



Title	国際的な知的財産権制度におけるハーモナイゼーションに抵抗する5つの傾向について
Author(s)	Yu, Peter K.; 田村, 善之//訳; 村井, 麻衣子//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 15, 1-52
Issue Date	2007-06
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43522">https://hdl.handle.net/2115/43522</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	15_1-52.pdf



## 国際的な知的財産権制度における ハーモナイゼーションに抵抗する5つの傾向について

**Peter K. YU**

田村 善之・村井麻衣子(訳)

パリ条約やベルヌ条約が締結されて以降、欧州共同体やアメリカ合衆国は、世界のいたるところで知的財産の保護のより強力なハーモナイゼーションを推し進めてきた。1994年には、例えば、世界貿易機構（WTO）が設立され、頻りに批判されている知的所有権の貿易関連の側面に関する協定<sup>\*1</sup>（TRIPs 協定）もそれに付随して締結された。その後10年を待たずに、世界知的所有権機関（WIPO）のインターネット関連条約が施行され、国際的な知的財産権の制度が、デジタル環境の変化に適応するようアップデートされた<sup>\*2</sup>。世紀の変わり目に、WIPO はまたハーモナイゼーションのための条約に関する討議を開始した。論争を招来しているのは、実体特許法条約<sup>\*3</sup>と、放送事業者の保護に関する条約<sup>\*4</sup>の二つである。（両条約は、この原稿を書いている現時点において、まだ採択されていない。）

こうしたハーモナイゼーションへの努力にもかかわらず、先進国も開発途上国も、知的財産権の制度に対する不満を増大させている。途上国は、現在の制度が、自国のニーズや、利益、状況を考慮に入れていないという不安を持っている。途上国はまた、知的財産権の保護のさらなる拡大が、情報、知識、医薬必需品という極めて必要性の高いものへのアクセスを危うくするのではないかと懸念している。一方、先進国も、同様に、開発途上国の提供する知的財産権の保護が不十分なものであるという不満を持っている。より事態を難しくしているのは、各国が、インターネットや新しい通信技術の到来によって生み出された新しい変化に対応するには、TRIPs 協定は時代遅れであり、有効なものではないと考えていることである。

自国を守るため、そして自国の知的財産政策に対する自律性を回復するため、先進国・発展途上国の各ブロックは、近時、協調政策を阻むような方策を打ち出してきた。開発途上国は、TRIPs 協定や他の国際条約が要求する保護の一部を引き下げることが期待して、開発計画の確立を打ち出し、一方、先進国は、知的財産権の保護とエンフォースメントを徐々に引き上げるため、自国より力の劣る相手国との間で、二国間及び多国間の自由貿易協定を活用している。さらに、先進国の輸出産業は、デジタル環境における大規模な海賊行為や偽造品から自身を守るため、マスマーケット契約や技術的保護手段を導入しだしている。

本稿は、知的財産権の分野における近年のハーモナイゼーションの拡張に抵抗する、五つの非協調的傾向、すなわち、(1) 国内法における相互主義条項の包含、(2) 多様化への要求、(3) 二国間条約、多国間条約の利用、(4) インターネット上の紛争への対応としての非国家的システムの創造、そして、(5) 権利者が代替的手段に頼ること、に焦点を当てる。本章は、こうした傾向を検証し、それが知的財産権の制度の将来的な展開に対して与えつつある変化を検討する。

## 傾向 1：国内法における相互主義条項の包含

国際条約における内国民待遇という無差別原則は、知的財産制度の根幹をなす。パリ条約2条(1)項も、ベルヌ条約5条(1)項も、自国民と同じ保護を他の国民にも与えることを要求している<sup>\*5</sup>。この要求は重要である。なぜならば、加盟国は、知的財産権の権利者に与えられる具体的な保護の範囲について同意していないとしても、同じ加盟国の国民に少なくとも同等の保護を与えなくてはならないからである。

しかしながら、国際条約が常に知的財産権の規範を打ち立てるためにもっとも好まれる調整方策であったというわけではない。実際、ベルヌ条約が設立された最初の政府間会議で、ドイツ代表団は、「国際著作権法を成文化し、全ての参加国の間で画一的な法を創設する条約を作るために、内国民待遇の原則を捨て去ることが望ましいか否かについて尋ねた<sup>\*6</sup>。」多くの加盟国はドイツの提案を最終的に拒絶したが(その理由は、このような提案は、各国が用意していたものよりも、国内法のより大きな修正を必要

とすると考えられたからである)、ドイツの要求は、ベルヌ同盟が最初に創設されたときに、参加国がドイツの提案を受け入れていれば、国際的な著作権の体制が今とは全く異なったものとなっていたであろうということを示している。

実際、パリ条約やベルヌ条約が創設される以前、国家の知的財産権の政策を調和させるために、各国は内国民待遇ではなく、相互主義を用いていた<sup>\*7</sup>。それらの条約が作られた後も、アメリカ合衆国は、政府間協議にオブザーバーとして出席するに止め、国際的な著作権の体制の外にそのまま、自国の法に相互主義を取り入れていたのである。一般に Chace 法と呼ばれる1891年3月3日国際著作権法<sup>\*8</sup>が外国の著作者に著作権保護を提供するのは、大統領が、当該国がアメリカ国民に「実質的に自国民と同様の基礎に基づいて著作権の利益を<sup>\*9</sup>」与えることを宣言した場合、あるいは、加盟国に相互主義的な保護を提供し、アメリカ合衆国が好んで加盟した国際協定の加盟国となった場合であった。

1980年代中頃、アメリカ合衆国が、国際知的財産権制度のもとで半導体チップに対して十分な保護が提供されていないことに不満をもったため、相互主義の条項が再び用いられるようになった。1984年、アメリカ合衆国は、半導体チップ保護法<sup>\*10</sup>を制定し、集積回路の回路配置、あるいはいわゆるマスクワーク<sup>\*11</sup>に、独自立法による保護を与えることとなった。他国にも同様の保護の提供を促すため、同法は、アメリカ合衆国の製造業者により製造されたチップに対し外国も同様の保護を与えている場合のみ、外国製の集積回路やチップに保護を与えていた<sup>\*12</sup>。その法はさらに、信頼を得る努力をし、同様の保護の採用に向けて正当な進展をなした国に対して、保護を拡張する権限を米商務長官に与える過渡的条項を含んでいた<sup>\*13</sup>。

制定前にすでに時代遅れのとなっていたことに疑いない半導体チップ保護法のもとで提起された訴訟の数は極めて限られたものでしかないが<sup>\*14</sup>、同法の相互主義規定は、半導体チップや集積回路配置図の保護のための世界的な体制の発展を促進したという点では大きな成果を挙げている。1985年、日本は、過渡的な規定を利用した最初の国となり、半導体集積回路法の制定に基づいて相互的な保護を獲得した<sup>\*15</sup>。同年、ヨーロッパ共同体は、半導体製品の技術についての法的保護に関する1986年12月16日87/54/EEC 評議会指令を採択した<sup>\*16</sup>。それは、全ての EC 加盟国に、半導体配置

図を保護するための国内立法を要求するものであった。そのときまでに、英国は、半導体配置の独自立法による保護を含めるように、著作権・意匠・特許法を改正し、一方でオーストラリアは、同様の保護を提供する1989年回路配置法を通過させた<sup>\*17</sup>。

国際的なレベルでは、各国は、国際条約を通じた集積回路配置の世界規模での保護の導入可能性を探求していた<sup>\*18</sup>。1989年、WIPO は、ワシントンにおける外交会議において、集積回路についての知的財産の保護に関する条約のドラフトを回覧した。会議は結局失敗に終わったが、WIPO の努力は、TRIPs 協定への条約が最終的に組み入れることになるその種を蒔くという意味はあったのである<sup>\*19</sup>。協定のもとで、世界貿易機構 (WTO) の加盟国は、「保護されている回路配置、保護されている回路配置を組み込んだ集積回路又は当該集積回路を組み込んだ製品 (違法に複製された回路配置が現に含まれている場合に限る。) の輸入、販売その他の商業上の目的のための頒布が権利者の許諾を得ないで行われる場合」を禁止することを求められることになった<sup>\*20</sup>。

自国の半導体産業を守るために一方的な行動を用いたアメリカ合衆国の先導に続き、ヨーロッパ共同体も、データベースの法的保護に関する欧州議会及び評議会指令を採択した<sup>\*21</sup>。それは、全ての EU 加盟国に、データベース製品による「実質的投資」の成果としてのデータベースに対して独自立法による保護を与える立法措置を履行することを要求している<sup>\*22</sup>。EU のデータベースの保護を海外にも波及させるため、同指令は、同等の保護をデータベースに提供していない EU 非加盟国において生産されたデータベースの保護を否定する相互主義条項を含んでいた<sup>\*23</sup>。研究者やアメリカの産業界は、この相互主義条項に強い関心を表明した。アメリカ合衆国がデータベースの保護を欠いていることから考えて、それは、アメリカのデータベース製造者を、ヨーロッパにおける海賊行為や競争に対して弱い立場に置くものであったからである<sup>\*24</sup>。実体的な相互主義を要求するものであったため、その規定はまた、内国民待遇という無差別原則を基礎とする、国際的な知的財産制度の存在の有効性を損なうものであった<sup>\*25</sup>。

WTO の内部においても、相互主義規定はまた、全ての加盟国が「最恵国」の待遇をお互いに与えるという要求との軋轢を生み出している。TRIPs 協定第4条は、「加盟国が他の国に与える利益、特典、特権又は免除は、

他のすべての加盟国の国民に対し即時かつ無条件に与えられる」ことを明示的に規定している<sup>\*26</sup>。この規定には例外がいくつか設けられているが<sup>\*27</sup>、パリ条約やベルヌ条約以前に締結された二国間の商業的協定を除き、このような待遇は知的財産権のコンテキストにおいてはあまりみることができないものであるために、どのような行為が「最恵国」待遇規定違反に当たるとのこととは不明確なままである。したがって、WTO の紛争解決パネルが、この規定の下で列挙された例外をどの程度広く解釈するかということが、非常に興味深いものとなる。

増大する相互主義規定がこうした軋轢を生み出しているにもかかわらず、EU データベース指令に関する保護は TRIPs 協定の範囲外にあるということを示す説得的な論理を提示することは可能である<sup>\*28</sup>。協定の10条は、「素材の選択又は配列によって知的創作物を形成するデータその他の素材の編集物」を保護しているけれども、「当該データやその他の素材自体」は明確に排除しており、また、内容の選択あるいは配列において知的な創作物を構成しない編集物については言及がない<sup>\*29</sup>。それゆえ各国は、他の既存の制度のもとで与えられる保護を妨げないものである限り、追加的な保護を規定することは自由である。結局、TRIPs 協定や国際的な知的財産権の制度は、ハーモナイズされた保護の上限ではなく、主に下限を決めるために設計されたのである<sup>\*30</sup>。

ヨーロッパ共同体やアメリカ合衆国はまた、新たに設立された二国間・多国間の自由貿易協定の利益が、TRIPs 協定4条によって、そうした協定に参加しない WTO 加盟国に対しても拡張されることになるのではないかという点についても、同じような理由を用いている。それらの国が主張するには、そうした協定は、TRIPs 協定のもとで要求されるものを超えて、あるいはその範囲外で新しい義務を創設するものである。例えば、関税及び貿易に関する一般協定 (GATT) の XXIV 条が、貿易協定を設立するための特別な規定を設けていることを示すために、北アメリカ自由貿易協定 (NAFTA) を引用する研究者もいる<sup>\*31</sup>。それにもかかわらず、「最恵国」待遇規定の範囲については意見の相違が存在し、これらの協定により創設された義務が、関係当事国だけでなく、すべての WTO 加盟国に拡張されるだろうという見解を提唱する研究者もいる<sup>\*32</sup>。

## 傾向2：多様性への要求

アメリカ合衆国やヨーロッパ共同体のメンバーだけが、国際的な知的財産制度の近年の発展について不満を持っている国というわけではない。多くの開発途上国も同じように心配している。特に、それらの国々は、増大するグローバルな知的財産の保護により、自国で国民の健康が危機的な状況であるにもかかわらず、入手可能な薬へのアクセスが制限されることや、伝統的知識や遺伝資源の保護を欠いていること、情報、知識や技術移転へのアクセスの欠如が進行していることを危惧している。

先進国と開発途上国の間には重大な違いがあるにもかかわらず、知的財産の国際的な基準のハーモナイゼーションをサポートするよう少なくとも四つの論拠が提唱されることがある。第一は、ハーモナイゼーションにより、創造的プロセスに関連した積極的な外部性を法的システムが内部化することを可能とするというものである。法が画一化されることにより、知的財産の保護において最適下限のレベルが採用されると、セカンドランナーとなる国は、自国にとってのみ最適なレベルの水準の知的財産の保護を採用することにより、ファーストランナーの投資にフリーライドすることはもはやできないこととなる<sup>\*33</sup>。

第二は、ハーモナイゼーションが、統治や行政の規模の経済を促進するということである<sup>\*34</sup>。例えば、特許協力条約は、全ての加盟国の国民にとっての特許手続の初期段階を簡素化した。一方で、ヨーロッパ特許条約は、ヨーロッパ特許庁が参加国全てのために特許を審査することを可能とした<sup>\*35</sup>。

第三に、画一性は、破壊的な保護貿易主義に対するセーフガードを提供する。それゆえ、国際的なコミュニティにおける自由貿易や安定性が促進される<sup>\*36</sup>。実際、歴史的には、WTOの前身であったGATTは、大恐慌時代に世界貿易体制の崩壊を導いた「近隣窮乏」政策と戦うために創設されたのである<sup>\*37</sup>。

最後に、協調的なシステムは、外国におけるビジネス遂行の取引費用を減少させ、長期のビジネス上の決定を行うために権利者や投資者により必要とされる確実性や予測可能性を提供するものである。19世紀の初期のヨーロッパにおける商業関係の条約の経験により証明されたように、世界の

政策の変化は、しばしば急速で予測できないものであり、外国の著作者や発明者は、彼らが投資をしたときに約束されていた保護を受けられないことになるかもしれない。国際的な制度に結びついた画一性あるいはハーモナイズされたルールを設定することにより、各国は、戦争、外交上の衝突、外国の政府による専横な行為から、国民が守られるという合理的な期待を持てるようになる<sup>\*38</sup>。実際、パリ条約やベルヌ条約は実効的なものであったので、加盟国は、第一次及び第二次世界大戦の間、条約を明示的ないし黙示的に廃棄することはなかったのである<sup>\*39</sup>。

そのような利益にもかかわらず、ハーモナイゼーションは欠点を有しており、多様性によって各国が良化することも少なくない。例えば、John Duffy 教授によれば、多様性の主な利点は以下のところに見いだすことができる。第一に、多様性は、ローカルコミュニティにはしっくりとこない「すべてにフィットする一つのサイズ」としての解決を適用するのではなく、自国の特定のニーズにふさわしい保護を展開することを可能とする<sup>\*40</sup>。

第二に、多様性は、政府による非効率性と濫用という、独占的政府権力による二つの有害な副産物をチェックする、法域間の競争を促進する<sup>\*41</sup>。情報を提供し、比較を促すことによって、このような競争は、適用したいと考えるルールやシステムが何であるかを自ら決めることのできる地域住民にとって、立法のプロセスをより説得力のあるものとする。

最後に、多様化は、法域間の相互の競争を通じて、新しい規制政策および経済政策の実施により、法的なシステムを発展させることを各国に可能とする<sup>\*42</sup>。ベネチア共和国における最初の特許法の発展の結果に結びついた法的経験のように<sup>\*43</sup>、このような実験は、より強い知的財産の保護が必要であることを示す十分な経験的なサポートを欠いていることや、保護可能な対象物となりうる新しい創作物や技術が過多であること、知的財産権の保護に対する「一方通行の歯車」と研究者が呼んできたところのものを考慮すると、今日ではいっそう重要である<sup>\*44</sup>。Keith Maskus 教授や Jerome Reichman 教授は近年、このような実験の必要性を強調し、国際的なハーモナイゼーションを一時停止することを求めた。

WIPO での特許保護における国際的なミニマムスタンダードをさらにハーモナイズさせようとする動向は、まさにアメリカ合衆国の国内基準や、その特許システムの運営が、強い批判に晒され

ているまさにそのときにおこった…。このような状況の下で、アメリカ合衆国においてすらしばしばコントロール不能のように思える機能不全に陥る装置をいかに矯正するかについての合意がほとんど存在しないときであるにもかかわらず、いったい全体、ハーモナイズを遂行して、特許保護の世界水準を高めることが時宜を得たものとなるなどということがありうるのだろうか(かりにそれが便益をもたらすものであることが示されるとしても)。このような情勢においてさらにハーモナイゼーションを遂行しようとするのは、公衆と個人の利益のバランスを適切にとる良き法に結びつくよりは、悪い判断、悪法がはるかに出現しやすいギャンブルでしかないとするらいうるのである<sup>\*45</sup>。

確かに、TRIPs 協定は、知的財産権の保護のミニマムスタンダードのいくつかを定めている。しかしながら、TRIPs 協定はまた、多様性を促進するための規定も含んでおり、その理由の一部は、WTO 加盟国が、何についてハーモナイズすべきかという点について協議が一致しなかったためでもある。協定により促進される二つのタイプの多様化は、個別的な多様化と集合的な多様化の二つである。

個別的な多様性は、国際的な条約の下での保護の範囲に制限を課し、各国に自国の必要性、利益、目的にあった保護を設定することができるようにするものである。特許のコンテキストにおいて、TRIPs 協定は、ベストモード条項をオプションとし、行政的な異議の手続の可能性を残し、「先願」あるいは「先発明」のシステムを適用するか否かを各国の判断に委ね、新規性を喪失することなく発明を開示する「グレースピリオド」を各国が与えることについて義務を課さないこととしている<sup>\*46</sup>。特許の領域以外では、協定は、「コンピュータプログラムのリバースエンジニアリングを許容するか否か、著作者人格権を認めるのか、排他権の例外の決定、特許の強制ライセンスの根拠や範囲、種苗の保護のタイプや程度」の余地を残している<sup>\*47</sup>。協定第6条はまた、「この協定のいかなる規定も、知的所有権の消尽に関する問題を取り扱うために用いてはならない」と明示的に規定している<sup>\*48</sup>。

それに対し、集合的な多様性は、個別的な多様性を集合を形成するようになるまで拡張し、一つの条約の中で複数のシステムを設定するものであ

る。集合的な多様性の典型例は、TRIPs 協定の経過措置規定である。協定の第65条は、開発途上国に、5年間の移行期間を与えている<sup>\*49</sup>。第66条は、さらに後発開発途上国には、11年間の移行期間を与えている<sup>\*50</sup>。それらの国における「健全かつ存立可能な技術的基礎」を創設するのを助けるため、第66条はさらに、後発開発途上国に技術を移転することを促進し、奨励するため、企業や機関のためのインセンティブを提供することを先進国に要求している<sup>\*51</sup>。

ドーハラウンドの間に、後発開発途上国のための移行期間は、医薬品の特許保護や、規制にかかる秘密の試験データの保護に関して、2016年1月1日までの10年間に延長された<sup>\*52</sup>。2005年9月、香港での第6回 WTO 閣僚会議(香港閣僚会議)の直前、後発開発途上国のための11年の移行期間は、TRIPs 協定に従うか、TRIPs の条件を超える保護を提供した国以外の全ての国に対して典型的に、さらなる7年間と半年の延長がなされた<sup>\*53</sup>。不幸なことに、この新しい拡大により利益を受ける国はほとんどない。TRIPs 協定をすでに履行しており、その保護水準を元に戻すことができない国がほとんどであるからである<sup>\*54</sup>。

開発途上国の多様性に関する必要性や増大する要求を理解するためには、先の章で議論したように、TRIPs 協定が、部分的には、先進国と途上国の歩み寄りとして創設されたことを想起することが大切である<sup>\*55</sup>。先進国が、知的財産権のより強い保護や、外国の直接投資に対する制限の削減を受け一方で、途上国は、その代わりに、繊維や農産物についてのより低い関税と、アメリカ合衆国や他の先進国により科される一方的な制裁に対する強制的解決による保護を得た。筆者を含めて研究者は、TRIPs 協定の「強制的」及び「帝国主義的」性質について批判してきたが<sup>\*56</sup>、協定ばかりに焦点を当てるのではなく、その交渉されてきた国際貿易の背景を無視しないことが重要である。

TRIPs 協定の問題は、一方的なものであるというところにはない。交渉過程において分野横断的になされた取引を考慮に入れるならば、一方的であることは**予定されていた**のである。むしろ、協定が問題であるのは、以下の三つの理由による。第一に、知的財産は、今日の知識に基づく経済において、特に重要なものとなった。情報産業は、農業や製造業よりも、21世紀の経済を牽引するだろう。WTO の枠組みのもとで、農業や繊維の領

域において、途上国が得た利益は、知的財産権の分野での損失を埋め合わせなかった。この取決めのもとでは、じきに途上国は負け組であることが明らかとなるだろう。

途上国にとってより悪いことには、知的財産権の分野に偏向した均衡を欠いたシステムは、先進国に追いつく努力を無にするような時代遅れの競争モデルを利用することをそれらの国々に強要するということである。技術的發展や工業的發展のステージを駆け上がるための各国の能力は、知的財産権のシステムを發展させるためには浪費的に長い時間を必要とする知的生産物の累積的性質により、さらに減じられることになる<sup>\*57</sup>。Rochelle Dreyfuss 教授が示唆的に述べるように、自動車の製造を差し控えるという政策決定と、知的財産権のシステムの發展を差し控えるという決定には、大きな違いが存在する：

物品、例えば、自動車の製造を差し控えるという決定は、永久的なものではない。かりにある国が外国の供給にもはや頼らないことを決めたとしても、あるいは、自動車の市場がよりもうかるものに成長したとしても、GATT においてその国の市民が自動車の分野に参入することを妨げるべきものは何もない。知的財産の場合はこれが当てはまらない。イノベーションは、知識集約的である。グローバルな競争レベルに十分な程度に技術的・文化的に洗練されるところまで市民を教育することは、ひとたび知的財産権が認められると、禁止的に費用がかかるようになってしまうかもしれない。それゆえ、ユーザの利益に配慮した何らかの譲歩がなされない限り、現在後進的な国の多くが、その地位にとどまらざるをえないだろう<sup>\*58</sup>。

第二に、TRIPs 協定のもとでの移行期間は、途上国にとっては非現実的であった。幾人かの研究者が指摘するように、それらの期間は、おそらくより多くの経済資源や洗練された法的システムを有していた多くの先進国にとっても不十分なものであったであろう<sup>\*59</sup>。より問題となるのは、知的財産のより強い保護は、先進国にとって重要な問題に焦点を当てがちであり、一方で、国際知的財産システムにおいて、途上国による平等な参加の必要性を無視している。「例えば、地理的表示における TRIPs の専門用語の案出は、依然としてその大部分がぶどう酒や蒸留酒に限られているが、

一方で、途上国は、バズマティ米や、ダージリンティのように、途上国の利益を保護するであろう食品を注視している<sup>\*60</sup>。」協定はまた、フォークロア、伝統的知識など他の先住民の創造物を保護していない。それらの創造物は、西洋の世界観や、知的な伝統、資本主義思想、また個人の著作者という現代の観念とはフィットしないからである<sup>\*61</sup>。

第三に、そのように妥結したにもかかわらず、先進国は、農業や繊維の領域において関税や補助金を減らすという取引を尊重していない<sup>\*62</sup>。發展途上国は、よくない取引をただけでなく、取引に失敗したといわざるをえないのである。実際、この失敗のために、途上国は WTO のプロセスに幻滅を感じた。カンクンにおける第5回 WTO 閣僚会議（カンクン閣僚会議）においては、例えば、彼らは、投資、競争政策、政府調達、貿易の円滑化といった新しい問題について交渉したがらなかった。近年の香港閣僚会議もまた、WTO 加盟国が、農産物の輸出に対する補助金を打ち切る最終期限に合意するのを拒絶していれば、失敗に終わっていただろう<sup>\*63</sup>。

今日、地政学的な状況は変化している。先進国が途上国に対して有する取引的な優位性は、もはや、TRIPs 交渉の間のときのように顕著ではなくなった。途上国が WTO 協定にサインをした10年前、彼らは分割されており、望むことがはっきりしていなかった。協定に関する問題のいくつかは、知的財産の保護のような一は、それらの国々にとって、比較的新しいものであり、おそらく低い優先順位でしかなかった。そのとき、途上国は、TRIPs の要求を履行することが何を意味するのか、完全には理解していなかったかもしれない。たとえ彼らが理解していたとしても、他の貿易関係の品目ほどには、知的財産について配慮しなかったのかもしれない。

しかしながら、今日では、途上国は、知的財産の保護の重要性や、知識を基盤とする經濟を發展させる必要性や、農業、保健、環境、教育、文化、言論の自由、民主主義といった分野において知的財産の過剰保護がもたらしうるスピルオーバーの効果を理解し始めている。ブラジルやインドのような有力国に導かれ、そして中国という新興国にサポートされ、これらの国々は、より用心深くなり、組織化され、見識を有するようになってきた；それらの国々はいまや、自らが欲すること、そして、より重要なことに、自らが欲しないことについてより優れた判断力をもつようになった<sup>\*64</sup>。それゆえ、それらの国々が現在、国際的な知的財産権の制度における集会的

多様性の要求において、よりアグレッシブになり集団としてのスタンスをとっていることは、驚くに値しない。

途上国が多様性を要求してきた多くの分野の中で、公衆衛生は、最も広範にメディアの注意を引いてきた。2001年11月に開かれたドーハでの第4回 WTO 閣僚会議において、WTO 加盟国は、TRIPs 協定と公衆衛生についての宣言を採択した<sup>\*65</sup>。それは、特許された医薬品へのアクセスの欠如や、途上国が重大な公衆衛生の危機を処理することができないということに注意を向けるよう努めるものであった。この宣言は、全ての途上国に、医薬品の保護を完全に履行するために、追加的に10年間の移行期間を与えた<sup>\*66</sup>。この宣言はまた、「強制ライセンスを与える権利や、このようなライセンスが与えられる理由を決定する自由」を再確認することによって、TRIPs 協定第31条を明確化した<sup>\*67</sup>。この宣言は、「加盟国はそれぞれ、国家的危機あるいは他の極度の緊急事態が何であるかを決定する権利を有する」と明言した<sup>\*68</sup>。

さらに、宣言は、「医薬品の分野において製造能力が不十分であるか、有していない WTO 加盟国が、TRIPs 協定のもとで強制ライセンスを効果的に利用することにおいて困難と直面することを認識してい[た]」<sup>\*69</sup>。2005年12月6日、香港閣僚会議の直前、WTO 加盟国は、最終的に、TRIPs 協定の修正議定書を受け入れることに合意した<sup>\*70</sup>。もし2007年12月1日前に批准されれば<sup>\*71</sup>、この修正条項は、TRIPs 協定と公衆衛生に関するドーハ宣言の第6節の履行に関する2003年8月30日の総会決定において早期に与えられた暫定的な権利放棄を永続的なものとするだろう<sup>\*72</sup>。提案された31条の2を具体化するため、その添付書類や追補に加え、この修正条項は、TRIPs 協定31条(f)項を留保することができる状況を規定している。

公衆衛生は、途上国が他の領域より多様性を要求してきた唯一の領域ではない。2003年12月のジェノバで開催された、世界情報社会サミットの最初の段階において、途上国は、情報や知識へのアクセスの世界的な重要性を宣言した多国間の文書を積極的に推進した。原則の宣言の42節は、明確に規定している：

知的財産の保護は、情報社会においてイノベーションや創造性を奨励するために重要である；同様に、知識を広く拡布し、普及させ、シェアすることも、イノベーションや創造性を奨励するた

めに重要である。知的財産の問題について全ての国による有意義な参加を促進することや、十分な自覚や能力の増強を通じた知識のシェアも、包括的な情報社会の基本的な要素である<sup>\*73</sup>。

筆者は、様々な機会にこの文書の知的財産に関連する部分の欠点について批判してきたけれども<sup>\*74</sup>、サミットが、多様性の必要性を強化し、国際的な知的財産権の制度のもとでより制限された保護を推進することに対する途上国の熱意を示すものであったことはたしかである。

直近では、WIPO での開発アジェンダの策定が進められてきた。2004年総会の間、例えば、アルゼンチンやブラジルの代表団は、「WIPO の開発アジェンダ策定の提案」を前面に押し出した<sup>\*75</sup>。さらに、技術に関する消費者プロジェクトが率いる非政府組織は、新しい「知識へのアクセス条約」の提案を進めた。それは、グローバルなリサーチと開発への資金拠出のありかたを改善しようとするものである<sup>\*76</sup>。

2006年7月、世界保健会議は、「委員会の推薦に基づく中期的枠組みを提供するためのグローバルな戦略や行動計画を策定するための全ての利害関係のある加盟国に開かれた政府間ワーキンググループを設立するための」決議を採択した<sup>\*77</sup>。採択された決議は、二つの決議案のドラフトを結びつけた一つは、世界保健機関 (WHO) の知的財産権、イノベーション及び公衆衛生に関する委員会からの最近のレポートに基づく WHO 事務局からのものであり<sup>\*78</sup>、もう一つは、ケニアとブラジルにより上程された、「ニーズ主導の研究と開発に関する『グローバルな枠組み』」についての提案を検討するための機構の設立を求めるものであった<sup>\*79</sup>。WHO は、他の政府間組織に比べると、(SARS が最も流行した時期を除き<sup>\*80</sup>) 国際的な領域において比較的の不活発であったが、この議決案は、知的財産権の領域の内部にとっても外部にとっても重大な波及的影響を与える可能性がある。

近年の途上国による多様性の要求や WIPO 開発アジェンダの設立は、WIPO が創設された1967年ストックホルム修正会議での展開を想起させるところがある。同会議において、各国は国際的な知的財産権の制度の再設計を強く望んだため、野心的にもベルヌ条約にいて開発途上国のための議定書を導入した<sup>\*81</sup>。皮肉にも、その議定書はあまりに野心的であったため、ストックホルム改正は批准されることなく、現在ではパリ改正に取って代

わられている。それにもかかわらず、ストックホルム修正会議は、かりに先進国が途上国の必要性や状況を無視し続けるのであれば、多様性に対する欲求が高まり急進的な改革がもたらされうることを示すものであった。

途上国が知的財産権の増大する国際的保護に懸念を持つということは理解できることである。つまるところ、そのような保護は、途上国を犠牲にして、先進国に有利となりがちなものだからである。多くの学者が経験的に、また、理論的に論証してきたように、より強い保護が途上国に利するという仮定や、普遍的な制度がグローバルな厚生を最大化させるという仮定は、疑わしいものでしかない<sup>\*82</sup>。同様に、現存の国際的な知的財産権の制度が、「将来の生産へのインセンティブ、情報の自由流通、潜在的な将来の創造のためにパブリックドメインの保護の間のバランスを」適切にしている、という仮説にも疑問符がつく<sup>\*83</sup>。実際、アメリカ合衆国議会がアメリカ特許システムの批判的な検証を行ったとき、その専門家の一人である Fritz Machlup 教授は、適切にも次のように言い切っている。

システムが良いものであるのか悪いものであるのか、分からない場合には、もっとも安全な「政策的な判断」は、長い間、そのシステムの存在につきあっていたのであれば、今後も存続させ、逆に、長い間、そのシステムなしでいたのであれば、今後もなしで済ますという形でなんとか出口にたどり着かなければならぬ。もし我々が特許システムを有していなかったなら、その経済的な帰結に関する我々の現在の知識をもとにして、それを設けることを勧めることは、無責任なことだろう。しかし我々は長い間特許システムを有してきたのであるから、我々の現在の知識をもとに、それを廃止することを勧めることこそが、無責任なことであるというべきだろう。<sup>\*84</sup>

さらに、既に指摘されているように、西洋の知的財産権のシステムが世界的なものとなったのは、強大な経済と軍事力が背景にあったからであり<sup>\*85</sup>、そのシステムが普遍的な価値を具現化していたからではない。現存のシステムも、それゆえ、普遍的な価値を具現化してはいない。むしろ、それがうまく途上国に移植できたのは、それらの国々にあまり力がなく、19世紀から21世紀初頭にかけて植民地のルールに服従してきたからである。

実際、「全てにフィットする一つのサイズ」としての国際的な知的財産

権のシステムは、しばしば途上国には不適切である。不適切なシステムはまた、先進国に損害を与える以上に、途上国を害するだろう。先進国は、アンバランスなシステムのインパクトを減少させるための資源や規制のメカニズムを有しているかもしれないが、途上国についてはそれは妥当しない<sup>\*86</sup>。それらの多くの国は、アンバランスなシステムにより生み出される問題を克服するための国際的な経済力や確立された法的メカニズムを有していない。システムが長期的には利益をもたらすとしても、それらの国々は、システムが設ける短期的な機会から利益を得るだけの財力、インフラ、技術的基盤を有していないかもしれない<sup>\*87</sup>。

物事をより複雑にしているのは、多くの先進国が、発展段階の期間の間、海賊的な行為を行っていた国であったという歴史的な重荷を負っているということである。ゆえに、遅れて登場した途上国が、追いつき追いこそうとする戦略としてコピーするという段階をなぜ踏むことができないのかを説明することは困難である。ある研究者は以下のように述べる：「産業革命が始まって以来、経済大国となった全ての国は、複製により始まった：ドイツ人は英国をコピーした；アメリカ人は英国やドイツを模倣し、そして日本は全てを模倣した<sup>\*88</sup>。」

先進国は、時代が変わったのであるから、国の過去の違法行為一奴隷制度や植民地化がよい例である一は、他者による同様の不当な行為を正当化しないと指摘するが<sup>\*89</sup>、彼らは、なぜより強い知的財産権の保護が、貧しい貿易相手の利益にとってベストであるか、特にそれらの国々が高い模倣能力を持っていないときにどうしてそこまでいえるのか、ということの説得力をもって説明しうる経験的な証拠をいまだ提示していない<sup>\*90</sup>。ゆえに、幾人かの政策決定者や研究者が、途上国が工業的發展や経済的な成功に追いつき地位を高めることを可能とするような「梯子を取り去ろうとしている」として先進国を非難してきたことはさほど不思議なことではない<sup>\*91</sup>。

### 傾向3：二国間及び多国間条約の利用

途上国からの増大する多様化への欲求に対応して、ヨーロッパ共同体やアメリカ合衆国は、国際的な知的財産の領域における交渉力を高めるとともに、膠着状態に陥ることを避けるため、二国間条約や多国間条約を使い

始めた<sup>\*92</sup>。このような戦略の変更への必要性は、2003年9月のカンクン閣僚会議が不首尾に終わったときに明らかになった。閣僚会議以降、アメリカ合衆国は自国と協調しようとする国には貿易の領域のみならず他のあらゆる領域で<sup>\*93</sup>報いつつ、他方で、途上国のために共同交渉戦線を確立しようとするブラジル、インドや他の G-20<sup>\*94</sup>の努力をその土台から掘り崩す「分断し攻略する」政策を始めた。米国通商代表の Robert Zoellick は、Financial Times において、アメリカ合衆国は、「できる」国と「しようしない」国を区別し、「できる国と [のみ] 自由貿易へ向かうだろう」と書いた<sup>\*95</sup>。

2006年3月までに、米国政府は、オーストラリア、バーレーン、チリ、コスタリカ、ドミニカ共和国、エルサルバドル、グアテマラ、ホンジュラス、ヨルダン、モロッコ、ニカラグア、オマーン、ペルー、シンガポールとの自由貿易協定の交渉に結論を出した。オーストラリア、チリ、ヨルダン、モロッコ、シンガポールとの協定は、すでに施行された<sup>\*96</sup>。アメリカ合衆国はまた、エクアドル、大韓民国、南アフリカ税関連合の加盟五カ国(ボツワナ、レソト、ナミビア、南アフリカ、スワジランド)、タイ、アラブ首長国連邦との通商交渉を開始した。アメリカ合衆国は、このような自由貿易協定を積極的に押し進めている唯一の国というわけではないが、合衆国の協定は、過激であるとともに、象徴的であり、くわえて途上国に大きな影響を与えるものであるため、特段の検討に値する<sup>\*97</sup>。

研究者は一般に、二国間協定は、締約当事国の個別の関心や状況を取り扱うのにより効果的であると考えている<sup>\*98</sup>。二国間協定は、「各国が直面している発展の特有の段階を考慮に入れることが可能であり、途上国がグローバルな経済に漸進的に参加することを可能とする<sup>\*99</sup>。」さらに、二国間協定は、「米国に対して攻撃的な特定の国の慣行をターゲットにすることができ、しかもそれを迅速に遂行することができる<sup>\*100</sup>。」米国の二国間協定が、要注意国に対してアメリカ合衆国が貿易制裁を科すという脅迫をした結果、「それらの国々において、よりスピーディーでより実質的な変化を広く促進した」ことは経験則的にも証明されている<sup>\*101</sup>。

二国間協定に比べると、多国間体制は、通例、それほど実質的な変化を企図しない妥協案に落ち着く<sup>\*102</sup>。そうした妥協は、より漸進的な変化を促進することもあるだろう。それによって、多国間体制は、「二国間による

解決よりも、より多くの国を結びつける保護基準を設定する」ことをより容易にする<sup>\*103</sup>。多国間主義は、また、効率性を促進し、交渉と政治的コストを削減し、国際貿易体制の分裂を最小化することにより国際的な安定性を高める<sup>\*104</sup>。たとえば加盟国の利益が変化したとしても、多国間による解決であれば独自に継続し存続しうる可能性がある<sup>\*105</sup>。

近年の二国間条約や多面的な条約へ回帰する傾向は、特に興味深い。各国が二国間主義から多国間主義へ移行する必要性は、パリ条約やベルヌ条約背後にあってその創設をもたらした主な原動力となったが<sup>\*106</sup>、多国間主義には限界があることもたしかである。特に意見の相違が、多国間のフォーラムにおいて行き詰まりをもたらす傾向にある場合には、そのようにいえるだろう。その好例が、かの有名な1981年のナイロビでの外交会議における先進国と途上国の間の膠着状態である。その際、途上国は、知的財産権の保護水準を低めるためのパリ条約の修正を要求し、アメリカ合衆国は反対の方向への改正を望んだ<sup>\*107</sup>。その結果生じた膠着状態は、アメリカ合衆国とその輸出産業をして、WTO から GATT/WTO へと交渉の場を移行させるよう仕向けることになり、最終的には TRIPs 協定が創設され、貿易と知的財産権が結びつけられるようになったのである。

アメリカ合衆国の立場からすると、二国間主義への移行は、少なくとも二つの利点を有する。協定の相手国に対してアメリカ合衆国が有する利害関係は種々雑多なものである以上、討議の場を変え、交渉の関係者の数を減らすことにより、アメリカ合衆国は、多国間条約では提供できないであろう、付加的な報酬を提供することができる。前述した31条の2の提案や、特許出願において生物資源や伝統的知識の出所と起源を開示することを要求する新設の29条の2を導入しようとする最近の提案という形で、一定の再交渉がすでに開始されているにもかかわらず<sup>\*108</sup>、二国間主義へ移行することにより、アメリカ合衆国は途上国が TRIPs 交渉をより有利な立場で再開することを阻むこともできる<sup>\*109</sup>。

途上国の立場からすると、しかしながら、二国間協定はその数が多くなるほど、相互に矛盾する義務が生ずる可能性があるということの意味するかもしれない。ヨーロッパ共同体とアメリカ合衆国の双方と二国間協定に署名した小さな島国の義務を想起してみよ。これらの二つの貿易大国が多くの知的財産権の問題に関して強硬に意見が対立したままであるために<sup>\*110</sup>、

双方が推進する協定は異なるものとなる傾向があり、ときとして互いに軋轢や、さらには矛盾を生むことになりかねない。途上国のなかには、これら二つの貿易大国の相違点を、交渉戦略の一部として、抜け目なく利用したり、ヨーロッパ共同体とアメリカ合衆国がWTOの紛争解決機関でそれらの相違点について決着をつけるのを待つことができる国もいるかもしれないが、全ての途上国がそのようにする力を持っているわけではない<sup>\*111</sup>。それゆえ、そうした国は、相互に矛盾する義務を抱えるか、悪くすると、その種の義務の履行を求める外交上の圧力に晒されることになりかねない。地域の実情に適合しない二国間協定に署名するよう強いられることはそれだけで十分悪い事態ということができる。しかしさらに最悪なのは、どちらも完全には遵守することができない、相互に矛盾する協定を何とかしてやり過ぎさなければならぬ地位に追い込まれることである。

さらに憂慮すべきことは、新しい二国間協定によって、アメリカ合衆国政府が、米国本土では異論が多いと考えられており、法として安定しているとはとてもいえない知的財産権の条項の採択を、より力の劣る貿易相手に対し押しつけることができるようになってきているということである<sup>\*112</sup>。例えば、アメリカ合衆国は、チリとシンガポールに、1998年デジタルミレニアム著作権法(DMCA)の異論の余地のある規定を採用させた<sup>\*113</sup>。同様に、アメリカ国民が最近の著作権期間の延長を強く批判しているにも拘らず、合衆国政府は、シンガポールとオーストラリアとの自由貿易協定において、著作権の保護期間を延長する条項を含めている<sup>\*114</sup>。オーストラリアとモロッコとの自由貿易協定でも、安価なジェネリック医薬品の並行輸入が禁止されている<sup>\*115</sup>。一方、米国著作権法におけるフェアユースの特権のような、重要な公衆の利益を確保する条項は<sup>\*116</sup>、それらの協定に含まれていない。

米国政府の地位は偽善的にみえるが、ほとんどの国が、特に、力の劣る国は、それらの協定を進んで受け入れている。まず、それらの国の多くは、よりよい協定を交渉するために必要とされる交渉力を有していない。そして、一部の国は、これらの協定を、重要な国益にとっては取るに足らないものと考えている。新しい保護が生み出す創作者のためのインセンティブに焦点を当てる代わりに、そうした国は、「応諾指向」となっており、知的財産交渉を、貿易に関する譲歩や、財政上の援助、開発援助を得るために利用しようとしている<sup>\*117</sup>。そうした国はまた、先進国の要求への抵抗が、

外交上の圧力へつながら、究極的にはその国際的な評判を傷つけることを恐れている<sup>\*118</sup>。

ときとして、途上国の貿易交渉の担当者や政府の官僚の利害は、先進国の貿易相手の利害と一致することさえあるかもしれない。多くの担当者や官僚は、繰り返し同じ職につくので、彼らは自らつくりあげた知的財産分野における「友好関係」や譲歩が、後の貿易交渉の場において、他の貿易あるいは貿易以外の品目にとって必要とされる外交力を与えてくれることを望むことになる。実際、多くの国が、協定が要求する特定の知的財産権のシステムが自国に全く利益をもたらさないかもしれないとしても、これらの条約を嬉々として受入れているのである。近年の米国のオーストラリアとドミニカ共和国との自由貿易協定に関する議論のコンテキストで、Michael Geist教授は以下のように説明している。

ドミニカ共和国のような途上国は、強い著作権保護が含まれていても、それを費用のかからない選択だと見ている。これらの国にとって、過度の著作権規制がもたらすかもしれない損害は、より基礎的な開発の関心事との比較では、影が薄くなるものなのである。そして、それらの国々は、他の貿易分野で具体的な利益が約束されるのであれば、その見返りに喜んで著作権の政策決定を明け渡すのである。

オーストラリアのような先進国は、バランスのとれた著作権政策が、自国の文化と経済両方の政策にとって重要であることを認識しているのだが、それでも、知的財産を、広範な交渉の一部の取引のかけら程度のもので扱う国が次第に増えているのである。多くの貿易交渉は、協定から生じる経済利益、すなわち純益の分析により判断されるため、そして、過度の著作権規制のネガティブな影響を測定することは難しいため、貿易協定において著作権を含めることの政策的含意は、取るに足らないものとしてしばしば簡単に片づけられてしまう<sup>\*119</sup>。

最後に、民主主義的な統制という観点からみると、これらの自由貿易協定は、特に問題を含むものということができる。なぜならば、政府の官僚が、議会を前に到底成就不可能であったようなものごとを達成する手段として、「外交交渉という裏口」を活用し、もって政治過程を迂回しようとするからである。官僚は、異論の強かった立法を国際的なフォーラムの俎

上に載せることにより、比較的容易に国際協定を入手することができる。そうすると、そもそも当初は採択されることがなかったであろう立法も、協定を履行するために必要だからということで、議会はそれを成立させるよう説得されてしまうのである。

さらに深刻だと思われることは、これらの協定が、国内の有権者、つまりこの事例ではアメリカ国民に対するバックファイヤーとなるおそれがあるということである。十分な数の国が二国間あるいは多国間協定に異論の余地のある規定を採択し、明示的かつ継続的に国家行為を統治する法規範として認識するようになった時点で、米国が国際慣習法に入れる可能性があるからである。もちろん議会は立法により慣習法を覆すことはできようが、その国内立法や司法手続きに与える潜在的な影響や、国際的な議論を形成する力は、けっして無視することはできない。たとえこれらの協定が国際慣習法にならなかつたとしても、アメリカ合衆国が調印した条約を解釈する際の「コンテキストとなる」かもしれないし、最終的には国の条約上の義務に影響を及ぼすかもしれない<sup>\*120</sup>。

実際、WTO 紛争解決パネリストは、WIPO や他のフォーラムにおける条約を、TRIPs 協定のあいまいさを解決するものとしてみるようになってきている。アメリカ合衆国著作権法110条(5)項に関して、例えば、パネルは、TRIPs 協定に組み入れられたベルヌ条約のマイナーな例外の理論が後続の国際著作権法の展開に反映されているのか否かということ判断するために、WIPO 著作権条約を検討している<sup>\*121</sup>。パネルは最終的に、WIPO 著作権条約は条約法に関するウィーン条約の意味での「後の条約」ではないとの判断を下したが、パネルは、「それらの条約が明示的に異なった義務を課している場合でない限り、全体の枠組みのなかで矛盾が生じることを避ける解釈を展開するために、文脈に示唆を求める」必要があると述べた<sup>\*122</sup>。

これらの批判にもかかわらず、二国間主義は、国際的な知的財産権の制度にとって、常に破壊的なわけではない。時折、それは、参加国の共通の立場の発展を促進することにより、多国間主義を促進するのを助けるかもしれない。このことは特に、平等で類似の取引力を持つ国により締結された条約、いわゆる南南自由貿易協定について、よく当てはまる。Sungjoon Cho 教授が指摘するように、「地域主義は、特定の状況の下では、『実験室効果』により、多国間主義に寄与するかもしれない。地域レベルでの試行

錯誤と体験学習を経験した後、国家は、この地域レベルでの先例を多国間のフォーラムに一歩進めることに自信を持てるようになるかもしれない<sup>\*123</sup>。」

確かなことは、こうした共通の立場というものは、特に、異なる交渉当事者の間の交渉力においてかなりの不均衡が認められる場合、参加国の地域的な状況を考慮に入れることに失敗していることがありうるかもしれないということである。例えば、研究者は、米州自由貿易圏の知的財産条項を強く批判してきた<sup>\*124</sup>。研究者はまた、新しい二国間協定が、「途上国が TRIPs 協定において実質的かつ戦略的に獲得したものを後退させる」ことになるおそれがあると示唆してきた<sup>\*125</sup>。しかしながら、これらの懸念は、多国間主義の議論にとっては関係がないことなのである。それらの協定の多くは、そうした不均衡があるにもかかわらず、最終的には国際的な知的財産体制に組み入れられていくことになる予想されるからである。実際、その多国間主義的性質にもかかわらず、TRIPs 協定は、貿易と知的財産の領域において最も頻繁に批判される国際条約の一つである。

#### 傾向4：インターネット上の紛争への対応としての 非国家的システムの創造

伝統的に、知的財産権の立法は、国内問題とされてきた。外部からの干渉がなければ、政府は、自国における知的な成果の創造と普及を最もよく促進するものはなにかということについて、価値判断をする。しかしながら、グローバル化が進行し WTO が設立されるにつれて、国内の知的財産法の採択や実施についての一国の政府のコントロールは、大いに減少した。実際、国際的な法形成が、国毎の評価や国内の政策決定に代わって、知的財産立法の支配的な方法となり始めている。

しかしながら、近年では、新しい法形成の方式が現れてきた。非国家的立法として知られているように、新しいテクニックが、「議論を積み重ねていく構造や漸進主義的に意思決定をなしていくといった伝統的な前提に反するものとして、発展してきた<sup>\*126</sup>。」Paul Geller が認識したように、ネットワークモデルは、前世紀において知的財産権の国際的な規範を構築するために各国が伝統的に用いてきたパッチワークモデルに今や取って

代わった<sup>\*127</sup>。この新しいモデルは、それゆえ、国家を中心に据えるシステムには適合しがたい革新的な解決策をもたらしたのである。

研究者のなかには、国家を中心に据える法形成のプロセスは、もはや時代遅れのものになりつつあるとまで断じるものもある。著名な英国の知的財産法学者である Robin Jacob 卿は、以下のような挑発的な論評を公にしている。「時が経つにつれ、少なくとも知的財産権に関する限りは、国民国家の時代は終わったと、世界は悟ることになるだろう<sup>\*128</sup>。」その評価が正確なものであるかどうかについて揚げ足取りを試みることは可能であるにしても、非国家的立法が、伝統的な国家中心の国際的な法形成過程とは全く異なった新しい手法を提供していることに疑いはない。統一ドメイン名紛争処理方針<sup>\*129</sup> (UDRP) は、この新しい手法の一つの実証的な例を提供している。Graeme Dinwoodie 教授と Laurence Helfer 教授は、以下のよう

UDRP は、従来の国際的な紛争解決法のどれとも異なる、新しい法創造といえる。それは、三つの意思決定モデル(司法、仲裁、政府)の要素の混合物を含む、ハイブリッドなシステムであり、国際的な法システムおよび国家的法システムにその着想を得ている。しかしながら、UDRP の実体的な内容も、その規範的な効力のいずれも、いかなる単一の国家や条約体制の法、制度、エンフォースのメカニズムにも依存していないのである<sup>\*130</sup>。

UDRP の起源は、1990年代半ばにおけるインターネットの規模や範囲の成長に伴い、合衆国政府にとってドメインネームシステム (DNS) を私有化させる必要が生じたことにさかのぼることができる<sup>\*131</sup>。1998年、合衆国商務省は、「DNS ホワイトペーパー」を発行した。それは、新しいドメインネームシステムを発展させるために用いられる四つの基本的な原則、具体的には、安定性、競争、私のボトムアップによる調整、そして代表性を俯瞰している<sup>\*132</sup>。ホワイトペーパーはまた、合衆国政府が DNS の管理から手を引く必要性を述べていた。それによれば、「主権者として行動する国家政府も、政府代理として行動する政府間組織も、インターネット上の名前やアドレスの管理に関与するべきではない。」さらに、ホワイトペーパーは、サイバースクワッシング (商標が第三者によってドメインネームとして先に登録されてしまうこと) を、DNS における主要な問題として

認識していた。同ペーパーは、WIPO に、この問題をいかに扱うかについて新しい組織に勧告するための「バランスのとれた透明性のあるプロセスを創設」することを求めている。

合衆国政府のこの誘いによって、WIPO は、第一回 WIPO インターネットドメインネーム手続を開始した。それは、6大陸14カ国、そして多数の政府機関、政府間組織、専門家集団、企業、そして個人が参加する諮問会議を含む長大かつ広範なグローバルの諮問プロセスである<sup>\*133</sup>。その報告書でなされた勧告の一つが、ドメインネームの登録と利用について登録者と第三者の紛争に関する利用規約を定める UDRP の創設であった<sup>\*134</sup>。

UDRP のもとで、各登録者は、第三者から紛争を処理するサービスプロバイダーに不服申立てがなされた場合、強制的な紛争管理手続に従うことを合意する。不服申立人は、登録者のドメインネームが、不服申立人が権利を有しているトレードマークあるいはサービスマークと同一であるか、あるいは混同を生じさせる程度に類似していることを証明しなくてはならない。不服申立人は、また、ドメインネームについて登録者が権利ないし正当な利益を有していないことと、そのドメインネームが不正の目的で登録され使用されていることを証明しなければならない<sup>\*135</sup>。

UDRP は、手続において脆いところがあり<sup>\*136</sup>、双方が等しく正当な利益を有しているような限界線上のケースを扱うことができないと<sup>\*137</sup>批判されることもあるが、その政策は、トレードマークの紛争を簡潔かつ費用に比して効果的に解決するものであるため、広い範囲で歓迎された。UDRP が1999年12月に施行されて以来、何千という事件が提起されており、しかも大半のケースが十分かつ効率的に解決されているのである<sup>\*138</sup>。

UDRP に関して興味深いのは、その政策が法令でも条約でもないことである。むしろ、それは「ソフトロー」<sup>\*139</sup>であり、WIPO による勧告を通じて創設された拘束力のない規範である。Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) が一般トップレベルドメインネーム (.com、.net、.org など) に関するドメインネーム紛争を解決するために UDRP を採用して以来、その政策は多くの外国のドメインネームの領域に拡張されてきた。例えば、「WIPO の国別ドメインネームに関する財産権の紛争の防止と解決のための最良のプラクティス」は、当該国におけるプライバシーの規制に反しないかぎり、国別トップレベルドメインネーム (.cn

(中国)、.fr (フランス) などの管理者が UDRP を採用することを唱道している<sup>\*140</sup>。同様に、裁判所が UDRP を類推適用したり、国内法に編入する国もある<sup>\*141</sup>。

さらに、他のコンテキストにおいても、UDRP に倣うことが必要とされた。好例は、Mark Lemley 教授と Anthony Resse 教授が最近なした、「著作権者に P2P システムの濫用者に対する限定的な救済を与えると同時に、その種の濫用を抑止するための迅速で安価な紛争処理システム」を設立するという提案である<sup>\*142</sup>。ピアトゥピアのコンテキストにおいても、サイバースクワッティングと同じように機能するという保障はないが、いずれにせよ Lemley 教授と Resse 教授の提案は、UDRP がインターネットドメインネームの紛争ばかりではなく、より広く適用されうことを示している。ドメインネーム政策の策定の経緯に対しては批判があるが、UDRP は、新しいタイプの法形成の手法が存在することを証明した。政府組織あるいは政府間組織に代わり、カリフォルニアの ICANN と呼ばれる私的な非営利法人が、ドメインネームシステムの日常的な管理や、権威ルートサーバーシステムの運営の監督<sup>\*143</sup>、国別ドメインネームを外国の管理者へ委託している Internet Assigned Numbers Authority (IANA) の運営の責任を負うことになったのである<sup>\*144</sup>。

ICANN は、米国商務省に対して契約上の義務を負っており、また、他国の利益をしばしば無視することがあったため、国際的に憂慮する声が目日に高まっている。その設立以来、ICANN は、正当性、開放性、責任性、代表性を欠いているばかりか、その限定されている任務の外に踏み出す傾向があるということで、厳しく批判されてきた。こうした議論は、最近の情報社会に関する世界サミットにおいてより激しさを増している。一部の国家政府や政府間組織が、ICANN のインターネット統治世界における支配的な地位が最終的には彼らの規範定立機能を侵食するのではないかと恐れたのである<sup>\*145</sup>。

これらの批判をなだめるため、各国ミーティングは、2005年11月にチュニスで開かれたサミットの第二フレーズにおいて、国連の賛同のもとでインターネットガバナンスフォーラムを設立することに同意した<sup>\*146</sup>。多数の利害関係者間の政策的対話を促すように設計されたこのフォーラムは、「コンピュータのセキュリティやオンライン犯罪からスパムや『その他

のインターネットの濫用』にいたるまでのあらゆる事柄についてのグローバルディスカッションの中心点」として機能するとされている<sup>\*147</sup>。さらにごく最近、合衆国政府もまた、DNS の私的管理を実現する責務があることを再確認しており、少なくとも歴史的なコントロールの一部を喜んで手放す用意があることを示した<sup>\*148</sup>。もともと、安定性に対する懸念があるために、合衆国政府が、近い将来に、権威ルートサーバーシステムの運営の監督の権限を放棄するという事はありそうにない。

## 傾向5：権利者が他の代替的手段に頼ること

デジタル環境や途上国における保護のレベルが低いことに不満をもつ知的財産権者は、国際的な知的財産制度の外にその保護を求める傾向が次第に強くなってきた。よく利用されるのが、マスマーケット契約と、技術的保護手段である。マスマーケット契約は、通常、シュリンクラップあるいはクリックラップライセンスの形をとる。これらのライセンスは、使用者に特定の利用規約に同意することを求めることにより、既存の知的財産法のもとではカバーされておらず、利用もできない追加的な保護を提供する。技術的手段もまた、マスマーケット契約のように、知的財産権の保護を強化する。しかしながら、これらの手段は、フォーマルな法的保護に頼るものではないため、途上国やインターネットのような、知的財産法のエンフォースメントが限定的にしか提供されない場所において、相対的に効果的な保護を提供する。技術的保護手段の教科書的な例は、デジタル著作物の保護や、種が子孫をつくれなようにし、次世代の作物を育てられないようにする遺伝子利用制限技術 (GURTs) に用いられる暗号化技術である<sup>\*149</sup>。

権利者が、知的財産法以外の代替的保護手段に依存する傾向が強くなるということは、究極的には知的財産権の発展に影響を与える可能性があるため、注目に値するものといえる。用いられる方法次第では、それらは保護を強化したり、あるいは保護にとって代わることもありえよう。それらはまた、知的財産権の制度の重要度を低下させるか、場合によってはあってもなくてもよいものにより、保護を弱体化させる。元著作権局副長の Shira Perlmutter は、著作権法の未来について以下のように記述し

ている。

オンラインの世界においては、著作権のルールそれ自体が発動されることは、おそらく減少していく傾向にあるといえよう。著作権法が、日常的法的ビジネスの構成に占める割合は低下していくことであろう。訴訟の対象となったり、結果を左右する要因となることは次第に少なくなっていくことであろう。裁判所や会議室における戦いは、ますます契約法や技術的なツールの機能に依存するだろう。同様の傾向は、不動産法に見出すことができる：不動産法に基づいて訴訟が提起されることは減多にない。むしろ、訴訟は、その根底にある法に基づいて設定された権原により可能となった契約上の権利を行使するために用いられている<sup>\*150</sup>。

国際的な制度の発展という視点からは、代替的保護手段の利用が増えるということは、このような利用がやがて、国際的ハーモナイゼーションのプロジェクトにとって必要なエネルギーや動力を取り去ってしまうか否かという興味深い問題を生じさせる。多国間にまたがる手続きによって規範を形成することは困難かつ複雑であり、グローバルなコンセンサスに到達するには、莫大な時間、資源、努力を必要とする。もし各国が、代替的手段に効果があると考えるか、あるいは、知的財産権の保護を無意義なものにするか、あるいは、ハーモナイゼーションを進めるための交渉に必要とされる相応の資源を費やすことはやめるように思われる。

さらに、代替的な保護手段は、技術的には国際的な知的財産制度の枠外にあるため、国際的な制度や国内体制において慎重に作り上げられ、苦痛を伴う交渉によって取り決められた制限や例外を無視したり相容れないものとするにより、これまでのハーモナイゼーションの努力によって達成されたものを台無しにするかもしれない。著作権のコンテキストにおいて、研究者はすでに、マスマーケット契約や技術的保護手段が、いかにフェアユースやフェアディールの特権、消尽理論やファーストセールの法理、保護期間の限定、アイデアと表現の二分論、そしてリバースエンジニアリングの例外のような、公衆の利益を擁護するセーフガードを阻害する潜在的な力をもっているかということについて述べてきた。同様に、途上国も、WIPO インターネット条約により保護される技術的手段が、パブリックドメインに存するか、より低廉に利用しうる素材を、囲い込むことを

権利者に許すのではないかという懸念を強めている<sup>\*151</sup>。かりにこれらの素材がほかから入手することが不可能である場合に、権利者が取引を拒絶すれば、技術的保護手段は、「事実上、法によって与えられる利用者の特権の利用可能性を排除する」だろう<sup>\*152</sup>。

こうした緊張関係や潜在的な問題があるにもかかわらず、以下に示す三つの理由により、代替的手段は、知的財産保護に取って代わることはない、あるいはそれを無意味なものとするのではないと考えられる。第一に、それらの手段は、絶対確実な保護を提供しない。契約的な制限を課するのは、契約関係を通じてアクセスを得た人々に限られる。特定の利用規約に同意しなかった人々に対する救済を提供しない。さらに、例えばアメリカ合衆国においては、多くの法域で、一部の契約は連邦著作権法による専占の対象とされるかもしれない<sup>\*153</sup>。国の裁判所はまた、標準書式に基づいており交渉を経ることなく締結される契約を、公序の観点から、非良心的あるいは強制不能なものとして判断するかもしれない。

同様に、技術的保護手段も破られうるものでしかなく、侵害を遅らせるための「スピード抑止のバンプ」として役立つに止まる<sup>\*154</sup>。一般の利用者は、それらの手段を破るのに必要な技術を有していないが、いったん暗号解読技術が公衆に開示されると、それを利用することができるようになる。さらに、技術的保護手段を選択するにあたって、権利者はしばしば、コストと実効性、そして保護と不便のトレードオフに直面する<sup>\*155</sup>。その結果、費用が高くなりがちであり、利用するのが難しく、それゆえに消費者にとって魅力が欠くことになりかねないような、強力な技術的保護手段を用いることを、権利者はためらうかもしれない。

第二に、知的財産権の保護と、代替的な保護手段の発達の関係は相当に入り組んでいる。契約に基づくものであれ、技術に基づくものであれ、代替的な保護手段は通常、知的財産権法の影の部分に創られ、知的財産権法を背後に控える規範として用いられるのである。また、いったん利用者が保護される作品へのアクセスを合法的に得た後の利用者の行為を規制するために、知的財産法に依存する権利者もいるだろう。Perlmutter は以下のよう

〔知的財産権法の〕基本的な原則と、それらが具現するバランスは、創造的なコンテンツ利用のための環境を形作り続けるであ

ろう。[マスマーケット契約における] ライセンス条項も、技術的保護手段の効力も、これらの原則により形成されていくだろう。なぜならば、知的財産権法の原則は、常識を作出し、社会的な期待を反映し、任意的な手段が失敗した場合のデフォルトルールを提供しているからであり、逆に、かりにそうでないとすれば立法による反動を招来することになるからである<sup>\*156</sup>。

最後に、これらの手段の利用が、国際的な知的財産権の制度における利害関係者にとって重要であるならば、新たな多国間の規範やフォーラムが発展し、このような手段の利用を促進するとともに、そしてそれらをその制度に取り込むようになるであろう。例えば、WIPO インターネット条約のなかのある部分は、デジタル著作物を保護するために用いられる暗号化技術の迂回行為を防ぐ必要性に対する応答として生み出されたものである<sup>\*157</sup>。著作権システムにぴったりとは収まらない技術に焦点を当てることにより、条約は、これらの「技術的な付属物」<sup>\*159</sup>を制度に首尾よく組み入れることに成功し、著作権法学者が「擬似コピーライト」<sup>\*158</sup>と呼ぶものを生み出した。

ここまで紹介した代替的手段は、主に権利者の保護を高めるように設計されたものであった。しかしながら、代替的手段はまた、保護を弱めるように設計することも可能である。その場合には、国際的な知的財産権の制度に対するまた別のチャレンジが生み出されていることになる。なかでも主要なものは、これまで、フリーでオープンなソフトウェアや、クリエイティブコモンズライセンスによって促進されるオープンで共同作業的なモデルの出現に由来する。そうしたモデルは、マスマーケット契約に依存しているのであるが、それにもかかわらず、このモデルが利用するライセンスは、素材を保護したり、その利用を制限するために設計されたわけではなく、素材を自由に公衆が利用できるようにしたり、選ばれた条件の下で利用できるようにすることにより、素材をシェアすることを促進しようとする。このモデルは当初はソフトウェアのために設計されたものであったが、その後、バイオゲノム関係の研究、さらには創作物一般に拡張されつつある<sup>\*160</sup>。

例えば、フリーオープンソフトウェアを考えてみよ。Pamela Samuelson 教授の言葉では、このようなソフトウェアは「理論的にパブリックドメイ

ンの外にあるが、しかし、事実上その中にあるようにみえる<sup>\*161</sup>。」彼女は以下のように説明する。

オープンソフトウェアは、パブリックドメインに寄与する。そのライセンスは、ソースコードの指示を公衆が利用できるようにすることを要求するからである。当該プログラムに具体化されているノウハウの全てがアクセス可能となる。オープンソースライセンスは、後続のイノベーションを促進するので、オープンソースは継続的な学習に寄与し、パブリックドメインをさらに拡張することになる。しかしながら、オープンソースそれ自体はパブリックドメインの中にはない。むしろ、それは、プログラム開発者が確立しようとしているデジタルコモンズを確保することを企図するライセンス戦略を基礎づけるために、知的財産権に頼るのである。多くのオープンソースの開発者の立場からすると、プログラムをパブリックドメインに捧げるという戦略は、オープンソースの目的を達成するための最適解にはならない。パブリックドメインとなったプログラムから財産権の対象となる派生物が作り出されるからである。派生的なプログラムを作りこれを財産権の対象とすることによってオープンソースライセンスの約定に違反した者は、プログラムに存する知的財産権の侵害者とみなされることになる。こうして、この種の形式のオープンソース運動へのフリーライドが禁止されることになるのである。したがって、オープンソースライセンスは、既存の知的資源におけるコモンズを保全し維持するために財産権を使用していることになる<sup>\*162</sup>。

オープンで共同作業的なモデルは、保護可能な対象を知的財産権のシステムの外部に追いやることを迫りつつ、知的財産権のシステムの内部における強力な保護に依存するというものである。これらのモデルの提唱者がとる立場は、伝統的な権利者が保持する立場と衝突することになりがちである。国際的な知的財産権の制度のなかで、こうした立場の相違は、緊張関係や、さらにはおそらく衝突さえ生み出すことになるだろう。モデル内で利害が対立しているように見えることや、オープンソース開発者や共同開発者により用いられているライセンスの種類が多岐に渡っていることは<sup>\*163</sup>、また、国際的規範の発展に関して難問を提起することになるだ

ろう。この種の規範は発展すべきものなのであろうか？ かりに発展させるべきだとして、そのために最も効果的な戦略はどのようなものとなるのであろうか？ 既存の国際的な知的財産権の制度の枠内で発展させるべきなのであろうか？ 発展させるべき場は、国家中心の多国間フォーラムであらうか？ それとも新しい規範形成の手法をもった他のフォーラムなのであろうか？

近年、特にアフリカ、アジア、南アメリカにおける途上国は、フリーオープンソースソフトウェアの発展に重大な関心を払うようになった<sup>\*164</sup>。この種のソフトウェアが数多くのメリットを有していることを考えると、それは十分理由のあることだといえよう。たとえば、フリーオープンソースソフトウェアは、利用者がコストをかけずにソフトウェアの改良を試みることを可能とし、地域のニーズや、好み、利益に適するようにプログラムのコードを修正する自由を与える<sup>\*165</sup>。それはまた、「学習環境」の発展を助長する。そこでは、ソフトウェアのユーザーが、コンピュータやプログラミングのスキルだけではなく、著作権やライセンスはもちろん、チームワークや、チームマネジメント、共同作業も学ぶことができる<sup>\*166</sup>。くわえて、一般的に、財産権の対象となるソフトウェアよりも安価である。労働力のコストの低い国では、さらに安価となる。Rishab Ghosh は2004年に以下のように述べている。

どのような ICT のインフラストラクチャにとっても必要とされる典型的で基本的なツールセットであり、財産権の対象となっている、Windows XP の価格は、合衆国においては、Office XP と併せて US\$560 である。この価格は、南アフリカの一人当たり国内総生産の2.5ヶ月分、ベトナムにおける一人当たり国内総生産の16ヶ月分を超える。これを、合衆国に換算すると、それぞれ US\$7,541 と US\$48,011 を単独のユーザーにライセンス料金として課金することに相当する。およそ負担できない金額であることは明らかである<sup>\*167</sup>。

自由とコミュニティが、フリーオープンソースソフトウェアの二つの主な魅力であることに変わりはないが、ユーザーはしばしば、そうした価格以外の利点を高く評価する以前に、「その低いコストによって [オープンソース] ソフトウェアに引きつけられる<sup>\*168</sup>。」ゆえに、多くの途上国が、

フリーオープンソースソフトウェアの利用を、経済的な苦境や技術的な遅れを緩和するための戦略として考えていることは、驚くべきことではない。興味深いことは、より強い知的財産権の保護を導入するよう求める先進国の圧力に対抗するために、オープンソースソフトウェアの大規模な展開を反抗の戦略として用いる国があるということである。ベトナムがよい例である。米国とベトナム間の二カ国貿易協定におけるより強い著作権保護を求める米国の圧力を減じるために、ベトナム政府は、2005年までに全ての政府期間や国有企業がオープンソースソフトウェアを利用するよう要求することを発表し<sup>\*169</sup>、財産権的ソフトウェアを製造する米国の業者に驚愕と失望をもたらした。

オープンで共同的なモデルに関する近年の展開は興味深く、そして途上国の立場からは有望であるといえるのに対し、それらの知的財産権の制度へのインパクトがどのようなものになるのかということについては、もう少し様子を見る必要がある。一方では、代替的な保護手段のように、それらのモデルがますます利用されることになり、知的財産権の制度の中で新たな緊張関係や関心を生み出すかもしれない。他方、これらのモデルが広汎に使われた結果、国際的な関心を惹起し、ひいては、新たな多国間的な発展を導くかもしれない。

2003年1月、学術、科学、経済、そして消費者活動家のグループは、WIPO に「公共財を創造するためのオープンで共同的なプロジェクト」を議論するミーティングを招集することを要求した<sup>\*170</sup>。WIPO は、当初熱意をもって、研究やイノベーションのためにこれらのモデルの範囲や適用を調査する会議を組織する可能性を検討した<sup>\*171</sup>が、そのアイディアは結局、先進国やそれらの国々の財産権的ソフトウェア産業からの反対に遭い断念されることになった<sup>\*172</sup>。もし会議が開催されていれば、あるいは、将来、挙行されるようなことがあるのであれば、これらの新たな革新的なモデルが国際的な知的財産権の制度に組み込むべきものであるのか、どのように組み込むべきものであるのかということについて興味深い議論が交わされることになったと思われる。

## 結 語

国際的な知的財産権の制度は、TRIPs 協定の創設以来、ハーモナイゼーションを加速してきたように見えるが、ハーモナイゼーションのプロセスは、近年、五つの反協調的傾向によって妨げられてきた。こうした新展開に鑑み、研究者や、政策決定者、権利者は、既存の制度が危殆に瀕しているのではないかといふようになってきた。彼らが述べるように、現在の制度は先進国と途上国の両方のニーズに応えることに失敗しているだけでなく、インターネットや新たなコミュニケーション技術により生み出される変化に対応するにはあまりに遅すぎる。

これらの疑問は、適切かつ重要であるが、国際的なハーモナイゼーションが、静的というよりは動的なプロセスであることを銘記すべきである<sup>\*173</sup>。既に別稿で指摘したように、現在の制度は、「一連の時代の流れやそれに対する逆流の展開の間で繰り返される相互作用の産物である。多国間主義という時流が画一性とハーモナイゼーションの拡張を推進める一方、抵抗勢力の逆流は、国家の自律や国際的な多様性を保護する<sup>\*174</sup>」。このように押し引きが行われている結果、国際知的財産権制度の将来の姿を予想できる者はいない。それがどのように見えるかは、いつの時点でそれを見るかによって異なるからである。

本稿で記述した五つの反協調的傾向が、ハーモナイゼーションのプロセスをスローダウンさせ、さらには途絶させた可能性があることは疑いが無い。しかし、これらの傾向が国際的な知的財産権の制度に与える影響の有無とその程度に関しては、該制度の頑健さを考慮に入れると、不明確なままである。実際、もし政策決定者が、最近の傾向を単に、過去のハーモナイゼーションの努力の行き過ぎを調整するものとして見るのであれば、彼らは、ハーモナイゼーションプロセスについてなにがしかの教訓（特に、その限界と、それを最も効果的なものとするための条件）を学ぶことになるだろう。ゆえに、このような観点から見ると、近年の展開は、国際的な知的財産権の制度の設計と発展について各国の理解を深めることになるかもしれない。

さらに、五つの反協調的傾向のベクトルは異なる方向を向いており、ときとして互いに相殺することもあるので、近未来の国際的な知的財産権の

制度は、開発に関する専門家が予想していたような、増強された財産権の保護の繁殖地になることはなさそうである。同じ理由で、近年の開発アジェンダもまた、一部の権利者が恐れていたような、既存の知的財産権の保護の水準を低下させる新たな開発優先運動の先導となることもありそうにない。その代わりに、国際的な知的財産権の制度は、これまでもそうであったように、これからも、権利者と個々のエンドユーザーにとって、そして、先進国と途上国の両方にとって、好機と危機を提供するものであり続けるだろう<sup>\*175</sup>。どのように該制度が発展するのかということは、これらの好機を活かすために効果的に動員しうるのは誰かということによって決まるだろう。

\* Copyright © 2006 Peter K. Yu. Associate Professor of Law & Director, Intellectual Property & Communications Law Program, Michigan State University College of Law; Core Faculty, Asian Studies Center & Adjunct Professor of Telecommunication, Information Studies and Media, Michigan State University; Research Fellow, Center for Studies of Intellectual Property Rights, Zhongnan University of Economics and Law.

本稿は、Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age (Peter K. Yu ed., Praeger Publishers 2007) の第4章として公開されたものである。本稿の草稿に関しては北海道大学法学研究科で報告する機会があった。筆者を招聘し歓迎していただいた田村善之教授に謝意を表したい。

<sup>\*1</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Legal Instruments-Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1197 (1994) [hereinafter TRIPs Agreement].

<sup>\*2</sup> WIPO Copyright Treaty, adopted Dec. 20, 1996, 36 I.L.M. 65; WIPO Performances and Phonograms Treaty, adopted Dec. 20, 1996, 36 I.L.M. 76.

<sup>\*3</sup> See World Intellectual Prop. Org. [WIPO], Open Forum on the Draft Substantive Patent Law Treaty (SPLT), [http://www.wipo.int/meetings/2006/scp\\_of\\_ge\\_06/en/](http://www.wipo.int/meetings/2006/scp_of_ge_06/en/) (Mar. 2006).

World Intellectual Prop. Org. [WIPO], Open Forum on the Draft Substantive Patent Law Treaty (SPLT), [http://www.wipo.int/meetings/2006/scp\\_of\\_ge\\_06/en/](http://www.wipo.int/meetings/2006/scp_of_ge_06/en/) (Mar. 2006)参照。

<sup>\*4</sup> WIPO, Standing Comm. on Copyright & Related Rights, *Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations Including a Non-Mandatory Appendix on the Protection in Relation to Webcasting*, SCCR/14/2 (Feb. 8, 2006), available at [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sccr/en/sccr\\_14/sccr\\_14\\_2.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sccr/en/sccr_14/sccr_14_2.doc).

available at [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sccr/en/sccr\\_14/sccr\\_14\\_2.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sccr/en/sccr_14/sccr_14_2.doc).

<sup>\*5</sup> See Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works art. 5(1), Sept. 9, 1886, revised at Paris July 24, 1971, 25 U.S.T. 1341, 828 U.N.T.S. 221; Paris Convention for the Protection of Industrial Property art. 2(1), Mar. 20, 1883, revised at Stockholm July 14, 1967, 21 U.S.T. 1538, 828 U.N.T.S. 305.

<sup>\*6</sup> Jane C. Ginsburg, *International Copyright: From a "Bundle" of National Copyright Laws to a Supranational Code?*, 47 J. Copyright Soc'y U.S.A. 265, 268 (2000).

<sup>\*7</sup> See Peter K. Yu, *Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime*, 38 Loy. L.A. L. Rev. 323, 330-354 (2004) [hereinafter Yu, *Currents and Crosscurrents*].

<sup>\*8</sup> Chace Act, ch. 565, 26 Stat. 1106 (1891).

<sup>\*9</sup> *Id.* § 13.

<sup>\*10</sup> 17 U.S.C. § 901-914 (2004). 1984年半導体チップ保護法に関する議論全般と、知的財産権法の他の形式がなぜ集積回路配置あるいはマスクワークの保護に失敗したのかという議論については、see Leon Radomsky, *Sixteen Years After the Passage of the U.S. Semiconductor Chip Protection Act: Is International Protection Working?*, 15 Berkeley Tech. L.J. 1049 (2000).

<sup>\*11</sup> 著作権法はマスクワークを以下のように規定している：

一連の関連する像であって、どのように固定されているかまたは符号化されたものであるかを問わず、以下の要件をみたすものをいう。

(A) 半導体チップ製品の層に存するか、または層から除去される金属材料、絶縁材料または半導体材料の予め定められた三次元のパターンを有するか、または表すもので、かつ

(B) 各像が半導体チップ製品の一つの形態の表面のパターンを有するような関係が像相互にあるもの。

17 U.S.C. § 901(a)(2).

<sup>\*12</sup> *Id.* § 902(a)(1).

<sup>\*13</sup> *Id.* § 914.

<sup>\*14</sup> See Radomsky, *supra* note 10, at 1052.

<sup>\*15</sup> 日本法の議論について、see *id.* at 1066-1067.

<sup>\*16</sup> Council Directive 87/54/EEC of 16 December 1986 on the Legal Protection of Topographies of Semiconductor Products, 1987 O.J. (L 24) 36.

<sup>\*17</sup> See Radomsky, *supra* note 10, at 1069.

<sup>\*18</sup> See *id.* at 1071.

<sup>\*19</sup> See TRIPs Agreement, *supra* note 1, art. 35.

<sup>\*20</sup> *Id.* art. 36.

<sup>\*21</sup> Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases, 1996 O.J. (L 77) 20.

<sup>\*22</sup> *Id.* art. 7(1). 指令の下では、データベースは、15年間の存続期間の間（更新がありうる）、著作権保護の適格性にかかわらず、無権限の抽出や再利用に対して保護される。*Id.* art. 10.

<sup>\*23</sup> *Id.* art. 11.

<sup>\*24</sup> See Peter K. Yu, *Toward a Nonzero-Sum Approach to Resolving Global Intellectual Property Disputes: What We Can Learn from Mediators, Business Strategists, and International Relations Theorists*, 70 U. Cin. L. Rev. 569, 623 (2002) [hereinafter Yu, *Toward a Nonzero-Sum Approach*].

<sup>\*25</sup> 実体的な相互主義の議論に関しては、例えば、see, Paul E. Geller, *Intellectual Property in the Global Marketplace: Impact of TRIPs Dispute Settlements?*, 29 Int'l Law. 99, 100-101 (1995) [hereinafter Geller, *Intellectual Property in the Global Marketplace*]; Charles R. McManis, *Taking TRIPs on the Information Superhighway: International Intellectual Property Protection and Emerging Computer Technology*, 41 Vill. L. Rev. 207, 225-226 (1996); Jerome H. Reichman, *Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection Under the TRIPs Component of the WTO Agreement*, 29 Int'l Law. 345, 347-351 (1995).

<sup>\*26</sup> TRIPs Agreement, *supra* note 1, art. 4.

<sup>\*27</sup> TRIPs 協定第4条は、以下のような例外を規定している。

知的所有権の保護に関し、加盟国が他の国の国民に与える利益、特典、特権又は免除は、他のすべての加盟国の国民に対し即時かつ無条件に与えられる。加盟国が与える次の利益、特典、特権又は免除は、そのような義務から除外される。

(a) 一般的な性格を有し、かつ、知的所有権の保護に特に限定されない司法共助又は法の執行に関する国際協定に基づくもの

(b) 内国民待遇ではなく他の国において与えられる待遇に基づいて待遇を与えることを認める1971年のベルヌ条約又はローマ条約の規定に従って与えられるもの

(c) この協定に規定していない実演家、レコード製作者及び放送機関の権利に関するもの

(d) 世界貿易機関協定の効力発生前に効力を生じた知的所有権の保護に関する国際協定に基づくもの。ただし、当該国際協定が、貿易関連知的所有権理事会に通報されること及び他の加盟国の国民に対し恣意的又は不当な差別とならないことを条件とする。

*Id.*

<sup>\*28</sup> See Geller, *Intellectual Property in the Global Marketplace*, *supra* note 25, at 108 (紛争解決パネルが、「法における欠陥を埋める権限」を有しているか否かに関する TRIPs 協定の様々な解釈を検討している)。

<sup>\*29</sup> TRIPs Agreement, *supra* note 1, art. 10(2).

<sup>\*30</sup> *Id.* art. 1(1) (「加盟国は、この協定の規定に反しないことを条件として、この協定において要求される保護よりも広範な保護を国内法令において実施することができるが、そのような義務を負わない」と明記している)。

<sup>\*31</sup> See Judy Rein, *International Governance Through Trade Agreements: Patent Protection for Essential Medicines*, 21 Nw. J. Int'l L. & Bus. 379, 382 (2001) (「GATT の中に規定されている例外は、関税連合や自由貿易地域を許容しており、世界貿易機関…の協定にもおそらく適用されるであろう」と述べている)。

<sup>\*32</sup> See Frederick M. Abbott, *The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health*, 99 Am. J. Int'l L. 317, 357 n.286 (2005) (「一部の途上国のジェネリック製品の生産者は、主としてごく一部の WTO 加盟国を本拠とする先発メーカーを本質的に優遇する可能性がある新しい FTA の規律によって、結果的に、FTA を導入する加盟国による、事実上の最恵国待遇の差別によって苦しめられている可能性があるということを検討することは有意義といえよう」と述べている); see also John R. Thomas, *Intellectual Property and the Free Trade Agreements: Innovation Policy Issues CRS-21* (CRS Report for Congress, Order Code RL33205, 2005) (TRIPs 協定第4条が当事国ではない WTO 加盟国に自由貿易協定の利益を拡張するのか否かに関する議論に言及している)。

<sup>\*33</sup> See John F. Duffy, *Harmony and Diversity in Global Patent Law*, 17 Berkeley Tech. L.J. 685, 693-700 (2002).

<sup>\*34</sup> *Id.* at 699-701.

<sup>\*35</sup> See Patent Cooperation Treaty, June 19, 1970, 28 U.S.T. 7645, 1160 U.N.T.S. 231; Convention on the Grant of European Patents, Oct. 5, 1973, as amended by Decision of the Administration Council of the European Patent Organization of Dec. 21, 1978, 13 I.L.M. 268 (1974).

<sup>\*36</sup> Duffy, *supra* note 33, at 702-703. But see Ruth Gana Okediji, *Copyright and Public Welfare in Global Perspective*, 7 Ind. J. Global Legal Stud. 117, 125-144 (1999) (自由貿易と知的財産権の保護の緊張関係を検討している)。

<sup>\*37</sup> Abram Chayes & Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements* 100 (1995) (「GATT の起草者が両大戦間の歴史から学んだ主たる教訓は、貿易問題や紛争における一方的な行動が、究極的には国際的貿易体制の崩壊につながったということである」と述べている)。

<sup>\*38</sup> See Yu, *Toward a Nonzero-Sum Approach*, *supra* note 24, at 606-608.

<sup>\*39</sup> See Stephen P. Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights: National and International Protection* 80, 83 (1975).

<sup>\*40</sup> See Duffy, *supra* note 33, at 703-706を参照 (法域毎の法のバリエーションは、法域の住民の独自の好みや選好に法を適合させることを可能とするであろうと述べている); see also Assafa Endeshaw, *The Paradox of Intellectual Property Lawmaking in the New Millennium: Universal Templates as Terms of Surrender for Non-Industrial Nations; Piracy as an Offshoot*, 10 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 47 (2002)も参照 (非工業国にユニバーサルな枠組みを適用することを批判している); Peter K. Yu, *World Trade, Intellectual Property, and the Global Elites: An Introduction*, 10 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 1 (2002) (同様)。

<sup>\*41</sup> See Duffy, *supra* note 33, at 706-707.

<sup>\*42</sup> See *id.* at 707-708; see also Ladas, *supra* note 39, at 9-16 (法的イノベーションの「実験室効果」を議論している); Sungjoon Cho, *A Bridge Too Far: The Fall of the Fifth WTO Ministerial Conference in Cancún and the Future of Trade Constitution*, 7 J. Int'l Econ. L. 219, 238 (2004) (各国が地域レベルでの試行錯誤や実践による学習を経験することができる地域主義の「実験室効果」について議論している)。

<sup>\*43</sup> See Duffy, *supra* note 33, at 691 (「特許法の開拓者となった15世紀ベネチア法は、法における実験であり、政府により認められる排他的な特権に対する古典的な敵意からの旅立ちであった」と述べている); *id.* at 709 (法的実験が、「特許法自体をまさに創造すること」の原因であったと述べている)。ベネチアを起源とする特許法に関する議論として、see generally Bruce W. Bugbee, *Genesis of American Patent and Copyright Law* 12-25 (1967); Christopher May, *The Venetian Moment: New Technologies, Legal Innovation and the Institutional Origins of Intellectual Property*, 20 Prometheus 159 (2002); Giulio Mandich, *Venetian Patents (1450-1550)*, 30 J. Pat. Off. Soc'y 166 (1948); Frank D. Prager, *A History of Intellectual Property from 1545 to 1787*, 26 J. Pat. Off. Soc'y 711 (1944); Yu, *Currents and Crosscurrents*, *supra* note 7, at 330-332.

<sup>\*44</sup> Rochelle Cooper Dreyfuss, *TRIPS-Round II: Should Users Strike Back?*, 71 U. Chi. L. Rev. 21, 22 (2004); see also Lawrence Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity* (2004); James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, *Law & Contemp. Probs.*, Winter/Spring 2003, at 33.

<sup>\*45</sup> Keith E. Maskus & Jerome H. Reichman, *The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods*, 7 J. Int'l Econ. L. 279, 300, 302 (2004) (footnote omitted).

<sup>\*46</sup> See Duffy, *supra* note 33, at 696.

<sup>\*47</sup> Carlos M. Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries:*

The TRIPS Agreement and Policy Options 105 (2000).

\*48 TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 6. See generally Vincent Chiappetta, *The Desirability of Agreeing to Disagree: The WTO, TRIPS, International IPR Exhaustion and a Few Other Things*, 21 Mich. J. Int'l L. 333 (2000) (TRIPS 交渉過程における消尽の問題に関する意見の相違を検討している).

\*49 TRIPS Agreement, *supra* note 1, arts. 65(1)-65(3).

\*50 *Id.* art. 66(1).

\*51 *Id.* art. 66(2).

\*52 World Trade Org. [WTO], *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health* ¶ 7, Nov. 14, 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, 41 I.L.M. 755 (2002) [hereinafter *Doha Declaration*].

\*53 Press Release, WTO, Poorest Countries Given More Time to Apply Intellectual Property Rules (Nov. 29, 2005), available at [http://www.wto.org/english/news\\_e/pres05\\_e/pr424\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/pres05_e/pr424_e.htm). 期限は2013年7月1日まで延長された。

\*54 See Comm'n on Intellectual Prop. Rights, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy: Report of the Commission on Intellectual Property Rights 51 (2003) [hereinafter IPR Commission Report] (「[後発開発途上国]の人口の70%は、医薬品の特許保護が規定されている国にあり、そのような国はアフリカの30の後発開発途上国のうち27カ国に上る」と述べている) ; Cecilia Oh & Sisule Musungu, The Use of Flexibilities in TRIPS by Developing Countries: Can They Promote Access to Medicines? 8 (Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health, Study 4C, August 2005) (「後発開発途上国の WTO 加盟国のほとんど全てが、[2006年の]最終期限より前に知的財産権の制度を備えた」と述べている), available at <http://www.who.int/entity/intellectualproperty/studies/TRIPSFLEXI.pdf>.

\*55 TRIPS 協定の起源は複雑である。筆者は、最近の論文において、TRIPS 協定の創設の根拠として一般に用いられてきた四つのストーリー、すなわち、(1)取引というストーリー、(2)強制というストーリー、(3)無知というストーリー、(4)私利私欲というストーリーを説明している。See Peter K. Yu, *TRIPS and Its Discontents*, 10 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 369, 371-379 (2006). 取引のストーリーは、TRIPS 協定についてもっとも広く受け入れられている。TRIPS 協定の歴史の背景については、see Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis* (2d ed. 2003); Michael P. Ryan, *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property* (1998); Jayashree Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries* (2001); Frederick M. Abbott, *The WTO TRIPS Agreement and Global Economic Development, in Public Policy and Global Technological Integration* 39 (Frederick M. Abbott & David J. Gerber eds., 1997).

\*56 See Yu, *Toward a Nonzero-Sum Approach*, *supra* note 24, at 580.

\*57 See Dreyfuss, *supra* note 44, at 22 (「知識の生産は、累積的な作業である；創作者が先行する作品から学び、それらの上に積み上げる自由を有しない限り、情報の宝庫は育たない」と述べている)。

\*58 *Id.* at 29 (footnote omitted).

\*59 See Watal, *supra* note 55, at 4 (「これらの経過措置は、先進国にとっても途上国にとっても不相当であることが証明された」と述べている)。

\*60 Keith E. Maskus, *Intellectual Property Rights in the Global Economy* 239 (2000).

\*61 Bellagio 宣言が述べるように：

現代の知的財産法は、創作者の概念、すなわち個性的で、孤高であり、独創的な創造者という概念を中心に構成されており、こうした偶像のためにその保護が用意されているのである。このモデルに適合しない人々—例えば、民族の文化や医学的知識の保護者、伝統的な芸術や音楽の形式に従事する集団、価値のある種苗を生育した農民は、知的財産権の保護を否定される。

Bellagio Declaration, reprinted in James Boyle, *Shamans, Software and Spleens: Law and the Construction of the Information Society* 192, 193 (1996) [hereinafter Boyle, *Shamans, Software and Spleens*].

\*62 IPR Commission Report, *supra* note 54, at 8; see Susan K. Sell, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights* 173 (2003) (「先進国が自国市場をより広く途上国の農産物や繊維の輸出に開放するという約束を履行してきたという証拠はない」と述べている)。

\*63 See Keith Bradsher, *Trade Officials Agree to End Subsidies for Agricultural Exports*, N.Y. Times, Dec. 19, 2005, at C1.

\*64 途上国がとっている立場に関する議論として、see, for example, Editorial, *Lessons from the Cancun Debacle*, Bus. Times Sing., Sept. 16, 2003; David Greising & Andrew Martin, U.S. to Pursue Regional, Individual Trade Talks, Chi. Trib., Sept. 17, 2003, at C1; *Hopes Dashed for Poor at WTO*, Toronto Star, Sept. 18, 2003, at P2.

\*65 See *Doha Declaration*, *supra* note 52.

\*66 *Id.* ¶7.

\*67 *Id.* ¶5(b).

\*68 *Id.* ¶5(c).

\*69 *Id.* ¶6.

\*70 See Press Release, WTO, Members OK Amendment to Make Health Flexibility Permanent (Dec. 6, 2005) (提案された修正が、「WTO 協定のコアの部分」が修正された最初の機会」となったと述べている), available at [http://www.wto.org/english/news\\_e/pres05\\_e/pr426\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/pres05_e/pr426_e.htm).

pres05\_e/pr426\_e.htm.

<sup>\*71</sup> 暫定的な放棄は、提案された TRIPS 協定31条の2に WTO 加盟国の3分の2が批准するまで効力が続く。See Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, *Implementation of Paragraph 11 of the General Council Decision of 30 August 2003 on the Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Proposal for a Decision on an Amendment to the TRIPS Agreement*, IP/C/41 (Dec. 6, 2005), available at [http://www.wto.org/english/news\\_e/news05\\_e/trips\\_decision\\_e.doc](http://www.wto.org/english/news_e/news05_e/trips_decision_e.doc).

<sup>\*72</sup> General Council, *Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, WT/L/540 (Sept. 2, 2003), reprinted in 43 I.L.M. 509 (2004).

<sup>\*73</sup> World Summit on the Information Society, Dec. 10-12, 2003, Declaration of Principles ¶42, U.N. Doc. WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E (Dec. 12, 2003) (emphasis added), available at [http://www.itu.int/dms\\_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0004!!PDF-E.pdf](http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0004!!PDF-E.pdf).

<sup>\*74</sup> See Peter K. Yu, *The Trust and Distrust of Intellectual Property Rights*, 18 *Revue quebecoise de droit international* 107 (2005) [hereinafter Yu, *Trust and Distrust*].

<sup>\*75</sup> See Press Release, WIPO, Member States Agree to Further Examine Proposal on Development (Oct. 4, 2004), available at [http://www.wipo.int/edocs/prdocs/en/2004/wipo\\_pr\\_2004\\_396.html](http://www.wipo.int/edocs/prdocs/en/2004/wipo_pr_2004_396.html). 会議の前に民間組織が開発途上国のニーズと要求にハイライトを当てる宣言を発行している。Geneva Declaration on the Future of the World Intellectual Property Organization (Oct. 4, 2004), available at <http://www.cptech.org/ip/wipo/futureofwipodeclaration.pdf>.

<sup>\*76</sup> For the draft text of the Access to Knowledge Treaty and related documents, see Consumer Project on Tech., *Access to Knowledge (A2K)*, <http://www.cptech.org/a2k/> (last visited June 28, 2006).

<sup>\*77</sup> World Health Assembly, *Public Health, Innovation, Essential Health Research and Intellectual Property Rights: Towards a Global Strategy and Plan of Action* ¶3(1), WHA59.24 (May 27, 2006), available at [http://www.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/WHA59/A59\\_R24-en.pdf](http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA59/A59_R24-en.pdf).

<sup>\*78</sup> Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health, World Health Org., *Public Health, Innovation and Intellectual Property Rights: Report of the Commission on Intellectual Innovation and Public Health* (2006), available at <http://www.who.int/intellectualproperty/documents/thereport/CIPRHReport23032006.pdf>.

<sup>\*79</sup> *The World Health Assembly Adopts Resolutions on R&D, Trade and Health*, BRIDGES Weekly, <http://www.ictsd.org/weekly/06-05-31/story4.htm> (May 31, 2006).

<sup>\*80</sup> David Fidler 教授が述べるように：

SARS の期間、WHO の統治の重要性は、封じ込めに関わる多様な関係者を調整するという WHO の基本的な必要性を超えることになった。WHO はまた、WHO だけではなく、国際組織一般にとっても先例のない統治行為を行った。明確な法的権限あるいは政治的な権威の裏付け無しに、WHO は、影響を受ける国に深刻な政治的及び経済的損害を引き起こすような渡航の警告や勧告を発令した。SARS の期間に現れたグローバルな統治モデルは、WHO に加盟国に対する独立の権力を与えた。ウェストファーレン的な統治が放棄された程度を示す驚くべき展開といえる。

David P. Fidler, *Constitutional Outlines of Public Health's "New World Order,"* 77 *Temp. L. Rev.* 247, 268 (2004); see also Laurence R. Helfer, *Politics, Power, and Public Health: A Comment on Public Health's "New World Order,"* 77 *Temp. L. Rev.* 291, 292-294 (2004) (SARS や鳥インフルエンザの流行をきっかけとした情報の収集と発布に関する WHO の新しい権限や、こうした権限の主張に対する WHO 加盟国による協力的な反応について論じている)。

<sup>\*81</sup> 途上国に関する議定書を包括的に議論するものとして、see Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, at 590-664 (1987).

<sup>\*82</sup> See Carlos M. Correa, *Harmonization of Intellectual Property Rights in Latin America: Is There Still Room for Differentiation?*, 29 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 109, 126 (1997); see also Claudio R. Frischtak, *Harmonization Versus Differentiation in Intellectual Property Rights Regime*, in *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology* 68, 103-105 (Mitchel B. Wallerstein, Mary E. Mogege & Robin A. Schoen eds., 1993) (自国ニーズに従って知的財産権制度を発展させるよう各国を促している); Robert O. Keohane, *The Demand for International Regimes*, in *International Regimes* 141, 152 (Stephen D. Krasner ed., 1983) (国際的な枠組みが、全体の厚生に点で利益となるとは限らないこと、体制の外の当事者が不利益を被る可能性があることを論じている)。

<sup>\*83</sup> Boyle, Shamans, Software and Spleens, *supra* note 61, at 124; see J.H. Reichman, *From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS Agreement*, 29 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 11, 24 (1997) (多くの先進国における政策決定者は、現在のイノベーションの力のレベルを当然のことと受け止めており、保護主義を推進する誤りを犯している)と論じている)。

<sup>\*84</sup> S. Comm. on the Judiciary, 85th Cong., *An Economic Review of the Patent System* 80 (Comm. Print 1958) (prepared by Fritz Machlup).

<sup>\*85</sup> William P. Alford, *How Theory Does—and Does Not—Matter: American Approaches to*

*Intellectual Property Law in East Asia*, 13 UCLA Pac. Basin L.J. 8, 17 (1994); see Assaf Endeshaw, *Intellectual Property Policy for Nonindustrial Countries* 93 (1996) (「知的財産権が経済政策に寄与するように意識的に設計されたものであろうとなかろうと、あらゆる工業国において、それは常に経済的及び政策的な必要性に応じて発達してきたのである」); see also Rosemary J. Coombe, *The Cultural Life of Intellectual Properties: Authorship, Appropriation, and the Law* 247 (1998) (「知的財産及び文化的財産の法を確定する西洋的な信仰が及ぶ範囲は、人類の可能性の全ての範囲を表現する普遍的な価値などではなく、特に、世界の多くの人々を無力にした植民地主義の歴史に由来する利害関係に中立的とはいえないフィクションなのである」); Samuel P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* 92 (1996) (西洋の文化とイデオロギーは、しばしば、それらが熾烈な経済的及び軍事的権力に結びつけられているがゆえに、人々を引きつけるに過ぎない、と評している)。

<sup>86</sup> See IPR Commission Report, *supra* note 54, at 4 (「途上国において知的財産権のシステムを『正しくない』ものとするコストは、先進国におけるものよりはるかに高くなりがちである」と述べている); Maskus, *supra* note 60, at 237 (「知的財産権の実施が社会的な条件において反競争的あるいは過度にコストのかかるものとなるおそれがある」場合に、先進国は「矯正目的での介入に関する成熟した法的なシステムを有する」と述べている); Yu, *TRIPs and Its Discontents*, *supra* note 55, at 382-383 (強い知的財産保護によって途上国が被る問題点やその利益が短期的に限られていることを論じている)。

<sup>87</sup> See Maskus, *supra* note 60, at 237 (「長期的な利益は、そこに至るまでの間の期間におけるコストのかかるアクセスという犠牲を払って得ることができる」と述べている)。

<sup>88</sup> William Kingston, *An Agenda for Radical Intellectual Property Reform, in International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime* 653, 658 (Keith E. Maskus & Jerome H. Reichman eds., 2005) [hereinafter *International Public Goods*].

<sup>89</sup> See Peter K. Yu, *Four Common Misconceptions About Copyright Piracy*, 26 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 127, 139 (2003).

<sup>90</sup> See Maskus, *supra* note 60, at 116-119 (より強い保護は高度の模倣能力や技術的な専門知識を有するものに利益を与えるかもしれないが、それは同様の状況下にはない国には妥当しない、と述べている)。

<sup>91</sup> Ha-Joon Chang, *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective* (2002). Ha-Joon Chang traced the phrase back to the nineteenth-century German economist Friedrich List. See Friedrich List, *The National System of Political*

*Economy* 39 (Sampson Lloyd trans., 1885), quoted in Chang, *supra*, at 4.

<sup>92</sup> 近年の二国間自由貿易協定に関する優れた議論として、see generally Pedro Roffe, *Bilateral Agreements and a TRIPS-Plus World: The Chile-USA Free Trade Agreement* (Quaker United Nations Office, TRIPS Issues Paper No. 4, 2004), available at [http://geneva.quino.info/pdf/Chile\(US\)final.pdf](http://geneva.quino.info/pdf/Chile(US)final.pdf); David Vivas-Eugui, *Regional and Bilateral Agreements and a TRIPS-plus World: The Free Trade Area of the Americas (FTAA)* (2003), available at [http://www.geneva.quino.info/pdf/FTAA\(A4\).pdf](http://www.geneva.quino.info/pdf/FTAA(A4).pdf); Peter Drahos, *BITs and BIPs: Bilateralism in Intellectual Property*, 4 *J. World Intell. Prop.* 791 (2001); Ruth L. Okediji, *Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection*, 1 *U. Ottawa L. & Tech. J.* 127 (2004) [Okediji, *Back to Bilateralism?*]; Beth Becker, *Bush Signs Trade Pact with Singapore, a Wartime Ally*, N.Y. Times, May 7, 2003, at C4 (直近の米国との最初の二国間自由貿易協定がシンガポールにとって成功裏に妥結された背景には、シンガポールがブッシュ大統領によって「テロリズムに対する戦争における強力なパートナーでありイラクにおける連合のメンバーである」と評された国であるという事実が同国に利益をもたらしたということであろう、と示唆している)。

<sup>94</sup> G-20の現在の21の加盟国は、以下の国である：アルゼンチン、ボリビア、ブラジル、チリ、中国、キューバ、エジプト、グアテマラ、インド、インドネシア、メキシコ、ナイジェリア、パキスタン、パラグアイ、フィリピン、南アフリカ、タンザニア、タイ、ウルグアイ、ベネズエラ、ジンバブエ。G-20のウェブサイトは、available at <http://www.g-20.mre.gov.br/>.

<sup>95</sup> Robert B. Zoellick, *America Will Not Wait for the Won't-do Countries*, *Fin. Times* (London), Sept. 22, 2003, at 23.

<sup>96</sup> Press Release, Office of the U.S. Trade Rep., United States, Malaysia Announce Intention to Negotiate Free Trade Agreement (Mar. 8, 2006), available at <http://www.ustr.gov/>.

<sup>97</sup> See Oh & Musungu, *supra* note 54, at ix (「第三国、特に途上国との知的財産権に関するEUの貿易政策は、よりニュアンスのあるものであり、途上国の公衆衛生に対して若干好意的なものになっている」と述べている)。

<sup>98</sup> See Paul Goldstein, *International Intellectual Property Law: Cases and Materials* 139 (2001) (知的財産権に関する1995年中米協定に付された長々しいエンフォースメントのアクションプランは、「TRIPSのような多国間協定によって提供されるものよりもより詳細な手続上の義務を課している」、と述べている); Tara Kalagher Giunta & Lily H. Shang, *Ownership of Information in a Global Economy*, 27 *Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.* 327, 339 (1993) (「二国間協定は、知的財産権の保護をめぐる争われている問題を取り扱うには最も実効的な手段を提供する」と述べている)。

<sup>\*99</sup> Giunta & Shang, *supra* note 98, at 329; see also Goldstein, *supra* note 98, at 139 (知的財産権に関する1995年米協定に付随された長々しいエンフォースメントのアクションプランは、「映画や、文学作品、ソフトウェアに特化されたエンフォースメントにかかる努力を明記した」と述べている)。But see Drahos, *supra* note 92, at 794 (「米国にとっては、二国間条約の水準を標準化させる強力なインセンティブが存在した」)。

<sup>\*100</sup> Marshall A. Leaffer, *Protecting United States Intellectual Property Abroad: Toward a New Multilateralism*, 76 Iowa L. Rev. 273, 295 (1991).

<sup>\*101</sup> Giunta & Shang, *supra* note 98, at 340; see also Ashoka Mody, *New International Environment for Intellectual Property Rights*, in *Intellectual Property Rights in Science, Technology, and Economic Performance: International Comparisons* 203, 225 (Francis W. Rushing & Carole Ganz Brown eds., 1990) (「短期的には、二国間主義は、米国の利益を促進するためには、多国間主義を遂行するよりも効果的であることが証明されている。二国間主義は、迅速に、ピンポイントの、事態適合的な対応をもたらす」)。

<sup>\*102</sup> International Intellectual Property Law 223 (Anthony D'Amato & Doris Estelle Long eds., 1997) (「それほど多くの当事者の間で合意に到達しなければならないとすると、より厳格とはいえない基準に到達することが多く、そのような基準を二国間主義の遂行によって引き上げるのは(不可能でないにせよ)困難といえよう」と述べている)。

<sup>\*103</sup> *Id.*

<sup>\*104</sup> Leaffer, *supra* note 100, at 297 (二国間協定は「米国にとって、健全で、安定した貿易環境という長期的な利益とは逆向きの方向に作用する可能性がある。…特に、強いられた二国間協定を植民地主義の一種とみなす第三世界の国々の間に憤りをもたらすことにより、世界貿易の体制を破砕することになるかもしれない」と論じている); see also Cho, *supra* note 42, at 239 (「二国間主義/地域主義に内在する差別的な性質は、しばしば、国内の権力の不均衡と混合して、最終的には一方的主義をもたらす。一方的主義は、しばしば、域外適用という衣を纏うことになり、国際貿易の法を覆い隠し、世界貿易の体制を少数の強大国によるむき出しの政治のなすがままに委ねることになる」)。

<sup>\*105</sup> See Arthur A. Stein, *Coordination and Collaboration: Regimes in an Anarchic World*, in *International Regimes*, *supra* note 82, at 115, 138. Stein 教授は、このような持続性が示される理由を4つ提示している。(1)利害の再計算あるいは再評価の遅延;(2)国際制度に対する埋没費用;(3)伝統、正統性、慣習的な行動を打破することにより評判を損なうことへの抵抗、(4)自己の利益最大化から、共同の利益最大化への思考様式の変化。See *id.* at 138-139.

<sup>\*106</sup> See Yu, *Currents and Crosscurrents*, *supra* note 7, at 334-354.

<sup>\*107</sup> See *id.* at 357-358.

<sup>\*108</sup> General Council, *Communication from Brazil, India, Pakistan, Peru, Thailand and Tanzania, Doha Work Programme-The Outstanding Implementation Issue on the Relationship Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity*, WT/GC/W/564 (31 May 2006). 開示アプローチに関する議論について包括的には、see generally Joshua D. Sarnoff & Carlos M. Correa, *Analysis of Options for Implementing Disclosure of Origin Requirements in Intellectual Property Applications* (2006), available at [http://www.unctad.org/en/docs/ditcted200514\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/ditcted200514_en.pdf).

<sup>\*109</sup> See Watal, *supra* note 55, at 5.

<sup>\*110</sup> 著作権の文脈において、これらの違いは「著作者人格権の保護、フェアユース、ファーストセールドクトリン、職務著作の取扱い、デジタル環境における私的複製に対する保護を含む。」Yu, *Toward a Nonzero-Sum Approach*, *supra* note 24, at 625-626 (footnotes omitted).

<sup>\*111</sup> See Yu, *TRIPs and Its Discontents*, *supra* note 55, at 406-408.

<sup>\*112</sup> See Pamela Samuelson, *The U.S. Digital Agenda at WIPO*, 37 Va. J. Int'l L. 369, 372-374 (1997) [hereinafter Samuelson, *U.S. Digital Agenda*] (1996年WIPO 外交会議が、「議会を回避する策略」を提供する寸前までいったことを論じている); see also Ruth Okediji, *TRIPS Dispute Settlement and the Sources of (International) Copyright Law*, 49 J. Copyright Soc'y U.S.A. 585 (2001) [hereinafter Okediji, *TRIPS Dispute Settlement*].

<sup>\*113</sup> United States-Chile Free Trade Agreement, U.S.-Chile, art.17.7.5, June 6, 2003, available at <http://www.ustr.gov/>; United States-Singapore Free Trade Agreement, U.S.-Sing., art. 16.4.7, May 6, 2003, available at <http://www.ustr.gov/> [hereinafter U.S.-Singapore FTA]; see also Digital Millennium Copyright Act of 1998, Pub. L. No. 105-204, 112 Stat. 2860 (codified as amended in scattered sections of 17 U.S.C.). なぜバランスを欠く国際的な迂回抑止体制が、先進国よりも途上国にとってより害をもたらすのかということの説明する最近の論文として、see generally Peter K. Yu, *Anticircumvention and Anti-anticircumvention*, 84 Denver U. L. Rev. 13 (2006).

<sup>\*114</sup> United States-Australia Free Trade Agreement, U.S.-Austl., art. 17.4.4, May 18, 2004, available at <http://www.ustr.gov/> [hereinafter U.S.-Australia FTA]; U.S.-Singapore FTA, *supra* note 113, art. 16.4.4.

<sup>\*115</sup> See, e.g., U.S.-Australia FTA, *supra* note 114, art. 17.9.4; United States-Morocco Free Trade Agreement, U.S.-Morocco, art. 15.9.4, June 15, 2004, available at <http://www.ustr.gov/>.

<sup>\*116</sup> 17 U.S.C. § 107 (2004). 研究者は、著作権により保護された素材に対する公衆のアクセスを確保する積極的な権利を含めるべきことを主張している。See, e.g., Dreyfuss, *supra* note 44 (TRIPS 協定に利用者の明示的な権利を追加するために GATT

の次ラウンド交渉を利用する必要性を論じている); Ruth Okediji, *Toward an International Fair Use Doctrine*, 39 Colum. J. Transnat'l L. 75, 87 (2000) (「現在、国際的なフェアユースの法理が、国際著作権法に存在しないことと、同法理が、著作物に対するグローバルな市場において伝統的な著作権の政策を実施するとともに、自由貿易体制のもと知的財産権を保護する利益を有効利用するために必須である」と論じている); Yu, *TRIPs and Its Discontents*, *supra* note 55, at 396-401 (TRIPs協定に明示的なアクセスの権利を加える必要性を強調している)。

\*117 Maskus & Reichman, *supra* note 45, at 18 (多くの途上国は、「応諾指向」であり、まだ「知的財産権を国家ないし地域のイノベーションのシステムにとって不可欠な部分として扱っていない」と指摘している)。

\*118 See Frederick Abbott, *The Future of IPRs in the Multilateral Trading System*, in *Trading in Knowledge: Development Perspectives on TRIPs, Trade and Sustainability* 36, 43 (Christophe Bellmann, Graham Dutfield & Ricardo Melendez-Ortiz eds., 2003) (途上国は、「IMF、世界銀行、投資銀行業者や証券取引を通じて、資本の源として先進国に大きく依存している」と述べている)。

\*119 Michael Geist, *Why We Must Stand on Guard Over Copyright*, Toronto Star, Oct. 20, 2003, at D3; see also Shira Perlmutter, *Future Directions in International Copyright*, 16 Cardozo Arts & Ent. L.J. 369, 378 (1998) (多くの国にとって、「WTOのようなクラブに加盟することにより得られる可能性のある貿易関連の利益は、新しい著作権法を採用することにより被ると予想する不利益を上回るものになりうる」と主張している)。

\*120 See Okediji, *TRIPs Dispute Settlement*, *supra* note 112, at 602-604.

\*121 Panel Report, *United States—Section 110(5) of the U.S. Copyright Act*, WT/DS160/R ¶¶6.67-6.70 (June 15, 2000).

\*122 *Id.* ¶6.70.

\*123 Cho, *supra* note 42, at 238 (footnote omitted); see also Okediji, *Back to Bilateralism?*, *supra* note 92, at 143 (「ひとたび、二国間協定のネットワークが、統合のためのメカニズム、二国間主義から得られる利益 (のおそらくは増加) を保障するものとして十分に密なものになれば、知的財産権の規範をハーモナイズさせようとする多国間の努力は、途上国にとって予期しようようなものになる」と述べている)。Max Baucus 上院議員は、「少なくとも将来的な多国間協定の部分的なモデルを提供する」かもしれない」と主張した。Max Baucus, *A New Trade Strategy: The Case for Bilateral Agreements*, 22 Cornell Int'l L.J. 1, 21-22 (1989).

\*124 See, e.g., Vivas-Eugui, *supra* note 92; IP Justice, *Why the Americas Should Resist Pressure to Adopt the FTAA's Intellectual Property Rights Chapter* (2004), <http://www.ipjustice.org/FTAA/santodomingo.shtml>; Robin D. Gross, *FTAA: A Threat*

to Freedom and Free Trade (2003), [http://www.ipjustice.org/FTAA/IPJ\\_FTAWhite\\_Paper\\_r.1.pdf](http://www.ipjustice.org/FTAA/IPJ_FTAWhite_Paper_r.1.pdf).

\*125 Okediji, *Back to Bilateralism?*, *supra* note 92, at 129.

\*126 Laurence R. Helfer & Graeme B. Dinwoodie, *Designing Non-national Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 141, 148 (2001).

\*127 See Paul Edward Geller, *From Patchwork to Network: Strategies for International Intellectual Property in Flux*, 9 Duke J. Comp. & Int'l L. 69, 70-71 (1998).

\*128 The Hon. Mr. Justice Jacob, *International Intellectual Property Litigation in the Next Millennium*, 32 Case W. Res. J. Int'l L. 507, 516 (2000), *quoted in* Graeme W. Austin, *The Role of National Courts: Valuing "Domestic Self-Determination" in International Intellectual Property Jurisprudence*, 77 Chi.-Kent. L. Rev. 1155, 1157 (2002).

\*129 Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (Aug. 26, 1999) [hereinafter UDRP], available at <http://www.icann.org/dndr/udrp/policy.htm>.

\*130 Helfer & Dinwoodie, *supra* note 126, at 149.

\*131 ドメインネームシステムを私有化しようとする米国政府の努力と草創期の ICANN の歴史を概観する優れた文献として、see A. Michael Froomkin, *Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution*, 50 Duke L.J. 17 (2000) [hereinafter Froomkin, *Wrong Turn in Cyberspace*]. See also Jay P. Kesav S. Rajiv C. Shah, *Fool Us Once Shame on You—Fool Us Twice Shame on Us: What We Can Learn from the Privatizations of the Internet Backbone Network and the Domain Name System*, 79 Wash. U. L.Q. 89 (2001).

\*132 Management of Internet Names and Addresses, 63 Fed. Reg. 31,741 (June 5, 1998), available at [http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/6\\_5\\_98dns.htm](http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/6_5_98dns.htm).

\*133 WIPO, *The Management of Internet Names and Addresses: Intellectual Property Issues: Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process 4* (1999), available at <http://arbiter.wipo.int/processes/process1/report/pdf/report.pdf>.

\*134 See UDRP, *supra* note 129.

\*135 *Id.* ¶4(a).

\*136 紛争解決パネルの選任と構成、ドメインネーム登録者に不服申立に対応するための時間を十分に提供していないこと、登録者が不服申立てを現実を受領することが保障されていないこと、紛争解決パネルが当事者に不利な判断をしたときに、再審査のための登録者の裁判所へのアクセスが限定されていることなどが、批判の対象となっている。UDRPの批判として、see generally Michael Geist, *Fair.Com?: An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP*, 27 Brook. J. Int'l L. 903 (2002); A. Michael Froomkin, *ICANN's "Uniform Dispute Resolution Policy"—Causes and (Partial) Cures*, 67 Brook. L. Rev. 605 (2002). See also Helfer & 知的財産法政策学研究 Vol. 15 (2007) 47

icy”-Causes and (Partial) Cures, 67 Brook. L. Rev. 605 (2002). See also Helfer & Dinwoodie, *supra* note 126; Froomkin, Wrong Turn in Cyberspace, *supra* note 131; Milton Mueller, Rough Justice: An Analysis of ICANN’s Uniform Dispute Resolution Policy (2003), available at <http://www.acm.org/usacm/IG/roughjustice.pdf>.

<sup>\*137</sup> See Jacqueline D. Lipton, *Beyond Cybersquatting: Taking Domain Name Disputes Past Trademark Policy*, 40 Wake Forest L. Rev. 1361, 1363-1364 (2005) (「ACPAやUDRPは、悪意のサイバースクワッティングのコンテキストにおいて、商標の利益を守るために極めて有益かつ効果的であるが、同じインターネットのドメインネームに関して類似する商標につき正当な権利を有する二当事者の間の紛争を扱う能力は相当に限られている」と述べている (footnote omitted)).

<sup>\*138</sup> WIPO 仲裁及び調停センター以前のUDRPの不服申し立てや決定に関する統計として、see WIPO, *UDRP Case Filing and Decisions*, <http://arbitrator.wipo.int/domains/statistics/cumulative/results.html> (June 25, 2006).

<sup>\*139</sup> ソフトローの議論につき、see generally Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System (Dinah Shelton ed., 2000); Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, 54 Int’l Org. 421 (2000).

<sup>\*140</sup> See WIPO, WIPO ccTLD Best Practices for the Prevention and Resolution of Property Disputes (2001), available at <http://arbitrator.wipo.int/domains/cctld/bestpractices/bestpractices.pdf>.

<sup>\*141</sup> See Justin Hughes, *Of World Music and Sovereign States, Professors and the Formation of Legal Norms*, 35 Loy. U. Chi. L.J. 155, 173 (2003) (citing China as an example); see also Xue Hong, *Domain Name Dispute Resolution in China: A Comprehensive Review*, 18 Temp. Int’l & Comp. L.J. 1 (2004).

<sup>\*142</sup> Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, 56 Stan. L. Rev. 1345, 1351-1352 (2004); see also *id.* at 1410-1434 (提案を概説し検証している); see also Peter K. Yu, *P2P and the Future of Private Copying*, 76 U. Colo. L. Rev. 653, 730-732 (2005) (提案の長所や欠点を考察している).

<sup>\*143</sup> 権威ルートサーバーシステムの議論として包括的に、see Milton L. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace* 39-40 (2002).

<sup>\*144</sup> 国別トップレベルドメインに関する論文集として、see *Addressing the World: National Identity and Internet Country Code Domains* (Erica Schlesinger Wass ed., 2003).

<sup>\*145</sup> See generally Peter K. Yu, *The Origins of ccTLD Policymaking*, 13 Cardozo J. Int’l & Comp. L. 387 (2004).

<sup>\*146</sup> インターネットガバナンスフォーラムの任務について、see World Summit on the

Information Society, Nov. 16-18, 2005, Tunis Agenda for the Information Society ¶ 17, WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev. 1)-E (Nov. 18, 2005), available at <http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.html>.

<sup>\*147</sup> See Declan McCullagh, *U.S. Reaches Net Detente with U.N.*, CNET News.com, [http://news.com.com/2100-1036\\_3-5955245.html?tag=nl](http://news.com.com/2100-1036_3-5955245.html?tag=nl) (Nov. 16, 2005); see also Yu, *The Origins of ccTLD Policymaking*, *supra* note 145, at 406-408 (この問題を調査するためのインターネット統治に関する特別ワーキンググループの設立に向けられた Kofi Annan 国連事務総長の草創期の努力を論じている) .

<sup>\*148</sup> See Anne Broache, *U.S. Voices Openness to Private Net Control*, CNET News.com, [http://news.com.com/2100-1028\\_3-6098893.html](http://news.com.com/2100-1028_3-6098893.html) (July 26, 2006).

<sup>\*149</sup> このような技術は、「ターミネーター」技術としても知られている。GURTsの途上国に与えるインパクトに関する議論として、see generally Timothy Swanson & Timo Goeschl, *Diffusion and Distribution: The Impacts on Poor Countries of Technological Enforcement Within the Biotechnology Sector*, in *International Public Goods*, *supra* note 88, at 669.

<sup>\*150</sup> Shira Perlmutter, *Convergence and the Future of Copyright*, 24 Colum.-VLA J.L. & Arts 163 (2001); see also Samuelson, *U.S. Digital Agenda*, *supra* note 112, at 438 (「その他、シェアリングライセンスやその電子的な代替物が広範に利用されるようになってきていることなど、利用者の権利を実質的に制限する動向は、暗号化や他の技術的保護の利用の出現と同様に、著作権法のバランスの取り方に関する原則を歴史的な時代遅れのものとするかもしれない」と主張している (footnotes omitted)).

<sup>\*151</sup> 英国知的財産権委員会は、ファイナルレポートにおいて以下のように述べている:

出版産業やソフトウェア産業においては、オンラインのコンテンツ配信が趨勢となりつつあるが、それと同時に、デジタルの権利管理システムにより強制されるアクセス制限も増加する傾向にある。この洗練された技術的な保護の形式は、デジタル形式の著作物をブラウジングし、シェアし、私的な複製物を作成する伝統的な「フェアユース」の権利を無意義なものにする。なぜならば、合法的なユーザーでさえも、対価の支払いなしには著作物にアクセスできなくなるからである。インターネットの接続やオンラインの素材の購読が制限されることになる途上国にとって、それは、こうした素材へのアクセスが一切遮断され、世界的な知識基盤社会への参加が遅れることになるという重い負担を課されることを意味する。

IPR Commission Report, *supra* note 54, at 106; see Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, 54 Stan. L. Rev. 1, 24 (2001) (「たとえ著作権の伝統的な安全弁が修正第一条の保護の外見を呈するものを提供し続けるの

だとしても、そうした著作権者の特権への制限は、技術や契約ベースの『擬似コピーライト』の前では道を譲らざるを得ないような不安定な状態であると述べている); Perlmutter, *Convergence and the Future of Copyright*, *supra* note 150, at 170 (強い技術的手段は、「契約上の制限を迂回することを、事実上、不可能とする」かもしれないが、「権利の例外や制限のもとで許される行為を利用者がなすことを阻止することで、著作権というデフォルトルールよりもより制限的になる可能性がある」と述べている); Yu, *Trust and Distrust*, *supra* note 74 (迂回を抑止するプロテクション保護の増加と、フェアユース/フェアディーリングの特権の浸食が進行していることを論じている)。

<sup>\*152</sup> Perlmutter, *Convergence and the Future of Copyright*, *supra* note 150, at 170.

<sup>\*153</sup> 契約と知的財産の間の相互の影響に関する議論として、see generally J.H. Reichman & Jonathan A. Franklin, *Privately Legislated Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract with Public Good Uses of Information*, 147 U. Pa. L. Rev. 875 (1999); Symposium, *Intellectual Property and Contract Law in the Information Age: The Impact of Article 2B of the Uniform Commercial Code on the Future of Transactions in Information and Electronic Commerce*, 13 Berkeley Tech. L.J. 809 (1998); Symposium, *Intellectual Property and Contract Law for the Information Age: The Impact of Article 2B of the Uniform Commercial Code on The Future of Information and Commerce*, 87 Cal. L. Rev. 1 (1999).

<sup>\*154</sup> A “Speed Bump” vs. Music Copying, Bus. Wk., Jan. 9, 2002 (interview with Professor Edward Felten of Princeton University), available at [http://www.businessweek.com/bwdaily/dnflash/jan2002/nf2002019\\_7170.htm](http://www.businessweek.com/bwdaily/dnflash/jan2002/nf2002019_7170.htm).

<sup>\*155</sup> See Yu, *P2P and the Future of Private Copying*, *supra* note 142, at 722-723.

<sup>\*156</sup> Perlmutter, *Convergence and the Future of Copyright*, *supra* note 150, at 171-172.

<sup>\*157</sup> See Yu, *Currents and Crosscurrents*, *supra* note 7, at 374.

<sup>\*158</sup> 擬似コピーライトは、「伝統的に知的財産権法による規制の範囲外にあった行為を規制することにより、著作権保護を強化するようにデザインされた、法規定によって未知の新領域」と定義される。H.R. Rep. 105-551, pt. 2, at 24-25 (1998) (DMCAの審議の際に議会に宛てられた法学教授62人の手紙を引用している), quoted in Matt Jackson, *Using Technology to Circumvent the Law: The DMCA’s Push to Privatize Copyright*, 23 Hastings Comm. & Ent. L.J. 607, 639 (2001); see also Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright* § 12A.18[B] (Perm. ed. 2006) (擬似コピーライトを論じている)。

<sup>\*159</sup> Perlmutter, *Convergence and the Future of Copyright*, *supra* note 150, at 167.

<sup>\*160</sup> See Dan L. Burk & Sara Boettinger, *Open Source Patenting*, 1 J. Int’l Biotech. L. 221 (2004); Arti K. Rai, *Open and Collaborative Research: A New Model for Biomedicine*, in

*Intellectual Property Rights in Frontier Industries Software and Biotech* 131 (Robert W. Hahn ed., 2005), available at <http://www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=1130>; Creative Commons, Welcome to Science Commons, <http://sciencecommons.org/> (last visited Aug. 5, 2006); see also James Boyle, *Enclosing the Genome: What the Squabbles over Genetic Patents Could Teach Us*, in *Perspectives on Properties of the Human Genome Project* 97 (F. Scott Kieff ed., 2003).

<sup>\*161</sup> Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, *Law & Contemp. Probs.*, Winter/Spring 2003, at 147, 149.

<sup>\*162</sup> *Id.* at 167-168.

<sup>\*163</sup> The Open Source Initiative alone has approved of more than fifty licenses. See Open Source Initiative, *The Approved Licenses*, <http://opensource.org/licenses/> (last visited June 26, 2006).

<sup>\*164</sup> See Robin Bloor, *The Government Open Source Dynamic*, Register, [http://www.theregister.co.uk/2005/01/07/gov\\_open\\_source\\_dynamic/](http://www.theregister.co.uk/2005/01/07/gov_open_source_dynamic/) (Jan. 7, 2005).

<sup>\*165</sup> Rishab Ghosh が詳述するように、フリーオープンソフトウェアをローカルな言語や文化に自由に適合させる能力は、ソフトウェアをよりユーザーフレンドリーにし、学びやすくするといえよう。

スペインの貧しい地方であるエクストレマドゥラにおいて、GNU/Linuxのローカルバージョンが開発され、GNU/LinEx と呼ばれるようになったという有名なケースがある。とてもユニークなことに、一般的なアプリケーションのために通例用いられているアイコンが、全て、「Mozilla」や「GIMP」や「Browser」よりも、地方にとって馴染みやすい（そして発音しやすい）イメージに置き換えられたのである。たとえば、地方の画家や作家のイメージ（ペイントやワープロのアプリケーション実行用）、地域の伝承において探索のために遠隔地まで広範に旅をするとされている鳥のイメージ（ウェブブラウザ用）など。標準的なWindows（あるいは標準的なMac、あるいはGNU/Linux）よりも、インターフェイスがより親しみやすいものとなった結果、このフリーソフトウェア環境は、コンピュータにはじめて接する70000の主婦、失業者、退職者の訓練に利用されるものとなった。

Rishab Aiyer Ghosh, *The Opportunities of Free/Libre/Open Source Software for Developing Countries* 1 (2004), available at <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/bellagio/docs/GoshBellagio4.pdf>.

<sup>\*166</sup> See *id.* at 1 (「大規模な師弟関係のネットワーク」を通じた技術移展について論じている); *id.* at 9 (「減多にお互い会うことのない1500以上の人々のスムーズな共同研究を調整するために必要とされる」スキルは、「一つのソフトウェア会社に

---

雇われているより小さなチームを調整するために必要とされるものより、はるかに集約的で緻密なものとなる」と述べている).

\*167 *Id.* at 6.

\*168 *Id.* at 5.

\*169 Eddie Lee, *Taking the Mickey Out of Innovation*, Straits Times (Sing.), Jan. 20, 2004.

\*170 Letter from Alan Asher, Consumers Association, et al. to Kamil Idris, Director General, World Intellectual Property Organization (July 7, 2003), available at <http://www.cptech.org/ip/wipo/kamil-idris-7july2003.pdf>.

\*171 See Declan Buttler, *Drive for Patent-Free Innovation Gathers Pace*, 484 Nature 118 (2003).

\*172 断念された会議の提案に関する議論につき、see Declan Buttler, *Business Backlash Kills off Software Meeting*, 424 Nature 984 (2003); Jonathan Krim, *The Quiet War Over Open-Source*, Wash. Post, Aug. 21, 2003, at E1; Lawrence Lessig, *Open-Source, Closed Minds*, eWeek.com, <http://www.eweek.com/article2/0%2C1895%2C1309535%2C00>. asp (Oct.1, 2003); Frances Williams, *Hopes Revive for Talks on Alternatives to Patents*, Fin. Times (London), Oct. 1, 2003, at *Currents and Crosscurrents*, *supra* note 7, at 429-435.

\*174 *Id.* at 328.

\*175 See Ruth L. Okediji, *The International Relations of Intellectual Property: Narratives of Developing Country Participation in the Global Intellectual Property System*, 7 Sing. J. Int'l & Comp. L. 315, 334-341 (2003) (1994年に始まった「第三の多国間主義」が、「まだ萌芽期の」地固めの時代にあると示唆している); Susan K. Sell, *Intellectual Property and Public Policy in Historical Perspective: Contestation and Settlement*, 38 Loy. L.A. L. Rev. 267 (2004) (知的財産権が、歴史的には、敗者が勝者に対して現状からの脱却をかけて挑戦をすることによって生じる論争とその解決の繰り返しを通じて発展してきたと論じている).