

エネルギーをめぐる国内外の法的問題の諸相

—2013～2015 年度 エネルギーに関する国際問題検討班報告書—

2020 年 10 月

日本エネルギー法研究所

は し が き

この報告書は、2013年度から2015年度にかけて開催した「エネルギーに関する国際問題検討班」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。

2011年の東日本大震災以降、国内電力のエネルギー源として輸入化石燃料への依存度が高まり、貿易収支は31年ぶりに赤字に転じた。経済産業活動のみならず市民生活への影響の点からも、エネルギーを合理的な価格で継続的に確保するという、エネルギー・セキュリティの問題は、1次エネルギー需要の約9割を海外に依存する日本にとって喫緊の課題である。

また、国際情勢に目を転じると、中国、インドといった新興国の経済発展に伴うエネルギー需要の増大、米国のシェール革命に端を発するエネルギー供給構造のパラダイム転換、ホルムズ海峡危機に代表されるエネルギー生産地域の地政学的不安定化などによって、エネルギーの安定確保のための資源獲得競争は激しさを増している。

他方、近年では、経済産業活動の密接な連携と市場統合を目的とした自由貿易協定（FTA）や経済連携協定（EPA）の締結も加速化している。これら経済のグローバル化に伴う、国境を超えた資源取引や企業合併・買収は、国家戦略的な貿易規制や外資規制といった問題を孕み、エネルギー・セキュリティの確保に大きな影響を与えている。

以上のようなエネルギー・セキュリティの問題をめぐる議論の活発化を踏まえ、本研究班は、グローバルな環境における「資源」と「資本」に関わる個別の課題を取り上げつつ、エネルギー利用を考えるにあたって不可欠な論点を含む諸問題について、大局的見地から検証することを目的として、研究会を重ねてきた。

本報告書は、エネルギー・セキュリティに係る国際規範の国内実施を扱った「総論」、ガス自由化やスウェーデンの原子力政策を扱った第1部「エネルギー政策」、パイプラインによるエネルギー輸送や日本の大陸棚延伸問題を扱った第2部「エネルギー資源確保」、多様な側面から投資保護の問題を扱った第3部「投資保護」の各論考で構成されている。

本報告書の作成にさいしては、前任の五十嵐智芳研究員と現任の村上恵也研究員が、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。

なお、本報告書は、2018年3月に当研究所ホームページ上にて公表した内容を一部加筆・修正したものである。

2020年10月

森 川 幸 一

（エネルギーに関する国際問題検討班主査
専 修 大 学 教 授）

エネルギーに関する国際問題検討班名簿

(2013 年 4 月～2015 年 4 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	東京大学准教授
	伊 藤 一 頼	北海道大学准教授
研 究 員	堀 江 慶 三	日本エネルギー法研究所 (2015年 3 月まで)
	村 上 恵 也	日本エネルギー法研究所 (2015年 4 月から)
	五十嵐 智 芳	日本エネルギー法研究所
	水 谷 威 夫	日本エネルギー法研究所 (2013年 7 月まで)
	緒 方 隆 介	日本エネルギー法研究所 (2013年 8 月から)
	森 拓 哉	日本エネルギー法研究所 (2014年 6 月まで)
	小 路 智 也	日本エネルギー法研究所 (2014年 7 月から)
	安 藝 晋 一	日本エネルギー法研究所 (2014年 5 月まで)
	上 田 博 康	日本エネルギー法研究所 (2014年 6 月から)
	田 中 宣 裕	日本エネルギー法研究所
	北 川 敦 丈	日本エネルギー法研究所 (2015年 2 月まで)
	村 上 浩 一	日本エネルギー法研究所 (2015年 3 月から)
	白 土 秀 樹	日本エネルギー法研究所 (2014年 7 月まで)
	峠 口 信 生	日本エネルギー法研究所 (2014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

<2013年度>

- | | |
|--------|--|
| 第1回研究会 | 2013年4月26日
エネルギーに関する国際問題検討班実施方式（2013年度テーマ選定） |
| 第2回研究会 | 2013年6月21日
競争法分野における国際協力
（林研究委員） |
| 第3回研究会 | 2013年7月19日
資源・エネルギー分野における国際投資の保護
（伊藤研究委員） |
| 第4回研究会 | 2013年9月26日
投資協定仲裁と国内公法
（原田研究委員） |
| 第5回研究会 | 2013年11月29日
EU域内のエネルギー市場について
（中西研究委員） |
| 第6回研究会 | 2013年12月20日
中国によるレアアース輸出制限とWTO
（酒井研究委員） |
| 第7回研究会 | 2014年1月24日
エネルギー分野における投資仲裁と非金銭的救済
（西村研究委員） |
| 第8回研究会 | 2014年2月28日
ガイドライン，スタンダードをめぐって
（斎藤研究委員） |
| 第9回研究会 | 2014年3月28日
ロシアのクリミア「併合」をめぐる法と政治
（森川主査） |

<2014年度>

- | | |
|---------|---|
| 第10回研究会 | 2014年4月25日
エネルギーに関する国際問題検討班実施方式（2014年度テーマ選定） |
|---------|---|

- 第11回研究会 2014年 6 月27日
世界エネルギー情勢と安全保障戦略ーポスト福島原子力政策とはー
(財団法人日本エネルギー経済研究所 特別顧問 田中伸男様)
- 第12回研究会 2014年 7 月25日
天然資源会社の巨大合併をめぐる競争法的課題
ーBHPビリトンとリオ・ティントによる鉄鉱石の生産ジョイントベン
チャーの設立を中心にー
(林研究委員)
- 第13回研究会 2014年10月 3 日
国内公法と国際投資協定における保護規範の相互関係
(伊藤研究委員)
- 第14回研究会 2014年10月24日
インドのエネルギー事情
(専修大学法学部教授 広瀬崇子様)
- 第15回研究会 2014年11月28日
グローバル化と仲裁ー租税条約仲裁を素材として
(原田研究委員)
- 第16回研究会 2014年12月19日
EUの外国直接投資の概要
(中西研究委員)
- 第17回研究会 2015年 1 月23日
ロシア・ウクライナ間天然ガス紛争(2014年)と国際法
ーGATT第5条との関連でー
(酒井研究委員)
- 第18回研究会 2015年 2 月27日
エネルギー源国際輸送の安全性確保ー海賊特措法をめぐって
(斎藤研究委員)
- 第19回研究会 2015年 3 月27日
「経済制裁」をめぐる法的諸問題
(森川主査)

<2015年度>

第20回研究会 2015年4月24日

日本の大陸棚延伸申請を巡る法的問題
(西村研究委員)

※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。

総 論

- 第1章 経済制裁措置とその国内実施をめぐる法的諸問題
森川 幸一 主査

- 第2章 条約の国内「実施」と「転換」－若干の考察
斎藤 誠 研究委員

第1部 エネルギー政策

- 第1章 ガス事業の自由化とEU競争法
林 秀弥 研究委員

- 第2章 スウェーデンにおける原子力政策について
－2015年3月スウェーデン出張報告－
五十嵐智芳 研究員

第2部 エネルギー資源確保

- 第1章 パイプラインによるエネルギー輸送とGATT第5条
－第3次ロシア・ウクライナ間天然ガス紛争（2014年）との関連で－
酒井 啓亘 研究委員

- 第2章 日本の大陸棚延伸を巡る法的問題
西村 弓 研究委員

第3部 投資保護

- 第1章 EUの対外直接投資の概要
中西優美子 研究委員

第2章 行政法学からみた投資協定仲裁

——日独比較を中心として

原田 大樹 研究委員

第3章 法制度の変更に関する投資協定上の評価

——再生可能エネルギー支援策の縮小をめぐる投資紛争を素材として——

伊藤 一頼 研究委員

※本報告書は，2018 年 3 月に当研究所ホームページ上にて公表した内容を一部加筆・修正したものである。

目 次

総 論

第1章 経済制裁措置とその国内実施をめぐる法的諸問題……………	【森川】 3
Ⅰ はじめに……………	5
Ⅱ 「経済制裁」の概念と種類……………	5
1. 概念……………	5
2. 種類……………	9
(1) 発動主体……………	9
(2) 措置の内容……………	10
Ⅲ 経済制裁措置と国際法上の諸規範との関係……………	11
1. GATT/WTOとの関係……………	11
2. 武力不行使・不干渉原則との関係……………	13
(1) 武力不行使原則との関係……………	13
(2) 不干渉原則との関係……………	13
3. 人権規範との関係……………	13
Ⅳ 経済制裁措置実施のための日本の国内法制の整備と課題……………	15
1. 外為法の変遷……………	15
(1) 当初の外為法による規制根拠—経済的理由に基づく規制……………	15
(2) 昭和55年改正—条約その他の国際約束を誠実に履行するための規制……………	15
(3) 昭和62年改正—「安全保障条項」の導入・強化……………	16
(4) 平成10年改正—国際平和のための国際的な努力に寄与するための規制……………	17
(5) 平成16年改正—日本の平和および安全の維持のための規制……………	17
2. 外為法による規制の現状……………	18
3. テロリストの資産凍結措置とその手続……………	19
V むすび……………	20
【資料】外国為替及び外国貿易法……………	21
第2章 条約の国内「実施」と「転換」—若干の考察……………	【斎藤】 25
Ⅰ はじめに……………	27
Ⅱ EU指令とその「転換」—日本の行政法学における理解から……………	27
Ⅲ 二次法とその「転換」—他の規範類型・概念との関係……………	29
Ⅳ 占領法規—転換法の「先蹤」として……………	31

1. ドイツの場合	31
(1) 概観	31
(2) 転換法としての間接占領法	31
(3) 国際法と指示間接法の関係	33
(4) 現在の転換（法）問題への示唆	33
2. 日本の場合	34
V むすびにかえて	36

第1部 エネルギー政策

第1章 ガス事業の自由化とEU競争法	【 林 】 39
I はじめに	41
II EUにおけるガス自由化前史	41
1. 自由化以前	41
2. ガス市場指令	42
III 第三次ガス市場指令の内容	43
IV 若干の事例紹介	55
1. RWE Case (Case COMP/39.402)	55
(1) 事案の概要	55
(2) 当事者	55
(3) 予備的評価	55
(4) 問題解消措置(Commitments)	58
(5) 結論	58
2. Distrigaz S.A. / Distrigaz N.V. Case (COMP/B-1/37966/Distrigaz)	59
(1) 事案の概要	59
(2) 当事者	59
(3) 問題となった行為	59
(4) 規制No. 17/62及び規制 (EC) No. 1/2003手続	59
(5) 予備的評価	59
(6) 確約提案	61
V 結びにかえて	61

第2章 スウェーデンにおける原子力政策について

－2015年3月スウェーデン出張報告－	【五十嵐】 63
I はじめに	65

II	スウェーデンの原子力に関する現状・政策	65
1.	稼働中の原子炉	65
2.	原子力政策の変遷	66
3.	バックエンドについて	67
4.	主要な法体系	67
III	放射線安全庁 (Strålsäkerhetsmyndigheten, SSM) 訪問	68
1.	SSMについて	69
(1)	SSMの独立性	69
(2)	SSMの役割	69
(3)	規制体系の見直し	69
(4)	規制者と事業者のコミュニケーション	69
(5)	原子炉の新規建設計画とSSMの審査	70
2.	処分場建設にかかる許認可プロセスについて	70
(1)	許認可プロセス	70
(2)	SSMと土地・環境裁判所の関係	70
(3)	規制能力の向上	70
(4)	放射性廃棄物基金	71
(5)	地方自治体の関与	71
(6)	放射性廃棄物に関する最終責任の所在	71
3.	人材育成について	72
(1)	職能管理戦略	72
(2)	人材配置の制限	72
IV	SKB社 (Svensk Kärnbränslehantering AB) 訪問	72
1.	SKB社の概要	73
2.	原子炉の想定稼働年数と廃棄物総量	73
3.	最終処分場建設に関する住民との合意形成	73
4.	SFR内部見学	74
V	エストハンマル (Östhammar) 自治体原子力担当官との会合	74
1.	原子力発電のイメージ	74
2.	立地自治体と原子力規制者および事業者との関係	75
3.	立地自治体と隣接自治体との関係	75
4.	住民とのコミュニケーション	75
5.	原子力施設受入れに伴う立地自治体での経済効果	76
VI	むすびにかえて	76

(参考資料) 質問表(QUESTIONNAIRE)	78
第2部 エネルギー資源確保	
第1章 パイプラインによるエネルギー輸送とGATT第5条	
—第3次ロシア・ウクライナ間天然ガス紛争(2014年)との関連で—【酒井】	87
I はじめに	89
II 2014年ロシア・ウクライナ間における天然ガス紛争の動向	92
1. 紛争発生までのロシア・ウクライナ間関係	92
2. ヤヌコビッチ政権の崩壊とロシアによる対応	93
3. ウクライナによる国内法に基づく反撃	94
4. 最終合意の内容とその後の状況	96
III ロシア・ウクライナ間天然ガス紛争に適用されるWTO法規則	98
1. GATT/WTO規則におけるエネルギーの取り扱い	98
(1) GATT/WTO規則とエネルギー	98
(2) エネルギーに関連する適用可能なGATT/WTO規則とその内容	100
2. WTOへのウクライナ及びロシアの加入に伴う約束(コミットメント)	103
(1) WTO加入時における加入議定書の締結の意義	103
(2) ウクライナの加入議定書における「通過の自由」の取り扱い	105
(3) ロシアの加入議定書	106
IV GATT第5条とロシア・ウクライナ間天然ガス紛争	109
1. GATT第5条の内容	109
2. ロシア・ウクライナ間天然ガス紛争における「通過の自由」の問題点	113
(1) 「通過運送」にパイプラインが含まれるか	113
(2) 通過の自由に関する通過国の義務はいかなるものか	116
(3) 通過の自由は通過国のエネルギー関連会社に義務を課しうるか	120
V おわりに	122
第2章 日本の大陸棚延伸を巡る法的問題	
I はじめに	127
II 大陸棚延伸と日本による申請	128
1. 大陸棚延伸に関する海洋法条約上の仕組み	128
2. 日本による延伸申請	129
III 勧告先送りの正当性—CLCS手続規則の問題性	131
1. CLCS手続規則	131

2. 手続規則と海洋法条約のギャップ	132
3. 同意要求の含意	134
4. 手続規則と条約のギャップは正当化されるか	136
IV むすびに代えて	138
第3部 投資保護	
第1章 EUの対外直接投資の概要	【中西】 143
I はじめに	145
II リスボン条約以前	145
1. 共通通商政策の範囲	145
2. 投資	146
(1) 投資に関わる協定とEUの投資に関する権限	146
(2) 改正に至るまで	146
III リスボン条約以後	147
1. 新しい権限の創設	147
2. 対外直接投資の範囲	148
3. 新しい権限の創設に伴う変化	151
(1) EU構成国と第三国間の既存の投資協定	151
(2) 過渡的な措置	152
(3) 権限問題	153
(4) EUによる投資協定	155
第2章 行政法学からみた投資協定仲裁	
——日独比較を中心として	【原田】 163
I はじめに	165
II 日本法における議論状況	166
1. 仲裁の許容性	166
2. 仲裁による救済内容	168
3. 仲裁判断と国内裁判所との関係	169
III ドイツ法における議論状況	170
1. ドイツモデルとしての投資協定	170
(1) 投資協定の沿革	170
(2) 投資協定仲裁に対する理解	170

2. Vattenfall事件と T T I P	171
(1) Vattenfall I	171
(2) Vattenfall II	173
(3) T T I P と投資協定仲裁	175
3. 投資協定仲裁と国内法	176
(1) 仲裁の許容性	176
(2) 仲裁による救済内容	176
(3) 仲裁判断と国内裁判所との関係	177
IV おわりに	177
第3章 法制度の変更に關する投資協定上の評価	
—再生可能エネルギー支援策の縮小をめぐる投資紛争を素材として 【伊藤】	179
I はじめに	181
II 再生可能エネルギーの普及促進政策の変遷	182
1. 再生可能エネルギーによる発電の特徴	182
(1) 再生可能エネルギーの一定割合導入義務 (Renewables Portfolio Standard: R P S)	182
(2) 固定価格買取制度 (Feed-in-Tariff: F I T)	182
(3) プレミアム制度 (Feed-in-Premium: F I P)	184
III 再生可能エネルギーの普及支援政策の変更をめぐる投資紛争—スペインを例に—	185
1. スペインにおける普及支援政策の変遷	185
(1) 当初の制度枠組み	185
(2) 2010年の制度改変	187
(3) その後の制度変更の状況	188
2. スペインに対する投資仲裁の提起	188
3. Charanne事件仲裁判断の概要	189
(1) 収用	189
(2) 公正かつ衡平な待遇 (fair and equitable treatment)	190
4. その他の仲裁事例の動向	193
(1) 法令自体や関連政策文書が特定約束に相当すると捉える仲裁判断	193
(2) 「合理的な収益率」に関する正当な期待が発生すると捉える仲裁判断	194
(3) 制度の本質的特徴を失わせる変更が行われたことに違法性があるとする 仲裁判断	195
5. 若干の考察	197

(1) 法制度それ自体を特定約束として捉える姿勢について……………	197
(2) 合理的収益率を基準として制度変更の適法性を判断する姿勢について……………	198
(3) 法制度の本質的特徴を消滅させるような制度変更は違法であるとの 見解について……………	199
IV おわりに……………	201

総 論

第 1 章

経済制裁措置とその国内実施をめぐる法的諸問題

専修大学教授
森 川 幸 一

I はじめに

エネルギー・セキュリティに係る資源の安定供給や国際投資環境の確保には、純粋に経済的側面のみならず、その時々国際政治状況が大きな影響を及ぼす。そうした国際政治状況を反映して実施される「経済制裁(economic sanctions)」措置は、資源の輸出入や国際投資への制約要因として常に考慮されるべき問題である。

イラクが隣国クウェートに軍事侵攻したことに端を発した1990年の湾岸危機に際して、国連安全保障理事会（以下「安保理」）が決定した対イラク経済制裁¹は、エネルギー・セキュリティの観点からも、日本にとって極めて影響の大きかった最初の例であり、近年のロシアによるクリミア「併合」との関係で、米国・EU・日本の協調行動として強化されてきている対ロシア制裁²も今後の成り行き次第では、日本のエネルギー・セキュリティに重大な影響を及ぼしかねない問題である。

以上のような問題関心から、本稿では、国連の決定に基づいたり、諸国の協調行動として行われたり、さらには国家によって単独で行われたりすることのある経済制裁措置に着目し、国際法の観点からその概念や種類を明らかにしたうえで（Ⅱ）、経済制裁措置と国際法上の諸規範と関係（Ⅲ）や、日本での経済制裁措置の実施に係る国内法制上の諸問題（Ⅳ）について検討することを目的とする。

Ⅱ 「経済制裁」の概念と種類

1. 概念

そもそも「経済制裁」とは何か。国際法上、それはどのように位置づけられるのか。日本の国際法学会が編集している『国際関係法辞典〔第2版〕』では、「経済制裁」に関する独立の項目は立てられておらず、「非軍事的強制措置」を参照させている。そこでは、「国連憲章第7章において予定された集団的安全保障実施のための主要な措置。狭義の経済制裁措置はこの非軍事的強制措置を意味する」³とされている。

他方で、筒井若水先生の『国際法辞典』には「経済制裁」の項目があり、「ある国家による国際法違反に対する反応として他の国家によってとられる、前者の国家（被制裁国）に何らかの経済的害悪を与える措置」⁴と定義されている。

¹ 湾岸危機の際の対イラク制裁については、道垣内正人「日本の法的対応」『安全保障とエネルギー関連取引—湾岸危機をめぐる問題—』（日本エネルギー法研究所、1994年）45-61頁を参照。

² 日本は、ロシアによるクリミア併合に対応して、2014年3月以来5度にわたって、特定個人の入国査証発給停止、資産凍結、ロシアの特定銀行による日本での証券発行の禁止、クリミア産品の輸入禁止などの措置をとっている。外務省『平成27年版外交青書』（2015年）108頁。

³ 国際法学会編『国際関係法辞典〔第2版〕』（三省堂、2005年）732頁。

⁴ 筒井若水編集代表『国際法辞典』（有斐閣、1998年）79頁。

両者を比べた場合に一見してわかる違いは、第1に、措置をとる主体に関して、前者が国際組織（国連）であるのに対して、後者が国家になっている点。第2に、前者が集団安全保障実施のための措置とされているのに対して、後者では、ある国家による国際法違反に対する反応としてとられる措置となっている点である。もっとも、後者でも、そこでとられる措置は、被制裁国に「何らかの害悪を与える措置」とされているにとどまり、それがそれ自体として国際法に違反する措置であるか否かについては問われていない。

ここでは、第1点目の措置をとる主体の問題はとひとまず措くとして、第2の点について、若干の考察を加えておきたい。経済制裁措置の国際法上の性質を確定するうえで、引照基準になる概念としては、伝統的な国際法で用いられてきた「復仇(reprisals)」、「報復(retorsions)」が、また比較的最近用いられるようになった概念としての「対抗措置(countermeasures)」がある。

「復仇」は、国際違法行為により法益侵害を受けた国家が、当該国際違法行為を行った国家に対してその中止または救済を求めるために行う強制措置で、その措置は、本来は国際法上違法であるが、相手国の違法行為が先行することにより、その違法性が阻却される措置を意味する。

これに対して、「報復」は、相手国の国際違法行為または非友好的行為に対してとられる、非友好的ではあるがそれ自体は合法的な行為である。国際違法行為に対してのみならず、非友好的行為に対してもとられる点と、それ自体は違法な行為ではなく合法的な行為である点で、「復仇」とは区別される⁵。

「対抗措置」は、伝統的な復仇がしばしば武力の行使を含む武力復仇を意味したことから、武力復仇が原則として禁止されるようになった現代の国際法⁶に対応するため、新たに用いられるようになった概念である。国連国際法委員会（ILC）で長年議論されたのち2001年に採択された国家責任条文では、「他国に対する国際義務に合致しない国の行為の違法性は、その行為が第3部第2章に従って当該他国に対してとられる対抗措置を構成する場合には、その限りにおいて、阻却される」（22条）とされ、第3部第2章では、対抗措置は、国際違法行為の被害国が、国際違法行為の責任を負う国に対して、違法行為の中止や再発防止（30条）および責任の回復(reparation)（31条）の義務の履行を促すためといった、限られた目的のためにのみとることができると規定されている。

このように、国家責任条文でいうところの対抗措置の概念は、相手国の国際違法行為に対するもので、それ自体としては違法であるが、相手の違法行為が先行することによって自ら

⁵ 「復仇」と「報復」との違いについては、M. Ruffert, “Reprisal,” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2nded.), Vol. VIII (Oxford, 2012) pp. 927-928を参照。

⁶ 国連憲章の主要な原則を再確認した1970年の「友好関係原則宣言」第I原則6項では、「国は、武力の行使を含む復仇行為を慎む義務を負う」とされ、現代国際法の下では、一般に、武力復仇は禁止されていると解されている。

の違法性が阻却される措置，すなわち伝統的な復讐から，手段としての武力行使を除いたような措置，ということができ，相手国の国際違法行為または非友好的な行為に対して，それ自体としては合法的な措置によって対抗する報復とは異なる概念ということになる。

経済制裁措置が武力の行使を伴わない経済的な害悪を与える措置であることを前提とすると，それを，武力復讐を含みうる伝統的な「復讐」概念⁷で説明するのは適切ではない。他方で，それが国家責任条文でいうところの「対抗措置」の要件を満たすのであれば，国際法上より厳格な概念である「対抗措置」の一種として，その概念の中に包摂されるべきものである。

『国際法辞典』の定義では，対象となる国の国際法違反に対するものとなっている点では「対抗措置」に近いが，とられる措置が，それ自体として国際法違反となるかどうかについては問われていない点では「報復」に近いともいえる。

結局，「経済制裁」の概念を国際法の観点から明らかにするためには，最初からそれを定義してかかるのではなく，実際に「経済制裁」として実施された措置が，国際違法行為に対してとられたものなのか，それとも単なる非友好的な行為に対してとられたものなのか，とられた措置が，それ自体としては国際違法行為を構成するが先行する国際違法行為に対するものとして違法性が阻却される措置（「対抗措置」）なのか，それともそれ自体としても非友好的な行為ではあるが合法的な行為（「報復」）にすぎないのかを，事案ごとに実証的に見ていくしかないと考えられる。

マックス・プランク国際法研究所の『国際法辞典』（B. E. カーター執筆）では，「経済制裁は，広義には，外交的または軍事的措置と対比される経済的性質を有する措置で，対象となるものの行為の不承認(disapproval)を表明するために，またはその政策，慣行，さらには政府構造(governmental structure)をも変更させるためにとられる措置」⁸と定義されている。この定義のオリジナルは，2002年にローウェンフェルト⁹によって示されたものだそうだが，オリジナルの定義では，措置をとる主体と対象がいずれも「国家」になっていたのに対して，この定義からは「国家」という限定が外されている。その理由としてカーターは，第1に，主体に関していうと，経済制裁は，国家と並んで，普遍的国際組織や地域的国際組織によっても用いられること，第2に，措置の対象に関して，国家に対して向けられるだけでなく，非政府組織や個人に対しても向けられるようになっていることを挙げている¹⁰。

またこの定義の特徴は，原因行為が国際違法行為であるか否か，それに対してとられる措

⁷ 今日でも国際法上「復讐」という用語が用いられる場合はあるが，それは，武力紛争時に相手国の武力紛争法違反行為に対して行われる「戦時復讐(belligerent reprisals)」に限られる。

⁸ B. E. Carter, "Economic Sanctions," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2nd ed.), Vol. III (Oxford, 2012) p. 323.

⁹ A. F. Lowenfeld, *International Economic Law* (Oxford, 2002) p. 698.

¹⁰ B. E. Carter, *supra* note 6.

置が、それ自体をとれば国際法違反となる措置であるか否かを問うていない点である。それは国際組織や国家によってとられる、いわゆる「経済制裁」措置が、必ずしも常に対象となる主体の国際違法行為に対してとられるとは限らないという現実を反映しているように思われる。

たとえば、国連による憲章第7章下の非軍事的措置に関していうと、確かに連盟時代の経済制裁措置（連盟規約16条）は、連盟規約に違反して戦争に訴えた国に対してとられることになっていたため、原因行為は国際法に違反することを前提にしていたといえる。それに対して国連の強制措置は「平和に対する脅威、平和の破壊又は侵略行為」（国連憲章39、41条）に対してとられることになっており、実際にもっとも多く認定されている「平和に対する脅威」は、必ずしも国際法に違反する行為に限定されるわけではなく、その認定には安保理に広範な裁量権が認められている¹¹。

また、国家によって単独で行われる経済制裁措置についても、それが常に対象となる主体の国際法違反を前提として、その中止や救済を強制するためにとられるとは限らない。たとえば、ウクライナ問題との関連でロシアに対してとられている日本の制裁措置の一部にもそのような性質を見て取ることができる。2014年7月17日に発生したマレーシア航空機の撃墜事件に関連して、日本は対ロシア制裁措置を強化したが、それを発表した平成26年7月28日の外務大臣談話¹²は、「我が国は、クリミア併合を始めとするロシアによるウクライナの主権及び領土の一体性を侵害する動きが継続していること・・・に深刻な懸念を表明します」として、その措置の根拠を、ロシアによるウクライナの主権と領土の一体性の侵害という国際法違反に求めているようにも見える。しかし、それを子細に検討してみると、同談話は、マレーシア航空機撃墜事件の真相究明と遺体・遺品の回収のため、ロシアに対して分離派武装勢力への影響力を行使するよう求めることを追加措置の目的の一つとしている。その際、マレーシア航空機の撃墜事件にロシアが国際法上の責任を負っていることを、措置を強化するための根拠としているわけではないことは明らかである。

このように考えると、マックス・プランク国際法研究所の『国際法辞典』の定義にあるように、「経済制裁」を広義に定義したうえで、具体的にとられた措置ごとに、それが国連憲章上の「非軍事的強制措置」や国家責任条文中の「対抗措置」にあたるのか、それとも「報復」にすぎないのかを個別に特定していくのが妥当だと考えられる。

¹¹ この点について詳しくは、森川幸一「国際連合の強制措置と法の支配—安全保障理事会の裁量権の限界をめぐって—」（1）（2・完）国際法外交雑誌第93巻2号（1994年）1-31頁、第94巻4号（1995年）51-88頁を参照。

¹² 外務省「ウクライナ情勢をめぐる追加的措置について」（外務大臣談話）（http://www.mofa.go.jp/mofaj/press/danwa/page4_000596.html）。

2. 種類

(1) 発動主体

経済制裁の種類を分類する場合、まず第1に、措置を発動する主体による分類が考えられる。もっともここでいう主体とは、最終的に国家によって発動される制裁措置の枠組みを決めているのはどこかという点からの分類である。のちに検討する日本の国内法制を念頭に発動主体を分類すると、①国際組織の決定による場合、②諸国の協調行動による場合、③国家の単独の判断に基づく場合、という分類が有益である。

①としては、国連やEUなどの決定によるものがある。国連に関していえば、典型的なものは国連安保理の決定に基づく経済制裁措置である。国連憲章39条の「平和に対する脅威」等の認定に基づき決定された措置に関しては、安保理の決定が国連憲章25条の規定により加盟国を法的に拘束することから、加盟国は当該措置をとることを法的に義務づけられる。冷戦期には、安保理内での合意の困難さから、決定という形をとるもの（たとえば、1966年の対南ローデシア経済制裁措置、1977年の対南アフリカ武器禁輸措置）は稀で、安保理や総会の勧告による措置（1960年代の総会による対南アフリカ、対ポルトガル経済制裁措置や1980年代に入ってから安保理の勧告に基づく対南アフリカ経済制裁措置）が主流であったが、冷戦終結後は、39条の決定に基づく措置が飛躍的に増えており¹³、各国は、これを国内で実施するための国内法制の整備を余儀なくされている。

②としては、かつてのCOCOM（対共産圏輸出統制委員会、1994年4月に解散）¹⁴、その後継機関としてのワッセナー・アレンジメント¹⁵などの非公式な協議機関の申し合わせ（法的拘束力はなし）によるものがある。もっともワッセナー・アレンジメントは、地域の安定を損なうおそれのある通常兵器やその関連汎用品・技術の輸出管理に目的が限定されている。それ以外の広範な措置については、たとえば、ユーゴのミロシェビッチ前大統領に対する欧州の資産凍結の動きに協調して行われた資本取引の規制措置、シリアのアサド大統領に対する資産凍結措置に協調するための支払い等の規制措置、最近の対ロシア制裁措置がそうであるように、米国・EU等との国際協調に基づく措置がある¹⁶。

¹³ 冷戦後の国連安保理の決定に基づく経済制裁措置の実例とその特徴について詳しくは、中谷和弘「安保理決議に基づく経済制裁—近年の特徴と法的課題」村瀬信也編『国連安保理の機能変化』（東信堂、2009年）79-82頁を参照。

¹⁴ COCOMについて詳しくは、特集「ココム問題の特質」『ジュリスト』No. 895（1987年）所収の各論文を参照。

¹⁵ 通常兵器および関連汎用品・技術の責任ある輸出管理を実施することで、地域の安定を損なうおそれがある通常兵器の過度の移転と蓄積を防止することを目的に、1996年7月、有志国の申合せに基づき成立した国際的輸出管理体制。参加国は、日、米、英、独、仏、露等の33ヶ国。設立交渉が行われたオランダのワッセナー市に因んで、ワッセナー・アレンジメントと呼ばれている。外務省「通常兵器及び関連汎用品・技術の輸出管理に関するワッセナー・アレンジメント」(<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/arms/wa/index.html>) 参照。

¹⁶ 近年の経済制裁措置の一環としての資産凍結措置の対象者とその根拠については、財務省「経済制

③は、安保理決議や国際協調を前提としない国家の単独の措置である。日本の場合、のちに詳述するように、対北朝鮮制裁措置の選択肢を広げることを目的として、安保理決議や国際的な協調が整っていない場合であっても日本単独で措置がとれるように平成16年（2004年）に国内法の改正が行われた。

(2) 措置の内容

第2は、措置の内容に即した分類である。具体的な経済制裁措置の内容としては、武器や関連資材・技術の輸出禁止、対象国の製品の輸入禁止、対象国への物品の輸出禁止、投融資の禁止、関係者の資産凍結、経済援助の停止や、それ以外にも、これらも「経済」制裁に含まれるといえるかは議論のありうるところだが、航空機の乗入れ禁止、船舶の入港禁止、個人の入国禁止など、様々な内容の措置がある。

こうした規制対象事項の内容に即した分類とは違う次元で、①「包括的制裁(comprehensive sanctions)」と、②「スマート・サンクション(smart sanctions)」¹⁷または「狙い撃ち制裁(targeted sanctions)」という分類が、1990年代末ごろから唱えられるようになり、2001年の9.11事件以降、一般化するようになった。

①は、1960年代の対南ローデシア制裁や1990年代前半の対イラク、対旧ユーゴ、対ハイチ制裁に見られたような、対象となる国・地域に対して、考えられる一切の経済的交流を遮断するというものである。こうした古いタイプの制裁は、一方で、対象となる国・地域の対外的な経済依存度が高ければ高いほど制裁としての効果は大きい、他方で、対象となる国・地域の政策決定には無関係の一般市民に対する影響が大きいこと、また、措置をとる側も、とりわけ制裁対象国に資源等を依存している場合には、自国およびその国民の身を削る結果とならざるを得ないことなどの問題が指摘されていた。

そのため、対象となる国・地域の一般市民への影響を極小化し、政策変更に影響が大きいと思われる対象物品や人を特定して規制を行う②の制裁が近年では主流になってきている。例えば、物品の輸出入に関しては、以前から行われていた武器やその関連資材・技術の輸出禁止に加えて、武器購入の資金源を断つ目的で紛争地域のシエラレオネ、リベリア、コートジボワール、アンゴラなどからのダイヤモンド原石（「紛争ダイヤモンド」）の輸入禁止措置がとられたり¹⁸、一般市民の生活には影響がないと思われる奢侈品に絞って輸出禁止にした

裁措置及び対象者リスト—現在実施中の外為法に基づく資産凍結等の措置」

（https://www.mof.go.jp/international_policy/gaitame_kawase/gaitame/economic_sanctions/list.html）参照。

¹⁷ 特に国連による経済制裁に関して、スマート・サンクションが導入されるようになった経緯や現状につき詳細に検討した業績として、本多美樹『国連による経済制裁と人道上の諸問題—「スマート・サンクション」の模索』（国際書院、2013年）を参照。

¹⁸ 「紛争ダイヤモンド」取引規制のための国際的なレジームについて詳しくは、西元宏治「紛争ダイヤモンド取引規制レジームの形成と展開」小寺彰・道垣内正人編『国際社会とソフトロー』（有斐閣、2008年）137-168頁参照。

りした対北朝鮮制裁の例などがある¹⁹。

また、人に着目した狙い撃ち制裁は、2001年の9.11事件以降、タリバーン関係者やテロリスト等に対する資産凍結措置をはじめとして、政策決定に影響力のある個人や団体にまでその射程は広がってきている。

こうしたスマート・サンクションは、対象となる国・地域の一般市民への制裁の影響を極小化できること、措置をとる側も措置の内容を選別できるために、可能な限り自国に影響のある措置を避けることが可能になるというメリットがあることは確かである。他方で、措置の内容が限定的なために制裁の効果という点ではあまり多くを期待できないという場合もある。近年の対ロシア制裁も、米国・EU・日本の協調の下、措置の内容が徐々に強化されてきたものの、現在のところロシアに政策変更を促すところまでは効果を発揮していない。2015年3月19日のEU首脳会議で、域内のエネルギー安全保障を強化するための「エネルギー同盟」の創設を進めることで合意したとの報道²⁰があったが、EU全体として天然ガスの3割をロシアに依存し、100%依存している国もある状況では、ロシアに対して相当な打撃になると思われる天然ガスの輸入禁止は、EUとしてやりたくても自らの首を絞めることになるためにやれない状況にあった。ロシアはそうしたEUのロシアへの資源依存という弱みに付け込んでクリミア併合という挙に出たわけで、ロシア依存の状況からの脱却はEUにとって問題解決に向けた最重要課題と考えられている。

Ⅲ 経済制裁措置と国際法上の諸規範との関係

1. GATT/WTOとの関係

経済制裁措置として行われる特定国に対する輸出入の制限は、一般的には、「関税及び貿易に関する一般協定（GATT）」1条の最恵国待遇や11条の数量制限の一般的禁止の規定と抵触する恐れがある。しかし、同時にGATT21条は、「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」として、3つの例外措置を定めている。その中のひとつが、(c)項の「締約国が国際の平和及び安全の維持のため国連憲章に基づく義務に従う措置を執ることを妨げることを」とあり、国連安保理の決定に基づき各国がとる経済制裁措置に関する限り、それが仮に1条や11条の義務と抵触するような措置を含むとしても、この21条(c)項の例外によってGATT上、許容されることになる。この規定は、「国際

¹⁹ 2006年10月9日に行われた北朝鮮による地下核実験に対応して、国連安保理は10月14日に決議1718号を採択した。その中には、北朝鮮に対する奢侈品の輸出禁止措置が含まれていたが、日本は同決議を実施するため、11月14日、輸出貿易管理令を通じて北朝鮮への奢侈品の輸出を禁止する国内措置をとった。対北朝鮮制裁について詳しくは、浅田正彦「北朝鮮の核開発と国連の経済制裁」論及ジュリスト第19号（2016年）99-107頁、岩月直樹「北朝鮮に対する経済『制裁』？—経済制裁の意義と役割」森川幸一ほか『国際法で世界がわかる』（岩波書店、2016年）300-310頁参照。

²⁰ 『朝日新聞』2015年3月21日付け朝刊。

連合加盟国のこの憲章に基く義務と他のいずれかの国際協定に基く義務とが抵触するときは、この憲章に基く義務が優先する」と定める国連憲章103条の規定を受けて作られたものと考えられる。

他方で、諸国の協調行動や国家の単独の判断に基づく経済制裁措置の場合、国連憲章上の義務の履行とはいえないため、この規定ではカバーできないことになる。そこで、21条が定める他の例外である(b)項との関係が問題となる。(b)項は、「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次のいずれかの措置を執ることを妨げること」として、(i)「核分裂性物質又はそ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)「戦時その他の国際関係の緊急時に執る措置」の3つの場合を挙げている。

このうち、自国の安全保障上の「重大な利益(essential security interests)」や締約国が「必要であると認める」という文言は極めて一般的であり、また(iii)の「国際関係の緊急時」といった文言も裁量の余地があり解釈を必要とする規定になっている²¹。1985年の米国によるニカラグアからの砂糖の輸入制限措置に対して、ニカラグアはG A T Tに提訴したが、米国の主張でG A T T 21条を議論しない条件でパネルが設置されたため、パネルは21条の分析に踏み込まなかった。またW T O設立後の1996年、米国のキューバに対する経済制裁措置を含むヘルムズ・バートン法に関して、E Uが米国に対してW T O紛争解決手続上の協議要請を行ったケースでは、米国は貿易問題ではなく安全保障問題であると主張した。パネルは設置されたものの、結局外交的解決がなされたためパネルは消滅して21条の議論には立ち入らなかった²²。また、ロシアのクリミア併合に端を発した対ロシア経済制裁措置に対して、ロシアは2014年7月のW T O一般理事会で最恵国待遇を定めるG A T T 1条等の関連条文を指摘し懸念を表明したのに対して、米欧はG A T T 21条を援用することなく「W T O協定と整合的である」と述べるに留めた。このように、G A T T 21条の例外規定が援用可能と思われる場合であっても、諸国はその援用には慎重な態度を採っているという²³。

ただ仮に、これらの経済制裁措置がG A T T上の義務やその他の通商関係条約上の義務と抵触し、G A T T 21条に見られるような例外条項も適用されないとしても、それが対象となる国家の国際違法行為に対してとられた対抗措置と位置付けられるのであれば、違法性を阻却されて国際法上は合法的な措置になると考えられる²⁴。

²¹ G A T T 21条の「安全保障例外」の解釈と実際につき詳しくは、中谷和弘『ロースクール国際法読本』(信山社、2013年) 15-28頁、風木淳「貿易と安全保障」国際法研究第4号(2016年) 43-44頁。

²² 風木・上掲注21 46-47頁。

²³ 風木・前掲注21 58頁。

²⁴ 中谷・前掲注21 93-95頁参照。

2. 武力不行使・不干渉原則との関係

(1) 武力不行使原則との関係

1960年代から70年代にかけて、とりわけ発展途上国や旧東側諸国によって、他国に対して経済制裁を発動するなど経済的圧力をかけることが、国連憲章2条4項で禁止されている「武力(force)の行使」や「武力による威嚇」に当たると主張されてきた。しかし、国連憲章前文7項や44条で用いられている「force」は、その文脈から明らかに「軍事力」を意味していること、国連憲章を採択したサンフランシスコ会議で「武力(force)」の禁止の範囲を経済的圧力にまで拡大しようとしたブラジル提案が否決されたこと、1970年の「友好関係原則宣言」でも、経済的圧力の問題は、武力不行使原則ではなく、不干渉原則の中で扱われたことなどから、今日では、経済制裁措置を武力不行使原則に照らして評価する主張はあまり見られなくなってきたといっている。

(2) 不干渉原則との関係

それでは不干渉原則との関係ではどうか。国際慣習法上の不干渉原則を反映したものと考えられている「友好関係原則宣言」第3原則2項は、「いかなる国も、他国の主権的権利の行使を自国に従属させ、かつ、その国から何らかの利益を得るために、経済的、政治的その他他国を強制する措置をとり、またはとることを奨励してはならない」と規定している。不干渉原則は、今日、武力不行使原則と並ぶ現代国際法の重要な原則のひとつと考えられるようになっているが、その具体的な内容については、必ずしも明確であるわけではない。「他国の主権的権利の行使を自国に従属させ」とはどのような場合か、経済的な「他国を強制する措置」とはどのような措置か。

ニカラグア事件（本案）でニカラグアは、米国によるニカラグアに対する経済援助の停止、ニカラグアから米国への砂糖の輸入割り当ての90%削減、およびニカラグアに対する禁輸措置に関して、これらの行動のいくつかは、原則としてそれ自体で違法になるものではないことを認めながらも、これらの経済的強制措置は全体として不干渉原則の体系的侵犯に当たると主張した。これに対して国際司法裁判所は、特に理由を示すことなく、これらの米国の行動を国際慣習法上の不干渉原則の違反とみなすことはできないと判示した²⁵。このことから、経済制裁措置が対象となる国に対する不干渉原則の違反を構成するのは、かなり例外的なケースに限られるということになる。

3. 人権規範との関係

経済制裁措置の主流が、対象となる国家全体に向けられる包括的制裁から、国家の政策決定に影響力のある個人やテロリストに向けられるスマート・サンクションに移行してきたこ

²⁵ Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, *ICJ Reports 1986*, par. 244-245.

とで、今日では、経済制裁措置と人権規範との関係が問われるようになってきた。

2008年9月3日の欧州司法裁判所による「カディ事件」判決²⁶は、国連安保理決議に基づきEU理事会が欧州共同体規則（EC規則）によって行ったタリバーン関係者に対する資産凍結処分がEC条約の保証する基本権に反しないかが問われた事件である。

原審である欧州第1審裁判所は、国連憲章103条の規定により、安保理の決定を履行する加盟国の義務は他の国際協定（EC条約を含む）に基づく義務に優先する。安保理決議を実施するためのEC規則の合法性をEC条約上の基本権に照らして審査することは、間接的に安保理決議の合法性を審査することを意味する。そうした司法審査は国連憲章25条、48条および103条ならびに条約法条約27条に反する。ただし、裁判所は国際法の強行規範に照らして安保理決議の合法性を審査することは可能である。強行規範に含まれる人権の普遍的保護の基準に照らして安保理決議を実施するための資産凍結措置を審査した結果、当該措置は強行規範には反しない、との判断を示した。

これに対して、欧州司法裁判所は、安保理決議の合法性をEC裁判所が審査することは、審査が国際法の強行規範との適合性審査に限定されとしても認められない。安保理決議を実施するECの措置がEC法上の上位法に反することをEC裁判所が判断したとしても、安保理決議の国際法上の優位は否定できない。他方で、国連憲章は、加盟国が安保理決議を国内で実施する際の方式選択の自由を認めている。それゆえ安保理決議を実施するための規則だという事実のみをもって、規則のEC法上の合法性を司法審査できなくなるわけではない。EC法の一般原則の一部を構成する基本権に照らして審査すると、上訴人をテロリストのリストに載せる際に、防御権、特に聴聞を受ける権利や効果的な司法的保護を受ける権利が保証されなかったとして、当該規則を取り消す判断を示した。

同様の論理に基づく判断は、安保理決議を実施するためのベルギーの国内措置が、自由権規約の移動の自由（12条）およびプライバシー（17条）に違反することを認定した規約人権員会のサヤディ事件見解²⁷でも示されており、テロリストや政策決定に影響力を有する個人を対象としたスマート・サンクションの国際的な人権規範との適合性が問われるケースは、今後もますます増えていくものと思われる²⁸。

²⁶ Joined Cases C-402/05 P. Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council & Commission, Judgment (2008) ECR I-6351. 評釈として、岩沢雄司「国連安保理の制裁決議の国内実施と人権」小寺・森川・西村編『国際法判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2011年）220-221頁、中西優美子「欧州司法裁判所によるEU基本権保障の貫徹」国際人権20号（2009年）125-127頁を参照。

²⁷ Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Belgium (Communication No.1472/2006), Views of the Human Rights Committee, 22 October 2008, UN Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006. 評釈として、水島朋則「対テロ安保理決議の実施における自由権規約違反の可能性—サヤディ他対ベルギー事件」国際人権20号（2009年）115-116頁参照。

²⁸ カディ事件やサヤディ事件の詳細な分析に基づき、人権規範を根拠として安保理決議の合法性を間接的に審査することの意義と課題を論じたものとして、小畑郁「個人に対する国連安保理の強制措置と人権法によるその統制」国際問題No. 592（2010）5-15頁。

Ⅳ 経済制裁措置実施のための日本の国内法制の整備と課題

1. 外為法の変遷

(1) 当初の外為法による規制根拠—経済的理由に基づく規制

経済制裁措置を実施するための貨物の輸出入、役務・資本取引、海外支払いなどの国内的規制は、日本の場合、「外国為替及び外国貿易法」(昭24・12・1・法228)(以下「外為法」)とそれを実施するための政令(輸出貿易管理令、輸入貿易管理令、外国為替管理令等)を介して行われている²⁹。

元来、外為法は「外国貿易の正常な発展を図り、国際収支の均衡、通貨の安定及び外貨資金の最も有効な利用を確保するために必要な外国為替、外国貿易及びその他の対外取引の管理を行い、もって国民経済の復興と発展とに寄与することを目的とする」(制定時1条)と規定されていたように、経済的理由に基づく対外取引の規制を趣旨とするもので、国連による経済制裁決議の実施やココム等の国際的な協調行動に基づく輸出規制といった経済外的理由に基づく規制を想定してはいなかった。そのため、経済外的理由に基づく規制は、その法的根拠が疑問視されていた(1969年7月8日の東京地裁判決「ココム訴訟」³⁰)。

(2) 昭和55年改正—条約その他の国際約束を誠実に履行するための規制

昭和55年(1980年)の改正³¹で、それまでの対外取引原則禁止から原則自由の法体系に改められ、同法の目的を定めた1条の規定も「外国為替、外国貿易その他の対外取引が自由に行われることを基本とし、対外取引に対し必要最小限の管理又は調整を行うことにより、対外取引の正常な発展を期し、もって国際収支の均衡及び通貨の安定を図るとともに我が国経済の健全な発展に寄与することを目的とする」に改正されたが、役務・資本取引や支払等に関しては、新たに「我が国が締結した条約その他の国際約束を誠実に履行する」ためという経済外的理由に基づく規制が明文化された(支払等に係る16条2項(現16条1項)、資本取引等に係る23条2項4号(現21条1項)、役務取引等に係る25条2号(現25条6項))。

ここでいう「我が国が締結した条約その他の国際約束」には、①多数国間の条約等と、②二国間の条約等(交換公文を含む)があるとされ、国連安保理決議のなかで法的拘束力のあ

²⁹ 安全保障貿易情報センター「最近の経済制裁措置」

(http://cistec.or.jp/export/keizaiseisai/saikin_keizaiseisai/index.html), 財務省「経済制裁措置及び許可手続きの概要」

(http://www.mof.go.jp/international_policy/gaitame_kawase/gaitame/economic_sanctions/gaiyou.html)を参照。なお、主体の違いに即した外為法に基づく経済制裁措置の実例を示したものとして、矢野剛史「主要国の輸出管理制度とその実態：日本」浅田正彦編『制度と実践：輸出管理』(有信堂、2012年)189-192頁も参照。

³⁰ 同年中国で開催される予定であった日本工業展へのココム統制物資に該当する出品物に対する通産大臣の輸出不許可処分が、行政庁の裁量権の範囲を逸脱し違法であるとされた事件。

³¹ 昭和55年改正については、福井博夫『詳解外国為替管理法』(金融財政事情研究会、1981年)に詳細な解説がある。

るものは、このうちの①に含まれると解されてきた³²。その結果、この種の取引に関するかぎり、拘束力ある安保理決議を「誠実に履行」するために国内的規制を行うための国内法上の根拠が確固たるものになった。

(3) 昭和62年改正—「安全保障条項」の導入・強化

他方で、昭和55年改正では、貨物の輸出入に関しては、こうした規定は導入されることはなく、「外国貿易及び国民経済の健全な発展」の必要を理由とした規制を定める条項（輸出に係る48条3項、輸入に係る52条）が、安保理決議やココム規制に基づく規制の場合にも、依然としてその根拠とされていた。

しかし、東芝機械によるソ連向け工作機械の不正輸出事件を契機とした昭和62年（1987年）の改正³³で、貨物の輸出に関しては、「国際的な平和及び安全の維持」（48条1項）を理由とする規制が可能となった（いわゆる「安全保障条項」³⁴）。「安全保障条項」は、すでに昭和55年の改正時に一部の規定（資本取引等に係る23条2項4号（現23条4項2号）、役務取引等に係る25条2号）に導入されていたが、昭和62年の改正は、役務取引等に関してそれを強化し（25条1項）、輸出に関してそれを新設（48条1項）するものであった。こうしてココム規制に関しては、安全保障条項の導入・強化により、国内法的な受け皿がほぼ整うことになった。

他方で、安保理決議に基づく輸出入の規制に関しては、いまだ冷戦時代を脱していなかったためか、この時の改正では十分な手当てがおこなわれることはなかった。もっとも安保理決議に基づく経済制裁が「国際的な平和及び安全を維持し又は回復するため」に行われることからすると、「安全保障条項」に依拠する方が、「外国貿易及び国民経済の健全な発展」を理由とするより、安保理決議の国内実施の根拠としては説得的であるように思われた。しかし実際には、48条1項の安全保障条項によることなく、「外国貿易及び国民経済の健全な発展」を理由とした規制を定める48条3項に基づく場合がほとんどであった。おそらく、かかる条項を欠く輸入の場合との整合性に配慮したためだったと思われる。政府部内では、安保理決議や国際的協調体制に基づき経済制裁を発動する際にこうした経済的理由に依拠していたことにつき、「国際的な協調体制のもとに、我が国が同調しないことによって、当該国との信頼関係が損なわれ、その結果外国貿易及び国民経済の健全な発展を阻害する」ことになるためと説明されていた³⁵。しかし、こうした経済的理由を根拠とする規制には不自然さが残るといわざるを得なかった。

³² 森恭子「我が国単独による経済制裁発動が可能に」時の法令1711号（2004年）11頁。

³³ 昭和62年改正の全体像については、通商産業省貿易局編『改正外国為替及び外国貿易管理法の解説』（商事法務研究会、1988年）を参照。

³⁴ 昭和62年改正による「安全保障条項」の強化の経緯と法的問題点については、森川幸一「外為法における『安全保障条項』—国際法学からの一視点—」ジュリストNo. 909（1988年）66-72頁参照。

³⁵ 森・前掲注32 10頁。

(4) 平成10年改正—国際平和のための国際的な努力に寄与するための規制

平成10年（1998年）の改正では、事前の許可・届出制度を原則として廃止するとともに、外国為替公認銀行制度、両替商制度を廃止する等、自由で迅速な内外取引が行えるよう、欧米先進諸国並みの対外取引環境の整備が図られた。法律の名称自体も、それまでの「外国為替及び外国貿易管理法」から、「管理(control)」という部分が除かれ、現在の「外国為替及び外国貿易法」になった。

この時の改正では、国際約束を履行するため必要があると認めるときに加えて、「国際平和のための国際的な努力に寄与するため」特に必要があると認めるときにも経済制裁等の措置を講ずることが可能となった（支払等に係る16条1項、資本取引等に係る21条1項、役務取引等に係る25条4項（現25条6項））。ここでいう「国際平和のための国際的な努力」とは、世界的・地球的な平和や国家と国家間の平和を実現することを目的とする、国際社会または我が国を含めた二か国以上の政府による（外交上の）努力をいうとされている³⁶。

こうした規定が導入された背景には、1990年の湾岸危機の際の経験があったと考えられる。経済制裁措置のうち資産凍結措置は、禁輸措置などと異なり特に即応性を要求される。湾岸危機に際し、国連が対イラク制裁措置を決定した8月6日（日本時間同7日）より以前の8月3日、日本は在日クウェート資産保全のための独自の措置を、関係業界への行政指導という形で実施した³⁷。平成10年の改正によって、資産凍結に係る措置に関する限り、いまだ安保理決議は成立していないが国際協調に基づき経済制裁措置をとらなくてはならないような場合でも、行政指導によらず、外為法に基づく確固たる規制が可能になったといえる。

(5) 平成16年改正—日本の平和および安全の維持のための規制

平成16年（2004年）の改正³⁸では、1条の目的条項に「我が国又は国際社会の平和及び安全の維持」という観点が初めて明記された。そのうえで、これまでの、①国際約束を誠実に履行するため、②国際平和のための国際的な努力に寄与するため、という目的に加えて、③日本の平和及び安全の維持のために特に必要があるときに、日本が単独で行う経済制裁措置を可能とする改正が行われた。具体的には、日本が単独で経済制裁措置をとる場合には、閣議決定を行うものとし（10条1項）、この閣議決定に基づき措置をとった場合には20日以内に国会の承認を得なければならず（同条2項）、不承認の場合には速やかに措置を終了しなければならないとされた（同条3項）。

こうした仕組みを導入したうえで、支払等、資本取引、特定資本取引および役務取引につき主務大臣の許可を受ける義務を課することができる場合として、10条に基づく閣議決定が行われた場合を加える改正が行われた（支払等に係る16条1項、資本取引等に係る21条1項、

³⁶ 森・前掲注 32 10 頁。

³⁷ この点については、道垣内・前掲注 1 47 頁参照。

³⁸ 平成 16 年改正後の外為法の関連条文については、文末の資料を参照のこと。

特定資本取引に係る25条1項、役務取引等に係る25条6項)。さらに、財務大臣が対外直接投資の内容の変更または中止を勧告できる場合として、10条に基づく閣議決定が行われた場合が追加された(23条4項)。

日本の平和及び安全の維持のために10条に基づく閣議決定を前提に行われる規制は、輸出(48条3項)や輸入(52条)についても同様に導入されることになったが、ここで注目すべきは、この改正に合わせて、それまで輸出入についてだけ明示的には導入されていなかった、①国際約束を誠実に履行するため、②国際平和のための国際的な努力に寄与するため、といった目的が、規制の根拠として初めて条文上明記されるに至った点である。

この平成16年改正は、閣法ではなく、自民党、民主党、無所属クラブおよび公明党の超党派議員による議員立法によって実現された。その背景には、日本として北朝鮮に対する外交カードを増やしたいという意図があったといわれている。実際にもこの改正条項は、日本独自の対北朝鮮制裁の国内法上の根拠として活用されている。たとえば、2006年に北朝鮮が弾道ミサイルの発射、核実験の実施に踏み切った際、国連安保理決議では核開発関連団体の資産凍結措置(決議1695号)や奢侈品の輸出禁止措置(決議1718号)にとどまったのに対し、日本は、改正外為法を適用して北朝鮮からの輸入の全面禁止措置に踏み切った。また、2009年の弾道ミサイル発射と核実験に対しては、安保理決議では求められていなかった北朝鮮への輸出の全面禁止措置をとっている。

2. 外為法による規制の現状

以上に見てきたように、外為法は一連の規制緩和の流れの中で経済的理由に基づく規制を次々と撤廃してきたが、それと反比例するかのように、経済外的な理由、とりわけ国際政治的理由に基づく規制を段階的に強化してきたといえる。

外為法を所轄する官庁が、財務省、経産省、外務省の3省にわたっていたことが、外為法の度重なる改正にもかかわらず、外為法を著しく体系性を欠いたわかりにくい法律にしていたと考えられる。経済外的理由に基づく規制を外為法に導入することに消極的な財務省と経産省に対して、外務省は国際政治的理由に基づく規制の国内法上の受け皿を外為法に求めることを目指してきたと想像できる。それは、冷戦期においては西側の戦略物資管理の一環としてのココム規制の受け皿としての「安全保障条項」の導入・強化で事足りたが、冷戦後、安保理決議に基づく経済制裁措置や国際社会の協調行動に基づく経済制裁措置が多発されるようになり、その内容も国家に対する包括的な制裁措置から特定の品目・人に狙いを定めたスマート・サンクションへと多様化する中で、国際社会のいずれの要請にも対応できるような体系的な国内法整備が求められるようになったためである。

平成16年改正は、もともとは対北朝鮮制裁のカードを増やすべく日本の単独の経済制裁措置を可能にする目的で、閣法としてではなく議員立法として実現した改正であった。しかし、

むしろそうであったからこそというべきか、実際には経済外的規制が外為法のいたるところに導入されていたにもかかわらず、それまで手が付けられなかった目的条項に、初めて「我が国又は国際社会の平和及び安全の維持」という観点が導入されたことは画期的なことであったといえる。加えて、これも、先に見たような極めて不自然な解釈の下で、実際にはすでに行われていた安保理決議や国際協調に基づく輸出入の規制に関し、これらの目的が条文上明記されたことは、外為法に基づく規制根拠の体系性や対外的な透明性を格段に高める結果になったと評価できる。

この改正により、外為法がその規制の対象とするほとんどすべての項目につき、先に経済制裁の発動主体の項（Ⅱ-2-(1)）で分類した、①国際組織の決定による場合、②諸国の協調行動による場合、③国家の単独の判断に基づく場合、のすべてに対応する規制が明文上も可能になったのである。

3. テロリストの資産凍結措置とその手続

日本でも、スマート・サンクションとしての関係する個人・団体に対する資産凍結措置が次々ととられるようになっていくが、先に紹介したカディ事件のような人権規範との関係は、どのようになっているのだろうか。

2001年9月11日の対米同時多発テロ事件を受けて、国連安保理は、同年9月28日、国連憲章7章の下で決議1373号を採択し、テロ資金対策のための国際協力を強化するため、当時未発効であった「テロリズムに対する資金供与の防止に関する国際条約」（1999年12月、国連総会で採択）の速やかな締結をすべての国に求めるとともに、テロリストの資産凍結等、その内容を一部先取りするような措置を決定した³⁹。

日本は、外為法に基づき、タリバーン関係者等に対する資産凍結措置（支払等および資本取引の規制）を実施したが、その実施に当たり、対象となるテロリストやその関係団体の特定の困難に直面した。そのため、①資産凍結等の対象となるテロリスト等を迅速かつ適切に指定するために不可欠である関係省庁（外務省、法務省、警察庁等）間の協力の仕組みの整備と、②資産凍結等の実効性を確保するための金融機関等による顧客本人確認に係る努力規定の義務化を内容とする外為法の一部改正を行った（平14・5・7・法34）⁴⁰。

また2014年には、国際テロリスト資産凍結特別措置法（正式名称「国際連合安全保障理事会決議第千二百六十七号等を踏まえ我が国が実施する国際テロリストの財産の凍結等に関する特別措置法」（平26・11・27・法124）が制定されている⁴¹。同特措法は、（1）国家公安委

³⁹ 同条約は、その後、2002年4月10日に発効し、日本についても同年7月11日に発効している。

⁴⁰ 森川幸一「国連安全保障理事会決議への日本の対応」ジュリスト No. 1232（2002年）48-49頁参照。

⁴¹ 同法成立の国際的背景については、中谷和弘「イスラム国と国際法」国際問題 No. 642（2015年）11頁参照。

員会が、安保理決議によって資産凍結措置をとるべきとされている国際テロリストが安保理決議により設置された委員会の作成する名簿に記載されたときは、その者の氏名または名称その他の事項を公告すること（3条1項）、（2）国家公安委員会が、国際的なテロリズムの行為を防止・抑止するための国際社会の取組みに日本として寄与するため、①支払等に係る外為法16条1項の規定により許可を受ける義務を課せられる者、②公衆等脅迫目的の犯罪を行うなどした者で将来も同様の犯罪を行うおそれがあると認められる者、③日本と同水準にあると認められる制度を有している国により安保理決議1373号が求める国際テロリストの財産の凍結等の措置がとられている者、のいずれかに該当する者を、同決議によりその財産の凍結等の措置をとるべきこととされている国際テロリストとして指定し、その氏名または名称その他の事項を公告すること（4条）などを定めている。

前者(1)の公告の手続きには特に聴聞の機会を与えられていないが、後者(2)の指定の手続きには聴聞の機会を与えなくてはならない旨明記されている（4条4項）。もっともその場合であっても、聴聞の機会を与えていたのでは財産の隠匿その他の行為により指定後の措置が困難になるような場合には、聴聞の機会を与えないで仮指定を行うことができるとされている（8条1項）。このような手続きによって、カディ事件で示されたような人権基準をクリアできるか、なお慎重な検討が必要であるように思われる。

V むすび

国際関係における武力の行使が原則として禁止された現代の国際法の下で、経済制裁措置は、ある国家による国際違法行為や、違法行為と明確には断定できないまでも、国際社会や特定の国に対して悪影響を及ぼす非友好的な行為に対して、その中止や救済を求めるための手段として度々用いられてきた。

それは国連のような国際組織の決定に基づく場合もあれば、諸国の協調行動に基づく場合もあり、国家によって単独にとられる場合もある。また、その対象も、制裁の内容が包括的制裁からスマート・サンクションへと変化するにつれ、国家自体に向けられたものに加えて、国家政策に影響力のある個人やテロリストに対しても向けられるようになった。

経済制裁措置を国内で実施するための中心的な受け皿は、日本の場合、外為法である。外為法は、元来、経済的理由に基づき貨物の輸出入、役務・資本取引、海外支払いなどの規制を行う法律であったが、国際政治的理由に基づく経済制裁措置を国内で実施すべく、度重なる改正を経て、今日の多様な形態をとる経済制裁措置に十分対応できる体系的な法律へと進化を遂げてきた。今後は、特に個人を対象とした制裁措置の国内実施に際して求められる国際的な人権規範との整合性の確保が、より一層重要性を増してくるものと考えられる。

〔2018年2月28日脱稿〕

【資料】外国為替及び外国貿易法（下線は筆者）

第一章 総則

（目的）

第一条 この法律は、外国為替、外国貿易その他の対外取引が自由に行われることを基本とし、対外取引に対し必要最小限の管理又は調整を行うことにより、対外取引の正常な発展並びに我が国又は国際社会の平和及び安全の維持を期し、もつて国際収支の均衡及び通貨の安定を図るとともに我が国経済の健全な発展に寄与することを目的とする。

第二章 我が国の平和及び安全の維持のための措置

第十条 我が国の平和及び安全の維持のため特に必要があるときは、閣議において、対応措置（この項の規定による閣議決定に基づき主務大臣により行われる第十六条第一項、第二十一条第一項、第二十三条第四項、第二十四条第一項、第二十五条第六項、第四十八条第三項及び第五十二条の規定による措置をいう。）を講ずべきことを決定することができる。

2 政府は、前項の閣議決定に基づき同項の対応措置を講じた場合には、当該対応措置を講じた日から二十日以内に国会に付議して、当該対応措置を講じたことについて国会の承認を求めなければならない。ただし、国会が閉会中の場合又は衆議院が解散されている場合には、その後最初に召集される国会において、速やかに、その承認を求めなければならない。

3 政府は、前項の場合において不承認の議決があつたときは、速やかに、当該対応措置を終了させなければならない。

第三章 支払等

（支払等）

第十六条 主務大臣は、我が国が締結した条約その他の国際約束を誠実に履行するため必要があると認めるとき、国際平和のための国際的な努力に我が国として寄与するため特に必要があると認めるとき又は第十条第一項の閣議決定が行われたときは、当該支払等が、これらと同一の見地から許可又は承認を受ける義務を課した取引又は行為に係る支払等である場合を除き、政令で定めるところにより、本邦から外国へ向けた支払をしようとする居住者若しくは非居住者又は非居住者との間で支払等をしようとする居住者に対し、当該支払又は支払等について、許可を受ける義務を課することができる。

第四章 資本取引等

（財務大臣の許可を受ける義務を課する資本取引等）

第二十一条 財務大臣は、居住者又は非居住者による資本取引（第二十四条第一項に規定する特定資本取引に該当するものを除く。）が何らの制限なしに行われた場合には、我が国が締結した条約その他の国際約束を誠実に履行することを妨げ、若しくは国際平和のための国際的な努力に我が国として寄与することを妨げることとなる事態を生じ、この法律の目的を達成することが困難になると認めるとき又は第十条第一項の閣議決定が行われたときは、

政令で定めるところにより、当該資本取引を行おうとする居住者又は非居住者に対し、当該資本取引を行うことについて、許可を受ける義務を課することができる。

（対外直接投資）

第二十三条 居住者は、対外直接投資のうち第四項各号に掲げるいずれかの事態を生じ、おそれがあるものとして政令で定めるものを行おうとするときは、政令で定めるところにより、あらかじめ、当該対外直接投資の内容、実行の時期その他の政令で定める事項を財務大臣に届け出なければならない。

4 財務大臣は、前項の届出に係る対外直接投資が行われた場合には、次に掲げるいずれかの事態を生じ、この法律の目的を達成することが困難になると認められるとき又は第十条第一項の閣議決定が行われたときに限り、当該対外直接投資の届出をした者に対し、政令で定めるところにより、当該対外直接投資の内容の変更又は中止を勧告することができる。ただし、当該変更又は中止を勧告することができる期間は、当該届出を受理した日から起算して二十日以内とする。

一 我が国経済の円滑な運営に著しい悪影響を及ぼすことになること。

二 国際的な平和及び安全を損ない、又は公の秩序の維持を妨げることになること。

（経済産業大臣の許可を受ける義務を課する特定資本取引）

第二十四条 経済産業大臣は、居住者による特定資本取引（第二十条第二号に掲げる資本取引（同条第十二号の規定により同条第二号に準ずる取引として政令で定めるものを含む。）のうち、貨物を輸出し、又は輸入する者が貨物の輸出又は輸入に直接伴つてする取引又は行為として政令で定めるもの及び鉱業権、工業所有権その他これらに類する権利の移転又はこれらの権利の使用権の設定に係る取引又は行為として政令で定めるもの（短期の国際商業取引の決済のための資本取引として政令で定めるものを除く。）をいう。以下同じ。）が何らの制限なしに行われた場合には、我が国が締結した条約その他の国際約束を誠実に履行することを妨げ、若しくは国際平和のための国際的な努力に我が国として寄与することを妨げることとなる事態を生じ、この法律の目的を達成することが困難になると認めるとき又は第十条第一項の閣議決定が行われたときは、政令で定めるところにより、当該特定資本取引を行おうとする居住者に対し、当該特定資本取引を行うことについて、許可を受ける義務を課することができる。

（役務取引等）

第二十五条 国際的な平和及び安全の維持を妨げることとなると認められるものとして政令で定める特定の種類の貨物の設計、製造若しくは使用に係る技術（以下「特定技術」という。）を特定の外国（以下「特定国」という。）において提供することを目的とする取引を行おうとする居住者若しくは非居住者又は特定技術を特定国の非居住者に提供することを目的とする取引を行おうとする居住者は、政令で定めるところにより、当該取引について、経済

産業大臣の許可を受けなければならない。

4 居住者は、非居住者との間で、国際的な平和及び安全の維持を妨げることとなると認められるものとして政令で定める外国相互間の貨物の移動を伴う貨物の売買、貸借又は贈与に関する取引を行おうとするときは、政令で定めるところにより、当該取引について、経済産業大臣の許可を受けなければならない。

6 主務大臣は、居住者が非居住者との間で行う役務取引（第一項に規定する特定技術に係るもの及び第三十条第一項に規定する技術導入契約の締結等に該当するものを除く。）又は外国相互間の貨物の移動を伴う貨物の売買、貸借若しくは贈与に関する取引（第四項に規定するものを除く。）（以下「役務取引等」という。）が何らの制限なしに行われた場合には、我が国が締結した条約その他の国際約束を誠実に履行することを妨げ、若しくは国際平和のための国際的な努力に我が国として寄与することを妨げることとなる事態を生じ、この法律の目的を達成することが困難になると認めるとき又は第十条第一項の閣議決定が行われたときは、政令で定めるところにより、当該役務取引等を行おうとする居住者に対し、当該役務取引等を行うことについて、許可を受ける義務を課することができる。

第六章 外国貿易

（輸出の許可等）

第四十八条 国際的な平和及び安全の維持を妨げることとなると認められるものとして政令で定める特定の地域を仕向地とする特定の種類の貨物の輸出をしようとする者は、政令で定めるところにより、経済産業大臣の許可を受けなければならない。

3 経済産業大臣は、前二項に定める場合のほか、特定の種類の若しくは特定の地域を仕向地とする貨物を輸出しようとする者又は特定の取引により貨物を輸出しようとする者に対し、国際収支の均衡の維持のため、外国貿易及び国民経済の健全な発展のため、我が国が締結した条約その他の国際約束を誠実に履行するため、国際平和のための国際的な努力に我が国として寄与するため、又は第十条第一項の閣議決定を実施するために必要な範囲内で、政令で定めるところにより、承認を受ける義務を課することができる。

（輸入の承認）

第五十二条 外国貿易及び国民経済の健全な発展を図るため、我が国が締結した条約その他の国際約束を誠実に履行するため、国際平和のための国際的な努力に我が国として寄与するため、又は第十条第一項の閣議決定を実施するため、貨物を輸入しようとする者は、政令で定めるところにより、輸入の承認を受ける義務を課せられることがある。

第 2 章

条約の国内「実施」と「転換」－若干の考察

東京大学大学院教授

斎 藤 誠

I はじめに

条約と国内法の関係については、国際法学を中心に、様々な学問的議論の蓄積がある。他方で、政治の場において、「これこれの法律を制定しないと〇〇条約違反になる」「△△条約があるから、このような政策はとれない」といった概括的な議論がなされることがある。

条約の「国内実施」「国内法化」「国内化措置」といった言葉（以下、さしあたり「国内実施」「国内化措置」を互換的に用いる）もまた、（本稿筆者も含め）研究上及び社会上も一般に使われるが、条約の側と、国内法側、それぞれの性質・類型を踏まえた上で、両者の関係を実証的かつ理論的に明確化しないと、上記のような概括的議論が検証されないまま、一人歩きしてしまうことにもなる¹。

以下では、日本の行政法学が広く参照してきたドイツ法において、条約の国内実施に関して、条約のなかでも特殊な性質をもったものにおいて必要とされる「国内法」への「転換」(Umsetzung)＝国内法として見ると「転換法」(Umsetzungsrecht)という事象に焦点を当てることで、ことの明確化のための考察の端緒としたい。

II EU指令とその「転換」－日本の行政法学における理解から

ドイツ国内法への「転換」を要求する国際的規範として、最重要視されるのがEU指令である。「行政法のヨーロッパ化」という現象のなかで、同指令の「転換」の実務と議論が、彼の地では蓄積されてきた。もっとも、「行政法のヨーロッパ化は完成を見た」「欧州各国行政法の経路依存性は、今やパソコンで簡単に対応が可能な、キーボード配列の違いのようなものだ」とする指摘もあるものの²、英国のEU離脱後の現在は如何であろうか。

日本の行政法学にとって、ドイツは主要な「準拠法」であるから、1990年代以降、EU指令をめぐる議論も、EUのような組織を持たない東アジアという場における参照の限界も踏まえた上で、紹介されてきた。若干振り返っておくと、行政法一般理論にとって、EU指令をめぐる議論からどのような示唆が得られるのかという観点については、大橋洋一「国際ルール形成と国内公法の変容」が、先陣を切ったものといえる³。

そこでは、環境アセスメントに係るEU指令を素材として、「EU指令の優位」「EU指令の変容」「EU指令の実現形式」といった諸事象が紹介され、具体的分野として、環境アセスメントにおける「ドイツ法の変容と維持」の分析もなされている。日本法への示唆として

¹ こうした観点については、斎藤「グローバル化と行政法」磯部力他編『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣、2011年）339頁以下、同「グローバル化と地方自治」自治研究87巻12号（2011年）19頁以下（中国語訳「全球化与地方自治」華東政法大学学报80期1号（2012年）150～170頁）を参照。

² より慎重な検討の必要性も含め、Pünder, in: Verwaltung, 2015, S. 435を参照。

³ 大橋洋一「国際ルール形成と国内公法の変容」公法研究55号（1993年）52頁、現在は同『行政法学の構造的変革』（有斐閣、1996年）314頁以下に「多国間ルール形成と国内行政法の変容」と改題、加筆の上収録。以下引用はこちらによる。

は、「国際行政ルールとしての環境アセスメント」「複数国家間ルール形成における組織編成と手続の重要性」「超国家機構と国内機構との連関」という項目立てで、論点が提示されている。

E U指令の基本的な性質については、規則と対比して、「指令は加盟国を名宛人とし、加盟国は目標の達成という点についてだけ義務を負い、その規律形式・実施方法に関しては裁量をもつことになる。このように、E U指令は国内法に置き換えられて初めて個人に対して効力をもつ」とした上で、指令の詳細化や、E U裁判所による一定の要件を満たした場合の指令の直接適用の承認といった、「変容」現象も把握されていた。

より個別分野に特化した紹介・検討としては、ほぼ同時期に公表された高橋滋「ドイツ遺伝子工学法の諸問題（再論）」が、遺伝子組み換え技術に関する2つの指令と遺伝子技術法との関係を素材に、指令の直接的効力と同法の指令「適合的解釈」についても論じている⁴。

現在においては、環境、消費者、電気通信など、あらゆる行政分野を対象に、E U指令とその国内化措置が、行政法学における比較研究の対象になっている⁵が、＜日本における行政関係諸条約の国内化措置＞と＜E U指令と国内法の関係＞に、どのような類似性と差異があり、後者が前者について、どのように参考になるのかという原理的な問題には、管見の限りであり関心が払われていないようにも見うけられる⁶。

そこで本稿では、E U指令等の「転換」(Umsetzung)とはどのようなものであるのかについて、上記の問題関心から考察を加えるために、若干の準備作業を行う。とはいえ、本稿筆者は、E U指令に関しては、バイオ発明保護指令と国内知的財産・科学技術規制法制の関係という、公法的観点からすると特殊な分野について細々と考証を継続してきたにすぎないので⁷、転換法に正面から取り組んだ、Andreas Funkeの教授資格論文『転換法 国際的な二次法定立行為とドイツの立法権の関係について』⁸の、概念の整理の部分と、転換法・転換関係の「序曲」としてのドイツにおける間接占領法の部分の紹介・検討を中心に論を進める。

⁴ 高橋滋「ドイツ遺伝子工学法の諸問題（再論）」南博方他編『行政紛争処理の法理と課題』（法学書院、1993年）、現在は、同『先端技術の行政法理』（岩波書店、1998年）263頁以下に所収。

⁵ 例えば、寺田麻祐『E Uとドイツの情報通信法制』（勁草書房、2017年）。

⁶ 他方で、日本のE U法学において、指令の性質論や指令に係る判例の展開の分析が精緻に積み重ねられていることはまた別論である。ここでは、体系書として、中西優美子『E U法』（新世社、2012年）25頁以下、114頁以下、岡村堯『新ヨーロッパ法』（三省堂、2010年）50頁以下、庄司克宏『新E U法基礎編』（岩波書店、2013年）211頁以下、253頁以下、288頁以下を掲げる。

⁷ 近業として、斎藤誠「ヒト胚バイオテクノロジー特許の限界線—ブリュッセル対グリーンピース訴訟をめぐる—」小泉直樹・田村善之編『はばたき—21世紀の知的財産法 [中山信弘先生古稀記念]』（弘文堂、2015年）173頁以下を参照。別途なお、E U R A T O Mの健康保護に係る基本規範のE U指令化につき、若干の検討を加えたことがある。こちら、E U R A T O Mは、健康保護につき「基本規範」の定立権限しか持たないので、やや特異な考察対象であり、指令の側でも、特殊な指令でそれを受けとめることになる。斎藤「国際法の国内適用におけるエネルギー法と環境法」『エネルギー関係国際法制の国内適用例』（日本エネルギー法研究所、2008年）19頁以下。

⁸ Funke, A., Umsetzungsrecht zum Verhältnis von internationaler Sekundärrechtsetzung und

Ⅲ 二次法とその「転換」－他の規範類型・概念との関係

一般に、EU指令は国際法の規範類型のなかでは、「二次法」(Sekundärrecht)として位置づけられる。二次法は、(一般的な語としての)「国際的な基準」として今日において重要な役割を果たしているが、①締約国に対して拘束的であり、②国際機関の固有の意思の表現するものであって、なおかつ、③その一方的な行為として定立される⁹。

①によって、他の基準やガイドライン、行動規範と区別され、②③によって、他締約国間の意思の合致による条約と区別することができる。③が端的に表れるのは、二次法を定立する決議が締約国の多数決によりなされる場合であり、そこに近代国際法の基本原則である合意(一致)原則からの離反をみてとることができる¹⁰。二次法定立の根拠は、多くの場合は、一次法(Primärrecht)としての国際組織設立条約(Gründungsvertrag)の明文規定であるが、あるいはその解釈により二次法定立権限が導出される場合もある。

そして、Funkeは、二次法のなかでも、締約国の側で、その義務付けに対応した「転換法」(Umsetzungsrecht)の定立が必要な類型¹¹、及び「転換」(Umsetzung)という行為の特性に焦点を当てるべく、「転換」と他の条約国内措置との差違を以下のように整理している。

転換法とは、「国際的な二次法上の義務を履行するため、発せられるドイツ法」であるが、当該二次法上の義務は、締約国が国内法的な法行為をなすことに向けられた国際機関の法行為(「転換される法」umzusetzendes Recht)により課される特定の義務である。

a) 条約の国内法(秩序)への「変型(Transformation)」「編入(Inkorporation)」との違い

国際法規範の国内法への改鑄としての「変型」、同規範を国内的に適用することに限定しての国内措置としての「編入¹²」は、いずれも、特定の国際法規範への拘束とは必然的には

deutscher Gesetzgebungsgewalt, 2010

⁹ Funke, 21ff. 以下、Ⅱにおける記述は、斎藤「行政法関連判例における国際取極めの位置づけー『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]』(有斐閣, 2016年)所収, 165頁以下に基づく。用語としては、筆者は、前掲注1「グローバル化と行政法」では、「二次立法」としたが、酒井啓亘他『国際法』(有斐閣, 2011年)137頁以下は「国際組織の派生法」とし、山本草二「国家の条約解釈権能をめぐる課題」ジュリスト1387号(2009年)20頁は、EUの命令等につき「第二次法規」という用語を用いている。二次立法という場合には、(国際法上の)国家責任法における「二次規則」との違いにも留意しなければならない。Funke, S. 21は、二次法は、より具体的行為に及ぶこともあり、また、国際機関では「立法機関・作用」「行政機関・作用」が国内の権力分立のように区分されないとして、立法(Gesetzgebung)の語を避けて、二次法定立行為(Sekundärrechtsetzung)という語によっている。

¹⁰ Funke, S. 21

¹¹ EU指令(実務上重要なことに加えて、EU指令転換法は、ドイツ連邦憲法裁判所の判例によれば、原則として基本権適合性審査がなされないという特性もある)、国連安保理決議等と併せ、転換法の先蹤として第二次大戦後のドイツ占領法規も、その考察の対象になっている。

¹² Funke, S. 15. なお、酒井他・前掲注9『国際法』389頁の、より平明な表現によれば、「変型」は「国際法規範の内容を国内法秩序において実施するために、国内法規を定立する」こと、「編入」は「国内法秩序において国際法規範としての性質を維持したまま法規としての地位を与える方式」で

結びついておらず、国際法規範が義務付けを行う「転換」とは異なる。条約の一般的な「転換」義務は、国際法上存在せず、どのように条約上の義務を編入・変型するかについての一般的な与件も国際法上存在しない。もちろん個別の条約上そのような義務を規定し、あるいは規定しないでおくこともできる。

ドイツの場合の条約承認法律（ボン基本法59条2項）も、一般に、条約に国際法上の拘束力を付与するためのものであって、義務の履行（「転換」）ではない¹³。

b) 他方で、「編入」ないし「変型」の目的でなく、条約上の義務（例えば、ジェノサイド条約5条、欧州人権条約2条1項）の履行を保障するため、国内法が制定・改正される類型がある。この場合には、実務上はしばしば、条約承認法律とは別途に当該法律が制定・改正される（例、ドイツにおける核テロ防止条約承認法律と、刑法改正を含む同条約転換法）¹⁴。

しかし、この場合も、EU指令や安保理決議の転換（法）と比較すると、条約との関連性は間接的である。「（当該法律は）国内的な適用において、特殊性を持たない。せいぜいのところ、基礎にある国際法上の義務が、国内規定の解釈に影響することが主張可能な程度である。多くの場合、この義務は、国内立法の特別な内容を付与する与件にはならないことを強調しなければならない」。

法律の規律の対象が条約上の義務そのものでなく、条約履行を保障するものであるので、Funkeは、「転換」と区別して「保障」（Gewährleistung）という類型として、これらを把握している。

c) 国際法の「実施」（Implementation, implementation）は、英米系の語法では、「転換」と同義に用いられる（EU指令の「実施」の場合が典型）。しかし別途、国際法学の文脈では条約違反の場合のサンクション・コンプライアンス等も含め、国際法と国内法の関係について制御学的、法社会学的色彩をもって用いられることもある。「転換」「転換（法）」をドグマーティッシュに捉える言葉としては、「実施」の語は、問題を含んでいることになる。

d) 国際法の国内措置に関わる概念として、さらに「受容」（Rezeption）がある。広義では、ボン基本法（ドイツ連邦憲法）における国際法上の規律の指示を意味するが、狭義では、国内裁判所による国際法の考慮を意味する。考慮の対象には、条約だけでなく、国際的な裁判機関の判決も含まれる（欧州人権裁判所判決の国内裁判所における考慮など）が、当該判決が国内法の改正に関わる場合には、それは上記「保障」であり、国内裁判所による考慮が「受容」である。

この場合の「受容」は個別事案にかかるものであり、最終的な国内法への転換を図るもの

ある。

¹³ Funke, S. 16.

¹⁴ Funke, S. 17, Fn. 21. 日本の場合には、国会承認は法律の形はとらないので（61条）、承認が必要な条約の場合、当該承認といわゆる国内実施法の関係が、Funkeのこの説明に対応する。

ではないから、立法活動を把握する「転換」とは異なる。「受容」も「保障」と同様に、国内措置によって国際法違反を避けるという機能を持つが、「受容」においては、国内裁判所における基本権保護での国際的な義務付けの作用の場合に典型的な如く、国際法を国内法秩序のなかに関連づける機能により重点がある¹⁵。

IV 占領法規－転換法の「先蹤」として

1. ドイツの場合

(1) 概観

Funkeは、転換の現象の「序曲」として、第二次大戦後の占領下ドイツの経験、すなわち、間接占領法規の性格に関する問題を分析し、現代への示唆を得ようとする。もちろん、日本と同様に、ドイツにおいても占領法規は、すでに効力を失って、実務的な意味は持っていないことは議論の前提でもある。

その冒頭では、占領下で起草・制定されたボン基本法（ドイツ連邦憲法）自体が、転換法ではなかったのか？という問いを立てて、結論的にはこれを否定している「憲法制定のプロセスは総じて自立的であり、ボン基本法はその内容も妥当根拠も、占領法上の与件には還元されない」（S. 103。以下いずれも同著の頁）。

この点は、今日の国際機関による「平和構築」の一環としての、ポスト紛争国における憲法形成へのサポートにも通じる議論でもある。

占領法規自体に目を転じると、直接占領下においても、次第次第にドイツの国家組織が再構築されたが、連合国管理委員会が定立する種々の「直接占領法」は、ドイツ法と併存しつつ、ドイツ法よりも優位にあった。なおかつ、国内裁判所は、直接占領法の適法・違法（法の一般原則・国際法の規律も含め）をその判断の対象になし得なかった。そして、ボン基本法施行後も、その123条が、ボン基本法に抵触しない限りでの前法の効力を認めたので、直接占領法もその限定のもとで効力を保持した¹⁶。

(2) 転換法としての間接占領法

間接占領法ないし「隠された」占領法とは、占領軍の明示的命令により制定されるか、占領法による授權に対応した、ドイツ法である。すなわち、間接占領法は、占領機関の指示に基づくものと授權に基づくものに分類される（S. 106。以下、「指示間接法」・「授權間接法」という）。

授權間接法は、法的根拠は占領法規であるが、ドイツの機関によって発せられることで、ドイツ法秩序に帰属する。ドイツ国内裁判所は、授權間接法のラント憲法との適合性、具体

¹⁵ 以上は、Funke, a. a. O., S. 15ff. の要約であり、a)～d)は、本稿筆者が便宜のため付したものである。

¹⁶ 連合国のドイツ占領下での政治史につき、成瀬治他編『ドイツ史3』（山川出版社、1997年）321頁以下を参照。

的には、授權の範囲違背やその他の法治国原理違反を審査できた。そして、Funkeの定義する転換法は、国内法に法的根拠を持つものであるから、授權間接法は、転換法には該当しない。

指示間接法の場合、占領軍の拘束的な指示によるものであり、ボン基本法制定前から国内裁判所は、その司法審査を拒んでいた。注目すべきは、1949年5月にボン基本法が成立した後もその状態は継続したことである。同法（憲法）発効後も、緩和された形での占領は続き、同年9月には、占領軍政府に変えて高等弁務官を設置し、非軍事化、賠償問題等について、なおドイツの主権を制約すること等を内容とする占領規約(Besatzungsstatut)が発効した。

指示間接法もドイツ法であるから、ボン基本法下で、それを議会が廃止することは原則としては可能であったが、占領規約5条による制約－占領機関の命令や同規約に反する法律を同機関が拒否できる－がかかっていた。廃止行為がなければ、ボン基本法における経過規定の一つである123条により、前法として基本法と抵触しない限りで、引き続き通用することとされた。

指示間接法が、国内裁判所の審査対象にならないことには、反対説も強かったが、連邦憲法裁判所はそのような立論にはよらなかった。1953年3月18日の判決(BVerfGE2. 181)は、以下のようにいう。

<判決要旨から>

2 ドイツ官署による法規の内容が、占領権力により完全に規定されているか、明示的ないし趣旨目的により、ドイツの高次の法の考慮から解放する授權に当該法規が対応している場合には、それは、ドイツ法規の形式を採っているが、一定範囲において占領法規の本質を持つものとして把握される。

3 占領軍政府の内的命令の執行として公布されたドイツ法規は、ボン基本法（ドイツ連邦憲法）と矛盾しても、命令が廃止されるまでは、有効に存続するが、当該法規を、権限あるドイツ立法者は、占領規約5条によって改正することはできる。

5 占領軍命令の実施につき発せられたドイツ側の措置が、指示に一致するものであるか、ドイツ官署が、占領権力によって明示的にないしその趣旨から、より高次のドイツ法を無視することを授權されている場合は、占領軍命令と同様に、ドイツ裁判所の審査は排除される。

同判決曰く、「〔指示間接法は〕占領権力と自国の権力の特有の組み合わせであり、ドイツ法規の形式を採るが、…占領法の本質を以て把握されるという効果内容を持つ」。

法規が指示に拘束される限りで、ドイツ立法者の立法裁量はなく、裁判所についても、それに対応した権限の縮減が存在する。実定法的には、1949年法律第13号3条が、占領政府の命令を審理権限外としているので、当該命令に基づく（立法）措置もそう位置づけられる。判決によれば、その措置が占領権力の指示によるか、より高次のドイツ法を度外視すること

を授權されている「限りで」権限外となる(S. 108)。

(3) 国際法と指示間接法の関係

指示間接法における指示は、国際法上は、占領地の法の尊重を規定するハーグ陸戦条約の付属書規則43条との関係も問題になるが、ドイツの占領及びそこでの政治的介入自体の同規則43条適合性も含め、評価は様々である。

占領法制と国際法の関係、特に同規則43条についてここで付言しておく、日本においても、憲法制定過程でのGHQの関与が、後に同条との関係で議論になった¹⁷ように、かつては、占領実務に関する国際法の観点からの考察も盛んであったように見受けられる。(国内法学の立場から) 管見するかぎりでは、戦争違法化という大きな流れの中で、一国の軍隊が「適法」に他国を占領するという事象が想定され難いこともあってか、現在は占領法制と国際法の関係につき、あまり議論がなされていないようでもある。

Funkeによれば指示間接法という、占領権力のドイツ国家権力への独特の作用は、その形式からは国際法上の疑念を払拭できないが、43条の予定する規律の暫定的性格とドイツ新法による廃止が可能であったことも勘案しなければならない。もちろん、指示間接法の規律の「内容」が43条に適合していたかどうかとも重要ではある(S. 109ff.)。

(4) 現在の転換(法)問題への示唆

EU指令であれ、安保理決議であれ、その転換(法)の考察にあたって、ドイツの現行判例・学説が占領法における経験に言及することはほとんどない。しかし、Funkeは、占領法における転換問題は、現在の問題に対しても大きな示唆を持つものであるとする。本報告での問題関心から興味深い主張を挙げておこう。

第一に、一般的な理論的基礎のレベルでいえば、占領法は、ドイツという一つの領域で、同時に二つの法が妥当し得ることを示す。そこでは<ボン基本法による憲法律と法秩序>と<占領法による憲法律と法秩序>が併存していた。ある法規範が占領法に属するか、ドイツ法に属するかは、それぞれの法規範の法成立連関による。

異なる法秩序に属する二様の法が同じ適用領域を持つ。これはEU法の場合など、現在にも通じる法律構成であり、EC成立初期には、その類似性が指摘されていた。もちろん、<EU-構成国>と、<占領権力-被占領国>、それぞれの関係は、組織編成・関係形成の原理等を異にしているので単純には比較できない。例えば、後者について、共同統治(Kondominium)という把握がなされることがあるが、そのような「閉じた法秩序」をもったシステムとして、国際組織と国家組織の関係を捉えることはできない。

第二に、憲法典の(における)位置づけの問題である。占領法との併存・重なりについて、

¹⁷ 田中英夫「日本国憲法の制定と『ハーグ陸戦法規』」国家学会編『国家と市民第一巻』(有斐閣、1987年)93頁以下。同論文は、日本国憲法の制定につき、規則43条との関係は全く問題にならないことを簡明に論証している。

ボン基本法（連邦憲法）は明文では何も述べなかった－「占領からの自由という大きな憲法上のフィクション」。しかし実際には、ボン基本法の通用力は、ボン基本法に関わりなく妥当する規範複合によって限定されていた。

ボン基本法の意義は、「占領法をボン基本法の文脈に投入して」（ドライヤー）はじめて完全に測ることができた。

これもまた、今日のボン基本法とEU法の関係に見出すことのできるものである。ボン基本法は前文と23条で後者に言及しているという違いはあるものの、EU法が実際に果たしている役割は、そのような「痩せこけた」言及を凌駕している。

第三に、転換（法）における、国内立法者の機能と正当性の問題である。グレーヴェは、間接占領法に対してドイツ裁判所の司法審査が及ばないことを批判し、ドイツの法律の執行の形を採りながら、ドイツ立法者がその責任を引き受けようがないことを「民主的な憲法とその諸制度の声望に対する毒」であるとしたが、これも、今日の転換関係における問題の急所をついている。

第四に、間接占領法の国内裁判権免除を認めた連憲裁の論理も検討に値する。そこでは、比較法や実定法は重要な役割を果たしておらず、1949年法律第13号の「精神」が引き合いに出され、占領権力が免除を望んだからという説明がなされる。このような行論は、現在の転換問題へのアプローチにあたっても危険である(S. 111ff.)。

そして、今日の転換現象がもたらす「行為形式理論への挑戦」も、間接占領法に既に現れていたといえる。連邦憲法裁判所が同法規について用いた「形式においてのみドイツ法」という修辞は、転換関係についての今日の文献であまねく見られるところである。

行為形式についての正確な把握の努力は、ある国家行為の特定の行為形式ないし法源への位置づけが、法的に重要な意義を持つゆえであるが、「当該問題につき同裁判所が扱ったのは「法律」であるにもかかわらず、通常それと結びついた秩序体系（レジーム）は、修正された形でしか出番がなかったのである」(S. 115)。

2. 日本の場合

間接占領の形態のもとにあった日本の場合の占領法規の形態につき若干のコメントを加える。間接占領下で、明治憲法の効力は停止されておらず、GHQの指令、覚書きなどを、日本の政府の側で受けとめるため、明治憲法8条の規定する勅令（いわゆる緊急勅令）という器で、「『ポツダム』宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関スル件」（昭和20年9月20日勅令542号）が定められた。今では一般には目にする機会も少ないであろうから、各々の条文を掲げておく。

大日本帝国憲法第8条

第1項 天皇ハ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル為緊急ノ必要ニ由リ帝国議會閉会ノ場合ニ於テ法律ニ代ルヘキ勅令ヲ発ス

第2項 此ノ勅令ハ次ノ会期ニ於テ帝国議會ニ提出スヘシ若議會ニ於テ承諾セサルトキハ政府ハ将来ニ向テ其ノ効力ヲ失フコトヲ公布スヘシ

「ポツダム」宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ關スル件
政府ハ「ポツダム」宣言ノ受諾ニ伴ヒ聯合國最高司令官ノ為ス要求ニ係ル事項ヲ実施スル為、特ニ必要アル場合ニ於テハ命令ヲ以テ所要ノ定ヲ為シ及必要ナル罰則ヲ設クルコトヲ得

軽々の比較は慎まねばならないが¹⁸、あえて問いを立てれば、これを受けて作られた政令等は転換法なのだろうか。

考察の手がかりとなる判例を掲げる。

最判昭和28年4月8日刑集7巻4号775頁

「昭和二〇年勅令第五四二号は、わが国の無条件降伏に伴う連合国の占領管理に基いて制定されたものである。世人周知のごとく、わが国はポツダム宣言を受諾し、降伏文書に調印して、連合国に対して無条件降伏をした。その結果連合国最高司令官は、降伏条項を実施するため適当と認める措置をとる権限を有し、この限りにおいてわが国の統治の権限は連合国最高司令官の制限の下に置かれることとなつた（降伏文書八項）。また、日本国民は、連合国最高司令官により又はその指示に基き日本国政府の諸機関により課せられるすべての要求に応ずべきことが命令されており（同三項）、すべての官庁職員は、連合国最高司令官が降伏実施のため適当であると認めて、自ら発し又はその委任に基き発せしめる一切の布告、命令及び指令を遵守し且つこれを実施することが命令されておる（同五項）。そして、わが国は、ポツダム宣言の条項を誠実に履行することを約すると共に、右宣言を実施するため連合国最高司令官又はその他特定の連合国代表者が要求することあるべき一切の指令を発し且つ一切の措置をとることを約したのである（同六項）。さらに、日本の官庁職員及び日本国民は、連合国最高司令官又は他の連合国官憲の発する一切の指示を誠実且つ迅速に遵守すべきことが命ぜられており、若しこれらの指示を遵守するに遅滞があり、又はこれを遵守しないときは、連合国軍官憲及び日本国政府は、嚴重且つ迅速な制裁を加えるものとされている（指令第一号附属一般命令第一号一二項）。それ故連合国の管理下にあつた当時にあつては、日本国の統治の権限は、一般には憲法によつて行われているが、連合国最高司令官が降伏条項を実施するため適当と認める措置をとる関係においては、その権力によつて制限を受ける

¹⁸ 占領下における法形成の理解に際して、「統治関係秩序」の把握が重要であることにつき、笹川隆太郎「憲法学と歴史学」公法研究73号（2011年）84頁以下を参照。

法律状態におかれているものと言わねばならぬ。すなわち、連合国最高司令官は、降伏条項を実施するためには、日本国憲法にかかわりなく法律上全く自由に自ら適当と認める措置をとり、日本官庁の職員に対し指令を発してこれを遵守実施せしめることを得るのである。かかる基本関係に基き前記勅令第五四二号、すなわち「政府ハポツダム宣言ノ受諾ニ伴ヒ聯合國最高司令官ノ為ス要求ニ係ル事項ヲ実施スル為、特ニ必要アル場合ニ於テハ命令ヲ以テ所要ノ定ヲ為シ及必要ナル罰則ヲ設クルコトヲ得」といふ緊急勅令が、降伏文書調印後間もなき昭和二〇年九月二〇日に制定された。この勅令は前記基本関係に基き、連合国最高司令官の為す要求に係る事項を実施する必要上制定されたものであるから、日本国憲法にかかわりなく憲法外において法的効力を有するものと認めなければならない。されば論旨は採るを得ない」。

本判決に続く、最判昭和28年7月22日も含め、詳細な読解は他日を期したいが、さしあたり、本判決が採用した占領法規にかかる「憲法外の法的効力説」に、先に紹介した、一つの領域における「二つの法秩序の併存」という考え方との一定の類縁性を見出すことはできよう。

V むすびにかえて

以上、現代における「転換法」「転換関係」考察にむけての序論的検討としてもきわめて不十分なものとどまったが、今後、Funkeの云う「保障」と転換の差異が、ドイツ法の理解として、そして他国法のレジームにおいてどの程度妥当するのか、EU指令の転換の特異性は、ドイツ連邦憲法裁判所が、転換法の憲法適合性審査を原則として否定したことに負うところが大きいとすれば、安保理決議等の「転換」をどうとらえていくべきか、などの問題も引き続き考えていきたい。

〔2017年4月20日脱稿〕

〔2020年9月追記〕

注7の斎藤誠「ヒト胚バイオテクノロジー特許の限界線ーブリュストル対グリーンピース訴訟をめぐって」は、若干改稿の上、斎藤誠『バイオテクノロジーの法規整ー交差する公法と知的財産法』（有斐閣、2020年）119頁以下に所収）。

第 1 部

エネルギー政策

第 1 章

ガス事業の自由化と E U 競争法

名古屋大学大学院教授

林 秀 弥

I はじめに

わが国では、2016年4月から電力の自由化がご家庭にも拡大された。また、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」）が始まっている。すで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る。上記に加えて、2015年6月成立の改正ガス事業法では、大手都市ガス会社（東京ガス、大阪ガス及び東邦ガスの三社）に、ガス導管について2022年4月をメド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。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よう。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。

ところで、EUにおいては、わ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とわ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面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になりつつあることについては同様であろう¹。そこで本報告では、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）を紹介することにより、わが国におけるガス事業自由化の示唆を得たい。

II EUにおけるガス自由化前史

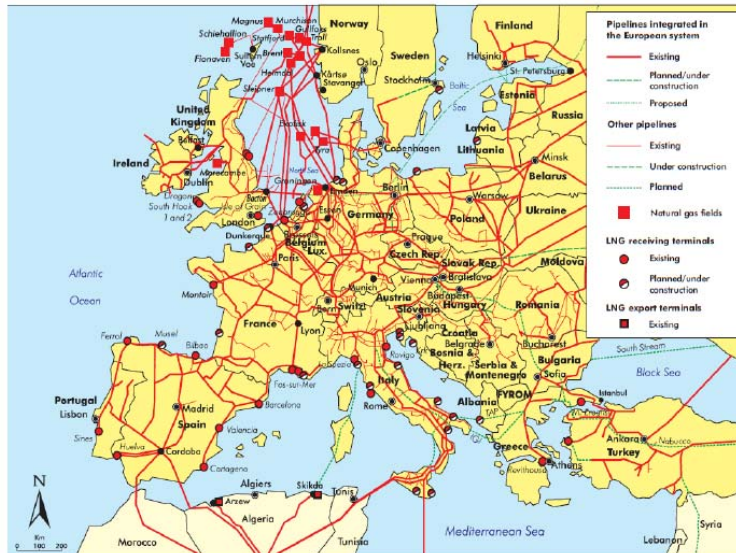
1. 自由化以前

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、さらに、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若しく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、最終ユーザー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ユーザーは、特定の産業ユーザーのみであった。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法及び競争規則が幾つかの事例で適用されることはあったが、基本的に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。

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。

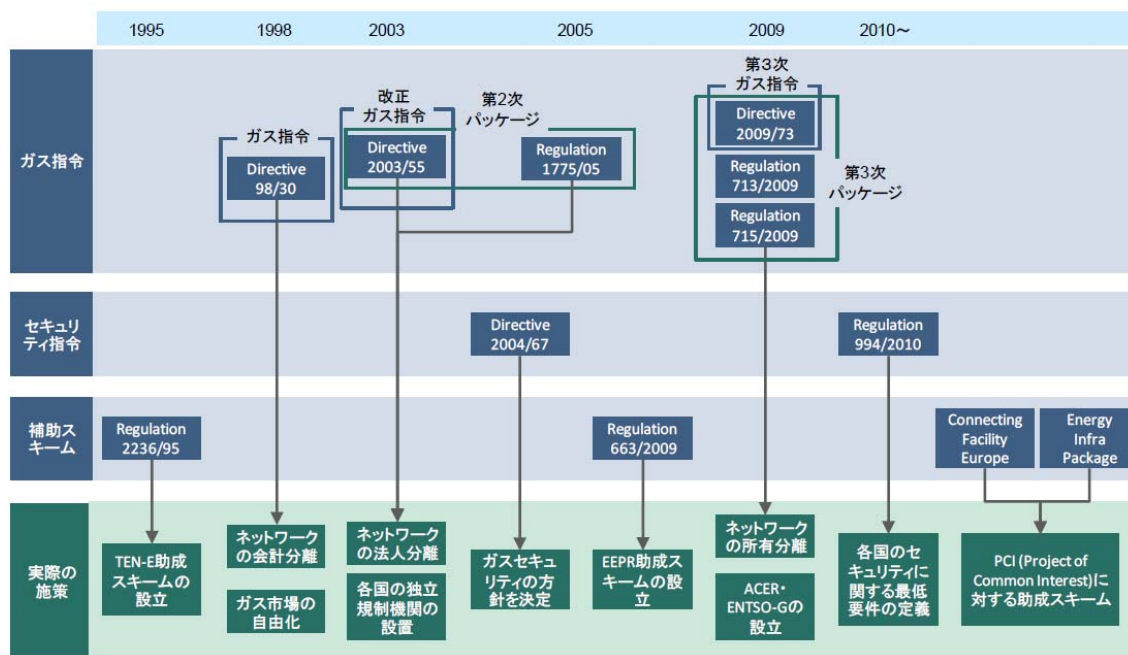
- イギリス、ドイツ、オランダなどでは国内で天然ガスを産出し、その利用が進んだ。
- ドイツを除く多くの国では、自由化以前は国営企業が国内ガス事業を独占しており、導管整備を進めやすい環境にあった。
- 天然ガス輸入相手国が近隣(ノルウェー、ロシア、アルジェリア)に存在し、LNG よりもパイプラインによる輸入の方が経済性の面で有利である。



出典：International Energy Agency 「Natural Gas Information 2011」 (2011年)

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、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、ガス市場の改革をさらに進める手段として第三次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である。



出典：三菱総合研究所作成

出典：三菱総合研究所「諸外国におけるガスインフラ整備の現状」（2012年）

Ⅲ 第三次ガス市場指令の内容

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

本指令は、天然ガス（液化天然ガス（LNG）を含む）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。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1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’」は、ガス生産プロジェクトの一環として建設・管理運営されるパイプラインのネットワークを意味し、かつ、天然ガスをそのようなパイプラインからガス工場、ガスターミナル（港湾設備等）に配送するためのパイプラインのネットワークをも意味する。
- (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)を指す。なお、「輸送」の概念には「供給」は含まれない。

- (4)「輸送システム事業者‘transmission system operator’（T S O）」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とメンテナンスの確保や、輸送システムの開発、他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’」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意味する。「輸送」と同様に、供給はこれに含まれない。
- (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とメンテナンスの確保や、配送システムの開発、他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、L N Gを含む天然ガスの消費者への販売（再販を含む）を指す。
- (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’」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運営される施設を意味する。なお、生産施設、あるいはT S O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)「L N G施設‘LNG facility’」とは、天然ガスの液化、又はL N Gの再ガス化等に使用されるターミナル施設をいう。
- (12)「L N Gシステム運営者‘LNG system operator’」とは、L N G施設を管理・運用する自然人又は法人をいう。
- (13)「システム‘system’」は、天然ガス事業者によって保有・運用されている輸送ネットワーク、配送ネットワーク、L N G貯蔵施設を意味し、輸送、配送等に必要な付帯サービス施設を含む。
- (14)「付帯サービス‘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・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’」は、相互に連結された複数のシステムを意味する。
- (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企業を指す。

(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‘related undertaking’」：略

(23)「システムユーザー‘system user’」：略

(24)「顧客‘customer’」とは、天然ガスの卸又は最終顧客を指す。

(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指す。

(26)「非家庭顧客‘non-household customer’」とは、家庭向け以外の天然ガスを購入する顧客を指す。

(27)「最終顧客」：略

(28)「適格消費者‘eligible customer’」：略

(29)「卸‘wholesale customer’」：略

(30)「長期計画‘long-term planning’」は、天然ガスの需給の多様化と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意味する。

(31)「新興市場‘emergent market’」とは、自由化10年未満の加盟国を指す。

(32)「セキュリティ‘security’」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)の両方を意味する。

(33)「新規インフラ‘new infrastructure’」とは、2013年8月4日までにま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。

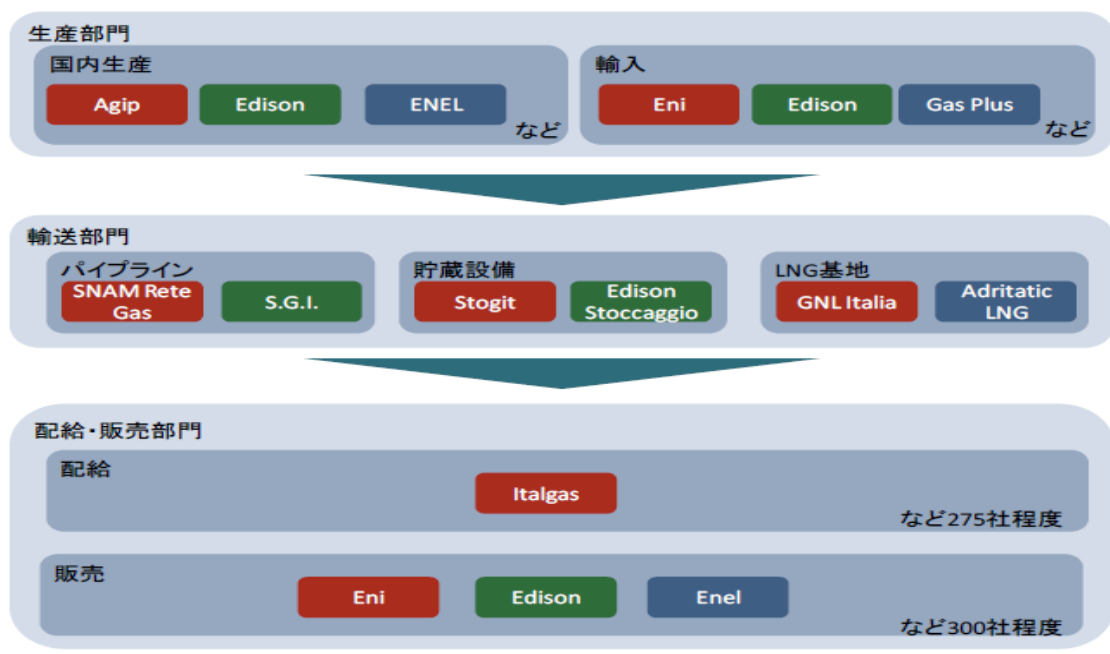
(35)「ガスデリバティブ‘gas derivative’」とは、ガスの先物取引をいう。

(36)「コントロール‘control’」は、相手方事業に決定的な影響を及ぼす可能性を与える権利、契約その他の方法を意味する。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权。

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うるほどの議決権又は契約の存在。

【生産・輸送・配送のイメージ図（イタリアの例）】



出典：三菱総合研究所「諸外国におけるガスインフラ整備の現状」（2012年）

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）に関連する公的サービス義務（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）。

加盟国は最終消費者を保護するための適切な措置を採用し、特に、脆弱な(vulnerable)消費者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）。

加盟国はエネルギー行動計画の策定、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すべての顧客は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3週間以内に実現させなければならない。(b)顧客はすべての関連する消費データを入手する権利があ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

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)制度を設けている場合、加盟国は、天然ガス施設の建設・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あたって客観的及び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。

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である。

６条 地域的結束

天然ガスの域内市場の供給確保のため、加盟国は地域及び二者間の結束（利害一致）促進のために協力しなければならない。

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て相互に協力しなければならない。特に、地域レベルの輸送システム事業者の協力を促進し、法的、技術的に一貫した枠組みをつくり、ＥＵ共同体に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。

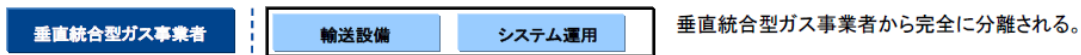
８条 技術規則

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を保証し、客観的で非差別的なものでなければならない。

9条 輸送システムとT S O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、T S Oとして輸送設備・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・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、T S Oをコントロールすることはできない（1項）。T S Oが垂直統合型事業者の一部門である場合、所有がグループの他の活動から法的に分離されなければならない。

所有権分離(第9条第1項)



出典：三菱総合研究所「諸外国におけるガスインフラ整備の現状」（2012年）

10条 T S O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国家機関によって認定された事業者は、加盟国がT S Oとして承認し、指定するものとする。T S Oの指定は、欧州委員会に通知され、E U官報に掲載されなければならない。

11条 第三国に関する認証

第三国（1カ国に限らない）の者の管理下にある輸送システムの所有者又はT S Oが認証を要請した場合、規制当局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T S Oが第三国（1カ国に限らない）の者に管理されることにより何らかの事態は発生した場合には、これについても規制当局は速やかに欧州委員会に通知しなければならない。

12条 貯蔵及びL N Gシステム運営者の指定

加盟国は、効率性及び経済性バランスを考慮した上で、貯蔵及びL N Gシステム運営者を指定しなければならない。

13条 T S O輸送、貯蔵及び/又はL N Gシステム運営者の業務

各T S O、貯蔵及び/又はL N Gシステム運営者は、(a)安全、信頼、効率性の高い条件で輸送、貯蔵、及び/又はL N G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、任意の他のT S O、貯蔵システム運営者、L N Gシステム運営者、及び/又は配送システム事業者に必要な情報を提供しなければならない。加えて、(d)各T S O、貯蔵及び/又はL N G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

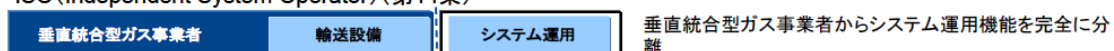
アクセスに必要な情報を提供しなければならない（１項）。各ＴＳＯは、ガスの供給セキュリティを考慮し、経済的に合理的かつ技術的に可能なすべての需要に対応する、欧州の輸送インフラを統合するための十分な国境を越える能力を構築しなければならない（２項）。

14条 I S O (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I S Oを指定することができる（T S OとI S O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I S O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、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、I S Oは、新規インフラの計画（認可手順を含む）、建設の責任を負わなければならない。この目的のために、I S Oは本指令に従ってT S O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及び管理、投資計画の責任を負わない（４項）。I S O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、I S Oに関連するすべての協力と支援（すべての関連情報を含む）を提供しなければならない（５項）。

ISO (Independent System Operator) (第14条)



出典：三菱総合研究所「諸外国におけるガスインフラ整備の現状」（2012年）

15条 輸送システムの保有者と貯蔵システム運営者の分離

I S Oが指定された場合の輸送システム保有者と、垂直統合型事業者の一部である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。

16条 T S Oと輸送システム保有者の守秘義務

略。

17条 T S Oの資産、機器、人員に関する要件

略。

18条 T S Oの独立性

T S Oは、輸送システムを運営、メンテナンス、又は開発するために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もつべきである（１項）。

生産・供給の機能をもつ垂直統合型事業者の子会社は、T S Oに直接又は間接的に株式を

保有してはならない。T S O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、T S Oの日常的な活動及びネットワークの管理に関連して、T S O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 T S Oの職員及び経営者の独立性

T S Oのマネジメントに係る職員、承認権限者は中立的な者でなくてはならない。

20条 監査機関

T S Oは、T S Oの株主の資産価値に重大な影響を及ぼす可能性がある決定に際し、監査機関を設置し定期的な監査を受けなければならない（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、T S O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設立し、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コンプライアンス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証を受けなければならない。プログラムのコンプライアンスは、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、規制機関の認証を条件として「監査機関」によって任命される（2項）。

22条 ネットワーク開発と投資決定権限

T S Oは、関連するすべ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カ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カ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再ガス化施設及び法人顧客の輸送システムへの接続に関する意思決定権限

T S Oはガス貯蔵設備，L N G設備，産業需要顧客の公平なシステム接続に関して，透明かつ効率的な手順及び料金体系を確立し，公表しなければならない。

ITO (Independent Transmission Operator) (第17条～第23条)

垂直統合型ガス事業者

輸送設備

システム運用

分離は求められないが、組織のガバナンス、開発投資計画（10カ年ネットワーク開発計画：Ten Year Network Development Plan）などに強い独立性が求められ、規制機関による監視が強化

出典：三菱総合研究所「諸外国におけるガスインフラ整備の現状」（2012年）

24条 配送システム事業者の指定

加盟国は，効率性及び経済性バランスを考慮した上で，配送システム事業者を指定しなければならない。

25条 配送システム事業者の業務

配送システム事業者は，高セキュリティ・信頼性かつ効率的な配送設備の運用，維持，開発を行わなければならない。

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。

27条 配送システム事業者の守秘義務

各々の配送システム事業者は機微情報に関する守秘義務を締結しなければならない。

28条 閉鎖的な配送システム

加盟国は技術上，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なければならない。

29条 複合事業者

26条は輸送事業，及びL N G，貯蔵，配送事業の複合的な運用を禁止するものではない。

30条 会計へのアクセス権

加盟国は，各国規制機関が必要である場合には，天然ガス事業者の会計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。

31条 会計の分離

輸送事業、及びLNG、貯蔵、配送事業は会計上分離されていなければならない。

32条 サードパーティアクセス（TPA）

加盟国は、すべての適格消費者に適用される公開タリフに基づき、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設備へのTPAのシステムの実装を保証しなければならない（1項）。

TSOは、国境を越える輸送を含め、その機能を実行するために必要であれば、他のTSOのネットワークにアクセスをすることができる（2項）。

この「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）。

33条 貯蔵施設へのアクセス

貯蔵施設及びラインパックのTPAについては、加盟国は交渉型のTPA及び規制型のTPAのどちらかの制度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従って行われなければならない（1項）。

交渉型アクセスの場合、加盟国又は加盟国の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又はその他の付帯サービスへのアクセスの計画のために技術的及び/又は経済的に必要があるときには、天然ガス事業者と適格消費者が、貯蔵施設及びラインパックへのアクセスを交渉できるよう、必要な措置をとらなければならない。貯蔵、ラインパック及びその他の付帯サービスへのアクセスの交渉には、当事者は誠実に交渉する義務を負う（3項）。

規制型アクセスの場合、加盟国又は加盟国の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又はその他の付帯サービスへのアクセスの計画のために技術的及び/又は経済的に必要があるときは、公開料金その他の条件・義務に基づいて、貯蔵施設、ラインパック及びその他の付帯サービスへのアクセス権を天然ガス事業者と適格消費者に認めなければならない。加盟国又は加盟国の指定する規制機関は、当該料金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）。

※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13条は、ネットワーク利用料金は、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。さらに、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交換性を維持し、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。

34条 上流パイプラインネットワークへのアクセス

加盟国はガス事業者及び適格消費者がすべての地点において、上流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。

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状況に限り、アクセスの拒否を行うことが出来る。

36条 新規インフラ（社会基盤）

主要な新規インフラ、すなわち加盟国間の中継基地、LNG又は貯蔵施設は、要求に基づき、一定の期間、以下の条件のもとで、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) 当該インフラは、構築予定のインフラ配置場所となるシステムの運営者から、少なくとも法的形態において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、競争又は国内ガス市場の効果的な運用、若しく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

37条 市場の開放と互惠関係

加盟国は、適格消費者に対して市場の開放を行わなければならない。

38条 ダイレクトライン

加盟国は天然ガス事業者がダイレクトラインによって供給エリア内に適格消費者に対して供給すること、及び天然ガス事業者の供給エリア内の全ての適格消費者がダイレクトラインによって天然ガス事業者より供給されることに必要な対策を取らなければならない。

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。

40条 規制機関の一般的目的

本指令で特定化された規制業務を実行するにあたり、規制機関は競争当局を含む他の関係する機関と密接に協議を行い、それらの権限に影響を及ぼすことなく、義務と権限の範囲内で以下の目的（略）を追求するすべての合理的な手段を講じるものとする。

41条 規制機関の義務と権限

規制機関は以下の義務を有する：

- ・ 輸送，配送料金の決定若しくは承認
- ・ 輸送システム事業者，配送システム事業者，及びシステム保有者のコンプライアンスの確保
- ・ 国境を越えた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
- ・ すべての関連する法的拘束力を有する決定への遵守及び実施
- ・ 年度報告の作成
- ・ 輸送，配送，貯蔵，LNGと供給事業の間の相互補助の排除
- ・ 輸送事業者の投資計画のモニタリング など

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発行
- ・ 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

42条 国境を越えた問題に関する規制

規制機関は本指令で定められているタスクを遂行するために、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。

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の規制を遵守しなければならない。

44条 記録

加盟国は、規制機関の処置に応じて、供給事業者に対して、輸送システム事業者、貯蔵・LNG事業者とのガス供給契約及びガスデリバティブに係る情報・データを少なくとも5年

間記録するように命じなければならない。

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、加盟国は輸送システム事業者、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保証しなければならない。

IV 若干の事例紹介²

1. RWE Case (Case COMP/39.402)

(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するものである。

2008年10月15日の予備的評価で、欧州委員会は、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に達した。予備的評価は、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(margins)を低下させること（マージン・スクイズ）を目的とした行動により、EU運営条約102条（条数は現行）に基づくRWEの支配的地位を濫用したというものである。

(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分野で事業活動を行っている。同社は垂直統合型のガス会社でもあり、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貫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に中心に行われてきたが、現在では国際的に展開している。2007年、RWEの売上高は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圧し、消費者に損害を与えたとの予備的評価を行った。

a. 関連市場

(a) 関連商品市場

予備的評価はガスの販売（供給）の市場とガス輸送サービスなどのインフラ関連市場の間で区別した。

ガス輸送市場において、予備的評価は、ガス輸送市場を画定し、これはガス配送市場から

² 細田・前掲注1 699頁もあわせて参照。

区別した（両市場の競争条件が大きく異なるため）。

ガス供給市場では、予備的評価はさらに卸売業者と最終ユーザーへのガス販売の市場とを区別した。

(b) 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

(c) RWEの関連市場の支配的地位

ガス輸送に関しては、RWEの供給網に接続されたほとんどすべての顧客にとって、他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がなく、彼らのガス輸送のニーズを満たすためには唯一の選択肢はRWEのみである。建設コストが高い等により潜在的に競合する他のT S Oの参入障壁が高いため、RWEのネットワーク地域で輸送事業における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、それは、第三の供給業者が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。第三者のアクセスシステムがなく、利用可能な容量のほとんどがRWE Energyの長期契約でホールドされている。このため予備的評価では、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づけた。

b. 共同体市場の実質的な部分

ガス輸送の影響を受けた市場及びRWEのグリッドを備えた供給市場は、共通市場全体でこのように経済的に重要であり、共通市場の実質的な部分とみなされなければならない。

c. 反競争行為

予備的評価は、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 c (a) 参照）とマージン・スクイーズ（以下 c (b) 参照）により、E U 運営条約102条に違反するおそれがあるとしている。

(a) キャパシティ管理に関する行為（供給拒否）

RWEのT S O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T S Oは、特にRWEのT S O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。

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リザーブしたため、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。サードパーティの需要は、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、これによりサードパーティ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、サードパーティは、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はサードパーティ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

予備的評価は、RWEのTSOがネットワーク上の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、第三者のアクセス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表明している。欧州委員会は、RWEのTSOが、サードパーティの顧客がより多くのキャパシティを利用できるように、利用可能な他に取り得る手段を採用していなかったという証拠を得た。この証拠は、RWEの意図が、RWEのTSOの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可能性があり、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なかった。

- 供給拒否に関する結論

したがって、予備的評価は上記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、したがってEU運営条約102条に基づく濫用を構成するとした。

(b) マージン・スクイーズに関する行為

欧州委員会はまた、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について懸念を表明した。予備的評価では、欧州委員会は、RWEが競合他社の下流ガス供給の利益を圧縮することを目的とした戦略にしたがっ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の競争相手の利益を圧縮するために、RWEは人為的に高いレベルで輸送料金を意図的に設定した。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効果的に競争することができるとしても、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。

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垂直統合型の支配的企業として、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。

● 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、ネットワーク料金は、RWEの競合他社に対してはRWE Energyの料金よりも高く設定した。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に有利なリベート方式と抑止的なバランスリングシステムが含まれる。

RWEのリベートポリシーは、予備的評価によれば、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る効果がある。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、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のバランスリングゾーン内のバランスリング手数料が新しい参入者に非対称的なマイナスの影響を及ぼした。RWEはRWE EnergyとRWEのT S Oとの間の合意によりバランスリング費用を支払うことから免除されたが、他の輸送顧客はRWEのT S O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。

d. 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) 問題解消措置(Commitments)

a. RWEは、現行のドイツ域内のガス輸送システム事業を、適切な購入者に売却し、競争上の明白な懸念を生じさせてはならない。RWEは特に以下のものを売却することを約束した：

- (a) RWEの長さ約4,000 kmのドイツの高圧ガス輸送ネットワーク。これは、Bergheim（長さ約100 km）ネットワークの部分を除いて、RWE現在のドイツの高圧ガス輸送ネットワーク全部に相当する。現在、RWEが独占的に所有していない、他の当事者と共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した。
- (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。

b. また、RWEは、売却を完了した後、最大5年間という限定期間に、購入者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した。

c. 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関係する事業者によって提案された問題解消措置に鑑み、もはや行政措置を採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（確約手続で終了）。

2. Distrigaz S.A. / Distrigaz N.V. Case (COMP/B-1/37966/Distrigaz)

(1) 事案の概要

本件はについて、Distrigaz S.A. / Distrigaz N.V.（以下、「Distrigaz」という）に対して、2004年2月26日、欧州委員会は、大口法人顧客と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。2005年6月30日、欧州委員会は、ベルギーの様々な顧客（法人顧客、電力生産者、再販業者）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、ベルギーの大口顧客へのガス供給の市場で支配的な事業者である。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があった。通常、顧客はガス供給の取引相手を1つしか持たないため（顧客の選択肢は限定的）、ガス供給市場における競争は、契約を満了して新たに契約を締結する段階でのみ存在する。予備的評価は、Distrigazの長期ガス供給契約が顧客の供給元の切り替えを妨げ、それによって他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業者である。また、Distrigazはフランス、ドイツ、オランダのガス供給市場、ガス輸送及び液化天然ガス市場で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た。

(3) 問題となった行為

調査対象となった行為は、ベルギー大口顧客とDistrigazとの間の長期ガス供給契約である。問題は、この長期契約によって、他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ものである。

(4) 規制No. 17/62及び規制（EC）No. 1/2003手続

(5) 予備的評価

a. 関連市場

● 製品市場

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

ベルギー

b. 支配的地位

予備的評価で、欧州委員会は、E U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5年以上にわたり、Distrigazの市場シェアは非常に高い、(b)関連市場への参入障壁、(c)他の要因、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グループの他のメンバーであるE C Sの市場シェアは[5-15] %であった。したがって、Distrigazと関連する事業体の市場シェアは[70-80] %であった。それに対して、関連市場の第2位の供給事業者は[5-15] %の市場シェアを持っていたにすぎない。

Suezグループの一員としてのDistrigazは市場における地位を強化した。Suezグループの他のメンバーには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の1つであるE C S、さらに、Suezグループと資本関係を有しているか、又は過去有していた数多く地元の配送企業が含まれる。

c. 問題の行為

Distrigazは、関連市場における大口顧客との間で一連の事実上の長期契約を締結した。顧客は、Distrigazから一定規模以上の量のガスを購入する必要がある、ほとんどの契約には年間契約数量(A C Q)と年間最小購入義務量(A M Q)が規定されていた。同時に、Distrigazは契約に従って最大量まで供給する義務があった。契約では、顧客がDistrigazから少なくとも最小量を購入することは義務づけられた。

ごくわずかな例外を除いて、顧客は1つのガス供給事業者しか有していない。市場調査によると、ガス消費量が500 G W hを超える非常に大きな顧客のみが、実際に複数の供給事業者から供給を受けられる可能性があった。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ガスの事実上の全量購入義務を課された。

● Distrigazの契約期間

ベルギーでガス供給契約の最低期間は平均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)、あるいは特定の終了日を有していない(一方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2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、欧州委員会は、2005年1月1日に、次の表に示すように、将来の様々な日に、既存の契約によってDistrigazに固定される関連市場の割合を計算した。

期間	2005年1月1日に発効された契約に基づき、 すでにDistrigazに固定された市場の割合
6ヶ月以上先	50-60%
1年以上先	35-45%
18ヶ月以上先	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と認定した。結果として、市場の35ないし45%が1年以上の期間、同社に固定されていたとした。

d. 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。

(6) 確約提案

2007年3月1日、Distrigazは、以下の確約計画を提出した。

- a. 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。
- b. Distrigazは、産業顧客及び発電会社と5年を超える契約を締結しない。
- c. 既存の5年超の期間にわたる契約に関して、Distrigazは、顧客に対して単独の解除権を付与する。
- d. Distrigazと販売者間で締結された契約の最長期間は、2年に制限する。
- e. Distrigazの提出した確約は、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対応して、修正した確約を提出した。

2007年10月11日、欧州委員会は確約決定を行った。

V 結びにかえて

わが国では、ガス自由化に先駆けて、2016年4月に電力の小売りが全面自由化されてから1年半余りが経過しており、今後、電力とガスは両者を一体として競争への影響を見る必要

がある。とりわけ電力においては、電源調達面において、新電力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新電力と旧一般電気事業者との間で生じているのではないかの指摘がある。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の指摘もある。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、一種の「不可欠施設」といえるかが問題となっている。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。さらに発電設備、契約形態についても、ベースロード電源を多く保有するＪパワーの電源は、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き、旧一般電気事業者に利用されていることの問題点が一部で指摘されている。こうした諸論点について、電力とガスという熱源の違いはあれど、ＥＵの競争政策や規制動向は大いに参考になると考え、本稿で紹介した次第である。

〔2017年12月20日脱稿〕

第 2 章

スウェーデンにおける原子力政策について

－2015年3月スウェーデン出張報告－

日本エネルギー法研究所

五十嵐 智芳

I はじめに

2015年3月18日から同月23日まで、日本エネルギー法研究所「原子力安全規制に関する法制検討班」の研究活動の一環としてスウェーデンを訪問し、同国の原子力政策等について関係諸機関より聞き取り調査を実施した。参加者は、同検討班主査を務める東京大学（当時）・交告尚史教授、同検討班研究委員の日本大学・友岡史仁教授および筆者の3名である。

訪問先は、スウェーデンの原子力関連規制行政を担う執行機関である「放射線安全庁」（S S M、放射線安全機関とも訳される）、放射性廃棄物および使用済核燃料の処分・処理・管理（バックエンド）を担う専門事業者である「スウェーデン核燃料・廃棄物管理会社」（S K B社）の2か所であるが、その他にフォシュマルク原子力発電所や低中レベル放射性廃棄物処分場といった原子力施設が立地するエストハンマル自治体の原子力担当官へインタビューを行う機会も得た¹。

今般の調査における筆者らの主な関心事は、原子力政策の先進地といわれるスウェーデンにおいて「原子力についての様々な考えが対立する中で、如何にして原子力に関する知識が専門知として練り上げられ、社会全体で共有されているのか」²という点にあった。また、同国の科学技術の専門家と一般国民との信頼関係のあり方にも注意を払いつつ、関係諸機関への聞き取り調査に臨んだ。

II スウェーデンの原子力に関する現状・政策

調査報告の本論に入る前に、スウェーデンの原子力に関する現状および政策について簡単に触れたい。

1. 稼働中の原子炉

スウェーデンの原子力発電所は、フォシュマルク（Forsmark、合計3基、全てBWR）、オスカーシャム（Oskarshamn、合計3基、全てBWR）、リングハルス（Ringhals、合計4基、1号機のみBWRだが他はPWR）の3か所に立地しており（具体的な立地点については図1参照）、現在稼働中の原子炉は合計10基（BWR 7基、PWR 3基）である。

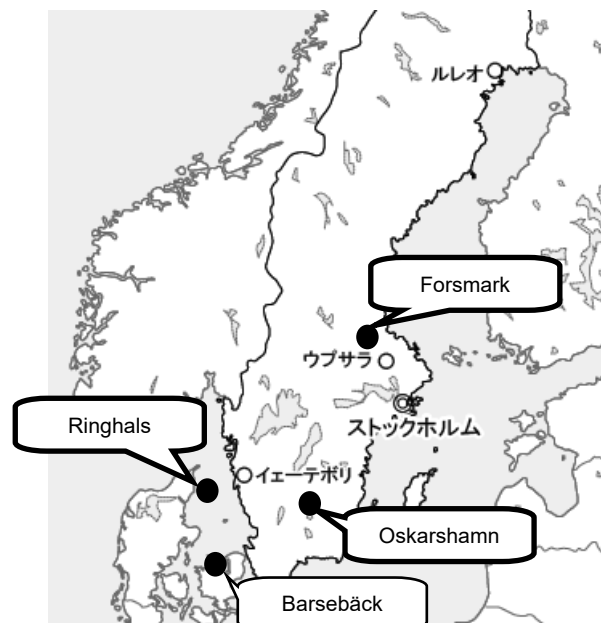
なお、バーセベック（Barsebäck、合計2基、全てBWR）原子力発電所は、隣国デンマークの首都コペンハーゲンから直線距離で約50 kmという近さに位置していたため、政治的判断により、1999年および2005年に運転を停止している。

¹ 今般の調査概要については、五十嵐智芳「スウェーデン出張報告」日本エネルギー法研究所月報第233号（2015年）3-6頁参照。

² この関心事は、特に交告教授の強い問題意識から導かれている。交告教授の「行政による専門知の練り上げの必要性」等の問題意識について、例えば、交告尚史「原子力安全を巡る専門知と法思考」大塚直編『環境法研究 創刊第1号』（信山社、2014年）1-33頁参照。同教授は従来から「最善知探求義務」との語を用い、可能な限り視野を広げて良質の専門知を探求するという志向性を行政に求めている。

フォシュマルクとリングハルスの両発電所の所有者は、同国の電力公社Vattenfall社（リングハルスの所有権は、Vattenfall社が70%、E.ON社が30%）。オスカーシャム発電所は、独E.ON社の子会社（E.ON Sverige社）がオペレーターとなっている。

図1：スウェーデンの原子力発電所立地図



2. 原子力政策の変遷

スウェーデンの原子力政策は、政権与党の変更に伴い以下のように変遷を経ている。

(1979年 米国TMI炉事故)

1980年 原子力発電に関する国民投票実施

→原子力発電所の新規建設禁止と、代替電源確保を条件に

2010年までの全原子炉（当時12基）の廃止を議会決定

(1986年 旧ソ連チェルノブイル事故)

1988年 1995年からの原子炉廃止の開始を政府決定

1999年 バーセベック1号機運転停止（2号機運転停止は2005年）

2006年 政権交代（社会民主労働党から中道右派連合へ）

2009年 新エネルギー政策（原子力発電所リプレイス認容方針）発表

従来は段階的に原子力発電所を閉鎖することとしていたが、2009年に政策を変更し、現在は運転中の原子炉のリプレイスに限り原子力発電所の新規建設を認める方針（スクラップ&ビルド方式）を採用している点が特徴的である。

3. バックエンドについて

使用済核燃料については、再処理せず直接地層処分とする方針を採用している。ただし、後述する環境法典改正案の立法資料（立法者意思として法解釈の基礎になるもの）の中に「使用済核燃料およびその他の放射性廃棄物の最終保管に関する国の最終責任」との文言があり、最終「処分」ではなく「保管」という言葉が使われている点に注目したい³。推測ではあるが、この理由は、使用済核燃料の回収可能性、すなわち将来的に最終処分場から取り出せることを念頭に置いているとも考えられる。

バックエンドの施設については、低中レベル放射性廃棄物処分場（S F R）が既に稼働している。さらに、集中中間貯蔵施設（C L A B）に加え、エスポ岩盤研究所およびキャニスタ研究所といった研究施設も稼働している。エスポ岩盤研究所では、実際に地下約450mまで坑道を掘り、その地下環境における実際の岩盤の動き等を実証実験している。キャニスタ研究所では、実際に使用済核燃料をキャニスタ（使用済核燃料を封入する銅製の巨大な筒）に入れたときの動静について調べている。

さらに、高レベル（使用済核燃料）最終処分場およびキャニスタ封入施設（C L I N K）についても既に建設許可が申請され、共に2029年の操業開始が予定されている。なお、バックエンドに係る全ての施設の運営は、S K B社が一貫して実施している。

4. 主要な法体系

原子力に関する主要な法体系として、原子力施設の建設・運転等の安全規制に関する「原子力活動法」と、放射線防護に係る規制を規定する「放射線防護法」が挙げられる。最終処分事業を含む原子力事業の安全のうち、放射線防護に関する規制については放射線防護法および放射線防護令に、その他の安全に関する規制は原子力活動法および原子力活動令に定められている。なお、具体的な規則はS S Mが定める。

また、原子力施設の建設・運転等に係る許可手続においては、スウェーデン独特の制度として、環境に有害な活動の規制を可能とする「環境法典」が、上記2法と密接な関連を持つ。環境に大きな影響を与える施設（原子力発電所や化学プラント等の大型社会的インフラ）の立地に際しては、政府が許可可能性（許容性）を評価し、自治体による承認を得た後、実際の許可の発給については司法機関である土地・環境裁判所(Land and Environmental Court)が行う⁴。許可ではあるが判決という形をとる。

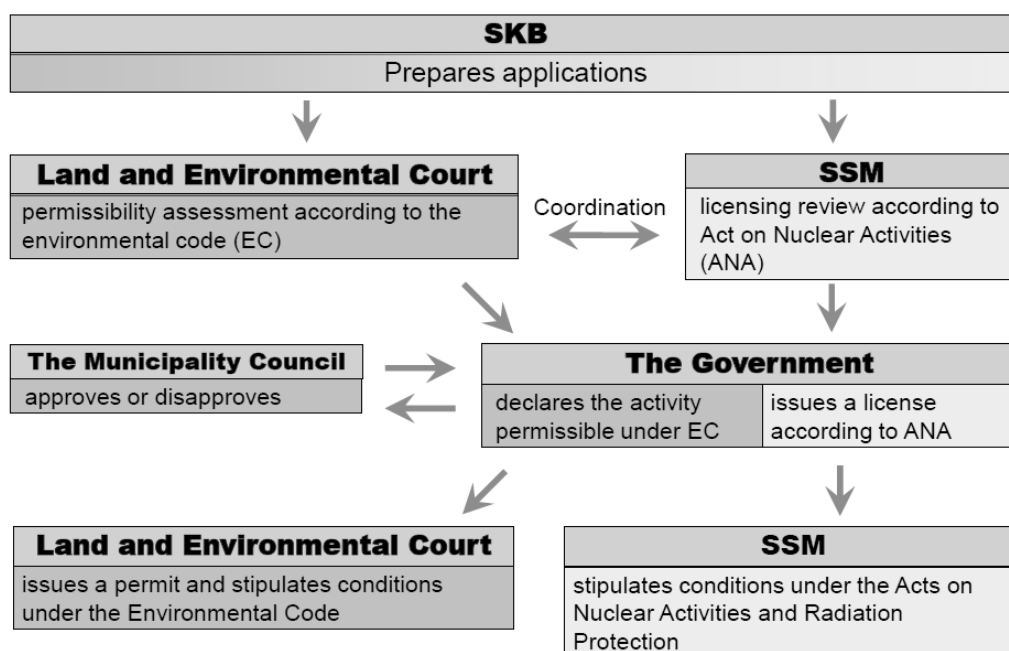
³ 環境法典改正案の立法資料である『STRÅLSÄKERHET—gällande rätt I ny form, SOU 2011:18』（法案検討過程をまとめた政府刊行物）の第8章は「使用済核燃料およびその他の放射性廃棄物の最終保管に関する国の最終責任」（傍点筆者）という表題になっている。

⁴ 土地・環境裁判所は特別裁判所の1つ。上級裁判所（2審）もあり、通常最高裁判所への上告も可能。スウェーデン的な権力分立観として、行政の作用と司法の作用に同質性を見出す特徴がある。裁判所が許認可を行うことも、その権力分立観の現れと考えられる。

許可発給の具体的なプロセスについては図2を参照されたい。事業者（図中ではSKB社）が許可申請書を準備し、原子力活動法に基づきSSMが審査をして、政府が許可を与え、最後にSSMが条件を付すという過程がある一方で、司法機関である土地・環境裁判所で受理された申請は、環境法典に基づく土地・環境裁判所での審理を経た後、政府が許容性を評価し、自治体による承認後、土地・環境裁判所が許可を与え、かつ条件を付すというプロセスになる。

図2：許可発給プロセス

Licensing process



（SSM作成資料より抜粋）

Ⅲ 放射線安全庁（Strålsäkerhetsmyndigheten, SSM）訪問

SSMは、スウェーデン国内の放射線防護と原子力安全の2つの分野の安全規制を担当する国の機関である。

今回の聞き取り調査では、Tomas Löfgren氏、Björn Dverstorp氏、およびMartin Bengtsson氏の3氏にご対応いただいた。

Tomas Löfgren氏の役職・所属は「Senior Legal Adviser Environmental Law, Legal

詳細については、阿部泰隆・淡路剛久編『環境法（第4版）』〔交告尚史執筆部分〕（有斐閣，2011年）92-95頁参照。

Services」であり、行政法の中でも環境法に近い分野を専門とし、SSMの法的な業務に関してアドバイスをする立場にあるとのことであった。また、Björn Dverstorp氏は「Government Specialist」としての立場で、主に国際的機関や会合での発言等も行うインターナショナルな部署に所属しており、今回は特にバックエンドに関する話を伺った。Martin Bengtsson氏の役職・所属は「HR-Strategist, Human Resources」であり、SSMとしての人材育成についての考え方や特色を伺った。

1. SSMについて

(1) SSMの独立性

SSMの、組織としてのあり方についての特筆すべき点として、高い独立性が挙げられる。政府から年一度出される指示書(Letter of appropriation)はあるものの、その内容は国際会議の開催等を知らせるのみで、具体的な行動は全てSSMが自立的に決定することができる。SSMは環境省の下に設置された「執行機関」と位置づけられるが、スウェーデンでは、法案作成等の政策立案を担う政府部門（例えば環境省）と執行機関が明確に分離されていることが大きな特徴であり、執行機関は、個別案件の処理に関しては、他の公権力機関の支配を排して自立的に決定することが求められる⁵。つまり、SSMがとった行動に関して環境大臣は責任を問われない。一方で、環境大臣がSSMの活動に影響を及ぼすこともないことが、制度的に徹底されている。

(2) SSMの役割

SSMは、原子力施設の管理・監督（原子力発電所の停止権限も持つ）、各種規則（現在55）の制定、EU指令への適合、国際機関との窓口機能、有事の際のサポート、国民への情報公開等の役割を担う。SSMの全ての決定は公開され、全決定について不服申立てが可能である。

(3) 規制体系の見直し

規制体系については、主要な（原子力活動法・放射線防護法と環境法典による二本立ての）法体系を、環境法典の改正という形で一本化することを検討しており、2011年に政府へ改正案を提案している。

なお、筆者らが直接確認したわけではないが、前述のとおりSSMは執行機関であり法案を作成・提案をする権限はないので、実際は環境省が改正案を提案しているものと思われる。ただし、SSMとして法案の準備作業に関わっていたであろうことは推察される。

(4) 規制者と事業者のコミュニケーション

スウェーデンにおける規制者と事業者のコミュニケーションは開放的で、事業者の幹部がSSMを訪問し、発電所のマネジメントについて会合を開催することもある。また、高い透

⁵ 交告尚史「スウェーデンにおける行政執行機関の独立性の原則について」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革』（有斐閣、2001年）801頁参照。

明性が確保されている⁶ため、両者間に、いわゆる馴合いのような関係は起こり得ないと考えている。

(5) 原子炉の新規建設計画とSSMの審査

Vattenfall社によるリングハルス（2基）のリプレース申請について、SSMが申請を受理したものの、現在は選挙等の影響により審査が停止している。審査の遅延に対する事業者からの訴訟リスクについては、申請者であるVattenfall社が電力公社であることから、公社が国を相手取って訴えを起こすことはないだろうと考えている。

2. 処分場建設にかかる許認可プロセスについて

(1) 許認可プロセス

2011年3月に高レベル最終処分場についての立地・建設許可についての申請が、また、2014年12月には既に稼動しているSFRの拡張申請が、それぞれ事業主体であるSKB社より出されている。SKB社は、原子力活動法に基づく申請書をSSMへ、環境法典に基づく申請書を土地・環境裁判所へそれぞれ提出している。双方において審査が行われているが、審査自体はあまり進んでいない。なお、SSMによる審査には、国内の専門家だけではなく、40名以上の国外の専門家も参加をしている。スウェーデンは、そもそも人口が少ない（約975万人）国なので、国内だけではなく国外にも門戸を開いている。SKB社の申請に対するSSMとしての見解は、2017年に政府に伝えることを予定している。

(2) SSMと土地・環境裁判所の関係

SSMと土地・環境裁判所の関係について、施設立地・建設等に係る審査において、互いの見解を発表しコーディネーション(Coordination)を行う場を設けている（図2参照）。双方の機関がそれぞれ独立に審査を行うわけではなく、連携を密にしている。まだ詳細は詰め切れていないが、今般の最終処分場建設に係るタイムスケジュールについては、両者間で合意に達している。

(3) 規制能力の向上

SSMとしての規制能力の向上については、SKB社が提出する『研究開発実証プログラム』（RD&Dプログラム）の資するところが大きい。これは、原子力発電事業者4社の委託によりSKB社が取りまとめる、バックエンドに関する包括的な研究開発等の計画であり、原子力活動法に基づいて原子力発電事業者が3年毎に策定するよう義務づけられているものである（これまでに12回策定）。事業スケジュール等も提示される。そして、その内容をSSMとして継続的に審査することにより、規制能力の向上を図っている。また、処分場建設地の選定調査、国際的なピア・レビュー審査等の30年にわたる経験の積み重ねも、能力向上

⁶ 情報の透明性（公開性）について、スウェーデンでは公文書の98%が公開される。

の一助となっている。

(4) 放射性廃棄物基金

放射性廃棄物基金(Nuclear Waste Fund)⁷とは、バックエンドに係る様々な費用を、事業者による拠出金で賄うという制度的な工夫のことであるが、当該費用の中には、例えば啓発のためのキャンペーンを張ったり、国際的な会議に出席したりするための費用等も含まれる。

筆者の印象として、日本にも放射性廃棄物基金と似たような制度が存在するが⁸、スウェーデンの方が支出対象事項を幅広く捉えているように感じた。なお、放射性廃棄物基金に関しては、SSMのみならず、この後に訪問したSKB社や、エストハンマル自治体の原子力担当官へのインタビューにおいても言及があり、今般の調査を通して幾度か登場する話題となることを付言しておきたい。

(5) 地方自治体の関与

原子力施設が立地する地方自治体(municipality)の関与は法的に明確であり、審査プロセスの様々な局面で自治体の意見を聴取することが規定されている。そして、環境法典上は、自治体が異議(disapproves)を表明することが認められており、実質的には拒否権(veto)が与えられていることとなる。ただし、環境法典の制度上は、自治体が施設の建設を拒否しても、政府として建設が必要不可欠と判断すれば強制することができる。もっとも、事業者(SKB社)は、反対する自治体においては建設を進めないことを表明している。

(6) 放射性廃棄物に関する最終責任の所在

最終処分は超長期に亘る事業であることに鑑み、国際的な条約(協定)に基づいて国が責任を負うことを約束している。例えば、「使用済燃料管理及び放射性廃棄物管理の安全に関する条約(Joint Convention, 合同条約)」の前文(vi)には、「使用済燃料管理及び放射性廃棄物管理の安全を確保する最終的な責任は国が負うことを再確認し」との文言があり、スウェーデンは2001年に同条約を批准している。

最終責任の所在について、現行法には明記されていないが、現在提案中の環境法典改正案には盛り込んでいる。もっとも、明文化されていなくても「当然のこと」と捉えているところもある⁹。

⁷ 詳細については、交告尚史「スウェーデンの放射性廃棄物基金について」日本エネルギー法研究所月報第233号(2015年)1-3頁参照。

⁸ 日本における高レベル放射性廃棄物(使用済燃料)の処分費用については、特定放射性廃棄物の最終処分に関する法律(平成12年法律第117号)に基づき、電力需要家が電気料金の一部として負担し、原子力発電を行った電気事業者等が処分費用の拠出金として原子力発電環境整備機構(NUMO)へ納付している(同法11条, 14条)。そして、NUMOは拠出金を原子力環境整備促進・資金管理センター(原環センター)へ最終処分積立金として積み立てるスキームとなっている(同法58条)。

なお、NUMOは必要経費の支出のために積立金を取り戻すことができる。積立金の使途に広報活動費が含まれるが、自治体やNPOが主催する広報活動費までも対象としているかは不明(スウェーデンでは自治体やNPOを支援する費用として放射性廃棄物基金を充当することが可能)。

⁹ 前掲注3の第8章には以下の記述が見られる。

なお、隣国フィンランドでは「最終処分の責任は国が負う」ということが法律上明文化されている¹⁰。

3. 人材育成について

(1) 職能管理戦略

S S Mでは、職員全員の技能をマッピングすることにより、部署によって必要な技能や、その部署にどのような技能に長けた人材が所属しているのか、あるいは人材の不足が客観的に分かるようにしている。マッピングに基づき、部署毎に能力の差がないように人材を配置している。この手法は人材募集の際の指針としても使え、S S Mとして募集する技能を明確に示すことが可能となる。また、新規入庁者には6か月間のメンターシップを設け、教育・訓練を行っている。ストックホルム大学と共同で、教育メソッドの開発も行っている。

なお、スウェーデンの公務員制度では、新規あるいは中途採用の募集は新聞広告等で行うことが一般的であるが、S S Mでは新卒採用は極めて少ない（年5～8人程度）。民間の事業者等、他の組織で約5～10年の経験や訓練を積んだ人材を採用している。

(2) 人材配置の制限

事業者からS S Mへ入庁した場合、当該事業者に関する審査等には2年間携わることが禁じられている。つまり、2年を経れば、かつて自らが所属していた事業者の審査にも携わることができるということである。事業者と規制者の人事交流が禁じられているわけではない。スウェーデン国内での専門家が少ないために、事業者と規制者の交流を通じて、国全体としての知見・知識が増えることはプラスと捉えている。なお、元事業者が審査に携わることで規制が甘くなるのではないかという懸念については、公開性が徹底しているのでリスクは極めて低いと考えている。

IV S K B社(Svensk Kärnbränslehantering AB)訪問

S K B社は、スウェーデン国内において原子炉を保有する電力会社による共同出資で設立された、放射性廃棄物および使用済核燃料の管理と最終処分を実施している民間会社である。

今回、同社のフォッシュマルク事務所（ストックホルムから北へ約150 k m）を訪問し、現地ではInger Nordholm氏にご対応いただいた。

「それは結局、閉鎖された最終管理に対する責任を国の執行機関が引き受けることになってしかるべきだということである。政府はこれまで、そんなにも長期間に亘って事業が続くことについての究極の責任を国が負うのは当然であると語ってきた。」

¹⁰ フィンランド「原子力法」第6章 原子力廃棄物管理

第34条（最終処分後の原子力廃棄物の責任）

廃棄物管理義務者の管理義務が、第32条第1項の(3)号に基づいて終了したときは、原子力廃棄物の所有権は国家に移され、国家は、その後、その原子力廃棄物に係る全ての責任を有するものとする。

1. S K B社の概要

S K B社はバックエンド専門事業者で、発電は行っていない。電力公社であるVattenfall社の傘下にあるが、国内の原子力事業者の共同出資による。運営資金は放射性廃棄物基金により賄われている（発電事業者が発電量に応じて拠出する）。S K B社全体の従業員は約500名、そのうちフォシュマルク事務所には約60名が在籍している。国内外の専門家・事業者と緊密な連携を図っている。

2. 原子炉の想定稼働年数と廃棄物総量

原子炉の想定稼働年数は50～60年と想定されているが、法定化されているものではない。この想定を基に放射性廃棄物の総量を算定している。

最終処分場では、最終的に12,000 tの使用済燃料を貯蔵予定。S F Rは、当初約63,000m³の廃棄物処分を想定し建設されたが、現在、108,000m³の増設を申請している。

なお、最終処分場建設に向けた手続では、エストハンマルおよびオスカーシャム両自治体の賛成、つまり拒否権(veto)の不行使が表明されることが必要である。両自治体とする詳細な理由については聞取りが叶わなかったが、察するに、現在バックエンドについて申請中の施設が2つ（高レベル最終処分場とキャニスタ封入施設（C L I N K））あり、これらは一体として申請されているので（C L I N Kはオスカーシャムに建設予定なので）、エストハンマルとオスカーシャム両自治体が拒否権を行使しないことが、許可に向けた要件になっているのだと思われる。なお、住民の反対が少ないことも、建設許可の条件の1つになる。

3. 最終処分場建設に関する住民との合意形成

1980年代当初は、特段の住民説明もなくボーリング調査を開始したため、強力な反対運動が起きた。そのため1990～2000年代、建設を志願したコミューンで小集会を開催し住民説明を行う方針に変更したところ、8か所のコミューンが志願し、その後3か所（エストハンマル、オスカーシャム、ティーエルプ）に絞り込んだ。候補自治体の意思を尊重し、施設建設を押し付けたわけではない。2009年に最終的にエストハンマルが候補地として決定した。

住民の個人的ネットワークを活用し、住民と事業者が日常的にコミュニケーションを取れる関係を築いている。S K B社員自身が住民であることも重要（対応いただいたNordholm氏もフォシュマルク在住）。

原子力に対し絶対反対を唱える住民もいるが、いわゆる自然保護団体等の反対派は絶対反対ではなく、自然保護をする上でどのような対策が講じられていれば、原子力発電所を建てることも容認できるだろうかということを考える。小集会を繰り返すことで、各団体や住民が抱く、具体的な関心事や懸念事項、疑問点（施設の事故への心配より、狩猟ができなくなるのではないか、工事のため道路が渋滞するのではないかといった懸念が多い）に対して、

事業者として住民の不安感に応じた解決方法を提示・約束することで、信頼関係を醸成してきた。

希少生物の保護にも配慮を怠らなかった。例えば、最終処分場建設予定地の周辺には、希少生物（カエル的一种）が棲息しているが、その生態系の破壊の懸念が生じたため、人工の沼を造る対策をとった。そして、実際にその希少生物が移り住んでいることを確認した上で、住民へ対策の実効性を提案している。

4. SFR内部見学

インタビュー後、筆者らは敷地内で既に稼働しているSFRの内部を見学する機会を得た。地下50mほどに位置するまで車で移動すると見学者用施設が設けており、SFRで実際に行われている作業の内容や、さらには現在建設計画を申請中の最終処分場の概要について、具体的な模型等に基づいた説明を受けた。地元の学生も頻繁に見学に訪れるらしく、自治体住民に対して積極的に公開している姿勢が窺い知れた。

V エストハンマル(Östhammar)自治体原子力担当官との会合

SKB社（フォッシュマルク事務所）へ向かう途上のウプサラにて、同事務所が所在するエストハンマル自治体¹¹の職員へのインタビューの機会を得た。

ご対応いただいたのは、同自治体原子力関係担当官のAnders Bergman氏である。

1. 原子力発電のイメージ

科学者や事業者（Vattenfall社やSKB社等）への厚い信頼が根底にある（世論調査においても、福島事故前後で科学者や事業者への信頼性の高さに目立った変化はない）ので、住民の間で原子力を不安視する声は、それほど多くはない。クリーンエネルギーとしてのイメージも強い。立地自治体住民を除けば、一般国民の原子力発電に関する知識は決して高いものではない。エストハンマルの住民に関していえば、隣人が働いている場所だからという理由で納得している点が大きいようだ（発電所は地元で第3位の規模の企業）。

¹¹ スウェーデンの地方自治体は、コミューン（kommun、英 municipality、日本の市町村に相当）の他に、ランドスティング（landsting、英 County、日本の都道府県に相当）が存在する。ランドスティングは地域的に複数のコミューンを含む、より広域的な自治体である。コミューンとランドスティングはそれぞれ所管する地域の広さと人口規模によって行政事務を分担している対等な関係の自治体であって、ランドスティングはコミューンの上位団体ではない。

コミューンの所掌事務は、教育と福祉をメインに、雇用、インフラ整備、文化活動支援と多岐に亘るが、ランドスティングの所掌事務は主として医療であり、コミューンに比べて種類が少ない。なお、ランドスティングと地理的範囲を同一にするレーン（län）が存在する。これは国の事務を地方レベルで所掌する地方支分部局として、主に法律的・行政的許認可や警察の運営を行う。それぞれの数は、コミューン 290、ランドスティング 20（ただしレーンは 21）である。詳細について、<http://skl.se/tjanster/englishpages.411.html>

2. 立地自治体と原子力規制者および事業者との関係

原子力施設の立地・建設（新設）については、拒否権(veto)を行使するか否かという意味で、法定化された自治体の許可を必要とする。施設の稼働までの審査は段階的なものとなっており¹²、自治体もその都度確認をするので、自治体として複数回、自らの意思を表明する機会が与えられる。事業者との安全協定等は締結していない。

原子炉の再稼働について、自治体には事後報告となる。特段、再稼働の前に自治体の実質上の許可を与えるといったことはない。有事の際の情報窓口は、自治体ではなく国（S S M）が行う。なお、事業者等がForsmark NPP Groupを設けており、同グループとの間で情報のやりとりをしている。再稼働に関する事後報告も同グループから提供される。

また、原子力発電所のアップグレード等の際には、事前に自治体の見解を求められるという関係を築いている。これについて、スウェーデンには「remiss（レミス）」という特徴的な意思決定手続のための制度が存在する。例えば、原子力に関して規制機関であるS S Mだけでは判断ができないような問題について、あるいはS S Mの知識では及ばないようなところについては、その分野の科学知識や経験等に長けた専門団体に書面で意見を求めることが徹底されている¹³。

3. 立地自治体と隣接自治体との関係

立地自治体が、隣接する自治体の政治家や環境N G Oを招いた委員会(Reference Group)を設置し、互いに情報提供を行っている。Reference Groupは年6回、数時間、20数名規模で開催している。ただし決議機関ではない。テーマによっては会議が紛糾することもあるが、自治体間の決定的な関係悪化には至っていない。なお、Reference Groupに関する必要経費は、放射性廃棄物基金から支出することとなっており、自治体がS S Mに申請を行う。

また、立地自治体同士の関係については、互いの原子力施設を視察するような協力関係を築いており、国際的なネットワークも存在する。視察等に要する経費は放射性廃棄物基金から支出する。

4. 住民とのコミュニケーション

現在申請されている最終処分場建設についての自治体主催の住民説明会は、年6回の開催を予定している。費用は放射性廃棄物基金により賄われている。それら以外にも事業者（S K B社）が主催する説明会も予定されている。原子力に関する啓発活動（キャンペーン）等

¹² 政府が原子力活動法に基づく許可を与える際に、建設前・試運転開始前・通常運転開始前のそれぞれの段階でS S Mの承認を得ることを、条件(condition)として付すこととしている。

¹³ 交告尚史「スウェーデンにおける総合的環境法制の形成」畠山武道・柿澤宏昭編著『生物多様性保全と環境政策』（北海道大学出版会、2006年）210頁参照。

も実施している。過去にも原子力発電所等建設に関して説明会を実施しているが、参加住民がいつも同じ顔ぶれなので、新規の参加者を呼び込む工夫を検討中である。

自治体としては原子力反対派ともコミュニケーションをとっており、反対派の主張を聞き取り、科学的に正しいと思えるものは（たとえ事業者に不都合な内容であっても）全て住民に伝えている。

自治体の主たる役割は、中立的な立場で各種情報を収集・分析したり、住民へ提供したりすることであり、国際会議での意見と中央行政・事業者の見解の比較も自ら行う。住民対象の小集会やReference Groupでのマンツーマンの対話等も実施している。

5. 原子力施設受入れに伴う立地自治体での経済効果

原子力施設を受け入れることによる、立地自治体への交付金（税金）等は存在しない。エストハンマルと同様に原子力発電所や集中中間貯蔵施設等が立地するオスカーシャム自治体では、約15億クローネの投資による教育機関の拡充といった付加価値が生まれたことはあったが、実際に「お金が落ちる」ということは無く、地元の雇用が増えるというほどの効果もない。立地自治体の政治家は、経済効果があること（つまり「金で買われた」と思われること）を拒否する傾向がある。しかしながら、自治体の中に（原子力発電所等の）高等な知識を持つ職場ができることがメリットであると考えている。

VI むすびにかえて

今回の一連の調査を通じて、規制者、事業者あるいは自治体といった各組織に共通する姿勢として「公開性」あるいは「透明性」がキーワードになっていると強く感じた。SSMへのインタビューにおいて、自治体やNGOと30年以上に亘って対話(dialogue)を積み重ねてきたとの言葉があったが、その歴史の重みが彼らの自信ある言動を裏付けているようだった。しかも、その対話は、決して漫然とした、あるいは予定調和的なものではなく、今回の調査に同行していただいた交告教授の言葉を借りるならば「緊張感のある対立構造の中で議論を尽くすことになるような制度」¹⁴に基づいたものであったことが窺われる。

また、関係者が一様に科学者あるいは専門家に対し厚い信頼を寄せていることが強く心に残った。なぜ信頼できるのか？その理由はスウェーデン人の「科学の現実的な捉え方」にあるように感じてならない。スウェーデンでの滞在中、北欧最古の大学であるウプサラ大学の図書館を訪れる機会があった。そこで手にした自然科学系の書籍には、極めて精緻に動植物が描写されており、妙な言い方ではあるが、写真よりも写実的に描かれているかのようであった。スウェーデン人は、例えば美しい花を見たときに、単に美しいと感じるだけではなく、

¹⁴ 交告・前掲注2 12頁。

その花卉の形や葉脈の数等に関心を向けることが多いという話を聞くこともあった。

同国が輩出した「分類学の父」と称される偉大な博物学者であるカール・フォン・リンネに代表されるように、スウェーデン人の自然科学に対する極めてリアリスティックな姿勢が基底となり、感情論に左右されない（社会科学も含めた）科学知識に対する合理的判断が社会全体で共有され、結果して、国民と科学者・専門家との間に信頼関係が醸成されているのではないだろうか。また、小国であるが故の、絶妙な政治的バランス感覚も寄与しているのかもしれない。

冒頭の「はじめに」で述べた筆者らの関心事に明確な答えが与えられたわけではないが、今回の調査から得られた知見が、スウェーデンの思考様式を日本に組み入れること、あるいは日本流にアレンジする方策の今後の考察のために、重要な示唆を含む有意義なものになると思量する。

最後に、今回の海外出張に際しご協力をいただいた多数の関係者の方々、特に現地でのコーディネートや私たちの通訳として多大なご尽力いただいた佐々木・ストックラッサ・瑞子様へ、この場を借りて心から厚く御礼申し上げたい。

以 上

（追記）

2015年10月14日、独E.ON社がオスカーシャム1号機（49万kW）、同2号機（63万kW）の早期閉鎖を決定¹⁵。翌15日には、Vattenfall社がリングハルス1号機（92万kW）、同2号機（91万kW）を2020年に閉鎖することを決定した¹⁶。

11月5日付電気新聞では、相次ぐ廃止決定の背景には、卸電力市場のゆがみによる価格の暴落があることを報じている。

S S Mでのインタビュー時、Dverstorp氏が「原子力発電には経済的競争力がない」と述べていたことが思い出される。

〔2016年1月11日脱稿〕

¹⁵ <http://www.world-nuclear-news.org/C-Swedens-Oskarshamn-1-and-2-reactor-units-to-close-14101501.html>

¹⁶ <http://www.world-nuclear-news.org/C-Decommissioning-dates-set-for-Ringhals-1-and-2-1610157.html>

<http://corporate.vattenfall.com/press-and-media/press-releases/2015/ringhals-1-to-be-decommissioned-in-2020-and-ringhals-2-in-2019/>

※以下の「質問表」は、事前に各機関に送付したものである。筆者らの関心事、疑問点をまとめたものとして参照されたい。なお、「IV Forsmark原子力発電所への質問」については、当初は発電所を見学する予定であったが、直前にキャンセルとなったため、今回はインタビューを行うことはできなかった。

質問表 (QUESTIONNAIRE)

I 放射線安全庁 (SSM) への質問

1. 原子力の平和利用を推進するにあたり、国民に理解してもらうための主な根拠は何か。例えば、エネルギー・セキュリティの確保のため、あるいは温暖化防止のため、またあるいは自国の専門知と技術力に対する信頼のため。

What are the main grounds (or basis) for making Swedish people understood peaceful use of nuclear energy, or how do you or the government usually persuade the nation to nuclear policy- for energy security, for global warming prevention, or for trusting the specialized knowledge and technology of your own country?

2. 原子力に関して学問の世界では反対の意見もある中で、SSMの専門知として科学的知識をどのように練り上げているのか。その方法を教えていただきたい。

日本では、推進派による原子カムラ (nuclear power community) という閉鎖的な集団によって全てが決められ、反対派は排除されているといわれる。つまり、反対派と推進派の専門知が擦り合わないという問題があるが、スウェーデンではどうか。

How would you elaborate expert knowledge about nuclear energy in your country?

The opposition experts are normally excluded from the group who are for promoting nuclear energy in Japan. Therefore, the specialized knowledge of each expert does not accord.

3. 規制組織として、原子力事業者の内部において、企業が持つ技術と、発電事業を行うマネジメントの関係を、どの程度切り分けて考えているのか。スウェーデンでは、企業における技術者をどの程度専門家集団として認知しているのか。

From the regulator's points of view, how do you classify between companies own technology and electricity generation management? Aren't there any effects between those two? How do you acknowledge company's engineers as specialist

group? Do you sometimes see or review their technology suspiciously, or rather respect?

4. 原子力に関する人材育成はどのように行われているのか。2008年から産官学共同の原子力技術系育成プログラムが施行されていると聞くが、具体的な成果はどうか。

How do you carry on your human resource development of nuclear energy? What are the concrete results of the training programmes for the nuclear energy engineers, which began in 2008?

5. 規制者と原子力事業者の間では積極的なコミュニケーション（例えば人事交流等）が図られているのか。

Are there any active communication between regulators and nuclear operators (e.g.: personnel exchange)?

6. EU (EURATOM) との関係について、自国の規定より厳しい要求の基準（指令？）が定められた場合、速やかにEU基準に従っているのか。

When EU decides to make much severer standards than yours, then do you follow EU's immediately and change your own?

7. 原子力活動法と環境法典それぞれで審理されることで手続が二重になる等の弊害はないのか。それらを簡素化・合理化するための立法作業等の動きはないのか。

Is there any harm when licencing process becomes double, because of examining on the basis of the Act on Nuclear Activities and the Environmental Code?

Are there any future plans for simplifying or rationalizing such processes by legislations?

8. 原子力発電所の安全審査に際し、米国のスタンダード・レビュー・プランのようなものは提示しているのか。

On the occasion of the licensing reviews of the nuclear power plant, do you show some standards (e.g.: the standard review plan of U.S.NRC) to the energy companies, when reviewing each nuclear power plant for its security?

9. 福島事故の教訓を受けて、スウェーデンではどのような対策が採られたのか。

What kinds of measures were adopted in Sweden from the lessons of 2011

Fukushima nuclear accident?

10. 原子力に市場競争力を持たせるために、英国のFIT-CfDのような制度は検討されているのか。

From competition points of view, have you considered FIT-CfD (Feed-in-Tariff-Contract for Difference) applying to nuclear power like UK?

11. スウェーデンでは原子炉のリプレイスが容認された（2010年6月法改正）が、具体的な計画はあるのか。

Is there concrete plan on the replacement of the nuclear reactors in Sweden?

12. Forsmark発電所等は首都に近いように感じるが（約120km）、ストックホルムでの原子力発電所への反対運動等は盛んではないのか。電力の大消費地（都市）と生産地（地方）の対立構造は見られないのか。

We feel that Forsmark nuclear power plant is quite near to Stockholm (about 120 km shorter than between Tokyo and Fukushima), so are there any enthusiastic anti-nuclear activists in Stockholm? We've got long story for struggles between dense populated places (like Tokyo) vs village where the power plants situate (like Fukushima etc.) uniquely in Japan. Are there such problems in Sweden?

13. 原子力事業者と地元自治体の関係について、安全協定等は締結しているのか。もし締結しているとすれば、それは法定化されているのか。

Are there any agreements between local authorities and nuclear companies- like security agreements or arrangements? If such exist, are they legislated?

14. 廃棄物に関して最終的な責任は国がとると聞いているが、そのことの法的な根拠は何か（現行法制上、国が最終的な責任をとることを明確に読み取ることができない）。

Who would be responsible finally for the disposal of nuclear spent fuel in your country? Has such responsibility been already provided on the legal basis (e.g.: Act or other source)?

Ⅱ SKB社への質問

1. スウェーデンでは、どういう地質の土地を選択しているか。
2. その土地の地盤が強固であるかどうかについて、研究者の意見が分かれることはないか。
また、意見が分かれたときはどうするのか。
3. 日本では、建設候補地の選定に関して、以前は自治体からの立候補方式をとっていたが、
今後は国が候補地を選定する方式を検討している。
スウェーデンでの候補地選定のプロセスはどのように進めたのか。
4. 地域住民に対し「なぜ施設建設のためにその土地を選択するのか」という科学的な説明
を、誰がどういう機会に行うのか。
5. 施設の必要性や候補地選定の科学的理由を地域住民に説明する人材の育成をどのように
しているか。説明者の中立性をどのように確保しているのか。（事業者寄りの説明と受け
止められないような工夫はなされているのか）
6. 処分場建設地の自治体や住民に対して、国や事業者からの金銭的補助や免税措置を実施
しているか。国民から立地地域に対して賞賛・感謝を示すために、具体的な施策は講じら
れているのか。
7. 放射性廃棄物の回収可能性についてスウェーデンではどのように考えているのか。最新
知見を反映させる仕組みは整えられているのか。
8. SKB独自に、地層処分に関わる事前研究をどの程度（期間、実験等の調査）行ってきたのか。他国（隣国フィンランド等）との比較検討も行われているか。
9. 放射性廃棄物を国際的に管理（処分）しようという動きはなかったのか。つまり、自国
だけでの対応は無理だからどこかで処分してもらおうというアイデアは検討されなかったの
か。
10. SKB社の社員は電力会社からの出向者によって占められているのか。プロパーの割合
はどれくらいか。

11. 原子力活動法と環境法典それぞれで審理されることで手続が二重になる等の弊害はないのか。
12. 規制者とのコミュニケーションは図られているか。人事交流や定期的な会合等はあるのか。

Ⅲ Östhammar自治体への質問

1. 原子力施設の必要性や候補地選定の科学的理由に関する説明が為される際に、住民はその説明を中立的と受け止めているのか。（事業者寄りの説明と受け止めてはいないのか。）
2. 原子力施設に対する立地自治体住民の評価はどうか。建設や稼働を反対する住民との話し合いは成立するのか。何の知識もない住民が議論に参加しても感情論になりそうだが、住民が学習する場はあるか。専門家と住民が接する場はあるか。
3. 原子力施設の立地自治体とその隣接自治体（施設そのものは立地していない）との間で、施設の建設や稼働をめぐる意見の衝突はないのか。
4. 原子力関連施設建設の受け入れに際して、立地自治体住民が理解・納得する主な根拠は何か。例えば、エネルギー・セキュリティの確保のため、あるいは温暖化防止のため、または自国の専門知と技術力に対する信頼のため。
5. 原子力発電所の稼働にあたり、立地自治体の同意や安全協定の締結は必要とされているのか。それらは法定化（義務化）されているのか。また、もし安全協定等が締結されているとして、その中で立地自治体の権利はどのような内容・範囲で規定されているのか。（例えば、立地自治体が原子炉の稼働停止を求められるような内容なのか。）
6. 原子力発電所の事故を想定した避難計画は策定されているのか。もし策定されているとして、策定の主体は立地自治体が担うのか。また、避難計画は原子力発電所の稼働のための必須事項なのか。
7. 原子力発電所の事故を想定した避難訓練は実施されているのか。実施されているとすればその頻度はどれくらいか。また訓練の参加者に住民は含まれているのか。

8. 原子力事業者が犯した業務上の事故・不具合について、立地自治体はどの程度のものを把握しているのか。事故・不具合発生の際はすぐに連絡が入る体制となっているのか。また、どの程度のものを住民に公表しているのか。
9. 立地自治体住民のうち、どれくらいの割合の人々が原子力関連施設で働いているのか。
10. 立地自治体と原子力事業者、および原子力監督庁の3者間のコミュニケーションは図られているのか。

IV Forsmark原子力発電所への質問

1. 日本では、大学に理学部と工学部があり、理学部を卒業した人と工学部を卒業した人では考え方が違う。理学部系の人完璧な装置を作ろうとする。工学部系の人小さな不具合が発生するのは仕方がない、それはコントロールすればよいのだと考える。
スウェーデンでもそういった違った思考様式をもった専門集団は存在するか。
2. 原子力発電所オペレーターはどういう教育を受けた人たちなのか。実践的なトレーニングはどこでどうやって何時間ぐらいやっているのか。通常の業務は何人で、1日何交替でやっているのか。
3. 業務従事者の中に、原子力発電の仕組みの全体が分かる人はいるか。つまり、燃料棒でも圧力容器でも制御系でもポンプでも、なんでも分かる人は存在するのか。それとも、やはり分業化しているか。
4. 実際の技術を持つ施工業者（GEやWH等）と運転に責任を持つ事業者との間では、技術面において意見が対立することはないのか。あったとする場合、どの程度議論をして問題解決を図っているのか。具体例があれば教示願いたい。
5. 業務上の不具合は、どの程度のものをどこに報告しているのか。
行政はどの程度の不具合をマスコミ、さらには国民に公表しているのか。
6. 規制者とのコミュニケーションは図られているか。人事交流や定期的な会合等はあるのか。

7. スウェーデンの原子力発電所では、科学の進歩にどのように対応しているか。

スウェーデンにもバックフィットの仕組みはあると聞いているが、それは定期検査で炉を止めた時に、新しい知見に合わせて設備を改善する仕組みと理解してよいか。その際、行政が改善点を指示してくるのか、それとも事業者が自発的に検討するのか。

8. 2012年8月にベルギーの原子力発電所（ドール原子力発電所第三号機）で圧力容器のひび割れが見つかり、同じメーカーの圧力容器を使っているスウェーデンの原子力発電所にも疑いがかかった。フォシュマルク原子力発電所はどうであったか。

9. 原子力発電に対する国民の評価はどうか。反対者との話し合いは成立するか。何の知識もない市民が議論に参加しても感情論になってしまいそうだが、市民が学習する場はあるか。専門家と市民が接する場はあるか。

10. 原子力発電所の稼働にあたり地元の同意や避難計画の作成は必要とされているのか。またそれらは法定化（義務化）されているのか。

11. 原子力発電所事故を想定した避難訓練は実施されているのか。実施されているとすれば、その頻度はどれくらいか。また訓練の参加者には住民は含まれているのか。

第 2 部

エネルギー資源確保

第 1 章

パイプラインによるエネルギー輸送と G A T T 第 5 条 —第 3 次ロシア・ウクライナ間天然ガス紛争（2014年）との関連で—

京都大学大学院教授
酒 井 啓 亘

I はじめに

ロシアからウクライナを経由して欧州連合（EU）諸国に輸出される天然ガスは、2013年時点でロシアがEU諸国に輸出するうちのおよそ50%以上にも上り、欧州の全体のガス消費量の約15%に匹敵するといわれている¹。このため、ロシアとウクライナの関係が良好であることが、EU諸国のエネルギー事情にとって死活的な問題であることは疑いがない。ロシアが輸出する天然ガスや、ロシア経由でトルクメニスタンやカザフスタンが輸出する天然ガスは、その一部をウクライナが購入し、そのほかはウクライナを経由してEU諸国に輸送されることになるからである。

ところが、2014年の東部ウクライナ紛争やクリミア紛争でもわかるように、ロシアとウクライナの関係はきわめて流動的であり、最近ではむしろ良好とはいえない状況に陥った。とりわけ天然ガスの輸送をめぐることは、2000年以降に限っても²、2006年1月と2009年1月にそれぞれ両国間で紛争が生じ³、さらにその後、本章で取り上げる紛争が2014年に起こっている。いずれも、後述するように、売買契約の価格面での交渉不調を理由としたガスの供給停止に係る紛争であった⁴。

ガス輸送用パイプラインの利用による天然ガスの輸送とその停止に関しては、天然ガスの輸送やパイプラインの法的地位をめぐる、様々な国際法規則が関連する。ロシアとウクライナとの関係ではエネルギー憲章条約の適用も考えられるが、同条約につき署名のみ行い批准していなかったロシアが2009年7月に同条約の暫定的適用を終了させることを決定し、同年8月にはエネルギー憲章条約の加盟国にならない旨を寄託国ポルトガルに通報したこと

¹ “Russian Gas Imports to Europe and Security of Supply - Factsheet”, *Clingendael International Energy Programme, Fact Sheet*.
<http://www.clingendaelenergy.com/files.cfm?event=files.download&ui=9C1DEEC1-5254-00CF-FD03186604989704>

² 2000年以前には、たとえば1998年11月から1999年12月までの間に、ロシアは約8800万ドルに匹敵する15億m³の天然ガスをウクライナにより抜き取られたとして、エネルギー憲章条約上の制度でウクライナを相手取り法的手段に訴えることも検討したといわれている。T.Sinuraya, “Possible International Forums for the Resolution of Conflicts Over Pipeline Transit in the Former Soviet Union”, *Leiden J. I. L.*, Vol. 14 (2001), pp. 453-454. ロシアとウクライナの間では、ガスの供給と通過に関して両国間での数多くの合意が結ばれたほか、それぞれの国営企業であるガスプロム社とナフトガス社が商業契約を結んできたが、2001年に両国政府は、ガスプロム社とナフトガス社がガスの供給量、通過、代金について毎年合意することを定める枠組み合意を締結し、これに従い、ガスプロム社とナフトガス社の間でガス売買契約と通過契約が毎年結ばれてきた。A.Belyi, “International Energy Governance: Weaknesses of Multilateralism”, *International Studies Perspectives*, Vol. 15 (2014), p. 324.

³ これらいわゆる第1次及び第2次ロシア・ウクライナ間天然ガス紛争については、中谷和弘「パイプライン輸送をめぐる紛争と国際経済法—ロシア・ウクライナ間のガス紛争を中心として—」『日本国際経済法学会年報』第22号（2013年）32-37頁参照。

⁴ ただし、ロシアがガス代金の操作や輸出関税の引上げ等を繰り返し行うことにより政策実現の道具としていることは疑いがない。A.Dimitrova & R.Dragneva, “Constraining External Governance: Interdependence with Russia and the CIS as Limits to the EU’s Rule Transfer in the Ukraine”, *Journal of European Public Policy*, Vol. 16 (2009), p. 866.

⁵、少なくとも両国間での上記紛争について当面エネルギー憲章条約の適用は期待できなくなった⁶。このため、パイプラインによる天然ガスの輸送に関して両国間で適用可能な法規則としては、慣習国際法規則のほかには、関税及び貿易に関する一般協定（G A T T）の諸規定、とりわけ「貨物(goods)」や「船舶その他の輸送手段(vessels and other means of transport)」の通過の自由を規定したG A T T第5条が主要な規則の1つとなる⁷。

本章では、ロシア・ウクライナ間における天然ガス紛争に、G A T T関連規則、とりわけG A T T第5条が適用される可能性と、それが適用された場合の法的帰結を考察する。過去の両国間の天然ガス紛争と2014年の紛争とが異なる点の1つは、ロシアとウクライナがともに2014年までに世界貿易機関（W T O）への加入を果たしていたということであった⁸。このため、後述するように結局はW T Oに付託されることはなかったものの、2014年紛争においてG A T T関連規則が適用される可能性は常に存在していた。とくにG A T T第5条は通過の自由を保障する規定であることから、ウクライナを通過する天然ガスのパイプライン輸送との関連で潜在的に問題となっていたと考えられる。このG A T T第5条はエネルギー問題についてW T O紛争解決機関で適用された例がこれまでなく⁹、それはこの規定があまり

⁵ A. Konoplyanik, “Russia and the Energy Charter: Long, Thorny and Winding Way to Each Other”, *German Y. I. L.*, Vol. 56 (2013), p. 186.

⁶ ただし、エネルギー憲章条約第45項3項(b)により、第三部（投資の促進と保護）及び第五部（紛争解決）の規定は、既存の対ロシア投資財産について暫定的適用の終了後20年間効力を有することから、その期間においては当該財産をめぐる紛争がエネルギー憲章条約上で争われうることになる。See, *In the Matter of an Arbitration before a Tribunal Constituted in accordance with Article 26 of the Energy Charter Treaty and the UNCITRAL Arbitration Rules 1976 between Yukos Universal Limited (Isle of Man) and the Russian Federation, Interim Award of Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009*, paras. 338-339.

⁷ なお、パイプラインによる天然ガスの輸送に関連した通過の問題としては主に、①地政学的にパイプライン通過国に介入してくる隣国の問題、②通過国に支払われる通貨料金の問題、③輸送用パイプラインのために支払われる税金の問題、④通過国による天然ガス抜き取りの問題、があるという。J. T. Jensen, “Natural Gas - The Problem Child of Energy Transport and Trade”, in J. Pauwelyn (ed.), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment* (Centre for Trade and Economic Integration, 2010), pp. 128-129. <https://www.mayerbrown.com/files/Publication/db8ec885-03ec-4a4f-86ad-dc297f12a05f/Presentation/PublicationAttachment/cf0e5eef-3e5d-48cf-9670-e28c604aa62b/CTEI-CEPR.pdf>

⁸ ロシアはG A T T加盟を1993年6月に申請、2012年8月22日にW T O加盟国となった。https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/al_russie_e.htm また、ウクライナは1993年11月30日にG A T T加盟を申請、2008年5月16日にW T O加入を果たしている。https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/ukraine_e.htm

⁹ I. Ahmed Siddiky, “The International Legal Instruments for Cross-border Pipelines”, in K. Talus (ed.), *Research Handbook on International Energy Law* (Edward Elgar, 2014), p. 325. これまでW T O紛争解決機関でG A T T第5条が適用された唯一の例は、コロンビアがパナマから輸入された織物等について入港規制や積換条件を課す措置をとった事例だけである。このコロンビア入港規制措置事件でパネルはG A T T第5条2項違反を認定した。Report of the Panel, *Columbia - Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R, adopted 20 May 2009. この事件とパネル報告の検討については、小林献一「【W T Oパネル・上級委員会報告書解説①】コロ

に複雑であることのほか¹⁰、ロシアとウクライナのような潜在的紛争当事国がWTOの加盟国ではなかったためであるという評価があったほどだが¹¹、逆に言えば、ロシアとウクライナがWTO加盟国となった現在では、定期的に天然ガス輸送問題が生じる両国間においてGATT第5条違反を理由としたWTO紛争解決手続への申立が今後生じることも予想される

¹²。

以下では、2014年に生じたロシア・ウクライナ間における天然ガス紛争の事実関係を紹介した後、GATT/WTO規則がエネルギー問題にも適用されることを確認したうえで、当該紛争に適用される可能性のあるGATT/WTO規則を概観し、とりわけGATT第5条の適用可能性とその法的帰結を検討することにする。

ンビア—入港規制措置 (WT/DS366/R) —関税評価協定及びGATT 5条の解釈を中心に—」 *RIETI Policy*

Discussion Paper Series 11-P-010 (2011年3月) 参照。

<http://www.rieti.go.jp/jp/publications/pdp/11p010.pdf> 2010年5月には、オランダによるジェネリック薬差止措置をめぐるインドとブラジルがEU及びオランダとの協議を求める事件が生じ、ここでもGATT第5条の解釈・適用が問題となっている。*European Union and a Member State - Seizure of Generic Drugs in Transit*, WT/DS408, WT/DS409. この事件ではインド、ブラジル、EU間で協議が行われ、インドとEUとの間で了解に達し (Press Information Bureau, Government of India, “India EU Reach an Understanding on Issue of Seizure of Indian Generic Drugs in Transit”, 28 July 2011. <http://pib.nic.in/newsite/erelease.aspx?relid=73554>), ブラジルも本章執筆時点では手続を進めることなく、パネルは設置されていない。

¹⁰ M.M. Roggenkamp, “Transit of Networkbound Energy: A New Phenomenon? Transit Examined from the Barcelona Transit Convention to the Energy Charter Treaty”, *World Competition*, Vol. 19, Issue 2 (1995), p. 127.

¹¹ Th. Wälde & A. J. Gunst, “International Energy Trade and Access to Energy Network”, in United Nations Conference on Trade and Development, *Energy and Environmental Services: Negotiating Objectives and Development Priorities* (United Nations, 2003), pp. 153-154. http://unctad.org/en/Docs/ditctncd20033_en.pdf

¹² 実際にも、天然ガス輸送問題ではないが、ロシア・ウクライナ間では2017年末までにWTOの紛争解決手続にGATT第5条関係の紛争が3件付託されている。通過運送事件でウクライナは、ロシアを通じて自国産品を第三国に輸出する際に、ロシアが通過運送に様々な制限を課してGATT第5条に違反したとして2016年9月14日に協議を要請、2017年6月6日にパネルが設置された (*Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, Constitution of the Panel established at the Request of Ukraine, WT/DS512/4, 7 June 2017)。また、ウクライナによる貿易・サービス・通過運送への制限措置がGATT第5条他の違反であるとしてロシアが2017年5月19日に協議を要請した物品・サービス貿易関連措置事件 (*Ukraine - Measures relating to Trade in Goods and Services*, Request for Consultations by the Russian Federation, WT/DS525/1, 1 June 2017), さらに、前述の通過運送事件とは別に、ウクライナが、飲料品等の自国産品に対するロシアの措置につきGATT第5条他の違反であるとして2017年10月13日に協議を要請したウクライナ産品の輸入・通過に関する措置事件 (*Russia - Measures concerning the Importation and Transit of Certain Ukrainian Products*, Request for Consultations by Ukraine, WT/DS532/1, 19 October 2017) も手続が継続している。

Ⅱ 2014年ロシア・ウクライナ間における天然ガス紛争の動向

1. 紛争発生までのロシア・ウクライナ間関係

2009年1月に生じた第2次天然ガス紛争は、ロシアのガスプロム社とウクライナのナフトガス社の間で、ガスの売買と通過に関する2つの契約が結ばれることにより沈静化していた。このうち、天然ガス売買契約については、以下のような内容が盛り込まれていた。すなわち、ウクライナ（ナフトガス社）による天然ガス代金の支払いは毎月（輸入月の翌月7日まで）に行われることとされ、代金の決定については、欧州向け輸出と同じく、オイル・リンク方式（天然ガス輸出価格が直近9か月間の石油製品の国際市場価格を基準とする価格計算式（フォーミュラ）に基づき、3か月ごとに改定）とし、11年間の長期契約とすることになった。ただし2009年については、フォーミュラ価格から20%割り引いた価格が適用されるというものである。なお、それまでは毎年行われる二国間政府交渉で翌年の天然ガス輸出価格が決められる方式であった。上記契約では、このようにして決められた代金について支払いが滞った場合、ガスプロム社は前払い制に切り替えることができ、それでも不履行が発生した場合には、ガスプロム社は一方的に天然ガスの供給の一部または全部を停止できることも規定された¹³。

ガスプロム社とナフトガス社の間の2つの契約はいずれも2019年まで有効の内容であったが、2010年4月21日には早くも契約の修正がロシアとウクライナの間で合意されている。このいわゆるハリコフ合意では、ロシアがウクライナ向け天然ガス輸出に対する輸出関税を減免した場合に、ガスプロム社がフォーミュラ価格から輸出関税減免分を割り引いた価格でウクライナに輸出することとされ、実際にロシアは、フォーミュラ価格が333ドル/1000m³以下の場合に輸出関税を全額免除し、それを超える場合は輸出関税を100ドル/1000m³減じることを決定したのである¹⁴。

さらに、2013年12月17日にロシアとウクライナの首脳は、ウクライナ向け輸出価格を、2014年を通して268.5ドル/1000m³に固定することで合意した。その結果、2013年のウクライナ向け天然ガス輸出平均価格は413.5ドル/1000m³であったことから、約35%の価格引き

¹³ 金野雄五「ウクライナ情勢とガス途絶リスク ロシアの天然ガス価格引き上げの影響にも要注視」みずほ総合研究所『みずほインサイト』（2014年4月24日）4-5頁。<https://www.mizuho-ri.co.jp/publication/research/pdf/insight/eu140424.pdf>

¹⁴ “Russia agrees on \$100 Natural Gas Price Discount for Ukraine”, *Internet Archive Wayback Machine*, 21 April 2010.
<http://web.archive.org/web/20110427174415/http://en.beta.rian.ru/russia/20100421/158686254.html> なお、同日、ロシア・ウクライナ間で協定が締結され、ウクライナはロシア黒海艦隊によるウクライナ領セバストポリ基地への駐留期間を2042年まで延長することを認める一方、ロシアは、ウクライナ向けガス価格を30%引き下げることが合意された。この合意については、see, S. Pirani, J. Stern & K. Yafimava, *The April 2010 Russo-Ukraine Gas Agreement and Its Implications for Europe* (Oxford Institute for Energy Studies NG 42, 2010).
http://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2011/05/NG_42.pdf

下げとなり、総額70億ドル近い天然ガス輸出代金の割引となったのである。このほか、ロシアはウクライナに対して150億ドルの金融支援も行うことが約束された¹⁵。

このように、2013年末から2014年初めまではロシア・ウクライナ関係は比較的安定していたということが言える。それは、ロシアがウクライナに対してできるだけの支援を行うことにより、親ロシアの立場をとる当時のヤヌコビッチ政権の側面から支持していたためであった。

2. ヤヌコビッチ政権の崩壊とロシアによる対応

しかし、ウクライナ国内ではとりわけ2013年末から反政府運動が活発となり、2014年に入ると、反政府勢力と政府の治安部隊との間で戦闘も生じるようになり、同年2月には100名以上の死者も出る大規模な衝突に発展した。ヤヌコビッチ大統領と野党指導者の間で事態の収拾に関する合意がなされたものの、ヤヌコビッチはその後行方不明となったため、ヤヌコビッチ政権に代わる新政権が議会主導により発足した。新政権がロシアと距離を置く路線をとり、ウクライナ国内も混乱が続く中で、3月には現地の住民投票の結果、クリミアとセバストポリがウクライナからの「独立」を宣言し、その後、ロシアとの条約を締結してクリミアとセバストポリはロシア領に編入されることとなったのである¹⁶。これに対して、米国やEUはロシアに対して特定の個人の資産凍結を図るなど経済制裁を実施することで、ウクライナ問題に対するロシアの介入に対抗する立場をとった¹⁷。

こうした状況の下、ロシアとウクライナのガス供給問題でも動きが生じた。2014年4月1日にガズプロム社は、ウクライナ向け天然ガス輸出価格を、約40%も引き上げる385.5ドル/1000m³に設定することをウクライナ側に通告し、その2日後にはさらに100ドル引き上げ、485.5ドル/1000m³とすることを発表したのである¹⁸。結果として、ガス代金は2013年の水準よりやや高めの設定にまで引き上げられることになった。これらはいずれもウクライナ側のガス代金未払いへの対応とされたが¹⁹、上記ウクライナの政治情勢が少なからず影響してい

¹⁵ “Putin Pledges Billions, Cheaper Gas to Yanukovich”, *Radio Free Europe / Radio Liberty*, 17 December 2013. <http://www.rferl.org/content/ukraine-protests-yanukovich-moscow/25203138.html>

¹⁶ Th. D. Grant, “Annexation of Crimea”, *A. J. I. L.*, Vol. 109 (2015), pp. 68-70. ロシアにとっては、セバストポリがロシアに編入されたことから、セバストポリに駐留しているロシア艦隊は自国領に駐留することになり、この点ではウクライナに駐留のための費用を含めたウクライナへの財政的支援を継続する必要はなくなったと言える。もっとも、クリミアのロシアへの編入が国際法上合法かどうかはきわめて怪しい。M. Bothe, “The Current Status of Crimea: Russian Territory, Occupied Territory or What?” *Military Law and the Law of War Review*, Vol. 53 (2014), pp. 99-116.

¹⁷ A. Vasovic & A. Croft, “U.S., EU Set Sanctions as Putin Recognises Crimea ‘Sovereignty’”, *Reuters*, 17 March 2014. <http://uk.reuters.com/article/uk-ukraine-idUKBREA1HOEM20140317>

¹⁸ 金野・前掲注13 5頁。

¹⁹ ガズプロム社は、ナフトガス社による2013年11月及び12月分と2014年4月から6月までのガス代金

ることも推測できる。

また、ガスピロム社のガス代金引き上げに呼応して、2014年4月10日付でロシアのプーチン大統領は欧州の18カ国の首脳宛に以下のような内容の書簡を送付した。すなわち、この書簡においてプーチン大統領は、①ウクライナのガス代金未払い額は2014年3月末時点で22億ドルに上り、そのうち8億ドルは2014年第1四半期（1～3月）に発生していること、②実際の輸入量が契約量の一定割合（ロシア・ウクライナ間のガス売買契約では80%）を下回った場合に輸入者にペナルティの支払いを義務付けるtake or pay条項に基づくウクライナの違約金の未払い額が184億ドルになること、③ロシアが2009年から2014年3月までに行った天然ガス輸出代金割引の総額は170億ドルになること、④ガスピロム社は、以上の事情の下で、代金支払いを前払い制に切り替えることとし、それがウクライナにより履行されない場合にはウクライナ向け天然ガス輸出の一部又は全面的な停止に踏み切らざるを得ないこと、⑤ウクライナ向け天然ガスの輸出を停止した場合、ウクライナによる天然ガスの抜き取りで欧州諸国への天然ガス供給に支障が生じるおそれがあること、をそれぞれ確認し欧州各国に警告したのである²⁰。

さらにガスピロム社は、2014年6月16日に天然ガスの輸出代金を前払い制に移行し、ガス供給を停止することを発表した。これは、ウクライナのガス代金無払い分44.6億ドルのうち、同日の支払い期限分19.5億ドルが支払わなかったことに伴う措置であった²¹。

3. ウクライナによる国内法に基づく反撃

ウクライナは、2013年に天然ガス代金の累積債務が22億ドルにも上ったほか、国際通貨基金（IMF）からの融資による82億ドルの債務、その他の対外債務1400億ドルを抱えていたという²²。さらに2014年にはクリミア問題や東部ウクライナ問題が発生し、天然ガス供給で支援を受けてきたロシアと対立を深めることで、ウクライナのガス代金の支払い能力は著しく低下していくことになったのである。

未払い分の回収策として値上げを行うとともに、本件をストックホルム商業会議所の仲裁に付託した。J. M. Godzimirski, L. Puka, M. Stormowska, *Has the EU Learnt from the Ukraine Crisis? Changes to Security, Energy and Migration Governance* (The Polish Institute of International Affairs, 2015), p. 12. http://www.pism.pl/files/?id_plik=19206

²⁰ 書簡の全文は、see, “President Vladimir Putin’s Letter to Leaders of European Countries. Full Text”. *Tass*, 10 April 2014. <http://tass.ru/en/russia/727287> この背景等については、金野・前掲注13 1-2頁参照。

²¹ このため、代金を前払いした場合にのみガスが供給されることになったが、他方でロシアは、ウクライナ国内のパイプラインを通じたEU諸国向けのガス供給は継続するとして、ウクライナに対してガスの輸送を確実にするよう求めたという。N. Zinets & V. Soldatkin, “Russia Cuts Off Gas to Ukraine as Kiev Order Border Secured”, *Reuters*, 16 June 2014. <http://www.reuters.com/article/us-ukraine-crisis-idUSKBN0ER16X20140617>

²² コモディティ インテリジェンス「週刊経済指標」（2014年4月23日）2頁。
https://www.rakuten-sec.co.jp/ITS/village_report/commodity/20140423.pdf

こうした状況の下で、ウクライナ議会は、ロシアに対抗するため、2014年8月14日に2つの法律を制定した。1つは、東部ウクライナ問題に関連して反政府勢力を支援しているロシア企業等を狙い撃ちにした制裁法である。これに先立ちウクライナ政府はすでに172名の個人をリストアップするとともに、ガスプロム社を含む65のロシア企業を公表して、これらに対してテロリズムを財政的に支援したことを理由に制裁を科しうる旨確認していた。そしてこの制裁法が議会で承認されたことにより、欧州のエネルギー関連企業がウクライナを経由したロシアの天然ガスを購入する場合には、売買契約の大きな改訂に同意することが求められることになったのである。この法律では必ずしもガスプロム社が制裁の狙い撃ちになるとは限らないとされるものの²³、ウクライナによる制裁の発動で欧州への天然ガスの供給が中断してしまう懸念が欧州諸国や企業から表明されたという²⁴。

もう1つは、ナフトガス社の改革を目的とした「ウクライナ単一ガス輸送システムの管理システム再編法」（ガス輸送システム再編法）である。この法律は、国有財産となっている主要ガスパイプラインや天然ガスの地下貯蔵庫の管理等の移転に対する制限を撤廃し、主要ガスパイプラインとガス輸送システムを、譲渡権なしに一定期間、私企業の利用に供することができるようにすることをその内容としている。その結果、ガス輸送システムのコントロール機能は、これまでの国営企業からウクライナ当局が認める事業体に移されることが可能となるが、これは、ナフトガス社のガスパイプライン部門と地下ガス貯蔵庫部門が分社化し、海外の企業との合弁会社にもその管理を委ねることもできることを意味し、その場合、合弁会社へのウクライナの出資比率は51%を下回らないことが条件となる。こうした法律が制定された背景には、EUが進めるエネルギー共同体条約の枠組み内でウクライナが負う責務に従い、EUの第三次エネルギーパッケージでの要件を充足すべく、いわゆるアンバンドリングがウクライナ国内の企業にも適用されるようにガス輸送システムの再編が求められたということがある²⁵。

このガス輸送システム再編法は2014年9月10日に発効したが、問題は、ウクライナのガス

²³ ナフトガス社によると、将来ロシアに対して制裁が行われる場合でも、それがガスプロム社をターゲットにするものとは限らないとしている。“Ukraine Passes Law on Russia Sanctions, Gas Pipelines”, *Radio Free Europe/Radio Liberty*, 14 August 2014. <http://www.rferl.org/content/ukraine-legislation-sanctions-russia/26530692.html>

²⁴ “Ukraine Approves Law on Sanctions against Russia”, *Reuters*, 14 August 2014. <http://www.reuters.com/article/us-ukraine-crisis-sanctions-kiev-idUSKBN0GE0YI20140814>

²⁵ “The Energy Regulation and Markets Review - Edition 5, Ukraine”, *The Law Reviews*, <http://thelawreviews.co.uk/edition/the-energy-regulation-and-markets-review-edition-5/1136398/ukraine> See also, EU-Ukraine Energy Cooperation, Ninth Joint EU-Ukraine Report, Implementation of the EU-Ukraine Memorandum of Understanding on Energy Cooperation during 2014. <https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/EU-UKRAINE%20ENERGY%20COOPERATION.pdf> ウクライナ危機とEUのエネルギー安全保障戦略の関係全般については、蓮見雄「EUにおけるエネルギー連絡の契機としてのウクライナ」『日本EU学会年報』第35号（2015年）103-136頁参照。

輸送システムへの参入を許された外国企業の中にロシアが含まれなかったことであった。ウクライナ政府は、ガス輸送システムやガス地下貯蔵庫については依然国有にとどめて管理コントロールを保持したまま、米国、EU及び欧州エネルギー共同体に所在する企業が株式を所有することを許可したのであり、そこからロシアは排除されていたからである。この法律はロシア企業、とりわけガспロム社の参入を阻むものであるとしてロシアでは当初から批判があり、ガス輸送システム再編法の発効によりロシアの企業がウクライナのガス輸送システムから締め出されたことを受けて、ロシアは2014年11月に開催されたWTOサービスの貿易に関する理事会においてウクライナの国内法制定を非難した。すなわち、ウクライナの同法がサービスの貿易に関する一般協定（GATS）第2条（最恵国待遇）、第16条2項(e)及び同(f)（市場アクセス）、第17条（内国民待遇）によるウクライナの義務に違反すると主張した²⁶。これに対してウクライナは、同法がエネルギー共同体条約上の義務に基づく再編を定めたもので、WTO協定にも合致しており、後述するWTO加入時のコミットメントにも反しないと反論した。さらに、ロシアによるクリミアの占領・併合と東部ウクライナへの侵攻という事情も考慮に入れるべきという主張も行っている²⁷。

4. 最終合意の内容とその後の状況

他方、2014年4月に始まったロシア・ウクライナ間の天然ガス紛争を終結させるためEUが両国をとりもちロシア・ウクライナ間で行われていた協議は、同年10月30日にブリュッセルで最終的に合意に達した。ウクライナ政府、ロシア政府、そしてEUの欧州委員会の各代表が署名した「2014年11月から2015年3月31日までの期間におけるロシア連邦からウクライナへのガス供給の条件に関する拘束力ある議定書(Binding Protocol)」と題する文書がその成果である²⁸。この議定書は、2014年11月から2015年3月末日までの冬季においてウクライ

²⁶ Council for Trade in Service, *Report of the Meeting held on 28 November 2014. Note by the Secretariat*. S/C/M/120, 28 January 2015, pp.21-22, paras.7.2-7.5. ロシア政府高官によると、これはガス輸送システム再編法の無効を示唆するものであったという。"Russia Urges Ukraine to Annul Law on Foreigners' Access to Pipelines", *Tass*, 5 December 2014. <http://tass.ru/en/economy/765400>

²⁷ Council for Trade in Service, *Report of the Meeting held on 28 November 2014. Note by the Secretariat*, pp.22-23, paras.7.6-7.9. なお、その後もウクライナ議会は2015年4月9日に天然ガス市場法を制定して、EUのエネルギー共同体への統合を進めた。"Ukrainian Parliament Brings Natural Gas Market Regulation into Compliance with the Third Energy Package", *Asters, Legal Alerts*, 20 April 2015. https://www.asterslaw.com/press_center/legal_alerts/ukrainian_parliament_brings_natural_gas_market_regulation_into_compliance_with_the_third_energy_package/

²⁸ Binding Protocol regarding the Conditions for Gas Delivery from Russian Federation to Ukraine for the Period from November 2014 until 31st of March 2015.

https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/20141030_trilateral_protocol.pdf この文書については、「拘束力ある (Binding)」議定書ではあるが、法的文書ではなく政治的性格の文書との評価がある。S.Kardaś, W.Konończuk & A.Łoskot-Strachota, "Success? The

ナでの国内消費を賄うだけのガスをガスプロム社からナフトガス社に供給することを可能とする枠組み合意の形式をとっている。この議定書によれば、具体的には大きく以下の3点について当事者間で合意が確認された。

第1に、天然ガスの売買についてである。上記期間におけるガスプロム社からナフトガス社に供給される天然ガスの価格は、2009年1月19日に締結された両社間の天然ガス売買契約による価格からロシアによる輸出関税の減免分を引いたものとされた（議定書1.1.）²⁹。また、ナフトガス社による代金支払いは前払い制とされる一方、ガスプロム社は2009年契約に規定されたtake or pay条項の援用を上記期間控えることになった（同1.2.）。

第2に、通過サービスの支払いについて、2009年通過契約に従い³⁰、ガスプロム社がナフトガス社の銀行口座に代金を全額支払うことが合意された（同2.）。

第3に、ガス代金未払い分の支払いのスケジュールも確認された。まず、ナフトガス社は、2013年11月から2014年6月までの未払い代金31億ドルのうち、2014年のガス供給が行われる前に14億5000万ドルを、2014年12月31日までに残る16億5000万ドルをガスプロム社に支払う（同3.1.）。直ちに支払われるべき前者の代金はナフトガス社へのガス供給の条件であり、31億ドル全額支払いが2014年12月31日以降のガス供給の条件となる（同3.2.）。そしてこのように支払われた31億ドルは別に作られた口座にこの目的のため確保されるという（同3.3.）。ただし、この31億ドルという金額の意味については、ナフトガス社とガスプロム社では異なる見解をとっていたこともこの議定書で明らかとされた。すなわち、31億ドルは、ナフトガス社にとっては上記期間の未払い代金の全額を支払ったことになるが、ガスプロム社にとっては未払金の一部にしかない（同3.4.）ということが併記されているのである。これは、当該未払い代金の計算についてはストックホルム商事仲裁に係属している事案であり、本議定書がその決定に影響を与えるものではないことを考慮した結果であろう。

なお、この議定書への署名と同時に、その実施のため、ガスプロム社とナフトガス社が2009年ガス売買契約の「補遺」を締結することとされた（同4.）。これは、ガスプロム社とナフトガス社がともにこの議定書の正式の当事者とはなっていないことから、別途両社間で合意が行われる必要があったためである。しかし、2009年ガス売買契約を修正するこの「補

Russia/Ukraine/EU Gas Agreement”, Ośrodek Studiów Wschodnich, 11 November 2014. <http://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2014-11-05/success-russia/ukraine/eu-gas-agreement>

²⁹ ロシア政府によると、これまで1000m³当たり100ドルを課されていた輸出関税が免除されるという。Permanent Mission of the Russian Federation to the European Union, “Talks Concluded between Russia, Ukraine and EU on Gas Supplies from Russia to Ukraine for the Winter 2014/2015”. <http://www.russianmission.eu/en/news/talks-concluded-between-russia-ukraine-and-eu-gas-supplies-russia-ukraine-winter-20142015>

³⁰ ガスプロム社とナフトガス社との間の2009年通過契約の内容については、中谷・前掲注3 36-37頁参照。

遺」の内容は公表されておらず、その詳細は不明である。

さらにウクライナ政府によると、上記議定書及び2009年ガス売買契約「補遺」のほか、ウクライナ大統領宛欧州委員会議長書簡も協議の結果として記録され、この書簡の中で欧州委員会は、ロシアがガス代金に関する約束を果たさなかった場合、ならびにEU構成国からウクライナへのガスの逆供給の増加に欧州委員会が貢献することを望む場合について財政的支援をウクライナに保証しているという³¹。

この合意により、2014年ロシア・ウクライナ間のガス紛争は一応の決着を見たのだが、それはあくまで2015年3月31日までの事態を收拾したにすぎず、その後の両国間の天然ガス供給問題は別途交渉に委ねられなければならなかった³²。また、この議定書で明示されているように、ガスピロム社とナフトガス社では、1000m³当たりのガス代金の単価に関する評価の違いから、2013年から2014年にかけてのナフトガス社の未払い代金の総額について見解の相違が生じたため³³、両社はこの件につきストックホルム商業会議所に仲裁を申し立てた。なお、同仲裁は2017年5月31日に裁定を公表し、ガスピロム社の主張を退けたという³⁴。

Ⅲ ロシア・ウクライナ間天然ガス紛争に適用されるWTO法規則

1. GATT/WTO規則におけるエネルギーの取り扱い

(1) GATT/WTO規則とエネルギー

³¹ “The Outcomes of the Consultations in Ukraine-EU-Russia Format on Energy Issues”, Government Portal. Web-Portal of Ukrainian Government, 31 October 2014. http://www.kmu.gov.ua/control/en/publish/printable_article?art_id=247720888

³² その後、ロシア、ウクライナ及びEUの間で交渉が続けられ、2015年9月25日に三者間で合意をみた。合意された「拘束力ある議定書」には2015年1月1日から2016年3月31日までの期間における天然ガスの供給条件が規定され、それによると、ウクライナは自国領域を通過してEUに天然ガスを供給することを確保する旨約束する一方、ロシアは、輸出関税を減免することにより、ウクライナへのガス代金を、2015年第4四半期と2016年第1四半期における近隣のEU諸国における代金と同様のレベルに引き下げ、また欧州委員会は、ウクライナが支払わなければならないガス代金について、2015年末までに必要となる少なくとも5億ドルのうち一部を融資することとなったという。European Commission, *EU-Ukraine-Russia Talks Agree on the Terms of a Binding Protocol to Secure Gas Supplies for the Coming Winter*, STATEMENT/15/5724, 25 September 2015. 具体的には、ウクライナは5億ドルのうち、まず2億3400万ドルをロシア側に支払い、ガスピロムの供給可能最大量1日当たり1億1400万m³の天然ガスを受ける。この天然ガスの代金は、2015年第4四半期で1000m³当たり248-252ドルになる。K. Geropoulos, “Brussels to Oversee Smooth Implementation Phase”, *New Europe*, 12 October 2015. <http://neurope.eu/article/russia-ukraine-gas-deal-keeps-eus-flow-coming/>

³³ ガスピロム社は485ドル/1000m³を主張しているのに対し、ナフトガス社は、ヤヌコビッチ大統領時代にロシア側と合意した2014年第1四半期の価格268.5ドル/1000m³を主張した。V. Radchenko, “Ukraine: Ukrainian-Russian Gas War in Stockholm Arbitration”, *Energy World*, 20 March 2015. <http://www.energyworldmag.com/20/03/2015/ukraine-ukrainian-russian-gas-war-in-stockholm-arbitration/>

³⁴ R. Olearchyk, “Stockholm Arbitration Court Appears to Hand Ukraine Victory over Gazprom”, *Financial Times*, 31 May 2017.

現在のG A T T／W T Oに関する協定には、物品の貿易、サービス貿易、さらには貿易にかかわる知的財産権などに関する規則が定められている。しかしエネルギーに関していうと、もともと1947年に作成されたG A T Tにはエネルギー貿易に関する何か特定の規律が書き込まれていたわけではない³⁵。G A T Tが当初エネルギーに関する規定を定めなかった理由の1つは、エネルギー輸出国がG A T T作成過程、より正確には国際貿易機関を設立するハバナ憲章作成の交渉過程に参加しなかったことがあげられる。たとえば中東地域の石油産出・輸出国の多くはハバナ憲章の条約交渉過程に参加しなかった。そしてその後も1960年9月の石油輸出国機構（O P E C）設立時点でその原加盟国5ヵ国（イラン、イラク、クウェート、サウジアラビア、ベネズエラ）はいずれもG A T Tに加盟していない。そうした状況を招いたのは、G A T T交渉当事者がエネルギー関連産品をその議題に挙げる必要性を認識していなかったことも一因と言われている³⁶。

また、エネルギー産品の戦略的重要性から、エネルギーを主題にすることは交渉を過度に政治化することになり、安全保障上の考慮がエネルギー分野における貿易政策に影響を及ぼすことがおそれられたということもあろう³⁷。そのため、石油をめぐる貿易問題はG A T Tの多数国間枠組みでは扱われてこなかったし、そうした問題を持ち出さないという「紳士協定」が初期のG A T T交渉では存在していたかのように考えられてきた³⁸。もっとも、3度にわたる石油ショックを経験したことで、エネルギー消費国たる先進国は天然資源の輸出制限について法的な枠組みを求める姿勢をG A T Tのラウンド交渉で示す一方、エネルギー産出国の側でも、たとえば石油の輸入や国内での石油の消費に先進国が課税することに対して懸念を示すようになっていく。実際には、少なくともこれまでのところラウンド交渉は原油や石油製品等の取引に大きな影響を与えるものではなかったが、それでもエネルギー及びエネルギー産品がG A T Tの交渉項目に入っていることは明らかであろう。近年ではサウジアラビアのようなエネルギー輸出国がW T Oに加入することでW T Oにおけるエネルギー貿易問題の交渉が長期化する傾向にあるとされ、それはG A T T／W T O規則がエネルギーにも適用されること前提とした実行と言わなければならない³⁹。

³⁵ Y.Selivanova, *The WTO and Energy. WTO Rules and Agreements of Relevance to the Energy Sector*. ICTSD Programme on Trade and Environment. Issue Paper No.1 (ICTSD, 2007), p.11. <https://www.ictsd.org/downloads/2012/03/the-wto-and-energy.pdf>

³⁶ P.D.Farah & E.Cima, “Energy Trade and the WTO: Implications for Renewable Energy and the OPEC Cartel”, *Journal of International Economic Law*, Vol.16 (2013), p.710.

³⁷ M.Gibbs, “Energy Services, Energy Policies and the Doha Agenda”, in United Nations Conference on Trade and Development, *Energy and Environmental Services: Negotiating Objectives and Development Priorities* (United Nations, 2003), p.4.

³⁸ United Nations Conference on Trade and Development, *Trade Agreements, Petroleum and Energy Policies* (United Nations, 2000), p.15.
http://unctad.org/en/Docs/itcdtsb9_en.pdf

³⁹ 以上のような状況について、see, S.L.Sakmar, “Bringing Energy Trade into the WTO: The

このように、G A T T / W T O 規則にはエネルギーに関する明文の規定はないが、これらの規則があらゆる商品の取引に適用されることを想定している以上、エネルギーが商品である限り、すべてのG A T T / W T O 規則はエネルギーの取引にも適用可能であると考えられなければならない。そこで次に、どのようなG A T T / W T O 規則がエネルギー分野に適用されるのかを確認しておこう。

(2) エネルギーに関連する適用可能なG A T T / W T O 規則とその内容

実はG A T T / W T O 規則がエネルギー分野に適用可能だとしても、明文での規定がない以上、その適用においては不明確な部分が残らざるを得ない。例えば、G A T T / W T O 法における「エネルギー」とは何かという定義の問題は、G A T T / W T O 規則から一義的に導出することはできない。「エネルギー商品の貿易」や「エネルギー関連サービスの貿易」についても同様のことが言える。

伝統的に、エネルギー産業ではエネルギー商品とエネルギー関連サービスとを区別はしてこなかったとされる。エネルギーサービスはエネルギー商品に付随する価値として認識されていたこともあり、両者を別個に扱うことはできないというのがその理由であった。確かに、商品とサービスとを区別してしまうと、国内法や国際法ではエネルギーを統合的に扱い規律するための適切な基礎が提供されることにはならない。例えば、電力は伝統的に商品ととらえられているが、その性質上、サービスの側面もあるといわれている。これは、エネルギーを商品やサービスの観点から定義する明確な認識がないためであり、G A T S にもエネルギーに関するサービスについて適切な定義が設けられていないのである⁴⁰。このように、エネルギーの多くの形態においては、その複雑な性質から、商品の貿易とサービスの貿易の両方の側面が問題となると考えなければならない⁴¹。

また、W T O 加盟国による同一の規制措置が貿易とサービスの双方に影響を及ぼしうるような場合には、これに対してG A T T とG A T S のいずれの協定も適用可能となるであろう⁴²。知的財産権の貿易が関係するような状況でも同様であり、その場合にはG A T T と知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（T R I P S 協定）のいずれの義務も存在することに

Historical Context, Current Status, and Potential Implications for the Middle East Region”, *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol.18 (2008), pp.96-98.

⁴⁰ Th.Cottier, G.Malumfashi, S.Matteotti-Berkutova, O.Nartova, J.de Sépibus & S.Z.Bigdeli, *Energy in WTO Law and Policy, Working Paper No 2009/25* (Swiss National Centre of Competence in Research, 2009), pp.3-7.

https://www.researchgate.net/publication/228548564_Energy_in_WTO_law_and_policy

⁴¹ 電力は商品であるとともにサービスの側面を有することは広く認識されているが、天然ガスもまた同様である。天然ガスの探査と生産は石油の探査・生産ときわめて密接に結びついているが、輸送や分配についてはむしろ電力によく似た特徴を有するという。S.Zarrilli, “International Trade in Energy Services and the Developing Countries”, in United Nations Conference on Trade and Development, *supra* note 35, p.30.

⁴² Report of the Appellate Body, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, adopted 25 September 1997, para.221.

なる⁴³。もともと、そのように複数の協定の関連規定が同時に適用される状況では両者が抵触することもありうるであろうし⁴⁴、そのような場合にいずれの規定が優先的に適用されるのかについてはG A T T／W T O規則上からは必ずしも明確ではない⁴⁵。こうしたことから、エネルギーに関連した協定を適用することには、その適用範囲も含め、一定の困難を伴うことも指摘しておく必要がある。

ここでは、エネルギー問題について適用される可能性のあるW T O法のうちG A T T規則を中心に概観しておきたい⁴⁶。

G A T Tの一般原則としては、まず、G A T T第1条の一般的最恵国待遇があげられる。それによれば、W T O加盟国はいずれも「同種の產品に」「即時かつ無条件に」最恵国待遇を許与しなければならない。したがって、ある国が特定の国からのエネルギー產品に何らかの利益を与えるような関税や国内措置などをとった場合、そうした利益は他のW T O加盟国からの同種の產品にも同じ利益が拡大される。つまり、同種のエネルギー產品は、その原産地や仕向け先を理由として差別することはできないのである。

また、G A T T第3条にいう内国民待遇もエネルギー產品に適用可能である。この原則によれば、W T O加盟国が外国品に対して同種の產品である国產品に対しては賦課していない内国税を賦課し、その他法律等によっては差別的規制を行うことが禁止されるため、エネルギー產品の輸入に対して賦課される内国税は国産の同種のエネルギー產品に対してより高いものでなければならない。

そのほか、G A T T第11条に規定されている数量制限の一般的廃止もエネルギー產品に適用される。G A T Tのパネルによれば、一定価格以下の產品の輸入制限がG A T T第11条1項に違反するとされ⁴⁷、またこれは一定価格以下の輸出制限の場合も同様であるという⁴⁸。また、数量制限の一般的廃止の例外にあたる第11条2項も適用可能であり、例えば、あるエネルギー產品が危機的に不足していることを示せば、「不可欠の產品」とみなされる当該產品

⁴³ Report of the Panel, *European Communities - Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, WT/DS290/R, adopted 20 April 2005, para. 7.244.

⁴⁴ Report of the Appellate Body, *Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopted 19 June 2000, para.160. See also, J.Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* (Cambridge U.P., 2003), pp.403-405.

⁴⁵ Report of the Panel, *Canada - Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/R, adopted 30 July 1997, para.5.17.

⁴⁶ Selivanova, *supra* note 35, pp.13-20.

⁴⁷ Report of the Panel, *European Community Programme of Minimum Import Prices, Licenses and Surety Deposits for Certain Processed Fruits and Vegetables*, L/4687, BISD 25S/68, adopted 18 October 1978, para.4.9.

⁴⁸ Report of the Panel, *Japan - Trade in Semi-conductors*, L6309, BISD 35S/116, adopted 4 May 1988, para.105.

の輸出禁止や輸出割当てを課すことは可能となろう。

さらにこれら原則に対する例外規定としてのG A T T第20条の一般的例外や第21条の安全保障のための例外もエネルギー製品の適用に関連する。前者の規定については、大気浄化法に基づく品質基準規則に従ってガソリンの国内販売の制限を行った米国に対してブラジルとベネズエラが申し立てた事案で問題となった⁴⁹。後者についても、エネルギーの重要性を考えると、エネルギーに関係する貿易規制措置が正当化される余地がないわけではない。

G A T Tについてはこうした一般原則とその例外のほか、後述するように、G A T T第5条の通過、第17条の国家貿易企業などもエネルギー関連の適用条項としてあげられるであろう。

また、G A T T以外では、エネルギーサービスについてG A T S、エネルギー製品への補助金問題では補助金及び相殺措置に関する協定（S C M協定）、エネルギー関連の投資については貿易に関連する投資措置に関する協定（T R I M s 協定）、さらにエネルギー部門の技術移転問題ではT R I P S 協定が関係する。

上記規則については、実際にもエネルギー分野での援用がみられる。最近W T Oに加盟したロシアも、電気・ガスのアンバンドリングを強化するE Uの第3次エネルギーパッケージについて、2014年4月に、G A T T第1条、第3条違反のほか、G A T S、S C M協定、T R I M s 協定等の関連規定に違反するものとしてW T O紛争処理手続によりE Uとその構成国との協議を要請し、2015年5月にはパネルの設置を要請した⁵⁰。

このように、W T Oの関連規則がエネルギー分野に適用されることについては、明文の規定はないものの、W T O加盟国の実行から明らかに認められているということがいえよう。エネルギー製品はG A T T上の「製品(goods)」とみなされてきたのであり、またサービス貿易分野においてもW T Oでの実行上⁵¹、エネルギーはサービスとしての側面が認められてきたのである⁵²。

⁴⁹ Report of the Appellate Body, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, pp.13-30.

⁵⁰ *European Union and Its Member States - Certain Measures Relating to the Energy Sector*, Request for Consultations by the Russian Federation, WT/DS476/1, 8 May 2014; Request for the Establishment of a Panel by the Russian Federation, WT/DS476/2, 28 May 2015. その後、2015年7月20日にパネル設置が決定され、その構成に手間取ったものの、2016年3月7日にW T O事務局長が構成員を決定し（Constitution of the Panel established at the Request of the Russian Federation, Note by the Secretariat, WT/DS476/3, 8 March 2016）、2017年11月末現在も継続中である。

⁵¹ たとえばW T O加盟国が参照するW T O事務局作成のサービス分類によれば、エネルギーの流通やパイプラインによる燃料輸送もサービスの一種に数えられている。W T O, *Service Sectoral Classification List*. Note by the Secretariat. MTN.GNS/W/120, 10 July 1991.

⁵² B.Huarte Melgar, *The Transit of Goods in Public International Law* (Brill, 2015), pp.237-240.

2. WTOへのウクライナ及びロシアの加入に伴う約束（コミットメント）

(1) WTO加入時における加入議定書の締結の意義

WTO加盟国が上記に見たGATT/WTO規則の適用を受けるのは当然だが、そのほかある国等がWTOに加入する場合には、加入交渉過程において他のWTO加盟国から特定の約束（コミットメント）を求められることが多く、それが加入時に締結される議定書（より正確には議定書中に援用されている作業文書のパラグラフ番号）で明記される。このため、当該WTO加盟国は、GATT/WTO規則のほか、こうした加入議定書における約束にも従わなければならない。以下、加入に至る手続を概観しよう。

WTO協定第12条1項によると、「すべての国又は対外通商関係その他この協定及び多角間貿易協定に規定する事項の処理について完全な自治権を有する独立の関税地域」であれば、WTOへの加入は可能である。ただし、「自己と世界貿易機関との間において合意した条件」には従わなければならない。このため、他の加入申請国と同様、ウクライナもロシアも主権国家として地位からWTOへの加入申請は可能だが、その際にはWTOとの間で、実際には既存のWTO加盟国との間で加入の条件について合意しなければならなかった。

こうした加入条件をめぐる交渉は、加入申請を受け、関心を有するWTO加盟国が作業部会を設置することで開始される。この作業部会に対して、加入申請国は、経済政策や対外貿易の状況、その関連国内法規、関税や輸入手続などの法制度といったことを含む自国の貿易体制についての説明資料を提出し、この資料を基礎に申請国と作業部会メンバー国との間でWTO規則と加入申請国の貿易体制についての検討作業が行われることになる。また、そのような多国間での交渉と並行して、加入申請国と作業部会のメンバー国が二国間で個別に自由化交渉を行うことも多い。こうした交渉プロセスを経て、作業部会は作業部会報告書及び加入議定書案を作成し、また関税の引下げや非関税障壁の撤廃といった自由化交渉を行った二国間関係では関税譲許表やサービス分野の約束などを含んだ加入議定書附属書案が作成される。そしてWTOの閣僚会議または一般理事会においてこれら加入議定書（附属書を含む）と作業部会報告書が加入国の3分の2以上の賛成多数を得て採択されると、加入申請国のWTO加入が認められることになり、加入申請国が必要な国内手続を経て受諾書をWTO事務局長に寄託して30日後に正式にWTO加入の効力が生じることになる⁵³。現実には、新規加入に関してWTO加入国のコンセンサスを得るため⁵⁴、この交渉プロセスには長い時

⁵³ U F J 総合研究所新戦略部通商政策ユニット編『WTO入門』（日本評論社、2004年）36-38頁。See also, WTO, *Technical Note on the Accession Process. Note by the Secretariat*. WT/ACC/10/Rev.4, 11 January 2010, pp.4-33.

⁵⁴ 通常は、加入申請国と二国間で交渉を行いたいと考える諸国は作業部会にも参加するため、利害関係国すべてが作業部会により作成される報告書に同意することから、WTO閣僚会議や一般理事会では全会一致で加入が承認されることになるという。E.Neumayer, “Strategic Delaying and Concessions Extraction in Accession Negotiations to the World Trade Organization: An Analysis of Working Party Membership”, *World Trade Review*, Vol.12, No.4 (2013), p.675.

間が必要とされる⁵⁵。

このような交渉を経て加入の際に締結される加入議定書は、「WTO協定の不可分の一部 (an integral part of the WTO Agreement)」とされる。そうした趣旨の文言がこれまで締結された加入議定書に取り入れられてきたことは、WTO事務局の作成した文書からも明らかである⁵⁶。WTO協定ではなく、加入議定書そのものにこうした文言が規定されることにより、加入議定書自体はWTO協定ではないにせよ、それがWTO協定と一体のものとして新加入国を法的に拘束することになるのである⁵⁷。

WTOの紛争解決機関もまた、こうした加入議定書の文言に依拠して、加入議定書が「WTO協定の不可分の一部」であることを確認するとともに、現実の紛争解決過程で加入議定書を解釈・適用してきた⁵⁸。この加入議定書については、WTO紛争解決手続了解の適用対象となる「対象協定」の一覧（同了解第1条及び同了解の附属書一参照）にその名称が掲げられていないことから、WTO紛争解決機関による加入議定書の解釈・適用の法的根拠について議論がないわけではない⁵⁹。しかし、紛争解決機関は、これまでのところ、あたかも加

⁵⁵ M. Matsushita, Th. Schoenbaum & P. C. Mavroidis, *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy. Second edition* (Oxford U.P., 2006), p. 11. 交渉期間は長期化しており、初期の新規加入申請15か国の場合（1995年から2001年）の交渉期間は平均78か月であったが、2001年からの新規加入申請10か国の場合は、平均134か月であるという。交渉期間が長期化すればそれだけ経済的な利益が減少することになりかねないが、その間に外国からの援助等によりガバナンス能力を改善することで、WTOの基本原則を毀損することなく交渉期間を短縮させることが可能となる場合もある。K. Jones & Y. Gai, “Joining the WTO: Why Does It Take So Long?” *Open Economic Review*, Vol. 24 (2013), p. 714.

⁵⁶ WTO, *Technical Note on the Accession Process. Note by the Secretariat*. WT/ACC/10/Rev.3, 28 November 2005, p. 43.

⁵⁷ 各加入申請国に求められる具体的なコミットメントは、直接加入議定書に規定されるのではなく、作業部会報告書の中で列挙され、列挙されたコミットメントが記載されたパラグラフが加入議定書において言及されることで、實際上、当該コミットメントが加入議定書に盛り込まれる形式となっている。これは、とりわけ中国のWTO加入申請に際して要求されたコミットメントが飛躍的に増加したことに対応した措置であり、それが現在では標準的な実行となっている。なお、中国の作業部会報告書は180頁343項という分量だったのに対し、ロシア加入申請に際しての作業部会報告書は612頁1451項にも上っており、ロシアに対して相当数のコミットメントが求められたことを物語っている。J. Y. Qin, “The Conundrum of WTO Accession Protocols: In Search of Legality and Legitimacy”, *Virginia J. I. L.*, Vol. 55 (2015), pp. 393-394.

⁵⁸ I. Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford U.P., 2009), p. 76. e.g., Reports of the Panel, *China - Measures Affecting Imports of Automobile Parts (China - Auto Parts)*, WT/DS339/R, WT/DS340/R, WT/DS342/R, adopted 18 July 2008, paras 7.740; Reports of the Appellate Body, *China - Measures Affecting Imports of Automobile Parts (China - Auto Parts)*, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R, adopted 15 December 2008, paras. 213-214; Reports of the Panel, *China - Measures related to the Exportation of Various Raw Materials (China - Raw Materials)*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, adopted 5 July 2011, paras. 7.713-7.714; Reports of the Appellate Body, *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China - Raw Materials)*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, adopted 30 January 2012, para. 278.

⁵⁹ M. Tyagi, “Flesh on a Legal Fiction: Early Practice in the WTO on Accession Protocols”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 15, No. 2 (2012), pp. 391-441. WTO協定第9条2

入議定書が「対象協定」であるかのようにこれに言及し勧告を行ってきたとされる⁶⁰。しかも、最近では、被申立国のとった措置が当該被申立国の加入議定書に規定された義務に違反するとの認定がなされた事例もあり⁶¹、G A T TほかのW T O諸協定自体の違反のほか、それと「不可分の一部」である加入議定書が定める義務の違反も紛争解決機関による認定の対象となっていることは注目に値する。

このように、W T Oに加入する際に締結する加入議定書での義務も紛争解決機関の解釈・適用の対象となることから、ウクライナとロシアがそれぞれ締結した加入議定書の内容を確認しておくことが必要となる。

(2) ウクライナの加入議定書における「通過の自由」の取り扱い

ウクライナが1993年11月30日にW T Oへの加入申請を行ったことから、これに伴いウクライナの加入に関する作業部会が設置された。その後、米国やオーストラリア、日本などW T O加入国との二国間交渉と並行して、作業部会でも、農業、輸出規制、サービス市場へのアクセス、技術的規制システムの調和、ウクライナにおける衛生・植物衛生・家畜衛生に関する規制の適用、貨物の貿易に影響を与える国内政策、知的財産権保護といった問題についてウクライナと交渉が進められた⁶²。その結果、最終的にこの作業部会が報告書を公表したのはほぼ15年後の2008年1月25日である。

この作業部会報告書によると、ウクライナはエネルギーについて特別な注意を払っていたことが読み取れる。たとえば、物品の通過輸送に係るG A T T第5条に関連して、ウクライナは、「物品（エネルギーを含む）の通過輸送についての課徴金を規律するような、物品の通過を規律する自国の法律、規則及びその他の措置をすべて、1994年のG A T T第5条の規定及びW T O協定のその他の関連規定に合致して」適用することを約束し、これを作業部会

項に従い、加入議定書の解释权は紛争解決機関ではなく、閣僚会議及び一般理事会にあるという主張について、see. J.Liu, “Accession Protocols: Legal Status in the WTO Legal System”, *Journal of World Trade*, Vol.48, No.4 (2014), pp.761-762.

⁶⁰ M.Kennedy, “The Integration of Accession Protocols into the WTO Agreement”, *Journal of World Trade*, Vol.47, No.1 (2013), pp.50-51. Reports of Appellate Body, *China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, adopted 21 December 2009, para.417.

⁶¹ Reports of the Panel, *China - Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum (China - Rare Earths)*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R, adopted 26 March 2014, para.7.48. なお、この事件の上級委員会もパネルの判断を支持している。Reports of the Appellate Body, *China - Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum (China - Rare Earths)*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, adopted 7 August 2014.

⁶² A.Shnyrkov, A.Rogach & A.Kopystyra, “Ukraine’s Joining the WTO: Realities and Challenges”, *Transition Studies Review*, Vol.13, No.3 (2006), pp.518-519. その他、W T O加入に際してはウクライナと関係地域経済統合システムとの関係についても問題となった。V.Pogoretsky & S.Beketov, “Bridging the Abyss? Lessons from Global and Regional Integration of Ukraine”, *Journal of World Trade*, Vol.46, No.2 (2012), pp.457-484.

もテイク・ノートした⁶³。通過に関するウクライナの約束は、特にエネルギーに言及した点でこれまでと異なるものだったのである⁶⁴。

こうしたウクライナの姿勢に対しては、他のWTO協定締約国からは、GATT第5条によれば法律で運送者が最も経済的な通過経路を選択することは可能とされているのに、物品の移動について特定の経路を指定したウクライナ国内法はこの規定と両立しないのではないかといった主張や、通過物品には通過のコストにあたる一定の経費を除き税金が免除されるのだから、これに課徴金が課されることが合理的なのかという疑問の声が上がったという。結局、ウクライナは、最も経済的な経路を運送業者も選択することが可能であり、課徴金についても、それは通過のコストにあたる部分だから合理的であると反論して、上記のコミットメントにとどまることになったのである⁶⁵。

その後、2008年2月5日に加入議定書について合意に達し、一般理事会が決定を行った後⁶⁶、その3か月後の5月16日にウクライナはWTOへの正式加入を果たした。この加入に際してウクライナは、GATT第5条関連ではパイプラインに特定して特別なコミットメントを行っているわけではなく、あくまで物品の通過輸送一般についての言及にとどまっている。しかし、前述のように、同じコミットメントにおいて物品にエネルギーが含まれることを明示してGATTで明示された義務を超えた義務を引き受けていることのほか⁶⁷、幹線パイプラインによる石油や天然ガスの輸送に課税を認める国内法令が作業部会報告書でも確認されていることから⁶⁸、天然ガスのパイプライン輸送にGATT/WTO規則の適用が想定されていたのは疑いのないところである。しかも、欧州地域において広範に展開するパイプラインのネットワークを考慮すれば、こうしたコミットメントはウクライナ一国のみにかかわるものではなく、他の関係諸国にも影響を与えることが予想された。実際、その後、ウクライナは他のWTO加入申請国に対して同様のコミットメントを受け入れるように働きかけを強めたとされており⁶⁹、それはロシアのWTO加入の際にも実現することになったのである。

(3) ロシアの加入議定書

ロシアは、ウクライナの申請より半年ほど早く、1993年6月に加入申請を行っている。そ

⁶³ *Report of the Working Party on the Accession of Ukraine to the World Trade Organization*, WT/ACC/UKR/152, 25 January 2008, para. 367.

⁶⁴ G. Marceau, “The WTO in the Emerging Energy Governance Debate”, in Pauwelyn (ed.), *supra* note 7, pp. 32-33.

⁶⁵ *Report of the Working Party on the Accession of Ukraine to the World Trade Organization*, WT/ACC/UKR/152, paras. 362-363.

⁶⁶ Accession of Ukraine, Decision of 5 February 2008, WT/L/718, 13 February 2008.

⁶⁷ G. Marceau, “The WTO in the Emerging Energy Governance Debate”, *Proceedings of American Society of International Law*, 2012, p. 387.

⁶⁸ *Report of the Working Party on the Accession of Ukraine to the World Trade Organization*, Table 7: Services Subject to State Regulation of Prices or Taxes.

⁶⁹ G. Marceau, “The WTO in the Emerging Energy Governance Debate”, *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 5 (2010), p. 88.

の後、審議を経て、ロシアWTO加入に関する作業部会の報告書が公表されたのは、ウクライナの作業部会報告書の公表よりおよそ4年後の2011年11月17日であった。最終的にWTO加入までおよそ18年もの年月を費やすことになったが⁷⁰、ここまで加入交渉が長引いたのは、ロシアのWTO加入に関する作業部会に参加する国がきわめて多く、加入交渉における合意形成を著しく困難にさせたことがあげられる⁷¹。また、ロシアが関係する地域経済統合システムとWTO体制との整合性の問題のほか⁷²、WTO体制に適合するようにロシアの貿易関連に関連する様々な法制度等の変更や改善が大幅に求められたこともその原因といえよう。たとえばエネルギー問題について言えば、2004年から2008年にかけてプーチンの下で石油や天然ガスといった資源供給の部門で国家による統制を強化する方向に進み、経済構造改革を追及するというロシアのコミットメントに対して他の諸国は懐疑的な目を向けていた⁷³。また、EUや米国からは、以前より、ロシアによる天然ガスの価格を輸出用と国内用とに分ける二重価格制度が採用されていたことなどが問題視されていたこともある⁷⁴。とくにエネルギーの生産とその輸送ネットワーク活動の分離を主要政策として打ち出しているEUとの関係では、パイプラインによる天然ガスの輸送について適用されるGATT第5条2項もまたロシアのWTO加入交渉で扱われるべきテーマであったという⁷⁵。ただし、こうした問題に関して関係国と協議する二国間交渉については2009年までにほぼ完了し、2008年に勃発した武力紛争の影響でロシアのWTO加入に最後まで難色を示したWTO加盟国ジョージアとの間の交渉も、スイスの献身的な外交努力により、2011年には加入条件につき合意に到達したのである⁷⁶。

最終的に作業部会が作成した報告書の中で、ロシアもまた、ウクライナと同様に、エネル

⁷⁰ ロシアのWTO加入交渉過程について、see, Ch. J. Schewe, “Russia in the WTO: The Bear on a Leash? Russia in International Trade Disputes and the Added Value of a WTO Membership”, *Journal of World Trade*, Vol. 47, No. 6 (2013), pp. 1192-1193.

⁷¹ 金野雄五「ロシアのWTO加盟～中長期的には行政手続きの簡素化・効率化と汚職撲滅が鍵に～」『みずほ総研論集』2012年II号（2012年）47頁。<http://www.mizuho-ri.co.jp/publication/research/pdf/argument/mron1210-3.pdf>

⁷² W. E. Butler, “Russia and the WTO System: Law, Regionalism, and Politics”, *The University of Memphis Law Review*, Vol. 44 (2014), pp. 599-617.

⁷³ W. H. Cooper, *Russia's Accession to the WTO and its Implications for the United States* (Congressional Research Service, 2012), p. 4.
<https://www.fas.org/sgp/crs/row/R42085.pdf>

⁷⁴ S. Ripinsky, “The System of Gas Dual Pricing in Russia: Compatibility with WTO Rules”, *World Trade Review*, Vol. 3, No. 3 (2004), pp. 463-481; H. Zimmermann, “Realist Power Europe? The EU in the Negotiations about China's and Russia's WTO Accession”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 45, No. 4 (2007), p. 825.

⁷⁵ K. Grewlich, “International Regulatory Governance of the Caspian Policy Game”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 29 (2011), p. 113.

⁷⁶ Cooper, *supra* note 71, p. 5; D. Warner, “Moving Borders: Russia's Creative Entry into the World Trade Organization (WTO)”, *Alternatives: Global, Local, Political*, Vol. 39, No. 2 (2014), pp. 90-107.

ギー問題に関して特にG A T T第5条との関係でのコミットメントを明確にした。すなわち、この作業部会報告書によると、ロシアは、W T O加入に際して以下のような約束を確認したという。まず、道路、鉄道及び航空機による貨物（エネルギーを含む）の通過輸送についての課徴金、並びに通過との関連で課されるその他の課徴金や関税を規律するような、物品の通過を規律する自国の法律、規則、及びその他の措置を、1994年のG A T T第5条の規定及びW T O協定のその他の関連規定に合致して適用するということである。また、通過との関連で課される課徴金や関税の適用や内容に関する法律及び規則はすべて加入日から公表されるとともに、関係締約国からの書面による要請を受けて、関税により得られた歳入及びそれと関連するサービスを提供するためのコストに関する情報を当該締約国に提供することになり、情報の透明性が確保されることもあわせて約束するものとされた⁷⁷。W T O協定締約国の一部には、運送会社に対するロシア当局の関税手続の不明確さについての不信感があり、通過の際に課される関税についての国内法規則がG A T T第5条と合致しているかが疑問とされていたためである⁷⁸。

こうして、ロシアもまたウクライナと同様に、G A T T第5条に基づく通過の自由をエネルギーの輸送にも適用する約束を確認した。通過の自由に関しては、ロシアも中央アジア諸国からの天然ガス輸送の通過国であることから、ガスピロム社が支配するガス輸送ネットワークへのアクセスを開放するかがW T O加入に際して注目される場所であったが⁷⁹、少なくとも作業文書上のコミットメントとしてはウクライナと同様の追加的約束を行っているといえよう。

この報告書を受けて、2011年12月16日にW T O閣僚会議の決定で、ロシアの加入議定書が合意され、作業部会報告書であらわされたロシアによるコミットメントもこの議定書で確認された⁸⁰。そしてようやく2012年8月22日にロシアはW T Oに正式に加入することができたのである。

⁷⁷ *Report of Working Party on the Accession of the Russian Federation to the World Trade Organization*, WT/ACC/RUS/70 WT/MIN(11)/2, 17 November 2011, para. 1161.

⁷⁸ *Ibid.*, para. 1152.

⁷⁹ P. Milthorp & D. Christy, “Energy Issues in Selected WTO Accessions”, in Y. Selivanova (ed.), *Regulation of Energy in International Trade Law. WTO, NAFTA and Energy Charter* (Kluwer Law International, 2011), pp. 294–295.

⁸⁰ *Accession of the Russian Federation*, Decision of 16 December 2011, WT/MIN(11)/24 WT/L/839, 17 December 2011. ただし、エネルギー原材料の二重価格制度のようなエネルギー関連事項についてW T O加盟国間でコンセンサスに達していないこともあり、エネルギー分野においてロシアはW T O規則以上のコミットメントを負うことはほとんどなかったという。A. Marhold, “The World Trade Organization and Energy: Fuel for Debate”, *ESIL Reflections*, Vol. 2, Issue 8, 30 September 2013, p. 5. <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Marhold%20-%20ESIL%20Reflections.pdf>

IV G A T T 第 5 条とロシア・ウクライナ間天然ガス紛争

1. G A T T 第 5 条の内容

まず、G A T T 第 5 条の内容を確認しておこう。同条は以下のように規定している⁸¹。

- 1 貨物（手荷物を含む。）及び船舶その他の輸送手段は、一締約国の領域のそれらの通過が、積換、倉入れ、荷分け又は輸送方法の変更を伴うかどうかを問わず、その締約国の国境外から始まり国境外に終るその通過の全行程の一部にすぎないときは、その領域を

⁸¹ G A T T 第 5 条の英文は以下の通り。

Article V Freedom of Transit

1. Goods (including baggage), and also vessels and other means of transport, shall be deemed to be in transit across the territory of a contracting party when the passage across such territory, with or without trans-shipment, warehousing, breaking bulk, or change in the mode of transport, is only a portion of a complete journey beginning and terminating beyond the frontier of the contracting party across whose territory the traffic passes. Traffic of this nature is termed in this article "traffic in transit".
2. There shall be freedom of transit through the territory of each contracting party, via the routes most convenient for international transit, for traffic in transit to or from the territory of other contracting parties. No distinction shall be made which is based on the flag of vessels, the place of origin, departure, entry, exit or destination, or on any circumstances relating to the ownership of goods, of vessels or of other means of transport.
3. Any contracting party may require that traffic in transit through its territory be entered at the proper custom house, but, except in cases of failure to comply with applicable customs laws and regulations, such traffic coming from or going to the territory of other contracting parties shall not be subject to any unnecessary delays or restrictions and shall be exempt from customs duties and from all transit duties or other charges imposed in respect of transit, except charges for transportation or those commensurate with administrative expenses entailed by transit or with the cost of services rendered.
4. All charges and regulations imposed by contracting parties on traffic in transit to or from the territories of other contracting parties shall be reasonable, having regard to the conditions of the traffic.
5. With respect to all charges, regulations and formalities in connection with transit, each contracting party shall accord to traffic in transit to or from the territory of any other contracting party treatment no less favourable than the treatment accorded to traffic in transit to or from any third country.
6. Each contracting party shall accord to products which have been in transit through the territory of any other contracting party treatment no less favourable than that which would have been accorded to such products had they been transported from their place of origin to their destination without going through the territory of such other contracting party. Any contracting party shall, however, be free to maintain its requirements of direct consignment existing on the date of this Agreement, in respect of any goods in regard to which such direct consignment is a requisite condition of eligibility for entry of the goods at preferential rates of duty or has relation to the contracting party's prescribed method of valuation for duty purposes.
7. The provisions of this Article shall not apply to the operation of aircraft in transit, but shall apply to air transit of goods (including baggage).

通過しているものとみなす。この種の運送は、この条において「通過運送」という。

- 2 他の締約国の領域へ向かうか又は他の締約国の領域から来る通過運送に対しては、国際通過に最も便利な経路によつて各締約国の領域を通過する自由を与えなければならない。船舶の国籍、原産地、仕出地、入国地、出国地若しくは仕向地による差別、又は貨物若しくは船舶その他の輸送手段の所有の事情に基く差別を設けてはならない。
- 3 締約国は、自国の領域を通る通過運送について関係税関で所定の手続に従うことを要求することはできるが、関税に関して適用される法令を遵守しなかつた場合を除くほか、他の締約国の領域から来るか又は他の締約国の領域へ向かう通過運送を不必要に遅延させ、又は制限してはならず、また、その通過運送について、輸送料金又は通過に伴う行政的経費若しくは提供された役務の費用に相応する課徴金を除くほか、関税及びすべての通過税その他の通過に関して課せられる課徴金を免除しなければならない。
- 4 他の締約国の領域へ向かうか又は他の締約国の領域から来る通過運送について締約国が課するすべての課徴金及び規則は、その運送の条件を考慮した合理的なものでなければならない。
- 5 各締約国は、通過に関するすべての課徴金、規則及び手続に関し、他の締約国の領域へ向かうか又は他の締約国の領域から来る通過運送に対し、第三国へ向かうか又は第三国から来る通過運送に許与する待遇より不利でない待遇を許与しなければならない。
- 6 各締約国は、他の締約国の領域を通過してくる産品に対し、その産品が当該領域を通過しないで原産地から仕向地へ輸送される場合に許与する待遇より不利でない待遇を許与しなければならない。もつとも、締約国は、直接運送が特惠税率による輸入のための適格要件となつている場合又は当該締約国の関税上の評価方法と関連がある場合の貨物に関し、この協定の日付の日存在する直接運送の要件を維持することができる。
- 7 この条の規定は、航空機の通過航行には適用しないが、貨物（手荷物を含む。）の空路による通過には適用する。

このGATT第5条は、貨物の「通過運送(traffic in transit)」に対して基本的に制限を加えずに自由を与えることをその内容としており、GATT/WTO加盟国の領域を通過して輸送される貨物について通過の自由を保障することを目的として定められた⁸²。そしてこ

⁸² GATT第5条1項及び2項第2文は、1921年に採択された「通過ノ自由ニ関スル條約」（バルセロナ条約）及び「同規程」の条文を基礎としている。WTO, “Article V: Freedom of Transit”, in *Analytical Index of the GATT*, 2012, p.214; Convention and Statute on Freedom of Transit, adopted on 20 April 1921, *LNTS*, Vol.7, p.11. GATT第5条とバルセロナ条約の違いについては、see, Ch.M.Valles, “Article V”, in R.Wolfrum, P.-T.Stoll & H.P.Hestermeyer (eds.), *WTO - Trade in Goods* (Brill, 2010), p.185. なお、日本はこのバルセロナ条約及規程を1924年2月20日に批准・公布している。『官報 号外』（大正十三年二月二十日）1-11頁。

の目的を達成するために第5条では、不必要な遅延や制限を課したり不合理な課徴金を課したりすることによって通過運送を妨げてはならないという義務（同3項及び4項）と、すべての締約国の通過産品に最恵国待遇を許与する義務（同5項及び6項）が定められている⁸³。

第5条1項は、「通過運送」の定義を定めており、一締約国領域での貨物や輸送手段の通過が「その締約国の国境外から始まり国境外に終るその通過の全行程の一部にすぎない」ものが領域の通過であり、この種の運送が「通過運送」とされている。ここでは貨物等の原産地国や仕出地国、貨物等の通過国、そして貨物等の仕向地国という3つの国の存在が想定されている。いずれの国もWTO加盟国でなければGATT第5条は適用できないとする見解もあるが⁸⁴、必ずしも3ヵ国すべてがWTO加盟国である必要はない。第5条1項には適用範囲に関する規定は設けられていないものの、同条2項では「他の締約国の領域へ向かうか又は他の締約国の領域から来る通過運送」となっており、「…へ向かうか又は…から来る(to or from)」という文言があることを考慮すると、貨物等の通過国と、その仕出地国または仕向地国のいずれかがWTO加盟国であれば第5条が適用されると考えるべきであろう⁸⁵。ロシア・ウクライナ間の天然ガス紛争において、ロシア産の天然ガスがウクライナを経由してEU構成国に供給される場合には、いずれの原産地国・仕出地国、通過国、仕向地国のいずれもWTOの加盟国であることからGATT第5条は適用されることになる⁸⁶。

この通過運送には「各締約国の領域を通過する自由を与えなければならない」として通過の自由を規定するのが第5条2項である。この第5条第2項は、第1文でWTO加盟国に対して国際通過に「最も便利な経路(the routes most convenient)」を通じて通過の自由を許与する義務を課す一方、第2文において、GATT全体においてと同様、通過の自由に関しても通過国は第三国に対して最恵国待遇を与えることを定めている。「最も便利な経路」は通過の自由に一定の制限を課しうる文言であり、その意味については後で検討する。後者の最恵国待遇は、コロンビア入港規制措置事件パネル報告によると、明示の規定はないものの、第5条1項の「通過運送」にも拡大されるという。したがって、WTO加盟国からの貨物について、それが国際通過の手続にある場合には、同一の程度のアクセスと同等の条件が確保

⁸³ Note by the Secretariat, *Article V of GATT 1994 - Scope and Application*, TN/TF/W/2, 12 January 2005, p.4, para.11. See also, Report of the Panel, *Columbia - Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R, adopted 20 May 2009, para.7.387.

⁸⁴ R.Bhala, *Modern GATT Law: A Treatise on the General Agreement on Tariffs and Trade* (Sweet & Maxwell, 2005), p.472.

⁸⁵ Valles, *supra* note 82, p.186.

⁸⁶ 逆に仕出地国も仕向地国もWTO加盟国ではなく、通過国のみWTO加盟国である場合は、GATT第5条2項は適用されない。これは同条3項、4項、及び5項においても同様である。ただ、同条6項には「…へ向かうか又は…から来る」という文言がないため、通過国だけがWTO加盟国の場合にも適用が可能であるという。B.Kurmanov, “Transit of Energy Resources under GATT Article V”, *Transnational Dispute Management*, January 2013, pp.10-11. <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1988>

されなければならないことになる⁸⁷。

第5条における最恵国待遇はその5項及び6項にも登場する。第5条5項での「不利でない待遇」に係るするのは、「通過に関するすべての課徴金、規則及び手続」であり、明示的にはこれらに関する差別的な措置を禁止しているにすぎない。このため、インフラへのアクセスに関する措置を含むその他の差別的措置について最恵国待遇が求められるかは明確ではないとも言える⁸⁸。また第5条6項によると、「他の締約国の領域を通過してくる産品」に対して、当該領域を通過せずに原産地から仕向地に輸送される場合と比べて「不利でない待遇」が与えられなければならない⁸⁹。

他方、第5条の3項と4項は、関税や通過税、輸送料金、行政的経費、課徴金等に関する規則を定める。3項によれば、通過国は自国を通過する運送について税関で手続きを行うよう求めることは可能だが、通過運送を不必要に遅延させたり、制限したりすることは禁止され、輸送料金や行政・サービスの費用を除き、税や課徴金を課してはならない。したがって、通過国が課する正当な料金・費用は、輸送料金と、通過に伴う行政的経費及び提供された役務の費用の2種類となる⁹⁰。また、4項は、通過運送に課される課徴金や規則は「その運送条件を考慮した合理的なもの」でなければならないとされる。なお、3項の「課徴金(charge)」は通過活動にかかる税のことであり、政府所有のインフラを利用する際の輸送料金や行政的費用を指す4項の「課徴金(charge)」とは区別される⁹¹。

こうしたGATT第5条の規定に対しては、その内容がきわめて不十分であるという批判が向けられてきた。たとえば、固定式インフラを通じたエネルギー運送に適用可能なのが不明確である、第5条での内国民待遇が制限的にすぎる、エネルギー輸送に必要な新たなインフラへの投資や建設をWTO加盟国に義務付ける権限を定めていない、エネルギー関連のインフラへのアクセスを支配しているエネルギー関連会社への第5条の適用可能性があいまいである、といった批判である⁹²。以下では、ロシア・ウクライナ間天然ガス紛争にかかわる

⁸⁷ Report of the Panel, *Columbia - Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R, adopted 20 May 2009, paras.7.397-7.402.

⁸⁸ L.L.Herman, “Beyond the WTO: Regional and Bilateral Rules Affecting Energy and Energy Investments”, in Pauwelyn (ed.), *supra* note 7, p.46.

⁸⁹ パネルによれば、第5条6項は国際通過の産品の最終仕向地がその領域となる締約国に適用されるという。Report of the Panel, *Columbia - Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R, adopted 20 May 2009, para.7.475.

⁹⁰ WTO Secretariat, Council for Trade in Goods, Article V of GATT 1994 - Scope and Application, G/C/W/408, 10 September 2002, p.8.

⁹¹ P.Ugaz, “Prospects for a Transit Regime on Energy in the WTO”, *Agenda Internacional*, Año XVIII (2011), p.263.

⁹² R.Leal-Arcas & E.S.Abu-Gosh, “Energy Trade as a Special Sector in the WTO: Unique Features, Unprecedented Challenges and Unsolved Issues”, *Indian Journal of International Economic Law*, Vol.VI (2014), p.25.

<https://www.nls.ac.in/resources/ijiel2014.pdf>

G A T T 第 5 条の問題点をいくつか取り上げて検討することにした。

2. ロシア・ウクライナ間天然ガス紛争における「通過の自由」の問題点

(1) 「通過運送」にパイプラインが含まれるか

ロシアからウクライナを経由してE Uに供給される天然ガスはパイプラインを利用して運搬される。このため、こうしたパイプライン輸送がG A T T 第 5 条 1 項の「通過運送」に含まれるかが問題となる。

エネルギーそれ自体はG A T T 第 5 条にいう「貨物(goods)」であり、同条が適用されるという見解が有力である⁹³。たとえば石油については、クロアチアによる石油の通過に関連した措置（原油と石油製品の道路での通過運送を国境で禁止）がG A T T 第 5 条 2 項 3 項及び 6 項に違反すると物品の貿易に関する理事会の席上でスロベニアが主張した際、クロアチアも含め他のW T O 加盟国は本件への同条の適用それ自体について問題とすることはなかった⁹⁴。天然ガスもまた、パイプラインの通過については第 5 条が適用可能だとする見方が一般的に受け入れられているという⁹⁵。もっとも、W T O 法における製品とサービスの区別基準をその貯蔵可能性に求める見方によれば⁹⁶、確かに石油や天然ガスはともかく、貯蔵ができない電力は「製品(goods)」ではなく「サービス」という主張もないわけではない⁹⁷。しかし、そのような性格を有する電力についてもW T O 加盟国の意見では「製品(commodity)」という位置づけであったし、ドーハ・ラウンドの交渉でも電力は石油・ガスとともに「製品」として扱われていたという⁹⁸。このように、石油や天然ガスが通過国を通れば、これらは「貨物」としてG A T T 第 5 条 1 項にいう「通過運送」になることは間違いない。

したがって、ここでのG A T T 第 5 条との関連での問題は、パイプラインやグリッドのよ

⁹³ M.G.Desta, “The GATT/WTO System and International Trade in Petroleum: An Overview”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol.21 (2003), p.398.

⁹⁴ Council for Trade in Goods, *Minutes of Meeting, Held in the Centre William Rappard on 22 and 27 March 2002*, G/C/M/59, 22 April 2002, paras.3.1-3.11. See also, *Communication from the Republic of Slovenia*, G/C/W/346, 5 February 2002, G/C/W/346/Add.1, 1 March 2002; *Communication from the Republic of Croatia*, G/C/W/360, 18 March 2002. 本件は、その後、二国間協議で解決したという。Note by the Secretariat, *Article V of GATT 1994 - Scope and Application*. TN/TF/W/2, 12 January 2005, para.38.

⁹⁵ K.Hobér, “Recent Trends in Energy Disputes”, in Talus (ed.), *supra* note 9, p.239.

⁹⁶ WTO Secretariat (ed.), *Guide to the GATS. An Overview of Issues for Further Liberalization of Trade in Service* (Kluwer Law International, 2001), p.261.

⁹⁷ J.Owen Saunders, “GATT, NAFTA, and the North American Energy Trade: A Canadian Perspective”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol.12 (2004), p.5.

⁹⁸ D.Azaria, “Energy Transit under the Energy Charter Treaty and the General Agreement on Tariffs and Trade”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol.27 (2009), pp.565-566.

うした固定式施設・インフラそのものが同条1項にいう「通過運送」の定義に含まれるかという点である⁹⁹。そこでの「船舶その他の輸送手段」の解釈として、海路を用いる船舶やはいしけ、陸路である道路や線路を使用するトラックや列車が「貨物」を運搬するというのが本来想定されていた状況であり、固定式施設であるパイプラインを使って石油や天然ガスを輸送することまで含まれるのか、車や鉄道、船舶と同じようにパイプラインを扱っていいのかという問題がここには表れているとみることもできるであろう。このため、GATT第5条が対象とする「通過運送」は既存のインフラの利用に限るのであり、固定式施設の建設までを含むものではないことから、「貨物」またはそうした貨物の輸送に供される可動式の手段のみが「通過運送」となりうると主張されることもある¹⁰⁰。実際、ロシア自身は、パイプラインは列車や船と異なり移動しないため、そうした固定式インフラで貨物が輸送される場合の定義には含まれないと主張していた。線路は動かないが、列車があつてこそその線路なのだから、列車と線路は一体として考えられるので輸送手段の範疇に入る一方、パイプラインはそうではないというのがその理由である¹⁰¹。

もっとも、パイプラインのような固定式インフラにより輸送される貨物を通過運送から排除する積極的な解釈はGATT第5条の文言には見られない¹⁰²。実際、WTO加盟国の中には、たとえばスイスのように、電力用の送電線網やパイプラインもGATT第5条の輸送手段に含めるべきだと主張する国も存在した。とりわけEUは、WTOの貿易促進化交渉開始を前にして、「空路、道路、鉄道または船舶といった「伝統的な」通過形態のほか、パイプラインやその他の手段を通じた石油・ガスおよび他の製品の運搬(carriage)もまた通過の範囲内に入りうることに留意すべきである」として、無差別とすべき輸送形態の中にパイプラインも含めて検討されるべきであることを示唆していたのである¹⁰³。このことを裏付けるように、2005年から実質的に開始されたWTOの貿易円滑化交渉においても、GATT第5条

⁹⁹ この点は学説でも分かれるところであり、コロンビア入港規制措置事件のパネル報告でも扱われていない。R.Leal-Arcas & A.Filis, *Inter-State Cooperation in Energy Transit*. UNU-CRIS Working Papers, W-2015/2, pp.14-15.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2589004

¹⁰⁰ Azaria, *supra* note 98, pp.569-570.

¹⁰¹ G.Marceau, “The WTO in the Emerging Energy Governance Debate”, p.89; P.Ugaz, “Prospects for a Transit Regime on Energy in the WTO”, *Agenda Internacional*, Año XVIII (2011), p.285.

¹⁰² M.Cossy, “Energy Trade and WTO Rules: Reflexions on Sovereignty over Natural Resources, Export Restrictions and Freedom of Transit”, *European Yearbook of International Economic Law*, Vol.3 (2012), p.297.

¹⁰³ WTO Trade Facilitation - Strengthening WTO Rules on GATT Article V on Freedom of Transit. Communication from the European Communities. G/C/W/422, 30 September 2002, p.5. このような通過形態の定義の拡大には、エネルギー供給国や通過国が数多くWTOに加入している文脈が反映されていることは後にEUも認めている。Negotiating Group on Trade Facilitation, Summary Minutes of the Meeting held in the Centre William Rappard on 15-16 February 2006, TN/TF/M/12, 29 March 2005, para.110.

との関連の加盟国提案の中には、パイプラインのように貨物を移動させる能力を有する固定式施設それ自体も含めて通過手続を検討したものもある¹⁰⁴。しかし、他方、上記E Uのような定義についてはより明確さを求める見解や¹⁰⁵、G A T T第5条の「通過運送」にパイプライン輸送を含めることに消極的な意見も強かった¹⁰⁶。

その結果として、2013年の統合テキスト案（改訂第18版）第11条1項では選択肢として明記されていた固定式インフラ、パイプライン、電力グリッドといった用語は¹⁰⁷、経緯はつまびらかではないが¹⁰⁸、2014年11月に最終的に一般理事会で採択された貿易円滑化協定ではすべて姿を消した。これらに代わり、その第11条5項では、「加盟国は、実行可能な時は、通過運送のために物理的に別個の基盤（例えば、車道、係留場所、それらに類似するもの）を利用可能なものにするよう奨励される。」という文言に変更されたのである¹⁰⁹。はたしてこの規定ではパイプライン輸送がその対象になっているのであろうか。もしこの協定の成立によりパイプラインがG A T T第5条の適用対象となるとすれば、それは同条項にいう「それらに類似するもの」にパイプラインが入るという解釈をとらなければならない。その場合に

¹⁰⁴ 輸送手段に関する無差別待遇の確保を求めたE C提案では、パイプラインへの明示の言及がある。TN/TF/W/35, 29 April 2005, p.2, para.5. また、「通過運送」の定義の明確化を規定したアルメニア・カナダ・E C・日本・キルギス・モンゴル・ニューージーランド・モルドバ提案では、「貨物（特にパイプラインのような固定式インフラ、手荷物および人の持ち物で輸送手段として機能する所持品を通じて移動する貨物を含む）と輸送手段は、……」としている。TN/TF/W/79, 15 February 2006, p.5. See also, TN/TF/W/113（アルメニア・E C・キルギス・モンゴル・マケドニア・モルドバ提案）, 6 June 2006, p.1, para.1; TN/TF/W/133/Rev.3（マケドニア・モンゴル・スイス・スワジランド提案）, p.1, para.1.

¹⁰⁵ Negotiating Group on Trade Facilitation, Summary Minutes of the Meeting held in the Centre William Rappard on 13-14 June 2005, TN/TF/M/6, 10 August 2005, paras.269, 319, 387.

¹⁰⁶ 貿易円滑化交渉の会合に出席していた世界税関機構（WCO）事務局によると、2009年6月の会合におけるマケドニア・モンゴル・スイス・スワジランド提案（TN/TF/W/133/Rev.3）の審議の際、固定式インフラによるエネルギー製品の通過が議論され、そうした通過は特殊なケースであるから一般化になじまず、エネルギー分野と両立するように新たな規定を置くべきという意見や、さらにパイプラインは輸送手段とみなされるべきではないという主張もあったという。Note for the WCO Informal Study Group on the WTO Trade Facilitation Negotiations (Subject: WTO TFNG meeting from 29 June to 3 July 2009), 22 July 2009, para.10. また、マレーシアは、「通過運送」の定義に関連して、「パイプライン、電力グリッドのような固定式インフラ」という文言の削除を提案している。Comments and Textual Suggestions, TN/TF/W/160, 22 October 2009, p.12.

¹⁰⁷ Negotiating Group on Trade Facilitation, Draft Consolidated Negotiating Text. Revision. TN/TF/W/165/Rev.18, 23 October 2013, Article 11, para.1.

¹⁰⁸ 推測にとどまるが、「通過運送」の定義と固定式インフラによる貨物の移動の関連性を論じたエジプトとトルコのペーパーが交渉当事者の行動に影響を与えた可能性がある。両国は、固定式インフラの特徴が関連の規定草案に反映されていないことから、これを定義に含めることに消極的な考え方を示していた。Discussion Paper on the Inclusion of the Goods Moved via Fixed Infrastructure into the Definition of Traffic Transit. Communication from Egypt and Turkey. TN/TF/W/179, 4 June 2012.

¹⁰⁹ General Council, Protocol amending the Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization. Decision of 27 November 2014, WT/L/940, 27 November 2014. Article 11, para.5.

“Members are encouraged to make available, where practicable, physically separate infrastructure (such as lanes, berths and similar) for traffic in transit.”

は、ウィーン条約法条約第31条3項(a)に従い、貿易円滑化協定を「条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」ととらえて、G A T T第5条の内容を明確にしたとみななければならないであろう¹¹⁰。しかし、パイプライン等がそこに含まれるという解釈を正当なものとすることができるかどうかは、その成立過程からみてなお疑わしいということも言えるであろうし、この解釈がウィーン条約法条約第31条3項(a)にいう「後にされた合意」と言えるかも疑問視する立場もある¹¹¹。

もっとも、ロシア・ウクライナ間の天然ガス紛争の場合でいえば、この難しい論点を回避することは可能かもしれない。前述のとおり、ウクライナはW T O加入時にエネルギーを含む貨物の通過を規律する措置にG A T T第5条を適用することを確認しており、パイプライン輸送も通過の自由の適用対象となる約束を行っている¹¹²。またロシアもW T O加入交渉に際して、パイプラインによる通過に係る関税がG A T T第5条に従ったものであると述べており、加入議定書でも同条に従って関税等を課すことを約束していることから、パイプライン輸送そのものについてG A T T第5条の適用を確認しているといえないことはない¹¹³。したがって、貿易円滑化協定を後にされた合意とみなし、条約解釈規則を通じてその内容がパイプライン輸送をも含むものとして明確化されたということからG A T T第5条を適用することが仮に難しいとしても¹¹⁴、ロシア及びウクライナの各加入議定書によるコミットメントを通じてパイプライン輸送についても両国にはG A T T第5条が適用されるとすることで、ロシアとウクライナの間ではパイプライン輸送に通過の自由が認められるとみなされる余地がある。

他方、そのようにパイプラインを輸送手段に含め、その結果、通過の自由の適用もパイプラインに認めるとすると、その場合の通過の自由の内容が次に問題となる。とりわけ、パイプラインの新たな建設がこの通過の自由に含まれるのかという難しい問題が生じることになるのである。

(2) 通過の自由に関する通過国の義務はいかなるものか

G A T T第5条に基づく通過の自由の保障とその他の通過国の義務は広範にわたる。通過の自由に対するいかなる制限も同条2項違反に問われうるからである。たとえば、ウクラ

¹¹⁰ Huarte Melgar, *supra* note 52, pp. 243-244, 287.

¹¹¹ D. Azaria, *Treaties on Transit of Energy via Pipelines and Countermeasures* (Oxford U.P., 2015), p. 31, n. 176.

¹¹² *Report of the Working Party on the Accession of Ukraine to the World Trade Organization*, WT/ACC/UKR/152, 25 January 2008, para. 367.

¹¹³ *Report of Working Party on the Accession of the Russian Federation to the World Trade Organization*, WT/ACC/RUS/70 WT/MIN(11)/2, 17 November 2011, para. 1161.

¹¹⁴ なお、貿易円滑化協定はW T O協定附属書一Aに追加される議定書として採択され、W T O協定第10条3項に従い、加盟国の3分の2が受諾した時に効力が生じることになっている。ウクライナは2015年12月16日に、ロシアもまた2016年4月22日に、それぞれ貿易円滑化協定を受諾した。
https://www.wto.org/english/tratop_e/tradfa_e/tradfa_agreeacc_e.htm

イナにはパイプラインで供給される天然ガスの通過運送の自由を確保する義務があり、ウクライナ領域内での通過の途中で欧州向けのガスの抜き取り行為があったとすれば、それは第5条2項違反の疑いがきわめて高いことになる。

しかし、通過国は自国の全領域についていかなる通過の自由も保障しなければならないというわけではない。通過国は、「国際通過に最も便利な経路によって」通過の自由を与えればよいからである¹¹⁵。ただ、この「最も便利な経路」がどこを通るものなのか、そして誰がその経路を「最も便利な」として決定するのかについてGATT第5条は何も触れていない。とりわけパイプラインの場合には、生産国から消費国をつなぐ経路としてのみならず、天然ガスを送り出す圧力や設置場所など技術的及び地理的地形的な問題も作用し¹¹⁶、しかも莫大な投資費用がかかるにもかかわらず、輸送対象が石油やガスに特定されることから、目的が多様で投資コストが回収しやすい道路などと同列に論じられるかどうか難しいところもある。このためインフラ整備に従事できず、周辺国からの要求に対応できない通過国においては、いかにして第三国が当該パイプラインに対するアクセス権を確保するかという問題が生じる¹¹⁷。さらに、単に通過国内を通ることを想定したバルセロナ条約と異なり、「最も便利な経路」という文言が用いられているこの条文は、それだけ通過国に比較的強いコミットメントを求めていると解釈できないわけではなく、そうだとすれば、通過国が一方的に決められる条件とみるよりも、輸送手段を利用する側も「最も便利な経路」の決定につき一定の権利を持ちうる条件であるという主張もあり得よう¹¹⁸。

この点に関連して特にパイプラインの場合に問題となるのは、既存のパイプラインの利用ではなく、「最も便利な経路」に新たなパイプラインの建設が関係するような状況である。既存のパイプラインは「最も便利な経路」ではないと第三国が判断した場合、はたして通過国以外の第三国、とりわけ当該パイプラインを利用する企業と密接な関係にある国がパイプラインの改修のみならず増設を希望してきたことに通過国は対応する義務があるのであろう

¹¹⁵ Report of the Panel, *Columbia - Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R, adopted 20 May 2009, paras.7.400-7.401.

¹¹⁶ パイプラインが有する特殊性ならびにロシアのパイプラインに関する説明について、本村真澄「ロシアの石油ガスパイプラインシステムの発展と戦略」『土木学会論文集D3（土木計画学）』第67巻3号（2011年）339-358頁参照。

¹¹⁷ M.Hurley, “Energy Transit in the Tangled Web of RTAs: The Relationship between GATT Article V and XXIV in the Context of Energy Goods”, in F.Baetens & J.Caiado (eds.), *Frontiers of International Economic Law: Legal Tools to Conflict Interdisciplinary Challenges* (Brill, 2014), p.208.

¹¹⁸ それは、通過国の裁量によってのみ決定できるということではなく、通過国以外のパイプラインを利用する通過活動の受益者の利益も考慮して決定されるべきことを意味する。V.Pogoretsky, “Freedom of Transit and the Principles of Effective Right and Economic Cooperation: Can Systemic Interpretation of GATT Article V Promote Energy Security and the Development of an International Gas Market?” *Journal of International Economic Law*, Vol.16 (2013), pp.321-322; Huarte Melgar, *supra* note 52, p.115.

か¹¹⁹。たとえばロシアやEUがウクライナ国内のパイプラインの改修や増設を求めた場合、ウクライナは通過国としてGATT第5条によりこれに応じる国際法上の義務を課されているのかということが具体的には問題となろう。莫大な投資を必要とするパイプライン輸送では、これを建設する側も利用する側も、費用改修やエネルギーの安定供給の観点から長期間にわたる利用を前提とせざるを得ない。そうすると当然のことながら、パイプラインを長期間運用していく過程ではその改修や増設も考える必要が出てくる。エネルギーの通過の自由が既存のインフラの無差別な利用とともに、必要があれば追加的な通過能力の構築にも結び付けられる理由がここにある¹²⁰。こうしたパイプラインの特性を考慮した場合、パイプライン輸送における通過の自由が、通過国領域におけるパイプラインの建設も含め、さらに広範なかたちで通過国に負担を与えかねないのであり、通過の自由にパイプライン輸送を含めることに消極的な意見の理由の1つもこうした通過国の負担の増大にあった。これに対して、結局のところ、パイプライン輸送について明示の規定のない第5条は確定的な答えを提供してはいない。ただ、いずれにしても、パイプラインの新規建設はきわめて政治的あるいは地政学的な性格を有するので、GATT第5条が適用可能かどうかで解決できる問題と言えるか難しいところがあることは確かであろう¹²¹。

パイプライン輸送に関してこのような規定ぶりのGATT第5条と対照的なのが、エネルギー憲章条約第7条である。エネルギー憲章条約では通過に関するパイプライン輸送の規定を明示に置いており、その第7条4項では追加的な通過施設の建設の権利の存在が前提となっている一方、同条5項では、パイプラインの建設や改修等が自国エネルギー体系の安定性や効率性を損なう場合には通過国は当該建設や改修並びに通過を許可する義務を負わない旨規定されており、第7条全体として、通過国における第三国の通過の自由と通過国の領域主権に基づく利益との間でバランスが図られている¹²²。このようにエネルギー憲章条約第7条がGATT第5条と同じく通過の自由を扱い、しかも相対的に詳しい規定内容をおいていることから、そうした明文規定のないGATT第5条の解釈においてエネルギー憲章条約第7条を参照基準とすることを主張する論者もいる¹²³。さらには、現在頓挫しているが、エネルギー憲章条約の通過に関する規定をさらに強化する目的で作成された通過に関するエネルギー憲章議定書（通過議定書）案の関連条項とその了解事項を参照して、GATT第5条は通

¹¹⁹ GATT第5条の下での第三者アクセス問題については、see, V. Pogoretsky, *Freedom of Transit and Access to Gas Pipeline Networks under WTO Law* (Cambridge U.P., 2017), pp. 124-165.

¹²⁰ V. Rakhmanin, “Transportation and Transit of Energy and Multilateral Trade Rules: WTO and Energy Charter”, in Pauwelyn (ed.), *supra* note 7, p. 124.

¹²¹ L. Ehrling & Y. Selivanova, “Energy Transit”, in Selivanova (ed.), *supra* note 78, p. 70.

¹²² 中谷和弘「7条（通過）」『エネルギー憲章条約（中間論点整理）—平成14～18年度エネルギー憲章条約研究班報告書—』（日本エネルギー研究所、2008年）48頁。

¹²³ Azaria, *supra* note 98, pp. 591-594.

過国において新規パイプラインを建設するWTO加盟国の権利を規定しているとする主張さえある¹²⁴。実際、WTOの紛争解決機関がGATTの関連規定を解釈する際に他の条約を参照することは全くないわけではなく、たとえば米国エビ事件の上級委員会報告では、GATT第20条(g)の解釈に際して、国連海洋法条約や生物多様性条約、絶滅のおそれのある野生動植物の種の国際取引に関する条約（ワシントン条約）などの関連規定が援用された¹²⁵。ただ、ロシア・ウクライナ間の紛争についていえば、ロシアがエネルギー憲章条約への批准を否定した事実に鑑みると、WTOの紛争解決機関が同条約第7条の規定を参照してGATT第5条の内容を解釈しこの紛争に適用することにはやや躊躇を覚えるであろう¹²⁶。ロシアとの交渉が難航している通過議定書の関連規定への依拠であればなおさらである¹²⁷。したがって、このような場合にもやはり、第三国が通過国に対してパイプラインの改修・増設を求める権利がGATT第5条の通過の自由に含まれるかは依然として不明確であり、ロシア・ウクライナ間でGATT第5条にいう通過の自由の内容について見解の一致をみない可能性が高い。

また、通過の自由に関連する通過国の義務は広範ではあるが、GATTの他の規定からその範囲を狭め、第三国の通過の自由を限定する解釈を主張する立場もある。たとえば、GATT第5条3項の「通過運送を不必要に遅延させず、」という文言から「必要性」概念を引き出し、同第20条の一般的例外に関する先例で蓄積されている「必要性」基準をこれに当てはめることにより通過の自由に関する制限を一定程度認めて両者をバランスさせようとする考えがその一例である¹²⁸。しかし、これに対しては、GATT第5条3項が同第20条のように措置と目的との関係で「必要性」というものを要求しているのかという批判もありえようし、必ずしも通過の自由の内容を明確化することにはなっていない。

¹²⁴ B.Huarte Melgar, “Energy Transit in International Law: Concept and Challenges”, in Baetens & Caiado (eds.), *supra* note 117, pp.198-199.

¹²⁵ Report of the Appellate Body, *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, paras.130-132.

¹²⁶ もっとも、エネルギー憲章条約の関連規定が一般国際法規則を示しているということであれば、紛争解決機関がこの規定を参照することはありえよう。たとえば、追加的な追加施設の建設の権利の存在を前提として新たな施設の設置に障害を設けてはならないとするエネルギー憲章条約第7条4項が、エネルギー・ガバナンス分野における現在の傾向を示していると指摘するものとして、see, Pogoretskyy, *supra* note 118, pp.333-334.

¹²⁷ エネルギー憲章条約や通過議定書案での通過問題をめぐるEUとロシアの対立について、毛利忠敦「天然ガス供給安定のための国際法規範—エネルギー憲章条約に対抗するロシア提案の意義—」『国際協力論集』第20巻1号（2012年）35-36頁参照。See also, A.V.Belyi, “International Energy Law, Institutions and Geopolitics”, in Talus (ed.), *supra* note 9, pp.640-642.

¹²⁸ そのほか、「締約国が課するすべての課徴金及び規則は、その運送の条件を考慮した合理的なものでなければならない。」とするGATT第5条4項から「合理性」基準を導出し、同第10条3項(a)における「合理的な」という文言を検討したパネルの判断(Report of the Panel, *Dominican Republic - Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/R, adopted 19 May 2005, para.7.385)を援用して、通過の自由と「合理的な」その制限とをバランスさせることも考えられる。Pogoretskyy, *supra* note 118, pp.325-326.

こうしたことから、G A T T第5条に基づくパイプライン輸送に係る通過の自由の問題は通過国の義務の範囲を含め不明確な部分が大きく、仮にロシアやE Uがウクライナの通過国としての義務をめぐり紛争を提起した場合には、同条から一義的な解決策を導き出すことは現在も困難であるといわざるを得ない。

(3) 通過の自由は通過国のエネルギー関連会社に義務を課するか

G A T T第5条が定める義務はW T O加盟国に向けられた結果の義務であるとされる¹²⁹。すなわち、W T O加盟国は、通過を禁止したり、通過に関して差別的な待遇を行ったりしたときにG A T T第5条の義務違反が生じて責任を負うことになる。他方、同条に基づき、G A T Tの通過規律を遵守することを特に通過国のエネルギー関連会社は法的義務として求められているのか、そして、そうしたエネルギー関連会社の行為の結果として通過国はG A T T第5条の義務違反に問われるのかについては必ずしも明確ではない¹³⁰。たとえば、国家貿易企業にG A T Tの無差別原則に従った行動をとるよう各締約国に約束させているG A T T第17条1項(a)について、韓国牛肉措置事件でパネルは、国家貿易企業についてそうした行動をとる一般的義務を確立していると示した上で、この無差別に関する一般原則が少なくともG A T T第1条及び第3条の規定を含んでいることを指摘したが¹³¹、同様の認定がG A T T第5条にまで拡大すれば、エネルギー関連会社もまた、同条の通過運送に関する義務、少なくとも同条2項の無差別原則での義務を負うということもあり得よう¹³²。しかし、第17条1項(a)がそのまま通過運送に適用されるとは断言できない。同規定は通過には全く触れていないからであり、そうした活動への適用を想定していないと判断することができるからである¹³³。

もともと、こうした問題を、国家責任に関する一般国際法の観点から、私人の行為の国への帰属という問題として考察することもありうる¹³⁴。国家責任法によれば、私人の行為で国が責任を負うことはない以上、エネルギー関連会社が私人であればその行為が国に帰属してその国に責任が生じるということはない。しかし、その会社が、「国の機関ではないが、当該国の法令上統治機能の一部を行使する権限を付与された人または団体」で「特定の事案に

¹²⁹ Y. Selivanova, “The WTO Agreements and Energy”, in Talus (ed.), supra note 9, p. 290.

¹³⁰ A. Yanovich, “WTO Rules and the Energy Sector”, in Selivanova (ed.), supra note 79, p. 26.

¹³¹ Report of Panel, *Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, adopted 10 January 2001, para. 753.

¹³² M. Cossy, “Energy Transport and Transit in the WTO”, in Pauwelyn (ed.), supra note 7, p. 115.

¹³³ Azaria, supra note 111, p. 66. See also, Y. Selivanova, “Challenges for Multilateral Energy Trade Regulation: WTO and Energy Charter”, Society of International Economic Law, Second Biennial Global Conference, July 8-10, 2010, *Online Proceedings, Working Paper* No. 2010/20, n. 18. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1632557

¹³⁴ Azaria, supra note 111, pp. 66-67.

において当該人または団体がその資格で行動していた場合」(国家責任条文第5条)や¹³⁵、「国の指揮若しくは統制の下で行動していた場合」(同第8条)、あるいは当該会社の行動を「国が自己の行為として認めかつ採用した場合」(同11条)には、当該会社の行為が国に帰属することになる。したがって、もしエネルギー関連会社の行為が上記のタイプのいずれかに該当すれば、その行為は国の行為とみなされることになり、それが何らかの国際義務に違反していれば国が国際法違反の行為を行ったということになる。たとえばナフトガス社が上記の類型に該当する行為を行っていたら、それはウクライナの行為となり、ウクライナに国家責任が生じる可能性が出てくるのである。

しかし、2014年の天然ガス紛争当時に効力を有していたナフトガス社の権限に係るウクライナ国内法令によると、それは、ナフトガス社が石油・ガス事業の分野においてウクライナを代表することを認めるものでも、その代わりとなることを認めるものでもないという¹³⁶。このため、ウクライナにより権限を付与されていたことを理由としてナフトガス社の行為がウクライナに帰属するということは言い難い。同様に、ウクライナの指揮や統制の下で行動したか、あるいはウクライナがナフトガス社の行為を自己の行為と認めたかということについても、事実関係からすると否定的に解さざるを得ないように思われる。また仮にそうした行為が国に帰属することが認められる場合であっても、GATT第5条における義務が会社ではなく国に向けられていることには変わりがない¹³⁷。

いずれにせよ、GATT第5条は結果の義務を規定する以上、エネルギー関連会社がパイプラインの稼働に関連して天然ガスの供給を妨げるような活動を行った場合、これを国が是正しなければ、そうした国の不作為により、通過運送に「各締約国の領域を通過する自由を与えなければならない」義務の違反が生じることになる¹³⁸。そこでは、当該会社の行為が国に帰属するかどうかは無関係なのである¹³⁹。したがって、結局のところ、GATT第5条は会社に対して拘束力あるルールを導入しているのではなく、WTO加盟国に対して、エネルギー製品の国際取引に関するGATTのルールを会社が遵守することを確保しなければなら

¹³⁵ パイプライン事業との関連での仲裁判断では、ジョージアのサクナブトビ社が、国内法令によりジョージアの燃料・エネルギー省の一部門として同省の下で活動していた事実が認められた例がある。*Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs v. The Republic Georgia*, ICSID Case Nos. ARB/05/18 & ARB/07/15, *Award*, Dispatched to the Parties on 3 March 2010, para.275.

¹³⁶ Azaria, *supra* note 111, p.19, n.110.

¹³⁷ WTOにおける帰属の問題について、see, J.Gomula, “Responsibility and the World Trade Organization”, in J.Crawford, A.Pellet & S.Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility* (Oxford U.P., 2010), pp.795-797.

¹³⁸ Ehring & Selivanova, *supra* note 121, p.69.

¹³⁹ この点についての一般的な議論として、see, R.Wolfrum, “State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance”, in M.Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter* (Brill, 2005), pp.423-434.

ない義務が課されたものと考えなければならない¹⁴⁰。ロシアとウクライナに求められたのは、それぞれガспロム社とナフトガス社がG A T T第5条のルールを遵守することを確保することなのである。

V おわりに

2014年に生じた第3次ロシア・ウクライナ間天然ガス紛争では、実際にG A T T第5条についての法的な議論が両国間で戦わされたわけではない。そのため、同条の適用問題については理論的可能性を論じるにとどまるものではあるが、本章での検討を通じてそれでもいくつかの点が明らかとなった。

第1に、ロシアとウクライナの間天然ガス紛争をめぐってG A T T／W T O関連規則は適用可能であり、それゆえG A T T第5条違反を理由として本件のような事例がW T Oの紛争解決機関に付託される可能性は否定されえないということである。エネルギー分野へのG A T T／W T O規則の適用は、近年の国家実行も学説も、一般にこれを肯定的にとらえてきた。ただ、G A T T第5条については、「通過運送」の定義次第では、石油や天然ガスといったエネルギー産品に属するものとはともかく、エネルギー産品のパイプライン輸送もその適用対象となるのかが争われる余地がある。

しかしこの点では、ロシアとウクライナがそれぞれW T O加入交渉においてコミットメントを確認したことは重要である。すなわち、両国がW T Oへの加入を果たしたことで両国間の経済紛争にG A T T／W T O関連規則が適用可能になるとともに、加入時に議定書で確認したコミットメントによりエネルギー関連事項についてもG A T T第5条の適用を両国は受け入れたからである。したがって、G A T T第5条がエネルギー分野にも適用されることを両国は否定することはできない。たとえばウクライナは、パイプライン輸送によりロシアから自国領内を経由してE U構成国等に送られる天然ガスを抜き取ることでその通過を妨害すれば、通過の自由を保障したG A T T第5条の違反行為により追及され、W T O紛争解決手続に付されることを覚悟しなければならないのである。

第2に、ウクライナが通過国として通過の自由を保障する義務を履行しない場合にロシアがこれをG A T T第5条違反として主張するには、「通過運送」の広い定義を採用し、パイプライン輸送も含めた固定式インフラも通過の自由の適用対象とすることを認めなければならない。しかし、これをロシアが受け入れるかは微妙である。ロシアが固定式インフラを「通過運送」に含めることをかたくなに拒んできたのは、エネルギー供給国とエネルギー通過国としての自国の立場の両義性によるものであった。すなわち、ロシアもまた、石油や天然ガスの原産国のみならず、トルクメニスタンやカザフスタンなど中央アジア諸国からの石

¹⁴⁰ S.Vinogradov & G.Mete, “Cross-Border Oil and Gas Pipelines in International Law”, *German Y. I. L.*, Vol. 56 (2013), pp. 76-77.

油や天然ガスをE U構成国等に供給する際の通過国としての地位を有しているからであり、もしパイプラインそのものについてG A T T第5条の規則が適用されるとすれば、自らが通過国としての義務を負うことで、その義務の内容次第では、例えばガスピロム社のロシア国内における既得権が損なわれるおそれが出てくるからである。

このため、第3に、パイプライン輸送に関して「通過の自由」がどの範囲まで認められ、これに対応した通過国の義務がどのようなものかが問題となるが、この点は条文解釈上も実行上も不明確な部分が残されている。既存のパイプラインではガス供給が不十分となった場合においてG A T T第5条2項にいう「最も便利な経路」に新たなパイプラインを建設することが通過国以外の第三国に可能なのか、またそもそも当該パイプラインにとってどこが通過国領域内にとって「最も便利な経路」なのか、そしてそれをいずれの国が決定するのかなどについて、以上でみてきたように、依然として国家間でも学説でも意見が分かれているのが実情だからである。しかし、G A T T第5条を通じて、一方では通過国の領域主権と、他方においてはエネルギー輸出国及び輸入国等有するエネルギー通過の必要性和その安定性への利益とのバランスが図られなければならないことは疑いなく、その程度において通過の自由は認められなければならない、逆に通過国の主権は制限を受けざるを得ない。それに伴う通過国の具体的な義務の範囲は今後の関係国の実行に依存している。

しかし、パイプラインの新規建設とその稼働に典型的にみられるように、パイプライン輸送をめぐる通過の自由においては、莫大な規模の投資と、それに見合うだけのエネルギーの安定的供給による利益の回収が求められるのであり、そこでは関係国の政治的な動機や行動が必然的に関係してくる。このため、各国の利害対立ゆえに、G A T T第5条の内容の明確化も、その後のラウンド交渉では限定的なものとならざるを得なかった。

それでもなお、通過の自由を保障するG A T T第5条が重要視されるのは、通過運送を通じたエネルギーの安定供給という点では需要国と供給国の利害が一致するからである。さらに、多くのエネルギー産出国のW T O加入により、G A T T第5条の解釈適用を通じたW T Oの紛争解決機関による実施の機会も潜在的には増大していることも注目されよう。ロシア、ウクライナそしてE Uはエネルギー供給において互いに無視できない存在であることから、これからも事あるごとに対立が顕在化し、ロシア・ウクライナ間では今後も天然ガス紛争が再燃することが予想される。第5条をめぐって紛争がパネル付託されるかどうかはロシアの態度にかかっているとと言えるが、逆にW T Oの紛争解決手続で客観的に紛争が処理されることを関係国が望めば、パネルや上級委員会の判断を通じて通過の自由の内容も明確になることが期待できる。

エネルギーをめぐる紛争は、政治的経済的側面が非常に強いだけに、今回のロシア・ウクライナ間の第3次ガス紛争のように、条件さえ整えば関係国間の合意で解決ないしは一時凍結される傾向があるともいえよう。しかし、そうした合意に向けた法的根拠を提供するとい

う点でも、特にエネルギーのパイプライン輸送にかかわるG A T T第5条が定める通過の自由の内容を明確化する作業は今後も重要であると考えられる。

(2016年1月21日稿，2017年12月3日追加。なお引用されたインターネットの各サイトは2017年12月3日確認済み)

第 2 章

日本の大陸棚延伸を巡る法的問題

東京大学大学院教授

西 村 弓

I はじめに

日本は、原油や非鉄金属等を含む鉱物資源の主要消費国の1つである一方で、これら資源に乏しい。例えば、国内で消費する銅の99.9%、亜鉛の92.0%が輸入鉱石によるものであり、これら資源については海外鉱山にほぼ全面的に依存している。鉱物資源の確保は、日本の長期的なエネルギー政策にとって重要な課題の1つということができよう。

このため、第1に、政府は、鉱物資源の供給源の多角化・輸入元の拡大を目指して様々な施策に取り組んでいるが¹、世界経済における日本の相対的地位の低下によって、将来的には資源調達に関する日本企業の競争力が低下する恐れがあり、また、他国領域内で産出される資源については、現地における資源ナショナリズムの高まり等のリスクにさらされる²。

第2に、いずれの国家の管轄権も及ばない「人類の共通財産(common heritage of mankind)」たる深海底に賦存する鉱物資源について、国際海底機構(I S A)との契約によって鉱区を得て探査開発を行うことが考えられる。2001年に国際海底機構と深海資源開発株式会社(D O R D)の間で、マンガン、ニッケル、銅、コバルト等30種類以上の有用金属から成るマンガン団塊に関する探査契約が締結され、ハワイ沖深海底の鉱区について探査の権利が確保された³。また、2014年には、国際海底機構とJ O G M E Cの間でコバルト、ニッケル、白金等を含むコバルトリッチクラストに関する期限15年間の探査契約が締結され、南鳥島南東沖の3,000平方キロメートルの鉱区における排他的な探査の権利が確保されている⁴。しかし、深海底資源の探査開発は、国際海底機構が定める規則に従って行われることとされ、このうち探査規則については既に採択がなされているが、開発規則については審議中であって未だ採択されておらず、また実際の開発技術も実用段階に至っていない。

そこで、第3に、日本の管轄権が及ぶ海域に賦存する海底資源の活用が注目されている。日本周辺海域においては、伝統的な油ガス田が存在する地域は地層的に限定されているが、

¹ 例えば、①鉱物資源の豊富な埋蔵が見込まれるものの、鉱業関連法令が未整備であったり、インフラ面で不安がある等、投資環境の観点から日本企業による進出が限定的なアフリカ、中東、C I S地域への官民ミッションの派遣を通じた現地調査の実施、②最大の銅供給国であるチリの鉱業省と経済産業省との間での情報共有、技術協力、投資環境改善等を目的とした覚書(M O U)の締結、③銅資源の埋蔵が予想されつつも地質調査が不十分であったエチオピアにおける、独立行政法人石油天然ガス・金属鉱物資源機構(J O G M E C)による共同探鉱の実施とその見返りとしての権益確保、④メキシコにおける亜鉛探鉱プロジェクトに参画する日本企業に対するJ O G M E Cを通じたリスクマネー融資等。詳しくは、総合資源エネルギー調査会 資源・燃料分科会報告書(2015年)、70-71頁。
http://www.meti.go.jp/committee/sougouenergy/shigen_nenryo/pdf/report02_01_00.pdf

² 中国の輸出制限措置の強化に起因するレアアース供給途絶リスクに対しては、W T Oへの申立等を通して低減し得たものの、他国や他の資源についても同様の事態は発生し得る。例えば、2014年に施行されたインドネシアの新鉱業法は、ニッケル等の未加工鉱石の輸出を禁止した。フィリピンも未加工鉱石輸出禁止措置を含む鉱業法改正を行っている。前掲注1 71-72頁。

³ 深海資源開発株式会社は、J O G M E Cが約75%を、民間企業43社が約25%を出資する企業である。15年間の期間で設定された当初の探査契約期間は2016年6月に期限を迎えたが、資源埋蔵の可能性が認められること、生産技術開発を続行する必要性から、5年間の契約延長手続きが採られた。

⁴ http://www.jogmec.go.jp/news/release/news_10_000076.html

メタンハイドレート⁵、海底熱水鉱床⁶やレアアース堆積物⁷等の開発が目指されている。さらに、国連海洋法条約（UNCLOS）上、沿岸国は沿岸から200海里を超える大陸棚について大陸棚限界委員会（CLCS）の勧告を得て一定程度延伸することが認められているが、こうした延伸が認められれば、その範囲に応じて日本が鉱物資源について主権的権利を有する海域が拡大されることになる。

2008年、日本は国連海洋法条約の規定に則り、大陸棚限界委員会に対して大陸棚延伸にかかる申請をなした。これに対して、限界委員会は、申請対象のうち4海域の計およそ31万平方キロメートルについて延伸を認める勧告を2012年に下した⁸。このうち他国の延伸大陸棚と重複する可能性がない2海域については、2014年10月1日に延伸大陸棚を設定する政令が施行され、日本が鉱物資源についての排他的権利を有する大陸棚の面積が拡大した。他方、一部の申請海域については、限界委員会は延伸の有無について回答せず判断を先送りする決定を下したが、本稿で詳しく述べるように、判断先送りという対応が国際法上正当化されるかについては疑問がある。本稿は、日本が埋蔵鉱物資源に対して主権的権利を持つ海域の範囲を確認する第一歩として、日本の申請に対する大陸棚限界委員会の勧告の内容を分析し、その是非について検討することを試みるものである⁹。

II 大陸棚延伸と日本による申請

1. 大陸棚延伸に関する海洋法条約上の仕組み

海洋法条約76条1項によれば、「沿岸国の大陸棚とは、当該沿岸国の領海を越える海面下の区域の海底及びその下であってその領土の自然の延長をたどって大陸縁辺部の外縁に至るまでのもの又は、大陸縁辺部の外縁が領海の幅を測定するための基線から200海里の距離まで延びていない場合には、当該沿岸国の領海を越える海面下の区域の海底及びその下であって当該基線から200海里の距離までのものをいう」。すなわち、いずれの沿岸国も沿岸基線から測って最低限200海里までの大陸棚に対して権原を有するが、海底の地質学的構造次第で

⁵ 太平洋側の砂層型メタンハイドレート及び日本海側の表層型メタンハイドレートの双方について、2023年から2027年にかけて商業化プロジェクトが開始されるよう技術開発を進める予定とされる。経済産業省「海洋エネルギー・鉱物資源開発計画」（2019年）11、13頁。

⁶ 銅、鉛、亜鉛、金、銀等を含む。投資対象となり得る概略資源量合計5,000万トンレベルの確認を目指し、既知鉱床（沖縄海域のHakurei、野甫、ごんどう、田名、比嘉、球美及び銀水サイト、伊豆・小笠原海域の白嶺鉱床）の資源量の把握を進める予定であるという。同30頁。

⁷ 南鳥島周辺の大陸棚において、重希土を含むレアアースを含有する粘土状の堆積物が発見されており、資源状況の調査及び揚泥技術の開発が続けられている。同39-40頁。

⁸ 日本の申請と限界委員会による勧告の経緯については、加地良太「沖ノ鳥島を基点とする大陸棚限界延長申請への勧告-国連大陸棚限界委員会の審査手続と中国・韓国の口上書-」『立法と調査』No. 335（2012年）3-16頁参照。

⁹ なお、以下の内容は、拙稿「大陸棚延伸と大陸棚限界委員会手続規則の問題点」松井芳郎他編『21世紀の国際法と海洋法の課題』（東信堂、2016年）398-416頁と重複する。

は、200海里を超えて延伸大陸棚を有し得ることになる¹⁰。「大陸縁辺部の外縁」の定義や限界の測り方については76条3～7項に規定される。

もつとも、自国沖の大陸棚が条約が定める条件を満たして延伸しているか否かを関係沿岸国の判断のみに任せれば、過度な主張がなされ、その結果として大陸棚の外側の深海底部分が侵食される事態が生じかねない。海洋法条約上、深海底及びその資源は、「人類の共同の財産」と性格づけられ（136条）、「いずれの国も深海底又はその資源のいかなる部分についても主権又は主権的権利を主張し又は行使してはならず、また、いずれの国又は自然人若しくは法人も深海底又はその資源のいかなる部分も専有してはならない」（137条1項）。同条約によれば、深海底資源の探査・開発は、国際海底機構との契約によって鉱区を得た者のみが、海底機構が定める規則に則って行うことができるのである。深海底とその資源の活用に当たって人類全体の利益を考慮しようとするこの試みも、しかしながら、沿岸国が埋蔵資源について主権的権利を有する大陸棚が過度に延伸されることによって画餅に帰す危険性がある。そこで、海洋法条約は、大陸棚の延伸の如何を科学的な客観性をもって判断するためのシステムを設けた。すなわち、自国沿岸の大陸棚が200海里を超えて延伸していると主張する「沿岸国は、領海の幅を測定するための基線から200海里を超える大陸棚の限界に関する情報を、衡平な地理的代表的原則に基づき附属書IIに定めるところにより設置される大陸棚の限界に関する委員会に提出する。この委員会は、当該大陸棚の外側の限界の設定に関する事項について当該沿岸国に対し勧告を行う。沿岸国がその勧告に基づいて設定した大陸棚の限界は、最終的なものとし、かつ、拘束力を有する」のである（76条8項）。海洋法条約附属書IIによれば、大陸棚限界委員会は、「締約国が衡平な地理的代表的確保する必要性に妥当な考慮を払って締約国の国民の中から選出する地質学、地球物理学又は水路学の分野の専門家」である21人の委員で構成され、各委員は個人の資格で職務を遂行する（2条1項）。自国の大陸棚の延伸を他国に対して対抗するためには、沿岸国は限界委員会の科学者たちによる勧告を得なければならないことになる¹¹。

2. 日本による延伸申請

日本は、2008年11月12日に、海洋法条約76条に従って、K P R (Southern Kyushu-Palau Ridge Region), M I T (Minami-Io To Island), M T S (Minami-Tori Shima Island

¹⁰ 「基線」とは、通常であれば、「沿岸国が公認する大縮尺海図に記載されている海岸の低潮線」を言い（海洋法条約5条）、また、「海岸線が著しく曲折しているか又は海岸に沿って至近距離に一連の島がある場所」においては、「海岸の全般的な方向から著しく離れ」ないことを条件に、適当な点を結ぶ直線基線を引くことが認められる（同7条）。大陸棚の延伸は、最大で基線から測って350海里までの距離を限界とするとされている（76条6項）。

¹¹ 各国による申請及びこれに対する委員会手続の進行状況の一覧については、下記を参照。

http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/commission_submissions.htm

Region), M G S (Mogi Seamount Region), O G P (Ogasawara Plateau Region), O D R (Southern Oki-Daito Ridge Region), S K B (Shikoku Basin Region)の7つの海域について、大陸棚限界委員会に延伸に関する科学的データを提出した¹²。

日本による申請に対して、米国とパラオは、それぞれ、①自国が日本と潜在的に重複する延伸大陸棚を有すること、しかしながら、②限界委員会勧告が米国、パラオの延伸大陸棚の限界や両国と日本の間の大陸棚の境界画定に影響しない限り、日本による申請に対して異議を唱える意思はないこと、を伝える口上書を提出している¹³。他方、中国及び韓国は、日本が一部の延伸についてその基点としている沖ノ鳥島が「海洋法条約121条3項に規定する岩であって排他的経済水域や大陸棚を有しない」として、同島を基点とする延伸大陸棚の申請について同意せず、沖ノ鳥島を基点とする申請部分については勧告を出さないように限界委員会に対して求める口上書を発出している¹⁴。

海洋法条約121条によれば、「島とは、自然に形成された陸地であって、水に囲まれ、高潮時においても水面上にあるもの」を言い（1項）、「3に定める場合を除くほか、島の領海、接続水域、排他的経済水域及び大陸棚は、他の領土に適用されるこの条約の規定に従って決定される」（同2項）。ただし、「人間の居住又は独自の経済的生活を維持することのできない岩は、排他的経済水域又は大陸棚を有しない」（同3項）。中国及び韓国は、沖ノ鳥島が上記3項にいう「岩」に該当し、そもそも大陸棚を有しないため、従って沖ノ鳥島を基点とした大陸棚延伸は認められないと主張するのである。こうした中韓の口上書に対して日本は、これら口上書はそれぞれの国がとる海洋法条約121条の解釈を示すものであるが、限界委員会の手続規則上、延伸の条件を定めた76条以外の海洋法条約規定について各国が示す異なる解釈を規律する規定は存在せず、勧告作成にあたってこれら口上書を考慮に入れないように限界委員会に対して要請した¹⁵。

以上の経緯を受け、大陸棚限界委員会は、2009年の第24会期の議長声明において、委員会が海洋法条約121条に関する解釈権限を持たないこと、委員会の任務は沿岸国から提出された延伸大陸棚に関するデータを検討し、同条約76条に従って勧告を下すことにあること、従

¹² 申請書自体は公表されない。その概要については、下記参照。

http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/jpn_execsummary.pdf

¹³ Communication by the United States dated 22 December 2008; Communication by the Republic of Palau dated 15 June 2009. 日本の申請に対する各国による反応については、大陸棚限界委員会の下記ウェブサイトに掲載されている。

http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_jpn.htm

¹⁴ Communication by China dated 6 February 2009; Communication by the Republic of Korea dated 27 February 2009; Communication by China dated 3 August 2011; Communication by the Republic of Korea dated 11 August 2011.

¹⁵ Communication by Japan dated 25 March 2009; Communication by Japan dated 26 August 2009. その後も日本は自国の見解を説明する書簡を限界委員会に送付している。 Communication dated 9 August 2011; Communication dated 9 April 2012.

って委員会による検討は海洋法条約76条と同附属書IIに関する事項に限定されるのであって海洋法条約の他の規定の解釈等には及ばないことを確認した上で¹⁶、日本の申請について検討するための小委員会(sub-commission)を設置した。

設置された小委員会は日本が申請した全7海域についての勧告案を作成したが、これを受けて2012年4月9日に限界委員会全体委員会によって下された勧告¹⁷においては、これら海域のうちMIT, OGP, ODR, SKBの4海域については申請通りまたはその面積を一部縮小する形で延伸を肯定し、MTS, MGSの2海域については条約の条件を満たすかたちでの延伸はしていないとの判断が下された。他方で、KPR海域については、「委員会は諸口上書で言及された問題が解消するまでの間、KPR海域について勧告を下す立場にない(it will not be in a position to take action to make recommendations on the KPR region until such time as the matters referred to in the *notes verbales* have been resolved)」として、延伸の有無についての判断が見送られた。

Ⅲ 勧告先送りの正当性—CLCS手続規則の問題性

KPR海域についての判断先送りという大陸棚限界委員会による対応は、国際法上どのように正当化されるだろうか。

1. CLCS手続規則

大陸棚限界委員会は手続規則を採択し、延伸の審査にかかる自らの内部手続について決めている。手続規則Rule 46第1項は、「向かい合っているか若しくは隣接している海岸を有する国の間における紛争、又は他の未解決の領土若しくは海洋の紛争が存在する場合、申請は、本手続規則附属書Iに従って提出することができ、検討される」と定める。同項がリファースする手続規則附属書Iは、第5項(a)において、「領土または海洋に関する紛争が存在する場合、委員会は、当該紛争に関するいかなる国が提出する申請についても、検討し評価してはならない。ただし、当該紛争の全ての当事国が事前に同意を与えている場合には、委員会は、当該紛争の下にある一または二以上の申請を検討することができる」と定める。この規則によれば、領土または海洋に関する「紛争」が存在し、かつ関係紛争当事国が申請の検討に同意を与えない場合に限って、委員会は申請を検討せずに判断を回避することが認められている。

KPR海域に関する決定においては、上述のように「問題が解消するまでの間」の判断先送りが行われた。「紛争(dispute)」や「解決(settle)」といった用語の使用が避けられ、

¹⁶ CLCS/64 (2009), paras. 23-25.

¹⁷ 委員会勧告の概要については、下記に公表されている。

http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/com_sumrec_jpn_fin.pdf 日本
の申請海域を表した地図については、p. 34.

「問題(matters)」や「解消(resolve)」という言葉が用いられている点において、その位置付けに不明確な点はあるものの¹⁸、仮に限界委員会がこの手続規則に則って対応を行ったと仮定すれば、「紛争」の存在を前提として、関係国の同意が得られなかったため判断を控えたと説明するほかない。しかし、日本の申請に関する限界委員会の対応をそのように理解したとき、以下に説明するように手続規則自体が問題を孕むことが浮かび上がる。

2. 手続規則と海洋法条約のギャップ

海洋法条約76条は、8項で大陸棚限界委員会による勧告に基づいて設定した大陸棚の限界は、最終的なものとし、かつ、拘束力を有するとして、200海里を超える延伸大陸棚の設定プロセスにおける限界委員会の役割を規定するとともに、同10項において、「この条の規定は、向かい合っているか又は隣接している海岸を有する国の間における大陸棚の境界画定の問題に影響を及ぼすものではない」として、延伸大陸棚についての委員会の勧告が境界画定に影響しないことを確認している。このことは、限界委員会の設置及び手続についてより詳細に定める海洋法条約附属書IIにおいても同様に確認されている。すなわち、附属書IIは、3条1項で沿岸国提出データを検討して延伸について勧告を行うという委員会の任務を規定した上で、9条において「委員会の行為は、向かい合っているか又は隣接している海岸を有する国の間における境界画定の問題に影響を及ぼすものではない」とする。

こうしたディスクレイマー規定は、たとえば、境界未画定海域における暫定取決めが将来の画定線に影響しない旨を断る海洋法条約83条3項等を参照してもみてとれる通り、通常、何らかの行動を行う際に当該行動が他の問題について影響しないことを確認するために設けられる。すなわち、大陸棚の限界の確認に関する委員会の手続は、大陸棚の境界画定の問題

¹⁸ これまで、大陸棚限界委員会が、手続規則に従って、関係国による同意が得られない紛争海域が含まれることを理由に勧告を正式に先送りした例としては、英国による不同意に直面したフォークランド／マルヴィナス島を基点とするアルゼンチンによる申請がある。限界委員会は、「委員会は紛争(dispute)に関連する海域について申請を検討し評価する立場にない」という表現で勧告発出を回避している(CLCS/64, para. 76)。また、やや特殊な例として、南極沖の大陸棚延伸に関する情報を提出したオーストラリア、アルゼンチン、ノルウェーの申請に対して、ノンクレイマントであるオランダが南極大陸の領有権を巡る紛争の存在を指摘して勧告を出さないように要請した事例において、限界委員会は、「手続規則に従い(in accordance with the rules of procedure)申請を検討し評価する立場にない」とする。明確に手続規則に則って勧告を回避したこれら二例においては、申請国も紛争が存在することを認めていた。これに対して、他の先送り事例においては、口上書が「申請海域における紛争について、附属書I 5(a)を援用したこと」に触れ、「口上書や意見表明に留意して、申請及び口上書についての検討を申請受領順に従って検討の次の順序が回ってくるまで先送りにすることを決定する」といった表現を用いて判断の回避を行っており（例えば、Hatton Rockall海域に関する英国の申請について、CLCS/64, para. 46.）、意識的にか否かは不明だが、委員会は、紛争の存否について関係国の見解の一致が存在しない場合には、手続規則に則って先送りの決定をするかどうかの判断自体も含めて検討順の機械的な先送りを行う実行を積み重ねているとみる余地もある。仮にそうであるとしても、日本の申請に対する限界委員会の対応は、一方で「紛争」等の用語を避けつつ、他方で、単に機械的に先送りをするだけではなく問題の何らかの「解消」が生ずるまで判断はなされないことが示されている点において特異な位置を占める。

に影響を及ぼすものではないことを断る条約第76条10項、附属書II第9条は、境界画定に関して関係国間で紛争が存在する海域についても委員会が勧告を出すことを前提としているからこそ設けられていると考えられる。

大陸棚限界委員会の任務は、沿岸国が76条の規定の条件に合致せず、大陸棚に対する過度の主張を行って、その外側の「人類の共同財産」たる深海底を浸食することを防ぐために、当事国が提出する資料に対して科学的見地から検討を加えて大陸棚の限界を確認することにある。そうして限界委員会によって確認された延伸部分を隣接あるいは相対する国家間でどのように分割するかは、概念的にはその次の段階での作業となる。そのように整理するのであれば、大陸棚の延伸に関して沿岸国が提出するデータの科学的見地からの評価は、関連海域の境界画定に関する法的紛争とは切り離してなされ得る。すなわち、大陸棚の限界に関する科学的な判断と大陸棚の境界画定に関する法的な紛争の処理は、相互に異なる作用であって、海洋法条約のもとでは相互に関係しないと捉えられる。海洋法条約76条10項と同附属書IIの9条は、こうした趣旨を確認するものと言える。

以上の条約及び議定書の枠組みに対して、限界委員会が採択した手続規則は異なるアプローチをとる。上述の手続規則Rule 46は、第1項で「向かい合っているか若しくは隣接している海岸を有する国の間における紛争、又は他の未解決の領土若しくは海洋の紛争が存在する場合、申請は、本手続規則附属書Iに従って提出することができ、検討される」と、第2項で「委員会の行為は、国家間の境界画定に関する問題に影響を与えない」と定める。境界画定に関する紛争に加えて「他の未解決の領土若しくは海洋の紛争(other cases of unresolved land or maritime disputes)」という新しいカテゴリーが加えられていることを除けば、この規定のみを参照した限りでは上述の海洋法条約及びその附属書IIの枠組みとの違いは一見存在しないように見える。しかし、46条1項がリファーする手続規則附属書Iを参照すると事態は変わる。とりわけ問題となるのは、先ほども見たその5項である。5項(b)は、申請及び勧告は、陸地または海洋紛争の当事者の立場に影響を及ぼさないとして、条約と同様の確認を置く。しかし、他方で、同項(a)は、紛争の当事者である全ての国が事前に同意した場合を除いて、「陸地または海洋紛争が存在する場合、委員会は紛争のいずれの関係国が行う情報提出も検討しない」として、勧告発出に紛争当事国の同意を要求する規定を新たに導入した。こうしたアプローチは、先に確認した条約本体において採られた考え方とは根本的に異なるのではないだろうか。

条約及びその附属書は締約国の合意によって採択され、批准した締約国に対して拘束力を有する。これに対して手続規則は限界委員会が採択する委員会の内部規則であり、直接的には委員会のみを拘束する。しかし、委員会が自ら定めた一定の手続に従って行動する結果、海洋法条約が定めた趣旨と異なる影響を締約国に与えることとなるのであれば、直接的に締約国に対して拘束を有しないからといって手続規則の問題性を看過することはできない。た

しかに、事前に関係国の同意を得ることが必要とされることによって、関係国間での協議・交渉が進み、境界画定の第一歩となるという積極的意味がもたらされるという利点はあるだろう¹⁹。しかし、海洋法条約に書かれていない同意の要素を手続規則上に導入することは、条約が想定する委員会手続の枠組みやその存在意義と整合的だろうか。

3. 同意要求の含意

紛争が存在する海域については関係国の同意がなければ勧告を行わないという手続規則の考え方を採用した場合、どのような事態が生ずるだろうか。日本の申請を巡る経緯からは、関係国が紛争の存在について合意している場合はともかく、一方当事者のみが紛争の存在を主張し、特定の海域における紛争の存否自体について争いがある場合には誰が何を基準に紛争の存在を判断するのかという問題が生ずることが示唆される。

限界委員会には紛争の存否に関する決定を行う権限は手続規則上明確には認められていない。より実質的な観点からも、紛争の存否について主体的な決定を行うことは、「地質学、地球物理学又は水路学の分野の専門家」集団である限界委員会の専門性と整合しない。

この点、境界画定に関する紛争の存否であれば、重複する大陸棚が存在し得るか否かは限界委員会によって判断され得るかも知れない。しかしながら、日本の申請を巡る経緯は、関係国間で紛争の存否についての見解が分かれるような場合、手続規則にいう「紛争」が存在するかを判断し、紛争当事者の特定をするという作業には法的判断が必要な場合があり得ることを明らに出したと言える。すなわち、日本と中韓の間には、沖ノ鳥島が大陸棚を有し得る島であるかそれとも有し得ない岩であるかを巡り、海洋法条約121条の解釈について見解の相違がある。しかし、この見解の相違が日本と中韓の間に手続規則がいう意味での「紛争」が存在することを意味するかについては、必ずしも自明ではない。境界画定紛争とは異なり、沖ノ鳥島を基点とする海域に対して中韓はオーバーラップする自国の大陸棚が存在し得ることを主張しておらず、自国の主観的権利に対して生じ得る悪影響を根拠に異議を申し立てているわけではない。中国は、岩を基点とした大陸棚延伸を認めれば、人類の共通財産たる深海底を侵食し、「平等で合理的な海洋秩序の維持に対する悪影響(adverse impact on the maintenance of an equal and reasonable order for oceans)」²⁰が生ずることを理由として検討を控えるように主張するが、そうした見解を有する個々の国家が申請国との間で「紛争当事国」としての関係に入るかどうかは少なくとも自明ではない。たしかに常設国際司法裁判所(P C I J)のマブロマティス事件判決が判示して以来²¹、P C I J及び国際司

¹⁹ R. Volterra, "Problems Arising from Submissions by States to the CLCS in Relation to Disputed Areas: A Selective Survey of State Practice to Date," S.R. Symmons ed., *Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea*, 2011, p.280.

²⁰ http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/chn_3aug11_e.pdf

²¹ *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment of 30 August 1924 (Objection to the

法裁判所（I C J）の判例においては、「紛争」を「当事国間の法又は事実に関する不一致」「法の見解又は利益の衝突」と解する広い定義が採られてきているが、これら国際裁判所の管轄権の有無を決定する上での「紛争」概念が当然に限界委員会における手続上の「紛争」概念と一致すべきであるとも限らない。限界委員会手続規則の起草過程は明らかではなく、そこでどのような議論がなされたのかは不明であるが、紛争が存在する場合に関係当事国の同意がなければ延伸の検討を行わないという定め趣旨は、当該関係当事国の固有の権利に対して、勧告が法的にはともかくとしても事実上もたらし得る影響を懸念し、特別なセーフガードを用意することにあつたと理解することも少なくとも可能ではあろう。

実際、2009年の第19回締約国会合においては、一方では、手続規則上、中国、韓国による口上書に照らして沖ノ鳥島からの延伸部分については勧告を出すべきではないとする見解が、他方では、これらの国家の主観的権利に関わる問題を含まない121条に関する見解の相違は条約の純粋な解釈問題にとどまり手続規則上の除外対象にかからないことを理由に、委員会は申請を検討すべきとの見解が示され、海洋法条約締約国の間でもこの事案において手続規則が想定する意味での「紛争」が存在するかについて解釈が分かれている²²。こうした見解の対立が存在することからも判る通り、附属書にいう「紛争」の存否やいずれの国がある「紛争」の当事国と言えるのかは必ずしも自明ではなく、法的に解釈されねばならない状況が存在し得るのである。地質学、地球物理学等の専門家集団であつて、法的判断を行うバックグラウンドを持たない委員会に、そうした解釈を求めることは、その専門性という観点からみて不合理ではないだろうか²³。

上記の第19回締約国会合では、こうした事態に直面して、この問題をどのように扱えば良いのかについて国際海洋法裁判所（I T L O S）に勧告的意見を求める案が出されたが、委員会や締約国会合にはI T L O Sに対して意見を諮問する権限が与えられていない²⁴。また、勧告案の検討に対して異議が出された場合の対応については締約国会合の見解を求めるべきとの見解も出されたが、むしろ締約国会合による政治的な介入の余地を設けない方が良いと

Jurisdiction of the Court), *PCIJ, Series A*, No.2, p.11.

²² SPLOS/203 (2009), para. 76.

²³ A.G.Oude Elferink, "Submissions of Coastal States to the CLCS in Cases of Unresolved Land or Maritime Disputes," M.H. Nordquist, J.N. Moore and T.H. Heidar ed., *Legal and Scientific Aspects of Continental Shelf Limits*, 2004, p.266.

²⁴ Ibid., para.75. 地域漁業協定上の規定を根拠とする勧告的意見制度の利用を認めた最近のI T L O S 判断(Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion of 2 April 2015)に則れば、国家間で勧告的意見の要請に関する規定を含む何らかの条約を締結することを通して、I T L O Sの勧告的意見を求める余地があり得るとの考え方もあるが、同意の射程をどのように理解すべきかについては、勧告的意見制度の存在意義や趣旨に照らして検討が必要である。この点については、兼原敦子「I T L O S大法廷が勧告的意見を出す管轄権の根拠」松井芳郎他編『21世紀の国際法と海洋法の課題』（東信堂、2016年）438-477頁参照。

いう反対意見も出され、またそもそも現状ではそうした仕組みは導入されていない²⁵。

このように、限界委員会が紛争の存否について判断する仕組みや専門性を欠いているにも関わらず、手続規則は紛争が存在する場合について関係国の同意を求める。このことは、あらゆる国家に限界委員会による検討をブロックする効果を持つ実質的な「拒否権」を与えることを意味する。他国から異議が出されさえすれば、自律的に「紛争」の存否について判断することができない委員会は、ほぼ自動的に限界についての勧告を出さないという結論をとるよう追い込まれることになり、限界委員会の手続が大幅に阻害されることが危惧される。

こうした事態は、日本の申請を巡って問題となった島/岩の法的地位の問題の他にも、申請国が採用する基線への異議といった別のかたちでも問題となり得る。沿岸国が自国の沿岸について引いている直線基線が、海洋法条約に定められた条件を満たしているか否かについて疑義がある例は多い。そうした直線基線を基点として大陸棚の延伸が主張されているような場合について、当該基線に対して他国の異議が出され、委員会による検討が行われ不得ない事態を想定すれば、委員会の日本の申請に対する対応が明るみに出した問題の潜在的影響の大きさがわかるだろう。

4. 手続規則と条約のギャップは正当化されるか

これまでに見て来たように、限界委員会の手続規則の内容は条約本体が想定するアプローチと整合しない。委員会手続規則が条約には書かれていない新たな条件を審査プロセスに付け加えたと言えるとして、そうした対応は正当化され得るのだろうか。

第1に、紛争の存在に関する主張がいずれかの国からなされた際に、委員会が勧告を控えるべき実質的根拠があるだろうか。海洋法条約においては、先に確認したように大陸棚の「境界画定」に関する紛争が存在する場合にも、これとは区別して限界委員会による延伸勧告が出されることが想定されていた。これに対して、手続規則においては、より広く「領土または海洋に関する紛争」が存在する場合に関係国の同意を求める規定ぶりとなっている。境界画定紛争については両規定間で扱いが異なっていると評価するほかないが、条約本体においては言及されていないその他の種類の紛争については、境界画定紛争とは異なって限界委員会の判断を控えるべき実質的根拠があるのだろうか。

この点に関連して、条約自体が明文で規定している境界画定紛争の場合について改めて考えると、例えば一部の隣接国の場合等、同じ大陸棚上に乗る国家は、地質学的に当該大陸棚がどこまで延伸しているかについて同一の関心を抱くだろう。延伸の限界が科学的に客観的に判断されることを前提とすれば、いずれの国の申請によるものであろうと、その申請内容が十分な測地結果に基づくものでさえあれば、これに応える限界委員会の勧告は、当該延伸

²⁵ SPLoS/203 (2009), paras. 73–74.

大陸棚を両国間でどのように分けるかを巡るその後の境界画定の帰趨に影響をもたらしていく。他方、一部の相対国のように別々の大陸棚に乗る国家同士では、200海里以遠の大陸棚の境界画定については、海底の地質学的構造が画定の際の関連要素の1つとして考慮される可能性も必ずしも排除できないと考えられていたことに照らせば、関係国が他国による申請や委員会の勧告内容に敏感になることも理解できる。それにも関わらず、条約では後者の場合を含めて、大陸棚の限界の確認とその境界画定を別次元の問題として切り分けるかたちで規定している。

これに対して、フォークランド/マルヴィナス島のように大陸棚の基点となる陸地の領有権が争われている場合、あるいは南極のように基点となる大陸の法的地位について、自国の領有権を主張するクレイマントと国家による領有を否定するノンクレイマント間の対立があるような場合、いずれの国がこれらの土地を領有するか、あるいはし得るかという問題と、当該土地から大陸棚が地質学的な意味でどのように延びているかは、その性質上いっそう別次元の問題として切り分けることができるだろう。島の制度についても、ある陸地が島か岩かという法的解釈に関わる問題と、当該陸地から大陸棚がどのように延びているかという科学的事実に関する問題は別個の問題として整理し得る。基線についても同様に、具体的な基線の設定の有効性は延伸大陸棚の350海里限界との関係で問題となり得るが、この点を巡る判断は大陸棚の構造に関する認定とは別個の判断に属する。

以上に照らせば、限界委員会による勧告がその帰趨について影響を及ぼす度合いが低く、条約に規定されている一部の境界画定事例に比しても、より地質構造の認定問題と別次元の問題として整理しやすい事例を含む「領土または海洋に関する紛争」について、他国に実質的な「拒否権」を与えてまで限界委員会の勧告を控えるべき実質的な理由は存在しないと考えられる。

第2に、手続規則に対する締約国のコミットメントの観点から、条約内容と異なる手続規則が正当化される可能性はあるだろうか。前述のように、手続規則は限界委員会が採択した内部規則であるが、問題となる附属書Iについては、そもそも海洋法条約締約国会議における発言が作成の契機ともなっており、また、限界委員会は手続規則の最終的な採択の前に締約国会合の見解を確かめようとしている。条約の改正を正式に行わず、委員会の内部規則制定というかたちで実質的に条約内容をオーバーライドし得るのかという問題はあるにせよ、当該機会を通じて、締約国が条約とは異なる内容の手続規則の内容に実質的にコミットした、したがって当事国の意思という観点からは手続規則の条約からの乖離を正当化する余地があると理解し得る可能性はあるだろうか。

手続規則を検討した第7回締約国会議（1997年）においては、幾つかの国家から、当時の手続規則案においては関係国間に紛争が存在する場合の手続についての規定が欠けていること、勧告及び勧告に基づいて設定された大陸棚の限界は境界画定に影響しないこと、海洋法

条約の目的は海洋秩序の維持であるから既存の紛争を悪化させ、あるいは新たな紛争を生ずるような手続とならないように留意すべきことが指摘されたという²⁶。締約国会合の議事録は公表されておらず詳細な議論内容は分からないが、ここでの発言サマリーからは、たしかに紛争が存在する場合に備えた手続を設けるべきだという一部の締約国の意図がみてとれる。しかし、他方で、紛争海域においても限界を認定する勧告が下されることを前提として、その結果が他国との関係に影響しないことを確認する趣旨の発言もなされており、紛争が存在する場合には委員会は検討を回避すべきという締約国の意図が明確に示されているとまでは読み取れない。

続く第8回締約国会議（1998年）においては附属書Iの原案が締約国に提示された。これに対して、第1に、ある締約国の代表から、紛争当事国による審査への同意は文書に拠るべきとする意見が寄せられ、これに対して手続規則は事前同意を要求する内容となっているとの回答がなされている²⁷。他方で、第2に、別の締約国代表から、手続規則は限界委員会がとるべき手続について定めるものであり、海洋法条約が定める以上の新しい権利を手続規則によって締約国に付与することはできないとの指摘がなされており、これに対しては、限界委員会の手続のみを規定することが明らかになるように、規則に“editorial changes”を加えることに同意するとの回答がなされた²⁸。これら2つの発言が意味するところは相互に相反しており、この経緯を受けて、限界委員会がどのような論理で現在の附属書Iを採択するに至ったかは締約国会議の詳細な議事録が非公開であることもあってよくわからない。しかし、いずれにせよ、この経緯からは、締約国が一致して条約のアプローチと異なる内容の手続規則に意識的にかつ明確に同意したという事情を読み取ることはできない。

締約国が手続規則を通した条約内容の実質的改正に合意していないことは、2014年の締約国会合において、いくつかの国家の代表団が、限界委員会における審査手続が手続規則Rule 46及び附属書Iのもとで行われる第三国による異議申立により、無期限に遅延している事態に懸念を表明している²⁹事実とも符合する。

したがって、問題の実質的合理性の見地からも、あるいは締約国の同意という観点に立つても、手続規則の条約からの乖離を正当化することは困難である。

IV むすびに代えて

以上にみてきたように、紛争が存在する場合に関係国の同意がなければ判断を行わないと

²⁶ SPLoS/24 (1997), para. 31.

²⁷ SPLoS/31 (1998), paras. 46-47.

²⁸ Ibid., para. 48.

²⁹ SPLoS/277 (2014), para. 81. 実際、ケニアは、自国による申請に対してソマリアが提出した異議に直面し、審査の先送りは海洋法条約上基礎を持たないとする口上書を限界委員会に対して送付している。

定める限界委員会手続規則は、海洋法条約が想定していた元来の委員会手続と乖離している。手続規則は、海洋法条約が想定していなかった関係国による同意要件を導入することによって、締約国間の法的・政治的な見解対立から距離を置こうとした意図とは裏腹に、却って限界委員会を困難な立場に追い込む結果となっていると言えるのではないだろうか。手続規則を条約に整合させ、法的紛争の存否の問題とは切り離して海底地質構造のみに基づき限界に関する勧告を下す方針を採用する方が、限界委員会は政治的・法的問題から自由にその専門性を十分に発揮して本来の任務を遂行できると考えられる。

もともと、海洋法条約及び条約附属書におけるディスクレイマー条項は境界画定紛争についてのみ言及しているので、陸地の領有に起因する紛争等も含め、より広い紛争類型を想定した規定をおいておくことが望ましかったとは言えるだろう。

いずれにせよ、限界委員会による勧告に基づいた大陸棚の限界設定に伴う、条約76条以外に起因する問題点（直線基線の妥当性、ある陸地が島か岩か、領土に対する領有権をいずれの国が持つか等）については、76条8項が勧告に基づく限界設定が「最終的かつ拘束的（final and binding）」と規定しているとしても、関係他国が争うことは認められるのであり、委員会に対する申請をそもそも控えるように要請したり、委員会が判断を控えることを条約は想定していない。この点について、2004年に延伸大陸棚に関する研究報告書を採択した国際法協会（International Law Association）は、条約76条10項は、他国が限界委員会審査に反対する主張をすべきではないことを含意すると指摘し、関係他国としては限界委員会による審査に同意を与えるべきとする³⁰。しかし、手続規則上、関係国に同意付与が義務づけられていると読むことは難しい。

大陸棚限界委員会の手続を円滑化するためには、条約の趣旨と整合するように手続規則を改正することが望ましいのではないだろうか。他方で、限界委員会の判断が下されない状況が続く場合に、勧告を待たずに大陸棚の延伸を行うことが認められるかも別途問題となる³¹。同様の事例が今後も生じ得ることに照らせば、限界委員会の機能と権限について改めて検討する必要があると思われる。

〔2016年1月7日脱稿，2019年12月26日一部追記〕

³⁰ “Legal Issues of the Outer Continental Shelf,” *Report of the ILA Berlin Conference* (2004), pp. 810, 813.

³¹ 限界委員会に申請をなしたが関係国の同意を得られず勧告が出されなかった場合には、海洋法条約76条を誠実に履行したと解され、沿岸国が暫定的に延伸大陸棚を設定することも妨げられないとする見解に、Oude Elferink, *supra* note 23, p. 274.

第 3 部

投資保護

第 1 章

E Uの対外直接投資の概要

一橋大学大学院教授
中 西 優 美 子

I はじめに

EUの構成国間での投資協定の数は約190と言われる。また、EU構成国と第三国との投資協定は、約1200と言われている。他方、2009年12月1日発効のリスボン条約以前は、構成国と共にEUが投資規定を含む協定の当事者となるケースは数件にとどまっていた。それは、同条約発効前は、対外直接投資分野の権限は構成国に属していたからである。EUが当事者になったのは、協定の規定が市場アクセス・開業の自由への制限にかかわり、EU法、特にEC条約56条（現EU運営条約63条）とEC条約57条（現EU運営条約64条）が影響を受ける場合であった。

逆に、リスボン条約発効以降、EUは投資協定の交渉や自由貿易協定の中に詳細な投資章を盛り込む交渉を積極的に行っている。たとえば、EUと日本間の経済連携協定は、2019年2月1日に発効した。もっとも投資章に関しては、後述するようにEU司法裁判所の権限に関する判示を受け、一部、経済連携協定から切り離し、投資協定とするように方針が変更されたため交渉が続いている。また、EUは、カナダと包括的経済貿易協定（CETA）に合意し、暫定適用が開始されている。さらに、EUは、アメリカと環大西洋貿易投資パートナーシップ協定（TTIP）を交渉中である。そのような協定の規定対象の1つが投資である。

本稿では、このような変化をもたらしたEUにおける投資分野の法的枠組みを示し、特に、リスボン条約発効以降、EUが自ら投資協定を締結するためにとってきた措置を明らかにしたい¹。

II リスボン条約以前

1. 共通通商政策の範囲

EUの共通通商政策は、もっとも古い共通政策の1つである。1957年に欧州共同体（EEC）を設立する条約（EEC条約）が締結されたが（発効は翌年）、その当初から同条約に共通通商政策が規定されていた。共通通商政策の範囲は、主に関税に関するものが中心であったが、EU司法裁判所の判例の中で当時EEC条約113条（後にEC条約133条、現EU運営条約207条）の条文が拡大解釈され、狭義の伝統的な通商政策に限定されず、時代の変化とともに幅広い事項に適用可能であるとされた²。しかし、WTO協定に関する裁判所意見1/94においては、EU司法裁判所は、同条の適用範囲をサービス貿易に関わる協定（GATS）および知的所有権の貿易に関連する側面に関する協定（TRIPS）にまでは及ぼさな

¹ 別の角度から検討した論文として、Yumiko Nakanishi, “Economic Partnership Agreement Between Japan and the European Union and Legal Issues—A focus on investment—”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, Vol. 44, 2016 J, pp. 19-30, <http://hermes-ir.lib.hit-u.ac.jp/rs/bitstream/10086/27744/1/HJlaw0440000190.pdf>.

² Ex. Opinion 1/78 [1979] ECR 2871, para. 44; ECLI:EU:C:1979:224, para. 44.

かった³。そのため、その後、欧州委員会は、条約改正の機会ごとにE C条約133条（現E U運営条約207条）の改正を求めた。なお、本稿で取り上げる投資については、当時に全く共通通商政策の対象となっていなかった。

2. 投資

(1) 投資に関わる協定とE Uの投資に関する権限

上述したように投資については、構成国が第三国と投資協定を個々に締結してきた。最初に第三国と投資協定を結んだと言われる、ドイツだけでも130の投資協定を第三国と締結してきた。また、若干であるが、E U自身が投資協定を含む協定を構成国とともに結んでいる場合がある。例えば、エネルギー憲章条約はE Uが当事者として締結しており、またE Uとその他の国とを結ぶF T A協定（自由貿易協定）あるいは連合協定の中で若干投資関連の規定が入っている例が見受けられる。ただ、これまではE Uがこの分野で権限を持っていなかったもので、E Uが当事者となっていたとしても、混合協定、つまりE Uと構成国が共同で条約を締結する形で、条約が締結されてきた。

具体的に述べると、E Uが投資を含む条約を構成国とともに締結してきたのは、E C条約56条（現E U運営条約63条）およびE C条約57条（現E U運営条約64条）から権限を一部導いてきたことによる。E C条約56条には、「2. 本章に定める規定の枠内で、構成国間及び構成国と第三国との間の支払に関するすべての制限は禁止される。」と定められていた。関連する章は「資本および支払」に関する章であり、E C条約56条は、現在E U運営条約63条として引き継がれている。もう一方のE C条約57条は、「2. 理事会は、構成国と第三国との間の資本の自由移動という目標をできる限り広範に実現するための努力を払いつつ、…委員会の提案に基づき、直接投資、会社設立、金融サービスの提供または資本市場への上場認可に関する第三国との間の資本移動についての措置を定めることができる。…」と規定していた。特にこの57条2項には、直接投資という文言が存在し、それに関して措置を採択できるため、この規定は、E Uが第三国と投資協定を直接締結するというものではないものの、直接投資に関わるということで、また、市場アクセスあるいは開業の自由への制限を構成国が締結しようとしている条約が含んでいる場合は影響するというもので、E Uもその条約に参加することができてきたということになる。

(2) 改正に至るまで

欧州委員会は、上述したW T O協定におけるサービス貿易および知的財産分野にE Uの権限が十分に及ばないことと同様に、投資においてもこのように非常に権限が限定されているという立場には満足せず、1997年締結のアムステルダム条約の改正時、あるいはその後の

³ Opinion 1/94 [1994] ECR I-5267; ECLI:EU:C:1994:384.

2000年締結のニース条約の改正時においても、EU自身が対外直接投資についての権限を持つようにと働きかけを行ってきた。実際、GATSあるいはTRIPS協定については、既にアムステルダム条約の段階で言及がなされていたが、対外直接投資については条約において全く言及がなされていなかった。しかし、欧州憲法条約草案を作るときに作業部会が立ち上げられ、その作業部会の最終報告書において対外直接投資は貿易との関連において非常に重要なものだということが指摘され⁴、その最終報告書を受けて、欧州憲法条約Ⅲ314条において、対外直接投資の文言が入れられた⁵。リスボン条約は欧州憲法条約の実質を引き継いでおり、このⅢ314条が今のEU運営条約207条に引き継がれて現在に至っている。

Ⅲ リスボン条約以後

1. 新しい権限の創設

上述したようにリスボン条約以前の権限の配分は、資本の自由移動に関するところだけ、EUは投資についても権限を有していたが、その他の権限は全て構成国に属するという状況であった。それゆえ、EUの構成国が、第三国と投資協定をこれまで締結してきたという状況にあった。

これがリスボン条約で大きく変わるようになった。EU運営条約207条1項において、共通通商政策の範囲にサービス貿易および知的財産権の貿易的側面と同様に対外直接投資（Foreign direct investment（FDI））が属することが明示的に規定された。また、EU運営条約206条においても対外直接投資について言及されている。この共通通商政策の一部であるということは、すなわちEUはその分野において排他的権限を持つということを意味する。これはEU運営条約3条1項(e)において、「共通通商政策はEUの排他的権限である」と書かれていることから明確である。

これにより、権限配分の状況がリスボン条約の以前と以後とでは全く変わることになる。リスボン条約以前は投資分野に対しては構成国の権限だったものが、リスボン条約以後は対外投資の分野に対してはEUの排他的権限になった。これは、単なる新たな権限の付与とも異なる。例えば、リスボン条約以前は、域内市場の権限（現EU運営条約114条）や環境政策分野の権限（現EU運営条約192条）、欧州横断網の分野の権限（現EU運営条約172条）に依拠してエネルギー分野の措置が採択されていたが、リスボン条約によりエネルギー分野の個別的権限が明示的にEU運営条約194条に規定された。この権限は、共有権限に属し、EUと構成国の両方が権限を有することになっている。リスボン条約によって新たにエネルギー分野の権限が付与されたからと言っても、それほど劇的な変化はなかったが、それに比べると、対外直接投資の分野が明示的に規定されたということは、権限状況において

⁴ CONV 685/03, p. 52.

⁵ Streinz/Ohler/Herrmann, *Die neue Verfassung für Europa*, Beck, 2005, p. 100.

非常に大きな変化をもたらすことになった。

2. 対外直接投資の範囲

対外直接投資（F D I）についてE Uが排他的権限を有するということは明確になったが、対外直接投資の概念について、その中身と範囲はどういったものなのかということについては全く規定が存在しない。E U運営条約207条にただ対外直接投資という文言があるだけで、定義付けはなされていない。そうすると、対外直接投資を狭く解釈・定義するのか、あるいは広く解釈するかによって、E Uの排他的権限の範囲が小さくなったり大きくなったりするということになり、権限問題に直接からんでくることになる。後述するように、欧州委員会は、E UとシンガポールのF T Aに関し、E Uが排他的権限を有するの可否かE U運営条約218条11項に従い、E U司法裁判所に意見を求めた。裁判所意見がだされる前には以下のような議論が存在した。

欧州委員会としては、できるだけF D Iの概念を広く捉えたいと考える。リスボン条約が発効してその翌年（2010年）に、欧州委員会はコミュニケーション文書（C O M文書）というものを公表した⁶。その中で対外直接投資は、「経済活動を行うのに資本が入手可能になる企業との継続的かつ直接的なリンクを設定するのに寄与する、対外投資を含むものと一般に見なされる。」と定義されている。これは、E U司法裁判所の判例(C-157/05 Holböck)から導いてきたものではないかと考えられる。この判例の中では、“the concept of direct investments concerns of any kind undertaken by national or legal persons and which serve to establish or maintain lasting and direct links between the persons providing the capital and the undertaking to which that capital is made available in order to carry out an economic activity.” と判示されている⁷。要するにここでは「継続的かつ直接的なリンク (lasting and direct links)」という言葉がキーワードになると考えられる。

さらに、欧州委員会は「投資が株式保有の形態をとるとき、この目的は株式が株主に同企業の運営またはそのコントロールに効果的に参加することを可能にする。企業の運営とコントロールに影響を与える意図がない場合の対外投資とは対照的なものである。」ということで、企業の運営とコントロールに影響を与える意図のない投資は「より短期の、または投機性があるもの」で、通常ポートフォリオ投資 (portfolio investments)（間接投資）と呼ばれるのだと区別した⁸。なお、ドイツ連邦憲法裁判所は、リスボン条約に関する判決におい

⁶ COM(2010)343 final, Towards a comprehensive European international investment policy.

⁷ Case C-157/05 Holböck v Finanzamt Salzburg-Land [2007] ECR I-4501, para. 34; ECLI:EU:C:2007:297, para. 34.

⁸ COM(2010)343, pp. 2-3.

て、直接投資はポートフォリオ投資を含まないと判示している⁹。

対外直接投資を定義するときの問題として、「FDI」の文言が、一般的に定義される対外直接投資だけを含むのか、それともポートフォリオ投資も含むのかということが1つの争点になっている¹⁰。通常の投資協定は対外直接投資とポートフォリオ投資の両方を含むものになっており、もしポートフォリオ投資がEU運営条約207条の適用範囲に入らないとすると、結果的にEUは混合協定の形で条約を締結しなければならない可能性がでてくる。

欧州委員会は、上述したCOM文書において、黙示的条約締結権限の適用を示している¹¹。上述したEU運営条約63条や64条に規定されている資本の自由移動に関する条文に基づいてEUの措置がとられていると、AETR定式が適用されるという考えもある。AETR定式というのは1971年にEU司法裁判所が黙示的条約締結権限の法理を導く際に設定したものであるが¹²、現在は、EU運営条約3条2項に明示的に規定されている。同条約3条2項は「連合は、国際協定の締結が連合の立法行為の中に定められる場合、その締結が連合の対内権限の行使を可能にするために必要である場合、または、その締結が共通法規に影響を与えもしくはその範囲を変更するものである場合には、国際協定の締結について排他的権限を有する。」と規定している。それゆえ、特にEU運営条約64条に基づいて措置がとられていて投資協定が結ばれるときに、その採択された措置に影響を与えるということになれば、これは黙示的条約締結権限を引き出すことができるということになる。この際、条約締結権限は排他的権限であると同時に定められている。したがって、EU運営条約207条からは排他的権限は導き出されないとしても、EU運営条約64条とEU運営条約3条2項に依拠して排他的権限を持つと解釈されうる。つまり全体的に投資について排他的権限を持つというような解釈も成り立ちうる。実際にAETR定式が使われた最近の事例としては、オープンスカイ協定事件¹³というのがある。国際運輸の分野でEU加盟国はアメリカやその他の国と航空協定を締結していたが、このオープンスカイ協定がEUの採択した措置に抵触するとされた。既に採択された措置の範囲については、AETR定式を通じてEUが排他的権限を持ってい

⁹ BVerfGE, 2 BvE 2/08, Rn. 379 (30 Juni 2009).

¹⁰ これについては、Marc Bungenburg, “Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon”, in C. Herrmann and J.P. Terhechte (ed.), *European Yearbook of International Economic Law*, Springer, 2010, pp. 143-145; Colin M. Brown, “Changes in the Common Commercial Policy of the European Union after the Entry into Force of the Treaty of Lisbon”, p. 163, pp. 174-176, in Marc Bungenburg and Christoph Herrmann (ed.), *Common Commercial Policy after Lisbon*, Springer, 2013; David Leys, “EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the EU Court of Justice End the Controversy”, *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 10, Issue 7&8, 2015, p. 267, p. 269.

¹¹ COM(2010)343, p. 8.

¹² Case 22/70 Commission v Council [1971] ECR 263; ECLI:EU:C:1971:32.

¹³ Case C-467/98 Commission v Denmark [2002] ECR I-9519; ECLI:EU:C:2002:625; 中西優美子「18 オープンスカイ協定に対するEU黙示的対外権限の適用範囲」同『EU権限の判例研究』（信山社、2015年）165-170頁。

るということで、E Uの加盟国はもはや単独で第三国と交渉して条約を締結することはできないという判決が下されている。それを当てはめると、E U運営条約64条とA E T R定式とを用いてそういった解釈も可能であると考える。

もう1つ、対外直接投資の対象として問題となっているのは投資保護の分野である。投資保護については、収用など様々な所有権に関係してくる。これに関して、E U運営条約345条は「両条約は、所有権制度を規律する構成国の規則をいかなる方法においても妨げるものではない。」と規定している。E U法に各国の所有権制度を妨げてはならないという規定がある一方で、E Uレベルで投資保護を含んだ協定を締結することができるのか否かということが問題視されている。これについて、欧州委員会は、上述したC O M文書において、これはE U運営条約345条と矛盾しないという見解を示している。ただ、学説では両立するかどうかの問題点が指摘されており¹⁴、ポートフォリオ投資の問題も含み、E U司法裁判所の判例を待たないといけなかった。

2017年5月16日にE U司法裁判所はE UとシンガポールのF T Aについて、以下のように示した¹⁵。

裁判所は、経済活動を行う会社の経営またはコントロールに効果的に参加することを可能にする投資に関して第三国に対する義務を承認することは、E Uの排他的権限になるとする一方で、「対外直接投資」の文言の利用は、共通通商政策に他の対外投資を含まないという意図の表現であるとし、他の対外投資は、E U運営条約3条1項(e)の意味における排他的権限に入らないとした¹⁶。

構成国と理事会は投資の承認と保護を区別し、E Uの権限は前者のみにしかかわると主張したが、裁判所は、投資保護における①不利でない取扱い、②公正で衡平な取扱いと十分な保護と安全、③戦争、緊急状態などに基づく損失の際における国内投資と同等の取扱い、④恣意的な収容または補償のない収容からの保護、⑤資本移転、⑥投資の代位に関して貿易との特別な関係を認定し、E Uの排他的権限に入るとした¹⁷。

さらに、F T Aの9.3条3項に定められている公序、公共の安全等の事項は国際的な義務を設定しているものではなく、単に適用の逸脱を規定しているとし、同項から生じる構成国の裁量制

¹⁴ Cf. Frank S Benyon, *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms*, Hart Publishing, 2010, p. 101; Filippo Fontanelli and Giuseppe Bianco, “Conserving Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States”, 50 *Stan. J. Int’l L.* 211, 2014, p. 211, p. 216.

¹⁵ Opinion 2/15, ECLI:EU:C:2017:376 ; この箇所については、中西優美子「E Uとシンガポール間の自由貿易協定（F T A）に関するE Uの権限」国際商事法務 Vol.45, No. 9（2017年）1348, 1349-1950頁を基礎とする。

¹⁶ Opinion 2/15, paras. 82-83.

¹⁷ Opinion 2/15, paras. 88-96.

限は国際貿易の行為に内在するものであり、構成国の権限を侵害するものではないとした¹⁸。

また、これまで学説で議論のあった問題¹⁹、つまり、E U運営条約 345 条の所有権に関する規定についても、裁判所は判断を示した。同条は所有権制度を規律する構成国の法規を損なうものではないと規定しているが、F T Aの 9.6 条は国有化や収容の決定が衡平な条件の下でかつ一般原則及び基本権、とりわけ非差別の原則を遵守しつつなされるよう投資家を保護する意図をもっているとした。また、同条は、構成国の法規に関する義務を含むものではなく、構成国が財産法に関する権限を自由に行使し、または改正することができる一方で、構成国が一般原則及び基本権の遵守から免除されないという単なる事実を反映しているにすぎないと解釈した²⁰。

以上のことから対外直接投資に関する限り 9 章は、共通通商政策に入るとした。

非直接投資について、欧州委員会は、F T Aが資本及び支払の自由を規定するE U運営条約 63 条に影響を与えるため、上述したE U運営条約 3 条 2 項の黙示的排他的権限の発生条件を満たすと主張した。しかし、裁判所は、第 2 次法と第 1 次法の相違に注目し、A E T R 定式はE U機関によって採択された共通の法規（第 2 次法）が影響を受けることを条件としているとした²¹。その結果、非直接投資に関しては、E Uは排他的権限を有しないと判示した。

他方、E U運営条約 216 条 1 項の「協定の締結が連合の政策の枠組みの中において両条約に定めるいずれかの目的を達成するために必要である場合」という文言に依拠して裁判所は、E Uの条約締結権限の存在を認めた。すなわち、第三国と相互間に資本及び支払の自由の設定に寄与する国際協定の締結が域内市場の目的の 1 つであるそのような自由移動を十分に達成するためには必要であるとした²²。また、域内市場に関する権限は、E Uと構成国間の共有権限に属し（E U運営条約 4 条 2 項(a)）、その結果、非直接外国投資に関してE Uは共有権限を有するとした。

これまで欧州委員会と他方理事会及び構成国で考え方に相違があったが、この裁判所意見により、E U司法裁判所は投資に関する権限につきその境界線を明確にした。

3. 新しい権限の創設に伴う変化

(1) E U構成国と第三国間の既存の投資協定

次に、E Uが投資の分野で新しい権限を持つことになったことによって生じた変化について考えていくことにする。上述したように、E Uの構成国と第三国間では既に1200の投資協定が結ばれている。それを今日明日のうちに、「E Uは排他的権限を付与されたので、そう

¹⁸ Opinion 2/15, paras. 101–103.

¹⁹ Ex. Federico Ortino and Piet Eeckhout, “Towards an EU Policy on Foreign Direct Investment”, in Andrea Biondi, Piet Eeckhout and Stefanie Ripley (ed.), *EU Law After Lisbon*, Oxford University Press, 2012, p. 312, pp. 319–320.

²⁰ Opinion 2/15, para. 107.

²¹ Opinion 2/15, paras. 230–238.

²² Opinion 2/15, paras. 239–242.

いった協定は無効である」とは一方的に宣言することができない。なぜかという、E Uの構成国と第三国とが結んでいる投資協定は国際条約であり、国際法の下で第三国の権利義務が尊重されなければならないからである。

リスボン条約発効前の事件を紹介する。これはE U運営条約351条（旧E C条約307条）に關係する。E U運営条約351条は「既存の条約の尊重」ということで、まず1項において、新規加盟国についてはその加盟日以前に「1または2以上の構成国を一方の当事者、1または2以上の第三国を他方の当事者として締結された協定から生じる権利及び義務は、両条約の規定により影響を受けない。」という、第三国の権利を保護している。その2項で、「このような協定が両条約と両立しない場合には、その構成国は、既存の不整合を除去するために適切なあらゆる手段を講じる。」とし、「構成国は、必要に応じて、このために相互に援助を与え、適切な場合には、共通の態度をとる。」と規定されている。このE U運営条約351条（旧E C条約307条）2項に違反したということで、欧州委員会がオーストリア²³とスウェーデン²⁴をそれぞれ訴えた。オーストリアとスウェーデンはそれぞれ他の国と投資協定を結んでいた。欧州委員会は、これらの投資協定が上述したE C条約57条2項（現E U運営条約64条2項）に違反すると考えた。同項によると、資本移動の分野でE Uは措置をとることができるとなっている。また、E C条約59条および60条1項も措置を採択できるという条文であるが、これらの措置が、その時点ではまだ措置はとられていなかったが、将来E Uが措置をとる可能性がある。そうすると投資協定とE U法との抵触が起こるかもしれないから、そういった抵触が起こる可能性を回避するために投資協定を修正しないといけないし、再交渉しないといけないというのが欧州委員会の主張であった。このような欧州委員会の見解が認められたのがこれら2つの事件で、オーストリアとスウェーデンは条約違反と判断された。

(2) 過渡的な措置

では、他の投資協定がこれからどうなっていくのか、実際1200もあるのでどうなっていくのかが問題となる。リスボン条約発効後、欧州委員会はCOM文書で提案を出した²⁵。これは、構成国と第三国間における二国間の投資協定の過渡的な取決めを設定する欧州議会と理事会の規則の提案である。これは、2010年7月7日に提案され、規則1219/2012²⁶として2012年12月12日に採択され、2013年1月8日に発効した。この規則の目的は、過渡期間の規定を設定することである²⁷。

この規則は前文と17か条から構成され、法的根拠条文はE U運営条約207条2項になって

²³ Case C-205/06 Commission v Austria [2009] ECR I-1301; ECLI:EU:C:2009:118.

²⁴ Case C-249/06 Commission v Sweden [2009] ECR I-1335; ECLI:EU:C:2009:119.

²⁵ COM(2010) 344.

²⁶ Regulation 1219/2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, OJ 2012 L351/40.

²⁷ Cf. Fontanelli and Bianco, note (14), p. 220.

いる。つまり、共通通商政策の枠組みでとられているということになる。そして、前文(1)で、この分野はE Uが排他的な権限を持っているということが確認されている。“the European Union has exclusive competence with respect to the common commercial policy”と書かれており、前文(2)では上述した資本の自由移動に関わるE U運営条約第3部第4編第4章のことに触れられている。また、前文(3)でE Uと構成国との権限配分について、加えて前文(5)のところで、既存のE Uの加盟国が第三国と結んだ投資協定について述べられている。そして、前文(7)(8)(9)で時期が3つに分けられている。まず、前文(7)は“before 1 December 2009”ということで、これはリスボン条約発効前ということになる。リスボン条約発効前(2009年12月1日以前)に署名された二国間の投資協定について、この規則が関係していることを表している。次に、前文(8)では、2009年12月1日と2013年1月9日の間に署名された二国間の投資協定、これはリスボン条約が発効してからこの規則が発効するまでの間のことである。最後に、前文(9)では、2013年1月9日以降となっており、この規則が発効してからということになる。つまり、投資協定を3つに分類して、それぞれに對し対応を分けている。

内容的には、当該規則2条で、投資協定につき、欧州委員会に通知しなければいけないという義務が課されている。当該規則5条では、E Uの構成国が第三国と締結した投資協定がE U法に違反するか否かについて、欧州委員会が審査するとなっている。さらに、当該7条から11条において欧州委員会によって二国間協定を修正あるいは締結する際には許可をもらわないといけないことになっている。細かく言うと、正式に交渉を始める前に許可が必要で、また署名する際、協定を締結する際にも許可が必要ということになっている。さらに、欧州委員会がそのような国際交渉に参加することを要請することができるとされている。

当該規則によると、リスボン条約発効後もE U構成国は第三国と二国間の投資協定を修正したり、または締結したりすることができる。なぜできるのかというと、E Uによる投資協定はまだほとんど存在しないからである。それゆえ、E UがE U自身として、各国が今結んでいる約1200の投資協定を結ぶことができるまでは、投資家を保護するために構成国の投資協定が必要になる。したがって、このような規定の仕方になっている。換言すれば、欧州委員会が自ら交渉し、条約を締結する準備が整う過渡期間は、構成国に交渉し、締結することを許可するものの、欧州委員会がコントロールする体制になっている。

(3) 権限問題

上述したように、リスボン条約によりE Uが対外直接投資に対して排他的権限を有するようになった。当該規則は、過渡期間について、構成国は投資協定を維持し、また交渉、締結できるようになっているが、それについての規定をみていくことにする。

E Uが排他的権限を有することについて、E U運営条約2条1項の排他的権限の定義では、「両条約が特定分野において排他的権限を連合に付与する場合には、連合のみが立法を行い、

拘束力ある法行為を採択することができる。」と規定されている。立法することができるということは、条約を締結することもできるということになる。それゆえ、E Uが排他的権限を有する場合、E Uのみが条約を第三国と締結することができるということになる。当然締結のための交渉もE Uのみが行うことができる。しかし、現段階では急にはできないため、構成国への権限の再移譲という形になるわけである。E U運営条約2条1項の後段を見ると、「構成国は、連合により授権される場合、または、連合の法行為を実施する場合に限り、自ら立法を行い、拘束力ある法行為を採択することができる。」と定められており、「連合により授権される場合」に今回は当てはまる。

今回の当該規則では、欧州委員会は構成国に権限を委譲するという形になっている。例えば前文(9)では、“Moreover, this Regulation should lay down the conditions under which Member States are empowered”（「この規則は、構成国が授権される条件を定める」）となっている。さらに“to amend or conclude bilateral investment agreements with third countries after 9 January 2013”（「2013年1月9日以降第三国と二国間の投資協定を修正または締結する」）となっており、この規則が発効した後も、構成国が投資協定を修正したり締結したりすることが前提とされている。すなわち、構成国は、第三国との二国間の投資協定を修正したり締結したりする権限を付与されていることになっており、これは排他的権限の付与の例外と捉えられる。そして、これは特別措置である。これが特別措置であるということが、以下のことから分かる。“STATEMENT BY THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE COMMISSION”（「欧州議会、理事会および委員会による陳述」）の中に、“The fact that this Regulation, including recitals 17, 18 and 19, provides for the Use of the procedures referred to in Regulation (EU) No 182/2011 does not constitute a precedent as to future regulations allowing the Union to empower the Member States under Article 2(1) TFEU to legislate and adopt legally binding acts in areas of Union exclusive competence.”という文が存在する。今回、排他的権限の分野で拘束力のある立法をしたり条約を結んだりすることを構成国に授権しているが、「これは先例とはならない」ということが、わざわざ書かれている。つまり、これは例外中の例外ということになる。

対外直接投資分野の権限がリスボン条約発効によりE Uの排他的権限になったという急激な変化が起きたことを受け、このような過渡的な措置がとられた。つまり、一定期間ではあるが、E Uが自ら投資協定を締結し終わるまでは、構成国が締結した投資協定を有効とするという措置がとられた。ただ、締結された投資協定がE U法に違反していたり、欧州委員会の交渉を邪魔したりといった場合は条約違反になり、そのような投資協定はE U法上認められないということになる。そういった一定の条件をクリアした場合には投資協定を維持できるということになっている。日本を含めた第三国は、リスボン条約発効後のこういった権限

の帰属の変化を踏まえ、構成国あるいは欧州委員会と交渉に当たり、また、これまで投資協定を締結している場合は、その修正を準備しておかなければならない。

(4) E Uによる投資協定

①COM文書「包括的な欧州国際投資政策に向けて」2010年7月7日

上述した規則1219/2012は過渡的な措置であり、E Uが求めているのは更なるものである。つまり、E U自らによる投資協定の締結である。そのために、2010年7月7日にCOM文書²⁸を出した。上述したCOM文書(COM(2010)344)と同じ日に公表されたが、こちらは「包括的な欧州国際投資政策に向けて」というタイトルがついている戦略的文書である。つまり、欧州委員会は今後の投資分野でこういうことをやりますということが書かれている文章になっている。状況説明として、これまで構成国が50年以上投資政策を行っていて、実際に約1200もの協定があることが述べられ、それらが世界において発効している投資協定のほぼ半数を占めていると示されている。また、これからの欧州国際投資協定はどうあるべきかということが述べられている。

共通通商政策は、上述したように主に貿易から始まっているが、貿易と投資は切っても切れないくらいに密接な関係を持っているということで、投資の自由化と投資保護を共通通商政策の中に統合していくという位置付けを行っている²⁹。将来的には、構成国がこれまで第三国と結んできた二国間協定を、E Uの投資協定に取って代えるということが考えられている³⁰。どれくらいのスパンでそれがなされるのかは明示されていないが、そのような方向に進むということが示されている。

上述したように投資保護の基準設定について、E U運営条約の中に所有権に関する条文(E U運営条約345条)があるので、投資保護の基準設定までできるのかどうかということが、学説上は問題となっている。しかし、欧州委員会は全くそういったことには疑問は持っておらず、もちろん投資保護の基準設定も投資協定の中に入れていくという考え方をとっている。そこでは、非差別の原則、つまり最恵国待遇や国内取扱いの原則を入れて、公正・公平な取扱い、または安全と保護といったもので投資保護に関するE Uの基準を設定していくということが示されている。

また、投資協定についてE Uと構成国の他の政策との合致が問題となる。これはどういうことかと言うと、E Uの投資家が他の第三国で投資をする場合があるが、逆に第三国の投資家がE Uにおいて投資をする場合も考えられる。E U法の中には実は非常に厳格なものがあるが(例えば化学物質規制に関するREACH規則³¹は日本企業にも大きな影響を与えてい

²⁸ COM(2010)343.

²⁹ COM(2010)343, pp. 5-6.

³⁰ COM(2010)343, p. 5.

³¹ Registration, Evaluation, Authorization and Restriction of Chemicalsの略。
規則1907/2006として2006年12月13日採択され、2007年6月1日に発効された、登録(Registration),

る)、環境規制が厳しいため、昨日までは大丈夫だったものが、明日になるとより厳しい基準が課される可能性がある。その場合、投資しているけれども損害を被ったということで補償が求められたりする可能性もある。しかし、E Uには、共通通商政策の中に入っている投資政策だけではなくて、環境政策や基本的人権などの他の政策も存在する。だから、そういったものと合致させていかないといけないということが意識されている³²。また、これと関連して、欧州議会からの要請を受け、規制する権利(the right to regulate)の保障も重要視されている。

さらに、E U条約21条とE U運営条約205条に政治原則あるいは人権条項と呼ばれる諸原則が定められている³³。これは、日本とE Uの経済連携協定の交渉でも問題となった。これらの原則は、リスボン条約により条約の中に明示的に規定されることになった。このため、経済連携協定とともに拘束力のある政治的協定である、戦略的パートナーシップ協定が並行的に交渉され、署名に至った。2020年9月末現在、未発効であるが、2019年2月1日より暫定的適用がなされている)。

加えて、効果的な義務の実施として、投資を保護するための国家対国家の紛争解決制度が挙げられている。そして、投資家対国家紛争解決(investor-state dispute settlement, I S D S)を投資協定の中に入れていくということが強調されていた³⁴。もっとも、現在ではE Uは、I S D Sではなく、投資裁判所の創設を主張している。

② I S D Sに関連した財政面での責任(financial responsibility)について

リスボン条約発効以降、E Uが投資協定あるいは投資章を含むF T Aを交渉し、一部既に締結された³⁵。そこにはI S D Sも交渉の中に入っているため、実際問題、E Uが責任を持つ場合もでてくる。そのため財政的責任についての提案および措置が必要となってくる。そこで、欧州委員会は2012年6月12日に、E Uが当事者である国際協定によって設定される投資家対国家の紛争解決、裁判あるいは仲裁に関連する財政的な責任を管理するための枠組み

評価(Evaluation)、認可(Authorization)、および規制(Restriction)制度をE U域内の化学物質(Chemicals)に適用するための規則。域内で年間1 t以上製造・輸入される全ての化学物質について、安全性や用途に関する情報を登録することが義務付けられ、登録内容を欧州化学品庁が評価し、必要に応じさらなる情報提供が要求される。また、有害性が非常に懸念される高懸念物質については、認可、規制の対象となる。

³² COM(2010)343, p. 9.

³³ これについては、中西優美子「E U対外政策における政治原則の発展 - E U諸条約の諸改正をてがかりに-」 安江則子編『E U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。

³⁴ COM(2010) 343, pp. 9-10; もっとも、法の支配に基づいた法的制度を有する国の間では、I S D Sは必要ではないという見解も存在する。Cf. Reinhard Quick, “Why TTIP Should have an Investment Chapter Including ISDS”, *Journal of World Trade* 49, No. 2, 2015, p. 199, p. 204.

³⁵ 例えば、E Uとベトナム間の包括的自由貿易協定は、投資裁判所の設立を含めて、投資に関する章を含んでいたが、裁判所意見2/15を受けて、包括的自由貿易協定と投資裁判所の設立を含む投資保護協定という形で、投資裁判所が含まれている。

を設定する規則を提案した³⁶。この規則案は、2014年7月23日に採択され、同年9月17日に規則912/2014³⁷として発効した。これはI S D Sのための規則である。同規則は、前文と25か条から構成され、法的根拠条文は共通通商政策に関するE U運営条約207条2項となっている。

当該規則では、誰が仲裁の時に対応者(respondent)になるかということが、明示的に規定されている。E Uと構成国の財政的な責任配分の明確化をすることがこの規則の目的になっているが、その背後にはE Uと構成国の権限配分が存在する。したがって、どこまでがE Uの権限で、また逆にどこまでが構成国の権限なのかが、実際の財政的責任を負うところで問題となってくる。例えば、構成国の行為によって協定を締結している第三国の投資家が実際に何らかの損害を受けたとする。このとき、その構成国の行為による損害がE Uの指令を国内法化するための措置が原因であったとき、この場合は構成国の責任ではなくてE Uの責任になる。当該規則には、そのようなことが細かく、こういう時はこうだといったことが規定されている。また、構成国が実際に責任を負うのだけれども、構成国としては仲裁の時に対応できないということで、逆にE Uに対応をお願いするということもありうるといった細かなことも規定されている。

この必要性が生じてきた背景には、E Uと第三国とのF T Aの中に投資条項あるいは投資規定が存在するということがある。

③具体例

E Uと韓国は、リスボン条約前の2007年に交渉を始め、同条約発効前の2009年10月15日にF T Aを締結した³⁸。F T Aは、2011年7月に発効した。同F T Aは、若干ではあるがその中には投資条項が含まれているが、I S D S法規は規定されていない。他方、リスボン条約発効以降、E Uとシンガポールは、2014年10月17日に包括的F T A交渉を終了した³⁹。この暫定的協定がE U単独で締結できるのか、構成国とともに混合協定の形で締結されなければならないのかについては不明であった。特に、同F T Aは、30か条から構成されるその9章に投資保護のための特別章が設けられており、また、付属書9-EとしてI S D Sのための特別の付属書が設けられているため、E U司法裁判所がどのような判断を下すかが注目された⁴⁰。裁判所は、意見2/15において、上述したように対外直接投資には排他的権限、他方、間接投資に関してはE Uと構成国は共有権限を有するとしたが、9章B節「I S D S」に関し

³⁶ COM(2012)335.

³⁷ OJ 2014 L257/121, Regulation 912/2014 establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state-dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party.

³⁸ OJ 2011 L127/1.

³⁹ E Uとシンガポールは、裁判所意見2/15を受けて、再交渉し、包括的F T Aと並んで投資保護協定を締結することに変更された。

⁴⁰ Opinion 2/15, OJ 2015 C363/18.

ては、以下のように判示した⁴¹。まず、F T Aの9.11条2項(a)と(e)に従い、E Uだけではなく、E U構成国も被告として当事者になる可能性があるとした。次に、当事者間で紛争を解決できない場合、投資家は9.15条に従い仲裁に訴える意図を通知することができるとした。また、9.17条により、シンガポールと構成国間の紛争が当該構成国の裁判所に付託される可能性はゼロではないにしても、そのようにするか否かは投資家の判断にゆだねられる。すなわち、9.16条の下で原告が仲裁へ紛争を付託するか否かを決定できるのであり、構成国はこれに反対することができないことを指摘した。そのうえで、司法裁判所は、構成国裁判所の管轄権から一部の紛争を除外することになるI S D S制度は、判例法の意味における純粹に付随的な性質をもつものではありえず、構成国の同意なしには設定されえないとした。よって、9章B節の承認は、E Uの排他的権限ではなく、E Uと構成国間の共有権限に属すると結論づけた。

また、E Uとカナダが交渉を終えた協定、Comprehensive Trade and Economic Agreement (C E T A) が挙げられる⁴²。これは約1500頁からなり、そのうち投資条項の部分が40頁を占めている。これは既に2014年9月26日に公表されている。C E T Aの投資に関する部分となり、10番目がInvestmentということで、いくつかのセクションに分かれている。その中で重要と思われるのがSection 2: Establishment of investmentsである。この中に投資をするときのもので、Market Accessというものがあり、これは、上述したE U運営条約64条の資本の自由移動に関わってくるところと考えられる。また、Section 3: non-discriminatory treatmentは、E Uが出してくるところの保護基準で、細かい国内取扱いや最恵国待遇等が規定されている。Section 4: investment protectionで、収用の問題に関する条文があり、そしてSection 6: I S D S、投資家対国家の紛争解決をどうやっていくかということが規定されている。さらに、その後、投資に関し、再交渉が行われ、独立した常設の投資裁判所の設立も規定されることになった⁴³。現在は、E Uが排他的権限を有する分野の規定対象につき、暫定的適用がなされている。投資裁判所の規定については、構成国の権限にもかかわるので、構成国の批准を受けなければならない状況にある。

E Uは、シンガポール及びベトナムと包括的保護協定の他に投資裁判所を含む投資保護協定署名した⁴⁴。

⁴¹ Opinion 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, paras. 285–293; この箇所については、中西・前掲注 15 1351 頁を基礎とする。

⁴² http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf (last accessed on 12 December 2019).

⁴³ <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468> (last accessed on 12 December 2019)

⁴⁴ <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-singapore-agreement>;
<https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-vietnam-agreement> (last accessed on 12 December 2019).

現在交渉中のものとしては、アメリカとEUのTTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership)が挙げられる。TTIPの“I”は、investmentの略であり、当然ながら投資が入っており、投資裁判所の設立も交渉案の中に盛り込まれている⁴⁵。そして日本とEUの間でも投資保護協定の交渉がなされている。なお、中国とは、FTAではなくて、投資協定を締結するという交渉を行っている。

④問題点

では、どのような問題点が考えられるかについて考えていく。

(i) ICSID

まず、ISDSに関係するICSIDについてであるが、これは国家しか当事国になれないことが問題となる。EUがICSIDの当事者になるためには全ての当事国の合意が必要である。それで現在、EUはICSIDの当事者になりたいということで、非常に強い働きかけを行っているが、今のところは成功に至っていない。ただ、これからも働きかけは続いていくと考えられる。エネルギー憲章条約はEUが当事国となっているというが、問題点は、ISDSが投資協定の中に入っていると看做しても、その時に使えるフォーラムが限定されているという点である。それは、EUがまだこの分野では国際プレゼンスを認められていないというところに起因する。他の分野の条約にも同じことが言える。たとえば、まだEUが環境政策の分野でほとんど実績がなかった時（1973年3月3日）に締結された絶滅のおそれのある野生動植物の種の国際取引に関する条約（別名ワシントン条約）⁴⁶において当初は、EUは当事者になることができなかった⁴⁷。しかし、交渉を続け、また、環境分野における国際プレゼンスが認められ、2015年に晴れてワシントン条約の当事者になった⁴⁸。投資分野においてリスボン条約によりEUに排他的権限が付与されたということで、世界の目も変わってきて実績が認められたら、将来的にはICSIDの当事者になれる可能性がある。仲裁のほとんどがICSIDを使っているという統計があるが、これに入れるか入れないかでは、かなり大きな違いがでてくるのではないのかと考える。

(ii) 投資裁判所の設立

EUとベトナムとのFTA、EUとカナダのFTA（CETA）、そして交渉中のEUとアメリカのFTA（TTIP）には、二国間で特別の独立した投資裁判所を設立することが盛り込まれている。この裁判所であれば、当然のことながらEUが当事者適格を有する。

これに関する問題の1つが、EU司法裁判所がこのような投資裁判所の設立を含む、協定

⁴⁵ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (last accessed on 12 December 2019).

⁴⁶ <https://cites.org/eng/disc/parties/index.php> (last accessed on 12 December 2019).

⁴⁷ 中西優美子「53 EUにおけるワシントン条約（CITES）の適用（Tridon事件）」同・前掲注13 520-528頁。

⁴⁸ EUは、ワシントン条約の181番目の当事者となった。2015年7月8日に正式のメンバーになった。

をどのように判断するのかである。これまでE U司法裁判所が、E U条約あるいはE U運営条約と合致しないという裁判所意見を出してきている。E U運営条約218条11項では、条約を締結するときに、裁判所に締結しようとする条約がE U条約あるいはE U運営条約と両立するかどうかについて意見を聞くということになっており、重要な条約の締結の前には大体意見が聞かれることになっている。

以前、E F T A（欧州自由貿易連合）とE Uとの間で、E E A（欧州経済領域）協定を結んで、E E A裁判所を作るという協定が出来上がったが、E U司法裁判所は、それがE E C条約（現E U運営条約）に合致しないと判示し⁴⁹、結局E E A裁判所は創設されずにE F T A裁判所が創設された。

MOX工場事件⁵⁰はイギリスとアイルランドの間の紛争であるが、アイルランドがE U司法裁判所ではなくて、E U以外の他の国際海洋法裁判所や他の仲裁機関などに訴えたことが条約違反とされた事件である。その際、E U司法裁判所は、そういったことはE U法に違反するといった判決を下した。E U司法裁判所以外の裁判所や仲裁機関などに訴えることに、非常に慎重である。

そしてまた、特許裁判所事件⁵¹も挙げられる。共同体特許を作ることがいくつかの構成国の悲願となった。それに関連して、共同体特許ができたら特許裁判所というものを創ることが案として出て、協定が出来上がったが、E U司法裁判所は、特許裁判所はE U法に違反するということで、結局これも設立されず終わった。

さらに、2014年12月18日に欧州人権条約加入事件の判断が下された⁵²。E U条約6条で、E Uが欧州人権条約に加入するという規定があり、E U司法裁判所に交渉で出来上がった協定案が出された。しかし、E U司法裁判所は、その欧州人権条約に加入するための協定案がE U条約およびE U運営条約と両立しないという判断を下した。E U司法裁判所は、裁判管轄権やE U法の自律性などが少しでも侵害される可能性があるとして、NOと判断する傾向があると考えられる。

そうすると、投資協定に含まれているI S D Sについてはどのような判断がなされるのか、つまりI S D SはE U司法裁判所以外のところに判断を求めることになって、それは拘束力があるため、そこをE U司法裁判所は受け入れることができるのかどうかという問題点があった⁵³。さらに、C E T AやE UとベトナムのF T Aに規定されている、投資裁判所の創設がE U法、特にE U法の自律性を侵害しないのか否かという疑問があった。ベルギーは、ワ

⁴⁹ Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079; ECLI:EU:C:1991:490.

⁵⁰ Case C-459/03 Commission v Ireland [2006] ECR I-4635; ECLI:EU:C:2006:345.

⁵¹ Opinion 1/09, ECLI:EU:C:2011:123.

⁵² Opinion 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

⁵³ 中西優美子「国際協定にかかわる文脈でのE U司法裁判所によるE U法秩序の自律性維持」E U法研究1号（2016年）35-38頁。

ロン州の要請を受け、2017年9月6日にEU司法裁判所にこの問題につき意見を求めた。司法裁判所は、裁判所意見1/17において、投資裁判所の設立を含む、CETAがEU法と合致すると判断した⁵⁴。つまり、裁判所は、投資裁判所の設立を含む、国際協定の締結にGOサインをだした。今後、欧州委員会は、裁判所のお墨付きをもらったことで、第三国との交渉には投資裁判所の設立を含む、投資保護協定を全面に押し出してくることになる。

〔2016年5月10日脱稿，2019年12月13日一部追記〕

⁵⁴ Opinion 1/17, ECLI:EU:C:2019:341; 中西優美子「EUとカナダ間の包括的経済貿易協定(CETA)に規定される投資裁判所とEU法との両立性」国際商事法務 47 巻 8 号 (2019 年) 1036-1041 頁。

第 2 章

行政法学からみた投資協定仲裁

——日独比較を中心として

京都大学大学院教授

原 田 大 樹

I はじめに

経済活動が国境を超えて展開することが常態化するにつれて、経済活動に起因する様々な社会問題もグローバルレベルで発生するようになった。国際金融¹、地球環境、国際労働などその例は枚挙に暇がない。社会問題に対して一定の法制度を準備してその解決を図る政策実現過程もこれに伴って国境を超えて展開しはじめている。このような政策実現過程のグローバル化の現象のうち、公法学者の関心を最初に惹いたのは、主として政策基準の定立の側面であった。すなわち、それまで国家の立法者を基軸として第一次的な政策基準（法律・予算等）²が定立され、その詳細を行政機関が策定する図式が議論の前提となっていたのに対して、政策実現過程のグローバル化によって国家の立法者の介在しない国際レベルで実質的な政策基準が形成され、国家の立法者はそれを追認するか、あるいは立法者の関与できないところで政策の国内実施が図られる場面が目立つようになっている。このような、法律による行政の原理を脅かす事態に対して、国内公法学は、国内の立法者の関与権・決定権を回復する法制度を模索すると同時に、国際的なレベルにおける政策決定の民主的正統性を向上させたり、国際レベルと国内レベルの政策形成における透明性・開放性を確保させたりすることで、政策実現過程の全体として民主的正統性を確保する途を模索している。

これに対して、政策実現過程の中でも広義の政策実施過程、すなわち定立された政策基準を個別事例において適用・実現し、義務の履行が図られない場合には強制的な手段を用いてその現実化を図る執行過程と、執行過程において違法な執行がなされた結果侵害された市民の権利・利益の回復を図る救済過程におけるグローバル化への注目は、これまで弱いものに止まってきた。その理由の1つは、これらの問題を具体的に検討する素材が、政策基準の定立の過程と比較して僅少であったことにある。しかし最近では、この局面におけるグローバル化を語る素材が増え始めている。例えば執行過程に関しては、外国租税債権の徴収共助³のしくみが国内法化され、我が国で外国租税債権が行政上の強制徴収（租税滞納処分）によって徴収される可能性が認められている。また救済過程においても、条約等が各国の裁判所にその実現を委ね、裁判所間での判断の調整が図られうる司法調整⁴のしくみと並んで、本章が取り上げる国際的な仲裁制度が増えてきている。その代表例は投資協定仲裁であり、主

¹ 原田大樹「銀行監督のグローバル化と国内行政法の変容」浅野有紀他編『政策実現過程のグローバル化』（弘文堂・2019年）50-66頁〔初出2017年〕。

² 政策基準の概念につき参照、原田大樹「政策実現過程の多層化」同『公共制度設計の基礎理論』（弘文堂、2014年）319-350頁〔初出2007/2010年〕。

³ 原田大樹「投資協定仲裁と国内公法」同『行政法学と主要参照領域』（東京大学出版会、2015年）269-287頁、増井良啓「非居住者に係る金融口座情報の自動的交換」論究ジュリスト14号（2015年）218-223頁。

⁴ 原田大樹「多元的システムにおける行政法学」同『公共制度設計の基礎理論』（弘文堂、2014年）8-48(40)頁〔初出2012年〕、同「国際消費者法への展望」浅野有紀他編『グローバル化と公法・私法関係の再編』（弘文堂、2015年）282-300頁。

として二国間の投資協定・経済連携協定に基づき、協定上の義務が履行されていない場合に、投資家に対して仲裁の利用を認めるものである。この他、租税条約仲裁や社会保障協定仲裁⁵も、日本が締結している二国間協定には含まれている。我が国で国際法学を中心に議論が最もなされてきたのはこのうち投資協定仲裁であり、その問題意識に呼応する形で国内法学からも検討がなされはじめている。

それでは、投資協定というモデルを世界に初めて示したドイツにおいて、投資協定仲裁はどのように議論されているのだろうか。政策実現過程のグローバル化に関する公法学の議論は、ドイツにおける国際的行政法(Internationales Verwaltungsrecht)、アメリカを中心とするグローバル行政法(Global Administrative Law)と共時的に発展しており、我が国の議論はドイツの国際的行政法の議論の影響をかなり強く受けてきた⁶。ドイツにおけるこの種の議論はこのところ以前ほど盛んではないように見えるものの、研究対象が各論領域に広がるとともに、行政救済法におけるグローバル化への問題意識の萌芽も見られるところである。このような状況において、投資協定仲裁にはどのような評価が与えられ、国内公法学からはどのような形でアプローチがなされているのだろうか。そこで本章では、ドイツにおける投資協定仲裁と国内法との関係をめぐる議論の現状を整理、紹介することを通じて、我が国における議論に対する示唆を得て、今後の検討課題を発見する作業を行うこととしたい。まず、日本法における投資協定仲裁をめぐる議論状況を、仲裁の許容性・仲裁による救済内容・仲裁判断と国内裁判所との関係の3つに分けて整理する(Ⅱ)。次に、ドイツ法における投資協定仲裁に関する議論状況を概観する(Ⅲ)。ドイツでは、エネルギー憲章条約に基づいてスウェーデンの電力会社バッテンフォール(Vattenfall)が二度にわたって申し立てた投資協定仲裁がこの議論に大きな影響を与えており、また近時のアメリカとEUとの経済連携協定(TTIP)の締結をめぐっても、幅広い層を巻き込んで賛否をめぐる激しい議論がなされた。その上で、ドイツ法における議論状況を踏まえ、我が国の投資協定仲裁の許容性をめぐる議論に対する示唆を整理し、今後の検討課題を明確化することとしたい(Ⅳ)。

Ⅱ 日本法における議論状況

1. 仲裁の許容性

「和解とは訴訟の係属中、当事者双方が紛争を終結させるために訴訟上の請求に対しての主張を譲歩し合い合意に達した結果を訴訟上一致して陳述する行為であるが、法律による行政の原理からすると、行政庁としては自らの処分が適法であると考える限り、最後まで争う

⁵ 原田大樹「グローバル社会保障法？」同『行政法学と主要参照領域』(東京大学出版会、2015年)185-212(190)頁。

⁶ 原田大樹「グローバル化時代の公法・私法関係論」浅野有紀他編『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂、2015年)17-46頁。

のが筋であろう」⁷。

行政救済法に関する我が国で最も定評のある基本書では、上記のように取消訴訟における和解は法律による行政の原理の観点から認められないとの見解が示されている。投資協定仲裁は国内法の観点からそもそも許容されているのかという問題をまず検討することとする。

仲裁法によれば、「仲裁合意」とは、「既に生じた民事上の紛争又は将来において生ずる一定の法律関係（契約に基づくものであるかどうかを問わない。）に関する民事上の紛争の全部又は一部」（2条1項）を対象とする合意のことであり、仲裁合意の効力は「法令に別段の定めがある場合を除き、当事者が和解することができる民事上の紛争…を対象とする場合」に限り効力を有する（13条1項）とされている。また、仲裁判断の裁判所による取消しに関しては、「日本の法令によれば、仲裁合意の対象とすることができない紛争に関するもの」（44条1項7号）がその対象となっている。仲裁判断の承認執行の局面を除くと仲裁法は仲裁地が国内である仲裁を対象としているため、国外でなされる投資協定仲裁にこれらの要請が及ぶかどうかははっきりしない。これに対して仲裁判断の承認に関する仲裁法45条2項8号は「仲裁手続における申立てが、日本の法令によれば、仲裁合意の対象とすることができない紛争に関するものであること」を、仲裁判断を確定判決と同一の効力を有することを否定する要件にしており、取消訴訟における和解の許容性は、国内における承認の可能性との関係で問題となりうる。

法律による行政の原理を前提とすれば、行政側には問題となっている行政処分の内容を自由に変更するという意味での自由な処分権はないとの理解が有力であり、それゆえ和解の許容性が否定されている⁸。このような見解に対しては、理論的には次の2つの観点から異論が唱えられている。1つは、行政裁量が認められる処分ならば行政側に「自由な処分権」があるという見方である⁹。もう1つは、事実に関する合意であれば法律による行政の原理と抵触しないという指摘である¹⁰。さらに、和解による解決の機能面に注目して、実務上は

⁷ 塩野宏『行政法Ⅱ[第6版]』（有斐閣，2019年）188頁。

⁸ 投資協定仲裁の場合には、仲裁を許容する協定上の条項が存在しており、条約は法律に優位すると考えれば、この条項を根拠に法律による行政の原理の問題をクリアする可能性があるかも知れない。しかし、和解を許容する法律の根拠としては、和解の手続的規律のみならず、個別の処分要件・効果規定（法律の留保にいう「根拠規範」）が和解を許容しうる内容上の幅を予定している必要があると思われる。また、法律による行政の原理は憲法に由来するものであるから、条約の規定を理由にその要請を優劣関係で破ることは困難である。

⁹ 田中二郎『行政事件訴訟特例法逐条解説』（有斐閣，1957年）111頁[田中二郎発言]がこの可能性を示唆する。他方で、雄川一郎『行政争訟法』（有斐閣，1957年）216頁は、「実体法上行政庁に自由裁量が認められる場合にはその範囲内において許されるという見解もあるけれども、自由裁量権は訴訟物の処分権と同一ではないし、また自由裁量によって確定判決と同一の効果を生ずることを認めるのは不当であるから、この点に関する限り、自由裁量の存否によって区別すべき理由はないと思われる」とする。

¹⁰ 交告尚史「課税処分の事実認定と当事者の合意」商大論集（神戸商科大学）44巻1号（1992年）41-61頁、吉村典久「ドイツにおける租税上の合意に関する判例の展開」碓井光明他編・金子宏先生

行政による職権取消と原告の訴訟取り下げによって和解と同じ効果が達成されており、その際には処分の影響を受ける多数当事者が参加する余地は全くないのだから、和解の否定は不適當であるとの見解が唱えられている。この立場に立てば、多様な利益の衡量を訴訟ないし行政手続の場で行ないうる制度を設計した上で、和解を正面から許容すべきではないかとの結論が導き出されることになる¹¹。

この点に関しては、和解に関する実体法的な法律の根拠と、和解に関する手続規範を整備することが重要であろう。法律による行政の原理の観点からすれば、和解を許容する前提としては、個別の行政活動の要件・効果規定（根拠規範）が和解の余地を認めている必要がある（投資協定仲裁を認める条約の規定は、それだけでは根拠規範にはなり得ない）。行政裁量が認められる規定の中には、和解の余地が認められると解しうるものも含まれているものの、その判断の際には裁量が認められる趣旨や裁量の程度を根拠規定の解釈を通じて具体的に検討する作業が必要である。さらに、手続法的な視点からは、二当事者関係でのみ和解が成立するのでは第三者の権利・利益を保護する機会が失われることから、裁判上の和解の手続の中で利害関係者を参加させる規律が必要であろう。

2. 仲裁による救済内容

次に、仲裁による救済内容に関しては、投資協定仲裁では金銭賠償を命じるものがほとんどである。これは、投資仲裁事例の多くが、ホスト国との関係が完全に拗れてしまい、事業継続が不可能な状態で過去の投資を回収しようとする際に使われているためと考えられる。これらは日本の国内法で言えば国家賠償、損失補償に相当するもので、行政処分の法効果を否定するものではないから、国内公法学者にとって比較的抵抗が少ない救済方法と言えるかもしれない。もちろん、仲裁の中で一定の規制措置を違法とする判断が下されたり、それに基づく賠償額が極めて高額になったりすれば、問題となっている規制を事実上行わせない方向に投資協定仲裁が機能することとなるので、法律で認められた規制権限との実質的な抵触が問題となる。

これに対して、投資協定仲裁でも特定履行・差止めなどの非金銭的な救済方法も利用可能とする立場¹²も見られる。これらは、日本の国内法で言えば行政訴訟（例えば取消訴訟・義務付け訴訟・差止訴訟等）に相当する救済内容である。この場合に、仲裁廷が実質的に行政

古稀祝賀『公法学の法と政策 上巻』（有斐閣、2000年）239-266(265)頁、渡辺裕泰「租税法における和解」中山信弘編集代表・中里実編『政府規制とソフトロー』（有斐閣、2008年）209-230(229)頁。

¹¹ 阿部泰隆「行政訴訟特に税務訴訟における和解に関する管見」自治研究89巻11号（2013年）3-31頁。

¹² 横島路子「ICSID仲裁判断の承認・執行」上智法学論集（上智大学）53巻4号（2010年）307-350(323)頁、小寺彰＝西村弓「投資協定仲裁における非金銭的救済」江藤淳一編・村瀬信也先生古稀記念『国際法学の諸相』（信山社、2015年）541-561頁〔初出2014年〕。

処分取消を命じるとすれば、取消訴訟の排他性との関係で抵触が生じる。また、仲裁廷が行政処分の差止めや給付を命ずるとすれば、行政過程における判断を経ていない場合に訴訟要件を厳しくしている（重大な損害要件、補充性要件）日本の行政事件訴訟法との関係でやはり抵触が生じるとも言える。

3. 仲裁判断と国内裁判所との関係

仲裁法の規定では、前述のように国外でなされた仲裁判断であっても、一定の要件に該当しない限り確定判決と同一の効力が認められている（45条1項）。ただしそれを民事執行するためには執行決定が必要とされている（46条）。この点に関して、ICSID条約の規定では、仲裁の承認と金銭上の義務の執行は加盟国の義務とされている（54条）関係で、執行決定は不要と解されており¹³、国内裁判所の判断を介在させることなく、ICSID仲裁で示された賠償命令が執行されうることになる。ICSID仲裁でない場合でも、ニューヨーク条約（外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約）が利用可能であれば、同様に執行決定なしに国内の裁判所で仲裁判断の執行がなされうる¹⁴。ただし、この点に関しては、国家賠償法上の請求は公法上の請求なので、ニューヨーク条約の適用はないとする見解も示されている¹⁵。

もっとも、国内法上は前述の取消訴訟における和解の許容性を否定することで、国外でなされた仲裁判断の承認を行わない可能性がある。また、例えば日本政府に巨額の賠償金の支払いを命じる仲裁判断がなされ、それが合法的措置であって国内裁判所でもそのような判断が既に示されていれば、「仲裁判断の内容が、日本における公の秩序又は善良の風俗に反すること」（仲裁法45条2項9号）を理由に承認執行を拒否することも考えられる。ただしこの場合でも、条約上の承認執行義務は存在しているから、国際法上の国家責任が追及される可能性は残る。

¹³ 横島・前掲注12 334頁。

¹⁴ 肯定的な見解として参照、中村達也「投資仲裁の基本的問題（下）」JCAジャーナル55巻10号（2008年）20-26頁。

¹⁵ 道垣内正人「投資紛争仲裁へのニューヨーク条約（外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約）の適用可能性」『投資協定仲裁研究会報告書』（2009年）101頁。

Ⅲ ドイツ法における議論状況

1. ドイツモデルとしての投資協定

(1) 投資協定の沿革

現在の二国間投資協定のモデルとされているのが、1959年に西ドイツ（当時）とパキスタンとの間で結ばれた投資協定¹⁶である。第二次大戦後もアメリカを中心に修好通商航海条約¹⁷が利用され、その中で投資保護が規定されている場合もあった。これに対して、第二次大戦の間に外国における投資が保護されずに経済的に大きな損害を出した西ドイツの経済界を中心に、投資保護に関する国際ルール制定の動きが高まった¹⁸。パキスタンとの投資協定はその1つの成果とされている。この西ドイツ・パキスタン協定でも既に紛争解決条項が含まれていたものの、投資家と国家との間の仲裁は想定されておらず、また仲裁人の選択に関しては、国際司法裁判所から選ばれた3人の仲裁判事による仲裁廷が規定されていた¹⁹。現在の投資協定仲裁のスタイル、すなわち投資家と国家との投資協定仲裁を可能とする条項が含まれた最初の例は1969年に結ばれたイタリア・チャド投資協定とされており、この手法が以降の投資協定における投資協定仲裁の標準となった²⁰。

(2) 投資協定仲裁に対する理解

ドイツの国際経済法学においても、日本の議論と同様の投資協定仲裁に対する理解が見られる。すなわち、投資家にとっての投資協定仲裁のメリット²¹として、ホスト国のルールのわかりにくさ、ホスト国の政治部門の裁判所に対する影響力行使の可能性を考慮すれば、投資協定仲裁の方が投資家の権利保護をよりよくなしうる点が強調されている。また、外交的保護権を行使するためには、投資家の「母国籍」が継続していることと、国内法上の救済手段を使い果たしていることが要求されることから、投資保護にとって機能的でないことも指摘されている。併せて、投資協定仲裁の投資家にとっての大きな利点として、国内裁判所の判断を介在させずに仲裁判断の執行が可能である点に注目が集まっている。ドイツにおいて

¹⁶ Vertrag zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan v 25.11.1959, BGBl 1961 II, 793.

¹⁷ Matthias Füracker, Relevance and Structure of Bilateral Investment Treaties, *SchiedsVZ* 2006, S. 236-245, 237.

¹⁸ Hermann J. Abs, Der Plan einer Magna Carta zum Schutze von Auslandsrechten, *RIW* 1957, S. 229-230; Arthur S. Miller, *Protection of Private Foreign Investment by Multilateral Convention*, 53 *Am. J. Int'l L.* 371 (1959).

¹⁹ Stephan Hobe, *The Development of the Law of Aliens and the Emergence of General Principles of Protection under Public International Law*, in *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 6, 13 (Marc Bungenberg et al. eds. 2015).

²⁰ Christian Tietje, Grundstrukturen und aktuelle Entwicklung des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 10 (2003), S. 1-20, 6.

²¹ Christian Tietje, Internationaler Investitionsrechtsschutz, in: Dirk Ehlers/Friedrich Schoch (Hrsg.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, 2009, S. 63-97, 64ff. Rn. 6ff.

投資協定仲裁の重要フィールドと認識されているのは、二国間投資保護協定よりも地域単位の経済連携の枠組であり、ヨーロッパにおいてはエネルギー憲章条約である²²。そこで次に、エネルギー憲章条約に基づいてドイツ政府が仲裁の当事者となった Vattenfall 事件を紹介することとする。

2. Vattenfall 事件と TTIP

(1) Vattenfall I

バッテンフォール(Vattenfall)はスウェーデンの電力会社であり、スウェーデン政府が所有している公営企業である。電力自由化後に積極的に国外に進出し、現在ではドイツ国内の中でも旧東独の各州とハンブルク州において電力供給を行っている。同社はドイツの四大電力会社の1つ（他にE.ON, RWE, EnBWの各社）に数えられている。

Vattenfall I 事件の概要は次の通りである²³。2006年にバッテンフォールがHamburg-Moorburgに石炭火力発電所を建設するため、イミシオン防止法・水管理法に基づく許可を申請した。これに対して2007年に、ハンブルク州の環境担当部局が暫定許可を出し、近々最終許可を与えると約束した。ちょうどこのタイミングでハンブルク州選挙が実施され、緑の党が同発電所の許可を与えないことを選挙公約にした。選挙後にCDU-緑の党の連立政権が成立し、環境庁は緑の党が掌握することとなった。そこで2008年に出された最終許可では、様々な条件・制約が付加された許可が与えられることになった。とりわけ、掛け流し冷却を行う目的でのエルベ川の水の取水・排水量を厳しく制限する条件が付き、経済的に操業できない状態となった。そこでバッテンフォールは国内の行政裁判所に対して許可条件の取消しを求めると共に、エネルギー憲章条約²⁴に基づく投資仲裁申立てをICSIDに対して行った。投資協定仲裁ではバッテンフォールは公正衡平待遇違反を主張し、14億ユーロの賠償を求めている。2010年にハンブルク上級行政裁判所での和解が成立し、これを前提に2011年に投資協定仲裁も和解で終了した。その内容は、水管理法上の命令を緩和するものであり、損害賠償請求は認めないこととされた。これに基づいてハンブルク州は取水量を当初の申請通りにする内容の変更許可を出した。この訴訟には環境保護団体BUNDが参加人として参加していたものの、参加人は和解に応じず、変更許可の取消訴訟を併合し、その中で連邦自然保護法違反も主張した。ハンブルク上級行政裁判所は2013年に、変更許可が水管理法上の悪化禁

²² Tietje (Anm. 21), S. 72 Rn. 20f.

²³ Markus Krajewski, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), ZRP 2014, S. 396-403, 399.

²⁴ Richard Happ, Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty, German Yearbook of International Law 45 (2003), S. 331-362, 357; Martin Klein, Investitionsschutzabkommen, Wirtschaftsdienst 94 (2014), S. 463-467, 464.

止原則(Verschlechterungsverbot)に違反するとして取消判決を出した(自然保護法違反の主張は認められなかった)²⁵。この悪化禁止原則は、水管理に関する広範な裁量が認められる枠外のいわば固い法的ルールであり、それゆえ衡量の枠内に取り込まれずに完全な司法審査がなされ、取消判決に繋がったと評価されていた²⁶。

Vattenfall I 事件に対しては、これを国際化に伴う国家の責任増大の一例²⁷とする見解や、より積極的に、国際投資保護法の指針提示機能(Orientierungswirkung)²⁸を展開する見解が見られる。この見解によれば、エネルギー憲章条約はドイツ公法の一部であって、開かれた憲法国家(offene Verfassungsstaat)の観点から国際投資保護法に国内法的な意味を持たせるべきとされている。いわばドイツ公法の国際投資保護法に対する開放のシンボリックな例としてこの事件が位置付けられていた。他方で、投資協定仲裁に対する懐疑論の立場からは、国内裁判所と投資協定仲裁との判断上の違いへの注目が集まっている²⁹。投資仲裁では事前に許可を与えると約束したことを重視しているのに対して(信義則重視)、国内裁判所では法律との関係で行政の採った措置が適合しているかを問題にする(法治主義重視)点に、両者の判断方法の違いを見出している。また、2013年にハンブルク上級行政裁判所が許可取消判決を出したことから、国内裁判所と仲裁判断の相互関係³⁰にも関心が集まっている。具体的には、連邦行政裁判所が仮にハンブルク上級行政裁判所の判決を維持した場合、バッテンフォールが法律の文言や連邦行政裁判所の判断に反して、投資協定仲裁で認められた内容での許可を得ることを強制できるのかという点が注目されていた。

ハンブルク上級行政裁判所の判決に対しては、ハンブルク州とバッテンフォールが上告し、事件はなお連邦行政裁判所に係属中である。これに対して、2014年に欧州委員会が、自然保護法の問題について改善要求を行い、2016年に生息地指令³¹違反を理由とする条約違反手続を開始した。そして2017年に欧州司法裁判所が条約違反を認定し、ハンブルク州環境庁は変更許可に基づく取水・排水を禁止する命令を出している³²。同事件はこのように、欧州司法

²⁵ OVG Hamburg, Urt. V. 18.01.2013, ZUR 2013, 357.

²⁶ Claudio Franzius, Das Moorbürg-Urteil des OVG Hamburg, NordÖR 2014, S.1-9, 3.

²⁷ Dirk Ehlers, Verantwortung im öffentlichen Recht, Die Verwaltung 46 (2013), S.467-491, 477.

²⁸ Christian J. Tams, Internationales Wirtschaftsrecht als Grenze deutscher Umweltpolitik?, NordÖR 2010, S.329-334, 334.

²⁹ Krajewski (Anm.23), S.399.

³⁰ Markus Krajewski, Vattenfall, der deutsche Atomausstieg und das internationale Investitionsrecht, juridikum 2013, S.348-360, 355.

³¹ 齋藤亜紀人「EU自然保護・生物多様性政策における共通ルール発展の阻害」日本EU学会年報34号(2014年)339-358頁, 中西優美子「浚渫作業にかかわるEU自然生息地指令の実効性確保」自治研究92巻5号(2016年)94-104(101)頁。

³² Jörg Berkemann, Fischtod durch Kühlwasserentnahme - Der Fall Moorbürg (EuGH), ZUR 2017, S. 404-413, 405.

裁判所も巻き込んで紛争解決のフォーラムが複雑に絡み合う司法の多層化の問題状況をセンセーショナルに提示するものとなっている。

(2) Vattenfall II

バッテンフォールはさらに、2012年にも投資協定仲裁の申立を行っている(Vattenfall II)。先の事件と比較して、こちらの方がドイツ国内ではセンセーショナルに扱われており、現在の同国における投資協定仲裁に対する強い警戒感を惹起する結果となっているように思われる。2011年の東京電力福島第一原発事故を受けて、ドイツ連邦議会で脱原発に関する法案が可決された。これは、一度は延長された原発の稼働期間を短縮するとともに、古い原発を即時に停止することを内容とするものであった。これに対して、2012年にドイツの四大電力会社のうち3社(E.ON/RWE/Vattenfall)が連邦憲法裁判所に対してそれぞれ憲法異議を申し立てた。これに加え、バッテンフォールのみが、エネルギー憲章条約を用いて投資協定仲裁を申し立てた(ICSID仲裁)。仲裁に関する文書は全く公開されておらずその詳細は不明であるものの、この仲裁の中でバッテンフォールは、一度延長された操業許可は財産権にあたり、その法律による短縮は財産権の侵害であるとして、37億ユーロ以上の賠償を請求しているとされる。ICSIDでは仲裁判断の権限があるかどうかを中心に、現在でも審理が続いている。

この事件に対しては、I事件と比較しても、法律学の文脈においても否定的な見解が支配的と言える。批判の中心は次の2点である。1つは、投資仲裁に対する正統性の欠如³³である。例えば、仲裁人の人選・給与面から、投資家寄りの構造が見られることへの批判³⁴や、民主的な正統性のある立法者の決定が覆されることに対する反発³⁵、さらには投資仲裁の非公開性、秘密性に対する批判³⁶が寄せられている。もう1つは、投資協定仲裁が外国企業に対してのみ救済上の特権を認めるもの³⁷であるとする批判である。連邦憲法裁判所では法律の違憲無効しか判断できないのに対して、投資協定仲裁では賠償(補償)の支払いを命ずることができ、その執行が直ちに可能となっている。このような救済は外国の投資家でなければ得られないため、国内の事業者との間で差別的な厚遇を受けているというのである。またこの事件でも、連邦憲法裁判所を巻き込んだ国内裁判所と仲裁判断の相互関係³⁸に注目が集

³³ Marc Bungenberg, Auf dem Weg zu einem Internationalen Investitionsschutz 2.0?, Wirtschaftsdienst 94 (2014), S. 467-471, 468.

³⁴ Pia Eberhardt & Cecilia Olivet, Profiting from Injustice 35-38 (Helen Burley ed. 2012).

³⁵ Martin Klein, Investitionsschutzabkommen, Wirtschaftsdienst 94 (2014), S. 463-467, 466.

³⁶ Darius Reinhardt, Vattenfall vs. Deutschland (II) und das internationale Investitionsschutzregime in der Kritik, KJ 2014, S. 86-94, 87; Julia Sackmann, Im Schatten von CETA und TTIP, SchiedsVZ 2015, S. 15-20, 17.

³⁷ Krajewski (Anm. 30), S. 359.

³⁸ Krajewski (Anm. 23), S. 348.

まっている。仲裁廷が連邦憲法裁判所の判断を尊重する義務はないはずであるものの、間接的に影響を受けることはありうるかという点に関心を惹いていた³⁹。

連邦憲法裁判所は2016年12月に、憲法異議に対する判決を下した⁴⁰。同判決は、原子力に関する民主的な決定を重視することを基本線とし⁴¹、以下の4点にわたる判断を行った。第1に、バッテリーフォールには基本権享有主体性があるとし、憲法異議の資格を認めた。バッテリーフォールはドイツ国内の民事上の会社ではあるものの、スウェーデン政府が保有しており、また連邦憲法裁判所の判例では外国法人の基本権享有主体性を否定するものもあった。同判決はEU運営条約54条1項の開業の自由を手がかりに、例外的に憲法異議資格を認めている。第2に、原子力法の許可は財産権保障の対象外とした。この点は、固有の寄与を欠き、要件を充足した場合に請求権が生じない許認可と同じ扱いとなった⁴²。第3は、憲法上の収用概念に財産の移転を含ませることを明確にし、原子力発電所に与えられた残発電量の取消し（撤回）は収用にあたらないとした。そして第4に、この問題を財産権の内容・制限規定の問題とした上で比例原則審査が行われ、2002年の脱原発の際に電力会社に与えられた残発電量に対する信頼保護の成立を認め、2011年の脱原発法によってもとの残発電量を企業内で消化できなくなった点については甘受できない制約として違憲と判断した。

さらに連邦憲法裁判所は2017年4月の具体的規範統制に関する決定⁴³で、2010年の脱原発期限の延期の際に導入された核燃料税が基本法106条1項2号にいう消費税に当たらず、連邦の立法権限を欠くとして、核燃料税法を違憲無効と判断した。この結果、過去に支払った核燃料税が事業者に戻還されることとなった。

連邦憲法裁判所は、ICSID仲裁が出される前に自らの判断を示し、いわば先手を打った形となった。ニコラウス決定で連邦憲法裁判所が大方の予想に反し、また地方自治体の経済活動であるとして基本権享有主体性が認められないとされるEnBWとの均衡も度外視してバッテリーフォールの基本権享有主体性を認めたのは、ICSID仲裁にフリーハンドを与えないためと分析する立場もある⁴⁴。逆に、連邦憲法裁判所が違憲判断を下した残発電量の過剰

³⁹ 投資協定仲裁間での解釈の平準化の現象につき参照、濱本正太郎「投資条約仲裁ネットワークの国際（世界）法秩序像」法律時報85巻11号（2013年）37-42(40)頁。

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, 1 BvR 2021/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, NJW 2017, 217. 判決日がニコラウスの日であったことから、ニコラウス決定(Nikolaus-Entscheidung)とも呼ばれている。

⁴¹ Gerhard Roller, Die verfassungsrechtliche Bewertung des Atomausstiegs 2011, ZUR 2017, S. 277-287, 278.

⁴² イミシオン防止法上の許認可のような予防的監督許可（＝許可を受ける請求権が認められる許可）については、それが財産権保障の対象となるとする連邦憲法裁判決がある(BVerfG, NVwZ 2010, 771, 772)のに対して、原子炉設置許可は事業者の固有の寄与によるものではなく国家が与えるものだから、事業者側に請求権がなく、憲法上保護される財産権に該当しないとされる。Vgl. Joachim Wieland, Verfassungsfragen der Beendigung der Nutzung der Kernenergie, EnWZ 2013, S. 252-258, 255.

⁴³ BVerfG, Bes. v. 13.04.2017 s BvL 6/13, NVwZ 2017, 2249.

⁴⁴ Foroud Shirvani, Atomausstieg und mäandernde Gesetzgebung, DÖV 2017, S. 281-287, 283.

削減部分については、ICSID仲裁が賠償を求めやすくなったとも言える⁴⁵。ICSID仲裁が連邦憲法裁判所の判断を受けてどのような仲裁判断を示すかが注目される。

(3) TTIPと投資協定仲裁

リスボン条約では、対外直接投資がEUの排他的権限となった⁴⁶。このため、リスボン条約後はEUが投資協定の当事者となるケースが出てきており、2013年に基本合意がなされたカナダ・EU包括的経済貿易協定（Comprehensive Economic and Trade Agreement: CETA）がその最初の例とされている。ただし、この協定はEUの権限だけでは締結できない内容を含んでいたため、加盟国と一緒に締結する方式（混合協定）がとられている⁴⁷。この協定では、投資協定仲裁の透明性の向上を意図したUNCITRAL透明性規則の適用⁴⁸が予定されている。

アメリカとの経済連携協定である環大西洋貿易投資パートナーシップ（Transatlantic Trade and Investment Partnership: TTIP）も、CETA基本合意とほぼ同時期の2013年から交渉が開始された。しかしこのTTIPに対しては、ドイツ国内のみならずEU全域で幅広く反対論がわき起こっており、中でも投資協定仲裁をめぐる批判が強く主張されている⁴⁹。

投資協定仲裁に対する反対論としては、Vattenfall II に対して寄せられていたのと同様の批判、すなわち投資協定仲裁の非公開性、仲裁人の正統性のなさ、仲裁判断（賠償支払）の執行可能性⁵⁰に加え、投資協定の条文の曖昧さや、仲裁判断に対する上訴不可能も指摘されている。投資協定仲裁は投資家の側からしか利用できず（片面的利用可能性）⁵¹、それによって巨額な賠償金が要求されれば、国家による規制が消極化する恐れが生ずることや⁵²、

⁴⁵ Markus Ludwigs, Das Urteil des BVerfG zum Atomausstiegsgesetz 2011, NVwZ-Beilage 2017, S. 3-8, 8.

⁴⁶ Ulrich Karpenstein/Matthias Kottmann, Prozessführung, Haftung und Regress in Schiedsstreitigkeiten auf Grundlage von EU-Investitionsabkommen, EuZW 2015, S. 256-261, 256.

⁴⁷ Franz C. Mayer/Marina Ermes, Rechtsfragen zu den Eu-Freihandelsabkommen CETA und TTIP, ZRP 2014, S. 237-241, 238.

⁴⁸ David Buntenbroich/Markus Kaul, Transparenz in Investitionsschiedsverfahren: Der Fall Vattenfall und die UNCITRAL Transparenzregeln, SchiedsVZ 2014, S. 1-8. 同規則の条文内容の詳細につき参照、瀧本正太郎「条約に基づく投資家対国家仲裁の透明性に関するUNCITRAL規則および同規則の実施に関する条約 コメントリー（その1）～（その7）」JCAジャーナル61巻11号（2014年）3-9頁、61巻12号（2014年）3-10頁、62巻1号（2015年）23-29頁、62巻2号（2015年）28-31頁、62巻3号（2015年）3-9頁、62巻4号（2014年）18-23頁、62巻5号（2014年）24-27頁。

⁴⁹ Walter Frenz, TTIP, Klimaschutz und Beschäftigungsprogramm, EWS 2015, S. 9-15, 9 は、TTIPにおける投資協定仲裁批判とVattenfall II 事件との連関を指摘する。

⁵⁰ Henning Klodt, Transparenz verbessern, Missbrauch erschern, Wirtschaftsdienst 94 (2014), S. 459-463, 459.

⁵¹ Pia Eberhardt, *Investment Protection at a Crossroads*, International Policy Analysis, 2014, 1-16, 3.

⁵² Gerhard Schick, TTIP - eine weitere Machtverlagerung, Wirtschaftsdienst 94 (2014),

結局のところ大企業が本国以外の子会社を使って二重の権利保護(doppelter Rechtsschutz)に利用するだけ⁵³との批判も寄せられている。

これに対して賛成論としては、アメリカでは政治問題(political question)に対して司法審査が及ばないことから、投資協定仲裁であればこの種の事件でも仲裁判断で救済される可能性があることが指摘されている⁵⁴。

3. 投資協定仲裁と国内法

(1) 仲裁の許容性

ドイツにおいては、公法契約で規律できる内容であれば仲裁の利用は可能であるとされている⁵⁵。日本と異なり、取消訴訟における和解の許容性の問題が立法的に解決されているため、この点はほとんど論じられていない。これに対してドイツで強く論じられているのが、仲裁廷の民主的正統性の問題である。これは、仲裁廷が国家による一定の政策決定を変更する点に注目し、仲裁廷に対する民主政的な正統化を要求する議論である。これに対しては、仲裁廷が基本権侵害と結びついた決定を下すわけではないことに注目して民主政的正統化は不要とする見解も見られる⁵⁶。とはいえ、仲裁人の構造的中立性の欠如にはなお批判が寄せられていることから、仲裁手続の非公開性を改善し、仲裁人の公正性を高めるために常設の投資裁判所を設置する構想がEUから出されている。

(2) 仲裁による救済内容

ドイツにおいては、損失補償請求権に関して、いわゆる違憲無効説がとられている。つまり、法律が損失補償を予定していない場合に損失補償をしないことが憲法上問題であるとしても、連邦憲法裁判所では法律の違憲無効の判断しかできず、その事件で補償額を定めて支払いを命ずることはできない。これは、どの程度の損失補償を支払うかは立法者が決めるべき事項であるとする権力分立の考え方に基づく⁵⁷。さらに、投資協定仲裁でしばしば問題となる間接収用の概念はドイツ法にはない⁵⁸。これに対して投資協定仲裁では国内規制措置を間接収用として問題にできる上、金銭の支払い(損害賠償・損失補償)を命ずることができる。この支払いを命ずる仲裁判断に対しては上訴可能性が認められず、かつ即時に執行が可

S. 475-478, 478.

⁵³ Markus Krajewski, Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP, EuZW 2015, S. 105.

⁵⁴ Stephan Schill, Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP, EuZW 2015, S. 105.

⁵⁵ Claus Dieter Classen, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, EuZW 2014, S. 611-616, 612. ドイツ法の最新の議論状況を踏まえた和解の許容性の理論的検討として参照, 須田守「和解による行政案件／事件処理」浅野有紀他編『政策実現過程のグローバル化』(弘文堂, 2019年) 89-108頁。

⁵⁶ Classen (Anm. 55), S. 616.

⁵⁷ Krajewski (Anm. 30), S. 356. 角松生史「憲法上の所有権?」社会科学研究(東京大学) 45巻6号(1994年) 1-64(45-49)頁も併せて参照。

⁵⁸ Reinhardt (Anm. 36), S. 87.

能となる。日本では投資協定仲裁が金銭支払いを命ずることに留まっている範囲で、行政訴訟との緊張関係が生じないとの理解が一般的であるのに対して、ドイツでは損失補償請求権の構造が日本と異なることから、金銭支払いを命ずることに対する警戒感が極めて強い。

(3) 仲裁判断と国内裁判所との関係

前述のように、ドイツでは仲裁判断が国内裁判所で執行可能となる点、上訴（換言すれば国家による審査）が不可能である点に議論が集中している。これに対して、仲裁判断と国内裁判所の判断に齟齬が生じた場合にどうするか、あるいは仲裁判断と国内裁判所の判断との間に一定の調整がなされる（べき）かという点に関しては、それほど議論が盛り上がっていない。これは、この種の問題が司法調整の議論の一環であり、ドイツの国内公法学に一定の議論蓄積があることとも関係しているかもしれない。この司法調整に関する現段階での最大の関心は欧州司法裁判所と連邦憲法裁判所との関係（例えばOMT決定に関する訴訟⁵⁹）であり、この問題群における投資協定仲裁にはまだ関心が集まっていないように見える。

IV おわりに

本章では、投資協定仲裁をめぐる日本法とドイツ法の議論状況の違いを紹介した。両国の議論の差異は以下の3点にまとめられる、第1は、ドイツでは取消訴訟における和解の問題が立法的に解決されているため、日本のような仲裁の許容性に関する議論は見られないことである。第2は、日本では損失補償に関して憲法29条3項から直接請求権が発生すると考える立場（請求権発生説）が判例・通説とされているため、ドイツのように裁判所が損失補償額を決定して支払いを命ずることができないという事情がなく、金銭支払いを仲裁廷が命ずることに対する抵抗感が比較的小さいことである、第3は、ドイツでは国内においても裁判所が多層的・多元的であるのみならず、EUとの関係（欧州司法裁判所）や欧州人権条約との関係（欧州人権裁判所）でも裁判所の判決・決定間での調整の問題が以前から議論されていることから、仲裁と国内裁判所の判決との関係については、これまでのところはそれほど関心が集まっていないように見えることである。もっとも、この点はVattenfall I 事件で欧州司法裁判所も紛争解決のフォーラムに加わったことで、議論が活性化するかも知れない。

以上の差異を踏まえ、今後我が国で検討すべき問題を3点挙げて、考察を終えることとしたい。第1の課題は、国家賠償と損失補償の差異への注目である。投資協定仲裁では国内法で言えば国家賠償の場合と損失補償の場合の2つが含まれているため、両者の仲裁判断上の

⁵⁹ Markus Ludwigs, Der Ultra-vires-Vorbehalt des BVerfG, NVwZ 2015, S. 537-543. 連邦憲法裁判所の決定と欧州司法裁判所の先決裁定の詳細な分析として参照, 中西優美子「EU欧州中央銀行のOMT決定に関する先決裁定を求めるドイツ連邦憲法裁判所の決定」自治研究91巻3号（2015年）96-107頁, 同「OMT決定に関するドイツ連邦憲法裁判所によるEU司法裁判所への付託と先決裁定」自治研究91巻11号（2015年）91-103頁。

差異⁶⁰や国内裁判所における判断との関係を整理する必要がある。同時に、国内法と国際法の「収用」の概念の違いを明確化することも求められる。第2の課題は、仲裁判断と国内裁判所の判決との相互関係の整理である。仲裁判断と国内裁判所との関係について、ドイツにおける司法調整の議論を踏まえて調整のための基本的な考え方を整理する必要がある。併せて、仲裁判断の際にどのような規範（国際法・国内法・法の一般原則等）が基準として用いられるのかも考察することが求められる。第3は、仲裁手続の広い意味での正統性の向上である⁶¹。仲裁廷への民主的正統性を要求することは困難であるものの、仲裁手続に立法府・国民の参加可能性を広げる手法を模索する必要がある⁶²。投資協定仲裁は、政策実現過程のグローバル化をめぐる問題群の中でも権利救済にかかる重要な参照素材であり、ドイツをはじめとする各国の議論動向を注視しつつ、我が国における法的な考え方を整理する作業を継続したい。

〔2016年1月11日脱稿，2019年11月28日一部追記〕

⁶⁰ 玉田大「補償と賠償」小寺彰編『国際投資協定』（三省堂，2010年）196-213(210)頁は、近年の仲裁事例では賠償・補償同一説が見られ、算定方法上の差異がなくなっているとする。

⁶¹ 国際公法の文脈における正統性問題への対応に関する一般的な理論枠組を提示するものとして参照，伊藤一頼「私的規範形成のグローバル化がもたらす正統性問題への対応」論究ジュリスト 23 号（2017 年）8-13 頁。

⁶² 小寺彰他「座談会 法的観点からみたTPP」ジュリスト1443号（2012年）12-28(19)頁[斎藤誠教授発言]。Amicus Curiaeによる関与可能性につき参照，石塚翔太郎「国際投資仲裁における人権保障と多国間投資協定」東京大学法科大学院ローレビュー（東京大学）6 号（2011年）3-33(22) 頁，Julia Sackmann, Im Schatten von CETA und TTIP, SchiedsVZ 2015, S.15-20, 19. 濱本正太郎「『グローバル法』をめぐる正統性問題」論究ジュリスト23号（2017年）14-19(19)頁は、参加が現実の意味あるものとするための手当の必要性を指摘する。

第 3 章

法制度の変更に関する投資協定上の評価

—再生可能エネルギー支援策の縮小をめぐる投資紛争を素材として

東京大学大学院教授

伊 藤 一 頼

I はじめに

国際投資協定とは、主に二国間において、相手国の個人や企業からの投資に一定の保護を与えることを約束する条約である。1990年代以降、その数は急増しており、現在では世界全体で約2,300（未発効のものも含めれば約3,000）もの投資協定が存在する。日本も、これまで約40カ国との間で投資協定（もしくは同様の投資保護ルールを含む経済連携協定(EPA)）を締結してきている。

今日のほとんどの投資協定には、外国投資をめぐる紛争が発生した際に、外国投資家が投資受入国政府を相手取り、独立した国際仲裁法廷に紛争を付託できる仕組みが設けられている。これは、一般に「投資家対国家の紛争解決(Investor-State Dispute Settlement; ISDS)」条項と呼ばれる。通常、条約違反をめぐる紛争は政府間レベルで処理されるが、投資協定の場合は、不利益を受けた企業などがみずから相手国政府に対して国際仲裁を提起できるため、外交的配慮に左右されずに救済（損害賠償）を求めることが可能になる。こうした「投資仲裁」への付託件数は、2000年代以降、年間30～40件前後で推移している。

特にエネルギーや電力の分野は、天然資源・資本・技術の世界的な偏在ゆえに外国投資が活発に行われてきた部門であり、それゆえ投資受入国政府との間で投資仲裁もしばしば実施されてきた。そして、近年ではこの分野において興味深い一連の仲裁事案が登場している。これは、再生可能エネルギー発電事業への投資を促進するために各国政府がとってきた支援政策が、財政上の問題などから制度の縮小や終了を余儀なくされ、それによって損害を被った外国投資家が次々と投資仲裁を提起したことによるものである。

これらの事件は、各国が導入してきた再生可能エネルギー支援策の効果や問題点を知るうえで有益な素材であるが、それに加えて、こうした「法制度や政策の変更」という行為が条約上の投資保護ルールに違反するののかという一般的な問題に対しても重要な示唆を与えることになるだろう。もしこれが幅広く違反と認定されるようであれば、それは国家の規制権限や政策裁量が投資保護ルールによって大きく制約されることを意味するため、公益の追求や私人の活動の規律において重大な不都合が生じるおそれがある。逆に、こうした法制度の変更が全く投資保護ルールに違反しないということになれば、外国投資家が投資受入国政府の恣意的な制度変更に対抗する術が失われてしまう。したがって、再生可能エネルギーに関する一連の事件において仲裁廷が下した判断を現段階で分析しておくことは、法制度の変更に起因する投資紛争が将来発生した場合に備えるうえで、政府及び事業者の双方にとって重要となる。

本稿ではこうした観点から、まず再生可能エネルギー支援策の概要について整理し（Ⅱ）、次に、それらの支援策の制度変更により生じた投資仲裁の諸事例を、特に提訴が集中したスペインに着目して分析していくこととしたい（Ⅲ）。

Ⅱ 再生可能エネルギーの普及促進政策の変遷

1. 再生可能エネルギーによる発電の特徴

太陽光、風力、水力、地熱、バイオマスといった再生可能エネルギーによる発電は、温室効果ガスを排出しないため、化石燃料を用いた発電よりも地球環境保護に適している。また、化石燃料を専ら輸入に頼る日本にとっては、国内で生産が可能な再生可能エネルギーによる発電を推進することはエネルギー安全保障にも寄与することになるだろう。

他方で、再生可能エネルギー発電は安定供給の面において課題を残している。地熱、水力、バイオマスによる発電は一定程度の安定性があるものの、太陽光や風力は発電量が天候によって大きく左右されがちである。また、発電コストも大きな課題であり、発電容量あたりの設備コストは、原子力発電と比較して一般に太陽光は4～7倍、風力は2～3倍である。

このように、再生可能エネルギー発電は採算性の面で他のエネルギー源に対抗することが難しく、自由市場に委ねたままでは投資（事業参入）が起こりにくい状況にある。それゆえ、次に見るように各国は様々な政策的支援を通じて再生可能エネルギー発電の普及を図っている。

2. 再生可能エネルギーの普及促進に向けた諸制度

(1) 再生可能エネルギーの一定割合導入義務（Renewables Portfolio Standard: R P S）

R P Sとは、小売電気事業者が販売する電力量の一定割合を、再生可能エネルギーによる電気とすることを義務づける仕組みである。再生可能エネルギー電気の調達価格は、小売事業者と発電事業者との相対取引により決定される。この制度においては通常、政府の財政負担は伴わないものの、再生可能エネルギー分のコストは電力価格の上昇という形で消費者に転嫁されることになる。

R P Sは、米国が世界で最初に導入した再生可能エネルギーの普及促進制度であり、他の諸国も初期の段階で多く導入した。日本でも、2003年の「電気事業者による新エネルギー等の利用に関する特別措置法」（R P S法）により、最初の普及支援策として導入された。もっとも、日本を含む多くの国において、R P Sは再生可能エネルギー発電の拡大にとって限定的な効果しかなかった。その理由は、上述のように買取価格が小売事業者と発電事業者の相対取引によって決まるため、新規の投資家の参入を強く促すほどの収益面での誘因が確保されなかったからである。そこで、R P Sに代わる普及促進策として特にヨーロッパ諸国で導入が進められたのが、固定価格買取制度である。

(2) 固定価格買取制度（Feed-in-Tariff: F I T）

F I Tとは、再生可能エネルギーにより発電された電力を、一定期間にわたり、固定価格で買い取ることを電気事業者に義務づける仕組みである。固定買取価格は、各々の再生可能エネルギー源につき、そこでの発電コストを算出し、そこに合理的な水準の利潤を上積み

することで、政策的に決定する。こうした高めの固定価格を電気事業者が支払うための費用は、一般の消費者に電気料金の上積みとして転嫁されることが多い。このF I Tを導入した場合、R P Sのように発電事業者が個別に価格交渉を行う必要がなく、確実に一定の収益を含んだ売上額が入ってくることになるため、発電事業者の採算性リスクはきわめて低くなり、新規投資を一気に拡大する効果が見込まれる。

実際、日本が 2000 年代にR P S制度をとって新規投資が伸び悩んでいた頃、ヨーロッパではドイツやスペインがF I Tを導入し、2005 年にはドイツが太陽光発電で日本を追い抜いて世界1位となるなど、顕著な効果があった。欧州委員会も、F I Tの有効性を高く評価する姿勢を示していた。こうした中、日本でもR P SからF I Tに転換することが決定され、「電気事業者による再生可能エネルギー電気の調達に関する特別措置法」(2011 年制定)により、太陽光、風力、小水力、地熱、バイオマスによる発電に関して、固定価格による全量買取制度が2012年から開始された。

ところがその後、F I Tを導入した国の多くにおいて、再生可能エネルギーへの新規投資が過剰に増加するという事態が発生した。特に太陽光発電は、地熱や風力に比べて設備コストが小さく参入しやすいため、事業者・発電量が短期間に急増するという状況になった。

例えば日本では、F I Tに移行する前までの 2012 年6月末時点での太陽光発電の実導入量は約 520 万 kW であったが、F I T導入後の 2012 年7月～2014 年12月までの2年半で、新たに 1541 万 kW の実導入量が追加され、約4倍になった。これに伴い、固定価格での買取費用の転嫁分として消費者に課される賦課金も、制度スタート時には総額 1,300 億円だったものが、2015 年度には1兆 3,000 億円に増加している。これは、標準家庭の負担額に置き換えると、2012 年に月 66 円であったところ、2015 年には約7倍の月 474 円となった。同様の状況は他国でも生じており、例えばドイツでは、太陽光発電の固定買取価格を引き上げた 2004 年から大幅に導入量が増加し、それに伴って需要家への賦課金額も、2004 年からの10年間で10倍以上に増えた(2014年の標準家庭の賦課金額は年間約3万円である)。

こうした過剰投資の問題に対処するため、制度の見直しが不可避となった。まずF I Tプログラムの部分的な修正という形での対応が行われ、ドイツでは、2012 年に太陽光発電の導入量上限を年間 52GW に設定した。また、2014 年に再生可能エネルギー増進法を改正し、電力消費に占める再生可能エネルギーの比率の上限目標値を設定した(例えば 2025 年には 40-45%、2035 年には 55-65%の範囲とする)。日本においても、太陽光発電の固定買取価格は、2012 年のキロワット時あたり 40 円から、2015 年には 27 円に引き下げられた。また、2030 年までの電源構成計画において、F I Tによる買取費用は年間 3.7～4.0 兆円とし、このうち太陽光発電の買取費用は 2.3 兆円とする実質的な上限が設定された。

このような事態が起こった背景には、そもそもF I T制度が、市場メカニズムをほとんど考慮せずに、新規投資を促すためのインセンティブを創出することのみを目的としたもので

あったという点がある。固定価格による全量買取という制度の下では、電気に対する需要の有無に関係なく、発電した電気は全て売却が可能となり確実に利益を得ることができるため、発電を抑制しようとするインセンティブは全く働かない。そのため、際限なく投資と発電量が増え続けることになり、経済的には持続可能でない制度となってしまう。再生可能エネルギー部門では、確かに支援策がなければ新規参入は起こりにくいため、初期の段階ではこうした思い切った政策も必要であるが、長期的に見ればいずれかの段階で制度の転換を行うことは避けられないのである。

(3) プレミアム制度 (Feed-in-Premium: F I P)

上記のF I T制度の下で生じる過剰投資の問題を解消する手段としては、日本やドイツが行ったように、買取価格の引下げや、買取りの上限量を設けるという方法があるが、こうした人為的に設定した基準により常に最適の発電量に誘導することは非常に困難である。また、このように収益の見込みを引き下げていけば、ある時点から新規の投資が起こらなくなり、設備投資の時期に大きな偏りが生じることになってしまう。そのため、何らかの形で市場メカニズムによる調整の余地を残した方が、自動的に最適の供給水準へと誘導される可能性が高まり、また経営効率に優れた新規事業者の参入も妨げずにすむと考えられる。もちろん、完全に市場に委ねると、再生可能エネルギーは通常の発電の収益率に対抗できなくなるため、政府による支援は残しつつ、その中に部分的に市場メカニズムを取り入れるという方法を探ることになる。

こうした方向性は、すでにE Uの欧州委員会の競争総局が 2014 年 4 月に発表した「環境保護・エネルギーに関する国家補助ガイドライン」において打ち出されている¹。従来E Uが推奨してきたF I T制度は、このガイドラインにおいては廃止すべきとされており、市場原理を取り入れた支援策に転換するよう促している。そこで柱となっているのは、従来のF I T制度のような電気事業者による全量買取義務を撤廃し、発電事業者が電気事業者と市場取引を通じて売電するという仕組みへと移行しつつ、そこに政策的支援を組み合わせるという方法である。

その方法としてガイドラインが提案するのは、政府が設定した再生可能エネルギー用の基準価格を、市場での売電価格の平均値が下回る場合には、その差額をプレミアムとして再生エネルギー発電事業者に支給するという制度である。これを、Feed-in-Premium (F I P) 制度という（なお、プレミアムの原資は、電力事業者への課金により賄い、電力事業者は課金負担を消費者に転嫁することが想定されている）。

もともと、これにより、基準価格までの収入が必ず保証されるということになれば、結果

¹ 同ガイドライン及び欧州諸国が導入しようとする新たな施策について、伊藤葉子「再生可能エネルギー支援策の変遷—国内外の制度事例から得る日本のF I T見直しへの示唆—」エネルギー経済 41 巻 4 号 (2015 年) 46-50 頁参照。

的にFITと何も変わらないように見える。しかし、FIPにおいて支給されるプレミアムの額は、あくまでも基準価格と平均市場価格との差によって決定される。よって、発電事業者が電気の品質向上に努めるなどして、電気事業者に対し平均より高い価格で売電することができれば、その事業者はプレミアムを合わせて基準価格より高い収入を得ることができる。こうして、発電事業者の間に一定の競争が働き、質の低い事業者はプレミアムを加えても十分な収益が得られずに市場から退出することになる。さらに、基準価格についても、政府が決める方式から、入札による最低価格を採用する方式に移行させることで、さらに強く競争原理を働かせ、プレミアムを圧縮することが目指されている。いずれにせよ、FITとの最も重要な違いは、全量買取り義務がないという点であり、発電事業者はあくまでも電気事業者との交渉を通じて電力を購入してもらうことが必要である。そこで需要と供給のメカニズムが働き、発電量の際限なき増加を防止することが可能になる。

すでにドイツは、2014年の法改正でFIP制度を導入しており、他の諸国もこれに追随しつつある。以下本稿で分析する再生可能エネルギー支援策の変更をめぐる投資紛争は、こうした近年の世界的な政策変動の波の中で発生した問題であり、欧州ではスペイン・イタリア・チェコといった国々でこの種の紛争が発生している。この中で本稿では、最も紛争が先鋭的な形で生じているスペインを中心に取り上げることとしたい。

Ⅲ 再生可能エネルギーの普及支援政策の変更をめぐる投資紛争—スペインを例に—

1. スペインにおける普及支援政策の変遷²

(1) 当初の制度枠組み

スペインでは、1997年の電力事業法（LSE）が、電力部門の一般的な規制枠組みを定める。LSEは、発電に関する通常レジームと、特別レジームとを区別しており、27条は特別レジームの下での発電を次のように定義する。

「50MWを超えない容量の発電設備であって、…いずれかの再生可能エネルギー（バイオマスおよびバイオ燃料を含む）を第一次的なエネルギーとして用い、通常レジームの下での発電事業を実施していない場合。…ただし、特別レジームに該当する発電施設は権限ある地方政府（competent Autonomous Community）の承認を受けることを必要とする。」

LSE 30条2項は、特別レジームの下での事業者の権利として、発電の全量を系統に送電することができる権利、送電網への優先アクセス、送配電事業者のネットワークへの並行接続、などを定めていた。

² 本項につき、*Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Award, 21 January 2016, paras. 82-186 参照。

なお、2005 年 5 月 24 日にスペインの産業エネルギー観光省（Minetur）は、The Sun can be yours と題する Q & A 集を公表した。その第 8 項は、太陽光発電に関し、「あなたの投資の収益可能性は十分にあり、15%に達しうる」「IDEA-ICO ラインにより、投資に対しては相当の財政支援がある」と述べている。また 2005 年 8 月 26 日、スペイン政府は 2005-2010 年の「再生可能エネルギー計画」を承認した。これは E C 指令により定められた再生可能エネルギー目標に従うためのスペイン政府の政策枠組みを含んでいた。同計画では、太陽光発電を促進するための方策として、「こうしたタイプのエネルギーの発展を目指す規制枠組みは、事業者の信用を得ねばならず、そうした傾向が長期にわたって続くという正当な信頼こそが彼らに太陽光発電事業への投資を促すのである」と述べる。

こうした中で、2007 年 5 月 25 日に制定された勅令 661/2007 は、従来の勅令 436/2004 に代わり、特別レジームの下での発電の規制枠組みを定めるものであり、ここで再生可能エネルギー電気の固定価格買取制度（F I T）が初めて導入された。この勅令では、太陽光発電を用いた場合の固定買取価格を 36 条で次のように規定する。

- | | |
|-------------------|---------------------------------|
| ①100kW 以下の発電施設 | 当初 25 年間…kWh あたり 44.0381 ユーロセント |
| | 26 年目以降…kWh あたり 35.2305 ユーロセント |
| ②100kW～10MW の発電施設 | 当初 25 年間…kWh あたり 41.7500 ユーロセント |
| | 26 年目以降…kWh あたり 33.4000 ユーロセント |
| ③10MW～50MW の発電施設 | 当初 25 年間…kWh あたり 22.9764 ユーロセント |
| | 26 年目以降…kWh あたり 18.3811 ユーロセント |

このように、発電能力が小さい施設ほど、高い割合の報償を得ることができる仕組みとなっている。

同勅令 44 条は、固定買取価格やプレミアムの値は、消費者物価指数（C P I）の増加を参考にしつつ、毎年更新がなされると定めている。とりわけ、44 条 3 項は、次のように規定する。

「2010 年中に、再生可能エネルギー計画の達成度に関するモニタリングレポートの結果を参照し、またそれに続く 2011-2020 再生可能エネルギー計画において設定された新たな目標値を勘案し、統制価格、プレミアム及び補填について見直しが行われる。その際には、これらの技術のそれぞれに附随するコスト、特別レジームが需要に対して占めるシェアの程度、特別レジームがシステムの技術的・経済的な維持に対して及ぼす影響、及び資本市場における資金調達コストを考慮したうえで合理的な収益率を常時保証することが考慮されねばならない。その後は 4 年ごとにこれらの基準に沿って新たな見直しが行われる。」

なお、この勅令 661/2007 の下では、2008 年 9 月 29 日までに登録された発電施設のみが適用対象となる。一方、この期限より後に設立された発電施設について同様の制度を設けるため、2008 年 9 月 26 日に勅令 1578/2008 が制定された。その前文には、次のような記述がある。「太陽光発電の稼働容量の成長は予想よりも非常に早く、2008 年 5 月の段階ですでに 1,000MW に達した。…過少な支払いが投資を滞らせるのと同様に、過剰な支払いも、電力システムへのコストに関して重大な帰結をもたらし、研究開発へのコミットメントを低下させ、それにより中長期的に当該技術の見通しを悪化させる恐れがある。それゆえ、支払いを合理化し、長期的に見て、技術の発展に応じて経済的仕組みを下方修正するような勅令を導入する必要がある」。つまり、この勅令は、前の勅令の下で恩恵を受けられなかった発電施設に対して奨励制度を維持すると同時に、インセンティブの仕組みを削減する方向への転換を企図するものでもあった。

(2) 2010 年の制度改変

2010 年には、従来の再生可能エネルギー普及支援策に大きな変更を加える 2 つの法令が制定された。

第 1 に、勅令 1565/2010 (2010 年 11 月 19 日) である。ここでは、26 年目以降の固定買取り価格の廃止が定められている (1 条 10 項)。もっとも、この期間は勅令 14/2010 によって 28 年に延長され、さらに勅令 2/2011 によって 30 年に延長された。しかし、従来の制度は、施設が稼働する限り固定買取り価格を適用するというものであったため、30 年の上限が導入されたことは制度内容の大きな変更である。

また、同勅令 1 条 5 項は、2 MW を超える太陽光発電施設は、電圧降下を抑制するために決定された技術的要件 (2006 年 10 月にエネルギー長官が決定) を遵守することとした。これにより、太陽光発電施設は、ネットワークにおける停電時に電力システムを守るための対応メカニズムを導入する必要性が生じた。

第 2 に、勅令 14/2010 (2010 年 12 月 23 日) である。同法は、発電施設の稼働時間に関する制限を設けた (第一追加条項)。すなわち、特別レジームに基づく太陽光発電施設は、稼働が基準時間に到達するまで固定価格による買取りを受ける権利を持つと定め、かかる基準時間は、当該施設が立地する場所の気候区分等によって決定されるとした。具体的には、国内に 5 つのゾーンを設定し、各々で施設の種類ごとに上限稼働時間を設定している。こうして、太陽光発電が固定価格の適用を受けられる年間最大量の上限が設定されることになった。かかる上限稼働時間を超えて生産された電気は、市場価格により取引される (固定価格による全量買取りからの転換)。

さらに同法は、発電事業者に対し、送配電ネットワークを使用するための負担金の支払い義務を課した (メガワット時あたり 0.5 ユーロ)。同法前文は、この背景として、特別レジームの下で太陽光発電施設への投資が大幅に増加し、送配電ネットワークの容量も増強する

必要があるため、そのコストを発電事業者も負担することが求められると述べている。

(3) その後の制度変更の状況

2013 年 7 月 12 日の勅令法 9/2013 は、L S E 30 条 4 項を改正した。そこでは、「(再生可能エネルギー発電事業者に対して与えられる) 報奨は、他の技術による発電を行う事業者と市場で対等な条件で競争することを可能にするためのコストをカバーし、かつ合理的な収益を得ることができる最低限の水準を超えてはならない」と述べたうえで、勅令 661/2007 が導入した F I T を廃止して F I P へと移行することが規定された。

さらに、2013 年 12 月 26 日に制定された法律 24/2013 (電力事業法、新 L S E) は、その前文で、電力システムの経済的・財務的な持続可能性の原則を行政運営の指導原理として打ち出し、再生可能エネルギーの推進策が投資過剰・供給過剰を招かないような方向へと転換する姿勢が提示された。そして、従来の通常レジームと特別レジームの区別を撤廃し、再生可能エネルギー発電事業者に与えられていた送電系統への優先アクセスなどの優遇策も廃止された。

2. スペインに対する投資仲裁の提起

スペインにおける再生可能エネルギー発電支援制度の改変に対し、同制度による支援を前提としてスペインに投資を行っていた外国企業等は、スペイン政府に対して損害賠償を求める投資仲裁を次々と提起することになった。すでにその件数は 30 件前後に達しているが、ここではまず、かかる一連の仲裁の嚆矢となり、最初に仲裁判断が出された Charanne 事件を詳しく検討しておきたい。

同事件の申立人となったのは、オランダ企業 Charanne B.V. と、ルクセンブルク企業 Construction Investment S.a.r.l. である。両社は、太陽光発電を業務とするスペイン企業 T-Solar Global S.A. (2007 年設立) の株主であり (Charanne は 2009 年 2 月、Construction は 2009 年 12 月にそれぞれ株式を取得)、2010 年の制度改正の施行時点で、Charanne は 18.6583%、Construction は 2.8876% の T-Solar 株式を保有していた。2012 年 12 月 28 日、両社は T-Solar 株式を Grupo Isolux Corsan Concesiones S.L. に譲渡した (同社及び同社の親会社である Grupo Isolux Corsan の持分を得るための現物出資として)。つまり、両社は、Grupo Isolux Corsan (Charanne が 2.43%、Construction が 52.02%) および Grupo Isolux Corsan Concesiones (Charanne が 1.756%、Construction が 0.44765%) の株式保有を通じて、(間接的に) T-Solar に対する利害を保持する形となった。

T-Solar は、本件紛争の付託時点で、計 34 の太陽光発電施設を所有する他の幾つかのスペイン企業の株式を (持株会社を介在させて) 保有していた。本件申立人は、T-Solar への出資を通じてスペインに投資を行う外国投資家として本件仲裁を提起したものである。

2011 年 4 月 28 日に申立人はスペインに対しエネルギー憲章条約 (E C T) 26 条の協議を

申し入れた。同協議が不調に終わったことから、2012 年 5 月 7 日に申立人は本件紛争をストックホルム商業会議所における仲裁へと付託し、2016 年 1 月 21 日に仲裁判断が発出された。以下では同仲裁判断の内容につき、特にスペインが行った制度変更が E C T の投資保護ルールに違反するか否かに関わる部分を中心に説明したい。なお、本件で申立人は、スペインによる上述の一連の制度変更のうち 2010 年のものまでを訴えの対象としており、その後の制度変更については請求の根拠としていない点に留意する必要がある。

3. Charanne 事件仲裁判断の概要

(1) 収用

申立人は、スペインの制度変更は、本件投資財産の所有権こそ国家に移転していないものの、T-solar の収益性に重大な影響を与えるものであり、投資の価値及び収益の主要な部分を損なったため、E C T 13 条 1 項が規律する「収用と同等の効果を有する措置」（いわゆる間接収用）に当たる、と主張する。一般に収用とは財産の剥奪を含むものであるため、本件措置が収用と同等の効果を持つと言えるためには、申立人の投資財産（株主としての権利）の剥奪、もしくは規模においてそれと同程度の価値の損失という効果を有している必要がある。

この点、仲裁廷によれば、原告は依然として T-solar の株主であり、株主としての権利が本件措置により制限されたり損なわれたりしたわけではない³。また、T-solar も依然として操業を継続し、減少したとはいえプラスの収益をあげている。確かに、その収益性には深刻な影響があったかもしれないが、T-solar の財産や資産の一部又は全部が剥奪されたとは言えない⁴。

また申立人は、T-solar の収益性の減少により、申立人の株式の価値も深刻に損なわれたと主張する。しかし、仲裁廷によれば、価値の減少が収用に当たるためには、財産の剥奪に匹敵するほどの強度がなければならない（「投資財産の価値の破壊 (destruction of value)」がなければならない）⁵。したがって、収益性の減少が深刻だとしても、それ自体では収用を成立させるのに十分ではない。さもなければ、収益性に影響するようなあらゆる規制が収用に該当しかねないことになる。よって、単に株式価値が低下しただけにとどまり、財産剥奪と同等と言えるほどの価値減少が生じたのでなければ、間接収用が成立することはない⁶。

仲裁廷はこうした基準に照らして、本件において申立人が被った損失が間接収用に相当す

³ *Charanne and Construction Investments v. Spain, op. cit.*, para. 462.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, para. 464.

⁶ *Ibid.*, para. 465.

るという主張を退けた。制度変更の事例においては、投資家が被る損害は投資財産の価値の全面的な毀損にまでは達しない場合が多いと思われるため、そうした事案で間接収用の主張を成功させることは難しいと考えられる。

(2) 公正かつ衡平な待遇 (fair and equitable treatment)

申立人は、スペインが予測されない方法で制度変更を行ったことは、E C T 10 条 1 項が規定する「公正かつ衡平な待遇」を与える義務に違反すると主張する。同条の条文は次の通りである。

「締約国は、この条約に従い、自国の地域内において他の締約国の投資家が投資を行うための安定した、衡平な、良好なかつ透明性のある条件を醸成する。この条件には、他の締約国の投資家の投資財産に対し、常に公正かつ衡平な待遇を与えるという約束を含む。…」

公正衡平待遇に関する従来の仲裁判断においては、同条項が投資家の「正当な期待 (legitimate expectation)」を保護するものであるとの解釈がなされてきた。本件申立人は、スペインが 2010 年の制度変更を実施したことで、従来の制度枠組み（特に勅令 661/2007 と勅令 1578/2008）の下で形成されていた正当な期待が損なわれたと主張する。

(a) 特定約束の有無

まず、正当な期待の最初の基準として、投資受入国が投資誘致のために外国投資家に対して直接的・個別的に行った約束や保証を、投資が行われてから事後的に破ることは正当な期待を損なうとされる。

この点、仲裁廷は、スペインは申立人に対し制度の不変更に関する特定の約束を行っていたわけではないと言う⁷。もっとも申立人は、従来の法令は太陽光発電事業者という少数の特定の事業者に向けた約束だと主張する。しかし仲裁廷は、こうした規制枠組み自体が特定約束と同等の意義を持つとは考えないと述べる⁸。確かにかかる規制枠組みは特定の集団に向けられているが、それはやはり個々の投資家に対する約束とは異なる。たとえ影響を受ける主体が少数だとしても、それだけで法令が特定約束になるとすれば、公益に従って経済を規制する国家権能に対する過剰な制約になる。したがって、本件で申立人に対するスペインの特定約束があったとは言えないとした⁹。

(b) 法制度の将来的な安定性に対する正当な期待の存否

それでは、特定約束によらずとも、法制度や規制枠組みがそれ自体として、その将来的な安定性に関する何らかの正当な期待を生み出しうるだろうか。この点、仲裁廷は、受入国が

⁷ *Ibid.*, para. 490.

⁸ *Ibid.*, para. 492.

⁹ *Ibid.*, para. 494.

投資の誘致のために行った各種の表明に照らして、当該法制度（の不変更）に対する期待が合理的なものだったか否かという基準から検討を行っている。

まず、スペインが「外資誘致キャンペーン」を展開していたという申立人の主張について検討がなされる。申立人は、スペインが The Sun Can be Yours などのキャンペーン文書などを配布して、高収益が見込まれる事業として太陽光発電への投資を募集していたと主張するが、仲裁廷は、こうした文書では、投資時点で想定された電気料金がその後も変更されないことについて正当な期待を生じさせることはできないとする¹⁰。確かにスペインは、かかる文書を通じて再生可能エネルギー部門への投資を誘致しようとしたが、こうした文書では、勅令 661/2007 や勅令 1578/2008 が変更されないという期待を生み出すのに十分特定のであるとは言えない。発電施設の耐用期間を通じて固定価格が変更されないという推論を合理的に行えるような文言は含まれていないからである¹¹。

次に、こうしたパンフレット等を離れ、規制枠組み自体が、事後的に変更されないことを正当に期待させる要素を含んでいたかが検討される。この点、同じく E C T の下で争われた Electrabel 事件の仲裁判断 para. 7. 77 は、次のように述べる。「投資家は、不公正な制度変更からの保護を保証されるが、他方で、投資受入国は公益のために、変化する状況に対応するための規制上の柔軟性（regulatory flexibility）を合理的な範囲で維持できるということも確立している。それゆえ、公正性の要件とは、法的枠組みに手が加えられないことだと理解してはならず、むしろ、事後的な法の変更が、投資をとりまく状況を考慮に入れつつ、公正に、一貫性をもって、予測可能性のある形で行われるべきことを意味するのである」¹²。

仲裁廷は、こうした考え方に照らして、本件では規制枠組みが変更されないとの正当な期待が生じえたとは思われえないと言う。もしそれが生じたなら、統制価格の水準や稼動上限時間は、施設存続中は全く変更できないことになり、変化する状況に対応できないからである¹³。本件申立人も投資時点で、規制枠組みに変更や調整が加えられることは容易に推測できたはずであり、少なくとも、電力部門のように高密度の規制がなされている部門に参入しようとする外国投資家は、こうしたレベルの注意を払っていることが期待されると言う¹⁴。

以上より、勅令 661/2007 や勅令 1578/2008 の不変更について投資家に正当な期待が生じたことはなかった¹⁵。

(c) 変更後の規制枠組みは、比例性・経済合理性・公益性を欠いていないか

申立人は、2010 年の制度変更により導入された新たな制度は、それ自体として比例性

¹⁰ *Ibid.*, para. 496.

¹¹ *Ibid.*, para. 497.

¹² *Ibid.*, para. 500.

¹³ *Ibid.*, para. 503.

¹⁴ *Ibid.*, paras. 505-507.

¹⁵ *Ibid.*, para. 511.

(proportionality), 経済合理性 (economic reasonableness), 公益性 (public interest) といった基準に合致しないため、投資家の正当な期待を損なったと主張する。

(i) 比例性の観点からの検討

仲裁廷によれば、受入国政府が行った制度変更が、恣意的もしくは不必要なもの (capricious or unnecessary) であったり、従来の規制枠組みの本質的な特徴を予測不可能な形で突然に消滅させる (suddenly and unpredictably eliminate the essential characteristics of the existing regulatory framework) ものであったりする場合には、比例性の原則に反することになる¹⁶。

仲裁廷は、勅令 661/2007 及び勅令 1578/2008 による規制枠組みの「本質的な特徴」は、要件を満たす事業者に固定価格での買取り及び送電ネットワークへの優先的アクセスを保証することであり、これは、L S E 30 条 4 項が述べるように、再生可能エネルギー事業者に合理的な収益性 (reasonable profitability) を保証するものであると言う¹⁷。そして、以下の理由から、2010 年の制度変更は、これらの「本質的な特徴」を消滅させるものではないとする。

①従来は、26 年目以降も施設が稼働する限りは固定価格の 80%が支払われたのに対し、2010 年制度改正（及び後の法律 2/2011）では固定価格が 30 年目までに限り支払われるという違いはある。ただ、太陽光発電設備の耐用年数については、30 年を超えないとの見方も多く、申立人からも 30 年以上稼働できるとの証拠は示されていない。もし 30 年を超えないのであればこの違いはあまり重要ではなく、制度変更が比例性を欠き投資家の期待を損なったとは言えない¹⁸。

②2010 年の制度変更により、固定価格が適用される年間稼働時間に上限が設けられた。しかし、これが正当な期待を損なうとすれば、2008 年時点で固定価格の対象となっていた稼働時間や発電容量がそのまま凍結され恒久化することになる¹⁹。2010 年改正による上限導入後も、太陽光発電事業者は、固定価格での買取りや送電ネットワークへの優先アクセスを享受しており、従来の規制枠組みの本質的な特徴は失われていない。よって、固定価格の対象となる稼働時間の上限の導入は、比例性を欠くものではなく、投資家の正当な期待を侵害しない²⁰。

(ii) 経済合理性の観点からの検討

仲裁廷によれば、30 年目での固定価格買取りの終了と、年間の上限稼働時間の導入は、いずれも経済的に不合理とは言えない。前者は発電施設の耐用期間に基づいたものであり、

¹⁶ *Ibid.*, para. 517.

¹⁷ *Ibid.*, para. 518.

¹⁸ *Ibid.*, paras. 520–529.

¹⁹ *Ibid.*, para. 530.

²⁰ *Ibid.*, para. 532.

後者は気候区分等の客観的指標を反映したものである。これにより事業者の経済的利益は減少しうが、恣意的な内容であるとは言えない²¹。

(iii) 公益性の観点からの検討

仲裁廷によれば、太陽光発電事業者に支払われるプレミアムは、他の全ての発電形態に支払われるプレミアムを合計したものよりも多く、しかもさらに増え続けている。このこともあり、スペインの消費者が支払うキロワット時あたりの電力価格は、EUの平均よりも高い割合で増加している²²。こうした傾向を抑制することは公益に適合する。

以上より、2010年の制度変更の下で導入された新たな制度は、投資家の正当な期待を侵害するものとは言えず、公正かつ衡平な待遇を与える義務に違反しない²³。

4. その他の仲裁事例の動向

上述のように、スペインにおける再生可能エネルギー普及支援制度の変更をめぐる一連の投資紛争のうち、最初に仲裁判断が出された Charanne 事件では、スペインの制度変更はECTの投資保護ルールに違反しないという見解が示された。もっとも、この結果は、同事件において申立人側が、2010年の制度変更までしか訴えの対象としていなかったことに由来する面が大きい。実際に、同事件以降に次々と発出された他の事件の仲裁判断では、2010年より後に行われた一層本格的な制度変更を訴えの対象に含めていたことから、それが公正衡平待遇に違反すると認定され、損害賠償を命じられたケースが多い。

もっとも、そのように申立人側の請求が認められた事案においても、その理由づけは決して一様ではなく、未だに制度変更に対する法的な捉え方に統一性が見られない状況が続いている。以下、これらの事案において仲裁判断が依拠した理由づけを幾つかに分類して整理することとしたい。

(1) 法令自体や関連政策文書が特定約束に相当すると捉える仲裁判断

Charanne 事件で申立人側は、上述のように、スペイン政府が申立人に対し制度不変更に関する個別的な特定約束を行っていないとしても、FITに関連する一般的な法令や政策文書それ自体が将来に向けた制度の安定性を保証しており、特定約束に相当すると主張した。同事件の仲裁判断はこの主張を退けたが、他の事件ではこうした主張を認める判断も幾つか現れている。

例えば InfraRed Environmental Infrastructure 事件の仲裁判断は、勅令 661/2007 の 44 条 3 項は、スペインが投資を誘致するために、まさに投資家を将来の固定価格の見直しから

²¹ *Ibid.*, para. 534.

²² *Ibid.*, paras. 535–538.

²³ *Ibid.*, para. 540.

保護するという趣旨で設けられた規定であり、それは政府機関の関連決議や書簡などからも裏付けられるという²⁴。Charanne 事件の申立人が投資を行った時点では、こうした法令上の保証がまだ成立していなかったため、同事件の仲裁判断と見解が異なっても問題はないと説明される²⁵。そして、このように法令自体が特定約束であると捉えられる以上、当該法令に変更が加えられて投資家に損失が発生すれば、その変更の内容の合理性などには関係なく、直ちに正当な期待の侵害による公正衡平待遇違反が認定されるという立論がなされている²⁶。これと同様のアプローチは、Watkins Holdings 事件²⁷、9REN Holding 事件²⁸、Cube Infrastructure Fund 事件²⁹などにおいて示されている。

(2) 「合理的な収益率」に関する正当な期待が発生すると捉える仲裁判断

幾つかの仲裁判断は、F I Tプログラムを定めたスペインの一連の法令が一貫して「合理的な収益率」を投資家にもたらすことを謳っていた点に着目し、これらの法令の下で投資が行われた場合には、少なくとも合理的収益率を下回らない収益を得ることにつき正当な期待が発生すると述べる。これは、上記(1)のような法令の内容自体が特定約束に当たるとの立場と類似する面もあるが、特定約束と捉える立場では、投資家に対して不利益を与える形で制度変更がなされれば直ちに正当な期待の侵害が成立するとされるのに対し、合理的収益率の保証と捉える立場では、制度変更を行っても投資家が依然として合理的収益率を確保できていれば正当な期待は侵害されない（合理的収益率までの不利益変更は許される）、と考える点で相違がある³⁰。実際に、合理的収益率に着目する仲裁判断では、制度変更後に申立人がどの程度の収益率を得られていたかを具体的に算定し、それが「合理的」水準を下回っている場合に限って正当な期待の侵害を認定するという姿勢が示されている³¹。

(i) 投資家の収益率が合理的収益率を下回っていると認定した仲裁判断

R R E E F 事件で仲裁廷は、投資家が正当に期待しうる合理的収益率は、税引き後で

²⁴ *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/12, Award, 2 August 2019, paras. 419, 433.

²⁵ *Ibid.*, para. 448.

²⁶ *Ibid.*, para. 455.

²⁷ *Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/44, Award, 21 January 2020, paras. 526, 538. なお、本件は風力発電事業への投資に関する紛争であるが、問題となる法令等は太陽光発電の場合とほぼ共通している。

²⁸ *9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/15, Award, 31 May 2019, paras. 295-299.

²⁹ *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20, Final Award, 26 June 2019, para. 397.

³⁰ そのため、多くの仲裁判断では、投資受入国であるスペインの側が、この「合理的収益率」に対する正当な期待（のみ）が成立すると主張し、制度変更後も投資家は少なくとも合理的収益率が得られているので正当な期待の侵害は生じないとの立論を行った。

³¹ なお、上述のように、Charanne 事件の仲裁判断も比例性の観点からの審査において「合理的な収益性」の要素に着目しているが、その検討手法は定性的なものにとどまり、申立人の具体的な収益率を算出するような作業は行っていない。

6.86%を下回るべきではないとの見解を示した。これは、スペインの法令自身が言及しているように、資本市場における資金調達コストが合理的収益率の下限を設定する主要な基準になるとの見地から、本件で申立人が投資を行った時点における一般的な資金調達コストに基づいて上記の数値を算出したものである³²。この基準に当てはめると、制度変更後の申立人の収益率は6.86%よりも低かったため、正当な期待の侵害が成立し、かかる合理的収益率と申立人の実際の収益率との差分をスペインは賠償すべきであるとの判断を下した³³。なお、ここからも分かるように、合理的収益率を基準とするアプローチでは、制度変更後に実際に投資家がどの程度まで収益率を低下させたかを確認することで、初めて違法性の有無を判断することが可能になるため、違法性認定と損害賠償額の算定が同一の作業として行われることになる³⁴。その意味で、このアプローチでは、実際の損害という具体的要素こそが公正衡平待遇違反の存在を根拠づけることになる。以上と同様の考え方に立つ仲裁判断として PV Investors 事件があり、同事件の事案の下では7%が合理的収益率の基準となるところ、申立人が運営する19の施設のうち10施設において、制度変更後に7%を下回る収益率となったことが確認されたため、これら施設に関して損害賠償を認めるとの判断がなされた³⁵。

(ii) 投資家の収益率が合理的収益率を上回っていると認定した仲裁判断

BayWa 事件の仲裁廷は、上記の諸事例と同様のアプローチにより、資金調達コストを踏まえながら合理的収益率を税引き前7.398%と算定し、これに比して制度変更後における申立人の平均的な収益率は7.98%であるため、正当な期待は侵害されていないと判断した³⁶。また、Stadtwerke München 事件の仲裁廷は、同事件における合理的な収益率は税引き後7%程度であると述べ、制度変更後の申立人の収益率はそれを超えていると推定されることから、当該制度変更は比例性に反するとは言えないと述べた³⁷。

(3) 制度の本質的特徴を失わせる変更が行われたことに違法性があるとする仲裁判断

Charanne 事件の仲裁判断は、前述のように、「従来の規制枠組みの本質的な特徴を予測不

³² *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018, paras.567, 589.

³³ *Ibid.*, para.589.

³⁴ *Ibid.*, para.472 (制度変更後の法令の内容が不合理で比例性を欠くか否かは、旧制度との比較の下で投資家がどの程度の収益を失ったかによって判断されるので、これは「損害」の認定と不可分の関係にあると述べる)。

³⁵ *The PV Investors v. Spain*, PCA Case No. 2012-14, Final Award, 28 February 2020, paras.616-617, 648, 847.

³⁶ *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 2 December 2019, paras.498, 512-515. なお本事件で仲裁廷は、スペインが申立人に補助金返還を求めた点については公正衡平待遇違反を認定している。

³⁷ *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1, Award, 2 December 2019, paras.337, 353-354.

可能な形で突然に消滅させる (suddenly and unpredictably eliminate the essential characteristics of the existing regulatory framework)」ような制度変更は、比例性を欠いており、公正衡平待遇の義務に違反するという見解を示した。この定式化に依拠して、「制度の本質的特徴が突然に消滅したか」という定性的な基準により違法性の有無を判断しようとする仲裁判断が幾つか存在する。

例えば SolEs Badajoz 事件の仲裁廷は、スペインの一連の法令が合理的収益率の保証を謳っている点には留意しつつも、投資家が正当な期待を抱く対象は何らかの特定の収益率ではなく、FITプログラムの下における収益の安定性 (stable remuneration) であると述べる³⁸。それゆえ、「合理的収益率が確保されていれば投資家の正当な期待は損なわれていない」という受入国側の主張は退けられ、むしろ、2013 年の制度改正を通じて再生可能エネルギーに関する特別レジームが廃止され、FITプログラムが終了したことで、従来の制度が有していた収益安定性という特徴が失われた点に注意が向けられている³⁹。そして、従来の制度の下で合理的に想定できた損失の範囲を上回る重大な経済的影響が投資家に及んでいくことから、2013 年の制度変更は、投資の時点で存在した制度の本質的な特徴を予測不可能な形で突然に消滅させるものであり、比例性を欠いた違法な行為であると結論された⁴⁰。

Novenergia II 事件の仲裁廷も、制度変更が根源的なものであったか否かに着目する姿勢を示し、制度変更によって投資家の収益率が合理的収益率を下回る水準にまで低下することや、投資財産の価値が全面的に破壊されることは、必ずしも公正衡平待遇違反を認定するうえで必須の条件ではないと述べる⁴¹。そして、本件申立人の収益は 2013 年から 2016 年にかけて 24-32%ほど減少していることから、スペインによる制度変更は、投資財産の実質的な毀損と深刻な経済的ダメージを根源的かつ予測できない (radical and unexpected) 形でもたらすものであったと結論づけている⁴²。

また、Eiser 事件の仲裁廷は、制度変更後の投資家の収益率が合理的収益率を下回らなくとも違法性が成立しうるところか、そもそも合理的収益率の概念自体がきわめて不合理なものであると指摘する。すなわち、スペインは 2013 年に導入した新たな制度の中で、仮想上の「効率的」な標準発電施設における合理的収益率を 7%程度と設定しているが、これは現実の投資家の事情を考慮に入れずに導き出した机上の数値にすぎず、実際には再生可能エネルギー発電事業は初期の設備投資額が大きいいため、こうした合理的収益率によって支援額の

³⁸ *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/38, Award, 31 July 2019, para. 458.

³⁹ *Ibid.*, para. 461.

⁴⁰ *Ibid.*, para. 462.

⁴¹ *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/063, Final Award, 15 February 2018, paras. 691, 694.

⁴² *Ibid.*, para. 695.

上限が決められれば投資家は債務返済等の面で重大な支障を抱えることになってしまう⁴³。それゆえ仲裁廷は、理論上の合理的収益率を判断基準として用いることは不適切であり、むしろ、投資価値を剥奪するような根源的な制度変更があったか否かにより違法性の有無を決定すべきだと述べて、次のような一般的な判断枠組みを提示する。

「E C T 10 条 1 項が規定する公正衡平待遇の義務は、E C T の趣旨及び目的や文脈を考慮すると、投資家が長期的な投資を行う際に依拠した法制度の本質的特徴について本源的な安定性 (fundamental stability) を提供するという義務を必然的に含むものであると結論づけられる。ただ、これは規制枠組みを変更しえないことを意味するわけではなく、変更は明らかに可能である。…しかし、10 条 1 項における公正衡平待遇の義務の下では、規制枠組みを信頼して投資を行った投資家からその投資価値を剥奪するような態様で、既存の投資に対して適用する形で、当該規制枠組みを根源的に (radically) 変更することはできない。」⁴⁴

仲裁廷はこうした考え方にに基づき、スペインが 2013 年以降に導入した規制枠組みは、従来とは全く異なる制度を既存の投資に対しても適用するものであり、本件申立人が運営するある施設では旧制度下に比べて収益が 66% も減少するなど、投資家の財政基盤を崩壊させる抜本的 (drastic) な変更を伴うものであったと結論した⁴⁵。

5. 若干の考察

以上で検討した一連の仲裁判断につき、それらが持つ先例的意義を把握することを目的に、若干の考察を行っておきたい。特に、これらの仲裁判断では、スペインが再生可能エネルギー発電の支援策を財政上の観点から見直して制度を変更したことが、高い確率で公正衡平待遇義務の違反を認定される結果となっているが、これが他国における様々な分野の法制度や政策の変更の場面に対してどの程度一般的な示唆を与えるものであるのかを検討しておく必要がある。

(1) 法制度それ自体を特定約束として捉える姿勢について

上述のように、幾つかの仲裁判断は、再生可能エネルギー支援に関するスペインの一般的な法制度それ自体が、将来的な制度の継続を投資家に保証するような特定約束を構成すると判断しているが、同様の結論は諸国の様々な法制度についても幅広く導かれうるのだろうか。

⁴³ *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 4 May 2017, paras.392-417.

⁴⁴ *Ibid.*, para.382.

⁴⁵ *Ibid.*, paras.389, 418.

この点、過去のほとんどの仲裁判断は、受入国政府が個別の投資家に対して何らかの約束や保証を行った場合に特定約束が成立すると解してきたのであり、不特定多数の者に向けられた法令や政策文書の文言から特定約束が生じると判断したケースはきわめて少ないと考えられる。それは、こうした法令等の文言が一般的な性格の規範や方針を示すにとどまり、政府の意思により一方的にその内容が変更されうることが当初から想定されているため、契約的な合意のようにその内容どおりの履行を通常期待しうるものとは性格が大きく異なるからである。特定約束とは、そうした契約的な合意を想定した概念であり、それゆえ約束内容が僅かでも履行されなければ直ちに違法（正当な期待の侵害）になるという柔軟性に欠ける面もあるため、一般的な法令に対してこの概念を当てはめることには相当に慎重な姿勢がとられてきたのである。

この点、確かにスペインの法令は、再生可能エネルギー電気を将来にわたり固定価格で全量買い取るという条件を提示して投資を勧誘するものであり、契約の申込みに近い性格を持っていたと見ることもできる。こうした取引条件を、将来における変更の可能性を留保せずに提示した場合、たとえそれが不特定多数に向けられた一般的な法令という形式をとっていたとしても、投資家との特定約束として捉える仲裁人が一定程度は現れうることを本紛争は示したと言える。もっとも、このスペイン関連の投資紛争を全体として見れば、かかる内容の法令であっても特定約束とは認めないという立場をとった仲裁判断の方が多数を占めることも確かである。それは、やはり特定約束として位置づけると、受入国の規制関心の経時的な変化などによる制度変更や調整の余地が乏しくなり、投資家保護と受入国の公益追求との間のバランスを考慮しづらくなるからであろう。したがって、今後も依然として、一般的な法令を特定約束と捉えて変更を認めないという態度をとる仲裁判断はごく少数にとどまるものと考えられる。

(2) 合理的収益率を基準として制度変更の適法性を判断する姿勢について

本紛争では、スペインによる制度変更が行われた後で投資家が合理的収益率を確保しているかを基準として、正当な期待の侵害の有無を判断した仲裁判断が多かった。かかる基準が用いられた背景には、スペインの法令自体が、資本市場での資金調達コストに見合う合理的な収益率を投資家が得られるよう謳っていたという事情がある。したがって、そうした文言が法令中に存在しない状況で制度変更が行われた場合に、正当な期待に関する判断基準としてやはり仲裁廷は合理的収益率の概念を用いるのか、必ずしも明らかでないと思われる。本紛争より前に、正当な期待の判断基準として合理的収益率を用いた仲裁判断も少数存在するが⁴⁶、それが一般的なアプローチになっているとまでは言い切れない。

⁴⁶ 例えば、Total 対アルゼンチン事件では、アルゼンチンが経済危機に対処するために従来の電力料金制度を廃止して、固定された上限価格を有する新たな料金体系を導入したことで、外国投資家を含む発電事業者はコストをかるうじて回収できる程度の収益しか得られなくなった。これに対し仲裁廷

そもそも、いかなる水準が合理的な収益率であるのかを適切に判断することは簡単ではなく、本紛争においても Eiser 事件の仲裁判断は、スペイン当局が想定する合理的収益率は事業者の実情を理解せずに算定された理論上の値にすぎないと批判していた。また、当然ながら収益率は各々の投資家の事業手腕によって影響を受けるものであるため、仮に制度変更の後に収益率が大幅に低下したとして、それが専ら制度変更に起因しているのか、あるいは投資家自身の失策によるのか、因果関係を正確に把握できない場合も多いだろう⁴⁷。

恐らく、制度変更の後に同部門の事業者が軒並みコスト割れの収益率に落ち込んでいるような状況であれば、それが制度変更に起因するという推論はしやすいため、制度変更が正当な期待を侵害したという認定にもつながりうると思われる。他方で、制度変更後も一般的なコストを上回る収益率を投資家が得られているという場合に、それが投資家の正当な期待が損なわれていない根拠になるかどうかは、制度変更前に当該投資家が得ていた収益率などにも依存する問題であり、容易には結論を導けないであろう。本紛争で幾つかの仲裁判断が、制度変更後における投資家の収益率が合理的収益率を上回っているという事実から直ちに、制度変更による正当な期待の侵害はなかったという判断を導出できたのは、あくまでもスペインの法令が合理的収益率に言及していたという特殊な事情によるものであり、通常はそうした単純な理由のみで判断が下されることは少ないと考えるべきである。

(3) 法制度の本質的特徴を消滅させるような制度変更は違法であるとの見解について

Charanne 事件の仲裁判断は、「従来の規制枠組みの本質的な特徴を予測不可能な形で突然に消滅させる」ような制度変更は、比例性を欠き、公正衡平待遇の義務に違反するという重要な定式化を行った。これは本紛争の後続の事件でも仲裁廷がしばしば引用するところとなり、一連の仲裁判断の中で最も重要な先例的意義を有する見解の 1 つとなった。過去の仲裁判断においては、制度変更が公正衡平待遇違反になるかという問題につき、単純に投資時点の制度環境を変更すれば違反になるという見方から、受入国の正当な規制権限とのバランスを考慮して判断するという見方への展開があった⁴⁸。本紛争における上記の定式化は、こう

は、経済合理性及び比例性の原則に従った政策が行われることは一般に「正当に期待」できるのであり、事業者が合理的な収益を許さない価格制度を導入することは、この期待を損ない公正衡平待遇に違反すると判断した。*Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, Dec 27, 2010, paras. 328, 333. また、AES Summit Generation 対ハンガリー事件では、外国投資家の発電会社が過剰な収益率を得ており消費者の負担が増しているため、それを是正する目的でハンガリー政府が価格統制を導入した。これに関して仲裁廷は、ハンガリーと投資家の間には価格統制を導入しないとの特定約束は存在せず、また投資家は、価格統制の導入後も合理的な収益を得られているため、当該措置は合理性・比例性を有すると判断した。*AES Summit Generation Limited and AES-Tisza ErőműKft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, Sep 23, 2010, para. 10.3.36.

⁴⁷ この点、上述の R R E E F 事件の仲裁判断のように、投資家に損害が発生したという事実から違法性の存在を導き出そうとするアプローチについては、それが投資家自身の落ち度に起因するものではないという因果関係の確認を厳密に行うことが必要になると考えられる。

⁴⁸ 例えば、2004 年の Occidental I 事件の仲裁判断は、「投資が行われた際の法的・事業的な環境を変

した流れを引き継ぎ、まさに制度変更に関して投資家の保護と受入国の規制権限とを適切に均衡させる地点を、具体的に言語化したものとして位置づけられるだろう。また、この定式化は、本紛争におけるスペインの法令の内容などに依拠して導かれたわけではないため、他の様々な紛争においても参照しうる一般性のある法理として捉えられる。

なお、Charanne 事件で訴えの対象とされた 2010 年の制度改正は、固定価格買取り制度が適用される年数の上限の設定など、F I T プログラムを利用不可能にする内容ではなかったため、この定式化に言う法制度の「本質的特徴」を消滅させるものではないと判断された。一方、他の諸事件で対象とされた 2013 年の制度改正は、F I T プログラムを終了させる内容を含むものであり、本質的特徴を失わせる抜本的な変更であったと認定された。これらの判断を踏まえれば、外国投資との関係における法制度の本質的特徴とは、仮にそれが存在しなければ外国投資家は投資をしていなかったであろうと言えるような要素、つまり投資家の事業活動の遂行や収益の確保に対して死活的な影響を与える要素であると解すべきことになろう。

この点、前述した Eiser 事件の仲裁判断は、「本質的特徴の突然の消滅」という Charanne 事件の定式化に対して、それが、①外国投資家が長期的な投資を行う際に依拠したものであること、②外国投資家の投資価値を剥奪するようなものであること、という要素も付け加えている。これは、法制度の「本質的要素」を外国投資家の投資判断や収益可能性との関連において解釈すべきだという上記の私見を裏付ける言明であるとも言えよう。これらのことを踏まえれば、法制度の変更が公正衡平待遇に違反するか否かの判断においては、「本質的特徴の突然の消滅」に関連して、特に次のような諸要素が考慮されるのではないかと考えられる。

- (i) 長期事業への投資であり、初期の設備投資額が大きく撤退が容易ではないこと
- (ii) 事業からの収益可能性が政府の支援策や規制の内容に決定的に左右されること
- (iii) 規制枠組みがある程度の継続性・一貫性を持つことが通常期待されること

更しない義務」が公正衡平待遇に含まれるとした。*Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1 July 2004, para. 191. 一方、2006 年の Saluka 事件の仲裁判断は、いかなる投資家も、投資時点での状況が全く変更されないことは合理的に期待できないのであり、受入国が公益のために行使する正当な規制の権利も同時に考慮されねばならない、と述べる。*Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para. 305. また、2016 年の Philip Morris 事件の仲裁判断は、公正衡平待遇の義務は国家が変化する状況に応じて法制度を適応させる主権的権威を行使する権利に影響しないと述べ、一般的法令の変更は、受入国の公益追求的な通常の規制権限の行使の範囲を超えず、許容可能な変更の余地 (acceptable margin of change) を逸脱して投資家が投資時点で依拠した規制枠組みを変更するのでない限り、公正衡平待遇違反にならないと言う。*Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras. 422-423

(iv) 投資家に十分な対応期間を与えないほど急激に変更がなされること

(v) 投資時点で制度変更が予見可能でなかったこと、

なお、例えばE U＝カナダ経済連携協定（C E T A）8.9 条2項は、政府が規制行為やその変更によって投資家に悪影響を与え、またその収益等に対する期待に干渉したという事実だけでは、投資保護ルールの違反を構成しないと規定する⁴⁹。これは、投資協定の文言の工夫により制度変更の余地を確保しようとする手法であるが、上記の Charanne 事件等における定式化も、単に制度変更により投資家が損失を被ったという事実だけで違法性を認定しようとするものではなく、そこに様々な条件を付加することで、国家の規制権限を過剰に制約しないよう配慮しているのであり、その意味でC E T Aの上記規定のような考え方と対立するわけではないと思われる⁵⁰。

IV おわりに

法制度の変更が投資保護ルールに違反するか否かという問題については、近年の再生可能エネルギー支援制度の変動をめぐる一連の投資仲裁をきっかけに、急速に判断枠組みの精緻化が進みつつある。もっとも、スペインの制度変更を対象とする諸事案もまだ仲裁判断が全て出揃ったわけではなく、また他の諸国における同様の制度変更に対しても仲裁が次々と提起されている状況であり、当面はそれらの事案の動向を視野に入れながら適切な解釈のあり方を探っていく必要があるだろう。

スペイン関連の一連の仲裁判断から分かるように、法制度の変更については、いかなる場合も公正衡平待遇に違反せず自由に行うことができるという見解が示されることはほぼなく、一定の条件の下では違法になりうるとの見方が支配的となっている。しかし、その条件の内容をめぐっては幾つかの理解が並存しており、いまだ判断基準が収斂を見ていない状況にある。ただ、本稿で検討したように、法令自体が投資家に対する特定約束になりうるという見解を除けば、いずれも投資家保護と受入国の規制権限とのバランスに配慮しようとする立場であり、大局的な意味では共通の姿勢を有していると思われる。

それらの立場のうち、法制度の変更が当該制度の「本質的特徴の突然の消滅」をもたらすものである場合に公正衡平待遇違反が成立するという見解は、スペインの法令等とは独立に導かれた法理であるため、スペインが関係しない投資紛争においても今後広く援用されてい

⁴⁹ また、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（C P T P P）9.6 条5項も、公正衡平待遇に関して、「締約国が補助金又は贈与を実施せず、更新せず、若しくは維持しなかった又は修正し、若しくは減額したという事実のみでは、結果として対象投資財産に対する損失又は損害があった場合であっても、この条の規定に対する違反を構成しない。」と規定する。

⁵⁰ 投資仲裁がこうしたバランスを重視した解釈を行ってきている経緯を踏まえ、C E T Aの上記規定もその冒頭において「確認のために（For greater certainty）」という文言を置いており、あえてこうした規定を設けずとも公正衡平待遇の規定は Charanne 事件等のように謙抑的に解釈されるべきだという考え方が示されている。

く可能性がある。この法理の下では、法制度の変更が違法になる条件を満たすことは簡単ではなく、基本的には受入国の規制権限が尊重される一方で、もし投資家に十分な対応期間などを与えないまま収益性をほとんど失わせるような制度変更を行った場合には受入国に賠償責任を課すという形で、投資家保護と規制権限とのバランスを巧みにとっていると言える。

エネルギーや電力の分野は、再生可能エネルギーに限らず、全体的に政府による規制の密度が高い部門であり、それゆえ法制度ないし政策の変更という事態も生じやすいと考えられる。その際に、外国投資がどの程度保護されるのかについて、上述のような一般的な判断枠組みを理解しておくことは政府及び事業者の双方にとって有益であろう。また、仲裁においては、こうした一般的な判断枠組みと並んで、個別事案における固有の事情が重視されることも多いため、関連する国内法や政策文書の文言、関係者の発言内容などに十分な注意を払うことが肝要である。

JELI R-No. 138

エネルギーをめぐる国内外の法的問題の諸相

—2013～2015 年度 エネルギーに関する国際問題検討班報告書—

2 0 2 0 年 10 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 7-9-2

KDX五反田ビル8F

TEL 03-6420-0902 (代)

URL <http://www.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。
