



RIETI Policy Discussion Paper Series 13-P-013

【WTOパネル・上級委員会報告書解説⑤】
米国－クローブ入りタバコ規制事件(インドネシア)(DS406)
－TBT協定2.1条とGATT3条4項の関係を中心に－

内記 香子
大阪大学



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

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

【WTOパネル・上級委員会報告書解説⑤】

米国ークローブ入りタバコ規制事件（インドネシア）（DS406）

－TBT 協定 2.1 条と GATT3 条 4 項の関係を中心に－*

内記香子（大阪大学）**

要 旨

WTO 協定附属書 1 に含まれる TBT 協定（貿易の技術的障害に関する協定; Agreement on Technical Barriers to Trade）については、これまで EC－アスベスト規制事件及び EC－鰯表示事件の上級委員会の判断があったが、TBT 協定上の強制規格に関するコアな義務とされてきた 2.1 条及び 2.2 条の解釈適用はなかった。とりわけ本件は、2.1 条の解釈について大きな先例性をもつものとなった。無差別の義務を定める 2.1 条については、同様の義務内容を定めており判例の蓄積の多い GATT3 条と類似の解釈アプローチがとられるのかどうか学説上、議論されてきた。本稿では、この TBT 協定 2.1 条の、GATT3 条との関係を主として議論することとする。

キーワード： TBT 協定、無差別原則、GATT3 条 4 項、公衆衛生

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、(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。

* 本稿は(独)経済産業研究所「現代国際通商システムの総合的研究」プロジェクト（代表：川瀬剛志フ
ァカルティフェロー）下の「WTO 判例研究会」の成果の一環である。(独)経済産業研究所における 2013
年 3 月 5 日の研究会並びに同年 5 月 20 日のポリシー・ディスカッション・ペーパー検討会において、研
究会メンバー、オブザーバー、他所内関係者から貴重なコメントを頂戴している。

** 大阪大学大学院国際公共政策研究科准教授／e-mail: ynaiki@osipp.osaka-u.ac.jp

1. はじめに

TBT 協定については、これまで EC-アスベスト規制事件¹及び EC-鰯表示事件²の上級委員会の判断があったが、TBT 協定上の強制規格に関するコアの義務とされてきた 2.1 条及び 2.2 条の解釈適用のある事件はなかった。TBT 協定が GATT よりも進んだ義務を定めていると指摘されてきたのは、2.1 条で無差別義務を規定した上で、差別的であるかどうかにかかわらず、2.2 条で不必要な障害をもたらすものであってはならない、という義務を課している点にあった。2012 年に、本件を含む 3 つの事件において、これらの条文の解釈適用が上級委員会によってなされ、これまで明らかでなかった点が明確になったことは大きい。

とりわけ本件は、2.1 条の解釈について大きな先例性をもつものとなった。無差別の義務を定める 2.1 条については、次のような曖昧さがあることが指摘されてきた。すなわち、2.1 条で違反認定された場合にそれを正当化する条文がないという点である。GATT であれば、GATT1 条あるいは 3 条の違反は GATT20 条で正当化することが可能だが、GATT20 条のような条文が TBT 協定にはない。これについては学説上 3 つの理解があった。第 1 の考え方は、2.1 条の違反を、2.2 条で正当化するという方法である³。第 2 は、TBT 協定 2.1 条の正当化を GATT20 条で行うという方法である⁴。3 つ目の考え方としては、正当化条文がないことを、TBT 協定 2.1 条の「同種の産品」と「不利な待遇」の文言の解釈に柔軟性を持たせることで補てんするという方法であった⁵。

本件のアプローチは、第 3 の考え方に近いものと言えるが、本稿では、この 2.1 条を中心に議論を行い、どのような解釈アプローチが示されたのかについて検討することとする。

2. 事実の概要

2-1 措置の概要

米国の措置（連邦食品医薬品化粧品法=FFDCA: US Federal Food, Drug and Cosmetic Act, Section 907(a)(1)(A)）：タバコ (cigarette) に、人工的・自然の香り付け (an artificial or natural flavor)、あるいはハーブ・スパイスの添加物、成分を加えてはならないことを規定、ただし、香りづけにおいて、タバコとメンソールは (tobacco or menthol) は除外するとされていた。2009年6月に採択、同年9月から施行された。措置の目的は同法に明記されてい

¹ Appellate Body Report, *EC-Asbestos*, WT/DS135/AB/R (Mar. 12, 2001).

² Appellate Body Report, *EC-Sardines*, WT/DS231/AB/R (Sep. 26, 2002).

³ See, Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization* (Cambridge University Press, 2008), p.818 (“Note that such a ‘rule-exception’ relationship, which exists between Articles I and III of the GATT 1994, on the one hand, and Article XX of the GATT 1994, on the other hand, is not so clearly replicated in the context of the TBT Agreement. The relationship between, for example, Article 2.1 and 2.2 of the TBT Agreement remains to be clarified.”); Andrew T. Guzman and Joost H.B. Pauwelyn, *International Trade Law* (Aspen Publishers, 2009), p.533 (“Could TBT Article 2.2 be used to justify violations of Article 2.1 the way that GATT Article XX can be used to justify violations of obligations under GATT?”).

⁴ SPS 協定上の違反を GATT20 条で正当化可能かどうか議論されたこともあった（このパネルは、正当化は不可能と判断した）。Panel Report, *US-Poultry (China)*, WT/DS392/R (Sep. 29, 2010), para.7.481.

⁵ Gabrielle Marceau and Joel Trachtman, “The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade – A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods,” 36 *Journal of World Trade* 874-875 (2002).

ないが、紛争当事国が参照している立法に関する下院レポート (House Report) によれば、18歳以下の若年層の喫煙を減少させることによる健康の保護 (to protect the public health and to reduce the number of individuals under 18 years of age who use tobacco products) にあるとされている (本パネル報告書 paras.2.6-2.7)。

米国での喫煙率は20-26%、若年層は12-19%だという。喫煙者の大半が、ふつうのタバコあるいはメンソールタバコの2種を吸っているとされ、特に、喫煙者の25%がメンソールタバコを吸っているとされる。クローブ入りタバコは、米国タバコ市場の0.1%の消費を構成しており (2000年~2009年)、その輸入のほとんどがインドネシアからとなっている (なお、本件措置の導入前にクローブ入りタバコを製造していた米国の企業は1社だけあった) (本パネル報告書 paras.2.24-27)。

2-2 事件の経緯

- ・ 協議要請 2010年4月7日
- ・ パネル設置要請 2010年6月9日
- ・ パネル設置 2010年7月20日
- ・ パネリスト (2010年9月9日決定) Mr Ronald Saborío Soto, Mr Ichiro Araki, Mr Hugo Cayrús
- ・ 第三国参加 ブラジル、コロンビア、ドミニカ、EU、グアテマラ、メキシコ、ノルウェー、トルコ
- ・ パネル報告発出 2011年9月2日
- ・ 上訴 2012年1月5日
- ・ 第三国参加 ブラジル、コロンビア、グアテマラ、メキシコ、ノルウェー、トルコ
- ・ 上級委員会報告発出 2012年4月4日
- ・ 採択 2012年4月24日
- ・ 履行のための合理的期間満了 (協議) 2013年7月24日 (15か月)

3. 論点ごとの要旨

3-1 附属書1 強制規格にあたるかどうか

パネル

・ インドネシアも米国も「強制規格」であることを争っていない (para.7.20-21)。ECのアスベスト規制事件及び鰯表示事件のとおり、強制規格であるかどうかは、「特定の製品」に対して「特性を規定」していて「遵守が義務的」であるかによって判断される (para.7.24)。米国の措置は、産品をタバコに特定し (para.7.27)、香り (characterizing flavour) を成分に含むタバコを禁止するという、消極的な形で (negative form) 産品の特性を規定し (para.7.31-32)、また米国の法言から義務的であることは明らかである (para.7.39)。

3-2 同種の産品間で不利でない待遇を与えること (2.1条)

パネル

・ TBT協定2.1条とGATT3条4項の文言は非常に似ており、違いは、前者は強制規格に適用され、後者は法、規則、要件など国内販売に影響を与える幅広いグループの規制に適

用されることにある (para.7.76)。2.1 条の違法性の要件は、強制規格であることと、輸入製品と国内の同種の製品間において不利な待遇が存在することである (para.7.78)。

・ (同種性の解釈について：) TBT 協定 2.1 条の同種性の判断について、2 つのアプローチがあるように思われる。GATT3 条 4 項の判例を 2.1 条に直接的に用いることができる (directly transpose) というアプローチと、GATT3 条 4 項の判例は、直接には用いることができず 2.1 条の文脈において解釈されるべきであるというアプローチである (para.7.81)。問題は、2.1 条の同種性の決定というものが、根本的に、比較される製品間の競争関係の性質と程度 (nature and extent of a competitive relationship) に基づくかどうかという点である (para.7.83)。解釈においては、3 つの選択肢がある。一つは、前述のとおり、GATT3 条 4 項の判例を直接に適用し、競争関係をみるアプローチである。二つ目は、2.1 条を TBT 協定の文脈において解釈し、競争関係をベースとしたアプローチ (competition-based approach) は適用しないというものである。そして三つ目は、紛争当事国らが主張するように、GATT3 条 4 項の判例と TBT 協定の文脈の両方を考慮して、2.1 条を解釈するというものであり、とりわけ米国が主張するように、米国の措置の健康保護の目的 (public health objectives) を考慮して、同種性を解釈するというものである (paras.7.91-93)。解釈の出発点は、条約法条約の 31 条 1 項の文言の通常の意味をみていく方法にあるが (para.7.94)、確かに、GATT3 条 4 項と 2.1 条は文言が非常に似ており、3 条 4 項の判例は直接 2.1 条の解釈に関連があるようであるし、紛争当事国らも 3 条 4 項の判例は用いることができるということに納得しているようである (para.7.97)。しかしパネルとしては、文言の類似性は重視されるべきであると考えられるものの、文言は文脈や目的に応じて解釈されるべきだと考える (para.7.98)。3 条 4 項の競争関係のアプローチが常に、自動的に、適用されるかどうかは明らかではない。なぜなら 3 条の競争関係のアプローチは、EC-アスベスト規制事件や日本-焼酎事件において上級委員会が 3 条 1 項の一般原則に基づいて展開したもので、その原則が 3 条 2 項と 4 項において、個別に表現されたものと考えられたところから生まれたものである (paras.7.99-100)。パネルとしては、TBT 協定に GATT3 条 1 項のような文言が存在しないことは意味があると考えられ、まずは条文の直接的な文脈を評価すべきであると考えられる (para.7.103)。前述のとおり、2.1 条と GATT3 条 4 項の文言は非常に似ているものの、違いとして前者は強制規格に適用されるという点がある (para.7.106)。TBT 協定の附属書 1 に強制規格の定義があり、これが 2.1 条の文脈を構成している (para.7.108)。米国の措置は強制規格であり、その目的が特定の製品 (タバコ) の特定の特性 (香り付き) を規制するものである (para.7.109)。TBT 協定の前文 6 は、「人、動物又は植物の生命又は健康を保護し若しくは環境の保全を図るため又は詐欺的な行為を防止するために必要であり、かつ、適当と認める水準の措置をとることを妨げられるべきでないことを認め」としており、これは TBT 協定においてとられる措置の性質について述べており、その点において、2.1 条における同種性について、GATT3 条 4 項におけるそれとは異なる解釈をすることが正当化されると考える (paras.7.113-114)。パネルとしては、米国の措置の健康保護の目的の重要性が考慮されるべきであり、製品の特性、最終用途、消費者の嗜好がその観点から評価されるべきであると考えられる (paras.7.116, 7.119)。伝統的な同種性の判断基準は、物理的特性、最終用途、消費者の嗜好、関税分類であり (para.7.121)、すべての証拠

を検討した上で、それが全体として同種性を示唆しているかどうかを判断する (para.7.123)。

・(同種性の判断について：) パネルの分析は、インドネシアが特定した、輸入のクローブ入りタバコと米国のメンソールタバコという法的主張に基づくこととし、米国が主張する一般的なタバコ製品を製品の範囲の中には含めれば付託事項を超えることになるので考慮しないこととする (para.7.147)。4 つの同種性の判断基準に基づいて、同種性をみていく (para.7.148)。

製品の物理的特性：クローブ入りタバコとメンソールタバコの物理的特性をみていくと、まず双方ともに主としてタバコからできており、タバコの含有量はブランドによって 60% から 90% と幅がある (para.7.177)。次に、2 つの製品はタバコからできているが、通常のタバコとの違いは、香り、味、アロマといった添加物にあり、これはハーブやスパイスからできている (para.7.178)。米国はメンソールタバコとクローブ入りタバコは全く異なる物質からできており、とりわけクローブがどのような香りやアロマの効果があるかを主張しているが (para.7.181)、しかし、2 つの製品が香りをもたせる添加物を有していて、タバコの強さを和らげているという点においては同じ特性を持っている (para.7.182)。製品の毒性については、すべてのタバコは健康に害があるもので (para.7.183)、クローブ入りタバコに含まれる成分は、より健康に害があると米国は主張するものの、2 つの製品がともに健康に害があるという結論を変えるものではない (para.7.186)。2 つの製品が主としてタバコからできており、香り等の特性をもたせる添加物が加えてあるということを理由に、物理的特性は同じであると考え (para.7.187)。

最終用途：インドネシアはクローブ入りタバコもメンソールタバコも含め、すべてのタバコには吸うという同じ用途があると主張するが、米国は吸うこと以外にもニコチン中毒を満たすためという用途と、楽しい経験 (a pleasurable experience) を作り出すという用途があると主張する (para.7.195)。パネルとしては、タバコの最終用途は、インドネシアが主張するように「吸う (to be smoked)」ことにあり、米国が主張する用途は吸うことの効果や理由であって用途ではないと考える (paras.7.198-199)。

消費者の嗜好：消費者の範囲であるが、米国は喫煙者全体であると主張するが (para.7.204)、米国の措置の目的が若年層の喫煙の減少であることを考えると、若年層と、喫煙をする前の潜在的な若者を消費者と考えるべきである (paras.7.205-206)。インドネシアは若年層の 9 割はクローブ入りタバコを吸わないと主張、他方、米国は、クローブ入りタバコは若年層に人気で、若年層と成人はメンソールタバコを吸っているという (para.7.209)。こうした消費者を対象として、クローブ入りタバコとメンソールタバコの代替可能性 (substitutability) を検討することが適切である (para.7.214)。紛争当事国らが提出した証拠 (レポートや研究論文) によれば、クローブ入りタバコとメンソールタバコは、タバコの強さを香りでもらげるため、若者に人気であり、また若者の吸い始めに使われる製品である (para.7.217)。また、WHO Partial Guideline によれば、タバコの誘引効果を減じる目的で成分を規制することで、タバコの普及をおさえることができ、新しい喫煙者を減らすことができるとされており、さらにタバコ製品のうま味を増加させるような成分の規制をすべきであるとされている (paras.7.230-231)。以上のことから、クローブ

入りタバコとメンソールタバコは、香り付けをする添加物の存在によって若年層に人気があるということが結論づけられる (para.7.232)。

関税分類：クローブ入りタバコとメンソールタバコは、HS 分類においてともに 2402.20 に分類されている (para.7.239)。

以上により、2つの製品は同種であると判断する (para.7.248)。

・(不利な待遇について：) TBT 協定 2.1 条の同種性のアプローチは、クローブ入りタバコへの不利な待遇についての分析にも適用されるべきと考える (para.7.255)。GATT3 条 4 項の判例によれば、検討されるべきは、輸入製品と国内製品の競争条件の公平性である。輸入製品への不利な効果 (detrimental effect) の存在は、それだけで不利な待遇を与えているとは言えず、その影響が製品の外国原産 (foreign origin) であることに関係している必要がある、とされている (para.7.268)。比較される製品について米国は、クローブ入りタバコだけではなくすべての輸入製品の待遇と、国内産品を比較するべきであると主張しているが、2.1 条は「いずれの加盟国の領域から輸入される製品」としており、本件の輸入産品はインドネシアの領域から輸入される産品であり、インドネシアから米国が輸入していたタバコの多くはクローブ入りタバコである (para.7.275)。クローブ入りタバコとメンソールタバコとに異なる待遇が与えられているという点については、前者は輸入・販売禁止されていて後者はそうでないという点から異なる待遇が与えられている (para.7.279)。しかしこのことは、輸入産品であるクローブ入りタバコへの不利な待遇をただちに与えることは意味しない (para.7.281)。TBT 協定は、正当な目的のために産品を規制することを認めており、本件では、若年層の喫煙を減少させることによる、健康の保護である。米国は、メンソールタバコを規制の中にも含めなかった理由として、健康の保護のために適当ではないからであると主張しており、具体的には何万人かが喫煙しているメンソールタバコを禁止すれば禁断症状を治療するヘルスケア制度への負担が大きいことや、メンソールタバコを違法に取引しようとするブラックマーケットが出現する可能性を挙げているが、これらの理由は、メンソールタバコを禁止することによって生じる米国が負うコストに関係しているようにみえる。つまり、米国がメンソールタバコを禁止しないのは、それが若年層に人気のあるタバコではないからという理由ではなく、むしろ禁止措置によって生じるコストに理由がある。米国の措置が導入された時、メンソールタバコ以外に、米国の市場に回っている香り付きの国産タバコはなく、メンソールタバコは市場の 25% を占めていて、米国の若年層のかなりの割合がそれを吸っていた。メンソールタバコ以外の香り付けタバコの禁止の効果は、他の加盟国 (すなわちインドネシア) の生産者にコストを課すものであり、米国の主体にはなんらのコストも課さない (imposing no costs on any U.S. entity) ものである (para.7.289)。以上により、クローブ入りタバコを禁止してメンソールタバコを禁止措置から除外したことは、クローブ入りタバコに不利な待遇を与えていると結論する (para.7.292)。

上級委員会

・米国による上訴：パネルが、クローブ入りタバコとメンソールタバコを最終用途と消費者の嗜好から同種と判断したことと、クローブ入りタバコに対して不利な待遇を与えてい

るとした点（不利な待遇を判断する際の製品の範囲の問題と、米国の措置がインドネシアの生産者にコストを課している点と、米国の生産者には課していない点をもって不利な待遇とした点）は誤りである。

・ (GATT との関係について) TBT 協定の前文は、2.1 条の文脈を構成しており、TBT 協定の目的を明らかにしている。前文 2, 5, 6 が、2.1 条の文脈に関係している (para.89) 前文 2 は、「GATT の目的を達成することを希望」するとあるが、このことは、TBT 協定が GATT を発展させたものであるというだけでなく、2 つの協定の範囲はある程度重なっていることを示唆している (para.91)。前文 5 は、「国際貿易に不必要な障害をもたらすことのないようにすること」とあり、この目的は 2.1 条の差別の禁止や 2.2 条の不必要な貿易制限といった規定に反映されている (paras.92-93)。しかしこうした規定は、加盟国の規律権限を明確に認識している前文 6 (「いかなる国も・・・必要であり、かつ、相当と認める水準の措置をとることを妨げられるべきでないこと」) によって条件付けされ、前文 5 の自由貿易の目的と均衡 (counterbalancing) をとっているものと考えられる (paras.94-95)。

つまり前文によれば、TBT 協定は、国際貿易への不必要な障害をもたらさないことと、加盟国の規制権限を認めることのバランスをとることを目的としているが、これは、GATT における 3 条の内国民待遇の義務と 20 条の一般的例外におけるバランスと違いはない (para.96)。また、2.1 条は、強制規格にのみ適用されるという点も認める (para.97)。TBT 協定上の内国民待遇義務の文言は、GATT3 条 4 項の文言と類似している (para.99)。この 2 つの酷似した条文の構造を考えると、2.1 条を解釈する際には、TBT 協定の前文のほか、GATT3 条 4 項の文脈を考慮する必要がある (para.100)。また、TBT 協定には一般的例外の条文がないことも認識するべきであり、GATT に例外条項が存在していることとは異なる (para.101)。

・ (パネルの判断について) パネルはクローブ入りタバコとメンソールタバコを同種と判断したが、パネルの 2.1 条の同種の製品へのアプローチの仕方には問題がある (para.104)。パネルは、GATT3 条 4 項の競争に基づいたアプローチ (competition-oriented approach) が、自動的に TBT 協定にも適用されるとは限らないとし (para.105)、とりわけ本件の強制規格は、人の健康を目的としたものである点が、同種の判断基準において重視されるべきであるとした (para.107)。確かにパネルがいうように、2.1 条の解釈にあたっては、その条文の文言そのものや、TBT 協定それ自体の観点から行われるべきであるが、TBT 協定の文脈や目的が、同種の製品の解釈にあたって、競争に基づいたアプローチをとることができないと示唆しているというパネルの考えには同意できない (para.108)。パネルは、GATT3 条 1 項 (国内生産に保護的な適用の禁止) のような一般原則を定める条文が TBT 協定にないことを理由に、国内産品と輸入産品の競争関係を TBT 協定では考慮できないとしているが、国内産品と輸入産品の競争関係をみることの重要性は一般原則にだけ表れているのではなく、「同種性」の判断そのものが産品間の競争関係の性質と程度に関するものなのである (para.110)。上級委員会としては、競争関係ではなく、強制規格の正当な目的 (legitimate objectives and purposes) に注目して同種性を判断しようとしたパネルの解釈には同意できない (para.112)。措置は、一つではなく複数の目的を追求していることがあり、それを措置の文言や措置の構造から把握することは容易ではない (para.113)。複数の

目的に基づいて、2つの製品の同種性の判断をすることは困難であるし、また仮にパネルがほかの目的を排除して一つの目的にだけ基づいて同種性を判断した場合、同種性の判断が恣意的になるだろう (para.115)。ただし上級委員会としては、規制のもつ関心 (regulatory concerns and considerations) が同種性の判断に役立たないと考えるわけではなく、EC-アスベスト規制事件で上級委員会が述べたように、物理的特性や消費者の嗜好の中で判断に役立つことはあるだろう (paras.117-120)。

・(最終用途について) パネルは、クローブ入りタバコもメンソールタバコも「吸う (to be smoked)」という共通の用途を有しているとしたが、米国が主張する、そのほかの関連の用途について検討せず、メンソールタバコは「ニコチン中毒を満たすため」という用途があり、クローブ入りタバコは「体験的なもので、特別な社会的機会に吸うため」という用途を認めなかった (paras.122-123)。EC-アスベスト規制事件で上級委員会は、最終用途とは、ある特定の機能をもつこと (being capable of performing a certain function) であるとし、消費者がその機能のために製品を使いたいと望むかどうかが重要であると述べている。つまり、主要な機能ではなかったとしても、その特定の機能を持つことはできるのである (para.125)。米国が主張するように、吸うことには、より特定の機能があると考えられるが (para.130)、しかし、クローブ入りタバコもメンソールタバコも、ともに体験的で社会的なものであり、また、ニコチン中毒を満たすためでもある。製品の最終用途は、特定の機能を持つことができるかどうか、であって、それがその製品の主要な用途であるかどうか (principal of the most common end use) は問題ではない (para.131)。以上により、パネルが最終用途を吸うこととだけ認定したことには同意しないが、より特定された機能としての最終用途の観点からも、2つの製品が同種であると認定できる (para.132)。

・(消費者の嗜好について) パネルは、米国の措置の目的が若年層の喫煙を減らすことにあることに照らして、クローブ入りタバコとメンソールタバコの代替可能性を、若年層の喫煙者と将来喫煙する可能性のある若年層に消費者の範囲を絞って検討した。米国の主張は、米国の措置の主要な目的が若年層の喫煙の減少であっても、この措置は米国の全体の人口の健康リスクを考えて採られたものであるから、成人の喫煙者の嗜好を考慮していないのは誤りであるというものである (paras.133-135)。上級委員会としては、先に述べたように、パネルが、競争関係よりも規制の目的の観点から同種性を判断するのは誤りであると考えており (para.136)、その点からパネルが消費者の範囲を若年層に限定したことは誤りと考える (para.137)。米国は、クローブ入りタバコは若年層の喫煙者に吸われているが、メンソールタバコは若年層と大人の喫煙者の双方に吸われていると主張する。上級委員会としては、2.1 条の同種性の判断においては、すべての消費者 (all consumers) について問題の製品が代替可能であるとか、市場全体 (entire market) において問題の製品間に競争関係があるという必要はないと考える。いくらかの消費者 (some consumers) について問題の製品間に代替可能性があることは、それら製品が同種であることを意味している。このことは、GATT3 条 2 項 2 文の直接競争可能製品の文脈であるが、フィリピン-蒸留酒事件において、競争関係が市場全体でなくとも、市場の一部 (a segment of the market) に存在することで直接競争可能であるとしていることから支持される (para.142)。以上のことから、パネルによる消費者の検討の範囲は狭すぎるが、クローブ入りタバコが主に若年層によって吸われておりメンソールタバコが若年層と大人の両方に吸われていることは、

2つの製品の代替可能性を必ずしも否定するものではない。2つの製品は喫煙の初期に吸われるという点において、十分に代替可能性を示しており、すべての大人の喫煙者にとって2つの製品が代替可能でなかったとしても、2つの製品を同種だと判断できる (para.144)。したがって、パネルが消費者の中に成人の消費者を含めなかったことは誤りであるが、消費者の嗜好の点から2つの製品が同種であるというパネルの判断自体は間違っていない (para.145)。以上により、パネルの判断のいくつかの点については同意できないが、クローブ入りタバコとメンソールタバコを同種であるとした結論自体には同意する (para.160)。

・(不利な待遇について：) 前述のとおり、TBT協定の目的は、貿易の自由化と加盟国の規制権限のバランスをとるものである。その点からすると、2.1条は、もっぱら正当な規制の区別による (stems exclusively from legitimate regulatory distinction) 輸入製品の競争条件への不利な効果 (detrimental impact) を禁じるものではないと解するべきである (para.174)。つまり、不利な待遇を与えてはならないという要件は、輸入製品に対する法律上及び事実上の差別を禁じており、その一方で、正当な規制の区別から生じる不利な効果を許容しているのである。また2.1条の解釈においては、GATT3条4項の解釈が参考になる (paras.176, 180)。3条4項は、不利な待遇の判断において、輸入製品に不利な効果を与えるように競争条件を変更することを禁じている (para.179) (脚注372：なお、ドミニカタバコ規制事件の不利な待遇の解釈において、上級委員会が、不利な効果が外国原産によるものかどうか、さらなる検討が必要であるとしたという米国の主張には同意しない)。しかしながら、TBT協定は不利な待遇の解釈において、正当な規制の区別から生じる不利な効果を禁じるものではない。2.1条の不利な待遇を与えてはならないという要件は、事実上及び法律上の差別のみを禁じるものである (para.181)。したがって、輸入製品の競争条件に対して不利な効果が存在する場合、それだけでは不利な待遇を意味しない。パネルは、その不利な効果が、輸入製品の差別からくるものなのか、もっぱら正当な規制の区別からきているものなのか、さらに検討しなければならないのである (panel must further analyze whether the detrimental impact on imports stems exclusively from a legitimate regulatory distinction rather than reflecting discrimination against the group of imported products)。その判断の際には、強制規格の構造と適用 (the design, architecture, revealing structure, operation and application)、とりわけ、その公平性 (even-handed) について慎重に精査する必要がある (para.182)。

・(不利な待遇の比較 (less favourable treatment comparison) における製品の範囲 (product scope) について) パネルは不利な待遇についての比較において、インドネシアからのクローブ入りタバコという一つの輸入製品と、メンソールタバコという一つの米国の国内産品を比較したが、米国は、輸入製品のグループの中にほかの国からのメンソールタバコの待遇を比較していないことや、国内産品の中に香り付きタバコの待遇を含めていない点が誤りであると主張している (paras.186-188)。2.1条は、違反を主張する「いずれの加盟国の領域から輸入される産品」と、「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」に与えられる待遇を比較することを求めている。つまり、一方は、原告の領域から輸入される産品ということになる (para.190)。他方の産品については、パネルは、規制国の市場の産品間の競争関係の性質と程度を考慮して、輸入産品と同種の国内原産の産品を確

定しなければならない。同種の製品の確定にあたっては、パネルは付託事項において原告によって特定された製品に拘束されることはなく、むしろ原告からの輸入製品との関係において、十分に近い競争関係にある国内製品 (a sufficiently close competitive relationship) を確定しなければならない (para.191)。パネルには、客観的に、製品間の競争関係に基づいて、原告からの輸入製品と同種の国内製品 (the universe of domestic products) を評価することが求められる (para.192)。米国は、輸入製品の中にすべての国家から輸入されるメンソールタバコを含めなかったことを誤りだと主張するが、それには同意しない。2.1条では、原告の領域から輸入される製品が問題であり、本件ではインドネシアから輸入される製品である (para.196)。さらに、インドネシアから米国へ輸出されるタバコのほとんどはクローブ入りタバコであり、パネルが、インドネシアからの輸入製品をクローブ入りタバコとしたことは誤りではない (para.197)。これに対して米国の国内製品について、パネルは香り付きタバコを含めずにメンソールタバコだけに行っているが、米国の措置が導入された際、米国内で香り付きタバコにあたるのはメンソールタバコだけであったということなので、結論としてメンソールタバコを米国の同種の国内製品としたことに影響はない (para.200)。

・(輸入製品への不利な効果について) 米国は、メンソールタバコを本措置から除外したことは、メンソールタバコを吸っている多数の喫煙者の禁断症状を扱うケアシステムのためという目的と、またメンソールタバコを必要とする喫煙者による不正取引を禁じるためという目的があり、メンソールタバコの出産に関わるものではないと主張する (para.216)。これに対してパネルは、米国がメンソールタバコを禁止しなかった理由は、それによって生じるコストの大きさへの懸念があったからであり、メンソール以外の香り付きタバコを禁止した効果は、そのほかの加盟国の生産者へのコストとなり、米国の関係者には何らのコストも課さないこととなった (imposing no costs on any US entity) としている (para.217)。確かにパネルは、この部分の理由づけをしていない (para.221)。しかし、上級委員会としてもパネルの判断は誤りではないと考える。まず、米国の措置によって禁じられたクローブ入りタバコはほとんどインドネシアから輸入されたものであり、それが米国で消費されている (para.222)。また、米国の措置によって禁じられなかったタバコについては、メンソールタバコが 25%の米国のタバコ市場を占めている、という事実がある (para.223)。これらの事実から、米国の措置の構造と適用 (the design, architecture, revealing structure, operation and application) が、インドネシアからの輸入製品への差別という形で、クローブ入りタバコの競争条件に不利な効果を与えていると言える (para.224)。また輸入製品への不利な効果が正当な規制の区別によるものとも言えない。米国措置の目的は若年層の喫煙の減少であるが、クローブ入りタバコもメンソールタバコも若年層の喫煙を促進する特性を持っていることを考えると、クローブ入りタバコを禁止して、メンソールタバコを禁止しないことは正当化されない。さらに、米国が主張するメンソールタバコへの禁断症状による影響の最小限化についても、メンソールタバコへの禁断症状はニコチンに対して発症するものであり、これは米国の措置によって禁止されなかった通常のタバコにも含まれているものである。つまり、禁断症状をめぐるリスクを避けるためという主張は、通常のタバコが市場に存在する限り、対応できるということである (para.225)。以上により、パネルの不利な待遇に関する判断を支持する (para.233)。

3-3 必要以上に貿易制限的でないこと (2.2 条)

パネル

・2.2 条は、正当な目的の達成のために、(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) 必要である以上に貿易制限的であってはならない、という 2 段階によって要件構成されており、この 2 段階分析の一般的枠組みにそって検討する (para.7.333)。

・(正当な目的について：) 紛争当事国らは、米国の措置の目的が若年層の喫煙の減少 (reducing youth smoking) にあることに同意しているが (para.7.336)、「若年層 (youth)」の範囲と、米国の措置に 2 つ目の目的 (製品の販売を禁止することで生じる悪影響を避けるという目的) があるかどうか、について意見の対立がある (para.7.339)。パネルはこの点について判断する必要があるのか明らかでないと考えるが (para.7.340)、インドネシアが主張するように「若年層」の範囲は 18 歳以下である考える (他方、米国は 12 歳から 26 歳と主張する) (para.7.341)。また、強制規格は複数の目的を追求することがあると考えるが、米国の主張する 2 つ目の目的は米国の措置の目的というよりメンソールタバコを禁止措置から除外することへの正当化の理由である (para.7.342)。米国の措置の 1 つ目の目的の正当性については、若年層の喫煙の減少が人の健康の保護にあたることは明らかであり、これは 2.2 条に明示されている (para.7.347)。

・(必要である以上に貿易制限的であるかについて：) ここでは、4 つの論点について扱う； (1) GATT20 条 b の判例の関連性について； (2) クローブ入りタバコの禁止が米国のめざす保護水準を超えたものであるか； (3) クローブ入りタバコの禁止が若年層の喫煙の減少という目的に実質的な貢献をしているか； (4) 米国のめざす保護水準で目的の達成に貢献できるより非貿易制限的な代替可能措置があるか、である (para.7.352)。

－ (1) まず、GATT20 条 b の判例の関連性についてであるが、パネルとしては、一つの条文の判例が別の条文に自動的に適用されるべきではなく、条文間の文言、文脈、目的の違いを考慮すべきだと考える (para.7.356)。まず、GATT20 条 b と 2.2 条の文言はとてもよく似ている (para.7.358)。また 2.2 条の文脈も、GATT20 条 b と直接に関係していて、TBT 協定の前文 6 は、GATT20 条と同じ文言を有している (para.7.359)。以上のことから、2.2 条は GATT20 条 b と異なる解釈をされるべきではなく (para.7.361)、2.2 条の解釈において GATT20 条 b の判例を指針とする (para.7.368)。

－ (2) インドネシアは、若年層が好むタバコのほとんどが禁止されていないことに照らすと、クローブ入りタバコの禁止は米国のめざす保護水準を超えていると主張するが (para.7.371)、「保護水準」は措置そのものから推測されるとすると (para.7.375)、米国の措置は全面禁止であり、それは高い保護水準である (para.7.376)。米国の措置の目的が、若年層の喫煙の「減少」であれば、すべての産品ではなく一部の産品を規制することがその減少につながるとも言え、その一部の規制が保護水準を超えているとは直ちには言えない (para.7.377)。

－ (3) クローブ入りタバコの禁止が若年層の喫煙の減少という目的に実質的な貢献をし

ているかという点について、①クローブ入りタバコが他のタバコよりも大きな健康リスクを有するものではない（変わらない）、というインドネシアの主張は、米国の措置が実質的な貢献をしていないということの意味しない（paras.7.384-385）；②クローブ入りタバコは若年層にそれほど吸われていないというインドネシアの主張については、インドネシアはクローブ入りタバコは 6,800 人の若年層が吸っていると述べており、この数字は小さいとは言えない（para.7.390）；③クローブ入りタバコよりもメンソールタバコのほうが若年層に吸われていることは争いのない事実であるが、メンソールタバコを禁じていないということが、実質的な貢献を意味しないということにはならない（para.7.397）；④クローブ入りタバコを禁止しても若年層の喫煙の抑制につながらないという科学的証拠があるという主張については、米国はそれに反する多くの研究を提出しており（para.7.401）、クローブ入りタバコ及び香り付きタバコを禁止することで若年層の喫煙が減少することについて幅広い科学的証拠が存在する（para.7.415）。以上により、実質的な貢献がないというインドネシアの主張は認められない。

－(4)インドネシアはより非貿易制限的な代替可能措置があると主張するが（para.7.420）、インドネシアは多様な 24 個の措置のリストをあげているだけで、代替可能措置を特定できておらず、それが米国のめざす保護水準において目的に「同等に（equivalent）」貢献できるのかを示していない（paras.7.422-423）。またインドネシアが提示している代替措置は「（若年層の喫煙の減少という正当な目的が）達成できないことによって生ずる危険性」という観点からも、米国の既存の措置よりも大きな危険性をもつものである（para.7.424）。

3-4 米国の措置は GATT20 条 b によって正当化されるか

パネル

・米国は、インドネシアは米国の措置が GATT3 条 4 項に違反するということを立証していないが、もしパネルが GATT の例外条項について扱ったならば、20 条 b によって正当化されると主張する。米国は GATT20 条を TBT 協定上の違反の正当化として主張しているわけではない（para.7.296）。

・パネルとしてはこの米国の主張を取り扱う必要があるかどうかを検討する（para.7.305）。パネルは、米国の措置が 2.1 条違反であると結論したので、GATT3 条 4 項上のインドネシアの主張を取り扱わなかった（para.7.306）。GATT3 条 4 項の違反については検討する必要はないと判断したので、米国の措置が GATT20 条で正当化されるかどうかを検討する必要はない（paras.7.307, 7.310）。

3-5 強制規格の正当性について説明すること（2.5条）

パネル

・インドネシアは、2.5 条に基づき、米国は措置を採択することを根拠づける「科学的あるいはそのほかの証拠（the scientific or other evidence）」を特定しなければならないと主張する（para.7.434）。

・2.5 条は、「強制規格を立案し、制定し又は適用しようとする加盟国」、「他の加盟国の貿易に著しい影響を及ぼすおそれのある」ものは、「他の加盟国の要請に応じ」、「2.2 から 2.4 までに規定する強制規格の正当性について説明する」、の 4 つの要素を持っている。まず、

インドネシアが米国に対して実際に説明を求めたのかどうかという点が問題である (paras.7.444, 7.450)。インドネシアは、米国の措置が施行される前に 2 回 (2 回目はジュネーブにおける非公式な二国間協議において)、米国に対して説明を求め、また措置の施行後は、TBT 委員会において G/TBT/W/323 の文書において、説明を求めた、という。米国は、インドネシアは、2.2 条から 2.4 条に基づいた説明を、2.5 条を挙げて求めていない、と主張する (paras.7.452-453)。確かに米国がいうように、G/TBT/W/323 の文書においては、2.5 条は挙げられておらず、米国がその趣旨の質問であるとは理解していなかったらうと思われる (para.7.456)。インドネシアの質問は、TBT 協定 2 条について説明を求めるものでもなく、また 2.5 条が参照されていないことを考えると、インドネシアは、2.5 条に基づいた要請をしたとは言えない (paras.7.460-461)。

3-6 特性よりも性能に着目した製品の要件に基づく強制規格を定めること (2.8条)

パネル

・インドネシアは、米国の措置は一定程度の特定性 (a certain level of specificity) を有しておらず、とりわけ、香り付け (characterizing flavour) について定義をおいていないと主張する。また性能 (performance) に関する要件のほうが適当であると主張する (paras.7.464-465)。米国は、インドネシアの主張は措置が曖昧だというもので、2.8 条に関係したものではないという (para.7.466)。

・米国は、その措置が性能に関するものではなく、デザイン又は記述的に示された特性に関するものであることを争っていない。問題は、措置が一定程度の特定性を有しているかどうかという点である (para.7.469)。しかし、2.8 条は措置が一定程度の特定性を有していることを求めていない (paras.7.479, 7.484)。次に、性能に着目した要件のほうが適当であるかどうかを検討する (para.7.485)。「適当な場合には」という解釈について、インドネシア側が、米国の措置が性能について規定することが「適当」であることを立証しなければならない (paras.7.490-491)。しかしインドネシアが示しているのは、香りに関する特定の試験方法 (particular means of testing) であり、タバコの性能に関するものではない (paras.7.492-493)。したがってインドネシアは、米国の措置が性能について規定することが適当であることを立証していない (para.7.497)。

3-7 事務局への通報 (2.10条)

パネル

・インドネシアは、米国が「特定の強制規格及びその対象とする産品を、当該強制規格の目的及び必要性に関する簡潔な記述(緊急の問題の性格についての記述を含む。)と共に事務局を通じて他の加盟国に直ちに通報」しておらず、2.10.1 条に違反していると主張し、米国も通報を行っていないことを認めている (paras.7.499-500)。

・2.10.1 条の通報は、「2.9 に定める措置のうち必要と認めるものを省略することができる」という文脈において適用されるものであり、それは「安全上、健康上、環境の保全上又は国家の安全保障上の緊急の問題が生じている場合又は生ずるおそれがある場合」において省略できるとされているので、パネルとしてはそうした緊急の場合が生じているかを検討する (paras.7.502-503)。しかし、そうした緊急の問題があったことは主張・立

証されておらず、したがって 2.10 条は本件において適用されないと結論する (para.7.507)。

3-8 関連する国際規格が存在しない場合又は強制規格案の技術的内容が関連する国際規格の技術的内容に適合していない場合において、当該強制規格案が他の加盟国の貿易に著しい影響を及ぼすおそれがあるときの措置 (2.9.2、2.9.3条)

パネル

・インドネシアは、米国は 2.9 条の手續に従っていないと主張する。本件は、国際規格が存在しない場合で、他の加盟国の貿易に著しい影響を及ぼすおそれがあるときにあたり、2.9 条に従うことが求められると主張する (para.7.509)。米国は 2.9.2 条に基づいて通報を行っていないことを認めている (para.7.514)。

・2.9 条は、国際規格が存在しない場合で、他の加盟国の貿易に著しい影響を及ぼすおそれがあるときに適用されるので、そうした場合が存在するかを検討する (para.7.521)。国際規格が存在しないという点は争いがない (para.7.525)。貿易への著しい影響については、クローブ入りタバコは輸入禁止になっているので米国の措置の影響は著しいと言える (para.7.531)。

・次に米国が 2.9.2、2.9.3 条に違反しているかどうかを検討する。2.9.2 条の義務ははっきりしており、事務局に通報することである。米国は通報していないので、2.9.2 条に違反している (paras.7.541-542)。2.9.3 条は、「要請に応じ、強制規格案の詳細又は写しを他の加盟国に提供」するというもので、2.9.2 条とは異なり、加盟国による「要請」が必要である (paras.7.545-546)。インドネシアは TBT 委員会で G/TBT/W/323 の文書の質問の中でその要請をしたというが、これは措置が施行されてから 2 か月後のものであり、このことから 2.9.3 条にいう「強制規格案 ("proposed" technical regulation)」に関する要請とはもはや言えず、立法された強制規格に関する質問である (para.7.547)。したがってインドネシアは米国の 2.9.3 条違反を立証していない (para.7.549)。

3-9 公表と実施との間に適当な期間 (reasonable interval) を置くこと (2.12条)

パネル

・インドネシアは、米国の措置は、施行まで 6 か月なかったことは 2.12 条違反だと主張する。インドネシアによれば、同条にいう「適当な期間」とは、ドーハ閣僚会議の「実施に関する決定 (the Doha Ministerial Decision on Implementation-Related Issues and Concerns)」⁶の paragraph 5.2 に基づいて、少なくとも 6 か月だという (paras.7.552-553)。

・米国の措置は、立法がされてから 3 か月後に施行された。争点は、2.12 条が強制規格の公布から施行までに 6 か月の最小限の期間を求めているかどうかである (para.7.561)。紛争当事国らは、ドーハ閣僚会議の実施に関する決定の解釈上の価値 (interpretative value) について争っており、インドネシアは、同決定は WTO 設立協定の 9 条 2 項に基づいたも

⁶ Decision of 14 November 2001, Implementation-related Issues and Concerns, WT/MIN(01)/17, para. 5.2 ("Subject to the conditions specified in paragraph 12 of Article 2 of the Agreement on Technical Barriers to Trade, the phrase "reasonable interval" shall be understood to mean normally a period of not less than 6 months, except when this would be ineffective in fulfilling the legitimate objectives pursued.")

at < http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_implementation_e.htm>.

のなので拘束力があると主張する (para.7.569)。米国は、同決定は WTO 設立協定 9 条 2 項の要件、とりわけ理事会の勧告に基づいて行われたものであるという点が欠けているので、9 条 2 項上の解釈とは言えないという (para.7.574)。「物品の貿易に関する理事会」等の勧告がないことが、9 条 2 項上の解釈とは言えないと結論づけるものかどうかを検討するに、9 条 2 項の解釈は WTO 設立協定の規定を明確化することを目的としており、実施に関する決定のパラグラフ 5.2 もこの目的に合致するものである。とりわけ、「次のように意味すると解されるべきである (shall be understood to mean)」という文言が使われている (para.7.575)。紛争当事国らは、実施に関する決定のパラグラフ 5.2 が WTO 設立協定の 9 条 2 項上の解釈を構成するものかどうかで争っているが、パネルとしては、WTO の最高機関である閣僚会議に基づくこの決定を「適当な期間」の解釈の指針にすることとする。またこの決定は、ウィーン条約法条約 31 条 3(a)の「後にされた合意」と考えることができる (para.7.576)。

・実施に関する決定のパラグラフ 5.2 は、「正当な目的を充たすために効果的ではない場合をのぞいて」「通常は」少なくとも 6 か月としている (para.7.586)。米国は、本件措置は若年層の喫煙という重大な問題を扱っていると主張するが、本件措置の長い立法過程を考えると、2.12 条にいう「緊急事態」があるとは考えられない。また、インドネシアからのタバコは 40 年以上も輸出されている。インドネシアは、少なくとも 6 か月が必要であることの立証をしている (paras.7.587-592)。米国は 6 か月の期間をおいていないので、2.12 条に違反していると判断する (para.7.595)。

上級委員会

・米国の措置は、立法がされてから 3 か月後に施行された。ドーハ閣僚会議の「実施に関する決定」のパラグラフ 5.2 によれば、TBT 協定 2.12 条は適当な期間は、少なくとも 6 か月だとされている。パネルはこれをウィーン条約法条約 31 条 3(a)「条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」にあたるとしている。米国は、この決定の解釈上の価値 (interpretative value) について上訴している (paras.238-240)。

・パネルは、閣僚会議の決定というすべての加盟国によって合意されたという形であることを理由 (as [paragraph 5.2] was agreed by all WTO Members meeting in the form of Ministerial Conference, the highest ranking body of the WTO) にこの決定を指針にしている (para.241)。パネルは、この決定に拘束力があるという言い方をしているが、上級委員会としては、パネル自身がこの決定が WTO 設立協定 9 条 2 項に基づく解釈 (multilateral interpretation) を構成するものであるとは言っていないと判断する (para.246)。

・その上で、この決定の法的地位について検討する。WTO 設立協定 9 条 2 項に基づく解釈は、すべての WTO 加盟国を拘束するが、こうした法的効果は、9 条 2 項の厳格な、特定の意思決定手続によるものであるからである (para.250)。その手続的要件とは、①解釈を採択する決定は、加盟国の 4 分の 3 以上の多数による議決で行うことと、②理事会の勧告に基づいてその権限を行使することの 2 つである (para.251)。この点からドーハ閣僚会議「実施に関する決定」の法的地位を分析すると、この決定は、コンセンサスに基づいている点については問題はなく、①の点は充たされている (para.252)。②の理事会の勧告が存在するかど

うかであるが、ここでは、「物品の貿易に関する理事会」の勧告 (*recommendation from the Council for Trade in Goods*) があるかどうか問題となるが、その勧告はないので、②の要件をこの決定は充たしていない。したがって、この決定はWTO設立協定9条2項に基づく解釈とは言えない (para.255)。

・次にこの決定が、条約法条約の「後にされた合意」にあたるかを検討する。米国は、9条2項に基づく解釈ではないものが、後にされた合意を構成することはないと主張するが、9条2項の解釈と、後にされた合意は異なる機能をもつ。前者が、すべての加盟国を拘束する形でWTO法を明確化する機能をもつ一方で、後者は、条約の規定の意味を決定するための解釈手段であり、また条約規定を明確化するものであり、WTO紛争でそれが使われた場合には紛争当事国だけを拘束するものである (paras.257-258)。したがって、9条2項の解釈を構成しないものが、後にされた合意にあたることもある (para.260)。ウィーン条約法条約31条3(a)の「後にされた合意」であるためには、①時間的に、関連の対象協定の後に合意されたもので、②WTO規定の「解釈又は適用」につきWTO加盟国の「合意」であることである (para.262)。まず1点目については、この決定が、TBT協定の後にされた合意である点は争いが無い (para.263)。2点目については、決定のパラグラフ5.2の文言と内容についてみると、それがTBT協定の2.12条の「適当な期間」の「解釈」に関するものであることは明らかである (para.266)。この決定が、WTO加盟国間の「合意」であるかどうかという点については、条約法条約は「合意」の形 (form) については規定していないので、重要なのは実体 (substance) である。この決定が、明確な「共通の理解 (a common understanding)」であり、加盟国による「その理解の受入れ (an acceptance of that understanding)」を表したものであるかどうかという点が問題になるが、この点には同パラグラフの文言と内容が関わる。同パラグラフが「次のように意味すると解されるべきである」という文言 (terms—"shall be understood to mean"—) を使っていることから、これは単なる勧告ではない (para.267)。したがって、この決定は、条約法条約上の後の合意を構成している (para.268)。

・以上をもとに、2.12条を解釈するに、「後の合意」であるこの決定のパラグラフ5.2は、2.12条の文言にとって代わるものではなく、その解釈を明確化 (an interpretative clarification) のために用いられる (para.269)。同パラグラフは、「通常 (normally)」は少なくとも6か月を意味する (mean normally a period of not less than 6 months) としており、これは生産者が強制規格に適合させる期間に関するルールを定めている (establishes a rule) ことを意味している (paras.272-274)。

・インドネシアは、米国の措置の施行までに少なくとも6か月がなかったことを示し、米国の措置が2.12条違反であることの一応の立証した (para.291)。被申立国側である米国は、①緊急事態があること、②インドネシアの生産者は3か月で措置に対して適合可能であること、あるいは③米国の措置の正当な目的の追求の点から6か月では効果的ではないこと、のいずれかを示して反証しなければならない (paras.282-283, 292)。米国はそのいずれも立証していないので、米国の措置は2.12条違反である (para.297)。

3-10 開発途上加盟国からの輸出に不必要な障害をもたらすことのないようにするため、開発途上加盟国の開発上、資金上及び貿易上の特別のニーズを考慮すること (12.3条)

パネル

・インドネシアは、米国は、途上国としてのインドネシアのニーズを考慮しなかったと主張する (para.7.598)。

・12.3 条は、特定の達成されるべき結果を求めているのではなく、途上国のニーズを考慮する ("take account of") とだけ規定している (para.7.617)。12.3 条は、要件として、インドネシアが「開発途上加盟国」であること、インドネシアが「開発上、資金上及び貿易上の特別のニーズ」を有している、米国がそれを「考慮」しなかったことを求めている。インドネシアが、途上国であること (para.7.264)、クローブ入りタバコがインドネシアで何世紀もわたって生産されており多くの雇用を生んでおり、米国に 40 年以上も輸出していることを考えると、「特別のニーズ」があると言える (paras.7.268-269)。米国がそれを考慮したか、という点については、証拠によれば、インドネシアの懸念は米国政府の官僚に多くの機会で提示されており、米国によって考慮されていたと言える (para.7.645)。考慮するということは、途上国の見解に同意するということの意味ではおらず、クローブ入りタバコを規制するということを決めたことをもって、ニーズを考慮しなかったとは言えない (para.7.646)。したがって、米国がニーズを考慮しなかったことをインドネシアは立証していないので、12.3 条の違反は証明されていない (paras.7.648-649)。

4. 解説

4-1 本件の位置づけ

本稿の「1. はじめに」で述べたように、本件の意義は、2.1 条の解釈を明らかにした点にあり、以下では、類似の義務を定める GATT3 条 4 項との関係に着目して、検討を行う。具体的には、TBT 協定 2.1 条と GATT3 条 4 項における「同種の產品」、「不利な待遇」要件の解釈の違い、さらに本件の TBT 協定 2.1 条の解釈が GATT3 条 4 項に与える影響について考察する。

本件に続く「米国—マグロラベリング事件 (メキシコ)」、また「米国—原産地国表示要求事件 (カナダ)」においても、下記の表のとおり、共通して違反が認定されたのは 2.1 条だけであり、もう一つのコアな義務である 2.2 条については違反が認定された事件はいまだない。TBT 協定が GATT よりも進んだ義務を定めていると理解されてきたのは、2.1 条で無差別義務を規定し、さらに差別的であるかどうかにかかわらず、2.2 条で不必要な障害をもたらすものであってならない、という義務を課している点にあった。2.2 条違反の判断がまだ出されていない背景については、上級委員会としても 2.1 条の差別を認定することのほうが、2.2 条の必要性がないと判断するよりも (加盟国の規制権限への介入が小さいので) やり易いからであるという評価がある⁷。その指摘はもっともではあるが、TBT 協定の独自の意義が発揮される機会がなくなるのは懸念される。なお、本件では上訴はなかったが、本パネルが 2.2 条の適用を行っている点も注目されるが、この点は、2.2 条の上級委員会報告が出された「米国—マグロラベリング事件」の解説 (別稿) において扱うこととする。

⁷ Gregory Shaffer, "United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products," 107 *American Journal of International Law* 192, 198 (2013).

◆結論の一覧

事件名	クローブ		マグロ		COOL	
	パネル	AB	パネル	AB	パネル	AB
強制規格 定義	✓		✓	✓	✓	
不利な待遇 2.1	✓	✓	✓	✓	✓	✓
貿易制限性 2.2	✓		✓	✓	✓	✓
国際規格 2.4			✓	✓	✓	
通報 2.9.2	✓					
実施まで適当な期間 2.12	✓	✓				

* 申立国の主張が認められた点

もう一点、本件の意義を指摘すると、本件では 2 条が規定する強制規格に関する様々な手続的要件についても検討が行われ、強制規格の立案国に、手続的要件を遵守することの重要性を認識させたという意味があったように思われる。本件では、被申立国の米国が、強制規格の立案にあたって「通報」を行うことと（TBT 協定 2.9.2 条）、強制規格の公表と実施との間に適当な期間（reasonable interval）、すなわち 6 か月の期間を置くこと（TBT 協定 2.12 条）の 2 点において違反認定がされている。とりわけ、後者については、適当な期間が 6 か月とされた根拠として、ドーハ閣僚会議の「実施に関する決定」の paragraph 5.2 をウィーン条約法条約 31 条 3(a)の「後にされた合意」として位置付けた点が注目される。「後にされた合意」については、「米国－マグロラベリング事件」においても判断があり、この点もその解説（別稿）において扱うこととする。

4-2 TBT 協定 2.1 条の解釈について

(1) GATT と TBT 協定の関係、同種の製品の判断について

本件パネル・上級委員会とともに、2.1 条の解釈の出発点はほぼ同じであり、両者とも、2.1 条を解釈する際には、TBT 協定の前文と GATT3 条 4 項を文脈として考慮すると考えていた（本件パネル報告書 paras.7.91-93、上級委員会報告書 para.100）。しかし、考慮の仕方には次のような温度差があった。パネルは、TBT 協定の前文 6 をもとに加盟国の規律権限の尊重を強調し、また GATT3 条 4 項の競争関係のアプローチ（competition-based approach）が常に自動的に用いられることへの懸念を示していた。ここから、2.1 条の適用において、米国の措置の健康保護の目的（public health objectives）を考慮するアプローチが導かれることになった。他方で上級委員会は、前文 5 が「国際貿易に不必要な障害をもたらすことのないようにすること」という自由貿易の目的を述べている一方で、加盟国の規律権限を明確に認識している前文 6 が存在していることから、TBT 協定では 2 つの目的が均衡した関係にあるという理解であった。上級委員会は、これは GATT における 3 条の内国民待遇の義務と 20 条の一般的例外におけるバランスと同じであると理解し、しかし TBT 協定には一般的例外の条文がないことも認識するべきであると指摘している。

こうした考え方の違いは、2.1 条の解釈に次のような形で現れてきた。2.1 条の違法性の要件は、①強制規格であること、②国内産品と同種の輸入産品であること、③不利な待遇を与えること、であるが、措置の目的を考慮したパネルのアプローチは②と③の段階で採用され⁸、他方で上級委員会は、これを明確に否定し、ほぼ GATT3 条における先例と同じアプローチで、2.1 条の同種性の判断を行った。

ただしパネルの懸念、すなわち TBT 協定において加盟国の規律権限を尊重することの重要性は、上級委員会も、③の段階の不利な待遇の要件において考慮している。またもう 1 点付け加えると、パネルは、米国の措置の健康保護の目的の重要性を同種の産品の判断の過程で考慮されるべきとしたが、結論としては 2 つの産品は同種と判断し、上級委員会と変わりはなかった。パネルは、物理的特性、最終用途、消費者の嗜好など通常の 4 つの判断基準に加えて、目的を考慮するという方法を考えていたが、それは具体的にはどのような判断方法になったのだろうか。米国は、クローブ入りタバコは、メンソールタバコと最終用途、消費者の嗜好の点から異なると主張している、目的が考慮されれば、同種ではないと判断されると期待していたようであるが、そうはならなかった。例えば米国は、若年層の喫煙の減少という措置の目的を強調することで、クローブ入りタバコは楽しい経験を作り出すという用途がメンソールタバコとは違って存在するとか、クローブ入りタバコは若年層の喫煙者に吸われているが、メンソールタバコは若年層と成人の喫煙者の双方に吸われているので消費者にとって代替性が異なることが認められると考えていたようである。米国の証拠のプレゼンテーションが悪かったのかもしれないが、そもそもクローブ入りタバコとメンソールタバコは同種性の判断が市場の競争関係の観点からも難しい産品であったという評価もあった⁹。

上級委員会が同種性の判断において措置の目的を評価するアプローチをとりにくかった理由もあるだろう。上級委員会は、目的ベースの判断をしない理由の一つとして、措置は一つではなく複数の目的を追求していることがあり、それを措置の文言や措置の構造から把握することは容易ではなく、複数の目的に基づいて、2 つの産品の同種性の判断をすることは困難であることを指摘している（本件上級委員会報告書 paras.113-115）。ここから思い起こすのは、GATT3 条 2 項で目的と効果のアプローチを否定した、日本-焼酎事件においてパネルが、その理由の一つとして、措置の目的の判断や立証の難しさを挙げていたことである¹⁰。TBT 協定であれ、GATT であれ、この点は変わらないということだろう。

(2) 不利な待遇要件の解釈

本件の上級委員会は、「TBT 協定の目的は、貿易の自由化と加盟国の規制権限のバランスをとるものであるから」、2.1 条は「もっぱら正当な規制の区別による (stems exclusively

⁸ なお P. マブロイディスは、パネルのように、2.1 条の同種の産品の判断は、市場ベースではなく政策ベース (policy-likeness) でされるべきであるとの見解を示している。Petros C. Mavroidis, "Driftin' too far from shore – Why the test for compliance with the TBT Agreement Developed by the WTO Appellate Body is wrong, and what should the AB have done instead," *World Trade Review / FirstView Articles*, p.11 (2013).

⁹ Robert Howse and Philip I. Levy, "The TBT Panels: US-Cloves, US-Tuna, US-COOL" 12 *World Trade Review* 327, 340 (2013).

¹⁰ Panel Report, *Japan-Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R (Jul. 11, 1996), para.6.16.

from legitimate regulatory distinction) 輸入製品の競争条件への不利な効果 (detrimental impact) を禁じるものではないと解すべきである、とした (本件上級委員会報告書 para.174)。さらに後で詳しく、不利な効果が、輸入製品の差別から生じているものなのか、もっぱら正当な規制の区別からきているものなのか検討する際には、「強制規格の構造と適用 (the design, architecture, revealing structure, operation and application)、とりわけ、その公平性 (even-handed) について慎重に精査する必要がある (para.182)」としている。この部分は、後の米国—マグロラベリング事件において、次のように述べられている。すなわち、①措置が輸入製品に不利な効果を与える形で競争条件を変更するものであるかどうかを検討し、次に②その不利な効果 (detrimental impact) が輸入製品に差別 (reflect discrimination) を与えるものであるかどうか、とりわけ問題の措置が、公平に扱っているかどうか (even-handed in the manner) を検討する、とされており、2段階の検討がより明確化されている。

本件においては、米国の措置がインドネシアからのクローブ入りタバコに「不利な効果」を与えているかどうかの検討において、措置の「構造と適用」そして「公平性」が検討されている。上級委員会は、パネルの判断について、説明が不十分とはしたものの、概ね支持しており、メンソールタバコを禁止していないことが公平性に欠けると判断している。具体的には、クローブ入りタバコ事件では、米国の措置によって禁じられたクローブ入りタバコがほとんどインドネシアから輸入されたものであることや、メンソールタバコが25%の米国のタバコ市場を占めているという事実から、米国の措置の構造と適用の観点から、インドネシアからの輸入製品への差別であるとしている。また、正当な規制の区別によっても言えない理由として¹¹、米国の措置の目的は若年層の喫煙の減少であるが、クローブ入りタバコもメンソールタバコも若年層の喫煙を促進する特性を持っていることを考えると、クローブ入りタバコを禁止して、メンソールタバコを禁止しないことは正当化されないとした。ただし、クローブ入りタバコ的事件については、メンソールタバコを禁止することで起こり得る喫煙者の禁断症状をめぐる諸問題について、パネル・上級委員会の見解が楽観的であるという見方もあり¹²、このあたりは、米国の主張や証拠のプレゼンテーションの問題であったか、パネル・上級委員会のほうの健康問題への理解不足だったか、議論が残る点かもしれない。

この不利な待遇要件の第2段階目の検討 (②不利な効果が輸入製品に差別を与えるものであるかどうか、とりわけ問題の措置が、公平に扱っているかどうかの検討) について、

¹¹ なお、規制の区別の理由については、申立国ではなく被申立国の米国が主張しているが、同様に、後のマグロラベリング事件の上級委員会は、米国の措置が2.1条に違反していることは申立国メキシコが立証しなければならないが、漁場と漁法によってイルカへの害が異なってそれによってラベル表示が異なっていることは被申立国・米国が主張すべきこととしている。Appellate Body Report, *U.S.—Tuna II (Mexico)*, WT/DS381/AB/R (May.16, 2012), para.283 (“Although the burden of proof to show that the US “dolphin-safe” labelling provisions are inconsistent with Article 2.1 of the *TBT Agreement* is on Mexico as the complainant, it was for the United States to support its assertion that the US “dolphin-safe” labelling provisions are “calibrated” to the risks to dolphins arising from different fishing methods in different areas of the ocean.”).

¹² Tania Voon, “United States—Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes,” 106 *American Journal of International Law* 824, 828 (2012).

ある論者は GATT20 条の柱書の適用を思い起こしたとし¹³、別の論者は SPS 協定 5 条 5 項の一貫性のルールを思い起こしたとしている¹⁴（なお研究会の場においても、TBT 協定の 2.1 条は、GATT3 条と 20 条をあわせたような規定内容になったのではないか、というコメントがあった）。本件は、事案としては、不利な効果の存在と、そこに正当な規制の区別が存在しないことが比較的明確であったと言えるが、2.1 条が GATT3 条で検討されるような実体的な差別から、GATT20 条の柱書でみてきたような適用方法における差別まで、多様な幅広い差別を含むようになったのか、今後も注視していく必要がある。

米国が、この 2.1 条違反を解消するためには、クローブ入りタバコの販売・輸入禁止を撤廃するか、あるいは販売・輸入禁止をメンソールタバコに拡大するかのいずれかの方法をとることになるが、本稿執筆時点（2013 年 5 月 27 日）では履行についての情報はない（なお、米国の本件の勧告の履行期限は 2013 年 7 月である）。上級委員会報告が発出された当時の *Inside US Trade* によると、米国内には販売・輸入禁止をメンソールタバコに拡大することを支持する立場もあるとされている¹⁵。なお興味深い動きとして、欧州委員会がメンソールタバコを含む香り付きタバコの販売規制を導入するための EU 指令案を提案している¹⁶。それは、メンソールタバコを含んで規制することが若年層の喫煙減少につながるという目的に基づくものだろうが、それが TBT 協定の 2.2 条上で争うことが可能な「不必要な」規制だとするタバコ業者の主張があるとも報道されている¹⁷。前述のとおり、2.2 条については、上級委員会報告が出された「米国－マグロラベリング事件」の解説（別稿）において扱う。

(3) TBT 協定 2.1 条の「不利な待遇」要件の解釈と GATT3 条 4 項の関係

最後にクローブ入りタバコ事件で明確にされた TBT 協定 2.1 条の「不利な待遇」の解釈が、GATT3 条 4 項にも同じようにあてはまるのかどうかという疑問がある。P. マブロイデイスが指摘するように、GATT3 条 4 項と TBT 協定 2.1 条の解釈がまったく同じになってしまったという見方もあり¹⁸、もはや両者には違いがないかのように見える。しかし、本件の上級委員会報告書を詳細にみていくと、2.1 条と GATT3 条 4 項の要件は異なるという示唆がいくつかみてとれる。

¹³ Weihuan Zhou, “US-Clove Cigarettes and US-Tuna II (Mexico): Implications for the Role of Regulatory Purpose under Article III:4 of the GATT,” 15 *Journal of International Economic Law* 1075, 1120 (2012) (“[T]esting ‘less favourable treatment’ under Article 2.1 of the TBT Agreement seems to follow the normative approach to ‘arbitrary or unjustifiable discrimination’ under Article XX Chapeau.”).

¹⁴ James Flett, “WTO Space for National Regulation: Requiem for a Diagonal Vector Test,” *Journal of International Economic Law*, first published online January 21, 2013, p.28 (“[T]he essential thrust of this case appears to be analogous to the rule in Article 5.5 of the SPS Agreement, requiring ALOPs to be set on a consistent basis.”).

¹⁵ *Inside US Trade*, “U.S. Slams WTO Ruling on Cigarettes, Warns of Public Health Implications,” April 27, 2012.

¹⁶ 東京読売新聞「たばこ規制強化 欧州委が提案 『香り付き』販売禁止」2012 年 12 月 21 日朝刊 6 頁。

¹⁷ *Inside US Trade*, “U.S. Business Groups Slam EU Proposed Directive for Tobacco Control,” April 19, 2013.

¹⁸ Mavroidis, *supra* note 8, p.15 (“[T]he AB did nothing other than apply its test of consistency with Article III.4 GATT (as developed in Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes) into the realm of the TBT.”).

まず上級委員会は、2.1条の解釈にGATT3条4項の先例が参照でき、指針とできると議論を展開し、パネルは問題の強制規格が輸入製品に対する競争条件の変更をしているかどうかを検討しなければならないとしたが（本件上級委員会報告書 para.180）、このパラグラフの次のパラグラフは、「しかしながら（However）」で始まり、2.1条は「もっぱら正当な規制の区別による」不利な効果を禁じていないと強調しており、GATT3条4項との違いを強調したような表現になっている。

また上述のパラグラフの1つ前のパラグラフでは（本件上級委員会報告書 para.179）、GATT3条4項の不利な待遇の要件では輸入製品に害を与えるように競争条件の変更をすることを禁じてきた、としたところで、註372がついている。そこでは、米国が主張した、不利な待遇の要件では、競争条件の変更が製品の外国原産を理由に生じているかを「さらに検討（further inquiry, additional inquiry）」しなければならないかどうかという点が触れられており、GATT3条4項を適用したドミニカータバコ輸入販売規制事件とタイタバコ（フィリピン）事件が引用されて、この2つの事件において、競争条件の変更に加えて、そうした「さらなる検討」はなされてはいない、という本件上級委員会の見解が示されているのである¹⁹。

不利な待遇の要件における「外国原産に関するさらなる検討」をめぐっては、これまで次のような判例の流れがあった。まず、EC-アスベスト規制事件の上級委員会が、傍論で、形式的（つまり法律上）待遇の違いがない場合の製品間の「不利な待遇」の解釈について、「不利な待遇という用語は、GATT3条1項、すなわち国内規制が国内生産に保護を与えるように適用されてはならないという一般原則を表している」とした上で²⁰、「加盟国は、国内産品と同種の輸入産品に対して不利な待遇を与えるということなしに、同種とされた産品を区別するかもしれないのである」²¹と述べたのである。この点から、単なる産品の区別だけでは「不利な待遇」にはならず、「国内生産に保護主義的であること」であることを立証しなければならないと解され、この部分が「さらなる検討」の原点とされてきた。その後、ドミニカータバコ輸入販売規制事件の上級委員会が、3条4項の解釈において、「輸入産品に対する不利な効果（detrimental effects）の存在は、それが産品の原産が外国であることに関係しない要因や状況（factors or circumstances unrelated to the foreign origin of the product）、例えば本件のように輸入者の市場シェアの要因によって説明される不利な効果である場合には、不利な待遇を与えていることの立証に必ずしもならない」と述べ²²、このパラグラフが具体的に「外国原産に関するさらなる検討」を求めたものであるとしてよく知られるようになった。その後はEC-遺伝子組換え産品規制事件のパネルも、輸入された

¹⁹ この註372には識者も注目している。例えば、Zhou, *supra* note 13, p.1114; William J. Davey and Keith E. Maskus, “Thailand-Cigarettes (Philippines): A More Serious Role for the ‘Less Favourable Treatment’ Standard of Article III:4,” 12 *World Trade Review* 163, 177-178 (2013) (“Indeed, quite recently, the Appellate Body has specifically stated that the Dominican Republic-Import and Sale of Cigarettes case does not require an inquiry as to whether the detrimental impact of a measure is related to its foreign origin or is explained by other facts or circumstances, but rather only requires consideration of whether the conditions of competition have been modified to the detriment of imported products.”) を参照。

²⁰ AB Report, *EC-Asbestos*, *supra* note 1, para.100.

²¹ *Ibid.*

²² Appellate Body Report, *Dominican Republic-Cigarettes*, WT/DS302/AB/R (Apr. 25, 2005), para.96.

遺伝子組換え産品に3条4項上の不利な待遇が与えられているかどうかを検討された文脈において、「遺伝子組換え産品が外国原産であることから不利な待遇が説明される (less favourable treatment is explained by foreign origin of the relevant biotech products)」かどうかを判断の基準にしていた²³。

このような先例を踏まえると、3条4項では「外国原産に関わるさらなる検討」が求められているという理解が自然のようだが²⁴、他方で、ドミニカータバコ輸入販売規制事件と、後のタイタバコ（フィリピン）事件の上級委員会の立場には大きな変化があるという指摘もある²⁵。すなわち、タイタバコ（フィリピン）事件の上級委員会によるGATT3条4項の不利な待遇の解釈適用において、（韓国・牛肉流通規制事件の援用はあるが）ドミニカータバコ輸入販売規制事件が全く援用されていないのである²⁶。つまり上級委員会は、タイタバコ（フィリピン）事件の時点から、ドミニカータバコ輸入販売規制事件の上級委員会自身の判断から異なるアプローチをとるようになった、とも受け取れる。

仮に、上級委員会が、TBT協定 2.1条と GATT3条 4項は異なると理解しているとすれば、その理屈は何だろうか。おそらくその理由は、TBT協定には一般的例外の条文がないこと（本件上級委員会報告書 para.101）から、TBT協定と GATTの構造が異なり、GATT20条の存在意義を考えれば、GATT3条 4項において「正当な規制の区別」を検討する必要はないということなのだろう。しかしこの点については、しばしば指摘されてきたことであるが、GATT20条の例外が認められる事項は限定列举で、20条の機能も万能ではない²⁷。また、20条の存在があっても、ドミニカータバコ輸入販売規制事件の上級委員会の判断から、「・・・3条2項2文同様に、3条4項においても、3条1項の『国内産業に保護を与えるように・・・適用』の有無が、3条4項の『不利な待遇』の認定に際して考慮される可能性が学説でも指摘されてきた²⁸。同じ観点から、GATT3条 4項の不利な待遇要件において「外国原産に関わるさらなる検討」を行わないと、3条2項と4項の解釈アプローチが異なってしまうことが懸念されていた²⁹。

さらに、TBT協定が対象とする「強制規格」とGATT3条4項が対象とする「法令及び要件」

²³ Panel Report, *EC-Biotech (GMOs)*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R (Sep. 29, 2006), para.7.2514.

²⁴ Mavroidis, *supra* note 8, p.13 (“In a subsequent report however (Dominican Republic-Import and Sale of Cigarettes) the AB held that the adverse trade impact does not amount to less favourable treatment if it is the result of a legitimate regulatory distinction”). See also, Weihuan Zhou, “The Role of Regulatory Purpose under Article III:2 and 4: Toward Consistency between Negotiating History and WTO Jurisprudence,” 11 *World Trade Review* 81, 111 (2012)(“The first interpretation is that by reading the test of ‘SATAP’ [so as to afford protection to domestic production] into ‘less favorable treatment’, the Appellate Body implicitly approved the assessment of regulatory purposes under the latter.”).

²⁵ Petros Mavroidis, *Trade in Goods: The GATT and the Other WTO Agreements Regulating Trade in Goods* (Oxford University Press, 2nd ed, 2012), p.289.

²⁶ Appellate Body Report, *Thailand-Cigarettes (Philippines)*, WT/DS371/AB/R (Jun. 17, 2011), paras.128-129.

²⁷ Zhou, *supra* note 13, p.1112.

²⁸ 川島富士雄「ドミニカ共和国のタバコの輸入及び国内販売に関する措置」『WTO パネル・上級委員会報告書に関する調査研究報告書』、2006年度版、47-48頁。

²⁹ Davey and Maskus, *supra* note 19, p.178.

にもはやほとんど違いがないということを考えると³⁰、TBT協定とGATTで「不利な待遇」の解釈が異なる必然性があるのかという考えもあるだろう³¹。筆者として関心があるのは、次の点である。本件上級委員会は、例えば「不利な待遇要件は、法律上及び事実上の差別のみを禁じる（the "treatment no less favourable" requirement of Article 2.1 only prohibits *de jure* and *de facto* discrimination against the group of imported product（本件上級委員会報告書para.181）」という表現をしている。また後のマグロラベリング事件においても、正当な規制に基づく区別かどうかという検討は、上級委員会報告書でしばしば次のように言い換えられている。すなわち、「こうした不利な効果が差別を反映したものかどうか（whether any detrimental impact reflects discrimination）（米国—マグロラベリング事件上級委員会報告書paras.231, 240）」を検討する、と。つまり、2.1条の不利な待遇の検討は「差別性（discrimination）」に基づくものであり、これはGATT3条4項と変わらない。とすると、3条4項で「正当な規制の区別」を検討する必要がないという考え方は成立しないのではないかと筆者は考える。将来の3条4項の事例で上級委員会ははっきりと立場を示すのか、興味深い点である。

以上

³⁰ ただし「強制規格」は、販売等の要件に「関する（affecting）」限り、3条4項の対象となり得るが、3条4項がカバーするすべての規制が「強制規格」にはならないだろう。

³¹ Zhou, *supra* note 13, p.1112.