

米国の越境賭博サービス規制に係る 21.5 条手続

(パネル報告 WT/DS285/RW , 提出日 : 2007 年 3 月 30 日、採択日 : 2007 年 5 月 22 日)

東 條 吉 純

【本件事案の経緯 (略年表)】

申立国 : アンティグア・バーブダ(Antigua and Barbuda) (以下、「アンティグア」)

被申立国 : 米国

〔原手続 (採択)〕(第三国参加 : カナダ、台湾、EC、日本、メキシコ)

2003 年 3 月 13 日 アンティグア、協議を要請。

2003 年 6 月 12 日 アンティグア、パネル設置を要請(同年 7 月 21 日パネル設置)。

*その後、相互に満足すべき解決に向けた交渉のため、両国はパネル手続中断を要請し(DSU12.12 条)、これに従ってパネル手続は一時中断されたが、2004 年 11 月 8 日に手続は再開された。

2004 年 11 月 10 日 パネル、報告書を配布 (米国の協定違反を認定)。

2005 年 4 月 7 日 上級委員会、報告書を配布 (米国の協定違反を認定)。

2005 年 4 月 20 日 DSB、上級委員会報告書(WT/DS285/AB/R)及び上級委により修正されたパネル報告書(WT/DS285/R)を採択。

〔実施のための妥当な期間の設定〕

2005 年 8 月 19 日 21.3 条(c)仲裁決定を配布 (仲裁人は Claus-Dieter Ehlermann 氏、「妥当な期間」は 11 ヶ月 2 週間との仲裁判断 (実施期限は 2006 年 4 月 3 日))。

〔 21.5 条手続 (採択)〕(第三国参加 : 中国、EC、日本)

2006 年 7 月 6 日 アンティグア、21.5 条手続によるパネル設置要請 (以下、「本件手続」)(同年 8 月 16 日パネル設置)

2007 年 1 月 25 日 パネル、当事国に中間報告を提出。

2007 年 3 月 30 日 本件手続によるパネル報告書を配布 (以下、「本件パネル報告書」)

2007 年 5 月 22 日 DSB、本件パネル報告書を採択。

〔 対抗措置の承認手続 (仲裁付託中) GATS 第 21 条約束修正手続 (継続中) 〕

- 2007年5月 米国、越境インターネット賭博にかかる自由化約束表の修正の意思をWTOに通報。EU、アンティグア、インドら8ヶ国・地域が補償のための協議要請(6月20日期限)。
- 2007年6月21日 アンティグア、DSU22.2条に基づく対抗措置の承認申請(GATS及びTRIPS協定に基づく譲許その他の義務の停止)。
- 2007年7月23日 米国は、上記対抗措置申請に関して、停止される譲許等の水準に対する異議、同申請がDSU22.3条に定める原則及び手続の不遵守の主張を行ったため(DSU22.6)、翌日(7月24日)のDSB会合において仲裁付託が決定される。

I. 事実の概要

本件紛争は、米国による越境賭博規制に対して、アンティグアがGATS違反を理由として申立を行った事案である。パネル・上級委員会とも米国のGATS違反を認定し、両報告書は2005年4月20日、DSBにより採択された。本件紛争において問題とされた対象措置は、3つの米国連邦法(the Wire Act、the Travel Act、Illegal Gambling Business Act(IGBA)であるが¹、論点としては、第一に、米国によるGATS自由化約束表(10.D「他のレクリエーション・サービス(スポーツを除く。)」)の自由化範囲に、越境賭博サービスが含まれ、同行為を禁ずる上記対象措置がGATS第16条違反となるか、第二に、対象措置はGATS第14条(a)号の一般的例外に該当し正当化されるか、という点がある。特に本件手続との関係で問題となるのは、後者の論点、とりわけ同条柱書きの「同様の条件の下にある国との間において恣意的若しくは不当な差別の手段となるような態様で適用し」てはならないという要件との適合性である。この点、上級委員会は、州際競馬法(Interstate Horseracing Act(IHA))が国内事業者による電話・インターネットを通じた競馬賭博を許すように見えるところ、米国は対象措置による賭博禁止が外国事業者と国内事業者ともに無差別に適用されることを立証しえなかったとして、同条柱書き要件の立証がなされなかったと結論した。この上級委員会報告は2005年4月20日のDSB会合により採択され、勧告実施のための「妥当な期間」は仲裁により11ヶ月2週間とされ、その期限は2006年4月3日と決定された。

その後、米国は、2006年3月6日付け第一次状況報告書(Status Report)により、

¹ パネル段階では、この他、8つの州法(コロラド、ルイジアナ、マサチューセッツ、ミネソタ、ニュージャージー、ニューヨーク、サウスダコタの各州)が対象措置に含まれ、うち4つの州法について違反認定がなされたが、上級委員会はこれら8つの州法についてアンティグアがどのように協定違反を構成するか特定していないとし、パネルが州法に関する適合性審査を行ったことに過誤があり、したがって4つの州法にかかる違反認定を取り消したため、以後は連邦法のみが問題となった。

「米国行政府は、米議会と交渉しつつ、本件の解決に向けて適切な手順を進めている」との通報を行い、さらに、2006年4月10日付け第二次状況報告書により、以下の通報を行った。

「2006年4月5日、米司法省は、米国下院小委員会における証言において、競馬に関する遠隔地賭博についての米国政府の立場を確認した。司法省は以下の通り陳述した。

『司法省は、現行の刑事法令が、競馬賭博を含む賭博行為にかかる州際伝送 (interstate transmission) を禁止しているとの見解をもつ。司法省は現在、当該行為にかかる潜在的な法令違反に関して民事の調査を実施中である。我々は、過去に、州際競馬法(15 USC §3001-3007)は現行の刑事法令を修正するものとは信じないとの陳述を行った。』

かかる状況に鑑みると、米国は本件紛争におけるDSB勧告及び裁定に適合的な状態にある。」

2006年4月21日のDSB会合において、米国は他の加盟国に対して上記の通知を行ったが、アンティグアはその場で米国による上記解釈に不同意を表明した。その後、両国間で協議が続けられたが、7月6日、アンティグアはDSBに対して21.5条に基づくパネル設置を要請した。両当事国がパネルに求めた認定は以下の通りである(paras.2.1-2.2)。

アンティグア

- (a) 米国がDSB裁定に適合する措置をとっていないことを認定すること。
- (b) 米国の3つの連邦法 (the Wire Act、 the Travel Act、 Illegal Gambling Business Act(IGBA)) は、今もなお、米国のアンティグアに対する義務、とりわけGATS第16条に基づく義務に違反しており、かつ、同第14条の例外要件を満たしていないことを認定すること。
- (c) 上記3つの連邦法を米国のGATS上の義務に適合的なものにするよう、DSBが米国に対して要請するよう勧告すること。

米国

アンティグアの申立をすべて棄却し、かつ、米国による履行措置はGATSに不整合なものでないと認定すること。

．パネル報告書の概要

1．「実施するためにとられた措置(measure taken to comply)」の有無（論点1）

（1）原手続における DSB 勧告

A．両当事国及び第三国の主張

アンティグア

米国は、DSB 勧告裁定を実施するための措置を何らとっていない。原手続における対象措置は修正、補足その他まったく変更されていない。(6.3)

米国

本件における「実施するためにとられた措置」は、原手続で問題とされた対象措置と同じ措置である。なぜなら、原手続では米国が積極的抗弁の立証責任を果たせなかっただけであり、同措置は WTO 協定の義務に適合的だからである。米国は、本件手続中に同措置が GATS 第 14 条柱書きの基準を満たすことについて立証責任を果たす新たな証拠提出・主張を行った。

第三国

中国：21.5 条の平易な文言によれば、実施のための措置と DSB 勧告・裁定との間には時間的先後関係があるべきだ。

EC：協定違反の措置を適合的なものにすることを求められる紛争当事国が、履行確認手続において同一の「旧」措置を何ら変更・修正することなく持ち出すことができるというのは理解しがたい。

日本：21.5 条の通常の意味及び条文構造によれば、「実施するためにとられた措置」が原手続で審査対象とされた措置と同一のものであることは考えられない。

B．パネルによる評価

新たな措置がとられていないことについて両当事国に争いはないところ、履行確認手続の目的上、原手続の対象措置が「実施するためにとられた措置」たり得るか否かを審査する(6.9)。DSB が採択した勧告は、原手続において GATS 違反と認定された対象措置に適用されるところ、当該措置に変更がなければ協定違反であることに変わりないように思える。換言すれば、協定に「適合しな

い(inconsistent)」措置は、当該協定に「適合する(conformity with)」ものでなく、適合させるためには「何らかの変更(some change)」が必要である。DSU21 条もこの解釈を確認するものであり、同条 5 項手続は勧告及び裁定の実施を監視する手続であり、請求及び抗弁を再評価する機会ではない(6.16)。またこの解釈は、DSU のより広い文脈からも支持され(3.7 条、22.8 条) DSU の目的とも整合的である。

「実施するためにとられた措置」の形式については、カナダ・航空機補助金事件 21.5 条手続で上級委員会は次のように述べる。「実施するためにとられた措置は、原手続の対象措置と同じものでなく、原則として、二つの独立かつ区別された措置(原措置と履行措置)が存在する。」新規の措置(改正法を含む)は、確かに最も一般的な履行措置であるが、19.1 条に規定する勧告は、措置の形式(form)を特定しない。例えば、措置の適用方法が問題である場合は、適用方法を変更するのみで勧告を実施したことになり、新たな立法措置は必ずしも必要ない(6.19-6.21)。さらに、対象措置にかかる事実上又は法律上の背景事情に変化が生じることで、勧告が達成される場合もある。本質的なポイントは、実施が必要とされることにあるが、その場合であっても、原手続以降に当該変化の発生が伴うところ、本件手続ではかかる変化は主張されていない(6.22)。パネルは、潜在的な履行措置をその形式によって排除することはない点のみ強調しておく。また潜在的な履行措置を、それがとられた目的によって排除することもない。

3つの連邦法令(対象措置)は原手続以降、規定上・適用上・解釈上も何ら変更されてない。上記のような事実上又は法律上の背景事情の変更もない。このことは対象措置が、米国の GATS 上の義務に不適合なままであることを示す(6.27)。

また、米国の本件手続における立場は、21.3 条にかかる RPT 設定時における同国の立場と矛盾する。21.3 条は「勧告及び裁定を速やかに実施することができない場合」に妥当な期間を与える規定だからである(6.31)。

2006 年 4 月の司法省証言について、米国はこれを別個の措置と主張しておらず、同証言のみに依拠して DSB 勧告及び裁定との適合性を立証するものではなく、遠隔地賭博規制に関する米国政府の立場を「確認する」ものと説明する。2006 年司法省証言は過去の同省証言を繰り返すものであり、過去の証言は大統領が署名した声明書中に含まれ、かつ、原手続において考慮されたものである(6.34)。

2006 年 10 月、不法インターネット賭博執行法(UIGEA: Unlawful Internet

Gambling Enforcement Act)が制定されたが、付託事項の範囲外であり、本件手続の評価には関連しない(6.35-6.37)。

(2) 原手続における特定の認定及び結論

A . 両当事国の主張

アンティグア

DSB により採択されたパネル・上級委員会の事実認定は紛争の終局的解決を構成し、これは当事国が一応の立証責任を果たせなかった場合でも、その主張が実体上の理由から斥けられた場合でも、何ら変わりはない。21.5 条手続において立証責任にかかる「第二の機会」が与えられるべきでない(EC・ベドリネン事件 21.5 条手続上級委員会報告)。

米国

DSB 勧告及び裁定の履行は、上級委員会の特定の事実認定に対応するものでなければならない。原手続では、対象措置が第 14 条の要件を満足しなかったとの明確な認定はなく、米国が対象措置にかかる積極的抗弁の成立を「立証しなかった」と認定するにとどまる。また上級委員会は、パネル・上級委とも積極的抗弁が適用されないと認定するのではなく、積極的抗弁が適用されることを立証することにより、勧告及び裁定の実施は果たされると繰り返し示唆する。したがって、本件手続における唯一の実体的争点は、米国がこの点を立証できるか否かに限定される。

第三国

中国：17.14 条によれば、既に上級委員会で扱われた論点については当事国が請求又は抗弁の再提出を遮断されるという見解は EC・ベドリネン事件で確認済である。

EC：17.14 条によれば、終局的判断で審理された争点を 21.5 条手続で再度議論することはいずれの当事国にも許されるべきでない。

日本：GATS 第 14 条柱書きに関する上級委員会の法的裁定は明確かつ終局的なものであり、17.14 条に照らせば、同判断を再度議論することはできない。

B . パネルの評価

上級委員会報告書の関連箇所には、「米国は、対象措置が GATS 第 14 条柱書きの要件に適合的に適用されていることを証明していない」「米国は、対象措置が『公衆の道徳の保護又は公の秩序の維持のために必要な』措置であること

は立証したが、州際競馬法に照らして、対象措置に含まれる遠隔地競馬賭博サービスの禁止規定が、内外事業者双方に適用されることを立証しておらず、第14条柱書きの要件を満たさない。」と説示されるどころ、これら認定及び結論の効果について両当事国間で争いがある(6.44-6.45)。

DSU17.14条は、上級委員会報告を「無条件で受諾する」と規定するが、この文言の意味について当事国間で争いがある(6.46-6.47)。この点、「受諾する」は”shall”をともっており、報告書の受諾が義務的であることを示している(6.50)。また、「無条件で」という限定が付されており、同語の通常の意味は「条件に限定されない、条件に服さない、絶対的な、完全な」である。これは単に、さらなる不服申立の機会が与えられない、あるいは、上級委員会報告書が不服申立手続の最終段階に位置するといったことを示唆するものでなく、当事国が採択された上級委員会報告が受諾に関していかなる条件を付すことも許されないことを示す(6.51)。

この義務はその範囲においていくつかの制約に服する。一つは同義務が紛争当事国にしか及ばないこと。また、同義務の範囲は「報告書」、すなわち、対象措置及び判断がなされた請求(claims)、抗弁(defences)及び争点(issues)に限定される。また手続的にはDSBは報告書を採択しない権限を与えられる(6.52)。この理解はDSUの目的(紛争の「迅速な解決」(3.3条))にも適っており、21.1条は勧告又は裁定の速やかな実施を義務づける。履行確認手続において、原手続以降の関連事実は何ら変化がないにもかかわらず上級委員会による既決事項を再評価することは、たとえ被申立国がより優れた弁論を行い得るとしても、紛争の迅速な解決の要請と衝突する(6.53)。またこの理解は、米国・エビ事件、EC・ベッドリネン事件の21.5条手続上級委員会報告の説示によっても根拠付けられる(6.55)。

紛争の「終局的解決(final resolution)」として、採択された上級委員会報告は提出された証拠に関する終局的裁定であるにとどまらず、原手続の時点において存在する対象措置に関して、裁定された請求及び抗弁に関する終局的決定(final decision on the claims and defences ruled upon with respect to the measures at issue as they existed at the time of the original proceedings)となる〔下線は筆者〕。21.5条手続は「実施のためにとられる措置」の有無及び協定適合性に関する評価を行うものであり、採択された上級委員会報告の終局性と整合的な形で、別個の審理を行うものである(6.56)。

米国は、同一紛争の同一措置に関して同一の事実・法律上の文脈における争点であり、かつ、上級委員会が既に裁定したものの協定適合性評価を求めるも

のである。かかる再評価の目的が、同一措置に関する積極的抗弁の要件について米国が立証責任を果たしたとの新たな判断を求めることにあるのは明らかで、これは原手続の結論が終局的でないことを意味するものであり、パネルは米国の要請に同意できない(6.57)。この点、米国は被申立国の場合を区別し、DSU21条・22条の適用上、被申立国は「特別の地位(special status)」にあるとする。たしかに、被申立国は21条の適用上、勧告の対象であり勧告の実施義務を負う唯一の加盟国という意味で独特の地位にあるが、紛争当事国として17.14条の無条件受諾義務に服することには変わらない(6.59)。米国はカナダ・酪農品事件の2度目の21.5条手続を先例として援用するが、同事件では、上級委員会がパネルによる事実認定における法律上の過誤を認定し、請求に対する裁定を下さなかったため、申立国が立証責任を果たせなかったとの認定及び結論は存在しなかった。また上級委員会がその説示において「立証しなかった」等と述べるにとどまる点に関しては、積極的抗弁については被申立国(米国)が立証責任を負担していること、これが上級委員会及びパネルの標準的な言い回しであることを注記し、これら表現と「裁定しない(does not rule)」場合や司法経済の(裁量権)行使の場合とは等値でない。

「IHAが国内事業者に遠隔地賭博サービスの提供を許すか否かについて認定しない」とのパネル説示を上級委員会が確認した点は、上級委員会が加盟国による自国国内法の解釈を拒絶するという状況のためと考えるが、かかる状況は異例ではあるものの過去にも先例がある。原手続パネル・上級委員会は、IHAにかかる米国の解釈を受け入れなかったが、これはIHAに基づき国内事業者による遠隔地賭博サービス提供が許されると認定したことを意味するものでなく、上級委員会が、報告書中で決定しなかったことを明確にするのは珍しいことではない(6.69)。原手続パネルの「IHA改正法と(対象措置である)3つの連邦法との関係は曖昧である。」との認定は、明らかに米国国内法の解釈に関する認定であるが、これは米国市民にとっての適正な米国法解釈に関する認定でなく、GATS上の国際的義務の米国による遵守如何を評価するという目的限りの解釈である(6.73)。

原手続において関連国内法令の相互関係に関する証拠をすべて提出する機会がなかったとの米国の主張について、上級委員会はたしかに「パネルは提出される証拠を制限した」と述べるが、だからといって原手続パネルが認定を行うのに不十分であるとは考えておらず、パネル認定を支持するものである。いずれにせよ、原手続パネルの記録によれば米国は實際上、関連国内法令の相互関係に関する証拠のすべてを提出する機会を与えられていた。というのは、米

国は第2回意見書まで積極的抗弁を提起していないものの、IHA 改正法と対象措置（3つの連邦法）との関係について第1回意見書でも取り上げ、IHA 改正法の大統領署名にかかる声明書に記載された司法省見解についての記載があった。また、第1回聴聞期日、第2回意見書、第2回聴聞期日のそれぞれにおいて司法省見解、米国における法令解釈原則（黙示の廃止）を再述したにとどまるからである(6.77)。原手続パネルは、これら証拠も評価した上で、IHA の平易な文言(plain language)の方を重視したに過ぎない(6.80)。その他、米国の提出した裁判例はすべて[2000年の]IHA 改正法以前のものであり、かつ、IHA のみに従う事業者に対する公訴提起例は存在しない。すなわち、関連諸法令間関係の曖昧さは証拠方法の拙劣さの問題ではなく、米国国内法の曖昧な状態を反映するに過ぎない。この曖昧さが残存する限り、対象措置は米国の GATS 上の義務に適合することはない(para.6.83)。

(3) DSU21.3 条(c)に基づく仲裁手続中になされた陳述

21.3 条(c)に基づく仲裁手続中に、DSB 勧告及び裁定に適合させるには立法が唯一の可能な手段であると米国自身が主張したか否かについて関係国間で争いがある。パネルは、仲裁手続中の紛争当事国陳述が履行措置の存否を審理する際の助けとなると考える。というのは、同手続では実際上、DSB 勧告及び裁定を受けて、被申立国がこれを実施するには何が求められるかを審理するからである。

この点パネルは、米国が仲裁人に対する意見書及び口頭弁論において、立法が適合性確保の唯一の選択肢であると述べることなく、立法措置をとる期間を求めたことを注記するが、仲裁判断では「米国にとって、必要とされる明確化を達成するような勧告履行の唯一の手段は立法措置しかないことを強調する」と述べられた。パネルはこの説示が事実か否か確信をもって結論できないため、新立法の不存在が「実施のためにとられた措置」の有無の判断に決定的なものとは考えない。

2. 「実施するためにとられた措置」の協定適合性（論点2～予備的認定）

A. 当事国の主張

アンティグア

米国が実施のためにならぬ措置をとらなかったとの認定に加えてさらに審理

する必要はないと信じるが、仮にさらなる審理を行うならば、再度、米国が GATS 第 14 条柱書き要件の立証責任を果たしていないとの認定を求める。

米国

本件手続パネルは、IHA と Wire Act の関係に関するより完全な事実記録を保持しており、米国の「実施するためにとられた措置」は GATS に適合するとの認定を求める。

B . パネルの評価

履行措置が存在しない以上その適合性を評価することはできないのが道理であるが、米国の主張するところの「実施するためにとられた措置」は明確であり、履行確認手続における唯一の事実認定機関として、将来、上級委員会が分析の完遂を求められる場合の助けとして、紛争解決に必要な事項を越えて一定の事実認定を行うことが適切であると考ええる。

米国は、原手続で行った立証活動とは、異なる、かつ、より説得的な事実及び弁論を提供したという前提の下、原手続で立証できなかった事実を本件手続で立証できると述べるので、この前提にかかる事実評価を行うことが有益と考える。また原手続(終了)時以降に生じた新たな発展にかかる事実評価も行う。

事実評価にあたっては、IHA = 対象措置間関係の法的解釈にとどまらず、原手続において提起はされたがパネルが判断しなかった争点で、かつ、本件手続の両当事国意見書で言及される争点、すなわち、対象措置は「一見して(on their face)」差別的であるかという点を、州内通商(intrastate commerce)の扱いの観点から評価する。

(a) 米国意見書

米国は、対象措置がまったく差別的でない(not discriminate at all)と主張するのみで、さらに進んで、たとえ差別が存在しても「恣意的」又は「不当な」差別の水準に至らないとの主張は行っていない。すなわち、対象措置による禁止規制は文言上一見して国別差別をしておらず、IHA もそれら対象措置を免除するものでないとし、IHA の規定文言、立法史、先法を黙示的に廃止しない米国の法令解釈原則を挙げる。パネルの観察によれば、原手続で提出された証拠と本件手続で提出された証拠との間には中核的事項において繰り返しが見られるが、これらは原手続で評価済なので取り上げず(6.102-6.103)、さらに進んで他の証拠(「追加的」証拠)の評価を行う。

第一に、IHA 中に「許可」を示す文言がないとの米国主張は誤りであり、同法 5 条にかかる文言が規定されている。第二に、(i)改正前 IHA 及び同法の立法

史等の証拠、(ii)IHA は民事執行権を保全するもので Wire Act による刑事の禁止とは矛盾しないとの証拠、その他の追加的証拠は IHA=Wire Act 間の関係の曖昧さを解決しない。第三に、いくつかの追加的証拠は原手続の争点についてより詳細に示すにとどまる。第四に、(i)曖昧さがある場合に立法史を参照するという米国の解釈原則、(ii)執行当局による解釈は経験の一部であり、裁判所に指針を与えるが、裁判所を拘束はしないとの原則、(iii)IHA 改正時の立法史、も追加的証拠として提出されている。

原審パネルは、米国国内法の解釈において、米国議会による制定法の平易な文言を無視できないとの客観的評価を行った。いずれの追加的証拠も原手続パネル説示の本質的ポイントを変更するものではなく、逆に、両法令に矛盾がある場合に黙示の（先法）廃止の可能性を確認するものである。したがって、本件手続の米国意見書は両法令の関係について原審パネルと異なる認定を正当化する事実及び主張を提供しない。

(b) アンティグア意見書

〔IHA 改正法について〕

第一に、法解釈原則に関してアンティグアの提出する追加的証拠は、（改正前）IHA と Wire Act の双方に言及した唯一の判例であるが、本件紛争とは争点が異なる。第二に、カリフォルニア等 18 州の州法が IHA に明示に言及し、遠隔地賭博サービスを許すという追加的証拠について、米国はその事実を争わず、州法の効力は連邦法に劣後するとのみ説明する。これら州法の管轄対象事項は多様であるが、IHA に依拠する限りにおいて両法令間関係の曖昧さは除去されない。第三に、米国内で遠隔地賭博サービスを提供する多数の事業者にかかる追加的証拠について、うち 4 つの事業者については原手続で対象措置が国内事業者に対して執行されないとの主張に関連して取り上げられたが、本件手続では、IHA によって何が授權されるのかという別個の問題に関連して取り上げる。これら事業者は州政府から州法上の免許を交付されており、州によっては明示的に「IHA の下で許される」遠隔地賭博サービスに限定される免許もある。また IHA に基づき事業活動を行う事業者もあり、これら事業者は他州からの賭博申込も引き受けており、従業員数千名、顧客数万名を誇り、30 年以上公に営業し、税を納め、公営では収益が州の歳入となる。これら事業者に関する証拠は、米国内の遠隔地賭博産業が見かけ上合法的に活動していることを示すが、實際上 Wire Act に違反するか否かは明らかでなく、異なる認定を正当化する追加的証拠とは言えない。

〔州内通商〕

原手続においてアンティグアは、本件措置は州内通商に適用されないため、国内市場における全ての遠隔地賭博サービスを禁止するものでないと説明したが、この適用対象の制約がどのように差別的な適用となるのか明確にできなかったため、原審パネルは対象措置のこの側面に関する認定を差し控えた。本件手続において、アンティグアは対象措置が州内通商に適用されないと主張し、米国は合衆国憲法上課された管轄権上の義務であると応答した。一方国際通商における禁止と他方州内通商における許容（上記18州法）とは、異なる待遇をもたらすものであり、GATS 第14条柱書き要件との適合性判断に追加的な根拠を与えることになると考えられる。ただし、上記DSU17.14条の解釈に鑑みて、パネルは、この争点についての追加的認定を行う権限を与えられていないものとする(6.123)。

(c) 原手続以降の発展

〔2006年4月司法省証言〕

2006年司法省証言は、過去のそれを繰り返すものであり、かつ、この見解を支持する司法判断例が存在しないことを注記する。また司法省はこれまで、Wire Act に違反し、かつ、IHA 上の許可を受ける国内の遠隔地賭博サービス事業者に対して、刑事訴追さえ行っていない。かかる刑事訴追によって、この司法省見解を支持するか否定するかについての裁判所所見を導くことができるだろう。他方、外国所在の越境賭博サービス事業者（及び外国サービスを国内で提供する国内事業者）については、原手続以降も、多数の公訴が提起されている。また、IHA の規定に反する州際インターネット競馬賭博事業者も訴追している。他方、IHA に適合的な国内事業者については、Wire Act 違反かどうかは明らかでないものの、一件の公訴提起もないことは明らかであり(6.128)、訴追案件の選択には多様な判断要素があるにせよ、少なくとも、IHA 適合的な遠隔地賭博サービスは容認されているとの見解と整合的である。仮にこのような事業者に対する刑事訴追さえあれば、（第14条柱書きにかかる）適用の方法を変更したとの評価もあり得る。

〔不法インターネット賭博執行法(UIGEA)〕

2006年10月、UIGEA が制定された。パネルは、同法が IHA = 対象措置間関係の問題に特に関連するとのアンティグアの見解に同意する。UIGEA は対象措置を変更するものでなく、いかなる行為が対象措置の下で違法とされるかにも影響を与えるものでない。UIGEA は「不法インターネット賭博(unlawful Internet gambling)」という文言で定義される概念範囲を適用対象とするが、同定義によれば、州内通商が除外されると同時に以下の州際競馬賭博も除外される。すな

わち「『不法インターネット賭博』とは、1978年 IHA の下で許される(allowed)活動を含まない」とされる。同定義は UIGEA にのみ適用され、米国国内法上いかなる賭博行為が違法とされるのかは定義しないが、同時に、米国は本来「不法インターネット賭博」とみなされる一定の活動が IHA の下で許される場合があると考えていたように見える。他方、同定義の文脈をなす IHA 中の別規定（「議会の趣旨」）によれば、（上記定義規定を含む）同法の規定は「競馬に関するいかなる活動が連邦法上許されるか否かについて変更するものではない。」「現在の IHA=他の連邦法令間の相互関係に影響を及ぼし得ることを懸念して本規定を置く。」「同法の規定は IHA=他の連邦法令間の関係をどのように解釈するかについての現存する争いの解決を企図したものではない（強調はパネルによる）」

すなわち、上記米国議会の趣旨は、原手続におけるパネルの事実認定が正確であることを確認するものであり、IHA = 対象措置間の関係には曖昧さが存在する。米国はこの曖昧性を解消する機会があったにも拘わらず、逆に、曖昧さを確認する立法措置をとった。したがって、米国は DSB 勧告及び裁定を実施していないと結論する(6.134-6.135)。

．解説

1．本件紛争の背景及び本件パネルの位置づけ

本件紛争の背景には、ウルグアイ・ラウンド交渉当時の予想をはるかに上回るインターネットの劇的な普及及び技術革新により、米国が当初想定しなかったサービス提供方法による越境賭博サービスがビジネスとして成立したという事情があり、本件紛争の原手続では、米国の GATS 自由化約束表中の市場アクセス義務の文言解釈上、越境賭博サービス（第 1 モード）が同国の自由化義務に含まれるとの判断がパネル・上級委員会によって下された。他方、米国は本手続においても問題となった IHA や州法等による例外を除き、原則として、各種連邦法規制によって州際賭博サービス及び越境(国際)賭博サービスを厳しく規制している。現在の事態が予想可能であれば、より慎重に約束表中に制限及び条件を付したとも推測されるが、実際には、越境賭博サービスを取り締まる連邦諸法令（対象措置）が GATS 第 16 条の自由化義務に反すると判断された。残された正当化手段は GATS 第 14 条に基づく積極的抗弁だけであるところ、原手続の上級委員会によって、対象措置が第 14 条(a)号に該当する措置であることは認められたものの、

同条柱書きの無差別適用要件については米国が一応の立証責任を果たしていないと判断された。その後、結局、米国は所定の RPT 期限までに何ら履行措置をとらなかったため、アンティグアの要請によって本件手続が開始された。本件手続において米国が提出した主張は、かなりテクニカルな論理構成に依拠したものと評価せざるを得ず、協定違反と認定された対象措置の是正が国内政治状況から困難である場合に、明確に「結論」先延ばしを狙った戦略との印象も強い²。ただし本件パネルに限って言えば、原手続上級委員会において「協定違反なし」との判断を勝ち取った州法及び州内通商にかかる問題点をパネルによって事実上蒸し返されてしまい、かえって勧告の実施に向けた利害調整のステークスを大幅に拡大させてしまった感がある。だからというわけでもなからうが、上級委員会への不服申立は行われず、かつ、GATS 第 21 条に基づく約束表の修正・撤回手続を選択せざるを得なくなった（後述）。

本件パネルの先例としての意義については、「実施するためにとられた措置」の「形式(form)」その他の態様（措置の「目的」も含む）の在り方について、先例を踏襲しつつ従来よりも明確にした点が挙げられる。また、本件パネルは法的結論を出した後で、追加的に重要な関連事実についての認定を行っている。WTO 紛争解決制度における唯一の事実認定機関として、将来上級委員会が分析の完遂を求められる場合に備えて、との理由説明が付されているが、このいわば「予備的」とも言うべきパネルの事実認定は、WTO 紛争解決制度上潜在的には興味深い問題を提起している。米国による積極的抗弁の再提出を事実上審査した点もさることながら、州法及び州内通商にかかる説示部分は、原手続におけるパネルの協定違反認定に対して、上級委員会は、8 州法がいかに GATS 第 16 条違反を構成するかについて十分な連関を示しておらず、一応の立証がなされていないとしてパネル認定を覆したものである。また GATS 第 14 条柱書き要件との関係でも、アンティグアによる主張によっては対象措置の差別的適用がどのように構成されるのか明確でないとの理由で認定が差し控えられたところ、下記で述べるように、採択されたパネル・上級委員会報告の終局性に基いて生ずる後続 21.5 条手

² 例えば、川瀬・荒木[2005]、東條[2007]を参照。なお、07 年 10 月 30 日研究会において、かなり問題ありと思われる本件の事実関係において、なぜアンティグアはわざわざ 21.5 条手続に問題を付託したのかという点が話題となった。当初、評者は、小国アンティグアの経済規模に鑑みると、対抗措置をとったとて、米国には実質的なコストを負わせることはできないため、むしろ法的責任をより一層明確にするために同手続を進める一方で、米国との交渉による問題解決を目指していたこと、及び、EU 等の第三国による追加的な申立提起を促す戦略をとったものと考えていた。しかしながら同席上において、川瀬剛志委員より、いかに問題のありそうな勧告実施の通報であれ、公式に実施が WTO に通報された以上、勧告が実施されないことを発動要件とする対抗措置(DSU22.1 条)へと手続を進めることはできなくなった、その意味ではまったくの法的帰結として、アンティグアは 21.5 条手続に付託せざるを得なかったとのコメントがあった。評者もこれに同意する。

続での主張遮断効に関する解釈先例に照らせば、一見、州法にかかる争点についての主張はそもそも遮断されるべきであるようにも思えるからである³。

2. 実施するためにとられた措置(MTC: measure taken to comply)

21.5 条手続において対象となる MTC の範囲、換言すれば 21.5 条パネルの管轄権の範囲を巡っては、申立国・被申立国の利害を反映する形で二つの相異なる問題が提起されてきた。より具体的に言えば、第一に、被申立国が MTC であると通報(特定)する措置(群)を越えてさらに広い範囲を審査対象とする場合、第二に、申立国が MTC として付託事項の範囲に含めた措置(群)のうち、21.5 条手続の趣旨・目的あるいは主張遮断効の観点(後述)から、一定範囲を審査対象としない場合がそれである。これは 21.5 条手続が、通常の紛争解決手続とは異なる制度上の特質をもつからであり、例えば、可能な限り原手続パネル(original panel)メンバーによって構成され、より効率的な事案処理が期待されること、期限が原則として 90 日間に設定され、より迅速な審査が義務づけられていること、手続において協定違反の判断が行われた場合、勧告実施のための妥当な期間(RPT)を与えられることなく即時に勧告実施を求められると同時に対抗措置のリスクにも晒されること、等が挙げられる⁴。したがって典型的には、被申立国はなるべく同手続の対象措置を狭めようとするのに対して、申立国はなるべく対象措置を広くとろうとするのが通常であり、こうした利害を反映して上記のような二つの具体的問題を提起してきたと言える。このうち、主張遮断効に関連する後者の問題提起の場面については、WTO 上の法実践においては MTC の範囲画定問題の中に吸収された形で整理される場合も少なくないが⁵、本稿では同論点を切り離して後述する。いずれにせよ一般的には、MTC の範囲は紛争当事国(申立国あるいは被申立国)によって決定されるものでなく、もっぱらパネル・上級

³ この点、07 年 10 月 30 日研究会では、川島富士雄委員より、州法にかかる追加的な事実認定は、GATS 第 14 条柱書きとの適合性評価のために行われており、原手続において州法を対象措置として協定違反の申立が行われ棄却されたのは、異なる請求原因ないし法的争点を扱うものであるとの指摘があった。評者も同意する。ただし、本稿 IV. 3. において述べる通り、「原手続において主張することのできた争点ないし関連事実」については、後続する 21.5 条手続においては主張が遮断されるとの見解も示されている。このような立場に立つならば、やはり関連事実の追加的主張に対して遮断効が及ぶと考えるべきである。もっとも評者は原手続において、主要な争点(の一つ)として両当事国間で主張立証活動が尽くされなかった論点については、21.5 条手続において主張を遮断すべきでないと考えており、この場合 21.5 条パネルは、形式的な判断にとどまらず、両当事国による実際の訴訟遂行の態様を個別具体的に評価することが求められる。

⁴ Appellate Body Report, United States-Final Countervailing Duty Determination with respect to Certain Softwood Lumber from Canada-Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU, WT/DS257/AB/RW, adopted 20 December 2005, para.71.

⁵ *Id.*

委員会がその範囲を画定する任にあたる事が確認されている⁶。

本件事案では、被申立国である米国は何ら MTC をとらないまま、原手続における対象措置が「MTC」であると主張し、実質上積極的抗弁にかかる立証のやり直しを求めたという異例の事案であり、上記の MTC 画定問題とは直接には関係しないが、本件パネルは次の諸点において同問題と関わる説示を行っている。第一に、MTC の有無を審査する過程で、どのような措置が MTC たりうるかについて、やや詳細かつ具体的に論じている。すなわち、MTC の「形式」等について、従来の解釈先例を踏襲しつつ⁷、MTC としてパネルが考慮する事実の広がりについて説示した。まず DSU19.1 条の規定文言（「(対象)措置を協定に適合させる (bring the measure into conformity)」の解釈から、対象措置を変更する新規措置の導入に限定されないことを確認する。続いて、求められる MTC の「ありうる形式 (possible form)」の範囲は、DSB 勧告及び裁定の内容にもよるとした上で、本件事案のように適用の態様が違反とされる場合は、より広い選択肢が想定されると説示した。具体的には、対象措置に関わる事実状況、法的状況の変化、措置の失効、事後の一定事象の発生、事実・法的背景の変化によって対象措置の効果が変容する場合等、さまざまな場合を例示する⁸。また MTC の導入された目的によって当該 MTC が排除されることはない述べた。

第二に、従来は立証不十分による不利益（協定違反なしとの判断の終局性に基づく主張遮断効（後述））はもっぱら申立国に適用されてきたが、これが積極的抗弁において立証責任が転換される場合の被申立国にも同様に及ぶことが確認された点である。ただし、立証責任分配則とは、例えば一方当事国に立証責任が配分される場合、当該国が自己の立証責任を果たせば、反証責任が他方当事国に移る。他方当事国が反証に成功すれば、再反証責任が元の国に移る、といったプロセスの繰り返しであり、これまでも、申立国が一応の立証に成功し被申立国が反証責任を果たせずに手続が終結したという事案は多数存在する（要するに通常の協定違反事例）。こうした場合に、後続する 21.5 条手続において、対象措置に何ら変更を加えることなく、かつ、原手続における対象措置がそのまま MTC であり、このことを改めて立証する機会が与えられるべきであると主張した例は希有である。したがって、本件パネルが特に新規の判断を行ったというものではなく、立証責任配分則及びその法的効果が両紛争当事国に等しく中立的に作用することが改めて確認されたに過ぎない。

⁶ Appellate Body report on EC-Beef Linen(Article 21.5-India), para.78; Appellate Body report on US-Softwood Lumber IV(Article 21.5-Canada), para.73.

⁷ Appellate Body report on Softwood Lumber IV(Article 21.5-Canada), para.67, 69.

⁸ 本件パネル報告, paras.6.20-6.24.

3. 主張遮断効

(1) 総論的考察

採択されたパネル・上級委員会報告書の効力の一つに、当事国間で後訴手続における一定の主張遮断効が認められることは WTO 紛争解決制度上ほぼ確立した手続法上の原則である⁹。理論的に言えば、このような遮断効は、新規に紛争解決手続が開始される場合にも、原手続に後続する 21.5 条手続において DSB 勧告履行措置の有無及びその協定適合性が審査される場合にも、その要件及び対象範囲の広狭は別として同様に及ぶべきであるが¹⁰、これまでのところ、もっぱら 21.5 条手続において争点とされてきた¹¹。

このような主張遮断効はほとんどの法システムにおいて観察される裁判手続上の法理であり、その制度的根拠は、判決の終局性（裁判所判決の権威及び法的拘束性確保）、法的安定性（判決相互の矛盾回避）、当事者間の公正性・信義則、司法経済（司法制度という公の資源の効率的活用）等に求められるが、その対象範囲及び要件については各法システム間で多様な発展を見せている。たとえば国内法システムにおいては、コモンロー系諸国と大陸法系諸国とで大きく分かれる。コモンロー系諸国では、法的請求(claim)を対象とする場合¹²及び争点を対象とする場合¹³とが判例法を通じて発展し、これらを包括して既判力法理として整理される（以下、「広義の既判力法理」という）¹⁴。より具体的には、法律問題である

⁹ Appellate Body report on US-Shrimp (Article 21.5-Malaysia), para.97, Appellate Body report on EC-Bed Linen (Article 21.5-India), para.90.

¹⁰ 川島[2004]は、EC・ベッドリネン事件 21.5 条手続上級委員会による「終局的解決」論に基づく主張遮断効と既判力原則とを慎重に区別し、「『終局的解決』論は、上訴の権利を尽くして下された最終判決という要件を課していないため、両者を全く同一の原理と理解することはできない」と述べる(p.95)。しかし、採択されたパネル・上級委員会報告のもつ「終局性」概念の中には、現実に上訴を行ったかどうかを問わず、「上訴の権利を尽くした」という規範的評価が含まれると解すべきであり、この理由をもって両法理を区別することには疑問がある。他方、21.5 条手続の文脈では、紛争解決の迅速性や勧告実施を監視するプロセスの一部としての 21.5 条の制度的性格を強調するならば、同手続にかかる主張遮断効は、通常の既判力とは異なるとの理解は首肯できる。

¹¹ インド自動車部門関連措置事件パネルでは「既判力原則」適用の如何が争点として議論されたが、同原則の適用には紛争当事国の同一性、問題(matter)の同一性が必要とされるところ、先行事件の問題は当該事件のそれと同一でないと説示され、一般論として既判力原則が WTO 紛争解決手続において適用されるかどうかについての判断は回避された。Report of the Panel, India-Measures Affecting the Automotive Sector, WT/DS146, 175/R, adopted by 5 April 2002, paras. 7.42-7.104.

¹² 英国法では「請求原因に関する禁反言(cause of action estoppel)」、米国法では「請求遮断効(claim preclusion)」と呼ばれる。

¹³ 英国法では「争点に関する禁反言(issue estoppel)」、米国法では「争点遮断効(issue preclusion)」ないし「争点効(collateral estoppel)」と呼ばれる。

¹⁴ ボーン[2006] pp.180-199; Gordon [2006] p.553; Brekoulakis [2005] pp.182-185.

と事実問題であると問わず、前訴手続において実際に判断され訴訟記録に現われた「問題(matter)」についてはその真実性を争うことはできないとの考え方に基づき、同一当事者間の後訴手続における請求・主張の再提出が遮断されるとともに、さらに進んで、前訴手続において当事者が提出しえた法的請求については、たとえ裁判所が実際に審理しなかったとしても、後訴手続における請求提出が遮断される場合もある¹⁵。他方、争点については、前訴手続において現実に審理されかつ判断されたことや当該争点に関する判断が前訴判決に不可欠であったこと等が遮断効発生の要件とされる¹⁶。これに対して、大陸法系諸国では、通常、民事手続法令中に既判力規定が置かれ(我が国民民事訴訟法にあっては法114条1項)、遮断効が及ぶ範囲は法的請求に限定される。これは裁判所による事実認定はその本質上誤謬リスクを免れないという考え方に基づくものであり、裁判所の権威的判断(=既判力)には何ら(後訴手続における)事実認定上の証拠能力は認められない。もっとも、たとえば我が国民民事訴訟法上の有力説である争点効理論や¹⁷、判例法上一定の要件の下で認められる信義則違反の適用を通じて、判決理由中の判断にも拘束力が認められる場合がある¹⁸。また国際法システムにおいても、既判力法理は「文明国が認めた法の一般原則」¹⁹として国際法上の適用法と考えられると同時に、ICJ 規程59条及び60条により、ICJ 判決にも一定の既判力が認められる。また既判力法理の正当性根拠については、禁反言に根拠を求める説および司法手続の結果としての判決の終局性に求める説とに分かれるが²⁰、既判力の対象範囲は判決主文だけでなく、当該判決の不可欠の条件をなす判決理由中の判断にも及ぶという見解が多数を占める²¹。もっとも、同意管轄を前提とする国際法廷の場合には、既判力の及ぶ範囲を国内法システムにおけるそれとまったくパラレルに考えることはできず、その範囲画定を検討する際にも自ずと限界が生じ

¹⁵ Scobbie [1999]p.301; ポーン[2006]pp.182-187。

¹⁶ ポーン[2006] p.188。

¹⁷ 新堂 [2001] 601 頁。争点効とは「前訴で当事者が主要な争点として争い、かつ、裁判所がこれを審理して下したその争点についての判断に生じる通用力で、同一の争点を主要な先決問題とする後訴の審理において、当事者に対してその判断に反する主張・立証を許さず、裁判所に対してこれと矛盾する判断を禁止する効力」と定義される。争点効理論は、信義誠実則ないしその具体的顕れとしての禁反言法理にその淵源をもつと考えられ、争点効理論の機能についての評価も、信義則に反する当事者の主張立証を封じることにあるとする説が有力である。すなわち「当事者の訴訟行為の態様によって基礎づけられ、ある法律上の地位を基礎づける事実について一方当事者がすでに主張・立証を尽くしたか、またはそれを尽くしたと同視されるべき事情が存在する場合には、もはやその地位を訴訟上主張しえないことについて相手方の信頼が形成され、その結果として当事者は、その地位を主張することを信義則によって制限される」と説明される(伊藤[2003]pp.483-486)。

¹⁸ 伊藤 [2003] 483-488 頁。

¹⁹ ICJ 規程 38 条 1 項 c 号。

²⁰ Scobbie [1999] pp.300-301。

²¹ PCIJ 第 7 判決解釈事件(ホルジョウ工場事件), [1927]PCIJ Ser A, No.13, p.20; 英仏大陸棚事件, R.S.A., vol.18, para.28。玉田 [2007] pp.766-773。

よう。

それでは WTO 紛争解決制度の場合はどうか。DSU を含め WTO 協定には、争点遮断効または既判力に関する明示の規定は置かれておらず、同法理の形成・発展は、具体的紛争におけるパネル・上級委員会の協定解釈に委ねられているものといえる。また、同意管轄を前提とする他の多くの国際法廷の場合と異なり、WTO 紛争解決制度は WTO 協定上の紛争に関する専属管轄をもち、かつ、WTO 加盟国に対して包括的な強制管轄権を行使できる。このことは WTO 法システムにおいて、より広範な既判力法理の形成を促す、より強固な制度基盤が存在することを示している。ただし上述の通り、WTO における主張遮断効はもっぱら 21.5 条手続において争われてきたため、遮断効の対象範囲を既判力法理一般の問題として論ずることには一定の留保が必要である。むしろ、WTO 紛争解決制度における 21.5 条手続固有の特質に照らして、同手続における妥当な主張遮断効の範囲確定を考察すべきだろう。なお本稿では、主張遮断効の主観的範囲（前後訴手続における紛争当事国の同一性）の問題²²及び異なる法廷間（国際・国内の双方を含む）にまたがる主張遮断効の問題²³については扱わず、もっぱら、WTO 紛争解決制度の枠内であることを前提として同一の紛争当事国間における 21.5 条手続において、いかなる場合に、どのような範囲で主張遮断効が生じるのかという点に限定して考察を行う。

21.5 条手続における主張遮断効の範囲については、すでに川島[2004]による詳察があるので、まずこれを出発点としたい。同論考によれば、21.5 条手続における主張遮断効²⁴にかかる WTO 先例は、次のように整理される。ある論点(issue)について原手続において、違法判断がある場合、適法判断がある場合（*prima facie* の立証が果たせない場合を含む）及び、当事国による申立がない場合²⁵、に分類される。まず、これら 3 つの場合に共通した法理として、DSB 勧告を実施するために、被申立国がある論点にかかる対象措置の部分を変更した場合には、原手続における当該論点に対する判断がどのようなものであれ、また、申立国による主張の有無にかかわらず、後続する 21.5 条手続において、申立国は当該論

²² この問題は、後訴手続パネルによる先例参照、換言すれば WTO 解釈先例の先例的価値の問題とも密接に関わる(Scobbie [1999])。また国際商事仲裁に固有の要請から第三者への既判力拡張を論ずるものとして、Brekoulakis [2005]。

²³ 小野[2006]は、我が国国内裁判所による ICJ 判例の参照事例、及び、かかる法実行を論理的に支える ICJ 判決の理由付けを相互参照し、既判力・争点効の法廷間拡張という観点から考察する。

²⁴ 川島[2004]では、「主張制限」という言葉が使用されるが、ここでは「主張遮断(効)」で統一して記述する。

²⁵ ただしこの場合も、パネル設置要請における対象措置及び請求の法的根拠の記載に関しては DSU6.2 条の要件を満たすことが必要であり、同要件を満たさない請求は先決的決定により却下されるというのが確立した法慣行である。

点につき申立提起を遮断されない。このことを前提に以下、3つの場合についての WTO 先例を整理する。

第一に、協定違反の判断が下された場合、通常は DSB 勧告を実施するために当該論点にかかる対象措置が変更される。変更後の措置については、後続する 21.5 条手続において、同一論点にかかる申立はもとより、より広く、DSB 勧告の範囲を超えた新たな論点申立が許されると解されている²⁶。

これに対して第二の場合、すなわち、当該論点について違反の申立は行われたが、協定違反なしとの判断が下された場合、かつ、当該適法部分については被申立国が DSB 勧告実施の段階で措置変更を行わなかった場合には、後続する 21.5 条手続において、申立国は原手続と同じ申立提起を遮断される²⁷。EC-Bed Linen 事件 21.5 条手続の上級委員会は、主として DSU17.14 条（採択された上級委員会報告の「終局性(finality)」に依拠してこの結論を導出した。またかかる法的効果は、上訴されずに確定し採択されたパネル判断であれ上級委員会判断であれ、あるいは、実際のパネル審理遂行上、主要な争点として当事国間で主張・立証活動が尽くされた場合であれ実質上ほとんど議論されなかった場合であれ、等しく認められるとされる。

最後に、原手続において当該論点について申立国による主張が行われなかった場合（かつ当該論点にかかる対象措置の部分について被申立国が措置変更しなかった場合）については、上級委員会による判断例はこれまでのところ存在しない。他方、パネルは、傍論ながら、主張提出は遮断されるべきであるとの見解を繰り返し述べている²⁸。パネルが依拠する理由として、21.5 条手続が DSB 勧告の実施を監視するための特別の迅速手続であるところ、同手続が濫用される潜在的リスクを防止できないこと、同一論点について申立国に 2 度目の申立機会を与えることになること、被申立国は不安定な地位に置かれ、当事国間の公正及びデュープロセスに適わないこと等が挙げられる。

以上、川島[2004]の整理に沿って、21.5 条手続にかかる WTO 先例を整理した。川島[2004]は結論として、「変更義務があったかどうか」「新しい措置であるかどうか」が主張遮断効の範囲確定において決め手となる要素であると述べるが、問

²⁶ Canada-Aircraft (Article 21.5-Brazil) AB, para.41.

²⁷ US Shrimp(Article 21.5-Malaysia) AB, para.96; EC-Bed Linen (Article 21.5-India) AB, paras.97-98. ただしこの場合も、対象措置を個別の法的側面毎に分離して法的評価を行うことの可否（措置の「可分性(separability)」）という問題は解釈上の課題として残される。EC-Bed Linen 事件 21.5 条手続におけるインド（申立国）の主張や、Chile-Price Band System 事件 21.5 条手続におけるアルゼンチン（申立国）の主張を参照。

²⁸ EC-Bed Linen(Article 21.5-India) Panel, US-Countervailing Measures concerning Certain Products from the EC(Article 21.5-EC), Chile-Price Band System (Article 21.5-Argentina) Panel.

題状況はより複雑であるように思える。ここではこれ以上立ち入らないが、多くの法システムにおいて多様な発展を見せる同法理が、WTO 法においてはどのような顕れ方をするか、特に 21.5 条手続という特殊な文脈において、どのような理論的根拠に基づき、どのような要件の下どこまで主張遮断効を認めるべきか、より詳細な考究が必要となろう。

(2) 主たる説示部分(論点1)

本件事案において、主たる説示部分(上記 II. 1.(論点1))に関しては、何ら解釈上の疑義が生じるような場合ではない。第一に、米国が主張する「MTC」は、MTC たり得ないことが認定され、第二に、被申立国による積極的抗弁の場合にも等しく、採択されたパネル・上級委員会報告の「終局性」に基づき、後続する 21.5 条手続における主張遮断効が機能することが確認されたにとどまることは、すでに上記 IV. 2. で述べた。

なお、WorldTradeLaw.net DSC によれば、本件パネルが、先例として EC-Bed Linen 事件(21.5 条手続)上級委員会報告を参照しながら、条文上の根拠としてはもっぱら DSU17.14 条に依拠して、(上訴されず採択された)パネル認定の終局性をも論じた点に問題が残ると指摘し、より一般的な紛争解決規定を参照すべきであったと述べる。すなわち、上級委員会報告に関する DSU17.14 条に対応するパネル報告についての規定は DSU16.4 条であるところ、上級委員会報告の「終局性」を根拠づける決め手となる 17.14 条の「無条件で受諾する(unconditionally accepted)」という文言は 16.4 条には規定されておらず、採択されたパネル認定の終局性を論ずるのに DSU17.14 条にのみ依拠するのはかえって解釈上の混乱を生ぜしめるおそれがあるとの指摘である。実際、米国はパネル中間報告に対して、このような意見を述べており(パラ 5.14)、パネルは、EC-Bed Linen 事件(21.5 条手続)上級委員会報告パラ 93 を参照しつつこれに応答している(パラ 5.16)。同パラでは、上級委員会は、採択されたパネル報告の終局性にかかる根拠条文として、16.4 条、19.1 条、21.1 条、21.3 条、及び 22.1 条に依拠し、さらに直後のパラ 94 では、Mexico-Corn Syrup(21.5 条手続)上級委員会報告を引用しつつ、多角的貿易体制における「安定性」「予測可能性」「紛争の迅速解決」の重要性(DSU3.2 条, 3.3 条)にも言及する。解釈上の混乱を回避するためには、たしかに、紛争解決制度に関するより一般的な諸規定に依拠すべきであった。また同 DSC は、米国が何らかの措置変更を行ってさえいれば、変更後の措置について、改めて GATS14 条の積極的抗弁の提出が可能であった点も指摘するが、本件事案のように、適用の態様

が問われたにとどまる（すなわち、新たな立法措置は不要）という DSB 勧告に対してさえ、一切『身動き』がとれなかった米国の国内政治状況を示しているとも言える。

（３）予備的認定（論点２）

他方、主たる説示に続いて、本件パネルが行った予備的認定については、潜在的には興味深い論点を提起している。本件パネルによる予備的認定のうち、「手続以降の発展(Developments since the original proceeding)」に関しては、21.5 条手続における唯一の事実認定機関として、将来、上級委員会が法的審査の完遂を求められた場合に備え、これを支援するため追加的な事実認定を行うという理由説明が一定の説得力をもっており、これまでの 21.5 条手続パネル先例においても、同様の理由で追加的な事実認定が行われてきた。これに対して、同一措置（＝原手続の対象措置から何ら変更されない「MTC」）における同一論点（＝GATS 第 14 条柱書き要件に関して、対象措置が無差別に適用されたか否かという争点）に関する積極的抗弁を事実上「再審査」した点、及び、同時に同論点に関するアンティグア側の主張提出も事実上審査し、州法及び州内通商に関する、米国に不利となる説示を「予備的に」行った点は、上記主張遮断効及び 21.5 条パネルの管轄権に関する問題を惹起する可能性がある。このことを明確に認識していた本件パネルは、パラ 6.123 において、「(DSU17.14 条にかかる主たる説示部分に鑑みて、) 本件紛争における対象措置について米国の抗弁は終局的な判断が下されており、本パネルは、同論点について追加的な認定を行う権限を与えられていないと考える(..., the Panel considers that it is not entitled to make any further findings on this issue....)」と述べ、結局のところ正式には「事実認定」を行っていないものの、その事実上の影響は無視しえない。本件手続において米国は上訴を断念したため、仮に本件が上訴された場合に、上級委員会がこの「パネル手続における記録」をどのように扱ったかは不明であるが、少なくとも、上述の主張遮断効に関する WTO 先例及びこれと密接関連する法的問題としての、21.5 条手続パネルの事項管轄権（審査できる対象範囲）にかかる WTO 先例に照らすならば、当事国が主張を遮断されると同時に、パネル自身も、制度上審査することを許されないと考えるべきだからである。本件パネルは、米国の抗弁再提出を事実上審理すると同時に、アンティグアの主張再提出も事実上審理して、州法にかかる米国不利な認定を導出した。その限りにおいて、パネルは適正手続上のバランス及び公正性を担保しているようにも見えるが、原手続段階において、GATS 第 14 条にかかる米

国の積極的抗弁に対する反証活動において、アンティグアが州法にかかる間接事実を提出しえたことは明らかである。また同論点はまさに主要な論点の一つとして、原手続において両当事国間で主張立証活動が尽くされたと評価されるどころ、本件パネルがこのような予備的認定を事実上行ったことが果たして適切であったかどうかについては疑問が残る。もっとも、実質論としては、やや結果先にある感もあり、州内通商に関する評価、及び、原手続以降の発展における UIGEA の評価をあえて行い、いわばダメを押す形で審理を継続したとの推測もされ、かつ、この「ダメ押し」が極めて有効に機能した事例でもある。こうしたパネルの「裏技」的認定が紛争の迅速かつ実効的解決という観点から許容されるのか、あるいは、WTO 設立以降、ますます法化がますます進む中で、両当事国が同意する限りにおいて、パネルの事項管轄権の範囲を柔軟に解釈する余地が今なお認められるのか、いずれにせよ、本件パネルの予備的認定中の「事実上の」再審査・認定部分についての先例的価値はややデリケートなものと言わざるを得ないように思える。

4. その後の状況

本件パネル報告が提出された当初は、勧告実施の方法にはいくつか選択肢があること(例えば、IHA=Wire Act 間関係を明確にするために IHA 法を改廃する、IHA 法上の許可を受けて事業活動を行う国内事業者を Wire Act に基づき訴追するといった履行措置をとれば違法状態は解消される)越境賭博規制それ自体が GATS 第 14 条(a)号によって正当化される規制措置であることに変わりはなく、重要な規制政策の根幹部分は維持されるとの見方もあったが²⁹、他方で、原手続では取り上げられなかった、本件措置が州内のインターネット賭博サービス提供について適用がないという側面を、本件パネルが事実上追加的に認定したことから、いずれにせよ対象措置の廃止は免れないとの見方も出されていた³⁰。その他、3年間の期限付きでアンティグアに越境賭博サービスの提供を許し、当該期間中に賭博産業にかかる包括的な見直しに着手するといった選択肢も取り沙汰されたが、その後、米国は WTO に対して、越境インターネット賭博サービスにかかる自由化約束を約束表から削除(自由化約束の修正・撤回)する意思を通報した³¹。GATS 第 21 条に基づく約束表修正・撤回手続によれば、利害関係加盟国(第 14 条 2 項

²⁹ Commentary of the WTO cases by McGivern(unpublished newsletter to subscribers delivered on 31st March 2007).

³⁰ Inside U.S. Trade, April 6, 2007.

³¹ Inside U.S. Trade, May 11, 2007.

「影響を受ける加盟国」は「補償的な調整」(以下、「補償」)を求める権利を取得する³²。実際に米国内でインターネット賭博サービスを提供しているアンティグア等がこの権利を獲得するのは当然のことであるが、実際にサービス提供を行っていない他の加盟国も補償の権利の獲得がありえる。補償を求める権利の有無及び補償水準について交渉による合意が成立しなかった場合、この問題を裁定(arbitration)に付託することができる(第14条3項(a))。ただし、同問題が裁定に付託された場合、どのような基準で権利の有無及びその水準が決定されるかについては明らかでない。というのは、同裁定手続は未だかつて一度も利用されたことがないからである。

アンティグアの経済規模を考慮すると、対抗措置額としてどのような額が認められようとも、対抗措置を行使する加盟国がアンティグア一国にとどまる限りは、米国経済への影響はきわめて限定的である。他方、米国がWTO適合的な形にこれを呼び水としてECを含む他の加盟国が追加的に紛争を付託し、対抗措置を獲得する可能性、さらにはWTO協定による法の支配を堅持することによる利得を考慮すれば、違反状態を放置するという選択肢はとりにくかった。個別紛争の解決方法としてこのような手続がとられたことはないが(本件が初めて)、諸般の国内政治状況により国内連邦法の改廃を選択できない米国が、WTO体制及び紛争解決制度の実効性を損なうことなく、WTO協定適合的な状態を実現するには、この選択肢しかなかった。

6月22日の期限までに、EU、アンティグア、インド、オーストラリア、日本、カナダ、コスタリカ及びマカオの8ヶ国・地域が補償に関する協議要請を行った。このうち、最大の利害関係国はEUであり、伝えられるところによれば、米国は実際上EUとの交渉に殆どのエネルギーを傾注していること、EU域内産業が関心を寄せる補償の例としては、アルコール流通サービス、州レベルの保険サービス、EU労働者が米国内のEU系企業で働くための追加的ビザ等が取り沙汰されていること、他方、カナダ、オーストラリア、日本はすでに非公式に米国との合意に達していること等の情報がある³³。理論的に言えば、補償的な調整はあくまでもGATSの枠内で実施されるべきであると思われるが、GATT等他のWTO協定上の補償提供が許されるかどうか不明である。

他方、上記手続と並行に、アンティグアによる対抗措置の承認申請手続も進んでおり、現在、同手続のステージは、対抗措置の水準及びクロスリタリエーション承認にかかる仲裁手続に移行している。アンティグアが主張する無効化・侵害

³² これまでGATS第21条に基づく補償提供例は、2004年のEU拡大時の一件を数えるみである。

³³ Inside U.S. Trade, October 26, 2007.

の水準 34.43 億米ドルという申立に対して、米国は 50 万米ドルが合理的であると反論しており、両国の隔たりは大きい。無論、第 21 条手続により提供される補償の水準は、第 22 条による対抗措置水準の認定とは別個のものであるが、実際上、後者にかかる仲裁判断が前者における「相場観」に影響することは必至であり、これら手続の進捗状況及び帰結を注視することが必要である。

〔付記〕本稿は、2007 年 11 月 1 日時点で入手しえた情報を基に執筆されたものである。

【参考文献】

- Brekoulakis, Stavros [2005] “The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: Res Judicata Revisited” 16 Am. Rev. int’l Arb. 177.
- Gordon, Randy D. [2006] “Only One Kick at the Cat: A Contextual Rubric for Evaluating Res Judicata and Collateral Estoppel in International Commercial Arbitration” 18 Fla. J. Int’l L. 549.
- Grossman, Gene M. and Alan O. Sykes [2006] “European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India” in The WTO Case Law of 2003 (Henrik Horn and Petros C. Mavroidis (eds.) 2006)
- Kearns, Jason E. and Steve Charnovitz[2002] “ Adjudicating compliance in the WTO: A review of DSU article 21.5.” 5 J. of Int’l Econ. Law 331.
- McGovern, International Trade Regulation (Globefield Press)(last updated in May 2007[Issue 22]).
- Mitchell, Andrew D.[2006] “Good Faith in WTO Dispute Settlement” 7 Melbourne J. Int’l L. Available at SSRN.
- Scobbie, Iain[1999] “Res Judicata, Precedent and the International Court: A Preliminary Sketch.” 20 Aust. YBIL 299.
- 伊藤眞[2003] 『民事訴訟法[第 3 版]』(有斐閣)
- 小野昇平[2006]「国際司法裁判所と国内裁判所の関係に関する序論的考察」東北法学第 28 号 77 頁。
- 川島富士雄[2004] 「EC のインド産ベッドリネン輸入に対する AD 措置事件(21.5 条手続)」『平成 15 年度 WTO パネル・上級委員会報告書に関する調査研究報告書 XIV』(財団法人 国際貿易投資研究所) 77 頁。
- 川瀬剛志・荒木一郎(編著)[2005] 『WTO 紛争解決手続における履行制度』(三省堂)
- 新堂幸司[2001] 『新・民事訴訟法(第二版)』(弘文堂)

玉田大[2007]「国際裁判における判決解釈手続」『岡山大学法学会雑誌』56 巻 3・4 号
273 頁。

東條吉純[2007]「米国の FSC 税制に係る 21.5 条手続(II)」『平成 18 年度 WTO パネル・
上級委員会報告書に関する調査研究報告書 XVII』(財団法人 国際貿易投資研究所)
129 頁。

ロバート G. ボーン [2006]「アメリカ民事訴訟における遮断効—政策的な圧力の下で
の法的な原理」(三木浩一訳)『アメリカ民事訴訟法の理論』(商事法務 2006 年)