

【事実の概要】

1. 1989年12月12日、米国は、マグヌソン漁業資源保存管理法(Magnuson Fishery Conservation and Management Act)を改正し、とくに米連邦法上規定される最小捕獲サイズ以下の活ロブスターの米国州際通商または外国通商における販売または輸送を禁止した。この改正(以下、89年改正法)により、米国連邦法に定められる最小サイズ要件よりも小さいサイズ要件を課している外国および連邦各州原産のロブスターは、1989年12月12日以降、米国内へのまたは米国外への販売のため州際または外国通商に投入されることを禁止された(報告書パラグラフ2.1、以下同じ)。

89年改正法の目的は次の3点であった(3.5.16-19)。第1に、米国のロブスター業者が連邦法の最小サイズ要件を満たさないロブスターの原産地をカナダと偽って連邦法の規制を免れるのを防止すること、第2に、連邦法の最小サイズ要件をより実効的に実施し、連邦のロブスター資源の保存を強化すること、第3に、連邦法の最小サイズ要件が従来もっぱら米国産ロブスターにのみ適用され、カナダ産ロブスターに適用されなかったために米国漁民に生じていた競争上の不公平観を是正すること、である。

89年改正法は明示的に米国内のいかなる地点でも同法の執行が可能であるとしていたが、米国当局は、国境での取り締まりを限定的なものとし、主に卸売業者段階で取り締まることを意図していた。また、米国税関は89年改正法の執行について明示的な命令を受けていなかったが、商務省は税関に協力を要請することができ、税関もまたそのような協力を申し出る裁量権を有していた(3.5.20)。

なお、水温の関係からカナダ産ロブスターは米国産のものより短年で成熟し、捕獲可能なサイズも小さかったため(3.2.6)、米国産のものに対して天然の比較優位を有していた。

2. 1989年12月、カナダは米国向け輸出用のカナダ産ロブスターに対する最小サイズ要件の適用はガット違反の輸入禁止にあたる旨を通知した(2.4)。両国政府は、意見の対立が2国間協議によっても解決しなかったため(2.5)、1990年1月18日および同27日付け交換公文により、米加自由貿易協定(以下、F T A)第18章に基づき米加貿易委員会に紛争を付託し(1.2)、パネルへの次のような付託事項に合意した(2.6)。

(1) 89年改正法307条(1)(J)は、ガット11条を編入するF T A 407条の下での米

国の義務に反するか。

(2) 上記(1)の問題に対する回答が肯定的である場合に、当該米国立法はガット20条を編入するF T A 1 2 0 1条の下で適用可能な例外に服するか。

なお、上記(1)の問題のパネルへの付託に際して、米国は、当該立法がF T A及びガットの内国民待遇規定(ガット3条、F T A 5 0 1条に編入)の範囲内にあり、かつそれに合致していることを主張するのを妨げられないことが了解された(2.6)。さらに、F T A 1 8 0 7条(5)項に従い、米国は、パネルが上記問題(1)に関し肯定的決定を行い、かつ上記問題(2)に関し否定的な決定を行う場合には、パネルがさらに両当事国の主張に基づき当該改正法の貿易に対する不利な影響の程度について認定を行うよう要求した(2.6)。

3. パネルは、両当事国の合意により、以下の5名から構成された(1.5)。

Bernard Norwood(議長)(元米国通商代表部次席代表(Assistant Trade Representative))

Thomas A. Clingan, Jr. (マイアミ大学教授)

Robert E. Latimer (元カナダ貿易次官(Assistant Deputy Minister of Trade))

Simon V. Potter (カナダ・モンリオール州弁護士)

Mary Beth West (元米国商務省審議官(General Counsel))

4. 両当事国の主な主張は次のとおりであった。(以下、ガットの各条項に対応するF T Aの各条項への言及は省略する。)

i. カナダ

(1) 89年改正法はガット11条1項およびF T A 4 0 7条に違反する輸入に対する制限である(4.1.1.1)。

(2) 89年改正法はガット20条(g)の例外が適用される資源保存の措置ではなく、資源保存措置と偽装された貿易制限である(4.1.1.2)。

(3) 本件措置にガット3条は適用されない。ガット3条は国内市場において輸入産品を差別から保護する手段であり、それらの産品の輸入を妨げる手段ではなく、本件措置に3条を適用することはガット11条および20条を實際上無意味にする(4.1.1.3)。

(4) 米国の違反により、カナダは今後3年間につき約1億2700万ドル相当のロブスター市場の損失を被る(4.1.1.4)。

ii. 米国

(1) 米国産およびカナダ産のロブスターは同一の最小サイズ要件に服しており、したがって、89年改正法は、ガット3条の対象となる「国内措置」であり、11条の対象とな

る輸入にのみ適用される制限ではない(4.1.2.1)。

(2) パネルが米国の措置には正しく3条が適用されると認定する場合には、カナダがもっぱら11条のみにその異議申立を基礎づけることを選択しているのであるから、パネルの作業は終了する。パネルが89年改正法は11条に違反すると認定する場合には、同改正法には20条(g)の例外が適用される(4.1.2.2)。

(3) 貿易効果の問題は、第3国市場において利用可能な選択および最小サイズの増加がカナダにもたらす長期的な利益を考慮することなしには回答し得ない。そのような選択を考慮すれば、89年改正法は、貿易に対し短期的にはきわめて小さな損失をもたらす可能性があるにとどまり、かつ中長期的にはカナダに実質的な商業的利益をもたらす可能性がある(4.1.2.3)。

【報告要旨】

報告⁽¹⁾は多数意見(3名)と少数意見(2名)に分かれた。多数意見は、上記付託事項の(1)について肯定的に認定したので、そこで任務を終了した。少数意見は、上記付託事項の(1)について否定的認定を行ったので、付託事項の(2)を検討し、更にその結果、米国の要求に従い、当該措置の貿易に対する不利な影響の程度についても評価を試みた。

1. 多数意見

(1) 3条の基本原則および運用の諸規則は、輸入産品について競争的關係を保護するという文言において形成されている。当該措置が輸入産品に対して「国境」において適用されるのか、「国内」市場において適用されるのかを問わない(7.3.3)。したがって、11条と3条を「国境／国内」という文言で対比するのは「競争」要件を曖昧にし、誤解を招きやすい(7.3)。

(2) 本件米国の措置は国境でまたは国内的に適用可能とされているが、当該措置を国内的に適用するのが、米国の意図、期待および現在の政策である(7.6.3)。

(3) 本件改正法の効力発生以来の短期間における当該措置の適用に関する入手可能な最善の情報によれば、当該措置はカナダ産ロブスターが米国に搬入された後に適用されており、米国当局はそれらの措置を国内措置として適用するという、現在のおよび期待された将来の慣行を指摘した。パネルは、カナダ産ロブスターに対する当該米国措置の運用の事実に関して、それらの措置が米国の国内市場で適用されているという米国の報告を受諾する(7.7.4)。

(4) たとえ当該措置が完全に国境で賦課されるとしても、当該措置は国産およびカナダ産のロブスターに適用され、それゆえ 3 条が適用される種類の非保護主義的な措置である(7.7.5)。

(5) 米国の当該措置が〔3 条または 11 条の〕いずれかの規定の適用範囲に入ると決定されたとしても、カナダ産ロブスターに対する貿易効果は異ならない。すなわち、一定サイズ以下のロブスターの輸入がゼロになるということである(7.8.3)。したがって、当該措置の効果は 11 条または 3 条のいずれが適用可能かを決定するものではない(7.8.5)。

(6) 11 条も 3 条も適用範囲を画定するにあたって当該措置をその強度によって区別していない。11 条 1 項は、明示的に輸入の「禁止または制限」を扱う。3 条は、明示的には禁止と制限を区別しない。3 条の適用範囲は、部分的には外国産品の国内販売に「関する法令および要件」として述べられている(7.9.2)。したがって、11 条または 3 条の可能な適用を決定するために、当該措置の相対的な強度または絶対性（とくに禁止または制限）は、それ自体これらの規定のいずれが当該措置に適用されるかを決定するものではない(7.9.5)。

(7) ハヴァナ小委員会の初期の基準を利用すれば、カナダ産ロブスターに課される米国の当該措置は、もっぱら輸入品にのみ適用される措置ではなく、したがって、11 条 1 項は適用されない。当該措置は、輸入国に産品の搬入の時点で、かつその条件として賦課されるものではなく、かつ同種の国内産品に国内的に課される同様の課徴金または数量割当とは何ら関係なくもっぱら輸入産品にのみ適用されるというわけではないので、輸入の禁止に関する措置とはみなし得ない(7.12.4)。

(8) 輸入産品に対して賦課された措置が 3 条の適用範囲に入るか否かを決定するにあたり、当該措置が特定の政策目的を有することを要求するガットの要件は存在しない。3 条の適用範囲の基準は、何が当該措置の保護的または非保護的性質とみなされるべきかに依存する(7.20.1)。

(9) 当該米国措置に 3 条が適用されるかどうかを決定するにあたって利用されるべき適当な原則は、同条 1 項の非保護の原則であると結論する(7.22.1)。

(10) 米国およびカナダ産の活ロブスターに対して課された米国の措置には、3 条が適用され、11 条は適用されない。とりわけ、当該措置は、米国国内市場において現在適用されているように、また国境で適用される場合でも、「産品の国内における販売、販売のための提供、購入、輸送、分配または使用に関する法令および要件」の範囲に入る(7.22.2)。

(11) 本件の 3 条の措置が同条の内国民待遇要件に合致しているかどうかについて決定を行わない。なぜなら、そのような決定は、当事国によって規定された付託事項の範囲外にあるからである(7.22.2)。

2. 少数意見

i. ガット 11 条および 3 条の適用可能性

(1) ある措置がもっぱら 3 条または 11 条の適用範囲に入り、決して両方の適用範囲に入ることはないということは必ずしも論理的に必要ではない。3 条の適用範囲に入り、かつその要件を尊重するように見えるある措置が、それにもかかわらず 11 条によって禁止されうるという可能性を排除するものは論理的に何も存在しない(8.1.4)。

(2) ある措置は次の 3 つの基準を満たす場合に 11 条の適用範囲に入る。第 1 に、当該措置は、輸入産品に対して数量的制限（全面的または部分的）を課す禁止または制限でなければならない(8.2.3)。第 2 に、禁止または制限は、割当、許可またはその他の措置を通じて実施されなければならない。第 3 に、11 条の禁止または制限は、輸入国の内国通商にすでに導入された産品に対してではなく、産品の輸入に対して設定されなければならない(8.2.5)。

(3) ある措置は次の 3 つの基準を満たす場合に 3 条の適用範囲に入る。第 1 に、当該措置は産品の国内における販売、使用または輸送に「関する」(affect)ものでなければならない(8.2.9)。3 条における「関する」(affecting) という文言の使用は、国内産品と競争する「輸入」産品の国内的な「販売、使用または輸送」の現実的なまたは潜在的な存在を前提とする。この解釈において、3 条は必然的に、輸入産品の販売、輸送または使用の完全な禁止をその適用範囲から除外する。したがって、3 条は輸入産品の国内販売、使用または輸送の条件に影響を及ぼすまたは変更する法令または要件にのみ適用され、外国産品の販売を完全に禁止する措置には適用されない(8.2.11)。第 2 に、3 条は、輸入された(imported)産品、すなわち輸入国の市場に既に導入された産品に適用される(8.2.12)。第 3 に、輸入後に生じる事項ではなく、輸入それ自体に「関する」措置は 3 条の適用範囲にはない(8.2.13)。

(4) 論理的には、両方の定義を満足する措置は 11 条の下で禁止される。3 条の措置は 11 条によって同時に規制されない限り、そしてその場合には禁止されることになるのだが、3 条の基準を満たさなければならない(8.3.1, n. 97)。

(5) ある措置が輸入産品と国内産品の双方に適用されるという事実は、分類の問題に回答を与えるものではない。ある措置はあたかもそれが3条の要件を満たすからといって単にそれだけの理由では必ずしも3条の措置ではない(8.3.6)。

(6) 11条のいかなる文言も、それが規定する禁止または制限はもっぱら輸入にのみ適用されなければならないとは明示的にも黙示的にも述べていない。もしそのような仮説が妥当するとすれば、11条2項(c)(i)に述べられる例外が無意味になってしまう。11条2項(c)(i)は、11条に違反する制限的措置は輸入制限の存在が同種の国内産品の数量を制限するように作用する(国内)措置の実施のために必要である場合には有効であると述べている。この規定は必然的に、輸入産品と国内産品の双方に適用される制限の存在を前提としている(8.3.10)。

(7) 3条の注釈によれば、執行の地点によって3条の適用が排除されるわけではない。ある措置は、それが国境で適用されるという理由で11条によって禁止されるわけではなく、むしろそれが産品の輸入国市場又はその商業への参入を妨げることを理由として11条により禁止されるのである(8.3.16)。

(8) 決定的な基準は当該措置の実際効果である(8.5.4)。89年改正は、国際通商、実際には輸入に対する禁止または制限である。その意図された、かつ実際の効果はカナダ産およびいくつかの国内産の最小サイズ以下のロブスターに1990年1月(Sic.)まで存在していたアメリカ市場へのアクセスを否定することである(8.5.9)。

(9) 89年改正の効果(最小サイズ以下のカナダ産ロブスターの米国市場からの排除という同改正の起草者の意図した効果)ならびに11条の文言およびガットのパネル先例の分析に照らして、89年改正は11条によって禁止される(8.5.9)。

ii. ガット20条gの適用可能性

(1) 当該米国の措置をガット11条1項違反と認定したので、次にガット20条gの例外の適用可能性を検討する。20条gの適用基準は、次の4点である。第1に、当該措置が有限天然資源に関連するものでなければならない。第2に、当該資源の国内生産が同様に制限されなければならない。第3に、当該措置は外国国家間の恣意的または不当な差別を伴ってはならない。第4に、当該措置は保存を主たる目的としなければならない(9.2.1)。

(2) これらの要件の充足についての立証責任は米国側にある。一般規則に対する例外として20条gが適用可能であれば、米国は11条の規定の適用を免れるからである

たのである。

多くの場合に「国境措置」と「国内措置」の区別を基準として3条と11条の規制対象を分類することは容易であろう。しかし、多様な政府措置の中には、このような分類が困難なものも存在する。その点を配慮してか、ガットの起草者は付属書Iの注釈及び補足規定に「第3条について」と題する規定（以下、「3条についての注釈」または単に「注釈」と呼ぶ。）を設けた。それによれば、3条の適用範囲に入るある「国内措置」は、輸入産品と同種の国内産品の双方に適用される限りで、たとえ輸入産品に対して輸入の際にまたは輸入の地点で課されるものであっても、なお「国内措置」とみなしてこれを3条の適用範囲に含めるものとされた。

この注釈は、確かに「国内措置」であるのか「国境措置」であるのかの区別が困難な政府措置のうちの一定範囲を包含するものであろう⁽³⁾。しかし、この注釈によっても包含されず、なお依然としてそのような区別が困難な政府措置が存在する可能性は否定できない。さらに、この注釈それ自体が、結果的に「国内措置」と「国境措置」の境界を曖昧にし、3条と11条の規制対象を分類するための基準として「国内措置」と「国境措置」の区別を採用することを困難なものとしたことは否定できないであろう⁽⁴⁾。したがって、本争点を検討することは、3条についての注釈の意味および適用範囲をどのように考えるか、また、11条と3条のそれぞれの規制対象を分類するためにいかなる基準が用いられるべきか、という問題を考慮する上でも、きわめて重要な意義を有するものと言えよう。

さらに本争点は、ポスト・ウルグアイラウンドのテーマの一つである「貿易と環境の関係」との関連でも、実際の意義を有することを指摘しておかなければならない。本件は、輸出国の設定する国内環境基準と輸入国の設定するそれが異なる場合には、輸入国の国内環境基準が場合によっては輸入制限効果を持つ貿易障壁となる可能性があることを示唆する。したがって、本争点は、より一般的には、輸入国の当該環境基準を3条の「国内措置」と性質づけるのかまたは11条の「国境措置」と性質づけるのかという問題として提起されることになる。国際的な環境保護に対する関心の高まりの中で、各国が様々な環境基準を設定するに伴い、本件と同様の争点が頻繁に提起されることが予想される。

ii. 多数意見における分類の基準

多数意見の論理の展開は、およそ次のようである。

多数意見はまず、3条と11条がそれぞれの適用範囲を異にしており、両者は相互排他的な関係にあるという前提から出発する⁽⁵⁾。そして、本件措置が3条と11条のいずれ

の適用範囲に入るのかを判断するために、分類の基準を模索する。

多数意見は、3条の適用範囲が3条についての注釈によって単に「国内措置」ばかりでなく「国境措置」にも拡大され、したがって、3条と11条の規制対象を分類するために「国内措置」と「国境措置」の区別を強調することは適切ではないことを指摘する⁽⁶⁾。

しかしながら、多数意見は次に、本件措置が米国により「国内措置」と「国境措置」のいずれとして意図されているのか、本件措置が実施される場所についての米国の政策は何か、さらに本件措置は実際どこで適用されているのかをやや執拗に検討する⁽⁷⁾。そして、本件措置が米国の国境で適用される可能性があるが、基本的には米国の国内市場で適用されるという米国の主張を受諾すると述べる⁽⁸⁾。

その後、多数意見は当該措置の効果、強度（禁止かまたは制限か）、および政策目的が分類の基準となり得ないことを述べ⁽⁹⁾、さらにガット・パネルやF T Aの先例を検討する⁽¹⁰⁾。しかし、結局、多数意見は、本件措置に3条が適用されるかどうかの基準は3条1項の「非保護の原則(nonprotection principle)」であると結論する⁽¹¹⁾。ここで多数意見が意味する「非保護の原則」というのは、当該措置が輸入產品と国内產品の双方に適用されることを意味しているようである⁽¹²⁾。そして、結論において、やや唐突に本件の措置には3条が適用され、11条は適用されないという判断を下す⁽¹³⁾。

したがって、以上のような全体的な論理の展開からすると、多数意見は何よりもまず分類の基準として「非保護の原則」を中心に据えているようである。注目されるのは、「国内措置」と「国境措置」の区別を適切でないとしながらも、本件措置が米国の国内市場で適用されるという事実をやや執拗に探求した点である。この点は、多数意見が必ずしも論理的に一貫していないことを示しているが、それにもかかわらず、多数意見がなお、本件措置が「国内措置」として実施されているという事実を重視していることを示している。多数意見が「3条の適用上、国境か国内かの区別に基づく分類は、国内措置の利用において国内生産の保護を回避する基本原則に対して関連はするが、補足的である」⁽¹⁴⁾と述べていることからすると、そのような事実は、少なくとも上述の「非保護の原則」に対する補足的な分類基準として考慮されているようである。

問題は、多数意見が主張する以上の2つの分類基準から、本件措置が3条の適用範囲に入るという結論がどのようにして導かれたのか、ということである。この点についての論理的な展開を多数意見は必ずしも明確にはしていない。この問題に対する1つの回答は、多数意見が「3条についての注釈を3条の実際適用に対して意味のある貢献を行うもの

とみなしている」⁽¹⁵⁾という点に見いだせるように思われる。すなわち、多数意見は、実質的にはまさに3条についての注釈に従って本件措置が3条の適用範囲に入るという結論を導き出したように思われるのである。

3条についての注釈は、上述のように、3条の適用範囲に入る「国内措置」は、輸入産品と国内産品の双方に適用される限りで、たとえそれが輸入産品について国境で適用される場合でも、なお「国内措置」とみなされるべきであると規定する。すなわち、この注釈は、あくまで「国内措置」としてすでに分類されている措置についての規定にすぎず、問題とされたある措置を新たに「国内措置」として分類しようとする規定ではないように思われる⁽¹⁶⁾。やや矛盾を含んだ言い方ではあるが、3条についての注釈の下で、3条の適用範囲に入る「国内措置」と分類されるためには、当該措置がすでに「国内措置」と分類されていること、および当該措置が輸入産品と国内産品の双方に適用されていることという2つの要件が充たされなければならないといえよう。

本件措置が基本的に米国の国内市場で適用されているという事実を、多数意見が重視しているのは、この事実から本件措置がすでに「国内措置」に分類可能であることを示そうとしているようであり、また、本件措置について多数意見が「非保護の原則」を強調するのは、本件措置が輸入産品と国内産品の双方に適用されていることを示そうとしているようである。そして、そうすることで、多数意見は3条についての注釈を適用するための上述の2つの要件が充たされていることを確認しようとしたように思われる。

したがって、多数意見が、実際、3条についての注釈に従って本件措置を「国内措置」と判断したのであれば、多数意見はこの注釈を適用する以前にすでに本件措置を「国内措置」として分類していたことになる。少なくとも3条についての注釈の上述の解釈からは、そのように考えなければならない。そして、その際の分類の基準は、まさに多数意見がやや執拗に検討した事実、すなわち、本件措置が基本的には米国の国内市場で適用されるという事実にはかならない。

このようにして、多数意見の論理を突き詰めると、結局、多数意見は、唯一、当該措置が国内で実施されるというきわめて単純な事実のみを「国内措置」の分類基準として採用し、結論の先取りを行っているように思われるのである。そして、そのようにしてすでに分類された措置が国境で実施される場合に、3条についての注釈によれば、当該措置は輸入産品と国内産品の双方に適用される限りでその「国内措置」としての性質を失わないということを述べているにすぎないように思われる。本件措置はそのような意味で3条の適

用範囲に入るのである。

もとより多数意見は、3条についての注釈を「3条の実際の適用に対して意味のある貢献を行うものとみなしている」⁽¹⁷⁾が、実際に3条についての注釈が多数意見全体のモチーフであったかどうかは定かではない。評者は、多数意見の論理展開からそのようにみえると推論しているにすぎない。また、多数意見が結果的に支持することになった米国政府の主張の中にも、3条についての注釈を決定的なものとみなす箇所は存在しない。そこで、以下では多数意見の問題点を2通りに場合分けして指摘することにする。

第1は、上述のように多数意見がとくに3条についての注釈に従って結論を導いたと考えられる場合である。この場合には、何よりも上述のように結論の先取りがなされていることが問題となるであろう。多数意見は、本件措置を3条についての注釈に従って「国内措置」と結論づける前に、本件措置をすでに「国内措置」として分類していたことになる。そして、その場合の分類基準は、突き詰めれば、当該措置が基本的に国内で実施されるというきわめて単純な事実であった。そのような単純な事実を分類の基準とすることが著しく説得力を欠くことは言うまでもない。それ以上に、そのような基準の採用は、当該措置が「国内措置」であるかどうかの問題について、結局出発点に戻ったかのようであり、したがって循環論に陥っていると言えなくもない。なお、この場合、多数意見が強調する「非保護の原則」は、あくまで3条についての注釈を適用するための、もう1つの要件でしかなく、したがって、分類のための決定的基準としては機能していないことになる。

第2は、多数意見が、必ずしも3条についての注釈にのみ従ったのではなく、関連する諸規定の全体的な解釈から、必ずしも論理的ではないが、いわば独自の判断を下したと考えられる場合である。この場合、分類のための主要な基準は、多数意見が強調する「非保護の原則」、すなわち、輸入產品と国内產品の双方に当該措置が適用されることである。そして、本件措置が国内で実施されるという事実は、多数意見が述べているように「非保護の原則」を補足する分類基準として考慮されることになる。

この場合の問題点としては、まず、一方で「国内措置」と「国境措置」の区別を分類の基準とすることの不適切さを指摘しておきながら、他方で本件措置が米国国内市場で適用されるという事実を執拗に探求するという論理的矛盾の存在を挙げることができるであろう。しかし、より重要な問題点は、「非保護の原則」を分類のための主要な基準とすることから生じる。すなわち、多数意見は、3条の適用範囲に入る為には当該措置が輸入產品と国内產品の双方に適用されなければならないとするが、このような基準は3条と11条

の措置を分類するための基準としては機能しない可能性がある。少数意見も指摘するように⁽¹⁸⁾、11条2項(c)(i)の例外規定は、11条1項に違反する制限的措置が同種の国内産品の数量を制限する措置の実施のために必要である場合には合法であると規定している。したがって、この例外規定は、11条の規制対象である措置が輸入産品ばかりでなく同時に国内産品にも適用される場合があることを想定していると解釈することができる。そうであるとすれば、当該措置が輸入産品と国内産品の双方に適用されなければならないという基準は、それ自体では3条と11条の規制対象を分類する基準としては機能しないことになる。

さらに、この「非保護の原則」が3条の適用を可能にし、11条の適用を排除するとすれば、たとえば輸入国が自国で生産されていない産品の国内販売を禁止しても、その措置が国内産品と輸入産品の双方に適用される形式をとっている限りで11条の適用を免れるという実際上の不都合も生じうる。この点は少数意見も指摘するところである⁽¹⁹⁾。

結局、以上の第1の場合であれ、または第2の場合であれ、多数意見にはいくつかの問題点が含まれており、その判断の妥当性は疑問なしとしない。いずれの場合であれ、多数意見に特徴的なことは、多数意見が本件措置の実施の形式に注目している点である。本件措置が米国国内市場で適用される形式を採用していることや、輸入産品と国内産品の双方に適用される形式を採用していることが、3条と11条の規制対象の分類基準とされているのである。そして、この特徴がまさに少数意見との対立点を構成している。

なお、さらに次の点も指摘しておく。上述のように、多数意見において「非保護の原則」というのは、当該措置が輸入産品と国内産品の双方に適用されることを意味しているようである。しかし、「非保護の原則」という言葉は、多数意見も述べているように3条1項の実体的義務に由来している。したがって、ある措置が「非保護の原則」に従っているという場合には、一般的には3条の実体的要件が充たされていることを意味するようと思われる。しかし、本争点は、あくまで実体的義務を適用する前提としての分類の問題であり、手続問題としての性格を有する。その意味では、実体的判断を含むような用語の使用は避けるべきで、むしろ形式的な要件として当該措置が輸入産品と国内産品の双方に適用されているかということを問題にすべきであったと思われる。厳密に言えば、ある措置が輸入産品と国内産品の双方に適用されているということは、必ずしも3条1項の「非保護の原則」が従われていることを意味しないからである。

iii. 少数意見における分類の基準

少数意見の論理の展開は、およそ次のようである。

少数意見はまず、3条と11条の関係について、両者は必ずしも相互排他的ではなく、ある措置が同時に3条と11条の双方の適用範囲に入る可能性を排除するものは論理的に何も存在しないとする⁽²⁰⁾。その上でなお、本件措置が3条と11条のいずれによって規制されるべきかを検討する。

少数意見は、11条および3条の適用範囲についてそれぞれ次のように考える。11条は外国産品が輸入国の国内商業に参入するのを妨げるような効果を有する措置に適用される⁽²¹⁾。また、3条は輸入国の国内商業に参入した外国産品に対し輸入国の国内市場での販売、使用または輸送について充たすべき条件を課す措置に適用される。ただし、少数意見は、輸入産品の輸入国市場での販売、使用または輸送の全面的な禁止措置は3条の適用範囲から除外する⁽²²⁾。

少数意見は次に、ガット・パネルの先例やガットの起草案を検討し、輸入産品と国内産品の双方に適用される措置に11条が適用されるとした先例が存在しないこと⁽²³⁾、しかしまた、11条の制限的措置がもっぱら輸入産品にのみ適用されなければならないとする先例も存在しないことを指摘する⁽²⁴⁾。さらに、3条についての注釈に関連して、ある措置の執行の地点は決定的ではないと述べる⁽²⁵⁾。

少数意見によれば、決定的な基準は当該措置の実際効果であるとされる⁽²⁶⁾。少数意見は、当該措置の単なる形態や文言だけでなく、実態も見なければならないと述べる⁽²⁷⁾。そして、本件措置の実際効果は、米国市場における外国産品の販売の絶対的禁止であるとし⁽²⁸⁾、したがって、3条の適用範囲から排除されるという。同時に、本件措置は、外国産品の米国市場への参入を妨げる効果を有するから、11条の適用範囲に入り、11条によって禁止される措置であると結論する⁽²⁹⁾。

少数意見の以上のような論理展開は、多数意見に比較して一見単純で明瞭であるようにみえる。しかし、詳細に分析すればいくつかの点で不明な箇所が存在し、少数意見の判断の妥当性についても多数意見と同様、疑問なしとしない。

まず、何よりも当該措置の実際効果を分類のための決定的基準とすることの妥当性が問われなければならない。必ずしも明らかでないのは、ここでいう実際効果が輸入国市場への参入を絶対的に否定する禁止的效果だけを指しているのか、そればかりでなく制限的效果をも指しているのか、という点である。一方で、11条が禁止する措置は禁止的であるか制限的であるかを問わないから、少数意見も、分類の基準として禁止的效果ばかり

でなく制限的效果をも意図している可能性は大きい。しかし、少数意見の文言からはそうであるとは必ずしも断言できない⁽³⁰⁾。他方で、少数意見は単に少なくとも禁止的效果があれば11条の適用範囲に入ると述べているだけで、制限的效果が11条の適用の基準となるとまでは述べていないのかもしれない。本件の措置は、両紛争当事国が認めるように輸入禁止的效果を有していた⁽³¹⁾。それゆえ、少数意見は、本件措置についてのみ判断し、少なくとも本件措置は輸入禁止的效果を持つから11条の適用範囲に入ると述べているだけであって、一般的に分類の基準を探究しているわけではないと考えることも可能である。ただし、少数意見は3条の適用については明白である。少数意見は、一般的に輸入国市場での国内販売を禁止する効果を有する措置が3条の適用範囲から排除されることを明示している⁽³²⁾。

しかしながら、いずれの場合であっても、当該措置の実際的效果を分類の基準とすることには問題がある。少数意見が禁止的效果ばかりでなく、制限的效果をも含めて分類基準として考えていたとすれば、結局、ある措置は、外国産品の輸入国市場への参入を制限する効果を有する限りで、11条の適用対象に入ることになる。しかし、このような分類基準は、11条の適用範囲を際限なく拡大し、3条の存在意義を失わしめることになる。3条の適用範囲に入る措置は差別的「国内措置」であるが、当該措置が差別的または保護的である限り常に輸入制限的效果を同時に持つから、11条で禁止されることになる。そうであるとすれば、3条はもはや必要なくなるであろう。

また、少数意見が単に少なくとも禁止的效果があれば11条の適用範囲に入ると述べているにすぎないとすれば、その場合には、少数意見はさらに次の2つのいずれかの場合を想定していると考えられる。第1は、ある措置は禁止的效果を持つ場合はもとより制限的效果を持つ場合も11条の適用範囲に入ると想定している場合である。しかし、この第1の場合は、少数意見が、禁止的效果ばかりでなく、制限的效果をも含めて分類基準として考えていた上述の場合とまったく同じことになる。したがって、まったく同じ問題が指摘できることになる。第2は、ある措置は、禁止的效果があれば11条の適用範囲に入るが、禁止的でなく単に制限的效果しか持たない場合には、11条の適用範囲に入らないと想定している場合である。しかし、この第2の場合には、明らかに11条の文言に反することになる。すでに述べたように、11条の文言それ自体が禁止と制限の双方を規制の対象に含んでいるからである。また、実際上も、ある措置が禁止的效果を持つのか制限的效果を持つのかを判断することは、必ずしも容易ではない。ある措置は、輸入国の市場の状況に

よって⁽³³⁾、または、輸出国の事情によって⁽³⁴⁾、当該輸出国産品の輸入国市場への参入に対して禁止的效果を持ったり、制限的效果を持ったりする。このため、当該措置は11条の規制対象になったり、ならなかったりするという不安定な状況が生じることになる。なお、上述のように、少数意見は、輸入国市場での国内販売を禁止する効果を有する措置は3条の規制の対象外となると述べているが、3条はその文言上、措置を禁止であるか制限であるかによって区別していないし、禁止と制限を区別することの実際上の困難さは11条について述べた場合と同様である。

少数意見で興味深い他の点は、3条と11条の関係についての見解である。少数意見は3条と11条が論理的に必ずしも相互排他的である必要はないと述べている。そして、ある措置が双方の規定の適用範囲に入るとされる場合には、論理的には11条の下で禁止されるとする⁽³⁵⁾。このような見解は、おそらく少数意見が上述のようにある措置の実際の効果に注目していることに由来するのであろう。3条の適用範囲に入る多くの国内措置が輸入制限的效果を持つことから、効果だけを基準にすれば、これらの措置は同時に11条の規制対象ともなると言えるからである。実際的な効果を基準とすることの問題点は既に指摘した通りである。ここでは、3条と11条の関係を相互排他的とみるか、競合的とみるかによって、3条についての注釈の存在意義が若干異なってくる点に注目してみよう。

まず一方で、3条と11条の関係を相互排他的であるとみなす見解によれば、3条についての注釈は、ある「国内措置」が輸入産品について国境で適用されることにより、さもないければ「国境措置」とみなされて11条の適用を受けるべきものを、一定の要件の下になお「国内措置」とみなして3条の適用対象に含め、11条の適用を排除するという意義を有する。「国内措置」が輸入産品について便宜的に国境で適用されることは少なくないから、この注釈はそのような便宜上の合理的な意義を有することになる。

他方で、3条と11条が相互排他的ではなく、競合的関係にあるとみなす見解によれば、本来この注釈の規制対象として意図された措置は「国内措置」と「国境措置」の両方の性格を持つものであるから、3条と11条が競合的に適用されることになる。この場合、この注釈が当該措置には3条が適用されることを確認するにすぎず、11条の適用を排除するものではないとすれば、当該措置は論理的には11条によって禁止されることになるから、3条についての注釈はその存在意義を失うことになる。この注釈が3条の適用を確認し、同時に11条の適用を排除するものであるとすれば、国境で適用される「国内措置」だけが11条の規制を免れ、他の多くの「国内措置」は11条によって禁止される可能性

がある。この場合、何故この注釈が適用される措置だけが11条によって禁止される必要がないのか、合理的な理由を見いだすことができない。

したがって、ガットの起草者が少なくとも3条についての注釈の存在意義を疑わしめるような解釈論を支持していたとは考えられないから、3条と11条の関係についての少数意見の見解は支持できるものではない。

iv. 評者の見解

本争点についての評者の見解を述べておこう。

確かに、本争点の意義について最初に述べたように、ある措置が3条の適用範囲に入るのか11条の適用範囲に入るのかという問題は、理論的には当該措置のガット合法性によって重大な意義を有することがある。しかし、実際には、本争点の解決を回避して当該措置のガット合法性を判断することは必ずしも不可能ではない。それは、当該措置がいずれかの規定の適用範囲に入るものと仮定して、当該規定の下で実体的判断を試みることである。ガットのパネルもしばしばこのような審理上のテクニックを利用してきた。

たとえば、輸入国国内市場への参入を實際上禁止するような輸入制限的效果がきわめて強い措置については、3条と11条のいずれの規制対象に分類しても、それぞれの規定の実体的適用の段階で違法性が認定される可能性が高いように思われる。とくに3条は、保護主義的な措置を禁止しており、そのような措置が3条の下で違法と認定される可能性は高いように思われる。また、11条が適用される場合には、例外規定の援用の可能性が問題となるが、たとえば20条は差別的または偽装的な貿易制限には適用されないから、結局、そのような措置は11条の下でも違法と認定される可能性が高いと思われる。したがって、3条と11条のいずれが適用されるかという分類の問題を回避して、いずれの規定の下でも違法性を認定できる場合には、当該措置のガット合法性はとにかく否定できることになる。

もっとも本件の場合、付託事項において、パネルは3条の実体審理を行う権限を与えられていなかったことから、上述のようなテクニックは利用することはできなかったと言えよう。したがって、このような制約がある場合には、なお、当該措置が3条の規制対象であるのか、11条のそれであるのかという問題をやはり正面から取り上げなければならない。分類の基準については、多数意見は、結局、本件措置がどこで実施されるか、または当該措置が輸入産品と国内産品の双方に適用されているかという点に注目し、したがって、当該措置の形態を判断基準にした。これに対して、少数意見はもっぱら当該措置の実効的効

果に着目した。しかし、いずれもやや一面的であるとのそしりを免れず、評者としては、両方の判断基準を総合した多面的な判断基準が模索されてもよかったのではないかと考える。いずれにしても、現行のガット規定の枠組みにおいては、解決の困難な理論的争点である。

2. その後の経緯

米加貿易委員会に提出された本報告は、本来勧告的効力を与えられているにすぎないため、カナダは本報告を受け入れるには至らなかった。カナダは、本報告が多数意見と少数意見に分かれ、多数意見が米国国籍のパネリストによって、また少数意見がカナダ国籍のパネリストによって構成されたため、本報告には政治的なバイアスがかかっていると非難した。

その後、米加のロブスター産業が紛争解決の為の妥結交渉を行い、1990年7月17日に両国産業は両国政府への行動要請を含む「了解」に合意した⁽³⁶⁾。この「了解」は、カナダが最小サイズ要件におけるサイズを大きくすることを条件に、米国の連邦法上の最小サイズ要件の強化計画の実施を遅らせるというものであった。同年9月には、この了解を受けて両国政府間で交渉が行われ、合意のための草案が作成されたが、結局、カナダは、11月7日、カナダのロブスター漁民の強い反対を受け、またカナダ水域のロブスターの最小サイズ要件を拡大する生物学的根拠がないという理由で、合意草案の受諾を拒否した⁽³⁷⁾。他方、1991年の1月初頭、米国側では、ロブスター資源保存計画の実施権限を与えられているニューイングランド漁業管理委員会が、カナダ産小ロブスターの外国市場確保を理由として、米国の最小サイズ要件を現行のまま2年間維持することを勧告した⁽³⁸⁾。

[注]

(1) Lobsters from Canada, USA 89-1807-01, Final Report of the Panel, May 25, 1990.

(2) 3条と11条が相互排他的な関係にあることを明確に宣言するパネル先例としては、「カナダ——外国投資審査法の運用」に関する1984年のパネル報告が存在する。さらに、同様の解釈を採用する最近のパネル先例としては、「米国——マグロの輸入制限」に関する1991年および1994年のパネル報告がある。

(3) McGovern, INTERNATIONAL TRADE REGULATION, § 8.212(1994).

(4) McDorman, Dissecting the Free Trade Agreement: Lobster Panel Decision,

18 Canadian Business L.J. 445, 452-3(1991).

(5) この点についての多数意見の直接の言及は見当たらないが、多数意見は「カナダー外国投資審査法の運用」に関する1984年のパネル報告を3条と11条が相互に排他的な関係にあることを表明する先例として引用する。See *Lobsters from Canada*, supra note

1, para. 7.13. (6) *Id.* para. 7.3.

(7) *Id.*, paras. 7.5-7.7.

(8) *Id.*, para. 7.7.4.

(9) *Id.*, paras. 7.8, 7.9, and 7.20.

(10) *Id.*, paras. 7.11-7.20.

(11) *Id.*, para. 7.22.1.

(12) *Id.*, para. 7.7.5.

(13) *Id.*, para. 7.22.2.

(14) *Id.*, para. 7.22.1.

(15) *Id.*

(16) 3条についての注釈の意味について、マクガバンは、「輸入産品と同種の国内産品の双方に適用されるある措置(a measure)は、たとえ輸入産品について輸入の時にまたは輸入の地点で適用される場合でも、国内措置とみなされなければならない」[アンダーラインは評者]と述べているが(McGovern, supra note 3, § 8.212.)、それは正確ではないように思われる。3条についての注釈は「内国税その他の内国課徴金又は1に定める種類の法令若しくは要件で、……」と規定し、その適用対象はすでに「国内措置」として分類されている措置である。

(17) *Lobsters from Canada*, supra note 1, para. 7.22.1.

(18) *Id.*, para. 8.3.10.

(19) *Id.*, para. 8.3.12.

(20) *Id.*, para. 8.1.4.

(21) *Id.*, paras. 8.2.3-8.2.6.

(22) *Id.*, paras. 8.2.9-8.2.15.

(23) *Id.*, para. 8.3.4.

(24) *Id.*, para. 8.3.13.

(25) *Id.*, para. 8.3.15.

(26) *Id.*, para. 8.5.4.

(27) *Id.*, para. 8.3.9.

(28) *Id.*, para. 8.5.5.

(29) *Id.*, para. 8.5.9.

(30) 少数意見は、たとえば一方で、「輸入品に対する（全面的または部分的）数量制限をもたらす『禁止または制限』」（*id.*, para. 8.2.3）という文言を用いているが、他方で「製品の市場への参入を妨げる」（*id.*, para. 8.5.3）、「輸入製品が市場に参入するのを完全に妨げる」（*id.*, para. 8.5.4）、または「アメリカ市場へのアクセスを否定する」（*id.*, para. 8.5.9）という文言をも用いている。

(31) 多数意見も次のように述べている。「カナダ産ロブスターに対する貿易上の効果は当該措置がいずれの規定の適用範囲に入ると決定されても異ならない。サイズ以下のロブスターの輸入はゼロになるということである。」（*id.*, para. 7.8.3 and n. 55）

(32) *Id.*, paras. 8.2.11 and 8.2.15.

(33) たとえば、多数意見は、従来の輸入実績が8万台であるときに年間輸入数量を1万台に割り当てることや、特定の表示または包装の仕様を要求することは、割当数量をゼロにするのと同様に、国内での販売を困難または不可能なものにすると述べている。

Id., para. 7.9.4.

(34) たとえば、輸入国が製品の安全基準や環境保護基準を高く設定することによって、一部の発展途上国は、自国産業の技術水準を理由に事実上輸出が不可能になることが考えられる。

(35) *Lobsters from Canada*, *supra* note 1, para. 8.3.1, n. 97.

(36) Peabody, *The Lobster Size Conflict: Use of United States-Canada Free Trade Agreement Dispute Resolution Procedures*, 1 *Territorial Sea J.* 273, 287(1991); McDorman, *supra* note 3, at 456.

(37) Peabody, *id.*, at 288; McDorman, *id.*

(38) McDorman, *id.*

【参考文献】

注に掲げた。

（平 覚）