



RIETI Policy Discussion Paper Series 21-P-014

【WTOパネル・上級委員会報告書解説③⑦】
ロシアー鉄道機材事件(DS499/R、499/AB/R)
ーTBT協定5条の解釈枠組みの明確化ー

平家 正博
西村あさひ法律事務所



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

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

【WTO パネル・上級委員会報告書解説³⁷⁾】

ロシア－鉄道機材事件 (DS499/R、499/AB/R)

－ TBT 協定 5 条の解釈枠組みの明確化 -1

平家 正博(西村あさひ法律事務所)

要旨

本件は、ロシア・ウクライナ間の政治対立に端を発した一連の WTO 紛争事例の 1 つである。ウクライナは、ロシアが、ロシア国内での販売に必要となる認証の取得等を制限し、ウクライナ産の鉄道機器のロシアへの輸出を妨げたとして、ロシアの適合性評価手続 (Conformity Assessment Procedure) に関連する措置の協定整合性を争った。

適合性評価手続とは、ある製品が、強制規格や任意規格に適合することを実証するための手続である。そして、適合性評価手続により、強制規格に適合していることが立証されていることが、製品を輸入販売する条件とされる場合がある点で、各国の適合性評価手続の規定や運用は、物品貿易に大きな影響を与える可能性がある。実際、一部の研究では、2010－2014 の TBT 委員会で示された「特定の貿易上の懸念」(Specific Trade Concerns: STC) の約半数が、適合性評価手続に関連する措置であった。

そのような中で、本件は、適合性評価手続を規律する TBT 協定 5 条の判断枠組みを初めて示す事例として、重要な意義を有する。

キーワード : TBT、5 条、適合性評価手続、認証、強制規格

JEL classification: F1、K2、L5

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

¹ 本稿は、独立行政法人経済産業研究所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)」(代表・川瀬)の成果の一部である。筆者の研究報告に対して、研究会及び PDP 検討会の参加者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。

I. 措置の概要

ウクライナ(申立国)は、ロシア(被申立国)が、鉄道機器を生産するウクライナ生産者に行った、以下の措置(以下「本件措置」という。)が、TBT 協定及び GATT の関連規定に不整合と主張する(3.1、7.225)。

- ① ウクライナ生産者の認証を停止する命令(以下「本件効力停止命令」という。)
- ② ウクライナ生産者の認証申請を拒否する決定(以下「本件申請拒否決定」という。)
- ③ 他の関税同盟国(Customs Unions)が、ウクライナ生産者に発行した認証の効力を承認しない根拠とした要件(以下「本件不承認要件」という。)
- ④ 上記①-③の手法を用いて、ウクライナ鉄道機器の、ロシアへの輸入をシステムティックに制限する措置(systematic prevention) (以下「本件システムティック措置」という。)

本件申請拒否決定(上記②)に関する判断は、基本的に本件効力停止命令(上記①)の判断を踏襲しているため、以下では、上記①③④を中心に解説する(必要に応じて、解説において、上記②に触れることとする)。

II. ウクライナ(申立国)の主張の概要

ウクライナ(申立国)は、本件措置について、以下のとおり主張する(7.226)。

1. 本件効力停止命令及び本件申請拒否決定について

- ① ロシアは、自国の適合性評価手続を、ウクライナ産の鉄道機器の供給者に対し、同等の状態にあるロシア産又は第三国産の同種製品の供給者に与える条件よりも不利な条件で開放するよう適用しており、TBT 協定 5.1.1 条と不整合である。
- ② ロシアは、自国の適合性評価手続を、国際貿易に対する不必要な障害をもたらす結果となるよう適用しており、また不適合により生ずる危険性を考慮に入れても、ウクライナ製品が適用される強制規格に適合しているとの十分な確信を与えるために必要である以上に嚴重に適用しており、TBT 協定 5.1.2 条と不整合である。
- ③ ロシアは、適合証明書を申請するウクライナ生産者の書類の不備について、速やかに審査せず、その不備を正確かつ十分な方法で通知しておらず、必要に応じて是正手段がとられるよう、評価の結果を、正確かつ十分な方法でできる限り速やかに伝達することを怠っており、TBT 協定 5.2.2 条と不整合である。

2. 本件不承認要件について

- ① ロシアは、ウクライナ産の鉄道機器に、同種のロシア産品又は第三国産品に与え

られる待遇よりも不利な待遇を与えており、TBT 協定 2.1 条と不整合である。

- ② 他の関税同盟国がウクライナ生産者に発行した認証を承認しないことで、ロシアは、他国産品に許与する利益を、ウクライナ産の鉄道機器に即時かつ無条件に許与しておらず、GATT1.1 条と不整合である。
- ③ 他の関税同盟国がウクライナ生産者に発行した認証を承認しないことで、ロシアは、ウクライナ産の鉄道機器に、ロシア産の同種産品に許与される待遇より不利な待遇を許与しており、GATT3.4 条と不整合である。
- ④ ロシアは、本件不承認要件を、一律の公平かつ合理的な方法で実施しておらず、GATT10.3 条(a) と不整合である。

※本件パネルは、GATT10.3 条(a)の主張については、訴訟経済を行使し、判断しなかった。なお、ウクライナは、TBT 協定 5.1.1 条及び 5.1.2 条の主張も行ったが、当該主張は、付託事項(Terms of Reference)外とされた。

3. 本件システムティック措置について

- ① ロシアは、他国産品に許与する利益を、ウクライナ産の鉄道機器に即時かつ無条件に許与しておらず、GATT1.1 条と不整合である。
- ② ロシアは、ウクライナ産品の輸入制限を維持しており、GATT11 条と不整合である。
- ③ ロシアは、ウクライナ産の鉄道機器の輸入を制限する一方で、他国の同種産品の輸入を同様には制限しておらず、GATT8.1 条と不整合である。

III. 手続的概要

本件手続の概要は以下のとおり(1.1-1.10)。

当事国：ウクライナ(申立国)、ロシア(被申立国)

第三国参加国：カナダ、中国、EU、インド、インドネシア、日本、シンガポール、米国

パネリスト：Mr Ronald Saborío Soto(議長)、Mr Hugo Cayrús、Mr Hunter Nottage

時系列：以下のとおり

2015年10月21日	協議要請
2015年12月4日	協議
2016年11月10日	第1回パネル設置要請
2016年12月16日	パネル設置
2017年7月10日・11日	第1回パネル会合
2017年11月6日・7日	第2回パネル会合
2018年5月25日	パネル報告書の当事国配布

2018年7月30日	パネル報告書の公表
2018年8月27日	ウクライナ上訴
2018年9月3日	ロシア上訴
2019年9月17日・18日	ヒアリング
2020年2月4日	上級委員会報告書公表

IV.本件パネル・上級委員会判断の概要

1. 本件効力停止命令について

1.1 措置の概要

ロシアでは、関税同盟技術規則 (Custom Union Technical Regulation) 001/2011, 002/2011, 003/2011 が発効するまで、鉄道機器に関する適合性評価手続は、連邦鉄道輸送に関する認証システム (Certification System for Federal Railway Transport) (CS FRT Rules) (以下「ロシア鉄道認証規則」という。)において定められていた。ロシア市場で鉄道機器を販売するには、ロシア鉄道認証規則が定める認証手続を経て、強制規格等への適合を示す認証を取得する必要があった(7.232-7.233)。

認証手続には、認証発行前の認証手続 (Certification Procedure) と発行後の検査管理 (Inspection Control) が含まれるところ、検査管理は、認証を取得した製品が、認証手続で満たすべき条件を、継続して満たしていることを確認する手続である。検査管理は、認証の有効期間中は毎年実施する必要がある、サンプル調査等の検査が実施される。検査管理については、連邦予算機構 (Federal Budgetary Organization) (FBO) の職員が担い、現地検査 (on-site inspection) 又は、オフサイト検査 (off-site inspection) を実施して行われる (7.233-7.234)。

ロシア鉄道認証規則は、鉄道機器の生産方法や特徴に基づいて、13 の異なる認証手続を設けていたが、本件効力停止命令の対象である 14 の個別命令は、このうち 3 の認証手続に基づきウクライナ供給者に発行された認証の効力を停止した (7.235-7.236)。

1.2 TBT 協定 5.1.1 条

1.2.1 本件パネル判断の概要

(a) TBT 協定 5.1.1 条の適用範囲

TBT 協定 5.1.1 条は、次の 2 要件を満たす場合に適用される。第 1 に、同 5 条のタイトル及び同 5.1 条の規定から明らかとなっており、中央政府機関の適合性評価手続に関係してい

る必要がある。また、第 2 に、同 5.1 条が、強制規格又は任意規格に適合していることの明確な保証が必要な場合に適用されると規定するとおり、適合性評価手続が義務付けられている場合である必要があり、自主的な場合には適用されない(7.249)。

(b) TBT 協定 5.1.1 条の要件

適合性評価手続に関する輸入国の措置は、次の 3 要件を満たす場合、TBT 協定 5.1.1 条が定める無差別義務に反する(7.251)。

- ① 不利な条件にて適合性評価手続が開放された他の加盟国の供給者は、より有利な条件にて適合性評価手続が開放された国内又は他のいずれかの国の供給者の製品と同種の製品 (like products) の供給者であること。
- ② 輸入国は、適合性評価手続の立案・制定・適用を通じ、他の加盟国の製品の供給者に対し、国内産品又は他のいずれかの国の製品の供給者に与えられる条件より不利な条件 (conditions less favorable) で適合性評価手続を開放 (access) したこと。
- ③ 輸入国は、同等の状態 (comparable situation) にある同種の製品の供給者に不利な条件で、適合性評価手続を開放したこと。

(i) 「同種の産品」の供給者であること

TBT 協定 2.1 条において産品の同種性を判断するために用いる基準と同様の基準が、同 5.1.1 条にも適用されると考える(7.254)。

(ii) 適合性評価手続が「不利な条件」で「開放」されたこと

上級委員会及びパネルは、「より不利な待遇」(less favorable treatment) との文言を、他の条文との関係では、国内又は他のいずれかの国を原産とする同種産品と比較して、申立国の産品に不利に競争条件を変更する場合に該当すると判断してきた。TBT 協定 5.1.1 条は、他の加盟国からの輸入産品の取り扱い方法を問題とせず、供給者及び供給者に適合性評価手続を開放する条件を問題とする点で、(他の条文と)異なる。但し、輸入産品に対するより不利な待遇を問題とする場合と同様、開放の条件が異なることのみをもって、適合性評価手続の開放が不利な条件で与えられたと結論付けることはできない。同種の産品の供給者間の競争条件又は競争機会が申立国の供給者に不利に変更される場合に、同 5.1.1 条が問題となると考える。この点に関して、同種産品の供給者は、輸入国の市場への迅速かつ無条件のアクセスをめぐり競争しており、同 5.1 条は、輸入国が、産品が輸入国の市場に投入される前に、強制規格又は任意規格に適合していることの明確な保証を求める場合に適用される(7.259-7.260)。

当事国及び一部の第三国参加国は、本件パネルが、TBT 協定 5.1.1 条の不利な開放条件

を判断する上で、同 2.1 条の「より不利な待遇」の要件を判断するために上級委員会が展開した基準を用いるべきか、(異なる)見解を述べる(7.262)。ここでの争点は、輸入国が適合性評価手続をより不利な条件で開放したか判断するに先立ち、問題とされた開放条件の違いが、正当な規制上の区分に由来するかを検討する必要があるかという点である(7.269)。上級委員会は、TBT 協定の付属書 1.1、TBT 協定 2.2 条、前文の第 2、第 5、第 6 文は、TBT 協定 2.1 条は、国際貿易に関するいかなる制限もアプリアリに禁止するように機能しないとの見解を裏付けるとした上で、悪影響が正当な規制上の区別にのみ起因する場合、同 2.1 条に基づく不利な待遇に当たらないとした(7.270)。同 2.1 条と同 5.1.1 条には、文言上の違いがある。すなわち、同 5.1.1 条第 1 文は、輸入国による、同種製品の供給者への適合性評価手続の開放に関する最恵国待遇義務及び内国民待遇義務を定めている。同 5.1.1 条は、同 2.1 条と異なり、上記義務に「同等の状態」との文言で修飾させている。この文言は、同 5.1.1 条が、(供給者が)同等の状態にない場合は、開放条件に違いがあることを許容していることを裏付けており、ここに「同等の状態」との文言を含まない同 2.1 条との重要な違いがある。「同等の状態」との文言は、輸入国に、その適合性評価手続を状況に応じて設計・適用するためのある程度の柔軟性を与えているのである(7.271-7.272)。したがって、同 2.1 条との関係で上級委員会が発展させた基準を、同 5.1.1 条に導入すべきとの議論には説得されない。開放条件の違いが、「より不利な条件」での開放に該当するか判断する上で、当該開放条件の違いが、正当な規制上の区分に由来するか検討する必要はない(7.273-7.274)。

(iii) 供給者が「同等の状態」にあること

状態が同等か判断する上で、考慮要素を特定する必要がある。この点、TBT 協定 5.1.1 条第 2 文から明らかなおとおり、手続に沿って適合性を評価し、適合性評価手続を実施するとの点が(当該文言を解釈する上での)文脈を構成する。また、適用される強制規格又は任意規格に適合しているとの十分な確信を輸入加盟国に与えるために必要である以上に厳重に、適合性評価手続を適用することを禁止する同 5.1.2 条や、適合性評価手続は強制規格又は任意規格に引き続き適合しているという十分な確信が得られることを決定するために用いられるべきと規定する同 5.1.7 条も、(状態の同等性を解釈する上での)有益な文脈を構成する。このことは、適合性評価手続を「強制規格又は任意規格に関連する要件が満たされていることを決定するため、直接又は間接に用いるあらゆる手続」と定義する TBT 協定付属書一の第 3 項によっても、裏付けられる。したがって、(強制規格及び任意規格に適合するとの)十分な確信を得るために適合性評価を行う、輸入国の能力に影響を与える事情は、原則として、(状態の同等性を判断する上での)考慮事情となる。当該事情には、より不利な開放条件が与えられたと主張する供給者に固有の事情や、供給者の施設の場所も含まれる(7.283)。

TBT 協定 5.1.1 条は、どのような事情がある場合、状態が同等と言えなくなるか、明示

しておらず、本件パネルも、この点について一般的な意見を述べない。本件で、ロシアは、ウクライナの治安状況及びロシア市民の入国制限により、ロシア検査官の生命・健康へのリスクが生じた結果、現地検査との関係で、(ウクライナ生産者は)同等の状態にないと主張しており、この点について検討する(7.284)。

(c) 本件効力停止命令は TBT 協定 5.1.1 条と不整合

(i) TBT5.1.1 条が適用されること

本件効力停止命令が、(a) 中央政府機関による、(b) 義務的な適合性評価手続に関する措置であることは、当事国に争いはなく、証拠によっても裏付けられる(7.289)。

(ii) 適合性評価手続が「不利な条件」で開放されたこと

【ウクライナの主張】

FBO は、検査管理が実施不可能であることを理由に、ウクライナ供給者が保有する認証の効力停止を命じたが、(i) 当該命令は、検査管理が実施不可能な理由を十分に特定しておらず、検査管理を実施するためにとるべき手段も示していないこと、(ii) FBO は、検査管理を実施するためのウクライナ訪問を手配するとの一部生産者の申出を拒絶・無視したことで、ロシアは、(本件効力停止命令により)ウクライナ供給者に、検査管理という適合性評価手続の開放を拒絶した(7.293)。FBO が、ロシア及び他国の供給者に同様の判断を行っておらず、ロシアは、ウクライナ供給者に、ロシア又は他国の供給者より不利な条件で適合性評価手続を開放した(7.294-7.295)。

【ロシアの主張】

鉄道機器の供給者に対するロシアの適合性評価手続の開放条件は同一である(7.296)。

【本件パネルの判断】

FBO は、検査管理が実施できる条件にないことを理由に、認証の効力を停止しており、ウクライナ供給者に、適合性評価手続の一部である検査管理を開放しなかった(7.301)。ウクライナは、ロシア及び欧州の鉄道機器の供給者が、FBO が発行した認証を保持している証拠を提出するが、年次の検査管理の対象となったロシア及び欧州の鉄道機器の供給者の認証が有効であるとの事実から、FBO が年次の検査管理を実施した事実が推定されるとのウクライナの主張に同意する。したがって、ウクライナは、本件効力停止命令を通じ、FBO が、ウクライナの鉄道機器の供給者に、ロシアの鉄道機器の適合性評価手続の一部である検査管理の開放を拒否した一方、ロシア及び欧州の鉄道機器の供給者に、同じ手続を開放したことを示した(7.302, 7.304)。

そして、FBO が検査管理の開放を拒否することで、ウクライナ供給者は、適合性評価を継続して受けることができず、有効な認証を維持できなくなった結果、ロシア市場に参入できなくなった。本件効力停止命令により、ウクライナ供給者に、特定の適合性評価活動（検査管理）を受ける機会が与えられないのに対し、ロシア及び欧州の供給者にはその機会が与えられ、この違いにより、ウクライナ供給者に不利な形で、鉄道機器に関するロシアの適合性評価手続の開放に関する競争条件が変更された。したがって、ロシアは、ロシア及び欧州の鉄道機器の供給者に与えられる条件より不利な条件で開放されるよう、ウクライナの鉄道機器の供給者に適合性評価手続を適用した(7.305-7.306)。

(iii) ウクライナ供給者と他の供給者は「同等の状態」にあった

【ウクライナの主張】

本件効力停止命令を構成する 14 の個別命令のうち、1 つしか、(検査管理が実施不可能な理由として)ウクライナの治安状況や入国制限に触れておらず、ロシアの説明は事後的な(*ex post*)な説明である。本件効力停止命令が、実際にロシアが主張する理由で行われたか疑わしい(7.312)。また、ロシアの主張によれば、(治安状況の悪化等は)ウクライナの全供給者に適用されるが、ウクライナ東部に位置する一部供給者は、現地検査を実施せずに、認証の効力を保持できており、現地検査以外の方法で、管理検査を実施できた以上、FBO 職員の安全が本件効力停止命令の本当の理由ではない(7.315)。

【ロシアの主張】

FBO は、ウクライナ国内の軍事活動や、ロシア市民のウクライナへの入国制限により、検査管理を実施できないため、本件効力停止命令を発したが、当該状態は、ロシアに鉄道機器を供給する他国の状態と異なる(7.310)。また、(ウクライナが指摘する)ウクライナ東部に位置する供給者は、オフサイト検査の実施条件を満たしていたため、検査管理を実施できたが、本件効力停止命令の対象の供給者は、当該条件を満たさなかった(7.316)。

【本件パネルの判断】

パネルは、ロシアが主張する、ウクライナ供給者は同等の状態になかったとする理由を検討するが、当該事項を客観的に評価(*objective assessment*)する際、本件効力停止命令が行った説明及び本件審理手続におけるロシアの説明を審理する必要がある(7.314)。

ウクライナ供給者が、ウクライナの治安状況に鑑み、他国の供給者と同等の状態にあるかについては、証拠全体の検討を通じた、ケースバイケースの判断が必要となる(7.373)。輸入国の適合性評価機関は、TBT 協定 5.1.1 条に基づき、同種製品の供給者が、同等の状態にあり、無差別に取り扱われるべきか判断する必要があるが、市場アクセスの約束を損わないためにも、適合性評価手続の一部が実施不可能であると、簡単に述べるべきでない(7.374)。他方、本件のように、しばしば、輸入国の政府関係者は、国外で検査

を実施する必要があり、(検査官の)生命・健康が危険にさらされる可能性がある。責任ある政府は、検査を国外で実施するか判断する際、自国民のかかる重要な利益を考慮できる(7.375)。したがって、輸入国は、同 5.1.1 条を適用する際、他国産品の供給者が適合性評価手続を受ける利益と、国外で適合性評価活動を実施する自国民の生命・健康を保護する必要性を比較しなければならない場合がある。海外に渡航する検査官の生命・健康を守る必要性と、検査実施国の状態の間に、合理的な関連がなければならないが、原則、輸入国は、当該比較を行う上で裁量の余地(margin of discretion)を有する(7.376)。

本件では、検査が予定されていた 2014 年 4 月及び 2015 年 8 月から、パネル設置日の 2016 年 12 月 16 日までの期間が問題となる(7.377)。上記期間の前半では、ウクライナ国内各所でウクライナ政府への抗議デモが発生しており、治安状況は不確実であった。また、ウクライナ軍とウクライナ東部の反政府勢力の武力衝突があったとの報告もある(7.378)。さらに、本件効力停止命令の影響を受ける供給者が所在する地域を含む、ウクライナのいくつかの場所で、反ロシア感情が存在した(7.379)。上記証拠によれば、FBO の検査官が、抗議デモ等が行われた場所に赴く必要があったかは明らかでないが、問題の期間中、ウクライナは不安定・予測不可能な状態にあり、FBO にとって、ウクライナの特定領域が、検査を実施する上で十分に安全か(又は安全であり続けるか)は明らかでなかった。反ロシア感情も、FBO の、検査官の生命・健康に対する懸念を裏付ける(7.380)。また、ウクライナを訪れるロシア市民の数が、2014 年に急減し、2016 年まで低水準にあった事実は、多数のロシア市民が、2014 年にウクライナの様子が変化し、ウクライナに渡航することが推奨されなくなったと判断したことを示しており、FBO が、同じ結論に達したのは合理的と考えられる(7.381)。したがって、問題の期間中、FBO が、ウクライナ供給者の利益と FBO の検査官の利益を比較し、後者の安全を重視した上で、ウクライナで検査を実施できる状態にないと判断したことに、裁量の逸脱はない(7.384)。

よって、FBO の検査官の生命・健康との関連で、ウクライナの状態は、他国と同等ではなかった(7.387)。

(iv) 結論

ウクライナは、本件効力停止命令が 5.1.1 条に不整合であることを示していない(7.394)。

1.2.2 上級委員会判断の概要

(a) 本件パネルは TBT 協定 5.1.1 条の解釈を誤ったか

【ウクライナの主張】

本件パネルは、「同等の状態」の要件を検討する際、どのような事情を比較すべきか、特

に、国全体の状態を評価すべきか、関連する供給者の状態を評価すべきか明確にしておらず、解釈を誤った(5.116, 5.129)。

【上級委員会の判断】

「同等の状態」との文言は、TBT 協定 5.1.1 条第 1 文の最後に置かれ、文の残りの部分からカンマで区切られることで、“so as to grant access for suppliers ... under conditions no less favourable” との文全体を修飾しており、「同等の状態」が、供給者に適合性評価手続を開放する措置と関連付けて評価すべきことを示している。また、強制規格又は任意規格への適合を判断する適合性評価手続の機能からは、(ある製品等の)適合性を判断する加盟国の能力に影響を与える事情が、「同等な状態」の検討において関係する可能性がある(5.125)。加えて、同 5.1.1 条は、同種製品の供給者に対し、(適合性評価手続を)開放する義務を定めており、同条第 2 文は、「開放」は「適合性評価を受けるという供給者の権利」と定義していることを踏まえると、より不利でない条件で適合性評価を受ける権利は、同種製品の供給者が保有する。このように、TBT 協定 5.1.1 条は、(同じく)措置が恣意的な又は不当な差別でないことを求めるものの、「同様の条件の下にある諸国」(countries where the same conditions prevail)について規定する GATT20 条柱書や、「同一又は同様の条件の下にある加盟国」(Members where identical or similar conditions prevail)について規定する SPS 協定 2.3 条とは異なる。TBT 協定 5.1.1 条の文言は、供給者に基づき、状態を比較すべきことを示しており、適合性評価の開放条件が、国内で異なり得ることを念頭に置いている(5.126)。

したがって、適合性評価手続が、「同等の状態」において、より不利でない条件で開放されているかは、個々の事例における適合性評価手続を開放する条件に関係する事情であって、強制規格又は任意規格への適合性を確保する加盟国の能力に関係する事情に着目すべきである。当該点を検討する際には、様々な事情、例えば適合性評価手続の規則、適合性評価手続の立案・制定・適用方法のいずれが争われているか、製品の性質、国・供給者の状態等を考慮すべきだが、これら事情は、最終的には、特定の同種製品の供給者との関係で、強制規格又は任意規格に適合しているとの確信を得るための、加盟国の能力に関係する必要がある(5.128)。

以上を踏まえて、本件パネルの分析を確認するに、本件パネルは、状態の同等性を判断するために考慮すべき、様々な事情、特に供給者に関連する事情について述べた。また、本件パネルは、状態が同等かは、事例毎に、適合性評価手続の内容やその他の証拠を踏まえて判断すべきと正しく述べた。したがって、本件パネルは、5.1.1 条の解釈フレームを適切に設定しており、(比較対象を明確化しなかったという主張との関係で)「同等の状態」との文言に関する解釈を誤ったとは考えない(5.135-5.136)。

(b) 本件パネルは TBT 協定 5.1.1 条の適用を誤ったか

【ウクライナの主張】

本件パネルは、「同等の状態」を認定する際、ウクライナの政治や国内治安状況等の一般的な状況、特に、ロシアの検査官の生命・健康へのリスクに焦点を当て、認証が停止された供給者や供給者の施設場所に固有の事情を考慮していないため、「同等の状態」の適用を誤った(5.137)。

【上級委員会の判断】

より不利でない条件で適合性評価が開放される権利を有するのは、同種製品の供給者である以上、国全体に当てはまる事情は、「同等の状態」の有無に関連する可能性もあるが、最終的には、適合性評価手続の開放条件が問題となる同種製品の供給者に関係する必要がある(5.139)。本件パネルは、TBT協定 5.1.1 条を解釈する際には、不利な開放条件が問題となる供給者に固有の事情や供給者の施設場所が考慮事情になると述べたが、証拠を評価する際には、供給者に関連する要因に僅かしか言及しない。本件パネルは、ウクライナの一般的な治安状況に分析の焦点を当てたが、このような治安状況が、問題とされた供給者にどのように関連するかとの観点から証拠を評価していない。したがって、本件パネルは、特定の供給者の状態や、当該供給者が位置する地域について十分に検討しておらず、又は、ウクライナの一般的な治安状況や反ロシア感情が、上記特定の地域及び供給者に、どのように影響するか十分に説明していない(5.140-5.141)。

また、本件パネルは、状態の同等性を検討する際、FBO 職員の生命・健康を考慮した。(鉄道技術規則の下では)輸入鉄道機器が、ロシアの強制規格に継続して適合していることを確保するために、年次の管理検査を実施するとされており、現地検査を実施し、強制規格に適合していると判断するためのロシア当局の能力、ひいては、ウクライナ産鉄道機器に適合性評価手続(現地検査に関連する部分)を開放するためのロシア当局の能力は、ウクライナの治安状況により影響を受ける可能性があった(5.143)。しかし、同時に、状態の同等性を判断するために、本件パネルが用いた方法論には懸念がある。政府職員の生命・健康を保護する利益は、問題とされた供給者の状態に関連する範囲でのみ、状態の同等性の考慮要素となる(5.142-5.144)。

さらに、政府職員の生命・健康を保護する利益と、供給者の市場アクセスの利益を比較すべきとする本件パネルの判断にも同意しない。そのようなバランスは、措置が必要以上により貿易制限的でないか問題とする TBT 協定 2.2 条の下では妥当かもしれないが、同 5.1.1 条では問題とされない。また、加盟国が、供給者の利益と政府職員の利益を比較する際に、裁量の余地を有するとの本件パネルの説明も、何ら根拠を有さない。事案次第では、適合性評価手続を実施する政府職員の生命・健康への危険が、同 5.1.1 条の状態の同等性を検討する上での考慮要素となり得ることには同意する。また、政府職員の生命・健康への危険を理由に、現地検査等、適合性評価手続の一部を実施できないことを示すために、実際に、生命・健康への害が生じたことまで示す必要ない点にも同意する。しかし、本件パネルは、ウクライナの供給者に関連するウクライナの治安状況が、当該供給者

への適合性評価の開放条件に影響したかを検討すべきであった(5.145)。本件パネルは、FBO が、FBO 職員の利益とウクライナ供給者の利益の比較において裁量を逸脱したかの検討に注力することで、FBO 職員の生命・健康を確保する利益が、ウクライナ供給者にどのように影響し、ウクライナの治安状況が、当該ウクライナ供給者との関係で、他国の供給者の治安状況と比較して同等と言えるか、検討を欠いた(5.146)。

したがって、本件パネルは、TBT 協定 5.1.1 条の適用を誤った(5.149)。ウクライナは、分析の完了を求めておらず、また、本件パネルは、分析を完了するのに十分な事実を認定していないため、分析を完了することはできない(5.151)。

1.3 TBT 協定 5.1.2 条

1.3.1 本件パネルの判断概要

(a) TBT 協定 5.1.2 条の適用範囲

TBT 協定 5.1 条によれば、同 5.1.2 条は、次の 2 要件を満たす場合に適用される。1 つ目は、中央政府機関による適合性評価手続に関係していること、2 つ目は、強制規格又は任意規格に適合していることの明確な保証が必要とされていることである。したがって、同 5.1.2 条は、任意的な適合性評価手続でなく、中央政府機関による義務的な適合性評価手続に適用される(7.403)。

(b) TBT 協定 5.1.2 条の要件

(i) 第一文

上級委員会は、TBT 協定 2.2 条の「国際貿易への不必要な障害」は、「必要性」の概念を指し、措置の貿易制限性、目的達成への貢献度及び不遵守のリスクを踏まえた合理性の分析(a relational analysis)を伴うと述べる。そして、同 2.2 条と同 5.1.2 条は、「国際貿易への不必要な障害」に言及する点で共通しているため、同 5.1.2 条の「国際貿易への不必要な障害」も、「必要性」の概念を指す(7.410-7.412)。

他方、第 1 文と第 2 文の関係について、TBT 協定 2.2 条と同 5.1.2 条とで違いがある。同 2.2 条と異なり、同 5.1.2 条第 2 文は、第 1 文の条件を制限せず、「特に」(*inter alia*)との用語が示すとおり、適合性評価手続が第 1 文に整合しない方法で立案、制定、適用される状況の実例を示す。

したがって、申立国は、同 5.1.2 条第 1 文違反を主張するため、適合性評価手続が国際貿易に不必要な制限を設けることを目的に、又はその効果を与える態様で適用されていることを示すか、第 2 文が定める特定の方法に依拠できる(7.413)。

(ii) 第二文

TBT 協定 5.1.2 条第 2 文と同 2.2 条第 2 文には、類似点と相違点がある。すなわち、両者は「必要性」の概念に関係している点で類似しており、(同 5.1.2 条第 2 文を解釈する上で) 同 2.2 条第 2 文に関する上級委員会の判断を参照するのが有用である(7.418)。上級委員会は、パネルが同 2.2 条を適用するに当たり、問題とされた強制規格が、正当な目的を達成するために貢献する度合いを実現するために必要な範囲を超えて国際貿易を制限するかを検討する必要がある、当該検討では、次の事情を考慮する必要があるとする。(a) 措置が正当な目的に貢献する程度、(b) 貿易制限の程度、(c) リスクの性質及び措置が目指す目的の未達成から生じる結果の重大性。また、(d) 問題とされた措置が、貿易制限的でない又は目的達成に寄与しない場合を除き、当該措置と合理的に実施可能な代替措置を比較する観点から、代替措置の貿易制限性、代替措置が目的実現に同等の貢献をするか(不遵守をもたらすリスクも考慮)、代替措置が合理的に実施可能か検討する必要があるとする(7.419)。

もっとも、TBT 協定 2.2 条第 2 文は、「正当な目的の達成のために必要」と規定する一方で、同 5.1.2 条第 2 文は、「産品が適用される強制規格又は任意規格に適合しているとの十分な確信を輸入加盟国に与えるために必要」と規定する点が異なる。この文言の違いは、同 5.1.2 条第 2 文で考慮すべき目的は、輸入国が、(強制規格又は任意規格に)適合しているとの十分な確信を得ることのみであることを示している(7.420)。「十分な」確信を求める点は、輸入国がその適合性評価手続又はその適用を通じて達成を試みる確信の内容・程度を限定する。すなわち、「十分な」確信かは、「不適合により生じる危険性」に依存し、例えば、危険が顕在化する可能性が高い状況や、制御される危険が非常に重要な正当な目的に関係する状況では、より高い確信が必要になる場合がある(7.421)。

また、TBT 協定 2.2 条第 2 文と同 5.1.2 条第 2 文のもう 1 つの違いは、前者は「貿易制限」との概念を使用するのに対し、後者は「嚴重」又は「嚴重な適用」との概念を使用する点にある。必要以上に貿易制限的である又は必要以上に貿易制限的な方法で適用されている適合性評価手続は、必要以上に嚴重な適合性評価手続又は必要以上に適用が嚴重な適合性評価手続に該当すると考える。何故ならば、同 5.1.2 条第 1 文は、加盟国が「国際貿易に不必要な障害をもたらす」ことを禁止し、同条第 2 文は、「このことは」(this means)、適合性評価手続が必要以上に嚴重なものであってはならず又は嚴重に適用されてはならないことを意味すると述べるからである。もっとも、貿易を制限しない方法で、適合性評価手続を必要以上に嚴重にしたり、嚴重に適用したりすることで、同 5.1.2 条第 2 文と不整合となる可能性もある(7.422)。

上記を踏まえ、ロシアが、TBT 協定 5.1.2 条第 2 文と整合する形で適合性評価手続を適用したか判断する上で、以下の要素を考慮する。まず、ロシアの措置が、ウクライナの鉄道機器が強制規格に適合しているとの十分に確信をロシアに与えるとの目的に貢献するか

を検討する。第二に、適合性評価手続の適用の厳格さ(貿易制限の程度を含む)を検討する。第三に、不適合をもたらす危険の性質及び重要性を検討する。これら要素を検討した後、ロシアによる適合性評価手続の適用方法が強制規格に適合しているとの十分な確信を与えることに貢献しない場合を除き、ロシアの適合性評価手続の適用方法と、ウクライナが提案する代替措置を比較する。具体的には、代替措置は、(a)(ロシアの措置より)制限的でないか、(b)強制規格に適合しているとの十分な確信を与えるのに同等に貢献するか、(c)ロシアが合理的に実施可能か検討する(7.423)。代替措置が合理的に実施可能かは、当該措置が単なる理論上のものではなく、輸入国が当該措置を実行する能力を有し、過度の負担を課さない場合に認められる。適合性評価手続の適用が問題となる場合、当局は有効な国内法の制約内で活動し、国内法が許可しない方法で適合性評価手続を適用することはできない。したがって、国内法が許容しない態様で適合性評価手続を適用する代替措置は、輸入国が合理的に可能と考えるべきでない(7.424)。

(iii) 立証責任

TBT 協定 5.1.2 条第 2 文違反の一応の立証(*prima facie*)を行うには、適合性評価手続の適用が、強制規格に適合するとの十分な確信を輸入国に与えるのに必要である以上に嚴重であることを示す必要がある。かかる立証方法として、例えば、輸入国が選択した適合性評価手続の適用方法が、輸入国に、十分な確信を与えるのに寄与しないことを示したり、適合性評価手続を適用する別の方法を示したりすることができる。後者の場合に、申立国が、何を立証すべきかについては、同 2.2 条第 2 文と同 5.1.2 条第 2 文が類似の構造及び文言を有することから、上級委員会が、同 2.2 条の立証責任をどのように分配したかを参照するのが適切である(7.426-7.428)。

上級委員会は、申立国が、TBT 協定 2.2 条第 2 文に基づき、強制規格が必要以上に貿易制限的であるとの一応の立証を行うには、(a)より貿易制限的ではなく、(b)目的達成に同等に貢献し、(c)合理的に実施可能な代替措置を特定する必要があるとする(7.429)。同様のアプローチが、同 5.1.2 条第 2 文にも妥当するかを検討する上で、申立国は、輸入国による適合性評価手続の適用方法を争うか、代替措置を示すかを選択できるため、申立国が、後者の方法を採用する場合、申立国は、代替措置が合理的に実施可能で、強制規格に適合するとの十分な確信を得る点で同等に貢献するとの立証責任を引き受けたと考えるのが適切である(7.431)。また、一応の立証とは、「被申立国による有効な反論がない場合、パネルは、法的に、申立国の主張を認める」必要があることを意味するが、申立国が、より嚴重でない代替措置を特定するだけでは、輸入国による適合性評価手続の適用方法が、強制規格に適合しているとの十分な確信を与えるために必要以上に嚴重であると判断するには十分でなく正当化もできない(7.432)。

したがって、申立国が、適合性評価手続の代替措置を提示する方法で同 5.1.2 条第 2 文違反を主張する場合、申立国は、適合性評価手続を適用する代替方法を特定する必要があ

り、この代替措置が、より貿易制限的でなく、強制規格に適合しているとの十分な確信を与えるとの目的に同等に貢献し、輸入国が合理的に実施可能であることの一応の立証を行う必要がある(7.433)。

(c) 本件効力停止命令は TBT 協定 5.1.2 条と整合的か

(i) 本件効力停止命令は TBT 協定 5.1.2 条・第二文と整合的か

(a) 十分な確信を得るために貢献するか

ロシアは、ロシア鉄道認証規則を通じ、低品質な機器による鉄道の脱線により生じる危険から、環境や人間・動植物の生命・健康を保護することを目指しているが、当該価値及び利益は全て重要である(7.466)。また、安全基準への適合を可能な限り最高レベルで保証することを求めているとのロシアの主張は、証拠からも裏付けられる(7.447)。

ロシアは、ウクライナ生産者の認証の効力を停止することで、予定されていた現地検査を実施できない認証製品が、ロシア市場に流入しないことを担保した。ロシアは、適合性評価手続をこのように適用することで、強制規格に適合しない製品が、ロシア市場に流通しないことを高いレベルで保証した。したがって、本件効力停止命令は、問題とされたウクライナ鉄道機器が、強制規格に継続的な適合するとの十分な確信をロシアに与えるとの目的に多大に貢献した(7.450)。

(b) 適合性評価手続の適用手法の厳格性

有効な認証がない限り、ウクライナ鉄道機器はロシア市場に参入できないため、認証の効力を停止すると、当該製品は、その期間中、ロシア市場へのアクセスを失う。そのため、本件効力停止命令は、貿易を著しく制限するものであり、適合性評価手続を厳格に適用したと見なすことができる(7.453)。

(c) 強制規格不適合の危険性

強制規格に適合しない鉄道機器は、列車の脱線等の事故につながり、人・動植物の生命・健康や環境に大きな害を及ぼす可能性がある(7.457)。

(d) より貿易制限的でない代替手段の有無

ウクライナは、以下のような代替措置を提示する(7.459)。

- ① ウクライナ生産者と追加的なコミュニケーションをとる
- ② 現地検査をカザフスタン又はベラルーシ当局に委託する
- ③ 現地検査のため、非ロシアの専門家・組織を検査官として認定する

④ オフサイト検査を実施する

ウクライナ供給者とのコミュニケーション

【ウクライナの主張】

FBO は、ウクライナ生産者とコミュニケーションを取ることで、検査を実施する環境を確保できた。当該手法は、認証の効力停止より貿易制限的ではなく、合理的に実施可能であり、適合性評価手続の実施を可能とする点で、目的実現に同等に貢献する(7.463)。

【ロシアの主張】

FBO は、ウクライナ生産者と電話でコミュニケーションを取ったが、これらの生産者は民間団体であり、FBO 職員の安全を確保する立場にないため、適合性評価手続を実施する環境を確保できなかった。生産者とのコミュニケーションは、適合性評価手続を代替することはできない(7.464)。

【本件パネルの判断】

ウクライナ生産者とのコミュニケーションは、プロセス又は手続的な性格を有することに注意を要する(7.466)。この点、上級委員会は、*US-Gambling* 事件(DS285, 2005)において、類似する問題を検討した。同事件において、パネルは、問題とされた措置が、GATS14 条(a)が定める「公衆の道徳の保護又は公の秩序の維持のために必要な措置」(注は省略)に当たるか検討したが、最終的に措置の必要性を否定するに先立ち、被申立国は、措置を発動する前に、代替策を見つけるため申立国と協議を行うことができたかを検討した。これに対し、上級委員会は、当該パネルの判断を覆し、交渉は、結果が不確実なプロセスでしかなく、問題の措置と比較できないとして、協議は合理的に実施可能な代替措置に当たらないと述べた(7.467)。この判断は、本件における問題を処理する上で有益である。ウクライナが特定する代替措置は、適合性評価手続の続行を可能にしたかもしれないが、手続を続行できず、認証の効力を停止する状況を生じさせたかもしれない点で、不確実な結果しかもたらさない。また、ウクライナ生産者が、民間でセキュリティ対策を提供する書簡を FBO に送付した証拠が存在するが、当該書簡も、ウクライナに検査官を派遣することに関する FBO の懸念を取り除くことができず、認証の効力停止が維持された。したがって、この代替措置は、ロシアが合理的に実施可能であり、認証の効力停止と比較可能な措置ではない(7.468)。

さらに、ウクライナは、ウクライナ生産者が提案した検査実施のための取り決めは不十分とした FBO の判断が不合理である理由を詳しく述べておらず、ロシア国内法上、FBO が、規格への適合を検証できない製品について、認証の効力停止を遅らせることが可能かについても、議論を展開していない(7.469)。

したがって、ウクライナは、ウクライナ生産者とのコミュニケーションが、合理的に実

施可能な、より厳格でない適合性評価手続の適用方法であることを立証できていない(7.470)。

カザフスタン・ベラルーシ当局への委託

【ウクライナの主張】

ベラルーシ及びカザフスタン当局は、ウクライナで検査を実施することができ、ロシアは、代替措置として、ベラルーシ及びカザフスタン当局に検査を委託できた(7.472)。

【ロシアの主張】

ベラルーシ及びカザフスタン当局に検査を委託することで、ロシアが求める保護水準をどのように達成できたかをウクライナは説明していない。また、他国政府の国民に対する管轄権を有さない以上、当該措置は、合理的に実施可能な代替措置ではない(7.473)。

【本件パネルの判断】

ウクライナは、代替措置として、ロシアが、ベラルーシ及びカザフスタン当局に検査を委託する手法を指摘するが、当該代替措置が、適合性評価手続を規律するロシアの法令上、実施可能であることを示していない。また、ウクライナは、FBO が、他国の認証機関に、国外での検査実施を委託した過去事例も示していない。したがって、ウクライナは、この代替措置が合理的に実施可能であったことを示していない(7.474, 7.476)。

非ロシア人の専門家・組織による現地調査

【ウクライナの主張】

ロシアは、検査実施のために、非ロシアの専門家/組織を認定できた。すなわち、認証の効力停止について定める関連法令で、認証機関/関連当局は、ある組織を専門家として認定することを認めるが、当該規定は専門家の国籍を規定しておらず、非ロシアの専門家の認定は妨げられない(7.478)。

【ロシアの主張】

他国民に対する管轄権を有さず、この代替措置は、合理的に実施可能でない(7.479)。

【本件パネルの判断】

ウクライナは、ロシア鉄道認証規則 01-96 の 10 条に基づいて専門家を認定する可能性を指摘するが、当該規定が、現地検査を実施するためロシア人以外の専門家を認定することを認めているかは明らかではない。同 10 条は、認定を受ける専門家が満たすべき国籍要件を規定しておらず、ウクライナは、ロシア人以外の専門家が認定されたことを示す証拠を提供してない。また、同 10.3 条と同 10.7 条は、専門家の認定を受けるためには申請が

必要であり、認定証書とライセンスはロシア鉄道省が付与すると規定するとおり、このシステムは、専門家が認定の取得を求めることを想定しており、当局が専門家にアプローチし、認定証明書とライセンスを発行することは想定していない。さらに、同 10.4 条に基づき認定された専門家は、州登録簿に掲載されるが、本件効力停止命令の時点で、ウクライナで検査管理を実施する資格を有する非ロシア人の専門家がいたことを示す記録もない。加えて、FBO が認定された専門家を使用して国外で検査を実施した事例を示す証拠もない。したがって、ウクライナは、この代替措置が実施可能なことを示していない(7.480, 7.482)。

オフサイト検査の実施

【ウクライナの主張】

ロシア鉄道認証規則 12-2003 の 5.3 条(以下「本件検査規則」という。)は、オフサイト検査について明示的に規定しており、現地検査の代わりに、オフサイト検査は合理的に実施可能であった(7.484)。

【ロシアの主張】

本件検査規則は、オフサイト検査について規定するものの、オフサイト検査を実施するには、PC-FZT 08-2013 の 7.4.1 条(以下「本件検査規格」という。)の条件を満たす必要があり、そこでは、規格不適合の記録がないことや、顧客の苦情がないことが条件として規定されている(7.485、7.487)。また、規格不適合がある場合、不適合が発見された当該鉄道機器だけでなく、当該製品の供給者が生産する全ての鉄道機器も、規格不適合の記録があるとして、オフサイト検査の実施が認められない。証拠によれば、今回、問題となったウクライナ供給者全てについて、規格不適合の記録がある(7.493)。

【本件パネルの判断】

本件検査規格は、FBO が承認・制定した、認証製品に対する管理検査の組織・実施に関する組織規格であるが、証拠からは、本件検査規格が公表されていたかは明らかでない。但し、当該文書は、「秘密」との印が押されていないことから、組織内部の機密情報ではなく、第三者がアクセスしたり公表したりすることができたと考えられる(7.494)。

本件検査規則がオフサイト検査について規定している点は、当事者間に争いが無い。主要な争点は、オフサイト検査の条件を定める本件検査規格によれば、本件効力停止命令の対象である鉄道機器について、オフサイト検査を実施することが認められたかである。この点を検討するため、本件検査規格の条件を検討した上で、FBO が、オフサイト検査を実施しない根拠が存在したかを検討する(7.496)。

(i) 本件検査規格の解釈

当事国は、本件検査規格が定める、オフサイト検査の一条件について、異なる見解を有する。上級委員会は、国内法の条文内容は、関連法令又は法律文書の文言に基づき、必要に応じて、法令の一貫した適用態様、国内裁判所の判決、法専門家の意見、及び著名な学者の執筆により補強されながら決定されるとする。当事国は、同条に関する、FBO の適用事例、ロシアの国内裁判所の判決、法的意見書又は著名な学者の執筆を証拠として提出しないが、パネルは、本件検査規格及び本件検査規則の条文を有するため、当該条文の英訳に基づき検討する(7.497-7.498)。本件検査規格は、以下のとおり規定する(7.499)。

オフサイト検査を実施するための前提条件は、以下のとおりである。

- [1] 製品認証中に、生産状況分析の不適合事例がないこと。
- [2] 前回の検査において不適合の事実がないこと。
- [3] 認証製品の品質に関する消費者の訴えがないこと。
- [4] 認証製品に対する検査が再実施されていないこと。

オフサイト検査の場合、対象範囲(検査対象施設の数と潜在的な危険レベル)と移動費用を考慮する。連続してのオフサイト検査は認められない。

上記条件のうち 2 番目の条件について、ウクライナは、検査を実施する必要がある製品と同一の認証製品に関する不適合の事実が存在する場合のみ、オフサイト検査が認められないと主張する(7.505)。ロシアは、2 番目の条件は「認証製品」に言及しない以上は、いかなる不適合であっても、当該事実が存在する限り、関係する生産者に対するオフサイト検査は認められないと主張する(7.506)。この条件は、4 種類の解釈の仕方がある(7.508)。

1 つ目は、直近の検査で、(今回の検査対象でない鉄道機器を含め)生産者のいずれかの鉄道機器が不適合とされた場合、オフサイト検査を認めないと理解する方法である。この解釈によれば、検査で、ある生産者の鉄道機器について不適合が発見されれば、FBO は、当該製品がどの製品かに関係なく、当該生産者の次回の検査ではオフサイト検査を実施できない。逆に、検査で、ある生産者の鉄道機器に関する不適合が発見されなかった場合、当該生産者の次回の検査の対象となる全鉄道機器について、オフサイト検査の条件が満たされる。後者のシナリオでは、特定の鉄道機器に関する最も直近の検査で不適合が発見されていても、(その生産者の直近の検査で不適合が発見されない限り)当該製品の次回検査でオフサイト検査が認められるが、かかる理解は、直前の検査で不適合の事実が存在する製品は、オフサイト検査では、強制規格への適合についての十分な確信を得られないとのロシアの主張と調和しない(7.509)。

2 つ目は、検査対象となる鉄道機器のいずれかが、直近の検査(必ずしも生産者の直近の検査とは限らない)で不適合とされた場合、不適合が発見されなかった鉄道機器も含め、全ての鉄道機器についてオフサイト検査が認められないと理解する方法である。この解釈は、製品をグループとして取り扱うが、直近の検査で不適合が発見されなかった鉄道機器

も、オフサイト検査を受けることを認めないものであり、TBT 協定 5.1.2 条と整合しない懸念がある(7.510)。

3 つ目は、検査対象となる鉄道機器について、同一の鉄道機器が、直近の検査で不適合とされた場合、オフサイト検査を認めないと理解する方法である。この製品毎に見る手法は、上記 2 つの解釈において指摘した問題を生じさせない(7.511)。

4 つ目は、製造された特定の製品でなく、製造工程に関連する不適合にも適用されると理解する方法である。本件検査規格の条文は、問題とする不適合を定義していないため、前回の検査で、不適合とされた製造工程も、オフサイト検査を実施できない根拠になると考えられる(7.512)。

以上を踏まえて、本件検査規格の 2 番目の条件は、直近の検査で不適合とされた製品又は製造工程に関する製品についてのみ、オフサイト検査を認めないと理解する(7.513)。

(ii) ウクライナ供給者は本件検査規格が定める条件を満たしていたか

ウクライナは、本件効力停止命令の対象となった鉄道機器について、規格不適合の記録がないことや、消費者の苦情がない証拠を示すべきであったと考える。本件検査規格及びその条件は、公表され又は要求すれば、入手可能な法的文書に記載されていた。生産者は、FBO が管理検査を完了すると“inspection act”を受領し、そこに管理検査の結果が記載される。又は、ウクライナは、不適合の記録を、ロシアから入手するために合理的な努力を行ったことや、当該情報を入手できなかった理由を説明することもできたが、当該説明を行っていない(7.519)。この前提で、本件効力停止命令の対象となった鉄道機器について、FBO は非現地調査を実施できたかを検討する(7.520)。

ウクライナは、本件効力停止命令を構成する 17 の個別命令のいずれも、本件検査規格によれば、オフサイト検査を実施できたことを示していない。したがって、ウクライナは、オフサイト検査が、合理的に実施可能な、より厳重でない態様での適合性評価手続の実施方法であることを示していない(7.536-7.537)。

(e) 結論

したがって、ウクライナは、本件効力停止命令が、TBT 協定 5.1.2 条第 2 文に不整合であることを示していない(7.540)。

(ii) 本件命令は TBT 協定 5.1.2 条・第一文と整合的か

ウクライナは、TBT 協定 5.1.2 条第 1 文違反と第 2 文違反を主張するが、第 1 文違反について、ウクライナは、既に検討した主張及び証拠以上に示していない。したがって、ウクライナは、本件効力停止命令が、同条第 1 文に不整合であることを示していない(7.541-7.543)。

1.3.2 上級委員会の判断概要

【ウクライナの主張】

より貿易制限的でなく、合理的に実施可能な代替措置は存在しないことを理由に、TBT協定 5.1.2 条の主張を認めなかった本件パネルの判断は、DSU11 条に基づく客観的な評価を欠く(5.157)。具体的には、ウクライナが、オフサイト検査を実施する条件を充足していたことの立証責任を負うとする本件パネルの判断は、ウクライナに、過剰な立証責任を課すものである(5.191)。

【上級委員会の判断】

TBT 協定第 5.1.2 条第 1 文及び第 2 文の「国際貿易への不必要な障害」の存在は、以下の要因を分析することで示される。(i) 適合性評価手続が、強制規格又は任意規格への適合性について十分な確信を提供するか、(ii) 適合性評価手続又はその適用方法の厳格さ、(iii) 強制規格又は任意規格への不適合から生じるリスクの性質及び結果の重大性。また、同 2.2 条と同様、同 5.1.2 条第 2 文の“more .. than”との文言によれば、同 5.1.2 条第一文の「国際貿易への不必要な障害」は、上記要因の比較分析に基づいて確認できる。したがって、適合性評価手続が必要以上に厳格であることを立証するため、パネルは、代替措置が合理的に実施可能か、より厳重でないか又は厳重に適用されないか、強制規格又は任意規格に適合しているとの十分な確信を与えることに同等に貢献するか、検討する必要がある(5.186)。

立証責任の問題について、上級委員会は、一般論として、立証責任は特定の請求・反論を積極的に主張する側が負うと述べており、TBT 協定 5.1.2 条の立証責任は、同 2.2 条と同様、申立国が負う。同 5.1.2 条第 2 文違反を主張するために、申立国は、適合性評価手続が、不適合により生じる危険を考慮しつつ、産品に強制規格又は任意規格に適合しているとの十分な確信を与えるために必要である以上に、厳重である又は厳重に適用されている点を立証する必要がある。当該点について、一応の立証を行うため、申立国は、より厳重でなく又はより厳重に適用されず、強制規格又は任意規格に適合しているとの十分な確信を与えるとの目的に同等に貢献する、合理的に実施可能な代替措置を特定することもできる。当該立証が行われれば、被申立国は、例えば、申立国が特定した代替措置は、合理的に実施可能ではない、より厳重でない若しくは厳重に適用されないとは言えない、又は強制規格若しくは任意規格に適合しているとの十分な確信を与えるとの目的に同等に貢献しない点を示すことを立証する必要がある(5.187-5.188)。

また、ある条文の立証責任は、当該条文の包括的なロジックや、設計上果たすべき役割を離れて理解することはできない。TBT 協定 5.1.2 条も、積極的義務に対する違反を立証する責任は申立国にあるため、申立国と被申立国で立証責任を分配する際には、TBT 協定 2.2 条の場合と同様の考慮がなされるべきである。すなわち、GATT20 条では、被申立国

が、申立国が特定した代替措置が合理的に実施可能でないことを示す必要があるが、TBT 協定 2.2 条では、申立国が、代替措置は合理的に実施可能であるとの一応の立証を行う必要がある。また、代替措置は、措置の貿易制限性を評価する「概念ツール」(conceptual tools)として機能する点も、必要とする証拠の性質や程度を規定する。すなわち、代替措置は、まだ存在しないため(又は少なくとも申立国が特定する形態で存在しないため)、必要性の分析において、架空の措置であるとの性質を有し、申立国が、その代替措置を、完全かつ網羅的な説明することは期待できない。代替措置をどのように実施するかの詳細は、実施国の能力やその状況に依存する可能性がある以上、代替措置の実施方法や、必要となるコストの正確で包括的な推計に関する詳細情報を申立国が提供することを期待するには違和感がある。したがって、申立国が、代替措置が合理的に実施可能であるとの一応の立証を果たせば、被申立国が、代替措置の実施が、実際には不可能であることの具体的な証拠を提出する必要がある(5.189)。

本件で、我々が検討すべきは、代替措置の実施が合理的に可能との一応の立証を行うため、ウクライナに、本件効力停止命令の対象となった鉄道機器が、本件検査規格の条件を満たしていたことを示す立証責任を誤って課すことで、本件パネルは、客観的な評価を欠いたかである(5.194)。

上記のとおり、代替措置がより貿易制限的でなく、目的に同等に貢献し、実施が合理的に可能であることを示す立証責任は、申立国にある。同時に、代替措置は「概念ツール」として機能することや、代替措置の実施の詳細は、実施国の具体的な状況に依存する可能性を踏まえると、申立国に、代替措置の実施方法に関する詳細を提供することは期待できない(5.195)。TBT 協定 5.1.2 条の関係分析は、貿易制限性及び目的への貢献度の観点から、争われている措置と代替措置を比較することを目的とする。当該比較は、実施国が実施する能力がない又は実施するのに過度の負担を課す等の理由で、理論上のものでしかない代替措置とは言えない。その一方で、当該比較は、あくまで概念上のレベルの比較でしかない。そのため、申立国が、一応の立証を行うには、例えば、代替措置を実施コストが、当該措置の実施を禁止する程度のものでなく、実施に伴う潜在的な技術的困難が、当該措置を単に理論的なものに追いやる程度に本質的でないこと等を示して、被申立国が代替措置を実施することが合理的に可能であることを十分に示せば足りる(5.197)。

本件で、代替措置の実施が合理的に可能かの一応の立証を行うには、本件効力停止命令と代替措置を、概念レベルで比較しなければならない。本件パネルは、代替措置がロシアの法令に存在する措置と一致したため、ウクライナに、当該法令に存在する措置の条件を満たすことの立証責任を課したと考えられる。しかし、代替措置の実施が合理的に実施可能であることを示すために必要となる証拠の性質や程度は、代替措置が、輸入国の法令に存在する措置と一致するだけでは変化せず、代替措置が、架空の措置としての性質を有することから導かれる。したがって、ウクライナは、本件効力停止命令に関して、本件検査規則及び本件検査規格が定める措置を適用できたことを示す必要はなかった。本件パネルは、ウクライナが特定した代替措置と、本件検査規則及び本件検査規格が定める措置を混

同する(5.198)。

本件パネルは、ウクライナが描写する代替措置が、単なる理論上のものでなく、先験的にロシアに過度な負担を課さないか検討した上で、ロシアが、ウクライナの一応の立証に反論するため、代替措置の実施が合理的に可能でなかったことを示す証拠を提出したかを検討すべきであった。本件パネルは、代替措置が、ロシアの法制度において、現地検査の代替案として既に存在している事実や、当該事実が、代替措置が単に理論的なものでなく、合理的に実施可能であることを一応に示す程度を考慮すべきであった(5.199)。

したがって、ウクライナに、代替措置が合理的に実施可能であることを示すため、本件検査規格の 2 条件が満たされていることを示す立証責任を課した本件パネルは、本件効力停止命令との関係で、TBT 協定 5.1.2 条の立証責任の分配を誤った(5.201)。

ウクライナは、上級委員会による分析の完了を求めるが、本件パネルは、事実認定を十分に行っておらず、上級委員会は、ロシアが TBT 協定 5.1.2 条を遵守する形で適合性評価手続を適用したか総合的に評価する立場にはない(5.204)。

1.4 TBT 協定 5.2.2 条

1.4.1 TBT 協定 5.2.2 条の適用範囲

TBT 協定 5.2.2 条は、同 5.2 条によれば、「5.1 条の規定を実施する場合」に適用される。(上述のとおり)本件効力停止命令に同 5.1 条が適用されることから、ロシアは、同 5.2.2 条を遵守する必要があった(7.566-7.567)。

1.4.2 事実関係

本件効力停止命令に含まれる 14 件の命令には命令書が存在し、そのうち 5 件については、カバーレターも存在する。FBO がウクライナ生産者に伝達した情報に関する分析は、この命令書(以下「本件命令書」という。)及びカバーレター(以下「本件カバーレター」といい、本件命令書と併せて「本件通知」と総称する。)に依拠する(7.568)。

本件命令書には、同一又は類似する説明が記載されている(7.569)。本件カバーレターのうち 4 件(命令 2, 4, 8, 9)のカバーレターには、類似する説明が記載されており、残りの 1 件(命令 1)のカバーレターには、他の 4 件のカバーレターより、詳細な説明が記載されている(7.570)。いずれによせ、本件通知は、いずれも、認証の効力を停止する理由として、ウクライナで管理検査を実施する状況にないことを指摘する(7.571)。

1.4.3 TBT 協定 5.2.2 条の第 3 義務との整合性

【ウクライナの主張】

FBO は、認証の効力停止の際、管理検査を実施する状況にないとの一般的な説明しか行っていない。管理検査を実施できない具体的な理由の説明がない限り、是正手段をとれない以上、当該説明は、「正確かつ十分な方法」による結果の伝達とは言えず、ロシアは、「必要に応じて是正手段がとられるように、評価の結果を正確かつ十分な方法で申請者にできる限り速やかに伝達」すべき TBT 協定 5.2.2 条の第 3 義務に違反する(7.572-7.574)。

【ロシアの主張】

命令 1 は、本件通知により、管理検査を実施できない具体的な理由を説明した。残りの命令は、ウクライナ生産者が、ウクライナの治安状況を認識し、管理検査を実施できない理由を把握していたため、具体的な理由を説明しなかった(7.575-7-576)。

【本件パネルの判断】

TBT 協定 5.2.2 条の 3 番目の義務は、FBO に、必要に応じて是正手段を取れるように、「評価の結果を…正確かつ十分な方法で」申請者に伝達する義務を課す(7.577)。

まず、FBO は、本件通知を通じ、「評価の結果」を伝達したかを検討する。本件通知は、管理検査を実施する条件にないことを伝達するが、管理検査は、ロシア鉄道認証規則が定める適合性評価手続の不可分な手続であり、伝達される「評価」は、管理検査の過程で行われる評価をいう(7.577-7.579)。また、FBO は、強制規格への適合・不適合の結果を伝達する代わりに、当該結論を下せなかった点を伝達した。したがって、FBO は、当面は、強制規格への適合・不適合の判断を下せないとの「評価の結果」を伝達した(7.580)。

次に、当該伝達が、「正確かつ十分な方法」でなされたかを検討する。本件命令書は、管理検査を実施する条件にないことを伝達するが、検査の実施を不可能とする「条件」の性質に関する情報がない限り、申請者は、是正措置を講じることが可能な性質の事情か判断できない。したがって、本件命令書は、「正確かつ十分」な方法で情報を伝達していない(7.583)。ロシアは、ウクライナ生産者は、状況を十分に認識していたと主張するが、結果が「正確かつ十分」な方法で伝達されたかは、客観的な基準に基づいて判断されるべきであり、重要なのは、(伝達された)情報自体が客観的に正確かつ十分かである(7.584)。

次に、本件カバーレターのうち命令 2、4、8、9 に関するものが、追加的に伝達した情報を検討するに、当該レターは、管理検査を実施できない理由として、状況の著しい変化を挙げた上で、当該状況が平常に戻れば、管理検査を再開できるとしか伝達しておらず、どのような状況の変化があったかを説明していない。したがって、ウクライナ生産者は、この情報からだけでは、是正措置を講じることが可能かを判断できず、本件命令書と一緒にしても、TBT 協定 5.2.2 項の 3 番目の義務を満たすには不十分である(7.586)。

最後に、本件カバーレターのうち命令 1 に関するものを検討するに、当該レターは、管理検査を実施できない理由として、(i)ウクライナ政府の軍事作戦により、FBO 職員の生命・健康に危険が生じていること、(ii)ウクライナ国境警備局が、16 歳から 60 歳までのロシア人男性の入国を制限したことを挙げる(7.587)。当該レターは、管理検査を実施する

ための条件の性質を明確にし、ウクライナ生産者が、是正措置を講じることが可能かを評価できるようにする。したがって、当該レターは、本件命令書と併せることで、評価結果を「正確かつ十分な方法」で伝達した(7.588)。

したがって、命令 2 乃至 14 については、ロシアの TBT 協定 5.2.2 条違反を認定する。他方、命令 1 については、ウクライナの主張を認めない(7.591)。

2. 本件不承認要件

2.1 本件パネルの判断概要

2.1.1 措置の存在

(a) ウクライナが主張する措置

ウクライナは、他の関税同盟国の当局が、ウクライナの鉄道機器に発行した認証を承認しないロシアの判断について争う。具体的には、ロシアは、関税同盟技術規則 001/2011 を根拠に、関税同盟技術規則 001/2011 の適用を受けるためには、以下の 2 つの追加的要件が課されるとして、ウクライナの鉄道機器に発行された認証を承認しない(7.811-7.813)。

- ・ 関税同盟内で製造された製品のみ、関税同盟技術規則 001/2011 に基づく認証を取得できるとの要件(以下「生産地要件」という。)
- ・ 認証発行当局と同一国で登録された企業のみが認証を取得できるとの要件(以下「企業登録要件」という。)

(b) ウクライナが主張する措置は、付託事項に含まれる措置と同一か

【ロシアの主張】

ウクライナは、パネル設置要請で言及した関税同盟技術規則 001/2011 を争う代わりに、ロシアの判断及び追加的要件について争うが、このような措置は、パネル設置要請書にて言及されていない(7.818)。

【ウクライナの主張】

ウクライナが、パネル設置要請書で特定した措置は、他の関税同盟国の当局が、ウクライナの鉄道機器に発行した認証を承認しないロシアの判断である。

【本件パネルの判断】

ロシアは、パネル設置要請書における記載の十分性、ひいては DSU6.2 条整合性を問題

としているのではなく、ウクライナが本件パネルで争っている措置は、パネル設置要請書で特定した措置と異なるという点である(7.822)。

先決判断において行った、パネル設置要請書の分析に基づけば、認証製品が関税同盟国内で製造されなかった場合、ロシア当局は、他の関税同盟国が発行した認証を承認してはならないとの要件は、付託事項の範囲に含まれる(7.823)。

他方、パネル設置要請書は、企業登録要件を満たさないことを理由とする認証の不承認については、ロシア及び第三者に、十分な通知を行っておらず、付託事項の範囲に含まれない(7.825)。(ウクライナは、TBT協定5.1.1条及び同5.1.2条の主張は、企業登録要件についてのみ行っていると説明していることから)同5.1.1条及び同5.1.2条の主張は取り上げない。また、GATT1.1条、GATT3.4条及びGATT10.3(a)条の主張も、企業登録要件に関係する限りで、取り上げない(7.826)。

(c) 本件不承認要件が存在するか

(本件不承認要件を立証するために)ウクライナが提出する証拠には、ロシア連邦鉄道庁(Russia's Federal Agency for Railway)が民間企業に発した3通のレターが存在する。当該レターは、ウクライナ生産者2社が製造した製品に関して、ベラルーシ当局が関税同盟技術規則001/2011に基づき発行した認証の有効性について述べる。このレターは、ウクライナ生産者が、ロシアでの利用を目的に、製品登録を試みたことを受けて発行された(7.841)。

上記レター(及びロシア運輸省(Ministry of Transport)のProtocol No. A4-3)は、ロシア運輸省及びロシア連邦鉄道庁が、ロシア国内では、ベラルーシ当局の認証は無効と判断したことを示す。具体的には、これら証拠において、ロシア運輸省及びロシア連邦鉄道庁は、生産地要件及び企業登録要件が定められているとする関税同盟技術規則001/2011 1(1)条及び6(9)条に関する解釈を示した上で、その基準を適用する(7.846-7.847)。

ロシアは、上記レターは、ウクライナ生産者2社の製品について述べるのみで、(生産地要件が)一般適用されることを示していないと主張する。しかし、関税同盟技術規則001/2011は一般適用される規則であり、上記レター等の証拠も、ロシア運輸省及びロシア連邦鉄道庁による、関税同盟技術規則001/2011 1(1)条及び6(9)条の解釈は一般適用されないことを示していない。したがって、上記レター等は、本件不承認要件(生産地要件)が一般適用されることを示す(7.850)。

したがって、上記レター等は、ロシア運輸省及びロシア連邦鉄道庁が、関税同盟技術規則001/2011の解釈に基づき、他の関税同盟国が、生産地要件に反する形で認証を発行した場合、一般的に適用する形で、本件不承認要件を適用したとの見解を支持する(7.853)。

2.1.2 TBT 協定 2.1 条

【ウクライナの主張】

TBT 2.1 条は、強制規格「に関し」(in respect of)、不利でない待遇を与えることを義務付けており、強制規格だけでなく、強制規格に関連する措置にも適用される(7.867)。また、加盟国に適用される強制規格であれば、どの主体が制定したかに関係なく、TBT 協定 2.1 条は適用されるべきである。したがって、関税同盟技術規則 001/2011 は、TBT 協定上の強制規格に該当し、本件不承認要件(生産地要件)は、関税同盟技術規則 001/2011 を適用する条件を課すため、強制規格に関連する措置に該当する(7.868)。

【ロシアの主張】

本件不承認要件は、TBT 協定 2.1 条でなく、TBT 協定 5 条及び 6 条の問題である(7.869)。

【本件パネルの判断】

ウクライナは、TBT 協定 2.1 条は「『強制規格に関する』措置について明示的に触れる」と述べるが、同条は、「措置」との文言を含んでおらず、強制規格「に関し」(in respect of)との文言は、TBT 協定 2.1 条は、強制規格に関連する措置にも適用されるかとの問題について、何ら有益な示唆を与えない(7.875)。

また、TBT 協定 2 条乃至 4 条の章題には「強制規格及び任意規格」とあるが、強制規格の定義に基づけば、同 2.1 条は、製品の特性又はその関連の生産工程若しくは生産方法に関する実質的な技術的要件を問題とする規定である。他方、同 5 条乃至 9 条の章題は「強制規格及び任意規格への適合」とあり、実質的な技術的要件への適合性を問題とする。このとおり、TBT 協定は、実質的な技術的要件に関する規律と、実質的な技術的要件への適合性を評価するための手続に関する規律を区別しており、実質的な技術的要件への適合性に関する問題は、同 2.1 条の問題でない。したがって、同 2.1 条が、「強制規格に関する」措置を含むとしても(本件パネルはこの点について立場を表明しない)、当該措置は、実質的な技術的要件に関する措置である必要があり、実質的な技術的要件への適合性の評価に関する措置は含まない(7.876-7.879)。

本件不承認要件(生産地要件)は、他の関税同盟国が、強制規格である関税同盟技術規格 001/2011 の実質的な要件への適合性を評価して、同規格に基づいて認証を発行した場合に適用される。したがって、同要件は、既に認証を受けた製品が、実際に関税同盟技術規格に適合しているかを問題とするものである。すなわち、同要件は、関税同盟技術規格 001/2011 が定める実質的な技術的要件への適合性を問題とするものであり、別の又は追加的な、実質的な技術的要件を問題とするものでない以上、TBT 協定 2.1 条は適用されない(7.881-7.883)。

したがって、本件不承認要件が、TBT 協定 2.1 条と不整合とは言えない(7.885)。

2.1.3 GATT1.1 条

【ウクライナの主張】

本件不承認要件は、関税同盟原産の同種製品に対して許与する利益を、ウクライナ産品に、即時かつ無条件に許与しておらず、GATT1.1 条に違反する(7.887)。

【本件パネルの判断】

本件不承認要件は、ロシア当局の解釈によれば同盟技術規則 001/2011 に規定されており、ロシアに輸入される産品及びロシア国内で生産される産品の両者に適用される。そのため、当該要件は、GATT3 条が規律する内国措置に該当し、GATT1.1 条の「第三条 2 及び 4 に掲げる」事項に該当する(7.892-894)。

また、本件不承認要件は、関税同盟で生産されているか問題とする点で、産品の原産地に基づいて、異なる取り扱いを行う。確立された WTO 法上の議論によれば、原産地に基づき区別される場合、産品の同種性が推定される。このため、ウクライナは、産品の同種性を示す必要がなく、ロシアは、当該推定を覆すだけの主張証拠を展開していない(7.897-7.899)。

そして、本件不承認要件の下で、ベラルーシで認証を受けたウクライナ産品と、同じくベラルーシで認証を受けた同種産品であるベラルーシ及びカザフスタン産品は、異なっており扱われる。すなわち、後者はロシアでの販売等が認められるが、前者は認められず、ベラルーシ及びカザフスタン産品に対して許与する利益が、ウクライナ産品に、即時かつ無条件に許与されていない(7.903)。

したがって、本件不承認要件は、GATT1.1 条と不整合である(7.907)。

2.1.4 GATT3.4 条

【ウクライナの主張】

本件不承認要件は、ロシア産の同種産品に許与される待遇よりも不利な待遇をウクライナ産品に許与しており、GATT3.4 条に違反する(7.909)。

【本件パネルの判断】

上記のとおり、本件不承認要件は、GATT3 条が規律する内国措置に該当する(7.914)。

また、本件不承認要件は、関税同盟技術規則 001/2011 に基づいて、ベラルーシで認証を受けたウクライナ産品の認証を承認しない一方で、同規則に基づいて、ベラルーシで認証を受けたロシア産品の認証を承認する点で、産品の原産地に基づいて異なる取り扱いを行っている。上記で述べたとおり、このような場合には産品の同種性が推定される以上、ウクライナは、産品の同種性を示す必要はなく、ロシアは、当該推定を覆すだけの主張証

拠を展開していない(7.917-7.921)。

そして、本件不承認要件の下で、ウクライナ産品とロシア産品は、異なって取り扱われており、両者の競争条件が前者に不利な形で変更されているため、ロシア産の同種産品に許与される待遇よりも不利な待遇が輸入産品に許与されている(7.296)。

したがって、本件不承認要件は、GATT3.4条と不整合である(7.928)。

2.2 上級委員会の判断概要

ロシアは、以下の理由を指摘した上で、本件パネルによる DSU11 条違反を主張したが、いずれの主張も認められなかった(5.61-5.106)。

- ① 本件パネルは、本件不承認要件の存在を認定する上で、証拠の客観的評価を欠いた。
- ② 本件パネルは、本件不承認要件の存在を認定する上で、本件不承認要件が単一の措置(a single measure)であることを示すべきウクライナの立証責任を免れさせ、客観的評価を欠いた。
- ③ 本件パネルは、DSU6.2 条及び同 7.1 条不整合の態様で、本件不承認要件が付託事項に含まれると判断し、付託事項に含まれない措置について判断を示しており、その管轄を不適切に拡大した。
- ④ 本件パネルは、企業登録要件は付託事項に含まれないと判断したにもかかわらず、その後も、企業登録要件に関連する事実を認定して、それを考慮した。

3. 本件システムティック措置について

3.1 本件パネルの判断

3.1.1 明文に定められていないシステムティック措置の認定方法

明文で定められていない措置(unwritten measures)の存在を立証するには、申立国は、次の事項を示す証拠を提出しなければならない。(a) 措置が被申立国に帰属すること、(b) 措置の正確な内容、(c) 申立国が措置を記述・特徴付ける方法から生じるその他の要素。当該要素には、措置の特定の性質(一般的かつ将来的に適用される性質か否か)が含まれる場合がある。また、申立国は、複数の構成要素が、どのように、単一の措置の一部として連携するか、及び当該単一の措置が、その構成要素とは別個にどのように存在するかを示す必要がある場合もある(7.946)。

さらに、措置のシステムティックな特性を立証しようとする場合、当該措置は、特定の政策又は結果を達成することを目的とし、システム、計画、又は組織的な方法・努力によって実行されていることを示す必要がある。措置のシステムティックな性質は、例えば、措置が、組織化された取り組みの一環として多様なセクターの事業者に適用されてい

たり、政府の最高レベルで調整・実施されていたりすることを示すことができる(7.947)。

3.1.2 本件システムティック措置の構成要素及びシステムティックな特性

ウクライナは、本件措置を、認証の効力停止、認証の申請拒否、及び他の関税同盟国が発行した認証の非承認を通じて、ウクライナの鉄道機器の輸入をシステムティックに防止する措置と説明する。そこで、まず、既に検討した本件効力停止決定、本件申請拒否決定及び本件不承認要件が、本件システムティック措置の存在及びシステムティックな特質を示すか検討する(7.956-7.957)。

(a) 本件効力停止命令、本件申請拒否決定及び本件不承認要件

この点、本件効力停止命令は、ウクライナ鉄道機器の輸入防止を目的に、又は当該計画の一環として、発せられたとの結論を支持できず、むしろ、ウクライナで検査を実施できないため、強制規格に適合しているかについて十分に確信を得られないため、発せられた(7.959)。また、本件申請拒否決定は、FBO が、関税同盟技術規則 001/2011 及び 003/2011 に基づき、ウクライナ生産者の申請の多くを拒否する正当な根拠を有していた(7.960)。他方、本件パネルは、本件不承認要件については、GATT1 条 1 項及び同 3 条 4 項違反を認定した。本件不承認要件を適用される状況は、ロシアが、ウクライナからの鉄道機器の輸入制限を試みていたとのウクライナの主張とも整合する(7.961-7.963)。

しかし、3 要素のうち 1 つが、ロシア市場へのアクセスを不当に制限しているとの事実のみでは、独立した措置として、本件システムティック措置が存在することを示すには不十分である。本件不承認要件が、同様に、ウクライナ製品の輸入を妨害する効果を有する、本件効力停止命令及び本件申請拒否決定について、TBT 協定 5.1.1 条違反は示されておらず、同 5.1.2 条との関係でも、本件申請拒否決定の 1 件を除き、違反を示されていないことから、大部分は正当な措置であった。かかる正当化される事情が消滅したにもかかわらず、措置が継続されていたり、新たに申請拒否がなされたりする場合にのみ、当該措置が、包括的でシステムティックな輸入制限措置の一部を構成するかが問題となる。したがって、(大部分において正当化される)本件効力停止命令及び本件申請拒否決定と一緒に適用された事実のみからでは、これら別個の措置が、可能なあらゆる手段を通じ、ウクライナ製品の輸入を防ぐという共通の目的を持つ単一の首尾一貫した措置を形成することを意味しない(7.694-7.695)。

(b) 認証の効力停止等の件数等

また、ウクライナは、本件システムティック措置の体系的な性質は、(i)ウクライナ生産

者が保有する認証数や、認証を保有するウクライナ生産者数の減少が示すとおり、ロシアが、認証の効力停止や申請拒否を、高頻度で繰り返したこと、(ii) ロシアが「一連の貿易制限措置」を採用したことからも、立証されると主張する(7.967)。

Origin of producers of railway products	(a) Granted between January 2012 and July 2014	(b) Held in 2013	(c) Suspended since 2014, issued both under CS FRT Rules and CU TRs	(d) Issued under CU TR from August 2014	(e) Held in April 2017
European Union	260	126	109	97	287
Kazakhstan	34	26	22	39	38
Belarus	35	39	6	23	26
Ukraine	379	244	313 (between the beginning of 2014 and the end of 2015)	18 (all but three of these 18 were issued to producers in eastern Ukraine)	40

(7.968 の Table 8 から転載。注は省略。)

上記表によれば、ウクライナ生産者は、2017 年時点で、2013 年時点で保持していた認証のほんの一部しか保持しない。この理由は、特に、関税同盟技術規則の施行前に発行された認証が停止又は期限切れになったことや、同規則に基づく認証が僅かしか発行されなかったことにある。上記表は、申請拒否が繰り返されたことは示さないが、2014 年以降、認証の効力停止が繰り返されたことは示す(7.98-7.970)。

しかし、本件特有の事情を踏まえると、ウクライナが(上記表で)示す、ウクライナ生産者の認証が高頻度で効力停止とされた事実は、本件システムティック措置の存在を示すものではない。その理由は、本件効力停止命令については、認証の効力を停止する正当な理由が存在したこと、FBO は、上記表に掲載された他国生産者の認証をより多く効力停止すべきであったがしなかったとの証拠も存在しないことにある。したがって、(上記表において示された)各国の生産者が、保持する、効力停止又は申請拒否された認証数の違いは、本件システムティック措置の存在を示すものではない(7.970-7.972)。

また、ウクライナは、本件システムティック措置は、2014 年 6 月の、EU・ウクライナの欧州連合協定の締結を受けて、ロシアがとった、一連の貿易制限措置の一部を構成すると主張する。しかし、ウクライナが提出した証拠は、EU・ウクライナの欧州連合協定の締結を受けて、ロシア・ウクライナの二国間関係に緊張が生じたことや、ロシアがとる可能性のある(又はとった)貿易措置について触れるが、ロシアがウクライナ製品全般、特にウクライナの鉄道機器のロシアへの輸入を防ぐための計画を採用した、又は組織的な取り組みに乗り出したことは示していない。また、仮に一部のウクライナ製品について貿易制限措置が講じられたとしても、当該事実は、必ずしもウクライナの鉄道製品についても同様の措置が講じられたことを意味しない(7.973-7.974)。

(c) 輸入貿易データ

ウクライナは、2012年—2016年に、ロシアに輸出される鉄道機器のうち、ウクライナの鉄道機器が最も減少しており、当該貿易データは、本件システムティック措置の存在を示すと主張する(7.975)。

ウクライナの鉄道機器のロシアへの輸出に関する貿易及び経済関連データからは、次の3点を認定できる。まず、2012年—2016年に、ロシアの鉄道機器の輸入が大幅に減少したが、ウクライナからの輸入が最も大きな影響を受けた。第2に、ウクライナの鉄道機器の生産は、2012年—2016年に大幅に減少した。第3に、ウクライナの鉄道機器の輸出については、ロシア向けだけではなく、カザフスタン及びベラルーシ向けも減少した。これらは、ウクライナ国内における供給側の経済的要因が、ウクライナの(鉄道機器の)生産減少の原因である可能性を示しており、ロシアによる発注減少が、ウクライナの(鉄道機器の)生産減少の主な原因であるとするウクライナの主張を受け入れることはできない。したがって、ウクライナの生産減少は、本件システムティック措置の結果であることは示されていない(7.983-7.984)。

さらに、上記のとおり、ウクライナの鉄道機器の輸入が減少するウクライナ固有の事情が存在することを踏まえると、ロシア市場において、中国及びEU製品のシェアが増加する一方で、ウクライナのシェアが大幅に低下しても、当該事実は、本件システムティック措置の存在を示さない(7.985)。

このとおり、提出された証拠は、ウクライナのシェア低下を引き起こした原因について明確な説明を行っておらず、ウクライナの鉄道機器の輸入の減少を引き起こした要因として、本件システムティック措置以外の経済的要因が存在し得ることを示唆する。したがって、提出された貿易及び経済関連データは、本件システムティック措置の存在を実証しない(7.988)。

(d) 結論

したがって、ウクライナは、本件システムティック措置の存在を示していない(7.994)。

3.2 上級委員会判断

【ウクライナの主張】

本件パネルの判断は客観的な評価を欠き、DSU11条に違反する。特に、個々の決定は、明文にない措置の証拠の一部に過ぎず、本件パネルが、明文にない措置の存在を、これら決定のWTO協定不整合性に条件付けたのは誤りであった(5.229)。

【上級委員会の判断】

本件パネルは、本件効力停止命令、本件申請拒否決定、本件不承認要件が、TBT協定

5.1.1 条と同 5.1.2 条に整合するか検討した上で、3 要素のうち 1 つが、ロシア市場へのアクセスを不当に制限しているとの事実のみでは、独立した措置として、本件システムティック措置が存在することを示すには不十分であると述べた。したがって、本件パネルは、各要素が TBT 協定に整合するかに基づき、本件システムティック措置の存在を検討したが、本件パネルは、各要素の協定整合性とは区別する形で、本件システムティック措置の存在を適切に検討したと言えるかが問題となる(5.237)。

この点、ウクライナによる本件システムティック措置の描写方法は、認証の効力停止、申請拒否、認証の承認拒否が行われた理由についての検討を必要とさせる。認証の効力停止と申請拒否が行われた理由は、本件システムティック措置を構成する要素が、単一の措置の一部として、一緒に機能しているかを決定するための重要な事情であると考えられる。具体的には、ウクライナの治安状況のため、FBO は、ウクライナの鉄道機器が、強制規格に適合しているかを評価できず、TBT 協定 5.1.1 条の同等の状態にない場合は、各効力停止と申請拒否を連結する共通の政策や計画はなく、各措置は、個々の独立した理由に基づいて行われたと言える。対照的に、TBT 協定 5.1.1 条に不整合な場合は、ウクライナの治安状況や FBO 検査官の安全に関する懸念は、本件効力停止命令及び本件申請拒否決定の正当な根拠とはならないことを示唆しており、輸入を防止するという目的も含めて、その他の目的が存在したかとの疑問を生じさせる。したがって、本件パネルの理由付けは、本件システムティック措置の存在(の問題)と、同措置の協定整合性(の問題)を区別しないように見えるが、実際には、本件パネルは、本件システムティック措置の要素の協定整合性を、その整合性を基礎付ける正当化根拠が、各決定が、共通の計画の一部としてではなく、互いに独立して行われたという結論を導く限りで考慮した(5.238-5.240)。

本件パネルが、共通の政策や計画の存在を検討する上で、本件効力停止命令、本件申請拒否決定及び本件不承認要件がなされた理由を検討したのは、不合理ではなかった。また、本件パネルの最終的な判断は、上記理由の検討だけでなく、その他の証拠も考慮した。したがって、本件パネルによる、DSU11 条違反は認められない(5.247-5.249)。

V. 解説

1. はじめに

本件は、ロシア・ウクライナ間の政治対立に端を発した WTO 紛争事例の1つであって、ウクライナは、ロシアが、ロシア国内での販売に必要な認証取得等を妨げることで、ウクライナ産の鉄道機器のロシアへの輸出が妨げたとして、ロシアの適合性評価手続 (Conformity Assessment Procedure) に関連する措置の TBT 協定整合性を争った。

適合性評価手続とは、ある製品等が、強制規格又は任意規格に適合することを実証するための手続である。例えば、ある製品が、強制規格や任意規格が定める要求事項を満たすかを、購入者に代わって、専門知識を有する第三者が、確認・保証する手続である。このとおり、適合性評価手続は、強制規格や任意規格への適合を確保するための手続であり、このような適合性評価を経ていることが、製品の輸入販売の許可条件とされたり、購入時の重要な判断要素とされたりする。したがって、各国における適合性評価手続の規定や運用は、物品貿易に大きな影響を与える可能性があり、一部の研究では、2010-2014 における TBT 委員会で示された「特定の貿易上の懸念」(Specific Trade Concerns: STC) の約半数が、適合性評価手続に関連する措置と報告されている²。

このような状況にもかかわらず、適合性評価手続について規律する TBT 協定 5 条が、WTO 紛争解決手続において、今まで正面から争われた事例はなかった。そのような中で、本件は、TBT 協定 5 条に関する判断枠組みを初めて示した事例として、重要な意義を有する。特に、本件パネル及び上級委員会は、TBT 協定 5.1.1 条及び 5.1.2 条の判断枠組みを提示したが、そこで示された枠組みは、文言の違いに留意しつつも、同 2.1 条及び 2.2 条に類似するものであった。かかる判断は、ある措置が、適合性評価手続の問題か強制規格や任意規格の問題か、峻別が困難な事例も出てくる可能性を踏まえると、適切であったと考えられる。

以下では、適合性評価手続の概念について簡単に触れた上で、TBT 協定 5.1.1 条、5.1.2 条及び 5.2.2 条について、本件で示された判断枠組みを整理した上で、当該判断枠組みの意義や未解決の点を考察する。

² Devin McDaniels and Marianna Karttunen, “Trade, Testing and Toasters: Conformity Assessment Procedures and the TBT Committee,” *WTO Working Paper*, ERSD-2016-09 (World Trade Organization Economic Research and Statistics Division, 19 July 2016).

2. 適合性評価手続について

(1) 適合性評価手続とは

ア 適合性評価手続の定義

TBT 協定付属書一第 3 項は、適合性評価手続(Conformity Assessment Procedures)を、「強制規格又は任意規格に関連する要件が満たされていることを決定するため、直接又は間接に用いるあらゆる手続」と定義した上で、適合性評価手続には、特に、(i) 試料採取、試験及び検査についての手続(procedures for sampling, testing and inspection)、(ii) 適合性についての評価、確認及び保証(evaluation, verification and assurance of conformity)、(iii) 登録、認定及び承認(registration, accreditation and approval)が含まれるとする。

各国において実施されている適合性評価活動の内容が多様であることを受けて、ISO(International Organization for Standardization)は、1970 年に、国際標準化を目指して CERTICO(Committee on Certification)を設置し、1985 年には CASCO(Committee on conformity assessment)に改組した³。CASCO は、適合性評価に関する基準文書である ISO/IEC ガイド及び ISO/IEC 17000 シリーズ規格を作成し、当該規格は、例えば、日本では JIS Q 17000 に組み込まれる形で採用されている⁴。TBT 協定も、CASCO の基準文書の内容を幅広く採用しており、用語の定義は ISO/IEC ガイド 2 にほぼ全面的に依拠しているとされている⁵。

イ 適合性評価の内容

(ア) 適合性評価の活動内容

上記のとおり、TBT 協定は、適合性評価手続には、(i) 試料採取、試験及び検査についての手続(procedures for sampling, testing and inspection)、(ii) 適合性についての評価、確認及び保証(evaluation, verification and assurance of conformity)、(iii) 登録、認定及び承認(registration, accreditation and approval)が含まれるとするが、ISO/IEC 17000 シリーズ規格によれば、適合性評価の内容は、以下の機能に分けられるとされている⁶。

³ 三井清人「適合性評価活動への統一のアプローチ」『安全工学』40 巻 1 号 (2001) 10 頁。

⁴ 同上。

⁵ 同上。なお、2000 年には、ISO/IEC ガイド 2 から適合性評価に適用される用語を抜き出した上で、ISO/IEC 17000(2004)に組み込まれた。

⁶ 三井清人「第 1 章 適合性評価の全体像」標準化教育プログラム[適合性評価編]12 頁 (https://www.jsa.or.jp/datas/media/10000/md_2481.pdf, 2021 年 6 月 29 日最終閲覧)。

- ① 選定(selection)：方法の選択、試料のサンプリング等
- ② 確定(determination)：試験、検査等による対象の特定の情報取得
- ③ レビュー(review)：確定結果の検証
- ④ 証明(attestation)：適合表明の発行

このうち、上記①乃至③は、規定要求事項(規格等)に適合することの事実確定を重点とする活動であり、上記④は、適合性に関する信頼の保証を重点とする活動であり、これら一連の活動が合わさることで、規定要求事項を満たしていることの実証が可能となる。

(イ) 適合性評価の主体

また、適合性評価は、活動を行う主体に応じて、以下の3つに分類される⁷。

- ① 第一者適合性評価：対象の提供者(製造者、販売者等)が実施
- ② 第二者適合性評価：対象の使用者(購入者等)が実施
- ③ 第三者適合性評価：第一者及び第二者双方から独立した主体が実施

上記のうち、第一者による適合性の保証は「供給者適合宣言」(Supplier's Declaration of Conformity)、第三者による適合性の保証は「認証」(Certification)と呼ばれている⁸。客観性を担保する観点からは、第三者適合性評価が用いられることも多いが、どの適合性評価を求めるかは、問題とされるリスクの内容や程度等も踏まえて、柔軟に設計されるとされている。本件で問題とされた措置は、いずれも、上記③の措置であった。

(ウ) 強制の適合性評価・任意の適合性評価

強制規格や任意規格が定められた場合にも、当該規格に適合している旨の適合性評価が義務付けられていること(強制の適合性評価)もあれば、自主的な判断に委ねられている(任意の適合性評価)こともある。

後述するとおり、本件パネルは、TBT 協定 5.1 条の「強制規格又は任意規格に適合していることの明確な保証が必要とされる場合」との文言を根拠に、TBT 協定 5.1 条は、認証取得が義務的な場合に適用されると述べている。また、適合性評価手続に関するその他の規定も、基本的には、TBT 協定 5.1 条を準用し、同様の範囲で適用されると考えられる。したがって、TBT 協定における適合性評価手続の規定は、上記分類のうち、強制の適合性評価

⁷ 同上 9 頁。

⁸ 同上 17 頁。

にのみ適用されると考えられる。

(2) ロシアの法制度

本件パネル報告書によれば、ロシアでは、鉄道機器に関する適合性評価手続は、従前、ロシア鉄道認証規則 (Federal Budgetary Organization の Certification System for the Federal Railway Transport : CS FRT Rules) において規定されており、鉄道機器は、同規則に基づいて、ロシアが定めた強制規格及び任意規格が定める安全運送、環境・労働安全に関する要件に適合している旨の有効な認証を取得する義務が課されていた (パネル 7.232-7.233)。その後、2010年に、ベラルーシ、カザフスタン、ロシアの三国による関税同盟 (Custom Union) が成立し、2015年には、ユーラシア経済連合 (Eurasian Economic Union) へと発展したことを受けて、ロシアの適合性評価手続に関する規則も、関税同盟技術規則 (Custom Union Technical Regulation) や、ユーラシア経済連合技術規則 (EEU Technical Regulation) により規律されることになった。

本件は、このような制度変更の過渡期に生じた紛争であり、本件では、関税同盟が成立する前のロシア鉄道認証規則 (FRT Rules) と、関税同盟技術規則 (Custom Union Technical Regulation) の両者が紛争の対象とされている。

3. TBT 協定 5.1.1 条について

本件は、TBT 協定 5.1.1 条の判断枠組みを、初めて明らかにした事例として、先例上の価値がある。以下では、本件パネル及び上級委員会が依拠した、同 5.1.1 条の判断枠組みを整理した上で、当該判断枠組みの意義及び未解決の点を考察する。

(1) 判断の枠組み

5.1 加盟国は、^(a) 強制規格又は任意規格に適合していることの明確な保証が必要とされる場合には、^(b) 自国の中央政府機関が他の加盟国の領域を原産地とする製品につき 次の規定を適用することを確保する。

5.1.1 ^(c) 適合性評価手続は、他の加盟国の領域を原産地とする製品の供給者に対し、^(d) 同等の状態において^(e) 国内原産の同種の製品の供給者又は他のいずれかの国を原産地とする同種の製品の供給者に与えられる条件よりも^(f) 不利でない条件で開放されるように、立案され、制定され及び適用される。当該適合性評価手続の開放は、当該適合性評価手続の規則に従い適合性評価を受けるという供給者の権利を伴うものである。この権利は、当該適合性評価手続により予見される場合には、施設のある場所において適合性評価の活動が行われるようにすることができること及び適合性評価制度の証票を受領することができることを含む。

(下線、アルファベットの付記は筆者による。)

ア TBT 協定 5.1.1 条の適用範囲

本件パネルは、TBT 協定 5.1.1 条が適用されるのは、以下の措置とする。

- ① 中央政府機関による(上記(b))、
- ② 適用が義務付けられている(上記(a))
- ③ TBT 協定上の定義を満たす適合性評価手続(上記(c))。

この理解によれば、以下の措置は、同 5.1.1 条の適用対象から外れると考えられる。

(ア) 中央政府機関以外の適合性評価手続

上記①の要件からは、中央政府機関以外の適合性評価手続は、TBT 協定 5.1.1 条の適用対象から外れる。そして、地方政府機関の適合性評価手続には同 7 条が、非政府機関の適合性評価手続には同 8 条が、超国家機関が定める適合性評価手続には同 9.2 条又は 9.3 条が、それぞれ適用されると考えられる。

(イ) 任意的・自主的な適合性評価手続

上記説明のとおり、適合性評価手続には、評価取得が義務付けられている制度と、自主的な判断に委ねられている制度があるが、上記②の要件からは、TBT 協定 5.1 条は、前者の場合にのみ適用されると考えられる。

もっとも、適合性評価手続による評価取得が、自主的な判断に委ねられている場合でも、認証取得の有無が、顧客の商品選択に影響を与える場合も考えられる。この場合は、たとえ認証取得が自主的な判断に委ねられている場合でも、適合性評価手続において差別的な取り扱いが行われた場合、産品間の競争条件が一方に不利に変更されてしまう可能性があり、GATT1 条や GATT3 条違反の問題が生じる可能性があると考えられる。

(ウ) 適合性評価手続の定義に該当しない措置

上記③の要件から、TBT 協定上の適合性評価手続の定義を満たさない措置は、同 5.1.1 条の適用対象から外れる。

この点、本件では、本件不承認要件は、「強制規格」に該当するのか、「適合性評価手続」に該当するのか問題となったが、本件パネルは、TBT 協定 2 条乃至 4 条は、実質的な技術的要件を問題とする規定である一方、同 5 条乃至 9 条は、実質的な技術的要件への適合性

を問題とする規定であるとの基準を示した上で、本件不承認要件は、「適合性評価手続」ではない(同 2.1 条の規律が及ぶか検討すべき)とした(なお、上級委員会では争われず)。

(2) TBT 協定 5.1.1 条の実体的要件

本件パネルは、TBT 協定 5.1.1 条違反を主張するためには、以下の要件を満たす必要があるとしており、上級委員会も、当該判断枠組みを踏襲する(上訴の対象外)。

- ① 不利な条件にて適合性評価手続が開放された他の加盟国の供給者は、より有利な条件にて適合性評価手続が開放された国内又は他のいずれかの国の供給者の製品と 同種の製品 (like products) の供給者 であること。(上記(e))
- ② 輸入国は、適合性評価手続の立案・制定・適用を通じ、他の加盟国の製品の供給者に対し、国内製品又は他のいずれかの国の製品の供給者に与えられる条件より 不利な条件 (conditions less favorable) で適合性評価手続を 開放 (access) したこと。(上記(f))
- ③ 輸入国は、同等の状態 (comparable situation) にある同種の製品の供給者に不利な条件で、適合性評価手続を開放したこと。(上記(d))

(ア) 同種製品の供給者であること(上記①)

TBT 協定 5.1.1 条も、差別を禁止する規定のため、基本的には、同じく差別を禁止する規定である同 2.1 条の同種製品の議論が参照されるべきだが、同 2.1 条と同 5.1.1 条の文言上の違いも踏まえる必要があると考えられる。すなわち、製品間の待遇を問題とする同 2.1 条と異なり、同 5.1.1 条は、製品の供給者間の待遇を問題とする。そのため、同 5.1.1 条においては、(i) 不利に取り扱われた主体が製品の「供給者」かという問題と、(ii) 当該供給者の製品は、比較対象の供給者の製品と「同種の製品」かという問題を区別すべきと考えられる。

この点、本件パネルは、TBT2.1 条の同種製品 (like products) と同様に解すべきとした(上級の対象外)。しかし、上記(i) (ii) の問題を区別すべきとの立場に立てば、同 2.1 条の同種製品の議論が参照されるとした本件パネルの判断は、あくまでも、上記(ii) につき述べるものと評価できる⁹。

このように解した場合、本件では、上記(i) の問題については判断がなされていないと評価できる。後述する要件②及び要件③においても、検討対象・比較対象は「製品」ではなく、「供給者」とされていることも踏まえると、「供給者」としてどの範囲の主体が含まれるのか、例えば、一連のサプライチェーンを構成する生産者、輸出者及び輸入者が含まれる

⁹ なお、本件では、ウクライナ産品とその他の産品が原産国に基づいて、異なって取り扱われることを理由に、産品の同種性が推認されるかも争われたが、本件パネルは、状態の同等性を否定したことを理由に、この論点についての判断を回避した(パネル 7.393, 7.627)。

のかは、TBT 協定 5.1.1 条の適用範囲を画する上で、今後、重要論点になる可能性がある¹⁰。

(イ) 適合性評価手続が不利な条件で開放されたこと(上記②)

(i) 競争条件の変化

上記のとおり、TBT 協定 5.1.1 条でも、基本的には、同 2.1 条の議論を適用すべきと考えられるが、同 2.1 条は製品の待遇を問題とする一方、同 5.1.1 条は製品の供給者の待遇を問題とする点には留意が必要と考えられる。

この点、本件パネルは、TBT 協定 2.1 条、GATT1.1 条及び GATT3.4 条における「より不利な待遇」(less favorable treatment)の解釈を根拠に、TBT 協定 5.1.1 条の「より不利な条件」とは、適合性評価手続の開放条件が異なることで、供給者間の競争条件が一方に不利に変化した場合を言うとして述べており(パネル 7.260。上級委員会 5.123 も、同様の判断を示す)、本件パネル及び上級委員会も、上記文言の違いに着目して解釈を示している。

では、供給者間の競争条件とは、具体的に何を指すのか。かかる問題意識から、本件パネルを読み返すと、本件パネルは、「より不利な条件」とは、供給者間の競争状態が一方に不利に変化することと述べた直後、「同種製品の供給者は、輸入国の市場への迅速かつ無条件のアクセスをめぐる競争している」(パネル 7.260)と述べている。この記載からは、「供給者間の競争条件」とは、直接には、供給者間の市場アクセスをめぐる競争条件を、実質的には、当該供給者が提供する製品間の競争条件を問題にしているようにも読める。当該理解を裏付けるように、本件効力停止命令により競争条件が不利に変更されたことを認定する際、本件パネルは、ウクライナ供給者が、認証を停止されたことで、ロシア市場への輸出が阻害されたことを理由として挙げ(パネル 7.305)、本件申請拒否決定についても、同様のロジックを用いて、競争条件が不利に変更されたと認定する(パネル 7.618)。

上記によれば、より不利な開放条件が課されたと主張するには、適合性評価手続の開放条件の違いにより、実質的には供給者が提供する製品の競争条件に差が生じたことを示す必要があると考えられる。この点は、ある措置が、製品の競争条件に差を生じさせたかを問題とする GATT3.4 条を適用した場合とで、事実上、結論に違いを生じない点で妥当と考えられる。

(ii) 正当な規制目的との関係

以上に加えて、仮に TBT 協定 2.1 条の解釈を参照する場合、TBT 協定 2.1 条と同様、同

¹⁰ なお、本件では、ウクライナ生産者は、鉄道機器を生産・輸出していたためか、この点は争点とはならなかった。

5.1.1 条の解釈においても、競争条件の変化が正当な規制の区分に基づかないことまでも示す必要があるかが問題となる。

この点について、本件パネルは、TBT 協定 5.1.1 条は、同 2.1 条と異なり、「同等の状態」との文言を含んでいる点、及び当該文言は、輸入国に適合性評価手続を設計するため裁量を与えている点を指摘した上で、同 5.1.1 条の「より不利な条件」を満たすためには、海外供給者に不利な形で競争条件の変化が生じたことを示せば足りるとし、競争条件の変化が正当な規制の区分に基づかないことまで示す必要はないとした(パネル 7.274。上級委員会 5.123 も、不利でない条件の要件では、正当な規制の区分に基づくことを示す必要性を論じておらず、同様の見解に立つと考えられる)。

US-Clove Citrates 上級委員会 (DS406, 2012) は、「より不利でない待遇」(TBT 協定 2.1 条)の要件を検討する際に、悪影響が生じたかに加えて、当該悪影響が正当な規制区分に基づかないかを検討する必要があるとしたが、当該解釈を採用する根拠として、①強制規格の定義(産品を、特性等に基づき区別)、②TBT 協定 2.2 条の規定(強制規格のうち「不必要」な国際貿易に障害をもたらすもののみを禁止)、③前文 6 の規定(人の生命等を保護するために必要な措置を講じることを認める)及び④TBT 協定の目的(貿易自由化の目的と政府の規制権限のバランスをとる)を挙げる¹¹。このような根拠は、①適合性評価手続が、「強制規格又は任意規格に関連する要件が満たされていることを決定するため、直接又は間接に用いるあらゆる手続」と定義されており(TBT 協定付属書一)、強制規格等に適合する産品の供給者と不適合産品の供給者を区別していること、②TBT 協定 5.1.2 条が、「不必要」な国際貿易に対する障害を生じさせる適合性評価手続のみを禁止していること、③前文 6 の規定及び TBT 協定の目的は適合性評価手続にも妥当しうするため、TBT 協定 5.1.1 条の「不利でない条件」にも、同様に妥当するようにも考えられる。このような点にもかかわらず、本件パネルが、TBT 協定 2.1 条の議論を踏襲しなかったことを正当化する理由として、同 5.1.1 条は「同等の状態」との文言の存在を挙げていることを踏まえると、本件パネルは、TBT 協定 2.1 条の「より不利でない待遇」の要件において実施していた同様の正当な規制目的に関する検討を、同 5.1.1 条では、「同等の状態」の要件で行うことを念頭に置いていたものと推察される。

(ウ) 状態の同等性(上記③)

(i) 本件パネルの判断枠組み

本件パネルは、供給者が「同等の状態」にあるかを判断する際は、適合性評価を行う輸入国の能力に影響を与える事情を考慮すべきであり、供給者に固有の事情や、当該供給者の施設の所在地等も考慮すべきとする(パネル 7.283。上級委員会 5.136 も、当該解釈を是認

¹¹ *US - Clove Citrates* 上級委員会(前掲)パラ 169-175。

する)。

しかし、本件パネルは、あてはめでは、上記判断枠組みから離れ、規制当局は、検査官の生命等を保護する必要性と国外供給者が適合性評価を受ける利益を比較する必要があるとした上で、当該比較を行う規制当局の裁量を尊重する観点から、本件パネルは、検査官の生命等を保護する目的と、供給者が所在する国の状況の間に合理的関連性が認められるか検討すべきとした(パネル 7.376)。その上で、本件パネルは、ウクライナの治安状況等を踏まえると、現地検査は実施不可能との FBO の判断には、裁量の逸脱はなく、問題となったウクライナの供給者と、他の供給者は「同等の状態」にないと判断した(本件効力停止命令はパネル 7.376-388、本件申請拒否決定はパネル 7.624-7.625)。

(ii) 上級委員会の判断枠組み

これに対して、上級委員会は、本件パネルが、あてはめの場面で用いた比較手法や規制当局の裁量の存在を否定した上で、本件パネルは、ウクライナ供給者の状態と、他の供給者の状態が同等か検討すべきであったとする(上級委員会 5.145)。

また、上級委員会は、供給者の「状態」には、適合性評価を実施する輸入国の能力に影響を与える状態が含まれるため、本件では、ウクライナの一般的な治安状況等が、ウクライナ供給者の状態にどう関係したかを説明すべきであったとする(上級委員会 5.139-5.141)。

(iii) 評価

上記のとおり、上級委員会は、本件パネルの判断枠組みを否定した上で、文言に忠実に、供給者の状態の同等性の検討を求めるが、当該検討を行う上で、次のような点が問題として残ると考えられる。

まず、どのような事情が「供給者の状態」として考慮されるかについて、上級委員会は、供給者の「状態」には、適合性評価を実施する輸入国の能力に影響を与える状態が含まれると述べる。例えば、本件に即して言えば、(i) ウクライナの一般的な治安状況等が、問題とされた特定のウクライナ供給者にどのような影響を与えたか、及び(ii) 上記(i)の影響によって、ロシアによる適合性評価の実施にどのような影響を与えたかの検討が求められると考えられる。

このとおり、上級委員会は、検討すべき「供給者の状態」を、適合性評価手続の目的(十分な確信持って強制規格等に適合するかを確認する)に照らして限定するが、当該主張は、類似する文言を有する規定において、上級委員会が採用したアプローチとも整合的と考えられる。例えば、*EC-Seals Products* 上級委員会(DS400 他、2014)は、GATT20 条柱書の「同様の条件の下にある諸国」について、「条件」(conditions)との用語は、概念上は多数の事情を含みうるため、GATT20 条柱書を検討するとの目的に関連する「条件」のみ考

慮する必要があり、当該関連性を検討する際には、措置を暫定的に正当化する GATT20 条サブパラグラフが規定する政策目的、及び違反認定された GATT 上の義務を参照すべきとする(5.299-5.301)。また、*Korea-Radionuclides* パネル(DS495、2018)は、SPS 協定 2.3 条の「同一又は同様の条件の下にある加盟国」について、*EC-Seals Products* 上級委員会(前掲)に依拠した上で、「同一又は同様の条件」を検討する上で、措置の政策目的を考慮すべきとし(7.266-7.267)、*Korea-Radionuclides* 上級委員会(DS495、2019)も当該判断を是認する(5.62)。

次に、上記で特定した供給者の状態が「同等」か、何を基準にして判断するかとの問題がある。この点は、条文上明らかでなく、上級委員会も判断を示していない。この点、「同等」(comparable)の辞書的な意味は、“[a]ble to be compared, capable of comparison (with)”や“[w]orthy of comparison; proper, or fit to be compared; to be compared”¹²とされており、技術的な比較可能性(比較できる)だけでなく、価値観的な比較可能性(比較すべき)との意味も有している。そして、供給者の状態の同等性の要件は、条文の構造上、TBT 協定 5.1.1 条の無差別待遇義務の適用範囲を画し、禁止される差別と正当化される区別を峻別する機能を果たすと考えられる。この点を踏まえると、ある状態が「同等」かは、ある状態が輸入国の適合性評価の実施に影響を与える結果、適合性評価手続の開放条件に差を設けることを正当化する程度の状態の違いか(又は適合性評価手続の開放条件に差を設けることについて、合理的な説明を可能とする程度に、輸入国の適合性評価の実施に影響を与えるような状態の違いか)、という基準から、判断を行うことが考えられる¹³

このように解すると、「同等の状態」の要件は、供給者の状態に鑑みて、開放条件に差を設けることが、規格への適合性を十分な確信を持って確認するという、適合性評価手続の目的に照らして合理的に説明できるかを問題とする規定と捉えることができる。この理解は、規制上の差異と規制目的が合理的に関連しているかを求める、TBT 協定 2.1 条の「より不利でない待遇」の検討と、基本的に類似すると考えられる。本件では、どのような基準に基づき、状態が「同等」と判断するかについて上級委員会及び本件パネルは判断を示していないが、上級委員会が提示した判断枠組みを、上記のとおり理解する場合、上級委員会は、同 2.1 条と同 5.1.1 条の文言の違いを踏まえつつ、同 2.1 条と同 5.1.1 条について、同様の規律の適用を試みたと評価できる。

¹² “Comparable,” *Oxford English Dictionary* (2^d ed., 1989).

¹³ なお、GATT20 条柱書は「同様の条件の下にある諸国」、SPS 協定 2 条 3 項は「同一又は同様の条件」と、条件の同一性等を問題とするが、過去の事例では、どのような事情が考慮されるべき「条件」かが問題となることが多く、条件が「同一」か等が実質的な争点とされた事例は存在しない。例えば、*EC-Seals Products* 上級委員会(前掲)は、EU が当該要件を争っていないこと等を理由に、条件が「同様」であると認定している(5.317)。当該論点について、上級委員会は、条件が「同様」(GATT20 条柱書)であることを推認してきたとする指摘も存在する(Dr Emily Lydgate, “Do the same conditions ever prevail? Globalizing national regulation for international trade,” (Sussex Research Online, 2016), p.8, at <http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/61063/1/Situational%20discrimination%20E%20Lydgate.pdf> (as of July 7, 2021).

4. TBT 協定 5.1.2 条について

本件では、TBT 協定 5.1.2 条の判断枠組みも、初めて明らかにされたため、以下では、本件パネル及び上級委員会が依拠した同 5.1.2 条の判断枠組みを整理した上で、当該判断枠組みの意義及び未解決の点を考察する。

(1) 判断の枠組み

5.1 加盟国は、^(a)強制規格又は任意規格に適合していることの明確な保証が必要とされる場合には、^(b)自国の中央政府機関が他の加盟国の領域を原産地とする製品につき次の規定を適用することを確保する。

5.1.2 ^(c)適合性評価手続は、^(d)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て又はこれらをもたらす結果となるように立案され、制定され又は適用されることのないようにする。特に、このことは、^(e)不適合により生ずる危険性を考慮に入れつつ、製品が適用される強制規格又は任意規格に適合しているとの十分な確信を輸入加盟国に与えるために必要である以上に適合性評価手続が嚴重なものであってはならず又は嚴重に適用されてはならないことを意味する。

(下線、アルファベットの付記は筆者による。)

ア TBT 協定 5.1.2 条の適用範囲

TBT 協定 5.1.2 の適用範囲の問題(上記(a)(b)(c))は、TBT5.1.1 条の適用範囲についての解説を参照されたい。

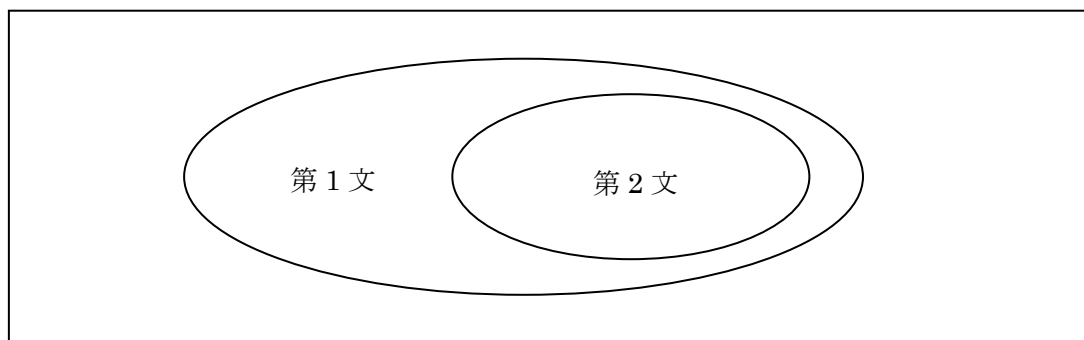
イ TBT 協定 5.1.2 条第 1 文と第 2 文の関係

本件パネルは、TBT 協定 5.1.2 条第 2 文(上記(e))は、「特に」(*inter alia*)と述べていることを理由に、同第 2 文は、適合性評価手続が、同条第 1 文(上記(d))に整合しない方法で立案、制定、適用される実例を規定するとした上で、同条第 1 文違反を主張する方法には、同条第 1 文の違反を直接主張する方法と、同条第 2 文の違反を主張する方法があるとする(パネル 7.413)。上級委員会は、本件パネルほど明確に述べないが、TBT 協定 5.1.2 条第 2 文は、「特に」(*inter alia*)、「このことは」(This means)との文言を用いて、同条第 1 文を修飾することを理由に、適合性評価手続が同条第 1 文違反となる状況を規定すると述べ

ており(上級委員会 5.183)、基本的には、本件パネルと同様の理解に立つと考えられる¹⁴。

上記見解に立つ場合、TBT 協定 5.1.2 条第 2 文は、同条第 1 文違反が生じる状況を例示する規定であり、同条第 2 文に抵触しないが、同条第 1 文違反となる場合も存在することとなる。これを図に表したのが、以下である。

TBT 協定 5.1.2 条



ウ TBT 協定 5.1.2 条第 2 文の要件

本件パネルは、TBT 協定 2.2 条の議論を参照した上で、同 5.1.2 条第 2 文に違反するか、以下の基準に基づき判断する(パネル 7.423。上級委員会 5.186 も同様の判断を示す)。

- ① 措置が、強制規格に適合するとの十分に確信を与えるとの適合性評価の目的に貢献するか
- ② 適合性評価手続の適用の厳格さ
- ③ 強制規格への不適合がもたらす危険の性質及び重要性
- ④ 代替措置との比較(代替措置は、(i)より厳格か、(ii)強制規格に適合するとの十分な確信を与えるのに同等に貢献するか、(iii)合理的に実施可能か。)

本件パネルは、TBT 協定 2.2 条の判断枠組みが同 5.1.2 条にも妥当する理由として、同 5.1.2 条第 2 文と同 2.2 条は、いずれも「必要性の概念」(notion of necessity)を問題とする規定である点を挙げる(パネル 7.418)。この点、*US-Tuna II(Mexico)*上級委員会(DS381、2012)は、TBT 協定 2.2 条第 2 文の“not...more trade-restrictive than

¹⁴ 以上の関係は、第 2 文は第 1 文を修飾する規定であるとして、第 1 文と第 2 文を統一的に解釈する TBT 協定 2.2 条と異なる。すなわち、同 2.2 条も、同 5.1.2 条も、第 1 文は、国際貿易に対する不必要な障害を禁止し、第 2 文は、必要以上に貿易制限的/厳重な強制規格/適合性評価手続を禁止する点で、両条は類似するが、同 2.2 条第 2 文は、「このため」(For this)と述べて第 1 文を修飾する一方、同 5.1.2 条第 2 文は、「特に」(inter alia)、「このことは」(this means)と述べて第 1 文を修飾しており、違いが生じている(パネル 7.413 参照)。

necessary”のうち、“necessary”は、関係分析(a relational analysis)の必要性を示し、技術規格の貿易制限性、正当な目的を達成する上での貢献度、当該目的を達成できないことにより生じる危険性を考慮すべきとする¹⁵。また、“more”は、比較分析(a comparative analysis)の必要性を示し、代替措置との比較が必要とする¹⁶。本件パネルの理由付けは、直接には、「必要性の概念」にしか触れないが、TBT 協定 5.1.2 条でも “not...more strict ...than is necessary” と規定されており、関係分析及び比較分析が求められているため、同 2.2 条の判断枠組みを参照する本件パネルの判断自体は妥当と考えられる。

もっとも、本件パネル及び上級委員会も指摘するとおり、TBT 協定 2.2 条と同 5.1.2 条には、文言上の違いもあるため、同 5.1.2 条第 2 文に適用する際には、当該点も考慮する必要がある。

具体的には、TBT 協定 2.2 条第 2 文は、「正当な目的の達成のため」に必要である以上に貿易制限的であることを禁止するが、何が「正当な目的」に該当するかは、条文上、制限を設けていない(同条第 3 文も、正当な目的を例示するのみである)。これに対し、TBT 協定 5.1.2 条は、「産品が適用される強制規格又は任意規格に適合しているとの十分な確信を輸入加盟国にあたえるため」に必要である以上に厳重であることを禁止しており、検討にて考慮される政策目的は、強制規格又な任意規格に適合しているとの十分な確信を得ることに限定されている(パネル 7.420、上級委員会 5.185 参照)。このとおり、検討される政策目的が、条文上、限定されているか否かについて、TBT 協定 2.2 条と同 5.1.2 条は異なる。

また、TBT 協定 2.2 条は、強制規格が実現しようとする保護水準(level of protection)をどこに設定するかは、措置国の裁量に委ねている。これに対し、TBT 協定 5.1.2 条は、「十分な確信」(adequate confidence)を得ることが目的と規定しており、「十分」以上の確信を得ることを目的とする措置は正当化されない点で、措置国が設定できる保護水準に、一定の制約が生じる可能性がある(パネル 7.421 参照)。そのため、TBT 協定 5.1.2 条第 2 文では、同 2.2 条と異なり、理論上、輸入国が設定した保護水準が、強制規格や任意規格に適合しているとの「十分」な確信を得るためのものに留まっているか(又は、十分「以上」の確信を得るためのものか)が論点となり得る¹⁷。もっとも、TBT 協定 5.1.2 条は、文言上、求める確信の程度(充分性の程度)は、不適合により生ずる危険性を考慮して決めると規定しており、適合性評価手続が適合性を確認する強制規格等が、生命身体等の重要な利益の保護を目的とする場合、より確度の高い確信を求めることが認められている(パネル 7.421 参照)。したがって、適合性評価手続が適合性を確認する強制規格等が、重要な利益の保護

¹⁵ *US-Tuna II(Mexico)*上級委員会(前掲)パラ 318。

¹⁶ 同上パラ 320。

¹⁷ TBT 協定 2.2 条に関して、上級委員会は、「WTO 加盟国の保護水準は、抽象的に判断される必要はなく、措置が正当な目的に貢献する程度を検討する中で、明示的又は黙示的に、明確化されればよい」と述べ(*US-COOL* 履行確認上級委員会(DS384 他、2015)脚注 765)、保護水準の問題は、基本的には、目的への貢献度の文脈で議論されることを想定している。

を目的とする場合、設定された保護水準が高すぎると争うのは、事実上は、困難と考えられる¹⁸。

最後に、TBT 協定 2.2 条第 2 文は、必要以上に「貿易制限的」な強制規格を禁止するが、同 5.1.2 条は、必要以上に「厳重」な適合性評価手続を禁止する。両概念の関係について、本件パネルは、必要である以上に貿易制限的である適合性評価手続は、必要である以上に厳重な適合性評価手続に該当すると述べる(パネル 7.442)。すなわち、本件パネルは、「貿易制限的」な措置は、「厳重」な措置に包含されることを前提にしていると考えられるが、本件パネルは、上記のように考える理由として、同 5.1.2 条第 1 文は「国際貿易に対する不必要な障害」を問題とすることを禁止し、厳重な適用を禁止する同第 2 文が「特に」と規定して同 1 文を修飾することを挙げるが、本件パネルは、別の箇所、同 5.1.2 条第 2 文は、第 1 文違反が生じる実例を示す規定とも説明しており、上記理由付けには疑問が残る。

エ 立証責任について

本件パネル及び上級委員会は、TBT 協定 2.2 条に関する議論(特に *US-COOL* 履行確認上級委員会(前掲)の判断)を参照しつつ、申立国(ウクライナ)は、代替措置が合理的に実施可能であることを示すには、どの程度の立証を行えばよいか、について詳細な検討を行った。本件判断は、同 5.1.2 条第 2 文についての判断だが、同 2.2 条の議論を参照して議論を展開しており、同 2.2 条の解釈についても、重要な指針・事例を示すものと考えられる。

そこで、以下では、本件の事実関係、並びに、本件パネル及び上級委員会の判断を整理した上で、その内容を考察する。

(ア) 事実関係

ウクライナは、代替措置の 1 つとして、ウクライナ現地以外で検査を実施できたことを指摘するが、当該代替措置の実施可能性は、以下のような時系列で争われた。

- (a) ウクライナは、第一意見書にて、本件鉄道技術規則がオフサイト検査の規定を定めていることを理由に、オフサイト検査は、合理的に実施可能であったと主張した。
- (b) ロシアは、第一意見書にて、本件鉄道技術規則がオフサイト検査の規定を定めていることを認めつつ、オフサイト検査を実施するには、一定の条件を満たす必要があると主張した。

¹⁸ 本件パネルは、ロシアは、規格への適合性について「最も高いレベルでの確度」を求めていると認定しており(パネル 7.447)、本件は、事案の性質に鑑み、確度が十分「以上」と争うのは困難な事案であったと考えられる。

- (c) ウクライナは、第 1 回パネル会合の **Opening Statement** で、ロシアは、オフサイト検査を実施するための条件が記載された文書を特定していないと主張した。
- (d) ロシアは、第 1 回パネル会合後のパネル質問への回答及び第二意見書で、オフサイト検査を実施するには、本件検査規格が定める条件(下記参照)を満たす必要があると説明した。
- [1] 製品認証中に、生産状況分析の不適合事例がないこと。
 - [2] 前回の検査において不適合の事実がないこと。
 - [3] 認証製品の品質に関する消費者の訴えがないこと。
 - [4] 認証製品に対する検査が再実施されていないこと。
- (e) ロシアは、第二意見書及び第二回パネル会合の **Opening Statement** で、上記の「規格に不適合であった記録がない」との条件は、生産者単位で適用されるべきと主張した。
- (f) ウクライナは、第 2 回パネル会合後のパネル質問の回答で、上記条件は、製品単位で適用されるべきだが、ロシアの提出証拠は、本件効力停止命令の対象 73 品目のうち 15 品目についてしか、規格不適合の記録があったことを示していないと主張した。
- (g) ロシアは、上記 (f) に対して、上記の「規格に不適合であった記録がない」との条件は、生産者単位で適用されるとの解釈を前提に、ロシアの提出証拠は、本件効力停止命令の対象 73 品目の鉄道機器を生産する全ウクライナ生産者について、規格不適合の記録があることを示していると主張した。

(イ)本件パネルの判断

本件パネルは、TBT 協定 2.2 条の文脈で、申立国は、一応の立証を行うには、代替措置の実施が合理的に可能であることを立証する必要があるとされている点を指摘した上で、同 5.1.2 条第 2 文も、同様に解すべきとする。本件パネルは、その理由として、(i)申立国は、TBT 協定 5.1.2 条第 2 文違反を主張する手法として、代替措置を示す手法と、別の手法を選択でき、代替措置を示す手法を用いる場合、その立証責任も引き受けたと考えられること、(ii)パネルは、申立国が、一応の立証に成功すると、被申立国が反論しない限り、申立国の主張を認める必要があるが、より厳重でない代替措置を示すだけで、一応の立証が十分とすると、当該事実のみに基づき、代替措置が目的に同等に貢献し、実施が合理的に可能であることを認定する必要が生じるか、当該結論は正当化できないことを挙げ

る(パネル 7.431-7.433)。

その上で、本件パネルは、本件効力停止命令について、(i) ウクライナは本件検査規格が定める条件を知り得たこと、(ii) ウクライナ生産者は、認証製品が前回の管理検査で、強制規格等に不適合であれば通知を受けること(すなわち、強制規格等に不適合の履歴を知り得たこと)、(iii) ウクライナは、ロシアから、上記(i) (ii)の情報の入手を合理的な手法で試みたが成功しなかった点を主張できたが、主張していないことを理由に、ウクライナは、代替措置として現場外検査が合理的に実施可能であることを示すためには、本件効力停止命令の対象となった製品が、本件検査規格の条件を充足していたことを示す必要があるとした(パネル 7.519)。その上で、ウクライナは、上記条件が充足されていたことを示していないとして、本件効力停止命令が TBT 協定 5.1.2 条に違反するとの主張を認めなかった。

これに対して、本件パネルは、本件申請拒否決定については、鉄道技術規則 001/2011 に基づく認証申請を処理する際、本件検査規格の条件を満たす場合にオフサイト検査を実施するとの運用¹⁹について、(i) 当該運用は一般に公表されており、知り得たことを示す証拠がないこと、(ii) FBO が、(当該運用について)認証申請を行ったウクライナ生産者に通知したとの証拠も存在しないことを理由に、ウクライナは、代替措置として現場外検査が合理的に実施可能であることを示す際、本件申請拒否決定の対象となった製品が、本件検査規格の条件を充足していたことまで示す必要はなく、ロシアの説明や証拠に依拠し、FBO が、鉄道技術規則 001/2011 の規定より、柔軟な形で、オフサイト検査を実施していることを示せば足りるとする(パネル 7.697-7.699)。その上で、本件パネルは、ウクライナは、一応の立証を果たしたが、本件申請拒否決定を構成する個別決定の一部につき、ロシアは、本件検査規格の条件を充足されていなかったことを示す証拠を示していないとして、TBT 協定 5.1.2 条違反を認定した。

このとおり、本件パネルは、ウクライナが、本件検査規格に関係する事実を、どの程度知り得たかを考慮した上で、ウクライナに求められる立証の程度を、措置毎に判断した。

(ウ) 上級委員会の判断

上級委員会は、本件パネルと同様、*US-COOL* 履行確認上級委員会(前掲)等における、TBT 協定 2.2 条の議論を参考に、同 5.1.2 条第 2 文についても、申立国であるウクライナが、代替措置の合理的に実施可能であるとの一応の立証を行う立証責任を負うことを明ら

¹⁹ ロシアの説明によれば、本件申請拒否決定は、鉄道技術規則 001/2011 及び関連する手続規則(GOST31814-2012)に基づき処理されており、当該規則においては、サンプリング検査は、生産者の施設で実施すべきとされていた。もっとも、ロシアによれば、実際は、本件検査規格の条件を満たす場合には、生産者の施設以外でサンプリング検査を実施することも認められていた(パネル 7.688-7.695)。そのため、本件申請拒否決定についても、FBO の現地検査が不可能であることを理由とする申請拒否の判断の妥当性を検討する上で、本件効力停止命令と同様、本件検査規格の条件の充足性が問題とされた。

かにする(上級委員会 5.187-5.188)。

他方、上級委員会は、*US-COOL* 履行確認上級委員会(前掲)を引用した上で、(i)代替措置は、比較分析を行うための道具上の概念(*conceptual tools*)であり、架空の措置としての性質を有する(*hypothetical nature*)こと、(ii)代替措置の実施は、実施国の国内事情に依存するため、申立国は詳細を把握していないこと等を理由に、ウクライナは、代替措置としての現場外検査が合理的に実施可能であることを示すためには、本件効力停止命令の対象となった製品が、本件検査規格の条件を充足していたことまで示す必要はなかったとする(上級委員会 5.198-5.199)。

このとおり、上級委員会は、ウクライナ(申立国)とロシア(被申立国)のいずれが、本件検査規格の条件が充足されていたことを立証すべきかの問題を考える上で、本件パネルが検討したような、ウクライナが当該条件を認識し得たかや、ウクライナが情報入手を試みたかは関係ないとの立場をとる(上級委員会 5.199 参照)。

(エ) 評価

上記のとおり、本件では、TBT 協定 2.2 条に関する *US-COOL* 履行確認上級委員会(前掲)の判断に依拠しつつ、ウクライナが立証すべき事実を具体的に論じている。上級委員会は、本件パネルの判断を覆しつつ、分析を完了していないため、ウクライナは、どの程度まで立証すれば、立証として足りたのか明らかにされなかったが、上級委員会の判断からは、以下のような点が指摘できると考えられる。

(a) 申立国が主張する代替措置が検討対象であること

まず、上級委員会は、ウクライナが主張する代替措置と、ロシア国内法に基づいて実施可能な措置を区別した上で、ウクライナによる一応の立証としては、前者の代替措置が、単なる理論上のものでない(*merely theoretical in nature*)ことを示せば足りると述べる(上級委員会 5.198)。この判断は、基本的に、*US-COOL* 履行確認上級委員会(前掲)が示した TBT 協定 2.2 条の立証責任に関する議論を踏襲するものである。

上級委員会は、上記のとおり考える理由として、(i)代替措置は、関係性分析の文脈で、措置の貿易制限性を評価するための「概念ツール」(*conceptual tools*)であって、未だ存在しない(又は、申立国が主張するような形態では存在しない)、仮定上の性質を有する措置(*hypothetical in nature*)である点、(ii)代替措置を実施する方法は、措置国の事情に依存しており、申立国は、代替措置の実施方法の詳細を把握する立場にない点を、理由として挙げる。このうち、(i)について、上級委員会は、代替措置が「概念ツール」(*conceptual tools*)である点は、一応の立証に必要な証拠の性質及び内容を示唆すると述べており(上級委員会 5.189)、申立国が、代替措置の具体的な実施方法を示す必要がないことを理論的に正当化する。また、(ii)については、上級委員会は、代替措置の実施方法の詳細の

説明を、申立国に求めるのは「違和感がある」(incongruous)とも述べており(上級委員会 5.189)、実質的な理由から、申立国が、代替措置の具体的な実施方法を立証する必要がないことを指摘する。

上記の議論を前提にすると、申立国が、代替措置が合理的に実施可能であるとの一応の立証を行ったか検討する際、代替措置の実施に伴う措置国の固有の事情まで考慮する必要はなく(この点は、被申立国が反証する)、申立国が描写する代替措置の内容及び関連証拠を考慮して、代替措置が、「単なる理論上のもの」かを判断することが求められていると考えられる。

(b) 代替措置が「単なる理論上のもの」かの検討

では、どの程度の立証を行えば、代替措置が単なる理論上のものでないとの立証として足りるのか。この点は、代替措置の描写方法等、個々の事実関係に大きく依存するため、一般的に論じるのは困難と考えられるが、上級委員会は、当該立証の方法として、(i)代替措置の実施に伴うコストが、それ自体、措置の実施を不可能とするものでないことを示したり、(ii)代替措置の実施に伴い生じ得る技術上の問題が、措置の実施を不可能とする性質のものでないことを示したりする方法を例示しており、当該点に着目することで、以下のとおり、ある程度の類型化は、可能と考えられる。

まず、措置国において、代替措置の実施方法が国内法で規定されている場合や、代替措置が実際に実施されている場合が考えられる。例えば、本件では、現地検査の代替措置としてオフサイト検査を実施することが主張されたが、現地検査に代えてオフサイト検査を実施できることは本件鉄道技術規則に規定があり、一部のウクライナ生産者は、実際に、当該方法を用いて、認証の効力停止を免れていたとの事実が存在しているが、このような事情は、この類型に該当すると考えられる(なお、上級委員会は言及しないが、ウクライナが主張した、非ロシアの専門家・組織を検査官として認定するとの代替措置も、ロシアの国内法に根拠を有しており、この類型に該当すると考えられる)。この類型において、実施方法が国内法で規定されていたり、実際に代替措置が実施されていたりするとの事実は、代替措置の実施が、コストの面でも、技術の面でも問題とならないことを示唆しており、当該事実を示せば、代替措置が単なる理論上のものでないことを示したと判断される可能性が高いと考えられる。

2番目の類型として、措置国において、代替措置の実施方法が国内法で規定されていないが、類似措置が規定されていたり、実際に実施されていたりする場合が考えられる。例えば、*US-COOL* 履行確認(DS384他、パネル2014、上級委員会2015)にて、申立国(カナダ及びメキシコ)は、TBT協定2.2条の文脈で、改正COOL措置の代替措置として、強制的なトラッキングシステムを特定し、当該システムの一部(屠殺段階までのトラッキング)については、類似した米国制度が存在する点を主張したが(*US-COOL* 履行確認パネル(DS384、2014)パラ7.513)、このような事情は、この類型に該当すると考えられる。この

類型において、措置国において類似措置が規定されている又は実施されている事実は、基本的に、代替措置の実施が、コストの面でも、技術の面でも問題とならないことを推認させる。もっとも、申立国が描写する代替措置が複雑であり、代替措置と類似措置との類似性も限定的な場合には、上記推認は弱まると考えられる。

3 番目の類型として、措置国において、代替措置や類似措置の実施方法が国内法で規定されておらず、実際にも実施されていないが、他国では、代替措置と同一又は類似措置が存在する場合は考えられる。例えば、*US-COOL* 履行確認(前掲)では、上述のとおり、改正 *COOL* 措置の代替措置として、強制的なトラッキングシステムが特定されたが、当該システムの一部(屠殺以降のトラッキング)について、類似した制度が他国に存在する点が主張されており、(*US-COOL* 履行確認パネル(前掲)パラ 7.531、7.535 参照)、このような事情は、この類型に該当する。この類型において、他国で同一又は類似措置が規定されている又は実施されている事実は、その検討において、措置国に固有の事情を考慮しないと立場を踏まえると、基本的に、代替措置の実施が、コストの面でも、技術の面でも問題とならないことを推認させると考えられる(但し、2 番目の類型よりも、その推認力は弱いと考えられる)。また、2 番目の類型と同様、申立国が描写する代替措置が複雑であり、代替措置と他国の措置との類似性も限定的な場合には、上記推認は弱まると考えられる。

4 番目の類型として、代替措置と同一又は類似措置が、措置国でも他国にも存在しない場合が考えられる。この類型において、申立国が描写する代替措置が単純な場合は、当該描写から、代替措置が単なる理論上のものでないことを推認できる可能性はある。しかし、申立国が描写する代替措置の内容が複雑になればなるほど、コストの面でも技術の面でも問題とならないことを推認するのも困難になると考えられ、申立国は、一定の証拠を提出して、これら事情を示す必要が生じる可能性がある。

上記分類によれば、本件は、ロシア国内法において、オフサイト検査の規定が存在しており、第 1 の類型に該当する事案であったと考えられる。そのため、上級委員会は、本件パネルの事実認定が十分でないとして、判断を完了しなかったが、ウクライナとしては、オフサイト検査の規定を指摘しており、必要な立証を果たしたと判断される可能性のある事案であったと考えられる。

5. TBT 協定 5.2.2 条について

5.2 加盟国は、5.1 の規定を実施する場合には、次の規定を適用することを確保する。

5.2.2 各適合性評価手続の処理に要する標準的な期間は、公表され、又は要請に応じ処理に要する予想される期間は、申請者に通知される。権限のある機関は、申請を受理した場合には、書類が不備でないことについての審査を速やかに行い、及びすべての不備について正確かつ十分な方法で申請者に通知する。権限のある機関は、必要に応じて是正手段がとられるように、評価の結果を正確かつ十分な方法で申請者にできる限り速やかに伝達する。申請に不備がある場合であっても、申請者が要請するときは、権限のある機関は、実行可能な限り適合性評価の手続を進める。申請者は、その要請により、手続の段階を通知され、及び遅延があればその説明を受ける。

本件パネルは、5.2.2 条は 5 つの手続上の義務を規定するとした上で、ウクライナの主張に基づき、2 番目及び 3 番目の義務について述べる。

(1) 2 番目の義務

2 番目の義務に関して、本件パネルは、当局には、申請を受理した段階で、(i) 書類に不備がないかを審査する義務、及び(ii)申請者に、全ての不備を、正確かつ十分な方法で通知する義務が生じるとした上で、「速やかに」(promptly)は、上記(i)及び(ii)の両方の義務を修飾するとする(すなわち、審査も通知も、速やかに実施すべき義務が生じる)(パネル 7.554-7.555)。また、上記(ii)の通知が、「正確かつ十分」な方法でなされたかは、事案毎に検討する必要があるが、客観的な基準に基づき判断されるべきであり、申請者が申請に不備があることを認識していたかは無関係とする(パネル 7.557)。

その上で、本件申請拒否決定のうち決定 3 について、FBO は、申請に必要な書類や情報が記載された条文番号を伝達している以上、実際に抜けている書類や情報を特定していなくても、「正確かつ十分」な方法で、不備が伝達されたとする(その他の決定については、そもそも、FBO は申請に不備があると判断していない)。

(2) 3 番目の義務

次に、本件パネルは、3 番目の義務に関して、当局は、(i)必要に応じて是正手段がとられるよう、評価の結果を、申請者にできる限り速やかに伝達する義務、及び(ii)当該伝達

において、評価の結果を、「正確かつ十分」な方法でなされるべき義務が生じるとする。このうち、「評価」とは「適合性評価」を言い、「結果」には、適合性評価の実質的な結果(すなわち、規格への適合・不適合)だけでなく、(様々な理由により)適合性を評価できなかったとの事情も含まれるとする。また、通知が「正確かつ十分」な方法でなされたかは、2番目の義務と同様、客観的基準に基づき判断するとする。(パネル 7.558-7.561)

その上で、本件では、3番目の義務との関係で、本件不承認命令及び本件申請拒否決定について、FBOは、評価結果を、「正確かつ十分」な方法で通知したかが争点とされたが、本件パネルは、当該通知は、必要に応じて是正手段を取れるようになされる目的で行われることを理由に、FBOの通知により、ウクライナ生産者は、是正手段を取れるかが分かる程度に通知を受けていたか、との観点から、「正確かつ十分」な方法での通知がなされたかを検討した。なお、本件では、ウクライナ生産者が、是正手段を取れない性質の事情があったことを伝達すれば足りるとされたが、仮に是正手段を取れるような性質の事情であれば、具体的に、どのような是正手段を取るべきかまで伝達する必要があった可能性がある。

6. その後の経過

その後、2020年2月28日及び3月5日に、上級委員会報告書及びパネルが採択され²⁰、同年3月19日には、ロシアは、DSU21.3条に基づく履行を行ったとの報告を行っている²¹。これに対して、ウクライナは、同年3月23日、ロシアに、より詳細な説明を求めているが²²、その後、本件については進展がない。

²⁰ 2020年2月28日のDSB会合は、議題をめぐりタイ・フィリピン間で争いが生じたため、同年3月5日に延期された。

²¹ WT/DS499/11, 25 March 2020.

²² WT/DS499/12, 26 March 2020.