

連続企画：国際知的財産制度の形成過程－最新動向と理論分析－
その5

ネオフェデラリストの視点から
TRIPS 協定を展望する(1)
－弾力性を持つ国際知的財産制度の構築に向けて－

Rochelle C. DREYFUSS^{*}
田村 善之・劉 曉倩(訳)[†]

本日は、オックスフォード大学の Graeme B. Dinwoodie 教授と共同執筆中の本の一章についてお話をさせていただきたいと思います。まだ執筆途中の段階で私たちの考え方は決して完全とはいえませんので、この本に提出されている様々な問題を熟考するための一助として皆様のコメントを歓迎しております。

概 観

本日は、まず、この本の中心となる議論の概観からお話をしようと思います。これは第一章に書かれています。そこでは、私たちの TRIPS 協定に対する見方と、なぜそのような見方から TRIPS 協定を眺めているのかが検討されています。それから、TRIPS 協定の司法手続の背景についても簡単に説明いたしますが、本日の報告の主眼は、第四章に該当する TRIPS 協定の構造的な特徴の解釈に焦点を当てたいと思います。そして、時間が許せ

^{*} Pauline Newman Professor of Law, New York University School of Law.

[†] 訳者注：本稿は DREYFUSS 教授が北海道大学で開催された国際シンポジウム“New Institutional Design of International Intellectual Property Regime for the 21st Century” (2011年2月4日～7日)での講演の翻訳である。

ば、その次の章についても若干触れることにしたいと思っております。

中心的な議論—TRIPS 協定が何を達成しようとするのか—

この本の中心的な議論は、TRIPS 協定の目的というところに置かれています。TRIPS 協定はいったい何を達成しようとしているのでしょうか。TRIPS 協定に先立って、知的財産権に関係する2つの条約が長期間にわたって存在しています。1つは、特許および商標に関するパリ条約です。もう1つは、著作権に関するベルヌ条約です。この2つの条約は知的財産権者が要求した主要な目標をほぼ達成しているように見えます。

19世紀に知的財産権が直面していた主要な課題は、属地主義でした。知的財産権の保護範囲がある特定の国に制限されることによって破滅的な競争が引き起こされてきました。例えば、ベルギーにいる人はフランスの出版者が出版した書籍をただで読むことができる一方、フランスの出版者はそこから一銭も得ることができず、また、廉価なフランス書籍のコピーと競争せざるを得ないベルギーの出版者も儲けられない、というような状況がありました。そこで、当時の条約の最大な目標は、属地主義の効果を是正することでした。この問題を解決するために、以下の3つの手段が採用されました。

まず1つ目は、内国民待遇です。つまり、フランス人はベルギーでベルギー人と同様に扱われるべきであり、逆に、ベルギー人は、フランスでフランス人と同様に扱われなければならない、ということです。2つ目は、最低の保護水準です。知的財産権をまったく保護しない国では内国民待遇が機能しないために、最低の保護水準も必要になってくるわけです。最低の保護水準は、パリ条約よりもベルヌ条約のほうに多く定められています。3つ目は、世界的な権利の取得を容易にする手段です。商標および特許に関しては、優先権の利益を保有するときに、後続の出願について優先権を主張することができる規定が定められています。また、ベルヌ条約では、無方式主義が採用されましたので、著作権の保護は基本的に自動的に発生するものです。

TRIPS 協定に関する3つの観点

1. 貿易の観点

まず、貿易側面からの観点です。TRIPS 協定が貿易システムの一環になって、知的財産権立法の舞台が世界知的所有権機関（以下、WIPO）から世界貿易機関（以下、WTO）に移転するとともに、通商関係者のターゲットも貿易障壁を取り除くことに転換されました。というのは、通商関係者には、各国に存在する異なった保護水準が創作的な製品のスムーズな国際流通に支障をもたらすものとなりますので、彼らは国際的調和を1つの重要な目標であると考えているのです。

それならば、どの程度、国際間のハーモナイゼーションをしなければならいでしょうか。どの加盟国も既得権を廃棄することを好まないでしょうから、それを避けるために、この質問に対する答えは、各国において最も高い保護水準で調和するということになるでしょう。そして、一旦各加盟国が TRIPS 協定の定めたレベルまで保護水準を引き上げた後に、新しい交渉ラウンドでは、知的財産権の保護は引き続き強化されていくことになります。

繰返しになりますが、貿易関連問題として TRIPS 協定を眺める場合、これは論理に適うものです。貿易という側面から眺めれば、その目標は、関税を削減し貿易の障壁を軽減することになります。したがって、知的財産権の文脈で同様のものを構築しようとするのであれば、知的財産に対する保護を引き上げることによって、すべての加盟国の保護水準が同じものとなり、それにより物品の流通が円滑化されることになるでしょう。そこで、こうした一律の保護水準の引上げという帰結が新交渉ラウンドや二国間交渉、地域間交渉を通じて実現され、さらにその新たな保護水準が TRIPS 協定の「最恵国待遇」条項と紛争解決手続を通じて組み入れられることになるでしょう。

貿易側面の話は以上です。

2. 経済学の観点

経済学者は若干異なる見解を持っています。完全に異なるというほどではありませんが、それでも幾分かの違いはあります。彼らの観点によれば、

ある国が知的財産を保護しないということは、他の国に対してコストを転嫁することになってしまうことを意味するのです。そのため、仮にベルギーがフランスの創作物に保護を与えない場合、それはフランスにコストを負担させることになってしまうのです。そこで、経済学者の TRIPS 協定に対する考えは、他の国に経済学者の政策選択を内部化することを強いることです。つまり、イノベーションに対するグローバルなインセンティブを最大限にするとともに、知的創作物に対する世界規模の需要に目を向けることによって、グローバル規模で最適な保護水準を作り出すことです。

彼らの見解では、TRIPS 協定の本質は、そのような保護を約束するところにあります。条約に書かれているというだけでは不完全かもしれませんが、紛争解決手続によって完全な達成が図られます。これは、契約にすべての起り得る事態が明記されていない場合に、当事者が何が不履行を構成するのかということに関して合意に達しない場合は、訴訟を通じて契約の完全な履行が確保されることと同じです。したがって、TRIPS 協定は、グローバルな観点から最適水準の知的財産権の保護の提供を具現するものとなります。

以上は、経済学者の観点と貿易の観点からの分析です。それでは、私たちの観点はどのようなものでしょうか。

3. 私たちの観点

私たちは、いわゆるネオフェデラリスト的な観点を採っています。WTO の加盟国がそれぞれ独立した政府でありながら、WTO では中央組織を有する連邦制度を創設している、と考えます。このような観点の下で、TRIPS 協定によってもたらされた大きな変化は、制度的なデザインに存在していることとなります。TRIPS 一般理事会、紛争解決機関 (DSB) などの WTO の新しい専門機関の設立やその間の権限の分配のあり方がこれに該当します。権限が一部、WTO に移譲されています。その限度で、たしかに加盟国は一部の権限を譲歩しています。しかし、他方で、各加盟国に留保されるものも存在します。このような配分の賢慮は、そうすることで加盟国が新しいニーズに柔軟に対応できる国際的なシステムを共同で構築することができるということにあります。このような構想を実現するためには、WTO とその加盟国との間だけではなく、WTO と他の国際組織との間

の権限配分も必要となります。実際に WIPO にはすでに一部の権限が分配されており、他の組織にも一部の権限が委任されると推認できるでしょう。

証 拠—交渉の経緯—

それでは、これらのことを証明することはできるのでしょうか。どの観点が正しいのかをどう判断すれば良いのでしょうか。協定の交渉の経緯を遡ることは、この問題を考察するための良い方法になります。TRIPS 協定はどのような交渉過程を経て成立したのでしょうか。ここでもまた、上述した3つの観点が登場します。

1. 貿易の観点

ここでの貿易という観点は、一種の物々交換であるといっても過言ではありません。知的財産権の交渉の場がなぜ WIPO から WTO に転換されたのかの理由の1つは、先進国は、WIPO の舞台においてはもはや先に進めることができなかったからです。というのは、より高い知的財産権の保護基準を採用することが自国の利益に適うものではないと信じている加盟国は、その利益を守る立場から、無闇に保護水準を高めることについて合意しようとはしないからです。

WTO という交渉の場では、トレード・オフを行うことができます。「私の国の映画を保護してください、その代わりに貴方の国の産品のために市場を拡大してあげましょう」、ということができるのです。「貴方が合意すれば、映画と羊が交換されます」。これこそ、物々交換にほかなりません。たしかに、これは単なる物々交換のように見えます。知的財産権の保護をより高いレベルに調和する代わりに、産品の市場が提供されました。しかしこのお話の問題は、これは非常にバランスを欠いた取引だったということなのです。なぜなら、「Lion King」は1つしかないにもかかわらず、「羊」はたくさんいるからです。したがって、羊を売る側にとってこれは決して良い取引とはいえません。知的財産を売る側と同じような高い価格設定を行うことができないからです。そこで、貿易の観点から TRIPS 協定を眺めることは必ずしも的を射たものとはいえません。

2. 経済（および貿易）の観点

TRIPS 協定の交渉の歴史について、もう1つの見方があります。それは、TRIPS 協定の交渉過程は脅迫的なものであるという見解です。この見解によると、北側の脅迫の下で、南側はフリーライド行為と破壊的な競争を放棄したということになります。なぜそのようなことができたのでしょうか。その理由の1つは、一方的な圧力です。アメリカ合衆国通商貿易法は、アメリカの知的財産権を認めない国に対してボイコットをなすことができると定めています。いわゆるスペシャル301条によるアクションです。

もう1つの理由は、アメリカのクリエイティブ産業がこぞってそのような脅迫に参与したことです。彼らがアメリカ通商代表を説得し、さらにヨーロッパと日本のクリエイティブ産業と協力した結果、ヨーロッパ、日本、アメリカ三者共同でこの貿易協定を強引に押し進めたものだというのです。アメリカ、ヨーロッパ、日本といった先進国は、知的財産権に非常に馴染んでいるため、自国にとって何が有利となるのかについてよく把握していますが、これに対し、一部の加盟国はそれほど知的財産権に詳しくないので、結局、経済力の弱い国はアウト・ロイヤー化（“outlawyered”）されることになります。自国の利益を代弁してくれるロイヤーを欠いていたからです。そこで、日本、アメリカ、そしてヨーロッパは、他方の側との間での実質的な交渉を経ずに TRIPS 協定の基礎となったドラフト・ドキュメントを作成し、それを他国に押し付けたものと唱えられています。これが脅迫というものの方見方です。

3. この本の見解

私たちの見解としては、これも誤りであると考えます。その理由として、第一に、南側（つまり、経済力の弱い国）であっても、知的財産権を取り扱う経験が実際にあったからです。南側の多くの国はかつて北の植民地であったという歴史があります。植民地であった時代には、南側の国においても知的財産権の保護がありました。例えば、インドは、イギリスとの間でインドにおける著作権法の保護状況に関してよく議論をしていましたので、インドの交渉代表者は TRIPS 協定に関する交渉が行われた時期には知的財産法について豊富な経験を有していたといえます。

ウルグアイラウンド交渉の時期に発表された文献を見てみると、経済学

者の中には、知的財産保護は北と同様に南にとっても有益なものであると唱える者がいました。その理由は、知的財産保護によって工業化がますます促進されていくとともに、自国の利益となるイノベーションが促進されると主張しました。したがって、南は、TRIPS 協定が脅迫的なものという見方を採った論者が述べたように、乗り気ではなかったとかアウト・ロイヤー状態だったなどとはいえないと思います。

さらに、この知的財産保護に関する戦いは、必ずしも強い知的財産保護の提案国と経済力の弱い国との間において起きていただけではなく、強い知的財産保護の提案国の間においても生じていました。アメリカ対日本、アメリカ対ヨーロッパ、ヨーロッパ対日本、そして「旧」大陸（ヨーロッパ）対「新」大陸（アメリカとオーストラリア）の間では、当時、多くの戦いが継続的に勃発していました。したがって、私たちは、TRIPS 協定は一種の妥協の産物であるという見方のほうがより適切であると考えます。

証 拠—実体的条項—

そして、より多くの証拠が TRIPS 協定の実体的条項を検証することによって明らかになっています。まず、新しい制度—紛争処理を行う紛争解決機関および法改正の必要性を検討する TRIPS 理事会—が TRIPS 協定に導入されました。

第二に、強い保護を望んでいた国や地域は、TRIPS 協定によって新たな保護を受けることができました。「内国民待遇」、「最恵国待遇」などの保障、より強化された著作権、商標権および特許権、新たな保護形式が付与されることに加えて、知的財産権の行使が初めて義務付けられることとなりました。

一方、それと同時に、柔軟性を持つ多数の規定も TRIPS 協定に導入されました。例えば、7条と8条は、それぞれ、権利と義務との間の均衡性、公共政策の目標を達成するために加盟国は調整措置を採ることができることと規定しています。また、主要な分野では強い権利に対する例外規定と制限規定が設けられています。例えば、特許法において例外規定や強制ライセンスに関する条項が規定されています。そのすべてを挙げることはここでは控えさせていただきます。

他に TRIPS 協定の有する柔軟性を示すものとして、例えば、如何なる方式によって地理的表示を保護し不正競争を禁止するかは、TRIPS 協定は各国の裁量に委ねていますし、著作者人格権、国際消尽、著作者、発明者や権利の帰属に関する定義については、TRIPS 協定に定められていません。さらには、各国が知的財産権を行使する方法を調整することができることを認める非常に明白な条項が存在します。要するに、より強い保護は北側のためのみではなく、南側にも有益であります。

証 拠—規範的考え方—

しかし、私たちが強く主張したいこと、これは厳格に言えば証拠ではありませんが、特に強調したい議論は、私たちが提唱するもの以外の観点は論理的に誤っているということです。例えば、最高水準の知的財産権保護が最も良い選択肢だという貿易的側面から眺める観点は、知的財産に対する誤解から生まれたものといわざるをえません。知的財産は貿易と等置することはできません。自由貿易が比較優位の利益を促進するという観点に立つのであれば、関税を下げれば下げるほど良いわけですが、しかし、知的財産権の保護を最高水準まで設定することが最適解をもたらすわけではありません。ある人の産出は他の人の投入を意味しますので、双方（ユーザー側および生産者側）の利益と、知的財産が累積的に発展していく性質を考慮しない限り、結果的に誤ったルールに巻き込まれてしまうおそれがあります。

知的財産は他の価値にも深く関わっているものです。WTO 以前の GATT 体制は貿易側面において非常に技術主義的なものです。GATT はコスト、価格および関税のみに着目していました。しかし、知的財産は、それら以外の価値にも関わっています。人権、表現に対する利益、健康、滋養、教育等々、これらのものは最高の保護水準がベストという概念と矛盾します。

知的財産について単一の最適保護水準をグローバルなレベルで採用するという考えも論理的に誤っています。1つの保護水準がすべての国に適合するとは限らないのです。その理由として、世界中の国々が富の水準や技術的進歩の度合いにおいて異なりますし、それぞれの国において生産さ

れている知的創作物も異なりますので、すべての国に1つの「最適」なレベルがあると想定することを支持する理由はどこにもないといわざるをえません。

イノベーションへのインセンティブを創出するために南側からどのくらいの金銭を引き出すことができるのでしょうか。それは大した金額になることはありません。南側の人々は貧しく、購買力が非常に低いからです。高度な保護水準が定められたとしても、南の市場がイノベーションに大きなインセンティブを貢献することにはなりません。それのみならず、南の人々が本来必要な薬や書籍といった製品を享受しえなくなるおそれがあります。高度な知的財産権保護が永続する比較劣位を作り出すという見方もありえます。教育を受けるために相当高額な金銭を払わなければならない国は、高度な保護水準の下で知的創出物を生産することはおよそ不可能です。そのような国が、こうした状況をもたらすものに同意するなどということがありえるのでしょうか。それらの国にとって高度な保護水準は決して適切なものではありません。

各国を実験室として考えてみてください。著名なアメリカ最高裁判所 Brandeis 判事は次のように述べました。「連邦制度の幸福な利点の1つは、果敢な行動を採る州が1つでもあり、当該州の市民がそのような道を選択した場合には、そこが実験室として機能し、新規の社会的、経済的実験を他の州にリスクを嫁することなく遂行することができるというところにあります」(New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262 (1932))。

これと同じように、私たちの観点も WTO の加盟国が実験を行えることを願うものです。知的財産の文脈でいえば、2種類の実験を考えることができます。1つ目のものは、知的財産法の実験ですが、異なる知的財産法はイノベーションに対して異なるインセンティブを創出します。したがって、2番目の実験の形式は、異なるイノベーションに基づくものとなります。例えば、日本の北海道では、雪道を歩くときに転倒しないように、滑り止め効果のある靴が発明されたり、ニューヨークでは、食料品を場所から場所へと携行することなく移動する方法が発明されます。それぞれの国がそれぞれに特有の発明をなすので、私たちは異なるイノベーションを促進するインセンティブを創設する知的財産権の制度を持つことによ

りさらに豊かになれるのです。

私たちの3番目の議論は、社会は急激に変化するものであり、それがゆえに TRIPS 協定を1つの固定した制定法として考えるべきではないということです。TRIPS 協定は、私たちが生きている時代の間、1995年に制定されたものです。それ以降の社会変化の速さを考えてみてください。デジタル化社会、インターネットの誕生はいずれも TRIPS 協定の制定に携わった人々が当時予想もしなかったものです。インターネットは著作物の頒布の方式を変えたばかりでなく、人々の共同作業の形態に影響を与え、創出される著作物の種類を変化させました。これらの変遷のすべてが TRIPS 協定の成立後に実現したものです。

また、バイオテクノロジーが、TRIPS 協定成立の前後から爆発的に発展してきました。社会においてクリエイティブな事業に携わる部門自体も過去のそれとはやや異なるものとなっています。大学が特許の取得においてより重要な役割を果たしています。「トロール」と呼ばれる、様々な権利を集積する事業者が特許制度に関与するようになってきています。皆さんが日々目にする製品の多くに何千もの特許権(あるいはより広い意味での知的財産権)が関わっています。このことは、交渉の数が極めて多数にのぼり、ホールド・アウト(ホールド・アップ)の可能性が高まり、様々な産業分野における異質の価格構造を反映しなければならないという課題を突き付けることになるのです。こうした事態は固定的なものではなく絶えず変化し続けるものです。1995年から2011年までに起きた社会の変化から考えてみれば、2011年から2017年、あるいは2027年までの間の変化も大きなものとなるでしょう。各国は、技術的な産業セクターに起きる変化に対応するために、法を再構成する能力が必要となります。

観点の選択が重要な理由

これら3つのうちどの観点から TRIPS 協定を俯瞰すべきかという問題設定がなぜ重要なのでしょうか。第一に、TRIPS 協定に対する見方によって各国の立法に対するアプローチに影響を与えます。というのも、レトリックとしての TRIPS 協定と現実の TRIPS 協定とは異なるということがありま

す。アメリカでは、法改正をしようとする度に、それが TRIPS 協定に適合しないから、改正は不可能であるといわれます。したがって、TRIPS 協定の文言がいったい何を意味するのかということが重要なのです。第二に、一般人の (TRIPS 協定に対する) 認識というものがあります。ドーハ・ラウンドでも見られるように、公衆は WTO に対し非常に憤慨しました。その原因の一部は、知的財産に対する制限から生じたものです。第三の理由は、TRIPS 協定に対する観点次第で、WTO 関連ではない知的財産に関する国際条約の進展に対する見方も変わるといえることです。これについては最後に触れたいと思います。第四に、用いられた観点によって紛争解決機関 (DSB) が如何に紛争を解決するのかにも影響します。これがまさに本日の話の中心であります。

事例

紛争解決手続の背景についてもご紹介するつもりだったのですが、皆様がすでにご存知かと思しますので、割愛させていただきます。ただ、1つ留意していただきたいのは、TRIPS 協定に係る紛争事件はそれほど多くないという点です。上級委員会によって判断された事件は3つあり、また、例外規定のテスト(3ステップ・テスト)に関連する事件も3つあります。そして、最近のケースで中国の知的財産権に対する権利行使の事件があります。さて、私たちは何を研究したのでしょうか。

私たちの研究

1. 私たちは、TRIPS 協定を採択済みの国、あるいは採択予定の国における様々な取組みを検討し、以下のように問題設定を行いました。仮にこれらの措置に対して異議が申し立てられた場合、紛争解決機関 (DSB) は、いったいこれらをどのように処理するのでしょうか。もちろん、7つの事件しか存在しておらず、しかも上級委員会に判断がなされた事件は3つしかありませんので、その答えを探求することは難しいものです。さらに、今までの事件のほとんどは先進国間に起きた紛争なのです。カナダ対アメリカ、アメリカ対ヨーロッパ、ヨーロッパ対アメリカの事件が主となってい

ます。インドおよび中国に対して申し立てられた計2件の事件を除けば、それ以外はすべて先進国間の紛争ばかりなのであって、先進国によって提示された議論は必ずしも発展途上国が依拠しうるものではないかもしれません。

ともあれ、そのような状況下で、私たちはできる限り、これらの仮定した状況をDSBがどのように処理するだろうかということ予測し、その結果が私たちの規範的な関心に如何に応答するのか、例えば、均衡性、多様性、技術変化に直面した場合の弾力性等々の関心事に対処するために、TRIPS協定を如何に解釈するべきかという問題提起をなしました。

2. 第三章 実体的特徴

第三章では、私たちはTRIPS協定における実体的な保障措置を扱いました。私たちは3つの例を観察しました。1つ目は、インド特許法における、進歩性の引上げ条項に関するものです。2つ目として、アメリカで試みられた診療方法と研究のための特許適用除外を検討しました。そして、3つ目は、アメリカ最高裁判決である *eBay v. MercExchange* (547 U.S. 388 (2006)) の判旨です。この *eBay* 判決によって、公共的な利益が危殆に瀕する場合、裁判所が差止命令を否定することが可能となりました。

これらの3つの取組みについてDSBがどのようにこれらの問題を解決するかを検討した結果、私たちの結論は、DSBはTRIPS協定の条文の文言に忠実にすぎるといことです。このような手法により、新しく生起する問題に対処するための各国の裁量が極めて狭いものと化してしまうのです。特に、私たちの分析は、DSBの決定に関し3つの主要な問題があることを見出し、それに基づいて私たちの結論を導き出しました。

第一に、すべての例外条項のテストが非常に狭く解釈されています。第二に、事件を審理したパネルは、TRIPS協定に具現化していると私たちが信じる、規範的な問題について十分な注意を払っていません。特に、均衡性、ユーザーの利益、そして公共の利益に関連する義務を語る7条および8条の規定に対する配慮が不足しています。第三に、最も私たちが驚かせたことは、パネルが、27条1項（つまり、特許法は技術の分野ごとに差別してはいけないという規定）が構造的なものであると捉えているということです。そのため、パネルは、加盟国は、例外条項を用いて異なる技術ご

とに異なる扱いをすることができないと帰結しています。27条1項は構造的なものなので、すべての技術分野が同等に扱われなければならないという要件が適用されると判示しました。

これは採用しがたい解釈であると思います。30条の例外条項では、特許保護に対する例外規定は限定的なものでなければならないと規定されていますが、しかし、ある国が技術的分野を区別することができない場合、どのようにして例外的範囲を限定することができるのでしょうか。さらに、特定の問題に対象を限定した例外条項を設ける可能性も否定されています。そうすると、この構造的な条項はいったいどのように解釈されるべきなのかということが問題となります。

3. 第四章 構造的特徴

この問題は、本書中の構造的特徴に焦点を当てる章に関係します。本章では、以下の3つの論点を検討します。

第一に、TRIPS協定においてどの特徴が構造的であるのかということ如何にして判別するのでしょうか。「内国民待遇」、「最恵国待遇」といった条項は構造的であるように見えますが、本当にそうでしょうか。他に候補はないのでしょうか。どれが構造的か、どれが非構造的であるかということを見分ける方法はあるのでしょうか。

第二に、構造的とされた特徴をどのようにして分析すべきなのかという問題です。その際の基準は何か、関係する証拠は如何なるものでしょうか、立証責任は誰が負うのでしょうか、ということも検討しなければなりません。

第三に、どのような権利が構造的特徴に包含されるのでしょうか。これら構造的特徴が、各国の知的財産保護に関する政策決定に、どの程度深く影響を与えるのかという問題にも目を向ける必要があります。

提 案

ここでも、私たちは、各国の様々な取組みに焦点を当て、DSBがそれらの行動について如何に考えるか、DSBの対処が正しいアプローチといえるのか、について検討しました。この章では、以下の2つの取組みを検討しました。

第一に、アメリカでは、「SHARE」と呼ばれるプログラムに取り組む活動が推進されています。このプログラムが発案された理由は、TRIPS 協定により、すべての WTO 加盟国国民が特許制度による利益を得ることが可能となったうえ、イノベーションの急速な発展により世界中における特許出願の件数が爆発的に増大してきているため、世界中の特許庁が、現在、膨大な数の特許出願の審査の奔流に飲み込まれています。審査遅延の問題に加えて、一般的に審査の質も低下してきていると批判されているところです。そこで、アメリカは、審査の件数、審査所要期間および審査の質の問題を解決するために、「SHARE」という新しいプログラムを提案しました。

「SHARE」プログラムの構想の下では、アメリカ特許庁は、最初に特許出願された国がどこかを確認します。アメリカで最初に特許出願された場合、かかる出願はアメリカ特許庁に出願された順序に従って審査されることとなります。それに対し、アメリカ以外の国で最初に特許出願された場合は、アメリカ特許庁は、アメリカで特許出願された順ではなく、最初に特許出願された国の審査結果を待ってから、かかる特許出願を審査することとなります。したがって、最初に日本特許庁に提出された特許出願は、日本特許庁の審査結果が出されるまで、アメリカでは審査されないこととなります。

このシステムのメリットはどこにあるのでしょうか。アメリカ特許庁は、他国の審査結果を参照することができるので、日本特許庁が行った審査の成果をすべて考慮することができます。これにより、アメリカ特許庁の審査負担も軽減されることになるでしょう。仮に世界各国が同種のプログラムを採用したとすれば、世界中の特許庁にかかる審査の負荷が軽減されるのみならず、特許出願がより迅速に審査されることになると推測されます。さらに、事実上の審査の専門分化の実現も期待されることです。例えば、日本特許庁が電子分野についての審査が非常に優れているので、電子関連発明の出願人は、日本の優れた審査結果を得るために最初に日本特許庁に対して特許出願をするでしょう。

他方で、アメリカ特許庁がバイオテクノロジー関連発明の審査が優れているとしたならば（もちろん、これはあくまでも仮の話ですが）、バイオ関連発明の出願人はアメリカ特許庁に最初に特許出願し、そこでバイオ関

連発明の特許審査を受けることになると推測されます。それにより、審査の質の改善に資するのみならず、各国特許庁の間に、相互作用がより一層進み、一種の組織的なハーモナイゼーションが推進されることになると考えられます。しかも、そのハーモナイゼーションは、通商に携わる当局者主導のトップダウンによるのではなく、特許制度を真に理解する者によるボトムアップの改革によって実現するのです。

しかしながら、これらの利点にもかかわらず、アメリカが「SHARE」プログラムを提案した際には、大きな議論が巻き起こり、「SHARE」は TRIPS 協定に適合しないという批判に晒されました。

私たちが注目したもう 1 つの取組みは、EU データベース指令の採択でした。現在、この指令は、すでに EU 法に織り込まれていますが、かつては、データベースに関する保護は著作権に依存していました。事実の選択と配列に商業的価値があったため、著作権による保護はそれなりに成功し、(かかる要件を満足する) データベースを著作物として扱うことができたのです。

しかし、データベースのデジタル化に伴い、デジタル形式での利用が可能になったため、データベースはより包括的なものになりました。すなわち、事実の選択がもはや存在しなくなっています。くわえて、ユーザーが自由に事実の配列をなしうる以上、体系的な構成も無意味となりつつあります。その結果、著作権制度がデータベース保護のメカニズムとして機能を失うことになったのです。そこで、EU は、独創性のないデータベースの編集および維持への投資を確保するために、*sui generis* (特別立法) に基づく権利を創出しました。

EU データベース指令は、相互主義に関する条項を有しています。つまり、外国のデータベースは、その提供者の国において同等の基準の下で EU 国民のデータベースを保護する場合にのみ、EU データベース指令による保護を受けることができます。したがって、EU データベース指令は内国民待遇ではなく相互主義という原則を採用しています。

(1) 内国民待遇

以下、「SHARE」プログラムと EU データベース指令について、TRIPS 協

定の構造的条項の適用を検討していきます。

・ TRIPS 協定 3 条

TRIPS 協定の最初の明白な構造的条項は、TRIPS 協定 3 条の内国民待遇原則たる保障となります。3 条は、各加盟国は、自国民に与える待遇を他の加盟国国民に与えなければならないと規定しています。そして、3 条の脚注が、同条に規定されている保障には、権利の有効性および権利の取得に関する事項を含むと述べています。したがって、内国民待遇の原則は、EU データベース指令および「SHARE」プログラムの両方に対して適用があることとなります。

・ GATT 時代における先例

注目すべきは、紛争解決機関がこの問題（内国民待遇原則）についてどのように解釈するかという点です。本条をめぐる紛争に関連する先例は 2 種類存在すると考えられます。第一に、内国民待遇原則は、長い間、GATT 時代の貿易関連の紛争をめぐる事件に対する司法的経験の対象とされており、事例が蓄積されています。いうまでもなく、GATT においては、問題の争点は製品の起源に基づいた差別に関するものではありませんが、それに対し、TRIPS 協定の場合は、問題の中心はやや異なり、権利者の国籍に基づいた差別が内国民待遇原則に違反するかどうかということが争点となっています。

第二の類型は、TRIPS 協定の条項自体に関するものです。GATT 時代には、DSB は、法律上の差別と事実上の差別を区別していました。問題の差別があからさまに禁止条項に違反している場合（例えば、アメリカ人に対する扱いと日本人に対する扱いが異なるというような条文が定められたとする場合）、これは常に TRIPS 違反となります。

しかし他方で、事実上の差別は許容される場合もあります。仮に、ある加盟国の法律が、特殊なワイパーを有する自動車に対し、それと同様のワイパーを有しない自動車と異なる扱いを採用しており、そして、事実上、日本製の自動車のみがそのような特殊なワイパーを有している場合、法律の文言上において差別的な規定が設けられていないものの、事実上の差別が存在しているのです。問題は、GATT の下でこのような事実上の差別は

如何に取り扱われていたのかということです。

GATT のパネルは、事実上の差別に関する事件について、GATT の協定上の文言解釈に拘るものでした。例えば、GATT は、製品が類似しているか否かに焦点を当てているので、多くの事件の判断が、製品が実際に類似しているかどうかにより焦点を当てたものとなっています。また、GATT における内国民待遇原則に関する条項の一部が、GATT 20 条に規定されている一般的例外条項に言及しているため、GATT 時代下の事件は、20 条の文言解釈を検討しています。そのため、TRIPS 協定に基づく異議申立てについて、GATT 時代の法理を適用することには多少なりとも困難を伴うこととなります。TRIPS 協定には GATT 20 条に該当する条項はなく、TRIPS 協定における事件では、当然のことながら、「類似した製品」といった議論も存在しません（知的創作物はそれぞれ異なるものです）。したがって、文言解釈を中心になされた事例は、必ずしも適切な先例とはいえません。

もっとも、GATT 時代のパネルが下した以下の判断は適切なものといえるでしょう。すなわち、申し立てられた措置の構造的な結果に着目したうえで、これが「保護主義的」であるかどうかを判断した点です。GATT のパネルは、被申立国が、自国利益のために、他の加盟国の製品に損害を与えるような行動を採ろうとしているかどうかを判断しますが、他方で、法的構造の背後にある各国の政策の動機や知恵といった問題には立ち入らない立場を採っています。パネルは、被申立国がいったいなぜかかる措置を採択したかを一切追及しませんでした。

GATT に関して数多くの論文を公刊したミシガン大学の Robert Hudec 教授は、パネルが政策問題に立ち入ることを避ける理由について以下のように説明しています。一旦政策問題に立ち入ると、パネルが加盟国の採ろうとする行動の善し悪しを事後的に判断することに対して、批判が集中するおそれがあります。パネルが、被申立国が問題となる条項を施行することが賢明であったのか、愚かであったのかを判断しているかのように見えるからです。そこで、パネルはこのような批判を避けるために、条文の構造のみに着目し、その背後の動機は追及しないのです。

以上は、GATT の話です。それでは、TRIPS 協定ではどうなるのでしょうか。

・ TRIPS 協定における先例

TRIPS 協定の下で、内国民待遇原則が争点となった事件は2つだけです。1つは Havana Club 事件であり、そこで上級委員会の判断が示されています。この事件は、アメリカのキューバに対するボイコット行動に関連するものでした。アメリカ政府は、キューバの商標権の権利行使を禁止する措置を制定しました。しかし、この措置は、キューバ起源の商標権を有するアメリカ国民と他国の権利者との間に差別的な待遇を与えることになります。ゆえに、これは法律上の差別待遇となります。

それにもかかわらず、本件の下級審であるパネル報告書は、アメリカが採った措置を支持しました。その理由は、アメリカでは、キューバ起源の商標に対する権利行使は一度も認められたことがないから、アメリカ人であろうが、外国人であろうが、どのような手続を経ているとしても、誰もキューバ起源の商標に対して権利行使をすることができないというのです。

しかし、上級委員会は、パネルの判断を覆しました。たとえ結果として知的財産権に関わる事件に対し影響がなかったとしても、法律上の差別が存在することは必然的に内国民待遇の原則に違反するものであると判断されたのです。その結果、アメリカはこの争点に関して敗訴することになりました。

もう1つは、EC 地理的表示に関する事件です。欧州連合（以下、EU）が特定の地域に関連した特徴を備えた産品について地理的表示の保護を取得できる制度を作りあげました。この制度によれば、地理的表示の申請者は、まず国内の所轄官庁からかかる許可を受けなければなりません。しかし問題は、ヨーロッパ諸国はそれぞれ地理的表示を所轄する官庁を持っています。それ以外の国は地理的表示の所轄官庁を設置していないということです。したがって、そうした国はEU諸国とは異なる扱いがなされることとなります。

EC 地理的表示の保護制度には文言上の明白な差別はありません。それ

にもかかわらず、パネルは、たとえ文言上の差別がなかったとしても、依然として、内国民待遇原則に違反するおそれがあると判断しました。パネルの分析の下では、本件の措置は、多くの点において、GATT 下の先例と共通するものがあると考えられたのです。パネルは申し立てられた措置の構造に着目し、かかる構造はヨーロッパ国民に有利なものだと判断しました。

ヨーロッパの産地を特定する地理的表示は、ヨーロッパの国民により保有されている場合が多く、ヨーロッパのほとんどの国が地理的表示を所轄する官庁を設けていますので、ヨーロッパの国民はこの特別な措置から利益を得ることになります。それに対して、日本の地理的表示の大多数は、日本人により保有されていますが、日本は地理的表示を所轄する官庁を持っていませんので、結果的に不利益を受けることとなります。また、アメリカの地理的表示は、アメリカ人が保持する可能性が最も高く、しかもアメリカではかかる所轄官庁がありませんので、不利益を受けるおそれがあります。そこで、パネルは、EC 地理的表示の制度がその文言上、EU の地理的表示の申請者と外国の申請者とを区別するものでなかったとしても、外国の地理的表示に構造的な影響を与えるおそれがある以上、保護主義的であり、内国民待遇原則に違反するものと判断しました。

そして、じつは第三の事件も挙げることができます。内国民待遇原則が争点となったものではないのですが、先ほど紹介した技術分野における差別に関する事例です。この事件において、カナダは、後発医薬品が市場化される前に、衛生当局の製造販売承認用の治験データを獲得するため、特許権の存続期間が満了する以前に特許にかかる発明を利用することができるという法律を設けました。この措置は、製薬産業にのみ適用があります。内国民待遇に関連するものではないにもかかわらず、この事件が重要である理由は、Robert Hudec 教授が本件パネルの審査委員の一員であるからです。Hudec 教授は、TRIPS 協定下におけるこの事件を審理した際に、GATT 時代における法律上の差別と事実上の差別に関する先例を引用し、それらと類似した法理を援用したうえ、かかる措置が TRIPS 協定に整合するものと判断しました。

それではなぜ、この措置が TRIPS 協定に違反しないとされたのでしょうか

か。それは、当該措置が製薬業界に限って適用があるとはいえ、実際には、事前に当局の製造販売承認が必要とされるすべての製品に当てはまるものと判断されたからです。当該措置が製薬業界に限って適用される理由は、カナダでは、製薬の製造販売のみが当局の事前承認が必要とされていたからなのです。この分水嶺は、非常に興味深いものです。つまり、パネルは、影響が1つの産業に止まっているということ自体は問題とならない場合がある、と説きます。なぜならば、その産業が選ばれたのは、単に、将来、他の多くの産業で同様の問題が生じることが見込まれるところ、たまたまその産業において先行して問題が顕在化したにすぎない場合があるからである、というのです。したがって、加盟国が先に問題に直面した産業に対し、必要な対処を採ることは許されると判断されました。

・ 検 討 (以下次号に続く)