

豪州一タバコ製品の包装に関する規制に関する措置（DS435, DS441, DS458, DS467）

1. 事案の概要

- オーストラリアが 2011 年に導入したタバコのいわゆるプレーン・パッケージ規制（TPP 措置）について、ホンジュラス、ドミニカ共和国、キューバ、インドネシアが申し立てた事案。
- 本件では、TPP 措置によってタバコの包装や商標使用に制限を加えることの WTO 協定整合性等が争われた（2018 年 6 月 28 日にパネル報告書配布。申立国のうちホンジュラス及びドミニカ共和国が上訴中）。

2. 主要論点と結論

- ① TPP 措置は TBT 協定第 2.2 条に違反するか。本件パネルは、TPP 措置が TBT 協定附属書 1.1 の意味での強制規格であり、また貿易制限性を有することも認めたが、TPP 措置が正当な目的を達成することに貢献していること、正当な目的が達成できないことによって生ずる危険性が重大であること、より貿易制限的でない利用可能な代替措置が存在しないことを理由に、同条違反を認定しなかった。（パネル報告書パラ 7.1724-1732）
- ② TPP 措置は商標に係る TRIPS 協定規定及び TRIPS 協定第 2.1 条で取り込まれたパリ条約規定に違反するか。本件パネルはいずれの違反も認めなかった。特に問題となったのは TPP 措置の商標に係る要件の TRIPS 協定第 20 条適合性である。本件パネルは、TPP 措置の商標に係る要件が「特別な条件」を構成しかつ「商標の商業上の使用」を「妨げ」と認めつつも、同措置が加盟国によって重要性を認められている公衆の健康の保護のために採用されたものであることなどから商標の商業上の使用を「不当に」妨げているとは言えないとして、同条違反を認定しなかった。（パネル報告パラ 7.2606）
- ③ TPP 措置は GATT 第 9.4 条に違反するか。本件パネルは、GATT 第 9.4 条は原産地表示要件に係る法令を対象としているところ、原産地表示を行うこと自体を制限していない TPP 措置は同条に定められる「輸入製品の表示に関する締約国の法令」には該当せず、また仮にそのような法令に該当するとしても輸入タバコ製品の「価値を実質的に減ずる」とは言えないとして、同条違反を認定しなかった。（パネル報告パラ 7.3069）

3. 本件判断の意義

- 本件では公衆衛生措置の WTO 協定適合性が争われ、また WTO 紛争処理と同時に投資仲裁が並行して申し立てられたこともあり非常に注目を集めたが、WTO 協定に違反しないとの結論が一応出されたことに意義がある。
- TBT 協定第 2 条 2 項の解釈基準について新規性はないが、プレーン・パッケージ規制の目的貢献度や貿易制限性について詳細な事実認定が行われたことは注目される。
- TRIPS 協定第 20 条について一応の解釈基準を示したことに意義がある。

豪州一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(WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R)

申立国：ホンジュラス(DS435)、ドミニカ共和国(DS441)、キューバ(DS458)、インドネシア(DS467)

被申立国：豪州

福永有夏（早稲田大学）

I. 事実の概要

本件で対象とされた **TPP 措置**(TPP measures)は以下の法令で構成される(paras.2.2-.5)。

- a. TPP 法 (the Tobacco Plain Packaging Act 2011 (Cth) (TPP Act))
- b. TPP 規則 (the Tobacco Plain Packaging Regulations 2011 (Cth), as amended by the Tobacco Plain Packaging Amendment Regulation 2012 (No.1) (Cth))
- c. TMA 法 (the Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Act 2011 (Cth) (TMA Act))

豪州では、2008年に National Preventative Health Taskforce (NPHT)と Tobacco Working Group (TWG)が設立され、2009年には NPHT により複数の措置を勧告するディスカッション・ペーパー及び 11 の「重要分野(key action areas)」を特定する最終レポートが公表された(paras.2.6-.7)。これらを踏まえて豪州政府はプレーン・パッケージ規制を含む 4 つの措置を公表した(para.2.8)。2011年11月 TPP 法と TMA 法が制定され、2011年12月 TPP 規則が採択された(2012年3月改正)(para.2.9)。

TPP 法第3条は、同法の目的が喫煙者の減少、禁煙の奨励により公衆衛生を改善するとともに、世界保健機関(WHO)タバコ規制枠組条約(Framework Convention on Tobacco Control: **FCCTC**)に基づく豪州の義務を実施することにあると定めている(paras.2.15-.16)。TPP 法第18条から第25条及び TPP 規則の関連規定は、小売りパッケージに関する要件を定めている(paras.2.17-.32) (詳しくは para.2.32 参照)。TPP 法第26条、第27条及び TPP 規則の関連規定は、タバコの形状(appearance)に関する要件を定めている(paras.2.33-.38)(詳しくは para.2.38 参照)。TPP 法第28条及び TPP 規則の関連規定は商標の保護について定めている(paras.2.39-.40)。TPP 法第3章は、民事的刑事的制裁について定めている(paras.2.41-.42)。TPP 法第10条は他の関連法との関係について定めている(paras.2.43-.44)。2011年12月に発効した TMA 法は、TPP 法と商標法の関係に関する問題に対処するために定められた(paras.2.45-.48)。

2009年4月、Department of Health and Ageing (DHA)は Office of Best Practice Regulation にタバコ規制法(Tobacco Control Act)に関する Regulation Impact Statement (RIS)草案を、2010年4月にプレーン・パッケージ規制に関する第2回 RIS 草案を提出したが、Best Practice Regulation 要件を満たしていないと判断され、規制実施後 Post-Implementation Review(PIR)を行うことを求められた(para.2.50)。2016年2月、DHA は TPP 措置に関する PIR を完了した(para.2.51)。

本件の対象措置のほかにも、様々なタバコ規制措置が導入されている(paras.2.52-.73)。

TMA 法は、商標の定義（第 17 条）・登録・権利者の権利（第 20 条）、地理的表示の定義、証明商標 (certification trademarks) の定義・登録・権利者の権利について定めている (paras.2.75-.88)。商標及び地理的表示の保護は、豪州のその他の法令にも定められている (paras.2.89-.93)。

FCTC は、WHO の世界保健総会(World Health Assembly: WHA)において交渉が始められ、2003 年 5 月に採択され、2005 年 2 月に発効した(paras.2.96-.97)。FCTC の統治機関は締約国会議(COP)であり、事務局が補佐している(paras.2.98-.99)。FCTC の目的は第 3 条に、一般的な義務は第 5 条に定められ、包装及びラベル(packaging and labelling)については第 11 条、広告、販売促進及び後援(advertising, promotion, and sponsorship)については第 13 条に定められている(paras.2.100-.105)。2008 年 11 月、FCTC に基づき FCTC COP は FCTC 第 11 条と第 13 条のそれぞれについてガイドラインを採択し、その中でプレーン・パッケージについても定めた(paras.2.107-.109)。FCTC は、第 2 条 1 項、第 15 条 2 項などにおいて、他の国際的な合意や機関との関係を定めている(paras.2.110-.112)。

II. 手続の時系列

- 2012 年 4 月 4 日 協議要請(DS435)
- 2012 年 7 月 18 日 協議要請(DS441)
- 2013 年 5 月 3 日 協議要請(DS458)
- 2013 年 9 月 20 日 協議要請(DS467)
- 2012 年 10 月 15 日 パネル設置要請(DS435)
- 2012 年 11 月 9 日 パネル設置要請(DS441)
- 2014 年 4 月 4 日 パネル設置要請(DS458)
- 2014 年 3 月 3 日 パネル設置要請(DS467)
- 2013 年 9 月 25 日 パネル設置(DS435)
- 2014 年 4 月 25 日 パネル設置(DS441)
- 2014 年 4 月 25 日 パネル設置(DS458)
- 2014 年 3 月 26 日 パネル設置(DS467)
- 2018 年 6 月 28 日 パネル報告全加盟国配布(DS435, DS441, DS458, DS467)
- 2018 年 7 月 25 日 上級委員会上訴(DS435)
- 2018 年 8 月 23 日 上級委員会上訴(DS441)
- 2018 年 8 月 27 日 パネル報告採択(DS458, DS467)

III. パネル報告要旨

A. 先決事項

1. パネルの付託事項に関する先決的決定(Sec.1.6.2, p.67)

パネル設置要請の DSU 第 6 条 2 項適合性に関する豪州の先決的決定の要請はすべて退け

られた(paras.1.33-40)。

2. 「高度に秘密性が高い情報(strictly confidential information: SCI)」に関する検討手続(Sec.1.6.3, p.68)

パネルは当事国の要請に基づき「高度に秘密性が高い情報」の保護に関する追加的検討手続を DSU 第 12 条 1 項に沿って採択することに合意した(para.1.41)。

3. 第三国の追加的権利の要請(Sec.1.6.4, p.68)

パネルは要請に基づき第三国に追加的権利を与えることを決定した(paras.1.42-.45)。

4. アミカス・キュリエ書面(Sec.1.6.5, p.68)

パネルはアミカス・キュリエ書面を受領した(paras.1.46-49)。当事国の一部も添付資料としてアミカス・キュリエ書面を提出した(para.1.50)。

5. DS434 手続の停止とパネル「根拠(authority)」の失効(Sec.1.6.6, p.70)

2015 年 6 月 2 日、申立国ウクライナの要請に基づきパネルは DS434 の手続を停止し、2016 年 5 月 30 日、DSU 第 12 条 12 項に基づきパネル設置の根拠は失われた(paras.1.51-.54)。

6. DSU 第 13 条に基づく情報要請(Sec.1.6.7, p.71)

パネルは DSU 第 13 条に基づき、WHO 及び FCTC 事務局に対して FCTC 第 11 条及び第 13 条のガイドラインに関する情報を、世界知的所有権機関(WIPO)に対してパリ条約に関する情報を要請した(paras.1.58-.65)。

また当事国からの要請に基づき関係の当事国からデータが提出された(paras.1.66-.109)。

7. 第 2 回パネル会合後に提出された証拠及び論拠(Sec.1.6.8, p.83)

申立国の要請に基づき、第 2 回パネル会合後に被申立国から提出された書面について関係の当事国から情報及びコメントが提出された(paras.1.110-.115)。

B. 実体事項

1. 検討の順序(Sec.7.1, p.138)

「より具体的で詳細な(the more specific and detailed)」定めのある WTO 協定に基づく申立てを「類似するより一般的な規定(a similar more general provision)」のある WTO 協定に基づく申立てよりも先に検討すべきというのは確立しており、本件では GATT に基づく申立ての前に TBT 協定に基づく申立てを検討する(paras.7.5-.6)。この段階では TPP 措置の商標に係る部分が TBT 協定第 2 条 2 項の適用対象となるのかは判断しない(para.7.7)。申立国は対象措置の同じ側面について同じ証拠に基づき TBT 協定第 2 条 2 項及び TRIPS 協定第 20 条の双方についての申立てを行っていることから、まず当該証拠について、TBT 協定第 2 条 2 項に基づく申立てを検討し、次に TRIPS 協定第 20 条に基づく申立てを検討する

(paras.7.8-11)。その後 TRIPS 協定のその他の規定に基づく申立てを検討し、そのうえで GATT に基づく申立てを検討する(paras.7.12-13)。

2. TBT 協定第 2 条 2 項(Sec.7.2, p.140)

(1) パネルの全体的アプローチ(Sec.7.2.2, p.142)

TPP 措置の TBT 協定第 2 条 2 項適合性を判断するためには、まずは TBT 協定が知的財産権関連措置に適用されるかを判断し、次に TPP 措置が TBT 協定に定義される「強制規格」に相当するかを判断しなければならない(paras.7.28-29)。

TPP 措置が「強制規格」に相当するならば、TBT 協定第 2 条 2 項との適合性が問題となる(para.7.29)。強制規格の TBT 協定第 2 条 2 項との適合性の評価は、3 つの要素（「措置が正当な目的の達成に貢献する程度(the degree of contribution made by the measure to the legitimate objective at issue)」、「措置の貿易制限性(the trade restrictiveness of the measure)」、「問題となっている危険の性質や目的が達成されなかった場合に生じうる帰結の深刻度(the nature of the risks at issue and the gravity of consequences that would arise from non-fulfilment of the objective(s) pursued by the Member through the measure)」の「関係分析(relational analysis)」を必要とする(paras.7.30-31)。これらの 3 要素は、措置が必要以上に貿易制限的かを判断するためほとんどの場合必要となる「比較分析(comparative analysis)」においても考慮される(para.7.32)。関連してオーストラリアは、TPP 措置は FCTC 第 11 条及び第 13 条のガイドラインに沿って採択された措置であることから、TBT 協定第 2 条 5 項により「関係分析」を行うまでもなく「貿易制限的」とは言えないと主張している(para.7.34)。これについて TBT 協定第 2 条 5 項は、TBT 協定第 2 条 2 項に「明示的に示された」「正当な目的の」「いずれか」のため「立案され、制定され又は適用され」(prepared, adopted or applied for one of the legitimate objectives explicitly mentioned) かつ「関連する国際規格に適合している(in accordance with relevant international standards)」強制規格については、「国際貿易に対する不必要な障害をもたらさない(not to create an unnecessary obstacle to international trade)」との「反証可能な(rebuttable)」推定が行われると定めており、TBT 協定第 2 条 2 項と密接な関連性(close nexus)がある(paras.7.38-40)。また、TBT 協定第 2 条 2 項は、第 1 文で「国際貿易に対する不必要な障害(unnecessary obstacles to trade)」をもたらさないことを求め、これを第 2 文において「必要である以上に貿易制限的」であってはならないと「限定的かつ詳細に(qualifies and elaborates on)」定めていることから、TBT 協定第 2 条 5 項の「反証可能な推定」が行われるか否かは、TBT 協定第 2 条 2 項の分析に直接的な影響を与えられ(paras.7.40-41)。以上より、本件パネルは TPP 措置について TBT 協定第 2 条 5 項の「反証可能な推定」が行われるかを検討し、その TBT 協定第 2 条 2 項に係る分析に与える影響について検討する(paras.7.43-44)。

TBT 協定第 2 条 5 項の「反証可能な推定」が行われない場合には、TBT 協定第 2 条 2 項に基づき「関係分析」と「比較分析」を行う(para.7.45)。

(2) 商標関連措置への TBT 協定適用可能性(Sec.7.2.3, p.147)

豪州は、商標関連措置へは TBT 協定は適用されないと主張している(paras.7.47-.51)。

しかし上級委員会が指摘している通り、WTO 設立協定第 2 条 2 項により WTO 協定 (附属書 1、2、3) は「累積的かつ同時に適用(cumulative and concurrent application)」され、一つの措置が複数の WTO 協定の対象となることも可能である(paras.7.76-84)。また、ある協定が他の協定より「具体的(specific)」であることは検討の順序に影響を及ぼすことはあっても、より一般的な他の協定の適用を排除するわけではない(paras.7.85-.87)。以上より、TBT 協定と TRIPS 協定は同じ措置に同時かつ累積的に適用され、かつ両者は「調和的に解釈すべき(should be interpreted harmoniously)」ことを認める(para.7.88)。ただし、異なる協定の適用が抵触を生じることがあり得、特に附属書 1 A と附属書 1 B 又は附属書 1 C との抵触に関する明文の規定がないため、これらの附属書の関係は様々な要素を考慮しながら検討しなければならない(paras.7.89-92)。さらにこれまでの事件では、抵触は狭く解されていたことに留意する(paras.7.93-94)。本件について、TRIPS 協定第 20 条と TBT 協定第 2 条 2 項はいずれもある措置を「認めない(disallow)」規定であり、「実質的な矛盾(substantive contradiction)」又は「相互排他的(mutually exclusive)」な関係にはない(para.7.96)。豪州は商標関連措置へ TBT 協定を適用することにより TRIPS 協定第 20 条で認められている柔軟性が損なわれると主張しているが、TBT 協定第 2 条 2 項の「必要性(necessity)」テストと TRIPS 協定第 20 条の「正当化可能性(justifiability)」テストのどちらがより厳格か一概には判断できないし、両者の適用が抵触を生むとは認められない(paras.7.97-.102)。また、TBT 協定と TRIPS 協定とが補完的な目的を追求していることにも留意する(paras.7.103-.105)。

以上より、TBT 協定と TRIPS 協定は累積的かつ同時に適用され得る(para.7.106)。

(3) TPP 措置が TBT 協定附属書 1.1 の意味での強制規格を構成するか (Sec.7.2.4, p.163)

i. 「特定可能な産品又は産品群(an identifiable product or group of products)」に適用されるか(Sec.7.2.4.1, p.164)

TPP 法及び TPP 規則はタバコ製品に適用されることを明記しており、TMA 法は適用される産品を明記していないものの、起草過程などからタバコ製品への適用が意図されていることが示唆され、したがって同じ産品群 (タバコ製品) に適用されるといえる(paras.7.117-.128)。

ii. TPP 措置が「1 又は 2 以上の産品の特性を規定(lay down one or more product characteristics)」しているか(Sec.7.2.4.2, p.168)

TPP 措置はタバコ製品そのものの外観及びそのパッケージについて定めることで物理的的特性を規定している(paras.7.136-.143)。また TPP 措置は附属書 1.1 第 2 文の「専門用語、記号、包装又は証票若しくはラベル等による表示に関する要件(terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements)」を定めているといえる(paras.7.144-.145)。関連して、豪州は記号が産品の「本質的な特性(intrinsic characteristic)」についての情報を提供しているかどうかを問題としているが、第 2 文は第 1 文に「追加して(additional to)」あるいは第 1 文とは

「異なる(distinct from)」要素を定めており、また「特性(characteristics)」には産品そのものの特徴や性質のみならず産品の「特定的手段(means of identification)」なども含まれる(paras.7.146-.149)。また、措置が商標に関連しているからといってラベリング要件ではなくなるわけではないし、知的財産権で保護されている要素を明示的に排除する規定もない(paras.7.150-.156)。以上より、TPP 法及び TPP 規則は産品の特性を規定している(paras.7.157-.158)。

他方で、TMA 法は産品の特性を規定しているとは言えない(para.7.159)。

iii. TPP 措置の遵守は義務的(mandatory)か(Sec.7.2.4.3, p.177)

TPP 法及び TPP 規則は、その用語や執行メカニズムから、遵守が義務付けられていると認められる(paras.7.162-.169)。TMA 法はそれ自体遵守が義務付けられているとは言えない(para.7.170)。

以上より、TPP 法と TPP 規則はそれぞれ強制規格の 3 要件を満たす一方、TMA 法は単独では強制規格とは言えないが、TMA 法は TPP 法や TPP 規則と関連して適用される「適用可能な管理規定(applicable administrative provisions)」に相当し、したがって TPP 措置全体として TBT 協定附属書 1.1 の意味での「強制規格」に該当する(paras.7.171-.182)。

(4) TPP 措置が TBT 協定第 2 条 2 項の意味で「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(more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective)」か(Sec.7.2.5, p.182)

i. TPP 措置は「正当な目的」を追求するか(Sec.7.2.5.1, p.184)

① TPP 措置の目的(Sec.7.2.5.1.1, p.185)

ここでは TPP 措置の「目的(objective)」を特定するが、目的の特定と目的達成の「程度(level, degree)」や目的達成の「方法(how)」とは区別しなければならないことに留意する(paras.7.195-.198)。

TPP 措置の目的が「オーストラリアにおけるタバコ製品使用との関連での公衆衛生の保護(protection of public health in relation to the use of tobacco products in Australia)」にあることには争いはない(para.7.213)。しかし、申立国が措置の目的を「喫煙普及率(smoking prevalence)を減らすことによって」公衆衛生を改善することにあるとみなしている一方で、被申立国はタバコ製品の魅力を減じ、警告表示の実効性を高め、包装が誤解を招かないようにすることによって喫煙率を減らすことが目的であると主張している(para.7.214)。これについて TPP 法第 3 条は、「公衆衛生を改善する(improve public health)」ことと「FCTC 上の義務を実施する(give effect to certain obligations in the Convention on Tobacco Control)」ことが目的であると定めている(paras.7.217-.218)。前者について、TPP 措置の目的は単に喫煙普及率を減らすことにとどまらないとの被申立国の主張には理解するが、TBT 協定第 2 条 2 項の意味での「目的」は被申立国の主張しているような「具体的な目的(specific objectives)」をも含むとは考えられず、被申立国の主張している「具体的な目的」は「手段(means)」又は「メカニズム(mechanisms)」とみなすべきもので、(後の分析においては考慮されるものの)目的とはみ

なされない(paras.7.220-230)。以上より、TPP 措置の目的の一つは「タバコ製品の使用やタバコ製品にさらされる機会を減らすことによって公衆衛生を改善すること(to improve public health by reducing the use of, and exposure to, tobacco products)」にあると判断する(para.7.232)。後者についても、FCTC 上の義務を実施するとの被申立国の意図は、タバコ製品の使用やタバコ製品にさらされる機会を減らすことによって公衆衛生を改善するという目的に直接関係していることから、独立の目的としてではなく、前者と同様の目的とみなす(paras.7.233-244)。

②TPP 措置の目的が TBT 協定第 2 条 2 項の意味での「正当な目的」か(Sec.7.2.5.1.2, p.195)

TBT 協定第 2 条 2 項に列挙される「人の健康若しくは安全の保護(protection of human health or safety)」には健康上のリスクを取り除いたり減らすことも含まれ、したがってタバコ製品の使用やタバコ製品にさらされる機会を減らすことによって公衆衛生を改善するという目的は TBT 協定第 2 条 2 項の意味で「正当な目的」である(paras.7.245-251)。また TPP 措置は TBT 協定第 2 条 5 項の意味で「2.2 の規定に明示的に示されたいずれかの正当な目的のため立案され、制定され又は適用され」ている (para.7.252)。

ii. TPP 措置が TBT 協定第 2 条 5 項の意味で「関連する国際規格に適合している」か(Sec.7.2.5.2, p.197)

パネルはまず、FCTC 第 11 条及び第 13 条のガイドラインが「関連する国際規格」に該当するかを検討し、該当していると判断する場合には TPP 措置が当該国際規格に「適合している」かを検討する(para.7.263)。

FCTC 第 11 条及び第 13 条のガイドラインが「関連する国際規格」に該当するかを判断するためには、まず「関連する国際規格」とは何かを検討し、次に FCTC 第 11 条及び第 13 条のガイドラインがこれに該当するかを検討しなければならない(para.7.264)。

「関連する国際規格」の意味について、TBT 協定第 2 条 4 項と第 2 条 5 項の「関連する国際規格」は同じ意味を有するとも解されるが、加盟国の義務を定めている前者が「仕上がりが目前である」「関連する国際規格」も対象としているという点で対象が広い一方、加盟国の「特権(privilege)」を定める後者は「関連する国際規格に適合している」ことすなわち措置と関連する国際規格との「より密接又は高度な一致(closer or higher degree of correspondence)」を求めているという文脈の相違を考慮に入れなければならない(paras.7.270-275)。

「国際規格」について、TBT 協定附属書 1.2 及び注釈と *US-Tuna II* などにおける上級委員会報告から、「規格」とは「認められた機関が承認した(approved by a recognized body)」「文書(document)」であって、「規則(rules)」、「指針(guidelines)」又は「特性(characteristics)」を規定し、「産品(products)」又は「関連の生産工程若しくは生産方法(related processes and production methods)」について、「一般的及び反復的な使用のため(for common and repeated use)」、「遵守(compliance)」が「義務付けられていない(not mandatory)」ものであり、これが「国際標準化機関(international standardizing body)」、すなわち「標準化について認められた活動を行いかつすべての加盟国の関連機関が加盟できる機関(one that has recognized activities in

standardization and whose membership is open to the relevant bodies of at least all Members)」によって採択されたときに「国際的」と認められる(paras.7.279-.288)。

FCTC 第 11 条及び第 13 条のガイドラインが「国際規格」に該当するかを検討する。まず、「文書」について、本件において何が「文書」を構成するかを特定することは、後に本件措置と「国際規格」との適合性を判断するための「比較評価(comparative assessment)」を行う際に必要となることに留意する(paras.7.291-.297)。オーストラリアは、FCTC 第 11 条及び第 13 条のガイドラインの 3 つのパラグラフをオーストラリアが「主として依拠する(relies primarily)」ものとして、その他のいくつかのパラグラフを「関連する(relevant)」「その他の要素(other elements)」又は「側面(aspects)」として挙げているが、「これらの勧告は第 11 条及び第 13 条のガイドラインやその他のガイドラインのみならず FCTC 自体が勧告している相互に関連するより広いタバコ規制措置及び政策の一部として理解すべきものであり(these recommendations can only be fully understood as part of a broader set of inter-related tobacco control measures and policies. This, in our view, includes not only those measures and policies recommended under the Article 11 and Article 13 FCTC Guidelines and other Guidelines (among which is "plain packaging"), but also those mandated under the FCTC itself)」、TPP 措置が「主として依拠している」とされるパラグラフのみを「独立に又は別個に(can [not] be read independently of, or separately from)」「文書」として特定することはできない(paras.7.304-.330)。「特定可能な(identifiable)」「文書」がなければ「比較評価」を行うことができない(para.7.331)。

また、「規則」や「指針」について、文書が「ある程度の規範的内容(certain degree of normative content)」を含んでいなければならないが、柔軟性のある文書も含まれると解され、また「特性」については TBT 協定付属書 1.1 の「特性」と同様に解されるどころ、FCTC 第 11 条及び第 13 条のガイドラインにはタバコ製品の「プレーン・パッケージ」として推奨される特性が定められているといえるが、その「規定ぶりには差がある(in different terms and in different levels of detail)」ことに留意する(paras.7.335-.347)。

「一般的及び反復的な使用のため」について、「所与の文脈で適切な規制度を達成するという目的の下(with the aim of achieving the optimum degree of order in a given context)」「問題となるすべての者又は事に同様にかつ頻繁に共有されるという特定の目的を意図している(is intended or designed for the specific purpose of being frequently shared alike by all persons or things in question)」と解されるどころ、FCTC 第 11 条及び第 13 条のガイドラインは上述したように規定ぶりに差があり、「一般的及び反復的な使用のため」のものとは言えない(paras.7.360-.371, 7.384-.389)。

「遵守」が「義務付けられていない」かについて、「べき(should)」という用語や「勧告(recommendation)」という形式から、遵守は義務付けられていないといえる(paras.7.392-.395)。

以上より、FCTC 第 11 条及び第 13 条のガイドラインは「規格」とは言えない(paras.7.396-.397)。

規格の「国際的」性質については検討する必要がない(paras.7.399-.400)。

TBT 協定第 2 条 5 項についての反証可能な推定は成立しない(para.7.402)。

ただし、上記の認定は、FCTC の別の文脈 (TBT 協定第 2 条 2 項適合性) における関連性

を否定するものではない(paras.7.403-405)。この点 WTO 紛争処理においては「非 WTO 国際文書(non-WTO international instruments)」が「事実に関する証拠(evidence of fact)」や「対象協定の特定の規定の解釈を明らかにするため(to inform the interpretation of specific provisions under a covered agreement)」のものとして言及されており、特に FCTC に言及されたこともある(paras.7.412-415)。また本手続において FCTC は被申立国のみならず申立国の一部によっても引用されており、本件措置の理解のために用いることができる(para.7.416)。

被申立国が指摘する措置の目的達成への貢献度と貿易への影響との密接な関係に鑑み(タバコの輸入依存度から、タバコの使用が減るということは必然的にタバコの輸入の減少につながる)、まず措置の目的達成の貢献度を検討し、次に貿易制限性を、その後目的が達成されない場合のリスクの性質と重大さについて検討する(paras.7.419-421)。

iii. TPP 措置の目的達成の貢献度(Sec.7.2.5.3, p.253)

①パネルのアプローチと分析の構造(Sec.7.2.5.3.3, p.267)

パネルのアプローチについて、パネルは「実際の貢献度(actual contribution)」を判断しなければならず、そのために措置の「設計、構造、働き(design, structure, and operation)」のみならず措置の適用に関する証拠も検討する必要がある、措置のメカニズム(タバコ製品の魅力を減じ、警告表示の実効性を高め、包装が誤解を招かないようにする)の「『直接的な』結果(“proximate” outcomes)」のみならず、措置実施後の喫煙行動やタバコ製品使用に与える「『最終的な』結果(“distal” outcomes)」に関する証拠もこの段階では排除されず、特定の証拠にどの程度の「重要性(relative weight)」が認められるかはそれぞれの証拠の「性質や質(nature and quality)」や争点についての「証拠価値(probative value)」によって異なる(paras.7.483-500)。また、基本的にはタバコ製品一般について検討するが、必要に応じて特定のタイプのタバコ製品特有の関連証拠について検討する(paras.7.501-505)。最後に、被申立国が用いているその他のタバコ規制措置についても考慮する(para.7.506)。

②データへのアクセスと証拠の証拠価値(Sec.7.2.5.3.4, p.274)

ある種の証拠に関するデータへのアクセスや証拠価値について、一部の出版物の基礎となっているデータを入手できないからといってその出版物が証拠として認められなくなるわけではないし、パネルの役割は科学的な決定を行うことではなく DSB が紛争を解決することを補佐し客観的な評価を行うことにあり、その限度で証拠を評価することが求められるにとどまる(paras.7.509-517)。

③措置の設計、構造、働き(Sec.7.2.5.3.5, p.276)

TPP 措置の「設計、構造、働き」について、申立国は主として TPP 措置実施前に行われた「直接的な」結果に関する調査に依拠して主張を行っている(paras.7.522-524)。申立国が問題としている文献の中には被申立国が本手続において依拠しているものもあればそうでないものもあり、また被申立国が依拠している文献すべてが含まれているわけでもない(para.7.540)。

申立国は、TPP 措置に関する文献が客観性を欠く(TPP 措置導入発表の後公表されている、プレーン・パッケージの支持に偏っている、研究者が少ない)と主張しているが、根拠がない(paras.7.543-551)。申立国はまた、TPP 措置に関する文献が「非行動的な(non-

behavioural) 結果（「直近の」結果）に焦点を当てる一方喫煙行動に与える行動を対象としていないことを批判しているが、行動に与える影響を調査するべきであったとはいえそのような調査を措置の実施前に行うことは難しく、そのような調査が行われなかったからといってこれらの文献の証拠価値が根本的に損なわれるわけではない(paras.7.552-.562)。ただし、TPP 措置の貢献度を評価する際に、直近の結果について評価すれば十分というわけではない(paras.7.563-.564)。申立国はさらに、本パネル手続のために委託執筆された 3 つの専門家報告書に依拠しながら、TPP 措置に関する文献が方法論的正確さに関する基準を満たしていないと主張しているが、これらの文献は問題がないとは言えないものの、証拠価値を失わせるような問題ではない(paras.7.565-.638)。以上より、プレーン・パッケージの効果（「直近の」結果）を支持する TPP 措置に関する文献が存在することを認める(paras.7.639-.642)。その他の証拠についても後に検討することとする(paras.7.643-.644)。

a. 第 1 のメカニズム：プレーン・パッケージがタバコ製品の消費者に対する魅力に与える影響(Sec.7.2.5.3.5.2, p.312)

タバコのパッケージは消費者への伝達手段や販売促進及び広告の手段として用いられており、これを否定する申立国の主張は認められない(paras.7.654-.663)。この認定は FCTC 第 13 条ガイドラインとも合致する(paras.7.664-.665)。TPP 措置実施前の研究において、プレーン・パッケージがタバコ製品の消費者に対する魅力を減じることが支持されている(paras.7.667-.682)。措置実施後に関する証拠については後に検討する(para.7.683)。

タバコ製品の魅力が減じることで消費者の行動が変化するかについて検討する。まず「喫煙の開始(smoking initiation)」には様々な要因があるが、タバコのパッケージを通じた肯定的なイメージやメッセージは特に若年層に影響を与え、タバコに対する「一次需要(primary demand)」を喚起する効果があると認められる(paras.7.703-.755)。また「卒煙や喫煙の再開(smoking cessation and relapse)」について、ブランドが表示されたパッケージは「喫煙を引き起こす可能性を高めると考えられ(may increase contingency of the package and smoking)」、したがってプレーン・パッケージが卒煙や喫煙の再開に影響を与えないとする申立国の主張は認められない(paras.7.757-.884)。以上より、プレーン・パッケージは、タバコ製品の魅力を減じることによって、喫煙に関する行動に影響を与え得ると結論する(para.7.778)。措置実施後に関する証拠については後に検討する(para.7.779)。

b. 第 2 のメカニズム：TPP 措置が健康に関する警告絵表示(GHWs)に与える影響(Sec.7.2.5.3.5.3, p.352)

GHWs の実効性は FCTC ガイドラインによっても認められているが、ここで検討すべき問題は、TPP 措置によって GHWs の実効性が高まるかである(paras.7.797-.801, 7.804-.810)。この点 TPP 措置実施前の研究において、プレーン・パッケージが GHWs の実効性を高めることが支持されている(paras.7.813-.826)。また、GHWs の実効性が高まることによって消費者のリスクについての知識や意識が高まっていると認められ、これを否定する申立国の主張は認められない(paras.7.828-.845)。さらに、GHWs の実効性が高まり知識や意識が高まることによって喫煙行動には影響がないとの申立国の主張も認められない(paras.7.849-.867)。措置実施後に関する証拠については後に検討する(para.7.870)。

c. 第 3 のメカニズム：包装によって喫煙の害について消費者に誤解を招く危険性の減少(Sec.7.2.5.3.5.4, p.377)

ここではプレーン・パッケージが喫煙の害についての誤解を招く危険性を減少させるか、特に被申立国に同趣旨の法制度（消費者法）がすでに存在していることから、TPP 措置によって危険性がさらに減少し得るかについて検討する(paras.7.892-.894)。まず、豪州が言及している様々な調査を踏まえると、TPP 措置が「その設計上(by their design)」喫煙の害について消費者に誤解を招く危険性を減少させることができないとの申立国の主張は認められない(paras.7.896-.904)。また、TPP 措置は既存の法制度の「規制の穴(regulatory gaps)」を埋める効果があると考えられ、TPP 措置は既存の法制度以上には誤解の危険性を減少させないとの申立国の主張は認められない(paras.7.905-.917)。さらに、誤解の危険性が減少しても喫煙行動には影響はないとする申立国の主張も認められない(paras.7.918-.926)。措置実施後に関する証拠については後に検討する(para.7.928)。

以上より、TPP 措置が目的達成に貢献していないとの申立国の主張は認められない(paras.7.929-.931)。

措置の適用に関する証拠について、パネルに提出された TPP 措置発効の 2012 年 12 月から 2015 年 9 月に至る証拠について検討しなければならず、特に長期的にしか効果が現れない場合もあることや、直接的な結果のみならず長期的な結果や喫煙行動に関する証拠を検討すべきことに留意する(paras.7.932-.944)。TPP 措置の直接的な結果について、限定的な効果しか現れていないものもあるが、全体としては想定された効果を生み出しており、またそれが喫煙行動にも影響を与えていると言える(paras.7.945-.986)。

TPP 措置によって違法なタバコ製品の取引が増えそれによって目的達成が妨げられているとの申立国の主張について、違法な取引がタバコ規制の努力を損なうことや違法な取引を把握することの難しさは認めつつも、申立国は TPP 措置が違法取引増加の原因となっていることを立証していない(paras.7.993-.1023)。

以上より、TPP 措置は目的に「有意に貢献している(make a meaningful contribution)」と結論する(paras.7.1024-.1045)。

iv. TPP 措置の貿易制限性(Sec.7.2.5.4, p.419)

パネルのアプローチについて、貿易制限性の有無や程度は「国際貿易を制限する効果(limiting effect on international trade)」を踏まえて判断しなければならず、またその判断は量的又は質的証拠に基づいて行われる(paras.7.1071-.1077)。TBT 協定第 2 条 9 項の「他の加盟国の貿易に著しい影響(significant effect on trade of other Members)」という用語に関する TBT 委員会の決定は、TBT 協定第 2 条 2 項の解釈に関して「後にされた合意」とみなすことはできないが文脈として考慮することはでき、同決定を考慮すれば TBT 協定第 2 条 2 項の貿易制限性はすべての WTO 加盟国の貿易に影響を与えていなければならないとの被申立国の主張は認められない(paras.7.1077-.1088)。

申立国の主張を踏まえると、TPP 措置の貿易制限性は、①「TPP 措置が被申立国市場の競争環境に与える影響(the effects of the TPP measures on the competitive environment in the Australian market)」、②「TPP 措置がタバコ製品の貿易レベルに与える影響(the effects of the

TPP measures on the level of trade in tobacco products)」、③「TPP 措置から生じる規制要件を遵守するためのコスト(the costs of complying with the regulatory requirements arising from the TPP measures)」から評価される(para.7.1161)。

①について、TPP 措置が差別化を難しくすることで競争機会を制限していることは認めるが、被申立国の主張する通り、市場における全体的な競争環境が変化するのみでは貿易制限性があるとは言えず、国際貿易に対する制限効果の有無を考慮しなければならない(paras.7.1163-1168)。この点申立国は専門家の調査を踏まえつつ TPP 措置は被申立国市場への「貿易障壁(barriers to trade)」を高めると主張しているが、そのような制限効果を十分に立証しているとは言えない(paras.7.1172-1187)。

②について、TPP 措置は需要を減らすのみならず消費を減らし、被申立国の市場はすべて輸入産品によって構成されていることから輸入も減少し、したがってその意味で貿易制限的と言える(paras.7.1196-1208)。価格に与える影響について、TPP 措置がブランドの差別化の機会を減じることは認めるが、それが価格の低下につながっているとは現時点で認められないが、いずれ価格競争が起こり貿易額の減少につながる可能性は否定しない(paras.7.1214-1225)。

③について、TPP 措置が義務的要件を課しているという事実のみで貿易制限性を認めることはできない(paras.7.1226-1227)。過去のパネルや上級委員会報告では、「関連する市場に継続的に参加する際に経済主体に発生するコスト(costs for economic actors with respect to their ongoing participation in the relevant market)」の有無を基に「制限」の有無が判断されており、「遵守のための初期費用(initial compliance costs)」のみで判断できないところ、申立国は遵守のための継続的な費用があることを十分に証明していない(paras.7.1230-1246)。また TPP 措置に定められる刑罰が貿易を制限する追加的な効果を有するとの主張も認められない(paras.7.1248-1254)。

以上より、TPP 措置がタバコ製品の使用を減らすことによってタバコの輸入量を減らすという意味において貿易制限的であると認める(para.7.1255)。

v. 「正当な目的が達成できないことによって生ずる危険性(risks of non-fulfilment)」の性質と重大性(Sec.7.2.5.5, p.473)

代替措置との比較検討を行うための前提として、「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「特定(identify)」することが求められる(paras.7.1256-1261)。その際、「危険性の性質(the nature of the risks)」と「正当な目的が達成できないことによって生じる帰結の重大性(gravity of the consequences that would arise from non-fulfilment)」を考慮する必要がある(para.7.1284)。本件における危険性の性質とは、「タバコ製品の使用やタバコ製品にさらされるものが減らないことによって公衆衛生が改善しない(public health would not be improved, as the use of, and exposure to tobacco products would not be reduced)」ということであり、この段階では目的が達成されない「蓋然性(likelihood)」について検討する必要はない(paras.7.1286-1296)。帰結の重大性について、タバコ製品の使用やタバコ製品にさらされるものが減らないことによって生じる公衆衛生上の問題が「特に重大(particularly grave)」であることについては FCTC でも認められており当事者に争いがなく、また特定の層(若年層、

アボリジニ、トレス海峡諸島民) に特に影響を与えることについても争いがない(paras.7.1297-1320)。

以上より、正当な目的が達成できないことによって生ずる危険性の性質とは、タバコ製品の使用やタバコ製品にさらされることが減らないことによって公衆衛生が改善しないことであり、公衆衛生上の帰結は特に重大であると結論する(paras.7.1321-1322)。

vi. より貿易制限的でない代替措置がオーストラリアにとって合理的に利用可能か(Sec.7.2.5.6, p.489)

①パネルのアプローチ(Sec.7.2.5.6.1, p.489)

パネルのアプローチについて、ある程度の不正確性は免れないが、対象措置と代替措置の貿易制限性や貢献度を比較し、後者が前者よりも貿易制限的でないか、また前者と後者の貢献度が「同等(equivalent)」かを判断しなければならず、その際目的が達成されなかった場合の危険性を考慮するとともに、代替措置の合理的な利用可能性についても判断しなければならない(paras.7.1362-1375)。また、対象措置の背景にあるより包括的な政策も考慮に入れなければならない、さらに既存措置の「修正(variation)」も代替措置になり得ることに留意する(paras.7.1376-1385)。特に本件について、本件措置は被申立国が FCTC に沿ってとっている様々なタバコ規制措置の一部であることに留意する(paras.7.1386-1391)。

②第 1 に提案された代替措置：タバコの購入が法的に認められる最低年齢(MLPA)の引き上げ(Sec.7.2.5.6.2, p.503)

タバコの購入が法的に認められる最低年齢(MLPA)を 18 歳から 21 歳に引き上げる案について、対象措置の微修正に過ぎないからといって代替措置ではないとは言えず、被申立国で現在適用されていない措置であり、代替措置であると認める(paras.7.1398-1402)。

対象措置よりも貿易制限的でないかについて、購入可能年齢がより限定されることによって貿易量が減少すると考えられ、したがってより貿易制限的でないとは言えない(paras.7.1411-1417)。

貢献度について申立国は、購入可能年齢を引き上げることは被申立国の目的達成に貢献することについて十分な証拠を提示しているが、特定の年齢層を対象としているという点で TPP 措置より限定的で、かつ目的が達成されなかった場合の危険の重大性も考慮すると、同等の貢献度があるとは言えない(paras.7.1432-1464)。

提案されている代替措置が合理的に利用可能であることについては争いはない(paras.7.1465-1467)。

以上より、タバコの購入が法的に認められる最低年齢を引き上げることはより貿易制限的でない代替措置であるとは認められない(paras.7.1468-1471)。

③第 2 に提案された代替措置：タバコ税の増税(Sec.7.2.5.6.3, p.521)

被申立国はタバコ税をすでに導入しており、今後の引き上げも予定しているが、申立国の主張しているタバコ税の引き上げを TPP 措置に代わる代替措置とみなすことは妨げられない(paras.7.1476-1479)。

対象措置よりも貿易制限的でないかについて、TPP 措置と同程度の効果をもたらすようにタバコ税の引き上げを行うとすれば、TPP 措置と代替措置との間に貿易量に与える影

響の違いはなく、また貿易額に与える影響については十分な証拠がないことから、代替措置がより貿易制限的ではないとは言えない(paras.7.1490-1495)。

貢献度について、タバコ税の有効性は広く認められているが、TPP 措置はタバコ規制のより包括的な政策の一部を構成し、これをタバコ税の増税によって「代替(substitute)」することはできず、かつ目的が達成されなかった場合の危険の重大性も考慮すると、同等の貢献度があるとは言えない(paras.7.1506-1531)。

提案されている代替措置は、「実行可能な限度において(to the extent that it would be feasible in practice)」合理的に利用可能であると認める(paras.7.1538-1541)。

以上より、タバコ税の増税はより貿易制限的でない代替措置であるとは認められない(paras.7.1542-1545)。

④第 3 に提案された代替措置：社会的マーケティング・キャンペーン(social marketing campaigns)(Sec.7.2.5.6.4, p.540)

提案された措置が被申立国の既存の社会的マーケティング措置と異なりしたがって代替措置と言えるかについて、申立国の提案はある専門家の豪州連邦政府の社会的マーケティング措置に関する主張を根拠としているが、同専門家によって主張されているような措置のほとんどは連邦政府や州及び特別地域の政府によって既に実施されたかこれから実施されるものであり、代替措置とみなしうるのは実施されていない一部の提案（市場の適切な分割、全国タバコキャンペーンに係る様々な措置のより適切な統合）にとどまる(paras.7.1556-1576)。

対象措置よりも貿易制限的でないかについて、代替措置が TPP 措置と同程度の効果をもたらすならば、TPP 措置と少なくとも同程度に貿易制限的であり、したがって代替措置がより貿易制限的ではないとは言えない(paras.7.1581-1584)。

貢献度について、申立国の依拠する専門家が主張する現行政策の改善案が被申立国の採用している措置よりも有効で貢献度が高いことについて十分証明されておらず、また仮に同専門家の主張する改善案が有効であったとしても、そのような改善案は TPP 措置に代替し得るという意味で同等の効果を有するとは言えない(paras.7.1594-1615)。

提案されている代替措置は、実施のためのコストや負担が過剰にならない限度において合理的に利用可能であると認める(paras.7.1616-1619)。

以上より、社会的マーケティング・キャンペーンの改善はより貿易制限的でない代替措置であるとは認められない(paras.7.1620-1624)。

⑤第 4 に提案された代替措置：広告の事前審査(pre-vetting)(Sec.7.2.5.6.5, p.562)

申立国は、ある専門家の主張に基づき広告の事前審査を導入することを代替措置として提案している(paras.7.1629-1640)。

対象措置よりも貿易制限的でないかについて、代替措置が TPP 措置と同程度の効果をもたらすならば、TPP 措置と少なくとも同程度に貿易制限的であり、また TPP 措置よりも差別化が容易でありより貿易制限的でないとの申立国の主張にも十分な証拠がなく、したがって代替措置がより貿易制限的ではないとは言えない(paras.7.1649-1654)。

貢献度について、提案されている代替措置が TPP 措置と同程度の効果を有することが十

分証明されておらず、かつ目的が達成されなかった場合の危険性の重大性を考慮すると、同程度の貢献をするとは言えない(paras.7.1664-.1685)。

提案されている代替措置は、申立国の主張を踏まえると、合理的に利用可能と考えられな
いとまでは言えないが、行政上の負担が必要となることは明らかである(paras.7.1695-.1712)。

以上より、広告の事前審査はより貿易制限的でない代替措置であるとは認められない
(paras.7.1713-.1716)。

⑥代替措置の「累積的な(cumulative)」適用(Sec.7.2.5.6.6, p.584)

申立国は、代替措置のすべてを採用することによってより大きな効果を得る可能性を主
張しているが、どのように組み合わせることによって効果が得られるかについて主張を行
っておらず、また代替措置をすべて組み合わせたとしても TPP 措置によって扱われている
側面が対応されていないという点には変わりはない(paras.7.1717-.1723)。

(5) TBT 協定第 2 条 2 項に関する最終的な結論(Sec.7.2.5.7, p.586)

以上より、TPP 措置が TBT 協定第 2 条 2 項に違反しているとの申立国の主張は認められ
ない(paras.7.1724-.1732)。

3. TRIPS 協定(Sec.7.3, p.588)

(1) TRIPS 協定第 2 条 1 項で取り込まれたパリ条約第 6 条の 5(Sec.7.3.1, p.588)

パリ条約第 6 条の 5 は、本国において正規に登録された商標を他の同盟国が「そのまま
…保護」することを求めているが、どの程度の保護を与えなければならないかを定めておら
ず、保護の最低水準について定めたものではない(paras.7.1764-.1765)。このような解釈はパ
リ条約第 6 条及び第 6 条の 5 の文脈や趣旨及び目的とも合致し、また TRIPS 協定に取り込
まれたパリ条約は単独で解釈されるパリ条約と異なる方法で解釈されなければならないと
の申立国の主張も認められない(paras.7.1766-.1773)。

以上より TPP 措置が TRIPS 協定第 2 条 1 項で取り込まれたパリ条約第 6 条の 5 に違反す
るとの申立国の主張は認められない(para.7.1775)。

(2) TRIPS 協定第 15 条 4 項(Sec.7.3.2, p.598)

i. 第 15 条 4 項の解釈(Sec.7.3.2.3.1, p.606)

TRIPS 協定第 15 条 4 項の違反が認められるためには、「商標の登録の妨げ」があり、かつ
そのような妨げが「商標が出願される商品又はサービスの性質」によって形成されたもので
なければならない(para.7.1823)。

また、「商標」とは「識別力(distinctiveness)」に基づき「商標とすることができるもの(capable
of constituting a trademark)」であること(paras.7.1825-.1831)、「登録」とは「商標所有者に最低
限の権利が与えられるための前提条件(precondition for the availability of those minimum rights
conferred on a trademark owner)」で、「商標とすることができ」したがって「商標として登録
することができるもの(eligible for registration as trademarks)」の登録をどのような状況におい

て拒否できるかについては TRIPS 協定やパリ条約上の制限があること(para.7.1834-1853)、「妨げ」とは「商標とすることができ」したがって「商標として登録することができる」標識又はその組合せの登録に対する「障害や妨害(an impediment or hindrance)」を意味すること(paras.7.1854-1856)を認める。

ii. TPP 措置への適用(Sec.7.3.2.3.2, p.612)

TRIPS 協定第 15 条 4 項は、すでに「商品若しくはサービスを…識別することができる」能力を有している標識又はその組合せを対象とし、そのような能力を将来獲得する可能性があるにすぎない標識は対象としておらず、後者について登録をすることは義務付けていないため、TPP 措置が現時点で識別力を有していない標識の登録を妨げるからといって同規定に違反しない(paras.7.1864-1874)。

TRIPS 協定第 15 条 4 項の義務は、識別力をすでに有する標識の登録の妨げを対象とするものであって、使用によってこれから識別力を獲得することについての妨げには及ばず、TPP 措置が識別力を獲得するための使用を妨げているからといって同規定には違反しない(paras.7.1883-1897)。

TRIPS 協定第 15 条 4 項は商標の登録に関する義務を定めており、商標の保護の対象や内容についての義務を定めているわけではないので、TPP 措置がタバコ製品についての商標の保護を減じておりしたがって同規定に違反するとの申立国の主張は認められない(paras.7.1901-1912)。

(3) TRIPS 協定第 16 条 1 項(Sec.7.3.3, p.623)

i. 第 16 条 1 項の義務の対象(Sec.7.3.3.4.1, p.636)

第 16 条 1 項は、「権利者の登録された商標を使用する権利(a trademark owner's right to use its registered trademark)」を定めたものではなく、「登録された商標の権利者が権利者の承諾を得ずに標識を利用しそれによって『混同を生じさせるおそれ(a likelihood of confusion)』があるような事態を回避する権利(a registered trademark owner's right to prevent certain activities by unauthorized third parties under the conditions set out in the first sentence of Article 16.1)」を定めるにとどまり、同規定の違反を証明するためには被申立国においては権利者がそのような権利を有さないことを証明しなければならない(paras.7.1973-1980)。

ii. TPP 措置は識別力を減じかつ混同を生じさせるおそれを証明することを困難にすることで第 16 条 1 項に違反するか(Sec.7.3.3.4.2, p.639)

標識の類似性と混同を生じさせるおそれとは異なる問題であり、後者については様々な要素によって左右されるところ、TPP 措置によって混同を生じさせるおそれが証明される状況が減るとの申立国の主張は根拠が示されていない(paras.7.1989-1993)。

いずれにせよ、第 16 条 1 項は混同を生じさせるおそれがあるとみなされる場合の保護を定めたものであり、特定の状況において混同を生じさせるおそれがあるとみなされることまでをも求めるものではなく、混同を生じさせるおそれがあるとみなされる状況が減るからといって同規定に違反する訳ではない(paras.7.1996-2002)。

第 16 条 1 項はまた商標を使用する権利を定めるものではなく、登録された商標の識別力

を維持する義務や識別力を減少させない義務を加盟国に課すものではない(para.7.2005)。EC – Trademarks and GI (Australia)パネル報告が述べた商標の識別力を維持することについての権利者の正当な利益は同規定で保護される権利ではなく第 17 条や第 20 条に基づき限定・例外が正当か否かを判断する際に考慮されるにとどまる(paras.7.2006-2011)。規制措置は第三者の違法な使用を回避するという「消極的権利(negative right)」に影響しない限り TRIPS 協定第 16 条 1 項に違反せず、TPP 措置はそのような消極的権利に影響しない(paras.7.2014-2018)。

第 16 条 1 項は第三者による違法な使用を回避するという権利者の権利を定めているが、識別可能性を維持しなければならない加盟国の一般的な責任を定めているわけではなく、また権利者が使用について正当な利益を有することを認めつつもそれを権利として認めてはおらず、したがって TRIPS 協定第 16 条 1 項は商標を使用する最低限の機会を提供することを義務付けているとは言えない(paras.7.2023-2030)。

iii. TPP 措置は商標の識別力を失わせ取消手続の対象とすることで第 16 条 1 項に違反するか(Sec.7.3.3.4.3, p.651)

既に述べたように TRIPS 協定第 16 条 1 項は商標の識別力を維持することを義務付けるものではないし、また申立国（キューバ）は TPP 措置によって商標が取消されることを証明しておらず、この点についての TRIPS 協定第 16 条 1 項違反は認められない(paras.7.2035-2040)。

iv. TPP 措置は「紛らわしいほど類似した(deceptively similar)」標識を同一の産品に用いるよう求めることで混同を生じさせるおそれがある使用を回避する権利者の権利を損なっているか(Sec.7.3.3.4.4, p.653)

TPP 措置は「同一の産品に紛らわしいほど類似した標識を用いることを義務付けている」とは言えず、また TRIPS 協定第 16 条 1 項で問題となっているような混同を生じさせているとも言えない(paras.7.2046-2050)。

v. 全体の結論(Sec.7.3.3.4.5, p.655)

以上より、TPP 措置は TRIPS 協定第 16 条 1 項に違反するとは言えない(7.2051)。

(4) TRIPS 協定第 16 条 3 項(Sec.7.3.4, p.655)

i. 第 16 条 3 項の解釈(Sec.7.3.4.4.1, p.663)

TRIPS 協定第 16 条 3 項は「広く認識されている(well-known)」商標を使用する積極的な権利を定めたものではなく、そのような「広く認識されている」商標に関し、類似していない商品又はサービスに同条第 2 文で定められる条件が満たされるような（すなわち混同を生じさせる）商標については登録を拒絶又は無効にし及び使用を禁止することを加盟国に義務付けたものであり、同規定の違反を証明するためには同条第 2 文で定められる条件が満たされるような商標について加盟国が登録を拒絶又は無効にしない又は使用を禁止していないことを証明しなければならない(paras.7.2095-2099)。

ii. TPP 措置はタバコ製品の商標について「広く認識されている」状態の維持を困難とすることで第 16 条 3 項に違反しているか(Sec.7.3.4.4.2,

p.665)

TRIPS 協定第 16 条 3 項はどのように「広く認識されている」状態を維持又は獲得するのかについて定めておらず、また本件においては事実の問題として豪州における使用がなくとも商標が「広く認識されている」状態を維持又は獲得することができると考えられ、したがって申立国が主張するように TPP 措置によって「広く認識されている」状態が変化することは必ずしも言えない(paras.7.2103-.2109)。

TRIPS 協定第 16 条 3 項は、同規定第 2 文が定めるような混同が生じる一定の状況が存在する場合の加盟国の義務を定めているが、そのような状況が生じるよう確保することを義務付けているわけではなく、仮に TPP 措置によってそのような状況が生じる頻度が減ったとしても同規定の違反となるわけではない(paras.7.2111-.2117)。また商標の権利者が商標を「広く認識されている」ものとして維持しかつ使用することの商業上の利益は正当なもので、TRIPS 協定第 17 条や第 20 条の検討において考慮されるが、そのような利益は第 16 条 3 項の権利として保護されているわけではない(para.7.2120)。

iii. TPP 措置はタバコ製品の商標について「広く認識されている」状態の獲得を困難とすることで第 16 条 3 項に違反しているか(Sec.7.3.4.4.3, p.670)

上述したように、豪州における使用がなくとも商標が「広く認識されている」状態を獲得することは可能で、また仮に TPP 措置によってそのような状態を獲得することがより困難になったとしてもそのことで TRIPS 協定第 16 条 3 項に違反するとは言えない(paras.7.2127-.2129)。

iv. 全体の結論(Sec.7.3.4.4.4, p.671)

以上より、TPP 措置は TRIPS 協定第 16 条 3 項に違反していない(para.7.2130)。

(5) TRIPS 協定第 20 条(Sec.7.3.5, p.671)

TRIPS 協定第 20 条第 1 文の違反を証明するためには、a. 「特別な要件(special requirements)」があること、b. 特別な要件が「商標の商業上の使用(the use of a trademark in the course of trade)」を「妨げている(encumber)」こと、c. 商標の商業上の使用の妨げが「不当に(unjustifiably)」行われていることを証明しなければならない(para.7.2156)。

また、TRIPS 協定第 20 条は義務とその例外ではなく 1 つの義務を定めている規定であり、違反を一応証明する責任は申立国が負うが、申立国は使用の妨げを正当化する理由が全くないことを証明する必要は必ずしもなく、申立国が不当な妨げがあることを一応証明すれば、妨げが不当でないことを証明する責任は被申立国に転換する(paras.7.2163-.2171)。

i. TPP 措置は商標の使用を「妨げる」「特別な要件」を構成するか(Sec.7.3.5.3, p.680)

「要件」という用語は禁止措置をも含む広い意味を有し、かつ「特別な」は「要件」の適用が特定の対象、すなわち商標の商業上の使用に限定されていることを意味するに過ぎないことから、TPP 措置の一部を構成する禁止措置が第 20 条の対象とならないとの豪州の主張には根拠がない(paras.7.2221-.2224)。同様に、禁止措置は商標の使用を最大限妨げるもの

であり、第 20 条の対象となる(paras.7.2235-.2239)。

TPP 措置は、ワードマークの表現方法を制限している点、商標の表示方法を制限している点のみならず、「ロゴ商標、統合商標、図形商標(stylized word marks, composite marks and figurative marks)」の使用を禁止している点についても「特別な要件」を構成すると認める(paras.7.2240-.2245)。

**ii. TPP 措置の「特別な要件」は「商標の商業上の使用」を妨げるか
(Sec.7.3.5.4, p.693)**

「商業上の」という用語は TRIPS 協定第 16 条でも使用されているところ、第 20 条の「商業上の」という用語も第 16 条と同様に解すべきであり、産品が販売された時点で「商業上の使用」ではなくなるとの豪州の主張は認められない(paras.7.2260-.2264)。

また、他の商品若しくはサービスと識別する能力が損なわれているというのは TRIPS 協定第 20 条の「使用」が妨げられている証拠の一つではあるとは言えるが、商標をどのように利用するかは商標の権利者が決めるべきことであり、他の商品若しくはサービスと識別するための「使用」のみが TRIPS 協定第 20 条の「使用」に該当するとの豪州の主張は認められない(paras.7.2279-.2286)。

TPP 措置は、販売及び販売のための提供、個人的使用以外の目的のための購入、小売りに先立つ様々な商業取引、小売後の包装等を規制する措置であり、「商標の商業上の使用」を妨げるといえる(paras.7.2287-.2292)。

**iii. TPP 措置が「不当に」商標の商業上の使用を妨げるか(Sec.7.3.5.5,
p.702)**

①「不当に(unjustifiably)」という用語の意味(Sec.7.2.5.5.1, p.703)

用語の通常の意味から「不当に」妨げるとは、「特別な要件による商標の使用の妨げが十分な正当化又は理由(justification or reason that is sufficient to support the resulting encumbrance)」なく行われることを意味し、言い換えれば商標の使用を妨げる「正当な理由(good reason)」が存在する状況もありうることを意味する(paras.7.2393-.2396)。また TRIPS 協定第 20 条は正当化の根拠となり得る理由を明記していないが、TRIPS 協定前文や第 7 条及び第 8 条を文脈として考慮すると「公衆の健康(public health)」が正当化の根拠となり得る社会的利益として挙げられているし、かつドーハ閣僚宣言も「後にされた合意」として考慮される(paras.7.297-.2411)。当事国は TRIPS 協定第 20 条において「不必要に(unnecessarily)」あるいは「必要な(necessary)」という用語ではなく「不当に」という用語が用いられていることの意味について争っているところ、TRIPS 協定第 20 条の「不当に」という用語を TRIPS 協定第 41 条 2 項の「不必要に」という用語と同じ意味に解すべきではないが、同時に「不当に」を GATT 第 20 条の「正当と認められない」と全く同じ意味に解すべきでもなく、この点妨げとその理由との間に「何らかの合理的な関係(some rational connection)」があればよいとの豪州の主張は認められない(paras.7.2412-.2422)。また TRIPS 協定第 17 条の文脈を踏まえると、「不当に」妨げられているかを判断する際には商標の権利者が商標を使用することについての正当な利益を考慮に入れなければならない(paras.7.2426-.2428)。

以上を踏まえると、商標の商業上の使用が「不当に」妨げられているかの判断は、a. 「商

標の権利者が商標を商業上使用しそれによって商標の意図された機能を享受することについての正当な利益を考慮したうえでの特別な要件から帰結する妨げの性質と程度(the nature and extent of the encumbrance resulting from the special requirements, bearing in mind the legitimate interest of the trademark owner in using its trademark in the course of trade and thereby allowing the trademark to fulfil its intended function)」、b. 「特別な要件が適用される理由（保護されようとする社会的利益も含む）(the reasons for which the special requirements are applied, including any societal interests they are intended to safeguard)」、及び c. 「そのような理由が結果として生じる妨げの十分な根拠となっているか(whether these reasons provide sufficient support for the resulting encumbrance)」を踏まえて行わなければならない(para.7.2431)。

②TPP 措置はそれ自体が不当か(Sec.7.2.5.5.2, p.731)

申立国は TPP 措置がロゴ商標、統合商標、図形商標を禁止しているのはいかなる状況においても正当化されない制限性であると主張しているが、そのような禁止は「使用を妨げる程度が高い(high degree of encumbrance)」とは言えるがだからといってそれ自体が必然的に不当であるわけではなく、不当か否かは様々な要素を考慮して判断しなければならない(paras.7.2439-.2442)。

「不当に」妨げているか否かを個々の商標とその具体的な特徴を踏まえて判断しなければならないかについて、豪州等の主張する通り TRIPS 協定第 20 条が「商標(a trademark)」と単数形を用いているからといって個々の商標ごとに評価しなければならないわけではなく、TRIPS 協定第 17 条などの文脈や第 20 条の交渉過程を踏まえると、特に本件で問題となっている要件は「ある種の標識全体(entire class of marks or signs)」に関連していることから個々の商標についての評価を行わなかったからといって TRIPS 協定第 20 条の違反とはならない(paras.7.2492-.2508)。

措置がどのように準備され採択されたかが「不当に」妨げるか否かの一つの証拠となる可能性は排除しないもの、加盟国国内の規制過程に沿って採択されたか否か自体で「不当に」妨げるか否かを判断することはできず、豪州の国内規制の不遵守を理由とした TRIPS 協定第 20 条の違反の主張については検討する必要がない(paras.7.2511-.2512)。

TRIPS 協定第 20 条に列挙される例示に相当する妨げは「不当」と推定されるかについて、例示は特定の要件の例示であって、例示に相当するからといって「不当」であるとは必ずしも言えない(paras.7.2525-.2528)。

③TPP 措置への適用(Sec.7.2.5.5.3, p.749)

TPP 措置から帰結する妨げの性質と程度について、TPP 措置は非言語的要素を用いて産品を識別することを妨げておりその意味で「広範な影響をもたらす(far-reaching)」、また商標は産品を識別する機能のみならずブランディングやマーケティングのために使用されることもあるところ、TPP 措置は産品に関するそうしたメッセージを提供することを困難にすることで商標の権利者が商標の使用によって経済的価値を得ることを困難にしており、こうした影響は文字商標が認められることによって部分的に緩和されているものの、広範な影響をもたらしていることには変わりない(paras.7.2556-.2574)。

TPP 措置採用の理由について、TPP 措置の商標関連要件は TPP 措置の不可欠の一部を構

成するところ、TBT 協定に関する検討の文脈で TPP 措置の目的がタバコ製品の使用やタバコ製品にさらされる機会を減らすことによって公衆衛生を改善することにあると認定しており、かつ TRIPS 協定第 8.1 条やドーハ閣僚宣言パラ 4 をふまえると公衆の健康の重要性は加盟国によって認められているし、また TPP 措置が FCTC の義務を実施するためにとられた措置であることに留意する(paras.7.2586-.2589)。

そのうえで、TPP 措置の適用が「回避可能な高い罹患率と死亡率を伴う例外的に深刻な国内及び地球規模の健康上の問題(an exceptionally grave domestic and global health problem involving a high level of preventable morbidity and mortality)」を根拠とし、かつ TPP 措置に定められる特別な要件がタバコ製品の使用やタバコ製品にさらされる機会を減らすことによって公衆衛生を改善することに貢献していることから、TPP 措置の商標関連要件の適用の理由が結果として生じる妨げに対する十分な根拠を提供していると考えられる(para.7.2592)。また、TPP 措置が FCTC の義務を実施する意図で採用されたことに留意する(paras.7.2595-.2596)。TRIPS 協定第 20 条の「不当に」という文言は「政策目的を達成する手段の選択について加盟国に一定の裁量(a degree of latitude to a Member to choose an intervention to address a policy objective)」を与えていると考えられるが、代替措置の利用可能性を評価に加えることは排除されないところ、提案されている代替措置は TBT 協定第 2 条 2 項の文脈で検討したように TPP 措置と同程度に目的に貢献するとは言えない(paras.7.2598-.2602)。

TPP 措置の商標要件は商標によって経済的価値を得る可能性に広範な影響を及ぼしているものの、TPP 措置の不可欠の一部として豪州のタバコ製品の使用やタバコ製品にさらされる機会を減らすことによって公衆衛生を改善するという目的に貢献しており、したがって商標の使用を制限することについての十分な根拠を提供していると言え、商標の商業上の使用を不当に妨げているとは言えない(paras.7.2604-.2605)。

iv. 全体の結論(Sec.7.3.5.6, p.766)

以上より、申立国は TPP 措置が TRIPS 協定第 20 条に違反していることを立証していないと結論する(para.7.2606)。

(6) TRIPS 協定第 2 条 1 項で取り込まれたパリ条約第 10 条の 2(Sec.7.3.6, p.766)

i. TRIPS 協定第 2 条 1 項で取り込まれたパリ条約第 10 条の 2 の対象(Sec.7.3.6.2, p.767)

豪州はパリ条約第 10 条の 2 は TPP 措置の商標関連要件のみに適用されると主張しているが、上級委員会によれば、TRIPS 協定第 2 条 1 項の「第二部から第四部までの規定について」には取り込まれるパリ条約の規定の対象を限定する効果はなく、またパリ条約第 10 条の 2 は特定の知的財産権に限定せず様々な不正競争からの有効な保護を求めていることから、本件においてもパリ条約第 10 条の 2 が TPP 措置の特定の側面のみに適用されると考えるべきではない(paras.7.2625-.2632)。

ii. TRIPS 協定第 2 条 1 項で取り込まれたパリ条約第 10 条の 2 の解釈

(Sec.7.3.6.3, p.771)

パリ条約第 10 条の 2 の 2 項が定義する「不正競争行為(an act of unfair competition)」は「市場の行為者が他の行為者と市場において競争する際に、ある市場において通常あるいは慣習上誠実、公正、又は虚偽のないとみなされていることに反する方法で行うこと(something that is done by a market actor to compete against other actors in the market in a manner that is contrary to what would usually or customarily be regarded as truthful, fair and free from deceit within a certain market)」を意味し、同条 3 項はそのような行為の一部を列挙し禁止することを求めているが、同条 3 項に列挙されない不正競争行為についてどのように保護を与えるべきかについては同条 1 項には明記されていない(paras.7.2663-.2670)。また、パリ条約第 10 条の 2 の 2 項が定義する「不正競争行為」の意味は国内法制度によって異なりうることに留意する(paras.7.2671-.2675)。さらに「不正競争行為」からの保護を検討する際に、競争者のみならず消費者を保護すべきことも考慮に入れなければならない(para.7.2680)。

iii. TPP 措置が TRIPS 協定第 2 条 1 項で取り込まれたパリ条約第 10 条の 2 に違反するか(Sec.7.3.6.4, p.784)

申立国はまず、TPP 措置そのものが「不正競争行為」を構成すると主張しているが、加盟国が採用する法やその他の措置は市場の行為者の「行為」とはみなされず、したがってそれ自体は「不正競争行為」とはなり得ない(paras.7.2698-.2699)。

申立国はまた、TPP 措置が市場の行為者に「不正競争行為」を行うよう求めていると主張している(para.7.2700)。しかし、TPP 措置はタバコを販売するすべての競争者に適用される措置で、かつ文字商標等によって消費者は製品のブランド等を識別することが可能であることから、TPP 措置がパリ条約第 10 条の 2 の 3 項第 1 号に定められる「混同」を生じさせるような行為を強いているとは言えない(paras.7.2713-.2724)。また、情報が省略されることで「公衆がある特性があることについての期待を抱き (the public ... expects a certain characteristic to be present)」それによってパリ条約第 10 条の 2 の 3 項第 3 号に定められる公衆を誤らせるような事態が生じることはあり得るものの、TPP 措置はタバコを販売するすべての競争者に適用される措置で、かつ文字商標等によって消費者は製品のブランド等を識別することが可能であることから、TPP 措置がパリ条約第 10 条の 2 の 3 項第 3 号に定められる公衆を誤らせるような行為を強いているとは言えない(paras.7.2752, 7.2758-.2765)。

既に述べたようにパリ条約第 10 条の 2 の 1 項は 3 項に列挙されない不正競争行為も対象としているが、規制措置によって包装が類似することは競争上の行為とはみなされず、また規制措置がタバコの健康被害についての消費者の誤解を減らすために導入されたことであることなどを考慮すると、TPP 措置が不正競争行為を行うことを強いているとは言えない(paras.7.2787-.2795)。

以上より、TPP 措置は TRIPS 協定第 2 条 1 項及びパリ条約第 10 条の 2 に違反しているとは言えない(para.7.2796)。

(7) TRIPS 協定第 22 条(b)(Sec.7.3.7, p.806)

TRIPS 協定第 22 条(b)は、パリ条約第 10 条の 2 に定められる「不正競争行為」からの保

護を定めており、「不正競争行為」の意味はすでに述べたとおりだが、TRIPS 協定第 22 条(b) は特に「利害関係を有する者に対し [不正競争] 行為を防止するための法的手段」を確保するよう求めていることに留意する(paras.7.2843-.2849)。また、TPP 措置は図表による地理的表示は禁止しているものの、文字の組み合わせで地理的表示を示すことは排除していないことにも留意する(paras.7.2854-.2856)。

すでに述べたように、TPP 措置そのものは不正競争行為を構成し得ないことから、この点についての申立国の主張は認められない(paras.7.2858-.2861)。またすでに述べたように、図表による地理的表示が禁止されているからといってパリ条約第 10 条の 2 の 3 項第 3 号の意味で公衆を誤らせる行為を強いているとは言えないし、また TPP 措置はすべての競争者が同様に従わなければならない規制でありまた文字による地理的表示が認められていることを踏まえると、TPP 措置が TRIPS 協定第 22 条(b)に違反しているとは認められない(paras.7.2863-.2870)。

(8) TRIPS 協定第 24 条 3 項(Sec.7.3.8, p.823)

TRIPS 協定第 24 条 3 項の対象について、豪州は TRIPS 協定第 22 条 2 項の「利害関係を有する者に対し [ある種の] 行為を防止するための法的手段」にのみ適用されると主張しているが、TRIPS 協定第 24 条 3 項は明示的に「この節の規定の実施に当たり」と定めており、第 2 部第 3 節すなわち第 22 条から第 24 条のいずれかの規定を実施する措置に適用されると解すべきである(paras.7.2922-.2926)。

TRIPS 協定第 24 条 3 項の義務について、当事国は地理的表示の「保護制度(system of protection)」に係るのか(申立国の主張)「個々の地理的表示の保護」に係るのか(被申立国の主張)争っており、協定文言はこの点不明確ではあるが、趣旨及び目的と協定の調和的解釈の要請を踏まえると、同規定は WTO 協定の効力発生の日の直前に存在していた個々の地理的表示の保護を減じてはならないと求めていると解すべきである(paras.7.2927-.2936)。

本件において WTO 協定の効力発生の日の直前に存在していたと主張されている具体的な地理的表示は「ハバノス(Habanos) (ハンドメイド・シガー) のみである(paras.7.2943)。

「ハバノス」が商標登録されたのは 2010 年 4 月 16 日であるところ、それ以前の WTO 協定の効力発生の日の直前においても地理的表示に与えられる消費者保護法やコモンロー上の救済は与えられていたと認められるものの、「ハバノス」という「地理的表示を用いる権利について法的保護(a legally protected right or entitlement to use [that GI])」が与えられていたとは認められない (paras.7.2944-.2954)。

以上より TPP 措置が WTO 協定の効力発生の日の直前に存在していた豪州法上の地理的表示の保護を減じたとの申立国の主張は認められない(para.7.2957)。

4. GATT 第 9 条 4 項(Sec.7.4, p.843)

(1) TPP 措置がハバノスの標識やキューバ政府保証シールに与える影響 (Sec.7.4.3.2, p.848)

TPP 措置によって、ハバノスの標識やキューバ政府保証シールを貼ることはできなくな

っているが、TPP 措置の定める方法に従う限り「キューバ産」であることを明記することは妨げられないことに留意する(paras.7.2984-.2990)。以上を踏まえつつ、(i) TPP 措置が GATT 第 9 条 4 項の対象となる「輸入製品の表示に関する加盟国の法令(laws and regulations of Members relating to the marking of imported products)」に該当するか、(ii) TPP 措置が輸入製品、すなわちキューバの LHM (ラージサイズ系ハンドメイド) シガールの「価値を実質的に減ずることなく…遵守することができるもの(such as to permit compliance without ... materially reducing the[] value [of imported products])」かを検討する(paras.7.2993-.2994)。

(2) TPP 措置は輸入製品の表示に関する法令か(Sec.7.4.3.3, p.850)

用語の通常の意味から、GATT 第 9 条 4 項の「輸入製品の表示に関する加盟国の法令」は「WTO 加盟国の国内法制度の規則で、当該加盟国の領域に他国又は他の加盟国から持ち込まれる物品の表示について取られる措置に関連するもの(rules of a WTO Member's domestic legal system connected to the action of putting a mark on goods introduced into the territory of such Member from another country or WTO Member)」を意味する(paras.7.2997-.2998)。また文脈等を踏まえると同規定の「表示」は原産地表示を意味し、原産地表示要件がもたらすコストを抑えるための義務を定めていると解されるとされる(paras.7.2999-.3005)。関連して、1958 年の GATT 締約国団の決定が条約法条約第 31 条 3 項(a)の「後にされた合意」を構成すると豪州の主張は認められないものの、マラケシュ協定第 16 条 1 項で「指針」とするよう定められている決定とみなすことはできるところ、当該決定に含まれる勧告によれば「原産地表示に関連する法令の遵守のために輸出者が負う負担は最小限にすべき(any burden or nuisance arising for exporters from their compliance with laws and regulations relating to marks of origin should be limited to a minimum)」ことが求められている(paras.7.3006-.3014)。上記の解釈は GATT 第 9 条の交渉過程からも確認される(paras.7.3015-.3020)。

以上を踏まえると、TPP 措置は、ハバノスの標識やキューバ政府保証シールを貼ることは制限しているものの原産地を表示することは認めており、これを GATT 第 9 条 4 項の「輸入製品の表示に関する加盟国の法令」とみなすことはできない(paras.7.3025-.3028)。

(3) TPP 措置はキューバ LHM シガールの価値を実質的に減ずることなく…遵守することができるものか(Sec.7.4.3.4, p.860)

仮に TPP 措置が「輸入製品の表示に関する加盟国の法令」であったとしても、TPP 措置はキューバ LHM シガールの価値を実質的に減ずることなく遵守することができないとは言えない(para.7.3030)。

すなわち、「価値を実質的に減ずる」とは価値の減少が「重大で実質的(significant and substantial)」であることを意味し、本規定は申立国(キューバ)が主張するような原産地表示に係る標識を使用することによって得られる追加的価値や価格プレミアムを保護するためのものではない(paras.7.3034-.3041)。また、申立国はハバノスの標識やキューバ政府保証シールを貼ることによる追加的価値についての証拠を十分示していないし、TPP 措置がキューバ産であることを表示すること自体は認めているにもかかわらず GATT 第 9 条 4 項の

意味でキューバ LHM シガールの価値を実質的に減ずることも証明していない (paras.7.3046-.3058)。申立国は、TPP 措置は製品の真正性についての消費者の混乱を生むとも主張しているが、TPP 措置はキューバ産であることを示すことは認めており、それにもかかわらず消費者の混乱を生み GATT 第 9 条 4 項の意味で価値を実質的に減ずることを申立国は証明していない (paras.7.3059-.3067)。

(4) 結論 (Sec.7.4.4, p.870)

以上より、申立国 (キューバ) は TPP 措置が GATT 第 9 条 4 項に違反することを証明していない (para.7.3069)。

IV. 上訴のポイント

1. TBT 協定

TBT 協定に係るパネル認定について、申立国 (ホンジュラスとドミニカ共和国) は主として次の点について上訴を行っている。

- ・ TPP 措置の貢献度に関する実施前及び実施後の効果を適切に検討していない。
- ・ TPP 措置の貿易制限効果を適切に検討していない。
- ・ 利用可能な代替措置を適切に検討していない。

2. TRIPS 協定

TRIPS 協定に係るパネル認定について、申立国 (ホンジュラスとドミニカ共和国) は主として次の点について上訴を行っている。

- ・ TRIPS 協定第 20 条の「不当に」という用語を適切に解釈しておらず、かつその適用にも問題がある。
- ・ TRIPS 協定第 16.1 条の「与えられた権利」を適切に解釈しておらず、かつその適用にも問題がある。

V. 評釈

1. 本件の意義

本件は、喫煙者の減少という公衆衛生上の目的を掲げ、かつ国際条約である FCTC を実施するためにとられた措置の WTO 協定適合性が争われたということで非常に注目を集めたが、少なくともパネルの段階では申立国による WTO 協定違反の申立てがすべて退けられたという点 (結果) に意義がある。

なお、本件は豪州の同措置に対するフィリップ・モリス・アジアによる投資仲裁とほぼ同時期に申し立てられたという点でも注目されたが、仲裁裁判所は管轄権を有さないと結論し、本案に関する決定には至っていない。関連して同時期にウルグアイのタバコパッケージ規制措置についてもフィリップ・モリスが投資仲裁を申し立てしていたところ、管轄権は認め

られたものの、投資協定違反は認められなかった。

2. TRIPS 協定と TBT 協定の累積的適用可能性

パネルは商標関連措置への TBT 協定適用可能性を認めた。

物品関連協定と GATS との適用関係が問題となった過去の事件では、措置の物品貿易に関する側面とサービス貿易に関する側面とを区別することである種の「すみわけ」を図ってきたようにも思われる。他方で本件においては、同じ措置の同じ側面が強制規格であり商標についての要件でもあるとみなされ、TRIPS 協定と TBT 協定が累積的に適用された点が注目される。

パネルはまた、TRIPS 協定第 20 条と TBT 協定第 2.2 条との間に「抵触」がないことを詳細に検討しているが、そもそも両者は抵触の生じ得ない「異なる問題(subject matter)」に関する規則ではないかという疑問もある。関連して、豪州は TRIPS 協定第 20 条で認められる「柔軟性」が TBT 協定第 2.2 条によって損なわれる恐れに言及しているが、商標の要件について柔軟性が認められているからといって TBT 協定第 2.2 条がこれを尊重しなければならない理由はないのではないか。すなわちパネルが述べるような「調和的な解釈(harmonious reading)」は求められないのではないか。

3. 強制規格

パネルは本件 TPP 措置を強制規格と認めた。

強制規格はまず、TBT 協定附属書 1 パラ 1 第 1 文に定義されている。上級委員会によれば、強制規格は「特定可能な産品又は産品群」に適用され「1 又は 2 以上の産品の特性を規定」する文書で、遵守が義務付けられているものと定義されるⁱ。また上級委員会によれば、産品の特性には第 2 文に定められる「専門用語、記号、包装又は証票若しくはラベル等による表示に関する要件(terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements)」のような「産品を特定する手段や産品の提供方法や外見(means of identification, the presentation and the appearance of a product)」を含むⁱⁱ。

TPP 措置が強制規格としての性質を有するとのパネルの判断は妥当であろう。他方で TPP 措置は様々な複数の措置から構成されており、それらをまとめて 1 つの強制規格とみなしたことに疑問がないわけではない。特に、商標を制限する措置が産品を特定する手段としての性質を有しているとは考えにくいようにも思われる。商標に該当するからといって強制規格とならないわけではないとのパネルの判断は支持できるが、商標を制限する措置が強制規格としての性質を有するか否かについてより慎重な判断が必要だったのではないか。

4. 措置の目的

パネルは TPP 措置の目的と手段を明確に区別し、被申立国の主張する「タバコ製品の魅力を減じ、警告表示の実効性を高め、包装が誤解を招かないようにする」ことは目的というより手段であると判断した。

しかし、目的と手段を明確に区別することは実際には困難であり、また区別する必要がある

ったかにも疑問がある。実際には本件の措置は、「タバコ製品の使用やタバコ製品にさらされる機会を減らすことによって公衆衛生を改善すること」を究極的な目的としつつも、究極的な目的を達成するための「小目的」として「タバコ製品の魅力を減じ、警告表示の実効性を高め、包装が誤解を招かないようにする」ことを挙げているように思われる。過去の事件においても上級委員会は目的を1つに特定することを求めているⁱⁱⁱ。TPP 措置の目的が「オーストラリアにおけるタバコ製品使用との関連での公衆衛生の保護」にあることには争いがなく、これに基づき目的の正当性を判断することは可能であったはずである。

ただし、措置の目的について被申立国の主張を退けたことは、TBT 協定第2条2項違反の有無に関する判断に直接の影響を与えたわけではない。特に目的への貢献度に関するパネルの審理は、むしろ被申立国の主張する目的を踏まえて行われているように思われ、本措置の目的についてのパネルのとらえ方は一貫性を欠くと言わざるを得ない。

5. 「関連する国際規格」

パネルは、FCTC 第11条及び第13条のガイドラインが特に「柔軟性」を有していることを根拠に「関連する国際規格」に該当しないと結論した。

TBT 協定は SPS 協定と異なり「国際規格」を明示的に定義しておらず^{iv}、潜在的には様々な国際文書が「国際規格」とみなされうる。非経済分野の条約のある種の基準が「国際規格」とみなされ、かつ措置が当該「国際規格」に適合しているとみなされれば、TBT 協定第2条5項は WTO 協定と非 WTO 国際法との抵触を調整する規定として機能し得る。本件パネルは柔軟性を理由に FCTC 第11条及び第13条のガイドラインの国際規格性を否定したが、条約上の基準の中にはより柔軟性のない（少ない）ものもある。

しかし、一般の条約上の基準を「国際規格」とみなすことを TBT 協定が（加盟国が）想定しているかには疑問がある。本件でむしろ重要な問題だったのは、WHO が「国際標準化機関」とみなされうるか否かではなかったか。パネルは訴訟経済に照らしてこの点について検討していないが、これによって様々な条約上の基準が「国際規格」とみなされる可能性を残したと言える。

6. 目的貢献度・貿易制限性・代替措置

パネルは、TBT 協定第2条2項に係る過去の上級委員会決定を踏まえつつ、TPP 措置の目的貢献度、貿易制限性、目的不達成時の危険性と、利用可能な代替措置について検討しているが、パネルの検討方法には以下で述べる4つの問題がある。

1つめは目的貢献度について、本件措置の目的として認定した「タバコ製品の使用やタバコ製品にさらされる機会を減らすことによって公衆衛生を改善すること」に直接貢献しているかよりも、パネル自身が「目的」と同視すべきでない^vと述べた「メカニズム」が適切に機能しているかを主として検討している。上述したようにそもそも措置の目的を1つに限定することの妥当性には疑問があり、パネルが目的を幅広く認めつつ（すなわち「メカニズム」を「目的」といわば同視しつつ）目的貢献度を検討したことは支持できる^v。他方でそのことにより、目的貢献度の検討があいまいになっていることも否定できない。

2 つめに、貢献や貿易制限性の程度を十分明らかにしていない^{vi}。また貢献度や貿易制限性について別個に検討するのみで、それらの関係性に関する関係分析を十分に行っていない。

3 つめに、代替措置について、「タバコ製品の使用やタバコ製品にさらされる機会を減らすことによって公衆衛生を改善すること」という目的は共有するものの、本件対象措置と全く異なるメカニズムの利用を想定している措置を代替措置とみなせるのかについて十分検討していない。

4 つめの問題として、2 つめの点はやや矛盾するが、「検討基準(standard of review)」について明確にしていない。パネルは本件対象措置が目的に貢献するかを詳細に検討しているが、本件のように措置の効果について争いが生じるものについては、措置が目的に貢献するか否かではなく措置が目的に貢献するという点について被申立国が合理的な判断を行ったか否かを問題にすべきではないかという疑問がある。関連して、措置の導入後の効果について、どの程度パネルが考慮し得るのかについてもより明確にすべきではなかったか。

7. 「与えられる権利」

我が国の商標法においては、商標法第 25 条に定められる「専用権」と商標法第 37 条 1 号に定められる「禁止権」が「商標権の本質的効力を構成」とされる^{vii}。また専用権は、商標権者が登録商標を指定商品に独占的に使用する権利（「使用権」）と第三者が登録商標を指定商品に使用することを禁止し排除する権利（「禁止的効力」）からなるとされる^{viii}。

これに対して本件パネルは、TRIPS 協定第 16 条で与えられる権利が禁止的効力のみを有し使用権は含まないことを指摘している。これは *EC – Trademarks and GI* 事件におけるパネル判断と同旨であり^{ix}、TRIPS 協定第 16 条の解釈として妥当である^x。他方で本件パネルは、商標を使用することについての権利者の正当な利益は TRIPS 協定第 17 条及び第 20 条の解釈において考慮されるとも述べている。商標の使用が「権利」ではなく「正当な利益」と位置付けられることの意味を本件パネルは明確にしていないが、「権利」とされる「禁止的効力」に係る例外（制限）は TRIPS 協定第 17 条で扱われる反面、公共政策目的実現のための使用の制限は TRIPS 協定第 20 条で扱われると考えられる^{xi}。

本件パネルは、申立国の主張を踏まえ、TPP 措置が商標の識別力や混同を生じさせるおそれに与える影響を考慮しながら TRIPS 協定第 16 条適合性を検討している。しかし TRIPS 協定第 16 条が禁止的効力、すなわち第三者による認められない使用を排除する権利の保護を義務付けていることを踏まえると、TPP 措置が商標の識別力や混同を生じさせるおそれに与える影響は TRIPS 協定第 16 条の適合性の問題には無関係であろう。

8. 商標の使用を「不当に」妨げる特別な要件

パネルは、「不当に」という用語が「不必要」「必要」といった用語とは異なる意味に解されなければならないことを示唆しつつ、「不当に」妨げているかの判断は、特別な要件による妨げの性質と程度、特別な要件が適用される理由、その理由が妨げの十分な根拠となっているかを踏まえて行わなければならないと一応の指針を示した。そのうえで本指針を TPP

措置に適用し、TPP 措置の妨げの程度の大きさ、TPP 措置の目的の正当性、TPP 措置の目的貢献度と共に、代替措置の利用可能性を根拠に TRIPS 協定第 20 条適合性を検討したが、実質的には TBT 協定第 2 条 2 項の検討とほとんど同じ検討方法であった。

「不必要」という用語との相違を踏まえるならば、「不当」かどうかの判断に措置の目的貢献度や代替措置の利用可能性は問題とならないのではないかという疑問がある。特に WTO 協定の複数の箇所「不当な」という用語が「恣意的な」という用語と合わせて用いられていることを踏まえると^{xii}、正当な目的のためにとられた措置であればその目的貢献度に関わらず「不当」とはみなされないのではないだろうか。

他方で、本件パネルが「不当に」という用語は加盟国に政策手段の選択に一定の裁量を与えるものと解すべきと述べたことは評価できる。この点、ウルグアイのたばこパッケージ規制をめぐる投資仲裁において、仲裁裁判所が「評価の余地(margin of appreciation)」論を用いて被申立人に通常より広い裁量を認めたこととの関連が想起される^{xiii}。

さらに敷衍して述べれば、本件における TRIPS 協定第 20 条の適用は、WTO 紛争処理における検討基準についてより広い問題も提起しているように思われる。すなわち GATT 第 20 条の「必要」性や TBT 協定第 2 条 2 項の「必要」性については、パネルはこれまで「新規の(*de novo*)」検討ともいえる検討を行ってきた。これに対して TRIPS 協定第 20 条の「不当」性について本パネルは加盟国の選択（事実認定も含む）に裁量を与えるべきことを指摘し、TRIPS 協定第 20 条の適用に関してより「抑制的な(*deferential*)」な検討基準を適用すべきことを示唆している。このような差異の意義や妥当性を検討する必要がある^{xiv}。

ⁱ AB Report, *EC – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/AB/R (26 September 2002), para.176.

ⁱⁱ AB Report, *EC – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R (12 March 2001), para.67.

ⁱⁱⁱ AB Report, *EC – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R (22 May 2014), paras.5.144-148.

^{iv} TBT 委員会は国際規格に関する 6 つの原則を採択している。Decision of the Committee on Principles for the Development of International Standards, Guides and Recommendations with Relation to Articles 2, 5 And Annex 3 of the Agreement, G/TBT/9, 13 November 2000, para. 20 and Annex 4.

^v ただしホンジュラスの上訴はこの点を問題としている。WT/DS435/23, at 4.

^{vi} *Id.*

^{vii} 小野昌延・三山峻司編「新・注解 商標法（上巻）」（青林書院、2016 年）、815 頁。

^{viii} 同上。

^{ix} Panel Report, *EC – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, WT/DS174/R (15 March 2005), footnote 558; Panel Report, *EC – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, WT/DS290/R (15 March 2005), footnote 564.

^x TRIPS 協定の交渉過程においては、禁止的効力と使用権の双方の側面を定めるべきとの見解も少なからずあったとされる。NUNO PIRES DE CARVALHO, *THE TRIPS REGIME OF TRADEMARKS AND DESIGN* (Kluwer Law International, 2nd ed., 2011), at 343-44.

^{xi} *Id.*, at 397.

^{xii} 例えば GATT 第 20 条のほか、SPS 協定第 2 条 3 項、GATS 第 14 条など。

^{xiii} Award (July 8, 2016), *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, para.399. *But see* Concurring and Dissenting Opinion (Mr. Gary Born), para.87.

^{xiv} *Cf.* Yuka Fukunaga, *Margin of Appreciation as an Indicator of Judicial Deference: Is It Applicable to Investment Arbitration?*, *Journal of International Dispute Settlement*, idy034, <https://doi.org/10.1093/idy/idy034>, Published: 23 November 2018.