



RIETI Discussion Paper Series 21-J-051

WTO上級委員会に対する米国からの批判 —TBT協定「正当な規制の区別」の再検討—

内記 香子
名古屋大学



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

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

WTO 上級委員会に対する米国からの批判

—TBT 協定「正当な規制の区別」の再検討—*

内記 香子 (名古屋大学)

要 旨

本稿は、2020年2月に米国通商代表部（USTR）が公表した「WTO 上級委員会に関する報告書（Report on the Appellate Body of the World Trade Organization）」の中の「上級委員会による TBT 協定及び GATT の無差別原則の解釈」の部分を取り上げ、米国による上級委員会への批判の妥当性を評価することを目的としている。米国は、2012年に3大 TBT 紛争（Trilogy of TBT cases）（すなわち、米国・クローブ入りタバコ規制事件、米国・マグロラベリング事件、米国・COOL 事件）で敗訴しているが、USTR の本報告書の該当部分も、3大 TBT 紛争を経験したことを背景にしている。本報告書で米国はいくつかの主張をしているが、TBT 協定 2.1 条と GATT3・20 条の射程をめぐる主張については、妥当性はないと思われる。他方、米国・COOL 事件における TBT 協定 2.1 条の上級委判断に関する米国の主張は、個別案件における上級委の判断の誤りに対するクレームという側面を越えて、TBT 協定 2.1 条における「正当な規制の区別（legitimate regulatory distinction）」の意味について再考する機会になっており、この点は興味深い。

キーワード： TBT 協定、GATT、無差別原則、正当化条項、正当な規制の区別

JEL classification: K2, F1, Q1

RIETI ディスカッション・ペーパーは、専門論文の形式でまとめられた研究成果を公開し、活発な議論を喚起することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、所属する組織および（独）経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

*本稿は、独立行政法人経済産業研究所（RIETI）におけるプロジェクト「現代国際通商・投資システムの総合的研究（第V期）」の成果の一部である。本稿の執筆に当たっては、2021年9月10日の研究会及び10月15日のDP検討会に出席の方々から多くの有益なコメントを頂いた。ここに記して、感謝の意を表したい。

1. はじめに

本稿は、2020年2月に米国通商代表部（USTR）が公表した「WTO 上級委員会に関する報告書（Report on the Appellate Body of the World Trade Organization）」（以下、USTR 報告書）¹の中の「上級委員会による TBT 協定（貿易の技術的障害に関する協定：Agreement on Technical Barriers to Trade）及び GATT の無差別原則の解釈」²の部分を取り上げ、TBT 協定 2.1 条と GATT3・20 条の射程及び TBT 協定 2.1 条の「正当な規制の区別」の解釈適用について再考し、米国による上級委員会（以下、上級委）への批判が妥当かどうかを評価することを目的としている。

2. USTR 報告書「上級委員会による TBT 協定及び GATT の無差別原則の解釈」の概要

2-1 要旨

- ・ WTO 協定の重要な原則である内国民待遇と最恵国待遇は、加盟国の正当な政策目的（legitimate policy objectives）の追求を妨げるものではない。
- ・ しかし、上級委による「悪影響テスト（detrimental impact test）」は、原産国に中立な措置が WTO 紛争解決手続において違反認定されてしまう。
- ・ この上級委の基準においては正当な公共政策上の措置をとることが難しく、WTO が加盟国の立法上の問題を **second-guess** して裁定することになり問題である。

2-2 要約

TBT 協定 2.1 条・GATT1 条 1 項・3 条 4 項における上級委の最近のアプローチは、まず、問題の措置が輸入産品に「悪影響」をもたらすかどうかを検討するものである。TBT 協定 2.1 条においては、悪影響があった場合は、その悪影響が「正当な規制の区別（legitimate

¹ United States Trade Representative, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization* (2020), at [https://ustr.gov/sites/default/files/Report on the Appellate Body of the World Trade Organization.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report%20on%20the%20Appellate%20Body%20of%20the%20World%20Trade%20Organization.pdf) [hereinafter USTR Report]. 本 USTR 報告書は、これまで米国が上級委員会に対して、WTO 紛争解決手続で出した意見書や WTO 紛争解決機関の会合で述べた意見等をまとめたものである。なお、本稿で挙げるインターネット資料の最終閲覧日は、いずれも 2021 年 10 月 29 日である。

² *Ibid.*, pp. 90-95 (III. Appellate Body Errors in Interpreting WTO Agreements Raise Substantive Concerns and Undermine the WTO: B. The Appellate Body's Interpretation of the Non-Discrimination Obligation under the TBT Agreement and the GATT 1994 Calls for Reviewing Factors Unrelated to Any Difference in Treatment Due to National Origin). なお、本 USTR 報告書は全体 120 頁から成り、I 章は問題の背景、II 章は上級委による手続的規則上の問題点、III 章は上級委による WTO 協定解釈の問題点を扱っている。

regulatory distinction) に由来するものかどうか、についてさらに検討されるが、GATT1 条 1 項・3 条 4 項においてはそのような検討はない。したがって、悪影響の存在は、GATT1 条 1 項・3 条 4 項の違反を構成することになり、措置を維持したい加盟国は、GATT20 条に訴えるしかない。上級委のこのようなアプローチは、規定文言に沿うものではないし、以前のパネル・上級委による解釈適用に従ったものではない。

① 上級委の「悪影響」基準は、加盟国が合意した差別の概念を反映していない

上級委の「悪影響」基準が問題である理由はまず、原産地差別でない措置であっても WTO 違反認定されてしまう点にある。また、輸出者が輸入国側の規制を充たそうとしていても、それが（生産方法の観点等の理由で）コストが大きいう理由だけで、「悪影響」があるとされてしまう点も問題である。さらに、現在は悪影響がなくとも、将来的に市場の変化や輸出者の生産方法等の変更で、悪影響が生じる場合も考えられ、どれだけ措置を無差別に作ったとしてもうまくいかないこともある。

このような、低い、予見不可能な基準（low and unpredictable threshold）は、加盟国が合意した差別の概念ではない。どのような措置でも他の加盟国からの輸入産品に悪影響があった場合、たとえそれが偶然（accidental）のものであっても、GATT1 条 1 項・3 条 4 項違反であるということに加盟国が合意したとは考えられない。

かつて上級委は、GATT3 条 4 項の不利な待遇要件の下では、正当な措置が貿易を制限するような場合、加盟国に規律スペース（regulatory space）を与えるような形で解釈してきた（EC・アスベスト規制事件 para.100 を引用³⁾）。GATT3 条 1 項の一般原則は、GATT3 条 4 項に意味を与えており、差別や保護的な側面を 3 条 4 項で考慮することを明確にしている。GATT3 条 4 項の第 2 文（「輸送手段の経済的運用にのみ基き産品の国籍には基いていない差別的国内輸送料金の適用を妨げるものではない」）も、措置の背後にある理由が 3 条 4 項の分析において重要であること、「産品の国籍」が 3 条 4 項の鍵概念であることを示している。

しかし、上級委の「悪影響」アプローチは、措置が輸入産品の原産地に基づいて区別をし

³ *Ibid.*, p. 91, footnote 215 (referring to Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, adopted 5 April 2001 [hereinafter AB Report, *EC – Asbestos*], para.100 (“[A] Member may draw distinctions between products which have been found to be ‘like,’ without, for this reason alone, according to the group of ‘like’ imported products, ‘less favourable treatment’ than that accorded to the group of ‘like’ domestic products.”)).

ていない場合においても悪影響があると判断するものである。2012年以前（2012年に上級委報告書が発出された TBT3 紛争を註に引用）は、上級委は、GATT3 条においてそのような解釈を行っていなかった。

② GATT 協定には限定的な正当化事由しかないので、正当な政策目的に基づく措置が認容されない可能性がある

このような上級委のアプローチでは、どのような措置でも、輸入製品に対して少しでも悪影響があれば、GATT1 条 1 項・3 条 4 項違反とされてしまう。したがって加盟国は、その措置を維持できないことになる。しかし、GATT20 条は、政策目的を限定的に挙げるものであって、たとえば原産地表示ラベルは、GATT20 条の政策目的には挙げられていない（ただし GATT9 条「原産地表示」には挙げられている）。たとえば、地理的表示ラベル等、その他の正当な目的についても同じ問題がある。

③ 上級委は、全く同一の用語を異なって解釈している

GATT3 条 4 項及び TBT 協定 2.1 条は、内国民待遇義務を規定しており、まったく同一の用語を使用している。同一の用語は、（ウィーン条約法条約 31 条 1 項でいうところの）同じ「通常の意味」を有していると考えられ、文脈や趣旨・目的に照らしても異なる意味を持つことは示唆されない。TBT 協定の前文にも「1994 年の GATT の目的を達成する」とある。しかし上級委は、GATT3 条 4 項と TBT 協定 2.1 条の同一の文言規定を異なって解釈している。TBT 協定 2.1 条において輸入製品に不利でない待遇を与えている措置が、一方で GATT3 条 4 項では、輸入製品に対して不利な待遇を与えている措置であると判断されるという解釈アプローチは一貫性があるとは言えない。同様のことは、TBT 協定 2.1 条と GATT1 条 1 項の関係についても当てはまる。

④ 上級委のアプローチは、TBT 協定 2.1 条を無用(superfluous)にする可能性がある

TBT 協定 2.1 条と GATT1 条 1 項・3 条 4 項の解釈基準が異なるとすれば、GATT のほうが、申立国が違反を立証するのに低い基準を設定し、限定的な正当化事由しか有していないのにもかかわらず、なぜ、加盟国が TBT 協定 2.1 条で申立てを行うか分からない。

上級委はこの問題について次のように答えている。すなわち、TBT 協定 2.1 条で検討される正当な目的の具体的例であって、GATT20 条の範囲に含まれないものを未だ特定でき

ていないからである、という（EC・アザラン製品事件パラ 5.128 を引用⁴⁾。しかし、そのような例は（米国が）上級委に既に提示している（EC・アザラン製品事件の米国の第3国意見書パラ 26 を引用）。たとえば、TBT 協定の前文にある、輸出品の「品質の確保」が一例で⁵⁾、GATT20 条には挙げられていない正当化事由である。

⑤ 上級委の法的基準の下では正当で重要な公共政策上の措置を正当化するのが困難である

上級委の基準は、措置が原産地差別をしているかどうか、という検討を越えている。たとえば米国・COOL 事件において上級委は、追加的な要件を加えて、米国の措置が上流の生産者に対して均衡性を越えた（out of proportion）ラベル情報の義務を課していることに基づいて TBT 協定 2.1 条違反とした。COOL 措置が消費者に最終的に提供される情報と一致したものを生産者に要求しているかどうか、という点は、措置が差別的かどうかという点とは関わりがない点である。上級委の 2.1 条のアプローチは、措置のリスク、コスト、ベネフィットの調整（calibration）を検討することを求めるようなものであるが、2.1 条ではそのような分析をすることは求められないはずである。しかし、上級委による解釈は、様々な政策判断について、パネル・上級委に裁定させるものである。加盟国はそのような権威を上級委に与えていないし、上級委には加盟国の政策の second-guess をする能力もない。原産地差別かどうかは、裁定者がコストとベネフィットのバランスをとれるとか、もっと効果的な措置をデザインできるとかいうことを根拠に判断されるわけではない。

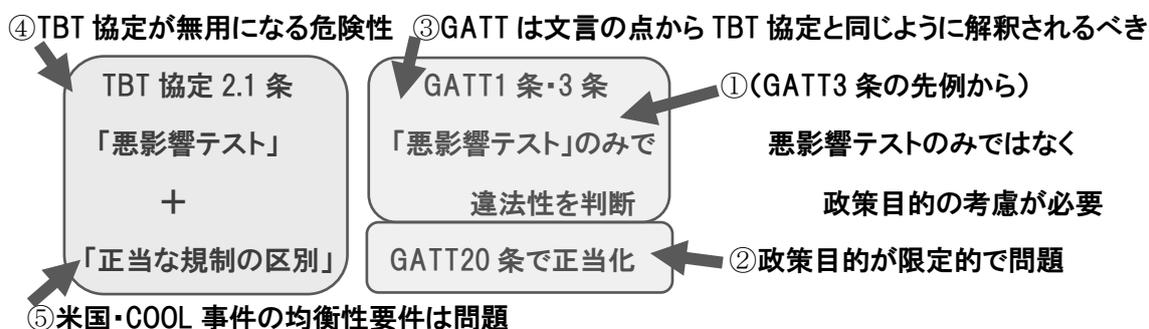
3. 評価

上記2で見てきた米国の主張は下記のようにまとめられる。米国の主張は、上級委が TBT 協定の「正当な規制の区別」を作り出したことに起因しているが、主張①～④は GATT の無差別原則と TBT 協定 2.1 条の射程に焦点を当てたものである一方、主張⑤は TBT 協定

⁴ *Ibid.*, p. 94, footnote 223 (referring to Appellate Body Report, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adopted 18 June 2014 [hereinafter AB Report, *EC – Seal Products*], para. 5.128). あとで見るように、確かに EC・アザラン製品事件において EU はそのような事由を具体的には挙げていない。

⁵ *Ibid.*, p. 94, footnote 224 (referring to Third Party Submission of the United States of America, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400 / WT/DS401, 14 February 2014, at https://ustr.gov/sites/default/files/DS400.AB_US3rdPtySub.Public.pdf, para. 26). GATT20 条に含まれない事由の例として、消費者への情報提供、虚偽や誤解を与える慣行の防止、電気通信機器の互換性及び効率性の確保が挙げられている。

の「正当な規制の区別」の検討内容そのものに関わっており、内容的に若干異なるので、本節は2つに分けて評価していくこととする。



3-1. 米国の主張①～④(TBT 協定 2.1 条と GATT 3 条 4 項・20 条の射程)について

(1) 米国の主張のルーツ:「米国・クローブ入りタバコ規制事件」における議論

無差別原則の解釈をめぐる米国の主張のルーツは、米国・クローブ入りタバコ規制事件にある。もともと、米国の主張は、TBT 協定 2.1 条の不利な待遇要件の文脈でなされていた。それを少し振り返っておこう。まず、申立国のインドネシアは、輸入製品の競争条件に対し悪影響があれば 2.1 条の不利な待遇が成立する、と主張した一方で、被申立国の米国は、それは不十分で、ドミニカ・タバコ輸入販売規制事件で上級委が、輸入製品への悪影響が製品の外国原産によって説明できるかどうか、とした点を強調した⁶。上級委は、これに対して、3つの回答を行っている。①上級委は、まず、2.2 条において、国際貿易に対する障害が、「不必要」でない限り認められるとされていることに照らせば、2.1 条も、貿易への障害をア priori に禁止するものではないと考えられる、とした⁷。②上級委は、次に、2.1 条の解釈は、TBT 協定の前文 6 によって補強されるとし、加盟国は、たとえば人の生命や健康の保護のために必要な措置を、恣意的・不当な差別や貿易の偽装された制限を構成しない限り、とることが可能である、とした⁸。③上級委は、さらに、TBT 協定の目的は、貿易自由化の目的と加盟国の規律権限のバランスをとることにあるので、それゆえ、2.1 条は正当な規制の区別によって輸入製品に悪影響が生じている場合には、そのような競争条件に対

⁶ Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarette*, WT/DS406/AB/R, adopted 24 April 2012 [hereinafter AB Report, *U.S. – Clove Cigarettes*], para.166.

⁷ *Ibid.*, para.171.

⁸ *Ibid.*, paras.172-173.

する悪影響を禁止していないと考えられる、とした⁹。この後、上級委員は、したがって TBT 協定の文脈と目的に照らせば、2.1 条の不利な待遇要件は、輸入製品に対する法律上及び事実上の差別を禁じているが、正当な規制の区別による悪影響を許容している、と考えられる、と有名な判断をしている。

では上級委員は、米国が指摘したドミニカ・タバコ輸入販売規制事件等 GATT3 条の確立した先例についてはどのように反応しているか。上級委員は、(TBT 協定 2.1 条は TBT 協定の文脈で解釈されなければならないとする一方で) GATT3 条 4 項の先例は、TBT 協定 2.1 条の不利な待遇要件の文脈を構成するとして、2.1 条においては、問題の強制規格が、同種の国内製品に比べて輸入製品に対して悪影響を与えるような形で競争条件が変更されているかが判断されなければならない、と述べている¹⁰。しかし、ここで上級委員は、TBT 協定 2.1 条では正当な規制の区別による輸入製品への悪影響は禁止されない、という点を繰り返し、2.1 条の不利な待遇要件では、輸入製品に対する法律上及び事実上の差別のみが禁止されると再度、述べるのである¹¹。そして、上級委員は、差別ではなく正当な規制の区別かどうかの判断においては、問題の強制規格のデザイン・構造・オペレーション・適用について検討し、強制規格の公平性 (even-handed) について審査する、とした¹²。なお上級委員は、ドミニカ・タバコ輸入販売規制事件に関しては、脚注で取り上げて、3 条 4 項では輸入製品への悪影響が製品の外国原産に関連しているかどうか、の検討をすることを要求されない、と否定しており、同事件のその部分だけをみるとそのように読めるかもしれないが、同事件の上級委員は、輸入タバコに対する悪影響は問題の措置によるものではなく販売量の少なさによるものを理由として不利な待遇を否定した、とした¹³。

つまり、米国・クローブ入りタバコ規制事件の際に既に上級委員は、米国の TBT 協定 2.1 条に関する解釈 (悪影響テスト+規制目的の考慮) は支持する一方で、米国の GATT3 条 4 項の解釈 (悪影響テスト+規制目的の考慮) は否定しているのである。

⁹ *Ibid.*, para.174.

¹⁰ *Ibid.*, para.180.

¹¹ *Ibid.*, para.181.

¹² *Ibid.*, para.182.

¹³ *Ibid.*, para.179, footnote 372. さらに、米国・クローブ入りタバコ規制事件の上級委員は、タイ・タバコ事件で上級委員が GATT3 条 4 項の不利な待遇要件においては措置と悪影響の間に真正な関連性 (genuine relationship) がなければならない、と述べた点を指摘し、悪影響が外国原産かその他の要因で説明できるのか、という追加的な検討は控えた、とした。

(2) 「EC・アザラシ製品事件」上級委員会における議論

USTR 報告書における米国の無差別原則をめぐる主張は、米国が 2012 年に 3 件の TBT 紛争で敗訴した恨みから生じているようであるが¹⁴、これが米国だけの主張ではない点も注目される。じつは、このような米国の主張と同じような主張を、EU が EC・アザラシ製品事件で GATT3 条 4 項の文脈で行っている。その際の EU の主張に対して、どのように上級委員会が答えたのか¹⁵、それをここでもう一度、見ておこう。結論を先取りすると、この事件の上級委も一貫して同じ回答をしている。

EC・アザラシ製品事件では、パネル段階では EU の禁輸措置に TBT 協定が適用されていたが、上級委では TBT 協定の適用が否定され、GATT3 条 4 項のみが適用されることとなった。被申立国の EU の主張の趣旨は、GATT3 条 4 項の適用は TBT 協定 2.1 条の適用と異なっていて、被申立国に不利であり、GATT3 条 4 項の適用を TBT 協定と同じようにすべき、というものであった。すなわち、GATT3 条 4 項も、輸入製品に対する悪影響テストだけで違法性を判断されるべきではなく、「正当な規制の区別」をしているかどうかを判断基準に加えるべきである、という主張である¹⁶。

正確には EU は、次の 3 つの主張をしている：①GATT3 条 4 項にも TBT 協定 2.1 条の違法性の判断基準が移されるべきである、という主張をしているのではなく、GATT3 条 4 項の不利な待遇な要件に関する WTO の先例は、悪影響テストを「越えた」分析を確立している¹⁷；②前の点に関連して、GATT3 条 4 項の解釈においては、GATT3 条 1 項の一般原則が考慮されなければならない、3 条 1 項の意味として保護主義的な措置の適用は措置のデザインや構造から把握できると上級委がした点は、TBT 協定 2.1 条の第 2 段階の判断基準（「正当な規制の区別」）に一致する¹⁸；③ TBT 協定上、無差別で違法でない強制規格は、GATT 上、違法となる可能性があり、また、TBT 協定 2.1 条で考慮される正当な目的のリストはオープンであるのに GATT20 条は限定列挙であることを考えると、申立国は TBT 協

¹⁴ たとえば、2012 年より以前は GATT3 条の解釈において悪影響テスト+規制目的の考慮のアプローチが採られていた（USTR Report, *supra* note 1, p. 92, footnote 219）と述べたり、GATT20 条の正当化事由に挙げられていない例として原産地ラベルを例に挙げたり、主張⑤のように米国・COOL 事件の解釈上の問題点を挙げている点から、そのようなところが垣間見える。

¹⁵ 伊藤一頼「【WTO パネル・上級委員会報告書解説⑩】 EC—アザラシ製品の輸入及び販売を禁止する措置（DS400, 401）—動物福祉のための貿易制限に対する WTO 協定上の規律—」RIETI Policy Discussion Paper Series 15-P-005（2015 年）18-19 頁参照。

¹⁶ AB Report, *EC—Seal Products*, *supra* note 4, para.5.97.

¹⁷ *Ibid.*, para.5.102.

¹⁸ *Ibid.*, para.5.111.

定ではなく GATT3 条を援用しようとするインセンティブを持つ点が問題である¹⁹。

以下では、これら EU の 3 つの主張に対して上級委がどのように答えているか、見ていく。その前に上級委は、GATT3 条 4 項の不利な待遇な要件とは次のように理解されてきたと、まとめている。すなわち、輸入産品と同種の国内産品よりも不利な待遇が与えられているかどうかの判断は、輸入産品と国内産品との競争条件の平等性に措置が与える影響の評価に依り、措置が輸入産品の競争条件に悪影響を与える場合には、不利な待遇を与えていると判断され、その悪影響と措置の間に真正な関係 (genuine relationship) がなくてはならない²⁰。

・EU の主張①(GATT3 条 4 項における悪影響テスト+規制目的の考慮は確立した解釈)に対する上級委の見解： EU の主張は、ドミニカ・タバコ輸入販売規制事件において上級委が、輸入産品への悪影響のみでは GATT3 条 4 項の不利な待遇を意味しない、とした点に依っている²¹ (米国・クローブ入りタバコ規制事件の注 372 を引用²²)。しかし、ドミニカ・タバコ輸入販売規制事件において上級委が明らかにしたことは、同種の輸入産品に対する競争条件に悪影響を与えているかどうかは、(悪影響が) 措置へ帰属するかどうか・措置との真正な関係があるかどうか (attributable to, or has a genuine relationship with, the measure) ということであり、つまり上級委は、問題の措置が、競争関係にある国内産品と輸入産品の条件に影響を与えているかどうか問われるべき、としたのである²³。したがって、輸入産品の競争条件への悪影響が措置に帰属するかどうかの判断に、悪影響が正当な規制の区別に由来するかどうかの評価が含まれるとは上級委は述べていない。

また EU の主張は、EC・アスベスト規制事件において上級委が、加盟国は同種の産品間に区別を設けてもよい、そして、その区別だけでは不利な待遇を構成しない、としたことに基づいており、この点から EU は、輸入産品の競争条件に対する悪影響だけでは GATT3 条 4 項違反にはならない、と主張する²⁴。しかし、EC・アスベスト規制事件で上級委が言いたかったことは、不利な待遇とは、区別しているかどうかではなく、不利かどうかという点に意味があつて、加盟国は、輸入産品に対して不利な待遇を与えない限り、自由に、国内産

¹⁹ *Ibid.*, para.5.118.

²⁰ *Ibid.*, para.5.101.

²¹ *Ibid.*, para.5.103.

²² AB Report, *U.S. – Clove Cigarettes*, *supra* note 6, footnote 372.

²³ AB Report, *EC – Seal Products*, *supra* note 4, para.5.105.

²⁴ *Ibid.*, para.5.106.

品と輸入産品に規制の違いを設けることができるということである²⁵。それゆえ、上級委員は、(韓国・牛肉規制事件で述べたように) 国内産品と輸入産品の形式的な違いは GATT3 条 4 項違反にはならない、輸入産品への不利な待遇は、競争条件の変更があるかどうかの検討によって判断される、としたのである。不利な待遇を与えることなく輸入産品と国内産品を区別することができるということは、GATT3 条 4 項の不利な待遇基準は、輸入産品と国内産品を区別すること以上のことを意味する、ということを示唆しているが、輸入産品と国内産品への異なる待遇が、不利な待遇を構成する地点がある (a point at which the differential treatment of imported and like domestic products amounts to “treatment no less favourable”)²⁶。そのデマケーションについて上級委員は、(タイ・タバコ事件において) 輸入産品と国内産品に規制の区別を設けることだけでは、輸入産品への不利な待遇にはならない、むしろ問題は、規制の違いが輸入産品に悪影響を与えるように競争条件を歪めているかどうかであり、もしそうであれば、異なる待遇が不利な待遇となる、と述べたのである。

・EU の主張②(GATT3 条 1 項を 4 項で考慮することで「**正当な規制の区別**」と同じアプローチにすべき)に対する上級委員の見解：GATT3 条 1 項の一般原則 (国内生産に保護を与えるように適用してはならない) は、3 条 4 項を含む 3 条に意味を与える、ということは確立された理解である²⁷。しかし、この一般原則は、3 条 2 項第 1 文や 4 項には参照されていない。このことは、3 条 1 項が 4 項に適用されないというのではなく、4 項自体が 1 項の原則を表現しているのであり、つまり、不利な待遇を受ける輸入産品があるということは、同種の国内産品に保護が与えられている、と言える²⁸。4 項は、輸入産品に対する平等な機会を要求しており、すなわち、国内産品と輸入産品の競争条件を変更しない限り、規制の区別を許容するものであるが、問題の措置が輸入産品に対して競争条件に悪影響を与えるものであれば、その悪影響は、4 項にいう不利な待遇を意味する²⁹。つまるところ、輸入産品に対する不利な待遇の判断基準は、輸入産品の競争条件の変更を禁止するものであり、輸入産品に対する競争条件への悪影響が正当な規制の区別によるものかどうかを評価する必要はない³⁰。

²⁵ *Ibid.*, para.5.108.

²⁶ *Ibid.*, para.5.109.

²⁷ *Ibid.*, para.5.114.

²⁸ *Ibid.*, para.5.115.

²⁹ *Ibid.*, para.5.116.

³⁰ *Ibid.*, para.5.117.

・EUの主張③(TBT協定2.1条は使われずGATT3条が援用されるようになる危険性)に対する上級委の見解：米国・クローブ入りタバコ規制事件において上級委は、TBT協定の前文2

(「GATTの目的を達成することを希望し」)によれば、TBT協定はGATTの原則を拡大したもので、TBT協定とGATTを一貫した方法(a coherent and consistent manner)で解釈するべき、とした³¹。また、TBT協定2.1条とGATT3条4項のかなり類似した文言と重複した範囲を考慮すれば、GATT3条4項はTBT協定2.1条の解釈の文脈を構成する、とした³²。さらに、TBT協定の前文5と6にいう「国際貿易に不必要な障害をもたらすことのないようすること」と、加盟国の規律権限のバランスは、GATT3条と20条の関係のバランスと原則的に変わらない、とした³³。

上級委としては、すべてのWTO諸協定の規定は調和的になるよう、一貫した方法で解釈されるべきであり、これはTBT協定とGATTに当てはまるが、その一方で、(たとえばTBT協定2.1条とGATT3条4項のように)類似の義務における法的基準において、同一の意味が与えられるべきであるとは考えない³⁴。TBT協定には、GATT20条のような例外規定はないが、このことは、TBT協定において加盟国の規律権限が認められないことを意味するわけではなく、TBT協定2.1条の文脈によれば、国際貿易を制限することをアプリアリに禁止するわけではない³⁵。その一方で、GATT3条4項における無差別原則は、GATT20条における加盟国の規律権限とのバランス関係に基づいているため、上級委としては、GATTとTBT協定の文脈の違いから、TBT協定2.1条の法的基準がGATT3条4項に適用されるとは考えない³⁶。上級委としては、GATTの現行の解釈が、TBT協定とGATTにおいて異なる結果を招くとは考えないし³⁷、EUの主張はおそらくGATT20条とTBT協定2.1条における加盟国の規律権限の範囲におけるインバランス(a perceived imbalance)に基づいていると思われるが、TBT協定2.1条における「国際貿易に不必要な障害をもたらすことのないようすること」と加盟国の規律権限のバランスは、GATT3条と20条の関係のバランスと原則的に変わらない、と考える³⁸。さらにEUは、TBT協定2.1条で考慮される正当な目的のリストがオープンである一方、GATT20条のリストが限定的であるとい

³¹ *Ibid.*, para.5.121.

³² *Ibid.*, para.5.122.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, para.5.123.

³⁵ *Ibid.*, para.5.124.

³⁶ *Ibid.*, para.5.125.

³⁷ *Ibid.*, para.5.126.

³⁸ *Ibid.*, para.5.127.

う違いを指摘するだけで、TBT 協定 2.1 条における正当な目的で GATT20 条に含まれない具体的な正当化事由の例を挙げていない³⁹。

(3) 米国と EU の主張の評価

米国と EU の主張—GATT3 条 4 項の解釈における悪影響テスト+規制目的の考慮のアプローチについては、(i) GATT3 条 4 項の先例 (EC・アスベスト規制事件やドミニカ・タバコ輸入販売規制事件) からそのようなアプローチが GATT3 条で確立していたとは言えないこと⁴⁰、(ii) GATT3 条 4 項を TBT 協定 2.1 条と同じ形で解釈をする必要はないこと (TBT 協定と GATT は一貫した方法で解釈されるべきだが類似の義務の法的基準に同一の意味を与える必要はない)、から否定される、ということの問題はないだろう。

とりわけ(ii)については、次のような点が指摘できる。上級委は、これまでも同一文言を全く同じに解釈はしてこなかった。たとえば、GATT3 条 2 項と 4 項の「同種の製品」について上級委は、「同種の製品」の概念にはアコーディオンのように幅があり、4 項のそれは 2 項のそれよりも広いが、2 項の同種の製品と代替可能産品をあわせた範囲よりは狭いとしている⁴¹。それは 3 条 2 項にある代替可能産品という概念が 4 項には明示には存在していないが、4 項の趣旨からその同種の製品には代替可能産品の概念が含まれる、という考えに基づいている⁴²。これと同様に上級委は、TBT 協定 2.1 条には GATT20 条のような正当化条項がないことを理由に「正当な規制の区別」を導入したのである。また上級委は、WTO 加盟国にすべての場合に正当化条項の援用が妨げられないよう、一貫した解釈をしてきていることも指摘できる。たとえば、中国・出版物等に関する措置事件において上級委は、中国の加盟議定書違反の措置について GATT20 条を援用することを認めたのも同様の論理だと推察できる⁴³。

残る論点は、TBT 協定と GATT20 条で認められる「正当な目的」の射程の違いであるように思う。すなわち、米国と EU が主張するように、(a) TBT 協定 2.1 条で考慮される正

³⁹ *Ibid.*, para.5.128.

⁴⁰ 川瀬剛志「WTO 協定における無差別原則の明確化と変容—近時の判例法の展開とその加盟国規制裁量に対する示唆」RIETI Discussion Paper Series 15-J-004 (2015 年) 9-10 頁参照。

⁴¹ AB Report, *EC—Asbestos*, *supra* note 3, paras. 95-96, 99.

⁴² *Ibid.*

⁴³ 川島富士雄「【WTO パネル・上級委員会報告書解説③】中国—出版物等の貿易権及び流通サービスに関する措置 (WT/DS363/R, WT/DS363/AB/R) —非 GATT 規定違反の GATT20 条正当化の可否を中心に—」RIETI Policy Discussion Paper Series 11-P-013 (2011 年) 19 頁。

当な目的のリストはオープンである一方、GATT20 条は限定列举であるので、GATT20 条ではカバーされない正当化事由が存在するかどうか、(b) 申立国は TBT 協定ではなく GATT3 条を援用しようとするインセンティブを持ち、TBT 協定 2.1 条が無用になってしまいかどうか、の 2 点である。以下では、この 2 点について考える。

(a) TBT 協定 2.1 条で考慮される正当な目的と GATT20 条の射程

ここで今一度、TBT協定2.1条における「正当な規制の区別」と「正当な目的」の関係をまとめておこう。文言上は、「正当な規制の区別 (legitimate regulatory distinction)」において正当性が検討されるのは（「規制」ではなく）「区別」である。「区別」の正当性の検討は、「規制目的」の正当性の検討とは異なる、という見解もあり得るだろう⁴⁴。しかし、「区別」の正当性を検討するにあたっては、正当な規制目的の考慮に基づいた検討がなされると考えられるので⁴⁵、「正当な規制の区別」とは、「正当な目的を追求するために、産品を区別する措置 (a measure which has the effect of differentiating between products in pursuance of a reasonable and justifiable objective, in a fair and justifiable manner)」と言い換えることができるだろう⁴⁶。ただし、目的が正当だからと言って、規制の「区別」が正当である、ということには当然にはならないのであり⁴⁷、問題は、正当な規制目的を追求するための「区別」かどうか、ということになる。

つまり事実上、申立国は（2.2 条を主張するときと同様に）2.1 条を主張する際に「正当

⁴⁴ Gabrielle Marceau, “The New TBT Jurisprudence in US – Clove Cigarettes, US – Tuna II and US – COOL,” *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, Vol.8, No.1 (2013), p. 28.

⁴⁵ Gracia Marín Durán, “Measures with Multiple Competing Purposes After EC-Seal Products: Avoiding a Conflict between GATT Article XX-Chapeau and Article 2.1 TBT Agreement,” 19 *Journal of International Economic Law*, Vol.19, No.2 (2016), p. 485 (“...it is hard to see how a regulatory distinction could be deemed legitimate unless it is based on a legitimate purpose.”).

⁴⁶ Jason Houston-McMillan, “The Legitimate Regulatory Distinction Test: Incomplete and Inadequate for the Particular Purposes of the TBT Agreement,” *World Trade Review*, Vol.15, No.4 (2016), p. 554.

⁴⁷ See, Panel Report, *European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/R, WT/DS401/R, adopted 18 June 2014, para.7.279 (“Even if the objective of the IC exception were separately examined and found to be a “legitimate” policy objective within the meaning of Article 2.2, that alone would not necessarily lead to establishing the legitimacy of drawing the distinction – as opposed to the legitimacy of a certain policy objective per se – between commercial and IC hunts through the IC exception within the meaning of Article 2.1. The objective of the IC exception is an element that may be examined as part of the “cause” or “rationale” put forward by the European Union to seek to justify the IC distinction. But it is not determinative of the issue of the legitimacy of the regulatory distinction.”).

な目的 (legitimate objectives)」の議論を避けられなくなった、と言える。「正当な目的」は 2.2 条において議論される機会が多かったが⁴⁸、この点、2.1 条で考慮される「正当な目的」の射程は、2.2 条で挙げられている正当な目的とどのような関係にあるだろうか。上級委はこの点について明確に述べてはいないが、おそらく、その射程は同じと考えられる。なぜなら、たとえば上級委は、米国・マグロラベリング事件の 2.1 条では、2.2 条でパネルが正当と認定した消費者保護とイルカ保護の目的に基づいて検討を行っており⁴⁹、また米国・COOL 事件においても、2.2 条でパネルが認定した消費者への情報提供という目的に基づいて 2.1 条の検討をした⁵⁰。

他方、GATT20 条については、正当な目的が限定列挙のため、しばしば懸念されていたことは、「環境保護」や「人権（労働者の権利）保護」の目的の措置が正当化されないのではないか、という点であったが⁵¹、WTO 体制後の GATT20 条の先例から、GATT20 条はかなり制限がない (open-ended) 条文、という評価が見られるようになった。このような評価は、上級委のこれまでの GATT20 条の解釈が、問題の現代的な文脈に即して柔軟になされていることに基づいている⁵²。たとえば、環境保護について上級委は、加盟国は環境保護目的の政策を採用する自由があると明確に述べ⁵³、ガソリン事件において清浄な大気の保存が g 号で認められたり、エビ海亀事件では 20 条の進化的な解釈として g 号の天然資源に生物が含まれる、という解釈がなされたりしたことが指摘できる。さらには、a 号の公德の射

⁴⁸ TBT 協定 2.2 条に挙げられていない正当な目的の判断基準が議論された。内記香子「【WTO パネル・上級委員会報告書解説⑨】米国—原産国名表示要求 (COOL) 事件 (DS384、386) —生鮮食品の原産国名表示と国際貿易—」RIETI Policy Discussion Paper Series 14-P-022 (2014 年) 36 頁。

⁴⁹ Appellate Body Report, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, adopted 13 June 2012 [hereinafter AB Report, *U.S. – Tuna II*], para.242.

⁵⁰ Appellate Body Report, *United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, WT/DS384/AB/R, DS386/AB/R, adopted 23 July 2012 [hereinafter AB Report, *U.S. – COOL*], para.332.

⁵¹ See, e.g., Steve Charnovitz, “The World Trade Organization and Social Issues,” *Journal of World Trade*, Vol.28, No.5 (1994), pp. 17-33.

⁵² Henrik Andersen, “Protection of Non-Trade Values in WTO Appellate Body Jurisprudence: Exceptions, Economic Arguments, and Eluding Questions,” *Journal of International Economic Law*, Vol.18, No.2 (2015), p. 395 (“The interpretative approach by the AB is open-ended in the sense that the policy objectives are flexible to contemporary ideas and understandings in the context of other international organizations.”).

⁵³ Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, para.186 (“As we emphasized in *United States – Gasoline*, WTO Members are free to adopt their own policies aimed at protecting the environment...”).

程が幅広く認められ⁵⁴、近年の a 号を正当化事由とした多様な紛争事例も、20 条の射程に制限があまりないという印象づけをしているものと考えられる⁵⁵。現在は、WTO の先例から、「環境保護」⁵⁶や「人権（労働者の権利）保護」⁵⁷が GATT20 条に挙げられていないことが懸念されることはない。

米国や EU の懸念は、TBT 協定 2.1 条に整合的であるとされた措置が、GATT では 20 条に同様の正当な目的が存在しないため GATT 違反となってしまう⁵⁸、という懸念であるが、そうしたケースが想定されるどうか、は論者の間でも疑問として提示されてきた⁵⁹。具体的に米国は、GATT20 条ではカバーされない正当化事由について、米国は、EC・アザラシ製品事件の第三国意見書において、消費者への情報提供、虚偽や誤解を与える慣行の防止、電気通信機器の互換性及び効率性の確保、輸出品の品質の確保を挙げた。これらは、GATT20 条において扱うことができないだろうか。たとえば米国・COOL 事件において上級委は、原産国情報を消費者に提供することは GATT20 条 d 号の詐欺的行為の禁止の目的と関連が

⁵⁴ Robert Howse and Joanna Langille, “Permitting Pluralism: The Seal Products Dispute and Why the WTO Should Accept Trade Restrictions Justified by Noninstrumental Moral Values,” *The Yale Journal of International Law*, Vol.37, No.2 (2012), p. 367. ただし、a 号の射程の広さについては濫用の懸念も示されてきた。Paola Conconi and Tania Voon, “EC-Seal Products: The Tension Between Public Morals and International Trade Agreements,” *World Trade Review*, Vol.15, No.2 (2016), p. 232.

⁵⁵ 近年の GATT20 条 a 号をめぐる WTO 紛争について、経済産業省「コラム：正当化事由としての『公徳』・『公序』の役割」『2017 年版・不公正貿易報告書：WTO 協定及び経済連携協定・投資協定から見た主要国の貿易政策』（ブルーホップ、2017 年）270-273 頁。

⁵⁶ See, e.g., Aaron Cosbey and Petros C. Mavroidis, “Heavy Fuel: Trade and Environment in the GATT/WTO Case Law,” *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol.23, No.3 (2014), p. 288.

⁵⁷ See, e.g., Robert Howse, “Back to Court After Shrimp/Turtle? Almost But Not Quite Yet: India’s Short Lived Challenge to Labor and Environmental Exceptions in the European Union’s Generalized System of Preferences,” *American University International Law Review*, Vol.18, No.6 (2003), p. 1368; Rachel Harris and Gillian Moon, “GATT Article XX and Human Rights: What Do We Know from the First 20 Years,” *Melbourne Journal of International Law*, Vol.16, No.2 (2015), p. 432.

⁵⁸ TBT 協定 2.1 条に非整合的な措置であれば（訴訟経済の観点から）GATT 整合性を検討する必要はないが、TBT 協定 2.1 条に整合的な措置は GATT 整合性を審査する必要がある。AB Report, *U.S. — Tuna II*, *supra* note 49, para.405 (“To us, it seems that the Panel’s decision to exercise judicial economy rested upon the assumption that the obligations under Article 2.1 of the *TBT Agreement* and Articles I:1 and III:4 of the GATT 1994 are substantially the same. This assumption is, in our view, incorrect. In fact, as we have found above, the scope and content of these provisions is not the same...it would have been necessary for the Panel to address Mexico’s claims under the GATT 1994 given that the Panel found no violation under Article 2.1 of the *TBT Agreement*.”).

⁵⁹ See, e.g., Houston-McMillan, *supra* note 46, p. 560; Joost H. B. Pauwelyn, Andrew T. Guzman, and Jennifer A. Hillman, *International Trade Law (Aspen Casebook)* (3rd ed., 2016), p. 641.

ある、と述べている⁶⁰。同様に、虚偽や誤解を与える慣行の防止や電気通信機器の互換性及び効率性の確保は、法令の遵守確保に関する d 号が使えるだろう。輸出品の品質の確保は、品質確保の目的に着目して、それが健康の保護や公徳の保護につながる場合は、a 及び b 号が使えるだろう⁶¹。

(b) TBT 協定 2.1 条は無用になってしまうか？

おそらく、上級委自身が、TBT協定2.1条とGATT3条・20条を同じような形で解釈適用しようとしている限り、GATT20条で扱えない正当化事由というものは（断言はできないが）出てこないのではないか。つまり、GATT20条は、TBT協定2.1条で扱われた正当な規制目的がカバーされるように解釈されるものと予想され、EC・アザラシ製品事件で上級委がEUに返した返答⁶²はそういう趣旨として読めるのではないか⁶³。上級委がTBT協定2.1条とGATT3条・20条を同じような形で解釈適用しようとしている意図は、加盟国がTBT協定をWTO紛争解決手続において利用することを促進することにあると考えられ⁶⁴、その点からもTBT協定2.1条が無用になるということはないように思われる。

3-2. 米国の主張⑤(米国・COOL 事件 TBT 協定 2.1 条の情報の不均衡性判断)について

米国の COOL 措置が上流の生産者に対して均衡性を越えたラベル情報の義務を課していることを根拠に TBT 協定 2.1 条違反と上級委が判断したことが、無差別原則のルールを越

⁶⁰ AB Report, *U.S. – COOL*, *supra* note 50, para.445.

⁶¹ なお、研究会の場では a 号と d 号の援用については注意が必要であるという見解もあった。たとえば a 号については、米国・中国産品関税措置事件のパネル報告で (WT/DS543/R)、中国の知的財産権をめぐる不公正な慣行に対する米国の関税引き上げ措置が、善悪の問題として a 号の公徳の保護で扱われており、このような a 号の幅広い適用が妥当かどうか、懸念される場所である。川瀬剛志「米国・中国産品関税措置事件パネル報告—米中通商摩擦と WTO 危機の行方—」RIETI Special Report (2020 年 9 月 24 日)

<https://www.rieti.go.jp/jp/special/special_report/122.html>。また、d 号については「この協定の規定に反しない法令」の遵守とされているが、そうした法令ではない法令の遵守を非申立国が主張する危険性もあり、慎重に検討される必要がある。

⁶² 前掲注 39 及び本文対応箇所参照。

⁶³ Marín Durán, *supra* note 45, p. 486 (“This appears to be a hint by the Appellate Body that we should not be too concerned about the formal asymmetry across agreements, as it intends to interpret the closed list of legitimate objectives in Article XX GATT in a way that covers all regulatory purposes that may fall within the open list of Article 2.1 TBT Agreement”).

⁶⁴ Houston-McMillan, *supra* note 46, p. 560 (“Homogeneity between [the GATT and TBT Agreement] is a natural response in the Appellate Body’s attempt to utilize the TBT Agreement more where it was applicable; a reaction to the critics of EC–Asbestos and an attempt to mould the TBT Agreement into something more familiar.”).

えたものである、という米国の主張⁶⁵は、米国・COOL 事件の報告書が 2012 年に紛争解決機関で採択される際に米国が主張した内容と全く同じである⁶⁵。

たしかに、TBT 協定 2.1 条の文脈で、情報の不均衡性という点が指摘されたことには、違和感を覚えるかもしれない。情報の均衡性の観点は、TBT 協定 2.1 条の「正当な規制の区別」の文脈で上級委から出てきた指摘であり、つまり、悪影響テストの審査過程ではなく（GATT20 条の正当化条項のような）第 2 段階の議論に当たる。以下では、TBT 協定 2.1 条の「正当な規制の区別」の文脈で情報の均衡性を検討することは妥当とする考え方と、妥当ではないとする考え方を見ていきたい。

(1) 情報の均衡性を検討することは妥当とする考え方

この点は、上級委が GATT20 条と平行で作り出した「正当な規制の区別」の審査内容に関わる問題である。しばしば指摘されてきた問題として、GATT20 条には各号該当性の審査+柱書の審査と 2 段階あり、各段階について先例によって審査内容が明確化してきた一方で、TBT 協定 2.1 条の「正当な規制の区別」ではどのような審査がなされるのか明確ではない点である。上級委は、規制の区別の正当性とは、措置の構造と適用 (the design, architecture, revealing structure, operation and application)、とりわけ、その公平性 (even-handed) が検討される⁶⁶、とし、また、恣意的な不当な差別を構成する形でデザインされ適用されている場合は (designed or applied in a manner that constitutes arbitrary or unjustifiable discrimination) 規制の区別が「正当」とは言えない⁶⁷、としているだけで、それ以上の審査内容を明らかにしていない。たとえば、20 条の各号では、目的と措置の関連性があるかどうか、目的を実現するように設計されているかどうか、さらには必要性が審査されるが、そうした審査が TBT 協定 2.1 条の「正当な規制の区別」にはない、という批判があった⁶⁸。ここで米国・COOL 事件における情報の不均衡性について指摘した上級委の判断をもう一度振り返ってみよう。

・・・上流の生産者に課される情報義務は、消費者に伝達される情報のレベルに比べて不

⁶⁵ See, WTO, Dispute Settlement Body, *Minutes of Meeting – Held in Centre William Rappard on 23 July 2012*, WT/DSB/M/320, 28 September 2012, p. 22, para.96.

⁶⁶ AB Report, *U.S. – Clove Cigarettes*, *supra* note 6, para.182.

⁶⁷ AB Report, *U.S. – COOL*, *supra* note 50, para.340.

⁶⁸ Marín Durán, *supra* note 45, pp. 482-486.

均衡 (disproportionate) であると言える。したがって、COOL 措置が規制区別によってもたらそうとする消費者への情報提供の態様は、恣意的なもので、不当なものである (para.347)。上流の生産者の記録作成と監査の要件と、消費者に伝えられる情報の不一致 (lack of correspondence) は、2.1 条違反を考える上で最も重要な点である。なぜなら、COOL 措置における情報の義務が、米国の生産者に対してもつばら国内の家畜を処理しようというインセンティブを与えているからであり、そうした情報の義務が輸入家畜に不利な効果をもたらしているからである (para.348)。・・・こうした不利な効果は、消費者に対して誕生・育成・と畜に関する情報を伝達するために必要である (the need to convey to consumers information) という点からは説明はできない・・・ (para.349)。

こうしてみると、情報の不均衡性の論点は、COOL 措置の消費者への情報提供という目的と関係している、と見ることができる。つまり、情報の不均衡性という点を通して、上級委は、COOL 措置と正当な目的の関連性の薄さを指摘していた、と見ることができるだろう⁶⁹。この点は、後に、米国・マグロラベリング事件・履行確認手続において上級委が、公平性があるかどうかの評価においては「規制の区別と、措置の規制目的の関係 (the nexus between the regulatory distinctions found in the measure and the measure's policy objectives)」の考慮が含まれ、さらに「追求される目的の観点から、措置の要件が不均衡でないかどうか (whether the requirements imposed by the measure are disproportionate in the light of the objectives pursued)」が検討される、と述べている点によっても支持できるだろう⁷⁰。

ただし、上級委によれば、正当な規制の区別の検討において、目的の観点からの考慮は single-factor test ではなく⁷¹、考慮される要因の一つ、とされている⁷²。そういう意味で、

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 483-484. See also, Tania Voon, Andrew Mitchell and Catherine Gascoigne, "Consumer Information, Consumer Preferences and Product Labels under the TBT Agreement," in Tracey Epps and Michael J. Trebilcock (eds.), *Research Handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade* (Edward Elgar Publishing, 2013), p. 468 ("This case provides an example of how the ostensible goal of providing consumers with information may not be borne out by a measure that fails to provide consumers with clear and accurate information. In those circumstances, the goal of increasing consumer information is unlikely to justify discrimination in the measure.")

⁷⁰ Appellate Body Report, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products – Recourse to Article 21.5 by Mexico*, WT/DS381/AB/RW, adopted 3 December 2015, para.7.97.

⁷¹ *Ibid.*, para.7.93.

⁷² *Ibid.*, para.7.95 ("...a panel does not err by assessing whether the detrimental impact can

正当な規制の区別の中でどのような要因が考慮されるかはケース・バイ・ケースであり、様々な要因が検討される可能性が残されている。こうした解釈の幅は、正当な規制の区別のテストを、GATT20 条と同じように運用するためには必要なものと説明できるだろう⁷³。ただし研究会の場合では、GATT20 条の柱書も、解釈が不明確なブラックボックスのようではなく、ブラジル・再生タイヤ事件の上級委が、差別の理由が措置の政策目的と合理的な関係がない場合は恣意的な差別となると述べて、政策目的に照らした解釈に変わってきた、という指摘があった⁷⁴。そういう意味では「正当な規制の区別」も、やはり政策目的に関連した審査が中心になる可能性はある。

(2) 情報の均衡性を検討することは妥当ではない、とする考え方

それでもやはり情報の不均衡性の論点を TBT 協定 2.1 条で扱うことに違和感を覚えるならば、Mavroidis の論考が参考になる。Mavroidis は、情報の不均衡性の論点を TBT 協定 2.1 条で上級委が扱ったことは誤りで、それは 2.2 条で扱われるべき問題であるとする⁷⁵。さらに Mavroidis は、TBT 協定では、まず 2.2 条が適用され、2.2 条違反がない場合には、2.1 条の適用を行う、という適用の順序が重要であると指摘する。それは、2.2 条が GATT20 条の各号のような役割を担い、2.2 条で措置の貿易制限性の必要性が確認された場合に、GATT20 条の柱書の役割に近い TBT 協定 2.1 条で差別性が審査される、という考えに基づいている⁷⁶。

この Mavroidis の考えは、TBT 協定 2.1 条に GATT20 条のような正当化条項が存在しないことの原因をよく説明するものであるし、また、正当な規制の区別といった審査を上級委が 2.1 条でわざわざ作り出す必要はなかった、ということも指摘するものでもある。上級委

be reconciled with, or is rationally related to, the policy pursued by the measure at issue, so long as, in doing so, it does not preclude consideration of other factors that may also be relevant to the analysis.”).

⁷³ なおこの点、米国・マグロラベリング事件・履行確認手続では、TBT 協定 2.1 条と GATT20 条柱書における審査内容がほぼ同じであったことが想起できる。内記香子「【WTO パネル・上級委員会報告書解説⑩】 米国—マグロラベリング事件・履行確認手続 (DS381/RW) —TBT 協定 2.1 条における正当な規制の区別と“calibration”概念—」RIETI Policy Discussion Paper Series 17-P-024 (2017 年) 30-31 頁。

⁷⁴ 川瀬剛志「ブラジルの再生タイヤの輸入に関連する措置 パネル報告・上級委員会報告」『ガット・WTO の紛争処理に関する調査報告書 XVIII』(経済産業省、2008 年) 191-192 頁参照。

⁷⁵ Petros C. Mavroidis, *The Regulation of International Trade: Volume 2 The WTO Agreements on Trade in Goods* (MIT, 2016), p. 448.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 451-452.

が TBT 協定 2.1 条を GATT3 条+20 条と平行な形で解釈適用し、さらに現在、申立国が TBT 協定 2.2 条違反を勝ち取るのが難しい状況になっていることに鑑みると⁷⁷、TBT 協定の存在意味がなくなってしまう⁷⁸、と筆者も感じていたので、Mavroidis の考えは的を射ていると思われ、米国が示している不満について、より理論的な説明を与えるものである。

ただし、Mavroidis の考えには、もし TBT 協定が作り変えられるならば、という仮定の意味もおそらく込められており、実際の紛争解決手続上は、申立国は、2.1 条だけ主張することも可能なので、Mavroidis のように 2.2 条の判断が常に最初に可能とはならない⁷⁹。しかし、Mavroidis の主張は、TBT 協定の存在意義は、差別性がない措置であっても貿易に不必要な制限を課す措置は規制される場所にある⁸⁰、というものであり、その TBT 協定の存在意義は現在の TBT 協定の先例では失われてしまっている⁸¹。この点、研究会の場では、紛争解決手続という文脈ではなく、TBT 委員会やバイラテラルな交渉の中で、他国の TBT 措置に懸念を示す場合は、(差別性の問題よりも) 貿易に不必要な制限を課している、という主張がされる場合が多いという指摘があった。TBT 協定が紛争解決という文

⁷⁷ 内記香子「【WTO パネル・上級委員会報告書解説②】 米国—原産国名表示要求 (COOL) 事件・履行確認手続 (DS384/RW, 386/RW) —TBT 協定 2.2 条の解釈枠組みの明確化—」RIETI Policy Discussion Paper Series 17-P-025 (2017 年) 1-42 頁。

⁷⁸ Houston-McMillan, *supra* note 46, p. 561 (“...is the homogenization of the GATT and the TBT Agreement as a result of the legitimate regulatory distinction test desirable?...Is the loss of the specificity of the agreement to TBTs and TBT issues really worth simplicity of interpretation?”).

⁷⁹ 研究会の場では、申立国にとっては 2.1 条のほうが 2.2 条よりも主張しやすいので、2.1 条が主たる主張となる傾向がある、という指摘も頂いた。この点は学界においても共通の認識であると思われる。Robert Howse, “Introduction,” in Tracey Epps and Michael J. Trebilcock (eds.), *Research Handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade* (Edward Elgar Publishing, 2013), p. 8 (“It has become something of conventional wisdom in circles around the WTO that by rejecting claims of a violation of Article 2.2 while finding or upholding violations of Article 2.1 in the TBT trilogy, the Appellate Body has sent a signal that the non-discrimination disciplines in Article 2.1 of the TBT Agreement are more appropriate vehicle for the scrutiny of domestic regulations, It may be easier to prove, based on the standard of review in question, that a measure is discriminatory under Article 2.1 than to show that a measure is an unnecessary obstacle to trade under Article 2.2.”).

⁸⁰ Mavroidis, *supra* note 75, p. 453 (“What matters is that WTO panels first ensure that the challenged measure does not represent an unnecessary burden to international trade. This is what the TBT Agreement is all about.”).

⁸¹ TBT 協定と SPS (衛生植物検疫措置の適用に関する) 協定は平行に扱われることが多いが、それは特に、GATT とは異なる存在意義を持つ、という意味において注目されてきた。TBT 協定の存在意義がその 2.2 条 (不必要に貿易制限的でない措置⇔正当な目的) にあるように、SPS 協定にも存在意義 (科学的証拠に基づいた措置⇔適切な保護水準) があり、GATT とは異なるその特徴が損なわれないことが重要である。なお SPS 協定の特徴について、Ching-fu Lin and Yoshiko Naiki, “An SPS Dispute without Science? The Fukushima Case and Dichotomy of Science/Non-Science Obligations under the SPS Agreement,” *European Journal of International Law* (forthcoming) を参照。

脈に限らず日常的に使われる場面では、その存在意義が生きているということが言える。

4. まとめ

以上、TBT 協定及び GATT の無差別原則に関する米国の上級委に対する批判を評価してきたが、次のようにまとめることができる。GATT3 条 4 項に、悪影響テスト+「正当な規制の区別」を導入することについては、GATT の先例上そういう解釈が確立していたという主張にも、GATT と TBT 協定の同一文言を同じに解釈すべきという主張にも、妥当性がない。この点は、EC・アザラシ製品事件で上級委が EU に返した回答において明確にされている。

他方、米国の上級委に対する批判を、上級委が新たに作り出した TBT 協定 2.1 条の「正当な規制の区別」がもたらした問題点という観点からみると、興味深い論点もある。米国は (EU も)、TBT 協定 2.1 条の「正当な規制の区別」の判断枠組み自体には異論を唱えていない。一般的に、TBT 協定 2.1 条における「正当な規制の区別」の導入は、TBT 協定に GATT20 条のような正当化条項がないことからすると、当然の判断であるという肯定的な評価がされている⁸²。しかし、TBT 協定 2.1 条と GATT3 条・20 条の射程がほぼ同じだとすると、TBT 協定の存在意義はどこにあるのか、という疑問がわく。とりわけ現在、TBT 協定 2.2 条 (必要性のルール) の主張立証が申立国にとって困難である点を考慮すると、TBT 協定の存在意義をますます懸念したくなる。「正当な規制の区別」という GATT20 条よりも射程が柔軟なものを作ったことで、非申立国に優しく、パネル・上級委には裁定しやすくなった、とは言えるかもしれない。この点、米国の上級委への 5 つ目の批判 (情報の不均衡性を正当な規制の区別で考慮すること) に関連して、まずは TBT 協定 2.2 条を出発点とするという適用方法が本当は適切だという Mavroidis の見解は (訴訟手続上、現実的でないところもあるが) 論理的には興味深い。それにより、TBT 協定の存在意義が復活してくる。そうだとすると、上級委による協定解釈上の誤りとして本当に指摘されるべきだった

⁸² See, e.g., Joshua Meltzer and Amelia Porges, “Case Notes: Beyond Discrimination? The WTO Parses the TBT Agreement in US-Clove Cigarettes, US-Tuna II (Mexico), and US-COOL,” *Melbourne Journal of International Law*, Vol.14, No.2 (2013), p.724 (“The approach it has taken — assessing likeness in a market context, requiring both detrimental impact on imports and less favourable treatment, as well as taking legislative purpose into account in evaluating less favourable treatment — should come as no surprise. Significantly, the absence of an exceptions provision in the TBT Agreement led the Appellate Body to find that the balance in the GATT between the national treatment commitment and the exceptions provision also exists within TBT art 2.1.”).

のは、「正当な規制の区別」を作り出したこと、ということだったのかもしれない。

最後に、今後の上級委員会を改革へのインプリケーションを述べておきたい⁸³。本 USTR 報告書の分析は、川瀬が述べる「上級委員会の『行き過ぎ』をわが国としてどう評価するか。具体的に米国の批判のどの点に同意でき、あるいはできないのか」という課題に一定程度、答えるものと言える⁸⁴。ただし本稿は、米国が批判している上級委の WTO 協定解釈上の問題点の中の一部を扱ったに過ぎない。米国は、協定解釈上の問題として、そのほか多くの貿易救済措置に関する論点を挙げており、(それらの分析は別稿に譲るが) おそらく貿易救済措置に関する論点のほうが、今後の上級委員会改革への示唆が大きいものと思われる。その意味で、本稿の無差別原則の解釈をめぐる論点は、上級委員会改革へは直接的な影響はないと思われるが、改めて TBT 協定の「正当な規制の区別」の意味について再考する機会となっている点において興味深い。

(以上)

⁸³ 筆者としては、米国と上級委員会の対立の根源には、上級委員会がもともと上級裁判所として作られていなかったという交渉上の経緯や、上級委員の任命がコンセンサスに基づいていること等、制度的なデザイン上の問題があると考えている。内記香子「国際政治における国際裁判所—国家と国際裁判所の捉え方—」『国際政治』200号(2020年)135-150頁。

⁸⁴ 川瀬剛志「WTO 上級委員会危機と求められる日本の役割」RIETI Special Report (2019年12月27日) <https://www.rieti.go.jp/jp/special/special_report/109.html>。