

韓国の政府調達に係る措置

(パネル報告 WT/DS163/R, 提出日: 2000年5月1日 採択日: 2000年6月19日)

川合弘造

I. 事実関係

本件紛争は、現在韓国の仁川沖に建設中の新国際空港 (IIA) の工事を巡るものであり、特に IIA 計画において調達責任を負う機関が政府調達協定 (GPA) の適用対象機関であるのか、韓国の IIA 計画責任機関の行為が GPA の違反を構成しない場合といえども、GPA の下での米国の利益を無効化又は侵害しているかが争点となった。しかし、本件紛争は、東京ラウンド下の政府調達協定の下では非締約国であった韓国の政府調達協定 (GPA) 加入交渉に際して、米国が 2 国間交渉の過程で行なった質問に対する韓国の一見不誠実とも思われる曖昧な回答とそれによって引き起こされた米国の誤解 (但し、かかる誤解がウルグアイ・ラウンド交渉の最終段階まで継続していたかについては不明である) に端を発しているのである。そのやり取りとは、韓国の GPA 加入に関する二国間交渉で、1991年4月に米国が発した次の質問とそれに対する韓国の回答 (1991年5月) に由来している。

米国の質問

"How does the Airport Development Group relate to the Ministry of Communications? Does Korea's offer of coverage of the Ministry of Communications include purchases for the Airport Development Group? Please identify all Ministries that will be responsible for the procurement of goods and services related to new airport construction."

韓国の回答

"The new airport construction is being conducted by the New Airport Development Group under the Ministry of Transportation. The new airport construction project is scheduled to be completed by 1997 after the completion of the basic plan by 1992 and the working plan by 1993. The US company, Bechtel, is taking part in the basic plan projects."

The responsible organization for procurement of goods and services relating to the new airport construction is the Office of Supply. But at present, the concrete procurement plan has not been fixed because now the whole airport construction project is only in a basic planning stage."

この回答は、米国の質問が、まさに韓国が建設を計画していた仁川国際空港（以下「IIA」という）に関心を寄せている事を韓国側としても認識していたにも拘らず、その点について正確な回答をせずに、IIA が調達協定の対象となるのか否であるのか極めて曖昧なものとするものであった。

本件は、事実関係が重要である事例判断であるので、韓国の GPA 加入交渉の経緯と IIA の建設に関する事実経緯とを整理し、更に、上記の問答が行なわれた経緯に関する事実関係の整理を行ない、その後、当事国の主張を検討する。なお、本件のパネリストは、Mr. Michael D. Cartland、Ms. Marie-Gabrielle Ineichen-Fleisch 及び Mr. Peter-Armin Trepte であった。

A. GPA 関係

GPA の交渉経緯

- 1979 年 4 月 12 日に東京ラウンド下での旧 GPA 合意
- 1988 年 2 月 14 日に改正
- 1990 年 9 月に coverage に関する交渉が二国間交渉の形式で開始
- 1993 年 12 月 15 日 GPA の最終テキストと各国の付表の draft が発表
- 1994 年 1 月 31 日に付表の最終テキストを事務局に提出（提出期限）
- 1994 年 2 月 28 日が異議がある場合の通知期限として設定
- 1994 年 4 月 15 日にマラケシュで合意
- 1996 年 1 月 1 日に発効

韓国の加入交渉に際して、韓国が行なった offer は以下のとおり（本件に関係のある範囲で記載）。

① 1990年6月25日の当初の offer

調達機関として、主に中央官庁を指定し、対象物資として全てのモノを原則としてあげていた。但し、調達機関の意味について、以下の様な注で説明をしていた。

注： "Purchasing entities include all their subordinate linear organizations, special local administrative organs and attached organs as prescribed in the Government Organization Act of the Republic of Korea."

更に、1991年2月28日付で追加説明が行われ、この中で当初の offer には特定的には明示されていないが、対象調達機関の下部機関が特定明示されることとなった。特に、交通部関係では Regional Aviation Bureaus (2); CHEJU Regional Aviation Office; Flight Inspection Office; VOR-TAC Stations (5); and Marine Accident Inquiry Office (5)が挙げられていた。併せて、前記の当初の offer 中の注の意味について次のように説明がなされた。

"The meaning and categories of subordinate linear organizations, special local administrative organs and attached organs are prescribed in the Government Organization Act of Korea as follows:

- Subordinate linear organizations: office of the minister, vice-minister, assistant minister, director general, director etc.
- Special local administrative organs: the organs established in local regions by central government organs when necessary, for example, local tax offices by the National Tax Administration and local post offices by the Ministry of Communication.
- Attached organs: the organs established by central government organs for the purpose of R&D, training and education, culture, medical care, and consulting. These include the Central Officials Training Institute by the Ministry of Government Administration and the National Film Production Center by the Ministry of Information."

② 1992年8月14日の offer

GPA 適用対象調達機関として地方自治体を追加すると共に、調達の対象にサービスを追加する点で変更がなされたが、それ以外は、第1次 offer と基本的には同一。

③ 1993年12月14日の最終 offer

基本的には、第2次 offer を踏襲。内容的には、適用対象調達機関として付表2及び3の内容を増大。また調達対象のサービスの内容を拡充。更に、付表1への注1の記載も当初の例を踏襲した。但し、本件の関係で、重要な点として、全ての付表に対する一般的な注1として、

"Korea will not extend the benefit of this Agreement

- (a) as regards the award of contracts by National Railroad Administration,
- (b) as regards procurement for airports by the entities listed in Annex 1,
- (c) as regards procurement for urban transportation (including subways) by the entities listed in Annexes 1 and 2

to the suppliers and service providers of member states of the European Community, Austria, Norway, Sweden, Finland and Switzerland, until such time as Korea has accepted that those countries give comparable and effective access for Korean undertakings to their relevant markets."

との規定を挿入することで、欧州諸国について、付表1の機関による空港のための調達について GPA の恩典を及ぼさないと規定したのである。(これは、こうした欧州諸国も、韓国に対して、調達を開放しないとしたことに対応するものであった。)

韓国の加入に際して、空港関係で前記のとおりのもやり取りが1991年4月22日ころの米韓間での2国間の接触の中で行なわれた。韓国はその後1994年4月15日の調印を行なうことで GPA 締約国となり、1997年1月から GPA は韓国にも適用されることとなった。その後、韓国では、建設部と交通部の合併に伴い建設交通部が発足したために、その付表については変更が行なわれている(1997年)。

B. 仁川国際空港計画 (IIA)

1990年に計画がスタートし、第1期工事は2000年末までに完了予定。その後の空港建設工事は2020年まで継続し将来の交通需要に基づいて決定される。工事の責任主体は、徐々に変遷し、このことも本件紛争の源泉となっている。即ち、1991年5月31日のソウル大都市圏新空港建設促進法(新空港法)により、当初は、交通部(厳密には、交通部の下での新空港建設グループ(NADG))が IIA 計画に責任を負担するとされていたが、新空

港法自体、IIA 計画についてのオペレーターを交通部長が指名することを想定していた。この規定に基づいて、IIA の責任主体は、1999 年 2 月 1 日までの間に、順次、Korea Airports Authority (KAA)、Korea Airport Construction Authority (KOACA)、the Incheon International Airport Corporation (IIAC) という公社や公営企業へと移管されて行く事になった。こうした、機関の権限等は以下の通り。

① 交通部（現在の建設交通部）（MOCT）

交通部（MOCT）は、国家行政組織法上、航空交通について管轄権を有するとされ、また、航空法上も、その第 94 条第 1 項により、「空港開発計画は交通部長によって実施されるものとする」とされている。空港開発計画とは、同法の下で実施される空港施設の新規建設・拡張又は改善に関する計画と定義されている。しかし、航空法第 94 条第 2 項は、交通部以外のものも大統領令に定める条件の下で、交通部長の許可を得る事で空港開発計画を実施できる事を規定していた。

また、新空港法では、建設交通部長は、ソウル首都圏地域の新空港建設計画地域として、新空港建設計画の実行に必要な地域を指定又は変更する権限を有するものとされていた。この他、同法は、交通部に基本計画を策定し、変更し、更に公表する権限を付与している。更に、同部長は、operator により策定された実施計画を承認し、operator により行なわれた工事を検証し、計画に必要な資金を補助し、融資する権限の他に、一定の場合には既に行なった承認を中止又は取り消すことが出来るとされている。

② 新空港建設グループ(NADG)

IIA 計画に関する基本運用計画の策定、検査、分析、更には同計画に関する諸事項の調整及びコントロールその他の事項に責任を負担するために、交通部内の組織として 1990 年 6 月に創設された組織。

③ 韓国空港公団(The Korean Airports Authority)

KAA は、韓国空港公団法により設立された組織。同法第 1 条は、空港施設の建設、及びそれらの円滑な管理・運営に責任を負う組織として KAA を位置付けている。その定款では、空港施設の建設、空港の管理、航空交通の円滑な運用、航空交通ビジネスの包括的な発展を使命としている事が規定されており、また、交通部の一般的な指揮監督を受ける関係となっている。しかしながら、KAA は独立の法人格を有しており登記も行

なわれている。KAA の役員の重要な者は交通部長の指名により選任されるが、構成員も職員も刑法上はみなし公務員とされるが、それ以外は公務員ではない。

IIA 計画との関係では、1991 年 12 月 14 日に KAA は、IIA 計画のオペレーター候補者として提示され、Seoul Airport Act (新空港法) 第 6 条の修正によりその名前が明記され、更に、KAA の設置法でも、IIA 計画について責任を負うものと規定された(KAA の定款にもその旨記載)。IIA 計画のための資金調達は KAA が責任主体の時代にあつては、1992 年当初は、100%国家資金に頼っていたが、その後に、次第に、借入金や債権発行で調達するようになった。KAA は、その必要とする資材等の調達は、その独自の調達規則に拠っていた。

③ 韓国空港建設公団 (The Korea Airport Construction Authority (KOACA)) 及び仁川国際空港公団(The Incheon International Airport Corporation (IIAC))

KAA が IIA 計画について果たしてきた機能は、その後 1994 年に KOACA へ、1999 年には IIAC へ順次承継されていったが、その差は、本件では然程重要ではないので、ここでの検討では、その詳細は割愛する。

II. 当事者の求めた認定

A. 米国

Violation Case として

IIA 計画についての調達に過去に携わった交通部 (NADG を含む)、KAA、KOACA、及び IIAC は、何れも、韓国の GPA の付表 I の対象機関であり、そこで行なわれている調達は応札期限の設定、資格要件の設定、国内企業との JV の強制、苦情処理機関の不整備などの点で、GPA に違反している。

Non-Violation Case として

例え、違反が認められない場合と言えども、韓国の措置は、GPA に基づき米国に与えられた利益の無効化及び侵害を構成する。

B. 韓国

IIA についての調達を実施している機関は、何れも GPA の韓国の付表 I の対象機関ではないので、米国の主張には理由がない。

III. パネルの判断

A. GPA は仁川国際空港(IIA)計画は GPA の適用対象か？

1. 解釈の方法論

GPA 第 1 条は、附属書 I に特定されている GPA 適用対象機関の一切の調達に関する法、規則、手続、実務に GPA は適用されるとしており、また附属書 1 は付表 1 乃至 5 からなる。こうした付表の解釈について、LAN 事件の上級委員会の判断（即ち、輸出国の一方的なまた主観的な期待ではなく、ウィーン条約法条約に規定された条約解釈の一般原則が適用されるべきであるとする）が、参照されるべきである（パネル報告パラグラフ 7.7 以下、引用するパネル報告のパラグラフ番号のみを表記）。

従って、韓国の付表中で用いられている用語の通常の意味において、韓国の付表を検討し、IIA の調達に責任を負う機関がカバーされているのかが第一に判断されるべきである。そして、その意味が曖昧であったり、明らかに不当な結論に達する場合には、ウィーン条約法条約第 32 条に従って、条約締結の preparatory work や circumstances の検討を必要としよう。(7.13)

2. 韓国の付表 1 の対象機関

(a) 当事国の主張

MOCT 及び Office of Supply が付表 I に挙げられているほか、付表 I には、前出の注が付されている。

<米国の主張>

中央政府機関(central government entities)には、支局や下部機関等が含まれる。この注で用いられている include という用語は、包含概念であって、取り上げられているものに限定する概念ではない。従って、NADG は MOCT の一部であるか、少なくとも、支局乃至下部機関であり、また、NADG は IIA の建設に責任を負担する機関である以上、IIA は GPA 適用対象機関の計画である。また、KAA 及びそ

の承継機関も MOCT の支局又は下部機関であり、それ故に IIA 計画は GPA の適用対象とされるべきである(7.15-16)。

更に、米国は、パネルは、特に紛争対象の計画に関して、問題の調達機関への「control」に関する要素を詳細に検討すべきであり、KAA またはその後継機関への MOCT の「control」の程度を前提とすると、これらの機関による調達は、MOCT による調達に他ならない (7.17)。かかる control の証左として、新空港法があり、そこでは、MOCT が IIA 計画の基本計画を策定する事が規定されているところ、こうした計画には、建設の一般的な指示、建設計画の概要、建設期間、資金調達計画その他の事項が含まれているはずである。また、この他に、MOCT の計画執行者(operator)の「実施計画」の承認権限や、operator の報告義務、許可・承認の取消又は変更権限、立入調査権も新空港法には規定されている(7.18)。このほか、韓国の航空法上も、KAA は project operator であり、MOCT の監督の下で業務にあたる事が規定されていることを規定されている(7.19)。

更に、欧州諸国への空港関連調達の開放を排除する付属書についての General Note 1 (一般的注釈 1) が空港についての調達に言及していることは、韓国の付属書中に、空港のための調達に責任を負う機関が存在する事を確認するものであり、韓国では、MOCT、NADG、KAA、KOACA 及び IIAC のみが空港のための調達に責任を負担する機関である以上、一般的注釈中により排斥されてはいない全ての締約国に対して、これらの機関は付表 1 でカバーされる GPA の適用対象とされなければならない(7.21)。

<韓国の反論>

米国の支局及び下部機関に関する主張には条文上の根拠はない。付表 1 の注 1 は、付表 1 の下での中央政府機関の適用対象範囲を定義しており、そのことは、注 1 に「as prescribed in the *Government Organization Act*」という規定があることから明らかである。いずれにしても、KAA やその後継機関は、MOCT の支局や下部機関ではない。また、WTO の GPA 中には control テストが存在しているとの主張には根拠がない上に、KAA は全体としても、また IIA 計画に関しても独立した機関である (7.23)。そもそも KAA のような機関は、仮に GPA の交渉者がその

coverage に同意した場合には、典型的には、付表 3 で取り上げられるべき機関である(7.25)。

欧州諸国への便益の供与を否定した付属書への一般的注釈との関係では、幾つかの空港についての調達が付表 1 に挙げられた機関によって行なわれている以上、矛盾はない。特に、ソウル及び釜山の空港は、行政組織法に規定される地方行政機関であり、その調達は付表 1 の注 1 により GPA の適用対象とされている (7.26)。

(b) パネルの判断

(i) 韓国の付属書中の付表 1 には何が明示的に含まれているのか

韓国の付属書の検討しても、MOCT は中央政府機関のリストに記載されているが、KAA 及びその承継機関は何処にも明示的に記載されていない。(7.32)

前記の注 1 の記載について、"as prescribed in" という文節に基づき行政組織法中の用語に照らして判断しても、KAA は、subordinate linear organizations にも、地方行政機関にも、附属機関にもあたらない(7.33 - 7.37)。なお、地方行政機関としてソウルと釜山の地方空港当局があるが、KAA をこれらと同様に考えることはできない。

(ii) 韓国の約束の範囲に関する更なる分析

本件では、注 1 に、行政機関ではなく、subordinate linear organizations という官職名（個々の自然人）が、一連の組織の定義のために用いられていると言う一般的ではない特徴、及び米国の主張するように、限定概念ではなく包摂概念である include という用語がこの注で用いられていることから、注 1、ひいては注を含む付表 1 の解釈が曖昧なものとなっている。そこで、韓国の付属書や注の他の側面を検討すると共に、ウィーン条約方条約 32 条(a)に従って、注 1 に一定の明確性を与えるために韓国の GPA 加入交渉経過を検討する事が有益である。(7.43)

即ち、韓国の 1990 年の当初の offer には 35 の中央政府機関が coverage として規定されていた。1991 年 2 月に、韓国は、東京ラウンド GPA の締約国に、*Supplementary Explanation of the Note by the Republic of Korea dated 29 June 1990 relating to the Agreement on Government Procurement* を提出し、そこでは

当時の注1（現在の韓国の附属書中の注1と実質的に同一）について説明を行なっているが、その注1は、中央政府機関の coverage を明確化することを目的とし、付表1に挙げられた機関以外に coverage を拡張する事を意図したものではないことを示している(7.44-7.55)。更に、この *Supplementary Explanation* は、中央政府機関のリストを提示している。交通部に関しては、以下のとおり規定している。

"o Ministry of Transportation

- Regional Aviation Bureaus (2)
- CHEJU Regional Aviation Office
- Flight Inspection Office of the Director-General – VOR-TAC Stations (5)
- Marine Accident Inquiry Offices"

韓国は、付表1のもとで coverage が与えられている MOCT の空港関係機関は、ソウルと釜山の地方航空当局であると主張しているが、この *Supplementary Explanation* 中での地方航空局の言及はこうした主張を支持するものであるし、後述の1993年末のECの韓国への質問との関係で存在する証拠に対応するものである。他方、KAAは、その当時、10箇所の地方空港を管轄しており、従って、韓国の offer の対象足り得るものであったにも拘らず、*Supplementary Explanation* には挙げられていないが、このことも、重要な意味を持つ。(7.47)。

(iii) 当事者の主張の評価、「control」概念について

米国は、KAAは、そして、少なくともIIA計画との関係では、MOCTに control されているのでMOCTの一部と考へ得るし、附属書の内容に拘らず適用対象機関により control されているとみなされる機関は締約国のGPAの commitments により cover されていることになるところ、KAAはこうした範疇の機関に含まれると主張する(7.50)。こうした米国の主張に対して、韓国は、こうした米国の見解が認められれば、韓国やその他の締約国の付表3の commitments に含まれる機関の多くは多少なりとも付表1の機関の「control」下にあるので、付表1の機関とされてしまう事になるが、こうなれば、付表3の機関について交渉

された **theresholds** の水準を変更する事になってしまうので重大な問題があると反論する(7.51)。

第一に、韓国の付属書の付表 2 においては、**GPA** の適用対象の範囲を示すために、**direct control** という用語が用いられているが、付表 1 ではこれが用いていないことを以って、この **concept** は付表 1 には適用がないといい得るかもしれない(7.52)。米国は、**Canada-Diary** 事件の上級委員会判断を、何が機関の **control** を構成するかの問題についての指針として引用するが、そこでの争点と本件の争点は異なるものである。本件では、どのような組織を「政府」機関と考えるべきかが争点とされているわけではなく、**KAA**、**KOACA**、**IIAC** といった「政府」機関が、実際には **GPA** の適用対象政府機関の一部やその **agent** であるかが争点となっているからである(7.53)。

GATT や **WTO** の文脈では、一定の措置が、政府機関の措置であるかが問題となり、一度、政府機関の措置が認定されれば、何れの政府機関がかかる措置を適用しているかに法的な重要性はない。しかし、**GPA** ではこれが重要な問題となる。そこでは、一定の政府機関にのみ義務が課されているに過ぎないからである。(7.56)

GPA の中では、米国がそれを用いようとしている意味では、“**direct control**” や“**control**” という用語は用いられていない。従って、**control test** が **GPA** には読みこまれるべきであるとの米国の全般的な主張には賛成できない。(7.57)

(iv) 関係機関相互の関係

しかしながら、**GPA** の付表 1 に挙げられていない機関といえども、**GPA** の適用対象となる場合がある。これは、中央政府機関を過度に狭く解釈すると締約国の意図していた以上に付表 1 のもとでの **coverage** は狭くなってしまふからである(7.58)。

本件では、①**KAA** は対象機関として挙げられている機関即ち **MOCT** の実質的な一部であるか、あるいは、法的に一体の機関であるのか、②**KAA** 及びその後継機関は **MOCT** のために **agent** として行動しているといいうるのか、という二つの

問題点が検討されるべきである。①は、対象機関の一部や、それと一体の機関が coverage に含まれないとすると、coverage は他の交渉当事者には不明な機関の内部的な構成によって左右される事になってしまい、その範囲が不明確なものとなってしまい不適切であるので、こうしたテストは必要である。②についても、純粹に調達機関のためになされる調達は法的には MOCT による調達と同視され、従って、付表によってカバーされていると考えられるべきであるため、こうしたテストも必要である。(7.59)

① MOCT と KAA 及びその後継機関は法的に一体か(legally unified) ?

KAA は MOCT と法的に一体でもなく、その一部でもない。(7.60)

- 独立の法人として法律により設立
- 自らの定款を有している
- 公務員ではない自身の職員を有している
- 自ら調達の告示等を行なっている
- 自らのために自ら落札者と契約を締結している
- 自ら資金の一部を調達している。

勿論、一定の関係や、control 関係を示唆する要素もあるが、この種の関係は、公益部門では一般に見られることである。こうした関係が無くて、政府の機能は有効に調整できない。こうした関係を理由にして、一方が他方の一部であるかのような認定を行なう事は出来ない。GPA では常に附属書に affirmative に何が含まれているかが基準にされてきたし、機関間の明確な同一性もないのに coverage を拡張する事は GPA の構造や目的に照らして認められない。(7.61)

② IIA 計画についての法的責任主体(KAA 及びその後継機関)は、少なくとも IIA 計画については、MOCT のために行動していたのか？

米国は、韓国の航空法 94 条を根拠法規として主張するが(7.63)、航空法 94 条但書は MOCT によって空港整備が行なわれない場合をみとめており、IIA 計画はソウル新空港法に基づき、実行されている (7.65-7.66)。いずれにしても、航空法自

体、MOCT が自ら策定する運用計画と MOCT が単に承認するだけの計画とを峻別しており、航空法を根拠にすることは出来ない(7.66)。

ソウル新空港法中には、KAA と MOCT との関係に関する多数の規定が存在しており、MOCT は、建設の一般指針、建設計画のアウトライン等を含むマスタープランの策定を行なうものと規定しているが、こうした一般的性格を有する事項は、省庁の計画の監督の通常の要素であり、これらにより他の機関がその agent になるわけではない(7.67)。即ち、MOCT は、ソウル新空港法に基づき、KAA の監督責任を負っているが、こうした監督の故に、KAA は MOCT が調達責任を負う計画について MOCT の単なる代理人として行為しているということにはならない(7.68)。本件では、調達は KAA の責任で行なわれており、MOCT が IIA についての調達に責任を負っていることを示す十分な証拠もない (7.69)。

結論

韓国の附属書 1 及びその注の文言から、KAA 及びその後継機関が韓国の約束によりカバーされている対象機関であり、IIA 計画を GPA の適用対象であると結論付けることはできない。しかし、文言解釈によっては充分には解決されず、韓国の GPA 加入交渉経緯に言及せざるを得なかった付表 1 の注 1 の文言の曖昧さを依然として想起せざるを得ない。従って、韓国の GPA 加入交渉経緯の重要な側面より一層の議論を通して韓国の付表 1 の範囲の検討を完了させる必要がある。(7.73)

3. 韓国の GPA 加入交渉

韓国の付表 1 の注 1 は、曖昧さが残るため、注 1 に関して既に到達した結論を変更するような交渉経緯の側面が無いかを検証する (7.74)。そのような検討では、冒頭に記載の質問状と回答書の交換や、1993 年 12 月 14 日の最終 offer に付されていた全ての付表への共通の一般的注釈(EC 他の諸国へ、空港のための調達に関して GPA の利益を提供しないとす注釈)に注意が払われる。

後者の関係で、EC は、空港の coverage に関して、1993 年 11 月末に韓国に質問を發しているが、これに対して韓国は書面での回答を明示的には行わなかった。しかしながら、EC の内部文書は、韓国は、空港を GPA の適用対象とすると回答し、カバーされ

る空港の例としてソウルと釜山を挙げていた事を示している。このことは、これらが、付表 1 の注 1 の故に、GPA の適用対象空港である事を示唆している。しかし、EC の内部文書中には、KAA 又は IIA 計画について言及がない。その後、EC その他の国々は、韓国を空港について、GPA の適用の coverage の享受者から排除するとの留保を行なっている。このことは、明らかに、何が、韓国の上記の一般的注釈で引用した derogation を促したかを示唆している(7.79)。

冒頭引用の米国の質問への韓国の回答は、GPA の交渉において通常適切と考えられる回答として充分でも完全でもないことは明らかである。韓国が米国へ回答を行なった当時、韓国は既に IIA 計画の責任機関として、MOCT 以外の機関を指名する立法を制定済であったし、KAA をかかる機関として指定する立法も準備段階にあった。韓国自身も、IIA 計画が米国の質問の主題であった事を知っていたとしている(7.80)。にも拘らず、米国への回答は、調達計画は最終的なものとはなっていないとし、更に、but という表現が用いることで、それ以前の記述は、確定的なものとして理解されるべきではないことを示している。他方、米国はこの回答を得た後、最終的な合意に達するまで 2 年半の期間があり、その間に曖昧さを明確化することは出来たはずである。米国以外の締約国は、韓国の米国への回答内容を知っていたとは考えられないが、EC その他の国々は、空港の coverage について clarify するべく 1993 年に行動し、その結果、GPA 適用対象機関が IIA 計画について調達を行うわけではない、あるいは、IIA 計画が GPA の適用対象とはされていないと理解した模様である。時間の経過と、その他の国々の行動に照らすと、米国は、1991 年に取得した韓国の qualified response をもとに得た結論に安住するべきではなかった。(7.81)

幾つかの交渉当事国が韓国の offer について理解していたことを示す全交渉経緯は、KAA の coverage について米韓両国間で相互理解が無かったとのパネルの理解を確認するものである(7.82)。従って、IIA 計画のための調達に従事する機関は GPA 第 1 条の意味での対象機関ではなく、IIA の建設計画は GPA の適用対象とはならないと判断する。更に、付表に挙げられていない機関を GPA の適用対象とするのに必要と考えられる種類の affiliation も本件では認められない。従って、それ以上、本件について、韓国の調達実務の GPA 整合性に関する判断を行なう必要はない。(7.83)

B. 非違反 (NV) の無効化・侵害の主張

1. 一般論

(a) 主張の基礎

本件での米国による非違反 (NV) 申立の主張は、通常の NV 案件のそれとは異なった構成をに基づくものである(7.84)。伝統的な、非違反申立のテストは、フィルム事件のパネル報告書に要約されているとおり、(1) application of a measure by a WTO Member; (2) a benefit accruing under the relevant agreement; (3) nullification or impairment of the benefit as the result of the application of the measure であるが、この他に、先例を通じて確立された「措置の結果としての利益の無効化・侵害が合意時点での提訴国の合理的な期待に反するものであること」も要件として追加される(7.85)。伝統的な NV 案件では、「合理的な期待」の問題は、既存の譲許の下での利益が当該措置によって侵害される事が合理的に予想されうるものであったかという問題であるのに対して、本件では、譲許そのものではなく「交渉」により創出された利益に対する正当な期待を抱く権利というものが存在するか否かが問題とされているのである(7.87)。

(b) 当事者の主張

米国は、フィルム事件で、パネルが定立したテストを若干修正し、GPA の下で NV 提訴が認容されるには、(1) a concession was negotiated and exists; (2) a measure is applied that upsets the established competitive relationship; (3) the measure could not have been reasonably anticipated at the time the concession was negotiated という 3 つの要件が認定されることが必要であるところ、本件で争点となっているのは第一の要件であるとする(7.88)。具体的には、米国は、韓国の GPA 加入交渉にあたって、付表 1 の下での新空港建設に関するモノ及びサービスの調達に責任を有する全ての政府機関の coverage を韓国と交渉し、それを GPA の適用対象とするとの約束を取り付けていたが、韓国はその後になって、交渉時点では米国が合理的に予想しえなかった調達措置を実施し、更にその実施を継続した。その結果、IIA 計画に関する米国のモノ、サービス、供給者と韓国のモノ、サービス及び供給者との間の確立した競争関係を upset する結果をもたらした。従って、韓国は GPA の下で米国に認められた利益を無効化または侵害してい

ると主張するのである(7.89)。他方、韓国は、NV 事件の本質は、合意の時点で合理的には想定され得なかった合意締結後の当事国の行為が、他の国が行なった譲許を侵害・無効化するところにあるが、米国は協定成立後の韓国の措置によって無効化又は侵害されたとする当事国間の合意がそもそも何かを特定していない。

KAA 及びその後継機関を offer に含めるとの合意を韓国が全く行っていない以上、かかる合意はありえないと反論するのである(7.92)。

2. 慣習国際法の原則の文脈の中での非違反申立て (NV)

GATT/WTO の先例を通して発展してきた NV という手段は、慣習国際法の一般原則とは別個のものではなく、その基本的な論拠は、例え条約の文言に整合的であっても当事国の合理的な期待を侵害するような行為は取られるべきではないとするものである。こうした問題は伝統的には、交渉された関税譲許の価値を減殺するような措置の文脈で生じてきた。また、これは、*pacta sunt servanda* という原則の更なる発展であり、この原則は、ウィーン条約法条約 26 条にも規定されている。(7.93)

慣習国際法は、WTO 加盟国間の経済関係に、WTO 協定が排除していない限り一般的に適用される(7.96)。勿論、韓国の主張するように、NV は WTO の DS システムの下では例外的な概念であり（フィルム事件）、提訴国には重い立証責任が課されているが、他方で、フィルム事件でパネルが認めているとおり、NV による救済は、交渉された譲許を通じた競争機会の合理的期待の保護という重要な役割を有している(7.98)。NV 案件について、全般的な立証責任は提訴国にあるが、被提訴国の *bad faith* の立証までも必要とはされない。寧ろ、NV についての立証は、協定の目的及び協定に由来する合理的に期待される利益を frustrate する措置がとられたことについてなされなければならない。(7.99)

本件の紛争で提起されている問題の一つは、*pacta sunt servanda* に代表される伝統的なアプローチ以外の文脈で NV の概念が生じ得るかである。これは、DSU26 条・GPA22 条 2 項の下で、条約交渉過程での錯誤の問題を取り扱い得るかという問題でもある。それが出来ないとする理由はない(7.100)。

NV の救済が、GPA の commitments 交渉における good faith 及び錯誤に関して本件で提起されている種類の問題への救済を与えないものとみなされ、慣習国際法の good

faith と錯誤に関する一般ルールが適用されないと判断されると、WTO の紛争解決メカニズムの枠内ではそれらについて何も無し得ないこととなってしまうが、これでは、国際法と条約との通常の関係や、WTO 協定と整合的ではない事になろう(7.101)。NV が条約の実施についての good faith の要求の延長であり、これが GPA の下での交渉の good faith 及び錯誤にも適用されるものであるとすれば、DSU26 条に規定される NV のための特別な救済が、GPA の状況には必ずしも適切ではない条約法の下での伝統的な救済よりも、寧ろ優先して適用されるべきであろう(7.102)。

(a) 伝統的アプローチ、拡張された *pacta sunt servanda*

第一に伝統的なアプローチに基づき本件をまず検討すると、GPA に関する伝統的な NV の主張については、従前の GATT 下での NV の主張とは若干異なった立場が取られるべきである。ここでの分析は、以下のとおりである。(7.103)

- (1) GPA 適用対象機関についての合意された譲許(concession)があるか
- (2) 競争入札の機会を享受するとの合理的な期待があるか
- (3) GPA の規則には違反しない措置が、譲許を行なった国によって行なわれたか
- (4) そのような措置により、期待された競争入札機会が得られず、譲許の利益が無効化・侵害されたか

こうした要素に照らして、事実関係を分析する。

1991年2月	Supplementary Explanation (前記の通り)
同年5月1日	米国は前記の一連の質問を送付
同年5月31日	韓国議会ソウル新空港法を制定
同年6月26日	交通部 KAA を12月に IIA 計画の責任主体として指名するための予備的立法作業に着手
同年7月1日	韓国、前記のとおり米国に回答。
同年7月10日	交通部はソウル新空港法の改正法案の公告。
同年10月21日	立法案の国会提出
同年11月20日	国会承認・大統領署名
同年12月14日	官報掲載

パネルとしては、上記の経過の中で、どうして、韓国が 91 年 7 月 1 日の時点で行なったような回答を行ない得たのか、その後、米国はこのような経緯の何にも関心を持たなかったのかを理解する事は極めて困難である。韓国がアメリカに回答を行った時点で、IIA 計画について MOCT の直接の権限を委譲するための根拠法規は、既に国会を通過しており、IIA 計画について責任を負う機関として特定の機関、即ち KAA を指名する計画の過程にあったのである。にも拘らず、韓国は、調達計画は未定であると限定を付しているのである(7.108)。

GPA では、機関が cover されるか否かの問題のみが重要であるとの韓国の議論には賛同できない。締約国は、機関の coverage そのもの(政府機関の名前のリスト)を得るために交渉を行なっているわけではなく、それらの機関が責任を有する調達の範囲(政府調達計画へのアクセス)を獲得するべく交渉するのである(7.109)。GPA の様な協定の場合、充分かつタイムリー、そして質問への完全な回答が必要である。政府調達市場の coverage に関する交渉は困難であるが、これは各市場は独自の特徴を有しており、それは応答国によってのみ理解されているからである。本件で、韓国は米国が何に関心を持っているかを推測し、更なる情報までを提供する義務まで負担していないと主張するが、他方で、韓国は、米国が IIA 計画に関心を有している事を知っていたのである。韓国は、米国の質問の真意を認識していた以上、充分で率直な応答を行なう義務を負担していた。韓国の行動は、GPA への加入交渉を行なっている当事者に期待される行為としては不十分なものであった(7.110)。

しかしながら、韓国の回答は、その最終的な offer の約 2 年半前に行なわれており、また 1993 年 12 月の最終 offer の約 2 年前に IIA 計画に関する責任は KAA に移譲されている。また、1994 年 4 月 15 日まで、GPA は最終合意とされる事は無かったのである。従前の案件(フィルム事件)では、譲許に基づいて合理的に期待される利益を後に侵害する交渉の終結直前に行なわれた措置に関しても、NV の主張を行ない得ることが確認されているが、ラウンド終結 1 ヶ月半前までに行われた措置については、別の結論に立ち至っている(7.111 - 7.113)。本件で、1991 年 7 月の回答以降、最終 offer までの間に米韓両政府が IIA について議論を行なった形

跡はなく、米国は、MOCT が所管していると信じていたので更に質問を行なわなかったと述べている(7.114)。

しかしながら、フィルム事件での指摘を踏まえると、米国は、新空港法や、1991年12月に制定された一連の法律について知っていたものと推定される。こうした立法やその重要性について何故知らなかったかについて説得力ある説明行なう義務が米国にはある。他方、韓国は、KAA が IIA 計画を担当している事を米国企業及び米国政府が実際には知っていた事を示す証拠を提出している。更に、1991年7月の回答は不十分であったが、限定付きであった。このような状況下で、少なくとも米国は更なる問い合わせを行うべきであったのである(7.115)。実際にも、EC その他の加盟国は、韓国の空港の coverage について質問を行なっているのである。こうした EC と韓国間のやり取りを米国は知悉してはいなかったと思われるが、その後、EC はその余の加盟国と共に、1993年12月に自らが一般に GPA の適用対象として開放する空港の coverage について derogation を追加することでその便益の供与から韓国を排除し、韓国も、一般的注釈中の 1(b)中の derogation で同様に対応した。米国はこうした状況から、韓国の offer の米国の理解について、韓国からの更なる明確化を求めるべきであった。また、韓国の最終 offer の後、最終合意となるまでに4ヶ月間の期間が存在しており、内、1ヶ月は verification period であったが、米国が、この期間を、状況を明確にするために利用する努力を行なった証拠は存在しない。(7.116)

伝統的な NV 案件の GPA の文脈で適用される前記の4要件を本件に第4要件から順次当て嵌めると、第4step に関して、米国は IIA 計画に関する入札の競争機会を喪失したと考えており、第3step に関しては、米国は、これは韓国の行為の結果であるとする。第2step との関係では、米国は IIA 計画に関しての入札機会に関して合理的な期待を有していたとする。しかし、第1step については、韓国は実際には譲許を行っていないので、交渉に由来する合理的な期待に基づくものであるとする。(7.117)

米国は、その議論を特定の計画に関して韓国から約束を得たとの「合理的な期待」に基づき議論を展開するが、譲許自身は対象機関についてなされるものである。従って、伝統的な NV 案件と異なり、本件では実際の付属書上の約束は存在

していない。かかる約束があれば、米国の主張する韓国の措置は協定違反として、**violation case** となったであろう。従って、本件は、伝統的な NV 案件ではない。(7.118)

韓国が 1991 年 7 月に行なった米国への回答は不十分なものであった。加盟国は、GPA に添付される約束のような **affirmative** な約束についての附属書に関しては特に、交渉中に提出された質問への充分かつ率直な回答を期待する権利を有している。しかしながら、各加盟国自身も同様に自己の利益を守らなくてはならないし、本件では、米国はそれを怠ったといえよう。KAA の役割に関する広範な知識に照らすと、韓国の回答に付いての理解が正確ではない事に気づく十分な時間が米国にはあった。従って、本件に、例え伝統的な NV 案件の原則の適用が有り得たとしても、米国は、利益が存するとの合理的な期待を確立するための立証責任を果たしていない(7.119)。

(b) 条約締結に際しての錯誤

本件では、譲許というよりも合理的な期待を与えたとされるのは交渉経緯であったという点で、GATT・WTO の紛争を通して発展してきた伝統的な NV の主張とは適合しない。(7.120)

モノについての HS やサービスについての CPC といった一般的に受け入れられている枠組みが存在していない GPA の付属書の交渉にあつては、その付表は締約国がそれぞれ独自に作成するものであり、その解釈には他国の調達制度や政府組織についての十分な知識を必要とするために、全ての重要な情報の透明性や率直な提供が特に重要である(7.121)。この点で、韓国による米国の質問に対する回答は、率直なものではなく、不完全なものであった。本件の検討では、これを NV 案件として取り扱うよりも、韓国の GPA 加入に関して交渉がなされた合意との関係で、米国が存在するものと想定していた前提事実や状況について、米国は錯誤に陥っていたのか否かを質すことのほうが望ましいかもしれない。本件では、明らかに米国は、韓国が **offer** する GPA 適用対象機関のとの関係で、IIA 計画が GPA の適用対象となることを前提とした時点で錯誤状況にあった(7.122)。

条約に関する錯誤は、PCIJ や ICJ の先例を通して慣習国際法の中で発展してきた概念である。これらの先例を通して発展した要件は、ウィーン条約法条約第 48 条として成文化されている。(7.123)

前記の事実関係に照らすと、米国は IIA 計画が GPA の適用対象となると誤信していた。米国の錯誤は、条約の締結の時に存在すると自国が考えていた事実又は事態に関係するものであり、こうした韓国の譲許が、米国にとって現行の協定に拘束されるとの米国の同意の不可欠の基礎をなしていた模様である。従って、ウィーン条約法条約第 48 条第 1 項の要件は充足される。(7.124)

しかし、GPA の交渉にあたっては、offer を行っている当事者に、誠実性と透明性が求められる一方で、他方の交渉当事者も、可能な限り offer の内容を検証する義務を負担している。前記のように、米国はかかる義務を充分尽くしたとは言いきれない。本件では、米国が自らの行為を通じて当該錯誤の発生に寄与したとは認められないが、前記のような事情（質問への回答から最終的な offer まで 2 年半が経過していること、韓国の offer に関する EC の対応、最終 offer 後 4 ヶ月の期間が置かれ、その内一ヶ月は検証のための期間とされていたこと）に鑑みると、米国は何らかの錯誤の発生の可能性を予見することができる状況に置かれていたと認定することができる。従って、第 48 条第 2 項に該当する事実が認められたため、「錯誤」の主張は許されないこととなる。(7.125)

C. 結論

- ① IIA 計画の為の調達担当機関は韓国の GPA 付属書 I の対象機関ではなく、また GPA の下での韓国の義務の対象ともされていない。
- ② 米国は NV 案件の要件を充分立証し得なかった。

IV. 解説

A. 本件紛争の実態

本件は、WTO 発足後、はじめて GPA の解釈がその紛争解決手続で取り上げられた事案であったが（マサチューセッツ州のミャンマー制裁法案に関する手続は結局提訴国による第一回 submission 提出日の直前に停止され、結局パネル判断にまで至らなかった）、その実態は、特定の調達実施機関が、GPA の適用対象機関であると認められるかに関する

る典型的な事例判断事案であった。従って、GPA の附属書の解釈という点を除くと、然程理論的に重要な法律判断をしているようには見えない事案と言えるかもしれない。しかしながら、この事案中でパネルの示した判断を詳細に検討し直すと、GPA そのものが内包する様々な矛盾点・限界点が明らかになってくるのである。そこで、本稿では、単なる本件のパネル判断そのものを評釈するのではなく、ここで争われた問題が生じる背景と、それに重要な関係を有する GPA の特殊性、更には、本件の判断では解決できない今後の課題を中心に論じることとしたい。

GATT 第 3 条第 8 項の規定でも明らかなように、政府調達そのものには、内外無差別原則（内国民待遇原則）の適用はない。しかしながら、政府部門の購買が国民経済中で果たしている役割を考えると、これを GATT 等の規律から全く排除する事は適切ではないとの配慮から、主として先進国間では相互に政府調達分野について解放する事を目的として、東京ラウンド以来 GPA が制定されてきた経緯がある。しかしながら、国毎に、公共部門が果たす役割に差があること等から、そこでの規律の対象は、あくまで附属書・付表に記された機関の調達に限定するものとされており、GATT のようにモノをベースとするものでもなく、サービスのようサービス類型を基準とするものでもなかった。しかも、かなり自由に、相互主義的に一部締約国に対する解放はこれを行わないと定める例外条項を設けることも可能であるために、多数の例外規定が設けられている。

パネル報告書でも述べているように、調達実施機関をベースにした約束であるが故に（政府部門の機能が国毎に異なっているためにやむをえないところはあるが）、各国がどのような内容の調達について実際に GPA の適用対象としているのかについては、当該締約国以外の締約国には極めて理解しにくい面がある（実際には、当該締約国内でも、付表 2 や 3 の機関については、どこまで正確にいかなる調達が GPA の適用対象となっているのか否か理解しているとは言い難い面すらある）。しかも行政機関の果たすべき役割が、時代の流れと共に変遷するにつれて、当該調達機関の性格や機能が変更したり、あるいは、かかる機関そのものが統廃合されたり、更には新しい行政ニーズに応えるために新しい機関が設置されたりすることもある。例えば、行政機関は、行政手法が複雑になるにつれて、特定の project 毎に専門機関を新たに設けたり、民間企業と共同出資の法人を設立したり、更には公営企業等を民営化することもある。こうした行為がなされる場合、実は奇妙な事態が生じるのである。例えば、公営事業が privatization の結果、民間会社となっても、

GPA の適用対象から当然に除外されることはないし（例えば、本稿執筆時点では、我国は、NTT コミュニケーションズを適用対象から除外するように申出ているが、米国及び EC はこれを拒絶している）、他方で、本件の事案のように、新たな事業を全く新たな組織を設けて行わせた場合には、GPA の適用対象から外れることになる可能性が高い（但し、GPA 発効後に設けられた機関が、当然に GPA の適用対象から外れるかについては、後述の通り、更に検討されるべき今後の課題である）。勿論、こうした状況に対応して、GPA 自身も第 24 条第 6 項に訂正又は修正に関する規定を置いてはいるものの、こうした規定のみで十分な対応ということはできないように思われる。

本件の紛争は、GPA が宿命的に有している政府機関ベースでの譲許がもたらす限界の一面が、典型的にあらわれた事例であるという観点から分析することができよう。

B. 本当に米国は錯誤に陥っていたのか？

ところで、本件紛争については、1991 年頃に米韓両国間で交わされた書面の交換がその根本的な原因となっているかのような主張が米国により展開され、パネルは、そのようなやり取りの過程で韓国側の態度に不誠実な面があったと認定しながら、米国側もそのようなやり取りの結果有したであろう誤解を解消する余裕は十分に有ったとの判断を行っている。

しかしながら、パネル自身は明言はしていないものの、本当に米国が、IIA 計画あるいは、IIA 計画に責任を負う調達機関が GPA の適用対象になる（即ち、韓国の付属書に記載されている）との誤解を最後まで有しつづけていたのかという点について、疑いを抱いていた模様である。具体的な韓国側のパネルでの所謂 *advocacy* のあり方については不明であるが、韓国としては、明らかに米国は IIA 計画について、韓国がこれを GPA の *coverage* に含める意思がないことを知っていたにも拘わらず、1991 年当時の書面のやり取りにおいて韓国側が、極めて曖昧な回答を行ったことを抛り所にして、無理な主張を行っているとの印象をパネリストに与えることに成功したのではないかと思われる。

C. GPA の付属書・付表の性格

1. 本件のパネル報告は、LAN 事件での上級委員会の譲許表の解釈方法（即ち、譲許表の文理解釈を重視する見解）に関する判断を、GPA 付属書の解釈にもそのまま当て嵌めたものであり、その意味では特段の目新しさは無い。

しかしながら、前記の通り、GPA の附属書は、モノの場合における HS Code や、サービス貿易の場合の CPC 分類のような、一般的に広く受け入れられているような枠組みを基礎とはしていない。譲許の対象は調達対象のモノやサービスではなく、調達を実施する政府関係機関を基準に設定されており、そうした機関の果たしている機能や、その内部構造等は他国には窺い知れないところもある。しかもその附属書は、締約国がそれぞれ独自の format で作成するために、その作成の方法によっては、加盟国が容易に抜け穴を作ることも可能となるかもしれない。そうだとすると、附属書をあまりに厳格に解釈することは、加盟国に容易に GPA の適用対象を制限させる動機を形成させることになりかねず妥当ではない。

そのような配慮に基づいてか、本件でパネルは GPA の附属書の解釈として、文言解釈を重視しつつも、（敢えて、附属書の記載及びその注が曖昧であるという判断を示すことで）そのような附属書の制定過程をも検討し、その文言の意味を文言以外の文脈でも解釈しようとする努力を行ったものと考えられないではない。そして、更に、一定の範囲で、附属書に記載されていない機関による調達に GPA が適用される場合がある旨、明言したのである。

即ち、現実の調達を行っている機関が、①GPA 適用対象機関として挙げられている機関の実質的な一部であるか、あるいは、法的に一体の機関であるのか、②GPA 適用対象のために agent として行動しているといえるのか、という二つの判断基準を提示することで、附属書記載の機関の幅を若干ではあるが拡張したのである。

2. これに対して、米国は、control テストの導入を主張し、実際にモノやサービスを調達する機関が、附属書に挙げられた GPA の適用対象機関によって control されている場合には、かかる調達機関による調達は GPA の適用を受けると解されるべきであるとの主張を行ったのである。このような主張は、到底パネルの受け入れるところはならなかったが、その理由としては、第一に、かかる主張の客観性はパネルの提示した基準に比べて著しく乏しく、何をもって他の機関が GPA 適用対象機関によって、GPA の適用を肯定するほどにコントロールされていると認定できるのかという点についての回答を全く与えていないことが挙げられよう。現代において、特に公共セクターではあらゆる機関は多少なりとも、GPA の適用対象となっている行政機関の監督を受けているところ、この基準が安易に用いられれば、そもそも GPA の附属書が、機関毎の

譲許により構成されている趣旨を没却させてしまうことになりかねないと考えたためではないかと思われる。更に、韓国が指摘している通り、本来 KAA のような公社公団・特殊法人のような機関は、付表 3 に含まれるべき組織であり、従って、GPA の適用対象となる調達規模(threshold)が、付表 1 の機関とは異なるはずの機関であったことも考慮したためではないかと思われる。

何れにしても、このパネル報告書は、附属書に明示的に記載されていない機関であっても GPA の適用対象となりうる場合があることを示した。今後は、その内容が、果たしてパネルの挙げたような二つの場合に限定されるのか否かが検討されなければならないであろう。

3. 附属書に記載されていない機関に、GPA の規律が及ぶのかという点については、今後、様々な局面で問題が発生する可能性がある。本件は、KAA に IIA 計画の実施が委ねられた時期が、GPA 協定の妥結よりかなり以前の段階であったために、比較的問題は限定されたものであった（即ち、GPA が発効した時点で、既に IIA 計画を遂行していた KAA は、GPA の適用対象となるのか、あるいは、附属書に記載された機関と同一視することができるのかという問題に限って判断することが可能であった）。しかしながら、今後、省庁再編や、官営事業の私営化が進むと、問題は簡単ではない。以下では、そのような可能性が生じる局面の幾つかを例示して検討することとしたい。

① 第一の問題は、本件で問題となった IIA 計画を例にすると、当初は、GPA の適用対象機関である韓国の交通部が事業主体として着工していたところ、GPA が発効した後で、KAA が事業を引継いだ場合には、その時点で IIA 計画は、GPA の適用対象から外れることになるのかという問題である。この場合は、更に二つのケースに分類することが可能である。その一は、KAA が本件のように GPA 発行以前から存在しているが、GPA の適用対象の調達機関としては附属書には挙げられていないような場合であり、その二は、KAA のような機関を新たに新設して、そのような機関に事業を移管するような場合である。

既に論じたとおり、調達対象によってではなく、調達実施機関毎に譲許をするという GPA の限界は、このような場合に顕著な問題となってあらわれてくるのである。このような公共事業の責任主体を、GPA 締約国が変更することで、容易に

GPA の規律が及ばなくなるという事態を認めるならば、GPA の実効性は大幅に失われてしまうことになりかねない。しかし他方で、そもそも GPA の拘束力とは所詮その程度のものでしかなく（そもそも譲許の対象を行政機関をベースとして行った以上は、その限界は GPA 全加盟国とも折込済みであるとも言えよう）、こうしたある程度の公共事業の責任となる機関の承継を各締約国が機動的に行うことを否定はしていないとの解釈も成り立ちうると思われる。更に、この問題は、非違反申立（NV）の問題とも関係するかもしれない。

本件のパネル報告書では、不要であったからなのか特に言及はしていないが、本件では、第二のケースは発生していたとも考えられるのである。即ち、GPA の発効後に、IIA 計画の責任主体は、KAA から更に、韓国空港建設公団（The Korea Airport Construction Authority (KOACA)）及び仁川国際空港公団(The Incheon International Airport Corporation (IIAC))に順次変更されている（従って、パネルとしては、KAA が仮に GPA の適用対象機関であっても KOACA 等は異なるとの判断も可能だったかもしれない）。しかし、パネルは、KAA 以降の責任主体の変遷をほぼ無視し、KAA が GPA の適用対象であったかに集中した判断を行っている。勿論、本件では、KAA による IIA 計画の実施が GPA の適用を受けないものとするれば、その後に責任主体となった機関による調達が GPA の適用対象とはならないことは明らかであり、それ以上の判断は不要であったのかもしれない。しかし、パネルは、このような形式での公共事業の責任主体の承継については判断を行わず、一番最初に責任主体となった機関が GPA の適用対象であれば、その後に公共事業を承継した機関が如何なる機関であれ、その際は GPA の適用を受けるという見解にたっていたものと解釈していた可能性もある。いずれにせよ、今後は、そのような点が争われることになるのではないかと思われる。

- ② 第二の問題は、第一の問題の亜種であるが、GPA 発効後に、一度は、GPA の適用対象機関が公共事業に着手したが、その後に、適用対象外の機関にその責任主体を承継させたような場合である（ここでも第一の問題と同様に、承継を受けた機関が GPA の発効時点で存在していた場合と、その後に新たに設立されるような場合の二つの場合がある）。この場合も、ほぼ第一の問題と同種の問題が生じるのではないかと考えられる。

③ 第三の問題は、より根源的な問題である。即ち、IIA 計画を例に考えると、この計画が、韓国の GPA 加入後に開始された場合で、KAA やその他の GPA の附属書には明示的に記載されていない機関によって当初から遂行されるような場合である。本件で考えると、韓国の航空法では、空港施設は、交通部のみならずその他の機関でも行いうることとされている。そのような中で、IIA 計画が、KAA を operator として当初から実施することが決定されたような場合や、新設の機関の手に委ねられるような場合も考えられる。この他に、更に我国との関係で例を挙げるとすると、日本道路公団は、附属書付表 3 の対象機関として挙げられているが、ある地点に高速道路を建設する場合に、同公団に建設させるのではなく、政府が全く新たな公社を設立してかかる公社に建設させるような場合が考えられる。こうした、新たな機関を設立することは、その地域の特殊性や各種の理由から充分考えられるところでは有るが、他方で、こうした機関による調達に GPA の規律が及ばないものとする、GPA の規律の僭脱は容易に可能になってしまいかねないとも考えられる。

④ 更に、複雑な状況として、公共部門の縮小、行政改革等の目的から、GPA の適用対象機関が、100%出資する会社や民間企業と共同出資する会社等々を設立し、従来は官公庁や公社公団が行ってきた事業をそのような会社に移管するような場合（これは、公社公団の民営化の場合とは異なり、GPA 第 24 条第 6 項が想定する状況とは異なっている）が考えられる。典型例を日本の場合を例に検討すると、従前、（GPA の適用を受けてきた）JR 各社が運行していた地方ローカル線を、地元自治体や民間企業などが出資する第三セクターが引き継いだ場合、そのような第三セクターの行う調達は GPA の適用を受けるのであろうか（ここでは、運行の安全に係る調達に関する例外を捨象して検討することとする）。また、日本道路公団などが 100%出資の子会社を設立し、そこに一定の業務を移管した場合、かかる機関によるモノやサービスの購入には GPA の適用があるのかという問題もある。

4. 以上 3 で挙げたような問題は、パネルが定立した二つの判断基準を単純に当て嵌めれば解決するような問題ではないし、必ずしも、NV 案件として case by case で判断することが適当とも思われない一般的な問題であるということもできよう。こうした問題は、GPA の行政機関をベースにした譲許という構造上の限界の問題に関係しているし、行政責任の承継の問題にも関係するので、容易に解釈論で対処することは困難な

問題のように思われる。しかし、何れにせよ、こうした問題が今後惹起することは不可避ではないかと考えられる。

D. 非違反申立 (NV Claim)

1. 本件では、比較的詳細に、米国が提起した NV 請求について検討がなされているが、特に、政府調達分野では、GATT 時代を通じて初めての NV 案件であった。通常の紛争では、多くの事件は Violation 案件として第一に請求が構成され、予備的な請求として NV の主張が行われるために、真剣な検討が NV 請求について行われることは少ない。言い換えると、NV 申立ては、違反申立てが認められないことを前提として始めて検討が為される主張であるが為に、そうした主張が認められる余地は限られているし、立証も困難であることが多い。本件でも、米国の NV 請求に関する主張は、違反申立ての部分に比べると簡易であったし、少なくとも NV 申立てを前面に押し出した構成ともなっていなかった模様である。しかしながら、本件では、違反申立てが認容されなかったために、パネルとしても相当程度詳細に、NV 請求を検討する必要に迫られることになったものである。

ところで、本件での米国の NV の救済を求める主張はきわめてわかりにくいものとなっている。それは、そもそも、NV 案件の前提となる米韓両国間の合意、あるいは韓国の行った譲許の内容が主たる争点となっており、そのような合意自体が、GPA の附属書から文理上認められないという状況下で、NV 案件としての主張が行われたことに由来している。しかし、常識的に考えれば、パネル自身も認めているように、そのような合意自身が存在していれば、本件は、まさに violation 案件として充分判断できた案件であり、米国の主張は最初から、多くの無理を抱えた理論構成であったと評することもできよう。

2. 勿論、GPA の下でも、既に検討したように、GPA 適用対象調達機関が、100%子会社を設立したり、民間と共同出資で第三セクターを設立して従来当該機関で行っていた公共事業をかかるとする機関に行わせたような場合には NV 請求として理論構成する余地があることは充分考えられるし、一定の project のために、新たな公社公団などを設立して、かかる機関に公共事業を行わせるような場合も、一応 NV 請求を行うことも考えられないではない（果たして、それを認めることが適切かは疑問無しとはしないが）。何故なら、こうした行為は、附属書の記載内容を厳格に解釈し、こうした行為

を GPA 違反と考えない立場をとったとしても、附属書により形成された競争関係を upset する新たな事態と考える余地も充分存在するからである。しかし、本件は、そのような行政機関の承継や、新たな行政機関の設立といった問題とは関係しておらず、既に GPA の締結より充分以前に、KAA が責任を担っていた IIA 計画に関する事案であったのである。そうだとすると、KAA が、韓国の GPA 附属書付表に挙げられた機関そのものであるか、あるいは、GPA 附属書に挙げられた機関と同視しうる機関で無ければ、NV 案件としての主張は、そもそもの米韓間の合意なるものが KAA について存在しない以上、伝統的な NV 申立てに関する理論構成による限り、成り立つはずはなかったのである。

3. このような現状を認識してなのか、米国は、少なくともパネルの整理によれば、冒頭に記載の米韓間の二国間での交渉を通じて、韓国は米国に対して少なくとも、IIA 計画は GPA の適用対象となるとの保護されるべき期待をもたせた、あるいは IIA 計画は GPA の適用対象となるとの合意がその段階で形成されたとの主張を行うことで、従前の NV 請求の要件に近づけた立論を行うか、従前の要件を若干 modify する主張を行っている模様である。しかし、関税譲許表を厳格に文理解釈しようとする LAN 事件上級委員会の判断に従う限り、NV 案件といえども、違反申立ての事案よりも緩和された合意の認定は困難であるし、本来、例外的な場合にのみ認められる NV 案件について安易な適用の拡張をもたらしかねない主張も認められる可能性は存しなかったのである。

4. しかしながら、そのような簡単な理由でパネルは米国による NV 申立てを退ける判断を行わなかった。即ち、パネルは、本件の紛争で提起されている問題の一つは、NV 申立ては *pacta sunt servanda* を base に形成されたきたとする伝統的なアプローチ以外の文脈で NV の概念が生じ得るかであるとし、更に、DSU26 条・GPA22 条 2 項の下で、条約交渉過程での錯誤の問題を取り扱えるかという問題でもあった上で、それが出来ないとする理由はないとの一般的な判断を示しているのである。即ち、パネルは、特に後述の「錯誤」論と結びつけようとしたためではないかと思われるが、敢えて問題を伝統的な NV 論の枠組みのみで簡潔に処理する道を選ばず、NV 請求の本質論等を展開し、条約交渉における誠実な交渉の必要性を強調し、そこからあたか

もそのような不誠実な交渉を行った当事国の相手側が、NV 請求の構成の下では一定の場合に保護されるかのような議論を展開したのである。

そのような論拠として、パネルは、NV の救済が、GPA の附属書に関する交渉における不誠実な交渉や、その結果生じた錯誤に関して本件で提起されている種類の問題への救済を与えないものとみなされ、慣習国際法の *good faith* と錯誤に関する一般ルールが適用されないと判断されると、WTO の紛争解決メカニズムの枠内ではそれらについて何も無し得ないこととなってしまうが、これでは、国際法と条約との通常の関係や、WTO 協定と整合的ではないことになりかねないとするのである。勿論、そこでは、DSU26 条に規定される NV のための特別な救済が、GPA の状況には必ずしも適切ではない条約法（一般国際法）の下での伝統的な救済よりも、寧ろ優先して適用されるべきであるとして、その適用順序を論じてはいるが、何れにせよ、かなり一般的な議論をここで展開したのである。しかし、こうしたパネルの解釈は、協定上の根拠がないばかりか、多くの問題を逆に惹起しかねないものである。

5. おそらく、前記のとおり、パネル自身、韓国の米国に対する回答が米国の質問の意図を正確に理解しながら、ことさらに米国を欺くような（充分かつ誠実とはいえない）回答であると評価したためにこのような踏み込んだ判断を行ったものとは考えられる。しかしながら、果たしてこのような、NV 請求が、条約交渉中の交渉相手国の不誠実な交渉態度からの救済措置を、提訴国に与えるような制度として構成されているとは到底考えられないように思われる。後述のとおり、パネルは、錯誤論との関係でも行き過ぎた判断を行ったものと思われるが、ここで、NV の請求であれば、条約交渉過程で生じた当事国間の誤解や錯誤にも対応した救済が可能であるかのような一般的な判断を行ったことも、到底妥当な判断であったとは思われない。しかも、パネルは、具体的には、どのような状況や手段であれば具体的に NV 請求を用いてそうした当事国が救済されるのかの道筋も示さなかったのである。こうした判断は、単に、事態を混乱させるだけであつたといっても過言ではないだろう。

6. なお、余言ではあるが、NV 請求の当て嵌めにあたって、パネルは 4 つの要件について、第一の合意の存在という点を後回しにして、米国の主張を逆から羅列しているが、こうした判断も、本件では、その他の要件が充足されていたかのような誤解を与えるものであつて妥当とは思われない。

E. 一般国際法・慣習国際法と GATT/WTO

1. パネルは、NV 請求との関係で、一般国際法が、WTO での紛争に当然のように適用されるかのような判断を行っている。この見解は一見当然のようにも見えるが、その一般論を具体化すると多くの問題を孕むものであることが明らかとなる。そもそも、米国は、パネルが想定しているような「錯誤」に基づく主張を、NV 請求との関連で実際に行っていたわけではなく、パネルとしてはこのような判断に踏み込む必要は全くなかったのである。確かに、米国の主張は伝統的な NV 請求の要件を十分に充足していたわけではなく、従って、パネルとしては、米国の主張を善解して一般国際法を持ち出したものと思われるが、本来、そうした点を検討する必要があるに当たったのか不明な本件のような紛争で、敢えて、条約法条約の規定の当て嵌めを検討したことは、極めて疑問である。

現在まで、WTO の紛争解決手続では、条約の解釈方法論に関しては、ウィーン条約法条約が再三に亘って引用されてきたが、その余の条文については、それらが WTO での紛争解決手続に適用されるのかについて検討されたことはなかった。これには、そのような必要が無かったから行われなかった可能性と、そのような検討を行うことがもたらす影響を考慮し、当事国もパネルも、更に上級委員会もそれを回避してきた可能性の双方が考えられる。しかし、本件パネルは一般論として、当然であるかのように、一般国際法が、WTO の紛争解決手続の下でも適用されるかのように判断したのである。

2. 勿論、NV 請求の本質を、一種の *pacta sunt servanda* の原則の延長と捕らえること自身は、その発展の歴史的な経緯に符合するか否かはともかくとして、さほど奇異ではないし、本件の問題を解決するために、信義誠実の原則や錯誤に関する一般国際法の適用の検討以前に、WTO に制度的な根拠を有する NV 請求の可否が検討されるべきであるとする点もおそらく一般論としては正当なものであったと考えられる（何故なら、NV 請求は、GATT/WTO 体制に組み込まれた、あるいはそうした枠組みに適合するように制度化された請求であるのに対して、一般国際法に基づく主張・請求は、WTO の体制に適合するように準備されたものではないからである）。しかし、それにも拘わらず、本件でパネルが行った主張の整理や判断は、不要であるばかりか、新た

な問題を惹起する誤った判断であった、あるいは、行き過ぎた勇み足の判断であったように思われる。

3. 即ち、本件パネルは、以下のようなウィーン条約法条約に定める錯誤に関する規定が、本件のような紛争にも当然に適用があるものとして、実際には、何故そのような判断を行うことが本件紛争の解決につながるのか、更には、こうした規定の適用の効果としての合意の「無効」の意味を検討することなく判断を行ってしまったと考えられる。

第四八条 錯誤

1 いずれの国も、条約についての錯誤が、条約の締結の時に存在すると自国が考えていた事実又は事態であつて条約に拘束されることについての自国の同意の不可欠の基礎を成していた事実又は事態に係る錯誤である場合には、当該錯誤を条約に拘束されることについての自国の同意を無効にする根拠として援用することができる。

2 1 の規定は、国が自らの行為を通じて当該錯誤の発生に寄与した場合又は国が何らかの錯誤の発生の可能性を予見することができる状況に置かれていた場合には、適用しない。

3 条約文の字句のみに係る錯誤は、条約の有効性に影響を及ぼすものではない。このような錯誤については、第七十九条の規定を適用する。

4. 前記のとおり、米国は、自ら積極的に錯誤に関する主張を展開していたとは、パネルレポートを読む限り理解できない。勿論、米国の NV に関する主張が伝統的な理論構成によるものではなかったことが大きく影響したため、パネルとしては、踏み込んだ判断をしたものと考えられるが、パネルは、一般論として、錯誤のみならずその他の一般国際法に基づく主張すらも WTO の紛争解決手続で当事国が行うことが可能であるかのような判断を行っており、こうした判断は、2 国間ではない多国間条約の安定性を著しく危うくするものである。

錯誤の場合に限ったとしても、本件のように条約法条約第 48 条 2 項の適用が認められる結果、同第 1 項の適用が排除されるような場合であればともかく、第 2 項の適用が認められない状況の下で、WTO の協定締結（典型的には GATT の譲許表に関する合

意)について錯誤の主張が認められたとすると、その効果は果たしてどのようなものとなるとパネルが考えていたかは明確ではない。このような錯誤は、通常二国間での関税譲許交渉の過程で、しかも特定の限定された物資について生じることが多いものと思われるが、特定国との関係でのみ、また特定物資に関してのみ譲許表が無効になるという *severability* が GATT の下で当然に認められるとは到底思われない。何故なら、関税譲許の合意では、一部の国のみを、特定の国との関係で完全に譲許の利益に浴させないということはありえようはずもなく(勿論、新規加盟国との関係ではそのような可能性はありうるし、*waiver* により処理する方法もあろうが、何れにしても、一定の手続が必要である)、また特定物資のみについて譲許を無効とすることも譲許表全体としての合意のバランスを失わせるものであるからである。

5. このように考えると、パネルの判断は、仮に錯誤の主張が認められた場合に惹起するであろう様々な問題について注意を払わないままで行った勇み足の議論であったと評することができるし、更に、それだけではなく、その他の一般国際法の適用の効果に至っては一切検討することなく行った判断であったといえることができる。本来このような一般的な議論を行う必要はなかったのであり、それにもかかわらず、このような一般国際法を敢えて持ち出したのは、前記のとおり米国の主張を善解しようとしたためであるかもしれないが、こうした判断の結果、一般国際法に基づく主張、特に、錯誤に基づく主張が可能であるとの誤ったメッセージを加盟国に与えてしまった可能性もある。何れにしても、今後、本件が端緒となって、WTO の紛争解決手続で一般国際法の規定が援用される可能性もあるかもしれないが、慎重な取り扱いが不可欠であろう。