

国家間貿易紛争解決手続の公開

——自由貿易協定における展開と世界貿易機関に与える示唆——

関根 豪政

1. はじめに

2005年に米国/カナダ・譲許停止事件で会合（meeting）を公開することを認めた世界貿易機関（以下、WTO）のパネルの判断¹、及び、口頭審理（oral hearing）の公開を認めた同事件上級委員会の判断以降²、パネル及び上級委員会の会合が一般市民に公開される例が散見されるようになってきている³。目下のところ、その会合の公開は、「紛争解決に係る規則及び手続に関する了解」（以下、DSU）の明文規定に基づいて認められ、実施されてきたのではなく、パネル及び上級委員会による関連条文の解釈を通じて、事例ごとに公開を是認する方法で行われている。そこで、この問題を立法的に明確化するためにDSUの関連条文の改正が、種々の改正案と併せて提案されているが、長い交渉にも拘わらず改正は実現されておらず、また、WTOドーハ・ラウンド交渉の先行きが不透明な現状に鑑みると⁴、そのような試みがいつ結実するか見通せない状態にある。

そのような状況で近年は、自由貿易協定（以下、FTA）において紛争解決手続を詳細に定める例が増えており、そこで手続公開に対する各国の姿勢が明らかになりつつある。FTAとWTOは目的や背景が異なることから、FTAにおける紛争解決制度はWTOにおける同制度と区別して理解されるべきと捉えられる⁵面もあるものの、FTAにおける動向がWTOに事実上の影響を与えることは否定しがたいことから、FTAの状況を把握することには意義があるといえる。本稿では、FTAの全体的な傾向を把握することにより、手続の公開がどのように加盟国に受け止められており、そして、それがWTOの紛争解決手続にどのような効果を及ぼしうるか

¹ Panel Report, *United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute*, ¶ 7.53, WT/DS320/R (Mar. 31, 2008) [hereinafter US – Continued Suspension Panel Report], Panel Report, *Canada— Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute*, ¶ 7.51, WT/DS321/R (Mar. 31, 2008) [hereinafter Canada – Continued Suspension Panel Report].

² Appellate Body Report, *United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute*, Annex IV, ¶ 11, WT/DS320/AB/R (Oct. 16, 2008), Appellate Body Report, *Canada — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute*, Annex IV, ¶ 11, WT/DS321/AB/R (Oct. 16, 2008) [hereinafter US/ Canada – Continued Suspension AB Report].

³ WTO, ANALYTICAL INDEX, VOLUME II, 1765–1766 & 1914 (2012). See also, P. VAN DEN BOSSCHE & W. ZDOUC, THE LAW & POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION 3RD ED. 256 (2013).

⁴ 2015年12月に開催された第10回WTO閣僚会議では、一部の加盟国はドーハ・ラウンド交渉を従来通りの枠組みで継続することを再確認しなかった。World Trade Organization, *Nairobi Ministerial Declaration*, WT/MIN(15)/DEC (2015).

⁵ 小林献一「WTO紛争解決手続の正統性と透明性：私的利益/公的利益モデルによるDSU交渉の現状分析」RIETI Discussion Paper Series 08–J–002（2008年）33頁。

検討する。

以下ではまず、第2章において、パネルの会合及び上級委員会の口頭審理がいかなる経緯で公開されることになったか、その論拠となったパネル及び上級委員会のDSUの解釈について整理する。第3章では、会合等が公開されることが必要とされる理論的背景について考察する。第4章では、第2章で論じたパネル及び上級委員会によるDSUの解釈を基に、立法的な対応の必要性と現状について検証する。それを受けて第5章では、FTAの紛争解決制度における動向を概観し、それがWTOに与える影響について検討する。最後に、第6章で以上の議論をまとめる。

2. 手続公開の法的根拠

まず、パネルの会合の公開について論ずる。パネルの会合は原則、非公開とされる。これは、「小委員会の会合は、非公開とする」と定めるDSU附属書3第2項を根拠とする。しかし、DSUは同時に、「小委員会は、紛争当事国と協議の上別段の決定を行う場合を除くほか、附属書3に定める検討手続に従う」（第12条1項）と規定するため、紛争当事国との協議を条件にDSU附属書3の内容から逸脱して、パネルの会合は公開しえると解される⁶。

他方で、DSU第12条1項は附属書3の手続のみ適用除外とするものであるため、DSUの他の規定が手続公開を禁じている場合には、第12条1項に定める裁量は限定されることになる。そこで問題となるのが、DSU第14条1項との関係である。同条項によると、「小委員会の審議は、秘密とされる」。もし、同条文でいう「審議（deliberations）」の範囲がパネリストの内部的な審議（internal deliberations）にとどまらず、当事国との会合をも包含するのであれば、公開は認められないことになる。この点につき、米国/カナダ・譲許停止事件でパネルは、「審議」の辞書的な意味が立法機関や委員会等による検討を示すことを踏まえると、パネルの審理（panel hearings）はそれとは異なることから「審議」には含まれず、ゆえに、第14条1項はパネルの会合の公開を妨げるものではないと結論付けている⁷。同時に、パネルは、手続の公開を反対している第三国については、当該第三国とのセッションについては非公開にすべきとも判断している⁸。

続いて、上級委員会の手続の公開について論ずる。まず、DSU第17条10項は、「上級委員会による検討は、秘密とされる」とする⁹。よって、パネルと同様に、上級委員会の手続も原則的には非公開となる。ただし、上級委員会の手続については、DSU第12条に相当するような、明確に紛争当事国の意思や上級委員会の裁量が手続細則に優越する旨を記した規定が存在しな

⁶ US – Continued Suspension Panel Report, *supra* note 1, ¶ 7.46; Canada – Continued Suspension Panel Report, *supra* note 1, ¶ 7.44.

⁷ US – Continued Suspension Panel Report, *id.* ¶ 7.49; Canada – Continued Suspension Panel Report, *id.* ¶ 7.47. なお、パネルは行動規則（Rules of Conduct for the Understanding on the Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, WT/DSB/RC/1）第7条も、審理の公開を妨げないと判断している。See, US – Continued Suspension Panel Report, *id.* ¶ 7.51; Canada – Continued Suspension Panel Report, *id.* ¶ 7.49.

⁸ US – Continued Suspension Panel Report, *id.* ¶ 7.40; Canada – Continued Suspension Panel Report, *id.* ¶ 7.38.

⁹ 上級委員会は、この「検討」の意味について、上訴の開始から上級委員会報告書の送付までの、上訴が遂行されるすべての過程を意味すると判断している。US/Canada – Continued Suspension AB Report, *supra* note 2, Annex IV, ¶ 3. See also, Appellate Body Report, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, ¶ 143, WT/DS70/AB/R (Aug. 2, 1999).

い。そこで、米国/カナダ・譲許停止事件の上級委員会は、DSU第18条2項¹⁰が「この了解のいかなる規定も、紛争当事国が自国の立場についての陳述を公開することを妨げるものではない」と規定すること等に基づいて、口頭審理の公開を認めた¹¹。すなわち、当該条項が、紛争当事国が「自国の立場についての陳述」¹²の秘密性を解除することを許容しているのであれば、第17条10項が示す秘密性規則は絶対的なものとは捉えられない、と¹³。

このように、パネル及び上級委員会は、DSUが明示していない中で関連規定の解釈を通じて手続の公開を実現してきたのであり、いわば判例法的に実現してきたことが分かる。そして、パネル及び上級委員会の会合は、紛争当事国の意思に基づいて公開される方式が採用されている¹⁴。

3. 手続公開の理論的背景

ところで、なぜ、手続の公開が要請され、実現されてきたのであろうか¹⁵。WTO紛争解決手続を一般公開し、NGO¹⁶の参加を促すべきとする主張の背景には、主に二つの利点が存在すると捉えられている¹⁷。第一が、NGOの参加を通じた情報の増加である。つまり、パネル及び上級委員会の専門性を充足する機能への期待である。NGOが参加することにより、紛争に関する情報を多面的に入手することができれば、パネルや上級委員会による事案への理解が進み、より精緻な判断を下すことが可能になりえる。第二が、一般社会からの支持を損なうことの防止と説明される。これは（民主的）正統性の充足を意味する¹⁸。すなわち、NGOが参加することにより、パネル及び上級委員会が、より市民感覚に優れた判断を下せるのと同時に、市民社

¹⁰ DSU附属書3、第3段落も同旨。

¹¹ US/Canada – Continued Suspension AB Report, *supra* note 2, Annex IV, ¶ 4.

¹² 上級委員会は、これはDSU第18条2項の第1文に定める「意見書」よりも、広範の文書を含むと解した。
See, id.

¹³ *Id.* 本件上級委員会の判断はその後の事例においても、基本的に支持されている。*See e.g., Appellate Body Report, Australia – Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand*, Annex III, ¶ 4, WT/DS367/AB/R (Nov. 29, 2010) [hereinafter Australia – Apples AB Report].

¹⁴ G. Marceau & M. Hurley, *Transparency and Public Participation: A Report Card on WTO Transparency Mechanisms*, 4(1) TRADE L. & DEV. 19, 38 (2012). NGOからの会合の公開（ウェブ放送）要請に対して、紛争当事国の見解を踏まえてパネルが非公開と決定した事例として、Panel Report, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, ¶ 1.9, WT/DS332/R (June 12, 2007).

¹⁵ WTOの紛争手続が非公開を前提として創設された背景には、元来、同手続が、秘密性が重視される外交の一環として捉えられてきたことがある。J. H. H. Weiler, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement* 6 (Harvard Jean Monnet Working Paper No. 9/00, 2000). *See also*, B. Mercurio & R. Laforgia, *Expanding Democracy: Why Australia Should Negotiate for Open and Transparent Dispute Settlement in its Free Trade Agreements*, 6(2) MELB. J. INT'L L. 485, 493 (2005).

¹⁶ 本稿では、NGOには企業等の営利団体も含まれるものとして議論を行う。

¹⁷ 小林・前掲注5、15頁、S. Charnovitz, *Participation of Nongovernmental Organizations in the World Trade Organization*, 17(1) U. PA. J. INT'L ECON. L. 331, 351 (1996). ただし、Charnovitzはアマカス・ブリーフの提出も含めたNGOの参加の利益として上記の二点を指摘する。

¹⁸ L. Ehring, *Public Access to Dispute Settlement Hearing in the World Trade Organization*, 11(4) J. INT'L ECON. L. 1021, 1024 (2008).

会からの当該判断に対する受容性も高まると考えられる。第一の点については、NGOのコミットがパネルや上級委員会の専門性の向上に資するのであれば、それを認めることは許される余地があると思われる¹⁹（ただし、パネル等の専門的知識の充足に貢献するための制度的工夫が必要といえる²⁰）。他方で、第二の点については、そもそも正統性が必要とされるのか、そしてそれがNGOの手続参加（手続公開を通じた監視）で実現されるかについては争いがある。第一の点のパネルの専門性の向上については、本稿の主眼点である手続の公開のみでは直ちに実現されるとは考えられないので、以下では主に第二の点を検討する。

(1) WTO紛争解決手続の正統性

そもそも、正統性の充足の必要性が議論される背景には、WTO紛争解決手続には正統性が欠如している（あるいは不十分である）との前提があるものと考えられる²¹。では、正統性はどのような点で欠如しているといえるのか。

WTOの紛争解決手続の正統性の欠落が顕在化する典型例の一つは、人の健康や環境の保護といった非貿易的関心事項が関連する事件が付託された場合であろう²²。元来、WTO紛争解決手続は貿易問題について検討する機関であり、ゆえに、環境問題や労働問題等の非貿易的関心事項については、判断を行うための十分な法的根拠と裁判能力が存在しないといえる²³。なるほど、WTO協定においては環境問題等に関する規定は極めて限られており、また、パネルも上級委員会も貿易の専門家である。よって、非貿易的関心事項が関連する事例においてパネル等が判断を行うことは正統性に欠けるということになるのかもしれない。

もっとも、正統性については²⁴、結果の正統性（output legitimacy、または results-based legitimacy）と過程の正統性（input legitimacy）の両側面があるため、それらに分解して考察することが、より正確に正統性について議論することを可能にすると考えられる²⁵。Cottierは

¹⁹ 小林・前掲注5、36頁。反対に、このようなNGOによる専門的知識の提供という利点についても、それを提供すべき場としては、加盟国政府における意思決定の場の方が相応しいと主張するものとして、米谷三以「WTOへの私人参加：問題は正統性か専門性か」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅰ』（法律文化社、2013年）209頁。

²⁰ 上級委員会はアミカス・ブリーフの受理について、受理することが適切で有益であると上訴において判断されるものが、受理及び考慮の対象となることを示している。Appellate Body Report, *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, ¶ 42, WT/DS138/AB/R (May 10, 2000) [hereinafter US – Lead and Bismuth II AB Report]. この点に関する議論については、佐藤弥恵「WTO紛争解決手続における私人と amicus curiae」一橋法学12巻1号（2013年）351頁以下参照。

²¹ WTO紛争解決制度の正統性の欠如を指摘する研究として、D. Esty, *Non-Governmental Organizations at the World Trade Organization: Cooperation, Competition, or Exclusion*, 1(1) J. INT'L ECON. L. 123, 127 (1998).

²² Y. BONZON, PUBLIC PARTICIPATION & LEGITIMACY IN THE WTO, 91 & 139 (2014). TRIPS協定が対象とする知的財産権の問題も該当する。See, T. Cottier, *The Legitimacy of WTO Law*, in THE LAW & ECONOMICS OF GLOBALISATION: NEW CHALLENGES FOR A WORLD IN FLUX 11, 28 & 31 (L. Yueh ed., 2009).

²³ D. Esty, *The World Trade Organization's Legitimacy Crisis*, 1(1) WORLD TRADE REV. 7, 13 (2002); J. L. Dunoff, "Trade and": *Recent Development in Trade Policy and Scholarship—And Their Surprising Political Implications*, 17 NW. J. INT'L L. & BUS. 759, 763 (1997).

²⁴ WTO紛争解決手続における正統性の議論については、K. KULOVESI, THE WTO DISPUTE SETTLEMENTS: CHALLENGES OF THE ENVIRONMENT, LEGITIMACY & FRAGMENTATION, Ch. 1 (2011)等参照。

²⁵ もちろん、結果の正統性と過程の正統性の区別は排他的なものではなく、相互に連動するものである。

それぞれについて、「過程の正統性は、規則や決定が制定され採択される手続を評価」するのに対して、「結果の正統性は、規則の社会全体に対する効果を評価する」のであり、「正義、公平性、福祉、そして人権の尊重」等が尺度として用いられると説示する²⁶。正統性に関しては、様々な指標や原則を用いて議論されるが²⁷、ここでは、手続公開の議論と調和しやすい、この「結果の正統性」と「過程の正統性」の議論を通じて考察を行う。

まず、パネル及び上級委員会の判断は結果の正統性を欠くのであろうか。この点については、かつてはそうであったといえる。とりわけ、米国・マグロ輸入規制事件(I)²⁸から始まり、米国・エビ輸入禁止事件²⁹までに至る一連の環境問題が関連した貿易紛争に対するパネルの判断は、自己の機能を超越したとの批判を生み出し、WTOの正統性に関する懐疑的な見解を惹起する要因となった³⁰。これは、WTOの紛争解決手続が、結果としても正統視されなかったことの表れといえよう。このことは、究極的には、非貿易的関心事項を含む問題については、WTOは判断を控えるべきとの結論をも招いた³¹。

しかしながら、WTOのパネル及び上級委員会の判断が、加盟国の規制権限を抑圧しているとの批判は、一般論としては、従前よりは減少しているものと思われる。上記の一連の事例が、環境問題等に対するパネル及び上級委員会への批判を招いたことを受け、パネル及び上級委員会は、環境問題等が関連する案件において慎重に判断を行うようになり、とりわけ近年は、加盟国の政策それ自体を否定的に評価するような判断は——その判断過程については依然として批判があるものの³²——行わなくなっている³³。その意味では、加盟国の規制権限に対して敬讓

²⁶ T. Cottier, *supra* note 22, at 17–18. See also, R. O. Koehane & J. S. Nye Jr., *The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy* in EFFICIENCY, EQUITY AND LEGITIMACY: THE MULTILATERAL TRADING SYSTEM AT THE MILLENNIUM 264, 281–87 (R. B. Porter et al, eds., 2001); and D. Bodansky, *The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?* 93(3) AM. J. INT'L L. 596, 612 (1999).

²⁷ See, e.g., T. Franck, *FAIRNESS IN INTERNATIONAL LAW & INSTITUTIONS* 30–46 (1998); and M. Kumm, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, 15(5) EUR. J. INT'L L. 907, 917 (2004).

²⁸ *United States – Restrictions on Imports of Tuna* (Sep. 3, 1991), GATT B.I.S.D. (39th Supp.) at 155 (unadopted).

²⁹ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (WT/DS58).

³⁰ Esty, *supra* note 23, at 13; Dunoff, *supra* note 23, at 767. もっとも、米国エビ輸入禁止事件の上級委員会の判断については、妥当であったと捉える見解も少なくない。この点については、Kulovesi, *supra* note 24, at 186–87. また、これらに加えて、タイ・タバコ事件 (Panel Report, *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, DS10/R, adopted Nov. 7, 1990, B.I.S.D. 37S/200 [hereinafter, Thai – Cigarettes Panel Report]) や、韓国・牛肉流通規制事件 (Appellate Body Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (Dec. 11, 2000) [hereinafter, Korea – Beef AB Report]) も批判を強く受けた事件である。

³¹ Esty, *id.* at 17.

³² GATT 第20条に見られる必要性要件の解釈アプローチ (Korea – Beef AB Report *supra* note 30, ¶¶ 161–166) に対する批判は依然として強い。E.g., Kulovesi, *supra* note 24, at 190–92. ただし、最近のTBT協定第2.2条に関する判断を踏まえると、このような批判も軽減されうる。See, Appellate Body Report, *United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Canada and Mexico*, ¶¶ 5.277–80, WT/DS384/AB/RW, WT/DS386/AB/RW (May 18, 2015) [hereinafter, US – COOL (Article 21.5 – Canada & Mexico) AB Report].

³³ 例えば、GATT 第20条が争われた事例においては、問題とされる措置 (政策) の目的や基本構造は違反と認定されずに、構成要素の一部——措置の適用方法や例外の設定方法等——が違反と認定されるにとどまる例が多くなっている。See, e.g., Panel Report, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing*

を示す傾向が見られる³⁴。むしろ、加盟国の政策に対する敬讓の度合いが大きくなりすぎていることを危惧する見解さえ見られるようになってきている³⁵。これらを踏まえると、パネル及び上級委員会は学習期間を経て、結果の正統性の向上に成功しつつあるとも理解でき、また、今後改善される余地はある。

とはいうものの、WTO紛争解決手続において過程の正統性が確保されていない点は明らかである。前述のとおり、WTOのパネリストも上級委員会の委員も非貿易的関心事項の専門家ではなく、また、貿易の問題以外の専門家や利害関係を有する組織が紛争解決手続で決定的な役割を果たすわけでもない。よって、今後も非貿易的関心事項に関して適切な判断が行われる保証はない。過程の正統性における脆弱性が、結果の正統性の阻害要因となる危険性がある。このようにみると、正統性が欠如していると捉える点には納得がゆく。

(2) 正統性の充足

ここで、WTOの正統性を充足するための対応として、二つの方策が考えられる。第一が、結果の正統性を充足するための取組である。具体的には、WTO協定における社会問題関連の規律や当該問題を扱う組織を充実させる³⁶、パネリストや上級委員会の委員が非貿易的関心事項の関連する事件においてより適切な判断を行うよう心掛ける³⁷、非貿易的関心事項の専門家

and Sale of Tuna and Tuna Products, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Mexico, ¶¶ 7.534–35, WT/DS381/RW (Apr. 14, 2015). また、代替措置の検討に際しても、かつてのように、実効性を吟味しない仮想的な代替措置に依拠するのではなく (See, *Thai – Cigarettes Panel Report, supra* note 30, ¶ 77–81)、慎重で丁寧な分析が行われるようになってきている。See, e.g., Appellate Body Report, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, ¶ 5.279, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R (May 22, 2014). See also, B. RIGOD, OPTIMAL REGULATION & THE LAW OF INTERNATIONAL TRADE: THE INTERFACE BETWEEN THE RIGHT TO REGULATE & WTO LAW 141 (2015). TBT協定第2条が争点とされた案件についても、概ね同様の指摘ができる。See, e.g., Panel Report, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, ¶¶ 7.354–505; WT/DS400/R, WT/DS401/R (Nov. 25, 2013); US – COOL (Article 21.5 – Canada & Mexico) AB Report, *id.*, at ¶¶ 5.264–66.

³⁴ A. D. Mitchell & C. Henckels, *Variation on a Theme: Comparing the Concept of “Necessity” in International Investment Law and WTO Law*, 14(1) CHICAGO J. INT’L L. 93, 130–31 (2013); P. C. Mavroidis, *Driftin’ too Far from Shore: Why the Test for Compliance with the TBT Agreement Developed by the WTO Appellate Body is Wrong, and What Should the AB have done Instead?* 12(3) WORLD TRADE REV. 509, 522 (2013). Downes は、加盟国の規制権限の譲歩を迫られるようなWTO協定の解釈の懸念は弱まっていることを否定しないものの、なお規制権限の自律性が制約される可能性を危惧する。C. Downes, *Worth Shopping Around? Defending Regulatory Autonomy under the SPS and TBT Agreements*, 14(4) WORLD TRADE REV. 553, 566–72 (2015).

³⁵ C. P. Bown & J. P. Trachtman, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres: A Balancing Act in THE WTO CASE LAW OF 2006–2007* 85, 131 (H. Horn & P. C. Mavroidis eds., 2009). 関根豪政「EUの通商政策を通じた動物福祉の普及：動物福祉の「すすめ」か「押しつけ」か？」白井陽一郎『EUの規範政治』（ナカニシヤ出版、2015年）209頁、内記香子「WTOパネル・上級委員会報告書解説⑨米国—原産国名表示要求（COOL）事件（DS384、386）：生鮮食品の原産国名表示と国際貿易」RIETI Policy Discussion Paper Series 14–P–022（2014年）37頁。もっとも、Bown & Trachtmanは、かかる傾向は、パネルや上級委員会が「貿易と環境」関連の事件に対して適切に判断できない（または、権限がない）がゆえに生まれている現象と捉えているものと理解できる。

³⁶ A. Guzman, *Global Governance and the WTO*, 45 HAR. INT’L L.J. 303, 309–13 (2004).

³⁷ O. PEREZ, *ECOLOGICAL SENSITIVITY & GLOBAL LEGAL PLURALISM: RETHINKING THE TRADE & ENVIRONMENT CONFLICT*, 153 (2004). Perezは、幅広い知的機関からパネルが意見をを得ることを推奨する。

をパネリストに含めるなど紛争内容に沿ったパネリストを確保する³⁸、非貿易的関心事項が関連する判断については事後的な再検討の機会を設ける³⁹、あるいは、そもそも非貿易的関心事項を含む問題についてはパネルや上級委員会が判断を控える等⁴⁰、結果の妥当性の向上を目指すための改善である⁴¹。これらを通じて、導かれる判断（結果）が、より非貿易的関心事項を適切に反映させたものとする事ができれば、WTOの紛争解決制度の正統性が向上することになる。

第二が、過程の正統性の充足である。それを実現するための手段としては、結論に至る過程の一般公開や、その過程における市民やNGOの参加の推奨が考えられる。決定の過程により多くの利害関係者が参加することによって（あるいは、より多くの関係者の監視の目にさらされることによって）、決定の説得性の向上や、決定を下すまでの熟議が実現しえることになる⁴²。

この過程の正統性の充足の議論は、かならずしも結果の正統性を保証する必要はない。つまり、結果が完全には妥当とは言い切れないものであったとしても、それに至るまでの過程が適切であれば、結果それ自体は許容される可能性がある。もっとも、原則的には、過程の正統性は結果の正統性の向上に資すると考えられるため、そのような場面は例外的といえる。しかしながら、結果の正統性とは区別されて過程それ自体の正統性が問われる余地があり、そうであるならば、過程それ自体が正統であるかが注意深く吟味されなければならない。これについては、次の二点が指摘できる。

第一に、手続の参加や公開を通じたWTO紛争解決手続への関与が、適切に民主的代表を実現しているかとの点が問題となる。別の言い方をすれば、より多くの市民が、等しくWTOに接続できているかという問題である。直感的には、資金面や情報面等で発展途上国のNGOに優越する先進国の組織が、より活発に活動することによって優先的にその主張が受け入れられることになることが危惧される⁴³。先進国の組織が与える影響の程度を厳密に実証することは難しいが、本稿では二つの例を基に考察したい。

最初に、アミカス・ブリーフ（amicus curiae briefs）の提出主体の実態を取り上げる。表1は、これまで上級委員会に提出されたアミカス・ブリーフの件数、提出した組織とその本拠地について記載したものである。表を見てもわかるように、これまで上級委員会にアミカス・ブリー

³⁸ Guzman, *supra* note 36, at 335–36. See also, Weiler, *supra* note 15, at 12.

³⁹ 例えば、米国とチリは、パネルや上級委員会の報告（全般を対象）について、紛争解決機関（DSB）による部分的な採択を許容する仕組み等を提案しており、加盟国による報告書の管理の必要性を訴えている。See, e.g., Dispute Settlement Body, *Communication from Chile and the United State: Revised Textual Proposal by Chile and the United States*, 2–3, TN/DS/W/89 (May 31, 2007).

⁴⁰ Esty, *supra* note 23, at 17.

⁴¹ これらはパネルや上級委員会の組織的な改善を含むため、「過程の正統性」の要素を含むが、より結果を重視するための取り組みであることから、ここでは結果の正統性の向上に資する改善策と分類する。繰り返しになるが、過程の正統性と結果の正統性は相互に連動するため、厳密に分類するのは難しいが、ここでは議論の明確化のために振り分けを行っている。

⁴² S. Charnovitz, *Nongovernmental Organizations and International Law*, 100 AM. J. INT'L L. 348, 367 (2006).

⁴³ B. Stern, *The Emergence of Non-State actors in International Commercial Disputes through WTO Appellate Body Case-Law*, in THE WTO AT TEN: THE CONTRIBUTION OF THE DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM 372, 381–83 (G. Sacredoti, et al., eds, 2006).

表1 上級委員会に提出されたアミカス・ブリーフ一覧

事件名	DS 番号	当事国	受理数	提出組織	本拠地等
米国・マグロラベリング事件履行確認手続	381	メキシコ、米国	1	大学教授	—
EC・アザラシ製品事件	400, 401	カナダ、ノルウェー、EU	3	(1) 動物福祉組織連合 (19団体)	欧州、米国
				(2) 国際毛皮連盟	英国
				(3) 大学教授	—
カナダ再生可能エネルギー/FIT 事件	412, 426	日本、EU、カナダ	2	(1) Mesa Power (企業)	米国
				(2) 大学教授	—
米国・マグロラベリング事件	381	メキシコ、米国	3	(1) 動物保護団体/アメリカン大学ロースクール	米国
				(2) 米国試験材料協会	米国
				(3) 大学教授	—
米国・クロープ入りタバコ事件	406	インドネシア、米国	2	(1) 米国医療関連組織 (7団体)	米国
				(2) O'neill Institute (大学機関)	米国
米国・対中AD税及びCVD事件	379	中国・米国	1	大学教授	—
中国・自動車部品輸入措置事件	339, 340, 342	EU、米国、カナダ、中国	1	大学教授	—
ブラジル・再生タイヤ事件	332	EU、ブラジル	2	(1) Humane Society International (動物保護団体)	米国/国際
				(2) 環境保護団体等の連合(9団体)	ブラジル/欧米
メキシコ・飲料税事件	308	米国、メキシコ	1	全国砂糖・酒類産業商工会議所	メキシコ
EC・鶏肉関税分類事件	269, 286	ブラジル、タイ、EU	1	欧州家禽加工・家禽取引業協会	欧州
米国・鉄鋼SG事件	248, 249, 251, 252, 253, 254, 258, 259	ブラジル、中国、EU、日本、韓国、米国、その他	1	米国国際鉄鋼協会	米国
米国・カナダ製針葉樹材事件 (IV)	257	カナダ、米国	2	(1) 経済と貿易に関する先住民ネットワーク	カナダ
				(2) 環境保護団体連合 (3団体)	米国
米国・EC製品に対する相殺措置事件	212	EU、米国	1	米国鉄鋼協会	米国
EC・鰯表示事件	231	ペルー、EU	2	(1) 大学教授	—
				(2) モロッコ	—
EC・アスベスト規制事件	135	カナダ、EU (第三国=米国、ブラジル、ジンバブエ)	17	(1) 大学教授	—
				(2) 職業性及び環境性疾患協会	英国
				(3) 米国公衆衛生協会	米国
				(4) 大学機関	アルゼンチン
				(5) Only Nature Endures (NGO)	インド
				(6) 韓国アスベスト協会	韓国
				(7) 国際金属・環境評議会及び米国化学工業協会	米国
				(8) 欧州化学工業連盟	ベルギー

事件名	DS番号	当事国	受理数	提出組織	本拠地等
EC・アスベスト規制事件	135	カナダ・EU (第三国=米国、 ブラジル、ジン バブエ)	17	(9) 大学機関	オーストラリア
				(10) 大学教授	—
				(11) 環境保護団体等の連合 (7 団体)	欧州
				(12) 法曹関係者協会	英国
				(13) 全インドAC圧力配管製造 業者協会	インド
				(14) 国際自由労働組合連合/欧 州労働組合連合	ベルギー
				(15) マハラシュトラ・アスベスト・ セメント管製造業者協会	インド
				(16) Roofit Industries Ltd.(企業)	インド
(17) 労働・環境保健学会	米国				
タイ・H型鋼に対するAD 税事件	122	ポーランド、タ イ	1	米国消費産業活動連合	米国
米国・英国製鉄鋼製品 CVD事件	138	EU、米国	2	(1) 米国鉄鋼協会	米国
				(2) 北米特殊鋼業協会	米国
米国・エビ輸入禁止事件履 行確認手続	58	マレーシア、米 国	2	(1) 環境等保護団体	米国
				(2) 大学教授	—
米国・エビ輸入禁止事件	58	インド、マレー シア、パキスタ ン、タイ、米国	3	(1) 環境保護団体等の連合(3団体)	米国
				(2) 環境保護団体連合 (7団体)	米国、その他
				(3) 環境保護団体連合 (2団体)	米国/欧州

出典：筆者作成

フを提出したのは、大半が先進国を中心に活動を行っている組織である。単純に件数を集計したのみで、先進国の意見が反映されやすいとは決めつけられないが、先進国組織が上級委員会に強く働きかけようとしていることが確認される。

次に、パネル手続への一般市民の関与とは異なるが、2013年の第9回WTO閣僚会議（インドネシア・バリ）に参加の登録を行ったNGOを例に考えてみたい。同会議においては、66か国から346のNGOが参加の認可を受けた⁴⁴。その主な内訳は表2のとおりである。

まず、登録を行ったNGOの数としては、先進国と発展途上国とで大差ないことが分かる。その点では、途上国からのNGOも積極的であると言えよう。しかし、単純に試算しても、途上国の人口が先進国の人口の5倍近く多いことを加味すると⁴⁵、NGOの数が同数であることは適切に代表されているとは言い難いだろう。さらに、途上国からのNGO参加についても、インド、フィリピン、インドネシア、バングラディッシュの4カ国ではほぼ半数を占めており、代表という観点からは偏りがあることがわかる⁴⁶。

⁴⁴ World Trade Organization, *Non-Governmental Organizations Accredited to Attend the Ninth WTO Ministerial Conference, Bali, 3-6 December 2013*, WT/MIN(13)/INF/11 (2013).

⁴⁵ United Nations, Department of Economics and Social Affairs, Population Division, *World Population Prospects: The 2012 Revision, Highlights and Advance Tables*, 2 (Working Paper No. ESA/P/WP.228, 2013). Working Paper No. ESA/P/WP.228 (2013), at 2.

⁴⁶ 2015年の閣僚会議（ケニア・ナイロビ）への参加の認可を受けたNGOの内訳も大きな相違が存在するわ

表2 第9回WTO関係会議に参加登録したNGOの数

先進国		途上国	
米国	38	インド	28
カナダ	29	フィリピン	21
スイス	26	インドネシア	19
フランス	14	バングラディッシュ	10
オーストラリア	14	ブラジル	7
ベルギー	13	ケニア	7
日本	12	シンガポール	6
英国	8	ガーナ	5
ノルウェー	8	中国	4
オランダ	4	台湾	4
イタリア	4	タイ	4
ドイツ	4	ナイジェリア	3
スウェーデン	2	スリランカ	2
その他	7	その他	43
合計	183	合計	163

出典：WT/MIN(13)/INF/11を基礎に筆者作成

もちろん、これらのデータのみで結論を下すことは難しいが、現状では——途上国のNGOや市民の関与が強まってきているというアネクドタルな例⁴⁷もあるものの⁴⁸——全体的には、先進国のNGOがより活発にWTOに関与している傾向が確認され、ゆえに、NGOの参加の是認は先進国を益するだけとする批判も排除できないといえる⁴⁹。WTOの紛争解決手続に当てはめるのであれば、先進国のNGOがより強くパネルや上級委員会の言動を監視する姿勢を示すことにより、それらの組織の見解がパネリストや上級委員会の委員の心証に相対的に強く作用することが懸念される。

もっとも、先進国のNGOが主に活動を行っているとしても、それらが適切な国際レベルの

けではない。ただし、49か国、232団体と数が減少しており、また、開催国ケニアからのNGOの参加数が多く全体の5分の1を構成し最大数となっている。その結果、途上国の比率は高まっているが、それ以上に先進国のNGOの参加数の減少が目につく。World Trade Organization, *Non-Governmental Organizations Accredited to Attend the Tenth WTO Ministerial Conference, Nairobi, 15–18 December 2013*, WT/MIN(15)/INF/15 (2015).

⁴⁷ See e.g., R. Howse, *Membership and its Privileges: the WTO, Civil Society, and the Amicus Brief Controversy*, 9(4) EUR. L. J. 496, 509 (2003).

⁴⁸ 手続の公開に伴い、途上国の関係者もパネルの審理を聴講していることが報告されている。Ehring, *supra* note 18, at 1025.

⁴⁹ 公衆参加に肯定的な論者も、幅広い公衆の参加を促す必要性を説く。See, e.g., D. Esty, *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, 115 YALE L. J. 1490, 1532 (2006).

市民代表ではないとも言い切ることはできない。NGOが、自らの関心に固執するのでなく⁵⁰、世界規模での利益の向上を追求するのであれば、世界の市民を代表していなくとも全体利益にかなう可能性はある。あるいは、NGOは、一般市民とWTOとの「結合組織 (connective tissue)」⁵¹として機能することも考えられる。つまり、市民の意思を吸い上げる、あるいは、WTOでの成果を適切に広範に頒布する媒体としての役割である。NGOが適切に市民社会を代替することができれば、NGOの参加は国際的な市民全般の参加と同義になりえる。

そして、過程の正統性の向上の議論に際して、代表の適切性の問題以外に想起される第二の懸念が、手続の公開が(過程の)正統性を向上させるかは定かではない点である。ともすれば、手続の公開は正統性を損なう要因ともなりえる。例えば、手続の公開がかえって紛争解決制度の独立性を損なわせたことが危惧されている⁵²。手続が公開されれば(さらには、アミカス・ブリーフの提出が認められれば)、必然的にパネリスト等に圧力がかかるのであり、それが彼らの独立性を侵害するおそれがある⁵³。元来、GATTやWTOは、各国政府が抗うことのできなかった民主的な保護主義を抑止するものであり、ゆえに独立性はパネルや上級委員会の中核的価値ともいえ、それを再び圧力にさらさせることには疑問が生ずる。さらには、司法機関として確固たる地位を得ている国内裁判所とは異なり、独立性の侵害は、パネルや上級委員会の信頼を大きく損なう恐れもある。もちろん、手続の公開のみでは、そこまでの懸念はないとも考えられるが、提出された文書に対して報告書の中で何らかの返答を行うことが可能なアミカス・ブリーフの提出とは異なり、手続の傍聴についてはパネルや上級委員会側の意思表示の機会はない。パネルや上級委員会も、自身への評判や、取り巻いている政治的状況とは無縁ではいられず⁵⁴、ましてや、傍聴している人や組織が推定しえるのであれば(例えば、係争中の事案が特定の環境団体の関心を呼ぶものであることが明らかであれば)、より政治的で、傍聴者への配慮が強い判断が生まれる可能性は否定できない⁵⁵。

以上の議論をまとめると、WTOないしパネル及び上級委員会に正統性が欠如していることが是認されたとしても、それを充填するための手段として、単純にNGOの参加が望ましいと結論付けることには慎重さが必要ということになる。正統性の欠如を指摘する論者の中には、

⁵⁰ ただし、NGOについては、自らが関心を持つ分野は限定的で、国家とは異なり社会の広い利害関係を忖度していないとも指摘されている。See, P. van den Bossche, *Non-Governmental Organizations and the WTO: Limits to Involvement?* in *REDESIGNING THE WORLD TRADE ORGANIZATION FOR THE TWENTY-FIRST CENTURY* 309, 312 (D. P. Sterger ed., 2010).

⁵¹ Esty, *supra* note 21, at 125.

⁵² Y. Fukunaga, *Civil Society and the Legitimacy of the WTO Dispute Settlement System*, 34 *BROOK. J. INT'L L.* 85, 92 (2008); W. M. Choi, *Making a Better Dispute Settlement Mechanism for Regional Trade Agreements: Lessons of Integration Efforts in East Asia* in *WTO & EAST ASIA: NEW PERSPECTIVES* 423, 433 (M. Matsushita & D. Ahn eds., 2004).

⁵³ 聴衆やメディアによる影響への懸念に対して否定的な見解として、例えば、Mercurio & Laforgia, *supra* note 15, at 504-05.

⁵⁴ 上級委員会の判断の中には、政治的な配慮から導かれたと推測されるものも少なくない。See e.g., A. E. Appleton, *Shrimp/Turtle: Untangling the Nets*, 2(3) *J. INT'L ECON. L.* 477, 495 (1999).

⁵⁵ 過程の正統性を向上させる試みが、結果の正統性に大きく負の影響を与えることがあれば、その試みもまた、妥当とはいえない。この点につき、EUにおける過程の正統性と結果の正統性の抵触を議論するものとして、see, e.g., S. Weatherill, *Competence and Legitimacy* in *THE OUTER LIMITS OF EUROPEAN UNION LAW* 17, 25-27 (C. Barnard & O. Odudu eds., 2009).

NGOの参加を万能薬のように捉える傾向も見られるが⁵⁶、正統性の充足の手段は必ずしもNGOの公衆参加の促進である必要はなく、例えば、他の国際機関との協調体制の充実や⁵⁷、WTO内に非貿易関連事項を扱う機関の設置等⁵⁸、結果の正統性の向上を図る取り組みや、加盟国の国内での政策決定における民主的プロセスの強化等⁵⁹、多面的に過程の正統性を向上させる方法も考えられる。

他方で、NGOの参加が全面的に否定されるわけでもない。上記のNGOの公衆参加に懐疑的な見解も、手続の公開によるメリットを否定するものではなく、デメリットがそれを上回る可能性を指摘するものである。いわば、中途半端な公衆参加や統制のとれていない参加が問題視されるのである⁶⁰。よって、それらデメリットの解消が優先事項になるであろう。例えば、手続が公開されることによる恩恵が先進国の市民やNGOに偏重しないことを確保すること⁶¹、あるいは、手続の公開が紛争解決制度の独立性を侵害しない程度に実施されることが望まれる。後者については上級委員会も、手続の公開が独立性を侵害してはならないと認識しているものと思われる。実際上級委員会は、米国/カナダ・譲許停止事件において、「上級委員会の権能は、その司法的な機能の行使及び廉潔性（integrity）を損なうような場合には、秘密性は——上級委員会ですえ——解除しえないとの制約に服することに同意する」と述べている⁶²。かかる判断に依拠すれば、独立性を妨げる事態に対しては、職権により公開を終了させることができるとするのが上級委員会の意向と理解される⁶³。

⁵⁶ この点は、関根豪政「書評：Yves Bonzon, Public Participation and Legitimacy in the WTO」日本国際経済法学会年報第24号（2015年）201頁参照。

⁵⁷ 例えば、DSU第13条を根拠に、パネルはWTO以外の国際機関等と協議することができる（Perezは他の国際機関と「協議すべき」と主張する。See, Perez, *supra* note 37, at 157）。他方で、NGOの助言や協議をDSU第13条に基づいて要請できるか（要請していないアマカス・ブリーフの受理の問題とは別に）は定かではない。See, van den Bossche, *supra* note 50, at 334.

⁵⁸ Guzmanは、既存の貿易中心的なWTOの各組織に、非貿易的事項に関心を有する者の参加を促すのではなく、非貿易的な事項を専門的に扱う組織を設置することの有益性を主張する。Guzman, *supra* note 36, at 332-33.

⁵⁹ 米谷・前掲注19、208-13頁。Durling & Hardinは、アマカス・ブリーフが、加盟国の意見書に添付される場合の方が、パネルや上級委員会が考慮しやすい傾向があると指摘する（J. Durling & D. Hardin, *Amicus Curiae Participation in WTO Dispute Settlement: Reflections on the Past Decade*, in KEY ISSUES IN WTO DISPUTE SETTLEMENT: THE FIRST TEN YEARS 221, 225 (R. Yerxa & B. Wilson eds., 2005)）。NGOの観点からも、直接パネルにアマカス・ブリーフを提出するよりも、加盟国の意見書に添付させる方が、当該加盟国の政策が民主主義的な裏付けが強いことの証左となり、有益とも考えられる（他方で、このことについては、NGOが政府の山びことしての機能に成り下がるとする批判もある。See, J. Dunoff, *The WTO's Legitimacy Crisis: Reflection on the Law and Politics of WTO Dispute Resolution*, 13 AM. REV. INT'L ARB. 197, 203 (2002)。

⁶⁰ United Nations, *UN System and Civil Society – An Inventory and Analysis of Practices: Background Paper for the Secretary-General's Panel of Eminent Persons on United Nations Relations with Civil Society 2* (2003)。

⁶¹ NGOの見解を精緻化するために、NGO自身で組織間の見解の調整の必要性を説く主張として、J. A. Lacarte, *Transparency, Public Debate and Participation by NGOs in the WTO: A WTO Perspective*, 7(3) J. INT'L ECON. L. 683, 685 (2004)。

⁶² US/Canada – Continued Suspension AB Report, *supra* note 2, Annex IV, ¶ 8. See also, Australia – Apples AB Report, *supra* note 13, Annex III, ¶ 4.

⁶³ 他方で、上級委員会は、秘密性の欠如により上級委員会手続の廉潔性、公平性、独立性が侵害されるとの懸念は、紛争当事国の共同申請を受けて、上級委員会が口頭審理における陳述の秘密性の解除を許可した場合には発生しないと付言している。US/Canada – Continued Suspension AB Report, *id.*

4. 手続公開に関する法的議論の限界と立法的対応

このように、過程の正統性の向上への要請が高まっている状況下で、パネル及び上級委員会は、手続の公開について立法的解決を待つことなく、DSUの解釈を通じて認めてきた（本稿第2章参照）。それでは、公開を現行のDSUの解釈を通じて許容する現状は望ましいといえるのか。ここでは、DSUの解釈を通じた手続の公開に内在する問題と、それを踏まえた立法的な解決に向けた取り組みを概観する。

(1) 現在のパネル及び上級委員会の解釈に内在する問題点

まず、解釈の問題であるが、条文を見ても明らかのように、パネルや上級委員会の会合の公開を明示的に許容する規定は存在していない。むしろ、DSUは、原則的には非公開とし、例外的に秘密を緩和する規定を設けている。よって、パネル及び上級委員会はこれらの例外的な規定等を手掛かりに手続の公開を認めてきたのである。パネル手続であれば、DSU第12条1項が当事国との協議を条件に付属書3から逸脱することを許容していること、そして、「小委員会の審議は、秘密とされる」とする第14条1項を踏まえて、パネルの審理が「審議」に含まれないことから、公開することが認められるとされた。上級委員会の手続であれば、「紛争当事国が自国の立場についての陳述を公開すること」を第18条2項が認めているのであれば、口頭審理を公開しても問題ないとするものである。これらはいわば、DSUが否定していないことを根拠に手続公開を認めているのであり、とりわけ上級委員会の口頭審理の公開に関する目的論的解釈⁶⁴の根拠は盤石とまではいえない⁶⁵。

このような解釈の法的根拠を補強するために、上級委員会は、次の二つの点に触れる。第一に、紛争当事国の同意を公開の前提とする⁶⁶（パネルも同様⁶⁷）。これは、WTO紛争解決手続の目的が紛争当事国での解決を目指すものであり⁶⁸、ゆえに、紛争当事国の意思が尊重されるべきとするという点から正当化される。よって、パネル及び上級委員会が、手続の公開が利益をもたらすと考えたとしても、当事国の合意や要請がなければ、手続は公開されないことになる。

パネル及び上級委員会のかかる姿勢は、WTOの紛争解決手続が「裁判と調停の両方の特徴を併せもつ」とする従来の性質論を反映する⁶⁹。パネルの会合等が公開され、紛争当事者以外が手続に介入することになれば、WTO協定の解釈が公共的な利益をもたらすことが期待される一方で、その反射的效果として、当事国での内部的な解決を困難にすることが考えられ、調停的な性格を薄めることになる。しかし、公開の前提として、パネルや上級委員会が会合等の公開に当事国の合意を求めたことは、紛争当事国が受け入れ可能な解決を実現させるうえで有

⁶⁴ Ehring, *supra* note 18, at 1029.

⁶⁵ パネルや上級委員会の会合や口頭審理の公開については、法的根拠は明確であるとする主張もある。See, e.g., van den Bossche, *supra* note 50, at 330.

⁶⁶ US/Canada – Continued Suspension AB Report, *supra* note 2, Annex IV, ¶¶ 7 & 8.

⁶⁷ US – Continued Suspension Panel Report, *supra* note 1, ¶ 7.44; Canada – Continued Suspension Panel Report, *supra* note 1, ¶ 7.42.

⁶⁸ DSU第3.7条。

⁶⁹ 岩沢雄司『WTOの紛争処理』（三省堂、1995年）211頁。奥脇直也「国際調停制度の現代的展開」立教法学50号（1998年）76–77頁。

益（あるいは、害をもたらさない）か否かを自己判断する機会を与えることになるのであり、これは調停的な性格を強めることになる。このように、手続の公開を紛争当事国の合意を前提としたことは、パネル及び上級委員会が——パネルについては、DSU第12条1項が当事国との協議を前提としていることから必然的な帰結ではあるが——WTOの紛争解決手続のさらなる司法化に慎重な様子を示している。

第二に、上級委員会は、手続の公開をパネル及び上級委員会による自律性の一環として捉えることにより、根拠を補強する。上級委員会の口頭審理の手続はDSUに規定されているのではなく、DSU第17.9条を根拠とした検討手続に規定されている⁷⁰。このことを受け、米国/カナダ・譲許停止事件の上級委員会は、口頭審理の実施と運営は上級委員会の権限下にある（*compétence de la compétence*の理論）とし、秘密性の解除を許容することを含めた口頭審理を実施するうえでの管理権限が（それが第三国の利益または上訴手続の廉潔性（*integrity*）に悪影響を及ぼさない限り）上級委員会にはあると述べている⁷¹。上級委員会は簡潔な説明にとどめるが、このDSU第17.9条のみを根拠に、手続の公開の決定は上級委員会の権限下にあると理解することは慎重になる必要がある。Weissは、上級委員会の「固有の権能（*inherent power*）」の行使は、その「必要性」が存在する場合に限定されると論じる⁷²。その上で、アミカス・ブリーフの受理について、それがなくとも自らの責務を果たすことができることから、その条件を満たさないと説く⁷³。かかる観点に基づくと、口頭審理の公開についても同様のことが指摘され、固有の権能は口頭審理の公開を正当化する説得力のある論拠とまでは断じがたい。

上記のうち、DSUの条文上の不透明性と固有の権能の行使の不必要性の二点を踏まえると、パネル及び上級委員会にとっては、会合の公開の是非についての判断を回避することも有効な選択肢であったことが分かる⁷⁴。すなわち、その点の判断に関しては、紛争解決機関や一般理事会をはじめとする他の政治的機関等に判断を委ねることも可能であった⁷⁵。もちろん、パネル及び上級委員会の会合の公開の可否は事例ごとに決定されるため、政治的なプロセスを経て、公開の問題に関するルールを制定することは妨げられていない⁷⁶。しかし、Roesslerが指摘するように、政治的な場における決定が存在しない状況で、他の代替的な場（司法的な場）で一定の判断が示されると、それが政治的な場における決定を先占（*pre-empt*）することが危惧され

⁷⁰ Rule 27 of Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/6 (Aug. 16, 2010).

⁷¹ US/Canada – Continued Suspension AB Report, *supra* note 2, Annex IV, ¶7. 同様の考え方は、アミカス・ブリーフの受理の際にも用いられた。See, US – Lead and Bismuth II AB Report, *supra* note 20, ¶39.

⁷² F. Weiss, *Inherent Powers of National and International Courts*, in *THE WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM 1995–2003* 177, 178 (F. Ortino & E.-U. Petersmann, eds., 2004).

⁷³ *Id.*, at 189. 加えて、Weissは上級委員会の法的分析の完遂の問題（パネルの分析がない状態での上級委員会による検討）についても疑問を呈している。See also, L. Bartels, *The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism*, 53 *INT'L & COMP. L. Q.* 861, 885 (2004). 反対に、上級委員会によるDSU第17.9条の解釈に肯定的な立場を示すものとして、Howse, *supra* note 47, at 499–504.

⁷⁴ 市民社会の参加のような問題については、パネルや上級委員会が判断を示すのを抑制すべきとする見解として、Dunoff, *supra* note 59, at 205–07（論文内では主にアミカス・ブリーフの受理の問題が議論されている）。

⁷⁵ DSU第17条9項は、「上級委員会は、紛争解決機関の議長及び事務局長と協議の上、検討手続を作成」と規定されており、上級委員会のみが口頭審理等の実施を管理する権限があるとは言い切れない。

⁷⁶ US – Continued Suspension Panel Report, *supra* note 1, ¶7.52; Canada – Continued Suspension Panel Report, *supra* note 1, ¶7.50.

る⁷⁷。パネル及び上級委員会が会合の公開を認めたことは、WTO加盟国の政治的な合意を選択せず、事実上新たなルールを策定した面があることは否めない⁷⁸。

(2) 立法的対応：DSU改正交渉の現状

以上のように、パネル及び上級委員会の解釈は、不合理とまではいえないものの、問題がないわけでもない⁷⁹。やはり、理想的には、WTOの政治的な組織において加盟国間の合意を経て、立法的に明確化されることが望まれる⁸⁰。それでは、手続の公開に問題について、立法面ではどのような動向が見られたか。

手続の公開の議論は、上記のパネル及び上級委員会による判断が示される以前から、主にDSU改正交渉の中で行われており、各国は大きく3つの立場に分かれて議論してきた。第一が手続の公開を原則化する立場、第二が当事国の合意に服させる立場、第三が公開を全面的に否定する立場である。

パネルの会合の公開を強く提案してきたのが米国であった⁸¹。米国は「すべての実質的な合意を公衆は傍聴できるようにDSUは規定すべき」⁸²と提案し、秘密の情報を除いて公開することを求めてきた。EUも同様に、会合の公開に対して肯定的といえるが⁸³、米国とは異なり、「非公開とされることが紛争の解決に資すると紛争当事国の一方が考えるのであれば、手続の非公開性を維持することはアプリアリには排除されない」と、当事国の意思で決定できることを前提とする立場を示していた⁸⁴。その他、会合の公開の原則化に同調的であったのがカナダであるが、同国の提案は、当事国による決定の可能性については曖昧な内容であった⁸⁵。他方で、公開について否定的な立場、あるいは懸念を示してきたのが、インド⁸⁶、マレーシア⁸⁷、チリ⁸⁸、

⁷⁷ F. Roessler, *The Institutional Balance between the Judicial and the Political Organs for the WTO*, in *NEW DIRECTIONS IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW: ESSAYS IN HONOUR OF JOHN. H. JACKSON* 325, 342 (M. Bronckers & R. Quick eds., 2000).

⁷⁸ 上級委員会によるある程度のルール形成は不可避とする見解として、松下満雄「WTO上級委員会案件審議の問題点」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅰ』（法律文化社、2013年）、193頁。

⁷⁹ パネルの会合の公開については、条文からも公開を認めるように解することができるが、上級委員会における手続の公開の可否が定かではない状況下では、判断を避けることも考えられた。

⁸⁰ DSUの改正を不要（改正できればより望ましいが）とする立場として、A. L. Stoler, *Enhancing the Operation of the WTO Panel Process and Appellate Review: Lessons from Experience and a Focus on Transparency*, in *THE WTO: GOVERNANCE, DISPUTE SETTLEMENT & DEVELOPING COUNTRIES* 525, 532 (M. E. Janow et al, eds., 2009).

⁸¹ See, e.g., Dispute Settlement Body, *Communication from the United States*, TN/DS/W/13 (Aug. 22, 2002).

⁸² *Id.* at 2.

⁸³ ただし、EUが肯定的な立場をとるようになったのは、2002年頃以降である。小林・前掲注5、12-13頁。

⁸⁴ Dispute Settlement Body, *Communication from the European Communities*, 6, TN/DS/W/1 (Mar. 13, 2002).

⁸⁵ Dispute Settlement Body, *Communication from Canada*, 5-6, TN/DS/W/41 (Mar. 14, 2003) [hereinafter TN/DS/W/41].

⁸⁶ Dispute Settlement Body, *Minutes of Meeting*, ¶ 34, TN/DS/M/4 (Nov. 6, 2002) [hereinafter TN/DS/M/4].

⁸⁷ *Id.* ¶ 28.

⁸⁸ *Id.* ¶ 29.

ブラジル⁸⁹、台湾⁹⁰といった途上国⁹¹と、いくつかの先進国⁹²であった。

そのような中で、2008年に紛争解決機関（DSB）特別会合の議長が策定した議長草案（以下、2008年議長草案）は⁹³、パネル及び上級委員会の手続公開の議論に関して新しい段階に入ったと捉えられる⁹⁴。同草案は、DSUの第18条に3項を追加し、そこにおいて、パネル、上級委員会そして仲裁人の実質的な会合は各々、公衆の傍聴のために公開されると記述する⁹⁵。また、それにあわせて、附属書3第2項の内容が削除の対象とされている⁹⁶。ただし、それらは括弧なしで記載するほど十分に見解が収斂していないとの理由から⁹⁷、括弧つきで記載されている。

2008年議長草案は、会合の公開に関して“shall be open for the public to observe”と強い表現を用いており、また、公開に関して紛争当事国の意思が反映されない自動公開を前提とした内容となっている。それもそのはずで、当該条文案は、手続公開を最も推奨している米国提案⁹⁸を基礎としているのである。これについては議長も、一部の加盟国は、公開それ自体に反対していなくとも、提案されているシステムティックな会合の公開の有益性と適切性については留保を示していると付記している⁹⁹。

その後、会合の公開に関しては2008年議長草案を基礎に交渉が進められており、焦点は自動的な公開とするのか、加盟国の合意に基づいたケースバイケースでの対応を認める柔軟な制度とするのかが中心となっている¹⁰⁰。しかし、現時点では、この点についての合意が形成されていない状況にある¹⁰¹。

⁸⁹ *Id.* ¶ 38.

⁹⁰ Dispute Settlement Body, *Communication from the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu*, 1–2, TN/DS/W/25 (Nov. 27, 2002).

⁹¹ Dispute Settlement Body, *Proposal by the African Group*, 7, TN/DS/W/15 (Sep. 25, 2002).

⁹² 例えば、ノルウェー、韓国。TN/DS/M/4, *supra* note 86, ¶¶ 31 & 48.

⁹³ Dispute Settlement Body, *Report by the Chairman, Report by the Chairman*, JOB(08)/81 (July 18, 2008), reproduced as Annex A of Dispute Settlement Body, *Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborio Soto, to the Trade Negotiations Committee*, TN/DS/25 (Apr. 21, 2011) [hereinafter TN/DS/25].

⁹⁴ なお、2003年の議長提案では、会合の公開に関する条文改正案は提示されていなかった。See, Dispute Settlement Body, *Report by the Chairman, Ambassador Péter Balás, to the Trade Negotiations Committee*, TN/DS/9 (June 6, 2003).

⁹⁵ TN/DS/25, *supra* note 93, at A-13. 議長案では、第18条3項の一部として、以下のような記述の追加が提案されている（原文中の網掛け表記は通常の表記に変更。角括弧はさらなる作業等を要することを示す）。

[Each substantive meeting with the parties of a panel, the Appellate Body, or an arbitrator, and each meeting of a panel or arbitrator with an expert, shall be open for the public to observe^g, except for any portion dealing with strictly confidential information [submitted in accordance with the procedures referred to in paragraph 3.]]

^g The expression “observe” does not require physical presence in the meeting.

⁹⁶ *Id.*, at A-20.

⁹⁷ *Id.*, at A-3.

⁹⁸ Dispute Settlement Body, *Communication from the United States*, TN/DS/W/86 (Apr. 21, 2006), at 1–2.

⁹⁹ TN/DS/25, *supra* note 93, at A-37.

¹⁰⁰ Dispute Settlement Body, *Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborio Soto, to the Trade Negotiations Committee*, 7 & 18, TN/DS/26 (Jan. 30, 2015).

¹⁰¹ 2015年8月の議長レポートでは、パネル会合の公衆への公開は繊細な問題であり、漸進的なアプローチが望ましいと提案されていることを踏まえ、柔軟な解決を模索するために更なる検討を続ける旨が示されている。WTO, *Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborio Soto*, ¶ 3.19 TN/DS/27 (Aug. 6, 2015).

5. FTA 紛争解決制度における手続の公開

(1) WTOの指針としてのFTA

以上のように、DSU改正交渉は——おおよその方向性は見られるものの——結論を見出すに至っていないのだが、WTOにおける立法上の困難性に対しては、FTAにおいて対応されていると捉えることもできる。

WTO交渉では様々な論点が包含され、一括受諾方式であることも相まって、交渉が非常に複雑に絡み合っている状況にある¹⁰²。そのため、一つの論点についてある程度の合意ができていても、交渉戦略等の理由からその論点に合意しない加盟国が存在することも考えられる。その場合には、WTOでは合意できなくとも、FTAレベルで合意できる可能性もある。反対に、WTOにおける慣行が、ある加盟国にとって非常に受け入れがたいものであれば、当該加盟国は、多角的交渉では妥協したとしても、他の機会においてそれを強く拒絶することも考えられる。要するに、WTO加盟国が、WTOにおいて実現されていない、あるいは、修正を望む規則や解釈に対する立法的な対応としてFTAを利用することは当然に考えられる。換言すれば、WTOにおける立法機能を（不完全ながらも）FTAが代替する——それが望ましいか否かとは別に、事実として——ことが想定される。とりわけ、各国がWTOからFTAに重点を移しつつある現状では、なおさらそのような傾向が推測される。そうであるならば、WTO加盟国の紛争解決手続やDSUに対する見解は、WTOでの交渉のみならず、FTAにおける動向も踏まえる必要が生ずることになる。

FTAにおける動向の分析は、それがWTOにも影響を与えうるという観点からも重要視されるであろう。例えば、FTAにおける慣行が一般化することになれば、WTOのパネル及び上級委員会もそれを考慮することが必要になる可能性が高まる。さらに、後述するように、WTO交渉における加盟国の立場はFTAにおける動向と連動することが強く、FTAにおける慣行がWTO交渉でのロックインを生む可能性もある¹⁰³。これらはいずれも、FTAにおける動向がWTOに与える影響が軽微でないことを示唆する¹⁰⁴。そこで、本章では以下において、FTAの紛争解決手続における手続公開の状況について考察する。

もっとも、WTOの紛争解決手続とFTAにおけるそれとを単純比較することに問題がないわけではない¹⁰⁵。とりわけ、FTAにおける紛争解決手続は二国間（または複数国間）に限定された手続であるということに加え¹⁰⁶、FTAが政治的・外交的な意義をも有していることから¹⁰⁷、単純に、それぞれの制度を比較することは適切ではないともいえる。さらにいうと、FTAにおけ

¹⁰² DSU改正交渉はドーハ・ラウンド交渉の一括受諾方式の一部とは捉えられていないものの、他の交渉分野での状況は少なからず作用するであろう。

¹⁰³ 実際に、米国のFTAに定められている紛争解決手続の公開に関する規定が、WTO交渉における米国の主張の基礎となっている。後述第5章(2)参照。

¹⁰⁴ 当然、WTOにおける動向がFTAに影響を与えることもあり得る。実際に、北米自由貿易協定（以下、NAFTA）の規定の解釈が争われた仲裁では、アミカス・ブリーフの受理に際して、WTOの上級委員会の判断を考慮して検討が行われている。*Methanex Corporation v. United States of America*, Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as “Amici Curiae”, Jan. 15, 2001, ¶ 33.

¹⁰⁵ 小林・前掲注5、33頁。

¹⁰⁶ 小林・前掲注5、33頁。

¹⁰⁷ 渡辺頼純ほか『解説FTA・EPA交渉』（日本経済評論社、2007年）393頁。

る紛争解決手続が「調停」としての性質を色濃く有しているのであれば、より「司法制度」の性質が強いWTOにおける手続とは並列的には議論できないことになる。たしかに、あくまで二国間・複数国間の利益調整でしかないFTAの紛争解決制度は、より多数国間への波及効果の大きいWTOの同制度と比べて、相対的に調停的性質が強くなりやすいと考えられる¹⁰⁸。しかし、多くのFTAの締約国がWTOの紛争解決制度にかなり類似した制度を導入していることは、WTOのような紛争解決制度を通じた解決の有効性を支持しているがゆえの行動であり¹⁰⁹、基本的には同様に運用されることを期待していると理解するのが一般的であろう¹¹⁰。そこで本稿では、WTOとFTAにおける紛争解決制度は並列的に分析できるとの前提で議論を進め、必要に応じてWTOとFTAの紛争解決手続の相違を踏まえて検討することとしたい。

(2) 実際のFTAにおける状況

DSU改正交渉と同様に最も手続の公開に前向きと捉えられるのが、米国が一方当事者となっているFTAである。まず、米国が締結した協定では、協議の段階から公衆の意見を募集し、考慮すべきことを要求する規定が設けられることが多い¹¹¹。そして、パネル審理については、一貫して自動公開を原則とする¹¹²。例えば、米国・韓国FTA第22.10条1項は、「締約国は次の事項の確保のために手続に関するモデル規則を作成する」として、同項(b)号で「(f)号に従って、パネルのあらゆる審理は公衆に開放される」と規定する。(f)号では「秘密の情報の保護」のみが記載されているため、秘密の情報を保護する場合以外は、パネル審理は公開されることになる。また、意見書等の公開についても、同条(d)号は、「各締約国の意見書、書面にした口頭陳述及びパネルからの要請又は質問に対する書面による回答については、それらが提出された7日後以内に公衆が入手することができるようにされる」と規定し、意見書等についても、秘密の情報を保護する場合を除いて、自動的に公開されることになっている。米国は元来、国

¹⁰⁸ T. Sekine, *Financial Compensation in Trade Dispute Settlements: Can the Free Trade Agreement Experiment Be Successful?* 10(2) ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L. & POLY 465, 471-73 (2015).

¹⁰⁹ A. Porges, *Dispute Settlement*, in *PREFERENTIAL TRADE AGREEMENT POLICIES FOR DEVELOPMENT: A HANDBOOK* 467, 473 (J.-P. Chauffour & J.-C. Maur, eds., 2011).

¹¹⁰ Sekine, *supra* note 108, at 494-96. EU・韓国FTA附属書14-Aに記載される仲介 (mediation) や (詳細は、ジェトロ『EU韓国FTAの概要と解説』(ジェトロ、2011年) 100頁以下)、日本・シンガポールFTAにおける特別協議 (第140条) のように、WTOとは異なる手続で解決を図りたいのであれば、そのために手続を修正ないし追加することもできるので、WTOに類似した手続を設けることは、やはりWTOと同様に運用されることが期待されていると理解できる。

¹¹¹ 米国・韓国FTA第22.7条2項、米国・豪州FTA第21.5条4項、米国・シンガポールFTA第20.4条2項(b)号等。これらの協定では、協議の要請後又は受理後すぐに、各締約国に公衆の見解を募集・検討する義務が課されている。なお、すべての協定で当該規定が設けられているわけではなく、他には、米国・オマーン第20.5条3項、米国・バーレーンFTA第19.5条3項、米国・モロッコFTA第20.5条4項が同様の規定を設ける。そのような規定を設けていない協定の例としては、米国・ペルーTPA、米国・チリFTA等がある。さらに、共同委員会に関する規定の中でも、公衆の見解を考慮することの重要性を確認する規定が設けられることもある。例えば、米国・豪州FTA第21.1条6項。

¹¹² ただし、WTO成立前に締結された協定では、手続は非公開とされている。例えば、NAFTA第2012条1項(b)号。See also, *Methanex v. United States of America*, *supra* note 104, ¶42 (もともと、その後の動向については、J. Nakagawa & D. Magraw, *Introduction: Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement* in *TRANSPARENCY IN INTERNATIONAL TRADE & INVESTMENT DISPUTE SETTLEMENT* 1, 4 (J. Nakagawa ed., 2012) 参照)。

内法において、自らの意見書等について公開することを基本とし¹¹³、さらに、紛争の他の当事国に対しては、パネル又は上級委員会に提出した文書を米国が公開することの許可を要請するか¹¹⁴、秘密の情報を含まない意見書等の要約を提供することを求めた上でそれを公開することを定めているが¹¹⁵、FTAはさらに進んで、紛争当事国の諸文書が、提出後に自動的に公開されることを標準化したことになる。

もっとも、米国が締結したFTAにおいて、紛争当事国が秘密の情報以外を非公開へと修正できるかは定かではない。先で挙げた米国・韓国FTAは、第22.10条2項において、「締約国が別段の決定を行う場合を除くほか、パネルは手続に関するモデル規則に従う」とするため、一見すると、締約国の合意によりモデル規則に規定されるパネル審理は非公開にできると理解できる。しかし、パネル審理の公開はモデル規則ではなく、FTAそれ自体の規定(第22.10条1項)として設けられているため、当事国の合意があったとしても(あるいは、当事国の合意のみで)、当該既定の内容から逸脱できるかは必ずしも条文からは明確ではない¹¹⁶。

現実的には、米国が締結したFTAでは米国が一方紛争当事国となる以上、紛争当事国の合意による会合の非公開は想定しがたい¹¹⁷。しかし、紛争当事国の合意による非公開の可否は、WTOにおける手続の公開を考えた場合には重要な意味を持つ。先で述べた、WTOに提出されている米国提案はFTAにおける実例に類似しており、2008年議長草案も米国提案を基礎にしている¹¹⁸。したがって、米国が締結したFTAが、紛争当事国の合意があっても秘密の情報以外については非公開としないことを想定しているのであれば、WTOにおける手続公開もそれを含意することになる。残念ながら、米国のFTAからはその点は確定的には読み取れず、また、実際の紛争でも、合意に基づいて手続が完全に非公開になる事態は想定しづらい¹¹⁹。

なお、WTOのDSU交渉における米国提案では、附属書3の修正ではなくDSU第18条に3項を追加することが主張されていることから、すくなくともDSU第12条1項は効果が及ばないことになる¹²⁰。となると、秘密の情報が扱われる場合を除いて、紛争当事国の合意で非公開と

¹¹³ Uruguay Round Trade Agreements Act of 1994, 19 U.S.C § 3537(c)(1).

¹¹⁴ *Id.* § 3537(c)(2).

¹¹⁵ *Id.* § 3537(d).

¹¹⁶ 協定によっては、当事国はモデル規則の変更を認める条文が設けられている(例えば米国・ペルーFTA第21.10条3項)。なお、この点につき、カナダが韓国と締結したFTAでは、紛争当事国の合意に服することが明示されており(第21.8条2項及び附属書21-C第25規則)、当事国の合意で非公開とできることがより明らかにされている。

¹¹⁷ CAFTA-DRにおいては、紛争当事国が合意によって手続に関するモデル規則から逸脱することが認められているので(CAFTA-DR第20.10条2項)、米国が当事国でない場合に手続が公開されない可能性は、理論上は存在する。

¹¹⁸ 前掲注93及び98参照。

¹¹⁹ 実際に、グアテマラの労働法の執行の不十分性を争ったCAFTA-DRの仲裁パネルでは、審理がウェブを通じて生放送された。*In the Matter of Guatemala – Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR*, <http://oficinaresponsable.mineco.gob.gt/audiencia/> (last visited Mar. 16, 2016). See also, S. Plagakis, *Webcasting: A Tool to Increase Transparency in Judicial Proceedings in TRANSPARENCY IN INTERNATIONAL TRADE & INVESTMENT DISPUTE SETTLEMENT* 84, 110-111 (J. Nakagawa ed., 2012)

¹²⁰ それに対して、カナダのDSU交渉における提案では、パネルの公開についてDSUの附属書3の改正を提案しており、そこに米国提案との相違が確認される(ただし、上級委員会会合については第17条の改正を提案している)。TN/DS/W/41, *supra* note 85, at 17-18.

することが不可能と理解されることになる。この改正案は、紛争当事国の意思が、手続の公開の利益に劣位することを示唆する。

このように、米国のFTAは紛争解決手続の公開に積極的であり、また、それに基礎づけられたWTOのDSU交渉でも、公開が強く勧められている。米国のFTA規定やDSU改正交渉での提案は、国際的な貿易紛争解決手続の司法化を一層進めることになるであろう。

自動公開を含意する米国のFTAに対して、EUをはじめとする多くの協定は、パネル審理を公開することを原則としつつも、当事国に選択権を与えることを明示する。例えば、EU・カナダCETA附属書29-A第38規則では、「締約国が別段の決定を行う場合を除くほか、仲裁パネルの審理は公開される」と規定されている¹²¹。米国のFTAとは異なり、秘密の情報が含まれないような場合であっても、当事国の意思により非公開にできることが明白な規定となっている。同様の規定は主にEFTAの最近の協定やカナダの協定¹²²にも見られる。原則公開としつつも、締約国の合意による非公開を可能とする協定の例としては、Box 1を参照されたい。

これらとは対照的に、原則、審理手続を非公開としつつ、当事国が合意すれば公開を認めることを規定する協定も少なくない。表面的には、当事国の意思で修正できるという点で、「原則公開・当事国の意思で非公開」とする場合と類似するのだが、ここでは「公開の合意」を実現しない限り公開されないので、紛争当事国の一方が単独で公開を拒めるという点で、上記の「原則公開・合意で非公開」とは異なる。最近の協定を除くEFTAの協定、豪州、中国が締結した協定にこの傾向が強い¹²³。

そして、審理手続の公開を認めていないと読み取れる協定の例としては、日本¹²⁴、シンガポール、インド、ASEAN、タイといったアジアの協定が挙げられる。これらの協定では、合意で修正が可能な範囲に手続の公開に関する規定が含まれていないか¹²⁵、当事国による合意で手続

¹²¹ ただし、EUが締結した協定であっても、初期の協定であるEU・チリFTAは手続を原則非公開としている（第189条3項及び附属書XV、第23規則）。なお、2000年以前の協定では、外交型の紛争解決モデルと称される形態の手続が一般的であったが（この点につき、I. Garcia Bercero, *Dispute Settlement in European Union Free Trade Agreements: Lessons Learned?* in REGIONAL TRADE AGREEMENTS & THE WTO LEGAL SYSTEM 383, 384-93 (L. Bartels & F. Ortino eds., 2006) 参照）、最近は紛争解決メカニズムに関する議定書が採択されており、そこではWTOをモデルとした準司法的モデルが採用され、さらに、パネル審理が原則公開で合意により非公開とする形式が採用されている。例えば、*Protocol between the European Union and the Republic of Tunisia establishing a Dispute Settlement Mechanism applicable to disputes under the trade provisions of the Euro-Mediterranean Agreement establishing an association between the European Community and its Member States, of the one part, and the Republic of Tunisia, of the other part*, 2010 O.J. (L 40) 76.

¹²² このことから、WTOのDSU改正交渉においても、カナダは当事国の合意によって公開・非公開の変更を是認する立場と推測される。

¹²³ これらの協定においても、合意によって公開とすることができるか否かについて読み取りづらいものもある。例えば、中国・ペルーFTA第181条。

¹²⁴ 日本・インドEPA（第138条2項）等。例外は、日本・豪州EPA、日本・スイスEPA等。前者では、仲裁裁判の会合は原則非公開とされつつも、両締約国の合意で修正できることが明記されており（第19.9条1項）、後者では、いずれかの締約国が異議を申し立てない限り口頭陳述は公開されると規定されている（第143条2項）。

¹²⁵ 例えば、中国・シンガポールFTA第99条5項では、当事国の合意によって、仲裁裁判所の手続規則を定める附属書7から逸脱することが認められているが、仲裁裁判所の会合が非公開とする規定は協定第99条1項に記載されているため、第5項の効力は会合の非公開性については及ばないと解される（ただし、第92条を根拠に第99条1項から逸脱する余地もある）。

を公開することができるのか否かに関して明記されていないため、公開可能かが不透明な状態にある。ただし、後者のような、公開の可否について触れない協定であっても、意見書等を自ら公開することを認める規定を設けている例は多い¹²⁶。その場合、米国/カナダ・譲許停止事件における上級委員会と同様の論理——「自国の立場についての陳述」の秘密性を自ら解除することが許容されているのであれば、紛争当事国による口頭審理の公開の要請も是認される¹²⁷——により、会合を公開する途は開かれているといえる。

Box 1：各FTAにおける紛争解決手続の公開の状況

審理を原則公開としつつ、当事国の合意により非公開とすることが可能な協定の例

- EU・カナダFTA、EU・ウクライナDCFTA、EU・グルジアDCFTA、EU・シンガポールFTA等、EUが締結したFTA
- EFTA・ボスニアヘルツェゴビナFTA、EFTA・中米FTA、EFTA・ペルーFTA等、EFTAの最近の協定
- カナダ・韓国FTA、カナダ・ペルーFTA、カナダ・ホンジュラスFTA
- 豪州・チリFTA、韓国・ニュージーランドFTA
- コスタリカ・ペルーFTA、コロンビア・カナダFTA
- チリ・マレーシアFTA

原則・非公開、当事国が合意すれば公開

- EFTA・湾岸協力理事会（GCC）FTA、カナダ・EFTAFTA、EFTA・メキシコFTA
- 日本・豪州EPA、韓国・豪州FTA、シンガポール・豪州FTA、マレーシア・豪州FTA、ASEAN・豪州・ニュージーランドFTA
- 香港・ニュージーランドCEP、環太平洋戦略的経済連携協定（P4）
- 韓国・ペルーFTA、韓国・インドFTA、韓国・チリFTA、韓国・シンガポールFTA
- 中国・韓国FTA、中国・豪州FTA、スイス・中国FTA、アイスランド・中国FTA、中国・コスタリカFTA、中国・ペルーFTA、パキスタン・中国FTA、チリ・中国FTA
- パナマ・ペルーFTA、台湾・シンガポール経済パートナーシップ協定（ASTEP）、シンガポール・GCCFTA
- インド・マレーシアCECA、チリ・インドPTA、チリ・トルコFTA

非公開（合意で公開可能かは不明確）

- 日本の協定（日本・豪州EPA等の一部を除く）
- EFTA・シンガポールFTA、ニュージーランド・シンガポールCEP¹²⁸
- EFTA・韓国FTA、ASEAN・韓国FTA
- ASEAN・中国FTA、中国・シンガポールFTA
- タイ・ニュージーランドCEP、タイ・豪州FTA、タイ・ペルーFTA
- インド・シンガポールFTA、MERCOSUR・インドTPA、ASEAN・インドFTA
- カナダ・コスタリカFTA、カナダ・チリFTA¹²⁹

¹²⁶ 例えば、日本・インドEPA第138条3項、タイ・ニュージーランドCEP第17.7条2項。

¹²⁷ 本稿第2章参照。

¹²⁸ ただし、ニュージーランド、シンガポールの双方が加盟しているP4では、「原則非公開・紛争当事国の合意により公開」となっている。

¹²⁹ カナダ・コスタリカFTA及びカナダ・チリFTAはともに、協定上は非公開とされているが、適宜、手続のモデル規則の改正を行うことを認める規定が設けられている（カナダ・コスタリカFTA第XIII.12条2項、カナダ・チリFTA第N2条2項）。

なお、これらとは別に、会合等の公開については協定に定めを設けず、紛争当事国や紛争解決機関の判断に委ねる場合も存在する。例えば、中国・ニュージーランドFTAでは、協定本文には会合等の公開に関して特段規定が設けられていないため、公開の可否は、仲裁裁判所 (arbitral tribunal) の裁量や当事国の意思 (合意) に基づいて定められる仲裁ごとの手続規則 (rules of procedure) で決定されることになると予想される¹³⁰。あるいは、ニュージーランドと台湾の間の経済協力協定 (ANZTEC) では、公開についての原則的な規定を設けずに、紛争の両当事国が公開を決定できると規定する形式が採用されている¹³¹。

最後に、環太平洋パートナーシップ (Trans-Pacific Partnership) 協定 (以下、TPP協定) と環大西洋貿易投資パートナーシップ (Transatlantic Trade Investment Partnership、以下、TTIP) について触れる。TPP協定では¹³²、パネルにおける審理は原則として公衆に公開され、紛争当事国の合意により非公開とできる規定となっている¹³³。過去の米国の提案とは異なり、「紛争当事国が別段の合意をする場合は、この限りでない」との記述が、パネルの審理を公開とする記述と同一の条項に明示されており、紛争当事国の合意により非公開とできることが明らかで規定されている。なお、「紛争当事国」の合意とされていることから、紛争当事国以外が非公開を要請したとしても認められないことも明示され、複数国間協定における手続公開の面でも一定の指針を示したものとなっている¹³⁴。

TTIPについては、本稿執筆時点ではEUが米国側に提出した条文案が公表 (2015年1月公表分) されているのみであるが¹³⁵、そこでは、仲裁パネルの審理は手続規則 (附属書I) に別段の定めが設けられる場合を除いて公開されると規定されている¹³⁶。そして、手続規則案では、当事国の合意で公開を覆せることは明記されていない¹³⁷。よって、仮にこの提案通りに条文が確定すれば、当事国の合意で非公開とはできない (秘密の情報を除いて¹³⁸) 協定となるため、最終的にどのような規定となるか注目される。

(3) FTAにおける動向とWTOに与える影響

各国のFTAにおける手続の公開に関する動向に基づくと、次の二点が指摘できる。第一に、FTAにおいては、手続の公開は一般的に支持されているという水準まで達しているといえる。単純に数で考えた場合、現時点で締結されているFTAで、かつ、WTOと類似した準司法的な

¹³⁰ 第191条1項及び8項。

¹³¹ 附属書8、第21規則。

¹³² TPPの条文については、外務省、TPP協定 (和文) http://www.mofa.go.jp/mofaj/ila/et/page24_000581.html を参照 (2016年3月25日アクセス)。

¹³³ 第28.13条(b)号。

¹³⁴ 手続の公開または非公開の決定を当事国の合意に委ねる多くの複数国間FTAでは、「紛争当事国」の合意とされている。例えば、EFTA・GCC FTA第8.6条2項(d)号。

¹³⁵ European Commission, *EU Negotiating Texts in TTIP*, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230> (last visited Mar. 23, 2016)。

¹³⁶ 紛争解決章、第18条2項。

¹³⁷ 附属書I、第22規則からは、パネルの審理を完全非公開とする (開催時刻を公開しない場合が想定されているため) 可能性が読み取ることができ、紛争当事国の合意によってそのように決定できることが想定されているとも考えられる。

¹³⁸ 附属書I、第34規則。

紛争解決手続を保有する協定の大半は、手続の公開が可能な状況にあり、多数派を形成している。上述したように、米国のFTAは自動公開とも理解でき、また、「原則公開・当事国の合意で非公開」とするEU、カナダ、EFTA等の協定についても、合意が形成されない限り会合等は公開されることから、相当数の協定が公開を原則とする方針にある。よって、FTAで紛争が生じることになれば、多くの場合で審理が公開されることになる予想される¹³⁹。

たしかに、原則非公開とし、当事国の合意に基づいて公開を認める協定も数は少ないとはいえない。とりわけ、WTOにおける手続の公開に否定的な国の協定については、実際の紛争に直面した場合に、当該国が公開に合意することは想定し難いと考え、公開に否定的な協定の数も無視しえないことになる。ただし、その一方で、それらの国のFTAが公開を一切禁止とせずに、合意による公開の途を残していることは、今後の対応に含みを持たせているとも評価することができる。

また、非公開としている協定で、当事国の合意によって覆すことができるか否かが定かではない協定においても、DSUと同様に、自ら意見書を公開することを認める規定を設けていることは、WTOにおける解釈と同様、会合を公開する余地が残されていることを意味する¹⁴⁰。とりわけ、WTO紛争解決手続に沿った解釈を求めている協定においては¹⁴¹、前述した米国/カナダ・譲許停止事件のパネル及び上級委員会の解釈が、FTAにおいて取り込まれる可能性は高い。パネル（さらには上級委員会）が公開を認めた米国/カナダ・譲許停止事件以降に交渉が開始された（あるいは締結された）協定であればなおさらである¹⁴²。

第二に、手続の公開の可否について、紛争当事国の判断に委ねることを明記する協定が圧倒的多数といえる。米国とのFTAにおいて自動公開を定めた協定相手国も、他国との間の協定では、当事国の合意が重視されることをより明確に規定する傾向が強い。そのため、秘密の情報を扱わない場合においても、合意によって非公開とできないとする方式は、支持されているとは言い難い。よって、最低限、手続の公開は紛争当事国の意思に服させるとするのが一般的な認識といえる。

FTAの紛争解決手続において、手続の公開を締約国の合意に依拠させることが定着することは、WTOにおける実務もDSUの改正の方向も、紛争当事国の合意を前提とする形で展開されていく大きな根拠となりうる。たしかに、FTAにおける手続が「調停」的な性格が強いことに、合意が必要とされる根拠を求めることもできる。しかし、WTOの紛争解決手続も調停的要素を残しているものであり、ゆえに、WTOにおいても当事国の合意が重視される方式が標準とさ

¹³⁹ ただし、FTAにおける紛争解決手続では基本的には上訴制度がないことや、ブラジルやインド等、手続の公開に否定的な国が締結したFTAの例が少ないことから、限定的な結論しか導き出せないことも事実である。もっとも、第一審と上訴審とで手続の公開に関して、明確に区分して捉える議論や制度案はあまり見られない。

¹⁴⁰ Mercurio & Laforgia, *supra* note 15, at 496–97.

¹⁴¹ 例えば、日本・インドEPAは、「この協定及び適用可能な国際法の規則に従って裁定を下す」と規定することから（第137条1項(b)）、WTOにおけるDSUの解釈を踏まえて当該協定が解釈される余地を示す。より明確にこのことを示す協定としては、韓国・豪州FTA（第20.5条）等がある。See also, T. Sekine, *Judicial Dialogue between the WTO and PTA Dispute Settlement Bodies: Lessons from the Relationship between the CJEU and the EFTA Court under the EEA*, in *INTERNATIONAL ECONOMIC LAW: ASIA-PACIFIC PERSPECTIVES* 103, 120–22 (W.M. Choi ed. 2015).

¹⁴² 時系列にみると、公開の可能性を明示しない協定は、相対的に初期に締結された協定に集中している点も指摘しておきたい。

れる可能性は高く、また、多くの加盟国はそれを望むと推測される。

このように、FTAの動向を追うと、紛争当事国のコントロール下に置きつつも、手続の公開を認めていく傾向が強まっていくものと予想され、それはWTOにおける実行にも影響を及ぼしていく可能性が高い¹⁴³。しかし、FTAの紛争解決手続で公開が進められていくとしても、依然として、公開に伴う懸念が払拭できないのは事実である。すなわち、先で論じた、手続の公開が必ずしも適切に正統性を充足するとは限らないとの懸念である。現時点では、FTAにおける紛争解決制度は制定されてから日が浅いものが多く、また、手続の細部まで決定しきれていないものも多いため、今後の運用を注視していくことが必要と思われるが、その状況下においても、公開に伴う問題に対処しようとする萌芽的な動きは確認される。例えば、カナダ・ペルーFTAでは、パネルの審理が公衆の参加により阻害されることがないように、パネルと当事国は適切な設備調整や手続を採用すると規定されており¹⁴⁴、パネリストの独立性の維持も意識した規定が設けられている¹⁴⁵。あるいは、EU・シンガポールFTAは¹⁴⁶、傍聴室での録画や録音の禁止が明記されており、録画等された映像を悪用することの防止が図られている¹⁴⁷。同時に、同協定では、パネルに、自らのイニシアティブで審理を非公開とすることも認められている¹⁴⁸。このように、紛争解決手続の公開についての議論が深まるにつれ、最近の協定では徐々に細部を定める例も見られるようになっており、より適切な手続の公開が実現できるような試みが現れている¹⁴⁹。そしてこれらは、WTOにおける紛争解決制度のさらなる展開における考慮要素を提供することになるであろう¹⁵⁰。

6. むすび

本稿では、WTOの紛争解決手続の公開の承認が、DSU等の協定上の明文規定ではなく、パ

¹⁴³ 上級委員会がアミカス・ブリーフを受理することを認めたこと自体がすでに、国際的な紛争手続における透明性の拡大傾向に乗じたものであると指摘するものとして、J. E. Alvarez, *The Factors Driving and Constraining the Incorporation of International Law in WTO Adjudication*, in *The WTO: Governance, Dispute Settlement & Developing Countries* 611, 620 (M. E. Janow et al, eds., 2009). よって、FTAの動向もWTOに大きな影響を与えるであろう。ただし、Alvarezは他の国際機関における慣行を機械的に別の機関に移植させることに疑問を呈している。

¹⁴⁴ 附属書2109、第24規則。コロンビア・韓国FTA附属書20-B、第23規則も同様。

¹⁴⁵ カナダ・ペルーFTA附属書2109、第24規則では、パネルの審理を公開する上で適切とされる手段として、インターネットやテレビを通じた中継を例示している。

¹⁴⁶ 本稿では、執筆時に公開されている条文に沿った。European Commission, *EU-Singapore Free Trade Agreement, Authentic Text as of May 2015*, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961> (last visited Mar. 9, 2015)

¹⁴⁷ 附属書15-A、第32規則(c)号。

¹⁴⁸ 附属書15-A、第32規則第2段落。

¹⁴⁹ その他、手続の非公開を紛争当事国の合意に求めさせるとしても、それを合意のみで認めるのか、客観的な要因も要請すべきかとの点も論点になりうる。この点につき、EU・グルジアDCFTAは、締約国は合意に加えて、「客観的な事項に基づいて」パネルの審理の非公開を決定できると規定する（附属書XX、第22規則）。これもWTOにおける運用を検討する上で、有益な検討材料となるであろう。

¹⁵⁰ このような追加的な事項だけではなく、FTAの紛争解決制度が利用されるようになれば、「公開（open）」の意味（範囲）も明らかにされる可能性があり、それがWTO等を含めて多面的に影響を及ぼす可能性がある。チリによる「公開」の意味への疑問の提起は、see, TN/DS/M/4, *supra* note 86, ¶29.

ネル及び上級委員会の判断を経て発展してきた経緯を受け、その妥当性について検討した。その結果、得られた示唆は以下のとおりである。

まず、WTOのパネル及び上級委員会の会合が公開される根拠とされてきたDSU第12条、第17条、第18条等は、会合の公開を否定しないものの、公開を認める上での明確な根拠とは断定しきれない。パネルの会合の公開については、現行のDSU規定からも公開が認められるとも解されるが、パネル及び上級委員会の手続を一体で捉えたと、立法的に明確化されることが望まれる。

また、手続が公開されるべき（あるいは、市民参加が促されるべき）とする根拠としての正統性の欠如については、それがあがる程度は認められるとしても、NGOによる参加が欠如を充足する十全な手段とは言い切れない。むしろ、手続の単純な公開は、種々の問題を引き起こすことが懸念されるため、より精密な制度設計が必要と思われる。

しかしながら、手続の公開についてのルールや制度の整備が求められるとしても、目下のところ、ドーハ・ラウンド交渉の停滞もあり、立法（交渉）を通じた解決に大きな期待をかけるのは困難というのが現状である。そのような状況下で、各国はFTAにおいて立法的な対応を見せており、これがWTOに影響を与えるものと予想される。FTAの紛争解決制度をWTOのそれと単純比較することには慎重さを要するものの、FTAでは、WTOの交渉では感知しえない各国の見解も反映されることから、WTO加盟国の意向を汲む一つの材料となりうる。

各FTAにおける手続公開の問題の扱いからは、次の二点が指摘できる。第一に、手続の公開を認める方向で紛争解決手続が制定される傾向が強い。未だすべてのWTO加盟国がFTAを締結しているわけではないため、確定的な結論は下せないが、多くの協定が公開を認めていることは、WTOにおける議論に対してFTAが一定の立法的な回答を示しつつあると捉えることができる¹⁵¹。そして、第二に、公開の是非を紛争当事国に委ねる協定が多い。これらは、当事国の合意によるコントロールを残しつつ、公開することを是認する加盟国の意思を示している。依然として、手続の公開を認めないFTAも数は少なくないものの、他方で、完全に公開を否定する協定も少ないことから、公開の問題については将来的に柔軟に対応する余地を残そうとする意図が透けて見える。よって、原則公開とするか非公開とするかについては、見通しは定かではないものの、すくなくとも、紛争当事国の合意を基礎に、より公開されやすい環境へと発展していくと思われる。加えて、最近では、より精密な制度設計を試みる協定も散見され、これら実験的な取り組みもWTOやその他のFTAにおける運用をより発展させることになると思われる。

近年のFTAの紛争解決制度の増加と充実化に伴い、WTOとFTAの間で、紛争解決制度のネットワークが構築される土台が形成されつつある。本稿で考察した手続の公開の問題もそのネットワークの中で発展させることができる。すなわち、WTOにおける手続公開の法的な根拠の不完全性に対して、加盟国がFTAを通じて立法的に対応し、補完することによって、それがWTOに還元される仕組みである。このようなネットワークの構築にも未だ課題は存在するものの¹⁵²、WTOのみ、あるいはFTAのみでは適切に解決できない問題についても、双方の協調

¹⁵¹ もちろん、今後、手続の公開を認めない協定が増え、貿易紛争における公開・非公開についての実施が非統一な状態が生まれる可能性も否定できない。

¹⁵² 一つの懸念は、FTAでは締約国の力関係の格差により、大国に有利なルールが作成されることである。よっ

的な取り組みにより解決されることも考えられる。今後は、FTAにおける手続の公開が適切に運用され、WTOにおける紛争解決制度を補完することが期待される。

付記

本研究は科研費（基礎研究(c)：「国際貿易紛争処理制度の手続法的発展」、課題番号15K03142）の助成を受けたものである。

て、WTOで実現しきれていないルール形成を、単純にFTAで実現することは望ましくない。筆者はこの点についていくつかの論文で指摘してきた。関根豪政「EUの自由貿易協定（FTA）の特徴と影響：環境関連条項を中心に」日本EU学会年報33号（2013年）99頁以下、関根・前掲注34、197頁以下。他方で、WTOの不完全性をFTAが補完することは相互発展的と捉えられる。中規模ないし小規模の経済を有する国家同士の協定が増えていることや、複数国間協定が増加していることを踏まえると、大国が先取りのルール作成できる機会も減少しつつある。ゆえに、WTOとFTAの補完性を研究する土壌がより醸成されつつあるといえ、今後も継続的に注視していきたい。