



Title	WTO紛争解決システムと国際知的財産法の展開（1）：制度的観点からの分析
Author(s)	Engelbrekt, Antonina Bakardjieva; 渡部, 俊英//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 33, 169-197
Issue Date	2011-03
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/45724">https://hdl.handle.net/2115/45724</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ33_007.pdf



## WTO紛争解決システムと国際知的財産法の 展開(1)：制度的観点からの分析\*

Antonina Bakardjieva ENGELBREKT

渡部 俊英(訳)

1. 序
2. WTO紛争解決システム：その背景と主な制度的特徴
  - 2.1 パネル（小委員会）手続の開始
  - 2.2 紛争解決システムの構造
  - 2.3 報告書の採択とその効果
3. WTO紛争解決システムと国際的な法政策の興隆：制度論の観点から
  - 3.1 比較制度分析
  - 3.2 歴史的制度論
  - 3.3 知的財産のガバナンスに関するマルチレベル・システムにおける制度選択
  - 3.4 国際的な政治過程の利益、利害関係および参加
    - 3.4.1 水平的な少数派バイアス
    - 3.4.2 水平的な多数派バイアス
    - 3.4.3 垂直的な少数派バイアス、多数派バイアス
  - 3.5 知的財産に関する法と政策を形成する新たな場としてのWTO紛争解決システム（以上、本号）

---

\* 本論文は、Intellectual Property in Transition Project (IPT) において執筆されたものである。このプロジェクトは、21世紀に向けてバランスのとれた道具を提供するために、実効的で倫理的に受け入れ可能な知的財産制度をどのように構築するべきか法的観点から調査することを目的として2001年に開始された。本論文はプロジェクトの研究成果をまとめた書籍の1章となる予定である(A Kur & M Levin [eds.], *Intellectual Property in a Fair World Trade System: Proposals for Reforming the TRIPS Agreement*, Edward Elgar, 2011 forthcoming)。本論文の初期の原稿に貴重な意見を賜ったプロジェクトの参加者全てに感謝したい。

4. WTO 紛争解決システムの制度設計：参加の方式
  - 4.1 パネルの構成
  - 4.2 上級委員会の構成
  - 4.3 当事者
  - 4.4 第三者参加
  - 4.5 証拠収集と情報提供
  - 4.6 透明性
  - 4.7 救済と遵守
5. TRIPS 関連紛争解決への参加の分析
  - 5.1 知的財産紛争解決における加盟国の代表
  - 5.2 知的財産紛争解決における民間セクター
6. 改革への試み
  - 6.1 参加方式に影響する主な提案
    - 6.1.1 恒常的なパネルメンバー
    - 6.1.2 透明化
    - 6.1.3 パネル手続へのアクセス
    - 6.1.4 情報提供と amicus curiae
  - 6.2 合意を探る動き
  - 6.3 検察官の必要性？
  - 6.4 暫定的な結論
7. 抑制と均衡
  - 7.1 制度的行政プロセス
  - 7.2 議会によるインプット
8. 結語

## 1. 序

GATT から WTO への移行により、国際貿易に関する法的枠組が大きく進展した。そのひとつがより洗練された実効的な紛争解決システム (DSS) である。紛争解決システムの設計はウルグアイ・ラウンドを通して密な交渉が行われ、その結果、WTO 設立協定の一部として紛争解決に係る規則及び手続に関する了解 (DSU) に結実した。<sup>1</sup> 紛争解決手続は GATT の関連

<sup>1</sup> 紛争解決に係る規則及び手続に関する了解 (紛争解決了解、DSU) 附属書 1 (B) を参照。

規定をもとに構築されたが、より洗練され、準司法制度に近いものとなっている。

TRIPS 協定により知的財産に関する国際的な法的レジームを国際貿易のそれと結び付けることにより、DSU は TRIPS 協定により加盟国に課された義務に対する違反をめぐる紛争にも適用しうることとなった。<sup>2</sup> それゆえ、WTO の紛争解決メカニズムとその制度設計は TRIPS 協定の解釈や、最終的には知的財産法形成のダイナミズムや知的財産のガバナンスに関する今日の複雑でマルチレベルなシステムの微調整に対してもっとも重要なものとなっている。<sup>3</sup>

本論文はまず WTO 紛争解決システムの展開と主要な構成要素について簡潔に描写する。比較制度アプローチを採用することにより、DSS をグローバルな知的財産の政策決定のための相互に絡まりあった多くの場のひとつとして概念化する。そこでは国際訴訟は、国際および国内の政治、行政プロセスの代替として現れるだけでなく、情報財のための自由な世界市場の代替としても描かれる。こうした制度的な選択肢は、それにより影響を受けるアクターがバランスよく参加することとその利益を確保するという観点からのそれぞれの長所、短所を表すことになる。そして、究極的にはこの参加こそがグローバルな知的財産ガバナンスの適応効率性のための必須条件なのである。

本論文は、利害関係者 (私人や国家) の紛争解決手続への参加の条件となる制度的方式について詳しく見ていく。より具体的には、紛争解決機関の構造と構成、手続へのアクセスおよびその透明性、救済と遵守について精査する。そのうえで、WTO 紛争解決システムのガバナンス構造とドーハ

<sup>2</sup> 1994年 GATT 22条、23条および DSU を準用する TRIPS 協定 64条を参照。条約の遵守を向上させるために WTO の紛争解決手続を利用する可能性は、実際は知的財産権を国際貿易制度に組み込むための主な動機だった。Lee and von Lewinski (1996) を参照。また、国際司法裁判所を通じたパリ条約の執行メカニズムと、同盟国がこれを利用しなかったことにつき、Kunz-Hallstein (1989) を参照。

<sup>3</sup> See Helfer (2004), at 23. マルチレベルのガバナンスという概念は、権力と政治行動のためのリソースはプライベートなアクターのみならず大衆にも共有されていて、相互に関係した異なるレベルで動いているが必ずしも階層的である必要はない、ということを示唆している。Scharpf (2002); Joerges and Petersmann (2006).

閣僚宣言を受けて行われた改革のための試みについて批判的に検討する。最後に、DSSへの参加方式をTRIPS理事会に代表される国際的な行政プロセスのそれと比較する。そして、ガバナンスの問題を国際レベルの知的財産法の展開と結び付けるための実際的な提言を行って結論としたい。

本論文の研究を促したIPTプロジェクトは、究極的には、よりバランスのとれた知的財産制度を目指している。以下ではまず、実体的な知的財産の法と政策に関するどのような議論においても、知的財産のガバナンスのためのマルチレベルなシステムにおいて、知的財産に係る決定を行うための適切なレベルと制度を選択するという問題が黙示されているということを論じている。<sup>4</sup> 次に、実質的に公正で効果的な結論は本質的に法および政策の形成プロセスの制度デザインと結びついており、それに左右される。情報や知識の公共財的性質—これは知的財産権の核心である—に鑑みると、こうした権利の属性やその執行は、市民、研究者、情報財の利用者の広範な利益に関係がある。それゆえ、知的財産制度が、影響を受けるアクターや利益を代表し、それらが参加することを十分に確保する余地を有することが、新しい利益が出現するスペースを与え、変化とレジームの柔軟性を促進するために決定的に重要なことである。それゆえ、将来のTRIPSの改革は常に、実体的規範だけではなく手続的、制度的方式の必要性についても考慮すべきなのである。

## 2. WTO紛争解決システム：その背景と主な制度的特徴

GATT体制においては、紛争解決はGATT(1947年)の22条および23条に基づいていた。よく知られているとおり、これらの規定は到底洗練されているとはいえないものであった。22条は協定の運用に影響を与えるあらゆる事項について、加盟国からの要請に基づく協議について定める。23条(無効化と侵害)によると、合理的な期間内に満足な調停が得られなかった場合には、加盟国は締約国団に付託することができる。これらの規定は締約国団に付託された議論がどのように解決されるのかについて何も示して

<sup>4</sup> Neil Komesarの比較制度分析に基づく同様のアプローチとして、Shaffer(2005)を参照。

いない。23条2項は加盟国が「すみやかに調査し、適切な勧告を行い、必要であれば判決を行う」ことを保証しているだけである。特に、「その問題に対する決定(ruling on the matter)」への言及は、準司法要素を含む手続が想定されているが、そのような仕組みの詳細については定めがない。この手続は他の加盟国が協定上の義務を履行していない場合に最初に開始されるが、それだけではなく、協定に基づいて得られるべき申立国の利益が失われたり損なわれたりする場合にも用いることができる。<sup>5</sup>

初期のGATT紛争解決手続は法的というより政治的・外交的な活動と考えられていた。<sup>6</sup> Lowenfeldは、GATT事務局には当初、いかなる意味での法務部門も法務スタッフも存在していなかったと記している。<sup>7</sup> 紛争は締約国の議長により解決されており、後にいわゆるワーキング・パーティにより処理されるようになったが、解決にあたって締約国に報告する義務があった。紛争当事国の立場は、法律家ではなく外交官やエコノミストが代表するのが常であった。

「第三国」による裁定への転換は、1949年のチリによるオーストラリアに対する訴えに見られるとするのが通説である。<sup>8</sup> GATT事務局により準備された報告書は、オーストラリアに対し問題となった措置をやめるよう求める、ワーキング・パーティの「中立的な」メンバーによる全会一致の見解を反映したものであった。紛争当事国から峻別されたパネルの手続は、締約国の議長の決定により1952年に導入された。パネルの手続は司法手続とは異なっていたが(たとえば、パネルは報告書案を紛争当事国と議論していた)、GATT紛争解決メカニズムの司法化に向けた大きな一歩であった。<sup>9</sup>

より形式的で厳格な手続ルールへの転換は、書面による提出、パネル報告書の動機、パネル構成員の独立性要件などの、その後採用された諸々の

<sup>5</sup> Lowenfeld(2002), 129-40; Hudec(1993).

<sup>6</sup> Hudec(1970); Hudec(1993).

<sup>7</sup> GATT初の法務官であるErnst-Ulrich Petersmannによる回顧を参照。Petersmann(1997), 84 et seq; Petersmann(2005), 5.

<sup>8</sup> *Australia Subsidy on Ammonium Sulfate*. (Lowenfeld(2002) 141ページより引用)

<sup>9</sup> Lowenfeld(2002), 141.

手続により継続していった。それでも、制度上はパネル設置を求める権利はなく、また、パネルの活動に対するタイムテーブルや期限もなかった(そのため、重要でセンシティブな紛争に関しては解決が遅延しがちであった)。このことは、制度に浸透していた外交的特徴が維持されている証拠であると見られている。<sup>10</sup>

GATT事務局に法務部門が設立されたのは、多くの論者により当時のパネル制度の大きな欠陥と見られている DISCs (Domestic International Sales Corporations) 事件<sup>11</sup>の影響によるものである。東京ラウンドでは、「通報・協議・紛争解決及び監視に関する了解 (Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance)」が成立しており、これには附属議定書として「紛争解決の分野 (23条2項)における GATT の慣行に関する合意された解説 (Agreed Description of the Customary Practice of the GATT in the Field of Dispute Settlement (Art. XXIII:2))」が付されている。文書名が示すとおり、これは文書によるガイドがない状態で30年の長きにわたって経験してきた紛争解決において自生的に発展してきた慣行を成文化したものである。<sup>12</sup> この協定は、当事者がパネルの指名を行う権利を認めることまではしなかったが、このような権利は東京ラウンドで成立した多くの国際協定 (Code) (補助金に関する国際協定など) のなかで想定されていた。<sup>13</sup> こうした変化にもかかわらず、パネル報告書は依然として全会一致で採択されなければならない。換言すれば、締約国が自国の利益に反する報告書の採択を妨げる可能性が残されていた。

1980年代は紛争解決システムの利用が増加した時代であった。これは、主に米国に対抗する立場から、欧州共同体が、制度をスローダウンさせて頓挫させる方向から、自らの見解と利益を推し進めるために制度を積極的に利用する方向へと戦略を変えたことによるところがある。こうした制度の積極的な利用は、同時に、制度に内在する欠陥を明らかにすることとなり、「攻撃的な覇権主義」の時代への移行、そして、多国間貿易規制の手

詰まりをもたらすこととなった。<sup>14</sup>

実際に利用可能な紛争解決メカニズムの存在が、WTOプロジェクト全体への関心を集めるために不可欠であることが徐々に明らかになってきたため、紛争解決システムの改正が国際貿易交渉の議題に挙げられた。紛争処理の論点は、最終的に、世界貿易機関を設立するマラケシュ協定の附属書である、新しい紛争解決了解により取り扱われることになった。

## 2.1 パネル (小委員会) 手続の開始

ウルグアイ・ラウンドの結果導入された新しい紛争解決システムは、加盟国がパネル手続を利用するという本格的な権利を導入した。協議 (DSU 4条) が依然パネルに前置されているが、協議による合意が得られない場合には、申立国はパネルの設置を求めることができ、加盟国はこれを妨げることができない。DSU 6条によると、「申立国が要請する場合には、遅くとも当該要請が初めて議事日程に掲げられた同機関の会合の次の会合において、パネルを設置する」とされており、唯一の例外は紛争解決機関 (DSB) の会合において全会一致で設置しないことを決議した場合に限られている。この新しいアプローチは明らかにバランスを劇的に変化させており、国際貿易の紛争解決の歴史における紛れもないパラダイム・シフトを示している。<sup>15</sup>

## 2.2 紛争解決システムの構造

現在の制度デザインは DSS はいくつかの制度的な階層に基づいている。第一層はアドホックに設置されるパネルであり、ここはパネル報告書を出す。パネルは3名のメンバーから構成されるが、当事者が遅滞なく合意した場合は5名で構成することができる。第二層は常設の上級委員会である。

<sup>10</sup> Lowenfeld (2002), 145.

<sup>11</sup> Lowenfeld (2002) 145 より引用。

<sup>12</sup> Lowenfeld (2002), 145.

<sup>13</sup> Hudec (1980), 145.

<sup>14</sup> See Lowenfeld (2002), 148. Bhagwati (1991) "Aggressive Unilateralism", in: *The World Trading System at Risk*, Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf も参照。

<sup>15</sup> この変化に関する哲学的な重要性について、Lowenfeld (2002), 145; Petersmann (1997) を参照。

第三層はDSBであるが、これは実質的にはWTO一般理事会であり、全ての締約国からの代表で構成されるが、一般理事会とは別の委員長と手続規則を有するものである。<sup>16</sup> 重要なことは、DSUにおけるそれぞれのフェーズには時間的制限があるということであり、パネル設置からレポートの採択までの期間は、上訴がない場合には9ヶ月、上訴された場合であっても12ヶ月を超えないものとされている。<sup>17</sup>

パネル決定に対する上訴の可能性は、1995年に導入された改正DSSによる重要な成果のひとつである。より常設性の高いメンバーによる上級委員会の設置と本格的な2つの事例の手続の導入は、システムの権威、信頼性、そしてそれぞれに対する支持を確実に引き上げた。<sup>18</sup> 上級委員会は法解釈に関する場合のみパネル報告書をレビューする。しかし、論者が指摘しているとおり、事実問題と法律問題の切り分けは常に明快というわけではなく、この点が誇張されて論ぜられるべきではない。議論のある論点を再度レビューすることの利点を考えて、事実問題と法律問題が組み合わさった質問の場合には常に上級委員会はこれを法律問題として取り扱うべきであり、「自身の権限を否定すべきではない」と論じられてきた。<sup>19</sup> 実際、上級委員会はその権限を画定する際に形式的に過ぎるということはない。<sup>20</sup>

上訴手続はWTOの枠組において紛争解決がますます法制化されてきていることを説明するひとつの要素である。国際法学者は法制化の追加的証拠として、レビューの範囲、パネルの権限、立証責任、職権といった、手続事項の重要性の増加を挙げている。こうした一連の法制化へのトレンドを称して、WTO紛争解決手続の「アメリカ化 (Americanization)」のトレンドと呼ぶ論者もいる。<sup>21</sup> 法制化は法の原則に係るルールを遵守する方向へのシステムの発展であるとして肯定的に見ることができるが、紛争解決の

ための他の選択肢であるあっせんや仲裁の利用が減少しているという、実務上は必ずしも肯定的とはいえない結果ももたらしている。<sup>22</sup>

### 2.3 報告書の採択とその効果

WTO紛争解決システムはパネルと上級委員会での報告書の採択がいわゆる「逆コンセンサス方式」に基づいて準自動的に行われる点でほとんど唯一のものである。このルールは、報告書が採択されるべきではないとの合意がある場合 (DSU 16条4項。参照、同17条14項) を除き、報告書がDSB全体、すなわち全ての加盟国の代表により採択されることが示唆されている。<sup>23</sup> これは実際には報告書が常に採択されることを意味する。報告書の採択が行われると、その履行フェーズに移行する。当事国がWTO協定違反を発見した際には、関連する別の合意にしたがって侵害手続に持ち込むことが期待されている。DSBは、紛争解決 (DSU 21条) が達成されるまで、実施を監視し、当該紛争はその議事日程に掲げられる。勧告に対する被告国の実施に関して二次的紛争が発生した場合、DSU 21条5項によりいわゆる「コンプライアンス・パネル」が担当することになる。被告国がDSB勧告を実施しない場合、原告国は、被告に対する譲許その他の義務 (報復措置) の申請を一時停止するよう求める権利がある。しかし、不実施の決定は多角的な規則に基づいて行われ、原告国が一方的に行うことができるわけではないことには留意しなければならない (DSU 23条)。<sup>24</sup>

### 3. WTO紛争解決システムと国際的な法政策の興隆：制度論の観点から

上述のWTO紛争解決システムは理論的には様々な観点からのアプローチが可能である。以下では、制度分析のためのありうるアプローチを提案しているが、これは制度論の2つの潮流、すなわち法と公共政策の研究者

<sup>16</sup> See Article IV WTO Agreement; cf. Lowenfeld (2002), 153; Bartels (2004).

<sup>17</sup> Zimmerman (2006), 67.

<sup>18</sup> Petersmann (1997); Dreyfuss and Lowenfeld (1997).

<sup>19</sup> See Lowenfeld (2002), at 170. 疑義がある場合、紛争は管轄を否定されたところではなく上級委員会が取り扱うべきと論じている。

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Pauwelyn (2003b), 121-40.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> See Lowenfeld (2002), 145.

<sup>24</sup> See Zimmerman (2006), 69.

である Neil Komesar により発展した比較制度分析と、歴史的制度論に基づいて構築されている。<sup>25</sup>

### 3.1 比較制度分析

Neil Komesar により展開された比較制度分析は、Ronald Coase による古典的な提言に親和的な比較システム分析の基本原則から発展したものである<sup>26</sup>市場や政治プロセスのみならず、司法プロセスも法と公共政策の問題を取り扱う決定プロセスの選択肢として認識されている。しかしながら、Komesar はさらに、制度的な選択肢の比較まで行い、影響を受けるアクターが関連する決定プロセスに参加しているかどうか（すなわち「参加中心的」アプローチ）を比較評価のための主要素としている。言うまでもなく、参加は決定プロセスによってその形態を変えることになる。つまり、市場においては取引、政治プロセスにおいては一次的には投票行動やロビイング、司法においては立法という形態を通して参加が行われている。そして、焦点は参加者の集団に置かれることになる。すなわち、市場プロセスについては消費者と製造者、政治プロセスでは投票者とロビイスト、司法プロセスでは立法者ということになる<sup>27</sup>「参加」を広義に用いることにより、Coase の取引費用アプローチを市場のみならず政治や司法に拡張することが容易になったのである。これにより、経済理論は公共政策と法にとってより接近したものとなった。

参加（と代表）の機会について研究することは、一方で特定の政策問題に含まれる利益を分析することであり、もう一方で、参加を増大させたり減少させたりする決定プロセスの他の選択肢の特徴について分析することも意味する。参加の機会、それぞれの決定プロセスにアクターが参加することによりもたらされるコストと便益を査定したうえで評価される。

<sup>25</sup> 以下の分析アプローチは、Bakardjieva Engelbrekt (2003) に基づくものである。同論文では、このアプローチをドイツとスウェーデンの不正取引法制に関する国際比較研究に用いている。

<sup>26</sup> Coase (1960), 1 et seq.

<sup>27</sup> Komesar (1994), 7.

参加のコストは、情報のコストと組織のコストという2つの大きなカテゴリーに分類される。より具体的には、参加のコストは「論点の複雑さや理解の難しさ、利害関係者の数、制度的な規則や手続に伴うアクセスへの形式上の障害」に左右されることになる。<sup>28</sup>

参加による便益は影響を受ける利益の一人あたりの持分を通して評定される。潜在的な参加者の持分はその規模とグループ内での分配により変わってくる。持分の多寡や持分が集中しているか分散しているか区別することは有益である。決定プロセスへの潜在的な参加者間での持分のバランスは、参加が成功する可能性に決定的な意味をもつ。両当事者へ公平な分配が行われ参加する当事者が比較的少数の場合は、便益が高いことが予測され、したがって参加の可能性が高まる。対照的に、一方に持分が集中し、もう一方には分散した低い持分しかないことは、有名な集合行為の問題により、問題のある、最適とはいえない決定が行われる状況を表している。Mancur Olson による分析によると、集合的で分散した利益の場合、組織化のコストが高いことと「フリーライド」のリスクによって、アクターは集合行為に参加することへの関心を失う。彼は、非常に大きな集団は、通常、「強制や分離した枠外でのインセンティブがない限り、最低限の集団財でさえ提供すること」ができないという悲観的な予測をしている。<sup>29</sup>

一般的に、比較制度分析は制度選択のジレンマが多数者により始まることを強調する。アクターが少数の場合は、通常、取引コストが低廉であることを意味し、そこでは市場が自主的な取引を通じた資源配分と内生的に対処することが期待される。<sup>30</sup> しかし、もし一方の利益に多くのアクターが存在すると、取引コストは上昇し、少なくとも可能性として、配分的効率性を増すような代替制度を採用すべきかどうかという問題を生ぜしめることとなる。現在までのところ、比較制度分析は、多数の関係者があらゆる状況における問題を構成していることをもっともらしく示している。同種の利益を有する集団は組織や代表について似たような問題を引き起

<sup>28</sup> Komesar (1994), 8. 組織コストにつき、Olson (1965) 47ページを参照。

<sup>29</sup> Olson (1965), 48.

<sup>30</sup> もちろん、少数の状況においても、情報の稀少性、戦略的行動その他の要素により、取引コストが上昇することはありうる。

こす。市場における参加不全は政治プロセスや司法においても再現される。換言すると、制度は「寄り添う」傾向があるのである。<sup>31</sup> そのため、立法者や政策決定者は、完璧な決定プロセスを求めるのではなく、もっとも不完全ではない選択肢を模索しなければならないのである。

しかし依然として、いくつかの参加不全は特定の決定プロセスに結び付けられている。Komesarは政治プロセスについて、2つの状況が特に代表の機能不全につながることを示している。ひとつ目は、少数の集約された集団が支配的であるという特徴をもつ、公共選択や利益団体政治に関する確立された理論とも整合的な状況である。<sup>32</sup> Komesarはこの状況を「少数派バイアス」と名付けている。<sup>33</sup> 理論的には、公共政策が集約された大きな利益と分散された小さな利益のバランスという問題を扱う場合、公的機関の決定のみならず立法プロセスにおいても前者が優越すると予測されている。これは、フリーライダー問題や拡散した利益集団を組織化する利益が低いという問題<sup>34</sup>のみならず、政治プロセスや行政プロセスに特徴的なプリンシパル・エージェント問題によるものである。<sup>35</sup> 実際、政治学における利益団体の理論は、公的機関はまさにそれらが規制する利益に「囚われて」いることと共に、政治プロセスにおいて集約された利益が過度に反映されるという実証的な証拠を提供してくれる。<sup>36</sup>

しかしながら、Komesarは多数派マジョリティの役割を分析することにより利益団体論を補完している。この分析により彼は代表不全の2つめのカテゴリー、すなわち「多数派による専制」を確認することができた。こ

<sup>31</sup> Komesar (1994), 23.

<sup>32</sup> Stigler (1971); Buchanan/Tollison/Tullock (1980); Buchanan/Tullock (1967).

<sup>33</sup> 影響と対照的に、「バイアス」は規範的な (normative or prescriptive) ものと記述されている。「資源分配の効率性という立場から、多数派による社会的コストの総計が少数派により得られる社会的便益の総計より大きいにもかかわらず、一人あたりの便益が高い少数派が便益の低い不活発な多数派に優越する場合に少数派バイアスが生じる」。Komesar (1994), 76.

<sup>34</sup> See Olson (1965).

<sup>35</sup> エージェント理論およびプリンシパル・エージェント問題一般について、Eggertsson (1990) 40ページ以降およびそこの文献を参照。

<sup>36</sup> See Buchanan/Tullock (1967).

の2つめの代表不全のカテゴリーは「多数派バイアス」と名付けられている。公共選択の論者はみな、多数派のもつ影響が重要性を有することについていくぶんかは認識しているものの、こうした影響がいつどのようにして悪影響を生じさせるか説明を行っていない。より満足のいく回答を得るため、Komesarは大きな集団の特徴も分析した。彼は大きな集団にもかかわらず集合行為が成功する要素となりうる2つの説明要因を挙げている。まず、一人あたりの利益の平均が重要である。この要素は、平均が大きければ大きいほど、集合行為が生じる可能性が高まると予測する。2つめの要素は、大きな団体における利益の相違と歪みである。利益の分配が不均等な場合、大きな集団であっても小さな集団と同じような分析結果になる。これは、より大きな利益を有する小さなサブグループが集合行為のための駆動力となるからである。「触媒としてのサブグループ (catalytic sub-group)」という用語はこの現象を的確に捉えている。<sup>37</sup> 最後に、もし問題が単純であり、強力な比喩により伝達することが容易な場合、不活発な多数派を動かす可能性が高くなる。

Komesarにより提唱された枠組は、参加のコストと便益に対する影響という観点から、それぞれの制度の選択肢 (制度設計) についてその特徴を正確に分析することを要求する。一例を挙げると、政治プロセスに比して、司法への参加は通常、訴訟費用や専門家のアドバイスを含め、よりコストのかかるものである。司法プロセスへのアクセスは、当事者適格、裁判管轄、準拠法などに関する規則によりきわめて形式が要求されている。<sup>38</sup> 司法制度は非常に限定された基準に基づいて運用されており、きわめて技術的な問題について決定するための限られた専門知識しか有していない。同時に、司法プロセスは直接アクセスでき、主として政治的圧力や情報操作から隔離された主体による入念で時間をかけた審査が確保されているという利点もある。こうした特徴により、たとえば、政治プロセスが少数民族の権利の侵害のような多数派バイアスに悩まされる一方で、司法プロセスはとりわけ利益分配の歪みという特定の状況を処理する傾向がある。

<sup>37</sup> 同様の議論につき、Stigler (1974) を参照。

<sup>38</sup> Komesar (1994), 126.

### 3.2 歴史的制度論

歴史的制度論は制度を少し異なる見方で捉える。この考え方は、制度の役割は人により設けられた制約であることを強調し、その主たる機能は日常生活のための構造を提供することで不確実性を低減することにある、とする。<sup>39</sup> そのため制度には、フォーマルな法的ルールのみならずイデオロギーや慣習といったインフォーマルな制約やこれらの執行にあたっての特徴も含まれる。<sup>40</sup> Northは制度が時を超えて存続する傾向にあることを示した。制度的な経路は、それが効率的であるという理由ではなく、変更することにコストがかかることを理由として、辿られることがある。さらに、制度は、制度の枠組に依存し、その安定性に寄与する組織を創設するというインセンティブを作出する傾向がある（制度的共生）。歴史的制度観は、制度選択は時を通して形成された歴史的、制度的文脈により行われた偶発的なものであり、また、変化に対しては一般的に抵抗するということを論証している。

歴史的制度論の底流にある関心事と、Komesarの参加中心的アプローチは、Northによって導入された適応効率性というカテゴリーに収縮するといえるかもしれない。適応効率性は、様々な制度枠組を規範的に評価するために用いるために措定されたものである。Northによると、適応効率性は「問題を解決する代替的な選択肢を探索するために必要とされる努力を社会が最大化することを可能にするような、分権的な決定プロセスの発展を奨励するインセンティブを提供する」。<sup>41</sup> 制度を選択する際の中心的要素に参加という概念を導き出すことで、Komesarは、そのような分権的な決定プロセスを奨励する一方法を示しているといえよう。適応効率性は、もともとは経済理論の概念として展開されたものであるが、憲法理論において確立された代表民主制や司法へのアクセスなどの概念とも同様に関連しており、経済、政治および法理論を結び付ける紐帯となっている。

<sup>39</sup> North (1991), 97.

<sup>40</sup> 制度や制度変化一般について、North (1990)を参照。

<sup>41</sup> North (1993), 35.

### 3.3 知的財産のガバナンスに関するマルチレベル・システムにおける制度選択

制度選択や歴史的制度アプローチは主に一国内での決定プロセスを分析するために発展してきた。分析対象を国内システムから知的財産のガバナンスに関する現在のマルチレベルのシステムにすることで、複雑さが飛躍的に増すことは明らかである。<sup>42</sup> このシステムにおいては、決定権限の分配は、各国の立法、司法、行政、市場プロセスといった水平的レベルだけではなく、国家、超国家、国際という垂直的レベルでも生じている。

WTOは今日もっとも進んだ組織構造を有しており、いままでになくオープンで相互に関連した世界経済を統制することを求められている。しかし、WTOが拠って立つ経済観は国境のないオープンな市場である一方で、WTO協定の背景にある政治的、法的現実、主権や領域という伝統的な概念により形成される、はるかに細断化された風景である。<sup>43</sup> 近代的市場は、公衆衛生、労働、消費者保護、環境といった多数の規制政策により大規模に規制されている。WTO加盟国の国内政治のプロセスは弱い連結しかないが、伝統的な政府間協力が依然としてルールである。同じことは、国内の司法プロセスとWTOの紛争解決手続についてもいえる。パネルと上級委員会のレポートが国内の決定プロセスに通知されるのは不可避であるが、国内裁判所とWTO司法機関との間に直接の関係はない。この点において、WTOは欧州共同体（欧州連合）が提示する、より進んだ経済的、政治的、法的統一とは明白に異なっている。<sup>44</sup>

この、国内および国際レベルにおける、代替的な決定プロセスへの部分的で歪んだ不完全な相互浸透により、制度選択および制度設計に関する世界経済のガバナンスにおける主な制度的ジレンマが説明できる。世界経済の論理は政策の調整、協調には国際政治プロセスに対するより大きな信頼が必要であると思える一方で、このプロセスへの民主的参加や説明責任の

<sup>42</sup> See Dinwoodie (2002); cf. Dinwoodie (2000).

<sup>43</sup> Buxbaum (1996).

<sup>44</sup> See Bakardjieva Engelbrekt (2003), 67.

確保には本質的な困難がある。<sup>45</sup> 同様に、適法性や遵守を確保するという観点からはグローバルな商事裁判所が魅力的に思える。しかし、そうした国際司法制度が十分な正統性や信頼を築きあげるのには困難である。世界的に、社会的、経済的状况や政治観に関する根強い相違がある現状で、WTOが主として非差別に基づいた分権的ガバナンスモデルの上に構築されていることは驚くべきことではないのである。<sup>46</sup>

知的財産が国際取引のガバナンスに関する国際レジームの一部となったのはごく最近である。知的財産のTRIPS協定の名称においては知的財産の貿易的側面が強調されているが、他のWTO協定と比較した際の独自性は広く知られている。<sup>47</sup> GATTその他の自由貿易協定の中心的規定と対照的に、TRIPSは貿易障壁を撤廃することによる消極的な経済統合を目指しているわけではない。より野心的に、私権である知的財産権について、共通の(しかし最低限の)実体的基準を設けることを目指しているのである。したがって、積極的統合—ヨーロッパ統合の議論の用語を借りるなら、市場形成<sup>48</sup>—のための手段と見ることができ、政治的な調整、共通の解釈や執行ポリシーへの強い牽引を示唆している。この、法制化および中心化へのよじれが、国際取引のガバナンスに関する国際レジームにおいて知的財産の領域に特有な、制度的論点を惹起するのである。

### 3.4 国際的な政治過程の利益、利害関係および参加

制度選択というレンズを通して見た場合、国際的な政治プロセスは他の利害関係者が知的財産法や政策の形成に参加、影響するよう行動するための様々なインセンティブを提供しており、その結果、特有の決定ダイナミクスに至っている。ヨーロッパの政治プロセスに関する示唆的な分析において、Miguel Maduroは国家とそれ以外のアクターの利益を区別し、前者

を垂直的、後者を水平的と呼んでいる。<sup>49</sup> その結果、彼は垂直的多数派バイアス、水平的多数派バイアス、垂直的少数派バイアス、水平的少数派バイアスそれぞれの具体例を提示している。実際、多数派バイアスおよび少数派バイアスは、国内だけでなく国際的なレベルでも政治プロセスを悩ませることがありうるのである。

#### 3.4.1 水平的な少数派バイアス

Maduroの類型でいうところの水平的少数派バイアスは、超国家のおよび国際的政治プロセスにおける、国を超えて集結した利益団体(典型的には企業)による過度の意見表明に言及している。TRIPS協定の交渉過程におけるこうした行動主義については研究者による著作によく記録されている。知的財産法のような複雑で技術的な事項に関する国際協定を起草することの高度性を考え、多くの作業が各国の官僚および国際官僚に委嘱された。そして、後者はインプットされる情報に大きく依拠することとなり、また、影響を受ける産業により形成された強力な利益団体からのロビイング圧力に間接的ながら晒されることとなる。<sup>50</sup> Susan Sellは、12名のメンバーからなる米国ベースの知的財産委員会(Intellectual Property Committee)—医薬、エンタテインメント、ソフトウェア産業の輝かしい幹部役員で構成されている—が、TRIPS協定の議論の開始、交渉、創出において及ぼした過度の影響について説得力のある説明を行っている。<sup>51</sup> Andrea Menescalは国際的なビジネス団体や知的財産に特化した団体、とりわけ国際商工会議所(ICC)や国際知的財産保護協会(AIPPI)が、知的財産権に関する本格的な国際レジームにつながる交渉において果たした役割について研究している。<sup>52</sup> この説明によると、ICCとAIPPIはパリ条約の交渉に直接(かつ熱心に)参加した。加えて、そのメンバーは政府代表団にも含まれており、AIPPIのメンバーのうち63名もが政府代表団に入っていた。そして、こう

<sup>45</sup> Dinwoodie and Dreyfuss (2004); Dreyfuss (2008).

<sup>46</sup> こうしたジレンマについて、Petersmann (2005)を参照。

<sup>47</sup> Abbott (1997); Dreyfuss and Lowenfeld (1997).

<sup>48</sup> See Scharpf (2002).

<sup>49</sup> Maduro Poiras (1998), at 118.

<sup>50</sup> Komesar (1994).

<sup>51</sup> Sell (2003), 1 et seq.

<sup>52</sup> Menescal (2005).

した活動はTRIPS協定の起草時にも繰り返されている。<sup>53</sup> これは、Drahosの「知的財産に関する政策や法の発展は、大部分が専門志向の知的財産法の専門家により構成された認識の共同体によって占領されてきた」<sup>54</sup>という見解を裏付けるものである。

同時に、知的財産に関する国際的な法的レジームが情報や知識といった多くの公共財のみならず公衆衛生や自由貿易にも影響を及ぼすものであることが認識されていた。<sup>55</sup> 世界的な公共財は、市民や情報の利用者に対し、広範囲な影響を及ぼす。利益団体論によると、政治プロセスにおいてこうした集団を代表することは多くの不完全性に悩まされることになる。<sup>56</sup> さらに、国内の法形成プロセスは通常、国際的な交渉や決定より集团的利益を優遇する傾向がある。特に、西洋型民主主義では、政治プロセスは不満を有する多数派に対して比較的敏感である。これは、民主主義社会においては、こうした多数派の利益を伝えるチャンネルが複数存在しており、なかでも選挙というプロセスが存在しているからである。対照的に、国際的な決定プロセスは国内の選挙や議会の手続にあるような民主的な説明責任からは比較的距離がある。知的財産権のための国際文書として起草されたことから、TRIPS協定は自らを権利者の利益と共にあるものと認識している。複雑な知的財産問題に関する技術的な議論に埋もれて、過剰保護のコストという問題は、多くの管轄に分散している、知的財産の利用者という広範だが活動的ではない集団には認識されなかった。強力な国際的知的財産の水準から得られる利益が、利害関係の大きなアクターから構成される小さいが集約された集団に帰属する一方で、コストは知識財の利用者である大きいが拡散された多数派が負担するという状況で、集中した少数派の利益にとって不均衡なまでに有利な方向へ決定プロセスを傾けるというリスクが切迫しているのである。<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Menescal (2005), 165.

<sup>54</sup> Drahos (1999), 369.

<sup>55</sup> See Maskus and Reichman (2005); Shaffer (2005a).

<sup>56</sup> 上述およびOlson (1965)、Komesar (1994)を参照。

<sup>57</sup> 上述のKomesar (1994)を参照。同旨、Dreyfuss (2004) 26ページ。

### 3.4.2 水平的な多数派バイアス

しかしながら、国際的な法形成においては、逆のバイアス、すなわち水平的な多数派バイアスに対する免疫がない。このバイアスは「加盟国に均等に広がる多数者の利益が、少数者の利益に対して不均衡なコストを課すことによって満たされるというリスク」と定義されている。<sup>58</sup> 活動的ではない多数派を動かすために特に重要なのは、問題となっている論点だけではなく、不利益を被る少数派の種類や多数派団体の性格である。少数派が偏狭で目立つようであれば、少数派のメンバーに有利な立法決定という結果を制限するのがより容易になる。問題となっている論点については、比喩的な論点はメディアの注意を引きやすく、「簡潔なシンボル」を利用することで「コミュニケーションや情報、組織のコストを低減することになり、その結果、多数派は不活発であるよりは活動的になりやすい」。<sup>59</sup> Amy Kapczynskiはつい最近、梓組の移行(fame mobilization)という概念によってこの現象を捉えている。<sup>60</sup> この見解は、「生命への特許」や「HIV医薬品へのアクセス」に関する議論に対する大規模な国際的注目や、その際の関心の移動によって裏付けられている。今日までTRIPS改正にまで至った唯一の政治的論争がまさに医薬品アクセスの問題であることは偶然ではない。他の知的財産問題はNGOの圧力やメディアの注目を通した大規模な大衆参加を動かすことはなかった。<sup>61</sup>

### 3.4.3 垂直的な少数派バイアス、多数派バイアス

国家以外のアクターが国際的な政治プロセスに参加することによる力とは別に、これと並行した政府の参加による力も生じてきた。ここにも違った形での機能不全が見られる。Maduroはこれを上述の分類に倣って垂

<sup>58</sup> Maduro Paires (1998), at 119.

<sup>59</sup> Komesar (1988).

<sup>60</sup> Kapczynski (2008).

<sup>61</sup> TRIPSと公衆衛生に関する閣僚宣言(2001年11月14日。WT/MIN(01)/DEC/1)を参照。Love (2006).

直的な少数者バイアスおよび垂直的な多数者バイアスと呼んでいる。確かに、上述のとおり、欧州連合レベルの政治プロセスの設計は国際機関のそれ、すなわちWTOのように政府間主義、合意、国家主権の尊重といった原則に基づくものとは明らかに異なっている。にもかかわらず、TRIPS交渉の歴史が示すように、垂直的な少数者バイアスへと変形する力のレバレッジは、投票行動だけでなく利権のパッケージによっても行いうる。国際知的財産法の法形成の場がWIPOからGATTへと移行するための推進力となったのが米国であったことについては異論の余地がない。<sup>62</sup> 欧州共同体、カナダ、その他知的財産に大きな利害関係のある産業を有する国々が受けた積極的なサポートは、同様に、政府間交渉における垂直的な少数派バイアスの影響であると容易に説明することができる。その結果、途上国のマジョリティの利益を犠牲にして、すなわち自国の経済的、技術的發展の機会にほぼ間違いなく悪影響を与えるであろう水準の知的財産保護を受け入れることを強制されるという負担によって、テクノロジーが発達した少数の国やその集団の利益が押し進められてきた。<sup>63</sup>

最後に、垂直的な多数派バイアスの可能性もあり、実際、WIPOでの議論（知的財産の基準のさらなる緻密化に対する反対）やUNCTADなどのフォーラム<sup>64</sup>、最近だとWHOや国連人権委員会などにおける法形成プロセスに対する途上国のマジョリティによる強力な影響が実証されている。<sup>65</sup> また、途上国のなかにはその経済的發展により交渉力が目に見えて大きくなってだけでなく情報や知識へのアクセスに対する利益も大きくなっていくことも言及しておく意味がある。途上国は知的財産保護を新しいレベルに拡大しようとするいかなる試み一時にはこうした変化により効率性が向上する可能性があるにもかかわらず一に対しても反対するレジスタンスの先頭に立つ可能性があるが、こうした国々は途上国という大きな集団のなかで触媒の役割を果たすサブグループを形成することが期待

<sup>62</sup> Gervais (2002); Sell (2003).

<sup>63</sup> Dreyfuss (2008).

<sup>64</sup> See Menescal (2005), 173.

<sup>65</sup> 国際関係におけるレジーム論を通じた興味深い分析として、Helfer (2004)を参照。

されている。<sup>66</sup>

### 3.5 知的財産に関する法と政策を形成する新たな場としてのWTO紛争解決システム

比較制度分析からの重要な示唆は、決定プロセスは相互に関係しており複数の制度から選択を行う際にはメリットとデメリットの比較により影響されることである。そして、デメリットはその利益に影響を被る者の参加をもたらし。<sup>67</sup> 実際、Helferが実証したとおり、特定の国際的なフォーラムにおいて認識されている決定プロセスの機能不全、たとえばWTOやTRIPSにおける決定プロセスへの途上国の参加や代表が不十分であることが、民間のアクターと政府の双方を別の政治の舞台（たとえばWHOや国連）へと移行させる可能性もある。<sup>68</sup> あるいは、国際的な政治プロセスから紛争解決へと向かわせるかもしれない。交渉により終了した論争が、政治の場で合意されたルールを（準）司法解釈を通して変形させようとすることで、訴訟という形態で再開することになりかねない。そのため紛争解決は知的財産に関する決定のための多くの場のひとつと見ることができ

もちろん、決定の場としての国際訴訟が魅力的であるためには、DSSの制度設計に依るところが大きい。当事者適格、第三者参加や手続の透明性といった要素だけでなく、紛争解決機関の構成や救済に関する裁量が大きいことも、利害関係者が参加するコストと便益、そして究極的にはシステムの応答性や柔軟性に影響を与えている。

TRIPS協定前にも、知的財産法はたびたび国際取引の文脈における争いのもとであった。1980年代に欧州共同体は米国著作権法のいわゆる製造条

<sup>66</sup> いわゆるBRICS諸国（ブラジル、ロシア、インド、中国、南アフリカ）あるいはBICS諸国（ロシアはWTO加盟国ではないため）が有する潜在的な阻害機能について、Yu (2008)を参照。

<sup>67</sup> Shaffer (2005a); Shaffer (2008).

<sup>68</sup> Helfer (2004). 国際知的財産制度の複雑な構造に対する示唆的な分析としてDinwoodie (2002)、国際著作権法についてDinwoodie (2000)を参照。

項に対する申立てを行い、勝利している。<sup>69</sup> 欧州共同体は同時期に、特許権者が外国製品の輸入時に行政当局に対して侵害手続をとることを認めている米国法をターゲットとする申立ても行っている。<sup>70</sup> いずれの事例も、知的財産法は国際取引の枠組の一部であって、それを可能とする条件と捉えるというよりは、国際取引の障害であると考え、TRIPS以前の謙抑的な姿勢を描き出している。

しかし、TRIPS協定は世界貿易システムにおける知的財産権の位置付けや国際紛争解決の役割を劇的に変えることとなった。TRIPSに詳細に規定された実体的基準—その一部はベルヌ条約やパリ条約を取り込むことにより実現している—は、解釈や遵守に関する複雑な問題を提起することとなり、WTO紛争解決機関の活動を伝統的な裁判のそれに近いものとし、また、少なくとも理論的には、より厳格な準司法的アドバイスが要求されるようになった。実際、WTOの設立以来、24件もの紛争においてTRIPS協定の解釈および実施のために紛争解決システムが利用されてきた。そのうち7件はパネル報告書が出され<sup>71</sup>、うち3件が上訴されて上級委員会の報告書により終結している<sup>72</sup>。よく知られているように、パネルや上級委員会の報告書は、たとえば特許権や著作権による保護の射程、知的財産権の制限を認容するための3ステップ・テストの解釈、知的財産権とその他の公共政策目標との関係、各国政府が自国利益のために戦略的に行動する余地といった、きわめて重要な問題を取り扱っている。<sup>73</sup>

<sup>69</sup> *United States' Manufacturing Clause (EC v. US)*, GATT BISD, 31 Supp. 74 (1985); Lowenfeld (2002), 147.

<sup>70</sup> *European Community v. United States, Section 337 of the Tariff Act of 1930*, GATT BISD, 36th Supp. 345 (1990).

<sup>71</sup> *Canada — Patent Term—DS170; Canada — Pharmaceutical Patents —DS114; China - Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights - DS 362; EC — Trademarks and Geographical Indications— DS290; India — Patents (EC) — DS79; US — Section 110(5) Copyright Act— DS160; US — Section 211 Appropriations Act— DS176;*

<sup>72</sup> *Canada — Patent Term—DS170; Canada — Pharmaceutical Patents —DS114; US — Section 211 Appropriations Act— DS176;*

<sup>73</sup> 3ステップ・テストに関する報告書への批判的な分析として、Kur (2010)を参照。

DSB勧告は形式的には当事者のみを拘束するものであるが、国際知的財産法の長期的な展開に影響を与えることは不可避であり、それゆえに個々の紛争の射程をはるかに超えて国家や国家以外のアクターの利益に影響を与えている。<sup>74</sup> 保護水準の拡張解釈が、知識や情報へのアクセスを妨げるという意味で途上国および後発開発途上国に著しい社会コストを課し、すでに確立されている先進国の競争的優位を効果的に固定し永続させることになるということは説得的に論じられてきた。<sup>75</sup> これ以上に予想外だったのは、国際基準が全て硬直的になりすぎると、先進国が既存の法制度を新しい技術発展に適用させ、情報や技術の利用者という新たな多数者の利益に適応させることを妨げかねないということである。<sup>76</sup>

国際知的財産法や各国の知的財産法を調整するDSSの不可欠な役割に鑑みると、制度がアクセス可能で途上国や利用者の広範な利益を受け入れることができるか否かを、垂直的および水平的のいずれの局面においても問うことが重要であると思われる。上記で概観した制度的視点に照らしてみれば、こうした問いかけは関連する質問に回答することになるだろう。まず、紛争解決の準司法プロセスに参加するための主要な方式とは何だろうか。次に、DSSの現在の制度設計は知的財産紛争においてどのような参加の力学を産み出しているか。最後に、紛争解決手続の制度変更は国際知的財産法の形成にどのような影響をもたらすであろうか。

#### [文献リスト]

Abbott, F. (1997), “WTO Dispute Settlement and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”, in Petersmann, E.-U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, London, The Hague and Boston: Kluwer Law International, 415–36.

Abbott, F. (2003), “Bob Hudec as Chair of the *Canada – Pharmaceutical Patents* Panel:

<sup>74</sup> Lowenfeld (2002), 160; Dinwoodie and Dreyfuss (2004), (2007).

<sup>75</sup> See Dreyfuss (2004); Dreyfuss (2008). Dreyfussはこれを「一方向への歯車 (one-way ratchet)」と呼んでいる。同(2004)22ページ。

<sup>76</sup> Dreyfuss (2004); Dreyfuss (2008), 7 et seq.

- WTO Gets Something Right”, *Journal of International Economic Law*, 6(3), 733–37.
- Abbott, F. (2005), “Toward a New Era of Objective Assessment in the Field of TRIPS and a Variable Geometry for the Preservation of Multilateralism”, *Journal of International Economic Law*, 8(1), 77–100.
- Bacchus, J. (2004), “A Few Thoughts on Legitimacy, Democracy and the WTO”, *Journal of International Economic Law*, 7, 667–73.
- Bakardjieva Engelbrekt, A. (2003), “Fair Trading Law in Flux? National Legacies, Institutional Choice and the Process of Europeanisation”, academic dissertation, Stockholm.
- Bakardjieva Engelbrekt, A. (2009), “Institutional and Jurisdictional Aspects of Stem Cell Patenting in Europe (EC and EPO)”, in Plomer, A. and Torremans, P. (eds.), *Embryonic Stem Cells Patents: European Patent Law and Ethics*, Oxford: Oxford University Press.
- Bartels, L. (2004), “The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism”, *International and Comparative Law Quarterly*, 53, 861–95.
- Bexell, M., Tallberg, J. and Uhlén, A. (2008), “Democracy in Global Governance: The Promises and Pitfalls of Transnational Actors”, available at: [http://www.statsvet.se/publikationer/tallberg/bexell\\_tallberg\\_democracy\\_in\\_globalgovernance\\_080919.pdf](http://www.statsvet.se/publikationer/tallberg/bexell_tallberg_democracy_in_globalgovernance_080919.pdf).
- Bonzon, Y. (2008), “Institutionalizing Public Participation in WTO Decision Making: Some Conceptual Hurdles and Avenues”, *Journal of International Economic Law*, 11(4), 751–77.
- Brennan, D. (2002), “The Three-Step Frenzy – Why the TRIPS Panel Decision Might be Considered per incuriam”, *Intellectual Property Quarterly*, 212–25.
- Buchanan, J., Tollison, R. and Tullock, G. (eds.) (1980), *Towards the Theory of the Rent-Seeking Society*, College Station, TX: A&M University Press.
- Busch, M. and Pelc, K. (2009), “Does the WTO Need a Permanent Body of Panelists?”, *Journal of International Economic Law*, 12(3), 579–94.
- Busch, M. and Reinhardt, E. (2006), “Three’s a Crowd. Third Parties and WTO Dispute Settlement”, *World Politics*, 58(4), 446–77.
- Buchanan, J. and Tullock, G. (1967), *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, 2nd pr., Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press.
- Buxbaum, R. (1996), “Die Rechtsvergleichung zwischen nationalem Staat und internationaler Wirtschaft”, *RabelsZ*, 201.
- Coase, R. (1960), “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 3, 1–68.
- Cottier, T. (2003), “The WTO Permanent Panel Body – A Bridge Too Far?”, *Journal of International Economic Law*, 6(1), 187–202.
- Davey, W.J. (2002), “A Permanent Panel Body for WTO Dispute Settlement: Desirable or Practical?”, in Kennedy, D. and Southwick, J. (eds.), *The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge: Cambridge University Press, 496–527.
- Dinwoodie, G. (2000), “A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms”, *University of Pennsylvania Law Review*, 149, 469–580.
- Dinwoodie, G. (2002), “The Architecture of the International Intellectual Property System”, *Chicago-Kent Law Review*, 77, 993–1014.
- Dinwoodie, G. and Dreyfuss, R.C. (2004), “TRIPS and the Dynamics of International Intellectual Property Law Making”, *Case Western Reserve Journal International Law*, 36, 95–122.
- Dinwoodie, G. and Dreyfuss, R.C. (2007), “Diversifying without Discriminating: Complying with the Mandate of the TRIPS Agreement”, *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 13, 445–56.
- Drahos, P. (1999), “Intellectual Property and Human Rights”, *Intellectual Property Quarterly*, 349–71.
- Dreier, T. (2005), “Interpreting International IP Law: Some Observations Regarding WTO Dispute Resolution”, in Kur, A., Luginbühl, S. and Waage, E. (eds.), “... und sie bewegt sich doch!” *Patent Law on the Move: Festschrift für Gert Kolle und Dieter Stauder*, Köln, Berlin and München: Carl Heymanns Verlag, 45–62.
- Dreyfuss, R.C. (2004), “TRIPS-Round II: Should Users Strike Back?”, *University of Chicago Law Review*, 71, 21–35.
- Dreyfuss, R.C. (2008), “Fostering Dynamic Innovation, Developing the Trade: Intellectual Property as a Case Study in Global Administrative Law”, IILJ Working Paper 2008/4, Global Administrative Law Series, NYU Law School.
- Dreyfuss, R.C. and Lowenfeld, A. (1997), “Two Achievements of the Uruguay Round: Putting TRIPS and Dispute Settlement Together”, *Vairgini Journal International Law*, 37, 275–333.
- Eggertsson, T. (1990), *Economic Behaviour and Institutions*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Ehlermann, C.D. and Ehring, L. (2006), “Are WTO Decision-Making Procedures Adequate for Making, Revising, and Implementing Worldwide and ‘Plurilateral’ Rules?”, in Petersmann, E.-U. (ed.), *Reforming the World Trade System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Oxford and New York: Oxford University Press, 497–559.
- Ehring, L. (2008), “Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization”, *Journal of International Economic Law*, 11(4), 1021–34.
- Fukunaga, Y. (2008), “Enforcing TRIPS: Challenges of Adjudicating Minimum Standards Agreements”, *Berkeley Technology Law Journal*, 23, 867–931.
- Gervais, D. (2002), *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, London: Sweet & Maxwell.
- Helfer, L. (2000), “World Music on a U.S. Stage: A Berne/TRIPS and Economic Analysis of the Fairness in Music Licensing Act”, *Boston University Law Review*, 80, 93–204.
- Helfer, L. (2004), “Regime Shifting: The TRIPS Agreement and New Dynamics of Intellectual Property Lawmaking”, *Yale Journal of International Law*, 29, 1–83.

- Helfer, L., Alter, K. and Guerzovich, M.F. (2009), "Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community", *American Journal of International Law*, 103, 1-47.
- Hudec, R. (1970), "The GATT Legal System: A Diplomat's Jurisprudence", *Journal of World Trade Law*, 4, 615-65.
- Hudec, R. (1980), "GATT Dispute Settlement after the Tokyo Round: An Unfinished Business", *Cornell International Law Journal*, 13, 145-204.
- Hudec, R. (1993), *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, NH: Butterworths.
- Joerges, C. (2006), "Constitutionalism in Postnational Constellations: Contrasting Social Regulation in the EU and in the WTO", in Joerges, C. and Petersmann, E.-U. (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford and Portland, Ore: Hart Publishing, 491-527.
- Joerges, C. and Petersmann, E.-U. (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford and Portland, Ore: Hart Publishing.
- Kapczynski, A. (2008), "The Access to Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property", *Yale Law Journal*, 117, 804-85.
- Keohane, R., Macedo, S. and Moravcsik, A. (2009), "Democracy-Enhancing Multilateralism", *International Organization*, 63, 1-31.
- Kingsbury, B., Krisch, N. and Stewart, N. (2005), "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, 68, 15-68.
- Komesar, N. (1988), "A Job for the Judges: The Judiciary and the Constitution in a Massive and Complex Society", *Michigan Law Review*, 86, 657-721.
- Komesar, N. (1994), *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, Chicago and London: University of Chicago Press.
- Kunz-Hallstein, H.-P. (1989), "The US Proposal for a GATT-Agreement on Intellectual Property and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property", in Beier, F.K. and Schriker, G. (eds.), *GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property Rights*, Weinheim: VCH, 75-97.
- Lee, K. and von Lewinski, S. (1996), "The Settlement of International Disputes in the Field of Intellectual Property", in Beier, F.K. and Schriker, G. (eds.), *From GATT to TRIPs - The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Weinheim: VCH, 278-328.
- Love, J.P. (2006), "TRIPs, TRIPs+, and New Paradigms: The Role of NGOs in Shaping the Debate", paper presented at the conference on Intellectual Property, Trade and Development: Accommodating and Reconciling Different National Levels of Protection, Chicago-Kent College of Law, 12-13, October; on file with the authors.
- Lowenfeld, A. (2002), *International Economic Law*, Oxford and New York: Oxford University Press.
- Maduro Poiras, M. (1998), *We, the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford: Hart Publishing.
- Majone, G. (ed.) (1996), *Regulating Europe*, London: Routledge.
- Maskus, K. and Reichman, J.H. (2005), "The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods", in Maskus, K. and Reichman, J.H. (eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge: Cambridge University Press, 3-45.
- Mavroidis, P. (2000), "Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard-Place", *European Journal of International Law*, 11 (4), 763-813.
- Menescal, A. (2005), "Those Behind the TRIPs Agreement: the Influence of the ICC and the AIPPI on International Intellectual Property Decisions", *Intellectual Property Quarterly*, 155-82.
- Nanz, P. (2006), "Democratic Legitimacy and Constitutionalisation of Transnational Trade Governance: A View from Political Theory", in Joerges, C. and Petersmann, E.-U. (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford and Portland, Ore: Hart Publishing, 59-82.
- Nickel, R. (2006), "Participatory Transnational Governance", in Joerges, C. and Petersmann, E.-U. (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford and Portland, Ore: Hart Publishing, 157-95.
- Nordström, H. and Shaffer, G. (2008), "Access to Justice in the WTO: The Case for a Small Claims Procedure", *World Trade Review*, 7(4), 587-640.
- North, D. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press.
- North, D. (1991), "Institutions", *Journal of Economic Perspectives*, 5, 97-112.
- North, D. (1993), "Institutional Change: A Framework of Analysis", in Sjöstrand, S.-E. (ed.), *Institutional Change: Theory and Empirical Findings*, New York: Sharpe, 35-46.
- Olson, M. (1965), *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of the Group*, New York: Schocken Books.
- Pauwelyn, J. (2003a), "Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?", *European Journal of International Law*, 14, 907-51.
- Pauwelyn, J. (2003b), "The Limits of Litigation: 'Americanization' and Negotiation in the Dispute Settlement System of the WTO", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 19, 121-40.
- Petersmann, E.-U. (1997), *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organisations and Dispute Settlement*, London, The Hague and Boston: Kluwer Law International.
- Petersmann, E.-U. (2005), "Addressing Institutional Challenges to the WTO in the New Millennium: A Longer-Term Perspective", *Journal of International Economic Law*, 8, 647-65.

- Reichman, J.H. (2000), “The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict and Cooperation with the Developing Countries”, *Case Western Reserve Journal International Law*, 32, 442–70.
- Reichman, J.H. and Lange, D. (1998–9), “Bargaining around the TRIPS Agreement: The Case for Ongoing Public-Private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 9, 17–65.
- Scharpf, F. (2002), “Regieren im europäischen Mehrebenensystem – Ansätze zu eine Theorie”, *Leviathan*, 30(1), 65.
- Sell, S. (1995), “Intellectual Property Protection and Antitrust in the Developing World: Crisis, Coercion, and Choice”, *International Organization*, 45(2), 315–49.
- Sell, S. (2003), *Private Power, Public Law: The Globalisation of Intellectual Property Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Shaffer, G. (2001), “The Blurring of the Intergovernmental: Public-Private Partnerships behind US and EC Trade Claims”, in Pollack, M. and Shaffer, G. (eds.), *Transatlantic Governance in the Global Economy*, Lanham, Boulder, New York, Toronto and Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 97–123.
- Shaffer, G. (2005a), “Recognizing Public Goods in WTO Dispute Settlement: Who Participates? Who Decides? The Case of TRIPS and Pharmaceutical Protection”, in Maskus, K. and Reichman, J. (eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge: Cambridge University Press, 884–908.
- Shaffer, G. (2005b), “Parliamentary Oversight of WTO Rule-Making: The Political, Normative, and Practical Contexts”, in Petersmann, E.-U. (ed.), *Reforming the World Trade System*, Oxford: Oxford University Press, 381–408.
- Shaffer, G. (2006), “Three Developing Country Challenges in WTO Dispute Settlement: Some Strategies for Adaptation”, in Georgiev, D. and Van der Borgh, K. (eds.), *Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System*, London: Cameron May, 2006, 309–30.
- Shaffer, G. (2008), “A Structural Theory of WTO Dispute Settlement: Why Institutional Choice Lies at the Center of the GMO Case”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 41, 1–102.
- Smith, J. and Tallberg, J. (2008), “Dispute Settlement in World Politics: States, Supranational Prosecutors and Compliance”, October 16, 2008, Working Paper.
- Steffek, Jens and Kissling, C. (2006), “Why Co-operate? Civil Society at the WTO”, in Joerges, C. and Petersmann, E.-U. (eds.), Oxford: Hart Publishing, 135–56.
- Stigler, G. (1971), “The Theory of Economic Regulation”, *Bell Journal of Economics & Management Science*, 2, 3–21.
- Stigler, G. (1974), “Free Riders and Collective Action: An Appendix to the Theories of Economic Regulation”, *Bell Journal of Economics & Management Science*, 5, 359–65.
- Sutherland, P. et al. (2004), “The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium”, Report by the Consultative Board to the Director General Supachai Panitchpakdi, WTO (Sutherland report).
- Van den Bosche, P. (2008), “NGO Involvement in the WTO: A Comparative Perspective”, *Journal of International Economic Law*, 11(4), 717–49.
- Yu, P. (2008), “Access to Medicines, BRICS Alliances, and Collective Action”, *American Journal of Law and Medicine*, 34, 345–94.
- Zimmerman, T. (2006), *Negotiating the Review of the WTO Dispute Settlement Understanding*, London: Cameron May.