



RIETI Policy Discussion Paper Series 19-P-032

【WTOパネル・上級委員会報告書解説^{②7}】

**米国ーマグロラベリング事件・履行確認手続（DS381/RW2）
ーTBT協定2.1条と、"calibration"概念のあてはめについてー**

平家 正博

西村あさひ法律事務所



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

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

【WTO パネル・上級委員会報告書解説⑳】
米国－マグロラベリング事件・履行確認手続（DS381/RW2）
－TBT 協定 2.1 条と、“calibration” 概念のあてはめについて－¹

平家 正博（西村あさひ法律事務所）

要 旨

本件は、米国が導入した、マグロ製品にイルカ保護(dolphin-safe)ラベルを用いる条件が、TBT 協定等に整合するか争われた米国－マグロラベリング事件の第 2 回履行確認手続である。本件紛争は、2008 年に開始され、10 年以上争われてきたが、今回、米国の措置が、TBT 協定 2.1 条に整合するとの判断が出されたことで一応の終局を迎えた。TBT 協定 2.1 条の解釈は、オリジナル手続や第 1 回履行確認手続にて議論が尽くされていたため、本件のパネルでは、基本的には、既に固まった TBT 協定 2.1 条の解釈を前提に、事実認定や法的規範へのあてはめが争われた。その意味で、本件は、新たに TBT 協定 2.1 条の解釈を示すものではないが、TBT 協定 2.1 条に整合するとの判断を示しており、今後、TBT 協定 2.1 条の法的規範にどうあてはめるべきか検討する上で、重要な指針を示すものである。

キーワード：WTO、マグロ、イルカ、TBT 協定、Calibration

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、所属する組織及び（独）経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

¹ 本稿は、独立行政法人経済産業研究所におけるプロジェクト「現代国際通商・投資システムの総合的研究（第IV期）」（プロジェクトリーダー・川瀬）の成果の一部である。

I. はじめに

本件は、米国によるイルカ保護(dolphin-safe)ラベルに関する規定の TBT 協定 2.1 条の整合性が争われた事例である。本件は、基本的に、オリジナル手続及び第 1 回履行確認手続におけるパネル・上級委員会が積み上げてきた TBT 協定 2.1 条の法的解釈を踏襲・適用したものであり、TBT 協定 2.1 条の法的解釈として、新たな判断を示したものではない。もっとも、本件では、最終的に、TBT 協定 2.1 条に整合すると判断が下されており、この点で、今後の TBT 協定 2.1 条の紛争に対して、重要な示唆を与えるものと考えられる。

II. 事案の概要

1. 事件の経緯

(1) オリジナル手続

2008年10月24日	協議要請
2009年3月9日	パネル設置要請
2009年4月20日	パネル設置 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、豪、伯、加、中国、エクアドル、EU、グアテマラ、日本、韓国、NZ、台湾、タイ、トルコ、ヴェネズエラ
2011年9月15日	パネル報告発出
2012年1月20日	上訴 第三国参加 豪、伯、加、EU、日本、NZ
2012年5月16日	上級委員会報告発出
2012年6月13日	採択
2013年7月13日	履行のための合理的期間満了(協議)(13か月)

米国の当初のラベリング措置(Original Tuna Measures)は、マグロ漁がなされた水域・漁法によって、「イルカ保護」(dolphin-safe)の表示ができる条件を定めていたところ、オリジナル手続において、上級委員会は、米国の措置は、東部熱帯太平洋(Eastern Tropical Pacific Ocean : ETP)内で、巻き網によるイルカ囲い込み漁により捕獲されたマグロを含

むマグロ製品のラベル要件と、ETP 外のイルカ囲い込み漁以外の漁法により捕獲されたマグロを含むマグロ製品のラベル要件について、イルカの殺傷リスクに応じた適切な調整がなされていない(後者でもイルカへのリスクが生じるにもかかわらず、一切対応がなされていない)として、米国の措置は、TBT 協定 2.1 条に不適合である等と判示した²。

(2) 第 1 回履行確認手続

2013 年 11 月 14 日	再パネル設置要請
2014 年 1 月 24 日	再パネル設置 パネリスト Mr. Mario Matus, Ms. Elisabeth Chelliah, Mr. Franz Perrez 第三国参加 豪、加、中国、EU、グアテマラ、日本、韓国、NZ、ノルウェー、タイ
2015 年 4 月 14 日	パネル報告発出
2015 年 6 月 5 日	上訴 第三国参加 豪、加、中国、EU、グアテマラ、日本、韓国、NZ、ノルウェー、タイ
2015 年 11 月 20 日	上級委員会報告発出
2015 年 12 月 3 日	採択

オリジナル手続における上級委員会の判断を受けて、Original Tuna Measures を改正した米国のラベリング措置(2013 Tuna Measures)について、上級委員会は、TBT 協定 2.1 条に関するパネルの分析手法を批判するとともに、パネルは各漁業が有するイルカへのリスクの特性を十分に考慮していないと述べた³。

(3) 第 2 回履行確認手続

2016 年 5 月 13 日	2 回目の再パネル設置要請(メキシコ)
2016 年 6 月 22 日	2 回目の再パネル設置 パネリスト Mr. Stefan Johannesson, Ms. Elisabeth Chelliah, Mr. Franz Perrez 第三国参加 豪、伯、加、中国、エクアドル、EU、グアテマ

² 【WTO パネル・上級委員会報告書解説⑥】「米国ーマグロラベリング事件(メキシコ)(DS381)ーTBT 紛争史における意義ー」(RIETI ポリシー・ディスカッション・ペーパー、内記香子)参照。

³ 【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分と“calibration”概念ー」(RIETI ポリシー・ディスカッション・ペーパー、内記香子)参照。

	ラ、日本、韓国、NZ、ノルウェー
2017年10月26日	パネル報告発出
2017年12月1日	上訴 第三国参加 豪、伯、加、中国、EU、グアテマラ、印、日本、 韓国、NZ、ノルウェー
2018年12月14日	上級委員会報告発出
2019年1月11日	採択

本件は、第1回履行確認手続における上級委員会の判断を受けて、2013 Tuna Measures を改正した米国のラベリング措置(2016 Tuna Measures)⁴について、TBT 協定 2.1 条整合性が問題とされた。

2. 米国の措置(2016 Tuna Measures)

2016 Tuna Measures は、マグロ製品にイルカ保護ラベルを貼付するための要件として、以下のとおり定める。

① **適格要件(eligibility requirement)**：一定の漁法で捕獲されたマグロを含むマグロ製品について、イルカ保護ラベルの使用を認めない。その他の漁法で捕獲されたマグロを含むマグロ製品については、イルカが死傷した網により捕獲されたマグロを含むマグロ製品でない限り、イルカ保護ラベルの利用を認める⁵。

イルカ囲い込み漁 ("setting on" dolphins)	公海流し網漁 (high seas driftnet)	その他
不適格	不適格	暫定的に適格性あり (認証要件及び追跡/検証要件を 満たす必要)

② **認証要件(certification requirement)**：イルカ保護ラベルを利用する条件として、適格要件を満たすことを示す証明書を求める。証明書では、イルカ囲い込み漁を行っておらず、イルカが死傷した網により捕獲されたマグロでないことを認証する必要があるが、マグロが捕獲された水域・漁法に応じて、船長の証明書で足りる場合と、監督官の

⁴ 同措置は、(a)連邦法 Dolphin Protection Consumer Information Act-DPCIA (16 USC 1385)、(b)2016年実施規則(the 2016 Implementing Regulations)、及び(c)連邦控訴裁判所の判決 Hogarth 事件(2007年)により構成される。

⁵ 本件パネル報告 para. 7.50.

証明書が追加的に必要な場合に分かれる⁶。

ETP 内の大型巻き網漁 (ETP large purse-seine fishery)	・ 囲い込み漁を使っておらず、イルカが殺傷されていないことの 船長と監督官の認証
その他の漁法 (all other fisheries)	・ 囲い込み漁を使っておらず、イルカが殺傷されていないことの 船長 の 認証 ・ 船長が Captain Training Course を受講していること

③ **追跡/検証要件(tracking and verification requirement)** : イルカ保護ラベルを使用する条件として、マグロの捕獲時点から販売まで、dolphin-safe tuna と non-dolphin-safe tuna に分けて管理するための一定の条件を課すが、具体的な条件は、マグロが捕獲される水域・漁法により異なっている⁷。

ETP 内の大型巻き網漁 (ETP large purse-seine fishery)	AIDCP Tracking and Verification System を遵守
その他の漁法 (all other fisheries)	<u>NOAA regime</u> を遵守

④ **決定規定(determination provisions)** : ETP 内の大型巻き網漁以外の水域・漁法で捕獲されるマグロに関して、一定の要件を満たす場合、追加的な認証要件及び追跡/検証要件を課すことを認める条項⁸。

	条件	追加的な義務
認証要件	NOAA の Assistant Administrator が、ある水域・漁法につき、日常的にイルカとマグロが共に行動する関係がある又は日常的にイルカが殺傷されていると決定した場合	監督官の認証が必要
追跡/検証要件	NOAA の Assistant Administrator が、ある水域・漁	船籍国の当局の証明書(Form 370 の記載内容が正確であること、マグロ・マグロ製品が米

⁶ 本件パネル報告 paras. 7.51-7.54.

⁷ 本件パネル報告書 paras. 7.55-7.66.

⁸ 本件パネル報告書 paras. 7.67-7.69.

	法につき、日常的にイルカとマグロが共に行動する関係がある又は日常的にイルカが殺傷されていると決定した場合	国のイルカ保護ラベルの条件を満たしていること、加工・流通過程に関する情報が正確であることを証明)
--	--	--

3. 本件における主要な争点

- ・ 2016 Tuna Measures が TBT 協定 2.1 条に違反するか。特に、同措置が、メキシコ産のマグロ製品に不利な形で競争条件が変更していることを前提に、当該メキシコ産品への不利な効果が正当な規制の区分に基づいているかどうか争点とされた。
- ・ 2016 Tuna Measures が、GATT1.1 条及び 3.4 条と不整合であることを前提に、GATT20 条(g)により正当化されるか。特に、「任意の若しくは正当と認められない差別待遇」(arbitrary or unjustifiable discrimination)(GATT20 条柱書)に該当するかが争点とされた。

III. 論点毎の要旨

1. TBT 協定 2.1 条について

(1) TBT 協定 2.1 条の解釈/Calibration の方法

パネル

ア 本件の争点(TBT 協定 2.1 条の要件)

TBT 協定 2.1 条の違反を立証するには、(a)措置が「強制規格」(TBT 協定付属書 1.1 条)に該当し、(b)関連する製品が「同種」の産品であること、(c)輸入産品に、同種の国内産品より不利な待遇を与えていることを立証する必要がある。また、「より不利でない待遇」は、措置が、輸入産品に不利な形で競争条件が変更されているかと、輸入産品への不利な効果が正当な規制の区分に基づいているかどうかを検討する必要がある(para. 7.73)。2016 Tuna Measures は、上記(a)(b)の要件を満たし、上記(c)との関係でも、輸入産品に不利な形で競争条件を変更するものである点について、当事国に争いはない(paras. 7.74-7.77)。したがって、当事国の争いは、上記(c)との関係で、輸入産品への不利な効果が正当な規制の区分に基づいているかどうかとの点にある(para. 7.79)。

上級委員会は、輸入産品への不利な効果が正当な規制の区分に基づいているか判断する際、問題とされる強制規格の構造や適用等(design, architecture, revealing structure,

operation, and application)が、公平性(even-handedness)を有するかを慎重に検討する必要があるとする。また、上級委員会は、「恣意的又は不当な差別」を伴う措置は、公平(even-handed)な方法で設計及び適用されているとは言えるものの、「恣意的又は不当な差別」の有無は、措置が公平性に欠けることを示す唯一の方法ではないとする(para. 7.82)。

上級委員会は、第1回履行確認手続において、TBT協定2.1条の「より不利でない待遇」を解釈・適用する(そして特に不利な効果が正当な規制上の区分のみから生じるか評価する)上で、事件に関係する可能性のあるその他の要因を考慮することを排除しない限り、パネルが、不利な効果が、政策目的と合理的に関連しているか検討することは誤りでないとした。我々が理解するところでは、上級委員会は、措置が公平(even-handed)かを評価する際、不利な効果を引き起こす規制の区分が「恣意的又は不当な差別」として設計・適用されているか検討してもよく、当該検討の一方法として、「差別が政策目的と合理的に関連し、調和しているか」(the question of whether the discrimination can be reconciled with, or is rationally related to, the policy objective)評価する方法があるが、当該方法は、「恣意的又は不当な差別」の有無を判断する唯一の方法ではないと述べている(para. 7.83)。

上級委員会は、第1回履行確認手続において、上記見解を述べた上で、オリジナル手続で、米国は、Original Tuna Measuresをcalibration概念を用いて正当化し、上級委員会もcalibration概念に基づき米国措置が正当化されるか検討を行った点を指摘した。その上で、上級委員会は、第1回履行確認手続において、パネルは、輸入産品への不利な効果が正当な規制の区分に基づいているか判断する上で、措置が、各水域・漁法によるイルカへのリスクに応じて調整されているか検討する必要があると繰り返し述べた(para. 7.84)。

当事国は、上記の上級委員会の判断を受けて、本件の争点は、2016 Tuna Measuresが、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて調整されているかとの点にあることに同意するものの、特にどのリスクとの関係で調整を行うべきか等、calibration analysisの適用方法について異なる見解を有する(para. 7.85)。

イ 判断枠組み

すなわち、米国は、calibration analysisは、ETP内の大型巻き網漁により捕獲されたマグロを含むマグロ製品に適用されるラベル要件と、その他の漁業により捕獲されたマグロを含むマグロ製品に適用されるラベル要件の違いが、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクの違いに応じて調整されているかを評価する必要があるとする(para. 7.86)。

これに対して、メキシコは、公平性(even-handedness)は、輸入産品への不利な効果が正当な規制区分に基づくものか判断する際の中心的な概念であるところ、公平性の有無は、複数の事項を考慮して判断されるべきであり(multi-factor legal test)、調整(calibration)の有無も、一考慮要素に過ぎないと主張した上で、規制上の区分が、異なる状況に応じて適切に調整されているかの検討に加え、規制上の区分と、措置目的と合理的に関連しているか(合理性テスト)等についても検討すべきと主張する(paras. 7.87-7.88)。

第 1 回履行確認手続における上級委員会報告書の記載に基づけば、理論上は、TBT 協定 2.1 条違反が争われた措置の公平性(even-handedness)を評価する方法として、いくつかの方法があるが、本件においてパネルが適用すべき適切な法的基準は、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクと、関連する規制上の区分との間の関係に焦点を当てたものである。また、米国が、オリジナル手続及び第 1 回履行確認手続と同様、今回も、2016 Tuna Measures は、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて調整されているとの主張を行い、メキシコも、当該点につき広範な議論を展開しているとの事情も、調整の有無を通じて 2016 Tuna Measures の公平性を評価すべきと考える我々の見解を支持する(para. 7.102)。

ウ 調整を行うべきリスク

上記の法的基準について、次の 2 点が問題となる(para. 7.106)。まず、calibration analysis の実施に当たり、米国が主張するように、規制上の区分と、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクの関係のみに着目すべきか、メキシコが主張するように、それに加えて、規制上の区分と、認証及び追跡/検証が不正確であるリスクとの関係にも着目すべきかが問題となる(paras. 7.106-7.107)⁹。

この点、オリジナル手続及び第 1 回履行確認手続の上級委員会報告書によれば、本件の調整対象は、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクである(para. 7.109)。認証等が不正確であるリスクは、イルカ自身に影響を与えるリスクではない。また、表示が不正確であるリスクは、捕獲に関与した人員、利用可能な技術、国内・国際的に適用される規制を含む各種要因の相互関係により決まり、どの水域・漁法かに多少とも関連するかもしれないとしても、水域・漁法の違いにより生じるリスクではない。したがって、上級委員会は、パネルが、認証等が不正確であるリスク等を、(calibration analysis において)検討すべきリスク特性に含めることを意図していたとは考えない(para. 7.110)。

認証及び追跡/検証の正確性の問題は、オリジナル手続及び第 1 回履行確認手続における上級委員会の分析と関連するとのメキシコの主張には同意する。しかし、このことは、法的基準として、2016 Tuna Measures が、イルカ保護に関する不正確な情報が、消費者に伝達されるリスクと調整されているか検討する必要があるということの意味したり、ラベルが不正確であるリスクが、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクの必須部分を構成するという意味するものではない。仮にそのような意味であれば、上級委員会は、その点を明示していたと考えられるが、実際には明示していない(para. 7.112)。したがって、当該リスクは、各水域・漁法のリスク特性の一部を構成せず、異なる規制の区分が、

⁹ メキシコは、漁業毎に適用される、認証及び追跡/検証に関するシステムの信頼性は、各漁業のリスク特性の不可欠な要素であるとして、規制上の区分が、水域・漁法毎のイルカ安全ラベルの認証や報告等が不正確であるリスクに応じて調整されているかについても検討すべきと主張する(para. 7.107)。

異なる地域で存在する可能性のある認証又は追跡/検証が不正確であるリスクに応じて調整されているか評価する必要はない。但し、当該リスクは、後述のとおり、法的基準を事実にあてはめる際に関係してくる(para. 7.113)。

エ 2016 Tuna Measures の目的をどう考慮するか

メキシコは、calibration analysis は、規制上の区分と政策目的との関係を問題とする合理性テストの「制約」の下で行われるべきであり、イルカ保護ラベルの正確性は、各漁業で発生する不利な効果からイルカを保護するとの(2016 Tuna Measures の)目的に不可欠である以上、calibration analysis を実施する際に、規制上の区分とラベルの正確性の関係も考慮する必要があると主張する。当該主張は、上級委員会が「措置の目的を考慮して」calibration analysis を実施すべきと述べた点を根拠とする(para. 7.114)。

仮にメキシコの主張が、calibration analysis とは別に、規制上の区分と政策目的との合理的関連性の検討を求めるものであれば、当該方法論は、オリジナル手続及び第 1 回履行確認手続における上級委員会の判断によっては根拠付けられない(para. 7.115)。

また、上級委員会の、calibration analysis を実施する際、措置の目的を考慮すべきと述べたとしても、calibration analysis が、合理性テストの「制約」を受けることを示唆するとのメキシコの主張が、「制約」が calibration analysis が評価されるべき外部的な基準を意味する限りにおいて、同意しない。我々の理解では、上級委員会の上記発言は、(a)calibration analysis の形態及び内容(forms and content)が措置の目的により適切に知らされる必要があり、(b)calibration analysis が、措置の目的を考慮して適用されるべきことを示している(para. 7.116)。すなわち、(a)は、措置の目的は、調整がなされたかを評価する上での基準を明らかにする。例えば、規制上の区分は、海域の深さに応じて調整されているか評価することもできるが、当該基準は、2016 Tuna Measures の目的とは一切関連性を有さない。他方、各水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて調整されているか評価することは、2016 Tuna Measures の目的とも適合する(para. 7.117)。

また、(b)は、調整がなされたかを評価する手法を設定し、実際に適切に調整がなされたか評価するには、2016 Tuna Measures の目的を考慮すべきことを意味する。その意味で、calibration test を実施する際、2016 Tuna Measures が、認証等が不正確であるリスクに応じて調整されているかの検討は不要だが、当該不正確のリスクは、calibration test を適用する上で中心的な役割を果たす(para. 7.118)。この点、パネル、上級委員会及び当事国は、「不正確のリスク」とは、捕獲・流通過程のどこかにおいて、マグロ・マグロ製品が、non-dolphin-safe であるにもかかわらず、dolphin-safe として取り扱われるリスクを指していると理解する(para. 7.119)。ここで留意すべき重要な点としては、認証要件及び追跡/検証要件において“margin of error”が存在しても、必ずしも、最終的に消費者に伝達されるイルカ保護ラベルに関する情報が不正確であるリスクと同視できない点である。我々の見解では、消費者に不正確な情報が伝達されるリスクは、“margin of error”だけでなく、

ある漁業において、イルカの死傷が観察されたかを記録すべき事象が発生する程度に左右されると考える(para. 7.120)。したがって、2016 Tuna Measures の目的を考慮に入れて calibration test を適用する際、認証要件及び追跡/検証要件において“margin of error”が存在しても、当該存在自体が、2016 Tuna Measures の目的と矛盾すると考えない。むしろ、我々の見解では、中心的な問題は、認証要件及び追跡/検証要件における“margin of error”や異なる認証要件及び追跡/検証要件が許容する“margin of error”の違いが、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて調整されるかどうかである(para. 7.122)。したがって、我々の理解では、2016 Tuna Measures は、異なる2つの目的(イルカの保護及び消費者への情報伝達)を追求しているのではなく、2つの目的は、相互に補完・補強しつつ、イルカに悪影響を与える漁業に対処していると考えられる(para. 7.125)。

オ 持続可能な開発の原則を考慮すべきか

メキシコは、各国は措置の目的を自由に選択できるが、当該目的を達成するための手段が持続可能な開発の目的に不整合な場合、当該措置も WTO 協定の義務に整合しないと主張する(para. 7.128)。その根拠として、メキシコは、WTO 協定前文が持続可能な開発に言及すること、持続可能な開発は、各国に適用される国際法上の原則となった点を指摘する(paras. 7.128-7.129)。

しかし、TBT 協定 2.1 条を解釈する際、持続可能な開発の原則はどのように考慮されるべきか不明であることに加え、メキシコも、WTO 協定の前文は、実質的な義務を課す規定ではないことを認めている(para. 7.130)。いずれにせよ、2016 Tuna Measures は、持続可能な開発を問題としているのではなく、イルカの幸福の保護を目的としている。WTO 協定は、米国を含む加盟国に、持続的な発展の目的のためだけに規制を設けるべきとの義務を課しておらず、ある措置が持続的な発展の目的以外の目的を追求することをもって TBT 協定 2.1 条に不整合となることはないと考えられる(para. 7.131)。

上級委員会

ア 持続可能な開発の原則を考慮すべきか

メキシコは、紛争で問題とされる義務が持続可能な開発に関連している場合、それらは持続可能な開発の目的と一貫して解釈されなければならないと主張する(para. 6.19)。

しかし、メキシコは、TBT 協定 2.1 条の義務の性質(nature of the obligation)と、加盟国が採用する強制規格の性質(nature of the technical regulations)を混同する。例えば、メキシコは「すべての強制規格は持続可能な開発に関連するわけではないが、仮に関連する場合、その効果が持続不可能であれば TBT 協定 2.1 条に抵触する」と述べるが、この考えは、TBT 協定 2.1 条の法的解釈において持続可能な開発の原則が関連するかは、ある措置が持

続可能な開発に「関連する」又は「影響を与える」かによって異なる可能性があることを示唆する。しかし、加盟国が採用する強制規格が、持続可能な開発に関連することがあるかもしれないが、それによって、TBT 協定 2.1 条の義務の性質の範囲は変化しない(para. 6.25)。

いずれにせよ、2016 Tuna Measures の目的は、①消費者が、マグロ製品にイルカに不利な効果を与える方法で捕獲されたマグロが含まれるかにつき誤解又は欺かれないようにする、②イルカに不利な効果を与える捕獲方法の奨励にアメリカ市場が利用されるのを防ぎ、イルカの保護に貢献することにある。2016 Tuna Measures の目的の正当性は争点とされており、パネルは、米国がこの措置を通して追求することを選んだ目的を踏まえ、2016 Tuna Measures による不利な効果もっぱら正当な規制上の区分によるものかを検討すべきである(para. 6.26)。

イ calibration analysis の適用方法

メキシコは、パネルが、TBT 協定 2.1 条の calibration analysis の法的解釈を誤ったと主張するが、メキシコの主張は、calibration analysis の実施にあたり、規制目的と規制上の区分の関係を適切に評価したかとの、法的基準の適用を問題とするものと理解する(para. 6.29)。メキシコの主張を検討するには、適切な calibration analysis の方法について判断する必要があり、特に、(i)2016 Tuna Measures の目的、そしてラベルが不正確であるリスクは、calibration analysis においてどのように考慮されるべきであったか、(ii)パネルが、分析を各漁法のリスク特性の比較に限定したのは妥当か検討する(para. 6.32)(注：(ii)は後述する)。

① ラベルが不正確であるリスク

メキシコは、calibration analysis において、規制上の区分と措置の目的との関連性を考慮する必要があるところ、2016 Tuna Measures の目的は、ラベルの正確性なしに達成は不可能であるにもかかわらず、パネルは、calibration analysis においてこの点を考慮していないと主張する(para. 6.34)。

上級委員会が、オリジナル手続及び第 1 回履行確認手続で示した calibration analysis は、規制上の区分が、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて調整されているかを問題とし、パネルは、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクを正しく考慮した(para. 6.39)。

また、パネルは、calibration analysis とは別に、規制上の区分と措置の目的の合理的関連性を判断する必要はないとしたが、当該判断は、規制上の区分と 2016 Tuna Measures の目的との関係は、calibration analysis の必要不可欠な考慮要素を構成するとの(オリジナル手続及び第 1 回履行確認手続における)上級委員会の判断とも適合する(para. 6.43)。パネルは、「政策の目的を考慮して」calibration analysis を実施しなければならないとの上級委

員会の判断は、調整の有無を検討すべき基準を知らせ、**calibration analysis** を実施する上で気に留めておくことを意味すると理解した。パネルは、**2016 Tuna Measures** は、イルカに悪影響を与えるような方法でのマグロの捕獲を奨励するために米国市場が利用されないよう、正確な情報を消費者に伝えることを目的とすると考えた。パネルの見解では、各水域・漁法によるイルカへのリスクを調整する際に、**2016 Tuna Measures** の目的も考慮される。パネルの判断は、措置の設計・構造等が、両方の目的(イルカの保護、消費者への情報提供)を同時に達成することを目的としていることを明らかにしている。我々は、これらの目的は「相互補完的かつ強化的であり、イルカに対する漁業技術の悪影響に対処するために共に取り組む」というパネルの見解を共有する(**para. 6.44**)。

メキシコは、**2016 Tuna Measures** が消費者のためのラベル措置であることを踏まえると、措置が、ラベルが消費者に正しい情報を伝達することを確保するものでない場合は、不利な効果は正当化されないと主張する。しかし、第 1 回履行確認手続で上級委員会が述べるように、ラベルの正確性は適切な **calibration analysis** において考慮され¹⁰、**calibration analysis** がイルカへのリスクに着目して行われる限り、ラベルの正確性は考慮されないとするメキシコの主張には同意しない(**para. 6.45**)。反対に、**2016 Tuna Measures** の目的を考慮して **calibration analysis** を行う場合、ラベルが、イルカ保護に関する情報を消費者に伝達しているかも検討する必要がある。それは、ラベル要件の厳格さの違いが、イルカに対する害のリスクと釣り合っていることが **calibration analysis** により示された場合、これらの条件に基づき付与されたラベルは、消費者にマグロ製品がイルカを害する方法で捕獲されているか伝達していることを示唆するからである。したがって、パネルの判断を支持する(**para. 6.46**)。

② 検討されるべきリスクの内容

メキシコは、各水域・漁法におけるイルカへのリスクに、ラベルが不正確であるリスクは含まれないとするパネル判断を争う。具体的には、イルカに害を与える可能性のある漁法が、規制や監視が不十分な水域で用いられる場合、イルカへのリスクが相対的に高くなる以上、当該水域で捕獲されたマグロに対して、より厳格な認証要件及び追跡/検証要件を課されるべきと主張する(**para. 6.49**)。

メキシコは、規制や監視が不十分な水域でのマグロ漁業は、イルカへの実際の身体的な危害をより生じさせると主張するが、本件において、メキシコは当該主張を根拠付けるこ

¹⁰ 第 1 回履行確認手続において、再パネルは、追跡/検証要件の規制上の区分は、マグロの捕獲後に関係することから、異なる水域・漁法におけるリスクによっては説明できないと述べたのに対して、上級委員会は、パネルの判断を批判し、イルカ保護ラベルの正確性が損なわれるのを防ぐため、追跡/検証要件は、異なる水域・漁法におけるリスクに応じて調整がなされるべきであったと述べた(**paras. 6.40-6.41**)。

とができておらず、各漁業のリスクにはラベルが不正確であるリスクは含まれないとするパネル判断を是認する(para. 6.51)。

③ Margin of Error の意味について

メキシコは、認証要件及び追跡/検証要件に関して“margin of error”が存在しても、必ずしも 2016 Tuna Measures の目的と矛盾しないとのパネル認定を争う。メキシコは、2016 Tuna Measures は、“margin of error”又はラベルの正確性について誤りが認められる程度について想定していないと主張する(para. 6.54)。

メキシコは、“margin of error”とは、イルカ保護ラベルが最終的に不正確であることを意味することを前提とするが、パネルは、最終的なラベルの正確性は、ラベル要件の厳格さだけでなく、各水域・漁法のイルカへのリスクのレベルにも左右されるとの理解の下、当該用語を、認証要件及び追跡/検証要件の厳格さ(degree of strictness)の違いに関連して用いたと考えられる(para. 6.56)。すなわち、ラベルの正確性を担保するため、リスクが高い場合、より厳格なラベル要件が必要である一方、リスクが低い場合は、それほど厳格な条件は不要な場合もあり、パネルは、ラベルの正確性を担保する観点から、ラベル要件の厳格さが、各水域・漁法におけるイルカへのリスクに対応しているかを問題にしていたと考えられる(para. 6.58)。したがって、メキシコの主張を認めない(para. 6.59)。

(2) リスク評価の手法

パネル

ア リスク評価の手法

パネルが用いるべきリスク評価手法として、定量的な手法、定性的な手法又はその両者があるが、両当事国が主張するとおり、観察不可能な害の定量化が本質的に困難なことから、定量的な分析と定性的な分析の両方を用いるべきだと考える。そして、パネルとして客観的な評価(objective assessment)を実施すべき義務を負うことを踏まえると、可能な限り定量的な分析に依拠しつつ、リスクを正しく測定し、説明するために最も合理的方法である場合には定性的な分析によるべきと考える(para. 7.170)。

証拠として提出された科学的証拠は、必ずしも同じ分析手法を用いたり、整合的な方法で分析結果を示していないため、関連情報を比較可能な方法で抽出できるよう、標準的な基準(standardized benchmark)を用いる必要があるが、当事国は、どの基準を用いるべきかについて、異なる見解を有する(para. 7.171)。

メキシコは、PBR (Potential Biological Removal : 潜在的間引可能頭数)手法を基準とすべきと主張する(para. 7.175)。同手法は、個体群の持続可能性に不利な効果を与えること

なく、個体群から取り除くことができる個体数の最大値を計算することを可能とし、同手法を本件に適用することで、個体群として適切な個体数を維持したまま、死亡可能なイルカの個体数の最大値を推計できる(para. 7.184)。しかし、同手法は、各漁法がイルカ個体に与える影響でなく、個体群の維持をより問題とする点で、本件での利用に適していない(para. 7.185)。その理由として、2016 Tuna Measures は、各イルカが直面するリスクに対応することを目的としていること(paras. 7.186-7.188)、当該手法はイルカの個体群を危険にさらさないイルカへの害は考慮しない可能性があり、上級委員会が求める各水域・漁法のリスクの全体的なレベル(overall level of relatives risk)での評価が困難なこと(para. 7.189)、イルカ個体の死傷を問題とする 2016 Tuna Measures の構造等とも整合しないこと(para. 7.190)等が挙げられる。

米国は、網毎に見る手法(per set methodology)を用いるべきと主張する(paras. 7.196-7.199)。当該手法は、観察されたイルカの殺傷数を、一定期間における漁具の使用回数で割って算出される。ETP におけるイルカ囲い込み漁を例にとると、観察されたイルカの殺傷数の総数を、網の設置数(イルカ囲い込み漁のための網を設置し、網を漁船に引き込み、捕獲物を収穫する回数)で割ることで算出される(para. 7.204)。この手法は、ある漁業がイルカに及ぼすリスクの全てを示すものではなく、リスク特性を判断するための一事情でしかないことに留意する必要がある。当該手法は、イルカの死傷数という過去の事実は示すが、必ずしも同じ出来事が将来起こる可能性を示すものではないからである。また、定量的情報に依存するこの手法は、観察可能な害を評価するのに適しているが、観察不可能な害を評価するには適切でないことも留意が必要である(para. 7.205)。本件で提出された科学的証拠は、当該手法が、各漁業が有するリスクの程度を評価する手法として科学的に受け入れられ、世界中で幅広く用いられていることを示す。メキシコは、漁業の違いが、網の設置毎のイルカの殺傷数の比較に重大な影響を与え、当該比較を科学的に不合理とする証拠を提出していない。この手法は、イルカ個体の死傷を問題とする 2016 Tuna Measures の構造等とも整合的である。したがって、本件手法を用いることは適切である(paras. 7.210-7.214)。

イ 考慮すべきリスク

従前のパネル及び上級委員会の議論に基づけば、マグロ漁は、以下の種類の害をイルカに引き起こす可能性がある(para. 7.251)。

- a 観察可能な害(observable harm)：網を設置中に発生する重大な傷害等、検出及び報告の可能性のあるあらゆる種類の害。
- b 観察不可能な害(unobservable harm)：網の設置中に発生したことを示す証拠が生じない種類の害。
- c 観察された害(observed harm)：観察可能な害であり、実際に検出・報告された害。

- d 観察されていない害(unobserved harm)：観察可能な害だが、実際には検出・報告されていない害。
- e 直接的な害(direct harm)：漁具との直接の接触により生じる害。
- f 間接的な害(indirect harm)：漁具との直接の接触の結果としてもたらされる危害の結果生じる害。

ウ 各漁業のリスク

① イルカ囲い込み漁(setting on dolphins)

ETP での、イルカ囲い込み漁における、網毎の死亡率は、1000 網毎に 91.5(2009-2015 年平均)であった(para. 7.280)。観察可能な著しい傷害に対する高いリスクはない(paras. 7.281-7.282)。

観察可能な害のうち、観察されていない害の数を示す証拠はないが、イルカと接触する度合いが、観察されていない害の潜在的な大きさを示す代理変数(proxy)として機能すると考えられ(para. 7.283)、イルカ囲い込み漁法は、必然的に全ての網においてイルカとの接触が生じるため、全ての網において、観察されていない害が生じる可能性がある(para. 7.285)。

イルカ囲い込み漁法が、観察不可能な害(母子分離、筋骨損傷、免疫生殖能力への不利な効果等)を生じさせるとの従前の判断から外れる理由はない(para. 7.309)。その定性的な性格から、観察不可能な害が生じたイルカの頭数を推計できないが、当該害はイルカの追跡行為から生じること、毎年、ETP 水域では、600 万頭のイルカが追跡されていることから、各イルカは、観察不可能な害のリスクに晒されていると考えるのが合理的である(para. 7.310)。

② その他の巻き網漁(purse seine fishing)

巻き網漁法には、(i) school sets, (ii) イルカ囲い込み漁、(iii) sets on seamounts、(iv) floating object sets が含まれるが、ここでは、(i)(ii)(iv)の漁法(「その他の巻き網漁」という。)を対象とする(para. 7.313)。その他の巻き網漁は、ETP の一部、中西部太平洋(Western and Central Pacific Ocean)、インド洋(Indian Ocean)及び東部熱帯大西洋(Eastern Tropical Atlantic Ocean)で用いられているため、この漁法がイルカに与える害は、水域毎に検討するのが適切と考える(para. 7.326)。

東部熱帯太平洋(ETP)

イルカが死亡する割合は 1000 網当たり平均 0.2(2009-2014 年)、イルカが傷害を受ける割合は 0(2009-2014 年)である(para. 7.332)。また、イルカと接触する度合いが、観察されていない害の潜在的な大きさを示す代理変数として機能するところ、漁法の性格(マグロの所在特定のためイルカと接触することが不要)や、イルカが死亡する割合は 0.02%以下であることを踏まえると、観察されていない害が生じる程度は低いと考える(para. 7.333)。さらに、本漁法は、イルカとの接触を必要としない以上、イルカ囲い込み漁が生じさせるような観察不可能な害を生じさせない(para. 7.355)。

中西部太平洋(Western and Central Pacific Ocean)

観察された害について、イルカが死亡する割合は、1000 網当たり 2.64(2010 年)、1.2(2014 年)、2.2(2015 年)である一方、2007-2009 年の平均は、1000 網当たり 27.12 である。2014 年に 1 件、イルカの著しい傷害が報告されている(para. 7.365)。また、イルカと接触する度合いが、観察されていない害の潜在的な大きさを示す代理変数として機能するところ、この水域でイルカと接触する割合は小さく、イルカに観察されていない害が生じる可能性は低い(paras. 7.366-7.367)。さらに、本水域におけるその他の巻き網漁が、イルカ囲い込み漁により生じるような観察不可能な害を生じさせることを示す証拠は提出されていない(paras. 7.368-7.370)。

インド洋(Indian Ocean)

本水域におけるその他の巻き網漁は、イルカが死亡する割合は低い(1995-2011 年における最大値は 1000 網当たり 0.3)(para. 7.383)。また、イルカと接触する度合いが、観察されていない害の潜在的な大きさを示す代理変数として機能するところ、その他の巻き網漁においてイルカと接触する割合は小さく、観察されない殺傷は低いと考えられる(paras. 7.384-7.385)。さらに、両当事国とも、本水域におけるその他の巻き網漁法が、イルカ囲い込み漁により生じるような観察不可能な害を生じさせるとの主張を行っていない(para. 7.386)。

東部熱帯大西洋(Eastern Tropical Atlantic Ocean)

イルカが死亡する割合は、情報が提供された 4 期間のうち 3 期間において 0、1995-2011 年の期間において 1.30(1000 網当たり)であり、イルカが著しい傷害を受けたとして報告された件数も著しく小さい(para. 7.396)。また、イルカと接触する度合いが、観察されていない害の潜在的な大きさを示す代理変数として機能するところ、本水域でイルカと接触す

る頻度は低く、観察されない殺傷のリスクは低いと考えられる(paras. 7.397-7.398)。さらに、両当事国とも、本水域におけるその他の巻き網漁法が、囲い込み漁により生じるような観察不可能な害を生じさせるとの主張を行っていない(para. 7.399)。

③ 刺し網漁(Gillnet fishing)

観察可能な害について、オリジナル手続及び第 1 回履行確認手続において、パネルは、刺し網漁はイルカを死傷させると認定しており、当事国も、刺し網漁がイルカを死傷させることが可能であり、実際に死傷させている点に争いはないが、その程度について争いがある(paras. 7.436-7.437)。今回も、メキシコは、各水域において刺し網漁によりイルカが殺害されている証拠を提出しており、刺し網漁が、各水域でかなりの観察可能な害を生じさせていることを認定できる(para. 7.440)。但し、米国が提出する証拠は、刺し網漁が、一定の水域ではイルカに著しく破壊的な影響を与え得るが、一定の水域では当該害を与えない場合があることを示している(para. 7.442)。また、米国が提出した刺し網漁に関する網毎のデータも、上記理解を裏付ける(para. 7.443)。したがって、刺し網漁は、一部水域では高いレベルの観察可能な害を生じさせる一方、他の水域では同様の害を生じさせない(para. 7.444)。

観察不可能な害について、第 1 回履行確認手続において、パネルは、刺し網漁がイルカを死傷させる証拠は、刺し網漁がイルカ囲い込み漁と同様の観察不可能な害を生じさせることを示さないと認定しており、上級委員会も当該判断を維持した(para. 7.445)。メキシコの新たな証拠を踏まえても、刺し網漁がイルカ囲い込み漁と同様の観察不可能な害を生じさせることを推定するには不十分である(para. 7.456)。

④ はえ縄漁(Longline fishing)

はえ縄漁でイルカが死亡する割合は、継続的に低い(para. 7.470)。また、イルカと接触する割合が低い(1000 網当たり 15.31 等)ことを踏まえると、イルカに高いレベルの観察可能な害は生じないと考えられる(para. 4.471)。さらに、イルカと接触する割合が小さいことから、観察不可能な害のリスクも比較的小さいと考えられる(para. 7.479)。

⑤ 底引き網漁(Trawl fishing)

底引き網漁はイルカに一定のリスクを生じさせる可能性があるが、当該漁は、低・中程度のリスクを伴うものに過ぎないと考えられる。その理由として、底引き網漁は、イルカと接触せず実施可能なこと、観察された死亡数は一般的に少なく、観察された傷害の証拠もないこと、イルカと接触する可能性が低く観察されない殺傷のリスクは低いこと、イル

カ囲い込み漁により生じるような観察不可能な害を生じさせるとする証拠がないことが挙げられる(para. 7.494)。

⑥ 手釣り漁(Tuna handling)

手釣り漁が、観察可能な殺害を生じさせるとする証拠も、イルカ囲い込み漁により生じるような観察不可能な害を生じさせるとする証拠も存在しない(para. 7.511)。

⑦ 一本釣り漁(Pole and line fishing)

一本釣り漁は、イルカに対する観察可能な害のリスクも、観察不可能な害のリスクもない(para. 7.516)。

エ 総合考慮

我々が検討すべき問題は、イルカ囲い込み漁により捕獲されたマグロを用いたマグロ製品にイルカ保護ラベルの利用を認めない一方、上記の他の 6 つの方法で捕獲されたマグロを用いたマグロ製品は条件付きでイルカ保護ラベルの利用を認める 2016 Tuna Measures が、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて調整されているかである。したがって、7 つの漁法のリスク特性を比較評価する際、イルカ囲い込み漁と、他の 6 つの方法のそれぞれを比較することとする(para. 7.517)。

上記のとおり、イルカ囲い込み漁では、観察可能な害と観察不可能な害の両者がイルカに発生することを認定した。観察不可能な害は、イルカを追跡・包囲する過程で引き起こされ、母子分離、筋骨損傷、免疫生殖能力への不利な効果等が生じる。また、他の漁法ではイルカ囲い込み漁が生じさせるような観察不可能な害は生じさせないことを認定した。したがって、観察不可能な害については、イルカ囲い込み漁は、当該害を引き起こす唯一の漁法である(para. 7.518)。

観察可能な害について、ETP 内のイルカ囲い込み漁では、2009 年には 72 頭、2010 年には 57 頭、2011 年には 36 頭、2012 年には 13 頭、2013 年には 27 頭の重傷事例が生じたことが示されており、実際に重傷を負ったイルカの数は、上記報告数よりも多いと考えられる(para. 7.519)。刺し網漁は、特定の水域では高い割合でイルカに観察可能な害をもたらすが、他の水域では同じ害を及ぼさないことを認定しており、刺し網漁が引き起こす観察可能な害は、ETP 内のイルカ囲い込み漁が引き起こす害より明らかに低いことに留意する必要がある(para. 7.520)。底引き網漁は、イルカと接触する割合がごく僅かであるため、低・中程度のリスクの漁法であることを認定しており、ETP 内のイルカ囲い込み漁と比較して、イルカに観察可能な害を及ぼすリスクはるかに低いレベルであることは明らかである(para. 7.521)。イルカ囲い込み漁を用いない巻き網漁により生じる観察可能な害

は、ETP 内の囲い込み漁と比較して著しく低い(para. 7.522)。はえ縄漁については、この方法により引き起こされたイルカの死亡率は一貫して低く、観察されていない害も低いと考えられるため、ETP 内のイルカ囲い込み漁と比較して、イルカに対する観察可能な害は、はるかに低い(para. 7.523)。手釣り漁や一本釣り漁については、記録上の限られた量の証拠が、これら 2 つの方法は、一般的にイルカと接触せず、観察可能なイルカの害を引き起こさないことを示しているため、ETP 内のイルカ囲い込み漁と比較して、観察可能な害ははるかに少ない(para. 7.524)。

このとおり、6 漁法はイルカ囲い込み漁が生じさせるような観察不可能な害を生じさせず、観察可能な害に関しても、イルカ囲い込み漁とそれ以外の 6 漁法の重要な違いを考慮すると、イルカ囲い込み漁のリスク特性は、他の 6 つの漁法と比較して著しく高いと結論付ける(para. 7.525)。

上級委員会

ア 各水域における漁法のリスク特性を評価しているか

メキシコは、パネルは、各水域におけるリスク特性は評価せず、7 漁法のリスク特性を評価する等、各水域・漁法におけるリスク特性を適切に評価していないと主張する(para. 6.91)。

2016 Tuna Measures に関連する規制の区分が、イルカへのリスクに応じて適切に調整されているか正しく評価するために、特にイルカ囲い込み漁とその他の漁法のリスク特性を比較することが必要なため、パネルが、各漁法のリスク特性について結論を示したのは適切であったと考える(para. 6.93)。もっとも、認証要件及び追跡/検証要件がイルカへのリスクに応じて調整されているか評価するためには、パネルは ETP 内の大型巻き網漁とその他の漁業を比較する必要があると、パネルは、各漁法全体について結論を示すだけでなく、個々の漁業におけるイルカへのリスクについても調査することが必要であった(para. 6.94)。しかし、メキシコは、各漁業のリスク特性の認定について DSU11 条に基づく主張を行っておらず、パネルは、各漁法のリスク特性を評価するため各漁業に関する証拠に明示的に触れていること、一部情報は一般的な内容であり、ある漁法が用いられる全ての漁業に適用があることを踏まえると、メキシコの主張を認めない(para. 6.95)。

なお、メキシコは、各水域における各漁法のリスク特性を評価する際、全体的な相対リスクを平均化し、特定の水域ではイルカに非常に高いリスクがあることを無視したと主張する(para. 6.96)。しかし、ある漁法が、特定水域では高いリスクを有するが、他の水域では高いリスクを有さないとの認定と、その漁法全体のリスク特性がイルカ囲い込み漁のリスク特性より低いという結論とは矛盾しない(para. 6.97)。いずれにせよ、漁法全体についての一般的な結論を導き出す際、各漁業のリスク特性を誤って評価したと争うのであれば、当該主張は、法適用ではなく、証拠及び事実の評価に関連するが、メキシコは、DSU

11 条に基づく主張を行っていない以上、当該主張について判断しない(para. 6.98)。

イ ETP 内のイルカ囲い込み漁を不適切にベンチマークとして用いたか

メキシコは、他の漁業を評価する上で、ETP 内のイルカ囲い込み漁に関するリスク特性を不適切にベンチマークとして利用したと主張する(para. 6.100)。

しかし、パネルは、メキシコの主張と異なり、ETP 内のイルカ囲い込み漁をベンチマークとして用いておらず、仕掛け網毎の死傷率及びその他の証拠に基づき、各漁法及び漁業のリスク特性を比較した(paras. 6.103-6.104)。メキシコは、適格要件を検討する上で、一部要素について ETP 内のイルカ囲い込み漁のリスク特性を比較に用いたと指摘するが、これは、ETP 内のイルカ囲い込み漁に関する証拠のみが提出されていたからであり、他の要素については ETP 内での利用に限定されるものではない(para. 6.104)。

メキシコは、パネルが、ETP 内のイルカ囲い込み漁と他の漁法(全水域を対象とする)を比較することで、他の水域・漁法を用いて捕獲されたマグロも、ラベルの利用が拒否されるべきか検討しなかったと主張する(para. 6.105)。しかし、パネルは、適格要件については、漁法同士(イルカ囲い込み漁とそれ以外の漁法)、認証要件及び追跡/検証要件については、ETP 内の大型巻き網漁とその他の漁業を比較しており、メキシコの主張は前提が誤っている(para. 6.107)。いずれにせよ、メキシコの主張は、calibration analysis は各水域・漁法毎になされるべきことを前提とするが、当該分析は関連規制の区分に応じてなされるべきであり、メキシコの主張を認めない(para. 6.108)。

ウ 各網に関するデータ(per set data)に不適切に依拠したか

メキシコは、各網(per set)の証拠の検討に加えて、特定水域におけるイルカの持続可能性に関する証拠、特に PBR レベルを反映する証拠も考慮すべきであったと主張する(para. 6.122)。

Calibration analysis を適切に実施するために、パネルは、各漁法及び漁業の全体的な相対リスクを評価する必要があるが、この分析目的は、2016 Tuna Measures による不利な効果が正当な規制の違いによるかを評価するためである(para. 6.126)。2016 Tuna Measures の設計・構造等によれば、イルカ保護ラベルは、各イルカの幸福を問題としている以上、calibration analysis の対象となるリスクは、漁業の過程で殺傷される各イルカのリスクである(para. 6.127)。メキシコは、PBR レベルが、漁業の過程で殺傷される各イルカのリスクにどう関連するか説明していない以上、PBR レベルは、本件での利用に適していないとするパネル判断を支持する(para. 6.131)。

(3) 調整の有無

ア 適格要件

パネル

適格要件は、イルカ囲い込み漁及び公海流し網漁を用いて捕獲したマグロについては、イルカ保護ラベルの利用を認めないが、他の漁法で捕獲したマグロについては、一定条件の下、利用を認める(para. 7.532)。

イルカ囲い込み漁 ("setting on" dolphins)	公海流し網漁 (high seas driftnet)	その他
不適格	不適格	暫定的に適格性あり (認証要件及び追跡/検証要件を 満たす必要)

そして、以下のとおり、イルカ囲い込み漁及びその他の漁法のリスク特性に基づけば、適格要件は、各水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて適切に調整がされていると考えられる(para. 7.540)。

まず、各網毎の死傷率を比較すると、イルカ囲い込み漁は、他の漁法よりも、はるかに高く、イルカの観察される死傷リスクを有する点を認定した(para. 7.541)。イルカ囲い込み漁により生じる観察された害と、その他の漁法により生じる観察された害の程度は著しく異なっており、イルカ囲い込み漁は「特に有害」であるとするオリジナル手続及び第 1 回履行確認手続における判断は正当化される(para. 7.542)。また、イルカ囲い込み漁は、日常的かつ体系的にイルカと接触し、他の漁法よりイルカが死傷する可能性が高いため、イルカ囲い込み漁は、他の漁法より、観察されない死傷を引き起こす可能性が高いと考えられる(para. 7.543)。そして最後に、イルカ囲い込み漁は、その性質上、特有の観察不可能な害を生じさせる点で、同じ種類の観察不可能な害を生じさせない他の漁法と異なる(para. 7.544)。上記事情を全て考慮すると、2016 Tuna Measures に含まれる適格要件は、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて調整されていると結論付ける(para. 7.547)。

上級委員会

(ア) 各水域におけるリスク特性

メキシコは、パネルは、(各漁法のリスク特性は考慮したもの)各水域のリスク特性は

考慮していないとして、パネルによる、適格要件に関する calibration analysis は不適切であったと主張する(para. 6.156)。

TBT 協定 2.1 条にて我々が検討すべきは、2016 Tuna Measures により引き起こされた不利な効果が、正当な規制上の区分のみから生じるかである。本件紛争における不利な効果の一部は、適格要件がイルカ囲い込み漁とそれ以外の漁法を区分していることから生じる(para. 6.159)。したがって、適格要件が公平(even-handed)かを検討する際に、適格要件によるイルカ囲い込み漁とそれ以外の漁法の区分が、各漁法のリスク特性の違いにより説明できるかを検討する必要がある(para. 6.161)。パネルは、各漁法のリスク特性を比較するとの正しいアプローチを採用した。また、パネルによる、各漁法のリスク特性の評価が誤っているとのメキシコの主張も認められない。パネルのリスク特性の評価に法的誤りがない以上、パネルの結論を無効にする理由はない(para. 6.162)。

(イ) イルカ囲い込み漁以外の漁法のリスク特性

メキシコは、パネルに提出した証拠によれば、イルカ囲い込み漁以外の漁法も、定期的かつ相当な程度のイルカの死傷が示されており、適格要件が、このような漁法を不適格としないのは、適格要件が適切に calibrate されていないことを示すと主張する(para. 6.163)。

メキシコの主張は、2016 Tuna Measures の各要素が、どう連携・機能するか考慮していない。適格要件は、イルカ保護ラベルが認められる唯一の条件ではなく、適格要件により自動的に不適当とされなかった場合も、イルカ保護ラベルを利用するには、認証要件及び追跡/検証要件を満たす必要がある。したがって、メキシコの主張とは異なり、適格要件により暫定的に適格が認められる場合も、イルカに悪影響を及ぼす漁法により捕獲されたマグロが、2016 Tuna Measures の他のラベル要件(認証要件及び追跡/検証要件)を満たさない場合、イルカ保護ラベルを利用することはできない(para. 6.164)。

(ウ) ラベルの信頼性のリスク

メキシコは、規制が十分に及んでいない水域(監督が不十分、報告が信用できない、IUU 漁業が行われている、海上積み替えが行われている等)の方が、規制が十分に及んでいる水域より、イルカへの全体的なリスクが高いため、当該事情が存在する水域にて、イルカに悪影響を及ぼす漁法により捕獲されたマグロも、適格要件において不適格とされるべきと主張する(para. 6.165)。

しかし、前述のとおり、認証が不正確である等のリスクは、異なる水域・漁法におけるリスクではないとのパネル判断を支持する(para. 6.166)。いずれにせよ、メキシコは、パネル会合において、規制上の監督が不十分である水域等にて、イルカはより大きなリスクに晒されているとの主張を基礎付ける証拠はない旨を認めており(para. 1.167)、メキシコ

の主張は認めない(para. 6.168)。

イ 認証要件

パネル

(ア) 認証要件の概要

認証要件は、米国市場でイルカ保護ラベルを貼付する際に、特定の証明書の添付を要求するが、証明書の内容は、ETP内の大型巻き網漁により捕獲されたマグロを使用するか、その他の漁業により捕獲されたマグロを使用するかにより異なる。すなわち、ETP内の大型巻き網漁により捕獲されたマグロを使用する場合、船長及び監督官が、イルカ囲い込み漁を行っておらず、イルカが殺傷されていないことを認証する証明書を添付する必要がある。他方、その他の漁業により捕獲されたマグロを使用する場合、船長(但し、**Captain Training Course**を受講している必要)が、イルカ囲い込み漁を行っておらず、イルカが殺傷されていないことを認証する証明書を添付すれば足りる。但し、ETP内の大型巻き網漁以外でも、決定規定に基づき、イルカとマグロが共に行動する関連性を認められる、又はイルカの継続的かつ重大な死傷が発生しているとされた水域で捕獲されたマグロを使用する場合、監督官の認証も必要となる(para. 7.549)。

ETP内の大型巻き網漁 (ETP large purse-seine fishery)	・ 囲い込み漁を行っておらず、イルカが殺傷されていないことの 船長と監督官 の認証
その他の漁業 (all other fisheries)	・ 囲い込み漁を行っておらず、イルカが殺傷されていないことの 船長 の認証 ・ 船長が Captain Training Courseを受講していること ・ (日常的にイルカとマグロが共に行動する関係がある、又は日常的にイルカが殺傷されていると決定された場合)イルカ囲い込み漁を行っておらず、イルカが殺傷されていないことの 監督官 の認証

(イ) 調整の有無

① ETP内の大型巻き網漁は特別なりスク特性を有すること

適格要件と異なり、認証要件は、水域・漁法(あわせて漁業)に基づく区分を設けており、パネルは、2016 Tuna MeasuresによるETP内の大型巻き網漁とその他の漁業との区分が、適切に調整されているか検討する(para. 7.568)。

イルカ囲い込み漁は、ETP内でのみ日常的・体系的に実施されているとのオリジナル手

続及び第 1 回履行確認手続におけるパネルの認定は、引き続き、本件と関連する(para. 7.570)。また、我々は、イルカ囲い込み漁は、他の漁法と比較し、より高い割合で、観察可能及び観察不可能な害をイルカに引き起こす旨を認定した(para. 7.571)。

我々は、ETP 内の大型巻き網漁の全てにおいて、イルカ囲い込み漁が行われているわけではない点は理解するが、重要な点は、ETP 内では、他の水域と異なり、日常的・体系的に、イルカ囲い込み漁を行うことが認められており、実際に可能な点である(*permitted to and actually can set on dolphins in a consistent and systematic manner*)。認証要件の目的の 1 つは、法的・技術的にイルカ囲い込み漁が可能な場合も、イルカ囲い込み漁を行っていないことを認証する点にある。したがって、ETP 内の大型巻き網漁に特別なリスク特性(*special risk profile*)が認められるのは、単に ETP 内の大型巻き網漁にて、イルカ囲い込み漁が行われている事実のみによるのではなく、ETP 内でのみ、大型巻き網漁はイルカ囲い込み漁を行うことが許されており、可能との事実による。したがって、ETP 内の大型巻き網漁に特別のリスク特性を付与するのは、当該漁業において、イルカ囲い込み漁を行うことが法的・技術的に可能であり、イルカ囲い込み漁が日常的・継続的に行われていることを根拠とする (para. 7.572)。

② 特別なリスク特性に応じた調整

以上の考察を踏まえ、認証要件の違いが適切に調整されているか検討する。第 1 回履行確認手続にて、パネルは、ETP 内と ETP 外では、イルカと接触する程度が量的及び質的に異なるため、ETP 内の大型巻き網漁に、イルカの安全を監視する担当者を乗船させる必要があるが、その他の漁業では不要な点を認めた(para. 7.573)。

メキシコは、ETP 内の大型巻き網漁の方が、認証が困難であるとの考えを批判し、ETP 内の大型巻き網漁は、監督官の認証を求める点で、他の漁業より、イルカの殺傷についての認証が容易であると指摘する(para. 7.574)。しかし、メキシコの議論は、原因と結果を混同するものである。すなわち、メキシコは、ETP 内の大型巻き網漁では、訓練された監督官が乗船しており、イルカとの接触を監視する手順が確立していることを理由に、ETP 内の大型巻き網漁の方が、イルカの死傷の認証が容易であると主張する。しかし、訓練された監督官が ETP 内で必要とされ、イルカとの接触を監視する手順が確立しているのは、まさしく AIDCP の当事者が、ETP 内の大型巻き網漁の特別なリスク特性に基づき、当該保護措置を実施する必要があると考えたためである(para. 7.578)。したがって、ETP 内の大型巻き網漁では独立の監督官が必要なものの、その他の漁業では必要でない点は、漁業のリスク特性に応じて調整されているとの一応の立証がなされたとする第 1 回履行確認手続におけるパネルと異なる判断をする理由はない(para. 7.580)。

もっとも、第 1 回履行確認手続のパネルは、船長は、必ずしも、イルカの殺傷の有無を認証するのに必要な能力をいつも有するとは限らない点を理由に、認証要件の調整が不十分と判断した(para. 7.580)。これに対して、2016 Tuna Measures は、ETP 内の大型巻き

網漁以外の漁業においては、船長が“NMFS dolphin-safe captain’s training course”を完了したことの証明を求める(para. 7.581)。メキシコは、このプログラムによっても、上記パネルが認定した瑕疵は治癒されていないと主張するが(para. 7.581)、当該プログラムの内容等を踏まえると、米国が主張するように、ETP 内の大型巻き網漁とその他の漁業に適用される認証要件の違いは狭まったと考える(para. 7.595)。

新プログラムは、AIDCP の監察官が受けるべき訓練内容とは異なっており、当該点は、2016 Tuna Measures が、ETP 内の大型巻き網漁とその他の漁業の認証要件の違いを狭めたが、依然として差があることを示しており、この違いにより、船長のみが行う認証の方が、船長及び監督官が行う認証より不正確となる可能性がある(para. 7.599)。もっとも、この認証要件の違いは、各漁業の異なるリスク特性に応じて調整されていると考える(para. 7.600)。前記のとおり、calibration analysis において、2016 Tuna Measures に存在する“margin of error”と、各漁業のリスクの程度との関係を分析することが重要であり、ETP 内の大型巻き網漁の特別なリスク特性を踏まえると、ETP 内の大型巻き網漁により高い“margin of error”を認める一方、それ以外の漁業により低い“margin of error”を認める米国の措置は、調整がなされていると考える(para. 7.602)。具体的には、イルカとマグロがともに行動し、イルカが漁船と接触する程度は、ETP では特に著しいこと、ETP は、日常的・体系的に、イルカ囲い込み漁を実施することが法的・技術的に可能な唯一の水域であることから、AIDCP の締約国は、ETP 内の大型巻き網漁に監督官を配置する必要があるとしたと考えられる。他方で、他の漁業の比較的低いリスク特性(ETP のようにイルカとマグロはともに行動しないこと、他の漁法のイルカへのリスクが比較的小さいこと等による)は、2016 Tuna Measures が、監督官の配置を不要とした理由を説明する(para. 7.603)。

③ ラベルの正確性

メキシコは、ETP 内の大型巻き網漁以外に、より緩やかな認証要件が適用することで、ラベルの正確性が低下する場合、「公平」でないと主張する。その理由として、メキシコは、イルカ保護に関する情報が不正確であれば、消費者は適切な判断を行うことができず、2016 Tuna Measures の目的も達成できないため、ラベルの正確性は、調整の対象とはなりえない点を指摘する(para. 7.604)。

メキシコの議論は、認証手続により表示の正確性が担保されることを前提に置くようだが、認証手続によってもあらゆるイルカの死傷事例を発見できるわけではない。より重要なのは、誤表示の可能性(possibility of error)が、各水域・漁法におけるイルカへのリスクの違いと関連付けられているかである(para. 7.605)。したがって、イルカへのリスクが低い場合に“higher margin of error”を許容するが、イルカへのリスクが高い場合は“lower margin of error”のみを許容する措置は、調整が十分なされており、米国の措置は、ETP 内の大型巻き網漁とそれ以外の漁業がイルカにもたらす相対リスクをそれらのリスク特性

に応じて調整していると考える(para. 7.606)。

また、認証が不正確となるリスクは、各水域・漁法におけるイルカへのリスクのレベルに密接に関係していると考ええる。何故ならば、イルカとの接触がない場合、認証者が誤った認証を行う可能性は極めて低くなる一方、イルカとの接触が著しく高い場合、不正確な表示の可能性が高くなるからである。この意味で、不正確な認証の可能性は、監督者の有無だけでなく、異なる漁業における相対的リスク特性にも関係しているように思われ、リスク特性が高い場合は独立した監督者が必要になる可能性がある一方、リスク特性が比較的低い場合、船長の認証で十分な場合がある(para. 7.607)。したがって、監督者が乗船しているとの事実のみからでは、必ずしもその船が不正確な認証を生み出す可能性が低いということの意味するわけではない(para. 7.608)。

④ 決定規定による修正

最後に、認証要件は決定規定により補完される。詳細は後述するが、ここでは、2016 Tuna Measures が、第1回履行確認手続のパネル及び上級委員会が認定した決定規定間の違い(gap)を埋めた点を指摘する。すなわち、第1回履行確認手続において、パネルは、ETP 外の大型巻き網漁については、日常的にイルカが殺傷されている旨の認定を行うことができない一方、大型巻き網漁以外の漁業については、日常的にイルカとマグロが共に行動する関係にある旨の認定を行うことができなかったことから、決定規定は、ETP 大型巻き網漁以外の漁業に適用される認証要件の違いを拡大したと認定した(para. 7.609)。この点に対応するため、2016 Tuna Measures では、日常的にイルカが殺傷されている又は日常的にイルカとマグロが共に行動する関係にある旨の認定が行われると、監督官による認証を必要とするとされており、2016 Tuna Measures は、同じ程度のリスクが存在する漁業には、同じ要件を課すことができる柔軟性を与える。そのため、決定規定は、認証要件がリスクに応じて調整されるよう確保することを助けるものである(para. 7.610)。

⑤ 結論

これら理由より、2016 Tuna Measures における認証要件は、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて調整されていると考えられる(para. 7.611)。

上級委員会

(ア) 各漁業のリスク特性を比較したか

メキシコは、パネルは、各漁業のリスク特性を比較すべきであったと主張する。TBT 協定 2.1 条における「より不利でない待遇」の有無を検討する際に、輸入産品に不利な効果を

与える規制上の区分に着目すべきであるところ、2016 Tuna Measures は、認証要件については、ETP 内の大型巻き網漁とそれ以外の漁業を区分する。また、パネルは、認証要件に関し、各漁業のリスク特性を比較するという適切な手法を採用した。さらに、前述のとおり、パネルは、各漁業に関する入手可能な全ての証拠を検討した。パネルは、各漁業のリスク特性を検討した結果、ETP 内では、他の海域と異なり、大型巻き網漁船は、イルカ囲い込み漁を継続的・組織的に実施することが認められており、実際に行われていると判断した。したがって、我々の理解では、パネルは、各漁業のリスク特性を検討した上で、特別なリスク特性を有する ETP 内の大型巻き網漁と比較し、他の漁業は、イルカ囲い込み漁が継続的・組織的に行われていないという点において、同様のリスク特性にあると認定したと考える(para. 6.177)。

(イ) ラベルの不正確性を許容する程度を調整の対象としたのか

メキシコは、パネルは、ラベルの正確性の観点から、calibration analysis を行わず、逆に、ラベルが不正確であることがどの程度許容されるかとの観点から分析を行っており、calibration analysis を適切に行っていないと主張する。メキシコは、その根拠として、パネルが「より高い又は低い“margin of error”を許容したとしても、認証要件は 2016 Tuna Measures の目的と矛盾はしない」と述べた点を指摘する。パネルは、ラベルの不正確性を許容することが、2016 Tuna Measures の目的(消費者への情報提供、イルカ保護)とどう合理的に関連付けられるか説明していないと主張する(para. 6.185)。

しかし、パネルが“margin of error”について言及する部分を、その文脈に即して理解すると、パネルは、最終的なラベルの正確性を担保する目的から、ラベル要件の厳格さ(sensitivity of the labelling conditions)がイルカへのリスクの程度に応じて調整されているか、正しく検討したと考える。パネルが指摘するとおり、船舶に監督官が乗船していること自体は、必ずしも当該船舶がより正確な認証を行うことを意味しない。むしろ、ラベルの正確性は、報告要件だけでなく、漁業に応じて異なるイルカとの接触の程度や、死傷の程度など、様々な要因により決定される。したがって、監督官の乗船を求めることは、認証の正確性を高める可能性があるが、かかる対応策は、例えば、リスク特定が比較的低い漁業には、必ずしも必要でない措置である(para. 6.189)。

(ウ) 決定規定は、認証要件がリスク特性に応じ調整されることを助けるとのパネル認定は適切か

メキシコは、パネルによる、決定規定は、2016 Tuna Measures が、同様の状況を同様に扱うことを確保することを助け、認証要件が、各水域・漁法におけるリスク特性に応じて調整されることを助けるとの認定を争う(para. 6.192)。

すなわち、メキシコは、イルカの個体群の維持が困難となる状況について、認証要件が

調整されることを助けないと主張するが(para. 6.192)、イルカの個体群に関する主張は、既に排除したとおりである(para. 6.194)。

また、メキシコは、パネルは、決定規定において、特定の漁業において日常的にイルカが殺傷されているかを判断する上で、ETP 内のイルカ囲い込み漁において生じたイルカの死亡数の 20 年の平均値(1997-2017 平均値)が利用されている点を十分に考慮していないと主張する。メキシコは、特に、上記期間におけるイルカの死亡数の平均値が、(リスク特性における考慮期間である)2009-2015 年の平均値よりも高い点を問題として指摘する(para. 6.195)。メキシコの主張は、パネルの分析における 2 つの側面を混同すると考える。まず、パネルは、適格要件を評価する際に、ETP 内におけるイルカ囲い込み漁は、2009-2015 年において、平均 91.15 のイルカの死亡が生じたとの認定に基づき、全体として、イルカ囲い込み漁は、他の漁法と比較して、イルカに対するリスクがより高いと認定した。2 点目は、決定規定を評価する際、米国が決定規定において利用する方法(20 年平均値の利用)について分析を行った。したがって、パネルが、上記データを選択したのではない(para. 6.199)。

ウ 追跡/検証要件(tracking and verification requirement)

パネル

(ア) 追跡/検証要件の概要

マグロ製品は、追跡/検証要件を満たす場合のみ、イルカ保護ラベルを利用できる。2016 Tuna Measures は、イルカ保護ラベルの利用が認められるマグロ(dolphin-safe tuna)とそれ以外のマグロ(non-dolphin-safe tuna)を捕獲時点から加工工程の全体を通して隔離することを求めるが、ETP 内の大型巻き網漁で捕獲されたマグロと、他の漁業で捕獲されたマグロとは、その分離、追跡、検証に関して異なる要件が課されている。すなわち、ETP 内の大型巻き網漁で捕獲されたマグロは、AIDCP の追跡検証システム(AIDCP Tracking and Verification System)に従う必要があるが、その他の漁法で捕獲されたマグロは、2016 Tuna Measures が定める追跡/検証要件に従う必要がある(para. 7.613)。

ETP 内の大型巻き網漁 (ETP large purse-seine fishery)	AIDCP Tracking and Verification System を遵守
その他の漁法 (all other fisheries)	<u>NOAA regime</u> を遵守

AIDCP は、固有番号が付された TTF(Tuna Tracking Forms)を用いており、ETP 内の大型巻き網漁を行う場合、dolphin-safe sets で捕獲されたマグロと、non-dolphin-safe sets

で捕獲されたマグロを区分して記録するため 2 つの TTF を準備し、各網毎に、dolphin-safe sets と non-dolphin-safe sets のいずれに該当するか判断し、TTF に記録する(para. 7.638)。これに対して、(2016 Tuna Measures が定める)NOAA では、米国に輸入される全てのマグロ製品に Form 370 を添付する必要があるところ、dolphin-safe tuna と non-dolphin-safe tuna は、別々の Form 370 が必要となる。dolphin-safe tuna に添付される Form 370 には、必要となる認証とともに、マグロを捕獲した船、使用した漁具及びマグロが捕獲された漁が特定されている必要がある(para. 7.639)。また、NOAA では、米国のマグロ加工業者は、処理施設で受け取った全てのマグロにつき、月次報告を米国マグロ追跡検証プログラム(US Tuna Tracking and Verification Program)に提出する必要があり、当該報告書では、Form 370 に記載されている情報に加えて、追加的な情報を報告する必要がある。また、アメリカ海洋漁業局 (National Marine Fisheries Service : NMFS)には、漁船の埠頭検査、Form 370 の監視、製缶所の報告の監視等の検証活動を行う権限が与えられている(para. 7.640)。

また、缶詰製造の加工工程に関して、AIDCP では、dolphin-safe tuna と non-dolphin-safe tuna は同時に同じラインで加工することは禁止されており、また、荷降ろしの時点で、関連する TTF を所管官庁に送付しなければならない。他方、NOAA でも、dolphin-safe tuna と non-dolphin-safe tuna を混在することは禁止されているが、AIDCP の TTF と同等の情報を米国当局に送信することは義務付けられていない(para. 7.642)。

さらに、記録の保持に関して、AIDCP では、処理業者は、処理済みマグロ製品のロット番号から対応する TTF の番号に遡れる十分な記録を保持しなければならない。また、dolphin-safe として輸出されるマグロには、関連当局が発行する(dolphin-safe であることを示す)証明書が添付されている必要があり、そこには関連する TTF の番号が記載されている必要がある。他方、NOAA では、米国の輸入業者・加工業者は、2 年間、各流通段階に関する情報(貯蔵施設、運送業者、加工業者、卸売業者/卸売業者に関する情報を含み、NMFS が、イルカ保護ラベルが貼付されているマグロが実際にマグロ保護ラベルの要件を検証するための追跡等が可能な情報である必要)を収集・保管する必要があり、当該情報を、要求に応じて NMFS に提供しなければならない(para. 7.643)。加えて、NOAA では、決定規定により決定がなされた場合に限り、情報が正確であり、イルカ保護ラベルの要件等を満たすことを認証する船籍国の関連当局等が署名した書面が必要となる(para. 7.644)。

以上のとおり、AIDCP と NOAA には違いがあり、その 1 つとして、米国も認めるとおり、政府による監視に関連する違いが存在する。すなわち、AIDCP では、輸出向けマグロが、AIDCP のイルカ保護ラベルを用いる場合、政府当局から dolphin-safe であることを証明する証明書を添付する必要があるが、NOAA 制度では、そのような要件は存在しない(para. 7.647)。

(イ) 調整の有無

第1回履行確認手続のパネルは、2013 Tuna Measures の目的と追跡/検証要件に合理的な関連性がないと述べたが、当該判断に至る前提として、ETP 内の大型巻き網漁に適用される要件と他の漁業に適用される要件には、①深さ(depth)¹¹、②正確性(accuracy)¹²、③政府監視の程度(degree of governmental oversight)¹³において、重大な違いがある点を認定した(para. 7.614)。第1回履行確認手続において、上級委員会は、パネルの追跡/検証要件に関する判断の欠点を挙げたが(paras. 7.620-7.621)、当該分析を行うため、深さ、正確性及び政府監視の程度に着目した点は批判しなかったことから、我々は、2016 Tuna Measures の追跡/検証要件を、この3つの観点に着目して評価する(para. 7.622)。

① 深さ(depth)

深さ(depth)について、AIDCP では、各マグロが捕獲された網及び保管された魚倉(well)に遡ることが潜在的に可能だが、NOAA でも、マグロが捕獲された特定の漁・魚倉等に遡ることが可能であり、いずれの場合も、マグロが保管された魚倉に遡ることが可能な点で、要件の深さ(depth)に意味のある違いはない(paras. 7.654-7.656)。

② 正確性(accuracy)

正確性(accuracy)について、NOAA では、米国のマグロ加工業者・輸入者は、イルカ保護ラベルの要件が遵守されているか検証できるだけの情報を収集・保管し、要求に応じてNMFS に提供しなければならないが、これは、2013 Tuna Measures では、マグロが缶詰工場に到着するまでの流通過程を検証できないとした、第1回履行確認手続のパネルが示

¹¹ 第1回履行確認手続のパネルは、深さとは「マグロの捕獲・加工工程をどこまで遡ることができるか」を指すための概念と説明した。2013 Tuna Measures においては、ETP 内の大型巻き網漁で捕獲されたマグロは、捕獲された特定の網まで遡ることができたが、ETP 外では、マグロを捕獲した漁船・漁までしか遡ることができなかった(para. 7.615)。

¹² 第1回履行確認手続のパネルは、正確性とは「船長・監督官のある宣言が、マグロに割り当てられたロットを出して説明している信頼度」を意味すると説明する。パネルは、2013 Tuna Measures において、ETP 内の大型巻き網漁で捕獲されたマグロは、捕獲から生産に至るまで、同マグロに求められるマグロ追跡用紙を伴うが、ETP 外で捕獲されたマグロは、NOAA 体制の下では、特定の証明書が特定のロットのマグロとともに缶詰工場に届くまで保管されているか明らかでない(para. 7.616)。

¹³ 第1回履行確認手続のパネルは、政府監督の程度とは「国、地域、または国際機関が追跡・検証プロセスにどの程度関与しているか」を意味すると説明する。パネルは、2013 Tuna Measures において、ETP 内の大型巻き網漁で捕獲されたマグロは、捕獲から缶詰製造プロセスに至る各段階に関する情報が国や地域の当局に提供されていた(マグロ追跡用紙のコピーを送付され、あらゆる流通段階でも検討が可能であった)。また、マグロの所有権が変更された際、さまざまな国および地域当局に通知することが要求されていた。他方、NOAA 体制の下では、米国当局は米国マグロの缶詰工場のみから、毎月の報告を通じて、マグロの origin と流通の歴史に関する情報を受け取る(para. 7.617)。

した懸念に直接対応するものである(para. 7.657)。

③ 政府監視の程度(degree of governmental oversight)

政府監視の程度(degree of governmental oversight)について、第1回履行確認手続のパネルは、AIDCPでは、捕獲から缶詰製造に至る全工程における情報を政府当局に知らせる必要があり、どの工程でも、マグロが dolphin-safe であるか検証できるが、NOAAでは、記録の正確性を缶詰工場以降の流通過程しか検証できず、缶詰工場に到着する以前の流通過程を検証できない点に懸念を表明した(paras. 7.658-7.660)。2016 Tuna Measures では、マグロ輸入業者・加工業者は、2年間、各流通段階に関する情報を収集・保管する必要があり、NMFSは、マグロが缶詰工場に到着する前の流通過程も検証することが可能となった点で、AIDCPとの従前の違いが架橋された(paras. 7.662-7.663)。

しかし、米国も認めるとおり、AIDCPとNOAA間には、引き続き違いは存在する。例えば、AIDCPでは、事務局は、ある締約国がマグロを捕獲した漁船・漁に遡る上で必要な、他の締約国における加工業者の情報の提供を求めることができるのに対して(para. 7.665)、NOAAでは、NMFSは当該情報を米国の輸入業者・加工業者に依存する(para. 7.666)。また、AIDCPでは、輸出向けのマグロにAIDCPのイルカ保護ラベルを使用する際、関連当局が発行する dolphin-safe である旨の証明書を添付する必要があるが(para. 7.667)、NOAAでは、決定規定に基づきイルカへの高リスクが認定されない限り、同様の義務は課されない(para. 7.668)。したがって、2016 Tuna Measuresは、いくつかの側面で、AIDCPとNOAAの違いを狭めたが、政府監督の程度に関して依然として違いがある。もっとも、当該違いが存在すること自体は、2016 Tuna MeasuresがTBT協定2.1条に不整合であることを示すのではなく、当該違いが、各漁業のリスク特性に応じて調整されているか検討する必要がある(para. 6.670)。

この点を評価する際、前期のとおり、リスクが高い地域ではより厳格なメカニズム(sensitive mechanism)を使用し、リスクが低い地域ではそれほど厳格でないメカニズム(less sensitive mechanism)を使用することは、イルカのリスクに応じた調整が行われていると言える。本件では、ETP内の大型巻き網漁における特別なリスク特性(dolphin-safe tunaとnon-dolphin-safe tunaが生じる可能性が他の漁業と比較してより高い)を踏まえれば、その他の漁業により厳格でない要件を適用する一方、ETP内の大型巻き網漁により厳格な要件を課すことは、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクの違いと釣り合っていると考える(paras. 7.671-7.673)。

なお、決定規定は、2016 Tuna Measuresが、同様の状況を同様に扱うことを可能とする柔軟性を与えており、2016 Tuna Measuresが、異なる水域・漁法のイルカへのリスクに応じて調整されることを確保するため、追跡/検証要件と連携して機能する(para. 7.674)。

上級委員会

(ア) 監視の不十分性を考慮したか

メキシコは、パネルは、calibration analysis を行う際、監督当局による規制が十分か等を考慮していないと主張するが、メキシコは、当該事項に関するパネルの説明を完全に考慮していない(para. 6.234)。

まず、前述のとおり、新しい NOAA 制度では、NMFS は、缶詰工場に到着するまでのマグロの移動について、情報の正確性を確認することができるようになった(para. 6.235)。また、NOAA 制度は、追記/検証要件に違反する場合、罰則を課すことを認めており、米国商務省は、外国の船舶等に対する管轄権を有さないとしても、(米国の輸入業者等に罰則を課すことで)米国の制度を遵守させるのに必要な手法を有する(para. 6.237)。メキシコが強調した上記の要因が、イルカ保護ラベルの最終的な正確性に影響を与える可能性を排除するものではなく、イルカに対するリスクに合わせて調整が行われているかの評価にも関連するが、メキシコは、自らの主張を根拠付ける証拠を提出していない(para. 6.238)。

(イ) 決定規定についての判断が適切か

さらに、メキシコは、パネルは、第1回履行確認手続におけるパネル判断(ETP内の大型巻き網漁とその他の漁業との要件の違い)を考慮していないとして、「2016 Tuna Measures は、ETP 内大型の巻き網漁とその他の漁業との要件の違いを狭めた」とのパネル判断について争う(para. 6.240)。しかし、パネルは、第1回履行確認手続のパネル判断において、2013 Tuna Measures に関連する「同様の状況」が評価された方法を含め、上級委員会のガイダンスに従って、本件の「特定の状況」を十分に考慮したと考える。また、2016 Tuna Measures の改正内容が、AIDCP と NOAA の制度の違いを狭めたとのパネル判断に同意する(para. 6.244)。

エ 2016 Tuna Measures の総合評価

パネル

第1回履行確認手続における上級委員会のガイダンスにしたがい、2016 Tuna Measures が、各水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて調整されているか評価する上で、各要素を個別に分析するセグメント分析に依拠してはならず、当該分析を補完するため、要素間の重要な相互関係を考慮しながら、2016 Tuna Measures の総合評価を実施する必要がある(para. 7.704)。

2016 Tuna Measures は、マグロ製品に使用されたマグロを捕獲する際、イルカの死傷の有無に関する正確な情報を米国消費者に提供することで、イルカを害から守ることを目的とする(para. 7.705)。この目的を実現するため、適格要件は、イルカ安全ラベルの利用が認められない漁法と利用が暫定的に認められる漁法を区分するが、認証要件、追跡/検証要件及び決定規定がなければ、適格要件が定める当該区分により、2016 Tuna Measures の目的を達成することはできなかった。認証要件、追跡/検証要件及び決定規定は、イルカを有害な漁法から守るという目的を達成するために、適格要件をエンフォースするメカニズムとして機能する(paras. 7.706-7.708)。

すなわち、認証要件は、マグロを捕獲するために用いる漁法が、イルカに与える影響を(消費者に)正確に伝達することを担保することで、適格要件を強制し、2016 Tuna Measures の目的達成を支援する(para. 7.709)。認証要件がなければ、適格要件が定めた区分を監視するのは困難であり、米国の消費者は、マグロが、イルカを害する漁法により捕獲されたか知ることはできず、2016 Tuna Measures の目的は達成されない。このように、認証要件は、各漁業がイルカに生じさせる害の程度の違いを適切に考慮に入れた 2 種類の要件を提供することで、適格要件と共に機能し、適格要件を強化する(paras. 7.710-7.711)。

また、適格要件及び認証要件のみでは、2016 Tuna Measures の目的を達成することはできず、異なる漁法で捕獲されたマグロを、漁船上で保管し、荷降ろしし、缶詰工場へ引き渡す方法を管理する必要があるが、追跡/検証要件はこの機能を担う。追跡/検証要件は、各漁業のリスク特性の違いを考慮に入れ、2 つの異なる制度を提供することにより、適格要件及び認証要件を補完している(para. 7.712)。

さらに、決定規定は、適格要件、認証要件及び追跡/検証要件により構成される 2016 Tuna Measures の構造を補完して、漁業のリスク特性の変化する状況に適応する柔軟性を提供する。これにより、同様の状況が同様に扱われ、2016 Tuna Measures が、各水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて調整される体制の確立を保証する(para. 7.715)。

これらの考察に基づき、パネルは、2016 Tuna Measures は、全体として、各水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて調整されているという一般的な結論に達し、2016 Tuna Measures は、TBT 協定 2.1 条と整合的であると結論する(para. 7.717)。

上級委員会

メキシコは、適格要件、認証要件及び追跡/検証要件に関するパネル判断の瑕疵を理由に、2016 Tuna Measures 全体に関するパネル判断は、TBT 協定 2.1 条に不整合であると主張する(para. 6.253)。しかし、メキシコは、上記のとおり、パネルの、適格要件、認証要件及び追跡/検証要件に関する判断に誤りがあることを示していない(para. 6.255)。また、パネルは、決定規定が、認証要件及び追跡/検証要件と一体して機能することを認定する等、2016 Tuna Measures の各要素が「累積的かつ相互に関連性の高い性質」(cumulative

and highly interrelated nature)を有することを考慮したと考える(para. 6.256)。したがって、メキシコの主張を認めない(para. 6.257)。

2. GATT 20 条柱書について

パネル

本手続において、当事国は、2016 Tuna Measures が、GATT1.1 条及び 3.4 条に違反する点は争っておらず、我々も当事国に同意する(para. 7.729)。当事国は、本措置が、GATT20 条(g)に基づき暫定的に正当化されることも争っておらず、我々も当事国に同意する。したがって、当事国の意見の相違は、2016 Tuna Measures が、GATT20 条柱書が定める「恣意的又は不当な差別」(arbitrary or unjustifiable discrimination)の手段を構成するような方法で適用されているかどうかの問題に集中している(para. 7.730)。

上級委員会は、GATT20 条柱書の「恣意的又は不当な差別」に関して 3 つの分析要素を特定した：(i)措置の適用は差別をもたらすか、(ii)同一条件の国間で差別が生じているか、(iii)差別は恣意的又は不当であるか(para. 7.730)。

このうち、1 点目について、上級委員会は、第 1 回履行確認手続において、「改正された措置(注：2013 Tuna Measures)は、米国市場における競争条件を、メキシコ産品に不利に変更した」と認定したが、2016 Tuna Measures は、2013 Tuna Measures の全体的な構造を承継する以上、2016 Tuna Measures も、引き続き、同様の不利な効果を生じさせていると考える(para. 7.732)。

2 点目について、上級委員会は、第 1 回履行確認手続において、GATT20 条柱書との関係で、各国の置かれた条件(マグロ漁業に起因するイルカへの不利な効果)は同じだと述べており、当事国は、今回も異なる主張を行っていない(para. 7.738)。

3 点目について、上級委員会は、第 1 回履行確認手続において、ある措置が、GATT20 条柱書が定める「恣意的又は不当な差別」的な方法で適用されているかを判断する上で、TBT 協定 2.1 条と GATT20 条の類似点及び相違点を考慮する限り、他の協定との関係で行われた理由付けに依拠することは許されると述べた(para. 7.734)。我々は、TBT 協定 2.1 条に基づく主張に関して行った事実及び法的判断に依拠することが適切と考える。TBT 協定 2.1 条と GATT20 条の法文上の違い(すなわち、前者は不利な効果が正当な規制上の区分から生じるか検討する必要がある一方、後者はそのような要件がない点)を念頭に置くとしても、リスクに応じて調整が行われた措置が、GATT20 条が定める「恣意的又は不当な差別」を構成する方法で適用されているとは言えないと考える。いずれにせよ、当事国は、2016 Tuna Measures が、「恣意的又は不当な差別」を構成する方法で適用されているかの判断は、パネルの TBT 協定 2.1 条に整合すると考えるかとの判断に依存すると述べる(para. 7.739)。

以上より、2016 Tuna Measures は、GATT20 条により正当化される(para. 7.740)。

上級委員会

上級委員会は、GATT20 条柱書と TBT2 条 1 項の分析の間に重要な類似点があることを見出した。特に、上級委員会は、「同一条件下にある国々の中の恣意的又は不当な差別」という概念は、GATT20 条の柱書及び TBT 協定序文の第 6 項に存在し、当該点は、TBT 協定 2.1 条を解釈する上で文脈(context)を提供することを確認した。同時に、上級委員会は、これらの規定間に、法的基準、並びに主な機能及び範囲の点で違いがあることに注意すべき点も述べた。特に、TBT 協定 2.1 条に基づく分析は輸入製品への不利な効果を生じさせる規制上の区別を問題とするが、GATT20 条柱書にて検討する差別は必ずしも GATT の規定(例えば GATT1 条や 3 条)と不整合とされた差別と同じものではない(para. 6.272)。しかし、本件では、GATT20 条柱書にて分析がなされる差別は、パネルが、TBT 協定 2.1 条との関係で検討した規制上の区分に基づき生じた不利な効果と同じである(para. 6.277)。

そして、輸入品への不利な効果を生じさせる規制上の区分と、2016 Tuna Measures の目的との合理的な関係性は、TBT 協定 2.1 条に基づく適切な calibration analysis において検討される(para. 6.278)。また、既に検討したとおり、パネルは 2016 Tuna Measures に関して、calibration analysis を適切に行った(para. 6.279)。

以上を踏まえると、我々は、パネルによる、2016 Tuna Measures が、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて調整されている場合、GATT20 条が定める「恣意的又は不当な差別」を構成する方法で適用されているとは言えないとの判断に同意する(para. 6.281)。

IV. 解説

1. 本件の意義

本件は、2008 年以來、10 年以上にわたり争われてきたマグローラベリング事件の第 2 回履行確認手続である。本件では、上級委員会が、オリジナル手続及び第 1 回履行確認手続にて明確化した TBT 協定 2.1 条の解釈、特に *calibration analysis* の考え方を踏襲している点で、TBT 協定 2.1 条の解釈について、新たな判断を示すものではないと考えられる。

他方で、本件は、先例が発展させた TBT 協定 2.1 条の解釈を、具体的な事実に適用した上で、最終的に、最終的に米国の措置は TBT 協定 2.1 条に整合するとの判断を示した点で、TBT 協定 2.1 条の適用方法を明らかにした点で意義を有すると考えられる。すなわち、第 1 回履行確認手続において、上級委員会は、パネルは、*calibration analysis* を適用する前提として、各漁業が有するリスク特性を適切に認定していない(具体的には、イルカへのリスクのうち、観察されない害については認定したが、観察される害については認定していない)と述べた上で、当該観点からは、米国の措置が TBT 協定 2.1 条に基づき正当化されるか検討を完了できないとした¹⁴。今回、パネルは、上級委員会による上記指摘を踏まえて、各漁業が有するリスク特性(観察される害及び観察されない害)を再度認定し、当該認定に基づき *calibration analysis* を実施した上で、米国の措置は TBT 協定 2.1 条に整合すると判断した(上級委員会も同パネル判断を是認)。

このとおり、本件は、本件における具体的な事実の下ではあるものの、どのような場合に TBT 協定 2.1 条に不整合とならないか一例を示した点で、今後の TBT 協定 2.1 条の紛争に、重要な示唆を与えるものであると考えられる。そこで、以下では、オリジナル手続及び第 1 回履行確認手続等を通じて発展してきた TBT 協定 2.1 条及び *calibration analysis* の解釈について再度整理した上で、本件では、どのようなあてはめが行われており、その射程をどのように理解すべきか検討する。

以上に加えて、本件において、上級委員会は、TBT 協定 2.1 条の分析内容を GATT20 条柱書の分析に用いることを認めたが、当該判断の射程についても検討する。

2. TBT 協定 2.1 条と *calibration analysis* の位置づけ

上級委員会は、*US-Clove Cigarettes* 事件において、TBT 協定 2.1 条違反を主張するためには、①強制規格であること、②国産品と(問題とされた)輸入産品が同種であること、

¹⁴ Appellate Body Report, *US - Tuna II (Mexico)(21.5 - Mexico)*, para. 7.266.

③輸入産品に不利な待遇を与えていることを示す必要がある点を明らかにした¹⁵。また、③の要件について、(i)輸入産品の競争条件に不利な効果が生じていることを示すだけでは不十分であり、(ii)当該不利な効果が、もっぱら正当な規制の区分からくるものかを更に検討しなければならないとした¹⁶。上記要件のうち、「当該不利な効果が、もっぱら正当な規制の区分からくるものか」(上記(ii))については、その後の判例において基準の明確化が図られた。

すなわち、上級委員会は、*US-Clove Cigarettes* 事件において、「当該不利な効果が、もっぱら正当な規制の区分からくるものか」を検討する上で、措置がデザイン・構造等に基づき「公平」(even-handed)か検討すべきことを提示した¹⁷(同事件の約1ヶ月に公表されたマグローラベリング事件(オリジナル手続)の上級委員会報告書も踏襲¹⁸)。そして、上級委員会は、*US-Clove Cigarettes* 事件の約2ヶ月後の2012年6月に公表された*US-Cool* 事件(オリジナル手続)の上級委員会報告書にて、措置が「公平」(even-handed)でない場合の一例として、措置が「恣意的又は不公正な差別」(arbitrary or unjustifiable discrimination)となる方法でデザイン・適用されている場合を例示した¹⁹。

その後、2013年11月に公表された*EU-Seal Products* 事件のパネル報告書は、「恣意的又は不公正な差別」の有無を判断する上で、GATT20条柱書に関する先例を参照し、措置の目的と規制上の区分の間に合理的な関連性があるかを検討すべきとの基準を示した²⁰。この考えは、2014年10月に公表された*US-Cool* 事件(第1回履行確認手続)のパネル報告書²¹及び2015年4月に公表されたマグローラベリング事件(第1回履行確認手続)のパネル報告書でも踏襲され²²、最終的に、上級委員会も当該判断を是認した。すなわち、上級委員

¹⁵ Appellate Body Report, *US - Clove Cigarettes*, para .87.

¹⁶ Appellate Body Report, *US - Clove Cigarettes*, para .182.

¹⁷ Appellate Body Report, *US - Cool*, para .182. なお、上級委員会は、規制対象となったクローブ入りタバコとメンソールタバコは、いずれも若年層の喫煙を促進する特性を持っていることを認定した上で、若年層の喫煙を減少させるとの措置の目的との関係では、クローブ入りタバコのみを禁止することは正当化されないと判断しており(同パラ 233)、事実上、目的と規制上の区別との合理的関連性を問題とするアプローチを採用していたとも評価できる。

¹⁸ Appellate Body Report, *US - Tuna (original)*, para. 225. なお、上級委員会は、最終的には、不利な効果を生じさせる規制上の区別が、異なる水域・漁法におけるイルカへのリスクに応じて調整(calibrate)されていないとの判断を行ったが(パラ 297)、当該 calibration analysis と、措置が公平(even-handed)かを検討すべきとの基準との間の関係性は、必ずしも明らかにされていない。

¹⁹ Appellate Body Report, *US - Cool (Original)*, paras. 272, 341. なお、上級委員会は、輸入産品に不利な効果を生じさせる記録作成及び監査要件(recordkeeping and verification requirements)は、原産地の情報を消費者に伝達する必要性からは「説明できない」ことを理由に、規制上の区分は「恣意的又は不当な差別」に当たると判断しており(para. 349.)、事実上、目的と規制上の区別との合理的関連性を問題とするアプローチを採用していたとも評価できる。

²⁰ Panel Report, *EC - Seal Products*, paras. 7.256-7.259. なお、当該パネル判断の妥当性について、上級委員会は判断を示していない。

²¹ Panel Report, *US - Cool (21.5)*, para 7.214.

²² Panel Report, *US - Tuna II (Mexico)(21.5 - Mexico)*, para. 7.91.

会は、措置が公平(even-handed)かを検討する上で、不利な効果を生じさせる規制の区分が「恣意的又は不当な差別」として設計・適用されているか検討してもよく、当該検討の一手法として、「差別が政策目的と合理的に関連し、調和しているか」(whether the discrimination can be reconciled with, or is rationally related to, the policy objective)を検討する方法があることを明らかにした²³。

以上に加えて、上級委員会は、マグロラベリング事件(第 1 回履行確認手続)において、措置が公平(even-handed)であるかと、措置が調整(calibrated)されているかは別の法的判断基準を定立するものではない点を強調した²⁴。また、上級委員会は、本件の第 2 回履行確認手続において、calibration analysis では、規制上の区別と政策目的との合理的関連性を考慮する以上、調整(calibration)が適切に行われていれば、規制上の区別は「恣意的又は不公正な差別」には該当しないとした²⁵。

このとおり、上級委員会は、措置が輸入産品に不利な待遇を与えているか、特に公平(even-handed)かを検討する一手法として、不利な効果を生じさせる規制上の区別と政策目的との合理的関連性を分析してもよく、calibration analysis は、当該合理的関連性を分析する一手法であることを明らかにした。

3. Calibration analysis の適用について

(1) 規制上の区分

上記のとおり、TBT 協定 2.1 条の要件である「より不利でない待遇」であることを示すために、措置が輸入産品に不利な効果を与える形で競争条件が変更したことに加えて、当該効果が輸入産品を差別的に取り扱ったことにより生じたこと(公平ではないこと)を示す必要がある。そのため、措置が公平かを検討する上で問題とされるべきは、措置の全体ではなく、あくまでも、輸入産品に不利な効果を生じさせる規制上の区分である。本件パネル及び上級委員会は、calibration analysis において、調整の有無が問題とされるのは、輸入産品に不利な効果を生じさせる規制上の区分に限定される点を繰り返し強調するが、当該アプローチは、従来先例に沿うものである。

本件では、パネルは、イルカ囲い込み漁で捕獲されたマグロはイルカ保護ラベルの利用が認められない一方、それ以外の漁法で捕獲されたマグロは異なる取り扱いを受けている点を理由に、2016 Tuna Measures により、主にイルカ囲い込み漁を利用するメキシコ産品に不利な効果が生じている点を認定しており²⁶、2016 Tuna Measures が、イルカ囲い

²³ Appellate Body Report, *US - Tuna II (Mexico)*(21.5 - Mexico), para. 7.92.

²⁴ Appellate Body Report, *US - Tuna II (Mexico)*(21.5 - Mexico), para. 7.98.

²⁵ Appellate Body Report, *US - Tuna II (Mexico)*(Second 21.5 - Mexico), para. 6.13.

²⁶ 本件パネル paras. 7.77 - 78.

込み漁とそれ以外の漁法で異なる取り扱いを行っている点が、措置が公平であるかを検討する上で問題とされるべき規制上の区分であるとの認識であったと考えられる(これを裏付けるように、パネルは、最終的な結論において、**2016 Tuna Measures** におけるイルカ囲い込み漁とそれ以外の漁法の区別は、正当な規制上の区分のみから生じていると認定している²⁷⁾。

当該観点から本件を見返すと、パネルは、適格要件との関係では、イルカ囲い込み漁とその他の漁法とで異なる取り扱いが定められていることに着目し、当該規制上の区分が、イルカへのリスクに応じて調整されているか検討しており、**2016 Tuna Measures** 全体として問題とすべき規制上の区分と、実際にパネルが、適格要件との関係で検討した規制上の区分との間に相違はない。他方、パネルは、認証要件及び追跡/検証要件との関係では、**ETP** 内の大型巻き網漁とそれ以外の漁業で異なる取り扱いが定められていることに着目し、当該規制上の区分が、イルカへのリスクに応じて調整されているか検討しているが、当該検討が、最終的に、何故、**2016 Tuna Measures** が、イルカ囲い込み漁とその他の漁法で異なる取り扱いを定められている点を正当化するのか、必ずしも明確ではない。但し、パネルは、認証要件及び追跡/検証要件は、適格要件を実施(enforce)するための規定と説明していることや²⁸⁾、認証要件及び追跡/検証要件が、イルカへのリスクに応じて調整(calibrate)されている根拠とし、**EPT** 内の大型巻き網漁の特有のリスク特性(イルカ囲い込み漁が継続的・組織的に行われている)を強調していることを踏まえると²⁹⁾、認証要件及び追跡/検証要件の検討でも、実質的には、イルカ囲い込み漁との関係で厳格な手続要件を課すことが適切であったかを問題としていたと捉えることもでき、仮にそうであれば、もう少し説明が必要であったと考えられる。

本件のように、問題とされる措置が複数の要件や要素から構成される場合、**TBT2.1** 条との関係で検討すべき規制上の区分をどう設定し、当該規制上の区分と、各要件・要素との関係をどう整理すべきかが問題となり得る点で、本件判断は、実務上、重要な事例を提供すると考えられる。

(2) 考慮すべきリスクの範囲

上記のとおり、「より不利でない待遇」、特にその一要素である「当該不利な効果が、もっぱら正当な規制の区分からくるものか」を検討する一手法として、規制上の区分と政策目的との合理的関連性を分析する場合、問題とされた措置の政策目的をどのように理解するかが重要となる。

この点、本件では、**2016 Tuna Measures**(正確には問題とされた規制上の区分)が、イル

²⁷⁾ 本件パネル para. 7.717.

²⁸⁾ 本件パネル paras. 7.706-7.708.

²⁹⁾ 例えば、本件パネル para 7.572 参照。

カへのリスクとの関係で、適切に調整されているか検討すべき点について、米国及びメキシコ間に認識の相違はなかった。もっとも、メキシコは、**calibration analysis** に追加して又は当該分析の中で、その他のリスク(ラベルが不正確であるリスク等)との関係も検討すべきとの主張を展開した。メキシコが、当該主張を展開した背景には、(多くのメキシコ漁船が実施する)ETP 内での巻き網を利用したイルカ囲い込み漁が、その他の漁業と比較して、イルカの生命・身体を害するリスクが高いことはある程度明白な中、イルカの生命・身体へのリスクのみに着目すると、最終的には、メキシコ漁船が捕獲したマグロに最も厳しい要件が課されるラベリング制度が存続してしまうとの懸念があった可能性がある。

本件パネル及び上級委員会は、オリジナル手続及び第 1 回履行確認手続において、規制上の区分がイルカに生じるリスクに応じて調整されているか検討すべきと述べていた、ラベルの不正確性はイルカに生じるリスクではない等、メキシコの主張は形式的に排除したが、この点は、措置の政策目的を正確に理解することの重要性を、改めて示すと考えられる。すなわち、本件パネルが述べたとおり(上級委員会も是認)、措置の目的をどのように理解するかにより、何を基準に調整を行うべきか変わってくる。例えば、2016 Tuna Measures は、イルカへの害を防止するとの政策目的を有するため、イルカに生じるリスクとの関係で調整が行われているかが問題とされたが、仮に政策目的が異なれば、その検討対象も異なる。その意味で、本件では直接問題とはされなかったが、TBT 協定 2.1 条を検討していく上で、問題とされる措置の政策目的が何かを特定することは重要であるが、この点は、GATT20 条とは異なり、申立国側に主張立証責任があることからより一層問題となる。

(3) 調整(Calibration)の方法・程度

本件パネルは、各水域・漁法におけるイルカへのリスクを評価する際に、定量的な証拠と定性的な証拠の両方を考慮すべきとしつつ、特に定量的な証拠を重視する姿勢を示した上で、各水域・漁法における網毎(per set basis)のイルカの死傷数を比較するという手法を採用した³⁰。本件パネルは、定量的な証拠を重視する理由について、パネルは、「客観的な評価」(DSU11 条)を行う義務を負っている点とのみ述べ、それ以上の理由は説明しない(上級委員会でも問題とされていない)。

この問題は、どの程度厳格に **calibration** の有無を検討すべきかとの点とも関係するが、本件で定量的な証拠が重視された理由として、米国及びメキシコの両国が、どの定量的な証拠を用いるべきか争うものの、定量的な証拠を利用すること自体には同意していた点に関係している可能性がある。

この点、本件パネルが言及した DSU11 条は、パネルが「客観的な評価」を行うことを求

³⁰ 但し、実際のあてはめでは、リスクの性質や入手可能なデータの限界から、定量的な分析のみでは、イルカへのリスクを完全に評価することは不可能であるとして、定性的な証拠(例えばイルカとマグロが共に行動する程度)にも大きく依拠している。

めるが、パネルが重視すべき証拠の種類について、特段規定していない。また、過去の TBT 協定 2.1 条の事例を見ても、必ずしも、定量的な証拠を重視する姿勢は示されていない。例えば、若年層の喫煙リスクを理由にクローブ入りタバコの販売を禁止する米国の措置の TBT 協定 2.1 条整合性が問題とされた *US-Clove Cigarettes* 事件において、上級委員会は、クローブ入りタバコとメンソール入りタバコは、若年層の喫煙を促進する特性を共に有するとパネル認定に依拠して、TBT 協定 2.1 条整合性を否定したが³¹、そこでは特段定量的な証拠に触れられていない。また、*EU - Seal Products* 事件においても、パネルは、輸入・販売が認められる先住民狩猟と、一般のアザラシ狩猟は、類似した物理的環境や狩猟方法の下で行われるため、人道的な屠殺方法を実施する上での困難さに違いなく、EU が輸入・販売の禁止の根拠とした動物福祉の観点からは同様であることを理由に、政策目的との合理的関連性を否定しており³²、定量的な証拠に依拠していない。

但し、上記で挙げた *US-Clove Cigarettes* 事件も *EU - Seals Products* 事件も、一部の製品の輸入・販売を禁止する措置が問題とされた事案である点は注意を要する。すなわち、これら事案では、ある製品の輸入・販売を禁止する一方、他の製品の輸入・販売を認めることは正当化できるかが問題とされたが、この場合の検討は、基本的に、製品の輸入・販売を禁止する理由が、輸入・販売を認める製品にも妥当するかを中心に行えば足り(すなわち、規制の要否が検討の中心)、比較的、定性的な証拠による説明が容易な事案であったと考えられる。他方、本件では、EPA 内のイルカ囲い込み漁にも、それ以外の漁業にも規制が設けられていることを前提に、規制の厳格さの違いが正当化されるかが問題とされており、このような場合、規制の要否に加え、どの程度厳格に規制すべきか(規制の程度の妥当性)が問題となるため、調整の有無を立証する上で、定量的な証拠による分析が必要(又は親和性がある)事案であった可能性がある³³。

以上のとおり、本件は、TBT 協定 2.1 条整合性の検討において、定量的な証拠が必須となる点まで述べた事案とは評価できないものの、今後も、事案次第では、必要な立証を行う観点から、定量的な証拠が重要となる可能性がある。

4. TBT 協定 2.1 条と GATT20 条の関係

本件では、メキシコが、2016 Tuna Measures が TBT 協定 2.1 条に整合しないと主張を展開したのに加え、GATT1.1 条及び GATT3.4 条にも整合しないと主張を展開したため、2016 Tuna Measures は、GATT20 条により正当化されるかも問題とされた。特に、

³¹ Appellate Body Report, *US - Clove Cigarettes*, para .225.

³² Panel Report, *EC - Seal Products*, paras. 7.272 - 7.274.

³³ なお、本件では、ETP 内のイルカ囲い込み漁とその他の漁業との間で、網毎のイルカの死傷数に相当な違いがあったため、定量的な証拠に基づき、ETP 内のイルカ囲い込み漁について厳格な要件を課すことを説明できたが、事案によっては、定量的な証拠を用いても、どこで線引きをすればよいのか(どの値以上であれば規制が正当化されるか等)との問題は生じうる。

2016 Tuna Measures が TBT 協定 2.1 条に整合するとの判断が、GATT20 条により正当化されるかを検討する上で、どの程度考慮されるべきかが問題とされた。

この点、TBT 協定 2.1 条と GATT20 条(特に柱書)の関係について、上級委員会は、*EC-Seal Products* 事件において、両者には共通する面も多いが、重要な相違点もあることを理由に、GATT20 条柱書の固有の要件に照らした分析が必要(TBT 協定 2.1 条と同一の判断枠組みを適用するのは不適切)と述べている³⁴。もっとも、上級委員会は、マグロラベリング事件(第 1 回履行確認手続)では、TBT2.1 条における分析内容は、GATT20 条柱書の分析において参照する余地を認めており³⁵、一定の場合、TBT 協定 2.1 条整合性の分析内容を、GATT20 条柱書の分析に用いることを認めた。本件は、上記のような判断を踏襲した上で、TBT 協定 2.1 条整合性の分析内容を、GATT20 条柱書の分析に用いることが許される具体的な状況を示した点に意義がある。

すなわち、本件で、パネルは、詳細な理由付けを行うことなく、TBT 協定 2.1 条に基づく主張に関して行った事実及び法的判断に依拠できると述べたのに対し、上級委員会は、より詳細な理由付けを行った上で、パネル判断を是認した。すなわち、上級委員会は、①TBT 協定 2.1 において問題とされた差別と、GATT20 条柱書で問題とされる差別は、本件では同様なこと(ETP 内のイルカ囲い込み漁とそれ以外の漁業で異なる取り扱いがなされていること)、②TBT 協定 2.1 条の分析において、上記差別が政策目的と合理的に関連していることを認定したことを理由に、TBT 協定 2.1 条における分析内容と同様の理由から、GATT20 条柱書の要件を満たすとしたパネル判断を是認した³⁶。

このとおり、上級委員会は、本件事案において、TBT 協定 2.1 条と GATT20 条柱書で問題とする差別が同様であることを理由に、TBT 協定 2.1 条における分析内容を GATT20 条柱書の分析において参照できると述べたが、その裏返しとして、TBT 協定 2.1 条と GATT20 条柱書が、異なる差別を問題とする場合、TBT 協定 2.1 条と GATT20 条柱書の分析内容は異なってくると考えられる。上述のとおり、TBT 協定 2.1 条において検討対象となる差別は、不利な効果を生じさせる差別に限定されるが、GATT20 条柱書において検討対象となる差別には当該制限が及ばないことから、このような状況が生じる可能性も否定されない。

5. 上級委員会による事実認定への関与の問題

最後に、米国は、近年、上級委員会は、パネルの事実認定の妥当性に詳細に立ち入って

³⁴ Appellate Body Report, *EC - Seal Products*, paras. 5.307 - 5.313.

³⁵ Appellate Body Report, *US - Tuna II (Mexico)(21.5 - Mexico)*, para. 7.347.

³⁶ Appellate Body Report, *US - Tuna II (Mexico)(Second 21.5 - Mexico)*, paras. 6.277-6.281.

いるとの批判を展開しているが³⁷、本件でも、上級委員会は、パネルの事実認定の妥当性について詳細に検討していると見られる箇所もあり、上級委員会とパネルの役割分担(特に上級委員会はパネルの事実認定にどこまで介入すべきかの問題)についても、問題を投げかける。

この点、DSU17.6 条は、「上級委員会への申立ては、小委員会の報告において対象とされた法的な問題及び小委員会が行った法的解釈に限定される。」と規定し、上級委員会への申立てを、パネル報告書で対象とされた法的問題(issues of law)及び法定解釈(legal interpretation)に限定することで、上級委員会の役割を法律審に限定する。もともと、上級委員会は、法的問題(issue of law)に該当するとの理由に基づき、事実上、パネルによる事実認定の妥当性について審理する余地がある。

すなわち、DSU11 条は、「小委員会は、自己に付託された問題の客観的な評価(特に、問題の事実関係、関連する対象協定の適用の可能性及び当該協定との適合性に関するもの)を行い、及び同機関が対象協定に規定する勧告又は裁定を行うために役立つその他の認定を行うべきである。」と規定するところ、上級委員会は、パネルが「客観的な評価」(objective assessment)に基づいて事実認定を行ったかは法的問題に該当するとして、上級委員会の審理対象となり得ることを認めている³⁸。確かに、上級委員会は、事実認定に関するパネルの裁量を尊重する観点から、上級委員会がパネルの事実認定を覆せるのは、パネルがその裁量を逸脱した場合のみに限定するとして、一定の制約を課しているが、当該基準が緩やかに判断される場合、上級委員会がパネルの事実認定の妥当性について判断する可能性は高まり、上級委員会を法律審に限定した DSU17.6 条の趣旨が没却される可能性がある。

また、上級委員会は、WTO 協定の要件の事実へのあてはめの問題(以下「あてはめの問題」という。)は法的問題に該当するとする。その結果、WTO 協定上の要件を具体的な事実関係にあてはめ、WTO 協定不整合の有無を判断するパネルの判断過程も上級委員会の審理対象となりうる。当該あてはめの問題は、ある事実の有無を判断するだけで決着する場合もあるが、WTO 協定上の要件によっては、様々な事情を考慮したケースバイケースの判断が必要となる場合もあり、このような場合、パネルは、どのような事情を考慮すべきであったかとの検討が伴う点で、パネルによる事実認定の妥当性も、一定の範囲で審理する必要が生じると考えられる。

本件では、両当事国とも、上級委員会の審理において DSU11 条違反の主張は展開しなかったため、上級委員会も、パネルによる事実認定の妥当性について、正面から踏み込むことは回避した。例えば、上級委員会は、メキシコの主張のうち、各漁業が有するリスク特性の内容に係わる部分は、証拠及び事実の評価に関連し、メキシコは DSU11 条に基づく主張を行っていないとして、判断を行うことを回避している。他方、上級委員会は、両

³⁷ 例えば、2019年10月に開催された WTO 一般理事会における米国の発言参照。

<https://geneva.usmission.gov/2019/10/15/statements-by-the-united-states-at-the-wto-general-council-meeting/>.

³⁸ Appellate Body Report, *US – Wheat Gluten*, paras. 150-151.

当事国が TBT 協定 2.1 条のあてはめを争う観点から、パネルによる calibration analysis の適用が妥当であったかを詳細に検討しているが、当該検討の中で、パネルによる事実認定の妥当性について、相当詳細に検討しているようにも読める。すなわち、calibration analysis の適用に当たっては、①どの規制上の区分を問題とするか、②どの目的との関係で合理的関連性を検討すべきか、③上記①で特定した規制上の区分が、上記②で特定した目的との間で合理的関連性を検討する上で、どの事情を考慮すべきかが問題となり得るところ、上級委員会は、上記③との関係で、例えば、各漁業のリスク特性を認定する上で、群の持続可能性を算定する PBR を考慮しなかったことは適切か³⁹、イルカの死傷数の絶対値を重視しなかったのは適切か⁴⁰を検討しており、事実のあてはめの妥当性を判断する上で、パネルはどのような事情を考慮すべきであったかという観点から、相当詳細な検討を行っている。

このとおり、本件において、上級委員会は、関連証拠からどの事実を認定するかの問題は DSU11 条の問題とする一方、WTO 協定整合性を検討する上で、どの事情を考慮すべきかの問題はあてはめの問題とする。WTO 協定整合性の検討(すなわち、要件充足の検討)に際して、どのような事情を考慮すべきかは、法的解釈に密接に関連するものであり、当該検討を法的問題と整理することは合理的であるものの、以下のような点に留意が必要と考えられる。

まず、要件充足の有無を検討する際、どの事情を考慮すべきかの問題と、証拠からどの事実を認定すべきかの問題を区別することは、必ずしも容易でない場合がある。例えば、パネルがある事情を考慮しなかった点を問題とする場合も、パネルが証拠から当該事情を認定しなかった点を問題とするか、パネルが当該事情を考慮しなかった点を問題とするかにより、上級委員会の審理の対象となるか異なってくる。これは、裏返せば、事実認定に関連する問題を、あてはめの問題と再構成(例えば、「パネルは証拠が出ているにもかかわらず、関連する事情を考慮しなかった」と議論する)することで、上級委員会が、事実認定に関連する問題を審理する余地が生じることとなる。

また、上級委員会が、あてはめの問題について積極的に審理して、パネルがどの事実を認定すべきであったか詳細に検討することで、パネルの判断は否定されるが、上級委員会も判断を示せないという状況が生じる可能性がある。すなわち、パネルは、通常は、WTO 協定整合性を判断するために必要な範囲で事実認定を行うため、WTO 協定整合性の検討においてどの事情を考慮すべきであったかの議論では、多くの場合、パネルによる事実認定が十分であったかの検討が伴うこととなる。そのため、上級委員会は、パネルの判断を覆す場合も、パネルが十分な事実を認定していれば、当該事実に基づいて自ら法的分析を完遂することができるが、多くの場合、上級委員会が考慮すべきとした事情をパネルが認定しておらず、パネルの判断は覆されたものの、上級委員会も法的分析を完遂することがで

³⁹ Appellate Body Report, *US - Tuna II (Mexico)(Second 21.5 - Mexico)*, paras. 6.122-6.134.

⁴⁰ Appellate Body Report, *US - Tuna II (Mexico)(Second 21.5 - Mexico)*, paras. 6.135-6.143.

きず、問題とされた措置が WTO 協定に整合するか否かの判断が示されないまま、審理が終了する可能性がある。実際、例えば、本件の第 1 回履行確認手続において、上級委員会は、パネルが calibration analysis の実施において、各漁業のリスク特性(特に観察可能な害)を十分に検討していない点を理由にパネルの判断を破棄したが、当該判断は、パネルは各漁業のリスク特性について事実認定を行った上で、当該事情を考慮すべきであったとの判断を前提とする(上級委員会は、自ら判断を完遂するためには、パネルによる事実認定は不十分であるとして、当該論点についての判断を示さなかった)。

この問題は、日本が当事国となった韓国－放射性核種輸入制限事件においても強く指摘されている⁴¹。すなわち、当該事件において、パネルは、韓国の措置は不必要に制限的であり(SPS 協定 5 条 6 項違反)、日本産水産物に差別的である(SPS 協定 2 条 3 項)などと認定したが、上級委員会は、パネルは SPS 協定 5 条 6 項や同 2 条 3 項の適用を誤ったとして、その判断を覆した。本紙では、判断の詳細は割愛するが、例えば、韓国の措置が日本水産物に対して差別的であり SPS 協定 2 条 3 項に違反するかを検討する上で、比較対象を決定する上で考慮されるべき「条件」として、どのような事情を考慮すべきかが問題とされた。パネルは、取引される産品に内在する危険のみが考慮されるとしたが、上級委は当該事情に考慮されるが、加盟国領域の生態系・環境上の事情についても考慮すべきとしてパネル判断を覆した。

WTO が成立して DS の件数が 600 件に近づき、協定の法解釈が明確化される一方で、WTO 協定の改定が進まない状況において、上級委員会における紛争の焦点があてはめの問題に移行する中、上記の問題は今度も増加する可能性が高いと考えられる。上級委員会による事実認定を批判する立場からは、上級委員会が自ら積極的に事実認定を行って法的分析を完遂させる解決法は期待できない以上、当該問題を解決する方法として、パネルによる過剰な事実認定を行う解決法(パネルの法的判断に関係しない事実も認定する方法)しか存在しない可能性がある。しかし、そのような対応がよいのかに加えて、パネルが全ての事実を網羅的に認定することは不可能であり、この問題を完全に解決する手法とはなり得ないことを踏まえると、最終的には、差し戻し制度を認めるなど、システミックな解決が必要とも考えられる。

⁴¹ 例えば、「韓国・放射性核種輸入制限事件再訪－WTO 上級委員会報告を受けて－」(川瀬 剛志、RIETI Special Report)参照。 https://www.rieti.go.jp/jp/special/special_report/105.html