



RIETI Policy Discussion Paper Series 11-P-015

**【WTO パネル・上級委員会報告書解説④】**  
**オーストラリアーニュージーランドからのリンゴの輸入に関する措置**  
**(WT/DS367/R, WT/DS367/AB/R)**  
**—科学的基礎を求める SPS 協定第 5 条 1 項の義務の射程を中心に—**

内記 香子  
大阪大学



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

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

【WTO パネル・上級委員会報告書解説④】

オーストラリアーニュージーランドからのリンゴの輸入に関する措置

(WT/DS367/R, WT/DS367/AB/R)

—科学的基礎を求める SPS 協定第 5 条 1 項の義務の射程を中心に—\*

内記香子 (大阪大学)

要 旨

本件は、EC の遺伝子組換え産品事件及び EC のホルモン牛肉 II 事件 (米国カナダの譲許停止継続事件) という、国際社会で注目を集めた 2 つの事件の後に発出された SPS 紛争の判断であり、先の 2 件で問題となった SPS 協定第 5 条 1 項の義務がどのように解釈適用されたのかをみる上で重要な位置づけにあった。第 5 条 1 項は、衛生植物検疫措置を「リスク評価に基づいてとる」ことを要求するもので、科学的基礎を求める SPS 協定上の重要な条文の一つである。本稿では、この第 5 条 1 項の解釈適用にどのような展開があったかに注目したが、本件が、火傷病に関する日本のリンゴ検疫事件と同様の植病を扱っていたことから、科学的知見について、新規の事件に比べて論争が少なく、第 5 条 1 項の適用が比較的、容易であったことが指摘できる。第 5 条 1 項の解釈については、EC のホルモン牛肉 II 事件の上級委員会判断を踏襲するところに落ち着いている。ある意味、解釈・結論共に、予想どおりの結果であったわけであるが、敗訴が分かっているながら DS にいつてしまったということは、先の DS 判断 (日本のリンゴ検疫事件) の潜在案件 (本件) への影響力があるのかどうかという疑問をなげかけ、また、豪州の国内政治が DS 前の妥協を許さない事態であったのか、今後の豪州による実施のプロセスをみながら、注視していく必要がある。

キーワード : SPS 協定、科学的根拠・科学的基礎、リスク評価

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

\*本稿は(独)経済産業研究所「現代国際通商システムの総合的研究」プロジェクト (代表 : 川瀬剛志フ  
ァカルティフェロー) の成果の一環である。2011年3月10日の研究会における筆者の報告に対して、研  
究会メンバーから貴重なコメントを頂戴している。

## 1. はじめに

本件は、EC の遺伝子組換え産品事件<sup>1</sup>及び米国カナダの譲許停止継続事件（以下、「EC のホルモン牛肉 II 事件」とする）<sup>2</sup>という、国際社会で注目を集めた 2 つの事件の後で発出された SPS 紛争の判断であり、先の 2 件で問題となった SPS 協定第 5 条 1 項の義務がどのように解釈適用されたのかをみる上で重要な位置づけにあった。第 5 条 1 項は、衛生植物検疫措置を「リスク評価に基づいてとる」ことを要求するもので、科学的基礎を求める SPS 協定上の重要な条文の一つである。本稿では、この第 5 条 1 項の解釈適用にどのような展開があったかに注目したが、本件がリンゴの火傷病に関する日本のリンゴ検疫事件<sup>3</sup>と同様の植病を扱っており、科学的知見について、新規の事件に比べて論争がなかったことから、第 5 条 1 項の適用が比較的、容易であったことが指摘できる。第 5 条 1 項の解釈については、EC のホルモン牛肉 II 事件の上級委員会判断を踏襲するところに落ち着いている。ある意味、解釈・結論共に、予想どおりの結果であったわけであるが、敗訴が分かっているながら DS についてしまったということは、先の DS 判断（日本のリンゴ検疫事件）の潜在案件への影響力があるのかどうかという疑問をなげかけ、また、豪州の国内政治が DS 前の妥協を許さない事態であったのか、今後の豪州による実施のプロセスをみながら、注視していく必要がある。

なお SPS 協定には、科学的基礎を要求する義務のほか、他のリスク決定との整合性や代替措置との比較という義務もある。本件では、第 5 条 5 項（整合性要件）、第 5 条 6 項（必要性要件）、さらには附属書 C「手続の不当な遅延なく行われる」義務についても争われた。しかし、結果的には、第 5 条 1 項以外の義務については違反が認定されなかった。過去の SPS 紛争についても言えることであるが、科学的基礎を求める第 5 条 1 項の義務違反が認められることは多く、この点で原告が勝訴することはあっても、SPS 協定上のその他の義務での勝訴はなかなか難しいという傾向がある。これは原告が、第 5 条 1 項の義務違反の立証を中心に訴訟準備を行い、ほかについては若干、主張立証が不十分な傾向があるのか、あるいはパネルの段階でパネリストが第 5 条 1 項以外の義務の取り扱いに不慣れさがあるのか、この点についても今後の傾向を注視していく必要がある。

## 2. 事実の概要

### 2-1 措置の概要

豪州は、NZ からのリンゴの輸入を 1921 年から禁止しており、NZ は、1986、1989、1995 年に豪州に対して、リンゴの輸入解禁要請をおこなったが、それは認められなかった。NZ は 4 度目の解禁要請を 1999 年 1 月に行い、豪州検疫査察庁（Australian Quarantine and Inspection Service: AQIS）はそれをうけて、リスク評価を開始した。同庁は、本件

---

<sup>1</sup> *European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (“EC-Biotech(GMOs)”)*, Panel Report, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, adopted 21 November 2006.

<sup>2</sup> *United States/Canada — Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute*, Panel Report, WT/DS320/R, WT/DS321/R, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS320/AB/R, WT/DS321/AB/R, adopted 10 November 2008.

<sup>3</sup> *Japan — Measures Affecting the Importation of Apples*, Panel Report, WT/DS245/R, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS245/AB/R, adopted 10 December 2003.

で問題となった、「輸入リスク分析報告書 (Final Import Risk Analysis Report for Apples) (以下 **IRA**)」を 2006 年 11 月に最終的に公表 (パネル paras.2.30-32)。IRA によれば、豪州の**保護水準 (ALOP)** は、定性的なもので、「ゼロではないが、きわめて低いレベル (very low level) までリスクを下げるレベルに植物検疫措置を設定する」とされている (パネル para.2.59)。IRA のリスク評価の結果、NZ が問題としたのは以下の 17 の措置 (ただし措置 12 が失効していることに当事国が後に合意したので、**16 の措置**となった) (また、これら 16 の措置は IRA に実際に記載されているとされている [パネル para.7.154])。

#### (火傷病に関して)

- 措置 1 火傷病の無病地帯からの果実であること。
- 措置 2 火傷病の病徴がないか園地検査をすること (全体の 1%の樹木の病徴であっても、肉眼観察可能な、95%の精度で、開花後 4-7 週間の間に行われること)。
- 措置 3 園地検査の方法が確立していること (とりわけ病徴がないかについての肉眼検査、検査時間、検査官の訓練や資格に関することを含む)。
- 措置 4 園地検査の前に、剪定などをして病徴を隠すような行為があった場合には、園地を閉鎖すること。
- 措置 5 肉眼検査で病徴が確認された場合には、園地を閉鎖すること。
- 措置 6 梱包施設においてリンゴが殺菌消毒されること。
- 措置 7 リンゴに直接触れる梱包器具等の殺菌。
- 措置 8 輸出のために登録された梱包施設が、登録された園地からのリンゴのみを取り扱うこと。

#### (がん腫病)

- 措置 9 がん腫病の無病地帯からのリンゴであること。
- 措置 10 輸出のための園地のすべての樹木が検査されること (すべての樹木を各列の両側から検査、あるいは樹木の上部をはしごを使って検査)。
- 措置 11 すべての樹木の株を検査。
- × 措置 12 園地検査の前に、剪定などをして病徴を隠すような行為があった場合には、園地を閉鎖すること (**この措置は失効**)。
- 措置 13 がん腫病が観察された場合には園地からの輸出の停止。

#### (リンゴタマバエ:apple leafcurling midge (ALCM))

- 措置 14 検査 (2つの選択肢あり)
  - ・ ランダムに 1 輸出枠から 3000 サンプルに対する病徴検査
  - ・ ランダムに 1 輸出枠から 600 サンプルに対する病徴検査

#### (全体)

- 措置 15 豪州検疫査察庁の植物防疫官が、園地検査、梱包施設・果実検査に立ち会うこと。
- 措置 16 NZ 政府が、豪州へ輸出を行う登録された園地が標準的な商業慣行に従うことを確保すること。
- 措置 17 梱包施設は、施設内の配置について詳細を説明すること。

## 2-2 事件の経緯

- ・協議要請 2007年8月31日
- ・パネル設置要請 2007年12月6日
- ・パネル設置 2008年3月3日
- ・パネル組成 2008年3月12日  
パネリスト P.J.A. Swart (議長), William Ehlers, Kirsten Hillman  
第三国 チリ、EC、日本、パキスタン、台湾、米国  
専門家7名 (2008年12月15日選定)  
Dr. T. Deckers, Dr. J.P. Paulin (火傷病)  
Dr. B. Latorre, Dr. T. Swinburne (がん腫病)  
Dr. J. Cross (ALCM), Dr. G. Schrader, Dr. R. Sgrillo (害虫のリスク評価)
- ・パネル報告配布 2010年8月9日
- ・上訴 (豪州 2010年8月31日、NZ 2010年9月13日)  
上級委員 Zhang(議長), Hillman, Oshima
- ・上級委報告配布 2010年11月29日
- ・DSB採択 2010年12月17日
- ・実施のための妥当な期間 2011年8月17日までと合意 (DSB2011年1月31日付)

## 3. 論点ごとの要旨

論点	パネル	上級委員会
附属書A(1)「SPS措置」	NZの主張を支持	パネルに誤りなし
第5条1項 リスク評価	違反認定	パネル認定支持
DSU第11条 客観的評価	—	パネルの審査方法に誤りなし
第5条5項 整合性要件	NZの主張を棄却	上訴なし
第5条6項 必要性要件	違反認定	パネル認定取消
附属書C(1)「手続の不当な遅延」	NZの主張を棄却	パネルに誤りあり

### 3-1 附属書A(1)の「SPS措置」

#### NZの主張

パネルは16の措置を個別に検討すべきである (para.7.103)。

#### 豪州の主張

SPS措置は附属書Aによれば「目的」志向性が高い。その目的から考えると、いくつかの措置は主要な措置の「附属的な手続 (ancillary processes)」にすぎないので、主要な措置とまとめて検討されるべきである (para.7.105)。

#### パネルの判断

問題とされている措置がSPS措置であるかどうかは、附属書A(1)に挙げられる目的

に各措置がそっているかどうかによる (para.7.118)。16 の措置は、附属書 A (1) (a) のいう、病気の侵入、定着、まん延によって生ずるリスクに明らかに関係したものである (para.7.139)。また、同附属書は「衛生植物検疫措置には、関連するすべての法令、要件及び手続を含む」としているが、16 のそれぞれの措置は「手続」に該当する (para.7.163)。以上によりパネルは豪州の主張を否定する (para.7.187)。

#### **上訴国（豪州）の主張**

豪州は、16 のすべての措置が全体として、あるいは適切にグループ化されて SPS 措置とされるべきと考えるので、パネルが 16 の措置が「個別に」SPS 措置を構成するとしている点について上訴する。植物を保護する効果を高めるための「附属的な手続 (ancillary processes)」は、それに関連する主たる措置と一緒に SPS 措置とされるべきである (paras.12-13)。豪州は、16 の措置ではなく 4 つの措置であると主張する：すなわち、火傷病については 2 つ (園地検査と、果実の殺菌消毒)、がん腫病については 1 つ、リンゴタマバエについては 1 つ (3000 の果実からのサンプル調査) (para.15)。

#### **被上訴国（NZ）の主張**

ある措置がほかの措置と関連しているということが、その措置を SPS 措置として扱われないということにはならない (para.61)。

#### **上級委の判断**

附属書 A は「いかなる (適用される) 措置 (any measures)」としており、措置の定義はおいていない。上級委は、「米国の日本製表面処理鋼板へのアンチダンピング措置に対するサンセットレビュー事件」において、加盟国のいかなる行為 (actあるいはomission) も措置となりえると述べている (para.171)。附属書 A は、「(次のことを)保護するために適用される (applied to protect)」措置を対象にするとしており、これは「目的や意図」を意味しており、「措置」と「保護される利益」の関係が重要となる (paras.171-172)。ここで、附属書 A の文言は、ガット第3条1項の「保護を与えるように適用する (applied...so as to afford protection)」という文言に類似しているものと考えられる。上級委はかつて、措置の目的は容易には特定できないが、「措置のデザインや構造」から把握できると述べた。従って、本件においても、SPS措置の目的は被申立国の主張からのみ特定されるのではなく、措置の構造からも把握することができる。SPS措置であるためには、措置と附属書 A (1) (a) に挙げられる特定の目的と客観的な関係が求められる (para.173)。また附属書 A (1) は、「衛生植物検疫措置には、関連するすべての法令、要件及び手続を含む。特に、次のものを含む」としており、措置のタイプが列挙されていなくとも、(a) から (d) の目的のために適用される場合にはSPS措置を構成することになる (para.175)。

本パネルは、第一に、16 の措置が「病気、病気を媒介する生物又は病気を引き起こす生物の侵入、定着又はまん延によって生ずる危険から・・・保護する」目的であることを特定し、第二に、それらの措置が「法令、要件及び手続」にあたることを確認している (para.178)。また、豪州のいう「附属的な措置」と「主たる措置」という区別はSPS協定の文言上なされていない (para.181)。従って、本パネルの、SPS 措置に関する判断について誤りはない。

### **3-2 第5条1項**

## NZの主張

豪州のIRAは、第5条1項が要求するリスク評価の要件を充たしておらず、病気の侵入、定着、まん延の可能性を適切に評価していない。IRAの結論は十分な科学的証拠に基づいていない（para.7.230）。

## 豪州の主張

豪州のIRAは、第5条1項に基づいた適切なリスク評価である（para.7.234）。

## パネルの判断

(1) 火傷病について

### ・ 8つの輸入ステップ<sup>4</sup>

- ① 輸出元のNZ園地に火傷病菌が存在する可能性について  
→病菌が常に輸出元のNZ園地に存在するという豪州の評価は、科学的証拠によって十分に基礎づけられておらず、一貫して客観的でない（para.7.259）。
- ② 病気に感染した園地からの果実が感染している可能性について  
→病菌が「成熟した病徴のない」リンゴに存在しているかどうかに関する様々な研究結果から、どうして感染している可能性があるかと結論できるのか説明がなく、一貫して客観的でない（paras.7.274-275）。
- ③ 果実が、採取・梱包施設に輸送中に病気に感染する可能性について  
→感染すると結論している2つの研究結果には、手法の情報不足・詳細な説明の不足等があり重大な制限がある。従って、「科学的証拠がある」とは言えない（paras.7.289-290）。
- ④ 感染したリンゴ（外側に菌が付着）が梱包施設での梱包過程においても感染したままの状態である可能性について（NZは、殺菌処理ではなく低温状態に保つことによってかなり細菌の数を減らせると主張）  
→× NZは、豪州のIRA評価が過剰であるという立証ができていない（paras.7.305-306）。
- ⑤ 感染していないリンゴが梱包過程において感染する可能性について  
→豪州のIRA評価でも感染していないリンゴが梱包過程で感染する可能性は小さいという科学的証拠を得ているのに、そこから感染する可能性をどのように導いたのか説明がないので一貫して客観的でない（para.7.320）。
- ⑥ 感染したリンゴ（外側に菌が付着）が、豪州への輸送過程においても感染したままの状態である可能性について（NZは輸送過程においても低温状態に保つことによって細菌の数を減らせると主張）  
→× 低温状態によってすべての細菌が死滅するという証拠はなく、殺菌処理のほうが、効果があるという証拠がある。NZは、立証ができていない（paras.7.329-331）。
- ⑦ 感染していないリンゴが輸送過程において感染する可能性について  
→豪州のIRAは、外部から汚染される可能性についての科学的証拠を提示し

---

<sup>4</sup> IRAはリスク評価の中で、病菌が伝播経路となる地点を8つに分けて、感染する可能性について検討している。

ていない (paras.7.341-342)。

- ⑧ 感染したリンゴが豪州の国境を越えてからも感染したままの状態にある可能性について→× NZ は IRA の評価が問題であることを立証していない (para.7.349)。

・侵入、定着、蔓延の可能性について

→上記の判断のとおり、IRA の評価のいくつかに関し、病気の侵入、定着、蔓延の可能性について豪州は科学的証拠に基づいておらず、一貫して客観的な評価を行っていない (para.7.448)。

・生物学上、経済的影響の評価について

→IRA は影響の重大性について過剰に評価する傾向があり、特にリンゴの木の健康への影響 (→他にもっとコストの高い病気が存在する) と、国内取引への影響 (→国内生産への影響はそれほど大きくない) を極めて重大としているが、現実的ではない (para.7.469)。

(2) がん腫病について

- ① 病気に感染した園地からの果実が感染している可能性について

→IRA の評価はイギリスや北ヨーロッパの研究を基礎にしており、これら夏に雨の多い地域とそれとは異なる NZ の気候の違いを考慮しておらず、科学的証拠に支持されているとは言えない (paras.7.544-545)。

- ② 感染していない果実が、採取・梱包施設に輸送中に病気に感染する可能性について

→そのような科学的証拠はない (para.7.572)。

- ③ 感染したリンゴ (外側に菌が付着) が梱包施設での梱包過程においても感染したままの状態である可能性について

→専門家によれば貯蔵施設の低気温と貯蔵期間を考慮すると菌が生存する可能性は低いとされるが、IRA 評価には菌が生存する可能性について説明がなされていない (para.7.593)。

- ④ 感染していないリンゴが (感染したリンゴが混じっていることで) 梱包過程において感染する可能性について

→IRA 評価でも感染していないリンゴが梱包過程で感染する可能性は小さいという科学的証拠を得ているのに、そこから感染する可能性をどのように導いたのか説明がないので一貫して客観的でない (paras.7.604-606)。

- ⑤ 感染したリンゴ (外側に菌が付着) が、豪州への輸送過程においても感染したままの状態である可能性について

→豪州は、外側に付着した菌が生存しているとするが、そのような証拠はない (para.7.619)。

- ⑥ 感染していないリンゴが輸送過程において感染する可能性について

→豪州の IRA の評価では外部から感染する可能性を無視できる程度としているにもかかわらず採用された措置との関係について一貫した説明がない (paras.7.630-631)。

以上の個別の措置の審査の結果をまとめると、豪州のリスク評価は全体として科学的



証拠に基づいておらず、一貫した理由付けがなされていない (para.7.649)。

(3) ALCM について：豪州は、ALCM の侵入・定着の可能性を評価するにあたり、いくつかの要因を検討に含めなかった。すなわち、採取されたリンゴに付着している ALCM の繭の中の蛹の生存可能性、(蛹が繭の中で死んでいる可能性が高い理由としての) 繭への寄生バチの影響、ハエの短期の生存期間、ハエが豪州の気候において定着する可能性、についてである。これらの要因をリスク評価において考慮していないという欠陥から、一貫した理由付けと十分な科学的証拠に基づいていないと言える (paras.7.668-671)。

#### 上訴国（豪州）の主張

・パネルは、「科学的証拠に基づいた理由付けが客観的で一貫しているかどうか」をみるとした EC のホルモン牛肉 II 事件の上級委の基準よりも要求度の高い基準で評価をおこなっている。パネルは、豪州 (IRA) の結論 (intermediate conclusions) が「科学者コミュニティのスタンダードにおいて正当であると考えられる範囲に入るかどうか」だけを評価すべきであった。「客観的で一貫しているかどうか」の基準は「科学的証拠と最終的な結論」の関係においてそれを適用すべきであり、理由付けの質においてそれを適用すべきでない (paras.21-22)。

・パネルは、IRA の結論において専門家の判断がどのように使われたのか豪州に説明を求めたが、そのような説明義務は第 5 条 1 項にはない (para.24)。

・パネルは IRA の結論における欠陥を評価していない (para.25)。

#### 被上訴国 (NZ) の主張

上記の豪州の主張は、IRA をパネルの適切な評価から逃れさせるものである (para.63)。

#### 上級委の判断

・第 5 条 1 項における審査基準について：EC のホルモン牛肉 II 事件において上級委は審査基準について次のように述べている。すなわち、パネルは「リスク評価が一貫した理由付けと尊重できる科学的証拠によって支持されていて客観的に正当化できるかどうか」を判断し、「科学的証拠が信頼できる情報源によるもので」「(広い科学者コミュニティでなくても) 関連した科学者コミュニティによって正当な科学であると考えられているかどうか」を検証しなければならない (paras.213-214)。従って、リスク評価を検証する場合には 2 つの側面が重要となる。①科学的基礎が、「信頼できる情報源」からのもので「関連した科学者コミュニティによって正当な科学であると考えられているか」どうかを評価し、②その科学に基づいたリスク評価の理由付けが「客観的で一貫しているか」どうかを評価する。これによって、パネルは、リスク評価の結論が科学的証拠によって十分に支持されているかを判断する (paras.215, 221-222)。科学的証拠についての検証と、理由付けに関する検証は異なるものである。科学については、パネルはリスク評価者の判断の是非を検証することはできないが、理由付けについては、科学的証拠と結論の間に合理的で客観的な関係があるかどうかをみることで評価することができる (para.225)。本パネルが、IRA の結論 (intermediate conclusions) について一貫性と客観性を評価できないとすれば、第 5 条 1 項の義務の評価ができないことになる。本パネルは適切な審査基準のもとで判断をしている (paras.229-230)。

・専門家の判断 (expert judgment) の使用に関するパネルの判断について：豪州は、

第 5 条 1 項の「それぞれの状況において適切なもの (as appropriate to the circumstances)」という用語は、科学的証拠が少ない場合にリスク評価を行うにあたって柔軟性を与えるものであると主張するが (para.234)、それは EC のホルモン牛肉 II 事件の上級委によれば、評価の手段に困難がある際に考慮をくわえるという意味であり、豪州サケ検疫事件でも述べられているように不明・不確定な要素の存在によって第 5 条 1 項の義務から解放されるということはない (para.237)。従って、同用語によって、パネルがリスク評価を客観的に評価することを妨げられるものではない (para.242)。

・IRA の理由付けの欠陥について：リスク評価になんらかの欠陥があつて、それがリスク評価にどのような影響を与えるのか検討する場合、それを判断する一般的な基準はない (para.250)。パネルは、リスク評価の各欠陥がリスク評価を不適切なものにするような重大なものかどうかを判断する必要はなく、すべての評価段階・要因を包括的に分析することで、様々な欠陥が全体として重大であつて適切なリスク評価を構成していないのかどうかを判断する (para.258)。本パネルは、各欠陥がそのように重大であつたかを明示していないが、全体としてこれらの欠陥によって適切なリスク評価がなされていないことを意味していると判断した (para.259)。

### 3-3 DSU 第 11 条「客観的評価」

#### 上訴国（豪州）の主張

豪州に有利な専門家の証言を軽視している（感染したリンゴの輸入の可能性について；暴露評価について；生物学上・経済学的影響の可能性について）(paras.41-47)。豪州のリスク評価の方法について誤った理解をしている。

#### 被上訴国（NZ）の主張

DSU 第 11 条の客観的評価に従っていない、という豪州の主張は認められない。パネルには証拠の評価において裁量がある (para.85)。

#### 上級委の判断

・専門家の証言の取り扱いについて：EC ホルモン牛肉事件において上級委は、証拠を「意図的に無視」したり「考慮することを拒否」したりすることは、客観的評価をする義務に合致していないとした (para.269)。EC ホルモン牛肉 II 事件の上級委は、一方当事者の主張に有利な証拠について議論しないことは、証拠の平等な取り扱いがなされていないことを意味するとした (para.270)。他方で上級委は、パネルは証拠の取り扱いについて「裁量」を有しており、判断をするにあたりどの証拠を利用するかについて裁量があるとした (para.271)。しかし、その裁量にも制限があり、パネルは証拠を自身がリスク評価を行うように利用してはいけない—むしろ、規制国のリスク評価を審査するために証拠を利用しなければならない (para.271)。EC ホルモン牛肉 II 事件の上級委の判断においては、EC のリスク評価についてパネルが審査基準にしたがって審査しておらず、むしろ専門家の多数意見に基づいて審査を行っている点が問題であるとされ、EC に関連した証言を軽視したことはパネルの全体的な事実の評価の一つの要素を構成しているにすぎない (para.274)。パネルはすべての証言を参照することは求められておらず (para.275)、専門家の証言のうちの一つについて議論していないことが、パネルによる全体的な事実の評価を無効とするものではない (para.276)。

・評価：①Dr. T. Deckers の火傷病に感染したリンゴが輸入される可能性に関する証言について（豪州は、可能性の過大評価はないと博士は証言したというが）、全体的な証言をあわせれば、本パネルは豪州に有利な証言を無視しているとはいえない（para.288）；②暴露評価（感染したリンゴの輸入によって火傷病が豪州のリンゴの木に定着する可能性）に関する Dr. T. Deckers の証言について（豪州は、IRA による暴露評価が正しいと博士は述べているというが）、本パネルは証言を無視しているとは言えない（para.293）；③火傷病による生物学上・経済的影響の可能性に関する Dr. T. Deckers と Dr. J.P. Paulin の証言について（豪州によれば、IRA の影響評価が過大評価であるという Dr. Paulin の証言を本パネルはただ複製しているというが）、本パネルは新規の審査をしたのではなく Dr. Paulin の見解を使って、IRA の結論が一貫して客観的であるかを審査した（para.302）；④「成熟した病徴のない」リンゴだけを輸入する措置に関する Dr. T. Deckers の証言について（豪州によれば、そうした措置は豪州の保護水準を充たさないと述べた博士の証言を本パネルは却下したというが）、本パネルは、Dr. T. Deckers のほかの証言と Dr. J.P. Paulin の証言をもとに異なる結論に達したのであり、証言を無視してはいない（para.307）；⑤一様分布の手法に関する専門家の意見について（豪州は、本パネルは Dr. G. Schrader のいう不確定性が高い場合にはこのやり方が有用であるとした証言の重要性を評価していないというが）、本パネルはこのやり方が「本件においては」現実的ではないとして議論を行っており、証言を無視していない（para.309）；⑥ALCM による生物学上・経済的影響の可能性に関する Dr. J. Cross の証言について（豪州は、博士は豪州の結論は客観的で信用できると述べたというが）、本パネルは博士が指摘する「気候上の要因」を IRA が評価していないという点に基づいて審査しており、証言を無視していない（para.312）。

### 3-4 第5条5項 整合性の要件（上訴なし）

#### NZ の主張

豪州は、比較可能な状況において異なる保護水準を適用している。一つは、①NZ のリンゴの火傷病菌のリスクと日本のナシの火傷病菌のリスク、もう一つは、②NZ のリンゴのがん腫病のリスクと日本のナシの灰星病菌のリスクが比較可能であるが、保護水準に恣意的で不当な区別がある（para.7.909）。

#### 豪州の主張

NZ は第5条5項違反の3要件について立証しなければならない（para.7.911）。

#### パネルの判断

第5条5項の第一要件は、（1）「比較可能な状況における」（2）「異なる保護水準」の存在である（para.7.397）。比較可能な状況とは、それらの状況において、同一・類似の病気の侵入・定着・蔓延のリスクが同じであること、あるいは、潜在的な生物学的・経済的影響のリスクが同じであれば、比較可能である（para.7.941）。

- （1） ①NZ のリンゴの火傷病菌と日本のナシの火傷病菌は、類似の病気のリスクを含んでおり、比較可能な状況である（para.7.954）。②NZ のリンゴのがん腫病と日本のナシの灰星病菌は、類似の病気のリスクを含んでおり、これも比較可能な状況である（para.7.960）。
- （2） 上記の比較可能なすべての状況において、豪州の保護水準が、「ゼロではな

いが、きわめて低いレベルまでリスクを下げるレベルに植物検疫措置を設定する」ものであることは両当事者とも合意している (para.7.963)。保護水準が「異なる」ものでなく同じであるとすると、この要件の分析をする必要があるかどうかの問題となるが、パネルは豪州の主張する保護水準を鵜呑みにすることはできず、被告が事実上、異なる保護水準 (*different de facto* ALOP) を適用している可能性がある。主張されている一般的な保護水準の一方で、比較可能な状況において異なる措置が適用されていれば、それが事実上、異なる保護水準の適用を示唆している可能性がある (paras.7.973-974)。従って、本パネルは、豪州の措置が異なる保護水準を反映しているのかどうか、措置とリスクをみることによって検討を行う。それを第一要件ではなく、第5条5項の第二要件において検討することとする (paras.7.979-980)。

第5条5項の第二要件は、「保護水準の違いが、恣意的で不当な区別をもたらしているか」どうかである。本パネルは、実際にどのような措置が適用されており、それがどのようなリスクを反映しているかを検討することで、これを検証する (para.7.988)。

NZは、②NZのリンゴのがん腫病のリスクと日本のナシの灰星病菌のリスクを比較すると、後者のリスクのほうが大きいと主張するが、豪州はそのリスクは低いと主張している (para.7.933)。本パネルが、2つの状況のリスクを7点において比較したところ (病気の侵入の状況；生物学的・経済的影響；宿主植物の種類や数；輸出地における病気の存在；豪州における病気の存在；貿易量；既存の規制措置)、いくつかの要因については日本ナシに関してリスクが高く、またいくつかの要因についてはNZリンゴについてリスクが高く、全体としては *mixed picture* である (para.7.1079)。従って、2つの状況のリスクを比較する十分な証拠がない (para.7.1043)。

次に①NZのリンゴの火傷病菌のリスクと日本のナシの火傷病菌のリスクについて、NZは、豪州はNZのリンゴについてはリスクの除去を徹底して行っているのに対して、日本のナシについては寛容な措置をとっていると主張する (para.7.1047)。豪州は、日本のナシの侵入・定着・蔓延のリスクは大きくないと主張している (para.7.1048)。本パネルが、2つの状況のリスクを3点において比較したところ (輸出地における病気の存在；豪州における病気の存在；生物学的・経済的影響と宿主植物の数)、日本のナシのリスクのほうが全体として低いと言える (para.7.1084)。NZが主張するような2つのリスクが比較可能な状況は証明されていない (para.7.1085)。

### 3-5 第5条6項 必要性の要件

#### NZの主張

NZは、火傷病、がん腫病、ALCM、全体措置について、それぞれ代替措置があると主張する。

#### 豪州の主張

豪州は、NZの主張する代替措置は豪州の保護水準を充たさないと考える。

#### パネルの判断

第5条6項は、代替措置が (i) 技術的及び経済的実行可能性の点から合理的に利用可能

であること、(ii) 規制国の適切な保護の水準を達成するものであること、(iii) より貿易制限的でないことを充たすことを要件としている。本パネルでは、第 2 要件の検討からはじめ、代替措置が豪州の保護水準を充たすかどうかについて検討する (para.7.1107)。ただし全体措置については、第 3 要件の貿易制限性から検討する (para.7.1108)。

(1) 火傷病について：代替措置・・・「成熟した病徴のない」リンゴだけを輸入する措置  
・豪州の保護水準を充たすかどうか

この要件を検討するにあたって、本パネルは、新規の審査をせずに (para.7.1134)、NZ の主張する代替措置が豪州の保護水準を充たすものであるか、十分な証拠があるかどうかを検討する (para.7.1137)。そのために、第 1 に、NZ リンゴの輸入について、豪州が、リスク評価を過大評価しているかどうかという点を見る (para.7.1143)。第 2 に、より直接的な検証として、代替措置が、豪州の保護水準がめざすようなリスクの低減を達成するかどうかを検討する (para.7.1144)。本パネルでは既に、第 5 条 1 項の検討において、第 1 の点について、豪州がリスクを過大評価していることを確認している (para.7.1153)。第 2 の点について検討するに、まず本パネルでは既に、成熟したリンゴが火傷病菌を内生的にかくまうことはないことを確認したし、また専門家によれば、病菌が成熟したリンゴの表面に表生的に存在したとしてもその病菌が生存することはまれであるという (paras.7.1159-1163)。さらに専門家によれば、表生的に存在した病菌が、採取後の過程で生存し続けることも難しく (para.7.1164)、感染していないリンゴが梱包施設や輸送の過程で感染する可能性も小さい (para.7.1167)。最後に専門家の意見では、成熟したリンゴに表生的に存在した病菌が、輸出先の宿主を感染させる可能性も小さい (paras.7.1173-1174)。本パネルは、豪州の IRA が第 5 条 1 項のもとで適切なリスク評価を行っていないことを再度指摘する (para.7.1194)。以上のとおり、NZ は、代替措置が豪州の保護水準をみたすことを立証している (para.7.1197)。

・この代替措置は、技術的及び経済的実行可能性の点から合理的に利用可能である (para.7.1258)。

・またこの代替措置は、より貿易制限的でない措置である (para.7.1265)。

(2) がん腫病について：代替措置・・・「成熟した病徴のない」リンゴだけを輸入する措置

・豪州の保護水準を充たすかどうか：本パネルでは既に、第 5 条 1 項の検討において、豪州がリスクを過大評価していることを確認している (para.7.1207)。次に、代替措置が豪州へのがん腫病の侵入リスクを十分に低減するものかどうかを検討する (para.7.1208)。本パネルは、「成熟した病徴のない」リンゴだけを輸入する措置が代替措置として豪州の保護水準を充たすものであると結論する (para.7.1252)。

・この代替措置は、技術的及び経済的実行可能性の点から合理的に利用可能である (para.7.1258)。

・またこの代替措置は、より貿易制限的でない措置である (para.7.1265)。

(3) ALCM について：代替措置・・・1 輸入枠について 600 の生果実をサンプルとして検査する措置

・豪州の保護水準を充たすかどうか：豪州の IRA はこの代替措置が保護水準を充たすかどうか既に検討しているが、その IRA のリスク評価には問題がある (paras.7.1299-1300)。

専門家の見解も、1 輸出枠から 3000 のサンプルの検査は不要であり、600 サンプル検査で 95%の信頼を得ることができるとしている (paras.7.1325-1327)。従って、この代替措置は豪州の保護水準を充たす (para.7.1328)。

・この代替措置は、技術的及び経済的実行可能性の点から合理的に利用可能である (para.7.1336)。

・またこの代替措置は、より貿易制限的でない措置である (para.7.1364)。

④ 全体措置について (措置 15 豪州検疫査察庁の植物防疫官の立ち会い；措置 16 標準的な商業慣行の確保；措置 17 梱包施設内の配置説明)：代替措置・・・豪州検疫査察庁による、「成熟した病徴のない」リンゴを確保するためのシステムと、600 個のサンプル検査

・代替措置がより貿易制限的でない措置かどうか：本パネルは、措置 15、16、17 に比べて、NZ の主張する代替措置がより貿易制限的でないとして NZ が立証しているとは考えることはできない (paras.7.1393, 1399-1400)。

### 上訴国（豪州）の主張

2 つの代替措置 (火傷病については、「成熟した病徴のない」リンゴだけを輸入する措置；ALCM については、1 輸入枠について 600 の生果実をサンプルとして検査する措置) が、豪州の「適切な保護水準」を充たすとしたパネルの判断は誤りである。代替措置が「適切な保護水準」を充たすかどうかを判断するにあたって、適切なリスク評価がされたかどうかを、パネルは適切に評価していない。「適切な保護水準」を充たす (would achieve) ことを NZ は立証しなければならないが、保護水準を充たす可能性がある (could or might achieve) というレベルでは十分ではない。パネルは IRA の科学的証拠が不十分であるという第 5 条 1 項を検討結果に基づいて、保護水準を充たせると誤って判断した (para.56)。

### 被上訴国（NZ）の主張

パネルは第 5 条 1 項の結論以外の、NZ の主張や専門家の意見を聞いて、判断を行っており、代替措置が豪州の保護水準を十分に超えるものであると判断した (para.96)。

### 上級委の判断

パネルの分析方法について：パネルは第 5 条 6 項の適用にあたり「2 段階」アプローチをとっている。すなわち、①NZ が、規制国（豪州）がリスクを過大評価し不必要に措置を導入したことを立証した後で、②NZ が、代替措置が保護水準を充たすことを立証しているかどうか、の順で検証するとしている。しかし、この順序には法的根拠はなく、第 5 条 1 項と 6 項は別個のもので、法的に独立した義務である (para.354)。パネルは、代替措置が豪州の保護水準を充たすものであるか検討している際に、第 5 条 1 項の検討における結論を繰り返し参照しており、6 項での検討を、(パネル自身がリスク評価を行ったり、新規の評価をしないために) IRA のリスク評価に基づいて行っている (para.357)。パネルは、第 5 条 1 項の結論に不当に基づいたアプローチをとっており、代替措置が豪州の保護水準を充たすものかどうか結論できていない (para.358)。従って、パネルの判断を破棄する (para.359)。

分析を完結できるかどうか：リスク評価に基づくことを明確にしている第 5 条 1 項とは異なり、6 項にはそのような義務はない。従って申立国は、6 項の請求を行うにあたり、代替措置についてリスク評価を行う義務はない。しかし、代替措置が保護水準を充たすことを立証する際に、科学的な証拠に拠らずに立証が可能とは思えない。申立国は、義務で

はないけれども、代替措置に関連するリスク評価があればそれに自由に基づくことができる (paras.363-365)。

パネルは、豪州の保護水準は「ゼロではないが、きわめて低いレベルまでリスクを下げるレベル」と認定している。次に、NZ が代替措置について一応の立証を行ったかどうか一代替措置が達成する保護水準に関して、上級委員会が判断できる事実が存在するかどうかをみていく (paras.369-370)。

・火傷病の代替措置について：パネルは ①「成熟した病徴のない」リンゴ生果実内には火傷病菌は存在せず、また外側に付着した病菌が生存し続けることはまれである (para.377)、②「成熟した病徴のない」リンゴの外側に付着した火傷病菌は、出荷、貯蔵や輸送の間に生きることではなく、感染経路にはなり得えない (しかし殺菌作業により病菌は減るということは科学的には否定されない) (para.378)、③収穫、貯蔵、輸送の間に、果実が火傷病に感染する可能性はない (para.379)、④仮に外部に付着した火傷病菌が貯蔵や輸送の間に生きていたとしても、豪州のリンゴの木に病気が定着することはない (para.380)、という NZ の主張について様々な証拠をつかって議論をしてはいるが、それらについて確定的で明確な結論を出していない (para.381, “[I]t did not affirmatively say so.”)。代替措置によってリスクが「きわめて低くなる」とパネルが考えていたと思われるいくらかの示唆はあるが、確定的な結論はもたらされていない。従って、NZ の主張する代替措置の保護水準について十分な事実がないので、結論することができない (para.385)。

パネルは、専門家に、代替措置によって豪州の保護水準が達成されるかどうかを質問しているが、これは法的な問題であって、パネルが判断することであり、これを専門家に質問することについては疑問がある (para.384)。

・ALCM の代替措置について：①NZ リンゴの ALCM 感染のレベルは生物学的に重大なレベルではない (para.395)、②果実は収穫・出荷・輸送の過程で ALCM に感染することはない (para.396)、③NZ リンゴの ALCM 感染レベルはとても低いので、それが豪州に定着する可能性はきわめて低い (para.398)、という NZ の主張につき、様々な証拠をつかって議論はしているが、それらについて確定的な結論を出していない。パネルは、代替措置によって ALCM が伝染することは「おそらくほぼ起こらない」と考えていたようではあるが、そのような示唆があるだけで、確定的な結論ではない。従って、上級委員会は分析を完結することはできない (para.402)。

### **3-6 附属書 C (1) (a) 「手続の不当な遅延」**

#### **NZ の主張**

NZ は 4 度目の輸入許可を豪州に 1999 年に申請したが、豪州の許可手続が終了 (IRA を完了) したのは 2006 年であった。つまり問題の 17 の措置は、不当な遅れをもって定められ採用された (developed and adopted) のである (paras.7.1412, 1427)。

#### **豪州の主張**

IRA に時間を要したことは特異なことではなく通常の手続にすぎない (paras.7.1416-1417)。

#### **パネルの判断**

NZ のパネル設置要請には 17 の措置は特定されているが、17 の措置に遅れが出ていることについての言及はない (para.7.1469)。手続の遅延の問題が、附属書 C (1) 違反を構成する可能性はあるが (para.7.1472)、本パネルの裁定は、特定された 17 の措置に関してなされており、手続の問題は別である (para.7.1473)。NZ は、附属書 C (1) の文脈において、パネル設置要請に、措置を適切に特定していない (para.7.1474)。

#### **上訴国 (NZ) の主張**

本パネルは NZ の附属書 C の請求を付託事項外としたが誤りである。本パネルは請求と措置についての区別をあいまい化している (paras.102-104)。

#### **被上訴国 (豪州) の主張**

本パネルは、措置と請求を混同したのではなく、パネル設置要請において当問題について請求がなされていないとしたのである (para.106)。

#### **上級委の判断**

本パネルはまず NZ の請求は 17 の措置に特定されていることを確認したが、NZ の主張は、17 の措置を採る手続が不当に遅延しているというものであり、NZ のパネル設置要請にはその手続については言及されていなかったため、問題となっている措置を NZ は特定しておらず、NZ の請求はパネルの付託事項外であると判断した (para.413)。DSU の第 6 条 2 項によれば、申立国は、「問題となっている特定の措置」と「申立ての法的根拠」を明示しなければならない。つまり、「措置」と「請求」は別個のものである (paras.416-417)。本パネルの問題は、まず「措置」と「請求」を混同したような述べ方をしている点である (NZ が「措置」を特定しているかどうかをみながら、NZ の「請求」はパネルの付託事項外であるといった表現をしている) (para.420)。また本パネルは、NZ が措置を特定しているかどうかだけを注目すればよいのに、その措置が違反を構成するかどうかについて NZ が立証できているかをみている。違反かどうかは実体的な問題であって管轄の問題ではない (paras.423-425)。以上により、本パネルは、NZ の請求を取り扱わなかったという誤りをおかしている。

それでは上級委において審査を完結できるかどうか検討する。附属書 C (1) (a) と第 8 条は、「手続」に関する義務であり、その手続が不当に遅延しているかどうかは、漠然とは検討できず、ケースバイケースに行われなければならない (para.438)。上級委は、16 の措置が全体としてあるいは個別に、附属書 C (1) (a) と第 8 条に違反しているかどうか検討したところ、まず 16 の措置は特定の要件を構成しており、措置を採るためのプロセスを構成しているものではないので、NZ が 16 の措置に言及するだけでは、それがどのように手続の問題を構成しているのか理解できない (para.439)。また NZ は、16 の措置が「管理、検査及び承認の手続」のどのタイプにあたるのか特定しておらず、16 の措置がどのように直接的あるいは間接的に違反を構成しているのか主張していない (para.440)。従って、NZ は 16 の措置が違反を構成していることを立証しているとは言えない。

## 4. 解説

### 4-1 本件の位置づけ：「日本のリンゴ検疫事件」との関係



火傷病とは、*Erwinia amylovora* (エルビニア・アミロボーラ) という細菌 (以下「火傷病菌」という) による植病である。本件と、過去の日本のリンゴ検疫事件との関係は次のとおりである。日本の事件で問題となった措置は、①輸出園地の指定；②園地周囲に 500m の緩衝地帯設置；③年 3 回の園地検査；④リンゴの表面、梱包施設の殺菌処理であった。無病園地の確保と、殺菌処理という点において、豪州の措置と似ていた。日本の事件で、(これら措置に代えて) 履行確認パネルにおいて最後に代替措置 (第 5 条 6 項) として認定されたのは (これは最終的に日本がとった措置でもある)、「成熟した病徴のない」リンゴの輸出を確保するという措置であった。これは本件でも NZ が第 5 条 6 項で代替措置として主張しているものと同じである。

日本の原パネルのときから問題となっていたのが、「成熟した病徴のない」リンゴの内部に火傷病菌が内生的 (endophytic) にかくまわれていたり、あるいは果実の外部に表生的 (epiphytic) に存在する病菌が生存したりすることで、火傷病が伝播するという科学的証拠があるかどうか、であった。原パネルにおいて既に、「成熟した病徴のない」リンゴが火傷病を伝播するリスクは無視できる (negligible) と認定されていた<sup>5</sup> (ただし、火傷病が激発している園地からのリンゴ果実の輸出はしないほうがいいという専門家の見解が認定されていた)<sup>6</sup>。履行確認パネル<sup>7</sup>においては、日本が新たに出したリスク評価は否定され、再度「成熟した病徴のない」リンゴが火傷病菌を伝播するという証拠はないと認定された<sup>8</sup>。さらに、火傷病が発生した園地からであっても、「成熟した病徴のない」リンゴが火傷病を伝播するという科学的証拠もない (つまり園地指定、緩衝地帯設置、園地検査することの科学的基礎がない)、と判断された<sup>9</sup>。くわえて、リンゴの表面に表生的に存在した菌が生存可能かどうかをめぐり、リンゴの表面の塩素殺菌処理についても科学的根拠がないとされた<sup>10</sup>。この判断が出た時点で、(もちろん新しい科学的証拠があれば別であるが、) 本件の豪州の措置の SPS 協定非整合性がかなり高いという背景が存在した<sup>11</sup>。ただし、豪州の主張が若干、日本と異なる点としては、豪州は、果実の表面に表生的に存在する火傷病菌がそのまま生存し、豪州のリンゴの木に感染するという点を強調していた点がある。この点についても、本件では科学的証拠はなしとされた。

#### 4-2 実体法上の論点

##### (1) 第 5 条 1 項の「リスク評価に基づく」義務の内容と審査基準

<sup>5</sup> 日本リンゴ検疫事件パネル para.8.153. しかし専門家は一同に、日本の島国と気候の特徴を考えれば、検疫措置を一度に撤廃することには賛成できないとしていた (para.8.173)。

<sup>6</sup> 日本リンゴ検疫事件パネル paras.8.151, 153. 原パネルはこの点について配慮を示していた (“Indeed, we recall that the experts considered ... that it would be appropriate not to export apples from (severely) blighted orchards and that they would not be comfortable with a complete and immediate removal of the phytosanitary measures imposed by Japan...”) para.8.226)。

<sup>7</sup> *Japan — Measures Affecting the Importation of Apples*, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, Panel Report, WT/DS245/RW, adopted 20 July 2005.

<sup>8</sup> 日本リンゴ検疫事件履行確認パネル para.8.71.

<sup>9</sup> 同上 para.8.89.

<sup>10</sup> 同上 paras.8.95-97.

<sup>11</sup> Gavin Goh, “Tipping the Apple Cart: The Limits of Science and Law in the SPS Agreement after Japan – Apples,” 40 *Journal of World Trade* 655, 682-683 (2006).

第5条1項についてのパネルの「審査基準」については、先の EC のホルモン牛肉 II 事件の上級委が詳しく議論を展開した。パネルの役割は、措置がリスク評価に「基づいている」かどうかを DSU 第11条により「客観的評価」をすることであることは前から指摘されていたことであるが、具体的にパネルは①リスク評価のもととなった「科学的基礎 (scientific basis)」を特定すること (ここで加盟国は少数意見に基づくことが可能) ; ②その科学的基礎が「信頼できる情報源」からきているかを検証すること ; ③科学的基礎から説明される「理由付け (reasoning)」が「客観的で一貫している (objective and coherent)」かどうかを判断すること (従ってリスク評価における結論が措置を十分に支持するものであることの判断)、の3段階である (下記・図を参照)<sup>12</sup>。

上述の第5条1項の審査基準の大枠は、初期に EC ホルモン牛肉事件上級委<sup>13</sup>によってリスク評価に「基づく」措置かどうかを判断する基準として既に示されていたところと変わらない。例えば、「信頼できる情報源 (qualified and respected sources)」であれば主流の見解や多数見解ではなく「少数意見 (divergent minority opinion)」に基づいてもよいとされていたし<sup>14</sup>、リスク評価と措置に「合理的関係 (rational relationship)」があること—すなわち、リスク評価が措置を「合理的に支持 (reasonably support)」し、「十分に保証 (sufficiently warrant)」するものであることが求められていた<sup>15</sup>。

この初期の枠組みと、EC のホルモン牛肉 II 事件の上級委が示した審査基準の違いは、後者のほうが、より審査の順序を手続的に示し、より分かりやすくした点にあると言える<sup>16</sup>。また、EC のホルモン牛肉 II 事件の上級委は、特に②の段階につき、「信頼できる情報源」からきている科学かをパネルが検証する際に、信頼できる情報源とは、科学者コミュニティにおいて多数的見解でなくとも、また科学者コミュニティに幅広く受け入れられていなくとも、「関連する科学者コミュニティの基準から正当な科学であると考えられている (considered to be legitimate science according to the standards of the relevant scientific community)」範囲であればよい<sup>17</sup>、とした。この「正当な科学 (legitimate science)」という表現が何を意味するのか、ということも当時、研究者から疑問がなげかけられていた<sup>18</sup>。筆者の見解としては、おそらく、以前から言われていた、少数意見に基づいた科学的基礎でもよいということの平行な表現で、信頼できる情報源についても「正当でさえあれば、科学者コミュニティで広くシェアされたものでなくともよい」、という考えを示したものではなかったか、と思われる。つまり、3段階の審査基準は、性質的には「①②科学的基礎」と「③理由付け・結論」に分けられ、①②についてパネルは国内

<sup>12</sup> EC ホルモン牛肉 II 事件上級委 paras.591, 598, 601.

<sup>13</sup> *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Panel Report, WT/DS26/R, WT/DS48/R, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998.

<sup>14</sup> 同上 para.194.

<sup>15</sup> 同上 para.193.

<sup>16</sup> この審査基準について、Jacqueline Peel, *Science and Risk Regulation in International Law* (Cambridge University Press, 2010), p.217 はこれまでよりも「手続的」とであると評価し、また Michael M Du, “Standards of Review under the SPS Agreement after *EC- Hormones II*,” 59 *International and Comparative Law Quarterly* 441, 453 (2010) はこれまでと異なり「新しい」と述べている。

<sup>17</sup> EC ホルモン牛肉 II 事件上級委 para.591.

<sup>18</sup> Peel, *supra* note 16, pp.218-219.

規制当局によるリスク評価が正しいかどうかを審査することはできないが、他方③の段階についてはパネルが、リスク評価が一貫した理由付けと科学的証拠で支持されるものかどうか、審査を行うということになる。

本件は、この3段階の審査基準がうまく機能するかの初めてのケースとなったわけであるが、豪州は本パネルがこの審査基準に沿っていないとして上訴した。豪州の目的は、パネルに深く踏み込ませないで緩やかな審査基準をとらせたいという趣旨であったのだろう。そのために、豪州がどのような主張をしたかという点、①②の段階のものであれば、パネルは、「**正当な科学 (legitimate science)**」によって基礎付けられているかをみるだけなので（比較的、表面的な審査）、なるべく多くの政府判断を①②の段階に含めてしまおうという試みであったように見える（例えば上級委 para.217）。しかし本件上級委は、「科学的基礎」と「理由付け・結論」をはっきり区別し、「理由付け・結論」に含まれるものはそれとして扱われ、「客観的で一貫している」かどうかのパネルの審査を受けるとしたのである（上級委 para.226）。

本件で示された審査基準は、先の実験牛肉 II 事件を踏襲したもので変化はない。しかし、豪州の主張の展開をみるとやはり、リスク評価と措置の間に「合理的関係」があるかどうかの、③の審査に対して、規制国（被告）は常に難色をしめすのが分かる。この③の部分で、純粋科学ではない、社会の懸念や価値を反映した多様な政策アプローチがとられるのであって、この部分が厳格に審査されることで規制国の権限が狭くなってしまからである。おそらく EC の実験牛肉 II 事件で示された審査基準自体は今後の事例でも変わらないであろうから、パネルが「理由付け」の部分をごとまで踏み込んで「客観的で一貫している」ことを審査するのか、そのあたりがケースごとに論争になり得るだろう。

(図) EC の実験牛肉 II 事件上級委が示した第 5 条 1 項の審査基準

・科学的基礎についてパネルは国内のリスク評価者の判断に代わって評価してはならない

① リスク評価のもととなった「科学的基礎 (scientific basis)」を特定すること（ここで加盟国は少数意見に基づくことが可能）

② その科学的基礎が「信頼できる情報源」からきているかを検証すること

科学コミュニティにおいて多数的見解でなくとも、また科学コミュニティに幅広く受け入れられていなくとも、「関連する科学コミュニティの基準から**正当な科学 (legitimate science)**であると考えられている」範囲であればよい

←この段階においてパネルは、措置と科学的基礎の「合理的な関係」について審査・評価が可能

③科学的基礎から説明される「理由付け (reasoning)」が「客観的で一貫している (objective and coherent)」かどうかを判断

・(措置の根拠となっている) 最終的な結論 (ultimate conclusions)

(2) 専門家の証言の取り扱い

さらに、上述の「理由付け」の審査に関連して重要なのは、それを審査する際に専門家の証言をどのように用いるかという点である。専門家の証言の取り扱いについては、ECのホルモン牛肉 II 事件の上級委が、上述の審査基準の議論において触れている。すなわち、3段階の審査基準に従う過程において、まず、リスク評価のもととなった「科学的基礎」を適切に特定できているか、次に「信頼できる情報源」に基づいているかの判断において、専門家の助言 (experts' assistance) を得て、さらに「理由付け」が客観的で一貫性があるかどうかの判断において助言を得ること、が指摘されている<sup>19</sup>。仮に専門家が規制当局と異なる科学的知見を持っていたとしても、それはかまわないのであり、問題は規制当局に科学的根拠があるかどうかなのである、とも述べている<sup>20</sup>。それに対して、ECのホルモン牛肉 II 事件のパネルは、専門家が何を「ベスト・サイエンス」と考えるか、あるいは幅広い科学者コミュニティに受け入れられている議論かどうかを検討しており<sup>21</sup>、審査基準を超えた行いをした、と上級委に批判されたのである。

本件で上訴された論点では、豪州によれば、パネルが豪州に有利な証言を軽視・無視したということであった。しかし、その点について本件上級委はまず、「パネルはすべての証言に言及することは求められておらず、専門家の証言のうちの一つについて議論していないことが、パネルによる全体的な事実の評価を無効するものではない」と述べている。この点は、ECのホルモン牛肉事件上級委から指摘されてきたことであった<sup>22</sup>。これまでも、紛争当事国はたびたびパネルが証言に言及していない、適切に取り扱っていないという理由で上訴をしてきたが、それが、証拠を「故意に無視し歪める (deliberate disregard or distortion)」こと<sup>23</sup>につながっているかどうか为上級委に審査されてきた。

本件においては、結果的には、パネルが言及しなかった証言があることが、全体としてみて証拠の無視にはつながってはいないと判断されたが、専門家の証言の、パネルの判断への影響は、毎回、事件ごとに問題となってきた<sup>24</sup>。しばしば指摘されてきたことは、パネルが少数の専門家の証言を頼りに判断を行わなければならない、パネリストの専門家の意見への依存が問題になってきた。本件では専門家の数は全体で7人であったが<sup>25</sup>、各病害については1~2名であった。

問題なのは、異なる科学的見解がいくつか存在する場合であり、ECのホルモン牛肉 II 事件のパネルが誤りをおかしてしまったように、しばしばパネルは少数の専門家に「主流」

---

<sup>19</sup> ECホルモン牛肉 II 事件上級委 para.598.

<sup>20</sup> 同上 paras.601, 592.

<sup>21</sup> 同上 paras.603, 612.

<sup>22</sup> ECホルモン牛肉事件上級委para.138(“The Panel cannot realistically refer to all statements made by the experts advising it and should be allowed a substantial margin of discretion as to which statements are useful to refer to explicitly.”).

<sup>23</sup> 同上 para.139.

<sup>24</sup> Robert Howse, “Democracy, Science, and Free Trade: Risk Regulation on Trial at the World Trade Organization,” 98 *Michigan Law Review* 2329, 2345-2346 (2000); Antonia Eliason, “Science versus Law in WTO Jurisprudence: The (Mis)Interpretation of the Scientific Process and the (In)sufficiency of Scientific Evidence in EC-Biotech,” 41 *NYU International Law and Politics* 341, 383-384 (2009).

<sup>25</sup> なおこれまでの専門家の数は、ECホルモン牛肉事件6人、エビ海亀事件5人、豪州サケ検疫事件4人(再パネル3人)、日本農産物検疫事件3人、アスベスト事件4人、日本リンゴ検疫事件4人であった。Joost Pauwelyn, “The Use of Experts in WTO Dispute Settlement,” 51 *The International and Comparative Law Quarterly* 325, 342 (2002).

の見解はどうであるのか聞いてしまう傾向がある<sup>26</sup>。しかし、上述の審査基準に忠実に従うことが、結局は、パネルの作業を手助けすることになる。仮に専門家の見解が、規制国の科学的見解と異なったとしても、規制国の「理由付け」が客観的で一貫性があるかどうかを判断すればよい。問題は、対立する見解のどちらが正しいか、なのではなく、規制国が科学的に確かな少数意見に基づいているかどうか、なのである<sup>27</sup>。それが、上級委が繰り返し述べてきた、「少数意見」に基づいて措置をとることができるということである（ただし、その少数意見が「信頼ある情報源＝正当な科学」であるかをめぐり、また専門家の意見に依存してしまうという危険もある<sup>28</sup>）。この点、先に述べたように、本件は、日本のリンゴ検疫事件が先にあったことで、難しい科学的論点が少なかったことが幸いしたのではないか。

(3) 第5条6項のパネル認定が上級委により取り消された点について

これまでのSPS紛争でも、たびたび上級委員会が、パネルの認定した第5条6項違反を誤りであるとし、上級委員会も違反を認定しないという事態が起きてきた（例えば、豪州のサケ検疫事件、日本の農産物検疫事件。なお、日本のリンゴ検疫事件においてはパネルが訴訟経済で第5条6項の検討をしなかった）。本件においても同じ事態になり、本件では結果的に、豪州の措置はSPS協定第5条1項違反と認定されたが、第5条6項の代替措置の法的認定ができないという残念な事態になったため、日本のリンゴ検疫事件と同様に再び履行措置について争いが生じ、履行確認パネルまで継続する可能性が残っている<sup>29</sup>（なお、第5条6項の検討を過去に完了したのは、豪州のサケ検疫事件の履行パネルと、日本のリンゴ検疫事件の履行パネルである）。

それでは、本件ではなぜ上級委でパネル認定が誤りだとされたのか。本パネルは、最初はこの検討の趣旨が、代替措置が豪州の保護水準を充たすものであるかどうかを検討することであると理解していたにもかかわらず（パネル para.7.1137）、その後ですぐ、①NZ が、規制国（豪州）がリスクを過大評価し不必要に措置を導入したことを立証しているか、②NZ が、代替措置が保護水準を充たすことを立証しているかどうか、の順で検証するという独自のアプローチを導入してしまう。まず①の段階が必要かどうか疑問であるし、なぜか要件論の展開において、「保護水準」と「リスク評価」の関係について着目してしまっている（パネル paras.7.1138-1142）。その真意は測りかねるが、設定されている保護水準と比べて、リスクを過大評価しすぎているとすれば、現在とられている措置が適切

<sup>26</sup> この点、第5条1項ではなく第5条6項の文脈であるが、本パネルが「代替措置によって豪州の保護水準が達成されるかどうか」と質問したことを上級委は適切ではないと批判しているが、これもそうした傾向を示しているのかもしれない。科学的な質問と法的な質問の区別をするのが困難であることを示している。

<sup>27</sup> Pauwelyn, *supra* note 25, p.362 (“Most substantive legal criteria involving scientific evidence are fulfilled as soon as a solid minority opinion can be pointed at.”).

<sup>28</sup> Peel, *supra* note 16, p.218 (“[Panels] will still be relying heavily on their advising experts to help them identify what evidence should or should not be considered ‘legitimate science’ an evaluation which may well gravitate towards peer-reviewed studies or data that have widespread acceptance in the relevant scientific community.”).

<sup>29</sup> 但し、2011年2月16日の報道で、ジュリア・ギラード豪州首相がWTOの裁定に従うと発言したとされる。

ではなく、リスクに沿った代替措置の導入が可能であるというものであったのかもしれない。保護水準とリスクの関係にこだわった帰結として、本パネル報告では、第5条1項のときの判断が多分に引用され、専門家の意見を何度も記載し過ぎてしまうという事態になった（とにかくその部分のページ数が多い）。

それに対して上級委は、「第5条1項と、第5条6項は別個のもので、法的に独立した義務である」として、本パネルのアプローチを批判した。代替措置が保護水準を充たすかどうかの判断において、第5条1項のリスク評価に関する判断が参考になることは確かであろう（それは本件の上級委も認めるとおりである—paras.364-65）。例えば過去の日本のリンゴ検疫事件の履行パネルにおいても、第5条6項の保護水準の判断で、先に行われた第2条2項の科学的証拠に関する議論が引用されている<sup>30</sup>。しかし本パネルは、6項の要件論で求められるのが、豪州の保護水準と代替措置の関係であり、それをストレートにみればいいところを、豪州の保護水準とリスク評価の関係をみてしまい、要件のあてはめに誤りがあったということが言える。

それでは、上級委は6項の判断を完了できなかったのだろうか。上級委は、「代替措置によってリスクがきわめて低くなるとパネルが考えていたと思われるいくつかの示唆はあるが、確定的な結論はもたらされていない」として、判断を完了できないとした。確かに上級委がいうとおり、本パネルは専門家の見解をそのまま引用している箇所が多く、パネル自身の結論がはっきり書かれていないところがある。それは本パネルが、第5条1項の判断に依存してしまったところに起因するのかもしれないが、しかし、「成熟した病徴のない」リンゴだけを輸入する措置を代替措置として、上級委が認定できなかったのかどうか若干疑問が残る。

#### (4) 上訴されなかった第5条5項について

これまでのSPS紛争においても、第5条5項違反が認定されたのは1件だけ、豪州のサケ検疫事件<sup>31</sup>だけであり、この条項も違反認定を獲得するのが難しいものの一つである。本件においてもパネルで違反は認められず、NZも上訴しなかった。第5条5項の適用については、SPS委員会で作成されたガイドライン<sup>32</sup>もあり、比較的、枠組みがはっきりしている。適用のための3要件は、①「比較可能な状況における」「異なる保護水準」の存在；②保護水準の違いが、恣意的で不当な区別をもたらしていること；③その区別が、差別または国際貿易の恣意的な制限をもたらしていること、の3つである。

この3要件の中で、①の要件の、何を「比較可能な状況」であると特定するかが重要であり<sup>33</sup>、原文では“different situations”（「異なる状況」）となっているが 実際はこ

<sup>30</sup> 日本リンゴ検疫事件履行確認パネル para.8.193.

<sup>31</sup> *Australia — Measures Affecting Importation of Salmon*, Panel Report, WT/DS18/R, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS18/AB/R, adopted 6 November 1998.

<sup>32</sup> WTO, “Guidelines to Further the Practical Implementation of Article 5.5,” G/SPS/15, 18 July 2000.

<sup>33</sup> Jeffery Atik, “The Weakest Link: Demonstrating the Inconsistency of Appropriate Levels of Protection in Australia-Salmon,” 24 *Risk Analysis* 483, 489 (2004) (“In the end, Article 5.5 cases will depend much on the finding of appropriate ‘different situations’ for comparison.”).

これを「比較可能な (comparable)」状況と理解するとされている<sup>34</sup>。何を比較可能とするかは、(ア) 同一・類似の病気の侵入・定着・蔓延のリスクが同じ・類似であるか、あるいは (イ) 潜在的な生物学的・経済的影響のリスクが同じ・類似であれば、比較可能であるとされている<sup>35</sup>。本件は、(ア) のケースとして、(a) NZ のリンゴの火傷病菌と日本のナシの火傷病菌、(b) NZ のリンゴのがん腫病と日本のナシの灰星病菌、という 2 つの状況が検討された。

この 2 つの状況について、興味深い点は、(a) では全く「同じ」病原菌が問題となり、(b) では「類似」の病原菌が問題となっている点である。結論としては、全く同じ病原菌が問題となった (a) の場合であっても (同じ病原菌であることから原告にとっては立証がしやすいかと考えられるが<sup>36</sup>)、検討の結果、リスクに違いがあり、異なる保護水準を設定することが妥当とされ、また (b) の場合も、類似の病原菌であるというだけでリスクに違いがあることが認められる形となっている。つまり「保護水準」の違いに「恣意的で不当な区別」はないと結論された。従来から、「保護水準」の違いに正当な理由があれば比較的「恣意的で不当な区別」ではないと認定されやすいことが指摘されており<sup>37</sup>、本件のようにリスクの違いが存在するのであれば、「恣意的で不当な区別」にはならないであろう。本件から示唆されることは、原告である NZ がそもそも、「比較可能な状況」として選んできたものが適切ではなく、やはり何を「比較可能な状況」と特定するかが本条項の違反認定を大きく左右していると言える。

#### (5) 手続の不当な遅延について

上級委が指摘したように、①17 の措置が特定され、②それら措置の附属書 C (1) (a) 違反の請求があれば、パネルの付託事項となるのであって、本パネルはこの問題を付託事項外とすべきではなかったであろう。しかし実際に上級委が違反かどうかの検討を試したものの、「①17 の措置→②附属書 C (1) (a)」違反を構成することの立証が NZ 側にないとされた。つまるところ、17 の措置が実際に附属書 C 違反を構成したのではなく、17 の措置が採用される過程が附属書 C 違反だったのであろう。本パネルはおそらく、この段階の議論を、付託事項かどうかの検討で混同して行ってしまったのであろう。NZ が、17 の措置そのものではなくて、それが採用される過程を問題にしたければ、(例えば日本の制度における)「輸入解禁要請に関する検証の標準的手続」のようなものを措置として挙げておくべきではなかったか。

#### 4-3 今後の SPS 紛争への含意

本件が残した今後の SPS 紛争の含意について 2 点指摘しておきたい。まず第 1 点として、どのようなリスクを扱っているのか、個別事案によって多少、問題の難しさが異なる傾向

<sup>34</sup> EC ホルモン牛肉事件上級委 para.217.

<sup>35</sup> 豪州サケ検疫事件パネル para.8.117.

<sup>36</sup> 豪州サケ検疫事件では比較可能な状況において同じ病原菌が問題となった。豪州サケ検疫事件パネル para.8.122.

<sup>37</sup> Michael M Du, “Autonomy in Setting Appropriate Level of Protection under the WTO Law: Rhetoric or Reality,” 13 *Journal of International Economic Law* 1077, 1085 (2010).

があるということである。おそらく SPS 紛争も 2 タイプに分けることができ、①リスクがある程度分かっている不確実性の低いケースと、②リスクの不確実性が高いケースと 2 つがあり、紛争対応にあたっては、問題となる紛争がそのどちらにあたるのかをまず考える必要がある<sup>38</sup>。後者の代表的な例が、いうまでもなく、EC のホルモン牛肉事件や遺伝子組換え産品事件であり、前者に含まれるのが衛生植物検疫にからむ事件である。その上、本件の場合、日本のリンゴ検疫事件が先にあったことから、「成熟した病徴のない」リンゴが火傷病を伝播するリスクが小さいことが科学的に確かだとされていた事件であった。どちらのほうが SPS 協定と WTO 紛争解決手続を用いた紛争解決に適しているかという、言うまでもなく、リスクが確かなほうであり、その意味においては、NZ は、豪州が措置を SPS 協定整合的に変更しようとしないのであれば DS に訴えたほうが（訴訟費用等のコストはあるが）早い解決が導けるということになる（但し、第 5 条 6 項の認定が今回ないことによる悪影響は未定である）。逆に豪州については、先の日本の事件が決着する前に NZ と何らかの政治的合意・妥協をして輸入を解禁しておいたほうがよかったということも言えよう<sup>39</sup>。その点、ある意味、敗訴が分かっているながら DS にいってしまったということは、先の DS 判断（日本のリンゴ検疫事件）の潜在案件への影響力が薄いということなのか、あるいは豪州の国内政治が DS 前の妥協を許さない事態であったのか、興味深い問題である。他方、リスクの不確実性が高いホルモン牛肉や遺伝子組換え産品などのケースは、WTO 紛争解決手続を用いたとしても、とりわけ（紛争当事国間において）根本的に科学への理解が異なり、社会におけるリスク感覚が違うのであれば WTO 紛争が建設的な役割を果たすことは結果的に難しい可能性があると言える<sup>40</sup>。

第 2 点目として、第 5 条 1 項の「審査基準」がどれほど規制国に厳しいか（あるいは緩やかなのか）という点の見極めは本件ではできず、将来の案件に持ち越されたということが出来る。繰り返しになるが第 5 条 1 項の「審査基準」は、EC のホルモン牛肉 II 事件において上級委が示し、そのはじめてのテストケースが本件であった。しかし、審査基準の前段の「科学的基礎」の特定において、本件では少数意見にあたるようなものは主張されなかった<sup>41</sup>。豪州が提出してきた研究はすべて、研究環境やサンプルが限定的で科学的基礎がそもそも十分ではないものであったからである。例えば、豪州が、科学的に確かな研究である少数見解を提示して、それが「信頼できる情報源」（＝「正当な科学」）としてパネルに認められるかどうか議論されたりしたならば、この審査基準の有効性をもう少し見極めることができたかもしれない（もっとも、ここでパネリストが専門家の意見にどれ

<sup>38</sup> Peel, *supra* note 16, p.373 (“The risk situation continuum ... provides useful criteria for distinguishing different types of SPS risk concerns.”).

<sup>39</sup> Goh, *supra* note 11, p.684 (“Prior to the Japan-Apples Article 21.5 Panel Report, it was probable that New Zealand would have accepted the substantially less trade restrictive 2004 draft IRA measures.”).

<sup>40</sup> Peel, *supra* note 16, p.374 (“[D]isputes over risks characterized by low certainty and low consensus will generally be unsuited to resolution via international decision-making processes.”); Goh, *supra* note 11, p.680 (“[T]he current rules and dispute settlement system are less effective in resolving disputes involving fundamental disagreement over the existence of an identifiable risk to life or health. Such disputes are often highly politicized and require political rather than legal responses.”).

<sup>41</sup> なお提出されるリスク評価の時点は、遺伝子組換え産品事件パネルにおいて、第 5 条 1 項の場合はパネル設置時点、7 項の場合は措置採用の時点であるとされている。EC 遺伝子組換え産品事件パネル paras. 7.3034, 3253.



ほど依存しないで判断が可能なのか、という難しさも残されているだろう<sup>42</sup>)。また、審査基準の後段の、「客観的で一貫した理由付け」をみるところは、規制国にとっては、どれほどパネルに深く審査されるのか、あるいは理由付けに柔軟性が許容されるのか、常に気になるところであり、リスク評価には考慮するが、さらに政治的・社会的・文化的な要因を考慮できるかどうか議論されてきた。今回は先の日本のリンゴ検疫事件の判断が存在していたことで、この点の議論で後のケースにインパクトを与えるような論点がなかったように思う。火傷病につきこの後段部分に関係があった議論とすれば、日本のリンゴ検疫事件の原パネルにおいて、「成熟した病徴のない」リンゴが病気を伝搬しないことが科学的に確かだとしても、火傷病が激発している園地からのリンゴの輸出を規制することは妥当としていたところから<sup>43</sup>、その点から日本の農家の懸念に配慮した政策的なアプローチを、この「理由付け」のところで含めることが考えられた。ただし、この点は日本のリンゴ検疫事件の履行確認パネルにおいて否定されており、本件で論点になることはなかった。従って、第5条1項の審査基準の実際の運用、すなわち柔軟性を見極めは、次に報告書が発出される SPS ケースに委ねられている。

(以上)

---

<sup>42</sup> Peel, *supra* note 16, p.218.

<sup>43</sup> 前掲註6参照。