

WTO紛争解決システムと国際知的財産法の 展開(3・完)：制度的観点からの分析

Antonina Bakardjieva ENGELBREKT

渡部 俊英(訳)

1. 序
2. WTO紛争解決システム：その背景と主な制度的特徴
 - 2.1 パネル（小委員会）手続の開始
 - 2.2 紛争解決システムの構造
 - 2.3 報告書の採択とその効果
3. WTO紛争解決システムと国際的な法政策の興隆：制度論の観点から
 - 3.1 比較制度分析
 - 3.2 歴史的制度論
 - 3.3 知的財産のガバナンスに関するマルチレベル・システムにおける制度選択
 - 3.4 国際的な政治過程の利益、利害関係および参加
 - 3.4.1 水平的な少数派バイアス
 - 3.4.2 水平的な多数派バイアス
 - 3.4.3 垂直的な少数派バイアス、多数派バイアス
 - 3.5 知的財産に関する法と政策を形成する新たな場としてのWTO紛争解決システム（以上、第33号）
4. WTO紛争解決システムの制度設計：参加の方式
 - 4.1 パネルの構成
 - 4.2 上級委員会の構成
 - 4.3 当事者
 - 4.4 第三者参加
 - 4.5 証拠収集と情報提供
 - 4.6 透明性
 - 4.7 救済と遵守
5. TRIPS関連紛争解決への参加の分析
 - 5.1 知的財産紛争解決における加盟国の代表

- 5.2 知的財産紛争解決における民間セクター（以上、第34号）
- 6. 改革への試み
 - 6.1 参加方式に影響する主な提案
 - 6.1.1 常任のパネル委員
 - 6.1.2 透明化
 - 6.1.3 パネル手続へのアクセス
 - 6.1.4 情報提供と *amicus curiae*
 - 6.2 合意を探る動き
 - 6.3 検察官の必要性？
 - 6.4 暫定的な結論
- 7. 抑制と均衡
 - 7.1 制度的行政プロセス
 - 7.2 議会によるインプット
- 8. 結語

6. 改革への試み

加盟国は、現在の DSU を採択した時点ですでに、近い将来 DSS の機能について再検討することに合意していた。ドーハ・ラウンドの交渉において、WTO 加盟国は DSS を改善する必要性と、そのため DSU を修正する必要性に関する合意を再確認した。ドーハ閣僚宣言には、以下のパラグラフが含まれている。

30. 我々は紛争解決了解の改善および明確化に向けた交渉を行うことに合意する。交渉はいままでの作業に加えて加盟国からの追加的な提案にも基づいて行うものとし、改善および明確化に関して2003年5月までに合意することを目標とする。また、そのときまでに交渉結果が可能な限り早期に実施されることを確保するための措置を講ずる。¹⁴⁸

この閣僚による特別な指示に基づいて、翌年、300を超える加盟国から

¹⁴⁸ Doha Ministerial Declaration of 20 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1.

の提案とそれに対する事務局からの回答という熱心な意見交換が行われた。¹⁴⁹ しかしながら、求められていた期限までに主論点に関する合意は得られなかった。¹⁵⁰ この期限は1年延長されたにもかかわらず、2004年5月にも交渉は目に見える成果を出すことができなかった。議論に新しいダイナミクスを導入するため、WTO 事務総長は独立した専門家に対し WTO の将来に関するレポートを委託しており、そのなかでは制度的変更のための追加的な提案が行われている。¹⁵¹ 現在でも議論は継続しているが、しかしながら期限は設けられていない。¹⁵² DSU 改革に関する合意形成に失敗した理由の一部は、他の重要問題に関する政治的交渉の停滞とともに、特定の紛争解決の結果をめぐる、特に大西洋两岸の緊張関係によるものであると説明できる。加えて、見直しの対象が広範であること、加盟国間で立場が一致しないことから、実際的な妥協に至る可能性は極めて低いと思われる。¹⁵³

6.1 参加方式に影響する主な提案

その結論がどのようなものであれ、改革は DSS の主な特徴やその機能を変更することを目的とするものではない。その主目的はいまでも、可能であれば協議や調停によって、早い段階における紛争の友好的で迅速な解決を増進することにある。換言すれば、その目的は判例形成や法の一般的解釈による法形成機能を有する司法機関になるということではない。外交的な制度枠組を廃止することを目指すわけではない。参加の観点からの DSS 改革の主な提案は、(a) 紛争解決パネルの設計、具体的にはより常任に近いパネル委員制度の設立可能性の問題、(b) 手続の透明性、(c) 第三者の

¹⁴⁹ See official documents of the series TN/DS/W.

¹⁵⁰ 交渉の議長であったハンガリーの Balás 大使がテキストを提出したが、十分な支持を得ることができなかった。TN/DS/W/9. See Zimmerman (2006), 122.

¹⁵¹ See Sutherland report, released in 2004.

¹⁵² DSU 見直し交渉の詳細については、Zimmerman (2006) 93頁以降を参照。

¹⁵³ Zimmerman (2006), 123 et seq.

アクセスの問題、に関係する。¹⁵⁴

6.1.1 常任のパネル委員

DSSの制度変更に関する主な提案のひとつは、アド・ホックなパネルからより常任・常勤のパネル委員制度への移行である。この方向への変革に関する議論は主にパネルのスピードと質に関するものである。¹⁵⁵ アド・ホックなパネルの任命には、ほんの数例を挙げるだけでも権限、国籍、パネル委員の利用可能性のような多くの要素が適合しなければならない、明らかに不安定な作業である。上述のとおり、パネル委員の任命にあたってしばしばWTO事務局長に照会が行われるのは、その複雑さに一因がある。紛争の数もその複雑さも継続的に増加していることから、アド・ホックなパネルに頼り続けることはシステムの機能に対する重大な障害とならねない。パネル委員の常任制への移行は、紛争発生時に利用可能なパネル委員の安定したリストを提供することになり、それにより決定プロセスの質が向上することは疑いないであろう。パネル委員の選定は専門性というよりしっかりした理由に基づくことになる。さらに、パネル委員は国際通商法に関する問題を何度も繰り返し処理することにより、その能力が向上することもほぼ間違いない。この提案を支持する立場としては他に、利害の衝突を排除することにより、パネル手続の正統性と信頼性が増すことを挙げている。¹⁵⁶

しかし、より恒常的なパネル委員のリストによるメリットにもかかわらず、トレード・オフが確実に存在することも考慮しなければならない。特に、現在まで一番尊重されており、仲裁や国際交渉においてはより典型的である、地理的な代表や地理的平等という原則が、客観性、独立性、職業倫理といった司法手続の特徴に譲歩しなければならない。限られた数 (EC提案だと15から24名) の常任のパネル委員という制度では、国籍が現在と同じように重要視されることがありえないのは明らかであろう。その代わ

りに、上級委員会の場合と同様、パネル委員はその品性と職業倫理に対して信頼を得なければならず、また、利益の衝突については国籍を理由として自動的に生じるものではなく、利害関係が現実存在している場合にのみその旨を宣言することが期待されるべきである。

欧州連合は上級委員会の加盟国代表に関する統計を引用しながら、より常任のパネル委員名簿への移行が途上国のパネル参加を促すことになることと論じている。¹⁵⁷ だが、この見解はインドやその他多くの途上国から批判されている。¹⁵⁸ 代わりに、途上国、特に後発開発途上国は、DSUにおいて、地理的、地域的な所属、発展の段階に基づく平等な代表の原則がよりしっかりと支持されることを主張している。¹⁵⁹ こうした途上国からのパネルへの委員選出へ向けた推移がどのような影響を有しようとも、常任のパネル委員という制度は、現行制度では不適格とされてきた先進国、主として米国とEUの国民や専門家がパネルにおいてより大きなプレゼンスを有するようになる可能性を開くことを意味するのは疑いない (上述を参照)。

知財紛争という特定の文脈において常任のパネル委員制度が有するひとつの悪影響は、通商問題が支配的である状況で、知財問題の専門家がリストに載るかどうかが不明確であるということだろう。¹⁶⁰ この点について、米国とチリによる共同提案が、パネル委員は紛争における論点を十分に理解するのに相応しい専門性を有するという特別な要件を提案していることは興味深い。¹⁶¹

¹⁵⁷ TN/DS/W/1 (EC).

¹⁵⁸ TN/DS/W/5 (India); cf. TN/DS/W/7 (EC, reply to India).

¹⁵⁹ DSU 8 条10項の改正に関する後発開発途上国グループの提案を参照。そこでは、途上国と先進国との間の紛争においては、途上国である加盟国が別途合意しない限り、パネルには必ず1人途上国からの委員を選出し、途上国側が要求する場合は2人目もそうするという要件を導入するよう提案している。後発開発途上国に有利な同様の規定が、後発開発途上国と先進国または開発途上国との間の紛争について提案されている。TN/DS/W/17 (LDC Group) of 9 October 2002, para. 4; cf. TN/DS/9.

¹⁶⁰ Cottier (2003) 198頁を参照。ただし、4.1における議論も参照。

¹⁶¹ TN/DS/W/28 (US, Chile) and TN/DS/W/52 (US, Chile), cf. Zimmerman (2006), 136.

¹⁵⁴ See TN/DS/W/1 (EC) of 13 March 2002.

¹⁵⁵ TN/DS/W/1 (EC).

¹⁵⁶ Zimmerman (2006), 133.

6.1.2 透明化

透明化を高めるといことは、将来のWTO改革に対する一般的なコミットメントを表すものである。ドーハ閣僚宣言は透明性、情報開示、参加を改善することについて特別に言及している。

10. 我々は、WTO加盟国が拡大することによって生じている問題を認識し、内部の透明性とすべての加盟国の実効的な参加を確保するための責任を共有していることを確認する。この機関の政府間組織という性質を強調しつつも、我々は、効果的で迅速な情報の伝達を通じてWTOの運営をより透明化し、公衆との対話を改善していくことを約束する。

しかしながら、紛争解決という特定の文脈における透明性について論ずる場合、パネルの2面性がジレンマを生み出すことになる。透明性は制度の客観性、独立性、権威を向上させよう一方で、秘密性は和解や譲許に基づいて紛争を友好的に解決するために不可欠のものである。そのため、DSUの改善に向けた作業に提案を行っているほとんどの加盟国は、透明性の必要性について過度に強調しないよう留意している。欧州共同体はその意見書において「パネルあるいは上級委員会における特定の手続が公衆の参加に開かれるべきか否かの決定については、当事者に十分な柔軟性を与える」ことの必要性を強調している。この見解ではまた、第三者は「その参加する法廷が公開か非公開かを決定する権利がある」とする。ECはさらに、「パネルまたは上級委員会は、特にビジネス上の秘密情報を取り扱う場合に、手続の開始に対して限定的で正当な範囲内の制約を課すことを可能とすべきである」と主張している。¹⁶² 途上国や後発開発途上国は、明らかにコスト増に対する懸念から、透明性を増すことに対して完全に反対の立場である。¹⁶³

公衆によるパネル手続へのアクセスに関して遥かに肯定的に見えるの

¹⁶² TN/DS/W/1 (EC).

¹⁶³ See Zimmerman (2006).

は米国政府の立場である。DSU改善に向けた最初の米国の提言には、公開原則およびアクセスに対する熱心な擁護が含まれていた。米国政府は現行制度下でのDSBによる勧告は「市民社会の大きな部門に影響を与える」ことができ、WTO加盟国の増加により「より多くの政府や国民がこのような勧告や決定に関心を持つようになっていく」と指摘している。透明性を増すよう求めるなかで、米国政府は他の国際法廷、とりわけ国際司法裁判所や欧州人権裁判所を統制する原則への支持を打ち出している。透明性は紛争解決における衡平で適正な手続を保証するものであると見られている。透明性は制度への信頼を高めることから、DSBの勧告や決定の遵守を促進するための手段であると考えられている。¹⁶⁴

公衆アクセスを支持する原則から始めて、米国政府は多くの提案を行っている。そのなかには、放送やウェブキャスティングを利用したパネル手続の公衆への公開（ただし営業秘密やある程度の裁量の余地が保証されていることが条件）¹⁶⁵、営業秘密を記載した部分を除く当事者の提出文書や最終報告書への時宜にかなったアクセス¹⁶⁶などがある。すでに議論したとおり、手続の透明性を増していくことは一般に学術文献も支持している。¹⁶⁷

6.1.3 パネル手続へのアクセス

パネル手続に対して第三者がアクセスする権利については、これを広範なものとするに對する大きな合意が存在するように思われる。欧州共同体、米国、そして多くの途上国（たとえばアフリカ・グループ）は、アクセスと第三者による意見提出の権利は、紛争における実質的な利害関係

¹⁶⁴ TN/DS/W/13 (US) of 22 August 2002.

¹⁶⁵ Ibid., see also TN/DS/W/79 (US and Chile) of 13 July 2005.

¹⁶⁶ 最近のものとしてTN/DS/W/86を参照。DSU 18条に新しく以下の第3項を挿入する修正を行うものである。「3 パネル、上級委員会、仲裁人との実質的な会合およびパネルや仲裁人と専門家との会合については、秘密情報を取り扱う部分を除き、そのすべてを公衆に公開しなければならない。」TN/DS/W/46も参照。

¹⁶⁷ Ehoring (2008).

を示すことができるか否かとは無関係であるとの見解を採用している。¹⁶⁸ 特に、アフリカ・グループは、どのような場合にでもこうした参加を認める後発開発途上国向けの特別ルールを主張している。¹⁶⁹ すでに論じたとおり、パネルおよび上級委員会は第三者参加の条件を緩やかに解している。しかし、グローバルな知財ガバナンスへの参加という観点からは、加盟国がさらに緩やかな条件で第三者として提案を行ったりパネル手続に参加する可能性にはメリットがあるものと思われる。¹⁷⁰ 各国がこの権利を濫用したりつまらない訴訟活動に公的資源をつぎこむとは考えにくい。

パネル手続に参加する取引コストは途上国には極めて高く、この事実は WTO パネルにおける原告に占める途上国の割合が低いことに反映されているというのが一般的な認識である。¹⁷¹ 先進国と途上国との間の紛争において先進国側が敗訴した場合、途上国の「訴訟」コストは先進国が負担すべきであるとする中国の提案は、参加コストに対する懸念の影響を受けたものである。¹⁷² 開発途上国や後発開発途上国が制度をより有効に利用できるよう、紛争解決に関する WTO 基金を設立するという提案も似たような観点からのものと見ることができる。¹⁷³ 同時に、開発途上国や後発開発途上国の参加が限られているのは、制度的、手続的規則の機能ばかりでなく、もっと根本的な構造的非対称性を反映したものであることが明らかであって、後者については異なった種類の取組みが必要とされる。¹⁷⁴

6.1.4 情報提供と amicus curiae

改革の議論において、パネルが amicus curiae 意見書を受け入れてきた実

¹⁶⁸ TN/DS/W/1 (EC); TN/DS/W/13; TN/DS/W/15.

¹⁶⁹ TN/DS/W/15 (African Group).

¹⁷⁰ ごく最近のものとして、コートジボワールによる提案を参照。TN/DS/W/92.

¹⁷¹ TN/DS/W/29 of 22 January 2003, see para. 2(b). WTO における紛争解決に一種の「少額訴訟」手続を導入するというアイデアについて、Nordström and Shaffer (2008) を参照。

¹⁷² TN/DS/W/51 (China) of 5 March 2003.

¹⁷³ TN/DS/W/2 (Coté d'Ivoire).

¹⁷⁴ See above with reference to Shaffer (2006); Reichman and Lange (1998–9).

務慣行は特に批判的に精査されている。EC は第三者による手続へのアクセス権を拡大することを支持しているが、国家以外のアクターが広く amicus curiae 意見書に訴えるという見通しに対しては懐疑的に思われる。DSU 改革に対する EC の提案では、amicus curiae 意見書は手続遅延を引き起こしてはならず、パネルや当事国、特に途上国メンバーに負担を課すようなものであってはならないことが強調されている。EC はそれゆえ、アスペスト事件で上級委員会が定義し、現在パネルにより採用されている分類に基づいて amicus curiae 意見書をふるいにかけるという 2 段階手続を支持している。さらに、EC はこうした意見書を提出する権利の明確化を主張している。「amicus curiae 意見書の提出はパネルの判断に係る事実または法的问题、あるいは上訴において主張されている法的问题に直接的に関係するものでなければならない。」¹⁷⁵ 同様に、米国も amicus curiae 意見書の提出に関するガイドラインに対して注意深く支持を表明している。¹⁷⁶

これ以上に予想外だったのは、基本的にこうした意見書は手続を複雑化し、事件に関与している途上国の担当者の仕事量やコストが増大するという理由で、途上国が amicus curiae 意見書の提出に対する広範で緩やかすぎる承認に対して完全に反対の立場を示していることである。¹⁷⁷ たとえばアフリカ・グループは、上級委員会が DSU の解釈を誤っており、WTO の政府間組織としての性格を奪っていると強烈に批判している。¹⁷⁸ しかし、EC がインドからの質問に対する回答において指摘したとおり、先進国における多くの非政府組織が開発アジェンダに対する積極的な擁護を行い、自国政府ではなく途上国の側に立つのであれば、国家以外のアクターによる手続への広範なアクセスは結局途上国の利益を増進することに有益であろう。¹⁷⁹

¹⁷⁵ TN/DS/W1 (EC).

¹⁷⁶ TN/DS/W/13; more recently TN/DS/W/86 (US revised), 21 April 2006.

¹⁷⁷ TN/DS/W/6 (India); TN/DS/W/15 (African group); more recently TN/DS/92 (Coté d'Ivoire).

¹⁷⁸ 「第13条がパネルに認めている情報を求める権利は、要求した以外の情報についても受領する義務であると解釈されてきた。」TN/DS/W15 (African group).

¹⁷⁹ TN/DS/W/7 (EC).

参加の観点からは、amicus curiae 意見書に関する実務は、少なくとも一見すると魅力的である。理論的には、情報や専門知識をインプットする経路を提供し、環境や人権といった公共利益の擁護に特化した NGO を通すことによって実際より過小に評価されている利益を表明する機会を与えることができる。知財関連紛争では、先進国、途上国双方の消費者の権利や公衆衛生に関する NGO が、たとえば特許保護の公衆衛生に関する側面や著作権保護の拡張とデジタル環境における消費者の文化へのアクセスへの影響などについて、パネルに専門知識と異なった視点を与えうると考えられる。しかし、参加権が広範すぎる場合に準司法手続に与えうる予想外の影響については注意深く見守る必要がある。第一に、産業界と、文化や技術の利用者や消費者といった広範な多数派の利益とでは、組織化の程度が明らかに非対称である。非営利団体に紛争解決手続へのアクセスを広く認めることは、準司法手続においてこうした非対称性を再現し助長することになる危険性がある。上述した利益の水平的分配は、影響を受ける産業および知財に特化した団体の代表によって再び舞台が占領されるであろうことを示唆しているようである。第二に、集団行動に対する Mancur Olson の分析¹⁸⁰によると、公衆の利益の擁護のために NGO が参加する場合、しばしば、代表される集団の求める利益に適合するとは限らない論理やインセンティブが原動力となることがある。¹⁸¹ さらに、簡潔でメタファーの力を有しメディアの注意を惹くような問題については、多くの参加が行われ、他方で、多数の消費者に広範で重要な影響を有するより複雑な技術的問題は看過され過小評価される、という可能性がある。ここで重要なのは、政治的参加の道を開くということは、司法手続からその典型的な制度的優位性のひとつ、すなわち政治的圧力から隔離されていることや、問題とされている立場や解釈に対する注意深く公平な評価のための適切な条件を奪うという効果を有しかねない、ということである。個人や NGO に手続へのアクセスを寛容に与えてきた複数の国際司法機関による経験を一見すれば、注意深くアプローチすることが必要であることが裏付

¹⁸⁰ Olson (1965).

¹⁸¹ 集団的組織における広範な利益の代表についてのプリンシパル・エージェント問題について、Eggertsson (1990) を参照。

けられる。¹⁸² このことは、amicus curiae 意見書は上で問題とされた参加不均等に対する解決策と見るべきではないということを示唆している。

6.2 合意を探る動き

一般に、それぞれの加盟国の立場には緊張関係が見られる。EC は司法化、すなわち DSB を裁判機関に近付けようとする一方で、途上国はパネルにおける平等な代表をより強く保証することを求めている。そのため、パネルの解釈権限を制限し、その代わりにそれぞれの理事会（たとえば TRIPS なら TRIPS 理事会）主導の下での政府間協議に委ねること、つまり司法化から離れることを主張している。¹⁸³

米国の立場はそれ自体矛盾に満ちたものである。米国政府は紛争解決を公衆のアクセスと精査に対して開かれたものとするを雄弁に主張し、したがって制度の司法化を強化することを推進する一方で、同じ政府が、紛争当事国に対してより柔軟性が認められること、当事国が明示的に主張していない論点についてパネルや上級委員会に制約を課すことを訴えている。¹⁸⁴ 米国はたとえば上級委員会における中間報告書に関する規定を導入することを提案している。この提案によると、中間報告書を読んだうえで、当事国が紛争解決にあたって不要であったり役に立たないとする説示については合意により削除することができるような仕組みが提供され、また、最終報告書を補強するために当事国に意見を述べる機会が与えられることになり、結果として当事国が上級委員会の権限に対するコントロールを持ち続けることになる。¹⁸⁵

¹⁸² EPO の異議部 (Opposition Division) および審判廷 (Board of Appeals) 手続の前に第三者が意見提出を行う可能性およびヒト ES 細胞に対する特許付与の場合におけるその意味について、Bakardjieva Engelbrekt (2009) を参照。

¹⁸³ See paras. 10, 11 TN/DS/W/15. 「地理的にバランスのとれた代表は、WTO 加盟国全体の様々な背景や固有の懸念を反映したバランスのとれた DS を推進することに寄与するであろう。」

¹⁸⁴ TN/DS/W/28 (US and Chile); cf. Zimmerman (2006), 116.

¹⁸⁵ TN/DS/W/28 (US and Chile); see para. 6, lit. a and b.

こうした緊張関係や議論は明らかに WTO 協定やその下での加盟国の義務の性質が未決定であることに起因している。上述の WTO パネルの構造により、DSS は司法手続と外交的決定手続の間のグレーゾーンに位置付けられることになる。Joost Pauwelyn はこうした状況を鋭く分析し、WTO の義務は、現行の DSS を考慮しても、その性質は「集団的な」義務というよりは「国内法でいうところの契約に相当する 2 カ国間の関係が束になったもの」であるというより説得力のある解釈を述べている。¹⁸⁶ この分析はパネルでの検討についてもあてはまる。手続の秘密性、他の加盟国にその条件を知らせることなく紛争を解決する権利といった制度の特徴から、このような結論が導き出される。Pauwelyn は、特に TRIPS に関して、将来的には 2 国間という視点は放棄されるべきであること、広範な公益に関わるような TRIPS 上の義務に関するパネルの解釈の影響がより早く認知され、制度に組み込まれることを説得的に論じている。

6.3 検察官の必要性？

現行の WTO 司法制度におけるひとつの明らかな欠陥は、検察官のような態様で、加盟国の行動を監督し、多国間通商制度の規則や原則を支えている包括的な共通利益に客観的に基づいて非遵守に対する申立てを行う中立的な当事者が存在しないという事実である。欧州連合との比較でわかるのは、こうした組織は参加の問題や究極的には正統性の問題を克服するのに重要な要素となりうるということである。EU では、欧州委員会が条約や EU 法システムの中立的な番人の役割を果たしており、広範な訴追機能を委任されている。¹⁸⁷ 同様のロジックで、一連の WTO 改革のイニシアティブは「条約の番人」あるいは WTO 加盟国の「集団的利益の番人」として働くことができる適切な組織を求めている。提案のなかでは、交渉を開始するだけでなく非遵守の加盟国に対して法的手続を開始する独立した権利を WTO 事務局長あるいはそれぞれの WTO 事務局に与えることが

検討されている。¹⁸⁸

同時に、国家に対する訴追制度を設けるということは政府間主義から超国家的ガバナンスへの明らかなシフトを意味し、現在の広範な WTO 制度に対して現実的に期待できるものよりもより高次元の信頼と価値の共有が求められると思われる。¹⁸⁹

6.4 暫定的な結論

本稿の分析によると、知財分野におけるウルグアイ・ラウンドの新しい成果であると賞賛されていた DSS はグローバルな知財制度の新しいテクノロジーによる問題や政治経済の変容への適応には小さな影響しか持ちえない。その制度設計では、DSS は国際的な準司法機関に典型的である多くの限界を露呈している。TRIPS 協定は私権の取得や行使に関する基準を設け、情報の利用者の広範な利益に対してコストを課したものの、DSS は国家に対してしか開かれていない。さらに、TRIPS を権利者の利益のためのものと認識するのであれば、DSS は経済的、技術的に発展した国々と強力なクリエイティブ産業の共生関係、つまり水平のおよび垂直的な少数派の利益を助成し続けるものとなる。この共生はまさに TRIPS 協定を生み出したものである。すでに見たとおり、これは紛争解決の力学においてかなりのバイアスがあることの説明となる。DSB の当事国は必然的に通商問題を持ち出すが、それは通常より高いレベルの保護に対する知財産業の強い願望と結び付いている。そして、国内の法廷と同様、紛争解決機関は自らの管轄内に紛争が流入することに対してコントロールは行わないのである。¹⁹⁰

今日までの紛争がしばしば同等の当事者間、すなわち典型的には技術的に発展した先進国間で発生しているという事実は、強力な保護に対する制限や例外に与するような説得力のある議論が強力な被告（たとえばカナダ医薬品特許事件におけるカナダ、米国著作権法事件における米国）により

¹⁸⁶ Pauwelyn (2003a), 930 et seq.

¹⁸⁷ Smith and Tallberg (2008).

¹⁸⁸ See Petersmann (2005), 651; 同旨、Sutherland Report (2004) 77頁。

¹⁸⁹ Smith and Tallberg (2008).

¹⁹⁰ Komesar (1994).

主張された、と楽天的に捉えることもできよう。しかし、そのことは同時に、DSS を繰り返し利用する者は、途上国における医薬品アクセス、技術移転、後続発明への障壁、知識や情報へのアクセスといった領域において TRIPS 制度が増幅させているといわれる現在の不均衡の核心に至るような問題を提起することはほとんど考えられない、ということも意味している。水平的（知財産と利用者）および垂直的（先進国と途上国）に歪曲された利益の分配、および複雑な司法審理に参加する相当のコストを考えると、途上国の権限や擁護の能力を改善する、あるいは国境を越えた利用者の利益を集結するための抜本的な手段をとらない限り、将来的に大幅な変化が起こることは期待できない。重要なのは、TRIPS 協定には利益代表における最初の不均衡を永続させるといった構造的な問題が存在しているということである。¹⁹¹

司法化に関する多くの議論にもかかわらず、紛争解決機関の手続および制度的様式は依然として任意の紛争解決という特徴を多く保持している。パネルや上級委員会の構成は WTO 加盟国のそれを反映しておらず、パネルの委員は多くの場合司法ではなく外交の訓練を受けた者である。和解は秘密にしておくことが可能であり、当事国は常に手続の終了を決定できる。当事国はまた、情報へのアクセスや公開という側面をかなりの程度コントロールしている。Dinwoodie はこうした、十分に包括的とはいえない視点について論じている。¹⁹²

現在の改革プロセスによって改善しうる点があり、それは実現されるべきだが、上述の限界のほとんどは WTO が政府間組織であるという性質に生来するものである。ECJ やアンデス諸国のような他の地域的裁判機関と対照的に¹⁹³、パネルは国内裁判所とはいかなる意味でも結び付いておら

ず、そのため対応する機関との間でやりとりを行うための土台に載っていない。このことは自信を欠くこと、機関の正統性や位置付けが不明確であることのもうひとつの理由となっている可能性があり、それが解釈手法に波及し、ひいては紛争解決の実質的な結果にまで影響を与えている。上で述べた限界や正統性についていわれている DSU の欠点を考えると、パネルや上級委員会が狭い文言解釈を用いる場合が圧倒的に多く、大胆な目的論的手法を避けるのは驚くことではない。この制約は、この組織が拠って立つ共通価値というもの希薄であるということと、加盟国への制度的相互浸透が限られていることにより容易に説明される。DSS を、グローバルな知財規範の権威ある解釈を行う能力とより大きな法形成力を有する、より強力で独立した世界通商法廷に変えていくことは、必然的に、知財とそれに関連する政策を決定する加盟国の主権をより制約することを意味する。¹⁹⁴ それゆえに、こうした方向を目指す改革の提案は警戒されているのである。

7. 抑制と均衡

現在の政策問題の複雑さと不十分な代表性という問題により、裁判所が相反する利益のバランスをとるための適切な場ではないように思われる状況において、各国レベルでの決定プロセスが代替的なプロセスとしてしばしば参照されている。これは行政機関や様々な形態での議会による監視である。

7.1 制度的行政プロセス

行政機関の起源は、司法機関に本質的に備わっている制度的制約（たとえば規模の限界や専門知識の欠如）に挑むために、政策決定に関する代替的な制度基盤を導入しようとする試みであったと解することができる。超国家のおよび国際的なレベルでも、同様に公平無私な官僚制度に規範・政

¹⁹¹ See Kur and Grosse Russe-Kahn, 本書第 8 章 [訳注: Anette Kur & Henning Grosse Russe-Kahn, *Enough Is Enough: the Notion of Binding Ceilings in International Intellectual Property Protection, in INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN A FAIR WORLD TRADE SYSTEM: PROPOSALS FOR REFORM OF TRIPS* (A. Kur & M. Levin (eds.), 2011)]; cf. Dreyfuss (2008), 17.

¹⁹² Dinwoodie (2000), 508.

¹⁹³ On this see more recently Helfer et al. (2009).

¹⁹⁴ Zimmerman (2006), 56.

策決定を委任するという主張が行われてきたが¹⁹⁵、政府間の脆弱なバランスを損なうおそれがあり、また国際的な公共サービスに関する説明責任を保障することが困難であるとしてより強い批判を受けてきた。¹⁹⁶ にもかかわらず、政府レベルから超国家的、国際的レベルへの決定プロセスの移行が増加するにつれて、実施と執行という役割を国際的な行政組織に委任する傾向が目につくようになってきている。EUでは、欧州委員会の権限が増したり新たな執行機関が設置されていることがこうした潮流の具体例である。グローバルな知財ガバナンスの文脈では、TRIPS理事会がTRIPS協定の解釈を行ったり、いずれにしてもDSBによる解釈に対するチェック・アンド・バランスを行うのにより望ましい立場にあるという制度構造を示しているとの見解もある。¹⁹⁷ 上述の制度分析によると、こうした選択肢を評価するためには機関において参加と決定を形づくる制度様式を調査する必要がある。

TRIPS理事会はWTO協定4条5項により設置され、TRIPS協定の遵守を監視する責任を負っている。¹⁹⁸ 各国がTRIPSの基準を遵守しているか透明性のあるレビューを行う機関であり、解釈上の相違について協議、議論する場であると考えられている。¹⁹⁹ 理事会の職務には、知的財産権の貿易的側面に関連する事項について加盟国に協議の機会を提供し、紛争解決における支援を行うことがある。理事会はWIPOとの間で協力関係を維持しなければならない。加盟国から通知を受け、また、定期的にTRIPSの遵守についてレビューを行わなければならない。DOHA閣僚宣言により、TRIPS7条、8条に沿いながら、開発アジェンダの精緻化、公衆衛生や伝統的知識に関する問題の調整といった新しい任務が加えられている。加盟国がDSU3条9項に従って理事会の決定によるTRIPSの規定に対する権威ある解釈を求めることができることも間違いない。²⁰⁰

¹⁹⁵ Majone (1996); Kingsbury et al. (2005).

¹⁹⁶ Joerges (2006), 521.

¹⁹⁷ Dreyfuss (2008).

¹⁹⁸ See Article 68 TRIPS.

¹⁹⁹ Helfer (2004), at 23.

²⁰⁰ Ehlermann and Ehring (2006), 504.

TRIPS理事会は加盟国の代表から構成される。これは各国の政治、規制プロセスへの逆方向のリンクとなり、民主的有権者から分離された法形成や説明責任の欠如というパネル手続に対する批判を一部緩和することになる。そのため、これは一体化の論理と多様化、各国の優先事項と選好を尊重するという論理の間のバランスをとるための場として機能しうるのであろう。²⁰¹ 同時に、理事会はすべての国に対して開かれているものの、すべての国が有意義な出席をして議論に参加できる経済的可能性を有するわけではないことも覚えておかなければならない。理事会会合（年に3、4回開催される）の議事録を概観すると、組織的に審議に参加している国もあれば、主として地域代表や貿易協定の代表に頼っている国もある。これはしばしば後発開発途上国にあてはまる。²⁰²

TRIPS理事会は *Rules of Procedure of the General Council*（訳注：一般理事会手続規則）の手続を準用する。²⁰³ 重要な例外は決定に関する規則である。一般理事会と異なり、TRIPS理事会は投票による決定を行うことができず、全会一致によつてのみ決定することができる。全会一致に至らない場合、TRIPS理事会はその議題を一般理事会に委ねることができる。これはドーハ閣僚宣言第6パラグラフ策定にあたり実際に行われた。しかし一般理事会においても、全会一致が原則であり、これを変更することには明確な制限が課されている。関連する協定の権威ある解釈を提供するためのWTO協定9条2項による多数決投票の可能性は法学文献において詳しく検討されており、多くの論者が制度の適応性や柔軟性を高めるためより多く利用されるべきであると提案している。²⁰⁴

TRIPS理事会への参加は国家代表に制限されている。OECD、WIPO、

²⁰¹ See Dreyfuss and Lowenfeld (1997); Dreyfuss (2008), 29.

²⁰² もっとも、先進国は途上国および後発開発途上国の参加を促進するためにWTO基金への貢献を行っている。技術支援について、WTOウェブサイトを参照。

²⁰³ See Rules of Procedure for the meetings of the Council for TRIPS, adopted on 21 September 1995, IP/C/1, 28 September 1995. Rules of Procedure for Sessions of the Ministerial Conference and Meetings of the General Council, adopted on 31 January 1995, WT/L/28, 7 February 1995; amended by WT/L/161, 25 July 1996.

²⁰⁴ Ehlermann and Ehring (2006), 504 et seq.; Dreyfuss (2008).

UNCTADなどの国際機関は認可を受けており、オブザーバー資格を有している。²⁰⁵ しかし、WTO全体での状況と同様に、NGOはTRIPS理事会の作業に立ち入ることを許されていない。²⁰⁶ WTO事務局は、ワークショップの開催、教育や技術的支援の提供、年次会議の開催などによりNGOとの接触を密にするよう意識的に努力している。加えて、組織の作業に対する透明性は、一般理事会会合へのアクセスが増し、WTO文書の発行部数の増加や制限の緩和によって増加している。²⁰⁷ しかし、現在までのところ、WTOへの扉が今すぐにも市民社会の制度的参加に対して開かれる予兆はまったくない。NGOとの関係に関するガイドラインでは、「広範囲に及ぶ議論の結果、現時点ではNGOがWTOやその会合における作業に直接的に関与することはできないというのが支配的な見解である」と記述されている。²⁰⁸

もちろん、WTOの政治的なプロセスにNGOが自由にアクセスできるようにすることが問題なしと見られるべきではない。有名な集合行為の問題によって、NGOが反映しているのは広範囲にわたる共同体の拡散した利益の不完全あるいは歪められた一部分でしかないかもしれない。そのため多くの文脈においてこうした組織の説明責任の問題が取り上げられている。²⁰⁹ さらに、上述のとおり、NGOの参加や代表においても力の不均衡が再製される可能性がある。WIPOに認定されているNGOのリストを一瞥すれば、知財ガバナンスの議論においてNGOの貢献に過度の期待を抱くことはできないと多少なりとも感じるであろう。確かに、知財問題によっては公衆の広い関心を惹き、社会グループを集結させている。宗教団体が生命に対する特許という議論に参加していることから、環境団体や消費者団

体も認証を求めている。しかし、全体的には、知的財産権の権利者の利益と明らかに同調する利益を有している組織によってリストが占められている。これらは、専門的な知財団体や、典型的には医薬品産業や文化産業といった産業の団体である。²¹⁰

にもかかわらず、国連のような国際機関は、市民社会が彼らの作業に参加することを制度化し、注意深く選考されたNGO認証基準を定め、説明責任を果たすことができ透明性を有し利益を代表しているNGOのみが国際的な法や政策の決定プロセスに参加することを認められるよう確保するための精緻な手法を開発している。WTOは、同様の認証手続を採用することによって、市民社会の参加を健全な制度基盤に置くことができるであろうし、このことは真剣に考慮されなければならない。²¹¹ 全体的に見ると、NGOの参加が増すことは、司法プロセスに見られるような悪影響のリスクを負うことなく、影響を受ける利益(利害関係者)の参加を改善し、国際的な政治、行政の決定プロセスの民主的および審議の質を向上させる傾向がある。²¹² グローバルな通商のガバナンスへの十分な参加と影響という途上国が直面している問題の分析において、Gregory Shafferは、途上国、NGO、グローバルな貿易システムにおける強力なプレイヤーの支持者がそれぞれ南北同盟を結成することが、こうした国々が十分に代表することを妨げている能力差を架橋し、彼らの見解を推し進めるうえで生産的であろうと示唆している。²¹³

²⁰⁵ 最近では、とりわけ米国の反対によって、生物多様性委員会(CBD)のオブザーバーとしての立場が議論となった。

²⁰⁶ See Guidelines for arrangements on relations with non-governmental organisations, Decision adopted by the General Council on 18 July 1996, WT/L/162.

²⁰⁷ See Procedure for Circulation and Derestriction of WTO Documents WT/L/452 of 16 May 2002; cf. Sutherland Report (2004), Petersmann (2005).

²⁰⁸ Guidelines, WT/L/162, para. 6. 批判的な分析として、以下を参照。Van den Bosche (2008); Nanz (2006); Steffek and Kissling (2006); Nickel (2006).

²⁰⁹ See Bexell et al. (2008).

²¹⁰ しかしこのことは、この組織はWIPOに対し意味のある貢献を行う立場にあり、その目的を支持しなければならないという要求によって、ある程度は説明されるだろう。

²¹¹ Van den Bosche (2008)はWTOにおけるNGOの参加という弱い制度化と、国連における精緻な道具とを比較している。See Petersmann (2005), 655; cf. Bonzon (2008).

²¹² amicus curiae 意見書については、6.1.4を参照。cf. Nanz (2006).

²¹³ Shafferは、成功したアライアンスの例として、途上国における医薬品に対する特許保護と、AIDS治療薬に対する国境なき医師団のような先進国ベースのNGOと途上国との間の協調行動を挙げている。

7.2 議会によるインプット

あまり一般的ではないものの、WTOの制度改革過程で議論された提案のなかには、たとえば *Sutherland Report* のように WTO 交渉およびルール策定における各国議会からのインプットの増加に加えて、望むらくは WTO に対する議会制の諮問機関を設けることを予想するものもある。しかしいずれの解決策も困難を伴うものである。代議制については、グローバルな市民というものの不在がその代表性と説明責任についての射た疑義を投げかける。加えて、主としてこうした制度が新たに課すであろうコストを理由に、途上国側からの強い抵抗がある。²¹⁴ しかし、すでに述べたような、テクノクラートによる国際知財ルール決定の問題点に鑑みると、議会による監視をプロセスに注入するというアイデアは格別の魅力を有しておりさらに検討するべきであろう。最後に、国際通商協定への国家の関与に対する民主主義的ガバナンスを増すことは制度の説明責任と民主主義的正統性を改善するひとつの方法として光が当てられている。²¹⁵ こうした提案の健全さにもかかわらず、国家の制度プロセスというものの経路依存性と、変化に対して現在のアクターが行うであろう抵抗を過小評価してはならない。²¹⁶

8. 結語

DSU の下でのほぼ15年にわたる紛争解決の経験を通して、この制度は規則に基づく多国間の貿易体制を維持するのに重要であることを確認している。²¹⁷ 2 国間で権利義務を決定し、2 国間でそれを執行することに比し

てこうした多国間制度が優れていることは議論の余地がない。対照的に、知財法政策のバランスのとれた発展に対する紛争解決の貢献については、現在までのところ疑問視されている。本稿で論じたように、国際知財紛争の基礎を構成する TRIPS 協定は、知財の権利者と、知財集約型産業に高い利害関係を有する技術的先進国に有利な構造的バイアスが著しいことを示している。現在の制度設計では、DSS は国際的な知財法形成におけるバイアスを再製どころか場合によっては悪化させる傾向があり、国際裁判の力学を通して保護をより高いレベルに押し上げている。紛争解決分野における途上国や NGO の役割とはわずかなものである。その結果、司法による決定は体系的に、限られた WTO 加盟国が代表する手続において取り上げられてきた。²¹⁸ こうした決定における正統性の欠落はまさに懸念事項の主な原因となっている。²¹⁹

紛争解決の制度的デザインにおいて特定された欠陥のいくつかは、包括的な制度改革によって確実に縮小することができる。そうした改革は、これまで過小評価されてきた国家、非国家の利益のための参加の機会を改善することに焦点を当て続けるものでなければならない。同時に、本稿で示したとおり、国際知財法政策における深いところでの構造的不均衡を、国際知財裁判の制度デザインを微調整することで相殺できる範囲には限度がある。いずれにせよ、DSS の制度的改革は分離して扱われるべきではなく、常に代替的的制度プロセス（国際政治や国際行政のプロセスなど）を包む（そして改革する）可能性と比較されなければならない。

本稿では論じていないが、マルチレベルのガバナンスに関する理論に沿って、国際知財制度の進展のための国内の制度プロセスの役割もすぐに認識されなければならないことを忘れてはならない。相互依存している世界において、各国の立法者による決定が地域的な有権者の利益を超えた利益にますます影響を及ぼしている。そして、*Dinwoodie* が指摘するように、各国裁判所は次第にグローバルな知財法を創設する国際裁判所として機能するようになってきている。²²⁰ こうしたボトムアップによる国際知財ガバ

²¹⁴ Petersmann (2005), 654. ただし、Shaffer (2005) の分析を参照。Shaffer が示したとおり、コストは乗り越えられない障害ではないし、少なくとも部分的には先進国側の技術支援や資源共有により打ち勝つことができる。もっとも、より困難な問題を過小評価してはならない。

²¹⁵ Bacchus (2004); cf. Petersmann (2005), 653.

²¹⁶ See North (1990).

²¹⁷ Keohane et al. (2009).

²¹⁸ Dreyfuss and Lowenfeld (1997), 293.

²¹⁹ Dreyfuss and Lowenfeld (1997), 292.

²²⁰ Dinwoodie (2000), (2002).

ナンスは詳細に研究されなければならない。

より一般的には、国際知財法の実体的ルールの望ましい変更に関する議論を、規範的な価値のみならず制度的な意味という観点からも組み立てるのが喫緊の課題に思われる。現在、知財研究者が問いかけている問題は主として「何が保護され、何が保護の例外となるべきか、どの程度でどのような理由によるか」というものである。逆に、我々は「誰がこれらの重要な問題について決定するのか、どのような種類の決定プロセスでなされるのか、そのプロセスを改善することはできるか」という問いを投げかけるというアプローチである。その結果、制度選択とその設計という問題に十分注意を払いながら、議論の焦点をルールの内容からその制度プロセスに合わせ直す必要性がある。²²¹

IPT プロジェクトは例外と制限のより細かな制度に関する提案を行っている。そのなかで TRIPS 前文における原則と目的に対するより明確で詳細な言及がなされている。この提言は二重の意味での制度的優位を有している。一方では、制度バランスを中央集権的な国際政治プロセスにシフトさせ、それにより TRIPS の司法機関から法創造という現在の負担の一部を取り除くことを意図している。この提言に従えば、パネルや上級委員会は司法積極主義との誹りを受けることなく必要な利益バランスを実現するためのより安定した法的基礎を与えられることになる。他方で、司法機関は加盟国に対する評価を行うためのより大きなマージンをとることの根拠を与えられる。このことについて、この提案は TRIPS の現状である「one size fits all (ひとつの基準ですべてを網羅しようというやり方)」の呪縛から解放されるための一歩であり、決定に関する制度デザインをより柔軟で多元主義に傾斜させようとするものである。これらを組み合わせることによって、こうした変更はグローバルな知財ガバナンス制度の適応効率性をほぼ間違いなく改善する効果を有するであろう。²²²

²²¹ Shaffer (2008).

²²² North (1990).