

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事件
上級委員会報告 (WT/DS381/AB/R) *

申立国：メキシコ 被申立国：米国

吉田 脩 (筑波大学)

I. 事実の概要

(A) 争われた措置

本紛争は、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ついての米国の措置に関するものである。就中、当該措置は、マグロ製品がいわゆる「ドルフィン・セーフ (dolphin-safe)」¹と表示されるときに要素を定めるものである。米国によれば、これらの措置は、「ドルフィン・セーフ」という任意のラベル使用により、イルカ（「小型」の鯨類）に危害を加える方法でマグロが漁獲されたか否かに関する情報を消費者に提供しようとするもので、これによって、結果としては、イルカが保護されるのだという。反対に、メキシコは、そうした措置がメキシコによるマグロの輸出を阻害し、かつ、多数国間条約である「国際的イルカ保全プログラムに関する協定」(Agreement on the International Dolphin Conservation Program: AIDCP)²の諸規定を無視するものであると主張する。

争われた「措置」は以下のものであり、これらは、全体として、マグロ製品が米国で「ドルフィン・セーフ」と表示される場合の要件を指し示している。

(i) 合衆国法律集 16 編 1385 条（「イルカ保護と消費者情報に関する法」: Dolphin Protection Consumer Information Act - DPCIA）

(ii) 連邦行政命令集 50 編 216.91 条（①「ドルフィン・セーフ」ラベル基準）及び②同 216.92 条（東部熱帯太平洋における巾着網漁船のマグロ漁獲に関する「ドルフィン・セーフ」の要件）

(iii) *Earth Island Institute v. Hogarth*³における連邦控訴裁判所の判決（「Hogarth判決」）

本紛争において重要なのは、イルカと「混獲」されたマグロの扱い — すなわち、東部熱帯太平洋でメキシコの漁船団が慣行的に行っているところの、「巾着網」（いわゆる「巻き網」の一種）によるイルカの意図的な活用又は囲い込み (intentional deployment on or

* 2012年9月19日提出・修正（最終）版。

¹ 「イルカ」を犠牲にすることなく漁獲されたことを示すもの。

² 1998年5月15日採択、1999年2月15日発効。現在、当事国は、アメリカ合衆国、メキシコ、EC、コスタリカ、エクアドル、エルサルバドル、グアテマラ、ホンジュラス、ニカラグア、パナマ、ペルー、バヌアツ、ベネズエラの13か国。

³ 米国第九連邦巡回控訴裁判所・United States, 494 F.3d 757, 763 (9th Cir. 2007).

encirclement) — である。イルカ保護と消費者情報に関する法に基づき、商務省が東部熱帯太平洋におけるイルカの状態を調査したところ、巾着網によるイルカの意図的な活用又は囲い込みによっては、減少したイルカ種 (depleted dolphin stock) に対する重大な悪影響は存在しないと判断された。その結果、「ドルフィン・セーフ」ラベルの使用要件は緩和され、巾着網によってイルカと混獲されたマグロに関しても、このラベルの使用が許容されるようになった。しかしながら、*Earth Island Institute v. Hogarth*における連邦控訴裁判所の裁決後は、メキシコが主張するところによれば、そのようなマグロについては、「ドルフィン・セーフ」との製品表示が認められなくなったという (para. 7.13)。メキシコが抱く貿易上の懸念は、こうした「ドルフィン・セーフ」なるラベルに係る要件の厳格化の傾向によって生じたものである (para. 7.298)。とりわけ問題となったのは、東部熱帯太平洋におけるメキシコの漁船団により漁獲されたマグロの取扱いであり、それらは東部熱帯太平洋の外側で獲られたマグロと比較して、ラベル使用上の要件がより厳格であった⁴。

さらに、両国は国際イルカ保全プログラムに関する協定の当事国である。同協定においては、問題となる米国の措置とは異なる「ドルフィン・セーフ」のラベル基準が規定されており、それは巾着網によるイルカの囲い込みを行なったかどうかという点ではなく、イルカの殺傷率やイルカに対する重大な危害に焦点を当てている。

パネル (紛争解決小委員会) において、メキシコは、米国の措置が GATT 1 条 1 項及び 3 条 4 項、「貿易の技術的障害に関する協定」(以下「TBT 協定」という。) 2.1 条、2.2 条及び 2.4 条と合致しないと主張し、これを受け、パネルは、「不履行がもたらす危険性を考慮しても、米国のドルフィン・セーフのラベリング規定はその正当な目的を実現するために必要以上に貿易制限的」であって、「当該規定は TBT 協定 2.2 条と非整合的である」(para. 7.620) としたものの、2.1 条と 2.4 条に関しては違反を認めなかった。

(B) 手続の概要

⁴ 米国のマグロ輸入規制事件 (“US-Tuna I”) では、「ドルフィン・セーフ」のラベルが GATT に適合する任意規格であることを認めたが、「ラベリング」自体は直接の争点とはならず、パネルは次のように述べていた (para. 5.42)。“The Panel noted that the labelling provisions of the DPCIA do not restrict the sale of tuna products; tuna products can be sold freely both with and without the "Dolphin Safe" label. Nor do these provisions establish requirements that have to be met in order to obtain an advantage from the government. Any advantage which might possibly result from access to this label depends on the free choice by consumers to give preference to tuna carrying the "Dolphin Safe" label. The labelling provisions therefore did not make the right to sell tuna or tuna products, nor the access to a government conferred advantage affecting the sale of tuna or tuna products, conditional upon the use of tuna harvesting methods. The only issue before the Panel was therefore whether the provisions of the DPCIA governing the right of access to the label met the requirements of Article I:1.” (下線 = 吉田)。

(1) 時系列的経緯

- 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
- 2011年5月5日 中間報告書配布
- 2011年7月8日 パネル報告書当事国配布
- 2011年9月15日 パネル報告書加盟国配布
- 2012年1月20日 上訴通知
- 2012年5月16日 上級委員会報告書配布
- 2012年6月13日 上級委員会報告書採択

〔補足〕 その後の展開として、2012年6月25日に開催された紛争解決機関会合において、米国は、紛争解決機関の勧告及び裁定を自らの義務を尊重する態様で実施するつもりであり、またその実施のためには妥当な期間を必要とするであろうと述べた。

Source: WTO Secretariat, “United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products,” at: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm (last visited 20 September 2012).

(2) 本委員会の構成

Zhang (議長)、Bhatia、Graham

(3) 第三国 (third parties) 参加

アルゼンチン、エクアドル、欧州連合 (EU)、オーストラリア、カナダ、韓国、グアテマラ、中華民国、中国、タイ、トルコ、ニュージーランド、日本、ブラジル、ベネズエラ

II. 上級委員会報告要旨

(A) 手続的・体系的問題

(1) 「アミカス・キュリエ意見書 (amicus curiae brief)」

本件上訴につき、上級委員会は、求められていない3通のアミカス・キュリエ意見書⁵を

⁵ すなわち、①米国動物愛護協会 (Humane Society of the United States/Humane Society International) ・アメリカン大学ロースクール (Washington College of Law (WCL)) からの意見書 [available at: http://www.wcl.american.edu/environment/documents/20120202_amicus_brief.pdf]、②米国試験材料協会 (ASTM International) の意見書、③ニューヨーク大学のロバート・ホーゼ教授 (Robert Howse) により提出された意見書 [available at: <http://www.worldtradelaw.net/amicus/howsetunaamicus.pdf>] である。

受け取ったが、その決定を与える上で、「これらのアマカス・キュリエ意見書に依拠することが必要とは判断しなかった」(para. 8)。

(2) GATT 1条1項・3条4項に関する「訴訟経済 (judicial economy)」

前述のとおり、メキシコは、米国の措置がGATT 1条1項及び3条4項、TBT協定2.1条、2.2条及び2.4条と合致しないと主張したが、パネルは、GATTに関する主張については、訴訟経済 (judicial economy) の原則に訴えることとした⁶。この点につき、上級委員会は、「訴訟経済に訴えるとしたパネルの決定は、TBT協定2.1条と1994年のGATT 1条1項・3条4項における義務が概して同じであるという仮定に基づくようである」が、この仮定は誤りだとして、パネルが紛争解決了解11条の義務と矛盾した行動をとったと判示した (paras. 403-405)。

⇒ 考察：本レジュメ III (B) 参照

(B) 実体的問題

(1) 「強制規格 (technical regulation)」(TBT 協定附属書1の1)

パネルが判断したとおり、「米国の『ドルフィン・セイフ』ラベリング規定は、『イルカとの関連で、マグロ製品に含まれるマグロを漁獲する方法に係るいかなる主張 (any claim) を行う上でも従わなければならない、ある種の条件』を定めており」、「従って、米国の措置は、米国におけるマグロ製品との関連で、何が『ドルフィン・セイフ』を意味するのかという、全体の範囲を規律している」(para. 193)。「我々は、問題となる措置がTBT協定の意味における『強制規格』として適切に特徴付けることができるのかを評価する上で、当該措置が有するこれらの特徴を重要視するのである」(ibid.)。

さらに、「問題となる措置は、唯一の法的に義務付けられた『ドルフィン・セイフ』のマグロ製品の定義を規定しており、この定義を満たさない、マグロ製品に関する他のラベル使用を許容しない」のであって、かくして、「パネルは、問題となる措置がTBT協定附属書1の1における意味での『強制規格』として特徴付けた点に誤りはなかった」との判断を示した (para. 199)。

⇒ 考察：本レジュメ III (A) 参照

(2) TBT 協定2.1条 — 「不利でない待遇 (treatment no less favorable)」 —

Article 2.1 of the TBT Agreement consists of three elements that must be demonstrated in order to establish an inconsistency with this provision, namely: (i) that the measure at issue constitutes a "technical regulation" within the meaning of Annex 1.1; (ii) that the imported products must be like the

⁶ See also Andrew D. Mitchell, *Legal Principles in WTO Disputes* (Cambridge University Press, 2008), pp. 3 and 163.

domestic product and the products of other origins; and (iii) that the treatment accorded to imported products must be less favourable than that accorded to like domestic products and like products from other countries. (Para. 202, footnotes deleted / underlines added. See also para. 229)

パネルは、「市場における異なる事業者や多様な原産地のマグロ製品に対する米国のドルフィン・セイフのラベリング規定の影響は、製品の国籍ではなく、漁業・購入上の慣行、地理的場所、製品の異なる部位の相対的一体性 (relative integration of different segments of production)、経済上・マーケティング上の選択といった、多くの要因に依拠するように思われる」と述べ (para. 7.378)、「米国のドルフィン・セイフのラベリング規定が TBT 協定 2.1 条とは非整合的ではない」と結論づけた (para. 8.1 (a))。

この点につき、上級委員会は、「我々の見解では、パネルは不適切に、[...] 異なる『漁法』又は『地理的場所』に基づく規制上の相違といったものは、ある特定の措置の TBT 協定 2.1 条との整合性を評価する上で、関連し得ないと仮定した」ように思われ、このようなパネルのアプローチは、「ある措置がたとえ表面上は原産地につき中立 (origin-neutral) であろうとも、[TBT 協定] 2.1 条と非整合的かもしれないという事実と妥結させるのは困難である」(para. 225) と解する。さらに、上級委員会が米国の「クローブシガレット事件」で説明したとおり⁷、ある措置が [TBT 協定] 2.1 条と事実上 (de facto) 非整合であるかどうかを決定する際には、「パネルは、事例の特定の状況、すなわち、問題となる強制規格の企図、設計、明らかになった構造、運用及び適用、就中、当該強制措置が公正か否かを、注意深く検討しなければならない」(ibid.) とし、本件においてパネルはそのような分析を行わず、かくして、「不適切なアプローチ (incorrect approach)」を適用したと結論付けた (para. 227)。

(2) — 1 問題となる措置は、メキシコのマグロ製品に不利となる態様で米国マーケットにおける競争条件を変更させたか否か (paras. 233-240)。

パネルは、「[ドルフィン・セイフの] ラベルの取得機会 (access) を制限し、消費者がドルフィン・セイフのマグロに対する嗜好を示すことを可能とさせるのは、[米国の] 措置それ自体である」などと言及していたが、これに対し、上級委員会は、「パネルによるこれらの諸報告 (findings) は、当該マーケットでメキシコのマグロ製品に不利となる態様で競争条件を変更させたのは、米国の『ドルフィン・セイフ』ラベリング規定の採用と適用という形態の政府による行為であって、本件における有害な影響はこの問題となっている措置に起因している」(para. 239、傍点=吉田 [⇒ 考察：本レジュメ III (A) 参照]) と解し、さらに、「たとえ、問題となる措置が存在せず、イルカの囲い込み漁法 (method of setting on dolphins) への消費者の反対のために、メキシコのマグロ製品が米国のマーケットで広く浸透しないとしても、米国のマーケットにおいて『ドルフィン・セイフ』のラベルに対する大多数の

⁷ WT/DS406/AB/R (4 April 2012), para. 182.

メキシコのマグロ製品の取得機会を拒んでいるのは、私的な行為体 (private actors) というよりも、正に問題となっている措置であるという事実を、変更するものではない」(ibid.) と述べた。

(2) — 2 いかなる有害な影響 (detrimental impact) もメキシコのマグロ製品に対する差別を反映するものか否か。

「[...] パネルは、イルカの囲い込み漁法がイルカにとって特に有害であるという米国の主張を、受け容れたようである。しかしながら、パネルは、メキシコがパネルに提出した証拠に基づいて、ほかの漁獲技術から生ずるイルカへの危険性が取るに足らないとか、ある状況でイルカの囲い込みから生ずると同様の危険度には至らないといった点については、米国と意見を異にしていた」(para. 289)。パネルが述べたとおり、「たとえ実際にイルカがその移動中に捕獲されるか、又は深刻な被害を受けたとしても、東部熱帯太平洋 (ETP: Eastern Tropical Pacific Ocean) の外で漁獲されたマグロは、米国の公式のラベルを付与される資格を有している。というのも、現在適用されている米国の措置においては、東部熱帯太平洋の外で殺傷され、又は深刻な被害を受けたイルカは存在しないとする趣旨の証明書は、要求されていないからである」(ibid. 傍点=吉田)。

パネルの報告によれば、「よって、問題となる措置は、米国その他の国のマグロ製造者に提供する漁船隊により専ら適用される漁法の使用から生ずるイルカへの悪影響は対象として扱っていないようである。東部熱帯太平洋の外で漁に従事する巾着網漁船に対して現在適用される唯一の義務は、出漁の間にイルカを囲い込むために巾着網を意図的に配置し、又は使用しなかった旨の船長による証明書を提出することだけであると、パネルは述べた。しかしながら、こうした義務は、FADs (Fish Aggregating Devices: 人工集魚装置) といった、ほかの漁獲技術から生ずる危険性を扱っていない」(para. 292)。かくして、「米国は、その異なる諸条件 — それは米国の『ドルフィン・セイフ』ラベルへの取得機会につき、東部熱帯太平洋の外でほかの漁獲技術で獲られたマグロと東部熱帯太平洋内でイルカの囲い込みにより獲られたマグロに適用される — が [TBT 協定] 2.1 条の下で非差別的であるという、十分な根拠を示さなかった」(para. 298 [⇒ 考察: 本レジュメ III (A) 参照]) として、「米国のドルフィン・セイフのラベリング規定が TBT 協定 2.1 条とは非整合的ではない」(para. 8.1 (a)) との判断を覆した (para. 299)。

In sum, the participants do not contest the following findings by the Panel. First, setting on dolphins within the ETP may result in a substantial amount of dolphin mortalities and serious injuries and has the capacity of resulting in observed and unobserved effects on dolphins. Further, the use of certain fishing techniques other than setting on dolphins causes harm to dolphins. With respect to tuna fishing outside the ETP, the participants do not contest that the vast majority of tuna caught in the western Pacific Ocean is caught with FADs, trols, or gillnets, and that US and foreign vessels use these fishing techniques. It is also uncontested that the tuna-dolphin association does not occur outside the ETP as frequently as it does

within the ETP, and that there are no records of consistent and widespread fishing effort on tuna-dolphin associations anywhere other than in the ETP. Finally, the participants do not contest that, as currently applied, the US measure does not address mortality (observed or unobserved) arising from fishing methods other than setting on dolphins outside the ETP, and that tuna caught in this area would be eligible for the US official label, even if dolphins have in fact been killed or seriously injured during the trip. (Para. 251, footnotes deleted / underlines added)⁸

(3) TBT 協定 2.2 条 — 「必要である以上に貿易制限的 (*more trade-restrictive than necessary*)」 —

「我々は、以下で順に、2.2 条の原文で規定される異なる諸要素 — 就中、『必要である以上に貿易制限的であってはならない』及び『達成できないことによって生ずる危険性を考慮した上で』という句の意味並びに『正当な目的』及び『達成』という語の意味 — を採り上げる」(para. 312 [⇒ 考察：本レジュメ III (C) 参照])。[中略]

「しかしながら、米国の『ドルフィン・セーフ』のラベリング規定が 2.2 条の意味において『必要である以上に貿易制限的』であることをメキシコが立証したか否かというパネルの分析は、少なくとも部分的には、不適切な比較 (*improper comparison*) に基づいていたように、我々には思える⁹。イルカ保護という目的につき、パネルは、『国際イルカ保全プログラムに関する協定』(Agreement on the International Dolphin Conservation Program: AIDCP)¹⁰のラベリング条件と米国の『ドルフィン・セーフ』のラベリング規定とを、前者の『遵守を容認する (*allowing compliance*)』のを『米国のマーケットで公にすることにより、イルカの囲い込みに起因するイルカの殺傷率を米国のドルフィン・セーフのラベリング規定が行うのと同じ程度まで減少させるであろう』と述べ、比較した。同様に、消費者情報という目的につき、パネルは特に、『米国の措置の下で』、出漁の間にイルカが実際に殺されるか、又は被害を受けて漁獲されたマグロを『ドルフィン・セーフ』とラベル表示することは可能であると述べた。パネルは、このことを、「国際イルカ保全プログラムに関する協定の下で、『イルカは一頭も殺されないが、それにもかかわらず、一定の未確認の悪影響がイルカに対して引き起こされたであろう』という事態 (*scenario*) と比較したのである。しかしながら、こうした比較は、メキシコが特定した国際イルカ保全プログラム協定の制度 (*regime*) ではなく、どちらかと言えば、国際イルカ保全プログラム協定上の諸規則と米国の措置との共存 (*coexistence*) であることを、斟酌していない」¹¹ (para. 328)。

「しかしながら、東部熱帯太平洋の内側では、問題となる措置と代替措置は、異なる条件を規定している¹²。メキシコが特定した代替措置によれば、国際イルカ保全プログラム協

⁸ See also Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll and Anja Seibert-Fohr, *WTO: Technical Barriers and SPS Measures* (M. Nijhoff, 2007), pp. 216-217.

⁹ 傍点=吉田。

¹⁰ 1998年5月15日採択、1999年2月15日発効。現在、当事国は、アメリカ合衆国、メキシコ、EC、コスタリカ、エクアドル、エルサルバドル、グアテマラ、ホンジュラス、ニカラグア、パナマ、ペルー、バヌアツ、ベネズエラの13か国。

¹¹ 傍点原文ママ。

¹² 傍点原文ママ。

定のラベルに係る諸要件が満たされた場合に、イルカの囲い込みにより獲られたマグロは『ドルフィン・セーフ』のラベルを付与される資格を有し得る。対照的に、問題となっている措置はイルカの囲い込みを禁止しており、よって、東部熱帯太平洋で捕られたマグロは、囲い込み以外の方法で得られたときに、『ドルフィン・セーフ』のラベルを付与される資格を有し得るのみである (para. 329)。

「したがって、メキシコが特定した代替措置が米国の目的に資する程度についてのパネルの比較というものは、東部熱帯太平洋の内側における状況に焦点を当てるべきであったように思われる。とりわけ、東部熱帯太平洋の内側で捕られたマグロについて、パネルは、国際イルカ保全プログラム協定のラベルに係る諸要件を満たすマグロ製品のラベリングが、問題となる措置と同等の程度に米国の目的を達成するかどうか、検証すべきであった。この点に関して、我々は、国際イルカ保全プログラム協定の規則に含まれる制限の下でさえも、イルカはその囲い込みによって生ずる確認された殺傷率を上回る悪影響を被るといふ、パネルの報告を想起する」 (para. 330. 傍点=吉田。[⇒ 考察：本レジュメⅢ(C)参照])。

従って、上級委員会は、「これらの理由により、パネルの比較と分析には誤りがあり維持できない」とし、「米国のドルフィン・セーフのラベリング規定はその正当な目的を実現するために必要以上に貿易制限的」で、「当該規定は TBT 協定 2.2 条と非整合的である」 (para. 7.620) との判断を覆すこととした (para. 331. 傍点=吉田)。

(3) TBT 協定 2.4 条 — 「関連する国際規格 (relevant international standard)」 —

パネルの判断によれば、「国際イルカ保全プログラム協定におけるドルフィン・セーフの定義と認定証は、米国のドルフィン・セーフのラベリング規定の目的に関し、TBT 協定 2.4 条における意味で、『関連する国際規格 (relevant international standard)』を構成する」 (para. 7.707) という。

しかし、上級委員会は、「メキシコは、国際イルカ保全プログラム協定への加入招請が『正式手続 (formality)』であると指摘する」ものの、そうであるためには、「ひとたび、WTO 加盟国が〔国際イルカ保全プログラム協定への〕参加に興味を示したときには、招請状の発給 (issuance of an invitation) が自動的に行われることを証明しなければならなかった」し、「国際イルカ保全プログラム協定の加入に係る諸規定を鑑みるに、同協定は TBT 協定の目的との関係では『国際的』機関 (body) ではないようである」と述べ (para. 398)、「国際イルカ保全プログラム協定は少なくともすべての加盟国の関連する機関に開放されておらず、よって、TBT 協定の目的との関係で『国際標準化機関 (international standardizing body)』でないし『関連する国際規格 (relevant international standard)』に当たらないと解した (para. 399)」。しかし、それにもかかわらず、「米国のドルフィン・セーフのラベリング規定は、TBT 協定 2.4 条とは非整合的ではない」 (para. 8.1 (c)) とのパネルの判断は支持できるとの立場を示した (para. 401)。

表 1：小委員会／上級委員会による本件・TBT 協定解釈の比較*

—	TBT 協定 2.1 条	TBT 協定 2.2 条	TBT 協定 2.4 条
小委員会	○	×	×
上級委員会	×	○	×

*米国の措置が TBT 協定 2 条でいうところの「強制規格 (technical regulation)」であるとする点では双方とも一致 (see esp. paras. 190-199)。

※興味深いのは、上級委員会が、パネルは、TBT協定 2.1 条の解釈に際して 2.2 条の「正当な目的」論を持ち込んだことにより、米国の措置が 2.1 条と整合的であると判示したのは誤りであるとした判示した点 (下記引用*) である。つまり、2.1 条のサブスタンスは、合理的な意味での厳密な比較論だと解した¹³。

*The Panel stated that it was "not persuaded" that "the United States has demonstrated that the requirements of the US dolphin-safe labelling provisions are 'calibrated' to the likelihood of injury". The Panel also stated that it was "not persuaded that the requirements applicable in different fisheries under the US dolphin safe measures are 'calibrated', as the United States suggests, to the likelihood of dolphins being killed or seriously injured." We note that the Panel made these statements in the context of its analysis under Article 2.2 of the TBT Agreement. In particular, the Panel was examining the extent to which the distinctions contained in the US "dolphin-safe" labelling provisions:

... allow consumers to accurately distinguish between tuna that was caught in a manner that adversely affects dolphins and other tuna, by ensuring that the label is available exclusively to products containing tuna that was not caught "in a manner that adversely affects dolphins".

The question examined by the Panel was thus different from the question of whether the detrimental impact of the US "dolphin-safe" labelling provisions on Mexican tuna products stems exclusively from a legitimate regulatory distinction. The Panel's findings with respect to the calibration of the measure at issue for the purposes of its analysis under Article 2.2 are thus not necessarily dispositive of the question whether the measure is calibrated for the purposes of Article 2.1. In particular, it would appear that in answering the question of whether the measure gives accurate information to consumers, all distinctions drawn by the measure are potentially relevant. By contrast, in an analysis under Article 2.1, we only need to examine the distinction that accounts for the detrimental impact on Mexican tuna products as compared to US tuna products and tuna products originating in other countries. Bearing the different scope of these enquiries in mind, we need to examine carefully to what extent the Panel's findings under Article 2.2 bear on the question of whether the difference in labelling conditions for tuna products containing tuna caught by setting on dolphins in the ETP, on the one hand, and for tuna products containing tuna caught by other fishing methods outside the ETP, on the other hand, are calibrated to the likelihood that dolphins would be adversely affected in the course of tuna fishing operations in the respective conditions. (Paras 285-286, footnotes deleted / underlines added)

Arguments of the Third Participants - Canada

"[...] Canada submits that the "legitimacy" of a technical regulation is not relevant for the less favourable treatment analysis under Article 2.1 of the TBT Agreement. If the drafters of the *TBT Agreement* had intended that issues regarding the legitimacy of regulatory action should factor into the less favourable treatment test, they could have drafted the text accordingly. Canada disagrees with what it describes as Mexico's attempt to incorporate elements of the test pertaining to Article XX of the GATT 1994 through the recitals of the preamble of the *TBT Agreement*. Canada also opposes the United States' similar argument that "legitimate regulatory action" and "legitimate

¹³ See also Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll and Anja Seibert-Fohr, *WTO: Technical Barriers and SPS Measures* (M. Nijhoff, 2007), p. 217.

objectives" are elements to consider in assessing whether there is less favourable treatment under Article 2.1. However, Canada points out that Article 2.1, like Article III:4 of the GATT 1994, provides significant flexibility to WTO Members to impose measures that distinguish between products for "legitimate" purposes. This is illustrated by the Appellate Body's finding in EC – Asbestos that an otherwise essentially identical product may not be "like" another product if that other product imposes greater health risks” (para. 138, underlines added)

Ⅲ. 考 察 (解 説)

(A) 「強制規格 (technical regulation)」(TBT 協定附属書 1 の 1) の解釈問題

・「強制規格」とは一般的には「電気用品安全法」のようなものをいうのではないのか?…今後、パネルの解釈に代表される「少数説」が「多数説」へと転換するか否か。

Arguments of the Third Participants - Australia

“In relation to whether the US "dolphin-safe" labelling provisions constitute a technical regulation within the meaning of Annex 1.1 of the TBT Agreement, Australia endorses the reasoning set out in the separate opinion, in particular, the view that private actions alone cannot make a measure *de facto* mandatory. Accordingly, Australia supports the United States' request that the Appellate Body reverse the Panel's finding in this regard.” (para. 138)

Cf. 我が国の立場 (para. 161)

「『強制規格』とは、品質、性能、大きさ等の製品の特性又はその関連する生産工程若しくは生産方法につき規定したもので、その遵守が義務的な規格を意味するが¹⁴、本件パネル報告における米国の『ドルフィン・セーフ (dolphin-safe)』という措置は、いわゆる『エコ・ラベル (eco-label)』¹⁵と同様に、本来的に抽象性を帯び易い概念であると言える。すなわち、イルカにとって『安全』という『規格 (standard)』は、『寸法規格』や『材料規格』材料・部品の使用・寸法その他)といった、『製品規格 (product standard)』ではなく、『環境 (environment)』に対する主観的な価値判断 (subjective value judgement) や文化的な価値を含む余地がある。フォルカー・レーベン (Volker Röben) *曰く、『通常、エコ・ラベリングは国内の諸価値や生態系に係る感受性を反映する態様で実施されるがゆえに、実体的な国際的又は地域的な標準化は起こりそうもない』¹⁶。かくして、民間の環境保護団体 (NGO) が提唱するような『ドルフィン・セーフ』の基

¹⁴ 外務省経済局国際機関第一課編『解説 WTO 協定』(日本国際問題研究所、1996年)241頁参照。

¹⁵ See generally Erich Vranes, *Trade and the Environment: Fundamental Issues in International Law, WTO Law, and Legal Theory* (Oxford University Press, 2009), pp. 342 *et seq.*

* 印刷版『WTO パネル・上級委員会報告書研究会 報告書』の入力上の誤植を修正。

¹⁶ Volker Röben, “Eco-Labeling,” Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Vol. III (Oxford University Press, 2012), p. 286. この問題については、WTO の「貿

準は存在するものの¹⁷、当然のことながら、政府レベルにおいては、そのラベリングにつき普遍的な (universal) 国際合意はいまだ存在しない¹⁸。

パネル報告要旨のⅡ(B)で述べたように、本件では、米国の措置がTBT協定附属書1の1における意味での『強制規格 (technical regulation)』を構成するか否かが争点となったが、ここで核心となるのは、①措置の『選択性 (optionality)』というものを基準として、それを『強制規格』又は『任意規格』と位置付けるのか¹⁹、あるいは、本件パネルのように、②米国のスキームが実質上は同一の国内制度を他国に強制するもの²⁰として、スキームの事実上の拘束的な効果 (de facto binding effect) に照らして『強制規格』性を判断するの²¹かという、基準設定の問題である²⁰。

米国のドルフィン・セイフのラベル使用が法令上は全く任意のものであり、たとえこのラベルがなくとも、米国内でツナ製品の販売が認められてきたという点、あるいは、少数意見が主張するように、こうしたエコ・ラベルの商標使用を許可された製品が市場で優位に立つか否か自体は法的な争点ではなく、消費者サイドの嗜好・判断に委ねられるべきであることなどを考慮すれば、本件パネルにおける『強制規格』の解釈・理解を上級委員会が支持するかどうかは、予断を許さないと評されよう。」

経済産業省通商政策局通商機構部・国際経済紛争対策室編『WTO パネル・上級委員会報告書研究会 報告書』(平成23年度版) 115-116頁より抜粋。

※ただし、当然のことながら、事実上の「強制力 (enforceability)」のみをもって、いつでも「強制規格 (technical regulation)」が成立するわけではない……例えば、「ISO14000 シリーズ」の任意的なエコラベリングも消費者の選好如何により、市場参入への必須条件ともなり得る。問題は、上級委が強調したように、一口で言えば、ラベリングの運用に対する政府の直接的ないし主体的関与であり、その具体的内容である。

(B) TBT協定 2.1 条: 「不利でない待遇 (treatment no less favorable)」とは、どの時点ないしタイミングで判断すべき性質のものなのか²¹。

易と環境に関する委員会」(CTE: Committee on Trade and Environment) ないし TBT 委員会でも今のところ具体的な成果はない。原嶋洋平「WTO 貿易と環境に関する委員会 (CTE) の交渉—アジア開発途上国の主張と提案—」『国際開発研究』15 卷 1 号(2006 年)10 頁; Jasper Stein, “The Legal Status of Eco-Labels and Product and Process Methods in the World Trade Organization,” *American Journal of Economics and Business Administration*, Vol. 1(4) (2009), p. 287.

¹⁷ 例えば、アースアイランド協会 (Earth Island Institute) などの環境保護団体 (NGOs) が掲げる、“International Marine Mammal Project”など。See at: <http://www.earthisland.org/dolphinSafeTuna/consumer/>.

ISO (International Organization for Standardization: 国際標準化機構) の「14020 シリーズ」については、山口光恒=山本 良一 (監修)『環境ラベル 対訳&解説: 一般原則&タイプ I、II、III』(産業環境管理協会、2001 年) 参照。

¹⁸ 例えば、鴻巣正「水産エコラベル認証の現状と課題—水産における環境問題への新たなアプローチ—」『農林金融』(2010 年 10 月) 588-600 頁参照。

¹⁹ 「個別意見 (separate opinion)」 paras. 7.146-188、「EU の第三国意見書」(paras. 5.97-111)。

²⁰ See also Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy* (2nd ed. Oxford University Press, 2004), pp. 483 ff., pp. 818-820.

²¹ See also WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary (DSC), “Appellate Body Report: United

“[...] With respect to Article 2.1 of the TBT Agreement, the United States agrees that a determination of whether imported products are accorded less favorable treatment calls for an analysis of whether the measure at issue modified the conditions of competition to the detriment of imported products. We believe, however, that the Appellate Body misapplied this concept.

Particularly concerning is that the Appellate Body ignored the fact that at the time the measures were adopted, Mexican and U.S. tuna product producers were in the exact same situation: Both fished the same ocean for tuna and both set on dolphins. Any adverse effects that accrued to Mexican tuna products vis-à-vis those of the United States resulted from the private choices individual producers made: Producers from the United States and other Members chose to adapt their practices to meet the conditions for use of the dolphin safe label; producers from Mexico have chosen not to.

This does not constitute an “adverse impact on competitive opportunities.” Article 2.1 of the TBT Agreement is a guarantee that technical regulations will not be applied in a way that affords protection to domestic producers. Article 2.1 is not a guarantee that producers who decide not to meet the conditions for a label will be in the same position as producers who choose to meet those conditions. The Panel’s analysis in this regard was correct and we commend it to Members.

Having determined that Mexican tuna producers are disadvantaged by not being able to claim that their tuna products are dolphin safe, the Appellate Body then considered whether this was the result of discrimination. Strikingly, the Appellate Body did not place the burden of showing discrimination on the complainant; rather, the Appellate Body found the respondent must show that its measures are not discriminatory because they are based on “legitimate regulatory distinctions.”

In this light, the Appellate Body reviewed the Panel’s assessment of whether the U.S. measures were properly “calibrated” to reflect risks to dolphins resulting from different fishing conditions and environmental factors across the world’s oceans and found the evidence on the record did not justify the distinctions drawn by the measures. Thus, even though the difference in treatment of Mexican tuna products was incidental to their origin, the Appellate Body considered the measure discriminatory.

This raises a number of significant concerns. Panels may now need to review the calibration of the measure to risk, cost, and benefit, even if in the end the difference in treatment is not related to origin. Members have nowhere agreed that panels or the Appellate Body should conduct such an inquiry.

Nor are panels and the Appellate Body equipped to conduct such an inquiry and second- guess the myriad regulatory issues involved. Indeed, in this case, the Panel faced a complex scientific record that, it felt compelled to note, involved an area “in which the collection and analysis of information is inherently difficult.” A preferable approach to reviewing national treatment claims under Article 2.1 would be a return to determining whether a measure at issue accords less favorable treatment that is related to the origin of the product. In this regard, the United States recalls that when, before a GATT panel, Mexico brought similar claims against U.S. dolphin safe labelling provisions under the almost identically worded provision of the GATT 1947, the panel rejected those claims.”

States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products,” 2012, at pp. 22023, available at: <http://www.worldtradelaw.net/>.

Statement by the United States at the June 13, 2012, DSB Meeting, available at: <http://geneva.usmission.gov/2012/06/14/statement-by-the-united-states-at-the-june-13-2012-dsb-meeting/> (underlines added).

・申立国の挙証責任の問題： “[T]he United States has not met its burden of rebutting this *prima facie* case” (para. 298)

The United States argued before the Panel that to the extent that there are any differences in criteria that must be satisfied in order to substantiate "dolphin-safe" claims, they are "calibrated" to the risk that dolphins may be killed or seriously injured when tuna is caught. In this regard, the United States emphasized the uniqueness of the ETP in terms of the phenomenon of tuna-dolphin association, which is used widely and on a commercial basis to catch tuna, and causes observed and unobserved mortalities that, in the United States' view, are not comparable to dolphin mortalities outside the ETP. The United States further alleged that there is a clear relationship between the objectives of the measure and the conditions under which tuna products may be labelled "dolphin-safe". This clear relationship, the United States argued, does not support the conclusion that the "dolphin-safe" labelling provisions are inconsistent with Article 2.1 of the TBT Agreement.

As an initial matter, we note that, in Japan – Apples, the Appellate Body pointed out that "[i]t is important to distinguish, on the one hand, the principle that the complainant must establish a *prima facie* case of inconsistency with a provision of a covered agreement from, on the other hand, the principle that the party that asserts a fact is responsible for providing proof thereof." Although the burden of proof to show that the US "dolphin-safe" labelling provisions are inconsistent with Article 2.1 of the TBT Agreement is on Mexico as the complainant, it was for the United States to support its assertion that the US "dolphin-safe" labelling provisions are "calibrated" to the risks to dolphins arising from different fishing methods in different areas of the ocean. (Paras. 282-283, footnotes deleted / underlines added)

[参考]「内国民待遇 (national treatment)」の意義・射程—GATT3 条との整合性・関連性 (e.g. paras. 209, 214, paras. 405-406)—

Arguments of the Third Participants-Canada

“Canada supports Mexico's claim that the Panel should have made findings under Articles I:1 and III:4 of the GATT 1994, particularly since the relationship between Article 2.1 of the TBT Agreement and Articles I:1 and III:4 of the GATT 1994 is "not settled". In particular, Canada submits that, unless the result of the application of Article 2.1 and the corresponding provisions of the GATT 1994 to a particular measure will necessarily be the same, it is false judicial economy for panels to fail to make findings under both agreements..” (para. 148, foot note deleted)

—TBT協定 2.1 条の解釈につき、GATT3 条は「効果的」な類推^{アナロジー}を可能とするものか否か。
—TBT 協定と GATT とでは、GATT には 20 条の一般例外規定があるが、TBT 協定に関してそ

れは 2.2 条（後述）の中に取り込まれており、TBT 協定 2.1 条と GATT3 条とでは、当然のことながら、条文テキスト上の構造が異なる（=解釈論的構造に鑑みれば、ア・プリオリなアナロジーは不可）。

「いずれかの締約国の領域の産品で他の締約国の領域に輸入されるものは、その国内における販売、販売のための提供、購入、輸送、分配又は使用に関するすべての法令及び要件に関し、国内原産の同種の産品に許与される待遇より不利でない待遇を許与される。[···]」（GATT3 条 4 項）。

“[...] The principle of **non-discrimination**, as set out in Art. 2.1, incorporates elements of the **most-favoured-nation** (MFN) principle (Art. I GATT 1994) and the principle of **national treatment** (Art. III GATT 1994). Art. 2.1 may be seen as a combined and shortened version of **Arts I and II GATT 1994**. In examining whether a measure is consistent with Art. 2.1 two steps may be followed: first, the determination of whether the two products are like, the establishment of no less favourable treatment between them.”²²

John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT: A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade* (Michie Co., 1969), pp. 286-288 (underline added).

“Paragraph 4 of Article III sets out the obligation to treat imported products “no less favorably” than like products of national origin “in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use.” Most of the remaining paragraphs of Article III are elaborations on this general principle, with three paragraphs dealing specifically with mixing regulations, one on price controls, and a final paragraph leaving cinematograph films to be governed by Article IV. [...] One of the major possibilities for escape from Article III obligations exists in the general and security exceptions articles of GATT, Articles XX and XXI. [...] The preparatory work also indicates that Article III would not prevent government regulation to enforce standardization of products to improve quality or lower cost, provided these regulations did not have “harmful effects” on international trade.”

²² Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll and Anja Seibert-Fohr, *WTO: Technical Barriers and SPS Measures* (M. Nijhoff, 2007), pp. 214-215 (emphasis original).

(C) TBT 協定 2.2 条 : 「正当な目的 (*legitimate objective*)」 の解釈と意味合い

米国措置の「目的」

“(a) "ensuring that consumers are not misled or deceived about whether tuna products contain tuna that was caught in a manner that adversely affects dolphins" (the "consumer information objective"); and
(b) "contributing to the protection of dolphins, by ensuring that the US market is not used to encourage fishing fleets to catch tuna in a manner that adversely affects dolphins" (the "dolphin protection objective").” (para. 302)

[補足] 辞書の多用という傾向 (paras. 312-315) : その手法については慎重な評価が必要
→ 袁田 『WTO 紛争処理の一断面—協定解釈と「辞書」の利用—』 (信山社、2012 年)

・ 正当な目的の「達成」に資する程度と「必要 (necessity)」観念の分析態様

“A panel adjudicating a claim under Article 2.2 of the TBT Agreement must seek to ascertain to what degree, or if at all, the challenged technical regulation, as written and applied, actually contributes to the legitimate objective pursued by the Member. The degree of achievement of a particular objective may be discerned from the design, structure, and operation of the technical regulation, as well as from evidence relating to the application of the measure. As in other situations, such as, for instance, when determining the contribution of a measure to the achievement of a particular objective in the context of Article XX of the GATT 1994, a panel must assess the contribution to the legitimate objective actually achieved by the measure at issue.

We turn next to the terms "unnecessary obstacles to international trade" in the first sentence and "not ... more trade-restrictive than necessary" in the second sentence of Article 2.2 of the TBT Agreement. Both the first and second sentence of Article 2.2 refer to the notion of "necessity". These sentences are linked by the terms "[f]or this purpose", which suggests that the second sentence qualifies the terms of the first sentence and elaborates on the scope and meaning of the obligation contained in that sentence. The Appellate Body has previously noted that the word "necessary" refers to a range of degrees of necessity, depending on the connection in which it is used. In the context of Article 2.2, the assessment of "necessity" involves a relational analysis of the trade-restrictiveness of the technical regulation, the degree of contribution that it makes to the achievement of a legitimate objective, and the risks non-fulfilment would create. We consider, therefore, that all these factors provide the basis for the determination of what is to be considered "necessary" in the sense of Article 2.2 in a particular case.

[...] In sum, we consider that an assessment of whether a technical regulation is "more trade-restrictive than necessary" within the meaning of Article 2.2 of the TBT Agreement involves an evaluation of a number of factors. A panel should begin by considering factors that include: (i) the degree of contribution made by the measure to the legitimate objective at issue; (ii) the trade-restrictiveness of the measure; and (iii) the nature of the risks at issue and the gravity of consequences that would arise from non-fulfilment of the objective(s) pursued by the Member through the measure. In most cases, a comparison of the challenged measure and possible alternative measures should be undertaken. In

particular, it may be relevant for the purpose of this comparison to consider whether the proposed alternative is less trade restrictive, whether it would make an equivalent contribution to the relevant legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create, and whether it is reasonably available.” (paras. 317-318, 322, footnotes deleted / underlines added)

・「イルカの保護」という環境問題に対する配慮²³

「提案された措置において、東部熱帯太平洋でイルカの囲い込みにより捕られたマグロは『ドルフィン・セーフ』のラベルを付与され得るであろうから、かくして、メキシコによって提案された代替措置というものは、消費者情報に係る目的と、イルカの保護という目的の双方に対して、問題となっている措置よりも、貢献する程度は劣るように思えるのである。というのも、全体として、メキシコのいう措置によれば、イルカに悪影響を与える状態で捕られたより多くのマグロに対して『ドルフィン・セーフ』のラベルを付与することになり得る (would) からである」(para. 330)²⁴。

∴ (米国のラベル・スキーム) > (国際イルカ保全プログラムに関する協定)

∴ 「米国のラベル・スキーム」又は「国際イルカ保全プログラムに関する協定」ではなく、「独立の監視員 (*independent observer*)」による “non-mortality / injury certification” の発行がイルカの保護については望ましいであろう (paras. 293-297)。

“[...] In the light of the above, we conclude that the United States has not demonstrated that the difference in labelling conditions for tuna products containing tuna caught by setting on dolphins in the ETP, on the one hand, and for tuna products containing tuna caught by other fishing methods outside the ETP, on the other hand, is "calibrated" to the risks to dolphins arising from different fishing methods in different areas of the ocean. It follows from this that the United States has not demonstrated that the detrimental impact of the US measure on Mexican tuna products stems exclusively from a legitimate regulatory distinction. We note, in particular, that the US measure fully addresses the adverse effects on dolphins resulting from setting on dolphins in the ETP, whereas it does "not address mortality (observed or unobserved) arising from fishing methods other than setting on dolphins outside the ETP". In these circumstances, we are not persuaded that the United States has demonstrated that the measure is even-handed in the relevant respects, even accepting that the fishing technique of setting on dolphins is particularly harmful to dolphins.”²⁵

²³ See also Elizabeth Havice and Liam Campling, “WTO Appellate Body rules on Tuna-Dolphin Debate,” *FFA Fisheries Trade News*, Volume 5: Issue 4 July-Aug 2012, pp. 2-3.

²⁴ 傍点=吉田。

²⁵ Para. 297, underline added (footnote [614] deleted).

・TBT協定 2.2 条においては、産品の「生産工程」(process and production method: PPM) をも一応は考慮し得る²⁶。

“Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. For this purpose, technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create. Such legitimate objectives are, inter alia: national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment. In assessing such risks, relevant elements of consideration are, inter alia: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products.” (TBT 協定 2.2 条、下線=吉田)

・・・下院天然資源委員会 (House Committee on Natural Resources) などによる、米国内における本上級委員会報告書への反発²⁷が徐々に拡大しているという政治情勢。

(D)「関連する国際規格 (relevant international standard)」(TBT協定 2.4 条)の概念的射程²⁸

→松下満雄「EC の鰯の表示」松下満雄=清水章雄=中川淳司編『ケースブック WTO 法』(第 2 版、有斐閣、2009 年) 212-213 頁参照。

「いずれにせよ、TBT協定の目的との関係では、国際規格は『国際標準化機関 (international standardizing bodies)』により制定される必要があり、それは — 必ずしもそうである必要はないが — 『国際標準化組織 (international standardizing organizations)』であろう」²⁹ (para. 395)。

→パネルの解釈 (paras. 7.663-) によれば、単なる協定の文書が「国際組織 (international

²⁶ See also e.g. Philippe Sands and Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law* (Cambridge University Press, 2012), p. 810.

²⁷ See e.g. William Watson, “Protectionist Denial and Bribery,” *Cato @ Liberty*, 4 June 2012, available at: <http://www.cato-at-liberty.org/protectionist-denial-and-bribery/>. See also a letter addressed to President Obama from the House Committee on Natural Resources, dated 31 May 2012, available at: http://democrats.naturalresources.house.gov/sites/democrats.naturalresources.house.gov/files/documents/2012-05-31_Dolphin_Safe_Tuna_MX_0.pdf.

²⁸ See also e.g. Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll and Anja Seibert-Fohr, *WTO: Technical Barriers and SPS Measures* (M. Nijhoff, 2007), pp. 221-225.

²⁹ 傍点原文ママ。

organizations)」とも捉えられ得る帰結となる。

※ただし、AIDCP は、他の類似条約と同様に、条約事務局を有する：全米熱帯まぐろ類委員会 (Inter-American Tropical Tuna Commission (IATTC))

・そもそも、WTO の紛争解決機関が いわゆる“non-WTO legal rules” を採り上げることに は基本的に慎重であるべきとの立場もある (上級委)。

“[...] In the *Mexico – Taxes on Soft Drinks* case, the Appellate Body indicated that the WTO dispute settlement organs have a very limited or circumscribed jurisdiction to make determinations concerning whether states parties are in conformity with non-WTO legal rules. In the ruling, the Appellate Body noted that it saw “no basis in the DSU for panels and the Appellate Body to adjudicate non-WTO disputes.”³⁰

(E) TBT 協定 2 条、5 条及び附属書 3 に係る国際規格、指針及び勧告の発展に関する TBT 委員会の決定 (TBT Committee Decision on the Principles for the Development of International Standards, Guides and Recommendations with relation to Articles 2, 5 and Annex 3 to the Agreement) の位置付け

“[...] With respect to the question of whether the terms and content of the Decision express an agreement between Members on the interpretation or application of a provision of WTO law, we note that the title of the Decision expressly refers to "Principles for the Development of International Standards, Guides and Recommendations with Relation to Articles 2, 5 and Annex 3 of the Agreement". We further note that the TBT Committee undertook the activities leading up to the adoption of the Decision "[w]ith a view to developing a better understanding of international standards within the Agreement" and decided to develop the principles contained in the Decision, inter alia, "to ensure the effective application of the Agreement" and to "clarify and strengthen the concept of international standards under the Agreement". We therefore consider that the TBT Committee Decision can be considered as a "subsequent agreement" within the meaning of Article 31(3)(a) of the Vienna Convention. The extent to which this Decision will inform the interpretation and application of a term or provision of the TBT Agreement in a specific case, however, will depend on the degree to which it "bears specifically" on the interpretation and application of the respective term or provision. In the present dispute, we consider that the TBT Committee Decision

³⁰ Appellate Body Report, *Mexico - Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/AB/R, adopted 24 March 2006, para. 56, cited in: Robert Howse, *Amicus Curiae Submission, Before The World Trade Organization Appellate Body*, 17 February 2012, pp. 18-19 (underline added).

bears directly on the interpretation of the term "open" in Annex 1.4 to the TBT Agreement, as well as on the interpretation and application of the concept of "recognized activities in standardization".³¹

- ・ TBT 委員会の決定における 6 つの要件

Decision of the [TBT] Committee on Principles for the Development of International Standards, Guides and Recommendations with Relation to Articles 2, 5 and Annex 3, in G/TBT/1/Rev.10 (9 June 2011), pp. 46-48 (underlines added).

1. The following principles and procedures should be observed, when international standards, guides and recommendations (as mentioned under Articles 2, 5 and Annex 3 of the TBT Agreement for the preparation of mandatory technical regulations, conformity assessment procedures and voluntary standards) are elaborated, to ensure transparency, openness, impartiality and consensus, effectiveness and relevance, coherence, and to address the concerns of developing countries.

2. The same principles should also be observed when technical work or a part of the international standard development is delegated under agreements or contracts by international standardizing bodies to other relevant organizations, including regional bodies.

1. Transparency

3. All essential information regarding current work programmes, as well as on proposals for standards, guides and recommendations under consideration and on the final results should be made easily accessible to at least all interested parties in the territories of at least all WTO Members. Procedures should be established so that adequate time and opportunities are provided for written comments. The information on these procedures should be effectively disseminated.

4. In providing the essential information, the transparency procedures should, at a minimum, include:

(a) the publication of a notice at an early appropriate stage, in such a manner as to enable interested parties to become acquainted with it, that the international standardizing body proposes to develop a particular standard;

(b) the notification or other communication through established mechanisms to members of the international standardizing body, providing a brief description of the scope of the draft standard, including its objective and rationale. Such communications shall take place at an early appropriate stage, when amendments can still be introduced and comments taken into account;

(c) upon request, the prompt provision to members of the international standardizing body of the text of the draft standard;

(d) the provision of an adequate period of time for interested parties in the territory of at least all members of the international standardizing body to make comments in writing and take these written comments into account in the further consideration of the standard;

(e) the prompt publication of a standard upon adoption; and

(f) to publish periodically a work programme containing information on the standards currently being prepared and adopted.

5. It is recognized that the publication and communication of notices, notifications, draft standards, comments, adopted standards or work programmes electronically, via the Internet, where feasible, can provide a useful means of ensuring the timely provision of information. At the same time, it is also recognized that the requisite technical means may not be available in some cases, particularly with regard to developing countries. Accordingly, it is important that procedures are in place to enable hard copies of such documents to be made available upon request.

2. Openness

³¹ Para. 372, underline added (footnotes [737-740] deleted).

6. Membership of an international standardizing body should be open on a non-discriminatory basis to relevant bodies of at least all WTO Members. This would include openness without discrimination with respect to the participation at the policy development level and at every stage of standards development, such as the:

- (a) proposal and acceptance of new work items;
- (b) technical discussion on proposals;
- (c) submission of comments on drafts in order that they can be taken into account;
- (d) reviewing existing standards;
- (e) voting and adoption of standards; and
- (f) dissemination of the adopted standards.

7. Any interested member of the international standardizing body, including especially developing country Members, with an interest in a specific standardization activity should be provided with meaningful opportunities to participate at all stages of standard development. It is noted that with respect to standardizing bodies within the territory of a WTO Member that have accepted the Code of Good Practice for the Preparation, Adoption and Application of Standards by Standardizing Bodies (Annex 3 of the TBT Agreement) participation in a particular international standardization activity takes place, wherever possible, through one delegation representing all standardizing bodies in the territory that have adopted, or expected to adopt, standards for the subject-matter to which the international standardization activity relates. This is illustrative of the importance of participation in the international standardizing process accommodating all relevant interests.

3. Impartiality and Consensus

8. All relevant bodies of WTO Members should be provided with meaningful opportunities to contribute to the elaboration of an international standard so that the standard development process will not give privilege to, or favour the interests of, a particular supplier/s, country/ies or region/s. Consensus procedures should be established that seek to take into account the views of all parties concerned and to reconcile any conflicting arguments.

9. Impartiality should be accorded throughout all the standards development process with respect to, among other things:

- (a) access to participation in work;
- (b) submission of comments on drafts;
- (c) consideration of views expressed and comments made;
- (d) decision-making through consensus;
- (e) obtaining of information and documents;
- (f) dissemination of the international standard;
- (g) fees charged for documents;
- (h) right to transpose the international standard into a regional or national standard; and
- (i) revision of the international standard.

4. Effectiveness and Relevance

10. In order to serve the interests of the WTO membership in facilitating international trade and preventing unnecessary trade barriers, international standards need to be relevant and to effectively respond to regulatory and market needs, as well as scientific and technological developments in various countries. They should not distort the global market, have adverse effects on fair competition, or stifle innovation and technological development. In addition, they should not give preference to the characteristics or requirements of specific countries or regions when different needs or interests exist in other countries or regions. Whenever possible, international standards should be performance based rather than based on design or descriptive characteristics.

11. Accordingly, it is important that international standardizing bodies:

- (a) take account of relevant regulatory or market needs, as feasible and appropriate, as well as scientific and technological developments in the elaboration of standards;
- (b) put in place procedures aimed at identifying and reviewing standards that have become obsolete, inappropriate or ineffective for various reasons; and
- (c) put in place procedures aimed at improving communication with the World Trade Organization.

5. Coherence

12. In order to avoid the development of conflicting international standards, it is important that international standardizing bodies avoid duplication of, or overlap with, the work of other international standardizing bodies. In this respect, cooperation and coordination with other relevant international bodies is essential.

6. Development Dimension

13. Constraints on developing countries, in particular, to effectively participate in standards development, should be taken into consideration in the standards development process. Tangible ways of facilitating developing countries' participation in international standards development should be sought. The impartiality and openness of any international standardization process requires that developing countries are not excluded de facto from the process. With respect to improving participation by developing countries, it may be appropriate to use technical assistance, in line with Article 11 of the TBT Agreement. Provisions for capacity building and technical assistance within international standardizing bodies are important in this context.

“Reference to the 1969 Vienna Convention is almost an automatism for the Dispute Settlement Body (DSB) of the World Trade Organization (WTO). There exists practically no other option since according to Article III: 2 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, the rules of the WTO should be interpreted so as to ‘clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law.’ There are thus barely any cases where this reference is missing from reports of the Appellate Body, since the procedure has been legitimated in this way although this procedure may not always be justified in respect to Article 31. Since the Gasoline case in 1996, the Appellate Body has refused to isolate the rules of the General Agreement (GATT-94) from other rules of interpretation in public international law, [...].”

Olivier Corten and Pierre Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties : A Commentary* (Oxford University Press, 2011), Vol. I, pp. 820-821 (underline added).

→研究 : I.L.C. “Treaties over time/Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties” [e.g. UN Doc. A/63/10, Annex 1, pp. 365 *et seq.*], *etc.*

“[S]ince para 3 lit a does not contain any formal requirement, it would seem that the “agreements” can very well be made informally. They **do not have to be in treaty form** but must be such as to show that the parties intended their understanding to be the basis for an agreed interpretation. The proven fact, not the form, of an agreement is what counts under lit a. [...] If informal agreements or understandings fall under lit a, this would also mean that there is a potential overlap with the concept of “subsequent agreement of the parties” within the meaning of lit b.”

Oliver Dorr and Kristen Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer-Verlag, 2012), p. 554 (emphasis original).

〔補足／参考：他分野の実行〕これは単に環境条約における「政治的機関」（締約国会議、履行確保メカニズムの各種委員会等）の内部にしばしばみられる現象ではあるが、当事国は、条約法条約 31 条 3 項を根拠に、基礎となる条約そのものよりも、自らの国益増進のため、締約国会議

決議その他の「ソフト・ロー (soft law)」に依存しようとする傾向が年々強まっており、何れの専門技術的な条約レジームにおいても、その法的な「一体性 (unity)」を確保する上では、“non-binding instruments”は「制限的」に解されるべきであろう³²。

・「閣僚会議及び一般理事会は、この協定及び多角的貿易協定の解釈を採択する排他的権限を有する」(WTO 協定 9 条 2 項) …しかし、かような解釈に係る決定の採択の可能性は低い→実際には、パネル／上級委による解釈如何

(F) 製品の「生産工程・生産方法」(process and production methods: PPM[s])に基づくアプローチ

・開発途上国による反対もあり、PPMについては有意な国際合意が存在しない³³。

	途上国	カナダ	EU
TBT 協定の対象か	対象外。	多国間で合意されたガイドラインに服し、透明性を有し、差別的でなければ対象内。	対象内とのオプションもあるが、対象外とし、透明性の確保のため、別の規約の制定を提案。
ガット/WTO の下で許容されるか	認められない。	差別的・恣意的でなければ、一定の条件下で認めてよい。	差別的・恣意的でなければ、一定の条件下で認めてよい。

出典：藤岡典夫「エコラベルと WTO 協定」『農林水産政策研究』1 号 (2001 年) 3 頁

・ TBT 協定 2.1 条

—GATT3 条と PPM との関係に係る整合性

“The Panel concluded from the above considerations that the Note Ad Article III covers only those measures that are applied to the product as such. The Panel noted that the MMPA regulates the domestic harvesting of yellowfin tuna to reduce the incidental taking of dolphin, but that these regulations could not be regarded as being applied to tuna products as such because they would not directly regulate the sale of tuna and could not possibly affect tuna as a product. Therefore, the Panel found that the import prohibition on certain yellowfin tuna and certain yellowfin tuna products of Mexico and the provisions of the MMPA under which it is imposed did not constitute internal regulations covered by the Note Ad

³² See e.g. Osamu Yoshida, “Procedural Aspects of the International Legal Regime for Climate Change: Early Operation of the Kyoto Protocol Compliance System,” *Journal of East Asia and International Law*, Vol. 4, No. 1 (May 2011), pp. 53 *et seq.*

³³ Andrew T. Guzman and Alan O. Sykes, *Research Handbook in International Economic Law* (E. Elgar, 2007), p. 522.

Article III.

The Panel further concluded that, even if the provisions of the MMPA enforcing the tuna harvesting regulations (in particular those providing for the seizure of cargo as a penalty for violation of the Act) were regarded as regulating the sale of tuna as a product, the United States import prohibition would not meet the requirements of Article III. As pointed out in paragraph 5.12 above, Article III:4 calls for a comparison of the treatment of imported tuna as a product with that of domestic tuna as a product. Regulations governing the taking of dolphins incidental to the taking of tuna could not possibly affect tuna as a product. Article III:4 therefore obliges the United States to accord treatment to Mexican tuna no less favourable than that accorded to United States tuna, whether or not the incidental taking of dolphins by Mexican vessels corresponds to that of United States vessels.³⁴

・ TBT 協定 2.2 条と PPM の関係 → III (C) 参照

³⁴ US-Tuna I, paras. 5.14-15 (underlines added).

参考文献 (抜粋)

- Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll and Anja Seibert-Fohr, *WTO: Technical Barriers and SPS Measures* (M. Nijhoff, 2007).
- Stefan Zleptnig, *Non-Economic Objectives in WTO Law: Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements* (M. Nijhoff, 2010).
- Spencer Henson and John S. Wilson (eds.), *The WTO and Technical Barriers to Trade* (E. Elgar, 2005).
- Erich Vranes, “The Trade Disciplines arising under the TBT Agreement,” in *idem*, *Trade and the Environment: Fundamental Issues in International Law, WTO Law, and Legal Theory* (Oxford University Press, 2009), pp. 285-318.
- P. J. Kuyper, “The Law of GATT as a Special Field of International Law,” *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXV (1995), pp. 227-257.
- Michael Bowman, Peter Davies and Catherine Redgwell, *Lyster’s International Wildlife Law* (2nd ed. Cambridge University Press, 2010).
- Gabrielle Marceau and Joel P Trachtman, “Technical Barriers to Trade,” Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, at: www.mpepil.com.
- Humberto Zúñiga Schroder, “Definition of the Concept ‘International Standard’ in the TBT Agreement,” *Journal of World Trade*, Vol. 43, Issue 6 (2009), pp. 1223–1254.
- WTO Secretariat, “WTO adopts ‘Tuna’ Rulings, at its meeting on 13 June 2012, the Dispute Settlement Body (DSB) adopted the Panel and Appellate Body Reports in the Tuna Dispute,” WTO: 2012 News Item, 13 June 2012, at: http://www.wto.org/english/news_e/news12_e/dsb_13jun12_e.htm.
- Centre for WTO Studies Indian Institute of Foreign Trade, “Report of the Appellate Body: United States — Measures Concerning the Importation. Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products,” WTO Dispute Analysis, 24 May 2012 – 6, at: [http://wtocentre.iift.ac.in/DisputeAnalysis/Dispute%20Analysis_US-Tuna%20\(AB\).pdf](http://wtocentre.iift.ac.in/DisputeAnalysis/Dispute%20Analysis_US-Tuna%20(AB).pdf).
- Elizabeth Havice and Liam Campling, “WTO Appellate Body rules on Tuna-Dolphin Debate,” *FFA Fisheries Trade News*, Volume 5, Issue 4, July-Aug 2012, pp. 1-3.
- Robert Howse and Joanna Langille, “Permitting Pluralism: The Seal Products Dispute and Why the WTO should accept Trade Restrictions justified by Noninstrumental Moral Values,” *Yale Journal of International Law*, Vol. 37, pp. 368-432.
- Oliver Dorr and Kristen Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer-Verlag, 2012).
- Georg Nolte, “Subsequent Practice as a Means of Interpretation in the Jurisprudence of the WTO Appellate Body,” Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011), pp. 138-144 [未読了] .
- Philippe Sands and Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law* (Cambridge

University Press, 2012)

□ Osamu Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer: International Law, International Régimes and Sustainable Development* (2nd ed., Brill, 2012, forthcoming [1st ed. in 2001, Kluwer Law In'L]).

* * *

□ 中川淳司=清水章雄=平覚=間宮勇『国際経済法』（第2版、有斐閣、2012年）

□ 小寺彰編『転換期のWTO—非貿易的関心事項の分析—』（東洋経済新報社、2003年）

□ 内記香子『WTO法と国内規制措置』（日本評論社、2008年）

□ 松下満雄「コメント：WTO協定解釈雑感—上級委員会における紛争解決の現場から—」『日本国際経済法学会年報』19号（2010年）75-82頁。

□ 清水章雄「WTO紛争解決における解釈手法の展開と問題点」『日本国際経済法学会年報』19号（2010年）10-25頁。

□ 米谷三以「ECの農産物・食品の商標及び地理的表示の保護」松下満雄=清水章雄=中川淳司編『ケースブックWTO法』（第2版、有斐閣、2009年）226-227頁。

□ 袁田『WTO紛争処理の一断面—協定解釈と「辞書」の利用—』（信山社、2012年）

以上