
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 (1)

著 者： 服部 莉奈

所 収： 『上智法学論集』第 68 卷 1-2 合併号 (令和 6 年 9 月) 77-107 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 (1)

服部 莉奈

一. 上級委員会の分析完遂裁量にみられる司法敬讓への注目

二. 「分析完遂」の法理：条文上の根拠と先例

1. 条文上の根拠

(1) 制度的背景

(2) 目的と意義

(3) 制約

2. 先例上確立した実践

(1) 分析完遂の必要性が生じる状況

(2) 当事国による要請 (上訴された論点による制約)

(3) 十分事実条件 (法律審としての性質による制約)

(4) パネルの検討した論点による制約

(5) 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。

一. 上級委員会の分析完遂裁量にみられる司法敬讓への注目

米国の上級委員会に対する司法積極主義批判を背景とした上級委員任命拒否により、上級委員会が機能不全に陥ってから (以下、「上級委員会危機」という。)、4年半以上が経過した。この事態を契機として、WTO 内では以前から根幹的な問題としてあった司法と立法の不均衡の問題⁽¹⁾は一層深刻な

(1) E.g., PETER VAN DEN BOSSCHE & WERNER ZDOUC, THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE

ものとして認識され、加盟国からは米国の懸念に配慮した抑制的な上級委員会改革案や代替の上訴手続が出されてきたが⁽²⁾、いずれも米国に受け入れられるものとはならなかった。その後、第 12 回閣僚会議 (2022 年) により「2024 年までに全加盟国が利用可能な、完全かつ良好に機能する紛争解決制度を実現する」という目標が宣言され、ジュネーブでは現在も、米国を含む全ての加盟国が合意できる制度案について交渉が続けられているところではあるが⁽³⁾、上訴手続の構想をめぐる米国とその他加盟国との対立の溝は深いようである⁽⁴⁾。

この上級委員会危機が、長年膠着状態にあった DSU⁽⁵⁾ 改正交渉を再び活性化させる誘因となったという事実はある意味評価されるべきものかもしれないが、現在の上級委員会の機能不全状態、ひいてはそれによる WTO 体制の深刻な弱体化をもたらした、米国の上級委員会に対する批判は、そもそもどれほど妥当なものだったのだろうか。米国は、WTO 紛争解決制度が抱える構造的・制度的な立法と司法の不均衡の問題にとどまらず、上級委員会の

ORGANIZATION: TEXT, CASES, AND MATERIALS 317 (5th ed., 2021); 米谷三以「WTO 紛争処理手続の果たすべき役割—「司法化」に潜む危険性と提案—」日本国際経済法学会年報第 8 号 (1999)。

- (2) General Council, *Informal Process on Matters related to the Functioning of the Appellate Body – Report by the Facilitator, H.E. Dr. David Walker (New Zealand)*, Agenda Item 4, Annex, JOB/ GC/ 222 (Oct. 15, 2019); Dispute Settlement System, *Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes*, Addendum, JOB/ DSB/ 1/ Add. 12 (Apr. 30, 2020)。
- (3) 2024 年 2 月に開催された第 13 回閣僚会議でも新たな成果は出されなかったが、その背後では、2023 年 2 月以降グアテマラの Molina 大使を中心として、米国を含む多数の加盟国が参加する大小の非公式交渉会合が頻繁に行われてきたことが報告されている。See, World Trade Organization, *WTO reform, in 13th ministerial conference: briefing note* (April 2024), https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc13_e/briefing_notes_e/reform_e.htm。
- (4) 加盟国間の非公式交渉会合の下ではすでに検討中の問題の多くについて合意に至っている一方で、上訴手続については未だ合意に至らず作業が継続されているという。See, Peter Van den Bossche, *Can the WTO Dispute Settlement System Be Revived? : Options for Addressing a Major Governance Failure of the World Trade Organization*, in CONSTITUTIONALISM AND TRANSNATIONAL GOVERNANCE FAILURES. (Ernst-Ulrich Petersmann & Armin Steinbach eds. 2024)。
- (5) 「WTO の紛争解決に係る規則及び手続に関する了解」を指す。本稿以下では略称である「DSU」(Dispute Settlement Understanding) を使用する。

司法判断それ自体に慢性的な司法積極主義傾向があったことを批判するが⁽⁶⁾、そうした評価の妥当性については議論がある⁽⁷⁾。

本稿では、米国の批判の妥当性を検証すると同時に、これまでの上級委員会の判断姿勢を今一度客観的に評価することに貢献すべく、逆説的ではあるがむしろ上級委員会の司法謙抑性ないし司法敬讓 (judicial deference)⁽⁸⁾に着目したいと考える。というのも、後述するように、米国を中心になされる司法積極主義の批判とは反対に、上級委員会が実際には、WTO 加盟国の意思や懸念に配慮した謙抑的な司法判断をしてきた、との見方がこれまで少なくない論者によって示されてきたためである。仮に上級委員会がそのような性質を有する主体であったとすれば、その判断姿勢を正しく俯瞰的に評価するためには、かかる側面についても理解を深めることが不可欠となるだろう。

上級委員会の司法敬讓に着目することの意義はそうした俯瞰的评价に資するというだけではない。先例の分析を通じて、上級委員会がこれまでいかなる方法により、いかなる状況において謙抑的な判断を行ってきたか、そしてその功罪にはどのようなものがあるかにつき検討を試みる本研究は、今後これまでよりも抑制的な司法機能が求められるだろう WTO 紛争解決制度案の模索への一助ともなりうる。

本論文はかかる問題意識を背景として上級委員会のこれまでの先例を分析し、その司法敬讓について検討するものであるが、本章以下ではそれに先立

(6) United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization (2020), at https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf.

(7) 上級委員会批判を尤もとする見解として、例えば、Robert McDougall, *Disequilibrium in the multilateral trading system and the (necessary) return of diplomacy*, in RESEARCH HANDBOOK ON LAW AND DIPLOMACY. CHELTENHAM (Margaret McGuinness & David Stewart eds., 2022); Jennifer Hillman, *Three Approaches to Fixing the World Trade Organization's Appellate Body: The Good, the Bad and the Ugly?* (Institute of International Economic Law, Georgetown University Law Center, 2018) を参照。反対の見解として Wei-huan Zhou, Henry Gao, 'Overreaching' or 'Overreacting'? *Reflections on the Judicial Function and Approaches of WTO Appellate Body*, 53 (6) J. WORLD TRADE 951-978 (2019) を参照。

(8) 本稿では、一般的な用法に従い、「deferential」を「謙抑的な」、「(judicial) deference」を「(司法) 敬讓」と翻訳しており、訳語の差異にかかわらず同様の概念を観念している。

ち、関連する先行研究による示唆を整理することとする。

2016-17年の *European Journal of International Law* では、Howse、Pauwelyn、Lang、Mavroidis といった高名な WTO 学者達の間で、上級委員会の判断姿勢をどのように評価しうるかについて活発な議論が交わされた。各論者による見解の対立点としては、Howse⁽⁹⁾が、上級委員会が WTO という機関から距離を置き独立的かつ自律的に判断を行い、司法積極的に行動することで⁽¹⁰⁾ (例えば後述する「分析完遂」の慣行の確立も上級委員会による「独立宣言」の一つであるという⁽¹¹⁾)、とりわけ環境や人の健康といった非貿易的価値に関する機微な事案に対して均衡のとれた謙抑的な方法で判断を行い、自身の正統性を高めることに成功してきた⁽¹²⁾と論じたのに対し、Pauwelyn、Lang、Mavroidis がこうした見方に反論した点に顕著に表れている。

Pauwelyn は、「WTO 紛争解決制度の正統性は、上級委員会が独立的であることではなく、むしろ上級委員会が WTO 加盟国の不満や選好、許容度の変化に対して慎重かつ注意深く耳を傾け、それを(自身の判断に)反映させ対応してきたことにより築き上げられてきたものだ」と主張した⁽¹³⁾。また Lang も、「上級委員会は事実上の思想的リーダーとしての役目を果たしてきた」のであり、「その司法判断は WTO 内での進行中の対話の産物」であって、それゆえに政治的に機微な論点については抑制的な判断をしてきたと論じている⁽¹⁴⁾。

しかしこのような Howse と Pauwelyn 及び Lang との見解の対立は、上級委員会の判断姿勢について、その審理方法における独自性や裁量の度合いそ

(9) Robert Howse, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, 27 (1) EUR. J. INT. LAW (2016) .

(10) *Id.*, at 25-26.

(11) *Id.*, at 30-31.

(12) *Id.*, at 11-13, 29-30.

(13) Joost Pauwelyn, *The WTO 20 Years On: 'Global Governance by Judiciary' or, Rather, Member-driven Settlement of (Some) Trade Disputes between (Some) WTO Member?* 27 (4) EUR. J. INT. LAW 1120 (2017) .

(14) Andrew Lang, *The Judicial Sensibility of the WTO Appellate Body*, 27 (4) EUR. J. INT. LAW 1100, 1102 (2017) .

れ自体に着目して積極性や自律性を見出すのか、それとも独自の裁量的な審理方法をとるとしても、それが加盟国が懸念するような機微な問題に対して謙抑的な判断を行うためにとられている点に着目して謙抑的と捉えるのか、その評価の観点の違いに起因するものであるようにも見える⁽¹⁵⁾。

さらに、Mavroidis は、上級委員会はとりわけ加盟国による国民の健康保護を目的とした規制措置に対して謙抑的であると評価し、その上で、上級委員会の判断の傾向は「WTO 加盟国に懐柔するための政治的対応に過ぎない」として Howse による上級委員会の独立論を一蹴した⁽¹⁶⁾。しかしながら、Mavroidis がそのような上級委員会判断に対して他の論者たちと異なり否定的な価値観を有していることを別とすれば、上級委員会の判断姿勢それ自体についての評価は、機微な問題に関する加盟国の⁽¹⁷⁾関心・不満に配慮した判断をしていると評価する点で Howse や Pauwelyn、Lang のそれと遠くないとも理解できる。

つまるところ、各論者は司法積極性・謙抑性の評価の尺度やその是非についての見解を異にしているが、彼らのおおむね対立のない見解を総括し要約すれば、上級委員会は、WTO 紛争解決制度の正統性を維持するため、非貿易価値関連の事案や特に政治的に機微な論点などについては、判断の方法や方向性に関して自らの裁量を自律的かつ柔軟に行行使することによって、加盟国に⁽¹⁸⁾受け入れられやすい判断をしてきた、ということになる。

(15) 加えて、両者の見解の相違は、何を加盟国の意思と捉えるかについての解釈とも関連していると考えられる。Howse は加盟国代表団を「(WTO インサイダーの) 通商政策エリート」と称して (pp. 12, 21 etc.) それ追求する価値観が新自由主義に基づく自由貿易の推進であるとの前提に立つ一方で、Pauwelyn 及び Lang は、加盟国代表団の価値観もひとえでなく、自由貿易推進以外の様々な価値観も反映されるものとして考えているように読める。Lang は、Howse のそのような理解に対し、WTO 加盟国の総体としての意思は実際には曖昧で矛盾するものであると指摘している (*Id.*)。かかる認識の相違は、双方が共に WTO 上級委員会の正統性を論じているように見えてつとも、実際には Howse の論じる正統性がいわゆる外部的正統性である一方で、Pauwelyn、Lang の論文の中では内部的正統性が念頭に置かれていることとも関係するよう思われる。

(16) Petros C. Mavroidis, *The Gang That Couldn't Shoot Straight: The Not So Magnificent Seven of the WTO Appellate Body*, 27 (4) EUR. J. INT. LAW 1107, 1111-1113 (2017) .

(17) Howse の視点では、加盟国ではなく、WTO の「アウトサイダー」である市民の関心や不満である。前掲注 15) を参照。

本稿においては、上級委員会がそのような意味での司法敬讓を行ってきたとの見方に立ち、以下議論を進めることとするが、その前に本稿が基づく「司法敬讓」の定義を明らかにしておきたい。

WTO 関連研究においては審査基準の文脈等で「敬讓 (deference)」という言葉が使用されることがしばしばあるが⁽¹⁹⁾、より一般的にパネル・上級委員会の判断傾向を論じる際の概念としての「敬讓」については、学界で共通した認識が醸成されているようには思われぬ⁽²⁰⁾。したがって、WTO における司法敬讓とは何かという定義付けは本来慎重に行うべきであろうが、その検討は別稿に譲ることとする。差し当たり本稿においては、上記の WTO 専門家ら及び下記で参照する先行研究等によるパネル・上級委員会に対する評価に鑑みて、「WTO 紛争解決制度 (国際紛争解決制度) が、自らの制度としての正統性を保持すべく⁽²¹⁾、加盟国 (国家) からの不満や反発を回避するために、加盟国 (国家) に対して謙抑的な判断をすること」とする。こうした行為は、「戦略的」意図あるいは「現実的な考慮」による司法敬讓とも理解できるだろう⁽²²⁾。

(18) Howse の視点では、加盟国に、というよりも WTO のアウトサイダーに受け入れられやすい判断である。前掲注 15)・17) を参照。

(19) E.g., Steven P. Croley & John H. Jackson, *WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments*, 90 (2) AM. J. INT'L L., 193-213 (1996) .

(20) また一般国際法領域においても、紛争解決制度による国家に対する謙抑は現象としては認識されているものの、その一般的な定義は定まっていないとも指摘される。ESMÉ SHIRLOW, *JUDGING AT THE INTERFACE: DEFERENCE TO STATE DECISION-MAKING AUTHORITY IN INTERNATIONAL ADJUDICATION*, 42 (2021) .

(21) WTO 紛争解決制度、とりわけ上級委員会が、自身の「正統性」を保とうとする主体であることは、頻繁に論じられてきた。例えば Gerstetter は、制度の正統性の問題は他の国際紛争解決手続についても当てはまることではあるものの、とりわけ WTO 紛争解決制度においてより大きな問題であると指摘する。CHRISTIANE GERSTETTER, *SUBSTANCE AND STYLE: WTO JUDICIAL DECISION-MAKING IN 'TRADE AND...' CASES 100* (2021). また Bercero は、上級委員会が「内部的正統性 (internal legitimacy) を維持する必要性」に対し敏感であることを、肯定的に論じている。Ignacio Garcia Bercero, *What Do We Need a World Trade Organization For? : The Crisis of the Rule-Based Trading System and WTO Reform*, *Global Economic Dynamics*, 36 (Bertelsmann Stiftung, 2020) .

(22) 一般国際法における「司法敬讓 (judicial deference)」を論じた Shirlow 及び Fahner は、共に、ある事項を決定するための専門性と正当性において国内当局が優先されるべき立

では、WTO 紛争解決制度による上記の意味での司法敬讓は、実際にどのような方法で行われてきたのだろうか。その手法はいくつかあると思われるが、その一つとして、「論点回避策 (issue-avoidance technique)」がしばしば論じられてきた。

Robert Hudec は、論点回避論の先駆者といえる。GATT 紛争解決制度の手続の自動化が交渉されていた 1980 年において Hudec はすでに、敗訴国の履行が期待されない、あるいは問題の論点について加盟国全体として合意が不十分な論点に関する事案は、紛争解決制度が判断を下すことで紛争解決手続ひいては GATT そのものの正統性を崩しかねない「誤った事案 (wrong case)」であるため、(当時の) パネルは回避策を用いることで判断を回避すべきと説いていた⁽²³⁾。

その後、パネル・上級委員会に事実上の強制管轄権が与えられることとなった WTO 体制に移っても、William Davey らによって、論点回避論の精緻化が図られてきた⁽²⁴⁾。その中で、WTO 紛争解決制度が実際に利用してきた具体的な論点回避策の特定がされたが、それらのうちとりわけ有効に利用されてきたとされ注目を集めてきたのが、訴訟経済である。訴訟経済とは基本

場にあることを国際紛争解決制度が認識する場合に、かかる制度による司法判断に謙抑性が見られる(あるいはそうあるべき)という文脈で、主に司法敬讓を論じた。しかしそれと同時に、彼らは国際紛争解決制度自身の関心による司法敬讓が存在することを指摘する。Shirlow は、司法敬讓には、国家からの司法積極主義に関する反発や反抗を回避し正統性の危機に陥らないようにするという裁判所自身の利益のために用いられるという「戦略的」側面があること、Fahner は、複雑な問題について謙抑的姿勢をとることで国家からの批判を回避し国家の履行を確保しようとする、国際紛争解決制度による「現実的 (pragmatic) な考慮」があることをそれぞれ指摘する。本稿において WTO 紛争解決制度の「司法敬讓」と捉えるものは、むしろこうした意味合いのものである。SHIRLOW, *supra* note 20, at 31; JOHANNES HENDRIK FAHNER, JUDICIAL DEference IN INTERNATIONAL ADJUDICATION: A COMPARATIVE ANALYSIS, 155-156 (2020) .

- (23) Hudec は、GATT 紛争解決手続においてパネルは実際にそうした論点回避策を利用して外交的手腕を発揮してきたと評価する。Robert E. Hudec, *GATT Dispute Settlement after the Tokyo Round: An Unfinished Business*, 13 (2) CORNELL INT'L L. J., 197 (1980) .
- (24) William J. Davey, *Has the WTO dispute settlement system exceeded its authority? A consideration of deference shown by the system to member government decisions and its use of issue-avoidance techniques* 4(1) J. INT. ECON. LAW 96 (2001); DANIEL LOVRIC, DEFERENCE TO THE LEGISLATURE IN WTO CHALLENGES TO LEGISLATION, 34-35 (2009) .

的に、パネルが紛争の解決に不要な論点につき判断を自制する行為であるが、特定の事案や論点によっては、そのパネルの訴訟経済行使の背後に加盟国主権に対する配慮が働いているとの指摘もされてきた⁽²⁵⁾。

訴訟経済は、高度に司法化された手続を有する WTO 紛争解決手続において、パネルが当事国により適切に付託された論点について判断をしないことができる、限定的な状況といえる。他方で上級委員会は、先例上少なくとも明示的には、訴訟経済を行使できる立場とは認識されてこなかった⁽²⁶⁾。

しかしながら上級委員会は、訴訟経済とは異なる根拠によって、適切に上訴された法的論点に対し判断を出さないと結論することがある。それは、上級委員会が問題とされた論点について法的分析を完遂 (complete the (legal) analysis) させることができない、として判断を控える場合である。

後に詳述するように、そもそも分析完遂とは、ある論点についてパネル判断を破棄した後に、当該論点あるいは他の論点について自判する上級委員会

(25) See, DAVID PALMETER ET AL., DISPUTE SETTLEMENT IN THE WORLD TRADE ORGANIZATION 387 (3ed. 2022); Fulvio Maria Palombino, *Judicial Economy and Limitation of the Scope of the Decision in International Adjudication*, 23 LEIDEN J. INT'L L. 913 (2010); Alberto Alvarez-Jiménez, *The WTO Appellate Body's Exercise of Judicial Economy*, 12 (2) J. INT'L ECON. L. 403 (2009); Ryan Brutger & Julia C. Morse, J. C. *Balancing law and politics: Judicial incentives in WTO dispute settlement* 10 REV. INT'L ORGAN 180-181 (2015); Busch and Krzysztof J. Pelc, *The Politics of Judicial Economy at the World Trade Organization*, 64 (2) INT'L ORG. 268 (2010) .

(26) これは、DSU17条12項が上級委員会の任務を、上訴された「各問題を取り扱う (shall address each of the issues)」ことと規定していることに起因する。ただし、実際には上級委員会も「訴訟経済」と明示しない形で実質的には紛争解決に不要な論点について判断を控える事例が多々見られてきたことも指摘される。清水茉莉「WTOにおける『訴訟経済』の行使の機能—falseか否かの境界線から—」日本国際経済法学会年報第27号、141-142頁(2018)及びAlvarez-Jiménez, *supra* note 25, at 399-400. を参照。また、2016年のIndia-Solar Cells事件上級委の個別意見は、同条12項を、上級委員会が紛争の迅速かつ明確な解決に貢献するという目的に照らして必要な範囲内で問題を「取り扱う」ことと解釈されるとして説示し、上級委員会による訴訟経済行使の解釈上の正当性を示した。Appellate Body Report, *India — Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, ¶¶ 5.155-163, WT/DS456/AB/R (Sep. 16, 2016). 同判断については、関根豪政「【WTOパネル・上級委員会報告書解説⑱】インドー太陽光セル及びモジュールに関する措置(DS456) - 政府調達、GATT第20条(d)号及び(j)号の解釈の進展 -」RIETI Policy Discussion Paper Series 17-P-018, 74頁((独)経済産業研究所, 2017)を参照。

の裁量のことであり、WTO 紛争解決制度の差戻制度の欠如という欠陥を補うべく確立してきた慣行である。上級委員会は紛争解決のために、法律審として可能な限りこれを行うことが期待されるものの、それを行使するか否かは法的分析完遂のための十分な事実があるか等の見極めを含む上級委員会の裁量次第となる。

近年、上級委員会の分析完遂裁量の不行使が波紋を呼んだ事件が、韓国水産物事件である。同事件では、上級委員会が本件における主要な実体的論点についてパネルによる違反認定を破棄した後に分析完遂を行わずに審理を終了した結果、当該紛争の解決が叶わず、申立国である日本としては満足のいかない結果となった。かかる上級委員会判断については、何人かの識者により、放射能汚染のリスクに関連する本件措置の機微な性質や、米国の上級委員任命拒否による上級委員会機能停止の可能性が現実味を増していた当時の情勢から、その分析完遂裁量不行使の背景に加盟国主権に対する敬讓が行われた可能性が指摘された⁽²⁷⁾。本件判断については本論第三章にて検討の対象とする。

先例においては、ある論点について上級委員会が分析完遂を行えるかどうかは、加盟国からの分析完遂の要請があり、かつパネル報告書中にそれを可能とするための十分な事実があるか、といった客観的基準により判断されてきたのであり、学界・実務における一般的な認識もその通りである。しかしながらそれでもなお、その背後に上級委員会の謙抑的な思慮が働きうるといふ指摘は、韓国水産物事件の評釈が初めてではない。

例えば Smith (2003) は、差戻制度の欠如の下で生じた分析完遂に関する上級委員会の裁量が、上級委員会の判断回避を可能とする柔軟性の一部として作用していることを、以下のように明確に指摘している⁽²⁸⁾。

(27) 川瀬剛志「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』686号、23-24頁(2019)；北村朋史「時の問題 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、54-55頁(2019)；邵洪範「【WTO パネル・上級委員会報告書解説㉞】韓国－放射性核種事件 (DS495)－放射能汚染を理由とした通商規制に関する SPS 協定上の争点－」RIETI Policy Discussion Paper Series 20-P-030、57-58頁((独) 経済産業研究所, 2020)。

「上級委員会は、分析完遂裁量を行使するかどうかという問題に直面した際、一貫したアプローチをとることを回避することにより、その裁量を拡張してきた。…上級委員会の(事案による、分析完遂を行う/行わないといった)対応の異なりは、非一貫性の問題を生じさせるとともに、時として、申立国に対して最終的な法的結論を得るためには再訴をしなければならぬという状況をもたらす。ドーハラウンドのDSU改革の一部として、WTO加盟国政府らは、この制度上の欠陥を修正し上級委員会へ差戻権限を付与することを決定しようとしている。しかしながら、(現行DSUの)差戻権限の欠如(及びそれにより生じた分析完遂の慣行)はむしろ、上級委員会に、パネルが判断を誤った事案を解決する、あるいは回避するための、有益な柔軟性を与えるものだ。」

また、Lang(2016)も上級委員会の分析完遂における裁量と判断回避についてこのように指摘する⁽²⁹⁾。

「とりわけ、政治的に機微、または体系的な重大性を孕む事案について、上級委員会は分析の完遂を拒否してきたし、あるいは上級委員会が正当性のある判断を行うことができないと感じる問題について、制度上の権限の限界に依拠することでそれを回避してきた。」

なお同氏もSmith同様、上級委員会が各事案に応じた適切な判断を可能とするために「柔軟な」司法スタイルを維持してきたとの見方に立つ⁽³⁰⁾。

このような指摘は、上級委員会が分析完遂裁量を行使するか否かの判断は、事案ごとに一定程度柔軟に行われうることにより、敬讓が求められると上級委員会が認識する事例においては判断回避の手段ともなってきたという可能性を示唆している。

(28) James McCall Smith, *WTO dispute settlement: the politics of procedure in Appellate Body rulings*, WORLD TRADE REV. 96-97 (2003). 括弧内の文言は筆者による補足。

(29) Lang (2016), *supra* note 14, at 1102.

(30) *Id.*, at 1101.

本論文では、こうした先行研究による分析完遂についての示唆を実証的に検証し、それを通じて上級委員会の司法敬讓の実態について理解を深めることを試みる。

そのためにまず、第二章においては、そもそも上級委員会の分析完遂がいかなるものとして発展してきたかにつき、DSU の条文、上級委員会の先例、加盟国政府による実践の分析を通じて明らかにする。とりわけ、DSU が上級委員会の権限に課す 3 つの制約、すなわち、「上訴された論点による制約」、「法律審としての性質による制約」、「パネルが検討した論点による制約」にそれぞれ注目し、上級委員会がこれらの制約への考慮を背景にいかなる条件の下で上級委員会の分析完遂の可否を決定してきたのかにつき、これまでの一般的な慣行を明らかにする。続く第三章から第五章において、上級委員会が、上記 3 つの制約に由来する分析完遂の各条件を実際にどのように解釈し適用してきたのかについて事例の比較分析をすることにより、分析完遂をめぐる上級委員会判断に見られる柔軟性や非一貫性について検討する。その後第六章において、前章までで観察された上級委員会の事案による判断姿勢の差異が、いかなる要因によって生じ、場合によっては謙抑的判断を引き出してきたのかについての考察をまとめ、結語とする。

二. 「分析完遂」の法理：条文上の根拠と先例

1. 条文上の根拠

(1) 制度的背景

「分析完遂/ 法的分析の完遂」(complete the (legal) analysis) とは、WTO 紛争解決制度の上級審である上級委員会が、下級審たるパネルが特定の論点について下した判断を破棄した後に、同一論点またはパネルが結論を出さなかった別の論点について自判をし、改めて法的結論を出す行為を指す。これは、DSU の中で明文の規定があるものではなく、その必要性に応じて先例の中で確立、定着した慣行である⁽³¹⁾。

その背景には、WTO 紛争解決制度の制度的欠陥の問題がある。通常、上級審が法律問題を審査する権限のみをもつ全ての国内司法制度においては、上級審は下級審の判断を破棄した後自判できない場合、紛争の終局的解決の要請に従って、当該事案を下級審に差し戻すことが求められる⁽³²⁾。しかしながら WTO 紛争解決制度は、DSU 上、そのような差戻制度を持つとは規定されていない⁽³³⁾。つまり、上級委員会がある論点についてパネル判断を破棄した後に自判不能と言い渡せば、当該の論点については判断が出されないままその審理は終了することになる。したがって、一つの紛争解決手続の中で紛争を終局的に解決させるためには、その上訴審の判断が出される時点で全ての法的結論が出そろわなければならない。要するに、WTO 紛争解決制度においては、国内法でいうところの「破棄差戻」の途が絶たれているために、「破棄自判」をする重要性が一層高く、さもなければ「判断不能」となってしまうのである。上級委員会が法律問題しか扱えないにも関わらず差戻権限をもたないために、十分な事実が揃っていない等の理由から自判できず、だからといって差戻もできないという困難な状況は、「繰り返されるジレンマ (recurring dilemma)」⁽³⁴⁾とも言われるように、これまで多くの事案の中で発現してきた。

Kuyper (2001) によれば、DSU 条文を作成した当時の交渉者は、「差戻制度の導入が望ましいまたは必要であることに気づいていた」ものの、それは「高すぎる目標」であり、「それよりも絶対的に達成すべきことは、あるいは当時そう思われたことは、米国議会を確実に通過させるため、WTO 紛争解決手続を米国通商法 301 条手続のスケジュールと同等のものにすることだっ

(31) See, Claus-Dieter Ehlermann, *Experiences from the WTO Appellate Body*, 38 TEX. INT'L L. J. 482 (2003) .

(32) Yasuhei Taniguchi, *The WTO Dispute Settlement as Seen by a Proceduralist*, 42 (1) CORNELL INT'L L. J. 19 (2009) .

(33) 同じく国際紛争解決フォーラムであり上級審かつ法律審である EU の欧州司法裁判所が下級審への差戻権限を付与されているのとは対照的である (EU 裁判所規程 61 条)。

(34) Joost Pauwelyn, *Appeal without Remand: A Design Flaw in the World Trade Organization Dispute Settlement and How to Fix it*, ICTSD Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade Issue Paper No. 1, 1 (International Centre for Trade and Sustainable Development, 2007) .

た。よってさらなる時間を要するであろう差戻制度については草案に挿しなかった」という⁽³⁵⁾。その後行われた DSU 改正交渉では、とりわけ 2000 年代には活発に、EU をはじめとする各国により差戻制度導入の必要性が度々議論されてきた⁽³⁶⁾。しかしながら、同制度の導入あるいはその具体案については結局加盟国間で合意がまとまらず、今日まで実現できていない。

このような差戻制度不在の紛争解決制度において、仮に上級委員会がパネル判断を破棄した後に残された論点につき自判しない、ないしはできないとして審理を終了させた場合には、理論的には、紛争当事国は、DSU21 条 5 項に基づく履行確認手続パネルの設置、あるいは新規のパネル手続に付託して再訴することによって、当該未解決の論点につき改めてパネルに判断を求めることも可能ではある。履行確認手続パネルに関しては、先例で、上級委員会が自判できず結論を出せなかった論点については既判力 (*res judicata*) が与えられず、これを審査することは一事不審理の原則が禁止する「不当な蒸し返し (*unfair second chance*)」には当たらないため、履行確認パネルの管轄対象となりうるということが明らかにされている⁽³⁷⁾。再訴に関しては、先例はないものの、同様の見方から肯定され得る⁽³⁸⁾。

しかしながら、実際に当事国が上級委員会により判断不能との宣言を受けた後にこれらの方法により救済を求めた実例がこれまで多くは存在しないこ

(35) Pieter Jan Kuyper, *The Appellate Body and the facts*, in *NEW DIRECTIONS IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW: ESSAYS IN HONOUR OF JOHN H. JACKSON* 310 (Marco Bronckers & Reinhard Quick eds., 2001) .

(36) See, e.g., TN/DS/W/38, TN/DS/W/56, JOB (04) /52, JOB (05) /182. See also, Claus-Dieter Ehlermann, *The Workload of the WTO Appellate Body: Problems and Remedies*, 20 J. INT'L ECON. L. 716-717 (2017) .

(37) Appellate Body, *United States — Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Article 21.5 of The DSU by Brazil*, ¶ 210, WT/DS267/ AB/ RW (Jun. 2, 2008); Appellate Body Report, *United States — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint), Recourse to Article 21.5 of The DSU by The European Union*, ¶¶ 729-753, WT/DS353/ AB/ RW (Mar. 28, 2019); 阿部克則「WTO 履行パネルの管轄事項」『国際貿易紛争処理の法的課題』208-211 頁 (信山社, 2019) 参照。See also, Appellate Body Report, *European Communities — Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen From India, Recourse to Article 21.5 of the DSU By India*, n. 115. WT/DS141/ AB/ RW (Apr. 8, 2003) .

(38) 川瀬・前掲注 27) 21 頁。

とからは⁽³⁹⁾、これらの手続に改めて依拠するために追加で要する時間やリソースが加盟国にとって制約となっていることが推察される⁽⁴⁰⁾。WTO紛争解決制度が週及的な救済を提供せず将来的な違反措置の是正のみを勧告すること、すなわち問題の措置の協定適合性確保以前に申立国が被った実損については救済されないことを考慮すると、申立国にとって、紛争が履行確認手続や再訴に至らずともパネル・上級委員会の原審査によって迅速に解決されることが重要であることは明らかである⁽⁴¹⁾。

(2) 目的と意義

上記のような制度的背景から、上級委員会が紛争の迅速な解決に貢献すべく行ってきたのが、分析完遂であると言える。このことは、これまで上級委員会自身が分析完遂に進む際に、DSU 3条3項に言及してきたことから明らかである。例えばECアスベスト事件上級委員会は「我々は、DSU 3条3項に従って、紛争の『迅速な解決』を目的として、分析を完遂させてきた」と述べる⁽⁴²⁾。

加えて、分析完遂は紛争の明確な解決という目的に資することも認識される。米国エジ事件上級委員会報告では「我々は、DSU 3条7項が『紛争解決制度の目的は紛争に関する明確な解決を確保すること』であると強調していることを認識し、分析を完遂する」と述べられた⁽⁴³⁾。その後も近年の事例まで、「我々は迅速かつ明確な紛争の解決を促進するために分析完遂を行ってきた」という説示は分析完遂の可能性が検討される際に度々繰り返されて

(39) そのような実例としては例えば、カナダ乳製品事件の二回目の21.5条手続では、一回目の手続にて事実の不足で分析完遂不能とされた論点が改めて申し立てられている。

(40) Pauwelyn, *supra* note 34, at 16.

(41) *Id.* またこうした意味においては、上述した差戻制度導入案についても、迅速な紛争の解決という観点から望ましくない懸念されることもある。過去のDSU改正交渉においては、この点、すなわち紛争解決手続にかかる時間の長期化についての懸念から、差戻制度導入に反対する加盟国意見もあった。See, TN/ DS/ M/ 1.

(42) Appellate Body, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, ¶ 78, WT/DS135/ AB/R (Apr. 5 2001) .

(43) Appellate Body, *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, ¶ 124, WT/DS58/ AB/R (Oct. 12, 1998) .

きた⁽⁴⁴⁾。

また、先例では直接言及されていないものの、上級委員会が分析完遂により当事国に明確な法的結論をもたらすことは、DSU 3 条 4 項の「問題の満足すべき解決を図る」という目的の達成にも資するほか⁽⁴⁵⁾、分析完遂により一つでも多くの論点について解釈を示すことで WTO 協定上の条文の意味の明確化を促進することは、WTO 紛争解決制度を「多角的貿易体制に安定性及び予見可能性を与える中心的な要素」と位置付ける同 3 条 2 項の理念にも整合するともいえる⁽⁴⁶⁾。

これと反対に、上級委員会がパネル判断を破棄した後に残された論点について判断をしないとすれば、とりわけ当該論点が当該紛争の解決にとって重要である場合には、かかる上級委員会判断が上記に挙げた DSU 上の目的を果たせないという懸念が生じる。さらに、判断が不明瞭なまま手続を完結させることは、上級委員会が果たすべき「説明責任」の観点から望ましくないという点も指摘される⁽⁴⁷⁾。

(3) 制約

こうした分析完遂の利点ないし必要性にもかかわらず、これまで上級委員会は度々分析完遂不能との判断を出してきた。これは、以下の DSU 17 条中の条項が上級委員会の管轄に課す制約のためである。

まず 17 条 6 項は、「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

(44) *E.g.*, Appellate Body Report, *Russian Federation — Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union*, ¶ 5. 141, WT/DS475/ AB/R (Mar. 21, 2017); 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*, ¶ 7. 231, WT/DS381/ AB/ RW (Nov. 20 2015) .

(45) *See*, Fernando Pierola, *The Question of Remand Authority for the Appellate Body*, in CHALLENGES AND PROSPECTS FOR THE WTO 196 (Andrew Mitchell ed., 2005) .

(46) *See*, Tania Voon & Alan Yanovich, *The Facts Aside: The Limitation of WTO Appeals to Issues of Law*. 40 (2) J. WORLD TRADE 244 (2006) .

(47) 関根豪政「第 6 章 WTO 紛争解決手続における透明性と説明責任」『国際経済紛争解決手続法』(柳赫秀 編著) 176 頁 (2023) .

する。また同項と関連する同条12項は「上級委員会は、その検討において、6の規定に従って提起された問題を取り扱う」と定める。そして同条13項は、「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」とする。

これらの条文を併せ読むと、上級委員会の分析完遂裁量に対するDSU上の制約として以下の3つがあると整理できる。

第一に、同条12項に定められる通り、上級委員会は6項に従い申し立てられた、すなわち上訴された問題を取り扱う。さらに「紛争当事国のみが、小委員会の報告について上級委員会への申立てをすることができる」との同条4項からも明らかであるとおりに、上級委員会の検討対象は、当事国が上訴した論点に限られる。(=「上訴された論点による制約」)

第二に、同条6項で「法的な問題」「法的解釈」、13項で「法的な認定及び結論」とされる通り、上級委員会は法律問題⁽⁴⁸⁾のみを審査する法律審であり、法解釈及び法のあてはめのみを行うことが認められる。(=「法律審としての性質による制約」)

第三に、同条6項で「小委員会の報告において対象とされた…問題」、小委員会が行った…解釈」、また13項で「小委員会の…認定及び結論」と限定される通り、上級委員会の検討対象は、パネルが既に検討を行い判断を下した論点に制約される。(=「パネルが検討した論点による制約」)

上級委員会はある問題について分析を完遂するか否か決定する際、これら3つの制約をどれほど、どのように考慮してきたのだろうか。後述の二、2.の(2)、(3)、(4)にてそれぞれ検討する。

2. 先例上確立した実践

前節を通して概観した通り、上級委員会による分析完遂はDSU上明示に定められた上級委員会の権限ではなく、上述のような制度的事情及びDSU

(48) ただし上級委員会の先例によれば、「パネルがDSU11条を遵守して事実の客観的評価をしたか否かの問題は、それが適切に上訴された場合には、法律問題となり、上級委員会の審査の対象となる」。Appellate Body Report, *EC - Hormones*, WT/DS26/AB/R, ¶ 132, WT/DS48/AB/R (Jan. 16, 1998) .

が定める紛争解決制度の目的、そして他方で上級委員会の管轄の限界を背景に、いわば判例法として確立した司法手続上の慣行である。学界ではその正当性を疑問視する見方が一部で存在するものの⁽⁴⁹⁾、少なくとも WTO 紛争解決制度を利用する加盟国の間では、大きな議論を呼ぶことなく受け入れられてきたという⁽⁵⁰⁾。本節では、これまでの約 25 年の歴史における上級委員会先例及び紛争解決手続に参加する加盟国政府の実践の蓄積の中で、上級委員会の分析完遂の慣行がより具体的にどのようなものとして発展してきたのかについて検討する。

(1) 分析完遂の必要性が生じる状況

かかる検討の出発点としてまずは、いかなる状況において上級委員会が当該紛争の解決のために分析完遂を求められるのかについて確認する。

Pauwelyn (2007) はこれまでの上級委員会の分析完遂事例を分析した上で、分析完遂の必要性が生じる状況を以下のように分類した。—①パネルがある請求に対して訴訟経済を行った状況⁽⁵¹⁾、②パネルがある抗弁に対して訴訟経済を行った状況⁽⁵²⁾、③上級委員会が新たな法解釈を行った状況⁽⁵³⁾、④上級委員会がパネルの管轄に関する判断を破棄した状況⁽⁵⁴⁾、⑤上級委員

(49) See, Edwin A. Vermulst & P. Mavroidis, *The Functioning of the Appellate Body After Four Years: Towards Rule Integrity* 33 (2) J. WORLD TRADE (1999); Michel Cartland et al., *Is Something Going Wrong in the WTO Dispute Settlement?* J. WORLD TRADE 46 (5) 990-991 (2012) .

(50) Ehlermann, *supra* note 31, at 469.

(51) Pauwelyn (2007), *supra* note 34, at 5. ここでは、二つ以上の請求（それは同じ条項中のものであっても、同じ条文中のものであっても、あるいは異なる協定に関するものであってもよい）があり、パネルがそのうち一方について判断不要として訴訟経済を行った場合が想定される。

(52) *Id.* ここでは、GATT20 条例外など、被申立国が違反措置の正当化のために累積的な複数の要件を満たさなければならない場合に、パネルがそのうち一部（柱書要件など）について訴訟経済を行使した場合が想定される。

(53) *Id.*, at 6. パネルの法解釈が破棄される論点は、申立国の請求または被申立国の抗弁に関するもののどちらでもありうるという。

(54) *Id.*, at 7. 上級委員会による「問題の措置」の修正や、パネルの付託事項の範囲に関する判断の修正により生じるという。

会がパネルの手続的瑕疵を理由にパネル判断を破棄した状況⁽⁵⁵⁾—。これらの5つの状況は相互排他的ではなく、重複しうるといふ⁽⁵⁶⁾。

他方 Yanovich & Voon (2006) は、分析完遂が行われる状況として、Pauwelyn が挙げた状況とほとんど同様の状況に言及しつつも、それらを大きく2つの類型に分けて整理している。第一の分析完遂の状況が、上級委員会が「パネルが扱っていない論点を判断する」場合とされる。かかる状況は、パネルが一部の規定と措置との整合性につき訴訟経済を行使した場合や、パネルが誤って付託事項を解釈した場合に生じるといふ。第二の状況が、上級委員会が「(パネルと)異なる解釈を事実にあてはめる」場合とされる。こちらの場合、関連する論点ないし請求を「すでにパネルが扱い法的判断を行っている」点が、第一の状況とは対照的であるといふ⁽⁵⁷⁾。

こうした Yanovich & Voon による分類は、分析完遂が求められる状況の差異により生じる、上級委員会の自判の性質の相違に対して焦点を当てたものと理解できる。上述の上級委員会が判断完遂を必要とする状況に関する Pauwelyn の5分類を、かかる趣旨の分類に対応させると、上級委員会は①、②、④の状況においては下記(A)の判断を行うものであり、③及び⑤の状況では下記(B)の判断を行うものと整理できる(下記図1参照)。

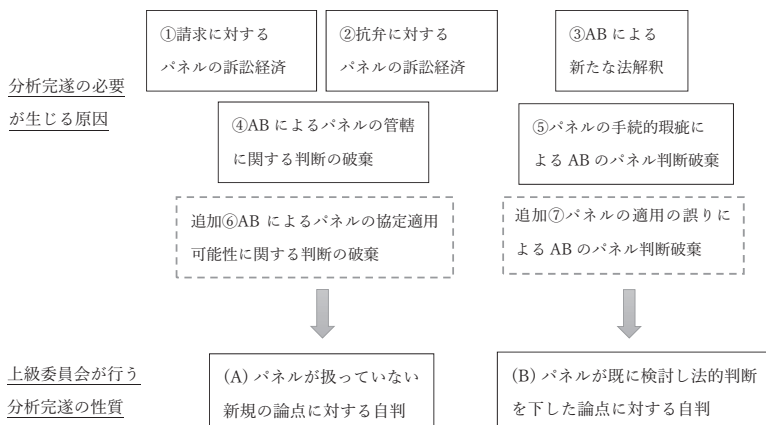
なお、両者の論文で挙げられている以外にも、分析完遂の必要性を生じさせる状況は他にもある。例えば、ある協定(例:TBT協定)が問題の措置に適用されるか否かが争われており、パネルは当該協定の適用可能性を否定したものの、上級委員会がかかるパネル判断を破棄して適用可能だと判断した場合、上級委員会はパネルが検討しなかったTBT協定中の実体的義務に対して分析を完遂することが求められる(図1「追加⑥」)。他にも、パネル

(55) *Id.*, at 8. 上級委員会によりパネルが検討に際して誤った審査基準を用いたと判断される例が挙げられる。Pauwelyn 自身は明言していないが、⑤の状況は主に、上級委員会がパネルの事実認定ないし法的検討におけるDSU11条違反を認定した後に、パネルがかかる検討を通じて判断を下した法的問題について上級委員会が分析完遂を求められる場合に生じると考えられる。

(56) *Id.*, at 4.

(57) Alan Yanovich & Tania Voon, *Completing the Analysis in WTO Appeals: The Practice and its Limitations*, 9 (4) J. INT'L ECON. L. 938-939 (2006) .

図 1



の法解釈のみならず適用における誤りが、上級委員会によるパネル判断の破棄及び同論点に対する分析完遂の必要性を生じさせる場合もある（図1「追加⑦」）。

「分析完遂 (complete the analysis)」という文言が初めて上級委員会報告書で使用されたカナダ雑誌事件では、上級委員会は、パネルが訴訟経済を行使したことで検討をしていなかった論点（本件では、問題の措置の GATT3 条 2 条 2 文適合性）について「分析を完遂する」と宣言した際に、「米国ガソリン事件においても我々は同様の状況に置かれた」と説明した⁽⁵⁸⁾。その米国ガソリン事件では、上級委員会は、パネルの GATT20 条 (g) の認定を破棄した後に、同号について自判するとともに、パネルが訴訟経済を行使した同条の柱書についても審理を行っている⁽⁵⁹⁾。よって、分析完遂の慣行が始まった最初期の事例のみ見れば、分析完遂の意味とは、上記の Pauwelyn の分類の①や②を所以とする、(A) パネルによる検討が行われていない新規の論点に関する審理のことを指していたように思われた。

(58) Appellate Body Report, *Canada — Certain Measures Concerning Periodicals*, p. 24, WT/DS31/AB/R, (Jun. 30, 1997) .

(59) Appellate Body Report, *United States — Gasoline*, p. 2, WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996) .

しかしながら、その後韓国乳製品事件の上級委員会は、パネル報告書中のGATT19条1項(a)の「予見されなかった発展」の解釈について、及びセーフガード協定5条1項の「明らかな理由」の説明責任に関する解釈について誤りがあるとしてそれらを破棄した後に、十分なパネルの事実認定ないし争いのない事実が欠けるために「分析完遂」できないと判断した⁽⁶⁰⁾。すなわち上級委員会は、上記③の状況を原因とした(B)パネルが検討を行った論点に対する自判についても「分析完遂」の問題として扱ったのである。これ以降、特に2000年代以降に分析完遂可能性が問題とされた事案の大半は、パネルが検討を行った論点に対する上級委員会の自判可能性を問うものである。上級委員会はこうした自判としての性質の差異にかかわらず、これらの分析完遂を特段区別することなく、十分事実条件などの一定の条件を満たす場合に分析を完遂してきた⁽⁶¹⁾。

(2) 当事国による要請(上訴された論点による制約)

上述した分析完遂が求められる状況に上級委員会が実際直面した際、多くの場合に上級委員会はまずは分析完遂可能性の検討に進むべきかどうかについて判断する。当事国は、特定の論点に対して上級委員会に分析完遂を行わせるために、一般に当該当事国の上訴通知ないしはその他上訴通知においてその旨を要請する慣行を発展させてきた⁽⁶²⁾。上級委員会も、分析完遂を行う際には度々当事国の要請があることに言及してきた。

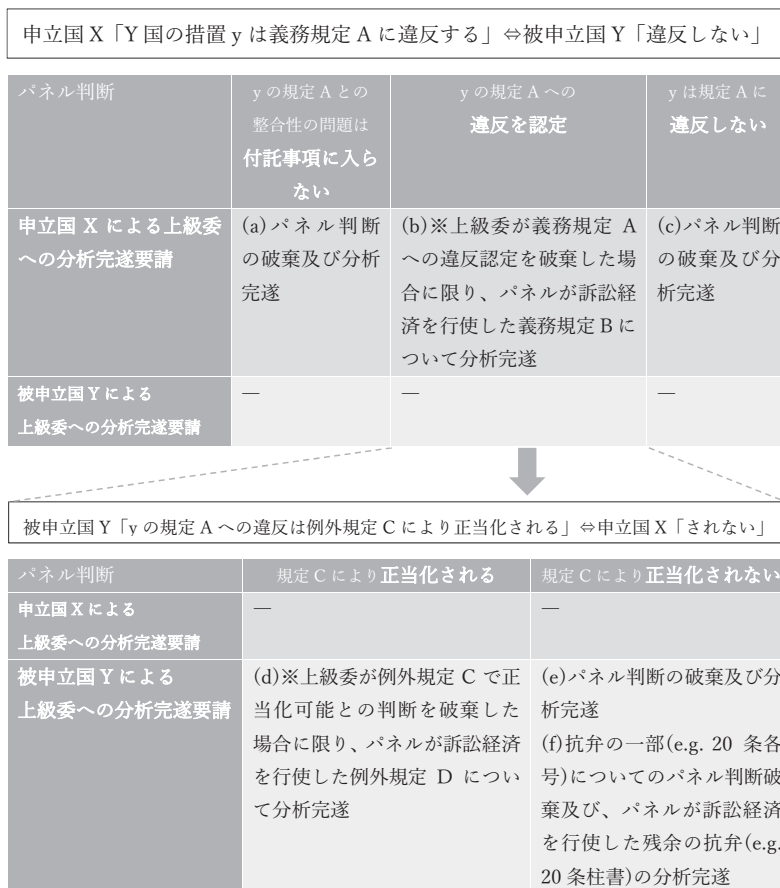
二. 1. (3)で「上訴された論点による制約」として既述した通り、DSU17条4項及び同12項では上級委員会の審理対象が当事国により上訴された法的論点に限られることが明記されている。分析完遂の要請について直

(60) Appellate Body Report, *Korea - Dairy*, ¶¶ 91-92, 102-103, WT/DS98/AB/R (Dec. 14, 1999) .

(61) ただし、上級委員会は必ずしも全ての事案で明示的な分析完遂の宣言や分析完遂をすべきか否かの検討を行ってきたわけではない。上級委員会が時に分析完遂を行うとの宣言なく破棄自判を行ってきたことは、上級委員会自身が報告書の中で認めている。See, WT/DS135/AB/R, n. 48.

(62) See, Alan Yanovich, *General Considerations for Appeal*, in PRACTICAL ASPECTS OF WTO LITIGATION 148-150 (Marco Tulio Molina Tejada ed., 2020) .

図 2



接規定する明文規定はないものの、通常の上級委員会の判断行為と同様に上級委員会が法的分析を行い法的認定・結論を下す行為である分析完遂に対して、当事国の上訴を通じた要請を前提とする当事国及び上級委員会の慣行は合理的といえるだろう。具体的な上訴方法に関しては上級委員会検討手続の規則20~23に定められるが、その下では、両当事国がそれぞれ、上訴国ないしはその他上訴国という立場で、上訴通知またはその他上訴通知を通じて上級委員会に申立を行う権利を持つことが明記される⁽⁶³⁾。

以下ではまず、当事国がどのような状況の下で分析完遂の要請を行ってきたのかについて具体的に検討することとする。当事国の上訴通知/その他上訴通知を参考とし、分析完遂要請の類型を図2のように整理した⁽⁶⁴⁾。

例えば、申立国Xが、Y国の措置yが義務規定Aに違反するとして請求を行っている状況において、パネルは、そもそもかかる問題がパネルの付託事項に含まれないと判断する場合がある。そのような場合に申立国は上訴において、かかるパネル判断の破棄と共に、かかる判断故にパネルが判断を行わなかった措置yの規定Aへの整合性について上級委員会に分析完遂を求めうる((a))⁽⁶⁵⁾。

次に、パネルが措置yの規定Aとの整合性を検討し、その上で違反との判断を行った場合に、申立国としてはかかる判断に対しては通常上訴を申し立てない。ただし、パネルが別の請求(例えば措置yの規定Bとの整合性)について訴訟経済を行使していた場合には、仮に上級委員会がパネルによる措置yの規定Aへの違反認定を破棄してしまえば、申立国は自らが問題視

(63) World Trade Organization, *Working procedures for appellate review*, WT/AB/WP/6.

(64) なお、厳密には必ずしも「分析完遂 (complete the analysis)」という文言が使用されずとも、同趣旨の要請、すなわち問題の論点について上級委員会がパネル判断を破棄した場合にそれに留まらず(当事国が要請する内容の)自判をすることの要請はされることがあろう。例えば、“Canada respectfully requests the Appellate Body to examine…” (WT/DS135/8, p. 1) など。しかし本稿での要請類型の作成にあたっては、「分析完遂」との用語が使用されている上訴通知/その他上訴通知を中心に収集し、それらを基に典型的な分析完遂の要請の類型を抽出し整理した。したがって、本稿が提示した類型は実際の事案において行われる全ての要請の内容を網羅したものではない。

(65) E.g., WT/DS504/5, paras. 1-4, 8; WT/DS510/6, paras. 1, 2; WT/DS395/12, I; WT/DS294/28, (b); WT/DS350/11, (a).

する措置 y に対する違反認定を失うことになる。こうした帰結となることを懸念する申立国は、上級委員会が規定 A についてのパネル判断を破棄した場合に限り、パネルが判断をしていない規定 B について分析完遂をし違反認定を行うよう、予備的な要請を行うことがある ((b))⁽⁶⁶⁾。

反対に、パネルが措置 y の規定 A への違反の存在を認めなかった場合には、申立国は上級委員会にパネルの破棄及び分析完遂を要請し、違反を認定することを求めうる ((c))⁽⁶⁷⁾。

なおこれらの分析完遂の要請のうち、要請(a), (b)がパネルの実質的には扱っていない新規の論点について上級委員会の判断を要請するものであり、要請(c)がパネルが既に検討した問題に対する上級委員会の再検討を要請するものである。

さらに、パネル手続にて措置 y の規定 A への違反のみならず、それが例外規定 C によって正当化されるか否かについても検討され結論が出されていた場合には、その結論についても上訴の対象となる。まず、パネルが規定 C による正当化が可能との判断を行っていた場合、被申立国はかかる判断については通常上訴をしないものの、パネルが別の例外規定 (例えば規定 D) による正当化可能性に関して訴訟経済を行使していた場合、仮に上級委員会が規定 C による正当化可能とのパネル判断を破棄した場合に備えて、そのような状況に限り規定 D による正当化可能性について判断するよう分析完遂の要請をしうる ((d))⁽⁶⁸⁾。

反対に、パネルが規定 C による正当化可能性を否定していた場合、被申立国は上訴にてかかるパネル判断の破棄及び分析完遂により正当化可能との判断をするよう要請しうる ((e))⁽⁶⁹⁾。

(66) *E.g.*, WT/DS523/6, para. 2; WT/DS397/22, para. 14; WT/DS386/29, para. 5; WT/DS438/16, para. 3. なお、一方で自国の措置についてパネルにより違反認定を受けた被申立国は、上訴においては分析完遂により適合認定を求めるまではせず単に破棄のみを求める場合が多いように見受けられる。

(67) *E.g.*, WT/DS534/5; WT/DS461/28; WT/DS437/25, paras. 8, 10; WT/DS486/7, para. 4; WT/DS464/8, paras. 13, 17, 19.

(68) *E.g.*, WT/DS381/24, para. 5.

(69) *E.g.*, WT/DS476/6, paras. 17, 18; WT/DS472/8, WT/DS497/6, paras. 37, 39; WT/DS400/9,

あるいは、かかるパネル判断が例えば GATT20 条の各号該当性に関する審査など、抗弁の一部についてのみ判断したものである場合、かかるパネル判断の破棄に加えて、パネルが検討をしていない残余の抗弁についても上級委員会に分析を完遂させ、措置の最終的な正当化可能性を認定することを求める (f) ⁽⁷⁰⁾。

なおこれらのうち、要請(d)がパネルの扱っていない新規の論点についての上級委員会判断を求めるもの、要請(f)がそうした新規論点に対する判断の要請を一部含むもの、要請(e)が上級委員会にパネルが既に検討した問題に対する再検討を求めるものといえる。

また、上記に説明した通り、要請 (b) 及び (d) は、上級委員会によるパネル判断の支持という第一義的な要請が叶わなかった場合に備えて、パネルにより訴訟経済を行使された論点に対して上級委員会に判断を求める当事国の予備的な要請である。

こうした要請を提起する当事国にとっては、多くの場合本来的にはパネル判断の支持がされることが最も望ましいのであって、上級委員会に分析を完遂してもらう必要性は上級委員会が当該論点に関するパネル判断を破棄した時に初めて生じる。実際に上級委員会がパネル判断を破棄するか否かを当事国が知るのは報告書の内容が明らかになった時点となるが、本項冒頭で述べた通り、当事国は特定の論点について上級委員会に申し立てる意思を上訴段階で明確にしておく必要がある。このような理由から、当事国が上記のような予備的な上訴、いわゆる「条件付き上訴 (conditional appeal)」⁽⁷¹⁾を行う慣

WT/DS401/10, para. 18.

(70) E.g., WT/DS363/10, para.1; WT/D308/10, para. 6; WT/DS302/8, para.2.

(71) See, Yanovich, *supra* note 62, at 148. なお、分析完遂の要請以外にも、条件付き上訴はされる。例えば、問題の義務規定が重畳的な複数の法的要件から構成されるものであり、パネルがそれについて違反認定をしていた場合、被申立国は上訴において、まずはそのうちの一部の前提的な法的要件についてのパネル判断の破棄を要請し、仮にその要請が叶わず上級委員会が同部分のパネル判断を支持した場合に、残余の法的要件についてパネル判断の破棄をすることを要請することがある。あるいは、パネルによる義務規定への違反及び正当化不可との判断を受けた被申立国は、まず義務規定違反の破棄の要請を行い、かかる要請が叶わなかったことを条件に正当化不可とのパネル判断の破棄及び自判を行うよう要請することがある。これらの要請も条件付き上訴といえる。

行が確立したと考えられる⁽⁷²⁾。

このような条件付き上訴の形態をとる分析完遂の要請に対しては、上級委員会は原則として、かかる条件が満たされた場合にのみ、分析完遂が可能であるかどうかを検討する。反対に、その条件が満たされなかった場合には、分析完遂の検討それ自体に進むことを拒否する。そうした理由による分析完遂裁量の不行使の決定は頻繁にされてきたのであって枚挙にいとまがないが⁽⁷³⁾、例えばブラジルタイヤ事件上級委員会は、パネルが訴訟経済を行使した論点に対する EC の条件付き上訴に対して、以下のように述べ、分析完遂に進むことを拒否した。

「我々は（理由は異なるがパネルの結論を支持して）タイヤ輸入禁止措置がそのメルコスール免除の側面により GATT20 条柱書において正当化されないと判断したため、EC の要請の前提条件（＝上級委員会が GATT20 条についてのパネルの判断を破棄すること）は充足されなかった。したがって我々は、EU の条件付き上訴について判断を下す必要はなく、（パネルが訴訟経済を行使した、）メルコスール免除それ自体が GATT1 条 1 項、13 条 1 項に違反し例外規定によっても正当化されないという EU による別個の請求については、検討せず認定を行わない。」⁽⁷⁴⁾

本項を通して見たように、様々な状況下で当事国からの分析完遂の要請がされ、上級委員会がそれに対応するという慣行が広く確立してきた。その一

(72) 条件付き上訴がされる例は初期から散見されてきた。最初期の例は、米国ガソリン事件の申立国（被上訴国）による、パネルの GATT20 条判断が破棄される状況に備えた、パネルが訴訟経済を行使した TBT 協定に対する条件付き上訴である。なお本要請は被申立国の意見書の中で行われたものであったため、上級委員会は適切に申し立てられていない問題を判断しがたいと述べた。

(73) DS108 (21.5 条), DS231, DS245, DS276, DS302, DS108 (21.5 条), DS207 (21.5 条), DS363, DS397, DS399, DS394/395, DS429, DS464, DS456, DS473 の上級委員会判断など。

(74) Appellate Body Report, *Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, ¶ 256, WT/DS332/ AB/R (Dec. 3, 2007). 括弧内の文言は筆者による補足。

方で、上級委員会はこれまでそうした要請が必ずしも分析完遂のための必要要件であるとは明言しておらず、またDSU上の規定に照らした要請の必要性について一般的な解釈を示すことはほとんどなかった。後の第三章では、上級委員会が個別事例の判断の中で上訴国による分析完遂の要請をどれほど重視して分析完遂可能性の判断に進むか否かを決定してきたのか、そしてかかる上級委員会の対応には一貫した立場が見られるのかあるいは柔軟性が見られるのかについて、事例の比較分析を通じて検討する。

(3) 十分事実条件(法律審としての性質による制約)

当事国による分析完遂の要請が存在すること、及びそれが条件付き上訴である場合にその条件を充足することが認められた場合、次に上級委員会は、当該事案の状況において要請された分析完遂を行えるか否かを判断する。それは、これまでの先例上一貫して適用されてきた通り、「パネルによる十分な事実認定もしくはパネル記録上の(当事国間で)争いのない事実(sufficient factual findings of the panel or undisputed facts on the panel record)」が存在するか否かという基準(以下、「十分事実条件」という。)に照らして判断される。

かかる十分事実条件は、二. 1. (3)で論じた17条6項及び13項が定める上級委員会の「法律審としての性質による制約」に由来する⁽⁷⁵⁾。

DSU17条6項は、先例により以下のように解釈される。

「DSU17条6項の下で、上訴審査の対象はパネル報告中において対象とされた法律問題とパネルによる法的解釈に限定されている。法的解釈及び法的結論と区別される、パネルによる事実認定は、原則として、上訴審査の対象とならない。特定の出来事がある時間及び空間において発生したかどうかについての認定は、通常事実の問題となる。⁽⁷⁶⁾」

また、その他の先例においても、「提出された証拠の熟考は原則的にパネ

(75) See, Appellate Body Report, *European Communities – Export Subsidies on Sugar*, ¶ 337, WT/DS265/AB/R (Apr. 28, 2005); *Korea – Dairy* (AB), *supra* note 60, ¶¶ 92, 102.

(76) *Id.*

ルの事実審としての裁量の範囲内に入るもの」⁽⁷⁷⁾であり、「パネルは事案の事実について決定し、事実認定に達する任務を任されている」⁽⁷⁸⁾として、パネルの事実認定としての専権が認められている。

すなわち、上級委員会は、パネルの DSU11 条違反が申し立てられた場合を除いてパネルによる事実認定を審査することも、パネルに代わって事実認定を行うこともできず、分析完遂のためにそれを行うことは 17 条 6 項に定められる自身の法律審としての権限を踰越することになる。上級委員会はかかる権限踰越を回避するために、問題の法的検討を行うための事実がパネル報告書に存在し、自らが事実認定を行わずにできる限りにおいてのみ分析完遂を行えると宣言してきた⁽⁷⁹⁾。

この十分事実条件は 1998 年の豪州サケ事件上級委員会報告において初めて導き出された後⁽⁸⁰⁾、それ以降は定型文的に参照されながら分析完遂の行使可能性を決定する中核的⁽⁸¹⁾ないし決定的⁽⁸²⁾基準として機能してきた。上級委員会自身、かかる条件の下で分析完遂を行う慣行が定着していることを認めている⁽⁸³⁾。

(77) Appellate Body Report, *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, ¶ 161, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R (Jan. 18, 1999) .

(78) Appellate Body Report, *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities*, ¶¶ 150–151, WT/DS166/AB/R (Dec. 22, 2000) .

(79) See, JEFFREY WAICYMER, WTO LITIGATION: PROCEDURAL ASPECTS OF FORMAL DISPUTE SETTLEMENT, 741–742 (2002); Voon & Yanovich, *supra* note 46, at 243.

(80) Appellate Body Report, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, ¶ 118, WT/DS18/AB/R (Oct. 20, 1998) – “we believe that … to the extent possible on the basis of the factual findings of the Panel and/ or of undisputed facts in the Panel record – we should complete the legal analysis and determine whether…” 若干文言は異なるが厳密には、本報告の約一週間前に公布された米国エビ事件の上級委員会報告書においてすでに「パネル手続中の記録上の事実」に基づいて分析完遂ができると宣言されている。 – “we believe that the facts on the record of the panel proceedings permit us to undertake the completion of the analysis…” (*US – Shrimp (AB)*, *supra* note 43).

(81) Pauwelyn (2007), *supra* note 34, at 10.

(82) 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. 220 (2014) .

(83) Appellate Body Report, *European Communities – Selected Customs Matters*, ¶ 278,

この十分事実条件は二つの異なる状況を想定している。第一に、パネルによる事実認定が上級委員会の分析完遂における法的あてはめの対象となる場合で、第二に、パネル記録中に当事国間で争いのない事実が存在する状況においてそれがその法的あてはめの対象となる場合である。

このうち第二の「パネル記録上の当事国間で争いのない事実」に基づく分析完遂は、パネルは認定していないが、上級委員会が当事国間で争いのないことを確認した事実に基づいて、法的分析を行うことを指す。もっとも、この確認自体が上級委員会が「厳密には新たに『事実』の認定を行うことになる」⁽⁸⁴⁾とも考えられる。しかし、争われている事実そのものに関して上級委員会が独自に証拠を検討し評価を行うのでなければ、それは17条6項が定める法律審としての性質による制約内で行うとも解釈できる⁽⁸⁵⁾。

「パネルによる十分な事実認定もしくはパネル記録上の争いのない事実」の存否を確認する十分事実条件はこれまで一貫して適用され続け、その法的根拠も明確である一方で、その基準は現実には曖昧であり⁽⁸⁶⁾、実際の事例の中で何が十分な事実を構成するのかという判断は困難なものであることが指摘される⁽⁸⁷⁾。これは、上級委員会の自判を可能とする「十分」の閾値が、ある程度上級委員会の主観的な評価に依存しうることと関係があると考えられる。上級委員会が個々の事例の中で十分事実条件を具体的にどのように解釈・適用しいかなる状況で十分性を認めてきたのか、そしてその閾値は事例に関わらず一貫したものであるのかそうでないのかについて、第四章で詳細な事例研究を行うこととする。

(4) パネルの検討した論点による制約

二. 1. (3) で述べたように、DSU17条6項及び13項の下、上級委員会はパネルが検討せず、認定しなかった法的論点について審理することを認め

WT/DS315/AB/R (Nov. 13, 2006) .

(84) 東條吉純「豪州のサケ輸入禁止措置」経済産業省191-192頁、注7。

(85) *See, id.*; Voon & Yanovich, *supra* note 46, at 243.

(86) SIMON LESTER ET AL., *WORLD TRADE LAW: TEXT, MATERIALS AND COMMENTARY* 208 (2018) .

(87) Voon & Yanovich, *supra* note 46, at 243. *See also*, PALMETER ET AL, *supra* note 25, at 394.

られていない。一部の事例では、パネルが検討を行っていない論点について、上級委員会は十分事実条件を充足しないとの理由に加えて、「問題の論点の新規性 (novel character of the issue)」⁽⁸⁸⁾や「完全な検討の欠如 (the absence of a full exploration)」⁽⁸⁹⁾を理由として、分析完遂を自制した。

しかしながら、前述した十分事実条件とは対照的に、上級委員会は個別の論点につき必ずしもパネルの検討がされていることを分析完遂の要件としてきたわけではなく、むしろ、二. 2. (1) で扱った Pauwelyn (2007) 及び Yanovich & Voon (2006) でも整理されていた通り、これまで上級委員会がパネルが訴訟経済を行使した等の理由から検討を行っていない論点に対して分析完遂を行った事案も散見される。

したがって、パネルが問題の論点について検討していないことは、上級委員会が分析完遂を行うことを自制する要因となる場合も、そうならない場合もあったように思われ、自らの分析完遂裁量が「パネルの検討した論点による制約」をどれほど受けるかについての上級委員会の理解ないし対応は一致しないことが窺える。第五章では、そうした異なる判断が見られる事例を比較分析し、この点についてより詳しい検討を加える。

(5) 小括

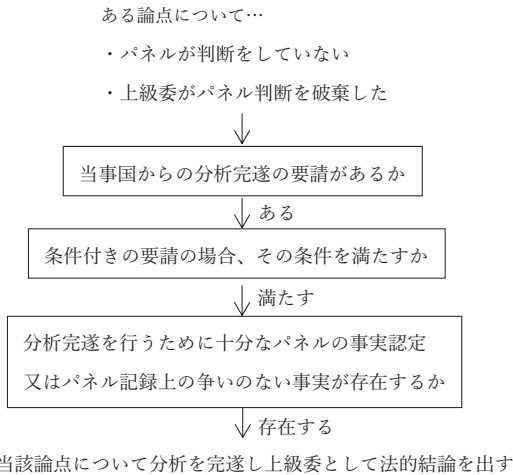
ここまで分析完遂に関する当事国及び上級委員会の慣行を分析してきたが、それらを踏まえると、上級委員会による分析完遂の可否の基本的な判断手順は以下のように整理できるだろう (図 3)。

まず、パネルが訴訟経済等の理由により判断しなかった論点、ないしは上級委員会がパネル判断を破棄した論点に対して、当事国による分析完遂の要請があるかという点が確認される。要請がある際には、二. 2. (2) で見た

(88) *E.g., EC – Asbestos (AB)*, *supra* note 42, ¶ 82; Appellate Body Report, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, ¶ 5.69, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R (May 22, 2014) .

(89) *E.g., EC – Export Subsidies on Sugar (AB)*, *supra* note 76, Appellate Body Report, *Russia – Anti-Dumping Duties on Light Commercial Vehicles from Germany and Italy*, ¶ 5.141, WT/DS479/AB/R (Mar. 22, 2018) .

図3



通りそれは多くの場合に条件付きのものであるため、その時の状況が付された条件(=特定の論点についてのパネルの判断破棄)を満たすかどうかを確認する。それが認められた場合には、実際に分析完遂ができる状況であるか否かの検討を行う。その検討の際には、主に「十分なパネルによる事実認定またはパネル記録上の争いのない事実」の存否が検討される。これが存在すると判断された場合には、かかる事実の基盤に基づき上級委員会による分析の完遂がなされ、最終的な法的結論が下される。

このように上級委員会が分析完遂を行うか否かを判断するための手順を概観すると、一見それは、当事国による要請の有無や、必要な事実がパネル報告書中にあるかといった、客観的状況によってのみ判断されうるものであるように思われる。

しかしながら上述した通り、当事国による要請の存在が必ずしも分析完遂のための必要要件であるのか、あるいはかかる要請の必要性がDSU上の規定に照らしてどのように解釈されるのかといった点について上級委員会は自らの理解を明らかにしていない。また、分析完遂の可否を決定するための中核的な要件としてほとんど全ての事例で適用されてきた十分事実条件に関しても、上級委員会がいかなる事実の状況を「十分」とするかという主観的評

価が含まれうる点で、柔軟な判断の余地が生じる可能性があるだろう。さらに、DSU 上の制約に従えば上級委員会が判断できないはずのパネルが検討していない問題について、上級委員会はパネルの検討の有無を分析完遂の可否を決定するための一般的な要件とはしていないようだが、ある事案では実際にかかる問題に対して分析完遂を行う一方で、他の事案ではパネルが検討していないことを理由として分析完遂不可と判断しており、一貫しない立場を露わにしている。

次章以降では、上級委員会による分析完遂の諸条件に伴うこうした曖昧性や裁量的判断の余地、非一貫性に焦点を当て、第一章で論じたように上級委員会の分析完遂裁量とその司法敬讓の手法となってきた可能性を考察する。かかる目的の下で、第三章では当事国による分析完遂の要請に、第四章では十分事実条件に、第五章ではパネルの検討の有無にそれぞれ特化して、上級委員会がこれらの条件ないし考慮要素をどのように適用または勘案してきたのかにつき、より詳細に検討を行うこととする。

(本学法学研究科博士後期課程)