

国内措置のあり方に関する論点に係る
IUCN の名古屋議定書解説手引きによる解釈（抜粋参考訳）

出典：IUCN(2012), *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No.83.

下記から全文をダウンロードできます。

https://cmsdata.iucn.org/downloads/an_explanatory_guide_to_the_nagoya_protocol.pdf

論点(1) 遵守(15条1及び16条1)に関する国内措置

● 15条1「適当で (appropriate)」の解釈(p.161)

「適当 (appropriate)」な措置を講じる義務は、他の国際条約において相当の注意義務だと理解されているということに留意すべきだ(Mckenzie et al., 2003, p. 117)。名古屋議定書の場合、各締約国は管轄内において利用される遺伝資源がPIC(提供国においてPICが要求されている場合)に基づきアクセスされ、MATが設定されていることとなるよう必要な立法上、行政上、又は政策上の措置をとることが要求される。同時に、措置はそれを実施する国の法的、政治的、社会的、経済的な状況に適合している必要がある。締約国は制度が複雑で官僚的になりすぎないように考慮すべきということの意味する。

Nonetheless, it is important to note that the obligation to take “appropriate” measures has been understood in another international treaty context to imply a duty of due diligence (Mckenzie et al., 2003, p. 117). In the case of the Nagoya Protocol, it requires each Party to take the necessary legal, administrative, or policy measures to provide that genetic resources used within its jurisdiction have been accessed in accordance with PIC (in case PIC is required by the providing country) and that MAT have been established. At the same time, measures should also fit with the legal, political, social, and economic situation of the country in which they are implemented. This means that a Party should consider avoiding setting up complicated systems that could end up being too bureaucratic.

● 15条1「効果的な (effective)」の解釈(p.161)

「効果的な (effective)」という言葉に関しては、通常の意味で捉えられる、つまり、望んだ効果を得るということだ。意図された効果を達成する可能性のある措置を意味し、遺伝資源へのアクセス前に提供側のPICおよびMATの規定をよく注意することである。「効果的な (effective)」はまた、措置が遵守されなかった場合における制裁の可能性につながると考えられる。同様に、この文言は措置がある一定の抑止力を有する必要があると暗示している。

As to the term “effective”, it can be taken in its usual sense – that is to say, something having the desired effect. In this context, that would mean measures that have the potential to be successful in achieving what is intended: that before accessing genetic resources the user will observe the provisions on PIC and MAT of a provider. “Effective” can also be understood as linked to possible sanctions if the measures are not complied with. In the same manner, the term implies that the measures need to have a certain level of deterrence.

● 15 条 1 「均衡のとれた (proportionate)」の解釈 (p.161)

「均衡のとれた (proportionate)」という概念は名古屋議定書において、ここで初出する。上記の修飾語句同様、何をもって均衡のとれた措置とするかは、各締約国に委ねられている。通常の意味をもってみると、十分かつ不必要に負担の大きい措置を交渉者が目指していたに相違ない。すなわち、達成する必要があることの性質と程度に調和するということである。ここでは、議定書は締約国に最大限の柔軟性を与えていることに留意した上で、措置の均衡がとれているかどうかは個別的に判断する他にない。

The concept of “proportionate” appears here for the first time in the Nagoya Protocol. As with the qualifiers just discussed, it is up to each Party individually to determine what constitutes a proportionate measure. From the standard meaning of the word it is clear that negotiators were aiming at a measure that would be sufficient and would not be unnecessarily burdensome – that is, which corresponds in nature and degree with what needs to be achieved. In this case, keeping in mind that the Protocol gives maximum flexibility to the Parties, determination of whether the measure is proportionate or not can only be made on a case-by-case basis.

Box21: 比例原則

比例原則は元来 19 世紀後半のドイツ法制度において、警察行為を監視する (review) ために発展した。そこには、いかなる行政層も目的を達成するに必要とされる以上の行動をとるべきではないと記されている。また、犯罪者に科す刑罰が罪に適合すべきという刑法の趣旨とも通じるものがある。国際人道法においても、武力攻撃の目的と手段に関連しており、どちらかが正当性に欠けるとその攻撃は均衡がとれていないとされる。EU 立法でも、欧州の諸機関の権限の及ぶ範囲を管理・設定するために取り入れられている。欧州連合を設立した条約の第 5 条では、比例原則の下、欧州連合としての活動の内容と形式は条約の目的を達成するに必要とされる以上であるべきではないと制限している。比例原則を適用する条件として以下のものがある。

- ・措置に妥当な目的があること
- ・措置は目的を達するに適切なものであるべきである
- ・措置は、目的を達成するに必要なものであるべきであり、より負担のかからない方法が他にないこと
- ・措置は、主体間の利益の競合を考慮し、合理的でなくてはならない

Box 21: Principle of Proportionality

The principle of proportionality was initially developed in the German legal system in the late nineteenth century to review actions by the police. It states that no layer of government should take any action that exceeds what is necessary to achieve the objective sought. The principle is also invoked in criminal law, where it conveys the idea that the punishment of an offender should fit the crime. In international humanitarian law it relates the means and ends of an armed attack, so that if either is illegitimate in the context of international humanitarian law, the attack will not be proportionate. It is also incorporated in European Union legislation, and it aims to control and set boundaries to the exercise of power by the European institutions. Article 5 of the Treaty establishing the European Union regulates that under the principle of proportionality, the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties. Some criteria for applying the principle of proportionality have been developed as follows:

- There must be a legitimate aim for a measure.
- The measure should be suitable to achieve the aim.
- The measure must be necessary to achieve the aim, and there should be no less-onerous way of doing it.
- The measure must be reasonable, considering the competing interests of the actors.

- 含みうる措置について (p.291-292)

- ・ 提供国の ABS 法に違反している遺伝資源又は遺伝資源に関連する伝統的知識の利用の禁止
- ・ 遺伝資源又は遺伝資源に関連する伝統的知識の利用者に対するデューデリジェンスの実施義務

- ・ 第三者認証制度

- ・ ABS に係るステークホルダーと踏むべき手順を説明したセクター毎の行動規範及びガイドライン並びに全セクター共通のガイドラインの整備

- ・ 素材の提供国又は原産国に関する情報保持の義務を含む、遺伝資源の貸出、交換及び / 又は利用における透明性の高い追跡システムの構築

- ・ 第三国の ABS 法違反に対する均衡のとれた制裁及び罰則

- ・ 提供国の ABS 法に違反した場合の協力

- prohibition of the utilization of genetic resources or traditional knowledge associated with such resources in violation of provider countries' ABS legislation;
- establishment of due diligence obligations for users of genetic resources or traditional knowledge associated with these resources;
- institution of third-party certification;
- development of sector-specific codes of conducts and guidelines, as well as cross-sector guidelines explaining the steps and stakeholders involved in ABS;
- creation of transparent systems for tracking the loan, exchange, and/or utilization of genetic resources, including an obligation to have information on the provider country or country of origin accompany the material when it is used;
- proportionate sanctions and penalties for breaches of third countries' ABS legislation;
- and co-operation in cases of breaches of provider countries' ABS legislation.

論点(2) 遵守に関する国内措置の適用の範囲

- 適用の時期について(p.72～73)

第3条において名古屋議定書の時間的範囲を含めるといふ交渉は決裂し、議定書案での提案は放棄された。したがって名古屋議定書に時間的範囲についての明確な条項は含まれていない。

代わりに、条約法に関するウィーン条約の遡及に関する一般規定が適用される。同条約第28条では、国々が条約に遡及効を与える選択をしない限り、遡及的に適用されないとされている。さらに、条約が当事国について効力を生ずる以前に行なわれた行為、生じた事実、または消滅した事態に関し適用することができない。すなわち、ABSの義務はCBDが効力発生して初めて存在するものであり、CBD発効前に発生した遺伝資源へのアクセスはCBDの時間的範囲から外れている。また、CBD発効前に発生した状況に名古屋議定書を適用することは、遡及に係る原則に反するものである。

しかし、これは適用時期の問題を完全に解消したことにはならない。CBDの効力発生後だが、名古屋議定書の効力発生前に取得された遺伝資源及び遺伝資源に関連する伝統的な知識は、議定書が効力を発生したのち、適用範囲に入るかどうか、未解決の問題として残っている。一方では、議定書以前のアクセスは条約の効力発生以前に生じた事実や消滅した事態とみなされる。しかし他方では、1993年に発効したCBDの第15条の適用範囲である遺伝資源と利用から生ずる利益に第3条は適用される。そのときから、CBD第15条(5)は遺伝資源の利用のためにアクセスするためにPICを要求し(締約国が要求しないと決定した場合を除く)、15条(7)は研究開発の成果、商業的利用その他の利用から生ずる利益の配分について述べている。

利益配分に関して名古屋議定書5条(1)は議定書の締約国に対し、遺伝資源の利用、その後の応用及び商業化から生ずる利益を、合法的に遺伝資源を提供している締約国と公正かつ衡平に配分するよう規定している。これは、遺伝資源/伝統的知識がCBD効力発生後に取得されたにも関わらず、議定書の効力発生後に利用した遺伝資源及び遺伝資源に関連する伝統的知識の新規の利用と継続された利用から生ずる利益の配分を含意する。これは、新しい事実から義務が発生しており、消滅していない事実、行為、または事態には条約義務が適用されるという遡及に関する解釈の通則により、名古屋議定書の遡及適用とはならない。

すなわち、議定書が締約国において効力が生じた後に取得された遺伝資源及び遺伝資源に関連する伝統的知識に名古屋議定書は適用される。CBD以前に取得された遺伝資源及び遺伝資源に関連する伝統的な知識には議定書は適用されない。議定書発効前だがCBD発効後にアクセスされた遺伝資源及び遺伝資源に関連する伝統的知識から生じる利益も、新規の利用と継続した利用の場合、締約国により規制される可能性がある。

Negotiations over including the temporal scope of the Nagoya Protocol in Article 3 did not succeed, and the proposed text in the draft Protocol was abandoned. Thus, the Nagoya Protocol contains no explicit provision dealing with its temporal scope.

Instead, the default provision on retroactivity of the Vienna Convention on the Law of Treaties applies. According to Article 28 of that convention, a treaty shall not be

applied retroactively unless countries choose to give a treaty such effect. Additionally, a treaty cannot apply to any act or fact that took place or any situation that ceased to exist before entry into force of the treaty for that party. This means that access to genetic resources before the entry into force of the CBD is outside the temporal scope of the CBD because ABS obligations only came into existence once the CBD entered into force. Also, to suggest that the Nagoya Protocol applies to situations before the CBD entered into force would be against the principle of retroactivity.

However, this does not imply that temporal issues have been entirely resolved. One open question is whether genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources acquired after the entry into force of the CBD but before the entry into force of the Nagoya Protocol are in the scope of the Protocol once it enters into force. On the one hand, pre-Protocol access could be considered a fact that took place or a situation that ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party. On the other hand, Article 3 applies to genetic resources within the scope of Article 15 of the CBD, which came into force in 1993, and to the benefits arising from their utilization. Since then, Article 15(5) of the CBD requires PIC for access to genetic resources for their utilization (unless a Party determines otherwise), and Article 15(7) speaks to benefit-sharing on results of research and development and benefits arising from the commercial and other utilization of genetic resources.

Article 5(1) of the Nagoya Protocol on benefit-sharing provides for Parties to the Protocol to share in a fair and equitable way benefits arising from the utilization of genetic resources, as well as subsequent applications and commercialization with the Party legally providing the genetic resource. This entails sharing benefits arising from new and continuing uses of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources when the use took place after the entry into force of the Protocol, despite cases where the resources/knowledge were acquired after the entry into force of the CBD. This is not retroactive application of the Nagoya Protocol since the obligation results from new facts, and the general rule of interpretation on retroactivity states that treaty obligations apply to any fact, act, or situation that has not ceased to exist.

Thus, in sum, the Nagoya Protocol applies to genetic resources and traditional knowledge associated with such resources acquired after entry into force of the Protocol for a Party. The Protocol does not apply to pre-CBD acquisitions of genetic resources or traditional knowledge associated with such resources. Benefits from genetic resources and traditional knowledge associated with such resources accessed before the entry into force of the Protocol but after the entry into force of the CBD may also be regulated by Parties in the case of new and continuing uses.

- 適用の対象について (p.71)

Box 11: 名古屋議定書の適用範囲外の資源について

下記は CBD 第 15 条のアクセス条項において範囲外とし、名古屋議定書第 2 条の定義に当てはまらないため、議定書に基づく ABS 条項の適用範囲とならない。

- ・バルク商品(コモディティ)として利用される遺伝資源(典型的な生物資源の利用)
- ・CBD 効力発生前に取得された遺伝資源
- ・国家管轄権の及ばない範囲において取得された遺伝資源(例として、公海、深海底、南極条約地域など)
- ・締約国が PIC を要求しないと決めた遺伝資源(CBD15 条(5))
- ・ヒトの遺伝資源

・遺伝資源とは切り離してアクセスされた派生物

Box 11: Resources Outside the Scope of the Nagoya Protocol

The following are not covered by the access provisions of Article 15 of the CBD and do not fall within the definitions found in Article 2 of the Nagoya Protocol and therefore do not trigger ABS provisions under the Protocol:

- ・ genetic resources used as bulk commodities (typical uses of biological resources);
- ・ genetic resources acquired before the entry into force of the CBD;
- ・ genetic resources acquired from areas beyond the limits of national jurisdiction (e.g., high seas, deep seabed, Antarctic Treaty Area);
- ・ genetic resources that a Party determines do not require PIC (Article 15(5) of the CBD);
- ・ human genetic resources; and
- ・ derivatives accessed independently of genetic resources.

● 非商業的利用への配慮について (P119-120)

商業的研究と非商業的研究について

第8条(a)を理解するに当たって、商業的研究と非商業的研究の区別も課題となる。この区別は次の理由から困難であるとされる。

- ・ 民間セクターや研究施設(大学等)はどちらも非商業的研究はもとより商業的研究に携わることがある。
- ・ 非商業的研究、商業的研究両方において、類似した研究方法やプロセスが一般的に用いられる。
- ・ どちらの研究も通常同じ生物素材や遺伝資源へのアクセスを要する。
- ・ どちらの研究も生物多様性の保全と持続可能な利用に有益である。

商業的研究との関連性についての懸念を受けて、非商業的研究セクター(博物館、基金機関、植物園、植物標本室、大学、遺伝子バンク、保全団体を含む)が2008年にボンでの「非商業的研究におけるアクセスと利益配分」ワークショップに会した。下記を含む、商業的研究と非商業的研究を区別する具体的な指標が参加者によりまとめられた。

商業的研究は、

- ・ 通常、少なくともある程度、現実のまたは潜在的な商業的価値を有する成果と利益が産出されるよう計画されている。
- ・ パブリックドメインに供するよりもむしろ私有し、様々な形で制限を付す利益を産出する。

非商業的研究は、

- ・ 通常、上記の特徴を有さない。
- ・ 多くの場合、成果をパブリックドメインに供することに前向きである。
- ・ しばしば公的または慈善の資金提供をうける。そして、
- ・ 商業的研究に関する一定の規制措置では適切ではなく、むしろ不必要な時間とコストを要する可

能性がある、という点で違う。

非商業的研究に特別な条件を与えることに関し、この研究またはその成果が容易に商業的目的へと転換される可能性があり、同時に締約国は ABS 法令または規制要件において取り扱うことが求められていることに留意しなければならない。これは「当該研究の目的の変更に対処する必要性を考慮しつつ」という論述に反映されている。すなわち、もし研究が(アクセスの際)当初非商業目的ではじまったとしても、利用者は、商業的目的が浮上した場合、事業の過程で(アクセス後) PIC と MAT について再交渉すべきである。

要約すると、名古屋議定書の第 8 条(a) は以下の 2 点に重点を置いている。

・非商業的目的で行なわれる純粋な科学的研究とその他の研究に対し、簡素なアクセス規則を提供する必要がある。

・アクセス時の MAT から逸脱したアクセス後の目的に対し、PIC と MAT の再交渉を通じて対応する必要がある。

Commercial vs. Non-commercial Research

Another challenge in understanding Article 8(a) is the distinction of commercial research from non-commercial research. This is difficult for the following reasons:

- Both the private sector and research institutions (e.g., universities) can be involved in commercial as well as non-commercial research.
- Similar research methods and processes are generally used in commercial as well as non-commercial research.
- Both types of research usually require access to the same biological materials and genetic resources.
- Both types of research can be beneficial for conservation and the sustainable use of biological diversity.

In response to concerns about links to commercial research, the non-commercial research sector (including museums, funding organizations, botanical gardens, herbaria, universities, genebanks, and conservation organizations) came together at a workshop in Bonn in 2008 on “Access and Benefit Sharing in Non-commercial Research”. The participants compiled tangible indicators to separate commercial from non-commercial research, including the following.

Commercial research:

- is normally designed to produce at least some results and benefits that will have real or potential commercial value; and
- creates benefits that are held privately rather than entered into the public domain and are restricted in different forms.

Non-commercial research:

- normally lacks all of the above characteristics;
- is mostly willing to put the results in the public domain;
- is often publicly or benevolently funded; and
- differs in that certain regulatory measures on commercial research might not be relevant but rather impose unnecessary time and cost imposts.

In creating special conditions for non-commercial research, however, it has to be taken into account that this research or its results can easily be turned to commercial ends, a situation that Parties are also required to concurrently address in their ABS legislation or regulatory requirements. This is reflected in the formulation “taking into account the need to address a change of intent for such research”. That is to say, if the research began with a non-commercial intent (at the time of access), the user should renegotiate PIC and mutually agreed terms (MAT) in case a commercial intent emerges during the project (post-access).

In summary, it can be concluded that Article 8(a) of the Nagoya Protocol is centred on two major points:

- the need to provide simplified access rules to pure scientific research and other research for non-commercial purposes; and
- the need to address the situation of a post-access intent that deviates from MAT at the time of access through renegotiation of PIC and MAT.

● ITPGR の扱いについて (p.81)

…当初の議定書案では ITPGRFA は議定書の範囲から除外すると明確に記されていたが、最終文書では削除されることとなった。しかし、第 4 条(4)は ITPGRFA の範囲内の食糧及び農業のための遺伝資源の配分を除外する働きをしている (Ruiz and Verwooy, 2012, p. 14)。

まず、専門的文書は CBD と名古屋議定書の目的と「適合」し (“consistent”)、かつこれに反してはならない。これは第 4 条の他のパラグラフより弱く、専門的文書が議定書に支持(助長)的であるというより、単に適合的であることが求められている。これは、ABS に関する専門的文書に CBD と議定書で見られる二国間アプローチとは異なる手法や実施メカニズムが含み得ることが認識されている。

二点目は、締約国と関係している。もし締約国が専門的文書の締約国ではない場合、名古屋議定書の条項は遺伝資源の取引全てに適用されることになる。CBD 締約国の中でも ITPGRFA 締約国でない国もあることから、ITPGRFA の文脈においても当てはまる。

さらに、専門的文書が名古屋議定書より優先されるのは、専門的文書の「目的のため」「カバーされている遺伝資源」のみだ。目的について、第 4 条(4)は専門的文書の目的のため利用される遺伝資源のみが除外されると明確に記している。例えば、ITPGRFA の場合、食糧及び農業のための利用であり、製薬やその他の利用ではない。言い換えると、もし ITPGRFA の Annex I に掲載されている作物が、化粧品や薬品など、関係ない目的で利用された場合、名古屋議定書が適用される。専門的文書でカバーされる遺伝資源について、第 4 条(4)は明確に記していない。例えば、全ての食糧及び農業のための遺伝資源が ITPGRFA の範囲内だが、多国間 ABS システムの範囲は、Annex I に掲載されている遺伝資源のみと大幅に狭い。すなわち論点となるのは、ITPGRFA にカバーされる資源は、Annex I の植物遺伝資源のみなのか、国際農業研究協議グループや類似機関によって包含している Annex I に含まれない植物遺伝資源も含むのかということである (ITPGRFA の第 15 条)。このパラグラフで論じた問題と適合的に解釈すれば、後者が妥当といえるかもしれない。

・・・ Early drafts of the Protocol explicitly excluded the ITPGRFA from the scope of the Protocol, but this did not make it into the final text. However, Article 4(4) works to exclude the sharing of genetic resources for food and agriculture covered by the ITPGRFA (Ruiz and Verwooy, 2012, p. 14).

First, the specialized instrument shall be “consistent” with and not run counter to the objectives of the CBD and the Nagoya Protocol. This is weaker than the other paragraphs of Article 4 in that it is only required that a specialized instrument be consistent with rather than supportive of the Protocol. This is recognition of the fact that a specialized instrument on ABS may include different approaches and implementing mechanisms that depart from the bilateral approach found in the CBD and the Protocol.

The second condition relates to membership. If a Party is not a Party to the specialized instrument, then the Nagoya Protocol’s provisions will apply to all transactions of genetic resources. This is, for example, relevant in the context of the ITPGRFA because some CBD Parties are not Parties to the ITPGRFA.

Furthermore, the priority given to specialized instruments over the Nagoya Protocol only applies to the “genetic resources covered by” and “for the purpose of” the specialized instrument (Buck and Hamilton, 2011, p. 58). Regarding the purpose, Article 4(4) makes clear that only uses of genetic resources for the purposes of the instrument are excluded from the Nagoya Protocol – for instance, uses for food and agriculture but not for pharmaceutical or other uses in the case of the ITPGRFA. In other words, if a crop listed in Annex I of the ITPGRFA was used for an unrelated purpose, such as a cosmetic or drug, the Nagoya Protocol would apply to such use (Buck and Hamilton, 2011, p. 58).

Regarding the genetic resources covered by the specialized instrument, Article 4(4) is not as clear. For example, the scope of the ITPGRFA is over all genetic resources for food and agriculture, but the scope of the Multilateral ABS System is much narrower: only the genetic resources included in Annex I. The question therefore arises as to which one can be considered the resources covered by the ITPGRFA: only Annex I plant genetic resources or also non-Annex I plant genetic resources included by the Consultative Group on International Agricultural Research and similar centres (Article 15 of the ITPGRFA)? An interpretation consistent with the subject matter dealt with in this paragraph may indicate that the latter is correct.

- 後続利用と MAT の関係について(p.162)

自国管轄内での利用について

名古屋議定書の第 15 条(1)の下では、遺伝資源が自国の管轄内で「利用される」際に措置をとるのが締約国の義務である。利用についての言及は、第 2 条の定義とともにこの条項に記されている。結果として、当条項の理解がパラグラフ 1 の適用に影響を及ぼすことになる。

議定書の第 2 条(c)において遺伝資源の利用は、イノベーションが開発から商業化に変わる時点も含むイノベーションチェーンにおける研究開発であるとされている(第 2 条の説明も参照)。さらに、第 15 条(1)では、後続の応用や商業化など、利益配分について第 5 条で明示されているものに言及されていない。これは締約国がこの条項に従って講ずる措置は後続の応用や商業化にまで拡大する必要がないことを意味しており、締約国が MAT に基づいて契約に関して取り扱う問題、すなわち第 18 条の範疇となる。

また「自国の管轄内」での利用という明確な言及は、締約国自らの領域管轄内の利用者を指すのであって、他国管轄内での利用とは関わりがないことを理解する必要がある。すなわち、利用が他国の管轄内で生じた場合は除外となり、その国の管轄となる。

Utilization within the Jurisdiction

Furthermore, the obligation of a Party under Article 15(1) of the Nagoya Protocol is to take measures when the genetic resources are “utilized” within its jurisdiction. The reference to utilization links this provision with the definition provided under Article 2. Consequently, the understanding of that provision has an impact on the way Paragraph 1 is ultimately implemented.

Article 2(c) of the Protocol defines utilization of genetic resources as the research and development part of the innovation chain, including the point where an innovation is moved from development to commercialization (see also explanation of Article 2) (Buck and Hamilton, 2011, p. 52). In addition, Article 15(1) of the Protocol makes no reference to subsequent applications and commercialization, something that is made explicit in Article 5 in the context of benefit-sharing. This implies that the measures that a Party shall take in order to comply with this provision do not need to extend to subsequent applications and commercialization, an issue that will be addressed by Parties contractually under MAT, hence falling under the scope of Article 18.

It also needs to be understood that the explicit reference to utilization within “its jurisdiction” refers to a Party’s own territorial jurisdiction over users and is not related to utilization in the jurisdictions of other countries. In other words, situations where the utilization takes place in the jurisdiction of another country are excluded and fall under the jurisdiction of that country.

論点(3) チェックポイントについて

- 17条1「遵守を支援するため(to support compliance)」の解釈(p.175)

名古屋議定書第17条の目的は、パラグラフ1の冒頭に記載されているように、「遵守を支援するため」である。議定書の特定の条項の遵守を支援するためなのか、事前の情報に基づく同意(PIC)および相互に合意する条件(MAT)なのか、議定書全体なのか、あるいは締約国の国内ABS法令の遵守を支援するためなのか、詳細は記載されていない。交渉において、いずれのオプションもどこかの時点で議題として挙げられた。しかし第15条、第16条、第18条の説明から、第17条は補完的な性質を持ち、PICを求める国内ABS法令およびMATの設定、ならびに利用者措置の遵守の支援を意図していると結論付けることができる。この理解は、第17条(2)～(4)で規律される国際的に認められた遵守の証明書がこれらすべての機能を果たしていることから支持される。

「shall」という文言の使用は、遵守を支援するために締約国が措置をとることが義務的要件であることを表わしている。義務なのは明確であるが、「適当な場合には(as appropriate)」という修飾語句により、不明確さが付随している。第17条(1)においては、この修飾語句により、措置の性質を決める際、締約国に一定の裁量権が与えることができる。あるいは、とられるべき措置は適当なもの、すなわち目的達成に適切または適合するものである必要があるとも読める。同様に、措置の目的は、名古屋議定書第2条(c)に定義されるとおり読まれるべき概念としての「遺伝資源の利用」について、監視(monitor)し、透明性を向上させることである。

The objective of Article 17 of the Nagoya Protocol is “to support compliance” as indicated at the beginning of Paragraph 1. There is no specification about whether the provision aims at supporting compliance with a specific provision of the Protocol, with prior informed consent (PIC) and mutually agreed terms (MAT), with the Protocol as a whole, or with domestic ABS legislation and regulatory requirements of the Parties. All these options were at some point on the table during the negotiations. From the explanations of Articles 15, 16, and 18, however, it can be concluded that Article 17 is of a complementary nature and aims at supporting compliance with domestic ABS legislation requiring PIC and the establishment of MAT as well as with user measures. Such understanding is supported by the fact that the internationally recognized certificate of compliance that is regulated in Article 17(2)-(4) serves all these functions.

The use of the term “shall” denotes a mandatory requirement for the Parties to take measures in order to support compliance. Although the obligation is unequivocal, some uncertainty is added by the introduction of the qualifier “as appropriate”. In the context of the chapeau of Article 17(1), this qualifier can introduce a certain degree of discretion to each Party when deciding on the nature of the measures or it can be read as indicating that the measures that have to be taken need to be appropriate, meaning fitting or relevant to achieve the intended objective. In the same manner, the aim of the measures is to monitor and enhance transparency about the “utilization of genetic resources”, a concept that has to be read as defined in Article 2(c) of the Nagoya Protocol.

- 17条1()に定める利用者に対する関連情報の提供要求について(p.177)

サブパラグラフ(a)(ii)ではチェックポイントが機能するために、各締約国が利用者に対しサブパラグラフ(a)(i)に記載されている情報を指定されたチェックポイントに提供するよう強

制 (compel) すべきことを示している。この義務は、指定されたチェックポイントの性格に応じたものとされ、再び「適当な (as appropriate)」という修飾語句が付されていることから、柔軟性が与えられており、締約国がチェックポイントの役割を受動的なものに限定し得る可能性について再確認 () される。

そのような場合でも、締約国には依然、利用者へ情報提供を要求する義務がある。 情報要求の対象となるのが「利用者」だとする文言は、情報供給源に関するサブパラグラフ(a)(i)での柔軟性を弱める効果がある。

Subparagraph (a)(ii) acknowledges that for checkpoints to function, each Party shall compel users to supply at a designated checkpoint the information listed in Subparagraph (a)(i). The obligation is subject to the particular characteristics of a designated checkpoint and again to the qualifier “as appropriate”, therefore providing flexibility and reaffirming what was said above about the possibility for Parties to decide that a checkpoint would be limited to a passive role.

In such cases, the Party will still be under an obligation to request the user to make the information available. The wording specifying that the subjects of the request for information are the “users” can be read as having the effect of narrowing down the flexibility provided in Subparagraph (a)(i) in relation to the sources from which the information will be received.

() 17 条 1 () におけるチェックポイントの受動的役割と能動的役割の選択についての説明 (P176)

サブパラグラフ(a)(i)は指定されたチェックポイントの機能について示されている。交渉の背景や経緯からすると、「would」という文言が使われているにしる、この規定から拘束性を排除するものではなく、「適当な場合には、関連情報を収集し、又は受領すること」が指定されたチェックポイントの主な機能である。この 2 つの動詞「収集又は受領する」はチェックポイントにおける受動的な役割も能動的な役割も意味している。「適当な場合 (as appropriate)」という語句が入っていることで、締約国はどちらを支持するかどうか決定する裁量を与えられている。「及び」ではなく「又は」という接続詞が使われていることによって、同じチェックポイントに両方の役割を任じることを選択としてあるはずであり、締約国はせめてどちらかの役割を任命することとなる。しかし、締約国が両役割を要求することで、より厳重にこれを遂行することを妨げるものではない。

Subparagraph (a)(i) is about the function of the designated checkpoints. The context and the history of the negotiations indicate that despite the use of the term “would”, the intention was not to deprive this provision of its binding nature and that the main function of designated checkpoints is to “collect or receive, as appropriate, relevant information”. The two verbs used (“collect or receive”) imply an active role as well as a passive role for the checkpoint. Parties are given the discretion to decide whether they favour one or the other, thanks to the addition of the formulation “as appropriate”. The use of the conjunction “or” instead of “and” should be read as implying that assigning both roles to the same checkpoint is an option, the minimum being that the Party does assign one or the other. However, nothing prevents a Party from implementing this more stringently by requiring both.

- 7 条 1 項 () に定める関連情報の提供について(p.178)

情報は次の2点の留意条件の下で提供される。第1に、PICを与える締約国が適当だと判断すること、第2に情報が秘密でないこと。名古屋議定書には秘密性に関して記述がないことを考慮すれば、秘密性は情報を提供する締約国がプロセスの中で決めることである。文末にある「適当な(as appropriate)」は情報が提供される国内当局に関連すると読むこともできる。

サブパラグラフ(a)(iii)において名古屋議定書で初めて「国際的に認められた遵守の証明書」という文言が登場する。証明書の法的性質に関する問題がある。この条項で証明書が利用できない場合もあると認識されていることは、締約国がPICを要求しない場合など、全てのケースで必須ではないということである。しかしながら、第17条(2)、14条(2)、6条(3)(e)を体系的に読むと、締約国が第6条(3)(e)に従いPICを要求すると、許可またはそれに相当するものがABS CHへの許可報告とともに求められることとなる。この報告により、許可またはそれに相当するものが第17条(2)の国際的に認められた遵守の証明書となる。したがって、この場合、遵守を証明するため、このような証明書を出すことが必須となる。

Furthermore, information is to be provided under two caveats: first, that it is deemed appropriate by the Party providing PIC and, second, that the information is not confidential. Taking into account that the Nagoya Protocol is silent on the matter, confidentiality will be determined by a process in the Party providing the information. The formulation “as appropriate” at the end of the sentence can also be read as relating to the relevant national authorities to which the information is to be sent.

Subparagraph (a)(iii) introduces for the first time in the Nagoya Protocol the term “internationally recognized certificate of compliance”. The issue of the legal nature of the certificate then presents itself. The fact that the provision acknowledges that there will be cases where the certificate will not be available indicates that it is not mandatory in all cases, for instance where a Party does not require PIC. Nevertheless a systematic reading of Articles 17(2), 14(2), and 6(3)(e) indicates that when a Party requires PIC pursuant to Article 6(3)(e), a permit or equivalent will be required together with a report of the permit to the ABS CH. This reporting then turns the permit or its equivalent into an internationally recognized certificate of compliance pursuant to Article 17(2). Therefore in this case it will be mandatory to produce such certificate in order to demonstrate compliance.

- 17条4 国際的に認められた遵守の証明書(p.181)

名古屋議定書の第17条(4)に、国際的に認められた遵守の証明書に含まれるべき最低限の項目が列挙されている。第17条(2)に関する説明に従い、もし同条項がABS CHへの登録が国内許可書を国際的に認められた遵守の証明書に変換するものと解釈されたとしたら、結果的にパラグラフ4のリストは国内許可書の最低限の国際的調和となる。

列挙されている情報は秘密でない場合のみ提供されると言及していることが重要である。議定書は秘密性について定義していないため、共有しない情報の判断は各締約国に委ねられている。さらに、条項は列挙された情報が最低限のものと述べており、締約国が付加情報を含めることを妨げない(例: 第三者への移転に関する状況)。

Article 17(4) of the Nagoya Protocol provides a list of the minimum information that an internationally recognized certificate of compliance shall contain. Following the explanation under Article 17(2), if that provision is interpreted as meaning that registration at the ABS CH transforms a domestic permit into an internationally recognized certificate of compliance, then the list in Paragraph 4 will result in a global minimum harmonization of domestic permits.

It is important to note that the information listed is to be provided only when it is not confidential. As the Protocol does not define confidentiality, it is left to each Party to decide what information will not be shared. Furthermore, the provision states that the information listed is the minimum, indicating that nothing prevents a Party from including additional data (e.g., information on conditions for third-party transfer).

論点(4) 不履行の状況への効果的な対処について

- 15条2「均衡のとれた(proportionate)」の解釈(p.164)

「均衡のとれた(proportionate)」という修飾語句は、講じられる措置の水準を上げること(すなわち、過剰に低い罰金など、一定の水準より低くなり、均衡がとれなくなるような措置の回避)、そして必要以上に厳しい、または負担の大きな罰金や制裁の適用を妨げる意図の両方を意味することを付言することが重要である。

It is important to add that the qualifier “proportionate” can imply both raising the threshold of the measures to be taken (that is, preventing measures that would fall under a certain threshold and therefore fail to be proportional, such as excessively low fines) and aiming at preventing the application of fines or sanctions that are more severe or burdensome than necessary.

- 第17条1(a)()「不履行の状況に対処するため、適当で効果的な、かつ均衡のとれた措置(appropriate, effective, proportionate measure)」の解釈(p.171)

(第15条と同様)

論点(5) 遺伝資源等への主権の行使の必要性について

- 6条3項「適宜(as appropriate)」の解釈(P.101)

“as appropriate”は、締約国が、立法上、行政上、又は政策上の3つの措置を自由にとることができることを示している。第6条3(a)～(g)はPICを求める締約国がそのような措置を達成するためにねらいとすべきリストを与えている。

As the term “as appropriate” indicates, a Party is free to take any of the three measures: legislative, administrative, or policy. Paragraph 3(a)-(g) gives a list of what a Party requiring PIC should aim to achieve with such measures.

- 内外差別について(p.103-104)

サブパラグラフ(b)によると、遺伝資源のアクセスに関する提供国の規則と手続は「公正」かつ「恣意的でない」必要がある。どちらも、提供国がその遺伝資源へのアクセスを求める締約国に与える取り扱いについて要することである。「公正」は、同等の国内と外国の申請者に対し、また、異なる締約国の同等の外国人申請者に対し、遺伝資源アクセスの申請における平等な取扱いを与えることを意味する。「恣意的でない」とは恣意的な(すなわち個別的または一方に偏っている)裁量に依存しないことを指す。権力行使の制限も意味する。

しかし、アクセスを決定する権限の行使について、提供国は「恣意的でない」「差別的でない」といった条件に除外を自由に設け、特別な国益に関連してPIC基準を開発することができる。差別的でないという条件に関しては、例えば、締約国は地域的で商業目的でない生物多様性や生態系の研究や教育を発展させるためのルールを設けることもできる。これに関し、アクセス規則や手続により、国としての戦略重要事項である区域の遺伝資源を収集する許可を地域の利用者に認め、

外国人利用者の許可を拒否することもできる。また、激減した種の遺伝資源へのアクセスを、種の回復を目的とする研究を認め、商業目的の研究によるアクセスを拒否することもできる。

According to Subparagraph (b), a provider State's rules and procedures on accessing genetic resources must be "fair" and "non-arbitrary". Both have to do with the treatment the providing Party accords to parties that request access to its genetic resources. "Fairness" means that equal treatment in applications for access to genetic resources is accorded to similar domestic and foreign applicants and to similar foreign applicants of different Parties. "Non-arbitrariness" is the non-dependence on arbitrary (that is, individual or one-sided) discretion. It is rather fixed on standards and/or rules of law. It also means restrained exercise of power.

However, in the exercise of its authority to determine access, a providing Party may develop PIC criteria pertaining to points of special State interests within which exceptions from non-arbitrary and non-discriminatory requirements may be freely exercised. In regard to the non-discriminatory requirement, for example, a Party may choose to develop rules that aim at advancing local, non-commercial biodiversity and ecosystem research and education. For this, access rules and procedures may grant a local user a permit to collect genetic resources in a territory that is of strategic importance to the country but deny a permit for a foreign user. It may also grant access to genetic resources of a depleted species for research aimed at restoring the species but deny access to the same for commercial purposes.

- "publicly available"の伝統的知識(p.113-115)

名古屋議定書の範囲内の全ての遺伝資源へのアクセスは遺伝資源のある締約国からの PIC や、適用可能な場合、遺伝資源に対する権利が確立されている ILC による PIC を要する。第7条もまた、第3条に一般的に適用範囲が規定される、遺伝資源に関連する伝統的知識にアクセスする前に、関係 ILC からの PIC または承認および参加を求めている。しかしこれは、特定の者が知識に対して、あるいはより正確に、知識から生ずる発明に対して排他的権利を設定できるものとして、これまで人々の間で広く知られてきた従来の知的財産権制度と矛盾しているように見受けられる。

従来の知的財産権が人間の創造性に対して提供してきた保護は本来的に、伝統的知識に対するそのような権利の適用可能性を様々な形で制限するいくつもの限界がある。例えば、伝統的知識は、まずイノベーションの「形をとる」か、イノベーションに帰結する必要があり、更に、十分に新規性があり、特許権保護を得るための登録の前に広く一般に公開してはならない。たとえこれらの要求を充足したとしても、特許保護は比較的短期間しか持続しない。知的財産権の視点から見ると、このような特許制度の特徴は、伝統的知識の大多数がいわゆるパブリックドメイン、すなわち誰でも自由に利用することができるものであることを意味する。さらに、知的財産権制度によって、伝統的知識を利用して特許保護の対象となる発明をなすことで、本来 ILC によって創造された伝統的知識について第三者が権利を獲得することもできる。

遺伝資源に関連する伝統的知識については、名古屋議定書とこれらの知的財産権制度の特徴との関連性が重要であると考えられる。従来の知的財産権制度に備わった本来的な限界に照らせば、もし知的財産制度の規範が名古屋議定書に優越するなら、議定書における遺伝資源に関連する伝統的知識に関するアクセスの要件は、まだ開示されていない伝統的知識のみに適用されざ

るを得ないように思われる。これはそのような伝統的知識は知的財産権制度の下では保護対象たりえないからであり、もし伝統的知識がイノベーションに含まれていたとしても、上述の理由から保護対象となる可能性は低い。しかし一方で、名古屋議定書が優越するなら(注: 原文は take precedent であるが take precedence として訳出)、第 7 条では、伝統的知識に関し、未だ広く公共に共有されていないもの、既に公共で知り得るもの(publicly available)、そして第三者の権利に係るものが区別されていないため、結果としてパブリックドメインの範囲は大幅に縮小されるようにも思われる。

< 中略 >

結論として、名古屋議定書の第 7 条を第 4 条と併せて読むと、議定書は、知的財産権に関する既存の協定(特許条約など、ILC により生み出された、遺伝資源に関連する伝統的知識に基づくイノベーションに対して第三者が知的財産権を設定する帰結をもたらす。)に影響を及ぼさないことを示していると思われる。また名古屋議定書は、生物多様性に重大な損害または脅威を与えない限り、既存の知的財産権協定に基づいて、将来そのような知的財産権を承認する締約国の義務に影響を及ぼすこともない。その一方で、議定書の第 4 条(2)から第 4 条(4)では、第 7 条に基づいて PIC または承認および参加の要件充足を確保するための措置を講ずる締約国の義務に対し影響を及ぼす可能性のある、新たな知的財産権に関する協定または同種の協定を発効させる締約国の能力に一定の制約を設けている。さらに、遺伝資源に関連する伝統的知識に基づくイノベーションについて第三者が所有する既存の知的財産権がひとたび失効すると、第 7 条は名古屋議定書の範囲内にある限りいかなる形態の伝統的知識にも適用されるため、当該伝統的知識の利用継続の前に ILC が PIC または承認を与える権利が生じる。

その上、第 7 条は保護期間に関して制限を設けていないことに留意することが重要である。そのため、名古屋議定書第 7 条により設定されたアクセス要件は、知識が生み出された時期や公共で知り得る状態(publicly available)にあった期間に関わらず、遺伝資源に関連する伝統的知識に適用される。また、「伝統的」である知識の詳細はその知識が生み出された背景によるものであり、生み出された時期によるものではないため、必ずしも古くなくてよい(Box 16 も参照)。この名古屋議定書の見解は現行の WIPO プロセスと一致している。

要するに、名古屋議定書は、ILC の PIC または承認および参加を確保するための措置を締約国が講じることを義務づけており、それは依然として現に ILC が管理している、遺伝資源に関連する伝統的知識だけでなく、既に公共で知り得る状態(publicly available)にある伝統的知識、あるいは、知的財産権の語法を用いれば、パブリックドメインにある知識についても義務づけている。しかしこれは第 4 条による枠組みの範囲内でのみ適用される。

Access to all forms of genetic resources falling under the scope of the Nagoya Protocol requires PIC from Parties within which the genetic resource is situated or, when applicable, by ILCs having established rights to such resources. Article 7 also requires the PIC or approval and involvement of relevant ILCs before any form of traditional knowledge associated with genetic resources within the general scope provided for by Article 3 is accessed. However, this seems to contrast with the conventional intellectual property rights system, which has hitherto predominantly informed people of the extent to which someone can establish exclusive rights over knowledge – or, to be more precise, over innovations derived from

knowledge.

Inherent in the protection offered to human creativity by conventional intellectual property rights are a number of limitations restricting such rights' applicability to traditional knowledge in various ways. For instance, traditional knowledge must first "take the form of" or result in an innovation and, even so, must be sufficiently novel and must not have been exposed to a wider public prior to registration to be eligible for patent protection. And even if it meets these demands, patent protection lasts for a relatively short period of time. These features of the patent system mean that, viewed through the prism of intellectual property rights, the vast majority of traditional knowledge is found in the so-called public domain – that is, it is free for anyone to use. In addition, the intellectual property rights system may have allowed third parties to acquire rights to traditional knowledge originally created by ILCs by using the knowledge to develop an invention that has in turn been patented.

The way the Nagoya Protocol relates to these features of the intellectual property rights system may be of considerable importance to its applicability as far as traditional knowledge associated with genetic resources is concerned. Given the inherent limitations embedded in the conventional intellectual property rights system, if such norms prevail over the Nagoya Protocol, the Protocol's access requirements pertaining to traditional knowledge associated with genetic resources seem to essentially apply only to traditional knowledge that has not yet been disclosed. That is so because traditional knowledge as such is not eligible for protection under the intellectual property rights system, and, for the reasons described, the possibilities of doing so even if the knowledge is included in an innovation are also limited. If, on the other hand, the Nagoya Protocol takes precedent, the consequence appears to be that the scope of the public domain is considerably reduced, as far as traditional knowledge is concerned, as Article 7 does not distinguish between traditional knowledge that has not yet been shared with a wider public, that is already publicly available, 3 and to which third party rights pertain.

. . .

In conclusion, Article 7 of the Nagoya Protocol, read in conjunction with Article 4, seems to suggest that the Protocol does not have an impact on existing intellectual property rights agreements – such as patent treaties – that have resulted in third parties establishing intellectual property rights to innovations based on traditional knowledge associated with genetic resources generated by ILCs. Nor does the Nagoya Protocol affect Parties' obligations to grant in the future such intellectual property rights under existing intellectual property rights agreements, provided that such agreements do not cause serious damage or threat to biodiversity. At the same time, Articles 4(2) through 4(4) of the Protocol place certain limitations on Parties' ability to enter into any new intellectual property rights agreements or intellectual property rights similar agreements that could have an impact on their obligation to take measures aimed at ensuring that the PIC or approval and involvement requirements of Article 7 are met. Moreover, once existing intellectual property rights to innovations based on traditional knowledge associated with genetic resources held by third parties expire, ILCs' right to offer PIC or approval before continued use of such traditional knowledge kicks in, as Article 7 applies to all forms of traditional knowledge as long as that knowledge falls under the scope of the Nagoya Protocol.

Furthermore, it is important to note that Article 7 establishes no limitation as to the term of protection. Hence, the access requirements established by Article 7 of the Nagoya Protocol apply to traditional knowledge associated with genetic resources regardless of how long ago the knowledge was generated or how long the knowledge has been publicly available. Indeed, traditional knowledge need not necessarily be old, as the description of knowledge as "traditional" refers to the context in which the knowledge has been generated rather than to when this occurred (see also Box 16). This position of the Nagoya Protocol is in line with current WIPO processes.

In short, the Nagoya Protocol obliges Parties to take measures aiming at ensuring PIC or approval and involvement of ILCs not only with regard to traditional knowledge associated with genetic resources still within their imminent control but also with regard to such knowledge already publicly available, or – to use intellectual property rights parlance – in the public domain. However, this only applies within the framework established by Article 4.