



Title	TRIPS協定の目的と原則 (2・完)
Author(s)	Yu, Peter K.; 安藤, 和宏//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 30, 115-162
Issue Date	2010-09
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/44331">https://hdl.handle.net/2115/44331</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ30_006.pdf



## TRIPS協定の目的と原則(2・完)

Peter K. YU

安藤 和宏(訳)

- I. はじめに
- II. 起源と進展
  - A. TRIPS交渉
  - B. 知的財産権の貿易関連の側面
  - C. Anell草案
  - D. WTOパネルによる説明
  - E. ドーハの要塞
  - F. 法的地位は高められたか
- III. 規範的内容
  - A. 7条(以上、前号)
  - B. 8条1項(以下、本号)
  - C. 8条2項
- IV. 7条と8条の多様な役割
  - A. 指針(guiding light)
  - B. 盾(shield)
  - C. 剣(sword)
  - D. 橋(bridge)
  - E. 種(seed)
- V. 結論

### B. 8条1項

8条は、TRIPS協定の解釈的あるいは規範的原則を提供するものである<sup>130</sup>。

---

<sup>130</sup> TRIPS交渉グループの会議において、欧州共同体は規範的原則と実体的基準を区別した。事務局長は次のように詳述する。

8条は、「後発開発途上加盟国が健全かつ存立可能な技術的基礎を創設することを可能とするために、国内における法令の実施の際の最大限の柔軟性に関するこれらの諸国の特別なニーズ」を認めることによって、TRIPS協定の前文を反映するものである<sup>131</sup>。それに加えて、この条文は7条と共に、「加盟国は、公共政策の目標を追求しなければならないという広範かつ自由な裁量を認める」ものである<sup>132</sup>。TRIPS Resource Book が指摘するように、この条文は「加盟国が、公衆の健康及び栄養を保護し、並びに社会経済的及び技術的發展に極めて重要な分野における公共の利益を促進するために必要だと考える国内措置を採用する自由裁量を持つことが予定されて

---

欧州共同体の代表は、共同体のペーパーに言及し、知的財産権の実体的基準に関する原則について、『原則』は、重要な点で『実体的基準』とは異なるものとして、考え出されなければならない」と述べた。第一に、原則というものは、たとえばパリ条約のような、実体的基準のために設けられる国際条約で規定される典型的な実体的基準よりも、一般的な用語で表現されなければならない。第二に、提案された原則を国内法に移植する際には、逐語的であったり、あるいは逐語的に近いものでさえあるべきではないだろう。むしろ、加盟国は、国内法の起草に際して、国際条約及び問題となる国内法制に多く見られるような、より高い正確性を考慮し、要求される詳細さをもって、原則の要点を記述することが求められるだろう。

TRIPS Negotiating Group, *Meeting of 5-8 July 1988: Note by the Secretariat*, ¶ 27, MTN.GNG/NG11/8 (Aug. 29, 1988).

<sup>131</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, pmb. recital 6 (emphasis added).

<sup>132</sup> CORREA, *supra* note 7, at 108; *accord* CAROLYN DEERE, THE IMPLEMENTATION GAME 64 (2009) (TRIPS協定の目的と原則は、「TRIPS協定が持つ柔軟性を用いるための、そして社会的開発目標を達成する全国レベルで知的財産権保護を採用するための、開発途上国の取組みに対する法的枠組みを提供するものである」と指摘している); TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 546 (「(8条)が特定のルールではなく『原則』だけを述べているという事実は、詳細な形式で事柄自体を規定するのではなく、その実施については加盟国の広い裁量に任せるという条約作成者の意思を反映している」); Yusuf, *supra* note 34, at 13 (「7条は加盟国に対して、TRIPS協定締結後の環境において、知的財産政策に対する一定の自国のコントロールや立法の柔軟性を確保し続けるための主要な法的基礎を与えるものだと主張されるかもしれない」)も参照。

いたと教えている」のである<sup>133</sup>。

8条1項は、TRIPS協定における公共の利益の原則を明確に述べている<sup>134</sup>。この条文は次のように規定している。「加盟国は、国内法令の制定または改正に当たり、公衆の健康及び栄養を保護し、並びに社会経済的及び技術的發展に極めて重要な分野における公共の利益を促進するために必要な措置を、これらの措置がこの協定に適合する限りにおいて、取ることができる」<sup>135</sup>。Correa教授が指摘するように、これらの措置には知的財産体制内外の措置が含まれている。

8条1項は、「加盟国の国内法令の制定または改正に当たり」、加盟国の権利を広範に認めている。同項は知的財産権に関する国内法令だけでなく、知的財産権で保護される製品の製造や商品化を制限する措置のように、他の分野において採用される措置についても言及している。したがって、8条1項の適用に関する問題は、2つの異なる状況で生じることになる。一つは完全に知的財産権の領域内で生じるが、もう一つはその領域外で生じる。ただし、後者は知的財産権保護に対して密接な関係を持つものである<sup>136</sup>。

---

<sup>133</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 126-27. この本の著者たちは、8条1項に基づいて、さらに次のような議論を展開している。「加盟国が公衆衛生や栄養、社会経済的に極めて重要な問題に取り組むために採用した措置は、TRIPS協定に適合していると推定されなければならない、裁量権の行使に対して異議を申し立てようとする加盟国は、当該措置がTRIPS協定と適合していないことを証明する責任を負わなければならない」。*Id.* at 127. それにもかかわらず、異議を申し立てられた措置がTRIPS協定と適合していないことが証明された場合、WTOパネルは申立国に裁量権の濫用に対する立証責任を果たすことを要求するかは不確かなままである。異議を申し立てられた措置がTRIPS協定と適合していないことが証明された場合、被申立国は異議を申し立てられた措置が被申立国に留保されている裁量権の範囲内であることを証明するために、8条をよりどころにすることができるようになる可能性が高い。Ruse-Khan, *supra* note 85, at 36-38 (TRIPS RESOURCE BOOKが提案するように証明責任を逆転させることの難しさを示唆している)。

<sup>134</sup> Yusuf, *supra* note 34, at 13-15 (公共の利益の原則を議論している)を参照。

<sup>135</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 8.1.

<sup>136</sup> CORREA, *supra* note 7, at 104.

開発途上国のテキストBにあるオリジナルの提案には、「公衆道徳」と「国家安全保障」を保護するための追加的措置が含まれていたが、これら2つは8条の最終版で削除された<sup>137</sup>。とはいえ、これらの措置はTRIPS協定の他の条文でカバーされている。TRIPS協定27条2項は、発明の商業的な実施の防止が「公の秩序または善良の風俗（人、動物もしくは植物の生命もしくは健康を保護し、または環境に対する重大な損害を回復することを含む）を守るために必要な」場合、加盟国が一定の発明を特許の対象から除外することを認めている<sup>138</sup>。さらに73条は、加盟国が自国の安全保障上の重大な利益を追求すること、国際の平和及び安全の維持に関する国際連合憲章に基づく義務を果たすことを認めている<sup>139</sup>。

8条1項は、開発途上国にとって重要な条文である。この条文は、社会経済的及び技術的發展に極めて重要な分野における公共の利益を促進する特別な例外規定の正当化根拠を提供するものだからである。ここで注目すべきは、この条文が「公共の利益」という文言を使っていることである。この文言は、TRIPS協定27条2項で使われている、より狭い概念の文言である「公の秩序」と容易に対比させることができよう<sup>140</sup>。上級委員会は、条文解釈に当たっては「実際に使われている文言を十分に考慮しなければならない」と指摘しているため<sup>141</sup>、この両者の違いは大きな意味を持つこ

<sup>137</sup> テキストBのオリジナルの提案には、以下のように記載されている。

加盟国は、国内法令の制定または改正に当たり、公衆道徳、国家安全保障、公衆の健康及び栄養を保護し、または社会経済的及び技術的發展に極めて重要な分野における公共の利益を促進するために必要な措置を採用する権利を有する。

*Communication from Less-Developed Countries, supra note 30, at 7.*

<sup>138</sup> TRIPS Agreement, *supra note 1*, art. 27.2 (emphasis added).

<sup>139</sup> *Id.* art. 73.

<sup>140</sup> *Id.* art. 27.2; see also CORREA, *supra note 7*, at 105 (「公衆の利益」はTRIPS協定27条2項で使われている「公の秩序」よりも広い概念である (footnote omitted)).

<sup>141</sup> Appellate Body Report, *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, pt. III.B, WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996); TRIPS RESOURCE BOOK, *supra note 7*, at 118 (「条約解釈の一般原則は、用語を必要以上に解釈してはならないということである。条約にある文言は理由があるものであり、その文脈において一般的な意味が与えられなければならない」)を参照。

とになるだろう。

さらには、Correa教授が指摘するように、「公共の利益」という語は「公の秩序」という語よりも主観的なものになりやすい<sup>142</sup>。Correa教授は自身の論考にGillian Daviesの著書を引用しているが、そのGillian Daviesによると、

特定の行為が「公共の利益のため」かどうかは、おそらくいかなる客観テストの対象となるものではない。公共の利益という崇高な動機には、次のような認識が内在しているのである。第一に、一定の状況下では、多数のニーズが個人のニーズに優先すること。第二に、市民は社会全体の共通の利益のために、自己の利益を放棄しなければならないこと、である<sup>143</sup>。

さらに8条1項で興味深いのは、「社会経済的及び技術的發展に極めて重要な分野における公共の利益を促進する」ために必要な措置とは何かについて曖昧なことである<sup>144</sup>。TRIPS協定は、関係する分野の定義を提供していない。つまり、「極めて重要な分野は、国や地域によって異なる可能性があるため、この条文は開発途上国による実施に限定されないということなのである」<sup>145</sup>。

たとえば、同条でいう分野は、製薬産業 vs. 自動車産業のように、その専門性に基づいて定義することができる。唯一の重大な制約は、「発明地及び技術分野並びに物が輸入されたものであるか国内で生産されたものであるか」に基づいて差別することを禁じるTRIPS協定27条1項くらいであろう<sup>146</sup>。同条でいう分野はまた、そのサイズや発展段階—たとえば、未成熟産業や中小企業—に基づいて定義することもできる。このような場合、影響を受ける産業の構成に基づく事実上の差別があるケースを除いて、27条1項が障害になるようなことはない。

<sup>142</sup> CORREA, *supra note 7*, at 105.

<sup>143</sup> GILLIAN DAVIES, COPYRIGHT AND THE PUBLIC INTEREST 4 (2002), *quoted in* CORREA, *supra note 7*, at 105-06.

<sup>144</sup> TRIPS Agreement, *supra note 1*, art. 8.1.

<sup>145</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra note 7*, at 127.

<sup>146</sup> TRIPS Agreement, *supra note 1*, art. 27.1.

Correa 教授は、TRIPS 協定に関する新しい論文の中で、各加盟国はそのニーズ、目標、そして利益に基づいて、何が分野を構成するのかを判断できるはずだとまで主張している<sup>147</sup>。彼は次のように説明している。

一方で、「分野」は（中小企業といった）経済主体の一定のグループだけでなく、（農業やトウモロコシの生産といった）異なる集団レベルでの経済活動を手がかりとして特定することもできる。「極めて重要な」という形容詞は、この条文の適用範囲を特に重要な分野に限定するよう見えるが、どの分野が重要かという問題についても、関係する加盟国の「社会経済的及び技術的發展」を考慮して、当該加盟国の決定に委ねるものである。

…「社会経済的及び技術的發展」は、社会的、経済的、あるいは技術的に関係するあらゆる分野を包含するのに十分に広い概念である。したがって、分野の重要性は、国民総生産（GNP）に対する寄与度によって測定できるかもしれないが、国民総生産に対する寄与度が低いものであっても、社会的に重要な分野が存在する可能性はある<sup>148</sup>。

Correa 教授によると、許容される行為には、「一定の分野での海外直接投資を除外する措置やライセンス契約におけるロイヤリティー・レート等の条件に対する規制が含まれるだろう」<sup>149</sup>。彼が指摘するように、「このような規制は、1970年代と1980年代に多くの開発途上国（及び一部の先進国）によって適用されたものであるが、海外直接投資に対するより自由主義的な政策という状況の下で、次第に廃止されていった」<sup>150</sup>。

ブラジル、中国、インド、南アフリカといった複雑な経済圏が急速な発展を経験するにつれて、極めて重要な分野とは何かという問題は、新たな

複雑さを呈するかもしれない。アメリカやほとんどの欧州共同体の加盟国と異なり、これらの経済圏は社会経済状況と技術的能力が自国内で大きく異なっているという際立った特徴を持っている<sup>151</sup>。したがって、これらの国の関連する分野とは何かを決定することは難しい。これまで示唆してきたように、中国は、その膨大な人口、農業への経済的依存の継続、及び公衆衛生と国民全体の福祉に対する懸念があるため、医薬品、化学薬品、肥料、種子、食料品に対する保護の強化には未だに乗り気ではないかもしれないが、エンターテインメント、ソフトウェア、半導体、バイオテクノロジーの一部の領域に関しては、知的財産権のより強い保護を望んでいるかもしれない<sup>152</sup>。

8条1項は、開発途上国の開発目標を促進するために広範な解釈ができるが、同時に2つの重大な制約を含んでいる。どちらの制約も、交渉の最終段階で先進国の要請を受けて追加されたものである<sup>153</sup>。第一の制約は、「必要」要件に関するものであるが、これはGATT 20条にある条項と多少似ている<sup>154</sup>。この要件がTRIPS協定の利用可能な柔軟性を制限することで、多くの開発途上国の公共政策の目標を妨げるおそれがある。

たとえば、ドーハ宣言パラグラフ4の文言を考慮しないとすると<sup>155</sup>、TRIPS協定8条は、加盟国が公衆衛生や栄養を確保するのに有益だと考えるいかなる措置も採用するのを認めないことになってしまう。それどころか、この条文は、加盟国はこのような目的のために必要な措置しか取ることができないと明確に述べているのである。つまり、加盟国がこのような

<sup>151</sup> Peter K. Yu, *International Enclosure, the Regime Complex, and Intellectual Property Schizophrenia*, 2007 MICH. ST. L. REV. 1, 23-27（中国における知的財産権保護及び実施に関する地域的・分野別の相違を考察している）を参照。

<sup>152</sup> See *id.* at 25-26.

<sup>153</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 121; Yusuf, *supra* note 34, at 14を参照。

<sup>154</sup> CORREA, *supra* note 7, at 106を参照。「必要」要件に関するWTO文書については、Working Party on Domestic Regulation, “Necessity Tests” in the WTO: Note by the Secretariat, S/WPDR/W/27 (Dec. 2, 2003)を参照。

<sup>155</sup> Doha Declaration, *supra* note 61, ¶ 4（加盟国は「TRIPS協定が公衆衛生を確保するための措置を取ることを妨げないし、妨げてはならないことを合意する」と規定している）。

<sup>147</sup> CORREA, *supra* note 7, at 106（分野の特定は、特定の加盟国が決める問題とされるべきであると指摘している）を参照。Andrés Moncayo von Hase, *The Application and Interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, in* INTELLECTUAL PROPERTY AND INTERNATIONAL TRADE, *supra* note 34, at 83, 120（「技術の創作者と使用者間の権利と義務の均衡を確立するために加盟国が持つ裁量権は、（紛争解決機関）の判断や解釈によって取って代わられるべきではない」）も参照。

<sup>148</sup> CORREA, *supra* note 7, at 106.

<sup>149</sup> *Id.* at 105.

<sup>150</sup> *Id.* (footnote omitted).

目的のために必要と認める措置でさえも取ることができないかもしれないのである。Wesley Cann は次のように説明する。

安全保障のための例外を規定する73条に用いられている「必要と認める」という文言とは対照的に、「必要な」という文言を使ったということは、このような措置の発動が措置を講じようとする加盟国の完全なる裁量権の範囲内になく、むしろ、措置の妥当性に関しては、潜在的にWTOの審査対象となることを示しているように思われる<sup>156</sup>。

さらに悪いことに、この条文は加盟国の取る措置が「(TRIPS) 協定に適合していること」を要求している。この第二の制約は、8条が持つ開発重視という性質を大いに損なうものである。Gervais 教授は次のように指摘している。

この条文は(7条)よりも広範な例外としての役割を果たすかもしれないと結論付けたいが、実はそうではない。8条1項及び2項は、どちらも「この協定に適合する」という文言による制約を受けているのである。この文言は交渉担当者たちによって追加されたという事実を鑑みると、TRIPS 協定の他の条文やTRIPS 協定に組み込まれている他の国際文書の下で保護を受けない権利に対する例外でない限り、TRIPS 協定で想定されていない例外を正当化することは難しいだろう<sup>157</sup>。

開発途上国にとって幸運なことに、加盟国がTRIPS 協定の適合性という要件を満たしているかどうかは、TRIPS 協定の全体的解釈によって決められるだろう。7条と8条を併せて読んで、7条を注意深く、そしてうまく解釈すれば、TRIPS 協定との潜在的な不適合性を回避できるかもしれない。前文を巧みに活用することも極めて重要である。というのも、おそらく前文はTRIPS 協定の「基本原則を縮約した表現」として見ることができるか

<sup>156</sup> Wesley A. Cann, Jr., *On the Relationship Between Intellectual Property Rights and the Need of Less-Developed Countries for Access to Pharmaceuticals: Creating a Legal Duty to Supply Under a Theory of Progressive Global Constitutionalism*, 25 U. PA. J. INT'L ECON. L. 755, 808 (2004).

<sup>157</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 121-22.

らである<sup>158</sup>。Correa 教授が指摘するように、TRIPS 協定との適合性は、「前文と7条の観点から、つまり、権利と義務の均衡及び社会経済的福祉を考慮して、評価されなければならない」<sup>159</sup>。Abdulqawi Yusuf は、さらに進めて次のように述べている。「たとえある公共の利益のための措置がTRIPS 協定に規定されている特定の基準に適合していない可能性があっても、考慮すべきはまさにTRIPS 協定との全体的な適合性なのである」<sup>160</sup>。

先進国が8条に「必要」と「適合性」という2つの要件を追加するように強く求めたことは、理解できる。彼らの立場からすれば、これらの要件は、健康及び栄養の確保や社会経済的及び技術的発展の促進という名の下に採用した措置によって、TRIPS 協定の付与する保護が損なわれないことを確保するために、ぜひとも必要だったのである<sup>161</sup>。開発途上国にとって不幸なことに、8条1項に追加された要件が、ほぼ間違いなく、より重要な社会経済的目標—たとえば、エイズや結核、マラリア、その他の感染症に有効な必須医薬品へのアクセスの提供—に対して優越する知的財産権保護という特権を付与することによって、予想に反する効果をもたらしてきたことである。このような効果は、間違いなく、TRIPS 協定のいっそう有害な予想外の結果の一つである。要件が追加されたことと開発途上国が

<sup>158</sup> *Id.* at 80 (「前文は、脚注とともに、協定の欠くことのできない部分、すなわちその基本原則を縮約した表現と捉えられなければならない」)。

<sup>159</sup> CORREA, *supra* note 7, at 104.

<sup>160</sup> Yusuf, *supra* note 34, at 14.

<sup>161</sup> Hanns Ullrich, *Expansionist Intellectual Property Protection and Reductionist Competition Rules: A TRIPS Perspective*, 7 J. INT'L ECON. L. 401, 410 (2004)を参照。特に、Ullrich 教授は次のように述べている。

(TRIPS 協定との適合性の要件) は、競争政策の過度な実施に対する警告として解釈されるべきである。というのも、TRIPS 協定はその目的と明確な文言によって、加盟国に定義する自由を与えているからである。これは、加盟国がTRIPS 協定によって保証されている知的財産権の保護を弱めるための口実として、反トラスト規制を利用できないことを意味する。

*Id.*; TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 133 (「知的財産権に対する高いレベルの保護を提唱する者は、TRIPS 協定との適合性の要件は例外規定の濫用を防ぐために必要なものであり、特許のような知的財産権は特別な場合に相当すると主張している」)も参照。

TRIPS 協定の交渉で修正を快諾したことは、開発途上国がその当時、強力な国際知的財産保護がもたらす劇的なスピルオーバーの悪影響について、限定的にしかり理解していなかったことをある程度反映しているといえる<sup>162</sup>。とはいえ、たとえこれらの国がこのような悪影響の存在に気づいていたとしても、「先進国の交渉人たちが TRIPS 協定を確保するために投じたかなりの量の政治資源に抵抗することはできなかつたろう」<sup>163</sup>。

GATT 20条と比べて、TRIPS 協定で利用できるセーフガードの方が制限的であることも問題である。TRIPS Resource Book は、次のように指摘している。

TRIPS 協定には、GATT 20条あるいは GATS 14条に相当する一般的なセーフガード措置が規定されていない。これらの他の多角貿易協定では、人命や健康を守る必要性は、非差別という一般原則に制約されるだけであり、協定の一般的に適用可能なルールに優先するものだろう。しかしながら、知的財産に関しては、「例外」はさまざまな手続的あるいは代償的負担によって制限され、その結果、例外を利用することがますます困難になるのである<sup>164</sup>。

<sup>162</sup> Yu, *supra* note 11, at 419 を参照。

<sup>163</sup> CHRISTOPHER MAY, THE WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION: RESURGENCE AND THE DEVELOPMENT AGENDA 30 (2007).

<sup>164</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 132; *accord* Cann, *supra* note 156, at 808-09 (「これらの措置がこの協定に適合する限りにおいて」という文言は、(GATT) 20条に見られる一般例外規定よりも実質上、制限的なものである。というのも、GATT 20条は、GATT 協定に適合していない措置を許容するものだからである)。論者は、GATT 20条の一般例外規定が TRIPS 協定の下で許容されるかどうかについて検討してきたが、その多くがそのような適用に対して懐疑的である。たとえば、GERVAIS, *supra* note 2, at 122 (「(アメリカの1998年オムニバス法211条に関する事件で)上級委員会は、TRIPS 協定が規定する実体的な義務に違反した場合、GATT に基づいた新規の例外というものは認められないという結論を下したように思われる。)。European Communities-Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffsにおける WTO パネルの決定も、この懐疑的な立場を確認していたように思われる。Panel Report, *European Communities-Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, WT/DS174/R (Mar. 15, 2005)。パネルは次のように宣言している。

したがって、公衆衛生分野におけるセーフガードへの制限に対する懸念が、一定程度、TRIPS 協定の下でセーフガードをどのように取り扱うかについての再交渉の場となったドーハ交渉を促したことは、何ら驚くことではない<sup>165</sup>。このような背景に照らすと、閣僚宣言とドーハ宣言は、「交渉のためだけでなく、紛争解決手続のような文脈における TRIPS 協定の解釈の場面でも、8条に対して、より高い法的地位を与えたのかもしれない」<sup>166</sup>。これらの宣言が「必要」要件を削除したことは、大変重要である。この削除によって、TRIPS 協定の解釈と実施に関する興味深い議論が引き起こされる可能性は大いにある。

### C. 8条2項

8条2項は、「加盟国は、権利者による知的財産権の濫用の防止または貿易を不当に制限し、もしくは技術の国際的移転に悪影響を及ぼす慣行の利用の防止のために必要とされる適当な措置を、これらの措置がこの協定に適合する限りにおいて、取ることができる」と規定している<sup>167</sup>。この条文構造は8条1項と似ているが、TRIPS 協定の適合性という要件を含んでいる点でも類似している。

ある程度、8条2項は他の条文と重複するものである。実際、この条項で述べられている公共政策の目的はすべて、すでに TRIPS 協定の他の条文で扱われている。たとえば、30条は、加盟国が「第三者の正当な利益を考

---

TRIPS 協定と GATT 1994は、WTO 協定の別々の附属書として締結されたものだが、この両者間に優劣はない。TRIPS 協定と GATT 1994のテキストが持つ通常の意味は、WTO 協定 2条2項と同様に、TRIPS 協定と GATT 1994の下での義務は共存し、互いに相手を優越することはないことを表している。

*Id.* ¶ 7.208.

<sup>165</sup> CORREA, *supra* note 7, at 108 (「どの程度、8条1項の最終条件(これらの措置がこの協定に適合する限りにおいて)が、知的財産権が公衆衛生のための措置に優先するという意味を持つのかということが、開発途上国がドーハ宣言の採択を提案した主な理由であった」)を参照。

<sup>166</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 120.

<sup>167</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 8.2.

慮し、特許により与えられる排他的権利について限定的な例外を定める」ことを、そのような例外がスリーステップテスト、すなわち、「(1) 限定的で、(2) 特許の通常の実施を不当に妨げず、(3) 特許権者の正当な利益を不当に害さないことを条件として」認めている<sup>168</sup>。31条(k)号は、加盟国が「司法上または行政上の手続の結果、反競争的と決定された行為を是正する」目的で強制実施権を発行するための特別な条件を列挙している<sup>169</sup>。この条項はまた、「このような場合には、報酬額の決定に当たり、反競争的な行為を是正する必要性」を考慮することを認めている<sup>170</sup>。加えて、40条は加盟国が「関連する市場における競争に悪影響を及ぼすような知的財産権の濫用」を防止するための適当な措置を講じることを認めている<sup>171</sup>。

8条2項は、間違いなく、30条、31条(k)号、40条に対して追加的な支援を提供するものだが、この条項が持つ法的効果は限定されている可能性が高い。たとえば、8条は、「TRIPS協定の他の条文やTRIPS協定に組み込まれている他の国際文書の下で保護を受けない権利に対する例外でない限り、TRIPS協定で想定されていない例外を正当化する」法的根拠を提供するものとは思えない<sup>172</sup>。したがって、Gervais教授が8条について、「本質的には、30条、31条、40条の下で取られる措置の理論的根拠を説明する方針声明」と評するもの、何ら驚くことではない<sup>173</sup>。

そうはいうものの、8条2項は歴史的理由と象徴的効果という点において重要な規定である。この条項は、開発途上国が当初、GATT交渉のマנדートの下で何を考えていたのかをはっきりと思い起こさせる役割を果たしている<sup>174</sup>。インドがTRIPS交渉グループの会議に割り込み、詳細にわ

たった発言をした際に指摘したように、「貿易関連とみなすことができるのは、知的財産権の権利者による制限的かつ反競争的行為だけである。というのも、このような行為は単独で国際貿易を歪め、妨害するものだからである」<sup>175</sup>。ここで注目すべきは、インドが「(その時にTRIPS交渉グループで議論された) 知的財産権の他の側面を貿易関連とはみなさなかった」ことである。つまり、インドはこの知的財産権の他の側面をプンタ・デル・エステ宣言が設定したマンドートの範囲内にあると考えていなかったのだ<sup>176</sup>。

類似の構造は、2つのパートに分けられたテキストBに見ることができ。Adronico Adedeが指摘するように、「開発途上国は、2つのパートに分けられたTRIPS協定の草案を提出することで、知的財産権の実体的基準に関連するパートを最小限に抑える一方、不正商品の貿易に対処するパートを重視する決意を示そうとしたのである」<sup>177</sup>。とりわけ、7条と8条はテキストBの第1パートから採用されたものであるが、これは開発途上国が貿易関連の知的財産権問題と考えるものに焦点を当てるものであった<sup>178</sup>。

#### IV. 7条と8条の多様な役割

7条と8条は、TRIPS協定の目的と原則を規定しているが、これは「TRIPS協定の実施及び解釈のための核」となるものである<sup>179</sup>。TRIPS協定の目的と原則は、協定が持つ革新的な性質によって、さらにいっそう重要となる。というのも、この革新的な性質こそが、国際知的財産制度を国家間のパッチワーク制度からグローバルな超国家的法体系に変容させてき

<sup>168</sup> *Id.* art. 30.

<sup>169</sup> *Id.* art. 31(k).

<sup>170</sup> *Id.*

<sup>171</sup> *Id.* art. 40.

<sup>172</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 121-22.

<sup>173</sup> *Id.* at 121. しかし、TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 546 (Gervais教授の見解に異議を述べ、「8条2項は単なる『方針声明』とは異なる『原則』を述べたものである」と考察している)を参照。

<sup>174</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 127 (「この条文は、ウルグアイ・ラウンドの交渉において、とりわけ、インドの代表団によって表明された見解、すなわち、

TRIPS協定の主たる目的は、知的財産権の保護への依存によって引き起こされる競争的濫用を制限するためのメカニズムを提供することにあるべきという見解をかなりの程度、反映している)を参照。

<sup>175</sup> *Id.* at 121.

<sup>176</sup> *Id.*

<sup>177</sup> Adede, *supra* note 30, at 28.

<sup>178</sup> *Communication from Less-Developed Countries*, *supra* note 30, art. 2を参照。

<sup>179</sup> CORREA, *supra* note 7, at 108.

たからである<sup>180</sup>。TRIPS Resource Book は、次のように詳しく述べている。

TRIPS協定は知的財産権の規則をGATT、つまり初めての多国間貿易制度である現在のWTOに組み込んだものであるため、TRIPS協定の目的と原則に関しては、TRIPS協定以前の状況というものには存在しない。言い換えると、TRIPS協定の目的と原則は、協定に特有なものなのである。

…パリ条約とベルヌ条約のどちらもTRIPS協定7条と8条に類似する条項を持っていない。すなわち、TRIPS協定の解釈と実施に関して、一連の包括的な原則を確立する役割を果たす条文というものは存在しないのである<sup>181</sup>。

TRIPS協定以前の国際知的財産条約が「TRIPS協定の解釈と実施に関して、一連の包括的な原則を確立する役割を果たす条文」を規定していないため、7条と8条における目的と原則の詳細な規定は、国内レベルで伝統的になされてきた利益衡量の代わりとなる、多国間レベルでの利益衡量を確立する手段とみることができるだろう<sup>182</sup>。一定程度、7条と8条は、知的財産法における公共の利益の保護に関する多国間の規範を条文化する

<sup>180</sup> Yu, *supra* note 11, at 354-75を参照; 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) (ネットワーク・モデルが今日、どのようにして、過去100年にわたって国際知的財産規範を構築してきたパッチワーク・モデルに取って代わったのかを説明している); 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, 289 (2000)も参照。Ginsburg教授は次のように述べている。

「国際著作権」を、個別の薪(stick)が異なる国内法を表し、ベルヌ条約という超国家的規範が持つ細いリボンによって結ばれた多くの異なる薪から成る「束」(bundle)ともはや呼ぶことはできない。今日の国際著作権は、巨大イカにますます似ている。巨大イカの体から出ているたくさんの国内法という足は、国際規範という大きな共通の体から派生しているが、同時にこれに依存しているのである。  
*Id.*

<sup>181</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 119 (footnote omitted).

<sup>182</sup> *Id.*; accord Yusuf, *supra* note 34, at 10 (「開発途上国は、国内の知的財産制度の基礎を成す公共政策目的の重要性、国際レベルでこのような目的を認識することの必要性、そしてTRIPS協定で確立された基準をどのように適用するかについて明らかにする基本原則を特定することの必要性を強調したかったのである」)。

ものである<sup>183</sup>。そのようなものとして、これらの条文は「国内レベルにおける(知的財産権基準の)調和範囲を適格とするものである」<sup>184</sup>。

本章では、TRIPS協定のより柔軟な解釈と実施を促進する際に、7条と8条が果たしうる役割を検討する。特に、これらの条文を効果的に活用することができる5つの役割に焦点を当てる。その5つの役割とは、(1)TRIPS協定の解釈と実施のための指針(guiding light)、(2)知的財産権の侵略的な拡大とTRIPS協定の水準を上回る保護(TRIPS-plus)の要求に対する盾(shield)、(3)国際知的財産権制度の均衡の欠如に挑むための剣(sword)、(4)TRIPS体制を知的財産や他の国際体制とに結ぶ橋(bridge)、(5)新たな国際知的財産権の規範を発展させるための種(seed)である。

#### A. 指針(Guiding Light)

これらの5つの異なる役割の中で最も明白なのは、TRIPS協定の内容を明確にするために7条と8条を利用することである。このような利用は、WTO文書によって強く支持されている。紛争解決了解3条2項は、対象協定の条文について、「国際公法の解釈に関する慣習的規則に従って、明確にされなければならない」と規定しており、これにはウィーン条約に規定される慣習的規則が含まれる<sup>185</sup>。WTOパネルが判断を下した最初のケースであるアメリカのガソリン事件(改質ガソリン及び従来型ガソリンに関する基準)<sup>186</sup>以来、WTOパネルと上級委員会はどちらも、解釈の一般規則として、ウィーン条約を受け入れてきた。WTOパネルはその報告書の中で次のように言明している。

<sup>183</sup> Yusuf, *supra* note 34, at 12 (「(7条)は、政府が知的財産権に対して与える保護と実施の主要な公共政策の目的、すなわち、技術革新の促進並びに技術の移転及び普及に関する国際的な認識を具体化したものである」)を参照。

<sup>184</sup> *Id.* at 14.

<sup>185</sup> Dispute Settlement Understanding, *supra* note 73, art. 3.2.

<sup>186</sup> Panel Report, *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R (Jan. 29, 1996).

パネルは、この解釈問題を解決する際に、「紛争解決に係る規則及び手続に関する了解」3条2項に従って、条約法に関するウィーン条約を参照したが、その31条には「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」と規定されている<sup>187</sup>。

パネルの立場は、その後、ウィーン条約31条を「条約解釈の原則」と述べた上級委員会によって是認されている<sup>188</sup>。TRIPS 協定の文脈では、この解釈の規則は、インドが TRIPS 協定70条8項で義務付けられているメール・ボックス制度の導入を怠ったことに起因して起きたインドの医薬品及び農業化学品に対する特許保護事件で初めて採用された<sup>189</sup>。

ウィーン条約31条1項は、「条約は、…その趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」と規定している<sup>190</sup>。7条と8条は TRIPS 協定の目的と原則を定めるために設けられた条文なので、ウィーン条約に基づき、TRIPS 協定はこの2つの条文に照らして解釈されなければならない<sup>191</sup>。Correa 教授が指摘するように、「TRIPS 協定自体が、7条のように、その目的の定義を規定しているのであれば、パネル及び上級委員会は、TRIPS 協定の他の条文を解釈する際に、その定義を無視することや独自の定義を作り出すことはできない」のである<sup>192</sup>。

WTO パネルの判断において、7条と8条はあくまでも謙抑的にしか利用されてこなかったが、パネルはこれまで、これらの条文を好意的に参照してきた。たとえば、カナダの医薬品に関する特許保護事件において、パネルは「(30条の制限条件の文言を検討する際に)7条と8条1項以外にも TRIPS 協定の目的を示す条文が存在するが、それらが規定する目標と制限

<sup>187</sup> *Id.* ¶ 6.7.

<sup>188</sup> Appellate Body Report, *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, pt. III.B, WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996).

<sup>189</sup> Panel Report, *India—Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, pt. VII.A-B, WT/DS50/R (Sept. 5, 1997).

<sup>190</sup> Vienna Convention, *supra* note 72, art. 31.1 (emphasis added).

<sup>191</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, arts. 7-8.

<sup>192</sup> CORREA, *supra* note 7, at 93.

だけでなく、両条に規定されている目標と制限のどちらをも当然、気に留めておかなければならない」と言明した<sup>193</sup>。この決定は、ドーハ宣言の採択前に出されたものなので、とりわけ重要である。Abbott 教授は次のように指摘している。

1999年の終わり頃、TRIPS 協定に関するアメリカと欧州共同体による強引な政策が生み出す政治的圧力は増していったが、そのような政策に対する国民の反感は、南アフリカ共和国での薬事法裁判を問題としているようなレベルでは、自ずと現れるまでには至らなかった。TRIPS 協定と公衆衛生に関するドーハ宣言が採択されるのは、この2年後のことである<sup>194</sup>。

ドーハ交渉において、7条と8条は特別重要なものとして「選び出された」<sup>195</sup>。TRIPS 理事会の作業は「TRIPS 協定7条と8条に規定された目的と原則をその指針としなければならないこと、そして開発の程度を十分に考慮しなければならないこと」<sup>196</sup>が閣僚宣言パラグラフ19によって明確に述べられている。この宣言がどのような法的効果をもたらすかは依然として不明であるが、これが「契機となって、パネルが協定全体の文脈において、これらの条項をどのように解釈すべきかをより慎重に検討するようになるかもしれない。とりわけ、『均衡』の必要性に関してはそうであろう」<sup>197</sup>。

TRIPS 協定には多くの曖昧な表現が含まれていることを考慮すると、7条と8条の重要性はさらに増すことになる<sup>198</sup>。7条と8条は、開発途上国

<sup>193</sup> Panel Report, *Canada—Patent Protection of Pharmaceutical Products*, ¶ 7.26, WT/DS114/R (Mar. 17, 2000).

<sup>194</sup> Frederick M. Abbott, *Bob Hudec as Chair of the Canada—Generic Pharmaceuticals Panel—The WTO Gets Something Right*, 6 J. INT'L ECON. L. 733, 736 (2003).

<sup>195</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 120.

<sup>196</sup> Ministerial Declaration, *supra* note 60, ¶ 19.

<sup>197</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 120.

<sup>198</sup> Correa 教授は TRIPS 協定の前文について次のように述べている。

前文のテキストは、協定の条文を明確にするための重要な解釈の源である。実際、TRIPS 協定が対象とする問題はとかく物議を醸すようなものであるため、TRIPS 協定の多くの条項が曖昧であったり、意図的に加盟国に解釈の余地を残すものである。したがって、前文がもたらす「コンテキスト」は、この場合、特に

がTRIPS協定の交渉を通じて苦勞して獲得した取引を記しておくものなので、これらの条文は政策立案者、WTOパネル、そして上級委員会に対して、TRIPS協定に含まれている曖昧な文言をどのように解釈すべきかについての客観的な手がかりを与えてくれる。「7条と8条がもたらすコンテキストも(また)、TRIPS協定が規定する義務と例外の範囲を正しく解釈するのに、とりわけ重要なものかもしれない。具体的には、30条の『第三者』や『正当な利益』、39条3項の『不正な商業的使用』、40条と50条3項の『濫用』の概念などである」<sup>199</sup>。

たとえば、TRIPS協定27条3項(b)号の「検討する」という文言を考えてみよう。これは、診断方法、治療方法、外科的方法と微生物以外の動植物の特許性に関する条文である<sup>200</sup>。Correa教授が指摘するように、「TRIPS理事会では『検討する』という文言の意味について何の合意も得られていないのである」<sup>201</sup>。先進国はこの文言を「実施の検証」と解釈したが、その一方で、開発途上国は彼らのニーズと利益を満たすためにTRIPS協定を「修正」できることを示唆する文言であると解釈した<sup>202</sup>。

同じようにSisule Musunguは、TRIPS協定に規定され、ドーハ宣言によって延長された経過期間の意義を概念的に解釈するさまざまな方法があることを次のように指摘している。

猶予期間を付与する目的は、管理上及び財政上の制約によるものであったが、TRIPS協定の下で後発開発途上国に与えられた経過期間の中心目標はそれとは異なるものである。TRIPS協定の前文と7条に規定するTRIPS協定の目的とを併せて読むと、66条1項は、予定として、後発開発途上国の経過措置の目的が以下

関係性が強いものとなる。

CORREA, *supra* note 7, at 17. 前文がそれほど重要なものなら、TRIPS協定に広範に含まれている曖昧な表現を考慮すると、7条と8条のテキストがどれだけより重要なものが容易に想像できるだろう。

<sup>199</sup> *Id.* at 94-95.

<sup>200</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 27.3(b).

<sup>201</sup> CARLOS M. CORREA, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, THE WTO AND DEVELOPING COUNTRIES 211 (2000).

<sup>202</sup> *Id.*

の問題に対応し、取り組むことにあることがわかる。すなわち、後発開発途上国の特別なニーズと要求、そしてこれらの国が健全かつ実行可能な技術基盤を作り出すことを支援する最大限の柔軟性に対するニーズである<sup>203</sup>。

実際、Jayashree Watalは、このような曖昧な文言やフレーズを「建設的な曖昧さ」と表現している<sup>204</sup>。これらの文言やフレーズは、開発途上国がTRIPS協定に基づく義務を履行する際に、追加的な「若干の余地」ができるように、戦略的に解釈したり、発展させることができるので、これらの曖昧さは建設的といえるのである<sup>205</sup>。したがって、このような建設的な曖昧さは、開発途上国に対して、間断なく拡大する知的財産権への防御手段を提供するものである<sup>206</sup>。この建設的な曖昧さを戦略的に使えば、開発途上国は彼らのニーズや利益、目標を満たす解釈を積極的に推し進めることができるようになるだろう。さらに建設的な曖昧さによって、TRIPS交渉で開発途上国に適切に留保され、彼らが切望していた政策の余地が確保されるだろう。Watalの見解によると、このような曖昧さを建設的に解釈することにより、開発途上国は「TRIPS協定の交渉の戦いで失った大半を取り戻す方法」さえ手に入れるだろう<sup>207</sup>。

政治的な意味においても、7条と8条は重要である。というのも、これらの条文はTRIPS協定を正統化するものだからだ。7条と8条は、TRIPS協定が長年にわたる交渉を経て、先進国と開発途上国が妥結した取引であることを確認するものである。この2つの条文は、開発途上国が提出したテキストBから直接採用され、それに若干の修正が加えられたものであるこ

<sup>203</sup> Sisule Musungu, *A Conceptual Framework for Priority Identification and Delivery of IP Technical Assistance for LDCs During the Extended Transition Period Under the TRIPS Agreement* 5 (Quaker United Nations Office, Issue Paper No. 7, 2007), available at <http://www.quno.org/geneva/pdf/economic/Issues/Priority-ID-English.pdf> (endnote and emphasis omitted).

<sup>204</sup> WATAL, *supra* note 2, at 7.

<sup>205</sup> 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, 28 (1997).

<sup>206</sup> WATAL, *supra* note 2, at 7-8を参照。

<sup>207</sup> *Id.* at 7.

と、そして、このテキストから採用された数少ない条文であること、という2つの理由によって<sup>208</sup>、採用された文言は高い重要性を持つと考えるべきである。もしこれらの文言が無視されるのであれば、TRIPS協定は先進国と開発途上国との間で妥結された正統な取引であった、と誠実に議論するのはかなり無理があるだろう。Abdulqawi Yusufは次のように指摘している。

TRIPS協定の実施規定が主に先進国の立場を反映し、高い基準の知的財産権保護を確立するものであったために、開発途上国は、8条で提案したいくつかの原則の認識、そして彼らが7条及び前文の条項において提案したTRIPS協定の目的に関する明確な声明に対して、安心感や慰めを見出したことだろう<sup>209</sup>。

先進国の政策立案者やグローバルな知的財産産業は、TRIPS協定に基づいて、さらなる開発を推進する提案の条件として、開発途上国に譲歩を要求する傾向がある。ところが、このような要求を行う者は、TRIPS協定が現在、深まる危機にあるという事実を見落としがちである。TRIPS協定の正統性は、開発途上の加盟国のニーズや利益、目標を無視する高い基準の知的財産権保護とその行使によって、疑問視され続けている<sup>210</sup>。TRIPS協定の正統性を取り戻したいのであれば、7条と8条に規定されている目的と原則を始めとする、開発途上国に有利な合意条項が守られなければならない。

最後に、7条と8条が重要であることの理由として、WTOパネルと上級委員会はしばしば「知的財産権に対する自らの政策的観点を導入しようとする」ことが挙げられる<sup>211</sup>。たとえば、知的財産権の通常の利用とは何かを判断する際に、パネルは権利者の経済的利益に焦点を絞った見解を取ってきた。Correa教授がカナダの医薬品に対する特許保護問題に関して、次

<sup>208</sup> GERVAIS, *supra* note 45, at 30 (「(7条と8条の他に)彼らが勝ち取った唯一の真の手段は、TRIPS協定を実施するための経過期間であった」)を参照。

<sup>209</sup> Yusuf, *supra* note 34, at 12.

<sup>210</sup> SELL, *supra* note 38, at 173 (「TRIPS体制の不安定な基盤は、説明責任と正統性に関する重要な問題を引き起こすものである」)を参照。

<sup>211</sup> CORREA, *supra* note 7, at 94.

のように嘆いている。

パネルの見解は、特許が技術革新を刺激することを強調するが、他に存在する同じようにきわめて重要な特許付与の目的を考慮していない。他の知的財産権のように、特許は公益のために与えられるものであり、単に特許権者が「特許付与による市場の独占から予想される経済的収益」を取得することを認めるものではない。知見の拡布とその向上の継続は、特許制度において、等しく重要な目的なのである。

特許権者の経済的利益だけが考慮されるべき唯一の対象ということになれば、実際問題として、TRIPS協定の解釈はその意図された目的を無にすることになるだろう<sup>212</sup>。

同じように、Ruth OkedijiはWTOパネルと上級委員会の判断に対して、次のように失望を表明している。

このような紛争がとりわけ露呈したのは、パネルと上級委員会がそれぞれTRIPS協定の実体的義務を評価するために、前文の記述と7条及び8条が持つ広範な主題をどのように適用するかという難しい問題をいかにして避けてきたかということである。裁定機関はTRIPS協定が求める要求を抑制または拡大するために厳格な解釈を用いることができるが、7条と8条の一般的性質が持つ曖昧さは、権利を徐々に拡大する方向に導きやすい。これらの紛争の各事案において、紛争パネルは、TRIPS協定違反の判断における主要なファクターとして、知的財産権の権利者による市場の維持というものを必ず強調してきた。その上、これらの事案は、パネルがTRIPS協定の目的及びその交渉の文脈に焦点を置く際に、ほとんど私的な権利者が持つ経済的な期待だけを考慮して、条文を解釈してきたことを示している<sup>213</sup>。

Graeme Dinwoodieが指摘するように、「知的財産協定を貿易のメカニズムに組み込むことは、(貿易問題が最も重要なものになる場合には)知的財産に関する政策決定から歴史的にその形成に影響を与えてきた人的価

<sup>212</sup> *Id.*

<sup>213</sup> Okediji, *supra* note 54, at 914-15 (footnote omitted).

値という色彩豊かなパレットを奪い取ることになる」<sup>214</sup>。

要するに、7条と8条は、WTO パネルが TRIPS 交渉で先進国と開発途上国間でなされた妥協に焦点を当てることを確認するための重要なツールを提供しているのである<sup>215</sup>。たとえパネルが7条と8条が持つ取引の意味を無視したとしても、7条と8条は上級委員会がそのような間違っ了解釈を正すために必要なテキスト上の証拠を提供しているのである。

## B. 盾 (Shield)

7条と8条が担う第二の役割は、加盟国が TRIPS 協定に組み込まれている柔軟性を活用することを守るための盾として、これらの条文を利用するというものである。これは、第一の役割に関係し、一部はその結果となるものだ。これらの条文を防御目的で利用することは、WTO 紛争解決手続を利用する国の大部分を先進国が占めるという事実を考慮すると、とりわけ重要である<sup>216</sup>。WTO パネルの判断が最終的に先進国と開発途上国間での将来の交渉—二国間、地域間、多国間のレベルの如何にかかわらず—に関する性質や方向性に影響を与える可能性があるという事実を考慮すると、防御目的の利用はなおさらいっそう重要となる。Gregory Shaffer は WTO の文脈で次のように説明している。

WTO の政治と司法プロセスへの参加は、補完的なものである。WTO の司法プロセスの影は、政治プロセスとその状況が司法判断を性格付けるのと同じように、二国間の交渉を決定付けるのである。開発途上国が公共の利益の優先を明確にし、彼らの戦略をうまく調整することができれば、WTO 法の陰で行われた取引と、取引の陰で聞かれた WTO の法的な不満への関心をより効果的に示すことができるだろう。そして開発途上国は、今度は TRIPS 協定の「柔軟性」を活用するための入念な準備ができるようになるため、それに応じて自らの知的財産法を調整するだろう。結果として、開発途上国は、その政策選択に対するアメリカや欧州共

<sup>214</sup> Graeme B. Dinwoodie, *The Architecture of the International Intellectual Property System*, 77 CHL-KENT L. REV. 993, 1004 (2002).

<sup>215</sup> Yu, *supra* note 2, at 371-73 (TRIPS 協定の取引の話は議論している)を参照。

<sup>216</sup> Davey, *supra* note 55, at 17 を参照。

同体の脅威を防御する能力に自信を持つようになるだろう<sup>217</sup>。

前章では、TRIPS 協定の曖昧な条文を明確にするために、7条と8条をいかに活用するかを論じた。TRIPS 協定を実施するために、加盟国が曖昧な条文を明確にしようと努力するのも重要なことではあるが、一方で、条文には多くの異なる解釈の余地があるという状況も存在する。Frankel 教授は次のように指摘している。

(7条と8条)を活用して目的の解釈の一助とするのは、単なる出発点に過ぎない。7条と8条は、競合する目標や目的を捉えようとするものであり、TRIPS 協定の加盟国が持つ本質的に異なる見解の妥協を示しているという内在的な難しさがある。何が「技術革新の促進や技術の移転、技術の拡布」を意味するのかは、その性質上、議論の余地がある。そして、WTO 加盟国の見解は、その経済状態に関連している可能性が高いのである<sup>218</sup>。

結果として、開発途上国が社会的側面、開発的側面、TRIPS 協定の公共政策目的を強調するような方法を用いて、条文を解釈することが重要となる<sup>219</sup>。

<sup>217</sup> Gregory Shaffer, *Recognizing Public Goods in WTO Dispute Settlement: Who Participates? Who Decides? The Case of TRIPS and Pharmaceutical Patent Protection*, 7 J. INT'L ECON. L. 459, 476-77 (2004) (footnote omitted).

<sup>218</sup> Frankel, *supra* note 72, at 393.

<sup>219</sup> Frankel 教授は次のように続ける。

条約解釈は強力なツールでもあり、限定的なツールでもある。これが強力なのは、解釈方法の活用は、議論において一方に有利な結果をもたらさうからである。他方で、これが限定的なのは、条約解釈が単なる解釈のツールであり、それ自体は存在する義務のネットワークまでの道路地図に過ぎないからである。解釈は、新しい義務を作り出すために、あるいは、他に優越する一つの規範を選び出すことで条約規範の真の紛争を解決するために利用することはできない。解釈は、条約自体が他に優越する、ある一定の規範を選んでいのかどうかを明確にするためだけに利用できる。言い換えれば、実際に条約加盟国が問題となっている一定の規範が他に優越していると合意しているかどうか、そして、条約加盟国がこのような意図を条約の文言で示しているかどうかを明確にするためだけに、解釈は

あいにく、このような解釈は、制度的キャパシティの欠如と条約遵守志向の拡大によって、これまで困難であった。もちろん、条約をより厳格に遵守すれば、外国直接投資、技術移転、国内への貿易の流入、そして人的資源が増加するという、根拠がなく、誤解を招くような安易な希望もそのような解釈を困難にさせてきたことは言うまでもない<sup>220</sup>。したがって、国際知的財産制度の均衡を取り戻すためには、開発志向というレンズを通して<sup>221</sup>、TRIPS協定7条と8条に規定されている目的と原則を強調し、かつ、これらの条文で明確に認められている柔軟性をもって、TRIPS協定を解釈する必要がある。

このような解釈が確立されれば、TRIPS協定が持つ発展的側面に対して、さらなる理解を得ることができる。「開発を支援し」、開発途上国のニーズ、利益、そして目標を考慮に入れたモデル法、政策、及び最善の実施を作り出すことも不可欠である。これらのモデルは国際交渉のための望ましい出発点という役割を果たすことができるため、TRIPS協定の水準を上回る保護（TRIPS-plus）を定める二国間協定や地域貿易協定の利用の拡大への対応策として、とくに有効である<sup>222</sup>。さらにこれらのモデルは、開発途上国がその特有な地域的条件に合った法と政策を調整するために、強く求められる経験と人的資源の形成に役立つものである<sup>223</sup>。

---

利用できるのである。

*Id.* at 368.

<sup>220</sup> DEERE, *supra* note 132, at 242 (「OAPI (アフリカ知的財産権機構) の加盟国における TRIPS 協定の実施は、知的財産権の拡大を目指し、かつ、『遵守以上』の志向を持った政治環境によって方向付けられた」); Keith E. Maskus & Jerome H. Reichman, *The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods*, in INTERNATIONAL PUBLIC GOODS AND TRANSFER OF TECHNOLOGY UNDER A GLOBALIZED INTELLECTUAL PROPERTY REGIME 3, 18 (Keith E. Maskus & Jerome H. Reichman eds., 2005) (多くの開発途上国は「遵守志向」であることの懸念を示している)を参照。

<sup>221</sup> Yu, *supra* note 2, at 387-89を参照。

<sup>222</sup> Yu, *supra* note 11, at 392-400 (増加する二国間協定や地域貿易協定の利用について論じている)を参照。

<sup>223</sup> Rochelle Cooper Dreyfuss, *TRIPS—Round II: Should Users Strike Back?*, 71 U. CHI. L.

7条と8条は、3つの方法によって、これらのモデルの構築を支援するために利用できる。第一に、Jerome Reichmanが必須医薬品に対するアクセスの促進という文脈で指摘するように、「7条と8条に潜在するセーフガードは、TRIPS理事会に対して、次のことを提言するよう説得するために利用できる。それは、狭量に記述された権利制限は、限定された期間における特定の状況に対して適用されるべきであるという提言である」<sup>224</sup>。あるいは、開発途上国はWTO紛争解決手続において、必要とされる公衆衛生措置を防御するために7条と8条を利用することができる。Reichman教授は次のように説明している。

64条に基づいて行われた利益の無効化や侵害の苦情に対応する開発途上国である被申立国は、困難が予期しえなかった条件を満たすために、7条と8条1項の適用を持ち出すかもしれない。この防御が事実に適切に基づくものであり、かつ、支持されるものであれば、上級委員会を説得して、前述した条項に組み込まれた、契約目的達成不能の法理 (doctrine of frustration) が潜在的に存在することを認めさせるか、あるいは条約法に関するウィーン条約で認められている当該法理を適用することによって、これらの条文を強化させることができるだろう<sup>225</sup>。

Reichman教授はまた、その初期の論文で次のように示唆している。適切な状況の下では、TRIPS協定7条に規定されている目的に内在するセーフガード条項と、8条で明確に認められている公衆の利益のための例外は、「すべてに優先する国内開発のニーズによって、あるいは国内の健康、福祉、安全保障といった理由によって求められるアドホックな例外及び制限を正統化するかもしれない」<sup>226</sup>。

---

REV. 21, 25 (2004) (多くの開発途上国が「知的財産保護の経験と、掴みにくい内容を法律に成文化するためには、(法律知識が豊富な人材という形での) 人的資源が不足していること」を指摘している)を参照。

<sup>224</sup> J.H. Reichman, *The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries*, 32 CASE W. RES. J. INT'L L. 441, 461 (2000).

<sup>225</sup> *Id.* at 461-62 (footnotes omitted).

<sup>226</sup> Reichman, *supra* note 205, at 35.

第二に、Gervais 教授が指摘するように、「権利者が社会経済的開発に参加しなかった場合、つまり、自らの義務を履行しないで権利を行使した場合に、社会経済的福祉や権利と義務の均衡を持ち出すことは、排他的権利に対する例外の正当化に役立つだろう」<sup>227</sup>。著作権及び特許制度における例外と制限は、一般的に TRIPS 協定13条と30条に規定するスリーステップテストによって検討されるが<sup>228</sup>、上級委員会がカナダの医薬品特許保護事件で行った指摘に留意することが重要である。上級委員会が述べたように、ウィーン条約は、スリーステップテストで示されている制限条件を検討する際に、TRIPS 協定を解釈、実施する者に対して、7条と8条1項に規定されている目標と制限を念頭に置くことを要求しているのである<sup>229</sup>。

これまで、論者は一般的に、開発途上国における必須医薬品へのアクセスを促進するために、7条と8条の利用に焦点を当ててきた<sup>230</sup>。ところが、これらの2つの条文は他の多くの分野でも利用することができる。たとえば、Okediji 教授は、これらの条文がいかにして、TRIPS 協定の下でアメリカ著作権法におけるフェア・ユースという特権の有効性を正当化するために利用できるかを説明している<sup>231</sup>。Strividhya Ragavan もまた、これらの条文がいかにして、加盟国が植物品種を保護するために効果的な特別の制度を導入しているかを判断するために活用できるかを検討している<sup>232</sup>。

<sup>227</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 116; *accord* CORREA, *supra* note 7, at 97 (「7条(と8条)は、権利者が社会経済的開発に参加しなかった場合、排他的権利に対する例外の正当化に役立つだろう」)。

<sup>228</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, arts. 13, 30.

<sup>229</sup> Panel Report, *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*, ¶ 7.26, WT/DS114/R (Mar. 17, 2000) (「(TRIPS 協定30条の制限条件の文言を検討する際には) 7条と8条1項に規定されている目標と制限を、TRIPS 協定の目的を示す他の条文も加えて、明確に念頭に置かなくてはならない」)。

<sup>230</sup> たとえば、James Thuo Gathii, *The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPS and Public Health Under the Vienna Convention on the Law of Treaties*, 15 HARV. J.L. & TECH. 291, 304-07 (2002); Reichman, *supra* note 224, at 461 を参照。

<sup>231</sup> Ruth Okediji, *Toward an International Fair Use Doctrine*, 39 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 75, 167-68 (2000) を参照。

<sup>232</sup> Srividhya Ragavan & Jamie Mayer O'Shields, *Has India Addressed Its Farmers' Woes?*

TRIPS 協定7条の活用の際して、Marco Ricolfi は次のように指摘している。

現在行われている、特許制度を生物多様性の保存及び促進という目的に対して、相互支援的なものにする努力は、「社会厚生」という名の下でより視覚化することができる。というのも、この概念は、経済学者がとても得意とするところの快樂計算の均一性を否定しうる現地コミュニティが持っている（非知的財産の）価値観の自律性を尊重することを意味しているからである<sup>233</sup>。

第三に、実体的な違反がないにもかかわらず、加盟国が利益を無効化または侵害されたとして、他の加盟国に対してノン・バイオレーションを申し立てたときに、7条と8条はその重要性をさらに増すことになるだろう。香港で開催された第6回WTO閣僚会議において、WTO加盟国は、次の閣僚会議までこれらの苦情に関する猶予期間を延長することに合意した<sup>234</sup>。

---

*A Story of Plant Protection Issues*, 20 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 97, 101 (2007). Ragavan 教授と共著者は次のように述べている。

TRIPS 協定7条と8条に照らすと、27条の下で確立される植物保護体制の有効性は、地域と国の福祉及び経済目標を達成する能力に基づいて判断されなければならない。そのような有効性の要件に関する解釈は、加盟国は保護する生物学的物質や微生物的物質を選択することができると規定する27条内の他の条項ともより適合するものである。

*Id.* (emphasis omitted).

<sup>233</sup> Ricolfi, *supra* note 109, at 325-26 (footnote omitted).

<sup>234</sup> World Trade Organization, Doha Work Programme: Ministerial Declaration, ¶ 45, WT/MIN(05)/DEC (Dec. 22, 2005). TRIPS 協定64条は、「GATT 1994第23条1の(b)及び(c)の規定は、世界貿易機関協定の効力発生の日から5年間、この協定に係る紛争解決については、準用しない」と規定している。TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 64.2. さらにGATT 1994第23条1の(b)及び(c)は次のように規定している。

締約国は、(b)他の締約国が、この協定の規定に抵触するかどうかを問わず、なんらかの措置を適用した結果として、または(c)その他の何らかの状態が存続する結果として、この協定に基づき直接若しくは間接に自国に与えられた利益が無効にされ、若しくは侵害され、またはこの協定の目的の達成が妨げられていると認めるとき…。

General Agreement on Tariffs and Trade art. XXIII(1)(b)-(c), Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, Legal Instruments—

ノン・バイオレーションに基づく苦情は、当面、開発途上国にとって問題となることはないだろうが、猶予期間が解除されると、問題が生じることになるかもしれない<sup>235</sup>。

これまで、WTO パネルと上級委員会は、権利者による知的財産権の通

---

Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1153 (1994).

この猶予期間の起源は、1990年代初頭に遡ることができる。TRIPS Resource Book は次のように詳述している。

Dunkel 草案は、ノン・バイオレーションによる苦情を TRIPS 協定に適用すべきかという問題に対応していなかった。この問題は、1992年から1993年にかけて法律起草グループの議論で初めて取り上げられた。参加国の中には、TRIPS 協定は、GATT の関税タイプの取決め、あるいは GATS の文脈で加盟国が負う特定の義務と実質的に異なっていると主張する国もあった。TRIPS 協定は、そのような取決めではなく、ミニマム・スタンダードに関するものであった。したがって、このような国は、ノン・バイオレーションを絶対に TRIPS 協定に適用すべきでない、あるいは少なくともどのようにノン・バイオレーションを TRIPS 協定に適用するかが明確ではないという見解を取った。この見解の背後にある理由として、いくつかの加盟国がノン・バイオレーションの苦情を TRIPS 協定に適用することは、結果的に、交渉によって実際に合意した基準よりも高い、事実上の知的財産の基準を作り出すことになると懸念したことが挙げられる。

その一方で、他の加盟国は次のことを懸念した。すなわち、ノン・バイオレーションによる苦情というものがなければ、政府は、TRIPS 協定の保護基準を適法に、しかし狭く解釈することによって、TRIPS 協定の義務を弱めることができるだろうという懸念である。当事国がこの問題について徹底的に議論した結果、ノン・バイオレーションの TRIPS 協定への適用に関する猶予期間に合意した。この妥協は、5 年間は猶予期間として、ノン・バイオレーションを TRIPS 協定に適用しないと規定する 64 条 2 項に反映されている。これが当該期間経過後も引き続き適用されるかは、物議を醸す問題である。

TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 663-64 (footnotes omitted).

<sup>235</sup> 2009年11月、ジュネーブで開催された第7回WTO閣僚会議の直前に、WTO加盟国はこの猶予期間の延長を推薦することに合意した。William New, *WTO to Extend Moratorium on Non-Violation Cases, Ecommerce Taxes*, INTELL. PROP. WATCH, Nov. 6, 2009, <http://www.ip-watch.org/weblog/2009/11/06/wto-to-extend-moratoriums-on-non-violation-cases-e-commerce-taxes>.

常の利用について、狭義の定義を愛好すると表明してきた<sup>236</sup>。この理論に基づくと、知的財産権の保護と行使に対して加盟国が持つ通常の期待もまた、経済的利益を重視して、狭く解釈されることになるだろう。ノン・バイオレーションという概念の特徴は、他の多くの国際条約と同じように、行為の適法性にその焦点を置くのではなく、むしろ（GATTの文脈においては）互恵関税率と市場参入譲許、あるいは（GATSの文脈においては）加盟国の特定の確約といったものから生じる期待の保護に焦点を当てることにある<sup>237</sup>。そのため、7条と8条は、WTOパネルと上級委員会がこのような期待を正しく予測していたかを確認するために必要なのである。

Gervais 教授が指摘するように、「TRIPS 協定違反または利益の無効化あるいは侵害を証明したい国は」、権利者が社会経済的開発に参加していない、あるいは付随する義務を履行することなしに権利を行使しているという7条に基づく主張に「対抗するためのデータを慎重に提出するのは賢明だろう」<sup>238</sup>。同じように Correa 教授も次のように指摘する。

ノン・バイオレーションである利益の無効化または侵害を理由とした申し立てが TRIPS 協定の文脈で認められるとしたら、8条1項は、これらの訴訟理由の潜在的範囲を限定する上で重要だろう。というのも、譲歩の均衡を結果的に変更する広範な公共政策の措置が合理的に予測されるべきことは明らかだからである。加盟国には8条1項の下で認められた広範な権限が与えられているので、加盟国が他の加盟国に対して、公共政策の目的を遂行するために採用した措置について異議を申し立てる場合、申立国は当該措置が TRIPS 協定の条項と適合していないことの立証責任を第一に持つべきである<sup>239</sup>。

---

<sup>236</sup> Panel Report, *United States—Section 110(5) of the U.S. Copyright Act*, ¶ 6.167, WT/DS160/R (June 15, 2000) を参照。

<sup>237</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 655 (emphasis added).

<sup>238</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 116-17.

<sup>239</sup> CORREA, *supra* note 7, at 108 (footnotes omitted); TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 127 (「この8条1項に規定されている原則の声明は、TRIPS 協定の下で迫られるかもしれない訴訟原因であるノン・バイオレーションである利益の無効化または侵害の潜在的範囲を限定する上で重要であることが証明されているはずだ。8条1項は、加盟国によるそのような TRIPS 協定に適合する措置の採用が合理的に期待されていることを示すものである」(footnote omitted) も参照。

## C. 剣 (Sword)

7条と8条は、開発途上国を守る盾 (shield) として利用できるが、先進国ですでに存在する条文に挑むために、あるいは知的財産分野における政策の裁量を広げるために利用できるかは、依然として不確かなままである。WTO紛争解決手続において、7条と8条を積極的な挑戦の法的根拠として利用するのは、かなり難しい。7条は、単なる「should (すべきである)」条項なので、「shall (する義務がある)」が持つような強い効果をもたらすものではない<sup>240</sup>。その上、交渉過程で欧州共同体とアメリカが確固たる見解を取ったことを考えれば、WTOパネルと上級委員会が、この2つの条文を実施規定や実体規定と区別する可能性は高い。7条と比べると、8条はさらに脆弱である。8条1項と8条2項のどちらも「may (できる)」という文言を使っている。そして両条項は、加盟国が取る「措置がTRIPS協定に適合していること」という適合要件の強い制約を受けている。さらに8条1項は、付加的な「必要」要件によって弱められている。

Gervais教授は、そのTRIPS協定に関する優れた論文の一つに挙げられる論考で、7条は、「当該国において技術革新や技術移転、技術拡布が促進されたことが証明できない場合、与えられた知的財産権の保護あるいは行使の義務を制限するために利用できることを示唆している」<sup>241</sup>。条文テキストの分析がこのような示唆を裏付けているものの、申立人が現実にこのような証拠を提出することはかなり難しいといえる。経済学者のFritz Machlupがアメリカ特許制度に対する批判的な考察の中で述べた、以下の有名な意見を覚えている人もいるだろう。

もし、われわれが特許制度を持っていなかったら、その経済的帰結としての現在の知見に基づいて、この制度の制定を推奨するのは無責任であろう。ところが、われわれは長い期間、特許制度を持っているので、現在の知見に基づいて、この制度の廃止を推奨することは無責任であろう<sup>242</sup>。

<sup>240</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 116を参照。

<sup>241</sup> *Id.*

<sup>242</sup> STAFF OF SUBCOMM. ON PATENTS, TRADEMARKS, AND COPYRIGHTS OF THE S. COMM. ON

その上、WTOパネルと上級委員会は、厳格な逐語的アプローチを採用し、司法抑制を実施してきた<sup>243</sup>。上級委員会がインドの医薬品及び農業化学品に対する特許保護事件で明らかにしたように、ウィーン条約31条に規定されている解釈の原則は、「条約にない言葉や意図されていない概念を条約に持ち込むことを要求したり、容認したりしないということである」<sup>244</sup>。これまで、WTOパネルと上級委員会は、ウィーン条約に対する敬讓、条文の通常の意味、TRIPS交渉の背景、そして知的財産分野におけるその後の発展を示すことにより、TRIPS協定を狭く解釈してきた。

このような制限にもかかわらず、7条と8条は、6つの異なる方法により、攻撃的なツールとして利用することができる。第一に、これらの条文は、WTO紛争解決手続において、先進国の知的財産法とその政策に対する挑戦の法的根拠を与えないかもしれないが、両条文とも社会経済的福祉を促進し、または知的財産制度の均衡の確保に資する他の実施規定を強化するために利用できる。

たとえば、TRIPS協定66条と67条は、先進国に対して、後発開発途上国

---

THE JUDICIARY, 85TH CONG., AN ECONOMIC REVIEW OF THE PATENT SYSTEM 80 (Comm. Print 1958) (study by Fritz Machlup).

<sup>243</sup> たとえば、Barbosa et al., *supra* note 54, at 99 (論者の中には、WTOパネルと上級委員会による制限的な解釈アプローチを「過度に逐語的である」として批判する者がいることを指摘している); Okediji, *supra* note 54, at 889 (「TRIPSパネルは厳格な逐語的解釈に固執している」ことを指摘している); Jerome H. Reichman, *Securing Compliance with the TRIPS Agreement After US v India*, 1 J. INT'L ECON. L. 585, 594-96 (1998) (上級委員会がインドの医薬品及び農業化学品に対する特許保護事件で推奨した「TRIPS協定に対する慎重かつ厳格な解釈者のアプローチ」を指摘し、「地域の法律に対する敬意と条約の厳格な解釈は、上級委員会のTRIPS法学が依って立つ基礎となった」と述べている); J.H.H. Weiler, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*, 35 J. WORLD TRADE 191, 206 (2001) (「可能であればいつでも、通常が多岐にわたる、こじつけで、多面的で、かつ極めて適法なTRIPS協定の解釈を、通常の言葉の意味から生じる『テキスト』とするような上級委員会によるほとんど取り憑かれた試み」について指摘している)を参照。

<sup>244</sup> Appellate Body Report, *India—Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, ¶ 45, WT/DS50/AB/R (Dec. 19, 1997).

に技術協力を提供することを要求している<sup>245</sup>。開発途上国は、66条が『最善の努力』条項で表現されている」ことを懸念したが<sup>246</sup>、TRIPS協定の実施関連の問題を取り扱った2001年11月14日のドーハ閣僚決定のパラグラフ11の2は、この条文が強制的な性格を持つことを再確認した<sup>247</sup>。さらにこの決定はTRIPS理事会に対して、問題となっている義務を監視し、十分に履行されていることを確実にするためのメカニズムの導入を要求している<sup>248</sup>。7条と8条を要塞化することで、66条と67条はよりいっそう強固かつ効果的なものになるだろう。

特許分野においては、7条と8条は、27条と31条に規定されている制限と例外の強化に役立つだろう。たとえば、27条2項と27条3項は、一定の発明の特許対象から除外する基準を規定している<sup>249</sup>。また27条3項は、加盟国が植物品種の保護を策定する柔軟性を確保している<sup>250</sup>。31条は、加盟国が特許権者の許諾を得ないで、特許製品を利用するためのさまざまな条

<sup>245</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, arts. 66-67.

<sup>246</sup> General Council, *Preparations for the 1999 Ministerial Conference: The TRIPS Agreement: Communication from Kenya on Behalf of the African Group*, ¶¶ 8-9, WT/GC/W/302 (Aug. 6, 1999) [以下、*Communication from Kenya*]; *accord* CORREA, *supra* note 7, at 98 (「開発途上国は、作業グループにおいて、WTO協定の技術移転に関連するほとんどの条文が拘束力のある義務ではなく、むしろ『最善の努力』という性格を持つものであり、そのため実施的なものにしなければならないと指摘していた」。アフリカ・グループが説明するように、「最善の努力条項は、実施を強制できないこと、開発途上国と後発開発途上国に対して実質的な利益をもたらさないことという点で、根本的に欠陥がある。結果的に、多くの先進国はどのようにこの条文が規定する義務を果たすかについて、未だに明らかにしていないのである」)。 *Communication from Kenya*, *supra*, ¶¶ 8-9.

<sup>247</sup> World Trade Organization, *Implementation-Related Issues and Concerns: Decision of 14 November 2001*, ¶ 11.2, WT/MIN(01)/17 (Nov. 20, 2001) (「TRIPS協定の66条2項の条項は、強制的なものである」)。

<sup>248</sup> *Id.*

<sup>249</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, arts. 27.2-3.

<sup>250</sup> *Id.* art. 27.3 (加盟国が「特許若しくは効果的な特別の制度またはこれらの組み合わせによって植物の品種の保護を定める」ことを認めている)。

件を規定している<sup>251</sup>。30条は、特許分野における制限と例外を判断するためのスリーステップテストを規定するものだが、7条と8条はさらに、30条の制限条件を明確化するのに役立つだろう。カナダの医薬品に対する特許保護事件で示されたように、WTOパネルはスリーステップテストに記載されている制限条件を明確にするために、7条と8条を利用したのである<sup>252</sup>。

第二に、7条と8条は、TRIPS理事会の会議で例外と制限の策定を促進するためだけでなく、マキシマム・スタンダードの策定を促進するためにも利用できるかもしれない。閣僚宣言パラグラフ19はTRIPS理事会に対して、「TRIPS協定7条と8条に規定されている目的と原則及び開発的側面」を考慮に入れるように指示している<sup>253</sup>。この宣言がWTO紛争解決機関になされる将来の申立てに対して、法的効果を持つのかは依然として疑わしいものの、7条と8条がTRIPS理事会において、より大きな注目を集める可能性は高い。というのも、TRIPS理事会は、これらの条文を考慮に入れるように明確に指示したからである。一方で司法的判断があり、もう一方には政治的信念または外交交渉というものがあがるが、両者には違いがある。さらに重要なのは、7条と8条は、国際交渉の場でしばしば有効に作用する、必要な原則とレトリックを提供することである<sup>254</sup>。開発途上国の要求に声高に同調するように、7条と8条はさらに、彼らがTRIPS交渉で行った取引を戦略的に思い出させるという役割を果たすものでもある。

加えて、7条と8条は、TRIPS理事会、WTO機関、そして他の国際機関によって設定された検証プロセスにおいて、きわめて重要な役割を果たすかもしれない。たとえば、「多くの開発途上国は、すでに次のような指摘をしている。すなわち、7条の実施状況は、TRIPS理事会において、TRIPS

<sup>251</sup> *Id.* art. 31.

<sup>252</sup> Panel Report, *Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products*, ¶ 7.26, WT/DS114/R (Mar. 17, 2000).

<sup>253</sup> Ministerial Declaration, *supra* note 60, ¶ 19.

<sup>254</sup> GERVAIS, *supra* note 42, at 508 (今にして思うと、「TRIPS協定のもたらしうる結果をまとめると、本質的には法律文書のレベルではなく、原則のレベルに留まるものであった」ことを指摘している)を参照。

協定が技術の拡布と移転に貢献するという目的を果たしているかという判断に照らして検証されなければならない」<sup>255</sup>。WTOの枠外では、7条と8条はまた、TRIPS協定が意図した目的というものを明確にするだろう。そうすることで、これらの条文は、国際機関に対して、TRIPS協定が適切に実施されているかを機関自身が判断するための基準を提供する一方で、同時に国際条約制度内の一貫性を促進するのである。

第三に、7条と8条は、ちょうどノン・バイオレーションの苦情に対する盾として利用できるのと同じように、このような苦情に対する剣としても利用することができる。開発途上国は、猶予期間が解除されれば、このような苦情の矢面に立たされるかもしれないとかなり懸念している。ところが、彼らは、先進国がTRIPS協定の均衡を変えるような措置を取ることに對抗するために、これを逆手にとって、ノン・バイオレーションの苦情を利用することができる。このような先進国への對抗に際して、7条と8条は、(1) 先進国の取る措置がいかに国際知的財産制度の均衡を崩してきたか、(2) TRIPS交渉が効力を生じたときに先進国が抱いた合理的な期待とはどのようなものであったか、そして、(3) 先進国によるそのような期待の依存は正当化されるか、を示す有益なテキスト上の根拠を提供するだろう<sup>256</sup>。

第四に、7条と8条は、TRIPS協定に明示的あるいは黙示的に規定されている権利者の義務を特定するのに役立つかもしれない<sup>257</sup>。権利者の義務は、TRIPS協定の重要な目的である、国際知的財産制度の均衡を維持するために不可欠なものである。TRIPS協定は、各加盟国の知的財産権者が持

つ実体的権利を明確に規定している一方で、権利者の義務については明確に述べていない。人権高等弁務官は報告書で次のように言明している。

TRIPS協定は権利と義務の均衡の必要性を明らかにしているが、いかにして均衡を達成するかについて、何の手引きも与えていない。一方では、TRIPS協定は、権利付与の要件、保護期間、行使方法などの知的財産権の内容について、かなり詳細に規定している。しかし、他方で、TRIPS協定は、協定自身の目的に従い知的財産権の均衡を図らなければならない権利者の義務には、それとなく触れているだけである。反競争的行為と権利濫用の防止、技術移転の促進、開発途上国に対する特別かつ異なる取扱いは、権利が協定に規定されているのと対照的に、単に言及されているだけである。TRIPS協定は、上記の義務の内容や義務をどのように実施すべきかについて規定していないのである<sup>258</sup>。

したがって、国連人権促進保護小委員会が政府に対して、「経済政策や経済合意に対する人権保障義務の優位」を再認識させたことは、驚くことではない<sup>259</sup>。一方で、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」もまた、次のように明確に述べている。「知的財産は社会的機能を持った社会的成果物であり、著作者の私的利益は過度に優先されるべきではなく、彼らの成果物に対する広範なアクセスの享有という公共の利益を十分に考慮しなければならない」<sup>260</sup>。

国際人権保障義務を強調し、そしてこれを再認識させるのは重要なことである。というのも、WTO加盟国はすべて知的財産分野を超えた国際的

<sup>255</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 132.

<sup>256</sup> Rochelle DreyfussとJerome Reichmanに対して、この7条と8条の特定な利用に関する洞察に富んだ重要な質問をしてくれたことに感謝する。

<sup>257</sup> ブラジルがTRIPS交渉グループに提出した書面で宣言したように、「知的財産権の権利者の『権利』について議論する場合、自動的に権利者の『義務』という主題を扱わなければならないことになる。優先的に注目すべき権利者の義務が持つ目的は、知的財産権のユーザーに対して、技術革新へのより広範なアクセスを認めることにある。議論の全体的な焦点が知的財産権の権利者が持つ利益に集中すれば、知的財産権制度全体の均衡が考慮されないことになる」。TRIPS Negotiating Group, *Submission from Brazil*, ¶¶ 16-17, MTN.GNG/NG11/W/30 (Oct. 31, 1988).

<sup>258</sup> U.N. Econ. & Soc. Council [ECOSOC], Sub-Comm'n on the Promotion & Prot. of Human Rights, *The Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights: Report of the High Commissioner*, ¶ 23, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/13 (June 27, 2001).

<sup>259</sup> Intellectual Property Rights and Human Rights, Sub-Comm'n on Human Rights Res. 2000/7, ¶ 3, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/RES/2000/7 (Aug. 17, 2000).

<sup>260</sup> ECOSOC, Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights, *General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from Any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He Is the Author (Article 15, Paragraph 1(c), of the Covenant)*, ¶ 35, U.N. Doc. E/C.12/GC/17 (Jan. 12, 2006) [以下、*General Comment No. 17*].

義務を負っているからである。TRIPS Resource Book は次のように指摘している。

経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約のような人権文書は、7条及び8条と同一の目的と原則を多く支持するものである。国際労働機関のさまざまな合意と世界保健機関憲章は、TRIPS協定の開発志向の目的と原則を支持している。TRIPS協定の実施と紛争解決手続において、7条と8条が規定する目的及び原則と、他の国際文書の目的及び原則との間を支えるつながりを確立することは有益だろう<sup>261</sup>。

つまり、「should (すべきである)」という文言を使っていることと、7条で「社会的及び経済的福祉」と「権利と義務との間の均衡」に言及していることは、生存権、食糧権、健康に対する権利、教育を受ける権利、自己決定権、表現の自由についての権利、文化に参加する権利、文化を發展させる権利、そして科学的進歩に対する権利のような、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」が知的財産権者に課している多くの義務の存在をはっきりと思い出させるものである<sup>262</sup>。これらの言及はまた、TRIPS体制が持つ実体的な義務を發展させるための道を開くものでもある。

ここ数年、義務、責任、マキシマム・スタンダード、そして積極的権利を知的財産制度に組み込む必要性に関して広範な議論がなされている。たとえば、Jacqueline Lipton は、伝統的な財産権理論を取り入れた法を情報財の文脈で適用する場合、「伝統的な財産権は、その所有権の附帯条件として、所有権者が負担すべき重要かつ同時発生的な義務や責任を伴うという事実」を見落としがちであると指摘している<sup>263</sup>。また学者たちも、保護を受ける対象への公衆のアクセスを促進する利用者の積極的権利を發展させるための提案を行っている<sup>264</sup>。これらの提案の多くは、7条で黙示的

に認識されている利用者グループの利益に資することを目的とするものであるが、利用者グループには、「図書館、教育機関、研究機関、あるいは非政府機関等が含まれており、これらはすべて TRIPS 交渉での不在が際立っていた団体」である<sup>265</sup>。

第五に、7条に規定する「社会的及び経済的福祉」と「権利と義務との間の均衡」の促進を TRIPS 協定の主要な目的とみなすことは、開発途上国と政府間組織が開発に関する影響調査の実施を要求するための強力な条文上の根拠を提供する<sup>266</sup>。そして、この開発に関する影響調査は、人権、公衆衛生、そして生物多様性の分野で広く推奨されてきた<sup>267</sup>。結局のところ、福祉と均衡は、事実とは無関係に判断することができないのである。最近採択された WIPO 開発アジェンダもまた、評価、評定、及び影響調査に関する多くの提案を行っている<sup>268</sup>。知的財産保護は拡大して、他の政策分野にスピルオーバー効果をもたらすため、このような調査はとりわけ重要である。実際、すべての新たな知的財産基準がもたらす悪影響を全体的

<sup>265</sup> Okediji, *supra* note 54, at 858.

<sup>266</sup> Yu, *supra* note 3, at 901 (「さらに知的財産保護を拡大する前に影響調査を要求することの必要性を指摘している」を参照)。

<sup>267</sup> たとえば、Convention on Biological Diversity art. 14(1)(a), June 5, 1992, 1760 U.N.T.S. 143 (加盟国は「生物多様性に重大な悪影響をもたらす可能性の高いプロジェクト案に対する環境影響評価を実施するための適切な手続を導入しなければならない。当該手続は、そのような悪影響を回避または最小限に抑える目的であり、適切な場合には、そのような手続に公衆が関与することを認めるものである」); *General Comment No. 17, supra* note 260, ¶ 35 (「加盟国は、科学的、文学的、あるいは芸術的な生産物から生じる人格的及び財産的利益の保護のための法律の施行前と施行後において、人権影響評価を行うことを考えるべきである」); COMM'N ON INTELLECTUAL PROP. RIGHTS, INNOVATION & PUB. HEALTH, WORLD HEALTH ORG., PUBLIC HEALTH, INNOVATION AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 10 (2006), available at <http://www.who.int/intellectualproperty/documents/thereport/ENPublicHealthReport.pdf> (「とりわけこれらの言及された貿易、環境、商業と同様に、健康政策は、健康に対する権利への影響について、等しく評価の対象とされるべきである」)を参照。

<sup>268</sup> World Intellectual Prop. Org. [WIPO], *The 45 Adopted Recommendations Under the WIPO Development Agenda*, Cluster D, <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html> (last visited Nov. 21, 2009) [以下、*45 Adopted Recommendations*].

<sup>261</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 130.

<sup>262</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

<sup>263</sup> Jacqueline Lipton, *Information Property: Rights and Responsibilities*, 56 FLA. L. REV. 135, 148 (2004).

<sup>264</sup> Yu, *supra* note 2, at 396–401 (outlining the various proposals)を参照。

に評価するために、当該基準を採用する前に、影響調査を行うことは、優れた政策といえるだろう<sup>269</sup>。

最後に、7条と8条は、既存の知的財産に関する議論の見直しに役立てることができる。法学者たちは、このような議論の組立てや見直しの重要性を著しくないがしろにするが、最近、法律分野以外の論者や学際的な研究に関心がある論者によって、その重要性が指摘されている<sup>270</sup>。建設的な議論の枠組みを慎重に組み立てることによって、WTO加盟国、TRIPS理事会、WTOパネル、そして上級委員会をうまく説得して、彼らに開発途上国の要求、あるいは懇願というものをもっと受け入れさせることができるだろう<sup>271</sup>。John BraithwaiteとPeter Drahosが公衆衛生の文脈で指摘しているように、「もしTRIPS協定が公衆衛生問題として策定されたとすれば、アメリカやその他の西洋諸国の大衆が持つ懸念は、アメリカのビジネス・エリートたちがTRIPS協定の周りに構築したコンセンサスを揺るがす要因になったかもしれない<sup>272</sup>。同様に、Susan Sellは次のように指摘している。「国際的發展という観点からは『ライツ・トーク (rights talk)』よりも『グランツ・トーク (grants talk)』の方が望ましい。というのも、『グランツ・トーク』は、付与されたものが他の重要な目標と衝突したときは、その付与が取り上げられるかもしれないという事実を明らかにし、政策立案者が権利者の権利に焦点を当てることを思い止まらせる可能性が高いからである<sup>273</sup>。

<sup>269</sup> Yu, *supra* note 129を参照。

<sup>270</sup> DEERE, *supra* note 132, at 173; Amy Kapczynski, *The Access to Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property*, 117 YALE L.J. 804, 809 (2008); John S. Odell & Susan K. Sell, *Reframing the Issue: The WTO Coalition on Intellectual Property and Public Health, 2001*, in NEGOTIATING TRADE: DEVELOPING COUNTRIES IN THE WTO AND NAFTA 85, 87 (John S. Odell ed., 2006); Yu, *supra* note 4, at 552.

<sup>271</sup> Yu, *supra* note 37, at 377-78 (国際的な議論における問題を組み立て、見直す際のメディアの重要性を議論している)を参照。

<sup>272</sup> JOHN BRAITHWAITE & PETER DRAHOS, GLOBAL BUSINESS REGULATION 576 (2000).

<sup>273</sup> SELL, *supra* note 38, at 146.

#### D. 橋 (Bridge)

7条と8条は、TRIPS体制を知的財産権の保護と行使によって影響を受けうる他の体制に結び付ける有益な橋としての機能を果たすことができる。たとえば、閣僚宣言パラグラフ19には、TRIPS理事会は「TRIPS協定と生物多様性保全条約の関係、TRIPS協定と伝統的知識及びフォークロアの保護の関係」を検証する際には、7条と8条に基づいて判断しなければならないと明確に規定されている<sup>274</sup>。結局のところ、知的財産権の保護は多くのさまざまな体制に及びうるが、その最たるものは、生物多様性と食糧・農業の体制である。

同様に、7条の文言は、最近、WIPO開発アジェンダの一部として採択された提案に組み込まれている。提案45は次のように明確に述べている。

知的財産権の行使に対しては、より広い社会的利益、そしてとりわけ開発志向の関心という文脈で、TRIPS協定の7条に従い、「知的財産権の保護及び行使は、技術的知見の創作者及び使用者の相互の利益となるような並びに社会的及び経済的福祉の向上に役立つ方法による技術革新の促進並びに技術の移転及び普及に資するべきであり、並びに権利と義務との間の均衡に資するべき」という視点をもって、取り組むこと<sup>275</sup>。

したがって、TRIPS協定7条と8条は、TRIPS体制だけでなく、グローバルな技術革新制度における均衡の維持にとっても重要なのである。

今日、国際法はかなり断片化が進んでいるため<sup>276</sup>、国際的なフォーラムの継続的拡散と体制移行（レジーム・シフト）戦略の広範な使用が、多くのさまざまな国際的なフォーラムにおける知的財産関係の規範の発展を

<sup>274</sup> Ministerial Declaration, *supra* note 60, ¶ 19.

<sup>275</sup> 45 Adopted Recommendations, *supra* note 268, Recommendation 45 (quoting TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 7).

<sup>276</sup> 一般的には、Eyal Benvenisti & George W. Downs, *The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law*, 60 STAN. L. REV. 595 (2007) (国際条約の断片化が進行していること、そして「重なり合う裁判管轄と曖昧な国境に伴って国際規制機関のがますます拡散していることを議論している」)を参照。

もたらしている<sup>277</sup>。このような規範の発展は、結果的に、筆者が「国際知的財産体制コンプレックス」と呼ぶものを創り出している。これは、知的財産法と政策の伝統的分野だけでなく、関連する体制やフォーラムにおいて重なり合う分野をも含む、より大きな複合的な体制である<sup>278</sup>。

したがって、国際知的財産制度におけるセーフガードを強化すること、あるいは知的財産の保護と行使のいわゆる上限であるマキシマム・スタンダードを策定することは、依然として重要であるが、同時に、TRIPS 協定の下で 7 条と 8 条の影響を高めるために利用できる他の国際文書による支援を進展させることも同じように重要である。このような追加的な基準の支援があれば、7 条と 8 条はより効果的に「(WTO パネルと上級委員会) に対して、開発上の優先事項を認めさせ、これを実施するように説得するかもしれない」<sup>279</sup>。実際、紛争解決という文脈で「適切な条約の開発上の目的と原則を相互に参照することは、有益だろう」<sup>280</sup>。結局のところ、TRIPS 協定の前文は、「知的財産権保護のための国内制度の基本的な公共政策の目的、たとえば、開発上そして技術上の目的を起草者が認識している」ことを表している<sup>281</sup>。

このアプローチは大きな意味を持つものである。Correa 教授が指摘するように、「知的財産は、競争や開発政策のようなより広い国内政策と分け

<sup>277</sup> BRAITHWAITE & DRAHOS, *supra* note 272, at 564-71 (フォーラム・シフトの使用を議論している); MAY, *supra* note 163, at 66 (フォーラムの拡散を議論している); Laurence R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, 29 YALE J. INT'L L. 1 (2004) (レジーム・シフトの使用を議論している) を参照。

<sup>278</sup> Yu, *supra* note 151, at 13-21 を参照; Kal Raustiala & David G. Victor, *The Regime Complex for Plant Genetic Resources*, 58 INT'L ORG. 277, 279 (2004) (「特定の問題分野を扱う一部で重なり合い、かつ階層的構造をもたない機関の一群」と定義される「レジーム・コンプレックス」という概念を生み出した); David W. Leebron, *Linkages*, 96 AM. J. INT'L L. 5, 18-19 (2002) (「コングロマリット・レジーム」という概念を提案した) も参照。

<sup>279</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 130.

<sup>280</sup> *Id.*

<sup>281</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, pmb. recital 5.

て考えることはできない。国内の目的に資するためには、知的財産制度はこれらの政策に組み込まれなければならない」<sup>282</sup>。同様に、Graeme Austin は次のように指摘する。

知的財産の政策と価値が特定できる限り、これらを公共政策のきわめて広範な問題の一側面として捉えることは、いっそう有益であろう。人々が食事し、文学の恩恵を享受し、健康で、実施可能な農業基盤を持ち、技術的及び文化的発展に参加できることを確実にするのに役立つ政策—これらは知的財産法がどのような価値に資するものかという分析に際し、優先して考慮されるべき政策であると思われる<sup>283</sup>。

ごく最近、Henning Ruse-Khan もまた、TRIPS 協定を含む「すべての WTO 協定に適用する、経済、社会、環境上の利益を調整するための原則として、持続可能な開発を行う上で、WTO 全体を支配する目的」を活用することを示唆している<sup>284</sup>。

これらの論者と同じように、WTO 紛争解決機関は、WTO 体制と他の国際体制における知的財産保護がそれぞれ重なり合っていることを認識している。最初の紛争であるアメリカのガソリン事件 (改質ガソリン及び従来型ガソリンに関する基準) で、上級委員会は「(多くの異なる分野にまたがる合意から構成される) 一般協定は、国際公法と隔離された状態で解釈すべきではない」と述べている<sup>285</sup>。インドの医薬品及び農業化学品に対する特許保護事件でも、WTO パネルは TRIPS 協定が GATT の下で「半世紀近くにわたる経験に基づき構築された WTO 制度の不可欠な要素」であると認識している<sup>286</sup>。さらには、アメリカのエビ及びエビ製品の輸入禁止

<sup>282</sup> CORREA, *supra* note 7, at 12.

<sup>283</sup> Graeme W. Austin, *Valuing "Domestic Self-Determination" in International Intellectual Property Jurisprudence*, 77 CHI.-KENT L. REV. 1155, 1193 (2002) (footnote omitted).

<sup>284</sup> Ruse-Khan, *supra* note 85, at 62.

<sup>285</sup> Appellate Body Report, *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, pt. III.B, WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996).

<sup>286</sup> Panel Report, *India—Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, ¶ 7.19, WT/DS50/R (Sept. 5, 1997); Marrakesh Agreement, *supra* note 1, art.

事件で、上級委員会は『自己完結型』の法体制としてのWTOの概念からきっぱりと脱却しているのである<sup>287</sup>。

### E. 種 (Seed)

7条と8条は、国際知的財産体制の内外において、新しい規範を発展させるための種 (seed) として、利用できる<sup>288</sup>。これらの条文は、この新しい規範を発展させるために必要な言葉を提供したり、その方向性を示すことができる。さらに7条と8条は、知的財産規範の性質や範囲、目的を条約起草者に想起させるのに役立つものである。

内部規範を策定する際に、7条と8条は2つの方法で利用することができる。第一に、TRIPS協定の目的と原則を述べることによって、2つの条文はより大きな均衡が求められる分野だけでなく、開発途上国の懸念にも光を当てている。たとえば、8条は、公衆衛生や貿易への不当な制限について言及している<sup>289</sup>。したがって、7条と8条は、知的財産保護と公衆衛生保護、あるいは知的財産保護と反競争的かつ制限的なビジネス慣行の規制における重要なインターフェイスを明確に示しているのである<sup>290</sup>。

---

II(2) (「(附属書1CにあるTRIPS協定を含む) 附属書1、2、3に含まれている境地と関連する法的文書は、この協定の不可欠な要素であり、すべての加盟国を拘束するものである」)も参照。

<sup>287</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 130 (citing Appellate Body Report, *United States—Import Prohibition on Certain Shrimp and Shrimp Turtle Products*, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998)).

<sup>288</sup> これらの規範は、実体的な規則または基準、手続的セーフガード、さらには衡平法上の救済という形を取るかもしれない。

<sup>289</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 8.

<sup>290</sup> Ricolfi, *supra* note 109, at 326 (「7条の下での『技術的知見の利用者』によるアクセスを含む競争志向の懸念は、TRIPS協定の原則によって関連して宣言される他の目的のリストの中でもかなり高く位置付けられるように思われる」)を参照。知的財産保護と競争法及び競争政策とのインターフェイスのさらなる議論については、Carlos M. Correa, *Intellectual Property and Competition Law* (ICTSD Programme on IPRs and Sustainable Development, Issue Paper No. 21, 2007); John T. Cross & Peter K. Yu,

第二に、7条と8条は、国際的な政治上のコンセンサスの有無を判断する際の客観的証拠を提供してくれる。したがって、これらの条文はTRIPS体制の境界線を明らかにするものである。二国間、地域間、多国間交渉を通じた誘導による法律移植が多くなるにつれて、TRIPS体制の境界線の明確化はとりわけ重要となる<sup>291</sup>。Abdulqawi Yusufが適切に示唆するように、「TRIPS協定7条に規定されている目的もまた、知的財産権の保護と行使のために導入される国内法の適合性と実効性を評価する全体的な基準を提供しているのである」<sup>292</sup>。

TRIPS協定の義務を遵守する国は、少なくともTRIPS協定上では<sup>293</sup>、提供する保護が効果的でないとか、不十分であるといわれることはまずないが、米通商代表部は「適切かつ効果的な知的財産権保護」を提供していない国に対して、TRIPS協定が特定する義務を遵守している可能性があるという事実にかかわらず、301条の措置を講じることができる<sup>294</sup>。したがって、ブラジル、中国、インド、ロシア、ウクライナのように、アメリカの観点からすれば、TRIPS協定に違反する法律を制定している可能性が高い国々と並んで、カナダが長年にわたって、301条の監視国のリストに載っているのは驚くことではない<sup>295</sup>。

---

*Competition Law and Copyright Misuse*, 56 DRAKE L. REV. 427 (2008); Ricolfi, *supra* note 109を参照。

<sup>291</sup> Yu, *supra* note 3, at 855-72を参照。

<sup>292</sup> Yusuf, *supra* note 34, at 13.

<sup>293</sup> Correa教授は次のように明言している。

何が「効果的」かつ「十分」な保護なのかは、解釈によって異なるかもしれないが、TRIPS協定の実施を目的とした、TRIPS協定に適合する保護の国内基準は、「効果的」かつ「十分」であるとされるべきである。したがって、実効性や適合性がないという主張が、アメリカや欧州共同体などの多くの先進国と開発途上国が締結する二国間協定や自由貿易協定で要求されるような「TRIPSプラス」(つまり、TRIPS基準を上回る保護)の保護に対する要求を正当化する余地はないのである。

CORREA, *supra* note 7, at 1-2.

<sup>294</sup> 19 U.S.C. § 2411(d)(3)(B)(i)(II) (2006) (emphasis added).

<sup>295</sup> IP Justice, *United States Trade Representative (USTR) Section 301 Annual Reports*

これまで3章にわたってTRIPS体制内での開発に主な焦点を当ててきたが、TRIPS体制はより広い国際知的財産制度の一部に過ぎない。実際、TRIPS協定が発効したすぐ後に、WIPO（世界知的所有権機関）はWIPO著作権条約とWIPO実演・レコード条約を採択した<sup>296</sup>。さらにWIPOは、インターネット上の著名商標及び商標の保護に関するソフト・ローの提案を策定した<sup>297</sup>。Dinwoodie教授は次のように述べている。

国際知的財産の立法プロセスの一部として、WTOが突如登場したことは、WIPOにエネルギーを与え、WIPOを21世紀に適するように再編成しただけでなく、著作権法、特許法、商標法分野のいくつかの新しい条約の結実をもたらした<sup>298</sup>。

ここ数年、WIPOは実体特許法条約<sup>299</sup>、WIPO放送機関の保護に関する条約を検討してきた<sup>300</sup>。それにもかかわらず、WIPOはどちらの分野においても、深刻な反対に直面している<sup>301</sup>。

---

(2001-2007), [http://ipjustice.org/USTR/Section\\_301\\_Table\\_2001-2007.htm](http://ipjustice.org/USTR/Section_301_Table_2001-2007.htm) (last visited Nov. 21, 2009)を参照。

<sup>296</sup> WIPO Copyright Treaty, *adopted* Dec. 20, 1996, S. TREATY DOC. No. 105-17, at 1 (1997); WIPO Performances and Phonograms Treaty, *adopted* Dec. 20, 1996, S. TREATY DOC. No. 105-17, at 18 (1997).

<sup>297</sup> WIPO, *Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks*, WIPO Doc. 833(E) (Sept. 1999); WIPO, *Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet*, WIPO Doc. 845(E) (Oct. 2001).

<sup>298</sup> Dinwoodie, *supra* note 214, at 1005 (footnotes omitted); accord GERVAIS, *supra* note 2, at 82 (「WIPOは、重要な規範設定の活動のための主要なフォーラムであり続けるだろう。そして、このような活動は、TRIPS協定に対する将来の変化の基礎となるだろう」)。

<sup>299</sup> Jerome H. Reichman & Rochelle Cooper Dreyfuss, *Harmonization Without Consensus: Critical Reflections on Drafting a Substantive Patent Law Treaty*, 57 DUKE L.J. 85, 89-93 (2007) (提案された実体特許法条約を批判している)を参照。

<sup>300</sup> Standing Comm. on Copyright & Related Rights, WIPO, *The WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organisations*, SCCR/17/INF/1 (Nov. 3, 2008)を参照。

<sup>301</sup> Monika Ermert, *G8 Governments Want ACTA Finalised This Year, SPLT Talks Ac-*

7条と8条は、同じように外部規範の発展に役立つものである。外部規範の中には既存の内部規範に対して、補完性や互換性を持つものがあるかもしれないが、一方で論者が「反体制規範」と呼ぶものがあるかもしれない<sup>302</sup>。Laurence Helferが定義するように、反体制規範は「拘束力のある条約の規則であり、支配的な法的状況を変更しようとする拘束力のないソフト・ローのスタンダード」である<sup>303</sup>。このような規範がひとたび策定されれば、反体制規範は、知的財産保護に対するマキシマム・スタンダードの設定に役立つだろう。また、このような規範は、さらに「修正主義規範」として知的財産体制に組み込まれるかもしれない<sup>304</sup>。知的財産保護の影響が、農業、健康、環境、教育、文化、競争、言論の自由、民主主義、法の支配といった他の分野にスピルオーバーし続けるにつれて、このような修正主義規範はもっぱらより重要になっていくだろう<sup>305</sup>。

---

*celerated*, INTELL. PROP. WATCH, July 9, 2008, <http://www.ip-watch.org/weblog/2008/07/09/g8-governments-want-acta-finalised-this-year-splt-talks-accelerated> (「ここ数年、実体特許法条約は、世界知的所有権機関(WIPO)におけるいくつかの交渉ラウンドで目立った進展を上げていない」); William New, *WIPO Committee Advances Agenda on Copyright Exceptions, Broadcasting*, INTELL. PROP. WATCH, Nov. 9, 2008, <http://www.ip-watch.org/weblog/2008/11/09/wipo-committee-advances-agenda-on-exceptions-to-copyright-broadcasting> (「放送事業者の権利に関する議論は、10年間、委員会のアジェンダを独占してきたが、2007年の条約草案は合意に達せず、衆目を集めた失敗に終わった」)を参照。

<sup>302</sup> Helfer, *supra* note 277, at 58-59 (開発途上国が知的財産保護のマキシマム・スタンダードを設定する反体制規範を発展させるために、いかにして「レジーム・シフト」を利用することができるかについて議論している)を参照。

<sup>303</sup> *Id.* at 14.

<sup>304</sup> Laurence R. Helfer, *Mediating Interactions in an Expanding International Intellectual Property Regime*, 36 CASE W. RES. J. INT'L L. 123, 127 (2004).

<sup>305</sup> Abbott教授は、ノン・バイオレーションの苦情に対する猶予期間が最終的に解除された場合、これらの規範はいつそうより重要になるだろうと示唆する。彼は次のように説明している。

まだ知的財産権者の期待を無にしたり、害したりしてはいないものの、TRIPS協定の適合性が問題となりうるような多くの政府規制のタイプがある。たとえば、知的財産権に関する税務政策は、知的財産権に依存する産業の収益性に影響を与

多くの論者は、依然として、WIPO や WTO のような国際機関について自己利益を追求するプレイヤーとして捉えているが<sup>306</sup>、これらの機関は、積極的か消極的にかかわらず、従来以上に互いに協力し合い始めている。TRIPS 68条は、TRIPS 理事会はその任務を遂行するに当たって、「適当と認める者と協議し、情報の提供を求めることができ、その1回目の会合から1年以内に、(WIPO) の内部機関と協力するための適当な取決めを作成するように努める」と明確に規定している<sup>307</sup>。WIPO-WTO 協定もまた、各協定の加盟国が導入する新しい制定法や規則の通知、国内法の条文やその

---

えるかもしれないし、利益を無にしたり、害したりするかもしれない。パッケージングとラベリングの要求や消費者保護規則のような規制措置は、商標権者に適用できるものかもしれないし、市場への彼らのアクセスに影響を与えるものかもしれない。多くの加盟国は、許容できる表現に対する規則を維持している。つまり、公共政策に反するような一定の対象を検閲するのである。著作権者を代表する加盟国は、表現を制約する規則は、著作権者の「利益」と適合しないと主張するかもしれない。…欧州共同体と他の加盟国は、文化的関心に基づき、表現作品の市場へのアクセスを規制している。これは、著作権者による市場のアクセスを妨げるものであり、ノン・バイオレーションの苦情の対象となるものかもしれない。

Frederick M. Abbott, *Non-Violation Nullification or Impairment Causes of Action Under the TRIPS Agreement and the Fifth Ministerial Conference: A Warning and Reminder* 2 (Quaker United Nations Office, Occasional Paper No. 11, 2003), available at <http://www.quno.org/geneva/pdf/economic/Occasional/Non-Violation.pdf>.

<sup>306</sup> たとえば、MAY, *supra* note 163, at 59 (「WIPO は、大多数の加盟国の有機的に関連付けられた利益に基づいて運営しているだけではない」); Frederick M. Abbott, *Distributed Governance at the WTO-WIPO: An Evolving Model for Open-Architecture Integrated Governance*, 3 J. INT'L ECON. L. 63, 72 (2000) (「WIPO のドメインネームのプロセスは、消極的な事務局の伝統的なモデルから生じる、事務局を拠点とした多国間のルール作りのプロセスの主要な例である」); Dinwoodie, *supra* note 214, at 1001 (「WIPO は、たった1カ国(アメリカ)の要求に応じて報告書を作成したが、それはアメリカ政府からのドメイン・ネームの登録手続を事実上、コントロールする代表団のおかげで、WIPO の一部として政府間の立法手続で見られるような通常の公表をすることなしに、実体法として ICANN によって実施しうるものであった」(footnote omitted)) を参照。

<sup>307</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 68.

翻訳文へのアクセスに関して、協定間で協力するように要請している。具体的には、パリ条約6条の3に基づく国の紋章の通知と異議の通報、そして法技術援助と技術協力などである<sup>308</sup>。

確かに、知的財産保護が拡大すればするほど、そして問題となる分野と国際体制が継続して互いに重なり合えば合うほど、ある体制から他の体制へと、言語、概念、基準、方法、そしてセーフガードといったものがよりいっそう活発に流れていくだろう。WTO パネルと上級委員会はウィーン条約の適用に誠実であり続ける一方で、彼らは TRIPS 協定がもつ曖昧さを解決するために、WIPO あるいは他のフォーラムの条約に目を向けることが多くなっている。これは逆もまた然りである。他のフォーラムの起草者や知的財産権以外の条約の解釈者が既存の条約が持つ曖昧さを解決したり、さまざまな条約間の緊張を緩和したり、さらには新しい条約やイニシアティブの出発点を提供するために、7条と8条に目を向けたとしても、何ら驚くべきことではないだろう。

## V. 結論

TRIPS 協定7条と8条は、WTO の初期に策定され、限定的に適用されて以来、政策立案者、論者、政府間機関、そして非政府組織からますます大きな注目を集めている。この2つの条文は次のような機能を果たすものである。法律的には、TRIPS 協定の解釈と実施に重要な役割を果たすものである。経済的には、社会的及び経済的福祉と開発目標を促進する一方で、同時に、技術革新、技術移転、知識生産を助長するものである。政治的には、TRIPS 協定を先進国と開発途上国間の正統な取引とするためにとても必要な均衡を提供するものである。構造的には、TRIPS 体制と他の国際体制との間の溝を埋めるものである。グローバルでは、TRIPS 体制の内外で新しい国際規範の発展のための種を蒔いている。開発途上国が提案した草案の文言のほとんどは TRIPS 協定に採用されなかったが、7条と8条として開発途上国が提案した文言が採用されたということは、単に慰めという

---

<sup>308</sup> Agreement Between the World Intellectual Property Organization and the World Trade Organization, Dec. 22, 1995, 35 I.L.M. 754 (1996).

ものに留まらない。つまり、「災い転じて福と成す」かも知れないのだ！  
しかしながら、この2つの条文が本当の福と成すことができるかは、WTO  
加盟国が自国に有利に、かつ、最大限可能な限り、これらの条文を効果的  
に利用できるかにかかっているといえよう。