

# WTO 法上の対抗的措置と 対抗立法に関する一考察

— as such 事案を中心として —

佐 藤 弥 恵\*

- I はじめに
- II 紛争解決了解における対抗的措置の概要
- III as such 事案における対抗的措置の問題点
- IV 対抗立法と WTO 法の関係
- V おわりに

## I はじめに

WTO 法上、加盟国は、紛争解決機関（DSB）によって採択されたパネル・上級委員会（上級委）報告を履行し、違反認定された国内法上の措置を撤廃する義務を負っている<sup>1)</sup>。したがって、被申立国によるその不履行は、新たな WTO 法違反を構成し、申立国による「譲許その他の義務の停止」、すなわち対抗的措置<sup>2)</sup>の対象となる。

ところで、「譲許その他の義務の停止」は、それ自体が貿易障壁であるので、1994 年 GATT やその他の対象協定の関連規定に抵触し、ゆえに当然のこととして、これが実施されれば、WTO が目指す自由貿易体制が侵害されることになる。また、対抗的措置は、申立国が WTO 加盟国の中の 1 国（被申立国）のみをターゲットにするわけであるから、それ自体が差別的性質をもち、WTO の基本原則の 1 つである最恵国待遇原則（1994 年 GATT1 条）に反する<sup>3)</sup>。さらに、それ

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 12 巻第 3 号 2013 年 11 月 ISSN 1347-0388

※ 法学博士（Docteur en Droit）、パリ第一大学（パンテオン・ソルボンヌ）大学院修了

自体が本質的に一方的性質をもつ<sup>4)</sup>ことから、対抗的措置は、本来 WTO の多角的貿易体制と相いれないものである<sup>5)</sup>。したがって、対抗的措置の実施を各加盟国の判断に完全に委ねてしまわないよう、WTO 法の枠内で管理・監督することが望ましい。そのために、実際、紛争解決了解 (DSU) は、申立国が対抗的措置を実施するにあたり、その手続や内容について、詳細な要件を定め、申立国の恣意性を排除しようとしている<sup>6)</sup>。この点、手続的には、対抗的措置の実施は DSB の承認を得ることが要件とされ、いわゆる一方的措置が禁止されているが

- 1) WTO 法上、パネル・上級委報告に法的拘束力を認める明文の規定は存在しない。この事実から、パネル・上級委報告の法的拘束力を否定する見解も少なからずある。J. H. Bello, "The WTO Dispute Settlement Understanding", *American Journal of International Law* (hereinafter cited as *AJIL*), Vol. 90 (1996), pp. 416-418. しかしながら、GATT 時代から、パネル報告は法的拘束力を持つと認識されており、WTO 法においては、WTO 設立協定 16 条 4 項、DSU 3 条 7 項、21 条 1 項、26 条 1 項 b) 等の規定より、この点は明らかであると思われる。John H. Jackson, "International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to "Buy Out" ?" *AJIL*, Vol. 98 (2004), pp. 115-117; "WTO Dispute Settlement Understanding—Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation", *AJIL*, Vol. 91 (1997), p. 63; Robert E. Hudec, "Broadening the Scope of remedies in WTO Dispute settlement" in F. Weiss & J. Wiers (eds.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures* (2000), pp. 355-357; Yuji Iwasawa, "WTO Dispute Settlement as judicial supervision", *Journal of International Economic Law* (hereinafter cited as *JIEL*), Vol. 5 (2002), pp. 289-290; Eric Canal-Forgues, *Le règlement des différends à l'OMC* (2003), pp. 37-38. さらに、日本の酒税事件の上級委も、その報告に法的拘束力があることを認めている。*Japan—Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8,10,11/AB/R, p. 13. なお、以下では、既出の事案のパネル・上級委報告、DSU 22 条 6 項の仲裁裁定、その他の DSB の資料については、WTO ホームページ上に示されている資料ナンバーのみを記す。
- 2) このように、WTO 法上、パネル・上級委報告の不履行は違反行為であるため、それに対して「譲許その他の義務」を停止することは、一般国際法上の対抗措置に類似する概念と思われる。本稿では、WTO 法上の「譲許その他の義務の停止」を一般国際法上の対抗措置と区別して、対抗的措置と呼ぶ。
- 3) Elisabeth Zoller, «Guerre commerciale et droit international [Réflexions sur les contre-mesures de la Loi américaine de 1988 sur le commerce et la concurrence]», *Annuaire Français du Droit International* (ci-après cité comme *AFDI*), Vol. XXXV (1989), p. 70.
- 4) Pierre Mary Dupuy, *Droit international public*, 6ème édition (2002), para. 22.
- 5) *Ibid.* 貿易紛争における対抗措置の一般的な問題について、Zoller, *supra* note 3, pp. 65-89.
- 6) Hélène Ruiz Fabri, «La juridictionnalisation du règlement des différends», *Revue de l'Arbitrage*, Vol. 2003 (2003), p. 937.

(DSU22 条、23 条)、現行 DSU は、この承認をネガティブ・コンセンサス方式によって与えるとしている (22 条 6 項)。したがって、WTO 法上、対抗的措置はほぼ自動的に実施されるシステムになっている。このように、対抗的措置の実施が、手続上はほぼ自動化されたため、WTO 法上対抗的措置が整合的であるためには、その実質的な要件が満たされることが一層重要となってくる。

その実質的な要件が、対抗的措置の程度と利益侵害の程度の「同等性の原則」であり (DSU22 条 4 項)、これにより、WTO 法上、いわゆる懲罰的な対抗的措置は禁止されている。ゆえに、個々の事案において同等性の原則が満たされることが、対抗的措置の WTO 法整合性を保障することになる。その任務を負うのが、DSU22 条 6 項の仲裁であり、その裁定は、同等性の評価を行い、対抗的措置の程度を最終的に決定するものである。この点、同仲裁は、一連の事案において、同等性の原則を数学的な概念として捉え、対抗的措置の程度を数値で示すことにより、客観的で信頼に足る裁定を下そうとしている。

しかしながら、いわゆる as such 事案において、この方法は必ずしも同等性の原則を保障しえず、対抗的措置の WTO 法整合性が問われる事態が生じている。WTO 加盟国は、DSU16 条 4 項により、国内法を WTO 法に整合させる義務を負っているため<sup>7)</sup>、国内法は、個々の事案における具体的な適用なしに、それ自体で WTO 法違反となり得るとされる<sup>8)</sup>。したがって、WTO 加盟国は、他国の国内法それ自体の WTO 法整合性を WTO 紛争解決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違反措置に対する申立て (as applied 事案) と区別して、as such 事案と呼ばれる<sup>9)</sup>。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>10)</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。例えば、米国がダンピング・マージンの算

7) Yves Nouvel, «Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC», *AFDI*, Vol. XLVIII (2002), p. 661.

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

9) As such 事案について、詳しくは、佐藤弥恵「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」『一橋法学』第 11 巻 1 号 (2012 年)、215-255 頁。

10) WT/DS8,10,11/AB/R, p. 14.

出の際に採用していたゼロイング方式は、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、一部の輸出取引の価格を無視している、ゆえに公正な比較を行っていない等の理由によりアンチ・ダンピング協定及びGATT6条に反すると関係国によって主張された。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違反と認定したが(as applied 事案)<sup>11)</sup>、米国はゼロイング制度およびそれを規定している関税法それ自体が違反認定されたわけではないとして、他の事例における適用は依然として行っていた。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を規定している米国関税法そのものがWTO法違反であると主張し、WTO紛争解決手続に提訴した(as such 事案)<sup>12)</sup>。このように、as applied 事案によってある措置がWTO法違反と判断されても、その措置の根拠となった国内法それ自体がWTO法違反と認定されない限り、他の事例において、当該国内法は依然として適用され、違反措置が生じる可能性がある。そこで、as such 事案によっ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>13)</sup>。

したがって、as such 事案は、WTO法において重要な意義を持ち、WTO法の特徴とも言えるものであるが<sup>14)</sup>、対抗的措置の実施にあたっては、その意義を無にする事態が生じている。そもそも、WTO法上国内法それ自体が違反とさ

---

11) *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)。

12) パネル・上級委はゼロイング制度そのものをWTO法違反と認定した。*US—Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins*, WT/DS294/R, WT/DS294/AB/R

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

14) 一般国際法上、国家の国内法はそれ自体で国際法違反を構成するとはみなされていない。Nouvel, *supra* note 7, p. 661; Ian Q.C. Brownlie, *Principles of Public International Law* (1995), p. 35; Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (2000), pp. 81-82.

れ得るのは、それ自体が WTO 法上の利益の無効化・侵害（利益侵害）を構成し得るからであるが、これは、国内法それ自体が他国に与える萎縮効果による。すなわち、WTO 法違反の国内法は、それが存在している限り、適用され、違反措置が生じる恐れが常にある。そこで、他国は違反措置から生じる負の影響を回避するために、あらかじめ貿易政策を変更するが<sup>15)</sup>、このような WTO 法違反の国内法それ自体がもつ負の効果を、WTO 法上、萎縮効果と呼んでいる。結果として、当事国間の関税譲許当初の競争関係に対する期待は歪められ、これが WTO 法上の利益侵害を構成することになる<sup>16)</sup>。ゆえに、萎縮効果は、言わば as such 事案が WTO 法上認められる根拠であるにも関わらず、実際の as such 事案においては、萎縮効果の存在ゆえに、国内法それ自体から生じる WTO 法上の利益侵害の程度を具体的に証明することには困難が伴う。利益侵害の程度を正確に決定できなければ、対抗的措置の程度も正確ではなくなり、結果として同等性の原則に反することになりかねない。また、萎縮効果の存在を同等性の評価の範疇から除外することは、as such 事案の意義そのものを無にすることになる。したがって、as such 事案において、萎縮効果を考慮しつつ、どのように同等性の原則を評価し、対抗的措置の程度を決定していくのが、重要な問題となる。

本稿では、まず、DSU が定める対抗的措置の要件を見ていき、WTO 法上の同等性の原則の概念と DSU22 条 6 項の仲裁によるその評価方法を明らかにする（Ⅱ）。次に、具体的な as such 事案における DSU22 条 6 項の仲裁裁定が提起した、国内法それ自体に対する対抗的措置の諸問題をどのように解決し得るのか、萎縮効果の概念を考慮しつつ、同等性の原則の確保という観点から考えていくこととする（Ⅲ）。一方、WTO 法違反の国内法に対しては、一部の加盟国が、DSB の承認を得ずに、これに対抗するためにある種の国内法を制定するという実行が見受けられる。最後に、このいわゆる対抗立法の WTO 法整合性を考察し、その WTO 法上の意義について若干の私見を述べたい（Ⅳ）。

15) 詳しくは、前掲注 9)、222-223 頁、228-230 頁および本稿Ⅲ 1.(4)萎縮効果と利益侵害の程度の関係を参照。

16) 同上。

## II 紛争解決了解における対抗的措置の概要

まず、as such 事案における対抗的措置を考察するにあたり、紛争解決了解(DSU)が規定するWTO法上の対抗的措置について概観する。

### 1. 対抗的措置の要件

DSUは、一方で、加盟国がWTO法の枠内で対抗的措置をとることを認めているが、他方で、そのための手続的・実質的要件を定めている。

まず、手続的要件について見ていく。WTO法上、対抗的措置を実施する前提として、被申立国が「妥当な期間内」にDSBによって採択されたパネル・上級委報告を履行しないことが必要である(DSU21条3項、22条1項)。この場合、申立国は第一次的な是正措置として、被申立国に代償を要請することができる(22条2項)。そして、代償について当事国間で合意がされなければ<sup>17)</sup>、第二次的な是正措置として、申立国にはDSBに譲許その他の義務の停止の承認を申請することが認められている(同)。これに対して被申立国が異議を唱えれば、当該問題は仲裁手続に付される(22条6項)。この仲裁による裁定は、最終的なものとして受け入れられ、当該裁定を踏まえた対抗的措置の申請は、ネガティブ・コンセンサス方式に基づき、DSBにより承認される(22条7項)。

次に、対抗的措置の実質的要件について概観する。申立国は、対抗的措置の具体的な内容として、譲許その他の義務の停止の対象となる協定と分野、およびその程度を明示し、DSBに提出する<sup>18)</sup>。その際、申立国は、まず違反認定された分野と同一の分野について対抗的措置をとることが原則であるが、それが不可能もしくは効果的でない場合には、同一の協定のその他の分野について、さらに十

---

17) 実際のところ、当事国が代償について合意に至ることはごく稀である。現行WTO法上、代償にも最恵国待遇原則が適用されるため、特に被申立国側が代償に応じることに躊躇するからである。John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2<sup>nd</sup> edition (1997), pp. 158-160. See also *EC—Measures affecting Importation of Certain Poultry Products*, WT/DS69/AB/R, paras. 110-112. 代償の問題一般について、B. O'Connor and M. Djordjevic, "Practical Aspects of Monetary Compensation: *The US—Copyright Case*", *JIEL*, Vol. 8 (2005), p. 132.

分重大な事態が存在する場合には、その他の協定について<sup>19)</sup>、対抗的措置をとることができる (DSU22 条 3 項)。その選択は、申立国の判断に委ねられているが、いずれの場合にも、譲許その他の義務の停止の程度は申立国が被った利益の無効化・侵害 (利益侵害) の程度と同等でなければならないとされている (22 条 4 項)。これが、いわゆる「同等性の原則」である。

## 2. 同等性の原則の意義

同等性の原則は、対抗的措置の程度が利益侵害の程度を超過することを禁止するものである<sup>20)</sup>。なぜなら、それは懲罰的な対抗的措置を意味し、WTO 法上の対抗的措置の目的、すなわち、パネル・上級委報告の履行を促進することと合致しないからである。この WTO 法上の対抗的措置の目的は、DSU のその他の規定からも明らかである。すなわち、DSU によれば、譲許その他の義務の停止は、違反措置が撤廃されるまでの一時的な措置にしかすぎず (22 条 1 項、8 項)、何よりも、パネル・上級委報告の履行が優先されることを強調している (22 条 1 項)<sup>21)</sup>。さらに、WTO 法が相互主義に基づくものである限りにおいて<sup>22)</sup>、WTO 法上の対抗的措置は、紛争当事国間の譲許当初の利益のバランスを回復するとい

18) Hélène Ruiz Fabri, «Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce», *Journal du Droit International (ci-après cité comme JDI)*, N° 3/2000 (2000), p. 642. See also *EC—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/ARB/ECU, paras. 20–29; *EC—Measures concerning Meat and Meat Products (Canada)*, WT/DS48/ARB, para. 16.

19) いわゆる「クロス・リタリエーション」である。Yves Renouf, «Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables?», *AFDI*, Vol. XL (1994), p. 786; Ruiz Fabri, *supra* note 18, p. 633; Virgile Pace, «Cinq ans après sa mise en place: La nécessaire réforme du Mécanisme de règlement des différends de l'OMC», *Revue général de Droit International Public (ci-après cité comme RGDIP)*, N° 3/2000 (2000), p. 643.

20) WT/DS27/ARB, para. 6.3; *US—Anti-Dumping Act of 1916*, WT/DS136/ARB, para. 5.53; *US—Tax Treatment for Foreign Sales Corporation*, WT/DS108/ARB, paras. 5.95–5.60.

21) この点は、22 条 6 項の仲裁も何度も確認している。WT/DS27/ARB, para. 6.3; WT/DS108/ARB, paras. 5.59–5.60, WT/DS136/ARB, para. 5.49; *Canada—Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft*, WT/DS222/ARB, para. 3.105. そもそも、DSU は、対抗的措置をパネル・上級委報告の不履行に対する第二次的な是正措置としている。第一次的な是正措置は代償であり、本来、代償が対抗的措置よりも望ましいことを示唆している。

う意味合いも持っていると思われる<sup>23)</sup>。この観点からは、WTO 法上の対抗的措置は、申立国が被った利益侵害を一時的に補償することにも資するものである<sup>24)</sup>。

すなわち、懲罰的な対抗的措置は WTO 法違反ということになる。したがって、WTO 法上の対抗的措置は、その目的を達成しつつ、懲罰的性質を帯びないよう、その実質が WTO 法整合的であることが保障されなければならない。そのためのもっとも重要な要件が同等性の原則であり<sup>25)</sup>、これが個々の具体的な事例において、対抗的措置の WTO 法整合性を保障することになる<sup>26)</sup>。特に、現行 WTO 法上、対抗的措置の実施はほぼ自動的であるため、その実質的な WTO 法整合性を確保することが一層重要であり、同等性の原則はそのための核となるものである<sup>27)</sup>。

### 3. 同等性の原則の評価方法

以上のように、同等性の原則は、対抗的措置の WTO 法整合性を保障するものであるという意味で、極めて重要な要件である。したがって、DSU は、紛争当事国間に対抗的措置の程度について争いがある場合、この問題は仲裁手続に付されることとし (22 条 6 項)、同仲裁によって、対抗的措置の程度と利益侵害の

---

22) Hudec, *supra* note 1, pp.21-25; Yuka Fukunaga, "Securing Compliance through the WTO Dispute Settlement System", *JIEL*, Vol. 9 (2006), p. 416; Olivier Long, *Law and Its Limitations in the GATT Multilateral Trade System* (1985) p. 78; Chios Carmody, "Remedies and Conformity under the WTO Agreement", *JIEL*, Vol. 95 (2001), pp. 802 & 818. この点は、パネルも認めている。US—*Import Measures on Certain Products from the EC*, WT/DS165/R, para. 6.23. また、DSU3 条 3 項も参照。

23) WT/DS165/R, para. 6.23, WT/DS136/ARB, para. 5.48.

24) Ruiz Fabri, *supra* note 6, p. 937; Fukunaga, *supra* note 22, p. 416.

25) Ruiz Fabri, *supra* note 18, p. 634.

26) Hélène Ruiz Fabri, «Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce», dans H. Ruiz Fabri, L. A. Sicilianos et J. M. Sorel (sous la dir.), *L'effectivité des organisations internationales; Mécanisme de suivi et de contrôle* (2000), p. 170. このように、DSU22 条 6 項の仲裁は、利益侵害の程度と同等の程度の対抗的措置しか許可しないので、WTO 法上の対抗的措置は、申立国の恣意性が排除されている。

27) *Ibid.*

程度の同等性は客観的に評価されることを予定している。22 条 6 項の仲裁は、同等性の評価の後に、対抗的措置の程度を具体的に決定し、これは最終的なものとして当事国に受け入れられるので、同仲裁の裁定は特に信頼に足るものでなければならない。

では、22 条 6 項の仲裁は、実際に、どのように同等性の原則の評価を行い、対抗的措置の具体的な程度を決定しているのでしょうか。DSU は、その方法について一切言及していないので、どのような方法をとるかは、22 条 6 項の仲裁に委ねられていることになる。この点、実行上、同仲裁が採用する同等性の評価および対抗的措置の程度の決定方法は、一貫している。22 条 6 項の仲裁によれば、同等性の評価は、申請された対抗的措置の程度と利益侵害の程度を比較することである<sup>28)</sup>。そのために、まず、違反措置の貿易への効果<sup>29)</sup>から利益侵害の程度を決定し、次に、対抗的措置の程度がそれを超過していないかどうかについて審理する<sup>30)</sup>。このいわゆる貿易効果分析<sup>31)</sup>によれば、利益侵害の程度、すなわち違反措置の貿易へのマイナス効果は定量化され<sup>32)</sup>、それは、違反国（被申立国）が被害国（申立国）から実際に輸入する額と、違反措置が存在しない場合に予想される輸入額<sup>33)</sup>との差額であり、数値によって示される<sup>34)</sup>。そして、同

28) WT/DS27/ARB, para. 41.

29) 知的所有権に関する紛争のように、貿易量への直接的影響がない場合には、経済に対する影響が考慮される。US—Section 110 (5) of US Copyright Act, WT/DS160/ARB25/1, paras. 3.17–3.18.

30) EC—Measures Concerning Meat and Meat Products (US), WT/DS26/ARB, para. 24.

31) WT/DS27/ARB, para. 7.1. WT/DS26/ARB, para. 42, WT/DS48/ARB, para. 41.

32) Ruiz Fabri, *supra* note 18, p. 640.

33) 例えば、EC のホルモン牛肉事件の仲裁裁定では、EC がホルモン牛肉に対する輸入禁止措置を撤回した場合が想定された。WT/DS26/ARB, para. 38, WT/DS48/ARB, para. 37.

34) WT/DS26/ARB, para. 7.1. すなわち、利益侵害の程度も対抗的措置の程度も、数量的な概念である。DSU 3 条 8 項より、WTO 法上、違反措置は、反証がない限り、自動的に利益侵害の存在を推定させる。すなわち、申立国は、被申立国の WTO 法上の義務違反を証明すれば、具体的な利益侵害の程度を証明する必要はない。申立国は、22 条 6 項に基づき対抗的措置を申請する段階で、初めて具体的な利益侵害を証明することになる。WTO 法上の利益侵害は、この時点で初めて具現化する。Ruiz Fabri, *supra* note 18, p. 640; US—Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000; WT/DS217/ARB/JPN, paras. 3.69–3.72.

等性の原則に基づき、その差額が対抗的措置の程度となり、被害国は違反国から輸入する総額のうち、その差額まで譲許その他の義務を停止することができる<sup>35)</sup>。このように、22条6項の仲裁の任務は、利益侵害の程度と同等の対抗的措置の程度を定量化することによって具体的な数値で示すことであり<sup>36)</sup>、極めて技術的な作業と言えよう<sup>37)</sup>。

また、22条6項の仲裁は、個々の事例において、貿易効果分析を厳格に行う傾向にあり、因果関係の薄い要素やその効果が定量化できない要素は原則的に排除される<sup>38)</sup>。例えば、ECホルモン牛事件において、同仲裁は、輸入禁止措置が存在しなければ実施されていたであろう米国内でのマーケティングや販売促進活動に起因する追加的な輸出量や輸出額について、その因果関係は間接的かつ推測的に過ぎるとして、利益侵害の程度から除外している<sup>39)</sup>。また、1916年AD法事件において、22条6項の仲裁は、利益侵害の程度の決定について、「出来る限り、信用できる、事実に基づく、そして実証可能な情報」に依拠すべきとし<sup>40)</sup>、考慮される要素について一定の基準を示した<sup>41)</sup>。したがって、推測的過ぎる要素、間接的過ぎる要素<sup>42)</sup>、また意味ある定量化(「meaningfully quantified」)を行っていない要素<sup>43)</sup>は排除されるとした<sup>44)</sup>。

このようにして、利益侵害の程度が定量化され、申請された対抗的措置の程度がそれと同等かどうか審理され、結果として、対抗的措置の程度は数値によって明確に示されることになる。すなわち、WTO法上の同等性の原則は、数学的な概念なのである。

---

35) *Ibid.*

36) WT/DS136/ARB, para. 4.41.

37) Ruiz Fabri, *supra* note 18, p. 640.

38) Alex Desmedt, "Proportionality in WTO Law", *JIEL*, Vol. 4 (2001), pp. 476-480.

39) WT/DS48/ARB, para. 77.

40) WT/DS136/ARB, para. 5.54.

41) *Ibid.*, para. 5.53; WT/DS222/ARB, para. 3.22.

42) WT/DS136/ARB, para. 5.69.

43) *Ibid.*, para. 5.77.

44) その他、米国のパード修正条項事件の仲裁裁定においては、第三国に対する貿易効果を対抗的措置の程度に含めることが否定された。WT/DS217/ARB/JPN, para. 4.16.

#### 4. 小括

以上のように、WTO 法上、対抗的措置の実施にあたっての手続的、実質的要件が詳細に定められており、その要件を満たさない対抗的措置は WTO 法違反となる。その中でも、実質的要件である同等性の原則は、懲罰的な対抗的措置を禁止するものであり、個々の事案においては、この同等性の原則が具体的な対抗的措置の WTO 法整合性を保障することになる。したがって、対抗的措置の程度について争いがある場合、その問題を客観的に解決するために、DSU22 条 6 項の仲裁手続が設けられている。すなわち、同等性の原則の評価し、最終的に対抗的措置の程度を決定するのは、22 条 6 項の仲裁であるので、その任務は対抗的措置の WTO 法整合性を保障することであるとも言える。そのための方法として、同仲裁が考案したのが貿易効果分析であり、利益侵害と対抗的措置の程度を数値で示すことによって、客観的で公正な結果を得ようとしている。

### Ⅲ as such 事案における対抗的措置の問題点

確かに、WTO 法違反の措置が関税や輸入割当等の市場アクセスに対する制限である場合は、それによって貿易量や貿易額の減少といった取引に対して直接的で明白なマイナス効果が生じるため、利益侵害の程度を定量化し、それと同等の譲許その他の義務の停止の程度を数値によって示すことは可能であり、これはもっとも客観的で信頼に足る評価方法と言えよう。しかしながら、as such 事案においては、国内法の存在それ自体は、貿易量や貿易額に直接的なマイナス効果を及ぼさない場合があり得る。米国の 1916 年アンチ・ダンピング法（1916 年 AD 法）がその典型的な例である。この場合、従来の DSU22 条 6 項の仲裁が採用する同等性の原則の数値による評価方法によれば、そもそも利益侵害の程度を算出できないことになる。利益侵害の程度を算出できなければ、すなわち対抗的措置の程度も決定できない。それでは、国内法それ自体が WTO 法違反と認定され、妥当な期間内にそれが改廃されない場合、申立国はどのように対抗的措置をとることができるのであろうか。現在までに、対抗的措置の実施に至った as such 事案は限定されているが、1916 年 AD 法事件は、対抗的措置が申請され、

DSU22条6項の仲裁裁定が出された初めての as such 事案である。この仲裁裁定の内容は後のバード修正条項事件の仲裁においても依拠され、今後の as such 事案における DSU22条6項の仲裁にも指針を与えるものと思われる。そこで、以下では、まず1916年AD法事件のDSU22条6項の仲裁裁定を見ていき、本件が提起した as such 事案における対抗的措置の問題について考察したい。

### 1. 1916年AD法事件におけるDSU22条6項の仲裁裁定

1916年AD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外国の私企業に対して、それによって被害を受けた米国の私企業に、罰金や懲役、さらには被害額の3倍の損害賠償（三倍賠償）を課す民事・刑事訴訟を起こす権利を与え、そのための手続を定めている。これが、ダンピングに対する規制措置はAD税の賦課、暫定措置および価格約束のみであるとする1994年GATT6条やAD協定18条等の関連規定に違反するとし、ECと日本によって1916年AD法それ自体がWTO法違反であると申立てられた<sup>45)</sup>。本件パネル・上級委は申立国側の主張を認め、1916年AD法を命令法規とみなし、それ自体をWTO法違反とした。しかしながら、米国は、同法を妥当な期間満了までに改廃しなかったため、申立国は、DSU22条6項に基づき、DSBに譲許その他の義務の停止の承認を申請した<sup>46)</sup>。

1916年AD法に基づく民事・刑事手続の決定・命令は、必ずしも貿易量や貿易額を減少させるという意味で、貿易に直接的な効果を持つものではない。さらに、1916年AD法事件における妥当な期間満了の時点で、米国裁判所によって、

---

45) 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。ECと日本は別々に申立てを行い、それぞれ同様の内容のパネル・上級委報告が出された。ECの申立てについては、WT/DS136/R、WT/DS136/AB/R、日本の申立てについては、WT/DS162/R、WT/DS162/AB/R。

46) なお、ECと日本はそれぞれ対抗的措置の承認を申請し、DSU22条6項の仲裁手続が開始されたが、2002年2月、米国議会において1916年AD法の撤廃に向けての審議が行われていることから、同手続は中断された。その後、同仲裁手続は、ECについては翌年再開されたが、日本については再開されなかった。

同法に基づくいかなる決定・命令も出されていなかった。すなわち、1916 年 AD 法の適用による具体的な違反措置は発生していなかったのである。このような状況において、DSU22 条 6 項の仲裁が通常行う、利益侵害の程度を定量化し、それと同等の対抗的措置の程度を数値で示すことは極めて困難であることが想像できよう。それでは、実際に、DSU22 条 6 項の仲裁は、このような as such 事案における対抗的措置の程度を、どのような方法によって決定しているのだろうか。

#### (1) EC の対抗的措置の内容

EC は、DSB に提出した対抗的措置の申請書のなかで、1916 年 AD 法に対抗する理事会規則を制定するための対抗的措置を要求した。すなわち、EC が申請した対抗的措置は質的なものであり、EC 域内に輸出する米国企業に対して 1916 年 AD 法と同じ内容をもつ規則を適用するために、そのような規則を制定する上で必要な 1994 年 GATT と AD 協定上の EC の義務を停止するというものであった。その理事会規則は、1916 年 AD 法と類似のものとなるため、EC がダンピングを行っている米国企業に対して三倍賠償を課すことを予定しているが、罰金や懲役といった罰則は認めていない<sup>47)</sup>。EC は、この規則は 1916 年 AD 法をそのまま模写したもの、すなわち 1916 年 AD 法のミラーアクトとも言うべきものである<sup>48)</sup>ので、その制定のための WTO 法上の EC の義務の停止の程度は、EC が被った利益侵害の程度を超過するものではないと主張した<sup>49)</sup>。

一方、米国は、これまでの DSU22 条 6 項の仲裁裁定に依拠し、利益侵害と対抗的措置の程度概念は量的なものであり、必ず数値の上で示されなければならないとして、EC が申請する質的な対抗的措置は、同等性の原則に反すると主張した<sup>49)</sup>。そこで、この問題は DSU22 条 6 項の仲裁手続に委ねられることとなった。

47) WT/DS136/15. なお、EC が DSB に申請し、制定を予定していた理事会規則は、本稿 IV で見る 1916 年 AD 法に対する理事会規則 No. 2238/2003 とは異なる。後者は対抗立法で、前者はミラーアクトであり、両者は性質・内容ともに異なることに注意が必要である。

48) WT/DS136/ARB, paras. 2.7-2.20.

49) WT/DS136/16.

(2) 質的な対抗的措置の可否

DSU22条6項の仲裁手続において、ECは、対抗的措置の程度は必ずしも数量化される必要はないと主張した。なぜなら、DSU22条4項は、対抗的措置の程度が絶対的に数値によって示されなければならないとは規定していないところ、単に、利益侵害と対抗的措置について、一方の程度が他方の程度と同等でなければならないと規定しているのみである<sup>50)</sup>。したがって、重要なことは、双方の程度が量的もしくは質的のどちらか一方の同じ方法によって決定されなければならないということである。ECが要求する対抗的措置は、質的なものであり、その程度は、ECが1916年AD法から被った質的な利益侵害の程度と同等である。なぜなら、このEC規則は1916年AD法のミラーアクトだからである。さらに、ECは、質的な対抗的措置という概念は、WTO法上の対抗的措置の趣旨・目的、すなわちパネル・上級委報告の履行を促進することにも完全に合致しているとした。

一方、米国は、ECがその申請書の中で、ミラーアクトの適用についての量的な限界を示さなかったことを批判した。これはすなわち、ECによるミラーアクトの適用が無制限になることを意味し、EC向けに輸出される米国産品が際限なくその適用を受けることになりかねない。結果として、実際のところ、87年間、1916年AD法に基づき、一度もEC企業に三倍賠償は課されていないのに、それと質的に同等であるEC規則の適用によって無数の米国企業が常に三倍賠償を命じられるかもしれない。こうなると、ECの利益侵害の程度と対抗的措置の程度は同等ではないことになる。そこで、米国は、利益侵害の程度と対抗的措置の程度は必ず量的に評価され、数値の上で示されなければならないと主張した<sup>51)</sup>。

すなわち、ECと米国の意見の相違は、WTO法上の対抗的措置に質的なものが認められるか否かという点にある。本件仲裁は、ECが主張する質的な対抗的措置の概念は認めた<sup>52)</sup>。ただし、同じ措置を規定していることが、直ちに利益侵害の程度と対抗的措置の程度の同等性の証明にはならないとした。同等性は、

---

50) WT/DS136/ARB, paras. 5.10-5.12.

51) *Ibid.*, paras. 5.13-5.15.

52) *Ibid.*, paras. 5.17-5.29.

対抗的措置が WTO 法整合的であることの極めて重要な要素であり、それが懲罰的なものとなることを阻止する役割を持つ。この観点から、従来の 22 条 6 項の仲裁は、信頼に足る、公正な結果を出す上で最もふさわしいと思われる対抗的措置の程度の定量化を原則としてきた<sup>53)</sup>。この点、EC の主張は、もっぱら EC 規則による措置は、1916 年 AD 法に規定された措置をそのまま模写したものであるという事実に基づく。しかしながら、WTO 法上の同じ義務の停止が、関係 2 カ国の貿易に同じ効果を与えるかどうかは、当該規則の実際の適用方法による。さらに、全く同じ措置を全く同じ方法で適用したとしても、それは関係 2 カ国の貿易に異なる効果を与える場合もあり得る。例えば、その 2 カ国の輸入量、輸出量にそもそも大きな不均衡がある場合、同一の措置を同一の方法で適用しても、全く異なる結果を生み出すであろう<sup>54)</sup>。したがって、本件仲裁は、EC 規則が 1916 年 AD 法と同じ措置を規定していることから、直ちに同等性を認めなかった。重要なことは、EC 規則が実際にどのように適用されるかであり、この観点から、仲裁は、EC が同規則を無制限に適用することを阻止するために<sup>55)</sup>、その適用の頻度や適用の対象とする輸入額の上限等、いかなる量的な限界も示さなかったことを批判した<sup>56)</sup>。

すなわち、本件仲裁は、WTO 法上、質的な対抗的措置をとることはできるが、その程度については、少なくとも量的な上限を示す必要性を示唆することにより、本件の特殊性を加味して、当事国双方の主張を調整する裁定をしたものと思われる。

### (3) 具体的な利益侵害の程度

次に、対抗的措置の程度の前提として、利益侵害の程度を決定しなければならないが、as such 事案において、国内法それ自体は他の加盟国の WTO 法上の利益にどのような具体的な利益侵害を与えているのであろうか。

53) *Ibid.*, paras. 5.24–5.28.

54) *Ibid.*, paras. 5.30–5.31.

55) *Ibid.*, para. 5.29.

56) *Ibid.*, paras. 5.32–5.35.

1916年AD法事件において、米国は、1916年AD法の存在からECが被った利益侵害の程度はゼロであると主張した。妥当な期間満了時に、同法に基づいて、有効ないかなる決定も命令も出されていなかったからである<sup>57)</sup>。しかしながら、パネルおよび上級委が同法それ自体をWTO法違反であると判断したからには、利益侵害がゼロというのは不合理である<sup>58)</sup>。そこで、本件仲裁は、先例に従い、出来る限り信頼できる、事実に基づく、そして実証可能な情報に基づき<sup>59)</sup>、ECの利益侵害の程度について、次のように決定した。

まず、1916年AD法が、実際にあるEC企業に適用され、賠償命令が出された場合は、その賠償額がECの利益侵害にあたる。その命令は公表されるため、課される賠償額は客観的に確認可能である<sup>60)</sup>。また、1916年AD法に基づいて、EC企業が協議によって合意した賠償額も、同様にECが被った利益侵害となる<sup>61)</sup>。ただし、利益侵害の程度は、信頼できる、事実に基づく、そして実証可能な情報に基づいて算定されなければならないため、協議による合意は、公表されなければならない、非公表のものは除外される<sup>62)</sup>。さらに、本件仲裁は、信頼に足る、公平な結果を得るために、推測的すぎるもの、間接的すぎるものは排除されるとし、訴訟費用を利益侵害の程度に含めなかった<sup>63)</sup>。

以上より、妥当な期間満了時に、1916年AD法に基づく訴訟の判決によってEC企業に支払いが命じられた賠償金の合計額、そして1916年AD法の下で行われた協議による解決の結果、EC企業が支払う賠償金の合計が、1916年AD法の存在からECが被る利益侵害となる。したがって、以上の合計額が、ECに認められる対抗的措置の程度となる。

#### (4) 萎縮効果と利益侵害の程度の関係

---

57) *Ibid.*, para. 5.45.

58) *Ibid.*, paras. 5.46 and 5.48. また、DSU3条3項も参照。

59) *Ibid.*, paras. 5.54–5.57.

60) *Ibid.*, paras. 5.58–5.60.

61) *Ibid.*, paras. 5.61–5.62.

62) *Ibid.*, para. 6.10.

63) *Ibid.*, paras. 5.73–5.78.

一方、EC は、1916 年 AD 法が EC の WTO 法上の利益に与える侵害には、2 種類あると主張した<sup>64)</sup>。1 つ目は、EC 企業が、1916 年 AD 法の適用から被る具体的な財政上の損失であり、定量化が可能な利益侵害である<sup>65)</sup>。2 つ目の利益侵害は、1916 年 AD 法の存在が、EC 企業の貿易・投資活動に及ぼす萎縮効果である<sup>66)</sup>。すなわち、EC によれば、1916 年 AD 法の適用対象となる米国向けに輸出を行っている EC 企業が、同法の適用の脅威にさらされており、協議による解決を強いられる、あるいは貿易・投資計画の変更を迫られる等の不利益を被っているというのである<sup>67)</sup>。それでは、この萎縮効果は、利益侵害の程度に含めることができるであろうか、もしくは、含めるべきであろうか。

まず、WTO 法において、この萎縮効果は非常に重要な概念である。米国の 301 条事件のパネルによれば、萎縮効果は国内法それ自体が WTO 法上の利益侵害を構成し、WTO 法違反となる法的根拠だからである。そもそも as such 事案は、GATT の下ですでに認められていたものであるが、GATT パネルは、この点を、GATT 上の利益の性質を明らかにすることにより、理論的に説明した。すなわち、GATT 上の利益とは、貿易量に対する期待ではなく、輸入品と国産品の間の競争関係に対する期待であるため、この競争関係に対する期待の変化が GATT 上の利益侵害を構成するのである<sup>68)</sup>。それ自体で GATT 違反で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効果を十分に持ち得る。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効果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からである<sup>69)</sup>。特に、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ことを考えれば、国内法それ自体が違反措置が生じる危険や脅威を市場の私人に与え、その経済活動に萎縮効果 (chilling effect) を及ぼすため、

64) *Ibid.*, para. 5.52.

65) この点は、本件 22 条 6 項の仲裁によって既述のように認められている。

66) WT/DS136/ARB, para. 5.64.

67) *Ibid.*, paras. 5.65–5.67.

68) *US—Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances (US—Superfund)*, BISD 34S/136, paras. 5.1–5.2

国内法それ自体が違反となるのである<sup>70)</sup>。この萎縮効果とは、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が存在している場合、市場の私人が差別的な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して、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のことをいう。このように、WTO 法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、輸入品と国産品の間の競争関係に対する期待を歪める効果をもち、ゆえに WTO 法上の利益侵害を構成するのである<sup>71)</sup>。

したがって、理論上は、萎縮効果は当然に利益侵害の程度に含まれるはずである。そうでなければ、DSU22条6項の仲裁によって決定される利益侵害の程度は実際のそれよりも低くなり、同等性の原則が満たされなくなる。結果として、対抗的措置は、パネル・上級委報告の履行を促進する効果をもたないことになり、また、申立国は対抗的措置によって十分な補償を得られないことになる。

しかしながら、萎縮効果は利益侵害の程度に含まれるという理論には、2つの問題点がある。まず、どのようにして萎縮効果の存在は証明されるのであろうか。そして、それが証明され得たとしても、どのようにしてその程度は定量化し得るのであろうか<sup>72)</sup>。この点、萎縮効果の概念は、推測的であり、定量化するのが極めて困難なものである。例えば、1916年AD法事件において、ECが主張する、同法の存在からEC企業が常に協議による解決を強いられていることや、貿易政策の変更を迫られていることは、どのように証明され、さらに定量化されるので

---

69) *Ibid.* 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たとした。*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*, DS44/R, para. 96.

70) *US—Sections 301–310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, para. 7.73–7.81.

71) *Ibid.*, paras. 7.82–7.84.

72) 既述の通り、WTO法違反の措置の存在は、直ちに利益侵害の存在を推定させるが、この推定は、利益侵害の特定の程度を具体的に証明しうるものではないことに注意が必要である。

あろうか。実際、EC も、一定の経済的指標に基づく情報を提示したものの、萎縮効果は定量化されうる要素ではなく、ゆえにその存在を証明し、それから被る貿易上の利益侵害を数値の上で示すことは困難であることを認める<sup>73)</sup>。また、萎縮効果の存在と程度は、将来の当該国内法の適用の可能性とその頻度にかかっているとも言える。すなわち、将来的にその国内法の適用の可能性と頻度が高ければ、私人はより萎縮するし、その可能性が低ければ、萎縮の程度も低いと思われる。このように考えれば、萎縮効果の存在は、現時点では予見しづらく、それによる利益侵害の程度は量り難く、その作業は極めて推測的性質を帯び、不確実性の高いものとなる。さらに、米国が主張するように、たとえ萎縮効果が存在するとしても、それが 1916 年 AD 法の存在のみから生じたものかどうか定かではない。

すなわち、萎縮効果の存在と程度、また、それと WTO 法上の利益侵害との因果関係を証明することは困難であり、さらに、その利益侵害の程度を定量化することはほとんど不可能ではないのだろうか。1916 年 AD 法事件における DSU22 条 6 項の仲裁の立場は、他の仲裁の立場と一貫している。すなわち、信頼に足り、公正な結論を得るために、利益侵害の程度の決定は、信頼できる、事実に基づく、そして実証可能な情報に基づいて行い、推測的すぎるもの、間接的すぎるもの、定量化されえないものは排除する。したがって、本件仲裁は、利益侵害の程度に萎縮効果は含まれないとした<sup>74)</sup>。

## 2. 同等性の原則の限界と萎縮効果の意義

1916 年 AD 法事件は、WTO 紛争解決手続の有効性と信頼性に 1 つの限界を示したものと思われる。すなわち、ある種の as such 事案においては、対抗的措置の同等性の原則が満たされないことになる。WTO 法違反の国内法の存在が及ぼす萎縮効果が利益侵害の程度に含まれないため、対抗的措置の程度は必ずしも利益侵害の程度と同等にならないからである。このように、WTO 法においては、例え国内法それ自体が WTO 法違反と判断されても、利益侵害の程度を算出す

73) WT/DS136/ARB, paras. 5.70-5.71.

74) *Ibid.*, para. 5.72.

る際に考慮されるのは、当該国内法が個々の事案において具体的に適用された場合に実際に生じる、定量化されうる貿易上のマイナス効果のみである。当該国内法の将来的な適用の脅威から生じる萎縮効果のような、推測的で定量化にならない性質をもつものは除外されるのである。

一方で、22条6項の仲裁が確立した利益侵害の定量化という方法は、その結果が誰の目にも明らかであるという点においては、客観的で信頼に足りると言えよう。他方で、理論上、萎縮効果がWTO法違反を構成し、すなわち利益侵害を引き起すというGATT以来のas such事案の理論とその意義に鑑みれば、実行上、萎縮効果から生じる利益侵害をゼロとみなすのは、その意義を無にすることになり、かえってWTO法への信頼を損なうことになりかねない。また、同等性の原則が厳密には満たされていないことから生じる、パネル・上級委報告の不履行、一時的な補償の欠如といった対抗的措置の趣旨・目的に反する事態も見過ごせない。そこで、やはり何らかの方法によって、この萎縮効果から生じる利益侵害は、補填されなければならないと思われる。以下では、萎縮効果の推測的かつ不確実な性質を考慮しつつ、その可能性を考えてみたい。

#### (1) 可変的な対抗的措置と同等性の原則

1916年AD法事件のDSU22条6項の仲裁は、as applied事案とas such事案を明確に区別する。前者における利益侵害の程度には、WTO法違反の国内法が実際に適用され違反措置がとられた場合に生じた具体的な貿易上の損失のみが考慮される<sup>75)</sup>。しかしながら、as such事案においては、将来的に当該国内法が適用され、違反措置が生じる可能性がある限り、この可能性も対抗的措置の程度の算定に際して、考慮されなければならない<sup>76)</sup>。すなわち、本件仲裁は、将来的に1916年AD法が具体的に適用された場合の利益侵害は算定可能であるので、対抗的措置の程度に含めることができるとみなす。

米国は、このような将来的な適用から生じる違反の効果も、あらかじめ対抗的措置の程度に含まれなければならないと主張した。確かに、同等性の原則の重要

---

75) *Ibid.*, para. 6.15; WT/DS46/ARB, para. 3.111.

76) WT/DS136/ARB, para. 6.14.

性と対抗的措置の問題点を考慮すれば、その程度は、あらかじめ決定し、固定しておくことが望ましいと言える。しかしながら、WTO 法違反の国内法が、将来的に適用されるのかどうか、どれくらいの頻度で適用されるのか、あらかじめ知ることができるのであろうか。萎縮効果とは、それらを確実に予測できないからこそ、生じるマイナス効果なのではないだろうか。ゆえに、それは推測的で、多分に不確実性を帯び、定量化になじまない要素として、一連の 22 条 6 項の仲裁が利益侵害の程度から除外したのである。

そこで、推測的かつ不確実性を排除しつつ、萎縮効果から生じる利益侵害を含め、国内法それ自体による利益侵害を総合的に補償することを可能とする方法が、将来的な適用から引き起される個々の違反措置から生じる利益侵害の程度に合わせて、事後的に対抗的措置の程度を引き上げることである。1916 年 AD 法事件の仲裁も、この方法を認めている。すなわち、同仲裁は、米国が将来的に 1916 年 AD 法を適用し、EC 企業に三倍賠償やその他の刑事・民事上の罰則を課した場合、EC は、個々の事例に応じて、対抗的措置の程度を調整する権利をもつとした<sup>77)</sup>。その際、もし米国が EC の対抗的措置の程度が利益侵害の程度を超えていると判断する場合は、WTO 紛争解決手続に申し立てることができる<sup>78)</sup>。

すなわち、対抗的措置は、その程度がその時その時によって異なる可変的なものとなり、結果として、実施される対抗的措置の程度は、22 条 6 項の仲裁裁定が出される時点では、予測不能となる。ただし、万一、対抗的措置の程度が同等性の原則を満たさない場合、関係国には、WTO 紛争解決手続に申し立てる道が残されている。このようにして、可変的な対抗的措置に対する不確実性は、WTO 法によって担保されることにより、22 条 6 項の仲裁裁定への信頼を確保し得るのではないと思われる。

## (2) バード修正条項事件における 22 条 6 項の仲裁裁定

その後の as such 事案において、DSU22 条 6 項の仲裁裁定が出されたのがバード修正条項事件であるが、同仲裁も 1916 年 AD 法事件の仲裁裁定と同様の方

77) *Ibid.*, para. 7.8.

78) *Ibid.*, para. 9.2.

法を採用している。一方で、こうした可変的な対抗的措置については、DSUの関連規定との整合性が問題となる。

本件で問題となった1930年関税法第7章に新たに追加された754条（バード修正条項）は、毎財政年度ごとに、AD税および相殺関税により米国政府が得た前年度の収入を、AD税または相殺関税の賦課提訴を行うか、それを支持した国内業者に分配するよう義務付けている<sup>79)</sup>。そうすることによって、バード修正条項は、AD税および相殺関税賦課による保護の程度を高め、それらの措置の申請を増加させる効果をもつと言われる。この点、AD協定18条1は、ダンピング防止措置として、AD税の賦課、暫定措置および価格約束のみを、また補助金協定32条1は、補助金に対する措置として、相殺関税の賦課、暫定措置、価格約束そして対抗的措置のみを認めている。そこで、日本、EC、オーストラリア等11カ国は、バード修正条項が認める措置は、これらいずれの措置にも該当せず、同法それ自体が1994年GATT、AD協定および補助金協定の関連規定に反するとして、米国をWTO紛争解決手続に提訴した。

パネルおよび上級委は、申立国側の主張を全面的に認め、バード修正条項を命令法規とみなし、それ自体をWTO法違反と結論した<sup>80)</sup>。したがって、バード修正条項を改廃する義務が米国に課されたが、米国は妥当な期間満了までにこれを行わなかった。そこで、申立国は、DSU22条2項に基づき、米国に対する譲許その他の義務の停止の承認をDSBに申請した。米国は、申立国側が要求した対抗的措置の程度に異議を唱えたため、この問題は22条6項の仲裁に付された。

申立国日本はDSBに提出した申請書の中で、対抗的措置として、米国からの輸入品リストに追加的な関税をかけることを予定していた。バード修正条項によれば、徴収されるAD税および相殺関税の総額は、年度ごとに異なるので、具体的な関税率は、DSU22条4項に基づきDSBから許可された対抗的措置の程度を上限に、年度ごとに決定する。そして、毎年度、追加的な関税率の修正前に、

---

79) 2001財政年度から2006財政年度まで、6回にわたり分配が行われ、その総額は約16.4億ドルにのぼる。外務省：WTO紛争解決制度 米国のバード修正条項（DS217）、2007年7月13日更新、Available at <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/wto/funso/ds217.html>

80) WT/DS217/R, WT/DS217/AB/R.

日本は DSB に追加的な関税をかける物品のリストとその率を報告するとした。日本によれば、バード修正条項から被った利益侵害の程度は、米国当局が日本からの輸入品から徴収した AD 税および相殺関税の合計で、関係者に分配された総額と同額であり<sup>81)</sup>、したがって、対抗的措置の程度もそれと同額となる。これに対して、米国は、利益侵害の程度は違反措置の貿易への効果から算定されるため、当局によって実施された関係者への分配額はそれに含まれないと主張した。パネルも上級委も、バード修正条項それ自体は WTO 法違反と結論したが、その具体的な適用、すなわち個々の分配については、いかなる審理も行わず、判断も下さなかったからである<sup>82)</sup>。

本件仲裁は、一方で、違反措置から生じる利益侵害の程度は、その貿易への効果から算定されることから、それはバード修正条項に従い米国当局によって関係者に分配された金額の合計そのものではないとして、日本の主張を却下した<sup>83)</sup>。他方で、仲裁は、この点についての米国の主張も却下した。一旦、ある措置が WTO 法違反と判断されれば、その適用は全ての場合において、WTO 法違反を構成するからである<sup>84)</sup>。さらに、バード修正条項が命令法規であること、および実際に同法に基づき分配が行われていることが、パネル・上級委が同法それ自体を WTO 法違反とした主要な根拠であったことから、仲裁は、バード修正条項の適用によって実際に分配された金額も、同法の貿易への効果を量る際に考慮されるとした<sup>85)</sup>。結果として、適切な経済モデルに基づき、仲裁は、日本がバード修正条項の存在から被った利益の侵害の程度を、米国当局が、前年度に同法に基づき関係者に分配を行った総額の 0.72 倍であるとした<sup>86)</sup>。

### (3) 可変的な対抗的措置の WTO 法整合性

ところで、本件仲裁が示したモデルによれば、対抗的措置の程度は、毎年度、

---

81) WT/DS217/ARB/JPN, paras. 3.7-3.10.

82) *Ibid.*, paras. 3.1-3.6.

83) *Ibid.*, paras. 3.70-3.79.

84) *Ibid.*

85) *Ibid.*, para. 3.114-3.126.

86) *Ibid.*, paras. 3.127-3.151.

異なることになる。そこで、米国は、DSU22条および23条に基づき、対抗的措置の程度は22条6項の仲裁に問題が付された時点で、唯一のものとして固定されなければならないとし、このような可変的な対抗的措置はWTO法違反であると反論した<sup>87)</sup>。しかしながら、DSU22条4項は、利益侵害の程度と対抗的措置の程度が同等であることを要求しているのみであり、双方のレベルが、仲裁に問題が付託された時点で、永久に固定されなければならないとは規定していない。また、その他のDSUの規定も、利益侵害の程度が可変的である場合に、対抗的措置の程度も可変的なものとすることを禁止していない。双方の程度が同等であるならば、それらは定期的に調整させることができる。ただし、その調整は正当化され、かつ不確実性はできる限り排除されなければならない<sup>88)</sup>。この点、米国当局による分配額が、年度ごとに異なる可能性がある限り、これに対応して、対抗的措置の程度が年度ごとに異なることも正当化される<sup>89)</sup>。さらに、利益侵害の程度は、バード修正条項の適用によって分配された金額に基づくので、米国当局は、仲裁によって決定された経済モデルに基づき、次年度の対抗的措置の程度の上限を容易に予測できるであろう。すなわち、実行上、不確実性は最小限に抑えられることになる<sup>90)</sup>。この方法は、米国にとっても有益である。対抗的措置の程度を下げたければ、分配の調整によって、利益侵害の程度を下げればよいからである<sup>91)</sup>。さらに、仲裁は不確実性を担保するために、1916年AD法事件の仲裁に依拠し、米国はそれぞれの対抗的措置の同等性の原則に異議がある場合、その都度、WTO紛争解決手続に訴えることができるとする<sup>92)</sup>一方で、日本に対しては、対抗的措置の程度を調整する前に、毎年度、対象となる物品と追加的な関税率の詳細なリストをDSBに提出することを求めた<sup>93)</sup>。

この可変的な対抗的措置の結論に達するまでに、仲裁は、対抗的措置の趣旨・

---

87) *Ibid.*, paras. 4.17-4.18.

88) *Ibid.*, paras. 4.20-4.21.

89) *Ibid.*, para. 4.22.

90) *Ibid.*, para. 4.23.

91) *Ibid.*, para. 4.24.

92) *Ibid.*, para. 4.27.

93) *Ibid.*, para. 5.3.

目的が、パネル・上級委報告の実施を促すことであることを指摘した<sup>94)</sup>。仲裁は、可変的な対抗的措置は、この目的を達成する上で必要であり、また DSU3 条 3 項、4 項が規定する紛争の迅速かつ効果的な解決の原則にも合致するものであるとする<sup>95)</sup>。何がパネル・上級委報告の履行を促進するかは、それぞれの状況に鑑み、事案ごとに異なるはずである<sup>96)</sup>。ゆえに、対抗的措置の程度はケースバイケースにそれぞれの事情を十分に考慮し、その趣旨・目的を達成する上で必要と思われるそれぞれの程度に決定されるべきであり、22 条 6 項の仲裁は、その任務の性質上、ケースパーケースに判断する裁量を与えられていると思われる。

### 3. 小括

本章では、as such 事案における対抗的措置の同等性の原則の問題点について見てきた。通常、利益侵害の程度は定量化され、ゆえにそれと同等の対抗的措置の程度は数値によって示される。このように、WTO 法上の対抗的措置は量的なものみなされているが、as such 事案においては、質的な利益侵害には質的な対抗的措置も認められることが、1916 年 AD 法事件の DSU22 条 6 項の仲裁裁定によって明らかとなった。ただし、同等性の原則の重要性に鑑み、質的な対抗的措置にも量的な上限を示さなければならない。結果として、質的な対抗的措置も、その程度は量的に、すなわち数値によって示されることになり、定量化が困難な萎縮効果はその程度に含まれないことになる。ここに同等性の原則の限界が認められ、as such 事案の理論とその実行上の意義が大きく乖離する。結局、一連の 22 条 6 項の仲裁は、可変的な対抗的措置を認めることにより萎縮効果を事後的に補填し、同等性の原則をかううじて満たし、as such 事案を実行上も意義づけようとしているものと思われる。

94) *Ibid.*, para. 4.25.

95) *Ibid.*

96) 例えば、1916 年 AD 法事件の仲裁は、質的な対抗的措置のレベルの上限を決めなければならないとしたが、本件において、仲裁はこれに依拠しなかった。バード修正条項の内容に鑑みれば、対抗的措置の程度にあらかじめ上限を設定するのは適切ではないからである。

## IV 対抗立法と WTO 法の関係

実行上、WTO 加盟国は、それ自体で WTO 法違反とされた国内法に対して、以上のように、DSU の規定に従い質的な対抗的措置を DSB に申請し、その承認を得ようとする一方で、そのような手続に従うことなく、議会においてある種の国内法を制定することによって対処する場合がある。このような国内法は、対抗立法と呼ばれ<sup>97)</sup>、一般に、国家が他国の国内法の国際法上違法な域外適用（域外適用法）に対して、その効果が自国領域内に及ぶことを阻止するためのリアクションとして捉えられている<sup>98)</sup>。したがって、対抗立法自体も、国際法違反の措置を規定しているが、一般国際法上、それは他国の違法な域外適用に対するものである限り、対抗措置の一態様として合法とされる<sup>99)</sup>。しかしながら、DSU 23 条は、WTO 加盟国が他の加盟国の WTO 法違反の措置については是正を求める場合、DSU に規定された紛争解決手続に従うことを義務付け、その一環として、WTO 加盟国が DSU 22 条の規定に従わず、譲許その他の義務の停止の程度を決定し、DSB の承認を得ずにそれを実施すること、すなわち、一方的措置を禁止している。それでは、WTO 加盟国による WTO 法違反の国内法に対する対抗立法の制定は、DSU 22 条や 23 条との関係で、どのように評価されるのであ

---

97) 対抗立法につき、Regis Chemain, «La cristallisation des conflits liés au phénomène de l'extraterritorialité: Les lois de blocage», intervention lors du colloque sur *Le phénomène de l'extraterritorialité*, Colloque organisé par les professeurs STERN et THOUVERIN, source d'Europe, 5 et 6 décembre 2004; Véronique Ranouil, «Les lois de blocage», *Droit et pratique du commerce international*, Vol. 12 (1986), p. 514.

98) もともと、対抗立法は、米国の反トラスト法の域外適用に対抗するために特定の国家の国内法体制において導入されたものである。米国の反トラスト法は、その領域外に所在する自然人および法人に、経済上、商業上、技術上の文書や情報を提供しよう義務付けていた。これに対して、イギリス、フランス、カナダ、オーストラリア等の米国の貿易相手国が、その違法な域外適用による効果が自国民に及ぶことを阻止するために、制定したものが対抗立法である。したがって、その目的を達成するために、これらの対抗立法は、自国管轄権に服する自然人、法人に対して、米国の反トラスト法に従うこと、すなわち、経済上、商業上、技術上の文書や情報を米国裁判所に提出することを禁止することを内容としていた。*Ibid.*; Laurent Cohen-Tanugi, «Les juridictions américaines face aux lois étrangères interdisant la communication de renseignements économiques», *RGDIP* (1983), pp. 213-216.

うか。WTO 法違反の国内法に対して実際に制定された対抗立法を例に、その内容と特徴を見ていき、この問題を考えてみたい。

### 1. 1916 年 AD 法に対する理事会規則 No 2238/2003 と日本の損害回復法

2003 年当時、1916 年 AD 法はいまだ改廃されておらず、米国の国内裁判所においては、同法に基づく訴訟が数社の EC 企業に対して起こされ、審理が続けられていた。そこで EC は、1916 年 AD 法の維持とその適用から被る WTO 法上の利益侵害に鑑みて、一方で WTO の枠内で対抗的措置をとるために、DSU22 条 6 項の仲裁手続を再開するとともに、他方で、同法の適用から EC 企業の利益を保護する規則を制定するための手続を開始した。こうして、2003 年 12 月に理事会規則 (EC) No 2238/2003<sup>100)</sup> が採択され、これは 2004 年 1 月に発効した。この理事会規則は、1916 年 AD 法の適用による効果が EC 域内に及ぶことを阻止し、同法に対抗することを目的とする。

この目的を達成するために、理事会規則 No 2238/2003 は、大きく 2 つの内容から成り立っている。第一に、同規則は、EC 当局に 1916 年 AD 法、およびそれに基づく米国内の裁判所のいかなる決定にも命令にも効力を認め、執行することを禁止している (1 条)。第二に、同規則は、EC 域内の自然人および法人 (3 条) に、1916 年 AD 法に基づく訴訟を行った自然人・法人から、訴訟費用、損害、利子、その他全ての関連費用を取り戻し、利益の回復を EC 域内の裁判所において図る権利を与えている (2 条)。利益の回復は、具体的には、EC 域内に設

99) Chemain, *ibid.*; Paul Demaret, «L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?», *Revue trimestrielle de droit européen*, (1985), p. 132. ただし、そのための要件として、他国の違法な域外適用に対するものであること、一般国際法上の同等性の原則を満たすこと、第三国の利益を侵害しないことがあげられている。B. STERN, «Licéité et illicéité de la mesure compte tenu de ses modalités d'utilisation» dans H. Gherari et S. Szurek (sous la dir.) *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international: A propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy (ci-après cité comme Sanctions unilatérales)*, CEDIN—Paris X Nanterre, Cahiers internationaux (1998), p. 212.

100) Council Regulation (EC) No 2238/2003 of 15 December 2003 protecting against the effects of the application of the United States Antidumping Act and action based thereon or resulting therefrom, *Official Journal L* 333, 20/12/2003, p. 0001-0001.

立された法人が保有する株やその配当を含め、1916年AD法に基づく訴訟を行った自然人・法人が保有する資産の差し押さえや売却の形態をとる（2条4）。

このように、米国当局が1916年AD法を域外適用し、EC企業に対して賠償命令が出されたとしても、EC当局がそれに効力を認めなければ、賠償命令は執行され得ない。さらに、1916年AD法上の訴訟の対象となったEC企業が、それに関連して費やした全ての費用を訴訟相手から取り戻すことで、EC域内に1916年AD法の効果が及ぶことは阻止される。

また、2003年12月には、日本企業に対しても1916年AD法に基づき訴訟が提起され、損害賠償命令が出されたことから、日本も理事会規則No 2238/2003に倣い、同法に対抗するために、「1916年AD法に関する損害回復法」を制定した。これは、1916年AD法に基づく訴訟から日本企業の利益を保護することを目的とする。したがって、この損害回復法は、①米国内の裁判所で日本企業に対する損害賠償命令が出た場合、日本の裁判所はその判決を承認せず、その執行を拒否することとし、また、②日本企業が米国内での執行等により被った損害については、提訴した企業に対して利益の返還、損害賠償を請求する権利を当該日本企業に与えている<sup>101)</sup>。

## 2. ヘルムズ・バートン法とイラン・リビア制裁法に対する理事会規則

### No 2271/96

一方、ヘルムズ・バードン法とイラン・リビア制裁法は、純粋な経済・貿易政策の思惑を超え、政治・外交政策上の観点から制定された米国の域外適用法である。

ヘルムズ・バートン法は、キューバのカストロ政権に対する国際的制裁を強化

---

101) 同法の制定経緯、内容につき、廣瀬孝「米国1916年AD法に関する損害回復法の解説——アメリカ合衆国の1916年反不当廉売法に基づき受けた利益の返還義務に関する特別措置法（上）（下）」『国際商事法務』32巻12号（2004年）1593-1599頁、33巻1号（2005年）25-25頁；Mitsuo Matsushita and Aya Iino, "The Blocking Legislation as a Countermeasure to the US Anti-Dumping Act of 1916: A Comparative Analysis of the EC and Japanese Damage Recovery Legislation", *Journal of World Trade*, Vol. 40 (2006), pp. 753-776.

することを目的とし、カストロ政権の打倒とキューバに民主的政権を確立することを目指すものであった。その中で、キューバに対する間接金融の禁止、特定のキューバ製品の輸入に関する制限等を定めている他、以下のような規定を設けている。1959 年以降にキューバ政府に接収された米国人の資産の取引（「trafficking」）を行った者は、同法の発効から 3 ヶ月経過した後は、その資産に対する損害賠償権を有する米国民に対して責任を有するものとされる。請求訴訟は、米国の国内裁判所が管轄権を有し、三倍賠償が認められる（第三章関連）。さらに、同法は米国人の資産を接収した外国人または接収財産の「取引」に関与する外国人の米国入国査証発給の拒否および入国の制限を定める（第四章関連）<sup>102)</sup>。

一方、イラン・リビア制裁法は、イラン・リビアに対して、テロ対策の観点から制裁を強化することを目的とする。同法は、年間 2000 万ドルを超える投資を行い、それがイラン・リビアにおける石油資源開発に直接的かつ著しく貢献したと米国大統領が判断する者を制裁対象者とする。そして、①制裁対象者への輸出に対する米国輸出入銀行の支援の禁止、②制裁対象者向けの輸出に係る米国当局による輸出許可発行の禁止、③制裁対象者からの政府調達禁止、④米国の「国際緊急事態経済権限法」に基づく制裁対象者からの輸入制限等の制裁措置を課すことを規定している<sup>103)</sup>。

以上のように、両法は、米国の外交政策を実現するために、その域外適用の脅威によって<sup>104)</sup>米国領域外の自然人・法人に米国の規範に従うことを強制するものである<sup>105)</sup>。このヘルムズ・バートン法とイラン・リビア制裁法はともに、1994 年 GATT3 条、6 条、8 条、11 条等に違反し、世界貿易を制限する効果をもつため、WTO 法の趣旨・目的そのものに反すると言われている<sup>106)</sup>。実際、ヘルムズ・バートン法は、WTO 法違反として EC によって WTO 紛争解決手続に申し立てられた<sup>107)</sup>。一方で、EC は、両法に対抗するために理事会規則 No 2271/96<sup>108)</sup>を制定した。

102) Andreas F. Lowenfeld, "Congress and Cuba: The Helms-Burton Act", *AJIL*, Vol. 90 (1996), pp. 422-425; Brice M. Clagett, "Title III of the Helms-Burton Act is Consistent with International Law" *AJIL*, Vol. 90 (1996), pp. 434-440.

103) 経済産業省通商政策局編 『不公正貿易報告書 2007 年度版』 61-62 頁。

理事会規則 No 2271/96 は、ヘルムズ・バートン法とイラン・リビア制裁法の域外適用から EC 域内の自然人・法人の利益を保護することを目的としている

- 104) 両法ともに、国籍の如何を問わず、米国領域内に所在しているか否かにかかわらず、全ての自然人・法人を制裁の対象としており、一般国際法上の管轄権の根拠を欠くものである。したがって、これらは明らかに違法な域外適用である。P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public* (2002), p. 510. 米国は、両法の域外適用を、いわゆる効果理論によって正当化する。すなわち、米国領域外の外国人の行為が、自国領域に本質的な効果を及ぼし、それによって米国の国際法上の利益が侵害されているので、域外の外国籍の自然人・法人にも管轄権を行使できるというのである。B. Stern, «Vers la mondialisation juridique? Les lois Helms—Burton et d' Amato-Kennedy», *RGDIP*, n° 4 /1996 (1996), p. 992. 米国裁判所は、1945 年のアルコア事件以来、頻繁にこの理論による、域外適用を認めてきた。Daillier et Pellet, *ibid.*, p. 511 さらに、米国は、効果理論は一般国際法上も認められていると主張する。確かに、例えば 1977 年の万国国際法学会のオスロ会議は、効果理論に基づく管轄権行使は、それが「関係国の領域に、意図的に、少なくとも予測できる、本質的で、直接的でかつ即時の」効果を及ぼす場合以外は、認められないと宣言し、効果理論の概念自体は認めているように思われる。B. Stern, «Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit («Quelques observations») », *AFDI*, Vol. 32 (1986), p. 34; Michel Cosnard, «Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d'investir dans certains pays», *AFDI*, Vo. XLII (1996), p. 41. また、その他の国の競争法においても効果理論による同法の域外適用を認めていると思われる条文は存在する。中川淳司・清水章雄・平覚・間宮勇『国際経済法（第2版）』（2012年）372-373頁。ただし、効果理論は、認められるとしても、いまだに競争法という限られた分野に留まっている。さらに、競争法の分野においても、例えば、欧州司法裁判所が、ウッドバルブ輸出事件判決の中で、実質的に効果理論と捉えうる管轄権行使について、あえて効果理論によらず、一般国際法上の伝統的な管轄権行使の根拠である客観的属地主義に依拠したことは、EC の「効果理論の適用に対する消極性のあらわれ」とも分析されている。Daillier et Pellet, *ibid.*, p. 511. すなわち、各国とも必ずしも効果理論を積極的に認めているというわけではないことに注意が必要であり、さらに、一般国際法上、効果理論が一般的に認められているかどうかは議論のあるところである。特に、「本質的な」効果とは何か、「意図的」とは何か、「直接的でかつ即時」とはどのような状況を指すか、それらの定義自体が曖昧であり、これらを判断するのは、結局、当事国であることを考えれば、以前から指摘されてきた効果理論の恣意性はやはり否定できないであろう。Stern, «Quelques observations», *ibid.*, p. 32.
- 105) “Remarks” by Andreas Lowenfeld in *The American Society of International Law. Proceedings of the 90<sup>th</sup> Annual Meeting—Are international institutions doing their job?*, March 27-30, 1996, Washington, D.C., p. 374. 米国は、両法によって、他国に対して、間接的にキューバやイラン・リビアと貿易を行うことを禁止し、カストロ政権やイラン・リビア政権と戦うことを目的としている。両法のこの目的自体も国際法上違法であると言われている。すなわち、これらの法は、最終的には第三国の非民主的政権を打倒することと、テロ政策を変更することを目的としており、一般国際法上の国内問題不干渉義務に反する恐れがある。Daillier et Pellet, *ibid.*, p. 510.
- 106) 前掲注 103) 参照。

(1 条、11 条)。そのために、同規則はまず、対象となる自然人・法人に、ヘルムズ・バードン法とイラン・リビア制裁法から利益侵害を受けた場合、30 日以内に、EC 委員会に報告する義務を課している (2 条)。そして、EC 当局に EC 域外の司法・行政当局が両法に基づき出した決定、命令に効力を認めること、およびそれらを執行することを禁止し (4 条)、さらに、対象となる自然人・法人にも、両法に従いその裁判権に服し、決定・命令に従うことを禁止する (5 条)。また、対象となる自然人・法人に、両法に基づく決定・命令によって徴収された賠償金を回復する権利を与える (6 条)。他方、義務違反に対する制裁について、それは効果的かつ公平で、さらに十分抑止的なものでなければならぬと明記した上で、具体的な罰則の制定は各加盟国に委ねている (9 条)。

### 3. 対抗立法の WTO 法整合性

以上の EC の理事会規則や日本の損害回復法は、WTO 法違反の国内法に対してとられた措置であるが、DSU22 条の規定に従い DSB に申請し、承認されたものではない。本章はじめに見た通り、DSU23 条は、WTO 加盟国が WTO 法違反の措置に対して DSB の承認を得ずに譲許その他の義務を停止することを禁止している。したがって、EC の理事会規則や日本の損害回復法が DSU22 条、23 条違反かどうかという問題が生じる。1916 年 AD 法事件において、米国は EC の対抗立法が WTO 法違反であると主張したが<sup>107)</sup>、果たして対抗立法は WTO 法上の譲許その他の義務の停止に該当し、それ自体も WTO 法違反の措置ということになるのであろうか。そうであるならば、対抗立法は DSB の承認を得ず

107) US—*The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*, WT/DS38. EC と米国は協議を開始し、パネルも設置されたが、本件の高度な政治的性格のために、パネル手続は中断され、結局、自然消滅した。Eric Canal-Forgue, «La plainte de la Commission européenne devant l'Organisation Mondiale du Commerce», dans H. Gherari et S. Szurek (sous la dir.) *Sanctions unilatérales*, *supra* note 99, pp. 308-319.

108) Council Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, *Official Journal L 309*, 29/11/1996, p. 0001-0006.

109) WT/DS136/ARB, paras. 3.16-3.20.

に制定されたものであるので、DSU22条、23条違反ということになる。この点は、先に見た対抗立法の目的や性質そして内容を見れば、明らかであると思われる。

まず、米国のECからの特定品目に係る輸入措置事件において、パネルはDSU23条1項に言う「是正 (redress)」とは、違反措置の撤廃によってWTO法上の権利・義務関係のバランスを回復することを意味し、譲許その他の義務の停止という対抗的措置も、パネル・上級委報告の履行を促進することによって紛争当事国間の権利・義務関係のバランスを回復することを目的としていると述べた<sup>110)</sup>。一方、一連の対抗立法は、その内容から明らかなように、私人の利益を保護することを目的とするものであり、自国の貿易上の利益を保護することを目的とするものではない。この点は、日本の「1916年AD法に関する損害回復法」も、その1条において明確に認めるところである。したがって、対抗立法は、関係国間のWTO法上の権利・義務関係のバランスを回復することを目的とするものではなく<sup>111)</sup>、その制定はDSU23条1項に言うWTO法違反の措置の「是正」を求めているとみなすことはできないであろう<sup>112)</sup>。さらに、対抗立法の機能は、他国の違法な国内法の域外適用の効果が自国領域内に及ぶことを阻止することであり、それが規定する措置の内容も、私人間の訴訟についてであり、加盟国間の権利義務を規定しているWTO法の規定に抵触するものではない<sup>113)</sup>。この限りにおいて、対抗立法は米国のWTO法上の利益を侵害することはなく、これは、そもそもDSUが規律対象としている「譲許その他の義務の停止」、すなわちWTO法上の対抗的措置に該当しないものと思われる<sup>114)</sup>。

以上より、対抗立法はその目的・性質もWTO法上の対抗的措置のそれと異なり、またその内容もそもそもWTO法違反の措置を規定しているものではな

---

110) WT/DS165/R, para. 6.23.

111) 経済産業省通商政策局編『不公正貿易報告書 2005年度版』22頁。

112) 実際、1916年AD法事件の22条6項の仲裁手続において、米国は、ECの理事会規則No 2238/2003のWTO法整合性について異議を唱えた。本件仲裁は、ECの対抗的措置の申請書の中に、対抗立法は含まれていないことから、これは本件仲裁の任務の範囲外のことであり、審理しなかった。WT/DS136/ARB, paras. 3.19-3.20.

113) *Ibid.* DSU4条4項6条2項も参照。

114) Matsushita and Iino, *supra* note 101, p. 768.

いため、WTO 加盟国は、その制定にあたり、DSU22 条の規定に従う必要はなく、ゆえに同 23 条に反するものではないと思われる<sup>115)</sup>。

#### 4. 小括

本章では、対抗立法と WTO 法整合性の問題について見てきた。1916 年 AD 法は、実際、WTO パネル・上級委によってそれ自体が WTO 法違反とされており、ヘルムズ・バートン法とイラン・リビア制裁法は、明らかに WTO 法上の規則・原則に反するものである。これらに対して、EC や日本は DSU22 条の手續に従わずに、対抗立法を制定した。しかしながら、その目的・性質および内容を概観した通り、これらは純粋に他国の WTO 法違反の国内法から被る自国の自然人・法人の利益を保護することを目的としている。したがって、対抗立法は WTO 法上の対抗的措置に該当せず、ゆえに、加盟国がそれを制定しても、DSU22 条、23 条違反の一方的措置とはならないのである。さらに、対抗立法が私人間の訴訟について規定している限りにおいて、これはそもそも私人が法主体ではない WTO 法にかかわるものではなく<sup>116)</sup>、対抗立法と WTO 法整合性の問題は起こらないと言えよう<sup>117)</sup>。

## V おわりに

以上、WTO 法上の対抗的措置を DSU の規定に沿って概観し、as such 事案に特有のその問題点を、主に同等性の原則の確保という観点から見てきた。

WTO 法上の対抗的措置の態様である「譲許その他の義務の停止」は、それ自体が WTO の自由貿易体制を侵害するものである。そこで、DSU は手続的、実

115) このように解せば、1916 年 AD 法に対して、EC にミラーアクトと対抗立法の双方が認められれば、二重の対抗的措置となり、対抗的措置の程度が利益侵害の程度を超えると  
いう米国の主張は根拠を欠くであろう。WT/DS136/ARB, paras. 3.16-3.18.

116) Rex J. ZEDALIS, "When do the activities of private parties trigger WTO rules?", *JIEL*, Vol. 10 (2007), p. 337. WT/DS58/AB/R, para. 101.

117) ただし、対抗立法の制定は、相手国に政治的な圧力をかける効果をもち、これによって問題の域外適用法の改廃が促進されるともいわれている。Cohen-Tanugi, *supra* note 98, p. 237.

質的要件を詳細に規定し、対抗的措置をWTOの枠内で管理・監督しようとしている。したがって、手続的、実質的いずれかの要件を満たさない対抗的措置はWTO法違反となる。この点、その手続的要件によって、現行WTO法上、対抗的措置はほぼ自動的に実施され得るので、結局、対抗的措置のWTO法整合性を確保する上でもっとも重要なのは、実質的要件である同等性の原則ということになる。WTO法上の対抗的措置の目的は、パネル・上級委報告の履行を促進し、一時的な補償を与えることであり、ゆえにその程度は利益侵害の程度と同等でなければならないとされている。実行上、同等性の原則はDSU22条6項の仲裁によって評価される。同仲裁は、個々の事案において、できる限り客観的に公正で信頼に足る結果を得るために、利益侵害の程度を定量化し、対抗的措置の程度を数値によって示すという貿易効果分析により、同等性の評価を行っている。したがって、DSU22条6項の仲裁が依拠するのは、「信用できる、事実に基づく、そして実証可能な情報」であり、推測的すぎる要素、間接的すぎる要素、そして定量化になじまない要素は排除される。

しかしながら、国内法それ自体がWTO法違反とされるas such事案において、貿易効果分析は、同等性の原則の評価にあたって、重要な問題を提起する。WTO法違反とされる国内法の存在それ自体は、貿易量や貿易額を減少させるといった、取引に対して具体的なマイナス効果を及ぼすとは限らないので、利益侵害の程度を定量化できない場合もあるからである。実際、1916年AD法事件において、米国は、ECが1916年AD法の存在から被る利益侵害の程度はゼロであると主張した。しかしながら、ある措置がWTO法違反と認定されたからには、それが貿易にいかなるマイナス効果も及ぼしていないとみなすのは、DSU3条8項の規定に照らしても不合理である。そこで、1916年AD法に対する対抗的措置としてECが申請したのが、同法のミラーアクトを制定するために必要なWTO法上の義務の停止、すなわち質的な対抗的措置である。DSU22条6項の仲裁は、質的な利益侵害には質的な対抗的措置をとることを認めたが、その程度については、当該規則の適用の頻度やその対象となる輸入量や輸入額の上限を明示することを要求した。

このように、as such事案においても対抗的措置の程度を量的に示すとなれば、

その前提として、利益侵害の程度も定量化されなければならない。したがって、萎縮効果のように定量化になじまない性質の利益侵害は、対抗的措置によって補填されないことになる。萎縮効果は、その存在と程度が WTO 法違反の国内法の将来的な適用の可能性と頻度にかかっているという意味で、極めて推測的性質を帯び、不確実性の高い要素だからである。一方、萎縮効果が利益侵害の程度に含まれず、ゆえに対抗的措置の程度から除外されるとなると、as such 事案において、同等性の原則は保障されないことになり、理論上国内法それ自体が WTO 法違反となる意義がなくなってしまう。As such 事案は、WTO 法違反の国内法が市場の私人に及ぼす萎縮効果の存在によってこそ、認められているからである。そこで、この萎縮効果による利益侵害を対抗的措置によって補填し、同等性の原則を満たし、as such 事案を実行上も意義づけることを可能とするのが、対抗的措置の程度を可變的に設定し、萎縮効果の程度に合わせてそれを事後的に調整するという方法なのである。確かに、可變的な対抗的措置は、その程度を確実に予測できないという意味で、WTO 法が原則とする予見可能性を損なうおそれも否定できない。ただし、対抗的措置の程度の前提として、同等の利益侵害の程度があるので、可變的な対抗的措置が相手国に与える不確実性は、最小限に抑えられると言えよう。

一方、WTO 加盟国は、他の加盟国の WTO 法違反の国内法に対して、DSB の承認を得ることなく、対抗立法を制定して対処する場合がある。それらの対抗立法の目的は、純粹に WTO 法違反の国内法の域外適用から自国民の利益を保護することであり、実際、その内容も私人間の訴訟について規定している。したがって、対抗立法は、その性質上、WTO 法上の対抗的措置の一態様とは言えず、またその内容も WTO 法の諸原則に反するものではなく、ゆえに、その制定は DSU22 条、23 条で禁止されている一方的措置にも当たらないのである。

むしろ、この対抗立法は、WTO 法の枠内で保障され得ない私人の利益を保護しようとするものである限りにおいて、WTO 法の欠陥を補う効果を持つとも言えよう。すなわち、WTO は政府間組織であるので、WTO 法の主体は国家であり、私人はその法主体とはなり得ない<sup>118)</sup>。しかしながら、301 条事件のパネルが認めた通り、貿易とは私人間の取引行為であるため、WTO 法における本質的な主

体は私人であると言え、WTO 法上の利益を直接享受し、その損失を直接被るのは私人なのである。ゆえに本稿で見てきた通り、1916 年 AD 法やヘルムズ・バートン法等、多くの通商関連の国内法が、私人の権利・義務について規定しているのであろう。ところが、私人は WTO 法の直接の主体となり得ないため、WTO 法上、他国の WTO 法違反の措置から被った利益侵害を回復する術をもたない<sup>119)</sup>。この点、WTO 紛争解決手続にアミカス・キュリエを認めることにより、間接的に私人の WTO 法上の利益を保護しようとする動きもみられるが<sup>120)</sup>、これは私人にとって、具体的かつ即時の損害回復となるものではない。こうした WTO 法の限界に鑑みれば、対抗立法は、WTO 法と抵触することなく、私人の WTO 法上の利益を直接的に保護し得る手段として、一定の意義が認められるのではないだろうか。

---

118) Zedalis, *supra* note 116, p. 337. See also WT/DS58/AB/R, para. 101.

119) 詳しくは、佐藤弥恵「WTO 紛争解決手続における私人と amicus curiae」『一橋法学』(2012 年) 333-335 頁、355-358 頁。

120) 同上、336-355 頁。