
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（4・完）

著 者： 服部 莉奈

所 収： 『上智大学法学論集』第70巻1号（2026年7月）1-34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 (4・完)

服部 莉奈

五. パネルの未検討の論点に対する上級委員会の柔軟性

1. パネルの未検討の論点に対する上級委員会の審査権限
2. 上級委員会判断の検討
 - (1) パネルの未検討の論点に対する分析完遂の可否とその根拠
 - (2) 法解釈上の懸念を理由とする判断回避
3. 小括

六. 終章

1. 分析完遂裁量の柔軟性を通じた判断回避
2. 上級委員会による司法敬讓の傾向
3. 結語

* 本研究は JSPS 科研費 24KJ1987 の助成を受けたものです。

五. パネルの未検討の論点に対する上級委員会の柔軟性

本稿第二章で「パネルの検討した論点による制約」(以下、「本制約」という。)として述べた通り、DSU ⁽¹⁾17 条の文言は上級委員会に、パネルが検討しなかった法的論点 ⁽²⁾について審理する権限を認めていないと読める。し

-
- (1) 「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。
 - (2) 筆者が本稿でパネルが検討していない論点として扱うのは、付託事項にはあったもののパネルが検討をせず認定・結論を出さなかった法的問題(本章下記第1節を参照)であり、しかしながら上級委員会手続中に新たに検討されるべき論点として浮上した問題を指す。こうした状況を作り出す原因及びそれに伴い生じるパネルの未検討問題の規模

かしながら以下に詳しく見るように、かかる新規の論点に対する上級委員会の対応が一貫しないことは明らかである。本章では、上級委員会の分析完遂裁量と本制約との関係において見られる上級委員会判断の柔軟性について分析すべく、まず第1節では、パネルの未検討の論点に対する上級委員会の分析完遂に関してその審査権限の観点からいかなる議論があるかを論じる。その上で第2節では、事例分析を通じて、上級委員会がいかなる場合にどのような理由からパネルの未検討の論点に対し分析を完遂し、あるいは断念してきたかを分析し、かかる裁量の柔軟性の下で上級委員会が謙抑的な判断回避を行ってきたのかといえるか、そうであればそれはいかなる場合に行われてきたのかについて検討する。

1. パネルの未検討の論点に対する上級委員会の審査権限

既に述べた通り、上級委員会が「分析完遂」と表現するものの中には、パネルが検討していない新規の論点に対する自判と、パネルが検討し法的結論を出した（が上級委員会自身が破棄した）論点に対する自判を含むが⁽³⁾、とりわけ前者の分析完遂に関してはDSUに規定される上級委員会の審査権限との整合性が問題視されてきた⁽⁴⁾。なぜなら、DSU17条6項及び13項により、上級委員会の審査対象がパネル報告書上で対象とされた法的問題（法解釈を含む）に関するパネルの法的な認定及び結論に限定されることが明記されるためである⁽⁵⁾。これらの規定を素直に読めば、パネルが訴訟経済等を理由に法的な検討及び認定を行わなかった実体的問題⁽⁶⁾は、本来的には上

は様々である。パネルは特定の個別協定から、条文、条項、法的要件まで様々な規模の法的問題に対して、訴訟経済、付託事項の否定、協定適用可能性の否定等の理由から判断を控えることがあるほか、法それ自体の協定適合性については判断するが適用された法の協定適合性については判断しないという場合や、法的差別については判断するが事実上の差別については判断しないという場合等もありうる。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93-95頁（2024）も参照。

(3) 服部・前掲注2）（本連載第一回）94-95頁参照。

(4) Alan Yanovich & Tania Voon, *Completing the Analysis in WTO Appeals: The Practice and its Limitations*, 9(4) J. INT'L ECON. L. 940-941 (2006).

(5) 服部・前掲注2）（本連載第一回）92頁参照。

級委員会の審査の対象にならないと考えられる⁽⁷⁾。

また、上級委員会がパネルの未検討の法的問題に対し分析完遂を行うことは、その行為それ自体が DSU17 条 6 項及び 13 項に定められる上級委員会の権限の制約を超えるものと考えられるだけでなく、これらの規定がまさに保障する WTO 紛争解決手続での当事国の上訴の権利が損なわれることをも意味する⁽⁸⁾。すなわち、加盟国の上訴の権利を認める二審制の WTO 紛争解決制度の下では、原則としてパネルによる一度目の判断に不服のある当事国は上級委員会に上訴しその判断の正しさについて争う権利が保障されることとなっている。しかしながら上級委員会がパネルの検討していない論点について分析完遂を行えば、そこでなされた実質一度目の判断については、当事国は不服があったとしてもそれ以上に上訴することはできず、かかる判断を受け入れるしかなくなる。他にも、パネル手続において、パネルがその問題を扱わなかったために当事国の法的及び事実に関する議論が不十分な状態であるにもかかわらず上級委員会が分析を完遂させることは、適正手続保障の観点からも問題があるとも指摘される⁽⁹⁾。

(6) ただし、その問題について訴訟経済を行使するとのパネルの結論そのものに対しては、上級委員会が審査することは DSU 上可能とされる。See, JEFFREY WAICYMER, WTO LITIGATION PROCEDURAL ASPECTS OF FORMAL DISPUTE SETTLEMENT 719, 730 (2002)。

(7) E.g., Petros C. Mavroidis & Edwin Vermulst, *The Functioning of the Appellate Body After Four Years — Towards Rule Integrity*, 33 (2) J. WORLD TRADE 6 (1999); Peter Van den Bossche, *From Afterthought to Centerpiece: The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System*, in THE WTO AT TEN: THE CONTRIBUTION OF THE DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM 319 (Giorgio Sacerdoti et al. eds., 2006)。これに反する見方として、Matsushita (2005) は、「DSU において、上級委員会がパネルが引用していないまたは両当事国が引用していない WTO 協定上の規定を扱うことを禁ずる条文は存在しない」のであって、「係争される問題に対してなんらかの WTO 規定が適用可能であるかぎり、上級委員会は紛争を解決するためにそれを適用する権限を有する」こと、それは「上級委員会の裁量事項である」ことを論じる (Mitsuo Matsushita, *Some Thoughts on the Appellate Body*, in THE WORLD TRADE ORGANIZATION: LEGAL, ECONOMIC AND POLITICAL ANALYSIS 1393 (Patrick F. J. Macrory et al. eds., 2005))。

(8) E.g., Mavroidis & Vermulst, *supra* note 7, at 6; Van den Bossche, *supra* note 7, at 319。

(9) E.g., Yanovich & Voon, *supra* note 4, at 944; 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, 10–11 (International

他方、パネルが検討していなくとも上級委員会が分析完遂を行うべきとする理由も存在する。分析完遂が広い意味で DSU 3 条に規定される当該紛争の迅速かつ明確な解決や安定性・予見可能性の向上に資することは既に述べた通りであるが⁽¹⁰⁾、とりわけパネルが未検討かつ分析完遂が求められる論点に関しては、そもそもパネルが検討・認定をしなかった法的問題を上訴段階で審査する必要性というのは、パネル判断及び上級委員会判断次第で初めて明らかとなるものであり、また基本的に申立国の非により生じるものでもない。そのようなパネル・上級委員会判断の結果から生じる不利益を、その問題について救済を得るためには再度訴訟手続を起こさなければならないという形で申立国に被らせるべきではなく、申立国の紛争解決制度に対する期待の保護という点から分析完遂をすべきとの見方もある⁽¹¹⁾。

2. 上級委員会判断の検討

このようなパネルの未検討の論点に対する DSU 上の制約の遵守と紛争解決目的等への貢献という相克する価値に対し、どのように均衡を図るべきかについて、上級委員会の立場は明確ではない。この点、本制約と同じく DSU17 条 6 項及び 13 項に由来する、法律審としての制約についての上級委員会の立場の明確さとは対照的である。上述したような、分析完遂を行うか否かをめぐって生じる価値の対立は、本来的には法律審としての制約など上級委員会権限に対する他の制約に関してもまた生じるものであるが⁽¹²⁾、上

Centre for Trade and Sustainable Development, 2007).

(10) 服部・前掲注 2) (本連載第一回) 90-91 頁参照。

(11) See, David Palmeter, *The WTO Appellate Body Needs Remand Authority*, 32 (1) J. WORLD TRADE 42 (1998).

(12) すなわち、例えば上級委員会がある論点についてのパネル判断を破棄した後に自判するための十分な事実が不足するため分析完遂不可との判断は、上級委員会の判断が DSU17 条に規定される法律審としての審査権限の範囲内で行われることを確保する点から推奨されうる。その一方で、パネルの事実認定に多少の不十分さがあっても上級委員会が自身による事実認定でそれを補い法的分析を完結させることもまた、やはり申立国が必ずしも予見・予防できるものではない上級委員会の自判のための十分な事実の不足という状況において、可能な限りで申立国に迅速・明確な救済が与えられるべきとの見方から支持されうる。

級委員会は同制約に関しては、十分事実条件の法理⁽¹³⁾を自ら確立し踏襲することで、DSU17 条 6 項の制約を遵守できる限りで分析完遂を行い同 3 条の紛争解決目的に貢献する、すなわち両者が両立しない場合には前者を優先させる、との自らの立場を明確にし一貫させてきた⁽¹⁴⁾。しかしながら、パネルの検討した論点による本制約に関しては、その制約の遵守と紛争解決目的への貢献という価値の調整がどのように図られるか、すなわち本制約との関係での分析完遂裁量の範囲がどこまで広がりをもつかにつき、自身の立場を明らかにしてこなかった。

ある先例にて上級委員会は、パネルの未検討の論点に分析完遂を求められ、DSU 3 条の紛争解決目的に基づき分析完遂を行うと結論づけたが、その際には、「我々は、我々の管轄及び任務について定める DSU17 条 (6 項及び 13 項が引用される) の規定について認識している」と一言述べている⁽¹⁵⁾。こうした発言からは、上級委員会自身もパネルの未検討の論点に対する自判が同 17 条に認められる自身の権限との関係で問題を惹起することについて認識し少なからず憂慮していることが示唆されるが、その上で DSU17 条に規定されるかかる制約と DSU 3 条の紛争解決目的との関係がどのように位置づけられるか、当該事案では一体いかなる理由で前者以上に後者が優先されたのかといった点については、なんら説明されていない。

そこで、以下ではパネルの未検討問題に対して上級委員会の分析完遂可能性が問われた事例全般⁽¹⁶⁾を対象に、分析完遂が実際にされた事例とされな

(13) 分析完遂のために「十分なパネルの事実認定もしくはパネル記録上の争いのない事実」がある場合にそれを行うとの上級委員会先例のこと。十分事実条件に関して詳しくは、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) 所収の第四章第 1 節を参照。

(14) ただし、個別事例を見ると上級委員会にとって利用可能と認められる「事実」の範囲は必ずしも一貫していないと評価しうるのは、本稿第四章第 2 節の事例研究で論証した通りである (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 (3)」『上智法学論集』69 巻 1・2 号 (2026) 所収)。

(15) Appellate Body Report, *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, ¶¶ 123–124, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998)。

(16) そのような事例の特定方法としては、まず、WTO ウェブサイトの文書検索機能 (Document Online) を活用し「分析完遂」の文言を含む各上級委員会報告書の内容を確

かった事例とに分けて、上級委員会判断が明示する根拠の整理や個別の事例分析を行い、上級委員会がいかなる考慮要因に基づきパネルの未検討問題に対し自判するか否かを判断してきたのかについて検討する。

(1) パネルの未検討の論点に対する分析完遂の可否とその根拠

(i) 分析完遂を行った事例

これまで上級委員会がパネルの検討していない論点に対して分析完遂を行った事例としては筆者の管見の限り以下のようなものがある。

米国ガソリン事件の GATT ⁽¹⁷⁾20 条柱書 ⁽¹⁸⁾、カナダ雑誌事件の GATT 3 条 2 項 2 文 ⁽¹⁹⁾、EC 家禽事件での農業協定 5 条 5 項 ⁽²⁰⁾、米国エビ事件の GATT20 条 (g) ⁽²¹⁾、米国 FSC 事件での農業協定 10 条 1 項及び 8 条 ⁽²²⁾では、パネルが訴訟経済を行使し検討しなかった特定の規定ないし法的要件に関し上級委員会が分析完遂を行った。豪州サケ事件では問題の措置に対するパネル判断が上級委員会により破棄されたが、上級委員会は自身が新たに認

認することで、上級委員会により分析完遂の可能性が検討されている事例を検索した。次に、そのうち新規の論点に対して分析完遂可能性が検討されている事例を抽出した。全上級委員会判断を対象としてそのような事例を特定し、特定できた全ての事案名を本章の本文・脚注内で明記した。

(17) 「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。

(18) Appellate Body Report, *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, DSR 1996:I, at 20-27, WT/DS2/ AB/R (Apr. 29, 1996).

(19) Appellate Body Report, *Canada — Certain Measures Concerning Periodicals*, DSR 1996:I, at 469-474, WT/DS31/ AB/R (Jun. 30, 1997). 本件に関しては、パネルが未検討である上に上訴通知にて上訴もされていない GATT 3 条 2 項 2 文に対する上級委員会の管轄権について被申立国であったカナダから反論が出たものの、申立国たる米国が DSU 3 条 3 項を根拠に上級委員会の自判を求めている中、上級委員会は分析完遂を行った。服部・前掲注 13) (本連載第二回) 71-73 頁、服部・前掲注 14) (本連載第三回) 6-9 頁も参照。

(20) Appellate Body Report, *European Communities — Measures Affecting Importation of Certain Poultry Products*, ¶¶ 156-171, WT/DS69/ AB/R (Jul. 13, 1998). 服部・前掲注 13) (本連載第二回) 72-73 頁も参照。

(21) *US — Shrimp* (AB), *supra* note 15, ¶¶ 123-145.

(22) Appellate Body Report, *United States — Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, ¶¶ 133-154, WT/DS108/ AB/R (Feb. 24, 2000).

定した問題の措置に分析を完遂し SPS 協定⁽²³⁾ 5 条 1 項違反を認定した⁽²⁴⁾。EC ホルモン事件での SPS 協定 5 条 5 項の審査では、パネルは訴訟経済の観点から、成長促進目的で用いられる天然ホルモンと治療・畜産技術目的で用いられるホルモンとの比較における差別の有無は検討しなかったが、上級委員会は別の比較に関して差別ありとしたパネルの判断を破棄した後に、これらの比較における差別の有無につき分析完遂をした⁽²⁵⁾。日本農産物事件でも上級委員会はパネルの検討しなかった一部の対象産品について SPS 協定 5 条 1 項の分析を完遂した⁽²⁶⁾。米国ゼロイング継続適用事件では、パネルは問題とされた 18 件のアンチダンピング (AD) 税賦課命令に対し本手続の付託事項外としたが、上級委員会はかかるパネル判断を破棄し、そのうち 4 件に関しては分析完遂可能として AD 協定⁽²⁷⁾ 9.3 条、11.3 条に違反すると判断した⁽²⁸⁾。韓国・日本産空気圧バルブに対する AD 税事件では、パネルが付託事項外としたが上級委員会が付託事項内と判断し直した AD 協定 3 条諸規定やその他の手続規定に関する請求のうち、一部については分析完遂不可とした一方で、一部の論点に関しては違反認定ないし適合認定を出した⁽²⁹⁾。

こうした判断の根拠としては、DSU 3 条 3 項や同 7 項に体现される紛争解決目的が言及されるほか⁽³⁰⁾、パネル報告書やパネル記録上に十分な事実があることが明示的に確認されており⁽³¹⁾、こうした根拠はパネルが検討済み

(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) Appellate Body Report, *Australia — Measures Affecting Importation of Salmon*, ¶¶ 116–136, WT/DS18/AB/R (Oct. 20, 1998).

(25) Appellate Body Report, *European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, ¶¶ 222–225, WT/DS48/AB/R (Jan. 16, 1998).

(26) Appellate Body Report, *Japan — Measures Affecting Agricultural Products*, ¶¶ 110–114, WT/DS76/AB/R (Feb. 22, 1999). 服部・前掲注 14) (本連載第三回) 9–12 頁も参照。

(27) 「1994 年の関税及び貿易に関する一般協定第 6 条の実施に関する協定 (アンチダンピング協定) (Anti-Dumping Agreement)」を指す。以下「AD 協定」と略す。

(28) Appellate Body Report, *United States — Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, ¶¶ 186–199, WT/DS350/AB/R (Feb. 4, 2009).

(29) Appellate Body Report, *Korea — Anti-Dumping Duties on Pneumatic Valves from Japan*, ¶¶ 5.303–5.306, 5.321–5.339, 5.350, WT/DS504/AB/R (Sep. 10, 2019).

(30) *US — Shrimp* (AB), *supra* note 15, ¶ 124.

の論点について分析完遂を行う場合の根拠と同様といえる。また、一部の事例では、パネル判断を破棄した以上当該問題についての分析完遂を行うことが「責務 (duty/responsibility)」や「必要とされる (require us)」こととされたり、それをしないことは「怠慢となりうる (would be remiss)」と表現されたりするなど、紛争解決に貢献することを求められる自身の任務の点から判断の正当性が説明される⁽³²⁾。あるいは、一部の判断では「先例でも上級委員会はパネルが扱っていない論点についても検討してきた」との先例上の慣行や⁽³³⁾、分析完遂を求められる新規の問題がパネルが検討した問題と「密接な関係」や「論理的な連結の一部」がある点が⁽³⁴⁾、パネルの未検討の論点であっても上級委員会が判断できる理由の一部として言及されている。

(ii) 分析完遂を行わなかった事例

反対に、これまで上級委員会がパネルの未検討問題に対して分析完遂を行えないと判断した事例としては⁽³⁵⁾、豪州サケ事件 (SPS 協定 5 条 6 項)⁽³⁶⁾、EC アスベスト事件 (TBT 協定⁽³⁷⁾ 2 条諸規定)⁽³⁸⁾、米国・日本製熱延鋼板に対する AD 措置事件 (AD 協定 2.4 条)⁽³⁹⁾、米国・アルゼンチン製油井管事

(31) *Australia — Salmon* (AB), *supra* note 24, ¶¶ 119, 135; *US — Continued Zeroing* (AB), *supra* note 28, ¶ 197; *Korea — Pneumatic Valves* (AB), *supra* note 29, ¶¶ 5.302–5.306, 5.312–5.339.

(32) *Canada — Periodicals* (AB), *supra* note 19, at 469; *US — Shrimp* (AB), *supra* note 15, ¶¶ 123–124.

(33) *EC — Poultry* (AB), *supra* note 20, ¶ 156; *US — Shrimp* (AB), *supra* note 15, ¶ 123; *Australia — Salmon* (AB), *supra* note 24, ¶ 117.

(34) *Canada — Periodicals* (AB), *supra* note 19, at 469.

(35) なお、パネルの未検討の論点について当事国により分析完遂が求められた事案のうち、適切に上訴されていないという理由や判断不要との理由等から上級委員会が分析完遂可能性の検討に入らなかった事案はここでは記載していない。

(36) *Australia — Salmon* (AB), *supra* note 24, ¶¶ 208–213.

(37) 「貿易の技術的障害に関する協定 (Agreement on Technical Barriers to Trade)」を指す。以下「TBT 協定」と略す。

(38) Appellate Body Report, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, ¶¶ 78–83, WT/DS135/ AB/R (Mar. 12, 2001).

(39) Appellate Body Report, *United States — Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan*, ¶¶ 175–180, WT/DS184/ AB/R (Jul. 24, 2001).

件 (GATT10 条 3 項 (a)) ⁽⁴⁰⁾、EC 砂糖補助金事件 (SCM 協定 ⁽⁴¹⁾ 3.1 条 (a)、3.2 条、4.7 条) ⁽⁴²⁾、米国・メキシコ製油井管事件 (GATT10 条 3 項 (a)) ⁽⁴³⁾、米国ゼロイング継続適用事件 (前出) の一部 ⁽⁴⁴⁾、EC アザラシ製品事件 (TBT 協定附属書 1 の 1 第一文) ⁽⁴⁵⁾、韓国・日本製空気圧伝送用バルブに対する AD 税事件 (前出) の一部 ⁽⁴⁶⁾、が挙げられる。

これらの事例を分析した結果、上級委員会により分析完遂ができないとされる根拠は、下記に詳しく見る通り、① パネルの法的認定等がないため DSU17 条上上訴の対象でない、② パネル・当事国による検討の欠如/不十分及びそれにより生じる適正手続保障上の懸念、③ 分析完遂のための十分な事実の欠如、④ パネルが検討した条文との密接な関連の欠如、⑤ 問題の法的論点の性質に関する懸念との根拠に大別しうる。なお大半の事案ではこれらのうち 2 以上の根拠が併記されている。判断回避の観点から分析完遂を研究する本稿の目的に沿って、以下では分析完遂不可の各根拠についてより具体的に確認することとする。

〈① パネルの法的認定等がないため DSU17 条上上訴の対象でない〉

かかる理由は、上級委員会がパネルの検討のされていない法的問題に対して自判できないとする理由として、上級委員会権限との関係から最も条文中の根拠が明白なものといえる。しかしながら実際には、そのように DSU17

(40) Appellate Body Report, *United States — Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina*, ¶¶ 216–219, WT/DS268/AB/R (Nov. 29, 2004).

(41) 「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。

(42) Appellate Body Report, *European Communities — Export Subsidies on Sugar*, ¶¶ 336–341, WT/DS265/AB/R (Apr. 28, 2005).

(43) Appellate Body Report, *United States — Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods (OCTG) from Mexico*, ¶¶ 215–218, WT/DS282/AB/R (Nov. 3, 2005).

(44) *US — Continued Zeroing (AB)*, *supra* note 28, ¶¶ 193–196, WT/DS350/AB/R (Feb. 4, 2009).

(45) Appellate Body Report, *European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, ¶¶ 5.61–5.69, WT/DS400/AB/R (May 22, 2014).

(46) *Korea — Pneumatic Valves (AB)*, *supra* note 29, ¶¶ 5.48–5.60, 5.307–5.320, 5.340–5.349, 5.351, 5.365–5.367, 5.463–5.481, WT/DS504/AB/R (Sep. 10, 2019).

条の制約が明示的にその根拠とされる判断は稀で、EC アスベスト事件の1件に留まる⁽⁴⁷⁾。

〈② パネル・当事国による検討の欠如/不十分及びそれにより生じる適正手続保障上の懸念〉

一方で、「パネル／当事国が（その問題について）全く／深く／十分に検討していない」⁽⁴⁸⁾点や、（そうした問題について上級委員会が分析完遂を行うことにより生じうる）「当事国の適正手続上の懸念」⁽⁴⁹⁾については、度々言及されてきた。対象の問題についてのパネルによる検討の欠如が上級委員会の判断抑止の要因となる点では、上記①の理由と実質的には近いが、その際にDSU17条が明示的に援用されない点で異なる。実際の分析完遂不可事例では①よりも②の理由が言及されることが多いことから、上級委員会は、自身の権限を制約するDSU規定との整合性に関する懸念というより、当事国の適正手続保障のような、当該事案で分析完遂を行うことによる生じるより実際の懸念の方を考慮して、パネルの未検討の論点についての判断を自制してきたと考えられる⁽⁵⁰⁾。

ただし、上記①・②のいずれもそれ単独で分析完遂不可の決定理由となってきたわけではない。さらに、本来的にはこれら①・②の懸念事項は、パネルが未検討である問題を上級委員会の分析完遂が扱う事例一般に該当する要因といえるため⁽⁵¹⁾、そうした事例全体のうちなぜ一部の事例のみにおいてこれらの理由が分析完遂不可を導くのか、かかる理由づけそのものからは明らかではない。他方で、下記の③～⑤の分析完遂不可の根拠は、個別事案ご

(47) EC — Asbestos (AB), *supra* note 38, ¶ 82.

(48) *Id.* EC — Export Subsidies on Sugar (AB), *supra* note 42, ¶ 339; EC — Seal Products (AB), *supra* note 45, ¶ 5. 69; Korea — Pneumatic Valves (AB), *supra* note 29, ¶ ¶ 5. 316, 5. 320.

(49) EC — Export Subsidies on Sugar (AB), *supra* note 42, ¶ 339; EC — Seal Products (AB), *supra* note 45, ¶ 5. 69.

(50) なお、パネルが全く検討していない問題に限らず、パネルが検討したが上級委員会がその認定を破棄した法的論点について上級委員会が分析完遂できないと判断する際にも、パネルの検討の不十分性がその理由とされることがある。

(51) ただし根拠②の中でもとりわけ当事国間の議論の不十分性については事案ごとに程度の差異がありうるだろう。

との事情に関連する要因が関係する。

〈③ 分析完遂のための十分な事実の欠如〉

この、いわゆる十分事実条件の不充足は、上級委員会がパネルの未検討の論点に対して分析完遂を行えない理由としても最も多く挙げられてきた⁽⁵²⁾。他の根拠と併用されていることも多いが、5つの根拠の中では唯一単独でも分析完遂不可の理由とされてきた⁽⁵³⁾。前章までも述べた通り、同条件は分析完遂可否判断の「中核的／決定的基準」と言われるものであるが⁽⁵⁴⁾、パネルの未検討の問題に対する分析完遂可能性の判断に際してもやはり中心的判断要素となってきたといえる。

〈④ パネルが検討した条文との密接な関連の欠如〉

これに関しては、なぜかかる関連が欠如する場合に分析完遂できないのか、あるいはそれがあつた場合に判断可能なのかについての上級委員会による直接的な説明はされていないが、たしかにパネルの検討した条文と分析完遂の対象となる条文との関係が希薄であるほど上記②や③の分析完遂上の懸念・困難性は高まるだろうと想像できる。しかしながら、これが実際に分析完遂不可の理由とされたのは EC 砂糖補助金事件の一件だけである⁽⁵⁵⁾。さらに同事件で密接な関連が欠如するとされた農業協定 9 条等と SCM 協定 3 条に関し、別の先例ではむしろ密接な関係にある規定だと述べられており⁽⁵⁶⁾、どのような規定間の関係が「密接」といえるのか客観的には必ずし

(52) *Australia — Salmon* (AB), *supra* note 24, ¶¶ 211–213; *EC — Export Subsidies on Sugar* (AB), *supra* note 42, ¶ 339; *US — Hot-Rolled Steel* (AB), *supra* note 39, ¶¶ 179–180; *US — Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews* (AB), *supra* note 40, ¶ 219; *US — Continued Zeroing* (AB), *supra* note 28, ¶¶ 193–195; *Korea — Pneumatic Valves* (AB), *supra* note 29, ¶¶ (e. g.) 5. 59–5. 60.

(53) 前掲注 52) に列挙した事例の中では、*Australia — Salmon*、*US — Hot-Rolled Steel*、*US — Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews*、*US — Continued Zeroing* がこれに該当。

(54) 服部・前掲注 2) (本連載第一回) 103 頁参照。

(55) *EC — Export Subsidies on Sugar* (AB), *supra* note 42, ¶ 338.

(56) Panel 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*,

も明らかでない。

〈⑤ 問題の法的論点の性質に関する懸念〉

問題の法的論点の性質に関する懸念が要因とされるものと筆者が大別した分析完遂不可判断には、分析完遂が求められた特定の規定の解釈・適用が「WTO パネル・上級委員会の先例にて扱われていない」⁽⁵⁷⁾点や、「多数の複雑な問題」⁽⁵⁸⁾や「重要な制度的問題」⁽⁵⁹⁾を提起する点が根拠とされた判断が含まれる。いずれもそこで問題とされた法的論点に対し何らかの判断をすることそれ自体に関する懸念が根底にある点で共通すると考えられた。

なお、こうした分析完遂不可の理由付けがなされた 3 事例のうち 2 事例は、十分事実条件の不足（上記③）が理由とされずに分析完遂不可とされた数少ない判断である。また残る 1 事例についても事実の不十分性は主要な理由とはなっていない（後述の EC 砂糖補助金事件の評釈を参照）。したがってこの⑤の懸念が実質的な判断回避の誘因となっていたと考えられる。以下ではこれら 3 事案について個別に検討を行い、具体的にいかなる法的論点が上級委員会の判断回避を引き出したのかについて分析する。

(2) 法解釈上の懸念を理由とする判断回避

下記に詳しく見る通り、EC アスベスト事件、EC アザラシ製品事件、EC 砂糖補助金事件の上級委員会判断では、各事案における法適用が試みられる以前に、特定の条文や法的論点に関する解釈を示すことについての懸念が見受けられる。しかしながら、そもそも WTO 協定中の条文解釈は、言うまでもなく法律審たる上級委員会の権限である。当該事案における具体的事実との照合を要する法適用とは異なり、一般論として展開される法解釈は、当該事案における事実認定の十分性等の状況にかかわらず行いうるはずのもので

¶ 6. 92, WT/DS103/RW (Jul. 11, 2001).

(57) EC — Asbestos (AB), *supra* note 38, ¶ 81.

(58) EC — Export Subsidies on Sugar (AB), *supra* note 42, ¶ 339.

(59) EC — Seal Products (AB), *supra* note 45, ¶ 5. 69.

ある。したがって上級委員会が法解釈すら行わず判断を終えることは「裁判所は法を知る (Jura Novit Curia)」原則からの逸脱との批判を免れないが⁽⁶⁰⁾、これらの3事例ではなぜそのような判断がされたのか。

〈EC アスベスト事件 (2001) (TBT 協定 2 条)〉

本件において上級委員会は、EC によるアスベストの輸入等の禁止措置が TBT 協定附属書 1 の 1 にいう強制規格であり、当該措置には同協定が適用されることを判断したが、それが同協定 2 条の義務規定に違反するか否かについては分析完遂できないと判断した。その際、根拠①および② (本節 (1) (ii) で整理した①～⑤の分析完遂不可の根拠を指す。以下同様。) に相当する理由をそれぞれ挙げているが、加えて、「TBT 協定上の義務規定の意味がこれまでに WTO パネル・上級委員会の解釈または適用の対象とされていない」こと、「TBT 協定の前身である GATT 時代のスタンダード・コードに関してもパネル判断の対象とされなかった」こと、及び「十分事実条件適否の判断のよりどころとなる、TBT 協定上の問題の規定の射程 (reach) 自体が、未だ判断されていない」こと⁽⁶¹⁾ (= 根拠⑤) にも言及した⁽⁶²⁾。

このように、上級委員会は先例解釈の不在を分析完遂ができない根拠の一つとするが、上述した理由から⁽⁶³⁾、かかる理由それ自体は上級委員会が判断を控えるべき説得的な根拠を示すものではないといえる。しかし本件における上級委員会の判断回避に影響を与えたと考えられる要因としては、以下の2点が指摘できる。

第一に、本件ではカナダが GATT 3 条 4 項違反と TBT 協定 2.1 条、2.2 条等の違反を同時に申し立てていたために、GATT 及び TBT 協定下の類似

(60) Joost Pauwelyn, *Cross-Agreement Complaints before the Appellate Body: A Case Study of the EC-Asbestos Dispute*, 1 (1) WORLD TRADE REV. 68-69 (2002).

(61) ここで用いられた「射程 (reach)」の意味を含めその趣旨は必ずしも明確でないものの、概ね、問題の規定の解釈が明らかなでないために、当該規定を適用するに必要な事実が何であるのかが不明であり、したがって本件における事実の十分性の判断もできない、といった趣旨であると解される。

(62) *EC — Asbestos (AB)*, *supra* note 38, ¶¶ 81-82.

(63) 前掲注 60) 及び本文対応部分。

の義務規定間の関係が注目される事案であったという点である。TBT 協定には、SPS 協定 2 条 4 項のような GATT との関係を明記する条文⁽⁶⁴⁾が存在しないので、TBT 協定に適合的であれば GATT にも適合する、ないしその反対についての推定は条文からは導けない。したがって両者の協定間の関係は学界でも議論の対象となる論点であり、上級委員会の法解釈が待たれるところであった⁽⁶⁵⁾。こうした中、本件上級委員会が本問題について分析完遂を行うとすれば、TBT 協定上の無差別原則や必要性原則について初めて解釈を示すことになるだけでなく、条文上の手がかりが乏しいが重要な GATT - TBT 協定間の解釈問題について判断を示さなければならなかったのであり、かかる判断の先例としての影響の大きさを考慮して分析完遂を回避したことが示唆される⁽⁶⁶⁾。

第二に、上記の点に加えて、本件が人の健康保護を目的とする措置に関する事例であった点も判断回避に影響を与えた可能性が考えられる。本件上級委員会は、GATT との適合性に関して既に、アスベスト製品と同種の物理的特徴を有する類似の化学製品に対し発がん性に関する消費者の認識という観点から同 3 条 4 項の下での同種性を否定した点や、したがって判断不要であったにもかかわらず同 20 条 (b) 該当性についても判断を示した点において、同委員会が「最も重要な価値」⁽⁶⁷⁾と述べる人の健康の保護を目的とする加盟国の規制主権を広く認めようとする同委員会の姿勢が窺える⁽⁶⁸⁾。本件措置が TBT 協定適合性の文脈でも問題とされれば、同 2.1 条における同

(64) 同条文は、「衛生植物検疫措置は、この協定の関連規定に適合する場合には、衛生植物検疫措置をとることに関連する千九百九十四年のガットの規定、特にその第二十条 (b) の規定に基づく加盟国の義務に適合しているものと推定する」と規定する。

(65) See, Gabrielle Marceau & Joel P. Trachtman, *A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods*, in TRADE AND HUMAN HEALTH AND SAFETY 71-73 (George A. Bermann & Petros C. Mavroidis eds., 2006).

(66) Robert Howse & Elisabeth Türk, *The WTO Impact on Internal Regulations: A Case Study of the Canada-EC Asbestos Dispute*, in TRADE AND HUMAN HEALTH AND SAFETY, *supra* note 65, at 83.

(67) EC — Asbestos (AB), *supra* note 38, ¶ 172 (“In this case, the objective pursued by the measure in the preservation of human life and health… The value pursued in both vital and important in the highest degree.”).

(68) See e.g., Howse & Türk, *supra* note 66, at 81-83.

種性や 2.2 条での正当な目的の達成のための必要性に関する判断の中で、かかる価値の重要性が考慮されたと考えられる。しかしながら、上述の通り本件以前に TBT 協定の無差別義務や必要性原則について解釈が示されていないかつところ、人の健康保護を目的とする措置との関係において導かれる本件での条文解釈が、将来的により広範な政策目的をもつ措置が適用されることが想定されていた TBT 協定のリーディングケースとなることを避けたのではないかと考えうる。

なお、上記以外に考えられる要因として、上級委員会は明言していないが実質的には訴訟経済の原則に沿って⁽⁶⁹⁾紛争解決上判断不要と考えられたためにあえて判断されなかったのだと評価する見方もあるが、そうであるとすれば本件上級委員会判断全体としての一貫性に疑念を生じさせる⁽⁷⁰⁾。先述のとおり GATT と TBT 協定の関係に関しては議論があったところ、本件上級委員会は、TBT 協定は GATT に「追加的で異なる義務を定める」ものと述べており⁽⁷¹⁾、かかる判断は TBT 協定が GATT に対する特別法であることを示唆するものであったと考えられた⁽⁷²⁾。このような判断は、GATT に適合的とされた本件措置がなお TBT 協定に違反するとの可能性について当事国間に議論の余地を残すものといえ、WTO 先例上の訴訟経済の法理を前提とすれば判断不要な論点であったとはいえない。

他には、上級委員会が分析完遂を試みたとしてもそのために必要な十分な事実が明らかに不足しいずれにしても判断不能の事態に陥るだろうと初めから想定されるような状況であれば、本件のように早々に判断を断念することもありうるだろうが、本件判断はそのようなものではないだろう。勿論、より具体的には上級委員会が述べる通り TBT 協定 2.1 条、2.2 条等の解釈次第とはなるものの、パネル報告書上では TBT 協定 2 条との適合性について

(69) なお上級委員会による訴訟経済の行使が可能であるかにつき、上級委員会先例はこれを明示的には肯定してこなかったが、実際には紛争解決に不要との理由で判断を控えた判断例もあることが指摘される。服部・前掲注 2) (本連載第一回) 84 頁 (注 26) も参照。

(70) See, Marceau & Trachtman, *supra* note 65, at 72; Pawwelyn, *supra* note 60, at 73-74.

(71) EC — Asbestos (AB), *supra* note 38, ¶ 80.

(72) Marceau & Trachtman, *supra* note 65, at 71-73.

も法的論点のみならず事実問題に関する当事国間での詳細な議論の記録が残っていた。さらにそこで争われる事実は GATT 3 条及び 20 条の文脈でのそれと殆ど共通しており、パネルはそれらについて GATT に関する検討の下で事実認定をしていたという状況であった⁽⁷³⁾。

〈EC アザラシ製品事件 (2014) (TBT 協定適用可能性)〉

本件においては、アザラシ製品の輸入や販売等を一般に禁止しつつ先住民により狩猟されたアザラシ等一部のアザラシ製品に例外を設ける EU アザラシレジームに対し、パネルは TBT 協定附属書 1 の 1 にいう「産品の特性」を規定する強制規格であると判断した。これに対して上級委員会は、本件措置は「産品の特性」を規定するものではないとしてパネル判断を破棄したが、ではそれが「産品に関連する生産工程・生産方法 (PPM) について規定する」強制規格であり TBT 協定が適用されるのか否かとの問題については、分析完遂できないと述べた。その際、根拠②に相当する理由とともに、TBT 協定の適用対象となる PPM とそうでない PPM との境界は「重要な制度的問題 (important systemic issue)」を提起するものであり (= 根拠⑤)、本件手続の中でも本問題に関して当事国及び第三国との間で一定の議論はなされたものの、問題の文言について解釈を展開するためには、参加国によりさらなる議論がされる必要があったとも述べられた⁽⁷⁴⁾。

この、「重要な制度的問題」という文言の意味するところはいかかると示すものからは必ずしも明確ではない。しかしながら、その直後で、TBT 協定における PPM の扱いについて判断するためには「参加国によるさらなる議論が必要であった」と述べられていること、及びかかる論点が TBT 協定策定時にも加盟国間の対立ゆえに合意に至らなかった論点でありそれゆえに関連規定が曖昧な文言となっているとの背景事情に鑑みれば⁽⁷⁵⁾、上級委員

(73) Panel Report, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, ¶¶ (e.g.) 3.266–3.357, 8.186–8.221, WT/DS135/R (Sep. 18, 2000).

(74) *EC — Seal Products* (AB), *supra* note 45, ¶ 5.69.

(75) PETER VAN DEN BOSSCHE & WERNER ZDOUC, *THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION* 967–968 (5 ed. 2021); Marceau & Trachtman, *supra* note 65 at 58–60.

会が、本来立法機能を担う加盟国が合意に至ることができなかった機微な問題に対して、加盟国間の議論が十分に深められていないと思われる中で自身が容易に判断を下すべきではない、と考えた可能性が考えられる。また EC アスベスト事件と同様に、本件上級委員会も、かかる問題の論点がこれまでの WTO 紛争でも検討されていない点につき、パネル報告書の引用を通じて明示的に言及しており⁽⁷⁶⁾、本件判断が本問題に対する初の判断となりうることへの懸念もあったことが窺える。

本件の問題もまた、紛争解決上判断不要であったとは言い難い。本件措置については GATT20 条の柱書要件を充足しない点についてのみ協定不整合とされていたが、EC アスベスト事件に関して上述した通り、GATT と TBT 協定の類似義務の異同や関係が条文及び先例から明らかでない以上、本来的には TBT 協定の下での違反の有無が判断されるべきだったといえるためであり、この点は本件以前の上級委員会先例でも確認されている⁽⁷⁷⁾。さらに、分析完遂を行うための十分な事実の存否の観点からも、本件措置の特性に関しては既に詳細な判断がされており十分な基盤があったのではないかとの指摘がされる⁽⁷⁸⁾。したがって、本件についても、上述した論点の重要性が、

(76) EC — Seal Products (AB), *supra* note 45, ¶ 5. 67 (citing Panel Report, ¶ 7. 103). 本件以前の TBT 協定適用可能性 (強制規格該当性) に関する先例では、問題の措置が附属書 1 の 1 中の「産品の特性」に関する規定であるか否か、または「ラベル等による表示に関する要件」であるか否か、という点が争点であった。

(77) 米国マグロ事件において上級委員会は、GATT 1 条 1 項及び 3 条 4 項の違反を理由に TBT 協定 2. 1 条の判断について判断を控えたパネル判断に対し、誤った訴訟経済であり DSU11 条違反であると認定した。(Appellate Body Report, *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, ¶¶ 405-406, WT/DS381/ AB/R (May 16, 2012)).

(78) ここで法適用の対象となる事実とは、EU の法令を根拠とする EU アザラシレジームの特徴であるが、それについてはパネル手続で十分に検討されており、かつ同レジームがアザラシ製品の生産工程や方法に関する規定を有しているとの事実について当事国間で争いはなかった。本問題に関する分析完遂可能性の議論の中で EU は十分な事実認定が欠如すると主張したが、その根拠や具体的にいかなる事実認定が不足するのかについて EU は説明できていないと上級委員会自身も指摘する (¶ 5. 65.)。伊藤一頼『【WTO パネル・上級委員会報告書解説⑩】 EC — アザラシ製品の輸入及び販売を禁止する措置 (DS400, 401) — 動物福祉のための貿易制限に対する WTO 協定上の規律】 RIETI Policy Discussion Paper Series 15-P-005, 28 頁 ((独) 経済産業研究所, 2015) <<https://www.rieti.go>

上級委員会が分析完遂を抑制した最たる要因であったと理解できる。

〈EC 砂糖補助金事件（2005）（SCM 協定適用可能性）〉

本件で問題とされた EC の砂糖（農産品）に対する輸出補助金は、EC の譲許表上削減約束対象とされており、したがって交付自体は禁止されていなかったものの、交付量がかかる約束水準を超えていたことから、パネルにより農業協定上の輸出補助金規律（同 9 条 1 項、3 条 3 項、8 条）に違反すると認定された。申立国は問題の輸出補助金が SCM 協定 3 条にも違反すると主張していたが、パネルは上記の農業協定上の認定を理由として訴訟経済を行使した。それに対し上級委員会は、かかるパネルの訴訟経済は誤りとして判断を破棄したが自らが分析を完遂することはできないとした。その理由として、まず農業協定と SCM 協定中の上記のそれぞれの規定は密接に関連するものでないとした（＝根拠④）。さらに、申立国は、譲許表に記載された削減約束の水準を超過して交付された農業補助金に対して SCM 協定 3 条が適用されるのか、という問題に十分に対処していないが、農業協定 21 条 1 項及び SCM 協定 3 条柱書に照らした本件補助金に対する SCM 協定の適用可能性の問題は、「いくつもの複雑な論点（a number of complex issues）を提起」し（＝根拠⑤）、またかかる論点への判断は根拠②に相当する懸念を生じさせるとした。最後に、SCM 協定 4.7 条に適合的な措置撤廃の期限について判断するため必要となる事実が不足している（＝根拠③）とも述べた⁽⁷⁹⁾。

本件では上記 2 事例とは異なり、事実の不十分性（＝根拠③）にも言及されている。しかしかかる指摘は、SCM 協定 3 条違反を認めた場合の、問題の補助金を同 4.7 条に従った「『遅滞なく』廃止する」旨の勧告に関する措置撤廃の具体的期間に限定されたものである。仮にこの点に関しパネルの事実認定の欠如ゆえに判断を出せないとしても、本件の輸出補助金が SCM 協定 3 条に違反し、同 4.7 条の下で「廃止」されなければならないか否かとの問題についてだけでも判断できるのであれば、明確・迅速な紛争解決に資す

jp/jp/publications/pdp/15p005.pdf) も参照。

(79) EC — Export Subsidies on Sugar (AB), *supra* note 42, ¶¶ 338-339.

る裁定・勧告を行うとの目的の観点からは判断すべきと考えられた⁽⁸⁰⁾。したがってこの点は、本件上級委員会が本件措置への SCM 協定の適用可能性についてすら判断を試みなかった理由としては十分でない。

したがって、判断を控えるもう一つの理由とされた問題の論点の複雑性が、その判断抑制の主な理由になったものと考えられる。上級委員会はそのような複雑な論点として、農業輸出補助金に対する SCM 協定の適用範囲に関する、そしてそうした補助金に対して与えられる救済措置に関する論点を挙げる⁽⁸¹⁾。これらの法的論点はいかなる意味で複雑でありそれがなぜ判断回避の理由となったのか。

本件以前にこれらの論点に関しては一定の先例解釈が存在した。しかしながら先例上の解釈は必ずしも統一されていなかったように思われる。

例えば本件の直近の事例である米国綿花補助金事件のパネル・上級委員会は、農業協定 21 条及び SCM 協定 3 条柱書に関し、ある輸出補助金は農業協定に適合的である場合にのみ SCM 協定の適用を免れうるとの解釈に立った⁽⁸²⁾。その上で、問題とされたいずれの措置も農業協定に違反するため本件はかかる状況ではないとし、両協定を重疊的に適用した。そして農業協定に違反すると認定した本件補助金についてはそれと殆ど同じ論理で SCM 協定 3 条にも違反すると認定した⁽⁸³⁾。

(80) 仮に「遅滞なく」の具体的期限の明示がなくとも、SCM 協定 3 条の違反認定及び SCM 協定 4.7 条の下での勧告が出されたとすれば、かかる具体的期限についてのみ事後的に DSU21 条 3 項及び SCM 協定 4.12 条に従って当事国間の合意ないし仲裁により解決されたと考えられる。

(81) 具体的には、「農業協定が (SCM 協定 3 条と)『同一事項を扱う具体的な規定』を含むかどうか」(この点に関しては後掲注 83 を参照。),「SCM 協定が問題の補助金全体に適用されるのかあるいは被申立国が譲許表に記載した約束の水準を超える範囲にのみ適用されるのか」、そして「SCM 協定が適用されるとすればパネルは問題の補助金全体について『廃止』(同協定 4.7 条)することを勧告しうるのかあるいはやはり約束の水準を超える範囲の補助金に対してのみ勧告しうるのか」といった論点が含まれるとされた (n. 537 (¶339))。

(82) Panel Report, *United States — Subsidies on Upland Cotton*, ¶¶ 7.751, 7.487, 7.793-7.794, WT/DS267/R (Sep. 8, 2004). Appellate Body Report, *United States—Subsidies on Upland Cotton*, ¶¶ 529-550, 583-584 (n.858), WT/DS267/AB/R (Mar. 3, 2005).

(83) 具体的には、農業協定 9 条 1 項 (a) の輸出補助金と認定された措置及び同 10 条 1 項

これと異なる解釈に立つように思われるのが、カナダ乳製品事件の履行確認パネルの判断である。同事件では、本件 EC 砂糖補助金事件同様に、農業協定の下で削減約束がされた品目について約束水準以上の輸出補助金を交付した措置に対する SCM 協定適用可能性が問題とされた。同パネルは、「農業協定 21 条及び SCM 協定 3 条柱書に従えば、カナダ（被申立国）は当該補助金については単に約束水準以内に収めることを求められるのであって、当該パネルにはその補助金について SCM 協定 4.7 条を根拠に廃止を勧告する権限はない」と述べている⁽⁸⁴⁾。すなわちかかるパネル判断は、農業協定への適合性にかかわらず、農業補助金については SCM 協定ではなく農業協定の規律が優位し前者の規律は適用されないとの解釈に基づいているものと理解できる。

このような先例での解釈の異なりは、それぞれの事案で問題とされた措置の性質及び当事国間の争点の異なりに起因するものと考えられる。上述の米国綿花補助金事件では、問題の補助金の主な対象産品が綿花であり、これは、被申立国（補助金交付国）の譲許表上削減約束の対象外であったため⁽⁸⁵⁾、農業協定上も実質的に SCM 協定 3 条の規律と同様に補助金の交付それ自体が禁止される産品であった。また、同じく SCM 協定及び農業協定違反が認定された米国 FSC 事件では、問題とされた補助金は、外国で輸出販売をする米国企業の子会社に対する法人税の課税免除であり、同措置の構造的な性質、すなわち、対象産品が農産品に限られず広範でありかつ補助金とされた免税の額には上限がない点により違反と認定されたゆえ⁽⁸⁶⁾、同補助金措置について農業協定上の約束対象である一部の農産品にのみ一定の水準の補助金を維持しようとする是正方法は考えられなかったように思われる。したがって、これらの両事例において被申立国が問題の措置を WTO 協

に反する輸出信用保証とされた措置は SCM 協定 3.1 条 (a) 及び 3.2 条にも違反すると認定された。US — Upland Cotton (Panel), *supra* note 82. ¶¶ 7.759-7.761, 7.946-7.948.
US — Upland Cotton (AB), *supra* note 82, ¶¶ 583-584.

(84) Canada — Dairy (Panel) (21.5 — New Zealand, US), *supra* note 56, ¶¶ 6.94-6.102.

(85) US — Upland Cotton (Panel), *supra* note 82, ¶ 7.666.

(86) US — FSC (AB), *supra* note 22, ¶¶ 149-153.

定に適合させるためには、農業協定下でも SCM 協定下でもいずれにしても当該補助金(制度)の撤廃ないし根本的な修正を要し、それゆえに追加的な SCM 協定違反の認定が履行態様にもたらす影響が実際上は大きくなかったものと想定される⁽⁸⁷⁾。さらに、当事国間の議論内容としても、農業協定及び SCM 協定の関係に関する上記解釈問題は主要な争点ではなかった。

しかしながら、農業補助金を規律する両協定の関係について規定する農業協定 21 条 1 項及び SCM 協定 3 条柱書の文言自体は簡素なものであり、その解釈は学界でも議論の分かれるところであった⁽⁸⁸⁾。これに対し、ウルグアイラウンド時から農業輸出補助金の最大の交付国であり SCM 協定の広範な適用に特に慎重であった EU は、米国綿花補助金事件にて第三国ながら、被申立国たる米国も主張していなかったが、パネルの管轄権の問題として上級委員会が職権で取り上げるべき問題として、「農産品に対する輸出補助金については SCM 協定は適用されない」との主張を提起していた⁽⁸⁹⁾。かかる見方に反して上述の判断を行った同事件上級委員会に対し、EU はさらにその後の DSB 会合においても「(農業協定 21 条 1 項に照らした同協定と SCM 協定の関係に関して) パネル・上級委員会は EU がかねてより正しいと信じてきた解釈を採用せず、このような重要な制度的問題に対して十分な注意を払わなかった」として明らかな懸念や不満を示していた⁽⁹⁰⁾。

その EU が、本件 EC 砂糖補助金事件では当事国となり上記の解釈上の立場を継続して主張していたこと⁽⁹¹⁾、さらにそれら先例の事実状況とは異なる

(87) 米国 FSC 事件でも米国綿花補助金事件でもパネル・上級委員会は、問題の措置が農業協定及び SCM 協定の双方の協定に違反するとの認定を行った後、具体的な履行方法の提案等はなく、単にそれぞれの協定に適合させよとの勧告を行っている。

(88) 京極(田部) 智子「農業補助金をめぐる WTO 規律 — いわゆる「平和条項」を手掛かりとして—」300-303 頁 (https://www.waseda.jp/inst/oris/assets/uploads/2015/10/2-4-2_20150803184750_vvrjnm6036sj6umgf0lu8q7h50.pdf) 参照。

(89) US — Upland Cotton (AB), *supra* note 82, ¶ 232.

(90) Dispute Settlement Body, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 21 March 2005*, para 54, WT/DSB/M/186 (Apr. 14, 2005).

(91) EC — Export Subsidies on Sugar (AB), *supra* note 42, ¶ 4. 233. EU はここでは明確に、「たとえ農業協定に違反するものであっても、農産品に対する補助金には SCM 協定は適用されない」(強調は筆者)との見解を主張している。

り本件の事実関係においては SCM 協定の適用の有無が履行内容に差異をもたらすことが想定されたことにより、本件ではかかる解釈問題の重大性がとりわけ強く認識されたものと思われる。

なお、こうした状況において本件で判断回避をすることを先に選択したのは上級委員会ではなくパネルだったといえる。もとより本件上級委員会が問題の輸出補助金に対する SCM 協定違反の有無について分析完遂するよう求められたのは、本件パネルが農業協定違反の認定の後に SCM 協定に関する検討について訴訟経済を行使したことが原因であるが、パネル報告書を見る限り、かかる訴訟経済は単に「紛争解決のために不要」との理由のみで行使されたものではなかった。パネルは SCM 協定の 3 条への違反認定に基づく「遅滞なく廃止する」(同 4.7 条) 旨の勧告が、迅速な紛争解決のために必要であると申立国が主張していることを確認していた。その上で前述のカナダ乳製品事件履行確認パネルの先例を引用し、しかしながら、かかる解釈を支持するでも否定するでもなく、「パネルがそのような勧告をする権限があるのか否かに関する問題がある (There is some issue as to…)」と述べるに留まり、その後の段落にて以下のように述べた⁽⁹²⁾。—「パネルは、紛争において提起された論点を明確化し発展させるために、当事者による積極的な関与に依拠している。本件において SCM 協定の下で提起されている重要な問題については、当事者によってさらなる議論が尽くされた事案において判断されるのが最も適切であると考ええる。」この一連の判断からは、本件パネルが、かかる解釈問題について、過去には特定の見解を支持するパネル解釈があるとはいえ、依然として加盟国の議論の上で判断されるべき「重要な問題」であり、したがって本件パネルが容易に判断すべきでない問題であると認識していたことが窺える。しかしながらその際にパネルは、同時に訴訟経済の法理からも判断する必要があるとも述べることで、かかる判断回避の正当性を説明しようとしたのではないだろうか。

上級委員会はこのようなパネル判断を誤った訴訟経済であるとの理由から

(92) Panel Report, *European Communities — Export Subsidies on Sugar*, ¶¶ 7.384–7.387, WT/DS265/R (Oct. 15, 2004).

破棄した。しかしながら、その上で上級委員会自身も本問題を「複雑な問題」と表現して結局のところ分析完遂を控えた点では、パネルによる判断回避を引き継いだものとも理解できる。

3. 小括

本章では、上級委員会の審査権限に対する制約の一つである、パネルの検討した論点による制約に特化して、かかる制約の中で同委員会がどのように分析完遂裁量を行使してきたのかを分析対象とした。DSU17 条 6 項及び 13 項の規定からすれば、上級委員会の審査対象がパネルが認定・結論を出した法的問題に限られることは文言上明白ではあるものの、こと分析完遂の文脈の中では、上級委員会はかかる制約を全体的に重視していないことが窺えた。その上で、上級委員会がいかなるパネルの未検討問題に対して分析完遂を行ったのかまたは行わなかったのかとの実践を分析した結果として、同委員会の判断傾向に関して以下の点が指摘できよう。

第一に、分析完遂が行われたと上述した事案 10 件のうち 8 件が 2000 年までの案件であることから明らかであるように、パネルの未検討問題に対して分析完遂をしたのは主に初期の上級委員会であった。ただし、この当時においてもパネルの検討のない問題に対して無制限に自判が行われていたというわけではなく、概ね紛争解決上判断の必要性が強いものに限られていたとみられる。

このことを示す例として、EC 家禽事件の上級委員会判断を再度引用したい。前述の通り同上級委員会は、パネルの検討していない農業協定 5 条 5 項に関する分析完遂を行った。しかしその一方で、分析完遂の文脈ではないが GATT13 条 2 項 (d) に関するある論点に関して、「パネルが脚注で自身の解釈を示唆したのみで本文中においては十分に検討しなかった」ために「DSU17 条 6 項の意味でのパネルによる法的解釈も、同条 13 項の下で上級委員会が支持、修正または取消しうるパネルの法的認定ないし結論も存在せず、したがって上訴の対象とならない」と述べて、同問題に対して自判を回避するに至っている⁽⁹³⁾。かかる上級委員会の説示及び対応は、脚注での言及すらなかったパネルの完全な未検討・未判断の論点として浮上した先の農

業協定5条5項に関してDSU17条6項による制約を認識しつつも最終的に分析を完遂した上述の判断とは一見矛盾しているように思われる。しかしながら、GATT13条2項(d)に関しては、上級委員会は自らが判断を控えた論点と別の論点に関する判断を根拠に同規定との適合性に関して最終的な判断を出すことができたという状況があった。これに対して、農業協定5条5項の文脈では、問題の措置(=関税割当外の輸入に対する特別セーフガードであり、GATT13条の文脈で問題とされた関税割当とは別。)が農業規定に違反するか否かにつき上級委員会が要請される分析完遂をしなければなら結論を出せないという状況であった。このことから、同一事案の中でも、上級委員会が紛争解決要請の強さの相違に応じて、パネルが未検討の論点であっても自判に踏みこむか否かを判断していたことが示唆される。

第二に、パネルの未検討の論点について十分事実の不在等の理由から分析完遂不可とされる判断事例は珍しくないが、一部の分析完遂不可判断においてはその理由として上級委員会の明確な法解釈の回避の意図が見られた。そのような判断例として本章第2節(2)で分析した3事例には、次の共通点を指摘できる。

まず、EC アスベスト事件及び EC アザラシ製品事件では、問題となった条文や法的論点に関する先例解釈の不在が言及された。第二に、EC アスベスト事件では TBT 協定と GATT、EC 砂糖補助金事件では農業協定と SCM 協定という異なる個別協定間の類似規定の関係が問題となっていた。第三に、EC アザラシ製品事件での PPM 問題や、EC 砂糖補助金事件での農業補助金に対する SCM 協定適用の範囲の問題などは、交渉当時から加盟国間の争点となっていた論点であった。第四に、EC アスベスト事件及び EC アザラシ製品事件は、人の健康問題や動物福祉といった非貿易的価値の保護を目的とする措置が審査の対象であった。上記の3事例はいずれも、これらのうち2以上の特徴を有する事案であった。こうしたことから、これらの特徴が複数重なる事案においては、論点の機微性がとりわけ高く認識され、紛争解決上の有益性や判断のための事実の基盤があったと思われるにも関わらず、

(93) EC—Poultry (AB) *supra* note 20, ¶ 105.

かかる論点については法解釈に踏み込むべきではないとの思慮が優位に働き、分析完遂が回避されたという可能性が考えられる。

ただし、EC 砂糖補助金事件における SCM 協定適用可能性に関する判断回避については、上述の通り、同事件ではパネル及び上級委員会により謙抑的姿勢がとられたものの、問題の法的論点に関して同事件以前の先例ではむしろ加盟国の裁量に対し制限的な解釈がされてきた経緯があり、かかる論点に対する上級委員会の謙抑的反応は必ずしも初めから見られたわけではない。このことから、農業補助金に対する SCM 協定適用可能性に関する論点に対しては、他 2 事例と比べれば、上級委員会の敏感性は強くなかったとも考えられる。

六. 終章

1. 分析完遂裁量の柔軟性を通じた判断回避

本稿で行ったここまでの分析は、第一章にて提示した「上級委員会は分析完遂裁量の柔軟性を通じて機微な論点に対して時に判断を回避してきた」との先行研究上の見解の正しさを示唆し、さらにこうした一般的な指摘をより具体的な形で明らかとした。すなわち、(1) 分析完遂裁量における柔軟性を活用した判断回避とはどのように行われうのか、そして (2) そのような判断回避はどのような事案・論点に対してなされてきたのか、に関する実証的な分析の成果である。

まず、(1) 分析完遂裁量における柔軟性を活用した判断回避とは具体的にどのように行われうのかという点に関して、本研究では、上級委員会の分析完遂裁量に柔軟性を働かせる余白があったのだとすれば、それがどのような点で生じていたのかに対する検討から始めた。その結果、DSU17 条に埋め込まれた上級委員会の判断権限に関する 3 つの制約に関してそれぞれに一定の裁量の余白や柔軟な解釈の実態があったことを明らかとした。

上級委員会の判断は、①上訴通知での上訴または（上訴はされていても）分析完遂要請のない論点について分析完遂可能性の検討を行うか否か、②十

分事実条件を適用して分析完遂の可否をする際にいかなる「事実」に基づけると解するのか、③パネルの未検討の問題について分析完遂を行うか否か、について、異なる事案間での差異を示した。このことは、上級委員会が必ずしも自身の判断権限についての明確かつ一貫した認識の下で最大限可能な範囲で分析完遂を行ってきたというわけではなく、むしろこれらの点につき明確な説示を示さない中である程度柔軟な判断を行う余地を有してきたことを明らかとした。

分析完遂は、第一章で説明した通り、WTO 紛争解決制度の制度的矛盾に対応しようとした上級委員会の判断により発展してきたいわば判例法である。本来的には、こうした制度的矛盾に上級委員会がどのように対処すべきかは加盟国間の議論の下で決定されるべき重要な手続上の論点であったとも思われる。しかしながら上級委員会は実際には、加盟国による議論に先んじて、発足直後の初期の事案で立て続けに、ある場合にはそれが明確な上訴や要請のされていない論点であっても、パネルが検討していない問題であっても、あるいはパネルの事実認定が完全に揃っていないくとも、それが紛争解決に資すると思われる場合には積極的に自判をし、その行為を「分析完遂」と呼んできた⁽⁹⁴⁾。こうした実践の蓄積とともに、上級委員会の分析完遂に関しては DSU17 条における根拠やそれとの整合性が大きく問題視されることなく、同委員会の裁量の一環として行われ得るものであるとの認識が、上級委員会及び加盟国の間で普及しかつ全般として受容されてきたと考えられる⁽⁹⁵⁾。そして、このようにして醸成されてきた上級委員会の分析完遂裁量が、上級委員会が個別の事案における紛争解決上の重要性やその他の価値を

(94) 初代上級委員2名によれば、「WTO 紛争解決手続に関する手続規定 (DSU) は、WTO 協定の実体規定以上に曖昧で、上級委員会にはより多くの曖昧性や条文上の空隙に直面せざるを得なかった」のであり (Ehlermann)、分析完遂も、「加盟国らが紛争を解決するのを補佐するために条文の文言を超えた解釈をしなければならなかった手続的論点」の一つであったという (Bacchus)。Claus-Deiter Ehlermann, *Reflections on the Appellate Body of the WTO*, 6 (3) J. INT'L ECON. L. 701 (2003); James Bacchus, *Appellators: The Quest for the Meaning of And/Or*, 4 (3) WORLD TRADE REV. 518 (2005)。

(95) See, Claus-Dieter Ehlermann, *Experiences from the WTO Appellate Body*, 38 (3) TEX. INT'L L.J. 482 (2003)。

衡量した上で自判するか否かについて判断を行うことを可能とする柔軟性や余地を与えてきたのだといえる。

2. 上級委員会による司法敬讓の傾向

次に、(2) こうした分析完遂裁量の柔軟性を通じた上級委員会の判断回避がどのような事案・論点に対してなされてきたのかについて、各章の事例研究の結果から得られた考察は以下の通りである。

まず、本研究は上級委員会の謙抑性や判断回避の分析を主な目的としていたが、そのために分析完遂における柔軟性を分析対象とする中で、その裁量行使のスペクトラムの中には上級委員会が権限を抑制的に行使する謙抑的な判断のみならず、与えられた権限の範囲を超えるようなむしろ積極的のともとれる判断があったことを明らかとした。

各章でそのような例として評価した事例⁽⁹⁶⁾の殆どは、第一世代の上級委員が担当した 2000 年までの事案であり、これらの判断の説示からは、上級委員会が当事国間の紛争解決に貢献するとの自らの責務の観点から自判の必要性を強く認識していることが窺えた⁽⁹⁷⁾。なぜとりわけ初期の上級委員会判断においてそのような傾向があったかとの理由や背景に関しては、当時の初代上級委員及び事務局長の言葉が重要な示唆を与えている。Claus-Dieter Ehlermann と Debra P. Steger は共に、それぞれの回顧録にて、当時の 7 名の上級委員らは皆、上級委員会という新たな機関が信頼性や正統性の点から高い評判を獲得し権威を確立することに自分たちが貢献すべきとの信念を共有しており、そのために報告書の質には妥協しなかったと述べる⁽⁹⁸⁾。このこ

(96) 米国ガソリン事件 (GATT20 条 (g) 柱書、1996)、カナダ雑誌事件 (GATT3 条 2 項 1 文、1997)、EC 家禽事件 (農業協定 5 条 5 項、1998)、豪州サケ事件 (SPS 協定 5 条 1 項、1998)、米国エビ事件 (GATT20 条 (g)、1998)、EC ホルモン事件 (SPS 協定 5 条 5 項、1998)、日本農産物事件 (SPS 協定 5 条 1 項、1999)、米国 FSC 事件 (農業協定 10 条 1 項・同 8 条、2000)、EC エアバス事件 (SCM 協定 6.3 条 (a) (b)、2011)、米国ボーイング事件 (SCM 協定 1.1 条 (b)・同 6.3 条 (c)、2012)。

(97) 服部・前掲注 13) (本連載第二回) 73-78 頁、服部・前掲注 14) (本連載第三回) 35 頁、及び上述第五章第 2 節 (3) 参照。

(98) Ehlermann, *supra* note 94, at 695-696; Debra P. Steger, *The Founding of the Appellate Body*, No. 2017-33 Ottawa Faculty of Law Working Paper 5 (2017)。

とを踏まえれば、当時の上級委員が有していたこのような目的意識が、自身の上級委員会報告がもたらす明確・迅速な紛争解決に対する貢献度についても妥協しない上級委員の姿勢を形成し、その結果DSU上の欠陥や制約にもかかわらず果敢に判断が行われ発出されてきたものと推察できる。

ただし、エアバス・ボーイング事件でも、初期の一部の事案ほど明白ではないにせよ比較的に積極的な分析完遂の試みが見られた点からは⁽⁹⁹⁾、紛争解決目的に根差した自判に対する積極的姿勢は、初代上級委員のみならず、それ以降の上級委員にもある程度共有されていたことも窺える。

なお、こうした判断事例に対して本稿が捉えた上級委員会の積極性は、あくまで分析完遂の文脈において自身の判断権限をどれほど広く、積極的に行使するかに関する姿勢である点に注意しなくてはならない。当然のことながら、その結果としての上級委員会の判断の内容に対する評価は全く別物である。本稿において判断権限の積極的な行使と見られた判断事例の中でも、そこでなされた解釈・適用が加盟国政府の規制権限を広く認めるものである事例もあり⁽¹⁰⁰⁾、そのような上級委員会の実体的判断の内容と、それがもたらす被中立国の履行措置への影響ないし将来への先例的効果に焦点を当てる場合には、それらはむしろ謙抑的判断と評価される。

一方で、本稿で上級委員会の分析完遂裁量が謙抑的・抑制的に行使されていると評価した事例は、そのような権限行使の態様としてのみならず、(何ら判断を示さないという)当該判断の内容及びその効果としても、WTOの立法機関としての／各国の国内意思決定者としてのWTO加盟国の裁量を狭めないという点で、抑制的・謙抑的な判断と性格づけられる⁽¹⁰¹⁾。では、その

(99) 服部・前掲注14) (本連載第三回) 12-27頁参照。

(100) 例えば米国エビ事件でのGATT20条(g)の判断は、パネルの検討・結論がなかった上パネルの十分な事実認定が不足する中分析完遂がされたとも評されるが(第四章及び第五章を参照。)、かかる分析完遂を通じて出された判断では、同号の「有限天然資源」は「進化的なもの」であるためそこにはウミガメ等の生物も含まれるという解釈が展開され、問題の措置も同号に反しないとされた。

(101) 厳密に言えば、これら二つの側面の謙抑性は、異なる根拠や意図に基づく別の種類の敬謙であると少なくとも理論上は考えられるものの、ある問題に対する分析完遂不可との判断が、判断回避(判断を出さないこと)それ自体を目的とした判断であったのか、それとも上級委員会が自身の権限を抑制的に行使したことの単なる結果ないし副産物で

ような判断は実際にどのような事案・論点に向けられていたか。またそこから上級委員会の敬讓傾向はいかなるものであったと考察できるか。

第一に、本稿が抑制的・謙抑的と分析した事案⁽¹⁰²⁾のうち、SPS 協定に関連する事例が一定数見られた。その理由に関して、一つの解釈としては、上級委員会が SPS 協定関連事例における科学的事実が付随する高度な専門性に対して謙抑的であったとの理解がありうる。国際法一般における敬讓論においても、国際裁判所がある事項を決定するための専門性の点で加盟国政府に劣る場合には、国際裁判所は加盟国政府の決定に敬讓すべきとの見解がある⁽¹⁰³⁾。

しかしながら、WTO 紛争解決手続に持ち込まれる事案には科学的事案に限らず、例えば経済学的な意味でも高度に専門的かつ複雑な事実が審査の対象となるものも多い中、このように科学的事案にとりわけ謙抑的な判断例が集中する傾向からは、上級委員会は司法体としての能力の限界という観点から一貫して専門性の高い事案については謙抑的姿勢を有していたというよりも、他の分野の専門性以上に科学的事項が関連する問題により敏感であったのではないかと考えられる。

さらに、SPS 協定関連事案の中でも上級委員会の判断姿勢は一様ではなかった。日本農産物事件では積極的な自判がなされていた一方⁽¹⁰⁴⁾、他方で、韓国水産物事件⁽¹⁰⁵⁾及び米国継続的讓許停止事件⁽¹⁰⁶⁾では、いずれの事案の

あるのかについては、外から完全に識別できるものではない。本研究の研究課題の射程と手法の限界に応じて、本稿のここまでの「謙抑的」との記述は、かかる区別を必ずしも考慮せず、いずれの判断姿勢についても、あるいは両方を含意するものである。

(102) EC コンピュータ機器事件 (GATT 2 条 1 項)、EC アスベスト事件 (TBT 協定 2 条)、EC 砂糖補助金事件 (SCM 協定)、米国・継続的讓許停止事件 (SPS 協定 5 条 1 項適合性)、豪州リンゴ事件 (SPS 協定 5 条 6 項)、EC アザラシ製品事件 (TBT 協定 1.1 条)、韓国水産物事件 (SPS 協定 2 条 3 項・同 5 条 6 項)。

(103) *E.g.*, ESMÉ SHIRLOW, JUDGING AT THE INTERFACE: DEFERENCE TO STATE DECISION-MAKING AUTHORITY IN INTERNATIONAL ADJUDICATION 16 (2021); JOHANNES H. FAHNER, JUDICIAL DEFERENCE IN INTERNATIONAL ADJUDICATION: A COMPARATIVE ANALYSIS chap. 4. (2020).

(104) 服部・前掲注 14) (本連載第三回) 9-12 頁の評釈及び上述第五章参照。

(105) 服部・前掲注 13) (本連載第二回) 81-84 頁の評釈参照。

(106) 服部・前掲注 14) (本連載第三回) 32-34 頁の評釈参照。

問題の論点も紛争解決に不可欠な論点であったにもかかわらず自判可能性の検討が全くあるいは殆どされておらず、明らかに他の典型的な判断態様とは異なる消極的な対応が見られた。こうした事例間の差異もまた、なんらかの法的根拠や上級委員会の能力の観点から説明できるものではなく、単に上級委員会が科学的事案の中でも人の健康保護を目的とする措置に対して一層の敏感性を有していたために生じた差異だと考えられる。

第二に、前章で見た通り、求められる分析完遂が、制度的な重要性や論争性が高くしかし（あるいはそうであるが故に）条文に曖昧性の残る法的論点への解釈を要するものである場合に、かかる解釈行為自体を控える謙抑的姿勢が見られた。分析完遂以外の文脈でも、上級委員会が「制度的問題（systemic issues）」であることを理由に審理の順序を変更して判断を回避した事例が存在するが⁽¹⁰⁷⁾、分析完遂不能との判断がされる過程においても、そうした判断回避が行われていたことが明らかとなった。このような根拠に基づく敬讓は、立法機能を有する加盟国間が決定すべきだが合意できていない問題について事実上の先例性を有する上級委員会判断が先に解釈を示すことで法創造（gap filling）を行うべきでないと考えの上に立つものと理解でき、それ自体は一つの合理的な敬讓の根拠であるといえる。

しかしながらかかる敬讓の根拠も、上級委員判断の全体的な傾向を説明するには不十分である。周知の通り、上級委員会は一部の事案ではそのような論点についても果敢に解釈を示してきたためである⁽¹⁰⁸⁾。これに対して、前章にて、問題の論点に対して当初から謙抑的でありその上で法解釈の回避がなされたと評価した2事例⁽¹⁰⁹⁾が人の健康及び環境（動物福祉）に関する

(107) Appellate Body Report, *United States — Measures Relating to Shrimp from Thailand*, ¶ 310, WT/DS343/AB/R (Jul. 16, 2008). 同事件においては、AD協定に違反する措置に対してGATT20条が適用可能か否かがそのような問題であるとして判断を回避された。

(108) 北村朋史「WTOにおける『法の支配』の虚像と実像」国際法外交雑誌118巻4号（2020）参照。同稿は、上級委員会はとりわけ雇用の維持や所得の安定等を目的とする措置については、条文上の限られた根拠に基づきながら加盟国の裁量に対し制限的な解釈をしてきたとする。

(109) ECアスベスト事件（TBT協定2条）、ECアザラシ製品事件（TBT協定適用可能性）。本稿第五章第3節参照。

論点であったことから、第一の点と重なる考察、すなわち人の健康や環境といった重要と思われる非貿易的価値に対して上級委員会が謙抑的判断をしやすい傾向があったとの考察が可能であるように思われる。

これに関連して、本稿第三章にて言及した米国ガソリン事件での TBT 協定適合性の論点に関する上級委員会の判断抑制も想起される⁽¹¹⁰⁾。上級委員会の同事件での説示、すなわち問題の上訴が上訴通知にて適切になされていない以上は上級委員会検討手続の規則に従い判断できないとの理由付けそれ自体は全く合理的であり、自身の権限に照らした適切な自制といえる。しかしながらこのように述べる上級委員会自身が、本件の上訴と同様の不適切な上訴に対して他の事案では分析完遂を行っていることは第三章にて既述の通りである。にもかかわらず、本件では、上記の理由に加え、TBT 協定適用可能性の判断をせねばならなくなるとの理由とともに、「たとえ申立国が付した(条件付き上訴)条件を満たしていたとしても本問題を扱うことには極めて慎重 (most reluctant)」だっただろう」と述べられた⁽¹¹¹⁾。かかる論点も GATT と TBT 協定間の関係の解釈にもかかわる制度的重要性を孕むものであり、さらに本件措置は環境保護に関する措置であったが、こうした要素も本問題に対する上級委員会の分析完遂の回避要因として影響を与えたとも推察できる⁽¹¹²⁾。

ここまでの分析を踏まえると、上級委員会の謙抑性は、科学的事項に関する事案や、制度的な重要性や論争性を孕む法的論点への解釈を要する事案に対して生じる傾向が見られるが、中でもそれが(上級委員会にとって)特に重要と思われる非貿易的価値に関連するものである場合にとりわけ生じやすい傾向にあったとの考察を導くことができる。

上級委員会の分析完遂裁量の下での判断回避に特化した本研究から得られた上記の考察は、同委員会の実体判断に対する分析を通じた先行研究上の見

(110) 服部・前掲注 13) (本連載第二回) 脚注 45 (76 頁) 及び本文対応部分参照。

(111) *US — Gasoline (AB)*, *supra* note 18, at 11.

(112) 特に後者の点に関して、同上級委員会判断は結論・勧告の後に、長い一パラグラフを割り傍論として、WTO 加盟国が環境問題に対処するために広範な裁量を有していることを強調して確認している (*Id.*, at 28)。

解とも軌を一にするものである。それらによれば、上級委員会の謙抑的判断が人の健康や環境問題などに対して「選択的」になされていること⁽¹¹³⁾、またそのような判断がなんらかの法的合理性や一貫した論理に基づくものではなく、加盟国にとっての重要な問題に対する「暗黙の共感」や何が加盟国に受けられる判断かについての上級委員会自身の直観に基づいた政治的・実践的な判断であることなどが指摘されてきた⁽¹¹⁴⁾。こうした上級委員会判断の特徴は、一貫性を欠き時にDSU条文とも矛盾する分析完遂裁量の行使実態とその中で上述のような事案で謙抑的な判断があったことを示した本研究の分析結果にも見出せるものである。

さらに、このように自身の価値判断に依拠する上級委員会のそもそもの価値観は何に由来するものかという点に関して、先行研究においては、それは、人の生命や健康を特に重要な価値と捉え、反対に米国では政治的に機微とされる貿易救済措置を保護主義的なものと軽視するジュネーヴの価値観に基づくものであったとの見解がある⁽¹¹⁵⁾。本稿の分析完遂裁量の事例分析においても、抑制的・謙抑的と評価した事案のうち、半数以上がEUの措置を争うものであり、最も頻繁な被申立国であるはずの米国の措置が問題となる事案は数少なかったが、このことは単なる偶然ではなく、かかる見解の正しさを示唆するものであるように思われる。

3. 結語

本研究の問題設定の背景には、上級委員会が自身の権限を超えた判断をしてきたとする米国の「行き過ぎ (overreach)」批判の妥当性に対する疑問が

(113) Robert Howse, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, 27(1) EUR. J. INT'L. LAW (2016); 北村・前掲注108)。

(114) 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'L. LAW (2017); David Palmeter, *The WTO Standard of Review in Health and Safety Disputes*, in TRADE AND HUMAN HEALTH AND SAFETY, *supra* note 65, at 233–234 (2006)。

(115) 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 1125 (2017)。

あった。本稿で見た通り、上級委員会判断は少なからぬ事案で自身の判断権限を抑制的にのみ行使し加盟国裁量に対する謙抑性を示してきたのであり、その意味で米国による批判は一面的かつ過度な評価であったといえる。しかしながら、上級委員会のこうした謙抑性は、上級委員会が重要かつ機微と考える論点や事案に対して、選択的に示されるものであった。さらに、少なくとも本研究の範囲では、上級委員会が謙抑的判断の対象としてきた事案や論点の中には、米国が強く懸念する国内産業や雇用の保護に関するものは含まれておらず、このことは、米国にとって重要かつ機微な問題や価値に対しては上級委員会の謙抑性が十分に向けられてこなかったことを示唆する。その意味では、米国の不満も理解可能なものであり、その批判には一定の正しさが含まれていたともいえる。

本研究は、上級委員会の判断姿勢が、人の健康や環境といった非貿易的事項に関して特に謙抑的であったとの先行研究上の見解を補強するものであったと同時に、かかる上級委員会の謙抑性が、条文解釈の形に限られず、時として判断それ自体を行わないという判断回避の形をとる場合もあったことを示した。ここで研究対象とした上級委員会の「分析完遂」は現行の WTO 紛争解決制度を前提とした慣行であり、これまでの上級委員会判断の傾向を分析するには有用であったが、今後上級委員会がこれまでと同様の形で復活する見込みの低い現状に鑑みれば、かかる裁量行為そのものの将来的な示唆は少ないといえる。しかし、ここからより広く「判断回避」(ここでは一旦、紛争解決手続が特定の問題をその審査・判断対象から除外することを広く意味することとする。)行為に目を転じれば、さらなる議論の余地がある。

かかる判断回避それ自体には、パネルや上級委員会等の紛争解決機関が当事国間の紛争解決に不要な論点について判断をしないことや、条文に明記されていない点について法創造をしないことを可能としうる点で利点があり、むしろ条文解釈を通じた謙抑的判断以上に望ましいとの見方もある⁽¹¹⁶⁾。そ

(116) Patric Kelly, *Judicial Activism at the World Trade Organization: Developing Principles of Self-Restraint*, 22(3) NORTHWESTERN J. INT'L LAW & BUS. 385-386 (2002). See also, TRUNG NGUYEN, JUDICIAL ACTIVISM IN THE APPELLATE BODY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION: A COMPARATIVE ANALYSIS WITH THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE 175-176 (2023).

れが制度の中でうまく活用されれば、紛争解決機関が加盟国に代わって法創造機関となることを防ぎつつ、特定の問題に対して判断を下さないことで加盟国に対し必要な敬譲を与えうる手法として、今後の国際通商秩序における紛争解決制度が有するべき安全弁ないし柔軟性を保持するためのメカニズムの一つになりうるとも考えられよう⁽¹¹⁷⁾。

ただし、本稿で見たような、これまでの WTO 紛争解決制度下での上級委員会自身による内生的かつ選択的な判断により行われる判断回避には、多くの問題があるといえる。それがもたらす予見可能性の低さ⁽¹¹⁸⁾や、特定の加盟国にとっての重要な価値を他の加盟国が重視する価値以上に重視することが司法的機関としての公平性や中立性ひいては正当性を損なう点などにおいて問題であると指摘されるほか⁽¹¹⁹⁾、現に上級委員会危機の状況に陥ることを防げなかった点で加盟国の不満や反発を回避する効果という意味でも不完全であったといわざるを得ない。したがって今後国際通商制度が再建される場合にもそのような態様での判断回避が繰り返されることは可能な限り避けられるべきで、そのためにも加盟国によるコントロールや透明性を向上させた形で一定の場合に判断回避の余地を残すような仕組みが作られることがよりよい策であるように思われる。

(本学法学研究科博士後期課程)

(117) 類似の提案は既に多くの論者によりなされている。例えば WTO 紛争解決制度の non-liquet のより積極的な活用を支持するものとして、Lorand Bartels, *The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism*, 53(4) INT'L & COMPAL. L. Q. (2004); Bernard M. Hoekman & Petros C. Mavroidis, *To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform*, 23 J. INT'L ECON. L. 175-177 (2020) を参照。また、判断回避の仕組みが制度的・手続的に組み込まれるべきとする提案として Sykes は「裁量的上訴管轄」を採用することを提言する (Alan O. Sykes, *The Utility of Appellate Review at the WTO and Its Optimal Structure*, 27 J. INT'L ECON. L. 439-440 (2024))。

(118) Frieder Roessler, *Dispute Settlement in the WTO: From a Deliberately Designed to a Spontaneously Grown Order*, in ASSESSING THE WORLD TRADE ORGANIZATION: FIT FOR PURPOSE? WORLD TRADE FORUM 115 (Manfred Elsig et al. eds., 2017)。

(119) 北村・前掲注 108) 40-44 頁。Kelly, *supra* note 116, at 387-388.