

西南学院大学大学院博士学位申請論文
論文要旨

テーマ 医薬伝統的知識の国際的保護
所属 大学院法学研究科
指導教授 古賀 衛
学籍番号 16DA001
姓名 何 勘

目 次

1. 問題意識	1
2. 論点	1
3. 論文の構成及び各章の概要	3
第 I 章 問題の所在	3
第 II 章 医薬伝統的知識	4
第 III 章 医薬伝統的知識の保護の正当化根拠	5
第 IV 章 医薬伝統的知識の保護におけるバランス	6
第 V 章 医薬伝統的知識の国際的保護	8
結論と残された課題	9

1. 問題意識

本論文においては、国家間における医薬伝統的知識の保護が問題として扱われる。

医薬伝統的知識の保護という課題は医薬伝統的知識の不当利用から生じた。ここでいう不当利用は、一部の国（主に、歴史上ある医薬伝統的知識を創り、伝承してきた国、即ち知識の提供国）によって問題視された。更に詳しく説明すれば、上記の提供国又はその国民以外の者、例えば外国の製薬会社が、知識の提供国又はその国民の同意を得ないまま、当該知識を利用し、新薬開発を行い、その結果に関する特許権を獲得し、薬品の利用販売によって多くの利益を得るが、当該利益を提供国とその国民に対して何ら配分していないことが、提供国によって問題視されてきた。特に1992年に生物多様性条約（CBD）が締結された以来、この問題意識は上記の提供国（特に途上国）において広がってきた。

もし不当利用と認められるならば、不当利用行為を是正する措置が必要になる。そのような是正措置の一つとして、知識の提供国の法による不当利用の規制がある。インド、タイ、中国等、知識提供国と自称する国々はそのような国内法整備を行っている。その規制内容は、基本的には知的財産権法による保護と特別な制度による保護という二種類の保護に分けられる。ここでいう特別な制度による保護は、利用に関する事前情報伝達、同意を得た後の利用、及び/又は利益配分等、知識に対する所有権に類似する権利によって構成されていると思われる。

しかし、上記の不当利用行為は、殆ど国境を越えて行われる。国内法整備が徐々に整ってきても、その効力は基本的には自国の管轄権の及ぶ領域内にしか及ばない。そこでそのような法的限界を克服するため、知識の提供国は医薬伝統的知識と緊密な関係を有する遺伝資源（薬用動植物）の保護について国内法の域外適用を試みてきた。CBDの枠内では、遺伝資源というこれまでは所有権の対象にならなかったものに対して、所有権に類似し、つまり、資源を占有、自らの自由に使用する権利、第三者の利用に対する許可の権利、利益配分を請求する権利等で構成される新たな権利が設けられ、その権利の設定と保護に関する国内法の域外効力について、国際システムが設立された。ところで、CBDの交渉の場では、医薬伝統的知識を含む伝統的知識についてもそのような国際システムの枠内で扱うということについて意見の対立が生じた。

ここで、筆者は以下のような問題意識を持っている。即ち権利の内容から見ると、所謂医薬伝統的知識に対する特別な保護は、知識に対する所有関係とこの関係に関する権利を示す知的財産権に類似している。或いは、知的財産権によってカバーされない医薬伝統的知識に対して、知的財産権のような権利と保護を与えるものだともいえるかもしれない。また、医薬伝統的知識には、地域性特徴がある。その地域性は、各地の人々が現地の自然環境、動植物資源に応じて、それぞれの医療に関する経験を蓄積することに関係している。例え伝来されてきた医薬伝統的知識であっても、受容地の医者への努力や労働がなければ、当該受容地の患者に効果はないかもしれない。受容地にとっては、知識の受容、検証、再編と現地化の過程は、地元民の文化にもなりえる。例え当該知識に対する所有権を設け、知識の提供国又はその国民に排他的権利を付与しても、受容地の地元民の文化的伝承を切断することは適当ではないと思われる。

以上の問題意識に基づいて、医薬伝統的知識に対する法的所有及びこの所有に関する権利の国際的保護に関する問題が本論文では扱われることになる。

2. 論点

本論文の扱った主な論点は以下の二点である。

第一に、医薬伝統的知識の保護には様々な方法があり、その中で最も争点になるのは、医薬伝統的知識の一部の保有者(通常は当該医薬伝統的知識を世代を超えて伝承してきた者、又はその媒介物(特に書籍)を世代を超えて保存し、伝承してきた者)に排他的権利(知的財産権、又は類似する所謂特別な制度による権利)を付与し、彼らの当該権利を保護するかどうかである。この点に関して、本稿は以下のような考えを述べている。

知的財産権のような知識という物理的境界がない無体物に対して擬制される排他的権利の誕生は、利益交換の結果である。つまり、公衆が多くの知的労働の成果を利用できるようにするためには、知的労働の成果の公開(披露)を刺激する制度が必要である。同時に、知的労働者の貢献や披露後の可能な損失の引き換えとして、公開された成果に対して、知的労働者が排他的に利用し、収益を得るため、排他的権利が設けられる。また、生産上の効率のため、全ての知的労働者に権利を付与するわけではなく、多くの労働者から付与すべき権利を剥奪し、少数者に集中させる。その代わりに、当該権利の剥奪と集中という行為は様々な制限を受けている。それは知的財産権法においては時間的制限(保護期限)や空間的制限(知的財産権法の属地性)等で表現されている。所謂現代的知識に関する権利者は、知的財産権法によって保護されると同時に、彼らの権利と利益は知的財産権法の時間的制限及び空間的制限等にも制限されている。

医薬伝統的知識と知的財産権法の対象になる現代的知識との区別は、知識が生じる環境にある。知識としての性質、即ち物理的境界がなく、披露後のコントロール可能性がないという特徴は医薬伝統的知識においても現代的知識においても同様である。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、また今までも中断せずに従事しているかによって決まる。即ち、国際法の視点から見ると、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自己利用する権利も認められると思われる。そのため、医薬伝統的知識に対する排他的権利は、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。知的財産権の場合、時間的制限は知的労働者(権利者)と公衆及びその他の知的労働者との利益の交換の結果であり、空間的制限は複数の権利者を保障し、まさに知的労働者間の利益のバランスをとる措置である。医薬伝統的知識の場合も同様である。特に、医薬伝統的知識の排他的権利について、時間的制限を加えるのが不適切である場合もあるので、無期限の排他的権利は医薬伝統的知識の保護においてはあり得る。そのため、空間的制限はより重要な位置におかれると思われる。

医薬伝統的知識の併存、即ち、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る事実であり、利用に関する紛争が発生する現実的な温床でもある。複数の国において存在する理由としては、以下のようなことがあると考えられている。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域を訪ね、知識にアクセスし、元の所在地域から持ち出した(それはある意味では、元々秘密になる知識を許可なしに披露し、知識に対する独占を消失させる行為である)。3)所謂「合理的」理由。筆者は、医薬伝統的知識の保護にはパブリックドメインという概念が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、パブリックドメインに入るか否かとは関係なく、伝統的知識が複数の国において存在する 2)、3)の理由を整理する。いずれの理由によっても、医薬伝統的知識に対して、その伝承活動を実施する者が当該知識に関する知的労働者として認められるべきだと筆者は主張する。その場合、医薬伝統的知識保護法の属地性には、新たな理由があると思われる。

第二に、名古屋議定書は国内法の域外適用に関する実行可能な法制度のモデルになるであろうが、主に有体物（遺伝資源）の保護を核心目的にするものであるため、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しつつも、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。因みに、名古屋議定書から得られるヒントが二つある。一つ目は国内法の域外適用システムであり、二つ目は情報交換システムである。本稿は新たな保護システムとして、一部の医薬伝統的知識をリスト化し、特別な保護を統一的に与える、という補足的な制度を提案している。

3. 論文の構成及び各章の概要

第 I 章（問題の所在）

本章は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、第 1 節においては、医薬伝統的知識の保護の「原点」となる基本問題が述べられる。いずれの基本問題においても、遺伝資源（基本問題 1 の場合）又は医薬伝統的知識（基本問題 2-4 の場合）の利用者が研究開発の成果に対して特許出願をし、特許権等知的財産権法上の排他的権利を得ることによって、排他的利益を獲得することのみならず、資源又は知識の由来国自身の当該知識に対する伝統的又は現代的使用・利用に制限を加えるおそれもある。同時に、巨大の利益を獲得しても、資源又は知識の由来たる国やその国民に対して利益を配分しないことから生じる不公平は問題視される。

次に第 2 節において、先行研究 I、即ち医薬伝統的知識の国内保護について紹介されている。医薬伝統的知識が含まれる伝統的知識の保護は、最初はバイオパイラシー（生物の海賊）という他国の遺伝資源に対する無許可かつ無償の利用又はその利用成果を特許のような排他的権利によって独占する行為に対する批判から始まった。医薬伝統的知識とは何か、医薬伝統的知識の保護とは何か、なぜ医薬伝統的知識を保護するのかという三つ問題に対応する形で、医薬伝統的知識の国内法保護制度が多くの国によって採用されている。

第 2 節で述べる先行研究 I の結果から分かるのは、医薬伝統的知識の保護（広義の保護）は既に各国によって認識されているということである。国内法を設け、知的財産権法、又は特別な法制度を用いて（医薬）伝統的知識に保護を加える国家が増加している。ここでは、新たな問題が出てくる。それは、第 3 節の四つの変形事例で述べたように、資源又は知識の由来国 A 国又は知識利用の「被害国」（即ち知識の利用によってマイナスの影響を受ける国）たる A 国が自国又は A 族に当該知識に対する排他的権利を付与し、厳格な国内法制度を構築する結果、自国内における当該医薬伝統的知識に対するアクセス、利用、利用結果の知的財産権取得又は利用による収益が制限され、また自国領域外の上記の行為に対しては制限を加えることができないということである。このような状況から、医薬伝統的知識の国際的保護の問題の一部が未だ解決されていないということが分かった。

第 4 節は医薬伝統的知識の国際的保護に関する先行研究を論じる。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に制限を加え、又は処罰を科すことができるかが問題になる。それに関して、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である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である。2)一定の国際的適用手続きに従って、一国の国内法が域外効力を有し、又は域外で自国と同様又は類似の法的効果を生じさせるというパターンである。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、国際法の役割には三種類がある。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)統一的国際ルール。

第 II 章（医薬伝統的知識）

本章においては、医薬伝統的知識の定義、内容及び特徴について論じる。本章は医薬伝統的知識の保護に関する三つの基本問題の第一問題、即ち医薬伝統的知識とは何かについて議論する。

まず、医薬伝統的知識の定義については、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。

第 2 節において、医薬伝統的知識の一般的特徴と法的特徴がそれぞれ論じられる。まず、医薬伝統的知識の一般的特徴には、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が充実してきたので、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であり、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はいえない。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。その視点から、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させ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や社会環境によって、細かい差異がある。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、仮に同様な又は類似の自然や社会環境があれば、お互い独立で同様な又は類似の医薬伝統的知識を創り出す可能性もある。

次に、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密性の特徴がある。

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。そのため、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授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密性ということは、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されているが、グループ以外の者又は伝承地域外には公開されず、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ゆえ、知的財産権法の視点から見ると、医薬伝統的知識は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、独占権を授与する」可能性がまだ残っている。

第3節において、医薬伝統的知識に対する知的財産権保護が述べられる。医薬伝統的知識に対して主に機能している知的財産権保護は特許、営業秘密、又は地理的標識による保護である。しかし、特許の場合、前述したように、主体又は保護の対象の適格について、医薬伝統的知識と知的財産権法制度の適合性は僅かかもしれない。営業秘密又は地理的標識による保護の場合においても、医薬伝統的知識を完全にカバーするのは不可能であるので、別の保護方法が必要か、という問題がまだ存在している。

第 III 章（医薬伝統的知識の保護の正当化根拠）

本章においては、基本問題の中の第三問題、即ちなぜ医薬伝統的知識を保護するかという基本問題を論じる。第二問題のうち保護方法については既に先行研究によって解明されたと思われるが、それぞれの保護方法を採用する理由は第三問題になる。

医薬伝統的知識の保護の理由（保護の正当化根拠）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権利の付与に関する理由、という二点に分けられる。

まず第一の理由、即ち生存権又は健康に関する権利を保障するための理由について、現代医学が多く途上国の国民、又は貧しい人々をカバーできない点や特許による薬価の高騰という点等が挙げられ、彼らの生命と健康を保護するためには、安価な医薬体系が必要であると思われる。ドーハ宣言に基づく薬品製造に関する強制的実施権などがあっても、未だ足りないと思われるので、遥か昔から途上国の国民や先住民たちに利用されてきた伝統医薬や医薬伝統的知識の存続や発展、及び彼らがそれを自由に利用できることは極めて重要だと思われる。そのため、伝統医薬や医薬伝統的知識の保護には、このような基本的な人権と繋がる理由がある。

次に第二の理由、即ち歴史に対する清算という理由について、歴史上、先進国は、途上国に対して侵略、植民、略奪を繰り返し、途上国の今のような貧困な状況の元凶になっている。更に、略奪は今の時点でも、不公平な国際経済制度に基づいて行われている。その歴史的な又は現実的な不正義を是正するため、先進国には、途上国を発展させる義務がある。具体的な実現方法として、幾つかの途上国しか有しない権利を設け、その権利の行使から生じる利益は途上国に帰属させるという必要がある。医薬伝統的知識に対する途上国が有する排他的権利はまさにこのようなものである。

また、文化的多様性の保護という理由もある。

次に第三の理由、即ち先住民保護の理由について、基本的な考えは第二の理由に関係するが、先住民の権利に関する国連宣言等によって確認されている。

最後の第四の理由について、知識に対する所有関係を構築するのは対価を支払う過程にある。この対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、労働はもっと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医薬活動から生じる経験の累積と整理の成果であり、そのような経験の累積と整理活動は、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、その関係の排他性についてはまだ証明できていない。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、知識を隠蔽し、他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は異なる。即ち、知的財産権の場合、知識に対する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授与する。その代わりに、排他的権利には時間的制限と空間的制限等が加えられる。知識を隠蔽しなくても、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的境界を設けることによって、知識に対する独占を抑制し、権利・利益のバランスを図る。

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、薬剤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よって決まる。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授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、即ちほぼ同様な知的労働を行う者に類似する者である。

結論として、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には、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と思われるが、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。医薬伝統的知識という知識に対して排他的権利を擬制するのは、利益交換の結果であることが分かる。

第 IV 章（医薬伝統的知識の保護におけるバランス）

本章においては、医薬伝統的知識の併存の原因を整理する。第 III 章の結論として、医薬伝統的知識に対して排他的権利を設定する場合、当該排他的権利に対して時間的制限と空間的制限等を加える必要があると論じた。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。

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られると思われる。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。

もっと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、創出活動に参加する時間的順序には差がある。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。受容国の実践者や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のは合理的ではないと認められることは当然であろう。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上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や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、二国間の協力でバラン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に対する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、と筆者は考えている。

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ているので、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授与する場合、同様な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な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空間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、同様な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いえる。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授与される当該知識の排他的権利は、知識において設けられる排他的権利に対する空間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。

第V章 (医薬伝統的知識の国際的保護)

本章においては、法適用の手続きとしての国際法に関する議論が展開されている。法適用の手続き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きシステムを分析し、このシステムが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論じる。

統一的な国際ルールは医薬伝統的知識の利用に関して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にとどまる。本論文が着目するのは 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、利用に関する国内法を整備し、及び違反に対して国内法によって対処する措置を整備することを義務付けている。遺伝資源が複数の国に所在するので、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、第三者機関の下で、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、もっと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当該普及の推進を行いながら、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越境的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載し、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きを参照して実施することが考えられる。

本章の最後では、筆者は中国における医薬伝統的知識の国際的保護を論じる。中国では、1980年代から、医薬伝統的知識の保護が問題と視されてきた。2018年現在、中国は中薬法をはじめ、中薬管理、遺伝資源管理、無形文化遺産等の複数の分野において、法、政令、省令等様々な規範で医薬伝統的知識に保護を与える。国際的平面では、中国と日本、韓国等との医薬伝統的知識の利益の衝突又は潜在的紛争は存在している。第IV章でも述べたが、中国は長い歴史の間に、医薬伝統的知識の提供国になり、同時に利用国にもなる。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幾つかの成果が挙げられたが、法律レベルの規範、又は具体的行為に対する規制の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には、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。

結論と残された課題

本論文の結論は前述した「2. 論点」の中で述べている。また、本論文では、以下のような三つの課題が残っている。

第一に、第 IV 章で述べた四つの理由の第二の理由、即ち媒体物の移動による医薬伝統的知識の併存の場合、各当事国における媒体物の世代を超える保存者（保有者）と媒体物に記載されている知識との所有関係が成立するか否か、又は権利・利益の配分についてはまだ議論する余地がある。

第二に、本論文は第 I 章で述べた基本問題 4 及び変形問題 4 の解決については、論じていない。即ち、第三者との利用契約を締結する場合の権利問題が残されている。特に併存に関する第一の理由のように、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）の第三者との契約締結に対して影響が加えられるか、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、残された課題とする。

第三に、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が、知的財産権法の属地性、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、どのような衡平をとるのかについては、研究する余地が大きいと思われる、残された課題とする。