

## 韓国—日本産水産物等の輸入規制上級委員会報告

(WT/DS495/AB/R, 2019年4月26日採択)

平 覚

## i) 事実関係

韓国は、2011年3月の東日本大震災の際に発生した福島第一原子力発電所事故による放射能汚染を理由として日本産水産物等に対して輸入禁止や追加的検査要件の賦課を内容とする輸入規制措置を発動した。日本は、2015年5月にこれらの措置のSPS協定不適合を主張してWTOの紛争解決手続に訴えた。

2018年2月、パネルは、韓国の措置は、①不必要に貿易制限的でSPS協定5条6項に不適合、②差別的であり同2条3項に不適合、③同5条7項の暫定措置とみなすこともできないなどの判断を下したが、日韓共に上訴し、2019年4月、上級委員会による判断が示された。上級委員会は、上記3点すべてについてパネルの判断に誤りがあるとしてこれらを破棄したが、自判することはなく、争点を未解決のままとした。このため、実質的に日本の主張は認められず、韓国の措置は継続される結果となった。

## ii) 主要な論点と上級委員会の結論

## ①SPS協定5条6項の適用

パネルは、韓国自身によって明示された「適切な保護水準 (ALOP)」を、(i)通常的环境において存在するレベル、(ii)「合理的に達成可能な最低限の」被曝 (ALARA)、及び(iii)年間1ミリシーベルト (1mSv/year) 未満の被曝量、からなる複合的なものとして受け入れた。しかし、日本が提案する代替措置がこのようなALOPを達成するかについてのパネルの分析は、もっぱら1mSv/year 未満という定量的要素に向けられており、「通常的环境における」放射能レベル及びALARAという定性的要素を考慮したのかどうかは明らかではない。パネルは、日本の代替措置が韓国のALOPを達成するという認定を行う際に5条6項の適用において誤りを犯した (paras. 5.38-5.39)。

## ②SPS協定2条3項の適用

2条3項の「同一又は同様の条件の下にある」という文言の分析は、製品にはいまだ顕在化していないが規制目的および問題となっている特定のSPSに関する危険に照らして、関連する領域的条件を含めて、異なる加盟国のすべての関連する条件の考慮を伴うものである。パネルは、2条3項の規定が産品中に存在する危険を関連する条件として考慮することを許容すると結論する際に、2条3項の解釈において誤りを犯した。また、その適用においても、もっぱら産品サンプル中の実際に測定されたレベルにのみ基づくパネルの認定は、結局、異なる加盟国の領域に存在する関連する条件に照らして汚染の可能性を考慮するものではなかった。それゆえ、パネルは、日本と他の加盟国の間には同様の条件が存在すると認定する際に2条3項の解釈と適用において誤りを犯した (5.91-5.93)。

## ③SPS協定5条7項の適用

日本はパネル設置要請において5条7項の下での主張を行わなかった。韓国は自国の反論の一部として5条7項に関連する陳述を行なったが、自国の措置が5条7項に基づく暫定的性質により正当化され、

または2条3項、5条6項などの義務から免除されるとは主張しなかった。むしろ、韓国は、日本が不適合と主張するSPS協定の規定の解釈に対して関連する文脈になるものとして5条7項に依拠した。パネルは、韓国の措置の5条7項適合性について認定を行うことによって権限を超越し、それによってDSU7条1項および11条に不適合に行動した。この理由で、5条7項の下でのパネルの認定をムートでかつなら法的効果を持たないものと宣言する(5.121-5.122)。

### iii) 判断の意義

#### 論点①について

上級委員会は、先例に従い、ALOPの指定が被申立国の特権であり義務であること、十分に明確でなければならないこと、必ずしも定量的である必要はないこと、さらに、パネルが被申立国の実際のALOPは被申立国が明示的に指定したALOPと異なると考えるときは、パネルが自らALOPを決定できるが、その決定の理由を説明しなければならないことを指摘する。本件で、日本は、韓国のALOPの定性的要素は定量的要素に包含されると主張していたが、パネルは、この主張を認めず、韓国の多面的に構成されたALOPをそのまま受け入れた。それにもかかわらず、パネルは、韓国のALOPのすべての要素に照らして日本の代替措置を検討しなかった。上級委員会の判断は妥当なものである。なお、上級委員会は、本件ALOPの定性的要素が定量的要素に還元できるのかの検討は要請されていないとして(5.37)、自判することはなかった。ALOPの認定が事実認定に属するとすれば、そもそも自判する権限はなかったと見るべきではないか。

#### 論点②について

パネルは、上級委員会と同様に、関連する条件の検討においては多様な複数の条件が考慮されるべきであることを認めていたように見える。しかし、パネルは、その結論において、2.3条は、「国際貿易における産品に存在するリスクを関連する条件として(risk present in products in international trade as the relevant condition)」考慮することを許容すると述べた。上級委員会は、この“the relevant condition”という表現の定冠詞theに注目し、パネルは2.3条がもつばら産品中の条件だけを考慮することを許容し、他の関連するすべての条件の考慮を排除していると理解して、このようなパネルの解釈を否定した。2.3条の関連する条件の検討においては多様な複数の条件が考慮されるべきとする点ではパネルも上級委員会も見解が一致しているように見え、パネルの意図は必ずしも明らかではないが、定冠詞theではなく不定冠詞aを使用していれば、上級委員会がパネルの解釈を否定することはなかったように思われる。

#### 論点③について

5条7項の暫定措置に2条3項や5条6項が適用されるかについては論争がある。ECバイテク事件パネルは、2条3項が適用されることを認めた。しかし、とくに科学的証拠が不十分な場合には、他の規定の義務との適合性の分析に影響がありうることが認められている(本件の第三国意見など)。韓国も、この立場から5条7項を援用したと思われる。韓国は、パネルの最初の意見書で、本件措置が5条7項に従った暫定措置であるとの抗弁を行ったのであるから、たとえ日本がパネル設置要請において5条7項に言及せず、付託事項には含まれていないとしても、5条7項の適合性はパネルの管轄に入る「問題」

と思われる。この点で上級委員会に反対する。とくに、上級委員会の次の意見が注目される。「当事国は、パネルにおける「問題」において確認された他の WTO 規定の解釈に対して単に関連する文脈とするためにある WTO 規定に言及することがある。そのような場合に、DSU7.2 条は、パネルに「当事国が引用した対象協定の関連規定について検討する」ことを要求するが、パネルの権限は、単なる解釈上の文脈として引用された規定との当該措置の適合性について認定を行うことにまで拡張されることはない(5.114)。」そうすると、「2.3 条および 5.6 条の下での文脈上の陳述」として、「5.7 条に従った(pursuant to)」暫定措置であるという韓国の主張は、2.3 条や 5.6 条の解釈適用においてどのように作用するのであろうか。上級委員会は、パネルが「科学的証拠の不十分性との関連で 5.7 条が提供する指針を探究すべきであった」と述べているが(5.110)、はたして 5.7 条の適合性を判断せずに 5.7 条からの「指針」をどのように利用することができるのであろうか。仮にパネルが 5.7 条適合性を認め(本件でパネルはこれを否定したが)、本件措置を 5.7 条の暫定措置と認定した場合と比べて 2.3 条や 5.6 条の適用へ及ぶ影響は異なるのであろうか、またその場合どのように異なるのであろうか。

#### その他の論点

SPS 協定 8 条および附属書 C(1) (a)について、本件は、パネルがこの規定の文脈で「同種性の推定」を扱った最初の事例であり、その意味で先例的価値を有する。上級委員会は、そもそも SPS 措置は本質的にもっぱら産品の原産地のみに基づいて産品を区別するものではなく、附属書 C(1) (a)における同種性の分析では「同種性の推定」というアプローチは利用できないことを示唆した。

紛争解決のための日本の選択肢としては、再訴と勧告実施審査手続の利用という二つの手続が利用可能である。前者については、司法機関として既判力や一事不再理の原則が働くとしても、その効果は本件で未解決となった争点には及ばないであろう。さらに、本件のパネルが認定した事実は、事実に関する証拠として利用できるように思われるが、時間と費用がかかるであろう。後者は、より迅速で費用負担が少ないものである。韓国の勧告実施措置について 21.5 条手続を利用し、実施措置の一部で、原措置から変更されていない部分について原手続で分析が完了していない主張(2.3 条および 5.6 条違反)を再度提起し、さらに新たな主張も行うものである。

## I. 事実の概要

韓国は、2011年3月11日の東日本大震災の際に発生した福島第一原子力発電所事故による放射能汚染を理由として日本産水産物等に対して輸入禁止や追加的検査要件の賦課を内容とする輸入規制措置を採用した。日本は、これらの措置についてWTOの紛争解決手続に訴えた。

2015年5月21日、日本は韓国に協議要請を行い、6月24日および25日に協議が行われたが、紛争を解決することができず、日本は、8月20日にパネル設置要請を行なった。紛争解決機関(DSB)は、9月28日に韓国の措置を衛生植物検疫措置の適用に関する協定(SPS協定)に不適合とする日本の申立てを審理するためパネルを設置した。

申立ての対象となった韓国の措置は、上記事故およびその後の事態に対して課された次の4種類の措置である。すなわち、①2011年に採用された非水産物(家畜を除く)に対する追加的検査要件(2011年追加的検査要件)<sup>1</sup>、②2012年に採用された1県産のスケトウダラおよび5県産のマダラの産品別輸入禁止(産品別輸入禁止)、③2013年に採用された水産物および畜産物に対する追加的検査要件(2013年追加的検査要件)、④2013年に採用された水産物28品目に関連し8県産の水産物に対する「包括的輸入禁止」(包括的輸入禁止)(本件上級委員会報告書<sup>2</sup> para. 1.2 (以下、パラグラフ番号のみで表記))である(表1も参照)。

日本は、上記申立ての対象となった韓国のすべての措置は次の規定に不適合と主張した。(i)必要である以上に貿易制限的であるためSPS協定5.6条、(ii)日本産食品に対する恣意的または不当な差別および国際貿易に対する偽装した制限によりSPS協定2.3条、(iii)韓国がいくつかの透明性要件に従っていないためSPS協定7条ならびに附属書Bの(1)および(3)。

<sup>1</sup> セシウムおよびヨウ素についての、日本からの輸出前の検査と韓国での輸入時の検査に追加して、一定量以上のセシウムが検出された場合に、追加的に他の種類の放射性核種の検査を行うもの。

<sup>2</sup> Appellate Body Report, *Korea - Import Bans, and Testing and Certification Requirements for Radionuclides*, WT/DS495/AB/R, adopted 26 April 2019.

日本はさらに、2011年の追加的検査要件および2013年の追加的検査要件について、(iv) SPS協定8条ならびに附属書Cの(1)(a)、(1)(c)、(1)(e)および(1)(g)に不適合と主張した。

韓国は日本の主張をその全体において取り消すよう要請した(1.3)。

2018年2月22日にWTO加盟国に送付されたパネル報告書<sup>3</sup>において、本件パネルは次の認定を行った(1.4)。

- a. 韓国の措置はSPS協定5.7条の4要件を満たさない。
- b. SPS協定5.6条について、
  - i. 2011年追加的検査要件(上記①)および産品別輸入禁止(上記②)は採用時には適合していたが、その継続は不適合。
  - ii. 2013年追加的検査要件(上記③)は採用時およびその後の継続は不適合。
  - iii. 包括的輸入禁止(上記④)は採用時に(福島産および茨城産のマダラに対するものを除き)不適合。その後の継続も(全28品目について)不適合。
- c. SPS2.3条について、
  - i. 2013年追加的検査要件(上記③)ならびに8県産の27品目および6県産のマダラに対する(すなわち、福島産および茨城産マダラに対するものを除く)包括的輸入禁止(上記④)は採用時に不適合。
  - ii. 産品別輸入禁止(上記②)、包括的輸入禁止(上記④)、2011年追加的検査要件(上記①)および2013年追加的検査要件(上記③)の継続は不適合。
  - iii. 日本が主張する第2文不適合についての他の根拠については訴訟経済を行使。
- d. 2011年追加的検査要件(上記①)および2013年追加的検査要件(上記③)について、日本はSPS協定8条ならびに附属書Cの(1)(a)、(1)(c)、(1)(e)および(1)(g)への不適合を立証していない。
- e. SPS協定7条および附属書Bについて、
  - i. 日本が申立てたすべての措置は不適合。
  - ii. 日本の最初の要請に対する韓国の照会所の不完全な対応および日本の2回目の要請に対する韓国の照会所の非対応は不適合。

2018年4月9日、韓国がDSBに上訴を通知し、4月16日には、日本も上訴を通知した。4月30日、ブラジル、EU、米国、カナダ、中国、グアテマラ、インド、ニュージーラ

---

<sup>3</sup> Panel Report, *Korea - Import Bans, and Testing and Certification Requirements for Radionuclides*, WT/DS495/R, circulated to WTO Members 22 February 2018.

ンド、ノルウェーおよび台湾が第三国参加を表明し、その後、ロシアも参加を表明した(1.6)。12月3日および4日に口頭弁論が実施された(1.9)。

表1 日本の申立ての対象となった韓国の措置

措置の内容	対象産品	規制対象都道府県	採用日
①2011年追加的検査要件	すべての農林産品、加工食品、食品添加物、および健康食品	全47都道府県	2011年5月1日
②産品別輸入禁止	マダラ	宮城、岩手	2012年5月2日
	マダラ、スケトウダラ	福島	2012年6月22日
	マダラ	青森	2012年8月27日
	マダラ	茨城	2012年11月9日
③2013年追加的検査要件	すべての水産物および畜産物	全47都道府県	2013年9月9日
④包括的輸入禁止	水産物28品目	青森、千葉、福島、群馬、茨城、岩手、宮城、栃木	2013年9月9日

(パネル報告書 para. 2.115、表8から作成)

## II. 上級委員会報告書の概要

### 1. SPS 協定 5 条 6 項の適用

韓国は、包括的輸入禁止(福島産および茨城産のマダラに対する禁止を除く)および2013年追加的検査要件の採用ならびに韓国のすべての措置の継続に関してSPS協定5.6条に不適合とするパネルの判断について上訴した。争点は、パネルは日本の代替措置<sup>4</sup>が韓国の

<sup>4</sup> 日本は、食品の消費による放射性核種の韓国の消費者による被曝が1mSv/yearを下回ることを確保するため、日本産輸入品のセシウム水準が100Bq/kgという水準を超えないことを検証する「セシウム検査」を韓国のすべての措置に対する代替措置として提案した(パネル報告、para. 5.4)。

「適切な保護の水準(appropriate level of protection : ALOP)」<sup>5</sup>を達成しようと認定する際に SPS 協定 5.6 条<sup>6</sup>の下で誤りを犯したかである。

#### [韓国の主張]

パネルは、韓国の ALOP を誤った定量基準に実質的に置き換え、この誤った ALOP と日本が提案した代替措置を比較した。パネルの分析と結論は、もっぱら定量的基準にのみ注目し、ALARA 要素[合理的に達成可能な最低限のレベル]および通常的环境において存在するレベルに放射線の水準を維持することを無視したが、これらはいずれも韓国の ALOP の一部である(5.18)。

#### [日本の主張]

パネルは、日本が提案した代替措置が韓国の ALOP を満たしうるという認定の一部として韓国の ALOP を正しく決定し適用した。パネルは、最初の二つの要素(通常的环境と ALARA)の役割は第3の要素(1mSv/yearの被曝限度量)の韓国による決定に影響を与える(inform)ことであると認定した。ALARA 要素は、特定の「保護水準」を構成せず、または確定しないため、ALOP として機能しえない。パネルは、食物中の汚染物質について韓国が使用する定量的限度に基づき韓国の SPS 措置において実際に適用される ALOP を適正に評価した(5.19)。

#### [上級委員会の判断]

我々は、関連する ALOP の内容が、韓国の消費者が消費する食品中の放射線レベルに関して定量的および定性的側面の双方から構成されていることに留意する。それらは、すなわち、(i)通常的环境において存在するレベル、(ii)ALARA、および(iii)1mSv/year、という定量的な被曝量である(5.26)。しかしながら、パネルは韓国の ALOP がいくつかの要素によって構成されていることを認めたにもかかわらず、パネルの分析における様々な意見

---

<sup>5</sup> パネルは、韓国によって表現された次のような内容を韓国の ALOP と認定した。「韓国の消費者によって消費される食品中の放射線レベルを、通常的环境 - 主要な原子力事故からの放射能の放出がない - において存在するレベルに維持し、かつ、それゆえ、食物中の放射能汚染のレベルを 1mSv/year の限界放射線量を下回る『合理的に達成可能な最低限(as low as reasonably achievable : ALARA)』のレベルに維持すること。」(アンダーラインは原文のまま。パネル報告、para. 7.172)

<sup>6</sup> 同条は次のように規定する。

「第3条2の規定が適用される場合を除くほか、加盟国は、衛生植物検疫上の適切な保護の水準を達成するため衛生植物検疫措置を定め又は維持する場合には、技術的及び経済的実行可能性を考慮し、当該衛生植物検疫措置が当該衛生植物検疫上の適切な保護の水準を達成するために必要である以上に貿易制限的でないことを確保する。(注)

注 この6の規定の適用上、一の措置は、技術的及び経済的実行可能性を考慮して合理的に利用可能な他の措置であって、衛生植物検疫上の適切な保護の水準を達成し、かつ、貿易制限の程度が当該一の措置よりも相当に小さいものがある場合を除くほか、必要である以上に貿易制限的でない。」

は、日本の提案した代替措置が韓国の ALOP を満たしうるかどうかの決定的な指標として  
もっぱら 1mSv/year を下回る被曝量にのみ注目していることを反映している(5.28)。

パネルは、韓国の ALOP の各要素がそれぞれ異なった要素を構成しているのか、および  
それらが韓国の全体的な ALOP の一部として相互にどのように作用し合っているのかを明  
確には解決しなかった(5.29)。さらに、パネルは、韓国の ALOP の定性的側面が 1mSv/year  
の被曝限度に完全に包含され、その結果、その定量基準を下回る被曝量を達成する代替措  
置が、ALARA 要素および「通常的环境」において存在するレベルに食品中の放射線レベル  
を維持することによって表明される定性的保護水準を必然的に達成しうるのかどうかを解  
決しなかった。[パネルのいくつかの]意見はパネルが定量的基準を韓国の ALOP の表明と  
考えたことを示唆するが、それらの意見は、韓国が ALARA 原則に固執していることに対す  
るパネルの明示的な理解、韓国が自国の ALOP は固定された定量的基準ではないことを主  
張していることに対するパネルの承認および 5.6 条の適用にあたり韓国が表明した ALOP  
をパネルが最終的に受諾したと矛盾する(5.30)。

本件において、関連する ALOP を確認するにあたって、パネルは、この ALOP の様々な側  
面に優劣をつけたり、いくつかの側面（すなわち、ALARA 要素および「通常的环境におい  
て存在するレベル」）が必然的に 1mSv/year とい定量的被曝限度に包含されると認定した  
りすることはなかった。むしろ、韓国が主張し、パネルが受け入れたその内容<sup>7</sup>は、多面  
的な側面を持つ保護水準を反映しており、それは 5.6 条の要件に従ってその全体において  
充足される必要がある(5.31)。パネルは、日本の代替措置によって達成されるであろう保  
護水準を評価するにあたって、韓国の ALOP の様々な要素を明示的に統合しこれらすべて  
の要素を考慮に入れることを行わなかった。むしろ、パネルは、日本の代替措置が、「韓  
国が許容できる上限」とパネルが認める 1mSv/year を「下回る」またはそれより「相当に  
低い」被曝を達成しうると認定した(5.33)。

ALOP の指定は 5.6 条の下で被申立国の特権でありかつ義務である。SPS 措置を採用する  
加盟国は、SPS 協定の関連規定の適用を可能にするように十分明確に自国の適切な保護水  
準を決定しなければならない。パネルは、実際に適用される SPS 措置に反映された保護水  
準の証拠を含めて、記録上の陳述と議論の全体に基づき被申立国の ALOP を確認しなけれ  
ばならない。パネルは、被申立国の ALOP が被申立国によって明示されたものと異なると  
考えるときは、パネルが被申立国の ALOP であると決定したものを、その決定の理由と根  
拠となった証拠とともに、明確に説明しなければならない。そのような決定の理由には、

---

<sup>7</sup> 前掲注 5 参照。

被申立国が十分に正確ではなくまたは 5.6 条の規律の適用を不可能にするように自国の ALOP を表明したかどうかを含むことができる (5.34)。

パネルは、韓国自身が作成した当該 ALOP を日本の代替措置が達成する必要がある保護水準として受け入れた。それゆえ、パネルは、ALARA の要素および食物中の放射線のレベルを「通常的环境において存在するレベル」に維持することが十分に正確でないのかどうか、または 5.6 条の下で代替措置を評価するために韓国の ALOP の要素たりえないのかどうかを明示的には検討しなかった (5.35)。

全体として、パネルは、SPS 協定 5.6 条の下での分析を多面的要素を含む ALOP に従って組み立てたが、日本の代替措置に関して、それがパネルが確認した ALOP の要素のすべてを充足すると考えたのかどうかを不明確にしたままの結論に至った。パネルは、日本が提案する代替措置が達成する保護水準に関連し、最終的には韓国の ALOP のすべての要素を明確に考慮することを怠り、5.6 条の適用および韓国の措置が必要である以上に貿易制限的であるかどうかの評価において誤りを犯した (5.36)。

我々は、韓国の ALOP が、1mSv/year 「未満」またはそれを「大幅に下回る」被曝と同等視できるのかまたはそのような被曝量に還元できるのかを検討することを要請されていない (5.37)。

我々は、(i) 包括的な輸入禁止（福島および茨城産のマダラに対する禁止を除く）および 2013 年の追加的検査要件の採用、ならびに (ii) すべての韓国の措置の維持に関して 5.6 条に不適合とするパネルの認定を取り消す (5.39)。

## 2. SPS 協定 2.3 条の適用

韓国は、包括的輸入禁止（福島産および茨城産のマダラに対する禁止を除く）および 2013 年追加的検査要件の採用ならびに韓国のすべての措置の継続に関して SPS 協定 2.3 条に不適合とするパネルの判断について上訴した。争点は、パネルは日本および他の加盟国が「同様の条件の下にある」と認定する際に SPS 協定 2.3 条<sup>8</sup>の下で誤りを犯したかである。

### [韓国の主張]

パネルは「関連する条件」としてもっぱら产品中に存在する危険にのみ着目する誤った基準を適用した。何故、「製品の汚染レベルが決定的な基準であり、他のすべての事情や要因（例えば、環境上および生態学上の条件）が本件紛争の関連する条件を確定するにあ

---

<sup>8</sup> 同条は次のように規定する。

「加盟国は、自国の衛生植物検疫措置により同一又は同様の条件の下にある加盟国の間（自国の領域と他の加盟国の領域との間を含む。）において恣（し）意的又は不当な差別をしないことを確保する。衛生植物検疫措置は、国際貿易に対する偽装した制限となるような態様で適用してはならない。」

たって無関係であるのか」の説明を怠った(5.53)。パネルは、「ほとんど排他的に製品の検査データ」に着目し、日本の条件と世界の他の地域の条件が同様であるのかどうかの適切な評価を怠った(5.54)。

#### [日本の主張]

パネルは日本の食品と他の原産の食品が同様の条件の下にあると正しく認定した。パネルは、関連する条件が、問題の措置をめぐる特定の事情、とくに被申立国の問題の措置によって追及される目的と対象とされた SPS リスクに照らして、無限定的に(on an open-ended basis)確認されるべきものとした。パネルは、韓国の措置の目的を参照することによって 2.3 条の下での関連する条件を正しく確認し、当該目的に関連する特定の危険に基づき環境、生態および食品に関連する条件を含む様々な事項に関する入手可能な証拠をどの程度重視すべきかを検討した(5.55)。パネルは明示的に関連する環境上および生態学上の考慮を行っており、パネルがそれらの条件を「無関係」としたという韓国の主張には同意しない。これらの要素には、福島第一原発近辺およびグローバルな環境における環境汚染ならびに環境から農産物、家畜および水産物への汚染経路が含まれる。さらに、パネルは韓国が見過したと主張する要素を明示的に扱っており、それらには福島第一原発事故後の汚染漏出の情報開示および将来の漏出の可能性が含まれている(5.56)。

#### [上級委員会の判断]

2.3 条の下で「同一または同様」であることが立証されなければならない特定の「条件」は、当該事件の特別の事情に照らして SPS 措置の性質から示唆を得なければならない。それゆえ、問題となった SPS 措置によって追及される目的とそれが扱う危険に関連する「条件」が 2.3 条の下での分析に関連する(5.59)。

2.3 条の下での分析は、異なる加盟国産の产品中に存在するものとして特徴づけられる条件の考慮を含みうるが、2.3 条の適切な解釈は、領域的条件のような他の関連する条件の考慮を、それらが当該產品に影響を及ぼす可能性がある限りで含んでいる。2.3 条の下での分析は、したがって、產品にはいまだ顕在化していないが規制目的および問題となっている特定の SPS リスクに照らして、関連する領域的条件を含めて異なる加盟国のすべての関連する条件の考慮を伴うものである。我々は、パネルが、2.3 条の規定は「国際貿易における產品中に存在する危険を関連する条件として(as the relevant condition) [イタリックの強調は上級委員会による]」考慮することを許可すると結論する際に、2.3 条の解釈において誤りを犯したと認定する。なぜなら、我々は、パネルが 2.3 条の下での関連する「条件」の範囲はもっぱら「產品中に存在する危険」に限定されると結論づけたと理解するからである(5.91)。

パネルは、2.3条のその適用において、實際上、食品中の実際の汚染レベルに依拠し、食品の汚染の可能性(the potential)に影響を及ぼす他の関連する領域的条件についてのパネルの認定と調和させることはなかった。そのような認定には、汚染源の近くでは汚染の可能性がより高くなるということのパネルの承認と特定の放出事件が食品汚染の可能性を局地的に高めうるというパネルの認定が含まれる。もっぱら製品サンプル中の実際に測定された水準にのみ基づく2.3条の下でのパネルの認定は、結局、異なる加盟国の領域に存在する関連する条件に照らして汚染の可能性を考慮するものではなかった(5.92)。

それゆえ、我々は、パネルが、日本と他の加盟国は同様の条件の下にあると認定する際にSPS協定2.3条のその解釈と適用において誤りを犯したと認定する。その結果、我々は、(i) (福島産および茨城産のマダラに対する輸入禁止を除く)包括的輸入禁止および2013年の追加的検査要件の採用、ならびに(ii) 韓国のすべての措置の継続に関して、2.3条に不適合とするパネルの認定を取り消す。2.3条の意味での「同様の条件」の存在に関するパネルの認定を取り消したことに照らして、恣意的または不当な差別および韓国の措置が国際貿易に対する偽装した制限であるかどうかに関するパネルの誤りについての韓国による追加的な主張を検討する必要はない(5.93)。

なお、我々は、本件上訴においては、パネル段階での証拠が、関連する領域的条件における相違を適切に考慮する分析の下で、日本の食品と日本以外の食品における汚染の可能性が2.3条の要件を適用するにあたって十分に同様である、またはそうでないという結論を支持するのかどうかは扱わない(5.90)。

### 3. SPS協定5.7条の適用

韓国は、自国の措置が SPS 協定 5.7 条の要件を満たしていないというパネルの認定を上訴した。争点は、パネルは SPS 協定 5.7 条<sup>9</sup>の下での認定を行う際に DSU6.2 条<sup>10</sup>、7 条<sup>11</sup> および 11 条<sup>12</sup>の下で誤りを犯したかである。

#### [韓国の主張]

5.7 条は、日本がそのパネル設置要請において同条の下での不適合を主張しなかったのだからパネルの付託事項の範囲外である。さらに、韓国は、パネルにおいて、自国の措置が 5.7 条の要件を充足するならばそれらの措置が 2.3 条および 5.6 条に不適合であると認定されることはなくまたはこれらの規定の適用範囲から除外されるとは、主張していない。韓国は、「2.3 条および 5.6 条の下での文脈上の陳述(contextual argument)」として 5.7 条に言及した<sup>13</sup>。それゆえ、5.7 条への韓国の言及は、パネルに対して同条の下で韓国の措置の適合性を評価することを要求するものでも許可するものでもない。そうではなく、パネルは、次の点を決定する際に科学的証拠の不十分性との関連で 5.7 条が提供す

<sup>9</sup> 同条は次のように規定する。

「加盟国は、関連する科学的証拠が不十分な場合には、関連国際機関から得られる情報及び他の加盟国が適用している衛生植物検疫措置から得られる情報を含む入手可能な適切な情報に基づき、暫定的に衛生植物検疫措置を採用することができる。そのような状況において、加盟国は、一層客観的な危険性の評価のために必要な追加の情報を得よう努めるものとし、また、適当な期間内に当該衛生植物検疫措置を再検討する。」

<sup>10</sup> 同条は次のように規定する。

「小委員会の設置の要請は、書面によって行われる。この要請には、協議が行われたという事実の有無及び問題となっている特定の措置を明示するとともに、申立ての法的根拠についての簡潔な要約（問題を明確に提示するために十分なもの）を付する。申立国が標準的な付託事項以外の付託事項を有する小委員会の設置を要請する場合には、書面による要請には、特別な付託事項に関する案文を含める。」

<sup>11</sup> 同条は次のように規定する。

「1 小委員会は、紛争当事国が小委員会の設置の後二十日以内に別段の合意をする場合を除くほか、次の付託事項を有する。

「(紛争当事国が引用した対象協定の名称)の関連規定に照らし(当事国の名称)により文書(文書番号)によって紛争解決機関に付された問題を検討し、及び同機関が当該協定に規定する勧告又は裁定を行うために役立つ認定を行うこと。」

2 小委員会は、紛争当事国が引用した対象協定の関連規定について検討する。

3 小委員会の設置に当たり、紛争解決機関は、その議長に対し、1の規定に従い紛争当事国と協議の上小委員会の付託事項を定める権限を与えることができる。このようにして定められた付託事項は、すべての加盟国に通報される。標準的な付託事項以外の付託事項について合意がされた場合には、いずれの加盟国も、同機関においてこれに関する問題点を提起することができる。」

<sup>12</sup> 同条は次のように規定する。

「小委員会の任務は、この了解及び対象協定に定める紛争解決機関の任務の遂行について同機関を補佐することである。したがって、小委員会は、自己に付託された問題の客観的な評価(特に、問題の事実関係、関連する対象協定の適用の可能性及び当該協定との適合性に関するもの)を行い、及び同機関が対象協定に規定する勧告又は裁定を行うために役立つその他の認定を行うべきである。小委員会は、紛争当事国と定期的に協議し、及び紛争当事国が相互に満足すべき解決を図るための適当な機会を与えるべきである。」

<sup>13</sup> パネルにおいて、韓国は、その最初の意見書で自国の措置が 5.7 条に従って暫定的に採用されたと主張した。そして、本件措置は暫定的に採用されたために、このことは、SPS 協定の他の規定に基づく日本の主張の実質的な要素のパネルによる分析に影響を及ぼすと主張した(パネル報告書、paras. 7.17 and 7.67)。

る指針を探究すべきであった。(i)2.3条の下で日本と世界の他の地域に存在する条件が同様であるかどうか、および(ii)5.6条の下で日本が提案する代替措置が韓国のALOPを達成し、かつ技術的および経済的に実行可能であるかどうか。このような事情において、5.7条の下で認定を行う際に、パネルは、パネルに提起された問題の一部ではない規定を評価することにより、DSU6.2条および7条ばかりでなく、DSU11条にも不適合に行動した(5.110)。

#### [日本の主張]

パネルは、韓国が抗弁における陳述の一部として5.7条を援用したのであるから、同条に関連する認定を行うことは適切である。抗弁において提起された主張および陳述がいかなるものであれ、DSU11条は、「関連する対象協定の適用の可能性および当該協定との適合性」を含めて、「問題の客観的評価」の一部としてパネルがそれらを適切に扱うことを要求する。したがって、パネルは、韓国の5.7条の下での陳述を評価する際にDSU11条の下でその義務に従い行動した。パネルは、たとえ5.7条が日本のパネル設置要請に含められていないとしても同条の下での韓国の陳述を客観的に評価することを要求される(5.111)。

#### [上級委員会]

DSU7条および11条は、それぞれ付託事項とパネルの機能に関わる。上級委員会は、パネルの設置要請は紛争の範囲を画定すると述べてきた。パネル設置要請において確認された措置と主張は「DSBに付された問題」を構成し、DSU7.1条の下でのパネルの付託事項の基礎となる(5.113)。

当事国は、パネルにおける「問題」において確認されたあるWTO規定の解釈に対して単に関連する文脈とするために他のWTO規定に言及することがある。そのような場合に、DSU7.2条はパネルに「当事国が引用した対象協定の関連規定について検討する」ことを要求するが、パネルの権限は、単なる解釈上の文脈として引用された規定との当該措置の適合性について認定を行うことにまで拡張されることはない(5.114)。

日本がそのパネル設置要請においてSPS協定5.7条の下での不適合の主張を行わなかったことには争いがない。むしろ、パネルに韓国の措置を5.7条の下で検討するよう促したのはパネルにおける韓国の反論としての陳述である。それゆえ、我々に提起された問題は、韓国の5.7条への言及に照らして、パネルが韓国の措置の5.7条の各要件との適合性について認定を行うことは正しかったのかということである(5.115)。

韓国は、パネルに提出された最初の意見書において、本件紛争の事実背景に関する情報として自国の措置が5.7条の下で暫定的性質を有することに依拠した。その後のパネル手続を通じて、韓国は、福島第一原発から放出された放射性核種に汚染された一部の日本産

食品を消費することについて十分な危険性評価を行うためには関連する科学的証拠が不十分であること、そして、このことが SPS 協定の他の規定の下での日本の主張の評価に関連することを主張した。とくに、韓国は、5.6 条の下で日本が提案する代替措置が韓国の ALOP を達成しうることを確定するためには入手可能な科学的証拠が不十分であると主張した。韓国はまた、SPS 協定 2.3 条の下での日本の主張について、科学的証拠の不十分さのために、日本に存在する条件が韓国または他の諸国に存在する条件と同様または同一であるとは言えないと主張した。第 2 回パネル会合における最後の陳述において、韓国は、パネルの付託事項は韓国の SPS 措置が 5.7 条の要件を逸脱しているといういかなる認定を行うこともパネルに許容しないと明示的に述べた (5.116)。

韓国の主たる主張は、ある特定の状況 - すなわち、一部の日本産食品の消費に伴う危険性の評価を行うための科学的証拠が不十分であると主張されていること - が 2.3 条および 5.6 条の下での日本の主張の評価に関連するということである。韓国による 5.7 条への依拠の性質に照らして、パネルは、2.3 条および 5.6 条の下での判断に際しての関連する科学的証拠の不十分性の主張の関連性を探究するように要請された。パネルはまた、5.7 条が本件紛争において問題となった SPS 協定のいくつかの規定の解釈にとって関連する文脈を提供するのかどうかを探究することを要請された (5.117)。

上述のように、日本はそのパネル設置要請に 5.7 条の下での主張を含めなかった。他方で、韓国は、自国の措置が 5.7 条の下での暫定的性質のために正当化され、または 2.3 条、5.6 条、7 条、8 条ならびに附属書 B および C に含まれる義務から除外されるとは主張しなかった。むしろ、韓国は、日本が不適合と主張する SPS 協定の他の一定の規定の解釈に対して関連する文脈になるものとして 5.7 条に言及した。韓国はまた、日本のとくに SPS 協定 2.3 条および 5.6 条の下での不適合性の主張のパネルによる評価に関連する要素として本件における証拠の不十分性の主張に依拠する際に 5.7 条に言及した。それゆえ、パネルは、韓国の措置の 5.7 条との不適合性についての認定を行うことによって、その権限を逸脱し、それによって DSU 7.1 条および 11 条に不適合に行動した。この理由により、我々は、SPS 協定 5.7 条の下でのパネルの認定をムートであり、なんら法的効果を持たないものと宣言する (5.118)。

#### 4. パネルによる証拠の扱い

争点は、パネルによる証拠の扱いが DSU 11 条<sup>14</sup>に不適合であるかである。

##### [韓国の主張]

---

<sup>14</sup> 前掲注 12 参照。

パネルは、本件措置の採用時に韓国当局が入手し得なかった証拠またはパネル設置時には存在しなかった証拠を考慮することにより、DSU11条の下で誤りを犯した。2.3条および5.6条に不適合とするパネルの認定は、そのような証拠に依拠しており、破棄されるべきである(5.123および5.126)。

#### **[日本の主張]**

本件措置の採用時に韓国当局が入手し得なかった証拠について、パネルが当該措置の採用ではなくその維持を評価するにあたってそのような証拠に依拠することは誤りではない。パネル設置後の証拠については、2.3条および5.6条が継続的な義務を課していることから、パネルが当該措置の維持を評価するにあたってそのような証拠を除外することは許されない(5.124)。パネルは、パネル設置後の状況に関連して適時に提出された証拠を無視することにより誤りを犯したが、それによって2.3条および5.6条の下でのパネルの最終的認定が無効となるわけではない(5.125)。

#### **[上級委員会]**

パネルによる証拠の扱いに関する韓国および日本の上訴における誤りの主張は、パネルによるSPS協定2.3条および5.6条の適用に関連する。我々は、韓国の措置が2.3条および5.6条に不適合とするパネルの認定を破棄したので、これらの誤りの主張をさらに検討することが必要とは思わない(5.127)。

### **5. パネルによる専門家の選出**

争点は、パネルによる専門家の選出がDSU11条に不適合であるかである。

#### **[韓国の主張]**

パネルは、韓国のデュープロセス上の権利を無視して2名の専門家を指名することによってDSU11条の下で誤りを犯した。これら2名の専門家の独立性と公平性が確保されていないこと、またはそれらについて正当な疑念が存在することを認定すべきであった。パネルは2.3条、5.6条および5.7条の下での評価にあたってこれらの専門家に相談したことに依拠しており、これらの規定に関するパネルの認定を破棄するよう要請する(5.128)。

#### **[日本の主張]**

パネルは、専門家の選出過程において厳格であったし、韓国のデュープロセス上の権利を尊重した。韓国は、パネルがDSU11条の下で誤りを犯したことを立証していない(5.129)。

#### **[上級委員会]**

我々は、韓国の措置が2.3条および5.6条に不適合とするパネルの認定を破棄し、5.7条の下でのパネルの認定をムートでありかつなんら法的効力を持たないと宣言した。韓国

の主張は、これらのパネルの認定に関わり、2人の専門家の指名に関する韓国の主張をさらに検討することが必要とは思わない(5.130)。

## 6. SPS 協定 7 条および附属書 B(1)

争点は、パネルが、SPS 附属書 B(1)<sup>15</sup>の解釈および適用において誤りを犯したか、および争いのない問題に関して証拠を提出するよう韓国に要請するのは DSU11 条に適合的であるかである。

### i) SPS 協定附属書 B(1)の解釈

#### [韓国の主張]

パネルは、附属書 B(1)は、利害関係を有する加盟国が自国の物品に適用される特定の原則および方法を含む条件を知ることができるように、制定された SPS 規制の公表が十分な内容を含むことと要求すると認定する際に、同規定の解釈において誤りを犯した。附属書 B(1)は公表されなければならない「条件」、「特定の原則」または「方法」には言及しておらず、パネルは、SPS 規制の遵守のための詳細な方法を公表に含めるべきことを要求することによって附属書 B(1)には存在しない追加的な義務を課した(5.149)。

#### [日本の主張]

パネルは、附属書 B(1)の下での公表は、輸出加盟国の生産者が「自分たちの産品および生産方法」を輸入加盟国の「要件」に「適応させる」ことを可能にするため、物品に適用される「(特定の原則および方法を含む)条件」を含む十分な情報を含まなければならないと正しく認定した(5.150)

#### [上級委員会]

パネルの「条件」への言及が制定された SPS 規制の要件を意味する限りで、その点に関するパネルの解釈は我々の解釈と一致するが、「特定の原則および方法」へのパネルの言及は、この定義されていない要件が SPS 規制の公表において「常に(*in all cases*)」満たされなければならないとパネルが示唆する限りで、我々はこれに同意しない。利害関係を有する加盟国が制定された SPS 規制を知ることのできるように附属書 B(1)の公表に含められなければならない正確な内容および情報の量、とくに SPS 規制の産品の範囲および要件に追加されるいかなる情報も、当該 SPS 規制の性質、対象産品および関係する SPS リスクの性質を含む各事案の特別の事情に依存する(5.151)。

### ii) SPS 協定 7 条および附属書 B(1)の適用

---

<sup>15</sup> 同規定は次のとおりである。

「加盟国は、制定されたすべての衛生植物検疫上の規制（注）を、利害関係を有する加盟国が知ることのできるように速やかに公表することを確保する。

注 衛生植物検疫措置のうち一般的に適用される法令等をいう。」

## ア. 包括的輸入禁止

### [韓国の主張]

パネルは、韓国が包括的輸入禁止の対象製品の完全な範囲を公表しなかったと認定することにより、附属書B(1)の適用において誤りを犯した。プレス・リリースにおける「すべての水産物(all fishery products)」への言及は、当該措置の範囲に関連して明確であり、附属書B(1)は、対象製品の範囲が確定されている限り、それぞれのかつすべてのHSコードの公表を要求するものではない(5. 160)。

### [日本の主張]

韓国は、プレス・リリースにおける「すべての水産物」への言及が包括的輸入禁止の対象製品の範囲を通知するには不十分であると認定したパネルの具体的な理由を理解していない。パネルは、「水産物」という用語がHS品目表や国際獣疫事務局(OIE)の水生動物衛生規約のような国際貿易における用語を定義するために通常使用される出典に基づいて当該措置の対象製品の範囲を記述しているかどうかを評価した(5. 161)。

### [上級委員会]

包括的輸入禁止が通常「水産物(fishery products)」以外のカテゴリーに含められる産品を対象としていることから、我々は、当該プレス・リリースはこの包括的輸入禁止を日本が知ることができるように公表したとは思わない(5. 164)。我々は、韓国が、包括的輸入禁止の対象製品の完全な範囲を公表しなかったことによりSPS協定附属書B(1)および7条<sup>16</sup>に不適合に行動したというパネルの認定を支持する(5. 165)。

## イ. 2011年および2013年の追加的検査要件

### [韓国の主張]

パネルは、2011年および2013年の追加的検査要件を宣言するプレス・リリースが、利害関係を有する加盟国が自国の物品に適用される条件を知ることができるように十分な情報を含んでいなかったと認定することにより、附属書B(1)の適用において誤りを犯した。パネルの適用は、附属書B(1)の下で要求されるものを超えるものを要求している(5. 167)。

### [日本の主張]

韓国の主張は、パネルが附属書B(1)の解釈において誤りを犯したという自国の見解に基づいている。附属書B(1)の下での公表は、貿易業者および利害関係を有する加盟国が輸入

---

<sup>16</sup> 同条は次のように規定する。

「加盟国は、附属書Bの規定に従い、自国の衛生植物検疫措置の変更を通報するものとし、また、自国の衛生植物検疫措置についての情報を提供する。」

加盟国の要件に従う方法を知ることができるように十分な情報を通知すべきである(5.168)。

#### [上級委員会]

本件 SPS 規制に照らして、2011 年および 2013 年の追加的検査要件を宣言するプレス・リリースは、附属書 B(1)の公表要件を満たすため、追加的検査を採用させるセシウム(および 2011 年のプレス・リリースにおいてはヨウ素)のレベル、検査対象となる特定の放射性核種、製品の搬入が拒否されるそれらの放射性核種のレベルの上限およびもっぱら 2013 年プレス・リリースに関連して追加的放射性核種について要求される検査の手續と場所といった要素を含むべきであった。我々の見解によれば、これらの要素を含まなければ、プレス・リリースは、これによって利害関係を有する加盟国が 2011 年および 2013 年の追加的検査要件を知ることができない(5.169)。したがって、我々は、韓国は、日本が 2011 年および 2013 年の追加的検査要件を知ることができるように十分な情報を公表しなかったことにより、SPS 協定附属書 B(1)および 7 条に不適合に行動したとするパネルの認定を支持する(5.170)。

#### ウ. すべての措置についてのプレス・リリースへのアクセス可能性

##### [韓国の主張]

パネルは、附属書 B(1)の下で要求されていない確実性基準を設定したことにより、この規定の適用において誤りを犯した(5.172)。

##### [日本の主張]

当該措置を知ろうとして政府の複数のウェブサイトから分散した情報を検索し、それらの様々なウェブサイトからたまたま発見した情報を寄せ集めるというのは、利害関係を有する加盟国やそれらの国の企業に負わされるものではない。本件措置を宣言するプレス・リリースは一般に知られておらず、これらの措置を知る日本の能力は、当該プレス・リリースが掲載されたウェブサイトの所在[を発見することの困難から]妨げられた(5.175)。

##### [上級委員会]

附属書 B(1)の公表要件は公表の内容だけではなくそのアクセス可能性にも関わる。附属書 B(1)に従うためには、制定された SPS 規制の公表は利害関係を有する加盟国にアクセス可能なものでなければならない(5.173)。日本が提起した問題に照らして、利害関係を有する加盟国が、本件 SPS 措置に関する情報について韓国が指示したウェブサイトを開覧すべきことを知っていたはずであるという何らかの証拠または説明を提供すべきであるのは韓国であった。しかし、韓国は、利害関係を有する加盟国がプレス・リリースの所在を特定しかつそれらにアクセスすることができたかどうかについて明確な説明を行わなかった(5.175)。我々は、韓国が、利害関係を有する加盟国が本件 SPS 措置に関する情報につい

て韓国が指示したウェブサイトを開覧すべきことを知っていたはずであることを立証しなかったというパネルの認定を支持する(5.176)

## エ. DSU11 条適合性

### [韓国の主張]

パネルは、とくに韓国が提示したウェブアドレスが、韓国が本件各 SPS 措置を宣言した日に入手可能であったかおよびその日にどのような内容が入手可能であったかを知ることができなかったため、韓国は附属書 B(1)に従って本件のすべての措置を公表していないと認定した(5.177)が、パネルにおいて、プレス・リリースの公表日またはプレス・リリースが公表日にウェブサイト上で入手可能であったかどうかについては何ら問題が存在しなかったし、日本は、そのパネル設置要請において一部のプレス・リリースの公表日を明示的に知っていた。したがって、パネルが、とくにウェブページの保存バージョンを提出するよう韓国に要請することは一度もなかったのであるから、パネルが争いのない問題に関して証拠を提出するよう韓国に要請するのは不適切であり、DSU11 条に不適合である(5.178)。

### [日本の主張]

韓国がプレス・リリースの公表日はパネルにおいて争われていなかったと示唆するのは誤りである。なぜなら、パネルの上述の評価は韓国のプレス・リリースのアクセス可能性という争いのある問題に関連していたからである(5.179)。

### [上級委員会]

パネルに証拠として提出されたプレス・リリースにはそれぞれ日付がついており、それらは、政府のウェブサイト上でのプレス・リリースの公表日を示している可能性があった。我々は、事実の審査者(trier)としてのパネルの義務は、パネルに提出されたすべての証拠を考慮し、その信頼性を評価し、その重要性を決定し、かつパネルの事実認定が当該証拠に適切な基礎を有することを確保することを要求することを想起する。本件では、パネルは、政府のウェブサイト上でのプレス・リリースの公表日を確認できないという結論に到達する際に、プレス・リリースに関する記録上の証拠を考慮したのか、およびどのように考慮したのかについて何の説明も示さなかった。我々は、記録上の関連する証拠を無視することにより、パネルは、問題の客観的評価を行うという DSU11 条の下でのパネルの義務に従うことができたとは思わない(5.184)。さらに、パネル手続の間のいかなる時点でも、パネルはプレス・リリースの公表日を確認するためにウェブページの保存バージョンを要求したことを示さなかったし、またはそのような証拠の提出を韓国に要求しなかった(5.185)。パネルは、日本が公表日について争わなかった状況において、韓国が政府のウェブサイト上でのプレス・リリースの公表日を証明するためウェブページの保存バー

ジョンの提出を要求されることを予期すべきであったとすべきではなかった。むしろ、パネルは、そのような証拠が必要であると考える限りで、紛争の両当事国にそれを求め、その後適切な推論を行うべきであった(5.186)。

それゆえ、パネルが、記録上の関連する証拠を考慮せず、パネルが自身の認定に必要と考える本件のプレス・リリースの公表日に関する情報を求めようとしなかったことにより、我々は、パネルが問題の客観的評価を怠り、DSU11条に不適合に行動したと考える(5.187)。

## オ. 結論

韓国が SPS 協定附属書 B(1) および 7 条に不適合に行動したというパネルの認定は、上述のように次のような理由に基づいている。すなわち、(i) 公表の不十分な内容、(ii) 利害関係を有する加盟国が当該産品を規律する SPS 措置に関する情報について韓国が指示したウェブサイトを開覧すべきことをどのようにして知っていたはずであるのかを韓国が説明しなかったこと、(iii) パネルは、韓国が提示したウェブ・アドレスが韓国が本件各 SPS 措置を宣言した日に入手可能であったかおよびその日にどのような内容が入手可能であったかを知ることができなかったということ、である。パネルが DSU11 条に不適合に行動したという我々の認定は、もっぱら(iii)にのみ関わり、本件 SPS 措置に関するパネルの最終的な認定の他の理由(上記(i)および(ii))には影響しない。したがって、韓国は、SPS 協定附属書 B(1) および 7 条に従って自国の本件 SPS 措置を公表しなかったというパネルの最終的な認定は維持される(5.188)。

## 7. SPS 協定 7 条および附属書 B(3)

争点は、日本の照会に対して韓国の照会所の不十分な対応および対応の懈怠が SPS 協定附属書 B(3)<sup>17</sup>に不適合であるかである。

### [韓国の主張]

パネルは、日本の照会に対して韓国の照会所が一度応答しなかったことは SPS 協定附属書 B(3) との不適合を構成すると認定する際に、同規定の解釈および適用において誤りを犯

---

<sup>17</sup> 同規定は次のとおりである。

「各加盟国は、利害関係を有する加盟国からのすべての妥当な照会に応じ及び次の事項に関する関連文書を提供する責任を有する一の照会所を設けることを確保する。

- (a) 自国の領域内において制定され又は提案された衛生植物検疫上の規制
- (b) 自国の領域内において運用されている管理及び検査の手続、生産及び検疫に係る処置並びに農薬の許容限度の設定及び食品添加物の承認の手続
- (c) 危険性の評価の手続及び衛生植物検疫上の適切な保護の水準の決定並びにこれらについて考慮に入れる要因
- (d) 衛生植物検疫措置に係る国際機関及び国際的な制度並びに地域機関及び地域的な制度並びにこの協定の範囲内の二国間及び多数国間の協定及び取極への自国又は自国の領域内の関連機関の加盟及び参加の状況並びに当該協定及び取極の条文」

した。照会に対して応答しなかったという個別の事案が必然的に附属書 B(3) との不適合をもたらすことを示唆するものは同規定には何ら存在しない。附属書 B(3) との不適合の主張は、当該加盟国が妥当な紹介に応じ関連文書を提供する責任を有する一の照会所の存在を確保しなかったという主張と証拠に基づかなければならない。本件で、日本は、一つの照会に対して韓国の照会所が対応しなかったことが当該照会所を「無責任な」ものとし、それが単に「ペーパー上で」存在するにすぎないということを立証していない(5. 206)。

#### [日本の主張]

パネルは、附属書 B(3) との不適合についてのその結論を韓国の照会所が日本の照会に対して一度応答しなかったということに基づかせているわけではない。むしろパネルは次の 2 点に照らしてその結論に至った。すなわち、(i) 韓国の照会所が日本の最初の質問に対して提供した文書を日本が自国の照会に関連づけることができるようには対応しなかったこと、および(ii) 韓国の照会所が日本の二度目の照会に対応しなかったこと、である(5. 207)。

#### [上級委員会]

パネルは、不完全な応答は必ずしも附属書 B(3) との不適合をもたらすものではないが、照会に応じないことはこの規定との不適合をもたらすと考えた。我々は、パネルの解釈は、照会所が妥当な照会に一度でも応じないことまたは関連文書を提供しないことが必然的に附属書 B(3) との不適合をもたらすということの意味するものと理解する(5. 209)。我々の見解では、附属書 B(3) との適合性の審査は、照会所が受理した照会の総数とそれらに対する応答の割合および程度、照会されかつ受理された情報の性質および範囲、ならびに照会所が繰り返し応答をしなかったかどうかを含むすべての関連する要素の検討を必要とする(5. 211)。したがって、我々は、附属書 B(3) の遵守は単に形式的に照会所を設置するというのではないとするパネルに同意するが、照会所が一度照会に応じなかったことが附属書 B(3) の下での義務との不適合をもたらすとするパネルには同意しない(5. 211)。我々は、パネルが附属書 B(3) の解釈において誤りを犯したと認定する(5. 212)。パネルによる附属書 B(3) の適用については、パネルは、その分析を、もっぱら日本が行いその一つが部分的に応答された二つの照会に対する韓国の照会所の対応に限定したが、我々の見解によれば、これは韓国が附属書 B(3) に適合的に行動したかどうかを決定するために必要なすべての関連要素の十分な検討とは言えない(5. 214)。したがって、我々は、パネルは韓国が附属書 B(3) に不適合に行動したと認定する際に、附属書 B(3) の適用において誤りを犯したと認定する(5. 215)。

#### 8. SPS 協定 8 条および附属書 C(1) (a)

争点は、SPS 協定附属書 C(1) (a)<sup>18</sup>の文脈で「同種性の推定」は可能であるかである。

#### [日本の主張]

パネルは、日本産の輸入産品と韓国の国内産品が「同種」であるという推定を行わなかったことにより、SPS 協定附属書 C(1)の解釈と適用において誤りを犯した。パネルにとって同種性の推定を行うかどうかを決定する際に適切な考慮は、措置それ自体の用語と当該措置が輸入産品と国内産品を区別する唯一の基準として原産地を表明しているかどうかである。規制者が措置を採用する際に原産地以外の根拠を考えていたかどうかは、分析にあたってこれを考慮すべきではない(5.227)。SPS 協定 2.3 条および 5.6 条の下で、パネルは、韓国が主張する措置を採用する公衆衛生上の根拠を詳細に検討し、日本産品がこれと韓国の産品との区別を正当化する特別の健康上の関心を提起するという韓国の主張を退けた。パネルが、公衆衛生上の関心は日本産品と韓国産品との区別を支持しないのでこのような関心は正当化されないとすでに認定しているので、2011 年および 2013 年の追加的検査要件の根拠である公衆衛生上の関心を理由として同種性の認定を拒否することはできない(5.235)。

#### [韓国の主張]

ある区別がもつばら原産地にのみ基づいているかどうかを決定するにあたって、パネルは、当該措置の目的、根拠および効果を含む、当該措置の用語以外の要素を検討することができる。当該措置がもつばら原産地にのみ基づいて産品を区別する場合でも、パネルには同種性を推定する義務はない。それゆえ、推定が適用可能であったとしても、パネルは同種性を推定せずに、当該産品が附属書 C(1) (a)の下で「同種」であるかどうかを[別の方法で]検討する自由を有している(5.228)。

#### [上級委員会]

SPS 措置は、SPS 協定附属書 A(1)において、一定の危険から人、動物または植物の生命または健康を保護し、または有害動植物からの一定の損害を防止しまたは制限するために適用される措置と定義される。我々の見解では、附属書 A(1)に照らして、SPS 措置の実施を確認しおよび確保するための手続が果たしてもつばら原産地にのみ基づいて産品を区別することができるのか、それゆえ、附属書 C(1) (a)の文脈において同種性を推定することができるのか、が問題となる(5.233)。我々は、2011 年および 2013 年の追加的検査要件がもつばら原産地にのみ基づいて日本産品と韓国産品を区別していないという点でパネルに

---

<sup>18</sup> 同規定は次のとおりである。

「加盟国は、衛生植物検疫措置の実施を確認し及び確保するための手続について、次の (a) から (i) までに規定することを確保する。

(a) 手続が、不当に遅延することなく、かつ、輸入産品が同種の国内産品よりも不利でない方法で、行われ、完了すること。[以下省略]

同意する。それゆえ、附属書 C(1) (a) の下で同種性を推定できるかどうかは重要ではない。なぜなら、本件の特別の事情の下では、パネルは、いずれにしても日本産品と韓国産品が当該手続との関係で「同種」であると推定する立場にはなかったからである。

我々は、韓国の措置が 2.3 条および 5.6 条に適合するかどうかにかかわらず、2011 年および 2013 年の追加的検査要件を日本にだけ適用するという区別を公衆衛生上の関心および福島第一原発事故を経験したのはまさに日本であるという事実から切り離すことはできないというパネルに同意する。さらに、ある措置がもつばら産品の原産地にのみ基づいて産品を区別しないという事実は、同様の健康上の危険をもたらす国内産品と輸入産品が附属書 C(1) (a) における同種性の分析の下で「同種」とみなされることを妨げない(5. 236)。我々は、日本が輸入産品と国内産品を「同種」と推定できるとは立証しなかったとするパネルの認定を支持する。それゆえ、韓国が附属書 C(1) (a) に不適合に行動したことを日本は立証していないとするパネルの認定は維持される(5. 241)。

### III. 分析

#### 1. SPS 協定 5.6 条の適用について

上級委員会は、先例<sup>19</sup>に従い、一般原則として、ALOP の指定が被申立国の特権であり義務であること、十分に明確でなければならないこと、必ずしも定量的である必要はないこと、さらに、パネルが被申立国の実際の ALOP は被申立国が明示的に指定した ALOP と異なると考えるときは、パネルが自ら ALOP を決定できるが、その決定の理由を説明しなければならないこと、を指摘する(5. 34)。

本件で、日本は韓国の ALOP の定性的要素は定量的要素に包含されると主張し、上級委員会も指摘するように、パネル自身も一方では韓国の ALOP は定量的要素に還元されることを示唆した。しかし、他方で、パネルは、明示的に韓国の多面的に構成された ALOP をそのまま受け入れており、自国の ALOP が定量的なものではないとする韓国の主張にも留意した。韓国の ALOP についてパネルの理解が首尾一貫せず、結局パネルが定量的要素のみを重視した<sup>20</sup>ことに対して、上級委員会は、パネルが韓国の ALOP のすべての要素に照らして日本の代替措置を検討しなかったと批判した。

---

<sup>19</sup> Appellate body Reports, *India - Agricultural Products*, WT/DS430/AB/R, paras. 5.205 and 5.221; *Australia - Salmon*, WT/DS18/AB/R, paras. 199 and 205-206; *Australia - Apples*, WT/SS367/AB/R, para. 343.

<sup>20</sup> とくに、パネル報告、paras. 7.172-7.173.

パネルの不明瞭な論旨に対する上級委員会の批判は論理的には妥当なものであろう。確かに、パネルは、韓国の ALOP を認定するにあたり、韓国自身によって表現された ALOP の文言をそのまま引用したが、その際に「1mSv/year の限界放射線量を下回る (below the 1mSv/year radiation dose limit)」という文言部分にアンダーラインを付し、定量的要素を強調していた<sup>21</sup>。しかし、この点を捉えて、パネルが韓国の主張する ALOP の定量的要素を定量的要素に還元する意図であったと解釈することには無理があろう<sup>22</sup>。さらに、そのような韓国の ALOP について、パネルは、それが不明確で本件の SPS 措置に反映された実際の ALOP とは異なるとして自ら定量的な ALOP を提示することもなかった。結局、パネルは、韓国の ALOP を定量的要素と定性的要素の双方を含むものとして認めながら、これを日本の提示した定量的な代替措置と比較したことが、上級委員会により誤りとして指摘されたのである。

5.6 条不適合の認定に至るパネルの理由づけが上級委員会によって否定された以上、紛争解決のためには改めて 5.6 条不適合性の有無の判断が必要になる。この点を判断するためには、ALOP の内容を確定し、またはとくにパネルが認定した ALOP が定量的要素に還元できるのかなどの問題を検討する必要があると思われるが、これらの問題は紛争当事国が提出した証拠の評価を必要とする事実認定の問題に属するであろう<sup>23</sup>。上級委員会は、パネルにおいて提起された法的問題および法的解釈についてしか判断する権限がなく、この権限を行使する前提となる事実認定はパネルの専権とされているため<sup>24</sup>、本件で上級委員会が 5.6 条不適合性の有無について分析を完遂し自判するためにはパネルによる十分な事実認定の存在が前提条件となる。上級委員会は、韓国の ALOP が 1mSv/year を下回るまたはそれよりもはるかに低い被曝と同等視または還元できるのかの検討は要請されていないし、日本産食品の汚染レベルなど、上訴によって申し立てられていない事実問題のパネルによる評価については意見を表明しないと述べているが (para. 5.37)、分析を完遂するための十分な事実認定が存在しないと謙抑的に判断したものと思われる。

日本政府は、本件上級委員会報告書および修正されたパネル報告書の採択が審議された紛争解決機関 (DSB) の会合で、上級委員会がパネルの理由づけや説明における技術的過誤を理由にパネルの認定を取り消したが、日本産食品が科学的に安全であることはパネルの事実認定において確定しており、上級委員会が分析を完遂せず紛争の終局的解決に至らな

---

<sup>21</sup> 前掲注 5 参照。

<sup>22</sup> 反対の評価について、北村 (2019)、55 ページ。川瀬 (2019b)、23 ページ。

<sup>23</sup> 法的問題と事実問題の境界線は必ずしも明確ではないが、ALOP の内容の確定は事実問題と考える。しかし、たとえば、ALOP の内容の確定に至る過程でパネルが提出された証拠を客観的に評価したかどうかは、DSU11 条適合性の問題として法的問題に属する。

<sup>24</sup> DSU17.6 条および 11 条参照。

かった点を批判している<sup>25</sup>。しかし、上級委員会としては制度上の適正な権限行使を意識し、不確かな事実問題には踏み込まないという謙抑を行使したものとする<sup>26</sup>。

## 2. SPS2.3条の適用について

SPS 協定 2.3 条の「同一又は同様の条件」の解釈について、パネルは、関連する条件の決定のためには、当該措置の規制目的、当該措置が対象とする SPS リスク、加盟国が依拠した正当化理由、および当該事案の特別の事情を考慮する必要があること、2.3 条の「自国の領域と他の加盟国の領域との間を含む」という文言は「領域」を関連する条件の一つの例とするものであり、同様に他の条件を考慮することを排除するものではないこと、したがって、产品中の条件を考慮することは排除されないことを述べていた<sup>27</sup>。その限りで、パネルは、上級委員会と同様に、関連する条件の検討においては多様な複数の条件が考慮されるべきであることを認めていたように見える。しかし、パネルは、その結論において、2.3 条は、「国際貿易における產品に存在するリスクを関連する条件として(risk present in products in international trade as the relevant condition)」考慮することを許容すると述べた<sup>28</sup>。上級委員会は、この“the relevant condition”という表現の定冠詞 the に注目し<sup>29</sup>、パネルは 2.3 条がもつばら产品中の条件だけを考慮することを許容し、他の関連するすべての条件の考慮を排除していると理解して、このようなパネルの解釈を否定した(5.64-65)。2.3 条の関連する条件の検討においては多様な複数の条件が考慮されるべきとする点ではパネルも上級委員会も見解が一致しているように見え、パネルの意図は必ずしも明らかではないが、定冠詞 the ではなく不定冠詞 a を使用していれば、上級委員会がパネルの解釈を否定することはなかったように思われる<sup>30</sup>。

実際、2.3 条の適用については、パネルは、福島第一原発事故の他、原爆実験およびチェルノブイリ事故などによる放射能汚染が環境および生態に与える影響を検討しており、パネルとしては決して領域的条件の考慮を排除しているわけではなかったと思われる。しかし、パネルの考慮の仕方は、あくまでそのような領域的条件が產品に及ぼす影響を產品それ自体に存在するリスクに反映されるものとして理解し、产品中の条件の中に組み込んでいたように思われる<sup>31</sup>。そして、実際の產品の検査データから領域的条件がもたらす

<sup>25</sup> DSB, Minutes of Meeting on 26 April 2019, WT/DSB/M/428, pp. 26-31.

<sup>26</sup> 反対の評価について、北村(2019)、54 ページ。川瀬(2019b)、23 ページ。

<sup>27</sup> パネル報告書、para. 7.276.

<sup>28</sup> Id.

<sup>29</sup> 上級委員会自身もこの定冠詞をイタリックで表記し強調している。上級委員会報告書、paras. 5.64 and 5.65.

<sup>30</sup> 本件上級委員会報告書および修正されたパネル報告書の採択が審議された DSB の会合で、日本政府も、パネルによる定冠詞 the の使用が、上級委員会がパネルの解釈を取り消す基礎を形成したと述べている。DSB, Minutes of Meeting on 26 April 2019, WT/DSB/M/428, p.28, para.9.9.

<sup>31</sup> 北村(2019)、55 ページ。

汚染リスクの可能性(the potential)をまさに推測し、結局、大多数の日本産品と大多数の他の外国産品の汚染リスクの可能性は、いずれも少なくとも韓国の設定する許容レベルよりも低いという意味で同様の条件下にあると認定していた。

しかし、これに対して、上級委員会は、産品の検査データが示す産品中の実際のリスクと領域的条件がもたらす産品にはいまだ顕在化していないリスクの可能性を峻別し、いわば過去の実績から将来の可能性を推測することはできないという立場に立つようである。そのため、産品中の実際のリスクの検討とは別に、領域的条件がもたらすリスクの可能性を改めて検討すべきであったのに、パネルはこれを行っていないという評価を下したように思われる。とくに、パネルが領域的条件の違いにより日本産品と他の外国産品のリスクの可能性には違いがありうることを示唆しながらも、このリスクの程度の実際の違いには言及せず、日本産品と他の外国産品が韓国の設定する許容レベルよりも低いことを実際の産品の検査結果から推定することで同様の条件の存在を認めたことを問題視している(5.87)。

上級委員会の立場は理論的には正しいと思われるが、領域的条件がもたらすいまだ産品には顕在化していないリスクの可能性を実際にはどのような方法で評価すべきか、上級委員会自身はなんら方法を提示していない。いわば過去の実績から将来の可能性を評価するというパネルのアプローチはむしろ現実的な評価方法ではなかったであろうか。また、日本産品と他の外国産品のリスクがいずれも韓国の設定する許容レベルを下回ることを根拠に両者の間に同様の条件が存在することを認めたパネルのアプローチは、関連する条件の決定のためには当該措置の目的(本件では、韓国の消費者の健康の保護)を考慮すべきことを認めていた上級委員会の立場からも合理的に支持できるものと思われるが、上級委員会はこのパネルのアプローチがなぜ問題なのかについては言及していない<sup>32</sup>。上級委員会は、最後に「本件上訴においては、パネル段階での証拠が、関連する領域的条件における相違を適切に考慮する分析の下で、日本の食品と日本以外の食品における汚染の可能性が2.3条の要件を適用するにあたって十分に同様である、またはそうでないという結論を支持するのかどうかは扱わない」(para. 5.90)と述べている。事実認定を行う権限を持たず、さらに差戻し権限もない上級委員会は、従来、ある争点についてパネルの判断を取り消した場合には、紛争を解決するため、パネルの事実認定およびパネル段階での証拠により分析を完遂し自判できるかどうかを検討してきた。したがって、本件でも、少なくとも

<sup>32</sup> 本件上級委員会報告書および修正されたパネル報告書の採択が審議されたDSBの会合で、日本政府も、日本産品と他の外国産品が、韓国の設定した許容限度(100Bq/kg)を下回る範囲内で汚染のレベルにわずかな相違があるとしてもそれは重要ではなく、上級委員会は、許容限度である韓国の規制基準の意味を理解しようとしていないと批判している。DSB, Minutes of Meeting on 26 April 2019, WT/DSB/M/428, p. 30, para. 9.10.

分析を完遂できるかどうかという観点からパネル段階の証拠を検討すべきではなかったであろうか。上級委員会の過度の謙抑さが感じられるが、上級委員会自身も产品中のリスクではなく製品にはいまだ顕在化していないリスクの可能性を評価する方法が見つからず、本争点について分析の完遂は困難とも考えたのではなかろうか。

### 3. SPS 協定 5.7 条の適用について

5.7 条の暫定措置に 2.3 条や 5.6 条が適用されるかについては論争がある。EC バイテク事件パネルは 2.3 条が適用されることを認めた<sup>33</sup>。しかし、とくに科学的証拠が不十分な場合には、他の規定の義務との適合性の分析に影響がありうることが認められている（本件の第三国意見など<sup>34</sup>）。韓国もこの立場から 5.7 条を援用したと思われる。韓国は、パネルの最初の意見書で、本件措置が「5.7 条に従った(pursuant to)」暫定措置であるとの主張を行ったのであるから、たとえ日本がパネル設置要請において 5.7 条に言及せず付託事項には含めなかったとしても、5.7 条の適合性はパネルの管轄に入る「問題」であると考えべきである。たとえば、日本リンゴ事件では、申立国の米国はパネル設置要請において 5.7 条には言及しておらず<sup>35</sup>、日本はパネル審理の段階で 5.7 条を抗弁として援用したと思われるが<sup>36</sup>、パネルは日本の措置の 5.7 条適合性を審理している<sup>37</sup>。

上級委員会は、抗弁ではなく、韓国が主張するように「文脈上の陳述(contextual argument)」として理解した。この点に関連し、とくに上級委員会の次の意見が注目される。「当事国は、パネルにおける『問題』において確認されたある WTO 規定の解釈に対して単に関連する文脈とするために他の WTO 規定に言及することがある。そのような場合に、DSU7.2 条はパネルに『当事国が引用した対象協定の関連規定について検討する』ことを要求するが、パネルの権限は、単なる解釈上の文脈として引用された規定との当該措置の適合性について認定を行うことにまで拡張されることはない(5.114)」（アンダーラインは評者）。この意見については先例などの脚注は一切ついていない。そうすると、

---

<sup>33</sup> EC バイテク事件パネルは、SPS 協定には暫定的措置と確定的措置についてそれぞれ異なる義務を課す 2 つの「並列的な枠組み(parallel universe)」が存在するという EC の主張を否定した。Panel Reports, *European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, adopted 21 November 2006, para. 7.2947.

<sup>34</sup> パネル段階で本件手続に参加した第三国は、科学的証拠の不十分性が他の義務との適合性の分析に関連しうることに一般的に同意している(パネル報告書, para. 7.72)。とくに EU は、2.3 条の下での無差別について暫定的措置を検討する際には異なる基準が適用されるべきであることを示唆する(同上, para. 7.73)。

<sup>35</sup> *Japan - Measures Affecting the Importation of Apples*, Request for the Establishment of a Panel by the United States, WT/DS245/2, 8 May 2002.

<sup>36</sup> パネル報告書(注 37)には、日本がいつの段階で 5.7 条を援用したのかは、書かれていないが、おそらく最初の意見書の提出の段階であると思われる。

<sup>37</sup> Panel Report, *Japan - Measures Affecting the Importation of Apples*, Request for the Establishment of a Panel by the United States, WT/DS245/2, adopted 10 December 2003, paras. 8.203-8.221.

「2.3条および5.6条の下での文脈上の陳述」として、「5.7条に従った(pursuant to)」暫定措置であるという韓国の主張は、2.3条や5.6条の解釈適用においてどのように作用するのであろうか。上級委員会は、パネルが「科学的証拠の不十分性との関連で5.7条が提供する指針を探究すべきであった」と述べているが(5.110)、はたして5.7条の適合性を判断せずに5.7条からの「指針」をどのように利用することができるのであろうか<sup>38</sup>。仮にパネルが5.7条適合性を認め(本件でパネルはこれを否定したが)、本件措置を5.7条の暫定措置と認定した場合と比べて2.3条や5.6条の適用へ及ぶ影響は異なるのであろうか、またその場合どのように異なるのであろうか<sup>39</sup>。

他方で、韓国は、本件措置を科学的証拠の不十分性を理由に5.7条の暫定措置として性格づけようとしたところから明らかなように、5.1条の危険性評価を行っていない。この点を踏まえて、日本が5.1条および2.2条の不適合を主張していれば、韓国は、正面から5.7条を援用せざるを得なかったであろう。パネルでは、韓国は福島第一原発から放出された放射能による環境汚染の程度についての不確実性を科学的証拠の不十分性の根拠として主張したが、パネルは、食品の汚染レベルの決定にとって環境に関する情報は無関係であるとする専門家の一致した意見を踏まえ、韓国の主張を退けており<sup>40</sup>、結局、韓国の5.7条の援用は否定された。後知恵でしかないが、日本が科学的証拠なしに維持してはならないとする2.2条を中心に訴訟戦略を展開していれば、違った結末になったかもしれない。

#### 4. SPS 協定 8 条および附属書 C(1) (a)

本件は、パネルが SPS 協定の文脈で「同種性の推定」を扱った最初の事例であり、その意味で先例的価値を有する。SPS 協定では、同種の製品への言及がなされているのは附属書 C(1) (a) だけであり、無差別原則を扱う 2.3 条および 5.5 条には同種の製品への言及はない<sup>41</sup>。製品の同種性の分析については、製品の物理的特性、最終用途、消費者の嗜好と習慣および関税分類という四つの基準を用いる伝統的なアプローチのほか、最近のいくつかのパネルおよび上級委員会は、GATT1994 および GATS の下で「同種性の推定」というアプローチを採用してきた。それによれば、ある措置が製品(またはサービスおよびサービ

<sup>38</sup> たとえば、川瀬 (2019d)、p. 65 および注(81)は、リバランシング措置を規定するセーフガード協定 8 条の解釈適用の前提として、同協定 11 条 1 項(c)が同協定は GATT1994 の 19 条および同協定以外の WTO 協定附属書 1A の多角的貿易協定に「従って(pursuant to)」とられた措置については適用しないと規定している点について、当該多角的貿易協定との適合性の判断(この場合、不適合性)が必要となると主張している。

<sup>39</sup> この問題に関連して、前掲注 33 参照。

<sup>40</sup> パネル報告、paras. 7.92-7.93 and 7.96. この専門家の意見は、パネルの 5.6 条および 2.3 条に関する判断にも影響を与えているように思われる。

<sup>41</sup> Para. 232.

ス提供者) をもっぱらその原産地にのみ基づいて区別する場合には、申立国は、同種性の評価のための分析手段として伝統的に採用されてきた基準に基づき同種性を立証することを必ずしも要求されず、その代わりに、そのような場合には同種性が推定されうるとされている。たとえば、アルゼンチン金融サービス事件の上級委員会は、GATS2 条 1 項および 17 条 1 項の文脈で、ある措置がもっぱら原産地にのみ基づく区別を規定する場合には、原産地以外のすべての点で同一であるサービスおよびサービス提供者が存在する可能性があり、その結果として同種性を推定することができる、と判示している<sup>42</sup>。

本件で、日本は、附属書 C(1) (a) の適用における同種性の分析手段としてこの「同種性の推定」というアプローチを援用したが、パネルはこれを認めず、上級委員会もパネルを支持した。上級委員会は、SPS 措置を定義する附属書 A(1) に照らして、SPS 措置の実施を確認しおよび確保するための手続が果たしてもっぱら原産地にのみ基づいて産品を区別することができるのか、それゆえ、同種性を推定することができるのかが問題となると述べている (5. 233)。さらに、パネルが 2. 3 条および 5. 6 条の下で公衆衛生上の関心は日本産品と韓国産品との区別を支持しないと述べていることを前提に、日本が健康上の危険が同様な両国産品がもっぱら原産地国にのみ基づき区別されていると主張した (5. 235) のに対して、「韓国の措置が 2. 3 条および 5. 6 条に適合するかどうかにかかわらず」SPS 措置は公衆衛生上の関心から切り離すことができないとも述べている。上級委員会のこのような意見は、そもそも SPS 措置は本質的にもっぱら産品の原産地のみに基づいて産品を区別するものではなく、附属書 C(1) (a) における同種性の分析では「同種性の推定」というアプローチは利用できないということを示唆しているように思われる。もっとも、上級委員会は、同様の健康上の危険をもたらす国内産品と輸入産品が附属書 C(1) (a) における同種性の分析の下で「同種」とみなされることは妨げられないとも述べており (5. 236)、附属書 C(1) (a) の適用においては「同種性の推定」というアプローチは利用できないが、同種性の分析のための上述の伝統的アプローチは当然に利用できることを確認しているように思われる。

## 5. 紛争解決のための日本の選択肢

上級委員会は、パネルによる 5. 6 条および 2. 3 条不適合の判断を取り消したが、その後、これらの規定との適合性について分析を完遂して自判することはなかった。このため、韓国の措置は、SPS 協定附属書 B(1) および 7 条の公表義務に不適合とされただけで、5. 6 条および 2. 3 条に不適合であるのかどうかというより実質的な問題は未解決のまま残

---

<sup>42</sup> Appellate Body Report, *Argentina - Measures Relating to Trade in Goods and Services*, WT/DS453/AB/R and Add. 1, adopted 9 May 2016, para. 6. 38. 本報告書 para. 5. 231 も参照。

された。このような結果が生じたのは、ひとえに上級委員会の権限に制度上の制約が存在するからである。上級委員会は、法的な問題および法的解釈しか扱えず事実認定はもっぱらパネルの権限とされており<sup>43</sup>、さらに、上訴審としてパネルの法的判断を修正または取り消すことはできるが、パネルへの差戻し権限を与えられていない<sup>44</sup>。このため上級委員会は、協定適合性という法的問題についてパネルの判断を取り消す場合には、そのような問題について判断するためのパネルによる十分な事実認定や証拠が存在する場合に限って分析を完遂し自判することがあるが、本件では、そのような事実認定や証拠が不十分と判断したと思われる。結局、本件は、申立国である日本にとっては紛争が未解決のままに終わってしまった。日本政府は、上級委員会報告書および修正されたパネル報告書の採択が審議されたDSBの会合で、このような結果は、「迅速」で、「満足すべき」かつ「効果的」な紛争解決を要求するDSU3条に反するもので現行紛争解決制度の限界を明らかにすると述べ、制度改革の必要性を強調した<sup>45</sup>。

ところで、日本にとって本件紛争の解決のために残された選択肢はどのようなものがあるであろうか。まず考えられるのは、再訴である。DSUの手續に従い、新たな申立てを行うことである。このような再訴の先例はいまだ存在しないが、理論的には可能な選択肢である<sup>46</sup>。司法機関として既判力や一事不再理の原則が働くとしても<sup>47</sup>、その効果は本件で未解決となった争点には及ばないであろう<sup>48</sup>。さらに、本件のパネルが認定した事実は、事実に関する証拠として利用できるように思われる。ただし、本件については、最初の申立てから報告書の採択に至るまでに4年が経過しており、新たな申立てが終了するまでにはさらに数年かかることになる（上級委員会の機能停止の現状はおくとして）。また、手續のために多大な費用や人的資源を覚悟しなければならない。その上で、なお勝訴の見込みがあるかは予断を許さない。

---

<sup>43</sup> DSU17.6条は、「上級委員会への申立ては、小委員会の報告において対象とされた法的な問題及び小委員会が行った法的解釈に限定される。」と規定する。

<sup>44</sup> DSU17.13条は、「上級委員会は、小委員会の法的な認定及び結論を支持し、修正し又は取り消すことができる。」と規定する。

<sup>45</sup> DSB, Minutes of Meeting on 26 April 2019, WT/DSB/M/428, p.31, para.9.12.

<sup>46</sup> Joost Pauwelyn (2007), pp. 16-17.

<sup>47</sup> WTO判例で既判力や一事不再理の原則を明示的に認めたものはいまだ存在しないが、DSU17.14条は次のように規定している。

「紛争解決機関は、上級委員会の報告を、加盟国への送付の後三十日以内に採択し（注）、紛争当事国は、これを無条件で受諾する。ただし、同機関が当該報告を採択しないことをコンセンサス方式によって決定する場合は、この限りでない。この14に定める採択の手續は、上級委員会の報告について見解を表明する加盟国の権利を害するものではない。

注 紛争解決機関の会合がこの期間内に予定されていない場合には、この目的のために開催される。」

<sup>48</sup> 濱田(2019)は、本件は、パネル設置以前の措置の採用と維持を問題としており、その後の維持を新たに提訴することは一事不再理の原則に反しないと述べているが、賛成しがたい。

他のより迅速で負担が少ない選択肢は、DSU21.5条<sup>49</sup>の勧告実施審査手続の利用が考えられる。本件では、問題となった韓国の措置のSPS協定附属書B(1)および7条の公表義務への不適合が確定したので、韓国は是正のために何らかの勧告実施措置を採用することになる。その機会に、21.5条手続を利用して、実施措置の不可分の一部で原措置から変更されていない部分（たとえば、包括的輸入禁止措置や追加的検査要件措置の本体部分）について本件では分析が完遂しなかったSPS協定5.6条、2.3条、さらに5.7条の主張などを再提起するとともに、まったく新たな主張でさえ提起することが考えられる。この点については、たとえば米国 - 大型民間航空機の貿易に影響を与える措置（二次申立て）21.5条手続において、上級委員会は、次のように述べている。

「通常、申立国は、原手続において提起できたにもかかわらずそうしなかった新たな主張を21.5条手続において提起することは許されない。しかし、勧告実施措置が原措置からは変更されていないが当該勧告実施措置の他の側面からは分離し得ない要素(components)を含む場合には、当該勧告実施措置に対する新たな主張は、[たとえ申立国が原手続において当該変更されていない要素について提起できたにもかかわらずそうしなかった場合でも]これを提起することが許される。」<sup>50</sup>

そして、上級委員会は、さらに、原手続において分析が完遂しなかった主張についても、これを再提起できると述べている<sup>51</sup>。したがって、たとえば、韓国の包括的輸入禁止措置について、その措置の一部である公表手続の是正が勧告実施措置として行われた機会に21.5条手続を利用して包括的輸入禁止の他の部分について本件手続で分析が完遂していない主張を再提起したり、まったく新しい主張を提起することも許されると思われる。この手続は、上記の再訴に比べて迅速でかつ手続費用も少なくなるのは明らかである。

## 6. その後の経緯

---

<sup>49</sup> 同条は次のように規定する。

「勧告及び裁定を実施するためにとられた措置の有無又は当該措置と対象協定との適合性について意見の相違がある場合には、その意見の相違は、この了解に定める紛争解決手続の利用によって解決される。この場合において、可能なときは、当該勧告及び裁定の対象となった紛争を取り扱った小委員会（この了解において「最初の小委員会」という。）にその意見の相違を付することができる。最初の小委員会は、その問題が付された日の後九十日以内にその報告を加盟国に送付する。最初の小委員会は、この期間内に報告を作成することができないと認める場合には、報告を送付するまでに要する期間の見込みと共に遅延の理由を書面により紛争解決機関に通報する。」

<sup>50</sup> Appellate Body Report, *United States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint)*, WT/DS353/AB/RW, adopted 11 April 2019, para. 5.18.

<sup>51</sup> *Id.*, para. 5.20. See also Appellate Body Report, *United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Mexico, adopted 3 December 2015, para. 5.8.

2019年6月4日、韓国は、DSBに対し2019年5月30日現在関連する措置の詳細を再公表することにより本件紛争におけるDSBの勧告および裁定の実施を完了したことを通報した<sup>52</sup>。

#### <参考文献>

- ・川瀬剛志(2018)「『3.11』と国際通商における『食の安全』 - WTO 韓国・放射性核種輸入制限事件を振り返る」RIETI, [https://www.rieti.go.jp/jp/columns/a01\\_0494.html](https://www.rieti.go.jp/jp/columns/a01_0494.html).
- ・川瀬剛志(2019a)「韓国・放射性核種輸入制限事件再訪 - WTO 上級委員会報告を受けて -」RIETI, [https://www.rieti.go.jp/jp/special/special\\_report/105.html](https://www.rieti.go.jp/jp/special/special_report/105.html).
- ・川瀬剛志(2019b)「韓国・放射性核種事件にみるWTO紛争解決手続きの限界 - 実効的な紛争解決を阻む不完全な二審制」国際問題 No. 686、17-28 ページ.
- ・川瀬剛志(2019c)「韓国の日本産水産物輸入規制に関するWTO紛争<1>~<3> - 判断解説ならびに被災地水産業への示唆」週刊農林 2386号、4-5 ページ/同 2387号、4-5 ページ/同 2388号、4-5 ページ.
- ・川瀬剛志(2019d)「米国1962年通商拡大法232条発動に対するリバランス措置の正当性 - WTO協定による一方主義禁止の射程 -」上智法学論集第62巻3・4号41-70ページ
- ・北村朋史(2019)「WTO紛争解決手続の功罪 - 韓国水産物等輸入規制事件から見る加盟国の規制権限とWTOの紛争解決」法学教室 468号 50-56 ページ.
- ・濱田太郎(2019)「韓国による日本産水産物等の輸入制限に関する紛争について」国際法学会エキスパート・コメント No. 2019-7, <https://jsil.jp/archives/expert/2019-7>.
- ・Taro Hamada & Yoshimichi Ishikawa(2019), *Are Korea's Import Bans on Japanese Foods Based on Scientific Principles? Comments on Reports of the Panel and the Appellate Body on Korean Import Bans and Testing and Certification Requirements for Radionuclides (WT/DS495)*, European Journal of Risk Regulation.
- ・Joost Pauwelyn (2007), *Appeal Without Remand - A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix it*, ICTSD Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade, [http://www.ictsd.org/sites/default/files/downloads/2009/02/appeal\\_without\\_remand.pdf](http://www.ictsd.org/sites/default/files/downloads/2009/02/appeal_without_remand.pdf).

---

<sup>52</sup> [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds495\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds495_e.htm)