



Title	WTO紛争解決システムと国際知的財産法の展開（2）：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, 34, 251-275
Issue Date	2011-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47311
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ34_009.pdf



WTO紛争解決システムと国際知的財産法の 展開(2)：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、第33号）
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（以上、本号）
- 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 常任のパネル委員
 - 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

4. WTO紛争解決システムの制度設計：参加の方式

司法プロセスには世界的に共通する独特の特徴があるが、制度設計の細部は異なりうる。また、その細部が、影響を受けるアクターの参加を左右したり、システムの反応性を確保するために決定的であることが明らかになっている。

4.1 パネルの構成

DSS に対する尊重はその大部分を、紛争を取り扱う主体とそのメンバーに対する信頼に依拠していることが明らかである。それゆえ、パネル委員の独立性を確保することは、パネル委員選出の手続における原則として明示されている。⁷⁷ DSU は、パネル委員は個人の能力によって職務を遂行し、いずれの政府や団体を代表するものではないと明確に規定している。加盟国はパネル係争事案について、パネル委員に対して指示を行ったり影響を

⁷⁷ 8条2項を参照。「パネル委員は、委員の独立性、多様な経歴および広範な経験が確保されるように選任されるべきである。」

与えようとする行為を控えることを約束している（DSU 8条9項）。

パネルは事務局により候補者が推薦され、事務局の提案に反対する「やむをえない事情」がある場合を除き、事務局提案を受け入れることが期待されている（DSU 8条6項）。提案に不同意の場合、パネルの構成は、DSB議長および適切な理事会か委員会の長と協議のうえ、事務局長により決定される（DSU 8条7項）。事務局の助けとなるよう、参考となるリスト（候補者名簿）が管理されており、定期的にアップデート、補充されるとともに、候補者の専門分野について記載されている（DSU 8条4項）。

WTO協定が政府間のものであるという性質を鑑みて、パネルを構成する者の国籍はその独立性を保証するために重要であると考えられている。そのため、紛争当事国の国民は、当事国間で別途合意がある場合を除き、原則としてパネル委員になることはできない（DSU 8条3項）。問題となっている論点には当事国における法や実務の専門性が必要であると考えられる場合に、当事国が紛争に関与している国の専門家をパネルに参加させることに合意することは例外的ではない。特筆すべきは、この制限は紛争の直接当事国の国民だけでなく、第三者参加で当事者となった国の国民にも適用されるという点である（DSU 8条3項）。この規定はパネル委員の候補者選定に過大な萎縮効果をもたらすものである。EU諸国や米国はたいいていの場合に WTO紛争の当事国であるか第三者参加をしているため、これらの国の国民はパネル委員となることができない。⁷⁸

DSU 8条には「パネルは公務員であるか否かを問わず、十分な適格性を有する者で構成する」と規定されている。こうした者には、「パネルの委員を務めまたはパネルにおいて問題の提起に係る陳述を行ったことがある者、対象協定またはその前身である協定の理事会または委員会への代表を務めたことがある者、国際貿易に関する法または政策について教授しまたは著作を発表したことがある者、貿易政策を担当する上級職員として勤務したことがある者」を含むとされる。適格性に特別に言及し、かつ非公務員や学者がパネル委員になることができる旨を可能とすることによって、起草者は以前の制度が有していたクラブのような性格に対する批判に対する答えを模索したことは明らかである。規定は選定手続における広範

⁷⁸ Davey (2002), see below.

な専門性を最終目標として明記している。にもかかわらず、制度に対する多くの批判が指摘するように、政府高官やキャリア外交官はパネル委員のなかで依然として多すぎるといえる。⁷⁹

専門性には明らかな優位性があるにもかかわらず、現在までのところ知的財産法の専門家が TRIPS 関連の紛争を扱うパネルに参加したのは偶然の場合に限られている。⁸⁰ 実際、パネル設置に至った7つの知的財産紛争すべてを見ても、知的財産に関する専門性を有するとされていたパネル委員は数名にとどまる。そのなかには、WIPO 事務局次長の経験者が2名含まれている。一人は Mihály Ficsor であり、カナダ医薬品事件のパネルに参加した高名な知的財産の専門家であるが、この事件は彼自身の専門分野である著作権法ではなく特許法に関するものであった。⁸¹ もう一人は Marino Porzio で、中国執行制度事件パネルのメンバーであり、チリ政府に対する知財アドバイザーである。⁸² 米国著作権法事件のパネル委員（そしてカナダ特許保護期間事件の上級委員会メンバー）だった Arumugamangalam Ganesan は長らく知的財産交渉を行ってきた者であり⁸³、米国一般歳出法事件のパネル委員を務めた François Dessemontet は広範な知的財産法のバックグラウンドをもつ学者である。しかしそれ以外の場合には、TRIPS 関連パネルは、WTO 紛争の場合と同様、キャリア外交官や国際通商法の専門家により支配されている。

このことは当然に、知的財産関連紛争が特別の裁判所で扱われている国の経験と対照をなすことになる。他方で、特許権に関する例外の可能性を除いて、国内においても知的財産問題が常に特別の管轄裁判所に集約されているわけではないことも注意すべきであろう。さらに、知的財産問題を

⁷⁹ Lowenfeld (2002).

⁸⁰ Dreier (2005); Dreyfuss (2008).

⁸¹ See Dreier (2005).

⁸² DSS の初期においては、研究者の文献において WIPO 事務局の職員はパネル委員になることが制約されるか否かが論じられていた。多数意見は知的財産を専門とする組織に雇用されているという事実自体が欠格事由となることはない、というものであった。Abbott によると、これは WIPO だけではなくその他の国際ないし国内の知財団体の被備者にあてはまる。Abbott (1997), 416 et seq.

⁸³ Dreier (2005), 52.

「ゼネラリスト」の偏見のない目で見るとは必ずしも不利益ではないだろう。反対に、新しい視点を加えることとなり、知的財産に関する法と政策をより広い文脈から見ることに貢献する可能性がある。興味深いことに、当初 TRIPS 関連紛争に対して知的財産に関する信頼しうる専門性が必要であると主張していた Fredrik Abbot が、高名な国際通商法学者である Robert Hudec への追悼論文においては、知的財産紛争の場で様々な専門性を取り込むことに対する弁護を情熱的に行っている。Robert Hudec が委員長を務めたカナダ医薬品特許事件のパネルを例に挙げて、Abbot は、TRIPS 協定を解釈する際にはパネルの委員が貿易政策に対する広い視野を有していることの重要性、この件に関してはさらに公衆衛生政策に関する能力も求められることを強調している。⁸⁴ 実際、専門知識への強調は確かに保証されているとはいえ、その一方で専門性の裏側、すなわち専門家による視界狭窄や専門性に伴う業界のバイアスにも注意しなければならないのである。

独立性と専門性および経験に基づく客観的な選択という原則は、パネル委員選択のもうひとつの指針である委員の平等な地理的配分にある程度抵触することになる。パネル委員の任命にあたって、途上国の特別の利益が配慮される。また、途上国を当事者とする紛争においては、少なくとも1名のパネル委員が途上国出身でなければならないとされている（DSU 8条10項）。

2002年には、最初の WTO 法務部長である William J. Davey 教授より、すべてのカテゴリーの WTO 紛争におけるパネル委員の国籍分布統計が報告された。⁸⁵ 1996年から2002年の間に186のパネル委員のポストが設けられ、計119人が委員となったが、そのなかで多数派を占めたのはスイス（19）、ニュージーランド（17）、オーストラリア（12）、ブラジル（11）、香港（11）、南アフリカ（9）、カナダ（9）であった。EC 諸国からは26、合衆国からは4つであった。全体的に、73のポスト（39%）が途上国からのパネル委員であった。⁸⁶ パネル委員の候補者名簿に寄与していることが間違いない主要

⁸⁴ Abbott (2003).

⁸⁵ Davey (2002).

⁸⁶ 実際の数字はさらに低く、DSS による審理のため EC により提出された統計によ

なWTOメンバーのみならず、開発途上国および後発開発途上国(LDC)からの代表も少なくなっている原因がこうした制度にあることは明らかである。

紛争の数が増加し、より複雑になってきていることから、アド・ホックのパネル委員の任命はいままでにも増して問題が生じやすく時間がかかるものとなっている。2002年にEUが提出した統計によると、パネル委員の任命にかかる平均期間は1996年の30日から2001年には61日に延びている。⁸⁷ ここで重要なのは、2000年から2002年4月の間に設置された24のパネルのうち、DSU 8条7項に基づいて事務局長により任命されたものが14(58%)に上るという事実である。⁸⁸ 代表が地理的に不平等であることとパネル任命の遅れが、アド・ホックなパネルから上級委員会と同様のより常設に近い委員名簿制への変更を検討する理由となっている。⁸⁹

4.2 上級委員会の構成

上級委員会は7名から構成され、そのうち1名が委員長として委員の互選で選出される。⁹⁰ 上訴は3名の上級委員会委員からなる部で審理、決定が行われる。上級委員会検討手続規則(Working Procedures for Appellate Review) 3条1項および4条4項によると、個々の上訴に対する決定は上級委員会の割り当てられた部のみにより行われ、当該部が割り当てられた上訴の審理および決定に対するすべての権限および自由を有する。

上級委員会の選択および任命について想定されている手続は、パネル選定のそれとは実質的に異なっている。上級委員会の委員はDSB、すなわち

ると35%であった。TN/DS/W/1 of 13 March 2002 (EC)を参照。

⁸⁷ TN/DS/W/7 of 30 May 2002 (EC)はインドの質問に回答している。この傾向を裏付ける最新のデータとして、TN/DS/W/90 of 16 July 2007, Diagnosis of The Problems Affecting the Dispute Settlement Mechanism, Some Ideas by Mexicoを参照。

⁸⁸ TN/DS/W/7 (EC)。

⁸⁹ See TN/DS/W/1 (EC), below。

⁹⁰ See Article 17(1) DSU Appellate Review. 上級委員会委員を選定、任命することの政治的な難しさについて Lowenfeld (2002) 167ページを参照。

WTO全体により任命される。任期は4年であり、再任もありうる。⁹¹ 任期が定まっているということは上級委員会に常設裁判所という性質をもたらしている。委員は常勤である必要はないものの、その場合が多い。上級委員会委員の選出は専門性と品性に基づいて行われる。DSU 17条3項は、上級委員会は「法、国際通商および対象とする協定がカバーする対象一般につき専門性を有する権威とみなされる者から構成される」と定める。上級委員会委員はいかなる政府とも無関係でなければならない。パネル委員に求められる条件と比較して、上級委員会委員のそれは専門能力を強調している。しかし、上級委員会委員のなかに知的財産について深い専門性を有する者はいままで実質的にいなかったと批判的に指摘されている。⁹²

DSUは上級委員会がWTOメンバーを「広く代表する」ことを求めており、地域的にも平等に代表されることを尊重している。しかし、単にメンバーが特定の紛争当事国の国民であることは「不適格」の形式的な理由にはならない。確かに、上級委員会委員は直接的または間接的に利益の衝突をもたらすような紛争の検討に参加してはならない(17条3項、Rule of Conduct IIも参照)。しかし、国籍は自動的に利益の衝突をもたらすものではない。もともとのDSUは国籍に関して特に規定を設けていなかった。手続規則制定の過程で、上級委員会委員長が国籍は決定的ではないという原則を確認し、「国籍問題に関して他になんらかの方法により取り扱うことは不要であり望ましくもない」と述べている。⁹³

個別の事件を取り扱う委員は、「ローテーションに基づくが、ランダムな選択、予見不可能性、すべての委員がその出身国とは無関係に機会を与えられる、という諸原則も考慮しながら」選ばれる(上級委員会検討手続規則6条2項を参照)。ローテーションとランダムな選択という原則は明らかに、委員選定を通して上訴の結果に不正に影響しようとする試みを防止するとともに、選定に際して起こりうる地理的ないし国籍上のバイアス

⁹¹ ローテーションを確保するため、7名のうち3名の任命はWTO協定の発効日をもって行われ、任期は2年間だった。3名は抽選により選出された。DSU 17条2項を参照。

⁹² Dreyfuss (2008)。

⁹³ Quoted after Lowenfeld (2002), 168。

に関する疑念を緩和することも意図している。

上級委員会のデザインを構想していた時点で、どの程度が紛争解決手続において上訴することになるか予測することは不可能であった。その後の実務において上訴が予想以上であったことが示されている。上級委員会委員の数が限られていることが、上訴を効果的かつ迅速に処理する障害であることがわかっている。上級委員会が2つ以上の上訴を同時に検討することは不可能である。その結果、多くの事件において、上級委員会の報告書はDSU 17条5項が定める迅速な手続の要件である90日を超えて発行されている。⁹⁴ 2002年までに発行された47の上級委員会報告のうち、45件(96%)は途上国からの委員を少なくとも1名含む部によるものであり、24件(51%)は3名の委員のうち2名が途上国からの委員で構成される部によるものである。⁹⁵

要約すると、パネルの構成および設置に関する原則は仲裁と司法機関両方の特徴をミックスした理論に基づく一方で、上級委員会は独立した裁判所により近い原則に拠っていると見える。

4.3 当事者

GATT 23条は、すべてのWTO加盟国は「[GATTの下での]利益が直接または間接に無効とされたり損なわれる」と考える場合には、手続を開始することができる旨を定める。⁹⁶ この条文を根拠に、パネルによるWTO

⁹⁴ TN/DS/W/2, *Communication from Thailand* を参照。このなかで、報告の発行まで90日以上かかったDS26、DS48、DS122、DS135、DS138、上訴の通知から140日後に報告が送付されたDS122、DS135への言及がなされている。

⁹⁵ TN/DS/W/1 (EC)。

⁹⁶ 侵害と非侵害の申立ての区別について、Petersmann (1997) 72ページ以降およびLowenfeld (2002) 176-9ページを参照。TRIPS 64条2項をうけて、TRIPS上の義務に対する非侵害の申立てに関する覚書が導入されたことは注目すべきである。この覚書を廃止しようとする試み (Ministerial Declaration, WT/MIN(05)/DEC, Art. 45, of 18 December 2005) にもかかわらず、この件についてはまだいかなる決定も行われていない。覚書の効果として、TRIPS協定の解釈というより微妙な問題に関する紛争を提起することは不可能になっている。Dreyfuss (2008) 18ページの注99を参照。

協定の権威ある解釈を得るという純粋に法的な関心は提訴権を基礎付けるものとしては不十分であると推論することができる。同時に、Pauwelynが指摘するように、WTO規則の違反とされるために、GATT/WTOの判例法では、実際に取引の流れが変わったことまでは原告に証明を求めないというのが一般的に受け入れられている。求められているのは今後生じうる取引に対する影響であり、すなわち「取引の可能性が影響を受けたことの証明」である。⁹⁷ 上級委員会は当事者適格の規則について寛大な適用を行っている。たとえば、米国の一般歳出法211条について、欧州共同体には直接的にも潜在的にさえ影響を及ぼさないにもかかわらず、差別的取扱いに基づく欧州共同体による米国に対する主張を支持している。主張された差別的取扱いとは、知的財産権の原始的な権利者に対するものであり、キューバ国民と合衆国国民で取扱いが異なるというケースであった。⁹⁸ 同様のアプローチはそれ以前にもECバナナ事件において採用されている。⁹⁹ さらに、研究者によると、申立国が直接的な取引に関する利益を有しておらず他の加盟国の利益のために提訴したすべての事例において、被申立国は申立国の当事者適格を争っていない。それゆえ、上級委員会はこの論点について明確に反対の立場をとっていると考えることはできない。¹⁰⁰

4.4 第三者参加

この制度が、紛争により自らの利益が影響を受けると考える第三者が紛争解決手続のどの段階でも手続参加する権利を想定していることは意義深い。DSU 4条11項は協議における第三者の役割 (インフォーマルな第三

⁹⁷ Pauwelyn (2003a), at 943.

⁹⁸ United States – Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998, WT/DS176/ AB/R, adopted 1 February 2002, paras. 273–96. See Pauwelyn (2003a), at 943.

⁹⁹ AB Report on European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R, adopted on 25 September 1997. Cf. Pauwelyn (2003a), at 942.

¹⁰⁰ Pauwelyn (2003a), at 944.

者)¹⁰¹に関するものである一方、同10条2項は第三者がパネル手続において意見書を提出する権利を定める。協議における第三者参加は、その協議が「実質的な通商上の利害関係」を有することを示すことができることが条件とされる。¹⁰² パネル手続への参加はより自由であり、「実質的な利害関係」(そして、必ずしも通商上のものである必要はない)を示した加盟国に開かれている。10条2項は「パネルに付託された問題について実質的な利害関係を有し、かつ、その旨を紛争解決機関に通報した加盟国…は、パネルにおいて意見を述べおよびパネルに対し意見書を提出する機会」を与えている。意見書は紛争当事国にも送付され、パネル報告にも反映されなければならないが、パネルは第三者の議論に対応する義務はない。DSU 17条4項によると、第三者である加盟国は上級委員会の手続に参加することも認められているが、上訴する権利を有するわけではない。¹⁰³

「パネルに付託された問題に対する利害関係」は、申立ての対象に係る利害だけではなく、申立てに含まれる重要事項に係るものも含むと解釈されている。このことは、申立国により問題とされている法や規制と類似のものを有する国が、被申立国を支持する議論を進めたい場合にも参加が認められるということである。¹⁰⁴ 一般に、パネルや上級委員会は第三者参加に寛容であり、直接的な利害の証拠がない場合であってもそれを認容している。すべての WTO 紛争に基づく2002年の実証研究によると、紛争当事国以外からの協議への参加の希望507件のうち、拒絶されたのは19件のみであり、パネル手続への第三者参加はよりオープンである。¹⁰⁵

TRIPS 関連紛争に対する第三者の意見書はしばしば、いわゆる組織的利益に基づくものである。換言すると、加盟国は、紛争解決が重要な協定に

¹⁰¹ Busch and Reinhardt (2006).

¹⁰² Dreyfuss and Lowenfeld (1997) 292ページの注41を参照。「しかしいずれの状況においても、第三者は紛争に関して実際的かつ現在の通商上の利害関係を有さなければならないと解されており、また、上訴手続への参加はパネル手続に参加していた加盟国に限定されているように見える。」しかしながら、前述上級委員会報告に関して Lowenfeld を参照。

¹⁰³ Lowenfeld (2002), 170; Zimmerman (2006), 66.

¹⁰⁴ Lowenfeld (2002), 174.

¹⁰⁵ Busch and Reinhardt (2006), 451, note 22.

満足のいくような解釈を行うことに対して共通の利害関係を有すると判断した場合に、協議やパネル手続に参加するのである。そのため、たとえばブラジルは米国著作権法110条事件に訴訟参加した際に「ブラジルが本紛争に参加した動機は、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定 (TRIPS 協定) に規定される例外規定の射程の解釈がもつ含意に対する基本的な組織的利益である」と述べている。¹⁰⁶ カナダ医薬品特許事件に対する意見書においても、ブラジルは次のように述べている。「本件においてどのような決定が行われたとしても、TRIPS 協定において公益と通商上の義務のバランスという観念がどのように認識されるかに対して影響を及ぼすであろう。」¹⁰⁷

4.5 証拠収集と情報提供

DSU 13条は「各パネルは、相当と認めるいかなる個人または団体に対しても情報および技術上の助言の提供を要請する権利を有する」と定める。この規定は明確に情報や専門性の収集に関するイニシアティブをパネルに与えている。TRIPS 関連紛争において、13条はパネルが WIPO に対して専門家意見や解釈指針を問い合わせる際の根拠として用いられてきた。¹⁰⁸ 知財問題に対するパネルの専門性が限られているため、これらの意見はかなりの権威があるものとして捉えられている可能性がある。同時に、こうした意見の位置付けや法的基礎が問題となりうる。Abbott が指摘しているように、「WIPO 事務局はいかなる多国間条約や WIPO の慣習法の下でも WIPO が管理する条約の公式解釈を提供する権限を与えられていない」し、「パリ条約やベルヌ条約の解釈に対する独立した公式・正式な WIPO 事務局の立場というのはいかなるものでもありえない」。¹⁰⁹

¹⁰⁶ WT/DS/160/R, Brazil, oral statement at the third party hearing, p. 164.

¹⁰⁷ WT/DS/114/R, Brazil, submission, p. 106; see also India, 119.

¹⁰⁸ たとえば米国一般歳出法事件において、パネルは WIPO 事務局に対し、パリ条約2条1項、6条、6条の2、6条の5、8条に関する事実情報の提供を求めている。DS/176/R, paras. 6.1 et seq.

¹⁰⁹ Abbott (1997), 417.

不明確なのは、紛争当事者ではない国家以外の当事者、すなわち NGO、国際組織、あるいは個人がイニシアティブをとって提出した情報をパネルがどのように取り扱うべきかということである。米国エビ事件において上級委員会は、「情報を収集する権限はパネルによる要請なしに提出された情報を受け入れることと同じことではない。パネルは、自らが要請したものの可否にかかわらず、提出された情報や助言を受け入れて考慮するかあるいは拒絶するかについて裁量を有している」と述べている。¹¹⁰ この解釈はパネルが政府以外の個人や団体からの *amicus curiae* 意見書を受け入れることを認めるものである。この考え方はアスベスト事件で確認された。¹¹¹ この事件では、上級委員会は 2 段階のアド・ホックな手続を効果的に発展させ、第 1 段階で許可はパネルにより決定されるものとし、第 2 段階としてパネルが承認した場合には有効な提出が行われるとした。しかしながら、この運用は極めて議論を呼ぶものであることがわかった。¹¹² にもかかわらず、*amicus curiae* 意見書を受け入れるかどうかはパネルの裁量事項であり、国家以外のアクターの手続上の権利として構成されているわけではないことは強調されなければならない。興味深いことに、TRIPS 関連紛争は現在までのところ NGO にとって魅力的な提出対象ではなかったようで、この種の紛争における *amicus curiae* 意見書提出の試みについては、あったとしてもほとんど記録が存在しない。¹¹³

¹¹⁰ この解釈が初めて提示されたのは、1998年11月6日に採択された米国エビおよびエビ製品の輸入禁止事件に対する上級委員会報告においてであった。WT/DS58/AB/R, paras. 99–110, para. 108.

¹¹¹ See *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, adopted on 5 April 2001. *amicus curiae* の提出に関する WTO 文書 WT/DS135/9 も参照。

¹¹² See Bartels (2004).

¹¹³ 米国著作権法事件では、権利管理団体 ASCAP の代理人である法律事務所が USTR に送付したレターがパネルにも送付された。パネルは提出された情報や助言を受け入れてそれを考慮するか、あるいは受理しないかはその裁量にあると主張したが、報告では結局当該レターに言及することはなかった。

4.6 透明性

パネルおよび上級委員会における手続は長い間公衆には閉じられたものであった。秘密性の原則は DSU 14条 1 項および同17条10項により支持されている。前者は、パネルにおける審理は秘密でなければならないとし、後者は上級委員会における手続は秘密にされなければならないと規定している。透明性を欠くことに対する根拠は、それが紛争解決手続の目的、すなわち紛争の解決を実現することを容易にすると説明されてきた。秘密性は当事者が自らの立場にロックインされることなく譲歩に向けた交渉を可能にするとされていた。しかし2005年に並行する 2 つの紛争である米国継続的義務留保事件およびカナダ継続的義務留保事件において、パネルは当事者からの明示的なリクエストに応じて、当事者への口頭審理を公開することを決定した。これを可能とするため、パネルは DSU 14条 1 項の「パネルの審議 (panel deliberation)」を狭く解釈し、パネル内部での作業および決定のみを意味するものであって、意見聴取にまで及ぶものではないとした。¹¹⁴ 他のパネルも公衆からのアクセスに関するこれらの最初の事例に続き、現在では、WTO 紛争の 4 分の 1 もの審理において公開の意見聴取が行われているといわれている。途上国はこのように透明性が増すことに対し強く反対しており、紛争当事国であったり第三者参加した場合には法廷を非公開にするよう主張している。しかし最近では、途上国であっても公開法廷における提出を選択するようになってきている。¹¹⁵

上級委員会での意見聴取については、DSU 17条10項において「秘密の審理」と明確に規定されていることから、これを公開とする法的可能性はないと信じられていた。にもかかわらず、2008年に、米国とカナダの継続的義務留保事件の併合手続において、両当事者は再び公開での意見聴取を要請し、上級委員会は最終的に17条10項は当事者が秘密性による保護をやめることを妨げるものであると解釈することはできないとの結論に至った。したがって、公衆は意見聴取を傍聴することができたのである。この新しい実務慣行に対しては、歴史的かつもとはには戻れない不可逆の転換であっ

¹¹⁴ Ehring (2008), 1024 et seq.

¹¹⁵ Ehring (2008), 1027.

て、DSSを国内裁判所や本格的な国際裁判所に特徴的な裁判標準に近付けるとともに、制度への信頼や説明責任を増すものであると評価する論者がいる。¹¹⁶

最終的なパネル報告書は発行されWTOのウェブサイトでも閲覧可能になるが、それまでにはかなりの時間がかかる。¹¹⁷ 多くの事例において、侵害・非侵害の申立ては当事者間での和解に至る。手続が申立てにより開始された場合、和解によって終了することになる。和解は公開されることはない。当事者には、和解の主要論点を開示する義務はない。¹¹⁸

4.7 救済と遵守

WTO紛争解決制度を利用するインセンティブに影響を与えている重要な要素は、被疑侵害に対する救済が得られるという信頼しうる見通しである。理論的には、DSB勧告の遵守は多国間のルールに基づく通商管理に対する信頼性を強化し、経済的にも交渉力という点でも弱い立場にある側であってもDSSへの訴えというものを増強させることになる。しかし、救済と遵守はこの制度の弱点のひとつであることが判明した。TRIPSを含むWTO協定への違反を評決された当事国は、原則として自国の法または措置をしかるべく改正する義務があるものの、不遵守に対する救済措置は不完全である。第一に、パネルは違反であることを認定することができるが、その違反を排除する方法について示す義務はないし、実際にも常に提案しているわけではない。¹¹⁹ 第二に、パネルが国家が遵守すべき方法を指示したとしても、パネル勧告に従わないことに対する迅速で効果的な制裁は行われがたい。この制度は敗訴国に対して意図的な遅延戦略を利用して「先延ばしにする」多くの方法を認めている。たとえば、DSB勧告の遵守のための妥当な期間について争う(DSU21条3項)、報復措置を阻止するため

¹¹⁶ Ehling (2008).

¹¹⁷ See Procedures for the Circulation and De-restriction of WTO Documents, adopted by the General Council on 18 July 1996, WT/L/160/Rev.1.

¹¹⁸ See Pauwelyn (2003a).

¹¹⁹ See Pauwelyn (2003a). Mavroidis (2000), 779; Zimmerman (2006), 67.

だけに中途半端な取組みを行い、こうした取組みが実効的かどうか確認するためにDSU21条5項の「遵守パネル」を行使する、などである。¹²⁰ WTO制度の主要なプレイヤーがしばしば義務を履行せず、多国間のルールに基づく国際通商の枠組みを軽視していることを示しているのは有名である。ここに、本質的に政府間の協力の上に成り立っている制度の限界が明らかとなっている。

他の通商関連問題に比べ、TRIPS違反事例におけるDSB勧告への遵守はより複雑で、監視したり管理するのが困難である。これは特に執行と手続問題に関する義務違反の場合にあてはまる。¹²¹ さらに、不遵守に対する救済は特に執行が難しい。よく知られているように、DSU22条1項は、申立国は「まずパネルまたは上級委員会により違反その他の無効化または侵害があると認定された分野と同一の分野に関する譲許その他の義務の停止を試みるべきである」という原則を打ち出している。貿易関連の知的財産権については、「分野 (sector)」という用語はTRIPS協定の第2部1～7節でカバーされる知的財産権の各カテゴリー、第3部(執行)の下での義務、第4部(手続的側面)に関連する。¹²² しかしながら、何が特定の知的財産分野における知的財産権に関する「譲許の停止」を意味するのか解釈するのは極めて難しい。違反国の企業に対する知的財産保護を否定することは、通商に関する他の譲許を停止することに比べてはるかに広範な影響を有する不明確で複雑な結果を引き起こすように思える。履行とそのため措置との釣り合いが問題となりうるのである。¹²³

不十分な救済と不遵守は米国著作権法事件の余波として明らかになった。この事件は、21条3項に基づく勧告の履行のための妥当な期間を決定

¹²⁰ See Mavroidis (2000), 794 et seq. See, however, the AB report in the *US – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute* (DS 320). 順番付けに関する議論の盛り上がりについては、Mavroidis (2000), 795ページ以降、Zimmerman (2006) 68ページを参照。

¹²¹ Fukunaga は、このことが執行水準が不十分な途上国に比べて先進国がほとんどDSSを利用しない主な理由のひとつであると論じている。Fukunaga (2008).

¹²² See Article 22(3)(f)(iii) DSU.

¹²³ Abbott (1997), 433. DSUによるこの他の救済には、同一の協定のその他の分野あるいは他のWTO協定に関する譲許の停止がある(DSU 22条3項(b)および(c)).

するための仲裁、無効化および EC の利益の損失のレベルを決定し、EC から DSB に対する DSU 22条 2 項の譲許その他の義務を停止することの要請について決定するための、DSU 25条 2 項による仲裁を含んでいた。米国は違反とされた法を変更する代わりに、一定金額の支払いによる和解を提案した。¹²⁴ この選択肢は DSU 22条 1 項に定めがあるが、勧告の完全な履行に代わるものとしては認められていない。にもかかわらず、米国が上級委員会勧告の遵守として行ったのはまさに代償だけであった。Dreyfuss と Dinwoodie は、代償は救済として可能だと考えているようだが、この方法は豊かな国にしか使えず、途上国に不利益を与えるということから、不均衡を生み出すものであることも認めている。¹²⁵ 代償を「遵守のなかから自分を買出す (buy oneself out of compliance)」方法として認めることは、現在の制度におけるすべてのレベルに固有な根本的な不平等を思い出させるさらなるものであろう。不遵守は一般歳出法211条に対する DSB 勧告に対する米国の対応でもある。EC と米国の間で合意されたいくつかの修正や履行のための妥当な期間の延長（最後に合意したのは2004年12月17日であり、履行期限を2005年6月30日に延長した）の後、米国はいまだに十分な履行を報告していない。

米国の TRIPS 違反を含む 2 つの主要な紛争に関する勧告に従うことに対する米国政府の消極性は、明らかに、パネル手続の結果と WTO の裁判機関による司法行動主義に対する、とりわけ米国議会の強い不満を示すものである。しかし、米国が他国に対して積極的、ややもすると攻撃的に DSS を利用していることを考えると、米国に不利なくつかの勧告に対する目に余る無視は、パワーの非対称という感を強くさせ、この制度の信頼性が損なわれていることを証明しているともいえよう。2002年に行われた当時 EU の通商代表、現 WTO 事務局長である Pascal Lamy がスピーチで述べたとおり、「ルールに基づく制度は単にルールが精緻化され採択されている

ということだけを意味するのではない。我々すべて、そしておそらくは特に本制度の主要なプレイヤーが、紛争解決理解によりもたらされるルールの履行に従うことが必要なのである。これがなければ、究極的には経済担当者にとっての真の安全保障はありえない」。¹²⁶ 参加の観点からは、遵守の予測可能性が低いことは途上国や後発開発途上国が DSS を利用するためのインセンティブを低減させるひとつの追加的要素である。¹²⁷

5. TRIPS 関連紛争解決への参加の分析

DSS の制度的デザインの検証に続いては、それが国家および国家以外のアクターが知的財産紛争に参加するためのインセンティブにどのように影響しているかを調査するのが自然である。こうした調査は間違いなく、知的財産法の策定の進展に対して WTO 紛争解決機関が行っている役割および行いうる役割に対する我々の理解を向上させることになる。

5.1 知的財産紛争解決における加盟国の代表

初期の分析において、Dreyfuss と Lowenfeld は WTO の紛争解決制度は知財集約産業に重要な利害関係を有する強力な国家にとってより利用しやすく魅力的なものになるだろうと予言していた。この 2 人は、コンピューター・プログラムのような知的財産に係る利益の高度化が求められる産業が国家経済において高く評価されるようになる領域において特にあてはまると推測していた。したがって、彼らは「そのような可能性の低い国家が被申立国や申立国になることはないであろうし、[第三者] 参加に必要な『実質的な通商上の利害関係』を示すこともできないだろう」と述べ

¹²⁴ 米国は、EC において実演権管理団体（そのメンバーに対し一般的な支援をし、著作権のプロモーションを行っている）により設立される、メンバーに対する一般的な支援と著作権のプロモーションを行うためのファンドに対し、330万ドルの一括支払いを行うことに合意した。

¹²⁵ Dinwoodie and Dreyfuss (2004).

¹²⁶ Transatlantic Business Dialogue, 8 November 2002, speech 02/553, available at: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/02/553 &format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>. 米国の通商障壁に関する、2002年の欧州委員会の報告書“US compliance with WTO Dispute Settlement Recommendations”を参照。救済に関して、Mavroidis (2000) 参照。

¹²⁷ See Sutherland report (2004), para. 243.

ている。¹²⁸ DSSの制度デザインやこれまで申立ての行われた TRIPS 関連紛争を概観すると、これらの予言が正しかったことが裏付けられる。実際、先進国が常に TRIPS 協定とそれに関連する DSS に対する最も熱心な利用者であった。24件の TRIPS 関連紛争のうち、米国は16件において申立国である（うち1件はオーストラリアとの共同申立）。6件は EC による申立てである。さらに、紛争はしばしば世界貿易システムの主要なプレイヤーに限定されてきた。米国の申立ては8件が欧州共同体およびそのメンバーを相手とするものであり（EC 3件、ギリシャ1件、スウェーデン1件、デンマーク1件、ポルトガル1件）、日本とカナダに対して1件ずつである。欧州共同体はカナダと日本に対し1件ずつ、米国に対し3件の申立てを行っている。パネル報告書が発行された4件と、紛争全体のうち7件において、2つの巨大な知財のアクター、すなわち米国と欧州共同体の遵守の問題を含んでいる。途上国が申立国となっているのはたった1件である（ブラジル）。

知的財産紛争を年代順に見ていくと、初期（1996～2000年）には米国が申立てをほぼ独占しており、途上国（インド、パキスタン）や先進国（カナダおよびポルトガル、スウェーデン、デンマーク、ギリシャといった EC 諸国）を相手とする多数の申立てを行っている。しかしその後、米国自身の知財規範が問われる時期となった（たとえば米国著作権法事件や米国一般歳出法事件など）。

強力な知財産業を有する先進国が申立国の側を独占することは驚くに値しないものの、途上国が被申立国側となっている場合がそれほど多くないという事実は直感に反するかもしれない。一見したところ、多くの途上国において TRIPS の要求と比べた場合に知財保護の水準が不足していると判断されるであろうことが予想できよう。Lowenfeld と Dreyfuss が述べているとおり、「TRIPS 構想の目的は途上国がより効果的な知的財産保護を行うよう誘導することであったため、この分野における WTO 訴訟の大半は申立国である先進国と被申立国である途上国との間で行われるものになると予想できるだろう」。しかし、すべての知財紛争のうち途上国が関係しているのは7件にすぎず、そのうえこれらの国は最近「The Middle」

¹²⁸ Dreyfuss and Lowenfeld (1997).

（あるいは新興工業国、NIC）といみじくも認められるようになった、すなわち、アルゼンチン、中国、インド、ブラジルのような、急激な経済成長を実現したが今後のイノベーションや経済成長のためには知識や情報へのアクセスが不可欠な国ばかりである。¹²⁹ 米国による申立ては6件が途上国を相手とするものであるが（インド1件、ブラジル1件、アルゼンチン2件、パキスタン1件、中国1件）、ECは1件しか途上国を相手方としていない（インド）。それでは、途上国はなぜ紛争解決を通じて遵守を確保するためにもっと申立てを受けないのであろうか。

学者はこのいささか矛盾した結論に対していくつか異なった説明を行っている。Fukunaga によると、途上国の側で TRIPS を遵守する際の本当の問題は、その実施と個々の事例におけるルールの適用に関連している。しかし、最低限度の水準に関する合意という TRIPS 協定の性質は、彼の見解によるとこうした紛争の解決には非常に限られた役割しか果たすことができない。¹³⁰ 経済的に強力なアクター（その最たるものが米国）により一方的に圧力をかけ続けること、それとともに、時間のかかる準司法的な手続および審理に比べてより効果的な手段であると認識されうる、2国間での TRIPS プラス協定を通じた圧力に説明を求める者もいる。¹³¹ 先進国が開発途上国や後発開発途上国に対して訴訟提起を行うことに消極的であるさらに別の理由として、より攻撃的な訴訟政策は国際的な知財ガバナンスにおける権力の非対称性という既存の感情を助長し、紛争に対する「ダビデ対ゴリアテ」という民衆の認識を強固なものとするであろう点も挙げうる。より一般的には、途上国に対する紛争は TRIPS 7条および8条という目的、原則に関する規定を活性化させ、国家自治と国際規範への遵守に対する厳格な見解との緊張関係に加えて、知的財産権とその他の重要な公益とのバランスという、2つのデリケートな問題に対してパネルがより明確な見解を示すことを強いることになりかねない。こうした展開は、TRIPS に基づく知財制度の主要なプレイヤーにとっての長期的な利益ではない

¹²⁹ See Dreyfuss (2008); Reichman (2000).

¹³⁰ Fukunaga (2008).

¹³¹ Abbott (2005), 88 et seq. See Kur and Grosse Ruse-Khan, Ch. 8, 2.1.1, in this volume.

だろう。¹³²

DSS の 2 党派による外交的性格からくる制約を相殺するひとつの可能性として、各国に第三者として紛争解決手続に参加する権利を与えることが考えられる。パネルや上級委員会に意見書を提出し見解を伝えることは、理論的には、途上国や後発開発途上国が決定過程に異なる見解を注入し、問題となっている TRIPS 規定の解釈が有権者や途上国の経済的、社会的発展に与える影響を際立たせる、歓迎すべき経路を提供することになる。実際、カナダ医薬品特許事件 (DS114) では、ブラジル、コロンビア、キューバ、インド、タイが手続に参加しており、少なからぬ途上国の参加があったことがわかるだろう。EC 商標・地理的表示事件 (DS290) は、アルゼンチン、ブラジル、中国、コロンビア、メキシコ、台湾の第三者参加を促した。米国著作権法110条に関する紛争ではブラジルが意見書を提出しており、米国一般歳出法211条事件 (DS176) ではニカラグアが第三者参加を行っている。同様に、知的財産権の保護と執行に影響を及ぼす措置に関する米国と中国の紛争 (DS362) は、アルゼンチン、ブラジル、韓国、メキシコ、タイ、台湾といった途上国の側の関心を招いた。¹³³ 第三者参加の歴史はおそらく、特に新興工業国の側の自信が増大していることとそれぞれの行動主義を示しており、これは疑いなく制度への参加を積み重ねることによるものである。¹³⁴

途上国はその訴訟参加において TRIPS 協定における技術的知識を生み出す側の権利義務とその知識を利用する側の権利義務の間でのより良いバランスを実現するための体系的な議論を行っている。カナダ医薬品特許事件において、ブラジルとインドは第三者として、権利者の利益と効果的で実現可能な公衆衛生制度を確保するというより広い社会利益とのバランスをとるために加盟国が評価を行うためのより広い余地に対するカナダの見解を支持し、TRIPS 協定の文言をこれら 2 つの、しばしば衝突する

¹³² Reichman (2000).

¹³³ インドとトルコは利害関係に気付いていたが、提出を行わなかった。

¹³⁴ たとえば初期のインド特許 (EC) 事件 (DS79) では、米国のみが第三者参加しており、途上国の参加はなかった。

目標を調整するものであると指摘した。¹³⁵

概して、第三者参加の制度は今日までのところよく確立されており、知財紛争解決制度において評価されているが、その能力は特に後発開発途上国に関しては完全に発揮されているとはいいがたい、といえるだろう。確かに、途上国や後発開発途上国は DSU 4 条11項や同10条 2 項の実質的な (通商上の) 利害関係という要件によって断念させられてきた可能性はある。しかし、すでに述べたとおり、パネルと上級委員会はいままでこの要件を形式的に解釈しておらず、協議やパネル手続に対する比較的広範な第三者アクセスを確保している。

途上国が当事者あるいは第三者として紛争解決手続に参加することのより実質的な障害が、国際通商裁判に伴う高額な費用にあることは議論の余地がないであろう。制度を繰り返し利用している国は、極めて優秀だが費用のかかる法や経済、その他の専門家に依頼することができる。対照的に、途上国や特に後発開発途上国にはそうした能力 [訳者注：制度を利用する能力] を積み上げるために自国の稀少な資源を使うインセンティブはほとんどない。この点のバランスをもとに戻すために、途上国における情報と能力改善に向けた取組みを求める声は多く、そして、実務における多くの取組みがすでに行われている。¹³⁶

しかし、WTO の司法段階における途上国の不在は、より深刻な構造的な非対称、すなわち準司法的な知財法制定に対する利害関係が低いと認識されていることからくる参加へのインセンティブの欠如を表している。¹³⁷ 確かに、この状況を変え途上国が DSS を含む TRIPS 関連の決定に参加する機会を改善する唯一の方法は、彼らの経済および国内の政治プロセスの構造を変えることである。究極的には、途上国をグローバルな知財ガバナンス

¹³⁵ インドは「TRIPS 協定の前文は知的財産権の有効かつ十分な保護を強調する一方で、同時に、知的財産権の行使のための措置および手続自体が正当な貿易の障害とならないことを確保する必要性についても明確に示している」と述べている。

Canada Pharmaceutical Patents, p. 119.

¹³⁶ See Reichman and Lange (1998–9); Shaffer (2006). Concerning the Advisory Centre on WTO Law, see TN/DS/W/90 (Mexico); cf. Nordström and Shaffer (2008).

¹³⁷ Shaffer (2005a).

ス制度の平等なプレイヤーとするのは、より民主的な政府と組み合わせた、経済成長と技術的進展である。このことは今日ブラジルやインドといった国々の位置付けが変わっていることに顕著である。しかし、多くの途上国においてこうした変革にあたっての障害は、複合的で複雑なものである。

5.2 知的財産紛争解決における民間セクター

利益の水平的配分に目を向けた場合、国家のみが紛争解決手続の当事者となる能力があることが明らかである。このことは、申立てを行う権利は国家とその政府代表に留保されているのと同様であることを示唆している。すでに論じたとおり、私人、個人、企業あるいは非政府団体は申立てを行ったり手続に参加することはできない。同時に、WTO紛争解決手続における申立国の主張の背後にはしばしば強力によく組織された産業や、たまには私企業の利益が存在していることは広く認識されている。Susan Sell は米国により WTO DSB に付託された最初の 7 件の紛争をひとつずつ辿り、組織化された産業の利益が USTR を説得して協議およびパネル設置を要請させたことを突き止めている。PhRMA により代表される米国の医薬品産業は、他の事業者団体とともに、強力なアクターとして姿を現している。同様に、問題とされた米国法はしばしば、対立する経済的利益の間での立法交渉の結果を表すものである。それゆえ、1999年の米国一般歳出法211条が、Havana Club Holdings の商標である Havana Club に対する米国での保護を妨げるためにバミューダ籍の Bacardi 社が行ったロビー活動の結果として導入されたことは秘密でもなんでもない。¹³⁸ 欧州共同体がこの件に参加したのは Pernod Ricard 社の利益を守るためであったと説明しうる。Pernod Ricard 社はフランスの巨大な酒類事業会社であり、1993年にキューバの Havana Rum and Liquors 社との合併事業で Havana Club Holdings を設立している。欧州共同体のプレスリリースによると、合併会社は

¹³⁸ 211条は、キューバに由来する商標であってカストロ体制の下で没収・国営化された事業者が使用していたものと「同一ないし実質的に類似する」ものについては、以前の所有者が数十年間にわたってそのマークを放棄していた場合であっても、米国の裁判所が承認することを禁止している。

現在 Havana Club ラムを世界70カ国以上で販売しているという。¹³⁹

米国著作権法事件では、Irish Music Rights Organisation により WTO への申立てを行った。¹⁴⁰ よく知られているとおり、この紛争は1998年10月27日に成立した、米国著作権法110条5項を修正する Fairness in Music Licensing Act によって導入されたいわゆる「家庭内」および「事業」に係る例外と TRIPS との整合性が問題となったものである。¹⁴¹ この事例を精査すると、関係する双方の利益団体、すなわち音楽著作物の権利者と音楽を利用する事業者（レストラン、バーなど）がよく組織されており、米国の立法過程に対して声大きいことが明らかである。¹⁴² しかし TRIPS 制度では、内国の知的財産権者のための事後的な影響力というものはほとんど見られることはなく、国内の政治的妥協を考慮していない。¹⁴³

国内の経済的利益を守ろうとする政府の一般的な傾向はさておき、紛争解決における国家の積極主義はしばしば、民間の経済的利益が政府に届くような円滑でよく制度化された手段の存在を示すものである。Gregory Shaffer は米国と EU の WTO 協議および紛争解決への付託に際して公と私の関係性が果たす役割について記述、分析している。彼は、米国で早期に成立した301条の手続—民間が認識した通商障壁や潜在的な通商クレームを米国政府に通知するよう民間に依頼している—は、産業界の利益を推し進める重要なチャンネルであり、WTO 手続における米国の効率性を部分的に説明することができるとの説明を行っている。EU では、Trade Barriers Regulation の採択に、民間の経済的利益を公的な通商政策に変化させるた

¹³⁹ See Commission press release IP/01/1188 of 6 August 2001. See Brennan (2002).

¹⁴⁰ See Brennan (2002).

¹⁴¹ この事件の背景に対する、公共選択理論と法の経済分析を適用した詳細で説得的な分析として、Helfer (2000)。

¹⁴² レストランおよび小売事業者について全米レストラン協会 (NLBA)、および、作曲家、作詞家、音楽出版社の実演権を集中管理する3つの主要な団体 (ASCAP, Broadcast Music, Inc., SESAC, Inc.)。この事例から明らかなのは、米国の立法者はこれらの団体が提供したデータを引用しており、彼らによるライセンス契約を基本的に複製したということである。

¹⁴³ Dinwoodie and Deryfuss (2004).

めの同様の試みを見てとることができる。¹⁴⁴ この点について、途上国は明らかに不利であり、長年にわたる政治的ロビー活動や参加型民主主義の実行を通して発展する制度的洗練を欠いている。

集約された賭け金の高い経済的利益に比べて、利用者の幅広い利益は TRIPS 関連の紛争解決手続にほんの一部しか表れていない。この非対称性に対する明確な理由のひとつは、TRIPS が自己の利益を権利者の利益と同一視していることにあり、これは論理的には協定違反は知財産の利益を損なうものであるとの証拠に根拠付けられることを示唆している。¹⁴⁵ 現在の TRIPS 協定の構造には知的財産権の例外と制限が定められているが、これらは利用者の権利という地位にまで格上げされているわけではない。結果的に、国家がこうした例外を確保しないことは TRIPS 上の義務違反とはならず、したがって紛争解決手続を基礎付けることはできない。¹⁴⁶ さらに、間接的に利用者の利益を表明することができる途上国は、上述の様々な理由によって、被申立国としてできえこうした手続の当事者となることは稀である。最後に、NGO や個人による直接参加は、現在の DSS の制度デザインにおいては不可能である。当事者適格は国家に限定されており、*amicus curiae* 意見書を提出する可能性は上級委員会により慎重に残されてはいるものの、TRIPS 関連紛争は今日までのところ NGO にとってそれを提出させるほどの魅力はなかったようである。

TRIPS 関連の申立てに関する国の行動主義に対する、知財産の集約されよく組織化された利益による目に見える影響は、紛争解決手続における水平および垂直の少数派利益間の共生関係に明確に反映されている。このことは明らかに、パネルがかなりの程度知的財産保護の水準を引き上げる方向に TRIPS の規則を解釈するリスクを伴い、実際より過少に表されてい

¹⁴⁴ OJ L349 of 31 December 1994, as modified by Council Regulation no. 365/95, OJ L41 of February 1995. Cf. Shaffer (2001); Zimmerman (2006), 60. 初期の EEC Regulation no. 2641/84 については、Petersmann (1997) 87ページを参照。

¹⁴⁵ See Fukunaga (2008), 887; Dreyfuss (2008).

¹⁴⁶ このことは、国内の利用者に対して TRIPS 協定の効果が直接及ばないという見解においてはなおさらである。See Kur and Grosse Ruse-Khan, Ch. 8, 2.2.1 in this volume; cf. Dreyfuss (2004), Dreyfuss (2008), 12.

る途上国の多数派利益と情報や技術の利用者に対して不利となることは議論の余地がない。¹⁴⁷ そのため、WTO の将来と紛争解決制度の構造改革に関する議論において、多くの論者は、制度のバランスをとり直し、参加の非対称性を少なくとも一部分でも相殺するためにとりうる方策として、途上国と NGO のアクセスを改善することを強調している。しかし、以下で述べるとおり、一般の参加を利用しつつ、司法プロセスを実効的に保ち政治圧力からの絶縁を維持するような適切な制度配置を見出すことは難問である。

¹⁴⁷ 同旨、Dreyfuss (2008) 17ページ。