

PDP

RIETI Policy Discussion Paper Series 22-P-004

【WTOパネル・上級委員会報告書解説^{③⑧}】

豪州一タバコ製品に係るプレーン・パッケージ措置

(WT/DS435/441/458/467/R, WT/DS435/441/AB/R)

—消費の抑制を目的とした商標使用制限措置のWTO協定整合性—

伊藤 一頼

東京大学



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<https://www.rieti.go.jp/jp/>

【WTO パネル・上級委員会報告書解説③】

豪州—タバコ製品に係るプレイン・パッケージ措置（WT/DS435/441/458/467/R,
WT/DS435/441/AB/R）

—消費の抑制を目的とした商標使用制限措置の WTO 協定整合性—¹

伊藤 一頼（東京大学）

要 旨

2011年に豪州は、喫煙の抑制と公衆衛生の改善を目的として、タバコ製品におけるロゴマーク等の商標の使用を禁止する法令（プレイン・パッケージ措置）を導入した。これは、輸入や販売を直接制限するのではなく、消費者に対する製品の訴求力を低下させて消費の抑制を図るタイプの規制であり、タバコ以外の様々な製品・サービスにも今後広がりを見せる可能性がある。豪州の措置は WTO に提訴され、TBT 協定及び TRIPS 協定との整合性が争われたが、パネル・上級委員会は協定違反には当たらないとの判断を下した。特に本件では、商標使用規制を行う際の条件を定めた TRIPS 協定 20 条が初めて争点となり、パネル・上級委は、規制の公益性と商標権制限の程度とを比較衡量するというアプローチを提示した。また、TBT 協定に係る争点では、この種の規制措置が十分な実効性を持たないことを申立国が科学的に立証することの難しさが明らかになった。本稿では、パネル・上級委が示した判断枠組みの法的妥当性と政策的含意を検討するとともに、公衆衛生と知財保護という正当な価値どうしの調整が必要になる場面における協定解釈のあり方についても理論的考察を加える。

キーワード：タバコ・パッケージ規制、商標、TRIPS 協定、TBT 協定、公衆衛生、消費抑制

RIETI ポリシー・ディスカッション・ペーパーは、RIETI の研究に関連して作成され、政策をめぐる議論にタイムリーに貢献することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、所属する組織及び（独）経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

¹ 本稿は、独立行政法人経済産業研究所（RIETI）におけるプロジェクト「現代国際通商・投資システムの総合的研究（第 V 期）」の成果の一部である。

豪州—タバコ製品に係るプレイン・パッケージ措置 (WT/DS435/441/458/467/R,
WT/DS435/441/AB/R)

—消費の抑制を目的とした商標使用制限措置の WTO 協定整合性—

伊藤 一頼

I. 本件紛争で争われた措置の内容

本件で争われた豪州の措置は、以下の通りである。なおパネルはこれらの措置の総称としてタバコ・プレイン・パッケージ措置 (TPP 措置) という語を用いている。

- ①2011 年タバコ・プレイン・パッケージ法 (Tobacco Plain Packaging Act 2011) (TPP 法)
- ②2012 年に改正された 2011 年タバコ・プレイン・パッケージ規則 (Tobacco Plain Packaging Regulations 2011) (TPP 規則)
- ③2011 年タバコ・プレイン・パッケージ商標改正法 (Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Act 2011)

TPP 法 3 条では、同法の目的として、喫煙の抑止等を通じた公衆衛生の改善、及び WHO タバコ規制枠組み条約の下で豪州が負う義務の履行が挙げられている。同法は大きく分けて、タバコ製品の小売用包装 (retail packaging) と製品外観 (appearance) に関する規制を定めている。それらを要約すると以下の通りである。

- ①【形状】TPP 法 18 条 1 項は、タバコ製品の小売用包装の形状に関する規制として、装飾的な隆起やエンボス加工、その他の補飾物を含んではならないとし、TPP 規則はさらに詳細に箱やカートンの形状について規定している。
- ②【色・仕上げ】TPP 法 19 条は、タバコ製品の小売用包装はつや消し仕上げとし、色は単調な暗褐色でなければならないと規定する。
- ③【商標】TPP 法 20 条は、タバコ製品の小売用包装のいかなる場所にも、商標 (trademark) 及び標章 (mark) を表示してはならないと規定する。なお、企業・ブランド・商品名を文字で記載することは許されるが、それらの記載位置・字体・色などは TPP 法 21 条及び TPP 規則で細かく指定されている。
- ④【外装】TPP 法 22 条は、タバコ製品の外装 (wrapper) は透明なものとし、いかなる商標・標章も表示せず、装飾等を用いてはならないと規定する。また、同法 23 条・24 条は、その他の外挿物や音・香りを小売用包装に施してはならないとする。
- ⑤【製品外観】TPP 法 26 条は、タバコ自体の外観においても商標・標章の使用を禁止する。TPP 規則 3.1 及び 3.2 によれば、紙巻タバコについてはアルファベットと数字を組

み合わせたコードのみ記載可能であり、葉巻タバコについてはそれに加えて、企業・ブランド・商品名・原産地国名を記載できる（いずれも記載位置・字体・色などは指定されている）。

なお、TPP 法 28 条によれば、豪州の商標法の下で、タバコ製品の商標登録を出願した者は、TPP 法が存在しなければ当該商標をタバコやその小売用包装に使用する意図を有していたものとして扱われ、不使用による商標の取消しの対象にはならない。また、TPP 法 30 条は、TPP 法や TPP 規則に従わないタバコ製品の製造・包装・供給・購入等を行った者に対して刑事罰及び民事責任が課されることを定める。改正商標法で新たに付加された 231A 条は、TPP 法の運用に関する規則を商標法の下で作成できるようにするとともに、それが商標法の他の規定と整合しない場合には TPP 法関連規則が優越することを定めている。

なお豪州では、本件紛争の対象となったこれらの TPP 措置のほか、タバコに起因する健康被害の警告文や警告写真を小売用包装の表側 75%・裏側 90%の面積を使用して表示することを求める規制などが従来から実施されていた。

以上のような TPP 措置に対しては、2012 年 3 月 12 日にウクライナが WTO において協議要請したことを皮切りに、ホンデュラス、ドミニカ共和国、キューバ、インドネシアが次々と協議要請を行った。これらの協議が不調に終わったことから、上記 5 か国の要請に基づきそれぞれの事件についてのパネルの設置が決定され、2014 年 5 月 5 日にはそれら 5 つを統合したパネルが設置された²。その後、2015 年 5 月にウクライナはパネル手続の停止を要請したため、残りの 4 事件についてパネル審理が継続された。パネル報告書は 2018 年 6 月 28 日に配布され、TPP 措置は WTO 協定に違反しないと判断が示された。これに対しホンデュラス及びドミニカ共和国が上訴し、2020 年 6 月 9 日に上級委員会報告書が配布されている。上級委はパネル判断を概ね支持し、TPP 措置は WTO 協定整合的であると結論づけた。

以下では、パネル報告書及び上級委員会報告書の内容を概観したうえで (II, III)、本件における主要な争点につき検討を加えたい (IV)。

II. パネル報告書の概要

A. 検討の順序

TBT 協定と TRIPS 協定は、ともに WTO 協定の附属書 I に含まれる協定であり、それらの間に明示的な序列はない (7.4)。豪州は、TBT 協定 2.2 条と TRIPS 協定 20 条は同様の規律であり、商標の問題を特定の扱うのは後者であることから、後者の検討を先行させ、それにより前者の検討を不要とすべきことを主張する。しかし、パネルは、TBT 協定 2.2 条と

² パネリストは、Alexander Erwin (長)、François Dessemontet、Billie Miller である。

TRIPS 協定 20 条とが同内容であるか、また TPP 措置が商標のみに関するものかあるいは規格に関するものでもあるかという点を予断せずに分析を行う。したがって、まず TBT 協定 2.2 条との整合性を審査し、その後 TRIPS 協定、及び GATT との整合性を審査する (7.7-9)。

B. TBT 協定 2.2 条との整合性

米国—マグロラベリング事件上級委が述べた通り、TBT 協定 2.2 条の違反の有無に関しては、申立国側に第一次的な立証責任がある。ただし豪州は、TPP 措置は TBT 協定 2.5 条第 2 文にいう「関連する国際規格に適合している場合」に該当し、それゆえ 2.2 条整合的であることの推定を受けることができると主張しており、この点に関しては豪州が立証責任を負い申立国が反証を行う。したがって以下では、①TPP 措置が 2.2 条の対象となる強制規格に該当するか、②TPP 措置の目的は 2.2 条に掲げられる正当な目的のいずれかに該当するか、③TPP 措置は 2.5 条第 2 文の要件を満たし 2.2 条整合的であるとの推定を受けられるか、④TPP 措置が 2.5 条の要件を満たさない場合、同措置が 2.2 条にいう「必要である以上に貿易制限的」なものであると言えるか、⑤TPP 措置の目的を同等に達成でき、かつ TPP 措置よりも貿易制限的でない代替措置を申立国が提示しえているか、という順序で検討を行う (7.27-45)。

1. TPP 措置は TBT 協定の適用対象か、また TBT 協定上の強制規格に該当するか

豪州は、TPP 措置は知的財産権に関する措置であるため TRIPS 協定の規律の対象となり、他の協定の適用は排除されると主張する。しかし、WTO 設立協定 2 条 2 項が定めるように、WTO 諸協定には一括受諾原則が採用され、各々の協定は累積的に適用される。各協定の射程が重複するとしても、それを理由に各協定の適用範囲が変更・縮小されることはない。よって、TPP 措置が知財関連の措置であり TRIPS 協定の適用対象となりうるとしても、同措置が TBT 協定の射程にも入るのであれば、TBT 協定の適用対象にもなる (7.75-80)。また、TBT 協定 2.2 条と TRIPS 協定 20 条の規律内容は相互補完的なものであり、抵触は存在しない (7.105-106)。

次に、TPP 措置が TBT 協定上の強制規格に該当するかについては、同協定附属書 1 第 1 項の定義に照らして、①特定可能な製品に対して適用されているか、②製品の特性に関するものであるか、③遵守が義務的であるか、を検討する必要がある。この点、TPP 措置は、対象をタバコ製品として特定していること (7.117-128)、タバコ製品の商標の表示方法につき詳細な規則を定める点で製品の特性に関する措置であること (7.137-158)³、タバコ製品を販売する際に従うことが義務づけられる措置であることから(7.162-169)、強制規格に該当す

³ なお改正商標法については、製品の特性に関するものではないが (7.159)、TPP 法・TPP 規則の運用に関連するため、TBT 協定附属書 1 第 1 項にいう「適用可能な管理規定」に該当するとされた (7.173-178)。

る (7.182)。

2. TPP 措置は正当な目的を追求するものであるか

TPP 法 3 条は法目的として、公衆衛生の促進と、FCTC 上の義務の履行を挙げる。公衆衛生の促進の内容として、申立国は喫煙率の減少が目的として設定されていると主張するが、TPP 法やその法案説明文書の記述に照らせば、より広く、タバコ製品の使用 (use) や受動喫煙 (exposure) の機会を減らすことが目的であると理解される (7.224-226)。FCTC3 条も同条約の目的として、タバコ製品の使用・受動喫煙の機会の低減を掲げており、TPP 法は同条約の履行を通じてそうした状態を実現し公衆衛生を促進することを目的にしていると理解される (7.240-7.243)。

TBT 協定 2.2 条では「人の健康若しくは安全の保護」が正当な目的の例として明示されている。本件では、喫煙が健康にとって有害であること、かかるリスクから人の健康を保護することが正当な公衆衛生上の目的であることに争いはない。よって TPP 措置は、TBT 協定 2.2 条の意味における「正当な目的」を追求するものである (7.245-251)。

3. TPP 措置は「関連する国際規格」に適合するものであるか

TBT 協定には「国際規格 (international standard)」の定義は置かれていないが、同協定附属書 1 第 2 項は「任意規格 (standard)」及び「国際機関 (international body)」を定義しており、米国マグロラベリング事件上級委は同協定 2.4 条にいう国際規格の解釈に際してこれらを参考にした (7.278)。

豪州は、TPP 措置に関連する国際規格として、FCTC 締約国会議で採択された、FCTC ガイドラインを挙げる (なかでもプレイン・パッケージに関連する部分として 11 条に関する第 46 段落及び 13 条に関する第 16・17 段落に専ら言及する)。かかるガイドラインは非拘束的文書であり、締約国による FCTC の義務の履行を助けるために作成されたものである (7.305)。パネルの見解では、確かにガイドラインのいくつかの箇所はプレイン・パッケージに関連し、かかる措置の採用を考慮するよう締約国に促しているが、それはタバコ規制に関するより包括的な措置や政策の一部をなすにとどまる (7.326)。FCTC の様々な義務やそれに対応するガイドラインは相互に関連しており、そのなかの特定の要素のみを切り離して任意規格の定義にいう「文書 (document)」だと捉えることは難しい (7.328)。ガイドラインは確かに「産品についての指針」を含んではいるが、それは FCTC の義務を履行するための様々な方法を提示する、柔軟性に富んだものである (7.396)。よって、豪州はガイドラインがプレイン・パッケージに関する任意規格を構成することを立証できていない (7.397)。(なお、このことは FCTC とそのガイドラインが TBT 協定 2.2 条の残りの審査において考慮され得ないことを意味しない (7.412-416)。)

以上より、FCTC ガイドラインが「国際」規格であるか否か (FCTC 締約国会議が「国際的な標準化のための機関 (international standardizing body)」に該当するか)、及び TPP 措置

が国際規格に「適合」するものであるか、といった論点については検討しない(7.400-401)。TPP 措置は TBT 協定 2.2 条に整合的であるとの推定は得られない(7.402)。

4. TPP 措置は公衆衛生上の目的の達成にどの程度寄与するか

TBT 協定 2.2 条によれば、強制規格は、「正当な目的が達成できないことによって生ずる危険性を考慮した上で、正当な目的の達成のために必要である以上に貿易制限的であってはならない」。先例では、この要件の審査枠組みとして、次の 3 つの指標を評価する相関分析の方法がとられてきた(7.184)。

- (i) 当該措置が正当な目的の達成に寄与する度合い
- (ii) 当該措置がもたらす貿易制限の度合い
- (iii) 問題となる危険性の性質及び目的の不達成により生じる帰結の重大性

ここではまず(i)の指標、すなわちタバコ製品の使用・受動喫煙の機会の低減を通じた公衆衛生の促進という目的に TPP 措置がどの程度寄与するかを検討する。豪州によれば、TPP 措置は次のようなメカニズムを通じて公衆衛生上の目的に寄与する(7.490)。

- ① プレイン・パッケージは、(a)消費者に対するタバコ製品の訴求力を減らし、(b)健康上の警告の実効性を高め、(c)包装が喫煙の有害性に関して消費者に誤認を与える余地を減らす。
- ② 上記の意図の通りに TPP 措置が作用すれば、それは豪州の消費者に対し、喫煙を開始・再開しないこと、もしくは喫煙を止めることへの意欲づけとなり、また受動喫煙の低減にもつながる。
- ③ これにより、タバコ製品の使用・受動喫煙の機会が減り、タバコ関連の疾病・死亡が減少するという公衆衛生上の成果が得られる。

以下では、TPP 措置の「設計・構造・運用 (design, structure, and operation)」、及び TPP 措置の導入後の期間における実際のデータに着目して、TPP 措置が目的の達成にどの程度寄与するかを分析する(7.500)。

(1) TPP 措置の設計・構造・運用

申立国は、TPP 措置の効果に関する証拠として提出された各種の研究成果(TPP literature)が、信頼性に乏しく証拠能力に欠けると主張する。申立国によれば、これらの研究は TPP 措置が発表される前になされたものであり、またタバコ規制を促進しようとする偏向があり、特定の少数の研究者がほとんどの研究成果を出している点で客観性を欠く(7.543)。

しかし、政策の発表前に研究が先行して発展することは珍しくない(7.544)。また、研究が偏向しているという証拠はなく、むしろこれらの研究の中には、プレイン・パッケージの効果は不確かであるとする論文も含まれている(7.545-548)。これらの研究には様々な国の研究機関に所属する合計 110 名以上の研究者が関わっており、これは当該研究コミュニティにおける「信頼可能な情報源 (qualified and respected sources)」から生み出されたものであ

ると言える (7.549)。よって、研究の時期や関与者数がそれ自体として研究成果の客観性を損なうとは言えない (7.551)。

また申立国は、これらの研究成果の多くは人々の喫煙行動を直接対象とせず、近似的な非行動的要素を扱うにすぎないと主張する。しかし、TPP 措置の設計は、上記の通り、まずタバコ製品の訴求力を低下させるなどの非行動的要素を想定し、それを通じて喫煙行動を変化させるものである。よって、非行動的要素に焦点を当てた研究がより広い証拠の一部を構成するものと位置づけられる限りは、かかる研究手法が本来的に誤りであるとは言えない (7.555)。また、TPP 措置の導入前に、TPP 措置が実施された場合に人々の行動に与える影響を実験で測定しようとするには実践的・倫理的な困難が伴う (7.561)。こうした状況では、人々の喫煙行動の理論上の決定要因 (theoretical determinants) に TPP 措置がいかなる影響を及ぼすかを分析することも重要になる (7.560, 7.564)。

さらに申立国は、これらの研究成果が方法論的厳密性を欠くと主張して、この点に関する検証を専門家グループに委任した。その結果、3つの専門家グループから申立国の主張を裏付ける報告書が提出された。しかしそれらは、様々な査読付き学術誌に掲載された論文が全て学術的水準を満たしていないと結論づけたりするなど、科学コミュニティの実態を反映しない、過度に厳格な基準で検証を行ったことが窺われる (7.569-570)。

以上より、プレイン・パッケージに関する研究成果は、信頼可能な情報源から生み出されたものであり、それらが全体として方法論的誤りを含むという証拠もない (7.639)。そこで以下では、個別の研究成果の信頼性の有無に留意しつつ、TPP 措置が想定する目的達成メカニズムの第1段階に含まれる3つの効果につき、TPP 措置の寄与の度合いを分析する。

(a) 消費者に対するタバコ製品の訴求力の減少

当事国はこの点に関連する要素として、(i)タバコのパッケージが、広告・販売促進の1つの形態として果たす役割と、タバコ製品に関する認識に与える影響、(ii)プレイン・パッケージがタバコ製品の訴求力に対して及ぼす影響、(iii)訴求力の低下が喫煙行動に及ぼす影響、を挙げる。

豪州では、タバコ製品の広告等が法令で禁止される中で、パッケージが消費者に対してブランドのイメージを伝える唯一の方法として使われてきた (7.659)。申立国はパッケージが広告・販売促進の手段として機能してこなかったことを立証できていない (7.663)。また、高い評価を得た学術論文の多くが、プレイン・パッケージが消費者に対するタバコ製品の訴求力を低下させると結論づけている (7.682)。

申立国は、仮にプレイン・パッケージにより消費者がタバコ製品に感じる魅力が低下したとしても、そうした態度や認識の変化が喫煙行動に大きな影響を及ぼすことはないとは主張する。この点、様々な研究成果によれば、まず初めての喫煙は若年層で開始されることが多いが (7.714)、そうした若年層の意思決定の仕方には特有のものがあり (仲間からの勧誘など)、タバコのパッケージが伝達する魅力的なイメージや連想から特に影響を受けやすい

(7.730, 7.737)。また、喫煙者は最初に選択したブランドに愛着を感じやすいことから、タバコ産業も若年層をターゲットにブランドマーケティングを行っている (7.745)。したがって、特に若年層の喫煙開始行動にとって、パッケージが与える影響は二次的なものにすぎないという申立国の主張は立証されていない (7.747)。

TPP 措置が追求する別の行動として、喫煙の停止（禁煙）と喫煙の再開の抑制があるが、パッケージに使用される色やロゴはタバコ製品を目立たせ、喫煙に向かわせる手掛かりとして機能する (7.769)。

パネルの理解では、TPP 措置は、全ての場合において喫煙行動に変化をもたらすわけではなく、少なくともいくらかの消費者が影響を受け、喫煙をやめるよう方向づけられる。TPP 措置は、一連のタバコ規制のなかの一要素として、喫煙に関する複雑で多層的な意思決定に働きかけるよう設計されている (7.776)。

以上より、申立国は、TPP 措置がタバコ製品の訴求力を低下させタバコ製品の使用・受動喫煙の機会を減らす効果はないということを立証できなかった (7.777)。

(b) 健康上の警告の実効性向上

信頼性があり評価の高い学術論文の多くは、プレーン・パッケージの導入により、パッケージに記載された健康上の警告の視認性が高まるため、消費者はそれを深刻なものと認識し、注意深く読むようになる」と述べる (7.825)。申立国は、豪州の消費者はすでにタバコによる健康リスクについて十分に認識しているため、プレーン・パッケージを導入してもリスク認知を増大させる効果はないと主張するが、種々の研究成果はリスク認知が不十分なケースがあることを示している (7.840, 7.845)。また、リスク認知の増大が喫煙行動の変化に結び付くかについても、そうした相関性を示す研究成果が多数ある (7.849-867)。以上より、申立国は、TPP 措置が健康上の警告の実効性向上を通じてタバコ製品の使用・受動喫煙の機会を減らす効果を持たないということを立証できなかった (7.777)。

(c) 喫煙の有害性に関して消費者に誤認を与える余地の低減

申立国は、消費者がタバコの健康リスクにつき誤認する可能性（より健康に有害でないタバコ製品があるなどの認識）に関しては、すでに豪州の消費者法を通じて十分に対処されており、プレーン・パッケージにより追加的に誤認の余地を低減させる効果はないと主張する。しかし、消費者法の執行上の限界により規制の隙間が生じている部分もあり、プレーン・パッケージによるリスク認知の増大が誤認を減らす効果を持たないとは言えない (7.905-917)。したがって、申立国の主張は立証されていない (7.927)。

(2) TPP 措置導入後の期間における証拠

以上の検討に用いた TPP 措置導入以前の研究成果に加え、TPP 措置が実施された後のデータも証拠として提出されている。しかし、豪州が主張するように、TPP 措置の効果は長い

期間を経て現れてくる可能性があるため、現時点で入手しうるデータを決定的な証拠として扱うことはしない（7.938-940）。

これらのデータによれば、TPP 措置が企図した上述の 3 つの効果が実際にもたらされていると評価しうる面もあるが、他方で効果が必ずしも明確に現れていない面もある（7.945-963）。TPP 措置の実施前から見られていた喫煙行動の減少傾向は、TPP 措置導入後も継続し、さらに加速したことが観察され、これは計量分析によれば TPP 措置と健康警告の拡大措置との同時実施がもたらした作用であると言える（7.968-979）。

このように、TPP 措置実施後のデータは、不明確な部分を残しつつも、TPP 措置がタバコ製品の使用・受動喫煙の機会の低減に寄与していることを示している（7.984-985）。

以上より、TPP 措置は、豪州における他の包括的なタバコ規制と組み合わせて適用されることで、タバコ製品の使用・受動喫煙の機会の低減という目的の達成に有意義な寄与をする見込みがあり（apt to）、また実際に寄与している（7.1043）。

5. TPP 措置による貿易制限の度合い

続いて、TBT 協定 2.2 条の審査枠組みにおける第 2 の指標、すなわち貿易制限の度合いについて検討する。先例の説示によれば、強制規格の貿易制限性を判断する際の 1 つの基準は競争機会の制限の有無であり、これは輸入製品に対する差別が存在する事案では当然に認定されることもあるが、無差別的な国内措置の事案では実際の貿易上の影響に関する証拠が求められることもある（7.1074）。

申立国は、TPP 措置により外国のタバコ製品は豪州市場へのアクセスや豪州市場での競争に関して悪影響を受けたと主張するが、それを裏付ける証拠は提示されていない（7.1187）。もっとも、TPP 措置はタバコ製品の使用を減少させ、それに応じてタバコ製品の輸入量も減るため、その限りにおいて TPP 措置は貿易制限効果を持つと言える（7.1208）。

6. 目的不達成に伴う危険性の性質と重大性

TBT 協定 2.2 条の審査枠組みにおける第 3 の指標は、措置の目的が達成されないことにより生じる危険性の性質と重大性である。タバコ製品の使用・受動喫煙から生じる公衆衛生の悪化という帰結（特に若年層に与える影響）が重大であることについては、本件の当事国間で見解が一致している（7.1310, 7.1317）。

7. 豪州にとって合理的に利用可能なより貿易制限的でない代替措置は存在するか

TPP 措置が、正当な目的の達成のために必要である以上に貿易制限的であるかを検討するためには、豪州にとって合理的に利用可能なより貿易制限的でない代替措置と TPP 措置とを比較分析する必要がある。申立国からは 4 種類の代替措置が提案されており、以下個別に検討する。

(1) タバコ製品の最低購入年齢の引上げ

申立国は、豪州におけるタバコ製品の最低購入可能年齢（MLPA）を18歳から21歳へと引き上げることで、より貿易制限的でない形で政策目的を同等に達成できると主張する。しかし、この代替措置の下で21歳未満の者がタバコ製品を購入できなくなればその分輸入量も減ることになるため、TPP措置に比べて貿易制限的でないと言えるか必ずしも明確でない（7.1413-1417）。申立国が提出した証拠によれば、確かにこの代替措置はタバコ製品の使用・受動喫煙の機会の低減という目的の達成に寄与する見込みがあるが（7.1447, 7.1453）、他方で、21歳以上の年齢層の人々には影響を及ぼすことができず、またTPP措置が企図しているタバコ製品の需要自体の低減という効果も得られないため、TPP措置と同等に目的達成に寄与するとは言えない（7.1460）。

(2) タバコ製品への課税の強化

申立国は、タバコ製品に課せられる税を、TPP措置と同等の効果が得られる水準まで引き上げることを代替措置として提案する。しかし、かかる課税強化がTPP措置と同等の効果を持つとすれば、TPP措置の場合と同じようにタバコ製品の販売量が減少し、輸入量も減ることになるため、TPP措置よりも貿易制限的でないとは言えない（7.1494-1495）。また、課税強化は確かにタバコ製品の使用を減らすことに寄与するが、TPP措置が企図している、タバコ製品のパッケージがもたらす魅力的なイメージを取り除くことでタバコ製品の訴求力を低減させたり健康上の警告の実効性を高めたりするという作用を果たすことはできない（7.1526）。さらに、TPP措置は他のタバコ規制と相互補完的に機能するよう設計されており、タバコ製品への課税という既存の手段を用いてTPP措置と同等の効果をj得ることは困難である（7.1527-1529）。

(3) ソーシャル・マーケティング・キャンペーンの改善

申立国は、豪州が実施してきた喫煙抑制に関するソーシャル・マーケティング・キャンペーンを改善することでTPP措置と同等の効果が得られると主張する。このうち、豪州がすでに実施している方策と実質的に異なる内容を持つものは、対象者層をより厳密に画定することで伝達するメッセージをより明確にするという手法であるため、これを代替措置として分析する（7.1574-1576）。仮にこの代替措置がTPP措置と同等の効果を持つとすれば、それは上述のようにタバコ製品の販売量及び輸入量の減少をもたらすため、少なくともTPP措置と同程度に貿易制限的であることになる（7.1583）。また、かかる代替措置が豪州の既存のキャンペーンよりも優れた作用を持ち、TPP措置と既存のキャンペーンを併用している現状と同等の効果を単独でもたらしうるという証拠は示されていない（7.1613-1615）。

(4) 事前審査（pre-vetting）

申立国は、タバコ製品のパッケージ等に使用される標章を豪州当局が事前に個別審査し、販売を許可する基準を作成することで、TPP 措置と同等の効果が得られると主張する。しかし、仮にかかる措置が TPP 措置と同等の効果を持つとすれば、それはタバコ製品の販売量及び輸入量の減少をもたらす、少なくとも TPP 措置と同程度に貿易制限的であることになる (7.1649-1654)。また、こうした事前審査では当局に一定の裁量があるため、TPP 措置の下では市場に出なかったはずのタバコ製品が販売されてしまう恐れがあり、TPP 措置と同等に目的達成に寄与するとは言えない (7.1682-1685)。

以上の検討から、TBT 協定 2.2 条の下で、申立国は TPP 措置が正当な目的の達成のために必要である以上に貿易制限的であることを立証できなかったものと結論する (7.1732)。

C. TRIPS 協定との整合性

1. パリ条約 6 条の 5

TRIPS 協定 2 条 1 項により取り込まれたパリ条約 6 条の 5 第 A(1)項は、「本国において正規に登録された商標は、この条で特に規定する場合を除くほか、他の同盟国においても、そのままその登録を認められかつ保護される」と規定する。申立国は、TPP 措置の下では、タバコ製品の商標が豪州においてそのまま保護 (protected as is) されていないと主張する (本国で認められている商標の使用が認められない)。パネルの見解では、本条項の下で締約国が負う義務は、他の締約国で正規に登録された商標に対して自国でも登録を認め、そのように登録された商標に対して自国法の下で与えられる保護を与えることである。豪州の TPP 法 28 条は、商標の保有者が商標を守る能力、及び商標を登録し維持する能力は保存されると定めている。したがって、TPP 措置の下でタバコ製品の商標が「そのまま保護」されていないことを申立国は立証できていない (7.1774)。

2. TRIPS 協定 15 条 4 項

TRIPS 協定 15 条 4 項は、「商標が出願される商品又はサービスの性質は、いかなる場合にも、その商標の登録の妨げにはならない」と規定する。申立国は、TPP 措置がタバコ製品における標識の使用を制約しているため、商品の性質に基づいて商標の登録が妨げられる事態になっていると主張する。これは、具体的には次の 3 つの形で問題になるという (7.1819)。①当初は識別性がなく、また使用を通じて識別性を獲得したわけでもないが、使用により識別性を獲得する可能性があった標識について、登録が妨げられる。②当初は識別性を持たない新規の非言語の標識が、使用を通じて識別性を獲得し登録が可能になることを妨げる。③タバコ製品の商標の登録から得られるはずの保護を削減する。

しかし、①に関しては、TRIPS 協定 15 条 1 項第 1 文は「識別することができる (capable of distinguishing)」標識につき商標とすることができるよう締約国に義務づけているのであ

り、15条の下で商標登録が認められるためには、当初から識別性があるか、使用を通じてすでに識別性を獲得していることが条件になると考えられる。したがって、ある標識が TPP 措置の下で、使用を通じた識別性の獲得を妨げられていたとしても、15条4項に違反するとは言えない(7.1861-1874)。同様に②に関しても、15条4項は締約国に対し、識別性を持たない標識が識別性を獲得しうるように使用を認めるよう義務づけているとは言えない(7.1894)。③に関しては、15条4項はあくまでも商標の登録についての規律であり、登録された商標に与えられる保護の内容についてまで商品やサービスの性質を問わず同一にすることを義務づけるわけではない(7.1908)。

以上より、申立国は TPP 措置が TRIPS 協定 15 条 4 項に違反することを立証できていない(7.1913)。

3. TRIPS 協定 16 条 1 項

TRIPS 協定 16 条 1 項によれば、「登録された商標の権利者は、その承諾を得ていないすべての第三者が、当該登録された商標に係る商品又はサービスと同一又は類似の商品又はサービスについて同一又は類似の標識を商業上使用することの結果として混同 (confusion) を生じさせるおそれがある場合には、その使用を防止する排他的権利を有する」。申立国は、TPP 措置によりタバコ製品の商標の使用が禁止されることで当該標識の識別性が減じられ、他の標識との混同が生じる恐れがあることを証明する能力が損なわれるため、無許諾使用を防止する権利を行使することが妨げられると主張する。

16 条 1 項の文言及び先例の説示に照らせば、同項は登録商標の保有者に対し当該商標を使用する権利 (right to use) を与えるものではなく、無許諾の第三者による一定の行為を防止する権利を定めるにとどまる(7.1978)。同項は締約国に対し、登録商標の識別性を維持するよう義務づけたり、商標の使用を通じて得られる識別性を損なうような規制を控えるよう求めたりするものではない(7.2005)。登録商標の第三者による使用を防止する権利を保障することと、商標の識別性の低下により混同の恐れが実際に市場において生じることとは別の事柄であり、締約国は後者を回避することまで義務づけられない(7.2031)。

以上より、申立国は TPP 措置が TRIPS 協定 16 条 1 項に違反することを立証できていない(7.2051)。

4. TRIPS 協定 16 条 3 項

TRIPS 協定 16 条 3 項は、「1967 年のパリ条約第 6 条の 2 の規定は、登録された商標に係る商品又はサービスと類似していない商品又はサービスについて準用する。ただし、当該類似していない商品又はサービスについての当該登録された商標の使用が、当該類似していない商品又はサービスと当該登録された商標の権利者との間の関連性を示唆し、かつ、当該権利者の利益が当該使用により害されるおそれがある場合に限り」と規定する。パリ条約 6 条の 2 は、周知商標 (well-known marks) の保護について定める規定である。申立国は、TPP

措置により、すでに周知となっている商標がその周知性を維持することを妨げられ、また周知となっていない商標が使用を通じて周知性を獲得することを妨げられるため、16条3項に違反すると主張する。

しかし、16条3項の文言に照らせば、同項は周知商標の使用に関する積極的権利を付与するものではなく、周知性のある登録商標との混同を招く恐れのある商標が、類似性のない商品やサービスに用いられている場合に、そうした商標の登録を拒否し使用を禁止するよう締約国に義務づけるにとどまる(7.2098)。したがって、TPP措置の下であるタバコ製品の商標が使用による周知性を得る可能性が低くなったとしても、それにより同措置が16条3項に違反するわけではない(7.2129)。

以上より、申立国はTPP措置がTRIPS協定16条3項に違反することを立証できていない(7.2130)。

5. TRIPS協定20条

TRIPS協定20条は、「商標の商業上の使用は、他の商標との併用、特殊な形式による使用又はある事業に係る商品若しくはサービスを他の事業に係る商品若しくはサービスと識別する能力を損なわせる方法による使用等特別な要件により不当に妨げられてはならない」と規定する。申立国は、TPP措置はタバコ製品の商標の使用を特別な要件により不当に妨げるものであり本条に違反すると主張する。

本条における立証責任について、申立国は、ある措置が商標の使用を妨げていることを申立国側が立証した場合には、かかる制約が「不当に(unjustifiably)」なされたものでないことを被申立国が立証する責任を負うと主張する。しかし、20条の文言は一般的禁止とその例外のような構造を含むものではなく、単一の義務を構成するものであるため、「不当に」の部分を含めて申立国が第一次的な立証責任を負う(7.2161-2169)。

(1) 規定の解釈

20条にいう「特別の要件(special requirements)」とは、商標の商業上の使用に密接に関連する(又はそれを特定の対象とする)義務的な条件であって、適用範囲が限定されたものを指す(7.2231)。また「妨げる(encumber)」とは、制限や妨害を意味する語であり、これは商標の使用方法に関する規制だけでなく、商標の使用を禁止する行為をも含むと解すべきである(7.2235-2239)。以上を当てはめると、TPP措置は、言語標識の使用を指定された形態においてのみ認めるものである点で商標の使用を「妨げる」ものであり、またその適用範囲はタバコ製品とそのパッケージにおける商標の使用に限定されているため、「特別の要件」に該当する(7.2241-2245)。

商標の「商業上の(in the course of trade)」使用という語句をめぐる、豪州は、小売販売が行われた時点で専ら商業上の使用は終了すると主張するが、豪州自身も認めるように、小売販売後の段階においても商標はイメージの伝達や差別化といった商業的機能を果たしうる

ため、かかる段階における商標使用の規制も本条の対象に含まれる（7.2260-2264）。

次に「不当に（*unjustifiably*）」の解釈を検討する。まず *justifiable* の語義に照らせば、商標の使用を不当に妨げるとは、かかる制限を支持するに十分な正当化根拠（*justification*）や理由（*reason*）が存在しないことを意味する（7.2395）。それでは、そうした正当化根拠や理由がある場合とは、どのような状況を指すのか。20 条自体は正当化根拠の内容を明確に述べていないが、TRIPS 協定の他の条項が文脈として有益な指針を提供する（7.2397）。

まず協定前文は、主たる目的として、「知的所有権の有効かつ十分な保護を促進」する一方で、「知的所有権の行使のための措置及び手続自体が正当な貿易の障害とならないことを確保」すべきことに言及する（7.2398）。また 7 条と 8 条は協定の一般的な目的と原則を述べたものであり、個別条文の解釈において考慮されねばならない（7.2402）⁴。7 条は、同条に掲げられる社会的諸目的の間でバランスを確保する意図を示すものである。8 条 1 項は、加盟国が（特に「公衆の健康及び栄養を保護」するなどの）正当な目的を追求するために法令や規制を採用することは、協定の他の条項と適合する限りにおいて認められるとする。8 条 1 項は、20 条における正当化根拠に該当しうる社会的利益を網羅しているわけではないが、手掛かりは与えており、そこでは公衆衛生は疑問の余地なくかかる社会的利益の 1 つとして同定されている（7.2406）。

豪州は、GATT20 条の柱書における「正当と認められない（*unjustifiable*）」という語との類似性を根拠に、TRIPS20 条の「不当に」に当てはまらないための正当化根拠とは、特別な要件による制約と正当な公共政策目的との間に何らかの合理的関連性があること（のみ）を意味すると主張する。しかし、GATT20 条柱書ではかかる合理的関連性の存在は要件の 1 つにすぎないのであり、TRIPS20 条における正当化根拠がそれに限定されるとは解されない（7.2420-2422）。他方、TRIPS 協定 17 条における商標権者の「正当な利益（*legitimate interest*）」という概念（及びそれを解釈した EC-商標・地理的表示事件パネルの判断）は文脈として考慮されうる（7.2424-2427）。これに依拠すれば、TRIPS 協定 20 条における正当化根拠に関しては、商標の使用に関する商標権者の正当な利益と、かかる使用に対する制約の性質及び程度（商標が市場で果たすと期待される機能がどの程度妨げられたかを含む）が考慮されねばならない（7.2428）。つまりこの条項は、商標権者が市場で商標を使用する正当な利益の存在と、かかる使用と対立する社会的利益の保護のために加盟国が措置を採用する権利との間のバランスを反映したものである（7.2429）。

以上より、TRIPS 協定 20 条において商標の商業上の使用が「不当に」妨げられているかを判断する際には、次の 3 つの要素が考慮されるべきことになる（7.2430）。

①特別な要件が商標の使用を妨げる性質と程度。そこでは、商標権者が商標を商業上で使

⁴ 2001 年のドーハ閣僚会議で採択された「TRIPS 協定と公衆衛生に関する宣言」の第 5 項も、TRIPS 協定に慣習国際法上の条約解釈規則を当てはめる際には、目的と原則の規定に示された趣旨目的を考慮に入れるように求めており、同宣言はウィーン条約法条約 31 条 3 項(a)にいう「後にされた合意」に当たるとパネルは述べる（7.2407-2411）。

用し、商標がその企図された機能を果たすことについての正当な利益を考慮する。

②特別な要件が適用される理由（それが保護しようとする社会的利益を含む）

③かかる理由が、商標使用の妨げに対する十分な支持（sufficient support）を提供するかなお、ここに含まれる各種の利益がどのように比較衡量される（weighed and balanced）べきかをこの段階で抽象的に決定する必要はなく、事案の固有の状況に照らしたケースバイケースの評価が行われねばならない（7.2431）。

(2) TPP 措置への当てはめ

申立国は、TPP 措置が商標の使用について高度な制約を課すものであり、また個々の商標ごとに使用の可否を決定する仕組みではない点で、直ちに不当である（*per se unjustifiable*）と主張するが、TRIPS 協定 20 条には、高度な制約を禁じたり個別の対処を求めたりする内容は含まれておらず、受け入れられない（7.2439-2508）。

そこで次に、TPP 措置を上述の 3 要素に照らして分析する。

第 1 に、TPP 措置による商標使用の妨げの性質及び程度について。TPP 措置は、タバコ製品における図形的要素や色彩組合せの使用を禁じる点で、確かに商標使用に対する高度な（*far-reaching*）妨げとなっている（7.2557）。また、市場において他商品との差別化を図る機能を商標が果たすためには、商標の使用が重要になることは理解できる（7.2561）。もっとも、TRIPS20 条は商標が市場で果たしうる様々な機能の間に区別を置いていない（7.2563）。また、TPP 措置の下でも、企業・ブランド・商品名に関する言語標識を使用し、それにより他との識別を図ることは可能である（7.2564）。申立国は、図形標識等が使用できないことで製品の品質やイメージを消費者に伝達する機能が失われていると主張するが、前述のように、そうした標識は広告・販売促進の手段としても機能する（7.2566）。ただ、TPP 措置は、商標権者が図形標識等からいかなる経済的価値をも引き出せないようにする点で高度の制約ではある（7.2569）。

第 2 に、特別な要件が適用される理由について。豪州が TPP 措置を採用した理由は、他のタバコ規制との連携により、タバコ製品の使用・受動喫煙を減らすことで公衆衛生を促進する点にある（7.2586）。政策上の関心としての公衆衛生の重要性については、TRIPS 協定 8 条 1 項やドーハ閣僚宣言第 4 項において言及があり、また本件の当事国間にも争いはない（7.2587-2588）。また TPP 措置の導入理由としては、タバコによる健康被害を防止しようとする FCTC の義務を履行するという点も挙げられている（7.2589）。

第 3 に、かかる理由が、商標使用の妨げに対する十分な支持を提供するか。TPP 措置の導入の理由は、重大な健康問題に対処するためである。TPP 措置が他の規制と連携してタバコ製品の使用・受動喫煙の低減による公衆衛生の促進に寄与する見込みがあり、また実際に寄与しているという事実は、こうした理由が商標使用の妨げに対する十分な支持を提供することを示唆する（7.2592）。特に、図形的要素等の使用の禁止は、タバコ製品の訴求力を低下させ健康警告の実効性を高めるうえで効果がある（7.2593）。また、こうした効果は、統一

的・標準的に商標使用を制約することによって得られるものであり、個別審査では遺漏がありうる以上（前述の TBT 協定 2.2 条における代替措置の審査を参照）、個別審査によらずに使用を妨げることが「不当」になるとは言えない（7.2594）。180 か国が加入する多数国間の枠組みである FCTC の 11 条・13 条ガイドラインも、図形標識等を使用しない文字標識のみによるプレーン・パッケージの標準的仕様を提示している（7.2595-2596）。申立国は、商標の使用に対する制約がより小さい代替措置の有無を検討すべきだと主張しており、それが考慮要素になりうることはパネルも認めるが、提案された 4 つの代替措置（TBT 協定の場合と同一）が TPP 措置と同等の効果を持ちえないことはすでに確認済みである（7.2598-2603）。以上より、申立国は、豪州が公衆衛生上の関心に対処するうえで適切な政策手段を選択することに関し、TRIPS20 条の下で許容される限度を超えて行動したことを立証していない（7.2604）。

結論として、申立国は、TPP 措置が商標の使用を不当に妨げるものであることを立証できなかった（7.2605）。

6. パリ条約 10 条の 2

TRIPS 協定 2 条 1 項により取り込まれるパリ条約 10 条の 2 は、不正競争行為の禁止に関する規定である。申立国は、TPP 措置が同条各項に違反すると主張する。

(1) 規定の解釈

TRIPS 協定 2 条 1 項がパリ条約 10 条の 2 を取り込む際の射程について争いがあるが、2 条 1 項は、TRIPS 協定の第 2 部・第 3 部・第 4 部で扱われる事項に関連するような不正競争行為のみに取り込みの射程を限定してはいない（7.2619-2632）。

パリ条約 10 条の 2 第 2 項にいう「不正競争行為（an act of unfair competition）」、すなわち工業上又は商業上の「公正な慣習（honest practices）」に反する競争行為とは、ある市場において、誠実（truthful）・公正（fair）で、詐欺的でない（free from deceit）と通常又は慣習的にみなされるであろうことに反するような態様で、ある市場アクターが他のアクターと市場で競争するためにとる行為を指す（7.2667）。同条第 3 項は、その 1～3 号に列挙された行為を禁止するよう締約国に義務づけるが、第 2 項にいう不正競争行為はこれらに限定されない（7.2668）。また同条第 1 項は、締約国の国民に不正競争からの有効な保護を与えるよう各国に義務づけるが、公正でない（dishonest）な行為とは何かについての基準は明示していない（7.2669）。工業又は商業の遂行のあり方は市場により異なるため、そこで何が公正な慣習として認識されるかもまた異なるのであり、各国の不正競争防止法が対象とする行為類型にも違いがある（7.2671）。普遍的に受容される単一の行動基準があるわけではなく、むしろ関連する各々の市場において何が公正な慣習とされるかという観点から検討を行う必要がある（7.2672）。この点で、公正な慣習は、GATS14 条等で規定される「公德（public morals）」の概念と類似している（7.2673）。もっとも、何が公正な慣習に当たるかは、各締

約国にそれを決める裁量があるわけではなく、各国の市場の状況から客観的に導かれる(7.2675)。

(2) TPP 措置への当てはめ

まず申立国は、TPP 措置自体が「不正競争行為」に該当すると主張するが、上述のように、パリ条約 10 条の 2 における不正競争行為とは市場のアクターによる行為を想定したものであり、政府の法令や規制環境自体がそれに該当するということはない(7.2698-2699)。

次に申立国は、TPP 措置は市場のアクターが不正競争行為をとることを要求するものであるため、不正競争行為からの保護を定めたパリ条約 10 条の 2 に違反すると主張し、具体的には同条第 1 項及び第 3 項 1 号・3 号に不整合であるという。しかし、TPP 措置の下でも、タバコ製品には企業・ブランド・商品名を記載することができるので、消費者に他商品との混同を生じさせたり、製品の性質等について公衆を誤らせたりする恐れはなく、第 3 項 1 号・3 号の状況には該当しない(7.2722-2723, 7.2760-2762)。また、プレーン・パッケージは、全てのタバコ製品が従わなければならない規制措置に基づく行為であり、他のアクターとの競争のためにとられる行為(acts of competition)ではないから、不正競争行為には該当しえない(7.2792)。

以上より、申立国は、パリ条約 10 条の 2 を取り込んだ TRIPS 協定 2 条 1 項に TPP 措置が違反することを立証できなかった(7.2796)。

III. 上級委員会報告書の概要

A. TBT 協定 2.2 条に関するパネルの判断をめぐる争点

1. 正当な目的の達成に TPP 措置が寄与する度合い

申立国は、TPP 措置が目的達成に寄与する度合いを検討するに際し、パネルが TPP 措置導入前に発表された研究成果に対して不適切に証拠的価値を与えた点で、DSU11 条の義務(問題の客観的評価)に従っていないと主張する。とりわけ、それらの研究がプレーン・パッケージにより喫煙行動にいかなる変化が生じるかを直接の対象としておらず、パネル自身がそれらの研究の方法論に欠陥があると認めながらも、それは致命的ではないとして証拠的価値を与えている点に問題があると述べる。

しかし、パネルは研究成果の方法論に欠陥があるという見解を否定している。確かにパネルは、ある種の理想的な方法論が別にあることを認めるが、それには実践的・倫理的な限界があり採用しえなかったと述べる(6.69-72)。したがって、パネルの判断が DSU11 条の義務に不整合であることは立証されていない(6.78)。

また、申立国は TPP 措置導入後のデータの扱いについても、パネルは様々な点で DSU11 条の義務に従っていないと主張する。

まず申立国は、TPP 措置導入前からすでに喫煙行動の減少が見られ、それが TPP 措置導入後に加速したというパネルの記述につき、そこから TPP 措置が目的達成に寄与するという結論に至る論理を疑問視するが、この部分はパネルが各々の証拠を描写した箇所であり、パネル自身の評価は別に示されている (6.108-115)。他方、①タバコ価格がタバコ消費に与える影響についてドミニカ共和国が提出した主張と証拠を検討しなかった点 (6.130-143)、②紛争当事国への事前の提示なく中間報告書において多重共線性と非定常性を用いた分析を行い適正手続に関する権利を害した点 (6.226-257) については、パネルが DSU11 条の義務に反していたと認められる。このうち、②はパネルの認定に影響を与えるものではないが (6.263-266)、①は、「TPP 措置がタバコ消費の削減に寄与したことを示す計量経済学的な証拠がある」という事実認定を打ち消すものである (6.261-262)。

この点が、正当な目的を達成するうえで TPP 措置が寄与したとする TBT 協定 2.2 条の下でのパネルの判断全体を無効にするには、先例が述べるように、かかる過誤のあった部分がパネルの法的結論を導くうえで実質的 (material) なものであったことが必要である (6.364)。この点、本件でパネルが過誤を犯した部分は、結論を導くうえでの多数の要素の 1 つをなすにとどまり、パネルはそこに専ら依拠してはいない (6.366-367)。よって、パネルが導いた全体の結論に関して過誤があったことを申立国は立証できなかった (6.373)。

2. 貿易制限の度合い

申立国は、貿易制限の度合いに関する判断において、パネルは TPP 措置による競争機会の制限の有無に着目すべきところ、実際の貿易量への影響に着目する点で、解釈を誤っていると主張する。しかしパネルは、先例に拠りつつ、TBT 協定 2.2 条では国際貿易への影響の有無が問われると述べ、競争機会の制限に関しても、例えば国内産品に対して輸入産品の競争機会が削減されたのであれば、それは貿易制限性を示すのに十分でありうるという (6.383-386)。この点、申立国は、輸入産品総体としての競争機会ではなく、個々の輸入産品の単位での (他の輸入産品との関係を含む) 競争機会を問題としており、これに対してパネルは、市場の産品全体を対象とする競争環境の変更は、それ自体として輸入産品の競争機会の制限を構成するわけではなく、国際貿易の制限がそこからどのように発生するのかを説明する必要があると述べる (6.387-388)。またパネルは、貿易制限的効果を立証するうえで常に実際の貿易量への影響を示さねばならないと述べているわけではなく、むしろ事案の状況に応じて必要とされる証拠の内容は異なると正しく指摘している (6.391)。したがって、パネルが貿易制限の度合いの検討において 2.2 条の解釈を誤ったとは言えない (6.394)。

また申立国は、パネルが、TPP 措置によりブランドに基づく商品差別化の機会が減じられたことは貿易制限性の立証にはならないと判断した点で、2.2 条の適用に誤りがあると主張する。しかし、商品差別化の機会の減少が、措置の設計及び構造のみを基礎として、貿易に対して全般的な負の影響を及ぼすかどうかは予測しえないとしたパネルの結論は妥当である (6.404-411)。申立国は、商品差別化の機会の減少により、消費者はより低価格のタバコ

製品を購入するようになり (downtrading)、これは輸入産品にとって不利に働くため貿易制限的効果を生み出すと主張するが、パネルも述べるように、これは証拠により根拠づけられておらず仮説にとどまる (6.412-423)。したがって、パネルが 2.2 条の適用において誤りを犯したとは言えない (6.450)。

申立国は、貿易制限性の度合いの検討においてパネルが DSU11 条に従っていない旨も主張する。パネル報告書の Appendix E のパラ 55 及びパラ 56.c においてパネルは、高級なタバコ製品の低級なタバコ製品に対する比率が減少したことは TPP 措置によるタバコの卸売販売の減少に部分的に起因すると述べるが、この事実認定は根拠に欠けるため取り消す。ただしこの部分は、パネルが貿易制限性に関する結論を導くための実質的な部分ではなかった (6.451-458)。

以上より、貿易制限の度合いの検討においてパネルの判断に過誤があったことを申立国は立証できなかった (6.459)。

3. 代替措置の有無

申立国は、パネルはもともと TPP 措置の貿易制限の度合いを過度に狭い観点から評価していたのであり、本来は申立国が提示した代替措置は TPP 措置よりも貿易制限性が低いはずであったと主張する。しかし前述のように、TPP 措置の貿易制限性に関するパネルの判断は妥当であり、そこでの過誤の存在を前提とした申立国の主張は受け入れられない (6.476-477)。

また申立国は、提案された代替措置が TPP 措置と同等の効果をもちえないとするパネルの判断は、①TPP 措置と同じメカニズムにより目的を達成することを求める点、②代替措置と他のタバコ規制との間に生じうる連携効果を考慮しない点、において誤りがあると主張する。①に関しては、先例に照らせば、代替措置は、問題となっている措置とは異なる方法で目的の達成に同等の寄与をすることができる。この点、TPP 措置の目的はタバコ製品の使用・受動喫煙の機会の低減による公衆衛生の促進であるところ、そこに含まれていない、パッケージからの図形的要素等の排除という (中間的) 状態を代替措置が実現しえないことをもって、パネルは代替措置が TPP 措置と同等の効果を持たないと判断している (6.498)。②に関しても、パネルは TPP 措置と他のタバコ規制との連携効果を踏まえて目的達成への寄与を認定しておきながら、そうした連携効果によらずに目的実現に寄与するとパネルが認めている代替措置よりも TPP 措置の方が必然的に高い効果を有すると述べている点は非論理的である (6.499-503)。以上より、これらの点に関してパネルは 2.2 条の法的基準の適用を誤ったと結論する (6.504)。

このように、パネルは代替措置の検討において、代替措置が TPP 措置と同等の効果をもちうるかの判断に関する過誤を犯したが、他方で、代替措置が TPP 措置よりも貿易制限的でないことの立証を申立国はできなかった。したがって、代替措置の有無に関するパネルの結論は維持される (6.516)。

以上より、TPP 措置は TBT 協定 2.2 条に違反しないとしたパネルの結論を維持する (6.522)。

B. TRIPS 協定に関するパネルの判断をめぐる争点

1. TRIPS 協定 16 条 1 項

申立国は、TRIPS 協定 16 条 1 項において定められた商標権者の権利を行使するうえで、商標の使用により識別性を維持することの意義をパネルは無視していると主張する。しかし、申立国の主張は 16 条 1 項及びその文脈としての TRIPS 協定 15 条・19 条・20 条の内容と整合するものではなく、16 条 1 項に商標の使用の権利は含まれないとしたパネルの結論は維持される (6.575-614)。

2. TRIPS 協定 20 条

(1) 規定の解釈

申立国は、TRIPS 協定 20 条における「不当に」の語は、商標の使用を認めることを原則としたうえで、商標に直接関連する理由に基づく制約のみを許容する趣旨であり（例えば誤認を招く商標の使用の排除など）、この点、パネルが示した判断枠組みは、商標との関係を問わずあらゆる政策目的に基づく制約を許容しうる過度に広範な解釈であると主張する。

20 条自体は、商標の使用を制限する目的に関しては何も述べていない。しかし、TRIPS 協定 8 条 1 項が定める「原則」に鑑みれば、公衆衛生上の目的が 20 条で考慮されるというパネルの見解には同意できる (6.649)。また、商標使用の制約が不当か否かを判断する枠組みとしてパネルが挙げた 3 つの要素も妥当なものである (6.651)。

申立国は、20 条の不当性の審査においては、より商標使用の制約の程度が小さい代替措置の有無が検討されるべきだと主張する。この点、TRIPS 協定の他のいくつかの条文が「必要な (necessary)」という語を用いているのに対し、20 条が不当という語を用いているのは、必要なという語に比べて締約国により大きな裁量の幅を与えること（例えば政策目的と措置との間の結びつきの度合いが低くてもよいこと）を示唆する (6.647, 6.653)。それゆえ、必要性テストの場合と異なり、不当性の審査においては代替措置の有無の検討が不可欠であるわけではなく、事案の状況により判断すべきことになる (6.653-655)。

よって、TRIPS 協定 20 条の解釈に関するパネルの判断に誤りがあるとは言えない (6.660)。

(2) TPP 措置への当てはめ

申立国は、TPP 措置による商標使用の妨げの性質及び程度の検討に際し、パネルは経済的価値の減少にのみ着目し、識別性への影響を考慮していないと主張する。しかしパネルは、言語標識の使用を通じて識別性は維持されると述べており、また申立国もその点に反論し

なかったために、専ら経済的価値の減少を妨げの内容として捉えたにすぎない (6.672-675)。

次に申立国は、TPP 措置の導入の理由が、商標使用の妨げに対する十分な支持を提供するかの審査において、パネルは比較衡量 (weighing and balancing) を行っていないと主張する。しかし、パネルの判断には、政策目的の評価や規制措置の性質の検討など、比較衡量の基本的要素は含まれている。また、20 条の下で行われるべき比較衡量は、TBT 協定 2.2 条の必要性のテストなどで用いられる比較衡量と同じ内容ではない (6.681)。TBT 協定 2.2 条の主たる関心は、国際貿易の流れが阻害されないようにする点にあるのに対し、TRIPS 協定 20 条の関心は、商標の使用が不当に妨げられることを防止する点にある。それゆえ、TBT 2.2 条の下では、より貿易制限的でない代替措置の有無が問われるのに対し、TRIPS 協定 20 条の下で代替措置が考慮されるとすれば、それは商標使用の妨げの程度がより小さいあるいは皆無であるような措置があるかどうかである (6.687)。本件で申立国は、TBT 協定 2.2 条に関して提案した代替措置と同じものを TRIPS 協定 20 条についても提示しているが、後者に対してパネルは、貿易制限性ではなく商標使用制限性がより小さいかという観点から審査を行っている。申立国は、パネルは商標の文脈に即した代替措置の検討を行っていないと主張するが、それは失当である (6.688-689)。

申立国は、TPP 措置の導入の理由が、商標使用の妨げに対する十分な支持を提供するかの審査において、パネルが FCTC ガイドラインに依拠したことは不適切であると主張する (非拘束的な文書であるうえに、WTO 協定違反を外部の文書により正当化することはできないから)。しかし、パネルは同ガイドラインを事実に関する追加的な材料として用いているにとどまり、過度な法的比重を置いているわけではない (6.707)。

以上より、TPP 措置は TRIPS 協定 20 条に違反しないとしたパネルの結論を維持する (6.719)。

IV. 解説

1. 本件紛争の位置づけ

(1) タバコ・パッケージ規制をめぐる諸国の動向と国際紛争

豪州が導入したタバコのプレイン・パッケージ規制については、すでに外国タバコ企業が豪州の国内訴訟や投資保護協定に基づく仲裁を通じて争ってきたが、いずれも訴えは認められなかった。本件で WTO も同規制の協定整合性を認めたことで、同規制は一連の司法的挑戦を全て乗り越えたことになる。これは、豪州以外に同様の規制を導入した／しようとしている国にとっても追い風になりうるものであり、実際に、2020 年 10 月時点では豪州を含めすでに 17 か国がタバコのプレイン・パッケージ規制を導入している⁵。これらの諸国に

⁵ 豪州、カナダ、フランス、アイルランド、イスラエル、ニュージーランド、ノルウェ

対し、やはりタバコ企業は国内訴訟を次々と提起してきたが、それらは全て企業側の敗訴に終わっている⁶。これらの訴訟では、商標権の財産権としての性格や、自由貿易ルールと公衆衛生のバランスといった論点について、重要な示唆を提供する説示がなされてきており、法的観点からも注目すべき先例を形成している。とりわけ本件 WTO 紛争では、TRIPS 協定の商標関連の諸規定について、初めて具体的な解釈が示された点も多く、ルールの明確化にとって一定の寄与があったと言える⁷。

(2) 消費抑制型の規制をめぐる問題

本件で争われた TPP 措置は、消費抑制型の規制の台頭というより大きな文脈の中に位置づけることができる。これは、健康にとって有害性のある商品を、販売禁止とまではしないものの、消費者に対する訴求力を低下させる方向で規制を行い、過剰な摂取や使用を抑制しようとする手法である。これは、タバコについていち早く導入されてきているが、他の嗜好品や中毒性・依存性のある財・サービスにも同様の規制が広がる可能性はある（例えば、ア

ー、サウジアラビア、シンガポール、スロベニア、タイ、トルコ、英国、ウルグアイ、ベルギー、ハンガリー、オランダの 17 か国である。

⁶ 少なくとも、英国、フランス、ノルウェー、アイルランドにおいてこうした訴訟が提起された。England and Wales Court of Appeal British American Tobacco UK Ltd & Ors, R (on the application of) v The Secretary of State for Health [2016] EWCA Civ 1182, at <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2016/1182.html> (as of March 14, 2022); Conseil d'Etat Décision n° 399117, 399789, 399790, 399824, 399883, 399938, 399997, 402883, 403472, 403823, 404174, 404381, 404394, Société JT International SA, Société d'exploitation industrielle des tabacs et des allumettes, Société Philip Morris France SA et autres, at https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2016-12-23/399117?download_pdf (published December 23, 2016, as of March 14, 2022); Oslo County Court. Swedish Match Ltd. v Ministry of Health and Care Services et al. Case No.: 17-110415TVIOBYF. Campaign for Tobacco-Free Kids website, at <https://www.tobaccocontrolaws.org/litigation/decisions/no-20171106-swedish-match-v-the-ministry-o> (published November 6, 2017, as of March 14, 2022); JTI Ireland Ltd v Minister for Health [2015] IEHC 481 <https://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2015/H481.html> (as of March 14, 2022).

⁷ なお、本件 WTO 紛争に関する分析として、以下も参照。福永有夏「豪州—タバコ製品の包装に関する規制に関する措置（パネル報告）」経済産業省通商機構部『WTO パネル・上級委員会報告書に関する調査研究報告書（2018 年度）』所収；鈴木将文「豪州のプレイン・パッケージ制度の WTO 協定整合性—WTO パネル報告書の分析—」知的財産研究所『『国際知財制度研究会』報告書（平成 30 年度）』15-38 頁（2019 年）；小寺智史「豪州—たばこ製品及びパッケージへの商標表示、地理的表示、プレインパッケージング要求に関する措置（上級委員会報告）」経済産業省通商機構部『WTO パネル・上級委員会報告書に関する調査研究報告書（2020 年度）』所収；鈴木将文「知的財産制度と公共政策の調整に関する法的紛争—タバコの表示規制を素材として」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦II』（弘文堂、2020 年）3-20 頁。

ルコール、ジャンクフード、エナジードリンク、ゲーム、カジノ（ギャンブル）、など）。

具体的な規制の方法としては、①広告規制、②商品販売方法規制（ネット通販禁止、陳列禁止など）、③パッケージ規制（有害性に関する警告の記載、パッケージの規格化）、④商品名称規制、などが考えられ、すでにタバコについてはこれら全てが実際に活用されている。これらの規制は、形式上は差別や貿易制限を伴うものではないため、それが事実上の差別や貿易制限を構成するのではない限り、GATT や GATS の下で協定違反を問うことは困難である。パッケージ規制や名称規制に関しては、TRIPS 協定や TBT 協定との整合性を問う余地があるが、本件紛争で示されたように、実際に協定違反の認定を得ることは容易ではないと思われる。こうした消費抑制型の規制手法は、ブランドイメージ等による商品差別化を機能させないことにより消費者への訴求力を低下させるものであるため、一般的には、そうした商品差別化により競争力を獲得する機会の多い先進国の産品・サービスにとって不利に働く可能性が高いだろう。それゆえ、こうしたタイプの規制が今後も様々な商品へと波及し、かつその合法性を WTO 協定の下で問うことが難しいということになれば、各商品における国際的な競争力の構図に少なからぬ影響を及ぼす可能性がある。

もちろん、この種の規制が追求する公衆衛生等の政策目的の重要性は否定できないが、仮にかかる規制に対して国際的な規律がほとんど及ばないとすれば、規制が際限なくエスカレートし、市場が過度に歪曲される恐れがある。その意味で、本件紛争において、特に商標の使用を制限する措置に関しパネル・上級委がどのような審査枠組みを採用したのかが、消費抑制型規制の過剰な利用を将来に向けて抑制するうえで極めて重要なポイントとなる。以下では、こうした消費抑制型の規制が持つ特質や問題性を念頭に置きながら、本件で扱われた主要な論点につき考察を行うこととしたい。

2. TRIPS 協定 16 条 1 項における商標権保護の射程

本件でパネル・上級委は、TRIPS 協定 16 条 1 項における商標権の保護とは、商標権者が商標をみずから使用する権利（積極的権利）を含むものでなく、第三者が許諾を得ずに当該商標を使用することを排除する権利（消極的権利）のみを意味すると解釈した。確かに 16 条 1 項は、無許諾の第三者による当該商標の「使用を防止する排他的権利」を商標権者に与えるとの文言を用いているため、この解釈は一見自然であるように思われる。そこで、本件の申立国は、この規定の射程を広げるために工夫された主張を行っている。すなわち、豪州によるプレイン・パッケージ措置は市場における他商品との識別性を失わせることで、商標権者が「混同の恐れ」を証明する能力が損なわれ、結果として無許諾使用を防止する権利を行使することが妨げられる、という議論である。これは、16 条 1 項が、無許諾使用を防止する権利を認める前提として、第三者が当該商標を使用することで消費者に混同を生じさせる恐れがあることを挙げている点に着目し、混同の問題はそもそも市場において商品間の識別性が存在しなければ発生しえないため、かかる識別性の確立を妨げるような措置を

政府がとらないということも 16 条 1 項における商標権保護の射程に含まれる、と主張するものであろう。しかし本件パネルは、同規定は締約国に識別性の維持を義務づけているわけではなく、政府規制の結果として市場での商品の識別性が低下したとしてもそれは同規定における商標権保護の対象外の問題であるとした。これは、商標使用の積極的権利を含まないということよりもさらに一段狭く同規定の射程を捉えるものであると言える。

確かに、識別性の確保は 16 条 1 項の文言には直接現れていない概念であり、また同規定は第一義的には私人間の関係を扱うものである以上、政府に対し識別性を損なうような規制を行わないよう求める権利まで同規定から導き出すことは、かなり大胆な解釈であると言わざるをえない。しかし他方で、商品間の識別性を確保し消費者の混同や誤認を防ぐことは、商標制度の本来の目的をなすものでもあり、かかる識別性の消失につながるような規制措置を政府がとるとすれば、たとえ第三者による無許諾使用は排除できていたとしても、実質的には商標権保護の意義はほとんど失われる結果になりうる。この点、本件における豪州の TPP 措置では、ブランド名等を文字標識の形で使用することは許されているため、最低限の水準においてはああるが、商品間の識別性は維持されていると言える余地はあるかもしれない。しかし、例えば次のような規制を政府が行うとすればどうであろうか。

- ①独自のブランド名等の使用を認めず、政府が機械的に割り当てた「商品 A」「商品 B」などの名称による販売のみを許可する。
- ②独自のブランド名等の使用は認めるが、健康被害を引き起こす恐れを想起させるために、商品名に *poisonous* や *harmful* といった語を一律に加えさせる。

①は、商標の使用を全面的に禁止し、商標による識別性を完全に消滅させる趣旨の規制であるが、図形標識（ロゴマーク等）のみならず文字標識（ブランド名等）も消費者に対して商品の魅力を高めるうえで大きな効果を持っていると政府が考えるのであれば、こうした規制を導入することも理論上はあり得よう。もし 16 条 1 項が、商標の自己使用に関する積極的権利を何ら含まず、識別性を消失させる規制を政府が行うことも禁止していないとすれば、このような規制を採用しても同規定に違反しないことになる。しかし、これは商品間の混同の防止という商標制度の目的を破壊し、商標登録を行う意義を無に帰するものであり⁸、商標登録を可能にするよう締約国に義務づける TRIPS 協定 15 条の趣旨と合致するの

⁸ その意味で、この種の商標使用規制は、単に商標の使用の形態をコントロールするというよりも、商標権という財産権の価値を実質的に剥奪するものであり、いわゆる間接収用に該当する可能性がある（もし収用であれば補償の支払いを要する）。ただ、プレーン・パッケージ措置に関して提起された過去の国内訴訟や投資仲裁では、かかる措置が商標の使用を完全に禁止するものではなかったこともあり、収用の成立を否定されてきた。Cf. *JT International SA v. Commonwealth of Australia*, S409/2011 & S389/2011, High Court of Australia, 5 October 2012, para.296; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras.272-307.

か疑問がある⁹。また、②のタイプの規制は、商標権者による独自の文字標識の使用は認めつつ、その魅力を低下させるために一定の加工を施すよう義務づけるものであり、①に比べれば商標による識別性は一応保持されているものの、規制により一律に付加される語句が消費者に与える心理的インパクトが甚大であれば、実質的には商品間の識別性を大きく損なう効果を持つことになろう。

もちろん、こうした商標の自己使用に関する政府規制の可否は、専ら TRIPS 協定 20 条の下で扱われる問題であり、16 条 1 項では第三者による無許諾使用の排除という消極的権利の部分のみ保障すれば事足りると考える余地もあろう。しかし、商標制度の本質に関わる「混同の恐れ」という要素が 16 条 1 項に規定されていること、そして識別性を確保し混同を防止するという点においては積極的権利と消極的権利は連続的・相補的に機能する面もあることに鑑みれば、識別性を完全に消失させるような（商標制度の目的と相容れない）規

⁹ EC—農産物及び食品に関する商標及び地理的表示保護事件（DS174）においてパネルは、既存の商標と類似した地理的表示の登録を認める EC の地理的表示制度につき、16 条 1 項に違反するものの 17 条の例外条項により正当化しうると判断した。17 条は、商標により与えられる権利の例外を、商標権者及び第三者の「正当な利益（legitimate interest）」を考慮することを条件に許容するものである。この「正当な権利」の概念については、カナダ—医薬品特許事件（DS114）パネルが、TRIPS 協定 30 条の同様の文言に即して解釈を示しており、それによれば「関連する公共政策又は他の社会的規範によって支持されるという意味において『正当化可能（justifiable）』な利益の保護を求める規範的主張」を意味する。Panel Report, *Canada — Patent Protection of Pharmaceutical Products*, WT/DS114/R, adopted 7 April 2000 [hereinafter Panel Report, *Canada — Pharmaceutical Patents*], para.7.69. これを踏まえて上記 DS174 パネルは、商標権者の正当な利益について次のように述べる。「15.1 条に鑑みれば、商標の機能は、商業上、ある事業に係る商品又はサービスを識別する点にあると理解される。全ての商標権者は、自己の商標が機能を果たしうるように、その識別性ないし識別能力を維持することに正当な利益を有する。そこには、自己の又は許諾された事業において、関連する産品やサービスに係る自己の商標を使用することの利益も含まれる。こうした正当な利益を考慮することは、標識が享受する評判や標識が含意する品質から生じる経済的価値に対する商標権者の利益を考慮することにもなる。」（Panel Report, *European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, WT/DS174/R, adopted 20 April 2005 [hereinafter Panel Report, *EC — Trademarks and Geographical Indications (US)*], para.7.664）。もちろん、この事件は私人間の商標権保護をめぐるものであるため、豪州 TPP 措置とは問題状況が異なっており、また DS174 パネルは商標権者の「正当な利益」と「法的権利」とは区別されるとも述べている（Panel Report, *EC — Trademarks and Geographical Indications (US)*, *supra* note 9, para.7.662. この点は本件パネル（para.7.2008）でも指摘されている）。しかし、商標権の制約が許容されるか否かという文脈において、商標権者がみずから商標を使用して商品の識別性を確保することが、考慮されるべき「正当な利益」として位置づけられている点は注目すべきであり、ここでは 16 条 1 項で保護される権利の基盤をなす保護法益は（15 条 1 項で言及された）識別性の確保であるという認識が示されていると思われる。なお、DS174 パネルは、17 条において考慮が要請される「第三者の正当な利益」には消費者の利益も含まれ、それは「ある事業の商品やサービスを他の事業のそれから識別し混同を回避することができるという点にある」（Panel Report, *EC — Trademarks and Geographical Indications (US)*, *supra* note 9, para.7.676）、と述べていることにも留意すべきである。

制措置については 20 条の問題とするまでもなく 16 条 1 項違反になると構成することも十分に合理的であるように思われる。後述のように、20 条の下では、商標使用を制限する措置が、正当な政策目的を達成するうえで適切に設計されているかという観点から審査がなされることになるが、パネル・上級委が本件で示した判断基準に依拠すると、商標使用を全面的に禁止するような措置であっても、それが政策目的の実現に寄与する限りで適法とされる可能性がある。私見では、かかる帰結を導く判断基準を 20 条の解釈として採用すべきではないが、仮にかかる判断基準が今後も 20 条に関して用いられるとするなら、商標の使用を禁止するような（ないし商標による識別性を実質的に消失させるような）規制措置は、16 条 1 項の段階において協定違反であると扱っておくべきであろう。

念のため付言すれば、以上の議論は、本件における豪州の TPP 措置について 16 条 1 項違反が認定されるべきであったという趣旨では必ずしもない。豪州の措置は、文字標識の使用を認め、最低限の識別性の維持を可能にしている点で、商標制度の本質に完全に違背しているとは言い切れない面があり、16 条 1 項違反を否定したパネル・上級委の判断は結論において妥当であると思われる。問題は、16 条 1 項において識別性の確保（そしてそれに必要な限りでの最低限の商標使用の権利）が考慮されるべきであるとの主張を申立国が提示したにもかかわらず、パネル・上級委がそれを全面的に否定した点であり、これにより、本件の TPP 措置よりもさらに徹底した規制が導入されたとしても 16 条 1 項違反を問う余地はほぼ失われてしまった。パネル・上級委は、申立国の主張に含まれていた商標制度の本質とも言うべき要素により慎重な考慮を払い、16 条 1 項の射程を過度に狭めるような短絡的な議論は避けるべきであったらう。

なお、識別性を維持するうえで必要な最低限の使用の権利が商標権に内在しているかという問題は、WTO 以外の場においても論議の対象となっている。例えば、フィリップ・モリス対ウルグアイ事件の投資仲裁では、商標権者は第三者との関係において商標を使用する排他的な権利を有するものの、それは規制者たる政府との関係において商標を使用する絶対的な権利を意味するわけではない、との見方が仲裁廷により示された¹⁰。これも、政府による商標の使用規制が識別性を完全に失わせるほどの厳格なものである場合を区別せず、包括的に使用の権利を否定する説示となっている点で、過度の一般化に陥っていると考えられる。一方、例えば日本の商標法 25 条が、「商標権者は、指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を専有する」と定めているように、使用の権利を明示的に認めるような規定を置く国も少なくない。こうした規定は、それが政府の規制措置との関係においても使用の権利を認める趣旨であるのかが別途問題となるが、少なくとも、商標の使用を実質的に禁止する措置が導入されようとする際に、それが商標権の本旨を損なうと主張するための論拠の 1 つにはなるであろう。

以上のように、政府規制による商標権の使用制限は、商品間の識別性の消失を招くほどに

¹⁰ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras.267, 271.

までその内容がエスカレートした場合には、商標制度の趣旨及び目的とは相容れない措置になりうると考えるべきであり、TRIPS 協定 16 条 1 項や各国の商標法は、商標の使用に関する最低限の権利を保障するような形で解釈する必要があるだろう。

3. TRIPS 協定 20 条の審査の構造—商標使用制限措置の適法性の基準—

(1) TRIPS 協定 20 条の位置づけと性質

TRIPS 協定 20 条は、同 16 条 1 項とは異なり、商標権者自身による商標の使用を扱った規定である。もっとも、この規定は商標を使用する権利を正面から認めるのではなく、政府が課す「特別な要件」により商標の使用が「不当に (unjustifiably)」妨げられてはならないと定めるものであり、言い換えれば、政府が「正当な」規制により商標の使用を制限する余地を認めていると見ることもできる。本件は、この 20 条に関して初めて具体的な判断枠組みが示された事件であり、今後、政府による商標使用制限措置の協定適合性を検討するうえで、重要な先例的意義を持つことになるだろう。

20 条の性質として、本件パネルは、TRIPS 協定の他の規定に対する例外条項という性格は持たないことに加え、20 条の内部においても原則と例外のような構造があるわけではないと述べ、同条全体を一次的な実体規範と捉えてその違反の立証責任は全て申立国にあるとした。こうした 20 条の位置づけは、後述する TBT 協定 2.2 条のそれと類似しており、したがって後者と同様に、申立国にとって 20 条違反を立証することが極めて難しい構造となる可能性がある。

なお、20 条における「妨げる (encumber)」の語は、商標の使用方法に関する規制のみを意味し、使用を完全に禁止するような規制は当初から同条の下で許容される余地はないと指摘する学説もあった¹¹。20 条が、政府により課される「特別な要件」の例として、「他の商標との併用」「特殊な形式による使用」「識別する能力を損なわせる方法による使用」など、使用そのものは認めるケースを挙げていることも、かかる学説に一定の根拠を与えている。しかし本件パネルは、専ら「妨げる」の語義の解釈に基づき、そこには商標の使用を禁止する行為も含まれるとの判断を示した。私見では、上述のように、商標の使用禁止に相当する措置は商標制度の趣旨と相容れないため TRIPS 協定 16 条 1 項違反を構成すると考えるべきであり、そうであるとすれば 20 条では、使用禁止に至らない部分的制約のみを対象とすることが理に適っているだろう。

本件で争われた豪州の TPP 措置は、文字標識の使用を限定的とはいえ認めていたため、完全な使用禁止には至らない措置であると一応言うことができ、20 条の下で扱うことも結論としては妥当であった。ただ、仮に今後、より徹底した内容の（識別性を実質的に消失さ

¹¹ Benn McGrady, “TRIPS and Trademarks: The Case of Tobacco,” *World Trade Review*, Vol.3, No.1 (2004), p.62; Daniel J. Gervais & Susy Frankel, “Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.46, No.5 (2013), p.1179.

せる) 商標使用制限措置が WTO で争われ、それが (適切とは言えない形ながらも) 20 条の規律対象として扱われるのであれば、次に述べる同条の具体的な判断枠組みの中で、かかる規制の性質が十分に考慮されねばならないだろう。

(2) TRIPS 協定 20 条における判断枠組み

政府が商標の使用を「不当に」制限したかという点に関する解釈として、パネルは 3 つの要素からなる判断枠組みを提示した。それを改めて示せば以下の通りである。

- ①特別な要件が商標の使用を妨げる性質と程度。そこでは、商標権者が商標を商業上使用し、商標がその企図された機能を果たすことについての正当な利益を考慮する。
- ②特別な要件が適用される理由 (それが保護しようとする社会的利益を含む)
- ③かかる理由が、商標使用の妨げに対する十分な支持 (sufficient support) を提供するか。

これは、商標の使用に関して権利者が持つ正当な利益 (①) と、かかる使用を政府が制限する理由となる社会的利益 (②) を対置し、②が①の阻害を十分に支持するほどのものであるかを分析する (③)、という構図になっている。パネルは、ここに含まれる各々の利益がどのように比較衡量されるべきであるかは、事案の固有の状況に照らしたケースバイケースの考慮に委ねられると述べるが、いずれにせよこれら 3 つの観点で審査の大枠を形成することになる。

このうち、①と②は、③における比較衡量の対象を同定する部分に当たるため、この判断枠組みの核心は③にあると言ってよい。しかし、③に関して本件パネルは、政府の規制目的が商標使用の制限を「十分に支持」するかという抽象的な定式化を行うにとどまり、比較衡量の具体的な遂行手順については、上述のように事案ごとの考慮に委ねられるとしている。この点、本件における TPP 措置への当てはめに関してパネルは、商標使用制限措置が政策目的の実現に十分に寄与しているかどうかを専らの検討対象としている。これは恐らく、③の段階において、①と②の直接的な比較衡量という形をとれば、両者の価値の優劣に関する判断をパネル自身が行うことになり、加盟国の立法裁量への介入度が高すぎると考えられたためであろう。それゆえ、GATT20 条における必要性テストの場合と同様、政策目的の実現に対する寄与の度合いという客観的に分析可能な指標がおのずから検討の中心となるのであり、この点は将来の他の事案においても大きくは変わらないように思われる。

しかも本件上級委によれば、この「不当性テスト」において求められる政策目的と規制手段との結びつきの度合いは、必要性テストの場合ほど厳格ではなく、他の利用可能な代替措置の存否に関する分析も必須ではないとされる¹²。したがって、寄与度がある程度確認され

¹² 上級委はかかる解釈を、「不当 (unjustifiable)」という語と「(不) 必要 ((un)necessary)」という語の相違から導き出している。しかし、両者の語義に照らして、必要性の方が厳しい基準であるとするのは、必ずしも自明であるとは言えないように思

れば（パネルの表現で言えば「適切な政策手段が選択」されていれば）、たとえ①における商標使用制限の性質・程度が相当に高度であっても、公共政策目的という理由がかかる制限を「十分に支持」すると結論づけられる可能性が高いだろう。結局、この不当性テストの内実は、規制措置の設計の面における合理性を問うものになったとすることができ、「不当」という語の印象に反して、価値判断の要素が前面に出ることは極力抑制されていると考えられる。

なお、上述のように、政府の規制措置が商標使用の実質的な禁止に相当するものである場合は、その点がこの不当性テストにおいて特に考慮されねばならないだろう。この点、本件パネルは、①の商標使用の妨げの性質・程度の把握に際して、TPP 措置による商標使用制限は「高度」であると認めつつ、同時に、「TPP 措置の下でも、企業・ブランド・商品名に関する言語標識を使用し、それにより他との識別を図ることは可能である」と指摘している。これを裏返せば、商標使用を禁止し識別性を消失させるような措置がとられた場合は、妨げの性質・程度は最高度のもので評価されることになるだろう。それが③の段階でいかなる効果を持つのかは未知数であるが、③が寄与度の審査という形をとるならば、政策目的と規制手段との結びつきが極めて高い水準で要求されるであろうし、上級委が必須ではないと述べた代替措置の検討も、この場合には不可欠になると考えるべきであろう。繰り返し述べているように、この種の措置は本来ならば TRIPS 協定 16 条 1 項違反とすべきものであるが、仮に本件パネル・上級委判断によりその可能性が小さくなったのだとすれば、少なくともこの 20 条の判断枠組みにおいて、他の（識別性を保持しようような）規制措置との違いを意識した、高度に厳格な審査を行うことが求められよう。

4. TRIPS 協定 7 条及び 8 条 1 項の位置づけ—協定の趣旨目的をどのように理解するか—

本件パネル判断では、TRIPS 協定 20 条の解釈において、同協定の「目的」及び「原則」を規定する 7 条及び 8 条 1 項が文脈として考慮された点も注目される。特に 8 条 1 項に関しては、これを起草過程において提案したインドは、公共の利益を促進するためにとられた措置であれば知的財産権保護の義務に優越するという例外条項の形式を提示していたが¹³、結果的には、「これらの措置がこの協定に適合する限りにおいて」という文言が加えられたため、この規定の機能や存在意義は一見分かりにくいものとなっていた¹⁴。後のカナダ—医薬品特許事件において、被申立国であるカナダは、政府による特許権の制限の余地を認める

われる。むしろ「正当化可能性 (justifiability)」の概念には、必要性に相当する内容が含まれると解することも不合理とは言えないであろう。

¹³ Henning Grosse Ruse-kahn, *The Protection of Intellectual Property in International Law* (Oxford University Press, 2016), p.441.

¹⁴ 後に EC—農産物及び食品に関する商標及び地理的表示保護事件 (DS174) のパネルは、8 条 1 項を例外条項として理解することを明確に否定した。Panel Report, *EC — Trademarks and Geographical Indications (US)*, supra note 9, para.7.210.

TRIPS 協定 30 条をめぐり、協定の趣旨目的を定める 7 条や 8 条 1 項が公共的利益の重要性に言及している以上、30 条の諸要件は公共政策を実現しうよう緩やかに解釈されねばならないと主張した。これに対してパネルは、7 条や 8 条 1 項が TRIPS 協定の諸規定を解釈する際に考慮に入れるべき要素であることは一般論として認めたものの¹⁵、30 条の具体的な解釈適用においてはこれらの条項の内容を参照することなく判断を下した。

このカナダ—医薬品特許事件が示すように、7 条や 8 条 1 項が援用される場面としては、TRIPS 協定において定められている各種の知的財産権につき、その制約を加盟国に認める規定（いわゆる柔軟性条項＝13 条・17 条・26 条 2 項・30 条など）が、かなり抽象的な文言を用いているため（「通常の使用」「正当な利益」「不当に害さない」など）、その解釈を方向づける材料の 1 つとして依拠されるケースが多い。しかし上述のように、従来のパネル・上級委は、これらの条項の解釈に際して 7 条や 8 条 1 項に特別な意味を与えることを避けてきた。それは、先進国と発展途上国との妥協の産物としての性格を少なからず有する 7 条や 8 条 1 項に、他の諸規定の内容を大きく左右するような役割を与えるべきではないという意識が働いたものと見ることもできよう。

これに対し、本件パネル判断は、TRIPS 協定 20 条において商標権制約の正当化根拠となる社会的利益を同定するに際し、8 条 1 項が公衆衛生に言及していることを強調するとともに、7 条や 8 条 1 項の考慮を求める「TRIPS 協定と公衆衛生に関する宣言」第 5 項が、ウィーン条約法条約 31 条 3 項(a)にいう「後にされた合意」に該当するという見解も示した¹⁶。これは実際の 20 条の解釈適用においても、上記 3(2)で述べた同条の判断枠組みの第 2 の要素（商標権に関する特別な要件が適用される理由）に関して、公衆衛生が公共政策上の関心として高い重要性を持つことの根拠として用いられている。そのことは、同条の判断枠組みの第 3 の要素（商標権者の正当な利益と商標権制約の社会的利益との比較衡量）が、前述のように、単に政策目的の実現に対する規制手段の効果の有無を問うだけのものになった、1 つの要因であるとも言えるかもしれない。こうした説示が今後の紛争事例においても踏襲されるとすれば、各種の柔軟性条項の下で 7 条や 8 条 1 項に明確な解釈上の重みを与えられ、公共政策目的で行われる知財権の制約が従来よりも正当化されやすくなる可能性がある。

¹⁵ Panel Report, *Canada — Pharmaceutical Patents*, supra note 9, para.7.26.

¹⁶ 「後にされた合意」は、必ずしも法的拘束力のある国際約束である必要はなく、特にコンセンサスで採択されたような非拘束的文書は、条約締約国の共通の理解を表すものとして、「後にされた合意」であると認定されることがあり得る。すでに過去の WTO 紛争事例においても、例えば米国—クローブシガレット事件 (DS406) 上級委は、2001 年ドーハ閣僚決定 (para.5.2) が、TBT 協定 2.12 条にいう「適当な期間 (reasonable interval)」に関する「後にされた合意」を構成すると述べ (Appellate Body Report, *United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, adopted 24 April 2012, paras.261-268)、また米国—マグロラベリング事件 (DS381) 上級委も、TBT 委員会の 2000 年決定が、TBT 協定 2.4 条にいう「関連する (relevant)」国際規格を同定するための基準を明らかにした「後にされた合意」であると述べている (Appellate Body Report, *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, adopted 13 June 2012, paras.371-372)。

もちろん、条約の実効的解釈の原則に従えば、7条や8条1項にも何らかの意味を与える必要はあり、本件パネルが採用した手法はその1つの具現化であると見ることもできる。しかし他方で、7条や8条1項の内容そのものは、知財権保護と他の社会的利益との間で適切なバランスが図られねばならないという基本精神を表したものであり、必ずしも公共政策目的の重要性のみを前面に出す趣旨ではない。この点、本件パネル判断における7条や8条1項の位置づけは、公衆衛生が、商標権の制約を正当化する重要な公共政策に当たることを裏付ける材料として捉えるものであり、やや一面的でバランスを欠いているように思われる。パネルが20条の解釈として提示した、3要素からなる判断枠組み自体は、知財権保護と他の社会的利益とを対等な関係で捉えており妥当であると言えるが、もしこの判断枠組みの中で7条や8条1項の規定が、公共政策目的の正当性・重要性を根拠づける要素としてのみ用いられるとすれば、それはTRIPS協定の本来の趣旨目的から大きく逸脱する結果となるであろう。公共政策目的としての公衆衛生の価値はもちろん否定しえないが、TRIPS協定の意義は、それと同等の価値を知財権保護の側にも認め、個別の事案の性格に応じて両者の間で合理的な調整を行わせる点にある。本件パネル判断が、今後の紛争事例において、7条や8条1項の意味合いに関する偏った理解へと発展していかないよう、十分な注意を払う必要がある¹⁷。

5. TBT 協定 2.2 条における消費抑制型規制の審査

(1) 全体的評価

本件において豪州の TPP 措置は、TBT 協定上の強制規格に該当するとされ、特に同協定 2.2 条との整合性が争点となった。TBT 協定をめぐる過去の紛争では、規制上の差別を禁止する 2.1 条の違反は比較的認定されやすい傾向があったのに対し、規制が必要以上に貿易制限的にならないよう求める 2.2 条に関しては、違反認定を得ることは極めて困難であった。本件においても結果的に 2.2 条違反は否定されており、無差別的な強制規格について TBT 協定違反を問うことの難しさが改めて示される形となった。

こうした状況の背景には、2.2 条の下で立証責任を負う申立国の側が、政策目的の達成に

¹⁷ このような社会的諸価値の間の調整に関わる問題は、TRIPS 協定に限らず、GATT20 条の一般例外条項をはじめとする WTO 協定の様々な規律に関して従来から顕在化してきたものである。これに関して本稿筆者は、自由貿易と他の社会的価値のいずれかを先験的に優位に置くような解釈手法を採るべきではなく、むしろ両者を「討議的」な関係と捉え、事案ごとに合理性・説得性の有無により優劣を判断していくことが WTO の社会的正統性を維持するうえで望ましいと考え、これを国際法における「立憲主義」的な思考様式として提示してきた。この点について詳しくは、伊藤一頼「国際経済法における価値調整問題と『持続可能な発展』概念」『世界法年報』38 号（2019 年）27-54 頁; Kazuyori Ito, “Fair is foul, and foul is fair: The mixed character of constitutionalism in the global economic governance,” in Takao Suami, Mattias Kumm, Anne Peters and Dimitri Vanoverbeke (eds.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives* (Cambridge University Press, 2018), pp.392-421 を参照されたい。

とって当該規制措置が「寄与しない」ことを立証する必要があり、かかる「不存在の証明」は一般的に言って難度が高いという事情がある。本件パネルは、TPP 措置により全ての喫煙者の行動に変化がもたらされるわけではなくとも、「少なくともいくらかの消費者が影響を受ける」ことが示されれば、政策目的の達成に「有意義な寄与をする見込みがある」と述べており、この程度の寄与すら存在しないことを立証するのは容易ではないだろう。

こうした 2.2 条に内在する一般的な立証上の困難に加え、本件では消費抑制型の規制措置に特有の性質が、同条違反の成立をさらに難しくする面があることが明らかになった。以下ではこの点を具体的に検討する。

(2) 政策目的の達成に対する寄与の度合い

本件の TPP 措置における政策目的は、人々が喫煙を開始しない（あるいは喫煙者が喫煙をやめる）よう誘導することによって、公衆衛生の向上を図る点にあった。しかし、ある規制措置が人間行動（本件では喫煙）を実際に変容させる見込みの有無については、人間行動が不確かな要素を多く含むことから、正確かつ客観的に予測することは一般に難しいと言える。このことは、規制が政策目的の達成に寄与する確実な証拠が乏しいという意味では、規制実施国（被申立国）の側に不利に働かう点でもあった。そこで豪州の TPP 措置では、タバコ製品の使用の減少という終局目的に加えて、そこに至る中間段階（タバコ製品の訴求力の低減、健康警告の実効性向上など）を法令上で明示的に設定し、パッケージ規制はまずそうした中間段階の達成に寄与するという体裁をとっている。これにより、人間行動の変化という不確かな事象を「寄与」の直接の対象とせず、より確実性のある要素から間接的に推論を積み上げることが可能になっており、2.2 条の下で違反認定を避けるうえでは賢明な手法であると言えるだろう。もっとも、これは同条における審査の構造を被申立国が意図的に操作しうることを意味し、規律の潜脱につながる恐れもある。したがって、仮に被申立国が規制措置の中でこうした目的構造を設定していたとしても、WTO の審査においては、あくまでも最終的な政策目的に対する寄与度を分析すべきであるとの批判もあり得よう。

なお、本件 TPP 措置のように、長期的なスパンで政策目的への寄与の有無が問題となる措置については、WTO 提訴のタイミングを慎重に考える必要がある。本件では、措置の実施からパネル審理までさほど期間が経過していなかったため、措置導入後のデータ（これには申立国側にとって有利な内容も含まれていた）に決定的な証拠的価値が与えられないことになった。一般に、消費抑制を目的としたパッケージ規制を導入した場合、ブランドイメージ等による商品間の差別化が働かなくなることで、高価格帯商品から低価格帯商品への乗換え（downtrading）が生じ、これを介してむしろ規制導入前よりも消費量が増加することがあり、豪州でもこれが発生していた可能性がある。したがって、申立国側としては、こうしたデータの蓄積を待って、政策目的への寄与の乏しさを主張することが 1 つの有力な方策になり得るだろう。

(3) 代替措置の有無

TBT 協定 2.2 条の審査枠組みに従えば、TPP 措置と同等の効果を持ち、かつより貿易制限的でない代替措置が存在する場合には、TPP 措置は政策目的の達成にとって必要である以上の規制であるとして違反が認定される。この点、本件パネルでは、もし代替措置が TPP 措置と同等の効果を発揮しうるのであれば、タバコの消費量が減り、必然的に輸入量も減少するため、TPP 措置と少なくとも同程度に貿易制限的であることになると判断された。この背景には、豪州のタバコ市場が全て輸入産品で占められており、消費量の減少は全て輸入量の減少という形で現れるという事情もあったと考えられる¹⁸。しかし、そうした市場構造が存在しない場合であっても、代替措置による消費量の抑制が、輸入産品と国内産品に対して不均衡に働くといった要因がない限りは、やはり代替措置は係争措置と同程度の貿易制限をもたらすことになる。こうした見方に従えば、一般に、規制措置における「適切な保護水準 (ALOP)」の内容が「消費量そのものの低減」に設定されている場合には、より貿易制限的でない代替措置は原則として存在せず、2.2 条違反は認定されえないという結果になり得る。これは、消費抑制型の規制と代替措置に関する審査枠組みとの間にある種の齟齬が生じていることを意味しており、こうしたケースにおいては、代替措置の審査方法に何らかの修正を加えることも検討されてよいだろう。

¹⁸ 豪州では 2016 年までに全てのタバコ製品が輸入品になった。豪州のタバコ卸売市場の 80% を占める 3 社も外国支配の多国籍企業である。Kristy Buzard and Tania Voon, “How Trade-Restrictive Is Standardized Packaging? Economic and Legal Implications of the WTO Panel Reports in *Australia–Tobacco Plain Packaging*,” *World Trade Review*, Vol.19, No.2 (2020), p.268.