

国際経済法分野における国内救済原則

——国際投資紛争処理とWTO紛争処理を素材として——

水
島
朋
則

目次

- 序
- 一 国際投資紛争処理における国内救済原則
 - ア ICSSID条約における「国内救済原則」
 - イ ICSSID条約と外交的保護との関係
 - ウ 小括——NAFTAにおける「国内救済原則」——
- 二 WTO紛争処理における国内救済原則
 - ア 関連する事例
 - イ WTO紛争処理と外交的保護との関係
 - ウ 国内救済手段の非実効性等を理由とする適用の除外
- 結
び

序

「国際的な訴訟手続が開始される前に国内救済手段が尽くされなければならないという規則は、よく確立した慣習国際法規則であり、ある国家が、他国において国際法に違反して権利を侵害されたという自国民を保護する場合に、一般に遵守されてきた。」⁽¹⁾ 国際司法裁判所がインタハンデル事件でこのように述べたことは、国内救済原則をめぐる議論において繰り返し言及されてきた。国内救済原則の適用を明示的に定める規定が人権条約(例、自由権規約第四条一項c・同第一選択議定書第五条二項b)⁽²⁾ や国連海洋法条約(第二九五条)に置かれていることは周知のとおりであるが、二〇〇四年に国際法委員会(ILC)が第一読を終えて採択した外交的保護に関する条文草案も、「国は、自国民……への損害に関して、その被害者が……すべての国内救済手段を尽くす前に国際請求を提出することはできない。」と定めている(第一四条一項)。

「領域国の主権を尊重しつつ、外国私人と国家との紛争が国際紛争に転化・拡大することを、未然に防止しうる機能を果たす」⁽⁴⁾ 国内救済原則は、その適用について明示的な規定のない条約の場合であっても、「その規則の存在理由に照らせば、仲裁裁判条約・協定は一般にこの規則の放棄を含意しているという説は受け入れ難いように思われる。それぞれの状況を個別に検討すべきであるが、基本的には、国によるその国内裁判所の管轄権の黙示的放棄には反対の推定を働かせるべきである。」⁽⁵⁾ と言われ、実際、ELSI事件で国際司法裁判所(小法廷)は、「慣習国際法の重要な原則」⁽⁶⁾ 「ここでは国内救済原則」について、そうする意図を明らかにする文言がない場合に、この原則の適用が黙示的に除外されたとすることを受け入れることはできない。」⁽⁶⁾ とした。

ところが、そのような意図を明らかにする文言がないにも拘らず国内救済原則が適用されないとされるのが、

世界貿易機関（WTO）における紛争処理手続である。⁽⁷⁾ 本稿の目的は、WTO紛争処理におけるこの原則の「不適用」についての検討を通じて、今日の国際法における国内救済原則の位置づけを明確にすることにあり、まずは国際投資紛争処理における国内救済原則について考察を行う。WTO協定による国際投資の規律は今日なお限定的であるが、⁽⁸⁾ 「いつもこの原則の主な適用場面であった外国投資家と外国投資の待遇に関して、圧倒的多数の国が最近の条約でこの原則を回避している」⁽⁹⁾ と言われ、その意味では、国際経済法の分野に属するこれらの紛争処理手続に共通点があるように見えるからである。

国内救済原則は、外国国家に対する私人の請求の処理に関する国際法の枠組において、国内裁判所が何らかの役割を果たす一場面とも言える。その意味で、同様の性格をもつ外国国家免除規則との関連も指摘され、免除規則は国内救済原則に効果を与えるものであるとの理解がある。⁽¹⁰⁾ 外国国家に対する裁判を行わないこと（外国国家免除規則）によって、被害者（原告）を、その外国における救済手段に向かわせる（国内救済原則）というわけである。また、国内救済原則について、「単に便宜上の理由に基づく国際実行」⁽¹¹⁾ であるとか、「国際礼讓の原則」⁽¹²⁾ であるとして、その国際法規性を否定する考え方は、⁽¹³⁾ 外国国家免除についても見られるものである。⁽¹⁴⁾

したがって、川岸先生も研究対象の一つとされてきた国内救済原則について、今日における展開をふまえたその位置づけを明らかにすることで、これまで筆者が取り組んできた外国国家免除の研究について⁽¹⁶⁾ も何らかの示唆を得ることができるよう思われる。例えば、仮に国内救済原則の適用の基礎が今日において揺らいでいるのだとすれば、その原則に効果を与える必要はなくなることになり、その限りで外国国家免除の基礎も揺らぐということになるろう。

一 国際投資紛争処理における国内救済原則

ア ICSID条約における「国内救済原則」

近年、多数の二国間投資条約（BIT）が締結され、ここでは、投資家と国家との間の投資紛争を、国家と他の国家の国民との間の投資紛争の解決に関する条約（ICSID条約）に基づく仲裁手続に付託することが定められることが少なくない（例、日韓投資協定第一五条三項a）。ICSID仲裁と他の手続（国内裁判等）との関係について、ICSID条約第二六条は次のように定めている。

この条約に基づく仲裁に付託する旨の両当事者の同意は、別段の意思が表示されない限り、他のいかなる救済手段をも排除してその仲裁に付託することの同意とみなされる。締約国は、この条約に基づく仲裁に付託する旨の同意の条件として、その締約国における行政上又は司法上の救済手段を尽くすことを要求することができる。（強調は筆者）

これに従えば、「別段の意思が表示されない限り」、あるいは、締約国が「[自国]における……救済手段を尽くすことを要求」しない限り⁽¹⁷⁾、ICSID仲裁が排他的な投資紛争処理の場となり、国内裁判を含む他の手段に訴える道はないということになる。このことから、この規定は、国内救済原則を明示的に放棄する例として挙げられることがある⁽¹⁸⁾。他方で、この規定の文言に照らしても、国内救済原則を必ずしも放棄するものではない、と評価する論者もいる⁽¹⁹⁾。

しかしながら、この規定が国内救済原則を放棄するものか否かを問う前に、そもそも国内救済原則がここで適用されるものかどうか、また、適用されるという場合には、そこでいう「国内救済原則」の意味を問うべきであろう。仮にICSID仲裁を「国際的な」紛争処理手続と捉えとしても、だからと言って、最初にふれたインタハンデル事件の定式にそのまま当てはめ、そのような仲裁における国内救済原則を「よく確立した慣習国際法規則」であるとする（そして、条約でそれが放棄されているかどうかを問う）ことは早計なのである。ここで仲裁による紛争処理を求める主体は私人（投資家）であり、「国家が外交的保護権を行使し、国際請求を行うことができるのは、他国の国際違法行為により損害を被った自国民が当該他国において利用可能なすべての国内救済手段を尽くした後でなければならぬとする」⁽²⁰⁾「国内救済原則とは、その意味で異なるからである。

川岸先生のご指摘を想起すれば、私人と国家との間の「仲裁裁判はそれ自体一般国際法上の事前の国内的救済完了を要件としない。その場合、国内的救済原則の適用の余地はまったく存在しない。というのは、一般国際法上、国内的救済原則は国家が他の国家に対して自国民の利益擁護のために外交的保護権を発動し、国際裁判所に国際請求を提出するときに作用を開始する「からである」⁽²¹⁾。

もちろん、人権条約のように、私人が国際的な手続に訴える場合にも「国内救済原則」の適用を定めるものがあることは確かである。しかしながら、私人と国家との間の仲裁に関する合意については事情が異なる。「コンセッション協定の中に仲裁手続を設けるにあつての国家の意思は、通常の国内裁判所に代つて、特に選任した仲裁人による裁判を、終局的な国内的救済手段とすることにあらかじめ同意したものと推定することができ⁽²²⁾」、仲裁合意に基づいて私人が開始した手続において、国家の側が、「仲裁の前に国内救済手段を尽くすべし」と主張するとは想定し難いのである。⁽²³⁾

実際、ICSID条約以前の施行についてのシュベールらの研究によれば、私人—国家の仲裁の事例のほとんどにおいて、他の救済手段（国内救済手段）を尽くすべきであるという主張を国家は行っておらず、ごく一部の事例においてなされたそのような主張に対しては、私人の国籍国により抗議がなされてきたとされる。⁽²⁴⁾万国国際法学会の「国家……と外国企業との間の仲裁」に関する決議（一九八九年）⁽²⁵⁾も、「仲裁義務の実施の条件として国内救済手段を尽くすことを求めることは、仲裁合意に別段の規定がある場合を除き、認められない。」としている（第八条）。これらに照らせば、私人と国家との間の「国際」紛争処理手続においては、「国内救済原則」が慣習国際法規則として確立していたとは言えないように思われる。

そうだとすれば、慣習国際法の重要な原則——外交的保護（国家間の国際請求）の脈絡における国内救済原則——について、その黙示的な適用除外に反対するELSI事件判決の論理は、ここでは前提が成り立っていないから当てはまらないことになる。したがって、私人と国家との間の仲裁条項がある場合には国内救済手段を尽くす必要がないというシュベールらの議論について、それがELSI事件判決と整合的でないというソーナラー⁽²⁶⁾の批判は、その出発点の理解に問題がある。

また、ソーナラー⁽²⁶⁾は、「国際法に従った国内救済手段の追求を通じて紛争当事者間で合意に達することができる場合」に「ICSID仲裁に付託できると定める英国とジャマイカとの間のBITを例に挙げ、多くのBITが（仲裁を規定しつつ）なおも国内救済手段の完了を求めているという「事実」からもシュベールらの論拠の弱さを指摘する。⁽²⁸⁾しかし、ある研究によれば、一九八〇年代の約二二〇のBITの内、国内救済手段の完了を求めているものは三つ、一九九〇年以降の四〇九の内五つにすぎないことである。⁽²⁹⁾そのような観点からは、英国—ジャマイカBITは、むしろ例外的なものであり、⁽³⁰⁾一般に、「国内救済手段への」言及は、最近のB

ITにおいては、かなり稀である⁽³¹⁾という指摘のほうが事実に見えておられる。また、ICSID仲裁の前に国内救済手段の完了を求める国家の意思は、国内立法やICSIDへの一般的な通告によって表明することもできるが、国内立法による方法はほとんど利用されておらず、ICSIDへの通告を行ったのも二国のみである⁽³²⁾。⁽³³⁾

いずれの見解を支持すべきかは明らかであろう。「伝統的に、国内救済規則は、その主な適用分野を外国投資の法に見出してきた⁽³⁴⁾」としても、それは、外国投資をめぐって外交的保護（国家間の国際請求）が行われる場合のことである。私人（投資家）と国家との間で仲裁その他の紛争処理が行われる場面では、伝統的にも国内救済原則は適用されてこなかったと言える。したがって、「今やほとんどすべての国家が、国内救済手段を事前に用いることなく、投資紛争を「投資家－国家の」国際仲裁に付すことを好んでいる」としても、そのことが「注目すべき⁽³⁵⁾」こととは決して思われないのである。ICSID仲裁において国内救済原則が放棄されているか否かという議論は、外交的保護の分野では確かに存在する「国内救済原則」という用語を、外交的保護とは異なる脈絡でそのまま用いて、しかも、その脈絡ではそのような原則が実際には存在しないにも拘らず、その原則の「放棄」を論じているということになろう。

イ ICSID条約と外交的保護との関係

ICSID仲裁において国内救済原則が放棄されているか否かという議論は、その前提としてICSID仲裁と外交的保護を対等なものとして並べ、その上で、外交的保護の場合に適用される原則（国内救済原則）が、ICSID仲裁の場合には適用されないのではないかという見方である。これは、ICSID条約において、I

S I D 仲裁を導入する対価として外交的保護が放棄（あるいは一時停止）されたという見方と通ずる。⁽³⁶⁾ しかしながら、国際的な紛争処理手続に訴える権利を私人に認めることは、外交的保護（国家間請求）の果たす役割がもはやないことを意味するわけでは必ずしもない。⁽³⁷⁾ そこで、I C S I D 条約と外交的保護との関係を次に検討しよう。

まず確認すべきことは、I C S I D 仲裁は、少なくとも I C S I D 条約の文言に従う限りでは、「私人と外国との間の投資」紛争が通常は国内の訴訟手続に従うものであるが、場合によっては、国際的な解決方法も適当であることを認め⁽³⁸⁾て、設けられたということである（前文）。「通常は「外交的保護」に従うものであるが、場合によっては、「私人―外国の仲裁」も適当であることを認め⁽³⁸⁾て、というわけではないのである。

I C S I D 条約において外交的保護への言及がなされるのは、次のように定める第二七条一項においてである。いかなる締約国も、その国民及び他の締約国がこの条約に基づく仲裁に付託することに同意し又は付託した紛争に関し、外交上の保護を与え、又は国家間の請求を行なうことができない。ただし、当該他の締約国がその紛争について行なわれた仲裁判断に服さなかった場合は、この限りでない。

確かに、この第一文に従えば、I C S I D 仲裁に付託される紛争に関して締約国は外交的保護を行使することができない。しかしながら、第二文に着目してこの規定を書き換えれば、次のようになる。

締約国は、その国民及び他の締約国がこの条約に基づく仲裁に付託することに同意し又は付託した紛争に

関し、当該他の締約国がその紛争について行なわれた仲裁判断に服さなかった場合には、外交上の保護を与え、又は国家間の請求を行なうことができる。

そうすると、この規定は、外交的保護の行使に、「当該他の締約国が……仲裁判断に服さなかった」という条件を付けたにすぎないことが分かる。しかも、繰り返すまでもなく、外交的保護の行使には「国内救済手段が尽くされた」という条件が既に付いており、この条約が「国内の訴訟手続」に代わるものとしてICSID仲裁を設けたということ想起すれば、外交的保護の行使に対して何も新しい条件を課していないように考えられるのである。

この疑問は、第二七条一項は厳密に言えば不要ではないかという議論³⁹⁾と重なる。そのような不要説は必ずしも説得力があるわけではないと述べるプロチエスは、投資受入国がICSID仲裁手続に協力せず、仲裁判断が出されていないという状況を想定し、慣習国際法上は裁判拒否を理由にその時点で外交的保護を行使できるが、ICSID条約第二七条一項の下では、「仲裁判断に服さなかった」という条件がまだ満たされていないので外交的保護は行使できない、という点にこの規定の必要性を見出すようである。⁴⁰⁾しかしながら、ICSID条約では、一方当事者が仲裁手続に協力しない場合でも仲裁判断が出されるような枠組が整えられており、⁴¹⁾それにも拘らず仲裁判断が出される前に外交的保護を行使することは、慣習国際法上も国内救済手段（ICSID仲裁手続）の未完了を理由として排除されるように思われる。

このように、やはり第二七条一項は厳密に言えば不要であるとすれば、ICSID条約は、外交的保護の制度そのものには影響を及ぼすものではないと考えられる。その意味で、ICSID仲裁を導入する対価として外交

的保護が放棄・一時停止されたという見方に対しては留保が必要であろう。コンドレツリが正しく指摘するように、ICSIDメカニズムは、外交的保護を維持したまま、その行使の前提として私人が尽くすべき救済手段を、国内裁判等の国内法上の救済手続からICSID仲裁に変えたのである。⁽⁴²⁾ 言い換えれば、私人—国家の仲裁が、外交的保護の脈絡における「国内救済手段」に相当するのである。⁽⁴³⁾ 国際条約に基づくそのような仲裁を「国内救済手段と呼ぶことには異論もあり得るが、いずれにせよ言葉の問題である。

ウ 小括——NAFTAにおける「国内救済原則」——

右の分析を、北米自由貿易協定（NAFTA⁽⁴⁴⁾）における国内救済原則（の放棄）をめぐる議論に当てはめてみることで、国際投資紛争処理における国内救済原則についての考察のまとめに代えることとしよう。NAFTA第一章B節は、投資に関するNAFTA違反をめぐる投資家と国との間の紛争をICSID条約等に基づく仲裁に付託することを定めているが、投資家が仲裁に付託する場合には、「関連条文にいう」違反であると主張されている紛争当事国の措置に関する手続を、いずれかの当事国の法に基づく行政裁判所もしくは司法裁判所またはその他の紛争解決手続において開始または継続する権利を放棄する」必要がある（第一二二条一項b・二項b）。

この規定について、NAFTAに基づく仲裁裁判所自らが、それを「国内救済手段の完了についての慣習国際法的一般規則からの逸脱」であると理解し、⁽⁴⁵⁾ 学説上も、例えば、「国内裁判所において手続を開始又は継続する権利を放棄するという規定を国内的救済の規則の放棄以外のことを意味するものと解釈することは難しいように思われる。⁽⁴⁶⁾」と言われる。他方で、司法機関の行為とそれ以外の行為とを区別し、少なくとも前者による国際法

違反については「第一一二二条は国内救済手段を追求する義務の放棄を含んでいない。」とした事例もあり（ロウエン事件⁽⁴⁷⁾）、また、NAFTAに基づく仲裁における国内救済原則の「復活」の可能性を視野に入れた議論もある⁽⁴⁸⁾。

しかしながら、ここでもやはり私人（投資家）―国家の仲裁が問題となっており、その場合に「国内救済原則」を論ずることの問題点は既に指摘したとおりである。その趣旨は必ずしも明らかではないが、ロウエン事件で提出された意見書が指摘する、第一一二二条は「国内救済規則についてのものではない⁽⁵⁰⁾」というのが、正しい理解であるように思われる。

このことは、NAFTAに基づく投資家―国家の仲裁を、国家間請求（外交的保護）との関係に照らしてみることで確認できる。NAFTA第一一三六条五項は、国家が仲裁判断に服さなかった場合には、「自由貿易」委員会は、当該仲裁の当事者であった投資家の本国による要請を受領するとともに、第二〇〇八条（仲裁パネルの要請）に基づくパネルを設置する。」と規定する（強調は筆者）。第二〇〇八条に基づく仲裁パネルとは国家間の紛争処理手続であり、この「投資家の本国による要請」こそが、その前提としての国内救済手段の完了を問題とすべき外交的保護の行使なのである。

この外交的保護の観点からここでの仲裁を捉えれば、ICSID仲裁と外交的保護との関係について述べたことと同じことが当てはまる。すなわち、NAFTA第一章に基づく投資家―国家の仲裁は、外交的保護の前提として尽くすことが求められる「国内救済手段」に他ならず、NAFTAもまた外交的保護―国内救済原則の枠組に基づいた制度と言えるのである。右で言及した第一一二二条については、国内救済原則を放棄するものではなく、条約に基づく救済手続（投資家―国家の仲裁）と従来から存在する救済手続（国内裁判等）との間の管轄

権の配分を定めたものと言え、⁽⁵¹⁾ 外交的保護の観点から見れば、伝統的な意味での国内救済原則の内部的な問題と考えられるのである。

ここまで述べてきたことをまとめれば、国際投資紛争処理の分野で「国内救済原則の放棄」等と称されることのある現象は、視点を変えれば、逆説的ではあるが、外交的保護行使の前提条件として（その行使を抑制するために）予め尽くすことが求められる「国内救済手段」を、より実効的なものにする過程と言っているのである。「投資紛争は受入国の国内裁判所、あるいは受入国と外国投資家の合意に基づいて設立される仲裁やICSIDの仲裁によって解決されることが一般的となり、外国投資家の本国が外交的保護権を行使して受入国に対して保護を求めることはまれになった。」⁽⁵²⁾ という指摘は、そのような背景をふまえて理解すべきであろう。

一一 WTO紛争処理における国内救済原則

このように、国際投資紛争処理に関する条約においては、伝統的な意味での国内救済原則は、放棄されるどころか、まさにそれが——少し形を変えてではあるが——適用されていることを確認してきた。そうだとすれば、限定的にはあれWTO協定が国際投資も規律していることに鑑みても、WTO紛争処理手続において国内救済原則が適用されないと言われることが、よりいっそう注目されるかもしれない。例えば、サービス産業における投資に限定するとして、BITにより投資家に与えられる最恵国待遇とGATSによるそれとの間に意味のある違いを見出すのは困難である。⁽⁵³⁾ これらの違反をめぐる紛争の処理手続において、一方では適用される国内救済原則が他方では適用されないのであろうか、また、そうだとすれば、それはなぜなのであるか。

WTOにおける紛争処理では、私人ではなく国家が他の加盟国に対して行う申立てからその手続が開始される

のであるから、例えばICSID仲裁のような私人（投資家）が行う「国際」請求における「国内救済原則」の適用という前提的な問題は生じない。しかしながら、国家が国際請求を行う場合のすべてにおいて国内救済原則は適用されてきたわけではないから、WTOの紛争処理においてこの原則が適用されるか否かを、請求の主体のみに着目して結論を導き出すことはできない。GATT期を含めた関連事例をふまえた上で、⁽⁵⁴⁾国内救済原則の適用という点で国際投資紛争処理とWTO紛争処理との間に何らかの相違が見出されるのかを検討することとしよう。

ア 関連する事例

GATT期に、ノルウェー産サケに対する米国のダンピング防止税・相殺関税事件等⁽⁵⁵⁾において、米国は、国内の調査手続で提起されなかった争点をパネルで取り上げることができないとの主張⁽⁵⁶⁾を「行政救済完了原則」の名の下に行ったが、パネルはそれを認めなかった。米国がこの原則を、国際法上確立している国内救済完了原則と類似したものであると主張した⁽⁵⁷⁾こともあり、これらのパネル報告を根拠に、GATT紛争処理手続における国内救済原則の適用について、それを否定的に捉える議論がある。⁽⁵⁸⁾

確かに両原則には類似した面もあり、国内救済原則の場合も、救済手段を尽くしたと認められるために私人が国内裁判等で提起していなければならない争点や議論の程度が問題となる⁽⁵⁹⁾ことがある。しかし、行政救済完了原則の主張が認められなかったことからGATT紛争処理手続における国内救済原則の不適用を導き出せるほどの同質性はないように思われる。例えば、ノルウェー産サケ事件における、国内当局において提起できるはずの争点をノルウェー政府あるいはノルウェーの私的当事者が提起しなかったという米国の議論に、⁽⁶⁰⁾国内救済原則との

重要な違いを見出すことができる。言うまでもなく、国際法上の国内救済原則は、救済手段を国家が尽くすことを求めるものではないからである。

また、国内救済原則の適用も米国は主張しているのだと（おそらくは）誤解し、その適用を争ったノルウェー⁽⁶¹⁾に対し、米国は「国際公法上の国内救済完了規則」が適用されると主張しているのではないことを明らかにし⁽⁶²⁾ており、パネルも、G A T T紛争処理への国内救済原則の適用という問題は提起されなかったとして、これについては判断しなかったのである⁽⁶³⁾。ただ、この事件でノルウェーが、国内救済原則は外交的保護の場合にのみ適用されるとして、国家への直接の損害が問題となるG A T T紛争処理手続ではこの原則が適用されないと主張したことと、それに対し米国が、ノルウェーは「自国民の利益を取り上げている」として、国内救済原則の適用可能性を——米国は本事件においてその適用を主張しているわけではないと断りつつも——示唆していることは、ここで確認しておこう。

W T O期になり、国際法上の国内救済原則の適用を否定したように読めるのが、履物等の輸入に影響を及ぼすアルゼンチンの措置事件におけるパネル報告⁽⁶⁶⁾である。この事件でアルゼンチンは、W T O協定上の義務に違反するような関税が課される場合でも、申立てがなされれば、支払う金額をその義務に合致した額に制限する制度（アルゼンチンの関税法上の異議申立手続）⁽⁶⁷⁾があり、これを利用して輸入者は救済が得られることを主張した。これに対し米国は、そのような主張は、G A T T/W T O紛争処理手続においては認められてこなかった国内救済原則の導入を求めているものであり、斥けられるべきであると主張する⁽⁶⁸⁾。アルゼンチンは、「国内救済手段を尽くすこと」を求めているわけではないと反論するが、それでは何を求めているのかは必ずしも明らかではない。

いずれにせよパネルはアルゼンチンの主張を斥ける。パネルが示す理由の内、国内救済原則と関わりそうなのは、譲許表に定める待遇よりも不利でない待遇を与える義務の違反の存在は、それに対して国内法システムで救済手段が提供されているか否かに関わらないこと、違反が正されるかどうかは、輸入者がそのような国内手続を開始するか否かに依存するため不確実であること、また、そのような手続に必然的に遅延が伴うことである。⁽⁷⁰⁾

しかし、パネルの議論は——パネル自身は「国内救済原則」という文言を用いていないが——WTO紛争処理手続において国内救済原則が適用されないことの説明にはならない。国内手続の遅延の問題はここでは措くとして、国際法違反の存在が、それに対して国内救済手段が提供されるか否かに関わらないことは、国内救済原則について今日通説とされる手続説⁽⁷¹⁾に従った説明に他ならないし、国内手続によって国際法違反が正されるかどうかの不確実であることも、WTO協定に限った問題ではない。またパネルは、国家は国際法違反の主張に対する抗弁として国内法の規定を援用することができないという国際法の一般規則「①」を指摘して、WTO加盟国は国内システムが救済手段を提供していることをもってWTO協定違反の主張に対する抗弁とすることができない⁽⁷²⁾「②」と付言するが、これらは次元の異なる問題であり、①から②を導き出すのは誤りである。

このパネル報告を、WTO紛争処理手続においては国内救済原則が適用されないことを示す先例として——少なくとも、権威ある先例として——捉えることはためらわれよう。その他には、傍論ながら、「個人の権利侵害というよりもむしろ国家間条約の解釈・適用が主に争われているものなので、国内救済完了規則は本事件においては適用可能でない」とするパネル報告もあるが（米国の一九八八年包括歳出配分承認法第二二一条事件⁽⁷⁴⁾）、これらの事例から何らかの一般的な結論を導き出すことには無理がある。そこで、国内救済原則の一般理論の観点から考えることとしよう。

イ WTO紛争処理と外交的保護との関係

最初に検討しなければならないのは、そもそもWTOにおける紛争処理が、外交的保護が行使される場として機能するかどうか、言い換えれば、外交的保護制度の目的である「私的利益の救済」⁽⁷⁵⁾に資するものなのかどうかである。仮にそうでないとすれば、国内救済原則への言及があるわけでもない条約について、なぜこの原則の適用を論ずる必要があるのかが問われることになる。⁽⁷⁶⁾

例えば、GATT/WTO紛争処理において国内救済原則が適用されないことを主張するペータースマンは、この紛争処理手続が扱うのは、外交的保護の場合と異なり、私人ではなく国家自らの権利の侵害をめぐる紛争であることを指摘する。⁽⁷⁷⁾アルゼンチン履物事件では、米国もこの議論を参照しつつ、「政府はしばしば私人のためにWTOにおいて問題を提起するが、紛争は根本的には国家間のものである」として、国内救済原則の適用を否定する。⁽⁷⁸⁾既にふれた米国歳出配分承認法事件におけるパネル報告の傍論も同じ趣旨のものとして理解できよう。

しかしながら、国家が直接損害を受けているという主張は、国内救済原則の抗弁を提起された側が、その適用を回避するために用いる常套句である。⁽⁷⁹⁾「政府はしばしば私人のためにWTOにおいて問題を提起する」という状況の中で、WTO紛争処理手続において私的利益の救済という側面が優越的に表れる可能性を否定することは困難ではないだろうか。⁽⁸⁰⁾ノルウェー産サケ事件における、ノルウェーは「自国民の利益を取り上げている」という米国の主張も、外交的保護が行使されているという認識と重なる。また、WTO協定の国内適用可能性を認めるべきであるという、後で見られるような議論も、それが私的利益の救済に資するからこそなされるのであろう。

もっとも、この問題は、WTO紛争処理手続で認められる救済の内容⁽⁸¹⁾という観点からも考える必要がある。そこでの救済は、将来に向けてのものであって過去の違反行為に遡及しないことに特徴があると言われ、WTO

協定違反行為の終了が救済の中心である。徴収した関税の返還や交付した補助金の回収などの原状回復の義務は（争いはあるが、ダンピング防止税と相殺関税の分野を除き）⁽⁸²⁾存在せず、また、損害についての金銭賠償義務も（立法論としてはともかく）⁽⁸³⁾認められていないのである。

そうだとすれば、外交的保護の場合には通常は金銭賠償や原状回復が求められるということとも関連して、WTO紛争処理手続が私的利益の救済に資する場面は限られてくることになる。⁽⁸⁵⁾投資の分野に限定されるが、WTO協定違反を同時にBIIT違反であると性格づけることで、WTOではなくBIITの紛争処理に付託し金銭賠償を求めるという提案がなされる⁽⁸⁶⁾所以もここにある。しかし、これをもって、WTO紛争処理手続は外交的保護の行使の場としては機能せず、したがって国内救済原則は適用されないとまで論ずることも困難である。ダンピング防止税と相殺関税の分野で原状回復の義務が認められるか否かには立ち入らないとしても、それ以外の分野を含めて、金銭賠償や原状回復ではなく宣言的判決が求められる場合には国内救済原則は適用されないという立場を採るのであればともかく、そのような立場はあまり広く支持されないと思われるからである。⁽⁸⁷⁾

なお岩沢は、私人の申立てを受けて外国の不正な貿易慣行について米国（通商法三〇一条）やEC（新商業政策措置）が行う協議の申入れについて、それを外交的保護と「似ている」が「異なる」として、四つの異同——これらの国内申立手続においては、①対象は外国の不正な貿易慣行であり、国際法違反に限られない、②申し立てる私人が当該外国の領域外にあることが少なくない、③私人が損害を受けたことは必ずしも必要とされない、④国内救済原則が適用されない——を指摘する。⁽⁸⁸⁾しかし、①から③は、当該外国の領域内で国際法違反により損害を受けた私人からの申立ての可能性を排除せず、④は論点先取と思われる、ここからも、WTOにおける紛争処理が外交的保護の行使の場として機能する可能性は排除されないことになる。

ウ 国内救済手段の非実効性等を理由とする適用の除外

WTO紛争処理手続が外交的保護行使の一場面として表れる可能性があり、したがって国内救済原則の射程に入ることがあるとしても、だからといって、この原則が適用される場合があるという結論には直ちにはならない。外交的保護の脈絡でも、例えば実効的な国内救済手段が存在しない場合にこの原則が適用されないことは広く認められているからである。この点と関連して、岩沢は次のように述べる。

WTO協定を国内で援用しても、その国内適用可能性が否定されたり、WTO協定に基づく主張が無視されることも多く、そもそも国内裁判所が「実効的な」救済を提供しているかに疑問がある場合が少なくない。また、欧州人権条約の下における慣行によれば、国家間の通報が個別的な人権侵害の事例ではなく一般的な人権状況（立法措置や行政慣行）に関わるものであるときには、国内的救済完了の原則は適用されない。WTOの紛争処理手続においては加盟国の措置が一般的に問題にされることが多いので、その点からも国内的救済完了を要求しないことに理由がある⁽⁸⁹⁾。

まずWTO協定の国内適用可能性について言えば、主な加盟国がそれを認めておらず、国内裁判所がWTO協定を適用する場面が限られていることは確かである⁽⁹⁰⁾。ある国の裁判所が国際法を適用する権限をもたない場合には国内救済原則の適用がないとすれば、特定の条約を適用する権限をもたない場合にも、その条約との関係では、この原則は適用されないことになろう。ノルウェー産サケ事件で、米国には実効的な救済手段が存在しないとノルウェーが主張したのもこの点と関わる⁽⁹²⁾。

しかし、条約の適用可能性が各国の国内法により決定されるのであれば、また実際にもWTO協定の国内適用可能性を認める国が存在すること(94)に鑑みれば(アルゼンチン履物事件におけるアルゼンチンがまさにその例である)(95)、WTO協定が問題となつていふことと国内救済手段の非実効性をアープリオリに結びつけることはできないはずである。しかも、WTO協定の国内適用可能性を積極的に評価し、「国内裁判においてWTO協定が適用され協定違反の措置が撤廃されれば、他国はもはやWTOにおいて申立てを行う必要がなくなり、国家間の紛争が未然に防止される。」という見解は、(96)国家間紛争の未然防止という国内救済原則の機能を想起すれば、むしろWTO紛争処理手続におけるその適用と結びつくのである。

欧州人権裁判所における慣行について言えば、一般的な人権状況(立法措置や行政慣行)に関して国内救済原則が適用されないのは、そのような場合には、「所定の司法的救済手段が、証拠確保の困難さのために非実効的になりがちであり、また、行政機関の調査も開始されないか、仮に開始されたとしても、おそらく不熱心で不完全なものとなりそう(97)」だからである。したがって、これも救済手段の実効性の問題と言え、一律の判断にはなじまないように思われる。欧州人権条約の下でも、国家間通報ではなく個人申立ての事例においてはあながち、必ずしもすべての行政慣行が国内救済手段を非実効的あるいは不適切にするわけではないとしたものがある(98)。

なお、裁判の不当な遅延も、国内救済原則の適用の例外として挙げられることがあり(99)、既に見たように、アルゼンチン履物事件においてパネルは、国内手続に必然的に伴う遅延に言及している。これは、GATT紛争はその性質上できるだけ迅速に解決される必要があるとして国内救済原則の導入に反対する立場と結びつくものとも考えられるが、WTO協定の目的に照らして国内手続が常に不当な遅延を伴うというのは、現実的な発想ではなからう。

国内救済原則の適用除外理由として指摘されるものとしては、その他に、関係国の合意がある。しかし、「序」でも述べたように、WTO協定には国内救済原則の適用を除外する加盟国の意図を明らかにするような文言は存在しない。¹⁰¹したがって、ELSI事件判決の立場を受け入れる限りで、WTOの紛争処理手続について加盟国の合意を根拠に国内救済原則の適用が除外されるとするのは困難であろう。もともと、アルゼンチン履物事件においてアルゼンチンが、国内救済原則と実質的に変わりないと思われる主張をしつつも、国内救済手段を尽くすことを求めているわけではないとしたことは、その是非はともかくとして、WTO紛争処理手続においては国内救済原則が適用されないという合意が形成されつつある過程が背景にあるのかもしれない。

また、国家がそれまで関係のなかった外国人の権利を侵害したような場合も問題となろう。これは、「WTOの場合には、違法な貿易制限によって被害を受けているもの……は、貿易制限国の領域外にいるのがむしろ普通である。このような者に対して当該国の国内で利用しうるすべての救済手段を尽くすことを要求するのは必ずしも合理的でない。」¹⁰²という議論と関わる。確かに、そのような場合には——領域的つながりのみが基準となるかどうかは措くとして——国内救済原則は一般に適用されないと考えられる。¹⁰³ただ、この議論自体が示唆するように、私人がその国の領域内にいる場合も例外的にはあり得る。例えば、GATSの下での規律の対象となる「サービスの貿易」には、「いずれかの加盟国のサービス提供者によるサービスの提供であって他の加盟国の領域内の業務上の拠点を通じて行われるもの」が含まれている(第一条二項c。強調は筆者)。したがって、右の議論も、WTO紛争処理手続において国内救済原則がまったく適用されないことの論拠とはならないのである。

結 び

本稿の目的は、一般国際法上確立している国内救済原則が、WTO紛争処理手続においては適用されないと宣言されることについて検討することで、今日の国際法における国内救済原則の位置づけを明らかにすることにあつた。予備的に行つた国際投資紛争処理における国内救済原則についての考察から確認されたことは、第一に、そのような紛争処理の一環として定められる私人（投資家）―国家の仲裁手続において「国内救済原則が放棄された」としばしば言われるが、それは、従来とは異なる意味で用いられた―しかも、そのような意味では確立しているとは言い難い――「国内救済原則」の放棄について議論されているということであり、第二に、投資家―国家の仲裁は、視点を変えれば、その仲裁を含む「国内救済手段」を実効的なものとすることで、国家間請求（外交的保護の行使）に至る事態をできるだけ回避しようとする、伝統的な意味での国内救済原則の枠組の中で機能している、ということであつた。

WTO紛争処理手続における国内救済原則については、関連する事例として、一方で、その適用に否定的なパネル報告が少ないながらも存在し、他方でその適用を認めた事例は（筆者の知る限り）存在しないが、パネル報告の関連部分は、国際法の観点から見て問題があるか傍論にすぎないものであり、これらから一般的な結論を導き出すのは適切ではない。そこで、より一般的に、そもそもWTO紛争処理における国家間請求が、国内救済手段の完了が求められる外交的保護にあたるのかどうかという観点から、また、国内救済原則について言われる適用除外理由に照らして考察を試み、そこからは、WTO紛争処理手続において多くの場合に国内救済原則が適用されないとと言えるのは、この原則の適用を除外するさまざまな理由が重層的に当てはまるためであることが確認

された。WTO紛争処理手続において国内救済原則が援用された事例がほとんど存在しないこともこれによって説明されよう。

しかし、国内救済原則の不適用について、単一の理由ではすべての場合を説明できず、国内救済手段の非実効性のように国や状況により異なるものを含む適用除外理由が重層的に当てはまるためと説明するしかないということは、この原則が適用できる場合があることを示唆している。そのような場合にも「WTO紛争処理手続においては国内救済原則が適用されない」というア priori な前提から適用を否定すること——それはELSI事件判決の否定に他ならない——は、国家間紛争の未然防止という（国際投資紛争処理の分野でも前提として認められている）国内救済原則の積極的機能に照らして、適切でもなければ、そうする必要もない。また、WTO協定の国内適用可能性を認めるべきという主張とも——それが認められれば国内救済原則が適用できる場合も多くなると考えられるから——調和し難い。

いずれにせよ、WTO紛争処理手続において多くの場合に国内救済原則が適用されないことを、従来から認められてきた適用除外理由によって説明できるのであれば、この原則に関する「新しい慣習規則の発展」¹⁰⁴をここに見出す必要はないであろう。WTO紛争処理手続は、伝統的な意味での国内救済原則の基盤を揺るがすもの、あるいは、それに質的な変容をもたらすものではないのであって、その点では、国際投資紛争におけるこの原則の展開との間に共通点を有しているのである。したがって、国際経済法の分野において国内救済原則の適用に対して否定的に表現されることのある現象は、外国国家免除規則——これと国内救済原則との関連は「序」でふれたとおりである——を含めた、外国国家に対する私人の請求に関する国際法の基本的な枠組を崩すものではないと評価することができよう。

(付記) 本稿は、平成一六・一七年度科学研究費補助金(特別研究員奨励費)による成果の一部を含む。

- (1) *Affaire de l'Interhandel (Suisse c Etats-Unis d'Amérique) (Exceptions préliminaires)* [1959] CJI Recueil 6, 27. (拙訳以下同様。)
- (2) 「人権条約の場合、個人の保護はもはや国家の外交的保護権からは切り離されている」が(葉師寺公夫「ヨーロッパ人権条約に於ける国家の申立権と国内的救済原則の適用可能性」神戸商船大学紀要・第一類・文科論集三〇号二九頁(一九八一年)二九頁)、この問題については、(以下)では立ち入らな。
- (3) [2004] HC Report <<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2004/2004report.htm>>.
- (4) 太寿堂鼎「国内的救済原則の適用の限界」法学論叢七六巻一・二、号六七頁(一九六四年)七二頁。同九七頁も参照。
- (5) Eduardo Jiménez de Aréchaga, 'International Law in the Past Third of a Century' (1978-I) 159 Recueil des cours 1, 292.
- (6) *Electronica Sicula SpA (ELSI)* [1989] ICJ Reports 15, 42 (para 50).
- (7) 例えば、岩沢雄司『WTOの紛争処理』(一九九五年)特に八五頁、Ernst-Ulrich Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement* (1997) 240-244 参照。
- (8) 例え、Mitsuo Matsushita et al, *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy* (2003) 521-537; 阿部克則「貿易と投資——そのWTO体制における意義と課題」小寺彰編『転換期のWTO——非貿易関心事項の分析』一〇九頁(二〇〇三年)参照。
- (9) Paul Peters, 'Exhaustion of Local Remedies: Ignored in Most Bilateral Investment Treaties' (1997) 44 NILR 239, 233. Giorgio Sacerdoti, 'Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection' (1997) 269 Recueil des cours

251, 437; Gus Van Harten and Martin Loughlin, 'Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law' (2006) 17 EJIL 121, 130-131; 森川俊孝「投資条約における国家と投資家との間の国際仲裁の法的メカニズムと機能」国際法外交雑誌一〇〇巻一号二二頁(二〇〇一年)一三三頁も参照。

(10) Hazel Fox, *The Law of State Immunity* (paperback ed, 2004) 520-523 参照。

(11) (1954) 45-I Ann IDI, 23 (La règle de l'épuisement des recours internes: Exposé préliminaire de M. J. H. W. Verzijl). 「単なる政治的便宜の規則」*ibid* 85 (Rapport définitif de M Verzijl) を参照。

(12) J. E. S. Fawcett, 'The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure?' (1954) 31 BYBIL 452, 457.

(13) この点につき、太寿堂・前掲注(4)・六七頁も参照。

(14) もっとも、国家免除に関する(英国の)事例において「礼讓」という表現が用いられる場合、それは国際公法の拘束的な規則という意味においてである、という指摘もあるように(Lawrence Collins, 'Comity in Modern Private International Law' in James Fawcett (ed), *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North* (2002) 89, 96-97) '例えは「国家免除は、国家の管轄権に対する、国際礼讓に基づく制約である。」と裁判所が述べてくるからと云う (Jones v Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia (Secretary of State for Constitutional Affairs intervening)) [2004] EWCA Civ 1394 at [104]; [2005] QB 699, 754 (Lord Phillips))' それが、国家免除の国際法規性を否定する趣旨とは必ずしも解されないことには注意が必要である。

(15) 川岸繁雄「コンセッションと国有化——コンセッションの一方的破棄と国家の国際責任についての一考察——(二・完)」神戸学院法学九巻一号六七頁(一九七八年)七九—八七頁、同「国家契約における仲裁条項の機能」国際法外交雑誌八二巻三号一頁(一九八三年)一一—一六頁。

(16) 質・量ともに今後の充実を待ってもらうしかないが、例えば、拙稿「不法行為訴訟における国際法上の外国国家免除(一)・(二)・完」法学論叢一五一巻六号二二〇頁、一五二巻三号一一三頁(二〇〇二年)がある。

- (17) この二つの条件は重複しており、起草過程で追加された第二文の存在意義は小さい。Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (2001) 389-390 も参照。
- (18) 例、ILCの外交的保護条文案(第一読) 第一六条のコメント(14) [2004] ILC Report, *supra* n (3); Chitharanjan Felix Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (2nd ed, 2004) esp 263-264.
- (19) 例、森川俊孝「N A F T A 第11章仲裁における国内的救済の規則の放棄の意味と範囲」横浜国際経済法学一三巻三号一頁(二〇〇五年)六一七頁。
- (20) 国際法学会編『国際関係法辞典(第二版)』(二〇〇五年)三四〇頁(山田卓平。強調は筆者)。
- (21) 川岸・前掲注(15)「コンセッション」・八一頁。
- (22) 太寿堂・前掲注(4)・七六頁(強調は筆者)。「投資家と国家との間の仲裁の目的の一つは、国内裁判所の利用を回避するべきである。」と指摘するChristoph Schreuer, 'Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration' (2005) 4 Law & Practice of Int'l Courts & Tribunals 1, 1 も参照。
- (23) Stephen M. Schwebel, 'Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies Revisited' (1989) 23 Int'l Lawyer 4, reprinted in *Justice in International Law* (1994) 191, 195 も参照。
- (24) Stephen M. Schwebel, 'Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies' (1966) 60 AJIL 484 (with J. Gills Wetter), reprinted in *ibid* 171, 174-175 参照。
- (25) (1990) 63-II Ann IDI 324.
- (26) M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment* (2nd ed, 2004) 253-254.
- (27) UKTS No 28 (1987), Art 9 (1).
- (28) Somarajah, *supra* n (26), 254-255.
- (29) Peters, *supra* n (9), 234. 例えば一八箇月という一定の期間に限定して国内救済手段の追求を求めるBITは、

その期間内に救済手段を完了することが困難であることから、象徴的な機能をもつこととごまかすと思われるが、そのようなものでも、一九九〇年以降の四〇九の内、二一八とのことである。*ibid* 234-235 参照。

(30) ちなみに、Lucy Reed *et al. Guide to ICSID Arbitration* (2004) 167-173 に再録されている英国のモデルBITでは、国内救済手段の追求は三箇月に限定されている(第八条三項)。

(31) Sacerdoti, *supra* n (9), 437 (n 392). Schreuer, *supra* n (17), 392; Schreuer, *supra* n (22), 2 参照。

(32) Schreuer, *supra* n (17), 394.

(33) イスラエルとグアテマラであるが、イスラエルは後に通告を撤回している。Schreuer, *supra* n (22), 2 参照。

(34) Peters, *supra* n (9), 243.

(35) *ibid.*

(36) Aron Broches, 'The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States' (1972-II) 136 *Recueil des cours* 331, 374, 378. 河野真理子「投資紛争解決国際センターの制度と活動」国際商事法務二六巻六号六〇一頁(一九九八年)六〇二頁、六〇九頁、Amerasingh, *supra* n (18), 263 も参照。

(37) Luigi Condorelli, 'La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application' (2003) 86 *Rivista di diritto internazionale* 5, 16 も参照。

(38) 「BITの投資家対国家の紛争処理手続は国内裁判所の機能をおもに代替する」と述べる小寺彰『WTO体制の法構造』(二〇〇〇年)一八六頁も参照。

(39) Broches, *supra* n (36), 374 参照。

(40) *ibid* 374-375.

(41) 第三八条・第四五条参照。この点はプロチェスも認める。Broches, *supra* n (36), 375 参照。ICSID条約に基づく仲裁の手続への参加を国家が拒否したにも拘らず仲裁裁判所が自らの管轄権を肯定した実際の例として、*Alcoa*

- Minerals of Jamaica, Inc v Government of Jamaica* (1979) 4 Yb Commercial Arbitration 206 以下。John T. Schmidt, 'Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implications of the Decision on Jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica' (1976) 17 Harvard ILJ 90, 92-93, 103; 川岸・前掲注(15)「国家契約」・九頁も参照。
- (42) Condorelli, *supra* n (37), 17-18 参照。
- (43) Schwebel, *supra* n (24), 189 参照。
- (44) (1993) 32 ILM 289 and 605.
- (45) *Feldman v Mexico*, Case No ARB (AF)/99/1 (2003) 42 ILM 625 (ICSID) 639 (para 73). 一般的な意味では国内救済手段の完了は国際請求の提出のための手続的必要条件であることについて、NAFTA 第一章ではそれが必要とされつつあることと、*Waste Management, Inc v Mexico*, Case No ARB (AF)/00/3 (2004) 43 ILM 967 (ICSID) 989 (para 116) も参照。
- (46) 森川・前掲注(9)・一四頁。
- (47) *Loewen Group, Inc v United States of America*, Case No ARB (AF)/98/3 (2003) 42 ILM 811 (ICSID) 838 (paras 163-164) 参照。
- (48) 例として、Andrea K. Bjorklund, 'Waiver and the Exhaustion of Local Remedies Rule in NAFTA Jurisprudence' in Todd Weiler (ed), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects* (2004) 253, 279, 286 参照。
- (49) 例えば、「損害を受けた外国人は、自らまたは本国が国際裁判所に請求を提出する前に、国内救済手段を尽くすことを慣習国際法は求めて」いるという前提で、NAFTA 第一章が国内救済原則を放棄しているかどうかを問う William S. Dodge, 'National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata Under Chapter

Eleven of NAFTA' (2000) 23 Hastings Int'l & Comparative LR 357, 373 参照 (強調は筆者)。

(50) *Loewen, supra* n (47), 837 (para 161) (Prof Greenwood and Sir Robert Jennings).

(51) NAFTA 第一一二条の目的について「当事者が国内救済手段〔国内裁判〕と国際救済手段〔NAFTA 第一章仲裁〕を同時に追求することを防ぐ」とあることは *International Thunderbird Gaming Corp v Mexico, NAFTA Ch 11 Arbitral Trib.*, 26 Jan 2006, para 118 <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Thunderbird/Thunderbird_Award.pdf> を参照。

(52) 中川淳司他『国際経済法』(二〇〇三年)三〇〇頁(中川淳司)。

(53) 例えば、日韓投資協定において最恵国待遇が与えられるのは、「投資財産の設立、取得、拡張、運営、維持……その他の処分」(第二条) に関してであり、GATS の場合は、「加盟国の領域内におけるサービスの提供のための他の加盟国の者の存在(業務上の拠点を含む)に係る措置」が含まれるが、そこでの「業務上の拠点」は「法人の設立、取得又は維持」あるいは「支店又は代表事務所を設置又は維持」により置かれるものを含むと定められている(第一条・第二条・第二八条)。

(54) 濱田太郎「WTO 紛争処理手続における国内救済完了原則——国内紛争処理手続とWTO 紛争処理手続の相互関係——」法学研究論集(明治大学大学院法学研究科)一八号一九頁(二〇〇三年)も参照。なお、本稿で参照するGATT/WTO のパネル報告等の典拠は、WTO のホームページ <<http://www.wto.org>> (未採択のGATT パネル報告については <<http://www.worldtradelaw.net>>) を参照。

(55) *United States — Anti-Dumping Duties on Gray Portland Cement and Cement Clinker from Mexico*, ADP/82, 7 Sep 1992, unadopted; *United States — Imposition of Anti-Dumping Duties on Imports of Fresh and Chilled Atlantic Salmon from Norway*, ADP/87, 27 Apr 1994; *United States — Imposition of Countervailing Duties on Imports of Fresh and Chilled Atlantic Salmon from Norway*, SCM/153, 28 Apr 1994.

- (56) *ibid.*, US—Gray Portland Cement para 3.1.4; US—Salmon (AD) para 32; (CV) para 21.
- (57) *ibid.*, US—Gray Portland Cement para 3.1.2; US—Salmon (AD) para 33; (CV) para 22.
- (58) 例えは、Rutsel Silvestre J. Martha, ‘World Trade Disputes Settlement and the Exhaustion of Local Remedies Rule’ (1996) 30: 4 J of World Trade 107, 107; David Palmeter and Petros C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure* (2nd ed. 2004) 35 参照。
- (59) 例えは、ILCの外交的保護条草案（第一読）第一四条のコメントリ（7）・（8）[2004] ILC Report, *supra* n (3) 参照。
- (60) 例えは、US—Salmon, *supra* n (55), (AD) para 347; (CV) paras 23, 207 参照。
- (61) *ibid.* (AD) paras 36-39; (CV) paras 24-27. ノルウェーは、国内救済手段の完了が求められることを示すパネル報告（以下）‘United States—Imposition of Duties on Imports of Seamless Stainless Steel Hollow Products from Sweden, ADP/47, 20 Aug 1990, unadopted; United States—Definition of Industry Concerning Wine and Grape Products, SCM/71, 28 Apr 1992 を挙げる（US—Salmon, *supra* n (55), (AD) para 37 (n 15); (CV) para 25 (n 11)）。いずれも具体的にこの点を指しているのかは明らかでないが、前者について、「被申立国であるアメリカの国内裁判所……が同じ問題について審理を行っていたにもかかわらず、小委員会は審理を継続した」点であるとすれば（岩沢・前掲注（7）・八五頁）、そもそも米国が国内救済原則を援用していない事例であるという限界がある。後者については、相殺関税の賦課をめぐる米国での国内手続が完了していないにも拘らず、パネルが審理を行った点かもしれないが、ここでの国内手続は、米国のぶどう生産者の申請に基づいたものであり、EC側の私的当事者が何らかの救済を求めているものではないので、国内救済原則とは脈絡が異なる。
- (62) US—Salmon, *supra* n (55), (AD) para 45; (CV) para 32.
- (63) *ibid.* (AD) para 348; (CV) para 217 参照。岩沢・前掲注（7）・八五頁も参照。

- (64) *US—Salmon*, *supra* n (55), (AD) para 37; (CV) para 25.
- (65) *ibid* (AD) paras 46-47; (CV) paras 33-34. *US—Gray Portland Cement*, *supra* n (55), para 3.1.8 参考。
- (66) *Argentina—Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*, WT/DSS6/R, 25 Nov 1997.
- (67) *ibid* para 3.220.
- (68) *ibid* para 3.246.
- (69) *ibid* para 3.247.
- (70) *ibid* para 6.68.
- (71) 例えは、山田卓平「国内的救済原則の成立——国内救済要求の法的性質の歴史的展開——(一)・完」法学論叢一四七巻五号七〇頁(二〇〇〇年)七七一八一頁参照。
- (72) *Argentina—Textiles and Apparel*, *supra* n (66), para 6.68 (n 198).
- (73) アルゼンチンは、上級委員会への申立ては国内救済手続について争わなかった。*Argentina—Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*, WT/DSS6/AB/R, 27 Mar 1998, para 54 参考。なお、アルゼンチン履物事件におけるパネル報告の関連部分を参照する *Argentina—Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, 19 Dec 2000, paras 11.247-11.252, esp para 11.250 (n 531) 参考。
- (74) *United States—Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998*, WT/DS176/R, 6 Aug 2001, para 8.95 (n 131).
- (75) 小畑郁「近世ヨーロッパにおける外国人の地位と本国による保護——近代外交的保護制度の史的研究への序論的覚書——」山手治之・香西茂編集代表『21世紀国際社会における人権と平和：国際社会の新しい発展をめざして(上巻) 国際社会の法構造：その歴史と現状』三三三頁(二〇〇三年)三四七頁(注10) 参考。
- (76) *Amerasinghe*, *supra* n (18), 38 参考。
- (77) *Ernst-Ulrich Petersmann, 'Settlement of International and National Trade Disputes Through the GATT: The Case of*

- Antidumping Law' in Ernst-Ulrich Petersmann and Günther Jaenicke (eds), *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law* (1992) 79, 126-127.
- (78) *Argentina—Textiles and Apparel*, *supra* n (66), para 3.246 (nn 118-119).
- (79) 例えは、Amerasinghe, *supra* n (18), 146-150 参照。
- (80) P. J. Kuypers, 'The Law of GATT as a Special Field of International Law: Ignorance, Further Refinement or Self-Contained System of International Law?' (1994) 25 NYIL 227, 234 も参照。なお、物品の待遇に関する義務と私的当事者の待遇に関する義務とを区別し、後者についてのみ国内救済原則が適用されるという前提から、GATT の場合は同原則が適用されなかったが WTO では適用可能になったとの議論もある。Martha, *supra* n (58); Palmeter and Mavroidis, *supra* n (58), 35 参照。
- (81) 例えは、岩沢・前掲注(7)・一二二—一二四頁、Patricio Grané, 'Remedies under WTO Law' (2001) 4 J of Int'l Economic L (JIEL) 755 参照。
- (82) これらの分野で適及的・特定の措置の履行を求める勧告をした GATT パネル報告については、岩沢・前掲注(7)・一二二頁、Grané, *supra* n (81), 763-765 参照。なお、「紛争解決了解一九条が、勧告とは別に、小委員会・上級委員会が勧告を実施しうる方法を提案することを認めたことから、ダンピングと相殺関税の分野についても、原状回復的な特定履行勧告は否定されたと解されている」[た] (小寺・前掲注(38)・一二三頁) が、パネルは、WTO システムにおいても適及的な救済があり得るとの解釈を示した。*Australia—Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, WT/DS126/RW, 21 Jan 2000, paras 6.39-6.42 参照。このパネル報告には批判が多いが (例) Gavin Goh and Andreas R. Ziegler, 'Retrospective Remedies in the WTO after *Automotive Leather*' (2003) 6 JIEL 545、パネルの見解を肯定的に評価するものとして、Matsushita *et al*, *supra* n (8), 84 参照。
- (83) 例えは、Marco Bronckers and Naboth van den Broek, 'Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies

- of WTO Dispute Settlement' (2005) 8 JIEL 101 参照。
- (84) Theodor Meron, 'The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies' (1959) 35 BYBIL 83, 88.
- (85) WTOの紛争処理手続において「特定履行や損害賠償が認められないことは、違反行為によって直接損害を被った私人には事実上実効的な救済が否定されることに他ならない。」とする中川他・前掲注(52)・七三頁(平寛)も参照。但し、このような「限界は、私人の救済が国家の外交的保護権に吸収される伝統的な国際法の枠組みに沿ったものであり、ひとえにWTOだけの問題ではない」(同)という点は、問題が、「WTOでは、一般国際法で認められている救済方法が制限されている」(岩沢・前掲注(7)・一三三頁)ことに端を発しているのであるから、疑問である。
- (86) Gaetan Verhoosel, 'The Use of Investor-State Arbitration under Bilateral Investment Treaties to Seek Relief for Breaches of WTO Law' (2003) 6 JIEL 493.
- (87) Castor H. P. Law, *The Local Remedies Rule in International Law* (1961) 110; 太寿堂・前掲注(4)・八四頁参照。
ILCの外交的保護条文案(第一読)も、「国際請求または当該請求に関する宣言的判決の要請が、国民……への損害を優越的な基礎として提出される場合には、国内救済手段が尽くされなければならない。」と定めている(第一五条)。但し、Amersinghe, *supra* n (18), 267 参照。
- (88) 岩沢・前掲注(7)・一八五頁。
- (89) 同右・八六頁。
- (90) Petersmann, *supra* n (77), 127; Petersmann, *supra* n (7), 241 (n 89), 243; 中川淳司「国内裁判所による国際法適用の限界——GATT/WTO協定の場合——」国際法外交雑誌一〇〇巻二号一頁(二〇〇一年)も参照。
- (91) 太寿堂・前掲注(4)・八八頁参照。
- (92) *US-Salmon, supra* n (55), (AD) para 38; (CV) para 26 参照。
- (93) 岩沢雄司「条約の国内適用可能性——いわゆる“SELF-EXECUTING”な条約に関する一考察」(一九八五年)特

に三三三—三三四頁参照。

- (94) 中川・前掲注(90)・二六—二七頁参照。
- (95) *Argentina—Textiles and Apparel*, *supra* n (66), para 3.214 参照。
- (96) 岩沢・前掲注(7)・六〇頁。中川他・前掲注(52)・七三—七四頁(平)も参照。
- (97) *Greek Case (Denmark v Greece)*, App Nos 3321-3323/67, 3344/67 (1969) 12 Yb ECHR 1 (European Commission of Human Rights) 194.
- (98) 例え⁴⁵ *Donnelly v United Kingdom*, App Nos 5577-5583/72 (1976) 19 Yb ECHR 84 (European Commission of Human Rights) 252 参照。
- (99) 例え⁴⁶ 大寿堂・前掲注(4)・九一頁 *Amerasinghe, supra* n (18), 210-212 参照。
- (100) Meinhard Hill, 'The Role of National Courts in International Trade Relations' (1997) 18 *Michigan JIL* 321, 352 参照。
US—Salmon, supra n (55), (AD) para 39 (Norway); (CV) para 27 (Norway) も参照。
- (101) 最近の事例で、NAFTA第二〇章に基づく仲裁パネルが紛争全体を処理できるためWTOのパネルは管轄権を(有してはいるが)行使すべきではないとのメキシコの主張について、紛争解決了解第一一条等を根拠として、パネルは「提起された事件において管轄権の行使を拒む裁量を有していない」とし、その主張を斥けたWTOのパネル報告・上級委員会報告がある。*Mexico—Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/R, 7 Oct 2005, paras 7.1, 7.18, 9.1; WT/DS308/AB/R, 6 Mar 2006, paras 57, 85. 注目には値するが、メキシコは、WTOのパネルが本事件の審理を行うことに対する「法的な障害」があると主張しているわけではなく、上級委員会も、そのような法的な障害があり得ることを一般論として否定しているわけではないから (*ibid* (AB) paras 44, 54) 国内救済原則の不適用を(ここから)導き出すことはできない。
- (102) 岩沢・前掲注(7)・八五頁。

(103) ILCの外交的保護条文章案(第一読)も、「被害者と責任があると主張される国家との間に関連性ある結びつきがない」場合を国内救済原則の例外の一つとして挙げている(第一六条d)。

(104) Kupfer, *supra* n (80), 238. 濱田・前掲注(54)・三四頁も参照。