

# WTO 法における命令法規と 裁量法規の理論に関する一考察

佐藤 弥 恵\*

- I はじめに
- II GATT パネル報告における as such 事案
- III WTO パネル・上級委員会報告における as such 事案
- IV 複合的性格の国内法に対する命令法規と裁量法規の理論の適用態様
- V WTO 法における命令法規と裁量法規の理論の有効性
- VI むすび

## I はじめに

命令法規と裁量法規の理論（以下、命令／裁量法規の理論と略す）とは、世界貿易機関を設立するマラケシュ協定（以下、WTO 設立協定と略す）附属書二「紛争解決に係る規則及び手続に関する了解（以下、紛争解決了解と略す）」に定められた紛争処理手続<sup>1)</sup>における、いわゆる as such 事案と呼ばれる申立ての中で、加盟国の国内法と WTO 法<sup>2)</sup>との整合性を判断する基準として確立された理論である。

WTO 法においては、加盟国の国内法規定は、個々の事例における具体的な適用なしに、それ自体で違反となり得るとされる。これは、もともと GATT において認められてきた原則が、WTO 設立協定 16 条 1 項<sup>3)</sup>より GATT の *acquis*<sup>4)</sup>

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 11 巻第 1 号 2012 年 3 月 ISSN 1347-0388

※ 日本学術振興会特別研究員 PD

1) 本稿で WTO 紛争処理手続という場合、WTO 設立協定附属書二に定められた紛争処理のメカニズムを指す。  
2) 本稿で WTO 法という場合、WTO 設立協定とその附属書（一 A、一 B、一 C、二、三及び四）全体を指す。

としてWTO法に継承されたものである<sup>5)</sup>。既にWTOパネル・上級委員会（以下、上級委と略す）も幾度も確認しており、確立した原則となっているが<sup>6)</sup>、特に現行WTO法上、これは、単にGATTの*acquis*としてのみではなく、WTO設立協定16条4項によって明確に認められた原則とされている<sup>7)</sup>。WTO設立協定16条4項は「加盟国は、自国の法令及び行政上の手続を附属書の協定に定める義務に適合したものとすることを確保する」と規定する。これにより、加盟国は自国の法令及び行政上の手続とWTO法との抵触をWTO設立協定発効時に解消しておくこと、及びそれを将来にわたり保障する義務を負っていることになる<sup>8)</sup>。この「国内法のWTO法整合義務」に基づき、WTO法と抵触する国内法は、その単なる存在事実によって違反とされ得るのである。従って、WTO加盟国は、法適用による具体的な違反措置がない場合でも、他国の国内法それ自体の整合性をWTO紛争処理手続に付託することができ、こうした申立ては、個々の具体的な法適用によって生じた措置に対する申立て（as applied）と区別して、as such事案と呼ばれる。As appliedによる申立ての場合、違反認定は、当該事案における具体的な適用措置に対してのみ及ぶため<sup>9)</sup>、将来にわたり一般的に、具体的な適用措置の根拠となった国内法それ自体が違反とされるわけではない。結果として、近年のゼロイング事件に見られるように（後述）、他の事例において、その適用は依然として行われる可能性がある。そこで、as such事案によつ

---

3) WTO設立協定16条1項：世界貿易機関は、(中略)1947年のガットの約国団及び1947年のガットの枠組みの中で設置された機関が従う決定、手続及び慣行を指針とする。

4) Panel Report, *US—Sections 301-310 of the Trade Act of 1974 (US—Section 301)*, WT/DS152/R, para. 7.41 & fn. 652. なお、以下では、既出のパネル・上級委員会報告については、WTOホームページ上に示されている報告書ナンバーのみを記す。

5) John H. Jackson, *Restructuring the GATT System* (1999), p. 72.

6) 例えば、Panel Reports, *Turkey—Restrictions on Imports and Clothing Products*, WT/DS34/R; *Argentina—Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparels and Other Items*, WT/DS56/R; *Canada—Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/R.

7) WT/DS152/R, para. 7.41.

8) Yves Nouvel, «Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC», *Annuaire Français du Droit International*, Vol. XLVIII (2002), p. 661.

9) Appellate Body (AB) Report, *Japan—Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, p. 14.

て国内法それ自体を違反認定することは、理論上は違反措置の根源を断つことを意味し、将来の紛争を予防することによりWTO法の目的達成に資すると評価されている<sup>10)</sup>。

このように、as such 事案はWTO法に明確な根拠条文を持ち、重要な意義が認められる。1947年GATT 23条1項によれば、WTO加盟国は、WTO法上の自国の利益が無効化または侵害されていると認める場合に、紛争処理手続に申立てることができる。すなわち、利益の無効化侵害の存在がWTO紛争処理手続への申立ての条件であるが、as such 事案は、一見すると申立国側の利益の無効化侵害を伴わない抽象的な訴訟とも見受けられる<sup>11)</sup>。そこで、なぜWTO法においてはas such 事案が認められるのか、まずその法的根拠を明らかにすることが必要であり、そのために、WTO法上の利益の無効化侵害の概念を理解することが重要となる。そして、国内法それ自体がWTO法違反となり得るとして、次に問題となるのは、どのような内容・性質の国内法がそれ自体で違反となるのかという点である。

以上の2点を論証するためには、as such 事案がGATTの*acquis*である以上、まずGATTのパネル報告の分析が必要となる(Ⅱ)。GATTパネルはas such 事案の法的根拠を論証し、これをGATTの目的を達成する上で不可欠なものとして位置付ける。そして、いかなる内容・性質の国内法がそれ自体でGATT違反となるのか、即ち国内法のGATT整合性の判断基準としてGATTパネルによって考案されたのが、命令法規と裁量法規の区別の理論(以下、命令／裁量法規の理論と略す)である。しかしながら、一連のGATTのパネル報告にみられる命令／裁量法規の理論の適用方法は、必ずしも国内法それ自体の整合性を正確に判断し得ないとして、as such 事案の意義・目的にそぐわないと指摘される。そこで、その問題点を明らかにした上で、GATTを継承・発展させたWTOのパネル・上級委報告のas such 事案における命令／裁量法規の理論の適用方法を検討

10) AB Report, *US—Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan (US—Corrosion)*, WT/DS244/AB/R, para. 82.

11) Yasuhei Taniguchi, “The WTO dispute settlement as Seen by a Proceduralist”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 42 (2009), pp. 12–14.

する(Ⅲ)。さらに、現行WTO法の枠内でどのようにas such事案はより正確に判断され国内法それ自体の整合性を確保し得るのかを、近年顕著になっているas such事案の特徴を踏まえた上で、そのパネル・上級委報告の分析を通して明らかにすることを試みる(Ⅳ)。そして最後に、以上の命令／裁量法規の理論の適用態様に鑑み、この理論自体が現行WTO法の枠内で有効か否かについて、検討を行うこととする(Ⅴ)。

本稿は、GATT/WTO法におけるas such事案に関するパネル・上級委報告を以上の流れに沿って分析・検討し、命令／裁量法規の理論の適用という観点から、as such事案の意義と目的に適う国内法のWTO法整合性の判断基準を探ることを目的とする。

## II GATTのパネル報告におけるas such事案

GATTにおけるas such事案のリーディング・ケースと言われるのが、米国スーパーファンド法事件のパネル報告である。そこで、まずこのパネル報告からas such事案の法的根拠とその判断基準を明らかにし、後のパネル報告と併せて、命令／裁量法規の理論の解釈・適用に関するGATTの問題点を指摘することとする。

### 1. スーパーファンド法事件のパネル報告<sup>12)</sup>

1987年制定の米国スーパーファンド法は、輸入石油に対して国産石油に比して、より高い税率の消費税を課し、1989年より、ある種の輸入化学物質に対して輸入者が必要な情報を提供しない場合、評価額の5%の課徴金を課すことを予定している。本件では、これらがGATT3条2項の内国民待遇原則に反すると申立てられた。

米国は、①輸入石油と国産石油の消費税率の差は微少であること、②輸入化学物質に対する課徴金規定は本件申立て時点で未発効であることから、これらは取

---

12) Panel Report, *US—Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances (US—Superfund)*, BISD 34S/136.

引にいかなる影響も及ぼさず、故に他国のGATT上の利益の無効化・侵害を構成しないと主張した。

#### (1) パネル判断

まず、パネルはブラジルの内国税事件に関する作業部会報告に依拠する。同作業部会報告は、GATT 3条2項は輸入量の多寡又は有無、そして問題の物品に対して譲許を行ったか否かにかかわらず締約国を拘束すると述べた。従って、本件パネルは、GATT 3条2項から生じる利益は貿易量に対する期待ではなく、輸入品と国産品との競争関係に対する期待であるとみなし (BISD 34S/136, para. 5.1.9. 以下同様に報告書を引用する場合は、パラグラフ番号のみを記す)、輸入品と国産品との競争関係の変化は、GATT上の利益の無効化・侵害を構成し (5.1.9)、差別的な石油税は取引への具体的な影響の如何にかかわらず、3条2項違反を構成すると判断する (5.1.12)。

次に、輸入化学物質に対する課徴金について、パネルは、まず日本の皮革輸入措置事件のパネル報告<sup>13)</sup>を参照する。同パネルは、数量制限の存在がGATT上の利益の無効化・侵害を構成するのは、その存在が貿易量に影響を及ぼすからではなく、取引費用の増大を招き、投資計画に悪影響を及ぼす不確実性を生み出すからであると述べた。本件パネルは、同様の観点から、GATT 3条について、同条の目的は国産品と輸入品との競争関係に対する期待を保護し、将来の取引に必要な予見可能性を構築することであるとする。パネルによれば、この目的は締約国がGATT違反の行為を指示する国内法を、具体的な適用の前に、それ自体を申立てることができなければ達成され得ないので、GATT 3条違反の行為を指示する国内法は、それ自体が同条違反を構成する (5.2.2)。この点、パネルは、輸入化学物質に対する課徴金規定は命令的であるので、当局がこれを1989年から適用しなければならぬことは明らかであり (5.2.2)、このような指示はGATTの目的に鑑みれば遺憾であるが、スーパーファンド法は、財務長官に施行細則を制定することにより、3条2項違反の課税を避ける可能性を与えている

---

13) Panel Report, *Japanese Measures on Imports of Leather*, BISD 31S/113.

ので、同法それ自体は違反ではないと結論した(5.2.9)。

(2) As such 事案の法的根拠と判断基準

スーパーファンド法事件のパネル報告から、GATTにおける as such 事案の法的根拠、意義そして判断基準が明らかになる。

パネルは、GATT上の利益が関税譲許によって実現された輸出品と国産品の間の競争関係に対する期待であり、競争関係に対する期待を歪めることがGATT上の利益の無効化侵害を構成するとした<sup>14)</sup>。すなわち、ある国のGATT違反を引き起こす可能性のある国内法の存在は、関税譲許当初の競争関係に対する期待を歪めるため、他国は当該法が実際に適用され違反措置が生じ、自国の経済状態に不利な影響が及ぶ事態を想定し、それまで実施・計画していた貿易・投資活動を何らかの方法で修正するのである<sup>15)</sup>。このように、国内法はその存在のみでGATT上の利益の無効化侵害を構成し得るので、適用の有無にかかわらず、それ自体に対する申立てが認められるのである。従って、as such 事案の根拠は、競争関係に対する期待であるGATT上の利益に求められる。

またパネルは、競争関係に対する期待を保護し、将来の取引に対する予見可能性を構築することがGATTの目的であり、この目的は国内法それ自体に対する申立てが認められなければ達成され得ないとした。なぜなら、国内法の単なる存在が競争関係に対する期待を歪め得るため、これはGATTの目的に反するからである。従って、as such 事案はGATTの目的を達成する上で不可欠なものとして、重要な意義をもつと言えよう。

最後に、どのような内容・性質の国内法がそれ自体で違反となるかについて、

---

14) Thomas Cottier & Krista N. Schefer, "Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future", in E-U. Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (1997) p. 160.

15) 後のパネルは、GATT違反を引き起こす可能性のある国内法は、存在している限り適用される恐れが常にあるため他国を違反措置の危険に晒しているという点で、それ自体で違反とされるとした。Panel Reports, *EEC—Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal Feed Protein*, BISD 37S/86, para. 141; *US—Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco (US—Tobacco)*, DS44/R, para. 96.

パネルはGATT違反の行為を指示する国内法がGATTの目的達成を阻害し、適用の有無を問わず、それ自体で違反になるとした一方、スーパーファンド法は財務長官に同法をGATT整合的に適用する余地を認めていることから、それ自体は違反ではないとした。すなわち、問題の国内法がGATT違反の行為を指示している場合は、それ自体で違反となるが、当該法をGATT整合的に適用する余地がある場合には、それ自体は違反とならないことになる。従って、国内法がGATT違反の行為を指示していることが、国内法それ自体が違反となる基準であり、GATT違反を指示しているが、GATT整合的に適用される余地がある国内法は、それ自体で違反とは判断されないと思われる。

## 2. 命令法規と裁量法規の理論

国内法それ自体のGATT整合性の判断基準は、後のパネル報告によってより明確にされていった。

まず、アンチ・ダンピング税の迂回措置を定めたECダンピング規則のGATT3条4項整合性が問題となった事件で、パネルは、同規則は文言上当局に違反措置を義務付けているのではなく、単にそれを許容しているに過ぎないので、それ自体は違反ではないとした。なぜなら、パネルはスーパーファンド法事件のパネル報告に依拠し、行政機関に輸入品に対して差別的な税を課すことを命じる国内法は、それ自体でGATT3条違反となるが、その可能性を与えているに過ぎない国内法はそれ自体で違反となり得ないと判断したからである<sup>16)</sup>。また、輸入シガレットに対する内国税の最高税率を国産シガレットよりも高く定めるタイの1966年タバコ法について、パネルは、同法は同時に財務省が法定の最高税率内で輸入タバコに対する税率を決めることを認めていることから、同法はGATT3条2項違反の課税を義務付けているわけではないとして、同条整合的とした。その理由として、パネルはスーパーファンド法事件とECダンピング規

---

16) Panel Report, *ECC—Regulations on Imports of Parts and Components (ECC—Components)*, BISD 37S/132, para. 5.25: “...legislation merely giving the executive authorities the possibility to act inconsistency with Article III: 2 *cannot*, by itself, constitute a violation of that provision”. (強調筆者)



則事件のパネル報告に依拠し、用語や表現により、行政府にGATT違反の措置をとるよう明らかに義務付けている命令的な国内法はそれ自体で違反となるが<sup>17)</sup>、国内法がGATTに反する方法で適用される単なる可能性が存在することは、当該法それ自体がGATT違反となる十分な理由とはならないと述べた<sup>18)</sup>。さらに、米国タバコ法事件では1993年予算法それ自体のGATT 8条1項整合性が問われた。まずパネルは、輸入品を単に差別の危険に晒している国内法がそれ自体でGATT違反となるとした上で<sup>19)</sup>、本件の争点は、1993年法がタバコ輸入審査にかかる手数料を提供された役務の費用以上に設定するよう命じているか否かを明らかにすることであるとする。なぜなら、パネルは先例より、GATT違反の措置を命じる国内法がそれ自体で違反となり、GATT違反の措置をとる権限を与えているに過ぎない国内法は、その具体的な適用のみが違反となり得るとみなすからである<sup>20)</sup>。この点、1993年法は輸入タバコの手数料が国産タバコの手数料と“comparable”になるよう要求しているが、パネルによれば、“comparable”は複数の解釈が可能な曖昧な用語であり、その中には米国が主張する、行政機関がGATT整合的な手数料を設定できる解釈も含まれている。従ってパネルは、1993年法の下で、当局はGATT 8条1項整合的に行動する余地があるので、同法それ自体はGATT整合的であると結論した<sup>21)</sup>。

以上より、GATTパネルは国内法それ自体のGATT整合性の判断にあたって、締約国の国内法を行政機関にGATT違反の行為を義務付ける、又はGATT上の義務の遵守を妨げる命令法規 (mandatory legislation)<sup>22)</sup>と、行政機関に

---

17) Panel Report, *Thailand—Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, BISD 37S/200, para. 83.

18) *Ibid.*, para. 84.

19) Panel Report, *US—Tobacco*, DS44/R, para. 96–97.

20) *Ibid.*, para. 118.

21) *Ibid.*, paras. 122–124.

22) 命令法規の概念の起源は、GATT成立当初の作業部会が祖父条項による免責措置を、行政府に行政措置によって修正できない要求を課していることが用語や表現によって明らかな、命令的な法規に基づいてとられた措置に限るとした通知書に求められる。GATT/CP.3/60/Rev.1; 11 August 1949, para.99. Available at: [http://www.wto.org/gatt\\_docs/English/SULPDF/90320267.pdf](http://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90320267.pdf). 祖父条項につき、John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* (2<sup>nd</sup> ed., 1997), pp. 39–41.



GATT違反の措置をとる権限を与えているに過ぎない裁量法規 (discretionary legislation) とに二分し<sup>23)</sup>、一貫して命令法規がそれ自体で違反、裁量法規それ自体は違反とならないとしていることがわかる<sup>24)</sup>。

これが、GATTによって確立された *as such* 事案の判断基準である、国内法を命令法規と裁量法規とに区別する理論である。

### 3. GATT パネル報告の問題点

以上の命令／裁量法規の理論により、締約国は必然的にGATT違反の措置を引き起す他国の国内法を、違反措置が実際にとられる前に申立てることができ、パネルは命令的な国内法それ自体を違反認定することにより違反措置の根源を断ち、将来の紛争の予防に資すると言える<sup>25)</sup>。

一方、学説上は、命令／裁量法規の理論の適用に関するGATTパネルの判断には問題点も指摘されている。

GATTパネルによれば、国内法それ自体がGATT違反となり得るのは、それが競争関係に対する期待を歪め、故にGATT上の利益の無効化侵害を構成し得るからである。この点、Chuaは、輸入品を単にGATT違反の危険に晒すことが他国の経済主体に貿易・投資計画の変更を迫る委縮効果 (chilling effect) を与え<sup>26)</sup>、GATT上の利益の無効化侵害を構成するのならば、同様のことが裁量法

23) 両者の英語原文の定義につき、Panel Report, *US—Section 129 (c) (1) of the Uruguay Round Agreements Act*, WT/DS221/R, para. 3.72.

24) その他、Panel Reports, *US—Denial of MFN Treatment as to Non-Rubber Footwear from Brazil*, DS18/R—39S/128, para. 6.113; *US—Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, BISD 39S/206, paras. 5.39, 5.60も参照。なお、WTO法上、裁量法規がそれ自体で違反とされない理由について、パネル・上級委はいかなる見解も述べていない。この点について、301条事件のパネル手続の中で、米国は、国内法が国際義務に反しないよう何らかの裁量を設けている場合、国家は国際義務違反を避けるよう当該法を解釈・適用するという国際法上の推定が働くからであると述べた。WT/DS152/R, para. 4.310. R. Jennings and A. Watts, *Oppenheim's International Law* (9th ed., 2000) pp. 81–82; WTO法は国際法の一部とみなされるため、WTO法の解釈にあたっては国際法上の規則・原則が適用される。Joost Pauwelyn, “The role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *American Journal of International Law*, Vol. 95 (2001), p. 538. 紛争解決了解 3.3条参照。

25) WT/DS244/AB/R, para. 82.

規にも言えるのではないかと疑問を呈する<sup>27)</sup>。即ち、裁量法規もその存在が他国の経済主体に貿易・投資計画の変更を迫る委縮効果を与えるのならば、GATT上の利益は無効化侵害されていることになる。実際、Bhuiyanは、GATT違反の権限・裁量を単に与えているに過ぎない国内法の場合でも、その裁量はGATT整合的に行使されるという確証はなく、その確証がない以上、裁量法規は将来の競争関係に対する不確実性を与え、この不確実性は結果として委縮効果を生み出すと主張する<sup>28)</sup>。確かに、将来の競争関係に対する確実性を求めるのならば、裁量法規もその裁量が行使されるか否かにかかわらず、予めそれ自体の整合性を問うことが、GATTの趣旨・目的に適うように思われる<sup>29)</sup>。この点、Simは、スーパーファンド法事件のパネルが、同法はGATT3条違反の課税を明らかに指示していることを遺憾と表明したこと、パネルによる同法それ自体は違反ではないという判断は、将来的に5%の懲罰的税率が実際に適用されることはないという米国政府のステートメントにも依拠していることから<sup>30)</sup>、同パネルは必ずしも裁量法規それ自体が違反となる可能性を否定しているわけではないとみる<sup>31)</sup>。しかしながら、スーパーファンド法事件後のパネル報告は、

---

26) 前掲注16)、24) 参照。

27) Adrian T. L. Chua, "Precedent and Principles of WTO Panel Jurisprudence", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 16 (1998), p. 193.

28) Sharif Bhuiyan, "Mandatory and Discretionary Legislation: The Continued Relevance of the Distinction under the WTO", *Journal of International Economic Law (JIEL)*, Vol. 5 (2002), pp. 596-597.

29) 反論として、Yoshiko Naiki, "The Mandatory/Discretionary Doctrine in WTO Law: The US—Section 301 Case and Its Aftermath", *JIEL*, Vol. 7 (2004), pp. 29-32. 内記は、裁量法規が存在する理由を次のように述べる。①立法者が、ある行為を禁止するGATT上の義務とその行為を行うよう要求する国内の政治的圧力に直面した場合、国内法上、行政府に個々の事例において当該義務に違反するか否かの裁量を与えることによって、当面は双方の要求を満たし得る。②立法者が予めルールの細部までを定めず、細部の決定権を行政府に委ねる。内記は、スーパーファンド法事件のパネルが裁量法規を違反としなかったのは、以上の事情を考慮し、裁量法規を違反とすることは加盟国がもつ立法上の自律性に対する過度の干渉になると判断したからであると見る。その他、裁量法規が存在する理由として、William J. Davey, "Has the WTO dispute settlement system exceeded its authority?", *JIEL*, Vol. 4 (2001), p. 103. また *US—Section 301*, para. 7.25 参照。

30) *US—Superfund*, para. 5.2.9.

31) Kwan Kiat Sim, "Rethinking the Mandatory/Discretionary Legislation Distinction in WTO Jurisprudence", *World Trade Review*, Vol. 2 (2003), pp. 42-43.

裁量法規はそれ自体でGATT違反となり得ない、あるいは裁量法規はその具体的な適用のみが違反となると述べており、裁量法規それ自体が違反となる可能性は排除されているように見られる<sup>32)</sup>。例えば、行政機関がGATT違反の措置を回避するような規則を制定する権限を有していることが、国内法上一見して明らかの場合と、米国タバコ法事件のように、1つの曖昧な用語から、行政機関がGATT違反の措置を回避するであろうと推定される場合とでは、裁量法規の整合的適用の可能性の度合は異なるのではないだろうか。そうであれば、裁量法規から萎縮効果が生じるか否かも、それぞれの裁量法規の性質・内容によって異なってくるように思われる。このような観点からは、裁量的要素の質や内容を問わずに、文言上GATT違反の措置を明らかに指示していない限り、全ての国内法をGATT整合的とする命令／裁量法規の理論は、必ずしも萎縮効果を排除し得ず、競争関係に対する期待を保護し得ないのではないだろうか。萎縮効果の排除という観点からは、国内法それ自体の整合性判断にあたって、裁量法規の具体的な性質・内容も審理の対象とすべきではないかと思われる。次章以下では、GATTのパネル報告に見られる命令／裁量法規の理論の適用に関する問題点を、WTOのパネル・上級委報告がどのように克服しているのかについて見ていく。

### Ⅲ WTO パネル・上級委員会報告における as such 事案

GATT パネルによって確立された命令／裁量法規の理論は、裁量法規の整合性をどのように判断するのかという観点から再考の余地がある。本章では、この点を踏まえて、as such 事案に関するWTOのパネル・上級委報告を検討する。GATT からWTO への移行にあたっては、実体法上も手続法上も大きな発展が認められるか<sup>33)</sup>、その中で、GATT パネルによって確立された命令／裁量法規の理論はどのような意義を持ち、適用されているのであろうか。

32) 実際、WTO パネルは、命令法規のみがそれ自体で違反となるという概念がGATT パネルによって十分に確立されていると述べている。WT/DS221/R, para. 3.72.

33) この点は、小寺彰『WTO体制の法構造』(1995年)、筑紫勝麿編著『ウルグアイ・ラウンド GATT からWTO へ』(1994年)、Jackson, *supra* note 5 に詳しい。

WTO法においても as such 事案が認められることは既述の通りであり、WTO パネル・上級委もその根拠を競争関係に対する期待という WTO 上の利益に求め<sup>34)</sup>、国内法の WTO 法整合性の判断基準として命令／裁量法規の理論を適用することも確立した原則となっている<sup>35)</sup>。しかしながら、WTO 法の変化・発展に即して、WTO パネル・上級委の判断には GATT の命令／裁量法規の理論から乖離する傾向も見受けられる。

以下では、その傾向を初めて示した米国の 301 条事件のパネル報告を見ていき、後のパネル・上級委報告と併せて、WTO における命令／裁量法規の適用態様を明らかにする。

### 1. 301 条事件のパネル報告

本件は、GATT 時代より度々議論されてきた、米国の 301 条手続それ自体の WTO 法整合性に関する初めての WTO パネルによる公式な判断であり<sup>36)</sup>、命令／裁量法規の理論の新たな解釈・適用方法を示したものと評価され得る。

米国の 1974 年通商法 301 条～310 条（以下、301 条手続と略す）は、通商代表 (USTR) が貿易相手国の通商協定違反による米国の利益侵害を認定する場合、譲許の撤回、内国税や課徴金の賦課等の制裁措置をとることを予定している。一方、紛争解決了解 (DSU) 23 条は、利益の無効化・侵害の認定は DSU に定める手続に従って行うこと、譲許その他の義務の停止は事前に紛争解決機関 (DSB) の承認を得て行うことを義務づけている。この点、USTR が 301 条手続に基づき、DSU の手続に従わず、WTO 上の米国の利益侵害を認定し、DSB の承認を

---

34) 例えば AB Report, *EC—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, para. 252.

35) 前掲注 6) 参照。

36) 301 条手続一般及び GATT との整合性の問題につき、Robert E. Hudec, “Thinking about the New Section 301: Beyond Good and Evil” in J. Bhagwati & H. T. Patrich (eds.), *Aggressive Unilateralism—America’s 301 Trade Policy and the World Trading System* (1990), pp. 113–152; Judith H. Bello & Alan F. Holmer, “The Heart of the 1988 Trade Act: A Legislative History of the Amendments to Section 301”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 25 (1988), pp. 1–44; M.C.E.J. Bronckers, “Private response to foreign unfair trade practices—US and EC Complaint Procedures”, in his *Selective Safeguard Measures in Multilateral Trade Relations* (1985), pp. 156–244.

得ずに制裁措置をとった場合、その具体的な措置はDSU 23条及び他の関連規定に反することは明らかであるが<sup>37)</sup>、問題は、301条手続それ自体がWTO法違反となるかという点である。米国は、命令／裁量法規の理論に基づき、通商法304条はUSTRにWTO違反認定の権限を与えているにすぎず、また制裁措置の内容と発動の決定に関する裁量も与えていることから、301条手続自体はWTO法違反ではないと主張した<sup>38)</sup>。そこで、本件では、①301条手続が裁量法規であるか、②裁量法規であるならそれ自体はWTO法違反とならないか、の2点が主要な論点となった。

### (1) パネル判断

パネルは具体的な審理の前に、301条手続の特徴に鑑み、国内法のWTO法整合性を判断する一般的な方法について、次のような見解を述べる。国内法のWTO法整合性は、異なる法システムの中で様々な方法によって確保され得るので、その整合性判断は加盟国の法システムの広範な多様性を考慮に入れて行わなければならない。このように、各加盟国の法システムの特殊性<sup>39)</sup>を理解し尊重することによってのみ、国内法のWTO法整合性は正確に判断され得る(WT/DS152/R, para. 7.24)。この点、301条手続は現代の経済規制立法に特徴的な複合的性格を持っており、立法者は当該法を通して全ての行為を規律しようとせず、一定の基準や裁量の下で、行政機関や他の公的な当局に規制・監督の任務を委ねている<sup>40)</sup>。従って、301条手続のWTO法整合性の判断は、その文言のみではなく、他の制度的行政的要素も併せて行わなければならない(7.25-26)<sup>41)</sup>、結果として、文言上WTO法違反に見える国内法も、他の要素によっては整合的

37) WT/DS152/R, para. 7.50. Jackson, *supra* note 5, p. 72; Elizabeth Zoller, *Peaceful Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures* (1984), p. 119.

38) WT/DS152/R, paras. 4.173-4.195, 7.51.

39) As such 事案については、このように一部の加盟国の国内法体制の複雑性から来るパネル・上級委報告の履行困難、遅延が顕著であると指摘される。As such 事案の履行問題につき、川瀬剛志「法それ自体」の違反に関するDSB勧告の履行——米国の事案を中心として——川瀬剛志・荒木一郎編著『WTO紛争解決手続における履行制度』（2005年）361-399頁。

40) 裁量法規はこのような事情から必要とされる。前掲注29)も参照。

とされ得るのである (7.27)<sup>42)</sup>。

以上の前提に立ち、パネルは、まず通商法 304 条の文言の審理を行い、同条を裁量的な規定とみなす。304 条は、USTR に全ての場合に WTO 協定上の米国の利益が侵害されていると認定するよう指示しているのではなく、それが侵害されているか否かを認定するよう指示しているだけであるので、同条に基づく認定内容について、USTR は広範な裁量をもっているからである (para. 7.31-32)。次に、パネルは DSU 23 条における義務の内容を明らかにする。パネルによれば、DSU 23 条は、ある紛争において特定の一方的措置をとることを禁止することのみではなく、多角的貿易体制の強化のために、WTO 法に関する紛争処理全般にあたって、一方的措置を禁止し、加盟国に排他的に DSU を用い、その規則・手続を遵守することを一般的基本的に義務付けることを目的としている。故に 23 条違反は、ある紛争における特定の措置のみではなく、国内法のように一般的な適用性をもった措置によっても構成され得る (7.35-46)。また、パネルは as such 事案の審理にあたっては、まず WTO 法上の各々の義務が命令法規のみではなく裁量法規をも禁止しているかを解釈した上で、次にその解釈に照らして問題の国内法の当該義務整合性を判断することが適切であるとし、WTO 法上の義務の性質・内容によっては、裁量法規もそれ自体で WTO 法違反となり得るとする (7.53-54)。そこで、本件では DSU 23 条が裁量法規を禁止しているか否かが問題となるため、パネルは条約法条約 31 条に従い (7.57)、23 条の解釈を行う。

パネルによれば、貿易はほとんどの場合、私人によって行われ、WTO 法上の加盟国の利益の多くのものが、国内・国際市場の私人の活動にかかっているため、多角的貿易体制の本質は、国家のみではなく市場の経済主体である私人によっても構成されている (7.73)。故にパネルは、多角的体制の安定性と予見可能性

---

41) パネルは、WTO 設立協定 16 条 4 項の “law” は加盟国の極めて多様な法システムに沿った広義な概念であり、301 条手続及びその他の要素を 1 つの措置として包含するものとみなす。又は、他の要素は “regulations and administrative procedures” の概念に含まれると解釈することも可能であり、どちらの解釈を採るにしても、301 条とその他の要素は 1 つの措置として as such 事案の対象となると述べる。WT/DS152/R, para. 7.26 & fn. 641.

42) 同様の論理より、一見して WTO 法整合的と見られる国内法も、他の要素によって違反とされ得る。本稿 IV 参照。



(DSU 3.2条)の欠如は、主として市場の私人の経済活動に作用し(7.76-77)、このように利益の一部が私人の活動にかかわる条約の枠組においては、国内法はその単なる存在が私人の経済活動に萎縮効果(chilling effect)を与えるため、国内法それ自体が違反となり得るとする。パネルは、この点はGATTパネルによっても幾度も確認されていることを指摘し(7.78-81)、次のように説明する。例えば、輸入品に内国民待遇違反の税を課すことを命じたり、そうした措置が生じる危険のある国内法は、実際に適用されなくとも、その存在のみで、市場の私人に輸入品の代わりに国産品を購入させる等、取引パターンを変更させる効果をもつ。私人は、当該法に定められたGATT違反の税が実際に課された場合に想定される、輸入品コストの増大や経済・投資計画の変更といった事態を避けようとするからである。このように、GATT違反の措置が生じる危険や脅威の存在は、取引費用の増大や投資計画の変更を引き起こすため、輸入品と国産品との競争関係を歪める効果をもち、故にGATT上の利益の無効化・侵害を構成し、予見可能性を侵害する。この点は、GATT上の利益が競争関係に対する期待であり、GATT 3条や11条違反の国内法の存在は、取引費用の増大や投資計画の変更を引起こす不確実性を生み出すことから利益の無効化・侵害を構成するとした、スーパーファンド法事件のパネルによって既に明らかにされている(7.82-84)<sup>43)</sup>。

パネルは、以上の解釈より、GATT 3条は、個々の事例において輸入品を差別しないということのみではなく、将来にわたり輸入品に対して差別的な税が課されることはないという、一定の保障を市場とその経済主体に与えることを目的としていると見る(7.85)。これはWTO法全体についても言えることであり、パネルによれば、WTO法の主要な目的は、多角的体制の安定性と予見可能性を保障することによって、私人の経済活動を繁栄させるために必要な市場条件を構築することである(7.73-75)<sup>44)</sup>。

パネルは、DSU 23条も以上のWTO法の趣旨及び目的に照らして解釈し、結果として、304条のようにDSU 23条違反の一方的措置をとる権利を留保する国内法の存在は、萎縮効果を生みだし、市場に損害を与えるとする。市場の私人は、

43) 本稿Ⅱのスーパーファンド法事件のパネル判断を参照。

44) パネルはさらにWTO設立協定前文を参照する。WT/DS152/R, para. 7.74.



一方的措置の危険に晒されている産業への投資や製品の輸入を継続することを恐れ、余分な保険をかけたたり、投資や貿易そのものをやめる可能性があり、このようにして競争関係は歪められ、また海外市場の私人の利益の一部が否定されるからである(7.86-91)。以上より、DSU 23条の目的は、WTO法の趣旨及び目的に反する萎縮効果を排除し、一方的措置は将来にわたりとられないという保障を加盟国と市場及びその中の私人に与えることであり、パネルは、304条が認める一方的違反認定の裁量から生じる萎縮効果はDSU 23条の保障を排除するものであるので、304条はDSU 23条違反と推定されるとした(7.95-96)。

しかしながら、パネルは304条がもつ経済規制立法としての複合的な性格に鑑み、同条の文言のみからこれをDSU 23条違反とは結論せず、301条手続に関連する他の制度的行政的要素も審理する(7.98)。この点、1974年通商法に関する政府解釈指針(Statement of Administrative Action: SAA)は、ウルグアイ・ラウンド実施法に付随するWTO法の解釈と適用に関する米国政府の宣言であり、大統領が作成し、議会によって承認されたものである。パネルは、このSAAは国内的にも国際的にも米国の公約としての権威をもつ、301条手続の不可欠の構成要素とみなし(7.110-111)、これによって、304条に基づくUSTRの一方的違反認定の裁量は厳密に規制されているとする。なぜなら、SAAは、DSUは301条手続に何らかの本質的な変更を要求するものではないとしつつ、DSUに定める紛争処理手続を利用し、WTO協定上の利益侵害の認定はDSBの決定を基礎とし、対抗措置の実施にあたってDSBの承認を得ると規定しているからである(7.112)。さらにパネルは、本件における米国のSAAに反しないよう行動するとしたステートメントと申立国ECが提出した証拠が、USTRが実際に301条手続をDSU整合的に適用することを裏付けていると見る(7.114-130)。

以上より、パネルは301条手続を総合的に判断した結果として、301条手続それ自体の違反推定を排除し、これをWTO法整合的と結論した。

## (2) 評価

301条事件のパネル報告は、国内法それ自体のWTO法整合性の判断は、WTO法上の各々の義務の性質に照らして個別に行うとし、裁量法規もそれ自体

で違反となり得るとした点で、GATT パネルによる命令／裁量法規の理論の適用を排除したと言えよう。

まず 301 条事件のパネルは、GATT パネルでは必ずしも明らかにされなかった市場の経済主体である私人に対する委縮効果に言及し、裁量法規であっても委縮効果を及ぼすことを明らかにすることにより、それ自体で WTO 法違反となる可能性を示した<sup>45)</sup>。これは、GATT の命令／裁量法規の理論に対する批判を克服したものと評価されよう。スーパーファンド法事件のパネルは、GATT と抵触する国内法がそれ自体で違反となる理由を、それが国産品と輸入品の間の競争関係に対する期待を歪め、故に GATT の目的達成を妨げるからであるとし、この観点から、後の GATT パネルは一貫して命令法規を違反としてきた。一方、301 条事件のパネルは、as such 事案の根拠が競争関係に対する期待という WTO 法上の利益にあることを認め上で、WTO 法の目的は市場の経済主体に対する委縮効果を排除することにより、競争関係に対する期待を保護することであるとし、国内法がそれ自体で WTO 法違反とされる理由を、裁量法規を含む、ある種の国内法の存在がこの WTO 法の目的を妨げるからであるとした。要するに、GATT、WTO 共に、as such 事案の法的根拠と目的は同じである。301 条事件のパネルは、多角的貿易体制の本質に着目した上で、市場の経済主体の利益という観点から、スーパーファンド法事件のパネル報告をより深く解釈することにより、DSU 23 条が裁量法規をも禁止していることを明らかにし、裁量法規それ自体も WTO 法違反となる可能性を示したものと思われる。

また、物品貿易のみを扱っていた GATT に比べて、WTO 法はサービスや知的所有権等に関する取引も規律対象とし、その義務は飛躍的に増大しており、必然的に WTO 法上の義務の内容・性質は多様化していると考えられる<sup>46)</sup>。そう

45) Davey, *supra* note 29, pp. 102-103.

46) もともと、GATT 上の利益・義務は関税譲許に基づく 2 国間のものと認識されてきたが、現行 WTO 法はサービス貿易や知的所有権協定のように私人の権利・義務に言及していると見られるものも多々あり、加盟国が WTO 協定上負っている義務の性質も GATT のそれとは異なることに注意が必要である。Chios Carmony, "WTO Obligations as Collective", *European Journal of International Law*, Vol. 17 (2006), pp. 419-443; Yuji Iwasawa, "WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision", *JIEL*, Vol. 5 (2002), pp. 287-305.

であれば、どのような内容・性質の国内法が市場の経済主体に萎縮効果を与え、それ自体がWTO法違反となるのか、WTO法上の各々の義務の内容・性質により異なってくるという判断も、WTO法の現実によく適ったものであると言えよう。

一方、301条事件のパネル報告には、問題点も指摘されている。パネルは、従来の命令/裁量法規の理論を適用しなかったもう1つの根拠を国内法がもつ複合的性格に求めたが、SAAの文言上の曖昧性を認めたにもかかわらず、SAAにより301条手続の違反推定を排除した。実際、ECが引用したSAAの関連箇所には、「DSUは将来の行政府に、301条手続をWTO法に反する態様で適用することをより消極的にさせるものではない」と明記されており<sup>47)</sup>、ECは、SAAによっても301条手続はDSU整合的に適用されるよう規制されていないと主張した<sup>48)</sup>。また、その他にも、SAAは301条手続が完全な効力を持ち続けることを明記しており、米国政府もDSUによって301条手続の適用方法が変更されることはない<sup>49)</sup>と幾度も表明していた<sup>49)</sup>。これらのSAAの記述及び米国政府の態度からは、301条手続がDSU整合的に適用されるのか、必ずしも明らかではない。この点、Changは、パネルは301条手続の裁量的な要素が、市場の経済主体の貿易・投資計画に不確実性と萎縮効果を与え、故にDSUの目的に反すると判断したが、この不確実性と萎縮効果は、上述のような曖昧性のあるSAAからも生じると主張する<sup>50)</sup>。このように解せば、SAAによって301条手続の違反推定は排除されないのではないかと思われる。

以上のように、301条事件のパネル報告は、論証の不十分な点も見受けられる。

---

47) SAA, pp. 366-367.

48) WT/DS152/R, para. 7.113 & fn. 688.

49) Wha Chang, "Taming Unilateral under the Multilateral Trading System: Unfinished Job in the WTO Panel Ruling on U.S. Sections 301-310 of the Trade Act of 1974", *Law and Policy in International Business*, Vol. 31 (2000), pp. 1166-1167.

50) パネルはSAAの曖昧な点について、米国憲法に従い法的文書は可能な限り米国の国際義務に適うよう解釈するという原則を適用し、ECの主張を退けたが<sup>48)</sup> (WT/DS152/R, para. 7.113)、Changは、SAAの曖昧な記述を国内法上の原則によって解釈し、301条の違反推定が覆されるのでは、今後国家が意図的に国内法を曖昧に規定する誘因となると批判する。*Ibid.*, p. 1166.

また本件パネル報告は、DSU 23条のみを解釈した極めて限定的なものであり<sup>51)</sup>、これらの事情を考慮すれば、これをWTO法におけるas such事案の一般的な先例とみなし得るのか疑問が残る。

## 2. 1916年法事件のパネル・上級委員会報告

実際のところ、後のパネル・上級委は、301条事件のパネル報告をDSU 23条のみに適用されるas such事案の例外とみなしている<sup>52)</sup>。そこで、WTO法におけるas such事案の先例として一般的に依拠されているのは、米国の1916年アンチ・ダンピング(AD)法事件の上級委報告である<sup>53)</sup>。1916年法は、米国産業に被害を与える意図をもってダンピングを行った者に対して、罰金や懲役の刑事罰と被害額の3倍の損害賠償を課すとしている。これが、ダンピングに対する規制措置はAD税のみであるとするGATT 6条に違反し、それ自体がWTO法違反であると申立てられた<sup>54)</sup>。本件における申立国側と米国側との本質的な意見の相違点は、国内法が裁量法規とみなされるために関係機関が有する裁量の性質にあった。

命令／裁量法規の理論に基づき、1916年法が裁量法規であると主張する米国の根拠は次の2点である。①1916年法は競争阻害に繋がるような略奪的意図を持った価格差別のみを規制する、言わば反トラスト法としての性格をもつものであり、実際、連邦裁判所も同法をそのように解釈している。従って、裁判所が同法を反トラスト法的に解釈する裁量をもつ限り、1916年法はGATT 6条に言うダンピングを対象とするものではなく、そもそも同条の適用を受けない。②司法

51) Naiki, *supra* note 29, p. 53.

52) Panel Report, *Canada—Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft*, WT/DS222/R, para. 7.58 & fn. 36. その他、*US—Measures Treating Export Restraints as Subsidies (US—Export Restraints)*, WT/DS194/R, para. 8.9 & fn. 112.

53) 例えば、Panel Reports, *US—Section 211 Omnibus Appropriation Act of 1998*, WT/DS176/R, paras. 8.136–137; WT/DS194/R, para. 8.4; WT/DS221/R, para. 3.72 & fn. 27; WT/DS222/R, paras. 7.56–57.

54) 本件の経緯、パネル・上級委報告の内容について、松下満雄・飯野文、「米国1916年アンチダンピング法に対する対抗立法——WTO法と民事法の交錯 (I) (II)」『貿易と関税』(2005年4月号) 31–41頁、(2005年5月号) 27–36頁。

省は同法の刑事手続開始を決定する権限を持っているため、違反措置が常に生じるとは限らない<sup>55)</sup>。

パネル（日本）<sup>56)</sup>は、命令／裁量法規の理論が持つ意義は、WTO 法上のいかなる義務が問題となるかによって変化し得るとした上で（WT/DS162/R, paras. 6.105-107）、次のように判断する。GATT 6 条は、国際的取引におけるいかなる価格差別をもダンピングと規定していることから、1916 年法が国際的価格差別を規制する以上、連邦裁判所の解釈の如何にかかわらず、同法は GATT 6 条の適用を受ける（6.108-128）。また、刑事手続について、同手続を開始するか否かを決定する行政機関の裁量は、ダンピング分野においては、どの国の当局も通常有しているものなので、1916 年法を裁量法規とするのに不十分である。なぜなら、この種の裁量を認めれば、AD 分野では国内法それ自体の整合性を審理できなくなり、国内法の AD 協定整合義務を特に明文で要求している AD 協定 18.4 条が無意味となってしまうからである（6.186-188）。故に、パネルは AD 協定 18.4 条の下で命令／裁量法規の理論は有効ではなく（6.189）、1916 年法はそれ自体で WTO 法違反を構成するとした（6.190-192）<sup>57)</sup>。

一方、上級委は命令／裁量法規の理論自体は堅持した<sup>58)</sup>上で、裁量法規にいう「裁量」の性質を、明確にすることにより、米国の主張を退けた。上級委は、一連の GATT のパネル報告に鑑み、命令／裁量法規の区別における裁量とは行政府に与えられた法適用に関するものを意味する（WT/DS136/162/AB/R, paras. 88-89）とする。この点、損害賠償請求の民事訴訟手続について、これは私人の訴えによって開始され、当該訴訟を担当する判事は 1916 年法をその規定通りに適用しなければならず、この手続には、同法の適用に関する行政機関の裁量は認められないので、命令的である（90）。また、上級委は、刑事手続につい

---

55) Panel Report, *US—AD Act of 1916*, WT/DS162/R, paras. 6.10-16.

56) 1916 年法については、EC、日本が別々に申立てを行ったため、2つのパネルが設置された。本稿では、両者を区別するために、ECが行った申立てのパネルをパネル（EC）、日本が行った、申立てのパネルをパネル（日本）と標記する。

57) 但し、パネルが AD 協定 18.4 条に基づき命令／裁量法規の理論の有効性を否定した根拠については批判がある。Naiki, *supra* note 29, pp. 55-59.

58) AB Report, *US—AD Act of 1916*, WT/DS136/162/AB/R, paras. 84-102.

ては上述のパネル判断を支持し (91)、結果として 1916 年法は命令法規であり、それ自体で AD 協定違反になるとした。

1916 年法事件の上級委は、国内法が裁量法規とみなされるための「裁量」の性質を、「行政機関に与えられた法適用に関する」ものと明確にすることにより、米国が主張する「裁判所の法解釈に関する裁量」を排除し、裁量法規の範囲を狭めたと言える。実際、祖父条項の濫用防止の目的で命令法規の概念が認められた当初から<sup>59)</sup>、裁量とは行政機関が国内法の適用に関して持つものとされており、GATT パネルも一貫してそのように解釈してきた<sup>60)</sup>。

### 3. 小括

1916 年法事件の上級委報告は、裁量法規の範囲を狭めた点で、命令／裁量法規の理論をより明確にしたと言えるが、その本質を修正するものではない。上級委の判断は、従来の命令／裁量法規の理論に立脚しており、結果として 1916 年法の命令法規としての性格からそれ自体の WTO 法違反を結論するに留まっているからである。しかしながら、301 条事件のパネルが指摘したように、萎縮効果は命令法規のみから生じるものではない。裁量法規の場合、当該法が WTO 法整合的に適用されるか否かは、事後の国家実行によるところが大きく、必ずしも将来にわたり違反措置が生じないという保障があるわけではないため、裁量法規から萎縮効果が生じる可能性は否定できない。この観点からは、国内法上、単に行政機関に法適用に関する何らかの裁量が認められていることではなく、その裁量は、当局がそれを WTO 法整合的に解釈・適用できる内容・性質のものであり<sup>61)</sup>、さらに、個々の事例において、当局が実際に当該法を WTO 法整合的に適用しているということの保障が重要であると言えよう。

59) 前掲注 22) 参照。

60) 例えば *ECC—Components*, pp. 198-199; *US—Tobacco*, para. 118.

61) 従来の命令／裁量法規の理論では、文言上 WTO 違反を命じる国内法以外は全て裁量法規とされるため、裁量法規の種類は多種多様となる。そこで、裁量法規のカテゴリーの中で裁量の種類・程度に合わせて分類し、裁量の実質性が伴わない場合には、それ自体で違反とすべきという主張もある。AB Report, *US—Countervailing Duties on Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Germany*, WT/DS213/AB/R, para.155.



この点は、本稿において、GATT パネルの問題点として既に指摘したことであり<sup>62)</sup>、米国の補助金相殺事件のパネルも認めるところである。本件では、民営化により所有権が移転した際の補助金相殺関税の扱いについて規定した、米国内法 1677 条と WTO 補助金協定及び設立協定 16 条 4 項との整合性が問われた。パネルは、行政機関に何らかの裁量が認められていることのみでは国内法それ自体を WTO 法整合的とみなすのに十分ではなく、重要なことは、当局がそれを実際に WTO 法整合的に解釈・適用する実質的裁量を持っていることであると述べた<sup>63)</sup>。その上で、パネルは 301 条事件のパネルに依拠し、裁量の実質性を裏付ける当該法の関連要素として、法制史、SAA、連邦裁判所による当該法の解釈、当該法の趣旨及び目的を審理した結果、商務省は明らかに 1677 条を補助金協定に反する態様で適用することが義務付けられているとし、同法それ自体を WTO 法違反であるとした<sup>64)</sup>。

1916 法事件の上級委報告が適用した命令／裁量法規の理論では、GATT の命令／裁量法規の理論からの発展は認められない。そこで、WTO 法の枠内において、どのように裁量法規の実質性を確保し得るのか、改めて考えた場合、301 条事件や上記の補助金相殺事件のパネルが 1 つの指針を与えているのではないだろうか。即ち、各国の国内法体制の多様性に鑑みれば、国内法それ自体の WTO 法整合性の判断にあたって、その構成要素とみなされる制度的行政的要素を併せて審理するという方法が、as such 事案の意義により適うのではないだろうか。

#### IV 複合的性格の国内法に対する命令法規と裁量法規の理論の適用態様

301 条事件のパネルが指摘した通り、現代の経済規制立法は複合的性格を有し

---

62) 本稿 II 3. 参照。

63) Panel Report, *US—Countervailing Measures Concerning Certain Products from the EC*, WT/DS212/R, para. 7.123.

64) *Ibid.*, paras. 7.124–7.158. 但し、この点について、本件の上級委は、パネルが参照した制度的行政的要素は、必ずしも商務省が WTO 整合的に行動することを妨げていないとし、パネル判断を支持しなかった。WT/DS212/AB/R, paras. 154–160.



ているものが多い。この場合、国内法は他の制度的行政的要素及び事後の国家実行により補完されることで実質的な意義を持ち<sup>65)</sup>、これらは国内法の解釈・適用についての国家の意思の表れであると言える。従って、萎縮効果はそれらから生じる可能性も十分に考えられ、他の要素や国家実行如何によっては、裁量法規も実質性が伴わないとして、それ自体で違反となり得るのではないだろうか<sup>66)</sup>。実際、この観点から、近年の as such 事案においては、国内法のみではなく他の要素そして国家実行が併せて申立てられることが多い。このような as such 事案を、WTO パネル・上級委はどのように審理しているのであろうか。またその中で、従来、国内法に対する as such 事案<sup>67)</sup>に適用されてきた命令／裁量法規の理論は、どのような意義をもつのであろうか。本章では、国内法とその構成要素とされる制度的行政的要素、及び国家実行が併せて申立てられる as such 事案を検討することにより、WTO 法における裁量法規の実質性確保の可能性を探ることとしたい。

### 1. 国内法とその制度的行政的要素を含む as such 事案

まず、国内法とその解釈指針や行政指導、行政機関の内規といった文書が併せて申立てられる as such 事案について検討する。

米国の処理鋼板サンセットレビュー事件では、アンチ・ダンピング (AD) 手続における米国サンセット法が WTO 法違反であると申立てられた。その根拠として、申立国は、商務省 (DOC) の内規である Sunset Policy Bulletin (SPB) を当該法の不可欠の構成要素とみなし、この SPB それ自体が AD 協定 11.3 条違反であるからであると主張した。まず、パネルは、命令／裁量法規の理論からサンセット法を裁量法規とみなし、これを WTO 法整合的とする<sup>68)</sup>。次に、パネルは、SPB が DOC に WTO 法違反の行為を命じているか否かが問題となるとし、

65) WT/DS152/R, paras. 7.25-27.

66) *Ibid.*, para. 7.25; WT/DS212/R, paras. 7.141-158.

67) 実際、GATT における as such 事案のほとんどが国内法に対するものであった。AB Report, *US—Corrosion*, WT/DS244/AB/R, para. 85. スーパーファンド法事件、その他前掲注 16)、24) のパネル報告参照。

68) Panel Report, *US—Corrosion*, WT/DS244/R, para. 7.114.

SPB 本文はこれを法令上明らかではないサンセットレビュー手続の手法や分析に関する事項に指針を与えるものと記している (WT/DS244/R, para. 7.119) ことから、SPB は何らかの義務を要求する命令的な法的文書ではなく、WTO 紛争処理の対象にはならないとした (7.124-126)。

このように、パネルは、SPB それ自体の AD 協定整合性を判断するために、まず SPB が WTO 紛争処理手続の対象となることを前提としており、本件では、SPB がそもそも紛争処理の対象とならないので、サンセット法の整合性には影響を与えないと判断したものと思われる。すなわち、as such 事案において、国内法以外の要素が併せて申立てられる場合、まず、それらの要素が WTO 紛争処理手続の対象となるかが問題となることになる。この点、WTO 紛争処理の申立ての根拠とされる GATT 23 条 1 項は、締約国が他の締約国が (b) 「何らかの措置を適用した結果として」対象協定上の自国の利益が侵害されていると認める場合に、申立てを行うことができるとしている<sup>69)</sup>。従って、国内法以外の要素の WTO 法整合性が問題となる場合、その要素が GATT 23 条に言う「措置」にあたるか検討する必要がある。この点、先のサンセットレビュー事件のパネルは、SPB が WTO 紛争処理の対象となるかを検討するにあたって、SPB が命令的であるか否かが問題となるとしたが、なぜ、申立てられた要素が WTO 紛争処理の対象となるために、それが命令的性質のもでなければならないのか、その理由が明らかではない。仮に命令/裁量法規の理論を念頭に置いているとしても、同理論によれば、申立てられた要素が命令的であるかどうかということは、その WTO 法整合性の判断の段階で問題となることであり、それが WTO 紛争処理の対象となる措置にあたるかどうかという段階で問題となることではない。

本件上級委は、措置の概念について、DSU 3.3 条及び WTO 法の目的から、加盟国に帰責する全ての作為・不作為、及び法的拘束力の有無を問わず「一般的かつ将来的な適用が予定されている規則や規範」を設けているものが WTO 紛争処理の対象となると解釈する (WT/DS244/AB/R, paras.81-82)<sup>70)</sup>。また、上級委は AD 協定に関して、17.3 条は措置についていかなる制限も設けておらず、

---

69) WT/DS136/AB/R, paras. 60-62. DSU 3.3 条も参照。

18.4条全文から、同条にいう「法令及び行政上の手続」とは、加盟国のAD手続の遂行に適用される一般的な規則・規範・基準の全てを含み、これは命令的でない措置を含む特定の形式の措置を排除するものではないと見る(84-87)。以上より、上級委は、命令的でない措置が紛争処理の対象とならない理由は見当たらないので、SPBもそれ自体で紛争処理の対象となるとする(88)。一方、命令／裁量法規の理論について、上級委は、その重要性は他の分析手段と同様、事案ごとに異なるので、これを「機械的に適用することには慎重になるべきである」(93)と述べ、パネルがSPBの序文のみからこれを指針と結論し、その具体的な規定内容の審理を行わなかったこと、SPBの規範的性格や拘束性、DOCがSPBから逸脱できる条件の実効性について分析しなかったことから、パネル判断を支持しなかった(94-100)。

以上の上級委報告より、申立てられた要素が命令的であるということは、当該要素が紛争処理の対象となる措置となるための条件ではなく、重要なのは、当該要素が一般的かつ将来的な適用が予定されているか否かであることがわかる。その後のパネルはこの上級委報告に依拠し、SPBそれ自体も紛争処理の対象になると判断している。米国のアルゼンチン産油井管に対するAD措置事件で、パネルは、SPBは行政指針を提供し、公にも私人に対しても期待を与える規範的価値を持ち、一般的かつ将来的適用が予定されていることから紛争処理の対象となる措置に当たるとした<sup>71)</sup>。また、米国のメキシコ産油井管に対するAD措置事件のパネルは、紛争処理の対象である措置にあたるSPB自体の整合性を命令／裁量法規の理論から直接結論するのではなく、重要なことは、米国政府によるSPBの解釈、適用実態であるとした。そこで、パネルは、提出された232の事例の分析からAD協定11.3条違反の行為の反復を認め、SPBはDOCに同条違反の行為を要求しているので、それ自体を違反とした<sup>72)</sup>。但し、同パネルは、

70) 先例として、本件上級委は拘束力のない行政指導が問題となった日本の半導体輸入に関するパネル報告(BISD 35S/116)を参照した、*Guatemala—Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico*の上級委報告(WT/DS60/AB/R, para. 69)に依拠した。

71) AB Report, *US—Sunset Reviews of AD Measures on OCTG from Argentina*, WT/DS268/AB/R, paras. 182-189.

SPBは法令の権威的な解釈ではなく、それに従属するものなので、法令そのものの整合性には影響を与えないとみなした<sup>73)</sup>。

以上のように、国内法の制度的行政的な構成要素について、パネル・上級委は、措置の概念を広く捉えることにより<sup>74)</sup>、国内法が裁量的である場合でも行政指針等の行政文書にまで as such 事案を拡大し、それ自体の WTO 法整合性を審理している。他方で、パネル・上級委は、SAA や SPB のような国内法を補完するにすぎない措置は国内法の整合性を覆すのに十分ではないとして、裁量法規を違反とするほどの効力は認めていない<sup>75)</sup>。この場合は、国内法とは別に制度的行政的要素が1つの措置として as such 事案の対象となるが、それ自体の整合性判断にあたって、命令／裁量法規の理論は適用されていない。従来ならば、文言が曖昧な場合は裁量的としてそれ自体が違反とされることはなかったが、WTO パネル・上級委は、具体的な事例を検討し、裁量的な措置が WTO 法に反する方法で適用されている実態を明らかにすることにより、それ自体を違反と判断している。

## 2. 「慣行」に対する as such 事案

次に、国内法と他の制度的行政的要素に国家実行が併せて申立てられる場合、いわゆる「慣行」が措置として as such 事案の対象となるかが問題となる。裁量法規の適用から違反措置が生じた場合、同様の事例において同様の違反措置が繰り返されるならば、これは WTO 法違反の慣行を構成することになる。慣行は単なる国家実行の偶然の積み重ねではなく、そこには先例の WTO 法違反の適用方法に従うという国家の組織的意図が認められ、将来にわたり、同様の事例には同一の違反措置が繰り返されるという期待を他国に与え<sup>76)</sup>、これは結果として委縮効果を生み出すことになる。そこで各国は、慣行が当局に WTO 法違反

---

72) Panel Report, *US—AD Measures on OCTG from Mexico*, WT/DS282/R, paras. 7.41–63.

73) *Ibid.*, para. 7.40.

74) 措置の概念については、Petros, C. Mavroidis, *The General Agreement on Tariffs and Trade: A Commentary* (2005), pp. 40–44, 149 も参照。

75) WT/DS282/R, para. 7.40; WT/DS212/AB/R, paras. 154–160.

76) WT/DS212/R, para. 2.11.

の行為を義務付けているとして、それ自体の整合性をWTO紛争処理手続に提訴するのである。

(1) ゼロイング事件以前のパネル報告

慣行それ自体のWTO法整合性の問題が初めて認識されたのは、米国の輸出制限を補助金として扱う措置事件のパネル手続においてである。

本件では、米国の1930年関税法771条、SAAの関連部分、商務省規則に付された序文及びそこから生じる慣行が、補助金協定32条等及びWTO設立協定16条4項に反すると申立てられた。パネルは、命令／裁量法規の理論より、1930年法を裁量法規とみなし、それ自体はWTO法整合的とした上で<sup>77)</sup>、次のように判断する。ある措置がWTO法上の義務違反を構成するためには、それ自体が独立して具体的な何かを行う又は特定の行為を要求するという意味での独立した働きをもっていなければならない(WT/DS194/R, para. 8.85)。この点、慣行は、SAAや規則序文の一部を構成しているに過ぎないので独立した措置ではなく(8.124)、仮に慣行が通常は踏襲され他国にそのような期待を与えとしても、SAA及び規則序文からは、商務省は理由を付すことにより過去の慣行から逸脱できると見られるので、これは何かを行う又は特定の行為を要求するという意味での独立した働きをもつものではない(8.126)。以上より、パネルは、慣行は紛争処理の対象とはならないとした。その他のパネルも、慣行は事後に修正できるので義務的ではなく、紛争処理の対象となる独立した作用を持つ措置ではないとし、また、AD協定184条の「行政上の手続」は、ダンピング調査に適用される予め確立した規則を意味するので、慣行はこれにも該当しないと判断している<sup>78)</sup>。

確かに慣行の概念は曖昧であり、どの時点でその存在を認定するかについて争いはあろうが<sup>79)</sup>、場合によっては十数年にわたり繰り返されている行為もあり、他国やその経済主体に与える委縮効果は無視できないであろう。このように、成

77) Panel Report, *US—Export Restraints*, WT/DS194/R, paras. 8.88–92.

78) Panel Report, *US—AD and Countervailing Measures on Steel Plate from India*, WT/DS206/R, paras. 7.20–23.

文化されていなくても委縮効果が生じる以上、DSU 3.3条やWTO法の目的に照らせば、SPB等の成文化された要素と異なる扱いをする理由はない。SPBも法的拘束力はないが、その曖昧な規定内容は具体例の分析により明らかにされ、一般的・将来的適用が見込まれることからWTO紛争処理の対象となる措置とみなされた。従って、重要なことは、具体例の分析により慣行の存在と内容を明らかにし、一般的かつ将来的適用が見込まれるかどうかを判断することであり、それらが証明された場合には、慣行も措置としてas such事案の対象となるのではないだろうか。

## (2) ゼロイング事件におけるパネル・上級委報告

実際、この慣行の問題はゼロイング事件において厳密に審理され、パネル・上級委は慣行が措置となる可能性を示している。

ゼロイング方式によるダンピング・マージンの算出は、モデル又は取引ごとの輸出価格が国内価格よりも高い場合、その差をゼロとみなすため、一部の輸取引の価格を無視している、故に公正な比較を行っていない等の理由によりAD協定及びGATT 6条に反すると関係国によって主張されている。実際、複数のパネル・上級委が上記の理由によりゼロイングの具体的適用をWTO違反と認定しているが<sup>80)</sup>、米国はゼロイング制度それ自体が違反認定されたわけではなくとして、他の事例における適用は依然として行っている。そこで各国は将来にわたり米国にゼロイング制度を是正させることを目的に、ゼロイングの適用と同時にゼロイング制度そのものがWTO違反であると主張している。米国のゼロ

---

79) WT/DS194/R, para. 8.123. また、慣行のように成文化されていないものに対する申立ては、その内容と存在が不確かなものであるため、パネルは付託された問題について客観的な評価を行うよう要求するDSU 11条に反しないよう審理することが必要とされる。AB Report, *US—Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins*, WT/DS294/AB/R, para. 197.

80) AB Reports, *EC—AD Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India*, WT/DS141/AB/R, para. 53; *US—Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada*, WT/DS264/AB/R, paras. 93–99. 一連のゼロイング事件のパネル・上級委報告につき、廣瀬孝「米国のアンチ・ダンピング手続における「ゼロイング」～WTO紛争解決手続による是正をめざして～(1) — (9・完)」『国際商事法務』(2006年10月号—2007年6月号)。



イング制度とは、具体的には関税法、ダンピング・マージンを計算するために用いられるコンピュータ・プログラム、ゼロイング手法及びそれを用いる慣行を併せたものを言い、これはAD手続の全段階で適用されている。

まず、15件の適用事例 (as applied) と共にゼロイング制度それ自体の整合性が問われた米国のECゼロイング事件のパネル手続において、米国は命令／裁量法規の理論に基づき、関税法は条文上商務省にダンピング・マージンの算定方法にいくつかの選択肢を認めていることから、ゼロイングそれ自体はAD協定違反ではないと主張した。パネルは、命令／裁量法規の理論の重要性は事案ごとに異なり、この理論の適用には慎重さが求められることを指摘し (WT/DS294/R, para. 7.55)、次のように判断する。米国関税法は、ゼロイングについて明示的に規定していないので、それ自体はAD協定違反とは言えない (7.57-69)。その他の要素それ自体の整合性について、これらが紛争処理手続の対象となる措置に当るかが問題となるが、先例は措置を広義に解釈し、法形式、拘束力の有無を問わず、一般的かつ将来的に適用が見込まれる規則又は規範を定めるもの全てとしている。また、措置が文字で書かれた形式で存在しなければならないとする規定は、DSUにも他の対象協定にも存在しない。この点、コンピュータ・プログラムは特定のAD手続にのみ適用可能であるので一般的将来的な適用が予定される規則又は規範とは言えず、これは何かを創り出すものではなく、規則又は規範の単なる反映に過ぎないのでAD協定184条の「行政手続」にも当らない。故にコンピュータ・プログラム自体は、「措置」でも「行政手続」でもないので紛争処理の対象とはならない (7.91-97)。しかしながら、ECが提出した適用事例の分析から、ゼロイング手法それ自体は一貫して常に適用されており、価格の比較結果の一部を無視することは長期間にわたり継続して行われていることが明白である。以上より、パネルは、ゼロイング手法を用いる慣行は商務省が従っている十分に確立された規範であり、それ自体がAD協定違反となると結論した (7.98-104)。

本件上級委は、まず紛争処理手続の対象となる措置の概念に関して、先例に依拠して<sup>81)</sup>パネル判断を支持する (WT/DS294/AB/R, paras. 188-189)。但し、上級委は、措置に対する申立ては重大な影響をもたらし得るので、法令その他文書



の形で表されていない規則又は規範それ自体の整合性を争う場合、申立国は①当該規則・規範が被申立国に帰属すること、②その正確な内容、③一般的かつ将来的な適用が見込まれることを、十分な証拠に基づいて立証しなければならないとした(198)。この点、上級委は、ECが申立てた適用事例及び提出した証拠は米国が常にゼロイング手法を採用していることを示しているため、以上の3点の立証に十分であるとし、ゼロイングの慣行は措置に当たり、ゼロイングはWTO法違反であるので、その慣行もWTO法違反であると結論した(199-222)<sup>82)</sup>。

### 3. 小括

本章では、国内法と他の制度的行政的要素そして国家実行が併せて申立てられる *as such* 事案について見てきた。まず、国内法の整合性判断にあたっては、命令/裁量法規の理論は維持されており、文言上WTO法違反の措置を命じていない限り、当該法はWTO法整合的とされている。一方、WTOパネル・上級委は、措置の概念を広義に解釈し、国内法が裁量法規である場合でも、一般的かつ将来的な適用の見込みが証明される、行政指導や解釈指針といった制度的行政的要素、及び国家実行の積み重ねである慣行を、それ自体として *as such* 事案の対象とし、その整合性を審理している。この場合、その整合性判断にあたって、命令/裁量法規の理論は適用されておらず、代わりに、証拠として提出された適用事例、または同時に申立てられた *as applied* 事案を分析することにより、措置の内容を明確化し、その内容がWTO法違反の反復であるならば、一見して裁量的な措置でもそれ自体が違反とされている。本章はじめに述べた通り、国内法の

---

81) 上級委は先例として、WT/DS60/AB/R, para. 69; WT/DS244/AB/R, paras. 81-82を参照した。

82) その後、日本が申立てた米国のゼロイング事件の上級委は、米国のECゼロイング事件の上級委報告に依拠し、GATT6条、AD協定2・6・9条の解釈から、AD手続全般においてゼロイング制度それ自体が一般的に禁止されるとした。このパネル・上級委報告については、廣瀬「前掲論文」注80)の他、小寺彰「米国—ゼロイング及びサンセット・レビューに関する措置(パネル報告WT/DS322/R)(上級委員会報告WT/DS322/AB/R)」『WTOパネル・上級委員会報告書に関する調査研究報告書—ガット・WTOの紛争処理に関する調査報告書XVII—』(平成19年3月、財団法人国際貿易投資研究所公正貿易センター)261-275頁。

制度的行政的要素と事後の国家実行は、当該法の解釈・適用についての国家の意思の表れである。従って、制度的行政的要素や慣行の整合性を問うことは、裁量法規の適用実態を審理することにより裁量権が実際にWTO法整合的に行使されているか否かを明らかにしていることを意味する。このようにして、従来の命令／裁量法規の理論に従えば、それ自体で違反とされなかった措置も、WTOにおいては、違反認定されることが可能となり、WTOパネル・上級委は裁量法規のWTO法整合的な適用を確保し、萎縮効果の排除を試み、結果としてas such事案の意義及び目的を達成しようとしているものと思われる。

## V WTO法における命令法規と裁量法規の理論の有効性

以上のように、WTOパネル・上級委報告の中で、as such事案の判断基準として命令／裁量法規の理論は維持されているが、その適用方法にはGATTのパネル報告からの一定の発展が認められる。すなわち、現行WTO法においては、国内法の文言のみを審理するのではなく、その他の制度的行政的な構成要素、さらには国家実行を併せて審理し、国内法上認められる裁量的要素が、実際にWTO法整合的に行使されるかという、裁量法規の実質性までが審理対象となっている。前章で述べた通り、WTOパネル・上級委は、このようにして萎縮効果の排除を試みているとの評価が可能である一方で、裁量法規から萎縮効果が生じるか否かは、事後の国家実行にかかっていることから、GATTパネルによって認められ、確立された命令／裁量法規の理論が、そもそもWTO法において有効であるかという疑問が生じることも否めない。裁量法規の概念は、結局のところ、加盟国がWTO法違反の措置をとる権限をもつことを認めていることを意味し、その存在による違反措置の脅威、加盟国による権限濫用の危険性は完全に払拭できないであろう<sup>83)</sup>。こうした脅威・危険性は、萎縮効果の排除の妨げとなろう。そこで、このような脅威・危険性を排除するために、裁量法規という概念自体を否定する理論にも一理あると思われる<sup>84)</sup>。この問題は、特に、1947

83) Negotiations on improvements and clarification of the DSU, Proposal by Japan, TN/DS/W/22, 28 October 2002, p. 3 and TN/DS/W/32, p. 2.

年GATTには存在しなかったWTO設立協定16条4項の国内法のWTO法整合義務との関係で論じられる。すなわち、WTO設立協定16条4項は、加盟国が裁量法規を含め、全ての国内法をWTO法に整合されることを要求している、言い換えれば、同条項は、裁量法規を禁止していると主張される。

それでは、WTO設立協定16条4項は、裁量法規の概念を否定しているのでしょうか？本章では、WTO設立協定16条4項の意義についてみていき、WTO法の枠内で、命令／裁量法規の理論を否定することが可能であるか検討を試みる。

### 1. WTO設立協定16条4項の解釈

WTO設立協定16条4項は、「加盟国は、自国の法令及び行政上の手続を附属書の協定に定める義務に適合したものとすることを確保する（“Each Member shall ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures with its obligations as provided in the annexed Agreements”）」と規定する。既述のように、これは、加盟国に法令及び行政上の手続を対象協定に整合させるよう義務付けるものであるが、その正確な意味は、文言上明らかではなく、2つの解釈が可能であるとされている。

すなわち、これは加盟国の国内法を、その性質にかかわらず全てWTO法に整合させるよう要求する新しい義務であると解釈することが可能である一方で、これは対象協定に定められている個々の具体的な義務に単に付随するものにすぎず、新しい義務を追加するものではないと解釈することも可能である。前者の見解に立つECによれば、WTO設立協定16条4項は、加盟国にWTO法違反の措置を回避することを要求する消極的義務のみではなく、法令及び行政上の手続にかかわる全ての国内規則・規範がWTO法と一切抵触しないよう、具体的な措置をあらかじめとることを要求する積極的義務をも課している。従って、国内

---

84) David Palmeter, “A few—Very few—Kind Words for Section 301”, in Philip Ruttley, Iain Macvay, and Carlo George (eds.), *The World and the International Trade Regulation* (Cameron May London, 1998), pp. 128–129; David Palmeter & Petros C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure* (Kluwer Law International, 1999), p. 26.

法が WTO 法上の義務と抵触する場合、国家はその国内法を改廃し、その抵触を解消する義務がある<sup>85)</sup>。WTO 設立協定は、多角的システムの基本協定であるので、この 16 条 4 項は他の全ての対象協定に適用される普遍的な規則であり、また、同 16 条 3 項より、これは他の対象協定よりも上位に位置付けられる規則でもある<sup>86)</sup>。EC は、このような WTO 設立協定 16 条 4 項の意義及び性質から、加盟国は命令法規のみではなく裁量法規も WTO 法上の義務に整合させるよう義務づけられているとする。

一方、後者を支持する米国は、WTO 設立協定 16 条 4 項の国内法の WTO 法整合義務は、対象協定の各条項に定められた具体的な義務に従うよう要求しているにすぎず、国内法が対象協定上のある義務に違反している場合は、WTO 設立協定 16 条 4 項にも違反し、当該国はその国内法を対象協定上の当該義務に整合させる積極的義務をもつが、反対の場合にはいかなる義務ももたない<sup>87)</sup>。この意味において WTO 設立協定 16 条 4 項は、対象協定の個々の条文が定めている以上の義務を要求するものではなく、それ自体で特別の意味をもつものではないことになる。

確かに、WTO 設立協定 16 条 4 項及び他のいかなる規定も「法令」とのみ記し、文言上は命令法規と裁量法規の区別はしていないが、このことから、同条が裁量法規を禁止する意図をもって全ての国内法を WTO 法に整合させる義務を課していると解釈することはできない。一方で、未だ、パネル・上級委はこの点についていかなる判断も下していない。WTO 設立協定 16 条 4 項の意義について、まず 301 条事件のパネルが一般的な見解を述べた。それによれば、同条はウィーン条約法条約 27 条よりも進んでおり、単に WTO 法違反を正当化するために国内法を援用することを禁止しているのみではなく、実際に国内法と WTO 法上の義務との整合性を確保するよう義務付けている。従って、同条の下で、加盟国は国内法と WTO 法の抵触をあらかじめ解消する法的義務を負っている。このように、WTO 設立協定 16 条 4 項は、国内法と WTO 法との潜在的な抵触

---

85) WT/DS136/R paras. 3.359-3.368; WT/DS152/R, paras. 4.370-4.371.

86) WT/DS/136/R para. 3.336.

87) WT/DS152/R, paras. 4.420-421.

を禁止しており、加盟国の国内法は具体的適用なしに、それ自体で WTO 法違反となり得ることを確認している<sup>88)</sup>。この 16 条 4 項の一般的な意義は、既に WTO 加盟国によって十分に認識されているが、301 条事件のパネルの判断は、こうした一般的な解釈にとどまり、この解釈と命令／裁量法規の理論との関係には言及しなかった。

次に、1916 年 AD 法事件のパネル (EC) は、16 条 4 項の意義について次のように述べた。「もし、16 条 4 項が意味をもつとすれば、それは加盟国の法令が WTO 設立協定の付属書における義務に違反していると判断された場合に、その加盟国は、同様に 16 条 4 項における義務にも違反するということである<sup>89)</sup>。この意味においては、「対象協定の 1 つの規定の違反は自動的に 16 条 4 項違反を引き起こす<sup>90)</sup>」。実際に本件において、パネルは、1916 年法が AD 協定 6 条違反であることから同法を WTO 設立協定 16 条 4 項違反であると結論した<sup>91)</sup>。この解釈は、米国の主張に近く、16 条 4 項の義務は対象協定上の他の義務に付随するものであり、それ自体で独立の意味をもつものではないことになる。他方、既述の通り、本件の上級委はこの問題の重要性を認識した上で、具体的な審理を行なうことを避け、1916 年法の命令法規としての性格から同法の WTO 法違反を結論するに留まった<sup>92)</sup>。

## 2. WTO 設立協定 16 条 4 項とアンチ・ダンピング協定 18.4 条との関係

命令／裁量法規の理論に関しては、唯一、1916 年法事件のパネル (日本) が、WTO 法におけるその有効性を否定した。しかしながら、その根拠には、再考の余地がある。同パネルは、命令／裁量法規の理論を一般国際法上の概念であり、例えばこれが慣習規則であるとしても、WTO 法は条約法であるので、一般国際法に優位すると述べた<sup>93)</sup>。その上で、AD 協定 18.4 条が命令／裁量法規の理論を

---

88) *Ibid.*, para. 7.41.

89) WT/DS136/R, para. 6.222.

90) *Ibid.*

91) *Ibid.*, para. 6.225.

92) WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R paras. 151-154.

93) WT/DS162/R, para. 6.189.

否定していることから、一般国際法上の概念である命令／裁量法規の理論は、AD協定には適用されないとした<sup>94)</sup>。それでは、命令／裁量法規の理論は、一般国際法上の慣習規則なのであるか？

一般国際法上、国家の国内法規定が、具体的な適用なしに国際義務違反を構成するかについては、伝統的には、これを否定する見解が主流であった。すなわち、国家主権の尊重の観点より、国家の国内法規定は、違反の具体的な証拠が明らかにならない限り、国際義務との抵触を避けるよう解釈すべきであるとされてきた<sup>95)</sup>。従って、例え、国内法上明らかな国際義務違反が認められても、国家は国際義務違反とならないよう当該法を適用するという推定が働く<sup>96)</sup>。一方、近年、この点に関する一般国際法の原則は、変化してきているとみられ、確立された原則は存在しないように思われる。まず、国家責任条約草案に関する国際法委員会は、次のように述べている。「明らかに国際義務と抵触している内容を持つ国内法を採択することが、国際義務違反を構成するか、あるいは、違反が構成されるためには、当該法が適用されなければならないかという問題が生じる。この点、全ての事例に適用可能な一般的な原則は定立されていないであろう。」<sup>97)</sup>また、国際司法裁判所は、La Grand事件において、次のように述べている。「(裁判所)は、国際義務違反を認めることができる。必要な場合には、ある国内法がその違反の原因であると認定することができる。」<sup>98)</sup>これは、国内法がその具体的な適用なしに、一般国際法上のある種の義務違反を構成し得ることを示唆しているとの解釈が可能である<sup>99)</sup>。なぜなら、一般国際法上の義務の内容・性質の多様性に鑑みれば、国内法それ自体が国際義務違反を構成するか否かは、問題となる義務の内容・性質による思われるからである<sup>100)</sup>。いずれにしても、一般国

94) *Ibid.*

95) Ian Q. C. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5<sup>th</sup> ed., 1995), p. 35; Jennings & Watts (eds.), *supra* note 24, pp. 81-82.

96) *Ibid.*

97) “Article 12 of the ILC’s Articles on State Responsibility and Commentary (12)” in James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (2002).

98) *Affaire LaGrand, C.I.J. Recueil 2001*, para. 125

99) Jennings & Watts (eds.), *supra* note 24, pp. 85-86.



際法は、国内法それ自体が国際義務違反を構成するかという問題に、命令／裁量法規の理論は認めておらず、この点で、1916年法事件のパネル報告は誤った判断をしている。

次に、パネルは、AD協定18.4条の下で、命令／裁量法規の理論を否定した。AD協定18.4条は、「各加盟国は、…自国の法令及び行政上の手続を当該加盟国に適用されるこの協定に適合したものとすることを確保するために、すべての必要な一般的又は個別的な措置をとる」と規定する。これは、WTO設立協定16条4項とはほぼ同様の規定であり、AD分野における国内法のWTO法整合義務を成文化したものと解される。その内容も、WTO設立協定16条4項と全く同様であることが認められているが、このことから、WTO設立協定16条4項の下で、命令／裁量法規の理論を否定することはできない。なぜなら、そもそもWTO設立協定とAD協定は、WTO法の枠組みにおける同じ性質・価値を持つものではないため、両者を同一レベルで論じることができないからである。すなわち、WTO設立協定は、対象協定全体に適用される基本法である一方、AD協定は、アンチ・ダンピングという特定の限られた一分野のみに適用される設立協定の附属書の1つにしかすぎないものである<sup>101)</sup>。実際、AD協定18.4条の下で、命令／裁量法規の理論を否定した1916年法事件のパネル（日本）も、設立協定16条4項の下では、同様の解釈はしなかった。パネル（日本）は、その結論において、1916年法はGATT及びAD協定に反するため、それ自体が設立協定16条4項違反であると述べるにとどまった。これは、同パネルも、命令／裁量法規の理論に関して、設立協定16条4項とAD協定18.4条は同様の意義をもつとはみなしていないことを示唆していると思われる。

その他のパネルも、WTO法において命令／裁量法規の理論を否定する主張を採りあげず<sup>102)</sup>、従来通り、この理論を適用してas such事案を処理している。このような消極性からは、WTOパネル・上級委は、加盟国に裁量法規を認めないほど厳格に、設立協定16条4項を解釈する意図はないように思われる。

---

100) Novel, *supra* note 8, p. 670; Bhuiyan, *supra* note 28, pp. 581-584.

101) WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, para. 301.

102) 前章において引用したパネル・上級委報告参照。

### 3. 加盟国の意思

実際のところ、WTO 設立協定 9 条 2 項より、パネル・上級委は 16 条 4 項の公権的解釈を与えることはできず<sup>103)</sup>、この問題は、もっぱら加盟国政府の意思にかかっていると見えよう。すなわち、加盟国が、設立協定 16 条 4 項に裁量法規を禁止するほどの効力を認めているかということであるが、この点は、まずその制定過程を見ていくことが必要となる。

現行 16 条 4 項は、“Each Member shall ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures with its obligations as provided in the annexed Agreements” と規定している。一方、1991 年 12 月に配布されたウルグアイ・ラウンド交渉の最終草案において、16 条 4 項は、“The Members shall endeavour to take all necessary steps, where changes to domestic laws will be required to implement the provisions of the agreements annexed hereto, to ensure the conformity of their laws with these agreements<sup>104)</sup>” と規定されていた。

すなわち、最終草案を見る限り、16 条 4 項は、もともとは努力規定としての性格が強く、加盟国政府に対して、明確に国内法の WTO 法整合義務を課し、その即座の実施を求める意図はなかったように読める。現行 16 条 4 項の規定の仕方は、明らかに国内法の WTO 法への整合の即時実施を法的に義務付けており、ここに、確かにウルグアイ・ラウンドに参加した各国の政府代表の意思の変化を読み取ることができる<sup>105)</sup>。しかしながら、現行 16 条 4 項から読み取れるのは国内法の WTO 法整合義務の即時実施ということのみであり、両者の文言の変化から、加盟国政府が裁量法規を禁止する意図をもって 16 条 4 項を制定したか否かまで判断することはできない。現状も、先に見た通り、EC と米国の 16 条 4 項の解釈に関する見解の相違が明らかであり、この点についての WTO 加盟国の意見が一致しているとは言い難い。

103) 小寺彰「国際コントロールの機能と限界——WTO / ガット紛争解決手続の法的性質——」『国際法外交雑』95 卷 2 号、pp. 20-22、pp. 32-34。従って、このようなパネル・上級委員会の設立協定 16 条 4 項の解釈に対する消極性は、むしろ正当化されよう。

104) GATT Document, MTN.TNC/WFA, 20 December 1991, p. 99.

105) Naiki, *supra* note 29, pp. 47-49.

#### 4. 小括

以上の諸点に鑑みれば、WTO 設立協定 16 条 4 項の下で、命令／裁量法規の理論が否定されるか否かについて、結論を出すことはできないと思われる。DSU 3 条 2 項より、WTO パネル・上級委は、設立協定及び対象協定に定められた権利・義務に新たな権利・義務を追加することも、それらを減ずることもできない。すなわち、現状では、WTO パネル・上級委は、設立協定 16 条 4 項を、その文言のみからしか解釈することができないのである。この点、16 条 4 項は、「法令及び行政上の手続を、附属書の協定に定める義務に適合したものとする」と明記していることから、WTO 法上の義務の数及びその多様性に鑑みれば、裁量法規を認めるか否かは、個々の義務の内容・性質によって異なると見るのが適切と思われる。

そして、一連のパネル・上級委報告を分析すると、現行 WTO 法には、DSU 23 条を除き、裁量法規を禁止するほどの強制力をもって、国内法の WTO 法整合義務を履行するよう加盟国に要求している規定はないと、パネル・上級委はみなしていることになろう。そもそも、WTO という国際組織自体が、加盟国が主権の一部をこれに移譲したという意味での超国家的機関ではなく、あくまで国家間の協力体制としての政府間組織に過ぎず<sup>106)</sup>、故に WTO 法も各国の国内法体制の多様性を前提に、それに「一定の「たが」ないし制約を課すこと」<sup>107)</sup>が目的なのであって、裁量法規を一切認めないほど強固に加盟国の国内法の統一・接近を目的としているものではないのである。

以上より、WTO 法における命令／裁量法規の理論の有効性は、WTO 加盟国間に、この点に関する明確な合意がない限り、肯定されると思われる。従って、前章において見た通り、命令／裁量法規の理論を維持しつつ、萎縮効果を排除していく手段として、近年の WTO パネル・上級委によって採用されているのが、国内法のみではなく、他の制度的行政的要素及び国家実行を併せて審理し、裁量

---

106) 小寺彰『WTO 体制の法構造』東京大学出版会（2000年）pp.11-27. WTO 設立協定 3 条に明記されている WTO の任務からもこの点は明らかである。

107) 小寺彰「国際通商分野における国際条約の位置——国内ダンピング法と WTO 協定」、『ジュリスト』No.1387（2009年10月）、p.91.

法規の実質性を確保するという方法なのであろう。

## VI むすび

以上、WTO法における as such 事案の法的根拠とその判断基準の理論及び適用態様を、GATT/WTO パネル・上級委報告の分析を通して明らかにしてきた。

WTOにおいて、国内法それ自体が違反とされる根拠は、国産品と輸入品の間の競争関係に対する期待という WTO 法上の利益に求められ、その無効化侵害とは関税譲許当初に実現された期待を維持できなくなることをいう。そしてある種の国内法は、その単なる存在事実が他国やその経済主体に対して貿易・投資計画の変更を迫る委縮効果を与え、競争関係に対する期待を歪めるため、それ自体で違反とされるのである。即ち、ここには利益の無効化侵害が存在し、故に WTO においては as such 事案が認められ、これは WTO 体制を維持するために不可欠なものなのである。

そして、それ自体で違反とされる国内法の内容・性質の判断基準として、GATT によって確立されたのが命令／裁量法規の区別の理論である。これにより GATT 時代は、条文上の文言により命令法規のみがそれ自体で違反、裁量法規それ自体は違反とならないとされた。命令／裁量法規の理論は WTO においても as such 事案の判断基準として有効であり、その適用は確立した原則となっている。萎縮効果を排除し得ないと批判された GATT パネルの命令／裁量法規の理論は、301 条事件のパネルによってその適用が排除され、代わって、対象協定上の各々の義務の内容・性質に基づき国内法それ自体の整合性を判断するとされ、委縮効果の排除という観点から裁量法規もそれ自体で違反となる可能性が示された。しかしながら、301 条事件のパネル報告は、国内法に対する as such 事案への一般的な適用性は認められず、WTO においても原則として文言上行政府に違反措置を命じていない限り、国内法それ自体は整合的とみなされており、命令／裁量法規の理論は堅持されているといえる。その背景には、301 条事件のパネルが指摘したように、現代の経済規制立法は複合的な性格をしており、異なる法システムにおいては国内法の WTO 法整合義務の履行にもそれぞれの方法が

あるという、各国の法システムの広範な多様性に対する理解・尊重があるのであろう<sup>108)</sup>。即ち、重要なのは結果であり、そこに至る方法は各国の法システムに委ねられていると言えよう<sup>109)</sup>。

一方で、このように各国の法システムの多様性を尊重しつつ国内法の WTO 法整合義務を確保するためには、国内法それ自体の整合性は、問題となっている国内法のみではなく、関連する他の制度的行政的要素及び国家実行を併せて総合的に判断することが要求される。結果として、as such 事案の対象となる措置は、法令のみではなく、法的拘束力の有無、法形式の如何、また成文化されているか否かを問わず、「一般的かつ将来的な適用が見込まれる規則・規範・基準の全て」となる。この点において、WTO 法は GATT に比べて明らかに発展していると思われる。GATT において as such 事案は国内法のみに対する概念として認識されていたが、WTO パネル・上級委は国内法のみではなく、その構成要素とみなされる制度的行政的な文書を as such 事案の対象とし<sup>110)</sup>、さらには文書の形で表されていない慣行に対する as such 事案も認め、結果として WTO 法が規律できる加盟国の国内法体制の範囲が拡大したと言えるからである。

そして、命令／裁量法規の理論は、国内法以外の行政機関の内規や解釈指針、行政指導、また慣行それ自体の WTO 整合性の判断基準としては適用されず<sup>111)</sup>、WTO パネル・上級委は、相当数の具体的な適用事例を分析することにより措置の内容・性質を明確化するという事案ごとの判断を行っている。その結果、一見して裁量的な措置でも、WTO に反する態様で適用されていることが証明されるならば、それ自体が違反とされる。このように、国内法以外の制度的行政的要素及び慣行それ自体の整合性判断には命令／裁量法規の理論を適用せず、実質が伴わない裁量的な措置はそれ自体で違反となる点は、萎縮効果の排除に資する WTO の重要な発展であると言えよう。

---

108) WT/DS152/R, para. 7.24.

109) *Ibid.*

110) Roger P. Alford, "Reflections on US—Zeroing: A Study in Judicial Overreaching by the WTO Appellate Body", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.45 (2006), pp. 216-218.

111) *Ibid.*

結局、WTOは以上のように as such 事案の対象を拡大し、国内法のみではなく国内法体制上の制度的行政的要素、また慣行の WTO 法整合性を審理し、それらの性質・内容を明らかにすることによって、裁量法規に対する柔軟性を担保し、国内法それ自体の WTO 法整合性をより正確に判断しようとしているのではないだろうか。これはまた、裁量法規の実質性を確保し、その WTO 法整合的な適用の可能性を高めることでもあり、違反措置の根源を断ち、WTO 体制のより効果的な保障に資するという as such 事案の意義と目的に適う、国内法の WTO 法整合性の判断基準であると思われる。

なお、WTO 法における命令／裁量法規の理論の有効性については、WTO 加盟国間にこれを否定する明確な合意がない現状の下では、肯定される。従って、個々の as such 事案において、パネル・上級委が国内法それ自体の WTO 法整合性を判断する上で、裁量法規の実質性を確保することが一層重要となってくると言えよう。