

米国の 1916 年 AD 法に関する DSU22.6 条仲裁決定
(仲裁裁定 WT/DS136/ARB、仲裁裁定日：2004 年 2 月 24 日)

米谷三以

．事実の概要

1．事案の概要

本件は、WTO 協定違反と判断された米国 1916 年アンチダンピング法（以下、「1916 年法」とする）を米国が履行期間内に是正しなかったため、申立当事者である EC が承認を求めた報復措置（retaliatory measure）に関する DSU22 条上の仲裁手続である。

i．違反措置の概要

1916 年法は、米国内産業に被害を与える意図をもってダンピング輸入又は販売をおこなうことを禁止し、かかる行為を行った者に対して罰金や懲役を科し、また、ダンピングの被害者が被害額の 3 倍の賠償金を加害者から得ることを認める法律である（仲裁判断（以下略）パラ 2.3）。GATT6 条は、アンチダンピング措置について規律を定めているところ、1916 年法は、GATT6 条の規定する損害要件と異なる要件を課し、アンチダンピング税以外の救済措置を認めるなどしているため、GATT6 条に違反するとされた（パラ 2.4）。

ii．提案された報復措置の概要

EC は、報復措置として 1916 年法に類似したいわゆるミラーアクトを提案した。これは、米国企業について、ダンピング輸出によって EC 企業に損害を被らせた場合、加害の意思が認められる場合には、5 年間にわたって EC 企業が被った損害の 3 倍に相当する追加の課徴金を課すというものである（パラ 2.7 および 2.9）。

2．手続の時系列

2000 年 3 月 31 日 米国 1916 年法が GATT6 条違反とする EC の申立てを認めるパネル報告書加盟国配布（WT/DS136/R）。

2000 年 5 月 29 日 米国 1916 年法が GATT6 条違反とする日本の申立てを認

- めるパネル報告書加盟国配布 WT/DS162/R。
- 2000年8月28日 パネル報告書を基本的に支持する上級委員会報告書加盟国配布 (WT/DS136/AB/R&WT/DS162/AB/R)。
- 2000年9月26日 DSB、同報告書を採択。
- 2001年2月28日 10ヶ月(2001年7月26日まで)を履行のための妥当な期間(RPT)とするDSU21.3条(c)項上の仲裁判断(WT/DS136/11&WT/DS162/14) 発出。
- 2001年7月18日 RPTの延長(2001年12月31日まで)を米国が提案。
- 2001年7月24日 DSB、同延長を承認。
- 2002年1月7日 EC、報復措置をDSBに承認申請。
- 2002年1月17日 米国、報復措置の程度について異議申立て。
- 2002年2月19日 仲裁人の構成に合意。
- 2002年2月27日 合意により仲裁手続停止。
- 2003年9月19日 EC、仲裁手続再開申立て。
- 2004年2月24日 仲裁判断、加盟国配布。

・ 論点毎のパネル・上級委員会の報告要旨

結論の要旨

仲裁人の判断：

いかなる義務を停止するか承認申請において正確に示すことは、望ましいが必要ではない(パラ 3.14 - 3.15)。

譲許または義務停止をもたらす無効化または侵害の程度が定性的である場合、同等性が確保されているか判断するにあたって、措置をもたらす貿易または経済上の影響 (trade or economic effects) の決定が必要である(パラ 7.2)。EC の提案する義務の停止については、定量的または金額的な上限がないという問題がある。また提案された措置が是正すべき措置を模倣していることをもって同等であるとする EC の主張は認められない(パラ 7.3)。第一に、提案されている報復措置(ミラーアクト)を同等性判断において考慮することは許されない(パラ 7.4)。第二に、ミラーアクトであっても貿易または経済上の影響は異なるかもしれない(パラ 7.5)。

ただし、1916年法によってもたらされている無効化または侵害の程度は、米国の主張と異なり、ゼロともいえない(パラ7.6)。無効化または侵害の範囲については、信頼できる事実に基づく立証可能な(credible, factual, and verifiable)情報が必要である。措置がもたらす萎縮的効果(chilling effect)は考慮しない。ECは、終局判決における損害賠償の額および和解によってEC企業が支払うべきとされた額を無効化または侵害の量に含めることができる(パラ7.7)。1916年法は、それ自体違反とされており、今後和解等が発生すればそれに応じて報復措置を増加することができる(パラ7.8)。ECが現実に適用した報復措置のもたらす無効化または侵害の程度が上回れば、米国はDS手続を通じて争い得る(パラ7.9)。以上のアプローチが、定性的な報復措置を採用するECの権利と、同等性要件の限度に報復措置を抑止する米国の権利とを適切にバランスしたものであり(パラ7.10)、同等性の要件を充たす(パラ7.11)。

手続的論点

論点：関税譲許以外の義務の停止を報復措置として選択する場合、申立国は、どの義務を停止するか特定しなければならないか。

1. 申立国米国の主張

特定必要。特定されなければ、影響する貿易の程度が分からず、したがって違反と報復措置との同等性を仲裁人が検討することができない。(パラ3.8)

2. 被申立国 EC の主張

本件においては、報復措置とするミラーアクトの詳細を説明しており、条文番号で義務を特定するよりも特定している。GATT および AD 協定の「関連する」条文上の義務を停止するとしており、これらの協定上のどのような(any)義務も停止できるようにする承認を求めているわけではない。(パラ3.9)

3. 仲裁人の判断

DSU22条の下では、いかなる義務を停止するか正確に示すことは望ましいが必要ではない(パラ3.14 - 3.15)。その理由として仲裁人は以下を指摘する。

- 理由 1：22.2 条にはそのような文言は存在しない（パラ 3.10）。
- 理由 2：これまでの実務において、仲裁人は、特定されない義務の停止を認めてきた（パラ 3.13）。カナダ - 航空機、ブラジル - 航空機および EC - バナナの先例上も停止を求める関税譲許またはその他の義務を列挙すべきとはしていない（パラ 3.11）。EC - バナナおよび EC - ホルモンの先例上も、関税譲許「その他関連する GATT1994 上の義務（“related obligations under the GATT 1994”）」の停止を求めた場合でも、この「関連する義務」について仲裁人は特定を要求していない（パラ 3.12）。

実体法的論点

論点 1：同等性の判断枠組みはどうか。

論点 1 - 0：報復措置の目的は何か。

1. 申立国米国の主張

他の加盟国に対して履行を促すことのほか、当事国間での関連協定上の利益のバランスを回復することも目的である（パラ 5.3）

2. 被申立国 EC の主張

他の加盟国に対して履行を促すことが目的である（パラ 5.3）。

3. 仲裁人の判断

先例上、他の加盟国に対して履行を促すことが目的であるとされている（パラ 5.5 - 5.6）が、罰則的な停止を認めないことも重要である。その理由として以下を示した。

- 理由 1：報復措置は一時的措置とされている。
- 理由 2：同等性要件の意味は、罰則的な譲許停止を禁じる趣旨である（パラ 5.8）。

論点 1 - 1：定量的な同等性が認定されることが必要か。

1. 申立国米国の主張

定量的な同等性の認定が必要であるとして、その理由として以下を主張した。

- 理由1：定性的な評価では、大雑把な同等性しか認定できない(パラ 5.14)。実際、1916年法の下で87年間3倍賠償を支払わされた企業はないのに、ECは無限に米国企業に対して報復措置を適用できるのはおかしい(パラ 5.14)。
- 理由2：従前のケースにおいて、仲裁人は、協定不整合措置のもたらす貿易の侵害ないし経済的損害を見積もっており、かかる損害を数量化可能なものとして認識してきており、是正がされなければ何が起こったかについて根拠のない推測をすることを拒否してきている(パラ 5.16)。

2. 被申立国 EC の主張

- i. 定量的な同等性は不要であるとし、その理由として以下を主張した。
 - 理由：同等性を要求されるのは無効化または侵害の「程度」であり、定量的でなければならないとの文言はなく(パラ 3.12)したがって、定性的な同等性でもよい(パラ 5.10)。
- ii. 仮に定量的な同等性が必要であるとしても、1916年法がもたらす無効化または侵害の程度に定量的な上限が定められていない以上、報復措置について定量的な上限を設定することは不要である(パラ 5.11)。

3. 仲裁人の判断

- i. 「同等性」を判断するために金額化または数量化が必要である。その理由として以下を示した。
 - 理由：第一に、違反措置のもたらす無効化または侵害の程度を超える報復措置は、punitive なものであり、DSU22.4条において禁止されている(パラ 5.22)。無効化または侵害の程度を超えるか否かを判断するためには、違反措置および報復措置のもたらす貿易または経済的効果を数字または金額ベースで決定しなければならない(パラ 5.23)。
 - 理由：第二に、同等性を判断するにあたり、違反措置によって失われる貿易を見積もる必要があるとするのが先例であり(パラ 5.24)、その影響を数量的に測定する必要があるとするのが先例である(パラ 5.27)。またブラジル - 航空機のケースでは、報復措置

- の数量的上限を決定している（パラ 5.28）。しかしながら、EC の提案には、義務の停止が現実においてどれだけ適用されるのかについて定量的または金額的な上限が示されていない（パラ 5.29）。
- ii. よって、EC のミラーアクトのもたらす無効化または侵害の程度は、米国 1916 年法のもたらす無効化または侵害の程度を超えていることについてとりあえずの立証があったと認定する。その理由として以下を示した。
- 理由：EC は、ミラーアクトは 1916 年法を模倣するものであり、定性的な同等性を充たしているとする（パラ 5.32）が、同一の措置であっても、その影響する貿易量は大幅に異なり得る。たとえば、二国間で輸出入の額が大きく異なっていれば、同じ貿易制限措置であっても、輸入量が多い国が実施するほうが影響する貿易量も多い（パラ 5.31）。また、EC は、アンチダンピング措置が米国からの輸入に対して適用された例は少ないため、1916 年法のもたらす無効化または侵害よりも小さいはずであるとするが、歴史的な貿易またはその他の要素のパターンから常に同等性要件が充たされていると単純に仮定することはできない（パラ 5.33）。

論点 1 - 2：DSU22.7 条は、停止される関税譲許その他の義務の「性質 (nature)」を仲裁人が検討することを禁止しているが、報復措置として導入する予定の措置を同等性の判断において考慮することが許されるか。

1. 申立国米国の主張

（被申立国 EC が、ミラーアクトと 1916 年法との定性的同等性を主張していることに對し、）22.7 条は、仲裁人に対して、義務の停止を実施する措置と無効化または侵害をもたらす措置との同等性でなく、義務の停止の程度と無効化または侵害の程度との同等性を決定することを義務付けている。被申立国 EC の主張は、仲裁人に対して、停止される義務の性質を検討させようとするものであって、認められない（パラ 5.38）。

2. 被申立国 EC の主張

EC は、停止される義務の性質の検討を仲裁人に対して求めてはいな

い。ミラーアクトについては検討することはもとより、それに条件を付すことすら許されている（パラ 5.39）。

3. 仲裁人の判断

米国の主張を支持。先例から見て、対象の製品の選択、提案された関税増加の程度、停止の方法などは、すべて停止される義務の「性質」に関わるものであって、仲裁人は判断できない（パラ 5.41）。ミラーアクトの検討は、停止される義務の性質の検討であり、許されない（パラ 5.42）。

しかし、仲裁人は、EC が申し立てた義務の停止が、1916 年法のもたらず無効化または侵害とその程度が同等であるかどうかを検討しなければならないので、次に、1916 年法のもたらず無効化または侵害の程度を検討する（パラ 5.44）。

論点 2：義務的法令の理論その他により措置自体が協定違反とされた場合、かかる措置がもたらず無効化または侵害の程度はどのように測定し、評価するのか。

論点 2 - 1：適用事例がなければかかる法令のもたらず無効化または侵害の程度はゼロというべきか。

1. 申立国米国の主張

1916 年法の結果 EC が被っている無効化または侵害はなし。その理由として以下を示した。

- 理由：履行期間（RPT）満了時点において 1916 年法上の判決は EC の製品に関して存在せず、したがって貿易に対する影響は存在しない。また、1916 年法を RPT 満了時点までに是正したとしても貿易量に変化はない（パラ 5.45）。

2. 被申立国 EC の主張

無効化または侵害はある。その理由として以下を示した。

- 理由 1：第一に、米国の主張は誤りである。パネル・上級委員会報告書は、反対の証拠が提出されなければ、1916 年法は無効化ま

たは侵害をもたらしていると結論するとしている。

- 理由 2 : 第二に、無効化または侵害の程度は、関係協定上における加盟国の直接および間接的な利益との関係で決すべきである。よって、EC 企業が被ったまたは現に被っている金銭的損失のほか、EC 企業に対して 1916 年法のもたらす威嚇的效果も考慮すべき (パラ 5.47)。

3 . 仲裁人の判断

無効化または侵害はある。その理由として以下を示した。

- 無効化または侵害を認めたパネル・上級委員会報告書を前提とすると、無効化または侵害がゼロということはありません (パラ 5.48) 。米国が引用する EC バナナ における 22.6 条仲裁判断は、無効化または侵害を推定する規定 (DSU 3.8 条) が特定の程度の無効化または侵害が現実に存在することを意味するものではないことを述べているものとしてパネルは支持するが、これは、無効化または侵害の程度がゼロであることを意味するものでもない。むしろゼロでない無効化または侵害が存在するとしなければならない (パラ 5.50) 。

論点 2 - 2 : 無効化または侵害の程度を計算する場合の基準はなにか。

仲裁人の判断 :

1916 年法によって EC が被る無効化または侵害の程度を決定するにあたっては、可能な限り、信用できる、事実に関する、証明可能な (credible, factual and verifiable) 情報に依拠する必要がある。かかる見積もりは推測 (speculation) に依拠できない。これは先例によって支持される。まず、EC - ホルモンにおける 22.6 条仲裁判断において、仲裁人は、特定の輸出の喪失について、”too remote” and “too speculative” であるとして退けた (パラ 5.54 - 55) 。またカナダ - 航空機における 22.6 条仲裁判断において、仲裁人は、意味ある程度に数量化されていない (not meaningfully quantified) ものを退けた (パラ 5.56) 。

論点 2 - 2 - 1 : 1916 年法上の出された EC 企業に対する終局判決は、無効化または侵害の程度の計算において考慮されるか。

仲裁人の判断 :

1916 年法上の出された EC 企業に対する終局判決は、その判決にある損害賠償の分だけ EC に対する無効化または侵害を構成する(パラ 5.58)。

現在のところ EC 企業に対して下された終局判決は存在しないが、将来かかる終局判決が下されればそれを EC の被る無効化または侵害に含めることができる(パラ 6.6)。

論点 2 - 2 - 2 : 1916 年法に基づく提訴についての和解は、無効化または侵害の程度の計算において考慮されるか。

仲裁人の判断

1916 年法に基づく提訴についての和解は、無効化または侵害に含める(パラ 5.61)が、その額の立証は、推測に基づくものでは不十分である(パラ 5.63)。

この立証責任は、EC が負うものであり(パラ 6.11)、したがって開示されない和解を含めることはできない(パラ 6.10)。

論点 2 - 2 - 3 : 1916 年法が貿易に及ぼす "chilling effect" は、無効化または侵害の程度の計算において考慮されるか。

仲裁人の判断

1916 年法が貿易に及ぼす "chilling effect" は、speculative に過ぎ、また数量化できないので無効化または侵害に含めることはできない(パラ 5.69)。

論点 2 - 2 - 4 : 1916 年法上の訴訟に関する訴訟費用及び弁護士費用は、無効化または侵害の程度の計算において考慮されるか。

仲裁人の判断

1916 年法上の訴訟に関する訴訟費用・弁護士費用については、含

める根拠を見出せず（パラ 5.76）、また数量化もされていない（パラ 5.77）ため、含めることはできない。

論点 2 - 2 - 5：今後の無効化または侵害は考慮されるか。

仲裁人の判断

1916 年法は、as applied で違反とされたのではなく、それ自体 (as such) が違反とされている。前者では、当該適用事例における無効化または侵害のみ考慮すべきことがカナダ—航空機の 22.6 条仲裁判断等の先例で示されているが、本件はこれと区別すべきである（パラ 6.15）。よってその具体的適用事例があれば、その範囲で EC に許される報復措置の程度も増加することになる（パラ 6.17）。

論点 2 - 3：EC のブロッキングスタチュートが、1916 年法に基づく訴訟において EC 企業が被った損害、費用その他を EC 域内において取戻す権限を付与していることが、1916 年法のもたらす無効化または侵害に及ぼす影響を及ぼすか。

1．申立国米国の主張

影響あり。その理由として以下を示した。

- 理由：ブロッキングスタチュートがある以上、EC については 1916 年法のもたらす無効化または侵害はなくなっている（パラ 3.17）。

2．被申立国 EC の主張

影響なし。その理由として以下を示した。

- 理由：ブロッキングスタチュートは、WTO 協定に整合しない米国法の効力が EC 域内に及ぶことを阻止するだけで、1916 年法を除去するものではないし、米国の WTO 協定上の権利に影響しない（パラ 3.18）。

3．仲裁人の判断

本件において判断する必要なし。その理由として以下を示した。

- 理由：ブロッキングスタチュートは、TOR の範囲外である。

ブロッキングスタチュートが適用されることによって無効化
または侵害を超える義務の停止がなされる状況になるならば、
その時点で米国は紛争解決手続に訴えれば足りる(パラ 3.19)。

・ 解説

1 . 手続上の論点

仲裁人は、EC - ホルモン等の先例を引用しつつ、DSU 22 条の下では、いかなる義務を停止するか正確に示すことは望ましいが必要とはされていないと判断した。本件仲裁判断の示すとおり、DSU 22.2 条の文言上、報復措置としての関税譲許その他義務の停止にあたっては、DSB に事前に承認申請を行うことは義務付けられているが、その申請においていかなる義務を停止するか正確に特定することは義務付けられていない。

承認申請においてどこまで停止する義務を特定させるべきかという問題は、問題の措置の是正その他の事情の変化があった場合に報復措置の変更を認めるべきか否か、また認めるとすればどのような手続を要求すべきかという問題と併せて考える必要がある。仲裁判断の指摘するとおり、確かに、停止する義務が正確に特定されていたほうが予見可能性という点では勝るが、経済情勢の変化その他により特定された義務の停止では効果がなくなってしまう場合に停止する義務の変更がまったく許されないとしてよいかは疑問である。この点、DSU が、報復措置としての義務の停止を規律するメカニズムを当初の承認時についてのみ規定しており、事後の変更の手続を規定しておらず、加盟国の実務に委ねられている部分があることに注意すべきである。

2 . 実体法上の論点

本件仲裁判断は、いわゆる「義務的法令 (mandatory law)」として法令それ自体が協定不整合とされた措置であって、かつその法令が具体的に適用される頻度等が明確でない場合に許される報復措置の程度について論じられた初めてのケースである。

WTO 協定上、協定不整合として判断された措置について措置国が履行期間内に是正しなかった場合、申立国は、報復措置として、関税譲許その他の義務

の停止の承認を紛争解決機関（DSB）に求めることができる。この点、DSU 22 条 4 項は、「紛争解決機関が承認する譲許その他の義務の停止の程度は、無効化又は侵害の程度と同等のものとする」と規定している。

これまでの先例上は、対象措置がもたらしている貿易制限効果等を定量的に算定し、それと同額の輸入品に対する関税賦課を上記同等性の要件を充たすものとされてきた¹。このアプローチは、法令の具体的適用でなく法令自体が違反とされたケースでも採用されてきた。たとえば、EC ホルモンのケースにおいて対象とされたホルモンを用いて肥育された牛肉の輸入禁止措置も、措置導入の前後での貿易量の減少額が算定され、これが同等性判断の基礎とされた。これに対して、本件においてそもそも協定不整合とされた米国 1916 年法のように、現時点における適用事例がない場合には、かかる措置のもたらす無効化または侵害が現時点では存せず、従って報復措置がまったく取れない、ということでのよいのかどうか問題となる。EC は、かような 1916 年法に対する報復措置として、同様な規制を米国企業に対して規定するいわゆるミラーアクトを採用してその承認を求めた。この報復措置は、いかなる輸入行為を規制するかという点では、1916 年法と類似するが、具体的にどのような影響を発生させるのか明確でない。かような報復措置が DSU 上許されるのかどうか本件では具体的に問題となった。

本件仲裁判断は、22 条 4 項の要請する「同等性」は定量的なものであって、措置の構造・形態を比較した定性的な「同等性」では足りないとした上で、ミラーアクトについて「同等性」要件が充たされていないことについて一応の証明がなされたとした。ただし、一方で、報復措置の効果等について検討することは仲裁人のマンデートを超えるとし、他方、1916 年法がもたらす無効化または侵害の程度の検討に当たっては、終局判決及び和解に限定されるが、1916 年法それ自体が協定不整合とされたことに鑑み、将来の終局判決等もそれが発生した時点で無効化または侵害の程度に加算されるとした。結論としては、1916 年法のミラーアクトのような定量的評価が困難な定性的報復措置の余地を認め、実際に適用するに当たっては、その時点において存在する無効化または侵害と「同等性」が認められる範囲に限定されるとしたものともいえる。かかる報復措置について実際の具体的適用の程度がその範囲を超える場合、相手

方は、別途争うことができることを前提としている。逆にいえば、本件仲裁判断は、問題の措置がもたらす無効化または侵害の程度の計算方法だけを示し、その計算方法を用いて自己の報復措置の程度を適宜調節することを当事国に委ねた（一義的には申立国であるが、被申立国は、無効化または侵害の程度を超えた報復措置が取られていると判断した場合には紛争処理手続を利用できる²⁾ものといえる。

このアプローチは、報復措置に関する従前の実務と比較すると、報復措置に関する「同等性」要件を柔軟に解釈したものである。従前の仲裁判断においては、無効化または侵害の程度について、計算方法ではなく、計算結果まで示されていたからである³⁾。「同等性」という文言だけでは、計算方法の特定で足りるかどうかを決定する要素に欠けるが、本件仲裁判断で示された柔軟な解釈は、以下の理由で支持できると考える⁴⁾。

第一に、すでに述べたとおり、報復措置としての関税譲許その他の義務の停止の承認手続については、事後にその程度を加重または軽減することを念頭に置いた条文が存在せしない⁵⁾。しかし、かかる変更を認める必要性がないというわけではなく、その必要性は、DSBの勧告が履行されないままに放置され報復措置が実施されている期間が長くなれば長くなるほど増加すると考えられる。既に述べたとおり、是正すべき措置の無効化または侵害の程度についてこれまでの仲裁判断では具体的な計算額を示しており、この計算額の範囲内で申立国は報復措置を取るようになっていた。かかる仕組みは、協定不整合の措置が比較的短期間には是正され、つまり報復措置が実施されている期間が短いとの想定の下では、報復措置に関する予見可能性を増し、貿易に対する不必要な障害を可能な限り除去するものとして支持できる。しかし、DSBの勧告が放置され、報復措置が実施されている期間が長くなれば、是正すべき措置の実際の経済的効果と報復措置の上限として当初設定された計算額とが大きく乖離する可能性が増加する。たとえば、貿易減少効果で評価された場合、関係する国内産品と外国産品との競争関係が変化すれば違反措置のもたらす無効化または侵害の程度も当然に変化する。何らかの理由で協定違反措置の貿易制限効果が拡大し、つまり国内産業保護の効果が増加した場合、当該措置の無効化または侵害の程度が当初の算定のまま維持され、したがって申立国が報復措置を加重

できないとすれば、履行促進のメカニズムとして不十分であろう。仮に、申立国が、かかるリスクを承知した上で、しかし予見可能性の確保を重視して、協定違反措置の無効化または侵害の程度を具体的な金額で算定し、その承認を求めてきた場合はそれを受け入れてよい。しかし、申立国が具体的な金額でなく、計算方法で無効化または侵害の程度を示してきた場合には、無効化または侵害の程度が爾後増加した場合に報復措置を加重する余地を正面から認めるべく、「同等性」要件を柔軟に解し、金額で特定するのではなく、どのような計算方法を認めるかを決定することにも合理性があると思われる。

第二に、報復措置について柔軟性を認めるかどうかの検討に当たっては、本件仲裁判断において問題となった是正すべき措置である 1916 年法の特性も考慮する必要がある。義務的法令として具体的な適用でなく法令それ自体が違反とされる場合であっても、通常は、1916 年法と異なり、たとえば国内税法において輸出品に適用される税率が国産品に適用される税率よりも高いとして当該税法自体が内国民待遇義務違反であると判断された場合、すべての輸出品及び国産品に対して当該税率がそれぞれ適用されるはずであり、これを前提に貿易制限効果を計算することができ、またこれを前提に「同等性」要件を考えることに一応合理性がある。これに対して、1916 年法は、その執行が基本的に私人のイニシアティブに委ねられている制度であり、どれくらいの頻度・規模で執行されるのか予測が困難である。報復措置に関する仲裁判断の時点で執行されていなかったことを理由として無効化または侵害の程度がゼロに近いと判断され、許される報復措置がほとんど輸入減少効果のないものであったとすると、その後 1916 年法上の提訴が相次いだ時に、措置国政府にとって報復措置が履行を促進する十分なインセンティブにならない可能性が高いし、さらにそれを見越して逆に提訴のインセンティブとなってしまう可能性さえある。報復措置に関する「同等性」要件に柔軟性を認める必要性は、1916 年法のようにどの程度執行されるのか予測し難い措置の是正が問題となっている場合により高いと言ふべきである。この観点からも、本件仲裁判断は支持されうる⁶。

なお、この点に関連しては、EC が主張したが仲裁人が認めなかった “chilling effect” の議論が問題になる。これは、1916 年法上の提訴がなされ得ることを考慮して EC 企業が米国への輸出を控えている可能性をいかに考慮すべきかと

いう問題である。一般論としては問題の措置がもたらす無効化または侵害を判定する but for テスト⁷を厳密に適用する限り、かかる効果を考慮しないでよい理由は見当たらない⁸。仲裁判断においても、カテゴリカルに chilling effect の考慮を否定したわけではなく、立証がないとただけのようにもみえる。ただし、本件仲裁判断は、報復措置の増加可能性を正面から認めているので、chilling effect を認めると、二重計算にならないかという問題はあろう。

また、義務的法令に対する報復措置について、日本政府は、現在進行中の DSU 見直し交渉において、これまでの適用の実態を勘案して将来における適用可能性を評価し、これを考慮して「同等性」を評価することを認める方向での提案を行っていた⁹。これは、将来において具体的な適用があった場合に事後的に報復措置の加重を認めるのではなく、上記 EC の "chilling effect" の主張と同じく、かかる可能性を考慮して具体的な適用がなされる前からその分の報復措置をも認めるものである。この提案に対しても、将来における適用可能性の評価において曖昧さがあるという批判がなされていたところであるが、かかる曖昧さは、義務的法令の将来の適用可能性という本質的に不確実なものを数量化しようとする以上不可避のものであろう。かかる曖昧さを避けつつ、将来の変化に対応しようとするれば、具体的に適用された後に報復措置の加重を認めるという本件仲裁判断の基本的スタンスが残された選択肢であろう。

¹ なお、本件で争われていないが、「無効化または侵害の程度」を測定するのに、なにゆえ措置の貿易制限効果や（本件のような）私企業の被った損害賠償額を基礎とするのか、それ自体に疑問がないとはいえない。貿易自由化政策の利点は、輸出増加でなく、経済の効率化にあるからである。経済の効率性が向上する効果を測定することは困難であるが、概念的には、貿易効果にせよ何にせよ、それら自体またはそれらの集合体は「無効化または侵害」そのものでなく、経済の効率性に対する効果こそが「無効化または侵害」の内実であり、貿易効果などはその代理変数の一に過ぎないと捉えるべきかもしれない。

² ただし、後続のパネル手続における判断事項は、認められた計算式に則って計算された「無効化または侵害」の程度を超える効果を及ぼしているかどうかということになる。

³ EC - ホルモン(DS26 及び 48)、EC - バナナ(DS27)、ブラジル - 航空機(DS46)、米国 - FSC(DS108)、カナダ - 航空機(DS222)はいずれも、具体的な金額を無効化または侵害の程度の指標として提示している。

⁴ なお、本件仲裁判断の後に出された米国 - バード修正条項(DS217 及び 234)に関する仲裁判断においては、同じく法令それ自体が協定不整合とされ、貿易に及ぼす効果

が期間によって変動する可能性の高いバード修正条項のもたらす無効化または侵害の程度について、計算式による「同等性」判断を認めている。

⁵ この点、DSU22.2 条を RPT 経過後 20 日以内に要請しなければならないとする趣旨であると解し、また“second arbitration”を求めてはならないとする DSU22.7 条の規定に鑑みれば、かかる調整を否定しているようにも読めるが、22.7 条は、状況の変化なければ仲裁は求められないことを示すに過ぎないと捉えれば、かかる調整は否定されていないことになるとの指摘がある。WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary (DSC), Article 22.6 Arbitration Decision on *United States - Antidumping Act of 1916 Recourse to Arbitration by the United States under DSU Article 22.6 (WT/DS136/ARB)*, 8 頁。

⁶ ただし、かかるインセンティブ問題を考えると、仲裁判断が、弁護士費用および訴訟費用の負担を要求する EC の主張を退けたことがどうであったか考えが分かれよう。これらを含めてよいとすると、1916 年法上の提訴が終局判決または和解まで至らなくても、提訴それ自体が報復措置を増額する効果を有するということになる。

⁷ EC - ホルモン、パラ 37-38。

⁸ 上記 World Trade Law.net の評釈は、具体的適用がなくても輸入に対する悪影響が明らかに存する場合があるとして、chilling effect を認める合理性があるとする。9 頁。確かに、but for テストを単純に適用するならば、chilling effect を認めない合理性は存在しない。とくに、措置導入の前後で輸入がはっきりと減少したようなケースでは、いわゆる chilling effect の立証がなされたとされる場合があるかもしれない。ただ、1916 年法のように、対象分野が限定されておらず、かつ具体的適用がなされるか否か判然としない措置の場合には、措置の導入の前後で輸入の変化があったとしても、それが当該措置の導入に基づく影響かそれ以外の要素によるものかはっきりしないため、その効果を定量化することには困難が伴う。

⁹ TN/DS/W/22, Section 2(a).