

## TRIPS協定の目的と原則(1)

**Peter K. Yu\***

安藤 和宏(訳)

- I. はじめに
- II. 起源と進展
  - A. TRIPS交渉
  - B. 知的財産権の貿易関連の側面
  - C. Anell草案
  - D. WTOパネルによる説明
  - E. ドーハの要塞
  - F. 法的地位は高められたか
- III. 規範的内容
  - A. 7条(以上、本号)
  - B. 8条1項(以下、次号)
  - C. 8条2項

---

\* Copyright © 2009 Peter K. Yu. Kern Family Chair in Intellectual Property Law & Director, Intellectual Property Law Center, Drake University Law School; Wenlan Scholar Chair Professor, Zhongnan University of Economics and Law; Visiting Professor of Law, Faculty of Law, University of Hong Kong. 本稿の旧バージョンは、2009年に行われたヒューストン大学ローセンター主催のサンタフェ会議、札幌で行われた北海道大学大学院法学研究科のシンポジウム“Intellectual Property and Global Justice”、そして、武漢の中南財經政法大学での講義で利用したものである。Craig Joyce、Greg Vetter、そして田村善之先生には、その招待と歓待に対して感謝したい。さらに、Carlos Correaには、*Research Handbook on the Protection of Intellectual Property Under WTO Rules*に本稿の縮約版を寄稿するようお誘い頂いたことに対して感謝したい。また、Ricardo Colmenero、Rochelle Dreyfuss、Cynthia Ho、Edward Lee、Jacqueline Lipton、Charles McManis、Jerome Reichman、Greg Vetter、Mary Wongには、彼らの貴重なコメントと示唆に対して、そしてJonathan SoikeとMegan Snyderには、その素晴らしいリサーチと編集の援助に対して、ここに感謝する。

## IV. 7条と8条の多様な役割

- A. 指針 (guiding light)
- B. 盾 (shield)
- C. 剣 (sword)
- D. 橋 (bridge)
- E. 種 (seed)

## V. 結論

## I. はじめに

知的所有権の貿易関連の側面に関する協定<sup>1</sup> (TRIPS協定) は、世界貿易機関 (WTO) の加盟国が順守すべき知的財産権の保護と行使に関するミニマム・スタンダードを定めたものであるが、これまで発効した国際知的財産権条約の中でいっそう物議を醸しているものの一つである。交渉ではかなり議論が紛糾し<sup>2</sup>、依然として、先進国と開発途上国の間には、知的財産権の保護と行使の役割に対する見方かなりの隔りがある。

ここ数年、開発途上国 (後発開発途上国を含む) は、従来なされてきたTRIPS協定の解釈と実施の方法に対して、強い不満を表してきた。彼らはまた、TRIPS協定の交渉過程で確約したものの以上の保護を多くは新たな二国間協定や地域貿易・投資協定を通じて一先進国が要求し続けることに対して、苛立ちを覚えている。彼らが主張するように、先進貿易相手国の解釈によるようなTRIPS協定と「TRIPS協定の水準を上回る保護

<sup>1</sup> 「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」 (以下、TRIPS協定) は、1994年4月15日に作成された「世界貿易機関を設立するマラケシュ協定」 [以下、マラケシュ協定] の付属書1C (33 I.L.M. 1125) である。

<sup>2</sup> 一般的には、DANIEL GERVAIS, *THE TRIPS AGREEMENT: DRAFTING HISTORY AND ANALYSIS* 3-26 (2d ed. 2003) (TRIPS協定の起源と成立過程について説明している); JAYASHREE WATAL, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE WTO AND DEVELOPING COUNTRIES* 11-47 (2001) (TRIPS協定の交渉過程について詳述している); Peter K. Yu, *TRIPS and Its Discontents*, 10 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 369, 371-79 (2006) (TRIPS協定の起源に関する4つの異なる説明を考察している) を参照。

(TRIPS-plus)」の追加的な要求は、「地域的なニーズや国家利益、技術的能力、制度的キャパシティ、公衆衛生を無視する」ものである<sup>3</sup>。このような懸念や不満を契機として、最終的には、世界貿易機関 (WTO)、世界知的所有権機関 (WIPO)、その他の国際フォーラムにおける一連の開発課題が設定されることになった<sup>4</sup>。

TRIPS協定が採用する一つの規格をすべてに適合させるというアプローチ (one-size-fits-all approach)<sup>5</sup>—より正確には、特大の規格をすべてに適合させるというアプローチ (super-size-fits-all approach)—はとても問題の多いものである。しかし、同時にTRIPS協定は開発を促進し、公共の利益を保護するための多くの柔軟性を持ち合わせている<sup>6</sup>。これらの柔軟性を

<sup>3</sup> Peter K. Yu, *The International Enclosure Movement*, 82 IND. J. 827, 828 (2007) を参照。

<sup>4</sup> Peter K. Yu, *A Tale of Two Development Agendas*, 35 OHIO N.U. L. REV. 465, 511-40 (2009) (さまざまな国際フォーラムでの開発課題について検討している) を参照。

<sup>5</sup> Shamnad Basheer & Annalisa Primi, *The WIPO Development Agenda: Factoring in the “Technologically Proficient” Developing Countries*, in *IMPLEMENTING THE WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION’S DEVELOPMENT AGENDA* 100, 110 (Jeremy de Beer ed., 2009) (「一つの『特大な』規格をすべてに適合させるモデル」について暗に述べている); James Boyle, *A Manifesto on WIPO and the Future of Intellectual Property*, 2004 DULE L. & TECH. REV. 9, at 3-4, <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2004DLTR0009.pdf> (「一つの規格をすべてに適合させている。そしてそれは『特大』なものである」); Jeremy de Beer, *Defining WIPO’s Development Agenda*, in *IMPLEMENTING THE WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION’S DEVELOPMENT AGENDA*, *supra*, at 1, 3 (「一つの規格、しかも特大なサイズのグローバルな知的財産法のモデル」に言及している) を参照。

<sup>6</sup> Frederick Abbott は、公衆衛生の文脈で次のように指摘している。

「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や政府による使用に対するライセンスの付与を認めているし、政府が並行輸入を許可することも認めている。TRIPS協定は、新たな用途に特許 (new-use patents) を付与しなければならないと規定していない。TRIPS協定は、特許権を製造販売承認にかからしめることを認めているし、当該承認期間を補うための特許期間の延長を義務付けていない。TRIPS協定は、製造販売承認のためのデータの提出に対して、限定的な保護を与えているが、このような保護はジェネリック医薬品の製造者が生物学的同等性試験のデータを生成する

確保するために、7条と8条は明瞭かつ重要な目的と原則を規定しているが、これらはTRIPS協定の解釈と実施において肝要な役割を果たすものである。本稿では、この2つの条文の起源と、両条が開発途上国の開発目標の促進において果たしうる役割について検討する。

これまでTRIPS協定については、詳細な逐条解説が多く発表されているため、本稿ではこれらの優れた業績を繰り返すということはない<sup>7</sup>。その代わりに、従来の議論や資料を基にして、開発途上国がTRIPS協定の交渉を通じて苦労して獲得した取引を維持できるようにするために、7条と8条がいかんして多様で重要な役割を果たすことができるかについて説明する。さらに本稿では、7条と8条が国際知的財産制度の均衡を再修正するために、いかんして利用できるかについても検討する。

第2章では、まずTRIPS協定7条と8条の成立過程をたどる。その歴史的起源とその後の成立過程を詳細に分析することによって、次のことを明らかにする。それは、開発途上国が提案した条約の文言のうち、TRIPS協定の最終草案に残されたものがほんのわずかであっても、7条と8条にそのような文言が取り入れられたことによって、開発途上国は国際知的財産制度の均衡を取り戻すための重要なツールを手に入れるかもしれないということである。

第3章では、TRIPS協定7条、8条1項、及び8条2項の規範的内容を分析する。本章では、WTOパネルと上級委員会による解釈と、ドーハの第4回WTO閣僚会議で採択された2つの宣言が持つ意味に焦点を当てる。本章では、どのように両条の条文が開発途上国にとって有利に解釈できるかについても検討する。

---

ために、公的に入手可能な情報を利用することを阻止するものではない。TRIPS協定は、競争法の適用に対して、実質的な自由裁量を与えるものである。」

Frederick M. Abbott, *The Cycle of Action and Reaction: Developments and Trends in Intellectual Property and Health*, in NEGOTIATING HEALTH 27, 30 (Pedro Roffe, Geoff Tansey & David Vivas-Eugui eds., 2006) (citations omitted).

<sup>7</sup> 7条と8条の逐条解説については、CARLOS M. CORREA, TRADE RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 91-114 (2007); GERVAIS, *supra* note 2, at 115-22; UNCTAD-ICTSD, RESOURCE BOOK ON TRIPS AND DEVELOPMENT 118-33 (2005) [以下、TRIPS RESOURCE BOOK]を参照。

第4章では、TRIPS協定のより柔軟な解釈と実施を促進するために、7条と8条を利用する際の5つの異なる役割を検討して、論文を締めくくりにする。その5つの役割とは、(1)解釈と実施のための指針 (guiding light) として、(2)さらなる知的財産権保護の強引な要求に対する盾 (shield) として、(3)知的財産権の過剰な保護、あるいはその濫用を容認する条文に挑むための剣 (sword) として、(4)TRIPS体制と他の知的財産体制あるいは関連する国際体制を結ぶ橋 (bridge) として、(5)新たな国際知的財産権の規範を発展させるための種 (seed) として、である。

## II. 起源と進展

### A. TRIPS協定の交渉

TRIPS協定7条と8条の起源は、ウルグアイのプンタ・デル・エステで行われた「関税及び貿易に関する一般協定 (GATT)」<sup>8</sup>の閣僚会議にまで遡ることができる<sup>9</sup>。この会議が開催されたのは1986年9月であるが、まさにWIPOにおけるパリ条約<sup>10</sup>の改正に関する先進国と開発途上国の交渉が行き詰まっていたという重大な時期であった<sup>11</sup>。この閣僚会議では、GATT加盟国によって、新たに始まるウルグアイ・ラウンドの交渉目標が設定された。

閣僚宣言は「不正商品の貿易を含む知的財産権の貿易関連側面」と題したセクションで次のように述べている。

---

<sup>8</sup> 1947年10月30日に調印された「関税及び貿易に関する一般協定」(61 Stat. A3 (pts. 5 & 6), 55 U.N.T.S. 188) のことである。

<sup>9</sup> WATAL, *supra* note 2, at 21.

<sup>10</sup> 1883年3月20日に作成された「工業所有権の保護に関するパリ条約」のことである。1967年7月14日のストックホルムで改正条約が成立している (21 U.S.T. 1583, 828 U.N.T.S. 305)。

<sup>11</sup> Peter K. Yu, *Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime*, 38 LOY. L.A. L. REV. 357-58 (2004) を参照。

国際貿易に対する歪曲及び障害を軽減するために、そして知的財産権の効果的かつ適切な保護を促進する必要性、及び知的財産権を行使するための手段と手続がそれ自体では適法な貿易の障害とはならないことを確保する必要性を考慮し、交渉はGATTの条項を明確にし、適切な新しいルールと規律を策定することを目指さなくてはならない。

交渉は、すでにGATTにおいて行われた作業を考慮し、不正商品の国際貿易に対処する原則、ルール及び規律に関する多数国間の枠組みを構築することを目指さなくてはならない。

交渉は、これらの問題を扱うために世界知的所有権機関及びその他が行う補完的なイニシアティブを害するものであってはならない<sup>12</sup>。

このセクションは、知的財産権に関する新たな多国間協定を制定するための基盤を提供するものであり、最終的にはTRIPS協定として結実した。交渉では次の4つが主要な論点として議論がなされた。

- (1) 知的財産権保護の実体的な基準または規範
- (2) 知的財産権保護の実施のための国内法の下での手続
- (3) TRIPS協定の最終合意に参加する当事国間の紛争解決手続
- (4) TRIPS協定に関するGATTとWTO等の他の関連する国際機関との関係、及びウルグアイ・ラウンドの最終合意と既存の知的財産条約との関係<sup>13</sup>

当初、多くの開発途上国は、「交渉を主として不正商品貿易とその他のかかる貿易関連の側面に限定する」ために、プンタ・デル・エステ宣言のテキストを利用できると無邪気に信じていた<sup>14</sup>。これらの国が主張するように、GATTマンドートは、知的財産権に関する実体的な問題について議論することを認めていなかったのである。ブラジルとインドに先導されて、

<sup>12</sup> GATT, Ministerial Declaration on the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations pt. I.D, Sept. 20, 1986, 25 I.L.M. 1623, 1626 (1986).

<sup>13</sup> David Hartridge & Arvind Subramanian, *Intellectual Property Rights: The Issues in GATT*, 22 VAND. J. TRANSNAT'L L. 893, 902 (1989).

<sup>14</sup> WATAL, *supra* note 2, at 21.

これらの国はこのような問題を議論する制度的権限を持っているのはWIPOだけであると主張した<sup>15</sup>。これについて、インドの前交渉担当者であるJayashree Watalは次のように指摘している。

これはテキストを読み違えただけでなく、凶兆を見誤ったものでもある。明らかに、交渉はGATTの条文を明確にするだけでなく、「適切な」新しいルールと規律を策定することを目的としたものであった。特に重要なのは、第1段落の最初の文章で、開発途上国が「知的財産権の効果的かつ適切な保護を促進する必要性」を考慮することに同意したことである。この文言が最終的には、TRIPS協定に対する広範な知的財産権に関するミニマム・スタンダードの導入に結び付くことになる。不正商品貿易に関する第2段落の文言は、「原則、ルール及び規律に関する多数国間の枠組みを構築する」ためにいっそう明確なものとなっている。第3段落では、「交渉は、WIPO及びその他が行う補完的な作業を害するものであってはならない」と述べるだけであるが、この文言はWIPOがこれらの問題を議論する正当なフォーラムであるという開発途上国の主張に対する譲歩として採用されたものである。この時までにはもう、開発途上国は、GATTで不正商品の問題が議論されることもありうると認めていたのである<sup>16</sup>。

## B. 知的財産権の貿易関連の側面

まず始めに、検討に値するのは、交渉当事者たち、より正確にいうと、交渉当事者のグループらが当初持っていたさまざまな見解である。たとえば、1987年10月にアメリカがTRIPS交渉グループに提出した「知的財産権の貿易関連の側面に関する交渉のための提案」<sup>17</sup>を考えてみよう。この提案には目的に関するセクションが含まれているが、次のように述べている。

<sup>15</sup> *Id.* at 24.

<sup>16</sup> *Id.* at 21; *accord* GERVAIS, *supra* note 2, at 12 (「したがって、TRIPS協定全体は、不正商品貿易を抑止するための執行条項を除いて、『プンタ・デル・エステ宣言』の第1段落の最後の文言である『そして適切な新しいルールと規律を策定する』に基づいているということができらるだろう」)。

<sup>17</sup> Negotiating Group on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods [TRIPS Negotiating Group], *Suggestion by the United States for Achieving the Negotiating Objective*, MTN.GNG/NG11/W/14 (Oct. 20, 1987).

GATT の知的財産協定の目的は、知的財産権の保護と行使が不十分なレベルにあることに起因する物品とサービスの適正な貿易の歪み、及びそれに対する障害を軽減するというものである。この目的を実現するために、すべての参加国は以下のことに取り組むことに合意する。

- 国境対策の実施を通じて、知的財産権を侵害する物品とサービスの国際貿易に対する効果的な経済抑止策を講じること。
- 知的財産権を取得し、維持する適切な手段、及び知的財産権の効果的な行使のための基盤の 2 つを提供する基準と規範を認識し、実施すること。
- 知的財産を保護する手段、あるいは知的財産権を行使する手段は、適正な貿易に対する障害を生み出さないことを保証すること。
- 国際的な宣言、協議、調査及び紛争解決手続を知的財産権の保護と行使に及ぼすこと。
- 知的財産権の保護に対して認められている基準の実現、採用、執行及び協定の加盟を非加盟国に促すこと<sup>18</sup>。

アメリカの条文案は、欧州共同体が提出したものと著しい対照をなしている。アメリカと欧州共同体は、どちらもかなり類似している知的財産権関連の利益を有しているように見えるが、欧州共同体の提案は、アメリカの条文案よりも穏当なものであった<sup>19</sup>。最初の提案から 1 年後に、欧州共同体が TRIPS 交渉グループに提出した「ガイドラインと目標の提案」は、次のように述べている。

(知的財産権の適切な保護の重要性に留意するという) 全般的な配慮に加えて、共同体は、実体的な基準に関する交渉が以下のガイドラインに沿って行われるべきことを提案する。

<sup>18</sup> *Id.* at 3.

<sup>19</sup> TRIPS Negotiating Group, *Guidelines Proposed by the European Community for the Negotiations on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, MTN.GNG/NG11/W/16 (Nov. 20, 1987); TRIPS Negotiating Group, *Guidelines and Objectives Proposed by the European Community for the Negotiations on Trade Related Aspects of Substantive Standards of Intellectual Property Rights 2-3*, MTN.GNG/NG11/W/26 (July 7, 1988) [以下、TRIPS Negotiating Group, *Guidelines and Objectives*] を参照。

- 国際貿易における知的財産権の重要性が増加することによって、保護の原則とその基本的特徴に関する基本レベルの統一が要求される場合に生じる問題に対する貿易関連の実体的基準の構築に取り組むべきこと。
- 知的財産権の貿易関連の側面に関する実体的基準についての GATT の交渉は、知的財産権問題に関して、すでに存在する特定の協定に代替するルールの策定を目指してはならない。ただし、必要と判断される場合には、加盟国は貿易の歪みまたは障害を軽減するために、さらなる原則を策定することができる。交渉は、すべての加盟国が尊重すべき保護の原則の確認と合意に大幅に限定されなければならない。各国の国内法の調和を目指すものであってはならない。
- GATT の交渉は、WIPO その他で行われるイニシアティブを害するようなものであってはならない。知的財産権問題の国際協定や地域協定が存在する場合、あるいは WIPO その他の国際機関によってすでに基準が策定され、または現在準備段階である場合、GATT の合意はこれらの作業を考慮しなければならない。
- したがって、GATT で合意した原則は、既存の国際協定との衝突を避ける一方で、同時に、知的財産権の分野ですでに存在するルールを認識するためのより広い基準を与えるものでなければならない<sup>20</sup>。

この提案のとても興味深いところは、欧州共同体がプンタ・デル・エステ宣言に対して、多大な敬意を払っていること、そしてこの新たな法的文書の対象範囲をより限定するように要望していることである。この提案は、交渉が「知的財産権問題に関して、すでに存在する特定の協定に代替するルールの策定を目指してはならず」、また「WIPO その他で行われるイニシアティブ」を害するようなものであってはならないと明確に述べている<sup>21</sup>。その最初の脚注で明らかにしているように、提案は「コード (code)」アプローチを志向していないのである<sup>22</sup>。

このような欧州共同体の立場は、理解しうるものであった。当時、欧州共同体の加盟国や開発途上国を含む多くの国々は、GATT に知的財産権の保護と行使に関する新たな規範的な基準を取り入れるべきか分からない状態にあった<sup>23</sup>。多くの国が著作権侵害や商標偽造に対する追加的な保護

<sup>20</sup> TRIPS Negotiating Group, *Guidelines and Objectives*, *supra* note 19, at 2.

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> *Id.* at 2 n.1.

<sup>23</sup> Yu, *supra* note 11 at 360.

の提案に好意的であったが、協議の対象を知的財産の権利者による制限的かつ反競争的行為のような、より限られた問題に限定することを望む国も一方で存在したのである<sup>24</sup>。

開発途上国の重要なリーダーとしての役割を果たしていたブラジルとインドは、知的財産権の新たな実体的規範を GATT に組み込むことに強く反対していた。ブラジルは初期に提案を行った国の一つであるが、その提案の中で、「不正商品貿易の問題に関するさらなる議論に先立って」、GATT 加盟国が「虚偽または誤認を生じさせる原産地表示の防止に関するマドリッド協定」に署名することを提言していた<sup>25</sup>。インドが TRIPS 交渉グループに対して正式な文書を提出したのは、その2年後のことである。

1989年7月、インドは GATT 交渉の目的に対する懸念を表明した詳細な文書を提出する。文書は GATT 交渉に対する開発途上国の見解を表したものであるが、「知的財産権の利用可能性、範囲、及び利用の基準と原則に関する新たなルールと規律を（GATT の枠組み）において確立するのは適切ではない」という結論で締めくくっている<sup>26</sup>。インドは TRIPS 交渉グループの会議に「割り込み、極めて詳細にわたった発言をすることで」、新たな GATT の法律文書の目的と原則に関する議論を継続させた<sup>27</sup>。GATT 事務局長は次のように話している。

インドの代表は、自国のペーパーを紹介する発言の中で、最初に、アメリカがその通商法の下で起こした最近の行動について言及し、二国間で強要や脅迫という手段が行使され続ける限り、TRIPS 交渉の関連性や有用性に関して、彼の代表

<sup>24</sup> たとえば、TRIPS Negotiating Group, *Standards and Principles Concerning the Availability, Scope and Use of Trade-Related Intellectual Property Rights: Communication from India* 19-20, MTN.GNG/NG11/W/37 (July 10, 1989) [以下、*Communication from India*] (GATT の枠内でのいかなる合意も知的財産権の実体的問題に影響を及ぼしてはならないというインドの立場を伝えている) を参照。

<sup>25</sup> TRIPS Negotiating Group, *The Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indications of Source on Goods: Suggestion by Brazil* 1, MTN.GNG/NG11/W/11 (July 9, 1987).

<sup>26</sup> *Communication from India*, *supra* note 23, at 19-20.

<sup>27</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 121.

団が重大な留保をしていることを再度確認する必要があると述べている。この留保を前提にして、インドの代表団は「文書 NG11/W/37」として配布されるペーパーを提出したが、これは交渉項目に対するインドの見解が明確に述べられたものであった。ペーパーは、最初に3つのポイントを強調している。

第一に、インドは、貿易関連とみなすことができるのは、知的財産権者による制限的かつ反競争的行為だけであると考えていること。これは、そのような行為が単独で国際貿易を歪曲し、あるいは阻害するという理由による。インドは、そのペーパーで扱っている知的財産権の他の側面を貿易関連とみなしていないが、次の2つの理由によりこれらを考察している。その理由とは、参加国が交渉グループに提出したさまざまな提案の中に、知的財産権の他の側面の問題を取り上げているものがあること。そして、さらに重要なことには、知的財産権の他の側面は、それが本来、属しているより広範な開発と技術という文脈で捉えるべきであるということである。インドは、単に知的財産権の他の側面に「貿易関連」というラベルを貼るだけで、このような問題を国際貿易の領域に持ち込むことはできないと考えていたのだ。

第二に、1989年4月のTNC（貿易交渉委員会）の決議におけるパラグラフ4(b)とパラグラフ5が密接に結び付いていることである。パラグラフ4(b)に関する議論は、開発途上国が有する4つのニーズ、すなわち社会経済上のニーズ、開発上のニーズ、技術的なニーズ、そして公共利益のニーズに基づいて明確に行われなければならない。知的財産権に関するいかなる原則や基準も、開発途上国が有する上記のニーズに照らして、慎重に検証されなければならない。したがって、知的財産権の権利者が有する独占権の保護だけに議論の焦点を当てることは適当ではない。

第三に、インドの代表が強調しているのは、知的財産権制度に関するいかなる議論も、当該制度の本質がその独占的かつ制限的な性格にあることを正しく捉えなければならないということである。このことは、開発途上国にとって特別な意味を持つものである。というのも、全世界の特許の99%以上が先進工業国の国民によって所有されているからだ。知的財産権制度が付与する極めて強い権利とその意味するところが認識されているからこそ、この問題に関する国際協定には、中心理念として、加盟国が知的財産権保護制度を自らのニーズや事情に適合させる自由というものが組み込まれているのである。このような受入国を持つ自由は、基本原則として認識されなければならない、また交渉グループでのすべての議論の指針とされなければならない。

知的財産権に関する実体的な基準は、社会経済的、産業的、そして技術的發展にきわめて関係しているが、特に開発途上国の場合には、これが当てはまる。まさにこの理由によって、これまで GATT はこの分野で重要な役割を果たすことができず、そのため、国際社会は知的財産権の実体的な問題を扱う専門機関を創設

してきたのである。したがって、交渉グループは知的財産権者による制限的かつ反競争的行為に焦点を当てるべきであり、このような行為によって国際貿易が歪められたり、妨げられたりしないように、当該行為の排除のための基準と原則を導き出すべきである<sup>28</sup>。

インドの見解は会議で「幅広い議論」の対象となり、他の開発途上国に支持された<sup>29</sup>。このような開発途上国の立場は、欧州共同体とアメリカが1990年の初めに条約の草案テキストを提出した後も変わらなかった<sup>30</sup>。ようやく1990年5月になって、チリが文書を提出するが、これには、知的財産権の規範的な基準は「決してGATTの枠組みに組み入れてはならず、むしろGATTではなく、WIPOその他の機関が管理する協定の対象とすべき」と述べられていた<sup>31</sup>。

このような3つのきわめて異なる立場に見られるように、GATTの場で知的財産権の保護と行使に関する新たなミニマム・スタンダードを策定することに対しては、交渉当初からきわめて異論が多かった。TRIPS交渉グループの議長であるLars Anellが認めているように、「ウルグアイ・ラウンドを立ち上げるための閣僚会議の日程が決定した時点では、ウルグアイ・ラウンドが知的財産権を取り扱うかどうかは、まったく分からなかった」<sup>32</sup>のである。Daniel Gervaisも次の2点を指摘している。第一に、プンタ・デ

<sup>28</sup> TRIPS Negotiating Group, *Meeting of Negotiating Group of 12-14 July 1989: Note by the Secretariat* 4-5, MTN.GNG/NG11/14 (Sept. 12, 1989).

<sup>29</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 122.

<sup>30</sup> TRIPS Negotiating Group, *Communication from Argentina, Brazil, Chile, China, Colombia, Cuba, Egypt, India, Nigeria, Peru, Tanzania and Uruguay*, MTN.GNG/NG11/W/71 (May 14, 1990) [以下、*Communication from Less-Developed Countries*] (TRIPS協定の草案の文言を提案している)を参照。Adronico Oduogo Adede, *Origins and History of the TRIPS Negotiations*, in *TRADING IN KNOWLEDGE* 23, 28 (Christophe Bellmann et al. eds., 2003) (この草案のテキストは、「知的財産権の実体的基準に関するパートを弱める一方で、不正商品貿易に対処するパートを強調する」という2つのパートで構成されていることを指摘する)も参照。

<sup>31</sup> TRIPS Negotiating Group, *Communication from Chile*, MTN.GNG/NG11/W/72 (May 14, 1990).

<sup>32</sup> Lars Anell, *Foreword to the First Edition* of GERVAIS, *supra* note 2, at vii.

ル・エステ宣言は、その範囲あるいは潜在的な射程がどこまで及びうるのかということとは無関係に「(GATTの)締約国にこの新たな主題を受け入れさせることがいかに困難であったかを(事後的に振り返ってみるならば)示している」こと。第二に、それに加えて「その宣言のテキストの大部分が、将来の協定がなしてはならないことに言及し、それを狭大なGATT独特の用語法に置き換えている」という事実である<sup>33</sup>。

### C. Anell 草案

1990年代の初頭までには、知的財産権の保護と行使に関するミニマム・スタンダードをGATTの枠組みに組み込むことが避けられないということは、すべての交渉当事国にとって明らかになっていた<sup>34</sup>。このような甘受は、(1)強硬派の対立国<sup>35</sup>に対するアメリカの強引な戦略、(2)アメリカによる「分断攻略」戦術の成功<sup>36</sup>、(3)強硬派の対立国の多くが直面する経済危機<sup>37</sup>、(4)グローバルな知的財産産業による欧州共同体、日本、そしてアメリカのロビイングの成功<sup>38</sup>がもたらしたものである。カナダは1990年10月に新たな多国間貿易機関の創設を提案したが、この提案は、開発途

<sup>33</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 11.

<sup>34</sup> Abdulqawi A. Yusuf, *TRIPS: Background, Principles and General Provisions*, in *INTELLECTUAL PROPERTY AND INTERNATIONAL TRADE: TRIPS AGREEMENT* 3, 9 (Carlos M. Correa & Abdulqawi A. Yusuf eds., 2d ed. 2008) [以下、*INTELLECTUAL PROPERTY AND INTERNATIONAL TRADE*] (「Group of 14」と呼ばれる開発途上国14カ国から成るグループが提出した条約草案の文言には、「知的財産権に関してGATTに基づいた基準設定のアプローチの採用を受け入れることを示す記述がある」ことを指摘する)を参照。

<sup>35</sup> WATAL, *supra* note 2, at 19を参照。強硬派の国とは、アルゼンチン、ブラジル、キューバ、エジプト、インド、ニカラグア、ナイジェリア、ペルー、タンザニア、ユーゴスラビア等である。Id. at 19 n.17.

<sup>36</sup> Yu, *supra* note 11, at 412-13を参照。

<sup>37</sup> Peter K. Yu, *Access to Medicines, BRICS Alliances, and Collective Action*, 34 *AM. J.L. & MED.* 345, 365 (2008)を参照。

<sup>38</sup> SUSAN K. SELL, *PRIVATE POWER*, PUBLIC LAW 96-120 (2003) (TRIPS交渉における産業界の役割を考察している)を参照。

上国がそのような機関から除外されるのを恐れたことと相俟って、TRIPS 交渉の結果に対する不服を申し立てるのに適切なフォーラムは WIPO であるとする、開発途上国の初期の見解に対する議論を効果的に終結させた<sup>39</sup>。

交渉で残された課題は、新しい基準を具体的にどのようなものにするかということと、既存の国際的財産条約によってすでに与えられている保護に悪影響を及ぼさずに、いかにしてこれらの基準を新しい協定に組み入れるべきかということであった。GATT の事務局長兼議長である Anell 氏は、交渉プロセスを促進し、先進国と開発途上国の距離を縮めるために、一般に Anell 草案と呼ばれるドラフトを用意した<sup>40</sup>。これは、後に「商品に関する交渉グループに対する議長レポート」として正式な草案となるものである<sup>41</sup>。交渉時に事務局に勤務していた Gervais 教授は次のように詳細に語っている。

1990年初頭の数ヶ月間、多くの先進工業国は、ほとんど事前の通知を受けることなく、将来の TRIPS 協定となる草案のテキストを審議した。このテキストを審議する前に、既存の規範と考えられる貿易関連のギャップを特定することに議論の焦点は置かれたが、想定される TRIPS 協定の帰結として出てきた大要は、基本的には原則レベルのものであり、法律文書のレベルには達していなかった。草案となる法律文書は、欧州共同体、アメリカ、日本、スイス、オーストラリアによって提案されたが、半導体に対する特別の保護を与える国がほとんどなかったという状況にもかかわらず、当時存在したすべての知的財産権を網羅する詳細な協定となることを予兆したものであった。この提案には、国内の裁判所及び税関当局での権利の執行に関する詳細な規定と、将来起こりうる TRIPS 協定の紛争を GATT・WTO 紛争解決システムの下に置く規定も含まれていた。これらの提案は、TRIPS 交渉グループが限定された権能しか付与されていないという点から見ると、とても自明のものといえるようなものではなかった。

これに対抗して、十数カ国を超える開発途上国が、大幅に範囲を限定した別の「法律」文書を提案したが、具体的な規範的内容はほとんど含まれていなかった。

<sup>39</sup> WATAL, *supra* note 2, at 34.

<sup>40</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at xiii.

<sup>41</sup> TRIPS Negotiating Group, *Status of Work in the Negotiating Group: Chairman's Report to the GNG*, MTN.GNG/NG11/W/76 (July 23, 1990).

これらの国々は、経済的及び社会的発展目標を実現するためには、柔軟性を確保する必要があると主張した。今にして思えば、開発途上国の中には、ウルグアイ・ラウンドの事務局がすべての工業先進国の提案を「A」案となるものに取り込む一方で、開発途上国のテキストを「B」案とする構成を採用する「合成の」テキストを用意したことをひどい仕打ちだと感じた国があったかもしれない。果たして、最終的に協定は「A」案を反映したものとなったからである。「A」案自体は、本質的には工業先進国によって受け入れられてきた規範を具体化するものであった。開発途上国の懸念は、主に 2 つの条文に反映された。その条文とは 7 条と 8 条である<sup>42</sup>。

この議長レポートは、GATT の事務局長である Arthur Dunkel によって提案された TRIPS 協定の「交渉の余地のない」最終草案である Dunkel 草案に含まれるテキストに引き継がれることとなった。この草案は、どのような提案がすべての交渉グループに受け入れられるかという問題に対する事務局長の最善の判断であった<sup>43</sup>。Dunkel が取ったアプローチ、つまり貿易と知的財産を連結させることは、当時も現在も物議を醸すものであるが<sup>44</sup>、Dunkel のアプローチは効果的であった。交渉がすぐに妥結したのである。1994年4月、TRIPS 協定は、ほんのわずかな変更がなされた上で、世界貿易機関を設立するマラケシュ協定の附属書 1C として採択されることにな

<sup>42</sup> Daniel J. Gervais, *Intellectual Property, Trade & Development: The State of Play*, 74 *FORDHAM L. REV.* 505, 507-08 (2005) (footnotes omitted).

<sup>43</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 24; WATAL, *supra* note 2, at 37.

<sup>44</sup> Jagdish Bhagwati 教授は次のように指摘している。

「双方の利益を分析すると、(TRIPS 協定) は、WTO に属していないことになる。TRIPS 協定は、概して (知的財産を利用する) 貧困な国から (知的財産を生産する) 富裕な国に金銭を支払うことを促進し、さらには貿易制裁の助けを借りてこれを実施するものですらある。本質的には、われわれは TRIPS 協定を WTO に組み込むことで、貧困な国からロイヤリティーの支払いを引き出すために WTO を使ってこれを正当化したのである。」

Jagdish Bhagwati, *Afterword: The Question of Linkage*, 96 *AM. J. INT'L L.* 126, 127 (2002); Daniel J. Gervais, *TRIPS 3.0: Policy Calibration and Innovation Displacement*, in *THE DEVELOPMENT AGENDA* 51, 52 (Neil Weinstock Netanel ed., 2008) (「論者の中には、知的財産は WTO の適切な主題ではないと意見する者もいる」) も参照。

る<sup>45</sup>。

#### D. WTO パネルによる説明

TRIPS 協定が1995年1月1日に発効して以来、WTO 加盟国は自らの立場を正当化するために7条と8条を活用してきた<sup>46</sup>。WTO 加盟国の立場が相違していることは、カナダの医薬品に対する特許保護問題に強く反映された<sup>47</sup>。この紛争で、欧州共同体はカナダ特許法における規制当局による審査のための例外条項及び貯蔵の例外条項が TRIPS 協定に違反するとして、異議を申し立てた。カナダは TRIPS 協定7条及び8条に注意を促した上で、これらの条文は「TRIPS 協定30条に規定されている3つの条件を柔軟に解釈することを要求している。それゆえ、各国政府は、他の重要な国内政策と望ましい均衡を図るために、特許権を調整する必要な柔軟性を持っている」と強く主張した<sup>48</sup>。WTO パネルは次のように詳述している。

カナダの見解によると、（「社会的・経済的福祉、及び権利と義務の均衡に資する方法」という条項がある）7条は、TRIPS 協定の重要な目標の一つが、この協定が制定する知的財産権と WTO 加盟国の政府が有する他の重要な社会経済政策との均衡だと宣言するものである。8条は、問題の社会経済政策を、健康栄養政策に格別の注意を払って理解すべきことを明らかにするものである<sup>49</sup>。

<sup>45</sup> WATAL, *supra* note 2, at 40-41 (TRIPS 協定の「最後の仕上げ」について議論している); Daniel J. Gervais, *The TRIPS Agreement and the Doha Round: History and Impact on Economic Development*, in 4 INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION WEALTH: ISSUES AND PRACTICES IN THE DIGITAL AGE 23, 29 (Peter K. Yu ed., 2007) (「1992年のテキストは広範には変更されず、1994年4月15日にマラケシュで採択された TRIPS 協定のためのベースとなった」と指摘している)を参照。

<sup>46</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 119 (「7条と8条は、WTO 加盟国が有する TRIPS 協定の目的に関するかなり異なった見解を裏付けるために持ち出されてきた」)を参照。

<sup>47</sup> Panel Report, *Canada—Patent Protection of Pharmaceutical Products*, WT/DS114/R (Mar. 17, 2000).

<sup>48</sup> *Id.* ¶ 7.24.

<sup>49</sup> *Id.*

欧州共同体は、「知的財産権制度の枠内で重要な国内政策間の均衡を図るという規定目標」については争わなかったが<sup>50</sup>、7条と8条についてはカナダとかなり異なる見解を取った。パネルは次のように続ける。

欧州共同体の見解によると、7条と8条は TRIPS 協定の最終テキストの協議において、すでに織り込み済みの目標の均衡を記述したものである。欧州共同体は、30条を政府による TRIPS 協定全体の均衡の「再検討」を認めるものとする、かかる社会経済政策を二重にカウントすることになると主張する。とりわけ、欧州共同体が指摘したのは、政府が重要な社会経済政策を保障するために取る措置は、TRIPS 協定が定める義務に適合して行わなければならないとする8条1項の最後のフレーズである。欧州共同体は、TRIPS 協定の基本目標が知的財産権の保護と行使に関する最小限の要件の定立にあることの論証として、前文第1段落と1条1項の規定にも言及した<sup>51</sup>。

結局、パネルは、「協定の基本的な均衡の再検討」を抑止する一方で、カナダの見解の方がやや説得力があるとし、「一定の調整」を認めることで、双方の見解の間で妥協を図ることとした<sup>52</sup>。パネルは次のように説明する。

まさに30条が意味するところは、28条に規定されている特許権の定義には一定の調整が必要だろうという認識である。他方で、30条に規定されている3つの制限要件が有力に証明しているのは、30条は協定の基本的均衡の再検討に相当するものは何かという問題を引き起こすことを協定の交渉者たちが意図していなかったということなのである。明らかに、30条の正確な適用範囲は、その制限条件に与えられている具体的な意味によって決定されるだろう。これらの条件の文言は、この点に関して、特に注意して検討されなければならない。その際には、TRIPS 協定の目的と趣旨が示されている他の条文が規定する目標と制限に加えて、7条と8条1項に規定されている目標と制限を当然、気に留めておかななくてはならない<sup>53</sup>。

<sup>50</sup> *Id.* ¶ 7.25.

<sup>51</sup> *Id.* (emphasis added).

<sup>52</sup> *Id.* ¶ 7.26.

<sup>53</sup> *Id.*

論者の中には、パネルが下した結論に失望した者もいた。というのも、彼らによると、この結論は、TRIPS協定が持つ不公平さを永続させ、WTO加盟国が公共政策を構築する際に必要となる自由裁量を奪うものだからである<sup>54</sup>。このような反応は理解できるものであるが、WTOの決定に司法積極主義や自由な解釈を持ち込むことは、諸刃の剣となりかねない。パネルが一つの加盟国に対して、TRIPS協定の基本的均衡を再検討するという目的のために7条と8条の活用を認めたとしたら、他の加盟国に対しても、同じようにこれを認めなければならなくなるだろう。結局、問題となるのは、(先進国はこれまでほとんどの苦情をWTO紛争解決機関に申し立てているという事実を考慮した上で)より司法積極主義的なアプローチが開発途上国に対して、損害以上の援助をもたらすかどうかである<sup>55</sup>。

それでもなお、これまで上級委員会とWTOパネルのどちらもTRIPS協定7条及び8条の確定的な解釈やその適用を行ったことがないという事実は、注目に値する<sup>56</sup>。Carlos Correaが指摘するように、カナダの医薬品特

<sup>54</sup> たとえば、Denis Borges Barbosa et. al., *Slouching Towards Development in International Intellectual Property*, 2007 MICH. ST. L. REV. 71, 113 (2007) (WTO裁判機関は「条約の各独立した部分に関して、均衡がすでに取れていると推定すべき」ではなく、むしろ「紛争となっている特定の法律問題に適用される条約の各条文に関して、原則の均衡を再調整」すべきであると示唆する); Robert Howse, *The Canadian Generic Medicines Panel: A Dangerous Precedent in Dangerous Times*, 3 J. WORLD INTELL. PROP. 493, 493-94, 496 (2002) (WTOパネルは、「7条に規定されている均衡と双方の利益に関する文言を無視し、主に知的財産権者の視点からTRIPS協定の特許条項を解釈していること、そして与えられた例外によって、どれだけ社会が利益を得るかわからず、どれだけ権利者が損するかにか興味を持っていない」と批判する); Ruth L. Okediji, *Public Welfare and the Role of the WTO: Reconsidering the TRIPS Agreement*, 17 EMORY INT'L L. REV. 819, 914-15 (2003) (WTOパネルは、TRIPS協定の趣旨と目的に焦点を当てているにもかかわらず、「ほとんど私的な権利者の経済的期待の観点からしか条文を解釈していない」ことに対して落胆を表明している)を参照。

<sup>55</sup> William J. Davey, *The WTO Dispute Settlement System: The First Ten Years*, 8 J. INT'L ECON. L. 17, 17-18 (2005) (『WTO紛争解決手続の最初の10年間における運用』に関して、前半つまり、1995年から1999年まで一は、当初はアメリカ、後に欧州連合による制度の広範な使用に特徴付けられる)を参照。

<sup>56</sup> Barbosa et al., *supra* note 51, at 98 (「7条及び8条の均衡を図るための役割という

許保護のケースにおいて、「当事者が提出した意見の中で、7条と8条1項を特定して言及したにもかかわらず、(パネルは)これらの条文の内容やその意味するところについて詳しく述べることを避けた」のである<sup>57</sup>。また、上級委員会は、後に起きるカナダの特許保護期間のケースで、「TRIPS協定7条及び8条に明示されているWTO加盟国の政策目標を促進する措置に関して将来起こりうるようなケースにおいて、これまでのところ7条または8条の適用可能性」を判断していないことを認識していた<sup>58</sup>。上級委員会によると、「これらの条文の適切な解釈は未だに待たれている」のである<sup>59</sup>。

## E. ドーハの要塞

ドーハ閣僚会議において、WTO加盟国は2つの非常に重要な文書である(1)ドーハ閣僚宣言(「閣僚宣言」)<sup>60</sup>と(2)TRIPS協定と公衆衛生に関する宣言(「ドーハ宣言」)<sup>61</sup>を採択した。どちらの文書も、TRIPS協定7条及び8条に規定されている目的と原則を一層促進するものである。

閣僚宣言パラグラフ19は、TRIPS理事会が実施した作業計画に関するものであり、具体的には、「(TRIPS協定)27条3項(b)の検討、71条1項に基づくTRIPS協定の実施状況の審査、及び閣僚宣言パラグラフ12に基づく予見された作業」等であったが、これらは実施関連の問題に焦点を当てたものであった<sup>62</sup>。閣僚宣言は、「理事会に対して、とりわけTRIPS協定と生

ものは、WTOの紛争事例では十分な支持が得られていない。カナダの医薬品特許保護事件におけるWTO上級委員会の分析は、決定的なものではない)を参照。

<sup>57</sup> CORREA, *supra* note 7, at 102.

<sup>58</sup> Appellate Body Report, *Canada—Term of Patent Protection*, ¶ 101, WT/DS170/AB/R (Sept. 18, 2000).

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> World Trade Organization, Ministerial Declaration of 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, 41 I.L.M. 746 (2002) [以下、Ministerial Declaration].

<sup>61</sup> World Trade Organization, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/2, 41 I.L.M. 755 (2002) [以下、Doha Declaration].

<sup>62</sup> Ministerial Declaration, *supra* note 60, ¶¶ 12, 19.

物多様性条約との関係、伝統的知識とフォークロアの保護、そして71条1項に基づいて加盟国がもたらす、関連する新たな進展を検討するように(明確に)指示するものであった<sup>63</sup>。閣僚宣言ではまた、「(このパラグラフで概要を示した作業を行う際に) TRIPS 理事会は、TRIPS 協定7条と8条に規定された目的と原則をその指針としなければならない、開発の程度を十分に考慮しなければならない」と述べている<sup>64</sup>。

閣僚宣言と比べると、ドーハ宣言は、知的財産保護と公衆衛生保護の交錯に対して、より特化した焦点を当てたものであった。ドーハ宣言の最初の2つのパラグラフは、明確に「多くの開発途上国及び後発開発途上国を苦しめている公衆衛生問題、特に HIV/AIDS や結核、マラリア、その他の疫病から生じる公衆衛生問題の重要性を認識し、(TRIPS 協定) がこれらの問題に対応するためのより広範な国内及び国際的な活動の一部となる必要性を強く主張したものである<sup>65</sup>」。

次にドーハ宣言のパラグラフ4は、加盟国は「TRIPS 協定は加盟国が公衆衛生を確保するための措置を講じるのを阻止してはならず、そして阻止すべきではないことに合意する」と述べている<sup>66</sup>。このパラグラフで使われた文言は、開発途上国が関係閣僚会議に提出したものと非常によく似ているものであった。開発途上国が TRIPS 理事会に提出した文書は、次のように記載されていた。

8条の下で、TRIPS 協定は、加盟国が栄養摂取、社会経済及び技術的發展のような包括的な公共政策の目的のうち、公衆衛生を確保するための措置を講じることができることを確約している。協定の条文のいかなる解釈においても、8条が規定する原則を考慮しなければならない。この条文の解釈は、TRIPS 協定のどの条文も、加盟国が公衆衛生を確保する措置を講じるのを防止することはできず、また同様に8条で定義されている包括的な政策を推進するのを阻止できないということを確認するものでなければならない<sup>67</sup>。

<sup>63</sup> *Id.* ¶19.

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> Doha Declaration, *supra* note 61, ¶¶ 1-2.

<sup>66</sup> *Id.* ¶ 4.

<sup>67</sup> Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, *Submission by the*

さらにドーハ宣言のパラグラフ4は、「WTO 加盟国が有する公衆衛生を確保する権利、とりわけ、すべての国民のために医薬品へのアクセスを促進する権利を支持する方法で TRIPS 協定を解釈・実施することができ、そしてそのようにすべきであること」も指摘している<sup>68</sup>。

最後に、ドーハ宣言は、TRIPS 協定の下ですべての WTO 加盟国にさまざまな「柔軟性」が留保されていることを強調したが、それには次のものが含まれていた。

- (a) 国際公法の解釈についての慣習的なルールを適用する際には、TRIPS 協定の各規定は、特に目的と原則の条項で示されている TRIPS 協定の趣旨と目的に照らして解釈されなければならない。
- (b) 各加盟国は、強制ライセンスを付与する権利、及びそのようなライセンスが付与される根拠を決定する自由を有している。
- (c) 各加盟国は、何が国家緊急事態または他の極度の緊急事態に当たるかを決定する権利を有する。HIV/AIDS、結核、マラリアや他の疫病関連を含む公衆衛生危機は、国家緊急事態またはその他の極度の緊急事態であると解される。
- (d) 知的財産権の消尽に関連する TRIPS 協定の規定の効果は、3条及び4条の最恵国待遇及び内国民待遇規定に服しつつ、そのような消尽については、各加盟国が自らの制度を自由に構築するに任される<sup>69</sup>。

## F. 法的地位は高められたか

総合すれば、2つの宣言によって、TRIPS 協定と公衆衛生の確保との関係は、脚光を浴びることとなった。それにもかかわらず、2つの宣言が7条と8条にどのような法的効果をもたらすかについては、依然として不明である。Correa 教授は次のように指摘する。

*African Group, Barbados, Bolivia, Brazil, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, Honduras, India, Indonesia, Jamaica, Pakistan, Paraguay, Philippines, Peru, Sri Lanka, Thailand and Venezuela*, ¶ 22, IP/C/W/296 (June 29, 2001) [以下、Doha Submission].

<sup>68</sup> Doha Declaration, *supra* note 61, ¶ 4.

<sup>69</sup> *Id.* ¶ 5.

(ドーハ宣言のパラグラフ 4) は、異なる解釈が可能である。一方で、TRIPS 協定の均衡を取り戻すというよりは、むしろ事実の声明であるという見方があるかもしれない。他方で、衝突が生じたときには、知的財産権が公衆衛生を実現する際の障害となつてはならないということを示すものとみなされるかもしれない<sup>70</sup>。

宣言を事実の声明と見る者が、新たな、あるいは高い法的地位を 7 条と 8 条に認めることはないだろう<sup>71</sup>。実際、彼らには次のような説得力のある主張が可能である。すなわち、ドーハ宣言は、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」と規定するウィーン条約 31 条 1 項を単に言い直したものに過ぎないという主張である<sup>72</sup>。WTO パネルと上級委員会は、その運用を開始して以来、紛争解決の定めるところにより、この条文を解釈に関する慣習的規則の一部として受け入れてきた<sup>73</sup>。そして、さらに重要なのは、ドーハ交渉の影響を誇張しないということである。Susy Frankel は次のように指摘する。

<sup>70</sup> CORREA, *supra* note 7, at 105 (footnote omitted).

<sup>71</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 120 (ドーハ宣言は、「(7 条と 8 条の) 法的地位を正式に変更するとは思えない」と指摘している)を参照。

<sup>72</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties art. 31.1, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331 [以下、Vienna Convention] (emphasis added); TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 132 (ドーハ宣言の「パラグラフ 5 (a) は解釈の原則を述べているが、これはパネルがカナダのジェネリック薬品のケースですすでに明確に述べており、また、ウィーン条約 31 条の運用によってすでに理解されているものである)を参照。WTO パネルと上級委員会による TRIPS 協定紛争におけるウィーン条約の利用に関する議論の詳細については、一般的には Susy Frankel, *WTO Application of "the Customary Rules of Interpretation of Public International Law" to Intellectual Property*, 46 VA. J. INT'L L. 365, 384-90 (2006); Daya Shanker, *The Vienna Convention on the Law of Treaties, the Dispute Settlement System of the WTO and the Doha Declaration on the TRIPS Agreement*, 36 J. WORLD. TRADE 721, 723-36 (2002) を参照。

<sup>73</sup> Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, Legal Instruments - Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125 (1994) [以下、Dispute Settlement Understanding].

ドーハは、各加盟国が「国家緊急事態」とはどんな場合かを決定できるという理解以外の意味を持ち込もうとする試みを抑制するものとしては正当なものであったといえるかもしれない。しかし、すでに文言上、意味が明確であるにもかかわらず、宣言によって明確性が与えられるという見解は、条約解釈の原則を無視し、政治的に都合よく誇張するものでしかないように思われる<sup>74</sup>。

対照的に、宣言を TRIPS 協定の均衡を取り戻す試みであると考えられる者は、WTO 加盟国の通産大臣たちがドーハ宣言によって、「TRIPS 協定は加盟国が公衆衛生を確保するための措置を取るのを妨げないし、妨げてはならないことに合意した」という事実を指摘する傾向にある<sup>75</sup>。ここで注目すべきは、宣言のパラグラフ 4 が、TRIPS 協定 8 条 1 項で使われている、「公衆衛生を確保するための必要な措置を取る」というフレーズをそのまま繰り返してはいないことである<sup>76</sup>。一目見れば分かるとおり、パラグラフ 4 では「必要な」という要件が削除されているのだ。

そのような削除だけでは特別な解釈を支持するのに十分でないとしても、ドーハ宣言の他のパラグラフでは「認める」、「強調する」、「確認する」、「再確認する」というような文言を使っている一方で、パラグラフ 4 は「合意する」という文言を使っているのである<sup>77</sup>。UNCTAD-ICTSD *Resource Book on TRIPS and Development* (以下、TRIPS Resource Book) は次のように指摘している。

(パラグラフ 4) に関する最初の重要な点は、パラグラフが合意の形で(つまり、「われわれは合意する」)記載されていることである。この文章は閣僚のコンセンサスに基づいて採用されたものであり、かつ効力を持つ文言が合意の形で記載されていることから、このパラグラフは WTO 協定 9 条 1 項に基づく閣僚の「決定」と解釈することができる。パラグラフ 4 は WTO 協定 9 条 2 項に基づく

<sup>74</sup> Frankel, *supra* note 72, at 401.

<sup>75</sup> Doha Declaration, *supra* note 61, ¶ 4.

<sup>76</sup> *Id.*; TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 8(1) (emphasis added).

<sup>77</sup> Doha Declaration, *supra* note 61, ¶ 4 (「確認する」、「再確認する」に加えて「合意する」という文言を使用している)と *id.* ¶¶ 1, 3, 5, 6 (「認める」という文言を使用); ¶ 2 (「強調する」という文言を使用) 及び *id.* ¶ 7 (「再確認する」という文言を使用) とを比較せよ。

TRIPS理事会の推薦に基づくものではないため、正式な意味での「解釈」とはいえないが、協定の意味を表す決定は、解釈とほとんど同じものとみなされなければならないし、機能的な観点からは区別がつかないものかもしれない<sup>78</sup>。

実際、このパラグラフでの言葉の使い方は、後発開発途上国による医薬品の保護の最終期限を2016年1月1日に延長した条文であるドーハ宣言のパラグラフ7とまったく同じである<sup>79</sup>。ドーハ宣言全体の中で「合意する」という文言が使われているのは、この2つのパラグラフだけであるので、パラグラフ4にも同じ法的効力が与えられなければならない<sup>80</sup>。結局、WTO加盟国の中に、パラグラフ7に規定する後発開発途上国の最終期限の延長に対する合意に異を唱えた国はなかったのである。

ドーハ宣言がTRIPS協定における均衡を言い直したものか、あるいはこれを再調整するものかどうかにかかわらず、閣僚宣言に7条と8条が明示的に包含されていることが、TRIPS理事会の作業に重大な影響を与える可能性は高い。閣僚宣言のパラグラフ19とドーハ宣言のパラグラフ4を読み合わせると、とりわけこの理が当てはまることになる<sup>81</sup>。これら2つのドーハの文書はまた、WTOパネルと上級委員会が下す決定に対しても、さらなる影響をもたらす可能性が高い。Gervais教授は次のように指摘する。

ドーハ交渉でこれらの条文に与えられた重要性が契機となって、パネルは、協

<sup>78</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 131.

<sup>79</sup> Doha Declaration, *supra* note 61, ¶ 7を参照。

<sup>80</sup> しかしながら、WTO加盟国はさらに「TRIPS協定66条1項に基づき、パラグラフ4を実施するための必要な行動を取るようにTRIPS理事会に指示した」ことは注目に値する。Doha Declaration, *supra* note 61, ¶ 7. TRIPS理事会は2002年6月27日の決定で必要な行動を取った。Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, *Extension of the Transition Period Under Article 66.1 of the TRIPS Agreement for Least-Developed Country Members for Certain Obligations with Respect to Pharmaceutical Products*, IP/C/25 (June 27, 2002).

<sup>81</sup> Ministerial Declaration, *supra* note 60, ¶ 19 (TRIPS理事会に7条と8条の目的と原則に合致するようにTRIPS協定を実施するように指示している); Doha Declaration, *supra* note 61, ¶ 4 (「WTO加盟国がこの目的のために柔軟性をもたらすTRIPS協定の条文を最大限に利用する権利を持っていること」を確認している)を参照。

定全体の文脈の中で、これらの条項をどのように解釈すべきかについて、より慎重に検討するようになるかもしれない。とりわけ、「均衡」の必要性に関してはそうであろう。ドーハ閣僚宣言でTRIPS協定7条と8条が強調されていることによって生じうる実際的影響は、TRIPS協定の一定の条文を解釈する際のたたき台としての役割を果たすかもしれない<sup>82</sup>。

その上、ウィーン条約31条3項は、「条約の解釈または適用につき、当事国の間で後になされた合意は、文脈とともに考慮する」と規定している<sup>83</sup>。ドーハの文書が「後になされた合意」であるかどうかは議論の余地があるが、WTOパネルと上級委員会は、これらの文書を「後の合意」として考慮に入れる可能性が高い。なにしろ、Frankel教授が指摘したように、WTOパネルは、アメリカの米国著作権法110条5項のケースで、WIPO著作権条約が効力を発生しておらず、どちらの当事国もこれを批准していなかったが、WIPO著作権条約を「後になされた合意」とみなしたのである<sup>84</sup>。この論理を拡張して考えると、ドーハの2つの宣言は「後の合意」となるはずであるという説得力のある議論ができるだろう<sup>85</sup>。

<sup>82</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 120 (footnote omitted).

<sup>83</sup> Vienna Convention, *supra* note 72, art. 31.3(a).

<sup>84</sup> Frankel, *supra* note 72, at 413-14を参照。

<sup>85</sup> 他の論者たちも同様の指摘をしている。E.g., Yusuf, *supra* note 34, at 15 (「ドーハ宣言は、ウィーン条約(31条3項a号)に従って、条約加盟国間で締結された条約解釈に関する後の合意とみなすことができる」); Henning Grosse Ruse-Khan, *A Comparative Analysis of Policy Space in WTO Law* 42 (Max Planck Inst. for Intellectual Prop., Competition & Tax Law, Research Paper No. 08-02, 2008), available at <http://ssrn.com/abstract=1309526> (「正式には、TRIPS協定と公衆衛生に関する宣言は、(ウィーン条約31条3項a号の)『条約の解釈または適用につき、当事国の間で後になされた合意』を意味するため、条約の『文脈』に相当するTRIPS協定を解釈するための資料としてこれをみなすことができる」)。

### Ⅲ. 規範的内容

#### A. 7条

7条は、次のようにTRIPS協定の目的を明確に表している。

知的財産権の保護及び行使は、技術的知見の創作者及び使用者の相互の利益となるような並びに社会的及び経済的福祉の向上に役立つ方法による技術革新の促進並びに技術の移転及び普及に資するべきであり、並びに権利と義務との間の均衡に資するべきである<sup>86</sup>。

7条に規定されている「技術革新」、「技術の移転と普及」、「技術的知見の創作と使用」という3つの目的は、主に技術開発に焦点を置いているため、あらゆるタイプの知的財産権に影響を及ぼすわけではないかもしれないが、同条に規定されている他の2つの目的、つまり、「社会的及び経済的福祉の向上」と「権利と義務との間の均衡」は、先の3つの目的よりもずっと広い射程を持っており、実質的にすべてのタイプの知的財産権を対象とするものである。

7条に関する交渉の歴史の観点から見ると、この2つの目的の起源と射程がより明らかになる。TRIPS協定の交渉当初は、先進国の利益、すなわち、著作者と発明者の寄与を促進することに、主に議論の焦点が当てられていた<sup>87</sup>。Fredrick Abbottが指摘するように、彼らの寄与の促進は、開発途上国にとっては取るに足らないものである「先進国の財産」の保護として見ることができるのである<sup>88</sup>。

開発途上国は、当初、GATTに知的財産権の保護と行使に関する新しい実体的基準を取り入れることに抵抗していたが、すぐにこれが負け戦であることに気がついた。その結果、彼らは、知的財産権の保護を社会、経済

及び技術的発展の促進と関連付けるべきだと強く主張し始めた<sup>89</sup>。新しい科学技術の創出力に劣っていることを強く認識している開発途上国は、より強力な知的財産権の保護が、「権利者に過度な力を与え、自国における技術のアクセスや移転を制限すること」を恐れたのである<sup>90</sup>。そして、GATTの議論では、このような保護が適正商品の貿易に対する歪曲及び障害をもたらすことを懸念した<sup>91</sup>。彼らはまた、権利者の利益が尊重されるとしたら、自国の利益は二の次にされてしまうのではないかと心配したのである<sup>92</sup>。

アメリカに先んじること2ヶ月<sup>93</sup>、欧州共同体が1990年3月に草案テキストを提出した時点では<sup>94</sup>、開発途上国には自身が用意したテキストを提

<sup>89</sup> Yusuf, *supra* note 34, at 10 (「知的財産権の保護と社会、経済及び技術的発展の促進とを関連付けるべきという開発途上国の主張に促されて、TRIPS協定に目的と原則に関する条文が取り入れられた」)を参照。

<sup>90</sup> CORREA, TRIPS, *supra* note 7, at 91.

<sup>91</sup> Frankel, *supra* note 72, at 380 (「(TRIPS協定の)前文は、『国際貿易に対する歪曲及び障害を軽減することを希望する』と説明し、知的財産権の保護は正当なものであることを喚起させているが、同時にそのような保護が適正な貿易の障害となつてはならないことを指摘している」)を参照。Frankel教授が指摘するように、「困難の一つは、国際貿易に対する歪曲及び障害の軽減を希望することが、『効果的で適切な』知的財産法と無体の知的財産権を保護しなければならない理論的根拠と同じ目的であるとは必ずしも限らないということである」。Id. at 391 (quoting TRIPS Agreement, *supra* note 1, pmb. recital 1).

<sup>92</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 119を参照。

「開発途上国は次のような重大な懸念を表明していた。すなわち、知的財産権の保護と行使は、技術移転の促進と開発による利益の積極的推進に資するものでなければならないという規定された目的が二の次にされ、あるいはおそらく架空の存在に追いやられる一方で、TRIPS協定の目的が技術財産の保護に関係しているため、協定の目的の側面だけが先進国によって追求されるのではないかという懸念である。」

Id.

<sup>93</sup> TRIPS Negotiating Group, *Draft Agreement on the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, MTN.GNG/NG11/W/68 (Mar. 29, 1990).

<sup>94</sup> TRIPS Negotiating Group, *Draft Agreement on the Trade-Related Aspects of Intel-*

<sup>86</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 7 (emphasis added).

<sup>87</sup> WATAL, *supra* note 2, at 22-23を参照。

<sup>88</sup> Frederick M. Abbott, *Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework*, 22 VAND. J. TRANSNAT'L L. 689 (1989)を参照。

出すという選択肢しか残されていなかった<sup>95</sup>。Abdulqawi Yusufが詳述するように、開発途上国が提出したテキストの条文には、「技術移転に関する国際行動規範案の条文に直接基づいたり、触発されたものがあった。ただし、この国際行動規範案は、国連貿易開発会議の援助の下で協議されたが、国際文書として採択されていないものであった」<sup>96</sup>。この草案の2条は、規範的原則について次のように記述していた。

- (1) 加盟国は、知的財産権が発明者と創作者の寄与の返礼としてだけでなく、社会的及び経済的福祉の向上に役立つ方法により、技術的知見から利益を得られる者への技術的知見の拡布を支援するためにも与えられることを認め、知的財産権のすべての制度に内在する権利と義務との均衡を維持させなければならないことに合意する。
- (2) 加盟国は、知的財産権に関する国内法令の制定または改正に当たり、公衆道徳、国家安全保障、公衆衛生及び栄養を確保し、あるいは社会経済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の適切な措置を講じる権利を有する。
- (3) 加盟国は、知的財産権の保護及び行使が技術革新の促進に貢献し、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技術の国際的移転を増進するものでなければならないことに合意する。
- (4) 各加盟国は、知的財産権の濫用の防止または貿易を不当に制限し、若しくは技術の国際的移転に悪影響を及ぼす慣行の利用の防止のために適切と判断する措置を講じることができる。加盟国は、この点について、互いに意見を聞き、協力することに同意する<sup>97</sup>。

このテキストは、最終的にTRIPS協定7条及び8条として採択された。サブパラグラフ(1)及び(3)は、7条に収まることになり、残りは8条とな

---

*lectual Property Rights, Communication from the United States*, MTN.GNG/NG11/W/70 (May 11, 1990).

<sup>95</sup> *Communication from Less-Developed Countries*, *supra* note 30.

<sup>96</sup> Yusuf, *supra* note 34, at 10 n.18 (citation omitted). 国際規範草案の議論については、一般的にINTERNATIONAL TECHNOLOGY TRANSFER (Surendra J. Patel, et al. eds., 2001); Yu, *supra* note 4, at 493-505を参照。

<sup>97</sup> *Communication from Less-Developed Countries*, *supra* note 30, art. 2 (emphasis added).

った。イタリックの部分は、7条の最終版で削除されたが<sup>98</sup>、これは開発途上国の懸念を明確にしたものであった。彼らの懸念はまた、7条に規定されている①技術革新、②技術の移転と普及、③技術的知見の創作と使用、という3つの目的がどうして技術関連の知的財産権に特別な焦点を合わせているのかを説明している。Correa教授は次のように推測している。

(この焦点の合わせ方の) 不均衡は、開発途上国が持つ次のような強い懸念に起因するものと思われる。すなわち、知的財産権の保護のより高い基準が技術革新及びそれがもたらす製品やサービスへのアクセスにどのような影響をもたらすかという懸念である。技術へのアクセスや利用に直接関係しない問題に関する交渉は、先進国間ではかなりの緊張状態をもたらすことが少なくなかったが、南北間では全体的に見て、それほど議論が紛糾することはなかった<sup>99</sup>。

テキストBの3条が上記の3つの目的を規定している一方で、その1条で残りの2つの目的を規定していることは注目に値する。

条約解釈の観点から見ると、7条は「shall (する義務がある)」条項ではなく、「should (すべきである)」条項であると指摘することが重要である<sup>100</sup>。この言葉の使い方を理由にして、この条文は単なる奨励的なものであると主張する業界団体や論者がいるが<sup>101</sup>、この条文の位置を無視してはならない。実際、Gervais教授によると、「この種の条文が前文ではなく、協定の

---

<sup>98</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 7.

<sup>99</sup> CORREA, *supra* note 7, at 92 (footnote omitted).

<sup>100</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 116.

<sup>101</sup> CORREA, *supra* note 7, at 93 (「オブザーバーの中には、『should』について、7条は単なる奨励的な条文であり、前文と同様の解釈的価値を持つことを意味すると解釈する者もいる」); JACQUES J. GORLIN, AN ANALYSIS OF THE PHARMACEUTICAL-RELATED PROVISIONS OF THE WTO TRIPS (INTELLECTUAL PROPERTY) AGREEMENT 16 (1999) (「アメリカと欧州共同体の交渉担当者によると、7条の文言は奨励的であり、いかなる運用上の重要性を持っておらず、8条は「ほとんどの交渉を通じて、先進国の交渉担当者によって、非運用的かつ奨励的なものとみなされていた」と述べている) (citing interview with Michael Kirk and Peter Carl); Margaret Chon, *Intellectual Property and the Development Divide*, 27 CARDOZO L. REV. 2821, 2843 (2006) (「TRIPS協定において、発展を参照する文言は強制的ではなく、むしろ奨励的なものである」と指摘)を参照。

本文に収められているという事実は、条文の地位を高めているように思われる<sup>102</sup>。Gervais教授の見解は、アメリカのガソリン事件（改質ガソリン及び従来型ガソリンに関する基準）での上級委員会によって支持されるものである。というのも、この事件で上級委員会は、条約解釈の際には「当該協定で実際に使われている文言を十分に考慮しなければならない」と述べているからである<sup>103</sup>。

その上、TRIPS協定は、先進国と開発途上国が提出した2つのテキストの妥協を表すものなのである。テキストAの目的と原則は前文に収められる一方で、テキストBについては、（前文に加えて）TRIPS協定の7条及び8条にその文言が入ることとなった。TRIPS Resource Bookは次のように指摘している。

重要なのは、附属書に述べられた先進国の提案の大部分は、より一般的な趣旨の声明（つまり、前文）において反映されたが、目的と原則に関する開発途上国の提案は、TRIPS協定の実施規定（つまり、7条と8条）となったことである。協定の条文は、権利と義務を確立するためのものであるから、7条と8条は、実施と解釈の過程ではより重要な意味を持つべきである<sup>104</sup>。

したがって、先進国やこれらの知的財産産業がTRIPS協定の素直な解釈と、TRIPS交渉の歴史がもたらす事実関係という2つの根拠に基づいて主

<sup>102</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 116. Correa教授は次のように述べている。

「交渉当事者は、この条文を前文に置くという選択肢を持っていたが、『一般規定及び基本原則』というタイトルの協定第1部に入れることにした。解釈する際には、このような選択をしたという事実を無視してはならない。なぜなら、この選択は、これらの条文が協定の実施及び解釈の際に、体系的に適用されなければならないことを示しているからである。」

CORREA, *supra* note 7, at 93 (footnote omitted).

<sup>103</sup> Appellate Body Report, *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, pt. III.B, WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996); accord TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 118（「条約解釈の一般原則は、用語を必要以上に解釈してはならないということである。条約にある文言は理由があるものであり、その文脈において一般的な意味を与えられなければならない」(footnote omitted).

<sup>104</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 123-24.

張しうる最も説得力のある議論は、次のようなものである。すなわち、ドーハ宣言がTRIPS協定7条の法的地位を高めるものでないとすれば、7条を「他の条文にある『shall』あるいはそれに相当するものの範囲を減じるために利用することはできない」という主張である<sup>105</sup>。とはいえ、7条はTRIPS協定の本文に収められているため、条約の前文の条項よりは重視されるべきである。どうあろうと、条約の前文の条項とは、主として「協定を締結する当事者の意図または目的を明確に記録するために設けられたもの」なのである<sup>106</sup>。

政策形成の観点から見ても、7条はかなり重要な条文である。この条文は、TRIPS協定が持つ多くの公益目的を浮き彫りにしているので、知的財産権それ自体が目的ではないことを明確にしている<sup>107</sup>。開発途上国がドーハ閣僚会議のTRIPS理事会に提出した文書で宣言しているように、「7条は、知的財産権の保護と行使が孤立して存在するものではないことを明らかにしている。知的財産権の保護と行使は、社会全体に役立つものであり、単なる私権の保護を目的とするものではないのである」<sup>108</sup>。

同様に、イギリスの知的財産権委員会（CIPR）の最終報告書には、(1) 知的財産権は、より大きな公共の利益に寄与することのみを目的として、個人または団体に経済的特権を認めるという公共政策の手段とみなされなければならない、(2) 与えられた特権は、「それ自体が目的ではなく、目的を達成するための手段でなければならない」と述べられている<sup>109</sup>。こ

<sup>105</sup> GERVAIS, *supra* note 2, at 116.

<sup>106</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 2.

<sup>107</sup> *Id.* at 125-26.

<sup>108</sup> Doha Submission, *supra* note 67, ¶ 18.

<sup>109</sup> COMM'N ON INTELLECTUAL PROP. RIGHTS, INTEGRATING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND DEVELOPMENT POLICY 6 (2002). Ricolfi教授は次のように述べている。

「TRIPS協定をさらに緻密に読むと、知的財産権の保護と行使は、それ自体が目的ではなく、手段として見られていることが分かる。なぜなら、より大きな目的が自由貿易を包含しており、国際社会が知的財産権保護を構築する一方で、貿易や知的財産権以外の要素を考慮することを確約しているからである。」

Marco Ricolfi, *Is There an Antitrust Antidote Against IP Overprotection Within TRIPs?*, 10 MARQ. INTEL. PROP. L. REV. 305, 326 (2006).

ここで特権というものを強調することは重要である。「というも、利益団体は、WTO協定の前文に述べられているWTOの基本使命、すなわち、特定の私的な知的財産権を保有する利益団体の利益を保護するのではなく、貿易及び経済の発展を促進するという使命を見失うことが少なくないからである」<sup>110</sup>。

その上、7条に「should(すべきである)」という文言が使用されていることは、より厚い知的財産権の保護が必ずしもさらなる技術革新、知識の拡布、あるいは技術移転をもたらすわけではないことを加盟国に気づかせるものである<sup>111</sup>。今日まで、経済学者たちは、知的財産権の保護と経済発展、技術移転、そして外国直接投資(FDI)との関係は曖昧なものではないことを論証する豊富な実証的研究を提供してきた<sup>112</sup>。たとえば、Claudio Frischtakは、多くの場合、一国の全体の投資環境の方が、当該国が与える知的財産権の保護の強さよりも、外国直接投資の決定により大きな影響を与えると述べている<sup>113</sup>。Carsten FinkとKeith Maskusは、「国内に外国直接投資を誘致したい貧困な国は、特許制度を急いで強化するよりも、

<sup>110</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 10.

<sup>111</sup> CORREA, *supra* note 7, at 97; *see also id.* at 99 (「知的財産権は、国境を越える技術移転に影響を与える多くのファクターの一つに過ぎない—そしておそらく最も重要なファクターではない—と指摘している)。同様に、開発途上国は、ドーハ交渉中にTRIPS理事会に提出した文書の中で次のように宣言している。

「7条は、知的財産権の保護と行使は、前述の目的に資する『べき』と述べている。このような文言は、特許のような知的財産権の行使が必ずしもTRIPS協定の目的の達成をもたらすわけではないという加盟国の認識から生まれたものである。」

Doha Submission, *supra* note 67, ¶ 19 (emphasis omitted).

<sup>112</sup> この領域における経済文献の論評については、Peter K. Yu, *Intellectual Property, Economic Development, and the China Puzzle*, in INTELLECTUAL PROPERTY, TRADE AND DEVELOPMENT 173, 176-80 (Daniel J. Gervais ed., 2007)を参照。

<sup>113</sup> Claudio R. Frischtak, *Harmonization Versus Differentiation in Intellectual Property Rights Regimes*, in GLOBAL DIMENSIONS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN SCIENCE AND TECHNOLOGY 89, 99-100 (Mitchel B. Wallerstein et al. eds., 1993) (伝統的には、一企業の海外直接投資の決定において、一国の知的財産体制の性質がそれほど重要な関心の対象ではなかったことを指摘している)を参照。

一般的な投資環境とビジネス基盤を改善した方がよいだろう。前者は、ほとんど何の効果ももたらさないだろう」と述べている<sup>114</sup>。Maskus教授はさらに次のように述べている。より厚い知的財産権の保護が常により多くの外国直接投資をもたらしたのであれば、「発展途上経済に対する最近の外国直接投資の大部分は、中国やブラジルのように知的財産制度が弱い成長率が高く、大きな市場を持つ開発途上の経済圏ではなく、サハラ以南のアフリカや東ヨーロッパに対してなされていたことだろう」<sup>115</sup>。

さらに、7条に規定する5つの目的は、TRIPS協定の実施に関わる者に対して、有効な手引きとなる。たとえば、技術革新、技術の移転及び普及、技術的知見の創作と使用という3つの目的は、開発途上国及び後発開発途上国における技術移転や技術協力、法的援助を促進するために先進国が負っている義務を規定するTRIPS協定の条文を支援するものである<sup>116</sup>。TRIPS協定66条は、「先進加盟国は、後発開発途上加盟国が健全かつ存立可能な技術的基礎を創設することができるように技術の移転を促進し、及び奨励するため、先進加盟国の領域内の企業及び機関に奨励措置を提供する」と規定している<sup>117</sup>。「技術協力」というタイトルがついている67条は、さらに次のように規定している。

この協定の実施を促進するため、先進加盟国は、開発途上加盟国及び後発開発途上加盟国のために、要請に応じ、かつ、相互に合意した条件により、技術協力及び資金協力を提供する。その協力には、知的財産権の保護、及び行使並びにその濫用の防止に関する法令の準備についての支援並びにこれらの事項に関連する国内の事務所及び機関の設立または強化についての支援(人材の養成を含む)

<sup>114</sup> Carsten Fink & Keith E. Maskus, *Why We Study Intellectual Property Rights and What We Have Learned*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND DEVELOPMENT 1, 7 (Carsten Fink & Keith E. Maskus eds., 2005).

<sup>115</sup> Keith E. Maskus, *The Role of Intellectual Property Rights in Encouraging Foreign Direct Investment and Technology Transfer*, 9 DUKE J. COMP. & INT'L L. 109, 128-29 (1998) (footnote omitted).

<sup>116</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 126 (「(7条は)66条及び67条にも関連して、技術移転の奨励に対する努力を支援する」)を参照。

<sup>117</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 66.

を含む<sup>118</sup>。

3番目の目的は、技術的知見の創作者と使用者が等しく重要であることを強調している。したがって、このことは、TRIPS協定に規定されている例外と制限が、同協定に規定されている権利と同じくらい重要なものとして取り扱われなければならないこと—これは、国内の知的財産制度における例外と制限に関して、従来よりなされてきた議論であるが—を説得力のあるものとしている<sup>119</sup>。一定程度、7条は将来の例外と制限の進展に道を開くものである。というのも、例外と制限は、国際知的財産制度の均衡の回復に利用できるからだ。この目的は、「大部分が外国で生み出された技術の利用者である」開発途上国にとって、とりわけ重要なものである<sup>120</sup>。開発途上国は、創作者よりもはるかに多くの消費者を抱えている傾向があるので、利用者とは、「技術的知見を利用した商品やサービスの生産者だけでなく、最終消費者をも含むと広く解釈する」と、7条は開発途上国に大いに恩恵をもたらすものになるだろう<sup>121</sup>。

残る2つの目的は、加盟国の「社会的及び経済的福祉」を考慮に入れる必要性と、「権利と義務の均衡」を達成する必要性を強調するものである<sup>122</sup>。TRIPS Resource Bookは次のように述べている。

7条が明確にしているのは、TRIPS協定の交渉担当者たちが、社会における知的財産の役割に関する均衡の取れた観点を捨て去るつもりはなかったということである。TRIPS協定は、権利者の利益をただ保護するためのものではなく、社会的及び経済的福祉をより広く促進するという均衡を図ることを目的としているものなのである<sup>123</sup>。

<sup>118</sup> *Id.* art. 67.

<sup>119</sup> たとえば、JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE AND SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY 138 (1996) (例外と制限は、「権利の付与それ自体と同じように重要である」と指摘)を参照。

<sup>120</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 126 (emphasis omitted).

<sup>121</sup> CORREA, *supra* note 7, at 99.

<sup>122</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 7.

<sup>123</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 126.

政策立案者は、TRIPS体制の枠内で均衡を図る傾向があるが、7条は「知的財産権の保護及び行使」について広範に述べている<sup>124</sup>。したがって、この条文はより広い国際貿易制度の枠内におけるさらなる均衡の達成を想定しているのである<sup>125</sup>。WTOパネルが、アメリカの米国著作権法110条5項のケースで言明したように、「WTOの対象協定は、単一の統合した法制度を形成しているのである」<sup>126</sup>。権利と義務の適正な均衡はWTO体制の最優先目標なので<sup>127</sup>、TRIPS協定の目的と原則はこの特定の目標との関連で検討する必要がある<sup>128</sup>。

TRIPS体制の枠内で均衡を図ることは重要であるが、WTO体制の枠外での均衡を保つことも重要である。これまで様々な機会に述べてきたように、知的財産権保護のスピルオーバー効果と国際条約制度の断片化が進むことによって、知的財産権保護に対する内在的制約だけでなく、公衆衛生や人権、生物多様性、食糧農業、情報通信の分野のような関連領域に見ることができる外在的制約をも発展させる必要性が生じている<sup>129</sup>。国際知的財産体制の複雑さが増すにつれて、知的財産権と他の分野の権利との相互作用をより正確に理解する必要性がさらに増えることになる。

<sup>124</sup> TRIPS Agreement, *supra* note 1, art. 7.

<sup>125</sup> たとえば、紛争解決了解3条2項には、WTO紛争解決手続は「対象協定の下で加盟国の権利及び義務を維持することに資するものである」と規定されている。

Dispute Settlement Understanding, *supra* note 73, art. 3.2.

<sup>126</sup> Panel Report, *United States—Section 110(5) of the U.S. Copyright Act*, ¶ 6.185, WT/DS/160/R (June 15, 2000).

<sup>127</sup> CORREA, *supra* note 7, at 92.

<sup>128</sup> TRIPS RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 130 (「TRIPS協定の目的と原則は、WTO協定の目的との関係で考慮されなければならない。というのは、その前文に反映されているからである」); Henning Grosse Ruse-Khan, *Proportionality and Balancing Within the Objectives for Intellectual Property Protection*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS 161, 162 (Paul L.C. Torremans ed., 2008) (国際的な経済規制の一部として、知的財産保護の枠組みの中で比例的な利益衡量の役割を分析している)を参照。

<sup>129</sup> Peter K. Yu, *The Political Economy of Data Protection*, 84 CHI.-KENT L. REV. 101, 120-21 (2009), available at <http://ssrn.com/abstract=1046781> (知的財産保護の内的制約と外的制約の両方を特定する必要性を強調)を参照。