

ブラジルの再生タイヤの輸入に関連する措置
(パネル報告 WT/DS332/R、加盟国配布日 2007 年 6 月 12 日)
(上級委員会報告 WT/DS332/AB/R、加盟国配布日 2007 年 12 月 3 日)
(DSB 採択日 2007 年 12 月 17 日)

川 瀬 剛 志

I. 事実概要

本件で問題になった再生タイヤ (retreaded tyre) とは、タイヤの溝が刻印してある接地面 (tread) が摩耗した際、これをタイヤの骨組み (外包 casing という¹) から分離し、新しく溝が刻まれた外皮を付け替えたものを指す。タイヤの再生には以下の 3 種の方法がある。

- ・ 接地面交換 (top-capping): タイヤの接地面のみ交換
- ・ [狭義の] 再生 / リキャップ (re-capping): 接地面と一部の側面 (sidewall) を交換
- ・ 更生 (remoulding): 接地面と側面の全部あるいはタイヤ下部の一部を交換

再生タイヤは外包の種類によって数種類あるが、このうち乗用車用タイヤは一度だけ、対して商用車用タイヤは複数回、それぞれ再生が国際基準によって許されている。また、関税分類上は、再生タイヤは新品のタイヤ、中古タイヤと別の項目に分類されている。

ブラジルはこの中古タイヤの輸入、販売、輸送、保管等の規制を以下の措置を通じて行なっている。

- ・ 再生タイヤの輸入禁止: 現行規則である開発産業通商省令 14/2004 (Portaria SECEX 14/2004、以下「通産省令 14/2004」は開発産業通商省 (SECEX、以下「開発通産省」) に再生タイヤ輸入のライセンス発給を禁止する。
- ・ 中古タイヤの輸入禁止: 産業商務観光省令 370/1994 (Portaria MICT 370/1994、以下「商務省令 370/1994」) 版で施行されている外国貿易業務部令 8/1991 (Portaria DECEX 8/1991、以下「外貿部令 8/1991」)、国家環境委員会決定 23/1996 (Resolution CONAMA 23/1996、以下「環境委決定 23/1996」) をはじめ一連の規則によって導入される中古タイヤの輸入禁止が、再生タイヤにも適用される。
- ・ タイヤ輸入等に対する罰金: 2001 年の大統領令 3.919 第 1 条は、1999 年の大統領令 3.179 に第 47 条 A を挿入し、再生タイヤ輸入に単位あたり 400 レアルの罰金を科すことを規定。罰金は輸入だけでなく、保管、輸送等に従事したものにも適用される。

¹ パネル報告書パラ 2.12 および 7.428 を参照すると、カーカス (carcass) と外包は同義に使用されているものと理解できる。

- ・ タイヤの販売禁止（州法）: リオ・グランデ・ド・スル州は法律 12.114 で州内での輸入中古タイヤ（含・輸入再生タイヤ、輸入外包を使用した国産再生タイヤ）の販売を禁止したが、国産の外包を使用した国産再生タイヤには適用されなかった。2005年に同州は、法律 12.381 により、中古タイヤ 10 本を環境上妥当な方法で処分すれば再生タイヤ 1 本の輸入を認めるよう、法改正を行なった。ただし中古外包の輸入については中古タイヤの処分は 1 本だけ要求される。
- ・ メルコスール産再生タイヤに対する規制免除: 2000 年より導入した再生タイヤ輸入禁止が、2002 年にメルコスール仲裁裁判でメルコスール決定 22/2000 に不適合と判断された。これを受けて、ブラジルは通産省令 2/2002（Portaria SECEX 2/2002）で再生タイヤ輸入禁止からメルコスール諸国を除外した。更に 2003 年の大統領令 4.592 は、大統領令 3.179 第 47 条 A の罰金からメルコスール諸国からの再生タイヤの輸入・販売・輸送等を除外した。

II. 主張・請求の要約

EC は、上記措置が以下の理由により WTO 協定整合的でないとして、協定整合性を確保するよう勧告することを請求した。

- ・ 輸入ライセンス発給停止による再生タイヤの輸入禁止・制限は、GATT 第 11 条第 1 項に反する。
- ・ 400 レアルの罰金による再生タイヤの輸入制限は、GATT 第 11 条第 1 項および同第 3 条第 4 項に反する。
- ・ 輸入再生タイヤの販売、輸送、保管等に対する 400 レアルの罰金は、GATT 第 3 条第 4 項および同第 11 条第 1 項に反する。
- ・ メルコスール諸国への輸入禁止・罰金の除外は、GATT 第 3 条第 4 項の規律にかかる問題について EC を差別しており、GATT 第 1 条第 1 項に反する。
- ・ メルコスール諸国への輸入禁止・罰金の除外は、GATT 第 13 条第 1 項に反する。

対してブラジルは、以下の理由により、EC の請求は退けられるべきであるとした。

- ・ 通産省令 14/2004 による再生タイヤの輸入禁止は、GATT 第 20 条(b)によって正当化される。
- ・ 大統領令 3.919 による罰金は、迂回防止措置として GATT 第 20 条(b)および同条(d)によって正当化される。
- ・ メルコスール除外は、GATT 第 24 条により正当化される。
- ・ メルコスール除外は、ブラジルのメルコスールにおける義務の遵守のため、GATT 第 20 条(d)によって正当化される。
- ・ 州法 12.114 は、GATT 第 20 条(b)により正当化される。

III. 手続的概要

時系列的経緯：以下の通り。

協議要請	05年6月16日	
二国間協議	05年7月20日	
パネル設置要請	05年11月17日	
パネル設置	06年1月20日	
パネル構成決定	06年3月16日	
中間報告	07年3月12日	
パネル報告書当事国配布	07年4月23日	
パネル報告書加盟国配布	07年6月12日	
上訴期限延長合意(07年9月20日まで)		07年8月10日
上訴通知(EC)	07年9月3日	
上級委員会報告書配布	07年12月3日	
DSB採択	07年12月17日	

パネリスト：松下満雄(日本・議長)、Donald M. McRae(カナダ)、羅昌發(Chang-Fa Lo, 台湾)

上級委員会部会：Abi-Saab(議長)、Baptista、Taniguchi

第三国参加国：アルゼンチン、オーストラリア、中国、キューバ、ガテマラ、日本、韓国、メキシコ、パラグアイ、台湾、タイ、米国。

なお、本件では国際人道協会(Humane Society International)ほか計2件のアミカスブリーフの提出があったが、第1回会合でブラジルがこれらを証拠の一部となすことを決定した旨をパネルに通知した。更に国際環境法センター(Center for International Environmental Law)は第1回会合のウェブ中継の可否を当事国と検討するようパネルに要請し、パネルはこれに応じて当事国と協議したが、その結果会合は非公開で行なわれた(パネル1.8-1.9)。

国際人道協会は上級委員会にもアミカスブリーフを提出したが、他の1件のアミカスとともに、上級委員会は斟酌を要せずと判断した(上級委員会7)。

IV. パネル報告書の概要

A. 輸入禁止措置

1. GATT 第 11 条第 1 項

(a) 通産省令 14/2004

EC によれば、同規則では中古品に対するライセンスは非自動的であり、当該規則は輸入に不可欠なライセンス発給を開発通産省に禁止している。輸入ライセンス権の否認は、輸入の権利の否定である (7.7-7.8)。

GATT 第 11 条第 1 項は輸入の「禁止 (prohibitions)」と「制限 (restrictions)」の双方を禁じている。「禁止」の意味は自明であり、「制限」は割当、輸出入許可、その他の措置の形態を取る制限的措置である (7.11)。

通産省令 14/2004 第 40 条は明白な輸入禁止を規定していないが、再生タイヤの輸入ライセンス発給を明白に禁止している。同条を中古品輸入のライセンスの必要性を含む文脈に照らし、再生タイヤが中古品に含まれることを斟酌すれば、通産省令 14/2004 は輸入禁止を構成し、GATT 第 11 条第 1 項に反する (7.12-7.15)。

(b) 他の措置

EC によれば、中古品の輸入禁止は再生タイヤにも適用される (7.16)。

EC はパネル設置要請書に 7 つの措置を挙げ、意見書では特に外貿部令 8/1991 (現行版は商務省令 370/1994) 環境委決定 23/1996 を特定している。申立国が挙証責任を負う協定違反の一応の証明 (*prima facie case*) の根拠をなす証拠と議論は、対象となる措置と輸入、および関連する協定の規定とそこに含まれる義務を特定し、措置の当該規定への不適合の理由を説明するのに十分でなければならない。本件では EC が特定したこれら 3 つの措置が EC の主張の具体的な法的基礎をなすものとする。これに対して他の 4 つの措置については議論も証拠も提示していないので、一応の証明はなされなかったものとパネルは判断する (7.17-7.22)。

外貿部令 8/1991：同第 27 条は中古消費財の輸入を明確に禁止している。ブラジルによれば、通産省令 14/2004 の前身の規則が 2000 年に再生タイヤを明示的に輸入禁止とするまでは、同規則が再生タイヤに適用されていた。同規則は GATT 第 11 条第 1 項に違反する (7.25-7.29)。

環境委決定 23/1996：同第 4 条は、不活性廃棄物 (inert waste) は輸入制限の対象とならずと規定するが、「中古タイヤ」はその例外となっている。中古タイヤは明示に廃棄物として同規則内でその関税分類番号が特定され、および附属書に明記されているが、その一方で再生タイヤはここに含まれない。よって同規則は再生タイヤの輸入制限として機能しない (7.30-7.34)。

(c) 結論

通産省令 14/2004 および外貿部令 8/1991 は再生タイヤの輸入禁止であり、GATT 第 11 条第 1 項違反を構成する。環境委決定 23/1996 は再生タイヤの輸入制限ではなく、GATT 第 11 条第 1 項に不適合ではない (7.34)。

2. GATT 第 20 条による正当化

同条が積極的抗弁であり、援用するブラジルに措置の同条適合性の挙証責任があることについては当事国に争いはない。同条の構造に従い、順に、ブラジルは問題の措置が同条各号のいずれかに適合すること、柱書の要件を充足することの証明を、重疊的に求められる (7.35-7.38)。

(a) (b)号

(i) 「人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために」

GATT 第 20 条(b)では、「人、動物又は植物の生命又は健康の保護」の範疇に該当する政策を立証する必要がある。EC・アスベスト規制事件パネルによれば、これは健康リスクの特定と、措置の底流にある目的がその軽減にあるか否かの検討である (7.42-7.43)。

(1) 先決問題

「環境」: ブラジルは GATT 第 20 条(b)の文脈において意見書全体を通じて「環境」という文言を使用し、問題の措置を「人命、健康および環境」の保護に必要な措置であるとした。対して EC は「人、動物又は植物の生命又は健康の保護」に関連しない環境一般を保護する措置は(b)の下で正当化できないと主張する。ブラジルの説明に従い、パネルは「環境」は「人、動物又は植物の生命又は健康の保護」の略称であると理解する。(b)の援用にあたり、ブラジルは単に環境一般への危険だけでなく、人、動植物の生命・健康への危険の立証を求められる (7.44-7.46)。

産品: ブラジルは廃タイヤ堆積の危険への対応に再生タイヤの輸入禁止を要するとしているが、EC は廃タイヤの引き起す危険に再生タイヤは無関係と主張した。再生タイヤは廃タイヤと別物であり、また両当事国は再生タイヤが危険を引き越すものではないことに異論はない。本件では輸入禁止の対象産品と危険を引き起こす産品が一致しないが、過去にもそのような事案があった (米・ガソリン精製基準事件、EC・GMO 事件)。ブラジルはこれ以上の廃タイヤ発生の防止のために措置を導入しており、確かに廃タイヤは寿命の尽きたタイヤに他ならない。よって、現時点では再生タイヤ

に関する措置が廃タイヤに由来する危険に無関係とする理由はない(7.47-7.50)。

(2) 廃タイヤ堆積の人の生命・健康への危険

当事国の主張：ブラジルは廃タイヤの堆積は病原体媒介の蚊の温床となること、廃タイヤの堆積による火事が有害物質を排出することを危険として提起した。EC は危険の存在は争わないが、これらの危険と廃タイヤの堆積の関係に関してブラジルが立証を怠ったと主張した(7.53-7.54)。

蚊媒介病原体：ブラジルはデング熱、黄熱病、マラリアを蚊媒介病原体として特定した。これらはいずれも蚊媒介であり、WHO の資料はこれらがいずれも米州地域を含む熱帯で発生しており、致死のおそれがある重篤な病気であることを認定している。またブラジルで多数の発生が認められる。よって健康上の危険の存在は認められる(7.56-7.60)。

ブラジルが提出した豪環境省報告やバーゼル条約技術ガイドライン等の証拠は、熱帯では雨水が溜まる廃タイヤは格好の蚊の温床となることを示す。対して EC は、前述のとおりブラジル法上もタイヤ自体は有害とはされず、廃棄・放置された(つまり管理が不適切な)タイヤのみが蚊の繁殖地となると論じた(7.61-7.63)。

EC・ホルモン投与牛肉事件上級委員会は、SPS 協定における危険とは「実存する人間社会における危険、すなわち人々が生き、働きそして死ぬ現実世界における人間の健康に対する悪影響の実際の可能性」を含むと説示しているが、その判示は本件にも該当する。証拠によれば不法投棄のタイヤが蚊の温床となっており、確かに適切な廃タイヤの管理がその危険を軽減するが、このことはタイヤの不法投棄の事実とそれに関連する危険の存在を否定するものでない。証拠は、不法投棄のいかんを問わず、廃タイヤの堆積全てが蚊の温床となる危険を示している。更に、廃タイヤの輸送が本来長距離を飛べない蚊を拡散させ、以て蚊媒介の病気を伝染させることを示す研究結果も多い。よってパネルは、ブラジルは蚊媒介の病気による人の生命・健康の危険が廃タイヤの堆積・輸送に関して存在することを証明したものと認める(7.64-7.71)。

タイヤ火事による有害排出物：ブラジルによれば、タイヤ火災が有毒かつ突然変異源の排出物(ダイオキシン・一酸化炭素等含有の煤煙、熱分解油、重金属含有の灰燼等)を生み出し、これらは短期記憶の喪失、免疫力低下等の健康被害に帰結し、またダイオキシン含有煤煙はガン、肺機能低下、免疫低下等短期・長期の健康被害をもたらす。この点をブラジルの提示した証拠は証明している(7.72-7.74)。

EC はこれらの被害がブラジル国内で発生していることの証明を求めているが、ブラジルは州・特別区ごとの最近のタイヤ火災の発生件数のみを示し、これらの火災の規模や人・動植物への影響は示していない。EC はタイヤ火事の実際の発生およびその帰結の評価を行なわないかぎり健康被害は立証できないと示唆するが、パネルはタイヤ火災の潜在的な健康被害は他国の例により評価できると思慮する。かかる他国の

具体例と人の健康への悪影響を併せて勘案すれば、ブラジルの証明責任は果たされた(7.75-7.77)。

EC は、タイヤは発火しにくくタイヤ火災の危険は低いと論じるが、このことは火災の事実とその健康への影響を否定するものではない。またタイヤ火災は不適切な廃タイヤの管理から生じるという EC の指摘については、先ほどの蚊媒介病原体の議論と同様、適切な管理が危険を減じるが、このことはブラジルで廃タイヤが堆積され、火災が起きる現実を否定するものではない。また、証拠は野ざらしではなく、貯蔵施設でも放火・失火に備えるべきことを示しており、これも蚊媒介病原体同様に、必ずしも不適切な管理の廃タイヤのみが火災に遭うとは限らない(7.78-7.81)。

以上のことから、ブラジルは廃タイヤの堆積による火災、ひいては人の健康等への危険を証明した。また、GATT 第 20 条(b)における人の生命・健康への危険を、廃タイヤの堆積との関連で証明した(7.82-7.83)。

(3) 廃タイヤ堆積の動植物の生命・健康への危険

ブラジルは(2)に論じた危険は動植物の生命・健康に及ぶとしているが、EC はブラジルの主張は一般論に過ぎないと反論する(7.84-7.85)。

まず火災については、証拠はタイヤ火災から生じる熱分解油による土壌・水質汚染が、人体に対する影響ほど明白ではないが、不可避免的に動植物の生命・健康に悪影響を与えること示す。ブラジルは米国オハイオ州の例を引くが、海外の例で事足りることは先に 7.77 で述べた。更に農村部ではタイヤ火災が森林に広がる危険も示されている(7.87-7.88)。

蚊媒介病原体については、証拠によれば、デング熱については人同様に特にサルなどの動物に蚊が媒介するが、黄熱病についてはタイヤで生育する都市部の蚊ではなく野生の蚊がサル等へ伝染させている。よってデング熱についてのみ動物への生命・健康の危険の存在を認める(7.89-7.93)。

(4) 人・動植物の生命・健康保護の目的

ブラジルは廃タイヤ輸入禁止が人等の生命・健康保護の目的で実施されたと主張するのに対して、EC は再三ブラジルが述べている「環境」の保護は GATT 第 20 条(b)の範疇になく、また本件の措置は国内産業保護を目的としていると主張する(7.94-7.95)。

パネルは政策目的の正当性、および当該目的と、措置自体およびその全体の仕組・構造との関係を第 20 条各号の下で検討する。最初に、パネルは政策目的それ自体の望ましさを検討することを求められていない。また、EC・アスベスト規制事件で上級委員会が明らかにしたように、人等の生命・健康の保護水準は加盟国に決定権がある。(b)の範疇にある政策は数多く、EC・アスベスト規制事件パネルの説示によれば危険への曝露を減じようとする政策は危険が存在するかぎり(b)の範疇にある。本件措置の

背後にある政策目的は人の生命・健康および環境を保護し、廃タイヤの発生を抑え、以て各種疾病や環境汚染を減少すべく設計されている。EC が指摘する国内産業保護目的は現時点では分析に無関係である。この段階では危険の存在と危険減退の政策目的が(b)の範疇にあるかどうかの問題となる。以上のことから、本件措置の政策目的は(b)の範疇にあるものと認める(7.96-7.102)。

(ii) 「必要な」

必要性要件は GATT 第 20 条(b)、同条(d)及び GATS 第 14 条(a)にも含まれ、先例の集積がある。措置の必要性は「一連の要素の衡量の過程 (a process of weighing and balancing a series of factors)」で決まる。要素には、問題の措置が促す価値・利益の相対的重要性、目的に対する措置の貢献、国際貿易に対する制限的效果の 3 つが含まれ、これらの要素が分析されると、問題の措置と可能な代替措置の比較が行なわれる。先例における上級委員会はこの比較にあたり、上記の利益衡量によって、当該加盟国が合理的に採用を期待されるようなより WTO 整合的な代替措置の有無の判断がつくことになると述べている。本件パネルもこの方式に従う(7.103-7.105)。

各号で検討されるのは、WTO 違反を認定された特定の措置であり、本件は再生タイヤの輸入禁止である。当該措置の実際の実施方法、例えば措置自体には外生的ではあるが、措置が機能を果たす能力に関する要素(本件では裁判所による輸入禁止措置の差止命令)あるいは措置が適用されない状況(本件ではメルコスール除外)などは、柱書で検討する(7.106-7.107)。

(1) 目的の重要性

先例によれば、人・動植物の生命・健康の保護に必要とされる措置の評価に当たっては、パネルはその共通利益・価値の重要性を斟酌できる。また、保護水準の設定に関して加盟国は裁量を有し、本件では可能なかぎり最大限廃タイヤ堆積の危険を低下させることがブラジルの設定した保護水準である(7.108)。

人の生命・健康に関しては、先に見た病変は、黄熱病等蚊媒介の病原体についても、また記憶障害、免疫低下、発ガン等を引き起こす有毒排出物への人体の曝露についても、深刻なものと認める。過去の事例でも人の生命・健康の重要性は認識されており、EC・アスベスト規制事件では措置はアスベスト繊維による健康被害の除去・軽減を目的としたもので、追求される価値は最も必須にして重要なものである(vital and important in the highest degree)とされた。本件でも追求される価値が同様である以上、同様の理由が当てはまる。追求される価値には動植物の生命・健康の保護も含まれるが、同様に WTO 協定はこれを重要と見ている。米国・エビ輸入制限事件上級委員会が、WTO 協定前文における政策目的としての環境保護の重要性・正当性を強調している

(7.108-7.112)

(2) 通商阻害性

通産省令 14/2004 はメルコスール除外以外のタイヤ輸入のライセンス発給を禁止している。輸入禁止は加盟国の通商制限の兵器庫(armoury)の最も重装備兵器(the heaviest “weapon”)である。よって本件措置はこの上なく通商制限的である (7.114)

(3) 目的に対する措置の貢献

EC は、ブラジルの措置が廃タイヤの数の現象に結びつくことの量的証明を求める。対してブラジルは、危険の評価は質的または量的であり、また量的評価は(b)によって要求されていないことは、EC・アスベスト規制事件上級委員会が説示するところであると主張する。ここでパネルが審理すべきは、廃タイヤの減少に輸入禁止が貢献しているか否かである。この点は量的に証明され得るが、他の方法でも十分に証明されればそれでよい。よってパネルは、ブラジルには必ずしも措置の廃タイヤ減少への正確な影響を定量的に示すことが要求されないと思慮する。ここで証明すべきは手段と追求される成果の関連性であり、換言すれば目的と手段の関係(the relationship of ends and means)である (7.115-7.119)

両当事国は輸入禁止による危険の低下と廃タイヤ減少の影響を結びつけている。よって、パネルは輸入禁止による廃タイヤの減少、次に廃タイヤの減少の危険低下への貢献の順に検討する (7.120-7.122)

廃タイヤ数の減少：ブラジルは、再生タイヤの輸入禁止はさもなくば廃タイヤになってしまう国内の中古タイヤの再生利用を促し、廃タイヤの増加を防ぐと主張する。更に、製品寿命の短い再生タイヤの輸入減少も廃タイヤの減少につながると論じる。対して EC は、新品タイヤは、ブラジルの道路事情から乗用車向けについては再生に向かないこと、および実際すべてが再生されているわけでないことから、輸入再生タイヤ同様に廃タイヤの増加に寄与していると論じる。よって、新品タイヤが実際に再生されていることが証明できて初めて再生タイヤの輸入禁止が廃タイヤ減少に貢献することを示せると論じる。更に EC は、輸入再生タイヤの潜在的な販売は、現在の輸入禁止のため新品タイヤ(輸入・国産)が国産再生タイヤ(輸入中古タイヤから製造)に代替されており、乗用であればこれらは再生されることはないと主張する (7.123-7.125)

新品タイヤによる輸入再生タイヤの代替については、まずタイヤの寿命は乗用車向けであれば再生は 1 回なので、新品として 5 年 + 再生後の 5 年 = 計 10 年なのに対し、輸入再生タイヤは 5 年の寿命である。新品タイヤの寿命が 2 倍なので、合計でより少ないタイヤで市場の需要が充足でき、それだけ廃タイヤも増えないことになる。更に、当事国間には乗用以外(バス、トラック、航空機用)向けタイヤは 2 度以上再生でき

ることに争いが無いので、同じことはこれらのタイヤにも当てはまる。よって、輸入再生タイヤの輸入禁止は廃タイヤ総数の抑制に至ることがある（may lead to...）（7.126-7.130）

国内中古タイヤから生産される再生タイヤによる輸入再生タイヤの代替については、まずかかる代替と廃タイヤの減少との関連について検討する。パネルは、ブラジル国内で既に使用されたタイヤに「第2の製品寿命」を与えることで廃タイヤの総数を減少させることに同意する。次に、輸入禁止が国内中古タイヤの再生を促進するかどうかを検討する。再生タイヤの輸入禁止によって当該産品への需要が新品ないしは国産再生タイヤに転換されるが、国内タイヤ再生業者にとって利用可能な原材料が国内中古タイヤのみで、新品でなく国産再生タイヤで需要が充足できるのであれば、国産再生タイヤの需要を増やし、以て輸入禁止はより多くの国内中古タイヤの再生を促すことになる（7.131-7.134）

この点について多くの証拠が提出されているが、これらは少なくともある程度の国内中古タイヤはブラジルで再生されていることを示す。また、ブラジルは、国内再生業者の良質な中古タイヤへのアクセスを容易にする数々の措置を採用しており、ブラジルの国内タイヤ再生の能力に貢献する。これらは例えば新品タイヤの輸入・製造業者に一定の新品タイヤの割合で中古タイヤの回収・処分を義務づけること（環境委決定 258/1999）や、新品タイヤ製造に厳格な技術基準を要請することで良質の（＝再生可能な）外包が造られるようにすることなどである。また、車検も再生可能な外包の数を増やし、タイヤの手入れを促すことで回収されたタイヤの再生可能性を増す。また、前述のとおり中古タイヤの輸入も通産省令 14/2004 で禁止されているので、輸入再生タイヤが輸入中古タイヤに取って代わられることもなく、再生タイヤの輸入禁止の実効性を確保している。最後に、生産量から見て、ブラジルの再生タイヤ産業には十分に国内中古タイヤの再生能力がある（2005年で、輸入・国産を問わず新品 3,340万個のタイヤを販売したのに対し、再生タイヤの生産は 1,860万個）（7.135-7.141）

以上のことから、輸入禁止は廃タイヤの総数の減少に寄与すると結論づける（7.142）

危険低下への貢献：ブラジルは廃タイヤ減少により危険は低下しており、タイヤ回収の他にも、デング熱予防の啓蒙や蚊の監視等を実施していると主張する。EC は廃タイヤ減少が危険低下に繋がっていることをブラジルが証明していないと主張する。パネルは、措置が対象とする特定産品以外の多くの要因が危険の具現化に寄与している時、特定の措置がすべて危険を除去すると、また措置の実際の危険低下の効果にも即効性を合理的に期待できないと思慮する。問題の本質はタイヤの堆積自体であり、堆積が問題の危険の発生と関連することが実証された以上は、堆積の減少は危険発生低下のステップを構成すると合理的に期待できる。またブラジルは他の措置と連動して輸入禁止を実施している点にも留意する（7.143-7.147）

結論：ブラジルの再生タイヤの輸入禁止は、人等の生命・健康保護の目的に貢献す

る(7.148)。

(4) 代替措置の利用可能性

パネルのアプローチ：次にブラジルにとって合理的に利用可能で、ブラジルの保護の水準を勘案しつつ同じ目的を達成するような「より WTO 非整合的でない代替手段」の有無を検討するが、EC は申立国が代替手段の全体像を示したら、その利用不可能を証明する責任は被申立国が負うと主張する。対してブラジルは、申立国がより通商制限的でない手段が合理的にとり得ることを証明する必要があり、その後に拳証責任が被申立国に移ると主張する(7.153-7.154)。

この点につき、米国・越境賭博サービス規制事件上級委員会は、被申立国は必要性について一応の証明をなせば代替手段を特定する必要はないと説示している。また、同上級委員会によれば、申立国が WTO 整合的な代替措置を提示した後、なぜ問題の措置がそれでも必要か、あるいは提示された代替手段が合理的に採用できないかを被申立国が示す。パネルもこの方式に倣うものとし、この評価は特に、目的の重要性および代替案の当該目的達成の能力を考慮しつつ、問題の措置との比較において代替案の相対的な通商阻害性を検討することに関係する。代替措置が単に理論的に利用可能でしかない、加盟国に実施する能力がない、あるいは不当な負担を加盟国に課す場合などは、合理的に利用可能とは言えない。また、代替措置は、望ましい保護の水準の達成に関する被申立国の権利を維持するものでなければならない(7.155-7.158)。

EC の提案する代替措置：第一に、廃タイヤの堆積を減少させる措置がある。例えば国内タイヤ再生の促進、国産タイヤの再生適性の向上、公共交通利用による自動車利用低減の促進等である。第二に、廃タイヤの管理の改善措置がある。例えば既に実施されている廃タイヤの回収・処分システムの確立、また多くのタイヤ処理方法が代替措置となる(7.159-7.161)。

合理的利用可能性(廃タイヤの減少)：国内タイヤの再生促進、国産タイヤの再生適性の向上は、寿命の短い輸入再生タイヤによる廃タイヤ堆積の減少にはつながらない。また、このような措置は既に実施ないしはその途中であり、これらの措置および輸入禁止の正の効果は、代替的ではなく累積的である。EC は輸入中古タイヤの流入防止措置についても言及しているが、これについてブラジルは輸入禁止を講じている。よって、これらの措置は再生タイヤの輸入禁止の代替手段たり得ない(7.164-7.172)。

合理的利用可能性(廃タイヤの管理)：廃タイヤ回収・処分(環境委決定 258/1999、パラナ州タイヤ清掃計画)は、廃タイヤ堆積の減少とそれに起因する危険の低下に寄与しており、より通商制限的でない。しかし、ブラジルが求める保護水準は、廃タイヤの発生を極少化し、以て廃タイヤの堆積に伴う危険を最大限可能なかぎり低下させることにある。よって、ブラジルの保護水準は廃タイヤのゼロ発生(non-generation)に関するもので、これらの代替措置は輸入禁止と同程度の保護水準を達成できない。

また、回収制度はブラジルが回避しようとする処理上の危険（後述）そのものに対処するものではない。EC・アスベスト規制事件上級委員会は、ある代替措置が問題の措置が除去せんとする危険の継続を必然的に含むことになるのであれば、そのような措置の採用はいかなるものであっても合理的に期待できない。以上のことから、廃タイヤ回収・処分措置は輸入禁止の代替措置にはならない（7.174-7.178）。

次に処理方法について。まず埋め立てによるタイヤ処理については、証拠により、埋立地の不安定性、有害物質の浸出、タイヤ火災および蚊媒介病原体などの問題点が示唆される。ECは細断されたタイヤの埋め立て、つまり管理された（controlled）埋め立ては環境に有害でないとするが、ECは一般的な埋め立てに関してブラジルが申立てた健康被害を特に争っておらず、証拠は埋め立ての健康・環境リスクについて、野放し（uncontrolled）の埋め立てと管理された埋め立ての区別を明確にしていない。よって管理された埋め立ては上記のような危険をもたらさないとは結論づけられない。また、実際に埋め立てを含めてタイヤの堆積が存在しており、この現実に基づいて関連する危険を評価すべきである。また、埋め立ては安上がりな処理方法であるが、多くの国々で過去10年減少傾向にあり、EC自身が指令によって相次いでタイヤ丸ごとおよび細断されたタイヤの埋め立てを禁じている。以上のことから、埋め立ては正にブラジルが除去せんとする危険をもたらすもので、輸入禁止の代替たり得ない（7.182-7.186）。

次に貯蔵については、単なる集積場への集中であり、物理的にタイヤは存在しているという意味で処分ではない。廃タイヤの集積がもたらす危険は先に見たとおりであり、管理された貯蔵であっても、不法投棄の場合とは程度の差こそあれ、健康・環境に相当の危険をもたらすことも前述した。したがって、管理された廃タイヤの貯蔵は危険を低減するかも知れないが、除去するものではなく、輸入禁止の代替手段たり得ない（7.187-7.189）。

焼却については、パーゼル条約技術ガイドラインや英国環境庁の資料によれば、セメント炉によるタイヤ焼却処分はブラジルほか各国で一般的であり、厳格な排出基準で有毒化学物質を相当軽減できる。しかしその他の証拠によれば、レベルの如何にかかわらず、焼却より生じる有毒化学物質は健康リスクをもたらす疑念がある。また、焼却実験の結果は信頼性に疑問が残る。TDF稼働式（TDF-Driven）焼却炉については、排出の水準は排出規制の技術に依存し、証拠によれば排出を極少化する最も現代的な技術は金銭面で容易に導入できない。また、同様に焼却実験の結果に疑念が残る。よって、焼却は危険が残る方式であると認める（7.190-7.194）。

以上の既存の廃タイヤの処理方法は、いずれも人の健康に危険を及ぼし、輸入禁止の代替手段たり得ない（7.195）。

リサイクルについては、まず護岸工事や埋立地の漏水層などの土木工学的利用は、コストが高く利用は限定的であり、そのため少数のタイヤしか処分できない。また、

土木工学的利用は、針金の露出、タイヤ火災、有毒化学物質の漏出など、人体、家畜、水生生物に危険をもたらす。ラバーアスファルトへの転用はブラジルモリサイクル法として承認しているが、通常のアスファルトに比しての危険性について証拠からは明確でない。しかしコストが高く、需要が限られ、よってその廃棄物処分能力は低下する。接着剤、コンベア・ベルト、スポーツ用品、履物等の製造に供されるゴム粒子については、これらによって処分される廃タイヤの量は限定的である。脱硫や熱分解など他の化学的・熱的変成については、実質的な健康・環境リスクを与えるものと証拠は示していないが、高コストのため経済的に実行可能性がない。以上のことから、素材リサイクル利用は全面的に安全であるか否かが明確でなく、高コストのためブラジルの望ましい保護水準を達成するだけのタイヤを処分できないため、再生タイヤの輸入禁止の合理的に利用可能な代替手段たり得ない(7.196-7.208)。

(5) 必要性に関する結論

パネルの必要性に関する評価は、上記の要素およびより制限的でない代替手段の利用可能性を勘案した利益衡量のプロセスの結果である。まず、タイヤ堆積から生じる危険からの人・動植物の生命・健康の保護は重要な政策目的である。特に人の生命健康を脅かす病原体から保護することは最も必須にして重要なものである。パネルにここで求められるのは、ブラジルの特定の措置がこの目的の達成に必要なか否かの評価である。その通商阻害性と目的への貢献を検討しなければならないが、当該措置は輸入禁止であるので最大限通商制限的であるが、より制限的でない代替案が存在しないときは高度に制限的な措置を要する状況は排除できない。「必要な」措置とは、有用(making a contribution to)の極よりも不可欠(indispensable)の極に近いと上級委員会は説示するが、輸入禁止はブラジルの政策目的実現に貢献し、またより制限的でない代替手段は合理的に採り得なかった。代替手段はそもそもブラジルが避けようとする危険をもたらすものか、あるいはブラジルの求める保護水準に適合しないものであり、懸念を生じさせる(7.209-7.212)。

利益衡量に際しては、本件固有の事情を斟酌すべきである。第一に、廃タイヤのゼ口発生が危険への妥当な対処方法である。第二に、複数の措置の組み合わせが適切である場合があり、ある措置の正当化は単なる二者択一やある措置の他の措置による代替とはならない。ブラジルの措置は、寿命の一部を終えたタイヤの輸入という危険全体の特定の構成要素に対処するものであり、ECが指摘する他の措置はいずれもこれに関係しない。代替手段は単独でも複合的であっても、輸入禁止により意図されているような危険の除去はなし得ない(7.213-7.214)。

以上に照らして、再生タイヤの輸入禁止措置にはブラジルの政策目的を達成する合理的に利用可能な代替手段はなく、GATT 第 20 条(b)の下での必要性が認められる(7.215)。

(b) 柱書

(i) 総論的考察

柱書は、問題の措置あるいはその特定の内容ではなく、当該措置が適用される方法に向けられている。よって、本件ではブラジルの輸入禁止の適用を検討する。分析に際して、先例が示す指針に留意する。柱書の基本的主題は例外の濫用ないしは不当な利用を回避する趣旨・目的にある。また、柱書の解釈は例外を援用する権利と他の WTO 加盟国の権利の均衡線を見いだし、画定する繊細な作業である。事件ごとに措置の種類と形態が異なり、また事件を特徴づける事実も異なることから、この均衡線は不変ではない。例外の濫用に当たらないとする証明責任は例外を援用する被申立国の側にある (7.218-7.222)。

任意の差別待遇、正当と認められない差別待遇、および国際貿易の偽装された制限の3つの状況が柱書に不適合となる。最初のふたつの要素についてはいずれも差別の存在に関するものであるので、一体として検討する (7.223-7.225)。

(ii) 「任意の若しくは正当と認められない差別待遇」

先例に従い、第一に措置の適用が差別に帰結する、第二にその差別が任意の若しくは正当と認められないものである、第三に差別が同様の条件の下にある諸国の間において発生している、の3つの条件に該当すれば、措置は柱書の要件に不適合に適用されていると考えられる (7.226)。

(1) ブラジルの輸入禁止の適用は差別になるか

上級委員会が説示するように、柱書が言及する差別の「性質と特性 (nature and quality)」は、GATT の実体的義務が規定する製品の取り扱いにおける差別とは異なる。本件では当初の違反は GATT 第 11 条第 1 項違反の通商制限であり、それ自体は GATT 第 1 条・第 3 条違反を構成しない。従って措置に内在する制限的性質に加えて、申立のあった差別が適用において生じることになる。EC はメルコスール産再生タイヤの除外、裁判所による中古タイヤ輸入禁止の差止、新品タイヤへの規律の不存在を指摘している (7.229-7.231)。

メルコスール除外：上級委員会は、差別が輸出国・輸入国間同様に、輸出国間相互にも発生すると説示している。ブラジルはメルコスール諸国の輸入禁止からの除外が EC との間で差別となることは否定しない。現段階ではパネルの分析は措置ではなく適用に着目しているが、除外が輸入禁止の法的基礎となる通産省令 14/2004 から明白

であるからといって、これを考慮することを妨げられない。米国・エビ輸入制限事件上級委員会は、措置の適用は、措置の詳細な運用規定が任意の若しくは正当と認められない行動を規定している場合、および措置が表面上公正・公平であるが、実際には任意の若しくは正当と認められない方法で適用されている場合に、濫用となると説示している。このことは、措置それ自体に規定されている要素により正当と認められない差別が生じることがあるという見解を支持するものである。よってパネルは、メルコスール除外が差別を構成すると認める（7.234-7.238）。

中古タイヤ輸入禁止の差止：ブラジルは、輸入禁止に対する違憲訴訟の結果、裁判所による輸入禁止の差止により一定数の中古タイヤが輸入されている事実を認める。ECはこのことは輸入中古タイヤから製造される国産再生タイヤの優遇であり、差別であると主張する。輸入外包によってブラジル国内で生産される再生タイヤと輸入再生タイヤに差はない。また、輸入中古タイヤから製造される再生タイヤと輸入再生タイヤは同様の環境外部性を生み出す。よって、ブラジル国内で輸入外包を使って再生タイヤを生産することを可能ならしめる一方で、同じ外包を使って製造されるタイヤを輸入させないかぎりにおいて、裁判所の差止命令を通じた中古タイヤの輸入は差別を構成する（7.239-7.243）。

新品タイヤに関する措置：ECによれば、ブラジルは他の WTO 加盟国からの輸入に際してタイヤに最低 1 回の再生可能性があることを義務づけるが、国内産業が生産したタイヤは後に再生されることを義務づけない点で、差別がある。しかし、輸入タイヤの 1 回再生可能性と同等のブラジル国産タイヤに対する要件は、国産タイヤが後に再生される（*will be retreaded*）ことではなく、ブラジル国内で国産タイヤが再生され得る（*have the capacity to be retreaded*）ことである。先に見たとおり（7.135-7.142）、ブラジル国産タイヤは再生に適したものである（7.245-7.247）。

EC は、更に再生タイヤは輸入禁止であるのに対し、再生に適さない国産タイヤについては規制がないことが差別であると主張する。パネルは、ブラジルは市場に出回る新品タイヤは関連する国際基準に適合した再生可能な品質のものであることを一応立証したものと認める（7.248-7.250）。

結論：以上のことから、2つの原因、つまりメルコスール除外と裁判所の差止命令による中古タイヤの輸入許可により、差別が存在することを認める（7.251）。

(2) 差別は「任意の若しくは正当と認められない」ものか

パネルのアプローチ：DSU 第 3 条第 2 項に従い、ウィーン条約法条約第 31 条に従って「任意の若しくは正当と認められない」の文脈における通常の意味を解釈する。辞書的定義および先例における解釈を参照すると、GATT 第 20 条柱書の文脈で「任意の」とは、予知できない（*capricious*）、予見不可能な（*unpredictable*）、あるいは首尾一貫しない（*inconsistent*）ことを意味し、措置の適用における柔軟性の欠如、輸出国の

条件に照らした妥当性を問わない措置の適用が「任意の」差別に該当するとされた。また、「正当と認められない」差別とは、辞書的な定義から措置の適用におけるいかなる差別についても、その正当化理由を防御ないしは説得力を持って説明できる (“defend” or convincingly explain the rationale) 必要性を示唆する。また、先例では、予見可能でありかつ不可避的でない差別、目的達成のための国際交渉の欠如および措置の柔軟性の欠如が「正当と認められない差別」とされた。しかし先例と全く同一の要素が必ずしもどの状況でも決定的であるとは限らない。先に見たとおり、事案ごとに GATT 第 20 条援用の権利と他の加盟国の権利の均衡線は変動する (7.253-7.263)。

メルコスール除外：ブラジルは政策目的との関係において、メルコスールからの輸入品と EC の輸入品に何ら差がないことを否定しない。むしろ、除外はメルコスールの義務に由来しており、恣意性がないと主張する。除外に至る重要な事実上の状況について当事国に争いはない。当初の 2000 年の省令は無差別に中古タイヤの輸入を禁止していたが、ウルグアイの提訴によるメルコスール仲裁廷が当該措置をメルコスール違反として後に初めて除外を行なった。また、仲裁廷の判断は既判力を有し、これを実施しなければならない。よって、除外は予知・予見が不能な (capricious and unpredictable) 理由により動機付けられたものではない。また、この判断は域内貿易自由化を意図する協定の文脈で採択されたものであり、この種の協定は内在的に域内国に特惠待遇を与える。そのような差別がメルコスール実施の結果同協定締約国と他の WTO 加盟国間に起きる可能性は不合理ではない。また、このような協定は GATT 第 24 条が明示的に認知していることに留意すべきである (7.264-7.274)。

EC は、メルコスール仲裁においてブラジルが公衆衛生例外 (モンテヴィデオ条約第 50 条(d)) を意図的に援用しなかったが²、他方で現在は GATT 第 20 条(b)を援用していることを指摘している。パネルはブラジルのメルコスール手続における議論の選択を評価し、その結果を後知恵で論じるべきではなく、同手続の詳細はあくまでメルコスール除外の柱書適合性の判断に必要な範囲でのみ検討すればよい。ブラジルの訴訟戦略は効を奏さなかったが、それ自体をして不合理ないしは常識を逸しているとは思われない。また、他の戦略が別の結果を導いたかも定かではない (7.275-7.276)。

また EC は、メルコスール仲裁廷の判断は輸入禁止がメルコスール違反であるとだけ述べており、WTO 加盟国との差別を求めていないと主張する。パネルはここでも除外の柱書適合性判断に必要な範囲でメルコスール仲裁廷の判断を参照すればよい。同判

² パネル報告書中には解説されていないが、モンテヴィデオ条約はメルコスール設立にかかる諸協定とは全く独立した別の国際合意である。メルコスール設立条約 (アスンシオン条約) 附属書 I 第 2 条(b)が、モンテヴィデオ条約第 50 条(d)に言及しており、更に 2002 年のメルコスール仲裁裁判で適用されたメルコスール決定 22/2000 がこの第 2 条(b)に言及している。Decisão Nº 22/2000, available at <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/Dec2200s.asp>; Treaty Establishing a Common Market, Arg.-Braz.-Para.-Uru., Mar. 26, 1991, 30 I.L.M. 1041, 1050-51; Treaty of Montevideo Establishing the Latin American Integration Association, Aug. 12, 1980, 20 I.L.M. 672, 685. 一連の法令の関係は後に注 (54) で詳述する。

決はブラジルの協定整合的な国内立法を求めるのみで、履行に特定の行動を求めている。ブラジルによれば、除外が唯一の判決履行方法であり、全面的な輸入禁止の廃止は廃タイヤ堆積による危険低下の政策目的および保護の水準の放棄であるので、妥当な選択肢でなかった。また、他の国際的義務を勘案して、除外は最も狭く更生タイヤのみに限定している。パネルはブラジルの措置が唯一の判決履行方法であるか否かにかかわらず、「予知できない (capricious)」、「無原則な (random)」ものとは認めない (7.277-7.281)。

更に EC は、「任意の若しくは正当と認められない」は措置の政策目的、つまり本件では人・動植物の生命・健康の保護に照らして判断すべきで、さもなくば他の国際合意によってそのような措置の差別適用が認められてしまうと主張する。また GATT 第 20 条措置を例外としている同第 24 条第 8 項(a)の文言にも矛盾すると指摘する。しかしながら、パネルはどのような状況でもいかなる国際合意の援用も措置の差別適用の正当化に十分としているのではなく、むしろ本件固有の事情を考慮している。また、メルコスール上の義務の結果として除外が行われていることを GATT 第 20 条適合性評価にて勘案することは、第 24 条第 8 項(a)とも矛盾しない。「実質上のすべての貿易」自由化要件は上級委員会が示唆するようにある程度の柔軟性があり、本件ではメルコスール除外の結果差別が生じている。ここでは GATT 第 20 条適合性を検討するのであり、同第 24 条第 8 項(a)の「実質上のすべての貿易」に関する自由化義務についての評価とは異なるものである (7.282-7.284)。

もっとも、ブラジルのメルコスール上の義務を考慮したことは当該除外が必ずしも正当化されるということではなく、除外を考慮して適用の形態を検討しなければならない。除外の存在は、メルコスール産同様、メルコスール域外産の外包を利用してメルコスール域内で再生されたタイヤがブラジルにメルコスール産として輸出され、ブラジルの再生タイヤ輸入を増やす原因となる³。もしそのような輸入が措置の目的の達成を著しく侵害するような (significantly undermined) 量で行われた場合、メルコスール除外を伴う輸入禁止は正当と認められない差別となろう。除外を通じてより多くのタイヤがブラジルにもたらされ、最大限廃タイヤ堆積を減らすブラジルの政策目的が侵害されることになると、他の WTO 加盟国に対して措置を維持することの正当化にも影響する。これはブラジルの第 20 条援用と他の WTO 加盟国の権利の間の均衡線の問題である。EC はメルコスール除外によって 2002 年に 200t に過ぎなかったタイヤ輸入が 2004 年には 2,000t になったと指摘する。しかし、この 2,000t の全てが EC 産中古タイヤのメルコスール域内での再生であると仮定しても、輸入禁止導入前の EC からの輸入量は 14,000t なので、それでも 2004 年では 86%の輸入は防ぐことができた計算になる。かようにメルコスール除外は政策目的達成の能力を著しく侵害するものではない

³ 要するにメルコスール域内で再生されることにより、本来は輸入を許されなかったメルコスール域外産の中古タイヤの迂回輸入が起きる、との意。

(7.285-7.288)

よって、メルコスール除外は、任意の若しくは正当と認められない差別待遇となる措置の適用ではない(7.289)。

裁判所の差止命令：本件では未だに外包が輸入できるのは裁判所の差止命令によるもので、ブラジル政府は裁判手続によって異議を唱えている。したがって、ブラジル再生業者が未だに輸入外包を使えることは、ブラジルの予知・予見が不能な行動によるものではない。裁判に関する資料の提供があるが、先のメルコスール仲裁判決同様、措置の適用の柱書適合性の検討に必要な範囲でのみこれを検討すると、証拠はブラジル裁判所の決定は予知・予見不可能ではなく、また司法判断に従うブラジル政府の決定も不合理にして予見不可能ではない(7.290-7.294)。

にもかかわらず、措置の機能は第二の製品寿命にあるタイヤを域内に入れないことで所与の政策目的を貢献することであり、タイヤ輸入を許す差止はこの前提と真っ向から矛盾する。差止命令による輸入量は、実際には再生タイヤ輸入禁止の目的を著しく侵害するものである。2005年には中古タイヤの輸入はほぼ1,050万tであり、中古タイヤ・再生タイヤの輸入禁止が初めて制定された2000年の中古タイヤ(140万t)と再生タイヤ(200万t)の合計の3倍に匹敵する水準に増加している。よって、裁判所の差止命令による中古タイヤ輸入の増加は再生タイヤの輸入以上にブラジルの政策目的に悪影響を与えるものである。ブラジル政府の差止命令に対する諸々の対応には留意するが、政府には上記の輸入を止める手だてがなく、また近い将来に停止させること約束できる立場にもない。ブラジル国内司法手続の中で上記輸入を防ぐことに伴う行政府の困難は理解するも、GATT第20条に適合するブラジルの義務を免じるものではない。米国・エビ輸入制限事件で上級委員会が説示するように、加盟国はその政府の全ての部局について責任を負う。

よって、裁判所の差止命令は政策目的を著しく侵害するもので、輸入禁止は正当と認められない差別の手段を構成して適用される(7.295-7.306)。

(3) 同様の条件の下にある諸国の間において差別が発生しているか

先に述べたように、輸入外包から作られた国産再生タイヤと輸入外包再生タイヤに顕著な差はない。また同様の条件の下にある諸国の間において差別の有無を検討する文脈で関係があるブラジルおよび他のWTO加盟国の条件についても、差は認められない。よって、差別は同様の条件の下にある諸国の間において発生しているものと認める。その結果パネルは、裁判所の差止によって政策目的の達成が著しく侵害される輸入が発生しているため、輸入禁止は同様の条件の下にある諸国の間において差別となって適用されているものと判断する(7.307-7.310)。

(iii) 「国際貿易の偽装された制限」

(1) パネルのアプローチ

当該要件への違反には 3 つの要素の存在を要する。第一に、措置の適用に関すること。第二に、措置の適用が国際貿易の制限に関すること、第三に、国際貿易の制限が偽装されていること。第一点目については、前述した。第二点目については、GATT 第 11 条に禁じられる輸入制限とは異なるものである。ここで検討すべきは、GATT 第 11 条に違反する輸入制限が国際貿易の偽装された制限を構成するような方法で適用されているか否かである (7.315-7.317)。

偽装された制限とは、先例より公式に「秘匿され (hidden)」、「繕われる (dissimulated)」必要はない。また、偽装された制限は柱書の他の部分にも関係するものと「同種の考慮要因 (the kinds of consideration)」から派生することもあるので、先に「任意の若しくは正当と認められない差別待遇」について検討した要素を排除しない。更に、全ての事案に単一のテストが画一的に適用されるのではなく、国際貿易の制限が濫用となる様々な状況に国際貿易の偽装された制限の存在が由来する。また、偽装された制限を示す要素として、両当事国は柱書が唯一の信義誠実則の顕在であるという上級委員会の説示を強調した。当事国は、関係措置の全てが検討されるべきこと、措置の意図と効果の双方が分析に重要な役割を果たすこと、当該事案の具体的な事実関係が分析に最も関連する要因を決定すべきこと、および偽装された制限に関する既成の決定方法は存在しないことなどが論じられた。パネルは過去の上級委員会の説示を留意し、それぞれの事案でひとつとして決定的な要因が存在しないこと、および多様な要素が我々の決定に関連することに同意する (7.319-7.323)。

(2) パネルの評価

EC は措置の偽装された目的・効果がブラジル国内タイヤ産業の保護であると主張するのに対し、ブラジルは輸入禁止の適用は欺瞞的でなく秘密裏にも行われていないと論じる。偽装された制限の構成には、措置が公式に秘匿されていることは要求されないことは先に述べたが、通産省令 14/2004 は公表されているので、秘匿されていない。ただしこのことは偽装された制限の認定に決定的ではない (7.324-7.326)。

ブラジルは措置の主要な目的は前述の公衆衛生目的と述べるが、EC は国内タイヤ産業保護がその主要な目的であると主張する。パネルは立法意図の検討は有益であると考え、日本・酒税事件で上級委員会が述べたように、措置の目的は容易に確定し得ない。最初に通産省令 14/2004 は、中古・再生双方のタイヤ輸入を制限しており、その仕組は、製品寿命の短いタイヤの輸入を回避して廃タイヤの堆積増加を防ぐというブラジルの政策目的と合致している。開発通産省が採択した規則であるからといって、当該措置が環境保護目的を有していないことを示唆するものではない (7.327-7.331)。

EC はその他多くのブラジルの政府関係者の発言を援用している。ある種の発言、特

に公的なされたものは特定の措置を取るにあたっての立法者・規制主体の意図を知るのに有用である。しがし、それぞれの発言は、それがなされた文脈と資格を考慮して注意深く評価しなければならない(7.332)。

2002年の下院消費・環境・未成年保護委員会公聴会での開発通産省代表者の発言は、90年からの中古品の輸入制限は国内産業保護が目的であったと述べている。しかし、これは本件の検討対象の措置でなく90年の輸入制限一般について述べたもので、中古タイヤについては、同一人物が処分の問題など輸入にまつわる懸念を縷々述べている。また同じ公聴会で、環境省代表者も廃タイヤの環境上の関心と処理問題を強調している(7.333)。

ECは更に、メルコスールからの再生タイヤ輸入に対する罰金免除をめぐる国内訴訟の文脈で在ポルトアレグレ市の連邦法務官の陳述を援用し、開発通産省は中古タイヤ輸入に雇用への悪影響がある旨を述べている。しかしこれは再生でなく中古タイヤに関するもので、主たる理由としての環境への害悪に対して付随的な理由でしかない。確かに新品タイヤ産業に輸入制限は利益を与えるが、再生タイヤ産業がこれに反対していることは上記の裁判所の差止命令により説明される。また、連邦法務官の書面は国内産業保護のため再生タイヤ輸入が禁止されると論じるが、そこに言及される開発通産省の資料には中古タイヤの輸入ライセンスによる管理の迂回の懸念から再生タイヤの輸入ライセンス発給を禁じたとあり、その指摘するところは整合しない(7.334-7.336)。

ECは更に、再生タイヤの輸入に際して一定の割合で廃タイヤの回収・処分を義務づける環境委決定258/1999が環境保護を反映しているのに対して、引き続いて再生タイヤの輸入禁止である通産省令8/2000が採択されたことが保護主義的な動機を示唆すると主張する。同決定は同省令による再生タイヤ輸入禁止の前年に採択されており、再生タイヤ輸入に関して処分義務を予定していた。どちらかといえば同規則は新品よりも再生タイヤに負担の大きい制度であり(輸入が許されるタイヤの単位あたりで要するタイヤの処分量が、新品よりも再生のほうが多い)、このことは環境当局が中古・再生タイヤの輸入禁止以前に、再生タイヤが処理上の特別の問題をもたらすことをある程度認識していたことを示唆する(7.337-7.339)。

ECは、通産省令8/2000の導入が輸入中古タイヤと競合する新品タイヤ産業の陳情によるものであるとし、環境当局は環境保護目的の輸入禁止は不要と考えていたとする数人の議員の証言に言及している。しかしこれが立法府全体の意思である十分な証左はない(7.340)。

以上のことから、ブラジルが輸入禁止を行なったのは健康・環境保護目的ではないとは認められない(7.341)。

パネルはメルコスール除外について、ブラジル連邦政府の代表がブラジル国内の裁判で環境上の影響は最小限であると論じた点に留意する。また、同じ文脈での在ポル

トアレグレ市連邦法律顧問の陳述が措置の国内産業保護目的に言及したが、証拠文書はかかる意図を裏付けなかった。ECが依拠した他の発言等も保護主義的動機を裏付けなかった。措置の仕組もブラジルの政策目的と整合的である。また、措置は新品タイヤ産業には保護になる反面、再生タイヤ産業には海外からの外包へのアクセスを奪っている(7.342-7.343)。

ECは、ブラジルの輸入禁止およびメルコスール除外のため、ヨーロッパからブラジルへの再生タイヤ輸出がブラジルおよびメルコスール諸国の中古タイヤに取って代わられたと主張する。更にECは、再生タイヤ輸入禁止がブラジル新品タイヤ産業を保護し、ブラジルおよびメルコスール諸国の再生タイヤ業者に有利に国際貿易の偽装された制限を構成するよう適用されると主張する。以上の主張に基づき、メルコスール除外および裁判所の差止命令から生じる国際貿易の偽装された制限について検討する(7.344-7.346)。

裁判所の差止命令：先に見たように、中古タイヤの輸入も禁止することで再生タイヤの輸入禁止は廃タイヤの減少に貢献する。しかし差止命令により中古タイヤの輸入が発生しており、これが中古タイヤ輸入の唯一の原因である。差止命令により国内再生業者は依然として原材料である中古タイヤの輸入により受益できるが、非メルコスール諸国の競争者はブラジル市場から排除される。再生輸入タイヤ自体の輸入禁止が国内新品タイヤ産業を利して、他方で輸入禁止を正当化する政策目的を侵害する。よって、輸入禁止は偽装された制限を構成して適用されている(7.347-7.349)。

メルコスール除外：ECによれば、メルコスール除外が、メルコスール再生業者に他の非メルコスール生産者との競争に晒されることなくブラジル市場にアクセスを許し、またブラジル向け輸出に用いる外包を入手させる。この点にパネルは同意し、またこの除外の結果ブラジルの再生タイヤ輸入は可能性を増す。しかし、輸入された更生タイヤは相当の量ではない。再生タイヤの輸入禁止の政策目的を著しく侵害するものではないかぎりにおいて、メルコスール除外は国際貿易の偽装された制限を構成する輸入禁止の適用に帰結していないと認める(7.350-7.354)。

(c) 結論

差止命令による中古タイヤの輸入の結果、再生タイヤ輸入禁止は、任意の若しくは正当と認められない差別待遇の手段となるような方法で、および国際貿易の偽装された制限となるような方法で、適用されているものと認定する。よって、輸入禁止はGATT第20条により正当化されない(7.356-7.357)。

B. 再生タイヤの輸入・販売等に対する罰金

ECは大統領令 3.191 による再生タイヤの輸入・販売等に対する罰金は GATT 第 11 条第 1 項に反する輸入制限であり、GATT 第 11 条第 1 項違反とされなかった側面については、GATT 第 3 条第 4 項に反する国内販売に関する措置であると主張した。ブラジルは罰金が迂回防止措置として GATT 第 11 条第 1 項に一応の違反を構成することを争わない一方、同第 3 条第 4 項違反を認めず、また当該措置は GATT 第 20 条(b)および(d)により正当化されると主張した (7.358-7.359)。

1. 予備的考察

当事国の議論から、大統領令 3.191 の罰金制度は全体として輸入禁止措置に付加され、また実施措置としてこれを補助するものであるという性質を有することについて、当事国に争いはない。罰金の存在理由は、何らかの理由で再生タイヤが輸入されてしまった場合に、輸入禁止を迂回した取引者を罰することにある。規律対象の行為（輸入か、販売か）にかかわらず、全体として輸入禁止の実施措置になっているので、パネルは全体をひとつの措置として検討する (7.360-7.367)。

2. GATT 第 11 条第 1 項

罰金それ自体は国境制限ではないが、輸入を処罰し、禁止的にコストのかかるものとして、その動機を減じる。罰金は輸入禁止に付加され、また実施措置としてこれを補助する。したがって、ここでの問題はこのような措置が第 11 条の意味での輸入制限を構成するか否かである。先例は「禁止又は制限」を広く解しており、インド・自動車事件パネルは、「輸入に関連する制限 (a restriction *in relation to* importation) としての措置の性質」が輸入制限であるなしの判断の重要な要因であると述べ、また「輸入に対して課され、あるいは関連するあらゆる形態の制約 (any form of *limitation* imposed on, or in relation to importation)」は輸入制限を構成すると説示した。当パネルも措置の性質が重要であると考え、罰金は全体として、既に輸入された再生タイヤを禁止的に高い罰金に服せしめることで輸入の行為を罰する効果がある。このかぎりでは、罰金が国境で執行されないという事実は輸入制限としての措置の性格を変えない。よって、罰金は GATT 第 11 条第 1 項の下で輸入制限を構成し、同項に違反する (7.368-7.373)

3. GATT 第 20 条

(a) (b)号

ブラジルは罰金もまた GATT 第 20 条(b)により正当化されると主張する。上記のよう

に、罰金制度は輸入禁止措置に付加され、また実施措置としてこれを補助するものであることに当事国が合意している点に、パネルは留意する。当事国はまた、罰金の GATT 第 20 条(b)による正当化は、輸入禁止の同号による正当化に依存する点でも争いが無い。上記のように輸入禁止は柱書の要件に適合せず、GATT 第 20 条で正当化できなかった。罰金が輸入禁止に付加され、また実施措置としてこれを補助するかぎりにおいて、当該措置もまた同条で正当化できない (7.375-7.380)。

(b)(d)号

ブラジルは、罰金が GATT 第 20 条(b)で正当化できる GATT 整合的な輸入禁止の「遵守を確保するために必要な措置」であり、同条(d)で正当化されると主張する。韓国・牛肉事件上級委員会は、第一に措置がそれ自体としては GATT に反しない法令の「遵守を確保する」ために考案された (designed to) ものであること、第二に措置が必要であることを要求するものとして(d)を解釈し、援用する加盟国にこれら双方の要件の充足について立証責任があるとした。パネルは第一の要件につき、両当事国は罰金が輸入禁止の実施措置であることに争いはないので、当該措置が輸入禁止の遵守を確保するために考案された措置であるものと認める。しかし、他方で先に GATT 第 11 条第 1 項に抵触する輸入禁止は GATT 第 20 条で正当化されず、よって当該罰金は「この協定の規定に反しない法令」の遵守を確保するために考案された措置ではない。よって GATT 第 20 条(d)は罰金を正当化しない (7.381-7.389)。

4. 結論

大統領令 3.179 ないし同 3.919 に規定される罰金は、GATT 第 11 条第 1 項に反し、GATT 第 20 条で正当化されない (7.390)。

C. 州法による輸入再生タイヤの販売制限

EC はリオ・グランデ・ド・スル州法 12.114 による輸入再生タイヤの販売禁止および同州法 12.381 による差別的処分要件は GATT 第 3 条第 4 項に反すると主張した。ブラジルは同法の GATT 第 3 条第 4 項への一応の違反は争わない一方で、同第 20 条(b)により正当化されるとし、連邦法以上に輸入を制限しないことから単独での検討を要しないと主張した (7.391-7.392)。

1. 先決問題

(a) 付託事項の範囲

EC のパネル設置要請書には州法 12.381 は明記されていなかったが、同法は当該書面提出日（05年11月18日）以後、実際のパネル設置日（06年1月20日）前の2005年11月28日に立法された。ECは、パネル設置要請は要請書に特定された措置の修正にも及ぶ旨を一般的に示している。パネルは、州法 12.381 は適切に付託事項の範囲内にあるものとする。過去に上級委員会がパネル設置要請書に特定した措置に続いて発生した法的行為については、それが主たる措置の本質（essence）を変えなければ、付託事項の範囲内と見て差し支えないと説示している。州法 12.381 は州法 12.114 の元々の輸入再生タイヤ販売禁止規定は維持しつつ、例外的に中古タイヤが輸入される際の条件を付加したに過ぎない。よって、州法 12.381 は州法 12.114 の本質を変えていない（7.393-7.396）。

(b) 「措置」としての州法

EC の請求は州法に関するものであり、GATT 第 24 条第 12 項および GATT 第 24 条解釈了解パラ 13 に基づき、連邦国家としてのブラジルは州の GATT 遵守のためにとることができる妥当な措置を講ずる義務があると主張する。米国・表面処理鋼板サンセットレビュー事件上級委員会は、DSU 第 3 条第 3 項は紛争解決手続の目的において措置と加盟国の間の問題とされる関係性を明確にしており、更に原則として、WTO 加盟国に帰することができるどのような作為または不作為も紛争解決手続の目的において措置たり得ると説示した。よって、リオ・グランデ・ド・スル州法は DSU 第 3 条第 3 項にいう「措置」たり得る（7.397-7.400）。

(c) 州法と連邦措置の関係

連邦法と州法の関係につき、当初ブラジルは、第 1 回意見書において、州法 12.381 による処分要件は輸入禁止の迂回防止措置として州法を補完するものと説明した。しかしブラジルは後日パネルの質問に答えて、州法 12.381 は中古タイヤ輸入を禁じた州法 12.114 第 1 条（ひいては連邦の輸入禁止規則）と抵触すると述べている。ブラジルは、州法 12.381 の下で輸入申請しても連邦法当局である外貿部（DECEX）は申請を却下するであろうし、最終的なあり得べき帰結としては、連邦最高裁において州法 12.381 の違憲が宣言されるであろうと述べている。ブラジルはいずれにしても連邦のみが輸入禁止を実施でき、輸入を統制する州法は無効であるので、連邦法と州法の実体的規定の不整合は問題にならないと考えている。よって、当該州法の意図するところは既に連邦法でカバーされているか、あるいは連邦法が州法に優越しているのか、州法の WTO 協定整合性に関する EC の請求の検討は不要であるとブラジルは主張する（7.401-7.405）。

連邦法・州法の関係如何にかかわらず、ブラジルは州の WTO 協定遵守確保に責任を有している。更に州法の無効を宣言するには個別の判決を要するが、問題の州法についてそのような判決はない。更に、ブラジルは州法 12.114 および同 12.114 は公式に効力を有していることを認めている。以上のことから、これら州法は法的にはブラジルで効力を有しているものと理解する。米国・陸地綿補助金事上級委員会が説示するように、措置の効力の有無は、現在その措置がいかなる対象協定の運用に影響しているかどうかとは無関係である。よって、パネルは州法 12.381 により修正された同 12.114 の分析を進める (7.406-7.408)。

2. GATT 第 3 条第 4 項

同項の文言から、第一に、輸入品と国産品が同種であること、第二に、措置が「その国内における販売、販売のための提供、購入、輸送、分配又は使用に関するすべての法令及び要件」であること、第三に、輸入品に国産品より「不利な待遇」が与えられていること、の 3 つの要件がある (7.409-7.411)。

(a) 販売禁止

(i) 「同種の産品」

州法 12.114 が販売を禁止する産品は、輸入の中古カーカス、輸入再生タイヤ、および輸入中古カーカスを使用した国産再生タイヤであり、国内外包を使用した国産再生タイヤのみが販売を許される。輸入再生タイヤと国産再生タイヤに違いがないことに当事国に争いはなく、物理的特性、最終用途、関税分類、消費者認識において両者に変わりがないものとパネルも思慮する。よって、両者は「同種の産品」である (7.414-7.416)。

(ii) 「国内における販売に関する法令及び要件」

州法 12.114 は明文で (on its face) 販売を禁止しており、明らかに販売に関する措置であるので、GATT 第 3 条第 4 項の意味における「国内における販売に関する法令及び要件」である (7.417-7.419)。

(iii) 「不利でない待遇」

州法 12.114 は輸入再生タイヤのみに適用され、同種の国産品にはこれに相当する販

売上の制約はないので、GATT 第 3 条第 4 項下の意味での同種の国産品に与えるよりも不利な待遇を輸入再生タイヤに与えている (7.420-7.422)。

(b) 処分要件

EC は、州法 12.381 は同 12.114 によって販売の禁止される 3 つの製品のうち、輸入中古カーカスを使った国産再生タイヤの販売を許容すると主張する。同規則では、単位あたり輸入に一定数の廃タイヤを処分すれば、再生タイヤないしはカーカスの輸入が認められる。改正州法 (12.381) の文言から明らかではないが、中古カーカスの輸入を許容することで実効的に輸入中古カーカスを使用した国産再生タイヤの販売を許容するので、パネルは EC の主張に同意する。よって、EC の州法 12.381 に関する GATT 第 3 条第 4 項下の請求を検討するにあたり、輸入再生タイヤと、輸入中古カーカスを使用した国産再生タイヤの間の差別の有無を検討する。検討要素は先に同じとする (7.423-7.430)。

(i) 「同種の産品」

輸入再生タイヤと国産再生タイヤに違いがないことに当事国に争いはなく、パネルが両者を「同種の産品」であると結論づけたことを想起し、輸入再生タイヤと輸入中古カーカスを使用した国産再生タイヤは同種の産品と認める (7.431-7.432)。

(ii) 「国内における販売に関する法令及び要件」

処分要件は中古カーカスの輸入、ひいては輸入中古カーカスを使用した国産再生タイヤの販売の条件なので、後者の「国内における販売に関する法令及び要件」である (7.433)。

(iii) 「不利でない待遇」

輸入再生タイヤに課される条件は 1 本あたり 10 本の廃タイヤの処分であり、(輸入中古カーカスを使用した) 国産再生タイヤに課される条件は (中古カーカスの輸入にあたり) 1 本の廃タイヤ処分である。よって、処分要件は GATT 第 3 条第 4 項下の意味での同種の国産品に与えるよりも不利な待遇を輸入再生タイヤに与えている (7.434-7.436)。

(c) 結論

リオ・グランデ・ド・スル州法 12.114 (同 12.381 修正) は GATT 第 3 条第 4 項に違反する (7.437)。

3. GATT 第 20 条(b)

ブラジルは、先の数量制限と同じ理由によって、州法 12.114 および同 12.381 は GATT 第 20 条(b)により正当化されると主張する (7.438)。

販売禁止 (州法 12.114): ブラジル国内で輸入再生タイヤの販売を実効的に禁ずるかぎりにおいて、販売禁止は輸入禁止に類似であるという点については、当事国に争いはない。輸入禁止が GATT 第 20 条柱書の要件に合致せず正当化されないのは前述のとおりである。よって、輸入禁止と同じ効果を有するかぎりにおいて、販売禁止がもまた輸入禁止と同様の理由で GATT 第 20 条により正当化されない (7.440-7.441)。

処分要件 (州法 12.381): 処分要件は再生タイヤ・中古タイヤの輸入を許す点で販売禁止と異なり、またブラジル自身も両者の抵触を認める。よって、なぜ輸入禁止と同じ理由により GATT 第 20 条(b)で正当化されるのか明らかではない。また、上述のように処分要件は、輸入再生タイヤに対して国産再生タイヤに使用される輸入中古カーカスよりも重い負担を課す。再生タイヤ輸入禁止は、輸入再生タイヤが新品タイヤおよび国内中古タイヤを使用した国産再生タイヤに代替されることによって廃タイヤを減少させるというブラジルの政策目的に貢献するものであるから、上記の取り扱いの差異はブラジルの政策目的に反する。また、再生タイヤの輸入禁止は輸入中古タイヤによる代替に帰結すべきでないが、処分要件は輸入再生タイヤに負担をかけつつ輸入中古タイヤ (= 中古カーカス) の輸入を促しており、やはり政策目的に矛盾する。以上のことから、処分要件は輸入禁止と同様の理由では GATT 第 20 条(b)により正当化されない (7.442-7.445)。

4. 結論

以上のことから、リオ・グランデ・ド・スル州法 12.114 (同 12.381 修正) は GATT 第 3 条第 4 項に違反し、また GATT 第 20 条(b)により正当化されない (7.447)。

D. メルコスール除外

EC は輸入禁止からのメルコスール除外は GATT 第 1 条および同第 13 条に反すると主張する。対してブラジルは一応の違反について争わないが、GATT 第 24 条の下で関税同盟の文脈において法令の遵守の確保に必要な措置として、GATT 第 20 条(d)により正当化されると論じる (7.448-7.449)。

メルコスール除外に係る条文は通産省令 14/2004 第 40 条、および大統領令 4.592 (を

介した同 3.179) である。つまりこれらは正に数量制限ないしは罰金の根拠である。パネルは DSU 第 11 条下の責任を解除されるにあたり、全ての請求について判断することを要さず、紛争解決に必要な論点にのみ対応すればよい。メルコスール除外が派生する輸入禁止および罰金は関連条文に反すると認定され、除外はこれらの措置との関係においてのみ存在し得るのであるから、除外に関する別個の EC の請求は判断を要しない。よって訴訟経済を行使する (7.450-7.456)。

E. 結論および勧告

再生タイヤの輸入禁止：通産省令 14/2004 は GATT 第 11 条第 1 項に不適合であり、GATT 第 20 条(b)で正当化されない。外貿部令 8/1991 も、再生タイヤの輸入を禁ずるかぎりにおいて、第 11 条第 1 項に不適合であり、GATT 第 20 条(b)で正当化されない。環境委決定 23/1996 は GATT 第 11 条第 1 項に反しない (8.1(a))。

輸入再生タイヤに対する罰金および販売等禁止：大統領令 3.179(同 3.919 改正) は GATT 第 11 条第 1 項に不適合であり、GATT 第 20 条(b)および(d)で正当化されない (8.1(b))。

リオ・グランデ・ド・スル州の措置：州法 12.114 (同 12.381 改正) は、GATT 第 3 条第 4 項に不適合であり、GATT 第 20 条(b)で正当化されない (8.1(c))。

メルコスール除外の GATT 第 1 条・第 13 条違反の請求：訴訟経済を行使する (8.2)。

問題の措置を GATT 上の義務に適合させるべくブラジルに要請するように、DSB に勧告する (8.4)。

V. 上級委員会報告書の概要

A. GATT 第 20 条(b)における輸入禁止の必要性

1. 必要性要件

(i) 目的に対する輸入禁止の貢献

EC によれば、パネルは再生タイヤ輸入禁止の公衆衛生目的に対する潜在的な貢献のみに言及し、誤った法的基準を適用した。措置の実際の貢献の程度を立証せずに、輸入禁止による廃タイヤ減少の計量化を行なわなかったことで、パネルはかかる誤りを犯した (137)。

韓国・牛肉事件上級委員会によれば、「必要な」とは一定の幅があり、一方は有用 (making a contribution to) の極、他方は不可欠 (indispensable) の極で、GATT 第 20 条(b)で

はこの連続体の上で後者に近く、必ずしも必要性は不可欠性に限定されない。また同上級委員会は、措置の必要性の決定は、事案ごとに問題の措置が促す価値・利益の相対的重要性、目的に対する措置の貢献、および国際貿易に対する制限的効果の3つを含んだ一連の要素の衡量の過程を伴うと説示する。米国・越境賭博サービス規制事件上級委員会は、価値・利益の相対的重要性の評価から利益衡量が始まるとした(141-143)。

本件パネルは、措置の目的は廃タイヤ堆積から発生する危険に対する人・動植物の生命・健康の曝露を減少させることであり、それ以上に必須かつ重要な利益は殆ど存在しないと認定した。ブラジルの保護水準は廃タイヤ堆積の危険を最大限低下させることであり、通商阻害性についてはこの上なく制限的である(144)。

貢献を評価する方法論については、目的と措置の間に真正な目的と手段の関係(a genuine relationship of ends and means)が存在するとき、貢献が認められる。方法の選択は危険の性質、目的、保護水準の相関関係で決まる(is a function of...)。また、最終的には分析時の証拠の性質、量、質に依存する。パネルは事実の審判者(the trier of the facts)として適切な手法の立案と貢献の分析をいかに構成するかの決定について裁量を有するが、DSU第11条およびGATT第20条の制約を受ける。本件パネルは質的な分析を選択した。上級委員会は、過去に危険についてGATT第20条(b)は計量化を要求しておらず、危険は量的・質的のいずれかの評価でよいと説示した。危険と措置の目的への貢献は同一ではないが、これと同様の理由が後者にも当てはまる。よって、貢献の計量化に関するECの主張は受入れられず、パネルが採用した質的分析は方法選択の裁量の範囲内である(145-147)。

貢献についてのパネルの分析は、第一に輸入再生タイヤの国産新品タイヤによる代替が及ぼす廃タイヤ減少への影響、第二に輸入再生タイヤの国産再生タイヤによる代替、ひいては国内中古タイヤの再生の有無、第三に廃タイヤ減少がもたらす人・動植物への危険減少への貢献の順に、論理的な順序で行われている。パネルの分析は措置の現状における直接的効果だけでなく、輸入禁止が危険への曝露の減少に帰結する見込についても評価している。パネルは、この論証の過程で輸入再生タイヤの新品タイヤ・国産再生タイヤによる代替、およびブラジル再生タイヤ産業の生産能力等の多くの前提を証拠により検証しているが、パネルの事実認定がDSU第11条に適合していると仮定すれば(2.参照)パネルの分析は再生タイヤの輸入禁止が危険への曝露の減少の政策目的に貢献しているという結論を支持するものである(148-149)。

最高に通商制限的な措置を要する状況もあり得るし、また必要性とは前述のように必ずしも不可欠を意味しない。さりながら、輸入禁止のように措置が厳格な通商制限をもたらす場合、措置が目的に対して実質的な貢献(a material contribution)をもたらす見込がなければ、パネルはこれを必要とは認めがたい。よって、最大限可能なかぎり危険への曝露を減少する目的でも、取るに足らない(marginal or insignificant)貢献しかもたらさない輸入禁止を必要とするブラジルの主張には同意しない。しかしこれは即時に貢献が

識別できない通商制限措置は正当化できないことを意味しない。複雑な環境・公衆衛生問題には多数の相互作用のある措置で対応せざるを得ず、短期的には個別措置の貢献を見分けることは難しく、また措置の成果は一定の時を経て評価できる。パネルは輸入禁止が政策目的に実質的な貢献をなすことを確信しなければならないが、過去・現在に関する証拠やデータに訴えることだけが唯一の方法ではなく、輸入禁止が実質的な貢献をなす見込み (is apt to produce...) でもよく、定量的な予測 (quantitative projections) でも、十分な証拠により精査・支持された過程に基づく定性的な論証 (qualitative reasoning) でも証明できる (150-151)。

パネルはまずメルコスール除外を度外視し、当初設計された輸入禁止の貢献を分析した。これが唯一の可能なアプローチとは思われないが、上級委員会はパネルの論証の検討に移る。パネルによれば、再生タイヤの輸入禁止により、輸入再生タイヤは国内の外包から生産された再生タイヤないしは再生可能な新品タイヤに代替される。パネルは、もしより多くの国内中古タイヤが再生されれば、最初の製品寿命後に廃タイヤとなったであろう中古タイヤに第二の製品寿命が与えられることで廃タイヤの総数が減少すると結論づけたが、上級委員会もこれには同意する。以てパネルは、輸入禁止は政策目的に貢献すると結論づける。定量的分析は疑いなく有用であったと思われるが、パネルはこれを行なわなかった。さりながら、上記の仮定に基づき、輸入禁止によって廃タイヤの発生が減少すると結論づけたことは誤りではない。更に再生タイヤの輸入禁止は、中古タイヤの輸入禁止、および環境委決定 258/1999 による新品タイヤ輸入・製造業者に対する強制的中古タイヤの回収・処分プログラムと併せて実施されており、より広い包括的な政策の文脈で見る必要がある。環境委決定 258/1999 は処分義務の免除によって国内中古タイヤの再生を促進し、再生タイヤ・中古タイヤの輸入禁止によって再生タイヤへの需要は国産で充足され、国内中古タイヤのみが国産再生タイヤの原材料となることを示唆する。この包括的な規制枠組は、再生可能なタイヤ数および国内外包の再生率を徐々に上げていくであろう。このように再生タイヤ輸入禁止は、これを含む包括的な廃タイヤ処分の戦略の重要な諸要素のひとつ (one of the key elements) であり、廃タイヤ堆積の危険への曝露を減少する政策目的に貢献する。よって、パネルの措置の目的への貢献に関する認定に誤りはない (152-155)。

(ii) ありうべき代替手段

必要性の判断にあたり、パネルは多様な要素、特に目的への貢献と通商阻害性を問題となる利益・価値に照らして評価しなければならない。措置が必要であるとの予備的結論が得られた場合、続く代替手段との比較によってこの結論は確定されなければならない。合理的利用可能な代替手段の提示は申立国の責任であり、被申立国はその不存在の証明を要しない。代替手段はより通商制限的でないだけでなく、目的に関して望まし

い保護水準を達成する権利を保護するものでなければならない。被申立国が、提示された代替措置では保護水準を達成できず真の代替措置 (a genuine alternative) でない、あるいは単に理論上のものである、自らに実施能力がない、不当な負担を課す等合理的に利用可能ではないことを証明すれば、問題の措置は必要ということになる (156)。

EC は、パネルが分析において誤った「代替手段」の概念を用い、また中古タイヤ輸入禁止の代替手段として、中古タイヤ輸入禁止および現行の回収・処分スキームのより実効的な実施を検討すべきであったと主張する (167)。

政府は正当に廃タイヤの危険の極少化のために措置をとることができ、また輸入禁止のような予防的 (preventive) 措置、あるいは埋め立て等の矯正的 (remedial) 措置をとることもできる。しかし矯正的措置は資源や技術を要する。よって、予防的措置に対して、矯正的措置が「禁止的な費用および実質的な技術的困難 (prohibitive costs or substantial technical difficulties)」を伴わない合理的に利用可能な代替手段かどうかの評価には、加盟国の矯正的措置の実施能力が関係する (171)。

EC は、中古タイヤ輸入禁止および現行の回収・処分スキームのより実効的な実施のほかにも、国内での再生の奨励および中古タイヤの再生可能性の向上に言及しているが、これらの措置はブラジルの包括的政策の一要素である。こうした包括的政策の一要素を他の一要素で代替することは、シナジーと総合的効果を減じ、政策を弱める。よって再生タイヤの輸入禁止の代替手段として、輸入禁止を補完するブラジルの廃タイヤ政策の他の要素を退けたパネルの判断は、誤りではない (172)。

EC は、パネルが代替手段を輸入再生タイヤから生じる廃タイヤを回避する措置、すなわち廃タイヤゼロ発生措置と狭く定義したことが誤りであると論じる。EC は、かかる狭い定義は措置の目的とは異なり、EC が提示した処理・廃棄物管理措置を代替措置として退けることになったと主張する。パネルによれば、措置の目的・保護の水準は、廃タイヤから生じる人等の生命・健康への危険への曝露を可能なかぎり減少することである。ゼロ発生は廃タイヤ集積を防ぐので、発生後に廃タイヤの処分を行なう廃タイヤ管理よりも、この目的をより達成する見込がある。また、有害物質の浸出など、提起された代替措置に付随する特定の危険をパネルが勘案しているが、これも誤りではない。代替措置から生じる可能性のある危険を無視して意味のある比較は不可能である。埋め立て、集積、焼却等本件でパネルが検討した代替手段は適切に管理された条件下でも固有の危険を伴い、対して再生タイヤ輸入禁止のようなゼロ発生措置は危険を伴わないため、前者は合理的に利用可能な代替手段ではない。リサイクルも危険への曝露の減少に輸入禁止ほど効果的でないとするパネルの判断に同意する。また、材料リサイクルはコストがかさみ限られた数しか処分できず、更に大規模に利用可能ではない先端技術等を要することから、これらが合理的に利用可能な代替手段ではないとしたパネルは誤りではない (173-175)。

(iii) 関連する要素の利益衡量

EC は、パネルが再生タイヤの輸入禁止の必要性の分析にあたって関連要素の比較衡量を行なったとしながら、実際に行なっていないと主張する。EC によれば、パネルは輸入禁止の廃タイヤ数減少への実際の貢献を立証していないので、利益衡量はできない。また、比較衡量を誤った代替手段の分析に基づいて行なった (176)。

必要性の判断にあたり、パネルは関連要因、特に問題となる利益・価値の重要性、措置の目的実現への貢献、通商制限性の3点を検討し、必要であるという予備的結論に達したときには、より通商制限的でないが目的に同等の貢献をなす可能な代替手段と比較してこの結論を確定する。この比較は、関係する利益・価値の重要性に照らして行われなければならない。本件では目的は廃タイヤ堆積で生じる危険への曝露の減少、基礎となる価値は人の生命・健康の保護であって、最も必須にして重要なものとし、措置の通商制限性と目的への貢献を検討した。パネルは輸入禁止の目的が保護する価値の重要性に照らして、輸入禁止の目的への貢献は通商制限性を凌駕すると思慮しているようだが、これは誤りではない (178-179)。

次にパネルは EC の提示した選択肢の検討を行なうが、一部は既に実施され輸入禁止と補完的であること、その他は固有の危険性等があり、比較の結果いずれも合理的に利用可能ではないとの結論に至った。EC はこれらの代替手段について総体としての検討 (collective assessment) を行なっていないと主張する。しかしパネルは代替措置が総体としても危険を除去しないこと、代替措置のいくつかは包括的な政策の中で輸入禁止を補完するので代替関係にないこと等を認定しており、かかる主張は成立しない (180-181)。

要するに、パネルの分析過程は上級委員会が規定したアプローチに整合的である。利益衡量は、総合判断に至るために、方程式の変数を組み合わせ、それらを個別に検討した後相互の関係において評価することに関する一体の行動 (a holistic operation that involves putting all the variables of the equation together and evaluating them in relation to each other after having examined them individually, in order to reach an overall judgement) である。よって EC の主張に同意せず、結論としてパネルの行った GATT 第 20 条(b)の必要性の分析の手法に誤りはなかったものと認める (182-183)。

2. 必要性要件と DSU 第 11 条

EC によれば、パネルは特に措置の目的に対する貢献の評価、および代替手段の検討において、DSU 第 11 条に反する分析を行なった (184)。

(i) 目的に対する輸入禁止の貢献

DSU 第 11 条の「自己に付託された問題の客観的な評価（…問題の事実関係…に関するもの）」は、すべての証拠を検討し、信憑性の評価、重要性の決定を行ない、事実認定がその証拠に適切な基礎があることを確保するよう、パネルに求める。これらの条件の範囲内で、パネルは認定に用いる証拠の選択、証拠に対する当事国と異なる意味・重要性の賦与、および証拠の相対的な重要性の大小の決定に関して裁量を有し、上級委員会は軽々にこれに干渉することはない。パネルの事実認定への異議には、当事国はパネルが事実の審判者（the trier of the facts）としての裁量の限度を超えたことを立証しなければならない。EC は、この背景に照らし、ブラジルの新品タイヤの低品質を根拠なしとしたパネルの認定につき事実的基礎が十分でないこと、再生不可能な低品質タイヤに関する認定においてパネルによる実質的な証拠の無視があったことを主張している（185-187）。

新品タイヤの低品質については、パネルはブラジルの基準が国際基準準拠の厳格なものであることを理由に認めなかった。こうした基準が再生可能性を向上させるタイヤの品質に帰結するというのがパネルの立場であり、当該基準と、低品質に根拠なしとするパネルの結論には関連性があるので、認定に事実的基礎の欠如はない。またこの結論に至るにあたり、パネルは EC 提出の証拠に明示に言及しており、証拠の無視もない（189-190）。

EC は、少なくとも一部の国産新品タイヤの再生の事実について、パネルはブラジル再生タイヤ工業会第 1 報告書にのみ依拠したと主張するが、パネルは他の証拠も検討している。また EC は、パネルは INMETRO 技術註解書 83/2000 を無視し、手続中に刊行された同 001/2006 の証拠的価値を割り引かなかったと主張するが、先例よりパネルがその設置後の証拠を検討できることは確立している。また EC の主張は、パネルは他の証拠に一方よりも重要性を与えるべきであったという議論であり、パネルの裁量の限度を越えたことを十分に示していない。しかも、パネルは註解書 83/2000 に明示的に参照している。EC は乗用車用タイヤの再生率に関する LAFIS の研究をパネルが無視したと主張するが、これも具体的に検討されている。EC は国産外包の再生可能性に関する結論を将来の強制的車検制度に関する推測によって補強したと主張するが、パネルの当該認定は審理の時点で効力のある法令により課された車検要件に基づいている（191-195）。

EC は、パネルが措置の目的に対する貢献の分析にあたり、中古タイヤの輸入を許容する裁判所の差止命令について意図的な排斥（wilful exclusion）があったと主張している。しかしパネルは差止命令および EC の主張を認知しており、結局ブラジル国内におけるタイヤ再生に関する他の証拠により高い重要性を与えたのであり、裁量を越えていない（196-197）。

以上のことから、再生タイヤ輸入禁止の目的達成への貢献の分析に際して、パネルに DSU 第 11 条違反はなかった（198）。

(ii) ありうべき代替手段

ECは、代替手段である処理方法の検討にあたり、パネルにDSU第11条違反があったと主張する。パネルは重要な事実と主張を無視し、選択的・歪曲的な方法で証拠を参照しており、その事実認定は客観的評価に基づいていないと主張する(200)。

埋め立てについては、ECの主張と異なり、パネルは管理された埋め立て、野放しの埋め立て双方に関する証拠を広く検討し、両者に差を認めがたく、管理された埋め立てがそれ以外の埋め立てと関連のある危険をもたらさないと結論づけられないと述べている。また、ECはブラジルの細断タイヤの埋め立てに関する法令の参照をDSU第11条に反して拒絶したと主張するが、ブラジルがその一時的・例外的性格について述べている。パネルは確かに当該法令に言及していないが、判断に際して所与の証拠が関連するかの評価に裁量があり、すべての証拠を報告書で論じることは要求されない。集積についても、ECの主張に反してパネルはこれを最終処理手段とは見ておらず、多様な証拠に基づいて中間的な過程であっても危険をもたらすことを認定した。パネルは排出規制に従っていても焼却について健康リスクが存在することを認定し、この認定は証拠に基づいている。また、ブラジル国外の焼却の事例を参照したのは事実の審判者の裁量の範囲内である(201-204)。

材料リサイクルについては、パネルは多くの証拠に基づいて土木工学的な廃タイヤの応用が安全か否かは「明確でない(not clear)」と述べており、ECは証拠がこの結論を支持しないことを証明していない。更にパネルはこの方法の処理能力に依拠して材料リサイクルが代替手段になり得ないとしているのであって、安全の考慮は論証の核心ではない。パネルは材料リサイクルのコストが高いと認定しているが、ECはこれを高コストと禁止的コストの同一視であり、後者のみが、ある選択肢が合理的利用可能性でないことを正当化すると主張する。この議論は高コスト・禁止的コストの人為的な区別に基礎を置いており、更にパネルの事実の法的性格付けの問題であって、事実認定の問題ではない。いずれにしても、パネルがこれらの選択肢を不相当と見た根拠は高コストではなく、それが処理能力を限定する効果である。最後に「全国デング熱感染防止計画」については、ECは独立の代替手段としてでなく、単に材料リサイクルの説明として提示していた(205-208)。

したがって、パネルは廃タイヤの処理方法が合理的に利用可能ではないと認定するにあたり、事実の客観的評価を怠っていないと認定する(209)。

3. 結論

再生タイヤ輸入禁止の必要性に関して、上級委員会の見解を要約しておく。本件は国際貿易と公衆衛生・環境上の関心の緊張関係を示す。この点につき、原則としては当事国が

保護水準を決定する権利を有する。また、もうひとつの要素は措置の目的への貢献であり、目的と問題の措置の間に真正な目的と手段の関係があるときに貢献は存在する。措置が必要とされるには、不可欠でなくともよいが、特に輸入禁止のように通商制限的である場合、貢献は実質的であり、取るに足らないものであってはならない。このように、貢献は目的の根底にある利益・価値を考慮しながら、通商制限性と利益衡量される。本件措置は廃タイヤ堆積による危険への包括的政策の中心要素として目的実現に実質的な貢献をなし、貢献は措置が必要と結論づけるのに十分である（210）。

EC は、輸入禁止が予防的であるのに対して、矯正的な代替措置を提示した。国産タイヤの再生可能性向上および既存の回収・処分制度および中古タイヤ輸入禁止のより実効的な実施は、再生タイヤの輸入禁止を補完するものであって、代替的ではない。また、埋め立て等の処理方法は、それに伴う危険および限定的な処理能力ゆえに合理的に利用可能な代替手段たり得なかった。よって、パネルには DSU 第 11 条違反はなく、報告書パラ 7.215 の輸入禁止を必要とするパネルの認定を支持する（211-212）。

B. GATT 第 20 条柱書

1. メルコスール除外

柱書の文言から明らかなように、柱書は第 20 条各号に該当する措置の適用に着目する。柱書の掲げる要件は 2 つ、すなわち適用が、それぞれ同様の条件の下にある諸国の間において任意の若しくは正当と認められない差別待遇の手段、および国際貿易の偽装された制限となるような方法で適用されないことである。これらを通じて、例外を利用する権利が、WTO 上の義務の潜脱ではなく、第 20 条の下で正当な利益の保護のために誠実に行使されることを確保する（215）。

(i) 「任意の若しくは正当と認められない差別待遇」

EC は、更生タイヤ輸入に関するメルコスール除外が、任意の若しくは正当と認められない差別待遇となる再生タイヤの輸入禁止の適用とならないとしたパネルの柱書の解釈・適用は、誤りであると主張した。すなわち、蚊媒介病原体およびタイヤ火災より生じる危険からの生命・健康の保護という本件措置の目的に照らして、メルコスール除外が「合理的、予見・予測可能 (reasonable, predictable and foreseeable)」であれば、任意ではない。しかしながら、メルコスール仲裁判決はむしろ措置の目的を害するので、「不合理で、相反する、ゆえに任意 (unreasonable, contradictory, and thus arbitrary)」と見なされ、これを恣意的な差別ではないとする認定は誤りである。他の国際協定の義務による差別を柱書整合的とするのは、柱書の実効性を損なう。メルコスール除外による輸入量が目

的の達成を著しく阻害すれば正当と認められない差別が生じるとしたパネルの判断についても、ECは GATT 第 20 条および先例に根拠はないと主張した。また、各年の輸入量は非常に上下するので、かかる指標は第 20 条適合性の判断に不適切であるとした(220-221)。

柱書の機能は例外の濫用防止である。米国・エビ輸入制限事件上級委員会は、柱書は唯一の信義誠実則の表象であると説示し、その適用の一形態が権利濫用の法理 (the doctrine of *abus de droit*) であると付言した。よって、柱書の解釈は、競合する権利が相互に相殺し合い、協定中に加盟国が構成した権利・義務のバランスを歪曲および無効化・侵害することのないよう、例外を援用する権利と他の WTO 加盟国の権利の均衡線を見つけて引く繊細な作業である。措置の種類と形態が異なり、また事件を特徴づける事実も異なることから、この均衡線は不変のものではない (224)。

米国・ガソリン精製基準、エビ輸入制限 (原審・履行確認審) の両事件上級委員会報告書は、任意の・正当と認められない差別にあたるかを分析する際には、差別の原因ないしは正当化事由 (the cause or the rationale) に着目すべきことを示す。本件ではこの原因・正当化事由はメルコスール仲裁判決である (225-226)。

メルコスール除外による差別が仲裁判決により正当化されるか否かの判断にあたり、パネルは柱書の目的が第 20 条各号の例外濫用防止にあることに留意した。第 20 条各号に適合する措置の適用に差別があり、差別の理由が各号の範囲にある政策目的に合理的な関係を欠かないしは反する場合には、濫用、ひいては任意の・正当と認められない差別が存在する。任意・正当と認められないか否かの判断は措置の目的に照らして行われるべきことは、例えば米国・エビ輸入制限事件上級委員会報告書でも示されている。本件ではメルコスール判決は再生タイヤ輸入禁止の正当な目的と無関係であり、いかに程度が小さいとはいえ当該目的に反するので、差別の正当化事由たり得ない (227-228)。

パネルがメルコスール除外による輸入量が目的の達成を著しく阻害すれば正当と認められない差別が生じると述べていることから、差別が正当と認められないか否かの判断にあたり、パネルは目的達成に対する差別の量的影響 (quantitative impact) に依拠していることを示唆する。正当化の可否の分析は、上述のように主に差別の原因・正当化事由に関する分析を伴うが、パネルはもっぱら差別の効果 (effects) に依拠した。かかるアプローチは GATT 第 20 条の文言に根拠を持たず、また先例とも整合的でない。さりながら、柱書は適用の方法を取り扱うので、事案によっては、差別の原因・正当化が受け入れられるかどうかの判断において、差別の効果が関連要因のひとつとはなり得る。しかし効果を関連要素として他と一緒に勘案することは、もっぱら効果と差別の正当化の可否の関係のみに着目するパネルの方法とは、全く異なるものである (229-230)。

パネルはメルコスール仲裁判決の実施による除外の差別は、「予知できない、無原則な」ものではないとした。かかるパネルの評価に同意するが、正当な理由のある決定・行為から生じた差別でも、措置の政策目的に合理的な関係を欠くかまたは反する正当化

事由により説明されるものであれば、なお任意であり正当と認められない(231-232)。

よって、メルコスール除外は輸入禁止の適用の任意の・正当と認められない差別に帰結すると認める。また、メルコスール除外による輸入量が目的の達成を著しく阻害すれば正当と認められない差別が生じるとしたパネル報告書パラ 7.287 の認定を取り消す。よって、メルコスール除外は輸入禁止の任意の・正当と認められない差別に帰結しないとするパネル報告書パラ 7.288-7.289 の認定を取り消す。また、メルコスール除外が「予知できない、無原則な」差別とならないかぎり、輸入禁止が任意の差別を構成して適用されないとしたパネル報告書パラ 7.281 および 7.289 の判断を取り消す(233)。

なお、上級委員会はパネル同様に、ブラジルはメルコスール仲裁手続において、GATT 第 20 条(b)に相当するモンテヴィデオ条約第 50 条(d)を援用し得たと思慮する。実際に援用しなかったブラジルの決定を後知恵で判断することは不適切であるが、当該条項とその援用可能性は、メルコスール除外に伴う差別がメルコスールと WTO の抵触の結果ではないことを示す(234)。

(ii) 「国際貿易の偽装された制限」

EC は、メルコスール除外が国際貿易の偽装された制限となる輸入禁止の適用に帰結しないとパネルが判断した理由は任意の・正当と認められない差別に関する理由と同様であり、上級委員会が後者に関するパネルのアプローチを支持しないのであれば、同様の理由により、メルコスール除外が本件措置の国際貿易の偽装された制限となる適用に帰結しないというパネルの判断を取り消すべきであると主張する。任意の・正当と認められない差別に関するパネルの判断理由と国際貿易の偽装された制限に関するそれは同一であり、前者が誤りであることは先に説明した。よって、メルコスール除外が本件措置の国際貿易の偽装された制限となる適用に帰結しないというパネルの判断も成立しない。よって、パネル報告書パラ 7.354 7.355 の認定は取り消す(238-239)。

2. 裁判所による差止命令

(i) 「任意の若しくは正当と認められない差別待遇」

EC は、中古タイヤの輸入禁止に対する裁判所の差止命令が任意の差別を構成しないとしたパネルの判断は誤りであると主張している。人の生命・健康の保護の目的の観点では、輸入再生タイヤも欧州産輸入中古外包を使用したブラジル国産再生タイヤも差異はなく、前者の輸入禁止の一方で後者の材料となる中古タイヤ輸入を裁判所の差止命令により許容することは、任意の差別であると論じる。更に、差止命令が正当と認められない差別か否かの判断に、メルコスール除外同様の誤った数量的アプローチをパネルが

採用しているとする。EC は、パネルは中古タイヤ輸入が「著しい (significant)」ものではないとされる閾値を示していないので、パネル報告書の実施を不確かになると付言している (244)。

任意の・正当と認められない差別の分析は、差別の原因ないしは正当化事由に着目すべきことは前述した。ブラジル再生タイヤ産業が中古タイヤを輸入できるのは裁判所の差止命令によるが、当該命令は廃タイヤ堆積より生じる危険への曝露の極少化という正当な目的と無関係であり、当該目的に反しさえする。上記のとおり、このような場合は任意の・正当と認められない差別が存在する。よって、差止命令による中古タイヤ輸入は、再生タイヤ輸入禁止の任意の・正当と認められない差別となる適用を構成する。任意の・正当と認められない差別の決定の数量的なアプローチの誤りについては、既に説明した。よって、差止命令による中古タイヤ輸入の量が目的の達成を著しく阻害すれば正当と認められない差別が生じるとしたパネル報告書パラ 7.296 および 7.306 の認定を取り消す。更に、前述パラ 232 と同一の理由で、差止命令による中古タイヤ輸入が「予知できない、無原則な」差別とならないかぎり輸入禁止が任意の差別を構成して適用されないとしたパネル報告書 7.294 の認定を取り消す (246-247)。

(ii) 「国際貿易の偽装された制限」

EC は、前項と同様の議論により、差止命令による中古タイヤ輸入の量が目的の達成を著しく阻害すれば国際貿易の偽装された制限が生じるとしたパネルの判断は誤りであると主張した。偽装された制限に関するパネルの論証は、任意の・正当と認められない差別に関するものと同様である。またこれが誤りである理由は前述した。異議が提起された認定が既に誤りであると判断された理由の帰結である以上、当該認定も成立しない。よって、上記 EC が指摘したパネル報告書パラ 7.349 の判断を取り消す (249-251)。

上級委員会はメルコスール除外および裁判所による差止命令による中古タイヤ輸入は、GATT 第 20 条柱書に適合しないと認定する。よって、異なる理由により、GATT 第 11 条第 1 項に反する再生タイヤ輸入禁止は GATT 第 20 条により正当化されないとするパネル報告書パラ 7.357 および 8.1(a)(i) および (ii) の認定を支持する (252)。

C. メルコスール除外の GATT 第 1 条・第 13 条適合性

EC は、メルコスール除外が GATT 第 20 条に適合するとのパネルの判断を上級委員会が支持した場合、パネルが当該除外に関する GATT 第 1 条第 1 項、第 13 条第 1 項、第 20 条(d)、および第 24 条に基づく請求について行使した訴訟経済を取り消し、分析を完遂するよう請求している。上記のように EC の付した条件が成就しなかったため、これらの条件付き上

訴については判断を差し控える（255-256）。

さりながら、本件ではメルコスール除外に関する上記請求の検討が妥当であったかも知れない。以前上級委員会は、一ないしいくつかの違反の認定で紛争が解決できる場合、同一措置が様々な条項に反するとの多数の認定を行なうべきでないと言示し、パネルは本件もこれに該当すると判断したと思慮する。しかし、メルコスール除外は GATT 第 20 条柱書に適合した輸入禁止の適用に帰結するとパネルは判断しているところ、メルコスール除外の GATT 第 1 条・第 13 条違反に関する独立した請求を検討しないことをいかにして正当化するのか、理解に苦しむ。パネルは訴訟経済行使にあたり紛争に関する明確な解決（DSU 第 3 条第 7 項）の確保に留意し、その裁量は、全加盟国の利益となる実効的な紛争解決のために、DSB が十分明確な勧告・裁定を行なえる認定をなす義務に制約される（257）。

D. 認定および結論

- ・ GATT 第 20 条(b)下の必要性要件（258(a)）

再生タイヤ輸入禁止を必要とするパネルの認定を支持する。パネルの分析は DSU 第 11 条に違反していないと認定する。

- ・ GATT 第 20 条柱書（258(b)）

メルコスール除外：除外によるタイヤ輸入の量が目的の達成を著しく阻害すれば、再生タイヤ輸入禁止の適用が任意の・正当と認められない差別および国際貿易の偽装された制限となるとしたパネルの認定を取り消す。また、除外により、輸入禁止の適用が任意の差別とならないとしたパネルの認定を取り消す。代わって、除外により、再生タイヤ輸入禁止の適用は任意の・正当と認められない差別となると認定する。

裁判所による差止命令：差止命令による中古タイヤ輸入の量が目的の達成を著しく阻害すれば、再生タイヤ輸入禁止の適用が任意の・正当と認められない差別および国際貿易の偽装された制限となるとしたパネルの認定を取り消す。また、差止命令による中古タイヤ輸入（それ自体）により、輸入禁止の適用が任意の差別とならないとしたパネルの認定を取り消す。代わって、差止命令による中古タイヤ輸入により、再生タイヤ輸入禁止の適用は（それ自体で）任意の・正当と認められない差別となると認定する。

- ・ 輸入禁止適用の GATT 第 20 条柱書不適合（258(c)）

理由は異なるが、パネルの認定を支持する。

- ・ メルコスール除外に関する請求（258(d)）

上訴の条件が成就しなかったため、判断しない。

問題の措置を GATT 上の義務に適合させるべくブラジルに要請するよう、DSB に勧告する (259)。

V . 解説

本件は EC・アスベスト規制事件以来の GATT 第 20 条下での本格的な貿易と環境・公衆衛生の関係調整に関する紛争であり、WTO による貿易自由化と各加盟国の非貿易的関心事項を規律する規制主権の調整に關する重要案件として注目される。かかる案件の性質に鑑みてか、本件では松下満雄元上級委員がパネル議長に起用されている。これまでラカルテ = ミュロ元委員が EC・一般特惠制度事件 (DS246) および韓国・商用船舶関連措置事件 (DS273) で、エル = ナガール元委員が同じく韓国・商用船舶関連措置事件でそれぞれ議長を務めているが⁴、本件の松下議長は 3 人目の元上級委員の起用となった。既にいわゆる第二世代の上級委員も全員が退任ないしは退任間近であり、上級委員会 OB が増えつつあるが、今後とも政治的に困難な案件については、WTO 法に熟知し、判断に安定感が期待できる元上級委員の起用が増えることになるだろう。

本稿は他の論点にも言及しているが、案件の性質上、基本的には非貿易的関心事項に関する国家主権と WTO 規律の分水嶺の画定をめぐる GATT 第 20 条の解釈・適用を議論の中心とする。本件の主題については松下議長自身が研究者として従来から高い関心を示してこられたところでもあり、加盟国の規制主権と自由貿易促進の政策目的とのバランスを重視し、相克を防ごうと腐心する議長の姿勢が色濃く反映されたパネルの判断と⁵、WTO 法の一体性を重視する上級委員会の姿勢の対照は、非常に興味深い。

A . 手続的論点

1 . 合意による上訴期限の延期

本件では、当事国の合意によって、本来パネル報告書の加盟国配布後 60 日以内である上訴・報告書採択の期限が、およそ 1 ヶ月強延期されている⁶。後述のとおりパネルの判断は極めてブラジルに有利であることから、同国は本件判断を実質的に勝訴と捉え、比較的早い段階から上訴しない意向を示していた⁷。よって EC のみが上訴国となったが、本来の上

⁴ ただしエル = ナガール元委員は韓国・商用船舶関連措置事件の途中で死去し、よってラカルテ = ミュロ元委員はその交代要員としてパネリストに指名され、議長職を務めた。

⁵ 非貿易的関心事項に関する松下議長のスタンスについては、例えば「《座談会》WTO 体制における食の安全を考える」『法律時報』第 79 巻第 7 号 4 頁以下所収 (2007)、松下満雄「非貿易的関心事項への取り組みと WTO の今後原論的考察」『日本国際経済法学会年報』第 9 号 148 頁以下所収 (2000) などを参照。

⁶ Joint Request by the European Communities and Brazil for a Decision by the DSB, *Brazil – Measures Affecting Retreaded Tyres*, WT/DS332/8 (July 31, 2007).

⁷ *Brazil to Forego Appeal of WTO Panel Decision in Tire Case It Lost to EU*, INSIDE U.S. TRADE, June 22, 2007.

訴期限は 2007 年 8 月 12 日であった。EC は 7 月下旬には既に上訴の意向を示していたにもかかわらず、理由も特に明確にされないまま、当事国間で延期が合意されたと報じられている⁸。

延期は、当事国による DSB 決定の共同要請書 (joint request) に基づき DSB が決定するという形式を採用している。管見に触れた範囲では、同様の手法は米国・ゼロイング事件 (EC) においても採用されたが、この際も要請書は延期の理由として代表部の多忙にのみ言及しており、それ以上の理由は明らかにしていない⁹。

2. 訴訟経済

パネルはメルコスール除外の GATT 第 1 条・第 13 条適合性に関する EC の請求について、訴訟経済を行使した。この点は EC が条件付上訴としたため結局上級委員会は判断しなかったが、傍論ながらパネルの裁量行使に強い疑問を呈している (257)。

パネルは、メルコスール除外が再生タイヤ輸入禁止の柱書不適合な適用に帰結するとは判断しなかった。よって、仮にブラジルがパネルの判断を受けて裁判所の差止命令による輸入許可のみを廃止し輸入禁止を部分的に是正することで DSB 勧告の履行を行った場合、当該除外は依然として残る。上級委員会が先例において強調してきたように、問題の措置について既にある違反が認定され、そのことによって当該措置が存続し得ないのであれば、更に余分な違反の認定を行うことは戒められてきた。しかしながら、本件におけるメルコスール除外は、明らかにこの場合に該当しない。

仮に本件で上級委員会がメルコスール除外に関するパネルの判断を支持すれば、除外にはまだ GATT 第 1 条・第 13 条違反の可能性が残されるので、上級委員会は EC が提起した除外に関する請求につき判断を回避できない。しかしながらパネルが訴訟経済を行使した結果、一般論として、当該請求の判断の基礎となるパネルの事実認定ないしはパネルの記録にある争いのない事実 (the uncontested facts in the Panel records)¹⁰ が欠缺し、上級委員会は分析を完遂できないおそれがある¹¹。この上級委員会の判断に基づく勧告の履行においては、ブラジルは裁判所の差止命令による輸入許可につき柱書適合性を確保しさえすればよい。すると、EC は履行確認パネルにおいて、「勧告及び裁定を実施するためにとられた措置」としてのメルコスール除外付の中古タイヤ輸入禁止措置が GATT 第 1 条・第 13 条に適

⁸ Daniel Pruzin, *EU to Appeal WTO Ruling on Brazilian Ban on Retreaded Tires*, WTO Rep. (BNA), July 31, 2007.

⁹ Joint Request by the European Communities and the United States for a Decision by the DSB, *United States – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”)*, WT/DS294/11 (Nov. 25, 2005) (noting “...given the many demands on delegations at this time”).

¹⁰ Appellate Body Report, *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products: Recourse to Article 21.5 of the DSU by New Zealand and the United States*, ¶ 127, WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW (Dec. 3, 2001).

¹¹ ただし本件パネルは、メルコスール除外の差別性について柱書適合性の検討において別途事実認定を行っており (7.234-7.238)、本文中のような危険性は一般的な可能性として指摘できるに留まることになろう。

合しない旨を、改めて主張しなければならなくなる。

EC・ベッドリネン履行確認上級委員会は上級委員会の判断の終局性およびそれに伴う履行確認審での主張制限を示しているが、原審で訴訟経済が行使された請求はかかる主張制限の対象ではない¹²。更に、原審パネルの訴訟経済を不当として上訴したにもかかわらず、事実の欠缺によって上級委員会の判断が得られない場合も、改めて同じ主張・請求を履行確認審で行うことは妨げられない。このことは、米国・越境賭博サービス規制履行確認パネルが、カナダ・乳製品補助金事件第2回履行確認パネルの例を引いて説明しているとおりである¹³。よって、ともすれば履行確認手続を誘発するおそれがある点で、上級委員会が指摘するとおり、パネルの判断は紛争に関する明確な解決（DSU第3条第7項第1文）の点で懸念が残るものであったことは否めない。

もっとも、結果論で言えば、本件上級委員会はメルコスール除外がGATT第20条柱書に適合しないことを認定した。そのため、ブラジルの勧告履行後に当該輸入禁止が残存しようがしまいが、結局メルコスール除外部分は撤廃されることになる。よって、仮にECが条件付上訴としなくても、上記のGATT第1条・第13条に関する請求については、上級委員会自身は自己の示した指針に基づいて訴訟経済を用いたことが合理的に予測される。

B. 実体的論点

1. GATT第20条(b)の必要性テスト

(a) 利益衡量プロセスの明確化

「一連の要素の衡量の過程」と称される現在の必要性要件の解釈・適用は、まずGATT第20条(d)の文脈で韓国・牛肉事件上級委員会によって定式化された¹⁴。この点については報告書概要で既に説明したので（パネル7.103-7.105、上級委員会141-143、156、178、210）改めて詳述しないが、要するに、1) 価値・利益の相対的重要性、措置の通商阻害性、措置の目的に対する貢献の3要素（ただし限定列挙ではない）を検討し、2) 問題の措置との比較において、より協定整合的ないしは通商阻害性の低い「合理的に利用可能な代替措置」の有無を検討する、という手順に集約される。この解釈が以後の一連の事案で同第20条(b)、GATS第14条(a)など他の条文の必要性要件にも導入され、「衡量の過程」は一層の明確化・精緻化を見ることになる。この過程で、まずEC・アスベスト規制事件

¹² Appellate Body Report, *European Communities – Antidumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India: Recourse to Article 21.5 of the DSU by India*, ¶ 96 n.115, WT/DS141/AB/RW (Apr. 8, 2003).

¹³ Panel Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services: Recourse to Article 21.5 of the DSU by Antigua and Barbuda*, ¶¶ 6.60-6.61, WT/DS285/RW (Mar. 30, 2007).

¹⁴ Appellate Body Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, ¶¶ 161-166, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (Dec. 11, 2000).

では、例外を援用する加盟国には保護水準設定の自由が認められること、人の生命・健康保護には価値・利益としての最重要性を認められること、続いて米国・越境賭博サービス規制事件では、1)の過程は価値・利益の重要性の決定から始まること、代替手段が被申立国の能力に鑑みて不当な負担となる場合に当該手段は合理的に利用可能ではないこと等の基準・原則が明らかにされてきた¹⁵。

この「衡量の過程」については、従来から1)における3要素の相関、また1)と2)の相関が明確ではないことが指摘されるが¹⁶、レーガン (Donald H. Regan) は一連の上級委員会の判断を検討し、現状のテストは最小通商障害代替措置テスト (less trade-restrictive alternative test) であると総括する。すなわち、保護水準を問題の措置が達成するレベルに設定し、これを保証するより通商制限的でない代替手段の存在が認められ、かつ、そのような代替案が過剰な実施コストを実施国に負わせなければ、当該措置には必要性が認められないとするテストである¹⁷。この分析においては、1)の3要素のうち、貢献と通商障害性は、2)においてこれらの点に関する代替手段との比較を行うために、両者のバランスが検討される。他方、価値・利益の重要性はこの衡量に本来無関係であると指摘され、こと上級委員会に限れば、実際のところすべての案件で問題となった価値・利益は最重要であると認めており、厳密な評価を行っていないことが伺われる¹⁸。更に、価値・利益の重要性が他の要素の衡量 (例えば代替措置の有無の判断に関する厳密性) に影響を与えていることも、上級委員会のこれまでの判断からは見てとることができない。

翻って本件でも、従来の判断同様に、この「一連の要素の衡量の過程」、すなわち最小通商障害代替措置テストの枠組みが踏襲された。本件パネル・上級委員会は、輸入禁止が補完関係にあるべきタイヤの回収等にとって代わられることで保護水準が全体に下がることや、埋め立て・リサイクル等代替的な処分方法は問題の措置が回避せんとする種類のリスクを伴うことを指摘し、輸入禁止の必要性を認めた。また上級委員会は、パネルが貢献と通商障害性のバランスを価値・利益の重要性に照らして判断したと抽象的に述べているが (178-179) この点も価値・利益の重要性の本件事実における具体的な作用が明らかではない点では、従来の判断と変わらない。

¹⁵ Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, ¶¶306, 308, WT/DS285/AB/R (Apr. 7, 2005); Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, ¶¶168, 172, WT/DS135/AB/R (Mar. 12, 2001).

¹⁶ WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary (DSC) for *Brazil – Tyre (AB)*, 12 (available at <http://www.worldtradelaw.net/dsc/dscpage.htm>); Gabrielle Marceau and Joel P. Trachtman, *GATT, TBT and SPS: A Map of WTO Law of Domestic Regulation of Goods*, in *THE WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM 1995-2003* 275, 290 (Federico Ortino & Ernst-Ulrich Petersmann eds., 2005).

¹⁷ Donald H. Regan, *The Meaning of ‘Necessary’ in GATT Article XX and GATS Article XIV: The Myth of Cost-Benefit Balancing*, 6 *WORLD TRADE REV.* 347 (2007). 保護水準の設定の自由を認める結果、若干保護水準が落ちるが、通商障害性が著しく低い代替措置との衡量は認められないと解される。内記香子「ガット第20条における必要性要件 WTO 設立後の貿易自由化と非貿易的関心事項の調整メカニズム」『日本国際経済法学会年報』第15号 217頁以下所収 238-39頁 (2006)。Steve Charnovitz, *The WTO’s Environmental Progress*, 10 *J. INT’L ECON. L.* 685, 698 n.66 (2007).

¹⁸ Regan, *supra* note 17, at 355-56, 369, 363-63. なお、レーガンは GATT 第20条(b)の文言および上級委員会の政治的立場に鑑み、このような政策目的の評価は行なわないことは望ましいと考えている。 *Id.* at 366.

他方、先例と比べて明確化がなされた点として、1)の3要素の関係について、本件上級委員会は措置の貢献と通商阻害性を関数として捉える姿勢をより明確にしている。この点については後に(b)(i)に詳述する。また、1)と2)の関係につき、本件上級委員会は、1)で得られた結論を予備的結論 (a preliminary conclusion) と称し、更にこの結論は2)で確定される (be confirmed) と述べている (156、178)。すなわち、1)を予備的考察、2)をその確定のプロセスと性格づけることで、両者の関係を一定程度明確化している。

(b) 「貢献」概念

利益衡量プロセス全体の定式化については、上述のように先例に付加すべき顕著な判断は本件には見られなかった。しかしながら個々の要素について検討すると、本件パネル・上級委員会は1)のプロセスにおける「貢献」要件について、以下の3点の明確化を行なったと評価できる。

(i) 「実質的」貢献テスト

かつて韓国・牛肉事件上級委員会は、貢献の程度 (extent) が大きいほど、そして通商阻害性の程度が小さいほど必要性が認められやすいと述べ、両者が関数であるべきとの解釈を示したが¹⁹、本件上級委員会はこの相関の程度とその必要性判断における機能をより具体化した。まず上級委員会は、とりわけ本件の特定製品の輸入禁止のように通商阻害性が高い措置の場合、貢献は「取るに足らない (marginal or insignificant)」ものではなく、「実質的 (material)」でなければその必要性は認められないことを示した (150)。更に、特に上記のように上級委員会が貢献テストを含む第1段階の判断を「予備的結論」と称していることから、問題の措置についてその通商阻害性に見合うだけの貢献が認められない場合、第2段階の合理的に利用可能な代替措置の判断に進むことなく、当該措置は「門前払い」される可能性を示唆した。

本件上級委員会の説示は、常に一定レベルの高い貢献が求められるという一般的基準の提示ではなく、むしろ本件措置の高い通商阻害性を前提にした基準を示したものである。この点を明らかにするため、例えばカナダ・小麦関連措置事件の判断と比較すると、ここでの問題の措置は穀物倉庫への貯蔵における国産品・輸入品の混在禁止であり、本件措置ほど通商制限的ではなかった。この際パネルは、原産地表示に関する欺瞞的行為防止への「ある程度の貢献 (some contribution)」により、貢献要件は充足されたと解している²⁰。これに対して、本件では明らかに高いレベルの貢献が要求されていること

¹⁹ *Korea – Beef* Appellate Body Report, *supra* note 14, ¶ 163.

²⁰ Panel Report, *Canada – Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, ¶ 6.225, WT/DS276/R (Apr 6, 2004).

が分かる。質的な表現に留まるが、特に GATT 第 20 条(b)の範疇に属する措置としては有害物質の禁輸は典型的であることから、この種の措置の目的に対する貢献に一定の基準を設けられたことは、判断基準の明確化に資する。

もっとも、上記のカナダ・小麦関連措置事件の判断はパネルのものであり、過去の上級委員会の判断にも同様の相関が必ずしも認められるわけではない。米国・越境賭博サービス規制事件では、問題の措置が越境賭博サービス供給の全面禁止であったことから、パネルはその通商阻害性について「あり得る最も通商制限的な方法 (the most trade-restrictive approach possible)」であり、「相当の通商への影響 (a significant restrictive trade impact)」を有すると評価した²¹。これに対して、当該措置の公衆道徳保護目的への貢献については「少なくともある程度 (at least to some extent)」は認められると評している。同事件上級委員会は、特にパネルがインターネット上の賭博サービスの特殊性に鑑みて敢えて措置の通商阻害性を重視しなかったことを指摘しつつ、パネルが認定した通商阻害性と貢献の程度のバランスの評価を受け入れている²²。この貢献の水準には、本件上級委員会が通商阻害性の高い措置に要求した実質的貢献のレベルとは、明確な乖離が見られる。このかぎりにおいては、通商阻害性と貢献の比例的関係を求める先例上のルールは絶対的なものではなく、個別案件の事情によって緩和される可能性が伺われる。いずれにせよ、本件では措置の通商阻害性に見合うだけの貢献が措置から期待できると認定されたため、上級委員会は極めて明快に原則を示すことができたと理解できる。

また、この点は後述(b)の議論と関係するが、本件パネル・上級委員会は貢献を定量的に実証することを要しないと述べた。よって、定性的に貢献が立証された際には、この貢献の実質性をどのように論証すべきか、方法論的な課題はなお残されている。

(ii) 定性的な貢献の立証

再生タイヤ輸入禁止が公衆衛生目的に対してなす貢献について、本件のブラジルおよびパネルが行った論証は定性的 (qualitative) であり、単純な推論の積み重ねから構成されている。まず、再生タイヤを含む中古タイヤの輸入禁止により、製品の残り寿命が少ないタイヤのブラジルへの国内流入が遮断される。この輸入禁止はタイヤ供給の不足をもたらすが、それはブラジル国内の新品タイヤの供給あるいは本来再生されなかったであろうブラジル国内の中古タイヤの再生によって充足され、以て廃タイヤの発生を減少させる。パネルはこの推論をブラジルにおける新タイヤの品質向上に関する諸々の施策や再生タイヤ産業の生産能力といった周辺事情によって補強し、現実がこの推論どおりに推移する可能性を論証した。

²¹ Panel Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, ¶¶6.494-6.495, WT/DS285/R (Nov. 10, 2004).

²² *US – Gambling* Appellate Body Report, *supra* note 15, ¶ 323.

これに対して EC は、パネル・上級委員会双方において、定量的 (quantitative) 評価、つまり再生タイヤの輸入禁止が具体的にいくつの廃タイヤの減少に帰結しているのかを示すことを要求した。パネル・上級委員会は、措置と目的の間に「目的と手段の関係 (the relationship of ends and means) 」があるか否かを判断することが貢献分析の本質であると理解しているが (パネル 7.119、上級委員会 145) 特に本件上級委員会は、同号にいう危険について文言が定量的な評価を要求していないとした EC ・アスベスト規制事件上級委員会の説示を本件での貢献の分析にも当てはめ、定量的・定性的分析のいずれによって論証しても差し障りはないとする (146)

この判断は解釈論上のみならず、政策的にも妥当である。上級委員会が説示するように、ひとつの政策目的の達成のために多様な措置を複合的に導入する場合、問題の協定違反の措置が個別にどの程度その目的達成に貢献するのかを計量化することは困難である (151) 仮に定量的貢献の立証を要求すれば、むしろ第 20 条(b)の援用が過度に困難になってしまうことが懸念されよう。

(iii) 貢献の蓋然性

(a)に示した貢献の程度がどの程度確実に達成できるのかについては、例えば既に一定の成果があることを示すべきなのか、それとも将来にわたるその蓋然性を示すことで十分なのか、また後者で足りるとすれば蓋然性はどの程度でなければならないのか等、多様な基準が考えられる。この点について、本件パネル・上級委員会は、将来において貢献が達成される蓋然性を求めている。上級委員会が説明するように、具体的な効果が顕在化するまで時間を要する措置があり (151) 仮に措置の貢献について常に具体的成果を求めるとすれば、導入されて日の浅い措置にはすべて貢献は認められないことになる。そうなれば加盟国の公衆衛生政策上の裁量を不当に狭める結果となるので、この点の本件の判断は妥当であろう。

貢献の達成は将来的な蓋然性の存在で十分であるとした場合、次に蓋然性の程度が問題となる。この点に関してパネルは、輸入禁止が廃タイヤ減少に「至ることがある (may lead to...) 」(7.130) あるいは貢献「し得る (is capable of) 」(7.142、7.148) と述べており、措置が目的達成に貢献する能力 (capacity) が関係すると述べている (7.119) これに対して、上級委員会は特にこのパネルの説示の妥当性を問うことはなく、再生タイヤの輸入禁止が目的達成に貢献する「見込がある (apt to, likely to) 」(151-152、155) かどうかをパネルが検討したか否かという点を審査している。WorldTradeLaw.net 評釈は、この上級委員会の判断基準がパネルのとった判断基準とは明らかに異なるものであると指摘し、上級委員会がこれを看過したことを驚きをもって捉えている。同評釈は、上級委員会はより基本的な実体的問題に焦点を当て、敢えてパネル報告書の個々の文言について

は不問に付したと理解している²³。しかしながら、むしろ上級委員会は、パネルの論証が単純に再生タイヤの輸入禁止が公衆衛生目的に貢献する能力の有無を超えて、措置の目的への貢献について“apt to”、“likely to”と表現できるだけの高い蓋然性を当該措置に見出すのに十分であると判断したと見るべきであろう。特に上級委員会報告書パラグラフ 153 および 154 における詳細な検討は、輸入禁止がもたらす廃タイヤ減少についてパネルが展開した推論が論理的に明快であり、またそのとおりに現実が推移することを傍証する事実が存在することを、上級委員会自身が得心していることを示すものである。

しかしそのように理解すれば、上級委員会が、パネル判断のように措置に貢献の能力があることの証明を十分条件として要求しているのか、あるいは貢献についてのより高い蓋然性まで要求しているのかについては、依然として明確ではない。この点については、今後の事案における明確化が待たれる。

2. GATT 第 20 条柱書

(a) パネルのアプローチ

本件では柱書の解釈・適用に関してパネル・上級委員会の姿勢の差異が際立った。本解説冒頭にも述べたとおり、パネルはブラジルの公衆衛生政策にできるだけ自由を認め、WTO 法による干渉を最小限に留めようと試みている。上級委員会は報告書中「包括的な (comprehensive)」政策、戦略、ないしは枠組みという表現を何度となく用いているが、パネルはブラジル行政府が真摯にできうるかぎりの手段を講じて廃タイヤ堆積の減少を図ろうとしている姿勢を重視し、この善意に報いるアプローチを採用している。

この点を明らかにするため、本件でのブラジルの措置をもう一度時間的な経緯を追って眺めてみる。そもそもブラジルは 1990 年代初頭より中古タイヤ (含再生タイヤ) をすべて輸入禁止としており、更に 2000 年の通産省令 8/2000 以後は再生タイヤを特定してその輸入を禁止し、それが現行法の通産省令 14/2004 に至っている。仮にブラジルで盛んな再生タイヤ産業の保護にその中心的意図があったとすれば、ブラジルは同産業の重要な原材料となる中古タイヤの輸入禁止は行なわず、再生タイヤのみの輸入禁止、場合によってはブラジル産再生タイヤの競合製品たる新品タイヤの輸入禁止も併せてとっていたであろう。更にブラジルは、大統領令 3.179 により罰金制を導入して法の潜脱を防止し、国産タイヤが再生に耐え得るように品質向上のための製品基準や車検制度を導入している。併せて、環境委決定 258/1999 等による中古タイヤ回収・処分の促進もこれを補完する。これらの措置は総体として寿命の短いタイヤの放逐と廃タイヤの発生防止を様々な角度から真摯に実現しようとしており、保護主義的な意図に裏打ちされたものではない

²³ DSC Commentary for *Brazil – Tyre (AB)*, *supra* note 16, at 12.

ことが分かる。

このようなブラジル行政府の包括的政策は純然たる環境保護の動機に強く導かれてきたものであったが、これが不測の外生的要因によって事後的に歪むことになる。これがメルコスール判決および裁判所の輸入禁止法令の適用差止命令であり、どちらもブラジル行政府にとってはコントロールの効かない事象である。

本件を含む上級委員会は、柱書の規定には信義誠実の準則が伏在するものと解釈し、またそれは権利濫用禁止の法理の表れであると捉えてきた(224)。本件のパネルもこの柱書の機能を念頭に置いて、廃タイヤがもたらす健康・環境被害を包括的政策によって食い止めようとしたブラジル行政府の真摯な対応を最大限酌み取る姿勢を示しているように思われる。すなわちパネルは、ブラジル行政府の意に反して外生的に政策枠組みが歪んでしまった部分については、なるだけその責めをブラジルに負わせないように柱書の解釈・適用を行なおうとした。そのため、まずメルコスール除外・差止命令それ自体は柱書が禁じる差別・制限につながるものではないと性格付け、(c)に後述するように、その差別・制限の程度いかんで柱書に抵触するという立論を採用している。この基準を本件事実に適用した結果、パネルは差止命令のみが柱書に適合しない措置の適用を引き起こすものと判断した。

かかるパネルの判断は、本件解決および非貿易的関心事項と通商自由化のバランスの観点からすれば、誠に巧緻というより他ない。パネルによればブラジルは国内裁判所の差止命令による輸入禁止だけを解消すればよいが、これらはいずれも下級審の命令に過ぎず、ブラジル行政府は一齐にその命令を不服として同国最高裁大法廷において係争の最中である(パネル4.111)。この一齐上訴の判断はまだ示されていないものの、昨秋そのうちの1件について最高裁が下級審判断を破棄し、解決の糸口が見えつつある²⁴。いずれにしてもこれは国内法上の問題であり、ブラジル行政府の善意はともあれ、国内法を国際法不遵守の理由とできない条約法の原則(条約法条約第27条)に照らしても、当然の要請であろう。

これに対してパネルが柱書不整合としなかったメルコスール除外は、国際仲裁裁判手続の判断であり、その結果についてはブラジルのコントロールは及ばない。パネル・上級委員会がこの先行する国際仲裁判決と矛盾する判断を行なう場合、特に昨今通商法研究において関心を呼ぶ地域経済統合とWTOの規律競合・抵触を顕在化させることになるが、この点も本件パネルの判断は巧みに回避することに成功している。

これに対して、上級委員会の解釈は、本件の事情を斟酌するよりも、柱書の解釈・適用の一貫性の維持に重点を置いた判断となっている。この点の相違について、以下に詳しく検討する。

²⁴ Michael Kepp, *Brazil's Chief Justice Overturns Lower Court, Citing Health Risks from Imported Used Tires*, WTO Rep. (BNA), Oct. 30, 2007.

(b) 措置の政策目的に照らした柱書の解釈

柱書の要件構造の理解については本件パネルも説明したとおりだが（7.257-7.262、7.315-7.332）従来上級委員会は「任意の若しくは正当と認められない差別待遇」及び「国際貿易の偽装された制限」について両者をそれぞれ区別することなく一体として適用しており、要件個々の文言の解釈を行ってこなかった。このため、明確な柱書適合・不適合の基準は、一連のパネル・上級委員会の判断からコモンローのような規範の集積を見いだすより他にない。

従来の判断を簡単に振り返ると²⁵、柱書の適用が最初に行われた米国・ガソリン精製基準事件においては、米国は輸入ガソリンと国産ガソリンに異なる精製基準を適用していた。米国はこのような規制の適用を行なう理由として行政上の困難を挙げていたが、上級委員会は、米国にはこれを解消する手段があったにもかかわらずその検討を怠ったと指摘している²⁶。更に上級委員会は、輸入ガソリンに課した基準によって外国精製業者に発生する負担について米国には十分な認識がありながら、これを斟酌することを怠ったことを指摘している²⁷。上級委員会は、このふたつの不作為（omission）の結果生じる差別は「予見された（foreseen）」ものであり、単に「不慮ないしは不可避（inadvertent or unavoidable）」ではないと述べた²⁸。同事件の上級委員会は柱書の各要件についてそれ以上の明確化を避けているが²⁹、少なくともこの説示からは、問題となった措置の適用から生じる差別が不可避的であることが証明されなければ、当該措置の適用は「正当と認められない差別」および「偽装された制限」にあたるという原則が導かれる。

これに続く米国・エビ輸入制限事件における上級委員会の判断にも、この基準は継承されているように理解できる。問題となった米国法令は国際交渉を規定していたにもかかわらず、米行政府は一部のエビ輸出国のみと国際合意を締結し、申立国を含む他のWTO加盟国とはかかる交渉を行なわなかった。上級委員会は、かかる交渉が一方的な輸入制限の適用に代替し得たことから、これを正当と認められない差別と見ている³⁰。また、米国が付与するウミガメ混獲防止措置の導入期間に国ごとに著しい格差を設けた点についても、短い期間を設定された国々が米国の規制に従うコストの斟酌を怠った事実をもって、この差別を正当と認められないものと評価しているようである³¹。

²⁵ 判断の比較については、Julia Ya Qin, *Defining Nondiscrimination under the Law of the World Trade Organization*, 23 B.U. INT'L L.J. 215, 253-58 (2005)を参照。

²⁶ Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996), DSR 1996: I, 3, at 23-26.

²⁷ *Id.* at 26-27.

²⁸ *Id.* at 27.

²⁹ *Id.* at 21-23.

³⁰ Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, ¶¶ 166-172, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998).

³¹ *Id.* ¶¶ 173-174.

本件パネル・上級委員会は、従来その一般的な解釈が明らかではなかった柱書の要件、特に「任意の若しくは正当と認められない差別待遇」の解釈を提示することに腐心している。まずパネルは、文言の辞書上の意味および先例から、「任意」を予知できない (capricious) 予見不可能な (unpredictable) 首尾一貫しない (inconsistent) 無原則な (random) などと定義し、また差別が「正当と認められない」か否かを差別の正当化事由の説得力の有無によって判断することを示している (7.257-7.261)。この結果パネルは、メルコスール除外による更生タイヤ輸入許可も差止命令による中古タイヤ輸入許可も、それ自体は少なくとも司法判断の履行として説明可能であり、予知・予見不可能にして無原則な動機に基づくものではないことを認めている。

これに対して、ECはパネル段階から任意の・正当と認められない差別は措置の政策目的に照らして解釈されるべきであり、メルコスール除外や差止命令は公衆衛生目的とは無関係であると主張した。上級委員会は概ねこの主張に沿ってパネルの上記解釈を法律上の誤りとして取り消した。上級委員会は、差別の理由・原因が措置の政策目的と「合理的な関係 (rational connection)」を有しないか、あるいは「反する (go against)」場合、当該差別は任意の・正当と認められないものとなると解釈した。無原則・予見不可能ではない理由に基づく差別であっても、上記のように政策目的と無関係であるかぎり、任意であり、正当とは認められないと判示している (227、232)。

かかる柱書の理解は、(d)に後述するようにこれがパネルのアプローチを排除する唯一の解釈であるか否かについては留保があるものの、従来の上級委員会による GATT 第 20 条の構造の理解に照らし、妥当であると評価できる。米国・エビ輸入制限事件上級委員会はいわゆる柱書先決アプローチを否定したが、その理由として、任意の・正当と認められない差別を含む柱書の要件が広いので、最初に濫用が危惧される例外を特定・検討しなければ、柱書の解釈が困難であることを挙げた³²。この説示から、柱書の要件の意味内容は、あくまでもそれぞれの局面で適用される各号の変数としてのみ決まることが明らかになり、同事件上級委員会はこの解釈の手順は第 20 条の「基本的構造および論理 (the fundamental structure and logic)」に由来するものであると述べている³³。

翻って本件では、措置の (各号のではなく) 政策目的に照らして柱書が解釈された。たしかに米国・エビ輸入制限事件における上級委員会の説示は、政策目的を含む各号の内容に照らして柱書を解釈するように求めたとは理解できても、柱書適合性を個別措置の政策目的に照らして解釈せよとまでは明示的に述べていない。しかしながら、各号の政策目的は特定の号の目的の「範囲にある (falling within the purview of...)」(上級委員会 227) 個別措置の政策目的に具現化されており、後者を顧みずに前者のみを抽象的に勘案することは、不可能にして無意味である³⁴。よって、各号適合性先決アプローチを採用する場

³² *Id.* ¶ 120.

³³ *Id.* ¶ 119.

³⁴ 例えば(b)に属する目的でも、有害廃棄物による土壌・水質汚染を媒介した人体の発ガン性物質摂取の減少と、二

合、措置の政策目的を勘案して柱書を解釈することは必然であり、本件の判断もこの米国・エビ輸入制限事件の説示の延長にあるものと理解できる。事実、本件上級委員会自身も指摘するとおり（227）、米国・エビ輸入制限事件上級委員会は、明確に措置の目的に問題となった差別が適合しないことを理由としてかかる差別が「正当と認められない」と判断しており³⁵、この論証を裏付ける説示を行なっている。

なお、一部の識者は、米国・エビ輸入制限事件上級委員会により従来柱書の解釈・適用において措置の目的の斟酌は排除されており、本件判断はその抜本的な変更であると指摘している³⁶。かかる理解は従前の上級委員会が以下のように説示していることに由来する。

The policy goal of a measure at issue cannot provide its rationale or justification under the standards of the chapeau of Article XX. The legitimacy of the declared policy objective of the measures, and the relationship of that objective with the measure itself and its general design and structure, are examined under Article XX(g)...³⁷

確かに引用第 1 文のメッセージは極めて明確であり、一見してこの判例変更説を裏付けるものとなる。しかしながら第 2 文を注視すると、措置の目的の妥当性および目的と措置自体の関係は各号の判断であると述べられており、柱書の機能である措置の適用については全く触れられていない。上級委員会は米国・ガソリン精製基準事件以来 GATT 第 20 条の適用において、問題の措置とその適用の峻別については十分に留意しており³⁸、仮に柱書の解釈・適用において措置の目的の参照を排除したいのであれば、上級委員会は措置の目的と適用が無関係であると明言したであろう。更に当該上級委員会は、直後に“ [I]t does not follow from the fact that a measure falls within the terms of Article XX(g) that that measure also will necessarily comply with the requirements of the chapeau.”³⁹と続けていることにも留意すべきである。これらを総合するに、米国・エビ輸入制限事件上級委員会のメッセ

酸化窒素や亜硫酸ガスによる大気汚染の減少による人の呼吸器官疾病の防止とでは、そのために取られる措置は全く異なるものになるはずである。また、特定種の動植物の保護であれば、具体的にどの種に対する保護を目的とするかによって、これも異なる方策が採用されることになる。目的が異なればその対応策である措置も異なるので、必然的にその適用において何が「任意の若しくは正当と認められない差別」であり、「偽装された制限」を構成するかも異なる。とすれば、個別措置の目的いかんにかかわらず、単に人・動植物の生命・健康の保護という抽象的な目的を設定して、その文脈で何が「任意の若しくは正当と認められない差別」であり、「偽装された制限」を構成するかを特定することは不可能である。

³⁵ *US – Shrimp* Appellate Body Report, *supra* note 30, ¶ 165. この他に、国際協力の試みの欠如を任意の差別と判断した際にも、上級委員会は措置の政策目的を基礎としたことを伺わせる。 *Id.* ¶ 168.

³⁶ Posting of Joost Pauwelyn to International Economic Law and Policy Blog, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2007/12/ab-in-tyres-and.html> (Dec. 5, 2007, 5:37); Posting of Julia Qin to International Economic Law and Policy Blog, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2007/12/ab-in-tyres-and.html> (Dec. 4, 2007, 21:11).

³⁷ *US – Shrimp* Appellate Body Report, *supra* note 30, ¶ 149.

³⁸ *US – Gasoline* Appellate Body Report, *supra* note 26, at 20-21.

³⁹ *US – Shrimp* Appellate Body Report, *supra* note 30, ¶ 149.

ージは、措置の目的が当該措置の適用を検討する柱書の解釈・適用に無関係であるというより、措置の目的が各号適合的である事実は特段柱書適合性を予断するものではなく、後者はそれ自体として別個に適合性を判断されるべきであると述べたものと理解できる。

むしろ、この一節は明瞭さを欠いていることは否定しがたく、上記の愚見が確定的と断じるにはいささかの躊躇を禁じ得ない。しかしながら、これを仮に判例変更説のように理解すれば、同じ米国・エビ輸入制限事件上級委員会報告書の内部で、GATT 第 20 条における柱書先決アプローチを否定した解釈とも、また措置の目的に照らして差別性を認定した判断とも矛盾することになる。

(c) 定量的アプローチによる柱書適合性の判断

パネルは任意の・正当と認められない差別ならびに偽装された制限の認定について、通商上の効果を評価するアプローチを採用した。つまり、メルコスール除外による更生タイヤ輸入および差止命令による中古タイヤ輸入が、再生タイヤの輸入禁止の任意の・正当と認められない差別ならびに偽装された制限となる適用に帰結するような量で輸入されているか否かを判断した。パネルは公衆衛生保護の目的達成が「著しく侵害される (significantly undermined)」量に輸入が達していれば、柱書に整合しない差別・制限を構成すると判断している (7.288、7.306、7.348、7.354)。

パネル報告書の加盟国配布直後から、この点について先例との齟齬が指摘された⁴⁰。果たして上級委員会は、まず任意の・正当と認められない差別について、差別の理由・原因に正当化の可否が依存しているにもかかわらず、パネルが採った効果ベースのアプローチは文言上の根拠を欠き、また上級委員会の先例に合致しないとして、パネルの判断を取り消した (229)。また、同様の理由で偽装された制限に関するパネルの判断も取り消している (239、251)。

もっとも、上級委員会は、あくまで差別の原因・理由を検討せず、もっぱら通商上の効果のみに依存して任意の・正当と認められない差別の有無を判断することが柱書に適合しないと述べている。したがって、場合によっては定量的な評価を考慮することが有益であることが認められる (230)。

(d) 比較と検討 パネルによる柱書の解釈は法律上の誤りか

上記の比較を総括すると、次のようなアプローチの違いが浮かび上がる。まずパネルは任意の・正当と認められない差別の範囲を狭く取り、当局の政策的恣意を疑わせるよ

⁴⁰ Posting of Joost Pauwelyn to International Economic Law and Policy Blog, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2007/07/brazil-tyres-th.html> (July 4, 2007, 10:49); *WTO Panel Report: Brazil – Tyres* (e-mail case review service by Brendan McGivern, White & Case, Geneva, dated June 19, 2007).

うな何ら合理的説明が見つからない差別のみを意味すると理解しつつ、第 1 段階でこれをクリアできるかどうかを検討する。ある差別がこれをクリアできたとして、次に第 2 段階として差別の影響が措置の目的の達成を蝕むか否かを定量的に評価している⁴¹。

これに対して上級委員会は、任意の・正当と認められない差別の範囲を広く取り、たとえ何らかの合理的理由がある差別にしても、措置の政策目的と無関係かあるいは程度の如何にかかわらず目的に反するものは、すべてこの範疇に入るとする。上級委員会のテストは、基本的にこの 1 段階のみに集約される。

結論として、本件上級委員会はパネルが採用したようなアプローチとの差異を許さなかったが、上級委員会がパネルの解釈を否定する理由は、パネルが各要件の解釈・適用を差別の原因・理由によらずにもっぱら効果のみに依拠して行っていること、かかる解釈手法は協定の文言に根拠を有しないことにある(229)。しかしながら、この上級委員会の認定と理由づけには、以下の諸点について疑問なしとはしない。

まず、パネルが差別の原因・理由によらずにもっぱら効果のみに依拠して柱書を解釈したとする上級委員会の認定は、そもそも正確ではない。パネルが実のところ「任意の」・「正当と認められない」の解釈を差別の理由・原因とその恣意性に依拠して議論しているのは上述のとおりであり(7.271-7.271、7.292-7.293)。その上で追加的に効果に言及している。パネルは単に差別の原因・理由を検討する段階では措置の目的を斟酌していないことから、結果として柱書に適合しない差別の理解が上級委員会とは異なっているだけである。効果の検討自体は柱書から排除されないことは上級委員会自身も認めており、上記のように差別の原因・理由の検討を怠っていないのであれば、パネルの柱書の解釈・適用には上級委員会の説示と何ら矛盾はない。

しかし、かかる見方が正しいとしても、なおパネルのアプローチは上級委員会によって是認されなかったであろう。上級委員会によれば、柱書の解釈に措置の政策目的を反映させることは差別の原因・理由の評価に際して行うべきであるということが前提となっているように思われるが(277)。パネルはこれを効果の斟酌の時点(つまりパネルの上記の 2 段階テストの第 2 段階)で行なった。パネルと上級委員会の解釈手法の違いは上記に要約したようにただこの一点であり、上級委員会がパネルの手法を拒絶する理由はこれ以外に見当たらない。要するに上級委員会はこのアプローチに固執しているのであり、これを採用しなかったことを以て、パネルの解釈手法を退けたと理解できる。

しかしながら、パネルのアプローチに対する上級委員会自身の批判同様、このような

⁴¹ キン (Julia Qin) もパネルが差別の性質と効果を分けて二段階で検討するアプローチを採用していると分析しているが、パネルは第 1 段階でも措置の政策目的を勘案したと述べている点には同意できない。Posting of Julia Qin to International Economic Law and Policy Blog, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2007/12/ab-in-tyres-and.html> (Dec. 5, 2007, 21:53)。例えば、EC はメルコスール除外が措置の政策目的に照らして「任意の若しくは正当と認められない差別」を構成するか否かを評価すべきであると主張したのに対し、パネルはメルコスールの性質や仲裁判決を含む本件固有の事情が、メルコスール除外に「合理的根拠 (reasonable basis)」を与えると述べている(7.282-7.283)。パネルは EC の主張に正面から答えていないが、メルコスールおよび同仲裁判決に除外による差別の合理性を求めていることから、再生タイヤ輸入禁止の政策目的に照らして当該差別を評価していないことは明白である。

上級委員会の解釈もまた文言上の根拠に乏しい。いかなる法的な根拠に基づいて差別の原因・理由が措置の目的に無関係ないし反するときに「任意の若しくは正当と認められない」と見なされるかにつき、上級委員会は文言・文脈上の手がかりを示していない。更に、偽装された制限については、任意の・正当と認められない差別の解釈をそのまま準用してパネルの判断を誤りとしているが、この点も解釈の粗さにつき誹りを免れない。任意の・正当と認められない差別については、上級委員会はそもそも差別の理由が措置の目的に関係し、また矛盾しないかを検討せよとのみ説示しており、制限については何も言及していない(227)。たしかに、先例から任意の・正当と認められない差別と偽装された制限については検討すべき関係要素が重なることは明白であるが(パネル7.319)、基本的に異なる要件であるところ(特にかたや差別、かたや制限)、両者を全く同様に解釈する理由は明らかではない。この点につき、上級委員会は全く説明を尽くしていない(239、251)。

もっとも、先に検討した米国・エビ輸入制限事件上級委員会の説示のとおり、柱書の要件は各号の(ひいては問題の措置の)政策目的の文脈で解釈されなければならない。おそらく上級委員会は、差別・制限の理由を措置の政策目的に照らして評価することで、この米国・エビ輸入制限事件上級委員会の説示に従ったものと思慮できる。そのように理解すれば、本件上級委員会のアプローチは適切である。

しかしながら、それでもなお、かかる解釈が一般性を有し、パネルのアプローチを排除するものとはいえない。米国・エビ輸入制限事件上級委員会の説示から明らかなのは、GATT第20条の構造はあくまで柱書の解釈・適用に各号(含措置)の政策目的を勘案せよという点に留まる。よって、それが差別の理由・原因の評価において実施されなくてはならないと限定しているものとは理解できない。柱書の要件の一般性・柔軟性はむしろ判断者に柱書解釈における各号の勘案の方法について裁量を与えており、本件パネルのように、もっぱら差別・制限の効果において措置の目的を考慮する方法を排除する積極的理由は見出しがたい。よって、上級委員会のアプローチもまた唯一の解釈ではなく、パネルのアプローチも少なくとも許容される(permissible)解釈であり得る⁴²。

翻って本件パネルの判断を検証すると、確かに柱書の適用に際してパネルは措置の目的を参照している。パネルが上記の第1段階での差別の原因・理由の判断に際して措置の目的を参照していないことは上級委員会の指摘のとおりであるが、第2段階においてかかる差別が効果の観点から許されるか否かは、正に措置の目的達成いかなの視点からこれを評価している。そのかぎりにおいては、パネルの柱書の解釈は柱書先決アプローチを否定した米国・エビ輸入制限事件の説示に適合している。

⁴² Posting of Qin on Dec. 4, 2007, 21:11, *supra* note 36. キンは、「任意の若しくは正当と認められない」の意味を明らかにすることによって柱書の差別要件をGATT第1条・第3条と差別化し、両者が重畳しないことを確保する必要があると説く。その一環として、任意の・正当と認められない差別を「重度の差別(serious level of the discrimination)」と解釈することは許容されるべきであると論じる。

本件の結果から明らかであるように、両者のアプローチの差異は、特に本件のような当局の責めに帰さない外生的な要因で差別が生じる場合、当局の公衆衛生保護措置の適用に与える裁量にも決定的な差異を生む。上級委員会の柱書の解釈も有力な解釈アプローチであることはむろん争いのないところであろうが、他方でパネルのアプローチが非貿易的関心事項に関する加盟国の規制主権を尊重し、WTOの正統性の確立に資するとすれば、協定整合的であるかぎりこれを排除することは、政策的判断としても妥当とは思われない。当然のことながら、後者の排除は解釈論としては理解に苦しむところとなるのは、上述のとおりである。

もっとも、本件パネルの定量的アプローチに内在する問題にも付言する必要がある。第一に、ECが上訴において主張しているように、パネルの議論は定量的であるにもかかわらず、閾値がない(244)。したがって、差別・制限にどれだけ措置の目的達成の侵害があれば、任意の・正当と認められない差別および偽装された制限を構成するのか、加盟国には既知となり得ない。第二に、パネルの判断はあくまで現時点での輸入量に基づく静態的な分析に基づいている。よって、この点もECが示唆するように、あくまで現時点では目的を害さない例外的輸入の量であるとしても、これが将来増加した際には法的評価は変わってしまうおそれがある(221)。このような視点からは、効果の視点を原則として導入せず、差別の適否を措置の目的との関係性でのみ判断する上級委員会の解釈のほうに、安定的であることは否定できない。

3. 数量制限の範囲

本件では、国境における貿易フローの物理的な制限措置ではない大統領令 3.919 による罰金の導入の GATT 第 11 条第 1 項該当性が検討された。同項にいう数量制限の範囲について、まずインド・数量制限事件パネルは、「制限 (restriction)」を「行為に対する制約、制約を課す条件ないしは規制 (a limitation on action, a limiting condition or regulation)」と広く解釈した⁴³。続いてインド・自動車関連措置事件パネルは、ある措置が GATT 第 11 条の規律の範囲に入るか否かはその「輸入に関する制限としての...性質 (the nature ... as a restriction in relation to importation)」を重視して決するべきであり、実際に国境で貿易フローとしての輸入を物理的に規制する措置だけでなく、何らかの負担によって輸入に負の誘引 (disincentive) を与える措置も GATT 第 11 条第 1 項の規律に服すると説示している⁴⁴。

これを受けたドミニカ・タバコ関連措置事件パネルは輸入供託金 (bond) についてその GATT 第 11 条該当性を検討したが、供託金が国産品・輸入品に同等に課されていること、

⁴³ Panel Report, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, ¶¶ 5.128-5.129, WT/DS90/R (Apr. 6, 1999).

⁴⁴ Panel Report, *India – Measures Affecting the Automotive Sector*, ¶¶ 7.254-7.276, WT/DS146/R, WT/DS175/R (Dec. 21, 2001).

輸入と関連した課金でないこと等を理由にこれを認めなかった⁴⁵。これに対して、本件は初めて課金措置について第 11 条該当性を認めた事案となった。問題の罰金は国境ではなく既に輸入された後に課されるものの、輸入を理由として課される措置であるため、パネルが先例に鑑みて、「輸入に関する制限としての性質」を本質的に変えないものと判断したためである。

これらはいずれもパネル段階の判断ではあるが、ある措置の数量制限該当性の判断を国境での物理的制限の有無に依存しないとする手法は、解釈としても妥当であろう。ドミニカ・タバコ関連措置事件パネルは、GATT 第 3 条注釈に依拠して、ある措置が国境で課されるという事実は当該措置を内国措置ならしめない理由とはならないことを示唆するが⁴⁶、そのコロラリーとして、措置が国境で賦課されるという事実は GATT 第 3 条と同第 11 条の規律の範囲画定のメルクマールにはなり得ない。本件を含む一連の判断によって、逆に国境で賦課されていなくとも、輸入の事実への依拠を基準として（輸入について・関連して）輸入制限効果を有する措置は広く GATT 第 11 条第 1 項の規律に服するという解釈が定着しつつある。

他方、課金措置を第 11 条第 1 項の規律の範囲内と捉える場合、GATT 第 2 条の適用範囲との関係をどのように整理するかが問題になる。例えば米国・EC 産品輸入規制事件パネルでは、多数意見は米国の課徴金が GATT 第 2 条の規律に服すると判断したが、その一方で少数意見はその輸入制限効果に鑑みて同第 11 条の規律に服するものと主張した⁴⁷。この点は本件では問題にならなかったのであくまで問題提起に留めるが、本件の罰金も関税その他課徴金も、輸入の事実に基づいて輸入品にのみ課される点では同様である。例えば、輸入品に対して従価・従量ベースで課されるものを関税その他課徴金とし、もっぱら輸入の行為に対して輸入者に課されるものを数量制限とするのはひとつの基準になりうるが、本件罰金措置は一定量のタイヤあたり一定額の罰金という従量ベースなので、かかる基準の下でも関税その他課徴金として分類する余地が残る。

なお、本件の罰金措置は、再生タイヤ輸入禁止の補助的な実施措置であったことにも留意すべきである。つまり、別途国境で輸入を物理的に規制する措置があって、あくまでそれと一体と見られる課金措置である（7.366）。よって、本件パネルの認定はかかる措置の性質に依存した判断である可能性も否定できず、一般的に課金措置が単体で数量制限としての機能を有すると認められるか否かについては、未だ議論の余地はあろう。

4. メルコスール除外にみる WTO と RTA との管轄競合

⁴⁵ Panel Report, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, ¶¶ 7.254-7.266, WT/DS302/R (Nov. 26, 2004).

⁴⁶ *Id.* ¶¶ 7.259-7.260.

⁴⁷ Panel Report, *United States – Import Measures on Certain Products from the European Communities*, ¶¶ 6.60-6.61, WT/DS165/R (July 17, 2000).

先に見たように、メルコスール域内での中古タイヤ輸入禁止は 2002 年のメルコスール仲裁廷の判断によりメルコスール決定 22/2000 に違反すると認定されたが、本件上級委員会は逆にメルコスール除外は GATT 第 20 条柱書に不適合と判断した。昨今の地域貿易協定 (RTA) の隆盛により、WTO と RTA の実体規範の重畳および紛争解決手続の競合がもたらされ、ひいては同一紛争事実について複数フォーラムの管轄が及ぶときに、それぞれが矛盾する判断を示す可能性が懸念されるが⁴⁸、まさに本件はこれが具現化した案件となった。このような事態を回避するためには、本件の場合には既出のメルコスールの仲裁判決を後続する WTO が尊重すべきであろうが、以下の理由からそのような調整や司法礼讓の行使は期待できない。

第一に、既判力 (*res judicata*) の限界である。本件の場合には、先行するメルコスール仲裁廷の判断には条約上明示的に既判力が賦与されているが (ブラジリア議定書第 21 条第 1 項)⁴⁹、メルコスール紛争と本件では紛争当事国が異なり (メルコスール仲裁: ウルグアイ対ブラジル / WTO: EC 対ブラジル)、また請求原因も異なることから (メルコスール仲裁: メルコスール上の数量制限禁止義務違反 / WTO: WTO 協定の一部たる GATT 違反)、両者はいわゆる「同一の紛争」ではない。したがって、本件における WTO パネル・上級委員会の管轄権行使は、先行するメルコスール仲裁判決が有する既判力により排除されない⁵⁰。

第二に、本件の場合には、RTA のフォーラム調整条項が機能する余地もなかった。2002 年 2 月署名のメルコスールの新たな紛争解決手続であるオリボス議定書は、その第 1 条第 2 項において、メルコスールならびに WTO のいずれにも係属し得る紛争については、最初に着手されたフォーラムに優先的・排他的に管轄権を与えている⁵¹。しかしながら、本件のように他方当事国 (= EC) が RTA 紛争の当事国でなく、しかも域外国である場合、こうした RTA のフォーラム調整条項は全く無力である。更に、同紛争の係属時にはオリボス議定書は未発効であり (2004 年 1 月 1 日発効)、当時の手続規定であったブラジリア議定書にはフォーラム調整条項はなかった。したがって、仮に本件がメルコスール当事国間の紛争でフォーラム調整条項の援用があったとしても、アルゼンチン・鶏肉ダンピング防止税事件の場合のように、WTO パネルはオリボス議定書の未発効を指摘するに留まったであろう⁵²。

⁴⁸ 代表的な論説として以下を参照。YUVAL SHANY, THE COMPETING JURISDICTIONS OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS (2003); Kyung Kwak and Gabrielle Marceau, *Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements*, in REGIONAL TRADE AGREEMENTS AND THE WTO LEGAL SYSTEM 465 (Lorand Bartels & Federico Ortino eds., 2006); Joost Pauwelyn, Notes, Comments and Developments, *Adding Sweeteners to Softwood Lumber: The WTO-NAFTA 'Spaghetti Bowl' Is Cooking*, 9 J. INT'L ECON. L. 197 (2006).

⁴⁹ The Protocol of Brasilia for the Settlement of Disputes in MERCOSUR, Arg.-Braz.-Para.-Uru., Dec. 17, 1991, 36 I.L.M. 691, 697.

⁵⁰ 川瀬剛志「WTO と地域経済統合体の紛争解決手続の競合と調整 - フォーラム選択条項の比較・検討を中心として」13-15 頁 (RIETI Discussion Paper Series 07-J-050, 2007)。

⁵¹ The Olivos Protocol for the Settlement of Disputes in MERCOSUR, Arg.-Braz.-Para.-Uru., Feb. 18, 2002, 42 I.L.M. 2, 2-3. 米州機構 (OAS) の対外貿易情報システム (SICE) の英訳では、明白に *res judicata* の文言を用いている。
<http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/brasil/pbrasil.e.asp>

⁵² Panel Report, *Argentina — Definitive Anti-dumping Duties on Poultry from Brazil*, ¶ 7.38, WT/DS241/R (Apr. 22, 2003).

最後に、WTO 側には、特に RTA の法規範や司法判断を理由として DSB の管轄権行使を控える裁量がない。DSU 第 3 条第 2 項は、WTO 紛争解決手続における適用法規を WTO 協定およびその関連する法的文書に限定しており、既判力規定にせよ、フォーラム調整条項にせよ、パネル・上級委員会はそもそも非 WTO 法たるメルコスール法に拘束されない。加えて、DSU 第 7 条(付託事項) 第 11 条(パネルの審査基準) 第 23 条(一方的措置の禁止)などの規定は、付託された紛争についてパネル・上級委員会に管轄権不行使を許さないものとして解釈されている⁵³。

同一紛争事実について複数フォーラムの法的判断が及ぶという法的に錯綜した状況が発生した以上、WTO およびメルコスールのそれぞれの判断および協定上の義務に整合的な本件 DSB 勧告の履行は、非常に困難である。極めて不十分ではあるが、一応の解決の方策としては、ブラジルは一切の措置を廃止して、実質的に同一の措置を新法としてメルコスール除外を設けずに再導入することが考えられる。この場合、新たな措置についてウルグアイが再度メルコスール仲裁に違反の申立を行った際は、ブラジルは改めてモンテヴィデオ条約第 50 条(d)を援用することになり⁵⁴、これが認められればメルコスール除外をメルコスール上の義務に整合的に廃することができる。また、ブラジリア議定書第 19 条は裁判規範に適用可能な国際法を挙げているので、仲裁廷は本件 WTO 判断を勘案しつつ GATT 第 20 条および同第 24 条を文脈としながら、アスンシオン条約の解釈・適用を行うことが可能になる⁵⁵。

⁵³ Appellate Body Report, *Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, ¶¶ 46-53, WT/DS308/AB/R (Mar. 6, 2006); Panel Report, *United States — Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, ¶ 7.43, WT/DS152/R (Dec. 22, 1999). これらの議論については、川瀬前掲注(50) 33 頁参照。

⁵⁴ 本件パネル・上級委員会では、ブラジルによるモンテヴィデオ条約第 50 条(d)の援用が暗黙の前提となっているように思われるが、本来同条項適合性の立証責任を被申立国であるブラジルに負わせることは、妥当な解釈ではない。同条項自体は性質上積極的抗弁だが、メルコスール上これが直接適用されるわけではなく、注(2)に述べたように、あくまでアスンシオン条約附属書 I 第 2 条(b)、ひいては決定 22/2000 を通じて適用されることに留意しなければならない。同附属書 I 第 1 条は 94 年末までに「制限 (restrictions)」(英訳はすべて注(2)引用の I.L.M. 所収版による)の撤廃を義務づけており、この「制限」を定義するのが同第 2 条(b)である。同項によれば、「制限」はモンテヴィデオ条約第 50 条(d)が想定する状況で取られる措置を「含まない (does not cover)」のであるから、当該規定は積極的抗弁に当たる例外ではなく、義務の外延の規定である。次に決定 22 / 2000 は制限措置 (*medida restrictiva*) の新設を禁止しているが、ここにアスンシオン条約附属書 I 第 2 条(b)が準用されている。とすれば、違反について一応の証明を申立国が行なう標準的な証明責任を想定した場合、決定 22 / 2002 違反立証の前提として、ウルグアイがブラジルの措置の「制限」該当性、換言すればモンテヴィデオ条約第 50 条(d)非該当性を立証しなければならないと解すべきである。

⁵⁵ このような方策は、特に WTO では解決にならない。履行段階で取られる措置については、DSU 第 21 条第 5 項に「勧告及び裁定を実施するためにとられた措置 (measures taken to comply with the recommendations and rulings)」として言及されている。当該概念を媒介にして、法的には別個の措置であっても、DSB 勧告や被申立国によって履行措置とされた措置と密接な関係があれば、事情に鑑みてその協定整合性を履行確認パネルが検討することができる。換言すれば、実施措置概念を通じて、原審 DSB 勧告を実効的に後に続く措置に広く及ぼすことはできる。Appellate Body Report, *United States — Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada: Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU*, ¶¶ 73-76, WT/DS257/AB/RW (Dec. 5, 2005). したがって、本文中に示した形式的な新法導入は、履行確認パネルによって協定違反を問われる可能性が極めて高い。これに対して、メルコスールの場合は、ブラジリア議定書に実施措置に相当する概念は規定されておらず、同第 23 条は譲許停止等の措置を取る以前に、期限内に仲裁廷の決定を遵守したか否かのみを判断することになっている(決定主体は明示されておらず、申立国の自己決定の可能性を示唆する)。したがって、やや形式的な議論であるが、最狭義には少なくとも措置が廃止されれば履行は行われたと解釈することもできる。このような理解に基づけば、仮

しかし他方で、前述のように、2002年判決はメルコスール協定上明示的に既判力を与えられていることに留意しなければならない。後続の仲裁廷による既判力の客観的範囲に関する判断いかんによっては、形式的に新法の体裁を採用した制限措置にも原判決の効力が及び、新たな防御の提起は許されなくなることも考えられる。

この既判力の例外となり得るのは再審請求である⁵⁶。例えば ICJ 規程第 61 条では、請求者に原審時点で知り得なかった「決定的要素となる性質をもつ事実...の発見 (the discovery of some fact of such a nature as to be a decisive factor)」（同第 1 項）が後日あった場合、再審請求が認められる。メルコスール手続には再審制度が設けられていないが、一般国際法上、再審請求は明文で留保されずとも「すべての裁判手続に固有のもの」と見なされ⁵⁷、更にブラジリア議定書の手続の柔軟性は再審を排除しないと解する余地もある⁵⁸。

この「事実」の範囲は広く、例えば紛争当事国の国内法の取り扱いの誤りを含めることは妨げられない⁵⁹。また、「事実」は判決前に存在していたものであり、その不知に再審請求を行なう当事国の過失がないことが要件となる（ICJ 規程第 61 条第 1 項但書）⁶⁰。本件の場合、メルコスール除外の WTO 協定不適合性は「事実」としてメルコスール仲裁の時に既に存在しており、他方で WTO が客観的に除外についてどのように判断するかについては、少なくともブラジルには確認を求める手だてがない以上、その不知に責任はない。この既存の「事実」が、本件上級委員会の判断によって「発見」されたと理解すれば、再審受理の要件は充足されたと解する余地がある。

しかしながら、上述のようにブラジリア議定書第 19 条は適用法規に適用可能な国際法を含み、メルコスールが RTA であることから、ここに WTO 協定が含まれると解釈することが妥当である。特に 2002 年仲裁の場合、その請求は WTO 協定上のメルコスール域内自由化義務と極めて密接な関係を有しており、メルコスール法の解釈において、仲裁廷はこれを十分に斟酌することが求められた筈である。このように考えれば、2002 年のメルコスール仲裁廷の判断は、メルコスール除外の WTO 協定不整合性という「事実」の不知によるものではなく、むしろ上訴事由となる法の誤り⁶¹を犯した結果と見る方が妥当であり、そうなれば本件を再審に付すことは妥当でなくなる。

に類似の新措置が導入された場合、以後は一般国際法上の原則に従い、既判力の要件である同一主題の範囲にこの新措置が含まれるか否かが問題となる。

⁵⁶ 杉原高嶺『国際司法裁判制度』384 頁（1996）。メルコスール同様に判決の終局性を規定する ICJ 規程（同第 60 条）でも、再審はこの拘束の範囲外となる。

⁵⁷ 同上書 385-86 頁。

⁵⁸ ブラジリア議定書によれば、「いかなる紛争 (any controversy)」も交渉を通じて解決され（第 3 条第 1 項）、合意に至らない場合に当該紛争は共同体市場委員会に付託される（第 4 条第 1 項）、それでも解決に至らない場合、当該紛争は仲裁裁判に付託される（第 7 条第 1 項）。このように同議定書は、GATT 第 23 条の「無効化又は侵害」概念に相当する実体要件によって、手続に付託可能な紛争を限定しない。その結果、前判決の妥当性についての異議をメルコスール手続に付託することは、文言上当然には排除されないと解する余地はある。

⁵⁹ 杉原前掲書注（56）386 頁。

⁶⁰ 同上書 386、387-88 頁。その意味で、本件上級委員会判断そのものは事後的な事実なので、再審請求事由にはなり得ない。

⁶¹ 同上書 384、386 頁。

いずれにしても、上記の履行段階におけるメルコスール手続に関する試論は、一般国際法上およびメルコスール法上の多岐にわたる論点を含み、よって本稿の検討範囲を大きく超えるため、以上の問題提起にとどめておきたい。

C. その後の展開

報告書は昨年 12 月 17 日の DSB で採択され、明けて本年 1 月 15 日にブラジルは DSB 勧告実施の意向を示した。その後、DSU 第 21 条第 3 項(c)で報告書採択後 90 日以内と定められている仲裁による実施期間決定の期限を、二国間協議のため延長する旨を当事国間で合意し、2 月 11 日付で DSB に通報した⁶²。以上

⁶² Extension of Time Period under Article 21.3(c) of the DSU, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/13 (Feb. 13, 2008).