
種 別： 論説

タイトル： WTO 上級委員会の「分析完遂 (completion of the analysis)」にみる司法敬讓 (3)

著 者： 服部 莉奈

所 収： 『上智法学論集』第 69 卷 1-2 合併号 (令和 8 年 1 月) 1-36 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

WTO 上級委員会の「分析完遂 (completion of the analysis)」にみる司法敬讓 (3)

服部 莉奈

四. 十分事実条件に対する上級委員会の柔軟性

1. 上級委員会が利用可能な「事実」とは何か
2. 事案ごとの事実認定の困難性
→本連載 (2) 所収。
3. 上級委員会判断の検討
 - (1) 本検討の焦点
 - (2) 「事実」の拡張的解釈?
 - (3) 「事実」の抑制的解釈?
 - (4) 事実に関する具体的検討を欠く判断
4. 小括

→次号へ続く。

*本研究は JSPS 科研費 24KJ1987 の助成を受けたものです。

3. 上級委員会判断の検討

(1) 本検討の焦点

次項以降の事例研究では、本章冒頭で述べた通り、上級委員会が問題の論点について分析完遂が可能であるか否かを判断するため十分事実条件⁽¹⁾を適用する際に、いかなる事実が「十分」と判断されているか、すなわちその

(1) 本連載第一回・第二回に引き続き、上級委員会が「十分なパネルによる事実認定もしくはパネル記録上の争いのない事実 (sufficient factual findings of the panel or undisputed facts on the panel record)」があることを条件として分析完遂可能性を判断する際の、この条件のことを、本稿では便宜的に「十分事実条件」と称する。

「十分」の基準に着目することで、上級委員会の分析完遂裁量行使における柔軟性の有無について検討する。本項ではそれに先立ち、まず、本章でなぜそのような他の章とは異なる検討方法をとる必要があるのかを今一度確認し、次にかかる検討のために本稿が依拠する具体的な分析方法について説明する。

上級委員会によってとられる事実の「十分」性の基準に照らして事例の比較分析を行うという本章独自の分析手法をとるべき理由としては、以下の2点が挙げられる。まず、DSU⁽²⁾17条に由来する上級委員会の判断範囲に関する3つの制約⁽³⁾のうち、本章で扱う法律審としての制約に関しては唯一、上級委員会が先例上一貫してかかる制約を考慮してきた。すなわち、十分事実条件を満たし、かかる制約の範囲内で自判可能と思われる論点のみに対して分析完遂を行う慣行を確立し踏襲してきた。対照的に、本論の第三章⁽⁴⁾で既に扱った分析完遂要請がされた論点への制約、及び第五章⁽⁵⁾で扱う予定のパネルの検討した論点に対する制約については、そもそも上級委員会が分析完遂の可否を判断する際にこれらの制約を考慮するのかの時点で判断が一貫していなかった。したがって、これらに関しては単に上級委員会がかかる制約を考慮した事例としなかった事例とを比較分析することで、上級委員会の分析完遂裁量行使における柔軟性や判断姿勢を明らかにすることができたが、上級委員会の一貫した考慮が見られる法律審としての制約を扱う本章に関してはそうした単純な事例の比較分析はできない。

第二に、第一の点に関連するが、上級委員会が十分事実条件を適用した結論それ自体に着目することもまた、上級委員会の判断姿勢や柔軟性に対する分析の方法としては妥当でない。各事案において問題とされる論点に対して上級委員会が自判できるだけの事実が存在するか否かは、適用規定や措置、

-
- (2) 「WTO の紛争解決に係る規則及び手続に関する了解 (Dispute Settlement Understanding)」を指す。本稿では略称である「DSU」を使用する。
 - (3) 服部莉奈「WTO 上級委員会の『分析完遂 (completion of the analysis)』にみる司法敬讓 (1)」『上智法学論集』68巻1・2号(2024)の第二章第1節(3)を参照。
 - (4) 服部莉奈「WTO 上級委員会の『分析完遂 (completion of the analysis)』にみる司法敬讓 (2)」『上智法学論集』68巻3・4号(2025)所収。
 - (5) 本連載第四回所収予定。

それに対するパネルの事実認定及び協定の解釈・適用、上級委員会によるパネル判断破棄の理由などにより左右される。例えば、本章第 2 節⁽⁶⁾で述べた通り、パネルに困難な認定を要するような事実問題が関連する場合には、上級委員会がパネル判断破棄後に残る事実のみで法的分析を完遂できる可能性は一般的に高くないことが想定される。言うまでもなく、事案の状況に応じて決定される十分事実の存否の結論それ自体が、必ずしも自らの権限をどのように解釈し行使するかという上級委員会の判断姿勢の反映であるわけではなく、したがって十分事実条件の適用後の結論に着目することだけでは上級委員会の柔軟性を適切に分析することはできない。

このような理由から、本稿では、上級委員会の分析完遂裁量下での法律審としての制約に関する柔軟性を分析するには、十分事実条件の適用の有無や適用後の結論の代わりに、かかる適用の中で上級委員会がいかなる事実を十分と判断しているのか、とりわけその十分性の判断に際していかなる事実を自身の利用可能な事実と判断しているかに焦点を当てるべきと考える。

十分事実条件を適用した分析完遂可否の判断過程をより細かくみると、上級委員会は一般的に、(1) その問題に対する分析完遂のために必要な事実の特定⁽⁷⁾、及び、(2) 当該事案において上級委員会が利用できる事実の確認を行い、これらの照合により十分な事実の存否を決定していると理解できる⁽⁸⁾。この (2) の過程において、上級委員会は、自らの分析完遂に必要な

(6) 服部・前掲注 4) (本連載第二回) 所収。

(7) 分析完遂のために必要な事実の特定とは、当該事案において問題の措置が問題の規定の法的要件を充足するか否かを審査するために、いかなる具体的事実が必要であるかという判断のことである。このような判断は、分析完遂に特有のものではなく、上級委員会が通常行う法的判断のうちの法適用にあたるものだが、分析完遂可能性の検討に際しては、上級委員会が正しいと考える法適用において必要となる事実が何か明らかとされることは上級委員会の利用できる事実がそれに照らして十分かを判断するための不可欠な前提的判断となる。

(8) 上級委員会がこのような区別を明示的に行ったり、各検討を必ずしも分離的に行ったりしているわけではなく、また報告書上でそれぞれの検討にかけられる比重も個別事案の状況により様々となりうる。またこれらの十分事実条件適用に要する検討は、上級委員会によるパネル判断破棄に至るまでのパネル判断に対する分析・評価の内容とも重複しうる。中でもこれら各検討が分かりやすく行われている判断例を挙げると、例えばカナダ乳製品事件履行確認手続 (一回目) での上級委員会はまず、本件措置において

とした事実が、本件において、新たな事実認定の必要なく法律審たる自身が基づくことのできる「パネルによる事実認定」ないし「パネル記録上の争いのない事実」として存在するかどうかを判断する。そのために上級委員会はパネル報告書上のパネル自身の記述や当事国や専門家の主張や回答、当事国により提出されたパネル記録上の証拠を確認する。これまでのほとんどの事案においては、判断に必要とされた事実に関連するなんらかの事実や証拠がそれらの中に存在しており、したがってそうした事実や証拠が質的に上級委員会が基づくことのできる「事実」であるか否かの判断がされてきた。

本稿での検討に際しては、この、各個別事案において上級委員会がいかなる事実を自身の基づける(利用可能な)事実と判断するかに見られるかかる事実の射程を、事案ごとに分析し比較することで、事案間の具体的な事実問題や状況の相違にかかわらず上級委員会が十分事実条件に適用している基準を事案横断的に比較することができると考えられる。

とりわけ、上級委員会の利用可能な事実の射程をいかに捉えるかとの判断は、本章第1節⁽⁹⁾で論じた通り、DSU17条6項に規定される上級委員会の法律審としての制約をいかに解釈するか、ということと密接に関連している。同規定は上級委員会の権限に関する一般的な規定であるため、本来はいずれの事案においても一様にその権限の範囲を制約するものである。にもかかわらず、実際には上級委員会が自身の法律審の権限内で利用できると判断する事実の範囲が事案により異なるとすれば、上級委員会がその法律審とし

政府機関を通じた利益供与があり農業協定9条1項(c)の意味での「支払」があるか否かとの法的判断のためには、「本件措置下での牛乳の販売価格が(パネルが依拠した国内市場価格ではなくむしろ)カナダでの牛乳の平均総生産費を下回っているかどうか」についての事実が必要となると判断した。その後上級委員会は、カナダでの牛乳の生産費について、両当事国が証拠を提出しているがそれぞれに数値の異なるデータを提出していることや、それぞれのデータの正確性・妥当性に関する当事国間の争点を確認した。そして、しかしながらこの争いのある事実についてパネルが事実認定を行っていないために、上級委員会が分析完遂をすることはできないと判断した。Appellate Body Report, *Canada — Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products, Recourse to Article 21.5 of the DSU by New Zealand and the United States*, ¶¶ 80-103, WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW (May 15, 2003) .

(9) 服部・前掲注4(本連載第二回)所収。

での権限の範囲を柔軟に解釈していることの示唆といえる。

言うまでもなく、かかる解釈は実際の上級委員会の判断の範囲に影響を与える。すなわち、上級委員会の利用可能な事実の範囲に対する解釈は、分析完遂のための事実の十分性の閾値に影響し、ひいては上級委員会が分析完遂を通じて法的判断を下すことのできる問題の範囲を左右する。例えば、上級委員会の利用可能な事実の射程が拡張的に解釈されれば、上級委員会はその分析完遂のためにパネル記録上の事実を幅広く利用できるため、十分な事実が存在すると判断されやすくなり、分析完遂可能との判断がされる可能性は高まる。反対に利用可能な事実の射程が抑制的に解釈されれば、限定的な事実の中で分析完遂に十分な事実があると判断されることの閾値は高まり、判断不能との結果となりやすい。

次項以降ではこうした観点から上級委員会の利用可能な「事実」を指標とした事例分析を行う。まず各事案における上級委員会による特定の事実や証拠に対する評価や取捨に着目し、当該事案においていかなる事実が上級委員会による判断の基礎となる事実の射程と認識されているかを特定する。そしてそれを本章第1節で検討した DSU17 条 6 項の解釈から導かれる上級委員会の利用可能な事実の射程、及び他の事案で上級委員会が利用可能と認めた事実の射程と照らして比較して分析することで、事案ごとの揺れやそこに見られる上級委員会の判断姿勢を明らかにする。

事例分析の対象事例としては、先行研究による指摘がある事例を中心に予備的検討を行うことでいくつかの事例を抽出した。事例①～⑤が、本章第1節で特定したその射程と比較すると、上級委員会の利用可能な事実が広く解釈されており、それゆえに分析完遂が可能だと判断されていると思われる判断で、⑥が、それらと比較して上級委員会の利用可能な事実の射程が抑制的にとられたことから、判断不能と決定されたように思われる判断である。それぞれ、本節の以下 (2) 及び (3) で扱う。

なお、上述では、基本的にこれまでの上級委員会は一貫して十分事実条件の適用を通じて分析完遂可能性を検討してきたと説明してきた。しかしながら一部例外的に、一見事実の不十分性が理由となっているようにも見受けられるが、実際には利用可能な事実の確認を含む、事実に関する具体的な検討

が全く行われることなく分析完遂不能と宣言された事例もある。本節(4)では、かかる事例⑦の判断が、先例との比較においてどのように評価されるかを検討する。

(2) 「事実」の拡張的解釈?

① カナダ雑誌事件(GATT 3条2項2文)

A. 上級委員会の判断

本件のパネル手続では、カナダによる、輸入されたスプリットラン雑誌に対する80%の消費税賦課が、米国によりGATT⁽¹⁰⁾3条2項1文違反として申し立てられ、米国から輸入されたスプリットラン雑誌とカナダ国産の非スプリットラン雑誌との間の同種性が問われた。カナダの禁輸政策により実際には輸入スプリットラン雑誌がカナダ国内に流通していなかったという事情のため、パネルはこれらの製品間の比較を、カナダ国内のある雑誌が米国でも印刷されている場合を想定した仮想的な分析を通じて行い、結果としてそれらの間の同種性を認め、違反との結論を出した。また、したがって問題の措置が同項2文に違反するかについての検討は不要とした⁽¹¹⁾。

これに対して上級委員会は、パネルの同種性についての分析は、当事国により提出された実際の雑誌に関する証拠に基づいていないことや、仮想的分析の中で比較対象とした雑誌の選択も妥当でなかったとして、その判断を破棄した。しかし十分なパネルの事実認定が欠如する本件の状況においては、問題の製品同士がGATT 3条2項1文の意味での同種の製品に該当し、ひいては同規定に違反するかとの問題について上級委員会が判断することはできないとした⁽¹²⁾。

しかしながらその後上級委員会は、パネルが検討しなかった同項2文との

(10) 「関税及び貿易に関する一般協定 (General Agreement on Tariffs and Trade)」を指す。以下では「GATT」と略す。

(11) Panel Report, *Canada — Certain Measures Concerning Periodicals*, ¶¶ 5.22-5.27, 5.30, WT/DS31/R (Jul. 25, 1996).

(12) Appellate Body Report, *Canada — Certain Measures Concerning Periodicals*, DSR 1996:I, at 466-468, WT/DS31/AB/R (Jun. 30, 1997).

適合性の問題に関しては、「パネル報告書にそれ（分析完遂）を可能とする十分な基盤 (sufficient basis in the Panel Report) が存在する場合」には「我々は分析を完遂することが可能であるし、すべきである」と述べた。そして本件においてはかかる基盤が存在するとの立場で分析を完遂させた結果、問題の産品間には直接競合・代替可能性があり、カナダの措置は同規定に違反するとの結論を導いた⁽¹³⁾。

この判断の過程で上級委員会は、パネル報告書上に記載された、GATT 3 条 2 項 2 文に関する当事国間の予備的議論⁽¹⁴⁾の中で引用されたカナダのタスクフォース報告書等を引用し、一般的にカナダ国内の雑誌の読者にとって米国雑誌はカナダ雑誌に代用可能であり、カナダ国内においては両者が激しい価格競争下にあることを確認した⁽¹⁵⁾。上級委員会はさらに、各当事国が証拠として挙げた実在する雑誌に言及し、「ニュース雑誌である TIME、TIME Canada 及び Maclean's は直接競合的または代替可能であり、専門誌である Pulp & Paper と Pulp & Paper Canada についてはその競争関係は一層緊密である」⁽¹⁶⁾と述べ、それぞれの雑誌の比較において、直接競合・代替可能性があることを認めた。

B. 評価

本件は、上級委員会によって「分析完遂 (complete the analysis)」との表現が用いられた初の事例であるが、実質的には 2 例目の分析完遂事例である。本件上級委員会が分析完遂を行うとした際に挙げた先例でもあるその 1 例目の事例は、米国ガソリン事件における、パネルの検討しなかった GATT20 条 (g) 柱書に対する上級委員会判断であった。Kuyper (2000) によれば、同事件での分析完遂においては、基づかれた事実のほとんどは米国の法令でありそれがどう適用されたかについても争いの余地がなかったこと、なによ

(13) *Id.*, at 470-474.

(14) パネル手続において、米国はパネルが同項 1 文の同種性を否定した場合に備えて予備的に措置の同項 2 文との不適合性を争い（結局パネルは訴訟経済を行使して検討しなかったが）、カナダもこれに反論する主張を行っていたという事情があった。*Canada — Periodicals (Panel)*, *supra* note 11, ¶¶ 3. 111-3. 143.

(15) *Canada — Periodicals (AB)*, *supra* note 12, at 471-473.

(16) *Id.*, at 473.

り、この点に関して上級委員会は単にパネルの GATT 3 条 4 項の適用に関する判断の一部に依拠することで分析完遂できたことにより、(上級委員会の権限の範囲で判断できる) 法的問題と(判断できない) 事実問題の区別に関する深刻な問題は生じなかったという⁽¹⁷⁾。

翻って、本件カナダ雑誌事件での GATT 3 条 2 項 2 文に関する分析完遂では、上級委員会は、法に照らした事実の性質付けというより、もはや事実の評価に踏み込んでおり、米国ガソリン事件の分析完遂とは完全に異なるものと評価される⁽¹⁸⁾。

Kuyper (2000) の指摘の通り、本件パネルが GATT 3 条 2 項 2 文の下での直接競合・代替可能性について一切検討しておらず、また同項 1 文に関するその同種性分析も上級委員会により「不十分な事実分析 (inadequate factual analysis)」⁽¹⁹⁾として破棄されていた中で、上級委員会が、上記のように各当事国がパネル手続にて提出した証拠に依拠してその直接競合性を認定した過程では、上級委員会自身による事実評価が行われていたように思われる。

カナダのタスクフォース報告書が示す内容についても、実在する雑誌である TIME、TIME Canada、Maclean's 間、及び Pulp & Paper と Pulp & Paper Canada 間の競争関係についても、パネル報告書における当事国間の議論の中では問題となっているが、パネル自身の検討の中では言及すらされていない⁽²⁰⁾。この点、本件判断を担当した元上級委員会委員の松下教授も、「上級委員会は、パネル報告書にはあったがパネル自身が判断を行う際に依拠しな

(17) Pieter J. Kuyper, *The Appellate Body and the Facts*, in NEW DIRECTIONS IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW : ESSAYS IN HONOUR OF JOHN H. JACKSON 312 (John H. Jackson et al. eds., 2000).

(18) *Id.*, at 313-314. 同様の見方が示される論文として、以下を参照。Edwin Vermulst et al., *The Functioning of the Appellate Body After Four Years: Towards Rule Integrity*, 33(2) J. WORLD TRADE 7 (1999); 川島富士雄「米国のエビ及びエビ製品の輸入禁止」116頁(経済産業省, 1999) (<https://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/wto/3_dispute_settlement/33_panel_kenkyukai/1998/98-3.pdf>).

(19) *Canada — Periodicals* (AB), *supra* note 12, at 467.

(20) 比較対象とされたニュース雑誌はカナダが問題の産品間の同種性を否定するために提出した証拠であり、他方専門誌については米国がその同種性を主張するために提出した証拠であった。両当事国は互いが比較対象として選択した雑誌について、その雑誌選択の妥当性についても異議を申し立てていた。

かった証拠に基づいて直接競争性を判断した」と認める⁽²¹⁾。それらの証拠から主張される事実が争われている本件の状況では、かかる証拠に基づく上級委員会判断は必然的に同委員会による事実評価及び事実認定を伴うものとなったといえる。

それでもなお、本件上級委員会はパネル報告書に上級委員会の自判を可能とする「十分な基盤」が存在すると宣言していた。本章第 1 節での DSU17 条の解釈に照らせば、そうした「十分な基盤」とは上級委員会が新たな事実評価や事実認定を行うことなくそのまま問題の法に当てはめることができる事実の十分な基盤と理解できるが、本件では実際にはパネルによる認定事実や争いのない事実を満たさない「証拠」がその分析完遂の基盤とされており、上級委員会が利用可能な「事実」の範囲に対する拡張的な解釈がされたと評価できる⁽²²⁾。

② 日本農産物事件 (SPS 協定 5 条 1 項)

A. 上級委員会の判断

本件では、日本によるコドリガ (リング等につく害虫) の侵入等の防止を目的とした原則輸入禁止及び輸入許可のための品種別試験要求の SPS 協定⁽²³⁾適合性が争われ、同 5 条 1 項が争点の一つとなった。

パネルは米国による本件措置の 5 条 1 項違反の申立について、先に認定した同 2 条 2 項への違反の認定を理由に訴訟経済を行使した⁽²⁴⁾。米国はこれに対し、たしかにパネルはリング等一部の製品に対して 2 条 2 項違反を認定したが、アプリコットやナシ等といった米国が問題としたその他の製品については違反を認めなかったため、これらの製品の危険性評価の 5 条 1 項適合

(21) Mitsuo Matsushita, *Some Thoughts on the Appellate Body, in THE WORLD TRADE ORGANIZATION: LEGAL, ECONOMIC AND POLITICAL ANALYSIS 1391* (Patrick F. J. Macrory et al. eds., 2005).

(22) さらに、実在する雑誌である TIME、TIME Canada、Maclean's 間、及び Pulp & Paper と Pulp & Paper Canada 間に直接競争性を認める判断に際してもかかる評価に至った理由の説明やそれを支持する根拠の提示がされていないなど、上級委員会の認定には不明瞭さが残る。

(23) 「衛生植物検疫措置の適用に関する協定 (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures)」を指す。以下、「SPS 協定」と略す。

(24) Panel Report, *Japan — Measures Affecting Agricultural Products*, ¶ 8.63, WT/DS76/R (Oct. 27, 1998) .

性については分析完遂するよう上級委員会に上訴した⁽²⁵⁾。

上級委員会は米国の主張を認めパネルの訴訟経済の誤りを認定した後「我々が分析完遂をすることが適切」だと述べた⁽²⁶⁾。そして、本件パネル報告書上の当事国の議論を引用しつつ、日本が提出した危険性評価（「1996年危険性評価」）は本件で問題とされている品種別試験要求やその他の検疫措置について議論も言及もされていないと指摘した。したがって日本の危険性評価は、5条1項に適合的な危険性評価であるために求められる「問題のSPS措置がとられた場合の」コドリングの「侵入・定着・蔓延の可能性の評価」をしておらず、同項に違反すると認定された⁽²⁷⁾。

B. 評価

本件上級委員会は、上述の①カナダ雑誌事件の判断と同様に、パネルが訴訟経済により検討しなかった問題に対して、パネル報告書上に記載される当事国の議論を利用することによって、分析を完遂させた。

しかし本件でもまた、パネル自身は、日本が危険性評価として提出した1996年危険性評価について一切検討していなかった⁽²⁸⁾。したがって、パネル報告書から日本の1996年危険性評価に関するなんらかの事実を確認できるとすれば、上級委員会がその分析完遂の際に唯一引用した、5条1項に関する当事国間の議論である「パネル報告書のパラグラフ4.145以降」⁽²⁹⁾のみであった。

この引用先であるパネル報告書上の当事国間の議論部分を全体的に見ると、日本は主に、1996年危険性評価の際にとられた評価方法や、評価の上

(25) Appellate Body Report, *Japan — Measures Affecting Agricultural Products*, ¶ 110, WT/DS76/AB/R (Feb. 22, 1999).

(26) *Id.*, ¶ 111-112.

(27) *Id.*, ¶ 113-114.

(28) パネルは訴訟経済を行使した同5条1項においては勿論、また違反を認定した同2条2項の文脈においても日本の危険性評価に対する検討を行っていない。後者の規定に関する議論においては、日本及び米国はそれぞれの主張を支持するための研究データ等の証拠を提出しており、パネルはそれらの証拠に対する専門家意見を参考としながら一部製品に対する違反を認定したが、その際には日本の同危険性評価については当事国間でも議論がされてなかったためである。

(29) *Japan — Agricultural Products II (AB)*, *supra* note 25, n. 61 (¶ 113).

決定されたコドリリングの侵入・定着・蔓延等の高リスク、それへの対処策としての原則輸入禁止措置の適切性等について説明している⁽³⁰⁾。これに対し米国は、輸出者が輸入許可を得るために産品別の試験ではならず品種別試験が必要とされる根拠について日本の危険性評価では説明・検討されておらず、日本は単に品種による差異が検疫措置の有効性に影響しうるとの可能性を主張するのみで⁽³¹⁾、それを根拠づける危険性評価を行っていないため、SPS 協定 5 条 1 項の義務を果たしていないと主張していた⁽³²⁾。

たしかに上記の議論部分を見る限りにおいては、米国の主張の通り、日本の説明する 1996 年危険性評価の内容は、品種別試験要求に関する具体的な科学的証拠を評価しているようには見受けられない。上級委員会はこうした議論の内容に鑑みて、米国の主張が妥当であり日本の同項への違反を認定できると考えたと思われる。

しかしながら、上級委員会の分析完遂時に確認された、日本の 1996 年危険性評価が品種別試験要求について議論ないし言及していない、という事実は、上記の当事国間議論のみに基づいて上級委員会が認めることのできる事実ではなかったように思われる。

一般的に、措置国の提出した危険性評価は証拠であり、その内容の評価は事実認定の問題である。このことは、本件以前の豪州サケ事件の上級委員会が、SPS 協定 5 条 1 項の分析完遂可能性の検討において、豪州の提出した危険性評価にて問題のリスクがどのように評価されているかに関するパネルの所見を「パネルによる事実認定」として扱い、明確にそれらのパネルの事実認定を引用しながら分析を完遂させたことから明らかである⁽³³⁾。

さらに、日本は自身が品種別試験要求に関しなら危険性評価を行っていないことを認めていたわけではなく、コドリリングに関する全体的な危険性評

(30) *Japan — Agricultural Products II* (Panel), *supra* note 24, ¶¶ 4.145-4.159.

(31) なお、日本は 2 条 2 項に関する議論では品種の差異が検疫措置の有効性に影響を与えることを示すとす、いくつかの科学的証拠を提出していた。

(32) *Japan — Agricultural Products II* (Panel), *supra* note 24, ¶¶ 4.160-4.161, 4.167-4.169.

(33) Appellate Body Report, *Australia — Measures Affecting Importation of Salmon*, ¶¶ 119, 127-135, WT/DS18/AB/R (Oct. 20, 1998). 服部・前掲注 4) (本連載第二回) 所収の本章第 2 節注 132) 及び本文対応部分参照。

価の一部にそれが含まれていると反論しており、米国の主張を争っていた⁽³⁴⁾。したがってこの点は、事実評価が不要の当事国間で争いのない事実とは断言できない。本来上級委員会がこの点につき判断するためには、1996年危険性評価において日本が品種別試験要求に関する科学的根拠であると主張する部分についてのパネルによる検討及び事実認定が必要だったといえる。

こうしたことから、本件上級委員会が分析完遂のために利用した事実はDSU17条下で同委員会が利用できる「パネルによる事実認定ないしパネル記録上の争いのない事実」とは言い難く、上級委員会は本来その範囲にない事実を用いて分析完遂を行ったと評価できる。

③ EC エアバス事件 (SCM 協定 6.3 条 (a) (b))

A. 上級委員会の判断

本件では、EU によるエアバス社の LCA (大型民間航空機) への生産開始支援 (Launch Aid) や加盟国融資等の補助金が、EU 域内市場及び第三国市場において米国の同種の製品に対する代替の効果をもたらし、SCM 協定⁽³⁵⁾ 6.3 条 (a) 及び (b) に違反したか否かが一つの争点とされた。

まず本件においては、ある市場で代替が生じたか否かの分析の前提となる「市場」の範囲について、パネル段階から争いがあった。米国がエアバス社 LCA によるボーイング社 LCA に対する代替が発生した製品市場の範囲を全 LCA モデルを含む LCA 市場全体であると主張した一方、EU は、エアバス社とボーイング社の LCA は、単通路 LCA の市場、双通路 LCA の市場、大型 LCA の市場の 3 つの異なる市場で競争していると主張した⁽³⁶⁾。

パネルは、問題となる市場の範囲に関しては申立国である米国により主張される市場の範囲を尊重すべきとして、全 LCA モデルを含む単一 LCA 市場を分析の対象とし、その中でエアバス社による SCM 協定 6.3 条 (a) 及

(34) *Japan — Agricultural Products II* (Panel), *supra* note 24, ¶¶ 4.163-4.164.

(35) 「補助金及び相殺措置に関する協定 (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures) を指す。以下では「SCM 協定」と略す。

(36) Panel Report, *European Communities and Certain Member States — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, ¶¶ 7.1651-1656, 7.1671-7.1680, WT/DS316/R (Jun. 30, 2010) .

び (b) の下での代替があったと認定した⁽³⁷⁾。しかし上級委員会は、こうしたパネルの市場範囲画定に関する解釈及び認定を破棄すると同時に、その誤った市場の画定に基づくパネルの代替の認定も取り消した⁽³⁸⁾。

その後上級委員会は、関連市場の範囲に関してはパネルの事実認定の不足及び当事国間で争いがあることを理由として分析完遂は不能であると宣言した一方⁽³⁹⁾、代替の存否に関する認定に関しては分析を完遂できるとした。

上級委員会はその理由として、EU と米国の意見の対立が以下の点において限定的であることを挙げている⁽⁴⁰⁾。— (i) EU と米国との間で、ボーイング社とエアバス社の類似モデル間で競争があることについて争いはない。(ii) EU はパネルが行った代替の認定を全面的に破棄することを要請していないのであって、EU 及び一部の第三国における単通路 LCA 市場または単通路 LCA 及び双通路 LCA 市場においては、その補助金により代替が生じたことを認めている。(iii) また EU が上訴にて提出した 3 市場に分割されたエアバス社・ボーイング社のマーケットシェアに関するデータに関して、米国は上級委員会手続の口頭審理の段階において、米国としては LCA 市場全体が一つの競争市場であるという立場は維持しつつも、そのデータそれ自体に対しては異論がないこと、および同データがパネルの記録上にあることを認めている。

上級委員会はこうした状況から、「本件特有の状況 (the particular circumstances in this case)」⁽⁴¹⁾においては、3 つの産品市場に関する争いのない証拠、特に被申立国である EU が主張する立場からのデータで申立国たる米国により否定されなかったデータを検討することで、3 市場に関する争いのない証拠を基盤とした、代替に関する米国の請求に対する分析完遂を行うことが可

(37) *Id.*, ¶¶ 7.1670, 7.1680, 7.1790-7.1791.

(38) Appellate Body Report, *European Communities and Certain Member States — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, ¶ 1137, WT/DS316/AB/R (May 18, 2011) .

(39) *Id.*, ¶ 1147.

(40) *Id.*, ¶¶ 1174-1177. なお米国はパネル手続では、LCA 市場のマーケットシェアの変化を示すデータとして、LCA 市場を単一市場とみる自らの立場から、全モデルを含めて集計したデータを提出していた。

(41) *Id.*, ¶ 1174.

能だと判断した⁽⁴²⁾。そして、EUの提出した3市場のマーケットシェアに関するデータに基づいて、EU自身が認めたEU域内及び一部の第三国における単一通路LCA市場及び双通路LCA市場での代替の発生を認定し、その限りでSCM協定6.3条(a)(b)違反を認めた⁽⁴³⁾。

B. 評価

このようにして本件上級委員会は、SCM協定6.3条(a)(b)との適合性に関してその前提となる関連市場の範囲についてこそ判断しなかったものの、そこで代替が生じたか否かについては、当事国間で争いのない証拠に基づくことで分析完遂を行った。

しかし、本件では一名の上級委員から反対意見が出されていることに留意しなければならない。同委員によれば、SCM協定6.3条(a)(b)の代替の認定には関連市場の画定を要し、関連市場の画定は事実認定を伴うものであるために、上級委員会はDSU17条6項の制約上本問題について分析完遂を行うことはできないという⁽⁴⁴⁾。この指摘の通り、上級委員会は関連市場の範囲に関して自らの解釈を示した際に、ある市場において代替が発生したかどうかを認定するにはまず製品間の競争関係に鑑みた関連市場の画定をしなければならないと述べていた⁽⁴⁵⁾。

つまりかかる反対意見の解釈にしたがえば、本問題の分析完遂では本来、関連市場の範囲に関する事実とその範囲内での補助金による代替現象の発生に関する事実の2つの事実が必要となる。本件においては、代替の発生に関しては、一部の市場の範囲に限れば両当事国間に争いがなかったことは明らかであった。しかしながら、関連市場の範囲に関する事実に関しては、米国

(42) *Id.*, ¶ 1178.

(43) *Id.*, ¶ ¶ 1179-1204.

(44) *Id.*, ¶ 1149. 識者によっても本件上級委員会の代替の認定は「分析完遂の拡張的なアプローチ」であったとの評価がある。DAVID PALMETER ET AL., DISPUTE SETTLEMENT IN THE WORLD TRADE ORGANIZATION 395 (3d ed. 2022).

(45) 上級委員会は、補助金交付製品と同種の製品を「市場」の範囲としたパネル解釈を破棄した上で、代替とは市場における製品間の競争行為により生じるものであるのだから、ある製品の他の製品に対する代替の有無及びその程度を決定するためには、市場におけるその製品間の競争関係の評価が必要となる、との解釈を提示していた。*EC and Certain Member States — Large Civil Aircraft (AB)*, *supra* note 38, ¶ 1119.

は、3 市場に分割されるとの EU の主張に基づき提出されたデータに対してこそ異議を申し立てなかったものの、LCA 市場が単一市場であるとの自らの主張は明確に維持していた。したがって、EU が提出し上級委員会に基づいた 3 市場に関するデータは、関連市場の範囲に関して当事国間で争いのない「事実」を示すものではなく、それ自体の正しさには争いが無いが関連の事実については争いのある「証拠」であったといえる。

実際、本件上級委員会報告の使用する文言をよく見ると、本件上級委員会は「争いのない『証拠』(undisputed evidence)」に基づいて(強調は筆者)分析完遂できると宣言している⁽⁴⁶⁾。しかしながら、本章第 1 節で論じた通り、争いのある事実に関する「証拠」は、本来法適用の際にそのまま当てはめ可能な事実ではなく、法を適用するためにはかかる証拠から特定の「事実」が認定されている必要がある。したがって、証拠それ自体の正確性や信憑性等に争いが無いとしてもそれは DSU17 条 6 項の下で上級委員会が分析完遂のために利用可能な事実とはいえないだろう。

反対意見を表明した上級委員はこうした理解から、本件上級委員会が争いのない「証拠」である EU のデータに基づくことで 3 分割された各市場ごとに代替の認定を行うとすれば、その過程において同委員会が関連産品市場が EU の主張する 3 市場であるとの事実を暗に認定してしまうことになると考え⁽⁴⁷⁾、分析完遂に反対したと考えられる。

しかしながら一方で、本件の本問題に関しては、両当事国が上級委員会に分析完遂を行わせることを望んでいたことが窺える。本件では上級委員会も「本件特有の状況」と述べたように、被申立国である EU が(パネルの認定に基づいた関連市場の区分けと異なる市場の区分けを前提とする場合に)一部の特定市場において自身の補助金による代替が発生していたことを認めていた

(46) *Id.*, ¶ 1178. 通常上級委員会は分析完遂のためにパネルの事実認定のほか「パネル記録上の争いのない『事実 (facts)』」に基づけると述べる。

(47) あるいは反対に、本件上級委員会は利用可能な争いのない事実に基づいただけで自ら関連市場の画定までは行っていない、という解釈をとるとすれば、今度は「代替の認定のために関連市場を画定する必要がある」という上級委員会自身の解釈と、その適用とが整合的でないことになり、その一貫性に問題が生じることになるだろう。

という特殊な事情があった。こうした状況において米国は、上訴手続中に、パネル時点とは立場を変えて、上級委員会手続においてEUが提出した3市場に分割されたデータについては反論がないこと、さらにかかるデータがパネル記録上にあることを認めた。このような立場の転換から読み取るに、米国は上級委員会手続において上級委員会がEUの市場範囲の主張に基づくデータを利用することについては認めるという方法をとることで、上級委員会にそれに基づいて分析完遂することを可能とさせ、SCM協定6.3条(a)(b)に関する自身の請求が部分的にでも認められることを望んだものと推察される。

こうした当事国双方の合意をくみ取ってなされたようにみえる本件上級委員会による分析完遂は、上級委員会自身が分析完遂に進む際に言及したDSU3条3項に反映される紛争の迅速な解決に寄与するほか⁽⁴⁸⁾、同3条4項の「問題の満足すべき解決」や3条7項の「紛争当事国にとって相互に受け入れることが可能」な解決をもたらす判断であったという側面からも、その正当性が支持されうる。

しかしながらこのような分析完遂の全体としての是非の評価は別として、上級委員会が十分事実条件を適用した際にとった自身の利用可能な事実の範囲についての解釈への評価に立ち戻ると、本件では、上級委員会が利用できる「争いのない事実」の範囲が、本来含まれないはずの「争いのない証拠」も含むものとして拡張的に解釈されていることは明らかである。さらに、本件での反対意見の存在は、同一事案の上級委員会の部会の中でも、DSU3条各項に反映される当事国主義及び紛争解決の促進か、あるいはDSU17条の上級委員会権限に関する制約への遵守か、といった相反する価値の下で、上級委員会が利用しうる事実の射程について異なる見解が生じうることを示唆しているといえる。

④ 米国ボーイング事件(SCM協定1.1条(b))

A. 上級委員会の判断

本件では、米国のNASA及び国防省がボーイング社と結んだ研究開発契

(48) *EC and Certain Member States — Large Civil Aircraft (AB)*, *supra* note 38, ¶ 1178.

約 (以下、「本件契約」という。) が、パネル及び上級委員会によって SCM 協定 1.1 条 (a) (1) (i) の「資金の直接的な移転」に該当する「資金面での貢献」であると判断され、続いてその資金的貢献が同条 (b) の意味での「利益」を与えるものであるか否かが争点となった。本件契約は、NASA 及び国防省とボーイング社で行う共同研究の研究成果に関して、ボーイング社のみが研究成果の商業的利用権を持ち、またそこから得られる利益についても特許使用料を政府側に支払う必要がないなどといった、研究成果による知的財産の配分に関する非対称性が特徴とされた。

パネルは、研究開発契約に関して資金提供を受ける民間企業は通常少なくともなんらかの形の特許使用料の支払いや返済が求められることが想定されるだろうとして、本件契約の利益性を認めた⁽⁴⁹⁾。これに対して上級委員会は、双方の当事国が市場ベンチマークに関する証拠を提出していたにも関わらず、パネルが市場における研究開発契約の条件を考慮に入れることなく自身の見解や推論にのみ基づいたことなど、他にも様々なパネルの検討中の問題点を指摘し、利益性に関するパネル判断を破棄した⁽⁵⁰⁾。その後上級委員会は、両当事国がパネルに対して適切な市場ベンチマークに関する証拠を提出し議論を交わしていたことを確認し、本問題について分析完遂を可能とする十分な事実があるかどうかについての検討に進んだ⁽⁵¹⁾。

申立国である EU は、民間の研究開発契約では通常、出資者となる事業体は受託者である事業体の研究開発上の成果に関する全ての知的財産権を得ることを条件として契約を結ぶ、という自身が主張する事実を実証するための証拠を提出していた⁽⁵²⁾。これに対して米国は、市場は知的財産権の交渉において必ずしも一つの交渉結果を決定づけておらず、研究開発契約における知的財産権の配分方法には多様性があるものと反論し、そのことを主張する

(49) Panel Report, *United States — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft — Second Complaint*, ¶¶ 7.1039-7.1040, WT/DS353/R (Mar. 31, 2011).

(50) Appellate Body Report, *United States — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft — Second Complaint*, ¶¶ 642, 647, WT/DS353/AB/R (Mar. 12, 2012).

(51) *Id.*, ¶ 649.

(52) *Id.*, ¶¶ 650-652.

ためボーイング社自身が結んだ民間契約に関する証拠を提示していた⁽⁵³⁾。

パネルはいずれの証拠も検討していなかったが、上級委員会は、「我々は分析を完遂するために、パネルが米国の提出した証拠を正確かつ証明力のあるものと扱っていたと仮定して、分析を進める」と宣言した⁽⁵⁴⁾。その際には脚注で、「この手法は EC エアバス事件でとられたものと類似する」と加えた⁽⁵⁵⁾。

そして上級委員会は、米国が証拠として提出した、ボーイング社が主要大学や他の営利団体と結んだ複数の研究開発契約について検討した末、「たとえパネルが米国により証拠として提出された個別契約を正確かつ証明力のあるものだと推定していたとしても」これらの民間契約に関する証拠は、本件契約との重要な相違、すなわち、民間契約における知的財産権の配分が本件の本件研究開発契約と比較して出資者よりも受託者に有利であることを示しているとした⁽⁵⁶⁾。したがって、本件契約の受託者であるボーイング社は市場で得られたであろうものよりも多くを得、出資者である NASA および国防省は市場で得られたであろうものよりも少なく得たとして、本件契約は SCM 協定 1.1 条 (b) における利益を与えるものと結論づけた⁽⁵⁷⁾。

B. 評価

本件においては、パネルが利益分析の際に当事国により提出された証拠を考慮せず根拠を欠いた自身の見解のみに基づき市場ベンチマークを決定したことなどが誤りとされ、パネル判断が破棄された。提出された証拠の検討すら怠ったパネルの事実認定の不十分さは明白である。

上級委員会は、こうした状況下でも「証拠」に基づくことで分析完遂可能だと明確に述べた。その際には、他の分析完遂を行った先例には見られなかったいくつかの独自の説明が加えられている。第一に、本分析完遂では被申立国が提出した証拠に基づくとしている。第二に、その手法は EC エアバス

(53) *Id.*, ¶ 653.

(54) *Id.*

(55) *Id.*, n. 1362 (¶ 653).

(56) *Id.*, ¶ 654-659, 660, 662.

(57) *Id.*, ¶ 662.

事件でとられたそれと類似のものと説明される。第三に、(実際には証拠を検討していない) パネルが、米国の提出した証拠を正確かつ証明力のあるものと扱っていた、という「仮定」の上で分析を完遂するとされる。

再三述べてきた通り、そもそも「証拠」は基本的には上級委員会の基づける「事実」に満たず、上級委員会が証拠に基づいて分析完遂を行ってしまえば、その判断は上級委員会自身による事実上の事実認定を伴いかねない。本件で行われた分析完遂も、例に漏れず、かかる権限上の疑義を生じさせるものである。上記の上級委員会による説明はかかる権限上の問題に対する正当化のために付け加えられているように見受けられるが、それらは実際にはかかる正当化の根拠とはなりえないと考えられる。

第一の説明に関しては、提出元が被申立国であるか申立国であるかを問わず、法適用の際に提出された事実証拠に基づくためには当該証拠が事実評価・認定の作業を経る必要があり、それを行うことができるのは事実審であるパネルのみである。

第二の説明に関しては、仮に、被申立国が提出した証拠に基づく分析完遂の手法が EC エアバス事件ではかかる分析完遂の正当性の根拠となりえたと考えとしても、それは同事件の極めて特殊な状況を前提とするものである⁽⁵⁸⁾。同事件では、被申立国の提出した証拠が (パネル認定とは異なる根拠・範囲ではあるが) 特定の市場内で被申立国の補助金の効果により代替現象が生じたという事実を示すこと、ひいてはその部分において SCM 協定 6.3 条違反があることを、被申立国自身が認めていた。対照的に本件では、被申立国が提出した証拠がいかなる事実を示すか⁽⁵⁹⁾の時点で当事国間で争いがあった。さらに本件上級委員会は結局、被申立国の証拠に基づきながらも、被申立国の主張と異なる事実の存在を認めた。かかる分析完遂は EC エアバス事件での分析完遂とは全く性格の異なるものであり、同様の正当化が

(58) 上記事例③ B. 評価で述べた通り、同事件においてもその分析完遂の権限超越性を懸念する反対意見が出されている。

(59) すなわち、市場における研究開発契約では一般的に出資者が知的財産権を得るものがあるのか、あるいはその知的財産権の分配条件はより多様であるのか、に関する事実である。

可能となるとは思われない。

第三の説明に関しては、事実審たるパネルの専権である事実認定が、個々の証拠の正確性や証明力の評価のみならず、その上での依拠する証拠の取捨選択、そして事実の決定までを含む作業であることに留意すべきである。たとえある証拠をパネルが正確かつ証明力のあるものと扱っていたと「仮定」したとしても、その証拠からパネルの認定していない特定の事実を導いた本件上級委員会の分析完遂は、いずれにしても、法律審としての権限を超えるものであったといえる⁽⁶⁰⁾。

にもかかわらず、上級委員会がなお分析完遂可能と判断した理由としては、おそらく、本件で基づかれた証拠が客観的に、上級委員会が認めた事実の存在をほとんど明らかに示すものであった可能性がある。上級委員会の記述からは、米国が提出したボーイング社の民間研究開発契約における契約条件も、やはり出資者が知的財産権を得る条件となっており⁽⁶¹⁾、そのため米国の主張には反するものの一般的な事実として「通常の民間の研究開発契約では出資者が受託者の研究開発の成果である知的財産権を得ることが条件とされる」との事実の正しさを示唆していたことが窺える。したがって上級委員会は、パネル記録上にこのような証拠が存在し上級委員会がこれに基づく場合には、実質的な証拠の評価及びそれを通じた事実の確定作業を必要とすることなく、単にその証拠が示す事実を法に適用することができるので、法律審としての権限内で分析完遂可能と考えた可能性が考えらえる。

しかしながら、たとえそうした特定の事実の存在証明について高い蓋然性を有する証明力の高い証拠が目前にあったとしても、その事実が当事国間で争われるもの場合には、第三者が正しい事実を確定させる必要が生じることには変わりないだろう。本章第1節の理解に基づけば、争われる事実の確定はパネルによる事実認定によって行われるのだから、同様の権限を有さない上級委員会がそうした証拠を法に適用することで間接的に争われる事実

(60) 服部・前掲注4(本連載第二回)所収本章第1節91-92頁参照。

(61) なお、証拠の内容は黒塗りされているために、このことは上級委員会判断の文言から推測できるにすぎない。本件では、HSBI、すなわち高度機密企業情報(：Highly Sensitive Business Information)保護のための特別手続がとられている。

を確定させることはできないと考えられる。上級委員会の権限との整合性の問題を別にしても、当事国の適正手続保障や、判断の客観性や透明性を確保すべきとの観点からは、問題の事実について一方の当事国の側から反論が出ている以上は、事実審であるパネルによる客観的な事実評価を通じて特定の事実が確定されることがより望ましいとも思われる。

⑤ 米国ボーイング事件 (SCM 協定 6.3 条 (c))

A. 上級委員会の判断

本事件では、上記事例④にて分析した NASA 及び米国国防省がボーイングと結んだ研究開発契約のほか、FSC/ETI 補助金及びワシントン州の事業税減税 (以下、「本件補助金」という。) について、それらが SCM 協定 5 条及び 6.3 条 (c) に該当する著しい害を与えるものであるか否かが主要な争点となった。

本件でパネルは、本件補助金が 2000 年以前から長期にわたり実施されてきた措置であるために、当事国より提出された 2000 年以後のデータからはその市場効果を観察することはできないとして、主に輸出に紐づけられた本件補助金の性質それ自体や証言等の一部の利用可能な証拠等に基づき推論により結論を導くとした。そしてかかる推論によりボーイング社の補助金を通じた販売促進がエアバス社の LCA に対して価格上昇阻害や著しい販売減少をもたらす、SCM 協定 6.3 条 (c) に違反するものと判断した⁽⁶²⁾。

上級委員会は、パネルの推論は本来当事国が提出した証拠に基づいて行われるべきとし、本件パネルが当事国から提出されていた具体的な証拠を自身の判断の中で言及することも検討することもしなかった点を批判したほか、いくつかの箇所でパネルの認定の意味や範囲が不明確である点を指摘し、これらの理由からパネル判断を破棄した⁽⁶³⁾。

その後上級委員会は分析完遂可能性を検討した。上級委員会は、パネルの事実認定に基づき、ボーイング社が本件補助金を価格引き下げのために利用する能力及び動機を有し、それが特に価格競争が熾烈で価格感応性の高い販

(62) *US — Large Civil Aircraft (2nd complaint)* (Panel), *supra* note 49, ¶ 7.1823.

(63) *US — Large Civil Aircraft (2nd complaint)* (AB), *supra* note 50, ¶¶ 1220-1222, 1246-1249.

売キャンペーンにおいて行われた実質的可能性があると考えられると述べた⁽⁶⁴⁾。このことをもって本件補助金がエアバス社にもたらした市場での悪影響に関する一般的な結論を導き出すことはできないが、しかしながら特定の販売キャンペーン毎に分析完遂可能かについては検討できるとした。

そして、EUが意見書として提出しパネル報告書のHSBI別添資料⁽⁶⁵⁾上にあった各販売キャンペーンに関する証拠及びそれらに対する両当事国の意見書上の主張を検討した⁽⁶⁶⁾。上級委員会は、両当事国間では各販売キャンペーンに関する証拠上の事実については争いはないものの、これらのキャンペーンにおいて本件補助金がエアバス社に与えた市場での悪影響の程度に争いがあることを確認した。

しかしながら、パネルは米国の主張した「その他の要因 (other factors)」についてなんら検討していなかった。したがって、証拠上にある販売キャンペーンのうち、「エアバス社のLCAの販売及び価格に影響を与えたことを説明できたその他の要因 (other factors that were capable of explaining…)」の存在を米国が主張している販売キャンペーンについては、かかる要因がどれほど本件補助金と問題の市場効果との因果関係を希薄にしたかという程度について争いがあり、かつパネルにより事実認定がされていない以上、分析完遂はできないとした⁽⁶⁷⁾。

米国はいくつかの要因を「その他の要因」として主張していた⁽⁶⁸⁾。上級委員会はその中でも、顧客にとってのスイッチングコスト⁽⁶⁹⁾及びボーイン

(64) *Id.*, ¶ 1260. そして、そのような販売キャンペーンの代表例として、当事国の争いのない事実を根拠として、100-200座席規模の737NG及びA320の販売キャンペーンを挙げている(¶ 1259)。なお後に上級委員会が著しい害の存在を認めたキャンペーンJ及びS(後述の本文及び後掲注69)を参照)は共に737NGに関するものである。

(65) 既に触れたとおり、本件においては、両当事国の意見書にはHSBIを含む非公開の別添資料が添付された。前掲注61)を参照。

(66) *US — Large Civil Aircraft (2nd complaint)* (AB), *supra* note 50, ¶ ¶ 1260-1262.

(67) *Id.*, ¶ ¶ 1262-1264.

(68) *Id.*, ¶ ¶ 1265-1267.

(69) スwitchingコストとは、ある特定の機種群の航空機を使用している買い手が別のメーカーの航空機の使用に乗りかえる際に負担しなければならない費用のことを指す。かかる費用はパイロットの訓練や航空機の整備の必要性等により生じる。See, *US — Large*

グ社の LCA の燃費に関する技術上の優位は、本件補助金と、エアバス社が市場で被る悪影響との間の「真正かつ実質的な関係を明らかに希薄化する要因」⁽⁷⁰⁾であり、エアバス社 LCA の販売及び価格に対して影響を与える「潜在的に妥当なその他要因」⁽⁷¹⁾であると考えられると述べた。

しかしながら EU の提出した証拠上の全 15 の販売キャンペーンのうちキャンペーン J 及びキャンペーン S⁽⁷²⁾については、米国は上記 2 つの要因の存在を主張しておらず、またそれらが価格感応性の高いキャンペーンであることは争いのない事実から明らかであるため、これらの 2 つの販売キャンペーンに関しては本件補助金が SCM 協定 6.3 条 (c) の意味での著しい販売減少をもたらしたと結論づけた⁽⁷³⁾。

B. 評価

本件パネルは (上記事例④と同様に本問題に関しても)、上級委員会が指摘するように、当事国が提出した具体的かつ実証的なデータに一切依拠することなく推論による判断を行ったばかりか、米国が主張した「その他の要因」についても検討してなかったり、パネル自身の認定の意味や範囲が明確化されていなかったりなど、分析及び理由付けともに不十分である印象を与える。

こうしたパネル報告書を前にしながらも本件上級委員会が分析完遂ができるとして基づいた事実は、主に次の 2 点に大別できる。第一に、ボーイング社による本件補助金を通じた価格引き下げが、とりわけ価格競争が熾烈で価格感応性の高い販売キャンペーンにおいて行われた可能性が高いという点、第二に、キャンペーン J 及び S に関しては価格感応性が高いことに加えて米国が本件補助金とエアバス社が被った市場での悪影響との因果関係を希薄化

Civil Aircraft (2nd complaint) (Panel), *supra* note 49, n. 3776 (¶ 7.1818).

(70) *US — Large Civil Aircraft (2nd complaint)* (AB), *supra* note 50, ¶ 1266.

(71) *Id.*, ¶ 1268.

(72) 本上級委員会報告書パラグラフ 1271 では、認定を受けた 2 つの販売キャンペーンが具体的に日本の JAL 及びシンガポール SALE 社との取引と明記される。ボーイングが行ったそれぞれの企業に対する販売キャンペーンを、本稿の中では便宜的に「キャンペーン J」、「キャンペーン S」と記載する。

(73) *US — Large Civil Aircraft (2nd complaint)* (AB), *supra* note 50, ¶ ¶ 1268-1274.

するその他要因の存在を主張していないという点である。

一点目の事実に関して、上級委員会はパネル報告書中の記述に依拠しながらかかる事実がパネルにより認定がされていることを確認している。しかしながら引用元となっているパネルの記述を見ると、上級委員会がパネルの事実認定として扱ったパネルの記述が本当にパネルが適切かつ十分に認定した事実であるといえるのか、若干疑問が生じる。

例えば上級委員会は、「(エアバスとボーイングの)それぞれの企業の自社製品の供給と価格に関する決定が相手企業の価格設定に影響を与える」⁽⁷⁴⁾というパネル報告書の一部を引用し、「このことはすなわち、それぞれの企業は、価格感応性の高いキャンペーンにおいては一層、他方企業の価格設定の影響を受け、各社が他のキャンペーンで享受する価格設定における自律性が制限されることを意味すると考えられる」⁽⁷⁵⁾と述べる。しかし少なくともここでのパネルの記述は、LCA産業の全体的な特徴としての、エアバス社とボーイング社の寡占市場下での両社の競合関係に関してのものであり、その際には価格感応性の高い一部のキャンペーンとその他のキャンペーンを区別するような記述はされていない。

上級委員会は、その後も「パネルは一部の販売キャンペーンでは他のキャンペーンよりも価格競争が熾烈であることを認めているように見受けられる」⁽⁷⁶⁾と改めて確認している。上級委員会はその際、パネル報告書上の「特に価格感応性の高い一部の特定のLCA販売キャンペーンにおけるエアバス社とボーイング社間の競争」⁽⁷⁷⁾との文言や「補助金の影響は戦略的に重要な販売キャンペーンにおいて顕著に現れると考えるのが合理的」といったパネルの記述を引用し根拠としている。しかしながらパネルのこれらの記述に関しては、上級委員会はパネル判断破棄の時点で、パネルはEUの提出した個別の販売キャンペーンに関する証拠について検討も言及もしていないため、上記の「一部のキャンペーン」や「戦略的に重要なキャンペーン」など

(74) *US — Large Civil Aircraft (2nd complaint)* (Panel), *supra* note 49, ¶ 7.1688.

(75) *US — Large Civil Aircraft (2nd complaint)* (AB), *supra* note 50, ¶ 1257.

(76) *Id.*, ¶ 1259.

(77) *US — Large Civil Aircraft (2nd complaint)* (Panel), *supra* note 49, ¶ 7.1820.

の文言の意味や範囲が不明確であること、またそうした一部のキャンペーンに対する限定的な認定の証拠的根拠がどこにあるのかも不明であると批判していた⁽⁷⁸⁾。

上級委員会はこのようにして上記一点目の事実が認定されていることを確認したが⁽⁷⁹⁾、こうした確認の過程では、上級委員会が関連事実に関するパネルの曖昧または部分的な記述を自身の事実の理解に応じて補足的に認定していると見ることもできる。上級委員会が法律審の範囲で行いうる単なるパネルの認定事実の確認と、その範囲を超えうる上級委員会による補完的な事実認定との境界がどこにあるかについては、上級委員会の先例上の一般的な解釈からは必ずしも明らかとはならない。ただし、後述の豪州リング事件と比較すれば⁽⁸⁰⁾、本件判断はむしろ後者に近い判断であったと評価しうる。本件上級委員会は上述の通り「パネルは…と認めているように見受けられる (the Panel appears to have acknowledged…)」として認定事実の存在を確認しているが、後の詳述のとおり豪州リング事件の上級委員会は、パネルが特定の事実を認めたように思われるとの示唆はパネルの確定的認定とはいえないとして自身の分析完遂の基盤としなかった⁽⁸¹⁾。

(78) また、パネルの分析及び認定を全体的に見ても、パネルは主に本件補助金の輸出補助金としての性質を根拠としながら本件補助金がエアバス社の販売と価格に悪影響をもたらしたとの結論を推論的かつ一般的に認定しているのであって、上記のような特定のキャンペーンに関する言及がかかるパネル認定においてどれほどの意味を与えられているものであるかも定かではない。

(79) 上級委員会はかかるパネルの事実認定だけでは本件補助金の悪影響に関する一般的な結論は導くには不十分であるとしているが、このように「特定の価格競争性の高いキャンペーン」に焦点を当ててパネルの事実認定を確認することで、後に自身の分析完遂時にとった個別の販売キャンペーン毎に検討するという独自の手法、及び価格競争がいつそう熾烈とされる2つのキャンペーンについてのみ補助金とエアバス社への悪影響の因果関係を認めた自身の法的結論に対し、論理的な合理性を与えようとしているようにも思われる。

(80) 本節(2)項で後述の⑥豪州リング事件 (SPS 協定 5条 6項) B. 評価中の関連部分を参照。

(81) ただし、本件上級委員会が導いた上記の一点目の事実は、より具体的な二点目の事実を導くための一般的な事実であり、かつ当事国間の明白な争点とはなっていなかったために、この点について上級委員会自身が補足的な事実認定を行うことは、豪州リング事件や韓国水産物事件での主要な争点に関する事実認定を上級委員会が補足的に行うこと

また本件上級委員会の分析完遂の基盤とされた第二の事実、すなわち、「キャンペーンJ及びSに関しては、米国が、本件補助金とエアバス社が被った市場での悪影響との因果関係を希薄化するその他の要因を主張していない」との点に関しても、それが本件でのパネルの事実認定ないし争いのない事実から必ずしも明らかな事実であったかといえるかどうかには議論の余地があろう。

まず、かかる判断は、米国によりいくつか主張される「その他の要因」のうちスイッチングコスト及び技術上の優位のみがエアバス社のLCAへの市場効果に影響しうる「潜在的に妥当なその他の要因」に該当する、という上級委員会の見解にある意味逆説的に依拠している。しかしながら、上級委員会報告書では脚注内でのみ記述されているが、米国は実際には、キャンペーンJ及びSについても、スイッチングコストの影響が生じていることを主張していたようである。これに対して上級委員会は、別の論点に関する米国の主張はこれらの2つのキャンペーンに関してはスイッチングコストが発生しないことを示唆しているなどとして、それがキャンペーンJ及びSについても（潜在的に妥当な）その他の要因であることを認めなかった⁽⁸²⁾。

SCM協定6.5条で求められる「その他の要因」への妥当な考慮、すなわち「その他の要因」を補助金の効果から排除する不帰責分析は、同条の法適用の一貫として行われる。しかしながら、上級委員会がそれを行うためには、問題となっている特定の市場において、補助金以外にいかなる要因が、どの程度、関連企業の価格設定や販売量に影響を与えるか、等に関する当該事案特有の事実が上級委員会の手元になければならない。本件では事実審であるパネルが当事国により主張されるその他要因について検討を行わず、し

ほどの問題や懸念を生じさせなかっただろうと考えられる。

(82) *US—Large Civil Aircraft (2nd complaint)* (AB), *supra* note 50, n. 2573 (¶1271). 米国の主張はBCIとして黒塗りされているが、それに対する上級委員会の評価を見ればそれらの主張がスイッチングコストに関するものであったことが窺える。この脚注の中で上級委員会は、例えばキャンペーンJに関しては、米国自身の認識からも両社にとっての本キャンペーンでの価格競争の重要性が示されている点、及び米国自身がEUが依拠した経済モデルを批判する文脈において、新世代モデルの航空機の販売に関してはスイッチングコストは影響を与えないと主張している点を挙げている。

たがって関連する事実評価・認定をなら提供していなかった状況であったが、上級委員会は上記のように判断を完遂した。

上級委員会は本問題に関しても⁽⁸³⁾、パネル記録上の証拠を総合的に見ればその事実（すなわち、キャンペーン J 及び S に関しては補助金と市場への悪影響との因果関係を希薄化するその他の要因が存在していなかった、という事実）は客観的にほとんど明白であると考えて上記の判断を行った可能性がある。しかしたとえそうした証拠が存在するとしても、関連事実の正否が争われている以上、上級委員会は本来その証拠から特定の実事存在を導くことはできないしすべきでないとの本稿での見方については既に述べた通りである⁽⁸⁴⁾。

このように、本件上級委員会が一部の販売キャンペーンについて SCM 協定 6. 3 条違反を認める際に根拠としたこれらの事実は、本章第 1 節での検討に照らせば、本来上級委員会が利用可能な事実であったとは評価しがたい。事例④に引き続き本問題についても、パネルによる事実認定が不完全な中で、上級委員会が本来基づける事実とはいえない水準の事実認定や証拠⁽⁸⁵⁾が利用可能なものと判断されることで、分析完遂がされた事案と評価しうる⁽⁸⁶⁾。

(83) 本稿上述の事例④の B. 評価を参照。

(84) 同上。補助金と悪影響との「真正かつ実質的な因果関係」に関する本件上級委員会の判断に関しては、阿部（2012）も、上級委員会は「真正かつ実質的な因果関係」という法的基準の適用の問題であれば上訴の対象だと立場をとるものの、「一部の論点については、提出された証拠の評価の問題ともいえるものもあり、どこまでが法的基準の適用問題といえるのか不明確である」と指摘する。阿部克則「米国－大型民間航空機の貿易に影響を与える措置事件 上級委員会報告」8 頁（経済産業省、2012）〈https://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/wto/3_dispute_settlement/33_panel_kenyukukai/2012/12-2.pdf〉を参照。

(85) 上級委員会が本問題の分析完遂の過程で「争いのない事実」として基づいたものの例としては、LCA 市場の 2 社による寡占状態、A320 と 737NG のモデル間の競争性、LCA 市場の顧客の価格感応性、EU が提出した各販売キャンペーンに関する証拠に記載される販売記録等、キャンペーン J 及び S の顧客の価格感応性等といった事実であった。これらの個別の具体的事実は、それ自体の正しさに当事国間で争いが無いとしても、本件での要件事実該当する「事実」の存在を立証または推定しうる「証拠」ないし「小事実」にすぎないものといえる。

(86) また、本件上級委員会は、上述の事例④の問題と同様に、本問題の分析完遂に際して

(3) 「事実」の抑制的解釈？

⑥ 豪州リング事件 (SPS 協定 5 条 6 項)

A. 上級委員会の判断

本件では、火傷病等の国内への侵入・蔓延のリスクの防止を理由とした、豪州によるニュージーランド産リングに対する輸入許可制度が問題とされた。豪州は火傷病等の国内への侵入・蔓延のリスクに対する自国の ALOP (Appropriate Level of Protection、適切な保護水準) を「ゼロではないが非常に低い水準 (very low level) にまでリスクを下げる」水準としていた。ニュージーランドは、火傷病の侵入・蔓延のリスクに対しては「成熟した無症状のリングのみを輸入する」という代替措置が、豪州の ALOP を満たし、本件で問題とされる豪州の措置より貿易制限度が低いとして、SPS 協定 5 条 6 項違反を主張した。そこでニュージーランドが主張するこの代替措置が豪州の ALOP を満たすか否かが主な争点となった。

パネルは、同 5 条 6 項での審査をするにあたり「新規の (de novo) 審査に陥ってはならない」との審査基準の理解に基づきながら、その審査方法を 2 段階に分けた。第一に、輸入国がその危険性評価において問題のリスクを過剰に評価して措置を導入したか否かを検討するとして、主に自身の同 5 条 1 項の認定に基づきそれを認めた⁽⁸⁷⁾。

第二に、より直接的な分析として代替措置が問題のリスクを豪州の ALOP の水準にまで低減させるものかについて検討するとして、パネルは多くの専門家意見を引用した後に、これら専門家の回答は成熟した無症状リングの輸入による火傷病のリスクを非常に低いことを示しているとした⁽⁸⁸⁾。

これらの検討の上で最終的にパネルは、豪州の 5 条 6 項違反を認定した⁽⁸⁹⁾。

も、「EC エアバス事件がとったものと類似のアプローチをとる」と脚注で説明しているが、それに対する筆者の評価は前述と同様である。前掲注 58) 及び本文対応部分参照。

(87) Panel Report, *Australia — Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand*, ¶¶ 7.1143, 7.1153, WT/DS367/R (Aug. 9, 2010).

(88) *Id.*, ¶¶ 7.1181, 7.1192.

これに対して上級委員会は、本件パネルは 5 条 6 項の審査において過度に謙抑的なアプローチをとり本来基づくべき審査基準に基づかなかったことや、同項の審査に求められない上記の第一段階の審査を行い過度に 5 条 1 項に依拠したことなど、パネル判断には多数の誤りがあるとしてその 5 条 6 項についての法的結論を破棄する判断を行った⁽⁹⁰⁾。

続けて、上級委員会はこの 5 条 6 項適合性の問題について分析完遂を行えるか否かを判断するため、ニュージーランドが提案する代替措置が達成する保護水準についてのパネルの事実認定を確認することとした。上級委員会は、ニュージーランドが輸入段階に応じたいくつかのリスクに関する主張をしていたことに応じて、それぞれのリスクについてのパネルの検討を確認したが、結果的には「パネルは相当量の証拠を検討し議論したが、これらの証拠や、ニュージーランドの主張のほとんどを認定していない。パネルが、成熟した無症状のリンゴの輸入によるリスクを『非常に低い』と考えていたことを示すいくつかの示唆はあるし、特定のリスクについては『非常に低い』よりもはるかに低くなるとの専門家の広範な証言を引用した。しかしながら我々はこれらの示唆を確定的な認定と理解することはできない」(強調は原文のまま)と述べた⁽⁹¹⁾。これにより上級委員会は、ニュージーランドの代替措置の保護水準と豪州の ALOP の比較を行えず、分析完遂できないと結論づけた⁽⁹²⁾。

B. 評価

本件上級委員会はパネルの誤った審査基準などを理由にその判断を破棄した後分析完遂不能と結論したが、本当に分析完遂が不可能であったかにつき疑問を呈する見方も見られる。

例えば、第三国として本件に参加していた米国は、本件上級委員会報告書

(89) *Id.*, ¶ 7.1197.

(90) Appellate Body Report, *Australia — Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand*, ¶¶ 354-359, WT/DS367/AB/R (Nov. 29, 2010).

(91) *Id.*, ¶ 385.

(92) なお、上級委員会は火傷病のみならず、ALCM (リンゴタマバエ) についてもほとんど同様の理由づけにより分析完遂できないと判断している。

公布後のDSB会合において、「本件でのパネルの証拠の検討及び認定に基づけば、成熟した無症状のリンゴのみ輸入する代替措置は実際には豪州のALOPを満たすように思われる」と述べる⁽⁹³⁾。他にも内記(2011)は、本問題についての上級委員会の分析完遂可能性について、パネル判断に明瞭でない部分がある点については上級委員会の指摘に同意しつつ「しかしながら、『成熟した病徴のない』リンゴだけを輸入する措置を代替措置として、上級委が認定できなかったのかどうか若干疑問が残る」と述べる⁽⁹⁴⁾。

筆者の目にも、まず、パネルの代替措置に関する検討に決定的な不足があったとは思われない。上級委員会は、パネルがSPS協定5条6項の検討の中で独自の2段階アプローチをとり、その第一段階で同5条1項に関する自身の認定に依拠し、また豪州の危険性評価に対する専門家の意見を求めた点を誤りと指摘した。かかる審査方法が一般的に5条6項の条文解釈に照らして誤りとまでといえるかどうかについても議論の余地はあろうが、とりわけ本件の事実状況に照らせば、パネルのとした上記の審査方法は以下の理由から必ずしも不要ないし不相当とは思われない。

本件では、申立国が5条6項違反の申立の際に提案した代替措置は、成熟した無症状のリンゴ輸入のリスクを評価するものであり、これは豪州の危険性評価で検討された「無制限のリスク」のシナリオと実質的に同一であった⁽⁹⁵⁾。したがって、本件パネルが、かかるシナリオを高リスクかつ豪州のALOPを満たさないと評価した豪州の危険性評価の妥当性を、科学的見地に基づき再評価したことは、代替措置がもたらす保護水準をパネルが客観的に評価するために少なくとも一定の価値があったと思われる。さらに、パネルは第二段階として、豪州の危険性評価とは別個に、代替措置の保護水準に関

(93) Dispute Settlement Body, *Minutes of Meeting, Held in the Centre William Rappard on 17 December 2010*, para. 66, WT/DSB/M/290 (Feb. 11, 2011).

(94) 内記香子「[WTO パネル・上級委員会報告書解説④] オーストラリアーニュージーランドからのリンゴの輸入に関する措置 (WT/DS367/R, WT/DS367/AB/R) —科学的基礎を求めるSPS協定第5条1項の義務の射程を中心に—」RIETI Policy Discussion Paper Series 11-P-015, 21頁((独)経済産業研究所, 2011)〈<https://www.rieti.go.jp/jp/publications/summary/11040038.html>〉。

(95) *Australia — Apples* (AB), *supra* note 90, n. 521 (¶ 354).

する多くの専門家意見を検討している。このようなパネルの検討の内容は全体として、パネルが代替措置の保護水準が ALOP を満たすとの結論を出すために、不適當ないし不十分であったとまではいえないように思われる。

しかしながら、こうしたパネルの検討が、パネルによる事実の「認定」に値するか否か、という点で、上級委員会は否と判断した。火傷病に関する部分だけでも、上級委員会は個々のリスクに関するパネル判断に対し、計 3 か所において、「パネルは、～ (ニュージーランドの主張／専門家の評価) を認めた／支持したと思われる (It seems that…) もの、明示的な認定を行っていない (made no explicit finding) / 断言していない (did not affirmatively say so) などと述べ、最終的にこれらの「示唆 (suggestions)」を「確定的な認定 (affirmative findings)」と読むことはできないと述べた。

この点、何がパネルの事実認定を構成するかに関する DSU 上の規定は存在せず、上級委員会の先例においてもこの点に関する踏み込んだ説明はこれまでになされていない⁽⁹⁶⁾。しかしながら、本件パネル判断においては、例えば、大量の専門家意見の直接引用の直後の “These responses from the experts indicate that…” や “Panel finds that…” から始まる、専門家による証言が代替措置のリスクを非常に低いことを示すとのパネルの記述⁽⁹⁷⁾を、パネルの事実認定としてみなす余地もあったように思われる。Palmetter (2022) も、本件上級委員会の判断に対しては「何が十分なパネルの事実認定を構成するかについて明らかに高い基準を設けた」と評価する⁽⁹⁸⁾。

それでも本件パネルの事実認定の曖昧さを許容しないことは、DSU17 条 6 項に基づく法律審としての限定的な権限行使のあり方としては適切であるとも判断しうる一方で、少なくとも、上述の⑤米国ボーイング事件での上級委

(96) 先例では、事実認定そのものに関しては、パネルが「(当事国あるいはそれ以外から) 提出された全ての証拠を検討、考慮し、それぞれの証拠の関連性を証明力を評価する」(Appellate Body Report, *US - Wheat Gluten*, ¶¶ 150-151, WT/DS166/AB/R (Dec. 22, 2000)) 行為などと説明されるが、筆者の管見の限り、パネルがそのような証拠の検討をした上で、何をもちてそのパネルがその事実を認定したといえるのか、についてはこれまでならんかの説示がされたことはなかった。

(97) *Australia - Apples* (Panel), *supra* note 87, ¶¶ 7.1181, 1192.

(98) PALMETER ET AL, *supra* note 44, at 395.

員会判断との比較からは、本件上級委員会の判断は、「パネルの事実認定」に対して比較的の高い閾値を課し、その結果自身の利用可能事実の射程をより狭く捉えていることが分かる。

(4) 事実に関する具体的検討を欠く判断

⑦ 米国・継続的譲許停止事件 (SPS 協定 5 条 1 項)

A. 上級委員会の判断

EU は、EC ホルモン事件 (DS26) の DSB 勧告の履行期間後、新たに実施した危険性評価に基づくことを根拠に、同事件で SPS 協定 5 条 1 項違反とされた成長促進ホルモンを投与された牛肉に対する輸入禁止措置を維持した。この EU の新措置がホルモン事件の DSB 勧告を履行したものであるか否かにつき当事国間で争いが生じ、米国が履行していないとの立場で EU に対する譲許停止を継続していたところ、EU がこの継続的譲許停止に対する WTO 協定違反を申し立てた。本件では、米国の DSU22 条 8 項違反が申し立てられたことを受け、同項適合性の判断のために必要な、EU が原審の DSB 勧告を履行したか否かを審査する範囲で、新措置が SPS 協定 5 条 1 項に適合的であるかが問題となった。

パネルは検討の結果、EU の危険性評価が同項に適合していないと結論した⁽⁹⁹⁾。しかしながら上級委員会は、パネルによる SPS 5 条 1 項の解釈及び適用の誤りや立証責任の配分における誤りを認定したほか、DSU11 条の客観的審査義務も果たさなかったとして、パネルの同項に関する判断を破棄した⁽¹⁰⁰⁾。

その後上級委員会は、我々は分析完遂可能か否かについて決定しなければならぬと述べた直後に、本件に関しては「パネルの分析における多数の誤りと、高度な争いを含む事実の性質に照らし、本件について分析完遂が可能であるとは考えない」と述べて判断を終えた⁽¹⁰¹⁾。

(99) Panel Report, *United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute*, ¶7.579, WT/DS320/R (Mar. 31, 2008).

(100) Appellate Body, *United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute*, ¶598, WT/DS320/AB/R (Oct. 16, 2008).

B. 評価

本件では、パネル判断破棄の結論が出された後、分析完遂可能性についての具体的な・実体的な検討がなんら行われることなく、十分な事実が存在しないとも明言されず、パネルの分析上の誤りの数の多さと本件の争いの多い事実の性質が言及されたのみで判断不能が宣告された。

上級委員会は SPS 協定 5 条 1 項の下でのパネルの解釈・適用の誤り及び事実評価における DSU11 条違反を認定しており、すでにこの時点で、上級委員会はパネルにより適切に認定された事実及び争いのない事実のみでは分析完遂には不十分であるとの心象を形成していたとも推測できる。

しかしながら、十分事実条件に照らした検討を全くせず、あるいは不足する具体的事実になんら言及することもなく判断不能と結論づけた本件は、先例と比較しても稀な判断といえる。これまでのほとんどの先例では、本件と同様に、パネル破棄時点でパネルの誤りの多さないし重大さからその分析の不十分性が窺える場合や困難な事実の性質について言及される場合であっても、十分事実条件に照らした具体的な検討を行うのが通例となってきた⁽¹⁰²⁾。

例えば先に扱った⑥豪州リンゴ事件でも、上級委員会は本件同様に、パネル判断を破棄する過程でパネルの審査基準の誤りを含めその判断には多数の欠陥があると認定していたが、分析完遂の可能性の検討においては、問題とされたリスクの輸入段階別のリスク一つ一つについてパネルの事実認定の有

(101) *Id.*, ¶ 620. なお、全く同じ理由付けで SPS 協定 5 条 7 項にかかる分析完遂も不可と判断している (*Id.*, ¶ 735)。

(102) 本文下記以外の例として、他にも例えば、EC 砂糖補助金事件 (DS265 等) では、分析完遂可能性が検討された SCM 協定の関連規定についてパネルが訴訟経済を行使していたためにその点に関するパネル判断が欠如する状況であったが、上級委員会はその分析完遂可能性に関して、1 パラグラフの短い分量ではあるものの具体的にいかなる事実が不足するかにつき言及している。また、米国・カナダ産軟材事件 (DS277) 履行確認手続でも、上級委員会によりパネルの事実問題に対する分析の不十分性が指摘されかつその DSU11 条違反が認定されているが、同委員会は当事国間にはいかなる事実にも争いがあるのかといった具体的な事実に関する検討を行った上で、当該問題について分析完遂するためには自身が高度に複雑かつ争いのある事実について踏み込む必要があると分析完遂できないとの結論を出している。

無を確認していた。他にも、カナダ再生可能エネルギー事件では、問題の複雑性やパネル時点で完全な検討の欠如といった理由と共に最終的には分析完遂不可と判断されているものの、それ以前に約20パラグラフに亘る十分事実条件の適用を通じた分析完遂可能性の検討が行われている⁽¹⁰³⁾。

上記の事案も含め、上級委員会により事実問題の複雑性・困難性について言及される事案では、究極的には分析完遂不能と判断される場合が多く、そうであるならばあえて十分事実条件の実体的検討に踏み込む実務上の意義は多くないともいえる。しかしながら先例ではそれでも十分事実条件を適用する前に分析完遂不能と宣言する例はほとんど見られなかった。

そうしたこれまでの対応に鑑みれば、本件における分析完遂不能判断は、分析完遂可能性を検討するための具体的事実の確認に踏み込むことすらしない、上級委員会の消極性がみられた事例であると評価できる。

4. 小括

本章でのここまでの検討を整理すると、まず一般論として、法律審である上級委員会が分析完遂のために利用できる「事実」とは上級委員会が新たな事実評価や認定を必要とすることなくそのまま法を適用できる事実と解されること(第1節)、そして、法律審としての制約を受ける上級委員会の分析完遂可能性は、各事案の事実の性質や状況に依るところが大きく、例えばパネルによる複雑困難な認定を要するような事実問題が争われる事案では一般的に上級委員会の分析完遂不能に陥りやすいといった傾向がありうること(第2節)を論じた⁽¹⁰⁴⁾。その上で前節の第3節では、上級委員会の柔軟性や裁量の余地を検討する本稿の観点から7件の事例研究を行い、上級委員会が利用可能と判断する「事実」の範囲に対し分析及び評価を行うことでそれが事案により必ずしも一貫していないことを明らかとしたほか、中には十分事実条件の実体的な検討すら行わない例外的判断が見られることを指摘した。

このように、十分事実条件それ自体は上級委員会が初期の先例から分析完

(103) Appellate Body Report, *Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, ¶¶ 5.225-5.246, WT/DS412/AB/R (May 6, 2013).

(104) いずれも服部・前掲注4(連載第二回)所収。

遂可能性を決する際に明示的にほとんど一貫して依拠してきた基準であるものの、この基準が個別事例の判断においてどのように適用されるかにおいて異なる事例間に一定の相違が見られ、このことは上級委員会自身が自らの権限の範囲をどのように認識し行使するかが必ずしも一貫していないことを意味するものと考えられる。

ではかかる事例間の差異は何に起因するものであったと考えられるか。総合的な考察は第六章⁽¹⁰⁵⁾にて行うが、そこでの考察に繋げるべく、本節では本章の事例研究の範囲で見られた傾向及びそこから見出せる示唆につき触れておく。

第一に、とりわけ WTO 発足から数年の初期には、上級委員会の法律審としての権限上の制約について比較的緩やかな解釈がされていた傾向が見られる。本稿で分析した①カナダ雑誌事件及び②日本農産物事件以外にも、先行研究により、上級委員会が実際には事実認定に踏み込むことで分析完遂をしているとの評価がされる事件として、EC ホルモン事件⁽¹⁰⁶⁾や米国エビ事件⁽¹⁰⁷⁾が挙げられるが、いずれも WTO 上級委員会設立時に任命された7名の上級委員が部会を構成した初期の事案である。

第二に、SPS 関連の事案に関していくつか示唆がある。⑥豪州リング事件 (SPS 協定 5 条 6 項) では、何がパネルに対する「事実認定」を満たすかとの閾値に比較的に高水準が課されたが、かかる判断は分析完遂の文脈であるかを否かを問わずこれまでの先例でも措置国の ALOP が関連するパネルの事実認定には厳格な基準が課されてきた傾向を想起させる⁽¹⁰⁸⁾。その要因とし

(105) 本連載第四回所収予定。

(106) JEFFREY WAJNCYMER, WTO LITIGATION: PROCEDURAL ASPECTS OF FORMAL DISPUTE SETTLEMENT 745 (2002); Heather Heavin & Robin Hansen, *Objective Assessment of the Facts: A Principled Approach to WTO Appellate Body Review of Panel Fact-Finding*, 14 ASPER REV. INT'L BUS & TRADE L. 218 (2014)。なお本件では分析完遂の末、当該措置の協定適合性が認定された。

(107) Dispute Settlement Body, *Minutes of Meeting Held 6 November 1998*, WT/DSB/M/46, at 4 (Aug. 6, 1998); Fernando Pierola, *The Question of Remand Authority for the Appellate Body*, in CHALLENGES AND PROSPECTS FOR THE WTO 204 (Andrew Mitchell eds, 2005)。

(108) 服部・前掲注 4) (本連載第二回) 所収本章第 2 節 99-100 頁及び脚注 123) 参照。識者からは、ALOP の設定が加盟国の専権であるという意味での ALOP の自律性に対してパネル・上級委員会が配慮してきたことで、上級委員会の分析完遂の断念を含む、様々な

て、ALOP を自律的に設定しその水準を達成するための措置を新設・維持できるとする加盟国の権利を尊重する上級委員会の敬讓⁽¹⁰⁹⁾が影響していると考えれば、本件における申立国提案の措置が加盟国の ALOP を満たすかに関するパネルの事実認定に対し、上級委員会が他の分析完遂事案と比較して高い基準を求めたことにもまた、同様の敬讓が働いていたとも考察しうる。

もっとも、人・動植物の健康保護に関する加盟国の規制権限への敬讓という意味では、SPS 協定上の規定が問題となる事案には一般的にパネル・上級委員会の謙抑的姿勢が指摘される傾向があるが、本章で扱った SPS 関連の 3 事例ではいずれも異なる判断姿勢が見られた。②日本農産物事件 (SPS 協定 5 条 1 項) ではむしろ利用可能な事実の拡張的解釈がなされ積極的傾向が見られた一方、⑦米国・継続的讓許停止事件 (SPS 協定 5 条 1 項) では十分事実条件に関する実体的な検討も行われず少なくともそれを行った⑥豪州リンゴ事件と比べても極めて消極的な上級委員会の判断姿勢が見られた。②日本農産物事件に関しては上述の通り、紛争解決に積極的な初期事例であるとの可能性も考慮しうるが、では⑥豪州リンゴ事件での対応と⑦米国・継続的讓許停止事件に見られた対応の相違はどのように評価しうるか。この点、双方の事案における問題の措置が、植物検疫上のリスクと人間の健康上のリスクという異なる性質のリスクを規制対象とするものであることに着目すれば、そうしたリスクの差異が当該事案における上級委員会の判断姿勢ひいてはその分析完遂裁量行使の態様に影響を与えたとも推察しうる。後述の第六章では、これら 3 事例に加え他の章で扱った SPS 関連事例も含めて全体的に検討することで、かかる評価の可能性につき改めて分析することとする。

(本学法学研究科博士後期課程)

問題が生じてきたと指摘される。

(109) See, *Australia – Salmon (AB)*, *supra* note 33, ¶¶ 199-200.