JELI R No.154

エネルギーに関する国際取決めの法的問題の諸相

― 2017～2018年度 エネルギーに関する国際取決めの法的問題検討班報告書 ―

２０２３年９月

日本エネルギー法研究所

はしがき

この報告書は，2017年度から2018年度にかけて開催した「エネルギーに関する国際取決めの法的問題検討班」での研究会報告を基礎として，各担当者が改めて論点を補強し，分担執筆した論考を集成したものである。

国際的なエネルギー供給構造の変化や地球環境問題，中東などエネルギー生産地域における政治・社会構造の不安定化等，エネルギーをめぐる課題が複雑化してきているなか，各国のエネルギー需給構造をより安定化・効率化するためには一国の取組みだけでなく，二国間および多国間における国際的な協力を強化・拡大することが重要となってきている。

こうした状況のなか，核テロ対策の強化に向けて，2005年7月に採択された「核物質の防護に関する条約の改正」が2016年5月に発効するとともに，地球温暖化対策として，第21回気候変動枠組条約締約国会議（COP21）において，京都議定書に代わる法的枠組みとして「パリ協定」が採択され，2016年11月に発効した。また，法の支配といった普遍的価値を共有する国々との間で経済的な相互依存関係を深めることが地域の成長・繁栄・安定に資するとの考えから，「環太平洋パートナーシップ協定（TPP）」が大筋合意に至り，わが国は2016年2月4日に署名するなど，新たな国際取決めの締結や改正等が進められている。

以上の現状認識を前提に，本研究班は，エネルギーに関する条約や二国間または多国間における協定，その他国際的な指針・基準等を広く研究の対象とし，それらの国内における適用・実施にあたっての法的問題エネルギー資源確保の問題を中心に据え，グローバルな政治・経済環境における資源・エネルギーの安定供給の確保に係る法的諸問題について検討することを目的として，研究会を重ねてきた。

本報告書は，改正核物質防護条約の国内実施と実効性強化に向けた国際的試み，外国大規模施設に対する国内裁判所への出訴と条約の関係，日本が締結した経済関係協定における安全保障例外条項について，日本・EU間の経済連携協定（EPA）と戦略的パートナーシップ協定（SPA）の発展，ガス事業の自由化とEU競争法，国家管轄権の「域外適用」再考，エネルギー安全保障と国内行政法，投資仲裁判断の承認・強制執行に関する近時の動向といった，国際法，国際経済法，EU法，国内行政法など，広範な法分野に係る論考で構成されている。

本報告書の作成にさいしては，前任の城野智慧研究員，上野佑太研究員，井上元太研究員と現任の釜口昂大研究員が，研究班の幹事として，テーマの企画，調整，総括をはじめ，編集全般にわたり，きめ細かい配慮を重ねて下さった。研究班の主査として心より御礼申し上げたい。

2023年9月

森　川　幸　一

（エネルギーに関する国際取決めの法的問題検討班主査
専　修　大　学　教　授）

エネルギーに関する国際取決めの法的問題検討班名簿

（2017年4月～2019年3月）

主　　査	森川幸一	専修大学教授
研究委員	斎藤　誠	東京大学教授
	酒井啓亘	京都大学教授
	中西優美子	一橋大学教授
	林　秀弥	名古屋大学教授
	原田大樹	京都大学教授
	西村　弓	東京大学教授
	伊藤一頼	東京大学教授（2023年9月時点）
研究員	村上恵也	日本エネルギー法研究所（2018年3月まで）
	羽鳥洋一	日本エネルギー法研究所（2018年4月から）
	瀧口洋平	日本エネルギー法研究所（2017年6月まで）
	高橋一正	日本エネルギー法研究所（2017年7月から）
	小路智也	日本エネルギー法研究所（2017年6月まで）
	勢藤耕平	日本エネルギー法研究所（2017年7月から）
	戸本武志	日本エネルギー法研究所（2018年6月まで）
	井上大樹	日本エネルギー法研究所（2018年7月から）
	栗林克也	日本エネルギー法研究所（2018年6月まで）
	井熊　良	日本エネルギー法研究所（2018年8月から）
	堀　雅晃	日本エネルギー法研究所
	森実慎二	日本エネルギー法研究所
	塚本泰史	日本エネルギー法研究所（2018年7月まで）
	城野智慧	日本エネルギー法研究所（2018年8月から）

※肩書きは，特に示さない限り，研究会当時のものである。

研　究　活　動　記　録

＜2017年度＞

第1回研究会　2017年4月14日
原子力に関する国際取決めについて
（村上研究員）

第2回研究会　2017年5月25日
投資保護協定と知的財産権
（伊藤研究委員）

第3回研究会　2017年6月16日
EUとシンガポールの間の自由貿易協定のためのEUと構成国間の権限配分―投資を中心に―
（中西研究委員）

第4回研究会　2017年7月21日
ガス事業の自由化とEU競争法
（林研究委員）

第5回研究会　2017年10月20日
改正核物質防護条約の国内実施に伴う法的諸問題
（森川主査）

第6回研究会　2017年11月17日
投資協定仲裁と行政救済法理論
（原田研究委員）

第7回研究会　2017年12月22日
電力市場における競争の現状と今後の課題
（経済産業省電力・ガス取引監視等委員会取引制度企画室長
木尾修文様）

第8回研究会　2018年1月19日
投資仲裁における非拘束的文書の取扱い
（酒井研究委員）

第9回研究会　2018年2月16日
BBNJ新協定の下での環境影響評価（EIA）
（西村研究委員）

第10回研究会　2018年3月16日
国際的な事案に対する経済行政法の適用
―最判平成29年12月12日（ブラウン管事件）と
東京高判平成28年12月12日（貸金業法事件）を読む―
（斎藤研究委員）

＜2018年度＞

第11回研究会　2018年4月20日
ベースロード電源の価値評価を巡る法的課題
（電力中央研究所社会経済研究所スタッフ上席研究員　丸山真弘様）

第12回研究会　2018年5月25日
通商協定に含まれる労働条項の意義
（伊藤研究委員）

第13回研究会　2018年6月15日
卸電力取引分野の競争活性化と競争法―米国法，EU法からの示唆―
（林研究委員）

第14回研究会　2018年7月20日
日本・EU間の経済連携協定（EPA）と戦略的パートナーシップ協定（SPA）
―環境・エネルギーを中心に―
（中西研究委員）

第15回研究会　2018年10月26日
日本による北朝鮮に対する独自措置とGATT違反問題
―入港禁止措置と安全保障例外―
（酒井研究委員）

第16回研究会　2018年11月30日
改正核物質防護条約の実効性強化の試み
（森川主査）

第17回研究会　2018年12月21日
政策実現過程のグローバル化とエネルギー法
（原田研究委員）

第18回研究会　2019年2月1日
国家管轄権の「域外適用」再考
（西村研究委員）

第19回研究会　2019年3月1日

パリ協定とエネルギー転換　エネルギー法へのインパクト

（東京大学国際高等研究所サステイナビリティ学連系研究機構教授

高村ゆかり先生）

第20回研究会　2019年3月29日

国際（的）行政法の体系形成に関する雑感

Menzel, J., Internationales Öffentliches Recht, 2011に寄せて

（斎藤研究委員）

※肩書きは，研究会当時のものである。

なお，本報告書の執筆は以下の通り分担して行った。

第１章　改正核物質防護条約の国内実施と実効性強化に向けた国際的試み
森川　幸一　主査

第２章　外国大規模施設に対する国内裁判所への出訴と条約の関係
―ザルツブルク空港事件をめぐって
斎藤　　誠　研究委員

第３章　日本が締結した経済関係協定における安全保障例外条項について
酒井　啓亘　研究委員

第４章　日本・EU間の経済連携協定（EPA）と戦略的パートナーシップ協定（SPA）の発展
―環境・エネルギー事項を中心に―
中西優美子　研究委員

第５章　ガス事業の自由化とEU競争法
林　秀弥　　研究委員

第６章　国家管轄権の「域外適用」再考
西村　　弓　研究委員

第７章　エネルギー安全保障と国内行政法
原田　大樹　研究委員

第８章　投資仲裁判断の承認・強制執行に関する近時の動向
伊藤　一頼　研究委員

目　　次

第１章　改正核物質防護条約の国内実施と実効性強化に向けた国際的試み……【森川】1
Ⅰ　はじめに……3
Ⅱ　PP条約改正の経緯と主な改正点……4
　１．改正の経緯……4
　２．主な改正点……5
Ⅲ　日本の改正条約受諾と国内実施措置……7
　１．改正PP条約の受諾に時間を要した理由……7
　２．犯罪行為の拡大に対応する国内措置……8
Ⅳ　履行確保に関する改正PP条約の規定……13
Ⅴ　「核セキュリティに関する国際条約」作成の試み……14
　１．起草経緯……14
　２．条約の主な内容……16
　３．条約作成への道筋……18
Ⅵ　核セキュリティの実施強化に関する共同声明……18
　１．経緯……18
　２．声明の内容……19
Ⅶ　二つのアプローチの特徴と意義……19
　１．核セキュリティに関する国際条約……19
　２．　核セキュリティの実施強化に関する共同声明……20
Ⅷ　むすびに代えて……20

第２章　外国大規模施設に対する国内裁判所への出訴と条約の関係―ザルツブルク空港事件をめぐって　【斎藤】23
Ⅰ　はじめに……25
　１．A国国内裁判所への出訴……25
　２．B国国内裁判所への出訴……25
Ⅱ　事案の概要……28
　１．本件訴訟の裁判管轄と適用法……28
　２．大規模施設の差止めに関するドイツ固有の規律……29
　３．外国大規模施設の場合の問題点……29
　４．あり得べき解決の選択肢……30
　５．ザルツブルク空港にかかる両国間の条約と条約承認法の内容……31

６．訴訟の推移 32
７．連邦憲法裁判所判決 34
Ⅲ　若干の考証 39
１．ヴァイトブレヒトの評 39
２．国際的訴訟における外国判決承認論との関係 40
Ⅳ　結びに代えて 48

第３章　日本が締結した経済関係協定における安全保障例外条項について ..... 【酒井】51
Ⅰ　はじめに 53
Ⅱ　日本が締結した二国間投資協定(BIT) と安全保障例外 54
１．日本とBIT 54
２．安全保障例外条項の採用経緯と類型 56
Ⅲ　日本が締結した経済連携協定 (EPA)・自由貿易協定 (FTA) と安全保障例外 67
１．日本によるEPAの締結 67
２．日本が締結したEPAにおける安全保障例外条項の概要 69
３．日本が締結したメガFTAにおける安全保障例外条項の概要 78
Ⅳ　日本が締結した経済関係協定における安全保障例外条項の法的論点 86
１．安全保障例外の内容 86
２．安全保障条項における「自己判断」的文言の影響 87
３．「安全保障上の重大な利益」の内容 92
Ⅴ　おわりに 95

第４章　日本・EU間の経済連携協定(EPA)と戦略的パートナーシップ協定(SPA)の発展―環境・エネルギー事項を中心に―. 【中西】99
Ⅰ　はじめに 101
Ⅱ　EPAとSPAの概説 102
１．EPA 102
２．SPA 103
３．EPAとSPAのリンク 107
Ⅲ　EPAと環境 107
１．EPAにおける環境保護 107
２．EPAと気候変動 108
３．規制を行う権利(right to regulate) (16.2条) 109
４．市民社会の参加 110
Ⅳ　SPAと環境・エネルギー 112

Ⅴ　エネルギー及び環境分野における日EUの協力の強化 113
１．持続可能な連結性及び質の高いインフラに関する日EUパートナーシップ文書 113
２．日EUグリーン・アライアンス 113
Ⅵ　おわりに代えて 115

第５章　ガス事業の自由化とEU競争法 【林】117
Ⅰ　はじめに：ガス事業全面自由化 119
Ⅱ　EUにおけるガス自由化前史 120
１．自由化以前 120
２．ガス市場指令 120
Ⅲ　第三次ガス市場指令の内容 120
Ⅳ　若干の事例紹介 131
Ⅴ　結語 138
１．EU法からの示唆 139
２．電力・ガスの統合的市場における適正取引 139

第６章　国家管轄権の「域外適用」再考 【西村】143
Ⅰ　はじめに 145
Ⅱ　米国対外関係法リステイトメントにおける立法管轄権の整理 147
１．リステイトメント第3版（1986年） 147
２．リステイトメント第4版（2018年） 149
Ⅲ　国家実行―管轄権行使リンクの多様化 150
１．競争法の適用と属地性 150
２．近年の実行 151
Ⅳ　管轄権行使に関する考え方 154
１．特定類型の根拠の不要性 154
２．属地性の擬制 155
３．管轄権の競合と調整 156
Ⅴ　おわりに 157

第７章　エネルギー安全保障と国内行政法 【原田】159
エネルギー安全保障と国内行政法 159
Ⅰ　はじめに 161
Ⅱ　自衛隊法の特色 162

１．組織法的特色 162
２．作用法的特色 162
３．防衛出動命令の法的性格 163
Ⅲ　武器の使用 166
１．警察法上の武器使用 166
２．防衛法上の武器使用・武力行使 167
３．警察作用と防衛作用 168
Ⅳ　武器使用・武力行使と法治主義 169
１．武器使用と武力行使の狭間 169
２．武器使用と法治主義 170
３．武力行使と法治主義 172
Ⅴ　おわりに 172

第８章　投資仲裁判断の承認・強制執行に関する近時の動向 ..... 【伊藤】175
Ⅰ　はじめに 177
Ⅱ　投資仲裁判断の承認・強制執行に関わる国際的な法枠組み 177
１．ICSID仲裁の場合 178
２．非ICSID仲裁の場合 178
３．強制執行に関する国家免除規則 179
Ⅲ　投資仲裁判断の承認を求める国内裁判の事例 179
１．ICSID仲裁判断の承認が求められた例 180
２．非ICSID仲裁判断の承認が求められた例 181
Ⅳ　承認された投資仲裁判断の強制執行を求める国内裁判の事例 182
１．政府自身が所有する資産に対する強制執行を求める例 183
２．政府とは異なる主体が所有する資産に対する強制執行を求める例 184
Ⅴ　おわりに 187

第　1　章

改正核物質防護条約の国内実施と実効性強化に向けた国際的試み

専修大学教授
森　川　幸　一

Ⅰ　はじめに

2016年5月8日，「核物質及び原子力施設の防護に関する条約（Convention on the Physical Protection of Nuclear Material and Nuclear Facilities）」（以下，「改正PP条約」という。）[1]が発効した。その基となった「核物質の防護に関する条約（Convention on the Physical Protection of Nuclear Material）」（以下，「PP条約」という。）[2]は，1979年10月26日に採択され1987年2月8日に発効した核物質防護（核セキュリティ）に関し唯一法的拘束力を持つ文書で，①国際輸送中の核物質の不法な取得・使用を防止するための防護措置の確保，②核物質の窃取等の行為の犯罪化，③国際協力と情報交換，という三つの適用領域を有する条約である。

2005年7月8日に採択された改正PP条約は，防護措置の対象範囲の拡大や犯罪とすべき行為の拡大を図ったもので，日本では，2014年6月4日に国会で承認され，同27日に国際原子力機関（IAEA）事務局長に受諾書が寄託されていたが，改正PP条約自体が発効した2016年5月8日に，日本についても発効した。

改正PP条約の国内実施に際しては，「放射線を発散させて人の生命等に危険を生じさせる行為等の処罰に関する法律」（以下，「放射線発散処罰法」という。）[3]を一部改正する措置がとられたが，それ以外の国内立法措置はとられなかった。日本政府として，改正PP条約の国際法上の義務の性質をどのように受け止め，どのように国内実施しようとしたのか，本稿の前半部分（II～III）では，PP条約の改正の経緯と主な改正点を簡単に振り返ったうえで，主に国会での議論を素材に，この点についての検討を行いたい。

続く後半部分（IV～VII）では，改正PP条約に組み込まれた国際的なレベルでの履行確保の仕組みを確認したうえで，しばしばその弱点が指摘されている同条約の実効性を強化するための二つの試み，一つは「核セキュリティに関する国際条約（International Convention on Nuclear Security）」作成の試み[4]，他の一つは「核セキュリティの実施強化に関する共同声明（Joint Statement on Strengthening Nuclear Security Implementation）」[5]の内容を紹介し，いわば対極にあると思われるこれら二つの試みの特徴と意義について考察することにする。

---

1 改正 PP 条約の締約国は，2022 年 6 月 28 日現在で 130 ヶ国。条約改正部分の和訳については，〈https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000029752.pdf〉（閲覧日：2022 年 4 月 10 日）を参照。

2 PP 条約の締約国は，2021 年 9 月 20 日現在で 164 ヶ国。条約の和訳については，〈https://www.nsr.go.jp/data/000110054.pdf〉（閲覧日：2022 年 4 月 10 日）を参照。

3 平成 19 年法律第 38 号。

4 Nuclear Security Governance Experts Group (NSGEG), International Convention on Nuclear Security（2015）〈http://www.nsgeg.org/ICNSReport315.pdf〉（閲覧日：2022 年 4 月 10 日）。

5 Joint Statement on Strengthening Nuclear Security Implementation, IAEA, INFCIRC/869（2014）〈https://www.iaea.org/sites/default/files/publications/documents/infcircs/infcirc869.pdf〉（閲覧日：2022 年 4 月 10 日）。

Ⅱ　PP条約改正の経緯と主な改正点

１．改正の経緯[6]

PP条約が採択されたのは1970年代であるが，その時代背景としては原子力の平和利用が進展し，プルトニウムを含む核物質の取扱量や国際輸送量が増大したことが挙げられる。そうした中，核物質の不法な取得や使用の危険が高まったことで，こうした行為から核物質を防護するための国際協力の必要性が認識されるようになりPP条約の作成に至った。

PP条約は，核物質の窃取等の行為を犯罪化し，核物質の防護[7]を定めるものである。前者の犯罪化に関しては，その対象を国際輸送中の核物質だけでなく国内で使用されるものについても適用されることが有益であると考えられた一方で，核物質の防護に関しては，国際輸送中の核物質のみを対象とし，国内にある核物質の防護については，各国がそれぞれの国内の状況に応じて対応すべき問題であり，条約で国際的なルールを作る必要はないと考える国が多数を占めていた。

しかし，1990年代以降，核物質や放射性物質の潜在的使用を含む国際テロリズムの脅威が増大したことに伴い，核物質防護の対象を国内の核物質や原子力施設にも拡大する必要性が認識されるようになった。国家の管轄権内の核物質・施設の適切な防護体制の確立・運用の責任は，第一次的には当該国家の政府にあるとはいえ，責任が果たされているか否か，また，どの程度果たされているかは，他国にとっても無関心ではいられない問題となったからである。

PP条約でも，その前文に「国内において使用され，貯蔵され又は輸送される核物質の防護が重要であることを強調し」とあるように，国内での核物質防護の必要性がまったく認識されていなかったわけではなかったが，その対処は各国の裁量に委ねられていた。

防護の対象を，本来的に国際性を有する国際輸送中の核物質から，それ自体としては必ずしも国際性を有しない国内で使用・貯蔵・輸送される核物質や原子力施設に拡大するためには，それが単に当該領域国の国内的なセキュリティの問題にとどまらず，「国際安全保障（international security）」に係る問題であるとの認識が不可欠である。改正PP条約の前文で，「防護が公衆の健康の保護，安全（safety）の確保，環境の保護並びに国及び国際の安全保障（national and international security）の確保のために極めて重要であることに留意し，……」，「核物質の不正取引並びに不法な取得及び使用並びに核物質に係る妨害行為及び原子力施設

---

[6] 改正の経緯について詳しくは，森川幸一「核物質防護条約改正における防護措置の強化と今後の課題」日本エネルギー法研究所『核物質防護に関する国際法・国内法上の問題―平成 19～22 年度核物質防護に関する国際法・国内法上の問題研究班報告書―』（2011 年）21-41 頁を参照。

[7] 核物質の「防護（physical protection）」とは，核物質を「物理的に保護する（physically protect）」ための，物理的障壁を含む，一連の法的・行政的・技術的措置をいうとされる。M.de L. V. Carmona, “The International Regime on the Physical Protection of Nuclear Material and the Amendment to the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material,” *Nuclear Law Bulletin*, Vol.76（2005）, p.31 を参照。

に対する妨害行為がもたらす潜在的な危険を回避することを希望し，また，それらの行為に対する防護についての国内的及び国際的な関心(national and international concern)が高まっていることに留意し，……」（改正PP条約前文3項，7項。下線は筆者）とされたことは，国際社会のそうした認識の変化を物語っているといえよう。

それでは，そうした認識の変化をもたらした要因は何か。9.11同時多発テロ事件の影響が指摘されることがあるが，改正の経緯をみると，専門家会合によって，既に2001年9月以前に改正の方向性は打ち出されており，9.11同時多発テロ事件自体が改正の直接の契機となったわけではない。条約改正の必要が意識されていなかった1992年の再検討会議から，条約改正へ向けた専門家会合が招集される1999年にかけての時期に，旧ソ連崩壊後のロシアの核管理の不徹底から，ルース・ニュークス(loose nukes)と呼ばれる旧ソ連諸国をめぐる核関連物質の密輸や盗難，核兵器本体の紛失疑惑が相次ぎ，それらがテロリストの活動と結びつく恐れが認識されるようになったことが最大の要因であると考えられる。もちろん，9.11同時多発テロ事件が，そうした脅威の現実味を高め，条約改正のプロセスを加速化する要因となったことは言うまでもない。

２．主な改正点[8]

(1) 核物質等の防護範囲の拡大

PP条約は，平和目的で使用される国際輸送中の核物質（プルトニウムやウラン235等）を防護する国家の義務を定めていた（2条1項，3条）。そのために条約は，それぞれに異なる防護水準（付属書I）が適用される三つの種類に核物質を分類・定義する（付属書II）。国は，核物質がそれぞれに要求される水準で防護される保証が与えられない限り，国際輸送を行わず，また許可しないことを約束する（4条1，2項）。締約国の領域のある地点から他の地点まで，国際的な水域または空域を通過して輸送される核物質についても，同様の水準での防護を義務づけていた（同条4項）。

改正PP条約では，同じく平和目的で使用されるものに限られるとはいえ，国内で使用・貯蔵・輸送される核物質及び原子力施設に防護の対象を拡大した。

改正PP条約において，具体的に求められている防護措置は，①使用・貯蔵・輸送されている核物質の窃取及び他の不法な取得に対する防護（2条のA 1項(a)号），②紛失し又は盗取された核物質の所在を特定し，適当な場合にはそれを回収するための措置の実施の確保（同(b)号），③核物質・原子力施設の妨害行為からの防護（同(c)号），④妨害行為による放射線の影響の緩和・最小化（同(d)号）を目的とする自国の管轄下にある核物質・原子力施設に適用される適当な防護の制度の確立・実施・維持である。

---

[8] 主な改正点については，寺林裕介「核物質防護条約改正の経緯と主な内容」『立法と調査』No.351（参議院事務局企画調整室，2014 年）3-10 頁参照。

そのための具体的な実施措置として，①防護を規律するため法令上の枠組みを定め（2条のA 2項(a)号），②その実施に責任を有する権限ある当局を設立，指定し（同(b)号），③核物質・原子力施設の防護のために必要なその他の適当な措置をとること（同(c)号）を義務づけている。

改正PP条約は，これらの義務を履行するにあたって，「核物質及び原子力施設の防護に関する基本原則」（具体的には，A:国の責任，B:国際輸送中の責任，C:法令上の枠組み，D:権限ある当局，E:許可証の所持者の責任，F:セキュリティ文化，G:脅威，H:段階的な手法，I:深層防護，J:品質保証，K:緊急時計画，L:秘密性の12原則）を「合理的かつ実行可能（reasonable and practicable）である限りにおいて」適用する（2条のA 3項）と定めている。

改正会議では，法的拘束力のないガイドラインである「核物質・原子力施設の防護に関する核セキュリティ勧告」[9]を改正条約に盛り込むことは見送られたが，結果的にはINFCIRC/225に含まれる勧告，概念，用語から抽出された「基本原則」が改正PP条約中に盛り込まれることになった。このことの法的意味をどのように考えるかについては，後に検討する。

(2) 犯罪化の対象の拡大

PP条約は，①法律に基づく権限なしに行う核物質の受領，所持，使用，移転，変更又は散布で，人の死亡・重大な傷害又は財産・環境に対する著しい損害を引き起こし又は引き起こすおそれのあるもの（7条1項(a)），②核物質の窃取・強取（同(b)），③核物質の横領及び詐取（同(c)），④脅迫，暴行その他の威嚇手段を用いて核物質を要求する行為（同(d)），⑤(i)核物質を使用して人の死亡・重大な傷害又は財産の実質的な損傷を引き起こすとの脅迫，(ii)(b)に定める犯罪を行うとの脅迫で，何らかの行為を行うこと又は行わないことを自然人・法人，国際機関又は国に対し強要する目的で行うもの（同(e)），⑥ (a)から(c)の行為の未遂（同(f)），⑦(a)から(f)までの行為への加担行為（同(g)）を故意に行うことを，自国の国内法の下で処罰可能な犯罪とし，これらの犯罪に管轄権を設定し（8条），容疑者を確保し（9条），自国で訴追するか関係国に引き渡す（10条）国の義務を定めている。これらの犯罪関連条項は，国際輸送中のものに限らず，国内で使用・貯蔵・輸送中の平和的目的に使用される核物質にも適用される（2条2項）。

改正PP条約では，これらに加えて，①法律に基づく権限なしに行う核物質のある国への又はある国からの運搬，送付又は移動（7条新(d)），②原子力施設に対して行われる行為又は原子力施設の運転を妨害する行為で，これらの行為を行う者が，放射線への曝露若しくは放

[9] 1975年にINFCIRC/225として発行され，以来77年，89年，93年，98年，2011年の5度改訂されており，その最新版はINFCIRC/225/Rev.5。核物質・原子力施設の防護方式の諸要素と，この分野での国内立法の必要条件に関する勧告を含んでおり，国が核セキュリティ計画や体制を確立・実施・維持する際に考慮すべき具体的な指針を提供するもの。

射性物質の放出の影響により，人の死亡・重大な傷害又は財産・環境に対する著しい損害を引き起こす意図をもって行うもの又はこれらを引き起こすおそれがあると知りながら行うもの（同新(e)）が新たに犯罪化され，③旧(e)の脅迫の対象に環境に対する著しい損害を生じさせることと新(e)の犯罪を行うことの脅迫が加えられ，④これらの行為の未遂（同新(h)），⑤それへの加担行為（同新(i)），⑥(a)から(h)に定める犯罪を行わせるために他の者を組織・指示する行為（同(j)），⑦共通の目的をもって行動する人の集団が(a)から(h)までに定める犯罪を実行することに寄与する行為（同(k)）も同様に犯罪化された。

Ⅲ　日本の改正条約受諾と国内実施措置

１．改正PP条約の受諾に時間を要した理由

PP条約は2005年に改正されたにもかかわらず国会に提出されたのは2014年であり，この間9年の長きを要した理由につき，政府は以下のように説明している。

「この改正につきましては，現行核物質防護条約の締約国の3分の2が締結をした段階で発効する，このような規定ぶりになっております。IAEAの最新の情報によりますと，現行条約の締約国が148カ国ということになってございますので，99カ国の締結後に発効するということでございまして，これまでに75カ国が締結をしております。すなわち，この改正，まだ未発効でございまして，あと24カ国の締結を待って発効するという状況でございます。

我が国といたしましても，この改正が非常に重要であるという点を十分に認識いたしまして，先ほど申し上げました他国の締結状況それから発効の見通しというものを踏まえながら，締結に向けた作業を進めてきたところでございます。」[10]

「この改正の締結に当たりましては，特に，新たに犯罪化が義務付けられる行為について既存の国内制度との整合性，必要な立法の範囲等を慎重に検討する必要がございましたが，いずれの国内法によりましてこの改正で追加された条約上の義務を実施すべきかにつきまして関係省庁間で意見の一致が見られなかったことから，検討に一定の時間を要したところでございます。

今般，放射線発散処罰法に必要な改正を加えることが適当であるという結論が得られたことを受けまして，核物質防護条約の改正と放射線発散処罰法改正法案を併せて今国会に提出したところでございます。この旨，先月オランダ・ハーグで行われました核セキュリティー・サミットにおきましても表明したところでございます。」[11]

---

[10] 北野充外務省総合外交政策局軍縮不拡散・科学部長答弁『第186回国会衆議院外務委員会議録』第15号（平成26年5月14日）4頁。

[11] 廣瀬行成外務大臣官房審議官答弁『第186回国会参議院環境委員会会議録』第5号（平成26年4月15日）2頁。

これらの政府答弁からは，改正PP条約の国内手続きが遅れた理由としては，一方で，改正条約の他国の締結状況を睨みながら，改正PP条約の発効のタイミングを計り，発効に間に合うように日本でも国内手続きを進めていていたという形式的な理由，他方で，改正PP条約で新たに犯罪化することを義務付けられるようになった行為について，現行の国内法との整合性や国内法の改正の必要性を精査することに時間を要したという実質的な理由があったことがわかる。

それでは，改正PP条約で新たに犯罪化することが義務付けられた行為について，どのような国内法の改正が行われ，その際に，特にどのような問題が検討されたのであろうか。

２．犯罪行為の拡大に対応する国内措置[12]

改正PP条約を受諾するに際して唯一とられた国内措置は，放射線発散処罰法の改正であった。放射線発散処罰法は，もともとは「核によるテロリズムの行為に関する国際条約」（以下，「核テロリズム防止条約」という。）の国内担保法として制定された[13]。その際に，既に核原料物質，核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律（以下，「原子炉等規制法」という。）に規定されていたPP条約に関する罰則規定を放射線発散処罰法に一本化したために，放射線発散処罰法は，PP条約と核テロリズム防止条約という二つの条約の国内担保法としての性質をもつことになった。

改正PP条約で新たに犯罪化が義務付けられた行為のうち，①国家間における核物質の法律に基づく権限のない移動等（7条１項新(d)），②上記行為の未遂（同新(h)），③原子力施設に対する行為等により人の生命等に害を加えるとの脅迫による強要（同新(g)(ii)），という三つについて，これらの行為を犯罪として処罰するための新たな国内担保法が必要となった。

そのため，放射線発散処罰法に，①新たに第6条を追加し,特定核燃料物質をみだりに輸出入する行為について，その罰則を7年以下の懲役とすること，また，その未遂を罰することとするとともに，予備について3年以下の懲役とすること，②第7条を第8条とし，原子力施設に対する行為等により人の生命等に害を加えるとの脅迫による強要を追加し，その罰則を5年以下の懲役とすること，の2点について，同法の改正が行われた。

このうち，国会では，新6条2項の未遂罪と同3項の予備罪の具体例及び量刑の問題に質問が集中した。これらについての政府の答弁は，以下のようなものである。

---

[12] 改正 PP 条約の新たな犯罪化規定に対応するための放射線発散処罰法の改正について詳しくは，中野かおり「核物質防護体制の強化に向けた取組－放射線発散処罰法改正案をめぐる論議―」『立法と調査』No.354（参議院事務局企画調整室，2014 年）93-101 頁参照。

[13] 核テロリズム防止条約の成立と放射線発散防止法の制定の関係については，森川幸一「核テロ防止条約の成立と国内法上の対応」『日本エネルギー法研究所月報』第 191 号（2008 年 4 月）1-5 頁を参照。

「未遂とは，一般に，犯罪の実行に着手したものの，それを遂げるに至らない行為を指しておりまして，この場合，例えば輸入の場合には，船舶から陸揚げを開始したが，その中途段階で例えば逮捕されてしまったということで行為が未完成となる場合，また輸出の場合には，搬出先へ仕向けられた船舶への物品の搬入を開始したが，その中途段階で逮捕等されて中断したため行為が未完成となる場合が考えられます。

予備につきましては，それはまさに未遂行為の以前の準備段階でございまして，例えば違法な特定核燃料物質輸出入行為に係る資金調達やそのための会社設立などが考えられるところでございます。」[14]

「量刑の問題でございます。第6条でございますけれども，核燃料物質輸出入罪につきましては，本法と同様に危険物質の取扱いを定めた法律であります化学兵器の禁止及び特定物質の規制等に関する法律及びサリン等による人身被害の防止に関する法律におきまして，人の生命に害を加えるような毒性のある危険物質の輸出入に係る罰則の量刑が7年以下の懲役であることを考慮して決定したものでございます。

次に，予備罪につきましては，これは，サリン等による人身被害の防止に関する法律におきまして人の生命に害を加える毒性のあるサリン等の輸入に係る予備罪の罰則の量刑が3年以下の懲役であることを考慮して決定したものでございます。」[15]

政府答弁によると，特定核燃料物質をみだりに輸出入する行為の未遂としては，例えば，輸入に関して，船舶から陸揚げを開始したが，その中途段階で逮捕等されて行為が未完成となる場合が，また輸出に関しては，搬出先へ仕向けられた船舶への物品の搬入を開始したが，その中途段階で逮捕等されて中断したため行為が未完成となる場合が想定されている。また，予備については，例えば，違法な特定核燃料物質輸出入行為に係る資金調達やそのための会社設立などが想定されるという。

量刑の問題に関しては，核物質の危険性やその及ぼす範囲を考慮すると，量刑をより重くするという考えもあるのではないかという質問に対し，政府は，核燃料物質輸出入罪については，本法と同様に危険物質の取扱いを定めた法律である「化学兵器の禁止及び特定物質の規制等に関する法律」や「サリン等による人身被害の防止に関する法律」で，人の生命に害を加えるような毒性のある危険物質の輸出入に係る罰則の量刑が7年以下の懲役であることを考慮し，また，その予備罪については，「サリン等による人身被害の防止に関する法律」で，人の生命に害を加える毒性のあるサリン等の輸入に係る予備罪の罰則の量刑が3年以下の懲役であることを考慮して決定したと説明している。

---

[14] 黒木慶英原子力規制委員会原子力規制庁放射線防護対策部長答弁，前掲注(11)，4頁。
[15] 上掲，3頁。

３．防護措置の強化に対応する国内措置

上に見たように，改正PP条約を受諾するにあたって，新たに犯罪化を義務付けられた行為については，放射線発散処罰法の改正という国内措置がとられたのに対して，防護措置の強化に対応する新たな国内措置はとられなかった。それはいかなる理由によるものであろうか。

改正PP条約を批准するに当たり（2013年1月22日），ベルギーは，以下のような解釈宣言を行っている。

「改正PP条約の2条のAに関し，ベルギー政府は，2条のA第3項に含まれる核物質及び原子力施設の防護に関する基本原則は，締約国が2条のA第1項及び2項の義務を履行するにあたり適用されなければならない指針であると解釈する。

よってベルギー政府は，核物質及び原子力施設の防護に関する基本原則は，それ自体としては，法的義務を構成しないものと考える。」[16]

ベルギーがあえてこのような解釈宣言を出した背景には，もともと法的拘束力を有しなかった基本原則が改正PP条約の条項に盛り込まれたことによって，基本原則自体や，さらにはそうした原則が抽出される元となった「核物質・原子力施設の防護に関する核セキュリティ勧告INFCIRC/225」が，締約国に法的義務を課すものとなったと解釈する余地が存在することをうかがわせるものである。

この点，日本政府はどのように考えているかを，関係する国会答弁から探ってみたい。

「……INFCIRC225という文書につきましては，核物質防護についての勧告の文書，勧告文書として作成をされておりまして，法的拘束力を持つものではないという形で作られております。

どうしてそのような形で作られているかというふうに申し上げますと，この文書の中身である核物質の防護について，テロの脅威，それから妨害行為ということに対応するために，その時点での最新の知見を反映すべく随時改訂をされるという，そのような形で作っているということで，この条約作成のときには第4版というものが最新版でございましたけれども，現在は第5版が最新版になってございます。また，この文書を参照して各国がそれぞれ自国の状況を踏まえながら核セキュリティーの向上を図るための指針という，そのような性格付

[16] Amendment to the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, Declarations/reservations and objections thereto, 〈http://www-legacy.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/cppnm_amend_reserv.pdf〉（閲覧日：2022 年 4 月 10 日）。

けのものとして作成をされているということでございます。

したがいまして，このようなINFCIRC225の性格を踏まえまして，条約を改正をする交渉の際に，これをそのまま条文とするのではなくて，今先生からも御指摘ございましたように，エッセンスを抽出した基本原則の形で反映をする，そして，これを合理的かつ実行可能な限りにおいて適用するという，そのような規定ぶりとなったところでございます。」[17]

「この改正におきまして，各国が自国の管轄下にある核物質，それから原子力施設について防護の措置をとるわけでございますけれども，その際，国際的な決め事をどのレベルまでにするか，それから各国にどの範囲を委ねるのかというところについての考え方でございますけれども，この改正におきまして，今の点につきましては，各国が自国の管轄下にある核物質，原子力施設について適当な防護の制度を確立をし，実施をし，維持をするという義務を履行するに当たりまして，具体的にどのような措置をとるかということについては各締約国の裁量に委ねるという，そのような基本的な考え方を取ってございます。別の言い方を申し上げますと，基本的な部分につきましては条約の決め事とし，具体のところについては各国の裁量に委ねると，そのような基本的な考え方がこの改正の基本的な哲学ということになっております。

今委員から御指摘がございました第2条のAにおきます基本原則ということにつきまして，合理的かつ実行可能である限りにおいて適用するというふうにしているということも，このようなこの改正の基本的考え方に沿ったものであるというふうに受け止めているところでございます。

今，裁量に委ねられているということを申し上げましたけれども，各締約国は，自国での原子力の平和利用の状況，それから想定されるテロなどの脅威についてのそのときの評価，妨害行為に関連して生じ得る結果というものを考慮して必要な国内措置をとるということでございますので，必要な措置が国により異なり得るというような状況ではございますけれども，基本原則について合理的かつ実行可能な限りにおいて適用するというふうにされているということが基本の考え方を示しているということも併せ考えますと，妥当なものであるのではないかというふうに考えております。」[18]

このように日本政府も，改正PP条約2条のA第3項の基本原則は，「合理的かつ実行可能である限りにおいて適用する」としているところから，各国が自国の管轄下にある核物質，原子力施設について適当な防護の制度を確立し，実施し，維持をするという義務を履行するに当たって，具体的にどのような措置をとるかについては各締約国の裁量に委ねられていると

[17] 北野充外務省総合外交政策局軍縮不拡散・科学部長答弁『第 186 回国会参議院外交防衛委員会会議録』第 20 号（平成 26 年 6 月 3 日）12 頁。
[18] 上掲，12 頁。

考えているようであり，基本的にはベルギーと同様の解釈をしているものと考えられる。

それでは，改正PP条約の受諾に際し，日本政府が核物質防護に関しては特段の国内措置をとらなかったのはなぜか。

この点については，次のように説明されている。

「改正核物質防護条約におきましては，国内の核物質及び原子力施設の防護措置の制度を確立し，それを規律するために，法令上の枠組みを定めることが求められております。

我が国の原子力発電所等のセキュリティー対策につきましては，既に原子炉等規制法に基づきまして，事業者に対し，さまざまな防護措置を求めているところでございます。

具体的には，原子力施設の周辺に立ち入り制限区域，周辺防護区域を設け，フェンス，センサー，監視カメラ等も設置し，警備員による巡視を実施すること，さらに，海水冷却ポンプ等の屋外の重要な設備，原子炉建屋内の重要な設備を大きな衝撃から守るために，周辺に防護壁を設置すること，さらに，出入り口における身分証による従業員等の本人確認，金属探知機等による探知の実施，重要な設備の周辺で作業する場合には二人以上で行うこと，いわゆるツーマンルールでございますが，こういうことを我が国の国内規制に取り込んでいるところでございます。

これらの措置は，IAEAの核物質防護に関する勧告文書，最新のものはINFCIRC225と言われる文書でございますが，これに基づくものでございます。

また，原子力発電所の警備につきましては，警察の銃器対策部隊が24時間体制で常駐警備などを行うとともに，海上保安庁では，全国の原子力関連施設の周辺海域に巡視船艇を常時配備しているところでございます。

なお，我が国の核物質や関連施設の防護体制につきましては，来年春までに，IAEAによる核物質防護専門家からの評価ミッションを受け入れることといたしております。」[19]

この政府答弁自体からは，INFCIRC225の最新版である第5版を国内実施する際の法令上の根拠は，原子炉等規制法に基づくものという以外明確ではないが，平成25年3月4日付けの原子力規制委員会原子力規制庁の「核セキュリティの現状」と題した文書によると，平成23年2月に公開された上記勧告文書において，立入制限区域の設定，駐車区域の設定，中央警報ステーションの強化，不正傍受対策等を行うことが勧告されたことを受け，これらのうち緊急性が高い原子力発電所における立入制限区域の設定（周辺防護区域の外側に立入制限区域を設け，フェンス，カメラ等を設置）については，平成23年12月に，福島第一原子力発電所事故を踏まえた防護の強化（建屋の外にある冷却機能に係る重要設備の周辺に破壊防止のた

[19] 黒木慶英原子力規制委員会原子力規制庁放射線防護対策部長答弁『第 186 回国会衆議院外務委員会議録』第 15 号（平成 26 年 5 月 14 日）21 頁。

めの障壁等を設置することを要求）及びサイバーテロ対策と併せて，「実用発電用原子炉の設置，運転等に関する規則」（以下，「実用炉則」という。）を改正し，新たな核物質防護対策として規定したとされる。

また，平成24年3月，実用炉則に改訂第5版のその他の勧告内容（防護本部の災害時に備えた監視機能と連絡機能の二重化，鉄筋コンクリート等の堅固なセンサー，カメラ等の防護設備の無停電電源化，関係機関等への通信連絡時の盗聴防止）についても取り込むとともに，実用炉則以外の原子力施設に関する省令についても，同勧告内容，福島第一原子力発電所事故を踏まえた防護の強化及びサイバーテロ対策を規定した。さらに原子力発電所等における内部脅威対策の強化等（建屋内の重要設備の周囲に柵等を設置し出入り管理の徹底，二人ルールの適用）も規定したとされている。

このように，改正PP条約においても必ずしも法的義務とは言えないとされる基本原則を具体化した勧告文書の国内実施は，既に省令レベルの改正によって対応済みであることが，改正PP条約の発効に際して，防護措置の強化に対応する国内実施措置を新たにとらなかったことの理由とされている。

条約上の義務を実施するうえで国民の権利義務に直接かかわる犯罪化に関する改正部分については，放射線発散処罰法の改正という立法措置がとられたのに対して，原子力事業者にとっては新たな義務を課すことになる勧告文書の国内実施に関しては，原子炉等規制法上の委任に基づくとはいえ，省令改正レベルで予め措置されることになった。このことを外交の民主的統制という観点からどのように評価するかという問題はなお残ることになったと言えよう[20]。

Ⅳ　履行確保に関する改正PP条約の規定

改正PP条約は，条約の履行確保に係るものとして，以下の規定を置くにとどまっている。

「第14条

1　締約国は，この条約を実施する自国の法令を寄託者に通報する。寄託者は，当該情報を

[20] この点と関連して，斎藤誠教授は，改正 PP 条約の基本原則の場合，名宛人が主権国家であり，原子力の平和利用について一義的な権限と責任を持っている以上，従来はガイドラインに拠ってきた security 水準の確保・向上を，条約レベルに「格上げ」したとしても，security 水準の確保・向上という面での限界は存続し，条約の基本原則と条約外の措置の連携により，確保・向上を求めることに一定の合理性は認められるとされる一方で，権利義務規制に必要な要件を充足しない「ソフトな」ガイドラインを，国内的な必要法律事項という網をかけるだけで立法化することは，当該ガイドラインの民主的正当性，国内機関・利害関係者の参加手続きといった面で問題があることを指摘されている。斎藤誠「改正核物質防護条約の基本原則と国内措置―行政法の視点から―」日本エネルギー法研究所『核物質防護に関する国際法・国内法上の問題―平成 19～22 年度核物質防護に関する国際法・国内法上の問題研究班報告書―』（2011 年）88 頁。

すべての締約国に定期的に伝達する。」

この規定は，もとのPP条約にもあったもので，条約の実施状況（国内担保法令）を寄託者であるIAEAの事務局長に通報し，IAEAからその情報が締約国に伝達されるというもので，最低限の履行確保措置にとどまっている。

条約改正の過程を見ると，1999年に開催された「条約改正の必要の有無を討議するための非公式専門家会合」（専門家会合）の段階から，条約改正に際して明らかに扱うべきでない主題のリストの中に，相互検証（peer review）メカニズムや，防護措置の義務的な国際監視（international oversight）といった項目が含まれており，履行確保の強化に係る改正は，初期の段階から条約改正の主題から外されていたことが伺える[21]。

14条の実際の運用に関していうと，これまでのところ，締約国からの通報に関する形式や内容についての詳細は決まっておらず，締約国の裁量に任されているという[22]。

また，通報された情報の公開性については，現在のところ，パスワード付きの限定されたウェッブサイトでアクセスできるにとどまっているとされ[23]，この点，国連安全保障理事会決議1540に基づき設立された委員会が，国内実施措置に関する情報を広く公開しているのと対照的である[24]。

こうした現状から，しばしばその弱点が指摘されている改正PP条約の実効性を強化するための試みを，以下で見ていくことにする。

Ⅴ　「核セキュリティに関する国際条約」作成の試み

１．起草経緯

この条約草案は，原子力について様々な経験を有する専門家の分野横断的な連合である「核セキュリティ管理専門家グループ（Nuclear Security Governance Experts Group: NSGEG）」のサブ・グループによって起草され，2015年3月にワシントンのプレス会議で発表されたものである。

---

[21] 森川，前掲注(6)，31-32 頁。

[22] J. D. Herbach, “Strengthening the International Legal Framework for Nuclear Security: Means and Methods to Facilitate Compliance and Enhance Transparency,” pp.6-7.
〈https://www.vertic.org/media/assets/Nuclear%20Security%20Reporting_Docs/Paper%20-%20Strengthening%20the%20Legal%20Framework%20for%20Nuclear%20Security.pdf〉（閲覧日：2022 年 4 月 10 日）。

[23] P. L. Johnson, “Facilitating the Entry into Force and Implementation of the Amendment to the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material: Observations, Challenges and Benefits,” *Nuclear Law Bulletin,* No.94（2014）p.41.

[24] 同決議は，大量破壊兵器及びその運搬手段等の非国家主体への拡散を防止する目的で採択されたもので，核物質の防護に関する規定を含んでいる。また，決議の実施状況について安保理に報告を行う委員会を設けて（1540 委員会），諸国に決議の実施のためにとった，またはとろうとする措置についての報告を提出することを求めている。諸国から出された報告は，決議の項目ごとの実施状況として整理され国連のホームページに公開されている。

国家によるものではなく民間団体によって起草されたものにすぎないが，起草サブ・グループの中には，米国の元IAEA大使，デンマークの元IAEA常任代表，IAEAの核セキュリティ事務局長なども含まれており，国家に対しても一定の影響力は持ちうるものと推察される。

この条約草案の説明書によると，放射線発散装置やダーティーボムの存在，アル・カーイダ(AQ)やイスラム国(ISIS)などのテロ集団による核物質や核兵器の入手・使用への関心，核物質や放射性物質の不正取引など，核セキュリティに関係する脅威は継続しているという[25]。

こうした脅威に対して，国際社会は様々な取組みをしてきたし，とりわけオバマ大統領によって2010年から2年ごとに4回にわたって開催された核セキュリティー・サミットは，核セキュリティの問題を最高次の政治レベルに引き上げ，それなりの成果をあげた。にもかかわらず，核物質やその他の放射性物質のセキュリティを確保するための合意された拘束力ある基準(standard)は存在せず，国家がこれらの物質のセキュリティを確保する責任をどの程度果たしているかについて検証するプロセスも存在しない。さらに重要なことに，全体としての核セキュリティ体制の進化を持続的に検証し促進するためのメカニズムが欠けている[26]。

核セキュリティに関して法的に拘束力のある文書である改正PP条約と核テロリズム防止条約も，その実効性を定期的に検証し監視するための確立されたプロセスを有していない。IAEAによって公刊されている核セキュリティの指針(nuclear security guidance)は包括的で死活的に重要だが，それは自発的なものとして実施されているに過ぎない[27]。

このように，国際法的枠組みには隙間(gap)が見られ，核セキュリティのための実効的で持続可能なグローバルな体制を提供するほどに強固なものではない。それゆえに既存の関連文書の上に国際的な体制を構築し，現在欠けている要素を供給する必要がある。そうした要素としては，合意された拘束力のある核セキュリティ基準，真の機微情報を除く透明性，協力，検証，基準や他の約束がどの程度実施されているかを評価し，継続的な監視と体制の進化を提供するための権限ある組織やプロセスがある[28]。

より強力な管理の目標を達成するための方法は，既存の体制を徐々に向上させることも含めて様々ありうる。それが結果として，さらなる前進をもたらすかもしれないが，その成功は不確かなものである。もっとも信頼でき，効率的で直截な方法は，既存の体制の弱点に対処し，それを通じて締約国が核セキュリティ管理の実効性を評価しその向上の方法を発展させることのできる，核セキュリティに関する国際条約の交渉を行うことである[29]。

この条約は，既存の条約やその他の文書を包含する試みではない。それは本質的な基本原則と基準を確立し，この条約に付属する議定書に含まれるべき追加的な規則を発展させ採択

---

[25] NSGEG, *supra* note 4, p.2.
[26] *Ibid*., pp.2-4.
[27] *Ibid*., p.4.
[28] *Ibid*., p.5.
[29] *Ibid*., p.5.

する仕組みを生み出すものである。その目的は，隙間に対処し既存の規則を補完することであり，それにとって代わることではないと説明されている[30]。

２．条約の主な内容

条約草案は，前文，本文及び付属書(Annex)から成る。条約本文は，「目的，定義及び範囲」（1～3条），「原則」（4条），「義務」（5～8条），「締約国会議」（9～12条）及び「最終規定」（13～20条）の全20か条によって構成されている。その主な規定は次のようなものである。

「第1条（目的）　この条約及びそれに続くすべての議定書は，国の核セキュリティ体制のための一連の不可欠な要素を法典化すること，並びに国際的な核セキュリティ体制の継続的な検証と改善のためのメカニズムを確立することを通じて，核物質及びその他の放射性物質の効果的なセキュリティを確保することを目的とする。」

「第3条（適用範囲）　この条約は，民間目的(civil purpose)のために使用されるすべての核物質及びその他の放射線物質，並びにそれらを収容する施設に適用される。可能な限りでは，非民間目的に使用されるそれらの物質や施設にも適用される。」

「第4条（原則）　この条約の目的を実現するために，次の原則を適用しなければならない。

1.この条約に含まれる核セキュリティ体制の実施及び維持の責任は，もっぱら国にある。

2.国は，その市民，他の国及び国際社会に対して，その管轄及び管理の下にある核物質及びその他の放射線物質のセキュリティを確保する基本的な責任を有する。

3.実効的な核セキュリティ体制は，拘束力ある基準，検証と継続的な改善のためのメカニズム及び協力と支援を提供するための手段の上に築かれなければならない。」

「第5条（国の核セキュリティ体制）　各締約国は，この条約と不可分の一部である付属書(Annex)に基づき，自国の核セキュリティ体制を確立しなければならない。」

「第6条（評価と報告）

1.締約国は，自国の核セキュリティ体制の実効性を定期的に評価しなければならない。

2.締約国は，この条約の遵守を含む自国の核セキュリティ体制の実施について定期的に報告しなければならない。

3.第9条の下で設立される締約国会議は，その最初の会合において，この規定の2項に定める報告書の検証のための手続及びメカニズムをコンセンサスで採択しなければならない。」

「第9条（締約国会議）

1.締約国会議は，この条約の実施を継続的に検証し続けるために設立され，次のことを行わなければならない。

---

[30] *Ibid*., pp.5-6.

(a)国際的な核セキュリティ体制の実効性を検証，議論及び評価すること

(b)核セキュリティ体制の諸要素を国内的・国際的レベルで効果的に実施するための障害やベスト・プラクティスについての情報を交換し議論すること

(c)同定され，この条約の目的の達成のために必要と考えられる障害に対処するために必要なあらゆる行動を検討しとること」

「第11条（議定書）

1.いずれの締約国もこの条約の議定書を提案することができる。提案された議定書の条文は第12条の下で設立される事務局に提出されなければならない。事務局は，提案された議定書を審議する締約国会議の会合の少なくとも6カ月前に提案された議定書の条文を締約国に伝達しなければならない。

2.締約国は条文を審議しなければならない。締約国の単純過半数で議定書が採択されたのち，事務局はそれをすべての締約国に配布する。

3.議定書の発効要件は，当該文書で定めるものとする。

4.この条約の締約国のみが議定書の締約国になることができる。すべての議定書の下での決定は，当該議定書の締約国によってのみ行われなければならない。この条約のすべての議定書は，当該議定書の締約国に対してのみ拘束力を有するものとする。」

このうち，5条で言及されている付属書については，核セキュリティ体制のための一連の共通基準を確立するもので，それに反する国家の実行を測定できるようになる。「国の核セキュリティ体制の目的及び不可欠な要素(Objective and Essential Elements of a State's Security Regime)」をリスト化したIAEAの核セキュリティ基本文書(Nuclear Security Fundamentals)から採用されたもので，それらの基準は，現状では法的拘束力を有するものではない。しかし，それらはIAEAの締約国の広範な議論の産物でありIAEAの理事会(Board of Governors)や2012年の総会(General Conference)で支持されたもので高い国際的な政治的正当性を有する。これを付属書として条約に付けることで，法的に拘束力ある規則に転換することができ，その結果として，共通基準の必要性を満たすことができるという[31]。

また，締約国会議の役割については，核セキュリティ体制の継続的評価，改善及び発展に責任をもつもので，その任務には，既存の義務の実施の監視と，既存の体制の隙間が明らかになったような場合に，例えば，条約議定書を採択することなどによってそれに対処するような，よりダイナミックな役割が含まれるとされている[32]。

[31] *Ibid*., p.6.
[32] *Ibid*., p.6.

３．条約作成への道筋[33]

条約交渉は，核セキュリティー・サミットの終了（2016年）後に開始するのが望ましいとされる。

反対論としては，条約作成というアイデアは，理論的には最善かもしれないが，現実には実現があまりに困難で実際的ではないというものがある。しかし，深刻な地球規模の結果を伴う複雑な技術的・経済的問題に対処するオゾン層保護に関するウィーン条約とモントリオール議定書の成功は，核セキュリティのような問題への条約アプローチの実際性を物語っている。

オゾン層保護条約は，地球規模の問題に対処することにコミットした相対的に少数の国家集団によって交渉された。しかし，その意図は，条約がすべての国に開放されるべきことであり，実際に，当該条約は実質的に普遍的な参加を獲得し，広く成功したものとみなされている。

少数の国家による積極的な指導性があれば，同様なアプローチは核セキュリティの分野でも機能し得る。2014年の核セキュリティの実施強化に関するイニシャアティヴに参加した35か国の中にこのプロセスの潜在的な指導者が存在する。

法的に拘束力のある新たな文書を作成することへのもう一つの反対論は，必要なのは既存の国際協定のより完全な実施であるというものである。しかし，こうした反対論は，体制に隙間が存在するのは，既存の条約がそうした隙間に対処していないからである点を見逃している。その結果，それらの条約がいかにうまく実施されようと，国際社会は核テロリズムに対して脆弱なままであり続けるであろう，と主張されている。

Ⅵ　核セキュリティの実施強化に関する共同声明

１．経緯

この声明は，IAEA加盟国である日本を含む35か国によって作成され，2014年10月にINFCRC/869として回覧され，IAEAの全締約国に署名のために開放されたものである[34]。

その目的は，これに「賛同する国（Subscribing States）」が，自らの裁量で，核セキュリティ体制の不可欠な要素の内容に適合し，そこに含まれる諸原則の実効的かつ持続的な実を約束する（commit）こととされる。その約束（commitment）は，核セキュリティシリーズ文書の非

---

[33] この点については，K.C. Brill and J.H. Bernhard,“A Convention on Nuclear Security: A Needed Step Against Nuclear Terrorism,”*Arms Control Today*（June 2015），〈https://www.armscontrol.org/act/2015-06/features/convention-nuclear-security-needed-step-against-nuclear-terrorism〉（閲覧日：2022 年 4 月 10 日）を参照。

[34] The Joint Statement on “Strengthening Nuclear Security Implementation” (INFCIRC/869), 〈https://www.iaea.org/sites/default/files/publications/documents/infcircs//infcirc869.pdf〉（閲覧日：2022 年 4 月 10 日）

拘束的性質を変えるものではない。諸国は個々の勧告の内容を自発的に実施することを自ら約束するという点に特徴がある。

２．声明の内容

(1)国家の核セキュリティ体制の目的及び不可欠な要素に関する核セキュリティ体制のシリーズ(NSS 20)に盛り込まれた基本原則（核セキュリティ体制の基本）への賛同

(2)以下の文書に含まれる勧告の内容に適合し，国内的規制やその他の政府の措置の実施・強化等を通じてその目的を実現しさらには上回ること

a) NSS13(INFCIR225/Rev.5)「核物質及び原子力施設の物理的防護に関する核セキュリティ勧告」

b) NSS14 「放射性物質及び関連施設に関する核セキュリティ勧告」及び放射線源の安全及びセキュリティに関する行動指針

c) NCC15 「規制上の管理を外れた核物質及びその他の放射性物質に関する核セキュリティ勧告」

(3)以下による，核セキュリティ体制及び操作体制の実効性の継続的向上

a) 自己評価(self-assessments)の実施

b) IPPAS（国際核物質防護諮問サービス）等による定期的な相互検証(peer review)の受け入れ

c) そうした検証を通じて同定された勧告に基づく行動

(4)核セキュリティに説明責任を負う管理者が明確な権限を持つことの確保

Ⅶ　二つのアプローチの特徴と意義

１．核セキュリティに関する国際条約

条約草案は，条約形式としては，オゾン層保護に関するウィーン条約のような枠組み条約として，その内容を締約国会議が過半数で採択する議定書で具体化するようなイメージで作られている。条約の締約国のみが議定書の締約国になるが，議定書が法的拘束力を有するのは，議定書の締約国のみという仕組みである（11条4項)。

環境関係の枠組条約のように，共通目標やその達成のプロセスを条約本体で規定し，義務の具体的内容は議定書で規定するという方式は，一般的な目標には合意があってもその具体的な実現のやり方には合意がない場合には一定の合理性があると考えられる。

これに対して，核セキュリティに関する国際条約の場合，付属書に盛り込まれた核セキュリティに関する基本原則に法的拘束力を与え（5条)，締約国会議に，国際的な核セキュリティ体制の実効性の検証・議論・評価の権限を明示的に与える（9条）ものである。

PP条約の改正の過程で，基本原則を条約本体に盛り込むに際して，「基本原則を合理的か

つ実行可能である限りにおいて適用する」（改正PP条約2条のA第3項）とされ，基本原則それ自体は法的拘束力を有するものではないという理解が一般的であること，義務的な検証メカニズムの導入は，改正の対象事項から完全に除外されていたことを考えると，核テロリズムへの脅威へ効果的な対処の必要性についての国際社会の関心が，PP条約改正の時点と現在とで，各段に変化したと言えないのであれば，このような条約の交渉は少なくとも短期的には難しいように思われる。

少数の指導的な国によってまず条約を作成し（16条では，22か国の批准等で発効するとされている），徐々に締約国を増やしていくというアプローチについては，一般論としては首肯できる面がないわけではない。新たな義務を負う必要のない非核兵器国を糾合して条約を作成し，条約のもつ政治的正当性を梃に世論を喚起して核兵器国を条約内に取り込んでいこうとする核兵器禁止条約のアプローチに似ていなくもないが，核セキュリティに関する国際条約の場合には，核セキュリティ体制の強化を模索している先進国の側にも，基本原則自体に法的拘束力を持たせることや相互検証(peer review)の義務化にはなお抵抗があると思われ，核兵器禁止条約と同様な道筋は描けないと考えられる。

２．　核セキュリティの実施強化に関する共同声明

この共同声明は，既存の条約上の枠組みの中での実効性の強化策であり，核セキュリティに関する国際条約の主唱者からすると，既存の隙間を埋めるものではないということになるかもしれない。しかし，この声明は，国家の自発性を前提としつつも，核セキュリティの基本原則や勧告への国家のコミットメントを定め，自発的な自己評価や相互検証を導入することで，条約の実効性の向上を図っている点で評価に値すると思われる。

この声明に当初賛同したのは日，米，欧州諸国を中心とする35か国にすぎなかったが，これに続いて，中国，インド，ヨルダンといった国が賛同国に加わるなど[35]，将来に向けて賛同国を増やしていける可能性が高い点でも，現状では考えうる最善の現実的な実効性強化策といえるのではないかと思われる。

Ⅷ　むすびに代えて

本稿では，2016年5月8日に発効した改正PP条約の国内実施のために，日本が改正PP条約上の義務の性質をどのように受け止め，具体的にどのような措置をとったかを検討したのち，同条約の弱点としてしばしば指摘されてきた，その実効性を高めるための国際的試みについて紹介・検討した。

改正PP条約も発効から5年が経過し，2022年3月28日から4月1日にかけて，ウィーンで同条

[35] A.C. Wetherall, “Strengthening the International Legal Framework for Nuclear Security: Better Sooner rather than Later,” *Nuclear Law Bulletin*, No.98 (2016) p.38.

約の締約国会議が開催された[36]。条約16条1項は，「寄託者は，2005年7月8日に採択された改正の効力発生の5年後に，この条約の実施状況並びにその時の状況に照らしてこの条約の前文，本文及び附属書の妥当性を検討するため，締約国の会議を招集する。」と規定しており，今回の会議はこの規定に基づいて招集されたものである。本稿執筆時点では，この締約国会議で，各国からの改正PP条約の実施状況の報告を受けて，同条約の前文，本文及び附属書の妥当性がどのように評価され，不十分な点がある場合にどのような改善提案がなされたかについては知ることができなかった。その内容が早期に公開されることが望まれるところである。

また，2022年2月24日以来のロシアによるウクライナへの軍事侵攻は，国際社会に大きな衝撃を与えることになった。とりわけ，3月4日の欧州最大級のザポリージャ原子力発電所へのロシアの砲撃は，国の正規軍による原子力施設への攻撃が実際に行われた最初のケースとして，IAEAもそのホームページ上に特設ページを設けるなど多大の関心を寄せている[37]。

本稿でも見てきたように，PP条約や改正PP条約が想定してきた核物質や原子力施設等への人為的なセキュリティ上のリスクは，テロリストなど非国家団体や個人を想定したものであった。改正PP条約の2条4項(b)は，「国際人道法の下で武力紛争における軍隊の活動とされている活動であって，国際人道法によって規律されるものは，この条約によって規律されない…」と規定しており，武力紛争時の軍隊の活動を条約の適用範囲から除外している。

他方で，国際人道法としてこの問題に関連を有するジュネーヴ第1追加議定書56条1項は，「…原子力発電所は，これらの物が軍事目標である場合であっても，これらを攻撃することが危険な力の放出を引き起こし，その結果文民たる住民の間に重大な損失をもたらすときは，攻撃の対象としてはならない…」と規定しているものの，PP条約や改正PP条約がそうであるような，違反の存在を前提とした防護の必要性をそもそも想定していない。こうした事態に対応するため，今後，国際的にはどのような法的枠組みの構築が進められるかが注目される。

この点，日本では，内閣府の原子力政策担当室が作成した資料[38]によると，PP条約や改正PP条約が適用される通常時の核セキュリティについては，原子力委員会が所掌するのに対して，「武力攻撃事態等」及び「緊急対処事態」といった「緊急時」における核セキュリティについては，内閣官房の下で有事対応に関する基本的事項の取りまとめが行われることになっている。その内容は明らかではないが，今回のロシア軍によるウクライナの原子力発電所

---

[36] IAEA, Conference of the Parties to the Amendment to the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material 2022, 〈https://www.iaea.org/events/acppnm2022〉（閲覧日：2022 年 4 月 10 日）。

[37] IAEA, Nuclear Safety and Security in Ukraine, 〈https://www.iaea.org/nuclear-safety-and-security-in-ukraine〉（閲覧日：2022 年 4 月 10 日）。

[38] 内閣府・原子力政策担当室「原子力のセキュリティに関する体制について」（2007 年 10 月 24 日），〈http://www.aec.go.jp/jicst/NC/senmon/bougo/siryo/bougo07/siryo7-3.pdf〉（閲覧日：2022 年 4 月 10 日）。

の攻撃を受けて，岸田文雄首相は，国家安全保障戦略をはじめとする文書の見直しの中で具体的な対策を考えていくと述べたと伝えられており[39]，この問題に関する国際的対応に加えて，日本の法制面での対応についても，今後の動向に目が離せないところである。

（2022年4月10日脱稿）

[39] 「原発防衛，軍事攻撃も想定　政府，自衛隊活用を検討　安保戦略に反映へ」日本経済新聞（2022年3月19日付朝刊）1面。

第　２　章

外国大規模施設に対する国内裁判所への出訴と条約の関係

―ザルツブルク空港事件をめぐって

東京大学大学院教授
斎　藤　　誠

Ⅰ　はじめに

A国における大規模施設の設置・運営について，隣接するB国の住民ないし自治体が，その騒音や汚染物質の流失など生活・環境侵害等への不服や将来の事故への懸念がある場合に，両国の国内裁判所にどのような出訴が考えられ，そこでは何が論点になるのか。

筆者は，このような問いを立て，前稿でその一端について考察を行った[1]。本稿では，引き続きこの問いについて，1986年3月12日のドイツ連邦憲法裁判所「ザルツブルク空港」事件判決[2]を主な素材として検討を加える。まず，便宜上，訴訟類型と実際の裁判例若干について，簡易に図式化すれば以下のようになる。

１．A国国内裁判所への出訴
①直接に規律する条約がない場合－エムスランド原発事件
②直接に規律する条約がある場合－ニーダーライン空港事件
　　ザルツブルク空港事件別訴①

２．B国国内裁判所への出訴
①直接に規律する条約がない場合－ヴァカースドルフ（Wackersdorf）
　　再処理施設事件
②直接に規律する条約がある場合
　1）民事裁判所への出訴－ザルツブルク空港事件
　2）行政裁判所への出訴－ザルツブルク空港事件別訴②

１．①のエムスランド原発事件と②のニーダーライン空港事件は，いずれも，（西）ドイツ国内における大規模施設につき，オランダの原告が（西）ドイツ行政裁判所へ出訴した事例である[3]。ザルツブルク空港事件別訴①は，西ドイツ原告が，オーストリアの施設につきオーストリア行政裁判所へ出訴した事案である。

２．①のヴァカースドルフ再処理施設事件は，西ドイツの核燃料再処理施設の建設及び操業認可の差止めを求めて，オーストリアの市民が同国の民事裁判所に提起した訴訟である。そして，②1）ザルツブルク空港事件（以下，本件ということがある）が本稿の主な検討対象であるが，西ドイツの自治体と土地所有者が，オーストリアの空港施設の運用について，ドイツ民事裁判所（通常裁判所）に出訴した事案であり，2）②は，同じ空港騒音紛争につ

[1] 斎藤誠「外国住民・外国自治体による国内行政訴訟の提起－エムスランド事件からの考察」JELI R-No.148『エネルギー資源確保に関する国内外の法的問題の諸相―2015～2016 年度エネルギー資源確保に関する国際問題検討班報告書―』（日本エネルギー法研究所，2021 年）。
[2] BVerfGE72,66-83.
[3] いずれも前稿で検討の対象とした。

き，西ドイツの自治体が西ドイツ行政裁判所に出訴した事案である。

今回，本件判決を取り上げたきっかけは，前稿で検討を加えた二つの事件において，それぞれ相異なる争点につき，先例として言及されていたからである。まず，エムスランド事件の連邦行政裁判決において，以下の説示がなされている。

α）「［原子力法の］認可による，私法上の，特別な権限によらない請求の失権（原子力法7条及びインミッション法14条による）という効果もこれ［属地主義］に抵触しない。この失権は，外国人がドイツ法により主張する請求権に限定される。彼が，その権利を持っている国（ここではオランダ）の裁判所に提訴して，結果が生じる地の法により，外国（ここでは西ドイツ）に設置される原子力施設の除去を求めることは排除されない。認可手続は，事業が近隣国の公法と適合的か否かの審査を含んでいないので，そのような請求をも排除する端緒はなんら存在しない。もっとも，当該請求に対する判決の執行は，通常は，認可国の公序によって排斥され無に帰する（1986年3月12日連邦憲法裁判決『ザルツブルク空港』事件参照）。結局のところ，国際法的な観点からは，外国居住の外国人に，自国でのみ効力を持つ原子力法の認可に関し，主観的公権を保障することに，立法的規律のための十分な内国的連結点があるかどうかのみが問われる。当法廷はこれを肯定することになんの疑問もない」（以下，引用文における下線は筆者による。［　］内は筆者による補足である）。

若干ふり返っておくと，エムスランド原発事件では，当該行政訴訟において外国人に原告適格を認めることが，属地主義に違反するかどうかが争点の一つとなり，連邦行政裁判所は，違反しないとした。ここで引用した説示は，その論証に関し，ドイツ法における行政訴訟への集中効，すなわち民事差止訴訟の排除について判決が述べた部分である。同裁判所は，この排除も属地主義に違反しないとしたが，当該排除（失権）は，ドイツ法による請求権に限定され，オランダの原告がオランダ法に依拠して同国民事裁判所に出訴することはできる（先の類型でいえば，B国国民による出訴２．①）とした。その上で，下線部において，オランダ裁判所判決のドイツ国内での執行は公序により排斥されるとして，本件判決を参照している。

次にニーダーライン空港事件においては，同事件の連邦行政裁判所判決についての裁判官解説に以下のように本件判決が登場している。こちらは便宜上，前稿で筆者が要約した内容を掲げる。

β）「ガッツ［裁判官の］解説は，あわせて，ニーダーライン空港判決（A事件）の実務上の意味につき，条約の位置づけとの関係で以下のようにまとめている。本件にかかるドイ

ツ・オランダの国家間協定のモデルは，おそらく，ザルツブルク空港に関するドイツ・オーストリアの1967年協定であるが，連邦憲法裁が，1986年3月12日判決において，同協定とその承認国内法を適法として以来，こうした協定は，越境紛争の回避と緩和に向けての有効手段である。それは，認可庁を，国家間レベルでの解決が必要な問題から適切に解放する。つまり，越境紛争について，ドイツ官庁やドイツの裁判所によって，外国人利害関係者の負担になる形で決定がなされた場合に，隣国との関係に重荷が生ずることを防ぐことができるからである。」

ニーダーライン空港事件においては，オランダとドイツの間で締結された同空港供用にかかる国家間協定が，オランダ住民のドイツ裁判所における請求権にどのように作用するのかが争点の一つとなったが，裁判官解説は，このように先行協定としてのザルツブルク空港に関する協定と本件判決の意義について触れているのである。

以上二つの言及からも，本件判決が，「国際的な行政法」にとって，はなはだ興味深い判決であることが伺われる。しかし，判決が出されたのは1986年であり，いわば早すぎた時代の制約からか，瞥見するに，日本だけでなくドイツにおいても，評釈をはじめ学説上あまり詳細な検討の対象にはなってこなかった模様でもある[4]。

なお，関連して，筆者は，先に挙げた類型２．①に関して，以下のように指摘したことがある[5]。

「近隣国における原子力発電所等の設置処分の効果を，日本で同施設に対して民事差止訴訟が提起された場合に，どう扱うかという想定例で考えると，不法行為に関する法適用通則法の規定（17条，22条）からすると，同訴訟における実質法は日本の不法行為法であり，その要件解釈の問題となるから，当該設置処分は，先決問題を構成しない[6]」。

若干補足すると，外国においてなされた行政行為を，国内でどのように扱うかは，国際（的）行政法の大きな論点であるが，当該行政行為に，国内の立法や行政行為によって一定の効果を付与する類型のほかに，国内裁判所が当該行為をどのように審査の対象とし，その行為の国内的な効果を認めるかどうか，という場面がある。後者においても，条約による規

[4] 判例解説として，Weitbrecht,A,NVwZ1986,897f.がある。
[5] 斎藤誠「グローバル化と行政法『Ⅲ3　外国行政行為の国内法における位置付け，特に承認の場合』」磯部力，小早川光郎，芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ―行政法の基礎理論』（有斐閣，2011年）354頁。
[6]「Grof, S.303f,323f.の挙げる事例によった」（斎藤・前掲注(5)論文の原注）。ただし，Grof の同論文は，ヴァカースドルフ事件の場合，ドイツインミッション法 14 条に相当するオーストリア民法 364a 条は，外国公法も黙示的に指定している実質法であると解して，ドイツによる認可にオーストリア民事差止訴訟における構成要件的効果を認めている。斎藤・前掲注(1)40 頁以下，及び本稿注(42)に対応する本文を参照。

律の有無，国内実質法（実体法）のあり方，訴訟の類型，実定国際私法（日本においては法適用通則法）の規律等によって，分析的に考える必要がある。

そして，ここで挙げた原子力発電所の想定例において，条約上の規律がないことを前提にした場合，外国行政行為としての設置許可処分がなされており，近隣国においてそれが適法に通用しているとしても，日本の裁判所は，民事差止訴訟における安全性や受忍限度の審理判断において，当該行為の存在及び行為における適法性判断に拘束されることはない旨を記したのである。

Ⅱ　事案の概要

オーストリアのザルツブルク空港は，（西）ドイツ（以下，ドイツ連邦共和国につき，単にドイツと略記する）との国境に近接する位置にある。第二次世界大戦の後，同空港への離着陸コースは，ザルツブルク市から北向き，すなわち，ドイツ側のバイエルン州フライラッシング市(以下，F市という)の方向に変更された。F市の住宅地区は空港から3㎞の距離にあるところ，オーストリアにおける同空港の供用認可は，1969年に更新された。この更新認可に対して，自治体としてのF市及び同市における住宅土地所有者が，オーストリア行政裁判所に異議申立をなしたが，同国の航空法上，民間空港認可手続への外国の自治体及び土地所有者の参加権はないとして却下された（別訴①）[7]。

そこで，F市と，やはり空港に近接するバイエルン州ミッターフェルデン市それぞれに在住し住宅土地を所有する者二名が原告となり，所有地の150～200メートル上空を航空機が飛来する空港供用は，住宅地域について，最低高度300メートルを定めるドイツ航空法に違反するとして，ドイツにおいて，空港運営者と外国航空会社（複数）を被告として，民事差止訴訟を提起した。なお，空港の飛行機離発着の頻度については，1973年の5月～10月の土日で計338便，一日当たり6.5便が離着陸していた。

＜出訴ルートに関する論点整理＞

便宜上，ここで本件訴訟の適法性に関する論点を整理しておく[8]。

１．本件訴訟の裁判管轄と適用法

原告所有の土地，すなわち物権はドイツに所在する。そうすると，本件の差止請求を物権的請求権として法律構成すれば，ドイツ民事訴訟法24条によってドイツ裁判所に管轄権があ

[7] 1969 年 5 月 30 日判決。この点，空港・原発など大規模施設の認可・許可につき，近隣外国自治体・外国住民に出訴資格を認めるドイツ行政裁判所の判例と対照的である。斎藤・前掲注(1)を参照。

[8] 以下の整理は，Weitbrecht,a.a.O.,に負うところが大きい。この項における「」内は，同解説からの引用である。

ることになる。そして，適用される実質法（実体法）は，目的物の所在地法(lex rei sitae)によって，ドイツ法になる。もっとも，差止請求を不法行為法で法律構成したとしても，被害の発生地はドイツであるから，同様の結論になる[9]。この点は，「Ⅰ　はじめに」で言及した日本近隣国の大規模施設に関する想定例についても同じ思考になろう。

２．大規模施設の差止めに関するドイツ固有の規律

ドイツ法が本件に適用されるとして，大規模施設の差止めについては，出訴ルートと請求内容について，ドイツ法固有の規律がある。簡略にまとめると以下のようになる。

a)まず，施設の差止めは，原則として施設の認可に対する行政訴訟に一本化される。空港であれ，鉄道であれ，認可を出すに当たって非常に緻密な計画確定手続が事前にあり，周辺住民など利害関係者は，そこに参加する。認可が出された場合，認可に対する行政訴訟で，騒音等を含めた当該施設に対する不服は一元的にその対象となる。

b)当該行政訴訟の出訴期間の徒過等により，認可の効力が確定すると，施設運営の差止めを求める民事訴訟は排除される。

c)そして，施設にかかる民事訴訟として許容されるのは，各種の予防，配慮措置の請求（例えば，騒音を低減するための防音装置の設置）と，施設の立地関係等から，そのような予防・配慮措置が不可能な場合の，補償請求である。

計画にかかる訴訟ルートの明確化，参加手続の充実及び早期の紛争解決という点で，一定の合理性を持ったシステムではある。もっとも，このシステムの下でも，計画の策定から実際の事業実施までに長い時間を要するものも多い（ベルリン新空港，シュトゥットガルト駅の再開発プロジェクトなど）。

日本の場合，判例が，国際空港及び自衛隊の空港利用に関して，明文の根拠なく民事差止訴訟を排除していること（最大判昭56・12・16民集35巻10号1369頁（大阪国際空港事件），最判平5・2・25民集47巻2号643頁（第一次厚木基地訴訟））そして原子力発電所の操業については，行政訴訟と民事訴訟の併存を認めていること（最判平4・9・22民集46巻6号1090頁（もんじゅ無効確認訴訟）），それぞれと対照的でもある[10]。

３．外国大規模施設の場合の問題点

このシステムは，本件のように，近隣国の大規模施設についてドイツの住民側に異議がある場合にはどう作動するのか。ヴァイトブレヒトの表現を借りれば，「この，慎重に均衡さ

---

[9] a.a.O.,Anm.3).

[10] 日本法のシステムとの違いも含め，基本文献として，高木光『事実行為と行政訴訟』（有斐閣，1988 年）56 頁以下，83 頁以下，山田洋『大規模施設設置手続の法構造―ドイツ行政手続論の現代的課題』（信山社，1995 年）148 頁以下を参照。

せた公法と私法の組み合わせは，国境を越える事案ではバランスを失ってしまう」[11]。それはなぜなのか。

まず，外国空港供用にかかる外国の認可は，外国政府がなした行政行為であるから，インミッション法14条を根拠とするドイツ国内での私法関係形成効は自動的には付与されない。

そうすると，本件について，認可がオーストリアで適法になされたとしても，ドイツ通常裁判所に民事差止訴訟を起こすことは可能になる。しかし，そこで勝訴判決を得たとしても，オーストリアにおけるその執行は認められない。両国間の判決の承認・執行条約には，それぞれの国の「公の秩序」に反する場合に，承認・執行を留保する条項が存在し[12]，オーストリアで適法な認可を得ている空港供用を差し止める判決の執行は，同国の公の秩序に反すると判断される可能性が大きいからである（この点については，前記エムスランド事件の説示も参照）。

あわせて，先にみたように，オーストリア行政裁判所に対する提訴は斥けられており，ドイツ行政裁判所に外国行政行為を対象として出訴することも難しい（実際に別訴②は斥けられた）とすれば，仮にドイツの住民がドイツ法上の受忍限度以上の被害を被っているとしても，被害の低減・解消に向けての裁判上の手立てはないことに帰する。

４．あり得べき解決の選択肢

このような手詰まり－「国際的な決定の不協和音という望まれざる状況」－を解決する方法を，ヴァイトブレヒトは，三つに整理し提示している。

第一は，外国の認可手続に並行して，国内においても国内による認可手続を行うという方法である。すなわち，本件に即して云えば，オーストリア領内の空港についての同国の認可とは別途に，ドイツでも，同空港の認可手続を実施する。しかし，卒然と考えると，条約上の根拠がない場合に，そのような認可権限を国内法で設定することのハードルは高そうに見受けられる。

実際に，本件について，F市は，先に見たようにオーストリアの行政裁判所に異議申立をなしただけでなく，ドイツのバイエルン州を被告として，ドイツ航空法の手続開始を求める義務付け訴訟をドイツの行政裁判所に提起したが，ミュンヘン行政高等裁判所は，属地主義の原則によって，ドイツ航空法はそもそもオーストリアの空港には適用されないとして，訴えを斥けている[13]。

属地主義の問題に加えて，仮に，この訴訟で原告が勝訴し，ドイツでの認可手続の結果，不認可となった場合，その効力をオーストリアで主張できるのか，またオーストリアでの認

[11] Weitbrecht a.a.O.,S.897.
[12] Deutsch-Österr. Anerkennungs-und Vollstreckungsvertrag,BGBl 1960 Ⅱ 1246.
[13] VGH München,UPR 1984,130.

可との抵触はどう処理されるのか，やはり種々の難問を含む選択肢であると考えられる。

第二は，外国における認可行為に，一定の条件のもとで，インミッション法14条によるドイツ国内での私法関係形成効を付与することである。

これも，第一の方法と同様に，もっぱら国内法上の対応策になる。しかし，当時の状況においては，「外国行政行為の承認は，ドイツの国際［的］行政法においてほとんど未解明の素材である」。

外国民事判決の承認については，民訴328条の明文規定があるが，外国行政行為については，明文・不文の基準ともになく，やはり「公法における属地主義のドグマが問題解決に向けての法発展を拒む」。

外国の行政行為をどのように承認するのか。現在は，日本においても立法実務の蓄積があり，議論の広がりもあるが，それでも，民事訴訟法における明文規定と国際私法学の理論のもとで発展してきた民事判決の承認論に比べれば，格段に不安定性がある[14]。当時のドイツの状況については，Weitbrechtの指摘が正鵠を突いていよう。

第三の選択肢は国家間条約の締結である。

国際環境法において，国家間条約には長い伝統があり，個々の施設を対象としたアドホックなものであれ，より一般的なものであれ，「抵触法的問題だけでなく，国際法上の主権的紛争，そして越境する環境負荷の克服にも働く」[15]。もっとも，本件の場合には，以下に掲げるように実際に条約が存在し，前記「バランス」の回復が諮られているが，それでもなお出訴がなされたことにも留意する必要がある[16]。

５．ザルツブルク空港にかかる両国間の条約[17]と条約承認法の内容

当該条約は1967年12月19日に締結された。

条約第1条は，ドイツ連邦共和国が，同空港施設とその運営のために，ドイツ領内で必要な措置をドイツ航空法の基準によって採り，なおかつ，オーストリア政府の所管行政庁により付与された設置及び運営承認を基礎とする旨を規定する。

第2条は1項で，空港とその運営の認可，更新等に際しての両国の意見交換を規定し，その場合にオーストリアは，ドイツの都市計画や騒音防止に配慮することを約定している。同2項は，空港における23時から6時までの間での運航延長の認可は，ドイツの安全と秩序ない

---

14 外国民事判決の承認論につき本稿Ⅲ２．，行政行為の承認につき斎藤・前掲注(5)を参照。

15 Weitbrecht a.a.O.,S.897.

16 この点は，斎藤・前掲注(1)で検討を加えたニーダーライン空港事件とも共通する。

17「ザルツブルク空港の施設および運営のドイツ連邦共和国の領域における影響に関するドイツ連邦共和国とオーストリア共和国の条約」Der Vertrag zwischen der Bundesrepblik Deutschland und der Republik Österreich über Auswirkungen der Anlage und des Betriebes des Flughafens Salzburg, BGBl. 1974 Ⅱ S. 15. 以下本件条約と略記することがある。

し騒音保護への影響がない場合にのみ可能な旨を規定する。

第3条1項は，ドイツ領内での建物保護範囲を確定する旨を規定する。

そして，第4条第3項が，ドイツにおける訴訟について以下のように規定する。

「航空機の空港利用と空港運営による，ドイツ領域内での人，物ないし権利への影響に対する裁判上の請求は，ドイツ法ないしオーストリア法による。ドイツ法による場合，ドイツ営業法26条〔現在は，インミッション法14条〕との関係でのドイツ航空法11条が，空港が現行オーストリア法令及び本条約の枠内で運営されている限り適用される。この請求はドイツ通常裁判所の専属管轄の下に置かれる」。

この規定は，２．で見たドイツ固有の規律のうち，民事差止訴訟の排除と配慮・補償への限定を同空港にも妥当させるものである。

第7条は，ドイツ領内の居住地域で，飛行に必要な高度より低空で飛行しないよう，オーストリア法の枠内で可能な範囲で適切な措置につき配慮する，オーストリアの約定を規定する。そして，第8条は，本条約が，ドイツが騒音防止のためにとる他の措置を妨げないとする。

第10条は，両国航空所管行政庁の意見交換，密接な協力，及び条約の解釈適用等についての協議を規定している。

＜ドイツにおける本件条約承認法＞

「条約の国内化措置」について，ドイツはいわゆる「変型（Transformation）」方式を採用しており，条約を承認する法律が定立される（ボン基本法59条2項）[18]。本条約承認法は，第1条で条約を承認する旨を定めるとともに，第2条が以下のように規定している。

第2条　「本条約によってドイツにより適用されるドイツ法は，ザルツブルク空港がドイツ領域内にあるものと［みな］して妥当する。これらの規定はすでに設置され供用されている空港に限って適用される。条約1条及び3条1項による建物保護範囲は，この法律の附則で定められる。」

６．訴訟の推移

以下，本件訴訟における当事者の主張と，連邦憲法裁への回付にいたるまでの，各審級裁判所の判断を略記する。

＜被告の主張＞

原告の提訴に対する，被告の反論は大略以下のとおりである。1)騒音は民法906条の許容

[18] 基本文献も含め，斎藤誠「行政法関連判例における国際取極めの位置づけ―『国際的な基準』を中心に」宇賀克也・交告尚史編『現代行政法の構造と展開［小早川光郎先生古稀記念］』所収，（有斐閣，2016 年）166 頁以下に注記の文献を参照。

限度内である。2)承認法の発効により私法上の差止請求はインミッション法14条に基づいて排除されている。3)離着陸は，空間自由使用の範囲内でなされている。

＜各審級の判断＞

一審トゥラウンシュタイン地方裁判所は，原告の訴えを却下した[19]。条約及び承認法によって，空港供用が，オーストリア官庁により認可され，国家間の取極めにより，ドイツでも認可されたものとして妥当するとした。ただし，供用規定や認可に反して空港が供用された場合には，差止請求は排除されないが，その点に関する原告の主張（条約及び承認法よりも低高度で飛行している旨を主張）は時期に遅れたとした［13］[20]。

二審ミュンヘン上級地方裁判所は，一審には重大な手続違反があるとして判決を取消し，事案を地裁に差戻した[21]が，被告が連邦通常裁判所に上訴した［14］。

＜連邦通常裁判所による連憲裁への回付＞

連邦通常裁判所は，訴訟手続を停止し，承認法の憲法適合性の問題について，連邦憲法裁判所に回付（移送）した[22]。いわゆる具体的規範統制手続である（ボン基本法100条）。

具体的には次の問いが立てられた。

承認法1条及び2条は，(1)条約4条3項2号との関係で，空港がオーストリア法の規定と本条約により供用されている場合にドイツ営業法26条（現インミッション法14条）を同様に適用し［その結果として私法上の差止請求が排除される］，(2)承認法2条により，本条約によってドイツにより適用されるドイツ法が，ザルツブルク空港はドイツ領域内にあるものとして妥当する，という二点において違憲か否か［16］。

同裁判所が回付をなした理由は，大略以下のとおりである。承認法が有効であれば原告の訴えはインミッション14条により却下されるのに対して，同法が無効であれば，被告の反論は基礎を失う。なぜなら，オーストリアによる認可をドイツにおける認可とする擬制がなくなり，ドイツ法が，確定した認可ないし計画確定手続について付与している効力を主張できないからである［17］。

そして，同裁判所自身は，回付にあたって，承認法はボン基本法（連邦憲法）14条1項1文に違反し，なおかつ法治国秩序に相いれないとの見解を提示した。

連憲裁の説示を読み解く便宜からも，ここで同条第1項と3項を掲げる。

［ボン基本法14条］

第1項　所有権及び相続権は，これを保障する。その内容及び限界は，法律でこれを定める。

第3項　公用収用は，公共の福祉のためにのみ，認められる。（以下略）

---

[19] ZLW24(1975)160.但し，以下は，連邦憲法裁判所判決の事実の概要部分が適示する要約による。

[20] 以下の文末番号は，連邦憲法裁判所判決の判例データベース Juris における対応段落番号である。「　」は直訳，［　］は筆者による補足である。下線は筆者による。

[21] IPRspr 1976,92.

[22] DVBl 1979,226.

＜連邦通常裁判所の違憲判断理由＞

「航空法11条とインミッション法14条によって，空港認可は財産権の存立保護を廃するので，行政収用に該当する。私法上の財産権の自由にかかる請求［本件における差止請求のこと］の排除は，ボン基本法14条により保護される土地所有権の存立と内容を侵害する。よって，利害関係者の実効的権利保護を保障するため，排除を基礎づける行政措置［本件における認可］は，憲法上保障された，行政裁判所による裁判コントロールに服さなければならない。しかし，利害関係を有するドイツの土地所有者は，オーストリアにおいて本件認可に対する訴権をまったく認められなかった。したがって，法律による収用に必要な憲法上の前提は満たされていない」［18］。

そして，連憲裁において当事者は以下のように主張した。

＜連邦交通大臣の主張＞

係争対象の承認法規定による規律は合憲である。「その発効前には，利害関係のあるドイツ土地所有者は，空港認可ないし承認につき，何らの手続関与権を持たなかった。同法により，この無権利に近い状態は除去され，従前にはなかった［措置要求及び補償請求権という］法的地位が認められた。ドイツは，法的に不十分な状況を，関係者にとって国際法の平面で到達可能なところにまで高めたのである」［19］。

＜原告の主張＞

「係争対象の規定による規律は，ボン基本法2条2項1文，14条，及び19条4項に違反する。原告は，従前には認められていた私法上の騒音差止請求権と，騒音に対して適切な保護を求める公法上の請求権を排除されたのだから，法的地位は改善するどころか，法的保護の可能性は悪化したのである」［20］。

＜同審における当事者の追加的な主張と反論＞

連邦交通大臣とバイエルン内閣官房長は，この間に新たな離着陸ルート（WS02）が確定し，土地所有者の騒音負荷は大きく低減したと主張した。この点に関して原告は，空港に起因する負荷は本質的に変わっていないと反論した［21］。

７．連邦憲法裁判所判決

＜連憲裁判決要旨＞

「ザルツブルク空港の施設および運営のドイツ連邦共和国の領域における影響に関するドイツ連邦共和国とオーストリア共和国の条約」（1967年12月19日に署名）の［西ドイツにお

ける］承認法（1974年1月9日連邦法官報IIS.13）は，以下の内容において，ボン基本法［連邦憲法］に適合する。

－　条約第4条第3項第2項との関係での承認法第1条によって，ドイツの裁判所におけるドイツ法に基づく騒音防止のための民事上の請求については，空港がオーストリアの現行法に従い，条約の枠内で運営される限りで，営業法（GewO）第26条－現在は連邦インミッション法（BImSchG）第14条が同様に適用される。

－　条約の第1条第1項との関係での承認法第1条に基づき，ドイツ連邦共和国は，航空法（LuftVG）法第6条によって，離陸及び着陸に関連する安全最低高度以下の飛行につき，それがザルツブルク空港に適用される飛行運用規則の枠内にある場合には，空域の一般的な使用として扱うことを義務付けられる。

次に判決理由を見ていこう。

＜具体的規範統制としての回付の適法性＞

連憲裁は回付（移送）を適法とした。承認法の合憲・違憲の判断が，連邦通常裁判所が判決を下すに当たって必要だからである。

但し，同裁判所が回付に当たって示した見解とは異なり，以下のように，判断の対象は，承認法1条であって，2条ではないとした。

承認法1条については，同条の合憲・違憲により，条約4条3項2文が承認されることでインミッション法14条が適用されて訴訟が排除されるか否かが定まる。

また同条に包含される条約1条1文［ドイツの国家機構が，将来において，ザルツブルク空港の運営を尊重し促進する旨を規定］の承認も，これにより，ドイツにおける土地所有者は，国内空港よりも低高度の飛行を受忍しなければならなくなるので，部分的に憲法審査の範囲に含まれる。条約1条1文により，ドイツは，離着陸に関する当該低高度の飛行を，それが同空港運営にかかる規律の枠内にある場合，ドイツ領空の一般的使用として扱うことを義務付けられるゆえにである。この効果は，連邦通常裁判所の回付理由のように承認法2条により生ずるものではない［23～27］。

＜本案判断＞

連憲裁は，ボン基本法14条の財産権保障は侵害されていないとして，係争規定を合憲であるとした［28］。

まず，係争規定は，14条財産権規定のうち，3項所定の収用を定めるものなのか，それとも1項所定の財産権の内容制限規定なのかが問題となる。

「係争規定は，ザルツブルク空港運営者，利用者及び騒音にさらされる国境地帯のドイツ

土地所有者の法関係を対象とし，空港騒音に対する民法1004条の差止請求が可能か否かという問いを扱っている。そこでは私的土地所有権の内容形成の観点が問題となる。なぜなら，財産権から，その妨害に対する防御請求を導けるかどうかは，財産権の内容に関わるからである。」［29］[23]

「係争規定は，同条3項で判断すべき収用の内容をなんら包含しておらず，同条1項2文所定の財産権の内容と制限を，ザルツブルク空港の騒音にさらされるドイツ領域内の土地所有権を対象に定めるものである。」

「憲法上の収用とは，特定の公的課題の充足のため，14条1項1文の意味での具体的かつ主観的な財産上の地位を完全にないし部分的にはく奪するものである。［31］」[24]

「［それに対して］，14条1項2文所定の内容にかかる定めとは，憲法上の意味での財産権として解されるところの法財に関し，立法者によりなされる権利義務の一般的抽象的確定である。それは，法律の発効により，財産権の内容を将来にわたって一般的な形で定める主観法的規定の規律に向けられている。」［31・32］[25]

係争規定は，空港からのインミッションに利害のあるドイツ土地所有者と，空港運営者・航空会社の間の法関係を規律する。よって，空港近隣の土地について，財産権の内容と制限を定めるものである。

連邦通常裁判所は，回付にあたり，私法上の土地所有権は，近隣の施設により妨害されないことをその所有者に保障しているとする。そのような施設が設置され，相隣法が利用されるという危険は，そもそも当初より存在する。

そこでは，公法法規は，財産権の内容形成において，とりわけ紛争解決の規律につき，私法と同レベルで協働する。本件のように具体的事案に応じて，立法者が個別かつ将来に向けて新たに制定した相隣法も，財産権の内容および制限規定に該当する［33］。

---

[23] BVerfGE61,82を参照している。ドイツ・ヴィール原発の建設計画に対して，自治体としてのザスバッハ町が取消訴訟を提起した事例である。連邦憲法裁判所は，自治体はボン基本法14条の財産権保障を享受する基本権主体でないとし，また，原発建設にかかる集中効（手続参加しなかった者の私法上の請求権等を排除，本件における航空法11条の仕組みと同趣旨）をボン基本法19条4項に違反しないとした。同判決については，廣田仝男「56　原子力発電所建設に対する市町村の異議申立て―ザスバッハ決定―（BVerfGE61，82）［1982］」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社，2003年）がある。山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣，2000年）370頁注(7)，386頁注(31)および対応する本文も参照。

[24] （当時としては）比較的近くに出されたBVerfGE70,191の定義によっている。時の流れとして，この判決も含め，連憲裁への回付から本判決が出されるまでに，ボン基本法14条にかかる連憲裁の重要判決が出されていたことも本事案における特徴である。

[25] BVerfGE52.1（クラインガルテン事件）など一連の判決の定義によっている。

次いで判決は，以下のように，一般的基準として，財産権の内容・制限規定の比例原則との適合性等を要求した上で，係争規定はこれを満たす旨をいう。

＜内容・制限規定の合憲性にかかる準則＞

財産権の内容・制限規定を定めるに当たっての立法者の任務は，憲法上保障された法的地位と社会的に公正な財産秩序の要請双方を同様に考慮することである。「一方を優遇し，或いは不利に扱うことは，社会に拘束された私財産という憲法上の立場と一致しない。それに照応して，立法者は比例原則に拘束される」。

財産権者の権限は，その規制が仕える目的以上に制限されてはならない。いかなる場合にも，憲法上の保障は財産権の実質保持とボン基本法3条1項の平等原則の考慮を要求する[26]［35］。

＜本件へのあてはめ＞

係争規定はこの基本原則を満たす［36］。

a)「利害関係者は，土地所有権の実質を保持している。そもそも土地所有権と結びついていた，空港運営者に対する空港に起因する航空騒音への防御請求は完全には排除されていない。むしろ，条約4条3項2文に組み込まれた航空法11条，インミッション法14条の適用によって，従前の施設差止請求は，主位的に保護措置創設の請求に，副次的に補償請求に転換した。」［37］[27]

b)次いで，判決は承認法の公布以前における，騒音に関する原告の法的地位の不安定さを指摘する。

「ドイツ法によって原告に，空港運営者に対してなんらかの侵害差止め請求権が存在したとしても，それを貫徹することはできなかったであろう。ドイツの裁判所でそのような判決が出たとしても，オーストリアにおけるその執行は，彼の地の公序（ordre public）により失敗することを考慮に入れなければならなかった。

この不安定さを条約と承認法は解消した。外国空港運営者は，拘束的に規律に組み入れられ，法的安定性の点で多大な利点が達成された。そもそもは土地所有権と結びついていた，空港運営者に対する空港に起因する航空騒音への防御請求は，差止請求に向けられていた限りで，主位的に保護措置創設の請求に，副次的に補償請求に転換した。

さらに，新しい規律は，航空機利用者及び航空機所有者に対する差止請求を排除し，騒音防止に係る土地所有者の民事上の請求は排他的に空港運営者に対するものとなった。その貫徹は条約により保障されている。」［38］

---

[26] BVerfGE52.1 を参照している。

[27] a)b)c)は，判決の見出し記号である。

c)「係争規定は，立法目的は正当で，なおかつそれに必要かつ適合的であり，比例原則に資する。

立法目的は，ドイツ国民の騒音からの保護だけでなく，それと同様に，オーストリアとの関係を危うくしないこと，及び国際航空に考慮を払うことも含まれる。国際航空の促進は，シカゴ条約への加入により西ドイツに義務付けられている。

特に，オーストリアとの良き相隣関係により，同空港が東南バイエルンの交通機能を引き受け，両国民に資するものであることを考慮しなければならなかった。これらの諸点から，立法者が以下のことを要請されていたとすることができる。全体の規律枠組みにおいて，ドイツ国民の甘受できない騒音負荷からの保護について十分に配慮されている場合，同空港の存在を認め，空港運営にドイツ側からも確たる法的基礎を与えることである。」

この目的から，土地所有者による特別な権限によらない私法上の差止請求権の排除を規定することが可能になった。「この，国内においては実証済の規律は，空港の希求された円滑な存続を保障するのに適しており，必要である。」［40・41］

d) ドイツ土地所有者の財産的地位の［制限的な］形成とその目的も，利害関係者の保護に値する利益を過大ないし過小に扱っておらず均衡している。判決は，具体的には以下の諸点を挙げている。

・差止め以外の解決策が斥けられるほどの騒音負担は生じていない。

・飛行頻度は，ブレーメン空港やニュルンベルク空港を上回らない。

・F市建築地域の空港からの距離について，同地域は騒音保護ゾーン（滑走路端の延長2100～3000メートルまで）の外にある。

・ドイツ国内空港において，より広い保護ゾーンを持つものも多いが，それはザルツブルク空港の国際法違反を意味しない。国際相隣法（相隣権）により，近隣国［ここではオーストリア］に，その国境付近に設置する空港につき，隣国［ドイツ］の多くの空港よりも大きな騒音負担をかけるものの認可が禁止される，ということは認められない。［42・43］

以上から，ドイツ土地所有者が係争規定によって，その権利力（Rechtsmacht)に被る損失は特別に重大なものではない。

防御請求権は，差止めから保護措置・損失補償請求に転換している。航空会社，航空機利用者への差止めは完全に排除されるが，騒音からの保護について空港運営者に責任を集中することは合理的である。

このことは，新たに形成された「目減りした」請求権（代償的請求権）が，条約と承認法以前の差止請求よりも容易に貫徹できることで一層妥当する。総じて，利害関係のあるドイツ国民の地位は改善されている。代償的請求権だけでなく，夜間飛行の制限などドイツ航空

法の規制がオーストリア側に適用され，ドイツ居住地域での飛行高度制限についてのオーストリアの約定も存在する。

「条約がドイツ国民の保護の装置にもなっているという見解は，正当性に欠けるところがない」とした上で，条約締結後の，騒音をより低減する離陸ルートWS02導入への両国の努力を付言している。［45～47］

このように説示した上で，判決は以下のように結ぶ。

「騒音により影響を受けるドイツ土地所有者の法的地位の［差止請求権から代償措置等請求権への］書き換え(Umformung)は，条約の規律目的によって正当化される」。ドイツの立法者には空港運営の維持を，差止めを目指した土地所有者の尽力よりも優先する権限があった。騒音問題解決に向けての両国の協業の成果を受け入れることが提案されていた。

協業は，互換的なコンセッションを導入し，その基本的な考え方は，ドイツ側は，空港の存続を認め，その運営に確たる法的基礎を与えるのに対して，オーストリア側は，ドイツ住民の甘受しがたい騒音からの保護の利益を認め，可能な範囲で考慮するものだからである。

「さらに，条約発効により，空港運営は，ドイツも影響力を持つコントロールに服するのであり（条約2，20，12条），ドイツ住民の騒音保護が，将来の空港運営に関する決定において無視されることはまず起こりえない。結局のところ，係争規定は，利害反映につき一方的でなく，比例原則に違反しない。」［48］

平等取り扱い原則にも考慮が払われている。立法者は上述した実質的根拠により，空港の存続と運営を法律により確保する権限があった。他の法的形成にかかる選択肢があったかどうかを，ここで審査決定する必要はない。［49］

Ⅲ　若干の考証

１．ヴァイトブレヒトの評

まず同氏の判例解説におけるコメントから見ていこう。

ヴァイトブレヒトが，「国際的な決定の不協和音」を奏でるこのような事案について，一般論として条約という解決手法（C）を推奨していることは既に紹介した（Ⅱ　４．
）。そして，同氏は，本件判決についても，歓迎すべきものであるとしている。同氏曰く，判決は，「ドイツ国際環境法において，『国家間条約』というツールをより強く利用する道を開いた。このような条約は国際環境法において存在する規律の欠如を埋めることができ，さらに自律的なドイツ法にとっても良い財産になる」。そして，判決が，ドイツの国際（的）環境法進展への新しい刺激にもなるとして，解説を結んでいる[28]。

実際に，この条約が国境近隣空港の設置・運営にかかる条約の先駆として機能しているこ

[28] Weitbrecht.,a.a.O.,898.

とは，ニーダーライン空港事件を例に前稿で見たところである。この点では，氏の評は的を射たといえるであろう。「規律の欠如」が条約によって補われ，条約がない段階に比して，利害関係者に安定的な法的地位がもたらされたことは確かである（判決［38］）。しかし，利害関係者の権利保護の水準という観点についてより具体的に見れば，基準の置き方によっては，問題も残る。すなわち，条約のない段階での国外空港との比較ではなく，ドイツ国内空港の場合と比較すると，ドイツ在住の空港近隣住民（土地所有者も含む）の請求権は「目減り」したものである。本件条約と本判決の下で民事差止訴訟が排除されるだけでなく，オーストリア法の仕組みと解釈によってオーストリアでの行政訴訟が排除されているからである。この点を解消できるのか，それとも，そもそも基準をそこに置くべきでないのか。この問題については，３．とまとめの部分で再度言及する。

２．国際的訴訟における外国判決承認論との関係

＜議論の端緒としての説示＞

次に，本判決が，条約前の原告の法的地位の不安定さに関連して示し（［38］），エムスランド事件でも援用された，ドイツにおける民事差止判決の外国での執行に関する論点である。

ドイツ・オーストリアの関係では，両国間の判決の承認・執行条約に，それぞれの国の「公の秩序」に反する場合に，承認・執行を留保する条項が存在する。そして，本判決及びヴァイトブレヒトの解説は，オーストリアで適法な認可を得ている空港供用を差し止める判決の執行は，同国の公の秩序に反すると判断される可能性が大きいと見ている。

そのような立論が，国際私法および国際（的）行政法の一般理論との関係においてどのように位置付けられるのかを含め，比較の観点から，日本における外国判決の承認・執行の場面を想定して，整理と検証を試みる。

＜日本民事訴訟法の規定＞

外国裁判所の確定判決の効力については，民事訴訟法118条が以下のとおり定めている。

118条　外国裁判所の確定判決は，次に掲げる要件のすべてを具備する場合に限り，その効力を有する。

一　法令又は条約により外国裁判所の裁判権が認められること。

二　敗訴の被告が訴訟の開始に必要な呼出し若しくは命令の送達（公示送達その他これに類する送達を除く。）を受けたこと又はこれを受けなかったが応訴したこと。

三　判決の内容及び訴訟手続が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと。

四　相互の保証があること。

これらの要件を満たした外国判決については，（債務名義が執行の対象となるものであれば）日本においても執行判決を得て執行することが可能となる。

第3号が本論点に直接に関わる条項であるが，相当する事案－例えば日本の大規模施設の運営について，近隣国の民事差止判決が出たとするーにおける事案処理の可能性も含めて考えると，他の条項も押さえておく必要がある。

＜外国裁判所の確定判決＞

まず，柱書の「外国裁判所の確定判決」であるが，通説・判例は，これを判決の承認適格性の要件規定として位置付けた上で，民事判決に限定する[29]。外国判決の実質再審査禁止原則との関係においても，各国間で互換的な性質を持っているのは私法上の法律関係を扱う民事判決であり，刑事判決や租税に関する判決は排除されるとするのである。もっとも，裁判所の類型を問わず，租税債権に基づく支払いを裁判所が認める判決を排除するという通説的見解の考え方を，法律関係の前提になる問題[30]の性質にまで広く推し及ぼすと，想定例のように，A国における許認可を得ている施設に対する，B国の民事差止判決についても，承認適格性の問題として把握する選択肢もあり得よう[31]。

＜1号要件―国家免除の問題＞

次に，1号要件，すなわち外国裁判所の裁判権が認められることについては，本事案との関連では，主権免除の問題が想定される。すなわち，国家の行為または国有財産をめぐる訴訟について，国際法上，外国の裁判権からの免除を認めるのが，主権免除ないし国家免除であるが[32]，国境近隣大規模施設が，国営空港である場合や，軍用・軍民共用空港である場合には，免除の是非が問題となろう。制限免除主義は，一般的な基準として，いわゆる「業務管理的行為」については免除の対象としないので，まずは，国営空港が，民間組織が運営する空港と，その運営内容に特段の「差違」が無いのであれば，免除の対象にはならないであろう。もっとも，制限免除主義の目的や趣旨との関係なども踏まえて，その差違については，現在における運営主体の多様性も勘案しつつ，具体的に見る必要があろう。ここでは論点の

---

29 最判平 10・4・28 民集 52 巻 3 号 853 頁は，外国の裁判所が，名称，手続，形式のいかんを問わず，私法上の法律関係につき当事者双方の手続的保障の下に終局的にした裁判，が柱書要件を充足するという。

30 この点も，厳密には，A 国における許認可が，差止めの先決問題になるのかどうかなど，類型化した上での議論も必要になる。

31 なお，懲罰的損害賠償にかかる米国判決につき，最判は，本文で後述するように，公序の問題として処理したが，2 審東京高判平 5・6・28 は「懲罰的損害賠償は，むしろ我が国の法制度上は罰金に近い刑事法的性格を持つ」として，柱書，すなわち承認適格性の問題としての処理をしている。

32 山本草二『国際法（新版）』（有斐閣，1999(補訂)年）249 頁以下が詳細である。その後の判例・学説の展開につき，酒井啓亘，寺谷 広司，西村 弓，濱本 正太郎『国際法』（有斐閣，2011 年）101 頁以下，岩沢雄司『国際法』（東京大学出版，2020 年）187 頁以下も参照。

指摘にとどめ[33]，従来の絶対免除主義から制限免除主義へと判例変更を行った，最判平18・7・21民集60巻6号2542頁の関連説示を掲げておく。

まず，国際慣習法との関係も踏まえ，日本法の解釈論を提示した部分である。

「外国国家に対する民事裁判権免除に関しては，かつては，外国国家は，法廷地国内に所在する不動産に関する訴訟など特別の理由がある場合や，自ら進んで法廷地国の民事裁判権に服する場合を除き，原則として，法廷地国の民事裁判権に服することを免除されるという考え方（いわゆる絶対免除主義）が広く受け入れられ，この考え方を内容とする国際慣習法が存在していたものと解される。しかしながら，国家の活動範囲の拡大等に伴い，国家の行為を主権的行為とそれ以外の私法的ないし業務管理的な行為とに区分し，外国国家の私法的ないし業務管理的な行為についてまで法廷地国の民事裁判権を免除するのは相当でないという考え方（いわゆる制限免除主義）が徐々に広がり，現在では多くの国において，この考え方に基づいて，外国国家に対する民事裁判権免除の範囲が制限されるようになってきている。これに加えて，平成16年12月2日に国際連合第59回総会において採択された『国及びその財産の裁判権からの免除に関する国際連合条約』も，制限免除主義を採用している。このような事情を考慮すると，今日においては，外国国家は主権的行為について法廷地国の民事裁判権に服することを免除される旨の国際慣習法の存在については，これを引き続き肯認することができるものの（最高裁平成11年（オ）第887号，同年（受）第741号同14年4月12日第二小法廷判決・民集56巻4号729頁参照），外国国家は私法的ないし業務管理的な行為についても法廷地国の民事裁判権から免除される旨の国際慣習法はもはや存在しないものというべきである。

そこで，外国国家の私法的ないし業務管理的な行為に対する我が国の民事裁判権の行使について考えるに，外国国家に対する民事裁判権の免除は，国家がそれぞれ独立した主権を有し，互いに平等であることから，相互に主権を尊重するために認められたものであるところ，外国国家の私法的ないし業務管理的な行為については，我が国が民事裁判権を行使したとしても，通常，当該外国国家の主権を侵害するおそれはないものと解されるから，外国国家に対する民事裁判権の免除を認めるべき合理的な理由はないといわなければならない。外国国家の主権を侵害するおそれのない場合にまで外国国家に対する民事裁判権免除を認めることは，外国国家の私法的ないし業務管理的な行為の相手方となった私人に対して，合理的な理由のないまま，司法的救済を一方的に否定するという不公平な結果を招くこととなる。したがって，外国国家は，その私法的ないし業務管理的な行為については，我が国による民事裁判権の行使が当該外国国家の主権を侵害するおそれがあるなど特段の事情がない限り，我が国の民事裁判権から免除されないと解するのが相当である。」

---

[33] 航空行政権との関係も論拠にして，国際空港にかかる民事差止訴訟を却下した前期大阪国際空港判決も検討素材となろう。

次に，条約ないし契約上の根拠による裁判権の根拠付けにかかる説示である。

「(2)また，外国国家の行為が私法的ないし業務管理的な行為であるか否かにかかわらず，外国国家は，我が国との間の条約等の国際的合意によって我が国の民事裁判権に服することに同意した場合や，我が国の裁判所に訴えを提起するなどして，特定の事件について自ら進んで我が国の民事裁判権に服する意思を表明した場合には，我が国の民事裁判権から免除されないことはいうまでもないが，その外にも，私人との間の書面による契約に含まれた明文の規定により当該契約から生じた紛争について我が国の民事裁判権に服することを約することによって，我が国の民事裁判権に服する旨の意思を明確に表明した場合にも，原則として，当該紛争について我が国の民事裁判権から免除されないと解するのが相当である。なぜなら，このような場合には，通常，我が国が当該外国国家に対して民事裁判権を行使したとしても，当該外国国家の主権を侵害するおそれはなく，また，当該外国国家が我が国の民事裁判権からの免除を主張することは，契約当事者間の公平を欠き，信義則に反するというべきであるからである。」

それに対して，軍用空港や軍民共用空港の場合には[34]，「私法的ないし業務管理的行為」か否かを基準とする制限免除主義のもとでも，運営主体の側から免除が主張されることが，より直截的に想定される。

国内にある外国基地の飛行差止めにかかる判決ではあるが，最判平成14・4・12民集56巻4号729頁（横田基地夜間飛行差止等請求事件）における関連説示を掲げる。

「外国国家に対する民事裁判権免除に関しては，いわゆる絶対免除主義が伝統的な国際慣習法であったが，国家の活動範囲の拡大等に伴い，国家の私法的ないし業務管理的な行為についてまで民事裁判権を免除するのは相当でないとの考えが台頭し，免除の範囲を制限しようとする諸外国の国家実行が積み重ねられてきている。しかし，このような状況下にある今日においても，外国国家の主権的行為については，民事裁判権が免除される旨の国際慣習法の存在を引き続き肯認することができるというべきである。本件差止請求及び損害賠償請求の対象である合衆国軍隊の航空機の横田基地における夜間離発着は，我が国に駐留する合衆国軍隊の公的活動そのものであり，その活動の目的ないし行為の性質上，主権的行為であることは明らかであって，国際慣習法上，民事裁判権が免除されるものであることに疑問の余地はない。したがって，我が国と合衆国との間でこれと異なる取決めがない限り，上告人らの差止請求及び損害賠償請求については被上告人に対して我が国の民事裁判権は及ばないと

[34] 前稿で検討の対象としたニーダーライン空港は，軍用飛行場であったヴェーゼ=ラーブルッフ飛行場が軍民共用空港化した後，民生単独用となったものである。日本においても，横田基地について，東京都が共用空港化構想を提言した時期があった。

ころ，両国間にそのような取決めがあると認めることはできない。」[35]

＜公序要件＞

同条3号は，外国判決の訴訟手続と内容両面につき，公序良俗[36]との適合性を要求している。本事案で問題になるのは，後者，すなわち「実体的公序」である。その内容について，第一に指摘しておくべきことは，民法90条など，国内実体法における公序との差違である。すなわち，本条における公序は，準拠法選択における公序（通則法42条）と同様に，国内の公序違反の基準よりも，より厳格なものが求められている。例えば，ある国内強行法規違反が，国内法における公序違反に該当するとしても[37]，通則法42条及び本条の公序違反にはダイレクトには結びつかない。より厳格な，外国法の適用（通則法42条の場合）ないし外国判決の承認執行（本条の場合）が「わが国の法秩序の中核部分に反するか否か」が基準とされる[38]。

判例における準則を確認すべく，アメリカの懲罰的損害賠償につき公序違反とした著名判決である最判平9・7・11民集51巻6号2573頁の説示を以下に掲げる。

「執行判決を求める訴えにおいては，外国裁判所の判決が民訴法二〇〇条各号［現118条］に掲げる条件を具備するかどうかが審理されるが（民事執行法二四条三項），民訴法二〇〇条三号は，外国裁判所の判決が我が国における公の秩序又は善良の風俗に反しないことを条件としている。外国裁判所の判決が我が国の採用していない制度に基づく内容を含むからといって，その一事をもって直ちに右条件を満たさないということはできないが，それが我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものと認められる場合には，その外国判決は右法条にいう公の秩序に反するというべきである。

（二）　カリフォルニア州民法典の定める懲罰的損害賠償（以下，単に「懲罰的損害賠償」という。）の制度は，悪性の強い行為をした加害者に対し，実際に生じた損害の賠償に加えて，さらに賠償金の支払を命ずることにより，加害者に制裁を加え，かつ，将来における同様の行為を抑止しようとするものであることが明らかであって，その目的からすると，むしろ我が国における罰金等の刑罰とほぼ同様の意義を有するものということができる。これに対し，我が国の不法行為に基づく損害賠償制度は，被害者に生じた現実の損害を金銭的に評

---

35 本判決の位置付けも含め，外国ないし国際組織の自国内での公権力行使に対する出訴については，山本隆司「外国または国際組織による公権力の行使に対する裁判所による権利保護―近時のドイツ連邦憲法裁判所判決・決定をめぐって」佐藤幸治，泉徳治編『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ（滝井繁男先生追悼論集）』（日本評論社，2017 年）355 頁以下も参照。

36 公序良俗条項を巡っては，公序と良俗の関係も議論の対象になるが，本稿の行論においては，両者を分離可能とみた上で，公序のみを扱う。斎藤誠『バイオテクノロジーの法規整―交差する公法と知的財産法』（有斐閣，2020 年）92 頁以下を参照。

37 民法 90 条など，国内実質法の公序についても，強行法規との関係は問題になるが，ここではそれは捨象して，本文のような場面を想定する。国内法における，強行法規と公序の関係については，参考文献も含め，斎藤・前掲注(36)72 頁，92 頁を参照。

38 中西康，北澤安紀，横溝大，林貴美『国際私法（第 2 版）』（有斐閣，2018 年）111 頁，194 頁。

価し，加害者にこれを賠償させることにより，被害者が被った不利益を補てんして，不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものであり（最高裁昭和六三年（オ）第一七四九号平成五年三月二四日大法廷判決・民集四七巻四号三〇三九頁参照），加害者に対する制裁や，将来における同様の行為の抑止，すなわち一般予防を目的とするものではない。もっとも，加害者に対して損害賠償義務を課することによって，結果的に加害者に対する制裁ないし一般予防の効果を生ずることがあるとしても，それは被害者が被った不利益を回復するために加害者に対し損害賠償義務を負わせたことの反射的，副次的な効果にすぎず，加害者に対する制裁及び一般予防を本来的な目的とする懲罰的損害賠償の制度とは本質的に異なるというべきである。我が国においては，加害者に対して制裁を科し，将来の同様の行為を抑止することは，刑事上又は行政上の制裁にゆだねられているのである。そうしてみると，不法行為の当事者間において，被害者が加害者から，実際に生じた損害の賠償に加えて，制裁及び一般予防を目的とする賠償金の支払を受け得るとすることは，右に見た我が国における不法行為に基づく損害賠償制度の基本原則ないし基本理念と相いれないものであると認められる。

（三）　したがって，本件外国判決のうち，補償的損害賠償及び訴訟費用に加えて，見せしめと制裁のために被上告会社に対し懲罰的損害賠償としての金員の支払を命じた部分は，我が国の公の秩序に反するから，その効力を有しないものとしなければならない。」[39]（下線は筆者による）。

問題は，日本（ないし「はじめに」おける想定例でのA国）における許認可のもとで施設運営・操業がなされている施設の差止めや操業等の制限が，判例のいう「制度の基本原則ないし基本理念に相いれない」，あるいは学説にいう「法秩序の中核部分に反する」ことになるのかどうかである。なお，本件判決やエムスランド判決の説示は，公序違反の論拠を特に敷衍してはいないが，事柄の性質上各国においてある程度通有性をもった，上記の外国判決承認及び外国法適用における公序論からすると，両判決ともにこれを肯定していることにはなろう。

他方で，施設の種類や規模，許認可の種類を捨象して，許認可ないしそのもとでの操業を阻害することを公序違反に直結させると，「強行法規違反＝公序違反」という位置付けはしておらず，より公序違反を限定している，実体的公序論との適合性がやはり問題になる。より具体的かつ限定的な基準を定立することも考えられる。例えば，施設がA国の産業・交通等において基幹的なものかどうか，また，許認可において領域内・領域外の騒音がどのよう

[39] 近時出された，最判令 3・5・25 裁時 1768 号 25 頁も，3 号の要件を具備しない懲罰的賠償の支払い分を含む外国判決の債権について弁済がされた場合に，当該部分についての弁済充当がなされたものとして，その執行判決をすることはできない旨説示して，本判決の判断を踏襲している。

に審査されているか等である。もちろん，承認について，あまりに詳密な審査を国内裁判所に求めることは，実質再審査禁止のもとでの「安全弁」としての公序という位置付けとの関係で問題なしとしない。

次に，実体的公序においては，内国関連性も判断要素とされる。内国関連性が弱ければ，公序違反の発動は抑制される。しかし，この判断要素については，施設・許認可の種類は問わず，A国施設の運営に関する外国における差止め・制限判決であれば，A国につき内国関連性が強いことは容易に認められよう。

いずれにせよ，日本における通則法42条及び民訴118条論においては，現在までのところ家族法・財産法が主たる検討対象であり，本件のような事例について，関連諸法学における議論の進展も待たれるところである[40]。そこで，国内行政機関による許認可と外国判決との関係整序という，より一般的な問題についても，公序論による処理と相関連する論点を掲げておく。

１）承認適格性という場での処理との振り分けを考える必要がある。租税事件関係排除という例について既に若干見たように，外国判決が，その争点や先決問題において，内国の「公法的」な決定・権限との抵触が問題になる場合，この場で処理することも考えられるが，やはり公法的な決定・権限の多様性に応接しきれないおそれもあろう。

２）外国における訴訟過程及び判決において，内国許認可の存在がどのように扱われたのか，ということを，公序（ないし承認適格性論）に反映させるべきかどうか，反映させるとすればどのような手法によるのか，という問題もある。この点については，許認可の判決における位置付けとの関係で，許認可の構成要件的効果について、以下の区別をする必要があろう。

すなわち、本稿で想定するような越境紛争事例における構成要件的効果は、許認可があることを，当該外国民事訴訟における受忍限度ないし違法性論に，法的効果として結びつける類型である。この結合には，許認可の当該外国における承認が必要であると考えられる[41]。承認には，立法，行政，及び司法による承認があり得るところ、それぞれによる承認について区分する必要がある。想定例（本稿はじめに，の２．①）においては，立法ないし行政による承認はないことを前提にしている。この類型に関しては，前稿で，ヴァカースドルフ再処理施設事件を対象に，以下のように述べた。

「［グローフの論考の紹介部分］「民事差止めの許容性」が問題となるヴァカースドルフ事件の場合であるが，同訴訟は，オーストリア民法364条2項の差止訴訟として，同国リンツ

---

[40] 櫻田嘉章，道垣内正人編『注釈国際私法　第２巻』（有斐閣，2011 年），中西ほか・前掲注(38)，秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法（第２版）」（日本評論社，2006 年）等を参照。

[41] 横溝大「行政法と抵触法」自治研究 89 巻 1 号（2013 年）134 頁以下，及びそこに掲記の文献を参照。

地裁に提訴されたものであるから，同国法においては，「国際行政法」ではなく，「国際私法」に属する問題であり，ドイツ法により付与された施設設置と操業の認可にはかかわりなく，出訴が可能である。

しかし，本件の事案構成の国際行政法的観点として，外国公法の黙示的指示をなす実質法が存在するので（民法364条2項と同a条），同認可には構成要件的効果が帰属する。

外国行政行為としての認可についての，グローフのこの構成要件的効果論は，エムスランド事件における，外国民事差止訴訟の非排除に関する連行裁の説示（前記）と合わせ読むと興味深い。364a条は，ドイツインミッション法14条に相当する規定であるが，連行裁が14条により当該訴訟が排斥されないとしたにとどまる（それと別途に，ドイツ国内における執行の制限がかかる）のに対して，グローフはオーストリア裁判所における審理内容が国内実質法の解釈によって制限されるとするものだからである。しかし，連行裁がオランダ法について述べたように，ヴァカースドルフ事件でもオーストリア公法との適合性が認可に際して審理されていないのであれば，同国公法の観点からのオーストリア裁判所での司法審査は，グローフの立論によってもなされうるのではないか。」[42]

ここで指摘したように，A国の許認可自体が，外国B国の規制法との適合性を要件・基準としているかどうかという軸によって，ここでの問題も，更に類型を分けて考えることになろう。

α）要件・基準としている場合には，B国の判決が許認可の構成要件的効果をその内容に取り込むことで，当該判決のA国による承認と執行が，公序に反しないという判断になじむのではないか。例えば（B国内の騒音にも配慮した）A国の許認可要件違反の運行を直接的な理由にして，差し止める判決が対象の場合である。

β）要件・基準にしていない場合には，B国の規制法との適合性も含めて，B国裁判所が特段の制約なく民事訴訟の審理を行うことになる。しかしなお，その場合も，A国の許認可の事実上の効果をどう扱うかの問題が残る。例えば，施設がA国の許認可要件・基準を守っていないことが，B国裁判所による，受忍限度を超えるという判断を支える場合がありうる。そして，B国判決における事実上の効果の扱い方が，A国での公序判断にも反映する可能性もある。

以上は，AB国お互いの法を，それぞれの国内裁判所がどのように専権的に反映させるか，という一方向の枠組みでの議論であった。それに対して，ザルツブルク空港事件は，二国間条約において許認可を位置付けた上で，請求権自体を基礎付け，なおかつ限定するという解決手法のもとでの事案である。次にこの枠組みのもとでも，なお残る問題について若干の指

42 斎藤・前掲注(1)40 頁。

摘を行う。

３．二国間条約による解決とその限界

連憲裁判決は，憲法の財産権保障条項との関係で，条約による差止訴訟排除を合憲とした［37以下］。条約がない時点での原告の地位の不安定性，国際航空，オーストリアとの関係，実際の空港運営における騒音軽減措置など，多面的な要素が，比例原則及びそのなかの比較衡量の適用における考慮対象として登場した。仮に，類似の事案において，条約の内容及びその運用において，比例原則違反があれば，差止訴訟排除が違憲と判断されることもあり得る。

なお，その場合，ドイツ連邦憲法裁判所における判決手法は，本件のような具体的規範統制訴訟の類型も含め，多様かつ柔軟である[43]。条約及び承認法が直ちに違憲無効となって，差止請求権が復活するという固い手法だけでなく，期限を付した上で立法府・行政府側に条約や法律における対応を求めるという手法もあり得る。

残るのは，やはり，ドイツ国内空港の場合と比較すると，ドイツ在住の空港近隣住民（土地所有者も含む）の請求権が「目減り」していること，つまり許認可に対する行政訴訟が排除されていることの評価である。比較の基準をここに置くべきか（連邦通常裁が回付に際して付した意見は(1⑥)，この点にも着眼して，規定を違憲としたと位置付けることができる）それとも，本件判決のように，同じ空港につき，縦に，すなわち条約締結前と比較して合理性を判断すればよいのかも論点ではある。

横の比較も，基本権保障等の観点から重要であると考えるのであれば，あり得べき方向性として以下が挙げられよう。

すなわち，「目減り」の直接の要因は，オーストリアの行政裁判所が，このような紛争において，外国原告の原告適格を認めなかったことによる。ドイツの場合には，判例が外国住民・自治体の行政裁判所に対する出訴権を認めていることは，前稿で見たとおりである。

各国における自発的・内発的な法統合は，私法分野とりわけ取引法分野とは異なって，公法分野においては，実体法・訴訟法ともに難しいとされてきた[44]。しかし，本件のような訴訟が積み重なることによって，各国国内法における学説・判例における反応が促される面がある。

Ⅳ　結びに代えて

「二国間条約と各国の公法システムの組み合わせ」に生ずる欠損（「目減り」）に対して，

---

[43] 畑尻剛，工藤達朗編『ドイツの憲法裁判　連邦憲法裁判所の組織・手続・権限（第2版)』（日本比較法研究所研究叢書，2013年）394頁以下を参照。
[44] 基本文献も含め，斎藤・前掲注(5)記載の文献を参照。

自発的・内発的な法統合への動きに期待することが，迂遠にすぎるとすれば，より高次の平面，すなわち「国際レジーム」による対応も考慮しなければならない。国際レジームのあり方は多様・多層であるが，例えば，EUにおいては，判決が出された1986年に比べれば，環境問題に関する個人やNGOの参加権及び出訴権は格段に充実している[45]。

東アジアにおいては，それに比肩するレジームは形成されていないが，多国間条約におけるルール化[46]，ひいては，一般国際法のレベルでの準則形成[47]も視野に入れて，今後の検討を進めることとしたい。

---

[45] 中西優美子『概説 EU 環境法』（法律文化社，2021 年）91 頁以下を参照。もっとも，オーフス条約に基づく（EU 機関に対してではなく）構成国への司法アクセスは，統一的には形成されていないなど，外国人・外国 NGO の公法分野における国内裁判所への出訴にはなお限定的な面もある。同著 106 頁以下を参照。

また，欧州連合運営条約 81 条は，判決等における相互承認の原則に基づく「外国性を有する民事分野における司法協力」を規定しており（下線は筆者による），本文III２．で述べた，日本における民事以外の分野での判決承認の問題と共通の課題もなお存在するものと思量される。

[46] TPP における紛争処理システムと国内裁判所における裁判権との関係については，こもごもの議論があったところでもある。筆者の見解も含め，小寺彰，佐久間総一郎，柳赫秀「座談会　法的観点から見た TPP （特集 TPP の法的インパクト）」ジュリスト 1443 号（2012 年）12 頁以下，最新の関連文献として，原田大樹『公共紛争解決の基礎理論』（行政法研究双書，2021 年）277 頁以下，320 頁以下を参照。

[47] 本件判決における国際相隣法（相隣権）についての指摘［42・43］，そしてまた，トレイル溶鉱炉事件（米国＝カナダ仲裁裁[1941 年 3 月 11 日]，石橋可奈美「国際法判例百選（第 2 版）」別冊ジュリスト 204 号（2011 年）164-165 頁。）以来の「領域使用の国家責任」判例の展開を参照。

第　３　章

日本が締結した経済関係協定における安全保障例外条項について

京都大学大学院教授
酒　井　啓　亘

Ⅰ　はじめに

関税及び貿易に関する一般協定（GATT）には第21条にいわゆる安全保障例外条項が定められており，この条項に関する紛争について世界貿易機関（WTO）の紛争処理を担う小委員会（以下，「パネル」という。）が審査権限を有するかということが長らく議論の対象となってきた。そして，2019年に公表されたロシアー通過運送措置事件パネル報告は，これを肯定し一定の審査基準を明らかにすることでその議論に一応の終止符を打ったことはよく知られている[1]。このパネル判断は，その判断の論理構造などは他のWTO協定の安全保障例外条項の解釈・適用において踏襲されたが[2]，その後のWTO協定以外の条約に定められた安全保障例外条項の解釈にも影響を与える可能性がないわけではない。それは，後述のとおり，投資協定や経済連携協定（EPA）・自由貿易協定（FTA）などに含まれている安全保障例外条項は，GATT第21条を参照し，これに類似した規定となっているものが多数存在するからである。

日本は経済連携による貿易の自由化とルール作りの努力を経済分野の外交目標の中心に掲げ，近年では積極的に二国間投資協定（BIT）やEPA，メガFTA（以下，これらをまとめて「経済関係協定」と言う。）を締結してきた[3]。そして，こうした協定もまた，後に確認するように，GATT第21条に類似した安全保障例外条項を定めていることが多い。その役割は，他の例外規定と同様に，協定の目的が他の公共政策目的を犠牲にして外資を保護するだけではないということを潜在的な紛争の当事者やその仲裁人に確認しておくことにある[4]。こうした条項の効果により一定の条件を満たすことで当該協定の締約国は協定上の義務を免れることができることから[5]，安全保障例外条項の解釈・適用が，自らが援用する場合にせよ，相手国に援用される場合にせよ，締約国にとってきわめて重要となる具体的な局面となり得よう

---

[1] *Russia – Measures concerning Traffic in Transit*, Report of Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019. GATT 第 21 条を含む WTO 協定の安全保障例外条項の審査可能性の問題については，拙稿「GATT/WTO 体制における『安全保障例外』の審査可能性とその意義」JELI R-No.148『エネルギー資源確保に関する国内外の法的問題の諸相―2015～2016 年度エネルギー資源確保に関する国際問題検討班報告書―』（日本エネルギー法研究所，2021 年）81-134 頁。

[2] 2020 年には，知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS 協定）の安全保障例外条項である第 73 条の解釈・適用に関するパネルの判断が公表され，前年のロシアー通過運送措置事件パネル報告が参照されている。*Saudi Arabia – Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, Report of the Panel, WT/DS567/R, 16 June 2020.

[3] 日本が締結した近年の経済関係協定の概要については，外務省『令和 3 年版（第 64 号）外交青書 2021』（外務省，2021 年）148-154 頁参照。

[4] J.Kurtz, The WTO and International Investment Law, Converging Systems (Cambridge U.P., 2016), pp.169-175.

[5] その場合，安全保障例外が，実体的義務の範囲を限定して例外事由としての国家の行為を許容（permission）するものとして機能するのか，実体的義務には違反するが，その違法性を阻却する積極的抗弁（affirmative defence）として機能するのかについては見解が分かれる。この問題については，see, C.Henckels, “Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses”, in L.Bartels & F.Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (O.U.P., 2020), pp.363-374; idem, “Permission to Act: The Legal Charter of General and Security Exceptions in International Trade and Investment Law”, *I.C.L.Q.,* Vol.69 (2020), pp.557-584; idem, “Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?” *Boston College Law Review*, Vol.59 (2018), pp.2825-2844;.

[6]。同条項の解釈・適用に関する紛争を第三者機関が扱う可能性がWTOのパネル判断により肯定された以上，この問題をさらに法的な議論として整理しておくことは，理論的にも実践的にも有用と思われる。

そうした観点からすると，各種経済関係協定における安全保障例外条項の効果については，GATT第21条やTRIPS協定第73条の安全保障例外条項に関する最近のWTOのパネルの判断を手掛かりとして議論を進めることが適切であろう。というのも，こうした判断が，上述のように，間接的にせよ，他の経済関係協定における安全保障例外条項の解釈・適用に影響を与えることが考えられるからである。本稿は，日本が締結した経済関係協定の安全保障例外がいかなる特徴を有し，どのような機能を有するのかを検討する。そこで，まず，日本が締結した経済関係協定をBIT，EPA，メガFTAに区分して，それぞれの安全保障例外条項を概観する[7]。その際には安全保障例外事由の内容のほか，例外の規定形式に特に焦点を当てることとする。この条項がどのような場合に，そしてどのようなかたちで締約国に適用されるかを確認することが重要と考えられるからである。その後，日本が締結した経済関係協定に特有の安全保障例外をめぐる法的論点を摘出し，その分析を行うことにする。

Ⅱ　日本が締結した二国間投資協定（BIT）と安全保障例外

１．日本とBIT

(1) 日本によるBIT締結の背景と現状

日本外交の重要分野の一つが貿易や投資を含む経済の分野である。その取組みの一環として，相手国における投資環境の整備の促進を求めるとともに，日本市場に海外投資を呼び込むことを目的に，近年，日本は二国間で投資協定を積極的に締結してきた。その結果，2022年7月までにBITは3本の締結数を数えている（便宜上，日本・中国・韓国との間の投資協定，日本・香港BIT及び台湾との間の民間取決めを含む。また，日本・モンゴルBITは失効している）。さらに，2022年7月現在，BIT締結に向けた交渉が15の国との間で行われている[8]。

---

[6] 協定に安全保障例外条項を定めることで，それがなければ協定上の義務を引き受けないと思われる諸国もその協定に参加しやすくなるのであり（K.J.Vandevelde, “Rebalancing through Exceptions”, *Lewis & Clark Law Review*, Vol.17 (2013), p.455.），そうであればこそ，そうした安全保障例外が援用される状況こそが援用国や被援用国にとってその協定における自らの存在意義が試されるからである。

[7] 以下で引用する日本が締結した BIT 及び EPA・FTA は，いずれも外務省の HP から入手可能である。外務省 Web サイト「投資」（2022 年 7 月 21 日），<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/investment/index.html>，外務省 Web サイト「我が国の経済連携協定（EPA／FTA）等の取組」（2022 年 6 月 16 日），<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/index.html>。

[8] BIT 締結に向けた交渉が行われている相手国は，パラグアイ，アゼルバイジャン，キルギス，タジキスタン，トルクメニスタン，カタール，バーレーン，アルジェリア，アンゴラ，エチオピア，ガーナ，ザンビア，セネガル，タンザニア，ナイジェリアである。外務省 Web サイト「投資」（2022 年 7 月 21 日），<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/investment/index.html>。

日本が初めてのBITをエジプトとの間で締結したのは1977年のことである[9]。そして，その後20世紀末までの約20年間で締結したBITの総数は8本にすぎない。21世紀に入ってからのおよそ20年間で30本のBIT締結したことと比べると，2000年までの日本政府のBIT締結への対応は概して消極的であったということになろう。そうした姿勢をとっていた背景には様々な要因がありうるが，当初から，当時としては高水準と考えられた投資後の内国民待遇を投資家の待遇について要求したことのほか，当時，経済開発協力機構（OECD）を舞台に多数国間で交渉が行われていた多国間投資協定（以下，「MAI」という。）構想に期待するところが大きく締結が困難な投資自由化を重視したためともいわれている[10]。

しかし，このMAI構想が失敗に終わったことで，日本は政策転換を余儀なくされる。BITやEPA・FTAを積極的に締結する方向へと転換し，2002年に「日本のFTA戦略」が公表され[11]，同年にはシンガポールとのEPAが締結されたほか，主としてアジア諸国とのBIT及びEPAの締結が進められた。実際にも，日本は2009年までにすべての東南アジア諸国連合（ASEAN）加盟国とBITを含む国際投資協定を締結するに至ったのである。

(2) 日本が締結したBITの特徴

日本が締約国となっているBITのうち，初期のものは投資の保護を中心とした内容となっていたのに対し，特にBITやEPAなど投資関連協定を積極的に締結する方向に方針を転換した2002年度以降のBITでは，投資が行われた後の投資家や投資財産保護のみならず，投資許可段階における内国民待遇など投資受入れ促進のための環境整備などもまた重要な目的となっている。

こうしたBITの全体を通しての顕著な特徴の一つは，投資保護や投資の自由化をめぐり，相手方締約国との関係で，関連する規定内容がそれぞれに対応するような柔軟性を有しているということである。例えば投資の自由化に関しては，これを法的な義務とするBITだけでなく，努力規定とするBIT[12]，さらには法的拘束力を有するコミットメントを含まないBITもある[13]。また，投資家とBIT締約国との間の契約上の義務をBIT上の義務にするいわゆるアン

---

9 日本・エジプト BIT の内容については，横川新「二国間投資保護協定―日本・エジプト投資保護協定を中心として―」成城法学 5 巻（1979 年）11-23 頁参照。

10 小寺彰「国際投資法の発展－現状と課題」日本国際経済法学会編『国際経済法講座I 通商・投資・競争』（法律文化社，2012 年）284-285 頁。

11 外務省 Web サイト「日本の FTA 戦略」（2002 年 10 月），<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/senryaku.html> 。

12 例えば日本・ウクライナ BIT 第 5 条第 2 項は次のように定める。

「2　一方の締約国は，自国の区域内において，投資財産の設立，取得及び拡張に関し，他方の締約国の投資家及びその投資財産に対し，同様の状況において第三国の投資家及びその投資財産に与える待遇よりも不利でない待遇を与えるよう努める。この目的のため当該一方の締約国は，当該他方の締約国の要請があった場合には，誠実に協議を行う。」

13 日本・パプアニューギニア，日本・イラク，日本・カザフスタン，日本・サウジアラビア，日本・オマーン，日本・イラン，日本・ケニア各 BIT が該当する。

ブレラ条項はほとんどのBITに挿入されてはいるものの，中には同条項を含まないものもある。

さらに，投資家と投資受入れ国との間の紛争を解決する手続規定もBITによって違いがある。投資仲裁が扱う紛争の範囲について，例えば日本・イラクBIT第17条第5項(a)では，アンブレラ条項の違反から生じる紛争は投資協定仲裁への締約国の同意から除外され，日本・コロンビアBITでも第28条第1項で同様の規定があるほか，同BIT第29条第1項及び第2項では他の一定の紛争について仲裁への同意の制限がかかっている。そのほか，投資の定義，投資家の待遇の基準など，BITにより異なる規定が含まれていることが確認できる[14]。

ここではいわゆる一般的例外条項もその例外ではない[15]。日本・コロンビア，日本・モザンビーク，日本・ウルグアイ，日本・ミャンマー，日本・クウェート，日本・イラン各BITのように，日本が締結した最近のBITでの一般的例外条項はGATT第20条とサービスの貿易に関する一般協定(GATS)第14条を組み合わせたものに倣って規定されており，ほとんどの投資関係の義務に適用可能なようにしている。しかし，中には，日本・イラク，日本・サウジアラビア，日本・カザフスタン各BITのように，一般的例外条項を含んでいないBITもあり，ここでも締約国に応じて柔軟な対応が行われている。それでは，安全保障例外条項はどのように規定されているのであろうか。

２．安全保障例外条項の採用経緯と類型

(1) 日本が締結したBITへの安全保障例外条項の導入

日本が1977年にエジプトとの間で初めてBITを締結して以降，当該協定も含めて，長らくBITに安全保障例外が置かれることはなかった。日本・スリランカ(1982)，日中(1988)，日本・トルコ(1992)，日本・香港(1997)，日本・パキスタン（1998)，日本・パキスタン(1998)の各BITでは安全保障例外に関する明示の規定は存在しない。国家の安全保障にかかわる措置の実施を認める規定が実際にBITでも見られるようになったのは，1998年に締結さ

---

[14] T.Ishikawa, “A Japanese Perspective on International Investment Agreements: Recent Developments”, in J.Chaisse & L.Nottage (eds.), *International Investment Treaties and Arbitration Across Asia* (Brill, 2018), pp.518-523.

[15] 「一般的例外」条項の名称はGATT第20条の表題に由来する形式的なものだが，ここでの「一般的例外」条項とは同条に定められた例外事由に相当する例外を規定した条項の趣旨で，あくまでも例外事由の内実に着目している。例えば2021年のカナダモデルBIT第22条の表題は「一般的例外（General Exceptions)」となっているが，その内容は同条第1項から第3項，第5項及び第6項が実質的な一般的例外であるのに対し，第4項は安全保障例外事由を列挙した内容となっており，「一般的例外」条項の中に，一般的例外と安全保障例外がともに規定されている。
Investment Policy Hub, “2021 Model FIPA”,
〈https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6341/download〉。
その実際の例として，カナダ・香港BIT(2016)第17条参照(Investment Policy Hub “Foreign Investment Promotion and Protection Agreement between Canada and Hong Kong”, 〈https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3626/canada---hong-kong-china-sar-bit-2016- 〉)。

れたロシアとの間のBITであると思われる。しかし，その規定は協定本体ではなく，協定と同時に署名された議定書の第5項(1)に定められており，しかもその文言は，現在の安全保障例外条項で通常用いられるのとは異なる次のようなものであった。

「協定第三条2の規定にかかわらず，各締約国は，外国投資家の活動を排除し又は制限する経済分野及び地域を，国の安全のために真に必要な場合において(in case it is really necessary for the reason of national security)関係法令に従って決定する権利を留保する。」

その内容は，必ずしも具体的な安全保障上の措置を定めているわけではなく，むしろ措置がとられる分野と地域が決定されるというものであり，ここで検討する安全保障例外とはやや性格の異なる条項であることがわかる。

日本・ロシアBIT締結後も日本・モンゴルBIT(2001)には安全保障例外が挿入されず，結局，日本が締結したBITにおいて，GATT第21条に規定するような安全保障例外の文言が初めて取り入れられたのは，2002年3月22日署名の日本・韓国BIT第16条第1項(a)及び(b)である[16]。

「1　この協定（第十一条を除く。2及び3において同じ。）の他のいかなる規定にもかかわらず，各締約国は，次の措置をとることができる。
(a) 自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置
　(i) 戦時，武力紛争その他の自国又は国際関係の緊急時にとる措置
　(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置
(b) 国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置
(c) 人，動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置
(d) 公の秩序の維持のために必要な措置。ただし，社会のいずれかの基本的な利益に対し真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限る。」

このように，日本・韓国BITで初めて「自国の安全保障上の重大な利益(its essential security interests)」を保護するために必要と認める措置と国連憲章に基づく措置とが安全保障上の例外と規定された[17]。厳密に言えば，後述するように，日本・韓国BITが締結される2か月前の

[16] 韓国にとっては，最近でこそ傾向が変わってきているといわれるが，もともとBITに安全保障例外条項を導入することは珍しく，1972年以降のBITで安全保障例外条項が含まれたものは九つしかないという。J.Lee, “A Blind Side of Security Exceptions?: New Legal Complexities of the ‘Refusal to Furnish Information’ Clause”, *Journal of Korean Law*, Vol.20 (2021), pp.184-185.

[17] 日本・韓国BITの安全保障例外条項の特徴として，例外事由を列挙しない他の（モデル）BITと比較したうえで，自国の「安全保障上の重大な利益」が戦争に関係する事項に限定される点が挙げられることがある。C.H.Gibson, “Beyond Self-Judgment: Exceptions Clauses in US Bits”, *Fordham International Law Journal*, Vol.38（2015）, p.50.

2002年1月13日署名の日本・シンガポール経済連携協定（EPA）第4条においてより詳しい安全保障例外が規定されており，これが二国間の経済関係協定では安全保障例外条項の初めての例となろう。なお，日本・韓国BITの場合，第16条第1項において(c)号以下でGATT第20条に規定されているような一般的な例外事項もまた規定されていた。後述するように，安全保障例外の事項が一般的例外と同じ項の中で並列して規定されているBITはその後も締結されるが[18]，一般的例外と並行して同じ項に規定されたこうした安全保障例外を有するBITは日本・モザンビークBIT（2013）がこれまでのところ最後となっている。

日本・韓国BIT後も，安全保障例外を含まないBITもいくつか締結されている。日本・パプアニューギニア（2011），日本・イラク（2012），日本・サウジアラビア（2013）各BITがそれに該当する。

もっとも，日本・サウジアラビアBIT締結後は，すべてのBITに安全保障例外の条項が規定されてきた。そして，日本・韓国BITのように一般的例外と並行して同じ項に安全保障例外を規定することもなくなっている。その形式としては，一般的例外と同じ条ではあるものの，異なる項に規定される場合と，一般的例外とは異なる条に規定される場合とがあり，現在ではそのいずれも用いられている。次にこの点を概観する。

(2) 日本が締結したBITにおける安全保障例外の規定形式

① 安全保障例外の事由と一般的例外の事由を同じ条項の中で並列しているBIT－(A)型

前述のように，日本が締結したBITで安全保障例外が取り入れられた最初のものは日本・韓国BIT（2002）で，その特徴は，同じ条項の中で一般的例外事由と安全保障例外事由が並存しているというものであった。こうした安全保障例外の規定形式は，日本・ベトナム（2003），日本・ラオス（2008），日本・ウズベキスタン（2008），日本・ペルー（2008），日本・クウェート（2012）各BITなど比較的初期のBITに導入されたが，これまでのところ，日本・モザンビークBIT（2013）で最後となっている。

この形式で最も詳しいものは，日本・ウズベキスタンBIT第17条で，その内容は日本・ペルーBIT第19条，日本・クウェートBIT第17条とほぼ同じである[19]。日本・ウズベキスタン第17条は以下のとおりである。

---

[18] ただし，「自己判断」的文言が関係するのは安全保障例外を列挙した第1項(a)の(i)及び(ii)のみであり，同じく安全保障に関係して国連憲章に言及のある第1項(b)や一般的例外に関する同項(c)及び(d)にはその効果は及ばない。M.D.Nolan & F.G.Sourgens, “The Limits of Discretion? Self-Judging Emergency Clauses in International Investment Agreements”, in Karl P. Sauvant (eds.) *Yearbook of International Investment Law & Policy 2010-2011*, (O.U.P.,2012), p.374.

[19] 台湾関連で，2011年11月22日に財団法人交流協会と亜東関係協会との間で合意された「投資の自由化，促進及び保護に関する相互協力のための財団法人交流協会と亜東関係協会との間の取決め」第18条第1項も同様の規定内容となっている。公益財団法人日本台湾交流協会Webサイト「【記事資料】投資の自由化，促進及び保護に関する相互協力のための財団法人交流協会と亜東関係協会との間の取決め」（2011年11月22日），
<https://www.koryu.or.jp/news/?itemid=563&dispmid=5287>。

「1　この協定のいかなる規定（第十二条の規定を除く。）も，一方の締約国が次の措置を採用し，または実施することを妨げるものと解してはならない。ただし，それらの措置を，他方の締約国に対する恣意的若しくは不当な差別の手段又は自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産に対する偽装した制限となるような態様で適用しないことを条件とする。

(a) 人，動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置

(b) 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

注釈　公の秩序を理由とする例外は，社会のいずれかの基本的な利益に対し真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限り，援用することができる。

(c) この協定の規定に反しない法令の遵守を確保するために必要な措置。この措置には，次の事項に関する措置を含む。

(i) 欺まん的若しくは詐欺的な行為の防止又は契約の不履行がもたらす結果の処理

(ii) 個人の情報を処理し，及び公表することに関連する私生活の保護又は個人の記録及び勘定の秘密の保護

(iii) 安全

(d) 自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置

(i) 戦時，武力紛争その他の自国又は国際関係における緊急時にとる措置

(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置

(e) 国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置

(f) 美術的，歴史的又は考古学的価値のある国家的財産の保護のためにとる措置

2　（略）」

この条項において安全保障例外に該当するのは(d)号及び(e)号で，その他の号が一般的例外にあたる事由となる。この条項の柱書は，GATT第20条柱書やGATS第14条柱書とほぼ同じである。また，(a)号はGATS第14条(b)号，(b)号はGATS第14条(a)号，(c)号はGATS第14条(c)号にそれぞれ対応し，(f)号はGATTの一般的例外を規定した第20条(f)号に対応している。このように，一般的例外に該当する事項についてはGATTやGATSの一般的例外の規定内容を参考にして選択して規定されていることがわかる。これに対して安全保障例外については，(d)号(i)がGATT第21条(b)号(iii)，(e)号がGATT第21条(c)号に対応するが，(d)号(ii)はGATT第21条やGATS第14条の2，さらにはTRIPS第73条に該当する規定は見当たらない。

この形式の最大の特徴は，柱書のただし書に定められている制約が安全保障例外に該当する措置についても妥当するという点である。この柱書にある制約は，GATTやGATSでは一般

的例外の措置に適用されるものとほぼ同じ内容の制約であるが[20]，安全保障例外の事由も同じ項に並列的に規定されていることから，安全保障例外にも同様に適用されることになる。したがって，そうした制約を規定していない安全保障例外を定めたGATT第21条，GATS第14条の2，TRIPS第73条とは異なる様相を呈しているのである。

もともと初期の(A)型BIT（日本・韓国，日本・ベトナム，日本・ラオス各BIT）では該当する条項の柱書にはそうした制約は含まれておらず，その代わりに別の項において，「各締約国は，この協定上の義務に適合しない措置を1の規定〔注：第1項〕によりとる場合であっても，当該義務を回避する手段として当該措置を用いることとしてはならない。」というような締約国による一般的例外及び安全保障例外の濫用を抑制する条項が置かれていた[21]。それは，協定締約国によるこれら例外の援用に対して投資協定仲裁が判断を行う管轄権を有することも意味する。

ところが，先述のように，2008年の日本・ウズベキスタンBIT以降は，別項による例外濫用防止規定に代わって，柱書に制約を定めるようになった。それは，一般的例外についても安全保障例外についても，締約国による例外条項援用について投資協定仲裁が判断を下す管轄権を排除することを意図していたわけではないことも表しているのである。

② 安全保障例外と一般的例外を同じ条に含むが，それぞれ別の項に規定するBIT－(B)型

安全保障例外が一般的例外と混在して規定された形式は日本・モザンビークBITを最後に使用されなくなったが，新たに登場したのは安全保障例外と一般的例外を同じ条項におきつつ，両者を別の項に規定するという形式であった。その最初の例が，2011年9月12日署名の日本・コロンビアBITであり，日本・ミャンマー(2013)，日本・ウルグアイ(2015)，日本・イラン(2016)，日本・イスラエル(2017)，日本・アルメニア(2018)各BITがそれに続く。この種の例としては比較的新しい日本・ヨルダンBIT第15条は，一般的例外及び安全保障例外について次のように規定する。

「1　この協定のいかなる規定も，一方の締約国が次の措置を採用し，又は実施することを妨げるものと解してはならない。ただし，これらの措置を，自国の区域における他方の締約国の投資家及びその投資財産に対する恣意的若しくは不当な差別の手段又は偽装した制限となることとなる態様で適用しないことを条件とする。

---

[20] 一般的例外を定めている GATT 第 20 条及び GATS 第 14 条において，各柱書のただし書は，措置の適用の態様を問題として，①恣意的もしくは②不当な差別の手段となるような態様で又は③貿易に対する偽装した制限となるような態様で措置を適用しないよう求めている。これは，例えば日本・モザンビーク BIT(2013)の第 18 条柱書のただし書の，①恣意的もしくは②不当な差別の手段となるような態様で又は③自国の区域内にある当該他方の締約国の投資家の投資財産に対する偽装した制限となるような態様にそれぞれ対応するかたちとなっている。

[21] 日本・韓国 BIT 第 16 条第 2 項，日本・ベトナム BIT 第 15 条第 2 項，日本・ラオス第 18 条第 2 項を参照。

(a) 人，動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置

(b)　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。もっとも，公の秩序を理由とする例外は，社会の基本的な利益のうちのいずれかに対し真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限り，援用することができる。

(c)　この協定に反しない法令の遵守を確保するために必要な措置。この措置には，次の事項に関する措置を含む。

(i) 欺まん的若しくは詐欺的な行為の防止又は契約の不履行がもたらす結果の処理

(ii) 個人の情報を処理し，及び公表することに関連するプライバシーの保護又は個人の記録及び勘定の秘密の保護

(iii) 安全

(d) 美術的，歴史的又は考古学的価値のある国家的財産の保護のためにとる措置

2　第十二条4の規定に従うことを条件として，この協定のいかなる協定も，締約国が次の措置を採用し，又は実施することを妨げるものと解してはならない。

(a) 自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置

(i) 戦時，武力紛争の時その他の自国又は国際関係における緊急時にとる措置

(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置

(b) 国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置」

日本・ヨルダンBIT第15条は，形式上，第1項に一般的例外規定を置き，第2項に安全保障例外に関する規定を定めている。このため，安全保障例外と一般的例外がともに同じ項に配置され，その柱書でともに同様の制約がかかる(A)型BITのような形式は慎重に回避されているといってよい。

このように，第15条第1項柱書にある濫用防止に係る制約は一般的例外にのみ適用され，安全保障例外は，争乱からの保護について規定する同BIT第12条に由来する条件に従うのみである。それは，武力紛争や国内争乱などにより損害や損失を受けた投資財産に対して原状回復や補償を行う措置につき，安全保障例外を理由としてその義務を免除されないと定める規定であるが，安全保障例外の適用とそれに基づく措置自体により影響を受けるものではなく，また同条の適用により第15条第2項に基づく安全保障例外の適用が制約されるわけではない[22]。

この点につき初期のBITでは，「この協定のいかなる規定（第十二条の規定を除く。）も，

[22] 日本・ヨルダン BIT 第 12 条のような「拡大戦争条項(extended war clause)」と安全保障例外条項との関係一般については，see, Ch.Schreuer, “The Protection of Investments in Armed Conflicts”, in F.Baestens (eds.), *Investment Law within International Law*. *Integrationist Perspectives* (Cambridge U.P., 2013), pp.16-18.

次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。」（日本・コロンビアBIT第15条第2項）という文言からもわかるように，安全保障例外の適用を排除することを意図した規定も用いられていた[23]。しかし，最近のBITの安全保障例外条項では，日本・ヨルダンBIT第15条のようなかたちで定められることが増えており[24]，締約国の国内情勢などに配慮して適合させることはあるものの[25]，安全保障例外の規定自体はほぼ定式化されているようである。最近のBITではこの形式が多数となっており，これが主流となるのかについては今後の実行次第であろう。

なお，この(B)型の安全保障例外条項には，(A)型の初期BITの条項と異なり，別の項で締約国による安全保障例外の濫用を抑止するような規定は置かれていない。したがって，安全保障例外条項の柱書の規定ぶりと合わせると，文言上は，安全保障例外条項の適用について投資協定仲裁による審査が及ぶのかどうかという問題がきわめて不明確なまま残されているものといえよう。

③ 安全保障例外を独自の規定として有するBITー(C)型

日本が締結したBITの中で(B)型BITに次いで多い種類がこのカテゴリーである。二国間でこうした条項を初めて採用したのは日本・カザフスタンBIT(2014)だが，それ以前には日中韓投資協定(2012)の中にみられる形式である。この種の条項の典型例が，以下に掲げる日本・アルゼンチンBIT(2018)第16条である。

---

[23] 日本・コロンビア BIT 第 15 条第 2 項，日本・ミャンマーBIT 第 19 条第 2 項，日本・ウルグアイ BIT 第 22 条第 2 項，日本・モロッコ BIT 第 21 条第 2 項参照。See also, S.Mantilla Blanco & A.Pehl, *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements. Justiciability and Standards of Review* (Springer, 2020), p.65.

[24] 日本・アルメニア BIT 第 16 条第 2 項，日本・コートジボワール BIT 第 15 条第 2 項，日本・ジョージア BIT 第 15 条第 2 項参照。なお，日本・イラン BIT 第 13 条第 2 項には拡大戦争条項への言及自体がない。

[25] 例えば日本・コロンビア BIT 第 15 条第 2 項は次のように規定する。

「2　この協定のいかなる規定（第十二条の規定を除く。）も，次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

(a) 締約国に対し，その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反することとなる情報を提供し，又は当該情報へのアクセスを認めることを要求すること。

(b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。

(i) 銃の取引，弾薬及び軍需品並びに軍事基地又は治安部隊の基地に供給するため直接又は間接に行われるその他の貨物，原料，サービス及び技術の取引に関する措置

(ii) 戦時，武力紛争の時その他の自国内又は国際関係における緊急時にとる措置

(iii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置

(c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従って措置をとることを妨げること。」

第 2 項(a)号は GATT 第 21 条(a)号や GATS 第 14 条の 2(a)号に類似する規定である一方，第 2 項(b)号(i)はコロンビアの国内情勢を反映して入れられた可能性がある。また，日本・イスラエル BIT 第 15 条第 2 項(a)(i)は，単に「武力紛争時」とするのではなく，「国際的な又は非国際的な武力紛争の時」としており，非国際的武力紛争も適用対象とすることをわざわざ明示している。J.Zrilič, *The Protection of Foreign Investment in Times of Armed Conflict* (O.U.P., 2019), pp.138-139.

「第十二条の規定に従うことを条件として，この協定のいかなる協定も，締約国が次の措置を採用し，又は実施することを妨げるものと解してはならない。

(a) 自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置

(i) 戦時，武力紛争の時その他の自国又は国際関係における緊急時にとる措置

(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置

(b) 国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置」[26]

日本・アラブ首長国連邦(UAE)BIT第18条(2018)では，柱書にただし書が付けられてはいるが[27]，その他はほぼ同じ文言が採用されている。またこれとほぼ同じ規定でさらに，BIT上の義務を回避するために安全保障例外に基づく措置をとることを禁止する条項を追加しているものとして，日本・カザフスタン(2014)，日本・ウクライナ(2015)，日本・オマーン(2015)，日本・ケニア(2016)各BITがある[28]。例えば日本・ケニアBIT第16条は，

「1　この協定の他の協定（第十一条の規定を除く。）にかかわらず，各締約国は，次の措置をとることができる。

(a) 自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置

(i) 戦時，武力紛争の時その他の自国又は国際関係における緊急時にとる措置

(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置

(b) 国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置

---

[26] この条の柱書で言及されている日本・アルゼンチン BIT 第 12 条は，武力紛争・内乱・国家緊急事態又はこれらに類する事件の際の他方締約国の投資家・投資財産の待遇を規定したもので，自国が採用・維持する措置が差別的でないことを定める。

「1　一方の締約国は，第七条 8(b)の規定にかかわらず，他方の締約国の投資家及びその投資財産に対し，武力紛争，内乱，国家緊急事態又はこれらに類する事件により自国の区域にある投資財産が被った損失に関して自国が採用し，又は維持する措置について，差別的でない待遇を与える。

2　1 の規定は，第七条 8(b)の規定がないとしたならば第二条の規定に反することとなる補助金又は贈与に関する現行の措置については，適用しない。

3　1 の規定に従って行われる支払については，実際に換価すること，自由に移転すること及び市場における為替相場により自由利用可能通貨に自由に交換することができるものとする。

4　いずれの締約国も，第十六条の規定に従ってとる措置を理由として，1 の規定に基づく義務を免除されない。」

[27] 日本・UAE BIT 第 18 条柱書は，「この協定のいかなる協定（第十三条の規定を除く。）も，締約国が次の措置を採用し，または実施することを妨げるものと解してはならない。ただし，これらの措置を，他方の締約国に対する示威的若しくは不当な差別の手段又は自国の区域における他方の締約国の投資家の投資財産に対する偽装した制限となることとなる態様で適用しないことを条件とする。」と規定する。

[28] 2012 年 5 月 13 日署名の日本・中国・韓国投資協定第 18 条も同様の形式をとっている。

2　各締約国は，1の規定に基づいてこの協定（第十一条の規定を除く。）に基づく義務に適合しない措置をとる場合であっても，当該義務を回避するための手段として当該措置を用いてはならない。」

と規定する。なお，第2項は協定上の義務を回避するために安全保障例外を用いてはならない趣旨を定めているのであり，同条の本質を変更する性質の内容とはなっていない。

この形式のBITにおける安全保障例外について興味深いことは，その締約国による濫用の抑止規定の変遷である。(C)型BITのうち初期のものには，(A)型初期BITと同様に，協定上の義務を回避するための手段として安全保障例外事由の措置を用いてはならないという規定が別の項で定められていた[29]。これに対し，2018年の日本・UAE BITではそうした別項規定がなくなり，前述のように，安全保障例外条項の柱書のただし書に詳しい制約要件が加えられた。さらに，その後の2018年日本・アルゼンチンBITではその趣旨のただし書も置かれていない。すなわち，(C)型BITにおいては，安全保障例外の援用を抑止する明示規定が別項や柱書のただし書に置かれて投資協定仲裁による審査が可能とされていたが，最新の日本・アルゼンチンBITに至ってそうした規定が姿を消し，投資協定仲裁の審査可能性が不確かになっているのである[30]。

④ GATT第21条（及びGATS第14条の2）の規定を組み込んだBIT－(D)型

日本が締結したBITではきわめて珍しい例ではあるが，安全保障例外を規定したGATT第21条を，「必要な変更を加えて（*mutatis mutandis*）」適用する旨規定したBITもある[31]。これまでのその唯一の例が2007年6月14日署名の日本・カンボジアBITで，第18条第1項は次のように定める。

---

[29] 日本・中国・韓国投資協定(2012)第 18 条第 2 項，日本・カザフスタン BIT(2014)第 18 条第 2 項，日本・オマーン BIT(2015)第 16 条第 2 項，日本・ウクライナ BIT(2015)第 19 条第 2 項，日本・ケニア BIT(2016)第 16 条第 2 項を各参照。

[30] なお，この(C)型の安全保障例外条項でも，(B)型の場合と同様に，拡大戦争条項との関係についての文言が挿入されている。これまではすべて，拡大戦争条項の規定を除くとする規定が含まれていたが（日本・中国・韓国投資協定第 18 条第 1 項，日本・カザフスタン BIT 第 18 条第 1 項，日本・オマーン BIT 第 16 条第 1 項，日本・ウクライナ BIT 第 19 条第 1 項，日本・ケニア BIT 第 16 条第 1 項，日本・UAE BIT 第 18 条第 1 項），これまでで最新の日本・アルゼンチン BIT 第 16 条第 1 項は，拡大戦争条項の「規定に従うことを条件として」という文言としている。

[31] 濵本とノテッジは，2013 年の論文において，日本・カンボジア BIT を事実上もっとも日本モデル BIT に近いものと位置付け，例外条項に関しては，BIT のほか FTA の投資章を含め，日本・カンボジア BIT 第 18 条のような GATT 及び GATS の例外条項を「必要な変更を加えた上で」適用されるとする形式が大多数を占めるとする。S.Hamamoto & Luke Nottage, “Japan”, in Ch.Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (O.U.P., 2013), pp.352-353, 370. しかし，安全保障例外に限っていえば，この日本・カンボジア BIT より後の BIT には同様の規定は見られず，2013 年以降に締結された EPA やメガ FTA においても，投資章に安全保障例外としてこうした規定が適用されるのは，日本・モンゴル EPA(2015)と RCEP 協定(2020)にとどまる。

「1　この協定（第十三条を除く。）の適用上，千九百九十四年の関税及び貿易に関する一般協定（千九百九十四年のガット）第二十条及び第二十一条並びに世界貿易機関設立協定附属書一Bサービスの貿易に関する一般協定（サービス貿易一般協定）第十四条及び第十四条の二の規定は，必要な変更を加えた上で，この協定に組み込まれ，この協定の一部を成す。」

カンボジアは，このBIT署名前の2004年10月13日にWTOに加盟していることから，GATT関連規定をBITに組み込むことについて法的な障害はなかった。もちろん，WTO非加盟国である協定当事国が個別にGATTなどの関連規定の適用に同意をしているのであれば問題はないとはいえる。

こうした規定が挿入された理由は定かではない。ただ，日本・カンボジアBITが締結された時期を前後して，日本は東南アジア諸国連合（ASEAN）加盟国との間でいくつか経済連携協定（EPA）を締結しており，そのうち日本・マレーシア（2005），日本・タイ（2007），日本・インドネシア（2007），日本・ベトナム（2008）各EPAではGATT第21条の準用規定を定めているほか，日本・フィリピンEPA（2006）も一部そうした規定を擁していることが注目される。EPAの場合，物品貿易や投資だけでなく，サービス貿易や知的財産など広範な分野を適用対象とするため，各分野でWTO協定の関連文書中の安全保障例外（GATT第21条，GATS第14条の2，TRIPS協定第73条）の規定が準用されることになりやすい。もっとも，一般的例外のみを準用規定として，安全保障例外については，GATT第21条と同様の規定を再録して例外事由を列挙する事例もあることから（日本・シンガポールEPA（2002），日本・メキシコEPA（2004），日本・チリEPA（2007），日本・ブルネイEPA（2007），AJCEP協定（2008），日本・オーストラリアEPA（2014），日本・EU EPA（2018）），EPAの規定の影響を受けたということが決定的な要因というわけではないようにも思われる。

(3) 日本が締結したBITにおける安全保障例外の特徴

以上の考察から見て，日本が締結したBITに挿入された安全保障例外条項の特徴としては，以下のような点が挙げられる。

第一に，2000年までの初期のBITには安全保障例外条項は含まれておらず，現在のような安全保障例外が取り入れられるのは2002年の日本・韓国BITが初めてであった。この時期になりようやく安全保障例外が導入されたのは，日本がBIT締結に積極的に動くようになったこと自体が他の諸国と比較して遅かったことも一因であろうが[32]，2001年の同時多発テロ事

[32] 日本は，当初，BIT に「安全保障上の重大な利益」を保護するための規定を置くことが比較的少なく，2007 年の時点では 19 の BIT のうち三つに安全保障例外条項があっただけなので，そうした安全保障例外条項を含めない諸国（デンマーク，ギリシャなど 8 か国），自国が締結した BIT の半分以上に安全保障例外条項を置いている諸国（ドイツ，インド，メキシコなど 5 か国），常に安全保障例外条項を含める国（米国）という三つのカテゴリーには含まれず，それ以外の第四のカテゴリーに分類

件を契機に，日本だけでなく関係国もまた安全保障問題に注目するようになったことも関係があるのではないかと推測される。

第二に，投資協定における安全保障例外条項は，一般に，例外事由を列挙して，締約国が「安全保障上の重大な利益（essential security interests）」を保護するために行動しうる範囲が規定されるタイプ（いわゆる「GATT型」）と，例外事由は列挙されず，「重大な利益（essential security）」や「国の安全（national security）」を制約しない一般的な規定を定めるタイプ（いわゆる「米国型」）とに大別されるが[33]，日本が締結したBITに定められる安全保障例外条項は，GATT第21条やGATS第14条の2が形式的に編入される場合も含め，すべてGATT型であり，米国型の規定形式とはされていないということがある。その結果，この条項の解釈などにおいては，GATTやGATSなどWTO協定の関連規定に関するWTOのパネルや上級委員会の判断が参照されやすい効果が生じることになる。また，米国型の規定と比較して，例外が列挙されていることから，安全保障例外に該当するかどうかが客観的に評価されやすいということもあろう。

第三に，他国と比較して遅れて導入された安全保障例外条項には，国連憲章上の義務に基づく措置の場合を除き[34]，すべて「自己判断」的規定が定められていたということがある。安全保障例外条項を「自己判断」的規定で性格づける場合が多い国としては，そのほかに米国やカナダが挙げられ，またアジア諸国やラテンアメリカ諸国もそうした安全保障例外を定めることが増えているといわれている[35]。ただ，「自己判断」的規定を含んだ安全保障例外が相対的に少ない投資協定において，日本が締結したBITについては導入した安全保障例外がすべて「自己判断」的文言を備えているということは，他の国の場合と比べてやはり特徴的なことといえよう。

第四に，BIT締約国による安全保障例外の濫用を防止するための制約を含む規定が，最近の協定では定められない傾向にあるという点である。一般的例外と安全保障例外の双方に制約を課す柱書の規定を有するような(A)型のBITは日本・モザンビークBIT（2013）を最後に

されていた。OECD, *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World. 2007 Edition* (OECD, 2007), p.98.

33 P.Muchlinski, “Trends in International Investment Agreements： Balancing Investor Rights and the Right to Regulate. The Issue of National Security”, in Karl P. Sauvant, *Yearbook of International Investment Law & Policy 2008-2009*, (O.U.P, 2009), p.59.

34 対照的に 2012 年米国モデル BIT 第 18 条では，同協定のいかなる規定も，締約国が「国際の平和及び安全の維持若しくは回復に関して自国の義務を履行するために必要と認める措置を適用する」ことを妨げないとしており，「自己決定」的文言を用いている。さらに，国連憲章への言及を回避することで，国連の枠組みを超えた措置もここに含まれる可能性を示しているという。A.Titi, *The Right to Regulate in International Investment Law*, (Nomos, 2014), pp.92-93. 2012 年米国モデル BIT 第 18 条については，後掲注(71)参照。

35 K.P.Sauvant & M.Ong, “The Rise of Self-judging Essential Interest Clauses in International Investment Agreements”, *Columbia FDI Perspectives. Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues,* No.188 (2016), p.1.

締結されていない。WTO協定の安全保障例外を準用する(D)型BITはWTOのパネル判断の解釈に影響を受けて投資協定仲裁による審査の対象となる余地があるが，この種のBITもこれまでのところ日本・カンボジアBIT(2007)だけである。他方，現在主流となっている(B)型と(C)型の各BITは，いずれも(A)型にあるような措置の適用の態様についての制約を課していない。その柱書は，GATT第21条やGATS第14条の2，TRIPS協定第73条の柱書の規定内容とほぼ同じであることから，(D)型の場合と同様に，WTOの紛争解決機関の解釈次第で投資協定仲裁による審査の対象となる余地があるものの，少なくとも協定締結当時の起草者意思としては，投資協定仲裁の管轄権を排除することを意図していた可能性は否定できない。すなわち，日本が締結したBITにおける安全保障例外条項は，その文言からすると，「自己判断」的文言がすべての条項に挿入されていることに加えて，問題の措置の適用を態様の観点から制約する規定を定めない最近の傾向により，締約国によるその援用への投資協定仲裁の審査可能性が著しく不確実だと言わざるを得ないのである。

Ⅲ　日本が締結した経済連携協定（EPA）・自由貿易協定（FTA）と安全保障例外

１．日本によるEPAの締結

日本がWTOの下での多角的自由貿易体制の強化を重視しつつも，これを補完する二国間地域的EPA・FTAの下での自由化の実現を求めることがはっきりとした形で現れたのは，2000年代に入ってからのことである[36]。2002年1月にシンガポールとの間でEPAが締結された同じ年の10月に外務省が「日本のFTA戦略」と題する文書を公表し，EPA・FTAを締結する目的やそのメリット，締結に際しての留意点，交渉内容，締結の戦略的優先順位などを明らかにした[37]。そして，2004年12月には経済連携促進関係閣僚会議が「今後の経済連携要諦の推進についての基本方針」で交渉相手国・地域の決定に関する基準を示し[38]，基本的にはこれに沿った形式で，各国・地域との間でEPAが締結されてきたのである。

日本は2022年7月までにEPA（ASEANとの包括的経済連携（AJCEP）協定を含む）を18本締結してきた。先述の「日本のFTA戦略」や「今後の経済連携要諦の推進についての基本方針」に則って東アジア諸国及び東南アジア諸国との関係を重視したことを物語るかのように，

---

36 もっとも，1999 年頃より当時の通商産業省では FTA を貿易政策として採用する動きが起こり，2000 年からシンガポールとの間で FTA 締結に向けての交渉が開始されていたという。大矢根聡「日本　安全保障の期待と社会不安」大矢根聡・大西裕編『FTA・TPP の政治学　貿易自由化と安全保障・社会保障』（有斐閣，2016 年）55-57 頁参照。したがって，日本・シンガポール EPA の締結は，「地域統合に対する日本政府の態度の変化を象徴する出来事であった」という。須網隆夫「東アジアにおける地域経済統合と法制度化」日本国際経済法学会年報 13 号（2004 年）195 頁参照。

37 外務省 Web サイト「日本の FTA 戦略」（2002 年 10 月），<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/senryaku.html>。

38 経済連携促進関係閣僚会議「今後の経済連携協定の推進についての基本方針」（2004 年 12 月 21 日）<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/hoshin_0412.html>。

2009年までにすべてのASEAN諸国との間でEPAやBITを締結してきた[39]。そして，これまでの締結されたEPAは，スイスEPA（2009）を唯一の例外として，すべてアジア太平洋諸国との間でのものである。

さらに最近では，TPP（環太平洋パートナーシップ）協定(2016)（米国の離脱後はその内容を一部変更した新たな協定である「環太平洋パートナーシップに関する包括的及び先進的な協定」(2018)（CPTTP協定またはTPP11協定）が締結）や地域的な包括的経済連携（RCEP）協定(2020)，日本・EU EPA(2018)など，いわゆるメガFTAとも呼ばれる協定も締結されている[40]。

こうしたEPA・FTA，さらにはメガFTAを日本が積極的に締結するようになった背景には，1990年代以降，世界においてFTAが急増したことのほか，加盟国の増大で大きくなりすぎたWTOにおいてコンセンサス方式による意思決定が困難となり，とりわけ1998年11月のシアトルにおけるWTO閣僚会議の失敗後，この傾向が顕著となったことが挙げられる。このため，日本もまた他の主要国と同様に地域的経済連携への傾斜を深め，日本の場合はとりわけ経済的に関係の深いASEAN諸国や東アジア諸国とFTAなどの協定を締結しようとする機運が高まった[41]。そして，日本は特にこれらの諸国とのEPAを通じ，投資分野や知的財産権分野におけるルール形成に積極的に取り組むことになったという[42]。

しかし，日本が地域的経済連携を重視するきっかけとなった十全の機能を果たせないWTOこそが，これら日本が締結したEPA・FTAを規律する規則を提供していることもまた見逃してはならない。いわゆる「WTO整合性」の問題である。そこで中心となる規定は，物品貿易についてはGATT第24条，サービス貿易についてはGATS第5条となる。例えばGATT第24条は，自由貿易地域が認められるための要件のほか（同条5項(a)及び8項(b)参照），4項から9項の規定により自由貿易地域が満たすべき要件が定められている[43]。自由貿易地域は関税

---

[39] Ishikawa, *supra* note 14, p.516. ASEAN 諸国との EPA 交渉の概要について，寺林裕介「日・ASEAN 包括的経済連携協定成立までの道のり～東アジア経済連携実現への第一歩として～」立法と調査 No.284（2008 年）76-79 頁参照。

[40] 「メガ FTA」には確たる定義が正式にあるわけではないが，経済規模の大きい日本，米国，中国，EU による二国・地域間 FTA，または，これらの国・地域が二つ以上参加する複数国・地域間 FTA とすることは許されよう。このように定義すると，メガ FTA には，TPP 協定，CPTPP 協定，RCEP 協定，日中韓 FTA（交渉中），日・EU EPA，米国 EU 間の包括的貿易投資協定（TTIP）などが含まれるという。日本貿易振興機構編「ジェトロ世界貿易投資報告 2015 年度版」40 頁，<https://www.jetro.go.jp/world/gtir/2015.html>。

[41] 渡邊頼純監修・外務省経済局 EPA 交渉チーム編著「解説 FTA・EPA 交渉」（日本経済評論社，2007 年）23 頁。メガ FTA との関連については，濱田太郎「メガ FTA とアメリカ第一主義の時代における日本の通商政策―国際経済法の立場から―」国際商取引学会年報 22 号（2020 年）82 頁参照。

[42] 中川淳司「東アジアの地域経済統合－法化の進展と今後の発展の方向」日本国際経済法学会編・前掲注(10)246-247 頁参照。

[43] GATT 第 24 条及び GATS 第 5 条に基づく地域貿易協定の規律については，経済産業省編『令和 3 年版 通商白書』（2021 年）430-433 頁参照。また，第 24 条第 4 項と同条第 5 項から第 9 項との関係も含め，濱田太郎「第 17 章 市場の地域統合」柳赫秀編著『講義国際経済法』（東信堂，2018 年）515-

及び輸出入制限などを構成国原産の産品の構成国間の貿易の実質上すべてについて撤廃するものであるが，域外国との貿易に適用される関税などの水準が高くなってはならず，それは，1994年のGATT第24条の解釈に関する了解によれば，排他的な経済ブロックの形成を妨げようとする趣旨であり，加重平均関税率及び徴収された関税の全般的な評価に基づくという[44]。

また，安全保障例外との関連では，EPA・ETAが規律する領域がWTO協定と重複することから，WTO協定の各協定に定められている安全保障例外条項も，EPA締約国がWTO加盟国であれば，日本が締結したEPAの安全保障条項と重複するおそれが生じる。具体的には，物品貿易分野におけるGATT第21条，サービス貿易分野におけるGATS第14条の2，知的財産権分野におけるTRIPS協定第73条，政府調達分野における政府調達に関する協定第3条第1項がこれに該当する。次にこれらの規定がどのように扱われているかも含め，各EPAにおける安全保障例外条項の規定ぶりを確認することにしたい。

２．日本が締結したEPAにおける安全保障例外条項の概要

(1) EPAにおける安全保障例外の規定形式

1990年代以降に広がったFTAは，サービスや知的財産権のほか，投資，環境，労働基準などの社会条項に至るまで包括的な内容を有する[45]。このため，二国間の投資分野においての安全保障例外だけを考慮すればよかったBITの場合と異なり，日本が締結したEPAについては，投資のほか，物品貿易，サービス貿易及び知的財産権問題のような，WTO協定も規律対象となり，その安全保障例外も関係しうるような分野も含むことから，EPAが適用の対象となる各分野について安全保障例外がどのように規定されているかということも重要な主題となる。すなわち，一つには，安全保障例外条項が一般的例外条項との関係でどのような規定ぶりとなるのかというBITの場合における類型化と同じ問題がある。さらに二つ目に，BITとの違いとして，先にも述べたように，WTO協定の適用対象と重複する領域がEPAでも規律されることから，WTO協定に定められているような安全保障例外条項と日本が締結したEPAの安全保障例外条項といかなる関係にあるのかという観点が新たに付け加わる。第三に，そうした安全保障例外条項が総則部分に置かれるのか，それとも各規律対象分野に規定されるのかというEPAの中での配置問題がある。これは，対象領域が多岐にわたる当該EPAにおける安全保障例外条項の位置づけの問題である。つまり，これら三つの別個の態様の組み合わ

---

516 頁も参照。例えば日本・マレーシア EPA の WTO との整合性について，坂本太郎「東アジアとの経済連携の強化に向けて～日・マレーシア経済連携協定～」立法と調査 No.254（2006 年）26-34 頁参照。

44 松下満雄・米谷三以『国際経済法』（東京大学出版会，2015 年）809 頁参照。

45 WTO 協定も対象とする領域では WTO 協定よりも高度な規律を課し（いわゆる「WTO プラス」），多数国間の法的枠組みが存在しない領域では高水準の規律を確保することになる。なかでも，こうした EPA・FTA の規律対象で注目すべきものは投資条項の存在であるという。間宮勇「WTO 体制における地域経済統合－市場の統合と分割」日本国際経済法学会編・前掲注(10)221-223 頁参照。

せが問われることになるのである。

① 安全保障例外条項が総則部分に置かれて協定全体に効力が及ぶようになっており，個別の分野には安全保障例外条項が置かれていないもの

このカテゴリーに位置づけられる例の一つは，日本が締結した最初のEPAである日本・シンガポールEPA（2002）である。このEPAでは第4条に安全保障例外が置かれ，以下のように，この協定全体に適用される旨定められている。

「1　この協定のいかなる規定も，次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。
(a) 締約国に対し，その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が認める情報の提供を要求すること。
(b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。
(i) 核分裂性物質若しくは核融合性物質又はこれらの生産原料である物質に関する措置
(ii) 武器，弾薬及び軍需品の取引並びに軍事施設に供給するため直接又は間接に行われるその他の貨物及び原料の取引に関する措置
(iii) 軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供に関する措置
(iv) 武器，弾薬若しくは軍需品の調達又は国家の安全保障のため若しくは国家の防衛上の目的のために不可欠な調達に関連する措置
(v) 戦時その他の当該締約国又は国際関係の緊急時にとる措置
(c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従って措置をとることを妨げること。
2　1の規定の適用に当たり，適当な場合には，世界貿易機関設立協定中の関連規定の解釈及び運用を考慮する。
3　この協定のいかなる規定も，締約国が中枢的な通信基盤を不法な行為から防護するために必要な措置をとることを妨げるものと解してはならない[46]。」

このEPAでは，一般的例外が個別分野ごとに規定されているのに対して，安全保障例外は協定が対象とするすべての分野に適用されることが予定されている。このため，条文もGATT第21条を基本としながらも，サービス貿易にも適用可能なような文言が追加されるなど，広範な規律対象を含むEPAに特有の規定内容となっている。

---

[46] この規定の表題は「安全保障のための例外及び一般的な例外」となっていて，第1項及び第2項が安全保障例外に関係し，第3項のみ一般的例外に該当する。したがって，同じ条に別項で安全保障例外と一般的例外が含まれているということから，BITでの(B)型の規定形式ということになる。また，同様の規定形式で①に含まれるものに，日本・ブルネイEPA(2007)第8条が挙げられる。

日本・シンガポールEPA第4条や日本・ブルネイEPA第8条においては，安全保障例外が一般的例外と同じ条の中に置かれているのに対して，日本・チリEPA（2007）では安全保障例外が独自の条項として定められているが（第193条），同協定全体に安全保障例外が適用される点では同様の種類と考えることができる。

これに対して，総論にのみ安全保障例外条項が置かれるが，例外事由を列挙するのではなく，GATT第21条，GATS第14条の2，TRIPS協定第73条の安全保障例外条項が適用されることを明示するEPAもある。日本・インドネシアEPA（2007）がその例で，その第11条は一般的例外も含めて以下のように規定されている。

「1　次章から第五章（第六十六条を除く。）まで及び第八章の規定の適用上，千九百九十四年のガット第二十条及び第二十一条の規定は，必要な変更を加えた上で，この協定に組み込まれ，この協定の一部を成す。

2　第五章（第六十六条を除く。）から第七章までの規定の適用上，サービス貿易一般協定第十四条及び第十四条の二の規定は，必要な変更を加えた上で，この協定に組み込まれ，この協定の一部を成す。

3　一方の締約国は，1又は2の規定に従って，第五章（第六十六条を除く。）の規定に基づく義務に適合しない措置をとる場合には，当該措置をとる前に，又はその後できる限り速やかに，他方の締約国に対し当該措置の概要を通報するよう妥当な努力を払う。

4　第九章の規定の適用上，世界貿易機関設立協定附属書一C知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（以下「貿易関連知的所有権協定」という。）第七十三条の規定は，必要な変更を加えた上で，この協定に組み込まれ，この協定の一部を成す。」

これらの規定方法は，GATTなどの関連規定に依拠したもっとも簡便なものの一つである[47]。安全保障例外事由を列挙する形式の場合も，GATTやGATSの安全保障例外条項の編入とその適用という形式をとる場合も，実質は，GATT，GATS及びTRIPS協定の安全保障例外条項を，「必要な変更を加えた上で」，物品貿易，サービス貿易，知的財産分野及びその他の分野に適用することが予定されているのである。その意味で，安全保障例外の規律内容は，基本的にはGATT，GATS及びTRIPS協定といったWTO協定の安全保障例外関連規定の内容とほぼ同

[47] 日本・マレーシア EPA（2005）もこの種の安全保障例外の規定を置き，第 10 条第 1 項及び第 2 項で GATT と GATS の一般的例外と安全保障例外に関する規定が「必要な変更を加えた上で，この協定に組み込まれ，この協定の一部を成す。」としている。なお，その第 87 条は，「一方の締約国は，第十条の規定に従って，この章（第八十二条を除く。）の規定に基づく義務に適合しない措置をとる場合には，可能な範囲内で当該措置が有効となる前に，それが可能でないときはその後できる限り速やかに，他方の締約国にその旨を通報する。」と定め，投資章（第 7 章）に第 10 条の安全保障例外が適用される旨規定する。厳密にいえば，投資分野に GATT と GATS の安全保障例外が適用されるので，投資分野に独自の安全保障例外が置かれているわけではない。

じということがいえよう。

② 安全保障例外条項が総則部分に置かれているが，そのほかに個別分野で安全保障例外条項が別に置かれているもの

総則部分において安全保障例外条項を定め，さらに特定の分野についても安全保障例外を認めるEPAがある。

まず，総則部分の安全保障例外条項が例外事由を列挙しているものとして，日本・オーストラリアEPA(2014)及び日本・メキシコEPA(2004)が挙げられる。このうち，日本・オーストラリアEPA第1・10条は以下のような規定である。

「この協定のいかなる規定も，次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

(a) 締約国に対し，その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が認める情報の提供を要求すること。

(b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。

(i) 核分裂性物質若しくは核融合性物質又はこれらの生産原料である物質に関する措置

(ii) 武器，弾薬及び軍需品の取引並びに軍事施設に供給するため直接又は間接に行われるその他の貨物及び原料の取引並びに軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供に関する措置

(iii) 戦時その他の国際関係の緊急時にとる措置

(c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従って措置をとることを妨げること。」

この条文は，GATT第21条を基本として，(b)(ii)に「核融合性物質」を追加するとともに，サービス貿易への適用も考慮して(b)(ii)に「軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供」というGATS第14条の2第1項(b)(i)の文言を含めている。そして，この条文が日本・オーストラリアEPA全体に適用されるものとし，第17章「政府調達」の分野については，特別に第17・20条第1項で，「第一・十条（総則－安全保障のための例外）の規定を適用するほか，この章のいかなる規定も，締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要と認める措置であって，国家の安全保障のため又は国家の防衛上の目的のために不可欠の政府調達に関連するものをとることを妨げるものと解してはならない。」としている。この規定は，政府調達協定第3条第1項の文言を一部取り入れるかたちで定められている[48]。

[48] 第3条第1項は以下のとおり。
「この協定のいかなる規定も，締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要と認める措置又は情報であって，武器，弾薬若しくは軍需品の調達又は国家の安全保障のために若しくは国家

また，日本・メキシコEPAでも，第17章「例外規定」の第169条「安全保障」において，日本・オーストラリアEPA第1・10条とほぼ同じ内容の規定を置いてこれを同EPAのほぼすべての章に適用させることとしたうえで[49]，第11章「政府調達」第126条「例外規定」の第1項では，政府調達については政府調達協定上の安全保障例外の規定がほぼそのままのかたちで規定されており[50]，これが政府調達分野に適用されるものとしている。

これに対して，同じく総則部分に安全保障例外条項は置くものの，GATT第21条やGATS第14条の2が適用される旨の規定のみを定めるにとどまり，そのほか個別分野においてさらに安全保障例外条項を置くEPAもあり，最近のEPAではこの種のものが増えている。

その例として，日本・モンゴルEPA（2015）第1・10条を見てみよう。

「1　この協定（第七章，第八章及び第十二章を除く。）の適用上，千九百九十四年のガット第二十条及び第二十一条の規定は，必要な変更を加えた上で，この協定に組み込まれ，この協定の一部を成す。

2　第七章から第十章までの規定の適用上，サービス貿易一般協定第十四条及び第十四条の二の規定は，必要な変更を加えた上で，この協定に組み込まれ，この協定の一部を成す。

3　（略）」

第1項は，一部の章を除き，この協定一般にGATT第21条が適用され，また第2項は，サービス貿易に係る分野につきGATS第14条の2が適用されることをそれぞれ定める。「必要な変更を加えた上で」，このようにGATT・GATS規則が編入され適用されることにするのは，当該EPAの締約国がいずれもWTO加盟国である場合にはきわめて簡便な処理方法といえよう。日本・モンゴルEPAは，さらに「知的財産」の第12章については別に第12・19条を置き，「この章の規定の適用上，貿易関連知的所有権協定第七十三条の規定は，必要な変更を加えた上で，この協定に組み込まれ，この協定の一部と成す。」として，TRIPS協定第73条の安全保障例外の適用も認めている。

この日本・モンゴルEPAのように，総則において協定全体に適用される安全保障例外条項

の防衛上の目的のために不可欠の調達に関連するものにつき，その措置をとること又はその情報を公表しないことを妨げるものと解してはならない。」
外務省 Web サイト「政府調達に関する協定」第 3 条参照（2021 年 5 月 19 日），
<https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/it/page25_000439.html#section4>。

[49] 第 169 条の柱書に「第三章から第八章まで，第十章及び前章の規定の適用上，」とあり，具体的分野で安全保障例外の適用が除外されたのは，第 9 章「金融サービス」，第 11 章「政府調達」，第 12 章「競争」の各分野である。

[50] 日本・メキシコ EPA 締結当時に効力を有していたのは改正前の 1994 年政府調達協定で，その第 23 条第 1 項が参照されたことになる。この規定は現行の政府調達協定第 3 条第 1 項と同一である。

が，GATT第21条とGATS第14条の2の編入を規定しているEPAとしては，日本・ペルーEPA（2011）（第11条第1項及び第2項），日本・インドEPA（2011）（第11条第1項及び第2項），日本・ベトナムEPA（2008）（第8条第1項及び第2項），日本・タイEPA（2007）（第10条第1項及び第2項）が挙げられる。そしてこれらのEPAは，さらに知的財産（日本・インドEPA第109条；日本・ベトナムEPA第98条；日本・タイEPA第144条）[51]，政府調達（日本・ペルーEPA第161条第1項；日本・インドEPA第115条第2項）[52]，及び衛生植物検疫措置（日本・ベトナムEPA第51条第3項）[53]について，別途安全保障例外条項をそれぞれ定めている。

こうした安全保障例外条項の適用に関して，総則規定と各分野の特別規定を組み合わせる方式は，一般的に定式化された安全保障例外事由を協定全般に適用することでこれをセーフティネットとして機能させながら，各締約国の事情に応じて，それぞれが関心を有する規律分野に柔軟な特別規則を適用させることを可能とする利点がある。このため，いかなる個別分野に独自の安全保障例外規則が適用されるかどうかは，EPAごとに差異が生じよう。ただ，そのために適用される特別規則も，これまでの実行では，当該分野に特化した規則が適用されたり（知的財産分野におけるTRIPS協定第73条の適用），GATT第21条を基本として一般的に共有されている定式を，必要に応じて変更したうえで作成していることから，規則の内容自体はそれほど大きな差異はないともいえる。

③安全保障例外条項が各分野においておかれているEPA

安全保障例外条項が総則部分や最終条項に置かれるのではなく，当該EPAが規律する各領域に安全保障例外条項が置かれる場合がある。日本が締結したEPAにおいてこのような規定ぶりとなっているのは，日本・フィリピンEPA（2006）と日本・スイスEPA（2009）である。

---

51 いずれもEPAにおいても，「この章の規定の適用上，貿易関連知的所有権協定第七十三条の規定は，必要な変更を加えた上で，この協定に組み込まれ，この協定の一部を成す。」という規定であり，TRIPS協定の安全保障例外条項を当該EPAに編入する内容となっている。

52 日本・ペルーEPA第161条は第9章「政府調達」の中に位置付けられており，第161条第1項は，「この章のいかなる規定も，締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要と認める措置又は情報であって，武器，弾薬若しくは軍需品の調達又は国家の安全保障のため若しくは国家の防衛上の目的のために不可欠の調達に関連するものにつき，当該措置をとること又は当該情報を公表しないことを妨げるものと解してはならない。」と定める。日本・インドEPA第115条第2項もほぼ同一の文言である。なお，この規定は，1994年署名の政府調達に関する協定第23条及び2012年採択の政府調達に関する協定を改正する議定書で改正された政府調達に関する協定第3条第1項ともほぼ同一である。外務省Webサイト「政府調達に関する協定」（2021年5月19日），<https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/it/page25_000439.html#section4>。

53 日本・ベトナムEPA第51条は，第5章「衛生植物検疫措置」の規定が，WTOの貿易の技術的障害に関する協定で定義する強制規格，任意規格及び適合性評価手続に適用されることを第1項で定め，第3項で，「この章のいかなる規定も，正当な目的の達成のために必要な限度において，強制規格及び任意規格を立案し，制定し，及び適用する締約国の権利を制限するものではない。正当な目的とは，特に，国家の安全保障上の必要，詐欺的な行為の防止及び人の健康若しくは安全の保護，動物若しくは植物の生命若しくは健康の保護又は環境の保全をいう。」として，一般的例外と安全保障例外の趣旨を規定する。

日本・フィリピンEPAでは，第23条において第2章「物品の貿易」に適用される例外として，GATT第20条の一般的例外のほか，同第21条の安全保障例外が準用される旨規定されている。また，物品貿易以外の領域では，安全保障例外事由がそれぞれ具体的に列挙されて規定されている。例えば，第7章「サービス貿易」では第84条に以下のような規定が置かれている。

「1　この章のいかなる規定も，次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。
(a) 締約国に対し，その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が認める情報の提供を要求すること。
(b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。
(i) 軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供に関する措置
(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策若しくは国際協定の実施に関する措置又は核分裂性物質若しくは核融合性物質若しくはこれらの生産原料である物質に関する措置
(iii) 戦時その他の国際関係における緊急時にとる措置
(c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従って措置をとることを妨げること。
2　一方の締約国は，他方の締約国が1 (b)及び(c)の規程に基づいてとる措置並びにその終了について最大限に可能な範囲で通報を受ける。」

付け加えると，この規定のうち第1項と同じ内容の安全保障例外は，第9章「自然人の移動」でも適用される規定として第115条に具体的に列挙されている。

ところが，第8章「投資」に係る分野では，安全保障例外が一般的例外とともに同じ条項の中で規定された。その第99条第1項は次のような規定である。

「1　この章のいかなる規定（第九十六条の規定を除く。）も，一方の締約国が次の措置を採用し，又は実施することを妨げるものと解してはならない。ただし，それらの措置を，他方の締約国に対する恣意的若しくは不当な差別の手段又は自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産に対する偽装した制限となるような態様で適用しないことを条件とする。
(a) 人，動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置
(b) 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
注釈　公の秩序を理由とする例外は，社会のいずれかの基本的な利益に対し真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限り，援用することができる。

(c) 自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置

(i) 戦時，武力紛争その他の自国又は国際関係における緊急時にとる措置

(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置

(d) 国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置

2及び3　(略)」

この規定の形式と内容は，すでに述べた(A)型BITの安全保障例外条項とほぼ同じである。それゆえ，第1項柱書の制約が一般的例外のみならず安全保障例外にも妥当する可能性があるという点では(A)型BITと同じ問題点を内包するといえよう。なお，第2項では第1項に基づく措置の他方締約国への通報に関する手続的な義務を，第3項では他方締約国投資家による投資財産の設立に関連した特別な手続上の義務の賦課をそれぞれ定めている。

日本・フィリピンEPAよりも様々な領域で安全保障例外を定めているのが，日本・スイスEPAである。この協定では，第2章「物品の貿易」についてGATT第21条が「必要な変更を加えた上で」適用される旨規定し（第22条）[54]，第6章「サービスの貿易」については日本・フィリピンEPA第84条第1項と同様の文言で例外事由を列挙している（第56条）[55]。また，第7章「自然人の移動」及び第8章「電子商取引」については第56条の規定が準用され（第69条及び第83条），第9章「投資」については，投資財産に投資を行っている場合にはGATS第14条の2が「必要な変更を加えた上で」適用され（第95条第1項），投資された投資財産にはGATS第14条の2第1項が準用される（同条第2項）。最後に，第11章「知的財産」についてはTRIPS協定第73条が，やはり「必要な変更を加えた上で」適用されることになる[56]。

---

[54] 第 22 条では，「千九百九十四年のガット第二十条及び第二十一条の規定は，必要な変更を加えた上で，ここにこの協定に組み込まれ，この協定の一部を成すこととし，この章の規定の適用上，これらの規定を適用する。」とあり，一般的例外とともに安全保障例外についても GATT の関連規定が適用されることが定められている。

[55] 日本・スイス EPA 第 56 条の規定は以下のとおり。

「この章のいかなる規定も，次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

(a) 締約国に対し，その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が認める情報の提供を要求すること。

(b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。

(i) 軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供に関する措置

(ii) 核分裂性物質若しくは核融合性物質又はこれらの生産原料である物質に関する措置

(iii) 戦時その他の国際関係における緊急時にとる措置

(c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従って措置をとることを妨げること。」

[56] このような形式をとった背景には，日本とスイスのこれまでの「例外」に対する考え方の違いがあり，これが反映されていることが推察される。主として投資規律分野における「例外」の問題について，杉原大作「日・スイス経済連携協定投資章～既存協定との比較による一考察」外務省調査月報 2009/No.2（2009 年）18-20 頁参照。

個別分野ごとに安全保障例外条項を規定するこの方式は，同条項を含める分野の選定とその内容について締約国間で合意を要することから，作成過程においてきわめて手間のかかるものとなりやすいであろう。ただ，締約国の要望には柔軟に対応できるものの，実際の規定内容は既存の規定を準用したり若干修正したりするもので，それほどの独自性が求められているわけではない。むしろ安全保障例外が適用されない分野の選別が問題となりやすいともいえよう。締約国が自国の安全保障を強調する傾向が強く，安全保障例外条項が挿入されることが一般的となっている最近の傾向からは，個別分野に安全保障例外を規定するこうした方式はそれほど通常の方式ではない。日本が締結する経済関係協定においてもきわめてまれであり最近では使用されていないのは，そうしたことも一因であろう。

(2) EPAにおける安全保障例外の特徴

日本がこれまで締結したEPAにはすべて安全保障例外条項が含まれている。BITとの対比でいえば，日本・エジプトBIT(1977)や日本・スリランカBIT(1982)のような締結初期のBITはともかく，2010年代に入っても，日本・パプアニューギニアBIT(2011)，日本・イラクBIT(2012)及び日本・サウジアラビアBIT(2013)のように，安全保障例外条項が規定されなかったものがあるBITとは対照的に，EPAについては，2002年に日本・シンガポールEPAが初めて締結されて以降，2015年の日本・モンゴルEPAまでの15本すべてにおいて安全保障例外条項が含まれているのである。しかもその内容は，GATT第21条の安全保障例外条項を基調としたものや，WTO協定の安全保障例外条項をそのまま，あるいは必要な変更を加えて適用するように施している。さらに，いわゆる「自己判断」的規定を有するものとなっていることもその特徴の一つであろう。その意味で，安全保障例外条項の有無やその内容については，近年のBITの特徴と平仄をそろえるかたちとなっている。

この点は，米国が締結してきたFTAの安全保障例外条項とは異なる点でもある。米国のFTAでは，2012年米国モデルBITと同じような安全保障例外が用いられており，GATTや日本が締結してきたBIT・EPAの安全保障例外に定められているような，例外事由の列挙が行われていない[57]。したがって，日本が締結したBIT・FTAの安全保障例外のほうが事項的な制約を受けやすいということが言えるのであり，安全保障例外を法の規律の下に置くのであれば，文言上は米国型の安全保障例外よりも望ましい内容であるということになろう。

---

[57] 例えば米国・オーストラリア FTA(2004)第 22・2 条参照。
“Article 22.2 : Essential Security
Nothing in this Agreement shall be construed:
(a) to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or
(b) to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”
OFFICE of the UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE “Australia Free Trade Agreement” < https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset_upload_file148_5168.pdf > .

なお，安全保障例外を一般規定と個別分野にどのように配置するかについては，EPA締結に関する日本政府の方針として統一的な方針があるようには思われない。EPA全体に安全保障例外条項の効力を及ぼすのか否か，それ以外に個別分野で安全保障例外事由を認めるのか否か，認めるとすればそれはどの分野か，そもそもEPA全体に適用される安全保障例外は認めず，個別領域ごとに安全保障例外を認めるのかなど，それ自体は，相手国との交渉の内容に依存しているということになろう。ただ，最近の傾向としては，EPA全体に効力を及ぼす安全保障例外条項を置いて，GATT型の例外列挙を踏襲しつつ，EPAがカバーする分野の範囲を考慮に入れて必要に応じた変更を施すとともに[58]，この一般的な安全保障例外条項によってカバーされていても，少なくとも政府調達や知的財産には別途個別分野で特別の規則を置くことにするというのが，日本により締結されるEPAの安全保障例外条項に関するボトムラインのように思われる。

３．日本が締結したメガFTAにおける安全保障例外条項の概要

(1) メガFTAにおける安全保障例外の規定形式

日本が署名を終えたメガFTAは，TPP協定（2016年2月4日署名）及びCPTPP協定（2018年3月8日署名）[59]，日本・EU EPA（2018年7月17日署名），RCEP協定（2020年11月15日署名）であり[60]，このうちCPTPP協定は2018年12月30日に[61]，日本・EU EPAは2019年2月1日にそれぞれ効力が発生した。さらに，日本は中国・韓国との間でのFTAについても，RCEP協定を上

---

[58] 例えば投資分野と貿易分野や金融分野とでは「安全保障上の重大な利益」がいかに決定されるかについて違いがあるように，分野ごとに関係する「安全保障」の性質も相違がありうる。A.H.Qureshi, “The Economic Emergency Defence in Bilateral Investment Treaties: A Development Perspective”, in Ch.Binder, U.Kriebaum, A.Reinisch & S.Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (O.U.P., 2009), pp.632-633.

[59] TPP については，外務省 Web サイト「環太平洋パートナーシップ（TPP）協定交渉」（2022 年 1 月 4 日）<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/tpp/>，また，経済産業省編・前掲注(43)210-211 頁も参照。

[60] RCEP 署名国は，ASEAN10 か国のほか，日本，中国，韓国，オーストラリア，ニュージーランドの計 15 か国である（インドは 2019 年 11 月以降交渉不参加）。外務省 Web サイト「RCEP 協定概要」<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100284650.pdf> 同「地域的な包括的経済連携（RCEP）協定」<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/j-eacepia/index.html> これまでに，日本のほか，ブルネイ，カンボジア，ラオス，シンガポール，タイ，ベトナム，オーストラリア，中国，ニュージーランド（以上の諸国には 2022 年 1 月 1 日に効力発生），韓国（2022 年 2 月 1 日効力発生）及びマレーシア（2022 年 3 月 18 日効力発生），がそれぞれ批准書や受諾書を ASEAN 事務局長に寄託している。

[61] CPTPP の署名国は，オーストラリア，ブルネイ，カナダ，チリ，日本，マレーシア，メキシコ，ニュージーランド，ペルー，シンガポール，ベトナムの 11 か国で，そのうちオーストラリア，カナダ，日本，メキシコ，ニュージーランド，ペルー，シンガポールの 8 か国の間で効力が発生している（2021 年 12 月現在）。外務省 Web サイト「環太平洋パートナーシップ（TPP）協定交渉」https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/tpp/ そのほか，英国が 2021 年 2 月に CPTPP への加盟を正式に申請し，同年 6 月より関係国との加盟交渉を開始した。なお，英国による CPTPP への加盟戦略については，see, UK Department for International Trade, UK Accession to CPTPP: The UK’s Strategic Approach <https://www.gov.uk/government/publications/uk-approach-to-joining-the-comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-cptpp>.

回る付加価値をもたらすべく現在も交渉を継続している[62]。

これらメガFTAは多数国間における広域の通商法秩序の構築を目的とするもので，二国間のEPA・FTAと同様にWTO体制による規律を受ける。他方で，特に三か国以上の関係国が参加する場合には，WTOが規律していない新たなルールが形成され，あるいはWTOの関連規則を超えるルールが導入される際に，これら多くの関係国の国益を考慮しつつそうしたルール形成が行われることになり，安全保障例外条項もまた同様に多数の関係国が受け入れられるような規定ぶりが求められることになる。そこで，ここでは，まず二国間のメガFTAである日本・EU EPAの安全保障例外条項を確認した後，同じくメガFTAではあるが，多数国間関係のCPTPP協定とRCEP協定の安全保障例外条項の内容と当該FTAにおけるその位置づけを確認しておこう。

① 日本・EU EPA（2018）

この協定には二つの安全保障例外条項が規定されている。この協定に一般的に適用される第1・5条と，第14章の「知的財産」に適用される第14・54条がある。第1・5条「安全保障のための例外」は以下のような規定である。

「1　この協定のいかなる規定も，次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

(a)　締約国に対し，その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が認める情報の提供を要求すること。

(b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。

(i) 核分裂性物質若しくは核融合性物質又はこれらの生産原料である物質に関する措置

(ii) 武器，弾薬及び軍需品の生産又は取引並びに軍事施設に供給するため直接又は間接に行われるその他の貨物及び原料の生産又は取引に関する措置

(iii) 軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供に関する措置

(iv) 戦時その他の国際関係の緊急時にとる措置

(c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従う措置をとることを妨げること。

2　1の規定にかかわらず，

(a) 第十章の規定の適用上，政府調達協定第三条の規定を適用する。

(b) 第十四章の規定の適用上，第十四・五十四条の規定を適用する。」[63]

---

[62] 外務省 Web サイト「日中韓 FTA」（2020 年 5 月 29 日） <https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/j-jck/index.html>

[63] 日本・EU EPA 第 1・5 条の条文については，外務省 Web サイト「日 EU 経済連携協定（和文テキスト）『経済上の連携に関する日本国と欧州連合との間の協定』」（2022 年 1 月 14 日） <https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/ie/page4_004215.html> 参照。 この条文は，EU から脱退した英国と

この第1・5条第1項は，同条第2項により，「政府調達」（第10章）と「知的財産」（第14章）の各分野以外のこの協定の分野に適用される。したがって，「物品の貿易」（第2章），「サービス貿易，投資の自由化及び電子商取引」（第8章）などには第1・5条第1項が適用されることになる。またその内容は，GATT第21条を基本としながら，二点について変更を導入している。第一に，(b)(i)に「核分裂性物質」だけでなく「核融合性物質」も含めたことである。これは第2次世界大戦後の科学技術の発展を取り入れたもので，他のEPA[64]，さらにはGATS第14条の2第1項(b)(ii)とも平仄を合わせる内容となっている。第二に，(b)(iii)において，軍事施設に関連する「サービスの適用に関する措置」が置かれていることである。これは，第1・5条第1項がサービス貿易の分野にも適用されることから，GATS第14条の2第1項(b)(i)がそのまま取り入れられたものである。従来(c)型のEPAでは，この協定の第1・5条第1項(b)(ii)に該当する規定に含まれていたが[65]，この協定はそのために新たなサブパラグラフを定めたことになる[66]。

他方，前述のとおり，「政府調達」と「知的財産」の各分野には，安全保障例外について第1・5条第1項とは異なる規定が適用されることになった。まず，「政府調達」分野には，同条第2項(a)により政府調達協定第3条が適用される。この政府調達協定第3条は，その第1項が安全保障例外に，同第2項が一般的例外にそれぞれ該当する[67]。したがって，この協定が適

日本が締結した日本・英国包括的 EPA 第 1・5 条と同一である。なお，日本・英国包括的 EPA は，2020 年 10 月 23 日に署名され，2021 年 1 月 1 日に効力が発生している。外務省 Web サイト「日英包括的経済連携協定（EPA）」（2022 年 7 月 1 日）
<https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/ie/page22_003344.html>

64 日本・ブルネイ EPA 第 8 条第 3 項(b)(iii)，日本・英国包括的 EPA 第 1・5 条第 1 項(b)(i)，日本・EU EPA 第 1・5 条第 1 項(b)(i)，日本・オーストラリア EPA 第 1・10 条(b)(i)，日本・メキシコ EPA 第 169 条(b)(iii)，日本・シンガポール EPA 第 4 条第 1 項(b)(i)，日本・スイス EPA 第 56 条(b)(ii)，日本・フィリピン EPA 第 84 条第 1 項(b)(ii)参照。なお，物品貿易を中心とした AJCEP 協定は，当初その第 8 条(b)(i)で「核分裂性物質」にのみ言及していたが，サービス貿易や自然人の移動及び投資に関する規定を追加するために 2019 年に締結された日本・ASEAN 包括的経済連携協定第一改正議定書第 3 条により，改正第 8 条第 1 項(b)(iii)で「核融合性物質」の文言が付け加えられた。なお，この改正議定書の概要については，川端万貴「日・ASEAN 包括的経済連携協定第一改正議定書の発効」時の法令 2125 号（2021 年） 31-45 頁参照。

65 日本・メキシコ EPA 第 169 条(b)(i)，日本・チリ EPA 第 193 条(b)(i)，日本・オーストラリア EPA 第 1・10 条(b)(ii)がある。

66 なお，日本・シンガポール EPA 第 4 条第 1 項(b)(iii)も同じ規定である。

67 政府調達協定は 1994 年 4 月に作成され，1996 年 1 月 1 日に効力が発生したが，その後，協定の適用を受ける機関及びサービスの拡大，発展途上国の協定加入に対する特別な待遇，電子的手段の活用による調達手続の簡素化等の内容を盛り込んだ「政府調達に関する協定を改正する議定書」が 2012 年 3 月 30 日に採択され，2014 年 4 月 6 日に効力が発生した。もともと安全保障例外と一般的例外は政府調達協定第 23 条の第 1 項と第 2 項にそれぞれ規定されていたが，この議定書の発効により，同協定第 3 条の第 1 項と第 2 項になった。なお，安全保障例外の規定は変更がないが，一般的例外のほうは，改正により措置の内容がサブパラグラフに整理されている。外務省 Web サイト「WTO 政府調達協定」（2022 年 2 月 14 日），<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/wto/chotatu.html>。

用される「政府調達」分野には，政府調達協定の安全保障例外と一般的例外がともに適用されるということになる。これは，安全保障例外については，原則として第1・5条第1項がこの協定全体に適用されるのに対して，一般的例外については，個別の分野にそれぞれ一般的例外が規定され適用される構造となっているためである[68]。

また，「知的財産」分野には第1・5条第2項により第14・54条が適用されるが，この第14・54条によると，TRIPS協定第73条の安全保障例外条項が，「必要な変更を加えた上で，この協定に組み込まれ，この協定の一部を成す」ことになる。このため，「知的財産」分野では，基本的にTRIPS協定第73条が適用されるのである。

このように，日本・EU EPAにおける安全保障例外は，GATT第21条に類似する第1・5条第1項が一般的に同協定に適用されるが，特に「政府調達」と「知的財産」についてはそれぞれ，第1・5条第2項を通じて，政府調達協定第3条第1項とTRIPS協定第73条が適用される構造となっている[69]。

② CPTPP協定（2018）（環太平洋パートナーシップに関する包括的及び先進的な協定）

CPTPP協定は第1条第1項により，発効要件などの一部の規定を除き，TPP協定の規定が必要な変更を加えたうえでCPTPP協定に組み込まれることを規定しており，CPTPP協定の安全保障例外条項もまた，TPP協定と同じ内容の条項がCPTPP協定に規定されることになった。以下の「例外及び一般規定」と題する第29章の第29・3条がその規定である。

「この協定のいかなる規定も，次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

(a) 締約国に対し，その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が決定する情報の提供又はそのような情報へのアクセスを要求すること。

(b) 締約国が国際の平和若しくは安全の維持若しくは回復に関する自国の義務の履行又は

---

68 一般的例外は，「物品の貿易」（第 2 章）については第 2・22 条，「サービスの貿易，投資の自由化及び電子商取引」（第 8 章）については第 8・3 条，「補助金」（第 12 章）については第 12・9 条にそれぞれ規定があり，いずれも GATT 第 20 条や GATS 第 14 条の規定が，「必要な変更を加えた上で，この協定に組み込まれ，この協定の一部を成す」とされている。

69 EU が締結した他のメガ FTA でも同一の構造が採用されているが，規定方法はそれぞれ若干異なる。2011 年の EU・韓国 FTA では，FTA 全体に適用される安全保障例外条項を定め（第 15・9 条），サービス貿易や電子商取引分野では WTO 協定上の権利義務を再確認し（第 7・1 条第 1 項），政府調達分野では 1994 年政府調達協定（第 9・1 条第 1 項），知的財産分野では TRIPS 協定（第 10・2 条第 1 項）の実施を確保することで，実質的に各 WTO 協定の安全保障例外条項が適用されることになっている（EUR-Lex “Official Journal of the European Union” L127, (14 May 2011) < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2011:127:FULL&from=EN >）。
また，EU・カナダ FTA（CETA）（2017）では，やはり FTA 全体に適用される安全保障例外条項が置かれる一方（第 28・6 条），政府調達分野では安全保障例外事由が列挙され（第 19・3 条第 1 項），知的財産分野では TRIPS 協定上の権利義務が適用され，同協定の安全保障例外も適用される（第 20・2 条第 1 項及び第 2 項）ことが規定されている（European Commission “Trade” <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>）。

自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める措置を適用することを妨げること。」[70]

この第29・3条の規定ぶりは2012年米国モデルBIT第18条とほぼ同じである[71]。内容については，第29・3条の(a)は，GATT第21条(a)とほぼ同じ規定内容となっている。異なるのは，情報の提供のみならず，情報へのアクセスも要求しうることである。また，情報の開示が「自国の安全保障上の重大な利益」に反するかどうかを締約国が「認める」のではなく，「決定する」となっている点も文言上は異なるが，いずれも「自己判断」的文言であることに変わりなく，この安全保障例外の性格付けの観点からは違いがないといってよい。他方，第29・3条(b)については，GATT第21条(b)の(i)～(iii)のように「自国の安全保障上の重大な利益を保護するために必要であると認める」措置が列挙されているわけではない。すなわち，第29・3条(b)に該当する措置は，列挙事由というかたちでは制約されてはいないため，GATT第21条(b)よりも広範に該当すると解される可能性がある[72]。

この規定ぶりは，前述のように2012年米国モデルBIT第18条を参照しているように思われることのほか，米国が各国と締結しているFTAに定められる「重大な安全保障（Essential Security)」条項の内容と同じであることから[73]，その内容を定めるにあたってはTPP交渉時に

---

[70] 第 29・2 条の英文は以下のとおり。
“Article 29.2: Security Exceptions
Nothing in this Agreement shall be construed to:
(a) require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or
(b) preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”

[71] 2012 年米国モデル BIT 第 18 条は以下のとおり。
“Article 18: Essential Security
Nothing in this Treaty shall be construed:
1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or
2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”
Investment Policy Hub “Model Agreements”
< https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2870/download >.

[72] 飯野文『WTO FTA CPTPP－国際貿易・投資のルールを比較で学ぶ』（弘文堂，2019 年）79 頁参照。GATT 型の例外事由では「自己判断」的性格を有さない「国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置」もまた，「自己判断」的な性格の「国際の平和若しくは安全の維持…のために必要であると認める措置」に含まれることになるが，この制裁措置を例外事由として認めるのか，国連憲章第 103 条の問題としてとらえるのか，いずれの立場もありうる。E.De Brabandere & D.Holloway, “Sanctions and International Arbitration”, in L.van den Herik (ed.), *Research Handbook on UN Sanctions and International Law* (Edward Elgar, 2017), pp.311-312. ただ，前者であれば援用国の主観的判断が関係する可能性があることから，解釈上の問題はなお残る。

[73] 米国・オーストラリア FTA(2004)第 22・2 条，米国・チリ FTA(2003)第 23・2 条，米国・ペルー FTA(2006)第 22・2 条，米国・シンガポール FTA（2003）第 21・2 条などを参照。また，北米自由貿

米国が参加していたことの影響を受けたものと推察される[74]。安全保障例外事由を具体的に列挙するGATT型の安全保障例外ではなく，「自国の安全保障上の重大な利益」という一般的な概念により包摂するこの「米国」型の安全保障例外条項は，例外事由を援用国の主観的な判断に依拠させるものであり[75]，それよりも制限的なGATT型の安全保障例外と比較すると，援用国に有利な条項であるように思われる。

③ RCEP協定（地域的な包括的経済連携協定）

2020年に署名されたRCEP協定の安全保障例外条項は，「一般規定及び例外」と題する第17・13条に規定されている。

「この協定のいかなる規定も，次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

(a) 締約国に対し，その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が認める情報の提供を要求すること。

(b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。

(i) 核分裂性物質若しくは核融合物質又はこれらの生産原料である物質に関する措置

(ii) 武器，弾薬及び軍需品の取引並びに軍事施設に供給するため直接若しくは間接に行われるその他の貨物及び原料の取引に関する措置又は軍事施設のため直接若しくは間接に行われるサービスの提供に関する措置

(iii) 通信，電力及び水道の基盤を含む中枢的な公共基盤（注）を防護するためにとる措置

注　中枢的な公共基盤は，公有のものであるか私有のものであるかを問わない。

(iv) 国家の緊急時又は戦時その他の国際関係の緊急時にとる措置

(c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従って措置をとることを妨げること。」[76]

易協定（NAFTA）にとって代わった2020年の米国・カナダ・メキシコ協定（USMCA）の第32・2条は，CPTPP協定第29・3条と同一の文言である(OFFICE of the United States Trade Representative “Free Trade Agreement” <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>)。

[74] 同一内容の規定は，日本が締結した最近の経済関係協定では，日米貿易協定第4条及び日米デジタル貿易協定第4条（いずれも2019年1月17日署名，2020年1月1日効力発生）にみられる。外務省Webサイト「日本国とアメリカ合衆国との間の貿易協定（略称：日米貿易協定)」（2020年1月1日）<https://www.mofa.go.jp/mofaj/ila/et/page23_002886_00001.html> 及び外務省Webサイト「デジタル貿易に関する日本国とアメリカ合衆国との間の協定（略称：日米デジタル貿易協定)」（2020年1月1日）<https://www.mofa.go.jp/mofaj/ila/et/page3_002912.html>参照。

[75] 外資規制の文脈ではあるが，そもそも「国家安全保障」概念自体，「定義のない極めてあいまいで融通無碍の概念」であり，「多分に感情的あるいは合理的分析のできない総合判断的側面」を含む以上，司法審査には向かないという評価もある。柏木昇著「国家安全保障と国際投資―国家安全保障概念の不確定性を中心に―」日本国際経済法学会年報18号（2009年）75頁。

[76] RCEP協定第17章の第17・13条の英文は次のとおり。

この例外事由は日本が締結したBITやEPAのほとんどと共通する内容となっているが，それとは異なるものとして注目されるのは，(b)(iii)に定められた「通信，電力及び水道の基盤を含む中枢的な公共基盤を防護するためにとる措置」である。このような広範な公共基盤を防護するための例外は，日本が締結したこれまでのBITやEPAにこれまで見られなかったわけではないが，一般的例外事由として規定されるものや安全保障例外事由として挙げられることもあるなど，明確に定式化されてきたわけではない[77]。

しかし，ASEAN諸国が締結したFTAにおいては，このRCEP協定の場合と同様に，公共インフラの中でもとりわけ重要な施設を防護するためにとられる措置が安全保障例外として認められており，むしろ通常は安全保障例外事由として含まれるといってもよいほどである。例えば2009年ASEAN・インド包括的経済協力枠組条約下の物品貿易協定第13条では，「中枢的な通信基盤を無力化し又は劣化させることを意図した故意の試みから当該基盤を防護するためにとる行動」が安全保障例外の事由として挙げられている[78]。さらに，2009年ASEAN・

"Article 17.13: Security Exceptions
Nothing in this Agreement shall be construed:
(a) to require any Party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests;
(b) to prevent any Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests:
(i) relating to fissionable and fusionable materials or the materials from which they are derived;
(ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials, or relating to the supply of services, as carried on directly or indirectly for the purpose of supplying or provisioning a military establishment;
(iii) taken so as to protect critical public infrastructures[7] including communications, power, and water infrastructures;
[7] For greater certainty, this includes critical public infrastructures whether publicly or privately owned.
(iv) taken in time of national emergency or war or other emergency in international relations; or
(c) to prevent any Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security."

[77] 前述の日本・シンガポール EPA 第 4 条第 3 項は，「この協定のいかなる規定も，締約国が中枢的な通信基盤を不法な行為から防護するために必要な措置をとることを妨げるものと解してはならない。」として，通信に限ってではあるが，中枢的な基盤への攻撃に対する防護を例外事由として明示している。この第 4 条は安全保障例外と一般的例外の両方の事由を含めており，この第 3 項のほかには一般的例外に該当する事由がないため，これが一般的例外事由とみなされているようである。しかし，日本・インド EPA 第 11 条第 3 項は，「この協定のいかなる規定も，締約国が，通信，電力及び水道の基盤を含む中枢的な公共基盤を使用不能にし，又は破壊する計画的な企てから当該公共基盤を防護するという自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める措置をとることを妨げるものと解してはならない。」として，RCEP 協定第 17・13 条(b)(iii)と類似の文言を用いて，明らかに自国の「安全保障上の重大な利益」の保護のための措置という安全保障例外事由として位置付けている。

[78] ASEAN・インド包括的経済協力枠組条約下の物品貿易協定第 13 条(b)(iii)は次のとおり。
"Article 13 Security Exceptions
Nothing in this Agreement shall be construed: …
(b) to prevent any Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests, including: ……

オーストラリア・ニュージーランド自由貿易地域協定（AANZFTA）の第15章第2条第1項(b)(iii)はRCEP第17・13条(b)(iii)と同一文言であり[79]，同じく2009年ASEAN・韓国包括的経済協力枠組協定（AKFTA）の下でそれぞれ締結された物品貿易協定第12条(b)(iii)，サービス貿易協定第14条第1項(b)(iii)，及び投資協定第21条第1項(b)(iv)でも安全保障例外としてほぼ同様の文言が定められている[80]。

RCEP交渉過程では，TPP協定及びCPTPP協定において米国やAPEC諸国がFTAで導入した基準をRCEP協定でも取り入れようとする日本などの諸国と，東アジア諸国がこれまで締結してきたFTAでの基準の導入を目指す中国などの諸国との対立があったとされるが[81]，以上のRCEP協定の例外条項の内容をみると，ASEANが締結してきたFTAでの安全保障例外が参照された建付けとなっていることがわかる。CPTPP協定の安全保障例外が米国のモデルBITの安全保障例外条項と類似していることからわかるように，米国の強い影響下で定式化されたのに対して，米国が参加していないRCEP交渉過程では，多くの交渉国に比較的なじみやすいGATT型の安全保障例外に類似した定式化で合意がなされやすかったともいえよう。

(2) メガFTAにおける安全保障例外の特徴

日本が締結したメガFTAについて，その特徴は日本が締結してきたEPAと概ね同じと考えられる。すなわち，いずれの協定にも安全保障例外条項が規定され，そこには「自己判断」

(iii) action taken so as to protect critical communications infrastructure from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructure”
また，サービス貿易協定第 13 条(b)(iii)及び投資協定第 21 条第 1 項(b)(iv)の場合も，“critical public communications”とされている以外は同一の規定である（Government of India “India-ASEAN Trade Agreements” <https://commerce.gov.in/international-trade/trade-agreements/india-asean-agreements/> ）.

[79] AANZFTA 第 15 章第 2 条第 1 項(b)(iii)は以下のとおりである。
“Article 2 Security Exceptions
1. Nothing in this Agreement shall be construed: …
(b) to prevent any Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests: …
(iii) taken so as to protect critical public infrastructures [3] including communications, power and water infrastructures from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructures;
[3] For clarity, this includes critical public infrastructures whether publicly or privately owned.” Australian Government “Official documents”<https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/aanzfta_chapter15.PDF>＞）.

[80] AKFTA サービス貿易協定第 14 条第 1 項(b)(iii)は以下のとおりである。
“Article 14 Security Exceptions
1. Nothing in this Agreement shall be construed: …
(b) to prevent any Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests, including but not limited to: …
(iii) action taken so as to protect critical public infrastructures including communications, power and water infrastructures from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructures;…”
AKFTA 投資協定第 21 条第 1 項(b)(iv)もほぼ同一，AKFTA 物品貿易協定第 12 条(b)(iii)では“critical communications infrastructure”のみで電気・水道は含まれていないが，それ以外はほぼ同じである。
MALAYSIA’S FREE TRADE AGREEMENTS “BACKGROUND (ASEAN-Korea)”
<https://fta.miti.gov.my/index.php/pages/view/asean-korea?mid=3>

[81] 菅原淳一「アジア太平洋における地域的な通商法秩序の構築に向けた動き」『日本国際経済法学会年報 第 27 号』（法律文化社，2018 年）24-25 頁参照。

的文言が含まれているということ，そして広範な分野を規律する協定において安全保障例外が適用される方法も，EPAによって様々だということである。それは，一方で安全保障例外を「自己判断」的文言を含めて締約国の主観的判断に重きを置くことにより締約国の安全保障や主権を重視しながら，他方で，そうした性格を内包する安全保障例外が例外事由列挙方式で明示されるか，国家により広い裁量が認められやすい一般的な「国家安全保障」概念に依拠するのかで規定方法が異なることを意味している。特に後者については，日本がこれまでBITやEPAにおいて主に選択してきたGATTの安全保障例外を基調とするGATT型と，米国がBITやFTAで採用してきた米国型との対立がみられ，日本・EU EPAとRCEP協定ではGATT型が，TPP協定やCPTPP協定では米国型がそれぞれ用いられている。これは，交渉過程に参加する諸国にどのような国が参加するかに応じた態度ということもできるであろう。

Ⅳ　日本が締結した経済関係協定における安全保障例外条項の法的論点

１．安全保障例外の内容

まず，日本が締結したBITにおける安全保障例外の内容を見ると，その内容はいずれのBITにおいてもほぼ同一である。それは，「自国の安全保障上の重大な利益」を保護するために必要と認める措置をとることができるとして，その具体的措置として，戦時・武力紛争などにおける緊急時にとる措置と，兵器の不拡散に係る国内政策・国際協定の実施に関連してとる措置の二つがあげられる一方，国際の平和と安全の維持のため国連憲章上の義務としてとる措置も定められているという点である。すなわち，締約国は，戦時などの緊急時か兵器不拡散関連の義務履行に伴いとられる一方的な措置か，国連憲章第7章に基づく義務を履行するためにとられる集団的措置のいずれかについて，安全保障例外を援用できるということになる。

したがって，日本がこうした安全保障例外の適用を主張する場合は，国連安保理の決議に基づく集団的な非軍事的措置の国内実施に際してBITの他方締約国の投資家及びその投資財産に影響を与える措置をとる場合のほか，国連安保理の決議に基づかない独自制裁に伴う国内法上の措置がBITの他方締約国の投資家及びその投資財産に影響を与える場合が考えられる。しかし実際には，「自国の安全保障上の重大な利益」を保護するためにこのような安全保障例外に基づく措置が頻繁に行われるとは考えにくい。

ただ，安全保障例外に関する規定が，GATT，GATS，TRIPSなどWTO協定にも同様の内容が用いられていることからすると，BIT上の安全保障例外の解釈とその実践は，同様の規定内容を有する他の条約の安全保障例外の解釈・適用にも影響を与えるとともに，自らの実行にも跳ね返ることに留意しておく必要があろう。最近のWTOにおいてGATT第21条が援用される事例が以前よりもみられてきたことに鑑みると，なおさらその点を強調しておかなければならない。

日本が締結するBITの特徴として，相手方締約国に応じた内容の柔軟性・多様性が挙げられるが，安全保障例外について言えば，日本が締結したBITの間で内容にそれほどの違いがあるわけではない。さらに言えば，様々な条約などで規定されている安全保障例外条項もまた共通の要素を含んでいるのであれば，その限りでこれら安全保障例外について統一的で体系的な解釈が生まれる余地さえあり得よう。このため，例えば通商法のように，投資法以外の分野での安全保障例外が関係国に利用されることも視野に入れて，BITの安全保障例外条項の作成・解釈・適用を考える必要がある。

日本が締結したEPA・メガFTAにも以上の指摘がおおよそ妥当するといってよい。ほとんどのEPA・メガFTAにおいて，GATTなどWTO協定の安全保障例外条項がほぼそのままの内容で列挙されたり，同条項が必要な変更を加えて編入されたりすることで，結果的にその内容については均一化が図られている。ただ，規律対象が広範にわたることもあり，個別の領域に安全保障例外をどのように適用するかという適用方式にはばらつきがある。また，CPTPP協定や日米貿易協定のように米国が関係する（予定であった）協定については米国の主張に沿ったかたちで安全保障例外条項が作成されたが，そこでは例外事由が列挙されているわけではなく，「自己判断」的文言により援用国の主観に左右されやすいように定められていることには注意を要しよう[82]。その結果，何を「安全保障上の重大な利益」として，それを保護するために必要な措置としていかなるものがありうるのかということが不明確となるからである[83]。この点は，後述のように，自国の「安全保障上の重大な利益」をどのように捉えるかということとも関係する。

２．安全保障条項における「自己判断」的文言の影響

日本が締結した経済関係協定について，安全保障例外により国連安保理決議に基づかない措置をBITやEPA・FTA締約国が一方的に発動する場合，最も注目される特徴の一つは，締約国が「自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める」措置をとることができるということである。すなわち，安全保障例外で認められる締約国の一方的措置では，締約国自身が自国の安全保障上「必要であると認める」措置をとることができる。これは，

---

[82] ただし，米国と締結した条約でも，日米通商航海条約（1953）第 21 条第 1 項の例外規定では，GATT 型の例外を列挙する方式がとられており，「自己判断」的文言も用いられていない。これは，それまでの米国の通商航海条約で用いられてきた文言がそのまま第 2 次世界大戦後の同様の条約でも用いられてきたためであるという。W.J.Moon, “Essential Security Interests in International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, Vol.15, (O.U.P, 2012), pp.495-497.

[83] したがって，アルゼンチン経済危機に関連した投資紛争において，米国・アルゼンチン BIT 第 11 条の安全保障例外を解釈した投資協定仲裁判断が結果的に示したように，危機における例外援用国の投資受入国がとる措置に関して，外国人投資家が利用可能な保護の範囲もまた不明確とならざるを得ない。G.Sacerdoti, “The application of BITs in time of economic crisis: Limits to their coverage, necessity and the relevance of WTO law”, in G.Sacerdoti, P.Acconci, M.Valenti & A.De Luca (eds.), *General Interests of Host States in International Investment Law* (Cambridge U.P., 2014), p.19.

前述したように，問題の安全保障例外条項がいわゆる「自己判断」的条項の一種であることを表しており，それゆえに援用国に広範な裁量を認める効果を有することが認められてきた。そして，こうしたいわば「自己判断」条項の存在が上記経済関係協定の安全保障例外に共通するものとなっているのである。

最近の多くのBITは貿易関連の法規則に倣い，こうした「自己判断」条項を含めているという[84]。EPA・FTAについても同様である。そして，こうした経済関係協定に限らず，GATTやGATS，TRIPSなどWTO協定に規定された安全保障例外について法的に問題となってきたのは，「自己判断」的文言がはいっている安全保障例外が援用された場合にこれを第三者機関によって法的に判断できるかどうかということであった。したがって，この問題は日本がこれまで締結してきた経済関係協定において，安全保障例外に基づき一方的な措置を発動する場合にこの点が常に問題となる余地がある。

安全保障例外に基づき一方的措置が発動される場合でも，当該安全保障例外に「自己判断」条項がはいっていない場合には異なる取扱いがなされ[85]，過去の投資仲裁の判断で司法判断や審査が可能であるということが示されてきた。例えば，アルゼンチン経済危機関連の紛争で米国・アルゼンチンBIT第11条の安全保障例外の解釈・適用が問題となった際に，これを扱った投資仲裁の中には同BITの安全保障例外が「自己判断」的文言を含んでいないことを理由に実質的審査を行うと判断しているものが多い[86]。また，被申立国の措置は重大な安全保障上の利益に関することであるか否かの判断に際しては被申立国の側に「評価の余地」や「広範な謙譲」を与えなければならないということは指摘しつつも，自己判断はできないことを確認する判断もある[87]。こうした判断を基礎にすれば，日本・ロシアBITでは，先に述べたように議定書の中で「各締約国は，外国投資家の活動を排除し又は制限する経済分野及び地域を，国の安全のために真に必要な場合において関係法令に従って決定する権利を留保する。」とされており，「自己判断」的文言のない場合に該当することから，仮に当該決定が行われても，条件を満たせば仲裁でその適法性が審査される可能性がある。

---

[84] T.Ackermann, “Exception Clauses in International Investment Agreements. A Case for Systemic Integration?” in M.Akbaba & G.Capuuro (eds.), *International Challenges in Investment Arbitration* (Routledge, 2018), p.44.
[85] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua *v*. United States of America), Merits, Judgment, *I.C.J.Reports* 1986, p.116, para.222; Oil Platforms (Islamic Republic of Iran *v*. United States of America), Judgment, *I.C.J.Reports* 2003, p.183, para.43; Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran *v*. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J.Reports* 2018, para.45.
[86] CMS Gas Transmission Company *v*. Argentina, Award of 12 May 2005, ICSID Case No.ARB/01/8, paras.315-382; LG&E Energy Corp., and LG&E International, Inc. *v*. Argentina, Decision on Liability of 3 October 2006, ICSID Case No.ARB/02/1, paras.207-214; Sempra Energy International *v*. Argentina, Award of 28 September 2007, ICSID Case No.ARB/02/16, para.388; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. *v*. Argentina, Award of 22 May 2007, ICSID Case No.ARB/01/3, para.339; El Paso Energy International Co. *v*. Argentina, Award of 31 October 2011, ICSID Case No.ARB/03/15, para.610.
[87] Continental Casualty Company *v*. Argentina, Award of 5 September 2008, ICSID Case No.ARB/03/09, paras.162-236; CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited., and Telecom Devas Mauritius Limited. *v*. India, Award of 25 July 2016, PCA Case No.2013-09, paras.219-245.

「自己判断」的文言を有する安全保障例外の審査可能性と審査基準に関して決定的とされる判断は，WTOのパネルはロシアー通過運送措置事件パネル報告で，GATT第21条(b)の安全保障例外に関する「自己判断」的文言の効果に言及している。このパネル報告で重要なのは，「自己判断」的文言を有する安全保障例外の援用だけではパネルの管轄権は排除されないこと，援用国によりとられた具体的措置が安全保障例外として列挙された条件と適合するかどうかについては「自己判断」的文言の効果は及ばず，パネルが事後に客観的に判断すること，援用国は「自己判断」的文言により自国の安全保障上の重大な利益の決定について広範な裁量が認められるが，信義誠実原則に基づき当該利益を明確に説明しなければならないこと，援用国によってとられた具体的措置と自国の安全保障上の利益と利益の間の関係については，「自己判断」的文言により「最低限の妥当性（a minimum requirement of plausibility）」を有する説明が必要であること，がそれぞれ明らかにされたことである[88]。そしてこの判断は，TRIPS協定第73条(b)(iii)の適用が問題となったサウジアラビアー知的財産権保護措置事件パネル判断でもほぼ踏襲されている[89]。

こうした判断は，例えば日本が締結したBITやEPAの安全保障例外に対しても影響を及ぼさないわけにはいかないであろう。GATT第21条が準用されている日本・カンボジアBITの場合はもちろんのこと，それ以外のBITの安全保障例外もGATT第21条に類似した条項となっており，とりわけ同条(b)柱書にある「締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める」という文言は，どの安全保障例外にも含まれていることからすると，日本や相手方締約国がBITの安全保障例外に基づく措置を一方的にとっても，BITに基づき設置される仲裁ではパネルの判断を踏襲するような判断が下される可能性が高いからである。GATTやGATS，TRIPS協定における安全保障例外条項の準用規定が含まれることが多いEPA・FTAの場合はなおさら，これらが妥当すると考えてよいであろう。

もちろん，WTO法の制度と国際投資法の制度は区別される体系であり，同様にWTOとEPA・FTAも独立した法制度を確立していることを考慮すれば，WTOのパネルが安全保障例外に関して行った解釈が他の協定における安全保障例外の解釈にそのまま妥当するかどうかは慎重に考える必要があろう[90]。また，各協定の紛争解決手続がWTOのそれとは独立していることからすると，紛争が係属した場合でもWTOのパネルとは異なる判断が出る可能性が

---

[88] *Russian Federation – Measures Concerning Traffic in Transit*, Panel Report, WT/DS512/R, 5 April 2019, paras.7.20-7.149.

[89] Saudi Arabia – Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights, Report of the Panel, WT/DS567/R, 16 June 2020, paras.7.4-7.11

[90] この点は解釈の対象となる条項の内容に依存する。例えば内国民待遇条項の解釈に関するWTO法とBITの関係については，see, J.Kurtz, “The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and its Discontents”, *E.J.I.L.*, Vol.20 (2009), pp.749-771．また，一般的例外条項の解釈に関するWTO法とBITの関係については，see, A.D.Mitchell J.Munro & T.Voon, “Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements. Proportionality, Myths and Risks”, L.E.Sachs, L.J.Johnson & J.Coleman (eds.), *Yearbook of International Investment Law & Policy 2017* (O.U.P., 2018), pp.305-355.

ないわけではない[91]。しかし，比較される両法制度の特徴とその文脈を考慮に入れる場合，GATT第21条と日本が締結したBIT・EPAにおける安全保障例外条項を比較すると，主要な論点が①「自己判断」的な安全保障例外条項かどうか，②いかなる例外事由が列挙されているか，③「安全保障上の重大な利益」概念に制約が課されるかどうか，というものであるとすれば[92]，そのいずれの点においても，他の条項より安全保障例外条項については，GATTなどのWTO協定と日本が締結したBIT・EPAではより親和性があるといえるであろうし，その結果としてWTO判例法での解釈手法がこれらBIT・EPAでも参照される可能性が高く，またそれが適切であると判断されることになりやすいとも考えられる。さらに，「自己判断」型であっても，安全保障例外条項の解釈・適用が主題の一つとなるのであれば，投資協定仲裁廷を含む紛争解決機関がそれに対して管轄権を有しうるのは合理的であり，自らの管轄権を確認したWTOのパネルの判断はこの点につき積極的に評価されるべきであろう。

逆に言えば，これまでの先例からすると，安全保障例外条項に関する紛争を紛争解決手続から除外する明示の規定が協定中に置かれていない限り，紛争解決機関には当該紛争についての管轄権が認められる可能性がきわめて高い。実際，こうしたことを考慮してか，仲裁の管轄権からそうした紛争を除外する旨の規定を協定内に明示に定める例も若干みられる。例えば2019年ブラジル・UAE投資協力促進協定は，第13条に非自己判断的性格の安全保障例外条項を置きつつ，第25条第3項で第13条の安全保障例外が仲裁に服さない旨を規定する[93]。また，2017年の南米南部共同市場（メルコスール）内投資協力促進議定書（ブエノスアイレス議定書）では，第12条第1項に「非自己判断」的性格の安全保障例外が規定され，同条第2項

---

[91] WTO のパネル判断後もなお，国家主権の重要性から投資協定仲裁の管轄権を否定するとともに，誠実審査についても投資協定仲裁による濫用の危険性を強調して，この基準の採用を拒否する見解として，see, J.Ma, “International Investment and National Security Review”, *Vand.J.Transnational L.*, Vol.52 (2019), pp.933-937.

[92] 安全保障例外をめぐる GATT と米国・ニカラグア BIT との関係について，see, J.Kurtz, “Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis”, *I.C.L.Q.*, Vol.59（2010）, pp.339-341.

[93] ブラジル・UAE 投資協力促進協定第 13 条及び第 25 条第 3 項は以下のとおり。

“Article 13 Security Exceptions
Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures aimed at preserving its national security or public order, or to apply the provisions of their criminal laws or comply with its obligations regarding the maintenance of international peace and security in accordance with the provisions of the United Nations Charter.”

“Article 25 Settlement of Disputes between the Parties
…
3. The following may not be subject to arbitration: Article 13 - Security Exceptions; Article 14 - Compliance with Domestic Legislation; Article 15 - Corporate Social Responsibility; Paragraph 1 of Article 16 - Investment Measures and Combating Corruption and Illegality; and Paragraph 2 of Article 17 - Provisions on Investment and Environment, Labor Affairs and Health.”
Investment Policy Hub “Brazil-United Arab Emirates BIT” (2019)
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/4896/brazil---united-arab-emirates-bit-2019- >

がこの議定書の紛争解決メカニズムから同条第1項に基づく加盟国の措置を除外する旨を規定している[94]。さらに，2011年のインド・マレーシア包括的経済協力協定（MICECA）第12・5条には第1項で「自己判断」的性格の安全保障例外事由が列挙され，同条第5項でこの安全保障例外が審査不能（non-justiciability）である旨規定されている[95]。元の協定にそうした審査不能を表す規定が定められていない場合には，後に締約国間の合意により同様の効果を有する規定や解釈を別の文書で定めることも可能であろう[96]。こうした審査不能を表す明示の文言を置くことで，安全保障例外を援用する締約国は，その判断が誠実に行われたかど

---

[94] ブエノスアイレス議定書の正文はスペイン語とポルトガル語であり，（Investment Policy Hub “Intra-MERCOSUR Cooperation and Facilitation Investment Protocol (2017)” <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3772/intra-mercosur-cooperation-and-facilitation-investment-protocol-2017> ）），第 12 条に定められている安全保障例外の英語訳については，Mantilla Blanco & A. Pehl, *supra* note 23, p.66.

[95] MICECA 第 12・5 条第 1 項及び第 5 項は以下のとおり。

“Article 12.2 Security Exceptions

1. Nothing in this Agreement shall be construed:

(a) to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or

(b) to prevent a Party from taking any actions which it considers necessary for the protection of its essential security interests:

(i) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials or relating to the supply of services as carried on, directly or indirectly, for the purpose of supplying or provisioning a military establishment;

(ii) taken in time of war or other emergency in international relations;

(iii) relating to fissionable and fusionable materials or the materials from which they are derived; or

(iv) relating to protection of critical public infrastructure, including communications, power and water infrastructure from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructure;

© to prevent a Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

……

5. For purposes of Chapter 10 (Investment), this Article shall be interpreted in accordance with the understanding of the Parties on non-justiciability of security exceptions as set out in Annex 12-2 (Non-Justiciability of Security Exceptions).”

MALAYSIA’S FREE TRADE AGREEMENTS “BACKGROUND (Malaysia-India)” <https://fta.miti.gov.my/index.php/pages/view/malaysia-india?mid=44> .

[96] 例えば 2009 年バングラデシュ・インド投資促進保護協定第 12 条第 2 項には「非自己判断」的安全保障例外が規定されているが（“…, nothing in this Agreement precludes the host Contracting Party from taking action for the protection of its essential security interests or in circumstances of extreme emergency in accordance with its laws normally and reasonably applied on a non discriminatory basis.”），紛争解決手続からの除外規定は置かれていない（Investment Policy Hub “Bangladesh-India BIT”, （2009）”〈https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/371/bangladesh---india-bit-2009->）。その後，両締約国は 2017 年にこの BIT に関する共同解釈覚書を作成し，安全保障上の考慮に基づき締約国がとる決定は仲裁による審査は可能ではない旨（“Where the Contracting Party asserts as a defence that the measure alleged to be a breach of its obligations under this Agreement is for the protection of its “essential security interests” or in “circumstances of extreme emergency in accordance with its laws normally and reasonably applied on a non discriminatory basis” as set out in Article 12, any decision of such Contracting Party taken on such security considerations shall be nonjusticiable in that it shall not be open to any arbitral tribunal to review the merits of any such decision, even where the arbitral proceedings concern an assessment of any claim for damages and/or compensation, or an adjudication of any other issues referred to the tribunal.”）に合意した。DEPARTMENT OF ECONOMIC AFFAIRS “Bilateral Investment Treaties” <https://dea.gov.in/bipa?page=7> .

うかという点も含めて，仲裁による審査から完全に免れることになるのである[97]。

３．「安全保障上の重大な利益」の内容

仲裁などによる客観的な審査が事後的に行われるとしても，安全保障例外を援用して「自国の安全保障上の重大な利益」とは何かを決定するに際しては，援用国に広範な裁量が認められるという。しかし，この点は，安全保障例外がBITやEPAにおいてどのように規定されているかによってその制約が図られる可能性もある。

第一に，特にBITにおいて安全保障例外が一般的例外と同じ条項の中におかれ，両方の例外事由が並列的に規定されている場合，同条項の柱書に定める制約が一般的例外の事由と同様に安全保障例外の事由にもかかってくることにより，締約国が安全保障例外を援用して「自国の安全保障上の重大な利益」の内容やその保護のために必要な措置の内容を判断する際にそうした制約が内容を条件づけることになる。例えば，前述の日本・ウズベキスタン第17条では，その第1項柱書のただし書に「ただし，それらの措置を，他方の締約国に対する恣意的若しくは不当な差別の手段又は自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産に対する偽装した制限となるような態様で適用しないことを条件とする。」とあることから，これが，同項(d)「自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置」とその(i)及び(ii)の適用において制約要因として考慮されることになる。これは，一般的例外を第1項，安全保障例外を第2項に分けて規定した日本・ヨルダンBIT第17条のような(B)型BITの場合と比較すると明らかであろう。後者では，一般的例外を規定した同条第1項柱書にある同じ内容のただし書は，同条第2項の安全保障例外には適用されないのである。その実際上の考慮の度合いはともかく，少なくとも(A)型BITのような安全保障例外の規定振りの場合には，紛争を付託された仲裁がその柱書にある基準を用いて締約国の安全保障例外に基づく措置を審査する可能性があることは疑いないであろうし，審査基準も一般的例外の場合に用いられる基準と共通するおそれも生じうる。

第二に，BITがGATTのように安全保障例外と一般的例外を別個に規定することで，「自国の安全保障上の重大な利益」の範囲が狭くなり得ることも指摘しておく必要がある。「安全保障上の重大な利益」の意味内容については，安全保障例外条項を抱えるBITの多くがこの概念を含んではいるが，それ自体の定義を与えていないことから，例えばGATT第21条(b)の下では武力紛争など軍事的戦略的な状況との関連で考える立場がある一方[98]，アルゼンチン経済危機に関連した投資協定仲裁の判断では経済的危機もまた「安全保障上の重大な利益」

---

[97] A.Newcombe & L.Paradell, Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment (Wolters Kluwer, 2009), pp.494-495.

[98] A Reinisch, “Necessity in International Investment Arbitration – an Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases?” *Journal of World Investment and Trade*, Vol.7 (2007), p.209.

ととらえられているように[99]，文脈によっては広くも狭くも解釈され得る。しかし，アルゼンチン・米国BITは安全保障例外のみを規定していたためにそうした解釈の拡大を行わなければならなかったことを考慮すると，一般的な例外に関する条項が安全保障例外条項とは別に規定されていれば，安全保障例外を非軍事的な性格の状況にまで拡大する必要はないともいえる[100]。日本が締結したBITで安全保障例外を含んだものは同時に一般的例外を含んでいるものも多く，その場合には，相手国が「自国の安全保障上の重大な利益」を広く解釈してもそれに反論できる余地は残るであろう。

第三に，日本が締結したEPAは，そのほとんどが例外事由を限定列挙したGATT型の安全保障例外条項であり，その場合には，WTOの判例法上の解釈を他の経済関係協定の関連条項に応用できるかどうかという問題はあるものの，それ自体の規定の適用において自国の「安全保障上の重大な利益」の範囲を一定の枠にはめることができる。しかし，CPTPP協定や日米貿易協定のように，そうした制約を有さない米国型の安全保障例外条項の場合には，自国の「安全保障上の重大な利益」の範囲が不確定なものとなりうるおそれがある。しかも，BITよりも規律対象分野がより広範に及ぶEPAやFTAの場合には，安全保障例外を援用する国が自国の「安全保障上の重大な利益」と考える要因が多様となっても奇妙なことではなく，また，そうした利益を「保護すると認める」措置の範囲もまた多岐にわたることになる可能性があろう。例外的事態としては，軍事的側面が関わる狭い意味での安全保障ではなく，経済的な困難や公衆衛生，環境問題といった非経済的な政策目標との関係で生じることがある。したがって，安全保障例外における保護法益とは何かを明確にする作業を引き続き行う中で，経済関係における「安全保障」概念をあらためて構築する必要がある。

第四に，そうした自国の「安全保障上の重大な利益」の拡大は，例外事由を限定列挙するGATT型のEPAであっても，例外事由そのものを増やすことによっても実現されることがある。その一例は，日本・インドEPA第11条第3項が定めた「通信，電力及び水道の基盤を含む中枢的な公共基盤を使用不能にし，又は破壊する計画的な企てから当該公共基盤を防護するという自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める措置」である。こうした措置やこれに類する措置は，日本が締結した従来のBITやEPA・FTAでは安全保障例外事由として取り上げられてこなかったか，取り上げられても，安全保障例外事由ではなく一般的例外事由に数えられていたものである（日本・シンガポールEPA第4条第3項参照）。こうした国内社会の公共基盤が攻撃から保護されるべき「安全保障上の重大な利益」として認識されるように至ったのは，インターネット管理施設や原子力発電所など脆弱な公共基盤

[99] CMS Gas Transmission Company *v*. Argentina, para.359; LG&E Energy Corp., and LG&E International, Inc. *v*. Argentina, para.238; Sempra Energy International *v*. Argentina, para.374; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. *v*. Argentina, para.332; El Paso Energy International Co. *v*. Argentina, para.611.
[100] P.Ranjan, “Protecting Security Interests in International Investment Law”, in M.E.Footer, J.Schmidt, N.D.White & L.Davies-Bright (eds.), *Security and International Law* (Hart, 2016), pp.279-280.

や貴重なデータに対するテロやサイバー攻撃などへの対応が現代における安全保障上の喫緊の課題として登場してきた状況と不可分ではない[101]。その意味で，以上の問題を国内制度においてどのように取り扱うかは国際社会における「安全保障」概念の展開と密接な関連性を有するものということができよう[102]。

ただ，現代の様々な脅威に対応した「安全保障」概念の拡大傾向を踏まえ，各国とも「国家の安全保障（national security）」を広くとらえるようになると[103]，安全保障例外事由に該当する措置と一般的例外事由に該当する措置とが重なり合う部分が出てくるのではないかという疑問も生じうる。上記の中枢的な公共基盤を防護する措置が[104]，例えば「公の秩序（public order）」を維持する措置に含められないのかという問題はその一例である[105]。日本がこれまで締結した経済関係協定の多くには一般的例外条項が置かれており，そこには，GATS第14条(a)の規定に類似したかたちで，「公の秩序の維持のために必要な措置」が一般

---

101 「安全保障」は間主観的社会構成的な概念であることから，サイバーセキュリティなど国家や非国家的実体により引き起こされるものだけでなく，気候変動など人間と自然界との間の相互作用の拡散により生じる現象も含むように，いかなる事項も「安全保障化」されるという。その具体的な現象について，see, J.Benton Heath, “Trade and Security Among the Ruins”, *Duke Journal of Comparative & International Law,* Vol.30 (2020), pp.227-245.

102 国際投資法分野における各国での外資規制の制度と実際について，see, L.Knight & T.Voon, “The Evolution of National Security at the Interface Between Domestic and International Investment Law and Policy: The Role of China”, *Journal of World Investment & Trade,* Vol.21 (2020), pp.104-139.

103 J.Ma, *supra* note 92, p.907. ただし，安全保障例外条項が「国の安全保障（state security）」概念に依拠する限り，解釈としては，「自国の安全保障上の重大な利益（its essential security interests）」や「国家の安全保障（national security）」を拡大させて，「人間の安全保障（human security）」，「国際安全保障（international security）」，さらには「集団安全保障（collective security）」でさえこれを含めることは不可能であるとする見解として，see, T.Ishikawa, “Investment Screening on National Security Grounds and International Law: The Case of Japan”, *Journal of International and Comparative Law*, Vol.7 (2020), p.97.

104 米国の 2007 年外資・国家安全保障法によれば，中枢的基盤（critical infrastructure）は，「物理的か仮想的かを問わず，米国にとってきわめて重要なシステムや資産で，その無力化や破壊が国家の衰退につながるような国家の安全保障（national security）に大きな影響を与えることになるもの」と定義されており，中枢的基盤と国の安全とが密接な関係にあることがわかる。Foreign Investment and National Security Act of 2007, Sec.2.

105 WTO 協定において「公の秩序」概念が用いられているのは，GATS 第 14 条(a)と TRIPS 協定第 27 条第 2 項，そして政府調達協定第 23 条第 2 項(a)である。このうち，これまで WTO の紛争解決手続で「公の秩序」概念の解釈が行われたのは，米国－賭博サービスの越境供給に影響を与える措置事件で，パネルは，明確な定義は行わなかったものの，特に法，安全及び徳の基準を含む「公序と法に反映された社会の基本的利益の保全」に言及し，上級委員会もこれに異論を唱えなかった。World Trade Organization, “US – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Report of Panel, WT/DS285/R”, adopted 10 November 2004, paras.6.466-6.467. 投資法の分野では，アルゼンチン金融危機の際における各投資協定仲裁が，米国・アルゼンチン BIT 第 11 条に規定されている「公の秩序」を検討しているが，その内容は，軍事的無秩序状態や戦争状態から国内的騒乱状況，経済的混乱など多岐にわたる。Z.Prodromou, *The Public Order Exception in International Trade, Investment, Human Rights and Commercial Disputes* (Wolters Kluwer, 2020), p.75. 例外事由としての「公の秩序」の定義について，see, W.W.Burke-White & A.von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.48 (2008), pp.357-361.

的例外事由の一つとして挙げられている[106]。しかも通常は，「公の秩序の維持のために必要な措置」が援用される条件として，各協定において「社会のいずれかの基本的な利益に対し真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限り」という限定が濫用防止のために付され[107]，こうした条件もまた「公の秩序の維持のために必要な措置」が自国の安全保障上の重大な利益と連関しやすい環境を生じさせている。GATT型の限定列挙で安全保障例外事由に公共基盤への攻撃防護が含まれていないようなBITやEPAでは，この「公の秩序の維持のために必要な措置」が一般的例外として援用される余地がありうるかもしれない。あくまでも一例ではあるが，「国家の安全保障」や「安全保障」の内実を国境の内と外で切り分けることが困難な場合が生じている現代社会において，一部の安全保障例外事由と一般的例外事由は，「社会の基本的な利益」を介して相対化される可能性があるのである[108]。

Ⅴ　おわりに

日本は，第2次世界大戦後の国際貿易・経済レジームにおける活動では，多数国間の経済関係をより重視して，個別的な二国間の投資協定や経済連携協定などの交渉への取り組みが遅れたが，2000年以降，着実にBITや二国間EPAの締結について実績を積み重ねてきた。そして，これらBITやEPAにおいて導入された，本稿が扱う安全保障例外条項の特徴は以下のようにまとめることができる。

第一に，日本が締結したBIT及びEPAのほとんどには安全保障例外条項が挿入されており，特に2013年以降に締結したものについてはすべて同条項が取り入れられているということがある。安全保障例外条項は，それが規定される協定の趣旨・目的の実現と当該協定の締約国の安全保障上の権利の実現とのバランスの上に成立しているが，関係諸国による近年の「安全保障」概念への関心から，こうした経済関係協定に安全保障例外条項が規定される傾向があり，日本が締結する協定に安全保障例外条項が含まれるのも，それ自体は特別な状況というわけではない。

106　(A)型及び(B)型の BIT や日本・シンガポール EPA には明示的に，(C)型 BIT の一部，(D)型 BIT やほとんどの EPA では GATS 第 14 条などの規定が編入されて「公の秩序の維持のために必要な措置」が一般的例外事由の 1 つとされている。これに対して，(C)型 BIT のほとんどには「公の秩序」が明示されていない。投資協定一般については，「公の秩序」の維持は，共通の内容を有する安全保障例外条項に入れられたり，安全保障とそれより限定された範囲での公の福祉目的の双方が組み込まれたハイブリッドの規定にみられるという。L.Sabanogullari, *General Exception Clauses in International Investment Law. The Recalibration of Investment Agreements via WTO-Based Flexibilities* (Nomos, 2018), p.260.

107　例えば日本・クウェート BIT 第 17 条第 1 項(b)参照。See, J.W.Salacuse, *The Law of Investment Treaties, 3rd ed*. (O.U.P., 2021), p.473.

108　一般的例外事由に該当する公共政策上の例外が安全保障例外として性格づけられることで，その必要性要件が無効化されてしまうことに懸念を示す EU の見解について，see, *Russia – Measures concerning Traffic in Transit (DS512)*, Third Party Oral Statement by the European Union, Geneva, 25 January 2018, para.27 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156603.pdf>.

第二に，日本が締結したBIT及びEPA中の安全保障例外条項にはすべて，いわゆる「自己判断」的な文言が取り入れられ，協定締約国の「安全保障上の重大な利益」を保護するために必要な措置を当該締約国が自ら判断することができるようになっていることがある。安全保障例外条項の規定形式には，GATT型の例外事由を列挙する場合と，GATT第21条やGATS第14条の2の安全保障例外条項を協定中に，必要な変更を加えて取り入れる場合があるが，いずれにおいても「自己判断」的な性格が反映されていることには違いがない。これも，他の諸国が締結したBITやEPA・FTAにおいて「自己判断」的性格の安全保障例外条項が規定される最近の傾向と軌を一にしているが，日本が締結した経済関係協定の場合はその割合が非常に高いという点が特徴であろう。ただ，「自己判断」的とはいうものの，実際には第三者の紛争解決機関が設置されて同条項が紛争主題の一部になるのであれば，WTOでの事例を参考にする限り，当該機関による審査対象となる可能性が高く，その意味では「自己判断」的性格は，後の段階で第三者による審査に服することを予定された，あくまでも締約国による一義的な判断にすぎないということになろう[109]。

第三に，安全保障例外の濫用を回避するための規範的基準に不明確さを残すところが散見される点がある。安全保障例外と一般的例外を同じ条に定めるとともに，同じ柱書に定める制約要因でこれらを規律する形式（(B)型BIT）がその例である。最近のWTOのパネル判断により，一般的例外に適用される必要性や恣意性とは異なる審査基準が安全保障例外に適用される可能性が高いことを考慮すれば，このような形式は回避されるべきであろう。また，一部の協定において，例外事由を列挙するGATT型ではなく，抽象的な概念の解釈を一義的に締約国に判断させることを可能とする米国型の安全保障例外条項が採用されているが，おそらくは相手締約国との関係においてその政策として安全保障例外の濫用防止に注目し，従来抑制的に対応してきた安全保障例外への日本の姿勢が，今後どのようになるのかも注視していく必要がある。

安全保障例外は，協定上の義務を免れる法的根拠を提供するとはいえ，それ自体が「悪」というわけではない。協定の目標を実現するため，特にその中心的な義務を引き続き履行するため，協定締約国に対して例外的な状況における当該協定上の義務からの逸脱を認めるものである。それは，当該法システムの実効的な機能の遂行を維持することを目的として，国際貿易法・国際投資法などの分野に限らず，国際法システムに様々な分野で認められている法的手法でもある。問題は，そうした法システムの円滑な運営を果たすために，例外的な事情をどれだけ縮減し，なおかつ，その事情をいかに法の支配の下に置き続けるかということ

---

109 したがって，「自己判断」的性格が最終判断まで援用国の決定に依拠するという意味だとすると，例えばGATT第21条は「自己判断」的ではないという主張（M.Matsushita, Th.J.Schoenbaum, P.C.Mavroidis & M.Hahn, *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy (3rd Edition),*（O.U.P., 2015）, p.550.）も間違いではない。

にある。安全保障例外条項はレジーム全体の利益とそのレジームを構成する個々の構成員の権益との間のバランスの下に作用するのであり，そして，このバランスは，それぞれの時代における「安全保障」概念の推移により常に検証され続ける。重要なのは，このバランスの検証が，常に外に開かれたものでなければならないということであろう。日本が今後締結する経済関係協定の安全保障例外条項も，そうした視点に立った制度設計が望まれる。

（2022年3月31日脱稿。同年8月8日に修正，脚注のWebサイトは同日最終確認済み。）

第　４　章

日本・EU間の経済連携協定(EPA)と戦略的パートナーシップ協定(SPA)の発展
―環境・エネルギー事項を中心に―

一橋大学大学院教授
中　西　　優　美　子

Ⅰ　はじめに

日本とEUの関係にとって大きな意味を持っているのは，経済連携協定（Economic Partnership Agreement，以下，「EPA」という）と戦略的パートナーシップ協定（Strategic Partnership Agreement，以下，「SPA」という）である。2011年3月11日の東日本大地震を契機に，日本とEUのきずなを示すものとして，2011年5月28日に開催された日EU首脳会議でFTAとそれと並行して法的拘束力のある政治的な協定を結ぶことが同意された。2013年4月よりEPA及びSPAを交渉し，2018年7月17日にEPAとSPA協定に署名した。2019年2月1日に前者が発効し，SPAの大部分の規定の暫定的適用が開始された。日本エネルギー法研究所で報告したのは，署名直後の2018年7月20日であり，それから約4年，発効から3年半が過ぎた。この間，EPAやSPAに関する報告等の依頼があり，さまざまな形で公表してきたが[1]，その後，英国離脱（Brexit），コロナ禍，ロシアのウクライナ侵攻などが起こり，世界情勢が変化し，また，異常気象の頻発化など気候変動による影響が深刻化している中，日本EU間の関係にも変化がみられる。

また，1991年から日本EUサミットが年一回，ヨーロッパ又は日本で開催されている。法的拘束力のあるEPAの発効及びSPAの暫定適用開始されたことと相まって，日本EUが志を同じくする戦略的パートナーになってきていると捉えられる。2021年5月27日には，コロナのため，テレビ会議形式により第27回日EUサミットが開催され，菅首相（当時）が，欧州首脳理事会議長のMichelと欧州委員会委員長のVon der Leyenと会談を行った。その際には，共同声明に加えて，後述する日本グリーン・アライアンス（Green Alliance）文書[2]が公表された。また，2022年5月12日には，東京で第28回の日EU定期首脳協議が開催された。上述したMichel議長とVon der Leyen委員長が来日し，岸田首相と会談した。今回は，共同声明に加え

---

[1] Ex. Yumiko Nakanishi, “Climate Change and Environmental Issues in the Economic Partnership Agreement and the Strategic Partnership Agreement between the European Union and Japan”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, Vol. 48, (2020), pp. 9-21; idem, “Significance of the Strategic Partnership Agreement between the European Union and Japan in International Order”, in Yumiko Nakanishi and Olivia Tambou (eds.), *The EU-Japan Relations*, Collection Open Access Book, *Blogdroiteuropeen*, (December 2020), pp. 20-26; idem, “L'importance de l'accord de partenariat strategique UE-Japon dans l’ordre international”, *Revue de droit des affaires internationales=International Business Law Journal*, No. 5-6, (2020), pp. 785-794; idem, “The Economic Partnership Agreement and the Strategic Partnership Agreement between the European Union and Japan from a Legal Perspective”, in Berramdane Abdelkhaleq and Trochu Michel (dir.), *Union européenne et protection des investissements*, (Bruylant, 2021), pp. 175-193; 中西優美子「（巻頭言）日本・EU間の経済連携協定(EPA)と戦略的パートナーシップ協定(SPA)」『EU法研究 2018年 5号』（信山社，2018年）1-12頁；同「EUの民主主義における市民社会の参加―EUのFTAsを素材にして」『EU法研究 2019年 6号』（信山社，2019年）5-30頁；同「今後の国際秩序にとってのEU-日本関係」須網隆夫編『EUと新しい国際秩序』（日本評論社，2021年）326-347頁。

[2] 外務省Webサイト「我々の環境を保護し，気候変動を阻止するとともに，グリーン成長を実現するためのグリーン・アライアンスに向けて」（2021年5月27日），
https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100194619.pdf（最終閲覧日：2022年8月8日）。

て，日本EUデジタルパートナーシップ文書[3]が合意された。共同声明の冒頭で，EPA及びSPAに基づき，自由，人権の尊重，民主主義，法の支配，開かれた自由かつ公正な貿易，効果的な多国間主義及びルールに基づく国際秩序といった共通の利益及び共有された価値に基づいて，緊密で包括的なパートナーシップを再確認すると述べられており，両文書は，日本とEU関係を語る上での基礎となっている。

今回，報告書にまとめるに当たり，これらの変化を考慮にいれて，あらためてEPAとSPAの意義及び発展を環境及びエネルギーを中心としながら，明らかにしていきたいと考える。

Ⅱ　EPAとSPAの概説

１．EPA

日本とEUは，2013年4月より自由貿易協定（以下，「FTA」という）と拘束力のある，政治的原則を規定する協定の交渉を開始した。FTA締結は，EUと韓国のFTAにより輸出が影響を受ける日本企業が望んだものであった。他方，政治的諸原則を規定する協定の締結は，EU側が望んだものであった。これは，2009年のリスボン条約発効後のEU条約21条に基づく第三国に対する要請であった。しかし，2019年9月27日の欧州連結性（connectivity）フォーラムでの安倍総理（当時）基調講演の中では，EPAとSPAが日本とEUを未来に推し進める車の両輪であると述べられ，EPAとSPAの両方の重要性が強調された[4]。加えて，この数年の間に国際状況の変化があり，さらに，ロシアのウクライナ侵攻を受け，SPAの意義がますます重みを増している。

EPAは，知的財産，環境や労働者保護なども規定する，新世代（New Generation）のFTAと位置付けられており，同時にEUが求める価値，基準，原則などがEPAの中に含まれている。EPAは，前文，23章，複数の付属書から構成されている（1章「総則」，2章「物品の貿易」，3章「原産地規則及び原産地手続」，4章「税関に係る事項及び貿易円滑化」，5章「貿易上の救済」，6章「衛生植物検疫（SPS）措置」，7章「貿易の技術的障害（TBT）」，8章「サービス貿易・投資自由化・電子商取引」，9章「資本移動・移転」，10章「政府調達」，11章「反トラスト及び企業結合」，12章「補助金」，13章「国有企業」，14章「知的財産」，15章「コーポレート・ガバナンス」，16章「貿易と持続可能な開発」，17章「透明性」，18章「規制協力」，19章「農業協力」，20章「中小企業」，21章「紛争解決」，22章「制度的規則」，23章「最終規定」）[5]。既に，EPAは2019年2月1日に発効し，運用されている。

---

[3] 外務省Webサイト「（仮訳）　日ＥＵデジタルパートナーシップ」（2022年5月12日），https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100343686.pdf（最終閲覧日：2022年7月31日）。

[4] 首相官邸Webサイト「欧州連結性フォーラム　安倍総理基調講演」（2019年9月27日），https://www.kantei.go.jp/jp/98_abe/statement/2019/0927eforum.html（最終閲覧日：2022年8月8日）。

[5] 外務省Webサイト「日EU経済連携協定（和文テキスト）『経済上の連携に関する日本国と欧州連合との間の協定』」（2021年2月18日），https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/ie/page4_004215.html（最終閲覧

日本とEUは，EUオンリー協定の形で，EPAに署名した。EPA締結のための法的根拠条文は，EU運営条約91条，100条(2)及び207条となっている[6]。EU運営条約91条及び100条2項は，運輸分野の権限であり，他方EU運営条約207条は共通通商政策分野の権限である。日本とEUの双方が批准し，発効している。

2022年5月の日本EU首脳協議の共同文書では，EPAについて，以下のような趣旨が述べられた。①EPAの完全で効率的な実施は，コロナ禍において，EU と日本の間の二国間貿易の回復を支えること。②EPAにデータ，流通を含めるための交渉の開始について検討していくこと。③知的財産の文脈で28件の地理的表示(GI)の追加によるEPAのGIの表の二回目の拡大と，三回目の拡大に向けた進行中の作業を歓迎すること。④EPAにおける衛生植物検疫措置(SPS)のコミットメントの完全な実施に向けた作業を加速させる必要性を認識すること。⑤EPAにおける政府調達の規定の効果的な実施に関して更に協力していくこと。⑥早期の日EUハイレベル経済対話及び日EU産業政策対話に期待すること。日本EUグリーン・アライアンスの促進のための協力についても言及がなされた。

２．SPA

2009年12月1日発効のリスボン条約によりEU条約2条においてEUの諸価値（人間の尊厳，自由，民主主義，平等及び法の支配の尊重，人権の尊重等）が明示的に規定され，さらに，それらと重複する内容の対外関係における政治的諸原則がEU条約21条に規定された。21条1項2段では，「連合は，前段に定める諸原則を共有する第三国…との関係を発展させ，連携を構築することを目指す」と定められている。この条文を受け，これまでは政治的な諸原則は，発展途上国等EUからの援助を必要とする国に対してEUがコンディショナリティとして用いてきたが，発展途上国を含め，EUとFTAを締結する国に対して並行してSPA等の政治的な内容を含む協定の交渉及び締結を要請するようになった[7]。

SPAの第一の特徴は，単なる共同宣言に終わらず，法的拘束力のある協定になっていることである。「協力する」，「努める」，「奨励する」，「調整する」等，非常にソフトな義務となっているが，条文では，「shall」が用いられ，義務付けられている。また，SPAの位置付けとして，重要と考えられる条文が，SPA1条1項(b)である。それによると，「(b) 両締約者間の協力並びに国際機関及び地域機関並びに国際的な場及び地域的な場における協力を促進する

日：2022年8月9日）に日本語と英語の正文で条文がアップされている。；日本語はEUの公用語ではないが，EPAでは日本が当事者であるため，日本語も正文となる。

[6] European Commission, on the conclusion of the Economic Partnership Agreement between the European Union and Japan, Brussels, 18.4.2018 COM(2018) 192 final ANNEX 5.

[7] 中西優美子「EU対外政策における政治原則の発展―EU諸条約の諸改正をてがかりに―」安江則子編『EUとグローバル・ガバナンス　国際秩序形成におけるヨーロッパ的価値』（法律文化社，2013年）69-100頁。

ための長期的な法的基礎を提供すること。」（下線部筆者による）と定められている。気候変動問題が喫緊の課題となり，ウクライナ侵攻が発生するなか，包括的な協力の法的基盤が日EU間に存在することの意義は大きい。

また，SPAは，日本EUの関係を「志を同じくする世界的なパートナー（‘like-minded global partners’（英語），‘partenaires mondiaux animés par des préoccupations semblables’（フランス語），‘gleichsgesinnte globale Partner’（ドイツ語））」と特徴づけ，あらゆる事項及び場面で協力を促進していくことを目的としている。特に前文にある，「志を同じくする世界的なパートナー」として，「公正なかつ安定した国際秩序を構築する」ことについての「共通の責任及び約束を意識」しという文言に表れている。また，諸価値が日EU双方において共有されている。SPAの前文において，「戦略的パートナーシップとしての長期的で深い協力の基礎となる共通の価値及び原則，特に，民主主義，法の支配，人権及び基本的自由についての約束を再確認」し，と述べられている。また，SPA1条「目的及び一般原則」の1項(d)は，「共通の価値及び原則（特に，民主主義，法の支配，人権及び基本的自由）の促進に共同で貢献すること」を目的とすると定めている。さらに，「民主主義，法の支配，人権及び基本的自由」と題されるSPA2条は，「1.両締約者は，両締約者の内外の政策を支える民主主義，法の支配，人権及び基本的自由という共通の価値及び原則を引き続き擁護する。…2.両締約国は，国際的な場において１に規定する共通の価値及び原則を促進する(shall promote such shared values and principles in international fora)。両締約者は，適当の場合には，これらの共通の価値及び原則の促進及び実現に当たり，第三国と共に又は第三国において行うことを含め，協力し，及び調整する。」（下線は筆者による）と規定する。

SPAで第三に特徴的なものとして挙げられるのが，国際組織又は国際的な場における協力が強調されていることである。SPAの前文では，「政治的，経済的及び文化的なきずなを強化することにより並びに協定により，両締約者間の全般的なパートナーシップを包括的に強化することを決意し」，また，「あらゆるレベルで協議を強化すること，あらゆる共通の関心事項について共同行動をとること等により，協力を促進し，及び協力全体の整合性を維持する」と述べられている。このことは，SPA1条1項(a)と(b)において，目的として，以下のように規定されている。

「(a) 共通の関心事項…に関する政治的な協力及び分野別の協力並びに共同行動を促進することにより，両締約国間の全般的なパートナーシップを強化すること。

(b) 両締約者間の協力並びに国際機関及び地域機関並びに国際的な場及び地域的な場における協力を促進するための長期的な法的基礎を提供すること。」（下線は筆者による）

具体的には，国際的な場での立場の調整が挙げられる。例えば，SPA10条「国際的及び地域的な協力並びに国際連合の改革」では，両締約者は，「意見の交換を行い，強力を促進し，及び，適当な場合には立場を調整するように努める(shall endeavour)」と規定されている。

EUの対外行動にあっては，EUが一つの声となって発言することでEUの発言力を強化しようとしている。ここでは，それに類似するような行動，つまり日本とEUが一つの声となって発言するように努めるべきという行動が規定されている。

SPAは，EPAに比べて条文数が少なく，前文及び51か条から構成されている（1条「目的及び一般原則」，2条「民主主義，法の支配，人権及び基本的自由」，3条「平和及び安全の促進」，4条「危機管理」，5条「大量破壊兵器」，6条「小型武器及び軽兵器を含む通常兵器」，7条「国際的な関心事項である重大な犯罪及び国際刑事裁判所」，8条「テロリズム対策」，9条「化学剤，生物剤，放射性物質及び核についてのリスクの軽減」，10条「国際的及び地域的な協力並びに国際連合の改革」，11条「開発に関する政策」，12条「防災及び人道的活動」，13条「経済及び金融に関する政策」，14条「科学，技術及びイノベーション」，15条「運輸」，16条「宇宙空間」，17条「産業協力」，18条「税関」，19条「租税」，20条「観光」，21条「情報社会」，22条「消費者に関する政策」，23条「環境」，24条「気候変動」，25条「都市に関する政策」，26条「エネルギー」，27条「農業」，28条「漁業」，29条「海洋問題」，30条「雇用及び社会問題」，31条「保健」，32条「司法協力」，33条「腐敗行為及び組織犯罪との戦い」，34条「資金洗浄及びテロリズムに対する資金供与との戦い」，35条「不正な薬物との戦い」，36条「サイバーに係る問題に関する協力」，37条「乗客予約記録」，38条「移住」，39条「個人情報の保護」，40条「教育，青少年及びスポーツ」，41条「文化」，42条「合同委員会」，43条「紛争解決」，44条「雑則」，45条「両締約者の定義」，46条「情報の開示」，47条「効力発生及び効力発生までの間の適用」，48条「終了」，49条「連合への将来の加盟」，50条「適用領域」，51条「正文」）[8]。

平和及び安全保障に関しては，SPAの前文において，「世界の平和，安定及び繁栄並びに人間の安全保障を実現することについての共通の責任及び約束を意識」しと，述べられており，また，続けて「大量破壊兵器の拡散，テロリズム…等の国際社会が直面しなければならない主要な地球的規模の課題に対処するために緊密に協力すること」，さらに，「重大な犯罪が処罰されずに済まされてはならないこと」を決意しと，述べられている。これらは，3条「平和及び安全の促進」，4条「危機管理」，5条「大量破壊兵器」，6条「小型武器及び軽兵器を含む通常兵器」，7条「国際的な関心事項である重大な犯罪及び国際刑事裁判所」，8条「テロリズム対策」，9条「化学剤，生物剤，放射性物質及び核についてのリスク軽減」，33条「腐敗行為及び組織犯罪との戦い」，34条「資金洗浄及びテロリズムに対する資金供与との戦い」，35条「不正な薬物との戦い」，36条「サイバーに係る問題に関する協力」，37条「乗客予約記録」により具体的に規定されている。　　SPAは，EUとEU構成国，他方日本という混合協定の形で署名された。SPA締結のための法的根拠条文（legal basis）は，EU条約37条及び

[8] 外務省Webサイト「日EU戦略的パートナーシップ協定（SPA）」（2022年4月14日），https://www.mofa.go.jp/mofaj/erp/ep/page22_002086.html（最終閲覧日：2022年8月1日）。

EU運営条約212条1項である[9]。EU条約37条は，共通外交及び安全保障政策分野における条約締結のための条文であり，他方EU運営条約212条1項は，第三国との経済的，財政的及び技術的協力のための法的根拠条文である。混合協定となっているため，EUのみならず，すべての構成国による批准が必要である。そのため，発効ではなく，暫定的適用がなされている。これらの条文のうち，3条，4条及び5条2項はすでに暫定適用がなされている（SPA47条2項）。

SPAは正式には発効していないものの，SPA47条2項により2019年2月1日からその安全保障を除く，大部分の条文が暫定適用されている。SPA42条は，日本とEUの代表者から構成される合同委員会を設置することを定めている。同条4項では，合同委員会の通常年一回の会合が規定されている。2019年3月25日に，東京で第一回の合同委員会会合が開催された[10]。第一回会合においては，持続可能な連結性及び質の高いインフラ並びに地球規模の課題についての協議が行われた。また，プライバシー及びデータ・セキュリティ等のデジタル経済に関係する課題における協力を強化していくことが決定された。なお決定は，コンセンサス方式により行われる（SPA42条3項）。さらに，SPA42条5項に基づき，合同委員会の手続規則が採択された。さらに，2020年1月31日に，ブリュッセルにおいて，第二回合同委員会が開催された[11]。会合では，2019年9月にブリュッセルで日本とEUにより署名された「持続可能な連結性及び質の高いインフラに関する日本EUパートナーシップ」文書[12]に基づく協力を中心として，SPAの履行状況と今後の課題について協議が行われた。また，2021年2月26日には，第三回合同委員会がコロナ禍のためオンラインで開催された[13]。同会合では，日本EUは，新型コロナ問題での協力，持続可能な連結性及び質の高いインフラ，気候変動及び他の環境問題等の地球規模課題並びに安全保障政策について協力することで一致した。日EU首脳協議が開催される一か月前，2022年4月13日には，合同委員会の非公式会合が開催された。会合では，ウクライナ侵攻への対応，後述する日EUグリーン・アライアンスの実施状況，日EU連結性パートナーシップに基づく協力，デジタル分野の協力などにつき協議がなされた[14]。こ

---

[9] European Commission, EU actions to improve environmental compliance and governance, Brussels, 18.1.2018 COM(2018) 10 final.

[10] 外務省Webサイト「日EU戦略的パートナーシップ協定（SPA）第1回合同委員会の開催」（2019年3月25日），https://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/press6_000571.html（最終閲覧日：2022年8月1日）。

[11] 外務省Webサイト「日EU戦略的パートナーシップ協定（SPA）第2回合同委員会の開催」（2020年2月4日），https://www.mofa.go.jp/mofaj/erp/ep/page22_003418.html（最終閲覧日：2022年8月1日）。

[12] 2019年9月27日に，「持続可能な連結性及び質の高いインフラに関する日・EUパートナーシップ」文書に日EU間で署名がなされた。文書については，外務省Webサイト「持続可能な連結性及び質の高いインフラに関する日 EU パートナーシップ（仮訳）」（掲載日不明），https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000521612.pdf（最終閲覧日：8月8日）。

[13] 外務省Web「日EU戦略的パートナーシップ協定（SPA）第3回合同委員会の開催」（2021年3月1日），https://www.mofa.go.jp/mofaj/erp/ep/page4_005276.html（最終閲覧日：2022年8月1日）。

[14] 外務省Webサイト「日EU戦略的パートナーシップ協定（SPA）合同委員会非公式会合の開催」（2022年4月14日），https://www.mofa.go.jp/mofaj/erp/ep/page4_005563.html（最終閲覧日：2022年8月1日）。

のようにSPAに基づく合同委員会が定期的に開催され，着実に法的基盤に基づく関係が構築されてきている。

３．EPAとSPAのリンク

EPAは，FTAであり，SPAは安全保障を含めた包括的な協力協定であり，目的，構成，仕組等が異なっているが，両者において，環境に関する規定など，一部内容が重複しているものがある。例えば，EPAの生物多様性（16.6条），森林（16.7条），漁業資源（16.8条）は，SPAの23条「環境」1項の(b)及び(e)並びにSPA27条，28条及び29条と関連している。また，EPA16.4条は，多数国間環境条約の重要性を強調するとともに，その4項では，国連気候変動枠組条約の目的達成の重要性が確認されている。同項では，日本とEUが，同条約及びパリ協定を効果的に実施する義務を確認し，その目的に対して協力することが規定されている。これは，SPA24条「気候変動」と内容的にリンクしている。

EUは，FTAとSPA又はPartnership and Cooperation Agreement（PCA）をセットで締結する戦略をとってきており，SPAの違反がFTAの適用の停止につながるような仕組みになっている[15]。しかし，日本EUのEPAとSPAでは，両者の協定にリンクは設定されていない。EPAには，SPAへの言及規定がなく，また，SPAにはEPAへの言及規定がない。SPA43条4項は，「両締約者は，それぞれこの協定に基づく協力の基礎をなす第2条1項及び第5条1項に規定する義務の特に深刻かつ重大な違反が，平和及び安全を脅かし，かつ，国際的な影響を及ぼす例外的な重大性及び性質により，特に緊急を要する事案として取り扱われることを認識する。」と定める。同条約6項は，「特に緊急を要する事案について閣僚レベルで相互に受入れ可能な解決に達しなかった場合には，5に規定する要請を行った締約者は，国際法に従ってこの協定の規定を停止することを決定することができる。…」と定める。つまり，EPAの終了ではなく，SPAの停止を規定している。

Ⅲ　EPAと環境

１．EPAにおける環境保護

EPAは，FTAの一種であり，関税の引き下げや撤廃を中心とした自由貿易を目的とする。しかし，EUFTAは，貿易と環境の両立が求められるなか，貿易の文脈で環境保護に言及され，一つの特別な章がおかれている。日本EUのEPAの中には，「貿易と持続可能な開発（sustainable development）」のための章（第16章）がおかれている。EUにおいては，「持続可能な開発」が鍵概念となっている。同概念は，EU条約の前文，目的規定（EU条約3条5項），対外関係における目的規定（EU条約21条2項(f)）及び環境統合原則（principle of

[15] Yumiko Nakanishi, “Political Principles in Article 21 TEU and Constitutionalism”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, Vol. 42. (2014), pp.11-23.

Environmental Integration）（EU運営条約11条）[16]においても定められている。特に環境統合原則から共通通商政策においても環境保護が考慮に入れられなければならないことが引き出される[17]。

持続可能な開発の章（16章）は，16.1条～16.19条の19か条から構成されている（16.1条「文脈及び目的」，16.2条「規制を行う権利及び保護の水準」，16.3条「労働に関する国際的な基準及び条約」，16.4条「環境に関する多数国間協定」，16.5条「持続可能な開発に資する貿易及び投資」，16.6条「生物の多様性」，16.7条「持続可能な森林経営並びに木材及び木材製品の貿易」，16.8条「漁業資源の貿易及び持続可能な利用並びに持続可能な養殖」，16.9条「科学的情報」，16.10条「透明性」，16.11条「持続可能性に対する影響の検討」，16.12条「協力」，16.13条「貿易及び持続可能な開発に関する専門委員会」，16.14条「連絡部局（contact points）」，16.15条「国内の諮問機関（domestic advisory group）」，16.16条「市民社会との共同対話」，16.17条「政府間協議」，16.18条「専門家パネル」，16.19条「見直し」）。労働が含まれているのは，EUにおける持続可能な開発の概念が三つの要素（経済，社会及び環境保護）を含んでいることによる。

２．EPAと気候変動

第六次環境行動計画以降，優先事項として気候変動が挙げられており，リスボン条約による改正によって，EU運営条約191条1項の目的には，「特に気候変動と闘う措置の促進」が追加された。2013年に採択された第七次環境行動計画は，「我々の地球の限界の中でよく生きる」と題され，九つの目標が挙げられている。そこでは，競争的な低炭素社会への移行や気候政策への投資等など気候変動対策に結び付くものが列挙された。EUと日本のEPA交渉においても気候変動が重要な事項であったと捉えられる。

日本EU間のEPAが，EUFTAの中で最初に国連気候変動枠組条約の締約国会議において2015年12月12日に合意されたパリ協定に明示的に言及したFTAとなる。EPAの中には，気候変動につきいくつかの条文において規定されている。気候変動が中心的に規定されているのが「環境に関する多数国間協定」と題される16.4条の4項である。同項は，以下のように規定している。

---

[16] 環境統合原則とは，環境保護が環境政策以外のEUの政策においても配慮されなければならないという原則を意味する。中西優美子「第3章　EUにおける環境統合原則」庄司克宏編『EU環境法』（慶應義塾大学出版会，2009年）115-150頁。例えば，ESG投資開示規則（2019/2088）及びEUタクソノミー規則（2020/852）は，環境保護に寄与するものであるが，環境政策の法的根拠条文，EU運営条約192条ではなく，域内市場政策にかかわる法的根拠条文，EU運営条約114条を法的根拠条文としている。

[17] 裁判所意見2/15において，環境統合原則に従い，FTAの中に環境保護が含まれていたとしても，環境政策の法的根拠条文を必要とされないと判示されている。Opinion 2/15, Opinion of the Court (Full Court), (16 May 2017), ECLI:EU:C:2017:376, para. 146; 中西優美子「EUとシンガポール間の自由貿易協定（FTA）に関するEUの権限」国際商事法務Vol. 45, No. 9 （2017年）1348-1354頁参照。

「両締約国は，気候変動という緊急の脅威に対処するために千九百九十二年五月九日にニューヨークで作成された気候変動に関する国際連合枠組条約（以下，「気候変動枠組条約」という）の究極的な目的を達成することの重要性及びこの目的のために貿易が果たす役割を認識する。両締約国は，気候変動枠組条約及び二千十五年十二月十二日にパリで気候変動枠組条約の締約国会議によってその第二十一回会合において作成されたパリ協定を効果的に実施することについての自国の約束を再確認する。両締約国は，温室効果ガスについて低排出型であり，及び気候に対して強靱である発展への移行に対する貿易の積極的な貢献を促進するために協力する。両締約国は，気候変動枠組条約の究極的な目的及びパリ協定の目的を達成することに向けて気候変動に対処するための行動をとるために協働することを約束する。」

EUと日本は，国連気候変動枠組及びパリ協定を実施する義務を確認するだけではなく，それらの目的を達成するために共通の措置を執ることを相互に義務付けている。さらに，16.5条では，気候変動の緩和に特に関連する物品及びサービス（持続可能かつ再生可能なエネルギー並びにエネルギー効率の高い物品及びサービスに関連するもの等）の貿易及び投資を円滑にするよう努めることが規定されている。16.12条の(h)において，両者の協力として，「国際的な気候変動に関する制度の貿易に関連する側面について協力すること（炭素の排出が少ない技術，気候に悪影響を与えない他の技術及びエネルギー効率を促進する手段について協力することを含む。）」が挙げられている。

３．規制を行う権利(right to regulate)（16.2条）

規制を行う権利とは，持続可能な開発の政策及び優先事項を決定し，国(EU)内の環境及び労働者保護のレベルを設定し，関連する法規を採択したり改正したりする権利を意味する。これは，ヨーロッパのNGOなどが，EUが第三国とFTAを締結することによって高水準の保護基準が下げられることを危惧し，そのような権利の保障を求め，条文として明文化されたものである。EPAにおいて，EU及び日本がそのような権利を有することが確認され，また，双方が高水準の環境と労働者保護を保障するように努めることが規定されている。

規制を行う権利は，最初の新世代の協定とされるEUと韓国のFTAにも規定がある（13.3条）。その他，EUとベトナム，EUとシンガポール，EUとカナダとのFTAにもそれぞれ条文が設けられている。

なお，比較のために，逆方向，つまり環境基準を引き下げないように求める規定として，日本とコートジボワール間の投資協定[18]を挙げておく。「健康，安全及び環境に関する措置並びに労働基準」と題される，同協定20条は，環境や労働保護のレベルの引き下げ禁止を以下

[18] 日本とコートジボワールは，2020年1月13日に投資協定に署名した。外務省「投資の相互促進及び相互保護に関する日本国政府とコートジボワール共和国政府との間の協定」，https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000556984.pdf（最終閲覧日：2022年8月1日）。

のように規定している。

「一方の締約国は，健康，安全若しくは環境に関する自国の措置の緩和又は自国の労働基準の引下げを通じて他方の締約国及び第三国の投資家による投資を奨励することが適当でないことを認める。一方の締約国は，自国の領域における他方の締約国及び第三国の投資家による投資財産の設立，取得又は拡張を奨励する手段としてそのような措置又は基準の適用の免除その他の逸脱措置を行うべきではない。」

４．市民社会の参加

EPAにおいては，市民社会の参加が組み込まれている。関連する条文は，透明性の確保（16.10条），国内諮問機関（16.15条），市民社会との共同対話（16.16条），紛争解決制度における市民社会の参加（16.19条(6)）などである。**(1) 国内諮問機関との協議及び市民社会**

EUのFTAsには，国内諮問機関との協議及び市民社会との対話が規定されており，EUと日本間のEPAでは，関連条文は，以下のようになっている。16.15条（国内の諮問機関）「1.各締約国は，自国の法令及び慣行に従い，自国の新設又は既存の一又は二以上の国内の諮問機関であって，この章の規定に関連する経済，社会及び環境に関する問題についてのものの会合を招集し，並びに当該一又は二以上の国内の諮問機関と協議する。2.各締約国は，1に規定する一又は二以上の国内の諮問機関において，経済，社会及び環境に関する独立した利害関係者（使用者団体及び労働者団体並びに環境に関する団体を含む。）が均衡のとれた形で代表されることを確保する責任を負う。3.各締約国の1に規定する一又は二以上の国内の諮問機関は，自己の発意によって会合し，この章の規定の実施に関する自己の意見を自国から独立して表明し，及び当該意見を自国に提出することができる。」。また，16.16条（市民社会との共同対話）「1.両締約国は，この章の規定に関する対話を行うため，両締約国の領域内に所在する市民社会の組織（前条に規定する国内の諮問機関の構成員を含む。）との共同対話を招集する。2.両締約国は，共同対話において，関連する利害関係者（経済，環境及び社会に関する利益を代表する独立した組織並びに適当な場合には他の関連する組織を含む。）が均衡のとれた形で代表されることを促進する。3.共同対話は，この協定の効力発生の日の後一年以内に招集される。その後は，共同対話は，両締約国が別段の合意をする場合を除くほか，定期的に招集される。両締約国は，共同対話の第一回会合の前に共同対話の運営について合意する。共同対話への参加は，両締約国が合意する適当な通信手段によって行うことができる。4.両締約国は，共同対話に対し，この章の規定の実施に関する情報を提供する。共同対話の見解及び意見は，専門委員会に提出され，及び公に入手可能なものとされることができる。」。

16.15条1項により日本とEU双方は，国内諮問機関（DAGs, Domestic Advisory Group）と協議することが義務付けられている。また，16.15条3項によりDAGsは，国からの要請のある場

合のみならず，自己の発意によって会合し，自国から独立して意見表明することができ，それを自国に提出することができると規定されている。また，16.16条は，市民社会との共同対話が規定されているが，日本とEUは，市民社会組織との共同対話を行うことが義務付けられている。この義務の履行を徹底するために，16.16条3項では，EPA協定発効の日の後一年以内と期限が設定されており，両者は，2020年2月1日までに第一回の共同対話を実施することがあらかじめ義務付けられている（16.16条3項）。さらに，この対話が定期的に実施されなければならないことも義務付けられている（16.16条3項）。日本とEUは，共同対話に対し，持続可能な開発章の実施に関する情報を提供しなければならない。共同対話の見解及び意見は，専門委員会（貿易と持続可能な開発（TSD）委員会）に提出され，入手可能なものとされることができる（16.16条4項）。

第一回の会合は，16.16条3項に定められる期限の前日であった2020年1月31日に開催された。その一年後，2021年1月29日に第二回目の「市民社会との共同対話」がテレビ会議形式で開催され，日EU双方の政府及び民間の関係者約100人が参加し，開発，環境，労働といったテーマについて意見交換を行った。また，2022年1月27日に，第三回会合が開催された[19]。すなわち，EPAの規定に従い，市民社会との共同対話が定期的に開催されている。**(2) 紛争解決**

16章には，EPAの21章に規定される一般的紛争解決制度とは異なり，特別の紛争解決制度が設定されている。政府間協議（16.17条）と専門家パネル（16.18条）の二段階の制度となっている。持続可能な開発章の規定の解釈及び適用に関して見解の相違がある場合に，この章の制度が利用されることになる。

政府間協議の過程においては，両締約国の特別の要請により，ILO及び他の関連する国際機関若しくは国際的な団体又は他の専門家からの助言を求めることができる。政府間協議を通じて解決が得られない場合には，貿易及び持続可能な開発に関する専門委員会が締約国の要請により迅速に招集される。それでも満足すべき解決に至らない場合には，専門家パネルの段階に進むことになる。

専門家パネルは，三人の専門家からなる（16.18条(4)）。専門家は，当該章の規定が取り扱う問題に関する適切な技術的又は法的知見を有する者でなければならない。専門家パネルは，両締約国に対し，中間報告書及び最終報告書（事実認定，関連する条の規定の解釈又は適用可能性並びに認定及び提案の基本的な理由を示したもの）を送付することになっている（16.18条(5)）。最終報告書は，公に入手可能なものとされる。両締約国は，専門家パネルの

[19] 外務省Webサイト「日EU・EPA貿易及び持続可能な開発章に基づく市民社会との共同対話第3回会合の開催（結果）」（2022年8月15日），https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/ie/page22_003802.html（最終閲覧日：2022年8月16日）；第１回の会合結果を含む，参考資料も外務省のサイトにおいて入手可能である。

最終報告書及びその提案を考慮しつつ，問題となっている事項を解決するための行動又は措置を討議する（16.18条(6)）。

国内諮問機関(domestic advisory group)に紛争に関する専門家パネルの最終報告書提出後，事後の行動又は措置を締約国は通報しなければならず，また，諮問機関及び市民社会との共同対話は，専門委員会に対して事後の行動又は措置に関する自己の見解を提出することができるという意味で間接的に紛争解決制度に組み込まれていると捉えられる（16.18条(6)）。

日本とEUの間では，まだこの紛争解決手続は用いられていないが，日本より先にEUとFTAを締結していた韓国とEU間では，労働者保護に関する韓国側の違反があるとして，専門家パネルが設定された。専門家パネルは，2021年1月21日に報告書を公表した[20]。

Ⅳ　SPAと環境・エネルギー

EPAは，その16章「貿易と持続可能な開発」において環境保護を規定している。EPAでは，環境保護は，貿易と投資の文脈で定められている。他方，SPAでは，貿易と投資とは離れ，国際的な場における環境保護分野の国際協力が強調されている。SPAは，包括な事項が規定されているが，SPA23条「環境」，24条「気候変動」，25条「都市に関する政策」，27条「農業」，28条「漁業」，29条「海洋問題」において環境について定められている。環境保護分野での日本とEUの協力は非常に重要であり，SPAの条文においてもそれが確認される。

SPA23条「環境」では，「1.両締約者は，環境に関する政策及び規制について，意見，情報及び最良の慣行の交換を促進するものとし，例えば次の分野における協力を促進する。(a)資源の効率的な利用，(b)生物の多様性，(c)持続可能な消費及び生産，(d)環境の保護を支援するための技術，物品及びサービス，(e)森林の保全及び持続可能な森林経営，(f)関連する政策対話に基づいて決定する他の分野。2.両締約者は，両締約者に適用可能な関連する国際協定及び国際文書による枠組み並びに国際的な場において協力を促進するように努める。」と定められている。

気候変動については，SPAの前文において，「気候変動」に言及されているだけではなく，「気候変動」と題されるSPA24条が存在する。そこでは，特にパリ協定の実施に当たり及び多数国間の法的枠組みを強化するため，日本EUが協力することを定めているが，他の条文と比較して，条文内容が細かく具体的である。同条2項では，以下のように定められている。「両締約者は，また，持続可能な開発を促進するため，気候変動の分野における例えば次の相互の関心事項について情報及び最良の慣行の交換並びに適当な場合には政策の調整を促進することにより，協力を追求する。

---

[20] European Commission, “Panel of experts confirms the Republic of Korea is in breach of labour commitments under our trade agreement*”, (25 January 2021),
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_203.

(a) 炭素の排出が少ない技術の研究及び開発，市場に基づく仕組み，短寿命の気候汚染物質の削減等の種々の措置による気候変動の緩和
(b) 気候変動の悪影響への適応
(c) 第三国に対する援助」

さらに，SPA17条「産業協力」においても「両締約者は，例えば，イノベーション，気候変動，エネルギー効率性，標準化及び企業の社会的責任の分野…におけるそれぞれの産業に関する政策について意見及び裁量の慣行の交換を促進する」（下線部筆者）とし，「気候変動」への言及が見られる。

また，EPAでは言及がなされていない「エネルギー」がSPAの中では規定されている。SPA26条は，「エネルギー」と題され，「両締約者は，エネルギーの分野（エネルギー安全保障，エネルギーに関する世界的な取引及び投資，世界的なエネルギー市場の機能，エネルギー効率，エネルギーに関連する技術等）において，協力並びに適当な場合には国際機関及び国際的な場における緊密な調整を促進するよう努める。」と規定している。

Ⅴ　エネルギー及び環境分野における日EUの協力の強化

１．持続可能な連結性及び質の高いインフラに関する日EUパートナーシップ文書

2019年9月27日，ブリュッセルで開催された欧州連結性フォーラムで安倍首相（当時）は演説しただけではなく，欧州委員会のジャン＝クロード・ユンカー委員長（当時）とともに，「持続可能な連結性及び質の高いインフラに関する日EUパートナーシップ文書」と題する文書に署名した[21]。同文書の中には，水素及び燃料電池，電力市場の規制並びに液化天然ガスの世界市場といった分野において引き続き協力し，エネルギー対話に基づく持続可能なエネルギーの連結性を進めるということも盛り込まれている。さらに，同文書には，低炭素エネルギーシステムへの転換を促進するため，地域的及びグローバルなエネルギー市場及びエネルギー・イノベーションを強化する観点から，持続可能なエネルギー・インフラへの投資について議論を深めるとされている。

２．日EUグリーン・アライアンス

EPAの発効後，2019年12月にVon der Leyenが欧州委員会委員長に就任した。発足後すぐに，欧州委員会は欧州グリーンディール[22]を公表し，さらに，2021年7月には，欧州グリーンディ

[21] 外務省・前掲注(12)。
[22] European Commission, The European Green Deal, Brussels, 11.12.2019 COM(2019) 640 final, :蓮見雄「欧州のエネルギー・環境政策の俯瞰―欧州グリーンディールの射程（前編）（後編）」石油・天然ガスレビュー55巻2号（2021年）1-24頁，55巻3号（2021年）25-62頁。

ールを確実にするための，「Fit For 55：気候中立へのEUの2030年目標」文書が公表された[23]。また，EPAの発効後，2019年11月にESG投資開示規則[24]，2020年6月にEUタクソノミー規則[25]が採択された。さらに，立法措置として，2021年6月に欧州気候法律が採択され，発効した[26]。加えて，2022年4月に第八次環境行動計画が欧州議会と理事会の決定の形で採択された[27]。2050年の気候中立に向けて，さまざまな文書が公表され，措置が採択されてきている。加えて，ウクライナへのロシアの侵攻を受け，エネルギー供給不足問題が生じたが，2022年5月，REPowerEU計画の中で，欧州委員会は石油や石炭に依存するのではなく，グリーン移行を早めることでロシアの化石燃料への依存から脱却する道を示した[28]。

日本において，2020年10月，菅首相（当時）が2050年までの気候中立を目指すことを国会で宣言した。また，地球温暖化対策の推進に関する法律（温対法）の改正法が2021年5月に採択され，2022年4月から施行された。改正法では，温室効果ガスの排出量を2050年までに実質ゼロとする目標が定められ，2050年までに脱炭素社会を実現することが基本理念として規定された。さらに，2022年5月に温対法が改正され，脱炭素支援機構の創設が盛り込まれた。加えて，2022年6月，岸田首相が「新しい資本主義」の実行計画を公表し，そのなかでグリーン・トランスフォーメーション（Green transformation, GX）の重要性を強調した。政府は，150兆円のGX経済移行債を実現していくことを考えている。経産省は，GXリーグ構想を打ち出して，開始している。

このようにEPA発効からEUと日本の双方は，気候変動対策を重要視し，気候中立を目指して措置をとってきている。そのようななかで，日本とEUは，2021年5月27日に開催された定期首脳会談において，菅首相（当時）とMichel欧州首脳理事会議長及びVon der Leyen欧州委員会委員長とコロナのためテレビ会議方式で会談した。そこで，「日本EUグリーン・アライアンス」[29]の立ち上げに合意がなされた。両者は，2050年までの気候中立を目指していることを確認して，エネルギー移行における協力，環境保護，ビジネス分野における協力，研究と開発，持続可能な金融，第三国のグリーン移行の促進，気候行動分野における国際的な

---

[23] European Commission, Fit for 55: delivering the EU's 2030 Climate Target on the way to climate neutrality, Brussels, 14.7.2021 COM(2021)550 final; 中西優美子「欧州グリーン・ディールの次世代の若者」e-教壇議論百出,GFJ（2021年7月31日），http://www.gfj.jp/cgi/m-bbs/index.php?no=4540（最終閲覧日：2022年8月2日）。

[24] Regulation 2019/2088, on sustainability-related disclosures in the financial services sector, *Official Journal of the EU* (9 December 2019) L317/1.

[25] Regulation 2020/852, on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088, *Official Journal of the EU* (22 June 2020) L198/13.

[26] Regulation 2021/1119, establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999 ("European Climate Law"), *Official Journal of the EU* (9 July 2021) L243/1.

[27] Decision 2022/591, on a General Union Environment Action Programme to 2030, *Official Journal of the EU* (12 April 2022) L114/22.

[28] European Commission, REPowerEU Plan, Brussels, 18.5.2022 COM(2022)230 final.

[29] 外務省・前掲注(2)

コミットメントなど多岐にわたる事項が述べられている。協力の優先分野として，エネルギー移行における協力と環境保護が挙げられている。エネルギーにかかわるさまざまな事項につき情報交換を行い，環境保護の分野では，政策対話と協力を深化させ，デザイン，基準，製品情報等で協働することを目指すとされている。EPA及びSPAで合意されたものがより具体的な形で示されていると捉えることができる。

Ⅵ　おわりに代えて

日本エネルギー法研究所で報告したときは，EPAとSPAの署名が終わった段階で，発効していなかった。その後，EPAは発効し，SPAの暫定適用が開始された。発効するまでは分からなかった実行（特に市民社会との対話）も明らかになった。当時は，日EUの関係に法的拘束力のある協定が重要であると想像できたものの，どれほどの効果をもたらすものかは不明であった。日EU定期首脳会談は，EPA・SPAの締結以前から開催されていたが，EPAの発効及びSPAの暫定適用開始後の同会談はより具体的でかつ実質的なものとなっていると捉えられる。気候中立やウクライナ侵攻によるエネルギー問題が顕現する中，日EUの環境・エネルギー分野の協力は，特にESG投資や技術革新の分野においてより重要になっていくと考えられる。

第　５　章

ガス事業の自由化とEU競争法

名古屋大学大学院教授
林　　秀　弥

Ⅰ　はじめに：ガス事業全面自由化

我が国においては，2016年4月から電力の自由化が一般家庭にも拡大され，その1年後となる2017年4月から，今度はガスの自由化（厳密には「家庭向けの都市ガスの自由化」）が始まった。既に工場向けなどの都市ガスは自由化されているため，これをもって都市ガスの全面自由化が行われたことになった。また，2015年6月成立の改正ガス事業法において，上記に加えて，大手都市ガス会社（東京ガス，大阪ガス及び東邦ガスの3社）を対象に，ガス導管について2022年4月を目途に分社化することを義務付けている。実際，家庭向けの都市ガス事業への参入も活発に行われているようである。

都市ガスの全面自由化前は，一般ガス事業者（例えば上記の都市ガス会社）は許可制であり，基地部門，導管部門及び小売部門は垂直統合されていた。一部，大口需要家向けのガス供給については既に自由化されていたが，新規参入者がLNG基地から大口需要家へガスを届けるには，一般ガス事業者の導管設備を利用して託送してもらうほかなかった。それが全面自由化後は，部門ごとに一般ガス事業は切り離され，基地部門のガス製造事業は届出制へ，ガス小売事業は全需要家に対して登録制へと規制緩和され，一般ガス導管事業のみ許可制が維持された。これにより，ガス事業分野全体における競争が活発化することが期待されるが，今後は，既存ガス会社による新規参入阻害等の反競争行為が生じないよう，公正取引委員会（公取委）による独占禁止法の厳正な運用がますます重要となる。

都市ガスの全面自由化後は，導管事業は規制料金（託送料金）制度とされる一方で，小売事業の料金規制は自由化され，ガス小売事業者は需要家に積極的に営業活動を行い，小売契約を締結するための競争が激しくなった。ガス小売事業者は，①既存都市ガス顧客の獲得すなわち他小売事業者からのスイッチングと，②新規需要家の都市ガス採用（新築住宅，他燃料住宅）という両面から競争を仕掛けることとなったが，小売事業者が①に注力し，コストのかかる②を行うことを躊躇した結果，新規の都市ガス顧客が増えないという弊害も指摘されている。また，導管事業者は導管を延伸し，供給区域を拡張するのが役割であるが，導管を敷設しても需要が増えないため，新たな導管敷設が停滞するという自由化後の弊害も指摘されるところである。

ところで，EUにおいては，我が国よりも早くからガス事業の自由化が進行しており，それに伴ってガス事業分野における競争法の適用事例も少なからず存在している。EUと我が国を比較した場合，天然ガスの供給構造やパイプライン等の設置状況などの点で，市場はかなり異なっているものの，ガス事業自由化のプロセスや自由化後において競争法の役割が重要となっていることについては同様であろう[1]。そこで，本稿では，EU競争法によるガス事業分野における競争法の適用について具体的事例（主に市場支配的地位の濫用事例）を紹介

[1] 細田孝一「EUにおけるガス事業の自由化と競争法」神奈川大学法学部50周年記念論文集（2016年）692頁。

することにより，我が国におけるガス事業自由化への示唆を得たい。

Ⅱ　EUにおけるガス自由化前史

１．自由化以前

EUにおけるガスの自由化は1990年代から徐々に実施されてきた。その目的は，EUの消費者全体にガス購入先の選択権を与え，新規参入者に新たなビジネス機会を提供し，更に，域内での国境を越えたガス取引を可能にすることによって，収益の効率性の達成，競争的価格の提供，それと同時に供給の安全性と安定性を確保することにある。

自由化以前，上流は生産事業を行っている一社又は数社の国有企業によって支配され，下流は配送・小売事業を担う数社の都市ガス事業者によって独占されていた。大規模な国有ガス会社は，最終顧客に供給する都市ガス会社に販売していた。国有ガス会社から直接購入できる顧客は，特定の産業顧客のみであった。加盟国のガス市場を規制する法は主として国内法であり，EU法及び競争規則が適用された事例がいくつかあったものの，基本的には各国の国内ガス市場はEC条約86条（現EU運営条約102条）の適用除外となっていた[2]。

２．ガス市場指令

ガス市場の自由化の転換点となったのは，1998年に採択された第一次ガス市場指令（Directive 98/30/EC）である。第一次ガス市場指令は，欧州ガス市場の改革を意図した包括的なパッケージとなっており，これには，競争的なガス市場の創設のために国家独占を廃止する方針やインフラ部門の規制の再構築によって競争を生み出すためのメカニズムが含まれていた。しかし，この指令は，多くの政治的妥協が含まれていたこともあり，必ずしも十分な効果を上げることができなかった。次いで，2003年に第二次ガス市場指令（Directive 2003/55/EC）が発効したが，その後も欧州ガス市場の自由化は必ずしも十分に進展しなかった。このため，2007年9月，ガス市場の改革を更に進める手段として第三次エネルギー・パッケージが提案された。このパッケージの最終形態が，2009年に採択された第三次ガス市場指令（Directive 2009/73/EC）である[3]。

Ⅲ　第三次ガス市場指令の内容

本指令は全56条からなる。以下，概要をかいつまんで紹介する。

１条　適用範囲

---

[2] 細田・前掲注(1)693頁。

[3] なお，2021 年 12 月，欧州委員会は，欧州グリーン・ディールの一環として，水素・脱炭素ガス市場パッケージと呼ばれる EU 指令及び規則の改正案を公表したが，その改正案はガス市場の脱炭素化の実現に目的を設定しており，本稿の関心とは異なるため，詳しく言及しない。

本指令は，天然ガスの「輸送」（transmission，電力にいう「送電」に相当），「配送」（distribution，電力にいう「配電」に相当），供給及び貯蔵（supply and storage）に関する共通のルールを定める。液態天然ガス（LNG）以外のいわゆるバイオマスガスにも適用される。

２条　定義

(1)「天然ガス事業者（natural gas undertaking）」とは，LNGを含む天然ガスの生産，輸送，配送，供給，購入又は貯蔵のうちの少なくとも一つを営む自然人又は法人をいう。

(2)「上流パイプラインネットワーク（upstream pipeline network）」とは，ガス生産プロジェクトの一環として建設及び／又は運営されるパイプラインのネットワークをいい，かつ，天然ガスをそのようなパイプラインからガス工場又はガスターミナル（港湾設備等）に輸送するためのパイプラインのネットワークをもいう。

(3)「輸送（transmission）」とは，上流のパイプラインネットワークを除く，主に広域的な高圧ガスパイプラインネットワークを通じた天然ガスの運搬（transport）をいう。ただし，「輸送」の概念には，(7)の「供給」は含まれない。

(4)「輸送システム事業者（transmission system operator）」（以下，TSOという）とは，輸送機能を果たし，当該地域における輸送システムの運用，メンテナンスの確保，輸送システムの開発及びほかのシステムとの相互接続（interconnection）を担う自然人又は法人をいう。

(5)「配送（distribution）」とは，地域的（local or regional）なパイプラインネットワークを通じた天然ガスの運搬をいう。「輸送」と同様に，(7)の供給は含まれない。

(6)「配送システム事業者（distribution system operator）」とは，配送機能を果たし，当該地域における配送システムの運用，メンテナンスの確保，配送システムの開発及びほかのシステムとの相互接続を担う自然人又は法人をいう。

(7)「供給（supply）」とは，LNGを含む天然ガスの顧客への販売（再販を含む）をいう。

(8)「供給事業者（supply undertaking）」とは，供給機能を果たす自然人又は法人をいう。

(9)「貯蔵施設（storage facility）」とは，天然ガスの貯蔵に使用され，天然ガス事業者によって所有及び／又は運営される施設をいい，生産施設或いはTSO施設はこれに含まれない。

(10)「貯蔵システム運営者（storage system operator）」とは，貯蔵施設の管理運用を担当する自然人又は法人をいう。

(11)「LNG施設（LNG facility）」とは，天然ガスの液化又はLNGの再ガス化等に使用されるターミナル施設をいう。

(12)「LNGシステム運営者（LNG system operator）」とは，LNG施設を管理又は運用する自然人又は法人をいう。

(13)「システム（system）」とは，天然ガス事業者によって保有及び／又は運用されている輸送ネットワーク，配送ネットワーク，LNG施設及び貯蔵施設をいい，輸送，配送及びLNGへ

のアクセスの提供に必要な付随サービス等を供給するラインパックとその関連施設を含む。
(14)「付随サービス(ancillary services)」とは，ガスの負荷分散，不活性ガスの混合及び注入等に関する業務をいう。
(15)「ラインパック(linepack)」とは，ガス輸送及び配送システムにおける圧縮形態によるガスの貯蔵をいう。
(16)「相互接続システム(interconnected system)」とは，相互に連結された複数のシステムをいう。
(17)「インターコネクター(interconnector)」: 略
(18)「直接ライン(direct line)」: 略
(19)「統合型天然ガス事業者(integrated natural gas undertaking)」とは，垂直又は水平に統合された事業者をいう。
(20)「垂直統合型事業者(vertically integrated undertaking)」とは，輸送，配送又は貯蔵の機能と，生産又は供給の機能が垂直的に統合された事業者をいう。
(21)「水平統合型事業者(horizontally integrated undertaking)」とは，天然ガスの生産，輸送，配送，供給又は貯蔵事業と，ガス以外の事業（例えば電力）を兼営している企業をいう。
(22)「関連事業者(related undertaking)」: 略
(23)「システムユーザー(system user)」: 略
(24)「顧客(customer)」とは，天然ガスの卸売顧客，最終顧客又は天然ガスを購入する天然ガス事業者をいう。
(25)「一般家庭顧客(household customer)」とは，家庭で消費するために天然ガスを購入する顧客をいう。
(26)「非家庭顧客(non-household customer)」とは，非家庭用のため天然ガスを購入する顧客をいう。
(27)「最終顧客」: 略
(28)「適格顧客(eligible customer)」: 略
(29)「卸売顧客(wholesale customer)」: 略
(30)「長期計画(long-term planning)」とは，天然ガスの需給の多様化及び顧客への供給確保の観点から，長期的に天然ガス事業の供給及び輸送能力を計画することをいう。
(31)「新興市場(emergent market)」とは，自由化10年未満の加盟国をいう。
(32)「セキュリティ(security)」とは，天然ガスのエネルギー安全保障(security)と技術的な安全性(safety)の両方をいう。
(33)「新しいインフラ(new infrastructure)」とは，2003年8月4日までに未だ完了していないインフラをいう。
(34)「ガス供給契約(gas supply contract)」とは，天然ガスの供給契約をいう。

(35)「ガスデリバティブ(gas derivative)」とは，ガスの先物取引をいう。
(36)「コントロール(control)」とは，契約や株式（議決権）保有によって相手方事業に決定的な影響を及ぼす可能性を与えることをいう。特に，
a)所有権若しくは事業の資産の全部又は一部の使用権。
b)事業者の機関構成（取締役会等の構成）に決定的な影響を与え得るほどの議決権又は契約の存在。

3条　公共サービス義務と顧客保護

加盟国は，天然ガス事業者に，エネルギー安全保障及び環境保護（エネルギー効率，再生可能エネルギーの義務付け及び地球温暖化防止措置を含む）に関連する公共サービス義務(public service obligations)を賦課することができる。このような義務は，明確かつ透明で無差別かつ検証可能であり，EU域内における加盟国内外の天然ガス事業者によるアクセスの平等を保証するものでなければならない（2項)。

加盟国は最終顧客を保護するための適切な措置を採用し，特に，脆弱な(vulnerable)顧客を保護するための十分な制度的措置があることを保証しなければならない（3項)。

各加盟国はエネルギー行動計画及び脆弱な顧客への必要なガス供給を確保するための社会保障給付の提供等について適切な措置を講じなければならない（4項)。加盟国はガスネットワークに接続されている全ての顧客が供給者からガスの供給を受ける権利があることを保証しなければならない（5項)。

加盟国は，(a)顧客が供給者を変更したい場合には，3週間以内に実現しなければならない。(b)顧客が関連する全ての消費データを入手する権利を有することを確保しなければならない（6項)。

加盟国は，環境保護の目的を達成するために適切な措置を採用しなければならない。これには気候変動対策が含まれる（7項)。

エネルギー効率を促進するために，加盟国又は加盟国の規制機関は，スマートグリッドの導入など，ガスの使用を最適化するための取組みを天然ガス事業者に推奨しなければならない（8項)。

加盟国は，苦情処理及び裁判外紛争解決(ADR)の効率的な取り扱いを確保するために，エネルギーオンブズマン又は適格消費者団体など，独立した紛争処理の仕組みが確保されることを保証しなければならない（9項)。

4条　許認可手続き

加盟国が許認可(authorization)制度を有する場合，加盟国は，天然ガス施設の建設及び／又は運用のための許認可申請又は天然ガス供給のための許認可申請に当たって客観的かつ非

差別的基準を定めて審査すべきである。また，当該非差別的基準及び手続は，公表されなければならない（2項）。

5条　供給の安全保障

加盟国は，供給保障について監視が行われるようにしなければならない。

監視の対象は，特に，国内市場における需要と供給のバランス，将来需要と入手可能な供給量のレベル，計画中又は建設中の追加容量，ネットワークの保守の質とレベル，ピーク需要や不足時の対応として複数の供給者との間で設けた対策などを含む。

6条　地域的結束

天然ガスの域内市場の供給確保のため，加盟国は地域間及び二国間の結束（利害一致）促進のために相互に協力しなければならない（1項）。

7条　地域協力の推進

加盟国及び規制機関は，各地域の国内市場を統合するため，その第一ステップとして完全自由化市場創設に向け相互に協力しなければならない。特に，地域レベルでのTSOの協力を促進し，法的，技術的に一貫した枠組みを作り，共同体域内のガスの孤島を作り出している孤立システムの統合を促進しなければならない（1項）。

8条　技術規則

規制機関又は加盟国は，技術的安全基準を規定し，LNG施設，貯蔵施設，輸送，配送システム，直接ラインとの接続に関する最低限の技術設計及び運用要件を示す技術規則を策定し公開するようにしなければならない。この技術規則はシステムの相互運用性（interoperability）を保証し，客観的かつ非差別的なものでなければならない（1項）。

9条　輸送システムとTSOの分離（所有権分離）

2012年3月3日から，輸送システムを所有する各事業体は，TSOとして輸送設備及びシステム運用を法的に分離しなければならない。同一人物及び団体は，直接又は間接的に，生産又は供給の機能のいずれかの事業をコントロールすると同時に，TSOをコントロールすることはできない（1項）。TSOが垂直統合型事業者の一部門である場合，所有がグループのほかの活動から法的に分離されなければならない。

10条　TSOの指定と認証

輸送システムを保有し，認証手続に従って前条の要件を遵守していることを規制機関によ

って認定された事業者は，加盟国がTSOとして承認し，指定するものとする。TSOの指定は，欧州委員会に通知され，EU官報に掲載されなければならない（2項）。

11条　第三国に関する認証

第三国（1か国に限らない）の者の管理下にある輸送システムの所有者又はTSOが認証を要請した場合，規制機関はこれを欧州委員会に通知しなければならない。また，輸送システム又はTSOが第三国（1か国に限らない）の者によって支配されることにつながる何らかの事態は発生した場合には，これについても規制機関は速やかに欧州委員会に通知しなければならない（1項）。

12条　貯蔵システム事業者及びLNGシステム事業者の指定

各加盟国は，効率性及び経済収支を考慮した上で，貯蔵システム事業者及びLNGシステム事業者を指定しなければならない。

13条　TSO，貯蔵システム事業者及び／又はLNGシステム事業者の業務

各輸送，貯蔵及び／又はLNGシステム事業者は，(a)安全，信頼，効率性の高い条件で輸送，貯蔵及び／又はLNG施設を運営，維持，開発し，環境に配慮した市場開放を確保し，供給義務を果たすための適切な手段を確保しなければならない。(b)システムユーザー間の差別をしてはならない。(c)相互接続されたシステムにおいて天然ガスの輸送と貯蔵が確実に行われるように，任意のほかのTSO，貯蔵システム運営者，LNGシステム運営者，及び／又は配送システム事業者に十分な情報を提供しなければならない。加えて，(d)各輸送，貯蔵及び／又はLNGシステム運営者は，システムユーザーに，システムへの効率的なアクセスに必要な情報を提供しなければならない（1項）。

各TSOは，ガスの供給セキュリティを考慮し，経済的に合理的かつ技術的に可能な全ての需要に対応する，欧州の輸送インフラを統合するための十分な国境を越える能力を構築しなければならない（2項）。

14条　ISO(Independent system operators)機能分離

輸送システムが垂直統合型事業者に属している場合，加盟国は9条1項を適用しないことを決定し，代わりに輸送システム所有者からの提案に応じてISOを指定することができる（筆者注：すなわち，TSOかISOかは選択制）。その指定は欧州委員会の承認を必要とする（1項）。

各ISOは，アクセス料金及び混雑課金の徴収を含む第三者のアクセスを確保し，輸送システムを運営，維持及び開発し，投資計画を通じて合理的な需要を満たすためにシステムの長期的な能力を確保するという責任を負わなければならない。輸送システムを開発する場合，

ISOは，新しいインフラの計画（認可手順を含む）及び建設の責任を負わなければならない。この目的のために，ISOは本指令に従ってTSOとして行動しなければならない。輸送システムの所有者は，第三者アクセスの許可，管理及び投資計画の責任を負わない（4項）。ISOが指定される場合，輸送システムの所有者はその業務の遂行のために，ISOに関連する全ての協力と支援（全ての関連情報を含む）を提供しなければならない（5項）。

15条　輸送システムの所有者と貯蔵システム運営者の分離

ISOが指定された場合の輸送システム所有者が貯蔵システム運営者と同一の垂直統合型事業者に属している場合，輸送システム所有者と貯蔵システム運営者は，法的，組織的及び意思決定において互いに独立していなければならない（1項）。

16条　TSOと輸送システム所有者の守秘義務

略。

17条　TSOの資産，機器，人員に関する要件

略。

18条　TSOの独立性（Independent System Operatorとしての要件）

TSOは，輸送システムを運営，メンテナンス又は開発するため必要な資産に関して，垂直統合型事業者とは独立した意思決定権を有すべきである（1項）。

生産又は供給の機能を有する垂直統合型事業者の子会社は，TSOの株式を直接的又は間接的に保有してはならない。TSOは，当該子会社から配当その他の経済的利益も受けてはならない（3項）。垂直統合型事業者は，TSOの日常的な活動及びネットワークの管理に関連して，TSOの競争行動を直接的又は間接的に決定してはならない（4項）。

19条　TSOの職員及び経営者の独立性

TSOのマネジメントに係る職員及び承認権限者は中立的な者でなければならない。

20条　監査機関（supervisory body）

TSOの株主の資産価値に重大な影響を及ぼすおそれがある事項について，TSOに設置する監査機関はその事項に関する決定をする権限を有する（1項）。

21条　コンプライアンスプログラム及びコンプライアンスオフィサー

加盟国は，TSOが，差別的行為を排除するために採用する措置を定めるコンプライアンス

プログラムを策定して実施することを確保しなければならない。また，そのプログラムの遵守が適切に監視されていることを確保しなければならない。コンプライアンスプログラムは，従業員がこの目標を達成するために具体的な義務を定めなければならない。そして，それは規制機関の認可を受けなければならない。プログラムの遵守は，コンプライアンスオフィサーによって独立して監視されなければならない（1項)。コンプライアンスオフィサーは，TSOの監査機関が任命する。監査機関は，コンプライアンスオフィサーを任命したときは，規制機関の事後の承認を得なければならない（2項)。

22条　ネットワーク開発と投資決定権限

TSOは，関連する全てのステークホルダーに相談した後，既存及び予測の需要と供給に基づいて，10か年ネットワーク開発計画を規制機関に提出しなければならない（1項)。

規制機関は，10か年ネットワーク開発計画の実施状況を監視し評価しなければならない（6項)。

23条　貯蔵施設，LNG再ガス化施設及び産業顧客の輸送システムへの接続に関する意思決定権限

TSOは貯蔵施設，LNG施設及び産業顧客（industrial customer）の公平なシステムへの接続に関して，透明かつ効率的な手続き及び料金体系を策定し，公開しなければならない（1項)。

24条　配送システム事業者の指定

各国は，効率性及び経済収支を考慮した上で，配送システム事業者を指定しなければならない。

25条　配送システム系統事業者の業務

配送システム事業者は，高セキュリティで信頼性のある効率的な配送設備の運用，維持及び開発を行わなければならない（1項)。

26条　配送システム事業者の分離

配送システム事業者は垂直統合型事業者に属している場合，その垂直統合型事業者からは少なくとも法的に分離されていなければならない（1項)。

27条　配送システム事業者の守秘義務

配送システム事業者は機微情報に関する守秘義務を遵守しなければならない（1項)。

28条　閉鎖的な配送システム

加盟国は技術的な観点，又は安全性の観点から必要な場合，閉鎖的な配送システムを認めることができる（1項)。

29条　複合事業者

26条の規定は輸送システム，LNGシステム，貯蔵システム及び配送システムを複合的に運営することを禁止するものではない。

30条 会計へのアクセス権

加盟国又は加盟国の指定する機関は，機能を遂行するため必要な場合には，天然ガス事業者の会計情報にアクセスする権利を有するようにしなければならない（1項)。

31条　会計の分離

天然ガス事業者による輸送，LNG，貯蔵及び配送の事業活動は会計上分離されていなければならない（3項)。

32条　第三者アクセス（third-party access，以下「TPA」という）

加盟国は，全ての適格顧客に公開・適用される料金体系に基づき，システムユーザーに対し公平に適用される輸送・配送システム及びLNG施設へのTPAのシステムの実装を確保しなければならない（1項)。TSOは，国境を越える輸送を含め，その機能を遂行するため必要な場合には，ほかのTSOのネットワークにアクセスする権利を有するものとする（2項)。本指令の規定により，EU競争法に従う限りにおいて，長期契約の締結を阻止されることはない(3項)。

※ネットワーク支配による搾取を防止し，かつ投資インセンティブを与えるために，規則(Regulation (EC) No 715/2009)13条は，ネットワークへのアクセスの料金体系は，①透明であり，②システムの統一とその改善の必要性を考慮し，③コストが効率的で構造的に比較できるネットワーク運営者のコストに対応する限りにおいて，その発生する現実のコストを反映し，④投資に対する適正なリターンを可能とし，⑤規制機関のベンチマークを考慮したものでなければならないとしている。加えて，顧客の需要を非差別的に扱わなければならない。この規定の中心的考えは，規制料金又はそれの計算に用いる方法は，効率的なガス取引と競争を創出するものでなければならないというものである。更に，料金の仕組みは，ネットワーク利用者間の相互補助を回避することに寄与し，投資インセンティブを与え，輸送ネットワークの間の相互運用性を維持し，創設するべきであるということである。システムの機能

を支持するために必要な投資は料金に含むことが認められなければならない。

33条　貯蔵施設へのアクセス

ガス貯蔵施設及びラインパックへのTPAについては，加盟国は交渉型TPA及び規制型TPAのどちらかを選択することができるものとする。この手続は，客観的で透明かつ非差別的な基準に沿って行われなければならない（1項）。

交渉型TPAの場合，加盟国又は加盟国が指定する規制機関は，システムへの効率的なアクセスの提供及びほかの付随サービスへのアクセスのため技術的及び／又は経済的に必要な場合には，貯蔵施設及びラインパックへのアクセスを天然ガス事業者と適格顧客が交渉できるように，必要な措置をとらなければならない。当事者は，貯蔵，ラインパック及びその他の付随サービスへのアクセスを誠実に交渉する義務を負わなければならない（3項）。

規制型TPAの場合，加盟国又は加盟国が指定する規制機関は，システムへの効率的なアクセスの提供及びほかの付随サービスへのアクセスのために，貯蔵施設及びラインパックの利用に関する公開料金体系並びにその他の条件及び義務に基づいて，貯蔵施設及びラインパックへのアクセス権を天然ガス事業者と適格顧客に認めなければならない。加盟国又は加盟国が指定する規制機関は，当該料金体系又は料金の算定方法を制定する際に，システムユーザーと協議しなければならない（4項）。

34条　上流パイプラインネットワークへのアクセス

加盟国は，天然ガス事業者及び適格顧客がその所在地にかかわらず上流のパイプラインネットワークにアクセスする権利を有することに必要な対策を取らなければならない（1項）。

35条　アクセス拒否

天然ガス事業者はキャパシティ不足の場合，システムへのアクセスにより公共サービス義務の履行ができなくなるおそれがある場合又は深刻な経済的・財政的困難がある場合に限り，アクセスの拒否を行うことができる（1項）。

36条　新しいインフラ（社会基盤）

主要な新しいインフラ，すなわちインターコネクター，LNG施設又は貯蔵施設は，要求に基づき，一定の期間，以下の条件の下で，TPAに関する規定の適用を除外することができる。

(a) 投資がガス供給における競争を生み出し，供給の安定性を強化するものであること

(b) 投資に伴うリスクのレベルが，適用除外が付与されない場合には，当該投資が起こらないほどのものであること

(c) 新しいインフラは少なくとも法的形態において，そのインフラが組み込まれるシステ

ムを所有するシステム運営者から独立している自然人又は法人によって所有されるものであること

(d)料金が当該インフラのユーザーに課されるものであること

(e)適用除外が，競争，国内天然ガス市場の効果的な機能又はインフラが接続される規制されたシステムの効率的な運用を阻害しないものであること（1項）

37条　市場の開放と相互関係

加盟国は，適格顧客に対して市場の開放を行わなければならない（1項)。

38条　ダイレクトライン

加盟国は天然ガス事業者が供給エリア内に適格顧客に対してダイレクトラインによって供給すること，及びこのような適格顧客がダイレクトラインによって天然ガス事業者から供給されることに必要な対策を取らなければならない（1項)。

39条　規制機関の指定と独立性

加盟国は規制機関の独立性を保証し，公平かつ透明な権限行使を確保するものとする（4項)。

40条　規制機関の一般的目的

本指令によって定められる規制業務を遂行するに当たり，規制機関は競争当局を含むほかの関係する機関と密接に協議を行い，彼らの権限に影響を及ぼすことなく，所掌事務と権限の範囲内で以下の目的（略）を追求する全ての合理的な手段を講じるものとする。

41条　規制機関の所掌事**務と権限**

規制機関は，次に掲げる事務をつかさどる：

輸送，配送料金の決定又は承認

TSO，配送システム事業者及びシステム所有者のコンプライアンスの確保

国境を越える問題に関する他国規制機関及び欧州の規制当局との協力

全ての関連する法的拘束力を有する決定への合致及び実施

年度報告書の作成

輸送，配送，貯蔵，LNG及び供給に関する事業活動間の相互補助の防止

TSOの投資計画のモニタリングなど（1項）

規制機関は以下の権限を有する：

天然ガス事業者に対する法的拘束力のある決定の採択

ガス市場の機能性に関する調査の実施

天然ガス事業者に対する情報要求

紛争処理に関する調査の実施及び見解の提示など（4項）

42条　国境を越える問題に関する監督体制

規制機関は本指令によって定められる業務を遂行するために，他国の規制機関と互いに密に連携を図らなければならない（1項）。

43条 指針への準拠

規制機関は，欧州委員会の定める各種ガイドラインを遵守しなければならない。

44条 記録

加盟国は，供給事業者に対し，卸売顧客，TSO，貯蔵及びLNG事業者との取引を定めるガス供給契約及びガスデリバティブに係る関連データを記録し，これを公的機関が業務を遂行するために使用可能な状態で少なくとも5年間保存することを命じなければならない（1項）。

45条　小売市場

機能的かつ透明な小売市場の確立のために，加盟国はTSO，配送システム事業者，供給事業者及び顧客の各役割と責任を示さしなければならない。

46条～56条　略

Ⅳ　若干の事例紹介

RWE社による支配的地位の濫用事件 (COMP/B-1/39.402)[4]

1. 事案の概要

本件は，RWEによるドイツのガス市場，特にガス輸送市場に対する反競争的行動に関係するものである。

欧州委員会は2008年10月15日に発表した予備的評価において，RWEがそのネットワーク領域内のドイツのガス輸送市場において支配的な地位を占めているという暫定的な結論を表明した。予備的評価では，RWEが第三者へのガス輸送サービスの提供を拒否し，ガス供給において，RWEの下流部門の競合他社の利益を低下させること（マージン・スクイーズ）を目的とした行動によりRWEが支配的地位を濫用したとして，EU運営条約102条に違反するおそれ

[4] TPA拒否の事例について，Case COMP / 39.315, ENI,OJ 2010, C 352 / 8，Case AT.39849, BEH Gas, Commission decision of 17/12/2018等もある。

があると認定した。

2. 当事者

RWEはドイツの電力会社であり，主に電気とガスの生産と供給の領域で事業活動を行っている。RWEはガスの垂直統合型事業者であり，その事業がガスの生産，輸入，輸送及び貯蔵並びに下流のガス配送において一気通貫に展開されている。ドイツのガス市場におけるRWEの事業は，伝統的にノルトライン＝ヴェストファーレン州を中心に行われてきた。現在では，RWEは国際的に展開している。2007年，RWEの売上高は約425億700万ユーロであった。

3. 予備的評価

2008年10月15日，欧州委員会は，RWEが，ガス輸送市場における支配的地位を濫用して，下流販売市場において競争者及び競争を抑制し，消費者に損害を与えたとの予備的評価を行った。

3.1 関連市場

3.1.1 関連商品市場

予備的評価では，欧州委員会はガスの販売（供給）の市場をガス輸送サービスなどのインフラ関連市場と区別してそれぞれ画定した。

ガス輸送市場においては，ガス配送市場と区別し（両市場の競争条件が大きく異なるため），ガス輸送市場を画定した。

ガス供給市場では，卸売業者への販売市場と最終顧客へのそれを区別した。

3.1.2 関連する地理的市場

ドイツ（におけるグリッドワイド（供給網））市場。

3.1.3関連市場におけるRWEの支配的地位

ガス輸送市場に関しては，RWEの供給網に接続されたほとんど全ての顧客にとって，ほかのパイプラインとの新しい接続を構築する経済的実行可能性はなく，彼らのガス輸送の需要を満たすための唯一の選択肢はRWEのみである。建設コストが高いこと等により潜在的に競合するほかのTSOの参入障壁が高いため，RWEの輸送事業が自社のネットワーク地域で有する市場支配的地位は揺るぎないものとなっている。

下流のガス供給市場に関しては，第三の供給事業者がRWEの供給網内の供給市場でRWEと競合する可能性は限られている。TPAシステムがなく，利用可能な容量のほとんどがRWE Energyの長期的契約で保持されている。このことに鑑み，予備的評価では，欧州委員会はRWEがグリッド内の供給市場，特に卸売供給市場において支配的な地位を占めていると結論付けた。

3.2　共同体市場の実質的な部分

ガス輸送市場及びガス供給市場は，共同体市場において経済的に重要であり，共同体市場の実質的な部分とみなされなければならない。

3.3　反競争行為

予備的評価では，RWEが関連市場での支配的地位を濫用し，とりわけ供給拒否（以下3.3.1参照）とマージン・スクイーズ（以下3.3.2参照）により，EU運営条約102条に違反するおそれがあると指摘した。

3.3.1 キャパシティ管理に関する行為（供給拒否）

RWEのTSOのガス輸送ネットワークは，「不可欠施設（essential facility）」に該当する。

欧州委員会の調査結果によると，RWEのTSOは，特にRWEのTSOのキャパシティ管理に関連する様々な手段によって，ネットワークへのアクセスを拒否したことが判明した。

その背景として，RWEが長期的にその輸送ネットワークのキャパシティのほとんどを確保したため，他社の輸送ネットワークへのアクセス機会が減少していることが挙げられる。第三者の需要は，RWEにより提供されたキャパシティを大幅に上回っており，これを理由に第三者の輸送要求が数多く拒絶された（アクセス拒絶）。したがって，第三者は，RWEの輸送グリッドの一部しか利用できず，下流の供給事業において効果的な方法で競争することができなかった。

- 利用可能なキャパシティの指示

予備的評価では，RWEが第三者の技術的に利用可能なキャパシティを控えめに提示し，不当なアクセス拒絶に導いている可能性があるとの見解を示した。実際に，多くのボトルネックポイントでRWEは第三者に提示した輸送可能キャパシティを低く見積もり，実際に自社で使用されているキャパシティより著しく少なかった。これは市場において提供される輸送可能キャパシティの最大値を控えめに見積もることによって，潜在的な第三者を排除することを目的とした意図的な反競争的戦略を示すものである。

- 非効率的なキャパシティの配分メカニズム

予備的評価では，RWEのTSOがネットワーク上の有限希少なキャパシティを管理するための効果的な輻輳管理システム（これが効果的に機能していれば，アクセスを拒否されたり，輸送が遅延されたりしたキャパシティ要求の多くを回避することができた。）を実装・駆動しておらず，TPAや最終的には消費者を害する可能性があることに懸念を欧州委員会は表明している。RWEのTSOが，第三者の顧客がより多くのキャパシティを利用できるように，ほかに取り得る手段を採用していなかったという証拠が調査で得られた。この証拠は，RWEの意図が，自社のTSOに新しい顧客を誘引するよりも，自社グループのRWE Energyを新規参入の競争相手から守ることであったという可能性を示すものであり，実際，RWEのTSOは，未使用キャパシティを第三者の顧客に提供するための努力をほとんどしていなかった。

- 供給拒否に関する結論

したがって，欧州委員会は，上記RWEの行為が下流のガス供給市場における競争に悪影響を及ぼし，EU運営条約102条に基づく濫用を構成したと結論を下した。

3.3.2 マージン・スクイーズに関する行為

また，欧州委員会は，マージン・スクイーズによって，TSOレベルでRWEの支配的地位を濫用する可能性を指摘した。すなわち，RWEが競合他社の下流ガス供給のマージンを圧縮することを目的とした戦略を採用した可能性があるという懸念を表明した。

● 高いネットワークアクセス利用料金

RWEの競争相手のマージンを圧縮するために，RWEは人為的に高いレベルで輸送料金を設定した。このような行為は，たとえ効率的な競争相手が下流のガス供給市場で有効に競争できるとしても，競争相手や潜在的な参入者が市場に参入する能力を阻害する効果があるとされた。

予備的評価では，マージン・スクイーズは，RWEの輸送ネットワークへのアクセス料金のつり上げの結果であるという可能性があると指摘した。RWEは，ガス輸送ネットワークをコントロールする支配的な垂直統合型事業者として，より高いネットワーク料金を取るために自分のネットワークコストを引き上げる戦略をとったことが判断された。

● 競合他社に不利な非対称のコスト要素

予備的評価によれば，実際に，上記の行為により既に高くなったネットワーク料金は，RWEの競合他社に対してRWE Energyよりも高く設定された。これは，下流の競合他社に損害を与えるためである。非対称的なコスト要素には，RWEにとって有利なリベート方式と抑止的なバランシングシステムが含まれる。

予備的評価では，RWEのリベートポリシーは，下流の供給市場におけるRWEの競合他社の既存のコスト上の不利益を増加させたとされた。実際，RWEはガス輸送契約のために子会社のRWE Energyに対して大幅なリベートを与えていた。この高いリベートは，RWEの競合他社が得ることはほとんど不可能であったため，実際には，ほぼRWEグループだけが不透明なリベートから競争上の利益を受けた。

予備的評価では，RWEのバランシングゾーン内のバランシング手数料が，新規参入者に非対称的なマイナスの影響を及ぼしたと指摘した。RWE EnergyとRWEのTSOとの合意により，RWEはバランシング費用を支払うことから免除されたが，ほかの輸送顧客はRWEのTSOのネットワーク内で高いペナルティを支払わなければならなかった。これは競合他社が下流の供給市場で競争することを阻止していると欧州委員会は判断した。

3.4 加盟国間の通商に及ぼす影響

加盟国間の貿易に影響を及ぼす。

4. 確約提案

(1). RWEは，現行のドイツのガス輸送システム事業を，適切な事業者に売却し，競争上の明白な懸念を生じさせてはならないことを提案し，特に以下のものを売却すると約束した：

(a) RWEの有する長さ約4,000kmのドイツの高圧ガス輸送ネットワーク。これは，

Bergheim（長さ約100km）ネットワークの部分を除いて，現在のドイツの高圧ガス輸送ネットワークの全部に相当する。また，現在，RWEが独占的に所有していない，ほかの当事者と共同所有しているネットワークの部分については，RWEはその全株式を売却することを約束する。

（b）（BroichweidenとHambornのガス調整施設，派遣センター「Prozessleitsystem」などの）輸送ネットワークの運営に必要な補助設備。

（c）輸送ネットワークの運営に必要な無形資産。

（2）．また，RWEは，売却を完了した後，最大5年間に，売却先に輸送ネットワークの運営に必要な補助サービスを提供することを約束する。

（3）．この事業は，輸送ネットワークの運営に必要な要員によって担当する。

5．結論

欧州委員会は，予備的評価で示された欧州委員会の懸念に応じるためにRMEによって提案された確約提案に鑑み，もはや行政措置をとる根拠はないと考え，本件の訴追手続を終局させるべきであると考える（確約手続で終了）。

Distrigaz S.A. / Distrigaz N.V.による排他的供給契約(COMP/B-1/37966)[5]

1. 事案の概要

本件は，Distrigaz S.A. / DistrigazN.V.（以下，「Distrigaz」という）に対して，2004年2月26日，欧州委員会が送付した，産業顧客とDistrigazとの間のガス供給契約に関する異議告知書によって手続が開始されたものである。2005年6月30日，欧州委員会は，ベルギーの様々な大口顧客（産業顧客や，発電事業者，再販事業者など）とのDistrigazガス供給契約に関する予備的評価を行った。

この予備的評価によれば，Distrigazは，ベルギーにおける大口顧客のガス供給市場で支配的地位を有する事業者である。ガス供給市場では，ごくわずかな例外を除いて，長期契約が行われている慣行にあった。通常，顧客はガス供給の取引相手を一つしか持たないため（顧客にとっての選択肢は限定的），ガス供給市場における競争は，契約が満了して新たな契約が締結する段階でのみ存在する。そのため，Distrigazの長期ガス供給契約は，顧客の供給元の切り替えを妨げ，それによってほかのガス供給業者による市場へのアクセスを妨げるというものである。

2. 当事者

Distrigazは，ベルギーの主要な電力生産者と供給事業者であり，Electrabelと，ガスと電力の再販業者であるElectrabel Customer Solutions N.V.（以下，「ECS」という）を含むSuezグループの一部である。Distrigazは，ベルギーにおける大口顧客の唯一のガス供給事業者であった。自由化以降も，Distrigazは依然としてベルギー最大のガス輸入業者及び供給事業者である。また，Distrigazはフランス，ドイツ及びオランダのガス供給市場，ガス輸送及びLNG市場においても事業活動を行っている。2006年，Distrigazの売上高は46億2,600万ユーロで，そのうち36億9,100万ユーロをベルギーで得ている。

3. 問題となった行為

調査対象となった行為は，ベルギーの大口顧客とDistrigazとの長期ガス供給契約である。この長期契約によって，ほかの競争相手の契約切り替えによる顧客奪取を制限し，ガス自由化に伴う競争の進展を妨げるというものである。

4. 予備的評価

4.1　関連市場

● 関連商品市場

輸送ネットワーク又は販売ネットワークに接続された需要者で年間のガス消費量が100万立方メートル以上の大口顧客に対するハイカロリー・ガスの供給市場。

● 地理的市場

[5] 本件は長期の排他的供給契約（顧客閉鎖）の典型例であるが，一方，ネットワークの長期利用契約（投入物閉鎖）の事例として，Case COMP / 39.316，Case COMP / 39.317等がある。

ベルギー。

4.2　支配的地位

予備的評価では，欧州委員会は，EU運営条約102条の意味において，Distrigazが関連市場を支配しているとの見解を示した。この見解は，(a)ガス部門自由化の後から5年以上にわたり，Distrigazの市場シェアは非常に高いこと，(b)関連市場への参入障壁，及び(c)ほかの要因，例えば，Suezグループの総合的事業能力，によるものである。

2004年の関連市場における，Distrigazの市場シェアは55-65％であった。そして，Suezグループのほかのメンバーであ るECSの市場シェアは5-15％であった。したがって，Distrigazと関連事業者の合算市場シェアは70-80％に達した。これに対して，関連市場の次に大きな供給事業者は僅か5-15％の市場シェアしか持っていなかった。

Suezグループの一社としてのDistrigazは市場における地位を強化した。Suezグループ傘下にある関連会社には，Distrigazのほかに，以下の会社も含まれる：ベルギーでガス火力発電のために最大のガス需要家であるElectrabel，ベルギー周辺で最大のガス再販業者であるECS，更に，地元のガス配送事業者の多くは，Suezグループと資本関係を有しているか，又は過去に有していた。

4.3　問題行為

Distrigazは，関連市場において大口顧客と一連の事実上の長期契約を締結した。その長期契約には，顧客がDistrigazから一定規模以上の量のガスを購入することを規定する条項が含まれた。具体的には，ほとんどの契約には年間契約数量(ACQ)と年間最小購入義務量(AMQ)が規定されており，一方，Distrigazは契約に基づいて最大量まで供給する義務があった。

ごくわずかな例外を除いて，顧客は供給事業者1社としか契約していない。市場調査によると，実際，複数の供給事業者から供給を受けられるのは，ガス消費量が500GWhを超える大口顧客のみである。したがって，年間消費量がこの基準を下回る顧客は，契約を終了するまで，特定の供給事業者から事実上のガス全量購入義務を課された。

- Distrigazとの契約期間

ベルギーでは，ガス供給契約の最低契約期間は平均1年間である。ただし，多くの契約は自動更新条項を有し（一方の当事者が契約を明示的に終了することを通知しない限り，契約は満了時に自動更新される），或いは特定の契約終了日を設定していない（一方の当事者が明示的に契約満了を通知しない限り契約が継続される）。これら二つのタイプの契約は，事実上の長期契約であった。

- Distrigaz契約の排除効果

予備的評価では，欧州委員会は，次の表に示すように，2005年1月1日既存の契約に基づいてDistrigazの占める関連市場シェアを計算した。

期間	2005年1月1日に施行された契約に基づき計算した Distrigazの占める市場シェア
6か月以上先	50-60%
1年以上先	35-45%
18か月以上先	30-40%
2年以上先	20-30%
3年以上先	20-30%

契約の継続期間に関しては，欧州委員会は，Distrigazの契約の約60%が1年以上にわたるものであり，30%が3年以上にわたるものであることを明らかにし，その結果，関連市場の35ないし45%が1年以上の期間，同社により占められていたと指摘した。

4.4 加盟国間の通商に及ぼす影響

当該慣行が加盟国間の通商に影響を及ぼす可能性がある。

5. 確約提案

2007年3月1日，Distrigazは，以下の確約案を提出した。

(1).Distrigazは，自ら供給するガスの量の約70%を毎年，市場に再投入することを保証する。

(2).Distrigazは，契約期間が5年以上の供給契約を産業顧客及び発電事業者と締結しない。

(3).契約期間が5年以上の既存の供給契約について，Distrigazは，顧客に対して単独の解約権を付与する。

(4).Distrigazと販売者で締結される契約期間の上限は，2年とする。

(5).Distrigazの提出した確約案は，パブリックコメントに付された。Distrigazは，パブリックコメントで出された意見等に基づいて，確約の修正案を新たに提出した。

2007年10月11日，欧州委員会は確約決定を行った。

Ⅴ　結語

最後に，これまで見てきたEU法からの示唆とガス市場との関係の二点について，若干の検討を行う。

１．EU法からの示唆

上記で検討したEU法及びその運用から我が国においてどのような示唆が得られるであろうか。

第一に，手続的側面においては，上述のEUの2事例では，事件処理の手続きについて，確約決定で済んでおり，我が国でも不公正な取引方法や私的独占の事例で確約手続の利用が進んでいる。その意味でも，EUの事件処理は今後の我が国のそれを考えるに当たって参考になると思われる。

第二に，実体法的側面においては，アクセス拒否の正当化理由について，第三次ガス市場指令35条において明文で肯定されているが，上述のRWE事件では，単なるキャパシティ不足だけでは正当化理由にならないとされており，この点は事案ごとの検討を要する。また，同事件においては，パイプラインや貯蔵施設が分離されたとしても，垂直統合（市場閉鎖）の懸念が依然として残っているとされており，この点は今後我が国でも検討の必要がある。これについて，経済産業省（経産省）「競争的な電力・ガス市場研究会 中間論点整理」においては，「ガス事業についても，…オール電化やLPガスとの競争はある程度存在するものの，電力市場と比較して卸市場が限定的にしか存在しないため，電気事業に比べ，市場閉鎖の懸念はより強く妥当することに注意する必要」があると指摘されているところである[6]。

第三に，長期契約の問題について，第三次ガス市場指令32条3項で規定しているように，EU競争法に従う限りにおいて，長期契約の締結を阻止されることはないことから，長期契約それ自体がただちに問題となるわけではない。ただし，顧客の選択自由を妨げ，市場閉鎖効果があるといった場合には，当然問題となり得る。前述のDistrigaz事件において長期契約に伴うACQ，AMQや全量購入義務が問題とされたのは，まさにそのとおりである。

２．電力・ガスの統合的市場における適正取引

我が国では，ガスに先駆けて電力においては2016年4月に電力の小売りが全面自由化された。電力会社のガス市場への参入は，LNG基地に追加設備（熱量調整設備程度）を加えるのみで，比較的容易であるのに対して，ガス会社が自社電源を確保し電力市場へ参入するためには，巨額の投資と期間を要する。とりわけ電力においては，電源調達面において，新規参入の小売り電気事業者の企業努力によっても解消できない構造的な競争条件の格差が旧一般電気事業者との間で生じているのではないかとの指摘がある。元売分野で価格競争力のあるベースロード電源（原子力，一般水力，石炭火力）は，従前の地域独占下において建設された経緯から旧一般電気事業者に偏在しており，かつ，発電部門と小売部門が一体となってい

[6] 経産省　競争的な電力・ガス市場研究会「競争的な電力・ガス市場研究会 中間論点整理」（2018年8月9日）18頁，https://www.emsc.meti.go.jp/activity/emsc_studygroup/pdf/180809_report.pdf（最終閲覧日：2023年7月6日）。

る旧一般電気事業者は，当該電源を自社又は自社グループ内で優先的に利用していると指摘されることがある。確かに，特にベースロード電源については，今後の新設は事実上不可能であり，発電設備（特にベースロード電源）は，競争法の視点から一種の「不可欠施設」といえるかが問題となり得る。また，「旧一般電気事業者の発電設備は，地域独占体制下で建設・取得されたものであるのだから，自由化後は新電力もアクセスできるようにすべき」という意見もある[7]。更に，発電設備のみならず契約形態についても，ベースロード電源を多く保有する電源開発株式会社（J-POWER）の電源が，地域独占体制下に締結された事実上無期限の卸売契約に基づいて旧一般電気事業者に利用されていることが問題として指摘されている。

以上を踏まえた上で，電力とガスは両者を一体として市場競争への影響を見る必要があると思われる。電力に比べ，ガスの競争状況は地域間の差異が大きいが，資源エネルギー庁が目指したとおり，電力・ガスの市場の垣根が無くなりつつある。電力・ガスを統合的な一つの市場と捉えると，支配的事業者の考え方や，適正取引のためのルール作りを新たに検討することが必要であろう。公取委と経産省の適正取引ガイドライン（電力[8]・ガス[9]）では，電力・ガスそれぞれを別の市場と捉えた規定となっており，電力・ガスの統合的な市場における取引（セット販売など）の適正化のためには，更に踏み込んだ内容が必要ではないかと思われる。ルール作りに当たっては，一般ガス事業者であったガス小売事業者が必ずしも有力な地位にあるとは限らないとしたガスの適正取引ガイドラインの考え方を踏まえ[10]，電力・ガス統合的市場における支配的事業者の認定の基準を定めるべきと考えられる。

こうした諸論点について，EUの競争政策や規制動向は大いに参考になると考え，本稿で紹介・検討した次第である。

※本稿は，2013-2015年度研究報告書の内容を，その後の我が国の制度改正を踏まえてアップデートした上で，若干の加除修正を施したものである。

---

[7]「電力卸売分野に関する競争政策上の考え方について」（2018年2月20日）参照。
[8] 公取委，経産省「適正な電力取引についての指針」（2023年4月1日）。
[9] 公取委，経産省「適正なガス取引についての指針」（2021年4月1日）。
[10] 公取委，経産省・前掲注(9)4頁。

〈参考文献〉

1 細田孝一「EUにおけるガス事業の自由化と競争法」神奈川大学法学部50周年記念論文集（2016年）691-714頁。

2 総合資源エネルギー調査会 基本政策分科会 ガスシステム改革小委員会（第13回）資料4「海外のガス事業の状況」（2014年9月5日），
https://www.meti.go.jp/shingikai/enecho/kihon_seisaku/gas_system/pdf/013_04_00.pdf （最終閲覧日：2023年7月6日）。

3 Hancher, L. et al., *EU Energy Law Volume II: EU Competition Law and Energy Markets 5th ed.*, Claeys & Casteels (2019).

第　６　章

国家管轄権の「域外適用」再考

東京大学大学院教授
西　村　　弓

Ⅰ　はじめに

国家が自国の管轄権を行使し得る範囲については，古典的先例であるLotus号事件常設国際司法裁判所（PCIJ）判決（1927年）以来いくつかの捉え方が示されてきた。今日，概説書等に共通して見られる一般的な説明は以下のようなものである。

Lotus号事件判決は，国家はその主権に基づいて，国際法の禁止規則に抵触しない限りにおいて，域外で発生した事象に対しても基本的に自由に自国の立法（規律）管轄権を行使し得るという立場を採用した。これに対して，刑事法分野における立法管轄権について法典化を試みたハーバード草案（1935年）は，Lotus号事件判決による捉え方を否定し，属地主義，属人主義，保護主義，普遍主義といった特定的な根拠が存在する場合に限って，域外事案に対する国家の刑事管轄権行使が認められるという理解を採った。それ以降，少なくとも公法に関する国家の立法管轄権が域外事案にどのような範囲で及ぶかについては，ハーバード草案型の理解が一般化している。なお，管轄権の競合が生じた場合に優先関係を決定する一般国際法上のルールは存在しないが，一部の分野においては条約締結を通して締約国間で管轄権の調整が試みられている。

こうした説明は次のような特徴をもつ。第一に，Lotus号事件判決やハーバード草案の読み方や評価が妥当かは一旦措くとして[1]，上記の説明は，属地主義その他の特定的な根拠が満たされる場合に限って国家による立法管轄権行使は正当化されるという理解に立つ。第二に，実践的には，米国による競争法の域外適用事例を契機として，上記の古典的な特定的な根拠に収まりきらない競争法の適用の是非が議論されてきた。第三に，管轄権の根拠や規制原理について踏み込んだ説明はなされず，列挙される属地主義，属人主義，保護主義等の管

[1] Lotus 号事件判決は，上記の一般論に続け，「以上の考え方が国家概念と密接に結びついてきた刑事管轄権についてもそのまま妥当するかについては別途問題となる」とする（Affaire du Lotus, CPJI Série A, No.10, p.20）。刑事法分野においては，国際法上の根拠がある場合にのみ管轄権行使が許容されるという特別規則が及ぶ可能性を想定しており，実際に当該事案は客観的属地主義に基づく正当化が可能であることが判示されている。また，同判決が管轄権行使を主権的自由と捉えるとしても，禁止規範の内実次第では管轄権の範囲は限定されるのであって，立証責任の問題は措くとして，この点から Lotus 号事件判決が意味するところは相対化される。代表的な禁止規範としては不干渉義務が挙げられるが，これは管轄権が主権に根拠を置くとしても，当該主権が他国の主権との関係において制限を受けるものであることを前提とするのであって，無制限な管轄権行使が認められているわけではない。他方で，ハーバード草案においては，諸国の国内実践の最大公約数を記述したものとして，基本類型として属地主義が，補助的類型として属人，保護，普遍，消極的属人主義の 4 類型が提示される（“Jurisdiction with respect to Crime: Introductory Comment,” American Journal of International Law, Supplement,vol.29 (1935), pp.444-445）。同法典化作業においてはもっぱら国内実行の類型化が目指されたのであって，これらの類型がどのような基盤に基づいて認められるのかについて踏み込んだ基礎づけはなされていない。当時における主要国の国内実践の最大公約数の内容は示されているものの，管轄権行使を支える基盤等については不明確なままである。

轄権行使の諸類型が何を意味するのかに関して論者の見解が一致しているかについても必ずしも明らかではない。例えば，前記の競争法の域外適用においては，域外で外国人が行うカルテル等の行為が米国領域内に効果をもたらすことを理由として管轄権行使が行われた（効果理論）。行為は域外で行われていたとしても発生した効果の属地性を梃子に正当化が図られたことを重視する論者は，列挙される根拠のうち，属地主義の原則性を強調し，その拡張として効果理論を位置づけるが，属地性の擬制がどこまでできるのか，さらには属地性を擬制できればなぜ管轄権行使が正当化されるのかについては定かではない。他方で，米国以外の国も効果理論を採用する例が増えた現実に着目して，属地主義の拡張等を論じるまでもなく，今日では新たな根拠として効果理論が位置づけられるともされるが，それは新たな慣習国際法が生成したということなのか，各国の実行が共通することが何を意味するのかについても不明確である。管轄権の規制原理が定まらない状況では新たな論拠に基づく管轄権行使が生じた場合にその是非を評価することは困難となる。

以上のような状況を背景として，近年，競争法分野以外においても，古典的な管轄権行使類型では必ずしも説明しきれない形で域外適用を予定する法令が増えており，またそうした新たな実行に対して他国からの批判はさほど呈されていないことが注目される。例えば，日本の改正個人情報保護法75条は，日本国内に所在する者に対する物品やサービスの提供に関連して個人情報を取得した外国個人情報取扱業者に対しても同法の適用を企図するいわゆる標的主義を採用している[2]。英国の現代奴隷法（2015年）は，事業の一部でも英国で展開している企業に対して，サプライチェーンを含めて強制労働が行われていないかについての報告を行うことを義務づけている。また，米国の外国口座税務コンプライアンス法（2010年）は，外国金融機関に対して，米国人が保有する口座情報を米国税務当局に報告することを義務づける。

こうした新たな現象を前に，今日における管轄権行使のルールはどのように理解すれば良いのだろうか。エネルギー関連企業は域外で様々な取引や投資を行うことも多く，どのような場合に自らの行動が外国法令の対象となるのかについて予め整理し理解しておく必要性は高い。上記の管轄権の根拠の曖昧さや現実の適用例の拡大に照らしても，現代における国内法令の適用範囲について確認することが必要と考えられる。本稿は，その手がかりとして2018年に公表された米国対外関係法リステイトメント第4版を同第3版と比較検討すること等を通して，域外における管轄権行使を理解するための視座を設定することを目的とする。リステイトメントは米国対外関係法としての管轄権について示すに過ぎないが，管轄権の域外適用については米国が実行をリードしてきていることから，その考え方を手がかりにすることにも一定の意義が見出せよう。

---

[2] 個人情報保護法の適用範囲については，竹内真理「個人情報保護法改正における域外適用の在り方」法律のひろば 2020 年 10 月号（2020 年）33-41 頁。

Ⅱ　米国対外関係法リステイトメントにおける立法管轄権の整理

米国対外関係法リステイトメントとは，米国の著名な法律家や研究者で構成される米国法律協会(American Law Institute)が米国法令および判例を分析し，各分野ごとに法典の形で整理して注釈を付したものである。あくまでも民間団体が発行するものであるから，それ自体として拘束力を持つわけではないが，執筆者の経験・学識や編纂手続等に照らし権威あるものとして評価されている。このうち，対外関係法に関するリステイトメントは，長らく1986年の第3版が最新とされてきたが，2018年に20数年ぶりに第4版が公表され注目を集めた。管轄権行使については，それぞれの版でどのように記載されているだろうか。

１．リステイトメント第3版（1986年）

1986年に公表されたリステイトメント第3版は，「規律管轄権の基礎(base)」と題された§402において，管轄権行使の根拠として属地，効果，属人および保護主義を挙げ[3]，また，一定の犯罪については普遍主義に基づく管轄権行使が例外的に肯定されることを別途定めており(§404)[4]，規律管轄権の行使には特定的な根拠が必要であるという考え方に則っている。

まず，§402(1)(a)(b)は，属地主義に基づく管轄権行使について定め，対象となる事象が「全体としてあるいはその実質的部分において(wholly or in substantial part)」領域内で生じていることが必要とされる旨を確認する。また，米国外の行為が米国内に重大な効果(substantial effect)をもたらす場合には効果理論に基づいて(§402(1)(c))，米国外で米国人が行った行為については属人主義に基づいて(§402(2))，米国外で行われた行為が安全保障等，米国の一定の重大な国益に関わる場合に保護主義に基づいて(§402(3))，それぞれ米国が管轄権を行使する旨が規定される。属地，属人，保護主義は伝統的に認められてきた管轄権行使の根拠であり，また，効果理論についても，リステイトメントは，属地主義や属人主義と

---

[3] §402. Bases of Jurisdiction to Prescribe
Subject to §403, a state has jurisdiction to prescribe law with respect to
(1) (a) conduct that, wholly or in substantial part, takes place within its territory;
(b) the status of persons, or interests in things, present within its territory;
(c) conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory;
(2) the activities, interests, status, or relations of its nationals outside as well as within its territory; and
(3) certain conduct outside its territory by persons not its nationals that is directed against the security of the state or against a limited class of other state interests.

[4] §404. Universal Jurisdiction to Define and Punish Certain Offenses
A state has jurisdiction to define and prescribe punishment for certain offenses recognized by the community of nations as of universal concern, such as piracy, slave trade, attacks on or hijacking of aircraft, genocide, war crimes, and perhaps certain acts of terrorism, even where none of the bases of jurisdiction indicated in §402 is present.

並ぶ新たな根拠として確立したという理解をとっており[5]，ハーバード草案以来の通説的なパラダイムに則ったものと位置づけることができる。これらの諸類型に当てはまる場合に，なぜ管轄権行使が国際法上の正当化されるのかについては特に説明はないが，領土，国民および独立を基本的構成要素とする国家そのものの概念から管轄権の範囲を導くか，管轄権行使にはこれら根拠を要するとの慣習国際法として確立していると理解していると考えられる。

また，§403は「規律管轄権の限界(limitation)」と題され，§402で確認した管轄権の根拠が存在するとしても，実際にそれを行使することが種々の要素に照らして不合理な場合には，国家は管轄権行使を控えることができるとして，合理性原則に基づく諸要素の衡量を定める(§403(1))[6]。管轄権行使を「控えることができる(may not exercise)」という表現からも見て取れるように，合理性の有無の評価は国際法上の義務としてではなく，米国国内法令上の裁量権行使として理解されている。他方，§403(3)では，米国と同様に他国も同一事案について合理的な関心を持つ場合については，それぞれの国が，管轄権行使の利益について諸要素に照らして評価しなければならず(has an obligation to evaluate)，もし自国の利益よりも相手国の利益の方が明らかに優っていると考えられる場合には，相手国に管轄権を譲るべきである(should defer)と規定する。最終的な敬譲は，法的義務の存在を含意しない“should”を用いて定められるものの，比較衡量を行うこと自体は国際法上の義務として設定されていることが特徴的である。

---

[5] リステイトメント第3版が公表された1986年において効果理論に基づく管轄権行使が広く妥当していたかについては疑問の余地があるが，その後，EUもGencor事件（1999年），日本もノーディオン事件（1998年）で効果理論を採用するに至っている。

[6] §403 Limitations on Jurisdiction to Prescribe

(1) Even when one of the bases for jurisdiction under §402 is present, a state may not exercise jurisdiction to prescribe law with respect to a person or activity having connections with another state when the exercise of such jurisdiction is unreasonable.

(2) Whether exercise of jurisdiction over a person or activity is unreasonable is determined by evaluating all relevant factors, including, where appropriate:
  (a) the link of the activity to the territory of the regulating state, i.e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the territory;
  (b) the connections, such as nationality, residence, or economic activity, between the regulating state and the person principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom the regulation is designed to protect;
  (c) the character of the activity to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities, and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted;
  (d) the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation;
  (e) the importance of the regulation to the international political, legal, or economic system;
  (f) the extent to which the regulation is consistent with the traditions of the international system;
  (g) the extent to which another state may have an interest in regulating the activity; and
  (h) the likelihood of conflict with regulation by another state.

(3) When it would not be unreasonable for each of two states to exercise jurisdiction over a person or activity, but the prescriptions by the two states are in conflict, each state has an obligation to evaluate its own as well as the other state's interest in exercising jurisdiction, in light of all the relevant factors, including those set out in Subsection (2); a state should defer to the other state if that state's interest is clearly greater.

§404は普遍主義について定め，米国の個別利益に関係せずとも，域外で外国人が行う海賊，奴隷貿易あるいはテロリズムの抑圧等，国際社会全体として規制すべき問題については，管轄権を行使することが確認される。

以上のように，リステイトメント第3版の基本的な考え方は，規律管轄権の行使には特定的な根拠を必要とするハーバード草案以来のパラダイムに則っている。なぜこれらの類型が管轄権行使の根拠となるのかについての説明はない。さらに，第3版の特徴としては，刑事法分野にその規律対象を限定していたハーバード草案に対して，競争法分野における実行の拡大にも対応して管轄権行使一般に関する規律を意図している点，他国による管轄権行使との間の利益衡量が国際法上の義務として措定される点を挙げることができる。もっとも，最後の点は，自国の利害との結びつきの度合いを重視する視点に立つものではあるが，管轄権の基礎が認められることを前提とした上で，他国との調整を図るための基準であり，直接的に対象事案との利害の密接性を根拠として管轄権行使が正当化されるわけではない点には注意が必要である。

２．リステイトメント第4版（2018年）

これに対して，2018年に公表されたリステイトメント第4版においては，第3版から規定ぶりが大きく変更され，米国による規律管轄権行使基準と規律管轄権に関する慣習国際法が明確に分けて記述される。

前者の米国内法上の管轄権行使基準については，まず，米国法令は原則として域外では適用されないとの推定が置かれる（§203）[7]。その上で，米国裁判所が，具体的な域外事案において，ある法律の適用の適否を決定するにあたっては，そうした適用が合理的か否かに照らして判断を行うこととされる（§204）[8]。また，裁判所は，基本的には国際法と合致するように国内法を解釈・適用するが，国際法と反する内容の規律を求める連邦議会の意思が明確である場合には，たとえ国際法に反しても国内法に従って域外適用をすることが確認される（§205）[9]。

他方で，後者の規律管轄権に関する慣習国際法については，普遍主義が妥当する場合を除いて，対象事項と規律を及ぼそうとする国との間に「真正な連関（a genuine connection）」が

---

[7] §203 Presumption against Extraterritoriality
U.S. courts interpret federal statutory provisions to apply only within the territorial jurisdiction of the United States unless there is a clear indication of congressional intent to the contrary.

[8] §204 Reasonableness in Interpretation
As a matter of prescriptive comity, U.S. courts may interpret federal statutory provisions to include other limitations on their applicability.

[9] §205 Interpretation Consistent with International Law
Where fairly possible, U.S. courts construe federal statutes to avoid conflict with international law governing jurisdiction to prescribe. Where a federal statute cannot be so construed, the federal statute is controlling as a matter of U.S. law.

存在する場合に管轄権行使が正当化されるとする一般論を置いた上で，その典型例として属地，効果，属人，受動的属人，保護主義を挙げる（§211）[10]点が特徴的である。§212-216において，属地，効果，属人，受動的属人および保護主義に基づく管轄権行使を国際法が認める旨が列挙されるが，これらはそれ自体が管轄権の根拠として位置づけられていた第3版と異なり，真正な連関が「通常」認められる典型的な要因として位置づけられ，必ずしもこれらの類型に当てはまらなくても，真正な連関が存在する場合には，国際法は管轄権行使を許容するという考え方が示されている。また，第3版では，属地主義はその行為の「全てないし重要な部分が」域内で起きた場合と説明されていたが，第4版では単に領域内の（within its territory）事柄については管轄権を行使するという書きぶりがとられている点にも変化が見られる（§212）。

このように，第4版では，伝統的に管轄権の根拠とされてきた属地主義や属人主義といった各要素は，必ずしも管轄権行使がなし得る場合を限定的に列挙したものではないことを前提としており，コメンタリーにおいてもその旨が強調されている。類型的な把握は放棄され，自国と密接な利害関係があれば管轄権行使が正当化されるという形にルールが一般化されたことになる。また，第3版と同様に合理性が管轄権行使の適否の判断基準として挙げられてはいるものの，第3版においては他国の管轄権と競合する場合には国際法上の義務として利益衡量が求められていたのに対して，第4版における合理性基準は米国国内法上の原則にとどまっている。個々の連邦法の規定を解釈するにあたって合理的な範囲で適用するという書きぶりからは，他国による管轄権行使との比較ではなく，あくまで法律の目的に沿う解釈を導く局面において合理性に照らした評価がなされるに過ぎない。

Ⅲ　国家実行―管轄権行使リンクの多様化

１．競争法の適用と属地性

以上のように，米国においては，特定の類型的な根拠をもって管轄権行使可能性を基礎づける考え方（リステイトメント第3版）から，国際法上は事案と国家の間に密接な関係があれば管轄権行使は肯定されるのであり，さらにいずれにせよ国内法上は問題となる法令の目的に資する限りにおいて管轄権行使が可能であるとする考え方（リステイトメント第4版）への変化が見られた。こうした変化は，何に由来するのだろうか。

---

[10] §211 Customary International Law Governing Jurisdiction to Prescribe
Customary international law permits exercises of prescriptive jurisdiction if there is a genuine connection between the subject of the regulation and the state seeking to regulate. Prescriptive jurisdiction usually rests on a specific connection between the state and the subject being regulated, such as territory, effects, active personality, passive personality, or protection. In the case of universal jurisdiction, all states may exercise prescriptive jurisdiction based on a general interest in suppressing certain violation of international law.

リステイトメント第3版が編纂された当時のもっぱらの関心は，競争法分野において，域外で行われたカルテル等の行為について管轄権を行使し得るかという問題であった。この問題に対しては，域外行為が領域内に実質的効果をもたらしていることに着目する効果理論を導入することによって，管轄権行使根拠としてすでに確立している属地主義の拡大的理解の上に管轄権行使を位置づけることが可能であったし，また，効果理論に則る判断が積み重なることによって，それ自体を管轄権行使根拠として把握して，ハーバード草案型の説明を維持することも可能であった。効果主義をめぐる議論の契機となったAlcoa事件米国連邦控訴審判決（1945年）は，「法令の文言を解釈する際には，権限行使について諸国が慣行的に遵守している制限（the limitations customarily observed by nations）―抵触法によって画される制限に概ね相当する制限―を考慮しなければならず，[この観点からは]，米国内に何らの結果ももたらさない行為を含めて[…]あらゆる者を罰する意図が議会にあったとは考えられない。[…] 他方で，非難に値する結果を米国域内にもたらす域外行為については，米国に忠誠を誓わない者に対しても責任を課し得るし，他の諸国もそうした責任を通常認めることは，[…]確立した法（settled law）である（傍点執筆者）」として，効果の属地性に着目して管轄権行使を肯定する[11]。さらに，より慎重に，欧州においては，Wood Pulp事件判決（1988年）が価格協定の履行地がEU域内であるとして属地主義に基づいた判断を下し[12]，企業結合のEU指令違反が問われたGencor事件（1999年）も同様に結合前の二企業及び結合後の企業がEU域内で販売を行なっていることを捉えて，行為が域内で行われているとする[13]。

２．近年の実行

これに対して，近年では，属地主義の拡張として正当化を図ることがより困難な事例が増大している。例えば，インターネット上で行われる行為の規制等に関しては，形式的には属地主義に基づくとしても，その実質的意義が問われる。Yahoo!オークション事件では，インターネット・オークション上にナチス関連物品を出品する行為を取締まりたいフランスと表現の自由の一環として自由に任せるべきであると考える米国のいずれが管轄権を行使し得るかが争点となったが，出品行為はどこで行われたと評価できるのか―サーバ所在国（米国）のみならず当該出品にインターネット上でアクセスし得る国（フランス等）も領域国と評価できるのか―は一義的には決まらない。こうした事案においても，関係事実が領域内で発生したと評価できるかという角度から問題が論じられており，属地主義に基づき管轄権行使を

---

[11] United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2nd Cir., 1945), p.443.
[12] A. Ahlström Osakeyhtio and Others v. Commission, [1988] ECR 5193.
[13] Gencor Ltd. v. Commission, ECR II-784, paras.78-88. Gencor 判決は EU 指令の適用範囲の国際法との整合性について，企業結合が「EC 内に直接的かつ実質的な効果（an immediate and substantial effect in the Community）を持つことが予見される（foreseeable）」場合に国際法上も適用が正当化されるとする（para.90）。

正当化することを前提とはしている。しかし，領域に結びつけることによって管轄権行使をなし得る国を特定するという元来の属地主義の機能の観点からは，インターネット上のデータについて属地性を想定することの実質的意義が問われるだろう。

さらに，外国公務員への贈賄行為や資金洗浄等の犯罪について米国法令の適用範囲が議論の対象となる際にも，既存の類型的把握では管轄権行使の根拠を理解しづらい実態がある。米国海外腐敗行為防止法（Foreign Corrupt Practices Act: FCPA）を例に取り，少し詳しく見てみよう。FCPAは，全日本航空による航空機の選定に関連して，米国ロッキード社が日本の政治家や官僚に賄賂を渡したロッキード事件（1976年）を一つの契機として1977年に制定された。同法は，競争機会の公平化を目指し，外国公務員への賄賂等を禁止するものであったが，当初は米国企業のみを適用対象としていたため，規制を受けず賄賂を現地政府・公務員に払うことが可能であった他国企業に比べて米国企業は不利な立場に置かれた。こうした状況を是正しようと米国政府がOECDに働きかけた結果，1997年にはOECD外国公務員贈賄防止条約が締結され，1999年に発効している。もっとも，同条約の締約国の多くは，少なくとも当初は域外事案について国内法令の適用対象とすることに消極的であったとされる[14]。これに対して，FCPAは，米国外における贈賄行為も処罰対象としていたため，米国企業の競争上不利な立場は変わらなかった。そこで米国は1998年にFCPAを以下に見るように改正し，外国企業への適用を可能とした。実際の適用は2008年頃から活発化し，外国企業が米国外で行った行為の訴追が行われてきているとされる[15]。

改正後のFCPAの適用対象は以下のように規定される。第一に，「米国証券発行者（issuer）」，その役職員，従業員，代理人（agent）等が外国公務員に対する贈賄提供の目的で州際通商手段（any means or instrumentality of interstate commerce）を用いる行為は同法の対象となる（§78dd-1）。米国証券発行者には，米国証券取引所の上場企業や米国預託証券を通じ米国において上場または資金調達を行う企業などが該当する。第二に，米国民，米国居住者，米国法を設立準拠法とするか若しくは米国に主たる事業所を有する企業体や団体等からなる「米国国内関係者（domestic concern）」，その役職員，従業員，代理人等が行う行為について

---

[14] 例えば，日本は，1998 年に不正競争防止法を改正し，18 条で外国公務員贈賄罪を導入した（「何人も，外国公務員等に対し，国際的な商取引に関して営業上の不正の利益を得るために，その外国公務員等に，その職務に関する行為をさせ若しくはさせないこと，又はその地位を利用して他の外国公務員等にその職務に関する行為をさせ若しくはさせないようにあっせんをさせることを目的として，金銭その他の利益を供与し，又はその申込み若しくは約束をしてはならない。」）。しかし，国内で発生した事案のみを対象としていたことが条約のフォローアップ審査を実施した監視チームから指摘され，2004 年に国民の国外犯を処罰可能とするように改正を行った（21 条 6 項）。経済産業省「外国公務員贈賄防止指針」〔平成 16 年 5 月 26 日公表，平成 22 年 9 月 21 日改訂版〕（2010 年），24 頁参照。

[15] B.L. Garrett, “Globalized Corporate Prosecutions,” *Virginia Law Review*, vol.97 (2011), pp.1831-1833. 他国の反応を含めて，内田芳樹「米国海外腐敗行為防止法（FCPA）の域外適用と各国の対応」日本国際経済法学会年報 24 号（2015 年）148-170 頁。

も同様である（§78dd-2）。第三に，上記以外の者が，米国領域内で（while in the territory of the United States）行う同様の行為も同法の適用対象となる（§78dd-3）。

これらの規定は，第一及び二は属人主義に，第三は属地主義に基づく管轄権リンクということができ，一見古典的な管轄権根拠の枠内に収まっているように見える。しかし，第一および第二カテゴリーにいう代理人（agent）は，他者の支配の下で当該他者のために行動することを授権されている者を指し，そうした代理人に当たれば外国人であっても処罰対象となる。また，米司法省は，FCPAに一般原則としての共謀（conspiracy）罪を適用するとの指針を示しており[16]，外国人が米国上場企業や米国企業との間で贈賄計画に合意した場合，それら企業が実行行為に至れば，合意の場所がどこであろうとも計画に合意した外国人も処罰対象となる[17]。さらに，これら規定で禁止される州際通商手段を利用した贈賄とは，米国の州の間で，米国の州と外国との間で，あるいは州と州外の船舶との間で行われる交易や通信を意味するが，米国司法省のガイドラインによれば，米国に向けた又は米国を経由する電話，ファックス，電子メールの利用，米国の銀行との間での電信送金や米国銀行を通じた取引もこれらの手段に含まれるとされる[18]。とりわけ最後の点は，贈賄計画の立案や実施が米国領域外で行われていたとしても，賄賂を米ドル建てで国際送金をするとコルレス銀行を通じて必ず米国内で決済がなされることから，米国領域内で実施された行為として評価されることを意味する。

この法令に基づき，FCPAが適用された高額罰金事案としては，いずれも和解が成立しているものの，ドイツのSiemens社が1990年代半ばから世界各国で行った14億ドルを超える贈賄行為について8億ドルの制裁金が，フランスTotal社が1995年から2004年にかけてイランで行った贈賄容疑について4億ドル弱の制裁金が課されている。また，日本企業との関係でも，日揮，丸紅，ブリヂストン，日立製作所等が制裁対象となっている。これらの事件において，米国証券発行者や米国国内関係者は，米国ないし米国市場と一定のつながりは有している。

---

16 Department of Justice and Securities and Exchange Commission (DOJ & SEC), *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (2012), p.12.

17 例えば，ナイジェリアにおける天然ガス開発計画をめぐる贈賄事件では，フランス法人 Technip S.A.，オランダ法人 Snamprogetti Nerterlands B.V.，米国法人 Kellogg, Brown & Root（KBR）及び日本法人日揮（JGC）の四社が，液化天然ガス施設の建設契約を取得することを目的として，英国人弁護士及び丸紅株式会社を代理人としてナイジェリア政府公務員に対して贈賄を行った。国内関係者である KBR がテキサス州から贈賄に関するメールを送信していたこと，代理人らがオランダの銀行からスイスの銀行に向けて行なった国際送金が米国の銀行を経由していたことから FCPA の管轄が成立し，日揮については共謀罪で起訴が準備されたが，2 億 1880 万ドルの支払いで起訴猶予に合意した。日揮は米国市場に上場もしていなければ米国企業でもなく，贈賄計画の合意は米国外で行われが，共謀により米国の法令の対象となったことになる。もっとも，その後，米国では FCPA への共謀罪の適用を否定する裁判例も出されており，共謀罪の成立の範囲については流動的とされる。詳しくは，竹内真理「国内法の拡張的適用を制約する判断枠組みについての一考察―米国の外国腐敗行為法（FCPA）の実践を素材として」芹田健太郎ほか編『実証の国際法学の継承―安藤仁介先生追悼』（信山社，2019 年）307-322 頁参照。

18 *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, supra* note 16, p.11.

しかし，それらの者の代理人とされ，あるいは共謀者とされるものは，米国との関係がなくとも処罰対象となる。州際通商手段を用いることが要件とされてはいるが，コルレス銀行の利用でこの要件が満たされるとすれば，ほとんど制限として機能しないことにも注意が必要である[19]。

Ⅳ　管轄権行使に関する考え方

以上に概観した最近の実行からは，管轄権行使を規律する国際法をどのように捉えるべきかについて，いくつかの段階に分けた検討が必要なことがわかる。

１．特定類型の根拠の不要性

第一に，管轄権行使は，既存の特定的・類型的な根拠によらなければならないのか，それとも既存類型に合致しなくとも正当化される余地があるのかが問題となる。この点については，今日では類型的把握の不要性が指摘されることが増えつつある[20]。

そもそも上でも触れたように，特定的に挙げられる類型になぜ管轄権行使根拠が限定されるのかについて実質的な論拠は示されてこなかった。また，多様な結びつきを根拠として管轄権行使が行われている現状と必ずしもそうした管轄権行使に対して他国から根本的な異議が唱えられることが少ないことを考えれば，特定的な根拠がなければ管轄権は行使できないという理解は現実を反映していない。例えば，核物質防護条約8条4項は，「国際核物質輸送における輸出国又は輸入国である締約国は，国際法に適合する範囲内で，前条に定める犯罪についての自国の裁判権を設定することができる」と規定する。この規定に対して，フランスは，「輸出入国というかたちで国際核物質輸送に関わることに基づく管轄権行使基準は国際法上明示的に認められていない（is not expressly recognized in international law）ため，8条4項で言及される管轄権はフランスに対して行使されない」ことを宣言している。しかし，こうした反応を示したのはフランスのみであり，またこの規定自体が類型的な根拠が存在しなくとも管轄権行使が認められる場合があることを前提としている。

---

[19] 資金洗浄規制についても同様に米国の金融システムの利用が米国法令適用の契機となる。18 USCA §1956(f)によれば，取引額が１万ドルを超える場合，米国人によるか，あるいは，「行為の一部が米国で行われた」場合には，資金洗浄行為に対する域外管轄権が認められるが，銀行送金の過程で米国の銀行を経由したことを捉えて，「行為の一部が米国で行われた」ことが認定され得るという。また，外国人が外国で運営する闇ウェブサイトを通じて，麻薬不正取引等が外国で行われた場合も，その決済がビットコインを用いて行われた場合，取引の実施や記録のために米国の通信システムが利用されることから，違法行為の一部は米国内で生じているとみなされ，同法上米国による管轄権行使が可能とされるとされる。I. Pflaum and E. Hateley, “A Bit of Problem: National and Extraterritorial Regulation of Virtual Currency in the Age of Financial Disintermediation,” *Georgetown Journal of International Law*, vol.45 (2014), pp.1201-1202.

[20] Crawford は，〜主義はそれ自体が規則ではなく，管轄権行使に合理性があることを示すにすぎないとする。J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law, 8th ed.* (Oxford University Press, 2012), p.477.

２．属地性の擬制

第二に，特定類型以外の場合にも管轄権行使が正当化され得るとして，それはどのように説明されるのか。属地性の擬制を要するのか。それとも，属地性にとどまらず管轄権行使を行う国との何らかの実質的な結びつきがあれば良いのか。さらには，かつてのLotus号事件判決に関する一般的理解のように，特別な禁止規範がない限り，各国は自由に立法管轄権の行使をなし得ると解するべきなのか。この点についての本格的な検討は今後の課題であるが，試論的に示せば以下のように考えられる。

管轄権行使における属地性の意義について，国家管轄権に関する最も著名な論者の一人とされるMannは，領域性に基礎を置く伝統的な管轄権理論（the territorial theory of jurisdiction）は，領域ごとに分節化された国家がそれぞれに管轄権を行使することを原則とし，領域を超えた管轄権行使を行う国は自らも同様に扱われるという形で普遍性と相互性（universality and mutuality）による国際社会の秩序を形成してきたとする[21]。かつては領域が管轄権の分配を定める実効的な基準を提供できていたという理解である。しかしながら，国境を越える活動が多様な形で展開されるようになると，領域内で管轄権行使を行えば国家間の利害は自ずと調整されるという前提は維持できなくなる。Mannによれば，そうした現実に対応しようとして，属人主義や保護主義等の新たなリンクを設定したのが米国対外関係法リステイトメント第2版であったが[22]，活動の多様化が進めばそうした固定的なリンクは陳腐化するのであって，むしろ関連事実との関係が密接（close），実質的（substantial），直接的で（direct）重要である（weighty）場合には，立法管轄権行使が国際法並びに国家実行，不干渉原則，相互主義および相互依存といったその様々な側面と整合性を持つ（in harmony with international law and its various aspects (including the practice of States, the principles of non-interference and reciprocity and the demands of inter-dependence)）と解すべきという[23]。彼の考え方は，事案と密接な関係を持つ国家が立法管轄権を行使し得るとする点で米国対外関係法リステイトメント第4版の内容を先取りするものであり，多様な管轄権行使の必要性に照らして属地性を中心とする管轄権原理は維持し得ないとするものである。

本稿でも確認したように，確かに属地主義の拡張による説明が多分に形骸的な管轄権行使が行われている実態は存在する。Mannの議論は，そうした実態を属地主義の拡張として正当化するよりも，むしろ利害関係の実質性を積極的な根拠とした方が，事案との結びつきが強い国家を特定できるという考え方に基づく。インターネット・クラウド上のデータに対す

---

[21] F.A.P. Mann, “The Doctrine of Jurisdiction in International Law,” *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, tome 111 (1964), p.30.

[22] *Ibid*., p.40. リステイトメント第 2 版が示す管轄権の枠組みは第 3 版と原則的に同様である。

[23] *Ibid*., p.49. なお，Mann の理解について詳しくは，角奈都子「密接な連関原則の法的構造―国際法における国家管轄権の理解のために」国家学会雑誌 134 巻 1＝2 号（2021 年）133-196 頁。

る管轄権行使や，コルレス銀行の経由を契機とする管轄権行使のように，領域との実質的なつながりをほぼ失っているにもかかわらず属地主義を擬制して管轄権行使を正当化することは，かえって事案とより結びつきの強い国家の管轄権行使を阻害する可能性がある。このような形で属地性を擬制するよりも，正面から事案との関係の密接性を説明させる方が合理的に管轄権行使国を特定し得る。Brownlieは，管轄権行使には実質的連関が必要であり，そうした基礎が十分に備わっているか否かは管轄権行使の権原に関わるというよりも，他国の権利との関係で相対的に問題となると指摘するが[24]，実質的連関によって権原を特定することが他国との相対的な関係においてもより事案との関係が強い国の管轄権行使につながると考えられるのである[25]。

３．管轄権の競合と調整

第三に，利害関係を根拠に管轄権行使を認めた場合，連関の密接性の中に関係国を特定する機能が備わるとしても，複数国の管轄権行使が肯定される場合はなお発生する。管轄権が競合する際の調整を規律するルールは存在するのだろうか。この点については，競争法の域外適用が問題となった当時と比較して，近年の法令適用に対しては他国からの抗議が少ない点を特徴として挙げることができる。本稿で取り上げたFCPAについても，米国による管轄権行使に対する抗議はさほど見られない。競争法分野や輸出管理分野では，米国が効果理論の援用を通して厳格な規律を他国企業に実際に及ぼすことやその旨の立法を行って外国企業の活動に萎縮効果をもたらすことが，異なる経済政策をとる国の政策実現を害する可能性から欧州諸国の反発を招いた。しかし，欧州諸国も競争を歪める行為を禁止する方向に舵を切り，自ら効果理論に基づく法令適用を始めると，米国による法令適用そのものに対する批判は減少した。取締るべき行為についての合意が醸成された結果，取締りをいずれの国が行うかの問題は残るとしても，他国による取締りは自国の政策実現にも資する行為に転化したからである。FCPAについても，OECD腐敗防止条約の締結を通して，外国公務員への贈賄行為を行う先進国企業の本国間で贈賄行為を取締るべきことについて合意が形成されていることが，国家間レベルにおいては米国による法適用に対する異議が出されにくい構造につながっていると考えられる。一国による管轄権行使が，むしろ国際社会の共通利益を実現するための分担執行の機能を担う側面が認められるからである。

---

[24] I. Brownlie, *Principles of Public International Law, 7th ed.*, (Oxford University Press, 2008), p.299.

[25] もっとも，結びつきの実質性をどのように判断するか次第では，国家は禁止規範が存在しない限り自由に立法管轄権を行使し得るとする考え方と実質的に変わらない結果が生じる。現代においてもそうした管轄権行使の自由が存在すると唱える論者として，A. Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford University Press, 2003), pp.294-295; R. Gardiner, *International Law*, (Longman, 2003), pp.333-335, 338. この点は，もっぱら国内法令の規制目的を実効的に達成するためにはどのような範囲で管轄権行使をすべきかという発想に基づいて行われる管轄権行使に対して，国際法が限界を設定できるのかという問題にもつながる。

そのように考えると，政策自体が対立しない分野における法令適用国の決定は，いずれの国の政策を優先的に実現するかという問題ではなく，条約目的を実現するためにはいずれの国による管轄権行使が望ましいかという角度から論じられる契機が生じるように思われる。例えば，国際組織犯罪に関わる被疑者を泳がせ監視して組織を摘発することを目指す捜査手法がとられる場合に，他国による管轄権行使は捜査を阻害しかねない。管轄権の分配と調整に関するルールは，かつては他国の政策実現を阻害することの禁止に基盤をおいていたが，今日では，共通利益の分担執行をも担うものへとその一部が変化しており，その場合の管轄権の調整は，より強い結びつきを持つ国がどこかだけではなく，より実効的に条約目的を達成するためにはいずれの国が管轄権を行使すべきかという新たな観点の導入が必要なように思われる。

Ⅴ　おわりに

本稿では米国のリステイトメントおよび近年の実行を概観し，管轄権の分配と調整を規律する国際法規範をどのように捉えたら良いのかについて予備的な検討を試みた。具体的な検討対象として米国の実行を取り上げたのは，同国の実行がこの分野における議論をリードしているからであるが，他方で，本稿で確認した国内法令の適用範囲の拡大傾向が米国に特有の現象である可能性にも注意が必要である。とりわけ，コルレス銀行等の金融システムの利用を通じて米国との結びつきを肯定して行われる管轄権行使は，米ドルの基軸通貨としての位置づけゆえに可能となっている側面があるからである。

しかしながら，既存の類型的な管轄権行使類型にとらわれず，もっぱら国内法令の規制目的を実効的に達成する観点に立ってその適用範囲を画定するという発想は，日本の裁判例にもみられる。例えば，最高裁が初めて「域外適用」事案についての判断を下したブラウン管カルテル事件判決は，独禁法の規制目的から同法の適用範囲を導く点が特徴的である。裁判所は，独禁法が「公正かつ自由な競争を促進することなどにより，一般消費者の利益を確保するとともに，国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としていること（1条）等に鑑みると，国外で合意されたカルテルであっても，それが我が国の自由競争経済秩序を侵害する場合には，同法の排除措置命令及び課徴金納付命令に関する規定の適用を認めていると解するのが相当である」とする。その上で，独禁法第2条第6項にいう競争の実質的制限とは取引にかかる市場が有する競争機能を損なうことをいうため，「本件のような価格カルテル（不当な取引制限）が国外で合意されたものであっても，当該カルテルが我が国に所在する者を取引の相手方とする競争を制限するものであるなど，価格カルテルにより競争機能が損なわれることとなる市場に我が国が含まれる場合には，当該カルテルは我が国の自由競争経済秩序を侵害するものということができる」として，独禁法1条及び2条6項の解釈に基づき結論を導く。判決は，カルテルの取引の相手方が日本国内に所在することを条件とはし

ており，一見したところ効果理論に立脚しつつその効果の有無を測る基準として取引相手の域内所在を条件として一定の自制を図っているようにも見えるものの，こうした基準は独禁法から導かれており，少なくとも判決の書きぶりにおいては国際法上の要請への言及はない。また，カルテルの取引相手は内国企業の国外子会社であるところを，「我が国テレビ製造販売会社と現地製造子会社等が経済活動として一体となって行ったものと評価できる」として国内本社との一体性を擬制しており，効果主義に基づく管轄権行使の例として従来捉えられてきた事案に比べても効果が国内で発生したという評価はより間接的である。さらに諸外国の例も含めて慎重に分析する必要はあるが，こうした傾向がある程度普遍的に見られ，米国に固有の現象ではないとすれば，国際法上の管轄権規則について再検討する必要性が認められると考えられる。

第　7　章

エネルギー安全保障と国内行政法

京都大学大学院教授
原　田　大　樹

Ⅰ　はじめに

イラン情勢が緊迫する中，2019年12月に政府は，中東への海上自衛隊の派遣を決定した。閣議決定の中では，「自衛隊による情報収集活動は，政府の航行安全対策の一環として日本関係船舶の安全確保に必要な情報を収集するものであり，これは，不測の事態の発生など状況が変化する場合への対応として以下(4)に定める自衛隊法（昭和29年法律第165号）第82条に規定する海上における警備行動（以下「海上警備行動」という。）に関し，その要否に係る判断や発令時の円滑な実施に必要であることから，防衛省設置法（昭和29年法律第164号）第4条第1項第18号の規定に基づき実施する」[1]とされ，防衛省設置法の所掌事務に関する規定を根拠とする派遣であることが明示された。そして，2020年1月10日には，防衛大臣による派遣命令[2]が出され，オマーン湾，アラビア海北部，アデン湾の公海（ホルムズ海峡を含まず）を対象に，まずはP3C哨戒機2機が派遣され，さらに2月2日に護衛艦「たかなみ」が派遣された。この事案では，自衛隊の海外派遣の法律の根拠に改めて焦点が当てられた。

自衛隊をめぐってはさらに，いわゆる防衛出動命令服従義務不存在確認訴訟において，2019年7月22日に最高裁が訴訟類型・訴訟要件について一定の判断を示している[3]。2015年のいわゆる平和安全法制整備法の成立をめぐっては，主として憲法学において激しい議論が交わされた[4]。もっとも，集団的自衛権の合憲性そのものは本稿の直接の対象ではない。本稿は，自衛隊法や重要影響事態安全確保法の改正後の条文を前提に，安全保障と防衛力の法的統制とのバランスをどのように確保するかという点に関心を有している。行政法学の立場からの解釈論的なアプローチを試みる本稿では，参照領域理論を前提とする法解釈の可能性，具体的には，いずれも武器の使用を許容する防衛法と警察法の比較の中で，一定の解釈論的な帰結を導出することを目指したい。そこでまず，自衛隊法の特色を，他の行政作用法・組織法との相違点や警察法との違いを中心に明らかにする（Ⅱ）。次に，警察法と防衛法に存在する武器の使用に関する規定を素材に，その具体的な要件や，武器使用を許容する法規定の法的性格を分析する（Ⅲ）。さらに，武器使用・武力行使という実力行使の極限的形態を法律或いは議会がいかなる見地からどのように統制すべきかを検討する（Ⅳ）。こうした作業を通じて，自衛隊の海外派遣の法律の根拠をめぐる議論に一定の結論を示すとともに，グローバル化をめぐる議論と防衛法との関係を展望することとしたい（Ⅴ　おわりに）。

---

1 「中東地域における日本関係船舶の安全確保に関する政府の取組について」（2019 年 12 月 27 日閣議決定）。

2 「河野防衛相，中東への海自派遣命令 日本船の安全確保へ情報収集強化」読売新聞（2020 年 1 月 11 日）朝刊。

3 最一小判 2019（令和元）・7・22 民集 73 巻 3 号 245 頁。

4 この問題に対する行政法学からの見解として参照，藤田宙靖「覚え書き―集団自衛権の行使容認を巡る違憲論議について」自治研究 92 巻 2 号（2016 年）3-29 頁，同「自衛隊法 76 条 1 項 2 号の法意―いわゆる『集団的自衛権行使の限定的容認』とは何か」自治研究 93 巻 6 号（2017 年）3-43 頁。

Ⅱ　自衛隊法の特色

１．組織法的特色

一般的な行政法では，行政組織の設置や任務・所掌事務を定めた行政組織法としての省庁設置法（例えば国土交通省設置法）と，個々の行政活動の具体的な要件・効果・手続等を定めた行政作用法（例えば土地収用法）が区別される。これに対して自衛隊については，まず，行政組織法として防衛省設置法と自衛隊法の二つが存在する。警察法の世界では，法典としての「警察法」が，警察庁のみならず警察組織全般を一元的に規定しているのに対して，防衛法では防衛省設置法の中には自衛隊に関する詳細な規定はなく，自衛隊法という独立した法律が存在する。この区別は，組織の設置や任務配分に係る防衛省設置法と，動態的な権限分配の自衛隊法という役割分担に基づくものとされている[5]。わざわざ組織法を二つに分けたのは，有事における武力行使を自衛隊が担うという任務の特殊性[6]に求められる。確かに自衛隊は，国家行政組織法の「特別の機関」[7]としての性格を持ち，その限りでは行政組織法通則に馴染まない特殊な取り扱いが求められうる。しかし，特別の機関であれば必ず単行の組織法が必要とされているわけではなく，自衛隊の特殊な任務がこうした法典の体系を選択させていると考えられる。

組織法的に見た自衛隊のもうひとつの特色は，「自衛隊」という概念の中に陸上自衛隊・海上自衛隊・航空自衛隊だけではなく，事務方（内部部局・防衛施設庁等）も含まれていることである（自衛隊法2条1項）。これは，自衛隊の一体性や文民統制の確保を企図したものと思われる。

２．作用法的特色

作用法的な観点から自衛隊法をながめると，自衛隊法の中に組織法的規定と作用法的規定が混淆していることに気づく。同法の1章から5章までは組織法的な性格が強い規定であり，指揮監督や部隊の編成，自衛隊員の身分に関する規定が並ぶ。これに対して同法の6章と7章は，自衛隊の具体的な活動やそれに伴う法的権限が規定されており，作用法的な規定がほとんどを占めている。警察法の世界では，組織法としての「警察法」と，作用法としての「警察官職務執行法」がある程度明確に分離されている[8]。これに対して防衛法では，一本の法

---

[5] 仲野武志「武力行使・武器使用の法的規制」同『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂，2018 年）172-236（196）頁[初出 2017 年]。

[6] 自衛隊法覚え書編集委員会編『逐条解説 自衛隊法（上）』（自衛隊法覚え書編集委員会，2016 年）10 頁。

[7] 宇賀克也『行政法概説Ⅲ　行政組織法／公務員法／公物法（第 5 版）』（有斐閣，2019 年）235 頁。もっとも，特別の機関という組織形態が，一定の組織法的特色を導出するものではないことにつき，原田大樹「原子力規制委員会」日本エネルギー法研究所月報第 217 号（2012 年）1-3（2）頁。

[8] 高木光「警察行政法の現代的位置づけ」「警察行政の新たなる展開」編集委員会編『警察行政の新たなる展開（上）』（東京法令出版，2001 年）163-183（174-179）頁。

律の中に両者がまとめて規定されており，海上保安庁法[9]と立法スタイルを共通にしている。

作用法としての自衛隊法の特色は，防衛権と警察権の併存にある。自衛隊法が規定する代表的な活動類型が，防衛出動と治安出動である。防衛出動（76条）は，武力攻撃を受けた場合に，対処基本方針の国会承認を求めた上で防衛権の行使，すなわち武力行使を行うものである。ここでいう武力攻撃には，武力攻撃事態等と存立危機事態の二つが含まれている。これに対して治安出動（78条・81条）は，間接侵略その他の緊急事態，言わば内乱状態において，一般の警察組織では対処が困難である場合に用いられるもので，命令による治安出動の場合には，内閣総理大臣が警察権の行使としての治安出動を命じ，国会の事後承認を得ることになっている。地域的な内乱事態を想定した要請による治安出動では，都道府県知事が内閣総理大臣に部隊出動を要請し，内閣総理大臣が出動を命じることとされており，この場合には都道府県知事が都道府県議会に事後報告することとされている。

３．防衛出動命令の法的性格

このうち防衛出動については，陸上自衛官が，存立危機事態における防衛出動命令に服従する義務がないことの確認を求める訴訟を提起し，これに対して最高裁が訴訟要件について一定の判断を示したことが注目される。主題となっているのは，2015年改正後の自衛隊法が集団的自衛権の行使を想定した存立危機事態の場合に発令が予想される防衛出動命令の合憲性である。ここで，防衛出動の行政過程を簡潔に述べれば，防衛出動命令がなされた後に，具体的な職務命令があり，これに不服従の場合には自衛隊法に基づく懲戒処分や刑事罰が想定されている。

一審判決[10]は，本件訴訟を行政事件訴訟法4条後段の公法上の当事者訴訟とみて，その確認の利益を否定した。その理由は，①近い将来も含めて存立危機事態が発生する明白なおそれがあるとは言えないこと，②原告は入隊後に一度も戦闘部隊に所属したことがなく現在も補給部門に所属しており原告の所属する部署に防衛出動命令が発令される具体的・現実的可能性がないこと，であった。つまり，確認の利益の中でも即時確定の利益がないとして，確認の利益を否定したことになる。

これに対して，二審判決[11]は，防衛出動命令に不服従の場合に予想される懲戒処分の予防を目的とした法定外（無名）抗告訴訟と考え，その実質が懲戒処分差止訴訟にあるとみて，差止訴訟の訴訟要件である重大な損害要件と補充性要件を充足する必要があると判断した。そして，①重大な損害要件については，「存立危機事態の危険性及び切迫性に照らすと，防

---

[9] 斎藤誠「海上執行措置の組織法と作用法」山本草二編集代表『海上保安法制―海洋法と国内法の交錯』（三省堂，2009年）46-71(46)頁。
[10] 東京地判2017（平成29）・3・23民集73巻3号267頁。
[11] 東京高判2018（平成30）・1・31民集73巻3号272頁。

衛出動命令に基づく本件職務命令を受けた自衛官がその服従を怠るときは，我が国の国民や他の自衛官の生命及び身体に高度の危険を及ぼすおそれがあることが明らかであるから，本件職務命令に服従しなかった自衛官に対する懲戒処分は，当該自衛官に課せられた重大な責任に違反するものとして，免職を含む重大なものとなることが容易に想定できる。また，刑事罰も同様に重いものになると考えられる。このような極めて厳しい社会的非難にさらされること並びに重大な懲戒処分及び刑事罰の対象となることにより控訴人が被ることになる損害は，行政処分たる懲戒処分がされた後に取消訴訟又は無効確認訴訟を提起して執行停止の決定を受けることなどはもとより，当該処分の差止めを命ずる判決を受けることによっても容易に救済を受けることができるものではない。」として，予想される不利益の大きさや社会的非難の大きさを根拠に，その充足を認めた。また②補充性要件についても，ほぼ同様の理由を挙げて肯定した。

この判決の特色のひとつは，重大な損害要件について，懲戒処分そのものの重さに加えて，社会的非難の大きさも考慮に容れた点にある。これまでの差止訴訟の判例は，重大な損害要件について，処分取消訴訟とその執行停止では救済できない損害であると定式化し，具体的な判断においては，同種の処分が繰り返されることで不利益が急拡大すること（反復継続・累積加重）に注目するものが多かった。本件では予想される懲戒処分は一回であるものの，それ自体の重さが大きいことや，社会的非難＝評価・信用の利益の毀損に着目し，累積加重の色彩がなくても重大な損害要件を満たすと判断したものと思われる。他方で補充性要件については，差止訴訟の多くで議論される，先行する行政活動に処分性がないことは扱われず，重大な損害要件で考慮されたのと同じ事情が挙げられている。判決は別の部分で，防衛出動が行政の内部行為であり，またその名宛人が自衛官個人ではなく自衛隊という組織であることに着目して，処分性の定式（とりわけ外部性・法的効果）を充足しないとの判断を示している。これを前提にすると，防衛出動の取消訴訟は観念できず，やはり補充性要件を充足することになる。

最高裁も，この訴えが実質的には懲戒処分の差止めを求める無名抗告訴訟とした。さらに，2審判決では明示的に論じられなかった処分の蓋然性要件の充足をも要求し，その判断をさせるべく原審に差し戻した。

「本件訴えは，本件職務命令への不服従を理由とする懲戒処分の予防を目的として，本件職務命令に基づく公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟であると解されるところ，このような将来の不利益処分の予防を目的として当該処分の前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟は，当該処分に係る差止めの訴えと目的が同じであり，請求が認容されたときには行政庁が当該処分をすることが許されなくなるという点でも，差止めの訴えと異ならない。また，差止めの訴えについては，行政庁がその処分をすべきでないことがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められること等が本案要件（本案の判断

において請求が認容されるための要件をいう。以下同じ。）とされており（行政事件訴訟法37条の4第5項），差止めの訴えに係る請求においては，当該処分の前提として公的義務の存否が問題となる場合には，その点も審理の対象となることからすれば，上記無名抗告訴訟は，確認の訴えの形式で，差止めの訴えに係る本案要件の該当性を審理の対象とするものということができる。そうすると，同法の下において，上記無名抗告訴訟につき，差止めの訴えよりも緩やかな訴訟要件により，これが許容されているものとは解されない。そして，差止めの訴えの訴訟要件については，救済の必要性を基礎付ける前提として，一定の処分がされようとしていること（同法3条7項），すなわち，行政庁によって一定の処分がされる蓋然性があることとの要件（以下「蓋然性の要件」という。）を満たすことが必要とされている。

したがって，将来の不利益処分の予防を目的として当該処分の前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟は，蓋然性の要件を満たさない場合には不適法というべきである。」

最高裁はかつて，君が代判決[12]において，公務員懲戒処分差止訴訟の実質を持つ職務命令に基づく義務の不存在確認訴訟を無名抗告訴訟とみた上で，その訴訟要件として補充性＝無名抗告訴訟でなければ救済できない事情を要求した。すなわち，差止訴訟を適法に提起できるのであればそちらを利用すべきであって，無名抗告訴訟をあえて用いる必要はないという判断を示していた。本判決では処分の蓋然性も要求されており，また二審判決では重大な損害・補充性要件の充足が示されていたことからすると，最高裁は無名抗告訴訟の訴訟要件を限りなく差止訴訟に接近させたものと見ることができるかもしれない。従来，無名抗告訴訟が利用できそうな場面として，差し止めたり義務付けたりしたい処分の一定性がなお十分でないケースが想定されてきた。処分の一定性と蓋然性は概念上区別できるので，今回の最高裁判決が無名抗告訴訟の利用の余地を狭めたとまでは言えないと思われる。もっとも，処分の一定性が充足されない場面では蓋然性が弱まるという連関はありうるところであり，事案によっては無名抗告訴訟が提起できなくなる可能性はあると考えられる。

本判決は，防衛出動命令が行政内部行為であり，その不利益が後続の懲戒処分によって現実化・外部法化する点で，君が代判決に類似している[13]。他方で，君が代判決との相違点として，命令不服従に対する刑事罰（自衛隊法122条1項3号）の存在が挙げられる[14]。そうすると，防衛出動命令が懲戒処分という形で顕在化する不利益とは別に，刑事罰を受ける不利益を予防する当事者訴訟としての確認訴訟が想定できることになるはずである。そこで訴訟類

---

12 最一小判 2012（平成 24）・2・9 民集 66 巻 2 号 183 頁。

13 仲野武志「行政事件における訴訟要件の意義」同『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂，2018年）264-298（272）頁[初出 2015 年]。精緻な分析として参照，山本隆司「改正行訴法下の無名抗告訴訟」法曹時報 74 巻 2 号（2022 年）265-307（290-305）頁。

14 神橋一彦「判批（防衛出動命令に服従する義務の不存在確認訴訟の適法性）」法学教室 470 号（2019 年）134 頁。

型としては，君が代判決と同様に，無名抗告訴訟と当事者訴訟の双方が想定でき，無名抗告訴訟の処分の蓋然性要件と，当事者訴訟の確認の利益（特に即時確定の利益）は，実質的に重なり合うことになる。本件では，原告が戦闘部隊に所属したことがないという事実をどの程度考慮するかが，要件判断の大きな分かれ目になるように思われる。

Ⅲ　武器の使用

１．警察法上の武器使用

国内行政法で武器の使用が認められている代表的な行政組織は，警察である。警察法67条は，小型武器の所持を許容している[15]。この武器所持規定は，単に武器の「所持」だけを認める趣旨なのか，それとも比例原則に配慮した形で武器の使用まで許容するものなのかについては議論がある。近代法の大前提としての自力救済禁止原則からすれば，一般人が武器を持つことは我が国の法秩序が許容するところではない。その大きな例外として武器の所持を特定の行政組織に法律で認めることにより，単に所持だけでなく，一定の限度で武器の使用をも許容したとみる余地はある[16]。

武器の使用は，行政法学では即時執行（即時強制）の一種として扱われてきた。警察法に言う即時強制は，実力によって公共の安全・秩序維持の上で好ましい状態を実現することと理解されており，戦前までの行政執行法が比較的包括的に根拠規定を置いていた。もっとも，武器使用を許容する規定はそこにはなく，理論上は警察急状権（警察緊急権）[17]として説明され，行政規則によってその使用の態様が規定されていた。これは，武器使用に伴い相手方に侵害作用をもたらすことが原則として違法と考えられた上で，民法や刑法でいう正当防衛・緊急避難の要件に該当する場合に限って適法になるという考え方の反映でもあった。

戦後の警察官職務執行法は，7条で武器使用に関する要件を明確に定めた[18]。同法は，武器使用要件と武器の使用によって相手方に危害を加えて良い場合の要件（危害要件）とを分けて規定している。武器使用要件としては犯人逮捕・逃走防止，自己・他人に対する防護，公務執行への抵抗抑止の目的を挙げており，危害要件としては，正当防衛・緊急避難相当，凶悪犯逮捕目的，逮捕状による逮捕目的を規定している。警察法が組織法であり，警察官職務執行法が作用法であるという理解に立つと，この警察官職務執行法7条の規定によってはじめて武器の使用が許容され，警察法67条の武器所持規定だけでは武器使用ができないものと

---

15 海上保安庁法に基づく武器使用につき参照，田中利幸「海上執行措置法令の国内法体系における地位」山本草二編集代表『海上保安法制―海洋法と国内法の交錯』（三省堂，2009 年）72-87（86）頁，森川幸一「海上暴力行為」同書 293-328（314）頁。

16 石川才顕「警察官の武器使用とその許容性限界」警察研究 48 巻 12 号（1977 年）13-23（15-16）頁，田村正博『全訂 警察行政法解説（第 2 版補訂版）』（東京法令出版，2019 年）249-252 頁。

17 美濃部達吉『日本行政法下巻』（有斐閣，1940 年）151-153 頁。

18 澤田あすか「条文徹底攻略 現場で役立つ警察官職務執行法（第 15 回）武器の使用（その 1）」Keisatsu koron74 巻 5 号（2019 年）9-19（10）頁。

見る可能性もある。

いずれの理解に立つとしても，警察官職務執行法7条が定める要件に合致する武器使用であれば，行政上・民事上・刑事上の責任を問われないことになる[19]。ここでの行政上の責任は，警察官個人の責任ではなく，警察官という行政機関の職務上の責任[20]である。正当防衛・緊急避難の要件を充足すれば，それが民事上・刑事上の正当防衛・緊急避難であるから行政上免責されるのではなく，警察官職務執行法7条が正当防衛・緊急避難相当の要件を定め，それを充足しているがゆえに当該行政活動は適法と評価されるのである。また民事上の責任についても，国家賠償法1条の責任について，公務員個人への責任追及が判例上排除されていることから，職務行為関連性がおよそないような特別な場合[21]を除いて，武器を使用した警察官個人に対する民事上の損害賠償請求が認められることはない（国家賠償法1条2項による国・公共団体からの求償はあり得る）。さらに，刑事上の責任についても，警察官職務執行法7条の要件に合致していれば，法令に基づく行為として違法性が阻却されることになる。

２．防衛法上の武器使用・武力行使

これに対して，自衛隊の場合も任務遂行に必要な武器を保有することが認められており（自衛隊法87条），警察法とは異なって小型武器への限定はない。もっとも，国際連合平和維持活動等に対する協力に関する法律（以下「PKO協力法」という。）では，小型武器の保有・貸与の規定になっており（PKO協力法23・24条），武器一般の保有が認められているわけではない。組織法と作用法の混淆が見られる自衛隊法において，この武器保有規定は作用法の部分に置かれており，かつ小型武器への限定もないところからすると，この規定のみで比例原則に従った武器使用が認められる余地は警察法よりも大きいだろう。

自衛隊法はさらに，武器を使用する活動について，二つのタイプの規定を置いている。一つは，武力行使である（自衛隊法88条）。その要件は防衛出動時であり，また「国際の法規及び慣例」の遵守や，「事態に応じ合理的に必要と判断される限度」とされている。もう一つは，武器の使用であり，自衛隊法とPKO協力法のそれぞれで，複数の類型が見られる。

まず自衛隊法における武器使用について，その第一の類型は，命令による治安出動（自衛隊法89条），自衛隊施設等の警護出動（同法91条の2），海上警備行動（同法93条），海賊対処

---

19 古谷洋一編『注釈警察官職務執行法（四訂版）』（立花書房，2014 年）371 頁。

20 警察官による武器使用は，正当防衛・緊急避難に該当するから違法性が阻却されるのではなく，警察官職務執行法 7 条が定める要件を充足すれば法令に基づく正当行為（刑法 35 条）として違法性が阻却されると考えるのが一般的である（田村・前掲注(16)255 頁）。さらに，警察官職務執行法 7 条の場合には警察比例原則との関係で，正当防衛の成立について緊急避難の補充の原則と同じ要件が必要とする見解として参照，津田重憲「警察官の武器使用と正当防衛」東亜法学論叢（東亜大学）6 号（2001 年）1-36(34) 頁。

21 大橋洋一『行政法Ⅱ 現代行政救済論（第 4 版）』（有斐閣，2021 年）410 頁。

行動（同法93条の2＝海賊行為の処罰及び海賊行為への対処に関する法律8条），在外邦人保護措置（自衛隊法94条の5）であり，その要件としては警察官職務執行法7条の準用のほか，警護上の必要，集団暴行抑止，武器所有者の鎮圧という目的が挙げられている。第二の類型は，弾道ミサイル破壊措置（93条の3）であり，破壊のため必要な武器という要件のみが規定されている。第三の類型は武器防護（95条）であり，その要件としては，職務上警護，人・武器の保護のため必要であると認める相当の理由，その事態に応じ合理的に必要と判断される限度，危害要件（正当防衛・緊急避難相当）が規定されている。

次に，PKO協力法における小型武器の使用については，二つの類型の区別がある[22]。第一は，自己防護型と呼ばれるもので，その要件は，自己等の生命・身体防護のためやむを得ない必要があると認める相当の理由，その事態に応じ合理的に必要と判断される限度，上官の命令，危害要件（正当防衛・緊急避難相当）（PKO協力法25条1～6項）である。その延長上に，外国軍隊要員との共同での警護を想定した宿営地警護（同法25条7項）も位置づけられる[23]。第二は，任務遂行型と呼ばれるもので，その要件は，生命・身体・財産防護，業務妨害排除，危害要件（正当防衛・緊急避難相当）（同法26条）である。

３．警察作用と防衛作用

これらの武器使用・武力行使規定は，いくつかの軸で分類可能である。しばしば見られる区別は，警察作用と防衛作用である。ここで警察作用とは，公共の安全と秩序の維持を目的とする作用とされ，わが国の平和と独立を守り，国の安全を保つため，侵略に対してわが国を防衛する作用とは区別される[24]。上記で示した規定のうち防衛権に属するものであることが明らかなのは，武力の行使であり，その想定される武器の使用の態様は，武器の使用を許容する規定と異なり多量であって，規律の態様も包括的である。これに対して，警察権に属するものは，治安出動，海上警備行動，弾道ミサイル破壊措置[25]等である。これらはいずれも公共の安全・秩序維持目的の作用と考えられており，武器の使用の法的規律は個別的で比較的詳細である。

もうひとつの分類軸は，武器使用の目的である。武力行使については，侵害に対して防衛する目的しかなく，これ以上に目的で区別することはできない。これに対して武器使用は，

---

[22] 武器使用に関する任務遂行型と自己保存型の区別につき参照，沓脱和人「PKO における自衛隊の武器使用（上）」時の法令 2014 号（2016 年）73-77（73）頁。

[23] 小型武器ではなく，武器の使用を規定している類似の例として，自衛隊法 94 条の 7 及び重要影響事態法 11 条の規定する後方支援活動・捜索救助活動がある。

[24] 田中二郎『新版行政法下巻（全訂第二版）』（弘文堂，1983 年）37 頁。また，杉村敏正『防衛法』（有斐閣，1958 年）81 頁は，警察の本来の任務は国内における公共の秩序・安全の維持にあるとし，軍隊の本来の任務は外国による武力攻撃に対する国の防衛であるとしつつ，両者の相互補完的作用を認める。

[25] 丸茂雄一『概説 防衛法制：その政策的展開』（内外出版，2007 年）205 頁。

自己の生命を防護することを基本とするものと，職務上の一定の義務を遂行するためのものとに分かれている。

Ⅳ　武器使用・武力行使と法治主義

１．武器使用と武力行使の狭間

自己防護のための武器使用と職務遂行のための武器使用は，国内法的に考えればいずれも自衛官の職務としての武器使用であって，法的には等価であるように見える。しかし，この区別は憲法9条1項が禁止する武力の行使とPKO協力法に基づく自衛隊の海外派遣との緊張関係を背景として，これまで重視されてきた。PKO協力法も予定するPKO参加五原則の中には，武器使用は要員の生命等の防護のために必要最小限度に限ることが含まれている。これは，「自己又は自己と共に現場に所在する我が国要員の生命又は身体を防衛することは，いわば自己保存のための自然権的権利というべきものであるから，そのために必要な最小限の『武器の使用』は，憲法第9条第1項で禁止された『武力の行使』には当たらない」[26]とした1991年の政府統一見解を背景にしている。つまり，生命・身体を個人のレベルで防御することは武力行使ではないという理解のもとで，海外に派遣される自衛隊に小型武器の所持や使用が認められたのである。もっとも，その要件は次第に緩和されてきたとも言える。1998年のPKO協力法改正により，上官がいるときは上官の命令に従う原則が加えられた。上官の命令に従うことは，個人のレベルでの生命・身体の防護という図式から離れるように見えるものの，危険な状況において個人がばらばらに武器使用の判断を行うと，かえって隊全体が危機に陥ることは想定できる。そこで，上官の命令に従うとしても，自己保存としての本質は変わらないという理解[27]に基づいて，この改正がなされた。さらに，2001年の改正では，防護対象が管理下に入った者にも拡張され，またPKO協力法制定時には凍結されていた武器等防護へも武器使用が認められた。ここまで拡張されると，個人のレベルでの生命・身体の防護と，職務としての武器使用の境界は曖昧になってきたと言わざるを得ない。

任務遂行のための武器使用が正面から認められたのは，集団的自衛権の行使を許容することを前提とした2015年改正の際であり，任務遂行のための武器使用や駆け付け警護が明確に認められた[28]。こうした態様の武器使用が憲法9条1項の禁止する武力の行使に当たらない説明として，PKO参加五原則の中にある紛争当事者の受け入れ同意があれば当事者と交戦状態になることはないはずであるとか，正当防衛・緊急避難相当の場面にのみ相手方への危害を

---

[26] 政府統一見解 1991（平成 3）年 9 月 27 日 衆議院国際平和特別委員会 理事会提出。
[27] 阪田雅裕編著『政府の憲法解釈』（有斐閣，2013 年）93 頁。
[28] 沓脱和人「PKO における自衛隊の武器使用（下）」時の法令 2016 号（2016 年）75-80(77)頁，前田哲男「自衛隊変貌（第 2 回）境界線失う『武器の使用』と『武力の行使』」世界 890 号（2017 年）152-160(156-157)頁。

許容する危害要件が規定されているので武力行使にはあたらない[29]とする説明が見られる。

ここで改めて，1991年の政府見解に見られる「自然権的権利」を，国内行政法の問題関心から検討してみたい。自衛隊法は自衛隊という組織に対して様々な権限を付与しており，武器の使用もその一種である。そして，法定の要件を満たした場合に武器を使用したと評価されるのは，自衛隊員である個人ではなく，行政組織としての自衛隊（を構成する自衛隊員）であることは，自己防衛型でも任務遂行型でも変わりない。そこで，武器使用の適法性判断にあたって重要なのは，それが自然権的権利に基づくのかという点ではなく，武器使用の許容要件として何が実定法化され，その要件に適合した武器使用であったか[30]という点にある。

そこで，憲法9条1項違反を避けるためには，個人のレベルでの生命・身体の防護かどうかという点ではなく，それが（武力行使の態様である）組織的で無限定な武器の使用を許容しないものであることを担保する許容要件が実定化されることが必要である。ここで，武器使用と武力行使に関する自衛隊法の規定における違いは，個別の武器使用の要件を限定的かつ詳細に規定しているか，危害要件が含まれるか[31]という点に求められる。前者は，武器使用の要件を具体的で明確にすることで，無制限な武器使用を違法とするものである。また後者は，相手方に危害を加えることを法的に許容する場面を一般に生命・身体・財産等の保護に限定することで，無差別大量な武器使用を許さない意味を持つ。任務遂行のための武器使用も，組織的で無限定な使用を許さない範囲内に止まっているものとするならば，武器の使用と武力行使に関する従来の線引きを実質的には変更していないのではないかとも思われる。

２．武器使用と法治主義

このように，憲法9条1項が禁止する武力の行使を担保するためには，行政法である自衛隊法等に適切な法的規律を置く必要がある。それでは，そもそも行政活動を法的に統制する法治主義の考え方が武器使用や武力行使に適用されるべき根拠はどこに求められるのだろうか。

憲法9条1項が武力の行使・武器使用を全面的に禁止しているとすれば，国会が立法によってそれを行政機関に許容する法律をつくることが直ちに違憲であることになり，憲法自身が立法可能事項を限定したものとみることができる。そうであるとすれば，そもそも武力行

---

[29] 阪田雅裕『憲法 9 条と安保法制　政府の新たな憲法解釈の検証』（有斐閣，2016 年）95 頁。

[30] 海外における武器使用を個人の行為と考え，武力行使との抵触を避けようとする見解として参照，小針司「個人としての武器使用と職務行為―国際平和協力法に関連して」同『続・防衛法制研究―憲法・防衛法研究（第 3 巻）』（信山社，2000 年）153-180（159）頁 [初出 1996 年]。これに対して，仲野・前掲注（5）209 頁は，自己防護型の武器使用について，正当防衛に該当することを要件とする国家作用と理解し，正当防衛そのものではないと指摘する。

[31] 久保田隆「自衛官による加害行為と刑法三五条に基づく違法性阻却―防衛出動時における武力の行使を中心に―」法学政治学論究（慶應義塾大学大学院）120 号（2019 年）129-159（139）頁。自衛隊法覚え書編集委員会編『逐条解説 自衛隊法（下）』（自衛隊法覚え書編集委員会・2016 年）61 頁は，武力の行使は多数者を殺戮する性能を持った武器を使用するので，正当防衛・緊急避難の要件がないと説明する。

使・武器使用に関する法律を制定することが憲法上許されないのだから，法治主義を語る前提を欠く。しかし，少なくとも国内法（警察法）においては，治安維持のために武器を所持し使用することが必要であり，その限りでは憲法9条1項との抵触がないことは明らかである。そこでまずこの武器使用の場面から，法治主義との関係を検討する。

警察法における武器使用が公権力の行使（権力的事実行為）に該当することはおそらく争いがないものの，それ自体が（つまり，行政法上の義務付けや武器所持を認める規定とは別に）法律の留保の対象に含まれるのかという点には議論があることは，すでに紹介した。もっとも，国内法上，武器の所有は厳しく制限されており（銃砲刀剣類所持等取締法3条，3条の2，3条の3），行政機関が武器を所持・保有することについても，例えば警察法67条や海上保安庁法19条において明文の規定が置かれているところである。そして，武器の使用は，他の実力行使の形態と異なり，相手方の生命・身体（・財産）に重大かつ不可逆的な侵害結果をもたらす可能性が高い。こうした侵害の態様に着目すれば，武器所持を認める規定とは別に，武器使用が法律の留保の対象に含まれると考えるべきではないか。

次に，武器使用を外国で，あるいは外国人に対して行うことが，法律の留保の対象に含まれるかを検討する。一般的な行政法では，国内における（属地主義），国民に対する公権力の行使を典型的には想定しており，武器使用については，相手国が同意していることを前提に，国外での使用も許容される。ここで，相手国の同意さえあれば，外国で外国人に対して武器使用を許容することができるのか。それとも，相手国の同意とは別に，日本国内での法律の根拠が要請されるのか。

ここで，日本国内に居住する外国人に対しては，その権利・利益の性格に応じて侵害を許容する法律の規定が要求されており，この点は日本国民であると否とを問わず変わらない。この点を踏まえると，国外に居住する外国人の生命・身体を侵襲する行為に対して，日本国内の法律による授権規定が全く必要ないとまでは言えないように思われる。法律の留保の対象行為の判定にあたっては，名宛人が国民＝日本国籍保有者かどうかという点よりも，普遍的な人間が持つ法益＝人権への介入かどうかの方が重視されていると考えられるからである。そうすると，日本国外居住の外国人に対する武器使用の根拠規定は，国際法上の義務を履行するための担保法としての性格だけではなく，法益侵害の許容規定であり，日本の行政機関の活動の法的正当化根拠でもあるとも思われる。現在の防衛法における武器使用規定の多くが，警察法（特に警察官職務執行法）と横並びで規定されていることは，このような観点から正当化できる。

これとは別に，自衛隊の海外派遣における国会の関与[32]が必要とされているのは，外国への自衛隊派遣が憲法9条1項の禁止する武力の行使に繋がりかねないことを踏まえ，外国にお

[32] 武蔵勝宏「イラク復興支援特措法の立法過程」同志社政策科学研究（同志社大学）7巻1号（2005年）105-121(117)頁。

ける自衛隊の武器使用の質・量・可能性を国会にコントロールさせる意味を持つ。こうした手続は，法律の留保よりも議会留保の要請[33]に基づくものと思われる。

３．武力行使と法治主義

憲法9条1項が武力の行使を全面的に禁止する趣旨ではなく，自衛権の行使の範囲内であれば合憲とすると，武力行使についても法律の留保の対象性を語ることができる。武力行使も公権力の行使の一態様であり，武器の使用と比較して，国民・国内居住者を超えて極めて広範囲に甚大な侵害作用をもたらすおそれがある作用である。それゆえ，法律によるコントロールの下に置く必要性は極めて高い。他方で，武力行使は緊急事態の局限形態であり，法律による事前のコントロールには限界があるとも言える。このような作用はそもそも「行政」とは区別される執政作用と考えることもでき，そうであるとすると，法律の根拠とは異なる，国家権力間（とりわけ立法と行政の間）の抑制均衡システムを検討する余地もある。

武力行使に対する法的統制は，その影響が広範に及ぶことから，国民の中から権利利益の被侵害（想定）者を切り出すことが不可能であり，国民全体が当事者としての性格を持つことに留意すべきである。そこで，武力行使に対する留保を根拠付けるのは，政治的重要事項としての統制[34]であって，人権・基本権の侵害に着目した典型的な法律の留保論とは異なる色彩を持つことになり，議会留保の問題に接近するだろう[35]。対処基本方針の国会事前承認（武力攻撃事態等及び存立危機事態における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律9条7項）はその手段のひとつと位置づけられる。また，状況に適合して態様が変わりうる武力行使では，武器使用のような個別的な法的統制は困難であり，法律による授権を必要とするとしても，武力行使を許容する包括的な要件規定にならざるを得ないと思われる[36]。

Ⅴ　おわりに

武器使用・武力行使と国内行政法の規定に関する本稿の検討を踏まえ，最後に，中東への海上自衛隊派遣をどう評価するかについて簡潔に私見を述べることとする。一般的に，省庁

---

[33] 議会留保につき参照，原田大樹「議会留保理論の発展可能性」法学論叢（京都大学）176 巻 2=3 号（2014 年）328-347 頁，「日本における議会留保理論」国立国会図書館調査及び立法考査局編『国会による行政統制―ドイツの「議会留保」をめぐる憲法理論と実務』（国立国会図書館調査及び立法考査局，2015 年）43-50 頁。

[34] 仲野・前掲注(5)230 頁は，外国軍隊に対する武器使用の法的規律は，それが警察権の行使に当たらなければ法律事項ではないとし，無統制な武力行使により我が国の存立を危うくしないことが法的規律の目的であって，法治国原理とは異なるとする。

[35] 仲野・前掲注(5)230 頁も，裁判所よりも内閣が担保すべき問題であり，政治的・組織法的な統制が中心となるとする。

[36] 杉村・前掲注(24)83 頁は，防衛出動についても武力行使の限度として比例原則と同様の発想が見られるとして，ここに国民・外国人を問わない人権尊重の趣旨を見出している。

設置法等が定める所掌事務規定に基づいて，行政機関が，法律の留保の範囲外の活動（典型的には侵害作用を伴わない活動）を実施することは可能である。しかし，公権力の行使に当たると考えられる活動（本稿との関係では「武器の使用」）を行う場合には，組織法的な所掌事務規定とは別に作用法上の根拠が必要とされ，自衛隊法82条（海上警備行動[37]：93条で武器使用許容）はその根拠と考えられる。その限りでは，閣議決定のロジックは国内行政法学の一般的な理解とは整合的である。

他方で，治安出動下令前の情報収集（自衛隊法79条の2）は，武器使用が必要であることが予想されるため，自衛隊法の作用法部分に規定が置かれている[38]。これと同様に考えるならば，海上警備行動前の情報収集についても，防衛省設置法の所掌事務規定とは別に，これと同様の作用法上の根拠が必要ではないだろうか。そもそも海上警備行動の規定は，海上保安庁法と横並びで規律されている点からも明らかなように，もともとは国内犯罪の予防・取締のため，また日本近海での警備を典型的には想定しており，本件のような事案への適用には困難な点を伴う。より一般的に考えると，武器使用が国外で，外国人に対してなされる場合でも，作用法上の根拠が要求される法律の留保の対象事項であるとするならば，自衛隊の活動において武器使用の蓋然性が高いものについては，組織法的な規定だけで活動を行うことは適切ではないと思われる。

これまでのグローバル化をめぐる行政法学の議論では，越境的な情報収集[39]や強制的な金銭徴収[40]についての業績はあるものの，武器使用に関する議論は国内法学の側ではほとんどなされてこなかった。この点に関する国際公法学における豊富な蓄積と接合し，権力的事実行為をめぐるグローバル化の現状と課題を明らかにする必要性が高いと考えられる。その際には，国際公法学における管轄の議論[41]を踏まえ，武器使用の場所や態様に着目した緻密な議論を構想する必要があろう。

【追記】脱稿後，仲野武志『防衛法』（有斐閣・2023年）が刊行された。同書は本稿のテーマとの関係で数々の貴重な指摘を含んでいるものの，それらを本稿に反映させることは紙幅の都合上できなかった。

---

37 ただし，海上警備行動が海上保安庁に代わって一時的に自衛隊が対応する措置である（奥薗淳二「海上保安庁―海上自衛隊関係の変化と海賊対処法」鶴田順編『海賊対処法の研究』（有信堂，2016年）177-191（186）頁）とすると，海上警備行動含みで自衛隊を作用法上の根拠なしに派遣することが適切かという問題が残るのかも知れない。

38 自衛隊法覚え書編集委員会編・前掲注（6）396頁。

39 藤谷武史「国際的租税情報交換と国内裁判所の役割」浅野有紀ほか編『政策実現過程のグローバル化』（弘文堂，2019年）31-49頁［初出2018年］。

40 原田大樹「行政執行国際ネットワークと国内公法」同『行政法学と主要参照領域』（東京大学出版会，2015年）73-104頁。

41 公海における旗国主義につき参照，酒井啓亘ほか『国際法』（有斐閣，2011年）221-226頁［西村弓］。

第　8　章

投資仲裁判断の承認・強制執行に関する近時の動向

東京大学大学院教授
伊　藤　一　頼

Ⅰ　はじめに

現在多くの国家間で締結されている投資協定では，外国投資家が投資受入国政府を相手取って独立した仲裁法廷へと紛争を付託することができる仕組み（投資家対国家の紛争解決（ISDS）手続）が設けられている。この投資仲裁において投資家側の主張が認められれば，投資受入国には投資家が被った損害の賠償が命じられることになるが，従来ほとんどのケースで投資受入国はこうした仲裁判断を自発的に履行してきており，それが投資仲裁の有用性を担保する要素となっていた。しかし近時，一部の国々は，仲裁判断の履行を回避しようとする動きを見せており，これが投資仲裁制度にとって重要な課題となりつつある。

投資受入国が仲裁判断を自発的に履行しない場合，投資家は，当該仲裁判断の承認・強制執行をいずれかの国の国内裁判所に求めることになる。投資受入国の資産は，当然ながら投資受入国の国内に最も多く存在するため，仲裁判断の承認・強制執行も投資受入国の国内裁判所に対して請求することが一つの有力な選択肢であるが，特に権威主義国家では，裁判所が自国政府に対する仲裁判断の執行に消極的な姿勢を示す場合も少なくない。そのような場合には，投資受入国以外の国における承認・強制執行を追求せざるを得ないが，そこでは，外国国家に対する裁判権行使や強制執行を妨げる一般国際法上の国家免除規則との関係が問題となる。

そこで本稿では，投資仲裁判断の承認・強制執行が請求された最近の事例において，国家免除規則がどのように扱われてきているかを分析することとしたい。投資仲裁判断の履行を一貫して拒んでいる国の中には，ロシアやベネズエラなどの資源大国が含まれており，投資紛争もエネルギー資源開発をめぐって生じていることが多い。それゆえ，投資仲裁判断の強制執行の可否について検討しておくことは，エネルギーに関する国際投資の安定性・予見可能性を高めるうえでも重要な作業であると考えられる。以下では，まず投資仲裁判断の承認・強制執行を規律する国際的な法枠組みとしてどのようなものがあるかを簡単に確認したうえで，承認の段階と強制執行の段階のそれぞれにつき，各国国内裁判所における近時の主要な事例を検討していきたい。

Ⅱ　投資仲裁判断の承認・強制執行に関わる国際的な法枠組み

投資仲裁を行う際に依拠する仲裁手続としては，第一に，多数国間条約である「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（投資紛争解決条約）」がある。この条約では，投資仲裁を扱う国際機関として「投資紛争解決国際センター（ICSID）」が設立されており，そのため本稿ではこの条約をICSID条約と呼び，これに基づき行われた投資仲裁をICSID仲裁と呼ぶ。第二に，条約ではない各種の仲裁規則に基づいて投資仲裁が実施される場合もある。代表的なものとして，国際連合国際商取引法委員会（UNCITRAL）が作成した仲裁規則や，国際商業会議所（ICC）の仲裁規則などがある。これらは，元来は私人間の商事仲

裁を行うために作成されたものであるが，投資協定ではICSID条約に加えてこうした他の仲裁規則をも選択肢として挙げている場合が多く，投資家が事案を付託する際にいずれかを選ぶことになる。本稿ではこれらに基づく投資仲裁をまとめて非ICSID仲裁と呼ぶ。

ICSID仲裁と非ICSID仲裁では，承認・強制執行に関して適用される規則が異なるため，それぞれにつき以下で確認しておきたい。

１．ICSID仲裁の場合

ICSID条約53条1項は，投資仲裁の各当事者は「仲裁判断の条項に服さなければならない」と述べ，仲裁判断の履行を条約上の義務としている。そのうえで，仲裁判断の自発的履行がなされない場合の手続として，54条1項は，「各締約国は，この条約に従って行なわれた仲裁判断を拘束力があるものとして承認(recognize)し，また，その仲裁判断を自国の裁判所の確定判決とみなしてその仲裁判断によって課される金銭上の義務をその領域において執行(enforce)するものとする」と定めている。ここでいう「各締約国」とは，個々の投資仲裁における被申立国のみならず，ICSID条約の全締約国（165か国）を指すため，投資家はこれらのいずれの国においても仲裁判断の承認を求める手続を提起することができ，それを承認することが各締約国の条約上の義務となる。

もっとも，同条約54条3項は，「仲裁判断の執行(execution)は，執行が求められている領域の属する国で現に適用されている判決の執行に関する法令に従って行なわれる」と規定する。またそれに続く55条は，「第54条のいかなる規定も，いずれかの締約国の現行法令でその締約国又は外国を執行(execution)から免除することに関するものに影響を及ぼすものと解してはならない」と述べる。したがって，仲裁判断の執行(execution)の段階では，当該国の法令に反映された国家免除規則が適用される余地を残す形となっている。

２．非ICSID仲裁の場合

ICSID条約とは異なり，他の仲裁規則では，仲裁判断の承認・強制執行に関する固有の規則は定められていない。この点，商事仲裁における仲裁判断の承認・強制執行を規律する多数国間条約として「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約（ニューヨーク条約）」が作成されており，非ICSIDの投資仲裁判断についてもこの条約に基づく承認・強制執行が可能となっている。

ニューヨーク条約3条は，「各締約国は，次の諸条に定める条件の下に，仲裁判断を拘束力のあるものとして承認(recognize)し，かつ，その判断が援用される領域の手続規則に従って執行(enforce)するものとする」と定めている。それゆえ，同条約の締約国の国民は，全ての締約国（172か国）の国内裁判所において仲裁判断の承認を求めることができる。他方，同条約5条1項及び2項は，仲裁判断の承認及び執行(recognition and enforcement)を拒否すること

ができる事由を列挙しており，その中には例えば，「判断の承認及び執行が，その国の公の秩序(public policy)に反すること」（2項(b)）といった項目もある。したがって，締約国の裁判所は，仲裁判断の承認の段階においても，これらの事由に該当する場合には承認を拒否することができ，これはICSID仲裁と異なる点である。さらに，仮に仲裁判断が承認されたとしても，強制執行の段階においては，同条約3条が述べるように，当該国の手続規則に従うことになるため，そこには国家免除に関する規則も含まれ得る（あるいは5条2項(b)にいう「公の秩序」の中に国家免除規則が含まれると考えることもできる)。

３．強制執行に関する国家免除規則

以上のように，ICSID仲裁と非ICSID仲裁では承認や強制執行に関する法枠組みが異なるものの，いずれにおいても，少なくとも強制執行の段階では国家免除規則の適用は排除されていない。もっとも，一般国際法上の国家免除規則では，外国国家の資産に対する強制執行がいかなる場合にも認められないわけではなく，いくつかの例外が設けられている。

例えば，未発効ではあるものの，一般国際法上の国家免除規則を相当程度反映するものとして「国及びその財産の裁判権からの免除に関する国際連合条約（国家免除条約)」がある。同条約19条では，「いずれの国の財産に対するいかなる判決後の強制的な措置（差押え，強制執行等）(post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution)も，他の国の裁判所における裁判手続に関連してとられてはならない」ことを原則としつつ，ただし書において例外を定めている。その中には，国際的な合意や仲裁合意により当該外国が強制的な措置がとられることにつき明示的に合意した場合（(a)号）や，当該外国の財産が政府の非商業的目的以外(other than government non-commercial purposes)に特定的に使用され，又はそのような使用が予定されている場合（(c)号）が含まれている。

このうち，後者の「非商業的目的以外」に使用される資産（以下便宜的に商業的資産と呼ぶ）については，それに該当しない例が同条約21条で規定されており，そこには，外交任務に関連する資産や軍事的性質の資産，中央銀行資産，科学的・文化的意義のある物の展示の一部を構成する財産，などが挙げられている。したがって，強制執行を求める投資家としては，これらの除外項目に該当しない商業的資産を見つけ出して執行の対象とする，あるいは当該外国により強制執行への同意がなされていることを立証する，といった方向性を主として追求することになる。

Ⅲ　投資仲裁判断の承認を求める国内裁判の事例

本節では，仲裁判断の強制執行に先立つ，仲裁判断の承認の段階を扱う。承認とは，仲裁判断が真正なものであることを裁判所が確認し，国内の確定判決と同様の効果を持つものとして認定する手続である。したがって，国家免除規則との関係では，強制執行免除ではなく

裁判権免除が適用されるかが問題となる。この点，上述のように，ICSID仲裁については，仲裁判断を承認することはICSID条約上の義務となっているため，承認の手続に関して裁判権免除は適用されないとの立場を各国裁判所は示してきている。他方，非ICSID仲裁については，ニューヨーク条約の締約国であれば仲裁判断を原則として承認する義務があるが，上述のように国家免除規則との関係も承認段階から問題になる。

１．ICSID仲裁判断の承認が求められた例

Infrastructure Services Luxembourg対スペイン事件は，スペインが再生可能エネルギー電気に対する支援策を財政難から撤回したことにより生じた数多くの紛争の一つである。本件では，エネルギー憲章条約に基づく仲裁付託がなされた結果，2018年6月15日にICSID仲裁がスペインに損害賠償を命じる判断を下した。しかし，スペインがそれを履行しなかったため[1]，投資家は豪州において仲裁判断の承認を求める手続を開始した[2]。

これに対しスペインは，承認と強制執行はICSID条約上で一体のものとして扱われているため，強制執行免除と切り離して承認に関する裁判権免除の問題だけを扱うことはできないと述べ，国家免除規則の適用可能性を認めるICSID条約55条の効果は承認の段階にも及ぶと主張した。この点につき豪州連邦裁判所の第一審判決は，ICSID条約55条は判決後の執行（post-judgment execution）という意味での執行からの免除に関して締約国の法令に従うことを規定しているのであり，「広義の執行概念（the broader concept of enforcement）」には関係しないと述べる[3]。つまり，ICSID条約54条1項は，締約国に対し，仲裁判断による金銭債務を確

---

[1] スペインが本件仲裁判断を履行しなかった理由として，2017 年 11 月に欧州委員会が，スペインの再生可能エネルギー補助金に関する国家補助決定 2017/7384 を下し，「仲裁廷が投資家に与えるあらゆる賠償は，それ自体が国家補助になる」と述べて，当該国家補助の合法性に関する欧州委員会の事前の承認なしにスペインが賠償を支払うことを禁じたという事情がある。これは，EU の成立に伴って対外投資政策が EU の権限に属する事項とされたため，EU 加盟国間における投資協定・投資仲裁は許容されないとの立場を欧州委員会が取るようになったことを背景としている。その後，2018 年の Achmea 事件（Case C-284/16 Slovak Republic v Achmea BV）において，欧州司法裁判所（CJEU）は，オランダ・スロバキア間の二国間投資条約に含まれる仲裁合意は，EU 機能条約 267 条に基づき CJEU が EU 法に関する事項について先決裁定を与えるメカニズムを提供しておらず，EU 法の自律性に悪影響を与えるため無効であると判断した。さらに，2021 年の Komstroy 事件（Case C-741/19 Republic of Moldova v Komstroy）では，EU 加盟国間の投資協定のみならず，EU 以外の締約国をも含む多数国間条約であるエネルギー憲章条約に基づく投資仲裁についても，それが EU 域内の投資紛争について行われる場合には，EU 法に適合しないと判示した。もっとも，その後も多くの投資仲裁では，EU 域内の投資紛争についても管轄権を否定せずに審理を行ってきており，そこで有利な仲裁判断を得た投資家が，EU 域外でその承認・強制執行を求めるようになっている。

[2] この手続は，同様にスペインに対して賠償を命じる ICSID 仲裁判断を得て豪州でその承認を求めた Eiser Infrastructure 社による請求と併合して審理がなされ，同時に第一審判決が出されている。ただ，その後 Eiser の仲裁判断は ICSID 条約上の手続である取消委員会により取り消されたため，Infrastructure Services Luxembourg 社についてのみ第二審判決が出された。

[3] *Eiser Infrastructure Ltd and Energia Solar Luxembourg S.A.R.L v. Kingdom of Spain*, Federal Court of Australia, 24 February 2020, [2020] FCA 157, para.144.

定判決のように執行(enforce)することを義務付けており，これは差押え等の強制執行(execution)とは異なるという考え方を示したのである。

もっとも，第二審はこのような解釈を否定し，ICSID条約54条1項において承認と執行(enforcement)は別の手続として捉えられていると述べ，同条約55条にいう執行(execution)に関する国家免除規則の適用は，同条約54条1項の執行(enforcement)にも当てはまるとの見方を示した[4]。そのうえで，いずれにせよ仲裁判断の承認の段階では，強制執行免除に関する規則は関係を有しないため，同条約55条とは切り離して承認手続における裁判権免除の問題を検討する必要があると述べた[5]。このように，第一審と第二審では，ICSID条約54条1項にいう執行(enforcement)が承認手続を指すのか強制執行手続を指すのかについて見解が分かれたものの，いずれにせよ強制執行免除の規則の適用を認める同条約55条の効果は，承認手続における裁判権免除の問題には及ばないとの結論に至っており，スペインの主張は退けられることとなった。

そして，承認手続において裁判権免除が適用されるか否かに関しては，ICSID条約54条1項が全締約国に対して仲裁判断を確定判決とみなして承認するよう義務付けており，スペインは同条約に加入することによって承認手続に関する裁判権免除を放棄したとの見方が示された[6]。この事例のように，ICSID仲裁に関しては，ICSID条約54条1項の効果として，あるいは仲裁付託条項を有する投資協定の締結の効果として，承認手続における裁判権免除の適用を否定する立場がとられることが一般的である[7]。

２．非ICSID仲裁判断の承認が求められた例

非ICSID仲裁の場合は，ICSID条約54条1項のように仲裁判断の承認を明示的に義務付ける

---

[4] *Kingdom of Spain v. Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l.*, Federal Court of Australia, 1 February 2021, [2021] FCAFC 3, paras.27-35.

[5] *Ibid*.

[6] *Ibid,* para.37. なお第一審は，投資紛争を「国際仲裁又は調停に付託することに無条件に同意する」と定めるエネルギー憲章条約 26 条に言及し，スペインが同条約に加入したことで裁判権免除を放棄したと指摘している。*Eiser Infrastructure Ltd and Energia Solar Luxembourg S.A.R.L v. Kingdom of Spain*, *supra* note 3, paras.178-179.

[7] 他の事例として，Micula 対ルーマニアで米国コロンビア特別区連邦地方裁判所は，スウェーデン＝ルーマニア間の投資協定に基づく ICSID 仲裁につき，同協定の仲裁付託合意により裁判権免除が放棄されたとみなした。なお，この事件でルーマニアは，Achmea 事件の CJEU 裁定により，EU 域内の投資協定による仲裁付託合意は無効になったと主張したが，裁判所は，Achmea 事件では争点となった投資受入国の行動はいずれも EU 加盟後に発生し，仲裁手続も EU 加盟後に開始されたのに対し，本件では，紛争に関わる重要な出来事は全てルーマニアが EU に加盟する前に発生したと述べ，Achmea 裁定は EU 加盟前に付託された仲裁について影響を与えないと判断した。また，ルーマニアが EU 加盟前であった以上，仲裁において適用されたスウェーデン＝ルーマニア投資協定は EU 法を構成していたとは言えないため，Achmea 裁定が懸念した意味で EU 法の解釈適用に影響を与えるものではない，とも述べた。*Ioan Micula, et al. v. The Government of Romania*, United States District Court for the District of Columbia, Memorandum Opinion, 22 December 2022, pp.9-15.

規範が存在するわけではないものの，仲裁付託合意を含む投資協定を締結したことをもって，承認手続における裁判権免除を放棄したとみなす例が多い。例えば，Zhongshan Fucheng対ナイジェリア事件は，2021年3月26日にロンドン国際仲裁裁判所（LCIA）仲裁により仲裁判断が下された事案であるが，その承認を求められた米国コロンビア特別区連邦地方裁判所は，投資協定における仲裁付託条項が裁判権免除の放棄に関する合意に当たるとして，免除を否定した[8]。

このように，合意による裁判権免除の放棄を認定する例のほか，投資紛争において問題となった投資受入国の行為が，主権的性質のものではなく私法的・業務管理的性質のものであったと述べて裁判権免除を否定するケースもある。例えば，CC/Devas対インド事件では，2015年9月14日に国際商業会議所（ICC）仲裁に基づく仲裁判断が下され，カナダでその承認が求められたが，インドは，投資家への措置（周波数割当の中止）は主権的行為であったとして裁判権免除を主張した。しかし裁判所は，投資受入国の問題の措置を単体で見るのではなく，国家の活動全体を文脈として捉えねばならないと述べ，投資受入国と投資家の関係性が全体として商業的なものであれば，裁判権免除を否定することができるとした[9]。

もっとも，投資受入国の行為が主権的性質のものであると認定されたとしても，同意による裁判権免除の放棄を認定することは妨げられないため，いずれにせよ非ICSID仲裁においても承認手続の段階では仲裁付託合意による裁判権免除の放棄が認定される可能性は高いと考えられる。

Ⅳ　承認された投資仲裁判断の強制執行を求める国内裁判の事例

上述のとおり，ICSID条約54条1項における仲裁判断の承認の義務はあくまでも承認段階に関するものであり，強制執行の段階では同条約55条が明示的に国家免除規則の適用の余地を認めているため，強制執行免除の放棄につき投資受入国の同意があったとみなすことは困難であると言える。非ICSID仲裁についても，投資協定における仲裁付託合意は，承認手続における裁判権免除の放棄とはみなし得るが，強制執行免除の放棄とはみなし得ないとするのが一般的である[10]。したがって，投資家としては，投資受入国が外国において保有する資産

---

[8] *Zhongshan Fucheng Industrial Investment Co., LTD., v. Federal Repulic of Nigeria*, United States District Court for the District of Columbia, Memorandum Opinion, 26 January 2023, pp.19-21.

[9] *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India*, Quebec Superior Court Decision, 23 December 2022, paras.68-86.

[10] ドイツ連邦司法裁判所 2005 年 10 月 4 日命令は，ドイツ＝旧ソ連投資協定 10 条 4 項が，ニューヨーク条約に基づいて投資仲裁判断が「承認され，執行される」と定めていることは，強制執行免除の放棄に関する締約国の明確な同意を意味するものではないと述べた。*Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation*, Order of the German Federal Supreme Court, VII ZB 9/05, 4 October 2005. 他方，ウクライナ最高裁は 2019 年 1 月 25 日の判決において，投資協定における仲裁付託合意により強制執行免除の放棄に関しても同意が存在すると判断した。*Everest Estate LLC et al. v. The Russian Federation*, Judgment of the Ukrainian Supreme Court, 796/165/18, 25 January 2019. ただ，本件は 2014 年に発生した

の商業的性格を立証することにより強制執行免除の不適用を目指すことが基本的な方策となる。

１．政府自身が所有する資産に対する強制執行を求める例

Yukos対ロシア事件では，石油企業への不当な措置につき巨額の損害賠償を命じるICSID仲裁判断が2014年7月18日に示され，投資家はいくつかの国でその強制執行を試みている。その一つとして，パリのロシア連邦庁舎の一角にある不動産物件の差押えを請求した事案があるが，これに対してロシアは，当該物件はロシア正教会，コンサートホールと書店を備えた文化センター，講堂を含む教区センター，150人の子供が通うフランス語とロシア語のバイリンガル学校の四つの建物からなるカルチャーセンターであり，商業的性格の資産ではないため強制執行から免除されると主張した。裁判所は，ロシアが文化的・精神的遺産を有していることに鑑みれば，この物件はロシア国家の主権行使に直接関連し得ること，また国家免除条約21条は文化的資産を強制執行免除の対象としていることなどを指摘し，ロシアの主張を認めて免除を付与した[11]。

一方，Sedelmayer対ロシア事件では，1998年7月7日にストックホルム商業会議所（SCC）仲裁による仲裁判断が下された後，投資家は，ロシアがスウェーデンに所有する複合住宅である不動産（Lidingö Kostern 5）から徴収される賃貸料につき差押えを請求した。これに対してロシアは，同住宅には外交特権を有する人などが居住しており，公的目的のために使用される物件であるとして，強制執行免除を主張した。これについて裁判所は，確かに同住宅は外交官等のためにも使用されているが，他の目的（旅行会社の事務所等としての賃貸）にも使用されており，それは公的目的を持つとは言えない用途であるとして，本物件に係る賃料債権は強制執行免除の付与を必要としない商業的な性格のものであると結論した[12]。

このように，政府が直接所有する資産につき強制執行が認められた例はあるものの，一般には，そうした政府資産が主権的性格を持たず，商業的目的のために特定的に使用されていると立証することは，相当に困難であると思われる[13]。そのため，近時では投資家側の戦略として，政府が直接所有する資産ではなく，政府と近い関係にある他の商業的主体（政府系事業体や国有企業）の外国資産に目を向け，それに対して強制執行を試みるケースが増加し

ロシアのクリミア占領に起因する投資紛争であり，ウクライナ自身が被害国であったため，同国裁判所による免除規則の解釈もこうした経緯に影響を受けている可能性がある。

[11] *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Tribunal de Grande Instance de Paris, Juge de L'Exécution, 15/00323, 28 April 2016.

[12] *Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation*, Swedish Supreme Court, 1 July 2011.

[13] Sedelmayer 対ロシア事件ではドイツでも強制執行が試みられたが，ドイツ連邦司法裁判所は，ロシアがドイツに対して有する税金還付請求権，及びロシアがルフトハンザ航空に対して有するロシア上空飛行権料請求権は，商業的目的ではなく主権的目的で使用される財産であると判断した。*See*, *Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation*, *supra* note 10.

ている。以下ではそのような例をいくつか検討したい。

２．政府とは異なる主体が所有する資産に対する強制執行を求める例

(1) ロシアに対する仲裁判断の強制執行

上述したYukos対ロシア事件のフランスにおける執行手続の一環として，投資家は，ロシア連邦宇宙機関ロスコスモスが，フランスのアリアンスペース社に対して有している，ソユーズロケットの製造・納入契約2件に係る約3億ユーロの債権の差押えを請求した。これに対しロスコスモスは，アリアンスペース社との契約は自らの名前と勘定で締結され，国に代わって行動するという委任によるものではないため，ロシア連邦に対する損害賠償命令をロスコスモスの資産に対して執行することはできないと反論した。この点，裁判所はまず一般論として，「国家の発露としての資格を有するか否かは，法人格の属性である当該事業体の機能的独立性と資産の自律性に応じて評価されなければならない」と述べる。そのうえで，本件では，2004年6月26日にロシア政令で承認された規則から，ロスコスモスはロシア連邦の宇宙政策を実施する任務を持つ，同国によって設立された公的機関であることは明らかだが，同時に，規則12条により法人格と訴訟当事者能力を有し，規則5条3項19号に基づく国際宇宙プロジェクトの実施に関する契約を含め，外国のパートナーとの契約を独立して締結することができるなど，財務及び経営の自主性を有していると指摘する。また監査報告書から，ロスコスモスが受領した資金はロシア連邦の予算に恒久的に統合されるのではなく，ロスコスモスの様々な産業パートナーに分配されることを意図していたことが分かるため，法人としての組織的独立性や予算的・財政的自律性を十分に備えていると述べる[14]。この結果，ロスコスモスが有する債権はロシア連邦に帰属するものとは言えず，ロシア連邦の債務に関する差押えの対象としては認められないと判断された。

一般には，このような事業体や国有企業と政府との関係が遠いほど，それらの組織の資産が商業的性格のものであると立証しやすくなるであろうが，他方で，本件が示したように，かかる資産が政府に帰属するものではないという投資受入国側の主張も成立しやすくなるのであり，結果的に強制執行の対象として認められにくくなるというディレンマがある。

もっとも，政府以外の主体の資産に対する強制執行が認められた例も近時では現れてきている。例えば，上述のYukos対ロシア事件ではオランダにおいても強制執行が試みられ，そこではロシア国有企業FKPがベネルクスにおいて保有するウォッカの商標権・著作権につき差押えが請求された。FKPは，モスクワ市に設立された会社であり，ロシア連邦に数多く存在するいわゆる連邦財務省企業（FTE）の一つである。FKPとロシア連邦は，ウォッカの商標等に関する権利を必要な範囲でFKPに譲渡する旨の協定を2015年に締結していた。差押え手続において投資家側は，FKPはロシア連邦の利益のために国家資産を管理する者に過ぎない

[14] *Hulley Enterprises Ltd., et al. v. Roscosmos*, Cour d'Appel de Paris, Juge de L'Exécution, 16/01314, 27 June 2017.

と述べ，本件資産が実質的にはロシア連邦に帰属する旨を主張した。

裁判所はまず，本件資産は，アルコール飲料の商業的利用を目的とするものであり，そこに含まれる視覚的要素に対する商標権及び著作権は，その性質上，商標を付した商品の（商業）販売促進を目的とするものであるため，当該資産は，非商業的目的以外に特に使用され，又は使用されることを目的とする資産であると認定した。そのうえで，ロシア連邦がこれらの商標・著作権に対して有する権限は，FKPの法的立場を完全な権利者のそれと同等にすることを妨げると述べる。これらは，FKPの処分権に対する広範な制限であり，ロシア連邦が権限を行使した場合，FKPは商標・著作権を利用する権利を失う。つまり，権利の完全な法的移転は生じず，FKPはロシア連邦との協定に基づいて権利者となることはなかったと認定した[15]。この結果，本件商標・著作権の差押えが認められ，それを競売で売却する権利が投資家に与えられた。

(2) ベネズエラに対する仲裁判断の強制執行

OI European対ベネズエラ事件では，2015年3月10日にICSID仲裁判断が発出され，投資家は米国においてその強制執行を試みた。具体的には，ベネズエラの石油企業Petróleos de Venezuela, S.A.（PDVSA）の米国内子会社であるPDV Holding（PDVH）等の株式の差押えを請求した。これに関し，まず裁判所は，PDVSAやその子会社のPDVH等は，市場におけるプレイヤーとして活動しており，その資産は商業的性格を持つことを認定した。その一方で，本件でPDVSA資産の差押えを認めるためには，PDVSAとベネズエラの間の分離性（separateness）に関する強い推定を覆す立証を行う必要があると述べ，その点に関する検討を詳細に行っている。

裁判所によれば，米国の判例では，「企業体がその所有者によって非常に広範に支配され，両者の間に本人＝代理人のような関係が生じる場合には，一方が他方の行為に対して責任を負うことがある（where a corporate entity is so extensively controlled by its owner that a relationship of principal and agent is created, we have held that one may be held liable for the actions of the other）」とされる[16]。そして，かかる「広範な支配」の有無を分析するために最も顕著に用いられる判断指標も，先例により次のような五つの要素として整理されている[17]。

① 政府による経済的支配の程度（the level of economic control by the government）
② 当該企の利益が政府に帰するかどうか（whether the entity 's profits go to the government）
③ 政府関係者が当該企業を管理し，又は日常業務に関与している度合い（the degree to

[15] *Hulley Enterprises Ltd., et al. v. FKP*, Judgment of the Hague Court of Appeal, 28 June 2022.
[16] *First Nat'l City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 627 (1983).
[17] *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 138 S. Ct. 816, 823 (2018). ただし，これらは「機械的な公式」ではなく，上記5指標は，広範な支配の有無を特定するためのケースバイケースの分析を助けるためのものであり，5指標の全てが広範な支配の存在という結論に有利である必要はない。

which government officials manage the entity or otherwise have a hand in its daily affairs）

④ 政府が当該企業の行動の実際の受益者であるか（whether the government is the real beneficiary of the entity's conduct）

⑤ 政府と当該企業が別主体であるとすることで，外国がその義務を回避して米国の裁判所で利益を得ることになるか（whether adherence to separate identities would entitle the foreign state to benefits in United States courts while avoiding its obligations）

裁判所は，PDVSAとベネズエラ政府の関係をこれら五つの指標に基づき検討した結果，それぞれにつき以下のような評価を導いている。

①ベネズエラのグアルド大統領政府はPDVSAに対する広範な経済的支配を維持している。ベネズエラは，PDVSAの資産を自らの資産として扱っている。グアルド政権は，PDVSAの米国子会社の米国内の資産にアクセスし，PDVSAが持っていた企業配当の権利を回避して，自らの資金源として使用してきた。また，グアルド政権はPDVSAの資産をベネズエラの法的防御のための資金として使用してきた。PDVSAに対する経済的支配は，ベネズエラの憲法にも規定されている。

②グアルド政権下では，PDVSAの利益はベネズエラに流れており，ベネズエラ政府は常にPDVSAの単独株主である。

③グアルド政府は，同政府が任命したPDVSAの特別委員会を通じて，PDVSAの日々の活動を統制している。PDVSAの特別委員会は，グアルド政府からの「指令」に従って活動していることを認めている。議会は，PDVSAが締結するあらゆる「公益契約」を承認する権限を有し，その見解では，あらゆるPDVSAの契約は公益契約であるとしている。

④グアルド政府は，PDVSAの行動による実際の受益者である。特に，グアルド政府は，PDVSAの資金を利用して法的防御を実施している。グアルド氏とその政府は，PDVSAとその関連資産を，共和国自体の資産とみなす発信を定期的に行っている。

⑤両者を別主体として扱うことは，ベネズエラに米国の法廷での利益を与える一方で，ベネズエラの義務の回避を可能にする。

以上の検討から，裁判所は，ベネズエラとPDVSAの分離性の推定は覆され，実際にはPDVSAがベネズエラ政府の分身（the alter ego）であることが立証されたとして，PDVHの株式に対する差押えを認めた[18]。このように，米国において政府以外の主体の資産を標的として

[18] *OI European Group B.V. et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Opinion of the United States District Court for the District of Delaware, 28 April 2023.

仲裁判断の強制執行を試みる場合にも，やはり当該主体の経営や財務などがどの程度政府から独立しているかが問われるのであり，政府が当該主体に対して広範な支配を保持していることが立証されれば，強制執行が認められ得る。

もっとも，こうした判断基準の下では，権威主義国家に関しては，政府系事業体や国有企業に対して政府が高度の介入・統制を行っていることを比較的立証しやすいかもしれないが，民主主義国家に関してはそうした政府の支配下にある事業体等を見つけ出すことは困難である可能性がある。また，上述の事例のように政府以外の主体に対する強制執行の試みが増加してくれば，諸国は，政府系事業体や国有企業を政府の統制から表面上切り離すような対策を講じることも考えられ，強制執行が可能な資産が次第に減少していくおそれもある。こうした事情を踏まえれば，投資家側としては，仲裁判断の強制執行を追求せざるを得なくなった際は，投資受入国の政府や政府以外の主体の在外資産のうち，強制執行の対象として認められる可能性があるものを出来る限り広範に把握し，仲裁判断の発出後は迅速に承認・強制執行の手続を進めることが重要になるであろう。

Ⅴ　おわりに

以上のように，近時は一部の国々において，投資仲裁判断の自発的な履行を拒む例が見られるようになっており，それに対して投資家が国内裁判所を通じた承認・強制執行の手続をとることが増えている。そうした事例では，最終的に強制執行が成功したケースもあるが，一般的に言えば，投資受入国自身が外国に所有する資産は商業的性質のものとは言えないとして強制執行免除の対象となりやすく，また投資受入国の政府に近い他の主体が外国に所有する資産については，商業的性質は認められやすいものの，当該主体と政府との分離性の推定を覆すことは必ずしも容易ではないと考えられる。また，投資仲裁それ自体に加えて，こうした承認・強制執行の段階まで争うことは，投資家にとって多大な時間的・金銭的コストを要することになるため，そうしたコストを負担し得るか否かを，投資仲裁を提起する前に慎重に検討する必要がある。もちろん，損害額の規模によっては，こうしたコストを負担してでも投資仲裁を通じて損害回復を追求する価値は十分にあると考えられるが，その場合には，強制執行の対象となり得る投資受入国の在外資産が恐らく稀少であることに留意し，迅速に請求を提起していくことが求められよう。

JELI R-No.154

エネルギーに関する国際取決めの法的問題の諸相

―2017～2018年度 エネルギーに関する国際取決めの法的問題検討班報告書―

２０２３年 ９月

発行　日本エネルギー法研究所

〒141-0031　東京都品川区西五反田七丁目９番２号

ＫＤＸ五反田ビル８Ｆ

ＴＥＬ　03-6420-0902（代）

http://www.jeli.gr.jp/

E-mail　contact-jeli@jeli.gr.jp

本報告書の内容を他誌等に掲載する場合には，日本エネルギー法研究所にご連絡下さい。