

WTO 紛争解決手続における多数国間環境条約の位置づけ ——適用法としての可能性を中心に——

平 覚 （大阪市立大学）

要 旨

国際社会における地球環境保護への関心の高まりとともに多くの多数国間環境条約（multilateral environmental agreement: MEA）が成立している。これらの MEA の中には、環境に有害な産品や絶滅危機種の国際取引を規制したり、環境破壊を促進する経済的インセンティブを排除したりするため、あるいは当該 MEA の遵守を確保したり、非当事国の加入を促進したりするため、貿易制限措置の発動を当事国に義務づけ、または許可するものが存在する。MEA に基づくそのような貿易制限措置が、ある WTO 加盟国から他の WTO 加盟国に対して発動される場合には、後者が当該 MEA の当事国であるか否かに関わりなく、当該措置の WTO 法との適合性が問題となりうる。現在までのところ、このような MEA に基づく貿易制限措置の WTO 法適合性について WTO 紛争解決手続が援用された事例は存在しないが、今後この種の貿易制限措置の利用が増加するとともに、そのような紛争事例が発生する可能性は否定できない。ドーハ開発アジェンダの交渉議題に「既存の WTO 規則と MEA に規定される特定の貿易義務との関係」という事項が含まれたのもそのような問題意識からであろう。ところで、実際にそのような紛争が WTO 紛争解決手続に付託された場合に、同手続において MEA はどのような位置づけを与えられるのであろうか。パネルや上級委員会は、そもそも MEA の中の抵触規則や一般国際法上の抵触規則に従って MEA を優先的に適用し、当該 MEA に基づく貿易制限措置の WTO 法適合性を認めることができるのであろうか。MEA を含むその他の国際法がはたして WTO の紛争解決手続において適用法となりうるのかは、きわめて論争的な問題とされてきた。本稿は、肯定説を展開する Pauwelyn の理論を、否定説を展開する Trachtman の理論と対比しつつ詳細に分析することにより、パネルや上級委員会が MEA に基づく貿易制限措置の適合性問題を付託された場合に MEA に対してどのような位置づけを与えるべきか、とくにその適用法としての可能性を探求しようとするものである。

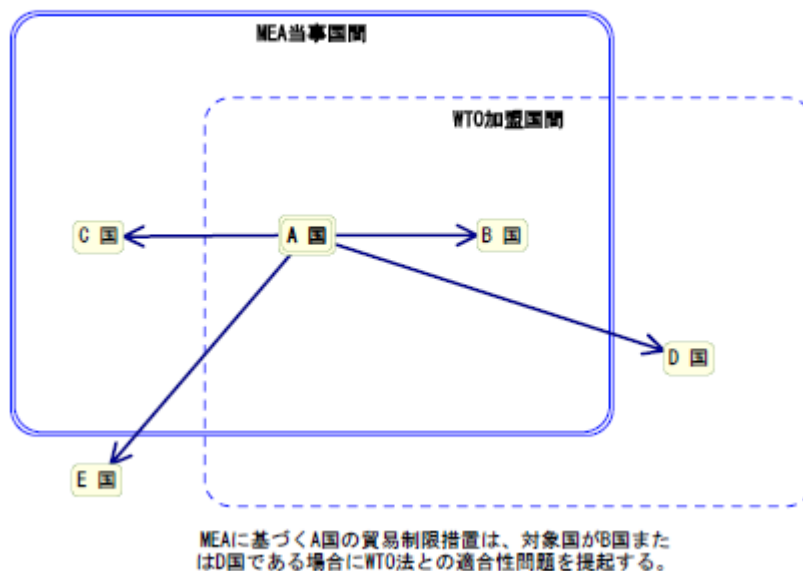
RIETI ディスカッション・ペーパーは、専門論文の形式でまとめられた研究成果を公開し、活発な議論を喚起することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、（独）経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

1. はじめに

国際社会における地球環境保護への関心の高まりとともに多くの多数国間環境条約（multilateral environmental agreements: MEA）が成立している。これらの MEA の中には、環境に有害な産品や絶滅危機種の国際取引を規制したり、環境破壊を促進する経済的インセンティブを排除したりするため、あるいは当該 MEA の遵守を確保したり、非当事国の加入を促進したりするため、貿易制限措置の発動を当事国に義務づけ、または許可するものが存在する。

MEA に基づくそのような貿易制限措置が、ある WTO 加盟国から他の WTO 加盟国に対して発動される場合には、後者が当該 MEA の当事国であるか否かに関わりなく、当該措置の WTO 法との適合性が問題となりうる。措置の対象国が当該 MEA の当事国である場合には、当該 MEA と WTO 法の抵触問題も発生する可能性がある。対象国が当該 MEA の非当事国である場合には、当該措置は明らかな一方的措置として WTO 法との適合性がやはり問題となりうる(図 1 参照)。

図1 MEAに基づくA国による貿易制限措置の発動と対象国の多様性



現在までのところ、このような MEA に基づく貿易制限措置の WTO 法適合性について WTO 紛争解決手続が援用された事例は存在しないが、今後この種の貿易制限措置の利用が増加するとともに、そのような紛争事例が発生する可能性は

否定できない。まして WTO 紛争解決機関(DSB)の意思決定がネガティブ・コンセンサス方式によっていることから、それによって設置されるパネルや常設の上級委員会には事実上の強制的管轄権が存在するといえる。このため、貿易制限措置の対象国はいつでも一方的にこの紛争解決手続を援用しうる状況にある。ドーハ開発アジェンダの交渉議題に「既存の WTO 規則と MEA に規定される特定の貿易義務との関係¹⁾」という事項が含まれたのもそのような問題意識からであろう。とりわけ、国連海洋法条約²⁾、生物多様性条約カルタヘナ議定書³⁾、気候変動枠組条約京都議定書⁴⁾といった地球環境保護にとってきわめて重要な MEA への一部先進国の不参加の現状は、MEA に基づく貿易制限措置が当該 MEA の非当事国を対象として発動される場合に、それらの WTO 法適合性をめぐる紛争が WTO 紛争解決手続に付託される可能性をいっそう高めている。

ところで、実際にそのような紛争が WTO 紛争解決手続に付託された場合に、同手続において MEA はどのような位置づけを与えられるのであろうか。一般国際法の観点からは、WTO 法と MEA という 2 つの条約の抵触の問題ととらえて、条約中に明示的な抵触規則が存在する場合にはそれにより、また、存在しない場合には、一般国際法上の抵触規則⁵⁾に従って処理することが考えられる。しかし、パネルや上級委員会は、そもそも MEA 中の抵触規則や一般国際法上の抵触規則に従って MEA を優先的に適用し、当該 MEA に基づく貿易制限措置の WTO 法適合性を認めることができるのであろうか。

WTO の紛争解決に係る規則及び手続に関する了解(DSU)には、国際司法裁判所(ICJ)規程 38 条 1 項⁶⁾や国連海洋法条約 293 条 1 項⁷⁾に相当するような、紛争解決

¹⁾ ドーハ閣僚宣言 31 項、2001 年 11 月 14 日、参照。ただし、交渉の範囲について次のような制限が付されている。「交渉は、その範囲を当該 MEA の当事国間での既存の WTO 規則の適用可能性に限定され…、当該 MEA の非当事国である WTO 加盟国の WTO 上の権利を害さないものとする。」したがって、上述の図 1 で言えば、A 国が B 国に対して発動する貿易制限措置への WTO 規則の適用可能性だけが交渉の範囲に含まれ、A 国が D 国に対して発動する貿易制限措置は交渉の範囲外に置かれることになる。

²⁾ 海洋法に関する国際連合条約、1996 年 6 月 7 日国会承認、6 月 20 日批准書寄託、7 月 12 日公布（条約第 6 号）、7 月 20 日効力発生。

³⁾ バイオセーフティに関するカルタヘナ議定書、2003 年 5 月 22 日国会承認、2003 年 11 月 21 日加入書寄託（条約第 7 号）、2004 年 2 月 19 日効力発生。

⁴⁾ 気候変動に関する国際連合枠組条約京都議定書、2002 年 5 月 31 日国会承認、6 月 4 日受諾書寄託、2005 年 1 月 20 日公布（条約第 1 号）。

⁵⁾ 後述 19 頁参照。

⁶⁾ 次のように規定する。

手続の適用法に関する一般的な規定が存在しない。もっぱら DSU3 条 2 項が、WTO の紛争解決制度は「対象協定に基づく加盟国の権利及び義務を維持し並びに解釈に関する国際法上の慣習的規則に従って対象協定の現行の規定の解釈を明らかにすることに資するものである」と規定し、少なくとも WTO 対象協定それ自体と「解釈に関する国際法上の慣習的規則」が適用法となることを示唆するにとどまる。このため、対象協定および「解釈に関する国際法上の慣習的規則」以外の、MEA を含むその他の国際法がはたして WTO の紛争解決手続において適用法となりうるのかは、きわめて論争的な問題とされてきた⁸。

「第 38 条

1. 裁判所は、付託される紛争を国際法に従って裁判することを任務とし、次のものを適用する。
 - a. 一般又は特別の国際条約で係争国が明らかに認めた規則を確立しているもの
 - b. 法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習
 - c. 文明国が認めた法の一般原則
 - d. 法則決定の補助手段としての裁判上の判決及び諸国の最も優秀な国際法学者の学説。但し、第 59 条の規定に従うことを条件とする。」

⁷次のように規定する

「第 293 条

1. この節の規定に基づいて管轄権を有する裁判所は、この条約及びこの条約に反しない国際法の他の規則を適用する。」

⁸ この問題を扱う主要な文献または論文として次のものがある。Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*(2003); *id.*, *The Application of Non-WTO Rules of International Law in WTO Dispute Settlement*, *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Vol. 1, (Patrick F. J. Macrory, Arthur E. Appleton and Michael G. Plummer eds.), at 1405(2005)(*hereinafter* Pauwelyn(2005)) (以下、Pauwelyn の所説についてはより新しい後者の論文 Pauwelyn(2005)を引用する。) ; Joel Trachtman, *The Domain of WTO Dispute Resolution*, 40 *Harv. Int'l L.J.* 333(1999)(*hereinafter* Trachtman (1999)); *id.*, *Jurisdiction in WTO dispute settlement*, *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years* (Rufus Yerxa and Bruce Wilson eds.), at 134(2005)(*hereinafter* Trachtman(2005))(以下、Trachtman の所説についてもより新しい後者の論文 Trachtman(2005)を引用する。) ; Gabrielle Marceau, *A Call for Coherence in International Law, Praises for the Prohibition Against "Clinical Isolation" in WTO Dispute Settlement*, 33(5) *J. W. T.* 87(1999)(*hereinafter* Marceau(1999)); *id.*, *Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions, The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties*, 35(6) *J. W. T.* 1081(2001)(*hereinafter* Marceau(2001)); Bartels, *Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings*, 35 *J. W. T.* 499(2001); Anja Lindroos and Michael Mehling,

本稿は、最近の学説上の論争を中心に、パネルや上級委員会が MEA に基づく貿易制限措置の適合性問題を付託された場合に MEA に対してどのような位置づけを与えるべきか、とくにその適用法としての可能性を探求しようとするものである。なお、本稿で考察する問題は、「国際法の断片化」と呼ばれる多数国間条約体制の「乱立」現象⁹に対して国際法体系の一貫性の確保という観点からそれらの多数国間体制間の調和を探求しようとするインターフェース問題の一端としても位置づけられる。

2. パネルおよび上級委員会の実体的管轄権が適用法にもたらす制約

DSU には適用法に関する一般的規定が存在しないため、WTO 紛争解決手続における適用法を考察するにあたっては、最初にまずパネルや上級委員会の実体的管轄権(substantive jurisdiction)の問題を検討するのが適切であろう。すなわち、DSU の下でパネルや上級委員会がどのような内容の紛争を処理することができるのか、またはどのような種類の申立を受理しうるのか、ということである¹⁰。パネルや上級委員会の実体的管轄権が広く MEA の不遵守や他の国際法違反に基づく申立にまで及ぶとすれば、明らかに MEA や他の国際法が適用法に含まれることになる。しかし、実体的管轄権がもっぱら対象協定に基づく申立にしか及ばないとすれば、適用法の範囲もほとんど対象協定に限定されることになろう。

パネルや上級委員会の実体的管轄権については、DSU にこの文言に直接に言及する規定は見当たらないが、DSU の以下の諸規定の解釈からその内容は明らかとなるように思われる。

第 1 に、DSU 1 条 1 項によれば、DSU は、「附属書一に掲げる協定（この了解において「対象協定」という。）の協議及び紛争解決に関する規定に従って提起さ

Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the WTO, 16-5 European J. Int'l L. 857, 860 (2005). また、邦語論文として、岩沢雄司「WTO 紛争処理の国際法上の意義と特質」国際法学会編『日本の国際法の 100 年(9)紛争の解決』215 頁以下(2001)および同「WTO 法と非 WTO 法の交錯」、ジュリスト 1254 号、20 頁以下(2003)がある。

⁹ See *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Matti Koskenniemi, UN Doc. A/CN. 4/L. 682, 13 April 2006.

¹⁰ Pauwelyn は、実体的管轄権を、「強制的な DSU 制度の下で WTO 加盟国が提起しうる法的請求の種類を意味する」とする。See Pauwelyn(2005), *supra* note 8, at 1409(2005).

れる紛争」ならびに「[WTO 設立協定および DSU] に基づく権利及び義務に関する加盟国間の協議及び紛争解決」について適用される。

したがって、たとえば、DSU は 1994 年の関税及び貿易に関する一般協定 (GATT) 23 条の下で提起される紛争に適用される。同 23 条によれば、加盟国は、(a)他の加盟国がこの協定に基づく義務の履行を怠った結果として（いわゆる違反申立）、(b)他の加盟国がこの協定の規定に抵触するかどうかを問わず、なんらかの措置を適用した結果として（いわゆる非違反申立）、または(c)その他のなんらかの状態が存在する結果として（いわゆる状態申立）、「この協定に基き直接若しくは間接に自国に与えられた利益が無効にされ、若しくは侵害され、又はこの協定の目的の達成が妨げられていると認めるときは、その問題について満足しうる調整を行うため、関係があると認める他の締約国に対して書面により申立又は提案をすることができ(傍点筆者)」とされている。

また、サービスの貿易に関する一般協定 (GATS) の下でも、DSU が適用される紛争の範囲は、上述の 1994 年 GATT の場合に類似している。GATS23 条によれば、「加盟国は、他の加盟国がこの協定に基づく義務又は特定の約束を履行していないと認める場合（傍点筆者）」(1 項)、または「他の加盟国の特定の約束に従って自国に与えられることが当然に予想された利益がこの協定の規定に反しない当該他の加盟国の措置の適用の結果無効にされ又は侵害されていると認める場合」(3 項)に、DSU を適用することができるとされている。

第 2 に、DSU3 条 2 項は、「加盟国は、[WTO の紛争解決] 制度が対象協定に基づく加盟国の権利及び義務を維持し並びに解釈に関する国際法上の慣習的規則に従って対象協定の現行の規定の解釈を明らかにすることに資するものであることを認識する（傍点筆者）」と規定している。

第 3 に、DSU7 条 1 項によれば、パネルの標準的な付託事項は、次のような内容とされている。

「（紛争当事国が引用した対象協定の名称）の関連規定に照らし（当事国の名称）により文書（文書番号）によって紛争解決機関に付された問題を検討し、及び同機関が当該協定に規定する勧告又は裁定を行うために役立つ認定を行うこと（傍点筆者）。」

第 4 に、パネルの任務を規定する DSU11 条は、パネルが「自己に付託された問題の客観的な評価（特に、問題の事実関係、関連する対象協定の適用の可能性及び当該協定との適合性に関するもの）を行い、及び同機関が対象協定に規定する勧告又は裁定を行うために役立つその他の認定を行う（傍点筆者）」

べきであるとする。

そして第5に、DSU23条は、「加盟国は、対象協定に基づく義務についての違反その他の利益の無効化若しくは侵害又は対象協定の目的の達成に対する障害について是正を求める場合には、この了解に定める規則及び手続によるものとし、かつ、これらを遵守する（傍点筆者）」と規定している。

これらのDSUの規定¹¹は、パネルや上級委員会の実体的管轄権がWTOの対象協定に基づく申立に限定されることを強く示唆している。学説も一致してこのような解釈を支持する¹²。その結果、対象協定以外の国際法の違反に基づくいかなる申立も、パネルや上級委員会には提起されえないことになる¹³。たとえば、MEAの不遵守や一般国際法（たとえそれがユス・コーゲンス（強行規範）であっても）の不履行に関する申立は受理されないであろう¹⁴。

もっとも次のような2点に留意する必要がある。第1に、一般に、パネルや上級委員会のような国際的裁判機関の実体的管轄権は、紛争当事国の同意に依拠する。上述したDSUの諸規定はこのような意味では紛争当事国の事前の同意とみることができる。しかし、他方で、DSU7条1項は標準的な付託事項以外の付託事項について「別段の合意」を認めており、それは紛争当事国による事後的な同意の形成を許容することを意味するものとみることができる。したがって、その限りでパネルや上級委員会の実体的管轄権は拡張される余地がある¹⁵。しかし、その範囲は、少なくともWTO設立協定前文に示されるよ

¹¹ さらに、WTOの紛争解決手続の最初の段階である「協議」について規定するDSU4条も、「各加盟国は、自国の領域においてとられた措置であっていずれかの対象協定の実施に影響を及ぼすものについて他の加盟国がした申立てに好意的な考慮を払い、かつ、その申立てに関する協議のための機会を十分に与えることを約束する（傍点筆者）」と規定している。

¹² See Pauwelyn(2005), *supra* note 8, at 1409. See also Trachtman(2005), *supra* note 8, at 134; Marceau(2001), *supra* note 8, at 1107.

¹³ 同様に、たとえば、ウルグアイ・ラウンド最終文書の一部を構成するが、WTO設立協定には含まれない閣僚決定や閣僚宣言、およびWTO設立協定附属書三の貿易政策検討制度に関する協定などの対象協定には含まれないWTO規則に基づく申立についても、パネルや上級委員会は実体的管轄権を持たないとされている。Pauwelyn(2005), *id.*, at 1409.

¹⁴ *Id.*, at 1410.

¹⁵ さらに、DSU25条は紛争当事国の合意により「紛争解決の代替的な手段」として仲裁への付託を許容している。そのため、パネルや上級委員会の実体的管轄権とは別に、DSUの下でのWTOの紛争解決手続の実体的管轄権は、仲裁に付託される紛争の種類によっては拡張される余地がある。

うな広い意味での WTO のマンドート内に限定されるとみるべきで、WTO 法以外の国際法上の請求一般にまで及ぶとみることができるかは疑わしいであろう¹⁶。

第 2 に、対象協定のいくつかは既存の非 WTO 条約の規則を明示的に編入したり、参照基準として言及したりしている。たとえば、そのような編入の顕著な例としては、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定 (TRIPS 協定) が挙げられる。1967 年の工業所有権の保護に関するパリ条約、1971 年の文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約、1961 年のローマで採択された実演家、レコード製作者及び放送機関の保護に関する国際条約 (ローマ条約) ならびに 1989 年の集積回路についての知的所有権に関する条約の諸規定が、TRIPS 協定の一部を構成するものとされている¹⁷。また、参照基準として非 WTO 条約規則に言及している例としては、衛生植物検疫措置の適用に関する協定 (SPS 協定) が食品規格委員会、国際獣疫事務局、および国際植物防疫条約事務局によって作成された国際基準に¹⁸、また、貿易の技術的障害に関する協定 (TBT 協定) が、より抽象的ではあるが、「少なくともすべての加盟国の関係機関が加盟することのできる機関又は制度」が作成した国際規格に言及している¹⁹。対象協定に編入された非 WTO 条約規則は WTO 法として法的効力を与えられ、それらの違反にかかわる紛争はパネルや上級委員会の実体的管轄権に服することになる。しかし、対象協定において参照基準として言及される非 WTO 条約規則は、もっぱら対象協定上の特定義務が遵守されているかどうかの判断基準としてのみ機能し、パネルや上級委員会の実体的管轄権に服する違反申立の独立の法的根拠とはならない²⁰。

したがって、以上の 2 点に留意しても、DSU の下でのパネルや上級委員会の実体的管轄権は、一般的に対象協定に基づく申立に限定され、MEA を含む非 WTO 条約や一般国際法に基づく申立には及ばないと解される。この結果、パネルや上級委員会のこのような実体的管轄権が適用法に対しても制約とし

¹⁶ See Pauwelyn(2005), *supra* note 8, at 1409 and n. 17.

¹⁷ パリ条約について TRIPS 協定 2 条 1 項、ベルヌ条約について TRIPS 協定 9 条 1 項、ローマ条約について TRIPS 協定 14 条 6 項、および集積回路についての知的所有権に関する条約について TRIPS 協定 35 条などを参照。

¹⁸ SPS 協定 3 条 1 項および附属書 A3 参照。

¹⁹ TBT 協定 2 条 4 項および附属書一 4 参照。

²⁰ たとえば、加盟国の SPS 措置が参照される国際基準に基づいているか、または適合している場合には、SPS 協定または 1994 年の GATT に適合しているものと推定される。SPS 協定 3 条 1 項および 2 項参照。

て働くことは自明であろう。そこでの適用法は、ほとんどの場合、實際上明らかに WTO の対象協定である²¹。

しかしながら、パネルや上級委員会の実体的管轄権は、適用法に対する制約として働くとしても、適用法の範囲を直接画定するわけではない。実体的管轄権の問題と適用法の問題は区別して考える必要がある²²。DSU がパネルや上級委員会の実体的管轄権を対象協定に基づく申立に限定しているとしても、そのことは、パネルや上級委員会がそのような申立を判断するために適用すべき法が必然的に対象協定に限定されることを意味するわけではない²³。問題は次のように設定することができるであろう。はたしてパネルや上級委員会は、対象協定に基づく申立を判断するために対象協定以外の他の国際法を適用することができないのであろうか。

²¹ See Pauwelyn(2005), *supra* note 8, at 1410.

²² See *id.* See also Trachtman(2005), *supra* note 8, at 135; Lindroos and Mehling, *supra* note 8, at 860. Pauwelyn はこの点を例示するものとして ICJ のロッカビー事件を挙げる。彼によれば、本件で ICJ はもっぱらモントリオール条約に基づいてのみリビアの請求を審理する裁判管轄権を有していた。しかし、このことは、ICJ がその適用法の一部として他の国際法、とくに英米によって抗弁として援用された国連安保理決議 748 号を検討することを妨げるものではなかった。Pauwelyn は、ICJ が当該国連決議に基づく違反請求を受理する管轄権を与えられていなかったという事実にもかかわらず、まさにそのように行動した点が重要であるとする。 *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie(Libya v. U.S.), Provisional Measures*, 1992 ICJ Rep. 114, para. 42(April 14), cited by Pauwelyn(2005), *supra* note 8, *id.* and n. 22. 彼はさらに次のように付け加える。すなわち、もちろん（対象協定にのみ明示的に言及する）DSU7 条と ICJ が適用しうる 4 つの国際法の法源に明示的に言及する ICJ 規程 38 条との間には違いが存在する。しかしながら、規程 38 条に明示的に言及されるこれら 4 つの法源が ICJ において適用可能な法を言い尽くすものではないことを実行が示してきた。たとえば、それらは、国家の一方的行為や国際機関の行為を含んでいない。それゆえ、DSU7 条と ICJ 規程 38 条はその点では異ならない。両者はともに適用可能な法を言い尽くしてはいない。Pauwelyn(2005), *id.*, n. 22.

²³ See Pauwelyn(2005), *id.*, at 1410. Pauwelyn は、パネルの実体的管轄権を規定する DSU 7 条は、パネルに対して付託された問題を「対象協定の関連規定に照らして」検討することを指示しているが、パネルが対象協定に基づく申立を審理する際に他の国際法規則を検討し、場合によっては適用することを排除するものではないと主張する。See *id.*, at 1411. See also Lindroos and Mehling, *supra* note 8, at 861.

3. 適用法としての「解釈に関する国際法上の慣習的規則」

上述のように、DSU3 条 2 項は、対象協定以外の国際法として「解釈に関する国際法上の慣習的規則」がパネルや上級委員会における適用法となることを示唆する。WTO の判例は、条約法に関するウィーン条約(ウィーン条約法条約)31 条および 32 条がそのような「解釈に関する国際法上の慣習的規則」を法典化したものであることを確認し、それらを適用法として認めてきた。

たとえば、上級委員会は、まさにその最初の報告書となった米国の精製ガソリン事件報告書²⁴において、ウィーン条約法条約 31 条 1 項の「解釈に関する一般的な規則」が「慣習または一般国際法の規則たる地位」を獲得したことを確認した。上級委員会は、DSU3 条 2 項によって GATT やその他の対象協定の規定を明確化しようとする際にこれらの規則を適用するよう命じられていると述べている²⁵。そして、頻繁に引用される次のような意見を表明した。

「その命令は、一般協定 [GATT] が国際法から隔離されて(in clinical isolation)解釈されるべきではないことの一定の承認を反映する。²⁶」

ウィーン条約法条約 31 条および 32 条に法典化された条約の解釈に関する慣習的規則が WTO 紛争解決手続における適用法になることは学説も異論なく認めており、この点は自明であろう。しかし、これを前提として、DSU3 条 2 項が一般国際法のその他の規則をも含むものとして解釈できないかが問題となりうる。この規定における「解釈に関する国際法上の慣習的規則」という一般的文言は、ウィーン条約法条約 31 条および 32 条に規定されるもの以外の条約解釈に関するその他の規則の適用も許容するようにみえるからである。学説の中には、ウィーン条約法条約には含まれていないが、WTO 判例において実際に適用されてきた、条約解釈における実効性の原則²⁷、*in dubio mitius* (疑わしきときは主権国家に有利に)の原則²⁸、正当な期待の原則²⁹、お

²⁴ *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R(1996).

²⁵ *Id.*, at 16.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.* at 21-22.

²⁸ *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (EC – Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R(1997), at para. 165 and n. 154. 実際、本件で、上級委員会は、この原則を『「解釈の補足的な手段」として国際上広く承認された・・・解釈原則』であるとして、その内容について Jennings and Watts(eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Vol. 1(1992), at 1278

よび *lex specialis* (特別法が一般法に優先する) の原則³⁰は、DSU3 条 2 項における上記文言に含まれうるとするものもある³¹。

4. パネルおよび上級委員会の黙示的または付随的管轄権に基づく適用法

DSU3 条 2 項における「解釈に関する国際法上の慣習的規則」の文言は、DSU が WTO 法以外の国際法に言及する唯一のものである。このことから、3 条 2 項が WTO 紛争解決手続における適用法として認める国際法はもっぱら「解釈に関する国際法上の慣習的規則」だけであって、それ以外の他の国際法は排除されるとみるべきかどうかが問題となりうる。

この点について学説は深刻な対立を示している。たとえば、Pauwelyn は、新条約が既存の国際法からの逸脱を規定しない限り、既存の国際法は新条約にも適用されるとの前提から、WTO 法に明示的な逸脱規定がない限り条約解釈に関する国際法規則はすべての国家を拘束する一般国際法として自動的に適用されると主張する。その結果、DSU3 条 2 項が「解釈に関する国際法上の慣習的規則」に明示的に言及したのは、*ex abundante cautela* (十分な用心から) の確認であって、このような確認は他のすべての国際法を排除することを意味しないと述べている³²。これに対して、Trachtman は、*expressio unius est exclusio alterius* (あるグループ内の一人への言及は、黙示的に同じグループ内の他の者を排除する) という解釈原則により、他の国際法は排除されると主張する。彼は、もし DSU の起草者が他の国際法も適用法として認める意思を

から次の表現を引用するとともに、さらに多数の判例および学説を引用している。*Id.*

「*in dubio mitius* の原則は条約の解釈において国家主権を尊重して適用される。ある文言の意味が不明確であるとき、義務を負う当事国により負担とならない意味、または、当事国の領域的および人的最高性に対する干渉がより少ない意味もしくは当事国に対して課される一般的制限がより少ない意味が採用されるべきである。」

²⁹ *United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fibre Underwear*, WT/DS24/R(1996), at para. 7.20.

³⁰ *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, WT/DS46/R(1999), at paras. 7.39-7.41; *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/AB/R(1999), at paras. 9.92-9.95; *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R(1998), at paras. 14.28-14.34.

³¹ See Lindroos and Mehling, *supra* note 8, at 869.

³² See Pauwelyn(2005), *supra* note 8, at 1407.

有していたとすれば「解釈に関する」という限定的な文言を削除したはずであるという³³。

この問題を直接に扱った WTO 判例としては、韓国政府調達事件におけるパネル報告書³⁴が存在する。本件パネルは、Trachtman の見解のような反対解釈を否定し、次のように述べている。

「われわれはまた、ここで解釈規則以外の国際法規則が適用されないとする反対解釈(*a contrario implication*)のためのいかなる根拠も見出しえないことにも留意すべきである。3 条 2 項の文言は、この点で、とくに交渉経緯への依拠が慣習法の条約解釈規則の要件に反すると主張される方法で利用されたという趣旨の GATT の下で生じた特別の問題に適用されるものである。³⁵」

そして、さらに続けて、

「われわれは、DSU 3 条 2 項はわれわれが特定の紛争の文脈の中で解釈に関する国際法の慣習的規則に従って WTO 諸協定の現行の規定を明確化することを要求するものであることに留意する。しかしながら、WTO 諸協定の慣習国際法に対する関係はこれよりも広範である。慣習国際法は、WTO 加盟国間の経済関係に一般的に適用される。そのような国際法は、WTO 諸協定がそこから「逸脱」するものでない限りで適用される。言い換えれば、抵触もしくは矛盾がなんら存在せず、または、WTO 対象協定中に別段の表現が存在しない限り、国際法の慣習的規則は WTO 諸条約と WTO の下での条約形成過程に適用されるというのがわれわれの見解である。³⁶」

このようにして本件パネルは、「解釈に関する国際法上の慣習的規則」以外の一般国際法が対象協定と抵触しない限りで適用法となりうることを肯定しているように見える。しかし、本件でパネルが実際に適用法として認めたのは、条約の誠実履行義務（ウィーン条約法条約 26 条）と条約締結時の錯誤に関する一般国際法（ウィーン条約法条約 48 条）であり、いずれもパネルのいう「条約形成過程(*process of treaty formation*)」に関わるものであった。したがって、本件パネルが、WTO 諸協定と抵触または矛盾しない限りで、たとえばユス・コーゲンスを含むより実体的な一般国際法を全面的に適用法として認めることを意図していたのかは疑わしい。言い換えれば、本件パネルの意図する射

³³ See Trachtman(2005), *supra* note 8, at 137-138.

³⁴ *Korea – Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS163/R(2000).

³⁵ *Id.*, at para. 7.96, note 753.

³⁶ *Id.*, at para. 7.96.

程がどこまで及ぶのかは必ずしも明らかではない³⁷。

Lindroos and Mehling は、パネルや上級委員会が従来の紛争案件において適用法として実際にどのような法を認めてきたのかを検討し、確かに WTO 法以外の一般国際法の適用が認められるが、それはけっして無条件ではなかったことを指摘している³⁸。彼らによれば、パネルや上級委員会による他の一般国際法の適用は、顕著な 3 つのパターンに分かれるとされる。

第 1 のパターンは、ウィーン条約法条約の他の規定を適用するもので、条約の不遡及に関する 28 条³⁹、同一の事項に関する相前後する条約の適用に関する 30 条⁴⁰、多数国間の条約を一部の当事国の間においてのみ修正する合意に関する 41 条⁴¹、錯誤に関する 48 条⁴²、後の条約の締結による条約の終了または運用停止に関する 59 条⁴³、ならびに条約違反の結果としての条約の終了または運用停止に関する 60 条および条約の終了の効果に関する 70 条⁴⁵である。これらの規定はいずれも条約の解釈というよりはむしろ条約の形成と適用に関わるとされる⁴⁶。

第 2 のパターンは、一般国際法原則を適用するもので、訴訟代理 (representation)⁴⁷、*la compétence de la compétence* (管轄権の存否を決定する管轄権)⁴⁸、立証責任⁴⁹、国内法の取扱⁵⁰、*amicus curiae* (法廷の友) ブリー

³⁷ See Lindroos and Mehling, *supra* note 8, at 875.

³⁸ See *id.*, at 876.

³⁹ *Canada – Terms of Patent Protection*, WT/DS170/AB/R (2000), at paras. 71-74.

⁴⁰ *European Communities – Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products*, WT/DS69/AB/R (1998), at para. 79; *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic*, WT/DS44/R(1998), at para. 10.65; *EC – Hormones*, *supra* note 28, at para 51.

⁴¹ *Turkey – Clothing Products*, *supra* note 30, at para. 9.181.

⁴² *Korea – Measures Affecting Government Procurement*, *supra* note 34, at paras. 7.123-7.126.

⁴³ *EC – Poultry Products*, *supra* note 40, at para. 79.

⁴⁵ *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, *supra* note 30, at para. 3.10.

⁴⁶ Lindroos and Mehling, *supra* note 8, at 869-871 and 876.

⁴⁷ *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R (1997), at para. 10.

⁴⁸ *United States – Anti Dumping Act of 1916*, WT/DS136/AB/R (2000), at para. 54, n.30.

⁴⁹ *United States – Measures Affecting Imports of Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/ AB/R (1997), at 14.

⁵⁰ *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical*

フの扱い⁵¹、司法経済⁵²などである⁵³。いずれも手続法としての性質を持つものとされる。

そして、第3のパターンは同じく一般国際法原則を適用するものであるが、対抗措置に関する国家責任⁵⁴、行為の帰責⁵⁵などである⁵⁶。

Lindroos and Mehling によれば、第1と第2のパターンに属する一般国際法原則は、結局は既存の法の適用についての指針を提供するにとどまり、実体法ではないので紛争の帰趨にあまり影響を及ぼさない性質の規範であるとされる。そして、それらの規範は、実際、あらゆる法体系が適正に機能するために必然的に組み込まなければならない一群の規則に該当するという。他方で、第3のパターンに属する国家責任に関する原則は、一定の範囲で実体的な決定に関わるが、あくまで違法行為の効果と違反国への責任の帰属を決定するための規範にとどまり、国際法の原則ではあるが、同時に「法の一般的概念(*general conception of law*)」でさえあるとされる。そして、WTO の司法機関が国家責任原則を援用したのは、結局、広範な国際法体系に依拠しようというよりも WTO の法制度の運用にとって不可欠の特徴となるべきものを抽出しようとしたことを意味するという。彼らはさらに、概して手続的な性質を持つこれらの規則および原則は、異なる法秩序に容易に適応され、実体的規範の適用と執行を援助するものであるが、これに対して、環境法や人権法のように異なる分野の実体法の中で創設された規則は、WTO 法体系に容易に適応せず、むしろ規範的抵触を惹き起こす可能性が高く、従来の WTO の司法実行においては重視されてこなかったと述べる。そして、実体的な非 WTO 法は今日まで、WTO 内部の実体法とともに、またはそれを覆すものとして適用されたことはなかったことを指摘する⁵⁷。

要するに、実際のパネルや上級委員会の実行では、対象協定の実施を含む WTO 紛争解決制度の適正な運用にとって不可欠な手続的な性質の一般国際法だけが適用法として認められてきたということになろう。したがって、解釈に関する規則以外の広範な一般国際法を適用法として容認するようにみえる韓国政府調達事件

Products, WT/DS50/ AB/R (1998), at paras. 102-110.

⁵¹ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R (1998), at paras. 102-110.

⁵² *US – Wool Shirts and Blouses*, *supra* note 49, Section VI.

⁵³ See Lindroos and Mehling, *supra* note 8, at 871-72 and 876.

⁵⁴ *EC – Banana*, *supra* note 47, at para. 6.16.

⁵⁵ *Turkey – Clothing Products*, *supra* note 30, at paras. 9.33-9.44.

⁵⁶ See Lindroos and Mehling, *supra* note 8, at 872 and 876.

⁵⁷ See *id.*, at 876-77.

パネルの意見の射程は、実際にはその辺りにとどまり、より広範に実体的な一般国際法にまで及ぶものではないとみることができるであろう。

このようにして解釈に関する規則以外に WTO の紛争解決制度の運用にとって不可欠な一定の手続的性質を持つ一般国際法を適用法とするパネルや上級委員会の権限を、Pauwelyn は「黙示的または付随的管轄権(implied or incidental jurisdiction)」と呼んでいる⁵⁸。彼によれば、この管轄権は司法的機能を果たすパネルや上級委員会に内在するものであり、実体的管轄権の行使に付随するものであるとされる。そして、この管轄権の行使に伴い適用される一般国際法は、対象協定に基づく権利と義務の創設と執行のための「補助的または二次的規則(advantants or secondary rules)」であり、WTO 実体規定のライフサイクル、すなわち、創設、適用、解釈および執行に関連する限りで適用法となりうるとする⁵⁹。彼が挙げるこのような二次的規則の例としては、(i) 条約の不遡及や条約の誠実な実施などの条約規則、(ii) 当事者適格や対抗措置の均衡性要件などの国家責任原則、(iii) *la compétence de la compétence*、立証責任、およびデュー・プロセスなどの司法的解決規則がある。これらは、上述の Lindroos and Mehling が分析したパネルや上級委員会の実行における 3 つのパターンに重なるものである。

さらに、後述のように、適用法の範囲を限定的に解釈する Trachtman でさえ、この種の一般国際法の適用を是認している。彼によれば、DSU それ自体の手続的構造を完結させるために、かつ DSU11 条の下での「問題の客観的評価」を確保するために、他の国際法が“construction”⁶⁰において利用されうるとし、そのような例として、米国シャツ・ブラウス事件⁶¹における立証責任の分配に関する規則を挙げている⁶²。

以上の考察から、パネルや上級委員会は、実体的管轄権の行使に伴い、必然的に黙示的または付随的管轄権を行使し、一定の手続的性質を持つ一般国際法を適用法としうることが明らかになった。しかし、そこには MEA を含む他の実体的な国際法は含まれない。以上に述べた点について、パネルや上級委員会

⁵⁸ See Pauwelyn(2005), *supra* note 10, at 1410.

⁵⁹ See *id.*, at 1414.

⁶⁰ Trachtman によれば、この言葉は、英米法の用語法では、解釈(interpretation)と異なり、文書の文言に明示的に述べられていない問題について当事者の意思を決定することである。See Trachtman(1999), *supra* note 8, at 339.

⁶¹ *US – Wool Shirts and Blouses*, *supra* note 49.

⁶² See Trachtman(2005), *supra* note 8, at 136.

の実行は一貫しているように見え、また、学説上も争いは少ない⁶³。

5. MEA を含む実体国際法の適用法としての可能性

これまでの考察から、パネルや上級委員会の実体的管轄権がもっぱら対象協定に基づく申立にしか及ばないこと、したがって、MEA やその他の実体国際法に基づく申立は受理されず、その限りで MEA やその他の実体国際法は適用法にはなり得ないことが明らかになった。また、パネルや上級委員会が実体的管轄権の行使に伴い黙示的または付随的管轄権を行使して一定の一般国際法を適用法として認める場合にも、そこには実体国際法は含まれないこと、さらに、実際にもパネルや上級委員会がこれまで MEA やその他の実体国際法を適用したことはないことも確認した。

しかし、対象協定違反の申立がなされた際に、被申立国側が MEA や他の実体国際法を防御として援用した場合はどうであろうか。この問題は未だ残された問題である。もしこのような防御が認められるとすれば、それは、パネルや上級委員会が当該実体国際法を適用法として認めることを意味するであろう。ここでは、このような防御を認めるべきことを主張する Pauwelyn の所説とこれに厳しく反論する Trachtman の所説を検討することによって、MEA を含む実体国際法が WTO の紛争解決手続において適用法となりうるかどうか理論的可能性を探求することにする。

Pauwelyn の所説は、上述の黙示的または付随的管轄権の行使に伴い適用法とされる一般国際法と適用法とされないその他の国際法の区別の基準が何であるかを検討することから出発する⁶⁴。そうすると少なくともその基準は、当該国際法がすべての国家を拘束する一般国際法であるかないかではない。なぜなら、一般国際法には、人権や武力行使の禁止やジェノサイドの禁止といった実体的規則が含まれており、それらが黙示的または付随的管轄権の行使として適用されることを認めることはこれまでのパネルや上級委員会の実行を逸脱することになるからである。

では、対象協定のライフサイクルを規律する「補助的規則(adjuvants)」を

⁶³ ただし、岩沢は、パネルや上級委員会による一定の手続的性質を持つ一般国際法の援用を、直接適用しているというより WTO 法の解釈基準として利用しているように見えるとしている。岩沢(2003)、前掲注 8、25 頁参照。

⁶⁴ See Pauwelyn(2005), *supra* note 8, at 1414-15.

基準とするのはどうか。彼は、次の 2 点を問題として指摘する。すなわち、第 1 に、一次規範と二次規範の区別がしばしば困難となることである。たとえば、予防原則はどちらであろうか。第 2 に、より重大な問題として、補助的規則の適用が他の一次規範の適用を招来する場合があることである。たとえば、ウィーン条約法条約 53 条は、「締結の時に一般国際法の強行規範に抵触する条約は、無効である」と規定している。したがって、仮にある WTO 規定がユス・コーゲンスに反する場合、補助的規則としてのウィーン条約法条約 53 条の適用は、補助的規則ではない当該ユス・コーゲンスの適用を必然化してしまう。ウィーン条約法条約 30 条および 41 条についても同様のことが当てはまる。同 30 条は後法優先原則を規定し、同 41 条は多数国間条約の一部の当事国間における修正合意について規定している。明らかに対象協定のライフサイクルを規律する「補助的規則」であるこれらの規定を適用すると、これらの規定の要件を満たす後の条約は、当該後の条約の当事国間で対象協定を変更しうることになる。たとえば、ポスト 1994 年の MEA は 1994 年 GATT の 11 条や 20 条を、当該 MEA 当事国間では変更してしまうことになる。このようにして、Pauwelyn は、「補助的規則」に門を開くことが必然的に「補助的規則」ではないより実体的な国際法の適用を招来し、したがって、「補助的規則」と他の実体国際法との間の区別は実際的意味を失ってしまうことを指摘する⁶⁵。

この結果、彼は、「補助的規則」と他の実体国際法の区別が困難であるならば、そのような線引きを行わないことを提案する。すなわち、実体法を含むすべての国際法が対象協定違反の申立を審理する際に適用可能とされるべきであり、適用法は、当該紛争ごとにもっぱら事実、当事国および被申立国の防御の内容によってのみ決定されるべきであるとする。それゆえ、被申立国が申立国が当事国となっている非 WTO 条約を援用することができるのであれば、パネルや上級委員会はそのような非 WTO 条約に基づく防御を可能なものとして認容すべきであるという⁶⁶。なお、ここで留意すべき点は、Pauwelyn が援用

⁶⁵ See *id.*, at 1415.

⁶⁶ See *id.*, at 1416. Pauwelyn は、以上の主張をエビ・カメ 21.5 条事件（履行審査事件）*U.S. – Shrimp: Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, WT/DS58/AB/RW (2001) を例にとり、具体的に次のように説明している。この事件で、米国は、WTO 規則に適合的であるためには、他の WTO 加盟国とウミガメの保護に関して条約締結かまたはその交渉努力をすべきであった。したがって、もし米国とマレーシアの間に 2 国間条約が成立していれば、それ以前に認定され

を許容すべきとする非 WTO 条約は、あくまで紛争当事国双方を拘束する条約でなければならないことである。このことは、本稿の文脈でいえば、ある MEA に基づく貿易制限措置について WTO 対象協定違反を申し立てる国が、当該 MEA の非当事国である場合には、被申立国、すなわち措置発動国は当該 MEA を防御として援用できないことを意味することになる。Pauwelyn が MEA を適用法として認めるのは、あくまで紛争当事国双方が当該 MEA の当事国としてそれに拘束されている場合に限られることになる。

しかし、そのような防御を認める場合に、次に問題となるのは、パネルや上級委員会が非 WTO 法である実体国際法を実際どのように適用すべきかということである。Pauwelyn は 3 つの場合を想定する⁶⁷。

第 1 に、WTO 法が沈黙している分野では当該非 WTO 法が補完的に適用されることになるという。しかし、第 2 に、WTO 法が非 WTO 法である一般国際法を明示的に排除している(*contracting out*)場合には、WTO 法が優先的に適用されるべきであるとする。彼は、そのような例として、改正に関する WTO 設立協定 10 条がウィーン条約法条約の条約の解釈に関する規定を排除していること、および DSU が紛争解決および国家責任に関する一般国際法の規則を排除していることを挙げている。これらの WTO 法は、一般国際法の規則に対して時間的に後法であるとともに国家意思のもっとも明示的な表明として特別法でもあることが優先適用の根拠とされる⁶⁸。ただし、Pauwelyn は、非

ていた米国の措置の GATT20 条不適合性は解除されたであろう。そして、もし米国との 2 国間条約の締結後にマレーシアが米国を提訴した場合には、米国は当該条約を防御として援用することを認容されるべきであり、他方で当該条約は適用法ではないとするマレーシアの主張はパネルによって却下されるべきである。ただし、逆に米国がこの条約のマレーシアによる違反についてパネルに申立を行うことはできないことに注意すべきである。 *See id.*

⁶⁷ *See id.*, at 1417-19.

⁶⁸ ウィーン条約法条約 5 条も次のように規定している。

「この条約は、国際機関の設立文書である条約及び国際機関内において採択される条約について適用する。ただし、当該国際機関の関係規則の適用を妨げるものではない。」

さらに、一般国際法の法典化作業を行っている国連国際法委員会が 2001 年に採択した「国際違法行為に対する国家責任」に関する条文 55 条 (http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf) も次のように規定している。

「これらの条文は、国際違法行為の存在条件または国家の国際責任の内容もしくは実施が国際法の特別規則によって規律される場合には、かつその限りで、適用されない。」

WTO 法である一般国際法がユス・コーゲンスであるか、または WTO 設立協定の成立後に確立したものである場合には、そのような一般国際法が優先的に適用され、WTO 法はその限りで適用されないとする⁶⁹。

第 3 に、WTO 法が非 WTO 法、とくに特定の非 WTO 条約規則を明示的には排除しておらず、その内容が WTO 法と矛盾抵触する場合には⁷⁰、必ずしも WTO 法を自動的に優先させるべきではなく、さらに次の方法によるべきであるとする。まず、WTO 法自体は、国連憲章 103 条のように WTO 法を常に優先させるという規定も、また、国連海洋法条約 311 条のような一般的な抵触規定も含んでいないので、当該非 WTO 法に抵触規定があればそれによる。そのような抵触規定も存在しなければ、一般国際法の抵触規定である *lex posterior*（後法優先原則、ウィーン条約法条約 30 条 3 項、4 項および 59 条）および *lex specialis*（特別法優先原則）によることになる。その結果、Pauwelyn によれば、非 WTO 法が優先する場合にはパネルや上級委員会を対象協定に基づく申立を棄却すべきであるとされる。したがって、たとえば、被申立国により防御として援用された MEA がある事項に関して WTO 法よりより詳細であり、または時間的により新しいものである場合には、当該 MEA が WTO 法に優先して適用されることになり、WTO 違反の申立は棄却されることになる。なお、Pauwelyn は、この場合、パネルや上級委員会には、当該非 WTO に基づく被申立国側の反対請求を審理する管轄権は存在しないことにも留意すべきであるとする⁷¹。パネルや上級委員会は、MEA 上の義務を執行する管轄権は持たないのである。

以上の議論に関連して、Pauwelyn はさらに、興味深い次の 2 点を主張する。まず、規範の「抵触」の定義を広く理解すべきことである。すなわち、国際法上伝統的には 2 つの条約が相互に矛盾する義務を課している場合に「抵触」

⁶⁹ ウィーン条約法条約 53 条により、ユス・コーゲンスに抵触する WTO 法は無効となる。

⁷⁰ もっとも Pauwelyn は、WTO 法と非 WTO 法の矛盾抵触が生じるのはきわめて希であるとしている。彼によれば、いずれの法も国家という行為者が作り出すものであり、したがって、もちろん「心変わり」ということもありうるが、ほとんどの場合、国家はすでに合意した内容と矛盾する行為を望まず、また、いくつかの非 WTO 法は事項的に、もしくはそれに拘束される当事国に照らして、WTO 法とまったく無関係であるか、または双方の法が同一の事項を扱っていても多くの場合相互補完的であるからであるとされる。See Pauwelyn(2005), *supra* note 8, at 1417.

⁷¹ See *id.*, at 1420.

が存在するとされてきたが⁷²、彼は、一方の条約が他方の条約によって禁止されている行為を行う明示的な権利を付与する場合も当該両条約間に「抵触」が存在するとみるべきであると主張する。たとえば、一方で MEA が特定の産品について貿易制限を課す明示的な権利を付与しているのに対して、そのような貿易制限が GATT11 条によって禁止され、かつ GATT20 条によっても正当化されない場合には、当該 MEA と WTO 法との間に「抵触」が存在するのである⁷³。したがって、そのような場合には、上述のように、国際法の抵触規則によって当該 MEA と WTO 法のいずれが優先適用されるかを判断することになる。このように「抵触」の定義を広く解すると、WTO の紛争解決手続において非 WTO 法が適用法となりうるかという問題はよりいっそう深刻な問題として提起されることになり、これを肯定する Pauwelyn の主張は WTO 法と非 WTO 法との広い意味での「抵触」を解決する方法として真価を発揮することになる⁷⁴。

⁷² たとえば、Jenks は、立法条約の抵触について次のように述べている。

「…立法条約間の抵触は、異なる条約文書の義務の同時的な遵守が不可能であるときにのみ発生する。…一方の条約の義務が他方の条約の義務より厳格であるが、両立不可能ではないとき、または他方の条約によって与えられた特権または裁量を行使することを差し控えることにより一方の条約の義務に従うことが可能であるとき、抵触は存在しない。」 *See Wilfred Jenks, The Conflict of Law – Making Treaties*, 30 *The British Yearbook of International Law* 425(1953).

⁷³ *See Pauwelyn*(2005), *supra* note 8, at 1420. 上述の Jenks のような「抵触」の伝統的定義に従えば、一方の条約が義務として禁止している行為を他方の条約が権利として許容している場合には、後者の権利の行使を差し控えることにより 2 つの条約の「抵触」は回避できることになるが、それは常に義務を規定する条約が優先し、権利を規定する条約が無意味になるという結果をもたらす。他方で、Pauwelyn のように「抵触」を広く定義すれば、これら 2 つの条約は「抵触」状態にあることになり、抵触に関する国際法規則により優先順位が決められることになる。したがって、この場合には、権利を規定する条約が優先的に適用される可能性が生じ、そのような条約の存在意義は否定されないという合理的な結果が得られる。

⁷⁴ Pauwelyn はさらに、規範相互間の関係を規律する一般国際法に関して、次の 2 つを区別することが有益であるとする。すなわち、(1)2 つの規範のうち的一方が他方の規範によってそれ自体無効もしくは終了とされるか、または一方の規範が他方の規範の下で違法とされる場合（彼は「内在的規範的抵触」と呼びうるとする。）と、(2)単なる適用法の抵触の場合で、そこでは双方の規範の効力はそのまま存続するが、特定の事情の下では、国際法のいずれかの抵触規範により一方の規範が他方の規範に対して優先的に適用される場合である。彼によれば、後者の場合には、とくに規範の「抵触」を広く解すべきであるとされる。 *See id.*

第2に、Pauwelynは、DSU3条2項および19条2項がWTO法を優先させる一般的抵触規定ではないことを主張する⁷⁵。DSU3条2項末文は、「紛争解決機関の勧告及び裁定は、対象協定に定める権利及び義務に新たな権利及び義務を追加し、又は対象協定に定める権利及び義務を減ずることはできない」と規定し、DSU19条2項も同様の文言を含んでいる⁷⁶。学説の中には、このDSU3条2項末文はWTO法と他の国際法との関係を扱う一般的抵触規定としてWTO法を優先させるものであり、DSU19条2項もこれを確認するものがある⁷⁷。しかし、Pauwelynは、パネルや上級委員会が司法機能として対象協定の解釈を行う際に規定の意味を明確化することは許されるが、意味を追加したり減じたりすることは許されないということの意味するにすぎず、司法機能としてのパネルや上級委員会の内在的制約を規定するものであると主張する。彼によれば、したがって、DSU3条2項のこの文言は、やはり *ex abundante cautela*（十分な注意からの）ものであって、WTO司法機関の解釈機能を扱うものであり、適用法や規範の抵触を扱うものではないとされるのである。

以上が、対象協定に基づく申立に対する防御においてWTO法以外のMEAやその他の実体国際法の援用を認め、したがって、これらの国際法を適用法とすべきであるとするPauwelynの所説の概要である。

しかしながら、Pauwelynの所説に対しては、上述のようにDSU3条2項の解釈について彼と真っ向から対立したTrachtmanがやはり痛烈な反対論を展開している。彼の所説はおよそ次のようなものである⁷⁸。

すなわち、彼によれば、WTOのパネルや上級委員会に対してもつばらWTO法、すなわち対象協定だけを実体法として適用するように命じる圧倒的証拠が存在するという。そして、Pauwelynの所説は、そのような証拠を無視し、非WTO法を適用する権限を推定せよというものであるが、国際裁判所というものは黙示的管轄権を持つわけではなく、むしろマンデートの逸脱を許容されない限定された管轄権を持つにすぎない裁判所にとどまると述べる。

そのような証拠としてTrachtmanは、1947年GATT時代には他の国際法が

⁷⁵ See *id.*, at 1421-23.

⁷⁶ DSU19条2項は、次のように規定する。

「小委員会及び上級委員会は、第3条2の規定に従うものとし、その認定及び勧告において、対象協定に定める権利及び義務に新たな権利及び義務を追加し、又は対象協定に定める権利及び義務を減ずることはできない。」

⁷⁷ See Bartels, *supra* note 8, at 506-08.

⁷⁸ See Trachtman(2005), *supra* note 8, at 135-140.

GATT の紛争解決手続に適用されるとは考えられていなかったため、WTO 協定の交渉担当者が WTO 法と他の国際法の分離を想定しており、DSU3 条 1 項および WTO 設立協定 16 条 1 項において、加盟国が 1947 年 GATT との継続性を希望することを確認したことを指摘する。したがって、彼によれば、解釈において利用されるのではなく、実体法として適用を意図されている唯一の法源は WTO 法、すなわち対象協定であるとされる。

さらに、Trachtman は、DSU3 条 2 項末文の規定について上述の Pauwelyn の解釈は他の国際法による対象協定の変更を認めることを示唆しているとする。しかし、Trachtman によれば、そのような立場は、同規定の明白な文言に反するだけではなく、WTO 協定の改正手続を定める排他的な規定の存在を無視するものであるとされる。

彼はまた、DSU3 条 4 項、3 条 5 項、3 条 7 項、3 条 8 項、19 条 1 項、22 条 2 項、および 22 条 9 項における対象協定の遵守および適合性への言及は、他の国際法が適用されるとすれば無意味なものとなることを指摘する。これらの規定は、他の国際法の適用による規定上の義務の変更の余地を残していないからであるという。

Trachtman はまた、DSU7 条 1 項がパネルの権限は対象協定の関連規定に照らして付託される問題を検討することであると規定していることを指摘し、この規定が適用法を言い尽くしていないという Pauwelyn の主張⁷⁹に次のように反論する。すなわち、国際裁判所の管轄権は限定されており、権限を越えて法を適用することは許されない。したがって、加盟国が明示的に法を排除する必要はなく、交渉者に明示的にあらゆる可能性を否定するという負担を負わせることは奇異であるとする。Trachtman によれば、国家はその同意がなければ法を適用する強制的管轄権を受諾したとは判断されず、DSU7 条 1 項のこのような解釈は同 2 項や同 11 条によっても確認されるという。7 条 2 項によれば、パネルは紛争当事国が引用した対象協定の関連規定について検討するものとされているが、彼は、仮に紛争当事国が他の国際法を適用のために引用することができるとすれば、なぜパネルは当該他の国際法もまた検討することを要求されないのか、起草者の怠慢に帰すべきか、という疑問を提起する。また、11 条は、パネルが「自己に付託された問題の客観的な評価（特に、問題の事実関係、関連する対象協定の適用の可能性及び当該協定との適合性に関するもの）を行う」ことを要求しているが、Trachtman はここにも他の国際法には言及がないと指摘す

⁷⁹ 前傾注 22 および 23 参照。

る。

このようにして、Trachtman は、WTO の紛争解決手続においてはもっぱら WTO 法だけが適用法であるとする加盟国の意図を示す文言上および文脈上の多くの証拠が存在するという。彼は、もちろん国際社会は多様な法を適用する管轄権を国際裁判所に付与する方法を知っているのであって、たとえば国連海洋法条約 293 条 1 項は、海洋法裁判所が「この条約に反しない他の国際法規則」を適用すべきと規定しているという⁸⁰。彼によれば、Pauwelyn は、WTO の文脈でパネルがそのような文言上の指示が存在しないにもかかわらず他の国際法規則をそれが WTO 協定と適合するものであるかどうかを問わずに適用すべきことを示唆していると批判する。こうして、Trachtman はもっぱら WTO 法だけが WTO の紛争解決手続において適用可能な法であると主張するのである。

以上のようにして、WTO 紛争解決手続において MEA を含む実体国際法が適用法となりうるかという点については、Pauwelyn がその可能性を肯定するきわめて興味深い議論を展開している。Trachtman の厳しい批判はあるものの、理論的可能性として傾聴に値する。両者の所説に対する本稿の立場は、次章の「おわりに」で若干表明する。

6. おわりに

本稿では、WTO 紛争解決手続における MEA の位置づけとして、とくに MEA が適用法となりうるかという問題意識の下に、パネルや上級委員会における適用法をより一般的に考察してきた。その結果、DSU の下でパネルや上級委員会に与えられた実体的管轄権により、適用法となりうるのはほとんどの場合 WTO 対象協定であること、さらに、このような実体的管轄権の行使に付随して一定の手続的性質を持つ一般国際法規範が適用法となりうる事が明らかとなった。しかし、それら以外の実体的な一般国際法や非 WTO 条約が適用法になりうるかは、学説上興味深い論争が展開されている。本稿では、肯定説を唱える Pauwelyn と否定説に立つ Trachtman の理論を比較しつつ詳細に分析した。

DSU 全体の解釈論を通じて、MEA を含む実体的国際法が適用法となりうるとする Pauwelyn の理論は説得的でかつ魅力的なものにみえる。とりわけ、あくまで DSU の文言を尊重し、パネルや上級委員会の実体的管轄権が対象協定に基づく申立に限定されることを認めた上で、非申立国側の防御という側面でのみ限定

⁸⁰ 前掲注 7 参照。

的に実体国際法の適用を容認しようとする点は、けっして非 WTO 法の全面的適用を主張するものではなく、彼の理論をより受け入れやすいものになっていると思われる。さらに、彼の理論の長所は、彼自身が認めるように、パネルや上級委員会が WTO 法上の紛争処理に当たり紛争当事国を拘束する他の国際法をも考慮しながら WTO 法を適用することができることにある⁸¹。それは、結局、国際法の一貫性と加盟国の国際法定立の自由をバランスよく確保することを可能にするという点で今日の国際社会が抱えている「国際法の断片化」現象⁸²にも対応しようとするものである。

他方で、Trachtman の厳しい反論も、DSU 全体の解釈論に基づくものとして傾聴に値する。さらに、何よりもこれまでのパネルや上級委員会の実行は、もっぱら WTO 法だけが適用法になりうるという Trachtman の理論を支持しているようにみえる。Trachtman は、WTO にとって適用法としての非 WTO 法は招かざる客であり、環境保護や人権の多くの主唱者にとって WTO 紛争解決手続は實際上「プロクルステスのベッド」⁸³であるという。しかし、それによって MEA や他の国際法が推進しようとする非貿易的価値が WTO において無視される訳ではないともいう。彼によれば、現在想定されるほとんどの問題は、非貿易的価値やときとしてそれを推進する非 WTO 法が WTO 法に編入されることにより、または WTO 法の解釈に際して参照されることにより、対処することが可能であると主張される⁸⁴。

しかしながら、そのような主張はあくまで WTO 内部からの見方とみることもできる。今日以上にグローバル化が進展し、自由貿易価値と非貿易的価値の錯綜や衝突がより頻繁になるにつれて、WTO 側の現行システムが十分に機能し続けうるのか、または WTO の外部からみてそれが期待に応えるものであるかはよりいっそう問われることになるだろう。「貿易と環境」という問題をみても、ドーハ開発アジェンダに基づく交渉が政治的解決を促進しない限り、WTO 紛争解決手続の司法機能は今後ともより重要なものとなるであろう。そのような期待に答えるためにも、Pauwelyn の理論の実現可能性を考えることは無益ではない。今後の

⁸¹ See Pauwelyn(2005), *supra* note 8, at 1425.

⁸² 前掲注 9 参照。

⁸³ See Trachtman(2005), *supra* note 8, at 137. この言葉は、無理に規準に合わせようとする、または無理に型にはめようすることを意味する。語源は、ギリシャ神話の巨人で、ベッドの長さに合うように犠牲者を引き伸ばしたり切ったりしたプロクルステスである。

⁸⁴ See *id.*

国際社会において WTO の紛争解決手続にどのような性質と機能を持たせていくべきかは、本来高度な司法政策の問題でもあり⁸⁵、本稿の射程の範囲外である。しかし、WTO の紛争解決手続を国際法体系の中に今日以上に位置づけ、WTO 法と非 WTO 法の調整機能を持たせようとする司法政策が将来いつそう支持されるようになれば、現行 DSU の解釈論を通じて適用法の範囲を拡大しようとする Pauwelyn の理論はむしろ実地的なものとし注目すべきものとなるかもしれない。

なお、本稿では、WTO の紛争解決手続において WTO 法が解釈される際に MEA を含む非 WTO 法が参照されるという重大な側面は取り扱わなかった。この側面については、すでにいくつかの先行研究⁸⁹が存在するが、筆者自身の実証的研究は他日を期したいと思う。WTO 紛争解決手続における MEA の位置づけについて総括的な結論を得るためにはそのような研究が不可欠であろう。

⁸⁵ 適用法を WTO 法に限定する立場を支持する岩沢は、WTO のパネリストの多くは貿易の専門家ではあっても、人権、労働、環境、海洋法その他の国際法一般の専門家では必ずしもなく、WTO 協定の起草者が国際法の問題の判断をそのようなパネリストに求めていたとは考えられないという。岩沢(2003)、前掲注 8、23 頁参照。彼はさらに、次のように述べている。

「・・・WTO 司法機関の任務を拡大し、国際法の全面的な適用を義務づけることが望ましいだろうか。WTO 司法機関の任務は WTO 法に関して権威のある解答を与えることであるとするのが、むしろ WTO 紛争処理の信頼性と実効性を高めることに資するのではないか。・・・適用法は WTO 法とするのが賢明であると思われる。」同上参照。

⁸⁹ See Marceau(1999), *supra* note 8.