

国際的な囲い込みの動きについて(4・完)

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、第16号)
- II. 政策的余地の囲い込み (以下、第17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、第17号)
 - D. TRIPs プラスの囲い込み (以下、前号)
 - 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 (以上、前号)
- IV. 政策的余地の再生 (以下、本号)
 - 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.

IV. 政策的余地の再生

TRIPs 協定から二国間および地域自由貿易協定にいたるまで、先進国は、経済発展および技術力が制約されているにも係わらず、途上国であるパートナーをして豊かな国にふさわしい知的財産制度を採用させることに成功してきた。先進国が途上国の政策的余地を囲い込むことができたのはなぜかを理解するため、本章は3つの点につき論ずる。第1に、先進国と途上国における著しい力の不均衡により、力の無い諸国には豊かな国からの有害な「移植」を受入れる以外に選択肢がなかったことを論じる。第2に、国内向けと対外的な知的財産政策のあいだでインセンティブと投資の分離が行われていたことを強調するとともに、通商と知的財産とを連結することによって、いかに政策決定者が、通商利益の保護を過度に重視し、他方でイノベーション促進のための国内環境を整備することの重要性を無視していたかを説明する。最後に、国際知的財産制度がパッチワークを調整する制度から超国家的な調和を求める規範に変容したことで、各国が、自国の経済的、社会的、文化的、技術的な条件を無視した法的基準を採用しなければならなくなったことを示す。知的財産保護は、よりグローバル化するともなっており、他の分野にも影響を与えている。それゆえ、国際知的財産の制度設計の再検討が望ましい。各論点の検討の後、本章では、途上国がいかにして国際知的財産制度を改革して、国内の状況にあわせて政策を実施するために必要な自律性を確保できるか、そして、いかにして喪失した政策的余地を取り戻し、必須医薬品へのアクセスを促進することができるかについての提案を行う。

A. 力の非対象性

TRIPs 協定の制定から、10年以上が過ぎた。現在では、国際通商制度における力の非対称性が知的財産分野にも反映されていることは明らかである。IPに関連しない要素 (IP-irrelevant factors) が医薬品アクセス問題に影響を与えているように、TRIPs に関連しない要素 (TRIPs-irrelevant factors) もまた同様に TRIPs 協定の実施や既存の国際知的財産制度の全体

的な設計に影響を与えているのである³²⁰。当初の国際知的財産制度は、現在では先進国とみられている国々との差異に焦点が当てられていたが、ポスト植民地期に多数の途上国がこの制度に参加したことでその性質が変化した。途上国がその強硬な路線に気づいたように、TRIPs 協定が要求する変化は劇的なだけでなく、知的財産を超えて他の分野——農業、保健、環境、教育、そして文化等——にも影響を与えるものであった³²¹。さらに途上国にとって不都合なことに、途上国は、知的財産制度を修整するか、さもなければWTO制度による制裁というリスクを受け入れる必要があった一方で、他方ではヨーロッパ共同体や米国のような強力な通商相手の行為を変えるためにWTOの紛争解決手続きを用いることはできなかったのである。近時の二国間および地域貿易協定はヨーロッパ共同体と米国によって始められたのであるが、これらは、途上国がいまだTRIPs 協定が要求する高められた保護にすら適応できていないにもかかわらず、さらに知的財産保護を徐々に高めることを強いている。

TRIPs 協定については「強制的」であるとの指摘もあるが³²²、特に国際的な通商の文脈に照らしてみた場合には、多くの論者が主張するような一方的なものではない³²³。実際、途上国にはTRIPs 協定に署名した時点では知的財産の重要性について無知であった国もあるとの指摘があるにもかかわらず³²⁴、そのような国々の交渉担当者は、そうした状況下で、また、地政学上の不利な状況に鑑みて、全力を尽くしたのだらうということを示す十分な証拠がある。事実、TRIPs 協定は複雑な交渉で、これにより各当事者がそれぞれに望ましい利益を得たのだとする見方もできる³²⁵。先進国が知的財産権の強力な保護と海外直接投資に対する制限の削減を獲得し

³²⁰ この点の指摘につき Debora Halbert に謝意を示したい。

³²¹ See Yu, *Currents and Crosscurrents*, *supra* note 127, at 365.

³²² Peter K. Yu, *Toward a Nonzero-sum Approach to Resolving Global Intellectual Property Disputes: What We Can Learn from Mediators, Business Strategists, and International Relations Theorists*, 70 U. CIN. L. REV. 569, 580 n.70 (2002) に引用されている資料を参照。

³²³ Yu, *TRIPS and Its Discontents*, *supra* note 193, at 374-75.

³²⁴ See *id.* at 375-76 (TRIPs 協定に関する無知の逸話を検討)。

た一方で、途上国は繊維と農業に関する関税の削減と、義務的な紛争解決手続きを利用することを通じた、より強力な交渉相手による一方的制裁からの保護を獲得した。ある交渉担当者にとっては、TRIPs協定は敗北であっても、WTOパッケージ全体としては最終的には自国に利益をもたらすものであったであろう。

国際通商の視点からは、この交渉の説明はきわめて道理にかなったものである。知的財産のルールは技術的ではあるが、これらのルールの交渉は「他の貿易および金融交渉とは切り離してなされるものではない³²⁶」。今日、多くの途上国は「IMFまたは世界銀行、あるいは投資銀行や証券取引所のいずれを通じて提供されるものであろうと、資本の供給源については先進国に強く依存している³²⁷」ままである。Peter Gerhartは、「国際知的財産制度は、インセンティブとアクセスの間の適切なバランスの模索を通じて形成されたものではない。というのは、その制度を策定した国家は、個別に、国際的なレベルでのそういったバランスを求めていたのではないからである。各国は自国の利益を反映する国際的なレジームを求めていたのである³²⁸」と指摘している。

しかしながら、TRIPs協定を知的財産保護（または公衆衛生）という単独の文脈に照らしてみると、TRIPs協定が途上国に対してバイアスをかけていることは否定できない。国際通商の文脈においては意図的にバイアスがかけられているわけではないという事実は、知的財産分野におけるバイアスの深刻さや影響を減ずるものではない。総体としてのWTOパッケージが国家にトータルで利益をもたらすものであることや、国内のある部門がそのパッケージから利益を得るかもしれないことを指摘することは、い

³²⁵ See *id.* at 371-73 (TRIPs協定に関する交渉の逸話を検討)。

³²⁶ Frederick Abbott, *The Future of IPRs in the Multilateral Trading System*, in *TRADING IN KNOWLEDGE*, *supra* note 7, at 36, 43.

³²⁷ *Id.*; see also Roffe, *supra* note 31, at 15 (「米国または欧州連合の加盟国で特許を取得している医薬品に対する強制ライセンスを発することは、小さな国にとってはかなりの勇気が必要だろう」)。

³²⁸ Peter M. Gerhart, *Introduction: The Triangulation of International Intellectual Property Law: Cooperation, Power, and Normative Welfare*, 36 *CASE W. RES. J. INT'L L.* 1,

ずれも有用ではない。部門間での所得の移転がなければ、ある部門における利得は、ジェネリック製薬会社や高い薬価を支払うことができない貧しい消費者といった、敗者の問題を緩和することがないのである。Frederick Abbottは次のように述べている。

「トータルでの経済的利益や損失を開発途上国のベンチマークとして用いることの…問題は、開発途上国の繊維業または農業からの利益が、公的ないし私的な保健衛生に関連する支出へと直接形を変えるわけではないということである。一部の労働力に対する給与が増加し、政府の租税歳入も上昇するかもしれない、これは医薬品の価格上昇が間接的に相殺される助けとなるかもしれない。しかしながら、保健衛生部門が悪影響を受けないためには、何らかの所得移転の制度がなければならず、そのためには、健康保険制度を提供することにより医薬品に関する公的保険費用を増額することや、その他にも積極的是正措置等が考えられる。希少性の経済の世界では、政府が公的保健費用の増額によって医薬品の価格の上昇を相殺するという予測は確実なものではない³²⁹」

さらに、ここで考えられている利益のうち幾つかは、経験則に基づくものというより期待によるものである³³⁰。TRIPs協定は途上国に対して知的

11-12 (2004).

³²⁹ Abbott, *Cycle of Action*, *supra* note 15, at 33 (citation omitted); see OH & MUSUNGU, *supra* note 12, at xi (「ネットの利益の検討は、マーケット・アクセスによって増加した農業または他のセクターでの利益は…自動的により高価格の薬を購入できる能力になる、ということを前提としている。」); Gerhart, *supra* note 328, at 16 (「知的財産の厚生側面を考える時、一般に配分的側面は考えない。つまり、我々は、政策的デザインからの利益と損益がどのように配分されているかは考えないのである。」); see also JACK DONNELLY, *UNIVERSAL HUMAN RIGHTS IN THEORY AND PRACTICE* 201 (2d ed. 2003) (「市場は、短期的な搾取の考慮なしに成長の利益を配分するので、失業や、食品価格の上昇、ヘルス・ケアの低下といった『調整コスト』に苦しむ人々は、効率的な市場の集合的な利益に対してなら特別な利益の分け前を得ないのである。」)。

³³⁰ David McGowanは現在の知的財産の議論について次のように述べている。

「いずれの側にとっても、他方の立場に穴を開けることは容易である。いずれの側にとっても、自己の立場について肯定的で、有用な弁論をすることは困難である。この理由のため、そして、学者は結果主義的なレトリックを好むので、その議論はしばしば、筆者が望む結果を筆者が好む政策に結びつけるために直

財産保護を強化することを要請したものの、先進国からの技術支援や外国投資の見込みを保障するものではない。ある論者が指摘するように、「毎年600億 US ドルの義務を創出する法律を通過させ実施することは拘束力のある義務である。しかし、実施の支援や投資・イノベーションに対する影響はこれとは異なるのだ³³¹」。

実際、自国の専門家がいないこともそうであるが、国内の状況に適した知的財産法の策定に関する技術支援が無いことが途上国に害をもたらしている。そういった不足を理由として、途上国はしばしば TRIPs 下の要請を自国の国内法に直接移植せねばならず、TRIPs 協定が明示的には言及していない例外を当該知的財産制度に導入する手立てを持たないことが多い。営業秘密の保護の事例において Rochelle Dreyfuss が指摘するように、「TRIPs は [米国にあるような] リバースエンジニアリングを行う権利に言及していないため、写本 [訳者注・TRIPs 協定の条文をそのまま翻訳して国内法としたもの] は複製する権利が認められてる米国のレベルを認めることになるだろう³³²」。さらに悪いことに、途上国からの指導や技術支援に対する要請には、しばしば、異なる指向、あるいは異なる意

感や推測を使った、矛盾した叙述からなるものとなっている。そういった議論における証拠はとても弱いので、法的な最終段階は、他方に立証責任を負わせることにある。立証不可能な事実を立証する人は負けることになるだろう」

David McGowan, *Copyright Nonconsequentialism*, 69 MO. L. REV. 1, 2 (2004); see also IPR COMMISSION REPORT, *supra* note 6, at 166 (「[知的財産制度] のルールは進化するのであるから、政策決定が価値や開発途上国のルールに対する他の先入観ではなく、より確実な証拠に基づくのであれば、実際のおよび潜在的な影響が適切に理解されることが重要となる。」); Penrose, *supra* note 112, at 772 (発明やイノベーションについての国内特許制度の影響に賛成あるいは判定する議論は一般に「主として『証拠』」であり、「『確固たる』経験的なデータはほとんどない」ことを指摘)。

³³¹ J. Michael Finger, *Introduction and Overview*, in POOR PEOPLE'S KNOWLEDGE: PROMOTING INTELLECTUAL PROPERTY IN DEVELOPING COUNTRIES 1, 4 (J. Michael Finger & Philip Schuler eds., 2004), available at http://www.worldbank.org/research/Poor_Peoples_Knowledge.pdf.

³³² Dreyfuss, *TRIPs—Round II*, *supra* note 2, at 25.

図を有する国が応じている³³³。たとえ、その支援が知的財産法の利用による経済発展の促進を援助しようという意図によってなされるとしても、そのアドバイザーが国内の状況を理解しているという保証はないのである。

国内状況に合うよう調整されていない法律をそのまま移植することは、幾つかの理由から問題となる。第1に、経済状況、模倣の能力、そして研究開発の生産性における相違により³³⁴、先進国においてはよく機能するイノベーション・モデルであっても途上国の利益に合致しないことがしばしばある³³⁵。疑いを抱かずに受入れることにより、より革新的な努力、産業的な進展、技術移転につながらないだけでなく、社会経済問題及び公衆衛生問題に対処するために必要なリソースを奪うことになりかねない。このような受入れを行うことで、訴訟のおそれあるいは実際の訴訟により、外国の権利者が国内産業と衝突することが可能となり、途上国の悲惨な経済的窮状を悪化させるおそれもある³³⁶。

第2に、開発の視点からは、豊かな国向けの知的財産制度によりもたらされた不均衡に苦しむ途上国は、しばしばその国内で医薬品を開発し製造する能力を欠く国でもある。論者や政策決定者たちは、こうした国におけるより強力な特許保護がなぜ国内の開発活動を刺激するのに役立つかを長々と説明してきたが、重要な実証的証拠により、より強力な保護は強力な模倣能力と技術的専門家を有する国には利益となるが、このような条件を満たさない国にとってはうまく機能しないことが示されているのであ

³³³ *Id.* (「支援を提供する地位にある諸国は自らの条件に基づいてそうしている。つまり、開発途上国の実際の必要は考慮せず、非常に保護主義的な制度を実施する手助けをしているのである。」)。

³³⁴ Claudio R. Frischtak, *Harmonization Versus Differentiation in Intellectual Property Rights Regime*, in GLOBAL DIMENSIONS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN SCIENCE AND TECHNOLOGY 89, 93-97 (Mitchel B. Wallerstein, Mary Ellen Moge & Roberta A. Schoen eds., 1993).

³³⁵ Yu, *From Pirates to Partners I*, *supra* note 120, at 233 n.502 に引用されている資料を参照。

³³⁶ See 't Hoen, *supra* note 14, at 30-31 (大手製薬会社が南アフリカ政府に対して提起した訴訟を検討)。

る³³⁷。

第3に、高い医薬品コストと多額の医療費により、バランスを失した知的財産制度を修整するためのメカニズムを導入するのに必要なリソースが損なわれることになる。バランスをとるための競争制度の重要性は指摘されてきたが³³⁸、多くの途上国が特許制度と競争制度の両方を同時に作り上げるリソースを持たず、多くの場合、二つのいずれかを選択しなければならない状況にあることに困惑したままである。そういった国々の多くは、知的財産制度のアップデートまたは強化のために経済のおよび人的リソースをいったん使い尽くしてしまうと、修整メカニズムを導入する能力はもはやもたないかもしれない³³⁹。さらに悪い場合には、外国のモデルに基づく改革は、つねにそうした改革を推進する者に政治的コストを負わせることとなり、いったん最初の改革が失敗すると、さらなる「修整」を実施

³³⁷ See KEITH E. MASKUS, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE GLOBAL ECONOMY* 116-19 (2000).

³³⁸ See, e.g., Jonathan Berger, *Advancing Public Health by Other Means: Using Competition Policy*, in *NEGOTIATING HEALTH*, *supra* note 15, at 181, 182 (途上国がいかに競争政策を使って「入手可能な価格の必須医薬品の継続的な供給へのアクセスを向上させる」ことができるかを検討); Ernst-Ulrich Petersmann, *International Competition Rules for Governments and for Private Business: A "Trade Law Approach" for Linking Trade and Competition Rules in the WTO*, 72 *CHI.-KENT. L. REV.* 545, 563 (1996) (「不十分な国内競争法および知的財産権法をもつ開発途上国は…貿易に関連する知的財産権間の競争の保護について、そして反競争的な濫用の防止についてのより体系的なルールが必要となるだろう。'); 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, 52-58 (1997) (途上国におけるTRIPS協定の実施の競争促進的な戦略として、「マーケット・パワーの濫用を規制するための競争法」を使うことを提案)。

³³⁹ See IPR COMMISSION REPORT, *supra* note 6, at 4 (「もしあるとするならば、途上国における知財制度を『悪く』するためのコストは、先進国におけるそれよりもずっと高いものとなるだろう。ほとんどの先進国は、いかなる独占的な権利の濫用も公共の利益に不当に影響を与えないようにする、洗練された競争規制の制度を有している。'); MASKUS, *supra* note 337, at 237 (先進国は「矯正的な介入についての発展した法的制度を有して」おり、「[知的財産権]の行使は、社会的な文脈において、反競争的または非常に費用の高いものとなるおそれにさらされている」)。

するために政策立案者に残された政治的な資源は限られたものとなる可能性がある。

最後に、知的財産権者の立場からも、疑いを抱かずに外国法を受入れたとしても、知的財産保護の伝統または法的文化——それを形成するにはかなりの時間を要するのだが——を有さない国における知的財産保護の持続的な発展にはつながりそうにない。中国の例で指摘したとおり、中国の指導者らが外圧によらずに知的財産権のより強力な保護に興味を持つようになったのは、国内の利害関係者が育ってからであった³⁴⁰。もし知的財産保護を強化するのであれば、国内の利害関係者を育成し、より強い保護に対する抵抗を弱めるという内発的なアプローチが非常に重要なものとなる³⁴¹。

したがって、途上国における必須医薬品へのアクセスを促進しようとするのであれば、現行の国際知的財産制度における不均衡を是正しなければならない。本稿では紙幅の都合上、TRIPs協定を利用し、国際知的財産制度を改革するために、途上国は何をするべきかを詳細に検討することはできない。そのため、以下のリストでは、これまでに筆者が提案し検討した8つの行動を要約するにとどめる。

1. 発展重視のTRIPs協定の解釈を展開する
2. TRIPs協定における公益に基づくセーフガードを検討する
3. WTO紛争解決手続きを活用する
4. TRIPs協定に明文でのアクセス権を追加する
5. 代替的な国際レジームの利用を検討する
6. 提携の構築を促進する
7. ユーロッパ共同体と米国の間にある緊張関係を理解する
8. 自由貿易協定とWTOという多国間システムとの適合性を評価する³⁴²

³⁴⁰ See Yu, *From Pirates to Partners I*, *supra* note 120, at 140-54 (軽薄な行動の循環を検討し、1980年代後期と1990年代初頭における中国に向けた米国の対外知的財産政策を批判)。

³⁴¹ See Peter K. Yu, *The Copyright Divide*, 25 *CARDOZO L. REV.* 331, 431-33 (2003) (国内の当事者を形成する必要性を検討)。

³⁴² Yu, *TRIPs and Its Discontents*, *supra* note 193, at 386-410 (国際知的財産制度を改革する8つの方策を叙述)。

例として、途上国が公衆衛生についての窮境に耐えるために連携する必要性について検討してみよう³⁴³。米国は、積極的に分断攻略という戦略を採用し、自国と協働する意思のある国に恩恵を与えている一方で、ブラジル、インド、そしてその他のG20諸国は、途上国の一括交渉窓口の設置に成功した³⁴⁴。この連携によって、カンクンでの第5回WTO閣僚会議は失敗することとなった。すなわち、先進国は、投資、競争政策、政府調達、および貿易促進についての新たな法的基準を採用することができなかったのである³⁴⁵。二国間および地域貿易協定がますます増加していることに照らして、こういった連携構築という戦略はより重要になってきている³⁴⁶。

国際的な制度は国家が中心的な役割を果たしたままである一方、連携構築の取組みは国家に限られない。今日、民間セクターはますます重要な役割を果たしている。したがって、「米国、EUあるいは多国籍企業と交渉する際に、開発途上国が一国で強硬な立場を採るのを妨げるためになされる威嚇や直接対立といった問題を軽減する³⁴⁷」手助けのために、ジェネリック製薬会社が複数国にまたがった戦略を試みる事が重要である。また、途上国にとっては、「米国および欧州の国内政治の文脈を変えるために、

³⁴³. See Abbott, *Cycle of Action*, *supra* note 15, at 33 (「公衆衛生についての対抗圧力のための反対連合を形成する」ことの重要性を指摘) ; Yu, *TRIPs and Its Discontents*, *supra* note 193, at 403-06 (連合を構築するための戦略を検討)。

³⁴⁴. Yu, *TRIPs and Its Discontents*, *supra* note 193, at 403 (G20が用いた連合形成の戦略を検討)。G20の現在のメンバーの21カ国は以下の通り:アルゼンチン、ボリビア、ブラジル、チリ、中国、キューバ、エジプト、グアテマラ、インド、インドネシア、メキシコ、ナイジェリア、パキスタン、パラグアイ、フィリピン、南アフリカ、タンザニア、タイ、ウルグアイ、ベネズエラ、ジンバブエ。G20のウェブサイトは、<http://www.g-20.mre.gov.br/>。

³⁴⁵. See Elizabeth Becker, *Poorer Countries Pull Out of Talks Over World Trade*, N.Y. TIMES, Sept. 15, 2003, at A1; Editorial, *The Cancun Failure*, N.Y. TIMES, Sept. 16, 2003, at A24.

³⁴⁶. See Abbott, *Cycle of Action*, *supra* note 15, at 34 (途上国が二国間および地域自由貿易協定に対応する必要性の緊急性を指摘)。

³⁴⁷. Rovira, *supra* note 84, at 239.

米国および欧州の政治的な支持者と継続的に取り組む³⁴⁸」ことが重要である。そうすることで、ジェネリック製薬会社は「製薬業界の利益を積極的に推し進めようとする動きについて、米国やヨーロッパのその他の有権者を〔説得することにより〕、通商当局に対する製薬業界からの圧力を相殺することに成功する可能性を増す」³⁴⁹ことができるであろう。

B. インセンティブと投資の分離

TRIPs協定は、途上国に知的財産法を課しただけではなく、はじめて多国間レベルで知的財産と貿易とを結びつけたものでもある。貿易協定に知的財産を盛り込んだことは、ウルグアイ・ラウンドの最大の成果の一つであるという評価が広く共通の認識となっている³⁵⁰。Michael Ryanが指摘するとおり、この交渉上のリンクによって、加盟国は「さなければ合意に至らなかったであろう、外交的にも政治的にも難しい分野における条約を実現する³⁵¹」ことができたのである。このリンクがなければ、先進国と途上国は、1981年のナイロビ外交会議以来の行き詰まりを解消することはできなかったであろう³⁵²。

こうした成果にも係わらず、貿易と知的財産とのリンクは、国際知的財産政策の構築に関する意思決定過程を大幅に歪めるものとなった。量的な差が非常に大きいので、貿易に関する利益はしばしば知的財産に関する利益に優越する。貿易交渉の担当者はしばしば、知的財産に関する利益を貿易協定パッケージの一部として扱わねばならないので、彼らは、対象国あるいは国際社会全体における知的財産制度の適切なバランスをとること

³⁴⁸. Shaffer, *supra* note 308, at 479.

³⁴⁹. *Id.* at 480.

³⁵⁰. See, e.g., Dreyfuss & Lowenfeld, *supra* note 172, at 276-77 (TRIPs協定をウルグアイラウンドのふたつの主たる成果のうちのひとつとする)。

³⁵¹. MICHAEL P. RYAN, KNOWLEDGE DIPLOMACY: GLOBAL COMPETITION AND THE POLITICS OF INTELLECTUAL PROPERTY 12 (1998).

³⁵². See discussion *supra* Part II.A (ナイロビの外交会議における先進国と途上国の間の行き詰まりを検討)。

よりも、自国民の外国投資や輸出産業の保護に熱心なのである³⁵³。結果として、国内と外国の知的財産政策の間でのインセンティブと投資の分離が増し、知的財産保護は、当該国の国際貿易収支を計算する際の、他の多くの交渉事項のなかの単なる交渉材料のひとつとなってしまったのである。

たとえば、近時の米国＝オーストラリア自由貿易協定をみてみよう。オーストラリアの交渉の責任者であったStephen Deadyは「上院予算委員会に対してオーストラリア経済は著作権保護期間の延長により経済的な追い風を受けるだろう、と説明したのであるが、…著作権保護期間の延長の影響について政府自身は経済的な調査を一切行っていない〔ことを彼は告白した〕³⁵⁴」。同様に、他の担当官も、協定における多くの交渉事項の中で、著作権保護期間の延長要求の重要性を無視した。著作権保護期間の延長の経済的利益について質問された際、オーストラリア貿易大臣 Mark Vaile の報道官は「われわれの見解としては、20年の追加が必要であるとは考えていなかったが、…全体の交渉の文脈ではよるこんでそのようにする、とい

³⁵³. See Carlos M. Correa, *Internationalization of the Patent System and New Technologies*, 20 Wis. INT'L L.J. 523, 524 (2002) (「前の世紀の間は、強調された新たなシフトは、発明を生み出し利用するために必要な投資を促進することにむけてなされた。」); Correa, *Unfair Competition Under the TRIPS Agreement*, *supra* note 167, at 72 (「これらのデータ保護は、関連する創造性や発明性に対する報酬というよりは、データを生み出すための投資への報酬である。」); Gathii, *Construing Intellectual Property Rights*, *supra* note 40, at 748 (「TRIPS協定の唱道者らは知的財産権の海賊行為と戦うための手段として公正貿易を選んだが、これらの唱道者が私有財産モデルを採用した真の目的は、知的財産権の研究開発のための投資に対する利益と報酬を最大化することだった。」); Ruth L. Okediji, *Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection*, 1 U. OTTAWA L. & TECH. J. 125, 130 (2004) (「構造とその浸透力の両方において、新たな二国間主義は、開発途上国とその国民を国際法体系——そこでは民間資本、とりわけ超国家企業を通じたものが優遇されるのだが——に同化する永続的なプロジェクトの表象なのだ、と理解することが重要である。」)。

³⁵⁴. Matthew Rimmer, *Robbery Under Arms: Copyright Law and the Australia-United States Free Trade Agreement*, FIRST MONDAY, Mar. 2006, at http://www.firstmonday.dk/issues/issue11_3/rimmer/index.html.

うものであった。³⁵⁵」と説明した。

オーストラリア政府の立場は理解できるところである。Michael Geist は次のように指摘している。

「オーストラリアはバランスのとれた著作権政策が文化政策と経済政策の両方にとって重要であることを理解しているだろうが、知的財産権をより広範な交渉における取引材料として扱うことを次第にいとわなくなっている。ほとんどの貿易交渉は、協定により生ずる経済利益という最終的な結果の分析によって判断され、また、著作権により過度に管理されることの負の影響を数値化することは困難なので、著作権を貿易協定に盛り込むことの政策的な意味は、しばしば瑣末なものとして片付けられてしまう³⁵⁶」

交渉担当者が、知的財産保護を国際貿易における多くの交渉材料の一つに過ぎないと考えていたという事実がある以上、それによりもたらされる変化がオーストラリアの知的財産制度における適切なバランスに影響を及ぼすかどうか厳しく問うことなく、TRIPsプラスとTRIPsエクストラの措置を採用することに同意したことは驚くべきことではない³⁵⁷。しかしながら、オーストラリアの例は、より有力な貿易パートナーと交渉をする際

³⁵⁵. *Id.* (quoting Fergus Shiel, *Libraries Caught in Copyright Changes*, AGE (Melbourne), Feb. 11, 2006, at A5, available at <http://www.theage.com.au/articles/2004/02/10/1076388365432.html>).

³⁵⁶. Michael Geist, *Why We Must Stand on Guard Over Copyright*, TORONTO STAR, Oct. 20, 2003, at D3; see also Kevin Outterson, *Pharmaceutical Arbitrage: Balancing Access and Innovation in International Prescription Drug Markets*, 5 YALE J. HEALTH POL'Y L. & ETHICS 193, 243 (2005) (「USTRは最も適切でない場所で薬価を引き上げることに成功するかもしれない。最大の成功は、米国市場への特恵的なアクセスを希求している最も貧しい諸国、または他のより小さい国で見られるだろう。米国との自由貿易協定を提案された小規模で貧しい諸国は、商業的な利益に資するために健康を損なうような規定にも合意するかもしれない。」(footnote omitted)); Shira Perlmutter, *Future Directions in International Copyright*, 16 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 369, 378 (1998) (多くの諸国にとって「WTOのようなクラブに参加することによって得られるかもしれない貿易関連の利益は、新たな著作権法の採択といった明らかな不利益にまさりうる」と主張)。

³⁵⁷. これらの措置は、著作権期間の延長、迂回措置規定の採用、安価なジェネリック製薬の並行輸入の禁止を含む。U.S.-Australia FTA, *supra* note 205, ch. 17.

に途上国が直面する困難を予兆させるものである。オーストラリアは世界の経済大国の一つであるのだから³⁵⁸、もし同国が知的財産分野における米国の要求に抵抗することは得策ではないと考えたのであれば、途上国がこれらの要求にどれほど抵抗できるかは想像に難くない。

さらに悪いことに、途上国はみな同様に自国の国際的な義務の遵守に係る関心事によって物事が見えなくなっていた。Keith Maskus と Jerome Reichman が指摘するように、これらの諸国の多くは「コンプライアンス指向」であった。海外直接投資や、技術移転、国内への貿易フロー、人的資源を誘致するために知的財産制度を利用することに関心が向き³⁵⁹、これらの国の多くは、未だに「知的財産を国内または地域的なイノベーション・システムの不可欠の一部であると取り扱って³⁶⁰」いないのである。先進国が自らの輸出産業が行う投資の保護に躍起になっているように、途上国もまた、国際的なコンプライアンスと海外直接投資の獲得に躍起になっているのである。結局のところ、いずれのグループも、投資に重点を置きすぎて、イノベーションとそれに必要なインセンティブに対してはほとんど注意を払わないのである。

例として、TRIPS 協定39条1項の国内実施を考えてみよう。この規定は開示されていない情報の不正な商業的利用のみを保護することを加盟国に要求しているものであるが、近時の二国間および地域貿易協定では、製薬会社が規制認可を得るために当局に提出した臨床試験データを競争相手が利用することを防ぐことができるようにする、より強力な保護を要求しているのである³⁶¹。製薬産業が主張するように、「新薬の開発と販売のためには、新薬開発者は、大規模な化学、薬理学、毒物学、臨床の研究

と試験をせねばならず、その平均的な費用は8億ドルで、完了まで10年から15年かかる³⁶²」のである。それゆえ、製薬産業は、データ収集の高い費用を埋め合わせできるようにするためには、既に特許制度の下で受けているのとは別の追加的な保護が必要なのだと主張するのである。

しかしながら、論者や経済学者らが指摘するように、そういった保護の必要性は経済的な見地からはこの上なく疑わしい³⁶³。臨床試験の費用は依然として高額であり、それは新薬の研究開発費用の大部分を占めるものであるが³⁶⁴、すでに企業は、公的資金援助とあわせて、現行の特許制度によって研究開発を実施する多大なインセンティブを有しているのである。たしかに、はじめの時点で特許制度により発明をするインセンティブをす

³⁶¹ See sources cited *supra* note 206.

³⁶² IFPMA REVIEW, *supra* note 166. しかしながら、しばしば引用される8億ドルという数字には疑いもたれている。Marcia Angellは次のように説明している。

「[Tuftsの8億200万ドルという算定]は、検討された特別の医薬品群についてであっても、実際にポケットから出された費用では全くない。その費用は、薬あたりで4億300万ドルである。8億200万ドルというのは筆者らが呼ぶところの『投資された』費用なのである——それは、もしR&Dに費やされた金額がかわりに株式市場に投資されたら生み出されたであろう推定収入を含むものである。あたかも、製薬会社はR&Dにまったく金銭を費やさなくてもよく、かわりにそれを投資できたようで…。この理論上の失われた収入は『機会費用』とされており、Tuftsのコンサルタントは単にそれを産業がポケットから支払った費用にくっつけただけである。その会計上の策略は4億300万ドルを8億200万ドルとほぼ2倍にしたのである。」

ANGELL, *supra* note 19, at 44-45.

³⁶³ See, e.g., Carlos M. Correa, *Protecting Test Data for Pharmaceutical and Agrochemical Products Under Free Trade Agreements*, in NEGOTIATING HEALTH, *supra* note 15, at 81; Aaron Xavier Fellmeth, *Secrecy, Monopoly, and Access to Pharmaceuticals in International Trade Law: Protection of Marketing Approval Data Under the TRIPS Agreement*, 45 HARV. INT'L L.J. 443, 469 (2004); Pugatch, *supra* note 48; Robert Weissman, *Data Protection: Options for Implementation*, in NEGOTIATING HEALTH, *supra* note 15, at 151 [hereinafter Weissman, *Data Protection*].

³⁶⁴ See Henry Grabowski, *Increasing R&D Incentives for Neglected Diseases: Lessons from the Orphan Drug Act*, in INTERNATIONAL PUBLIC GOODS, *supra* note 43, at 457.

³⁵⁸ List of countries by GDP (nominal), WIKIPEDIA, http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_countries_by_GDP_%28nominal%29 (last visited Apr. 11, 2007).

³⁵⁹ See Peter K. Yu, *Intellectual Property, Economic Development, and the China Puzzle*, in INTELLECTUAL PROPERTY, TRADE AND DEVELOPMENT: STRATEGIES TO OPTIMIZE ECONOMIC DEVELOPMENT IN A TRIPS PLUS ERA (Daniel J. Gervais ed., forthcoming 2007) [hereinafter Yu, *Intellectual Property, Economic Development*], available at <http://ssrn.com/abstract=978301>.

³⁶⁰ Maskus & Reichman, *supra* note 43, at 18.

に得ているとしても、これらの会社の多くには、製品の販売認可を得るためのインセンティブが必要である³⁶⁵。しかしながら、規制当局が異なる臨床試験を要求するものでない限り、販売費用のほとんどは、より強力な特許保護を正当化する際に用いられた総費用に既に含まれているのである。もし、データ独占の制度によって追加的なインセンティブが与えられるのであれば、その追加的なインセンティブを反映して特許保護が比例的に弱められるべきなのではないかとの疑問が生じる。

加えて、先進国におけるデータ独占の制度によって製薬会社が投資を回収できなくなるという証拠はないのである。「途上国はグローバルな医薬品市場においてわずかなシェアを占めるに過ぎず、その政策的な選択は多国籍製薬会社の研究開発投資の判断に対して最小限度の影響しか有さない」ので、途上国においてデータ独占という形態で保護を強化しても、これらの国に対する海外直接投資の増加にはつながりそうにない³⁶⁶。データに対して排他性を認める必要性が実証的な証拠によって裏付けられないのならば、そういった制度が、先進国からの医薬品の輸出を保護するという欲望以外の何らかの理由で正当化できるだろうかという疑問が生ずる。Peter Drahosが指摘するとおり、「先進国のなかですら、保護主義的なIPアジェンダを支持する傾向は、国内の必要性のバランスをとろうという筋の通った取り組みであるというよりは、政策が獲得しようとしているものを映し出しているにすぎないようにみえるものがある³⁶⁷」。

今日、貿易赤字は、知的財産に関するどの国際協定における議論においても、大きく取り上げられている。こうした眼でみると、なぜ政策立案者と交渉担当者が特に自国の海外直接投資と輸出産業に関心を有しているのかを、容易に理解することができる。実際、知的財産分野におけるものを含む貿易協定は、ますます投資条約とみなしうようになっていく。Frederick Abbott は次のように指摘している。

「特許は、本質的には、権利者に投資に対する見返りを競争的な市場レートにおけるよりも多く得る権原を与える、経済的な制度である。製薬会社

は市場志向の企業であって、投資に対する株主の利益を最大化しようとするものである。製薬会社は、特許の実効性や規制を受けている規制上の支援に対する潜在的な介入を、投資による利益に対する脅威として扱っている。製薬会社は自らのレント・シーキングを新薬の研究開発の資金のために必要だと正当化している。…製薬会社は、投資に対するハイ・リターンは薬の開発に必要なだと正当化しながら、自らの収入の流れを保護するようなルールとその執行を要求しているのである³⁶⁸」

貿易交渉の担当者は、知的財産制度の経済効率性や厚生よりも、自国民による投資の保護をより重視するものであるため、彼らが要求する制度は、海外投資家を偏重し、公益や国内における技術革新のための環境、当該国家の社会経済状況を考慮にいれないものとなりやすい。実際、国ごとに経済的、社会的、文化的、技術的な状況が異なることから各国は異なる特許制度を持つ必要があるということが指摘されてきたのであるが³⁶⁹、国際的な特許制度はひとつですべてをまかなうひな型を構築することにますます焦点をあててきている。そういった「普遍的な」ひな型は、先進国に拠点を置く輸出産業の投資を最大限に保護しようとするものであり、そういった投資が経済的に有意義なものか、あるいは投資家に予想外の利益をもたらすものになるのかは考慮しないものである³⁷⁰。

³⁶⁸. Abbott, *Cycle of Action*, *supra* note 15, at 36.

³⁶⁹. See Graeme B. Dinwoodie & Rochelle C. Dreyfuss, *TRIPS and the Dynamics of Intellectual Property Lawmaking*, 36 CASE W. RES. J. INT'L L. 95, 95 (2004) (「新たな産業が出現し成熟すると、公私の権利の間のバランスを再調整するために、国家は知的財産ルールを変更する柔軟性を持たねばならない。」); Yu, *Intellectual Property and the Information Ecosystem*, *supra* note 211, at 9 (「途上国における政策立案者は、しばしば矛盾した知的財産政策に直面する。」); Peter K. Yu, *Still Dissatisfied After All These Years: Intellectual Property, Post-WTO China, and the Avoidable Cycle of Futility*, 34 GA. J. INT'L & COMP. L. 143, 153 (2005) [hereinafter Yu, *Still Dissatisfied After All These Years*] (医薬品、化学製品、食糧については低い保護をしつつ、エンターテインメント、ソフトウェア、バイオテクノロジー、半導体の分野ではより強い保護を好むので、中国は知的財産政策について「統合失調症」になりそうであるということを指摘)。

³⁷⁰. See Assafa Endeshaw, *The Paradox of Intellectual Property Lawmaking in the New Millennium: Universal Templates as Terms of Surrender for Non-Industrial Nations; Piracy*

³⁶⁵. Thanks to Aaron Fellmeth for raising this important question.

³⁶⁶. Weissman, *Data Protection*, *supra* note 363, at 154.

³⁶⁷. Maskus & Reichman, *supra* note 43, at 10.

さらに、知的財産がいかに海外直接投資を促進することができるかを検討してきた識者もいるが³⁷¹、知的財産保護とそのような投資の間の相関関係についてまだ具体的な証拠を示していない。実際、いくつかの研究により、中国で事業を行っている多数の企業は知的財産問題について特に関心を抱いていないことが明らかになっている³⁷²。むしろ、外国企業は、生産コストの低さ、市場が大きく成長しつつあること、あるいは海外投資家に対する優遇の取扱いを利用するために同国で事業を設立しているのである³⁷³。

知的財産制度の不均衡を是正するため、本章では3つの行動を提案する。第1に、政策立案者らは政策評価において知的財産を貿易から切り離す必要があり、また、知的財産保護の必要性を貿易の文脈から離れて慎重に評価する必要がある。本稿は、特定の知的財産保護の必要性を評価する際に、知的財産と貿易とを切り離すことを提唱するものであるが、国際知的財産制度における知的財産と貿易との分離を主張するわけではない。知的財産と貿易とを関連付けることには、先進国と途上国をひとまず合意に至らせるということも含めて、それ自体は利益のあることである³⁷⁴。しかしこう

as an Offshoot, 10 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 47 (2002) (非工業的な国家に対して普遍的なひな型を適用することを批判); Peter K. Yu, *World Trade, Intellectual Property and the Global Elites: An Introduction*, 10 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 1, 2-3 (2002) (途上国に対して同一の規格の知的財産制度を採用するよう要請することを批判)。

³⁷¹ Josh Martin, *Copyright Law Reforms Mean Better Business Climate*, J. COM., Mar. 7, 1996, at 2C (主要な米国企業が知的財産権と外国投資の相関関係を示しているとの世界銀行の調査に言及)。

³⁷² See Paul Tackaberry, *Intellectual Property Risks in China: Their Effect on Foreign Investment and Technology Transfer*, J. ASIAN BUS., Fall 1998, at 1, 26, *quoted in* Yahong Li, *The Wolf Has Come: Are China's Intellectual Property Industries Prepared for the WTO?*, 20 UCLA PAC. BASIN L.J. 77, 79 n.9 (2002); *see also* Carlos A. Primo Braga & Carsten Fink, *The Relationship Between Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment*, 9 DUKE J. COMP. & INT'L L. 163, 164 (1998) (「入手可能な経験的な証拠では、知的財産権と外国直接投資との判断の関係を決定的には立証されない」)。

³⁷³ Yu, *Intellectual Property, Economic Development*, *supra* note 359.

³⁷⁴ See RYAN, *supra* note 351, at 12 (交渉を関連付けたことにより加盟国が「他の場

いった利益がある一方で、そのような関連付けは知的財産保護の必要性に対する不正確な評価をもたらしがちである。

対照的に、個別に評価することによって、加盟国は、極めて必要とされている必須医薬品へのアクセスを促進しつつも(そして他の公的なアクセスの必要性にも応じつつ)、知的財産権者の利益の保護をはかるというバランスのとれた制度を構築することができるだろう。またこれにより、各経済セクターが異なるペースで発展している国においては、幾つかのセクターのみを利することになるという難しい選択を行うことを避けることができるだろう。たとえば、中国、ブラジル、インドのような新興国は知的財産政策について「統合失調症的」になりがちである。これらの国は、エンターテインメント、ソフトウェア、バイオテクノロジー、半導体といったセクターでは知的財産権の強力な保護を望むが、医薬品、化学製品、食品といった他の分野ではより弱い保護を好むのである³⁷⁵。「OECD諸国に対して貿易黒字を生み出している」これらの国にとって残念なことに、これらの諸国の貧しい人々は、医薬品が高価なこととそれによってアクセスできないことに苦しみ続けるのであるが、「医薬品の価格引下げに好意的な議論は、より広い政治の舞台では説得力を失ってきている³⁷⁶」。

知的財産と貿易とを切り離す個別の調査を実施するためには、政策立案者らはそもそもそうした保護が必要かどうかを検討する必要がある——たとえば、イノベティブな活動と消費者の厚生を促進するためのインセンティブを最適な水準で生み出すか否かである³⁷⁷。製薬産業が臨床試験デ

合には合意に達しにくい、外交的、政治的に難しい分野での条約を締結」することを可能にしたと指摘)。

³⁷⁵ Yu, *Still Dissatisfied After All These Years*, *supra* note 369, at 153.

³⁷⁶ Abbott, *Cycle of Action*, *supra* note 15, at 29.

³⁷⁷ 薬の生産の限界費用に焦点をおくという、医薬品産業が用いるR&D戦略の非効率性が指摘されている。しかしながら、薬の生産にかかる高額な固定費用が原因で、医薬品産業は、限界費用に基づく計算では、関連するリスクと投資を十分に反映できないセクターの一つになっている。ある論者は次のように説明する。

「おそらく、[産業を]最も差別化する特徴は、固定費用がとりわけ集約的…であるということだ。いったんそれらの固定費用が拡大すると、薬のマーケティング、製造、販売という残りのコストは——とるに足らないというわけでは全

一タの収集に何百万ドルもかけたという事実は、治療上の進展や医薬品のさらなる開発に結びつかない限り、それが保護に値することを意味するわけではない。実際、すでに指摘したとおり、近時の知的財産権の拡大を正当化する経験上の証拠は不十分なものでしかない。したがって、知的財産保護のみに基づく調査により、政策立案者は、まず、なぜ追加的な保護を導入する必要があるのかという難しい質問をせねばならなくなるのである。

経験的な分析を通じて特許制度の利益を証明、あるいは反証することは困難だと批判することは可能である。Fritz Machlupがアメリカ特許制度を批判的に検討した有名な一節にあるように、「もし特許制度がなかったのであれば、経済的な帰結についての現在の知識に基づいて、特許制度を設けるように勧めることは無責任だろう。しかし、我々は長い間特許制度を有してきたのであるから、現在の知識に基づいて、それを廃止するように勧めることも無責任だろう³⁷⁸」。したがって、もし知的財産権者がMachlup教授の示唆したパラドックスに関心を持っているのであれば、おそらく政策立案者はこの調査における立証責任を引き下げることができるだろう。決定的な証拠を得ることは困難だろうが、そのような困難さがあるからといって、政策立案者がこの調査を全く実施すべきでないとはいえない。むしろ、そういった調査を実施するにあたっては注意深く行うべきであることを意味している。

多くの途上国には影響調査を実施する専門家やリソースがないことを懸念する者もあるだろう。加えて、Rochelle Dreyfussや他の論者が指摘したように、経験的なアプローチは、好ましくない現状を維持するよう示唆

くないが——相対的に小さいものとなる。完全に競争的な市場における価格設定のモデルは、限界費用に基づくものである。しかし、このモデルは明らかに医薬品には適用されない。というのは、もし限界費用にしたがって価格付けがされると、価格は非常に低くなるが、長期ではR&Dの支出がなされなくなるからである」

SCHWEITZER, *supra* note 40, at 8-9.

³⁷⁸ STAFF OF S. COMM. ON THE JUDICIARY, 85TH CONG., AN ECONOMIC REVIEW OF THE PATENT SYSTEM 80 (Comm. Print 1958) (prepared by Fritz Machlup).

する傾向がある。こうした懸念を緩和するために、政策立案者は途上国の利益や発展の必要性を反映させるために、さらに義務を調整することができるだろう——たとえば、伝統的知識、フォークロアおよび遺伝資源の保護の特性を念頭に置きつつ、保護水準の上限に焦点を置くといったものである³⁷⁹。途上国らは、先進国や、WIPOやWTOのような国際組織に、これらの調査のための資金援助や技術支援を提供するように要請することもできよう。

ひとたび保護は正当であると認めたとすれば、政策立案者は、必須医薬品へのアクセスに対してより制限的でない他の戦略がないか検討しなければならない。この提案は、しばしば憲法において用いられる「最も制限的でない」基準と比べるならば、「より制限的でない」基準を求めるものである。というのは、前者は保護を求める人々に対して重すぎる負担を課すものであり、イノベーションへのインセンティブを過度に低減するものだからである。

ここ数年、多くの異なる提案が行われており、いまこそ、これらの提案が知的財産を保護するより制限的でない手段を提供するかどうかを、真剣に評価すべき時である。たとえば、Tim HubbardとJames Loveは米国や他の主要国のフリーライド問題に対する懸念を緩和しつつ、政府による研究開発への資金援助の実施方法の改善を支援する条約を提案した³⁸⁰。故Jean Lanjouwは、グローバルな疾病についての特許製品を開発した製薬会社に対して、「豊かな国と貧しい国の両方においてではなく、いずれか一方に

³⁷⁹ Rochelle Dreyfussは同様の懸念を表明している。See Justin Hughes, *Of World Music and Sovereign States, Professors and the Formation of Legal Norms*, 35 LOY. U. CHI. L.J. 155, 199 (2003).

³⁸⁰ Tim Hubbard & James Love, *A New Trade Framework for Global Healthcare R&D*, 2 PLOS BIOLOGY 147 (2004), available at http://biology.plosjournals.org/archive/1545-7885/2/2/pdf/10.1371_journal.pbio.0020052-S.pdf; see also JOHN BARTON, PRESERVING THE GLOBAL SCIENTIFIC AND TECHNOLOGICAL COMMONS 4 (2003), http://www.ictsd.org/dlogue/docs/tech_transfer_dialogue.pdf (「科学/技術的な交流を自由化するルールを規定し、そのルールの定期的な改善と拡大を交渉するための手続を構築する条約」の必要性を指摘)。

における保護を選択」することを要請するという提案を行った³⁸¹。イエール・ロー・スクール教授の Yochai Benkler もまた、グローバルな公衆衛生上の不均衡に対処するため、大学でのイノベーションについてオープンライセンス・アプローチをとることを提唱した³⁸²。さらに、ワクチンと必須医薬品の国際購買ファンドの設立を提案する論者もいる³⁸³。官民共働により途上国における医薬品アクセスを促進することについても、多数の研究とケース・スタディがみられる³⁸⁴。

臨床試験データに関しては、Jerome Reichman は、データに対する排他的アプローチに対して、コスト分担またはライアビリティ・ルール・アプローチを利用し、製薬会社が医薬品の販売認可を得るために用いられる臨床試験の高額なコストに対する補償を受け取ることができるようにすることを検討している³⁸⁵。彼はまた、臨床試験をグローバルな公共財として扱う提案をしている。これは、「投資からの収益を適切なものとするために、成果をかならず人工的に稀少化しなければならないという民間セクターの義務³⁸⁶」に対するものである。同時に、Aaron Fellmeth はまた、「後続の登録者による、最初の登録者に対するロイヤリティーの支払いの計算」を考慮に入れるという、とても興味深い再調整可能なロイヤリティー・モ

³⁸¹ Jean O. Lanjouw, *A New Global Patent Regime for Diseases: U.S. and International Legal Issues*, 16 HARV. J.L. & TECH. 85, 90-91 (2002).

³⁸² See Amy Kapczynski, Samantha Chaifetz, Zachary Katz & Yochai Benkler, *Addressing Global Health Inequities: An Open Licensing Approach for University Innovations*, 20 BERKELEY TECH. L.J. 1031 (2005).

³⁸³ いくつかの提案を挙げたリストにつき、see Opderbeck, *supra* note 77, at 530.

³⁸⁴ See Maskus, *supra* note 31, at 576 (様々な「民間企業あるいは協力的なベンチャーによる革新的な研究プログラムで、政府、NGO、多国籍組織からの資金がかなりのシェアを占めるもの」を検討); Obijiofor Aginam, *From the Core to the Peripheries: Multilateral Governance of Malaria in a Multi-Cultural World*, 3 CHI. J. INT'L L. 87, 90-91 (2002) (マラリアの対応策としてパブリック・プライベート・パートナーシップの構築を検討)。

³⁸⁵ See Reichman, *International Legal Status*, *supra* note 167, at 144-48.

³⁸⁶ *Id.* at 147.

デルを提案している³⁸⁷。

これら選択肢の全てを検討する際に特に重要なことは、当該提案が伝統的医薬品の使用といった、途上国における既存の治療と両立するかどうかを検討することである。ある論者が指摘するように、「途上国においては、80パーセントにのぼる人口が伝統的医薬品に依存して健康管理の必要性に対処している。そのような薬は入手可能な価格であるだけでなく、広く入手が容易で幅広く信頼されているのである³⁸⁸」。実際、「社会および文化の垣根を越えて先住民の植物についての民族的医療の知識は、『治療薬として、より複雑な半合成の化合物の出発点として、あるいは合成化合物として長い間役に立ってきた』³⁸⁹」。

伝統的な薬がより重要になり、特許薬がより高価で入手できない価格になったことにより、多くの途上国が先住民の知識と資源に対するバイオパイラシーの問題を持ち出したことは驚くに値しない³⁹⁰。Peter Drahos が指

³⁸⁷ Fellmeth, *supra* note 363, at 483. このモデルの検討について、see *id.* at 482-99.

³⁸⁸ Nanda & Lodha, *supra* note 30, at 586; see also Aginam, *supra* note 384, at 93 (「民族的医療によるマラリアの治療は、既に共同体が負担できる費用で利用可能であるが、他方でオーソドックスな(西洋の)マラリア薬はそうではないだろう)。伝統的な薬の法的な問題に関する議論につき、see generally Carlos M. Correa, *Protection and Promotion of Traditional Medicine Implications for Public Health in Developing Countries* (2002), <http://www.southcentre.org/publications/traditionalmedicine/traditionalmedicine.pdf>.

³⁸⁹ Aginam, *supra* note 384, at 93.

³⁹⁰ バイオパイラシーの議論につき、例えば、VANDANA SHIVA, *BIOPIRACY: THE PLUNDER OF NATURE AND KNOWLEDGE* (1997); Keith Aoki, *Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection*, 6 IND. J. GLOBAL LEG. STUD. 11 (1998); Peter Drahos, *Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy: Is a Global Bio-Collecting Society the Answer?*, 2000 EUR. INTELL. PROP. REV. 245 (2000); Paul J. Heald, *The Rhetoric of Biopiracy*, 11 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 519 (2003); Ikechi Mgbogji, *Patents and Traditional Knowledge of the Uses of Plants: Is a Communal Patent Regime Part of the Solution to the Scourge of Bio Piracy?*, 9 IND. J. GLOBAL LEG. STUD. 163 (2001); Remigius N. Nwabueze, *Ethnopharmacology, Patents and the Politics of Plants' Genetic Resources*, 11 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 585 (2003); Naomi Roht-Arriaza, *Of*

摘するように、「この数年間に市場で発売された医薬品のかなり多くが、伝統的な起源に由来し、あるいはそこにさかのぼることができる。しかし、これらの資産〔译者注・伝統的な起源のこと〕に対する財産権保護は、化合物質や治療プロセスの保護のために企業が利用できる知的財産権保護の性質とは適合しないものである³⁹¹」。近頃、途上国は遺伝物質のソースと出所の開示を特許出願手続の一部とすることを要求する提案を行った³⁹²。TRIPs 協定29条の2の草案として導入されたこの提案は、これまでのところ日本、韓国そして米国を含む先進国の特許コミュニティからの強力な反対にあっている。

最後に、知的財産保護を更に拡大する前に影響調査を義務付けることが重要である。たとえば、WIPO 開発アジェンダについての政府間会合の間、バーレーンは「WIPO が…加盟国との協力の下、知的財産についての調査を実施し、加盟国における知的財産制度の利用の経済的、社会的、文化的影響を、とりわけ文化産業の国内経済に対する寄与に重点をおいて明らかにする³⁹³」ことを提案した。人権レジーム等の他の国際的なフォーラムも、類似の評価を求めている。最近の解釈コメントにおいて経済的、社会的、文化的権利委員会 (CESCR) は「締約国は…ある人の科学的、文学的あるいは芸術的生産から生じる人格のおよび経済的利益の保護のための立法について、その採択前および実施の一定期間経過後に、人権への影響調査を実施することを検討すべきである³⁹⁴」と述べた。そのような評価は重要である。というのは、それは全ての締約国が考慮すべき情報を提供するだけ

Seeds and Shamans: The Appropriation of the Scientific and Technical Knowledge of Indigenous and Local Communities, 17 MICH. J. INT'L L. 919 (1996).

³⁹¹ Drahos, *Intellectual Property and Pharmaceutical Markets*, *supra* note 5, at 403-04.

³⁹² See Abbott, *Cycle of Action*, *supra* note 15, at 35 (提案を検討)。

³⁹³ *Proposal by the Kingdom of Bahrain on the Importance of Intellectual Property in Social and Economic Development and National Development Programs*, WIPO Doc. IIM/2/2 (June 14, 2005); see also Frederick M. Abbott, *Toward a New Era of Objective Assessment in the Field of TRIPs and Variable Geometry for the Preservation of Multi-lateralism*, 8 J. INT'L ECON. L. 77, 79 (2005) (「新たな [知的財産権] とそれに関連する規制条項は客観的な影響評価の対象とされるべき」と主張)。

³⁹⁴ *General Comment No. 17*, *supra* note 196, ¶ 35.

でなく、原告諸国の国民と政策立案者が自分達が推し進めている政策が有する開発関連の影響を認識することを確実にするからである。また、この調査は、政策立案者が知的財産権者による強力なロビー活動に直面した時に、十分な情報に基づく判断を行うことを可能とする、有用な情報を提供するであろう。

C. 知的財産権のグローバル化

国際的な知的財産体制が構築されたとき、加盟国の意図は、違反と商業的海賊行為を減らすであろう水準に保護を調和させることにあった。結果として、内国民待遇条項のような非差別的なツールが重視された。パリ条約は少数の分野では保護の最低水準をいくつか盛り込んでいたが、国内の必要性と状況に基づいて自らの知的財産政策を構築するという、かなりの自律性を加盟国に留保していた。実際、知的財産制度のさらなる調和を求める加盟国もあったが、「実際には実際的でない」という理由でそうした制度が採用されることはなかった³⁹⁵。

しかしながら、先進国側の世界において保護がより統一的になるにしたがい、諸国は知的財産権をさらにハーモナイズすることが重要であると考えられるようになった。米国とヨーロッパ共同体加盟国の主導により、先進国は国際的な知的財産制度を、多様な国内制度を調整するパッチワーク制度³⁹⁶からグローバルな「超国家的な法規」としてその制度に属するメンバーに義務を課すものへと変容させた³⁹⁷。力の非対称性を理由として、ハー

³⁹⁵ See Beier, *supra* note 134, at 8 (「国内法と国内利益が非常に多様であるので…、[パリ条約の下での] 国際的に統一的な法という理想主義的な考えはユートピアの過ぎることが明らかになった。そして実際、その後よみがえった『世界特許』や『世界商標』のアイディアは、いまだ空中楼阁のままである」); see also Sam Ricketson, *The Birth of the Berne Union*, 11 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 9, 19 (1986) (ベルヌ条約において統一的な保護を形成することについての政治的な難しさを検討)。

³⁹⁶ See generally Paul Edward Geller, *From Patchwork to Network: Strategies for International Intellectual Property in Flux*, 9 DUKE J. COMP. & INT'L L. 69 (1998) (パッチワーク・モデルからネットワーク・モデルへの移行を検討)。

³⁹⁷ 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 (2000); see also Yu,

モナイゼーションの過程は、結局は西欧化 (Westernization)、または北化 (Northernization) の過程となった。時々、他国間の取り組みが失敗すると、ギャップを埋めハーモナイゼーションの取り組みでは達成できなかったことを達成するために、先進国は二国間ないし地域貿易協定という手段を用いている³⁹⁸。

途上国の苦境に加えて、TRIPs 協定は保護の最低基準——保護の上限ではなく——のみを設定することに焦点を置いてデザインされている。TRIPs 協定 1 条は「加盟国はこの協定の規定に反しないことを条件として、この協定において要求される保護よりも広範な保護を国内法令において実施することができるが、そのような義務を負わない³⁹⁹」と特に規定している。したがって、この協定はかなり多くの最低基準を含んでいるが、最高基準はごく限られている⁴⁰⁰。

誤って最低基準に焦点をあてたことは、国際知的財産制度に対して 2 つの負の影響を与えている。第 1 に、おそらく権利の付与と同じ程度に制限や例外が重要とされているという、国内の知的財産制度では一般にみられるバランスを確保しなかったことである⁴⁰¹。最低基準に不当に焦点をあてたことによって、各国は、政策立案者が例外や公益保護を導入することを通じて、追加的な保護のバランスをとり、自国の産業や国民を保護することができなくなるおそれを無視した。実際、より豊かで幸福な通商パートナー（およびそれらの国に対して強力なロビー活動を行う多国籍企業）はそのような例外を好まなかったであろう。

第 2 に、各国が包括的な視点をとり、強化された保護と公益の補填とを含む包括的な立法をなすことを難しくした。これは特に、WTO 紛争解決

Currents and Crosscurrents, *supra* note 127, at 354-75 (国際合意から超国家的な法規への変容を検討)。

³⁹⁸. See *supra* Part II.D.

³⁹⁹. TRIPs Agreement, *supra* note 8, art. 1.

⁴⁰⁰. See sources cited in Yu, *TRIPs and Its Discontents*, *supra* note 193, at 402 n.138 (2005).

⁴⁰¹. JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE & SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY 138 (1996).

パネルにより当該ルールが精査される場合にあてはまる。Rochelle Dreyfuss と Graeme Dinwoodie は次のように指摘する。

「司法的判断に関する「分離」アプローチ（立法における妥協が、それぞれ個別に評価されることとなる、という意味）は誤った結論を生じうる。慎重に交渉された立法上の取決めを解きほぐしただけでなく、機械的にそのようにするのである。TRIPs は最低水準のみを規定するので、WTO の紛争解決は保護強化への一方通行として機能する。すなわち、紛争解決の申立てにより知的財産保護の水準を下げるような措置が無効とされることはあるが、紛争解決パネルが保護水準を高める措置を扱うことはないのである。したがって、妥協は常に同じ方向へと理解され、国家は、保護促進的な規定はそのままに、利用者を利するような法の特徴は変更を迫られるのである⁴⁰²」

紛争解決パネルが、レストランや、バー、小売店、その他の小規模の事業所において、許諾を得ることなく音楽を利用できる場合を拡大した Fairness in Music Licensing Act を無効であると判断し、他方で同じパッケージ交渉の下で立法された著作権保護期間延長立法をそのままにしたことを指摘しつつ⁴⁰³、Dreyfuss 教授と Dinwoodie 教授は、パネルが採用した分離アプローチは、知的財産権者が「保護水準の引下げは国際的なレベルで有効な異議申し立てを受けることを知りながら、自らが求める保護強化立法と引き換えに、保護水準を引き下げる規定にも合意する」ことを促進するという悪影響をもたらすかもしれないと警告する⁴⁰⁴。

国際知的財産制度の進展のあり方を再検討する機は熟した。もし、保護をハーモナイズするために条約によるパッチワークを使うという国際制度から、全ての加盟国に対して保護と義務を課すグローバルな制度へと、制度が変わってきたのであれば、公益と分配問題の両者を考慮に入れ、知的財産制度における財産的利益と公的アクセスの必要性の間でのバランスをとるといふ強い必要性が存在する⁴⁰⁵。そのためには、各国は内発的、

⁴⁰². Dinwoodie & Dreyfuss, *supra* note 369, at 100.

⁴⁰³. See *id.* at 99.

⁴⁰⁴. *Id.* at 100.

⁴⁰⁵. Peter Gerhart は次のように説明する。

外発的な制限の両者を考慮する必要がある⁴⁰⁶。

たとえば、内発的な制限をもたらすためにアクセス権の必要性が指摘されてきた。そこでは早期使用の例外の創設とその使用の必要性が指摘されている⁴⁰⁷。たとえば、「ジェネリック製薬会社が、ジェネリック製薬として販売するために必要な特定の諸国で課されている規制上の要件を充足するために、特許の存続期間終了の前に、特許製品を輸入、製造、テストすることを適法とする⁴⁰⁸」米国におけるBolar条項のようなものである⁴⁰⁹。

「我々は一般に、規範の厚生をひとつの国において考えるのだが、そこでは我々は、政府の課税と支出の権限に頼って配分的な価値に対応することができるが、これは知的財産制度によっては到達することができないものである。たとえば、貧しすぎて必須特許薬へのアクセスができない人々がいるならば、政府は、知的財産制度が否定するであろうアクセスを提供するために購買に対して補助をすることができる。……しかしながら、国際的な制度では、そのような配分的な判断を行うための制度的なインフラが欠けている。すなわち、複数の国を通じて、特定の政策によって損失を被る人々に対してその政策によって利を得る人々が補償をするか否か、そしてどのようにそうするかを決める、厚生についての判断を行う制度的な体系がないのである。したがって、国際的な制度においては、配分的な価値は、フェアユースや他のアクセス権を定める知的財産制度の規定を通して、国際的知的財産制度自体の中に盛り込まれねばならない一さもなければ、これらの価値は無視されてしまうだろう。つまり簡単に言えば、国際的な領域では、貧しい国には厚生を高めるために必要な知識財に対して支払いをする能力がないことを考慮にいれるメカニズムがないのであり、もし配分的な目的が何らかの重要性を持つのであれば、その目的は直截に対処されねばならない」

Gerhart, *supra* note 328, at 16.

⁴⁰⁶ See Yu, *TRIPS and Its Discontents*, *supra* note 193, at 396-401 (明示的なアクセス権の創設を求める文献を検討)。

⁴⁰⁷ See IPR COMMISSION REPORT, *supra* note 6, at 50 (「特許の期限切れ時に代替品であるジェネリック薬を導入することを促進するために、特許権に対する適切な早期使用の例外を法律に盛り込む」ことを途上国に推奨) ; Timmermans, *supra* note 24, at 52 (「Bolar条項」が…国内特許法に組み込まれ、それが従来よりの医薬品だけでなく生物薬剤学にも〔適用される〕ことを確保」する必要性を指摘)。

⁴⁰⁸ IPR COMMISSION REPORT, *supra* note 6, at 50.

⁴⁰⁹ See Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984, Pub. L. No.

増加するリサーチ・ツールの特許取得により科学の進歩が妨げられることのないよう、研究のための例外が必要であることも指摘されている⁴¹⁰。加えて、「関連市場における競争に悪影響を及ぼすような知的所有権の濫用」を抑止するために加盟国が適切な措置をとることを認める TRIPs 協定31条(k)と40条の重要性が強調されている⁴¹¹。

外発的な制限も同様に重要である。国際的な人権⁴¹²、とりわけ健康への

98-417, 98 Stat. 1585 (codified as amended at 15 U.S.C. 355 (2000)).

⁴¹⁰ See Timmermans, *supra* note 24, at 52 (「研究の例外」の必要性を指摘)。試験使用の例外の検討につき、see generally Rochelle Dreyfuss, *Protecting the Public Domain of Science: Has the Time for an Experimental Use Defense Arrived?*, 46 ARIZ. L. REV. 457 (2004); Rebecca S. Eisenberg, *Patents and the Progress of Science: Exclusive Rights and Experimental Use*, 56 U. CHI. L. REV. 1017 (1989); Janice M. Mueller, *No "Dilettante Affair": Rethinking the Experimental Use Exception to Patent Infringement for Biomedical Research Tools*, 76 WASH. L. REV. 1 (2001); Janice M. Mueller, *The Evanescent Experimental Use Exemption from United States Patent Infringement Liability: Implications for University and Nonprofit Research and Development*, 56 BAYLOR L. REV. 917 (2004); Katherine J. Strandburg, *What Does the Public Get? Experimental Use and the Patent Bargain*, 2004 WIS. L. REV. 81.

⁴¹¹ TRIPs Agreement, *supra* note 8, art. 40. すでに指摘されているように、多くの途上国は「そうすることを要求されない限り、競争政策の実施にリソースを注ぎ込まないとの判断をするだろう」。Berger, *supra* note 338, at 196; see also Dreyfuss, *TRIPS—Round II*, *supra* note 2, at 31 (「TRIPs 協定は加盟国が知的財産権の濫用を規制する法律を必要とするかもしれないことを認識しているが、…WTOに加盟する以前には施行可能な知的財産法をもたなかった諸国は、知的財産権者を規制するために競争法を構築する理由をほとんどもたなかった。」(footnote omitted))。にもかかわらず、Jonathan Berger 等の論者は、「開発途上国は将来のいつかには、ドーハ開発ラウンドか地域的・二国間貿易協定の結果として、『シンガポール問題』の最終的な解決である競争政策の実施を要求するようになるであろう。」と信じている。Berger, *supra* note 338, at 196 (footnote omitted)。

⁴¹² See generally Bloche, *supra* note 255, at 827 (「WTO システムは…、加盟国の条約上の義務について紛争が生じた際には健康の保護をデファクトの解釈原則として扱うようになった」); Audrey R. Chapman, *The Human Rights Implications of Intellectual Property Protection*, 5 J. INT'L ECON. L. 861 (2002) (知的財産保護の人権的な含意を検討); Helfer, *Toward a Human Rights Framework*, *supra* note 189 (知的財産権につい

権利⁴¹³は知的財産保護に優越しうる文言を規定していることが指摘されている。たとえば、「知的財産と人権」に関する決議2000/7号において、国連人権促進保護小委員会は、各国政府、政府間組織、および市民社会グループに対して、人権を「経済政策や経済的合意に対して…最優先」と位置づけるべきと主張している⁴¹⁴。また、近時のICESCRの解釈コメントにおいて、CESCRは「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⁴¹⁵」と述べた。TRIPs協定が摩擦をもたらすかもしれない他の人権には、食糧への権利、健康への権利、教育への権利、自己決定への権利、表現の自由への権

ての人権的な枠組みの概略を示す); Yu, *Reconceptualizing Intellectual Property Interests*, *supra* note 189 (知的財産権についての人権的な枠組みを構築する方法を検討)。

⁴¹³ 健康への権利と、そのような権利を定義する国際な規範的・法的基準の検討につき、see generally Audrey R. Chapman, *Conceptualizing the Right to Health: A Violations Approach*, 65 TENN. L. REV. 389 (1998); Eleanor D. Kinney, *The International Human Right to Health: What Does This Mean for Our Nation and World?*, 34 IND. L. REV. 1457 (2001).

⁴¹⁴ Helfer, *Toward a Human Rights Framework*, *supra* note 189; see also Chon, *supra* note 223, at 2886 (「米国憲法の厳格な審査基準に近い法的ルールを通して、知的財産のグローバル化に関する意思決定全体」に実質的な平等原則を導入することを提案)。英国の知的財産権委員会が健康についての章で次のように述べている。

「この検討での出発点は、どの知的財産制度がヘルスケア製品に適用されるべきかを定める場合には、ヘルスケア上の考慮こそが主たる目的とされねばならないということである。知的財産権は利益を生み出すために産業に付与されたのではなく、長期的によりよいヘルスケアの供給に用いられるように付与されたのである。したがって、そのような権利が実際にヘルスケアの目的を促進すること、そしてとりわけ、開発途上国の貧しい人々がヘルスケアを受けることを妨げる原因になっていないことを確実にするように、しっかりと権利の監視がなされねばならない」

IPR COMMISSION REPORT, *supra* note 6, at 30.

⁴¹⁵ *General Comment No. 17*, *supra* note 196, ¶ 35.

利、文化的参加と開発への権利、科学的発展による受益への権利がある⁴¹⁶。

人権の優越の原則を「成文化」するために、諸国は、公衆衛生問題が知的財産の保護のような他の問題に優越することを認める条約規定についての交渉を検討することができる。最近Uma Suthersanenは、TRIPs協定13条の末尾に、「権利者により広範な公益、とりわけ教育、開発、情報へのアクセスの間のバランスを維持する必要性に注意しつつ」という文言を追加するという改正を行うことを提案した⁴¹⁷。TRIPs協定30条に「とりわけ開発と必須医薬品へのアクセスにつき、権利者により広範な公的利益の間のバランスを維持する必要性に注意しつつ」という文言を加えることによっても、同旨の変更を行うことができるだろう。そのような規定により、政策立案者は製薬産業またはジェネリック製薬会社のいずれかの利益を創出することよりは、公衆衛生の促進に焦点を置くことができるようになるだろう⁴¹⁸。この規定は、途上国における公衆衛生の危機的状況に照らして、またTRIPs協定には公衆衛生に関する特別の例外規定がないことに照らして特に重要である⁴¹⁹。残念なことに、第6項の解決策の構築の経緯は、

⁴¹⁶ Yu, *Reconceptualizing Intellectual Property Interests*, *supra* note 189, at 1148; *Ten Common Questions About Intellectual Property and Human Rights*, 23 GA. ST. U. L. REV. (forthcoming 2007), available at <http://ssrn.com/abstract=979193>.

⁴¹⁷ UMA SUTHERSANEN, THE FUTURE OF COPYRIGHT REFORM IN DEVELOPING COUNTRIES: TELEOLOGICAL INTERPRETATION, LOCALIZED GLOBALISM AND THE “PUBLIC INTEREST” RULE 24 (2005), http://www.ipronline.org/unctadictsd/bellagio/Bellagio2005/Suthersanen_final.pdf.

⁴¹⁸ See *supra* text accompanying notes 57-58.

⁴¹⁹ 論者と政策立案者らは、「公序」(TRIPs協定27条2項 *supra* note 8)や「公益」(同8条1項、安全保障の保護についての他の例外を通じて、そういった例外を増やそうとしてきた。See *id.* art. 73 (加盟国が自国の重大な安全保障上の利益を遂行したり、国際の平和および安全の維持に関して国際連合憲章に基づく義務を遂行することについての例外を規定); see also David P. Fidler, *Constitutional Outlines of Public Health's "New World Order"*, 77 TEMP. L. REV. 247, 251-53 (2004) (国家の安全保障の文脈で公衆衛生を検討)。GATT20条に特別の例外を見出すこともできる。これは「人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置」を認めるものである。

GATT, *supra* note 302, art. XX.

米国がこのような変化をまったく歓迎しそうにないことを示している。

したがって、より政治的に実行可能なアプローチは、外発的な限界を知的財産制度の外側におくことである。Laurence Helfer がレジームの移行という文脈で説明するとおり、外発的な限界は最初は「反レジーム的な規範⁴²⁰」の形で現れ、その後「修正主義的な規範⁴²¹」として知的財産制度に統合されるのである。彼が説明するように、「途上国にとって、反レジーム的な規範の価値は、国際的な法制度のふたつの基本的な特徴に基づいている。第1は、ばらばらで階層的でないという制度構造であり、第2は国家や私人の行動を規律するためにしばしば拘束力のない規範を利用することである⁴²²」。現在では知的財産保護の影響は、農業、健康、環境、教育、文化、言論の自由、民主主義といった他の分野にも波及しているので、知的財産制度の外側で限界を画する必要性がますます重要になっているのである。

これらの制限の重要性にもかかわらず、その輸出は、実体的な権利の輸出と同様に危険なものとなり得ることに留意しなければならない。実際、そういった輸出に対する懸念が指摘されており、また、限定的な最低基準のみを規定する本来の国際知的財産制度を維持すべきとの議論もなされてきた。本稿はそのような制度を維持し続けることは、もはや政治的に許されないとの立場をとるのであるが、たとえば伝統的知識の保護に対する制限といった国内の状況を見越した制限は、国内の状況を見越した権利と同様に問題であるということを確認することが重要である。知的財産はそれ自体が目的ではなく、目的のための手段である。途上国の革新を困難にするような制限は、結局はそうした制限を持つ目的を達成することを妨げることになる。

⁴²⁰ Helfer 教授は反レジーム的な規範を「法的効果のある条約ルール、および広くみられる法的な状況を変更することをはかる、法的拘束力のないソフト・ロー的な基準」と定義する。Helfer, *Regime Shifting*, *supra* note 193, at 14.

⁴²¹ Laurence R. Helfer, *Mediating Interactions in an Expanding International Intellectual Property Regime*, 36 CASE W. RES. J. INT'L L. 123, 127 (2004).

⁴²² *Id.*

結語

本稿は医薬品アクセス問題に焦点を当てるものだが、その検討は、教育教材へのアクセス、コンピュータ・ソフトウェアや情報技術へのアクセス、伝統的知識・フォークロア・遺伝資源の保護、生物多様性の促進、文化の保護と表現の自由といった他の知的財産関連問題にも同様にあてはめることができる。本稿における分析はまた、先進国間の問題と同様に、先進国と途上国との間の緊張をもたらす貿易関連問題を理解するためにも重要である。

全国的な判断は本来的に複雑である。結果として、経済発展や技術的な能力にかかわらず、各国は広い政策的余地を必要とするのである。TRIPs協定の構築と二国間および地域貿易協定の急増により、途上国がもつ政策的余地は劇的に縮減した。論者や政策立案者は、パブリック・ドメインの囲い込みについて重大な懸念を表明し、その囲い込みへの対応策を示してきたが、異なる——そしておそらくより重要な——囲い込みの動きにも注意を向けるべきであろう。国際的な囲い込みの動きは、国内の問題に対応するために各国が有する政策的余地を奪い去るだけでなく、パブリック・ドメインの囲い込みに対して各国がそれぞれ抵抗し対応する能力を制限するだろう。

国際的な囲い込みの動きに抵抗することは重要かつ緊急であるが、その動きを止めることは、途上国が直面している知的財産関連問題の終焉を保証するものではない。実際、WTO 開発アジェンダによって推し進められたもののように、囲い込みの幾つかの形は、これらの諸国にとって有益となり、経済発展を促進しうるものである（先進国にとってはこれらのイニシアティブを自国の政策的余地を囲い込むものとみることができるのであるが）。したがって、国際的な囲い込みの動きが意味するものを完全に理解しようとするのであれば、文脈に沿った囲い込みと文脈から切り離された囲い込み、すなわち国内状況を考慮しないタイプの囲い込みを区別する必要がある。後者こそが、先進国と途上国の両者にとってとりわけ危険な動きとなるのである。