

米国-マグロ及びマグロ製品の輸入、マーケティング及び販売に関する措置
-メキシコによる DSU21.5 条の援用 上級委員会報告-
(WT/DS381/AB/RW, 2015 年 11 月 20 日回覧、12 月 3 日採択)

平 覚
(大阪市立大学)

I. 事実の概要

1. 紛争当事国

米国（上訴国/被上訴国）、メキシコ（上訴国/被上訴国）

2. 第三国参加国

オーシトラリア、カナダ、中国、EU、グアテマラ、日本、韓国、
ニュージーランド、ノルウェー、タイ

3. 上級委員会部会

Servansing（委員長、モーリシャス）、Bhatia（インド）、Zhang（中国）

4. 修正マグロ措置

(1) 措置の概要

1990 年、米国は、米国市場において販売されるマグロ製品に対するドルフィンセーフ・ラベルの使用のための条件を設定する規制制度を導入した。その後、この制度に関してメキシコの申立てにより原手続（WT/DS381/AB/R and WT/DS381/R）で敗訴した米国が DSB の勧告及び裁定を実施するために制度の一部を修正したものが、本件実施審査手続の対象となった「修正マグロ措置(amended tuna measure)」と呼ばれる措置である。この措置は、①1990 年イルカ保護消費者情報法 (Dolphin Protection Consumer Information Act of 1990: DPCIA)、②実施規則、及び③ホガース判決(連邦控訴裁判所判決)という 3 つの法文書から

構成される。なお、米国が勧告実施のために修正したのは、②の実施規則のみであり、同規則は「2013年最終規則」によって修正された。①及び③の法文書は、原措置からの修正はない。

修正マグロ措置の目的は、(i)消費者が、マグロ産品がイルカに悪影響を与える態様で捕獲されたマグロを含むかどうかについて誤解したり、欺かれたりしないことを確保すること、及び(ii)米国市場がイルカに悪影響を与える態様で漁船がマグロを捕獲するのを奨励するように利用されないことを確保することによってイルカの保護に貢献すること、である(6.3)。

国際的には、米国とメキシコは共に1999年に発効した国際イルカ保護計画に関する協定(Agreement on the International Dolphin Conservation Agreement: AIDCP)の当事国である。AIDCPは、東部熱帯太平洋(Eastern Tropical Pacific Ocean: ETP)におけるマグロの巾着網漁を規律し、小規模巾着網漁船がイルカの追込み漁に従事することを禁止するが、大規模巾着網漁船については独立監視官の乗船要件などとともに特定の許容致死量の範囲内でのイルカの追込み漁を許容していた(6.4)。

(2) ラベル・アクセス条件

a. 適格性基準

①公海上の大規模流網漁業及び②場所を問わずイルカの追込みのために巾着網を使用する漁船によって捕獲されたマグロを含むマグロ産品は、ラベル不適格とする。③他のすべての漁法で捕獲されたマグロを含む他のすべてのマグロ産品は、マグロ漁の際にイルカがまったく殺傷されない場合にのみラベル適格とする。

b. 認証要件

①ETP内大規模巾着網漁によるマグロ由来のマグロ産品は、船長と監視官による「イルカ非殺傷(no dolphins killed or seriously injured)」及び「イルカ非追込み(no setting on dolphins)」の認証を必要とする。

②ETP外巾着網漁によるマグロ由来のマグロ産品は、船長による「イルカ非殺傷」及び「イルカ非追込み」の認証を必要とする。ただし、「イルカとマグロの恒常的かつ重大な連携(association)の存在」についての行政官による決定がある場合には、監視官による認証も追加的に必要となる。

③その他すべての漁（あらゆる海域の非巾着網漁と ETP 小規模巾着網漁を含む）について、船長による「イルカ非殺傷」の認証を必要とする。ただし、「イルカの恒常的かつ重大な殺傷の存在」についての行政官による決定がある場合には、監視官による認証も追加的に必要となる。

c. 追跡・検証要件（一定の文書提出及び監視要件を含む）

捕獲から水揚げ、加工までの全過程でのドルフィンセーフ・マグロと非ドルフィンセーフ・マグロの分離を必要とする。ただし、ETP 内大規模巾着網漁について、それ以外の漁場より、より厳格な分離と文書提出（AIDP 追跡検証制度準拠）が必要となる。

d. 以上を表にするとおおよそ以下のようになる

		修正マグロ措置
	漁の種別	要件
ラベル・アクセス適格	ETP 内大規模巾着網漁	①監視官乗船の認証 ②船長及び監視官による次の認証 a. イルカの非追込み b. イルカの非殺傷 ③詳細な追跡・検証要件 (AIDCP 追跡検証制度に適合したもの)
	ETP 外巾着網漁	①船長による次の認証 a. イルカの非追込み b. イルカの非殺傷 ②決定条項 ETP と同様な「イルカとマグロの連携の存在」を行政官が決定する場合には監視官認証も必要 ③追跡・検証要件（より軽い）
	他のすべての漁	①船長による次の認証 a. イルカの非殺傷 ②決定条項

		特定の漁場について「恒常的かつ重大なイルカの殺傷の存在」を行政官が決定する 場合には監視官認証も必要 ③追跡・検証要件(より軽い)
ラベル・アクセス不適格	場所を問わず巾着網によるイルカの追込み	
	公海上の大規模流し網漁	

5. 主な争点(4.1)

(1) パネルは、TBT 協定 2.1 条並びに GATT1994 の 1 条 1 項、3 条 4 項及び 20 条の適用において、全体としての修正マグロ措置ではなく、3つの異なる要件のそれぞれについて個別の認定を行うことにより誤りを犯したか（メキシコが提起）。

(2) TBT 協定 2.1 条に関して、

(i) 修正マグロ措置の有害な影響に関して、パネルは、異なる認証及び追跡・検証要件が米国市場においてメキシコ産マグロ産品に有害となるように競争条件を変更すると認定することにより誤りを犯したか（米国が提起）。

(ii) 修正マグロ措置の有害な影響がもつばら正当な規制上の区別のみ由来するかどうかのパネルによる分析に関して、

a. パネルは、不正確な法的基準を明瞭化することにより 2.1 条の解釈において誤りを犯したか（米国が提起）。

b. 「適格性基準」に関して、原手続における上級委員会の認定を誤解することにより、2.1 条の適用において誤りを犯したか（メキシコが提起）。

c. 「認証要件」及び「追跡・検証要件」に関して、

イ. パネルは、2.1 条の適用において、①ETP 大規模巾着網漁場の内外におけるイルカへのリスクの異なる水準、又は②ETP 大規模巾着網漁に適用されるこれらの要件が AIDCP の下での国際的義務を反映している事実、を考慮しないことにより誤りを犯したか（米国が提起）。

ロ. 「決定条項」に関して、パネルは、2.1 条の適用において、①不適切にメキシコに有利に判断することにより、かつ②決定条項の適用ではなくそのデザイ

ンにのみ基づいて認定を行うことにより、誤りを犯したか（米国が提起）。

(3) パネルは、修正マグロ措置への GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項の適用において、認証及び追跡・検証要件がこれらの規定に違反すると認定することにより誤りを犯したか（米国が提起）。

(4) GATT1994 の 20 条柱書きに関して、

(i) パネルは、「同様の条件の下にある諸国」の評価にあたって、①適格性基準については条件が同様ではない（メキシコが提起）、又は②認証及び追跡・検証要件については条件が同様である（米国が提起）、と認定することによって柱書きの適用を誤ったか。

(ii) 「恣意的若しくは正当と認められない差別」の評価にあたって、

a. パネルは、不正確な法的基準を明瞭化し、かつ TBT 協定 2.1 条の下でのパネルの分析に不適切に依拠することによって、柱書きの解釈において誤りを犯したか（米国が提起）。

b. パネルは、柱書きの適用において、適格性基準が恣意的又は正当と認められない差別となるような態様で適用されていないと認定することにより誤りを犯したか（メキシコが提起）。

c. パネルは、柱書きの適用において、認証及び追跡・検証要件は恣意的又は正当と認められない差別となるような態様で適用されていると認定することにより、かつとくに、①ETP 大規模巾着網漁場の内外におけるイルカへのリスクの異なる水準を考慮しないことにより、②ETP 大規模巾着網漁に適用される認証及び追跡・検証要件は AIDCP の下での国際的義務を反映するという事実を考慮しないことにより、かつ③決定条項によって認証要件は恣意的かつ正当と認められない差別の手段となっていると認定することにより、誤りを犯したか（米国が提起）。

II. 手続の時系列

2008 年 10 月 24 日	メキシコによる協議要請
2009 年 3 月 20 日	メキシコによる原パネル設置要請
2009 年 4 月 20 日	DSB が原パネル設置
2011 年 9 月 15 日	原パネル報告書回覧
2012 年 1 月 20 日	米国が上訴を通知
2012 年 1 月 25 日	メキシコが上訴を通知
2012 年 5 月 16 日	原上級委員会報告書回覧

2012年6月13日	DSBが原上級委員会報告書及び修正されたパネル報告書を採択
2013年7月23日	米国がDSBに勧告及び裁定の実施を通告
2013年11月14日	メキシコがDSU21.5条の勧告実施審査パネルの設置を要請
2014年1月22日	DSBが原パネルへ付託
2014年1月27日	パネル設置
2015年1月30日	パネルが報告書を当事国へ送付
2015年4月14日	パネルが最終報告書を回覧
2015年6月5日	米国が上訴を通知
2015年6月10日	メキシコが上訴を通知
2015年11月20日	上級委員会が本報告書を回覧
2015年12月3日	DSBが本上級委員会報告及びパネル報告を採択

III. 上級委員会報告要旨

1. 先決問題

(1) ビジネス秘密情報 (business confidential information: BCI)

[EUがその第三国参加意見書の中で、本件手続においてパネル報告書にコメントするEU自身の能力が、パネルの理由づけからのBCIを含むとされた文言の大幅な省略によって侵害されていると主張し、本件報告書の中でBCIの問題を扱うことを要請したことに対して (5.2)]

上級委員会は、BCIに関連する問題を提起する紛争において、「DSU18.2条及び13.1条で予定されているような、WTO紛争解決手続に適用される秘密性の一般的レイヤ」と「通常、当事国の要請によりパネルが採用することを選択しうる機微なビジネス情報の保護のための追加的なレイヤ」とを区別する必要性を明らかにしてきた。BCIの追加的な保護の必要性を要請し、正当化するのは当事国である。特定の情報が追加的保護に相当するか、及び是認される保護の程度を決定するのは、客観的基準に基づきパネル及び/又は上級委員会である。BCIを保護するための追加的手続が採用される場合、パネル及び/又は上級委員会はまた、同手続の下で「ビジネス上の秘密としての情報の指定や取扱いに関して生じうるいずれかの不一致又は紛争を裁定」しなければならない。さらに、一方で、特に機微な情報の開示から生じることのある被害のリスクから保護する必要性と、他方で、裁判手続の完全

性 (integrity)、第三国の手続参加権、及び全体としての WTO 加盟国の権利とシステミックな利益の間に適切なバランスを確保するのは裁定者である。いずれかの追加的手続が採用される場合にそれを適用するにあたっては、パネルは同様のバランスを取らなければならない。このことはとくに、パネルが、その報告書から情報を省略するかどうかを考慮する際に、「DSU の様々な規定の下での第三国及び他の WTO 加盟国の権利に留意し」、かつ「WTO の全加盟国に回覧されるその報告書の公開版が理解可能なものであることを確保」すべきであることを意味する (5.3)。

本件手続では、パネル報告書の表紙は BCI に言及していないが、パネルはその報告書の 17 個の段落と 3 個の脚注を一部又は全部省略し、それぞれ省略した文言に代えて [[BCI]] という指示を表記した。我々は、パネルの記録に、メキシコ又は米国のいずれかが BCI を保護するための特別手続の採用を要求したことを示唆するいかなる指示も見出さない。パネルの記録はまた、パネルがそのような特別手続をその作業手続の一部として又はアド・ホックな基礎に基づき採用したことも示していない。パネル報告書はまた、BCI を構成すると考えられる情報を確認するために利用される基準の表示も欠落している。それゆえ、我々は、パネルがその報告書からパネルの理由づけの一部を省略した事実には驚かされるとともに、パネルがそのようにした法的根拠について納得しない (5.4)。

(2) 21.5 条手続の範囲

DSU21.5 条に従って活動するパネルの任務は、DSB の「勧告及び裁定を実施するために取られた措置の存在又は対象協定との適合性について」不一致を解決することである。21.5 条手続は、「原パネルでは存在しなかった新たなかつ異なる措置」にかかわり、そのため、『実施のためにとられた措置』に係る主張、陳述及び事実の状況は、必然的に原紛争に係るそれらと同じではない。ある加盟国が原手続において WTO 不適合と認定された措置を一部のみ変更することによって修正する場合、そのような修正は、原則として、原措置を「その全体において」新たなかつ異なる措置に変更する。実際、実施措置の一部の要素が原措置から変更されないままである場合でも、そのような要素の法的な意義は、実施措置の他の部分に導入された修正の結果として変更される可能性がある (5.7)。

「実施のためにとられた」措置の WTO 適合性を検討する際に、実施審査パネルは、DSU3.3 条に具体化された紛争の迅速な解決の原則に留意すべきである。そのため、実施審査手続は、「原手続において実質的に決定された問題を『再び争う』ために」利用することはできない。同時に、ある措置の一部に対する一定の主張が原手続において実質的に決定されなかった場合には、「それらの主張は DSB の勧告及び裁定には含まれず」、それゆえ、「加盟国

は、当該措置の当該部分が対象協定に適合すると推定することを許されるべきではない」。申立国は、通常 21.5 条手続において、申立国が原手続において追及することができたにもかかわらずそうしなかった主張を提起することを許されないであろう。しかし、このことは、「実施のために取られた措置が、変更されていないが実施のために取られた措置の他の部分と不可分である、原措置の一部を組み込む」場合には、「そのような措置に対する新たな主張」についてはあてはまらない。したがって、実施審査手続において初めて当該措置のある要素に対して異議を申し立てることが可能かどうかは、たとえ当該要素が原措置から変更されていない場合でも、そのような要素が「実施のためにとられた措置の不可分の一部」であるかどうかという「決定的な問題」に依存する (5.8)。

2. パネルの個別的アプローチへの批判

(1) メキシコの主張

パネルは、全体としての修正マグロ措置の対象協定適合性を評価せず、その特定要素（認証要件と追跡・検証要件）の協定適合性を個別に評価し、狭い態様で不適合性を認定することにより誤りを犯した (7.1)。

(2) 上級委員会の判断

ある措置の諸要素が相互に関連し、一部の要素は当該措置の他の要素を参照しなければ適切に理解できないような状況では、そのような分断されたアプローチは、法的な誤りを構成する人為的な区別を作り出すであろう。我々はまた、当該法的義務の性質に応じて、分断されたアプローチは、パネルがある措置に関して適合性又は不適合性についての適切な認定に到達するように当該措置の関連する諸要素に関するその理由づけ又は中間的な結論を統合する全般的な評価を行なわないときには、問題を生じることを認める (7.15)。

パネルは、DSU21.5 条の下でその管轄権について論じる際に、修正マグロ措置の諸要素間の相互関連性を強調していたが、その後、当該措置の各要素の考慮を孤立させる分断された分析を行い、諸要素が相互に関連する態様を考慮することなく、かつ修正マグロ措置の適合性又は不適合性についてのパネルの最終的な結論に至る前に、これらの諸要素に関連するパネルの分析又は認定を統合し、若しくは総合することもなかった (7.21)。

3. TBT 協定 2.1 条

- (1) TBT 協定 2.1 条の下での「不利でない待遇(treatment no less favourable)」一法的基準について関連する判例

TBT 協定 2.1 条は、内国民待遇義務と最恵国待遇義務の双方を含むが、これらいずれかの義務の違反を立証するためには、申立国は次の 3 つの要素を証明しなければならない。(i) 当該措置が TBT 協定付属書 1.1 の意味における「強制規格」であること、(ii) 関連する産品が「同種の産品」であること、及び(iii) 当該措置が関連する同種の産品グループよりも不利な待遇を輸入産品に許与すること (7.25)。

この第 3 の要素について、米国ークローブタバコ事件における上級委員会は、当該強制規格が TBT 協定 2.1 条の下で輸入産品に不利な待遇を許与するかどうかを検討する際に従うべき 2 段階の分析を確認した。すなわち、第 1 段階の分析は、当該強制規格が国内原産の同種の産品及び/又は他国原産の同種の産品に比較して輸入産品に有害となるように (the detriment of) 競争条件を変更するかどうかに注目する。さらに、第 2 段階の分析は、輸入品への有害な影響 (detrimental impact) が輸入産品グループに対する差別を反映するのではなく、もっぱら正当な規制上の区別にのみ由来するかどうかを評価することである。ある強制規格によって生じた有害な影響がもっぱら正当な規制上の区別にのみ由来する場合には、そのような強制規格は TBT 協定 2.1 条の意味で輸入産品に不利な待遇を許与してはいない (7.26)。

第 1 段階の分析に関連して、ある強制規格が事実上の (de facto) 有害な影響を有するかどうかの検討にあたっては、パネルは、「パネルに提起された事実と事情の全体」を考慮し、「当該措置のデザイン、構造及び期待される作用から認識可能な」競争条件への何らかの「影響 (implication)」を評価しなければならない。そのような検討は、当該市場のすべての関連する特徴を考慮しなければならず、そこには、当該産業の特別の性格、当該産業における相対的な市場シェア、消費者の嗜好、及び歴史的な貿易パターンが含まれる。すなわち、パネルは、当該特定の強制規格が適用される特定の市場における当該強制規格の作用を検討しなければならない (7.28)。

第 2 段階の分析、すなわち、輸入品に対する有害な影響がもっぱら正当な規制上の区別にのみ由来するかどうかを決定するにあたっては、パネルは、当該強制規格が当該事件の特定の事情に照らして、そのデザイン、構造、外形 (revealing structure)、作用、及び適用において公平 (even-handed) であるかを注意深く精査しなければならない。上級委員会は、規制上の区別が一例えば、それが恣意的又は不当な差別の手段となるような態様で

デザインされ又は適用されているために一公平な態様でデザインされずかつ適用されない場合には、当該区別は「正当」とはみなすことができず、それゆえ、有害な影響は 2.1 条の下で禁止される差別を反映することになることを指摘してきた。もっとも、ある措置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ているという事実は、ある措置が公平性を欠き、その結果、有害な影響はもっぱら正当な規制上の区別にのみ由来するとは言えない唯一の態様ではない (7.31)。

(2) 立証責任の配分と当事国間の同意

a. 立証責任の配分

申立国は、当該強制規格の下で輸入産品に許与される待遇が同種の国内産品又は他のいずれかの国の原産の同種の産品に許与される待遇よりも不利であることを立証しなければならない。それゆえ、申立国は、有害な影響(detrimental impact)を立証した後に、例えば、当該措置は公平(even-handed)ではないことを立証する証拠を提出し及び陳述を行うことによって、不利な待遇の一応の(*prima facie*)立証を行うことができる。しかしながら、被申立国が輸入産品に対する有害な影響はもっぱら正当な規制上の区別にのみ由来することを立証するならば、異議を申し立てられた当該措置は 2.1 条に不適合ということにはならない (7.32)。

我々の見解においては、有害な影響をもたらす規制上の区別を含む強制規格を発布した被申立加盟国は、なにゆえ申立国の主張に反して当該強制規格は公平であり、それゆえ、なにゆえ輸入品に対する有害な影響はもっぱら正当な規制上の区別にのみ由来するのかを説明するのに必要な陳述と証拠を提出する最もふさわしい立場にある (7.33)。

b. 当事国間の合意

さらに、我々は、自らが選択したアプローチについてそれを選択したことについてのパネルによる理由、すなわち、「本件手続においては、両当事国が」立証責任の配分に「合意している」ということ、に対して留保する。我々にとって、パネルがもっぱら当事国の合意にのみ基づき対象協定のある規定の下での立証責任を配分するアプローチは、そのような規定を解釈し、かつ適用するパネルの義務と適合しないであろう。我々は、この文脈で、パネルが自らは「当事国又は第三国によって提案された法的解釈によっては拘束され」ないことを認識していると述べたことを認める。しかし、最終的にパネルがそのアプローチ

を採用するように促したのは当事国の共同の是認であったように思われる (7.35)。

(3) パネルは修正マグロ措置の有害な影響についてのその分析において誤りを犯したか

a. 米国の主張

①パネルが、その認定を ETP 大規模巾着網漁場の内外産のマグロ産品に課される費用と負担の相違に基づかせることにより、メキシコがその意見書においてそのような費用と負担に関して陳述及び証拠を提出していなかったにもかかわらず、メキシコに有利な判断を下したのは不適切である (7.37)。

②パネルは、異なる費用と負担がどのようにして米国市場の関連する特徴に照らしてメキシコ産マグロ産品に有害となるように競争条件を変更するのかを説明せず、異なる認証及び追跡・検証要件の存在を認定する以外にいかなる事実認定も行わずに有害な影響に関する結論に到達することにより誤りを犯した (Id.)。

③パネルは、一方で、修正マグロ措置の下での認証及び追跡・検証要件と、他方で、メキシコ産マグロ産品の競争条件に対するいずれかの有害な影響との間に純粹の関係を適切に確立しなかった。米国の見解によれば、メキシコ産マグロ産品はイルカの追い込みによって捕獲されたマグロに由来し、それゆえ、当初からドルフィンセーフ・ラベルへのアクセスは不適格とされていたため、修正マグロ措置の下での認証及び追跡・検証要件はメキシコ産マグロ産品には適用されない (Id.)。

④ETP 大規模巾着網漁場で捕獲されたマグロ由来のマグロ産品についての認証及び追跡・検証要件は、AIDCP によって義務付けられており、メキシコ産マグロ産品に対するいかなる有害な影響も修正マグロ措置に由来するものではなく、むしろメキシコの国際的義務に由来するものである (Id.)。

b. メキシコ的主張

修正マグロ措置が米国市場においてメキシコ産マグロ産品に有害となるように競争条件を変更するかどうかの問題は、原手続におけるパネル及び上級委員会によって確定した。修正マグロ措置は、有害な影響をもたらすと認定された「原マグロ措置のデザイン及び構造の諸側面を変更するものではない。」修正マグロ措置は、すべての米国産マグロ産品及びほとんどの他国産マグロ産品にドルフィンセーフ・ラベルへのアクセスを許容し続けてい

るが、ほとんどのメキシコ産マグロ製品にはこのラベルへのアクセスを否定している。適格性要件、認証要件及び追跡・検証要件は、一体的に作用し、メキシコ産マグロ製品に有害となるように米国市場における競争条件を変更する（7.39）。

c. 上級委員会の判断

イ. 措置の全体的な評価の欠如

修正マグロ措置の下での様々な要件の組合せは、メキシコ産マグロ製品が有害な影響を被っているかどうかの問題に様々な程度の意義を有し、したがって、様々な要素を分解し、それらを順次検討することは適切でありうる。しかしながら、我々は、修正マグロ措置の有害な影響の検討は、それらの諸要素間の相互関係もまた考慮し、かつそれらがマグロ製品についての米国市場における競争条件を変更するように一体的に作用する（operate together）態様を検討することなくしては適切に行いようとは考えない（7.61）。

我々は、パネルがその検討においてそのような相互関係を考慮したようには思わない。むしろ、パネルは、「適格性基準」、「異なる認証要件」、及び「異なる追跡・検証要件」の各々について個別の分析を行った。これら3つの個別の分析を行った後、パネルは、修正マグロ措置のメキシコ産マグロ製品に対する有害な影響の分析のために、それらの分析を総合しようとも、又は異なる諸要件の結合された作用がもたらしうる意味をより全体として検討しようとしなかった（7.62）。

我々の見解においては、パネルの分析的アプローチは、修正マグロ措置がもたらす有害な影響が当該措置の下での個別の要件に結びついた有害な影響の個別の分析によっては適切に検討されえないということを見逃している。ドルフィンセーフ・ラベルへのアクセス条件のすべてはそのような有害な影響に関係しうるのであるから、メキシコ産マグロ製品に対する修正マグロ措置の有害な影響の適正な評価は、当該措置の下での様々なラベリング条件が米国市場におけるメキシコ産マグロ製品の競争条件に影響を及ぼすように一体的に作用する態様の検討を要求する（7.63）。

さらに、勧告を実施するために取られた措置のパネルによる検討は、DSBによって採択された原パネル及び上級委員会の認定を適正に考慮しなければならない（7.64）。同様に、原パネル及び上級委員会によって採用された有害な影響に対する分析アプローチは、修正マグロ措置の有害な影響の適正な評価のための関連する背景を構成する。原手続きにおいて、原パネル及び上級委員会は、ドルフィンセーフ・ラベルへのアクセス[の可否]に注目した。同時に、上級委員会は、米国のドルフィンセーフ・ラベリング制度の様々な要素間の相互

連関(interlinkages)を認めた (7.65)。

したがって、我々には、原パネル及び上級委員会による有害な影響の認定は、修正マグロ措置のメキシコ産マグロ産品に対する有害な影響の適正な評価が当該措置の下での様々なラベリング条件が一体として作用する態様の検討を要請するということを補強するように思われる。そのような評価はまた、これらの諸条件が原手続において存在すると認定された有害な影響と同様の影響をもたらすように、又はそれを変更するように作用するのかどうかの考慮も含むべきである (7.66)。

しかしながら、パネルは、適格性基準の議論において、イルカの追い込みによって捕獲されたマグロ由来のマグロ産品と他の漁法で捕獲されたマグロ由来のマグロ産品との規制上の区別は「公平(even-handed)」であり、それゆえ、「2.1条に不適合ではない」という上級委員会が下したと主張される認定を尊重しかつ再確認することに自らを留めた。言い換えれば、パネルは、不利な待遇の分析の第1段階の下での、すなわち、このような規制上の区別の有害な影響に関する上級委員会の認定には言及することはなかった。パネルはまた、イルカの追い込みによって捕獲されたマグロ由来のマグロ産品のドルフィンセーフ・ラベルへの不適格化とそれが伴う他の漁法で捕獲されたマグロ由来のマグロ産品の適格化が、米国市場におけるメキシコ産マグロ産品の競争機会に有害な影響を及ぼすかどうかについてパネル自身の評価を行うこともなかった (7.67)。

ロ. 比較されるべき産品の範囲

パネルは、認証及び追跡・検証要件が、もっぱら適格でかつドルフィンセーフ・ラベルを認められることが意図されたマグロ、すなわち、イルカの追い込みによって捕獲されたのではないマグロにのみ関連すると考えた。したがって、パネルは、異なる認証及び追跡・検証要件が一方でイルカの追い込み以外の方法で捕獲されたマグロ由来のメキシコ産マグロ産品と、他方でイルカの追い込み以外の方法で捕獲されたマグロ由来の米国産又は他国産のマグロ産品にもたらす費用と負担を比較した。我々は、原手続及び本件実施審査手続の双方において、メキシコ産マグロ産品は、米国原産のマグロ産品及びいずれかの他国産のマグロ産品と「同種」であり、これらの産品がイルカの追い込みによって捕獲されたマグロに由来するかどうかを問わないことに留意する。したがって、異なる認証及び追跡・検証要件から生じるそれぞれの費用と負担のパネルによる分析は、ドルフィンセーフ・ラベルへの適格性を有するマグロ産品に許与される待遇にその比較を限定することによって、本件紛争において「同種」と認定された産品の一部(subset)に着目した (7.70)。

有害な影響の比較のための産品の範囲は、あるパネルが 2.1条のために「同種」である

と認定した産品に依存する。ひとたび「同種の」産品が適正に確認された場合には、2.1条は、パネルに、一方で問題となっている措置の下で申立加盟国から輸入された同種の産品の「グループ」に許与される待遇と、他方で同種の国内産品の「グループ」及び/又は他のすべての諸国の原産の同種の産品の「グループ」に許与される待遇とを比較することを要求する。パネルは、有害な影響を決定するための適正な比較を歪曲するおそれがある態様で、関連する同種の産品グループの一部のみにその分析を人為的に限定してはならない(7.71)。

有害な影響に関するその結論に到るために、パネルは、一方で修正マグロ措置の下でのラベリング条件がメキシコ産マグロ産品のグループに与える待遇を、他方で米産及び他の諸国の同種のマグロ産品のグループに与える待遇と比較することを要請された(7.72)。

[實際上すべてのメキシコのマグロ巾着網漁船はETPにおいてイルカの追込み漁を継続しているというメキシコの主張は、]きわめてわずかのメキシコ産マグロ産品がドルフィンセーフ・ラベルの「適格性」を有し、それゆえ認証及び追跡・検証要件から生じるいずれかの追加的な費用と負担に服することを示唆する。パネルは、修正マグロ措置がこのカテゴリーのマグロ産品に与える待遇の分析が、なにゆえメキシコ産マグロ産品のグループが認証及び追跡・検証要件によって有害な影響を被るという認定を説明するものであり、かつ適切にそのような認定を支持するのかを説明しなかった(7.73)。

ハ. 結論

我々は、パネルが、修正マグロ措置が米国市場においてメキシコ産マグロ産品に有害な影響を及ぼしてきたかどうかを評価するために誤った分析アプローチを採用したと結論する。第1に、修正マグロ措置の下での3組の要件のそれぞれの別個の分析を行うことにより、パネルは、一方で、イルカの追い込みによって捕獲されたマグロ由来のマグロ産品の不適格化と、他方で、認証及び追跡・検証要件の間の相互の関連性を承認しかつ考慮することをせず、これらの様々なラベリング条件が米国市場におけるメキシコ産マグロ産品の競争条件に米産及び他産の同種のマグロ産品に比較してどのように不利な影響を及ぼしているかの全体的な評価を行わなかった。パネルは、そのような個別的なアプローチを採用したために、原手続において存在すると認定された有害な影響が修正マグロ措置によって導入された変更によってどの程度変化したかについて意味のある評価を行わなかった。第2に、認証及び追跡・検証要件の有害な影響を分析するにあたり、パネルは、メキシコ産マグロ産品のグループに許与される待遇を米産及び他産の同種の産品のグループに許与されるそれと比較する代わりに、関連する同種の産品グループの一部に許与される待

遇の比較に従事した (7.75)。

以上の理由により、我々は、パネルが、修正マグロ措置は TBT 協定 2.1 条の意味において米国市場においてメキシコ産マグロ産品に有害な影響を及ぼすかどうかの分析において誤りを犯したと認定する。パネルの分析の誤りを認定したので、米国の主張 (上記(3)の①ないし③) について判断することが必要とは思わない (7.76)。[上記(3)の④についての判断は後述(5-2)c 参照。]

- (4) パネルは 2.1 条の解釈及び輸入産品に対する有害な影響がもつばら正当な規制上の区別にのみ由来するかどうかの決定のための法的基準の明瞭化において誤りを犯したか

a. 米国の主張

パネルは、2.1 条の下での不利な待遇の分析の第 2 段階における問題は、「有害な待遇が当該措置によって追求される目的によって説明されるか、又は少なくともそれと調和するかどうか」であると示すことによって誤りを犯した。2.1 条の分析の第 2 段階は、有害な影響と当該措置の目的との間に「合理的な関連」が存在するかどうかに基づく単一要素基準ではなく、有害な影響の原因である規制上の区別が「公平な態様でデザインされ、かつ適用されているか」である。「公平性」は、有害な影響がもつばら正当な規制上の区別のみ由来するかどうかを決定するための適切な検討対象 (inquiry) であり、かつ「調整 (calibration)」という検討対象は「公平性」とは別個の基準ではない (7.78)。

b. メキシコの主張

TBT 協定 2.1 条及び GATT1994 の 20 条を解釈するにあたって上級委員会が発展させてきた判例は「調整」テストを含んでいない。「調整」という用語は、原手続において米国によって持ち込まれたものである。この概念は、「公平性」又は「恣意的又は不当な」という概念に相当するものではない (7.80)。

c. 上級委員会の判断

パネルは、有害な影響がもつばら正当な規制上の区別にのみ由来するかどうかを決定するにあたり、有害な影響が当該措置によって追求される目的と調和し、又は合理的に関連

するかどうかを考慮しうると述べた。しかし、パネルは、米国が示唆するように、これが、有害な影響がもつばら正当な規制上の区別にのみ由来するかどうかの評価のために常にかつもつばら利用されるべき「単一要素基準」であるとは述べなかつた。むしろ、パネルは、そのような分析は関連する区別が「恣意的な差別」を含むかどうかを決定するにあたって「有用でありうる」と明示的に述べた。パネルはさらに、この検討の役割を限定し、次の点を指摘した。すなわち、ある措置が「恣意的差別」を含むかどうかの検討は、その措置が公平ではないことを示す一つの方法であること、しかし、有害な影響がもつばら正当な規制上の区別にのみ由来するかどうかの確認は、『恣意的差別』の存在（又は不存在）だけでなくそれ以上の検討を含みうる」こと、である（7.85）。

パネルは、TBT 協定 2.1 条の下での「不利でない待遇」の分析の第 2 段階をどのように行うべきかの問題を提起した直後に、GATT1994 の 20 条柱書きに関連する判例に依拠しうるかかどうかの問題へと向かった。これとは対照的に、上級委員会は、最初に 2.1 条のより直接的な文脈に注目してきた。とくに、そのような文脈の一つである TBT 協定前文第 6 文は、強制規格は正当な目的を追求しうるが、恣意的又は不当な差別の手段となるような態様で適用してはならないことを明記することによって 2.1 条における「不利でない待遇」要件の意味と範囲を明らかにしている（7.87）。

前文第 6 文が 2.1 条を理解するための関連する文脈であり、その文言が GATT1994 の 20 条柱書きと重要な共通性を有していることから、20 条柱書きの下での判例は、TBT 協定 2.1 条の下での「不利でない待遇」要件の第 2 段階の内容の理解にとって関連しないわけではない（7.88）。

TBT 協定 2.1 条の下での「不利な待遇」の分析における第 2 段階の適正な法的基準についての指針を求めるにあたって、パネルは直ちに 20 条の柱書きに関連する判例に向かったが、そのような指針を求めることで誤ってはいなかつた。とくに「恣意的又は正当と認められない(unjustifiable)差別」の概念に関する GATT1994 の 20 条の下での先行する裁定は、TBT 協定 2.1 条の下での「不利な待遇」の分析における第 2 段階の文脈において、同様の概念がどのように理解されるべきかについて有用な洞察を提供しうるものである（7.91）。

20 条柱書きの文脈で、上級委員会は、差別が恣意的で又は正当と認められないかどうかの評価が当該措置の目的に照らして行われるべき理由は、差別の主張される根拠が、「当該措置を 20 条のいずれかの項の下で暫定的に正当化するものと認定された目的の追求と関連せず、又はそれに反する場合に、どのようにして当該差別が 20 条の柱書に従うものとみなされうるのか」を理解することが困難であるということであると述べた。我々の見解においては、同様の考慮が、TBT 協定 2.1 条の下での「不利な待遇」の分析の第 2 段階の文脈においてあてはまる。以上に述べた理由で、かつとくに TBT 協定前文の第 6 文における恣意

的又は不当な差別への言及のゆえに、パネルが、「不利な待遇」の分析の一部としてこの基準を採用したことは、それ自体では問題であるとは思われない (7.92)。

パネルは、正しくかつ明示的に、単に修正マグロ措置の有害な影響が当該措置の目的と調和しうるかどうかを検討することは、それだけでは修正マグロ措置がメキシコ産マグロ産品に対して恣意的に又は不当な態様で差別を行うものであるかどうかを確かめるために十分ではない可能性があることを認めた。言い換えれば、パネルは、この法的基準を、差別が恣意的で又は不当なかどうかの評価の「単一要素基準」又は排他的な手段として性格づけてはいなかった (7.93)。

パネルはさらに、恣意的又は不当な差別の検討は、ある措置が公平性を欠いているかどうかを決定するための唯一の手段ではないことを明示的に認めた (7.94)。

以上の考察が示すように、あるパネルは、有害な影響が、問題とされた措置によって追求される政策と調和し、又は合理的に関連するかどうかを評価することによって、そうする際に、分析に同様に関連しうる他の要素の考慮を排除しない限りで、誤ってはいない。本件では、我々はパネルによる法的基準の明瞭化はそのような考慮を排除したとは認めない (7.95)。

さらに、パネルは、「公平性」の概念は、2.1条の「不利でない待遇」要件の第2段階の評価において別個の基準ではなく、むしろ有害な影響がもたらす正当な規制上の区別のみ由来するかどうかを決定するための中心的概念であることを正しく指摘した (7.96)。

パネルにとって、恣意的な差別の立証は、ある措置が公平ではないことを示す一つの方法であるが、「公平性の概念」及びある措置が公平ではないとパネルが認定するに至る一連の事実と事情は、恣意的差別の認定をもたらすものよりも広範である。この点で、規制上の区別が恣意的な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又は適用される場合には、それは公平な態様でデザインされかつ適用されているとは言えない。ある強制規格が恣意的又は不当な差別の手段となっており、それゆえ、公平でないかどうかの検討は、「当該事件の特定の事情」に照らして行われなければならないが、この評価は、当該措置によって賦課される要件が追求される目的に照らして不均衡であるかどうかの検討を含む、当該措置に認められる規制上の区別と当該措置の政策目的の間の関連の考慮を含みうる (7.97)。

原手続において上級委員会は、米国によって持ち出された「調整」の概念を通じて原措置の規制上の区別の正当性を検討した。我々は、「公平な(even-handed)」及び「調整された(calibrated)」という用語の上級委員会による使用は異なる法的基準を構成するものではなかったことを強調しておく。なぜなら、上級委員会による検討の全体は、米国が、原マグロ措置が異なる海域における異なる漁法から生じるイルカへのリスクに対して「調整

されている」がゆえに公平であり、それゆえ、2.1条に不適合ではないという自国の主張を適正に実証したかどうかは軸を置いていたからである（7.98）。

以上の議論に基づき、我々は、米国は、パネルが GATT1994 の 20 条柱書きにおける「恣意的又は正当と認められない差別」の概念の関連性を承認したことにおいて、若しくは有害な影響が当該措置の目的と調和し、又は合理的に関連するかどうかの検討を TBT 協定 2.1 条の下での「不利でない待遇」の分析の第 2 段階にとって「有益」となりうるものとして確認したことにおいて、誤りを犯したということを立証しなかったと認定する（7.99）。

(5) パネルは修正マグロ措置のメキシコ産マグロ産品に対する有害な影響がもつばら
正当な規制上の区別にのみ由来するかどうかのその評価において誤りを犯したか

(5-1) パネルは適格性基準に関して原手続における上級委員会の認定を誤解すること
によって誤りを犯したか

a. メキシコの主張

パネルは、原紛争において上級委員会がイルカの追い込み以外の漁法により捕獲されたマグロを含むマグロ産品に対してドルフィンセーフ・ラベルの適格性を付与することに関して「公平性」の問題をすでに解決していたと認定することにおいて誤りを犯した。上級委員会の認定は、イルカの追い込みによって捕獲されたマグロを含むマグロ産品にドルフィンセーフ・ラベルへのアクセスを不適格とする問題に関連するものであり、他の漁法で捕獲されたマグロを含むマグロ産品へのドルフィンセーフ・ラベルの付与を扱ってはいなかった。それゆえ、この問題は「最終的に解決された」わけではなかった（7.114）。

b. 米国の主張

他の漁法で捕獲されたマグロの適格性の問題は、原手続において上級委員会でまさに扱われた。それゆえ、上級委員会にとって中心的な問題は当該措置が異なる海域における異なる漁法から生じるイルカへのリスクに対して「調整されていた」かどうかであり、パネルはその問題が原手続において「最終的に解決した」と認定することにおいて誤りを犯してはいない（7.119）。

c. 上級委員会の判断

[原手続の]上級委員会は、提起されている問題は、米国が[一方で ETP においてイルカの追い込みによって捕獲されたマグロを含むマグロ製品と、他方で ETP 外で他の漁法で捕獲されたマグロを含むマグロ製品の]ラベリング条件の相違は正当な規制上の区別であるかどうか、それゆえ、当該措置の有害な影響は差別を反映するというよりむしろもっぱらそのような区別にのみ由来するものであるかどうかであると考えた (7.121)。

上級委員会は、原マグロ措置はイルカの追い込み以外の漁法で捕獲されるマグロへのリスクに対処していないという点で原パネルに同意した (7.122)。

そのため、上級委員会は、米国はラベリング条件の当該相違は異なる海域における異なる漁法から生じるイルカへのリスクに「調整」されていないと結論した (7.123)。

このようにして、[原手続の]上級委員会は、パネルが行なったとする認定を実際には行わなかった。パネルは、上級委員会の認定を「再確認する」と述べたが、上級委員会の報告書は、米国がイルカの追い込みによって捕獲されたマグロに対してドルフィンセーフとするラベルの貼付を不適格とする「権限がある」という宣言も、まして適格性要件は公平であり、したがって、TBT 協定 2.1 条に不適合ではないという宣言も、含んでいない。重要な点は、パネルが認めるように、上級委員会が原マグロ措置は公平性を欠き、それゆえ TBT 協定 2.1 条に不適合であると認定したことである (7.124)。

「公平性」は、相対的な概念であり、比較分析を通じて検証されなければならない。規制上の区別とは、明らかにグループとグループを異なって扱うことである。したがって、ある措置及びその下で行われる規制上の区別の公平性は、それらが単一の製品又は生産方法のグループをどのように扱うかの検討を通じては適正に評価することができない。むしろ、すべてのグループに許与される待遇の比較による精査を通じて初めて、公平性の適正な評価が可能となる (7.125)。

原紛争における上級委員会の認定からは、イルカの追い込みによって ETP で捕獲されたマグロを含む製品の原措置による「[ラベルへの]不適格化」が、他の漁場でイルカに同様に害を及ぼす他の漁法に関して適用される要件から分離して、2.1 条に適合的であると評価することができた一又は評価された一ということにはならない。上述のように、ある措置の下で行われた規制上の区別が公平であるかどうかを評価するためには、当該措置の規制上の扱いがその間で異なる双方のグループの待遇が評価されなければならない。イルカの追い込みに関してドルフィンセーフ・ラベルへのアクセスの否定を含む規制上の区別が公平であるかどうかは、単にこの漁法に伴うリスクがどのように扱われるかだけでなく、他の漁場における他の漁法に伴うリスクが、そのような他の漁場において捕獲されたマグロに

関して適用されるラベリングの条件において、それぞれのリスク情報に比例して扱われているかどうか依存する。イルカの追込みを不適格とする問題は原手続において「解決済み」と認定することによって、パネルは、双方の産品グループ（すなわち、修正された措置の下でラベルへのアクセスを不適格とされたグループとそのようなアクセスを適格とされたグループ）の規制上の区別と待遇の適正な相関的かつ比較的な分析を行わなかった（7.126）。

以上の理由で、我々は、パネルが、上級委員会は原手続において適格性基準の公平性の問題を「解決した」と認定することにおいて誤りを犯したと認定する（7.131）。

(5-2) パネルは異なる認証及び追跡・検証要件が異なる海域における異なる漁法から生じるイルカへのリスクに対して「調整されている」かどうかを検討しないことにより誤りを犯したか

a. 米国の主張

パネルは、異なる認証及び追跡・検証要件がそれぞれ異なる海域における異なる漁法から生じるイルカへのリスクに対して「調整されている」かどうかを考慮しないことにより誤りを犯し、かつ不正確な法的基準を適用した（7.144）。適用可能な要件における相違は、異なる海域における異なる漁法から生じるイルカへのリスクに対して「調整されている」（7.146）。

b. メキシコの主張

第1に、「調整されている」ことは「公平」又は「恣意的又は不当でない」と同等であるということに同意せず、2.1条に関する上級委員会の判例が「調整基準(calibration test)」を含むということを争う。第2に、修正マグロ措置はいかなる「調整」概念も含まない。第3に、認証及び追跡・検証要件におけるいずれかの区別を正当化しうる相違がETPと他の海域の間に存在することに同意しない（7.148）。

c. 上級委員会の判断

米国の主張は我々に次のような問題を提起する。第1に、TBT協定2.1条の下での「不利な待遇」要件の第2段階の適用にあたり、パネルは、修正マグロ措置の認証及び追跡・検

証要件が異なる海域における異なる漁法から生じるイルカへのリスクに対して「調整」されているかどうかを評価することを要求されていたか。第2に、もしパネルがそうすることを要求されていたとすれば、パネルは実際にそのような分析を行ったか。さらに、第3に、それぞれの要件の公平性は、修正マグロ措置の他の要件とは別個に、かつそれらから分離して適正に評価可能か。そして、もしそうならば、そのような公平性を評価するために採用されたアプローチの適切性又は性質は、修正マグロ措置の異なる要件の間で異なるか(7.152)。

原手続の文脈において、上級委員会は次の事項を含む分析を適切と考えていた。第1に、異なる海域における異なるマグロ漁法はイルカに異なるリスクをもたらすか。第2に、これらのリスクに照らして、関連する規制上の区別によって生じる異なる待遇は、当該措置の目的を考慮して、異なるグループ間で関連するリスクに比例しているか。そして、この評価は、原ドルフィンセーフ・ラベリング制度が公平であるかどうかを決定するために行われた(7.155)。

我々はまた、WTO加盟国が、不適合とされた措置を対象協定の下での自国の義務に適合させようとするときに、採択された上級委員会及びパネルの報告に述べられた理由づけに指針を求めることが適切であると考えます。

これらの考慮は、本件21.5条手続におけるパネルの検討が、修正マグロ措置の下で、一方でETPの大規模巾着網漁場において捕獲されたマグロを含むマグロ産品と他方でその他の漁場で捕獲されたマグロを含むマグロ産品のラベリング条件における相違が、イルカが異なる漁場におけるマグロ漁の過程で悪影響を被る可能性に対して「調整されている(calibrated)」かどうかの評価を含むべきであったことを示唆する(7.157)。

関連する漁場におけるイルカへの異なるリスクの概念は、パネルの分析において何らかの役割を果たしたように思われるが、我々は、そのような分析が、それぞれのリスクの明確な確認又はそのようなリスクが異なる認証要件によって公平な態様で扱われたかどうかの評価を含むようには思わない(7.165)。

追跡・検証要件の公平性を分析するにあたり、我々は、パネルが考えたと思われるように、リスクの類似性及び相違の考慮がマグロの捕獲とその後の輸送及び加工を含むすべての段階に反映されてはならず、かつ関連しないということに納得しない。我々の見解では、パネルによるこのアプローチは、米国のドルフィンセーフ・ラベルの正確さは、修正マグロ措置の目的に反して、マグロの生産のいかなる段階でも損なわれる可能性があるというパネル自身の理由づけに適合しないように思われる。さらに、我々は、パネルのアプローチはまた、修正マグロ措置の公平性の評価が、その様々な要素-適格性基準、認証要件及び追跡・検証要件-が累積的でかつ高度に相互関連するドルフィンセーフ・ラベルへの一連の

アクセス条件を設定するという事実を考慮に入れなければならないという我々の見解にも反すると考える(7.166)。

以上の考慮に照らして、パネルは、イルカに対するリスクが追跡・検証要件の公平性についてのパネルの分析に関連するとは考えなかったために、パネルの分析のこの部分で、ETP 大規模巾着網漁の内外双方で捕獲された適格マグロに関してこれらのリスクを確認しようとはしなかったことは明らかである。パネルはまた、これらのリスク並びにイルカの保護及び正確な消費者情報の提供に関する修正マグロ措置の目的に照らして、異なる追跡・検証要件を比較することも行わなかった(7.167)。

[有害な影響をもたらす認証及び追跡・検証要件の相違は AIDCP の当事国が自国のマグロ産業に独特の監督官プログラムを賦課することに同意したことを反映するものであり、したがって、もっぱら正当な規制上の区別にのみ由来するという米国の追加的な主張に対して] 原則として、我々は、修正マグロ措置が AIDCP の下で賦課される要件を反映する ETP 大規模巾着網漁場のための規則を規定するという事実が、TBT 協定 2.1 条の下で有害な影響がもっぱら正当な規制上の区別にのみ由来するかどうかの問題に関連しうることを排除するものではない。しかし、ある措置のいくつかの側面を国際協定に結びつけることは、それだけでは、当該措置が 2.1 条の下で禁止されるタイプの差別を具現しないとするのに十分ではない。さらに、我々は、ETP 大規模巾着網漁場以外のすべてのマグロ漁場に関しては、AIDCP に匹敵するいかなる国際規制も存在しないが、修正マグロ措置はそれらのマグロ漁場について条件を規定するものであると考える。上述のように、修正マグロ措置の公平性を評価することは、当該措置による規制上の区別の双方に注目することを必要とする。しかしながら、AIDCP は、主にこの規制上の区別の一方の側、すなわち、ETP 大規模巾着網漁場で捕獲されたマグロに適用可能な要件にのみ関連する。さらに、我々は、修正マグロ措置が ETP 大規模巾着網漁場で捕獲されたマグロに関して適用する、関連する認証及び追跡・検証要件は、とくに修正マグロ措置が、AIDCP とは異なり、イルカの追込みによって捕獲されたマグロに由来するすべてのマグロ産品にドルフィンセーフ・ラベルへのアクセスを不適合とすることから、AIDCP の下での要件とは同一ではなく、又はその延長上のものでもないと考える(7.168)。

要するに、本件の事情及び修正マグロ措置の下で行われた区別の性質に照らして、我々は、TBT 協定 2.1 条の下での「不利な待遇」要件の第 2 段階の適用にあたり、パネルは、認証及び追跡・検証要件が異なる海域における異なる漁法から生じるイルカへのリスクに対して「調整」されているかどうかを評価することを要求されたと考える。パネル報告書の我々の検討によれば、パネルの分析は、異なる海域における異なる漁法から生じるイルカに対する相対的なリスク及び修正マグロ措置がドルフィンセーフ・ラベルへの異なるアク

セス条件に関して導入した区別が相対的なリスクの評価に照らして説明されているかどうかの考慮を含んでいなかったことが明らかである。それゆえ、我々は、パネルが、修正マグロ措置の「デザイン、構造、外形的な構成(revealing structure)、作用及び適用」を含む本件の個別の事情並びに原マグロ措置の同様の事情が原手続において評価された態様を十分には考慮しなかったと考える。さらに、パネルは、異なる認証及び追跡・検証要件のその分析において採用した個別的なアプローチによって、公平性の評価に関連するものとして確認した法的基準、すなわち、「有害な影響が当該措置によって追求される政策と調和し、又は合理的に関連しうるかどうか」を適切に適用しなかった。それゆえ、パネルは、異なる認証要件及び異なる追跡・検証要件の公平性に関するその分断された評価において誤りを犯した。したがって、我々は、認証要件及び追跡・検証要件が「公平」ではないというメキシコの主張の評価にあたって、パネルは、TBT 協定 2.1 条の下での「不利な待遇」基準の第二段階のその適用にあたり誤りを犯したと認定する (7.169)。

(5-3) パネルは決定条項により有害な影響はもっぱら正当な規制上の区別にのみ由来するものではないと認定することによって誤りを犯したか。

(5-3-1) パネルは決定条項に関するその認定に至るにあたりメキシコに有利な判断を下したのは不適切であったか

a. 米国の主張

メキシコは、その 2.1 条の主張の主要な論点において決定条項に関していかなる積極的陳述(affirmative argument)も行わず、その結果、米国はその点に関していかなる反論も提出しなかった。しかし、パネルは米国に対するその書面による質問においてパネル自身の発意によりその問題を提起しその結論に至ったが、メキシコは、パネルの質問に対する米国の回答について自国のコメントを提出するまでは、2.1 条の下での自国の主張に決定条項を「明示的に関連させる」ことはなかった。したがって、パネルは、不適切に申立国の一応の主張を容認し、2.1 条の下での自国の主張を立証するメキシコの義務を解除した (7.174)。

b. メキシコの主張

メキシコは、その最初の意見書及びパネルの質問に対する回答において決定条項を確認

した。確かに、決定条項それ自体が直接有害な影響をもたらすとは主張しなかったが、米国のドルフィンセーフ・ラベリング制度の関連する有害な影響は原手続において明確に確定していたため、そうする必要はなかった (7.175)。

c. 上級委員会の判断

決定条項は、修正マグロ措置によって実施される認証システムの不可分の一部であり、そのようなものとして、本件実施審査手続の分析に関連する。さらに、我々には、米国が本件手続において決定条項の役割に関する法的問題を認識していなかったことがありうるとは思えない。とくに、原手続のパネル及び上級委員会の報告書は、決定条項へのいくつかの言及を含んでいる。本件実施審査手続において、決定条項はメキシコによってそのパネル設置要請において確認されており、パネルの付託事項の範囲内である。さらに、メキシコは、その最初の意見書においてその陳述の一部として決定条項を確認し、パネルの質問への回答及び米国の回答へのコメントにおいて決定条項のデザインの主要な特徴に言及した。また、米国は、メキシコの主張に反論する機会を与えられたが、そうすることをせず、メキシコが決定条項に関して一応の立証を行っていないという主張を維持し続けた (7.181)。

以上により、我々は、パネルが決定条項により修正マグロ措置の有害な影響はもっぱら正当な規制上の区別にのみ由来するものではないと認定することによりメキシコに有利な判断を下したのは不適切であったことを米国は立証していないと認定する (7.182)。

(5-3-2) パネルは決定条項に関するその認定を決定条項の適用ではなくもっぱらそのデザインにのみ基づかせたことにより誤りを犯したか

a. 米国の主張

パネルは、もっぱら決定条項がどのようにデザインされているかだけを検討し、決定条項がどのように適用されているかを検討しなかった。それゆえ、決定条項の適用は、認証要件が「そのデザイン及び適用において」公平ではないことを意味すると認定する根拠は存在しない (7.183)。

b. メキシコの主張

決定条項は、修正マグロ措置の不可分の一部であり、米国も認めるように、一度も適用されたことがないため、パネルがそのデザイン、構造及び外形(revealing structure)に注目したのは適切であり、かつ実際要求された(7.184)。

c. 上級委員会の判断

米国は、この主張を行うにあたり、規制上の区別の正当性はそれらが公平な態様でデザインされ、かつ適用されており、それゆえ 2.1 条の下で「正当」とみなしうるかどうかの注意深い精査を要求するという上級委員会の理由づけに依拠しているように見える。しかしながら、我々は、この上級委員会の見解は、特定の事件の関連する事情に応じて、パネルによる当該措置の検討がその適用に注目するのではなくそのデザインに注目することが適切でありうることを排除するものとは解釈しない。本件では、決定条項が適用されたことがないことは争いのない事実であるが、それは将来にも決定条項が適用されないことを意味しない(7.186)。

(5-4) パネルは DSU11 条に違反したか

[両当事国は、適格性基準及び認証要件から生じるメキシコ産マグロ産品への有害な影響がもつばら正当な規制上の区別にのみ由来するかどうかのパネルの分析に関連して DSU11 条に基づきいくつかの主張を提起したが、上級委員会はそれらをいずれも棄却した(7.189-7.227)。内容は省略する。]

(6) 法的分析の完了

修正マグロ措置によって、米国は原手続における DSB の勧告及び裁定を実施したかを検討する(7.231)。

(6-1) 「有害な影響」の分析

修正マグロ措置は、ほとんどのメキシコ産マグロ産品をドルフィンセーフ・ラベルへのアクセスから排除し、他方で米国産及び他国産の同種の産品にはそのようなラベルへのア

クセスを認めることにより、原措置と同様に、米国市場においてメキシコ産マグロ産品に有害となるように競争条件を変更すると我々は認定する (7. 238)。

(6-2) 「もっぱら正当な規制上の区別にのみ由来する」の分析

本件紛争の事情の下では、一方で ETP 大規模巾着網漁において捕獲されたマグロを含むマグロ産品と、他方でそれ以外の漁場で捕獲されたマグロを含むマグロ産品のラベリング条件における相違が、それぞれの漁場におけるマグロ漁の過程でイルカが悪影響を受ける可能性に対して調整されているかを評価するのが適切である (7. 239)。

2013 年最終規則によって新たに導入された追加的要件が、ETP 大規模巾着網漁場以外で米国及びその他の諸国のマグロ[加工]業者に供給するマグロ漁船によって支配的に利用される漁法から生じるイルカへの悪影響に対処する限りで、それらは[原手続の]上級委員会が原マグロ措置に欠落していると認定したドルフィンセーフ・ラベリング制度の「調整」に対応するものと言えるであろう。修正マグロ措置が、ETP 内大規模巾着網漁場と比較されるその外側の漁場のイルカに対する相対的な悪影響に対して十分に調整されているかどうかを評価するにあたっては、これらの異なる漁場における異なるリスク情報(risk profiles)に関する、パネルによる関連する事実認定又は明白な証拠が存在するかどうかを検討しなければならない (7. 242)。

[しかしながら、]パネルは、もっぱら観察されない被害をもたらすそれぞれのリスクにおける狭い意味での相違にのみ注目し、観察される死傷に関して異なる漁法がもたらす相対的なリスクを考慮しなかったことにより、異なる漁場におけるリスクの全般的な水準及びそれらが互いにどのように比較されるのかの問題をまったく解決しなかった (7. 248)。

我々は、パネルが、修正マグロ措置は ETP 大規模巾着網漁と ETP 外のその他の漁法を比較してイルカを害するそれぞれのリスクに対処するにあたって公平であるかどうかの評価を行うことができたとは思わない (7. 249)。

相対的リスク情報に関するパネルの限定された分析は、[調整の有無]に関する法的分析を完了する我々の能力を制約する (7. 253)。

しかしながら、[決定条項の評価は、]異なる海域における異なる漁法に伴う相対的リスクの評価に依存しない (7. 254)。

決定条項によれば、行政官が、(i)ETP 外巾着網漁場において、ETP 内と同様の「マグロとイルカの間恒常的かつ重大な連携が存在する」、又は(ii)他のすべての漁場において、「イルカの恒常的かつ重大な死傷が存在する」、と決定する場合には、それぞれ[船長の認証に追加して]監視官の認証が必要とされる (Id.)。

決定条項は、そのデザインにおいて、ETP 大規模巾着網漁場以外のすべての漁場に対して、イルカに対する被害のリスクが ETP 大規模巾着網漁場において存在するリスクに接近する場合に適用される (7.256)。

パネルは、監視官がイルカの死傷に関して[船長より]正確な認証を行う資格を持ち、それゆえその可能性が高いと認定したのであるから、我々は、決定条項は、ETP 大規模巾着網漁場以外の漁場について、イルカに対する被害のリスクと措置がそのようなリスクに対処しようとする態様の間の相関関係を高めるものとする (7.256-7.257)。

[ETP 外巾着網漁場に関する決定条項が「連携」の存在の決定について規定し、「死傷」の存在の決定を規定していないことについて、]我々は、ある漁場で、連携が存在しない場合に、死傷の可能性がないということに納得しない。巾着網漁船がイルカの追い込みを行っていないという認証要件は、そのような漁船が他の漁法を使用することによってもたらすリスクに対処するものではない。さらに、修正マグロ措置は、死傷の存在に関する決定条項が ETP の内外に存在する「その他すべての漁場」に適用されるのであるから、イルカの追い込みが存在しない場合における死傷のリスクの存在を想定している。[ETP 外巾着網漁場に関する決定条項が「死傷」の存在の決定を規定していないことについて、]説得的な理由の説明が存在せず、それによって、ETP 外巾着網漁場における非追い込み漁について追加的な監視官要件の発動が妨げられている (7.260)。

[その他すべての漁場に関する決定条項が「死傷」の存在の決定について規定し、「連携」の存在の決定を規定していないことについて、]たとえ使用される漁法がイルカを追い込むものでない場合でも連携によりイルカへのリスクが高まる可能性があり、そのようなリスクが死傷の存在の決定によって対処されない可能性がある限りで、我々は、この点は、修正マグロ措置の公平性の評価に関連すると考える (7.264)。

(6-3) 結 論

ETP 巾着網漁の内外のイルカにもたらされるそれぞれのリスクのパネルによる適切な評価が欠如しているため、我々は、法的分析を完了し、修正マグロ措置の下でのすべての規制上の区別が、異なる海域におけるマグロについての異なる漁法に伴う相対的リスクの相違に照らして説明しかつ正当化することができるかどうかを十分に評価することができない。それにもかかわらず、我々は、ETP 大規模巾着網漁の内外のイルカに比較的高いリスクをもたらすいくつかの事態において、修正マグロ措置の下で適用されるラベリングの条件の公平性を検討することができた。この点で、我々は、修正マグロ措置のデザインのいくつかの側面が公平性の欠如を反映するものであることを認定した。とくに、我々は、決定

条項は、ドルフィンセーフ・ラベルへのアクセスの実質的条件が比較的高いすべての状況で監視官認証によって強化されるべきことを規定しておらず、このことはまた ETP 大規模巾着網漁の内側で適用されるものとは異なる追跡・検証要件を伴うと考えた。この理由により、修正マグロ措置の下でのドルフィンセーフ・ラベリングの条件の相違は、異なる海域における異なる漁法から生じるイルカへのリスクに対して調整され、又は比例しているということは立証されていない。それゆえ修正マグロ措置の有害な影響はもっぱら正当な規制上の区別からのみ由来するとは言えないということになり、我々は、修正マグロ措置は TBT 協定 2.1 条に適合しないと認定する (7.266)。

4. GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項

(1) 米国の主張

[米国は、TBT 協定 2.1 条の下で認証及び追跡・検証要件の有害な影響に関してパネルが誤りを犯したと主張する米国の申立てにおいて展開した陳述に依拠して、] 認証及び追跡・検証要件が 1 条 1 項及び 3 条 4 項に不適合とするパネルの認定を破棄するように求める (7.268)。

(2) メキシコ的主張

パネルが全体としての修正マグロ措置に関して 1 条 1 項及び 3 条 4 項との不適合を認定しなかったのは法的誤りである (Id.)

(3) 上級委員会の判断

(3-1) TBT 協定 2.1 条と GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項の関係

我々は、原手続において、上級委員会が、TBT 協定 2.1 条と GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項の下での主張は「実質的に同一」であるという原パネルの推定を批判したことを想起する。その理由は、TBT 協定 2.1 条と異なり、1 条 1 項及び 3 条 4 項は、パネルに同種の輸入製品の競争機会に対する措置の有害な影響がもっぱら正当な規制上の区別にのみ由来するかどうかを検討することを要求しないからである。さらに、TBT 協定 2.1 条と異なり、

1 条 1 項の最恵国待遇義務は、「不利でない待遇」という文言で表現されてはならず、いずれかの加盟国が他国の原産の産品又は他国に仕向けられる産品に対して許与する「利益」を他のすべての締約国の領域の原産の又はそれらの領域に仕向けられる「同種の産品」に対して「即時かつ無条件に」許与するという義務により表現されている（7.277）。

これらの相違にもかかわらず、TBT 協定 2.1 条並びに GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項の無差別規定間には重要な相似が存在する。とりわけ、これらの規定の下では、当該措置が被申立国市場において同種の国内産品又は他のいずれかの国から輸入される同種の産品に対して申立国から輸入される同種の産品に有害となるように競争条件を変更するかどうかの問題となる。したがって、GATT1994 の 1 条 1 項及び/又は 3 条 4 項の下である措置が競争条件に影響を及ぼすかどうかを評価する際に、パネルが TBT 協定 2.1 条の下で当該措置の有害な影響を検討する際に行ったいずれかの関連する認定に依拠するのは合理的であろう。この理由から、我々は、GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項の下での分析において、パネルが TBT 協定 2.1 条の下での有害な影響の分析から導いた一定の理由づけと認定に依拠することはそれ自体不適切であったとは思わない（7.278）。

(3-2) パネルによる GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項の下での分析

我々は、すでに TBT 協定 2.1 条の下でのパネルの分析について多くの問題点を指摘したが、それらは、同様にパネルによる GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項の下での分析にも当てはまる。したがって、我々は、適格性基準、認証及び追跡・検証要件をそれぞれ GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項に不適合としたパネルの認定を破棄する（7.279-7.282）。

5. GATT1994 の 20 条

(1) 20 条 g 項該当性

パネルは、1 条 1 項及び 3 条 4 項への不適合をもたらした修正マグロ措置の特徴は、イルカの保護という目的に関連し、したがって、GATT1994 の 20 条 g 項の下で暫定的に正当化されると認定した。両当事国は、上訴にあたってこの認定に異議を申し立てていない。したがって、我々は、GATT1994 の 20 条の柱書きの下でのパネルの分析と認定を検討する（7.284）。

(2) パネルは GATT1994 の 20 条柱書きの下でのその分析において誤りを犯したか

a. メキシコの主張

適格性基準に関して、諸国間の条件は同様ではないとするパネルの認定及びこの基準は当該措置の目的に直接関連し、それゆえ柱書きの要件を満たすように適用されているというパネルの認定は誤りである（7. 295-7. 296）。

b. 米国の主張

認証及び追跡・検証要件に関して、諸国間の条件は同様であるとするパネルの認定及びこれらの要件は当該措置の目的に直接関連せず、それゆえ柱書きの要件を満たすようには適用されていないというパネルの認定は誤りである（7. 295-7. 296）。

c. 上級委員会の判断

c-1. 同様の条件の下にある諸国の間における差別

我々は、当該措置のある側面（適格性基準）についての関連する条件が当該措置の他の側面（認証要件）についての関連する条件と多少とも異なるというパネルの見解、及び前者についてはそれらの条件が同様ではなく、後者については同様であるというパネルの結論に注目する。20 条は、当該措置が、同様の条件の下にある諸国の間において恣意的又は正当と認められない差別の手段となるような態様で適用されないことを要求する。それゆえ、我々は、パネルがどのようにして当該措置の異なる側面に関して異なる条件群が関連すると考えたのかを理解できない。我々は、ドルフィンセーフ・ラベルへのアクセスは、修正マグロ措置に含まれる認証及び追跡・検証要件を含めてすべての条件の充足を条件としていることからすれば、いかなる根拠に基づき認証又は追跡・検証要件についての関連する条件が適格性基準についての関連する条件と異なるのか理解できない（7. 305）。

パネルは、なぜそのような条件を選択したのかの理由を説明しなかった。我々は、EC-アザラシ産品事件における上級委員会が、柱書きの下での「関連する条件」の特定は、その下で当該措置が暫定的に正当化された 20 条の適用可能な各項と違反と認定された GATT1994 の実体的義務に依存しうると述べて、この問題に関する指針を提供したことを想起する。本件紛争では、パネルは 20 条柱書きのために関連する「条件」を確定する際に g 項へは言及しなかった（7. 306）。

しかしながら、修正マグロ措置における適用可能な要件の種類及び性質のいかんにかかわらず、それらすべての要件は、異なる海域における異なる漁法から生じるイルカに対する被害のリスクに対処しようとするものである（7.307）。

諸国間における同様の条件とは、マグロ漁業から生じるイルカに対する悪影響のリスクである。本件の状況において、我々は、GATT1994の20条柱書きの下で諸国間における同様の条件は、[修正マグロ措置のすべての要件について]同一であるということに基づいて手続を進める（7.308）

c-2. 恣意的若しくは正当と認められない差別

我々の見解によれば、当事国の主張から提起される問題は、パネルがその分析の焦点を、差別が当該措置の政策目的と調和し、又は合理的に関連しうるかどうかに合わせていることが正しかったかどうかである（7.314）。

先行する上級委員会の判例は、差別が当該措置の政策目的と調和し、又は合理的に関連しうるかどうかの問題を検討することの重要性を強調している。しかしながら、さらに、当該措置の性質及び係属する事件の事情に応じて分析には追加的な要素が関連しうる（7.316）。

本件紛争では、我々は、パネルが法的基準について過度に狭い明瞭化を行なったとは思わない。パネルは、目的との合理的関係の問題が「もっとも重要な要素の1つ」と述べているが、そのことは、パネルがその分析が必然的に他の要素の考慮を排除するとは考えていないことを示唆する（7.317）。

パネルは、2.1条の分析が、当該措置は同様の条件の下にある諸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適用されているかどうかの問題に全面的に基づく場合には、2.1条の文脈で展開したパネルの理由づけと事実認定の関連する側面を20条の柱書きの下でのパネルの分析に適用できると述べた（7.319）。

我々は、パネルが、原則として、20条柱書きの下での理由づけの文脈の中で2.1条の下でと同様の法的基準を参照しかつそれに依拠したことが不適切であったとは思わない。我々は、パネルが2.1条の下でのパネルの認定を単純に移入したのではなく、恣意的又は不当な差別の存在に注目することによって2つの規定の下での同様の分析に依拠したとするパネルの意見に同意する（7.320）。

我々は、TBT協定2.1条の下でのパネルの分析に対する我々の批判が、20条柱書きの分析の文脈でパネルが同様に依拠したパネルの理由づけと認定にも関わるので、パネルは、柱書きの下での適格性基準並びに認証及び追跡・検証要件のその分析において誤り

を犯したと認定する (7.326 and 7.332)

(3) 法的分析の完了

a. GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項

TBT 協定 2.1 条の下での法的分析の完了における我々の考慮と同様の考慮が当てはまる。我々は、GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項との不適合を認定する (7.340)

b. GATT1994 の 20 条

ETP 大規模巾着網漁の内外のイルカにもたらされるそれぞれのリスクのパネルによる適切な評価が欠如しているため、我々は、法的分析を完了し、修正マグロ措置の下でのすべての規制上の区別が、異なる海域におけるマグロについての異なる漁法に伴う相対的リスクの相違に照らして説明され、かつ正当化されうるかどうかを十分に評価することができない。それにもかかわらず、我々は、ETP 大規模巾着網漁の内外のイルカに比較的高いリスクをもたらすいくつかの事態において、修正マグロ措置の下で適用されるラベリングの条件が恣意的又は不当な差別を構成するかどうかを検討することができた。この点で、我々は、修正マグロ措置のデザインのいくつかの側面がイルカを危害から保護するという目的と調和させるのが困難であると認定する。とくに、我々は、決定条項は、ドルフィンセーフ・ラベルへのアクセスの実質的条件が比較的高いリスクの高いすべての状況で監視官認証によって強化されるべきことを規定しておらず、このことはまた ETP 大規模巾着網漁の内側で適用されるものとは異なる追跡・検証要件を伴うと考えた。それゆえ、米国は、修正マグロ措置のこれらの側面が 20 条柱書き意味での恣意的又は不当な差別を構成しないことを立証していない。これらの理由から、修正マグロ措置が GATT1994 の 20 条の下で正当化されるということは成立しない (7.359)。

6. 認定と結論

(1) TBT 協定 2.1 条に関する認定(8.1)

①パネルは、修正マグロ措置が米国市場においてメキシコ産マグロ産品に有害となるように競争条件を変更するかどうかの分析において 2.1 条の適用にあたって誤りを犯した。

②米国は、パネルが、メキシコ産マグロに対する修正マグロ措置の有害な影響がもつぱら正当な規制上の区別にのみ由来するかどうかを評価するための関連する法的基準の明瞭化において誤りを犯したことを立証していない。

③パネルは、原手続において上級委員会が適格性基準は公平かどうかの問題を解決したと認定する際に誤りを犯した。

④パネルは、認証要件及び追跡・検証要件のメキシコ産マグロに対する有害な影響がもつぱら正当な規制上の区別にのみ由来するかどうかの分析において 2.1 条の適用にあたって誤りを犯した。

⑤米国は、パネルが決定条項は公平であるかどうかの評価において誤りを犯したことを立証していない。

⑥メキシコ及び米国のいずれも、パネルが適格性基準及び認証要件の TBT 協定 2.1 条との適合性の分析において DSU11 条に従って問題の客観的評価を行うパネルの義務に反して行動したことを立証していない。

⑦適格性基準はメキシコ産マグロ産品に対して米国産及びいずれかの他国産の同種の産品に対するよりも不利な待遇を与えておらず、したがって、2.1 条に適合的であるとするパネルの認定、並びに異なる認証要件及び異なる追跡・検証要件はそれぞれメキシコ産マグロ産品に対して米国産及びいずれかの他国産の同種の産品に対するよりも不利な待遇を与えており、2.1 条に不適合であるとするパネルの認定を取り消す。

⑧修正マグロ措置は、米国市場においてメキシコ産マグロ産品を害するように競争条件を変更し、そのような有害な影響はもつぱら正当な規制上の区別にのみ由来しない。したがって、修正マグロ措置は、メキシコ産マグロ産品に対して米国産及びいずれかの他国産の同種の産品に対するよりも不利な待遇を与えており、TBT 協定 2.1 条に不適合である

(2) GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項に関する認定 (8.1)

①パネルは、修正マグロ措置が、GATT1994の1条1項に不適合な態様で、メキシコ産の同種の産品に「即時かつ無条件に」許与しない「利益、特典、特権又は免除」を他国産のマグロ産品に許与するかどうか、及び当該措置が、GATT1994の3条4項に不適合な態様で、同種の国内産品に許与する待遇よりも不利な待遇をメキシコ産マグロ産品に許与するかどうか、の分析において、1条1項及び3条4項の適用に当たって誤りを犯した。

②適格性基準、異なる認証要件及び異なる追跡・検証要件はそれぞれ GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項に不適合であるとするパネルの分断された認定を取り消す。

(3) GATT1994 の 20 条に関する認定 (8.1)

①パネルは、適格性基準、異なる認証要件及び異なる追跡・検証要件がそれぞれ同様の条件の下にある諸国の間において任意の又は正当と認められない差別待遇の手段となるような方法で適用されているかどうかの分析において、20 条柱書きの適用に当たって誤りを犯した。

②適格性基準は 20 条柱書きの要件を満たす態様で適用されているというパネルの認定、並びに異なる認証要件及び異なる追跡・検証要件はそれぞれ 20 条柱書きの要件を満たさない態様で適用されているというパネルの認定を取り消す。

(4) GATT1994 に関する認定 (8.1)

(1)修正マグロ措置は、GATT1994 の 1 条 1 項及び 3 条 4 項に不適合である。

(2)修正マグロ措置は、恣意的又は正当化されない差別を構成しない態様で適用されていることが立証されず、したがって、GATT1994 の 20 条の下で正当化されない。

(5) 結論

米国は、そのマグロ製品についてのドルフィンセーフ・ラベリング制度を DSB の勧告及び裁定に適合させていない。DSB が、米国に対して、本報告書及び本報告書によって修正されたパネル報告書において TBT 協定及び GATT1994 に不適合と認定された自国の措置をこれらの協定の下での自国の義務に適合させるように要請することを勧告する (8.2)。

IV. 評釈

1. TBT2.1 条における「不利でない待遇」の分析のための法的基準

本報告書の最大の意義は、TBT 協定 2.1 条の「不利でない待遇」の分析における法的基準の明瞭化に貢献したことであろう。

従来の上級委員会の判例は、「不利でない待遇」の分析が次のような 2 段階で行われるものと解釈してきた。すなわち、第 1 段階では輸入品に対する有害な影響 (detrimental impact) の存否が検討され、それが肯定される場合に、第 2 段階でそのような有害な影響が「もっぱら正当な規制上の区別にのみ由来するか (stems exclusively from a legitimate

regulatory distinction)」が検討される。そして、とくにこの第2段階の検討における「正当性(legitimacy)」の判断基準として、当該強制規格のデザイン、構造、外形(revealing structure)、作用及び適用における「公平性(even-handedness)」の概念が導入されてきた。さらに、この「公平性」については、TBT協定前文第6文の文言などの文脈から「恣意的又は不当な差別」の存在が一つの態様とされてきた。

本件上級委員は、この「恣意的又は不当な差別」の文言がGATT1994の20条の柱書きの文言と共通であることから、20条柱書きの判例を参照したパネルのアプローチを肯定した。そして、20条柱書きの判例が、「恣意的又は不当な(正当と認められない)差別」の存在について、問題とされる差別が当該措置によって追求される政策目的と合理的関連性を有するかを判断基準としてきたことから、TBT協定2.1条の解釈においても同様の判断基準を採用したパネルのアプローチを支持したが、同時に、それが「公平性」の概念の唯一排他的な判断基準ではないことも確認した。

そして、とくに注目されるのは、「公平性」の概念のための新たな判断基準として、本件の原手続で米国が援用し、上級委員会が採用した「調整(calibration)」の概念を明示的に承認したことである。すなわち、本件のように措置の目的が一定のリスクを防止することであるとき、規制上の区別が、規制対象がもたらすリスクの程度に比例するように「調整」されている場合には、そこに「公平性」が認められ、したがって、「正当」であるとするものである。しかも、本件上級委員会は、ある強制規格が「恣意的又は不当な差別」の手段となっており「公平」でないかの検討は、「当該事件の特定の事情」に照らして検討され、この評価は、当該措置によって賦課される要件が追求される目的に照らして不均衡であるかどうかの検討を含む、当該措置の規制上の区別と追求される政策目的の関連性を考慮することが必要であるとも述べており(7.97)、この点は、「恣意的又は不当な差別」の概念が、「当該事件の特定の事情」によってはまさに「調整」の概念を意味することを示唆している。したがって、本報告書は、TBT協定2.1条の「不利でない待遇」の分析においてこれまでの判例に登場してきた「正当性」、「公平性」、「恣意的又は不当な差別」、そして「調整」の各概念の明瞭化に貢献し、これらが同一線上に並ぶものとして理論的整序を行なったと評価することができよう。

2. TBT2.1条における「不利でない待遇」の分析において比較されるべき産品グループの範囲

本件の事実からは、同種と認定されたマグロが海域と漁法によりおよそ次の図のように分類されるであろう。

ETP 内

ETP 外

A	B	C	D	E
メキシコ漁船によるイルカの追い込みを伴う巾着網漁（ラベル不適合）により捕獲されたマグロ	メキシコ漁船によるイルカの追い込みを伴わない巾着網漁により捕獲されたマグロ	米国その他の国の漁船によるイルカの追い込みを伴わない巾着網漁により捕獲されたマグロ	米国その他の国の漁船による巾着網漁により捕獲されたマグロ	米国その他の国の漁船によるその他の漁法により捕獲されたマグロ

TBT 協定 2.1 条の「不利でない待遇」の分析の第 1 段階では、申立国原産の輸入製品のグループが、当該強制規格を発動する輸入国の同種の国内産品グループ及び他国原産の同種の輸入産品グループに比較して、当該輸入国市場において競争上有害な影響を被るかどうか問題となる。それゆえ、本件の修正マグロ措置については、上記の図で示されるメキシコ産マグロ（由来のマグロ産品：以下省略）グループ A+B と米国産及び他国産マグログループ C+D+E が比較されるべきである。したがって、パネルが、修正マグロ措置の下でドルフィンセーフ・ラベルへのアクセスを適格とされる、ETP 内のイルカの追い込みを伴わないメキシコ産マグログループ B と ETP 外のマグログループ D+E を比較し、認証及び追跡・検証要件の差異に注目したのは誤りであるとする本件上級委員会の指摘（7.70-7.73）は支持できよう。そして、本件報告書は、正しく A+B のグループと C+D+E のグループを比較し、B がごくわずかしかなかったため、一方でほとんどのメキシコ産マグロはラベルアクセスを不適合とされ、他方で米国産及び他国産マグロはラベル・アクセスを適格されていることから、メキシコ産マグロに対する「有害な影響」の存在を認定した（7.238）。

次に、「有害な影響」が「もっぱら正当な規制上の区別にのみ由来するか」を検討する第 2 段階の分析では、本件上級委員会は、上述のように「調整」概念を導入した。しかし、本件上級委員会は、この「調整」の対象として比較されるべき産品グループを、いずれもラベル適格とされる、一方で ETP 内のマグログループ B+C と他方で ETP 外のマグログループ D+E であるとして、それぞれのグループがイルカにもたらすリスクを比較し、それぞれに賦課される異なるラベリング条件（認証及び追跡・検証要件）がそれらのリスクに比例的に調整されているかを検討するのが適切であるとした（7.239）。この点は、本件上級委員会

が、あくまで DSB 勧告の実施審査が任務であり、原手続の上級委員会が指摘した原措置のラベリング条件における調整の欠落が是正されているかに注目したためであると思われる。もともと、結局、これらのリスク情報に関するパネルによる事実認定が欠落していることから、本件上級委員会はこの点の分析を完了できないとした。

しかしながら、上述のように分析の第 1 段階では、メキシコ産マグログループ A+B と米国及び他国産マグログループ C+D+E が比較されて前者に対する「有害な影響」が認定されているのであり、そのことを前提にすれば、本来、「調整」の対象として比較されるべきはこれらのグループではなかったであろうか。すなわち、A+B のグループがイルカにもたらすリスクと C+D+E のグループがイルカにもたらすリスクを比較し、前者に対するラベル・アクセス不適合と後者に対するラベル・アクセス適合という規制上の区別がそれぞれのリスクに比例的に「調整」されたものであるかを検討すべきではなかったか。本件上級委員会も他の箇所ではこのことを指摘している (7.126)。

さらに、本件上級委員会は、最終的に、修正マグロ措置が TBT 協定 2.1 条に違反すると認定したが、その根拠は、認証要件の一部である決定条項が、ETP 外のマグログループである D と E に伴うそれぞれのリスクに十分に「調整」されておらず、ETP 内のマグログループである B+C との間に正当化されない規制上の区別があるというものである。上述のように B の存在がごくわずかであるとすると、実質的には、一方で C のマグログループと他方で D と E のマグログループ間が比較されており、ここでもメキシコ産マグログループのほとんどを占める A のマグログループの待遇問題はまったく問題とされていない。したがって、修正マグロ措置の TBT 協定 2.1 条違反とされた部分が今後米国によって是正されるとしても、メキシコ産マグログループが米国のドルフィンセーフ・ラベルへのアクセスを否定されている状況は何ら改善されないということになる。

なお、ここでは、もっぱら TBT 協定 2.1 条の適用に関する本件上級委員会の判断についてのみ述べた。本件上級委員会は、GATT1994 の 1 条 1 項、3 条 4 項及び 20 条の適用についてもほぼ同様の論理を展開しており、ここで述べたコメントが同様に当てはまる。

3. TBT 協定 2.1 条における立証責任の配分

TBT 協定 2.1 条違反の成立要件は、第 1 に、当該強制規格が輸入製品に対して同種の国内産品及び他国産品に比較して輸入国市場において競争上有害な影響を及ぼすこと、及び第 2 に、そのような有害な影響がもっぱら正当な規制上の区別にのみ由来しないこと、である。

本件のパネル段階では、これらの成立要件の立証責任の配分が問題となった。すなわち、

①これらいずれの要件の存在についても申立国が一応の立証責任を負うべきか、それとも、②申立国が第 1 の要件の存在について、また、被申立国が第 2 の要件の不存在について、それぞれ一応の立証責任を負うべきかという問題である。パネルは、立証責任の適正な配分を行うため、紛争当事国と第三国参加国にコメントを求めたが、紛争当事国は双方とも①の立場を支持し、多数の第三国参加国（カナダ、EU、ノルウェー、ニュージーランド）は②の立場を支持した（パネル 7.53-7.57）。

パネルによれば、多数の第三国参加国が②の立場を支持したのは、システミックな理由による。すなわち、①の立場が採用されれば、TBT 協定 2.1 条に基づく申立ては阻害されることになるという。というのは、GATT1994 の下では、TBT 協定 2.1 条の上記第 2 の要件に相当するのは 20 条柱書きの要件であり、これについての一応の立証責任は被申立国が負っているため、申立国は、本質的に同一の結果（不利な待遇による差別の認定）を得られるのであればむしろ立証責任の負担がより軽い GATT1 条 1 項又は 3 条 4 項を援用するようになるからであるとされる（パネル 7.58）。このため、TBT 協定 2.1 条の援用を促進し、その存在意義を高めるためには、立証責任の配分を少なくとも GATT1994 の下での申立国の負担と同程度のものにする必要があり、②の立場がシステミックな問題の解決に資することになる。

このような問題に留意しつつも、パネルは、両紛争当事国が、①の立場に合意していること、とくに申立国であるメキシコがより重い立証責任の負担に同意していることを理由に、①の立場を採用した。

これに対して、本件上級委員会は、パネルと同様に①の立場を採用したが、同時に、立証責任の配分原則が過度に形式的に又は機械的に適用されるべきではないことと、被申立国は、有害な影響がもたらす正当な規制上の区別にのみ由来することを説明するのに必要な陳述と証拠を提出するもっともふさわしい立場にあることを指摘している（7.33）。

本件上級委員会が①の立場を採用したため、上述のシステミックな問題が残ることになるが、果たしてこれによって TBT 協定 2.1 条に基づく申立てが妨げられる可能性が高まるかは必ずしも明らかではない。

なお、本件上級委員会は、パネルが紛争当事国間の合意に基づき立証責任の配分を決めたことについては、対象協定を解釈し、適用するパネルの義務と適合しないと批判しており（7.35）、対象協定の一貫した解釈を確保するためにも、この点は支持できるところである。

4. その後の経過

その後の経緯は、以下の通り。

2016年3月10日 メキシコ、譲許その他の義務の停止の許可を要請

3月22日 米国、仲裁付託要請

同日 米国、暫定最終規則を発表、即時発効

同規則の下で、ドルフィンセーフ・ラベリングのための監視官による認証要件は、単に ETP についてだけではなく、すべての漁場に適用されることになった。さらに、ある漁場においてマグロとイルカの連携が存在すること、又は「恒常的で重大なマグロの死傷」が存在することが決定される場合には、捕獲、分離及び管理の引継 (chain of custody) を有効とする政府の認証が要求される。その他、すべての漁場において船長が受けなければならないドルフィンセーフ・トレーニング・コースが含まれた。

3月23日 DSB、仲裁付託を決定

4月11日 米国、実施審査パネル設置を要請

4月22日 DSB、決定を延期

5月9日 DSB、実施審査パネル設置

5月27日 実施審査パネル構成

11月18日 実施審査パネル議長が、報告書は2017年5月中頃と通知

以 上