

規制の迂回可能性と正当化可能性の関係についての覚書

— オーストラリアのたばこプレーン・パッケージ規制をめぐるWTO紛争を題材に —

小林 友彦

1. 問題の所在

世界貿易機関（WTO）は、貿易・投資への政府による不必要な介入を減少させることによって世界貿易を円滑化しようとしてきた。とはいえ、正当な政策目的に基づいて、必要かつ効果的な貿易制限措置をとることは認められる。そのため、何が正当な規制かが問題とされてきた。本稿では、特に公衆衛生を向上させることを理由とするたばこの表示・販売制限のWTO協定整合性が争われた紛争事案を分析することを通して、異なる価値の間の調整に関わる国際法上の課題に光を当てようとする¹⁾。

これまで、WTO協定及びその前身である関税及び貿易に関する一般協定（GATT）の下でたばこの貿易に関する国家の規制措置の協定適合性が争われてきた。これらの紛争は、2種類に大別できる。第1に、輸入たばこに対する国内規制が輸入品を国産品よりも不利に扱う差別的な措置であるか否かが主たる争点となる場合がある。たとえば、通常のたばことメンソールたばこの生産・販売を認めながら、クローブたばこ（クレテック）の生産・販売を禁止した米国の措置に関するものである。本件措置がWTO協定に違反するかが争われた「米国—クローブたばこ」事件で、第一審に相当する紛争処理小委員会（パネル）は、輸出国であるインドネシアの主張を認めた。メンソールたばこの生産・

1) 本稿の基礎となる研究について、公益財団法人たばこ総合研究センターより平成24年度の研究助成を受けた。あらためて謝意を表する。

販売を認めながらクローブたばこについてのみ禁止するのは不当な差別であり、また周知期間を十分におこなったのも不当だと判示した。判断理由は修正された点があるものの、その結論は上訴審（最終審）に相当する上級委員会においても支持された²⁾。

これに対して、第2に、喫煙が公衆衛生を損なう恐れがあるとの観点から、国産品か外国産品かを問わずたばこの販売を制限しようとする措置が紛争の主題となる場合がある。具体的には、若年層の喫煙開始を抑止するという理由に基づいていわゆるプレーン・パッケージ（簡易包装：plain packaging）を義務づける形でたばこの包装規制を強化したオーストラリアの措置に関する紛争がこれにあたる。豪州の本件措置は、たばこの消費それ自体を抑制しようとしており包括的である点、パッケージ表面の大半を警告の文章や写真で覆うこととしており強度の規制である点で、これまでの事案と異なる色合いを持っている。これに対して、たばこ輸出国であるウクライナは、商標権の保護が不十分だとして提訴し、「豪州—たばこプレーン・パッケージ」事件としてパネル手続に係属している³⁾。他に4つの加盟国が同一措置について紛争を提起しているのに加え、現在進行中のTPP（環太平洋パートナーシップ）交渉においてもISDS（投資家対国家紛争処理）条項をめぐってプレーン・パッケージの扱いが問題とされている等⁴⁾、その影響の射程は個別の紛争に限られない。

このように、たばこの輸出入や販売をめぐっては、規制が強まる方向性が見られる一方で、それらの規制の正当化可能性をめぐる法的紛争が尖鋭化しつつある。ここに、貿易の自由や知的財産権の保護といった要請と、公衆衛生の向

2) Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, adopted 24 April 2012, paras. 234 & 297.

3) 2012年8月にパネルの設置が認められたものの、2013年12月末時点で、パネルの構成員は決まっていない。Request for the Establishment of a Panel by Ukraine, *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, WT/DS434/11, 17 August 2012.

4) Kelsey (2013); Lin (2013).

上という要請との間の調整という困難な課題が示されている。豪州のみならずウルグアイ、ニュージーランド、欧州連合（EU）、アイルランド等においても類似の法制化の動きが見られており⁵⁾、その影響は拡大することが予想される。マーケティングの対象や手法には国ごとの差異が大きいことから、とりわけWTO協定というグローバルなルールの下でどの程度までマーケットごとに異なった対応が認められるのかが、重要な論点となろう⁶⁾。

このような問題意識からは、たばこと公衆衛生との関係に関するWTO法上の基本的な理論枠組みについて整理することが、まずは求められている。これに取り組むというのが、本研究の目的である。分析の直接の射程は、多面的な展開を見せる法的紛争の一断面を切り取ることに限られるものの、公衆衛生と貿易自由化・知財保護とのバランスをめぐる紛争を実証的に分析することを通して、長期的にはたばこを含む嗜好品の自由と規制のあり方にかかわる現代的な法的課題に対応するための視座を得ようとする。

Ⅱ. 紛争事案の動向

A. 紛争の背景

たばこの規制については長い歴史があるものの、とりわけ2003年に採択されたたばこの規制に関する世界保健機関枠組条約（WHO Framework Convention on Tobacco Control: FCTC）が2005年に発効して以降⁷⁾、各国でたばこ規制は

5) たとえば、アイルランドについては下記の声明を参照。URL: <http://www.dohc.ie/press/releases/2013/20130528.html>

6) また、同じ国の中でも地域差がありえ、それに対してどのように対応しうるかも問題となりうる。例えば、日本でも北海道では女性の喫煙者率が高い等の特徴がある。北海道ウェブサイト「北海道の喫煙の状況」ページ（URL: <http://www.pref.hokkaido.lg.jp/hf/kth/kak/tkh/framepage/kituennjyoukyou.htm>）参照。本研究はそうした個別の対応に踏み込むことはできないものの、WTOをはじめとするそのための一歩を踏み出そうとするものである。

7) WHOウェブサイト参照。URL: http://www.who.int/fctc/text_download/en/index.html

強化される傾向にある。

このような中、2011年にオーストラリア（豪州）連邦政府はプレーン・パッケージを義務づける法令を制定した。これに対し、2012年4月、British American Tobacco, Imperial Tobacco, Philip MorrisおよびJapan Tobacco Internationalが憲法訴訟を提起したのをはじめとして、二国間投資協定に基づく仲裁等、複数のフォーラムで手続きが進行している（後述II.B参照）。以下では、特にグローバルなルールであるWTO協定との整合性についてウクライナがWTO紛争処理手続に付託した事案に注目し、関連する法的論点について検討を加える。

B. 紛争の多元的進行形態

1. WTO紛争処理手続

a. 当事者

本件WTO紛争の申立国（原告）はウクライナであり⁸⁾、被申立国（被告）は豪州である⁹⁾。この他、直接の紛争当事国ではない（それゆえ判決効が及ばない）ものの関心を有することから手続に参加する第三国は、アルゼンチン、ブラジル、カナダ、ドミニカ共和国、エクアドル、EU、グアテマラ、ホンジュラス、インド、インドネシア、日本、韓国、ニュージーランド（NZ）、ニカラグア、ノルウェー、オマーン、フィリピン、シンガポール、台湾、トルコ、米国、ウルグアイ、ザンビア、ジンバブエ、チリ、中国、キューバ、エジプト、マレー

8) ウクライナはたばこ生産国であり、生産量の過半を輸出しているという。ドミニカ共和国も、たばこが農業生産高の10%弱、輸出額の8%を占めるという。See *Proposal to Introduce Plain Packaging of Tobacco Products in New Zealand: Consultation Document (G/TBT/N/NZL/62) - Statement by the Dominican Republic to the Committee on Technical Barriers to Trade, 27 and 28 November 2012*, G/TBT/W/355, 4 December 2012, para. 3.

9) なお、本件の他、続いてホンジュラスも協議要請し、不調であるとしてパネルの設置が認められた（DS435）。その他、ドミニカ共和国が2012年7月18日に協議要請し（DS441）、キューバが2013年5月3日に協議要請し（DS458）、インドネシアも同年9月20日に協議要請した（DS467）。現時点では、豪州を被申立国とする2件のパネル手続と3件の協議手続とが別個に迫行されている。

シア、メキシコ、モルドバ、ナイジェリア、ペルー、タイ、マラウイの35か国である¹⁰⁾。

b. 対象措置

本件紛争において申立国が問題だと主張した豪州の措置とは、(1)2011年たばこプレーン・パッケージ法 (The Tobacco Plain Packaging Act 2011: 以下「2011年PP法」) 及び2011年実施規則 (Tobacco Plain Packaging Regulations 2011), (2)たばこプレーン・パッケージに関する2011年商標法改正法 (The Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Act 2011), (3)上記法令の実施等のために豪州政府が設けたその他の実施規則、政策文書およびそれらを運用した措置を指す¹¹⁾。

その主たる内容は、上記2011年PP法が規定している。概略すれば、たばこの小売包装の面積の80%において警告用の写真や文章を表示すること、ブランドのロゴマーク等の使用を禁止して統一された字体・色・仕上げを使わせること等を通して、可能な限りたばこの視覚的なアピール力を減じさせるように標準化された包装を用いることを義務づけている。その目的は、公衆衛生を向上させ、WHOたばこ規制枠組条約上の義務を履行することにあるとされる¹²⁾。また、喫煙率の低下によって医療費の削減も期待できるとする。

2011年PP法に対しては、違法な収用だとして憲法訴訟が提起されていたものの、後述 (II.B. 2. a) するように連邦最高裁が合憲と判断したことによって、立法時に予定した通り製造・包装作業に関しては2012年10月1日に施行され、小売販売については同年12月1日に施行された。

10) WTOウェブサイト参照。URL: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds434_e.htm

11) 関連法令の本文は以下を参照。URL: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=11956>

12) 2011年PP法第12条参照。とはいえ、FCTCはプレーン・パッケージを義務づけるものではなく、2008年に締約国会議で採択された指針において、プレーン・パッケージを推奨しているにとどまる。2011年PP法は、警告表示の包装面積に占める割合においてもFCTCの義務を大幅に上回っており、条約上の義務を超えた上乘せ規制だといえる。

c. 関連するWTO条文

本件措置は、ブランドのロゴマークの使用を禁じ、包装に表示する背景色、字体や仕上げ方法まで特定していることから、たばこ会社の知的財産権を侵害しないかが、まず問題となる。また、その効果においてたばこの貿易に影響することから、GATT上の義務との整合性が問題となる。さらに、本件措置は国産品と輸入品とを区別せずに適用されるものの、強制力のある規格に服させることが輸入品にとって貿易阻害的な効果をもたらしうることから、「米国—クローブたばこ」事件と同様に、本件措置がWTO協定の一部である貿易の技術的障害に関する協定（TBT協定）に違反しないかも問題となる。

2013年4月末の時点で¹³⁾、本件措置について抵触の恐れがあると主張されているWTO協定の条文は、(1)知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS協定）第1条、第2条（それによって編入された工業所有権の保護に関するパリ条約第6条の5及び第7条を含む）、第3条、第15条、第16条、第20条及び第27条、(2)TBT協定第2.1条及び第2.2条、(3)GATT第1条及び第3条である¹⁴⁾。

d. 手続の経緯

WTO協定の解釈や、特定の措置のWTO協定適合性について疑義がある場合、(1)関連する委員会や理事会の会合で問題提起するという方法と、(2)紛争解決機関（DSB）の下で準司法的な紛争処理手続を追求するという方法がある。

豪州の本件措置については、2011年2月にはTBT委員会及びTRIPS理事会においてすでに議題として取り上げられ、複数の国から疑念が提起された¹⁵⁾。

13) 潜在的には、サービス貿易に関する一般協定（GATS）についても、広告サービスに関して論点となりうるとの指摘がある。McGrady (2011), at 114-115.

14) ウクライナによるパネル設置要請（前掲注2）、2頁参照。

15) TBT協定との整合性についてはインドネシア（G/TBT/W/336, 8 June 2011）、キューバ（G/TBT/W/338, 10 June 2011）、ドミニカ共和国（G/TBT/W/339, 21 June 2011）等から質問が寄せられ、2011年6月のTRIPS理事会の会合ではドミニカ共和国、ホンジュラス、ニカラグア、キューバ、ウクライナ、エクアドル、メキシコが協定適合性に懸念を表明したのに対し、インド、ニュージーランド、ウルグアイ、ノルウェーは豪州の措置を支持した（IP/C/M/66, 2 September 2011,

その後、2012年3月12日にウクライナが豪州の法令のTRIPS協定、TBT協定及びGATTへの違反の疑いを指摘し協議要請を行ったことによって、政治的な意見交換・交渉の手続から紛争処理手続へと移行した。WTOの紛争処理手続は和解前置主義をとっているため、まずは2012年4月12日に協議のための両国会合が開催された。しかし不調であったため、同年8月14日、ウクライナは準司法的な合議体であるパネルの設置を要請した。これを受けて、DSBは同年9月28日、パネルを設置することを決定した。

ただし、本件パネル手続は、2013年末時点で、裁判官に相当する個人資格の専門家であるパネリストの人選が定まっていない¹⁶⁾。WTO紛争処理手続の基本法である紛争解決に係る規則及び手続に関する了解（紛争解決了解：DSU）第8条第7項によれば、パネル設置が決まってから20日以内に当事国間でパネリストについて合意できない場合、一方当事国の要請に基づいて事務局長がパネリストを10日以内に選任するものとされている¹⁷⁾。それにもかかわらず1年以上もパネルの構成が決まっていないということは、両当事国の間で人選について合意ができず、さりとていずれの当事国も事務局長に選任を依頼しようとしないということであり、ここにも本件紛争の政治的な難しさが現れている。

2. その他の手続

a. 豪州での国内訴訟

本件WTO紛争の対象となった法令について、たばこ会社が最初に追行したのは豪州国内裁判所における憲法訴訟であった。JTIとBATがそれぞれ原告となった訴訟2件が併合審理され、収用に関する豪州憲法第51条xxxix号に違反したか等が争われた¹⁸⁾。最上級審である連邦最高裁は2012年8月15日、本件措置

Section K)。

16) ホンジュラスとドミニカ共和国が付託した後発事案についても、同様に、パネルの設置は認められたものの、その構成は未定である。

17) 従来から、過半数の紛争事案において、事務局長によってパネリストが選任されてきた。

18) *JT International SA v Commonwealth of Australia; British American Tobacco*

によって私人たるたばこ会社の権利がはく奪されることは認めたものの、それによって政府が利用できるようになったわけではないため取用にあらず、合憲だと判断した¹⁹⁾。この判断は従来先例に倣ったものであり²⁰⁾、豪州では連邦最高裁の判断に対して上訴できないため、豪州国内裁判所における救済の道は絶たれたといえる²¹⁾。

b. 投資協定仲裁

他方で、Philip Morris社は、新たに香港にPhilip Morris Asia Limited社を設立し、既存の香港と豪州との間の二国間投資協定（BIT）で認められた投資家－投資受入国間の紛争解決に関連する規定（いわゆるISDS条項）に基づいて、同協定第6条が禁止する取用にあたること、及び、同第2条第2項が求める公正かつ衡平な待遇を与えていないという理由で仲裁裁判を申し立てた²²⁾。2013年4月末時点で、実体問題についての仲裁判断はまだ明らかになっていない。

c. 国際司法裁判所（ICJ）

この他にも、WTO紛争処理手続の申立国3か国のうちウクライナとホンジュラスはパリ条約に加盟しているので、同条約の関連規定の違反を理由として、ICJの管轄権を認める同第28条に基づいて豪州をICJに一方向的に提訴することも、可能ではある。

Australasia Limited & Ors v Commonwealth of Australia [2012] HCA 30, at the High Court of Australia.

19) Voon (2013), at 4.

20) Fletcher (2013), at 843.

21) なお、Philip Morris社は、米国においても国内裁判や投資協定仲裁の申し立てを行っている。2012年8月、米国ワシントンDC巡回区連邦控訴裁は、写真表示義務付けが違憲だと判断した。現在上告中である。See International Economic Law and Policy Blog, *Cigarette Packaging Regulation: The Intersection of Free Speech, Free Trade, Due Process, Property and Intellectual Property*, March 18, 2012. Available at <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2012/03/cigarette-packaging-regulation-the-intersection-of-free-speech-and-free-trade.html>

22) *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12. なお、Philip Morris社はウルグアイに対しても投資協定仲裁の申し立てを行っている。McGrady, *Philip Morris v. Uruguay* (2011), at 255.

d. FCTC第27条に基づく仲裁裁判

本件措置について豪州政府はFCTC上の義務の履行の一環だとしていることから、FCTC上の義務の内容や程度の解釈をめぐる紛争として構成することもありうる。ウクライナとホンジュラスはFCTCにも加盟しているので、交渉その他の平和的手段で紛争処理に努めるよう規定する同条約第27条第1項に基づいて、当事国間の合意に基づいて仲裁裁判に付託することもありえよう²³⁾。

Ⅲ. WTO紛争処理手続における法的論点

A. WTO協定の解釈問題

1. パリ条約

TRIPS協定第2条第1項は、WTO加盟国が1967年のパリ条約の第1条から第19条の規定を遵守すると定める。これによって、これらの義務をパリ条約に加盟していないWTO加盟国にまで及ぼすのに加え、パリ条約の上記条文の違反の有無についてWTO紛争処理手続を利用して追及することが可能となる²⁴⁾。さらに、TRIPS協定第15条から第22条において、商標の保護に関する既存の条約を補完するような最低基準を独自に定めた。

パリ条約第6条の5Aは、商標権者の本国で正規に登録された商標は他の同盟国でもそのまま登録できると規定し、同条Bに規定する公序良俗違反等の例外事由に該当するような商標でない限り、登録が拒絶されないよう保護している。また、第7条は、商標を付す対象である商品の性質によって商標の登録が妨げられないと規定する²⁵⁾。仮に当該商品の販売が禁止されているからといっ

23) 現時点で、FCTC第27条第2項に基づく強制管轄権受諾宣言を行っている国は、アゼルバイジャンとベルギーのみである。WHOのFCTCウェブページ (URL: <http://www.who.int/fctc/declarations/en/>) 参照。なお、国際取引に関する紛争解決における仲裁裁判の機能については、中村 (2008), 222ページ以下を参照。

24) ただし、豪州はパリ条約に加盟しているため、いずれにせよパリ条約上の義務に服する。

25) なお、TRIPS協定第15条第4項は、物のみならずサービスに付ける商標についても、同じ規律が及ぶと定める。

て、商標の登録まで拒絶されるものではない。

この点、豪州の本件措置については、直接的には使用の規制であるとしても、間接的には登録の抹消までもたらしうるため、豪州以外で登録された商標を損なうものだと主張もある²⁶⁾。たしかに、パリ条約の上記条文が「登録」の段階を規律しており、本件措置が明文上は「使用」の規制に限定されることをもって²⁷⁾、形式的に本件措置が「登録」の保護に影響しないと結論づけるのは早計であろう。登録された商標を一定期間使用しない場合、登録を抹消する理由となりうるという点でも²⁸⁾、「登録」と「使用」は結び付いているからである。

このような学説の対立は存在するものの、本件措置については、2011年PP法に基づきたばこ関連商標を使用できなくなってもその登録には影響しないと明記している²⁹⁾。それゆえ、本件措置について、登録に関するパリ条約違反を問うことは困難であろう。

2. TRIPS協定

では、商標の「使用」についてはどうだろうか。そもそも、商標権の保持者に商標を利用する積極的な権利があるか否かが問題となる。もちろん、TRIPS協定は知的財産権を私権と位置づけ³⁰⁾、各WTO加盟国において適切に保護することを求めている。しかし、「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」と規定する同条約第16条第1項は、TRIPS協定において、商標権を「第三者に商標を利用させない」という消極的な権利と構成して

26) LALIVE (2009), at 8.

27) 鈴木 (2012), at 12.

28) TRIPS協定第19条第1項参照。

29) 2011年PP法第28条第3項参照。

30) TRIPS協定前文参照。

いるかのように読めるからである³¹⁾。

もしそうであるとする、仮に国家が商標の使用を誰にも認めないこととしても、商標権保持者のみならず第三者も使用できないのであるから、他の条件（無差別待遇等）を満たせば、そもそも権利侵害にはならないこととなる³²⁾。これに対して第16条は秩序だった商標権行使を可能にするための規定だと構成し、TRIPS協定の本旨や精神に照らして商標を使用する積極的な権利があると構成する有力説があるものの³³⁾、あくまでTRIPS協定の「精神」に鑑みてそのように解釈すべきだと主張するにとどまる。また、TRIPS協定が規定する商標権者の排他的権利が積極的な側面と消極的な側面とを混合して有しているとの主張もあるものの³⁴⁾、加盟国に対して創設的に義務を課すTRIPS協定は謙抑的に解釈するのが自然であろう。文脈は異なるものの、「EC－地理的表示」事件パネル報告書の判旨からも、解釈論としては苦しい³⁵⁾。

仮に商標を使用する積極的な権利が認められるとした場合、本件措置のように強い公衆衛生上の必要性があることを理由として、その制限が例外的に正当化されるかどうかの問題となる。これに関連するのがTRIPS協定第8条、第17条及び第20条である。

まず、第8条は総則的な規定であり、同協定「に適合する限りにおいて」、公衆衛生上必要な措置をとることができることと定める。本条は、公衆衛生を向上させる措置が「必要性」要件と「TRIPS協定適合性」要件を満たすことを要求している。この点、TRIPS協定と公衆衛生の関係に関する2001年のドーハ閣僚

31) もちろん、各国国内法で独自の規制を設けることは妨げられない。しかし、WTO紛争処理手続における適用法はWTO協定であるため、WTO協定の一部であるTRIPS協定がどのような権利を保護しどのような義務を加盟国に課しているかが、ここでの問題である。

32) Davison (2012), at 498-501; Voon and Mitchell (2012), at 119.

33) Gervais (2010), at 16; Frankel and Gervais (2012), at 34.

34) Frankel and Gervais (2012), at 28.

35) Panel report, *European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, WT/DS290/R, adopted 20 April 2005, paras. 7.611-7.613.

宣言に言及して、公衆衛生上の措置がTRIPS協定と整合的だと論じる説もあるものの³⁶⁾、失当である。第1に、同宣言は一般論として両者が必ずしも対立するものではないことを確認しつつ、国家緊急事態においてとりうる対策を例示したものであって、たばこ規制とは文脈が異なる。第2に、同宣言は、現行協定の解釈を変更するWTO設立協定第9.2条にいう有権的解釈ではないため現行協定の解釈を明確化する法的効力がなく、条約法に関するウィーン条約第31条第3項にいう全当事国の事後の合意とも言えない³⁷⁾。第3に、いずれにせよ同宣言は当時の喫緊の政治的課題に対応するための一時的な合意を表現した文書であり、その後の2003年のウェイバー及び2005年のTRIPS協定改正によって法的効果が与えられた以上、同宣言が永続的・一般的な効果をもつものと位置づけるのは不相当である。とすれば、第8条の後者の要件は他の条文によって認められるか否かに依存しているし、前者の要件は後述する第20条の要件と重なる面があるため、本件措置に関して第8条が独自に機能する余地はないと見てよい。

次に、第17条は、以下のように定める。

商標権者及び第三者の正当な利益を考慮することを条件として、商標により与えられる権利につき、記述上の用語の公正な使用等限定的な例外を定めることができる。

この規定に照らして、本件措置に基づく商標の使用制限が「限定的」なものでありかつ商標権者の「正当な利益」に配慮しているかが問題となる。この点、本件措置が包括的な禁止でありかつこれまでのブランド形成努力等に関わらず

36) Voon and Mitchell (2012), at 122.

37) 「米国－クローブたばこ」事件で上級委員会は、TBT協定第2.1条の解釈に関するドーハ閣僚決定について、WTO設立協定第9.2条にいう有権的解釈ではないとしても、条約法にいう全当事国の事後の合意に該当するとして適用可能性を認めた。しかし、公衆衛生に関するドーハ閣僚宣言は、その趣旨と射程において本件措置のWTO協定適合性を判断する基準とならない。

一律に適用されることから、限定的でなく個々の商標権者の正当な利益にも配慮していないとの批判がある³⁸⁾。これに対し、WTO協定整合的だと主張する論者は、いずれも商標権が消極的権利であることに依拠しており、仮に積極的権利であるとすれば、どのように正当化されるのかは明らかでない。おそらく、本件措置のような包括的・恒久的な使用制限を「限定的」だと証明するのは困難であろう。

最後に、第20条は、その第1文において以下のように定める。

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。

この規定に照らして、本件措置によって商標の使用が「特別な要件」により「不当に」「妨げられ」るか否かが問題となる。この点、「妨げられ」(encumbered)てはならないと規定されていることから、商標使用に対する部分的な制約のみを第20条が禁止しており、包括的な制約、つまり完全に商標の使用を禁止することはかまわないとする見解もあるものの³⁹⁾、用語の通常の意味及び文脈をふまえれば、部分的な制約であっても禁止されるのであって、包括的な禁止ならばなおさら許されないものと解するのが自然であろう。

とはいえ、いずれにせよ「不当」でない制約であれば、許容される余地がある。この意味で、最も重要なポイントは、本件措置が「不当」でないか否かにあるといえる。しかしながら、本条については解釈先例がなく、ある措置が「不当でない」、つまり正当化しうるか否かをどのように判断するか、たとえばGATT第20条の解釈が影響を及ぼすか否かも明らかでない。

38) LALIVE (2009), at 10.

39) Davison (2012), at 11.

3. その他の論点：TBT協定，GATT，そして迂回可能性

a. 他の協定条文

まず，TBT協定第2.1条は，以下のように規定する。

加盟国は，強制規格に関し，いずれの加盟国の領域から輸入される産品についても，同種の国内原産の及び他のいずれかの国を原産地とする産品に与えられる待遇よりも不利でない待遇を与えることを確保する。

ここで強制規格とは，日本におけるJIS規格のような任意規格と異なり，私人がある産品を生産・販売する際に遵守することが義務づけられる規格・標準を指す。これについて，国産品より外国産品を不利に扱わないという，いわゆる内外無差別（ただし，外国産品を優遇することは妨げられない）を定めており，その解釈あたっては，共通する文脈の中でGATT第3条第4項等を考慮する必要がある⁴⁰⁾。本件措置については，国産たばここと外国産たばこを区別せず，メンソールたばこ等についても区別なく適用する点で，「米国－クローブたばこ」事件におけるような差別は行われていない⁴¹⁾。他方で，従来は豪州のたばこ小売市場の9割を外国産品が占めていたことから見れば，本件措置の影響をより強く受けるのは外国産品であるため，事実上，国産品よりも不利な待遇だと認定される可能性がある⁴²⁾。第2.1条が外国産品の将来の市場アクセスへの影響まで射程に入れるかが問題となろう⁴³⁾。

次に，TBT協定第2.2条は，以下のように規定する。

加盟国は，国際貿易に対する不必要な障害をもたらすことを目的とし

40) Appellate Body Report in *US - Clove Cigarettes*, paras. 91-100.

41) Panel report in *US - Clove Cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.364.

42) 鈴木(2012), at 25; Appellate Body Report in *US - Clove Cigarettes*, paras. 215.

43) Gruszczynski (2013), IV.B.

て又はこれらをもたらす結果となるように強制規格が立案され、制定され又は適用されないことを確保する。このため、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。(後略)

そして、「正当な目的」の例として、国家の安全保障上の必要、詐欺的な行為の防止及び人の健康若しくは安全の保護、動物若しくは植物の生命若しくは健康の保護又は環境の保全を挙げる。また、危険性の評価についても、考慮される関連事項として入手することができる科学上及び技術上の情報、関係する生産工程関連技術又は製品の意図された最終用途を例示する。規定振りからも、協定中の位置づけからも、GATT第20条の柱書、b号及びd号等と密接な関係を有する。

たしかに、例外規定であるGATT第20条とそうではないTBT協定第2.2条とでは証明責任の配分が異なる。しかし、実体的要件については、措置の性質上ある程度の差異はあるものの、平仄を合わせて解釈する必要がある。知的財産権に関する国際ルールを持たなかった1947年GATTの下でも⁴⁴⁾、「タイ-たばこ規制」事件GATTパネル報告書において、GATT第20条b号にいう「必要性」の有無について、より制限的でない代替手段(LRA)があるか否かに基づいて判断されると判示された⁴⁵⁾。そして、1995年のWTO体制下の紛争処理先例においても、措置が目的達成のために実質的に貢献すると示すことが必要だとされている⁴⁶⁾。「米国-クローブたばこ」事件では、GATT第3条第4項

44) なお、TRIPS協定が成立したのは1994年のWTO協定においてであるが、1947年に署名されたGATTにも、第20条d号において知的財産権に関する言及がある。

45) GATT Panel Report, *Thailand-Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, DS10/R (5 October 1990), adopted 7 November 1990, GATT B.I.S.D. (37th Supp.) at 223 (1990), para. 75. Available at http://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91520143.pdf

46) Appellate Body report in *Brazil - Retreaded Tyres*, DS332/AB/R, para. 150.

との適合性について判断されなかったためにGATT第20条それ自体は判断対象とならなかったものの、パネルがTBT協定第2.2条を解釈するにあたって、GATT第20条における「必要性」の解釈との整合性への配慮が確認された⁴⁷⁾。ただし、TBT第2.2条を適用する際の考慮要素については、「米国—原産地ラベリング (COOL)」事件上級委員会が一定の指針を示したものの⁴⁸⁾、なお議論の余地がある。なお、第2.1条と第2.2条の関係については、上級委員会で審理中の「EU—アザラシ製品輸入禁止」事件でも論点となっているところである。

b. WTO紛争処理手続におけるFCTCの位置づけ

FCTCがその締約国である豪州に対して本件措置をとるよう義務づけるものではないとしても、2011年PP法の重要な立法事実であることは確かである。前述 (II.B. 2.d) のようなFCTCに基づく仲裁でなく、WTO協定の解釈適用を行うWTO紛争処理手続において、WTO協定外のFCTCはどのように位置づけられるのだろうか。

このような問題は、新しいものではない。「エビ・ウミガメ事件」と呼ばれることもある「米国—エビ輸入禁止」事件 (DS58) においては、絶滅危惧種の貿易を規制するワシントン条約が援用されたし、遺伝子組換作物の輸入規制をめぐる「EC—バイオテクノロジー」事件 (DS291/292/293) では、生物多様性条約の枠内のカルタヘナ議定書の適用可能性が争われる等、様々な紛争においてWTO協定以外の法規範が援用されてきた。これまでの紛争事案では、WTO加盟国の全てを拘束する法規範しか適用し得ないか、それとも当該紛争の当事国全てを拘束する法規範であれば足りるかが争われ、まだ判例は確立していないものの、前者の立場を取るようである。

しかるに、本件事案では、ドミニカ共和国がFCTCの非加盟国であるため、上記どの立場に立っても、FCTCそれ自体を適用することはできない。まし

47) Panel report in *US - Clove Cigarettes*, para. 7.368.

48) Appellate Body Report, *United States - Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, WT/DS384/ABR, adopted 23 July 2012.

て、FCTCの下で形成された指針（guidelines）についてはなおさらである。そもそも、第3回から第5回の締約国会議で採択された指針とは、実体規定の「実施のための適当な指針を提案する」と定めるFCTC第7条に基づいて作成されたものであり、それ自体で法的拘束力を有しない。

このように、社会的紛争としての本件紛争は、複数の国際法規範（WTO協定、投資協定、FCTC等）と国内法規範が密接に絡み合って展開している。しかしながら、WTO紛争処理手続の構造上、その全体像を包摂的にとらえて諸価値を調整した形で判断を下すことができないのである。

B. 規制の迂回可能性の検討の必要性

本稿の観点から興味深いのは、本件措置について、喫煙の減少という所期の目的に対して表示規制が間接的にしか役立たないという批判があることである。つまり、それにもかかわらず商標権の使用を一律に禁止するという強度の制約を課すのは均衡性を失っており、かつ、若年層を喫煙のリスクから保護したいという目的を達成するには、(a)未成年者への販売の抑止（販売店への罰則の強化等）、(b)喫煙リスクについての啓発キャンペーンの強化、(c)禁煙エリアの拡大、といった有効な代替策があることをもって、本件措置は正当化できないというのである⁴⁹⁾。

また、仮に表示規制が直接的な効果を有するとしても、その効果が容易に減殺されうる場合であっても正当化できるかどうか、次に問題となる。たしかに、本件措置に対しては、(1)ブランドによる差別化を禁じることで、製品間の競争状態をゆがめる、(2)ブランドによる差別化ができないために価格競争が激化し、より若年層が低廉に入手しやすくなる、(3)表示の統一によって正規品と模倣品の区別もしづらくなるため、不法取引が増加する、(4)「禁じられた果実」として若年層の興味をかえって煽ることになる、(5)より害の少ない製品の開発・販促が妨げられるため、結果として煙害の減少を遅らせる、等の指摘がな

49) LALIVE (2009), at 12; Gervais (2010), at 16.

されてきた⁵⁰⁾。とりわけ、不法取引をはじめとする迂回的行動は、本件措置の実効性を大きく損ないうる。不法取引の防止にまで対応した制度設計の難しさは「米国－クローブたばこ」事件で現れていたし⁵¹⁾、豪州最高裁が2012年8月15日に2011年PP法の合憲性を認めた際も、同法が施行されるとタバコの不法取引が拡大しようという懸念が指摘されていた⁵²⁾。

この点、主要なたばこ会社の委託を受けて調査を行ったKPMGの2013年10月の報告書は、本件措置の施行後に不法取引が増加したと指摘した⁵³⁾。ただし、本件措置と相前後してたばこ免税輸入量の変更等もあったことに鑑みれば、全消費量に占める不法たばこの割合が本件措置導入の前後で11.8%から13.3%に増加したと指摘するにあたって、必ずしも本件措置の効果を十分に切り分けられているかは明らかではない。また、そもそも調査対象期間が、措置発動まへの5年間と発動後6か月後までに限られている。それゆえ、本件措置が不法な取引をどの程度増加させるかについては、さらなる実証的な調査を必要としている。

理論的には、たばこの需要減に伴って価格が下落するのを防ぐには、増税等の措置をとることが考えられる。また、不法たばこの質が高まるのでない限り、喫煙へのインセンティブが高まるとは限らない⁵⁴⁾。いずれにせよ、取締りの対象となる不法取引や密輸輸出が先進国のたばこ市場においてそれほど大きな割合を占めるようになるとは考えづらい。むしろ、検討の必要があるのは、大手の供給者によって本件措置が迂回される可能性についてではないだろうか。

もちろん、主要なたばこ会社が非合法品を増加させることで本件措置に対応

50) Basham & Luik (2012), at 303-314; Chaudhry and Zimmerman (2012). 同様の意見は、TBT委員会においてドミニカ共和国からも示された。G/TBT/W/355, para. 7.

51) Appellate Body Report in *US - Clove Cigarettes*, paras. 225.

52) Television New Zealand, *NZ welcomes Australia's new tobacco laws*, August 15, 2012. Available at <http://tvnz.co.nz/world-news/australia-wins-tobacco-plain-packaging-5025186>

53) KPMG (2013), at 28.

54) Berger-Walliser (2013), at 1050-1057.

しようとするとは考えづらい。そうではなく、本件措置の対象とならないような形態の製品・サービスにシフトするような合法的な迂回的行動がどのような法的問題を生じうるかが今後の検討課題なのである。たとえば、合法的なマーケティング戦略の一環として、包装の要素が小さいたばこ製品（若年層に訴求するような形態での手巻きたばこ自作キット・詰替え式たばこ、水たばこ、電子たばこ等）の販促に注力するようになれば、本件措置のような表示規制が本来の目的（特に若年層の喫煙防止）の実現にどれだけ資するのかが、あらためて問われることになりうる。

IV. おわりに：得られた知見と今後の課題

公衆衛生を向上させるという観点からどのような規制が行いうるかは、もちろんWTO協定解釈に関わる重要な論点である。この点、前述（Ⅲ.A）したようなWTO協定の関連規定（TRIPS協定によって編入されたパリ条約を含む）の解釈によれば、豪州の本件措置はWTO協定に明白に違反するとは言いがたいものの、完全にWTO協定適合的かは疑わしい。他方で、パリ条約第6条の5やTRIPS協定第20条の解釈については判例も確立しておらず、どのように判断されるかについての不透明性が大きい。こうした事情に鑑みれば、両紛争当事国にとって、本件WTO紛争を当事国間の和解によって終結させることへの誘引も相当程度あると考えられる。これは、現行のWTO紛争処理手続を通して公衆衛生と知的財産権という異なる価値間の抵触を調整することの困難さを示している。

これに加えて、本稿が浮かび上がらせようとしたのは、表示を規制しようとする措置の実効性、目的実現への貢献度について、より包摂的な分析が必要だということである。前述（Ⅲ.B）のように、仮に目的達成のために有効な手段であるとしても、本件措置の「迂回」（それをどのように定義するかがそもそも問題であるが）が容易に可能であれば、その有効性は減ぜられる。こうした複眼的・包括的な検討は、公衆衛生上の問題となりうるような他の「不健康」

な嗜好品に対する措置の設計にどのように影響することとなろう⁵⁵⁾。本稿は、こうした作業のための課題を明らかにしようとしたにとどまり、実践的な研究の重要性をご教示下さった中村秀雄先生の学恩に報いるには程遠いものである。より詳細な分析は、別稿に譲らざるを得ないことをご海容願いたい。

55) アルコールについては、たとえば以下を参照。Alemmano (2013), at 101.

引用文献

- Alemanno, Alberto and Enrico Bonadio, "Do You Mind My Smoking?: Plain Packaging of Cigarettes under the TRIPS Agreement", *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, Vol. 10 (3) (2011), 450-473.
- Alemanno, Alberto, "The HOB-vín Judgment: A Failed Attempt to Standardise the Visual Imagery, Packaging and Appeal of Alco-hol Products", *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 4 (2013), 101-112.
- Basham, Patrick and John Luik, *The Plain Truth: Does Packaging Influence Smoking?*, Democracy Institute, 2012.
- Berger-Walliser, Gerlinde, "The Impact of Plain Packaging Regulation on Illicit and Non-Illicit Tobacco Products in the European Union", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 38 (2013), 1015-1060.
- Bonadio, Enrico, "Plain Packaging of Tobacco Products under EU Intellectual Property Law", *European Intellectual Property Review*, September 1, 2012 (2012), 599-608.
- Chaudhry, Peggy and Alan Zimmerman, *The Impact of Plain Packaging on the Illicit Trade in Tobacco Products*, 29 June 2012. Available at JTI's website: <http://www.jti.com/how-we-do-business/key-regulatory-submissions/>.
- Davison, "Mark, Plain Packaging of Tobacco and the 'Right' to Use a Trade Mark", *European Intellectual Property Review*, Vol. 8 (2012), 498-501.
- Diebold, Nicolas F., "Standards of Non-Discrimination in International Economic Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60(4) (2011), 831-865.
- Eckhardt, Joseph N., "Balancing Interests in Free Trade and Health: How the WHO's Framework Convention on Tobacco Control Can Withstand WTO Scrutiny", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 12 (2002), 197-230.
- Epps, Tracey, *International Trade and Health Protection: a Critical Assessment of the WTO's SPS Agreement*, E. Elgar, 2008.
- Fletcher, Daniel, "*JT International SA v Commonwealth: Tobacco Plain Packaging*", *Sydney Law Review*, Vol. 35 (2013), 827-843.
- Frankel, Susy R. and Daniel J. Gervais, *Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement*, *Forthcoming; Victoria University of Wellington Legal Research Paper*, 2013. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2234580>.
- Gervais, Daniel, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 3rd Edition, Thomson Reuters, 2008.
- Gervais, Daniel, *Analysis of the Compatibility of certain Tobacco Product Packaging*

- Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention*, 30 November 2010. Available at the JTI's website: http://www.jti.com/download_file/805/629/.
- Gostin, Lawrence O. and Eric A. Friedman, "Global Health Justice: Towards a Framework Convention on Global Health—A Transformative Agenda for Global Governance for Health", *Yale Journal of Health Policy, Law & Ethics*, Vol. 13 (2013), 1-75.
- Grosse Ruse-Khan, Henning, "A Conflict-of-Laws Approach to Competing Rationalities in International Law: The Case of Plain Packaging between IP, Trade, Investment and Health", *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 13(5) (February 2013), 1-40.
- Gruszczynski, Lukasz, "The TBT Agreement and Tobacco Control Regulations", *Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy*, Vol. 8 (2013), 115-147.
- Katz, Julius and Richard Dearden, Plain Packaging & International Trade Treaties, in J. C. Luik (ed.), *Plain Packaging and the Marketing of Cigarettes*, Admap, 1998, 91-134.
- 川瀬, 剛志 「(コラム) 国際経済紛争としてのタバコ規制問題」 経済産業研究所ウェブサイト, 2011年7月11日. Available at http://www.rieti.go.jp/jp/columns/a01_0321.html.
- Kelsey, Jane, "The Trans-Pacific Partnership Agreement: A Gold-Plated Gift to the Global Tobacco Industry?", *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 39 (2013), 237-264.
- KPMG, *Illicit tobacco in Australia*, 2013 Half Year Report, October 2013. URL: http://www.pmi.com/eng/media_center/documents/kpmg%20report%20on%20illicit%20trade%20australia.pdf.
- LALIVE, *Why Plain Packaging is in Violation of WTO Members' International Obligations under TRIPS and the Paris Convention*, 23 July 2009, 16p. Available at: http://www.smoke-sdfree.ca/plain-packaging/documents/industry-responses/LALIVE_Analysis_23_July_2009.pdf.
- Lieberman, Jonathan, "Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia", *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 39 (2013), 361-381.
- Lin, Tsai-Yu, "Preventing Tobacco Companies' Interference with Tobacco Control Through Investor-State Dispute Settlement under the TPP", *Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy*, Vol. 8 (2013), 565-582.
- Mamudu, Hadii, *The Politics of the Evolution of Global Tobacco Control, 1960s-2000s: the Formation and Functioning of the Framework Convention on*

- Tobacco Control*, VDM Verlag Dr. Müller, 2008.
- McGrady, Benn, *Trade and Public Health: the WTO, Tobacco, Alcohol, and Diet*, Cambridge University Press, 2011.
- McGrady, Benn, “Philip Morris v. Uruguay: The Punta del Este Declaration on the Implementation of the WHO Framework Convention on Tobacco Control”, *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 2/2011 (2011), 254–260.
- McGrady, Benn, and Alexandra Jones, “Tobacco Control and Beyond: The Broader Implications of *United States - Clove Cigarettes* for Non-Communicable Diseases”, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 39 (2013), 265–289.
- Mitchell, Andrew D. and David M. Studdert, “Plain Packaging of Tobacco Products in Australia: A Novel Regulation Faces Legal Challenge”, *Journal of American Medical Association*, Vol. 307(3) (2012), 261–262.
- 中村, 秀雄『国際動産売買契約法入門』(有斐閣, 2008年).
- Ritwik, Ankita, “Tobacco Packaging Arbitration and the State's Ability to Legislate”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 54 (2013), 523–538.
- Scholz, Rüdiger, *Internationaler Gesundheitsschutz und Welthandel: das Verhältnis des Gesundheitsvölkerrechts zum WTO-Recht*, Duncker & Humblot, 2010.
- Shmatenko, Leonid, “Regulatory Measures through Plain Packaging of Tobacco Products in the Light of International Trade Agreements”, *Czech Yearbook of International Law*, Vol. IV (2013), 27–48.
- 鈴木, 將文「公衆衛生分野の国内政策と国際的財産法・国際通商法—プレーン・パッケージ規制を素材として—」『同志社法学』, 64巻4号(2012年), 3–27頁.
- Vadi, Valentina, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, Routledge, 2013.
- Voon, Tania and Andrew D. Mitchell, “Implications of WTO Law for Plain Packaging of Tobacco Products”, in Voon, Tania, Andrew D. Mitchell and Jonathan Liberman (eds.), *Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues*, Edward Elgar, 2012, 109–136.
- Voon, Tania, “Acquisition of Intellectual Property Rights: Australia’s Plain Tobacco Packaging Dispute”, *European Intellectual Property Review*, 2013, Vol. 2, page unknown. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2180584>.
- Voon, Tania, “Flexibilities in WTO Law to Support Tobacco Control Regulation”, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 39 (2013), 199.
- World Health Organization, *WHO Framework Convention on Tobacco Control: Guidelines for Implementation, Article 5.3, Article 8, Articles 9 and 10, Article 11, Article 12, Article 13, Article 14*, 2011 Edition, WHO, 2011.