

RIETI Policy Discussion Paper Series 22-P-030

# 【WTOパネル・上級委員会報告書解説⑩】 トルコー医薬品に関する措置(DS583) -上級委員会の機能不全を背景としたDSU25条上訴仲裁の活用-

平見 健太 長崎県立大学



# 【WTO パネル・上級委員会報告書解説⑩】

トルコー医薬品に関する措置(DS583)

----上級委員会の機能不全を背景とした DSU25 条上訴仲裁の活用----\*

平見 健太(長崎県立大学)\*\*

#### 要旨

本件は、2019年12月以来の上級委員会の機能不全を背景に、アドホックな代替的上訴手続としてDSU25条仲裁が活用された初のケースである。本件上訴仲裁手続は、今後活用が予定される多国間暫定上訴仲裁アレンジメント(MPIA)に酷似したものとなっており、その意味で、今後のMPIAの運用を占ううえでも一つの試金石となりうる。問題は、本件上訴仲裁手続が従来の上級委員会手続の単なる複製にすぎないか、あるいは同手続の問題点を修正した新たな上訴メカニズムかという点であるが、本件に関する限り、その仲裁判断は総じて抑制的なものとなっており、上級委員会手続の単なる複製ではないという印象を受ける。とはいえ、本件仲裁判断のみから代替的な上訴手続の行方を占うことは早計である。こうした新たな紛争処理メカニズムにおいては、初期の実践がその後従われる作業上の模範(working paradigm)や法文化を大きく規定することになるところ、初期の案件において審理者たる仲裁人とユーザーたる紛争当事国の双方が、MPIA等をいかに誠実に利用してゆくかが、今後の上訴仲裁メカニズムの在り方を左右するだろう。

キーワード:トルコ、EU、医薬品、DSU25 条、上訴仲裁、MPIA、上級委員会 JEL classification: F13, K33, K41

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。

<sup>\*</sup> 本稿は、(独)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 VI 期)」(代表・川瀬剛志)の成果の一部である。筆者の研究報告に対して研究会の参加者から有益なコメントを頂戴した。ここに記して感謝申し上げる。

<sup>\*\*</sup> 長崎県立大学国際社会学部・准教授(hirami@sun.ac.jp)

# I. 事案の概要

## I-1. 紛争処理手続の経緯

申立国: EU

被申立国: トルコ

第三国: ブラジル、カナダ、中国、インド、インドネシア、日本、ロシア、スイス、ウクライ

ナ、米国(計10か国)

2019年4月2日 協議要請

8月2日 パネル設置要請

9月30日 パネル設置

2020 年 3 月 17 日 パネル構成 議長:Gudmundur Helgason

メンバー: Beverley Pereira, Paulyne Wairimu

2021年11月11日 パネル報告書・当事国配布(加盟国配布はされず)

12月22日 パネル手続の停止

2022 年 3 月 22 日 DSU25 条仲裁手続の合意

4月25日 トルコによる上訴通知 (DSU25条仲裁)

5月4日 仲裁人の構成 議長:Mateo Diego-Fernández Andrade(MPIA 仲裁人)

仲裁人:Seung Wha Chang(元上級委員)

Guohua Yang(MPIA 仲裁人)

7月25日 DSU25条仲裁報告書・配布

8月18日 トルコによる履行意思の表明

## I-2. 申立ての概要

本件にて EU が問題視したのは、トルコの医薬品規制に関する 3 つの措置、すなわち、① ローカライゼーション要求、②現地化された産品に関する輸入禁止、③優先化措置であり(各措置については後述)、EU はこれらの措置が、GATT3.4 条、10.1 条、11.1 条、TRIMs 協定 2.1 条、補助金協定 3.1 条(b)に違反すると主張(Panel Report<sup>1</sup>, paras. 3.1-3.2)。

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Final Panel Report as issued to the parties in *Turkey – Pharmaceutical Products (EU)*, attached to Türkiye's notice of recourse to arbitration, WT/DS583/12 and Add.1 (hereinafter, Final Panel Report, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU)*).

## I-3. 本件紛争の制度的背景

トルコは 2006 年に、医療サービスをトルコの全住民に提供することを目的とした「皆保険制度(Universal Health Insurance Scheme)」を導入し、現在の加入率はトルコ人口の約 99% に達している。本保険制度は医薬品アクセスの保障もその対象としており、こうした制度的文脈の中でトルコの医薬品規制は設けられている。かかる医薬品規制のうち、医薬品の承認から薬価設定、償還までの流れは大要つぎのとおりであるが2、本件紛争に関わるのは医薬品の償還制度(reimbursement scheme)である(下記図表の網掛け部分)。

## 図表:医薬品の承認から薬価設定、償還までの流れ

保健省(Ministry of Health)

業務:販売承認の決定

評価基準:有効性の証拠、安全性、治療の改善、適切な技術と医薬品仕様



薬価委員会(Pricing Commission)

業務:全医薬品の出荷価格の決定

評価基準:外国価格を参照



#### 償還委員会(Reimbursement Commission)

\*本件紛争上は、上位機関たる社会保障機関 (SSI) が実施機関とされている

業務:附属書 4/A リスト(ポジティブリスト)への収載・除外の決定、同等医薬

品グループの決定、償還ルールの設定

評価基準:明確で正式な基準はないとされる



リスト収載 = 保険償還薬として販売



未収載 = 非償還薬に

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> *Ibid.*, paras. 2.2-2.17. トルコの医薬品規制の概要については、みずほ情報総研「海外における 医薬品・医療機器審査制度、審査実態等調査及び分析業務報告書」(2015 年) 71-73 頁;経済産 業省「医療国際展開カントリーレポート:新興国等のヘルスケア市場環境に関する基本情報 トルコ編」(2021 年) 26-29 頁。図表は両資料をもとに作成。

償還制度に関しては、薬価の決定後に、償還対象薬とするか否かが償還委員会(本件紛争上は、償還委員会の上位機関たる社会保障機関(Social Security Institution:以下、SSI)が実施主体とされている)によって決定される。償還対象とされた医薬品は、附属書 4/A リスト(ポジティブリスト)に収載され、保険償還薬として販売されることになる³。

## I-4. 本件措置の概要

EU は、上記の償還制度にかかわる以下の 3 つの措置を特定し、それぞれ WTO 協定に違反すると主張(Panel Report, paras. 2.18-2.33)。

# ① ローカライゼーション要求 (localisation requirement)

→ (i)トルコが外国生産者に対し、一定の医薬品製造の現地化を誓約するよう要求 しており、(ii) 誓約がなされない、受領されない、または遵守されない場合に、関連 医薬品は SSI による償還を受けられなくなる

# ② 現地化された産品に関する輸入禁止(import ban on localised products)

→ 上記のローカライゼーション要求等に従い医薬品を現地化した場合、当該医薬品 の輸入が許可されなくなる

## ③ 優先化措置(prioritization measure)

→ 輸入医薬品が償還制度から除外されない場合であっても、トルコは附属書 4/A リストへの収載申請の審査等において、国産医薬品を優先的に取り扱っている

-

<sup>3</sup> みずほ情報総研「前掲資料」(注2)73頁。

# Ⅱ. パネル判断4の概要

## \*先決的裁定5(トルコの請求とパネルの裁定結果のみ)

トルコは、EUのパネル設置要請について、①問題となっている特定の措置を十分な明確さで明示していないこと、②措置の実施にかかる文書の参照が曖昧なため、文書が特定できないこと、③問題を明確に提示するために十分な申立ての法的根拠を付していないことを理由に、3つの本件措置と一部の請求がパネルの付託事項の範囲外にあると主張(paras.1.3-1.5)。

パネルはいずれの請求についても棄却(paras. 3.1-3.33)。なおパネルは、協議要請とパネル設置要請の起草が専ら申立国の掌るところのものであり、起草のための時間制限もないことを指摘したうえで、申立国がより精確に(more precise)要請を起草すれば、本件裁定のような手続は回避されうると説示(para. 4.3)。

## II-1. 措置の存否(§7.1)

## 紛争当事国の主張

【EUの主張】 ローカライゼーション要求は、その実施に際して多様な手段が用いられるものの、関連する個々の行程は単一の措置の枠内で採られており、よって本件措置は、「単一の結合した措置(single and cohesive measure)」である(para. 7.2)。

【トルコの反論】 EU はローカライゼーション要求の正確な内容(precise content)と存在(existence)を証明していないため、当該措置に関する EU の請求はすべて棄却されるべきである(para. 7.3)。

#### パネルの検討

EU がローカライゼーション要求をどのように描写し、性格付け、申し立てているかによって、EU の提出すべき証拠の種類や、措置の存在を証明するために示す必要のある要素が明らかになる(para. 7.14)。

この点 EU は、本件措置を 2 つの要素から成る複合的な措置、すなわち、(i) トルコが外国生産者に対し、一定の医薬品製造の現地化を誓約するよう要求していること、(ii) 誓約がなされない、受領されない、または遵守されない場合に、関連医薬品は SSI による償還を受けられなくなること、として定義している。こうした描写は、措置の正確な内容を同定する

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Final Panel Report, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU)*.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Preliminary Ruling of the Panel, 10 July 2020, WT/DS583/12/Add.1, Annex A-3.

うえで十分なものといえる。そのうえで、本件措置が「単一の措置(single measure)」として存在しているかが問題となるが、本件措置に関する EU の説明や証拠は、トルコからの反論がない以上、個々の行程を司るローカライゼーション政策が存在することを一応(prima facie)支持し、本件措置が単一の措置として検討可能なものであることを一応証明するものといえる(paras. 7.16-7.17, 7.19-7.21)。

なおトルコは、措置の正確な内容を証明するためにはすべての関連文書を同定すべきである旨の主張を行っているが、かかる主張は、措置の内容と、措置を証明したり実施するための法的文書等を混同するものである。本件にて EU は、ローカライゼーション要求の構成要素として法的文書等に言及しているわけではない (paras. 7.22-7.25, 7.29)。

#### 結論

EUは、ローカライゼーション要求が単一の措置として存在することを証明した(para. 7.31)。

# II-2. GATT3.8条 (a) (§7.2)

## 紛争当事国の主張

【トルコの主張】 ローカライゼーション要求は、医薬品の「調達を規制する法令又は要件」であること、当該調達が「政府機関」によって実施されること、さらに、「政府用として」医薬品の「購入」がなされることから、GATT3.8条(a)の政府調達に関するデロゲーションの範囲に含まれる措置である(para. 7.33)。

【EU の反論】 本件措置は、GATT3.8 条 (a) 上の諸要件を充足するものではないため、同規定の適用対象外である (para. 7.34)。

## II-2-1. GATT3.8 条 (a) の「購入する産品 (products purchased)」の解釈(§ 7.2.4.2)

## パネルの検討

まず、用語の通常の意味に着目すると、日常的な用法では、支払いを通じて産品の所有権を取得する際に、産品を購入すると言われる。こうした所有権の取得(acquisition of ownership)こそが、購入するということの明確な特徴を成し、購入を賃貸等と区別するものである(para. 7.70)。

文脈に着目すると、かつて上級委員会は、「調達(procurement)」を政府が産品を取得する際に準拠されるプロセスと解し、他方で「購入(purchase)」を、調達を実現するための一手段と解した。こうした「調達」と「購入」の関係性を踏まえると、用語の通常の意味

に従った上記解釈は、「購入」の文言に、より広義の「調達」概念(その中には賃貸等の他の手段も含まれる)とは異なる意味を付与するものとなる(para. 7.71)。

趣旨・目的の検討に移ると、もし、消費者の使用する産品の支払いを政府が行うが、政府は当該産品の所有権を取得しないという状況を、政府による「購入」とみなすとした場合、それは、GATT3.8条(a)が保護主義的措置を無制約にカバーするという帰結をもたらす。同規定が GATT3条の内国民待遇義務からの限定的なデロゲーションであることに鑑みると、以上の帰結は GATT の趣旨・目的を蝕むことになる(para. 7.73)。

また、所有権の取得は不要とするトルコの解釈論は、*Canada – FIT* 事件や *India – Solar Cells* 事件における GATT3.8 条(a) の解釈適用とも整合的でない (paras. 7.75-7.77)。

#### 結論

GATT3.8 条 (a) においては、政府が何らかの支払いを通じて産品の所有権を取得する場合に、当該産品は政府によって「購入」される (paras. 7.74, 7.81)。

## II-2-2. SSI は小売薬局から医薬品を購入しているか (§7.2.4.3)

## パネルの検討

ここでは、Medulaシステムでの承認時に(あるいはその他の方法で)、SSIが附属書 4/A リストにある医薬品の所有権を取得するのか否かを評価しなければならない。この点、政 府が産品の所有権を取得するための取引の範囲(the range of transactions)は多様であり、 また、所有(権)を構成するものの具体的特徴も、産品の性質のような要因次第で多様で ある。よってパネルは、以上の問題を評価する際に、SSIが産品に対して所有権に関連す る類の何らかの法的権利を取得するのかどうかを検討する(paras. 7.82-7.84)。

検討の結果、SSI が自らの償還する医薬品に対して何らかの法的権利(占有権、支配権、別除権、収益権、処分権等)を取得していると結論づけるための根拠を、パネルは見出すことができない。また、Medulaシステムの承認は、患者がSSI の保障範囲にあり、処方薬が附属書4/Aリストに収載されていることを確認するものでしかなく、かかる承認により、SSI が医薬品に対する権原を取得するとみなすことはできない。さらに、いずれの第三国も、SSI が医薬品の所有権を取得するとは考えていないことにも留意する(paras. 7.85-7.89)。

#### 結論

SSI は医薬品の所有権を取得しておらず、よって、SSI による医薬品の償還は GATT3.8 条 (a) 上の「購入」には該当しない (para. 7.90)。

# II-2-3. 小売薬局の医薬品購入(§7.2.4.4)

## パネルの検討

トルコは、たとえ SSI 自身が医薬品を「購入」していないとしても、小売薬局が SSI に代わり (on behalf of)、自ら「政府機関」として医薬品を「購入」しているとの代替的主張も行っている。この点、GATT3.8 条 (a) の文言は、政府機関が「仲介者 (intermediary)」を通じて産品を購入することを必ずしも排除していない。しかし、3.8 条 (a) に該当するためには、かかる購入が、政府による購入産品の所有権取得につながる方法で行われなければならない (paras. 7.92, 7.96-7.98)。

なお、両紛争当事国は、SSI が小売薬局の行動をどの程度支配しているかにつき見解を対立させているが、この争点は、SSI による所有権取得の有無とは直接関係がない。そしてもし、私人が政府により産品購入を指示または指揮されたとして、そうした指示が私人を「政府機関」に転化させ、その帰結として当該私人の購入が GATT3.8 条 (a) の対象になるとすれば、およそ政府が私人に課すあらゆるローカルコンテント要求は、同規定の対象になってしまうであろう (paras. 7.99-7.102)。

## 結論

SSI が医薬品の所有権を取得していないとする上記結論を想起しつつ、私人たる小売薬局は、GATT3.8 条(a)上の「政府機関」に該当しないと結論する(para. 7.103)。

## II-2-4. GATT3.8条 (a) の残りの要素 (§7.2.4.5)

## パネルの検討および結論

ここまでの検討により、本件ローカライゼーション要求は GATT3.8 条 (a) の適用対象外であると既に認定されたため、同規定上の残りの要素を検討する必要はない (para. 7.104)。

なお、India – Solar Cells 事件パネルは、上級委員会による審理を念頭に、請求や抗弁を処理するうえで厳密に必要な範囲を超えて追加的な認定を行っていた。この点、本件紛争の状況下では、請求や抗弁の処理にとって必要な範囲を超えて追加的な認定や所見を示す決定的理由(compelling reason)はない(paras. 7.105-7.106)。

# II-3. GATT3.4条(§7.3)

#### 紛争当事国の主張

【EUの主張】 ローカライゼーション要求は、償還制度の対象から輸入医薬品を除外することにより、同種の国内産品よりも不利な待遇を当該輸入医薬品に付与するものであるため、GATT3.4条に反する(para. 7.109)。

【トルコの反論】 本件措置は GATT3.8 条(a) の対象であるため、3.4 条は適用されない。また、3.4 条とのいかなる不整合も20条(b) または20条(d) により正当化される(para.7.110)。

#### パネルの検討

GATT3.4条にもとづく請求の諸要素につき、トルコが何らの反論も提示していないという事実は、EUの請求が根拠の確かなものである旨、パネルが即座に結論づけるための十分な基礎をなす(para. 7.121)。

(そのうえでパネルは、措置の存在と GATT3.4 条上の要件該当性、すなわち、同種性、「要件」への該当性、輸入産品に対する不利な待遇の付与を簡潔に認定(paras. 7.122-7.126))

#### 結論

本件ローカライゼーション要求は、GATT3.4 条に反する (para. 7.127)。

## II-4. GATT20条(§7.4)

## 紛争当事国の主張

【トルコの主張】 ローカライゼーション要求は、安全かつ効果的で手頃な医薬品へのアクセスを、トルコ領内のすべての患者に保証すべく設計されており、かかる目的を達成するうえで必要なため、GATT20条(b)の適用対象である。また、20条(b)により正当化されない場合には、その代わりに(in the alternative)、利用し易く効果的で財政的にも持続可能な医療を保証するトルコ法令の遵守を確保するために必要な措置として、20条(d)にもとづき正当化される(para. 7.129)。

【EUの反論】 トルコの主張する目的が20条(b)の範囲内にあり、極めて死活的で重要なものであることには同意するが、本件措置がかかる目的の達成のために設計されているとはいえず、必要であるともいえない。20(d)に関しても同様である(para.7.130)。

## II-4-1. GATT20条(b)(§7.4.2)

① ローカライゼーション要求は人の生命または健康を保護するために採られた措置か (§7.4.2.3.2)

## パネルの検討

ここでの争点は、ローカライゼーション要求が、安全かつ効果的で手頃な医薬品の長期的な供給不足のリスク(a risk of long-term shortage of supply)を避けるために採られた措置であることを、トルコが証明しているかどうかである。輸入品への過度な依存から生じうる供給リスクを回避すべく採られた措置に関する先例は複数存在するが、これらの先例では一貫して、最低でも、この種のリスクが単なる仮説的な可能性以上のもの(more than a merely hypothetical possibility)であることの証明が求められてきた。この点、生命または健康に対する特定のリスクが現実化する相当程度の蓋然性(substantial degree of probability)が示される場合には、問題となる措置が当該リスクに対する保護のために採られた措置であることを証明するのはより容易(easier)になるが、他方で、そうした蓋然性を示すことなくリスクを主張する場合には、被申立国の証明はより困難(more difficult)になる(paras. 7.163, 7.165-7.171)。

トルコは、自らの主張する医薬品供給リスクが仮説的なものではないことを示す証拠として、報道記事等を提出している。しかしこれらの証拠は、トルコにおける医薬品供給不足の例を示すものではあっても、外国生産者の経営判断によって生じる特定産品の供給不足、または、為替変動を理由に医薬品が SSI の支払能力を超えることから生じる供給不足の例を示すものではない。過去の供給不足の例とトルコの過度な輸入品依存を結びつける証拠がない以上、トルコの主張するリスクは仮説的なものとみなすほかない(paras. 7.172-7.177)。

以上に加え、トルコの主張するリスクは、いかなるセクターや市場にあっても存在しうるような、過度に一般的な性格のものである。こうした一般的な主張は、WTO 加盟国経済のあらゆるセクターに関して、恒常的な産品不足のリスクが存在するとの結論に繋がるもので、トルコの論理に従えば、人の生命または健康のために必要な産品・セクターの自由化が、20条(b)上の人の生命または健康に対する恒常的なリスクを創出する、ということになる(para. 7.178)。

このように、トルコの主張するリスクが仮説的で、過度に一般的な性格のものであることは、安全かつ効果的で手頃な医薬品の将来的な供給不足から保護するために本件措置が採られたとする主張に、深刻な疑義をもたらすものである(para. 7.180)。

また、本件措置の基礎をなす3つの主要な法的文書(第10次発展計画2014-2018、医療産業行動計画のための構造改革プログラム、第64次政府行動計画2016年版)を検討したところ、これらの文書は、本件措置が公衆衛生上の目的ではなく、産業政策目的を追求するもののようであることを強く示唆している。加えて、医薬品・医療機器庁(TMMDA)の複数の戦略計画や保健省の戦略計画などの他の関連文書も、パネルの上記所見を支持するものといえる(paras. 7.181-7.191, 7.192-7.198)。

なおパネルは、COVID-19 パンデミックを契機に、多くの WTO 加盟国が医薬品に関するサプライチェーン上のリスクを軽減すべく国内生産を検討していること、また、かかる国内生産がサプライチェーンの持続可能性(sustainability)をより強化しうるとの国際社会のコンセンサスが醸成されつつあることを承知している。しかしこのことから、医薬品の国内生産増のために WTO 加盟国が採るあらゆる措置が、人の生命または健康保護を目的に採られたものとみなされなければならないという帰結が導かれるわけではない(paras. 7.179, 7.209-7.210)。

## 結論

本件ローカライゼーション要求が人・動物・植物の生命または健康の保護のために採られた措置であることを、トルコは証明していない(para. 7.211)。

#### ② GATT20条(b)の残りの要素(§7.4.2.3.3)

#### パネルの検討および結論

本件ローカライゼーション要求は、人・動物・植物の生命または健康の保護のために採られた措置ではないと認定されたため、20条(b)の残りの要件や柱書の要件への該当性を評価する必要はない。また、本件紛争の状況下では、請求や抗弁の処理にとって必要な範囲を超えて追加的な認定や所見を示す決定的理由はない(paras. 7.212-7.214)。

#### II-4-2. GATT20条(d) にもとづく代替的抗弁(§7.4.3)

#### パネルの検討および結論

GATT20条(d) に関するトルコの主張は、20条(b) に関する自らの主張と実質的に同じであるところ、こうした主張内容の重複に鑑みれば、20条(b) に関するパネルの分析は、20条(d) にもとづく抗弁の分析にも準用( $mutatis\ mutandis$ ) される。よって、20条(b) に関する証拠の評価から、本件ローカライゼーション要求が、利用し易く効果的で財政的に

も持続可能な医療を保証するトルコ法令の遵守を確保するために採られた措置であることを、 トルコは証明していないとの結論が導かれる (paras. 7.217-7.218)。

## GATT20条に関する全体的な結論

トルコは、本件ローカライゼーション要求が GATT20 条 (b) もしくは (d) にもとづき正 当化されることを証明していない (para. 7.219)。

# II-5. 追加的請求(§7.5)

## II-5-1. 補助金協定 3.1 条 (b) (§ 7.5.2)

## 紛争当事国の主張

【EU の主張】 トルコの償還制度は補助金協定 1.1 条上の補助金交付を伴うものであるところ、ローカライゼーション要求が国産品の優先使用を当該補助金交付の条件としている点は、補助金協定 3.1 条(b) に反する (para. 7.227)。

【トルコの反論】 (省略)

#### パネルの検討および結論

EU の本件請求は、GATT3.4 条にもとづく請求をパネルが棄却した場合の条件的・代替的な請求であるところ、パネルは既にトルコの GATT3.4 条違反を認定している。よって、本件請求の検討は不要である(paras. 7.229-7.300)。

# II-5-2. TRIMs 協定 2.1 条(§ 7.5.3)

## 紛争当事国の主張

【EUの主張】 ローカライゼーション要求は、GATT3.4 条に反する「物品の貿易に関する投資措置」に該当するため、TRIMs 協定 2.1 条にも反する(para. 7.235)。

【トルコの反論】 (省略)

#### パネルの検討

訴訟経済に関しては、2つの問題を区別して検討することが有益である。第1に、所定の請求につき裁定を控える裁量をパネルが有しているかどうかであり、この問題は、履行の観点からみて当該裁定が不必要な(superfluous)ものかどうかに拠る。この点が肯定され

る場合、第2に、パネルが当該裁量を行使すべきかが問題となるが、かかる裁量権限の行使は、事案の状況に関するパネルの判断に左右される(para. 7.238)。

この点、履行の観点からみても、パネルが既にGATT3.4条違反を認定している場合には、同一の措置につき TRIMs 協定上の同性質の義務との整合性を追加的に認定することは、原則不要である。またパネルは、本件紛争の中心的争点の検討に際して効率的アプローチ(economical approach)を採用し、本件紛争の状況下では、請求や抗弁の処理にとって必要である以上に追加的な認定や所見を示す決定的理由はないと判断していた(paras. 7.239-7.243)。

#### 結論

本報告書の各所で用いられているアプローチに従い、パネルは、TRIMs 協定 2.1 条にもとづく追加的認定を行う決定的理由はないと考える。よって、本件請求については訴訟経済を行使する(para. 7.245)。

## II-5-3. GATT10.1 条(§7.5.4)

#### 紛争当事国の主張

【EU の主張】 ローカライゼーション要求の条件等につき迅速な公表を怠ったことにより、トルコは GATT10.1 条に反する (para. 7.248)。

【トルコの反論】 (省略)

#### パネルの検討

GATT10条は、措置の実体面ではなく措置の公表や運用を規律するものであるが、措置の 実体面につき GATT上の義務違反が認定される場合、当該措置は履行を通じて消滅すること になるため、かかる措置の公表や運用に関する追加的認定は原則不要である。そのうえで、 パネルは自らが本件において効率的アプローチを採用していることを想起する(paras. 7.251-7.252, 7.257)。

#### 結論

GATT10.1 条にもとづく追加的認定を行う決定的理由がないため、本件請求については訴訟経済を行使する (para. 7.258)。

## II-5-4. GATT11.1 条(§7.5.5)

#### 紛争当事国の主張

【EUの主張】 ローカライゼーション要求等に従い医薬品を現地化した場合、当該医薬品の輸入は許可されなくなるが、こうした「現地化された産品に関する輸入禁止」はGATT11.1 条に反する (para. 7.260)。

【トルコの反論】 (省略)

#### パネルの検討

先例があるように、同一の措置が GATT3.4 条と 11.1 条にもとづき申し立てられる場合、訴訟経済行使の判断は比較的簡単である。他方で本件では、EU がローカライゼーション要求と現地化産品に関する輸入禁止を二つの別個の措置として同定しているため、訴訟経済行使の可否は必ずしも簡単ではない。というのは一般的に、二つの固有の措置が存在する場合、一方に関する認定が他方の修正・撤回を導くことは期待されないからである(para. 7.265)。しかしながら、本件輸入禁止措置は二つの要素から構成されており、そのうちの一つはローカライゼーション要求それ自体である。したがって、ローカライゼーション要求に関するパネルの認定により、(履行を通じて)当該要求だけでなく輸入禁止措置も消滅することになる。そのうえでパネルは、自らが本件において効率的アプローチを採用していることを想起する(paras. 7.266-7.270, 7.274)。

#### 結論

GATT11.1 条にもとづく追加的認定を行う決定的理由がないため、本件請求については訴訟経済を行使する (para. 7.275)。

## II-6. 優先化措置(§7.6)

#### 紛争当事国の主張

【EUの主張】 トルコは、附属書 4/A リストへの収載申請の審査等において、国産医薬品を優先的に取り扱っているところ、かかる優先化措置はそれ自体として(as such)、GATT3.4 条に反する(para. 7.277)。

【トルコの反論】 EU はトルコ当局のいかなる ongoing conduct も示しておらず、よって優先化措置の存在を証明していない。また EU は、当該措置が同種の国内産品との関係で輸入品に不利な待遇を付与していることを証明してない(para. 7.278)。

## II-6-1. 措置の存否(as such もしくは ongoing conduct のいずれか)(§ 7.6.4.2)

#### パネルの検討

EUのパネル設置要請や意見書における措置の描写、トルコの先決的判断要請に対するEUの回答等を踏まえると、EUは、優先化措置を ongoing conduct としてではなく、措置それ自体として (as such) 請求の対象としている (paras. 7.300-7.319)。

そのうえで、EU が自らの描写した措置の存在を証明したかどうかを検討すると、まず、本件措置がより広い政策的文脈に根ざした包括的な(overarching)措置であることを EU は証明しており、また、本件措置が上述の審査プロセス等における国内産品の優先を義務付けている(mandate)ことも認められる。さらに、本件措置は成文の法的文書に規定された、一般的・将来的適用のある規則ないし規範であると考えられる(paras. 7.304, 7.312, 7.320-7.322)。

# II-6-2. GATT3.4条(§7.6.4.3)

## パネルの検討

第1に、EUは、優先化措置の影響を受ける国産医薬品と輸入医薬品が同種の産品である ことにつき一応の証明を行っており、トルコは何ら反論していない(paras. 7.325-7.328)。

第2に、優先化措置が、優先的審査の利益を得るための条件として現地生産の要件を課していること等に鑑みると、当該措置はGATT3.4条上の「要件」に該当する(paras. 7.329-7.331)。

第3に、附属書 4/A リストへの収載等に関し、国産品が同種の輸入産品に比してより迅速なアクセスを有することは、当該国産品に対して競争上の利益を付与するものといえる(輸入産品に対する不利な待遇を認定)(paras 7.332-7.333)。

#### 優先化措置に関する全体の結論

EU は本件優先化措置の存在を証明したものと認定する。また、当該措置は GATT3.4 条に 反する(para. 7.334)。

# III. DSU25 条上訴仲裁判断の概要

# III-1. 仲裁手続を効率化するための措置(§2)

90日以内の仲裁判断発出のために、DSU25条仲裁のための合意手続(Agreed Procedures)
<sup>7</sup>12項にもとづき、手続を効率化するための種々の措置を採用。たとえば、意見書のページ制限に関する決定、口頭聴聞におけるステートメントの時間制限に関する決定、口頭聴聞前の質問送付、タイトな口頭聴聞スケジュールの採用など。加えて、トルコの DSU11条請求を本件の審理対象から除外する可能性につき、両紛争当事国と協議が行ったが、最終的に除外する必要はないと判断(paras. 2.2-2.3)。

# III-2. GATT3.8条 (a) (§6.2)

# III-2-1. GATT3.8条(a)の解釈(§6.2.2)

#### 紛争当事国の主張

【トルコの主張】 パネルは以下の2点につき解釈を誤った。すなわち、①GATT3.8条(a)が、政府機関(governmental agency)による購入を要件としていると解釈したこと。②「購入」を、売り主から買い主への産品の所有権移転を伴うものと解したこと(para. 6.27)。

【EUの反論】 トルコの提起する解釈問題はパネルでは扱われておらず、これらの問題を検討するためには新たな事実の検討を要するため、仲裁人は以上の請求を退けるべきである。いずれにせよ、パネルは両論点につき正しく解釈を行った(paras. 6.28, 6.35)。

## 仲裁人の検討

トルコの主張①について、たしかにトルコは、パネル段階で同一の解釈論を展開していた わけではないが、パネルは GATT3.8 条(a)の「購入する産品(product purchased)」という 文言を検討している以上、ここでトルコが提起した解釈問題は、パネル報告において対象と された法的問題に該当する。また、本問題については新たな事実の検討は不要である(para. 6.36)。

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Award of the Arbitrator, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU) (Article 25)*, WT/DS583/ARB25 and Add.1, 25 July 2022 (hereinafter, Award of the Arbitrator, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU) (Article 25)*).

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS583/10.

そのうえで解釈の問題に移ると、①3.8 条(a)の「政府機関による」という文言は、「調達」を実施する主体を同定するものであること、②同規定の文言は「調達」と「購入」が別概念であることを示唆し、「購入」は「調達」を実現するための一手段にすぎないこと、そして、③同規定には「購入」する主体を明示的に特定する文言が存在せず、このことが、「購入」の態様や状況については何らの制約も課さないという(起草者)意図の現れと解されること等に鑑みると、政府機関のみが「購入」の主体たりうるという要件が3.8 条(a)に存在するとはいえない。なお、3.8 条(a)が適用されるためには他の諸要件も満たす必要がある以上、我々の上記解釈が、条文それ自体の設定するところを超えてデロゲーションの範囲を拡張することにはならない(paras. 6.41-6.47)。

また、EU は自らの主張する解釈のために、Canada – FIT 事件および India – Solar Cells 事件の上級委員会報告を援用しているが、両紛争では、非政府機関が 3.8 条 (a) 上の購入者になりうるかどうかは争点となっていなかった。こうした文脈を抜きにすれば、たしかに上級委員会の言明は、上級委員会が 3.8 条 (a) を政府機関による購入にのみ適用されると解釈したようにも受け取れるが、これらの言明は、両紛争において政府機関が産品の調達と購入の双方を担っていたことを反映してなされたものと解される。その限りにおいて、両上級委員会報告は本件の解釈問題にとって限定的な意味しかもたない(para. 6.48)。

#### 結論

3.8 条 (a) が政府機関による購入を要件とするとしたパネルの解釈は、誤りである。なお、 本件紛争の解決にとって、トルコの主張②を検討する必要はない(paras. 6.49-6.50)。

#### III-2-2. GATT3.8 条 (a) の適用 (§ 6.2.3)

## 紛争当事国の主張

 $6.52)_{\circ}$ 

【トルコの主張】 パネルは GATT3.8 条(a)の解釈を誤った結果、①SSI による医薬品の購入がなかったとして 3.8 条(a)を適用しないという誤った認定を行った。また、②SSI が医薬品の所有権を取得していないことを理由に、SSI による購入がなかったものと誤って認定した。さらに、③たとえパネルの解釈が正しいとしても、Medula システムを通じて SSI に所有権の移転があったものと認定すべきであった。④パネルは、小売薬局が SSI に代わって卸売業者から医薬品を購入しているわけではないと誤って認定した(para. 6.51)。【EUの反論】 トルコの請求はパネルの事実認定に深く関わる問題であるところ、トルコは DSU11 条を援用していないため、以上の請求は本仲裁の審理の対象外である(para.

# 仲裁人の検討

トルコの主張①について、ここでの争点は、SSI が附属書 4/A リストに掲載された医薬品を調達したかどうかであるが、本問題についてパネルは認定を行っていない。この点、両当事国は、パネルの記録上に、我々が分析を完了する(complete the analysis)うえで十分な事実認定と争われていない事実が存在することについて合意している。加えて、いずれの当事国からもデュー・プロセス上の懸念は提起されていない(para. 6.56)。

## ① SSI は附属書 4/A リストに掲載された医薬品を調達したか (§6.2.3.1)

## 仲裁人による「分析の完了」

既述のとおり「調達」とは、政府が産品を取得する際に準拠されるプロセスを指す。政府による産品の取得があるというためには、政府機関が政府用に購入する産品に対して一定程度の支配(a certain level of control)を有している必要があり、所有権取得はその一例である(paras. 6.57-6.58)。

この点、調達と購入を同一視することはできないが、パネルが購入の問題を検討するために行った種々の事実認定は、我々が調達の問題を検討するうえでも等しく関連する。とりわけパネルは、償還制度のいかなる段階においても、SSIが医薬品を物理的に所有することはない旨認定しており、また、償還対象の医薬品に対し、SSIが所有権その他の法的権利を取得することもない旨認定している(paras. 6.59-6.63, 6.65)。

加えて、小売薬局が自己の医薬品在庫を管理していること、小売薬局は卸売から医薬品を入手する際に所有権を取得し、その後、小売薬局から当該医薬品を入手した最終消費者に所有権が移転すること等については争いがなかった。また、小売薬局が政府から「独立して」 医薬品の所有権を取得することも、パネルによって適切に認定されている(paras. 6.64-6.67)。

なお、SSIへの所有権移転が存在しないとするパネル認定に関して、トルコは、パネルによる事実や証拠の評価にまで及ぶ主張も行っているが、DSU11条にもとづく請求がなされていない以上、こうした主張は本件審理の対象外である(para. 6.65)。

#### 結論

SSI が GATT3.8 条 (a) 上の調達を行ったとはいえない (para. 6.68)。

#### GATT3.8 条(a) に関する請求全体の結論

政府機関による調達が存在しないことにもとづき、本件ローカライゼーション要求はGATT3.8条(a)の適用対象外であると認定する。したがって、パネルとは異なる理由によってではあるが、パネルの認定(パネル報告書 paras.7.107&8.1.b.ii)を支持する(para.6.69)。

なお、トルコの残りの主張(上記②~④)を検討したとしても、SSIによる調達の不存在という結論に影響はないため、本件紛争の解決の観点からも、残りの主張の検討は不要である。よって、「購入する産品」の文言に関わるパネルの認定(Panel Report, paras. 7.66-7.81)や、ローカライゼーション要求が政府機関による医薬品の購入を伴わないとするパネルの認定(Panel Report, paras. 7.90, 7.103, 7.104)は、ムートとなる(para. 6.70)<sup>8</sup>。

# III-3. GATT20条(b)(§6.3)

# III-3-1. GATT20条(b)の解釈(§6.3.2)

① パネルは GATT20 条 (b) における「デザイン」テストと「必要性」テストを混同したか (§ 6.3.2.1)

#### 紛争当事国の主張

【トルコの主張】 パネルの解釈は、GATT20 条(b) における「デザイン」テストと「必要性」テストを混同するものであり、その結果、同規定にもとづく WTO 加盟国の規制権限を制約することとなっている(paras. 6.93-6.94)。

【EU の反論】 パネルの GATT20 条 (b) 解釈に誤りはない (para. 6.95)。

#### 仲裁人の検討

パネルは第1に、先例を通じて用いられてきた必要性要件に関する2段階テスト(まず、問題となる措置が人・動物・植物の生命または健康の保護のために設計(デザイン)されたものかを審査し、それが肯定される場合に、必要性の審査に進む)を踏襲したうえで、その第1段階のテスト(「デザイン」テスト)のための合理的な基準を定立している(paras. 6.90-6.92, 6.96-97, 6.101)。

第2に、パネルは上記の「デザイン」テストに関連する3つの認定を行っている。すなわち、①トルコの主張するリスクが仮説的なものにすぎないこと、②ローカライゼーション要求の実施は産業政策目的の追求にみえること、③当該措置とトルコの主張する目的とのあいだの合理的関係性を示す証拠の不存在、である。パネルは明示的には述べていないものの、これらの認定は、トルコの措置が「デザイン」テストの法的基準を満たさないとする結論を、パネルが合理的に導くことを可能ならしめるものである(paras. 6.98-6.99, 6.101)。

<sup>8</sup> 該当のパネル認定がなぜムートになるのかについては、本件合意手続9項を参照。

なお、「デザイン」テストと「必要性」テストは完全に分離されるものではなく、証拠の 一定程度の重複や検討内容の相互連関はありうる(para. 6.102)。

#### 結論

以上より、パネルが GATT20 条 (b) の法的分析における「デザイン」テストと「必要性」 テストを混同し法的な誤りを犯した、とはいえない (para. 6.103)。

② パネルが健康リスクに関して「相当程度の蓋然性」を要求したことは誤りか(§ 6.3.2.2)

## 紛争当事国の主張

【トルコの主張】 パネルは、リスクが現実化する「相当程度の蓋然性 (substantial degree of probability)」を要求する法的基準を定立し、それにより、GATT20条 (b) のリスク概念に計量的な次元・水準 (quantitative dimension) を誤って導入した (para. 6.104)。

【EUの反論】 パネルはトルコの主張するような見解を示してはおらず、リスクの相当程度の蓋然性が示されれば、「デザイン」テストにおいて被申立国の負う証明がより容易になると述べているにすぎない(つまり、他の証明方法もありうる)(para. 6.105)。

#### 仲裁人の検討

我々は、問題となる措置が人・動物・植物の生命または健康の保護のために採られたものか否かを評価するために、本件パネルがリスクの相当程度の蓋然性を要求する法的基準を定立したとは考えない。パネルは単に、かかる蓋然性に関する証拠がない場合には、「デザイン」テストにおける被申立国の証明がより困難になると指摘したにすぎない(para. 6.110)。

## 結論

パネルの言明を、誤った法的基準の定立や解釈の誤りとして解することはできず、同様に、 GATT20条(b)のリスク概念に計量的な水準を導入したともいえない(paras. 6.110-6.111)。

③ パネルが他の条文に関する過去のパネル報告書に依拠したことは誤りか(§6.3.2.3)

#### 紛争当事国の主張

【トルコの主張】 ①パネルは、GATT20条(b)との文言上の差異にも関わらず、GATT20条(a) や (j)、GATS14条(a) に関する過去のパネル報告書に誤って依拠した。②本件パ

ネルによる *Brazil – Taxation* パネル報告書の解釈は誤読であり、GATT20 条(b) に関するパネルの解釈を支持するものではない (para. 6.112)。

【EU の反論】 GATT20条(b) と上述の他の規定群とのあいだには、「デザイン」テストにおけるリスクの存否評価の文脈では共通性があり、それゆえ、本件パネルの参照が文脈上の関連性を持つこと自体は否定できない。また、たとえ本件パネルによる過去の報告書の参照が不正確なものであったとしても、そもそもパネルの GATT20条(b) 解釈は、上記の参照に依存するものではない(para. 6.114)。

## 仲裁人の検討

トルコの主張①について、本件パネルが該当の諸先例を引用した文脈に鑑みると、パネルが提示した一般的な所見は、過去のパネル報告書の不合理または不正確な描写とはいえない。また、既に認定したとおり、本件パネルは「デザイン」テストのための適切な法的基準を定立しているが、かかる基準の定立に際して、一連のパネル報告書の参照が決定的な役割を果たしたわけではない(paras. 6.117-6.119)。

トルコの主張②について、主張するリスクの存在を被申立国が証明できなかった場合について、本件パネルが *Brazil – Taxation* 事件を参照することは、当該事件の内容に鑑みても誤りではない(paras. 6.120-6.122)。

#### 結論

パネルが過去の報告書に依拠したことは誤りとはいえない (para. 6.123)。

#### III-3-2. GATT20条(b)の適用(§6.3.3)

## 紛争当事国の主張

【トルコの主張】 ①パネルは、GATT20条(b)の解釈を誤った結果、同規定を正しく適用しなかった。②パネルは、トルコの主張する健康リスクを矮小化(narrowing)したことにより、リスク評価を誤った(para. 6.124)。

【EUの反論】 トルコの主張は、解釈の誤りに関する自らの主張に専ら依存するものであるところ、パネルの解釈に誤りがない以上、本件主張も退けられるべきである(para. 6.125)。

#### 仲裁人の検討

トルコの主張①について、本請求の態様は、GATT 20条(b)の解釈に関する請求の結果に付随するものであり、その主張も、解釈の誤りに関して展開した主張の繰り返しである(para. 6.127)。

トルコの主張②について、トルコの議論や証拠を適切に検討しなかった結果、パネルがリスクを再定義してしまったという主張であるが、かかる主張は、パネルによる事実や証拠の評価に及ぶ問題であり、DSU11条にもとづく請求のもとでのみ検討されうる。この点、トルコは本論点に関して DSU11条を援用していない(paras. 6.128-6.129)。

## 結論

トルコは、パネルが GATT20 条 (b) の適用を誤ったことを証明していない (para. 6.130)。

### III-3-3. DSU11条(§6.3.4)

#### 紛争当事国の主張

【トルコの主張】 ①パネルは、ローカライゼーション要求の実施に関する文書のみを参照し、他の主張や証拠を意図的に無視した。②パネルは上記の諸文書を個別に参照し、それらを一体的に評価すること(holistic assessment)を怠った(para. 6.131)。

【EU の反論】 パネルはトルコの主張するようないかなる誤りも犯していないが、いずれにせよ、それらの誤りは DSU11 条違反に相当するものではない (para. 6.132)。

#### 仲裁人の検討

トルコの主張①について、パネル報告書では、ローカライゼーション要求に関して、またその実施の各段階に関して徹底的な議論がなされており、トルコの提出した主張や関連証拠をパネルが無視したことを示すものは見当たらない(paras. 6.135-6.139)。

トルコの主張②について、ここでのトルコの主張は、パネルによる GATT20 条 (d) の解釈・適用と事実の評価に対する見解の不一致にもとづくものである。この点、先例を通じて示されているように、一般的に、認定に際していかなる証拠を用いるかはパネルの裁量の範囲に属し、証拠に対して紛争当事国と同じ意味や重みを付与する必要はない。またトルコは、なぜ、諸文書の一体的な評価がパネルの分析とは異なる結果をもたらすのかを説明していない(paras. 6.140-6.141)。

## 結論

パネルが自己に付託された問題の客観的評価を怠ったとはいえない (para. 6.142)。

# III-4. GATT20条(d)(§6.4)

## 紛争当事国の主張

【トルコの主張】 パネルは、GATT20 条(d) にもとづくトルコの抗弁を検討するに際して、専ら20条(b) における自らの法的分析に依拠したことにより、誤った法的基準にもとづく認定を行った(para. 6.152)。

【EUの反論】 パネルは、誤った法的基準には依拠しておらず、ローカライゼーション要求がトルコの関連国内法令の遵守を確保するために設計された(designed)ものか否かを正しく分析した(para. 6.153)。

#### 仲裁人の検討

我々の見解では、もしパネルが、トルコによる GATT20 条 (d) の援用を検討する際に、同規定に関して通常用いられる分析の順序に従うとともに、適用可能な法的基準を明確化していたならば、より賢明 (prudent) であり、合理的 (reasonable) であっただろう (para. 6.160)。

とはいえ、我々は、パネルの分析方法が法的な誤りを構成するとは考えない。すなわちパネルは、ここでのトルコの主張が GATT20 条 (b) のもとでの主張と同等・同義のものであったことを踏まえつつ、先に 20 条 (b) の文脈でローカライゼーション要求が産業政策を目的とするものと認定していたことにもとづいて、当該措置と関連国内法令の遵守確保という目的との間に合理的な関係性が存在しないという認定に、黙示的ながらも必然的に (implicitly but necessarily) 到達したものと思われる。 20 条 (d) に関するトルコの主張態様に鑑みれば、パネルが 20 条 (b) における自らの分析を 20 条 (d) に関するトルコの抗弁の分析にも準用したことは、法的な誤りを構成するものではない (paras. 6.165-6.167)。

また、20条(d)の諸要件が累積的なものであることに留意すれば、ここでのパネルの認定だけでも、本件ローカライゼーション要求が関連国内法令の遵守確保のために採られたものではないと結論づけるのに十分であった(para. 6.168)。

#### 結論

パネルが誤った法的基準を適用したことをトルコは証明しておらず、よって、パネルの認定 (Panel Report, paras. 7.219 & 8.1.b.iv) を支持する (para. 7.239)。

# IV. 考察

### IV-1. 手続上の論点

本件は、2019 年 12 月以来の上級委員会の機能不全を背景に、アドホックな代替的上訴手続として DSU25 条仲裁が活用された最初のケースである。本件仲裁のための合意手続(Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU:以下、合意手続) %の内容からも理解されるとおり、その仲裁手続の設計は、EU が旗振り役を務める多国間暫定上訴仲裁アレンジメント (Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement:以下、MPIA) 10 に酷似したものとなっており11、その意味で、今後の MPIA の運用を占ううえでも一つの試金石になるケースだと考えられる。

本件上訴仲裁を (そして今後の MPIA の実践を) 評価する際のもっとも重要な視角は、言うまでもなく、上訴仲裁手続が従来の上級委員会手続の単なる複製にすぎないか、あるいは、現在の機能不全の原因をなす同手続の特性(問題点)<sup>12</sup>を修正した新たな上訴メカニズムか、という点であろう。もし前者に該当する場合には、少なくとも米国の支持を得ることは期待できず、今後の WTO 紛争処理制度改革の叩き台としての意義も限定されたものにならざるをえない。以下ではこうした視角のもと、本件上訴仲裁の制度設計および仲裁判断の実態を考察する。

#### IV-1-1. 本件上訴仲裁手続は上級委員会の複製か――制度設計からみた評価

本件合意手続の5項(仲裁の開始方法)、7項(仲裁人の意思決定)、9項(上訴の範囲・仲裁人の権限)、および11項(仲裁手続を規律するルール)などの内容からも理解されるように、本件上訴仲裁手続の骨格は、DSU(とくに DSU17条)と Working Procedure for Appellate Review などをベースに設計されており、その基調は上級委員会の機能を模した仲裁手続であることは明らかである。しかし同時に、上級委員会手続の抱える懸念に対処するためと思

\_

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS583/10.

Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement pursuant to Article 25 of the DSU, JOB/DSB/1/Add.12.

<sup>11</sup> 本件の紛争当事国である EU も、2022 年 8 月 29 日開催の DSB 会合にて同趣旨のことを述べている。詳細は、WTO, "Türkiye States Intention to Implement Findings in Pharmaceuticals Dispute with EU", available at: <a href="https://www.wto.org/english/news\_e/news22\_e/dsb\_29aug22\_e.htm">https://www.wto.org/english/news\_e/news22\_e/dsb\_29aug22\_e.htm</a> (last visited October 31, 2022).

<sup>12</sup> 米国による上級委員会批判の概要については、川瀬剛志「WTO 上級委員会危機と紛争解決手続改革——多国間通商システムにおける『法の支配』の弱体化」『法律時報』91 巻 10 号(2019 年)14-15 頁を参照。

しき規定も設けられており、本件仲裁手続が上級委員会の単なる複製を志向しているわけではないことも示唆されている。すなわち、合意手続の10項(仲裁人の検討事項の限定)、12項(90日ルール遵守のための制度的措置(organizational measure)を採用する仲裁人の権限)、および13項(90日ルール遵守のための実体的措置(substantive measure)を提案する仲裁人の権限<sup>13</sup>)などは、米国の懸念事項の一部である司法積極主義の問題や90日ルール違反の問題に対処するための工夫と考えられる。

なお、本件合意手続と MPIA が酷似した手続構造をもつことは既に指摘したが、念のため確認しておくと、本件合意手続を構成する全 19 項のうち、1~4 項、6 項、8~19 項については、MPIA 合意手続上にも実質的に同一の規定が存在する。残りの 5 項(パネル手続停止から上訴までの時間制限)および 7 項(仲裁人の選任方法)についても、本件紛争の事情を考慮し、MPIA の該当規定を修正したものとなっているにすぎない。そのうえで、本件合意手続と MPIA の重要な相違点として挙げられるのは、いわゆる collegiality 4の有無である。MPIA のシステムが、上級委員会の慣行を踏襲し仲裁人候補者間での collegiality を予定していることは(MPIA 合意手続 8 項)、MPIA 内部における先例の蓄積・発展の在り方に少なからぬ影響を及ぼすものと考えられるが15、その一方で本件上訴仲裁は、形式上はあくまでアド・ホックな仲裁手段にすぎないため、collegiality の不存在は当然であろう。

いずれにせよ、本件上訴仲裁手続を制度設計の観点からみると、MPIAと同様、基本的には上級委員会手続を模倣しつつも、従来の手続慣行を修正するための一定の柔軟性をも確保しようとするものといえる<sup>16</sup>。問題は、こうした合意手続が実際に運用された場合に、従前の上級委員会の慣行がいかに修正されることになるのか、また、合意手続上明示的には扱われていない上級委員会の慣行につき、仲裁人はどのように対処するのかである。

-

 $<sup>^{13}</sup>$  本件合意手続・脚注  $^{5}$  によれば、仲裁人はあくまで「提案」する権限を有するだけで、実体的措置が採用されるためには紛争当事国の同意が必要となる。

<sup>14</sup> 上級委員会の collegiality については、Working Procedure for Appellate Review の規則 4 を参照。また、初期の上級委員会において本慣行が誕生した背景やその意義については、たとえば、Julio Lacarte-Muró, "Launching the Appellate Body", in Gabrielle Marceau (ed.), *History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System* (Cambridge University Press, 2015), pp. 478-479.

<sup>15</sup> この点につき、Mariana de Andrade, "Procedural Innovations in the MPIA: A Way to Strengthen the WTO Dispute Settlement Mechanism?", *Question of International Law, Zoom-out*, Vol. 63 (2019), pp. 140-142

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> MPIA についての評価であるが、Alan Yanovich, "General Considerations for Appeal", in Marco Tulio Molina Tejeda (ed.), *Practical Aspects of WTO Litigation* (Wolters Kluwer, 2020) p. 142.

#### IV-1-2. 本件上訴仲裁手続は上級委員会の複製か――仲裁判断からみた評価

# ① 仲裁人の選任

本件合意手続7項によれば、仲裁人は、元上級委員および MPIA 仲裁人を併せたリストの中からランダムで選ばれる3名によって構成されることとなっており、本件では元上級委員から1名、MPIA 仲裁人から1名がそれぞれ選ばれ、残りの1名を上記リストの中からランダムで選任するとされていた。そのうえで仲裁人として選ばれたのは、Mateo Diego-Fernández Andrade 氏(MPIA 仲裁人)、Seung Wha Chang 氏(元上級委員)、Guohua Yang 氏(MPIA 仲裁人)の3名であり17、仲裁人の合議により Diego-Fernández Andrade 氏が議長に選出された。

Diego-Fernández Andrade 氏は、本件仲裁以前に 6 件の WTO 紛争にてパネリストを務めたほか<sup>18</sup>、メキシコ政府の一員として長きに渡って WTO 紛争処理実務に従事した経緯があるなど<sup>19</sup>、WTO 紛争に関する豊富な経験を有した実務家である。また、清華大学教授の Yang 氏は、これまでにパネリスト等の経験はないものの、1996 年から 2014 年までのあいだ中国商務省に勤務し中国の WTO 加盟交渉等に従事するなど、WTO 法の専門家として知られる。2016 年の上級委員選考プロセスにおける中国人候補者の一人でもあった<sup>20</sup>。最後に、元上級委員でありソウル大学校教授の Chang 氏は、2012 年から 2016 年の任期中に 9 つの案件で上級委員を務めたが、その審理スタイルや報告書中の解釈論等が司法積極主義的であるとの批判を米国から受け、その後、米国による再任拒否問題にまで発展したことは周知のとおりである<sup>21</sup>。

#### ② 種々の措置の採用による90日ルールの遵守

本件仲裁判断に関して注目されるのは、トルコの上訴通知から 90 日以内に判断が発出されていること、そしてそのために、合意手続 12 項にもとづき種々の制度的措置(organizational measure) が実際に採用されたことである。すなわち、意見書のページ制限に関する決定、口頭聴聞におけるステートメントの時間制限に関する決定、口頭聴聞前の質問送付、タイト

<sup>17</sup> WT/DS583/13

WTO Panelists/Arbitrators: Diego-Fernandez, Mateo (Mexico), available at: <a href="https://www.worldtradelaw.net/databases/panelists.php?panelist=Diego-Fernandez%2C+Mateo">https://www.worldtradelaw.net/databases/panelists.php?panelist=Diego-Fernandez%2C+Mateo</a> (last visited November 8, 2022).

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> http://agon.mx/en/mateo-diego-fernandez/ (last visited November 8, 2022).

http://www.lawlib.zju.edu.cn/cafll2017/english/redir.php?catalog\_id=1336&object\_id=2946 (last visited November 8, 2022).

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> この辺りの経緯については、「共通論題② WTO 上級委員会のマンデートを再考する――張 勝和委員再任問題を契機として」『日本国際経済法学会年報』27 号(2018 年)所収の論稿を参 照。

な口頭聴聞スケジュールの採用などがその例である<sup>22</sup>。意見書のページ制限に関しては、かつて上級委員会の過重なワークロード問題対策の一環として、上級委員会の側から加盟国宛に検討が要請されたことのある問題であり<sup>23</sup>、本件仲裁プロセスの効率化にも貢献したものと推察される。

また、同じく90日ルール遵守のため、トルコのDSU11条請求を本件の審理対象から除外する可能性につき、仲裁人は両紛争当事国と協議を行っているが、最終的にかかる提案を公式に行う必要はない旨判断している<sup>24</sup>。よって、合意手続13項にもとづく実体的措置(substantive measure)の採用は今回回避されたことになる(DSU11条請求に関しては後述)。

# ③ 設定された任務・権限の枠内での活動であることの強調

仲裁人が、本件合意手続9項(上訴範囲をパネルの扱った法律問題に限定)および10項(紛争当事国が提起した問題であって紛争解決に必要なもののみを扱う義務)を引用しつつ、合意手続を通じて自らに課された任務・権限の枠内で審理と判断を行ったことが頻りに強調されている点も注目される<sup>25</sup>。これは、合意手続で設定された矩(parameters)の忠実な遵守を謳うことにより、従来の上級委員会とは異なるスタンスを採用していることを意図的に強調しているようにも映る。

#### ④ パネル認定の審査にみられる本件仲裁判断の特質

問題は、仲裁人が実際にどのような上訴審理・判断を行ったのかである。本稿 IV-1.で設定した視角から本件仲裁判断を評価するうえで、とくに注目に値する点は、第1に、仲裁人が事実問題と法律問題を慎重に峻別していること、そして第2に、問題の性質に応じて審査基準をコントロールしている様子が窺えることである。

第1に、法律問題と事実問題の慎重な峻別に関しては、たとえば、GATT3.8条(a)に関するトルコの請求の中で、SSIが附属書 4/A リストに掲載された医薬品を「調達」したか否かが争点となったが、その際にトルコが展開した複数の主張(SSI は医薬品の所有権を取得していた)の中に、パネルの事実認定を事実上争う意味合いをもつものが含まれていることを、仲裁人は慎重に選別している<sup>26</sup>。そのうえで、こうした事実認定の適切さを争う効果を

\_\_\_

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Award of the Arbitrator, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU) (Article 25)*, para. 2.2.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> E.g., WTO, "Azevêdo Seeks WTO Members' Views on How to Meet Increasing Demand for Dispute Settlement", available at: <a href="https://www.wto.org/english/news\_e/spra\_e/spra94\_e.htm">https://www.wto.org/english/news\_e/spra\_e/spra94\_e.htm</a> (last visited October 31, 2022).

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Award of the Arbitrator, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU) (Article 25)*, para. 2.3.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> *Ibid.*, paras. 3.1-3.5.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> *Ibid.*, paras. 3.1-3.5. <sup>26</sup> *Ibid.*, para. 6.65 and fn. 175.

もつ主張に関しては、DSU11 条請求を通じてのみ提起できるとし、当該主張を審理の対象外としている<sup>27</sup>。GATT20条(b)に関する請求の文脈においても、トルコの主張について同様の峻別が行われ、同じく DSU11 条請求として提起されていないことを理由に審理の対象外とされた<sup>28</sup>。

第2に、より重要な点として、問題の性質に応じた審査基準のコントロールを指摘することができる。これはすなわち、本件にて上訴されたパネル認定を法解釈(interpretation)の問題、法適用(application)の問題、事実(fact)の問題に分類したうえで、各問題に対する仲裁人の審査の在り方を考察すると、それぞれについて審査基準を使い分けていることが窺われるというものである。まず、法解釈に関しては、本件ではたとえば、GATT3.8 条(a)における「購入」主体の範囲に関してパネルの法解釈の是非が争われたが(本論点については後述)、仲裁人は徹底した文言主義的解釈を実施することにより、パネルの法解釈を真正面から否定している。ここでは厳格な新規の審査(de novo review)が採用されていることは明らかである。

つぎに、法適用の問題に関しては、パネルの認定に対して敬譲的な審査(deferential review)が行われていることが窺われる<sup>29</sup>。たとえば、GATT20条(d)に関する請求の文脈では、同規定にもとづくトルコの抗弁の評価をパネルが誤ったか否かが問題となったが、仲裁人は、パネルの規範定立と法適用のうち、とくに法適用上の問題点(あてはめの不明瞭さ)を指摘し、もし異なる分析態様で法適用を行っていたとすれば、「より賢明(more prudent)」であり、「より合理的(more reasonable)」であっただろうと説示している<sup>30</sup>。そのうえで、仲裁人はパネルの法適用を詳しく検証し、パネルが本件あてはめに必要となる各種の認定を「黙示的ながらも必然的に(implicitly but necessarily)」行っていたようにみえるとし、その法適用に誤りがないことを認定している<sup>31</sup>。以上の仲裁判断の言葉遣いからも理解されるとおり、仲裁人はパネルの法適用の問題性を認識しつつも一定の合理性があることまでは否定しておらず、そのうえで、パネルの法適用になるべく敬譲を払おうとする姿勢が示されている。

<sup>27</sup> *Ibid.*, para. 6.65.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> *Ibid.*, paras. 6.128-6.129.

<sup>29</sup> この点につき従来の上級委員会も、パネルの法適用を DSU17.6 条上の「法的な問題」として上訴審理の対象としてきたが、過去の紛争処理先例の中には、上級委員会が厳格な審査基準のもとでパネルの法適用の適切性を審査していると思しき例もみられる。たとえば、China – Auto Parts 事件では、パネルによる中国国内法それ自体の協定整合性評価の是非が上訴論点の一つとなったが、上級委員会はかかる法適用の是非を検討するに当たり、該当の中国国内法を自ら詳細に検討(解釈)したうえで、パネルの評価の適切性を否定し法的な誤り(legal error)を認定している。詳細は、Appellate Body Reports, China – Auto Parts, WT/DS339/340/342/AB/R, adopted 12 January 2009, paras, 222-245.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Award of the Arbitrator, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU) (Article 25)*, para. 6.160.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> *Ibid.*, para. 6.166-6.167.

また、GATT20条(b)に関する請求の文脈では、パネルの定立したいわゆるデザイン・テストとその適用が誤りであるかが争われたが、ここでも仲裁人は、パネルのあてはめの不明瞭さを認めている。しかしながら、デザイン・テストの適用に関連しうる事実認定をパネルが行っていたことを根拠に、「パネルは明示的には (explicitly) 述べていないものの、これらの認定は、トルコの措置がデザイン・テストの法的基準を満たさないとする結論を、パネルが合理的に (reasonably) 導くことを可能ならしめるものである」などと述べ、誤りを否定している32。本論点においても、パネルのあてはめが不明瞭であるにもかかわらず、仲裁人は緩やかな審査基準のもとでパネルの認定に敬譲を払っている様子が見て取れる。

最後に、事実の問題に関しては、先述のとおり仲裁人は事実問題と法律問題を慎重に峻別し、事実問題については DSU11 条請求として提起されていない限り扱わないとする姿勢を貫いている。また、DSU11 条のもとで唯一提起された事実問題に関しては、事実認定・証拠評価に関するパネルの広範な裁量権限を確認したうえで、パネル報告書中のパネルの検討ぶりを簡略に跡づけただけでトルコの請求を退けている<sup>33</sup>。これらのことは、パネルの事実認定に対しては一層敬譲的な審査(more deferential review)が行われていることを示すものといえる。

#### ⑤ いかに評価するか

以上の考察を総合すると、少なくとも外部からみる限りは、本件仲裁人は合意手続で設定された権限・任務の枠内で行動しているようであり、その成果物としての仲裁判断も、総じて抑制的なものになっていると思われる。たしかに、一見したところ従来の上級委員会報告と明確に異なるのは、種々の措置の採用による90日ルールの遵守だけのようにもみえるが34、しかし本件では、上記④で指摘した審査上の特質がみられ、このことが、判断内容の抑制ぶりを導く主たる要因になっているのではないかと評価できる。よって、本件上訴仲裁手続に関する限りは、従来の上級委員会手続の単なる複製ではない(あるいは、非常に抑制的な上級委員会)という印象を受ける。

とはいえ、かような審査の特質は、本件がきわめてシンプルな事案であり、上訴段階にお けるトルコの請求数もそれほど多くなかったがゆえに徹底することができただけかもしれず、

-

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> *Ibid.*, para. 6.98, 6.101.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> *Ibid.*, para. 6.134-6.142.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> こうした印象をもたらす要因の一つして、本件仲裁人による「分析の完了 (completion of analysis)」の導入があると思われる。同慣行への従事を正当化するために仲裁人が行った理由づけについては、*ibid.*, para. 6.56, fn.154 and 155.

複雑な事実関係から成る事案や先例の乏しい論点を多数抱える事案が上訴される場合には、 本件仲裁判断のようにはならない可能性もある。

この点に関連して、たとえば、上述のとおり本件では事実問題と法律問題の慎重な峻別が行われており、このこと自体は本件上訴仲裁(MPIAも)が法律審として設計されている以上当然期待されるものではあるが、DSU11条請求の運用には却って影響を及ぼしうる。すなわち、DSU11条はその規定ぶりの広範性・包括性ゆえに、上訴国にとっては使い勝手が良く、翻って上級委員会もその軽々な援用を戒めてきた経緯がある35。本件合意手続13項(および MPIA 合意手続13項)も、DSU11条請求の多用が審理スケジュールを圧迫しかねないことを懸念して設けられたものと推察されるが、本件仲裁判断のように事実問題と法律問題が厳しく峻別されるとなれば、少しでも事実に関わりそうな主張は、取り敢えず DSU11条のルートを通じて提起しておくという誘因が当然働くことになると思われる。これは、DSU11条が存在することから生じる呪縛のような問題ともいえるが、いずれにせよその結果として、本件合意手続や MPIA 合意手続の狙うところとは反対に、上級委員会時代と同様の問題36が再び生じる可能性があるだろう。

## IV-1-3. 本件上訴仲裁手続は上級委員会の複製か――残された不明瞭な点

本件合意手続 15 項によれば、本件仲裁判断は、紛争当事国のあいだで拘束力を有し、終結 (final) となる一方、DSB による採択は予定されていない (DSB 等への通報はなされる)。 MPIA 上の仲裁判断についても同様である (MPIA 合意手続 15 項)。こうした仲裁判断の扱いは DSU25 条 3 項に準拠したものであるが、ここから本件も含めた上訴仲裁判断の位置づけについて疑問が生じうる。

まず、上訴仲裁判断の先例(precedent)としての位置づけである<sup>37</sup>。WTO 体制におけるパネル報告および上級委員会報告は、DSB での採択手続を通じて全加盟国のコントロール下におかれ、その正統性が付与されることになるが、DSU25 条に準拠する本件上訴仲裁判断および MPIA 仲裁判断は、こうした DSB のコントロールに服さないため<sup>38</sup>、その正統性はパ

36 上級委員会が DSU11 条に関する判断基準の定立とその適用に苦慮し、その先例にもブレがみられることを指摘するものとして、Yanovich, *supra* note 16, pp. 146-148.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> E.g., Appellate Body Reports, China – Rare Earths, WT/DS431/432/433/AB/R, adopted 29 August 2014, para. 5.228.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> MPIA を念頭に置いたものではあるが、DSU25 条上訴仲裁判断の先例的価値の問題に触れたものとして、たとえば、de Andrade, *supra* note 15, pp. 139-142, 147; Simon Lester, "Can Interim Appeal Arbitration Preserve the WTO Dispute System?", *Free Trade Bulletin*, No. 77 (Cato Institute, September 1, 2020), p. 3.

<sup>38</sup> DSU25 条仲裁が多数国間のコントロールに服さない点については、過去の仲裁人もつぎのように述べて注意を払っている。"No decision is required from the DSB for a matter to be referred to

ネル・上級委員会報告とはおのずと異なる。このように正統性の程度が異なる先例同士が、相互にどのような価値を持つことになるのか、とくに、通常のパネル手続において、過去の上訴仲裁判断がどのような先例的価値を有しうるのかは不明であり、今後判断が集積してゆくにつれて問題となるであろう。また、とくに MPIA に関しては、当面のあいだ WTO 紛争処理のサブシステムとして機能してゆくことが想定されるところ、こうしたサブシステム内部における先例の集積とその扱いも別途問題となりうる。

また、2022 年 8 月 29 日開催の DSB 会合にて米国は、本件上訴仲裁判断が DSB の採択を経ていないために、DSU 上の意味における「採択された勧告及び裁定」を含んでいないとし、その結果、トルコによる履行意思の表明には留意するとしながらも、当該表明を DSU21.3 条で要求される意思の表明とみなすことはできない旨を述べている<sup>39</sup>。こうしたステートメントの真意とそのインプリケーションについては現在のところ不明であるが<sup>40</sup>、米国が MPIA 上の仲裁判断にも同様のスタンスをとるであろうことは想像に難くない。

いずれにせよ、本件仲裁判断は DSU25 条上訴仲裁が活用された初のケースであり、今後の MPIA の運用にとっても少なからぬ示唆をもってはいるが、とはいえ、本仲裁判断のみから代替的な上訴システムそれ自体を評価し、その行方を占うことは早計である。こうした新たな紛争処理メカニズムにおいては、上級委員会がまさにそうであったように、初期の実践がその後従われる作業上の模範(working paradigm)や法文化(legal culture)を大きく規定することになるところ<sup>41</sup>、今後生じうる初期の案件において、審理者たる仲裁人とユーザーたる紛争当事国の双方が、MPIA 等をいかに誠実に利用してゆくかが、今後の上訴仲裁メカニズムの在り方を左右することになるだろう。

.

arbitration under Article 25. In the absence of a multilateral control over recourse to that provision, it is incumbent on the Arbitrators themselves to ensure that it is applied in accordance with the rules and principles governing the WTO system." Award of the Arbitrator, *US – Section 110(5) Copyright Act (Article 25)*, WT/DS160/ARB25/1, 9 November 2001, para. 2.1.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> "Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, August 29, 2022", pp. 7-8.

<sup>40</sup> なお、本件合意手続 17 項および MPIA 合意手続 17 項は、仲裁判断についても DSU21 条および 22 条上の手続が準用されると規定している。この点に関連して、そもそも DSU25 条仲裁判断が、DSU21 条および 22 条上の手続に服しうるかどうかを検討したものとして、Valerie Hughes, "Arbitration within the WTO", in Federico Ortino & Ernst-Ulrich Petersmann, *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, (Kluwer Law International, 2004), pp. 80-81 がある。本論文にて Hughes は、DSU25 条仲裁判断が「DSB の勧告及び裁定」に該当しないことを、DSU21 条および 22 条との関係でどのように捉えるか、という問題設定を行っている。

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> See, Gabrielle Marceau et al., "Introduction and Overview", in Gabrielle Marceau (ed.), supra note 14, p. 47.

#### IV-1-4. 他の手続上の論点——訴訟経済に関するパネルの効率的アプローチ

本件パネルは、EU が提起した請求の大半とトルコの抗弁の一部について、訴訟経済を行使することで判断を回避しているが、こうした訴訟経済行使の判断にあたり、いわゆる「効率的アプローチ (economical approach)」なるものをパネルが採用している点が注目される。具体的には、GATT3.8 条 (a) に関する請求の一部について、GATT20 (b) に関する抗弁の一部について、そして、TRIMs 協定 2.1 条、GATT10.1 条および GATT11.1 条に関する各請求について、パネルは効率的アプローチのもと判断を回避している42。しかしながら、当該アプローチが一体何を意味するのかについては明確な説明がなく、また、関連する記述もパネル報告書中に四散している。この効率的アプローチとはいかなるもので、WTO 紛争処理制度のもとでどのように位置づけられる実践か。

まず、本件パネルは、US-Lead and Bismuth II 事件上級委報告を参照しつつ、(狭義の $^{43}$ )訴訟経済行使に関する判断枠組をつぎのとおり定立している。すなわち、第 1 に、所定の請求につき裁定を控える裁量をパネルが有しているかどうかが問題となる。この問題は、履行の観点からみて当該裁定が不必要な(superfluous)ものか否かが鍵となる。この点が肯定される場合、第 2 に、パネルが当該裁量を行使すべきかが問題となる。これは法律問題というよりも裁量権限の問題であり、かかる権限の行使は事案の状況に関するパネルの判断に左右されるという $^{44}$ 。

本件パネルは、TRIMs 協定 2.1 条45、GATT10.1 条46および GATT11.1 条47に関する各請求について、以上の判断枠組に準拠しつつ訴訟経済を行使しているが、その際のパネルのリーズニングを分析すると、上述の効率的アプローチが作用しているのは、一貫して上記第2の

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> なお、パネルが「効率的アプローチ(economical approach)」という表現を明示的に用いているのは、TRIMs 協定 2.1 条に関する検討過程においてのみであるが(Final Panel Report, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU)*, paras. 7.243-7.244)、他の請求に関しても、該当箇所の叙述ぶりから同一のアプローチを採用していることが確認できる。

 $<sup>^{43}</sup>$  WTO 紛争処理先例上、訴訟経済の概念・用語は「請求」に関してのみ用いられており、本件パネルもそれを踏襲している。他方で、たとえば「主張」のレベルにおいても、パネルは事案の処理にとって必要な「主張」のみを判断すればよいと解されてきており(e.g., Appellate Body Report, EC – Fasteners (China), WT/DS397/AB/R, adopted 28 July 2011, para. 511)、こうした場合にも事実上の訴訟経済が行使されている。

Cook は、WTO 紛争処理上のかような訴訟経済実践を踏まえ、前者を狭義の訴訟経済とし、 後者を広義の訴訟経済として整理している。詳細は、Graham Cook, *Digest of WTO Jurisprudence* on Public International Law Concepts and Principles (Cambridge University Press, 2015), paras. 9.1-9.2, 9 11

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Final Panel Report, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU)*, para. 7.238.

<sup>45</sup> *Ibid.*, paras. 7.239-7.243.

<sup>46</sup> *Ibid.*, paras. 7.251-252, 7.257.

<sup>47</sup> *Ibid.*, paras. 7.264-7.275.

問題の文脈においてであることが分かる。つまり、ここでの効率的アプローチとは、パネル が本件紛争をめぐる事情を勘案して、判断を控える方向で裁量権限を行使するというかたち で機能していることになる。

また、GATT3.8条(a)の請求<sup>48</sup>や GATT20(b)に関する抗弁<sup>49</sup>に関しては、紛争当事国の 主張のうち一部の要件該当性のみを判断したうえで、残りの主張(残りの要件)については 判断を控えているが(広義の訴訟経済<sup>50</sup>)、そうした際にもパネルは効率的アプローチを採用 していることが見て取れる。

それでは、本件パネルに効率的アプローチを採用させている事情、すなわち、本件紛争をめぐる事情とは何かであるが、それは、パネル報告書の脚注 436 等において示唆されているとおり、上級委員会の機能停止という事情にほかならない<sup>51</sup>。つまり、上級委員会の存在を前提とした従来のパネルは、上訴段階での「分析の完了(completion of analysis)」に備え、請求を処理するうえで厳密に必要な範囲を超えて追加的な認定を行ってきたという事情があるが、上級委員会の機能停止という状況のもとで設置された本件パネルは、こうした追加的認定を行う特段の必要性がないと考え<sup>52</sup>、「本件紛争の状況下では、請求や抗弁の処理にとって必要な範囲を超えて追加的な認定や所見を示す決定的理由(compelling reason)はない<sup>53</sup>」などと述べることにより、紛争処理にとって不要な認定・判断を積極的に回避していったものと考えられる。これが、本件パネルの活用した効率的アプローチの実相であろう。

上級委員会の不在が長期化するなかで採用された以上の効率的アプローチは、今後どのように活用されうるだろうか。この点につき、本件仲裁人が紛争当事国の合意のもと「分析の完了」に従事したことからも推察されるとおり54、MPIA等の上訴手続に服する可能性のある紛争に関しては、上訴段階で「分析の完了」が行われる可能性が否定できない以上、パネルは効率的アプローチの採用に躊躇するのではないかと考えられる。その一方で、不上訴合意を事前に紛争当事国間で締結するなど(ex ante Non Appeal Pact)55、上訴の可能性が排除されている紛争に関しては、パネルが効率的アプローチを採用することはあるかもしれない。

-

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> *Ibid.*, paras. 7.105-7.106.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> *Ibid.*, paras. 7.212-7.214.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> 広義の訴訟経済については、Cook, *supra* note 43, paras. 9.11-9.26. 本件紛争における上記の判断回避は、Cook の整理するところの「主張に関する訴訟経済」に該当する。*Ibid.*, para. 9.12.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Final Panel Report, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU)*, paras. 7.105-7.106, fn. 436.

<sup>52</sup> なお、本件紛争に関しては、パネル報告書の当事国配布後の段階で DSU25 条上訴仲裁合意が結ばれている。

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> E.g., Final Panel Report, Turkey – Pharmaceutical Products (EU), paras. 7.70-7.74.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Award of the Arbitrator, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU) (Article 25)*, paras. 6.56-6.68.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> 紛争当事国間における不上訴合意の可能性が低いことについては、Joost Pauwelyn, "WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect? What Choice to Make?", *Journal of International Economic Law*, Vol. 22, No. 3 (2019), pp. 14-15.

## IV-2. 実体上の論点

## IV-2-1. GATT3.8条(a) における「購入」の主体

WTO 協定解釈上の新規の論点として、本件では GATT3.8 条 (a) における「購入」主体の範囲(すなわち、「購入」の主体たりうるのは政府機関のみか)が争点となり、パネルと仲裁人とのあいだで異なる見解が示された。

まずパネルは、当該規定の文言、文脈、GATTの趣旨・目的等を勘案することにより、政府機関のみが「購入」の主体たりうるとする立場を示した(厳密には、パネルはこうした解釈上の立場を所与の前提とし、そのうえで「政府機関による購入」という概念の射程を狭く解そうとした)56。パネルの解釈論上とくに重視されていると思われるのは、趣旨・目的の観点からの考察である。該当箇所でパネルは、産品の支払いを政府が行う一方で当の政府は当該産品の所有権を取得しないという状況をも、政府機関による「購入」とみなすとした場合、それは GATT3.8 条(a)が保護主義的措置を無制約にカバーするという帰結をもたらすと述べ、同規定が GATT3 条からの限定的なデロゲーションであることに鑑みると、こうした帰結は GATT の趣旨・目的の侵食につながると懸念している57。要するに、目的論的解釈に重きを置いて、「購入」主体を政府に限定する必要性を説くものといえる。EU もパネルと同様の立場をとる58。

対照的に、仲裁人の解釈は、徹底した文言主義的解釈いを通じてパネルの上記解釈を否定し、その誤りを認定している。すなわち、パネルが解釈に際して所与の前提としていた「政府機関により購入される産品(product purchased by governmental agency)」という文言はそもそもGATT3.8条(a)内には存在しないことの指摘から始まり、同規定の各文言の配置や修飾関係を精査し、規定中に「購入」の主体を特定する文言がないことを確認したうえで、「購入」主体は政府機関に限定されないと結論づけている60。また、パネルの上述の懸念については、そもそも「購入される産品(product purchased)」の解釈問題としてのみならず、同規定中の他の要件も含めた諸要件全体で受けとめるべき問題であり、こうした理解こそが起草者意図の反映である旨を指摘している61。つまり、「購入」主体を政府機関に限定しない解釈を採ったとしても、そのことから直ちに3.8条(a)のデロゲーションが拡張されることにはならない、という趣旨である。

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Final Panel Report, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU)*, paras. 7.70-7.74.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> *Ibid.*, para. 7.73.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> E.g., Appellee Submission by the European Union (DS583), paras. 17-33.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> こうした文言への忠実な姿勢が端的に現れている箇所として、Award of the Arbitrator, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU) (Article 25)*, paras. 6.46-6.47, fn. 134.

<sup>60</sup> *Ibid.*, paras. 6.40-6.46.

<sup>61</sup> *Ibid.*, para. 6.47.

このようにパネルと仲裁人は、「購入」主体の範囲について相反する解釈を示したわけであるが、こうした対立はどのように整理し評価できるだろうか。この点につき、なぜパネル(および EU)が、「購入」の主体たりうるのは政府機関のみであるという前提に立って議論を進めていたのかがまず問題となるが、これについては、政府調達に関する紛争処理先例である、Canada – FIT 事件および India – Solar Cells 事件が大きく関係しているものと思われる。

本件パネルは解釈に際して、両事件の報告書、とくに Canada – FIT 事件上級委員会報告に依拠していたことが窺われるが<sup>62</sup>、両事件ではともに、政府機関が産品の「購入」者であることは争われておらず、また、「購入」と「調達」を同一の主体(政府機関)が担っていたという事情も存在した。そのためか、Canada – FIT 事件上級委員会報告では、GATT3.8条(a)の一般的な解釈を展開する箇所において、政府機関が「購入」の主体であると当然の如く言明されており<sup>63</sup>、この言明を参照した India – Solar Cells 事件上級委員会報告に至っては、「産品を購入する実体は『政府機関』でなければならない」とすら述べられている<sup>64</sup>。本件パネルは、こうした上級委員会報告の叙述ぶりを踏まえ、「購入」の主体はあくまで政府機関に限られるという前提に立ったものと推察される。EUも、両事件における上級委員会報告の叙述ぶりを根拠に、パネルと同様の解釈を主張していた<sup>65</sup>。

こうした先例における上級委員会の言明は、その叙述ぶりに鑑みると、たしかに GATT3.8 条 (a) における「購入」主体の範囲に関する一般的な見解を示したものと解されても不思議ではない。現に、カナダも第三国意見書において、上記先例を根拠に「購入」者は政府機関に限られるとする見解を示しており66、学説上では Mavroidis が、 Canada – FIT 事件上級委員会報告をもとに、政府機関による「購入」を GATT3.8 条 (a) 上の要件の一つとして定立している67。しかしながら、紛らわしい言明の問題性は兎も角として、そもそも上記2つの上級委員会先例は、同規定上の「購入される産品 (product purchased)」という文言のうち、「産品」の方が争点化した事案であり、「購入」主体の範囲については正面から検討されたわけではなかったことには注意を要する。よって、本論点に関する上級委員会の言明は十分

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> See, Final Panel Report, Turkey – Pharmaceutical Products (EU), paras. 7.66-7.81.

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> E.g., Appellate Body Reports, Canada – Renewable Energy / Canada – Feed-in Tariff Program, WT/DS412/426/AB/R, adopted 24 May 2013, para. 5.74.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Appellate Body Report, *India – Solar Cells*, WT/DS/456/AB/R and Add.1, adopted, 14 October 2016, para. 5.18.

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> E.g., Appellee Submission by the European Union (DS583), paras. 17-33.

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> Integrated Executive Summary of the arguments of Canada, WT/DS583/12/Add.1, Annex D, paras. 11, 14

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Petros C. Mavroidis, *The Regulation of International Trade Volume 1: GATT* (MIT Press, 2016), pp. 344-345.

な検討を経たうえでのものではない以上、先例としては限定的な意味合いしか持たないと解するべきであろう<sup>68</sup>。

以上を踏まえたうえで、最後に、パネルと仲裁人の解釈のうちいずれが妥当かが問題となるが、私見では、GATT3.8 条 (a) の文言との整合性や、現実にありうる政府調達のパターンをより的確に捕捉しうるといった点から、仲裁人の解釈の方が妥当ではないかと考えられる。すなわち、仲裁人の指摘するように、そもそも同規定中には「購入」主体を政府機関に限定するための文言上の基礎が見当たらない以上、パネルのような解釈を採用することは、同規定への新たな文言の追加に等しくなってしまう6%。また、「購入」は「調達」を実現するための一手段であり70、政府機関による「調達」を実現する過程で非政府機関(私企業等)が産品の「購入」を担うこともありうることに鑑みれば71、ここでの「購入」主体を政府機関に限定してしまうと、却って現実の政府調達実践を過不足なく捕捉することに支障を来たすおそれがある72。以上より、GATT3.8 条 (a) における「購入」主体は政府機関に限定されないとする仲裁人の解釈が、妥当であると考えられる73。

## IV-2-2. 近時のサプライチェーン強靭化論議への示唆

本件では、GATT20条(b)の文脈において、トルコの措置(ローカライゼーション要求)が医薬品の供給リスクに対応するためのものか否かが争点となった。この点注目されるのは、トルコが、医薬品の外国依存が供給リスクを招きうることの例として COVID-19 パンデミッ

68 See, Award of the Arbitrator, Turkey – Pharmaceutical Products (EU) (Article 25), para. 6.48.

 <sup>69</sup> *Ibid.*, para. 6.46.
 70 *E.g.*, Appellate Body Reports, *Canada – Renewable Energy / Canada – Feed-in Tariff Program*, para. 5.59.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Award of the Arbitrator, Turkey – Pharmaceutical Products (EU) (Article 25), para. 6.45.

<sup>72</sup> 本件とは争点が若干異なるが、GATT 期の政府調達コード上の紛争事案である US – Sonar Mapping 事件パネル報告(未採択)では、米国政府機関による音波探知システムの調達が私企業間の契約を通じて実施されていたことから、本件私契約が政府調達に該当するか否かが問題となった。当該事件にて GATT パネルが提示した、政府調達への該当性を判断するための指標の例によれば、産品の購入主体がたとえ私企業であっても、その態様次第では政府調達に該当する場合があることが示唆されている。詳細は、GATT Panel Report, US – Sonar Mapping, GPR.DS1/R, 23 April 1992, unadopted, paras. 4.4-4.13. 本件の評釈として、中川淳司「米国の音波探知システムの調達」松下満雄ほか編『ケースブック ガット・WTO 法』(有斐閣、2000 年)90-93 頁。

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> なお、*Canada – FIT* 事件以前の学説にも、GATT3.8 条(a)上の「購入」主体の範囲を柔軟に解していると思しきものがある。Holger P. Hestermeyer, "Article III GATT", in Rüdiger Wolfrum *et al.* (eds.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law: WTO – Trade in Goods* (Martinus Nijhoff, 2011), p. 158, para. 100.

クを援用し、自らの主張する供給リスクが単なる仮説的なものではないことを示そうとした 点である<sup>74</sup>。

これに対してパネルは、本件ローカライゼーション要求が長期的な(long-term)医薬品供給リスクを念頭に置くものだとするトルコの主張を慎重に確認したうえで<sup>75</sup>、COVID-19パンデミックが例証するのは、深刻な緊急事態が医薬品を含む産品の短期的な(short-term)供給不足を誘発しうることであるとした<sup>76</sup>。要するに、トルコの主張する供給リスクの質とCOVID-19パンデミックが例証する供給リスクの質が異なることを理由に、パネルはトルコの援用を退けたのである。

また、パネルは別の箇所で、COVID-19 パンデミックを契機としたサプライチェーンに関する国際社会の意識変化にも言及している。すなわちパネルは、今次のパンデミックを機に、多くのWTO加盟国が医薬品に関するサプライチェーン上のリスクを軽減すべく国内生産を検討していること、また、かかる国内生産がサプライチェーンの持続可能性をより強化しうるとの国際社会のコンセンサスが醸成されつつあることを認めているで。しかしその一方で、以上の事実から論理必然的に、医薬品の国内生産増のためにWTO加盟国の採るあらゆる措置が、人の生命または健康保護を目的に採られたものとみなされることにはならないと警鐘をならし、トルコの本件措置が人の生命または健康保護を目的に採られたものではないことを改めて精査している78。

こうしたパネルの検討ぶりからも理解されるとおり、パネルは、今次のパンデミックを契機とするサプライチェーンの強靭化・持続可能化の潮流に重々留意しつつも、だからといって、かかる事情を背景とした抗弁(ここでは GATT20 条 (b))が提起される場合にその審査が緩和される筈がなく、所定の法的要件に沿って粛々と審査がなされることを改めて強調しているのである。

以上のことは、法律論としては至極当然であるが、近時のサプライチェーン再編・強靭化の政策論議にとっては一定の示唆があるように思われる。すなわち、上述のパンデミックやロシアによるウクライナ侵攻を契機とした今日のサプライチェーン強靭化論議は、その底流に主観的かつ曖昧な経済安全保障の思潮が存在するがゆえに<sup>79</sup>、ともすれば、国防と産業競争力の維持・増強を混然と追求するものであったり、後者を前者の問題として追求するもの

<sup>77</sup> *Ibid.*, para. 7.209.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Final Panel Report, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU)*, paras. 7.179, fn. 629.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> E.g., *ibid.*, paras. 7.141, 7.163.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> *Ibid.*, para. 7.179.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> *Ibid.*, para. 7.210.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> (経済) 安全保障概念の特質については、高坂正堯「経済安全保障の意義と課題」『国際問題』217号(1978年)2-4頁;中西寛「安全保障概念の歴史的再検討」赤根谷達雄ほか編『新しい安全保障論の視座〔増補改訂版〕』(亜紀書房、2007年)21-69頁。

になりかねない<sup>80</sup>。したがって、具体的な政策立案や措置の策定にあたっては、漠然とした 危機意識レベルのもとで制度設計をするのではなく<sup>81</sup>、場合によっては WTO 協定違反の可 能性や例外条項による正当化の必要性が生じることを念頭に、措置の具体的な目的や当該目 的と手段の合理的関係性等を、WTO 紛争処理における審査に耐えうる程度の精確さで特定・ 設計することが求められるだろう。

(了)

脱稿: 2022年11月30日

-

<sup>80</sup> サプライチェーンの強靭化論議(あるいは経済安全保障に関する論議全般)が、こうした傾向を帯びやすいことを示す例として、たとえば、「戦略物資確保へ制度整備を 国際経済における安全保障」日本経済新聞朝刊 2020 年 5 月 18 日;「半導体、経済安保の要 日本勢は素材や装置で高シェア」日本経済新聞電子版 2021 年 5 月 31 日を参照。

<sup>81</sup> See, Final Panel Report, Turkey – Pharmaceutical Products (EU), para. 7.178.