いので、伝統的知識、技術及び経験は彼らの最も主要な科学技術であり、彼らの文化教育の最も基本的な内容でもある。この点を医薬分野において当てはめれば、本節 1 で述べたように、途上国又はその国民の伝統的知識又は医薬伝統的知識に対する依存度が高く、更に、それらが治療保健の唯一の頼れる手段となる場合も少なくない。

それだけに止まらず、(医薬) 伝統的知識は伝統社会の日常生活の一部を構成し、それらの社会経済の技術的基礎になっている。従って、伝統的知識の基盤となる伝統社会の経済の技術的基礎を固め、その成員の日常生活に上質な伝統的知識を提供することとなる医薬伝統社会伝統的知識の保存と発展は、途上国及び伝統社会の発展の権利の基本的内容になる。

しかし、これまで全体としての伝統的知識の存続に関しては、伝統社会又はその成員によって自主的に放棄される自主的放棄ないし内的危機と外的世界の影響を受け、知識の保存・維持環境又は知識の価値が損なわれる外的危機の二つの大きな危機があった。

中医として有名な施今墨氏は中医の保護について、「我々は医術を振興しなければ、(中医) そのものの存在も得られない。従って、私はここで断言する。中医が生き残れるかどうかは業界以外の者によっては決められず、また政府によっても決められない。それは中医学術(の振興)にある」²⁴⁸と述べた。学術としての医薬伝統的知識の発展の保護に対して、中医という学術は医者によっては振興されないというのは自主的放棄に該当する。また医薬伝統的知識システムを学術の対象とせず、その科学性を否定し、医薬伝統的知識を軽蔑することは外的危機に該当する。

²⁴⁶中華人民共和国は中華民国時代までの知的財産権法をすべて廃止し、その代わりに、一連の新たな法律又は政令を制定し、施行した。技術分野に関しては、1950 年に施行された『発明に関する権利及び特許権の保護に関する暫定条例』(中国語では『保障发明与专利暂行条例』と表現される)はソ連の経験を参考に、発明奨励に関する二本立て制度(two-track system)を作った。即ち、発明者には発明証明書を授与し、発明者の資格及び一定の奨励金を与える一方、発明そのものの所有権は国家にあるという制度で、発明者は自己の意思によって当該制度を選ぶことには問題がないが、発明者又は発明に対する制限も多くある。例えば、職務発明にはすべて当該制度が適用され、薬品分野や農産品分野の創造的成果にも当該制度が適用されるか(即ち、職務発明又は薬品分野や農産品分野の創造的成果はすべて国家の財産とされている)、または特許権保護が適用されるか、そのうちの一つを選択できる。1963 年 10 月 3 日に頒布された『発明奨励条例』及び『技術改進黨』では、発明証明書制度及び特許権保護は廃止され、その代わりに「物的奨励又は精神的奨励」(「material and honorary awards」、中国語では「物質奨励と精神奨励」と表現する)を発明者に与えるという奨励制度が定められた。物的奨励とは暫定条例による奨励金より大幅に下げられた金銭であり、精神的奨励とは賞状や賞旗の授与、発明者の姓名による発明物の命名、又は無料旅行・療養等である。当該制度は 1966 年に廃止されていたが、1978 年に復活した。このような特許権の取替え制度の施行は 1984 年まで続いた(1984 年特許法施行。他の知的財産権の分野については、1982 年商標法施行。そして、1986 年から施行されている民法通則 94 条及び 1990 年から施行されている著作権法は著作権を保護する)。See William Alford, *supra* note 160, pp. 57 - 58, 62, 64 - 65, 67 - 71.

²⁴⁷前掲注(62) 44 頁。

²⁴⁸中国語で「吾人非振兴医术，决不足有自存。故敢断言，中医之生命，不在外人，不在官府，而在学术也。」と記述している。傅景華『捍卫中医』(中国协和医科大学出版社、2007 年) 111 頁。

前者について、より詳しく言えば、医薬伝統的知識は時代遅れと思われる可能性が高いため、若者によって冷遇され、拒絶されてしまうおそれがある。医薬伝統的知識を学ぶ医者又は薬剤師になる若者が少なくなるのに対して、意識的に医薬伝統的知識が時代遅れだと宣伝する者が多くなる。このような社会環境の中で、伝統的知識や慣習は衰弱していく。医薬のような技術分野の伝統的知識のみならず、多くの伝統芸術は文化の伝播や拡散の過程において喪失してしまう。

後者について言えば、現行知的財産権による保護や社会の価値観の影響を受け、一般公衆は伝統的知識を尊重せず、軽蔑することもある。一般的に、知的財産権は創造的科学を保護するということが公衆に認識されているが、知的財産権（特に特許権）で保護されていないもの、特許権の保護対象にならないものは科学的ではないという誤解が生じやすい。特許権のような現代科学技術又はその理論を基礎として構築された権利システムにおいて、知識又は知的製品の保護対象になるか否かの評価基準・評価要件も現代科学技術を基礎とする。前章で述べたように、例えば、医薬分野の場合、伝統医薬の病理や薬理に対する認識又は解釈は現代医学たるアロパシー医学と異なるため、アロパシー医学の観点からいかなる伝統医学を見ても、それらに科学性があまりないという結果が出てきやすいだろう。そのため、伝統的知識の創造者・伝承者・保有者は現代の研究者のように尊重されることはない。分野を問わず伝統知識の場合、例えば口頭で伝承される伝統的知識や手工芸で伝承された伝統的知識は、相応の承認と利益配分を受けることはない。更に、現行知的財産権法制度を通じて、先進国の研究者は伝統的知識の最も価値がある部分を盗んでいるとされることがあり²⁴⁹、次に述べるように、異文化（主に主流文化）が本土文化の生存空間を占める文化的侵略が起こることもある。

(2) 文化的清算

文化的清算については、主に以下の二点が論じられる。

一つは、主流文化の導入によって、伝統文化の生存空間が狭くなり、伝統文化の侵食が起こっているということである。もう一つは、主流文化の非主流文化に対する占有である。

前者について、医薬分野では、アロパシー医学は近代以来、多くの国において、国家医療保健体系の主要な部分になってきた。それと共に、現代化又は近代化という名目で、伝統医薬に対する不信感や排斥感が生じ、同時に伝統医薬（の利用又はその伝承）を放棄する者が増えてきた。例えば、第I章（注63）や（注65）に述べたように、1930年代において、西洋諸国の薬品メーカーは薬品貿易によって中国から毎年約1億元（当時の銀貨）の大金を獲得した。それと同時に、中国の伝統医学は「非科学的」、「時代遅れ」として軽蔑され、排斥されることが多くなった²⁵⁰。その結果として、1930年代になると、度々伝

²⁴⁹唐・前掲注（138）57-59頁。

²⁵⁰当時、留学経験者を含む知識人の中医に対する批判がマスコミで多く見られた。仙台医専に留学した経験がある魯迅は「…中医（の医者）はただ意識的又は無意識的な詐欺師にすぎない…」と批判していた。魯迅『呐喊』（安徽人民出版社、2005年）1頁。郭沫若（九大）は「…死ぬまで決して中医のところに行くわけがない…」と宣言した。郭沫若「中医科学化的擬議」新華日報1944年10月2日。陳独秀（早稲田大学）は中医を迷信と同視し、中医が科学のことを全く知らないと批判した。胡明『陳独秀選集』（天津人民出版社、1990年）16頁を参照。湯爾和（金沢医専）は「…中医が医学理論を論じるのは不可能である。現在の中医が病を把握する可能性は実はない、治療等も当然できないだろう…」と言っており、「このようなものに対して、どこかに生命を付託するわけがあるか」と述べた。趙洪鈞『近代中西医学論争史』（学苑出版社、2012年）110頁。上記のような知識人の言論は論理的ではなく、単なる中医は何々であるという定義付けするに過ぎない発言であるが、彼らの地位から、社会的影響は小さいとは言えないだろう。つまり、郭沫若氏のような学識（特に医学に関する専門知識）がある者も中医に頼らなければ、中医は効果がないものであろうか、という誤解を持つ民衆は少ないといえないだろう。更に、学術

統医学の廃止を企図する中医廃止案が立法や行政機関に提出されるようになった²⁵¹。中医を封建医として批判し、改造すべきだという主張は1950年代になっても多く見られた²⁵²。

日本の場合も、明治政府が医育及び医術開業試験の制度を定めることによって、漢方医家の伝承を事実上断絶させた²⁵³。また、当時の日本社会は西洋文明を吸収してこれに心酔しつつある時でもあり、漢方業界の存続に関する請願又は国会に提出する提案は議会においても『葛根湯陳皮案』と嘲けられながら否決された。そのような環境の下では、医を志す若者は皆、西洋医になり、漢方は後継者のいない滅亡の危機に瀕した²⁵⁴。

後者の主流文化による非主流文化（その中には多くの伝統的文化がある）の占有の占有とは、一種類の文化がその他の種類の文化の中から、知的財産、文化的表現、歴史や知識等を取得し、独占し、更にその利益をできる限り掘り尽すことを指す。言い換えると、一つの群体が、他の群体の文化的表現や知識に、他の意義を付与したり、自らの文化に織り込むことによって、商業的又は非商業的に利用することである。具体的には、伝統社会の神聖なものとみなされるものやその他の特別な意義を有するものを占有すること（例えば、前掲注（10）に述べたアヤフアスカ事件のような、アマゾン先住民の神聖なものである植物を特許の対象とすること）、伝統社会の神聖なものとみなされる符号、標識等を商業的に利用すること、又は伝統社会の宗教儀式及びそれに関するもの（例えば歌曲、医薬、舞踏等）を法に反して占有し又は利用・使用することが挙げられる²⁵⁵。このような文化的占有は、占有される伝統文化が生じた社会（所謂伝統的知識の創造者・伝承者）が自らの伝統文化を誤って認識したり、また、認識を混乱させたりしてしまうかもしれない。それと同時に、人々の一般的認識も誤らせる可能性があると考えられている。

医薬分野では、中国の伝統医薬である中医薬に関して、以下のようなことが中国の学者の関心事になっている。即ち、近年、中国人が数千年来開発し、利用してきた中薬を中薬現代的製剤（中成薬という）に転換し、それを国際市場に投入し、人々に当該薬品は自国

的観点から中医を批判する者もいる。例えば、余岩（大阪医大）は『靈素商兌』を著し、中医の基礎理論から各分野の隅々まで一つ一つ批判し、当時の中医の医者と論戦したこともある。

²⁵¹1929年、国民政府第一回中央衛生委員会において、『廃止旧医以掃除医事衛生之障碍案』（医事又は保険事業の障害を一掃するための伝統医を廃止する案）をはじめ、四つの伝統医薬に関する提案が可決された。当該提案によれば、1) 伝統医の従事者は政府に登録しなければならず、登録に関する年齢の制限もある、2) 伝統医学の教育機関はすべて廃止される、3) すべての科学としての医学以外のもの、つまり、西洋現代医学以外のものを宣伝し、また、伝統医学を紹介する新聞紙等は取締りの対象になる。趙洪鈞、同上、116 - 118 頁を参照。討議に参加する委員会の成員たる余岩、褚民誼（ストラスブール医大）、陳方之（東大）、伍連徳（ケンブリッジ大）、胡定安（ベルリン大）、劉瑞恒（ハーバート大）等、ほぼ全員が海外留学の経験と医学の学位があるものであり、伝統医者出身の者は一人もいないので、このような議決がなされたのは当然と思われる。1950年の中華人民共和國第一回全国衛生會議において、余岩氏や他の代表は再び類似する中医を実質的に廃止する案を提出した。また、中医教育機関の廃止、例えば1910年代における北洋政府教育部が伝統医学教育機関の設立請求を却下したことや、1947年上海市教育局が国民政府教育部に命じられ、上海中医学院、新中国医学院及び中国医学院のような伝統医薬の教育機関を廃校にしたこと等の例が挙げられる。

²⁵²当時の衛生部（厚労省相当）の副部長であった賀誠氏と王斌氏は中医を旧医又は封建医学と命名し、それに対して西洋医学を新医と称する。かつ、中医や地元の伝統医者の伝承を政府の力によって切断するのは政策としてとられると主張する。呂・前掲注（66）91頁、128頁を参照。当時の社会環境、特に政治環境に基づいて考えれば、「封建的」、「古い」等の修飾語がつけられると、それだけでかなりマイナスの影響があったと思われる。封建的、古いものは当時の世論において革命の敵とされるためである。それは政府の消滅や排除の対象になるので、このような修飾語がつけられる事物も当然、消滅や排除の対象になってしまう。

²⁵³日本では、明治8年に実施した医術開業試験の科目は全く西洋医学によるものであったから、当時修業中の漢方志望者は全く前途を絶たれたと言われる。石原・前掲注（122）187頁。

²⁵⁴小泉栄次郎『日本漢方医薬変遷史』（国書刊行会、1977年）163 - 164頁を参照。石原・前掲注（122）188 - 189頁を参照。

²⁵⁵See Rebecca Tsosie, "Reclaiming Native Story: An Essay on Cultural Appropriation and Cultural Rights," *Arizona State Law Journal*, Vol. 34 (2002), pp. 299-358.

から生じたと誤認させる国家（例えば日本や韓国）が少なくない²⁵⁶。日本人は、漢方薬は本格的な中薬であり、中国の中薬は本格的なものではないと考えており、更に漢方薬を東洋薬と改名し、国際市場において宣伝することを図っている²⁵⁷。中医薬と漢方医薬の關係に関しては次章で述べることにするが、ここでは日本による中国の伝統医薬の占有に対する中国人研究者の懸念²⁵⁸を簡単に述べるに止めておく。

文化の侵食と占有に対する懸念から、自国又は自らの文化の保護及び文化多様性の保護が主張される。

自国又は自らの文化の保護という観点から、上記の侵食行為は自国又は自らの医薬伝統的知識の生存空間を縮小させつつあり、占有行為は元の知識体系そのものを崩すのみならず、人々の認識を混乱させることもあり得るので、自国又は自らの医薬伝統的知識の生存と発展を根元まで破壊する可能性がある。従って、侵食や占有行為を防ぎ、更に侵食と占有による人々の認識上の混乱を是正するために、(医薬) 伝統的知識の保護が必要である。

文化的多様性の観点から医薬伝統的知識の保護という問題を見ると、主流文化による(医薬) 伝統的知識に対する侵食と占有は一国の伝統的知識システムを根本から破壊するおそれがあり、それぞれの伝統的知識がなくなるとともに、文化的多様性もなくなる。医薬伝統的知識は伝統文化を構成し、伝統文化と切り離すことができない不可欠の部分である。文化的多様性の保護として、伝統的知識とその「真の所有者」のニーズに応えるよう、保護する必要がある。

具体的な保護理由に関しては、以下の二点がある。

第一に、文化類型に対する保護は、伝統社会の生存と存続を維持する重要な条件である。各種類の有形的、無形的な文化資源は伝統社会にとって極めて重要なものである。欧米植民地支配と文化同化の被害者として、欧米植民者によって不正占有された無形・有形な文化製品・文化成果の返還を求めることは、伝統社会の身分、地位を回復させ、維持させるのに必要である。

第二に、主流文化による伝統社会の文化の占有と利用は、伝統社会の文化の生存と発展にとって、大きな危機である。文化占有と利用は、常に以下のような形で行われる。つまり、一つの群体が、別の群体の既存文化形式に異なる意義を与え、自己の文化に織り込み、そして商業的又は非商業的に利用する。文化占有と利用は、伝統社会の神聖な文化物やその他の文化的意義があるものを占有すること、伝統社会の神聖な符号やマークを商業的に利用すること、伝統社会の宗教儀式及び関連用品、例えば歌、医薬、舞踏等を不正利用したり占有すること、映画、文学又は芸術等によって伝統社会の生活又は文化を描くことによって行われる。文化占有及び利用は、伝統社会の自己認識にマイナスの影響を与え、伝統社会の文化の一体性を害し、とりわけ不正占有とその利用が、伝統社会そのものの価値を低下するという点で、無視できない危害性を有する。

上記の主張から導かれる結論は、概ね以下の二点である。

① 発展の権利は実は途上国の国民、特に先住民のみの権利であり、従って途上国のみが有する権利である。これに対し先進国には、途上国を支援し、途上国を発展させる義務がある²⁵⁹。

²⁵⁶ 鄭・前掲注 (17) 前文 6 頁。

²⁵⁷ 周・前掲注 (1) 163 頁。又は「日欲将汉方医药更名东洋医药，中药面临严峻挑战」
<http://www.fx120.net/ZYBK/ZY-JQJD/200501280830496025.htm>。(最終閲覧日 2015 年 10 月 15 日) を参照。

²⁵⁸ 中国の医薬伝統的知識の保護に関する論文には、バイオパイラシーの例として、韓国人の牛黄清心丸に対する「占有」と日本人の六神丸に対する「占有」という二つの例が挙げられる場合が少なくない。

²⁵⁹ 尹・前掲注 (247)。この考えによれば、医薬伝統的知識を含む伝統的知識において、知的財産権のよ

②（医薬）伝統的知識に知的財産権又は知的財産権に類似する排他的権利を付与し、かつ、この権利を先住民、先住民社会や伝統社会に付与することは、①の発展の権利を保障する重要な手段である。

3 先住民の権利の保護という理由

前に述べたとおり、医薬伝統的知識の創造者、保有者及び伝承者には、先住民が多いので、医薬伝統的知識の保護は先住民の権利の保護と交錯している。そのため、先住民の権利の保護も医薬伝統的知識の保護の一つの理由になりえる。

先住民の権利の保護と医薬伝統的知識の保護の間には、以下のような繋がりがあられると思われる。まず、本節の1で述べたとおり、伝統医薬は多くの先住民にとって、唯一の利用できる医薬であり、医薬伝統的知識は彼らにとって利用できる唯一の医薬に関する知識である。従って、医薬伝統的知識を保護することは、彼らの健康に関する権利を守る最も有効な手段である。先住民の健康に関する権利の保護は、先住民の権利の保護に含まれるので、先住民の健康に関する権利を保護することができれば医薬伝統的知識を間接的に保護することに繋がる。次に、本節の2で述べたとおり、先住民は自らの文化と伝統を保ち、当該知識の他者による乱用・濫用又は盗用をさせない権利を有する。これは、医薬伝統的知識の保護にとってより重要で直接的な繋がりがあられる。

先住民の権利の保護が必要であることは、いくつかの条約、宣言等の国際文書によって確認される。まず、1948年の世界人権宣言第27条は、ある知的製品に対して、当該製品を作成する人には権利があり、その権利は人権の一部になることを確認している。その内容によれば、人々は自らが創作したいかなる科学的、文学的又は美術的作品から生じた精神的又は物的利益に対して、保護を受ける権利を有する。一般的理解として、先住民は当然「人々」に含まれから、彼らによって創作された伝統的な科学的、文学的又は美術的作品から生じた精神的又は物的利益は保護の対象になるだろう。

また、国連総会で採択された先住民族の権利に関する国連宣言（2007年）は、少なくとも、（医薬）伝統的知識に関する以下の権利が国際法によって認められた以下のような権利であると宣言している。即ち、文化的伝統及び慣習を實踐する権利（第11条）、精神的及び宗教的伝統、慣習及び儀式を實踐し、発展させる権利（第12条）、伝統的知識の維持、管理、保護及び発展の権利（第31条）、及び先住民の生存に影響を及ぼす開発行爲に対して、自由な情報に基づく事前の同意を求める権利（第32条）である。

先住民族の権利に関するアメリカ宣言では、先住民の権利は集団的権利として保障され（第2条2項）、第20条2項では、「先住民は、自らの人的・遺伝的資産全般、種、医療、植物・動物の知識、オリジナルなデザイン・手続を含む自らの科学技術を管理し、発展させ、保有する権利を有する」と定めている。つまり、伝統的医薬は先住民の慣行として認められ、先住民の伝統的領域内の重要な薬用植物、動物、鉱石の保護に対する先住民の権利も認められると言える。

ILOの169号条約もまた先住民の自己の知識に対する権利を強調し、先住民の文化、生活様式、伝統及び慣習を尊重する方針に基づき、先住民族がその生活する国の枠内において、自らのアイデンティティ、社会構造及び伝統を保持しながら存在し続けるべきである

うな排他的権利が設けられ、かつ、この排他的権利は先住民や途上国のみが有するということになる。先進国や非先住民には発展に関する義務のみがあり、伝統的知識に関する諸権利は一切なく、権利主体から排除されるからである。この考えに基づいて、まず先住民という身分を確定し、更に彼らに伝承される伝統的知識は彼ら自身のものであることを確認する必要がある。

という考え方に立っている。条約第 15 条では、先住民族の土地に属する資源の使用、管理、保全に参加する権利を保障しており、同条 2 項の「その他の資源」には先住民族によって育まれてきた伝統資源も含まれるだろう。

学説として、(医薬) 伝統的知識を伝統資源の一部とする主張があり、CBD、WIPO 等の国連諸機関に参加した先住民族は、一貫して伝統的知識や生物資源に対する先住民族の固有で不可譲の権利を主張してきたと言われることもある²⁶⁰。

まず、伝統資源に対する権利(伝統資源権)を 1) 物権的権利、2) 消極的知的財産権、及び 3) 積極的知的財産権の三種類に分ける見解がある²⁶¹。

物権的権利とは、伝統資源を物とみなし、物的属性を有する資源とすることから生じる権利である。第三者は、途上国及び伝統社会のそれらの伝統資源に対する主権及び物権を承認しなければならない。

消極的知的財産権とは、第三者の伝統資源に対する知的財産権の獲得を阻止する権利である。いわば、防御的権利と言える。

積極的知的財産権とは、途上国及び伝統社会の自己の伝統資源に対し、現行の知的財産権に類似する権利(伝統資源に含まれる知識に対する排他的所有権)を獲得する権利である²⁶²。この権利は医薬伝統的知識は伝統資源の一部として、伝統資源に対する主権及び物権的権利が当然医薬伝統的知識も包含していると理解することができる。

伝統資源としての医薬伝統的知識に対する主権は国家に属し、それと同時に、知識に対する物権的権利は単一の先住民か、複数の先住民か、先住民社会かのいずれかの権利者に属する。つまり、権利者が医薬伝統的知識に関する排他的占有、使用、収益等の権利を有するということである。それに対して、第三者は当該知識に対して知的財産権を有しない。

より詳細、かつ広範な伝統資源の概念は、Posey 氏と Dutfield 氏によって主張されている²⁶³。彼らによれば、「伝統資源に関する権利」は多くの権利の集合として用いられる。換言すれば、それは一つの総合的権利であり、人権、自決権、集団的権利、土地及び領土に対する権利、宗教自由に関する権利、発展の権利、プライバシー権、(利用に対する)許可の優先権、環境保全に関する権利、知的財産権、隣接権、契約を締結する権利、文化財に対する権利、民間伝説を保護する権利、文化財を保護する権利、文化遺産を保護する権利(right to protection of cultural heritage)、慣習法及び慣習が認められる権利、農業者の権利が含まれる²⁶⁴。彼らの主張は、先住民は他の者と異なり、独自の文化、文明又は伝統に基づいて、伝統的知識を含む伝統資源が先住民の身分の維持にとって重要であると認識されると、伝統資源に関する権利は先住民の自主独立に関するニーズの中核となる²⁶⁵。従って、彼らは(医薬伝統的知識を含む)伝統資源に関する権利がその他の権利と異なって一つ総合的な権利となる理由について、それが生物資源に関する知識の保護のみならず、人民の自決権及び最広義の文化を保護する権利となるからであると考えている。

先住民の権利を保護する理由の一つには「先住民族は、その遺跡、人工遺物、デザインその他の芸術的表現を含む物質文化に対するオリジナルな権利を取り戻す」²⁶⁶という前述した歴史的清算とも関連するものがある。換言すれば、先進諸国による先住民族の収奪は土地の剥奪から始まったのであるが、それは単に土地の喪失を意味するだけでなく、先住

²⁶⁰常本照樹「先住民族の文化と知的財産権」『知的財産法政策学研究』第 8 号(2005 年) 30 頁。

²⁶¹徐家力『原住民与社区传统资源法律保护研究』(上海交通大学出版社、2012 年) 26 頁。

²⁶²同上。

²⁶³Posey and Dutfield, *supra* note 49, p. 96.

²⁶⁴See *ibid.*, Table 2.

²⁶⁵*Ibid.*, p. 95.

²⁶⁶世界先住民族評議会基本原則宣言(1984 年採択)を参照。

民族の文化の破壊という意味も併せ持っていたということである。今日では、まさに民族の文化そのものが収奪の対象となっているといえる²⁶⁷。従って、先住民の伝統的知識の喪失に責任を有する者は、その責任をとるため、先住民の伝統資源を可能な限り保護しなければならない²⁶⁸。

4 知的財産権の正当化根拠からみる医薬伝統的知識の保護

医薬伝統的知識の保護には、現行の知的財産権以外に、*Sui Generis System* と呼ばれる新たな制度も機能している。本章の冒頭で述べたように、新たな制度であっても、その中身である具体的な保護手法は、知的財産権に類似し、即ち、他者の使用を阻止する権利、又は利用者に対して利益を求める権利等が PIC、MAT 等の保護手法にある。知的財産権の正当性は自明のものでなく、その根拠に対する検討から、正当性を明らかにする²⁶⁹。知的財産権の正当化根拠を参照し、(医薬) 伝統的知識に対する所有権に類似する権利の正当化根拠を検討することは、一つのアプローチである。

物に対する占有、使用、収益又は処分の正当化は、所有権に基づくからである²⁷⁰。所有権に基づいて、物権的請求権と呼ばれる権利があり、それは物権の侵害の様態に応じて3つの類型、即ち、返還請求権、妨害排除請求権、妨害予防請求権に分けられる²⁷¹。所有権の対象は有体物のみである²⁷²。無体物たる知識は所有権の対象ではないが、知識に対して、その使用・収益・処分という支配を正当化し、所有権のような権利を設け、その権利を保護することによって権利者の利益を保護することは可能である。知識に対するこの権利は、知的財産権又は知的財産権と呼ばれる。(医薬) 伝統的知識は伝統的とはいえ、知識として、所謂現代医薬の知識と同様の特徴を有する²⁷³。そのため、知的財産権法システムは医薬伝統的知識の保護に対して、不完全なところがあるが、知的財産権法を正当化する根拠を援用することで、医薬伝統的知識に権利を付与することも不可能ではない。ここでは、知的財産権法の正当化根拠から、医薬伝統的知識に権利を付与することの正当化根拠を検討してみよう。

知的財産権の由来、つまり知識(情報)に対して使用・収益・処分の権利を設けることの正当化根拠として、主に労働論(labor theory)と功利論(utilitarianism)がある。

²⁶⁷ 常本・前掲注(260) 31頁。

²⁶⁸ 二風谷ダム事件に関する札幌地裁の判決では「得てして多数民族は、多数であるが故に少数民族の利益を無視ないし忘れがちであり、殊にこと利益が多数民族の一般的な価値観から推し量ることが難しい少数民族独自の文化に関わるときはその傾向は強くなりがちである。…先住民独自の文化を衰退させてきた歴史的経緯に対する反省の意を込めて、先住民の文化の保障には最大限の配慮がなされなければならない。」と述べており、裁判では先住民の知識や文化を保護しなければならない一つの理由になると思われる。札幌地判平成9年3月27日判決。判例時報1598号33頁。

²⁶⁹ 山根・前掲注(204)を参照。

²⁷⁰ 所有権とは、占有を正当化し、物の支配の基礎となる権利をいう。所有権は物の使用・収益・処分という全面的支配を内容とするものでその典型である。近江幸治『民法講義II 物権(第3版)』(成文堂、2006年)177、179頁。

²⁷¹ 内田貴『民法I 総則・物権総論(第4版)』(東京大学出版会、2008年)367頁

²⁷² 最高裁判所は昭和59年における顔真卿事件において、「所有権は、その有体物の面に対する排他的支配権能であるにとどまり、無体物である美術の著作物自体を直接排他的に支配する権能ではない」と判示し、所有権の対象は有体物のみであることを示している。最高裁昭和59年1月20日判決、最判民集38巻1号1頁、又は法曹会編『最高裁判所判例解説・民事編 昭和59年度』(法曹会、1984年)1頁を参照。

²⁷³ 無体物である知識(情報)は、一旦第三者に知られると、その第三者による利用を物理的に排除することが困難であるという特徴(消費者の非排除性)、及び同時に複数の者に利用されることが可能であるという特徴(消費の非競争性)という公共財の特徴を有する。中山一郎「特許制度の正当化根拠を巡る議論と実証研究の意義」『特許研究』第60号(2015年)6頁。

労働論は知的財産権の自然権論とも称されている。それによる特許権付与の正当化は、個人が自己の身体、生命、自由について前国家的に等しくもっている排他的な支配権、即ち、「自己所有権」の延長として、自己の頭脳を用いた労働の成果である発明について排他的な支配権をもつというものである²⁷⁴。ジョン・ロックの『統治二論』の第 II 章 27 節では、以下のようなことが述べられている。即ち、「自然が供給し、自然が残しておいたものから彼が取り出すものは何であれ、彼はそれに自分の労働を混合し、それに彼自身のものである何ものかを加えたのであって、そのことにより、それを彼自身の所有物とするのである」²⁷⁵。ロックのこの基本的な考えは、人が自身の意識的な労働でもって自然状態から創造したものは、その所有関係が確保されるものである。ロックは財産の価値は主に労働に由来することを繰り返し述べていた。土地はどんなに広大であっても、労働を投下することなしにはほとんど価値のないものである（『統治二論』第 II 章 36 節）²⁷⁶。我々はこの世で享受しているものの価値の大部分は、いかに多くの労働によって作り出されたものであるかが分かる（同 42 節）²⁷⁷。所有権は「労働という自己の所有物を外的対象に混合することにより、労働者の人格とでもいふべきものをその対象に一体化し、その結果、労働者はその対象物への所有権を獲得する」²⁷⁸という「労働の混合」に由来する。労働がひとたび一定期間内に優先的に財産を形作るようになれば、人はこれに対して自己の事務を管理するための自然権を取得するようになり、またそれは、所有者の同意を得なければ、剥奪できなくなる²⁷⁹。

労働から価値を創造するという価値創造論に基づけば、自己の知的労働によって対象の経済的価値を生み出したり高めたりした者は、その対象物に対する知的財産権を取得するという主張をすることが可能である²⁸⁰。知的労働の場合、労働の結果は知的製品になる。このような場合、知的財産（知的製品）は、発明者、作家等の創造者が大量の知的労働を経て創造したものであるので、彼らの労働に対して、報酬が与えられる。報酬の給付は、当該知的製品の独占的権利の付与によって実現される²⁸¹。この財産権は、所有者の同意を得なければ、剥奪できない。労働による知的製品への所有関係の成立は、所有権成立理由の添付（加工）に最も類似するであろう。民法上では、他者の動産に工作（労力）を加え、かつ、工作による価格増が材料価格を著しく超えるとき、又は加工者が材料の一部を供し、その材料価格と加工による価格増加額が元の材料価格を超えるときには、加工者が加工物の所有権を取得する²⁸²。

これと同様、医薬伝統的知識は、知識の創造者、革新者、伝承者及び保有者が、それぞれの努力と様々な知的労働を通じて生み出した知的製品である。この医薬伝統的知識は、創造者、革新者、伝承者及び保有者の財産になる。本論文の第 II 章に述べた医薬伝統的

²⁷⁴ 島並良「特許制度の現状と展望：法学の観点から」知的財産研究所＝島並良共編『岐路に立つ特許制度—知的財産研究所 20 周年記念論文集—』（知的財産研究所、2009 年）14 頁。

²⁷⁵ ロック著＝加藤節訳『統治二論』（岩波書店、2007 年）212 頁。

²⁷⁶ 同上、213 頁。

²⁷⁷ 同上、214 頁。

²⁷⁸ 山根・前掲注（204）169 頁。

²⁷⁹ ロックは『統治二論』第 II 章の 34 節において、土地の所有権が土地改良という苦労に対する正当な報酬であることを説き、自己の額に汗して働いた労働の成果を他者が権限や苦労なくして欲するのは不当であることを指摘している。前掲注（275）212 頁。

²⁸⁰ 同上。

²⁸¹ 例えば、特許権は、発明完成の労苦に対する報いと言われる。高林龍『標準特許法（第 3 版）』（有斐閣、2008 年）7 頁。また、特許権の歴史から見ると、英国専売条例へと至る創成期の特許制度の目的とも整合的なものである。諸外国の優れた技術を国内に導入することに尽力し、もって国内産業の発展に貢献した者に対して報償を与えることが、特許制度の当初の目的であったからである、と言われる。石井・前掲注（164）40-42 頁を参照。

²⁸² 金井高志『民法でみる知的財産法』（日本評論社、2008 年）74-75 頁。

知識の内部構造から、医薬伝統的知識は常に（全てではないが）伝統的医薬活動から生じる伝統的医薬行為による経験に基づいていることがわかる。たとえ体系化した伝統医学における基礎理論が哲学と混合し創造された知識であっても、その根本的な部分は医療保健の実践に由来するものであり、哲学的要素は経験を解釈することであるので、基礎理論の知識も医薬活動から由来するのである。

アロパシー医学の医者・研究者が新薬を創薬する場合、その過程には、有効物質の発見、有効成分の分析、有効成分の人工的合成、創薬、動物実験、実験の結果による改進、臨床実験（試薬）、更に臨床実験の結果による改進、最後は製品化等の段階がある。そのうち、有効成分の発見、分離、分析等だけでなく、動物実験や臨床実験等、新薬の開発の多くは実験室における各種の実験活動を通じて行われる。各段階における労働としての各種の実験から、新たな物質が発見され、又は人工合成され、更に新薬が作られる。各種の実験という労働の結果は過去に発見されず又は人工製造されない物質の合成方法や新薬の製造方法等であり、その成果が人工合成された物質や新薬となる。

労働論に基づけば、実験の全般を設計し、更に実行する者は、その労働の成果たる新物質、新薬又はその合成方法、製造方法に対して、所有権を有するのは当然である。

これを伝統医薬の領域に当てはめれば、伝統医薬の実践者である伝統的医薬活動を行う者はアロパシー医学の医者と同様、上記の労働をしていたことになる。ただ、伝統医薬では、患者の治療、薬剤の調剤をしながら、創薬活動が行われる等、上記のいくつかの段階を同時に行う場合が多い。

治療の成功又は失敗の経験は臨床実験と同様であり、大きな違いは、創薬にかかる時間である。アロパシー医学の場合、治療と創薬に関する諸実験は一般的に分離されて行われる。科学者が患者に対する診断を行わなくても、病因等の情報が分かれば研究を進めることができる。

新薬の臨床実験の場合にも、一定の時間的制限があり、数年で実験を終了しなければならない。臨床実験を含めて新薬の開発は数年か十数年かかるのが一般的である²⁸³。しかし、経験の積み重ねによる伝統医薬の場合、調剤・投薬経験の一代中での蓄積は当該世代の医師の一生をかけて得られるもので、少なくとも数十年が必要となる。むしろ、数世代や十数世代の伝承によって創ってきたものもあり、その創薬期間は数百年かかると言える。つまり、アロパシー医学領域における創薬活動を「一人の一時的な労働」と言うならば、伝統医学領域における創薬活動は複数の人間の世代を超えて行う労働と言ことができ、実質的な労働が行われたという点に着目すれば、二つの医薬には差がないと言える。従って、伝統医薬活動の実践者・伝承者がその労働の成果たる医薬伝統的知識に対して、所有権を有することは理不尽ではないだろう。実際、第 I 章で言及した WIPO の規定案や政策目標における伝統的知識の定義、権利者等に関する規定には、この傾向が見られる²⁸⁴。

労働論は知的労働の成果に対する所有権の生成を論じるが、所有という権利の排他性について、まだ議論する余地がある。

所有権の対象物たる有体物（例えば一服の越中反魂丹や一粒の六神丸の場合）には物理的な境界がある。有体物に対する所有権及ぶ範囲は明確かつ限定的である²⁸⁵。換言すれば、

²⁸³磯崎・前掲注 (1) 119 頁。

²⁸⁴WIPO の規定案の第二部、実体的規定の第 5 条においては、伝統的知識の保護は、伝統的及び世代間の文脈において当該知識を生み出し、保存し、伝承する社会、…の利益になるべきであると述べられている。世界知的財産権機関事務局・前掲注 (72) 84 頁。

²⁸⁵See Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company (1996) p. 211. 又、有体物に対する所有権が及ぶ範囲が明確であり、五感を持ってその範囲を知ることができる。中山信弘『工業所有権法（第 2 版増補版）』（弘文堂、2000 年）24 頁。

所有権の境界は対象物の物理的境界とはほぼ一致しており、権利は物理的境界によって制限されている。

一服の反魂丹や一粒の六神丸に対する所有権は他と同様のレシピと製造手順で作られた反魂丹や六神丸には及ばない。薬舗Aが一服の反魂丹や一粒の六神丸を製造すれば、その製品に対して排他的所有権を有する。薬舗BやCが同様の反魂丹や六神丸を製造すれば、同様の所有権を有し、しかもBやCの所有権の排他性は薬舗Aの自家製の反魂丹や六神丸に対する所有権の排他性に影響しない。しかし、反魂丹や六神丸とは異なり、反魂丹の製法や六神丸の製法方法は無形であるため、その物理的境界を測ることはできばう。従って、薬舗Aが有する製法に対する所有権と薬舗BやCが有する製法に対する所有権においても、物理的境界による権利の境界も明白に言えない。無体物に対する所有権は国境を越えて国際的に無限定に広がり得るといふ違いもある²⁸⁶。このような場合、物理的境界の代わりに、一定のルールによって所有権の排他性及びその境界を擬制する必要がある²⁸⁷。

上記の薬舗A・B・Cのような複数の労働者が同様の知的製品を創造する場合であれば、知的製品又はその成果物という労働の成果に対する排他的所有権は一人にしか付与されないのは現行知的財産権法の手法である。つまり、その権利者以外の者の労働や投下した各種の資源は無視され、彼らのあるべき権利は剥奪されることになる。このように人為的に権利を授与したり剥奪したりすることには、正当化の根拠が必要となる。ここでは、根拠として、功利論が援用される。

功利論の基本的な考えは、以下のとおりである。即ち、知的財産権の付与によって、知的財産権の権利者（同時に知識の創造者）に大きな刺激（例えば経済的刺激）を与え、彼らの知的製品の創造活動及びその成果を公開する意欲を促し、社会により豊富な価値のある知的製品を提供させる²⁸⁸。結果として、社会にとっても、彼らの創造的知的活動から作られた知的製品及び利用できる知的製品が増加し、社会全体の繁栄や進歩にもつながる。功利論の見解は、特許制度を望ましい社会を実現するための手段・道具として理解する。その際に、望ましい社会状態として想定されるのは、発明の促進と、その結果としての産業発達や経済成長である²⁸⁹。

現代社会において、功利論には更にインセンティブ論と新古典経済学論の二つがある。

インセンティブ論は、知的財産権の目的は創造に対するインセンティブによって知識の学習、創造等を促すことができるし、また創造に対するインセンティブは知的製品の製造

²⁸⁶Drahos, *supra* note 285, p. 211.

²⁸⁷有体物であれば、物理的に「占有」することによって、排他的にその利益を享受することができる。これに対し、情報等の無体物は、あらゆるところに同時に存在しうる「遍在性」があり、それを秘密にしない限り占有することはできず、複数の者が同時にこれを利用することができる点に特性がある。所有権がなくても当然に占有が可能な有体物とは異なり、情報財を客体とする知的財産権は、情報に第三者に対する利用禁止権を付与することにより、独占的な利用権を人為的に設定する。森田宏樹「財の無題化と財の法」片山直也＝吉田克己編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）93頁。また、無体物の境界線は多くの場合、知的財産権侵害訴訟における同一性又は類似性判断によって仮定される。例えば、特許侵害訴訟の場合、特許請求の範囲（クレーム）の記載と被告の製品と対比し、被告の製品の技術的範囲、均等範囲或いは間接侵害の範囲に属するか否かによって、境界が画定されることになる。高林・前掲注（281）115頁。

²⁸⁸知的財産権の正当化根拠には、それが一人の権利者自身の利益ではなく、より広く多数の者の利益に資するという観点を入れざるを得ないように思われる。つまり、フリーライドをある程度防がなければ、知的財産を創出しようとする者が過度に減少し、一般公衆が不利益を被るといふ構成ないし効率性の観点を持ち出さないことには、知的財産権を正当化することはできないと考えるのである。田村善之『知的財産権法（第5版）』（有斐閣、2010年）8-9頁。また、知的財産権の目的の中に、産業の発達に寄与することを目的とするということが、多くの知的財産権法の第1条に明記されている。高林・前掲注（281）6-7頁を参照。

²⁸⁹島並・前掲注（274）16頁を参照。

と伝播を促進することができる」と主張する²⁹⁰。

それに対して、新古典経済学論は、財産権制度の基本目標は、資源の最良配分であると主張する。当該理論の中核となるのは、市場は資源を最も効率的に配分し、同時に、知的財産権制度は最も効率的に知的製品を配分することができるため、知的財産権には正当性が認められる、というのである。

両者の違いは、インセンティブ論が知的製品の使用とインセンティブの間のバランスをとることを図っているのに対し、新古典経済学論は知的製品に関する潜在的市場を作り出し、完成させることに注目している点にある。また、インセンティブ論が、政府が社会利益の最大化を実現し、公共利益の需要を満足するため、知的財産権を知的製品の創造者・公開者に授与し、彼らに社会・公衆が使う知的製品を作らせ、公開させるのに対して、新古典経済学論は、社会に需要されるのは価値のある知的製品であるので、政府は単に知的製品の創造を促すだけでなく、知的製品に対して最も効率的な配分のための条件も作るとして知的製品の市場における最善の配置に注目している点も大きな違いである。

経済学の立場から知的財産権の合理性を説く Landes 氏及び Posner 氏は、大部分の知的製品には、二つの特徴があると言う²⁹¹。一つは知的製品が複製されやすいこと、もう一つはある使用者によるある知的製品の使用は他者による当該知的製品の使用を妨げないということである。この二つの特徴から、知識の創造者にとって一つのリスクが生じる。それは、知識の創造者が「表現コスト」を回収することができない、ということである。なぜなら、複製者は、当該知的製品の市場価格を下げるからである。創造者が上記のリスクを意識した後は、社会的価値のある知的製品の創造に従事することは創造者にとって最優先事項ではなくなる。従って、一定期間、製品の複製品を作る排他的権利を創造者に付与することを通じて、低効率の生産を防ぐことができる。

医薬伝統的知識には、既に公開され、その最初の創造者、革新者以外の人々に知られた部分が多いことは事実である。このような場合、功利論を用いて医薬伝統的知識を保護する考えは、「歴史的負債」を返済する、という立場に立っていると思われる。これは、伝統社会による知識の革新と進歩に対して、補償を給付する行為であり、伝統社会のこれからの知識に対する保存・発展を促す行為をも意味し、インセンティブ論に合致する。

ところで、功利論にはもう一つ、探鉱理論と呼ばれる理論もある²⁹²。

探鉱理論によれば、探鉱と発明は類似する。探鉱者は、自己が発見した鉱石資源に対して、排他的採取権を有する。発明者が新たな発明をするとき、それは探鉱者が新鉱床を発見することに類似している。一般的に、特許法も探鉱法も、他者の努力や貢献を無視し、利用の優先権を一人の発見者に授与する。この点から見れば、特許権は、採掘権に類似し、知的製品（鉱石）に対する所有権ではなく、知的製品（鉱石）へのアクセス及び利用に対する排他的権利であると考えることができる。

探鉱の過程においては、一人の幸運な探鉱者は、最初に価値のある鉱床を発見する。一般的に、このような情報は、当該鉱床の付近に類似の富鉱があることを意味している。情報を知った他の探鉱者が当該地域に集まると、現地の資源をすぐに採り尽し、皆がまた精神的及び経済的コストをかけて新鉱床の探査に行くであろう。それは資源の持続可能な利用から見れば、効率的ではない。そのため、仮に発見地及びその周囲の鉱床に関する所有

²⁹⁰山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(5)」『知的財産法政策学研究』第33号(2011年)200-227頁、島並・前掲注(281)16-17頁を参照

²⁹¹William M. Landes=Richard A. Posner 著=金海軍訳『知識法経済学』(北京大学出版社、2005年)374頁参照。

²⁹² See John. Duffy, *Rethinking the Prospecting Theory of Patents*, The University of Chicago Law Review (Spring, 2004) pp.439-510.

権をすべて最初の発見者(或いは最も有力な採掘者や当該鉱床を最善に利用できる採掘者)に付与すれば、他の者はその地域以外のところに行き、新鉱床の探査に向かわざるを得ない。とはいえ、独占から得られる大きな利益の刺激を受けるので、新鉱床の探査の意欲は高まるかもしれない。

現代特許制度もこの考えに類似しており、最初の発明者(又は当該発明を最善に利用できる者)にその発明に関する全ての権利を授与し、一定の範囲内の特許保護を与えることができれば、資源の浪費を防ぐことができる。更に、ある発明がオリジナルな核心的技術である場合、その発明は基本特許となる。それを基礎とし、改良によって獲得した特許は、改良特許であり、前者(基本特許)による制約を受ける²⁹³。

ところで、先住民が医薬伝統的知識の主体になるべきであるという主張は、先住民が地底鉱脈の原始所有権を有することについて、太古の昔から先住民が鉱物採取活動を開始しており、従って、白人の植民者に優先して鉱脈の財産権を取得すべきであるとも言う²⁹⁴。この理論を援用して、先住民は、ある動植物又は鉱物の生命や健康を保護するための方法を経験によって纏めることができるので、先住民は他者に優先して当該知識に関する権利を取得すべきであるということになる。

第2節 第一、第二及び第三の理由に関する議論

1 生存権に基づく理由

伝統医薬は生存権の一部である途上国や貧しい人々の健康に関する権利の保障にとって、有効で不可欠なものであり、そのため、医薬伝統的知識を保護することは途上国や貧しい人々に対してより多くの、上質な薬品を提供することに繋がる。途上国の国民や貧しい人々が価格高騰の薬を購入できないのは、人の健康に関する権利を侵害するという問題として捉えなければならないのである。

問題の解決方法は二つある。一つは、高価な特許薬の価格を途上国の国民や貧しい人々の支払えるレベルにまで下げるという方法である。もう一つは、彼らの安価な伝統薬に対する使用・利用の確保という方法で、途上国の国民や貧しい人々が高価な現代薬品にアクセスできない場合、少なくとも安価な伝統薬という選択肢を確保する方法である。

前に述べたように、医薬伝統的知識の保護の議論は、公衆衛生危機が社会問題化し、その原因は特許権にあるという点から出発していた。特に、TRIPS協定が締結された後、このような批判は途上国のみならず、先進国においても行われてきた。国境なき医師団(Medecins Sans Frontieres、MSFと略称)は、以下のような三つの理由があり、それによって、多国籍製薬企業は公衆衛生危機に対して、ある程度の責任を取るべきであると主張している²⁹⁵。

1) ハイレベルの特許保護は、医薬品価格の高騰の元凶であり、たとえ新薬が開発されたとしても、その高騰な価格で途上国の民衆に行き渡る可能性は極めて低い。実際、このよ

²⁹³ 例えば、日本特許法第72条によると、特許権者、専用実施権者、通常実施権者は、特許発明が他人の先願の特許発明等を利用するものである場合は、正当な権原を有しなければ、特許発明を実施できない。基本特許と改良特許の場合、基本特許の権利者から許諾を取得しなければ、改良特許の業としての実施はできない。つまり、改良特許の特許権者は、その実施行為について、基本特許の特許権者による制限を受けることである。

²⁹⁴ 黄居正著=坂口一成訳「時間、労働と生態—先住民の財産権の核心的テーマ」『知的財産法政策学研究』第19号(2008年)248頁。

²⁹⁵ Ellen't Hoen, *supra* note 210, pp. 29-30.

うな問題は、途上国のみならず、先進国にも波及している。例えば、米国の人々は、特許薬が高価なため、メキシコで非特許薬を購入する事例が増えている²⁹⁶。米国炭疽菌事件の後、米国やカナダの民衆も安価な対炭疽菌の薬を購入することができるよう、本国政府に対してデモを行ったこともある²⁹⁷。

2) TRIPS 協定等の WTO 枠内の知的財産権保護の規則は、途上国の国内生産能力に対して、マイナスの影響を与え、途上国の安価で有効な薬品の獲得を阻害している。

3) TRIPS 協定は、途上国において多発するマラリアや結核といった疾病の研究に対する多国製薬企業の投資を促進できていない。この原因は途上国が製薬企業に対して、十分な潜在的利潤を提供できていないことである。

上記の指摘に対して、WTO は、ドーハ宣言によって薬品特許と貧しい人々の健康に関する権利の間にある程度のバランスをとるとした。ライセンス料を支払わないことによって、途上国における薬品の生産コストを下げるという方法、又は既存の特許権に基づく市場独占許可を無視し、安価な同類薬や模倣薬を輸入することによって、薬品の本国市場に入る最初の価格を下げるという方法がとられたのである。いずれの方法によっても、結果として、民衆は販売の段階で薬品を購入するとき、比較的安価な薬品を購入できることになる。

しかし、WTO によってとられている上記の方法には、次の三つの問題がある。

1) 上記の行為は薬品の生産価格や、本国市場に入る最初の価格のみを下げ、流通過程における薬品価格の高騰に対しては、何の影響も与えない。

2) 強制実施であっても、並行輸入であっても、その発動は公衆衛生危機があったときのみ限られるので、ドーハ宣言が各国によって履行されても、医薬品価格に与える影響は限定されることを意味している。

3) 薬品価格が大幅に下がるという実績は確かにあるが、貧しくて薬品を購入できない人々は依然として多くいる²⁹⁸。このような場合、安価な伝統薬を確保する先述の第二の方法が重要である。

第二の方法について、伝統医薬は先進国において、その存在の合理性又は価値が認められていない場合が多い。また、長期間、先進国や現代化を進める途上国においては、伝統医薬又は医薬伝統的知識は非科学的で時代遅れとみなされてきた。アロパシー医薬が伝統医薬を完全に代替でき、患者や医者がアロパシー医学の受入を拒否する経済的理由²⁹⁹や文化的理由³⁰⁰がない場合、アロパシー医学の存在は確かに伝統医学の市場、又は存続の空間

²⁹⁶ See Drahos and Braithwaite, *supra* note 12, p. 1.

²⁹⁷ See Kavaljit Singh, *Anthrax, Drug Transnationals, and TRIPS* (U. S. FPIF, 2002. 4. 29) https://ips-dc.org/anthrax_drug_transnationals_and_trips/ (最終閲覧日 2018 年 12 月 10 日)

²⁹⁸ ドーハ宣言発表後の途上国の製薬メーカーの実績として、以下の例が挙げられる。逆伝写酵素阻害剤はエイズ治療に多く用いられる薬である。テノホビル (Tenofovir、開発者及び特許権者は米ギリアド・サイエンズ社である) という逆伝写酵素阻害剤の模倣薬はインドの製薬企業シプラ社によって製造され、その一日分の用薬の価格は 2000 年前後で 2 ドルまで下がった。更に、ブラジルのバーリンガーインゲルハイム社により製造された模倣薬 Nerirapine の価格は一日分 0.95 ドルに下がり、それによって利用できる人が多くなった。しかし、エイズの治療には逆伝写酵素阻害剤による治療のみならず、併発する病の治療も同時に必要であり、また、前掲注 (209) に述べたように、マラリアや様々な感染症で死亡する人はまだ多く存在し、彼らにとって安価な治療方法が確保されなければならない。

²⁹⁹ 前に述べたように、貧しく現代薬を買えず、又は病院に行けず、安価な伝統医薬や身の回りにある天然薬用動植物を利用するしか治療の選択肢がない人々はまだ多くいる。

³⁰⁰ 例えば、アロパシー医学が中国に入ったばかりのとき、西洋式の外科手術を施した伝道医 (医者と宣教師の身分を同時に有する者) は、当時、人体を壊し、人の魂を盗む巫術者と思われていた。また、体温計を用いて検温したり、片手だけの脈を測る診察行為は非科学的であると思われ、その行為を行う伝道医も医師が分からない者であると思われていた。入院中の患者は親友以外の者 (看護婦) による看護が全く理解できないことがあり、白衣を着て手術ナイフを握っている医者が自分を殺し、葬式をする者と思っていたため手術室から逃げ出した患者もいた。楊・前掲注 (64) 2 頁、22 頁、106 - 107 頁を参照。

を占有するかもしれない。このような占有は「自然な形」、又は外的な力で推進される。

「自然な形」というのは、医薬伝統的知識を保有し、伝承してきた者又は伝統医薬を利用してきた患者たちが、自ら当該伝統医薬に対して持っていた信頼感や依拠性をアロパシー医薬に移行させ、当該伝統医薬活動や知識を放棄し、又は伝承しなくなるという意味である。それによって、医薬伝統的知識が形成した社会的環境が消滅し、知識も消失してしまうか、消失しない場合でも、知識の蓄積が停滞しているので発展も止まり、「死んだ知識」になってしまう³⁰¹。

一方、外的な力で推進される場合、外的な力は更に次の三つに分けられる。

1) 宣伝によって、現地の住民の伝統医薬に対する信頼感を失わせる。

2) 法又は政策によって、伝統医学を廃止し、又はその価値を低下させ、或いはその従事者の育成システムを破壊する。

3) 特許等、公的又は私的権利によって、現地の住民の伝統医薬の自由な使用を妨害する。

アロパシー医薬が伝統的医薬の生存の空間を占有することに対応するには、事情によってそれぞれ異なった対策が必要である。外的な力によって、代替過程が推進される場合の対策として、最も重要なのはその外的な力を排除することである。

宣伝によって現地の住民が伝統医薬に対する信頼感を失うことに対する対策として、政府等公的機関による適切ではない宣伝の停止がある³⁰²。個人による宣伝は言論の自由があるため禁止はできないが、伝統医薬に対する信頼感を高める政府による宣言の促進は可能である。

伝統医学の廃止やその従事者の育成システムを破壊する法政策に対して、これを廃止し、逆に自国の伝統医学を促進する法政策を施行することは可能である。特許等、公的又は私的権利を行使して現地住民の伝統医薬の自由な使用を妨害することに対しては、法政策によって当該妨害を排除し、伝統医薬の自由使用又は本国における利用³⁰³を確保すれば問題は解決する。そして、自然な形の場合の対策として、最も重要なのは、当事者が自らの伝統医薬や医薬伝統的知識に対する信頼感や依拠性を回復させることである。

一方、前に述べたように、伝統医薬が殆ど民衆の唯一の選択肢になる場合、アロパシー医学への代替は見られず、利用する者は絶えることなく、伝統医薬活動の実施と伝承が維持されるので、上記の知識の消失や発展の停滞という問題は当面発生することはない。従って、途上国や貧しい人々にとって、伝統的医薬の発展はより重要なものであり、伝統的医薬活動の維持と促進は健康権に関する問題を解決する最も実践可能な方法である。WHOはこの点に着目し、WHOの戦略目標として、伝統的医薬の発展、伝統的医薬が所在国の国民保健システムに入ること及び伝統的医薬の従業者の養成等を挙げている。

牛黄清心丸の事例に着目すると、問題は更に複雑になるとと思われる。牛黄清心丸事件は、以下のようである³⁰⁴。

「牛黄清心丸は中国の名薬である。現行の標準化製剤は宋時代において作成

³⁰¹その他に、自然環境の変化もあり、例えば、ある生薬たる動植物の消失又は使用禁止によって、当該生薬に関する伝統的知識は消失してしまい、又はその蓄積が停滞してしまうかもしれない。しかし、この場合は、社会環境の変化より深刻ではないので、本論文では議論の対象にしない。

³⁰²例えば、2017年7月1日から施行した中国の中医薬法の第46条1項では、中医薬を正しく宣伝することを地方政府に対して義務付けている。また、そのため、中医薬の知識に関する宣伝を行うとき、中医薬の専門技術者を招聘するという義務があることが同条2項において規定されている。中医薬法の条文は中国政府のホームページで閲覧可能である。前掲注(186)。

³⁰³ここでいう「自由使用又は本国における利用」という表現は、自国民の健康に関する権利を保つため、自国における伝統医薬そのものを自由に使用すること、及び同じ目的で自国の伝統医薬を利用し現代的薬剤を製造開発し、自国民により上質な伝統薬を与えることを意味する。自国民の健康に関する権利の保護が目的であり、現代薬を輸出しお金をかせぐことはここには含まれていない。

³⁰⁴ 宋・前掲注(1) 275-277頁。

された『太平惠民和劑局方』を基準とする。現時点で、牛黄清心丸を製造、販売する中国の製薬企業は北京同仁堂等 24 社ある。1613 年、韓国で有名な医薬書である『東医宝鑑』が刊行され、第二巻で、牛黄清心丸が収録されたが、中国の牛黄清心丸と比較すると、薬の成分やレシピには僅かな違いがある。1989 年 5 月 16 日、韓国の出願者は中国特許管理局に対して、牛黄清心丸に関する発明特許の出願を提出した。出願の主な内容は牛黄清心液という薬液の製法である。当該出願は却下されたが、1993 年、牛黄清心丸のマイクロカプセル剤に関する特許出願も提出された。中国のみならず、韓国の出願者は自国を含め、日本、米国等数ヶ国において、牛黄清心液や牛黄清心マイクロカプセル、又は牛黄清心丸の新処方（レシピを調整し、各成分の組合せを変更するもの）に関する特許を出願した。」

牛黄清心丸の事例において韓国の出願者は、牛黄清心丸の伝統的処方そのものに対して特許出願を行わず、牛黄清心丸に関する改進黨特許として新しい剤型（経口投薬の液剤又はマイクロカプセル剤）又は伝統薬に基づく新処方に関する特許を出願した。当該出願者の出願は中国において却下されたが、仮に却下されなかったとしても、中国の伝統的利用者は、牛黄清心丸の伝統処方又は伝統製剤（普通の伝統的丸剤）を使用し、病を治療することができ、特許権を侵害しない限り伝統薬を利用し、新薬を開発・販売することもできる。実際は、韓国の出願者の特許出願は却下されたので、中国の利用者は韓国の出願したものと同じ経口投薬の液剤又はマイクロカプセル剤の国内での製造販売は制限されなかった。自国の伝統的知識に関する外国人の特許申請に対する判断が慎重に下されれば、自国民の健康を維持するという目的は実現できると思われる。

ところで、外国人の特許申請の却下は、伝統的知識を先行技術とし、又はパブリックドメインに入っているということをも理由として、或いは特別法を制定し、特別法に反するという理由としてなされることがある³⁰⁵。これは第 I 章第 2 節の 3 に述べた他者の権利取得の阻止によるとする消極的保護に当たる。

しかし、消極的保護によって問題が解決するわけではない。前述したように、自国民の健康に関する権利を保障するため、自国民の伝統医薬に対する使用又は利用が確保されなければならない。この「使用又は利用」には、同じ目的で伝統薬を利用し、より効果がある新たな薬剤及び用法又は用量を開発する行為も含まれる。そして、上記の「使用又は利用」に含まれない「伝統医薬を利用し開発された現代薬を海外に輸出しお金をかせぐ」という自国民の健康維持以外の行為によって新たな問題が生じるのである。

牛黄清心丸の事例において、一方の当事者である中国にとっての問題は、韓国の出願者が牛黄清心丸に関する特許権を取得すれば、中国の製薬企業は将来、同様又は類似の剤型の製品（経口投薬の液剤やマイクロカプセル剤）を製造・販売することができなくなる。仮に中国がいかなる理由によって韓国人の特許出願を却下しても、海外では韓国人の出願が先願になるので、中国企業の同製品は海外市場に進出できず、市場の占有率もそれによって下がるかもしれない³⁰⁶。

ところで、牛黄清心丸に類似する事例は中国の論文の中によく見られる。例えば、日本は 1980 年（「1970 年代」と記述する論文もある）から、中国の 210 の古代中薬方（『傷寒論』及び『金匱要略』又は「仲景方」と記述する論文もある）を基礎とし、新薬開発を推進し、漢方製剤という産業をかなり発展させた。1994 年だけで、その国内売上は 1500 億円（「15 億ドル」と記述される論文もある）に上る。これまで、日韓両国は既に国際中

³⁰⁵前者の例はインドであり、後者の例はペルー、タイである。

³⁰⁶宋・前掲注 (1) 277 頁。

成薬（中薬製剤）市場の 70%を占有している。中成薬を含めて全ての国際中薬市場においては、日本は 80%の市場占有率を有する（「日韓両国は 90%の市場占有率を有する」と記述される論文もある）。中国は既に日本の薬用原材料提供地に落ちてしまったというのである³⁰⁷。

上記の事例によれば、伝統的医薬そのものは先行技術として特許の対象にならず、当該伝統的医薬や医薬伝統的知識に対する使用が、既に存在する特許権によって阻害される可能性は極めて低い。実際、上記の議論を見ると、途上国の国民の健康に関する権利の保護を途上国の企業の利益の維持と混同して議論している場合が少なくないのである。

健康に関する権利に基づいて医薬伝統的知識の保護を提唱する場合、国際法規範として、次の二点を確保すれば、問題にならないと思われる。

1) 製薬会社が有する特許権が、できる限り途上国や貧しい人々による伝統的医薬に対する使用を阻害しない。

2) 各国はできる限り、自国の伝統医薬活動に繁栄させる。

いずれにしても、健康に関する権利の保護という理由によって直接支持されるのは自国民による医薬伝統的知識の自由な使用と利用の行為に過ぎない。医薬伝統的知識に対して権利や排他的権利を設けるという保護方法と国際法の直接的な関連性は薄いと思われるので、権利や排他的権利を設ける理由又は企業の商業的利益の保護理由はほかのところにあると思われる。

2 歴史に対する清算という理由

上記 1 で述べたように、健康に関する権利の保護の一つの方法として、各国は自国の医薬伝統的知識に対して、知識そのものの使用・利用と新薬開発を保障する。しかし、途上国等の一部の国にとって、自国企業が海外進出する際、海外での自国の医薬伝統的知識に対する排他的利用も確保されなければならない。そのためには、健康に関する権利の保護だけでは不十分であり、国際市場において利益を得てきた先進国は、当該途上国のための市場又は関連利益を譲る必要がある。これには、先進国が過去に行ってきた歴史に対する清算が含意されている。

歴史的な背景として、一部の者（A グループ、主として先進国の人々）が暴力、植民地支配、略奪等の手段で他の一部の者（B グループ、主として途上国の人々）から資源等の経済的利益を獲得してきた。また、この利益を得た後の不平等の経済状態（或いは経済力、科学力又は様々な国際的基準を制定する能力等も含まれる国力の差）に基づいて、当該不平等の状態を保ち、維持する社会システムや規範が作られた。WTO や TRIPS 協定に対する批判は、この点に集中している。この現行システムに対抗して、グループ B のみに与えられる権利が必要である。

そのために、先進国による歴史に対する清算と先住民の保護という二つの観点から A グループと B グループの棲み分けを行う必要がある。歴史に対する清算の観点からは、国家の発展の程度又は植民地支配の有無がグループ分けの判断基準になる。それに対して、先住民の権利の保護の観点からは、先住民という身分を有するか否かがグループ分けの判

³⁰⁷杜瑞芳『传统医药的知识产权保护』（人民法院出版社、2004 年）134 頁、严・前掲注（62）246-247 頁、宋・前掲注（1）218 頁、周・前掲注（1）93、163 頁、李崑鹏「中药药方知识产权保护中存在的问题及对策」『开封大学学报』第 24 卷 1 号（2010 年）27 頁、张岩「中药知识产权利益平衡机制」『江苏卫生事业管理』第 108 号（2009 年）93 頁、王谈凌=车明凤=王一涛「国际传统医药知识权益维权案例与思考」『中国新药杂志』第 15 卷 19 号（2006 年）1612 頁、洪净『中药知识产权保护』（中国中医药出版社、2003 年）15 頁、臧小麗「伝統知識的法律保護問題研究」中央民族大学博士論文（2005 年）85 頁、他を参照。

断基準になる。

確かに、資源に対する略奪は植民地支配の歴史において、常に見られるものである。そして、資源の範囲は、ときに鉱石、森林、(物としての)動植物から、文物等の文化財までに広がる。CBDによれば、遺伝素材やその素材を有する動植物も遺伝資源として、資源の一部とされるので、一部の伝統社会、特に先住民社会から見ると、外来者が無許可で、彼らの医薬伝統的知識等の無形的資源を利用し、かつ商業化することは、植民者が戦争を通じて自国の鉱石等の資源を略奪することや文化財を略奪することと同一視される。

更に、医薬伝統的知識が遺伝素材、動植物、鉱石資源のような資源と同一視され、国家主権の管轄対象になり、国家がそれに対して絶対的所有権を有すると主張する学者もいる。特に、医薬伝統的知識をCBDの保護範囲に入れるべきであると主張する学者や国家は、CBDによって規定される遺伝資源に対する主権的権利(主権的権利ではなく、主権と訳す者もいる³⁰⁸)を医薬伝統的知識にも適用すると主張している。伝統的知識に対する乱用・濫用をバイオパイラシーとし、それを遺伝資源と同様に規制すべきと主張する国もある。

ところで、医薬伝統的知識は鉱石等の資源や遺伝資源等と異なり、無形物であり、物理的な限界がないので、それに対する独占は、知的財産権の対象(つまり現代的知識)と同様、その他の潜在的所有者を全て排除しなければならない。過去の歴史を清算するに当たり、発展の権利は途上国だけに付与されるものであるから、医薬伝統的知識は途上国だけに帰属し、先進国や旧宗主国は所有者の範囲から排除されると考えられる。所有者の範囲から排除されるかどうかは、植民地支配を過去に行ってきたかどうかで先進国か途上国かを判別する基準に基づいて、決定される。

しかし、国家の発展の程度によって先進国と途上国を判断する基準に基づいた場合であっても、それらは必ずしも旧宗主国や先進国の発展に関する権利を剥奪することにはならない。旧宗主国や先進国は確かに植民地や途上国を援助し、発展させる責任があるが、だからといって旧宗主国や先進国は自己の医薬伝統的知識に対する所有を放棄したり、剥奪されることにはならない。WIPOもCBDも先進国や旧宗主国には伝統的知識に関する権利がないとは言っていない。CBDの場合、先住民の伝統的知識を保護すると規定しているが、先住民ではない者の伝統的知識を保護しないわけでもないし、彼らを伝統的知識の所有者にしないわけでもない。WIPOの場合、先住民の社会又は伝統的社会以外の者が伝統的知識の保護の利益者になることが可能であると政策目標に明記されている³⁰⁹。

前章で述べたように、植民地ではないが、ある医薬伝統的知識の誕生地と認められ、或いは伝統的知識と医薬伝統的知識を持つ国がある。植民地という概念は一般的に大航海時代から各植民地が独立した時点までと言われるが³¹⁰、タイは大航海時代以来植民地にならなかった独立国家であるが、現代においても途上国のままである。このような国は医薬伝統的知識の豊富な国であるが、医薬伝統的知識の所有者から排除されるのは理不尽である。他方で、植民地であると同時に医薬伝統的知識を盗用していると指摘される国もある。前掲の牛黄清心丸の韓国はその例である。

更に、旧宗主国と旧植民地、又は先進国と途上国、という医薬伝統的知識に対する所有権の有無を判断する基準によって、旧宗主国や先進国を所有者から排除したとしても、所有権の衝突の問題はまだ解決されていない。なぜなら、旧植民地同士又は途上国間の同一の知識に対する所有権の衝突は依然として存在するからである。この場合の知識の併存に

³⁰⁸ 平・前掲注(62)112頁又は宋・前掲注(1)304頁等を参照。

³⁰⁹ 前掲注(72)、実体規定の第5条を参照。

³¹⁰ 猪口孝=田中明彦他編『国際政治事典』(弘文堂、2005年)471頁、又はマルク・フェロー著=片桐祐一=佐野栄一訳『植民地化の歴史』(新評論、2017年)2頁。

については、次章の第2節において展開し、論じることとする。

歴史的清算の重要な内容である経済的清算は医薬伝統的知識の保護に関する国際レベルの法政策の中で、配慮しなければならない事項である。しかし、これだけでは医薬伝統的知識に排他的所有権を設ける理由としては不十分であり、次の文化的清算も配慮しなければならない。

文化的清算は、文化的多様性の保護と文化に対する占有の防止についてそれぞれ論じることとする。

文化的多様性の保護に関しては、主流文化が非主流文化の生存空間を侵攻という歴史的事実に対して法的、政策的もしくは行政的手法で救済するか、又は歴史上の不正義を是正し、将来このような侵害が発生することを防ぐことが必要とされる。医薬の分野で言えば、アロパシー医学（主流文化）が様々な伝統医薬（非主流文化）の生存空間を縮小させることがこれに当たる。

文芸作品、文化的製品又は他の種類の技術製品等とは異なり、人々の医薬に対する信頼感は主に価格と効果効能の2点に帰着する。

それぞれの地域によって異なるのは、価格と効果効能の構成比率である。権利を設定し、権利者に利益を与えとしても、変化が生じるのはその構成比率でしかない。前節で述べたように、伝統医薬は価格について、アロパシー医学より優位にある。特に途上国の場合、この優勢はより大きくなるが、伝統医薬の効果効能に関しては、アロパシー医学に比べると著しく低いと言われる。

日本政府の漢方廃止政策や中国政府の中医廃止政策のように、伝統医薬が廃止され、伝統的医薬が衰退していく過程においては、同時にアロパシー医学が推進されていくのであるが、伝統医薬の効能がアロパシー医学よりも低いとされるのは、アロパシー医学が政府によって推進されたからだ単純には言えない。

文化的観点から見れば、文化は特定の地域における慣習、行為に対する規範又はある種の観念形態（イデオロギー）の総合であり、その内容、性質、特徴等は文化の所在地の物的世界や生活環境等によって決められる。つまり、生産方式、生活様式の変化は、伝統文化（伝統医学も当然含まれる）衰退の根本的な理由ではないか、と思われるのである。グローバル時代において、伝統文化消失の最も主要な原因は当該文化が所在する地域における主体が、様々な原因で自主的又は受動的に自己の伝統や文化を放棄し、外来文化環境に浸った結果、伝統文化を維持する環境が消滅したことにある³¹¹。

医薬分野の場合、アロパシー医学は中国や日本に導入されたころ、広範には受け入れられなかった。その後、外科手術や公衆保健防疫等の分野にアロパシー医学が伝統医薬よりも著しく効果があることが徐々に認識され、アロパシー医学が中国に導入されたおおよそ200年後、その治療効果が社会に広範に受け入れられ、地元の伝統医学（中医）より効果があると認められた。

その一つの契機となったのは、1911年のハルピンを中心地とするペストである。このとき、中医や地元の少数民族医師らは誰も災害に対処できなかったが、アロパシー医学を学び、イギリスで医学博士号を獲得した伍連徳氏と彼の防疫隊の努力によって、ペストが成功裏に抑えられ、蔓延しなかった。また、医師とその補助要員が犠牲者となった比率についても大きな差があった。ハルピン市傅家甸地域は災害の中心地であり、この区域において、登録している伝統的開業医の32名のうち、過半数の17名が死亡してしまった。それに対して、伍氏の防疫隊の死亡率は僅か10%であった。アロパシー医学のもとで行っ

³¹¹ 藍寿榮＝朱雪忠「土家族传统知识的法律保护」『科技与法律』2003年度第4号（2003年）82-83頁又は朱・前掲注（63）34頁を参照。

た伍氏の防疫対策は、当時の統治者や民衆に大きな衝撃を与えた³¹²。当局は伍氏を表彰する一方、防疫総局の創設等の本格的な西洋式の保健システムを設置した。

日本は西洋式の医学（蘭医）と接触し、これを受け入れ、明治初期の内戦では、外科、特に銃弾傷の治療といった当時の新式西洋医学の強みを発揮した。そのため、当時の若者には、西洋医学を学ぶ者が増加した。有名な医者であった高木兼寛氏は、蘭医も漢方にも精通する恩師の石崎良策氏が戦争中の野戦病院で、英人医師のウィスリ氏の助手しかできなかったことを見て、漢方より英国流の西洋医学のほうが、より多くの人を救えると思い、西洋医学に転向し、イギリスに留学するまでになった³¹³。

このようなアロパシー医学の魅力に惹かれ、伝統医学を放棄する医者や患者が増加したことは伝統医学の衰退又は医薬伝統的知識の消失の根本的な原因と言えるので、伝統医学を維持発展するための解決策は、公的又は私的場面で伝統医学を実践し、その価値を人々に宣伝し、国家や国際社会がこの行為を支持し、促進することである³¹⁴。

問題は文化の占有である。自国の伝統医薬や医薬伝統的知識が外国のものになること（自国民の自由使用・利用の権利の有無とは関係ない）は多くの場合、感情的に受け入れられるものではない。なぜなら、例えば、我々が博物館に展覧されている文物を語るとき、自国の歴史的や文化的誇りを思い出すからである。その文物や文化財は、先人たちの燦爛の歴史を記録し、その歴史のキャリアーとして、文化的誇りを喚起する有力な道具になる。医薬伝統的知識もそれと同様、無形文化財（文化遺産）として歴史を記録し、自国民の文化的帰属感や誇りを喚起するのに役立つ。しかし、文化や知識は、その誕生から、世代を超えて伝承するのが当然で、国境等の地理的境界を越えて伝播することも当然にある。医薬伝統的知識の場合、例えばA国がB国の伝統医薬を学び、それがA国に現地化し、自国の伝統医薬となるという場合がある。また、医薬伝統的知識に備わる地域性により、現地化は避けられない。A国が自国にもB国にも存在する医薬伝統的知識を自国の知識と称することは問題にならない。問題になるのは次の二つの場合である。即ち、1) A国が当該知識に対して排他的宣言（つまりB国の歴史的記録や文化的誇りを人為的に潰すこと）をする場合。2) A国の当該知識の使用・利用及び宣伝は、自国の排他的占有の意思を表示していないけれども、善意の第三者に当該知識がA国だけのものであると誤解させる場合。このとき、事実上の被害者B国は、法的又は行政的手段をもって、当該知識に対して所有権を有するのはB国だけであると主張することは理解できる行為であるが、宣伝又はその他の活動により、上記の誤解の解消を優先すべきである。

文化というものはお互いに影響、包容するものであり、決して排他的占有の対象となる

³¹²程瑛＝顾佳贇＝张欣『周記 1911』（長安出版社、2011年）30 - 34頁を参照。

³¹³廖・前掲注（187）400 - 401頁。又は吉田昭『日本医家伝』（講談社文庫、1973年）222 - 223頁を参照。

³¹⁴国家が伝統医薬の実践と宣伝を支持する実務的な例として、中国の中医薬法が挙げられる。現行の中医薬法は中医薬事業の発展を促進するため、中医医者の育成、中薬製剤の調剤等に関して、アロパシー医学と異なる制度を構築している。例えば、人材の育成に関する第42条では、中医薬の伝承者として認定される者に対して、伝承活動の展開、後継者の育成又は関連資料の収集と整理等が義務付けられている。その伝承活動に対する承認として、第35条では師承は国家によって支持されることが明言されている。また、第15条2項には、学校教育及び国家医師試験によって中医医師資格をとるという一般ルート以外に、中医医師資格を取得できるルート（師承の形で中医を学び、又は多年の実践を行うという伝統的な修習方法）が規定されている。中薬製剤の調剤について、農村部の中医医療機関で従業する中医医師には中薬生薬を栽培、加工、使用（製薬）する権利があること（第26条）、中医医療機関の生薬加工に関する権利（第28条）等が中医薬法において規定されており、中薬製剤（特に伝統薬）の製造販売は現代薬より規制が緩和されている。前掲注（186）を参照。

ものではない。前に述べたように、現行知的財産権法に対する一つの批判は、一部の者の知識に対する排他的占有によって、他者による自己の文化的製品に関する自由使用、伝承等の権利が害されることである。つまり、現代的知識であろうと、伝統的知識であろうと、知識に関する権利を設定し、その権利を誰かに付与する場合、他者の文化的権利を害するのは理不尽だということである。伝統的知識の保護がすでに国内法中に定められている場合、他の集団の伝統的利用が例外事項として設けられる場合が多い。この点、他の集団によるある伝統的知識の伝統的利用が妨害されない理由について、当該知識を利用する団体は元々知識に対して権利を有しているからとする立場と、単なる伝統的知識の母体である伝統医薬活動を発展させるため、その伝統的利用権は誰にでも認められるので、妨害されないという観念自体が不要であるという立場がある。前者の場合、利用者は権利者としての身分を有するので、他者に知識の使用権を譲渡し、或いはライセンスを与える権利もある。それに対して後者の場合、利用者は利用権のみを有し、かつその利用は伝統的利用に限定される。

3 先住民の権利保護という理由

先住民の権利の保護の一部である先住民の医薬伝統的知識の保護は、医薬伝統的知識の保護及び人権の保護と関連する。先住民の権利の保護に関して、いくつかの条約、国連の宣言又は勧告が採択され、この問題はますます国際的な議論の場において注目されている。

医薬伝統的知識の保護と先住民の保護の繋がりについて、最も重要なのは、権利主体の問題である。前章で述べたように、医薬伝統的知識の現行法による保護には、権利主体が確定されにくい、又は確定できないという難点である。現行の知識に対する所有関係を確認する知的財産権諸法は、明確な権利主体（自然人又は法人）を必要とし、法人ではない集団（市町村等の自治体や民族、住民の集団）は権利主体にならない。知財権以外に、仮に特別な権利が設けることができれば、権利の侵害に対してこの権利に基づき不法行為を停止させることができる。

医薬伝統的知識には、常に現代法の基準を満たす確定的な主体が存在しない。医薬伝統的知識は、1名又は数名の医療・保健行為の経験から生じ、各種のキャリアー（言葉、文字又は実践）を通じて他者に伝播され、更に次世代に伝承される。知識が広がる時間的又は空間的距離が大きくなるとともに、その内容も変化する。いずれの伝承者・伝播者であっても、意識的又は無意識的に自己が受け入れた知識に対して、自己の経験や私見を加え、先人の誤りを是正することや新たな知識を発見し、旧知識体系を再編することも珍しくない。

ここで、長い伝承・伝播の過程において、医薬伝統的知識に対する是正や修正、又は新たな経験を加える行為の主体が、個々の伝統医薬行為の実施者（医師、薬師、更に患者を含まれる場合もある）であることに注意する必要がある。医薬伝統的知識の伝承者は、常に自ら伝承した知識に対して、自己の貢献を挙げる。しかし、医薬伝統的知識のいずれの時期における伝承及びいずれの地域における伝承・伝播は、必ず当時の又は当地の個々の伝承者・伝播者の新たな経験や考えを吸収しながら、元の知識と複雑に融合する。伝統医薬活動に従事する者たちは、単なる先人から受け継いだ医薬伝統的知識をそのまま次世代に伝達するのではなく、その時々、その場所での運用による経験や自然環境・社会環境に適応する要素等を加えているのである。レシピの調整や薬の用法又は用量の加減、更に基礎理論に対する批判、是正又は加筆等、その時々、その社会の需要に応じて知識をある程度調整する。それによって、彼らの知的労働の成果も元の知識の中に織り込まれることになる。

これまで発展してきた医薬伝統的知識の中には、伝承の過程における多くの（伝承の）参加者の無差別的な努力と貢献が含まれる。彼らのような個々の参加者としての身分は確定されにくく、或いは確定されないけれども、一定の地域において、伝承の参加者たちは常に同一の民族という身分を有する。そのため、この「民族」という集団は、個々の参加者の代わりに当該知識の創造的活動（医療保健行為を実施し、そこから生じる知識を累積し、整理し又は体系化する活動）の総合的組織者、或いは実践者になり、法に関わる場合は、法律上の権利者になる。

しかし、先住民保護という理由で医薬伝統的知識の保護を論じるとき、以下のような三点に注意しなければならない。

まず、医薬伝統的知識の諸地域における併存が、現在の利用者が先住民の生存区域を訪ね、彼らの知識を持ち出すだけでなく、例えば先住民が自主的に知識を最初に生じた領域の外に持ち出すこともあるという点である。前節で言及した Posey 氏らの著書の中で強調しているのは、近・現代社会において、外来者による先住民の伝統的生活領域への進入、調査、知識の勝手な持ち出しや、研究利用するというパターンであり、知識の最初の発生地から先住民が自発的に他者に渡し、かつ受容地において世代を超える伝承を経て、更に現地化され、発展してきた医薬伝統的知識に関しては論じていない³¹⁵。Posey 氏とその他の共著者は知識の共同所有そのものを否定していないが、それに関する議論は展開されていない。

次に、先住民の権利は、先住民の自決権に基づいて発展してきた権利だということである。地域社会は伝統的知識の保護に関して、当然自決権を享有するが、この自決権は絶対不可侵の権利ではないと思われる。なぜなら、伝統的知識の保護は地域的に限定されるという特徴があり、それぞれの地域が同様又は類似する医薬伝統的知識の権利主体になる可能性があるからである。同様の伝統的知識を保有する他の権利主体の自決権と衝突する場合、調整が必要となる。権利の調整はお互いの妥協や他の方法によりとられる。ある地域、国家の医薬伝統的知識にかかわる当地の「地域内規則」（即ち当該地域にて執行されるルールを指す、それは慣習法、地方議会による制定された自治体規則等も含まれる。仮に当該地域の範囲が一国と一致する場合、国内法も当然この地域内規則に該当する）は知識保護の基準になるが、この地域内規則がその地域を越えて広範囲の規則となると、我々はより慎重でなければならないと思われる。

更に第三点、即ち、先住民の保護の下で医薬伝統的知識の保護を論じることには、一つの大きな問題がある。それは、先住民という概念は安定性のない概念だということである。

先住民の権利を国際的に保障することに最初に関心を持った国際機関は ILO である。ILO は、1989 年に 169 号条約を採択した。169 号条約は、先住民に土地や資源に対する管理の権利を認めたが、政治的自決権は規定しなかった。国内法上の例をみると、先住民に属するか否かの判断基準には、①先住性の有無、②独自の文化の有無、及び③当該独自の文化は中断せず伝承されてきたのか、という 3 点がみられる³¹⁶。

³¹⁵Posey 氏の著書には、冒頭に「誰が伝統地域を訪ねるか」という標題の下に、幾つかの知識にアクセスするパターンを列挙しているが、これは全部近代・現代社会のものにすぎない。See Posey and Dutfield, *supra* note 49, pp. 6 - 12

³¹⁶前掲注 (268) に述べた二風谷事件において、札幌地裁はその判決において、先住民族とは、歴史的に国家の統治が及ぶ前にその統治に取り込まれた地域に、国家の支持母体である多数民族と異なる文化とアイデンティティを持つ少数民族が居住していて、その後右の多数民族の支配を受けながらもなお従前と連続性のある独自の文化及びアイデンティティを喪失していない社会集団であると判示した。次にアイヌ民族がこの先住民族であるかどうかについて判断すれば、アイヌ族の人々は、前記の通り定義づけた先住民族に該当する、というように述べている。松井芳郎編集代表『判例国際法（第2版）』（東信堂、2006年）299頁。この内容から、先住民になるか否かの基準には、少なくとも、先住性、連続的伝承さ

一方、国連は、1971年にCobo氏が「先住民に対する差別問題の研究」の特別報告の中で提示した先住民の認定作業に関する定義を受け入れている。Cobo氏は先住民の要素として次の五つを挙げた。即ち、先住性（当該地域に先に居住していたこと）、歴史的連続性（当該領域に先に発達していた社会と現在の自分たちの社会が歴史的につながっていること）、文化的独自性（独自の文化を持ち、それを維持発展させようとしていること）、非支配性（現在は当該領域は支配されていないこと）及び自己認識（集団への帰属を自己が認識しており、またそれを集団が受け入れていること）である³¹⁷。

1993年の先住民作業部会において議長のダエスは、Cobo氏の定義が用いられるべきだと述べた³¹⁸。ILOの107号条約及び169号条約にも条約が適用される先住民の範囲に関する規定があるが、そこにも文化的独自性、先住性、歴史的連続性及び自己認識という要素が取り入れられている。更に、1996年に先住民の定義に関する作業文書が提出されたとき、先住民の概念に関する要素として、以下のような四点が列挙された。

- 1) ある特定の土地を先占し、利用している時間的優先性、
- 2) 文化的特殊性の自発的永続性、
- 3) 他のグループ又は国家の当局によって、個別の集合体として認識され、またそのように自己認識すること、
- 4) 征服、略奪、辺縁化又は差別の経験（但し、そのような状態が現在も維持されているか否かを問わない）。

この四点は先住民の範囲を限定しているが、これによって先住民の範囲が明白になったとは言えない。

ところで、上記の四点の中で、前の三点は先住の要素として挙げられることがあり、四点目は先住民の要素としてよく挙げられるものである。しかし、この四点（特に四点目）を基準として照らしてみれば、ローマ帝国の市民の子孫が生活しているイタリアは隣のフランスによって侵攻され、かつその侵攻は大航海時代以降のことである。タイは大航海時代以来国家として独立国家であるが、征服、辺縁化又は差別の経験がある。日本も征服、辺縁化、又は差別の経験がある（日本との不平等条約は1900年代まで有効であった）。つまり、仮にそれらの国家が自国民が先住民であるとする意思があれば、タイ族、イタリア人、日本人が先住民になる可能性がないとは言えないだろう。

先住民の定義又は判断基準の曖昧さゆえ、自国民が先住民か否かは国によって全く異なることになる。例えば、中国とボツワナは国民全体が自国に先住していると主張したことがあるが、それぞれに事情は異なる。

中国の場合、以下の二点に基づいて、中国の国民全体（中華民族）が先住民になると主張する学者が多い。

①国際法の分野において、統一かつ普遍的に受け入れられる先住民に関する定義はないが、学説として、先住民は、古代からある区域に居住し、自己の伝統を数世紀に亘って伝承してきた者であり、かつ、1500年代以来、欧州植民者によって、劣等の地位に置かれ、政治的辺縁化と文化的同化がなされてきた者であるという定義がある³¹⁹。

ILOの169号条約においても、それと類似する先住民の定義が行われている（第1条）。

れてきた独自の文化という二点があることが分かる。

³¹⁷See Jose R. Martines Cobo, Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations (1983) www.un.org/esa/soc-dev/unfii/documents/mcs_xxi_xxii_e.pdf (最終閲覧日 2017年10月15日), pp. 49-51.

³¹⁸Report of the Working Group on Indigenous Populations on Its Eleven Session 15, E/CN.4/Sub.2/1993/29 (1993)

³¹⁹See S. v. Levinski (ed.), *supra* note 50, p. 19.

この先住民の定義は、植民の歴史に基づいて考案されたものである。この定義に従えば、先住民は、国内レベルでは先住民（被植民者）と植民者若しくは植民者の後継者又は彼らが作った政府と対抗してきたのであり、国家間レベルでの先住民の問題は植民地支配から独立した国家と旧宗主国との対抗の問題であると理解される。更に、この国家間レベルの対抗関係は、第三世界国家と先進国との対抗、所謂南北問題と理解され、これを支持する中国の学者（法学者に限らず）は多い。

②歴史上、中国は多民族の統一国家であった。民族の大規模の遷移及び各民族の雑居、混血、又は文化的交流は歴史上常に行われ、その過程において消失した民族（鮮卑族、党項族、契丹族等）もあるし、また、新たに生まれた民族（例えば達斡爾族）もある。一般的に主民族とされる漢族も、その発展はその他の民族との交流、雑居、混血を伴い、現在の「漢族」に至る³²⁰。歴史上、秦の時代から、「大一統」（天下統一を意味する）という思想は、中国において貫徹されてきた。漢族であっても、いずれの少数民族であっても、それらによって作られた国家は自らを正統の中央政府かつ中華の正統の継承者と認識し、多民族の統一国家を目標としていたのである³²¹。

上記の①に関しては、歴史教科書では一般的に半封建半植民地国家と言われても、中国は、欧州植民者による侵略や植民地支配を受けた歴史があり、中国の国民は植民者による劣等の地位に置かれ、国際政治の上で辺縁に置かれた。

②に関して、古代から、多くの民族が現在中国の領域において居住、生活、発展してきた。しかも、彼らは植民者(のような者)に対して、自らは植民者と異なる一つの種族であると認識している。このような自己認識に、土地に対する歴史的占有という事実及び植民者の侵略を受けた歴史から、中国の各民族によって構成される中華民族という集団は先住民に関する主要な判断基準を満たす、と中国の法学者は考えている。

それに対して、ボツワナも、「政府は、いかなる特定の集団も、他の集団に対して先住性があることを認めない。全ての集団が土着のものと考えられている」という先の中国の主張に類似しており、逆にそうであるが故に、自国の先住民族の存在を否定した³²²。

医薬伝統的知識の保護やその権利の有無が先住民と繋がっているかどうかを唯一の判断基準にすれば、次のような奇妙な問題が生じる。

朝鮮民族は朝鮮半島及び中国東北部のいくつかの区域に住んでいる。中国では、朝鮮族は延辺朝鮮族自治州に集中している。朝鮮族という中国の少数民族が中国に居住するようになった過程に着目すると、近代から朝鮮半島の移民が延辺を中心とする地域に集まり、日韓併合や日本の植民地支配により、移住が加速した。朝鮮民主主義共和国と大韓民国という朝鮮半島上の二つの国家が成立した後、朝鮮民族は主に中国、朝鮮と韓国の三つの国で暮らしている。中国に住む朝鮮民族は、少数民族になるため、一般的に先住民族と認められる可能性が高いのに対して、朝鮮も韓国も単一民族の国家であるので、そこに住む朝鮮人は先住民族と認められないかもしれない。朝鮮民族は自らの伝統医学と医薬伝統的知識を有するが、仮に、医薬伝統的知識を先住民のみの知識と定義し、保護を与えれば、中国に住む朝鮮民族とその子孫は少数民族であり、先住民でもあるので、その知識に対して所有権が認められる。逆に、知識が最初に生じた朝鮮半島に住む朝鮮民族は、先住民として認められないので、知識に対する所有権が失われることになる。

先住民の定義が明確ではないため、CBD 及びその枠内の各議定書は、先住民の知識を保

³²⁰李济著＝胡鸿保他訳『中国民族的形成』（江蘇教育出版社、2005年）3頁を参照。

³²¹中国国务院新聞弁公室『中国国务院新聞弁公室白皮書 中国的民族政策与各民族共同繁荣发展 中国的民族区域自治 中国的少数民族政策及其实践』（人民出版社、2009年）7頁、95頁を参照。

³²²U. N. Doc. A/HRC/23/7 (2013), para. 31.

護の対象しているが、先住民社会及び地域社会に対しては、定義しないという形をとった³²³。

以上から、先住民に関する各宣言の言うように、医薬伝統的知識には、先住民によって創造され、伝承され、発展させられてきたものが多く存在し、彼らの日常生活と緊密に繋がっているため、彼らの医薬伝統的知識を保護する必要がある。更に、グローバル化してきた現在の社会環境において、先住民の自己の文化や伝統を維持し、自己の医薬伝統的知識を保護する能力は不足していると思われる。従って、それらの知識の保護に対して、特別な配慮が必要である。とはいえ、先住民の医薬伝統的知識の保護は先住民の権利の保護に含まれるから医薬伝統的知識は先住民だけのものであると結論付けるのは理不尽であると思われる。

第3節 医薬伝統的知識に対する権利設定

健康に関する権利の保護（第1の理由）、歴史に対する清算（第2の理由）、そして先住民の権利の保護（第3の理由）という三つの理由について、国家が自己の立法政策としてそのいずれか（又はそのすべて）をとるかどうかが決定するのは国家の自由であり、一般的に適用される国際レベルの法政策として扱われるかどうかは疑わしい。

「先住民や貧しい人々にとって必要であること」というのは、先住民や貧しい人々がある医薬伝統的知識に対する自由な使用がいかなる権利によっても阻止・妨害されないことの理由に過ぎない。しかし、そこにおいては、先住民や貧しい人々の当該知識に対する所有関係又は排他的所有関係は証明されていない。それは以下の例で説明されるであろう。

人にとって、米は必要であり、米を食べなければ飢えて死んでしまう。米を買えない貧しい人に対して、彼らが飢えて死なないように彼らの生存する権利という基本的人権を保護するため、米又は米を買うお金を彼らに与えるのは納得できる。しかし、彼らに、ある特定の米に対する所有権又は米というものに対する所有権があるわけではない。医薬伝統的知識も同様である。更に、「伝統的知識に対して、自分には権利があるという先住民や貧しい人々の主張又はニーズ」も、彼ら以外の者が同様又は類似の医薬伝統的知識に対して同様又は類似の権利を有していないこと（即ち先住民や貧しい人々の権利の排他性）の証明にはならない。従って、医薬伝統的知識に対してある者又はある集団や民族に属する所有権又は排他的所有権を有するという点については、別途証明する必要がある。

前節で述べたように、医薬伝統的知識は知識の一部であり、それは即ち無体物であるということである。従って、医薬伝統的知識に対する所有関係の構築は、知識に対する所有関係の構築又は物に対する所有関係の構築を参照しながら、医薬伝統的知識に独自の特徴も併せて考えてなければならない。以下では、医薬伝統的知識に対する所有関係を示す権利及び排他的所有関係を示す権利に分けて、議論を進めることにする。

1 医薬伝統的知識に対する所有権

ロックの考えによれば、最も正当な財産を獲得する方法は労働である³²⁴。いかなる者であっても、労働によって自己の労働成果を享有することができる。医薬伝統的知識は伝統医者たちの伝統医療保健活動から得られ、蓄積されたものであり、それは伝統医療保健活動という労働の成果であることに間違いはない。公共的資源に関して、ロックは以下のよ

³²³ See CBD/WG8 j /10/11, (2017), p. 19.

³²⁴ ロック・前掲注 (275) 213-214 頁、222 頁。

うに主張している³²⁵。即ち「私の労働がそれらに元の共有という状態から離脱させ、私のそれらに対する財産権を確認する」。

知的財産の創造過程における公共的資源というのは、人の自然界の事物に対する描写又は描写のため使った符号である。医薬伝統的知識の場合、その「自然界の事物に対する描写又は描写のため使った符号」は、本能的医療の段階から蓄積してきた経験、及びこの経験を表現するキャリアー（符号、文字、言葉又は体の動き等が含まれる）である。知的財産の創造過程において決め手となるのは、創作者個人の資源、即ち知識に対する掌握の程度及び創造力の投入である。この個人の資源の投入を十分回収できるようにするため、法律上、知識に対する支配権を創造者に授与する。それは財産権の財産的特徴というロジックである³²⁶。医薬伝統的知識の場合も同様、ある住民の集団が伝統医療保健行為を行った過程において、自らの各種の資源を投入し、そのかかったコストを十分回収できるようにするため、医療保健行為から生じる知識に対する支配権は医療保健行為を行い、かつ当該行為を世代を超えて行う（伝承）者に授与されなければならない。

民法の理論によれば、所有権とは、ある特定の物（対象物）を全面的に支配できる権利である³²⁷。換言すれば、「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する」（日本民法第206条）。自由に処分できることの一つの現れとして、所有者は所有物を分割し、その一部を他者に与えることもできる³²⁸。しかし、伝統的知識を含めて、知識、つまり知財権の対象は無形なものであるため、伝統的財産権（物権）の対象（有体物）と著しく異なる。知識は無形的なものであり、また、利用により消耗されない。換言すれば、医薬伝統的知識のような無形のものを利用することは、知識の元の保有者を含む他者の同様の知識に対する利用機会を妨害せず、またそのような他者の利用する権利も毀損しない。

（医薬）伝統的知識は文化財とは異なる。文化財の場合、一般的に、価値があるのは本物のみである。例えば、ひとつの歴史的価値がある製薬用の壺や研磨棒について、その歴史的価値があるのは年月を経て保存されてきた本物のみであり、現在模造した偽物にはそれほど歴史的な価値はない。従って、医薬伝統的知識のような無形文化財を外来者が利用しても伝統社会の同知識に対する使用を妨害しない。前にも述べたように、知的財産権又はその他の類似する権利がない場合、韓国人による牛黄清心丸の使用又は利用は、一般的には中国人や日本人の同薬に対する使用又は利用を妨害しない。少なくとも、後者の同薬に対する使用又は利用の権利は侵害しない。製造品としての競合はあるかもしれないが、それは製造品の品質や価格、或いは宣伝広告等、純粋な商業的競争に限られる。実際、医薬伝統的知識は既に知的財産権法上のパブリックドメインに入り、誰でも利用できることになるので、それに基づいて開発された薬品又はその用法や用量に関する特許は知識そのものの利用に制限を加える可能性は極めて低く、極端な場合、伝統社会の所在国が外来者の特許を認めなければよい。

ロックの自然権論及び労働から価値が生じるという学説によると、個人が自らの体と創造物に対して自然権を有すれば、自らの知的労働の成果（知的製品）に対しても自然権を享有するはずである。なぜなら、それは、当該個人が十分な知力、精力又は体力を消耗した後、獲得したものだからである。自然状態の下で、個人は以下に述べるように、自分が

³²⁵同上、212頁。

³²⁶山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義（2）」『知的財産法政策学研究』第30号（2010年）170-171頁を参照。

³²⁷松岡久和『物権法』（成文堂、2017年）2頁。

³²⁸ そのとき、分割された所有物に対する所有権も同時に他者に譲渡するので、元の所有者の当該一部の物に対して所有権は譲渡によって失うことになる。

獲得した知的製品に関する自然権を行使することができる。即ち、当該個人が獲得した知的製品を披露したくない場合、誰も彼に披露させる権利を有せず、当該個人が披露したい場合は、誰もその披露を阻止する権利を有しない³²⁹。個人は、自分の獲得した知的製品を秘密の状況下で利用することもできる。方法や技術に関する知恵は、商品製造・販売の過程において運用され、財産の増加を促進するという機能を有するからである。そうすれば、個人は、秘密とされる知識の使用権を有する。

自然状態の下で、個人に属する知識に対する権利は二種類ある。一つは秘密状態を維持したまま利用できる権利であり、もう一つは一定の範囲内での公開・伝播による披露から生じる収益に関する権利である。当然のことであるが、上記の財産権は、披露に関する義務者の秘密維持の承諾に基づくものであり、自然状態では、人々は公開されている知識に対して排他性のある財産権を享有できない。

次に、労働者の範囲が個人から市町村の住民や民族等の集団に広がる場合、まず個人としての医者は自分が従事する伝統医療保健行為又は薬事行為に基づいた医療知識に対しては、当然自然権を有する。ここにおける知的労働には、過去の経験に対する思考とその利用、過去の知識内容の選択に関する思考と過去の経験との対比、整理や融合等の内容が含まれる。集団の場合、その集団全体が上記の医療保健行為又は薬事行為に参加し、実践すれば、その医療保健行為又は薬事行為から生じる医薬伝統的知識に対して、自然権を有すると思われる。当然なことであるが、特別の法規定がない限り、彼らは公開されている医薬伝統的知識に対して、排他性のある財産権を享有できない。

2 知識に対する所有の排他性の由来

本節の1に述べたとおり、知的財産権によって保護される知識であっても、(医薬)伝統的知識であっても、それが所有関係の対象になる場合は、有体物に関する所有関係とは異なる。所有権の対象たる有体物には当然ながら物理的境界があり、それは所有権に境界があることも意味する。当該境界に至るまでは、権利は絶対的かつ排他的である。他方で、知識のような無形物には有体物と違い、物理的境界がないので、法によって知識の所有関係の排他性を定める必要がある。とはいえ、この排他性の必要とその排他性がどこから生じるかという排他性の由来は同じものではない。以下では、知的財産権システムにおける知識に対する所有権、知識に対する所有という権利(知的財産権)の排他性の由来に関して論じることとする。

発明者や著者が保護される権利は、近代国家の法に基づく秘密状態の下における自然権利者の知的権利である。つまり、このような権利は秘密保持の確認の自然権システムと呼ばれる。このような自然権システムは自然状態において利益のバランスがとられており、システムの下に設けられる財産権は相対的である。即ち、個人Aは不正な方法で自ら獲得したのではないということを証明できなければ、個人Aの所有権は他者の所有権に対抗できない。かつ、秘密維持できるという前提があるので、個人Aは技術分野の秘密に関する以下のような行為は阻止・禁止できない。

- 1) 他者が単独で当該技術を開発し、開発活動によって当該技術(知識)を獲得すること、
 - 2) リバースエンジニアリングによって他者が秘密を解明すること、
- 上記の二点は労働によって知識を得ることであり、また、

³²⁹ここで、前者の典型例は営業秘密制度による保護である。また、著作作品の場合でも、著作権者の意思に反して著作作品を無断公表することは、公表権侵害行為と認められる可能性がある。

3) 他者が第三者から合法的に当該技術を獲得すること（このような場合、交換による技術の獲得が最も多い）。

著作物の場合、作者には自分の考えを「表現する」（他者に開示）或いは「表現しない」（秘密とする）という二つの選択肢がある。更に、たとえ「表現する」を選択しても、作者は公開の相手を選択、限定することが可能である³³⁰。しかし、作者にとって、仮に「表現する」を選択すれば、自分の考えの公開後の利用はコントロールできなくなる。技術情報の場合も同様に、発明者（技術情報の創造者）には、自分の発明した成果（技術情報）を他者に公開する或いは秘密にするという基本的な選択肢がある。いったん公開にすれば、発明者は公開後の利用をコントロールできなくなる。

伝統的な財産権を保護する手法について、ある技術が他者の技術と同様又は類似するとしても、必ずしも権利侵害や違法と判定されるわけではない。当該技術が合法的に、例えばリバースエンジニアリングで技術を獲得したり、又は独立した開発で獲得したことを証明すれば、他者の技術と同様又は類似の技術を保有し、利用することは可能である³³¹。著作物の場合、盗作ではないと証明できれば、他者と同様又は類似の作品を作成することも可能である。最も簡単な例は写真撮影である。同じ撮影時間に、同じ場所で、同じカメラ、レンズ、フィルムを利用し、同じような露出データを有する同様又は類似の二枚の写真に対して、それぞれの撮影者は自らの写真に著作権を有する。

自然権のような権利システムにおいて、知識に対する財産的権利は、自然状態の下では個人の権利と社会的利益（公衆利益）のバランス性を保っている。もしある人が自らの知恵を他者に享有させたくない場合、当該知恵の使用を制限することが可能であり（例えば知識を秘匿する）、このように制限する法的権利も保障される。それに基づいて、法はある技術分野の秘密の利用者に課される他者に対する秘密維持の義務を認めている³³²。

しかし、他者が合法的な方法で同様又は類似の技術情報を獲得することは禁じられず、また、獲得後の披露や使用も制限されない。もし、一人の作者が自らの作品を披露したくない場合、又は当該作品の一部しか披露したくない場合、法は当該作者に対して、披露又は全作品の披露を強要できないが、他者の同様の作品の作成や披露の自由を制限することもできない。また、知識を披露しない権利者は、自己の秘密維持の結果、最初の披露者にならない可能性もあり、その可能性は、新規性が失われるというリスクに転化するかもしれない。

以上から、自然権の権利システムの下では、知識に対する権利は私的自治の枠内に制限されており、個人の表現の自由と私的自治とのバランスが確保される。この権利システムに基づいて、それぞれの技術分野の秘密の所有者は、同様又は類似の技術、レシピ、データ等の知的労働の成果を同時に利用し、かつ、他者に知らせない状態で利用する。例えば、コココーラのレシピとペプシコーラのレシピの関係は上記のような状態と言える。

しかし、特許権、商標権、著作権等、所謂現代的知的財産権の設定は上記のような自然状態におけるバランスのとれた権利システムを崩壊させた。なぜなら、上に述べたように、知的財産権の対象には物理的な境界がないからである。

伝統的な財産権理論にとって、所有権を設ける前提は、個別の者の個別の物に対する占有の衝突である。その衝突を解決するため、法律上では目的物が誰のものであるかを判断

³³⁰ 例えば著作物の公表権について、未公表著作物がどのような形・時期で公表するのかという点については、著作者のみが決定できる。中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007年）375頁。

³³¹ 第IV章第3節の4に述べる複数の地域における医薬伝統的知識の偶然による併存は正にこの状況である。

³³² 例えば、営業秘密の利用者には秘密保持の義務がある。

する基準が設けられる³³³。例えば、個人 A と個人 B が一粒の六神丸 a に対して、誰が所有権を有するか、ということは伝統的な財産権理論の対象の問題である。ここでは、権利の対象たる物は物理的な境界を有し、権利の境界もその物理的限界に従う。個人 A に六神丸 a の所有権が認められ、同時に個人 B の当該六神丸 a に対する所有権が否定される場合であっても、個人 A の六神丸 a に対する所有権は六神丸 a そのものに限定され、同じ薬舗に製造された六神丸 b や別の薬舗に製造された六神丸 c、d に及ばない。換言すれば、個別の者と個別の物との特定性の中から、財産権としての絶対的排他性が見えるのである。

しかし、伝統的財産権の対象と異なり、自然な状態（法がない状態）の下では、知的財産権の対象に対する占有の衝突は存在しない。つまり、知識は元々公共財であり、誰でも自由に使えるものである。知的財産権の創設は、知的製品の自由な披露に基づいている。一般的に、個人による知的製品に対する占有には衝突が存在せず、個人 A の知識 a に対する占有（個人 A が知識 a を知ること）は、個人 B の同様の知識に対する占有（個人 B が知識 a を知ること）を妨害しない。教師がある数学の方程式を使う方法を学生に教えれば、教師も学生も当該方程式の知識を占有し、自由に使えることになる。このような場合、教師が先に知識を占有したので、学生は当該知識を自由に使えないということにはならないのである。

では、なぜ、物理的限界のない知識というものに対して、絶対的権利（排他的権利）を設けるか、そして、どのように当該権利は設けられるか。この問題を説明するため、まず、フランスの「人権宣言」（1789 年）を読んでみようと思う。人権宣言の思想と意見の自由な交流は最も貴重な人権の一つである³³⁴。従って、全ての市民は、法の定め違反し自由を濫用する場合を除いて、自由に意見を表明し、作品を創作し、出版できると明記している。

前述の知的労働の自然な状態の下では、披露する行為又は披露しない行為は簡単にはコントロールできない。法律上の表現の自由は、表現しない自由をも含んでいる。近代国家が人類の知的活動や文明の発展に対して、これを促進する責任があることは認識されていたため、知的活動の自然な状態における利益バランスを破り、知的活動の成果の披露や文学、芸術又は科学の伝播を促進するための新たなバランスを作るべきであることは認識されていた³³⁵。

ローマ法による伝統的な財産権に基づいて、物の製造等の生産力が飛躍的に発展したこともあり、もし、伝統的財産権を基準にして類似の保護システムを作れば、文学、芸術又は科学の進歩と繁栄はかなえられると当時は考えられていた。従って、近代国家は伝統的財産権における利益のバランスの条件を満たし、かつ絶対的排他性を有する著作権や特許権を構築したのである。つまり、占有による排他的財産権が実現できない知的製品に対して、国家は知的労働や文明の発展に対する促進の責任を履行するため、伝統的財産権の設定に照らして、占有という状態を擬制したのである³³⁶。この擬制占有の状態に基づいて、国家は個人の知的製品が披露された後のコントロール権を確認し、財産権の絶対的排他性を実現する。更に個人が自己の知的労働の成果（知的製品）を披露した後は、その個人が当該知的製品をコントロールできる可能性は消滅せず、しかも絶対的排他性が認められるとい

³³³つまり、所有権は物を支配する権原であり、他者を排除して自己の独占的支配の対象とすることを正当化する法的根拠である。鷹巢信孝『所有権と占有権』（成文堂、2003 年）6 頁。

³³⁴第 11 条（表現の自由）を参照。http://ch-gender.jp/wp/?page_id=385（最終閲覧日 2017 年 12 月 10 日）

³³⁵石井・前掲注（164）18-21 頁を参照。

³³⁶例えば、特許制度の下に、権利の排他性は法によって規定され、また、その限界も物理的ではなく、法によって擬制されるものである。

うことが国家により許諾された³³⁷。それによって、国家は個人の知的製品の披露を促進する。このような披露と独占の価値交換、及び価値交換に基づく新たな利益のバランスがとられるシステムは現代知的財産法の重要な構造だと思われる。

医薬の分野によく見られる特許は権利者と公共利益のバランスから生まれたものだと思われる。仮に、ある技術が長期間秘密の状態になり、この状態が社会の発展に不利であれば、国家による以下のような動きは想像できるであろう。まず、国家は当該技術の発明者に対し、技術を公開する取引条件として、発明者に期限ある独占権を授与することを承諾する。当該権利授与行為又は承諾は後継の発明者や同時発明者の自然権又は利益を害する一方、期限がある独占権の絶対的排他性による刺激機能を保証する。それによって、社会全体の技術発展や技術に関する情報の伝播を促進する³³⁸。英語では patent と言われる特許は、公開、公布を意味する。それは秘密 (secret) の正反対の言葉である。近代国家は、patent と secret という二種類の保護方式の間に、それらの機能、効果又は社会的コストや等価を比較した結果、特許法システムを構築した。特許法システムは、国家、技術の先願発明者、同時発明者又は後継発明者、及び社会公衆の全体的利益バランスを考慮して設けられる法システムである³³⁹。

3 医薬伝統的知識の所有権の排他性の限界

(医薬) 伝統的知識の所有に対して、たとえどのような権利を設定しても、誰がこれを所有できるかに変わりはない。伝統的財産権を参考する場合、知識に対する所有権は、伝統医療保健活動及び薬事活動という労働、伝統医薬の伝承活動という労働から生じ、このような活動の中に既存の経験・知識を選択し、対比し、修正し、蓄積する知的労働の従事者やその集団は、この労働としてのものに対して所有権を有する。このような所有権そのものには排他性がない。なぜなら、権利の排他性は権利の対象である物の物理的限界に従うからである。対象物に物理的限界がない無体物であれば、当該所有権には排他性がない。伝統的財産権法の立法モデルでは、知的製品たる技術方法に対しては、財産権が設けられない。なぜなら、知的製品 (技術方法) は人類の脳に存在し、人によって技術方法への掌握、管理や占有は秘密維持という自然状態で行うからである。もし誰かが技術方法を公開すれば、そのような技術方法は技術情報になり、個人によるコントロールの可能性もなくなる。技術情報というものは、財産法による保護の要件である公示によって第三者に対抗するという自然的排他性を有しないので、長い歴史においては私権の対象にならなかった。しかし、技術方法は製品に具現化され、他者が解析できない状態になることもあり、具現化、製品化された技術方法は物として (物になって) 保護される。そのため、権利者にとって、自ら掌握した技術方法の排他的利益獲得の手段は秘密維持である。それは営業的秘保護のパターンである。特許権の保護と比べれば、営業的秘保護は秘密維持の意欲を刺激する客観的効果がある。つまり、秘密を守ることにより、権利者はより多くの利益や商業競争上の優位を獲得することができるのである。しかし、技術方法に対する秘密維持は、社会全体の技術進歩を害するかもしれない。従って、公開を促進しようと望む国家は、

³³⁷ 冯晓青『知识产权法利益平衡理论』(中国政法大学出版社、2006年) 336-343頁を参照

³³⁸ 石井・前掲注(164) 20頁。

³³⁹ ところで、グローバル化の時代において、知的財産権の世界には問題が多いと指摘されるが、実は問題になるのは、知的財産権そのものではなく、知的財産権の拡張が問題とされる。例えば、特許の場合、特許権のグローバル化時代における拡張は、元のバランスを崩し、グローバル的な等価をせずに新たな法システムを動かしていることである。その原因は、特許審査の際に、保護対象の適格性に関する制限を設けず、かつ、特許審査の基準に関する技術性が有用性にとって替わられることにある。

次のようなシステムを設ける。

国家は知的労働者を含む社会全体の管理者として、知的労働の成果に関する取引に介入する。知的活動の成果を作る者（発明者）の財産権保護と社会全体の技術進歩との間における権利・利益のバランスを十分に考慮し、ある財産権制度を設ける³⁴⁰。それによれば、国家が知的労働者（発明者）の自然権を十分に尊重する。知的労働者が自らの技術情報を公開したくない場合、技術情報を秘密にすることは当然に選択できる。国家もこの選択を法によって保護するが、仮に、ある知的労働者が自らの創造的技術方法を公開すれば、国家はその公開の補償として、当該知的労働者に対して排他的占有、使用、収益等の権利を付与し、競争上優位に立たせる。

このように、権利の排他性は利益交換に由来する。一般的に、現代社会において、知的労働者が同様の発明技術を得る可能性は低くない。従って、知的労働の成果に設けられる排他的権利の引き換えとして、後継発明者の自然権を害することがある程度で認められる。

知識に対する排他的権利の排他性は、他者の自然権を排除するという形で保障される。保障を提供するのは公的機関である政府官庁であるので、知財権のような排他的所有権は実は権利者になる創造者と国家との間で結ぶ契約から生じる。換言すれば、知識に対する排他的所有権の発生の根拠は、公的機関の授権である。同様又は類似の創造的知的活動が行われれば、同様又は類似の経験をそれぞれの実践者が獲得する。知識に対する排他的所有権を求める過程は、権利を望む者と国家との間で契約を締結し、公的権利によって、その他の所有者の伝統的所有権を排除する、という過程なのである。知識の創造者は知的活動の成果を社会に公開し、誰でも利用できるようにする行為の引き換えとして、国家は当該知的活動の成果の排他的所有権を当該創造者に授与する。更に、公開と独占の交換のほか、権利者以外の創造者にとって、自分の当該知識を自由に使用する権利を放棄し、その他の知的活動の成果に対する排他的占有の機会を得る、という交換の方程式もある。この二つの権利・利益の交換方程式は、知的財産権法制度の下で、権利・利益のバランスを図っている。

公衆対発明者、という観点から見る場合も、現代の知的財産権法は、各当事者の利益のバランスを求める一つのシステムである。権利をある者に授与し、かつその権利と利益を保護する公的機関は、各当事者の利益のバランスに配慮し、一方の当事者の利益を犠牲にしてより多くの当事者により大きな利益を保護することを図っている。換言すれば、ある個人の自己の知的製品に対するコントロールを保障するため、より多くの人々の当該知的製品に対する学習・獲得を制限する。民衆の学習の権利、教育権、情報にアクセスする自由と創造者の知的財産権とはお互いに等価関係にある。等価ではあるものの知的財産権的表現は、知識の公開と知識利用のコントロールの交換である。公衆にとっては、他者の知的労働の成果を自由に利用する可能性は失われるが、その代わりに、より多くの知的労働の成果が公開され、アクセスできるような状態になる。しかも、相応な対価を支払えば、当該知的労働の成果を使用できる。

医薬伝統的知識の場合でも、この公開対独占という利益交換の方程式は同様に機能すると思われる。なお、多くの医薬伝統的知識、特に歴史が長い伝統医薬から生じる医薬伝統的知識は、公開済みである。にもかかわらず、この公開の等価たる利益は未だ知識を公開する労働者に与えられていない。我々が医薬伝統的知識に権利を設け、その権利をある者に付与し、知識の利用によって生じる利益を保障することは、未支払いの対価を支払うことを意味する。このような考えに基づけば、遅れて実現される等価として、伝統医療保健活動又は薬事活動を実践し、当該活動を世代を超えて伝承する者に知識に対する排他的所

³⁴⁰冯・前掲注（337）を参照。

有権を授与するのは理不尽ではない。換言すれば、このような権利設定は前述した歴史的補償に当り、歴史的清算という理由につながるができると思われる。

次に、現行知的財産権法では、排他的権利に対して、主に三種類の制限を加えている。即ち、①独占の例外、②時間的制限、③空間的制限という三種類の制限である。

①独占の例外というのは、法によって定められる、知識に対する自由な利用を可能にする場合である。例えば、著作権法上の合理的使用、特許法に関しては薬品特許の強制実施等が挙げられる。②時間的制限は著作権の財産的権利であっても、特許権であっても、その権利は永遠に存続することではなく、存続の期限がある権利であることを意味する。例えば著作権は少なくとも50年（TRIPS協定第12条）、特許権は少なくとも20年（同第33条）の権利存続期限がある。権利の存続期間が満了すると、知識における排他的権利は消滅し、当該知識を誰でも自由に利用できる。③空間的制限について、一般的に、一国の知的財産権法によって、知識に対する排他的所有権は付与されるので、当該知的財産権は授権国の法律の効力範囲内においてのみ有効であることを意味する。

医薬伝統的知識に対する知的財産権に類似する排他的権利は、遅れる補償といわれ、バランスを求める利益の交換から創られる権利である。従って、上記のような権利の制限は避けられないと思われる。ところで、医薬伝統的知識には、変動し、かつその変動は止まらないという特徴がある。前に述べたように、知識の伝承又は伝播の過程において、いかなる伝承者・伝播者であっても、意識的又は無意識的に自己の考えや経験を受け入れた知識に加え、更に他者に伝播・伝承する。従って、医薬伝統的知識そのもの（の内容や形式）は常に変動の過程にある。その中にはある形で定着するものもあるが、全体としての医薬伝統的知識そのものとしては未だ完成していないことは否定できない。従って、このような医薬伝統的知識に対して、ある権利者の無期限の保護に対するニーズを否定し、保護期限を設定するのは理不尽であると言えるが、制限が全く加えられないわけではない。具体的には、時間的制限の緩和の代わりに、空間的制限の機能をより重視すべきと思われる。医薬伝統的知識の所有関係を示す権利による保護のバランスについては、次章で詳細に論じることとする。

第 IV 章 医薬伝統的知識の保護におけるバランス

前章では、医薬伝統的知識の保護の目的を考察し、医薬伝統的知識は、1) 生命目的、2) 文化的目的、及び 3) 財産的目的のもとに保護されなければならないということであった。

1) 生命目的は、人の命を保つことであり、アロパシー医学によってカバーできないところの人命を保つための医療慣行及びその慣行において利用される医薬伝統的知識を保護・運用して、人命を救う伝統医療行為（医療慣行）を消失させないよう、何らかの措置をとる、ということの意味する。ここでいう保護は、知識を保存すること及び活性化させることである。

2) 文化的目的とは、主流医学（アロパシー医学）の知識システム以外のもの、即ち医薬伝統的知識を差別なく同視し、それに基づいて、今までの様々な医薬伝統的知識の伝承者や保有者の歴史をそれらの後裔又は人類が忘れないように伝承者や保有者の努力と貢献を肯定し、尊重するよう何らかの措置をとることを言う。また文化的目的は、知識の伝承者（伝承国も含む）や保有者の自国又は保有国、当該民族、当該集団の文化的誇り（更に誇りに基づく向心力）を喚起するという間接的目的とも繋がっている。ここにおける保護の意味にも二つの側面がある。一つは、知識を軽視しないことであり、もう一つは知識及び知識の源たる伝統的医薬活動の伝承を促進し、知識を活性化させることである。この過程の中で、様々な知識との所有関係（知識にとっては帰属関係）を表明するのは、民族の誇りを喚起する方法の一つであり、文化的多様性の確保そのものではない。

3) 財産的目的とは、知識を財産に転化する可能性（知識に対して、財産的権利を設けること）を設け、当該可能性（権利）の確保を通じて、知識の伝承と発展を促進する努力を言う。

ところで、財産権は自然に生じるわけではない。元々、財産権の誕生は、目的物に関する争いが起った際、自力救済によらなくとも、その争いを解決できるようにしようすることに端を発する。人に対しても受けられる権利には、対立する他者との関係で、その権利や利益のバランスをとることが必要とされる。財産権はまさにそうした権利であり³⁴¹、知的財産権もそうである³⁴²。従って、もし、医薬伝統的知識に対して、所有関係を示す財産的権利が設けられるとするならば、その名称が伝統的知的財産権であれ、伝統資源権（の一部とするもの）であれ、権利又は利益のバランスをとらなければならない。第 I 章で述べたように、現行知的財産権法は医薬伝統的知識の保護を有効にカバーできないという現実があるので、新たな法制度、即ち特別法制度の必要性は否定できないと思われる。本章は、この特別法制度を設けるときに考慮する必要があるバランスという要素を論じることにする。

また、本章が財産的目的を中心に論じていくのは次のような理由に基づく。

上記三つの目的のうち、第一の目的に関して、WHO が既に伝統医薬に関する発展計画や指針を作成している。先進国や途上国を問わず、貧困によりアロパシー医学を受けられない人がいる。そのような人のためにも、自国における伝統医薬活動を存続させ、活性化さ

³⁴¹ 労働によって資源が私的財産に変える場合でも、他者への配慮は必要である。「少なくとも、共有物として他者にも充分に同じようにたつぷりと残されている」という配慮は所有権を付与する条件の一つであろう。ロック・前掲注（275）を参照。

³⁴² 例えば、特許権が認められても、必要な場合に他者の実施を可能とする裁定実施制度や、一定期間を経過すれば一般に利用自由とするために、特許権に存続期間を設けるなど、特許権が存在することによって過度に発明の利用が停滞することのないよう配慮している。田村・前掲注（288）180-181 頁。著作権の場合も、情報の過少生産（の防止）、弱者保護、公益上の必要性などの理由で、権利に制限を加える。中山信弘「著作権の権利制限」高林龍＝中村量一＝竹中俊子編集代表『現代知的財産法講座 I 知的財産法の理論的探究』（日本評論社、2012 年）279-284 頁を参照。

せ、即ち伝統医薬活動を支援するという立場は先進国であっても途上国であっても変わらないと思われる。

第二の文化的多様性の確保という目的に関して、自国の固有文化を発展させ、自らの歴史を発掘し、他国の文化より自主性のある文化を自国内において普及させるのはどの国にとっても重視すべきものである。そもそも、文化的多様性という概念は先進国(フランス)が提唱したものであるが、世界遺産や無形文化財の認定基準等の具体的な実施面に関して南北対立はあるものの、文化的多様性の確保や自国の固有文化の発展等の方針については殆ど対立がない。問題となるのは、ある伝統的知識の所属を明らかにする際に、国家間に争いが生じるかもしれないということである。しかし、伝統的知識である無形文化財が複数の国によって所有されることがあるように³⁴³、伝統的知識や本論文の議論の対象になる医薬伝統的知識も複数の主体にその所属を認めることは可能である。

第一と第二の目的に関しては、各国間にはほとんど争いはない。自国における医薬伝統的知識を発展させれば、国家にとっても、国民にとっても有益である。それに対して、第三の目的である財産的目的の問題には、争いや対立が集中している。なぜなら、財産そのものには排他性があり、誰かの財産になると、財産権を持っている人しか自由に利用できないからである。知識の場合、元々知的労働の成果たるもの(知的製品)には排他性がなく、誰かに知られば自由に使える。しかし、知財権のある知識は誰かの財産になり、運用又は運用による収益も排他的になるので、そこから競争が生じる。医薬伝統的知識の場合もそうである。本論文が主に財産的目的の国際的保護に関して議論を展開するのはこのような理由からである。

前章の最後で、知識の特徴に基づいて、知識に対する所有権(知的財産権)が設けられるとき、権利のバランスを考えなければならず、医薬伝統的知識という伝統的な「知識」に対する権利設定の場合も同様であると述べた。一方、医薬伝統的知識の保護は、医薬伝統的知識の無断利用から生じる問題と言われるが³⁴⁴、その前提には二つの事実があると思われる。一つは当該知識がその提供者と利用者両方に知られた(換言すれば、併存、即ち当該知識が提供者と利用者双方の地域に存在すること)という事実である。もう一つは上記の併存が不合理又は違法な過程で実現したという事実である。この併存という事実には、医薬伝統的知識に対する所有権設定による保護との繋がりがあられると思われる。本章では、この点についても論じることにする。

第1節 知的財産権法システムにおけるバランス

1 知的財産権法におけるバランスの必要性

権利又は利益のバランスとは、各当事者の間、権利と義務の主体の間、又は個人と社会の間における権利又は利益がバランスをとるように配分される状態をさす。権利の基本要素は利益である³⁴⁵。即ち、利益というものは権利の基礎、又はその根本的な内容を指す。

³⁴³例えば「鷹狩り 生きた人類の遺産」という無形文化財は、欧州及びアジアの十数ヶ国によって共有されている。<https://ich.unesco.org/en/lists> (最終閲覧日 2017年12月10日)

³⁴⁴ 前掲注(18)-(25)を参照。

³⁴⁵ 辞書の解釈によれば、権利とは、法によって保障された生活上の利益を享受しうるちいである。中田邦博=高島英弘『新・キーワード民法—民法基本用語辞典—』(法律文化社、2007年)107頁、「私権」条項を参照。また、「権利とは、一定の利益を請求し、主張し、享受することができる法律上正当に認められた力をいう」解釈もある。法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典(第4版)』(有斐閣、2012年)319頁。また、学説については、法が一定の義務を他の人びとに課すことによって保護される特定個人の利益が権利だという権利の性質に関する利益説がある。一定の価値・利益が法的権利として承認・保

また、人々がある法制度を設ける場合に実現の目標とするのは利益の配分である。従って、知的財産権法が利益のバランスを強調することは、その実質はある種の権利の制限に関わる。人権の観点から見れば、人権の一つたる知的財産権に関して、知的財産権制度においてとられる利益のバランスは以下の三つの平面で実現されていると考えられている。

一つ目は知的製品の創出者の権利と知的製品の複製者（伝播者と利用者）の権利、という二つの権利のバランスである。前者は知的財産を全面的に支配する権利である。後者は法の規定又は前者の権利者の許可に従い、他者の知的財産を有限的に支配する権利である。両者は公平に扱われ、各主体間の利益交換は有償かつ互恵的である（合理的利用は除く）。知的財産から生じる利益は共同享有のものである。法に定められた範囲内で、各当事者の利益は考慮される。即ち、創造者の権利、伝播者の権利及び利用者の権利との間におけるバランスが考慮される³⁴⁶。

二つ目は知的製品の創出者（特許権者等）とその他の同様の知的製品の創出者（知的財産権獲得の競争者）との間における同様の権利の有無に関するバランスである³⁴⁷。

三つ目は公益と私益との間のバランスである。公益実現に向けて、創造者の独占権に制限を加える必要があり、それによって社会公衆の知的製品に対する合理的利用が保障される。他者の知的製品を利用するとき、表現の自由という目的、又は公共教育という目的、又は社会公衆の健康・保健の目的及び生活の必要等、いわれる正当な制約は、合理的な理由に基づいている³⁴⁸。

知的財産権の起源は封建時代に国王から獲得した特権である³⁴⁹が、資本主義社会に入った後、知的製品に対する排他的使用、収益の権利、つまり所有権へとその性質が変容した。知的製品の開発創出には、物の創出と同様にコストがかかる。特に医薬等の人命に関わる場合、人の命がコストになる場合も少なくない（この点は古代の経験医学の時代には常にみられる）。製造品の場合、投入したコストは価格の一部になり、ある人が合法的に当該製造品に対して所有権を有したい場合、（表示価格と）同価値と思われる物で交換すれば、標的製造品に対する所有権を獲得できる。この同価値と（取引の相手に）思わせる交換物は現代社会においては常に金銭になる。交換という方法以外のもう一つの方法が同様の製造品を自らの手で作成する複製である。その人が製造という過程を全て再現できれば、製造過程を経て目的製造品と同様の物を獲得できる。

例えば、亀井利三郎が作った赤井六神丸を入手したい場合、麝香、牛黄、センソ、竜腦等の生薬を購入し、生薬を加工する道具も全て備え、亀井の薬舗と同様の製造手順に従い、ほぼ同様の製造時間や労力を投入すれば、市販と同様の赤井六神丸を作ることができる。この理想的な場合、少なくとも元の製造者と同程度のコストがかかるが、実際に作業員の熟練度や生産の規模等を考えれば、単一製品に関する平均コスト（特に時間と労力）は元の製造者より上回るかもしれない。この点を理解している者は一般的に製品を購入するという選択肢を選び、製品の製造者も製品の販売を通じて投入したコストが回収できるのみならず、利益も得られる。

ところが、知的製品の場合はそれとは異なる。知的製品の獲得過程に代価があるのは当

護されることによって、その正当な要求・範囲の明確性・特定性、更に安定性・確実性が高まる。田中成明『法理学講義』（有斐閣、1994年）156頁、160頁を参照。

³⁴⁶ 例えば、著作権法上の引用、私的使用目的のための複製、又は営利を目的としない上演等のような著作権の制限は、著作権者と複製者との間におけるバランスをとる一つの措置である。

³⁴⁷ 例えば、特許権の時間的制限は権利者と権利獲得の競争者との間におけるバランスに繋がっている。

³⁴⁸ この点について、著作権上の図書館等における複製、学校その他の教育機関における複製等著作権に対する制限、又は著作権や特許権に対する時間的制限等が挙げられる。

³⁴⁹ 石井・前掲注（164）40-46頁を参照。

然であり、そこに知的製品の製造に投入した研究開発のための金銭、資源又は労力が含まれる。しかし、有体物たる製造品とは異なり、知的製品の複製・伝播にかかるコストは製造品と比べれば極めて少ない。上記のとおり、物的製造品の完全な複製（外観だけ同様の偽造品ではなく）は、オリジナル品と同様、少なくとも近似する製造機械や原材料がなければ、かなり難しいのに対して、ある考案（例えば、薬品のレシピと調剤手順といった処方内容）の複製はより簡単であろう。仮に抜群の記憶力があれば、ペン一本、紙一枚がなくても、複製者の脳内への複製という形で複製が実現できる。しかしながら、知的製品の最初の創出者（即ち発明者）にとっては、知的製品を他者に譲り、同時に研究開発コストを回収するのはかなり困難である。一方、知的製品の開発者以外の者にとっては、金銭的代価を払って、知的製品（の複製品）を購入するという方法より、複製することによって複製品を入手する方がコストはかからない。知的財産権法の分野でよく言及されるただ乗り（フリーライダー）は、バスを用意する者が、バスの用意に代価を支払うのに対して、一円も支払いを分担させられていない。更に、知的製品の複製は、バスのような席数の限定はなく、何千何万人が同時にできることである。従って、開発者にとって、知識を他者に譲り、その代わりに知識開発に投入したコストを回収するのは不可能である。また、知的製品の他者による使用は開発者の使用に対してマイナスの影響を与えることはないが、知的製品を用いて製造物を製造販売する場合、複製者は開発者と同様の製造品を製造販売するため、開発者の製造販売による収益に対してマイナスの影響を与える。開発者は投入したコストを回収できない一方、元々得られる利益も分割されてしまうため、そうすれば、開発者の投資と本来得られるはずの利益（同時にコピー者の投資とその利益も）のバランスが崩れることになる。

自己の一定の利益、或いは投資と収益のバランスを維持するため、何かの措置をとらなければならない。しかし、知的製品を他者に渡せば、その後の複製に対するコントロールは不可能であるため、知的製品の創出者は自らの知的製品の隠蔽を選択する可能性が高い。当然なことであるが、隠蔽行為にもコストがかかり、そのコストも消費者が負担することになる。創出者が知的製品の隠蔽という措置をとれば、確かに利益を創り出せるだろう。現にこれまで、営業秘密等の知的製品の隠蔽で自らの商売利益を確保してきた創出者もいる。例えば、中国では、六神丸（雷氏方）、雲南白薬、片仔廣等六つの薬品のレシピはトップレベルの秘密として扱われている³⁵⁰。しかし、仮に知的製品の創出者が全員そうすれば、社会公衆にとって、物的製造品の購入価額が上がるだけでなく、利用できる知的製品も少なくなる。このような場合、発明者の利益と社会の利益の間のバランスが崩れるかもしれない。知的製品の創出者の秘匿傾向は、市場における知的製品を減少させるので、ここでは政府が介入し、崩れる利益のバランスを回復させ、公衆により多くの知的製品を提供できるよう、政府は何かの措置をとる。

Fisher氏は公衆に利用できるもの（公共財）の過少生産を解決する際に政府にとられる5つの方法を述べた。即ち、①政府が自前でそれらの財を供給する（例えば、税金を投入し、公共サービスを増やすこと）、②政府が私的なアクターに支出を行い、公共財を生産させる、③政府が、公共財を生み出した私人や組織に対し、事後的に賞や報償を与える、④政府が、公共財の供給者を競争者からまもる（典型的には排他権を設定し、供給者の商品が公衆に行き渡るようにする）、⑤公共財の排他性を増やす工夫をしている私人を政府が支援し、それらの財にアクセスしようとする需要者に対し、財の生産者が等価を徴収で

³⁵⁰中国の中医薬法第43条3項、又は中医薬条例第28条、35条には秘密保持に関する規定が設けられている。前掲注(186)。

きる可能性を高める³⁵¹。

政府が直接知的製品を公衆に提供する場合、その知的製品の由来には大きく二つのルートがある。一つは公的研究機関の知的労働の産物を直接に国家の物とする、というルートであり、もう一つは、国家が私的所有者との交換によって、知的製品の所有権を獲得するというルートである³⁵²。前者は Fisher 氏が述べる方法①に当り、後者は方法②と③に近いと思われる。前掲注(246)が述べた1950年代-80年代の間に中国政府によって採用された制度は後者に繋がっている。即ち、政府は知的製品の創出者に対して奨励等を与え、その代わりに、創出者の知的製品を政府のものにするというものであった。その後、政府は自己の知的製品の一部を公衆に提供し、自由に使わせることにした³⁵³。医薬伝統的知識の場合は、1950年代の中国における「献方運動」(個人や団体自らが掌握している薬方を国家に無償で上納する活動をさす。実際には国家は無償で薬方を獲得することなく、献方者に物的奨励又は精神的奨励を与えることが多かった)によって、政府はしばしば膨大な薬方を手に入れるようになった。六神丸等六つの秘密処方はその時、個人や団体の所有物から国家の所有物になった。この活動においては多くの医薬伝統的知識が記録され、整理され、保存される一方、関連書籍の編集出版という方法で、より多くの公衆にも当該知識が提供された。

一方、政府が知的製品の創出者を支援する場合、創出者のニーズに応じる措置は、知的財産権制度を通じて、知的製品の創出者に所有権に類似する排他的権利を与え、当該排他的権利から生じた利益も与えることである³⁵⁴。ある特定の知的製品の創出者に対する排他的権利の付与の引き換えとして、創出者が当該知的製品を隠蔽することなく、公衆が使えるようにすることは義務とされる³⁵⁵。公衆は公開される知的製品を使用することの引き換えとして、知的製品の創出者に一定の利益を渡さなければならない。ここで利用に対する同意の権限(許可権)が設けられ、一定の利益を開発者に渡せば利用許可がもらえる、という法的な手続を経て知的財産権の制度が構築される。著作権が作者に対する奨励でありながら、そのための読者に対する徴税でもある³⁵⁶のと同様に、特許権についても、権利者に対する権利付与の条件として、発明(知的製品)は社会に公開されなければならない。発明の公開によって、社会は当該発明からより多くの利益を得られ、結果としてそれは技術に関する知的製品の拡散を意味する。それによって社会は様々な恩恵を受ける。このようにすれば、発明者と社会との間に利益のバランスがとられる。

また、特許権者と権利の競争者の間にも利益のバランスがある。権利の競争者(商売の競争者ではなく)は、製造品を製造する過程において、特許権者と同様の又は類似した知的製品創出活動を行うものの、様々な原因で権利を得られなかった者である。権利の競争者が創出活動において払った労力、資源、金銭等については特許権者のそれと実質的な差がない場合でも、一定の区域において、権利者が多すぎれば、独占の意義が低下するので、通常は一人にしか権利を付与しない³⁵⁷。ここで、権利が付与されなかった権利の競争者(つまり、知的製品の創出者)にとって、創出にかかったコストや努力は無駄になってしまう

³⁵¹ See William W. Fisher, *Promises to keep: Technology, law and the future of entertainment*, Stanford University Press, 2004, p. 200.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ 前掲注(246)を参照。

³⁵⁴ 石井・前掲注(164)2-3頁。

³⁵⁵ 例えば、特許権は死蔵されるより実施された方が好ましく、そのために特許法は不実施の場合は裁定実施権が設定されることがありうるという形で実施を促している。中山・前掲注(192)447-451頁を参照。

³⁵⁶ 考特=尤伦著、张军他訳『法和经济学』(三联出版社、1993年)191頁。

³⁵⁷ 冯・前掲注(337)110-115頁、197-198頁を参照。

が、その崩れた投資と収益のバランスを回復するため、何らかの措置がとられなければならない。一方、上記の権利の競争者にとっても、特許の存在は確かに彼らの一部の権利を剥奪し、当該権利から生じる利益を多く奪ってしまうが、結果としては、彼らの総合的な利益を損なっていないかもしれないという点で、彼らにとっては、特許は意味のある存在となる。なぜなら、確かに彼らは特許権者の許可がなければ特許権のある技術を使えないかもしれないが、例えば、特許明細書に記載されていない者については、自由に利用することもできるように、当該技術に含まれる重要なヒントによって啓発されることもあり得るからである³⁵⁸。それは特許法における競争を確保するための利益のバランスがとられる一つの表現と言える。

上記のように、公共性という特徴のある知的製品に関して、その財産的属性によって生じた利益が創出者と社会及び特許権者と権利の競争者との間に利益のバランスがとられるニーズがあるため、知的財産権法における利益のバランスの必要性が生じるという結論が導かれる。

2 知的財産権法における利益バランスの構造

本節の1に述べたように、知的製品の創出に関して様々なキャラクターを演じる者の相応の権利の保護、及び権利者と社会の利益の最善の保護、という二つのニーズから、知的財産権における利益のバランスの必要性が見て取れる。では、知的財産権制度の下では、利益のバランスはどのような形式で存在しているのか。

有体物に対する排他的占有（所有権）と知的財産に対する排他的占有（知的財産権）は異なる。所有権は絶対排他的であり、時間的制限と空間的制限がない権利でもある。従って、有体物に対する所有権の存続期限については、目的物が存在する限り、権利は存在する。仮に目的物が永遠に存在すれば、目的物に対する所有権も永遠に存在する。甲がA国において一粒の薬を購入して当該薬に対する所有権を獲得すれば、当該薬を持ってB国に行っても、当該薬に対する所有権は消滅しない。有体物に対する権利主体が国家の場合、有体物に対して主権や主権的権利を有することも可能である（領土、国有物、遺伝資源等）。国家の有形文化財の他国における展示の場合や遺伝資源が無許可の持ち出し（国から当該遺伝資源の所有権を譲り受ける意思がない場合）により他国に所在する場合、国家に属する当該文化財や遺伝資源に対する主権的権利は消滅しない。それに対して、知的財産権の排他性は相対的である。なぜなら、前章で述べたように、有体物に対する所有権は、同様の別の有体物に対する所有権との衝突がないのに対して、ある知的製品に対する知的財産権は、同様の別の知的製品に対する所有権との衝突があるので、知的財産権に対しては、時間的制限や空間的制限、又は合理的使用や強制許可のようなその他の法的制限が加えられるからである。

知的財産権の時間的制限とは、知的財産権には有効期限があり、知的財産権は法定の期間内しか保護されないことを意味する。期間満了後、当該権利は消滅し、権利の目的物（権利の対象となる知的製品）はパブリックドメインに入って、公衆によって自由に使えるものになる³⁵⁹。

³⁵⁸同上。

³⁵⁹特許権は特許出願の日から20年をもって消滅し、著作権は著作者の死後50年または70年をもって消滅するものと規定する国が多い。特許権、著作権をはじめ、知的創作物に関する権利に関しては権利の存続期間が設けられている。このような規律は、創作活動を行った者といえども、先人の文化や技術の上に立脚しているのだから、一定期間経過後は恩恵を受けた文化や技術の発展のために貢献すべきであるという価値判断により正当化される。田村・前掲注（288）488頁。

この点は通常の所有権と大きく異なる。所有権には時間的制限がなく、目的物が消失しなければ、所有権は存在しており、法によって保護される。例え消滅時効や取得時効によって生じた法的効果であっても、その場合変わったのは権利の主体にすぎず、財産そのものの権利の客体としての位置づけは変わっていない³⁶⁰。本節の1に述べたように、知的財産権の時間的制限は利益交換の一つの表現である。知的財産権の権利者は一定期間、知的製品の独占的収益を得られるが、他方、知的製品を社会に対して公開するという義務を負う。国家は社会の代表者として、権利者と上記交換に関する契約を結ぶことになる³⁶¹。保護期限の満了後、知的製品はパブリックドメインに入り、かつ永遠にそこにとどまる。ここにおいては、パブリックドメインという公有の知的製品の範囲、又は公有という知的製品の器の容量は無限に拡大し続ける³⁶²。

更に、知的財産権の時間的制限は、一定期間、公衆の目的知的製品に対する自由な利用を制限するが、最終的にはその自由な利用は必ず実現できるので、知的財産権の創造を刺激し、様々な知的製品の創出と伝播を促進することによって社会の進歩を促すという機能が失われることはない³⁶³。

ところで、知的財産権の保護の時間的制限には、一つの例外があり、それは商業秘密による保護である。商業秘密の場合、知的製品に対する独占は知的製品の創出者の隠蔽行為によって実現するものであり、公開対独占という利益交換の過程を経ないので、時間的制限の対象にならない。

知的財産権の空間的制限は、知的財産権の地域性特徴に見られる。知的財産権の空間的効力は無限ではないので、知的財産権は地域の制限を受け、厳格な属地性を有する。つまり、知的財産権の効力は権利を付与する国の領土内においてのみ存在するという点である³⁶⁴。これは有体物の所有権と大きく異なる点である。所有権の保護は一般的に空間的制限がない。自然人の一国における財産が他国に移動する場合でも、法人の投資や貿易による国家間における財産の移動の場合であっても、所有権は変わらず有効であり、移動による所有権が消滅することは殆どない³⁶⁵。しかし知的財産権の場合は異なる。知的製品は無体物という特徴があるため、権利者は知識に対して効果的な独占をすることができない(従って、権利者は当該知識を秘密にするほかない)。知的財産権そのものは、知識の占有者が自ら独占している知識を公開し、実質的な独占による排他的利益を放棄すること

³⁶⁰所有権には存続期間の限定がなく、所有権を行使しなかったあらとあって、所有権以外の物権や債権のように消滅時効にかかることもない。河上正二『物権法講義』(日本評論社、2012年)257頁。日本民法第167条によると、その他の物権は消滅時効の対象とされ、時効によって消滅することになって、所有権は消滅時効に服さない。

³⁶¹ その契約とみなされる行為は、設定登録であろう。

³⁶² See Jessica Litman, "The Public Domain", *Emory Law Journal*, Vol. 39 (1990) pp. 965-968

³⁶³ 石井・前掲注(164)20-21頁を参照。

³⁶⁴ 知的財産権の属地主義の根拠は、以下のような利益衡量に求めるべきであろう、と考えられている。即ち、ある地の知的財産権の対象物に対する利用行為が知的財産権を侵害することになるのか否かということに関して、当該地を統治する国以外の法が適用されるとすれば、法律関係が錯綜するために、許諾が必要であるのか、いったい誰から許諾を得るべきなのかという点につき、判断に窮する可能性がある。判断が可能であったとしても、複数の法による複数の権利者に許諾を求めなければならなくなり、いずれにせよ、知的財産の利用に支障を来すおそれがある。そこで利用者に予測可能性をもたらすために、知的財産の利用行為が侵害となるか否かということに関しては、その地を統治する国の法によって判断されるべきであるとの理を表現したものが、知的財産に関する属地主義である。田村・前掲注(288)527頁。

³⁶⁵所有権の消滅について、一般的に、目的物が滅失すれば、その上の所有権等の物権も消滅する。また、取消・解除による所有権の消滅もあるが、即ち、所有権を移転する売買契約が取消・解除により効力を失うと、買主は所有権を失う。内田・前掲注(271)427-428頁。ここで分かるのは、所有権の消滅は、目的物の消滅、又は権利を受ける法的行為の取消に繋がっていることである。目的物の移動には繋がっていない。もっとも、動産に対する所有権はそうであろう。

の交換として、法によって排他的占有、使用の権利及びそこから生じる利益が得られるという性質を伴っている。有体物財産のような占有に関する権利推定は知識については援用できないので、条約又は国家間の協定がある場合を除いて、知的財産権の域外効力は一般的には認められない。

前掲注(349)に述べたように、早期の知的財産権は欧州の封建時代の末期に生じたものであり、そのときの著作権(版権)も特許権(専売権等)も君主に与えられた特権であった。そのため、権利は当該君主の管轄区域においてしか行使できない。近代資本主義社会になってから、原始的な知的製品に対する排他的使用・収益の権利は封建特許権の外装を外し、法定の精神的権利及び財産権という形になった。近代資本主義の時代に入り、各国は主権原則に基づいて、本国法によって取得された知的財産権しか保護しない、という現代知財権法の地域性特徴が生じることになる³⁶⁶。

同一の目標を目指す知的製品の創出活動は、一国内において複数の人々がほぼ同時に行っていることと同様、国際社会においては複数の国家の複数の人々がほぼ同時に行っている。外国の特許権が自国内でも有効と認められれば、権利の獲得について、自国の発明者は外国の発明者と直接的権利の獲得に関して競争になり、技術レベルが相対的に低く、技術能力が相対的に弱小な国にとってはかなり不利になるであろう。言い換えれば、技術能力の低い途上国においては、強敵である先進国の大企業の有する特許数が爆発的に増加し、自国の技術の発展が大きく制限されてしまうという不利な状況に置かれることになるのである³⁶⁷。こうした不利な立場にある国は、多国間条約に基づいて設定される相対的にハイレベルの統一的国际保護水準を確保する保護制度を各国がカバーしつつある今日、とりわけ TRIPS 条約の発効以降、知的財産権の地域性が消滅しつつあることに対して不満を持っている³⁶⁸。

このような不利な状況を避けようと、特許制度を設ける国はこれまで、基本的に知的財産権の地域性を維持し、自国の知的製品の創出者の権利を保護してきた。しかし、19世紀後半以降、技術の国際的流通及び国際貿易の拡大とともに、それまでのバランスが徐々に崩壊に至る。加えて、知的製品の国際的保護という需要と知的財産権の地域性の衝突も生じるようになった。この衝突を緩和するため、知的財産権法には新たなバランス体制を確保する必要が生じた³⁶⁹。

実務レベルでは、パリ条約のような知的財産権の国際的保護に関する条約が締結されるようになる。こうした条約は、次のような原則を掲げている。

1) 最低限保護原則³⁷⁰。世界的又は地域的な条約はそれぞれの国家間で締結され、条約によって、知的財産権の保護に関する共同認識が得られ、国際的保護の最低基準(実体法)が設定され、各締約国はその最低基準に応じて、最低基準より下回らないよう自国の国内法を整備し、修正すること。

2) 相互独立の原則³⁷¹。即ち、同一の知的製品に関する複数の国における知的財産権は、それぞれの国の国内法によって取得し、保護すること。

3) 内国民待遇という原則³⁷²。自国民に与える待遇よりも不利でない待遇を他の締約国国民にも付与するとする内国民待遇原則に基づいて、ある国によって承認され、付与され

³⁶⁶唐・前掲注(155)189頁。

³⁶⁷冯・前掲注(337)509-528頁を参照。

³⁶⁸同上。

³⁶⁹唐・前掲注(155)194-195頁。

³⁷⁰例えば、TRIPS条約の第28条は権利内容、第33条は保護期間に関する国際保護の基準を規定している。

³⁷¹例えばパリ条約第4条2項(1)の規定。

³⁷²例えばパリ条約の第2条(1)やTRIPS協定の第3条。

た知的財産権は、国際条約により、他の締約国においても域外効力が認められる。しかし、当該原則によっても、知的財産権の属地性特徴は失われず、権利の付与や権利保護の方法は、各締約国の判断に委ねられ、判断の基準設定も各締約国の国内法に委ねられる。因みに、現行の知的財産権制度の下では、国際出願も先願によるとされる³⁷³が、それは知的製品を用いる製造物の製造販売のグローバル化に伴う国家間における利益のバランスに対する再調整にすぎない。空間的制限という実質上複数の創出者の権利を保護する知的財産権の性質に変更はない、と筆者が考えている。

第2節 医薬伝統的知識の法的保護における権利・利益のバランス

1 医薬伝統的知識の法的保護における権利・利益のバランスの必要性

前述したように、知的財産権のような知的労働の成果である知的製品に対する利用や収益の排他的権利（所有権）は、知的製品の公開を促進するために、少数（通常は一人のみ）の公開者たる知的製品の創出者に当該知的製品の使用に関する排他的所有権を与え、同一の又は類似の労働をし、同一の又はある程度類似の結果を得る者であるその他の創出者の当該知的製品の自由使用の権利を剥奪するものである。同様の労働をしたが、権利や利益の有無について異なる扱いを受けることは決して公平とは言えず、そこにおいては利益のバランスがとられているとは言えない。従って、知的財産権制度の下では、この他者の貢献を「無視」し、他者の権利を剥奪することから得られる排他的権利は、時間的、空間的及びその他の法定事項による制限を受ける権利である。この時間的、空間的及びその他の法定事項による制限から構築される籠の中にあるからこそ、知的製品に対する所有権の絶対的排他性が認められるのである。知的財産権のない世界において、知的製品の独占をしようとするとき、当該知的製品をなるべく秘匿するしか方法がない。知的労働の労働者が自らの労働成果を得、その労働成果に秘匿に関する工夫を凝らして、労働成果に対する独占性を達成するのである。

こうした知的労働の労働者と他者との知的製品に関する利益のバランスは自然に発生するもので、仮に国家が一定の規則を設けることによって、知的労働者の隠蔽を認めたり、当該規則に違反し、隠蔽を破壊（秘密の知的製品を披露）する者を罰することで、このようなバランスを意図的に保護したとしても、利益のバランスはすぐに崩れることはない。

実際、知的財産権が存在しなかった時代においても、（伝統的知識に限らず）医薬知識の創出、医薬学技術の進化又は医薬学の発展は中断なく、進んでいた。未開の領域を解明するために、科学者は研究を進めていた。より上質な生活を得、現行品より良い製品の販売によって製造業界の競争で優位に立ち、個人の功名をえる等様々な理由から、人々は知的労働をし、知的製品を作り出していた。医薬伝統的知識の世界でいえば、様々な新たな医学理論、診断方法、医療器械、新技術や新（伝統）薬が創り出された。しかし、社会はより多い知的製品を得るために、知的製品の公開を促す。知的製品を公開しても、公開者が公開しない場合と同様の独占状態を維持するために、他の知的労働者の有すべき同様の権利を剥奪する。更に、権利が剥奪された他の知的労働者のために、少数者（知的財産権者）に権利を集中させる行為に制限を加える。つまり、知的財産権の重要な役割は、知的製品の開発を刺激することと同時に、より重要なのは知的製品の社会に対する公開を刺激することである³⁷⁴。知的財産権のような権利体系、即ち「独占」を等価として、「公開」

³⁷³パリ条約第4条A(1)を参照。

³⁷⁴特許制度の機能について、第1に、発明とその公開を促進するためには特許制度が必要となるという

と交換するという制度は、開発と同時に、公開も促進する。それによって、社会は、それ以前より多くの知的成果を享受することができるのである。

第 II 章で述べたとおり、医薬伝統的知識は知的財産権の保護対象たる現代的知識と比べれば、権利主体、知識の創出や存在の様態は確かに異なっており、そのため知的財産権法でカバーされていない部分も多い。しかし、知的財産権の対象と同様、医薬伝統的知識も知的労働の成果であり、即ちそれは知的製品の集合とも言える。従って、主体、権利付与の形や権利保護の方法が異なっても、医薬伝統的知識に対する独占的権利には、知的財産権と共通点がある。それは知的製品を独占する意思⇒他の労働者と同様の権利の剥奪⇒利益のバランスのために独占権を制限するという権利設定の『方程式』である。

次に、人権の観点から見れば、医薬伝統的知識（を含む伝統的知識）に所有権（又はそれに基づく他者の利用に対する差止請求権や利用から生じる利益に対する配分の請求権）や所有権のような排他的権利を付与することは、そのような主張をする一部の国の国情から考えると、理不尽とは言えない。尚、医薬伝統的知識に対する独占を認めるならば、権利・利益のバランスをとるため、独占に対する制限も加えなければならないだろう。

前節で述べたように、知的財産権制度が目指す利益のバランスは以下の三つの平面で表現されている。この点に関して、医薬伝統的知識の財産的保護も同様である。一つ目は知的製品の創出者（伝統医薬活動の実践者）の権利と知的製品の複製者、即ち（単なる）伝播者と利用者（例えば他国の製薬会社）の権利、という二つの権利におけるバランスである。二つ目は知的製品の創出者とその他の同様の知的製品の創出者（同様の伝統医薬活動の実践者）の同様の権利の間におけるバランスである。三つ目は私益（医薬伝統的知識の権利主体が先住民の集団、先住民社会又は地域社会といった団体の場合、その団体の利益も私益と認められる）と公益との間におけるバランスである。

私的利用者（例えば製薬会社）にとっても、民衆にとっても、より多くの利用医薬伝統的知識を入手するために、医薬伝統的知識の公開を促すことは、有益であると言える。また、知識を独占できるという意識も制度もない時期において既に公開されていた医薬伝統的知識について独占権を与え、その利用に対して利益配分を求めることを否定せず、そのような点に合理性を認めることは、過去の貢献に対する補償と言える。ただ乗りの例を言えば、バスを独占するという意識のなかったバスの提供者は人々のただ乗りを拒絶したことはなく、また、当時個人による運賃徴収の権利が認められていなかったため、ただ乗りを黙認していた。しかし、個人による運賃の徴収も法律上可能になれば、バスの負担を減らすために、バスの所有者はただ乗りを拒絶し、また、整備修理資金を集めるため運賃を徴収することは理不尽とは言えなくなる。医薬伝統的知識に対する第三者の使用はこの状況に似ているであろう。

中世以降、公開された知的製品に対しては独占権が確かに存在していたが、それは知的財産権のようなバランスがとられる独占ではなく、単なる言論統制等封建時代の管理上の便宜で設けられたに過ぎない権利であったと言われる³⁷⁵。そのため、医薬伝統的知識の創出者は、知識を創出するとき、当該知識を独占したいと思えば、知識を隠蔽し、他者に知らせないように工夫を凝らした。当時、知識の公開対独占という意識も、バランスをとる一つの方法としてのパブリックドメインという考えもなかった。知的財産権法という現代的財産制度、又はその重要な構成要素とするパブリックドメインを医薬伝統的知識の創出

もの、第2に早めに特許の保護を与えることにとって、複数の人が無駄に発明に対する投資をしないようにするというもの、第3に、早めに特許権を付与することにより、この特許に関連する製品化を促すというものである。田村・前掲注（288）181頁

³⁷⁵See Alford, *supra* note 160.

者に勝手に適用し、彼らの知識に対する排他的権利の可能性を彼らの参与がない状態で失わせることではバランスがとられていないかと懸念されている。

更に、第三者の利用によって、知識そのものの存在、価値の維持及び知識の源たる伝統的医療活動や薬事に関する活動の維持が害されているという事実もある。知識を利用しながら、消耗（知識そのものは消費されていないが、第 I 章で述べたように、一部の知識の消失により知識体系の縮小、価値の低下又は伝統的活動の中断は医薬伝統的知識の消耗と見られる）させる利用者は、まさにただ乗りでバスを利用し、消耗させる者と全く同様であろう。従って、知識に対する排他的権利が認められる時代になった後の医薬伝統的知識の創出者（所有者）による利用者に対する利用から生じる利益の配分要求は、上記のただ乗りに対する料金の徴収に類似する行為であり、仮に求められた利益が知識体系の保護と回復にかかるコストに相当すれば、何ら不自然ではない。それ以上の利益を求めることは別に議論の余地があるところであるが（ここでは様々な条件や事情を考慮しながら、新たなバランスを確保するという検討の余地がある）、少なくとも医薬伝統的知識の保護と伝統医学の発展において用いられる資金としての利益配分の請求は認められるべきであると思われる。

一方、医薬伝統的知識から財産的要素を取り除けば、医薬伝統的知識は公益的要素としての人々の健康や命に繋がりがあがる知識としてクローズアップされる。第 II 章で述べたように、知的財産権で人々の（健康、保健のための）医薬伝統的知識に対する利用を切断することはその合理性が疑われる行為であり、それと同じような観点から見れば、伝統的知識の排他的所有権で（健康、保健のための）医薬伝統的知識に対する利用を切断する行為の正当性も疑われるべきであると思われる。つまり、伝統医薬を長い間利用してきた一般人も多くいるので、突然彼らの日常的な伝統医薬に対する利用を切断することもバランスのとれた状態にならないということである。知的財産権法のみならず、特別な法制度による医薬伝統的知識に対する独占、特に既に多くの民衆が長い間利用してきた知識の独占に対しては、必要な制限が加えられなければならない。

上記のように、知的製品としての医薬伝統的知識に関しては、その財産的属性によって生じた利益が知識の創出者と社会及び独占権を求める者その他の知識の創出者との間でバランスをとるように配分されなければならないという理由から、医薬伝統的知識の財産的保護についてもバランスを確保する必要性があるという結論が導かれることになる。

2 医薬伝統的知識の法的保護における権利・利益のバランスの構成

前節に述べたように知的財産権制度の下では、三つのバランスは権利者の独占権を認めながら、時間的制限、空間的制限及び法定事項による制限の実施によってとられる。それらの制限のうち、主に機能しているのは、医薬伝統的知識に対する所有又は排他的所有における権利・利益のバランスの確保の必要性から、時間的制限及び空間的制限と言える。

知的財産権の時間的制限は利益交換の一つの表現である。知的労働を行う者は、自ら未公開の知的製品を公開することで、独占する可能性を喪失するとともに、他者の同様の権利を剥奪し、公的力で独占を達成しようとする。このための条件が二つある。一つは、保護対象たる知的製品が未だ公開されていないものであること。もう一つはこの知的製品は元の知的製品から切り離され、断片化できるものであることである。薬の場合、例えばある A 化合物に B 物質を投入することにより、新薬 C が創出される。知的財産権法の保護の対象は、既存の A 化合物ではなく、物質 B の加減により創出される新薬 C であり、知的財産権の保護による独占の収益は、新薬 C の公開、及び一定期間内における B の加減の研究

に投入した各種の資源や労働に対する報酬である。それに対して、医薬伝統的知識の更新は、主に経験の蓄積であり、知識の一部を主体から切り離し、断片化することは難しい。第 II 章で述べたように、これは医薬伝統的知識の一体性特徴と呼ばれる。医薬伝統的知識は断片化されにくいので、時間的制限を加えることも難しい、という主張もあり³⁷⁶、保護期間のない所有権を付与する、という特別な制度をとる国がある³⁷⁷。

次に空間的制限について、知的財産権の地域的制限は、知的財産権の地域性特徴に見られる。近年のグローバル化に伴い、知的財産権法の属地性の内容は変化しており、特に国境を越えて知的財産権の侵害が起こるケースが増えているので、属地性の弱体化という傾向もあると思われる。

しかし、同一の目標を目指す知的製品の創出活動は、一国内では複数の人々がほぼ同時に行っていることと同様に、世界中においては複数の国家の複数の人々がほぼ同時に行っていることが多く見られる。従って、この複数の創出者の権益の維持に対して、知的財産権法の属地性から見られる独占に対する空間的制限は依然として意義がある。医薬伝統的知識の場合においても、知識に対する複数の所有者が存在し、その中の一部が知識に対して、占有が排他的であると主張し、更にその主張に理由があれば、当該者以外の所有者の所有権を害さないよう、空間的制限が機能する。更に、医薬伝統的知識の所属関係は、その所有者の文化又は歴史とのつながりが深いいため、いずれの所有者にとっても、他者の独占権によって、自らの所有が剥奪されることは自らの歴史や文化を傷つけられることでもある。ここでの所有者には当然先住民、先住民の社会、地域社会、又はその他の所有者が含まれる。同時に、他者の独占権には当然に知的財産権が含まれているが、それ以外の独占権も当然含まなければならない。一主体による医薬伝統的知識に対する所有権に類似する排他的権利は、少なくとも他の医薬伝統的知識の創出者の同様の権利を排除すべきではなく、特に当該排他的権利に時間的制限が設けられていない場合、空間的制限はより重視されるべきである。

ここで、一つ注意すべきことは「労働」である。同様又は類似の知的労働を行い、同様の知的労働の成果(知的製品)を得る者が複数存在し、この複数の競争者を排除するため、独占のニーズが生じることがある。仮にある知的労働の従事者が一人しかいない場合、一般的に(つまり公益等の考えを除く場合)この労働者が自分の労働成果を一人で占有することは、何ら不自然なことではない。しかし、労働者が複数存在し、しかも労働成果が同様のものであり、物理的境界もない場合、一人で占有することを実現するには、他の全ての労働者の占有を排除するしかない。つまり、権利の競争者になる前提は、医薬伝統的知識の創出における同様又は類似な労働を行うことなのである。次節において、同様又は類似の労働と、医薬伝統的知識が国境を越えて複数の地域に存在し、又は複数の者に有されることの間、どのような関係があるのかについて、議論を展開する。

第 3 節 医薬伝統的知識の併存の原因に関する考察

³⁷⁶ 前掲注 (62) 66-67 頁。

³⁷⁷ 例えば、タイ法第 16 項では伝統的なタイ医療の知恵は国家知恵、一般知恵、個人知恵に分けられている。次に第 17 項は国家知恵の権利を規定し、20 項以下は個人知恵に対する権利申請を規定している。そのうち、第 33 項では個人の権利に対しては権利者の生存期間及び死後 50 年までを保護期間として定め、共同権利者の場合は最後に死亡した権利者の死後 50 年までと規定している。それは著作権の財産的権利に準じて設けられている条項である。しかし、保護期間のある個人の権利に対して、国家の知恵と認められる場合は保護期間に関する規定の条文が設けられておらず、権利者が国家であるタイの医薬伝統的知識の保護においては、時間的制限がない。前掲注 (37) を参照。

医薬伝統的知識の所有に関しては、保有者（この段階ではしばらく保有者と称する）が一定の空間内に存在するので、知的財産権の場合と同様に、知的製品の排他的占有を巡って争いが生じる。この一定の空間が国境を越えて、二国間又は多国間になれば、争いは国際的紛争になる。

本節では、保有者が複数になる原因、換言すれば医薬伝統的知識の複数の国家における併存の原因を考察することにする。

医薬伝統的知識が複数の国において併存することは客観的な事実である。窃盗、強盗、詐欺等の違法行為に準ずる不正行為による併存を除いて、併存の合法的理由を整理すれば、以下の四つがあると思われる。即ち、1) 医薬活動の伝承に外国人が知識の伝授者又は受容者として参加する（身体的媒介）。2) 文化的又は商業的交流において、医薬伝統的知識の媒介物とする物が外国まで伝えられる（物的媒介）。3) 医薬伝統的知識の保有者（例えば一つの民族）が現在の国境線で複数の国に分けられる。4) ある薬用動植物又は鉱物資源が複数の国において存在しているので、当該薬用動植物又は鉱物資源の利用に関して、同様の又は類似の医薬伝統的知識が複数の国に存在する可能性がある、の四つである。

歴史上、一つの文明は、必ずその生じた地域にとどまらず、他の文明とお互いに影響を与え合い（所謂文化の交流）発展する。それぞれの医薬伝統的知識が属する各地域から生じた文明もその例外ではない。影響はまず周辺に、更にその周辺に及ぶ。それが国境線を越えるとき、その影響は周辺国にまで及ぶことになる。

1 境界を越える伝統医薬活動による併存

まず、医薬伝統的知識が複数国にて併存する最も重要な原因は、伝統的医薬活動が国境を越えて行われることにある。前述したように、医薬伝統的知識は伝統的医薬活動から生じる知識であり、伝統的医薬活動は医薬伝統的知識の源である。その源が複数の国家にあれば、医薬伝統的知識が国境線を越えて存在するのは当然である。

伝統的医薬活動は人を介して国境を越える。例えば中国が知識の発信側で外国が受信側となる中医薬の場合、周辺諸国が中国の医療制度又は医薬に関する知識を学び、又は中医薬伝統的知識を掌握する医者（国籍を問わず）が外国に渡り、当該外国で伝統的医薬活動の世代間伝達を行う。換言すれば、中医薬に関する伝統的知識は伝統的な方式で、周辺諸国に伝播されるのである。

次は、日中間の医薬伝統的知識の伝播と伝承を例にあげ、考察してみることにする。

日本の古代の医術は、原始的な民間療法に祈祷を併せたものであったが³⁷⁸、薬草、動物等を利用し病を治すこともあり³⁷⁹、ここで蓄積されたのは単なる医療・保健経験だと呼ばれている。徐福は日本に渡るとき、秦時代までに蓄積された多くの医薬伝統的知識を日本に伝えた。しかし、その時代までに体系化された中医薬伝統的知識としては未熟であった。体系化された中医薬伝統的知識が伝えられたのは欽明天皇の時代で、朝鮮半島を通じて、

³⁷⁸ 太古時代において、日本列島の住民は「疾病ヲ以テ神ノ意ナリトシ、マタハ之ヲ邪神ノ所為ニ帰シ、若シクハ身ニ穢氣・悪毒アルニ因ルトスルモ、疾病ソノ物ハ一個ノ物體トシテ、コノ異物ガ外界ヨリ身體内ニ入ルモノナリト信ゼルナリ」から、祈祷、禁厭、薬物内用等を用いて病を駆逐した。富士川遊『日本医学史・決定版』（日新書院、1941年）9-14頁参照。

³⁷⁹ 例えば、古代の日本人は火傷をしたとき、蛤の貝と黒焼きにした蚌貝の粉末を水で練って沼垂、皮膚病に蒲を用いたりした。中島陽一郎『病気日本史』（雄山閣、1983年）256頁。『古事記』には55種の植物と53種の動物の記載がある。その頃用いられていた薬物はおそらく上記の動植物をベースにしていたと考えられる。『出雲国風土記』には薬物として使用されたと思われる90種余りの動植物が列挙されている。伊田喜光「古代日本の薬草と医薬」横浜薬科大学漢方と漢薬調査研究センター・前掲注（222）25-26頁参照。

仏典と共に日本に入ってきた³⁸⁰。その後、日本から派遣された遣隋使・遣唐使や彼らに同行する僧或いは医師も、それぞれの時代の医術を身に着け、様々な診療技術や処方知識を持ち帰った。その一方、鑑真のような多くの医術を持つ中国人が日本に渡り、自らの医薬伝統的知識を日本人に伝えた。江戸時代に入り、中薬伝統的知識等の外来医薬文化を吸収する結晶として、漢方という日本の伝統的医学が徐々に誕生したのである。

古代から日本に移民した中国人は少なくなかった。その中には、医学専門家もいた。例えば、医者の名門である丹波家は中国人の後裔であり、彼らは西暦 201 年—310 年の間のあるときに日本に渡り、帰化した³⁸¹。このように日本で医者をし、また中国の伝統を知る渡来人の子孫は、中薬伝統的知識の伝播に大きく貢献した。

唐時代以降、鑑真をはじめ、多くの中国人が日本に来て、医療・保健活動を行ったり、日本人の弟子への教授、本の執筆、医療・保健知識の伝道を行った。

五雲子又は紫竹道人と自称する王寧宇は、山西省太原出身であり、朝鮮を経て渡日し、長崎や江戸に住み、森雲竹を始め、多くの弟子を教育した。弟子の中には、幕府医官になる者もいた³⁸²。

独立性益（中国名は戴笠、字曼公、戴曼公と通称される）は、浙江省杭州出身で、『万病回春』の著者たる龚廷賢氏から医術を学んだ。1653 年渡日し、池田正直に痘病の治療術を教えた。その治療術は池田家に代々伝承された。その他の弟子には深見玄岱、北山壽安等の名医がいた³⁸³。

僧澄一は、浙江省杭州出身であり、1653 年渡日し、弟子には石原学魯、今井引濟、国玄貞等の名医がいた³⁸⁴。

僧心越は、浙江省金華出身であり、1677 年渡日し、石原学魯に医術を伝授した³⁸⁵。

上記のように、渡日の中国医師・僧は医薬伝統的知識の伝播において重要な役割を担っていた。

一方、日本から中国に派遣された留学生や留学僧も中国の同僚と同様、医薬伝統的知識の伝播と伝承に貢献していた。日本から中国へ渡り、医学を学んだのは、隋唐時代の薬師恵日、秦朝元、菅原清、明・清時代の竹田昌慶、月湖、田代三喜、坂浄運等である。彼らが中国に渡ったとき、既に、中国において漢医薬学（狭義の中薬学）は大いに成熟しており、基礎理論も整っていた。恵日、秦朝元らは唐時代前期までの医薬学を吸収し、日本に持ち帰り、日本の伝統医薬から伝統医薬学への進化のための基礎を固めた。田代三喜は中国に渡ってから、唐宋金元の医術を十三年間に亘って習得した。当時、日本の医学界を支配していたのは『和剂局方』に基づく理論であった。彼は帰国してから、当時中国伝統医学の最先端に立っていた李朱（金元四大名家と呼ばれる李東垣と朱丹溪を指す。彼らは薬方等の治療方法だけでなく、基礎理論に対しても大きな貢献をした功労者である）の医学を主張した。結局、彼は漢方の一流派たる後世派の始祖になった。坂浄運は中国から『傷寒論』とその思想を持ち帰って日本に伝播した。それは今でも漢方の経典として存在している。漢方の一流派たる古方派の学術はここから始まった。

中薬伝統的知識が日本においてどのような形で伝承されたかと言えば、ほとんど中国

³⁸⁰小泉・前掲注（254）6 頁、他を参照。

³⁸¹橋輝政『古代から幕末まで 日本医学先人伝』（医事薬業新報社、1961 年）26 頁。

³⁸²史世勤編集代表『中医传日史略』（华中科技大学出版社、1990 年）98 頁。

³⁸³小曾戸洋『漢方の歴史—中国、日本の伝統医学—』（大修館書店、1999 年）150 頁。史世勤編集代表、同上、98-99 頁又は橋・前掲注（381）83-84 頁参照。

³⁸⁴史・同上、98 頁。

³⁸⁵木宮泰彦『日華文化交流史』（富山房、1955 年）684-708 頁。

における伝承と同様、学校教育³⁸⁶、師承³⁸⁷等の伝統医薬活動の継承による場合と、医薬伝統的知識の媒体物の伝播による場合の二つである。

上記のような中国人の医者は直接日本人の弟子に伝統医薬活動のバトンを渡すことがあった。日本に渡る中国の伝授者であっても、中国で知識を身に付けて日本に戻った日本人であっても、日本において知識を次世代に伝授することや知識を使って医療活動を行い、得た経験を更に知識に加えることに変わりはない。彼らはこうした活動に加え、中国の伝統医薬教育モデルに類似するものを作り、伝統医薬活動に関する諸知識を次の世代に伝えもした。奈良時代の医薬教育が唐の制度を導入し、その伝統医薬の伝承方法である医者の育成方法を唐のそれに基づかせていたのはその例である。

日本の薬典寮には、教育にかかわる博士若干名（医博士、針博士、按摩博士、呪禁博士各1名、薬事実務と教育の両方をする薬園師20名）、学生数十名（医40名、針20名、按摩10名、呪禁6名、薬園6名）がいた。学生は薬師の子、医術を三世以上伝承した医学名門の子及び聡明な一般人から選ばれた。医典寮においては、現場と教育が連動していた。医師は『甲乙経』、『脈経』、『新修本草』、『小品方』、『集驗方』を学び、針生は『素問』、『黄帝針経』、『明堂経』、『脈訣』、『赤烏神針経』及び経絡に関する『流注図』等を学んだ。薬園生は本草を講読するほか、近所の生薬産地で薬種を採集し、薬園まで持ちかえって栽培する訓練を受けた。それによって、諸薬の採集法と栽培法を習得した。在学中の医学生には定期試験があり、九年間で卒業できないものは退学を命じられた。卒業生は式部の採用試験を受け、医師又は医官になった³⁸⁸。

江戸時代の医学校の例を見れば、1765年幕府の医官たる多紀元孝によって私費で創立された医学校＝躋壽館においては、教授の方法は『本草経』、『素問』、『靈樞』、『難経』、『傷寒論』、『金匱要略』の六書を毎日輪講させ、都講（塾頭）がこれを折衷し、その他の諸書をも輪講し、更に経絡、鍼灸、診法、薬物、医案、疑問六条の会を設け、各々の都講がこれを教導した。医案と疑問は文章により、その他は皆ワザについて行った。診察の方法は、身分や地位の低い卑しい者が依頼する治療を都講がまず診て、そのあと、諸生に診せ習熟させた。学生の評価は三等に分け、治療経験と学力の兼備を上等とし、治療経験が十分で学力不足を中等とし、学力十分で治療経験不足を下等とした³⁸⁹。

中国における知識の伝授と同様、日本においても、教師はまず基礎知識を学生に教授し、そして学生の練習を指導し、学生は伝統医薬活動の過程において基礎知識を理解し、技能を学び、更に理解した知識を用い、自らの今後の活動の手引きとする、というパターンで行われた。つまり、日本では、中国と同じように、中医薬伝統的知識の源である伝統漢医薬活動を世代を超えて維持し発展させてきたのである。その結果として、伝来の医薬伝統

³⁸⁶ 医学校の例をいえば、奈良時代の唐の太医を模倣し設立された典医寮や室町時代の足利学校、又は江戸時代における江戸の躋壽館、鹿児島島の造士館、熊本の再春館、福岡の採真館、会津の日新館等があげられる。日本学士院編『明治前日本の医学史第1巻』（日本古医学資料センター、1978年）31頁。

³⁸⁷ ここにも師伝と家伝両方がある。家伝については、日本における代々医者に従事する者が少なくない。例えば、古代から兩大医家と呼ばれる丹波家と和氣家は明治まで名医輩出の家である。中世には八家の民間医があり、それは坂氏（上池院）、吉田氏（盛方院）、竹田氏、松井氏、佑乗坊、寿命院、曲直瀬氏、半井氏である。師伝の例とえば、漢方の四つの流派には多く存在していた。因みに、日本においては、師匠と弟子の関係の証として、切紙や免許状のような証明書がある。これは日本医家の一つの特徴と思われる。廖・前掲注（187）40-42頁を参照。

³⁸⁸ 伊田・前掲注（222）29頁、小曾戸洋『中国医学古典と日本』（塙書房、2005年）10-11頁、史・前掲注（382）58-59頁、富士川・前掲注（378）46-47頁参照。なお、それに対して、当時の教育制度について、規定はただの条文にすぎないし、また鎌倉時代又は室町時代を経て、安土桃山時代まで確実に実施されていなかったという評価がある。大鳥蘭三郎「日本における医学教育の歴史」（日本医史学会編『図録日本日本医事文化史料集成（第5巻）』（三一書房、1979年）所収）299-300頁。

³⁸⁹ 中島・前掲注（379）321頁。

的知識の基礎の上に、自国の環境に応じた医療・保健経験がまとめられ、蓄積され、中国と異なる医薬伝統的知識が生成されたと言える。

例えば、漢方後世派の代表田代三喜氏は明王朝に留学した経験があり、李朱医学、即ち金元四大家と呼ばれる李東垣と朱丹溪の医学体系を学んだ。一般的に、李氏は補土派と認識され、朱は養陰派と呼ばれる。李氏は人体の元気は胃の気であり、脾胃に損があれば、各種の病が生じると主張し、朱氏は人体が常に陽気過剰、陰気不足と主張するので、治療法としては温薬を用いて体を補う。しかし、田代氏の用薬には、そういう傾向は見られない。処方するとき、日中両国の医者は確かに幾つかの生薬を組み合わせて薬方を作るが、中国の医者は一般的に先人によって作られた薬方に基づいて、薬味の加減を行い、患者の証に対応する薬方を作成する。それに対して、後世派の著作にはこのような薬方はなく、完全に辨証論治であり、一人一人の患者に応じる個性化の処方を与えているのである。それは既成薬方を参照して薬を与えることより更に柔軟性を有するものである³⁹⁰。或いはそれは古代の完全な経験医学に従うものなのかもしれない。後世派の医者によって作成された処方方は、古代の経方、驗方、祖方に類似するパターンである。後人は臨床の需要に応じて、薬加減や併合等の改造を加えたので、更に多様な薬方になった。

古方派の医者後藤良山は薬物は邪を攻めるものであり、元気を補う機能がないと主張し、宋明の医流、甘補の空論に疑問を持っていた。彼は約二十年も反復試用し、医術の研究と実践とを重ねた結果、次のような一家言を立てた。「…蓋し百病は一気の留滞に生ずるを以て、特に順気を以て治療の効用となす」³⁹¹。彼は病になる原因は気が止まっている（一気留滞説）ことにあると考えたのである。

古方派の代表者たる吉益東洞は中国の医学流派を疾医、陰陽医と仙家医に分け、そのうち疾医は単なる病の所在に対して、処方を作り、薬を投与し、病・毒を去るという目的を実現するものであると主張している³⁹²。吉益東洞には以下のような考えがあった。即ち、疾医は後漢張仲景以降は既に存在せず、陰陽医が大量に存在している。彼らは陰陽五行等の實際上意義のない理屈に縛られ、病を診療するとき、病状に対する考査の少ない陰陽五行を用いて無理やり病因を解説する。更に、臨床では元気を損なわないようにと考え、温補の薬を濫用してしまう。逆に、病を根治させる薬を使う勇気があまりなく、吉益東洞は、このことについて、「古に戻す」、即ち、張仲景が使った古方等の古代の（疾医の）治療方法を利用し、宋以来の医学理論を排除すべきであると主張した。この「古に戻す」というのは、欧州の文芸復興に類似するやり方と思われる。因みに、吉益東洞がこのような主張を行う理由の一つに、彼が当初学んだ金元の治療法の効果には疑問を持ち、より良い効果がある治療法を探すために、唐、漢の医学と金元四大家を比較検証した。その結果、後世の人々に伝承された仲景は本物ではないの結論に達したことがある³⁹³。

吉益東洞は内経医学を排除し、『傷寒論』に戻すべきと主張し、「萬病一毒説」をはじめて唱えた。彼の「萬病一毒説」によれば、病因は陰陽の失調ではない。病は体内に毒があるからである。我々が用いる諸薬はすべて毒物であり、毒があるこそ、病を治療する能力があるのである。薬の毒を用いて、病の毒を攻めれば、病が去ると考えた。

傷寒論に関して、吉益東洞は下記のように考える。傷寒論の著者は確かに張仲景であるが、張氏も所載薬方の継承者と伝承者である。実際、当該薬方の創造者は先秦の疾医である。そして、王叔和の整理と解説による間違いや混乱する箇所が多々あるため、真偽は判

³⁹⁰ 廖・前掲注（187）162 - 163 頁。

³⁹¹ 中島・前掲注（379）317 頁。

³⁹² 吉益東洞「医事或問」芸備医学会編『東洞全集』（思文閣、1970年）2頁参照。

³⁹³ 芸備医学会・同上 509 頁。

明できなくなる。更に、後世の医者は陰陽五行論説に基づいて解説を行い、傷寒論の内容における間違いは更に多くなる。吉益東洞の用薬は君臣佐使という組み合わせ理論に従わず（実際、中国の当該理論は宋の時代以来に形成された³⁹⁴）、証に応じることだけで投薬する、という方法を作る。それは現代の日本漢方にも影響を与えている³⁹⁵。

このような伝播された中医薬伝統的知識は、伝播というより、伝承されたといった方が適当であろう。なぜなら、当時中国に渡った留学者は、中国の伝承者とほぼ同じ形で中国の医学知識を学んで、日本に帰ってから、更に同じ形で弟子に伝えたからである。しかも、留学者本人もその弟子も、直ちにこの知識を医療活動に用い、その後、自らの経験を加えて新たな知識として蓄積し、記録した。

医術の持主が国境を越えて医薬活動を行う例は他にもある。例えば、チベット族の医薬伝統的知識は単なる経験から徐々に体系化され、医学まで高められた過程には、外来の医者の貢献がかなり重要であった。チベット医学の基本的な形が形成されてきたのはソングジャンガンボの時代である。ソングジャンガンボは、民話によれば、イスラム帝国アッバース朝（大食）からガレノス、インドからバラダザ、唐（中国）から軒轅黄帝を招いて、医学を伝授させ、更にチベットにおける医薬知識を整理させ、医薬経典を編集させ、チベット伝統医学の基礎を築かせたという³⁹⁶。このガレノスは古代ローマの名医であり、アラビア医学の始祖でもある。バラダザはインド神話に登場する人物であり、インドラ神から医薬知識を受け、更に人間界に普及させた人物である。軒轅黄帝は中医学理論の核となる文献である黄帝内経の形式上の著者である。時系列に従えば、ソングジャンガンボが彼らを招いたというのは不可能であるが、ここではアラビア国家、インド、唐から有名な医者を知りたという意味なのであろう。

2 媒体物の移動による併存

知識は人の思想活動の産物であり、元は人間の脳にしか存在しない。ある媒体物に載って、発信側と受信側の間の知識伝達が成立する。中国語には、「言伝身教」という成語があり、文字通り、「言葉で伝え、身をもって教えること」³⁹⁷を意味している。医薬伝統的知識の伝承においては、この「言伝身教」はいつでも、どこでも行われている。ここでの医薬伝統的知識の「言伝」、即ち言葉で知識を（誰かに）伝えるということは、正に媒体物を用いて知識を周りの人に伝えることを言う。

伝統的医学教育の場合、師匠と弟子、教員と生徒の間で言葉により知識を伝達し、教学活動が行われるのは当然であるが、民間医薬の場合、多くは「言伝」だけで中医薬伝統的知識が伝承される。しかし、言葉という媒体物は無形であるために、そこに含まれている知識は変形されやすく、遡りにくい等の欠点を有し、安定性がない。世代を超え、かつ広範囲に伝播するためには、より安定性のある媒体物が必要である。そのために、文字又は文字で構成する文献という媒体物は、医薬伝統的知識の伝承において、重要な役割を果たす。中国、ローマ、アラビア国家やインドのような伝統のある国の文字には数千年の歴史があり、それらの伝統医薬とともに発展してきた。従って、書籍を含む各種の文書の保存と次世代への譲渡は、医薬伝統的知識の伝承にとって、極めて重要な形式だと思われる。

書籍を編集する目的は、主として後の世代のために、正しい知識を渡すことである。例

³⁹⁴ 廖・前掲注（187）198-199頁

³⁹⁵ 同上、194頁。

³⁹⁶ 蔡景峰『藏医学通史』（青海人民出版社、2002年）50-51頁を参照。

³⁹⁷ 『クラウン中日辞典』三省堂。「言伝身教」の項参照。

えば、前章で述べた『本草項目』の編集動機は、当時まで伝承された本草に関する伝統的知識を補完・修正し、後世の人に正しい知識を残そうとしたことである。それと同様、『傷寒論』に付される張仲景氏の自序³⁹⁸にも、著述の動機は「往昔の淪喪に感じ、横夭の救莫きを傷み」とあるように、家族の死と自らの無力の傷みを感じ、世の中の人がこのような傷みを再び感じないように、医書を編集することであった。時代を問わず、漢医薬活動に従事する医者は、医薬活動をしながら、自ら蓄積した経験（基礎理論に対する理解、薬剤の新しい用法又は用量等）を著書に記し、先人の知恵たる古典を解釈し（例えば、後世における『黄帝内経』、『傷寒論』等の經典に対する解釈）、補完し、又は訂正する。自らの経験に基づいて、多くの古典を新たな分類基準によって再編集することもしばしばある。例えば『傷寒論』は「博く衆方を採り」、漢までの經典たる『黄帝内経』、『難経』、陰陽大論、胎臚薬録のような薬草専門書、並びに平脈辨證等を考査し、内容を選択し（選択と同時に修正等も当然にするとと思われる）、著書を執筆し³⁹⁹、中医薬伝統的知識は中断なく修正され、媒体物中に存在する。

媒体物を作る目的の一つは知識を存続させることである。もともと分散し、体系化されていない験方を編集し、消失しないようにすることは一例と言える⁴⁰⁰。

医薬伝統的知識の伝播には、伝統的医薬活動の国境を越える伝承の他に、医薬伝統的知識の媒体物（主に書籍だが、医薬活動に用いられる道具、生薬又は薬品製剤等もあると思われる）の伝播がある。

本来、伝統的医薬活動の伝承も媒体物を介して国境を越える移動があると言える。中医薬の著書が日本に伝播された最初の記録は、562年、呉人智聡（知聡）が医薬書を含む經典計164巻を持って日本に来たことである⁴⁰¹。奈良時代から、遣隋使・遣唐使をはじめ、日中間において医薬活動の伝播に従事する者や、江戸時代、長崎に入港した中国商船は常に書籍を日本まで運んだ。例えば、1711年、19号寧波船は書籍4箱を載せ、25号南京船は書籍40箱を載せていたし、1712年、40号南京船は書籍82箱、57号南京船は書籍79箱を日本に運んだ⁴⁰²。その中には、多くの医書も含まれていた。1705-1855年の間に、南京及び広州から『本草綱目』を載せて来日した多くの中国船のうち、1719年、22号南京船は一回だけで『本草綱目』五点を日本に運んだと言われる⁴⁰³。

中国からの書籍の輸入のみならず、日本の伝統医薬活動の従事者も、中国の伝統医薬活

³⁹⁸「余の宗族は素多く、向に百に余る。建安紀年（西暦196年、筆者注）以来、猶未だ十年にならざるに、其の死亡する者、三分の二有り、傷寒は十のうちその七に居る。往昔の淪喪に感じ、横夭の救莫きを傷み、乃ち勤めて古訓を求め、博く衆方を採り、素問、九卷（即ち『靈樞』、筆者注）、八十一難（即ち『難経』、筆者注）、陰陽大論、胎臚薬録、並びに平脈辨證を選用して、傷寒雜病論、合わせて十六巻と為す。」張仲景述＝王叔和編＝錢超塵他整理『傷寒論』（人民衛生出版社、2005年）13-14頁。日本語訳は大川清『漢方原典：傷寒論の基本と研究（第2版）』（明文書房、2007年）42頁参照。

³⁹⁹張・同上、3頁。

⁴⁰⁰例えば、民間の薬方を収集し、整理し、出版した毛登峰氏は、編著書『民間験方』の序言において、以下のようなことを述べた。「私は子供のころ、父親又は私より前の世代の方が薬草を採集し、人や家畜の病を治療したことをよく見た。…しかし、父親は他界するとともに、彼の有する薬方は全部なくなってしまった。私は大変後悔し、このような所有者の死去によってなくなった薬方がたくさん存在することを信じてきた。従って、我々（『桂林日報』新聞社を指す、筆者注）は新聞紙を用いて、人々から薬方を収集し、『民間良方』という本を編集した。…現在、2010年において収集された薬方を分類し、整理し、本として出版されている。…これは我々が社会に対する負うべき責任である」。毛登峰『民間験方』（天津科学技術出版社、2011年）1-2頁。

⁴⁰¹小曾戸・前掲注（383）88-89頁。史・前掲注（383）12頁を参照。尚、500年前後、中国に渡った日本人の旅行者が『肘後方』という有名な医書を購入し、日本に持ち帰ったことが最初の記録であるという主張もある。王孝先『丝绸之路医药学交流研究』（新疆人民出版社、1994年）92頁。

⁴⁰²史・前掲注（383）112頁。

⁴⁰³潘吉星「《本草綱目》之东被与西渐」（中国薬学会薬史学会編『李时珍研究论文集』（湖北科学技術出版社、1985年）所収）225-273頁。

動の従事者と同様、自らの経験を用いて、著書を出版した。桓武天皇の時代、和気広世が『薬経太素』を著し、大学に諸儒を集めて、これを講義したのが本草関係の最初の著書と言われる⁴⁰⁴。江戸時代になると、曲直瀬道三には『薬性能毒』、名古屋玄医には『関甫植物本草』、岡本一抱には『広益本草大成』、貝原益軒には『大和本草』、吉益東洞には『薬徴』等の著作があげられる⁴⁰⁵。

中国において、漢族の他に、自らの文字を有する少数民族が、文字化によって又は文献によって、医薬伝統的知識を伝承する例が見られる。タイ族、チベット族のような仏教の影響を受ける民族は、医と宗教を一体化する長い歴史をもつ。医薬知識は仏教の経書に織り込まれて、医者教育も仏教の寺において行われる。例えば、「マンバザツァン」と呼ばれる⁴⁰⁶チベット族の医薬教育機関は、かつて五世ダライラマの時期、ラサにおいて、医学利衆寺を設け、チベット各地から選ばれた青年を集め、『四部医典』を教習させたことがある。1711年、チベットにおいてマンバザツァンが創設され、1784年、甘肅地方のマンバザツァンも設けられた。マンバザツァンには初、中、高の三学級が設けられ、初級の学僧は『皈依経』、『緑度母経』、『観音心経』、『根本医典』及び『後続医典』を暗記しなければならない。中級の学僧は『論述医典』、『秘訣医典』、『薬王経』、『馬王白蓮経』、『薬王総経』及び80巻の『仏贊』を暗唱しなければならない。高級の学僧は主に『四部医典』と『菩提道次広論』を研究する。毎年2-4月には、高級の学僧から学業が優れたものを選出し、初・中級の学僧の教学を担当させる。4月末の定期考査が終わった後、学僧全員は3日間、生薬採集の活動及び人体解剖図の教学活動に参加する。7、8月には、高級の学僧は下級生にチベット薬の剤型及び生薬加工方法を教授する。学僧は平日お互いに弁論・質問を行う。薬材の識別試験は年一回行われる。毎年11月19日には進級実験があり、赤点をとる者は降級又は除名を命じられる。修業が終わり、『四部医典』の考査を中心とする最終試験（口頭試問）をパスする者には、「マンランバ」⁴⁰⁷の称号が付与される⁴⁰⁸。

チベット族と異なり、タイ族の場合、文字化され、記録された医薬伝統的知識は殆ど貝葉経という形で存在している。

清時代の初期、トウチャ族の生存区域では多くの医薬に関する写本が作成された。例えば、『七十二症』、『三十六疾』、『四惊症』、『草医薬案』、『血医専書』等があげられる⁴⁰⁹。

モンゴル族医学者、薬学者は『饮膳正要』、『方海』、『甘露之泉』、『蒙药正典』等の著書を書いた⁴¹⁰。

シヨオ族の医薬経験も近代において、書籍化されている。最近、中華民国時代の写本たる『六時血路』⁴¹¹、『生草性底』⁴¹²、『鐘福生保命本』⁴¹³、『鐘法清万大記』⁴¹⁴という四つ

⁴⁰⁴中島・前掲注(379)333頁。

⁴⁰⁵小曾戸・前掲注(383)152-153頁。

⁴⁰⁶漢字で「曼巴札倉」と表記されている。曼巴(マンバ)はチベット語で医者又は医学の意味を有し、札倉(ザツァン)は学院、学府の意味を有する。当時、寺の最高機関は上下議会であり、上下議会の最高管理者は活仏である。マンバザツァンは上議会に直属し、かなりの地位を有する。中には宗教を管理する「法台」1人、規定の執行及び生薬採集の秩序管理を担当する「執法司」1人、経書の詠唱を指導する「経頭」1人、財務及び薬物管理を担当する財務司4人が設けられる。その他に、付属病院と製薬工場も設けられる。梁・前掲注(129)209頁。

⁴⁰⁷漢字では「曼然巴」と表示され、医学博士の意味である。

⁴⁰⁸梁・前掲注(129)210-211頁参照。

⁴⁰⁹陈功锡=徐亮=罗伟「张家界市永定区土家族传统药用植物资源的民族植物学调查研究」『中央民族大学学报(自然科学版)』第20卷2号(2011年)54頁。

⁴¹⁰李向东「探秘蒙古族传统医学」『现代中医药』2013年度第2号(2013年)13頁。

⁴¹¹『六時血路』は傷科治療に関する写本である。その内容は四季において、人体の気血が12时辰において、傷つけるときの治療方法を紹介している。それとともに、薬方10個、図13枚が紹介されている。本書の後半は人体の各部位が怪我するときの投薬方法を紹介する部分である。本書は簡単なものであり、

の医書が発見された。これらの写本には、現地の薬草を収載するもの、投薬の経験を収載するもの、単方・驗方を収録するものがある。それらの中には医学理論が少ないけれども、福建省東部のシヨオ族の民間医薬経験が反映されている⁴¹⁵。

文献の他に、生薬のような実物も医薬伝統的知識の媒体物になる。その例として、漢時代の伏波將軍・馬援氏が交趾、九真、日南（現中国広西壮族自治区及びベトナムの一部）に出征したとき、軍は当地の疫病で四割か五割ほどの人員を失ってしまったが、交趾北部（現ベトナム北部）に駐留した際、薏苡実を食べてその疫病に対抗できることに気づき、大量の薏苡実を持ち帰ることにした⁴¹⁶。それ以降、薏苡実は重要な中薬生薬になり、その利用方法や性質等の医薬伝統的知識も中国で伝承されてきた。

前に述べた伝統医薬活動の国境を越える伝承とは異なり、媒体物の国家間における移動は、媒体物において記録されている知識そのものだけが複数の国に存在する。仮に受容国の人々が当該知識を運用し伝統的医薬活動を展開しなければ、知識の更新はない。つまり、知識を持つ人々や国は伝承者とは認められず、単なる保有者にすぎないのである。しかし、伝統的知識の保存という観点から見れば、医薬伝統的知識の媒体物の国境を越える移動は、媒体物を介して伝播された医薬伝統的知識を受け入れることで、結果として医薬伝統的知識の保存・維持に対して貢献をしたことになる。媒体物の輸出国においては戦乱によって散逸してしまう媒体物が他国において保存され、将来ある時点でその輸出国が逆輸入することもある。例えば、中国から日本に運ばれ、日本で保存され、中国に返還された医書である『小品方』⁴¹⁷、『太平聖恵方』等はその良い例である⁴¹⁸。

千金方及び千金翼方については中国では明版以降の版本が流通していたが、日本では善本性の勝れた宋版（前者）・元版が伝存し、幕末に江戸医学館で影刻された。この版木は明治11年に清国人によって購入され、中国に逆輸入され、上海で印行された⁴¹⁹。

以上はほんの一例であるが、これだけ見ても、現行中国医学典籍における日本旧伝本の重要性を知ることができよう。日本の『医心方』も、唐以前の医書の実態を知るうえで、中国でもかけがえのない史料である。『傷寒論』もまた例外ではない。近代中国で宋本と称された『傷寒論』は実は日本幕末の刻本に基づくものであった。

収載する薬方が少ないと言われる。

⁴¹²『生草性底』は331味薬草の性質、帰経及び効用を記載するものである。その中で、漢医薬の常用薬草は沙参、山豆根、淡竹葉、五加皮、天門冬、ユリ等の15味しかなく、そのほかは全部現地の薬草であると言われる。書の中に収録された薬草はすべてそれぞれの性質、帰経及び効用についても記録されているが、簡単なものが多い。この本は福建省東部のシヨオ族の薬草の応用に関しては、一定の意義があると言われる。

⁴¹³『鐘福生保命本』、これは小児科の専門書と言われる。内容には以下の点がある。即ち1)小児科の診断方法、これは「顔の五色診」、「虎口（親指と人差指の間のまた一筆者注）指紋観察法」を含んでいるが、『中医児科学』の相当部分とはほぼ同様だと考えられている。2)小児風症、これは83種の新生児風症に対する常用の民間治療方法を紹介する。3)常にある小児科の病の治療、その部分には日常生活によくみられる小児科の病、例えば痘、疹、下痢、吐瀉等に対する治療過程に用いられる単方・驗方（中には漢薬処方も自己の薬方もある）を収載している。

⁴¹⁴『鐘法清万大記』、これは総合的医療書の写本である。内容については、二つに分けられる。前半は臨床の内科、婦人科、小児科、外科の治療の薬と処方に関するものであり、中には民間の驗方が多く選ばれる。後半は258種の薬草の性質、帰経及び効用を記載している。

⁴¹⁵劉・前掲注（223）294-295頁。

⁴¹⁶『後漢書・馬援伝』第24巻。

⁴¹⁷中国の南北朝時代に陳延之によって書かれた医書である。この本は宋末までに完全に散逸してしまったが、日本にはその一部（序文、総目録及び第1巻）が現在も保存されている。この部分に丹波康頼の『医心方』、許浚（朝鮮）の『東医寶鑑』及び中国の『肘後救卒方』、『備急千金要方』、『外台秘要』、『諸病原候論』に収録された部分が加えられ、今の編集版になった。呉鴻洲編集代表『中医方薬学史』（上海中医薬大学出版社、2007年）66頁。

⁴¹⁸小曾戸・前掲注（383）40頁。

⁴¹⁹同上。

生薬が媒体物になる場合、受容国が受け入れた後、当該薬の性質を研究し、利用方法等を更に発展させることもある。例えば、質汗 (Citrafandha) という薬は唐の前期頃、インド又はアラビア諸国から中国に伝来されたという。『備急千金要方』は他の薬方に関する記載の中で、質汗の名称に言及していた⁴²⁰。当該医薬書は永徽三年 (652 年) に刊行されたので、質汗の伝来はそれより早い。質汗の海外から中国に伝来してきた記録について、宋・王溥著『唐會要』(961 年) には、「開元十七年六月、北天竺国三蔵沙門僧密多是質汗等の薬を献上した」と記載されており、「開元十八年、吐火羅国は使者を派遣し、…及び質汗等の薬を献上させた」と記載されている。つまり、使者又は僧が質汗を中国に持って来たのが、主な伝来手段だと思われる。孫氏は質汗に言及はしているが、薬又はその組成とする各生薬の分析等は至っていない。それに対して、陳蔵器によって著された『本草拾遺』(739 年刊行) には、質汗の性質、出產地等に関して詳しく述べられている⁴²¹。王燾によって編集された『外台秘要方』(752 年) には、土質汗という薬が記録されている。ここからわかるのは、質汗が伝来されてからおよそ百年の間に、止血薬として受け入れられたということである。一方、質汗は外来薬であるので、入手はかなり難しいと言われ、中国の医者はその代用品を考え、結果として、益母草が止血薬に入れられることになった。

3 行政的境界による併存

歴史的に、ある民族が複数の国に分布することがあり、また、ある民族が一地域から他の地域に移動した後、両地域は現在の行政的境界 (例えば国境線) に分けられることがある。こうした民族の移動は複数の国に分布・居住する点で、前に述べた個人としての医薬活動の従事者の移動と異なるが、医薬学体系には本質的な差がない。

中国のタイ族は越境民族であり、タイ王国のタイ族、インドのアホン族、ミャンマーのタン族、ラオスのラオ族と同じ民族に属し⁴²²、同じ言語、同じ宗教 (上座部仏教・南伝仏教) を信仰する。1990 年のデータによれば、中国に住んでいるタイ族は 103 万人で、タイ、インド、ミャンマー、ラオスに住んでいるタイ族は 200 万人以上であった⁴²³。

タイ族は同じ医薬の始祖、即ちゴンマラベ (漢字では「糞麻腊別」又は「公麻腊別」と表記する) を戴き、彼によって著された『ダンハヤロン』という医書は今日まで保存され、医薬の起源や生命観、治療原則、薬物、処方 of 組み合わせ等が記されている⁴²⁴。

ところで、居住地域について、シーサンパンナのタイ族とタイ国のラーンナー族は標高 1000m 以下のところに住んでいる。シーサンパンナとラーンナー地域は類似の地理的環境と気候条件を有するので、同種の薬用植物が自生する。この点もタイ族とラーンナー族が同様又は類似の医薬伝統的知識を有する一つの原因であると思われる。

これに類似するのはリス族やジンポー族である。リス族も越境民族であり、中国の他に、タイ北部、ミャンマー北部、インド東部にも分布している⁴²⁵。ジンポー族は、中国 (主に雲南省、2012 年現在約 15 万人)、ミャンマー (主にカチン州に在住、ミャンマーではカ

⁴²⁰ 孫思邈『備急千金要方』(人民衛生出版社、1955 年) 460 頁。

⁴²¹ 陳蔵器著、尚志鈞編集・解釈『「本草拾遺」輯釋』(安徽科学技術出版社、2013 年) 114 - 115 頁。

⁴²² 曾君「中国西双版纳傣族与泰国兰纳民族之间的历史渊源」『中国民族医药杂志』2010 年度第 10 号 (2010 年) 46-48 頁。川野明正『雲南の歴史 アジア十字路に交差する多民族の世界』(白帝社、2003 年) 94 頁。

⁴²³ 西双版纳州民族医药研究所・前掲注 (125) 1 頁。

⁴²⁴ 钱韵旭=李莉=李晓蕾、「与地理环境息息相关的傣族传统医药」『中国民族民间医药』2010 年度第 21 号 (2010 年) 8 頁。

⁴²⁵ 左媛媛=陈普=郑进「云南怒江傈僳族宗教信仰对其传统医药的影响」『医学与哲学』第 468 号 (2013 年) 45 頁。川野・前掲注 (422) 73 頁。

チン族と呼ばれる、約 60 万人)、インド (主にアッサム州在住、ボド人 (漢字では博多人と表記) と呼ばれる) に分布している⁴²⁶。

民族の生存地域が今の行政的境界によって複数の国家に分けられ、彼らの有する医薬伝統的知識もそれゆえ複数の国において存在する例として、朝鮮族、ミャオ族 (漢字では苗族と表記) やヨウ族 (漢字で瑶族と表記) の例があげられる。朝鮮半島は中国の戦国時代においては、燕国の属地であったと言われるが⁴²⁷、現在の中国の朝鮮族の居住地たる延辺朝鮮族自治区に居住している朝鮮族は 19 世紀から移住によって形成したものである。1865-1920 年の 55 年間は自然災害によって延辺地域に移住する朝鮮人が多くなり、1881 年以降は、清国政府によって承認され、中国の朝鮮族医薬の形成期となった⁴²⁸。1920 年代に至り、中国の朝鮮族は 1907 年頃の 8 万人から 30 余万人に増加し、朝鮮から多くの医書 (及び医書に記載する医薬伝統的知識) が中国に伝播された。例えば『東医宝鑑』、『東医寿世保元』、『医方活套』及び『百症賦』等があげられる。1910 年-1945 年、日本軍による朝鮮半島の侵略によって、中国に移住した朝鮮人は急速に増えている。それとともに、医者の数も増えている⁴²⁹。

ミャオ族は元々長江中部に在住する少数民族であるが、主に清時代の反乱鎮圧で、今の雲南省に大量移住し、更にベトナム、ラオス及びタイの北部に移住した。現在では中国、ベトナム、ラオス及びタイに分布している⁴³⁰。ヤオ族も清時代から、主に清国政府による軍事行動の原因で現在の広西ソウ族自治区から雲南を経て、ベトナム北部やラオス、タイに移住し、それだけにとどまらず広西から直接ベトナムに移住したケースも見られ、現在主に中国等四か国に分布している民族である⁴³¹。

宗教文化、地理的環境等の理由で、チベット医学とインド伝統医学の間には、緊密なつながりがある。チベット薬とインド伝統薬の類似点は多い⁴³²。インド伝統医学理論においては、人体の中に三種類の生命に関わる体液があり、それらは気、胆汁、粘液である。気は神経システムを調節し、胆汁は代謝を維持し、粘液は人体の構造そのものを支えると考えられている。チベット医学によれば、ロン、チバ、ベイゲンの三大要素は人体を構成する基礎的なものであり、生命活動を行う不可欠な基礎である。正常な状態では、三者が人体の中でバランスがとられるが、いずれかが過度に増加又は減少する場合、病が生じると考えられている。⁴³³

4 偶然の併存

医薬伝統的知識の中では、薬に関する知識の占める比率が高いと思われる。薬に関する知識には、薬用の動植物の性質や薬としての効能等の知識がある。特に植物の場合、類似の自然環境であれば、同様の薬草が自生することは不可能ではない。従って、経験医学から伝承され発展してきた伝統医学の場合、たとえ基礎理論が異なるとしても、同様の治療

⁴²⁶川野・同上、86 頁。

⁴²⁷梁・前掲注 (129) 279-280 頁。司马迁『史记・朝鮮列传第五十五 (第 115 卷)』(中华书局、1959 年) 2985 頁を参照。

⁴²⁸梁・同上、280 頁。

⁴²⁹楊=楊・前掲注 (129) 42-43 頁、梁・同上を参照。

⁴³⁰川野・前掲注 (422) 61 頁。

⁴³¹同上。

⁴³²罗艳秋=郑进「藏医学与印度医学渊源流长的关系」『云南中医学院学报』第 10 卷 5 号 (2007 年) 8-15 頁を参照。

⁴³³楊继家他「藏医药与印度传统医药对三果汤传统应用及现代研究概述」『世界科学技术—中药现代化』第 14 卷 1 号 (2012 年) 1311-1312 頁。

経験が存在することもあり得ないことではない。

例えば、オミナエシ科ノコソウ属植物バレリアン(ラテン語名 *Valeriana officinalis*) は主に北半球の温帯気候地に生息する。*Valeriana officinalis* 種はヨーロッパが原産地であり、古代ギリシア人は薬草として使い、約 2000 年の歴史を有する。ギリシア人はこの植物を睡眠誘導剤や利尿剤として使用し、消化器官の不調、尿路の病にも用いた。1600 年代から、欧州諸国やアメリカでは鎮静剤として使われ、神経の緊張の緩和や多くの神経的な不調のほか、不眠症やうつ病の治療、てんかん発作の軽減にも使用された。現代の化学分析によれば、同属植物にはバレレン酸とバレレノールという二つの成分があり、中枢神経系で主要な抑制性神経伝達物質 GABA の受容体 GABA-A をターゲットにしており、不安を緩和し睡眠を助ける効果がある⁴³⁴。同属の植物は中国やインドでも伝統薬として長い歴史がある。*Valeriana officinalis* Linn. はモンゴル薬ではジュラゲンフジ(漢字では朱勒根呼吉と表記)と呼ばれ、腫瘍、不眠等の治療に使われる。イ族ではウベイドウ(漢字は五倍朶と表記)と呼ばれ、神経衰弱、不眠、胃痛、打撲外傷等の治療に使われる⁴³⁵。

ユーカリ(ラテン語名 *Eucalyptus globulus*) 属の植物はオーストラリアをメインに、マレーシア、インドネシア等、温帯や亜熱帯、熱帯に広く分布している。ユーカリの葉から抽出される香の良い精油は、上気道感染、風邪、咳、喘息の症状を緩和する。葉に含まれる揮発油、特に 1,8-シネオールという成分は咳を和らげる働きをし、主に去痰剤として肺から出る粘液の排出を促すユーカリ油の抗ウィルス性及び抗菌性は、とりわけ上気道感染の原因となる細菌とウイルスに対抗する効果⁴³⁶や炎症を抑える効果がある。

オーストラリアの先住民アボリジニーは、数千年の薬用の歴史を有する。ユーカリの葉から搾ったユーカリ油を使って軟膏を作り、皮膚に塗って軽い傷を直し、真菌感染症の治療に用い、深い傷にはユーカリの葉を包帯のように患部に巻きつける。湯に浸して柔らかくなった生の葉が放つ蒸気を吸い込んで、鼻腔や鼻の通りを改善したり、リウマチには、熱した葉の上に横になって揮発油を吸うことで症状を緩和させる効果があり、1800 年代から、欧米諸国でも使われるようになった⁴³⁷。同属植物 *Eucalyptus globules Labill* は中国南西部山地の少数民族でもよく使われる。リス族にはジィバジ(漢字では質扒子と表記)と呼ばれ、葉と果実はインフルエンザの予防、上気道感染、咽喉炎、肺炎、腸炎、下痢、慢性腎炎の治療に用いられる。アチャン族ではバァツォゴ(八草果)と呼ばれ、風邪、発熱、頭痛、消化不良、腸炎、腹痛の治療に用いられる、ミョウ族では、揮発油を用いて神経痛、リウマチによる痛みを治療する⁴³⁸。

ホップ(ラテン語名 *Humulus lupulus*) は欧州や西アジア、北米を原産地とする。古代ヨーロッパでは、ホップはリウマチの痛みの緩和や解熱、心臓の不調、下痢、ヒステリーの治療に用いられる。アメリカの先住民の多くは、鎮痛と不眠改善にこれを使い、デラウェア族は、熱したホップの葉を小さな袋に詰めて、歯痛や耳痛を抑えるのに用いている。チェロキー族やモヒカン族、フォックス族も、睡眠を促進するためにホップティーを飲んでいた⁴³⁹。

上であげた諸地域で言えば、古代ギリシアと中国モンゴルと南西部の少数民族には交流があったとは思われないし、また欧州と中国の交流は少なくとも漢の時代や隋唐の時代か

⁴³⁴レベッカ・ジョンソン他著、関利枝子=倉田真木訳『メディカルハーブ事典』(日経ナショナル・ジオグラフィック社、2014年) 53頁、55頁。

⁴³⁵賈=李・前掲注(2) 632頁。

⁴³⁶ジョンソン・前掲注(434) 75頁。

⁴³⁷同上 77頁、75頁。

⁴³⁸賈=李・前掲注(2) 258頁。

⁴³⁹ジョンソン・前掲注(434) 27-29頁。

らと認識されている。オーストラリアの島で生活する先住民と中国の南西部の山の奥にいる少数民族との交流もあり得ないであろう。欧州人にとって、米州大陸や米州に先住民がいることを知るの、少なくとも大航海時代以降であろうが、ホップが鎮痛や鎮静の効能を有するという知識はそれ以前に欧州とアメリカに存在していた。これは、交流を通じて知識が併存するようになったのではなく、それぞれの地域において同様の知識がもともと存在していたことを意味する。

5 上記併存に関する各理由における所有関係

医薬伝統的知識の国境を越える併存の原因には、近世における窃盗や強盗のような違法行為、又は現行法による外部の者⁴⁴⁰の許可を得ないまま医薬伝統的知識にアクセスし、収集、利用活動を行うような違法行為に準ずる行為を除いて、少なくとも以上四つの合理的なものがある。その中で、医薬伝統的知識の越境的存在の各当事者は、知識とどのような関係を持つのか。

第 II 章で述べたように、医薬伝統的知識は伝統的医薬活動から生じるものであり、伝統的医薬活動に従事する者（伝統的医者、薬師又はそれに相当する者）は、医薬伝統的知識の「製造」に従事する者である。更に、世代を超える伝統的医薬活動への従事（即ち伝承）は医薬伝統的知識そのものの維持のみならず、世代毎、伝承者毎の経験を元の知識に加えることでもあるので、伝統的医薬活動の実践と伝承は医薬伝統的知識を中断せずに進化させ、新しい意義を付与する、医薬伝統的知識の創造でもある。従って、医薬伝統的知識の実践者・伝承者たち（この実践者・伝承者には個人のみならず、先住民や地域社会のような集団、又は国家も含まれる）は、医薬伝統的知識を進化させる知的労働の労働者であり、医薬伝統的知識に排他的権利が設けられれば、全ての実践者・伝承者は本章第 2 節で述べた権利の競争者になる。つまり、ある個人、団体、民族又は国家が医薬伝統的知識の所有者になる可能性は、その個人、団体、民族又は国家が当該伝統的医薬活動の実践と伝承に従事するか否かということによって決まる。自国民又は自国の利益を保護するため、自国民又は自国にしか医薬伝統的知識に関する権利を付与しないという国内法は理解できなくはないが⁴⁴¹、国際的保護という観点を重視する立場から見れば、伝統的医薬活動に従事するいかなる者にも、その活動から生じる医薬伝統的知識の所有者になる資格があると思われる。それは知的財産権の場合における、同様の知的労働を行う同時的創造者に類似する。

伝統医薬活動に従事する者が当該医薬活動から生じる医薬伝統的知識の所有者になることができるという前提から、国境を越えた併存に関する四つの合理的理由毎に、各当事者が知識に対して所有関係があるか否かについては以下のように考えることができる。

まず、偶然による併存（第四の理由）については、同様の医薬伝統的知識を有する各保有者が、互いに居住区域の境界を越えて意思の伝達を行わない状態で、ある生薬の利用を発見し、その経験を蓄積しているということである。つまり、当該医薬伝統的知識の創造

⁴⁴⁰国の法規制として、外部の者とは外国人を指す国内法が一般的である。中国の無形文化遺産保護法（及びそれに基づいて制定された各下位法文書）、中医薬条例、ペルー法、タイ法、マレーシアのサバ州とサラワク州の州法、ブラジル法、又はアフリカのモデル法には、外国人による（遺伝資源、伝統的知識、又は無形文化財等に対する）単独調査は基本的に禁止されている。外国人が調査を行いたい場合、当事国の主管官庁から許可を得て、当事国の者が同行することになっている。

⁴⁴¹例えばタイ法第 20 項は個人が伝統的医療知恵の権利者になる条件を定め、その第（1）号はタイの国籍を有する者と規定しており、タイの国民以外の者には排他的権利は付与されない。前掲注（37）を参照。

活動は独立してそれぞれの地域で行われることである。更に、当該伝統的医薬の実践が現在でも継続しているならば、当該創造活動は中断せず行われてきたと言える。このような場合、当事者たる複数の国の当該伝統的医薬活動の従事者（又は国内法によって当該医薬伝統的知識の権利者として認められる者）は、並列的に知識の創造者として認められるべきで、彼らのいずれに対しても付与される当該知識の排他的権利は、排他的権利に対する地域的制限を受ける対象になる。

次に、ある医薬伝統的知識を創造する民族又はその他の集団が国境によって分けられ、複数の国に分布しているという第三の理由の場合、各国に点在する当該民族は同一の伝統的医薬活動に従事しており、その活動から生じる医薬伝統的知識に対する権利もまた同じであると思われる。もともと彼らは一つの創造主体であるが、国境によってに分けられ、複数の創造主体になっているだけで、各主体としては実質的な差がない。従って、彼らも知識の創造者として認められるべきである。彼らのいずれに対しても排他的権利が付与される場合、隣国にいる同様の知的労働を行う同民族の者の当該知識に対しては同様の権利が認められるであろう。この場合、彼らのいずれも排他的権利の地域的制限の対象になる。

次に、媒体物によって医薬伝統的知識が国境を越えて移転する第二の理由の場合、単に媒体物を移動させ、保存する行為は伝統的医薬活動とは言えない。従って、単なる媒体物の所有による医薬伝統的知識の保有は、知的労働がないため、当該医薬伝統的知識に対する所有関係は認められないこととなる。一方、媒体物の保有者が医薬伝統的知識の保存に対して貢献をしたことは間違いないので、その貢献を認め、利益配分にあたり、適宜配慮する必要があるだろう。

最も複雑であるのは第一の理由、即ち医薬伝統的知識の国境を越える伝承によって、知識が複数の国に分布する場合である。第二の理由と異なり、医薬伝統的知識の創出行為は複数の国において同時に行われるが、時間的前後関係がある。医薬伝統的知識の輸出国はある程度の知的労働を行い、一定のベースを作った後、知識の受容国も当該知識の創造活動である伝統医薬活動に参加する。当該知識のその後の発展は、知識の輸出国及び受容国両方で同時に行われ、それぞれの自然環境や固有の慣習に応じて新たな内容が加えられ、それぞれの地域に根ざした医薬伝統的知識に至る。受容国の実践者・伝承者による努力や貢献を否定し、又はその国家の文化的歴史を切断することは合理的ではないと認められるのは当然であろう。しかし、受容国はあくまで知識を発展、更新させる知的労働に関わるだけであり、ゼロから当該知識を創出するまでには至らない。基本的には、輸出国と受容国のそれぞれの医薬伝統的知識の実践者・伝承者の歴史的又は現実的な貢献を承認し、知識に対する所有関係及び知識の利用から生じる利益を得る権利が認められるにとどまると思われる。尚、輸出国と受容国との調整は、二国間の柔軟な協力でバランスをとって行われる必要がある。

本章の議論では、基本問題（3）及び変形問題（3）の一部である、前提となる医薬伝統的知識のA、B国間における所属関係に対して、解答を与えている。次章では、変形問題（3）のA国の国内法がいかんにしてB国において適用されるかに関して、議論を展開する。

第 V 章 医薬伝統的知識の国際的保護

ここまでの議論から、我々は以下のようなことが分かった。即ち、医薬伝統的知識の保護には、知識の保護と知識の伝承者・保有者の権利や利益の保護が含まれる。知識の保護のためには、知識そのものの保護（保存）と知識を生じさせる活動、即ち知識の源たる伝統医薬活動の伝承（伝統的環境の維持）が重要かつ必要である。一方、知識の伝承者・保有者の権利や利益の保護、特に彼らの財産保護のために、医薬伝統的知識に対する所有又は排他的所有の確保が多く、多くの国に求められている。その過程において、独占に関する紛争は、当該知識が複数の者に知られることから生じる。知識の伝承に参加しない所謂現代的利用者を除いても、知識の伝承に参加する者たちの間で独占をめぐる争いは依然として発生する。このような場合、医薬伝統的知識に対して独占権を得たい者は、知的財産権の対象たる現代の知識に対して独占権を得たい者と同様、その他の権利獲得の競争者を排除しなければ、知識に対する独占が実現できない。つまり、いかなる手段を用いても、ある医薬伝統的知識を独占したい者はその他の権利の競争者の当該知識に対する同様の権利を剥奪しなければならない。

第 III 章で述べたように、知的財産権法制度の下では、当該剥奪は交換の形で行われる。換言すれば、少数の権利者による当該独占には時間的制限、空間的制限及びその他の法的制限が加えられる。一方、権利が剥奪された競争者にとっては、権利の喪失の代わりに、時間的制限、空間的制限及びその他の法的制限があり、制限の範囲外（例えば保護期間満了後や授権国以外の場所）では、知識の利用は依然として自由である。このような交換に基づいて、利益のバランスが図られるのである。この点に関しては、医薬伝統的知識の場合も同様である。しかし、個々の断片に分割されながらも、世界中どこでもその意義が同じである現代的医薬知識と異なり、医薬伝統的知識にはそれぞれ独自の個性がある。

第 II 章で述べたように、医薬伝統的知識には、一体性及び地域性の特徴がある。一体性から、次の二点に注意しなければならない。一つは、医薬伝統的知識は雪球のように徐々に累積的に「成長」し、時間的に切断されることがないということである。二つ目は、伝統医薬活動に参加し、知識に自らの経験を加え、新たな内容や意義を付与する伝統医薬活動の伝承者は、知識の創出者として認められるべきことである。地域性に関しては、知的財産権法の観点から見れば、同一の医薬伝統的知識であっても、伝統的知識の保護の観点に立てば、それぞれの地域で発生した伝統的知識は異なる経験のもとで発展し、異なる意義を有しているのである。

第 IV 章で考察した医薬伝統的知識が併存する合理的理由に関する結論を確認すれば以下ようになる。1) 伝統医薬活動の伝承者が複数の地域に分布する場合、医薬伝統的知識の所有権も複数の地域に存在する。一つの地域における排他的所有権の主張はその他の地域における同様の所有権を排除する。2) 医薬伝統的知識には一体性の特徴があり、時間的に切断されないため、仮に一国が医薬伝統的知識の時間的制限のない保護制度、例えば保護期間を設定しない著作権や特許権のような制度を設けることは、理不尽ではないと思われる。ただ、医薬伝統的知識の所有権と類似する権利及びそれに基づく利用に対する許可権、報酬請求権並びに無許可の利用に対する差止請求権の法的保護は、一般的に行政的境界（国際的保護の場合は国境）によって制約を受ける。

本章では、この地域性の強い医薬伝統的知識の国際的保護について論じることにする。医薬伝統的知識の国際的保護には、その前提として各国が自国における医薬伝統的知識の保護に関する法制度を整備し、ある程度の保護システムを構築していなければならない。実際、医薬伝統的知識の国内的保護のために、関係国際機関（国連、WHO、WIPO、UNESCO）

は、医薬伝統的知識の保存、伝統医薬活動の維持又は知識に対する権利（所有権に類似する権利に限らない）の国内的な創設や保護に関して、それぞれ努力を行ってきた。WHOは主に医薬伝統的知識の保存及び伝統医薬活動の維持と発展に関して努力するとともに、いくつかの文書で知識の所有関係やその保護を重視すべきことを提唱している⁴⁴²。WIPOは知識の所有という分野における権威的な国際機関であり、医薬伝統的知識を含む伝統的知識のグローバルな総合的保護に関して努力しており、様々な保護方法を各国に提供しながら、伝統的知識に対する保護を推進している⁴⁴³。国連は特に先住民の保護を重視し、先住民の保護の一環として、伝統的知識の保護を推進している⁴⁴⁴。しかし、こうした国内的保護の取り組みとは対照的に、医薬伝統的知識を含む伝統的知識に対する権利の保護に関する国際的制度はまだ十分とはいえない。この点に関して、本章では関連条約の取り組みを検討し、今後の参考になるよう議論を展開する。

第1節 生物多様性条約（CBD）及び名古屋議定書

医薬伝統的知識の国際的保護に関しては、その保護を直接の目的とする条約はないが、幾つかの国際機関はそれぞれの関係分野において、医薬伝統的知識、若しくはそれを含む伝統的知識の保護のための条約を策定した。その中で、医薬伝統的知識と最も関わっているのは生物多様性条約（CBD）及び名古屋議定書である。医薬伝統的知識にとって、CBD及び名古屋議定書は直接に保護を提供するものではないが、CBDの枠内で作られる「各国の国内法が自国内のものに保護を与え海外では同様の法的保護効果が保障される」という（遺伝資源の国際的保護の）手法は、一つのモデルになる。更に、CBD及び名古屋議定書の下では、遺伝資源に関係あると認められる医薬伝統的知識保護の対象に含まれる。従って、本節では、①CBDの枠内で扱われる伝統的知識、及び②（遺伝資源の）国際的保護システム（以下、IR（International Regime）と略称する）、という二点を考察することにする。

1 生物多様性条約における伝統的知識の保護について

前で述べたように、遺伝資源を利用することは、遺伝資源の保有者（CBDによると所有

⁴⁴²WHOはその2002-2005年伝統医学戦略において、「伝統医学の治療方法及び製品の安全性と品質の確保に関する規定、伝統医学に対して教育と訓練を提供する規定、伝統医学の適当な応用を促進する規定、…知的財産権問題への配慮」を伝統医学の国家政策に含まれるべき重要な要素として列挙している。See *supra* note 33, p. 21, Table 7. 同時に、前掲注(71)で述べたように、WHOは決議(4/89)の中で、医薬伝統的知識の帰属と財産的属性に関して判断を下している。

⁴⁴³WIPOの伝統的知識の保護目的は以下の通りである。伝統的知識を尊重し、その価値を認識し、知識の価値を低下させる行為を是正すること（目的(i)及び(ii)）、伝統的知識の保全及び保存を促すこと（目的(iv)及び(v)）、伝統的知識制度を支援すること（目的(vi)）、伝統的知識の保護に貢献すること（目的(vii)）、知識の革新及び創造性を促すこと（目的(x)）、伝統的文化表現の保護を補完すること（目的(xvi)）。また、伝統的知識の利用過程における知識の保有者の合理的又は適当な利益を保護するため、伝統的知識の保有者の実際のニーズを満たすこと（目的(iii)）、不公正及び不公平な利用（特に商業的利用）を抑止すること（目的(viii)）、（遺伝資源を含む）事前の情報に基づく同意及び相互に合意された条件に基づく交換を確保すること（目的(xi)）、利益の公平な配分を促すこと（目的(xii)）、知識の盗用、即ち権限のない当事者への不適切な知的財産権の付与を防止すること（目的(xiv)）、地域開発及び正当な取引活動を促すこと（目的(xiii)）についても述べている。つまり、知識の保護と利用の促進、知識の盗用及び濫用の防止、並びに知識の利用から生じる利益の均衡的、合理的配分のいずれをも促進する責任がWIPOにあるということである。前掲注(72)を参照。

⁴⁴⁴国連は先住民権利宣言においては、先住民の自己の文化遺産、伝統的知識及び伝統的文化表現を維持し、コントロールし、保護し及び発展させる権利を認める（第31条、Doc. E/CN. 4/2004/81. を参照）。

者になる可能性もある)の当該資源に対する所有に関する権利を侵害し、また当該資源の伝統的利用方法(伝統的知識又はその媒介物)を無断に複製し、或いは参考にすることによって、当該伝統的所有者の潜在的権利を侵害することになるおそれがあるということが懸念されている。特に医薬分野ではこのような知識に対する不正利用が多くあるので、医薬伝統的知識は遺伝資源とセットで保護することも考えられよう。後述するように、途上国では、遺伝資源がいったん外国に持ち出されると、その後の利用がコントロールできないという懸念が強く、こうした懸念が両者をセットで保護しようとする背景にある。更に、CBDでは、一部の(医薬)伝統的知識又はそれらの保有者を保護することが明言されている(第8条(j)、第16条3項)ので、CBDの枠内では、それらの保護も早くから正式な議題となっている。

CBDが採択された二年後の1994年には、第2回生物多様性条約政府間委員会が開催された。当該会合では、伝統的な生活様式を有する原住民の社会及び地域社会の知識・工夫・慣行に着目して遺伝資源の取得を行う場合には、当該国の国内法令に従い、当該知識・工夫・慣行を尊重し、その利用がもたらす利益のバランスな配分に留意する必要がある、というCBDの第8条(j)に関する議論が行われ⁴⁴⁵、伝統的知識の保護に触れていた。

1996年に開催されたCOP3では、バイオパイラシーが頻繁に議論された⁴⁴⁶。CBDは遺伝資源が共通の財産であるという従来の考え方を換え、遺伝資源を保有する個々の国の主権的権利を認めた⁴⁴⁷。つまり、遺伝資源の取得に当たっては、(取得、利用)条件の相互合意、事前の通知・同意が義務化され、遺伝資源の利用から生じた利益の公正かつ衡平な配分に努力することや国の研究機関が実施する研究の場合には当該資源提供国の研究参加と同国における実施に努めることが規定されている⁴⁴⁸。そのため、1995年に発生したニームに関する事件⁴⁴⁹では、インド以外に行われた資源取得、研究開発、特許権取得又は商品化する行為がバイオパイラシーとして糾弾された。そこから、バイオパイラシーの定義(の射程)は徐々に広がり、伝統的知識に対する無許可の利用もバイオパイラシーの一種とみなされるようになっていく⁴⁵⁰。また、COP3では、先住民の知識や農民の権利についても議論され、以下の決議が採択された。即ち、先住民社会が伝統的に保持してきた遺伝資源の保全と持続的利用に関する知識や、農民が無意識のうちに行ってきた遺伝資源の保全や品種改良の貢献を知的財産として認識し、その権利を保護するための新たな枠組みを確立する必要があるかを考え、知的財産権がCBDの目的に与える影響に関して「①現存の知的財産権制度が技術移転の円滑化において、また遺伝資源及び原住民の知識へのアクセスやそれから生じる利益の公正な配分を規定する取り決めにおいて果す役割について検討すること、②知的財産権、例えば特別な制度やその他の保護形態の開発について検討すること」という二つのテーマを中心にケーススタディを実施するよう、各国政府や関連の国際機関にすすめるとしている⁴⁵¹。

⁴⁴⁵五十嵐卓也「第2回生物多様性条約政府間委員会に出席して」『バイオサイエンスとインダストリー』第52巻第9号(1994年)、53頁。

⁴⁴⁶See UNEP/CBD/COP/3/38, *REPORT OF THE THIRD MEETING OF THE CONFERENCE OF THE PARTIES TO THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY*. <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-03/official/cop-03-38-en.pdf> (最終閲覧日2018年10月8日)

⁴⁴⁷CBD第15条で、「各国は、自国の天然資源に対して主権的権利を有するものと認められ、遺伝資源の取得の機会につき定める権限は、当該遺伝資源が存する国の政府に属し、その国の国内法令に従う」と規定されている。

⁴⁴⁸CBD第15条を参照。

⁴⁴⁹この事件の内容は前掲注(25)を参照。

⁴⁵⁰第II章における前掲注(18) - (25)を参照。

⁴⁵¹See UNEP/CBD/COP/4/23, *REVIEW OF NATIONAL, REGIONAL AND SECTORAL MEASURES AND GUIDELINES FOR*

主要な伝統的知識の提供国の国内立法が整備されるのに伴って、2000年のCOP5の直前に伝統的知識の保護を対象とする会議である⁴⁵²第1回第8条(j)ワーキンググループ(以下、8(j)-WGと略称)が開催された。

この会合において、先住民の社会及び地域社会の知識、工夫、慣行の保護のための法的並びに他の適切な形態の適用と発展、という議題が討議された。

そこでは、現行の法的並びに他の形態の保護をどのようにして先住民の社会及び地域社会の知識、工夫、慣行に適用するかということと、既存の法制では対応できない可能性がある分野を対象とする新たな形態の保護をどのように展開していくかということについて議論された。ここで議論された法的形態の保護のうち、法的拘束力を持つ法的形態の保護とは、条約上の知的財産権制度、*Sui Generis System*、PICをも包含するアクセスと利益配分に関する国内法制、契約上の合意、慣習法並びにコモンロー制度等を言う。他方、法的拘束力を有しない保護制度とは、自発的ガイドライン等を指す。この議題の作業内容として、TRIPS協定との関連では、既存の知的財産権制度との調和或いは相互補完性が強調されていた⁴⁵³。以上のような議論の経緯から最終勧告案は以下のような内容となった⁴⁵⁴。即ち、①法的並びに他の形態の保護の効果を評価するための事例研究の要請、②他の国際機関の活動を事務局がレビューすること、③*Sui Generis System*の承認とCOPでの調査研究結果をWTO、WIPOへ伝達すること、④CBDの第8条(j)を他の知的財産権法関連の国際協定と相互補完的なものとする事、⑤遺伝資源へのアクセス及び利益配分(ABS)専門家会合の勧告を取り入れながら、伝統的知識保護のための国内法制を見直し発展させること、⑥情報、経験の共有、⑦伝統的知識の国内登録制度の促進である。

また、同会合において、CBDの第8条並びに関連規定に関する作業計画の進展という議題も討議された。それに関する最終勧告案は、以下の通りである⁴⁵⁵。即ち、①先住民の社会及び地域社会のCBD実施に関するあらゆる段階での実質的参加を促進する。そのような参加の制度的保証として、伝統的知識使用に関する意思決定能力の強化・実施・立案に参加するための制度の発展、先住民の社会及び地域社会における専門家の育成、女性の参加の促進といった先住民の社会及び地域社会の参加促進制度がある、②伝統的知識に関する現状の報告書の準備、③保全と持続的利用のための伝統的、文化的慣行や伝統的知識を尊重し保持していくためのガイドラインの作成、④伝統的知識の使用における衡平な利益配分、PIC、原産国の義務等を確保する制度、国内法制の創設のためのガイドラインの作成、⑤先住民、地域社会と連携をとるためのクリアリングハウス・メカニズム内におけるフォカルポイントの確認、⑥モニタリングの要素として、文化的、環境的、社会的影響を評価するためのガイドラインと報告のための基準の作成、⑦法的要素として、第8条(j)との調和の観点から伝統的知識に影響を与え得るような文書、知的財産権関連文書の評価、並びに*Sui Generis System*を含む第8条(j)実施のための法的機構・制度の樹立のためのガイドラインの作成である。

THE IMPLEMENTATION OF ARTICLE

15. <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-04/official/cop-04-23-en.pdf> (最終閲覧日 2018年10月8日)。

⁴⁵²最首太郎「II-9. 生物多様性条約(CBD)における伝統的知識の保護-CBD第8条(j)項に関する作業部会会合」『バイオサイエンスとインダストリー』第58巻第7号(2000年)54-56頁。

⁴⁵³See

UNEP/CBD/WG-ABS/1/INF/3 <https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-01/information/abswg-01-inf-03-en.pdf> (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁴⁵⁴See UNEP/CBD/COP/6/6, *REPORT OF THE AD HOC OPEN-ENDED WORKING GROUP ON ACCESS AND BENEFIT-SHARING*. <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-06/official/cop-06-06-en.pdf> (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁴⁵⁵*Ibid.*

この会合の結果を受け、COP5 では知的財産権法に関する議論も行われた。COP5 の第 2 ワーキンググループにおいて、多くの国が知的財産権に関する意見表明を行った。議論の焦点は、先進国主導で進めている WIPO での知的財産権に対する以下の考え方と、特に途上国が主張する先住民の社会及び地域社会が持つ有益な知識、工夫、慣行の伝統的知識に対する考え方のギャップに向けられた。先進国は WIPO の重要性を深く認識するとともに、第 8 条 (j) との整合性は今後、WIPO や他の関連機関と情報交換し調整していくべきとの考え方であった⁴⁵⁶。他方、途上国側は、第 8 条 (j) に関連する伝統的知識の保護並びにその利用から生じる利益の衡平な配分を保障する特別な制度の導入を主張した。また、エクアドルはペルーが提案した伝統的知識の国際的登録制度を強力に支持した⁴⁵⁷。米国は *Sui Generis System* の導入は時期尚早であり、これに関する情報を広く集め慎重に進めるべきであるとの意見を述べた⁴⁵⁸。また、CBD 事務局は、第 2 ワーキンググループの会合において、伝統的知識は知的財産権法では十分保護できないとの認識を示した⁴⁵⁹。今後、WIPO での議論を見守る必要があるが、現在提案されている解決策としては、*Sui Generis System* 或いは伝統的知識の国際的登録制度の制定等が提案されている。しかし、伝統的知識の定義、帰属、保護の在り方等不明な点が未だ多く、これらの問題点を解決することなくそのような制度を創設することはできないと考えられている⁴⁶⁰。

COP5 の翌年に開催された ABS 第 2 回専門家パネル会合では、①遺伝資源と関連する伝統的知識、新制度及び慣習の保護のために必要なその他の措置、並びに知的財産権の利用、②伝統的知識の保有者の権利を実施するためにその保有者の必要とする能力を増強するための措置、及び③知的財産権の適用審査のための現在の手続の下での伝統的知識及び遺伝資源の適切な認識と考査を保障する措置、という点を考慮してガイドラインの作成にあたるべきであるという結論に達した⁴⁶¹。

2002 年に開催された COP6 では、伝統的知識に関する CBD と他の国際機関との関係、国内立法による伝統的知識の保護、知的財産権制度による保護のための措置等について議論され、次のような合意がなされた⁴⁶²。即ち、①COP は、各国政府に対し、適切なアプローチの組み合わせ（現在の知財制度、固有の制度、慣習法、契約による合意、伝統的知識の登録制、ガイドライン等）に基づいて、かつ関連した国際機関の支持を得て、伝統的知識の保護戦略を策定し実施することを進める。②COP は CBD 事務局に対し、各国によって提出された伝統的知識保護の法令や措置に関する情報の編纂を継続し、それをクリアリングハウスメカニズム等を通じ各国に供することを要請する。③COP は各国政府に対し、伝統的知識の保護措置、特に伝統的知識登録制の設置や調整を推進するために、知的財産権当局、CBD 窓口当局及び先住民の社会及び地域社会の三者の連携関係を確立する措置をとることを奨励する。④COP は各国政府、先住民の社会及び地域社会及び関係機関に対して、a) 先住民の社会及び地域社会の慣習法の性格、先住民自体の多様性、先住民の国内法上の地位、b) 先住民の社会及び地域社会による伝統的知識保護戦略の開発、特にそのアプロー

⁴⁵⁶ See UNEP/CBD/COP/5/23, *REPORT OF THE FIFTH MEETING OF THE CONFERENCE OF THE PARTIES TO THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY*. <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-05/official/cop-05-23-en.pdf> (最終閲覧日 2018 年 10 月 8 日)

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ UNEP/CBD/COP/5/8

⁴⁶² See *REPORT OF THE SIXTH MEETING OF THE CONFERENCE OF THE PARTIES TO THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY*. <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-06/official/cop-06-20-en.pdf> (最終閲覧日 2018 年 12 月 8 日)

チ、実施方法、経験した問題点、c) 知的財産権当局—CBD 担当当局—先住民の社会及び地域社会間の連携関係の確立、d) 域内で調整された固有の制度の実施経験、e) 伝統的知識に関する研究者や学術活動、という 5 点に関するケーススタディや関連情報を CBD 事務局に提出することを勧める。⑤COP は各国政府と国際機関に対し、締約国間での伝統的知識の保護に関する解釈や応用についての紛争を処理する手続や、メカニズムの設置のフィージビリティに関する情報の提出を勧める。

また、知的財産権制度による伝統的知識の保護のための措置に関しては、次の 4 点について合意された。即ち、①COP は各国政府に対し、国際機関の助力や先住民の社会及び地域社会の参加を得て、伝統的知識を保護する手段としての既存の知的財産権制度、契約方法、及び現在開発中の新しいシステムの有効性を評価するため、パイロット・プロジェクトの企画を奨励すること、②COP は各国政府に対し、知的財産権の申請に際して伝統的知識の起源の開示を奨励すること、③COP は各国政府に対し、知的財産権の申請に際して事前同意と相互に合意する条件に関する CBD の条項を考慮することを奨励すること、④COP は各国政府に対し、WIPO の助力を得て、特許出願における新規性と進歩性の検討において伝統的知識を考慮に入れることを進めること、である。しかし、特許の出願明細書に遺伝資源や伝統的知識の原産国を明記することについて、途上国が義務付けるよう主張したのに対し⁴⁶³、先進国側は、それは WIPO で議論するべきであると主張し、激しく対立している。

2003 年に開催された 8 (j) WG - 3 では、途上国が以前から主張してきた、伝統的知識の保護に関する特別な制度 (*Sui generis* systems for the Protection of the Knowledge, Innovations and Practices of Indigenous and Local Communities) が第 7 番目の議題として扱われた。

本会合において、まず、伝統的知識の保護のための措置として、とりわけ、伝統的知識のデータベース化と登録制度が検討された。これに関しては、先住民側は、このような伝統的知識の登録自体よりも、この情報管理が固定化によるものであることについて明白な反対の意思表示をした⁴⁶⁴。この問題は、先住民の社会及び地域社会の権利の性質に関する議論や、伝統的知識の利用から生じる利益配分に関する議論とも関連してくるため、最終的な勧告案においても合意は得られなかった。また、WIPO の作業との重複を避けることには多くの代表から同意が得られた⁴⁶⁵。最終的に採択された勧告案には、①用語の定義の必要性、②今後の関連会合のための用語の定義の蓄積、③伝統的知識のための国内的地域的な特別な制度に関する情報の収集と蓄積、④伝統的知識の保護のための特別な制度の要素に関する検討、⑤先住民の社会及び地域社会をも巻き込んだ特別な制度実施のための措置に関する検討、⑥この分野での WIPO との相互補完的協力関係の持続継続、という 6 つの主要内容が含まれている⁴⁶⁶。

2006 年に開催された COP8 及びその後で開催された第 6 回 ABS-WG (2008 年) において、議論の対象である国際的保護システム (IR) や伝統的知識等に対して、ブリック (加盟国で当面の検討対象として合意できるもの) とブレット (ブリック以外のもの) に分類し作

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ See UNEP/CBD/WG-ABS/3/7, *REPORT OF THE AD HOC OPEN-ENDED WORKING GROUP ON ACCESS AND BENEFITSHARING ON THE WORK OF ITS THIRD MEETING*

(2005) . <https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-03/official/abswg-03-07-en.pdf> (最終閲覧日 2018 年 10 月 8 日)

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ *Ibid.*

業が進められた。第 6 回 ABS-WG⁴⁶⁷では、伝統的知識について、ブリックとしては「CBD 第 8 条 (j) に基づいて伝統的知識の利用から生じる利益を伝統的知識の保有者と公正かつ衡平に配分することを確保するための措置」、「伝統的知識へのアクセスが共同体の手続に従って行われることを確保するための措置」、「ABS に関連した研究における伝統的知識の尊重を確保するためのベストプラクティスの特定」、「MAT のモデル条項の開発における伝統的知識の組み入れ」、「伝統的知識の保有者の承認をえたアクセス」等が挙げられ⁴⁶⁸、ブリットとしては、「伝統的知識にアクセスする際の伝統的知識の保有者による PIC、及び当該保有者との MAT」、「関連する伝統的知識の有無及び伝統的知識の保有者について、国際的に認知された証明書が作成されたことの宣言」、「伝統的知識から生じる利益の共同体における配分」等が挙げられた⁴⁶⁹。

また、第 6 回 ABS-WG では、IR の範囲について、アフリカグループは、生物資源や遺伝資源のみならず、伝統的知識をも IR の適用対象にするべきであると主張し⁴⁷⁰、中国も伝統的知識を IR の対象にすべきであるという発言を行った⁴⁷¹。

COP10 開催半年前の 2010 年、その年に開催された第 9 回 ABS-WG では、①遺伝資源のみならず、関連する伝統的知識も利益配分の対象になるか否か、②遺伝資源、派生物、関連する伝統的知識の原産地・出所を知的財産権出願や製品許認可申請時に開示し、かつ提供国の PIC、MAT 及び利益配分の遵守の証拠を添付すべきか否か、③伝統的知識の中にある公的入手の可能な伝統的知識の扱い、等について議論されたが、途上国と先進国との間の根本的見解の相違は埋まらなかった⁴⁷²。

名古屋議定書が採択された COP10 では、伝統的知識の扱いについて、CBD では利益配分を奨励するとなっているが、これを遺伝資源と同様の扱いにするか、先住民の社会及び地域社会の関与をどうするかとともに、公知となった伝統的知識も利益配分の対象とするかが論点となっていった。採択された議長案⁴⁷³では、遺伝資源に関連する伝統的知識についても、各国の国内法に従うことを条件に、遺伝資源と同様、PIC を取得し (第 6 条 2)、MAT によって利益を配分する (第 5 条 5) ための措置をとることが規定された。なお、公知となった伝統的知識の扱いについての記載は削除された。また、第 16 条で、遺伝資源に関連する伝統的知識へのアクセスと利益配分に関する国内法又は規制要件の遵守が遺伝資源へのアクセスと利益配分の場合 (第 15 条) と同じように規定されているが、この伝統的知識についての遵守措置の実施に関しては、WIPO 等の関連機関での議論の進展に照ら

⁴⁶⁷ See UNEP/CBD/COP/9/6, *REPORT OF THE AD HOC OPEN-ENDED WORKING GROUP ON ACCESS AND BENEFIT-SHARING ON THE WORK OF ITS SIXTH MEETING* (2008) pp.14–20.
<https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-09/official/cop-09-06-en.pdf> (最終閲覧日 2018 年 12 月 8 日)

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ See UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/1, *COMPILATION OF SUBMISSIONS PROVIDED BY PARTIES AND OTHER RELEVANT ORGANIZATIONS ON ISSUES OF RELEVANCE TO THE INTERNATIONAL REGIME ON ACCESS AND BENEFIT-SHARING*
<https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-06/information/abswg-06-abswg-05-inf-01-en.pdf> (最終閲覧日 2018 年 12 月 8 日)

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² See UNEP / CBD / COP / 10 / 5 / ADD3, *REPORT OF THE FIRST PART OF THE NINTH MEETING OF THE AD HOC OPEN-ENDED WORKING GROUP ON ACCESS AND BENEFIT-SHARING* (2010)
<https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-10/official/cop-10-05-add3-en.pdf>

⁴⁷³ See UNEP/CBD/COP/10/27, *REPORT OF THE TENTH MEETING OF THE CONFERENCE OF THE PARTIES TO THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY*.
<https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-10/official/cop-10-27-en.pdf> (最終閲覧日 2018 年 10 月 8 日)

して、議定書第 31 条に基づき評価する旨が COP10 の決議に記載された⁴⁷⁴。

2 生物多様性条約における（遺伝資源の）国際的保護システムの検討

1993 年 12 月 29 日、CBD は発効し、その翌年の 1994 年 11 月には第 1 回締約国会議(COP1) が開催された。同会合では遺伝資源へのアクセス(取得)及び利益配分(Access and Benefit Sharing、以下、ABS と略称) 自体についても、また IR についても触れられることはなかった。1995 年に開催される COP2 及び 1996 年の COP3 では、ABS 及び IR は議題にならなかったが、COP2 は、各国の CBD 第 15 条を実施するための国内の法的、行政的又は政策的措置に関する意見を求め⁴⁷⁵、また国内措置を CBD 事務局に提出することを要請した⁴⁷⁶。ここまですべて準備期間であり、各国は自国の国内法を整備し、遺伝資源又は伝統的知識の様々な保護方法を国内法で確保することになる。

各国の、特に遺伝資源や伝統的知識が大量に所在する途上国の国内法の整備が進み、IR の保護対象である遺伝資源の ABS に関する議論が、1998 年の COP4 から始まった。CBD は生物の多様性の維持を目指す条約⁴⁷⁷であるので、まず議論の焦点になったのは伝統的知識ではなく、遺伝資源であった。COP4 では、遺伝資源へのアクセスとその利用から得られる利益配分に関する国内法の整備の必要性が多く途上国によって強調された⁴⁷⁸。また、スイスやフランス等は、法的拘束力は持たないが、ABS を確保するための最低限の基準を意味する行動原則或いはガイドラインの必要性があることを表明した⁴⁷⁹。非加盟国である米国は、利益配分のための最も効果的な方法は自発的な契約レベルの合意であることを強調し、利益配分の合意規定のための多国間の試みに反対の意見を表明した⁴⁸⁰。議論の結果、ABS 専門家会合を設置することが決定された⁴⁸¹。

COP4 の翌年には、第 1 回の専門家会合が開催された。議題として、利益配分の方法とメカニズム、(遺伝資源の) 取得に関する法律、PIC の定義と手続、規制手続と奨励手続等が挙げられた⁴⁸²。その結果、「締約国は、ABS 措置のための国内窓口と権限ある当局を配置すべき」こと⁴⁸³、また「COP ガイドラインを検討してもらうために、本会合の議論を反映した文書を提出する」こと⁴⁸⁴に合意した。前者はその後の議論や文書で頻繁に見られ

⁴⁷⁴ See UNEP/CBD/COP/DEC/X/1, *DECISION ADOPTED BY THE CONFERENCE OF THE PARTIES TO THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY AT ITS TENTH MEETING* (2010) p. 3.

<https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-10/cop-10-dec-01-en.pdf> (最終閲覧日 2018 年 12 月 8 日)

⁴⁷⁵ See COP2 Decision II/11, *ACCESS TO GENETIC RESOURCES*, para. 1.

<https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7084> (最終閲覧日 2018 年 10 月 8 日)

⁴⁷⁶ COP2 Decision II/11, *ACCESS TO GENETIC RESOURCES* の 3 を参照、同上。

⁴⁷⁷ CBD 第 1 条(目的)では「この条約は、生物の多様性の保全、その構成要素の持続可能な利用及び遺伝資源の利用から生ずる利益の公正かつ衡平な配分を…目的とする」と本条約の目的を述べている。

⁴⁷⁸ この点に関して、まず、77 カ国グループ及び中国を代表するインドネシア代表は、(その時点までの) CBD は、自身の三つの目的の中の生物多様性の保全及び構成要素の持続可能な利用という二つの目的に集中しすぎ、公正かつ衡平な利益配分のために注ぐ力が足りない、と指摘した。See UNEP, *REPORT OF THE FOURTH MEETING OF THE CONFERENCE OF THE PARTIES TO THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY*, para. 44. <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-04/official/cop-04-27-en.pdf>. (最終閲覧日 2018 年 10 月 8 日)

⁴⁷⁹ See UNEP *supra* note 451.

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ See COP 4 Decision IV/8, para. 3. <https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7131>. (最終閲覧日 2018 年 10 月 8 日)

⁴⁸² See *supra* note 421, para. 49. 又は安藤勝彦「生物多様性条約アクセスと利益配分に関する専門家パネル報告」『バイオサイエンスとインターストリー』第 58 巻第 1 号(2000 年) 59-61 頁を参照。

⁴⁸³ See *supra* note 421, para. 122.

⁴⁸⁴ See *ibid.*, para. 126.

るようになった。後者については、数年後に「遺伝資源へのアクセスとその利用から生じる利益の公正・衡平な配分に関するボン・ガイドライン」(以下、ボン・ガイドライン)という形で結実した⁴⁸⁵。

2000年5月に開催されたCOP5では、ABS第1回専門家会合の合意に沿って、ABSに関するガイドラインに対する検討が行われた。ABSに関するガイドラインについては、遺伝資源提供国の法的措置を補完するために、先進国において法的規制措置が必要であると強調する途上国もあったが、多くの国がABSに関する専門家会合の報告を高く評価し、柔軟性のあるABSガイドラインの作成の重要性を支持した。結果として、ABSを促進するためにガイドライン草案を作成することが合意され、草案を次回のCOP6に提出することが決定された⁴⁸⁵。そのため、COPの下にABS作業部会(ABS-Working Group, ABS-WGと略称する)を設置し草案作成に集中するとともに、技術的な問題に対する議論が必要な際にもそのABS-WGが活用できる体制をとることとした。また、将来IRの一部になるCBD加盟国のABSの政府窓口(National Focal Points)と少なくとも一ヶ所の「権限ある国内当局」(Competent National Authorities)の指定に関する要請が決められた⁴⁸⁶。

2002年のCOP6において、先進国と途上国との間に激しい論争が展開された結果、「遺伝資源へのアクセスとその利用から生じる利益の公正・衡平な配分に関するボン・ガイドライン」⁴⁸⁷(以下、ボン・ガイドライン)が採択された。COP6で、先進国はボン・ガイドライン案の自発的指針としての価値を評価し、COP6での採択を目指そうという声が強かった⁴⁸⁸。一方、途上国側は、利用国による遵守の責任を強化すべきとの意見が強く、後述するように、ガイドラインに限らず、拘束力があるIRを求める、と主張した⁴⁸⁹。

COP6のコンタクト・グループ会合において、メキシコが遺伝資源の利用国の責任の強化を主旨とする新しい文案を提出し、ボン・ガイドライン草案への追加を強く要求した⁴⁹⁰。追加のためにはボン・ガイドライン案の内容に大幅な変更を加えなければならないため、結局、同提案を相当修正することで決着した。

メキシコ提案の背景には、メキシコを議長国とするメガ多様性同志国家(LMMC)グループが、COP6に先立つ2002年2月に結成されたことがある。その設立宣言書(カンクン宣言)によると、LMMCは、利用国にABSの遵守を強制できるIRの設置を目指していた⁴⁹¹。しかし、ABS又はIRに関する定義の議論には長時間を要することが予想されるため、慎

⁴⁸⁵ See COP 5 Decision V/26, para. 11. <https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7168> (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁴⁸⁶ See *ibid.* para. 1 and para. 2.

⁴⁸⁷ *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*, See <http://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-en/pdf>. 邦訳版は <http://www.mabs.jp/archives/bonn/index.html> を参照。

⁴⁸⁸ See *supra* note 462.

⁴⁸⁹ *Ibid.*

⁴⁹⁰ See *Ibid.*, para. 45.

⁴⁹¹ カンクン宣言(Cancun Declaration)。2002年2月18日にメキシコのカンクンにおいて、高度の生物多様性を有する12か国(ブラジル、中国、コロンビア、コスタリカ、エクアドル、インド、インドネシア、ケニア、メキシコ、ペルー、南アフリカ、ベネズエラ)の環境大臣及び専門家が集まり、「メガ多様性同志国家(LMMC)」グループの結成を宣言し、毎年会合を開催することを決めた。同グループは、①生物多様性の原産国の正当な利益を守るためには、現在の国際条約等では限界があることを懸念し、②グループ共通の利益を振興するための仕組みとして国際会議での交渉で共通戦線を形成し、③生物多様性の利用から生ずる利益の衡平な配分を有効に守るための国際的制度の設置を目指した事業等を推進することを目的としている。See UNEP/CBD/COP/6/INF/33, Cancun Declaration of Like-Minded Megadiversity Countries. <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-06/information/cop-06-inf-33-en.pdf> (最終閲覧日 2018年12月8日)

重なる必要があると先進国と途上国双方が合意し、議論を先送りすることになった⁴⁹²。

COP6 が終わって、ボン・ガイドラインが採択された僅か 4 か月後、持続可能な開発に関する世界サミット (WSSD) が開催され、G77+中国、及び LMMC は、ボン・ガイドラインに法的拘束力がないことを理由に新たな制度の策定を求め、IR の設立に関する本格的な交渉が始まった。同会議において、LMMC やアフリカ諸国等の途上国は、COP6 で策定されたボン・ガイドラインには法的拘束力がないので、ABS のための措置としては不十分であり、「法的拘束力を有する新たな IR」の策定が必要であることを強く主張した⁴⁹³。先進国側はボン・ガイドラインの効果を判断できない段階で、新たな IR の構築について交渉するのはまだ早いと主張した⁴⁹⁴。結論は閣僚級会合まで持ち越された。閣僚級会合において、最終的に、WSSD の実施計画の paragraph 44 (o) は「ボン・ガイドラインを念頭に、遺伝資源の利用から生じる利益の公正で衡平な配分を促進、保護するための IR について、生物多様性条約の枠組み内で交渉すること」⁴⁹⁵と定められた。この合意により、ABS を確保するための措置としての IR という用語が国際的に公式に認知され、CBD の枠内で交渉されることが決定され、この合意をスタートラインとして、遺伝資源の保護、特に利用と利益配分に関する IR が本格的に進行することになる。

2003 年、IR に関する多年度作業計画会合で意見交換が行われ、先進国と途上国間での基本的意見の違いは以下のように明確になった⁴⁹⁶。

まず、途上国は、法的な拘束力のある IR の策定について、後で述べる第 2 回 ABS-WG から交渉を開始すべきであると主張した⁴⁹⁷。それに対して、先進国は、2004 年 3 月以降に開催される COP7 までは、ボン・ガイドラインの残された論点と実施のみを検討すべきであると主張した⁴⁹⁸。結局、以下のような 5 点が本会合において合意された⁴⁹⁹。即ち、1) ボン・ガイドラインの利用において得られた経験に関する情報を事務局長に提出すること。2) 締約国は ABS の IR のプロセス、性格、範囲、要素、態様に関する見解を第 2 回 ABS-WG 会合の前に、事務局長に提出すること。3) 締約国は、提出された見解を編纂することを事務局長に要請すること。4) 締約国は、第 2 回 ABS-WG において、IR のプロセス、性格、範囲、態様を検討し、COP7 に対して今後の進め方をアドバイスすること。5) COP7 で本問題に関して今後の対応を検討することである。

同年末、第 2 回 ABS-WG が開催され、IR の性格、範囲、諸要素等をどのようなものとするかについて議論が行われた。その中で、最大の争点は IR の法的な性格であった。「法的拘束力を持つ IR を策定すべきか否か」の議論が行われたが、途上国と先進国の間で何ら

⁴⁹² See *supra* note 462.

⁴⁹³ 例えば、メキシコ代表は公正かつ衡平な利益配分に関する内容に対して、留保の意思を表明し、ペルー代表はその留保を支持した。ペルーは、生物多様性条約の枠内において、遺伝資源の起源国が公正かつ衡平な利益を配分されるよう、なるべく早く新たな国際的制度に関する交渉を行うべきと主張した。See UN, A/CONF.199/20, *Report of the World Summit on Sustainable Development*

(2002), p. 143. http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.199/20&Lang=E (最終閲覧日 2018 年 10 月 8 日)

⁴⁹⁴ See *Ibid.* pp. 145-146.

⁴⁹⁵ “Negotiate within the framework of the Convention on Biological Diversity, bearing in mind the Bonn Guidelines, an international regime to promote and safeguard the fair and equitable sharing of benefits arising out of the utilization of genetic resources” See *ibid.*, p. 35.

⁴⁹⁶ See UNEP/CBD/COP/7/5, *REPORT OF THE OPEN-ENDED INTER-SESSIONAL MEETING ON THE MULTI-YEAR PROGRAMME OF WORK OF THE CONFERENCE OF THE PARTIES UP TO 2010.*

<https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-07/official/cop-07-05-en.pdf> (最終閲覧日 2018 年 10 月 8 日)

⁴⁹⁷ See *ibid.*

⁴⁹⁸ See *ibid.* p. 29.

⁴⁹⁹ See *ibid.*

の合意もできず、合意できない部分について留保を示すテキストしか作成できなかった。そのテキストが COP7 に提出されることになった⁵⁰⁰。

第 2 回 ABS-WG において、途上国側が主張したのは、WSSD の決定に基づき、直ちに法的拘束力のある IR の交渉を開始すべきであり、IR 実施の能力構築のための技術協力の必要性があるということである。更に、途上国の一部である LMMC の見解によると、法的拘束力を持つ IR の採択を目的とする政府間交渉委員会の設置を COP7 において決定することを推奨し、法的拘束力を持つ IR は、a) 提供国の国内法を利用国が遵守することを確保するための条項、b) 遺伝資源及び関連伝統的知識の出所証明の開発、c) モニタリング・遵守・執行のメカニズム、d) 利用者側に対する措置のさらなる促進、e) 利益配分の条項、f) 遺伝資源に関連した伝統的知識に対する先住民の社会及び地域社会の権利の保護、g) CBD の枠内で IR を実施する手段、h) 能力構築の措置を含むべきであると強調した⁵⁰¹。途上国のこうした主張の背景には、既存の制度ではバイオパイラシーを防げないことがある。本節の 1 に述べたとおり、バイオパイラシーという用語の法的定義は未だない。COP6 の段階までは、少なくとも①CBD に違反する行為、②遺伝資源の提供国の国内法に違反する行為、③原産国の遺伝資源や伝統的知識を利用して、原産国に無断で関連特許を出願する行為等はバイオパイラシーに当たると考えられている。CBD 第 15 条第 1 項によると、各国が ABS に関する国内法を整備することは可能であるが、途上国は、「提供国側が国内法を制定してもそれは国外では適用されないから、一度に遺伝資源が国外に持ち出されるなら、提供国はその遺伝資源の移転、情報公開、譲渡等について把握することができず、モニターする権利もない」と主張する⁵⁰²。

それに対して、先進国は、以下のように主張する。即ち、1) ボン・ガイドラインの実施を始めたばかりであるから、今は実施の推進に専念すべきである、2) 法的拘束力のある IR は、過剰な規制により遺伝資源へのアクセスを阻害し、本来、生み出し得る利益すら生み出せなくする可能性も懸念される、3) 今やるべきこととして、既存の制度では解決できない問題は何かについて整理を行い、真に必要な措置を検討すべきである、4) IR は法的拘束力の有無を限定しているのではなく、ボン・ガイドラインを含め、既存の条約の枠組みの効果的活用も含むものである、5) WSSD の合意が法的拘束力のある IR の交渉の開始を意味するものではない、という主張であった。つまり、2002 年 4 月の COP6 で採択されたボン・ガイドラインの普及を行った後で、その経験を踏まえて、ボン・ガイドラインの効果を評価し、次の段階と任務を検討すべきであるというのである。ボン・ガイドラインの普及の実施を始めて間もない今の段階で、法的拘束力を持つことを特定した IR の検討に入るといふ提案は受け入れられないということである⁵⁰³。

上記のような意見の対立は COP7 にそのまま積み残された。COP7 においては、IR の検討に関する ABS-WG は COP8 まで 2 回開催する、という合意に達したに過ぎない⁵⁰⁴。

⁵⁰⁰ See UNEP/CBD/COP/7/6, *Report of the Ad hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing on the Work of its Second Meeting*.

<https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-07/official/cop-07-06-en.pdf> (最終閲覧日 2018 年 10 月 8 日)。

⁵⁰¹ See <https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-02/information/abswg-02-inf-03-en.pdf> (最終閲覧日 2018 年 10 月 8 日)

⁵⁰² See UNEP/CBD/WG-ABS/2/INF/1, *Compilation of submissions on access and benefit-sharing as related to genetic resources received by the Secretariat pursuant to decision VI/24 A-D of the Conference of the Parties (2003)*.

<https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-02/information/abswg-02-inf-01-en.pdf> (最終閲覧日 2018 年 10 月 8 日)

⁵⁰³ See *ibid.*

⁵⁰⁴ UNEP/CBD/COP/7/21, *DECISIONS ADOPTED BY THE CONFERENCE OF THE PARTIES TO THE CONVENTION ON*

IRの性格に関する議論はCOP7以降の交渉でも行われた。2005年の第3回ABS-WGでは、途上国側は直ちに法的拘束力のあるIRの交渉を開始すべきであると主張し、先進国は既存の制度では解決できない問題の有無の分析を行い、その結果を確認したうえで真に必要な措置を検討すべきであると主張した⁵⁰⁵。結局、各国は妥協案の作成を断念し、今後の交渉の選択肢という位置づけですべての考え方を議長テキストに乗せることで合意した⁵⁰⁶。しかし、その翌年に開催された第4回ABS-WGでは、対立の状況が再び現れ、同じ議論が繰り返された。

因みに、第4回ABS-WGにおいて、国際認証に関する技術専門家グループの設置に関する対立もあった。即ち、先進国は国際認証に関する実用性、費用対効果の検証が必要であるため更に情報収集をするべきであり、また、これは特許出願手続とは切り離して検討すべきであると主張した⁵⁰⁷。それに対して、途上国側は、国際認証は違法なアクセスに対して法的手段を講じることが可能となるように法的拘束力を付与したシステムとするべきであると主張した⁵⁰⁸。結果的に、技術専門家グループを設置し、CBD第15条及び第8条(j)の目的を達成するため、様態、目的、実用性、実施可能性、コスト等を考慮した国際認証システム案を作成することをCOP8に提言することで合意に達した⁵⁰⁹。

第4回ABS-WGが開催された2ヵ月後、COP8が開催され、COP9までのできる限り早い時期にABS-WG作業を完了させることに合意した⁵¹⁰。また、遺伝資源の原産地/出所/法的由来の国際的に認知された証明書(国際認証システム)の問題を検討するために、技術専門家会合(TEG)を設置することについても合意が得られた⁵¹¹。

COP8まではIRの性格が議論されてきたが、COP9に至るまでの間に、第5回及び第6回ABS-WGが開催され、この二回の会合において、IRの要素である①利益の公正・衡平な配分、②遺伝資源へのアクセス、③遵守(遵守を支援するための措置、原産地出所・法的由来に関する国際的に認知された証明書(国際認証)、モニタリング、執行、紛争解決)④(関連する)伝統的知識、⑤能力構築について検討された。

まず第5回ABS-WGでは、EUがIRの具体的な内容に踏み込んだ新たな提案をした⁵¹²。その提案によれば、①ABS国内法に関する「最小限の国際的要件」を設定すること、②提

BIOLOGICAL DIVERSITY AT ITS SEVENTH MEETING, p. 300.

<https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-07/official/cop-07-21-part2-en.pdf> (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵⁰⁵例えば、途上国たるエチオピアは「WIPOの助言を求め、その意見を聞く必要があるが、今はこの問題(IRの交渉という問題、筆者注)に対して、決定を作り出す時期であり、引き延ばす時期ではない」と述べていた。ウガンダ代表は「既に(各国又は国際機関が)大量の作業を実施し、今こそ、法的拘束力のある制度を作る時期である」と述べていた。それに対して、先進国たるオランダ代表は、(これからの)議論は「欠陥に対する全面的な分析」や「WIPOからの特許申請問題の経験を公表する要請」等を重視することになる、と発言していた。See *supra* note 464, para. 16, 19, 35.

⁵⁰⁶See *ibid.*, pp. 24-32.

⁵⁰⁷http://www.mabs.jp/archives/cbd/pdf/houkoku_015.pdf, p. 3の表を参照(最終閲覧日 2018年10月8日)。

⁵⁰⁸同上

⁵⁰⁹See <https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-04/official/abswg-04-02-en.pdf> (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵¹⁰See UNEP/CBD/COP/DEC/VIII/4, *DECISION ADOPTED BY THE CONFERENCE OF THE PARTIES TO THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY AT ITS EIGHTH MEETING*, VIII/4. Access and benefit-sharing, para. 6.

<https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-08/cop-08-dec-04-en.pdf> (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵¹¹See *ibid.*, p. 10. 又は「平成18年度 環境対応技術開発等(生物多様性条約に基づく遺伝資源へのアクセス促進事業)委託事業報告書」(2007年)89-104頁。

http://mabs.jp/archives/reports/index_h18.html (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵¹²See *supra* note 427, pp. 48-52.

<https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-05/information/abswg-05-inf-01-en.pdf> (最終閲覧日 2018年10月8日)

供国の国内法が最小限の国際的要件を満たす場合は、この国内法に違反した利用者に対して、利用国は不正取得を防止するための国内措置を検討すること、③利益配分のための標準的な選択肢を開発すること、④分野別の標準的な素材移転契約を開発することとされた。しかし、途上国はEU提案に応じる姿勢を示さず、EUの提案に対して、①利益配分の最小条件又は基準、②能力構築と技術移転の最小要件と主張し、対抗した⁵¹³。

2008年に開催された第6回ABS-WGにおける議論は、IRの性質、範囲、目的、要素等に触れていた。

まず、IRの性質について、共同議長案がIRの性質として、法的拘束力を持たせる、自発（任意）的なものとする、又は両者を組合せする、という三つの選択肢を提示したが、意見を集約できる状況にはならず⁵¹⁴、結局、COP9に送ることとした。

次に、IRの範囲について、共同議長案が提示され、各国が意見交換を行った。しかし、各国の意見に大きな隔たりがあった。例えば、EU、カナダ、オーストラリアはCOP7決定VII/19DのTOR (Terms Of Reference) にその範囲が記載されており、これはCBD発効以前の遺伝資源に遡及することなく、また派生物は含まないので、他の条約に抵触しないと主張した⁵¹⁵。LMMCは、派生物が除外されるとIRの意義が弱まると主張した⁵¹⁶。アフリカグループは、生物資源、遺伝資源、伝統的知識、派生物のすべてをその範囲に含めるべきとし、食料及び農業のための植物遺伝資源に関する国際条約 (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture、ITPGRと略称) で規定される植物遺伝資源も食料・農業用の目的のみを除外すべきと主張した⁵¹⁷。中国は人を除くすべての遺伝資源、伝統的知識、派生物を範囲とするが、派生物の明確な定義が必要であるとの発言を行った⁵¹⁸。結局、交渉は合意に至らず、共同議長案と各国の提案を併記し、COP9へ送ることとした⁵¹⁹。

第三に、IRの目的として、途上国側は利益配分の促進、不正使用の防止、CBD遵守の確保を挙げた⁵²⁰。先進国は、COP7決定VII/19DのTORに従い、CBDの第15条及び第8条(j)の実施、条約の三つの目的の実現に対する支援等を主張した⁵²¹。

第四に、IRの構成要素について、COP8ではIRの主要な構成要素に関する議論を行った。前に述べたように、IRが5項目に分けられた後、更にブリックとブレットに分類し作業が進められるが、この分類作業は、膠着状態から抜け出すための素地をつくり、その後の交渉作業を前進させようという一つの工夫であり、議論の過度な紛糾が抑えられるものでもある。

公正かつ衡平な利益配分という要素について、ブリックとして、「アクセスと利益配分のリンク」、「MATに基づき配分されるべき利益」、「金銭的及び/又は非金銭的利益」、「技術へのアクセスと移転」、「MATに基づく研究開発成果の共有」、「研究活動への効果的な参画及び/又は研究活動における共同開発」、「交渉における対等性を促進するためのメカニ

⁵¹³ See *ibid.*

⁵¹⁴ 生物多様性条約第6回 Ad hoc アクセスと利益配分作業部会「平成19年度環境対応技術開発等（生物多様性条約に基づく遺伝資源へのアクセス事業）委託事業報告書」（2009年）26-37頁。

⁵¹⁵ See *supra* note 470.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ See UNEP, *REPORT OF THE INTERNATIONAL INDIGENOUS AND LOCAL COMMUNITY CONSULTATION ON ACCESS AND BENEFIT SHARING AND THE DEVELOPMENT OF AN INTERNATIONAL REGIME* (2007). <https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-06/information/abswg-06-abswg-05-inf-09-en.pdf> (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ See *supra* note 470.

ズム」等があり⁵²²、ブレットとしては、「国際的な最低限の条件・基準の開発」、「利用ごとの利益配分」、「原産地が明確でないか、複数の国にまたがる場合の多国間利益配分」、「複数の国がかかわる場合に対応する信託基金の設立」、「MATに含まれることが見込まれるモデル条項及び標準的な利益のメニューの開発」、「ボン・ガイドラインのさらなる活用」が挙げられた⁵²³。

遺伝資源へのアクセスという要素について、ブリックとしては、「締約国にアクセスを決定する主権的権利と権限があることの認識」、「アクセスと利益の公正かつ衡平な配分とのリンク」、「アクセス規則の法的確実性、明確性及び透明性」が残され⁵²⁴、ブレットとしては、「アクセスに関する規則の無差別適用」、「国の管轄権を越えて遵守を支援するための国際アクセス基準」、「国際的に開発されたモデル国内法」、「管理及び取引コストの最小化」、「非商業目的の研究に対する簡素なアクセス規則」が挙げられた⁵²⁵。

2008年に開催されたCOP9では、COP10の6か月前までにABS-WGを三回、第8回ABS-WGまでに技術専門家委員会(TEG)を三回開催するということが決定された⁵²⁶。

2009年4月に開催された第7回ABS-WGでは、EUは既に第5回及び第6回ABS-WGで表明したように、国際アクセス基準の設置に加盟国が合意するのであれば、遺伝資源提供国の国内法がこの基準に適合する範囲内において、その国内法を遵守しない利用者に対して、利用国として国内措置(法的に拘束力を持つ措置を除外しない)の設置を検討する用意があると表明した⁵²⁷。これはアクセスと遵守をリンクさせて議論することを意味した。それに対して、LMMCに代表される途上国側は、遺伝資源へのアクセスに関する権限は条約の認めた主権的権利であるとして、EU案に反対した。遵守に関するコンタクトグループの議論では、アクセスと遵守をリンクさせたくないと表明した⁵²⁸。

同年11月で開催された第8回ABS-WGでは、IRの法的性格について、法的拘束力を持つ、法的拘束力を持たない、両者の組み合わせという三つの選択肢があるが、議論をするのではなく、各国の考え方を聞きたいとし、各国からの発言があった。しかし、それらの発言は従来のもものとほとんど差がなかった。一点だけ違うのは、本会合の最終日の時点で、テキスト案は各国の全ての主張を併記したものであり、奨励義務という緩やかな拘束力を意味する条項が含まれていたことである。そのため、先進国からは法的性格は各規定の内容を議論した後で決めるべきとする一方で、法的拘束力を持つ制度に無条件で反対するという意見は出なかった⁵²⁹。

ところで、第8回ABS-WGでは一つの合意がなしている。それは、本会合まで、IRの各

⁵²² See *supra* note 519.

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ UNEP/CBD/DEC/IX/12. <http://www.cbd.int/decisions/cop9/?m=COP-09&id=11655&lg=0>

⁵²⁷ See UNEP/CBD/WG-ABS/7/INF/1, *COMPILATION OF SUBMISSIONS BY PARTIES, GOVERNMENTS, INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, INDIGENOUS AND LOCAL COMMUNITIES AND RELEVANT STAKEHOLDERS IN RESPECT OF THE MAIN COMPONENTS OF THE INTERNATIONAL REGIME ON ACCESS AND BENEFIT-SHARING LISTED IN DECISION IX/12, ANNEX I* <https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-07/information/abswg-07-inf-01-en.pdf> (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵²⁸ UNEP/CBD/WG-ABS/7/8, *Report of the Seventh Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing*, Annex. <http://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-07/official/abswg-07-08-en.doc> (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵²⁹ See UNEP/CBD/WG-ABS/8/8, *REPORT OF THE EIGHTH MEETING OF THE AD HOC OPEN-ENDED WORKING GROUP ON ACCESS AND BENEFIT-SHARING*. <https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-08/official/abswg-08-08-en.pdf> (最終閲覧日 2018年10月8日)

項目である目的、適用範囲、性格、主要な構成要素（利益配分、アクセス、遵守、伝統的知識、能力）について全ての加盟国の意見が網羅されたということであり、この会合以降は、IRの各項目についての追加提案を原則として受け付けないこととされた⁵³⁰。

COP10 開催半年前の第9回 ABS-WG では、先進国と途上国の間の議定書案に関する対立は未だ解決できなかった。対立の内容をまとめてみると、以下のような点がある。

1) アクセスについて、先進国は、①遺伝資源へのアクセスがなされた後でのみ利益配分を実現できるので、アクセスと利益配分とはリンクさせて扱うべきであること、②遺伝資源へのアクセスを円滑化するために、法的な確実性、透明性、明確性のある措置をとるべきこと、③提供国は他国からアクセスする利用者の中で差別すべきではないこと、④非商業目的でアクセスする際の簡素な行政的手続等のベストプラクティスに関して情報交換すべきであること、⑤政府窓口と権限ある当局の指定、国内ABS枠組みの公表、契約締結の義務化等を規定する国際アクセス基準が必要であることを主張していた⁵³¹。それに対して、途上国は、国家は天然資源への主権的権利を有し、遺伝資源、派生物、伝統的知識へのアクセスを決定する権限は政府にあり、これは国内法によると主張した⁵³²。

2) 利益配分について、先進国は利益配分における金銭的及び非金銭的利益の組み合わせは利用分野により異なるから、各分野の特質を考慮すべきであると主張し、そのためには MAT 等を含める可能性のある分野別モデル条項のメニューと典型的な遺伝資源利用事例のインベントリーは有用であると主張した⁵³³。これに対して、途上国は、①利益配分を確保する措置を国内法で規定し、これを MAT と PIC に取り入れるべきこと、②各国は利益配分のための信託基金を含む試験的なメカニズムを設置すべきこと、③他国の遺伝資源、派生物、伝統的知識を利用し、技術開発を行う国が、その提供国に対して、これらを用いた技術へのアクセス、その技術の共同開発と移転を円滑化するための法令上、行政上、政策上の措置をとるべきこと、④遺伝資源に関連する伝統的知識から生ずる利益配分の条件は、国内法に従い、先住民等の参加と関与を確保する措置をとり MAT で規定するべきことを主張していた⁵³⁴。

3) 遵守措置について、先進国は、①遺伝資源の不正使用とは、国際アクセス基準に合致している国内法の下で当局の PIC を得ないで取得すること、又は契約書を締結せず取得することをいい、契約違反は既存のルールがあるので議論の範囲外とすること、②今後の国際交渉の要点は、提供国の国内アクセス法と利用国の遵守措置をどのように関連付けるかにあり、これを検討する際、国際アクセス基準の開発が重要になること、③国際アクセス基準の開発を提供国が受け入れるならば、利用国での法令遵守措置に法的拘束力を付与する可能性を排除しないこと、④権限ある当局が PIC を書面で発行し、これを CBD 事務局のクリアリングハウスに登録すれば、国際的に認知された証明書とみなすこと、⑤研究助成機関は、遺伝資源利用者に対して提供国の ABS 要件の遵守を義務化すること、⑥特許出願における原産地・出所の開示に関して、TRIPS 協定を改定し、遺伝資源提供国・出所の開示の義務化要件を含めることに同意している⁵³⁵。

⁵³⁰ *Ibid.*

⁵³¹ See UNEP/CBD/WG-ABS/9/2, *COLLATION OF SUBMISSIONS PROVIDED IN RELATION TO PREAMBULAR TEXT, DEFINITIONS AND TEXT FOR INCLUSION IN ANNEX II TO THE REPORT OF THE EIGHTH MEETING OF THE WORKING GROUP ON ACCESS AND BENEFIT-SHARING*. <https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-09/official/abswg-09-02-en.pdf> (最終閲覧日 2018 年 10 月 8 日)

⁵³² *Ibid.*

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ *Ibid.*

⁵³⁵ *Ibid.*

途上国は、①各加盟国は ABS 政府窓口と権限ある当局を設置すること、②各国は管轄下の遺伝資源利用者が提供国の国内法を遵守することを確保し、提供国の国内法に違反した場合は、利用国政府が制裁と救済を確保する有効な措置をとること、③各加盟国は権限ある当局を通じて遵守証明書を発行し、これを国際的に提供可能とし、各利用国はこの証明書のチェックポイントを設置すること、④CBD 事務局に ABS クリアリングハウスを設置し、ABS 国内法と IR の遵守のモニタリング、ABS 関連情報の提供、遵守証明書の登録を行うこと、⑤遺伝資源、派生物、関連する伝統的知識の原産地・出所を知的財産権出願や製品許認可申請時に開示し、かつ提供国の PIC、MAT 及び利益配分の遵守の証拠を添付し、これらを開示しない者に対して、各国は行政上、刑法上の措置をとり、不遵守或いは虚偽情報開示は行政上及び司法上の措置により知的財産権及び製品許可を取消すことと主張していた⁵³⁶。

第 9 回 ABS-WG において、適用範囲における議定書の遡及性、遵守におけるモニタリング・チェックポイント・開示要件、又はパブリックドメインにおける公的入手の可能な伝統的知識等について、途上国と先進国との間の根本的見解の相違は埋まらなかった。それらの対立は COP10 まで持ち込まれ、合意する見込みはなかったが、最終日に、もし COP10 が失敗すれば国連の環境に関する多国間メカニズム自体の信頼性が守れないということを確認した各国の代表が、最終的に議定書（議長テキスト）に関して、合意した⁵³⁷。

以上で、遺伝資源の国際的保護に関する議論は一段階したと言える。様々な意見、及び先進国と途上国の間における攻防は、COP10 においてある程度の結果が出され、最終的な結論は名古屋議定書に結実する。

3 名古屋議定書における国際的保護と伝統的知識の保護について

1992 年に締結された CBD は比較的早く医薬伝統的知識の保護に繋がった条約である。CBD は、第 8 条 (j) において、原住民（先住民）の社会及び地域社会の知識を保護し、尊重し又は維持することを定めていると同時に、遺伝資源に関する PIC の権利、MAT を求める権利等所謂新たな権利を設け、更に当該権利を遺伝資源に関する伝統的知識にも適用しようとしている。更に、CBD は国々の状況を考慮して、自国の遺伝資源（医薬伝統的知識の保護が含まれる場合もある）の保護に関する法的、行政的又は政策的な措置をとることを各締約国に委ねている。つまり、CBD は共通ルールとしての原則的な規定を設け、利用に関しては各締約国の調整役としての機能を果たしているのである。

CBD の下に、遺伝資源へのアクセス及びその利用から生じる利益の公正かつ衡平な配分に関する名古屋議定書が 2010 年に締結された。名古屋議定書的前提は、CBD の各締約国が遺伝資源（それに関する伝統的知識が含まれる場合もある）の保護に関する国内法を整備しているということであり、その国内法の適用に関して、以下のような国際的システムを作った。

まず、国内法整備に関して、遺伝資源へのアクセスの関連規定たる第 6 条 2 項は、「国内法に従い、各締約国は原住民の社会及び地域社会が遺伝資源へのアクセスを付与する確立された権利を有する場合には、当該資源へのアクセスに関して、先住民の社会及び地域社会の事前の情報に基づく同意又は承認及び関与を得ることを確保することを目的として、適宜、措置をとる」と規定し、国内法による遺伝資源に対する先住民社会及び地域社会の PIC の権利を再確認している。同条 1 項の主権的権利の行使として、国の有する PIC

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ *See supra* note 473.

の権利も強調している。遺伝資源の提供国及びその国民たる原住民や地域社会の PIC の権利を認め、その国内法保護措置を確保する一方、同条 3 項は、提供国の義務として、遺伝資源の取得規制について国内法を整備する際に確保すべきことを列挙している。即ち、各締約国のアクセスと利益配分に関する国内法には法的確実性、明確性及び透明性があること、国内法による遺伝資源へのアクセスに関する規則及び手続は公正かつ非恣意的であること、PIC の申請方法を明白にすること（即ち情報提供）、権限ある当局によって下される（申請に関する）決定は、合理的な期間内に行われ、明確で透明性のある書面によるものであること、遺伝資源へのアクセス又は利用の合法的手続を経る証拠としての許可書又はそれに相当するものを発給すること、及び MAT に関しては明確な規則及び手続があることである⁵³⁸。

ところで、名古屋議定書は CBD の「原住民の社会及び地域社会の知識」を保護するという目的を強調するものとして、同項 (f) は資源提供国の国内法が PIC のための、及び先住民の社会及び地域社会の関与に関する基準及び/又は手続について定めることを資源提供国に義務付けている。

次に、国内法の域外適用の前提として、上記第 6 条のような資源提供国の権利を認めながら、資源提供国に明確で、透明な、かつ利用しやすい法制度の整備を義務付けている。その前提に基づいて、提供国の遺伝資源の保護のための国内法の域外効力に関するシステムが構築される。遺伝資源の場合、域外効力に関する直接の規定は第 15 条である。第 15 条 1 項には、締約国は、相手方の締約国の遺伝資源へのアクセスと利益の公正かつ衡平な配分に関する法令又は規制要件に従い、自己の管轄内において利用される遺伝資源が PIC に従ったアクセス及び MAT の設定を確保するために、「適切で効果的かつ均衡のとれた立法上、行政上又は政策上の措置」をとることが規定されている⁵³⁹。

具体的には、「適切」と「均衡」という語が利用国による一般的及び個別的な選択権を認めていると、EU をはじめとする先進国は解釈している⁵⁴⁰。「均衡」という語に基づいて、資源利用国は、資源提供国の法令等が第 6 条 3 項の明確性・透明性の要件に合致するレベルに応じて対応措置のレベルを変えることができるとされる。

次に、不遵守に何らの対応措置もない規制は意義がないものであるため、第 15 条 2 項は、資源利用者による国内法ルール（第 15 条 1 項によって定められる資源利用国の国内法整備の義務を果たすため整備された資源利用国の国内法政策ルール、又はそれによって定められる資源提供国の PIC、MAT を遵守するという規定）の違反の場合、対応措置を設けることを規定している。つまり、域外効力の対応事項に対する違反が明らかになった場合に、利用国に適切で、効果的かつ均衡のとれた措置をとることを義務付けている。この適切で、効果的かつ均衡のとれた三条件は上記同条 1 項の定める対応義務と同じである。

ここで注意すべきなのは、第 15 条 1 項においては、域外効力の対象事項は、法令又はその他の規定によって定められる遺伝資源が PIC に従って取得されたことと MAT が成立していたことだということである。名古屋議定書は利用国に対して、自国内で利用される遺伝資源を対象に、適切で、効果的かつ均衡のとれた法的、行政的又は政策上の措置をとるよう義務付けている。PIC を得ず遺伝資源へアクセスし、また MAT を設定せずに遺伝資源

⁵³⁸第 6 条 3 項 (a) から (g)

⁵³⁹岩間徹「生物多様性の保全と遺伝資源の利用に関する条約レジーム—COP10/MOP5 の成果分析—」人間環境問題研究会編『環境法研究』第 36 号 (2011 年) 10 頁。第 15 条 1 項の公定訳では「適切で効果的な、かつ、均衡のとれた立法上、行政上又は政策上の措置」(appropriate, effective and proportionate legislative, administrative or policy measures) と記されている。

⁵⁴⁰薛达元「《生物多样性公约》新里程碑：《名古屋 ABS 议定书》(下)」『环境保护』2010 年度第 24 号 (2010 年) 28 頁。

を利用し、そして利用成果を用いる製品を製造販売することは国際法違反ではなく、国内法違反である。換言すれば、当該 PIC を得ずに遺伝資源にアクセスする行為、及び MAT を設定せずに遺伝資源を利用し、また製品を製造販売する行為は、資源提供国においては提供国の国内法に違反する行為であり、同時に自国においても自国の国内法（相手国法を遵守するという規定）に違反する行為である。当然なことであるが、違法な利用者に科される罰則もそれぞれの国の国内法規定に基づくものである。遺伝資源の利用国にとっては、交渉相手締約国の国内法が要求するとおり自国の国内法を整備せず、又は適切で、効果的かつ均衡のとれた不遵守の対応措置をとらない場合、国際法（名古屋議定書）違反になる。このように、利用者にとって、自国においても、資源提供国においても、資源提供国の利用に関する規則及び法定の手續に従わずに資源にアクセスし利用する行為は、類似する法的不利益を受ける状況になるかもしれない。とはいえ、名古屋議定書第 15 条によって定められる対応義務は、利用国内の社会規範や法制度との調和を前提とすることができる。利用国は、PIC や MAT 等の利用手續を済ませずに利用を続行する利用者に対して、交渉相手国（資源提供国）の国内法令下での制裁措置と同様の制裁を自国法上も設置する義務については、議定書は言及していないのである。従って、利用者にとっては、提供国の国内法より軽い制裁を受けることもあり得るだろう。

次に万が一、利用者が提供国の国内法政策を遵守しない場合に重要なのが、発見及び対応措置である。この点について、名古屋議定書第 17 条は、遺伝資源の利用のモニタリングに関して規定を設けている。モニタリング措置の重要な一環として、チェックポイントを指定することが各締約国に要求されている。同条 1 項 (a) は少なくとも一つのチェックポイントを指定するということが各締約国に義務付けられている。チェックポイントとして指定されるものは、PIC、MAT に関する情報の発信と受信の役割を果たすと定められている。チェックポイントの他に、同条 2-4 項により、PIC、MAT 等の利用手續を経て合法的に遺伝資源を利用する証拠としての国際的遵守証明書（コンプライアンス証明書）という制度も設置される。当該制度の実績として、2018 年 7 月 9 日現在、各締約国によってクリアリングハウスへ提出される遵守証明書は 193 部に至ったと報告されている⁵⁴¹。

遵守措置に関しては、名古屋議定書の交渉中、先進国と途上国との対立が激しかったと言われる⁵⁴²。途上国側から強く求められていたことは、遺伝資源が提供国から違法に持ち出された場合の対応措置として、利用国における知的財産審査機関、製品許認可機関、公的資金補助の対象となる研究所及び研究成果を発表した組織を全てチェックポイントにすることである。一方、先進国は利用国における遵守措置は約束するものの、提供国側のアクセス促進措置、即ち各国法制度の法的確実性・透明性の確保及び一定期間内でのアクセス許可承認等とのバランスで遵守措置を行うとし、また、自国の国内法の範囲内での柔軟な対応を要求し、チェックポイントの例示に対しては強く反対していた。

その妥協の産物である現行議定書の下では、遺伝資源の利用をモニターし、透明性を高める措置として 1 つ以上のチェックポイントを指定し、必要な措置をとることになったが、チェックポイントの具体的な例示という規定は議定書条文中に記入されていない。更に、第 16 条で述べられているように、「適切で、効果的かつ均衡のとれた」「立法上、行政上又は政策上」の措置を「適宜」とるとなっており、利用国側の裁量を認めている。また、第 17 条 2-4 項が定めているように、国際的に認められた遵守証明書を発給し、それが PIC

⁵⁴¹ See CBD/SBI/2/22, *REPORT OF THE SUBSIDIARY BODY ON IMPLEMENTATION ON ITS SECOND MEETING* (2018), p. 92. <https://www.cbd.int/doc/c/05b3/3c25/2cc04a53ad3360ce1a1b940e/sbi-02-22-en.pdf> (最終閲覧日 2018 年 11 月 29 日)

⁵⁴² 前掲注 (501) 27 頁。

を適切に取得し、MAT が設定されたことの証拠として利用されることとなった。この証明書には、機密情報でないことを条件に、発給当局、発給日、提供者、対象とする遺伝資源、PIC 取得の確認、MAT 設定の確認、利用目的（商業的又は非商業的）が記載される⁵⁴³。

最後に、CBD 及び名古屋議定書の締約国は、遺伝資源が複数の締約国の領域内に存すること、及び遺伝資源に関する伝統的知識が複数の締約国における主体に共有されることを認めている⁵⁴⁴。そのため、複数の実質上の提供国（特に伝統的知識の場合）が存在する可能性があり、それぞれの国の国内法からそれぞれの要求が求められることがあるだろう。更に、名古屋議定書第 15 条（伝統的知識の場合は第 16 条）の規定によれば、提供国の PIC や MAT の根拠は法令又は規制上の要件によるとされているため、法律以外による場合や慣習法による場合等も対象にしなければならない。それゆえ、実行可能性や法的安定性に対する懸念が生じるといわれ、利用者にとっては、膨大な情報量が必要となる。少なくとも、提供国の国内法政策に確実性と透明性があるという前提に立つ場合、安定的な利用には、交渉の相手先（国を含む）の要求や法政策規定があるか等について、それを示す情報が必要となる。

名古屋議定書の中心となる目的は、外国法の域外効力の受け入れを義務付けることである。その前提となる情報交換メカニズムについて、議定書第 14 条によって、クリアリングハウスという情報共有の「検索センター」のようなものが構築される。必要かつ十分な情報交換が確保されるように構築し改善をしていく情報交換メカニズムとして、クリアリングハウスは、アクセスと利益配分に関する情報を共有する手段としての役割を果たし、特に各締約国から提供された議定書の実施に関連する情報について、利用の機会を提供する。

第 14 条 2 項は以下のように、必要な情報の種類を列挙している。即ち、①各締約国のアクセスと利益配分に関する国内法政策、②議定書第 13 条に従って指定される各締約国のアクセスと利益配分に関する政府窓口及び権限ある国内当局に関する情報、③第 6 条 3 項 (e) 号によって通報された合法的手続を経る証拠としての許可書又はそれに相当するものである。この三点の必要な情報の他に、政府窓口以外の先住民の社会及び地域社会に相当する当局とその情報、モデル契約条項等があれば、クリアリングハウスに追加することもできる。

つまり、利用者又はそれを支援する者がクリアリングハウスに行けば、少なくとも当該利用に関して、どのような交渉相手があり、どのような法規制があり、誰と直接交渉すればよいか等が一目瞭然なのである。ある意味で、このクリアリングハウスという情報交換メカニズムは名古屋議定書の基盤メカニズムであるとも言える。名古屋議定書の執行に関する付属機関（執行機関）の報告によると、クリアリングハウスの利用者のおよそ半分は遺伝資源又はそれに関する伝統的知識の利用者である。また、提供者側の情報の質の向上は、上記の利用者に求められると報告されている⁵⁴⁵。

名古屋議定書の締結後、2018 年 7 月に開催された執行機関の第 2 回会議において、執行機関は締約国による自国の遺伝資源及び関連する伝統的知識の獲得に関する手続等の情報の公開の更なる重要性を強調した⁵⁴⁶。国による公開のみならず、先住民及び地域社会の（遺伝資源や伝統的知識）獲得及び利益配分に関する規約や手続の当該先住民及び地域

⁵⁴³ 第 17 条 4 項各号参照。

⁵⁴⁴ 第 11 条 1 項、2 項。議定書はそれを意識しながら、第 11 条において、議定書の目的を実施するため（即ち公正かつ衡平な利益配分のため）、適宜、協力するよう努めると規定している。

⁵⁴⁵ See *supra* note 502, p. 13

⁵⁴⁶ See *ibid.*, p. 9, para. 19.

社会による公開も執行機関によって求められた⁵⁴⁷。

CBD が締結されたときから、遺伝資源と同様の所有権付きの伝統的知識の保護が多くの国（特に途上国）に求められている。名古屋議定書は遺伝資源に関する伝統的知識についてもいくつかの規定を設けている。

遺伝資源に関連する伝統的知識に関しては、まず議定書第 7 条は国内法に従い、各締約国が先住民の社会及び地域社会に保有される遺伝資源に関連する伝統的知識にアクセスする場合、当該先住民の社会及び地域社会の事前の情報に基づく同意又は承認及び関与を得て行われること、並びに相互に合意する条件が締結されていることを確保することを目的として、適宜、措置をとると規定している。適宜という条件が付いているものの、先住民の社会及び地域社会に保有されるものに限り、遺伝資源に関連する伝統的知識の PIC の確保のための国内法整備が各締約国に義務付けられた。

次に、MAT について、議定書第 5 条 5 項には、各締約国は遺伝資源に関連する伝統的知識の利用から生じる利益を当該伝統的知識を保有する先住民の社会及び地域社会と公正かつ衡平に配分するために、適宜、立法上、行政上又は政策上の措置をとり、当該配分は相互に合意する条件で行うと規定されている。つまり、遺伝資源に関連する MAT 国内法整備も各締約国に義務付けられたのである。

また、国内法の域外効力や対応措置等に関する第 16 条 1 項は遺伝資源に関する第 15 条 1 項とほぼ同様の規定で自国内の PIC、MAT 遵守に関する法整備が義務付けられているが、その法整備には適宜という条件が付けられている。利用者が不遵守の場合も同様、対応措置に関して、第 16 条 2 項によれば、1 項の規定に従ってとられる措置の不遵守の場合、適切で効果的かつ均衡のとれた対応措置の設置が各締約国に義務付けられている。換言すれば、遺伝資源に関連する伝統的知識についても、各国の国内法に従うことを前提に、遺伝資源と同様、PIC を取得し、MAT によって利益を配分するための措置をとることが求められるのである。

ところで、遺伝資源の場合、アクセスは提供国の管轄区域に入り、そして自国に持ち帰って研究開発を行うことが多いが、それに対して、伝統的知識は長い歴史の中で人々に知られることが多く、知的財産権上のパブリックドメインに入った伝統的知識も少なからずある。そのため、パブリックドメインに入り、公知となっても、国内法上利益配分の対象になると規定する国がある（ペルー⁵⁴⁸、タイ⁵⁴⁹等）。CBD が発効した後の議論や名古屋議定書の議論の場では、このような伝統的知識も利益配分の対象とするか（インドや中国等が主張、それに対する日韓豪等の反対）が論点となっており⁵⁵⁰、激しい対立の結果、この種の伝統的知識の扱いについての記載は削除された。しかし、将来の課題として、名古屋議定書の後継の法的文書採択のための議論においても、この問題に関する争いはまだ続くであろう。

名古屋議定書の次の 2 点が医薬伝統的知識の保護にとって重要かつ有益となり得る。一つは、議定書は CBD によって定められる遺伝資源の利用過程における PIC や MAT の権利の対象として遺伝資源に関連する伝統的知識（その中の一部は医薬伝統的知識の範囲に重なる）

⁵⁴⁷ See *ibid.*, para. 13

⁵⁴⁸ 前掲注 (36) のペルー法第 13 条によれば、共有の知識（当該法上の伝統的知識に相当する用語）が過去 20 年以内にパブリックドメインに入った場合には、当該知識を土台にして開発された製品の販売から生じる利益は、利益配分の対象になる。

⁵⁴⁹ 前掲注 (37) のタイ法第 19 条によると、「国家知恵」と認められるものに対する利用は、タイ政府に対して、一定の利益配分をすることにする。ここで国家知恵は、公知になったのか否かについては関係ない。また、同法第 17 条によると、タイ政府の衛生部門（医療部門）の首長は、場合によって、いかなる伝統薬の処方や医薬文献を国家知恵にする権利を有する。

⁵⁵⁰ See *supra* note 473.

っている)を挙げている。もう一つは、議定書は遺伝資源の利用におけるPICやMATの確保のための国家間の法適用システムを構築し、適宜という条件の下で遺伝資源に関する伝統的知識にもそれが適用されるとしている。更に、CBDや名古屋議定書は、先住民の社会及び地域社会のみの伝統的知識を保護の対象としながら、それ以外の者にも伝統的知識に対して権利があることは否定していない。医薬伝統的知識の保護については、少なくとも遺伝資源に関する部分は議定書の下で保護されることが可能である。先住民の社会及び地域社会の医薬伝統的知識の保護に限定しながら、それ以外の者の医薬伝統的知識に対する権利を否定しないことは、まさにバランスをとっていると考えられている。

しかし、CBDや名古屋議定書の下で、医薬伝統的知識を保護するのは難しいと言わざるを得ない。その理由は三つある。一つは時間的な適用範囲である。名古屋議定書の起草過程(COP10の前に開催された各COP又はWGも含める)では途上国から遡及的適用を求める声があったが、最終的に採択された名古屋議定書には遡及に関する規定(別途で合意)は置かれていないため、条約不遡及の原則により遡及はしないと理解されている(条約法に関するウィーン条約第28条)。従って、名古屋議定書が締約国に対して発効した後に取得された遺伝資源に関連する伝統的知識にしか適用できず、本論文の冒頭で挙げた仮説・変形事例3及び4のような場合、名古屋議定書は適用できない。

二つ目の理由は、名古屋議定書の下では、遺伝資源に関連する伝統的知識のみが保護の対象となる。医薬伝統的知識、またその一部である伝統薬に関する伝統的知識は確かにこの範囲と一部重複するが、後者が遺伝資源に関連する伝統的知識によって完全にカバーされるわけではない。そのため、遺伝資源に関連する伝統的知識の保護のための法規則は、医薬伝統的知識の保護を完全にカバーできず、カバーされていない部分にとっては別途保護システムが必要である。また、名古屋議定書はCBDの議定書である。CBDの三つの目的には序列があり、生物多様性の保全が第一の目的とされている。それは医薬伝統的知識の保護目的とは必ずしも一致しない。

三つ目の理由は、名古屋議定書第11条は(遺伝資源に係る)医薬伝統的知識の共有を認識し、また、先住民の社会及び地域社会以外の知識に対する所有を否定していないが、同時に、名古屋議定書の実施について、協力するよう努めると規定しており、情報の通達に関する規定は情報の共有の場所を構築することを規定しているに過ぎないと言うことである。つまり、共有される医薬伝統的知識の各所有者間の所有権に関する紛争の解決については、名古屋議定書は何ら規定していないのである。先住民の社会及び地域社会とそれ以外の者との争いも名古屋議定書では解決できない。

以上の理由から、CBDや名古屋議定書以外に、医薬伝統的知識の保護に関する法システムを構築する必要性があるのである。

第2節 WIPOにおける医薬伝統的知識の保護

第1節で述べたように、CBD及び名古屋議定書の枠内における遺伝資源と関連する(医薬)伝統的知識の保護について、伝統的知識には遺伝資源に類似する特徴があり、一旦一定の領域外(例えば国外)に持ち出されると、その後の利用に対するコントロール及び利益配分への参加がほぼ不可能になる。従って、遺伝資源と同様の保護を援用し、その保護に準ずる保護がなされるよう保護システムが作られてきた。遺伝資源という「物」に対する保護方法を、伝統的知識のような無体物に対して適用することがCBD及び名古屋議定書の手法であるが、WIPOのような所謂知的財産とその権利を保護する専門機関においては、異なる手法が議論されてきた。

1 WIPO/IGCにおける伝統的知識の保護に関する議論の経緯

伝統的知識に対する保護については、WIPOの動きはCBDよりも早い。つまり、1970年代から、WIPOはUNESCOと連携し、伝統的文化表現の保護の取組を行ってきた。1982年に、WIPOは「不法利用及びその他の侵害行為からフォークロアの表現を保護する各国国内法のためのモデル規定」を策定した。

1997年にUNESCO/WIPOの伝統的文化表現の保護のフォーラムにおいて行動計画が採択され、その中で伝統的文化表現等の保護に関する国際的な枠組みがないことへの懸念が表明された。また、この行動計画の勧告に基づき地域協議会がWIPOによって設置され、この地域協議会において伝統的文化表現等の解決のためのWIPOにおける常設委員会の設置の勧告がなされた。

一方、知的財産と遺伝資源及び伝統的知識の関係に対する世界的な関心の高まりを受け、1998年にWIPO事務局により世界の様々な地域における伝統的知識、イノベーション及び創造に関する実態調査が実施された。この調査により伝統的知識の保護等に関するWIPO内部での議論と国際社会での議論との差が埋まり、この問題に関する国際的な議論の場としてWIPOの存在感が高まるとともにWIPOの役割が重要視されるようになった。1999年の特許法常設委員会(SCP)におけるコロンビアの提案により、2000年のWIPO総会において、「知的財産と遺伝資源、伝統的知識及びフォークロアに関する政府間委員会」(IGC)が設置された⁵⁵¹。IGCは、2001年5月に第1回の会合を開催してから、概ね2年ごとにマンデートを更新することとなっている。WIPO/IGCの会合はこれまで37回開催されており(第38回～40回の会合は2018年の11月～2019年6月の間に開催される予定であり、いずれの会合も伝統的知識を議題とする会合である⁵⁵²)、遺伝資源、伝統的知識(Traditional Knowledge)及び伝統的文化表現(Folklore)という三つの具体的な分野について議論してきた。伝統的知識に関する最新のものは2018年9月に開催された第37回会合である。

1998年から、WIPOは実態調査を行ってきた。その結果はWIPO/IGCの初期の会合において提出されており、それにケーススタディ及び一般的な方針等が加えられて議論を積み重ねてきた。第6回IGC会合で、伝統的知識の保護の主要原則及び目的が検討され、これらの原則等に関する概要を取りまとめることが決議された。2004年の第7回IGC会合以降、規定案にかかる検討が行われている。規定案は(政策)目的、一般指導原則、実体規定の三つの部分から構成されている。実体規定の部分では、不正利用からの保護、法的保護の形式、保護対象、保護要件、利益配分、PICの取得、例外及び制限、保護期間等の実体原則を規定しており、伝統的知識の保護の実体的な内容にかなり踏み込んでいる。更に、2009年以降は法的文書⁵⁵³の策定に議題が移った。2009年に更新された2010年及び2011年のマンデートにおいて、法的文書のテキストの合意を目指し、テキストベースで議論することが初めて決まり、2010年以降の会合において参加国の間で議論がなされている⁵⁵⁴。

2009年にマンデートを更新してから2011年までの第15-19回IGC会合では、遺伝資源、伝統的知識等の効果的な保護を確保する国際的な法的文書のテキストについて合意に達す

⁵⁵¹ See WIPO, WO/GA/26/10, *Report of the WIPO General Assembly, Twenty-Sixth Session*, para. 71.

⁵⁵² See Assemblies of Member States of WIPO Fifty-Seventh Session (October 2 to 11, 2017), Agenda Item 18, Work Program-6 Sessions, p. 3.

http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/igc/pdf/igc_mandate_2018-2019.pdf (最終閲覧日:2018年10月8日)

⁵⁵³ 伝統的文化的表現形式に関する条項(草案)及び伝統的知識に関する条項(草案)を指す。

⁵⁵⁴ See WO/GA/38/20.

ることを目的として、テキストベースの交渉を行うことがマンデートの主要な部分となっていた。

第19回IGC会合(2011年7月)においては、主に①国際的な法的文書のテキストの合意を目的としたテキストベースの交渉を促進すること、②遺伝資源をテーマとする第20回IGC会合を開催すること、及び③2012年の総会に国際的な法的文書のテキストを提出することがマンデート更新案として纏められ、同更新案が第49回総会(2011年)に提出され、承認された。

IGCでは、総会において決定されたマンデートに従って活動が行われており、このマンデートは、概ね2年ごとに更新されている。2011年第19回IGC会合までに合意されたマンデートは、①遺伝資源等の効果的な保護を確保する国際的な法的文書のテキストについて合意に達することを目的として、テキストベースの交渉を行うこと、②次期マンデートの2年間に4回の会合と3回の会期間作業部会(以下、IWGという。)を開催すること、という二点である。

WIPOの公開文書によれば、遺伝資源に関する議論での各国のポジション・主張及び提案の概要は、以下のとおりである⁵⁵⁵。

まず途上国の主張について、アフリカグループを代表して、南アフリカの代表団は、①遺伝資源の交渉を早めることなく、最終的な決定のないまま、委員会が貴重な時間を費やして、目標と原則を強調するだけに留まっていると発言した。そして、委員会に対して、遺伝資源の保護のために適切なメカニズムを決定するよう求め、②CBDの枠内ではアクセス及び利益配分(ABS)に関する名古屋議定書の交渉を進めるために、知的財産(IP)情報とアドバイスの提供においてWIPOが果たした役割を認め、名古屋議定書の履行に向けて、WIPOは、CBD事務局と協力して、各国の政府組織と連携して、伝統的知識や遺伝資源の保護を促進するよう求めた⁵⁵⁶。

ブラジルの代表は、遺伝資源の交渉が遅れているとの南アフリカ代表の発言に同意し、委員会のマンデートを更新する間に、この特定の問題に対し、効果的な作業プログラムを開発して、特別な配慮をするよう求めた⁵⁵⁷。

イラン代表は、伝統的知識、遺伝資源の保護という目的を実現するために、唯一の道は国際的制度の創設であると認識し、これまでの重要な事例を基にして、知的財産権を保護する体制づくりに活かし、伝統的知識、遺伝資源の商業化と保有者の利益のために、集団或いは個人の権利を管理する持続可能な基礎の確立を期待すると発言した⁵⁵⁸。

先住民団体トゥパク・アマル(Tupaj Amaru)の代表は、「ネオリベラル主義による開発で、先住民が遺伝資源と伝統的知識の破壊に直面している。先住民は、自分たちの全体的な利益を守るために、従来と違う方法の開発を望む」と発言した⁵⁵⁹。

一方、先進国の代表として、米国代表は、伝統的知識及び遺伝資源に関するこの議論が、WIPOの検討作業におけるメインストリームの進展に大きな貢献をしたことを述べた。これまでの2年の間に、伝統的知識と伝統的文化的表現のための実質的な条文に対するオプションと、遺伝資源のための原則と目的に対するオプションが明らかにされてきたが、この進展にもかかわらず、総会において、根拠ある検討を行うための十分なテキストを提供す

⁵⁵⁵ See WO/GA/40/7, pp. 5-8. http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=176884 (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ *Ibid.*

るためには、更なる政策的な熟考と合意形成が求められると述べた⁵⁶⁰。

EUとその27加盟国の代表は、委員会の最新マンドートが伝統的知識、伝統的文化的表現と遺伝資源の保護に関するプロセスを早めることで一致していると発言した⁵⁶¹。

日本代表は、米国代表団の発言を支持し、すべての結果に対し、先入観に影響されることなく、伝統的知識、伝統的文化的表現と遺伝資源の保護に関するプロセスを進めるために、更なる努力が必要であると付け加えた⁵⁶²。

上記の通り、2011年に開かれる総会前の最後の開催となる第19回IGC会合においては、マンドート更新案について議論が行われた。この会合においては、テキストは未成熟であるとの共通認識の下、先進国、途上国双方が歩み寄った結果、引き続き国際的な法的文書のテキストベースの交渉が継続されることで合意された⁵⁶³。

第20回IGC会合(2012年2月)では、「目的、原則、将来の作業のオプション、実体条項」を統合した単一テキストが作成され、第50回総会(2012年)に提出された。第50回総会では、遺伝資源、伝統的知識及び伝統的文化的表現/フォークロアの効果的な保護を確保するために、今後も集中交渉を継続していくことが合意された。

IGCの交渉において数多くの提案を一つのテキストに統合するとの議長の姿勢のもと、ファシリテータープロセスを経て「目的、原則、将来の作業のオプション、実体条項」が統合された単一テキストとして作成された⁵⁶⁴。

この「単一テキスト」は2012年の総会へ提出され、審議されることになっていた。また、同会合において、カナダ、日本、ノルウェー、韓国及び米国の代表団は、「遺伝資源及び関連する伝統的知識に関する共同勧告」⁵⁶⁵を提出した。更に、日本が提案したデータベースの実現可能性調査や出所開示要件の義務化について、導入済みの国々における実施状況の実態調査を行うべきと提案した。しかし、委員会は、遺伝資源に関するテーマを扱う次のIGC会合に本提案を再提出するよう勧めた。

本会議における各国のポジション・主張及び提案の概要は、以下のとおりである⁵⁶⁶。

まず、途上国として、中国代表は、次のように述べた。即ち、特許出願における遺伝資源の出所開示を包含することができる既存の知的財産権システムを更に改善すると、CBDと結びつけることができ、ひいては、遺伝資源の利用から生じる利益共有の実現を容易にすることに貢献できると考えると述べた⁵⁶⁷。

ボリビア代表は次のように述べた。即ち、WHOと名古屋議定書に関する交渉において、資本主義の拡大から生命と自然の重要な分野を守ることを約束した。自然が我が家であるというモットーに、自然は、価格を付けられないほど潜在的な価値を有する。従って、自然が私利と商業に利用され、異常気象まで発生することは、先住民の利益に反することである。特許制度は、生命と自然を私利又は商業に利用するメカニズムである。知的財産権

⁵⁶⁰ *Ibid.*

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ See http://www.jpo.go.jp/shiryuu/toushin/chousa/pdf/tripschousahoukoku/23_5.pdf (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵⁶⁴ See *Consolidated Document relating to Intellectual Property and Genetic Resources*, WIPO/GRTKF/IC/23/4.

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_23/wipo_grtkf_ic_23_4.pdf (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵⁶⁵ See WIPO/GRTKF/IC/20/9 REV. http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=197857 (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵⁶⁶ See WIPO/GRTKF/IC/20/10 PROV2 AGEND A ITEM 7, pp. 15-45.

http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=211167 (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵⁶⁷ *Ibid.*

システムは、遺伝資源の商業目的のため、バイオパイラシーを促進した⁵⁶⁸。

ブラジル代表は、次のように述べた。即ち、防衛的な保護とデータベースは補完的な手段としてのオプションである。ABS、CBDに基づくPICとMATと名古屋議定書を促進することは、国際的枠組みの中で、出所開示要件に関する義務と制裁を不要にすることではない。また、CBDと名古屋議定書に基づいたABSクリアニングハウス・メカニズムの設立についても言及した⁵⁶⁹。

それに対して、先進国として、米国の代表は、次のように述べた。即ち、特許庁では、審査官が先行技術と既存の遺伝資源に関する知識に基づいて、適切に特許付与を決定する必要がある。このために、必要な情報がなければならない。明らかに、特許は、新しい発明に対して、その進歩性を有し、有用性の基準を満たすことで、付与される。特許は、真の発明者に与えられなければならない。パブリックドメインにあるもの、或いは個人又は会社が所有している特許製品に対して、他の会社又は個人が特許を取得することはできない。最終的に、特許制度を通して、持続的な技術革新を奨励することを最大の目的としている。「単一テキスト」の「目的」と「原則」に関するテキスト交渉における文言の合意に期待する⁵⁷⁰。

EU代表は、IGCのマנדートについて「単一テキスト」に言及することはなく、次のように述べた。即ち、ファシリテーターによって条約の草案が作成されることを避けるために、米国が提供したガイダンスを支持する。また、「特許出願における遺伝資源に関連する伝統的知識の利用」について、特許出願は、国内法令のすべての関連した側面に対応しなければならない。従って、国内法令を超えて、特別に強調し又は優先させることは必要がなく、EU代表としては、PICとMATの文言をテキストから取り除かなければならないと考える⁵⁷¹。

日本は、次のように述べた。即ち、TRIPS協定とCBDの関係を議論するとき、①誤った特許の付与と②CBDの遵守との区別に留意する必要がある。誤った特許付与については、遺伝資源又は関連する伝統的知識のデータベースを改善することができれば、先行技術調査又は特定の既存のシステム(例えば情報提供や無効審判等)を効果的に利用することができる⁵⁷²。

他に遺伝資源に関する出所開示要件の義務化について、途上国は、一貫して特許出願時における遺伝資源の出所情報の特許出願への記載義務化の導入を強く求め、遺伝資源及びその原産国等を開示すべき情報とし、不開示・虚偽の記載に対しては特許出願の却下・特許の無効等の制裁を科すべきとしている。これに対し、日本をはじめとする先進国は、遺伝資源の出所情報は特許取得の要件(新規性、進歩性、実施可能性)とは関連ない情報であって、その開示義務化はいわば特許制度の守備範囲を超えた要求であり、特許制度の枠内での制裁を伴う開示義務は導入すべきでないとしている。なお、先進国の中でも、EU、スイス、ノルウェーは、出所開示自体は受け入れても差し支えないとの立場である。但し、出所情報の誤りや不足に対する制裁は特許制度の枠外でなされる⁵⁷³。

2012年7月に開催された第22回IGC会合において、以下のような主張が見られる⁵⁷⁴。

⁵⁶⁸ *Ibid.*

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ *Ibid.*

⁵⁷² See WIPO/GRTKF/IC/20/INF/11.

http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=188788(最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵⁷³ http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=25008(最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵⁷⁴ See WIPO/GRTKF/IC/22/6 Prov2.

まず、途上国の代表として、ブラジルは、遺伝資源、伝統的知識の盗用に対して、効果的保護を提供する際に法的拘束力がある条約の採択が重要であると説明した。遺伝資源、伝統的知識の保護と持続的な利用の観点から、国際的な規則とその義務の遵守を確立することによって、CBDと遺伝資源へのアクセス及びその利用から生ずる利益の公正かつ衡平な配分に関する名古屋議定書の原則と目的を実現することは保証される。効果的な結果が得られるためには、WIPO加盟国間のコミットメントの違いに関する交渉は受け入れることができないということが強調された⁵⁷⁵。

南アフリカ代表は、過去10年間に於いて技術的な作業と議論をすでに尽くしていると発言した。残りのIGCの仕事は、すべての加盟国の政治的決意であるとし、各加盟国に対し、IGCの結論を承諾するように勧めた⁵⁷⁶。

イラン代表は、遺伝資源、伝統的知識と伝統的文化的表現を豊富に有する途上国において、国内的及び国際的にそれらの資源を保護するために、各国の国内制度に適応できる法律制度作りに対して、WIPOからの技術的な援助が必要であると指摘した⁵⁷⁷。

インド代表は、発展途上国代表のブラジルとアジアグループ代表のイランの発言を支持した。IGCに対して、遺伝資源、伝統的知識と伝統的文化的表現の保護を加速しなければならないと提案した⁵⁷⁸。

一方、先進国として、EU加盟国の代表としてEUは、すべての合意された文書は、柔軟かつ明確で、拘束力を有しないと発言した⁵⁷⁹。

イタリア代表は、知的財産権に関する国際条約について、柔軟に義務を果たすことと同時に、国際的な理解を得るために広範囲に交渉を続けることが重要であると指摘した⁵⁸⁰。

米国代表は、遺伝資源、伝統的知識と伝統的文化的表現に対して、IGCの交渉において、フレキシブルな政策作りをしておかなければならないと発言した⁵⁸¹。

2013年4月22日から開催された第24回IGC会合において、伝統的知識に係る基本事項（法的文書の保護対象（第1条）、受益者（第2条）、保護範囲（第3条）、例外及び制限（第6条）のテキスト）が議論された。その場において、「保護や受益者の範囲を広くすべし」とする途上国に対して、「範囲を限定的かつ明確にすべし」とする先進国の間の立場の違いは大きく、多数の選択肢が残ったままテキストの改訂が作成された。

第27回IGC会合（2014年3月24日～4月4日）においても、引き続き主要項目として法的文書のテキストの洗練化がすすめられ、第31回会合（2016年9月19日～23日）及び第32回会合（2016年11月28日～12月2日）では意見集約を目指し、政策目的（第1条）、保護対象（第3条）、受益者（第4条）及び保護範囲（第5条）について議論が進められた。しかし、途上国と先進国の主張の隔たりは埋まらず、法的文書のテキストに関する議論はまだ意見集約には至っておらず、その後のマンデートにおいても引き続き法的文書の合意を目指すことが掲げられている。

IGC以外では、例えばWIPOの総会においても、遺伝資源や伝統的知識の保護が議題になっている。

2011年9月26日から10月5日まで、第49回WIPO総会が開催された。184の加盟国、その他多数の政府間機関(IGO)、非政府機関(NGO)が参加する中で、第19回IGC会合において合意

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ *Ibid.*

されたとおり、IGCのマンデート延長が承認された。また、次期会計年度に4回のIGC会合を開催し、2012年の総会までにテーマ別に、遺伝資源、伝統的知識、伝統的文化的表現/フォークロアの順でIGCを合計3回開催するものとされた。更に、2012年の総会では、遺伝資源、伝統的知識、伝統的文化的表現/フォークロアの効果的な保護を確保するための国際的な法的文書のテキストの合意に向けた議論の進捗について現状評価を行い、外交会議の開催について決定することとされた⁵⁸²。

第49回総会では、マンデートの更新案について審議を行った。更新案の内容として、以下のものが含まれている。即ち①国際的な法的文書のテキストの合意を目的としたテキストベースの交渉を促進すること、②次期マンデートの2年間に、4回の会合を開催すること(第20回-23回)、③テキストベースの交渉は、全てのWIPO作業文書をもとに行うこと、④2012年の総会に国際的な法的文書のテキストを提出すること、⑤2012年の総会で現状評価、外交会議の開催と追加会合の必要性について検討することである⁵⁸³。

この更新案は、特段問題なく、決定された。同マンデートに従って、2012年には、テーマごとに3回のIGC(第20-22回)が開催され、そのうち、伝統的知識をテーマとした第21回会合が開催されることが決められた。

2012年10月に開催された第50回WIPO総会は、2013年に向けたIGCの作業計画を承認するとともに、遺伝資源、伝統的知識及び伝統的文化的表現/フォークロアの効果的な保護を確保するために、今後も集中交渉を継続していくことに合意した⁵⁸⁴。

IGCは、2013年には、遺伝資源、伝統的知識、伝統的文化的表現の順番で順次取り組む3つのテーマ別IGCセッションを通じてIGCの作業を行い、遺伝資源、伝統的知識、伝統的文化的表現の効果的な保護を確保する国際的な法的文書のテキストを2013年総会に提出することが要請された。2013年総会では、このテキストと進捗状況を評価・考察した上で、会議の開催が決定されることになった⁵⁸⁵。

また、多数の代表団は遺伝資源に関するテキストを一つにまとめ、伝統的知識及び伝統的文化的表現に関するテキストを更に発展させるために、これまで、IGCによって相当量の作業が成し遂げられたことを認めた。しかし、多数の代表団は、残余の相違点を埋めるためIGCの交渉を強化することを求めた⁵⁸⁶。

2 WIPOの視角からみる伝統的知識の保護

WIPOは知的財産権を保護する国際機関であるので、(医薬) 伝統的知識に対しては、WIPOに属するIGCが知的財産保護に関する多様な観点から検討を行っている。

1998年から1999年にかけて、伝統的知識保有者が知的財産に関連して有する需要や期待を特定するため、WIPOは28ヶ国でファクト・ファインディング・ミッションを行い、2000年総会でIGCの設置を決定した。以来、IGCは37回開催されているが、国際的な合意文書は未だない⁵⁸⁷。2000年9月に国連で国連ミレニアム宣言が採択され、それに基づきミレニ

⁵⁸² See <http://www.jpo.go.jp/torikumi/kokusai/kokusai2/wipo2011.htm> (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵⁸³ See *supra* note 566.

⁵⁸⁴ See http://www.wipo.int/about-wipo/ja/offices/japan/news/2012/news_0052.html (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ See http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_41/wo_ga_41_15.pdf (最終閲覧日 2018年10月8日)

⁵⁸⁷ 「伝統的知識の保護に関する規程案：政策目的及び基本原則 (Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles)」をWIPO/IGC 第7回会合(2004年3月)以来、及び「伝統的知識の保護：ギャップ分析(案) (The Protection of Traditional Knowledge:

アム開発目標 (Millennium Development Goals、通称MDGs)⁵⁸⁸が作成される等、開発問題が広く取り上げられていく流れの中で、WIPO においても開発アジェンダが議論され、2007年総会では45の提言が採択された。その一つとして、WIPO/IGC における議論を迅速に行うことが盛り込まれている⁵⁸⁹。

WIPOにおいて、伝統的知識の保護に関する論点は以下のようなものである⁵⁹⁰。即ち、①保護されるべき伝統的知識の定義、②かかる保護の受益者は誰か、又は誰が保護される伝統的知識に対して権利を有するか、③知識に対して、知的財産保護を与えることを通じて、いかなる目的が達成されるべきものとして求められるか (例えば、経済的権利、人格権)、④保護される伝統的知識に関連して、どのような行動態様が許容できない又は違法と考えられるべきか、⑤保護される伝統的知識に付随する権利に対して例外や制限は設けるべきか、⑥保護はどれくらいの期間認められるべきか、⑦既存の知的財産権は、伝統的知識に対してどの程度の保護を付与されているか、⑧許容できない又は違法と認められる行動や行為に対して、いかなる制裁又は罰則が適用されるべきか、⑨いかなる論点が国際的に処理され、又は国内的に処理されるべきか、又は国際的規制と国内的規制の間の分担はどうあるべきか、⑩外国の権利保有者/受益者はどのように取り扱われるべきか、という内容である。本論文の冒頭で提示した伝統的知識の保護に関する三つの設問を更に具体化にすると、WIPOで扱われているこの10の保護の論点になる。

前述したように、WIPOは上記の10の論点を巡って議論を展開してきたが、法的な成果(法的拘束力のある国際文書) はまだできていない。しかし、WIPO/IGCの伝統的知識の保護に関する立場は、今までの議論や文書の中に見られ、それは第1節で述べたCBDとは異なるものである。

まず伝統的知識の定義に関して、CBDは「知識、工夫又は慣行」という表現を用い、伝統的知識の定義の確定を避けたのに対して、WIPOは第II章で述べたように、精確ではないものの、伝統的知識に対して定義を行った。それによれば、伝統に基づくことを条件として、知識の伝統性の有無を判断するのであるが、伝統に基づくという表現によって、伝統的知識は伝統的環境 (Traditional Context) から生じる、と理解される。

WIPOの考えによれば、伝統とは、ある社会のルール、規約 (Protocols) 及び慣習に従って発展してきたもの (知識又は文化的表現) を指す。ここで注意すべきことは、伝統的という用語は、古いものと同様ではないということである。換言すれば、伝統的という形容詞が指す対象は、知識を創作する方法であり、知識そのものではない⁵⁹¹。医薬伝統的知識に関して言えば、例え伝統薬が現代製剤から作られる場合であっても、薬理や処方レシピ等の当該薬品の治療対象となる病に関する情報が古来のものであれば、この情報は伝統的知識と認めることができる。また、現代の伝統医師が、当該伝統的医学の基礎理論 (病理、薬理又は生薬や薬品の性質に対する認識) に従って、自らの医薬活動の中に、新たな用法、用量又は新薬を開発/改良する場合も、この新たな用法、用量、又は新薬のレシピ、用法、用量等の情報は医薬伝統的知識に属する。

WIPOは、伝統的知識の伝統性は知識自体の性質に必ずしも関係するものではなく、知識

GapAnalysis (draft))」をWIPO/IGC 第12 回会合 (2008 年2 月) 以来検討中。

⁵⁸⁸http://www.mofa.go.jp/Mofaj/kaidan/kiroku/s_mori/arc_00/m_summit/sengen.html.

⁵⁸⁹45 Adopted Recommendations under the WIPO Development Agenda.

<http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html>

⁵⁹⁰WIPO/IGC Policy Review Process、 Issues on Traditional Knowledge.

<http://www.wipo.int/tk/en/igc/issues.html>.

⁵⁹¹See Nino Pires de Carvalho, "From the Shaman's Hut to the Patent Office: A Road Under Construction, Biodiversity and the Law," in Charles McManis (ed.), *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Routledge, 2007, p.244.

の創造、保護及び伝播の方式に関わるものである、と考えている⁵⁹²。ここでは、知識の伝統性という属性は知識の生じる方法にあり、知識の保有者の先住性/伝統性にはないと見ていると思われるのである。CBDの枠内では、先住民社会又は伝統的社会的知識が保護の対象になると定められているが、先住民のものではない知識が伝統的知識ではないという規定又は表現はない。WIPOの場合、伝統的という用語の説明から、この点が更に明確になる。

(医薬) 伝統的知識に関わる権利者（仮に知識に対して、ある種の権利が創設され、付与される場合）に関しては、WIPOは「Custodian」や「Holder」の二つの用語を使用している。両者とも保有者と訳され、一般民法上の所有者（Owner）とは区別されている。

「Custodian」は、伝統的環境の中で、慣習法又はその他の手法に従い、伝統的知識を維持、利用、又は発展する社会、人民、個人又はその他の組織であると定義されている。WIPOは、保有者という表現が、所有権（所有者）とは異なり、（伝統的又は地域的）社会の価値観や慣習（法）に従って知識を利用するという責任感を伝えていると説明する⁵⁹³。

「Holder」とは、WIPOによれば、伝統的環境と範囲で伝統的知識を創造、創始、発展及び保存する全ての人を指す⁵⁹⁴。従って、先住的社会、人民及び民族（Indigenous communities、peoples and nations）は伝統的知識の保有者（Holder）であるが、全ての保有者が必ずしも先住的（社会、人民又は民族）というわけではない⁵⁹⁵。WIPOは、医薬伝統的知識が先住民、先住民社会又は地域社会に専属するものであることを認めていない。換言すれば、身分（先住性があるか否か）によって知識に対する権利の有無はWIPOにおいて認められておらず、知識の生じる環境、知識の創造・創始・発展・保存活動の伝統性、並びにその活動への参与の有無が当該知識に対する権利の有無に関するWIPOの判断基準であると思われる。

次に、医薬伝統的知識の保護に関して、WIPOは以下のように考えている。即ち、知的財産の場合は当然であるが、伝統的知識に関しても、法システムには、知識（財産）の盗用（Misappropriation）を防止し、又は是正する、という役割がある。つまり、医薬伝統的知識の保護にとって、盗用の防止はあらゆる法システムの目的である。そのため、伝統的知識の場合、WIPOは盗用に当たるかどうかのいくつかの要素を挙げている。即ち、①原告は当該（標的である）情報を獲得するために、時間、金銭又は努力を投入しなければならないこと、②被告は必ず当該情報を獲得するために、同様の時間、金銭又は努力を投入していないこと、③原告はこのような占有によって、競争上の損害を与えられる、という三点である。この盗用に関する要素は、医薬伝統的知識の複数の権利者の認定に関して参考になるとと思われる。

(医薬) 伝統的知識に対して、何をすべきかに関しては、WIPOは少なくとも保存と保護があると考えている。

まず保存に関しては、WIPOは二つの要素を挙げている。一つは、伝統的知識の文化的及び社会的背景を保存し、伝統的知識の発展、伝承又は知識の獲得に対するコントロールの慣習的（伝統的）枠を保存することであり、もう一つは、文献の作成といった伝統的知識

⁵⁹²See WIPO/GTRK/IC/4/8, *Elements of a Sui Generis System for the Protection of Traditional Knowledge*, para. 27.

⁵⁹³See *ibid.*

⁵⁹⁴See WIPO, Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999) “*Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge*,” p. 26

⁵⁹⁵*Ibid.*

を一定の形式で保存する文献の作成である⁵⁹⁶。前者はCBDの中では「維持」といわれ、後者は主に口承知識の文献化及びデータベース化で実践される。

WIPOという保護 (Protection) は、IGCによると、許可 (授權) のない状態で伝統的知識の第三者による使用を認めないことを意味している⁵⁹⁷。つまり、知識に関するいくつかの権利を知識の保有者に与え、その保有者の許可のない利用を防止するのがWIPOのいう保護である。Protectionは、積極的保護と消極的保護に分けられ、(知識の) 無許可の使用の防止、及び起源の社会からの伝統的知識に対する積極的な利用が含まれている。

Protectionと異なる形態として「Safeguarding」がWIPOに認められている。このような保護は、UNESCOの無形文化遺産条約 (2003年) の中では、「無形文化遺産の存続を確保するための措置 (認定、記録の作成、研究、保存、保護、促進、拡充、伝承 (特に正規の又は正規でない教育を通じたもの) 及び無形文化遺産の種々の側面の再活性化を含む) をいう」⁵⁹⁸と規定されており、WIPOもその考えを認めている。

また、2004 年以降、特許協力条約 (Patent Cooperation Treaty、PCTと略称) のミニマム・ドキュメンテーションの対象が伝統的知識に関連する複数の文献に拡大された⁵⁹⁹。更に、2006 年以降、国際特許分類 (International Patent Classification、IPCと略称) に関し、伝統的知識に関する分類として、200余りのサブ・グループを有するA61K36/00を追加している。

第3節 食料及び農業植物遺伝資源に関する国際条約 (ITPGR)

食料及び農業のための植物遺伝資源に関する国際条約 (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture、以下 ITPGR と略称) は、2001 年の第 31 回 FAO 総会で採択され、2004 年に発効した、食糧及び農業のための植物遺伝資源の保全に関する条約である。食糧及び農業のための植物遺伝資源の保全、及び一部の国 (特に途上国) における自国内の遺伝資源の無秩序な利用やその流出、喪失に対する関心から、この条約が締結された。

ITPGR は伝統的知識の保護にも言及しているが、その名称の通り、主として遺伝資源の保護が目的の条約である。しかし、ITPGR は、少なくとも以下の三点について、医薬伝統的知識の参考になると思われる。

まず第一に、この条約の締結過程で確認されたことであるが、(遺伝資源の) 自由な取得は無償の取得を意味しないということである。植物遺伝資源に関する国際的申合わせ (1983 年採択) の解釈適用に関して、ITPGR が締結される前の 1989 年に採択された決議 4/89 はこの旨を表明していた⁶⁰⁰。

第二は、具体的な保護措置について、ITPGR によって構築された多国間制度 (MLS) である。FAO のこの多国間制度は、締約国等が保存する遺伝資源から国際的な遺伝資源プールを構築し、その遺伝資源プールへの (遺伝資源への) アクセスと利益の公正かつ衡平な配分を共通ルールである定型契約に基づいて行うというものである。ITPGR 第 11 条 2 項は、本条約の指す遺伝資源の対象が付属書 I に掲げる食料及び農業のための植物遺伝資源であって、締約国の管理及び監督の下にあり、かつ、公共のものとなっているものをすべ

⁵⁹⁶ See WIPO/GRTKF/IC/5/12、 para. 37.

⁵⁹⁷ *Ibid.* para. 20.

⁵⁹⁸ 無形文化遺産条約第 2 条第 3 項

⁵⁹⁹ Meeting of International Authorities under the Patent Corporation Treaty 第11 回会合、PCT Minimum Documentation: Traditional Knowledge、PCT/MIA/11/5.

⁶⁰⁰ 植物遺伝資源に関する国際的申合わせ第 5 条を参照。

て含めると規定している。プールに入る遺伝資源は、すべて付属書 I に記載されており、締約国等が管理、監督し、かつ公共領域にある全ての遺伝資源である。名古屋議定書とは異なり、ITPGR の下では、遺伝資源の利用に関する遺伝資源へのアクセスと利益の公正かつ衡平な配分契約は、遺伝資源提供者と受領者の間で直接行われる。締約国当局の許可を得なければ移転できないという形はとられていない。PIC に関しては、ITPGR 第 12 条 3 項で、遺伝資源の取得が許される場合の条件が列挙されている⁶⁰¹。

第三は、第 12 条 4 項及び第 13 条の規定する多国間制度における利益配分制度規定である。第 12 条 4 項によれば、遺伝資源に対するアクセスと利益配分は具体的には条約理事会が採択する定型契約に従い、受領者が更に第三者に多国間制度からの遺伝資源を提供する場合には定型契約と同じ条件で譲渡しなければならない。第 13 条 2 項には非金銭的なものも含めた利益配分メカニズムが列挙されるが、このうち 2 項 (d) の (ii) は遺伝資源利用の成果物を商業化した場合の金銭的利益配分を規定する。定型契約から取得した素材を組み込んだ成果物を商業化する場合には、これを行う者は商業化から生ずる金銭的利益の一部を FAO の信託基金に配分する義務を負うのである。金銭的利益配分の割合は定型契約に関する規定の付属書 2 に従い、当該成果物の売上高から 30% を差し引いた額の 1.1% とされる⁶⁰²。なお、付属書 3 に従い、10 年を期間として、成果物の売上高及び契約材料と同じ作物に属する遺伝資源である他の全ての生産物の売上高の 0.5% という選択肢もある⁶⁰³。

ITPGR の下では、保護対象になる遺伝資源はリスト化され、統一的集中管理下に置かれている。利益配分に関する契約は資源の提供者と利用者の中で直接締結するが、既に定められる定型契約という制限もある。

第 4 節 医薬伝統的知識の国際的保護のゆくえ

1 国際的保護に関わる第三者機関-WHO

本章の第 1 節で述べたとおり、医薬伝統的知識の保護にとっては、CBD 及び名古屋議定書によって構築された保護システムは指針的、原則的なものにとどまらず、実行可能性のある側面も有すると思われるが、それらは生物の多様性又は遺伝資源の保護を中心にする国際法規範であるので、医薬伝統的知識を完全にカバーできないという点もある。また、本章の第 2 節で述べたとおり、WIPO は医薬伝統的知識を含む全ての伝統的知識に対して、国際的保護の方法を模索している。しかし、WIPO によって制定された規則は、まだ政策的原則といった法的拘束力のないものに過ぎない。CBD と比較すれば、WIPO の立法作業はまだボン・ガイドラインの段階にとどまっており、法的拘束力のある保護システムに関する交渉ではまだ結果が出ていない。そこで医薬伝統的知識の国際的保護にとって、管理機能を有する第三者機関が必要になってくるだろう。

WHO は国連の下で医療保健を担当する専門機関であるので、その権威性に関しては保障される。医薬伝統的知識の根本的な意義は、より多くの人々の健康を守るということにある。その他の文化的権利や財産的権利は、全て生命と健康が保障されることに基づいて付随する権利である。健康を守るという医薬伝統的知識の意義は、各民族がハイレベルの医療保健を獲得できるという WHO の主旨と一致する。

⁶⁰¹<http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000003621.pdf>. (最終閲覧日 2018 年 10 月 8 日)、15-16 頁。

⁶⁰²See STMA, Annex 2.

⁶⁰³See STMA, Annex 3.

WHOは医薬伝統的知識との繋がりが最も深い国際機関として、医薬伝統的知識の保護に対しては、早くから動いてきた。2000年、伝統的知識に対する知的財産権の保護が国際機関の議論の場で検討されたとき、WHOも地域間作業グループを設立し、この問題に関して検討させることにした。更に、検討の結果をWHOの薬事政策の一部として組み入れ、WTOにおけるTRIPS協定第27条3項を修正したとき、伝統的知識に対する特許付与可能性に関して助言をした。それにとどまらず、WHOの議論の場では、CBDにおいてもそうであるように、遺伝資源に対する国家の主権的権利やその利用を促進することが認められた。

医薬伝統的知識の保護にとって、WHOが保護主体になるべき重要な理由の一つに、WHOが医薬伝統的知識に対して明確な定義を行ったということである。第II章で述べたように、WHOはその2002-2005年伝統医学戦略において、伝統医学の定義をしており、その後の戦略においても繰り返し強調してきた。伝統医学戦略は、各加盟国における伝統医学の応用及び伝承の促進を主要な目標としている。つまり、医薬伝統的知識そのものの存続のみならず、その価値に対する尊重、更に知識の源たる伝統的医薬活動の維持と伝承に対してWHOは力を注いでいる。同時に、WHOは決議の中で、医薬伝統的知識の帰属と財産的属性に関し、加盟国が国内法を整備し、WHOの伝統医学戦略との協調をとりながら、戦略の内容を自国伝統医学関連計画の基礎にすることを要求している⁶⁰⁴。また各加盟国は、自国の状況に応じて伝統医薬の適用に関する法規則を制定し、伝統医薬が伝統医者の医療保健サービス提供にとって重要な資源であることを承認し、伝統医学の研究に対して十分な支援を提供することが要求されている。WHOは、世界において伝統医薬の発展と交流を推進するため、伝統医薬の保護と維持に関する措置をとるなかで、医薬に関するレシピやその他の文献に対する知的財産権の保護、及びWIPOとの連携に基づいて特別制度による保護の検討に参加する等、努力している。

2 保護方法の選択

第II章及び前章で述べたように、医薬伝統的知識は様々な理由（うち、合理的理由及び違法な理由も含まれる）で各地（各国）において同時に存在することがある。複数の地域で同時に当該知識の源たる伝統的医薬活動が行われ、合理程理由の場合、各地における医薬伝統的知識はその所在地の自然又は社会環境に応じて発展してきたという地域性の特徴がある。法的観点から、知識のような物理的境界がないものに対する排他的権利を設定するときの衡平性に配慮すれば、時間的制限又は空間的制限を加える必要がある。特に時間的制限が弱くなる場合、空間的制限が重要になってくる。この複数の潜在的権利者の保護のために機能する法の地域性と保護対象たる医薬伝統的知識の地域性を総合的に考慮すれば、医薬伝統的知識の保護に関する法政策がどのようにとられるかについて、CBDが規定するように、その判断と整備は各締約国に任せる方が適当だと思われる。

例えばWHOが仮に医薬伝統的知識の保護のための主要機関になれば、その下での各国の国内法の域外適用制度の構築が課題になる。

まず、WHOの加盟国は、WHO伝統医学戦略に従って自国における伝統医薬の利用を推進しながら、利用又は保護に関する国内法を整備する。ある特定の医薬伝統的知識が外国の利用者に利用される場合、利用者は知識の提供国である所有国の利用に関する国内法令又は規制要件に従って手続をとることになる。利用者の所在国は提供国の国内法の要求に従い、自国の管轄内で利用される医薬伝統的知識の利用に関する国内法を整備することになる。利用者が提供国の国内法を遵守せず、医薬伝統的知識のを利用する場合、利用者の所

⁶⁰⁴前掲注(71) para. 6.

在する利用国が自国法に基づいて対処する。

医薬伝統的知識へのアクセスには明確なアクセス行がない場合が多く、知識の提供者の居住区域に入り調査を行わなくても知識にアクセスできるので、発見及び対応措置が遺伝資源の場合よりも重要である。そこでチェックポイントの設置が重要になってくる。一般的にはチェックポイントは各国の伝統医薬発展事業の主管官庁になると思われる。チェックポイントの指定は少なくとも一ヶ所が必要であり、それ以上の指定は自由である。主管官庁が WHO の伝統医薬戦略を自国において推進するとともに、自国の医薬伝統的知識に関する権利を保護することができる。同時に、自国内における医薬伝統的知識に対する調査は主に当該国の伝統医薬主管官庁の下に実施する機会が多いので、知識にアクセスする行為に相当する調査活動に対しては、主管官庁が監視の役割を果たすと思われる。チェックポイントの責任としての自国の医薬伝統的知識の利用に関する PIC、MAT の情報の発信と受信、合法的に医薬伝統的知識を利用する証拠としての証明書の発給等は、名古屋議定書と同様である。

名古屋議定書が大いに参考になる点は、利用に関する情報検索センターであるクリアリングハウスの設置である。医薬伝統的知識の分布は遺伝資源より複雑である。そして、保有国又は保有者には、伝統医薬活動に世代を超えて従事する伝承者がいる。彼らは医薬伝統的知識を創出する知的労働を行う知識の所有者であるが、国際社会から見れば、彼らの貢献を認め、医薬伝統的知識の所有者になる可能性を認めるべきと思われる。そうすれば、医薬伝統的知識は複数の締約国における主体に共有されることになる。複数の実質上の医薬伝統的知識の提供国が存在する可能性があることにより、各国の国内法からの要求も複雑になるかもしれないので、利用者にとって必要な情報量も膨大化する。そのため、名古屋議定書のクリアリングハウスという情報共有の「検索センター」のようなものが構築される必要があるのである。必要かつ十分な情報交換が確保されるように構築し改善をしていく情報交換メカニズムとして、クリアリングハウスは、利用に関する各国の法情報のみならず、医薬伝統的知識の所有（所在）に関する情報を整理する機能も有する。

ITPGR の下で設けられる利用に関する定型契約は、一般利用の補充として位置付けられる。所有者が不特定、又は数が多い特定の医薬伝統的知識の場合、WHO によって集中管理することが適当だと思われる。ITPGR のような保護リストを作り、知識をリストに掲載する作業は、WHO で行う。加盟国の申請及び WHO の審査を経て、ある特定の医薬伝統的知識が保護リストに入り、その利用に関する管理と利益配分は WHO に委託するという形で行う。

医薬伝統的知識に対する所有を示すことは重要な前提と思われる。ここで、開放的所有者（所有国）リストが必要になってくる。これは自分が当該医薬伝統的知識の源たる伝統医薬活動に従事したことがあり、かつ世代を超えて中断せず従事しているということが証明できれば、当該知識の創出と視される知的労働の労働者（所謂伝承者）として認められる、という認定システムである。伝承者資格の認定手続は、無形文化財の関連規定に準じて行うことが考えられる。認定された所有者の情報はチェックポイントたる主管官庁を経て上記のクリアリングハウスに入れる。利用者はデータベースにアクセスすれば、利用標的たる知識について、所有者は誰なのか、各所有者はどのようなニーズを主張しているのかがはっきりわかる。リストに載っていないものは、自国法令による保護は当然受けられるが、法的保護の効力は当該国の領域内に限定される。

第 5 節 中国における医薬伝統的知識の国際的保護

本論文の「はじめに」の「研究目的・意義」では、中国が医薬伝統的知識の国際的保護

について、知識の提供者と利用者という主体を双方とも演じていると述べた。最後に、中国の医薬伝統的知識の国際的保護に戻って、それを考察の対象にしてみよう。本節では、中国の医薬伝統的知識の保護にはどのような問題があるのかについて、医薬伝統的知識の保護に関する中国の国内法政策及び国内的・国際的保護に関する学説を考査することにする。

1 中国の医薬伝統的知識の保護における問題

中国の医薬伝統的知識、即ち中医薬伝統的知識の保護における問題は様々な面があるが、大きくまとめていえば、以下の2点がある。

まずは、伝統的知識が消滅する危機である。より具体的に言えば、①西洋医学・薬物からのインパクトを受け⁶⁰⁵、伝統的知識に依存する環境は変化した。例えば、中医薬伝統的知識に対する不信感が高まった⁶⁰⁶。②中国中央政府の政策によって、「中西医結合」⁶⁰⁷という政策が施行された。その下では、正規医学校出身の医者の中に、中医伝統的知識を持つ者が少なくなる、というマイナスの影響が出てくる⁶⁰⁸。その一方、正規の開業医ではなく、民間の医師を務めている医者にとっては、後継者がいない状況は避けられていない⁶⁰⁹。従って、伝統的知識そのものの発展は停滞している。③伝統医薬の薬物材料（薬材）になる動植物は様々な原因で少なくなり、さらに消滅してしまう⁶¹⁰。薬材がない場合、薬材を使う知識即ち伝統医学知識の利用も減ってしまうだろう。

狭義の中医薬（漢医薬）⁶¹¹にとって、消滅する危機はしばらくないだろうと考えられているが、上記問題からマイナスの影響を受けるのは事実である。更に、民族医薬又は民間医薬にとって、消滅する危険はそもそも現実になっている。

次に、中医薬伝統的知識が現代製薬においてよく利用されることは注目されている。法がない場合、パブリックドメインに入った中医薬伝統的知識に対する利用は当然無償かつ無制限になった。最初に問題とされるのは、海外の薬品メーカーが中医薬伝統的知識を用いて開発された薬品を中国において特許出願し、中国市場を占めてしまうことである（さ

⁶⁰⁵ 医薬分野においては、西洋医薬の輸入とともに、清末から中医薬（伝統的医薬）を批判し、廃止するべきという主張は盛り上がった。曹東義『中医近代史話』（中国中医薬出版社、2010年）9頁、57頁、95頁を参照。中華民国時代、中医廃止案は衛生部に提出され、結局としては頒布できなかったけれども、伝統医学にとっては、法によって廃止される危機は確かにあった。左玉河「学理討論、還是生存抗争？」『南京大学学報（人文社会科学版）』2004年第5号参照。

⁶⁰⁶ 今まで、中医を廃止するべき、という主張をしている人も少なくないし、中医教育・研究をする人の中にも、「存薬廃医」（中薬の使用を維持しても、中医は撤廃するべき）等の考えをもつ者がいる。

⁶⁰⁷ 即ち、「中医出身の医者であっても、西医出身の医者であっても、中医又は西洋医学の知識を両方持つべき」という医者育成プログラム（及びそのプログラムを作る政策）である。政策制定者の最初の目的は中医と西洋医学の利点を学んで、中医と西洋医学の両方を発展させることであるけれども、結局思った通りにいかなかった。

⁶⁰⁸ 即ち、現在中医学院・中医薬大学における正規な教育機構によって育成された中医医師は殆ど西洋医学の知識を用いて病を診断し、投薬するときは中薬を使う。中医の診断方法は彼らに忘れられてしまっ

て、消滅していく。呂・前掲注（66）254頁参照。
⁶⁰⁹ 主な原因と言え、民間医師には貧乏な農村における人（しかも少数民族の者）が多い。彼らの子孫は1) 伝統的慣習による制限があり、2) 薬材になる薬草又は薬用動物が減って、さらに消滅してしまい、3) 地元で医師になるより、都市部に出稼ぎの方が収入が多いと思っ、結果としては家族代々伝承された医学知識を継承する意欲が少なくなる、という3点がある。

⁶¹⁰ 例として、漢方又は少数民族医薬において、虎の骨を骨傷薬に入れられることが多い。しかし、現在虎は絶滅の危機に瀕し、国の二級・一級保護動物になっている。虎の骨を入れる薬の製造・販売は禁じられており、それに関する知識はしばらく使う途がないと思われる。

⁶¹¹ 所謂「中医薬」の中に、どのような部分があるかについては、第II章の図1を参照。

らに、中国における伝統的利用が禁じられる恐れもある)⁶¹²。そのことは中薬製剤⁶¹³の市場において中国の企業が逆に不利な境地に立っていることは、中国の医薬伝統的知識の保護に関する論文において、常に言及される。

諸論文を読むと、中国の法学者が持っている不満は主に二つのところに集中していることがわかる⁶¹⁴。一つは、外国の製薬企業が中国を原産地とする薬用遺伝資源⁶¹⁵又は中医薬伝統的知識を利用し、薬品を開発する行為から生じた結果が中国本土の薬品企業の利益に対して損害を与えることである。さらに、現行知的財産権制度に基づいて、このような損害が拡大していることである。この問題は、中医学のグローバル戦略を実施している中国にとって、重大な問題になる。もう一つは、外国の製薬企業は中国の薬用遺伝資源又は医薬伝統的知識を利用し、薬品を開発・販売することによって大きな利益を得るのに対して、薬用遺伝資源又は医薬伝統的知識の元々の所有者・開発者たる中国の国民に対しては、何らの利益配分を行っていない、という不公平感である。

2 医薬伝統的知識を保護する現行法制度

第 I 章第 2 節又は第 II 章に述べたとおり、医薬伝統的知識の保護には、知識の保存、知識の源たる伝統的活動の維持、知識に対してある種の権利を設け、その権利の権利者を保護する等幾つかの手法がある。中国はそれらの手法を法を通して実施する。1982 年以来、殆ど毎年の全国人民代表大会（日本の国会に相当するもの）において、「伝統医薬法」或いは「中医薬法」の立法案が提起された。特に、CBD によって定められる遺伝資源又は関連伝統的知識の保護は、各締約国の国内法が整備されたということを前提にするので、CBD が締結された後、医薬伝統的知識の保護に関する立法作業も加速している。2003 年からは中医薬条例という政令が施行されている。更に 2017 年からは中医薬法という法律が頒布され、施行されている⁶¹⁶。今、中国では特許法の他に、中医薬法、非物質文化遺産法（無形文化遺産法）、中薬品種保護条例、各地方自治体の中薬保護条例等の法、政令、省令及び地方自治体の条例によって、医薬伝統的知識保護のシステムを構築している。

(1) 特許法

1980 年代に中医薬知識に対する知的財産権の必要性が提起された以来、中国における中医薬伝統的知識に対する保護は強化されてくる。特許法について、最新の立法成果は特許法の改正である。特許法第 26 条 3 項によれば、特許出願をする場合、用いられた遺伝資源の出所開示は義務とされた⁶¹⁷。前掲注 (307) で述べた銀杏の例のような場合、Schwabe

⁶¹²前掲注 (306) 及び (307) を参照。

⁶¹³中国語では常に「中成薬」という用語で表記される。市販された漢方薬製剤の範囲は中成薬の範囲と多く重なると考えられる。

⁶¹⁴前掲注 (307) を参照。

⁶¹⁵遺伝資源の利用について、以下のような例は論文の中でよく挙げられる。即ち、銀杏は中国において、薬用資源として 600 年の利用の歴史がある。『本草綱目』によると、銀杏は喘を抑え、遺尿症を治す効果を有する。1970 年代以来、独、仏両国をはじめ、外国の学者は銀杏抽出物に基づいて研究を行い、特許を取得し、製剤銀杏を市場に投入した。Schwabe 社のみの年間売上は 5 億ドルに至り、それに対して、中国の全ての銀杏に関する産業の年間生産額はただの 10 億元に過ぎない。王ほか・前掲注 (291) 1611 - 1612 頁、他を参照。

⁶¹⁶中国の中医薬法の詳細は拙稿「伝統医薬に関する中国の新立法」『西南学院大学大学院研究論集』第 6 号 (2018 年) 1-11 頁を参照。ところで、中医薬法の施行は中医薬条例の廃止を意味していない。両者は併存しており、それぞれの側面から中医薬を規制し、保護する。

⁶¹⁷特許法第 26 条 3 項：遺伝資源に依頼し完成された発明に対して、出願者は特許出願の文書の中に、当

社等に利用された銀杏はヨーロッパの銀杏だと思われるが、中国は銀杏の原産地であるので、銀杏という資源に対して、権利を有し、出所開示の対象になり得るとい主張が推測されると思われる。ところで、上記の主張によって行われる保護を伝統的知識に拡張すべきと考えている者がいる。即ち、中国は中医薬伝統的知識の「原産地」であるので、当該知識に対して権利を有するべきと考える⁶¹⁸。

しかし、現行の特許法第 26 条に明記されているのは「遺伝資源の原始的出所及び直接的な出所を開示しなければならない」ということであり、義務とされる出所開示の範囲は（研究開発の基礎とする）「技術案」（即ち伝統的知識）を含んでいない。WIPO において、伝統的知識の保護、特に出所開示に関する法的拘束力がある規則は制定されている。その場合、中国からは規則をなるべく早く制定することを歓迎するという姿勢が示している⁶¹⁹。仮に当該規則が施行されれば、中国の特許法もそれに応じて、医薬伝統的知識をも出所開示の対象にいれると予測できるだろう。

(2) 非物質文化遺産法

2011 年 2 月 25 日に承認され、同年 6 月 1 日から施行された「中華人民共和国非物質文化遺産法」（無形文化遺産法）は、中医薬伝統的知識を含む無形文化遺産の保護に適用される特別法である。中医薬分野においても、本法は初めて伝統的知識に保護を与える法と認識されている。

まず、本法第 2 条 1 項 3 号は、「伝統的な技芸、医薬、暦法」を無形文化遺産の範囲に入れた。ここで注意すべきことは、本法では「各民族人民」及び「各種の伝統文化の表現形式、及びそれに関係する実物及び場所」という表現が使われていることである。前者は主体の範囲を確定する規定である。後者は以下のことを意味している。即ち、本法の保護対象は、各種の伝統的知識、及び関連実物—医薬分野においては、薬品、薬材になる動植物、及び医療器械、薬品製造・加工機械等—、並びに医療活動の関連場所、例えば寺や村、又は民間診療所を全部含んでいる。本法の規定によれば、外国人が前述の場所、又は実物に対して調査・研究を行う場合、国家に報告（申請）し、国家の許可を獲得しなければ調査・研究を実施できない。

次に、本法は国家の無形文化遺産保護における責任及び機能を強調している。即ち、国家は無形文化遺産の記録、整理、編集（データベース化も含まれる）及び伝承を促進するという責任を負う（第 3 条）。国家は無形文化遺産保護を国家発展計画に入れ、財政支出で支援する義務を有する（第 6 条）。国家及び地方文化主管官庁は保護及び保存に関する具体的な作業を担当する（第 7 条、第 11-13 条、第 17 条）。同時に、外国の調査・研究者は省級以上の主管官庁から許可を獲得したあと、調査活動ができる。調査が完成された後、調査報告書及び全ての資料の複製品・コピーは主管官庁に提出されなければならない（第 15 条）。本条に違反する者に対しては罰金（第 41 条 1 項及び 2 項）を課し、又刑事罰（第 42 条）を加える可能性もある。

具体的な保護方法について、本法はまず記録という方法で伝統的知識を含む各種の文化

該遺伝資源の直接的出所及び原始的出所を説明しなければならない。出願者が原始的出所を説明できない場合、理由を述べなければならない。この特許法第 26 条 3 項の中国中央政府の説明によれば、出所開示の義務が課されることは、「発明創造の形成はある遺伝資源の取得と利用に依存するが、完成された発明創造の実施には同遺伝資源に対する利用が必要とされない」場合も含むとしている。森岡・前掲注(13) 248 頁。

⁶¹⁸前掲注(307)を参照。

⁶¹⁹See WIPO/GRTKF/IC/36/11 PROV. 2 (2018)

遺産を保存する。第 18 条 - 27 条は「代表的な無形文化遺産の名簿」を作成することを通じて、無形文化遺産を保存する。他に、代表的伝承者という制度の構築及び代表的伝承者の承認作業（第 29-31 条）によって、無形文化遺産を宣伝し、その発展を促進する（第 28-37 条）。

最後に、医薬伝統的知識に関する場合、本法第 44 条の規定により、特別法又は政令がある時、当該特別法又は政令の適用が優先とされる（2 項）。知的財産権法又は関係政令がある場合、当該法又は政令の適用が優先とされる（1 項）。

上記のように、非物質文化遺産保護法は、外国人による伝統医薬の調査に規制を加える。各地方自治体の非物質文化遺産保護ルールにも類似の規定がある。

(3) 中医薬法

まず、中医薬の定義について、第 2 条は「本法のいう中医薬とは、漢族と少数民族の医薬を含む我が国の各民族の医薬の総称である」と規定している。

中医薬法第 2 条では、中医薬は漢族医薬及び少数民族医薬を含む中国の各民族（の）医薬の総称と定義されている。この定義に関して、第 2 条の公式積義の最後の一パラグラフ⁶²⁰は、以下のように述べている。即ち、本法の名称が中医薬法であることに対しては、多数の意見が賛成であった。しかし、法の名称を「伝統医薬法」又は「中医薬法と民族医薬法」に修正する意見もあったが、採択されなかった。それは、本条が中医薬の概念を明確に規定しており、それは漢族と少数民族の医薬を含む我が国の各民族の医薬の総称であり、広義の概念であるので、法の名称としては中医薬と民族医薬を並列することが適当ではないからである。

更に、次の (2) における第 43 条の公式積義で述べているように、中医薬法の制定は、CBD 及び名古屋議定書の影響を受けている。CBD 及び名古屋議定書の下では、先住民の伝統的知識が保護（保存、尊重、維持）の対象になる。それに関して、中国の学界では、中国の領土に住んでいる国民全体が外国からの利用者に対して先住性があるので、先住民として認められるべきであるという主張が多く支持される。中医薬伝統的知識という伝統的知識の所有者は中華民族（中華民族という用語は本法にも使用されている）という先住民であるので、CBD の保護の枠内に入る可能性があり、名古屋議定書によって構築される国内法の域外適用システムによる保護も受けられると考えられている。そのことから、第 2 条において中医薬という概念は漢族の伝統医薬と少数民族の伝統医薬を含めて定義される理由のである。

中医薬伝統的知識の保護について、中医薬法の第 43 条においては、次の 3 項が設けられている。その第 1 項はデータベースによる保護（保存）、第 2 項は権利者の保護、第 3 項は秘密に対する特殊保護である。

まず、第 43 条 1 項は、「国家は中医薬伝統的知識保護データベース、保護名簿・目録⁶²¹及び保護制度を設立する」と規定している。公式積義によれば、当該項が設けられる理由について、「中医薬伝統的知識の保護は巨大な体系的な工程であり、国家及び民族の利益の保護にとっては必要なものであり、急迫なものでもある。従って、国家は（作業の）主体として、中医薬伝統的知識保護制度を構築し、また補完する」と述べている。中医薬伝統的知識の調査、収集、編集整理の作業は 1950 年代から各種の理由（知識の保護という

⁶²⁰http://satcm.gov.cn/zcfgyjds/zcwj_158/201707/t20170722_37642.html（最終閲覧日 2018 年 12 月 8 日）

⁶²¹原文では「保護名録」という用語が使われている。録は録の簡略化漢字である。

理由ではない) で実施されてきた。途中、数回中断されたが、結果として、民間に分散され、消失する危機にも瀕した医薬伝統的知識は大量に記録され、残された。近年、中医薬伝統的知識の保護という理由に基づいて、知識の保存作業は本格的に実施されてきた。国家は、中医薬伝統的知識保護研究センターを設立し、全国範囲内の中医薬伝統的知識調査作業を推進し、中医薬伝統的知識保護名簿・目録及び名簿・目録データベースを構築する等、様々な保護手段をとっている。現在、データベースに入った宋元以前の処方類古典には処方 4 万余個ある。第 43 条の公式積義によれば、「次の段階では、中医薬管理局は関連部門・委員会とともに、中医薬伝統的保護制度の構築を推進し、中医薬伝統的知識保護作業の長期的制度を更に補完させる。」という計画が同法によって認識されている。データベースの保護には主に二つの機能があり、一つ目は無形の知識を媒体物を通じて定着させる。即ち知識を保存するという機能がある。この点は長い歴史において、多くの人々が実践してきたことである。二つ目は、知識の整理及びデータベース化によって、当該知識が先行技術であることを明らかにし、外国利用者による知識の利用及び特許出願を防ぐことである。上記のデータベースによる保護は中国のみならず、インド、タイ、ペルー等多くの国によって実践されている。

次に、同条 2 項は、「中医薬伝統的知識の持主⁶²²は、自ら持っている中医薬伝統的知識に対して、伝承、使用の権利を有し、知識の他者による獲得、利用に対しては、情報を知る権利、同意権及び利益配分等の権利を有する」と規定している。

公式積義は第 43 条を設ける理由について、以下のように述べている。即ち、中医薬伝統的知識の中の多くの内容は、知的財産権保護の観点から見ると、既にパブリックドメインに入り、誰でも自由に利用できるものである。知的財産権法(に基づく排他的権利)による保護は受けられない。一方、経済のグローバル化とともに、先進国が先進的技術及び大量資金を用いて、他国の(医薬) 伝統的知識を無償で利用し、その研究成果を特許出願し、更に知的財産権制度を用いて伝統的知識の由来国の自らの伝統的知識に対する利用を制限するという不合理自体が生じてきた。中医薬伝統的知識もその行為によって害されるものの一つであり、中華民族の生存と発展はますます増大してきた脅威に瀕し、中医薬伝統的知識保護の重要性が感じられるようになってきた⁶²³。

対策として、中医薬伝統的知識の持主に対して、彼らの保有する医薬伝統的知識に関し、少なくとも四つの権利が本法によって付与される。即ち、1) 自己の医薬伝統的知識を伝承する権利、2) 医薬伝統的知識の使用の権利、3) 他者による当該中医薬伝統的知識の獲得、利用に対しては、事前情報伝達を受ける権利及び同意の権利、4) 利用から生じる利益の配分を求める権利である。1) 及び 2) の権利は知識の持主として当然の権利であり、法的には、他者の排他的権利(例えば特許権)を排除し、自己の自由な利用を確保する権利である。3) 及び 4) の権利は、遺伝資源に対する同様の権利から援用し、設けられる権利である。第 43 条の公式積義では、CBD 及び名古屋議定書に言及し、名古屋議定書については以下のことを明記している。即ち、「遺伝資源及び伝統的知識の取得及び利益配分などの問題に対して合意を得、締約国の伝統的知識を取得するときの利益配分義務の確実な履行を確保するための立法又は行政的措置をとることを求める。本項の規定は名古屋議定書と相応する規定であり、中医薬伝統的知識の保有者自身の保有する中医薬伝統的知識に対する他者による取得や利用行為に対して、事前情報伝達と同意及び利益配分の権利等の権利を保障する。」

更に、公式積義は、「中医薬伝統的知識の保有者には、自然人のみならず、中医薬伝統

⁶²²原文では「持主人」という用語が使われている。保有者か持主を意味する。

⁶²³http://satcm.gov.cn/zcfgyjds/zcwj_158/201707/t20170722_37865.html、積義第 2 パラを参照。

的知識を保有する団体⁶²⁴等の法人も含まれる」という注意点を強調している。本法第 31 条 1 項、2 項によると、中医医療機関（その内、191 カ所の民族病院⁶²⁵も当然含まれている）には製剤の権利（その製剤は中国語で「院内製剤」と表現され、病院内で製造された製剤の意味である）がある。また、院内製剤の製造運用又は新伝統薬の開発は支持されると本法の条文では明言されている（第 31 条 1 項）。つまり、歴史がある中医医療機関（例えば、胡慶余堂薬舗）に保有される伝統薬、又は中医病院で開発された新しい製剤等に対しては、薬舗や病院という法人も保有者として認められ、第 43 条のいう権利者になることが可能である。

しかし、第 43 条は、国家の中医薬伝統的知識に対する所有権には言及していない。中医薬伝統的知識に対する国家の権利は、第 3 項のいう秘密維持に関するものにすぎない。少なくとも、本法の下では事前情報による同意の権利や利益配分の権利は個人又は団体にしか属していない。この点について、本法施行後の実務又は理論の動向に関して、注意する必要があると思われる。

次に、同条 3 項は、「国家は法に従い国家秘密と認定される伝統中薬処方及び製造工芸に対しては、特殊保護をする」と規定している。

中医薬伝統的知識の中には、長い間に秘密として維持され、パブリックドメインに入っていないものが多い。中国でよく聞かれる「祖伝秘方」（先祖から伝承されてきた秘密とされる家伝薬のレシピ）はそれである。1950 年代において、六神丸、雲南白薬、片仔癯等幾つかの祖伝秘方はその伝承者から国家に上納され、国家のものになった。このようなものはこの第 43 条 3 項の対象になる。ところで、法的に国家秘密の保護には保護期間がある。国家秘密保持に関する法の規定によれば、国家秘密の保護期間について、他に規定があるものを除き、絶密レベル⁶²⁶は 30 年までであり、秘密保護期間の延長のニーズがある場合、元の秘密保持期間満了の前に改めて秘密保護期間を確定することになる。つまり、実質上保護期間をおかず、永遠に秘密となる可能性がある。他に、トップシークレット以下のレベルの秘密になる可能性もある。つまり、公式積義には「同法によって国家秘密として認められる中薬伝統的処方のレシピ又は生産工芸（例えば雲南白薬、片仔癯等）に対しては、秘密のレベルによって、業界内部の中薬保護品種関連制度と国家秘密維持に関する法との連携を実施し、特殊の中薬品種に対しては特殊保護を実施することにする」と述べられている。

次に、対外関係に関して、中医薬条例は外国人との合同研究等を制限することに対して、中医薬法はこのような制限を設けていない。その代わりに、秘密とする処方の秘密保護、又は中医薬伝統的知識の各保有者の関連権利の保護を保護措置として採っている。中医薬法の公式積義では、CBD や名古屋議定書は言及されている。本法の関連条項は、CBD 及び名古屋議定書の国内施行措置として設けられたことも公式積義によって明白にされている。政府窓口であることは明言されていないが、中医薬法は各級の政府の保健担当部門（衛生部、省衛生庁、市及び県の衛生局）の中医薬主管機関を当該政府の中医薬事業の主責任者として指定する。即ち、今後の対外交渉においては、中医薬主管機関が名古屋議定書上

⁶²⁴原文では「単位」という用語で表現されているが、中国語では「機関、団体又はそれに属する部門」という意味を有する（『現代漢語大辞典』による）。政府機関、学校、会社、財団法人又は社団法人等が含まれる。

⁶²⁵2008 年現在の数値である。民族病院は少数民族の医薬を用いる専門性のある病院である。国家は 14 カ所の国立大学（その内大部分は民族大学）医学部において、民族医薬の課程を設置し、少数民族の民族医薬学専門医・薬剤師を育成する。中国国务院・前掲注（321）48-49 頁を参照。

⁶²⁶法によると、国家秘密のレベルには秘密、機密、絶密という三つがある。絶密（絶対的秘密）はトップシークレット（極秘）に相当するものである。

の政府窓口になる可能性が高いと想定できるだろう。

ところで、全体的に見れば、中医薬法の多くの規定は未だ原則的なものである。政府に幾つかの義務が付与されているが、義務の履行に関する評価基準等の細かいところはまだ空白である。この法の実施及び後続の法律・政令の制定と実施に関するこれからの動向をみる価値がある。

(4) 政令

① 中医薬条例（政令第 374 号、2003 年）⁶²⁷

中医薬条例は行政法規（日本の政令に相当するもの）である。この条例は今度の中医薬法が施行される前は、中国における中医薬の全体に対して包括的な保護を与えるものであった。中医薬条例は、総則（第一章、第 1-7 条）、中医医療機関及び従業員（第二章、第 8-13 条）、中医教育と科学研究（第三章、第 14-24 条）、保障措置（第四章、第 25-30 条）、法的責任（第五章、第 31-37 条）及び附則（第六章、第 38 - 39 条）の計 6 章、39 条で構成されている。条例の内容又は範囲は中医薬法と完全に一致するものではない。即ち、中医薬法にない旨をあらわす規定が中医薬条例には設けられている。また、中医薬法の中では現行条例が本法の施行によって廃止されることなどは規定されていないが、法の適用順位から考えると、条例の規定と中医薬法の規定が衝突する場合、法の適用が優先される。

② 中薬品種保護条例（政令第 106 号、1993 年）

中国国家薬品管理法第 36 条の規定によって、中国は「中薬品種保護」という制度を作った。それに応じて、「中薬品種保護条例」という政令も作られた。中薬品種とは、中国の領域内で製造された中薬品種であり、中成薬、天然薬物の抽出物及びその製品、重要な人工的製品を含んでいる。中薬保護品種は薬品製造者たる企業が出願し、承認されれば「中薬品種保護証明書」が発給され、且つ公示される。

権利取得について、本条例には、以下の基準が規定されている。「一級保護中薬品種：特定の病に対して、特殊の治療効果を有するもの、或いは薬材される国家一級保護野生生物種の人造物、或いは特別の病を治療、又は防止する中薬品種。二級保護中薬品種：一級保護中薬品種の基準を満たすもの、或いは一級保護が既に解除されたもの、特定の病に対して、顕著な治療効果を有し、或いは天然薬から抽出された有効物質及びその製品」（第 6 条、第 7 条）。中薬品種保護の出願において、特許のように同時に新規性、進歩性、実用可能性が揃っているという要求はない。実用可能性だけがあれば出願できる。出願においては、当該中薬品種の技術上の特徴（例えば薬方又は製造・加工方法）を公開する要求もない。条例第 13 条によって、一級保護中薬品種の薬方内容、製造・加工方法に対して権利者（企業）、薬品製造・販売主管官庁、衛生行政部門及び関係ある団体又は個人は秘密保持の義務を有する。本条に違反する者は法的責任をとる。外国に一級保護中薬品種の薬方内容、製造・加工方法を譲渡する場合、国家秘密保持に関する規定によって行われる。

権利内容については、本条例第 17 条には「…保護された中薬品種は保護証明書を取得する企業に製造される」と規定されている。即ち、権利者は薬品の排他的製造・使用権を有する。保護の期限に関しては、一級保護中薬品種には 30 年 - 10 年の排他的製造権があり、特殊の状況では許可によって延長される。延長期限は最初の保護期限を超えてはいけない。二級保護中薬品種には 7 年の排他的製造権がある、保護期限が終わるとき、さらに 7 年の延長期限を得られる。

⁶²⁷ 中医薬条例の全文は中国政府（國務院）のホームページで閲覧可能である。
http://www.gov.cn/zwgk/2005-05/23/content_150.htm（最終閲覧日 2018 年 12 月 9 日）

前述の規定から、中薬品種保護条例によって中医薬伝統的知識（薬方及び加工・製造方法）に与えた保護には特許保護又は商業秘密の保護に類似点があるが、全く同じとはいえない。品種保護に与えられた保護は、特許保護より、審査基準及び保護期限については緩和的なものであろう。しかし、注意すべきことは、中薬品種保護制度の保護対象は中薬品種、即ち一種類の中薬薬物であるということである。保護方式は製造者に排他的製造権を与えること及び技術案に関する秘密保持義務を課すことである。伝統的な環境において、それは確かに有効な保護方式と思われるが、現代的な薬品解析技術がある場合、この保護方式はリバースエンジニアリングに対応できない。

そして、法規範として、条例は特許法より下位な規範であり、条例に定められた権利は特許権に対抗できない。本条例は中国特有の制度であるから、域外においては対応できるものではないと思われる。

中国の国内法又は政令においては、中医薬という定義は基本的に広義の定義である。即ち、中医薬法の公式積義で述べたように、漢医薬（狭義的中医薬）と少数民族の民族医薬を同様に扱っている。

3 CBD や WIPO の議論場でみる中国の姿勢

国際的保護の交渉場では、中国は主に資源又は知識の提供国として、自身からの提案は少ないが、インド、ブラジル、コロンビア、メキシコ等の途上国の提案を常に支持する姿勢をとっている。

CBD の場合、名古屋議定書の交渉の場において、インド及びネーパールと共に、パブリックドメインに入った伝統的知識も利益配分の対象になるという主張を提出し、中国もその主張を支持したが、結局は議定書に入れられなかった。

4 学説から見る医薬伝統的知識の保護に関する中国の立場

医薬伝統的知識の保護に関する中国の国内の学説は、大枠で以下の四点にまとめられると思われる。

① 医薬伝統的知識は国有化されるものである。即ち、中国は中医薬伝統的知識に対して、主権的権利を有する、と考えられている。論文においては、タイ法⁶²⁸が繰り返し言及され、学ぶべき例として議論される。特に、パブリックドメインに入った知識に対しては、国家が収集、整理、登録又は分析等の責任を有し、得た成果に対して、完全な支配権を有するべきだと考えられている。国家が権利の主体になれる理由についてよく言われることには、以下のようなロジックがある。

まず、56 の民族を含む中華民族は先住民である⁶²⁹。それによって、中国は先住民社会である。従って、中華民族の医薬伝統的知識は先住民の医薬伝統的知識に属し、中国における医薬伝統的知識は先住民社会の医薬伝統的知識に属する⁶³⁰。それゆえ、中華民族の医

⁶²⁸前掲注 (37) の「伝統的タイ医療の知恵の保護と促進に関する法律 B. E. 2542 (1999)」を指す。

⁶²⁹ 前掲注 (319) - (321) を参照。

⁶³⁰ いわゆる中華民族が中医薬伝統的知識の権利主体になる理由について、以下のような趣旨の論述がある。即ち、中医薬伝統的知識の創造者又は継承者・発展者は、全て中華民族の伝統的文化という背景の中にいると思われる。中医薬伝統的知識は、中華民族の社会的活動及び日常生活と深く融合した。中華民族は中医薬伝統的知識の起源地の先住民であるので、どちらの自然人が医薬伝統的知識の権利者であるかを判断できない場合、中華民族が中医薬伝統的知識の権利者になることは合理的な判断である。

薬伝統的知識は、遺伝資源の使用と関係すれば、CBD 及び名古屋議定書によって定められる保護対象たる伝統的知識の範囲内に入ることができる。さらに、中国は中華民族の代表として、医薬伝統的知識に対して、主権的権利を有する。実践のレベルにおいては、さらにいくつかの方法が中国の法学者によって提出されている⁶³¹。

国家は自国における医薬伝統的知識に対して権利を有すると同時に、国家内部に存在する各民族・組織・個人・地域社会等が自己の医薬伝統的知識に対して権利を有する、という権利の帰属の二重構造が論文において言及されることがある。ここには、二つの潜在的な意味があると思われる。それは、1) 国家を構成する民族・組織・個人・地域社会の人々が、自らの医薬伝統的知識を外国（人）に伝えたい場合、国家（又は地方）政府の許可を必要とし、保有者自身には完全な許可権がない可能性が高いということである⁶³²。2) 中国においては、同様の伝統的知識は複数の地域に存在し（併存）、かつ、法的所有関係については、複数の主体に共有される可能性がある。

②医薬伝統的知識の共有について、中国の法学者には、一部の国（主には先進国）との共有を否定する傾向が強いが、共有が否定できないと主張する者もいる。

中国においては、まず、知識の最初に生じた地域の範囲を越える伝播による共有、即ち、漢民族と少数民族、少数民族と少数民族の間における共有は認められている。それに対して、多国間、特に日韓との共有について、慎重な態度をとる法学者が多いと思われる。多くの法学者は、中国が自国の医薬伝統的知識に対して専属の権利を有すると主張し、先進国との共有を否定する傾向が強い。ところで、上記の主張をする法学者には、先住民同士（即ち、①に述べた中華民族は先住民であることを前提とする）間における共有を認める者もいる。ただ、先住民同士間の共有問題は将来の課題として扱われる。そして、共有を否定できないと主張する法学者もいる⁶³³。

次に、保護に関する具体的な点については、下記の二点は注意すべきだと思われる。即ち、

③医薬伝統的知識の保護は、知的財産権法とは異なり、パブリックドメインに入るか否

即ち、中薬伝統的知識が中華民族のものであることは確かである。具体的な理由については、伝統的知識の保護問題が提出された原因は、主に発展途上国と先進国の間に起った利益衝突である。中華民族という集団を伝統的知識の権利主体にすることは、権利の行使及び保護にとって有利だと思われる。宋・前掲注(1) 82-85頁、袁・前掲注(86) 126頁等を参照。第三者に対して、権利を主張する者は国家であるが、その理由としては、以下のような異なる主張もある。即ち、「民族、又は地域社会において、代表機構を作ることができる。…上記の代表機構がなければ、当地の政府は代表機構になることができる。」劉・前掲注(17)。この主張に沿って考えれば、中国政府は、中華民族の全部又は一部（例えばある少数民族）の代表になり、外国の利用者に対して、権利を主張することができる。しかし、このような場合において、政府は、権利者そのものではなく（即ち、主権的権利を有していない）、権利者の代理人である。

⁶³¹タイの規制手法はここにおいて、多くの法学者に支持されると思われる。即ち、医薬伝統的知識の権利者には、国家、社会組織、家庭、個人がある。国家にとって特に重要な意義を有する伝統的知識については、それが外国人に利用される場合、保有者の同意の他に、国家又は地方主管官庁の許可が必要となる。孫雷「浅析传统知识的保护方式」郑成思編集代表『知識産権文叢 13 卷』（中国方正出版社、2006年）327-329頁。

⁶³²次のような実例もある、医薬伝統的知識とは関係ないけれども、確かに国家が外国人（香港、マカオ、台湾は中国法において、「外国」に準ずる地域として扱われる。中国法は「涉外」という用語を使う場合、一般的には上記の三地域も含まれる。筆者注）に対する伝統的知識の伝播に干渉した例がある。「変顔」（中国語では「変臉」と表記される）は瞬間的にクマドリを変える技であり、四川省の伝統劇（川劇）の得意技である。2000年前後、俳優・劉徳華（香港）は川劇の名俳優の弟子になり、変顔を学びたかったけれども、中国文化部及び四川省文化庁によって阻止された。「文化庁強令阻止、刘德华学变脸没戏」<http://ent.sina.com.cn/start/old/1851.html>（最終閲覧日 2018年12月9日）を参照。ここでは、当該川劇の俳優が自らの流派にとって、伝統的知識の伝承者という身分には疑いが無いが、国家によって阻止された。

⁶³³劉・前掲注(17) 228-229頁、245-251頁、何・前掲注(56) 19-31頁等を参照。

かとは関係がないという主張である。即ち、パブリックドメインに入った医薬伝統的知識に対しては、少なくとも利益配分の請求権があるはずであり、さらに利用に関する許可権も設けることができると考えられている⁶³⁴。パブリックドメインは知的財産権法に基づいて作られた概念であるので、医薬伝統的知識の保護には適用できない、という主張がその理由としてよく言われる。

④国際的保護について、現行法制度、特に CBD 及び名古屋議定書を利用し、少なくとも一部の医薬伝統的知識を保護し、それと同時に、途上国又は一部の先進国と連合し、自国にとって有利な統一ルールに関する国際条約を締結するべきであると考えられている。一方、中医薬伝統的知識の国際的保護は、国家間交渉によって推進されるので、国際的保護が実現できるか、いつまで実現されるかについては未定である。国際交渉が成功する前に、国内法レベルで先に積極的な利用に対する制約を行うことは、自国の国民と企業の利用コストを増やす行為であり、自国薬品企業の競争力をさらに弱くさせる行為である。従って、自国にとって有利な保護制度ができるまで、国内立法を急進する必要がない、という主張がある⁶³⁵。実際、中国国内における医薬伝統的知識保護の関連立法の進展も一時的に停滞するとは言えないが、立法活動は積極的ではないと言えると思われる。中医薬条例を法律に格上げする動向は 2005 年にあったが、法として頒布されるのは 2017 年になった。更に、中医薬法の中においても、中医薬伝統的知識に対して、タイのような国家が権利主体になることや、権利の保護には時間的制限がないことを規定する条項は、中医薬法に設けられていない。

5 私見—中国における医薬伝統的知識の国際的保護—

まず、権利の主体について、第 II 章で述べたように、医薬伝統的知識の保護の全体像から見れば、仮に医薬伝統的知識に対してある種の権利（各国の実践によれば、所有権に類似する権利の方が多い）を新しく設け、その権利を誰かに授与しようとする場合、権利主体になれるものから団体・集団や国のようなものが排除されることはない。CBD は保護の対象を先住民、先住民社会及び地域社会に限定するけれども、それ以外のものが権利の主体になれることは否定していない（CBD の枠内にある自主的ガイドラインには先住民、先住民社会・地域社会以外のものの主体性を否定しているが、それは自主的ガイドラインであるので、法的拘束力がない）。

中国では、古伝の処方に対して、国家が所有権を有する。即ち、1950 年代以来、六神丸、片仔廣等六つの処方に対する所有権は元の伝承者から国家に譲渡された。従って、中国の法学者にとって、医薬伝統的知識の権利主体には国家があるという主張は、何ら不自然なことではないと思われる。しかし、第 III 章で言及した顔真卿事件のように、有体物に対する所有権はその内容に及ばない。即ち、処方に対して国家が所有権を有するけれども、それは処方に記載する薬品の製法という無体物に対する「所有権」を有することを意味していない。かつ、製法に対する「所有権」の有無及び権利の性質、限界等に関して、現行の中医薬法は規定していない。即ち、秘匿という物理的に独占する手法で、中国は当該医薬伝統的知識に対する独占状態を維持している。

前掲注 (17) に述べたウスリー舟唄事件のように、(地方) 政府が伝統的知識に関する

⁶³⁴ここで、前掲注 (548) 及び注 (549) に述べたように、パブリックドメインに入っても、知識の利用に対して、国家等に許可権があると規定している国もあるし、また許可権はないけれども、利用に対する利益配分の必要があると規定している国もある。

⁶³⁵姚苗「中医薬知識産権対誰談保護—論中医薬伝統知識産権需要国際層面的保護—」『中医薬管理雑誌』第 20 巻第 4 号 (2012 年) 307 頁。

訴訟の原告になった事例はあるが、その訴訟において、政府は権利者ではなく、権利者たる先住民の代表者又は管理者として、管理の義務を履行するために訴訟に参加した。

名古屋議定書の交渉の場で、中国の法学者によって支持され、国家も権利主体になることができるという主張に対して、先住民代表からの反対が多かった。即ち、国家が伝統的知識の権利主体になれば、国家が先住民の伝統的知識を略奪するおそれがないとは言えない。それは先住民代表が最も心配するところだと思われる。そして、豪州、カナダのように先住民と外来者がはっきり分けられる国は国内の先住民の抗議に配慮するので、上記中国の主張は受け入れられなかった。それに対して、中国は以下のような説明をしている⁶³⁶。即ち、先住民が長い歴史において既に文献化され、パブリックドメインに入った伝統的知識に対して、誰が合法的所有者になるかということを確認できない場合、国家のみがその合法的所有者を確定することができるかもしれない⁶³⁷。しかも、国家が当該知識に対する権利と利益を一時的に保有し、当該知識に対する所有者を確定した後、かかる権利と利益は全て所有者に還元される。つまり、権利主体の二重構造は決して先住民の知識や権利を奪うことなく、逆に先住民の利益に対してより一層保護を与える⁶³⁸。

しかし、まず先住民という身分を確定し、先住民の知識が伝統的知識であるとする中国の法学者の伝統的知識の定義方法には、一つの問題があると思われる。即ち、先住民の範囲及び判断基準は精確ではなく、CBDにおいても然りである。しかも、CBDはその他の条約と抵触し、衝突するものではないと宣言しているので、結果として、先住民の定義又は判断基準はその他の条約に従い、自己宣言によって先住民になる可能性が高いと思われる。国連の先住民保護作業グループのレポートは先住民の判断基準⁶³⁹に言及したことがあるが、この判断基準からすれば、少なくとも、漢族であっても、所謂中華民族であっても、先住民になれないことはないだろう。実際、中国の法学者は中華民族が先住民であるという主張をする時、この判断基準も論証として常に提起する。しかし、この基準からすれば、韓国人や日本人も「先住民」になる可能性があり得るし、結局、中日韓における医薬伝統的知識に関する利益の衝突は「先住民」間の利益の衝突になる可能性がある。

次に、共有について、現行の国際条約として、CBD及び名古屋議定書は先住民ではない者に保有される知識が伝統的知識になる可能性を否定していない⁶⁴⁰、彼らとの間における伝統的知識の所有関係も否定していない。即ち、先住民ではない者、又は先進国が自らの医薬伝統的知識を有する可能性があると思われる。WIPOによる伝統的知識の定義からすれば、伝統的知識の所謂伝統性の判断基準は、知識の生ずる行為・活動が伝統的なもの

⁶³⁶ 薛・前掲注 (540)。

⁶³⁷ その原因は、恐らく国家 (の研究機関) が当該知識に関する歴史の最も豊富な情報を保有するからであると思われる。

⁶³⁸ ところで、伝統的知識を特別な制度によって保護するアプローチに対して、小島立氏は、以下のように懸念している。即ち、仮に伝統的知識の法的保護として知的財産権類似の制度を導入することになれば、伝統的知識の利用者には、PICの手続が求められる。これは知的財産権の実施許諾等 (所謂ライセンス) のアナロジーと捉えられるかもしれない。しかし、このような知的財産法に依拠した PIC の考え方は、伝統的知識に関係するアクターやそれを取り巻くコミュニティの慣習や規範にどこまで適合しているのだろうか。伝統的知識を利用したいと考える者はライセンス料に相当する等価を支払って PIC をとれば事足りる、というような態度で臨むことがあれば、それは当該伝統的知識を継承し、現在まで保持してきたコミュニティの慣習や規範を軽視することになりはしないだろうか。小島立「知的成果物の多様性と知的財産法」小泉直樹=田村善之・前掲注 (194) 43 頁。しかし、伝統的社会に対して、知識の利用から生じる利益を何ら配分しないことは公正かつ衡平とは言えない。ここで、国家は伝統的社会の対外交渉の代表として一定の利益配分を取得したあと、当該伝統的社会に求められる形で、伝統社会に還元することができる。特に交渉能力が不足の伝統的社会にとって意義があると思われる。

⁶³⁹ 前掲注 (318)。

⁶⁴⁰ ところで、この点は、名古屋議定書の議論場において、中国が国家も権利の主体になることができるという主張の理由の一つとして、提出された。薛・前掲注 (540)

であることと思われる⁶⁴¹。従って、法律上の「先住民」以外の者がある伝統的医薬活動を実践し、医薬伝統的知識を伝承すれば、その者は当該医薬伝統的知識の権利者になるはずであると思われる⁶⁴²。WIPO は先住民社会や地域社会が有する自らの伝統的知識又はそれから生ずる利益を保護する力が極めて弱いことに気づいているので、彼らが有する伝統的知識に対する保護を特に重視すると考えられている。六神丸の例については、救心製薬によって開発された救心丸のベースになった六神丸は堀正由氏の家伝薬たる「ひとつぶぐすり」から改名されたもの（「ホリ六神丸」）である（それと異なり、亀田利三郎氏によって中国から日本に輸入され、さらに国産化された亀田六神丸もあり、今でも製造・販売されている）⁶⁴³。実際、六神丸・救心丸のベースになる牛黄麝香製剤は唐時代に中国から日本に伝播され、奈良時代から日本で使用された。即ち、（明時代に作られた）六神丸とひとつぶぐすりは牛黄麝香製剤に基づいて、日中両国においてそれぞれの医者が力を注いで独自で発展してきたものであり、その知識に対しては、権利の排他性はともかく、利用又は収益の権利は両方にあると思われる。

中国にとって、CBD 及び名古屋議定書の枠内において医薬伝統的知識を保護することは、確かに日本のような競争相手を排除する高い可能性を有するが、知識の共有の問題は未だ解決していないと思われる。即ち、ある国の利用者が自国の先住民の医薬伝統的知識を自国法に従って利用し、新薬開発を行った場合、同様又は類似の知識を有する中国にとって、それは事実上潜在的に中国の利益を損なうことになる。CBD 及び名古屋議定書は共有の場合、各当事国間の協力が必要になることに言及しているが⁶⁴⁴、共有者間の利用及び利益配分に関する解決策に言及していないし、将来の課題として取り扱われるかもしれない。

ところで、法学者と異なり、医学者たちは、日韓との伝統医薬による新薬開発に関する協力を重視している。しかも、法学者の世界には「文化の伝播という手段によって獲得された我が国の中医知識に対する利用を完全に制限するのも、現実のやり方ではない」というような考えもある⁶⁴⁵。

次に、パブリックドメインの問題について、まず、中国の法学者を含めて、多くの「特別な制度」によって知識を保護するという方法の支持者は、以下のようなロジックを考えていると思われる。即ち、まず、パブリックドメインは知的財産権法に基づいて作られる概念である。知的財産権法システムは医薬伝統的知識の特質に対応できないことがあるので、全体としての医薬伝統的知識に対する保護には適用できない⁶⁴⁶。従って、パブリックドメインという概念も全体としての医薬伝統的知識の保護に適用できない。それゆえ、医薬伝統的知識の特質に応じて、所謂「特別な制度」が作られるべきである。その「特別な

⁶⁴¹WIPO/GRTKF/IC/7/5 Annex I、6 頁。

⁶⁴²中国においても、このような主張をする法学者がいる。刘・前掲注 (17) 245-246 頁、何・前掲注 (56) を参照。

⁶⁴³山崎光夫『日本の名薬』（東洋経済新報社、2000 年）196-197 頁、202-203 頁及び陶恵寧「日本と中国における六神丸（日本編）」『日中医学』第 25 巻第 1 号 24-27 頁を参照。

⁶⁴⁴議定書第 11 条（国境を越える協力）の 2 項では「遺伝資源に関連する同一の伝統的知識を複数の締約国内にある一つ又はそれ以上の先住民の社会及び地域社会で共有している場合、当該締約国は、この議定書の目的を実施するため、関係する原住民の社会及び地域社会の関与を得て、適宜、協力するよう努める」と規定されている。

⁶⁴⁵刘春輝氏の発言・前掲注 (24)。

⁶⁴⁶その理由をいえば、伝統的知識は、西洋社会と全く異なる社会に基づいて生じた知識であり、その社会的基礎及び文化的基礎は知的財産権法が生じた西洋社会と異なっている。例えば、現行知的財産権法は発明の過程における個人の努力を重視する。それに対して、伝統的知識の創造は集団主義を中心とする伝統社会において行われる。現行知的財産権法は経済学上の利益追求説によって指導される。それに対して、伝統的知識の指導思想は日常生活の需要を満たすだけである。严・前掲注 (62) 168-174 頁。しかし、この理由には、伝統的知識は先住民の所有する知識として黙認される傾向があると筆者は考えている。

制度」によって、先住民のような伝統的な権利者に排他的権利を与え、その権利の実施から生じる利益も与えることになる。

中国にとって、もう一つの問題が常に言及される。医薬伝統的知識そのものの保護（即ち保存）の一つの手段としても、またバイオパイラシーに対抗する一つの手段としても、医薬伝統的知識を文献化・データベース化する作業が既に始まった。その結果として、医薬伝統的知識が先行技術になり、その後パブリックドメインにも入る可能性がある。この場合、文献化又はデータベース化は確かに外部の利用者が知識に関する知的財産権法上の排他的権利を取得することを防ぐが、同時に、元の伝承者・保有者が当該知識に対する知的財産権法上の排他的権利を取得する可能性も消滅させるので、知的財産権以外の知識に対する排他的所有権を作る必要がある。そして、このような権利が国際舞台において承認されなければ、中国の医薬伝統的知識の文献化・データベース化の作業は逆に知識の伝承者・保有者の利益を害するおそれがあるので、その停止は止むを得ないであろう。

最後に、国際的保護について、まず、CBD 及び名古屋議定書によって作られた保護システムは、確かに伝統的な国際法と異なり、新たな保護方式（即ち、紛争を解決するためにどの国の国内法を適用するかを確定するルールではなく、利用国が自国の利用者による提供国の国内法の遵守を確保し、協力することを定めるルールである）を設定するものであるが、そのカバーする範囲は狭すぎると思われる。

従って、たとえ国内立法より先に国際ルールを求めるとしても、名古屋議定書によってカバーされる医薬伝統的知識の範囲は比較的狭いので、名古屋議定書によって作られた保護システムは医薬伝統的知識を十分に保護できず、CBD や名古屋議定書は医薬伝統的知識の保護のための主要な国際ルールにはなれないと思われる。それゆえ、名古屋議定書から何らかのポイントを得て、WIPO 等の枠内に保護システムを作ることは、将来の課題になるとと思われる。

二国間の個別的調整に関して、日中間に存在する医薬伝統的知識の利益の衝突又は潜在的紛争という問題の解決は、その他の類似の問題にとって、良い例になるかもしれない。確かに、ある社会、民族又は国家の医薬伝統的知識を人類全体の公共財とし、パブリックドメインに入れることは衡平かつ公正であるとはいえないだろう。また、当該知識の権利者を一社会、一民族又は一国家に限定し、その他の社会、民族又は国家の知識の創造、革新、伝承又は保有に対する貢献を否定することも衡平かつ公正とはいえないだろう。簡単に言えば、ある医薬伝統的知識に対して、中国人であろうと、日本人であろうと、その知識が生じる伝統的医薬活動を行う者である限り、当該知識の権利者として認められるべきであろう。このような場合、日本人は当該医薬伝統的知識（漢方にも中医にも存在する医薬伝統的知識）を利用することができる。それは中国の権利者が当該知識に対する知的財産権上の権利を失うこと（知識がパブリックドメインに入ったこと）ではなく、日本人が自己の伝統的医薬における医薬伝統的知識に対して権利を有するからである、と思われる。上記の点が認められれば、権利者たる者の間に利益のバランスをどのように採るか、第三者に対する利用許可の権利の帰属及びそれに関する利益配分をどのようにするか、という所謂日中間の伝統的知識に対する権利の衝突の問題及びその調整という問題が生じ、それは将来解決すべき課題である。

医薬伝統的知識の提供国であり、同時に利用国でもある中国にとって、自国の医薬伝統的知識に対する利用産業を振興すると同時に、他国による所謂不正利用を可能な限り規制するのは当然必要なことだと思われる。「はじめに」で述べた二つの問題は未だ存在している。様々な複雑な状況の中で、中国の医薬伝統的知識の保護に関する国内立法はまだ進んでいない。国際法レベルでは、中国の様子見をする状態がしばらく続くと共に、中国が

既定の主張を国際法レベルで実現できるように努力することも想定できる。

さらに、中国の内部においても、医薬伝統的知識の共有及び共有から生じる権利帰属及び返還される利益の配分の問題が存在している。共有される医薬伝統的知識に関する共有者間の権利行使又は利益配分のモデルパターンを作ることは、指導的意義があると思われる。このパターンを含め、国内法の平面で効果のある解決策を作り、解決策の方針を国際交渉の場に提供すれば、国際的ルールの作成にとって参考になるであろう。

結論

1. 本論文の結論

医薬伝統的知識の利用問題は遺伝資源の不当利用との絡みで同時に出てくる場合が多く、また、先住民保護の分野に重なる部分がある。従って、医薬伝統的知識の保護に関する議論は、伝統的知識の保護及び遺伝資源の保護という二つの平面で展開され、更に人権保護と交錯してきた。遺伝資源の不当利用問題に対して、問題や対立はまだ存在しているけれども、国際協力の方針に従って解決できると考えられている。遺伝資源の保護にとって中核となる生物多様性条約（CBD）によれば、遺伝資源の保護は各締約国の国内法に任せられる。そして、名古屋議定書は資源提供国の国内法上の利益を外国においても保護できるように、新たな国際的保護の形式を探索している。一方、医薬伝統的知識は、遺伝資源と異なり、知識として、知的財産権保護や無形文化財保護の対象になる可能性もあるので、保護の方法は多様である。従って、国際的保護の方法もいくつかの形があると考えられている。

医薬伝統的知識については、医薬分野における伝統的知識という定義があり、伝統医薬に関する知識という定義もある。いずれにしても、伝統的医薬行為から生じる知識ということと言えると思われる。WIPO や CBD はそれぞれの分野で、伝統的知識の範囲を定めており、その中で、医療・保健・薬事に関する伝統的知識は当然医薬伝統的知識である。医薬伝統的知識には、一体性特徴、主に全体論の認識に従う特徴、及び地域性特徴がある。一体性特徴について、医薬伝統的知識は主に経験的なものであり、その発展は世代を超えて実践の経験を積み重ね、雪球を作るように徐々に内容を充実して発展してきたので、前後世代の知識は切り離すことができない、という特徴である。この特徴から見れば、医薬伝統的知識は常に進化中になり、未完成の状態と言えるので、仮に知識に所有権などの権利を付与する場合、保護期間が適用されにくい。医薬伝統的知識の主に全体論の認識に従う特徴は、アロパシー医学の還元論による認識とは異なっており、病因、病理又は治療の方法等も異なるが、決して科学性がないといえない。そのため、アロパシー医学の基準によって医薬伝統的知識を評価するのは適当ではない。その観点から、医薬伝統的知識を非科学的と決めつけ、その存在価値を低下することも適当ではない。医薬伝統的知識の地域性特徴は、医薬伝統的知識が伝統医薬活動から生じる経験の積み重ねと整理の結果であるので、その源たる伝統医薬活動が行われる地域の自然、社会環境によって、細かい区別がある。それによって、医薬伝統的知識が一団体から他の団体、又は一国から他の国に伝播された後、受容国の環境に応じて発展してきた。一方、仮に同様の又は類似の自然、社会環境があれば、お互い独立で同様の又は類似の医薬伝統的知識を創り出す可能性もある。

医薬伝統的知識の法的特徴として、権利主体の集団性、及びある程度公開されるという特徴と相対的秘匿性の特徴がある。権利主体の集団性、即ち、多くの医薬伝統的知識は村町や民族のようなグループに所有され、個人に所有されるものではないという特徴である。知識が存在する地域や所有するグループの慣習法や慣習によれば、当該知識は集団に属するので、知的財産権法のような一つの明確な自然人又は法人を指定しなければ権利を付与できない法制度の下では保護の対象にならない。ある程度の公開と相対的秘匿性ということは、医薬伝統的知識が所有者グループの中、又は伝承地域の中では一般的に公開（完全公開ではない）されるが、グループ以外の者には公開されておらず、秘密を有する知識であるという特徴を指す。ある程度の公開という要素は、知的財産権法の観点から見ると、特許権の対象にならない。一方、相対的秘匿性を有するという点には、知的財産権法上

の「披露の代わりに、独占権を付与する」可能性はまだ残っている。一部の学者の主張によれば、先進国の利用者がこの相対的秘匿性を利用し、途上国の医薬伝統的知識を盗用することが頻発しているため、医薬伝統的知識の保護を重視しなければならない。

医薬伝統的知識の保護に関して、基本的な保護方法は「保存、尊重及び維持」することである一方、医薬伝統的知識に対して所有権や類似の権利を設け、その権利を知識の一部の伝承者や保有者に付与し、彼らの当該権利を保護するという当事者保護という方法もある。CBD の第 8 条 (j) は前者に言及し、名古屋議定書では後者に関する権利（名古屋議定書では PIC に関する権利、MAT を求める権利と表現している）が認められている。具体的な保護手段に着目すれば、伝統的知識の文書化又はデータベース化、事前の情報に基づく同意 (PIC)、利用から生じる利益についての相互に合意する条件 (MAT) に基づく配分、及び特許を出願する際に用いる遺伝資源（又は伝統的知識）に関する出所開示が重要なものとして採択されている。その他、医薬伝統的知識は途上国だけではなく、先進国においても大量に存在している。先進国における医薬伝統的知識は現行法としての知的財産権法制度で保護されるから、逆に考えれば、途上国における伝統的知識にも知的財産権法で保護される部分があると思われる。医薬伝統的知識の保存や尊重はいずれの国にとっても有益であるため、それに関する意見の対立は少ない。知識の維持、即ち医薬伝統的知識の源たる伝統的医薬活動を中断せずに行うことによって、知識の創出をも中断せず持続的に行うことができる。この点について、WHO はその伝統医学戦略において、言及している。概ね、各国はこの点についても多くの分岐がないと思われる。問題になるのは、医薬伝統的知識に対して、所有関係を示す権利又は排他的権利を付与することによって、医薬伝統的知識を保護する（実は知識の権利者の保護）ことである。この分野における争いは殆どここに集中する。

医薬伝統的知識の保護の理由には主に 4 つあると思われる。即ち、1) 生存権又は健康に関する権利を保障するための理由、2) 植民の歴史に対する清算という理由、3) 先住民保護の理由、及び 4) 知識の所有に関する理由である。そのうち、2 と 3 の理由から、文化的多様性の保護ということも生じる。また、4 は、知識の所有に関する理由、及び知識に対する排他的所有権の付与に関する理由、という二点に分けられる。

第 III 章の分析のように、生存権、健康に関する権利、先住民、文化的多様性等の保護のニーズは、確かに医薬伝統的知識を保護する理由として正当性があるが、医薬伝統的知識に対する排他的所有の理由にはならない。知識に対する所有関係を構築するのは等価を支払う過程にある。この等価を支払うということは、売買、又は労働を含んでいる。このうち、労働は最も直接的な所有関係を構築する方法である。医薬伝統的知識は伝統的医薬活動から生じる経験の蓄積と整理の成果であり、伝統的医薬活動、その経験の蓄積と整理活動は、医薬伝統的知識を創出し、更新する知的労働と認められる。それに従事する者は、医薬伝統的知識を創出し、更新する知的労働の労働者であり、医薬伝統的知識の所有者としても認められると思われる。労働という理由は、医薬伝統的知識とその保有者間の所有関係を構築するが、その所有関係の排他性についてはまだ証明できない。知識には物理的境界がない特徴及び複製しやすい特徴があるので、知識に対する排他的占有を求める場合、知識を秘匿し、他の者に知らせないことしかない。従来知識に対する排他的占有はこのように実施されたが、知的財産権はそれと異なる。即ち、知的財産権の場合、知識の他の所有者の所有関係を切断し、その所有に関する権利を全て少数者に付与する。その代わりに、排他的権利には時間的制限と空間的制限が加えられる。知識を秘匿しなくても、独占及び独占による巨大な利益が法によって保障できるという利点があるから、知識の創出者が自らの知的労働の成果を公開する、ということが刺激される。そのため、社会にとって

は、より多くの知的労働の成果が公衆に利用されることになる。一方、知的財産権は時間的制限と空間的制限という擬制の境界を設けることによって、知識に対する独占を抑制し、バランスを図る。医薬伝統的知識の場合も同様である。

医薬伝統的知識の場合、上記の通り、当該知識は伝統的医薬活動から生じるものであり、換言すれば、伝統的医薬活動に従事する者（伝統的医者、薬師又はそれに相当する者）は、医薬伝統的知識の「製造」に従事する者である。更に、伝統的医薬活動への世代を超える従事（即ち伝承）は、医薬伝統的知識そのものの維持のみならず、世代毎、伝承者毎の経験を元の知識に加えることでもあるので、伝統的医薬活動の実践と伝承は医薬伝統的知識を中断せず進化させ、新しい意義を付与する、即ち医薬伝統的知識の創造でもある。よって、医薬伝統的知識の実践者・伝承者たち（この実践者・伝承者には個人のみならず、先住民や地域社会のような集団、又は国家も含まれる）は、医薬伝統的知識の進化という知的労働の労働者であり、医薬伝統的知識に排他的権利が設けられれば、全ての実践者、伝承者は権利の競争者になる。つまり、ある個人、団体、民族又は国家が医薬伝統的知識の所有者になれる可能性は、その個人、団体、民族又は国家が伝統的医薬活動の実践と伝承に従事するか否かということにある。国内法として、自国民又は自国の利益を保護するため、自国民又は自国にしか医薬伝統的知識に関する権利を付与しないという国内法を施行することは理解できると思われるが、国際的保護という立場から見れば、伝統的医薬活動に従事するいかなる者にも、その活動から生じる医薬伝統的知識の所有者になる資格があると思われる。それは知的財産権の場合における同時的創造者、即ちほぼ同様の知的労働を行う者に類似する者である。

ここで、医薬伝統的知識の国境を越えて併存することに至る理由に関しては、本論文は以下のような四つの理由をまとめている。1) 知識の源たる伝統的医薬活動の越境の伝承（所謂伝播）によって、医薬伝統的知識が複数の国において伝承され、存在する。実際、単なる医薬活動の伝承・伝播のみならず、受容国が自国の自然環境や人に応じて、伝承・伝播された知識を改良し、自国の風土に合わせたもの、所謂自国の伝統医薬がここで生じると思われる。2) 上記 1) の伝播又はその他の伝統的ルーツによって、医薬伝統的知識の媒体物（書籍、図、製薬・調剤道具等）が複数の国まで運ばれ、媒体物に載っている知識も当該複数の国に存在する。3) 同じ民族であるが、現在の国境線によって複数の国の国民になり、彼らの有する医薬伝統的知識も複数の国において存在する。4) 偶然、即ち、同様又は類似の自然又は社会環境から、同様又は類似の伝統医薬活動及び医薬伝統的知識が生じる。

最も複雑であるのは第一の理由、即ち医薬伝統的知識の国境を越える伝承によって、知識が複数の国に分布する、という理由である。第二の理由とは異なり、医薬伝統的知識の創出行為は複数の国において同時に行われるが、前後の順序がある。医薬伝統的知識の輸出国はある程度の知的労働を行い、一定のベースを作った後、知識の受容国も当該知識の創造活動（即ち伝統医薬活動）に参加する。当該知識のその後の発展は、知識の輸出国及び受容国両方で同時に行い、それぞれの自然環境や固有慣習に応じる新たな内容が加えられ、それぞれの医薬伝統的知識に至る。受容国の実践者、伝承者による努力や貢献を否定し、又はその国家の文化的歴史を切断することは合理的ではないであろう。しかし、受容国にとって、受容したときから知識を発展させ、更新させるのは自らの知的労働の成果であるが、ゼロから当該知識を創出することは事実には合致していないであろう。ここで基本的なことは、輸出国と受容国のそれぞれの医薬伝統的知識の実践者、伝承者の歴史的又は現実的な貢献を承認し、知識に対する所有関係及び知識の利用から生じる利益を得る権利を認めることであると思われる。尚、輸出国と受容国との調整は、二国間の協力で balan

スが柔軟にとられるかもしれない。

第二の理由、即ち媒体物によって医薬伝統的知識が国境を越えて移転することによって、複数の国に存在する医薬伝統的知識について、単に媒体物を移動し、保存する行為は伝統的医薬活動ではない。従って、単に媒体物の所有による医薬伝統的知識の保有は、知的労働がないため、当該医薬伝統的知識との所有関係が認められない。一方、媒体物の保有者が医薬伝統的知識の保存に対して貢献をしたことは間違いない。その貢献を認め、利益配分のとき適宜に配慮する必要がある、と筆者は思っている。

第三の理由、即ちある医薬伝統的知識を創造する民族又はその他の人の集団が国境によって分けられ、複数の国に分布しているという理由について、各国における当該民族は同一の伝統的医薬活動に従事し、その活動から生じる医薬伝統的知識に対する権利は同様であると思われる。もともと彼らは一つの創造主体であるが、国境で分けられ、複数の創造主体になるので、各主体としては実質的な差がない。従って、彼らも並列的に知識の創造者として認められるべきである。彼らのいずれに対しても排他的権利を付与する場合、同様の知的労働を行う他国にいる同民族の者の当該知識に対する同様の権利を得る可能性は妨害されない。即ち、この場合、彼らのいずれも排他的権利の地域的制限の対象になる。

最後は第四の理由、即ち偶然による併存について、この場合、同様の医薬伝統的知識を有する各保有者は、居住区域の境界を越えお互いに意思の伝達を行わず、完全に独自な状態である生薬の利用に関することを発見し、その経験を蓄積してきた。つまり、当該医薬伝統的知識の創造行為が完全に独立で行われた。更に、当該伝統的医薬の実践が今日まで持続しているならば、当該創造行為は中断せずに行われていると言える。このような場合、当事者たる複数の国の当該伝統的医薬活動の従事者（又は国内法によって当該医薬伝統的知識の権利者として認められる者）は、並列的に知識の創造者として認められるべきと思われ、彼らのいずれに対しても付与される当該知識の排他的権利は、知識に対して設けられる排他的権利に対する地域的制限を受ける対象になる。

上記の知識に対する排他的権利の空間的制限の必要、又は保護対象たる医薬伝統的知識そのものの属地性から、医薬伝統的知識の保護法の属地性が生じる。

しかし、医薬伝統的知識の利用は、国境を越えて行われる場合が多い。バイオパイラシーと指摘された例においては、伝統的知識に対する利用、研究開発及び製造販売はほとんど「所有国」（あるいは原産国）以外の国において行われた。従って、知識の提供国/原産国にとって、どうすれば、自国の管轄領域外で行われた不正利用行為に制限を加え、又は処罰するかが問題になる。それに対して、国内の法整備より、公正、かつ衡平であり、拘束力の強い国際条約を先に結ぶ方が緊急な任務であると主張する学者がいる。他方、多くの学者は、国内法の整備を基礎として、整備された国内法の域外適用又は国内法の法的効果を域外で確保することが行われることを主張している。しかしこの点については、先進国と途上国の対立が厳しいと思われる。途上国の学者には、先進国の歴史責任論等の理由を唱え、先進国の方が一方的に妥協をするべきと主張する者がいる。その一方、法の安定性や執行可能性を重視する学者もいる。

国内法の国境を越えての適用又は国境を越えて法的効果を確保することに関しては、三つのパターンがあると思われる。即ち、1)一定のルールに従って、特定の事項及び特定の対象に対して、選択し適用するというパターン、2)一定の国際的適用手続に従って、一国の国内法が直接域外効力を有し、適用されるというパターン、3)国際法に定められた具体的な権利義務規則に従って、国内法を調整するというパターンである。

上記のそれぞれのパターンに応じて、国際法としても、役割によって三種類がある。即ち、1)法適用の選択ルールとする国際法。この種の法規則は国際私法の世界においてよく

みられる。2)法適用の手続的ルールとする国際法。これは名古屋議定書によって作られる新たなシステムと考えられている。3)統一的な国際ルール。統一的な国際ルールは医薬伝統的知識の利用における各国の立場に統一性がないので、基本的には原則、指針、モデルルール等拘束力がないものとどまる。本論文が着目するのは第2、即ちCBD及び名古屋議定書に基づいて構築される遺伝資源の保護に関する保護システムである。名古屋議定書の下では、遺伝資源の利用国に対して、資源提供国の国内法の要求に従って、利用に関する自国法整備、及び違反するときの自国内法で対処する措置の整備を義務付けている。遺伝資源たる動植物が複数の国に自生しているため、利用者にとっては不特定の交渉相手があることにも議定書は配慮し、クリアリングハウスという情報伝達システムを構築している。名古屋議定書には、先住民の遺伝資源に関する伝統的知識の保護も言及されている。しかし、遺伝資源に関する伝統的知識と医薬伝統的知識の範囲は同じではないので、前者を保護するために作られた条約は後者を完全にカバーできない。そのため、別の保護主体の下に、医薬伝統的知識の保護を推進するのが適当ではないかと筆者は考えている。

筆者の考えにおいて、最も適当な保護主体は、伝統医薬活動の普及や各加盟国における推進に力を注ぎ、知識の財産的権利に対する保護も重視するWHOである。具体的な保護方法については、名古屋議定書によって構築される国内法の域外適用のシステムを参照しながら、所有者の数が多岐にわたる医薬伝統的知識や特別な配慮を要する知識について、食料及び農業のための植物遺伝資源に関する国際条約（ITPGR）のように、当該知識を保護リストに収録し、定型契約や集中管理で保護することが考えられる。また、権利付与の前提である医薬伝統的知識に対する所有関係の証明は、無形文化遺産の申請手続を参照して実施することが考えられる。

2. 残された課題

前述べたように、本論文は複数の国において併存する医薬伝統的知識の所属について、以下のような二点を纏め、結論とした。即ち、1)医薬伝統的知識の所有関係の構築は、当該医薬伝統的知識の源たる伝統医薬活動に従事したことがあるか、及び今までも中断せずに従事してきたかによって決まる。即ち、国際法の観点から見ると、国籍を問わず、伝統医薬活動に従事する者は医薬伝統的知識の伝承者と視され、彼らの医薬伝統的知識に対する所有関係が認められ、彼らが自己の医薬伝統的知識を利用する権利も認められると思われ。2)医薬伝統的知識に対する排他的所有は、利益交換に基づいて、時間的制限と空間的制限によって構築された範囲内では有効である。国際的保護については、法の適用ルールとしての国際法について紹介されている。

しかし、医薬伝統的知識の所属関係に関する結論は、基本事例（3）及び変形事例（3）のみに関連している。名古屋議定書は変形事例（1）において機能する国際法規則であり、名古屋議定書中の遺伝資源に関する伝統的知識に関連する条項は、変形事例（2）において機能するものである。本論文の結論は、基本事例（3）及び変形事例（3）における前提問題、即ち争いのある医薬伝統的知識は誰に属するかに関して言及している。本論文の結論によれば、各事例（3）におけるB国の医薬伝統的知識の伝承者は、当該知識に対して、A国における伝承者と同様の権利を有し、仮にA国の企業が自国法に従って自国における医薬伝統的知識を利用することが可能であれば、B国の企業もそれと同様のことができると思われる。仮にA国又はその権利者A族がB国の利用者に対して、救済手続を提起する場合、B国の利用者又はB国は、以下のような二点を提示する必要がある、それに基づいて抗弁できると思われる。即ち、1) 当該知識をB国において中断せずに伝承してきた歴

史を証明すること、2) B 国の利用者が自国の国内法手続に従って知識を利用することである。中断せずに伝承してきた歴史的証明には、第 IV 章で述べた四つの合理的理由の第一、第三及び第四の理由が含まれる。しかし、第二の理由、即ち媒体物の移動による医薬伝統的知識の併存の場合、所属関係の成立の存否及び権利・利益の配分についてはまだ議論する余地がある。同章で述べたように、単なる媒体物の保存は知識を創出する知的労働ではないが、媒体物の保存によって知識を保存してきた行為は、医薬伝統的知識の保護にとっては確かに貢献（巨大な貢献になる場合もある）があるので、その貢献を完全に無視することは合理的ではないと思われる。従って、この点については更に検討する必要があるため、残された課題にする。

次に、本論文は基本問題 4 及び変形問題 4 の解決については、論じていない。即ち、仮に一つの医薬伝統的知識に対して A 国の権利者 A 族と B 国の権利者 B 族が同時に所有者になる場合、一般的にはそれぞれの第三者に対する権利は互いに独立して存在するはずであるが、いずれの者が第三者との利用契約を締結すれば、他の者の利用契約の締結の可能性は失われてしまうかもしれない。定型契約と保護リストによる集中管理はこの問題をある程度解決できると思われるが、カバーできない部分も多いと思われる。ここで、合理的理由 3 と 4 のように、完全に並行的に権利者になる場合はともかく、1 のように、伝承の時間的順序があるとき、より早く伝承に参加する者（最初の創出者を含む、伝承の発信者）は、後の参加者（伝承の受容者）の第三者に対する契約締結に対して影響を加えられるか、かつ、その影響の限界は何処にあるのか、この点については引き続き研究したく、残された課題にする。

第三の課題は国際的保護に関するものである。現行条約制度は主に原則、指針又はモデル条項のような拘束力のない国際的規則、及び法の適用ルールとして、医薬伝統的知識の国際的保護を行っている。しかし、現行の国内法上、多くの国は医薬伝統的知識の所有権を個人、団体、村町のような主体に付与する現実もある。2017 年 7 月 1 日から施行されている中国の最新立法、即ち「中華人民共和国中医薬法」には、以前の学説とは大きく異なり、(中) 医薬伝統的知識に対する排他的権利を当該知識の保有者（伝承者は保有者に含まれる）のみに付与し、国家の所有権には言及していない（国家秘密として国有するものは除く）。さらに、医薬伝統的知識には知的財産権法によって保護される部分があり、一部の所有国の自国内の伝統薬の現代化プログラムの進行に伴い、伝統薬の現代製剤等知的財産権法によってカバーできる部分が拡大している。そのため、国際知的財産権法（又は法の選択適用ルールとしての国際私法）の下では医薬伝統的知識の国際的保護は可能である。しかし、知的財産権法の場合、法の属地性、即ち独占に対する空間的制限が弱体化する傾向があると思われるので、この空間的制限が弱体化する知的財産権法による保護と属地性の強い空間的制限に対するニーズが依然として存在する医薬伝統的知識の保護との間に、どのようなバランスをとるのかについては、研究する余地が大きいと思われ、残された課題にする。

参考文献

I. 和文文献

1. Anne Ronny 著、立木勝訳『医学は歴史をどう変えてきたか—古代の癒しから近代医学の軌跡まで—』（東京書籍、2014年）
2. Graham Dutfield 著、田村善之＝刘晓倩訳「伝統的薬草から現代的医薬品へ—伝統的知識、新薬の発見方法、特許によるバイオパイヤシーに関する批判的検討—」『知的財産法政策学研究』第33巻（2011年）
3. William & Helen Bynum 著、鈴木晃仁＝鈴木実佳訳『Medicine—医学を変えた70の発見—』（医学書院、2012年）
4. 天野宏『薬文化往来』（青蛙房、1992年）
5. 安藤勝彦「生物多様性条約アクセスと利益配分に関する専門家パネル報告」『バイオサイエンスとインダストリー』第58巻第1号（2000年）
6. 石原明『日本の医学—その流れと発展—』（至文堂、1959年）
7. 磯崎博司他編『生物遺伝資源へのアクセスと利益配分——生物多様性条約の課題』（信山社、2011年）
8. 五十嵐卓也「第2回生物多様性条約政府間委員会に出席して」『バイオサイエンスとインダストリー』第2巻第9号（1994年）
9. 伊田喜光＝根本幸夫監修、横浜薬科大学漢方と漢薬調査研究センター編『古代出雲の薬草文化—見直される出雲薬と和方—』（出帆新社、2013年）
10. 岩間徹「生物多様性の保全と遺伝資源の利用に関する条約レジーム—COP10/MOP5の成果分析—」人間環境問題研究会編『環境法研究』第36号（2011年）
11. 印会河編集代表＝浅野周訳『中医薬大学全国共通教材：全訳中医基礎理論』（たにぐち書店、2013年）
12. 内田貴『民法I 総則・物権総論（第4版）』（東京大学出版会、2008年）
13. 海原亮『江戸時代の医師修業 学問・学統・遊学』（吉川弘文館、2014年）
14. ヴンダナ・シヴァ著＝奥田暁子訳『生物多様性の保護か、生命の収奪か—グローバルizmと知的財産権—』（明石書店、2005年）
15. 黄居正著＝坂口一成訳「時間、労働と生態—先住民の財産権の核心的テーマ」『知的財産法政策学研究』第19巻（2008年）
16. 大川清、『漢方原典：傷寒論の基本と研究（第2版）』（明文書房、2007年）
17. 小曾戸洋『漢方の歴史—中国、日本の伝統医学—』（大修館書店、1999年）
18. 小野昌延『商標法概説（第2版）』（有斐閣、1999年）
19. 片柳忠男『一粒の種 堀正由の歩んだ道』（オリオン出版社、1970年）
20. 鎌田元一監修『イラストでつづる富山売薬の歴史 郷土「富山」を支えた人々』（薬日新聞社、1986年）
21. 金井高志『民法でみる知的財産法』（日本評論社、2008年）
22. 河上正二『物権法講義』（日本評論社、2012年）
23. 川野明正『雲南の歴史 アジア十字路に交差する多民族の世界』（白帝社、2003年）
24. 木宮泰彦『日華文化交流史』（富山房、1955年）
25. 栗原広三『実用日本草薬学』（単独舎、1988年）
26. 芸備医学会編『東洞全集』（思文閣、1970年）
27. 小泉栄次郎『日本漢方医薬変遷史』（国書刊行会、1977年）

28. 国連大学『Work in Progress』第17巻第2号(2005年)
29. ゴトフリート・ヘルツカニヴィ＝ガート・シュトレーロフ著、飯島慶子訳『聖ヒルデガルトの治療学 中世ドイツの薬草学の祖が説く心と魂の療法』(フレグランスジャーナル社、2013年)
30. 最首太郎「II-9. 生物多様性条約(CBD)における伝統的知識の保護—CBD第8条(j)項に関する作業部会会合」『バイオサイエンスとインダストリー』第58巻第7号(2000年)
31. ジュニー・ハーディング著＝服部由美訳『ハーブ図鑑』(ガイアブックス、2012年)
32. 鈴木昶『日本の伝承薬 江戸売薬から家庭薬まで』(薬事日報社、2005年)
33. 信濃生薬研究会編『信濃の民間薬 くすりのルーツを探る』(医療タイムス社、1990年)
34. 生物多様性条約アクセスと利益配分作業委員会「平成18年度環境対応技術開発等(生物多様性条約に基づく遺伝資源へのアクセス促進事業)委託事業報告書」(2007年)
35. 生物多様性条約アクセスと利益配分作業委員会「平成19年度環境対応技術開発等(生物多様性条約に基づく遺伝資源へのアクセス促進事業)委託事業報告書」(2008年)
36. 世界的財産権機関事務局(田上麻衣子訳)「伝統的知識の保護に関する規定案: 政策目的及び基本原則」『特許研究』第43号(2007年)
37. 高林龍『標準特許法(第3版)』(有斐閣、2008年)
38. 橘輝政『古代から幕末まで 日本医学先人伝』(医事薬業新報社、1961年)
39. 田中成明『法理学講義』(有斐閣、1994年)
40. 田上麻衣子「CBD Akwe: Kon ガイドラインについて」『知的財産法政策学研究』第10巻(2006年)
41. 田上麻衣子「遺伝資源及び伝統的知識をめぐる議論の調和点」『知財法政策学研究』第19巻(2008年)
42. 常本照樹「先住民族の文化と知的財産権」『知的財産法政策学研究』第8巻(2005年)
43. 「伝統的知識・遺伝資源・伝統的文化的表現の議論が継続へ」『A. I. P. P. I』第52巻第9号(2007年)
44. 鳥越泰義『正倉院薬物の世界 日本お薬の源流を探る』(平凡社新書、2005年)
45. 中田邦博＝高嶋英弘『新・キーワード民法—民法基本用語辞典—』(法律文化社、2007年)
46. 中島陽一郎『病気日本史』(雄山閣、1983年)
47. 中山信弘『特許法(第二版)』(弘文堂、2012年)
48. 夏目健一郎「遺伝資源と知的財産に関する議論の動向」『特許研究』第50号(2010年)
49. 新村拓『日本医療史』(吉川弘文館、2007年)
50. 西山英雄『漢方医学の基礎と診療』(創元社、1969年)
51. 日本医史学会編『図録日本日本医事文化史料集成(第5巻)』(三一書房、1979年)
52. 日本学士院編『明治前日本の医学史第1巻』(日本古医学資料センター、1978年)
53. 人間環境問題研究会編『環境法研究』第36号(2011年)
54. ハイデローレ・クルーゲ著、畑澤裕子訳『ヒルデガルトのハーブ療法』(フレグランスジャーナル社、2010年)
55. 服部敏良『日本医学史研究余話』(科学書院、1981年)
56. 埴岡博『薬局製剤漢方212方の使い方(改訂5版)』(じぼう、2012年)
57. 平尾正樹『商標法(第1次改定版)』(学陽書房、2006年)
58. 平馬直樹＝浅川要＝辰巳洋『基本と仕組みがよくわかる東洋医学の教科書』(ナツメ社、

2014年)

59. 福岡薬剤師会編『福岡の薬草手帖』(福岡薬剤師会、2008年)
60. 富士川遊『日本医学史・決定版』(日新書院、1941年)
61. 法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典(第4版)』(有斐閣、2012年)
62. 松田邦夫「日本漢方の伝統と発展—臨床医の立場から—」『日本東洋医学会誌』第53巻第6号(2002年)
63. ミケーレ・ボルドリン=デヴィッド・K・レヴァイン著、山片浩生=守岡桜訳『〈反〉知的独占 特許と著作権の経済学』(NTT出版、2010年)
64. 森岡一『生物遺伝資源のゆくえ—知的財産制度から見た生物多様性条約』(三和書籍、2009年)
65. リエコ・大島・バークレー『英国流メディカルハーブ』(説話社、2008年)
66. 刘桂平=孟静岩編集代表、中医基本用語辞典翻訳委員会訳『中医基本用語辞典』(東洋学術出版社、2006年)
67. 廖温仁『支那中世医学史』(科学書院、1981年)
68. レベッカ・ジョンソン他著、関利枝子=倉田真木訳『メディカルハーブ事典』(日経ナショナル・ジオグラフィック社、2014年)
69. ロック著=加藤節訳『統治二論』(岩波書店、2007年)
70. 山崎光夫『日本の名薬』(東洋経済新報社、2000年)
71. 山田慶児『中国医学の思想的風土』(潮出版社、1995年)
72. 山名美加「遺伝資源・伝統的知識の保護と知的財産制度—「財産的情報」をめぐる新しいフレームワークの考察—」『日本国際経済法学会年報』第21号(2012年)
73. 山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)」『知的財産法政策学研究』第28号(2010年)
74. 山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(2)」『知的財産法政策学研究』第30号(2010年)
75. 山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(5)」『知的財産法政策学研究』第33号(2011年)
76. 山根裕子『知的財産権のグローバル化—医薬品アクセスとTRIPS協定』(岩波書店、2009年)
77. 吉田昭『日本医家伝』(講談社文庫、1973年)
78. ヨハネス・G・マイヤー他著=畑澤裕子訳『修道院の薬草箱 70種類の薬用ハーブと症状別レシピ集』(フレグランスジャーナル社、2007年)

II. 中国語文献

1. William M. Landes=Richard A. Posner 著、金海軍訳『知識法経済学』(北京大学出版社、2016年)
2. 蔡景峰『藏医学通史』(青海人民出版社、2002年)
3. 陈功锡=徐亮=罗伟「张家界市永定区土家族传统药用植物资源的民族植物学调查研究」『中央民族大学学报(自然科学版)』第20卷2号(2011年)
4. 陈有仁『银元时代生活史』(上海人民出版社、2010年)
5. 陈藏器著、尚志鈞編集・解釈『「本草拾遺」輯釋』(安徽科学技術出版社、2013年)
6. 程瑛=顾佳贇=张欣『周記1911』(長安出版社、2011年)
7. 杜瑞芳『传统医药的知识产权保护』(人民法院出版社、2004年)
8. 傅景華『捍卫中医』(中国协和医科大学出版社、2007年)

9. 胡夢雲「現有知識產權法律制度的正当性考評」『湘潭師範學院學報』2004 年度第 7 号 (2004 年)
10. 洪淨『中藥知識產權保護』(中國中醫藥出版社、2003 年)
11. 賈敏如=李星煒編集代表『中國民族藥志要』(中國醫藥科技出版社、2005 年)
12. 教學法規中心編『學生常用法規全書 (第 11 版)』(中國法制出版社、2011 年)
13. 金善煒 「天花粉蛋白的故事—中藥現代化的一個成功實例」『生命的化學』第 26 卷第 6 号 (2006 年)
14. 考特=尤倫著、張軍他譯『法和經濟學』(三聯出版社、1993 年)
15. 藍壽榮=朱雪忠「土家族傳統知識的法律保護」『科技與法律』2003 年度第 4 号 (2003 年)
16. 李崑鵬「中藥藥方知識產權保護中存在的問題及對策」『開封大學學報』第 24 卷 1 号 (2010 年)
17. 李濟著=胡鴻保他譯『中國民族的形成』(江蘇教育出版社、2005 年)
18. 李時珍編集、劉衡如=劉山永校正·注釋『本草綱目』(華夏出版社、2011 年)
19. 李彤「瑶醫理簡述」『廣西中醫藥』第 26 卷 6 号 (2003 年)
20. 李向東「探秘蒙古族傳統醫學」『現代中醫藥』2013 年度第 2 号 (2013 年)
21. 梁峻『論民族醫藥 醫學類型和表達范式的比較研究』(中醫古籍出版社、2011 年)
22. 梁其資『面對疾病—傳統中國社會的醫療觀念與組織—』(中國人民大學出版社、2012 年)
23. 廖育群『扶桑漢方的春暉秋色 日本傳統醫學與文化』(上海交通大學出版社、2013 年)
24. 劉德榮編集代表『福建醫學史略』(福建科學技術出版社、2011 年)
25. 龍鱗『雲南民族醫藥文化淺探』(雲南人民出版社、2008 年)
26. 羅艷秋=鄭進「藏醫學與印度醫學淵源流長的关系」『雲南中醫學院學報』第 10 卷 5 号 (2007 年)
27. 呂嘉戈『挽救中醫』(廣西師範大學出版社、2006 年)
28. 羅素著=馬元德譯『西方哲學史·下卷』(商務印書館、1976 年)
29. 毛登峰『民間驗方』(天津科學技術出版社、2011 年)
30. 錢韻旭=李莉=李曉蕾、「與地理環境息息相關的傣族傳統醫藥」『中國民族民間醫藥』2010 年度第 21 号 (2010 年)
31. 秦天寶「生物資源相關傳統知識保護中的利益平衡」『河南財經政法大學學報』第 129 号 (2012 年)
32. 秦天寶他譯『遺傳資源與相關傳統知識的獲取與惠益分享』(中國環境科學出版社、2012 年)
33. 史世勤編集代表、『中醫傳日史略』(華中科技大學出版社、1990 年)
34. 宋曉亭編集代表『中醫藥傳統知識的法律保護』(知識產權出版社、2009 年)
35. 孫思邈『備急千金要方』(人民衛生出版社、1955 年)
36. 唐廣良『知識產權：反觀、妄議與臆測』(知識產權出版社、2013 年)
37. 田代華=劉更生整理 『靈樞經』(人民衛生出版社、2005 年)
38. 田豐輝『醫方拾遺——一位基層中醫師的臨床經驗—』(人民軍醫出版社、2014 年)
39. 王談凌=車明風=王一濤「國際傳統醫藥知識權益維權案例與思考」『中國新葯雜誌』第 15 卷 19 号 (2006 年)
40. 王孝先『絲綢之路醫藥學交流研究』(新疆人民出版社、1994 年)
41. 吳鴻洲編集代表『中醫方藥學史』(上海中醫藥大學出版社、2007 年)
42. 西雙版納州民族醫藥研究所編寫組編『傣族傳統醫藥方劑』(雲南科技出版社、1995 年)
43. 肖詩鷹=劉銅華編集代表『中藥知識產權保護和申報技術指南』(中國醫藥科技出版社、

2005 年)

44. 徐家力『原住民与社区传统资源法律保护研究』(上海交通大学出版社、2012 年)
45. 薛達元編集代表『遺傳資源、傳統知識与知識產權』(中国環境科学出版社、2009 年)
46. 薛达元「《生物多样性公约》新里程碑：《名古屋 ABS 议定书》(下)」『环境保护』2010 年度第 24 号 (2010 年)
47. 严永和『论传统知识的知识产权保护』(法律出版社、2006 年)
48. 杨继家他「藏医药与印度传统医药对三果汤传统应用及现代研究概述」『世界科学技术—中药现代化』第 14 卷 1 号 (2012 年)
49. 楊念群『再造病人—中西医衝突下的空間政治 (1832-1985) — (第 2 版)』(中国人民大学出版社、2013 年)
50. 杨崢=杨思远「朝药, 奇葩开在青山秀水间」『中国民族』2010 年度第 4 号 (2010 年)
51. 袁红梅編『中药知识产权法律制度的反思与构建』(北京師範大学出版社、2011 年)
52. 臧小麗「傳統知識的法律保護問題研究」中央民族大学博士論文 (2005 年)
53. 曾君「中国西双版纳傣族与泰国兰纳民族之间的历史渊源」『中国民族医药杂志』2010 年度第 10 号 (2010 年)
54. 张岩「中药知识产权利益平衡机制」『江苏卫生事业管理』第 108 号 (2009 年)
55. 張仲景述=王叔和編=錢超塵他整理、『伤寒论』(人民卫生出版社、2005 年)
56. 趙洪鈞『近代中西医論争史』(学苑出版社、2012 年)
57. 郑成思『知识产权-应用法学与基本理论』(人民出版社、2005 年)
58. 郑成思編集代表『知识产权文丛·第 8 卷』(中国方正出版社、2002 年)
59. 郑成思編集代表『知识产权文丛 (第 13 卷)』(中国方正出版社、2006 年)
60. 中国国务院新聞办公室『中国国务院新聞办公室白皮書 中国的民族政策与各民族共同繁荣發展 中国的民族区域自治 中国的少数民族政策及其实践』(人民出版社、2009 年)
61. 中国藥学会藥史学会編『李时珍研究论文集』(湖北科学技术出版社、1985 年)
62. 周方『传统知识法律保护研究』(知识产权出版社、2011 年)
63. 朱雪忠「传统知识的法律保护初探」『华中师范大学学报 (人文社会科学版)』第 43 卷 3 号 (2004 年)
64. 左媛媛=陈普=郑进「云南怒江傈僳族宗教信仰对其传统医药的影响」『医学与哲学』第 468 号 (2013 年)

III. 英文文献

1. A. Chapman, "Approaching Intellectual Property as a Human Right: Obligations Related to Article 15(1) (c) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights," *Journal of Legal Studies*, Vol. 18 (1989)
2. B. Bachner, *Intellectual Property Rights and China: the Modernization of Traditional Knowledge*, Eleven International Publishing, 2009
3. Darrell A. Posey and Graham Dutfield, *Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous and Local Communities*, International Development Research Centre, 1996
4. Ellen't Hoen, "TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way From Seattle to Doha," *Chicago Journal of International Law*, Vol. 3, No. 1 (2002)
5. Jessica Litman, "The Public Domain", *Emory Law Journal*, Vol. 39 (1990) pp. 965

–1023.

6. Nathan Frad, "Patents, Access to Medicines, and The Role of Non-governmental Organizations," *Journal of Generic Medicine*, Vol.1, No.2(2004)
7. Nino Pires de Carvalho, "From the shaman's Hut to the Patent Office: A Road Under Construction, Biodiversity and the Law," in Charles McManis (ed.), *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Routledge, 2007.
8. Pamela Samuelson, "Enriching Discourse on Public Domains" *Duke Law Journal*, Vol. 55 (2006) pp.783–834.
9. Peter Drahos and John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy*, Earthscan Publications Ltd, 2002
10. Rebecca Tsosie, "Reclaiming Native Story: An Essay on Cultural Appropriation and Cultural Rights," *Arizona State Law Journal*, Vol. 34(2002)
11. S. Carrizosa, S. B. Brush, B. D. Wright, and P. E. McGuire (eds.), *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementing the Convention on Biological Diversity*, IUCN, 2004
12. S. v. Lewinski (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, 2nd Edition, Kluwer Law International, 2008
13. UNAIDS, 2004 Report on the Global AIDS Epidemic, 4th Global Report
14. UNAIDS, Report on the Global HIV/AIDS Epidemic, UNAIDS (2000)
15. WHO, The World Health Report 1996, Fighting Disease, Fostering Development (1996).
16. WHO, The World Health Report 2001, WHO (2000)
17. William Alford, *To Steal a Book Is an Elegant Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*, Stanford University Press, 1995

IV. 資料

1. COP2 Decision II/11
2. COP4 Decision IV/8
3. COP5 Decision V/26
4. PCT/MIA/11/5
5. U. N. A/CONF. 199/20
6. U. N. Doc. A/HRC/23/7 (2013)
7. UENP/CBD/COP/3/38
8. UNEP/CBD/COP/4/23
9. UNEP/CBD/COP/5/23
10. UNEP/CBD/COP/5/8
11. UNEP/CBD/COP/6/6
12. UNEP/CBD/COP/7/5
13. UNEP/CBD/COP/7/6
14. UNEP/CBD/COP/7/21
15. UNEP/CBD/COP/9/6

16. UNEP/CBD/COP/10/27
17. UNEP/CBD/COP/DEC/IX/12
18. UNEP/CBD/COP/DEC/X/1
19. UNEP/CBD/COP/DEC/VIII/4
20. UNEP/CBD/WG-ABS/1/INF/3
21. UNEP/CBD/WG-ABS/2/INF/1
22. UNEP/CBD/WG-ABS/3/7
23. UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/1
24. UNEP/CBD/WG-ABS/7/8
25. UNEP/CBD/WG-ABS/7/INF/1
26. UNEP/CBD/WG-ABS/8/8
27. UNEP/CBD/WG-ABS/9/2
28. WHA. 56. 31. (2003)
29. WIPO/GRTKF/IC/10/5.
30. WIPO/GRTKF/IC/3/9
31. WIPO/GRTKF/IC/11/5
32. WIPO/GRTKF/IC/7/6
33. WIPO/GRTKF/IC/23/4
34. WIPO/GRTKF/IC/20/9
35. WIPO/GRTKF/IC/20/10
36. WIPO/GRTKF/IC/20/INF/11
37. WIPO/GRTKF/IC/22/6Prov2
38. WIPO/GRTKF/IC/4/8
39. WIPO/GRTKF/IC/5/12
40. WO/GA/26/10
41. WO/GA/38/20
42. WO/GA/40/7

V. ウェブサイト

1. <http://finance.sina.com.cn/chanjing/cyxw/20151008/064023415512.shtml>
2. <http://j.people.com.cn/94476/7743649.html> (最終閲覧日 2018 年 12 月 9 日)
3. <http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wstkbd-01/official/wstkbd-01-02-en.pdf>.
4. http://www.environment.gov.za//PolLeg/Legislation/2008May29/Bio_Prospecting_Regulation08%20February2008.pdf.
5. <http://www.etcgroup.org/en/issues/>
6. <http://www.fx120.net/ZYBK/ZY-JQJD/200501280830496025.htm>
7. http://www.gfmer.ch/TMCAM/PGC/_TMCAM_2004.htm
8. <http://www.jetro.go.jp/jfile/report/05001285/05001285-001-BUP-0.pdf>.
9. <http://www.mabs.jp/countries/others/pdf/341e.pdf>.
10. <http://www.mabs.jp/countries/others/pdf/231j.pdf>.
11. <http://www.mabs.jp/countries/others/pdf/341j.pdf>.
12. http://www.mabs.jp/countries/thai/thai_sokushinhou.pdf.
13. <http://www.mabs.jp/kunibetsu/others.html>

14. <http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000003621.pdf>.
15. http://www.un.org/esa/soc dev/unfii/documents/mcs_xxi_xxii_e.pdf/
16. <http://www.who.int/intellectualproperty/documents/thereport/ENPublicHealthReport.pdf>.
17. <http://www.who.int/publications/list/who edm trm 2001 1/en/>
18. http://www.who.int/topics/traditional_medicine/definitions/en/
19. http://www.wipo.int/exprot/sites/www/tk/en/laws/pera_law.pdf
20. http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=128091