



RIETI Policy Discussion Paper Series 17-P-024

【WTOパネル・上級委員会報告書解説⑳】

**米国ーマグロラベリング事件・履行確認手続（DS381/RW）
ーTBT協定2.1条における正当な規制の区別と“calibration”概念ー**

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/>

2017年8月

【WTO・パネル上級委員会報告書解説②】

米国－マグロラベリング事件・履行確認手続（DS381/RW）

－TBT 協定 2.1 条における正当な規制の区別と“calibration”概念－*

内記香子（大阪大学）**

要 旨

本件は、米国－クローブ入りタバコ規制事件と米国－原産地国表示要求（COOL）事件にならんで、TBT 協定（貿易の技術的障害に関する協定：Agreement on Technical Barriers to Trade）の3大紛争（Trilogy of TBT cases）の一つであり、現在も唯一の係争中の案件（2回目の履行確認手続が継続中）である。本件は、1回目の履行確認手続であったが、再パネルの判断が十分ではなかったことから、履行確認の役割を十分に果たせていない。主たる争点は、TBT 協定 2.1 条の解釈適用において、米国のラベリング措置の条件がイルカに対するリスクに合わせて調整されたものであるかどうかという、いわゆる“calibration”概念をめぐるものである。本稿では、本件で明らかになった“calibration”概念の位置づけと内容について分析する。

キーワード： TBT 協定、無差別原則、正当な規制の区別、GATT20 条柱書

JEL classification: K2, F1, Q1

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・投資システムの総合的研究（第 III 期）」プロジェクト（代表：川瀬剛志ファカルティフェロー）下の「WTO 紛争判例研究 研究会」の成果の一環である。2017年3月30日の研究会及び7月24日の検討会における筆者の報告に対して参加者より貴重なコメントを頂戴している。

** 大阪大学大学院国際公共政策研究科・准教授 Email <yinaiki@osipp.osaka-u.ac.jp>

I. はじめに

本件は、米国－クローブ入りタバコ規制事件と米国－原産地国表示要求（COOL）事件にならんで TBT3 紛争（Trilogy of TBT cases）の一つであり、現在も唯一の係争中の案件（2 回目の履行確認手続が継続中）である。本件は、1 回目の履行確認手続であったが、本稿でみるとおり、再パネルの判断が十分ではなかったことから、履行確認の役割を十分に果たせていない。主たる争点は、TBT 協定 2.1 条の解釈適用において、米国のラベリング措置の条件がイルカに対するリスクに合わせて調整されたものであるかどうかという、いわゆる“calibration”概念をめぐるものである。本稿では、本件で明らかになった“calibration”概念の位置づけと内容について分析する。もう 1 点、TBT 協定（貿易の技術的障害に関する協定：Agreement on Technical Barriers to Trade）2.1 条と GATT20 条柱書の関係についても明らかになった。結論的には、2.1 条の 2 段階目の正当な規制の区別の判断は、GATT20 条の柱書の「恣意的・不当な差別」の判断基準とほぼ同じ、ということになった。

II. 事実の概要

2-1 米国のオリジナル措置（the original tuna measure）とオリジナル手続の上級委員会報告書（TBT 協定 2.1 条）のポイント

- ・ 連邦法 Dolphin Protection Consumer Information Act-DPCIA (16 USC 1385)
- ・ 連邦規則 50 CFR 216.91 & 216.92
- ・ 連邦控訴裁判所の判決 Hogarth 事件（2007 年）

→ マグロ漁がされた水域と漁法によって、「イルカ保護（dolphin-safe）」表示ができる条件を定めている。とりわけ、東部熱帯太平洋（ETP (Eastern Tropical Pacific Ocean)）の水域内外にかかわらず、まき網によるイルカの囲い込み漁法（setting on dolphins）をつかったマグロについては「イルカ保護」の表示はできない。

* まき網によるイルカの囲い込み漁法（“setting on” dolphins）＝マグロがイルカの群れの下を泳ぐことから、イルカを「まき網（purse seine net）」をつかって追い込み、その下を泳ぐマグロを漁獲する方法¹。ただし、ETP 外では、ETP 内ほど、マグロとイルカが共に行動する関係はみられない²。

¹ 米国・マグロラベリング事件オリジナル上級委員会報告 para.172, footnote 355 (“The fishing technique of “setting on” dolphins takes advantage of the fact that tuna tend to swim beneath schools of dolphins in the ETP. The fishing method involves chasing and encircling the dolphins with a purse seine net in order to catch the tuna swimming beneath the dolphins.”).

表1 「イルカ保護」ラベルが可能な場合（オリジナル・パネル報告書7～8頁より）

ETP内	<ul style="list-style-type: none"> ・まき網（purse seine net）漁法³：囲い込み漁（“setting on” dolphins）を使っておらず、イルカに害がないことの船長と監督官による、書面の宣言 ・まき網でない（Non purse seine）漁法⁴：日常的にイルカに害があると決定された場合→船長と監督官による、書面の害なしの宣言（現在のところ決定はなし）
ETP外	<ul style="list-style-type: none"> ・まき網漁法： <ul style="list-style-type: none"> →船長による囲い込み漁をしていないことの宣言 →<u>日常的にイルカとマグロが共に行動する関係があると（商務省に）決定された場合</u>→囲い込み漁を使っておらず、イルカに害がないことを船長と監督官による、書面の宣言 ・まき網でない漁法：日常的にイルカに害があると決定された場合→船長と監督官による、書面のイルカに害なしの宣言（商務省の決定はなく、現在は宣言による認証が不要な状態） ・公海流し網漁（high seas driftnet）はラベル不可

【オリジナル手続・上級委員会判断のポイント】

・「検討しなければならない問題は、米国措置が、ETP 内の囲い込み漁によるマグロ製品のラベル要件と、ETP 外のその他の漁法によるマグロ製品のラベル要件について、マグロ漁におけるイルカの殺傷リスクに合わせて調整し違いを設けているかどうかである（“**are calibrated to the likelihood that dolphins would be adversely affected in the course of tuna fishing operations...**”）（para.286）。」

・「米国の現在の措置のETP外の要件は、船長による囲い込み漁法を使っていないことの認証だけであり、その他の漁法（例えば集魚装置[FADs : fish aggregating devices]等をつかった方法）から生じるイルカへの害について規制していない（para.292）。」

・「米国は、ETP外ではイルカ殺傷が生じる可能性が低いため、イルカが殺傷されていない

2 米国・マグロラベリング事件オリジナル上級委員会報告 para.248 (“... the association between schools of tunas and dolphins does not occur outside the ETP as frequently as it does within the ETP.”).

3 囲い込み漁でない、まき網漁とは、例えば *unassociated purse seine sets* (sets on floating objects such as FADs and free swimming schools (自然に形成されたマグロの群))。米国・マグロラベリング事件オリジナル・パネル報告 para.7.534.

4 まき網でない漁法とは、longline, troll, pole and line, *gillnet*, harpoon and handline など。 *Ibid.*

いという認証を監督官から求めること (a certification based on an independent observer) は、コストが大きすぎると主張している。しかし、そのコストが高いということとを理由に、イルカ保護ラベル表示が認められるというは説得的でない (paras.294-295)。監督官による認証が唯一の手段とは限らず、船長による特定の状況における認証という方法もとることができる (para.296)。

・「米国は、ETP内においては完全にイルカへの害に対応する一方で、ETP外においては囲い込み漁以外の漁法がもたらす害（観察される害又は観察されない害）について対応していない（“...the US measure *fully* addresses the adverse effects on dolphins resulting from setting on dolphins in the ETP, whereas it did not address mortality (observed or unobserved) arising from fishing methods other than setting on dolphins outside the ETP”） (para.297)。」

2-2 米国の改正措置 (the amended tuna measure)

- ・ 連邦法 Dolphin Protection Consumer Information Act-DPCIA (16 USC 1385)
- ・ 2013年最終規則 (the 2013 Final Rule) ⁵ (←連邦規則 50 CFR 216.91 & 216.93 の改正)
- ・ 連邦控訴裁判所の判決 Hogarth 事件 (2007年)

【市場の状況】

- ✓ ETPはメキシコ船の伝統的な漁場 ("traditional fishing ground" for Mexico) であり、メキシコ船が専ら囲い込み漁を行っている (almost exclusively therein using the method of setting on dolphins) ⁶。
- ✓ ほとんどのメキシコのマグロ製品 (“most” Mexican tuna products) がイルカ保護ラベルから排除されており、それは、ほぼすべてのメキシコのまき網漁船 (virtually all of Mexico’s purse seine tuna fleet) が ETP 内で囲い込み漁を継続しているからであり、現在、米国市場に輸出されているメキシコからのマグロ製品は米国市場の1%にも満たないとされる⁷。

⁵ “Enhanced Document Requirements to Support Use of the Dolphin Safe Label on Tuna Products”

⁶ 本件上級委員会報告 para.6.5.

⁷ 本件上級委員会報告 para.7.73, footnote399.

表2 米国の改正措置

	認証要件 (certification requirements)	トラッキング・証明要件 (tracking and verification requirements)
<u>ETP内の大型のまき網漁</u> (ETP large purse-seine fishery)	<ul style="list-style-type: none"> ・ 囲い込み漁 (“setting on” dolphins) を使っておらず、イルカが殺傷されていないことの船長と監督官による認証 	<ul style="list-style-type: none"> ・ TTF (Tuna Tracking Forms) を伴うこと＝毎回の漁について監督官が漁に関する情報を管理⁸ (=AIDCP Tracking/Verification System に従っている) ・ 「イルカ保護」ラベル可能なマグロと、そうでないマグロを区別して管理 (segregation requirements)
<u>ETP外のまき網漁法</u> (non-ETP purse-seine fishery)	<ul style="list-style-type: none"> ・ 船長による次の2つの認証 囲い込み漁をしていないことの認証 + 漁においてイルカが殺傷されていないことの認証 (no dolphins were killed or seriously injured) ➤ <u>日常的にイルカがとマグロが共に行動する関係があると決定された場合 (a regular and significant association between dolphins and tuna)</u>⁹→ 囲い込み漁を使っておらず、イルカに害がないことの監督官による認証 (certifications from an observer) 	<ul style="list-style-type: none"> ・ 「イルカ保護」ラベル可能なマグロと、そうでないマグロを区別して管理 (記録文書が缶詰工場まで送られる)¹⁰
<u>そのほかの漁法</u> (all other fisheries) =すべての海域のまき網以外の漁法、ETP内の小型まき網漁	<ul style="list-style-type: none"> ・ 船長による、漁においてイルカが殺傷されていないことの認証 ➤ <u>日常的にイルカが殺傷されていると決定された場合 (a regular and significant mortality or serious injury of dolphins)</u> → イルカに害がないことの監督官による認証 (certifications from an observer) 	同上

⁸ どの網 (set) でとられて、どの船内いけす (well) で管理されたか、というところまで追跡可能だとされる (本件パネル報告 para.7.355)。

⁹ 決定するのは National Marine Fisheries Service (NMFS) Assistant Administrator。なお NMFS は商務省の一部。

¹⁰ どの船 (vessel and trip) で管理されたかまで追跡可能 (本件パネル報告 paras.7.303, 7.307, 7.356)。

2-3 事件の経緯

協議要請 2008年10月24日

パネル設置要請 2009年3月9日

パネル設置 2009年4月20日

パネリスト (2009年12月14日) Mr Mario Matus, Mr Franz Perrez, Mr Sivakant Tiwari
(2010年8月12日) Mr Sivakant Tiwari からMs Elisabeth Chelliahに変更

第三国参加 アルゼンチン、オーストラリア、ブラジル、カナダ、中国、エクアドル、EU、グアテマラ、
日本、韓国、ニュージーランド、台湾、タイ、トルコ、ヴェネズエラ

パネル報告発出 2011年9月15日

上訴 2012年1月20日

第三国参加 オーストラリア、ブラジル、カナダ、EU、日本、ニュージーランド

上級委員会報告発出 2012年5月16日

採択 2012年6月13日

履行のための合理的期間満了(協議) 2013年7月13日(13か月)

再パネル設置要請 2013年11月14日

再パネル設置 2014年1月24日

パネリスト Mr Mario Matus, Ms Elisabeth Chelliah, Mr Franz Perrez

第三国参加 豪州、カナダ、中国、EU、グアテマラ、日本、韓国、NZ、ノルウェー、タイ

パネル報告発出 2015年4月14日

上訴 2015年6月5日

第三国参加 豪州、カナダ、中国、EU、グアテマラ、日本、韓国、NZ、ノルウェー、タイ

上級委員会報告発出 2015年11月20日

採択 2015年12月3日

2回目の再パネル設置要請 2016年5月13日(メキシコ)

2回目の再パネル設置 2016年6月22日

パネリスト Mr Stefan Johannesson(変更), Ms Elisabeth Chelliah, Mr Franz Perrez

第三国参加 豪州、ブラジル、カナダ、中国、エクアドル、EU、グアテマラ、日本、韓国、
NZ、ノルウェー

III. 論点ごとの要旨

3-1 TBT 協定 2.1 条について：「強制規格」要件および「同種の産品」要件について争いはなく¹¹、問題は「不利でない待遇」要件であった。「不利でない待遇」については、①「輸入産品に不利な形で競争条件が変更されているか」と、②「輸入産品への悪影響が正当な規制の区別に基づいているかどうか」の要件があり、とりわけ②が争点となった。

パネル パネルによる検討⇒改正措置を3つに区分 (three regulatory distinctions)¹²

・ イルカ保護ラベル使用可能要件 (eligibility requirement) の違い：

囲い込み漁によるマグロの製品はイルカ保護のラベルの使用は禁止され¹³、そのほかの漁法はイルカにリスクがあるにもかかわらずラベル使用が可能とされていること

・ 認証要件 (certification requirements) の違い：

ETP 内まき網漁については船長と監督官による認証を求めるが、そのほかの漁については船長による認証のみであること

・ トラッキング・証明要件 (tracking and verification requirements) の違い

ETP 内まき網漁でのトラッキング・証明要件は、そのほかの漁法よりも厳しいこと

(1) 「正当な規制の区別」の法的判断基準について

悪影響 (detrimental impacts) が差別ではなくもっぱら正当な規制の区別からくるものかどうかを、パネルはどのように評価すべきか？これまで上級委員会は TBT3 紛争や EC・アザラシ規制事件においてガイダンスをいくつか示してきており、とりわけ、問題の措置が恣意的または不当な差別を構成する態様で適用されているかどうかを考慮しなければならない、としている (para.7.79)。この文言はもちろん GATT20 条柱書に類似しており、ではパネルは GATT20 条柱書の判例によるべきなのか？ (para.7.80)。

米国は TBT 協定 2.1 条と GATT20 条柱書は全く異なると主張するが、上級委員会は、恣意的または不当な差別かどうかは、2.1 条違反の一つの証左である (one indication) と述べているし、この文言は TBT 前文 6 にも使われている (para.7.87)。EC・アザラシ製品規制事件の上級委員会は、同事件のパネルが 2.1 条の法的テストをそのまま GATT20 条柱書に適用して検討したことを誤りであるとしたのであって、柱書の判例を 2.1 条の解釈

¹¹ 本件パネル報告 para.7.71.

¹² 本件パネル報告 paras.7.98, 7.108.

¹³ なお AIDCP (Agreement on International Dolphin Conservation Program) では囲い込み漁自体は禁止されておらず一定の要件に従えば使用が認められている。

に用いてならないとしたわけではない。恣意的または不当な差別の存在は、2.1 条違反を示す一つの方法 (one way) である (paras.7.88-89)。

措置がもたらす悪影響が恣意的な差別にあたるかどうかを考えるにあたり、パネルは、不利な待遇が措置の政策と合理的に関連し、調和しているかどうか (whether the detrimental treatment can be reconciled with, or is rationally related to, the policy pursued by the measure at issue)」を検討する¹⁴。しかし既に述べたように、正当な規制の区別の検討には、恣意的な差別の存在以外のほかの検討も含まれる (para.7.91)。

(2) イルカ保護ラベル使用可能要件 (eligibility requirement) について

メキシコは、米国の改正措置において再び、囲い込み漁でとれたマグロの製品は決してイルカ保護ラベルの使用は認められず、そのほかの漁法はイルカにリスクがあるにもかかわらず使用可能とされていることは問題であり、この規制の区別が 2.1 条違反であると主張する (paras.7.109-7.111)。

しかしオリジナルの手続きにおいて、上級委員会は「囲い込み漁はとりわけイルカに危険であり (the fishing technique of setting on dolphins is particularly harmful to dolphins)」そのほかの漁法は囲い込み漁と同じレベルのリスクをもたらさない、としている (para.7.120)。とりわけ上級委員会は、囲い込み漁によって「観察される害と観察されない害 (observed and unobserved harms)」がイルカに生じるとしているが、囲い込み漁が特に危険である理由としては、殺傷を超えた「観察されない害 (unobservable harms)」がイルカを追い込む (as a result of the chase) ことで生じることにある。この観察されない害は、イルカが殺傷されないように漁をされたとしても生じる可能性があり、このことから、オリジナルの手続きにおいて、囲い込み漁をそのほかの漁法と区別して危険な漁法として扱うことが認められたのである (the United States is entitled to treat setting on dolphins differently from other fishing methods) (para.7.122)。パネルは、米国がイルカ保護ラベルの使用を囲い込み漁によるマグロの製品に許可しないことを認め (the United States is entitled...to disqualify...)、オリジナルの手続きの上級委員会の結論を再確認する (para.7.122)。

したがってパネルの見解としては、囲い込み漁についてラベル使用は認められず、それ以外の漁法についてはラベル使用が可能であることが 2.1 条違反ではないことは、オリジ

¹⁴ これはメキシコの主張に基づいている。本件パネル報告 para.7.81.

ナルの手続きで決着がついている (the original proceedings have settled the question whether the disqualification of tuna caught by setting on dolphins together with the qualification of tuna caught by other fishing methods, is inconsistent with Article 2.1 of the TBT Agreement. The Appellate Body found that it is not.) (para.7.126)。確かに、囲い込み漁でない漁法においても、かなりのイルカの殺傷が起こることは証拠が出されているが (very significant numbers of dolphins are killed in tuna fishing operations outside of the ETP large purse seine fishery) (para.7.129)、囲い込み漁ほど継続的にイルカに悪影響を与える漁法はない (no fishing method other than setting on dolphins has effects on dolphins as consistently harmful as those caused by setting on dolphins) という上級委員会の結論をくつがえすような証拠をメキシコは提示していない (para.7.130)。メキシコが提示した証拠によれば、マグロ漁の多様な方法がイルカに対して悪影響を与えることはわかるが、囲い込み漁ではない漁法が囲い込み漁と同じ「観察されない害」をもたらすことを示していない (para.7.132)。したがってメキシコは、囲い込み漁でない漁法が、囲い込み漁と類似の害をイルカに与えるという証明をしておらず、むしろパネルは、仮に囲い込み漁でない漁法が囲い込み漁と同程度の（「観察される害」である）殺傷の害をもたらすとしても、同じレベルの「観察されない害」をもたらすものではない、とする米国の主張に同意し、このことはオリジナル手続のパネル及び上級委員会判断と一致するものである (para.7.135)。

(3) 認証要件 (certification requirements) の違いが「不利な待遇」をもたらしているか

・「不利でない待遇」要件：①「競争条件の変更の有無」について

メキシコは、監督官による認証が ETP 内の大型まき網漁には求められるが、そのほかの漁法にはそれは要求されていないことで、米国の改正措置は後者にイルカ保護ラベルへのアクセスに軽い要件 (a lighter burden) しか課しておらず、これがメキシコのマグロ製品に悪影響を与えるように競争条件を変更していると主張する (para.7.135)。

パネルの見解としては、ETP 外では監督官の認証を求めないことで、改正措置が ETP 外のマグロ製品に軽い負担を課していることは明らかである。監督官を求めることは財政的な負担が大きく、監督官の認証を実施することのコストは大きい。したがって異なる認証要件は、ETP 外のマグロの製品には軽い負担であり、メキシコのマグロ製品に悪影響を

与えるように競争条件を変更している (paras.7.162, 7.170, 7.179)。

・「不利でない待遇」要件：②「正当な規制の区別の有無」

メキシコは、ETP 外のマグロについて船長による認証は、信頼性と正確性がなく、ETP 外のマグロの製品のイルカ保護ラベルは、消費者に対して信頼性のない不正確な情報を与えていると主張する (para.7.180)。

パネルは、船長はイルカが殺傷されていないことを正確に認証する技術的な専門性 (technical expertise) がないので、船長の認証は信頼性がないとするメキシコの主張を検討する (para.7.212)。メキシコが提示した証拠によれば、網の中でイルカが殺傷されたかどうかを認証することは、高度に複雑な作業である (para.7.218)。また証拠によれば、船長は一般的にイルカの殺傷について認証する技術を有しているわけではない (para.7.224)。証拠によれば、イルカの殺傷を認証するには高度に専門的な技術が必要であり、船長が常に必然的にそうした技術を有していることは示されていない (para.7.226)。メキシコが示した、船長が認証のための技術を必ずしも有しておらず、そのことにより、改正措置の目的に反して、消費者に誤ったラベル情報が示される可能性について、米国は反証していない (para.7.233)。船長の技術的専門性についての米国による説明がないことから、米国の異なる認証要件は、公平でなく、もっぱら正当な規制の区別によるものではない (para.7.246)。

- ✓ パネルはここで、メキシコが明確に主張していない論点である、決定規定 (determination provision) について検討する。メキシコにとっては、この決定規定は、改正措置が公平でないことの追加的な例でしかないが (para.7.256)、この決定規定は、改正措置によって加えられた認証システムの不可欠な部分であり、米国が勧告を実施したかどうかを判断する根拠である (para.7.257)。決定規定は、改正措置において同様の状況が同様に扱われることを確保するものであるが、ETP 外のまき網漁においては、日常的なイルカの殺傷があることの決定はなされないし、まき網でないそのほかの漁法においては、日常的にイルカとマグロが共に行動するという決定はなされない。このことは、ETP 内の大型のまき網漁に比べて、それ以外の漁法は異なっており厳格ではない形で扱われることを意味する。米国は、なぜ措置がこのように作られているのかについて説明をしておらず、この違いは、正当な規制に区別にもっぱら基づくものとは言えない (para.7.263)。

- ✓ **【個別意見】**本パネルがいうように、監督官は特別なトレーニングを受けており、それゆえ船長は監督官と同等の専門性をもつとは考えないが (para.7.271)、しかしこのことは致命的なことではなく、船長が直接的な知識をもたない事項について認証することは、多くの事例において求められており、ただちに信頼のない認証だとは言えない (para.7.272)。ETP 外においてはイルカの殺傷のリスクが小さいのであれば、認証における一定の範囲の誤差は認められる (para.7.276)。リスクが異なるのであれば、イルカの殺傷について認証の方法も異なっていてよい (para.7.279)。

(4) **トラッキング・証明要件 (tracking and verification requirements)** の違いが「不利な待遇」をもたらしているか

・「不利でない待遇」要件：①「競争条件の変更の有無」について

メキシコは、認証要件の違いと同様、トラッキング・証明要件の違いが、メキシコからのマグロ製品の競争条件を不利に変更していると主張する。パネルの見解では、ETP 内の大型まき網漁とそのほかでは、トラッキング・証明要件が、「深さ (depth)」「正確さ (accuracy)」「政府の監視 (government oversight)」の 3 点において異なる (para.7.354)。まず「深さ」については、ETP 内の大型漁船については、マグロがどの船のどの網でとられて、船内のどのいけすでもマグロが管理されていたのかまでトラックバックできる (para.7.355)。次に「正確さ」については、TTF 文書により、ETP 内の大型まき網によって漁をされたマグロについては、漁をされた時点から販売される時点まで、追跡される (para.7.360)。さらに、こうしたプロセスには、記録文書が政府や地域機関に送られ、管理される (para.7.364)。この 3 点において、ETP 外の漁については ETP 内の漁に比べて明らかに負担 (less burdensome) が小さく、ETP 外のまき網については不正確なラベル (inaccurate labelling) が添付されることにつながり、メキシコからのマグロ製品の競争条件を変更している (paras.7.370, 7.382)。

・「不利でない待遇」要件：②「正当な規制の区別の有無」

上記においてパネルは、異なったトラッキング・証明要件はメキシコからのマグロ製品に悪影響を与えており、ETP 内の大型まき網でない漁でとられたマグロが誤ってイルカ保護のラベルを貼付される (incorrectly labelled) 可能性があり、そのようなラベルがメキ

シコからではないマグロ製品に競争上の優位を与えていると判断した (para.7.391)。メキシコは、このように ETP 外の漁に軽い負担の要件を課すことと、改正措置の目的の間には、合理的な関連性はないと主張しており、パネルもそれを受け入れる (para.7.392)。パネルとしては、ETP 内の囲い込み漁がイルカに与える高いリスクは、漁の後の (*subsequent to the time of catch*) 魚の移動に関するトラッキング・証明要件を漁法・漁場によって異なるものとする説明にはならない。イルカへのリスクは、漁の過程のことや漁のすぐ後でなされる、ラベル使用可能要件や認証要件には関係するが、トラッキング・証明要件は、マグロが漁をされた後 *after it has already been caught*) のことであり、イルカのリスクには関わりはない (para.7.398)。米国の反論は適切ではなく、異なったトラッキング・証明要件は、正当な規制の区別に基づくものではない (para.7.400)。

上級委員会

(1) 改正措置の「輸入産品への悪影響 (detrimental impact)」に関するパネル判断について (措置を3つに分離した件)

輸入産品への悪影響を検討する場合、措置のデザインと構造 (design and structure of the measure)、そして当該措置が運用される方法 (the way in which the measure operates) について考慮しなければならない (para.7.59)。本件では同種のマグロ製品に対して異なったラベル要件があるが、そうした要素の関連性を考慮して、全体としてどのように運用されているのかを検討しなければ、どのように競争条件を変更しているのか評価することはできない (para.7.61)。他方パネルは、措置をラベル使用可能要件、認証要件、トラッキング・証明要件の3つに分離した分析 (segmented analysis) を行い、その分析の後にそれらを統合したり全体としての評価を行ったりすることはなかった (para.7.62)。こうした、要件を分割した分析では米国の改正措置のもたらす悪影響を評価することはできず、異なった要件がどのように全体として運用されているか (an examination of the manner in which the different labelling conditions under the measure operate together) をみるべきであった (para.7.63)。

またパネルは、2.1 条の適用にあたって同種の産品を、イルカ保護ラベルを使用可能な、囲い込み漁でないメキシコのマグロ製品 (Mexican tuna products derived from tuna caught other than by setting on dolphins) と、同種の米国 (またはそのほか原産) のマ

マグロ製品としているが¹⁵、これは誤りである。オリジナルの手続きでは、(囲い込み漁をしているかどうかにかかわらず) メキシコのマグロ製品 (“Mexican tuna products”) と、それと同種の米国 (またはそのほか原産) のマグロ製品が比較されたのに、パネルはその範囲を狭めてしまい、同種の産品の一部 (subset) しか扱っていない (para.7.70)。事実関係として、ほとんどのメキシコのマグロ製品 (“most” Mexican tuna products) がイルカ保護ラベルから排除されており、それは、ほぼすべてのメキシコのまき網漁船 (virtually all of Mexico’s purse seine tuna fleet) が ETP 内で囲い込み漁を継続している、ということのパネルは述べており、つまり、イルカ保護ラベルを使用可能な囲い込み漁をしていないメキシコのマグロ製品は存在しないのであり、このような待遇自体がメキシコのマグロ製品に悪影響を与えているとすることができるはずである (para.7.73)。

以上により、パネルは、誤った分析アプローチを、メキシコのマグロ製品への悪影響を分析するにあたって用いており、パネルの分析は誤りである (paras.7.75-76)。

(2) 「正当な規制の区別」の法的判断基準について

米国は、パネルが輸入産品への悪影響 (detrimental impact) と措置の目的 (the objectives) を関連づけ、その悪影響が措置の目的から説明がつくかどうか、とした点は誤りであり、公平性の基準の適用においてイルカのリスクにあわせて調整した (“calibrated” “calibration”) 規制の区別かどうかの検討を用いなかった点は誤りであると主張する (para.7.78)。

たしかにパネルは、不利でない待遇の 2 段階目の検討 (= 正当な規制の区別) 基準を考えるにあたって GATT20 条の判例によることができるかどうか、ということを考えている (para.7.78)。TBT 協定の前文 6 が、2.1 条の理解に関連した文脈を構成して、その前文の文言が GATT20 条の柱書に類似していることを考慮すると、GATT20 条の柱書の判例が、不利でない待遇の 2 段階目の内容を理解する上で関連がないとは言えない (para.7.88)。EC・アザラシ製品規制事件において上級委員会は、2.1 条と GATT20 条の柱書は重要なパラレルな関係にあると述べた。しかし、同事件で上級委員会は、両者には重要な違いもあると述べ、2.1 条は積極的義務であるが、GATT20 条は例外条項であるということも指摘した (para.7.89)。パネルはこうした類似性と違いを認識しており、恣意的で不当な差別

¹⁵ 本件パネル報告 para.7.143.

の存在は、2.1 条違反を示す一つの方法 (one way) だとしている (para.7.90)¹⁶。パネルが GATT20 条からガイダンスを引き出そうとしたことは誤りではない (para.7.91)。

その具体的なガイダンスとしてパネルが GATT20 条の判例で注目したのは、EC・アザラシ製品規制事件の上級委員会の判断であり、恣意的・不当な差別の評価における最も重要な要因のひとつとして (one of the important factors)、「差別が政策的目的と合理的に関連し、調和しているかどうか (the question of whether the discrimination can be reconciled with, or is rationally related to, the policy objective...)」がある、とした点である¹⁷。したがって、差別が 20 条の柱書に従ったものであるかどうかを検討する際に、差別の根拠が措置を正当化する目的と関連して目的に反するものではないことをみることは問題ではない (para.7.92)。しかし EC・アザラシ製品規制事件の上級委員会は、措置の性質や事件の状況により、そのほかの要因も全体的な評価に関係する (depending on the nature of the measure at issue and the circumstances of the case at hand, there could be additional factors could also be relevant...) としており¹⁸、この点をパネルも理解してこのテストが唯一の排他的なテストではないと述べている (para.7.93)。

この点に関連して、輸入製品に対する悪影響が公平で正当な規制の区別にもつらに基づくものかどうかを判断する一つの方法 (one of the ways) として、その規制の区別が恣意的で不当な差別を構成する態様でデザインされ適用されているかどうかを検討すること (by examining whether the regulatory distinction is designed or applied in a manner that constitutes arbitrary and unjustifiable discrimination) であることを上級委員会は指摘している¹⁹。したがって、恣意的で不当な差別を含むような措置は、公平にデザインされ適用されているとは言えない。同時に、恣意的で不当な差別を構成するような形で措置がデザインされ適用されているかどうかの検討は、公平さを欠くかどうかを評価する唯一の方法ではない (not the only way to assess...) このことはパネルも明確に認識している (para.7.94)。したがって、パネルが悪影響と措置の政策目的を関連づけたことは、そのほかの要素を検討に含むという中においては、誤りではない (para.7.95)。

この点に関連してオリジナルの手続で上級委員会が、イルカのリスクにあわせて調整されたかどうか (“calibration”) の概念を用いたが、本件上級委員会も、公平性とリスクに

¹⁶ 本件パネル報告 para.7.89.

¹⁷ EC・アザラシ製品規制事件上級委員会報告 para.5.306.

¹⁸ EC・アザラシ製品規制事件上級委員会報告 para.5.321.

¹⁹ 米国・COOL 事件上級委員会報告 para.271.

あわせて調整することは異なる法的テストではないことを強調する (We emphasize that the Appellate Body’s use of the terms “even-handed” and “calibrated” did not constitute different legal tests)。これは、米国が、異なる海域の漁法から生じるリスクにそって調整されているから、措置は公平であると主張しており、それにそって上級委員会は検討を行ったものである (para.7.98)。しかし驚くことに、パネルはほとんどオリジナルの上級委員会の判断を参照しておらず、漁場や漁法によって異なるリスクにあわせてラベル条件を調整する (“calibration”) という概念について議論していない (para.7.101)。

(3) パネルの「正当な規制の区別」の判断について

➤ ラベル使用可能要件について (囲い込み漁は禁止、そのほかの漁法は可能)

オリジナル手続きの上級委員会報告には、米国が囲い込み漁によるマグロにイルカ保護ラベルを許可しないことを認めた (the United States is “entitled” to disqualify...) という表現はなく、また、囲い込み漁とそのほかの漁を区別してラベル使用可能要件を定めた規制が公平で 2.1 条違反ではない、とは述べていない (para.7.124)。

公平性の概念は、関係性のある概念 (relational concept) で比較的分析 (comparative analysis) が欠かせない (para.125)。オリジナルの手続きにおいて上級委員会は、囲い込み漁の禁止の違法性は、あくまでも、イルカに害を及ぼすそのほか漁法にどのような要件が適用されるのか、という文脈において評価されるものである。囲い込み漁についてはラベルが許可されないという規制の区別が公平かどうかは、囲い込み漁自体のリスクだけでなく、そのほかの漁法がもつリスクがどのように扱われて、それぞれのリスクに応じたラベル使用要件が課されているかどうかによって判断される (para.7.126)。パネルは、(囲い込み漁についてはラベル使用を認めない、ということが 2.1 条違反かどうかは問題ではなく) オリジナルの措置が全体として、様々な規制要件と共に、2.1 条違反であり、ラベル要件の違いが 2.1 条違反の根拠となったことを理解していたはずである (para.7.128)。ラベル使用可能要件については上級委員会紛争を解決したというパネルの判断は誤りである (para.7.131)。

➤ 認証要件、トラッキング・証明要件について

米国は、パネルの判断は異なった認証、トラッキング・証明要件が異なる漁場における異なった漁法のリスクにそって調整されたものであるかどうかを検討していない、と主張

する。上級委員会としては、前述のとおり、認証要件とトラッキング・証明要件は共に運用されているのに、それを分割して分析している（segmented analytical approach）点は問題と考える。イルカ保護ラベルの使用可能性の要件が、共に分析されることで、措置における規制の区別と、措置の目的の関連性が理解されるのである。要件を分離してしまったことで、措置の構造や追求する目的の全体的な分析ができなくなっている（para.7.159）。それでも、パネルが、明示的でなくとも異なった漁場における異なった漁法のリスクを考慮した、公平性の分析を行ったかどうかをみていくこととする（para.7.160）。

ラベルの使用可能要件についてパネルは、そのほかの漁法に比べて囲い込み漁がイルカに与えるリスクの違いについて認識していた。しかし、パネルは「観察されない害」にだけ注目して、「観察される害」と「観察される害」の両方について検討していなかったため、異なる漁法の全体的なリスクの違いについて結論を出していない。したがって、ラベル使用可能要件について、パネルは異なる漁場における異なる漁法のリスクを考慮して公平性の判断を行ったとは言えない（para.7.161）。

異なる認証要件についてパネルは、船長が認証を行う技術をもっておらず、それゆえ、消費者に誤ったラベルにより情報を与える可能性があるとした。パネルは船長に認証のための技術があるかどうか注目し、それについて米国の説明がないことを理由に、措置の公平性はないとした。異なる漁法のもつリスクの違いがパネルの分析にいくらかは使われているようであるが、明確には扱われていない（paras.7.163-166）。

トラッキング・証明要件の公平性についてパネルは、異なる要件は ETP 内の漁が伴う高いリスクを考慮すれば許容されるという米国の主張をしりぞけ、イルカへのリスクは、漁が終わった後の要件であるトラッキングや証明の要件が異なることの理由にならないとした。異なる漁法によるイルカのリスクは、認証要件の違いを説明することはできるとパネルはいうが、漁の後の要件の説明にはならないというのには、上級委員会は賛成しない。前述のとおり、イルカ保護ラベルの使用可能条件として、認証とトラッキング・証明要件は互いに関係している（para.7.166）。

以上により、パネルが、認証要件、トラッキング・証明要件について公平ではないとした部分において、不利な待遇の第 2 段階のテストの適用に誤りがある（para.7.169）。

➤ 決定規定をめぐるパネル判断について

米国は、パネルがメキシコが主張をしていないのにもかかわらずパネル自身のイニシア

タイプで決定規定に関する判断したことは適切ではないと主張する (para.7.174)。上級委員会としては、パネルが述べたとおり、決定規定は認証システムの不可欠な部分であり、それゆえ、米国が実施をおこなったかどうかを判断するのに関連する。決定規定は、本件の付託事項である (para.7.181)。

また米国は、当該決定規定は現在適用されたケースはなく、その規定の策定内容に基づいてのみ判断をくださことは誤りでありというが、上級委員会としては、適用されたケースがないことは、当該規定が存在しない、ということの意味するものではないし、将来、適用されるケースがない、ということの意味するものではなく、規定の適用の現状ではなく策定内容に注目したパネルの判断は誤りではない (para.7.185)。

(4) 上級委員会による法的分析の完結

➤ 「不利でない待遇」要件：①「競争条件の変更の有無」について

米国の改正措置がオリジナルの措置のもつ不利な効果と同じように不利な効果をもっていることについて、米国もメキシコも争っていない。ETP内のメキシコのまき網漁船はほぼすべてが囲い込み漁を継続しており、改正措置のもとでイルカ保護ラベルが認められる製品をひとつも米国に輸出できていない (para.7.235)。他方で、それと同種の米国の製品にはイルカ保護ラベルの使用が可能となっており、本件の改正措置は、メキシコのマグロ製品に対して不利な形で競争条件を変更していると判断する (para.7.238)。

➤ 「不利でない待遇」要件：②「正当な規制の区別の有無」について

メキシコのマグロ製品に対する悪影響が正当な規制の区別に基づくものかどうかを検討するが、この検討は、本件の改正措置がその構造や運用の点から公平であるかどうか、という点の検討が求められ、公平さが無いということは、例えば、措置が恣意的で不当な差別を構成する形でデザインされたり適用されたりしているからである、と説明できる。また、本件の文脈では、ETP内の大型のまき網漁とそれ以外の漁におけるラベル条件が、イルカの殺傷リスクによって調整しているかどうか (differences in the labelling conditions for tuna products ...are calibrated to the likelihood that dolphins will be adversely affected...in the respective fisheries)、という検討である (para.7.239)。

メキシコは、ETP内の囲い込み漁とそれ以外の漁法を比べた場合、イルカに対して後者は前者と同じあるいはそれよりも大きい (equal to or greater) リスクを与えていると主

張するが (para.7.243)、米国はそれを否定し、ETP 内の囲い込み漁はそれ以外の漁法に比べてイルカへのリスクが大きいので、異なるラベル要件を規定しても問題ないとする (para.7.244)。

イルカへの害は、「観察される害と観察されない害 (observed and unobserved harms)」があるが、パネルは特に、イルカの追い込みによる殺傷ではない「観察されない害」²⁰が、異なる漁法にどのように伴うのかという点に注目している。もっともパネルは、囲い込み漁でない漁法でもイルカの殺傷があることは認識していた (para.7.245) ²¹。しかしパネルは、FADs、はえ縄漁 (longline fishing)、引き網漁 (gillnet fishing)、トロール漁業 (trawl fishing)、流し網漁 (driftnet fishing) について、メキシコが提出した証拠をみても、これらの漁法が囲い込み漁と同じ「観察されない害」をもたらすものとは思われない、と述べている (para.7.246) ²²。

パネルの結論はもっぱら「観察されない害」に基づくもので、囲い込み漁でない漁法による「観察される害」については、そうした害が生じるとパネルは述べるにとどまり、囲い込み漁によって生じる観察される害と比べて、その性質や規模がどのように異なるかという点については示していない (para.7.247)。

「観察される害と観察されない害」の両者について検討することは、次の 2 点において重要である。まず、両国が「観察される害と観察されない害」の程度について、ETP 内の囲い込み漁とそのほかの漁法において争っているからである (para.7.248)。第二に、改正措置は、とりわけ船長がイルカの殺傷がないことの認証をすることを要件にしており、これは「観察される殺傷」リスクについて取り扱うための措置であることを考えると、パネルが「観察される害」を囲い込み漁とそのほかの漁法において比較しなかったのは問題である (para.7.249)。

上級委員会としても、それぞれの害のリスクについて評価することが簡単ではないことは理解するが、リスクを評価して、改正措置がそのリスクにそって、あるいはリスクに一致する形で (properly tailored to, or commensurate with, the differences in such risks) ラベルの条件付けをしているのかどうかを、パネルは評価できているとは言えない (paras.7.252-253)。

²⁰ 観察されない害とは、母子分離、筋骨損傷、免疫生殖能力への悪影響等がある。本件パネル報告 para.7.135 ; 上級委員会報告 para.7.244.

²¹ 本件パネル報告 para.7.122.

²² 本件パネル報告 para.7.132.

しかし改正措置には、異なる漁法に伴うリスクの評価に関わらない特徴もあり、それは「決定規定 (determination provisions)」の部分である (para.7.254)。それによれば、ETP 外のまき網漁については「日常的にイルカがとマグロが共に行動する関係があると決定された場合」、船長と監督官の認証が必要となり、そのほかの漁法においては「日常的にイルカが殺傷されていると決定された場合」、船長と監督官の認証が必要となる (paras.7.256-257)。

しかしこの決定規定は、ETP 内のまき網ではない漁業において、イルカへのリスクが高まった場合のシナリオについて規定してない。つまり、決定の条件が、ETP 外のまき網漁とそのほかの漁法においては異なっており、前者では「日常的にイルカがとマグロが共に行動する関係があると決定された場合」であって、後者の「日常的にイルカが殺傷されていると決定された場合」とは異なる。

ETP 外のまき網漁について「日常的にイルカが殺傷されていると決定された場合」という要件でない理由について、パネルの質問に米国は答えなかったが、上訴において米国は、イルカとマグロが共に行動する場合と、観察されるイルカの殺傷との間の直接的な関連性から、記録によれば、イルカとマグロが共に行動することがなければ、イルカの殺傷はないと述べている (para.7.259)。上級委員会はこの主張には納得しない。まき網漁船が、囲い込み漁でなく FADs 漁法を使っていればイルカにリスクはあるし、また本件改正措置の「そのほかの漁法」においては、日常的にイルカが殺傷されるという決定が要件としてつけられていることを考えれば、ETP 外のまき網漁にそれが決定要件にならないのは説明がつかない (para.7.260)。

さらにこの決定規定が、ETP 内のまき網漁と同じくらいのリスクが存在する場合を想定しているとしたら、それは、トラッキング・証明の段階の規制についても同じように扱われなければならない (para.7.265)。

3-3 GATT1 条 1 項、3 条 4 項及び 20 条柱書の適用について

パネル・・・省略

上級委員会

(1) GATT1 条 1 項及び 3 条 4 項違反について

米国は、パネルが米国の改正措置を、GATT1 条 1 項、3 条 4 項違反としたことの取り消

しを求めている (para.7.268)。オリジナルの手続きにおいて、パネルは、TBT 協定と GATT 上の主張は実質的に同じと想定して、誤った訴訟経済に GATT1 条及び 3 条の主張を検討しなかった。これを上級委員会は批判したが、その理由として、TBT 協定 2.1 条に比べて GATT1 条及び 3 条は、競争条件に与える悪影響が正当な規制の区別にもつばら基づくものかどうかを検討することが求められないからである、と説明した (para.7.277)。こうした違いはあるものの、TBT 協定 2.1 条と GATT1 条・3 条の無差別原則には、重要なパラレルな関係がある。特に、これらの条文は、国内産品と同種の輸入産品の競争条件を変更しているかどうかを問うものである。したがって、GATT1 条・3 条を検討するにあたって、TBT 協定 2.1 条の措置の悪影響の検討における関連する判断に基づくことは合理的である (para.7.278)。

しかし、前述のとおり、パネルによる TBT 協定 2.1 条に対するアプローチについて、上級委員会は数々の懸念を表明した (para.7.279)。第一に再パネルは、改正措置を 3 つに分離したことで、様々なラベル要件が、共に、メキシコのマグロ製品の競争条件に悪影響を与えているのか、全体として評価できていない (para.7.280)。第二にパネルは、認証要件とトラッキング・証明要件の悪影響を検討するにあたって、囲い込み漁をしていないメキシコ産のマグロ製品と、米国産のマグロ製品を同種の産品として比較したが、これは同種の産品の一部の比較であって、グループどうしの比較ではなかった (para.7.281)。以上により、パネルは誤ったアプローチをとっており、改正措置が GATT1 条 1 項及び 3 条 4 項違反としたパネルの判断を取り消す (para.7.282)。

(2) GATT20 条柱書について

米国とメキシコはそれぞれ、パネルによる GATT20 条柱書の適用に誤りがあったと主張する (GATT20 条 g についての上訴はない) (para.7.284)。具体的には、「同様の条件の下にある諸国の間」における差別について再パネルが、ラベル使用要件については諸国の条件は同じではない、とした一方で、認証要件とトラッキング・証明要件については諸国の条件は同じ、とした点について上訴された (para.7.295)。また「恣意的もしくは不当な差別」についてパネルが、ラベル使用要件については措置の目的と直接に関係するので柱書の要件を充たすが、認証要件とトラッキング・証明要件は措置の目的と直接は関係ないので柱書の要件を充たさない、とした点が上訴された (para.7.296)。

上級委員会としては、パネルが関連の「条件」をラベル使用要件とトラッキング・証明

要件について異なるものとした点について問題があるとする。20条の柱書は、措置そのものを問題としているのに、パネルは措置の異なる側面には異なる条件が関連すると捉えており、その点が理解できない。おそらくパネルが、改正措置を3つに分離して検討したことと関連すると思われるが、上級委員会としては3つの要件すべてがラベルの使用に関係しており、ラベル使用要件とトラッキング・証明要件の「条件」が異なるとは考えない (para.7.305)。EC・アザラシ製品規制事件において上級委員会は、柱書の「条件」とは、措置が暫定的に正当化される20条の号と、違反となったGATTの義務が関連すると述べている (para.7.306)。本件では20条gとGATT1条と3条が関連するが、その要件をみると、異なる海域における異なる漁法によるイルカに与える害へのリスクを扱っており、諸国における同様の条件とは、多様な漁によるイルカに与える害へのリスク (risks or adverse effects on dolphins arising from tuna fishing practices)、ということが出来る (paras.7.307-308)

次に「恣意的もしくは不当な差別」についてであるが、パネルが措置の目的と直接に関係するかどうか (directly related to the objectives of the measure) という法的基準を用いたことについて、上訴がされている。上級委員会は、これまで恣意的・不当な差別について、「差別の原因、あるいはその存在を説明する理由 (cause of the discrimination, or the rational put forward to explain its existence)」について注目すべきであるとし、さらに「措置の目的の観点から (in the light of the objective of the measure)」分析がされるべきであるとし、差別が目的と合理的な関係がなかったり、目的に反したりする場合は恣意的・不当な差別があるとされてきた。したがって、恣意的・不当な差別の評価における最も重要な要因のひとつとして、「差別が政策的目的と合理的に関連し、調和しているかどうか (the question of whether the discrimination can be reconciled with, or is rationally related to, the policy objective...)」がある²³。しかし、これは唯一の法的テストではなく (not the sole test)、措置の性質や事件の状況により、そのほかの要因も全体的な評価に関係する (depending on the nature of the measure at issue and the circumstances of the case at hand, there could be additional factors that may also be relevant to the overall assessment) (para.7.316)。上級委員会は、本件においてパネルが法的テストを過度に狭くしているとは思わない。再パネル自身、目的との合理的な関係は最も重要な要因のひとつ、と述べている (para.7.317)。

²³ EC・アザラシ製品規制事件上級委員会報告 para.5.306.

また米国は、「恣意的もしくは不当な差別」の分析において、パネルが TBT 協定 2.1 条の分析に完全にに基づいている点が誤りだと主張する。パネルは、EC・アザラシ製品規制事件の上級委員会が、TBT 協定 2.1 条の分析を自動的に GATT20 条柱書の分析にインポートすることは誤りであるとしたが、このことは、2.1 条における判断に全く基づいてはならない、という意味ではないことを理解している (para.7.319)。上級委員会は、2.1 条の文脈で、差別が政策目的と関連しているかどうかによって恣意的・不当な差別があるかどうかを評価することは適切であるとした²⁴。したがって上級委員会としては、20 条柱書の適用において、同じ法的基準を参照することは誤りではなく、これは、2.1 条の判断をそのままインポートするものではない (para. 7.320)。

それでは具体的に、パネルによる法的基準の適用に誤りがないかみていく (para.7.323)。ラベル使用要件については、パネルの TBT2.1 条の分析において誤りがあった。オリジナルの手續において上級委員会が囲い込み漁によるマグロ製品についてはラベル使用ができなくてもよいと認めた、とパネルは誤って理解しており、この分析を 20 条の柱書においても用いており、誤りである (para、7.326)。

前述のとおり、恣意的・不当な差別の検討においては政策目的との関連性が検討されるが、この関係性だけが問題とされるのではなく、追加の要因も、措置の性質や事件の状況においては全体の評価に関わる (para.7.329)。本件の状況においては、恣意的・正当ではない差別の分析においては、改正措置が漁法によってイルカがうける悪影響の可能性にそって調整し違いを設けているかどうかの評価が関連する米国は、改正措置におけるいずれの待遇の違いも、異なる魚場から生じるリスクの違いを反映し調整したものであるから、イルカ保護の目的から正当化される、と主張している。パネルは、措置のデザインと適用が恣意的で不当な差別を構成していないかについて、証拠を検討しなければならない (para.7.330)。

トラッキング・証明要件については、2.1 条のパネルの分析を批判したとおり、異なる魚場におけるリスクについて検討していない点が問題であり、それを 20 条の柱書の適用にも用いており、誤りである (para.7.332)。

以上により、ラベル使用要件については 20 条柱書の要件に合致するが、認証要件とトラッキング・証明要件は 20 条柱書の要件に合致しないとしたパネルの判断を取り消す (para.7.335)。

²⁴ 本件上級委員会報告 paras.7.92-95.

(3) 上級委員会による法的分析の完結

パネルの GATT に関する判断を取り消したので、改正措置が GATT の義務に合致しているかどうかについて、上級委員会が法的分析を完結できるか検討するが、十分な事実認定がパネルによってなされている場合にのみ法的分析は完結できる (para.7.336)。

GATT1 条 1 項と 3 条 4 項には文言上の違いがあるが、両条文は平等の競争条件の保護に関連しており、改正措置がメキシコのマグロ製品の競争条件に悪影響を与えるかどうか問われる (para.7.338)。TBT 協定 2.1 条における競争条件の分析では、メキシコ産のマグロ製品はイルカ保護ラベルの使用は認められず、米国産や諸外国のマグロ製品はイルカ保護ラベルの使用が認められる状況であり、このことは GATT の差別の分析にもあてはまる。改正措置は GATT1 条 1 項と 3 条 4 項違反である (paras.7.339-340)。

GATT20 条 g に関しては当事国間の争いはないので、柱書の要件にはいるが、改正措置が、恣意的・不当な差別であるかどうか注目する。措置の適用が、同様な条件の下にある諸外国の間において差別をする場合、そのような差別は恣意的・不当な差別となる。柱書の差別の目的は、異なる海域における異なる漁法による区別である。また、漁法によって生じるイルカへのリスクが、諸国間の同様の条件となる (para.7.342)。差別が恣意的・不当なものかどうかを検討するが、前述のとおり、差別が政策目的と調和するものか、合理的な関連があるかどうか、恣意的・不当な差別の最も重要な要因の一つである。しかし、措置の性質と事件の状況により、追加的な要因が関連する (para.7.343)。柱書における恣意的・不当な差別のパネルの分析を検討すると、改正措置が漁法によってイルカがうける悪影響の可能性にそって調整し違いを設けているかどうかの評価が関連する (para.7.330)。

TBT2.1 条と GATT20 条の類似性と違いについて、上級委員会は留意する。「諸国の間において恣意的・不当な差別」という文言は、TBT 協定の前文と GATT20 条の柱書に存在する。他方で、上級委員会は TBT2.1 条と GATT20 条の分析において求められる違いについても認識している²⁵。両者の類似性と違いを考慮する限りにおいて、一つの協定の文脈でなされたリーズニングを、もう一つの協定の分析を行うために、使うことも可能であろう (it may be permissible to rely on reasoning developed in the context of one agreement for purposes of conducting an analysis under the other)。パネルは、TBT2.1

²⁵ EC・アザラン製品規制事件上級委員会報告 para.5.311-312.

条と GATT20 条の柱書において、恣意的・正当な認められない差別を評価する文脈で発展した法的テスト（すなわち、差別が政策目的と合理的に関係しているか、調和しているか）をもとに分析を行った。米国は、改正措置におけるいずれの待遇の違いも、異なる魚場から生じるリスクの違いを反映し調整したものであるから、イルカ保護の目的から正当化される、と主張している（para.7.347）。

TBT 協定 2.1 条における法的分析の完結でみたとおり、米国とメキシコは、イルカへの相対的な害（観察される害と観察されない害の両者を含む）の性質と範囲をめぐって争っているが、パネルは、観察される害については検討しておらず、観察されない害にのみ基づいて結論を導いており、このアプローチは GATT20 条柱書においても踏襲されている（para.7.349）。リスクの評価の困難さは理解するが、パネルの限定的な分析では、異なる魚場における害のレベルや全体的なリスクについて適切に測ることができない。ETP 内のまき網漁と ETP 外のリスクの評価がないので、パネルは、改正措置の差別の側面が、異なる漁法から生じる悪影響からイルカを守るためという目的の観点から、リスクに適切にそって、あるいはリスクに一致しているのかどうか（properly tailored to, or commensurate with, the differences in such risks）、説明できなくなってしまった（para.7.353）。したがって、上級委員会は法的分析を完結できないが、ETP の内外でのまき網漁という、イルカへのリスクが比較的高い状況において、改正措置が恣意的・不当な差別を構成していないかについて、検討することはできた。この点において、改正措置のデザインは害からイルカを守るという目的と調和することは難しいと言える。とりわけ上級委員会は、決定規定について、イルカへのリスクが高いあらゆる状況において、イルカ保護ラベルには監督官の認証が求められることを条件づけしていない。米国はこの部分が、恣意的・不当な差別でないことを立証しておらず、したがって改正措置が GATT20 条で正当化できるとは言えない（para.7.359）。

IV. 解説

申立国・メキシコは、本件の履行確認手続において、オリジナル手続で行っていた TBT 協定 2.2 条の主張を行わず、2.1 条違反の主張 1 本に絞るといふ訴訟戦略をとった。TBT 協定の存在意義は措置の必要性を問う 2.2 条にある、という見方が強い中で²⁶、2.2 条の主

²⁶ Mavroidis は、紛争解決のシークエンスとして、先に TBT2.2 条違反を判断し、違反がなければ 2.1 条違反を判断することを主張する。Petros C. Mavroidis, *The Regulation of International Trade: Volume*

張を取りやめた理由の一つは、オリジナル手続においてメキシコが想定していた代替措置（米国とメキシコが共に締約国である AIDCP (Agreement on International Dolphin Conservation Program) のスキーム）が代替措置として認められそうもない、と考えたのであろう。もう一つの理由は、2.1 条での勝算があると考えたものと思われる。2.1 条での争点は、2.1 条の第 2 段階目の分析である「輸入産品への不利な効果をもつばら正当な規制の区別からきているものなのかどうか」の検討にある。すなわち、強制規格の構造と適用等 (the design, architecture, revealing structure, operation and application) をめぐって規制の公平性 (even-handed) について慎重に精査する必要がある、とクローブタバコ規制事件の上級委員会が述べてから、このテストはその後のすべての事件の 2.1 条の適用において踏襲されてきた。しかしそのテストで検討される内容は、当然ケース・バイ・ケースに異なり、本件ではリスクの“calibration”が争点となった。すなわち、ETP 内の大型のまき網漁とそれ以外の漁におけるラベル条件が、各漁場のイルカの殺傷リスクに合わせて調整されたものかどうか (differences in the labelling conditions for tuna products ...are calibrated to the likelihood that dolphins will be adversely affected...in the respective fisheries)、という検討である（詳しくは後述）。本件の再パネルはこの概念を上手く適用できず、そのために現在、2 回目の履行確認手続が継続中である（本稿最後・補足を参照）。本件上級委員会は、米国のラベリング措置は正当な規制に基づくものではないと判断したが、皮肉なことにその点は、メキシコが問題としていた EPA 内のまき網漁と ETP 外のまき網漁の規制の区別とは別の規制の区別であった。したがって、2 回目の履行確認手続において、EPA 内のまき網漁と ETP 外のまき網漁の規制の区別が“calibration”概念にそったものか、判断されることになるだろう。

4-1 「正当な規制の区別」の解釈枠組み

TBT 協定 2.1 条の第 2 段階目の分析である、正当な規制の区別の検討において、「恣意的又は不当な差別の手段となるような態様でデザインされ適用されているかどうか」²⁷と

2 The WTO Agreements on Trade in Goods (MIT, 2016), pp.452-453.

²⁷ 米国・COOL 事件上級委員会 para.271 (“...where a regulatory distinction is not applied in an even-handed manner—because, for example, it is designed and applied in a manner that constitutes a means of arbitrary or unjustifiable discrimination—that distinction cannot be considered “legitimate”...); para.341 (“we must examine...whether [these distinctions] lack even-handedness, for example, because they are designed or applied in a manner that constitutes arbitrary or unjustifiable discrimination.”)。

いう基準を取り入れたのは、COOL 事件のオリジナル上級委員会報告であった。しかし、この基準が具体的に 2.1 条でどのように適用されるのかについては、COOL 事件のオリジナル手続では示されなかった²⁸。

本件の再パネルは、正当な規制の区別の基準として、「恣意的・不当な差別」をよりクローズアップさせ、その解釈として GATT20 条の柱書の判例を参照することとした。これはメキシコの主張によるものであったが、とりわけ GATT20 条の柱書の判例の中でも「政策目的との調和や合理的関連性（EC・アザラシ製品規制事件上級委員会²⁹）」を評価することとパネルはしたのである。

・「正当な規制の区別」 = 「公平性 (even-handed)」

(クローブタバコ上級委、マグロラベリング上級委)

= 規制の区別が「恣意的又は不当な差別」の手段となるような態様で

デザインされ適用されているかどうか (COOL 上級委)

・ 本件再パネル

→ 「恣意的又は不当な差別」の検討にあたって、20 条柱書の判例を参照すべきか？

⇒ 差別が「政策的目的と合理的に関連し、調和しているかどうか (アザラシ上級委)」

⇒ しかし、これは唯一の法的テストではなく、措置の性質や事件の状況により、ほかの追加要因も全体的な評価に関係する (depending on the nature of the measure at issue and the circumstances of the case at hand, there could be additional factors that may also be relevant to the overall assessment)

(アザラシ上級委、本件再パネル・上級委)

²⁸ なお、「恣意的・不当な差別」という文言はクローブタバコ規制事件やマグロラベリング事件のオリジナル上級委員会報告でも 2.1 条の文脈で使われていたが、それは TBT 協定前文 6 の「同様の条件の下にある国の間において恣意的若しくは不当な差別の手段となるような態様で」という文言について、2.1 条の不利でない待遇要件の意味や範囲を説明したり (sheds light on meaning)、関連する文脈を提供したり (provides relevant context) するものとして使用されていた。米国・ラベリング事件オリジナル上級委員会報告 para.213; 米国・クローブタバコ規制事件上級委員会報告 paras.173, 94. 本件パネル報告・注 186 に挙げられている部分も TBT 協定前文 6 が参照されているところである。

²⁹ アザラシ事件の上級委員会報告 para.5.306 は、米国・エビ輸入規制事件の上級委員会報告 para.165 (“The resulting situation is difficult to reconcile with the declared policy objective of...”)及びブラジル・タイヤ輸入規制事件の上級委員会報告 paras.227, 228,232 (“The assessment of whether discrimination is arbitrary or unjustifiable should be made in the light of the objective of the measure.” “...because it bears no relationship to the legitimate objective...”)を引用している。

この点は本件上級委員会においても支持されたが、上級委員会は、政策目的の関連性は恣意的・不当な差別の存在を明らかにする唯一の方法ではないとし、「追加的な要因 (additional factor)」を考慮する可能性を強調している（これは EC・アザラシ製品規制事件上級委員会の判断に基づいており³⁰、この点は本パネルも認識していた³¹）。上級委員会にとっては、この追加的要因が、イルカのリスクに合わせて調整されたラベル条件かどうかという“calibration”概念であり³²、上級委員会は、この考え方は、異なる海域の異なる漁法から生じるリスクに合わせて調整されているから当該措置は公平であるという（オリジナル手続からの）米国の主張にそったものである、と述べた。本件上級委員会は、公平性とリスクに合わせて調整することは異なる法的テストではないことを強調し（We emphasize that the Appellate Body’s use of the terms “even-handed” and “calibrated” did not constitute different legal tests）³³、オリジナルの上級委員会報告ではあまり説明なく用いられた“calibration”概念の説明が本件の上級委員会報告書でなされたように思われる。本件再パネルには、オリジナルの上級委員会における“calibration”概念の重要性が分かりにくかったのかもしれない³⁴。

4-2 ラベリング措置の“Calibration”概念

履行確認手続は、もとの上級委員会報告にそって判断をすればいいので、パネルにとって比較的扱いやすい審理だと思われるが、本件再パネルは、異なる漁法によるイルカへの相対的リスク (relative risks posed by different fishing methods) について判断を行わなかったとされて、本履行確認手続がうまくいかなかった原因となってしまった。オリジナ

³⁰ EC・アザラシ事件の上級委員会報告 para.5.321(“As noted above, the relationship of the discrimination to the objective of a measure is one of the most important factors, but not the sole test, that is relevant to the assessment of arbitrary or unjustifiable discrimination. In other words, depending on the nature of the measure at issue and the circumstances of the case at hand, there could be additional factors that may also be relevant to that overall assessment.”).

³¹ 本件上級委員会報告 paras.7.92-7.94.

³² 本件上級委員会報告 paras.7.98,7.239.

³³ 本件上級委員会報告 paras.7.98.

³⁴ 米国による“calibration”の主張はオリジナルのパネル手続からなされていたが（米国・マグロラベリング事件オリジナル・パネル報告 para.7.258[“The United States also explains why, in its view, to the extent that there are any differences in documentation required to substantiate dolphin-safe claims, they are calibrated to the risk that dolphins may be killed or seriously injured when tuna is caught.”]）、TBT 協定 2.1 条についてオリジナルのパネルではラベリング措置がメキシコのマグロ製品に不利ではなく違反ではないと判断されたため、“calibration”の言葉は使われず、むしろ TBT 協定 2.2 条の文脈でこの言葉が使われていた。その意味では、オリジナルの上級委員会によって 2.1 条の正当な規制の有無のところで“Whether the Measure is Calibrated”というタイトルで使われたときは、（米国の主張によるものとは言え[米国・ラベリング事件オリジナル上級委員会報告 para.282]）突然に出された感じはあった。

ル手続で上級委員会は、漁場や漁法によって異なるリスクに合わせてラベル条件を調整する、“calibration”という概念を、2.1 条の正当な規制の有無・公平性の適用のところで使ったが、本件再パネルはこの概念を明確に使用することはなかった。

“Calibration”という概念について検討会の場では次のような指摘があった。すなわち、当該用語は単なる「調整 (adjust)」よりも厳密な意味で使用されるもので、イルカへのリスクを漁場・漁法に基づいて数値化し、その数値に一致したラベル・規制制度を策定しているかを検証するという、リスクを厳格に計測する要素が含まれる概念、という指摘である³⁵。イルカへの害については多様な証拠が紛争当事国双方から出されてはいるが³⁶、どの程度まで厳密に害を科学的に特定できているのかについては、現在の 2 回目の履行確認手続をみてみないと不明なところもある。

もっともイルカへの害について、本件再パネルが検討・特定しなかったわけではないが、2 つの固定観念がパネルにはあったのではないだろうか。まず、オリジナル上級委員会報告を誤解したのか、囲い込み漁を使用して漁をしたマグロ製品にラベルが使用できなくてもそれはイルカにとって危険なのだから当然である、としてしまった。TBT 協定 2.1 条では囲い込み漁を禁止と判断するのではなく、措置の公平性の判断をするだけである。

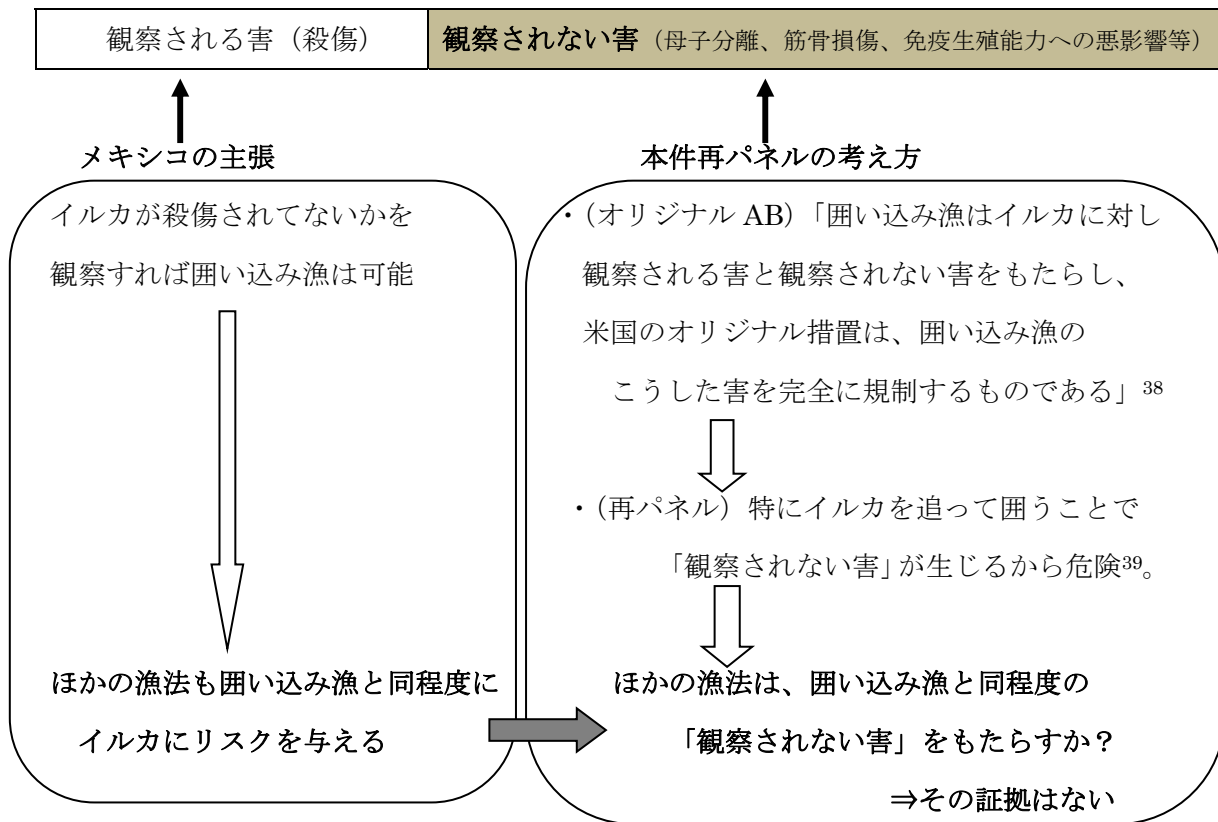
次に本パネルは、イルカへの害について「観察されない害」に着目し、「観察される害」についての検討をしなかった。おそらくパネルは、(いずれの漁法であっても) イルカの殺傷 (= 観察される害) はある程度生じ、それに加えて「観察されない害」が継続し、その場合、囲い込み漁による「観察されない害」が最も大きく危険である、という理解であったのだろう。

ラベリング措置をリスクに合わせて“calibration”したかどうかを判断するためには、少なくともどのような要因が検討されなければならないか³⁷。すなわち、現在審理中の 2 度目の履行確認手続において、パネルによって何が検討されるべきなのか。まず、ETP 内の囲い込み漁とそのほかの漁法について「観察される害」と「観察されない害」の相対的リスクを明示した判断を行う必要がある。単に、観察される害であるイルカの殺傷が生じている、というだけでなく、殺傷の性質や程度について、ETP 内の囲い込み漁とそのほかの

³⁵ 厳密な“calibration”により、措置の目的の正当性も実際に評価されることになるだろう、という指摘も検討会でなされた。

³⁶ 例えば、本件上級委員会報告 footnotes. 804 & 810 を参照。

³⁷ Cary Coglianese and André Sapir, "Risk and Regulatory Calibration: WTO Compliance Review of the U.S. Dolphin-Safe Tuna Labeling Regime" (2016) *Faculty Scholarship*, Paper 1706, at 13, available at < http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1706>.



漁法で比較することが重要である（how the nature or extent of those harms *compare to* the observed harms arising from setting on dolphins）⁴⁰。なお、現在審理中の米国の意見書をみると、ラベル条件を定めるにあたりイルカへの「観察される害」と「観察されない害」が囲い込み漁とそうでない漁法においてどのように異なるのか、議論されており⁴¹、おそらくこの点が一つの争点になっているものと思われる。次に、上述 2 つの害を考慮して、誰が認証するのか（certify）についても判断する必要がある。この点は、本件再パネルで議論となった、（専門の監督官ではなく）船長にイルカの殺傷を確認したり認証したり

³⁸ 米国・マグロラベリング事件オリジナル上級委員会報告 para.287 (“...the Panel has made uncontested findings, to that the fishing method of setting on dolphins causes observed and unobserved adverse effects on dolphins. The Panel further found that these adverse effects are fully addressed in the measure at issue, since the measure denies access to the label to products containing tuna caught by setting on dolphins.”)。

³⁹ 本件パネル報告 para.7.122 (“...as we understand, what makes setting on dolphins particularly harmful is the fact that it causes certain unobserved effects *beyond* mortality and injury ‘as a result of the chase itself’”）。

⁴⁰ 本件上級委員会報告 para.7.247.

⁴¹ First Written Submission of the United States of America, July 22, 2016, paras.100 and 102.

する能力があるのかどうか、という点が関わってくる。リスクが大きい場合には専門の監督官を乗船させ、他方リスクが小さい場合には船長に認証させる、という認証方法が、リスクに合わせて“calibration”した、と判断されるかどうかとも問題になろう⁴²。

4-3 GATT20 条柱書と TBT 協定 2.1 条の類似性

GATT20 条柱書と TBT 協定 2.1 条の関係については、EC・アザラシ製品規制事件の上級委員会が、その類似性と違いについてまとめている。すなわち、類似性として、共通の「恣意的・不当な差別」等の文言が GATT20 条柱書と TBT 協定の前文 6 にあること（同協定前文 6 は 2.1 条の関連の文脈を構成）、また、両条文とも国際通商の制限をアプリアリには禁止せず、正当な規制の区別がある場合や恣意性等がない場合は許容される、としている⁴³。他方、重大な違い（significant differences）の一つとして上級委員会は、両条文で適用される「法的基準（legal standards）」が異なるとして、TBT 協定 2.1 条は、輸入産品への悪影響が差別を反映するものではなくもっぱら正当な規制の区別かどうかを判断するものである一方、それに対して GATT20 条柱書は、恣意的・不当な差別を構成するような態様で措置が適用されないことを問題としている、と指摘していた⁴⁴。

本件は、TBT・3 紛争のうちで初めて、上級委員会が TBT 協定 2.1 条と 20 条柱書の法的分析まで至った事例である⁴⁵。本件の再パネルが、TBT 協定 2.1 条の法的基準として「恣意的・不当な差別」を採用、その具体的内容として GATT20 条柱書の判例（アザラシ製品規制事件）から「差別が政策的目的と合理的に関連し、調和しているかどうか（the question of whether the discrimination can be reconciled with, or is rationally related to, the policy objective...）」を問う⁴⁶、とした点を、上級委員会も支持した。さらに上級委員会は、政策目的の合理的関連性だけが唯一の基準ではなく、追加的要因として、本件ではいわゆる“calibration”概念が関わるとして、オリジナル手続で使われた概念を用いて、判断した。

そして 20 条柱書の適用においては、TBT2.1 条と全く同じ判断枠組みと判断内容になっており、とすると、GATT20 条柱書と TBT 協定 2.1 条はほぼ同じであって、両者に違いがあるのかどうかもはや疑問である。本件上級委員会は、20 条柱書の適用において、同じ

⁴² First Written Submission of the United States of America, July 22, 2016, paras.136-139.

⁴³ EC・アザラシ製品規制事件上級委員会報告 para.5.311.

⁴⁴ 同上 para. 5.312.

⁴⁵ なお、米国・COOL 事件の履行確認手続においては、改正 COOL 措置の GATT3 条 4 項違反は認定されたが、米国が GATT20 条の例外の主張を行わなかった。

⁴⁶ 同上 para.5.306.

法的基準を参照することは誤りではなく、これは 2.1 条の判断をそのままインポートするものではない⁴⁷、と述べているが、このことはつまり、TBT 協定 2.1 条の分析を丸投げしない限り、2.1 条で使った方法と同じ方法で GATT20 条柱書の判断を行えることになる。しかし、TBT 協定を独立の別個の協定として策定した意味は何か、という点を問う考えもあろう⁴⁸。

【補足】

米国は、2016 年 3 月、再度、改正措置 (the interim final rule of 22 March 2016) を公表(変更なければ同年 5 月 21 日から施行)⁴⁹、これについて、現在 2 回目の履行確認手続で審理中である。再・改正措置は、以下 6 つの修正をしたとされる。

- ① いわゆる「決定規定」について、「日常的にイルカがとマグロが共に行動する関係があると決定された場合 (a regular and significant association between dolphins and tuna)」あるいは「日常的にイルカが殺傷されていると決定された場合 (a regular and significant mortality or serious injury of dolphins)」のいずれかの決定としたこと。
- ② 上の決定があった場合に要求される書類を定めたこと。
- ③ 「ETP外のまき網漁法 (non-ETP purse-seine fishery)」と「そのほかの漁法 (all other fisheries)」の区分をなくし、一つの「そのほかの漁法」のカテゴリーとしたこと。「そのほかの漁法」の船長は、イルカに使う漁具を意図的に使用していないことと、イルカが殺傷されていないことの認証を行うこと。

⁴⁷ 本件上級委員会報告 para.7.320 (“...we do not believe it was inappropriate for the Panel, in principle, to have referred to and relied on that same legal standard in the context of its reasoning under the chapeau of Article XX. We agree with the Panel that this is not an instance where a panel has simply imported its finding under Article. 2.1, but rather a situation in which a panel has relied on a similar analytical process under the two provisions by focusing on the existence of arbitrary or unjustifiable discrimination.”) .

⁴⁸ Jason Houston-McMillan, “The Legitimate Regulatory Distinction Test: Incomplete and Inadequate for the Particular Purposes of the TBT Agreement,” 15 *World Trade Review* 543, 561 (2016).

⁴⁹ Department of Commerce, National Oceanic and Atmospheric Administration, Enhanced Document Requirements and Captain Training Requirements To Support Use of the Dolphin Safe Label on Tuna Products, Federal Register, Vol.81, No.56, March 26, 2016, 15444, available at <<https://www.federalregister.gov/documents/2016/03/23/2016-06450/enhanced-document-requirements-and-captain-training-requirements-to-support-use-of-the-dolphin-safe>>.

- ④ 「そのほかの漁法」のカテゴリーの船長が、認証のために受けるトレーニング・コース（NMFS Tuna Tracking and Verification Program (TTVP) dolphin-safe training course）を設けたこと。
- ⑤ 加工業者と輸入業者に対して、生産物流加工（Chain of Custody）認証制度を導入し、捕獲・水揚げ・貯蔵から移送、加工まで、イルカ保護の方法で漁獲された魚を区分することとした。
- ⑥ その他の微細な修正。