

米国の音波探知システムの調達

(GPR. DS1/R、1992年4月23日パネル報告)

【事実の概要】

1. 米国国立科学財団(National Science Foundation, 以下NSFと略す)は、1959年以来南極観測に従事してきた国立の機関であり、政府調達協定の対象となる機関に指定されている。NSFは1989年10月1日に私企業の南極支援アソシエーツ(Antarctic Support Associates, 以下ASAと略す)と南極観測用の資機材提供等に関する契約(prime contract, 以下「本契約」と略す)を締結した。この契約には南極観測船に搭載する多重音波帯状探知システムの調達(以下「本件調達」と略す)が含まれていた。1990年5月26日、米国議会は緊急歳出法⁽¹⁾を制定し、本件調達に関する支出額の上限を240万ドルと定めるとともに、本件調達に対してバイ・アメリカン法が適用されること、ただし、政府調達協定⁽²⁾の適用を受ける調達に関してはその限りではないことを規定した。1991年2月27日、ASAは本件調達を入札により実施することを公表し、同年5月30日に入札の募集要項を発表した。要項はバイ・アメリカン法の適用を明記していた。

2. ECは本件調達に関してEC企業が排除されたことを不満として、政府調達協定第7条3-5項に基づく米国との協議を要請し、協議は1991年6月26日に行われた。協議の不首尾を承けて、ECは同年7月12日、政府調達委員会にパネルの設置を要請し、委員会は同年9月9日にパネル設置を決定した(パネルのメンバーはW. Rossier(議長)、J. ClarkeとF. Nadeauの3名)。付託事項は次の通り。

「本協定の関連する規定に照らして、1991年7月12日にECが本委員会に付託した事項を検討し、紛争当事者と協議し、当事者が相互に満足できる解決に至るための十分な機会を提供すること、そして、本協定の適用に関連する本件の事実を明らかにし、本委員会が本件に関して勧告または決定を行うための認定を行うこと。」

パネルは1991年10月30日と1992年1月27日に当事者を交えて審理を行い、1992年4月9日に結論を当事者に提示した。

3. 主な争点と当事者の主張は以下の通り。

(1) 本件調達の性質

この点に関して、ECは二本建ての主張を行った。

1 本件調達はサービス契約である本契約の下請け契約に基づいて実施されるが、その

実質は「直接の政府調達(direct government procurement)」であって、政府調達協定の適用対象である(3.1)。その根拠は、調達に連邦調達規則(Federal Acquisition Regulations, FARs)の規定、特にNSFによる一方的解除権の留保やバイ・アメリカン法が適用されること、下請け契約がASAに当該契約をNSFに譲渡する権限を認めていること、音波探知システムの所有権がNSFに属するとされていること、米国議会が緊急歳出法に基づいて本件調達に対して特別の条件(調達額の上限やバイ・アメリカン要求)を設定したこと(3.9)。

2 かりに本件調達が政府調達に当たらないとすれば、本件調達はASAと調達企業との私契約に基づく調達とみなされる。その場合、バイ・アメリカン要求は輸入製品の国内における販売等における内国民待遇を保証した一般協定第3条4項に違反する(3.36)。米国の反論。

1 に対して

本件調達は政府調達であるが、NSFとASAのサービス契約の一部として実施されるものであり、したがって政府調達協定の適用対象には含まれない。本件調達が直接の政府調達に当たるとする主張の根拠としてECが挙げた要因はいずれも、本件調達がサービス契約の一部であるという性質を変えるものではない(3.13-16)。

2 に対して

本件調達はNSFとASAとの本契約に基づいて、政府の資金を支出してなされる調達であり、それが私契約に基づく調達でなく政府調達であることは明らかである(3.37)。

(2) 政府調達協定の適用対象 — サービス契約(本契約)に付随する製品の調達は協定の適用対象に含まれるか。

ECの主張

サービス契約に付随する製品の調達は政府調達協定の適用対象に含まれる。協定第1条1項(a)の第一文から、すべての製品の調達は協定の適用対象に含まれる。第二文の但し書きは「サービス契約それ自体(service contract *per se*)」が適用除外されると規定するが、これは契約の主たる対象事項がサービスである場合を指す(3.31)。本契約はサービス契約に当たるが、本件調達に関する下請け契約はこれには当たらない。第二文の反対解釈として「サービス契約に付随する製品の調達」を協定の適用対象から除外する結論を導くことはできない(3.26-27)。

米国の主張

「サービス契約それ自体」は、付随する製品の調達を含めたサービス契約の全体を意味すると解するのが最も自然な解釈である。サービス契約の中でサービスの部分のみが適用除外される（したがって、製品の調達部分は適用対象となる）と解するとすれば、「サービス契約それ自体」の適用除外をわざわざ規定したことが無意味になる。なぜなら、協定第1条1項(a)第二文は、サービスは適用対象に含まれないこと、ただし、製品の供給に付随するサービスは例外的に適用対象となると規定しているからである(3. 28)。

「サービス契約」の意義は、契約の主目的がサービスの提供にあること、あるいはサービスの額が契約総額の過半を占めることに照らして判断される。いずれの基準に照らしても、本契約はサービス契約に当たる(3. 29-30)。

〈参照条文〉

政府調達協定（1988年2月14日改正）

Article I (Scope and Coverage)

1. This Agreement applies to:

- (a) any law, regulation, procedure and practice regarding any procurement of products, through such methods as purchase or as lease, rental or hire-purchase, with or without an option to buy, by the entities subject to this Agreement. This includes services incidental to the supply of products, if the value of these incidental services does not exceed that of the products themselves, but not service contracts *per se*;

【報告要旨】

1. 本件調達は政府調達に当たるか

ECは本件調達が政府調達に当たるという主張の一方で、そうでないとすれば私的調達に当たるという二本建ての主張を行っている。もし後者が認められれば、本件は本パネルの付託事項からはずれることになるので、まずこの点を判断する(4. 4)。

ある取引が政府調達に当たると判断するための要素として、政府が支払いを行うこと、政府が使用または収益すること、政府が当該製品を占有すること、当該製品の取得を政府がコントロールすること、の四つが挙げられる(4. 7)。本件調達の場合、契約の当事者は

いずれも私企業であるが、以上の四要素に照らすと政府調達に当たる(4.8-12)。

2. 本件調達は政府調達協定第1条1項(a)に照らして協定の適用対象に含まれるか。

ECと米国は、協定第1条1項(a)第二文の「サービス協定それ自体」の解釈をめぐって対立しているが、この言葉を他の規定から切り離して文理解釈しようとしても、また協定の他の正文(フランス語とスペイン語)を参照しても、確定的な結論を得ることは困難である。そこで、規定の文脈と協定の対象・目的に照らして第二文の意味を検討する(4.18)。

第1条1項(a)「すべての製品の調達」に協定が適用されると規定する。この原則に対する明示的な例外は、13万SDR以下の製品の調達の除外のみである(同条1項(b))。第二文は全体として製品の供給に付随するサービスが例外的に協定の適用対象になることを規定したに留まる。サービスに付随する製品の調達が協定の適用から除外されるという意味をここから引き出すことはできない(4.19)。

米国の主張を認めるならば、製品の調達は、その額を上回るサービスの供給に付随する場合には常に適用除外されることになる。これは「すべての製品の調達」を適用対象とした協定の趣旨からのあまりにも重大な逸脱である。かりにこうした逸脱が意図されたとすれば、それは明記されたはずである。また、この解釈からは二つの不都合が生じる。第一に、契約総額中に製品が占める割合が不確定なために、契約締結時点で当該製品の調達に適用される法規が確定できない場合が生じる。第二に、契約の形態を調整して製品の額の占める割合を操作することによって、適用される法規を選択することが可能になる(4.20)。

以上の解釈の結果として、米国が主張するように第二文の但し書きが余分になる。しかし、米国の主張はこれよりも重大な不都合をもたらすので支持できない。また、例外の規定は制限的に解釈されるべきである、という合意の解釈に関する一般原則に照らしても、以上の解釈は妥当である(4.21)。

3. 結論

本件調達は政府調達協定の適用対象に含まれる(5.1)。本パネルは政府調達委員会に対して、米国に本件調達を政府調達協定に基づく義務に従って実施するよう要請することを勧告する(5.2)。

【解説】

本件は政府調達協定の適用範囲が争われた事件である。対象となったのは、米国国立科学財団(NSF)に対して南極観測用資機材の提供を請け負った私企業(ASA)が実施した音波探

知システムの調達である。主たる争点は二つある。第一に、本件調達が政府調達に当たるかかどうか。第二に、本件調達が政府調達に当たるとして、政府調達協定の適用対象に含まれるか。

1. 本件調達は政府調達に当たるか。

本件において、ECは本件調達が政府調達に当たることを前提とした主張と同時に、かりにそうでないとすれば私契約による調達に当たるとする二本建ての主張を行った。このような主張の背景には、本件調達が私企業であるASAと音波探知システムを実際に供給する応札業者（これもまた私企業である可能性が高い）との間の契約に基づいて実施されるという事情があった。これが純然たる私契約に基づく調達であるとするれば、本件調達には政府調達協定は適用されず、パネルの付託事項からはずれることになるので、パネルは本件調達が政府調達に当たるか否かを先決問題として検討した。

政府調達協定にも一般協定にも「政府調達」の詳細な定義はない。しかし、政府調達協定第1条1項(a)第一文の「この協定の適用を受ける機関による・・・調達」や一般協定第3条8項(a)の「政府機関による調達」という文言は、「政府調達」の主体が政府機関であることを前提にしていると解される。そこで、本件調達のように、政府機関(NSF)から業務を請け負った私企業(ASA)が主体となる調達でも「政府機関による調達」とみなすことができるかが問題となる。

この点に関してECは、通常の場合はこの種の契約は政府調達とはみなされないとした上で(3.8)、いくつかの根拠を挙げて、本件調達の場合は政府の直接の支配が及んでおり、仲介者を通じた直接の政府調達(direct government procurement through an intermediary)であると主張した(3.9-11)。

これに対して米国は、ASAはNSFの代理人でも仲介者でもなく本件調達の主体であると主張する一方、本件調達を南極観測用資機材の調達というサービスを請け負ったASAの業務の一環ととらえて、異なった根拠からこれを政府調達とみなした(3.13, 3.37)。

パネルは基本的にはECの主張を支持し、通常はこの種の契約は政府調達とはみなされないとした上で(4.8)、政府による支払い、政府が使用または収益すること、政府が当該産品を占有すること、当該産品の取得に対する政府のコントロールという四つの要素を総合的に判断して、本件調達は政府調達とみなされると結論した(4.9-13)。

パネルの示した四つの基準は、「政府調達」の概念を精緻化したものであり、基本的に

妥当である。ただし、これらの基準は一見したところ明快であるが、解釈適用上の曖昧さを残している。第一に、これら四つの基準がすべて満たされる必要があるか否か。パネルはこれらは「いずれも単独では決定的ではありえない」と述べ(4.7)、これらを総合して(taken together)判断するとした(4.9)。しかし、これらのいずれかが欠けた場合はどうなるのか。この点についてパネルは明確に述べていない。第二に、当該製品の取得に対する政府のコントロールという基準の意義は必ずしも明確ではない。パネルは、調達に関して資金を負担した政府がさまざまな条件や保証を求めることは、政府資金の適正な使用を求める政府の当然の関心の表れであって、そのことから直ちに当該調達が政府調達とみなされるわけではないと述べた(4.8)。しかし、政府資金の適正使用のために「政府がさまざまな条件や保証を求めること」と政府調達における「政府による取得のコントロール」とを区別するメルクマールは明らかでない。本パネル報告の採択を討議した政府調達委員会の会合において、米国代表はこの点を批判して、パネルのこの基準は「非公式のコントロール」を通じた政府調達協定の適用逃れをかえって誘発するのではないかと述べた⁽³⁾。

米国の批判のように、適用逃れが実際に誘発されるかどうかは明らかではない。しかし、評者は、この基準の下で「非公式のコントロール」を実施する余地はかえって減ると考える。なぜなら、単なる「さまざまな条件や保証を求めること」と「政府による取得のコントロール」を区別しようとすれば、公式の条件付けや規制の有無ではなく、実質的なコントロールの有無によって判断せざるを得ず、こうした判断においては「非公式のコントロール」であっても政府によるコントロールとみなされる可能性は高まると考えるからである。

こうして、パネルは、若干の不明確さを残しつつも、政府機関から事業を請け負った私企業を通じて調達が実施されるケースで、これを政府調達とみなすための基準を示した。

2. 本件調達は政府の調達協定の対象に含まれるか

すべての政府調達が当然に政府調達協定の適用を受けるわけではない。政府調達協定によれば、協定の適用対象となる条件は、(1)調達の金額が13万SDR以上であること(第1条1項(b))、(2)協定の署名国が指定した政府機関による調達であること(第1条1項(c))、(3)製品の調達であること(第1条1項(a)第一文)、または、製品の供給に付随するサービスの価額が当該製品の価額を越えない場合に限っては当該サービスの調達であること(同第二文前段)、ただし、サービス協定それ自体を含まない(同但し書き)、(4)協定の規定す

るその他の適用除外事由（安全保障その他の公益目的の適用除外）に該当しないこと（第8条）、の四つである⁽⁴⁾。これらのうち、(1)と(2)は客観的な条件であって、解釈適用上の問題を生じることが比較的少ない⁽⁵⁾。他方で、(3)と(4)はより抽象的で曖昧な条件であり、解釈の余地を残している。本件では(3)の解釈が問題となった。

本件調達が製品の調達であること、また、本件調達の根拠となったNSFとASAとの本契約がサービスの供給に係る契約であることについては当事者の間で争いが無い。本件調達が本契約の一部であることについて、ECは若干の異論を唱えたものの⁽⁶⁾、基本的にはこれを支持した。したがって、本件の主たる争点はサービスの供給に付随する製品の調達が、協定の適用対象に含まれるかどうか、ということになる。以下ではこの点につき、条約の解釈に関する一般国際法の原則に照らして検討する。

この点に関して鍵になるのは、協定第1条1項(a)第二文但し書きの「サービス契約それ自体」という文言の解釈である。米国はこれを「付随する製品の調達を含めたサービス契約の全体」と解して、本件調達を協定の適用対象から除外する結論を導いた。これに対して、EC及びパネルは、条約の解釈に関する基本原則に従い⁽⁷⁾、「規定の文脈と協定の対象・目的に照らして」(4.18)、「サービス契約それ自体」に「サービスに付随する製品の調達」は含まれないとした。したがって、サービスを主、製品の供給を従とする契約の場合、サービスの部分のみが適用除外されることになる。

いずれの解釈も難点を抱えている。米国の解釈の第一の難点は、サービスの供給に付随する製品の調達を協定の適用対象から除外する結論と「すべての製品の調達」を協定の適用対象に含めた第1条1項(a)第一文との間に整合性を認めがたい点である。米国の解釈は、結果的に第一文の原則に関する重大な例外を認めることになるが、こうした例外を明示の規定によらずに認めることは果たして可能であろうか(3.31, 4.20)。第二の難点は、「サービスの供給に付随する製品の調達」と「製品の供給に付随するサービスの調達」（第1条1項(a)第二文前段）との区別に関わる。米国によれば、前者における製品の調達は協定の適用対象からはずれるのに対して、後者における製品の調達は常に適用対象に含まれる。両者の区別は、当該契約が全体として製品の調達に関する契約であるか、それともサービスの調達に関する契約であるかによる。この点に関する判断の基準として、米国は契約の主目的、あるいは契約全体に占める価額の大小で判断するという基準を示した(3.30)。第一の基準は曖昧さを免れない。また、第二の基準に従うとすれば、契約全体に占める製品の価額の割合が49%の場合と51%の場合とで、当該製品の調達に適用される法規は全く異な

ることになるが、こうした帰結は妥当か。また、政府調達協定の適用を免れることを意図する政府機関は、契約全体に占める商品の価額の割合を50%より低く抑えるよう契約内容进行操作することになりはしないか(4.20)。政府調達協定の「趣旨及び目的」の一つは「政府調達に係る法令、手続及び慣行を透明なものにすること」にある⁽⁸⁾。この点を重視すれば、以上の帰結を導く米国の解釈の妥当性は疑問である。

他方で、EC及びパネルの解釈に従った場合、まず第一に、協定第1条1項(a)第二文前段で例外的にサービスの調達が協定の適用対象に含まれる場合を規定したこと、逆にいえば、サービスの調達は原則として協定の適用対象には含まれないとしたこととの間で、同じことの繰り返しになるという不都合が生じる(3.28)。規定の文脈を考慮するというパネルの立場からは、これは重大な難点である。第二に、協定の趣旨及び目的を重視した場合、EC及びパネルの解釈が必然的に導かれることにはならない。「政府調達に係る法令、手段及び慣行を透明なものにすること」という協定の趣旨及び目的は、協定の適用範囲に関しては直接の指針を提供するものではない。ECやパネルの解釈は、協定の適用範囲をできるだけ広く確保するという立場からの目的論的な色彩の濃い解釈といわざるを得ない。第三に、条約の解釈に関する一般国際法の原則によれば、条約の文言の意味が曖昧で不明確な場合には、規定の文脈の他に「後からの慣行(subsequent practices)」を考慮することが認められているが⁽⁹⁾、ECを含めて協定署名国の間で近年までサービス契約（商品の供給が付随するものを含む）を全体として協定の適用範囲から除外する慣行が認められる⁽¹⁰⁾。協定を改正してサービス契約を協定の適用範囲に含めようとする動きはこれまでもあったが合意に達せず⁽¹¹⁾、これは今後の課題となっている⁽¹²⁾。これを米国の解釈に沿った「後からの慣行」と解する余地がある。第四に、条約解釈の補足的な手段として⁽¹³⁾条約の準備作業を参照すると、米国の主張に有利な結果が導かれる。本パネル報告の採択が検討された1992年5月13日の政府調達委員会の会合において、米国代表は東京ラウンドにおける本協定の起草過程で作られた最初の草案を示した⁽¹⁴⁾。それは協定の適用範囲に関して次の通り規定していた。

This instrument applies to government purchases of goods and not to services contracts. It nevertheless applies to services which are incidental to the supply of goods and as such included in the price thereof, it being understood that the part of the representing services should not exceed that of supplies.

（イタリックは筆者）

この文言から判断すると、最初の草案の起草者の意図は、サービス契約を全体として協定の適用対象から除外した上で、例外的に製品の供給に付随するサービスの調達のみを適用対象に加えるというものであったと解される。これは米国の主張に一致する。最初の草案は修正されたが、修正の過程でこうした意図も修正されたとは考えられない。

以上をまとめると、条約の解釈に関する一般国際法の原則に照らした場合、文脈、「後からの実行」、条約の準備作業の検討からは米国の解釈が導かれ、協定の趣旨及び目的として適用範囲を広く確保したいとする立場に立てばEC及びパネルの解釈が導かれることになる。これらの原則のうち、「後からの実行」と条約の準備作業は、第二次的で補足的な原則である。しかし、これらを差し引いたとしても、現行協定の解釈としては米国の解釈の方が妥当であると結論せざるを得ない。米国の解釈をとった場合に生じる実際上の不都合（製品の調達の適用除外が広範に認められること）とEC及びパネルの解釈をとった場合に生じる不都合（「サービス契約それ自体」が繰り返しになってしまうこと）を比較して、前者がより重大であるとするパネルの主張(4.21)には説得力があるが、EC及びパネルの結論はあまりに目的論的解釈の色彩が強く、支持できない。

3. その後の経過

米国は本パネル報告の内容に疑問があるとしてその採択を数次にわたってブロックしており、現在のところ本報告は採択されていない。政府調達委員会の他の署名国はすべて本報告の採択に賛成しており⁽¹⁵⁾、米国が拒否権を発動した形となっている。

<注>

- (1) Emergency Appropriations Act(Public Law 101-302).
- (2) Agreement on Government Procurement(1979年4月12日署名開放、1981年1月1日発効)。

本協定の署名国は以下の通り。オーストリア、カナダ、EC及びその加盟国、フィンランド、香港、イスラエル、日本、ノルウェー、シンガポール、スウェーデン、スイス、米国。なお、本協定は1987年に改訂された(Protocol Amending the Agreement on Government Procurement, 1987年2月20日署名開放、1988年2月14日発効)

- (3) Committee on Government Procurement, *Minutes of the Meeting Held on 13 May 1992* (GPR/M/46, 26 June 1992), para.7.

- (4) Michael T. Janik, "A U.S. Perspective on the GATT Agreement on Government procurement", *George Washington Journal of International Law and Economics*, Vol. 20 (1987), pp. 491-526, at 494-496.
- (5) もっとも、調達金額の下限をめぐっては、総額から付加価値税(value-added tax, VAT)を差し引くECの慣行の妥当性を米国が問題にし、パネルも米国の主張を認めて、調達額に付加価値税の額を加えるようECに勧告した例がある。See *ibid.*, pp. 508-509. 津久井茂充「コンメンタール・ガット6」『貿易と関税』1990年12月号65頁。
- (6) ECは、本件調達がサービスの供給に付随する製品の調達に当たるとする主張と同時に、それがサービス供給とは別個の直接の政府調達である（したがって、当然に協定が適用される）という代替的な主張を唱えた(3. 21)。しかし、その根拠は薄弱であり、パネルの支持するところとはならなかった(4. 16)。
- (7) 条約法に関するウィーン条約の第31条1項は、条約の解釈に関する一般原則として、次の通り規定した。

条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。

- (8) 政府調達協定前文第7節。
- (9) 条約法に関するウィーン条約第31条3項
- 文脈とともに、次のものを考慮する。

(b) 条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの

- (10) Committee on Government Procurement, *supra* n. (3), para. 10.
- (11) Michael T. Janik, *supra* n. (4), pp. 513-514. 津久井前掲注(5)64-65頁。
- (12) 現在交渉中のウルグアイ・ラウンドでもこの点に関する合意は得られず、政府調達協定の対象にサービス契約を含める改正は今後の交渉課題となった。ダンケル・ドラフトのサービス協定案第13条は政府調達に関して以下の通り規定する。

第13条（政府調達）

- 1 第2条、第16条及び第17条の規定は、政府機関が行うサービスの購入で、統治目的に係るものであり、商業的な再販売や商業的なサービスの供給に用いるものでないものに関する法令あるいは要件には適用しない。
- 2 本協定の発効後3年以内に、本協定の下でサービスの政府調達に関する多国間

交渉を実施するものとする。

(13) 条約法に関するウィーン条約第32条

前条の規定の適用により得られた意味を確認するため又は次の場合における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる。

(a) 前条の規定による解釈によっては意味が曖昧又は不明確である場合

(b) 前条の規定による解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合

(14) Committee on Government Procurement, *supra* n. (3), para. 8.

(15) Committee on Government Procurement, *Minutes of the Meeting Held on 6 October 1992* (GPR/M/48, 13 November 1992), para. 10.

【参考文献】

注に引用したものその他、

- ・ John H. Jackson, *The World Trading System* (1989), pp. 199-202.
- ・ John H. Jackson & William J. Davey, *International Economic Relations*, 2nd ed. (1986), pp. 525-532.
- ・ Edmond McGovern, *International Trade Regulation* (1986), pp. 212-223.
- ・ U. S. Congress, House of Representatives, Committee on Government Operations, Subcommittee on Legislation and National Security, *Hearing on Implementation of International Government Procurement Agreements and the Buy American Act of 1988* (1990).

(中川 淳司)