

国際的な囲い込みの動きについて(2)

Peter K. YU*

青柳 由香(訳)

はじめに

- I. 政策的余地の必要性
 - A. 知的財産の保護
 - B. 地域の製造能力
 - C. 医療制度
 - D. 複雑な共生関係 (以上、前号)
- II. 政策的余地の囲い込み (以下、本号)
 - A. 囲い込み以前
 - B. TRIPs による囲い込み
 - C. TRIPs の柔軟性 (以上、本号)
 - D. TRIPs プラスの囲い込み (以下、次号)
 - E. 小括
- III. 政策的余地についての交渉
 - A. ドーハ宣言
 - B. 8月30日の決定
 - C. 第6項の解決策
 - D. 31条の2の提案
- IV. 政策的余地の再生
 - A. 力の非対象性
 - B. インセンティブと投資の分離
 - C. 知的財産権のグローバル化

結語

* Copyright © 2007 Peter K. Yu. Kern Family Chair in Intellectual Property Law & Director, Intellectual Property Law Center, Drake University Law School.

II. 政策的余地の困り込み

知的財産保護が公衆衛生に悪影響を与えるとの批判がなされる際には、批判者は知的財産制度をあたかも単一の、統一的な制度のように説明する。だが、そのような説明はまったく正確ではない。実際、知的財産制度には異なる多くの種類が存在しているのである。豊かな国では有効な制度も、貧しい国においては十分に機能しないかもしれない。同様に、農業が支配的な経済体制においてうまく機能する制度が、ハイテク経済には適さないかもしれない。

説明のために、本稿は「豊かな国」と「貧しい国」という区別を用いて、先進国と途上国とで必要とされるタイプの異なる知的財産制度を示すことにする——そして同時に、知財に直接関連する要素 (the IP-relevant factors)、知財に関連のある要素 (the IP-related factors)、知財に関連しない要素 (the IP-irrelevant factors) の相関性も重視する。こういった区別にも係わらず、知的財産制度は広範なものであり、それは、いかなる分野についてもいかなる保護も与えないといったものから、全技術分野において非常に強力な保護を与えるものまであり、その間では異なる分野における異なる保護がなされるのである¹²⁰。

また、TRIPs 協定にも、「開発途上国」と「後発開発途上国」という自己選択による指定があるように¹²¹、経済的な発展や貧困の程度にも多くの段階があることを頭にとどめておくことが重要である。ブルキナファソとインドは本稿においては「途上国」として同様に扱っているが、これらの国は、それぞれ異なる問題に直面し、またその問題に対処するためのリソースの程度も異なっている。実際、2名の論者が近時にある指数を提案した

¹²⁰. See sources cited in Peter K. Yu, *From Pirates to Partners: Protecting Intellectual Property in China in the Twenty-First Century*, 50 AM. U. L. REV. 131, 233 n.502 (2000) [hereinafter Yu, *From Pirates to Partners*].

¹²¹. 指定の議論につき、see generally Guglielmo Verdirame, *The Definition of Developing Countries Under GATT and Other International Law*, 39 GERMAN Y.B. INT'L L. 164 (1996); WTO, Who Are the Developing Countries in the WTO?, http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/dlwho_e.htm (last visited Mar. 8, 2006).

が、これは、先進国、開発途上国、後発開発途上国という国連の分類が、いかに「特許権者とその利用者との間の衡平なバランスを達成するには不適切である¹²²」かを示すためのものである。彼らが説明するには、「国連による分類は、一人当たりの収入のみに基づいているが、これは経済支援を行うために作成されたものである。だが、これは疫学的な問題（人口における感染率など）を含む HIV/AIDS のような複雑な問題を取り扱うためのものではない¹²³」。

理論上は、その異なる経済的、社会的、文化的、技術的条件を理由として、複数の国家はそれぞれ異なる制度を必要とするが、実際には、たとえばある制度が自国の利益や国内状況に最適であるとしても、それを採用することはできない場合がある。採用できるかどうかは、各国家が十分な政策的余地を有しているか否かにかかっている。TRIPs 協定の策定、および二国間貿易協定と地域貿易協定の増加により、国家が知的財産政策をめぐる政策的余地は非常に限られてきた。結果として、経済発展や技術的能力を欠くにもかかわらず、途上国は豊かな国にふさわしい知的財産制度を採用しなければならない場合が生ずるのである。

A. 困り込み以前

工業所有権の保護に関するパリ条約（「パリ条約」）の制定時に¹²⁴、多くの国が強制ライセンスや、並行輸入、実施要件、出願制度等の問題について強く反対した¹²⁵。オランダやスイスといった国々は特許制度すら有して

¹²². Bradly Condon & Tapen Sinha, *Global Diseases, Global Patents and Differential Treatment in WTO Law: Criteria for Suspending Patent Obligations in Developing Countries*, 26 NW. J. INT'L L. & BUS. 1, 41 (2005).

¹²³. *Id.*

¹²⁴. Paris Convention for the Protection of Industrial Property, Mar. 20, 1883, revised at Stockholm July 14, 1967, 21 U.S.T. 1583, 828 U.N.T.S. 306 [hereinafter Paris Convention]. パリ条約ははじめての国際的な工業所有権制度であり、特許、商標、意匠、および他の不正競争を対象とする。

¹²⁵. パリ条約の下での認められた異なる要件につき、see generally G.H.C. BODENHAUSEN, GUIDE TO THE APPLICATION OF THE PARIS CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDUSTRIAL PROPERTY (1968).

おらず¹²⁶、他方でドイツ等の国はアンチ・パテント運動の影響を強く受けていた¹²⁷。国際的レベルにおいて各国の特許保護を調和させるために、パリ条約は妥協を図って、各国の国内での特許の保護のあり方については自国で決定できるようにした¹²⁸。統一的な制度を創設することはせずに、パリ条約は内国民待遇という無差別主義を採用し、各国が異なる特許制度を試みるかなりの余地を残したのである¹²⁹。

たとえば、国内実施要件や強制ライセンス条項を導入するか否かは各国が判断することができた¹³⁰。特許保護が十分なインセンティブを付与しているか否か、あるいは、製品にまで保護を拡大する必要があるか否かを検

¹²⁶ オランダは特許法を1817年に制定したが、1869年には同法を廃止した。 Fritz Machlup & Edith Penrose, *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*, 10 J. ECON. HIST. 1, 3, 5 (1950). ほとんどの他の工業国が特許制度を有していたにもかかわらず、オランダとスイスがこれをもたなかった時期における両国について、see generally ERIC SCHIFF, *INDUSTRIALIZATION WITHOUT NATIONAL PATENTS* (1971).

¹²⁷ Peter K. Yu, *Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime*, 38 LOY. L.A. L. REV. 323, 349 (2004) [hereinafter Yu, *Currents and Crosscurrents*]. アンチ・パテント運動について、see generally Heinrich Kronstein & Irene Till, *A Reevaluation of the International Patent Convention*, 12 LAW & CONTEMP. PROBS. 765 (1947); Machlup & Penrose, *supra* note 16.

¹²⁸ Roffe, *supra* note 31, at 9 (「地域的な特許の拡大——そしてその後の強制ライセンスの付与——は、パリ条約の時点では、19世紀の欧州におけるアンチ・パテントへの感傷を鎮めるための、バランス的要素および妥協であると考えられた。」。) 当初のパリ条約の抜粋につき、EDITH TILTON PENROSE, *THE ECONOMICS OF THE INTERNATIONAL PATENT SYSTEM* 56-57 (1951).

¹²⁹ See Paris Convention, *supra* note 124, art. 2 (外国の権利者の内国民待遇を規定)。

¹³⁰ See STEPHEN P. LADAS, *PATENTS, TRADEMARKS, AND RELATED RIGHTS: NATIONAL AND INTERNATIONAL PROTECTION* 9-16 (1975) (法的な創造の「ラボラトリー効果」について検討); Sungjoon Cho, *A Bridge Too Far: The Fall of the Fifth WTO Ministerial Conference in Cancun and the Future of Trade Constitution*, 7 J. INT'L ECON. L. 219, 238 (2004) (地域的なレベルで、各国が試行錯誤で実地を通して学ぶことを可能にする地域主義の「ラボラトリー効果」を検討); John F. Duffy, *Harmony and Diversity in Global Patent Law*, 17 BERKELEY TECH. L.J. 685, 707-08 (2002) (新たな規制や経済政策を試してみることにより、規制間競争を通じて、いかに各国が法制度を進展させることができるかを検討)。

討することもできた。さらには、そもそも特許を保護するか否かすら判断することができた。たとえばオランダとスイスについては、パリ条約の締約国は特許保護を実施せずとも条約に参加することを認めたのである¹³¹。その後、スイスは1888年に¹³²、オランダは1910年¹³³に特許保護を導入した。

パリ条約は先進国メンバーにとっては数十年間はうまく機能したが、植民地を独立(自治)させる取り組みや、それに続く途上国の出現により、国際的な知的財産制度における保護の範囲についての疑問が生じた。当初は締約国間においてハーモナイゼーションの程度についての見解の相違がみられたが¹³⁴、そういった相違は、パリ条約の既存の締約国と新規締約

¹³¹ See Yu, *Currents and Crosscurrents*, *supra* note 127, at 351-52. しかしながら、両国ともに商標法が実施されており、そのような保護によってパリ条約の締約国としての正当性が認められるかもしれないことに注意することが重要である。 See SCHIFF, *supra* note 126, at 22.

¹³² PENROSE, *supra* note 128, at 123-24. スイスの特許制度開始が1888年であるのか、あるいは1907年であるのか見解の相違がある。 See SCHIFF, *supra* note 126, at 85-86.

¹³³ Machlup & Penrose, *supra* note 126, at 6.

¹³⁴ パリ条約の原締約国は、ベルギー、ブラジル、エクアドル、フランス、英国およびアイルランド、グアテマラ、イタリア、オランダ、ポルトガル、エルサルバドル、セルビア、スペイン、スイス、チュニジアである。 Yu, *Currents and Crosscurrents*, *supra* note 127, at 351. エクアドルはパリ条約が発効してから1年後の1884年にこれを廃棄し、米国は1887年にパリ条約を批准した。 *Id.* 興味深いことに、これらの締約国は非常に異なる工業的な発展段階にあった。 Friedrich-Karl Beier は次のように指摘する。

「14カ国の締約国のうち、ブラジル、エクアドル、グアテマラ、エルサルバドル、セルビア、チュニジア等、そのほとんどは工業発展の初期段階にあった。したがって、パリ条約は工業国のための保護主義的な制度であるとは考えられておらず、そのような合意もされなかった。パリ条約は当初より、技術的、経済的、法的な発展において様々な段階にある各国から構成されていた。パリ条約の原締約国のうち、英国、フランス、——そして一定の範囲で——スイスだけが工業的に発展していた。米国、日本、ドイツ、オーストリアといったより工業的に発展していた他の諸国の大部分は、当初はパリ条約の利益について懐疑的であり、後になって加入した。米国は1887年、日本は1899年、ドイツは1903年、オーストリア・ハンガリー帝国は1909年である。」

Friedrich-Karl Beier, *One Hundred Years of International Cooperation—The Role of the*

国との間の見解の相違に取って代わられた。1970年代半ば、途上国は、パリ条約の見直しをして、自らに適用される知的財産保護の最低基準を引下げ、パリ条約の下で可能な強制ライセンスを拡大することを要求した¹³⁵。それに対し、米国はこれらの要求に対して猛烈に反対し、1981年のナイロビ外交会議における有名な先進国と途上国間の「手詰まり」を生じさせた¹³⁶。

B. TRIPs による囲い込み

この「手詰まり」に対応すべく、米国に主導され、また多国籍企業の影響を受けた先進国は¹³⁷、1980年代半ばには後に WTO となる通商ベースのフォーラムである関税と貿易に関する一般協定(GATT)を好むようになり、知的財産をベースとするフォーラムを捨て去った¹³⁸。10年近くの交渉の後、ついに諸国は世界貿易機関を設立するマラケシュ協定¹³⁹に合意したが、これは附属書として TRIPs 協定¹⁴⁰として知られる知的財産に関する多国間合意を含むものであった。より強い国際知的財産保護をもとめて激しくロビー活動を行った医薬品産業を利するために¹⁴¹、TRIPs 協定は、豊かな国を

Paris Convention in the Past, Present and Future, 15 INT'L REV. INDUS. PROP. & COPYRIGHT L. 1, 3-4 (1984).

¹³⁵ Yu, *Currents and Crosscurrents*, *supra* note 127, at 357.

¹³⁶ *See id.*

¹³⁷ *See generally* SUSAN K. SELL, PRIVATE POWER, PUBLIC LAW: THE GLOBALIZATION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (2003) (TRIPs 協定の創設のために、多国籍企業が米国とヨーロッパ共同体でいかにロビー活動を行ったか検討)。

¹³⁸ *See* Yu, *Currents and Crosscurrents*, *supra* note 127, at 357-58 (先進国が知的財産分野の交渉を世界知的所有権機関のフォーラムから WTO のフォーラムに移行させたことを検討)。

¹³⁹ Marrakesh Agreement, *supra* note 8.

¹⁴⁰ TRIPs Agreement, *supra* note 8.

¹⁴¹ *See* SELL, *supra* note 137, at 47-48. これらのロビー活動の努力の成功は、行政府からなる通商政策および交渉に関する諮問委員会 (Advisory Committee for Trade Negotiations, ACTN) が通商政策についての民間セクターの見解を主張したことから分かる。同委員会の長を務めたのはほかならぬ Pfizer 社の Edmund Pratt 氏である。 *Id.* at 48.

モデルとして国際知的財産ルールを作り直し、主として4つの点において制度を変更した。

まず第1に、「特許出願について、全ての技術分野において非差別概念を導入した¹⁴²」。27条は、特許は「新規性、進歩性及び産業上の利用可能性のある全ての技術分野の発明（物であるか方法であるかを問わない。）について与えられる¹⁴³」必要があることを明らかにしている。更に、「発明地及び技術分野なら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ついて差別することなく、特許が与えられ、及び特許権が享受される¹⁴⁴」と規定する。多くの途上国は TRIPs 協定の制定時までは、医薬品の製造プロセスのみに保護を与えており、医薬品については保護を与えていなかったことから、この規定は重要な意味を有する。ある論者は次のように注意を喚起する。

国連が1975年に公表した調査によって、多くの発展途上国および先進国が、医薬品を特許できる発明から除外していることが明らかになった。当時、そのリストは、ソヴィエト連邦や東欧の旧共産主義諸国、および発展途上諸国のほとんどを網羅していた。オーストリア、カナダ、イタリア、日本、スペイン、スイスもまた同じカテゴリーに属し、イタリアと日本は医薬品のプロセスさえも特許保護から除外していた¹⁴⁵。

加盟国が特許制度を構築する時間とリソースを与えるため、TRIPs 協定は開発途上国に対しては4年間、また後発開発途上国に対しては当初は10年の移行期間を与えた¹⁴⁶（後発開発途上国についての移行期間は近時になり、ほとんどの製品について17年半に延長された¹⁴⁷）。さらに、TRIPs 協定は、いまだ医薬品に特許保護を与えていない諸国について、2005年1月1日

¹⁴² Roffe, *supra* note 31, at 9.

¹⁴³ TRIPs Agreement, *supra* note 8, art. 27(1) (emphasis added).

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ Roffe, *supra* note 31, at 13 (citing UNITED NATIONS, THE ROLE OF THE PATENT SYSTEM IN THE TRANSFER OF TECHNOLOGY TO DEVELOPING COUNTRIES (1975)); *see also* Scherer, *The Pharmaceutical Industry*, *supra* note 34, at 2247-48 (「世界の主導的な医薬品会社のうち3社が本社をおくスイスですら、1977年まで医薬品特許の付与を控えていた。」)。

¹⁴⁶ TRIPs Agreement, *supra* note 8, arts. 65-66.

¹⁴⁷ *See supra* note 12 and accompanying text.

以前に保護を導入すればよいとした¹⁴⁸。保護の不足を補うために、TRIPs協定はこれらの国に対して、特許保護の導入以前の出願を受け取るためのメールボックス制度を設立し¹⁴⁹、販売承認の日から5年間、あるいは特許の付与または拒絶の時点まで、排他的販売権を与えるように要請した¹⁵⁰。

ドーハラウンドにより後発開発途上国については2016年まで医薬品保護についての期限が延期されたが¹⁵¹、アルゼンチン、ブラジル、インド、南アフリカ、タイといった開発途上国についての遵守期限は以前のとおりとされた。中国と同様、これらの国は他の途上国へのジェネリック薬および関連原料の供給国であるので、途上国についての移行期間の終了によって新薬の価格は上昇し、それにとまってアクセスは低下すると考えられる¹⁵²。近時のTRIPs協定の改正により、締約国は十分な製造能力の無い他国に対してジェネリック薬を輸出することを認められてはいるが、ジェネリック薬産業の発展が利益を生むために必要な国内市場が失われるので、この移行期間の終了によりジェネリック薬のソースが枯渇するだろうと考えられる。

第2に、TRIPs協定は複雑な一連の手続ルールを有しており、それは国家が強制ライセンスを付与することができる条件を規定している¹⁵³——TRIPsの用語でいえば、「特許権者の許諾を得ていない使用¹⁵⁴」である。たとえば、31条(b)は強制ライセンスは「使用者となろうとする者が合理的な商業上の条件の下で特許権者から許諾を得る努力を行って、合理的な期間内にその努力が成功しなかった¹⁵⁵」場合でない限り認めることができないと規定している。

¹⁴⁸. See TRIPs Agreement, *supra* note 8, art. 65(4).

¹⁴⁹. *Id.* art. 70(8)(a).

¹⁵⁰. *Id.* art. 70(9).

¹⁵¹. Doha Declaration, *supra* note 13, ¶ 7.

¹⁵². See Timmermans, *supra* note 24, at 41-42; see also IPR COMMISSION REPORT, *supra* note 6, at 35 (「潜在的な供給国に特許が存在することで、特許権者は、特に流通チャンネルの管理を通じて、製品が他国に輸出されることを防ぐことができる。」)。

¹⁵³. See Roffe, *supra* note 31, at 9.

¹⁵⁴. TRIPs Agreement, *supra* note 8, art. 31.

¹⁵⁵. *Id.* art. 31(b).

加盟国は、「国家緊急事態その他の極度の緊急事態の場合又は公的な非商業的使用の場合」には、「合理的な商業的努力」の要件を免除することができる¹⁵⁶。31条(c)は「[許諾の]範囲及び期間は許諾された目的に対応して限定される¹⁵⁷」と規定する。31条(d)、(e)、(f)はその使用が「非排他的¹⁵⁸」、「譲渡不可能¹⁵⁹」「主として当該他の使用を許諾する加盟国の国内市場への供給のために許諾される¹⁶⁰」ものでなければならないとする。さらに、31条(g)および(h)はそのような使用は「その許諾をもたらした状況が存在しなくなり、かつその状況が再発しそうに無い場合には…¹⁶¹」取消されるものであり、「許諾の経済的価値を考慮し、特許権者は、個々の場合における状況に応じ適当な報酬を受ける¹⁶²」と規定する。そして、「[ライセンス]について提供される報酬に関する決定は、…司法上の審査又は他の独立の

¹⁵⁶. *Id.*

¹⁵⁷. *Id.* art. 31(c).

¹⁵⁸. *Id.* art. 31(d).

¹⁵⁹. *Id.* art. 31(e).

¹⁶⁰. *Id.* art. 31(f). 「主として(predominantly)」という文言はTRIPs協定においては定義されていないのであるが、31条(f)は加盟国が「製品のうち『主ではない』部分を輸出すること」を承認することを認めるものであるとの指摘もある。Frederick M. Abbott, *The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health*, 99 AM. J. INT'L L. 317, 319 (2005) [hereinafter Abbott, *WTO Medicines Decision*]; accord SCHERER & WATAL, *supra* note 75, at 29 (「31条(f)における『主として』という文言は、輸出国における強制ライセンスの下でのいくばくかの輸出は許されるのである、ということを示唆している。』)。ヨーロッパ共同体ですら、第6項の解決策の提案において、31条(f)は「(31条(k)に規定される状況下の場合を除いて)当該製品の主たる部分ではないものが外国市場への供給に向けられることを認めるものである」ということを容認している。Communication from the European Communities and Their Member States, *Paragraph 6 of the Doha Declaration of the TRIPs Agreement and Public Health*, ¶ 3, IP/C/W/352 (June 20, 2002) [hereinafter EC Proposal]. 他方で、アフリカ・グループは31条(f)を「製品は49.9パーセントまで輸出できることを意味する」と解釈することを提案した。African Group Proposal, *supra* note 14, ¶ 6(d).

¹⁶¹. TRIPs Agreement, *supra* note 8, art. 31(g).

¹⁶². *Id.* art. 31(h).

審査…に服する¹⁶³」。

第3に、TRIPs 協定は、それ以前のいかなる他国間協定によってもカバーされていなかった非開示情報の保護の種を蒔いている¹⁶⁴。39条3項は次のように明確に規定している。

加盟国は、新規性のある化学物質を利用する医薬品又は農業用の化学品の販売の承認の条件として、作成のために相当の努力を必要とする開示されていない試験データその他のデータの提供を要求する場合には、不公正な商業的使用から当該データを保護する。更に、加盟国は、公衆の保護に必要な場合又は不公正な商業的使用から当該データが保護されることを確保するための措置がとられる場合を除くほか、開示されることから当該データを保護する¹⁶⁵。

医薬品産業の概念はより広い解釈をされるようになってきているが¹⁶⁶、この規定における「不公正な商業的使用」の意味は営業秘密法におけるそれと同様に解されるべきであるとの指摘もなされている¹⁶⁷。Jerome

¹⁶³. *Id.* art. 31(j).

¹⁶⁴. JAYASHREE WATAL, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE WTO AND DEVELOPING COUNTRIES* 4 (2001) (非開示情報は「これまでに他国間協定の対象となったことはなかった」)。

¹⁶⁵. TRIPs Agreement, *supra* note 8, art. 39(3).

¹⁶⁶. IFPMA, *A REVIEW OF EXISTING DATA EXCLUSIVITY LEGISLATION IN SELECTED COUNTRIES* (4th rev. ed. 2005), http://www.ifpma.org/documents/NR2306/DataExclusivity_JAN05_revised.doc [hereinafter IFPMA REVIEW].

¹⁶⁷. See Jerome H. Reichman, *The International Legal Status of Undisclosed Clinical Trial Data: From Private to Public Goods*, in *NEGOTIATING HEALTH*, *supra* note 15, at 133, 141-42 [hereinafter Reichman, *International Legal Status*] (「不公正な商業的使用」の意味は、国内および外国の営業秘密法が伝統的に不公正であると考えてきた行為に依存する。); see also IPR COMMISSION REPORT, *supra* note 6, at 50 (「TRIPs は、たとえば試験データ等にデータの排他性を課すことは要求しておらず、不公正な商業的使用に対する保護のみを要求している」); Carlos María Correa, *Unfair Competition Under the TRIPs Agreement: Protection of Data Submitted for the Registration of Pharmaceuticals*, 3 *CHI. J. INT'L L.* 69, 71 (2002) [hereinafter Correa, *Unfair Competition Under the TRIPs Agreement*] (「TRIPs 協定が締結された時点では、米国やヨーロッパで構築されていた排他的なアプローチを採用する国はほとんどなかった。」)。

Reichman が指摘するように、そのような解釈は「39条3項の起草者が、明示的に同項とパリ条約の10条の2とを関連付け、さらに、いかなる『産業又は商業における誠実な行為に反する競争行為』をも回避するという義務を課したという事実から導き出される¹⁶⁸」。また、問題となる医薬品または農業用の化学品が「新規性のある化学物質を利用¹⁶⁹」しているという追加的な要件を課されていることを強調する論者もいる。

TRIPs 協定は、同協定の下で生じる全ての紛争は、WTO の義務的紛争解決手続きを利用することを要請する¹⁷⁰。この紛争解決規定は特に医薬品や特許保護に焦点を当てたものではないが、国際知的財産法の実施可能性を向上させ、また医薬品を多く輸出する各国に対して、自らの製品を保護するように通商パートナーを誘導する手段をもたらした。したがって、WTO の紛争解決機関が扱った最初の知的財産紛争が、インドの特許制度は TRIPs 協定70条8項が義務付けるメールボックス制度をもたない点で不遵守がある、との米国の訴えだったことは驚くことではないのである¹⁷¹。

実際、紛争解決手続きはウルグアイ・ラウンドの最高の成果だと考える論者も多い¹⁷²。皮肉にも、この手続の設立以後の最初の数年間は先進国に

¹⁶⁸. Reichman, *International Legal Status*, *supra* note 167, at 142 (パリ条約を引用, *supra* note 124, art. 10bis(2)); see also Correa, *Unfair Competition Under the TRIPs Agreement*, *supra* note 167, at 75-76 (「第三者によるそのようなデータについてのフリー・ライドや不正使用は不正な利得または不当利得を生み出すものだ」と論じられるのはあるが、アイディアの創造や使用に関連しない競争問題を解決するのは、知的財産制度の役割ではない。)

¹⁶⁹. Correa, *Unfair Competition Under the TRIPs Agreement*, *supra* note 167, at 74-75 (「新たな化学物質」は TRIPs 協定39条3項の適用についての重要な要件であると論ずる)。

¹⁷⁰. See TRIPs Agreement, *supra* note 8, art. 64.

¹⁷¹. Panel Report, *India—Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/R (Sept. 5, 1997) [hereinafter India Mailbox Panel Report].

¹⁷². See William J. Davey, *The WTO Dispute Settlement System: The First Ten Years*, 8 *J. INT'L ECON. L.* 17, 32 (2005) (「紛争解決は WTO の最大の成果である」); Rochelle Cooper Dreyfuss & Andreas F. Lowenfeld, *Two Achievements of the Uruguay Round: Putting TRIPs and Dispute Settlement Together*, 37 *VA. J. INT'L L.* 275 (1997) (ウルグアイ・ラウンドの2つの成果は、タイトルが示すように、「TRIPs と紛争解決を併せ

よる利用が主であったが、近時は途上国もこの手続をより高い頻度で利用している¹⁷³。手続の利用が増えているにもかかわらず、途上国が先進国に法律を変更させた事例はきわめて限定的である¹⁷⁴。結果として、WTO の紛争解決手続に対する疑問も指摘されるようになった¹⁷⁵。

C. TRIPs の柔軟性

TRIPs 協定が医薬品についてより強い保護を要請するのにもかかわらず、多くの国は実施期限までそのような保護の導入には消極的であった。たとえば、インドについて考えてみよう。WTO の紛争解決手続における敗訴の後、インドは TRIPs 協定締結後に出願された特許申請の「メールボックス」制度と、TRIPs 協定70条9項にもとづく排他的販売権を導入した¹⁷⁶。だが、同国は（医薬品の製造過程とは異なり）医薬品については、2005年1月1日という期限のわずか少し前に新しい特許法を導入するまでは特許保護を強化していなかった¹⁷⁷。確かに、この法律は安価な薬、ジェネリッ

た」こととする); Ruth Okediji, *Toward an International Fair Use Doctrine*, 39 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 75, 149-50 (2000) (「最も賞讃されている WTO 制度の成果は紛争解決メカニズムであり、これは新たな通商制度のデザイン全体に正当性を与えた」(footnote omitted)).

¹⁷³. See Davey, *supra* note 172, at 17 (「[WTO の紛争解決手続きの運用がなされた10年間のうち]前半——1995年から1999年まで——は、当初は米国が、そして後に EU がこの制度を集中的に用いたと特徴付けられる」); *id.* at 24 (「米国と EC はもはやこの制度の支配的な申請者ではなく」、WTO の紛争解決手続きの運用の最初の10年のうちの後半は「途上国によるこの制度の利用が劇的に増加した」とする)。

¹⁷⁴. See Yu, *From Pirates to Partners II*, *supra* note 53, at 939-40 (WTO 紛争解決機関における違反との判断がなされたにも係らず、米国が法律改正を行わなかったことを検討)。

¹⁷⁵. See, e.g., Benvenisti & Downs, *supra* note 28, at 21 (「トリビューナルは国家間のプレイング・フィールドを調整しようとするが、トリビューナルの権限と地位はその決定に有力な国家が従うかどうかによっているので、こういった企業的な傾向がいくらかは検討されるのは仕方が無いことである。」)。

¹⁷⁶. The Patents (Amendment) Act, 1999, No. 17, Acts of Parliament, 1999, available at http://www.ipindia.nic.in/ipr/patent/patact_99.PDF.

¹⁷⁷. The Patents (Amendment) Act, 2005, No. 15, Acts of Parliament, 2005, available at

く薬、関連する材料の開発や入手可能性に大きな影響を与えるのではあるが、同時にジェネリック製造業者が特許権者に対して合理的な支払いをなすことにより、既に開発された薬の販売を継続することも認めている¹⁷⁸。また、同法は「同一物質の新たな形態および既知の物質の新たな使用に言及する規定において、既存の物質に対するわずかな改良については特許付与を制限する¹⁷⁹」のである。

さらに、TRIPs 協定は途上国が用いることができたパリ条約下での政策的余地のすべてを排除したわけではない。高められた保護とのバランスをとるために、7条および8条は、前文とあわせて、様々な公益のセーフガードを規定している。たとえば、7条は「知的所有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である。¹⁸⁰」と明確に規定している。8条は加盟国が「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発展にきわ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とる¹⁸¹」必要を認識している。Jerome Reichman が指摘するように、これらのセーフガードはあわせて「予見されない困難な状況に対処するために免除を求める根拠¹⁸²」となるかもしれない。

実際、WTO の紛争解決パネルは、ヨーロッパ共同体がカナダの特許法における規制上の審査 (regulatory review) と備蓄の例外 (stockpiling

http://www.ipindia.nic.in/ipr/patent/patent_2005.PDF; see Abbott, *Cycle of Action*, *supra* note 15, at 27 (インドは2005年初頭まで医薬品についての特許保護を導入しなかったことを指摘); see also Srividhya Ragavan, *Of the Inequals of the Uruguay Round*, 10 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 273, 281 (2006) (インドの特許制度の最近の変更を検討)。

¹⁷⁸. Abbott, *Cycle of Action*, *supra* note 15, at 27.

¹⁷⁹. *Id.* at 27-28.

¹⁸⁰. TRIPs Agreement, *supra* note 8, art. 7.

¹⁸¹. *Id.* art. 8(1).

¹⁸². 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) (footnote omitted).

exceptions) とが TRIPs 協定違反であるとして訴えた「カナダ：医薬品の特許保護事件」(*Canada—Patent Protection of Pharmaceutical Products*)において7条と8条を好意的に解した¹⁸³。パネルはヨーロッパ共同体に賛意を示し「条約の交渉者が、TRIPs 協定の基本的なバランスを再交渉するのと同様のことを30条にさせようとの意図は持たなかったことは、30条に付された3つの条件により強く示される」としたが、「[これらの]制限の条件についての特定の意味は…7条および8条1項に規定された目的および制限に[照らして]…配慮をもって検討されねばならない¹⁸⁴」との判断をした。

加えて、TRIPs 協定には各国が交渉手続の間に意図的に加えた曖昧な規定がもたらす多くの「柔軟性」がある。Jayashree Watal が指摘するように、これらの規定に内在する「構造的な曖昧さ¹⁸⁵」は、途上国にとっては知的財産権のさらなる拡大に対する防波堤となるかもしれないし、またこれによって途上国が「TRIPs における交渉闘争で失ってしまったものを取り戻す」ことが可能となるかもしれない¹⁸⁶。こういった柔軟性は重要である。というのは、途上国は、交渉過程において適切に留保された政策的余地を守りつつ、曖昧な規定の注意深い解釈を通じて、自らの必要性に適合するように文言の解釈を行うことができるかもしれない。

TRIPs 協定1条は、加盟国は「国内の法制及び法律上の慣行の範囲内で

¹⁸³ Panel Report, *Canada—Patent Protection of Pharmaceutical Products*, § 7.26, at 154, WT/DS114/R (Mar 17, 2000).

¹⁸⁴ パネルは次のように述べる。

「パネルの見解では、30条の存在こそが、28条の特許権の定義には何らかの調整が必要であるという認識をもたらすのである。他方で、30条に付された3つの制限的な条件は、協定の基本的なバランスの再交渉と同等の影響を30条がもたらすことを、協定交渉は意図していなかったことを強く示すものである。明らかに、30条にいう権限の厳密な射程は、その制限的な条件に与えられた特定の意味に依存する。これらの条件についての文言は、この点に特に注意をして検討されねばならない。その際には目的を示す TRIPs 協定の他の規定とともに、7条と8条1項に規定された目的と制限が念頭に置かれねばならない。」

Id.

¹⁸⁵ WATAL, *supra* note 164, at 7.

¹⁸⁶ *Id.*

この協定を実施するための適当な方法を決定することができる¹⁸⁷」と特に規定している。Frederick Abbott が強調するように、この自由は少なくとも次のような柔軟性を内包するものである。

「TRIPs 協定は…価格を規制する政府の権限を制限するものではない。TRIPs 協定は[強制ライセンスまたは政府ライセンス]の付与を認めている。また、政府が並行輸入を許諾することも認めている。TRIPs 協定は用途特許が付与されねばならないとは規定していない。また、同協定は特許が規制上の審査のために用いられることが認められており、規制上の承認期間を相殺するために特許期間を延長することを義務付けてはいない。TRIPs 協定は提出された規制データの保護について限定的な形で規定している。だが、ジェネリック製造業者が生物学的同等性試験のデータを形成するために一般に利用可能な情報を利用することは、この保護によっては妨げられない。TRIPs 協定は競争法の適用についてかなりの裁量を認めている¹⁸⁸。」

最後に、政策決定者、論者、および非政府組織は、途上国の義務で、世界人権宣言¹⁸⁹、市民のおよび政治的権利に関する国際規約¹⁹⁰、および経済的、社会的および文化的権利に関する国際規約¹⁹¹等の人権条約と矛盾する可能性のあるものを検討し始めた¹⁹²。彼らは人権上の義務により、知的財産保護の「最大限度」が画定されると指摘する¹⁹³。

¹⁸⁷ TRIPs Agreement, *supra* note 8, art. 1(1).

¹⁸⁸ Abbott, *Cycle of Action*, *supra* note 15, at 30 (citations omitted).

¹⁸⁹ Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc A/810 (Dec. 10, 1948).

¹⁹⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, *opened for signature* Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171 (1976) (entered into force Mar. 23, 1976).

¹⁹¹ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *opened for signature* Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3 (entered into force Jan. 3, 1976).

¹⁹² See, e.g., Paul L.C. Torremans, *Copyright as a Human Right*, in *COPYRIGHT AND HUMAN RIGHTS 1* (Paul L.C. Torremans ed., 2004); Laurence R. Helfer, *Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 971 (2007) [hereinafter Helfer, *Toward a Human Rights Framework*]; Peter K. Yu, *Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 1039 (2007) [hereinafter Yu, *Reconceptualizing Intellectual Property Interests*].

¹⁹³ See, e.g., Dreyfuss, *TRIPs—Round II*, *supra* note 2, at 27 (「WTO システムは、利用可能な保護の範囲の実質的な最大限度を認識し始めなければならない…」);

近時、人権団体は特に、国内の大規模な HIV/AIDS 危機を理由として、途上国が特許医薬品を保護することができないという事情に共感を持っている。たとえば2000年8月には、国連人権促進保護小委員会 (United Nations Sub-Commission on the Protection and Promotion of Human Rights) が「知的財産権と人権」に関する決議2000/7号 (Resolution 2000/7 on Intellectual Property Rights and Human Rights) を採択したが、同決議は「TRIPs 協定の実施と経済的、社会的、文化的権利との間には、現実または潜在的な摩擦が存在する¹⁹⁴」と明示した。2001年6月には、国連人権委員会 (United Nations Commission on Human Rights) は、人権と知的財産権の関係をさらに検討している。特に、医薬品へのアクセスは人権であること、そしてTRIPs 協定はそういったアクセスを促進するために柔軟性をもって解釈されるべきであることに言及がなされた¹⁹⁵。最近、経済的、社会的、文化的権利委員会(Committee on Economic, Social and Cultural Rights、CESCR)はICESCR の解釈コメントにおいて次のように述べている。

「科学的、文学的、および芸術的な著作物から生ずる人格的利益および経済的利益の保護から便益を受けるといふ著作者の権利は、本規約が認める

Laurence R. Helfer, *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?*, 5 MINN. INTELL. PROP. REV. 47, 58 (2003) (「ベルヌから、パリ、TRIPs までの条約はいずれも『最低水準』を確定することに関するものであった」ことを理由として、「知的財産保護の最高水準」を確定する必要性を指摘); Laurence R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, 29 YALE J. INT'L L. 1, 58-59 (2004) [hereinafter Helfer, *Regime Shifting*] (知的財産保護の最高水準を確立する対抗的な規範を構築するために、途上国がいかに「制度のシフト」という戦略を用いることができるかを検討); Okediji, *Toward an International Fair Use Doctrine*, *supra* note 2, at 168 (「天井」として国際的なフェア・ユースの法理を構築することを提案); Peter K. Yu, *TRIPs and Its Discontents*, 10 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 369, 402 (2006) (「国際知的財産制度は、ある意味で、最高水準がないという障害があるといえる」)。

¹⁹⁴ ESCOR Res. 2000/7, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/RES/2000/7 (Aug. 17, 2000).

¹⁹⁵ The High Commissioner, *Report of the High Commissioner on Economic, Social and Cultural Rights: The Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights*, ¶ 32, delivered to the Sub-Comm'n on the Promotion and Prot. of Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/13 (June 27, 2001).

他の権利と切り離して考えることはできない。それゆえ締約国は、本規約が保障する一連の全ての権利の促進と保護の観点をもって、15条1項(c)に基づく義務と、規約の他の条項に基づく義務との間の適切なバランスを確定しなければならない。このバランスの確定をする際には、著作者の私的な利益は過度に優遇されてはならず、それらの著作物への広範なアクセスを享受するという公共の利益が十分に考慮されねばならない。それゆえ締約国は、ある人の科学的、文学的、および芸術的な著作物から生ずる人格的利益および経済的利益の保護に関する法的な制度または他の制度によって、文化的生活に参加し、科学の進展とその応用からの利益を享受するという権利や本規約が明記する他の権利と同様に、食糧、健康、および教育に対する権利に関する中心的な義務を遵守するという締約国の能力が害されないということを確認せねばならない。究極的には、知的財産は社会の産物であり、社会的な機能を有するものである。それゆえ締約国は必須医薬品、種子または他の食糧生産の手段、教科書および学習教材へのアクセスが不当に高価格になり、人口の大部分の健康、食糧、および教育に対する権利が害されることを防ぐ義務がある¹⁹⁶。」

要するに、TRIPs 協定は WTO 加盟国の政策的余地を縮減しつつ知的財産保護を強化したのではあるが、途上国が自らの知的財産制度を構築するいくらかの余地ははまだ残されているのである。残念なことに、米国およびヨーロッパ共同体が二国間および地域的なTRIPs プラスの貿易協定を積極的に推し進めていることで、この限られた余地はまさに現在消滅しつつある。こうした協定の存在とは別に、法律分野の専門家の不在および資金的援助の絶対的な必要性が理由となって、途上国がTRIPs 協定に組み込まれている柔軟性を活用することは困難になっている。

¹⁹⁶ 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 (Art. 15(1)(c))*, ¶ 35, U.N. Doc. E/C.12/GC/17 (Jan. 12, 2006) [hereinafter *General Comment No. 17*], available at [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/03902145edbbe797c125711500584ea8/\\$FILE/G0640060.pdf](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/03902145edbbe797c125711500584ea8/$FILE/G0640060.pdf).