

エネルギー資源確保に関する国内外の法的問題の諸相

—2015～2016年度 エネルギー資源確保に関する国際問題検討班報告書—

2023年2月

日本エネルギー法研究所

は し が き

この報告書は、2015年度から2016年度にかけて開催した「エネルギー資源確保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。

日本は、ほとんどのエネルギー源を海外からの輸入に頼っているため、海外において資源・エネルギー供給上の何らかの問題が発生した場合、日本が自律的に資源を確保することは困難になるという根本的な脆弱性を有している。また、世界に目を転じると、新興国のエネルギー需要拡大等による資源価格の不安定化、資源輸出国の国家戦略としての保護主義や資源ナショナリズムの動き、ホルムズ海峡やマラッカ海峡等の要衝（チョークポイント）の存在等が、資源・エネルギーの安定的かつ安価な供給確保に不透明感を与えている。

他方、実務面を考えると、国内の既存事業者には、今後は世界を舞台にした事業展開が求められ、発電プラント輸出やアライアンスによる資源調達等の動きが活発化することが予想されることから、特に、FTA/EPAといった世界経済との連結性を強化する経済連携が拡大する中、安定した事業環境を確保することは、個々の企業の安全保障の観点のみならず、日本のエネルギー資源確保に資するものと考ええる。

以上の現状認識を前提に、本研究班は、エネルギー資源確保の問題を中心に据え、グローバルな政治・経済環境における資源・エネルギーの安定供給の確保に係る法的諸問題について、国際法・国内法の両面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、エネルギー海上輸送の安全確保と機雷、GATT/WTO体制における「安全保障例外」、インドによる太陽光電池にかかるローカルコンテンツ要求とGATT/TRIMs協定、EUのFTAにかかわる投資裁判所の法的問題、国内公法学からみた間接収用、行政裁量の司法的統制と投資仲裁、外国住民・外国自治体による国内行政訴訟の提起、海底鉱物資源の探査・開発と国際的規律、外為法と電気業といった、国際法、国際経済法、EU法、国内行政法など、広範な法分野に係る論考で構成されている。

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

2023年2月

森 川 幸 一

（エネルギー資源確保に関する国際問題検討班主査
専 修 大 学 教 授）

エネルギー資源確保に関する国際問題検討班名簿

(2015年4月～2017年3月)

主査	森川幸一	専修大学教授
研究委員	斎藤誠	東京大学教授
	酒井啓亘	京都大学教授
	中西優美子	一橋大学教授
	林秀弥	名古屋大学教授
	原田大樹	京都大学教授
	西村弓	東京大学教授 (2023年2月時点)
	伊藤一頼	東京大学教授 (2023年2月時点)
研究員	村上恵也	日本エネルギー法研究所
	五十嵐智芳	日本エネルギー法研究所 (2015年7月まで)
	瀧口洋平	日本エネルギー法研究所 (2015年7月から)
	緒方隆介	日本エネルギー法研究所 (2015年8月まで)
	日比野恵理子	日本エネルギー法研究所 (2015年8月から 2016年3月まで)
	栗林克也	日本エネルギー法研究所 (2016年8月から)
	小路智也	日本エネルギー法研究所
	上田博康	日本エネルギー法研究所 (2016年7月まで)
	戸本武志	日本エネルギー法研究所 (2016年8月から)
	田中宣裕	日本エネルギー法研究所 (2017年2月まで)
	堀雅晃	日本エネルギー法研究所 (2017年2月から)
	村上浩一	日本エネルギー法研究所 (2016年8月まで)
	森実慎二	日本エネルギー法研究所 (2017年3月から)
	峠口信生	日本エネルギー法研究所 (2014年8月まで)
	塚本泰史	日本エネルギー法研究所 (2015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

<2015年度>

- | | |
|--------|--|
| 第1回研究会 | 2015年5月29日
エネルギーに関する国際問題検討班実施方式（2015年度テーマ選定） |
| 第2回研究会 | 2015年6月26日
資源・エネルギー分野における政府系ファンドの活動とその法的規律
（伊藤研究委員） |
| 第3回研究会 | 2015年7月31日
国際社会におけるエネルギー問題の法的枠組み
—国際エネルギー憲章の採択とその意義—
（酒井研究委員） |
| 第4回研究会 | 2015年10月23日
中国における国家安全保障に基づく外資規制
（林研究委員） |
| 第5回研究会 | 2015年11月20日
国内公法学からみたエネルギー関連の投資協定仲裁
（原田研究委員） |
| 第6回研究会 | 2015年12月18日
EUによる投資裁判所案
（中西研究委員） |
| 第7回研究会 | 2016年1月22日
エネルギー分野における投資仲裁と「間接収用」
（西村研究委員） |
| 第8回研究会 | 2016年2月19日
ホルムズ海峡での機雷掃海に伴う国際法・国内法上の諸問題
（森川主査） |
| 第9回研究会 | 2016年3月25日
WTO協定の効力と適用—豚肉差額関税事件を読む
（斎藤研究委員） |

<2016年度>

- 第10回研究会 2016年4月8日
欧州におけるエネルギー分野の規制についてのEUと加盟国の権限の問題—Energy Union StrategyにおけるACERの権限の見直しを巡って—
(電力中央研究所社会経済研究所スタッフ上席研究員 丸山真弘様)
- 第11回研究会 2016年5月20日
エネルギー政策の変更に関する投資協定上の評価
(伊藤研究委員)
- 第12回研究会 2016年6月17日
インドによる太陽電池にかかるローカルコンテンツ要求と
GATT/TRIMs協定—WTOパネル判断をめぐって—
(林研究委員)
- 第13回研究会 2016年7月15日
国内公法学からみた間接収用
(原田研究委員)
- 第14回研究会 2016年10月21日
ISNL2016 (国際原子力法スクール) 受講記
(塚本研究員)
- 第15回研究会 2016年11月18日
EUの自由貿易協定における投資裁判所について
(中西研究委員)
- 第16回研究会 2016年12月16日
GATT/WTOにおける安全保障例外条項の司法審査可能性
(酒井研究委員)
- 第17回研究会 2017年1月20日
エネルギー海上輸送の安全確保と機雷をめぐり国際法上の問題
(森川主査)
- 第18回研究会 2017年2月17日
改正鉱業法をめぐり国際法上の問題
(西村研究委員)
- 第19回研究会 2017年3月31日
条約の国内「実施」と「転換」—若干の考察
(斎藤研究委員)

※肩書きは、研究会当時のものである。

なお、本報告書の執筆は以下の通り分担して行った。

- 第1章 エネルギー海上輸送の安全確保と機雷をめぐる国際法・国内法上の諸問題
森川 幸一 主査
- 第2章 外国住民・外国自治体による国内行政訴訟の提起
ーエムスランド事件からの考察
斎藤 誠 研究委員
- 第3章 インドによる太陽光電池にかかるローカルコンテンツ要求とGATT/TRIMs協定
ーWTOパネル判断をめぐってー
林 秀弥 研究委員
- 第4章 国内公法学からみた間接収用
原田 大樹 研究委員
- 第5章 GATT/WTO体制における「安全保障例外」の審査可能性とその意義
酒井 啓亘 研究委員
- 第6章 海底鉱物資源の探査・開発と国際的規律
西村 弓 研究委員
- 第7章 EUのFTAにおける投資裁判所の法的問題
中西優美子 研究委員
- 第8章 行政裁量の司法的統制と投資仲裁
伊藤 一頼 研究委員
- 第9章 外為法と電気業
村上 恵也 研究員

目 次

第1章 エネルギー海上輸送の安全確保と機雷をめぐる国際法・国内法上の諸問題【森川】	- 1 -
Ⅰ はじめに	- 3 -
Ⅱ 機雷とは	- 4 -
1. 歴史	- 4 -
2. 定義	- 6 -
3. 種類	- 6 -
Ⅲ 新安全保障法制における機雷掃海をめぐる議論	- 7 -
1. 背景—とりわけその国際的要因—	- 7 -
2. 国会答弁	- 9 -
Ⅳ 武力不行使原則と機雷	- 11 -
1. 機雷の敷設と武力行使・武力攻撃	- 11 -
2. 機雷の掃海と武力の行使	- 14 -
Ⅴ 平時における規制	- 15 -
1. 軍縮・軍備管理条約による規制	- 15 -
2. 海洋法による規制	- 16 -
Ⅵ 武力紛争時における規制	- 18 -
1. 規制対象となる機雷の種類と規制内容	- 18 -
2. 地理的制限	- 20 -
Ⅶ むすびにかえて	- 21 -
第2章 外国住民・外国自治体による国内行政訴訟の提起 エムスランド事件からの考察【斎藤】	- 25 -
Ⅰ はじめに	- 27 -
Ⅱ エムスランド事件 ドイツ連邦行政裁判所1986年12月17日判決	- 28 -
Ⅲ 若干の考証-空港関連判例との関係も含めて	- 32 -
1. 原告適格論	- 32 -
2. 同判決の原告適格論と本案審理	- 34 -
3. 別訴との関係	- 35 -
4. 原告適格論におけるニーダーライン空港A事件判決とエムスランド事件判決の関係	- 36 -
5. 原告適格および本案審理における国家間協定の意義	- 36 -
Ⅳ 他の訴訟類型の可能性と帰結—グローフの(早すぎた?)論考にまなぶ	- 37 -
Ⅴ むすび—日本法へのインプリケーション	- 40 -

第3章	インドによる太陽光電池にかかるローカルコンテンツ要求とGATT/TRIMs協定 WTOパネル判断をめぐって【林】	- 41 -
I	事案の紹介	- 43 -
1.	はじめに	- 43 -
2.	ローカルコンテンツ要求について	- 43 -
3.	当事者の主張	- 45 -
4.	第三者の主張	- 47 -
II	事実認定	- 48 -
1.	TRIMs協定2条1項とGATT3条4項について	- 48 -
2.	GATT1994第20条(j)号と(d)号について	- 53 -
III	本件での結論	- 56 -
IV	結びに代えて	- 59 -
第4章	国内公法学からみた間接受用	【原田】 - 61 -
I	はじめに	- 63 -
II	日本法における収用概念	- 64 -
1.	国家補償のスキーム	- 64 -
2.	行政活動の適法性	- 64 -
3.	特別犠牲の有無	- 65 -
4.	補償と規制	- 66 -
III	間接受用概念への道程	- 66 -
1.	規制収用とポリス・パワー——アメリカ法	- 66 -
2.	古典的収用概念の復活——ドイツ法	- 68 -
IV	国内公法学からみた間接受用	- 73 -
1.	収用の対象	- 73 -
2.	行政活動の適法性・合憲性との関係	- 74 -
V	おわりに	- 76 -
第5章	GATT/WTO体制における「安全保障例外」の審査可能性とその意義【酒井】	- 79 -
I	はじめに	- 81 -
II	GATTにおける安全保障例外条項	- 83 -
1.	安全保障例外条項の特徴	- 83 -
2.	GATT/WTO体制におけるGATT第21条の位置づけ	- 85 -
III	ロシア通過運送措置事件までのGATT/WTOにおける安全保障例外条項に関する実行	- 90 -

1. GATT時代におけるGATT第21条の援用.....	90 -
2. WTO体制下でのロシア通過運送措置事件前における安全保障例外の援用	96 -
IV 安全保障例外条項の審査可能性.....	99 -
1. WTO協定以外の条約における安全保障例外条項の位置づけ	99 -
2. WTO協定の安全保障例外条項に関する審査基準	112 -
V 最近のWTO紛争解決手続の動向	117 -
1. WTOのパネルにおいて安全保障例外条項の解釈が示された事例	117 -
2. 安全保障例外の援用をめぐるパネルの判断とその影響	119 -
VI おわりに	133 -
 第6章 海底鉱物資源の探査・開発と国際的規律	【西村】 - 135 -
I はじめに	137 -
II 改正鉱業法と海洋資源探査	137 -
1. 平成23年鉱業法改正	137 -
2. 海洋鉱物資源探査規制	139 -
III 資源探査・開発と環境影響評価	141 -
1. 国際法上の環境影響評価義務	141 -
IV おわりに	149 -
 第7章 EUのFTAにかかわる投資裁判所の法的問題.....	【中西】 - 153 -
I はじめに	155 -
II EUのFTAと投資保護協定の形	155 -
1. シンガポール・ベトナム型	155 -
2. 日本型	157 -
3. カナダ型	157 -
4. 中国型	158 -
5. 総括	159 -
III EUのFTAまたは投資保護協定における投資裁判所.....	159 -
1. EUの枠外における裁判所とEU法の自律性.....	159 -
2. CETAにおける投資裁判所規定	160 -
3. EUとシンガポール間の投資保護協定における投資裁判所規定	162 -
4. EUとベトナム間の投資保護協定における投資裁判所規定	163 -
5. 総括	164 -
IV 終わりにかえて	164 -

第8章 行政裁量の司法的統制と投資仲裁	【伊藤】 - 165 -
I はじめに	- 167 -
II 行政裁量に関する司法審査の手法	- 169 -
1. 考慮事項論	- 170 -
2. 裁量基準論	- 171 -
III 投資仲裁における行政裁量の扱い	- 173 -
1. 概観	- 173 -
2. 判断過程審査	- 175 -
IV 投資仲裁以外の国際法廷における裁量審査基準（補論）	- 177 -
V おわりに	- 179 -
第9章 外為法と電気業	【村上】 - 181 -
I はじめに	- 183 -
II 外為法の変遷	- 183 -
1. 外資法の制定	- 184 -
2. 外資法の運用	- 184 -
3. 「外国為替及び外国貿易管理法」と「外資法」の一体化	- 186 -
4. 「外国為替及び外国貿易法」の成立	- 187 -
5. 小括	- 187 -
III TCI事件	- 188 -
1. 事件の概要	- 188 -
2. 中止勧告の理由	- 189 -
IV 電気業への示唆	- 190 -
1. 行政庁の裁量について	- 190 -
2. 外資規制の有効性について	- 191 -
V おわりに	- 192 -

第 1 章

エネルギー海上輸送の安全確保と 機雷をめぐる国際法・国内法上の諸問題

専修大学教授
森 川 幸 一

I はじめに

ペルシャ湾とオマーン湾、アラビア海とを結ぶホルムズ海峡は、世界の海上輸送原油の4割、日本への原油の85%、天然ガスの3割が通過する日本のエネルギー安全保障の要ともいうべき極めて重要な輸送経路にあたる¹。このホルムズ海峡が機雷で閉塞されるような事態は、日本にとって単にエネルギーの安定確保に係る死活的な問題であるということにとどまらず、日本が集団的自衛権を行使して対処すべき「存立危機事態」に当たるのか。

2015年9月に成立した「平和安全法制整備法」²は、2014年7月に安倍内閣の下で行われた「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について」と題された閣議決定（以下、「安全保障法制の整備についての閣議決定」）³を実施するための法律のひとつで（他のひとつは、「国際平和支援法」⁴）、その是非をめぐる最大の争点となったのが、集団的自衛権の問題であった。周知のように、日本政府はそれまで長年にわたって、国際法上、集団的自衛権は認められているものの、日本国憲法上、その行使が制限されているという解釈を採ってきたが、「安全保障法制の整備についての閣議決定」は、従来の憲法解釈を変更して一定の要件のもとでその行使を可能にするものであった。

こうした憲法解釈の変更を国内法制に反映させるための包括法が「平和安全法制整備法」に他ならないが、同法を通じて、それまでの「武力攻撃事態対処法」⁵は「存立危機事態」への対処を含む「事態対処法」⁶へと改正された。また自衛隊法も、日本への武力攻撃から我が国を防衛することに自衛隊の主たる任務を限定していた3条1項の任務規定から「直接侵略及び間接侵略に対し」という文言が削除されて、単に「自衛隊は、我が国の平和と独立を守り、国の安全を保つため、我が国を防衛することを主たる任務とし」という文言に変更された。さらに、防衛出動を定めた76条1項についても、これまでの「我が国に対する外部からの武力攻撃が発生した事態又は武力攻撃が発生する明白な危険が切迫していると認められるに至った事態」（「武力攻撃事態」）に加えて、「存立危機事態」を加えるなどの改正が行わ

¹ 「電力危機の真実 ⑨エネルギー安全保障」産経デジタル

〈http://www.iza.ne.jp/special/nihonno_tameni/truth_of_power_crisis_9.html〉（閲覧日：2021年9月30日）。

² 正式名称は「我が国及び国際社会の平和及び安全の確保に資するための自衛隊法等の一部を改正する法律」。

³ 「安全保障法制の整備についての閣議決定」内閣官房

〈<https://www.cas.go.jp/jp/gaiyou/jimu/pdf/anpohosei.pdf>〉（閲覧日：2021年9月30日）。

⁴ 正式名称は「国際平和共同対処事態に際して我が国が実施する諸外国の軍隊等に対する協力支援活動等に関する法律」。同法の成立の背景および同法の内容をめぐる国会での議論について詳しくは、森川幸一「安全保障法制の整備と日本の国際貢献—国際平和支援法の成立と課題—」，金沢工業大学国際学研究所 編『安全保障と国際関係』（内外出版，2016年）17-45頁。

⁵ 正式名称は「武力攻撃事態等における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律」。

⁶ 正式名称は「武力攻撃事態等及び存立危機事態における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律」。

れた。

この新安全保障法制で新たに導入されることになった「存立危機事態」、すなわち、「我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある事態」（自衛隊法76条1項2号）の具体例のひとつとして政府が示したのが、ホルムズ海峡が機雷で閉塞されるような事態であり、「これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないときに、必要最小限度の実力を行使」するものとして、同海峡内での機雷掃海が挙げられた。

このように、日本の新安全保障法制をめぐる議論で争点のひとつとなったのが、ホルムズ海峡が機雷で閉塞された場合の自衛隊による機雷掃海の是非であったが、こうした具体的な想定を離れても、エネルギー海上輸送の安全確保という観点からは、海上における航行の自由を阻害する機雷の存在は、以前から「隠れた脅威（hidden menace）」⁷と言われており、その国際法的規制の現状を検討しておくことは、極めて重要だと思われる。

陸上で用いられる対人地雷が、敵の侵攻を遅らせる防御的兵器として軍事的効果が高いにもかかわらず、その無差別性（戦闘員と文民とを区別できない加害性）のゆえに兵器それ自体として禁止されるに至った⁸のに対して、同じく、軍艦のみならず海上輸送に従事する民間船舶に対しても脅威となりうる機雷が兵器それ自体として禁止されないのはなぜか、禁止されないまでもその使用に際していかなる規制が可能なのか。

本稿では、まず、機雷の歴史・定義・種類等、機雷についての基礎的な事項を確認したのち（Ⅱ）、日本の新安全保障法制における機雷をめぐる議論を、そこに至る歴史的背景を概観したうえで、政府の国会答弁を中心に分析・検討する（Ⅲ）。次いで、機雷に関する国際法上の規制に関して、「武力行使の合法性に関する法（*jus ad bellum*）」の観点から見た機雷敷設や機雷掃海の国際法上の合法性の問題（Ⅳ）を検討し、加えて、軍縮・軍備管理条約や海洋法による平時の規制（Ⅴ）、さらには、武力紛争法（*jus in bello*）による武力紛争時の規制の現状と課題（Ⅵ）について検討し、最後に、若干のまとめ（Ⅶ）を行うこととする。

Ⅱ 機雷とは

1. 歴史

機雷（naval mines）は、相対的に安上がりで軍事的効果も高い兵器として古くから用いられてきた。その原初的なものは明朝時代（16世紀）に遡るといわれ、主に中国沿岸部で活動

⁷ W. H. von Heinegg, “Minelaying and the Impediment of Passage Rights,” *International Law Studies*, Vol.90 (2014) p.545.

⁸ 1997年の「対人地雷の使用、貯蔵、生産及び移譲の禁止並びに廃棄に関する条約」（以下、「対人地雷禁止条約」）。

していた海賊に対処するために開発された⁹。18世紀に入ると、アメリカ独立戦争時（1778年）に、米国の発明家David Bushnellが考案した火薬と触発装置を装備した樽状の機雷は英国軍艦を沈没させるには至らなかったが、それを回収しようとした英国水兵を死亡させ英軍に脅威を与えた¹⁰。米国南北戦争（1860-65年）では、主に南軍が港湾防御用として使用し、北軍の32隻が触雷、うち27隻が沈没した¹¹。

機雷が初めて本格的に使用されたのは日露戦争（1904-5年）であり、日本軍によるロシ太平洋艦隊の旅順港閉塞作戦の一環として機雷原が構築され、ロシア側の戦艦1隻、巡洋艦1隻を沈没させ、戦艦2隻、巡洋艦1隻を大破させた。他方で日本側もロシアが敷設した機雷によって、戦艦2隻、巡洋艦5隻、駆逐艦4隻を失っている。また、この戦争では、日露両軍によって敷設された機雷によって、戦中から戦後にかけて多数の中立国船舶が触雷・沈没する事案が生じ、清国では500人以上がその犠牲になったといわれる¹²。このことは、1907年の第二回ハーグ平和会議で、「自動触発海底水雷の敷設に関する条約」（ハーグ第VIII条約）が採択される契機ともなった。

第一次大戦（1914-18年）では、当初のドイツ軍による機雷敷設に対抗して英軍によっても多数の機雷が敷設され、その数は両陣営合わせると、約24万～25万個にも上るといわれる。これらの機雷によって、約200隻の軍艦が沈没し、交戦国、中立国ともにその海上交通や商船を機雷から防護するために莫大な軍勢力と経済力を注ぎ込むことを余儀なくされた¹³。

第二次大戦（1939-1945年）では前の大戦をも凌ぐ機雷戦が行われ、欧州周辺海域に敷設された機雷の数は連合軍によるものだけでも26万個に上り、これによって枢軸国船約1,050隻が沈没し、約540隻が損害を被った。他方、ドイツは、米国東海岸に敷設したものを含め12万6千個の機雷を敷設した。また、太平洋方面では、1945年3月から日本に対する米軍による「飢餓作戦（Operation Starvation）」が実施され、日本のほとんどの港湾と航路は機雷によって埋め尽くされた。終戦までに米国の機雷によって被害を受けた日本船は1,075隻に上りそのほとんどは商船であった（軍艦の損害は約100隻）¹⁴。

第二次大戦後も、朝鮮戦争、中東戦争、ベトナム戦争、イラン・イラク戦争、湾岸戦争など多くの武力紛争で機雷の敷設が行われたが、これらについては後述する（Ⅲ 1.）。

⁹ Chatham House, International law Applicable to Naval Mines (International Security Department Workshop Summary) (2014) <<https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=ils>>（閲覧日：2021年9月30日）p.2.

¹⁰ スコット・C・トゥルーヴァー（訳者：渡邊 浩，八木 直人）「機雷の脅威を検討する」『海上自衛隊幹部学校戦略研究』（2012年）69頁（原文は、S.C. Truver, Taking Mines Seriously: Mine Warfare in China's Near Seas, "Naval War College Review", Vol.65 (2012) pp.30-66.）。

¹¹ 桜井真啓「機雷戦を巡る国際法上の諸問題」（防衛大学校修士論文，2006年）5頁。

¹² 上掲論文，5-6頁。

¹³ 上掲論文，9頁。

¹⁴ 上掲論文，11-13頁。

2. 定義

機雷を定義した条約は存在しないが、イタリア、サンレモにある人道法国際研究所が主催し、個人の資格からなる各国の政府、海軍、大学、赤十字国際委員会の専門家が参加して1994年に完成させた「海上武力紛争に適用される国際法マニュアル」（サンレモ・マニュアル）によると、「機雷とは、船舶に損害を与えもしくは沈める意図をもって、または、ある海域に船舶が侵入するのを阻止する意図をもって、海中、海底またはその地下に敷設される爆発装置である」と定義されている¹⁵。北大西洋条約機構（NATO）も同様の定義を用いており¹⁶、現在のところ、これが一般的な機雷の定義と考えるとよいと思われる。

3. 種類

機雷には、（1）その作動方法を基準として、①陸上の管制所から有線で結ばれ作動をコントロールできる「管制機雷（Remotely controlled mines）」、②船舶との物理的接触により作動する「触発機雷（Contact mines）」、③艦船の航行により発生する船舶特性（磁気、音響、水圧変化、電流等）により機雷が感応して作動する「感応機雷（Influence mines）」の区別があり、また、（2）その敷設状態を基準に、①海底に沈めておく「沈底機雷（Bottom mines）」、②海底の係維器に繋いだ状態で水面下の任意の深度に係留スル「係維機雷（Moored mines）」、③海面または海中を漂う「浮遊機雷（Floating mines）」などの区別がある¹⁷。

米国海軍が所有している、短係維器に繋いだ発射管から魚雷を発射し目標となる潜水艦を攻撃する「キャプター機雷（CAPTOR）」は、先の機雷の定義に該当しうるとされるが、レインボー・ウォーリア号事件¹⁸で仏諜報機関によって使用されたような吸着式の「リムペット機雷（Limpet mines）」¹⁹は、工作人員が直接目標船舶の船底に装着し時限式で爆発させるというもので、「海中、海底またはその地下に敷設される爆発装置」という機雷の定義からは外れると考えられている²⁰。

¹⁵ 人道法国際研究所『海上武力紛争法—サンレモ・マニュアル』（東信堂、1997年）143-144頁。

¹⁶ Chatham House, *supra* note 9, pp.2-3.

¹⁷ トゥルーヴァー・前掲注（10），74-76頁。

¹⁸ 環境NGOグリーンピースが所有するレインボー・ウォーリア号が、ムルロワ環礁でのフランスの核実験に抗議するため、ニュージーランドのオークランド港に停泊していたところ、仏諜報機関部員によって仕掛けられたリムペット機雷によって爆破され沈没し、乗組員であるオランダ人カメラマンが溺死した事件。

¹⁹ 2019年6月13日、日本の国華産業が所有するパナマ船籍のケミカル・タンカー、コクカ・カレイジャス（Kokuka Courageous）号がホルムズ海峡付近のオマーン湾で何者かによって攻撃を受け火災が発生するという事件が起きた。日本政府は攻撃主体について特定していないものの、米国政府は、同号に対する攻撃は、イラン革命防衛隊によるもので、リムペット機雷を使った犯行であると主張している。

²⁰ 人道法国際研究所・前掲注（15），144頁。

Ⅲ 新安全保障法制における機雷掃海をめぐる議論

1. 背景—とりわけその国際的要因—

(1) 朝鮮戦争時の海上保安庁による掃海活動

第二次大戦後、日本が国際的な掃海活動に最初に関わったのは朝鮮戦争の時である。朝鮮戦争では、北朝鮮軍が国連軍による上陸作戦の阻止などのために朝鮮半島の主要港に機雷を敷設した。朝鮮半島東海岸中部にある元山（ウォンサン）への上陸作戦を決定した国連軍は、1950年10月、日本の海上保安庁に掃海部隊の派遣を求めた。当時なお連合国軍の占領下にあった日本は、連合国軍総司令部からの命令を受けて掃海部隊を元山沖に派遣し掃海作業を実施した。のべ43隻の掃海艇が派遣され、27個の機雷を処理、掃海艇1隻が沈没、1隻が座礁、19名が死傷した²¹。

(2) 湾岸戦争後の海上自衛隊による遺棄機雷の掃海活動

その後、日本は1951年9月に平和条約を締結して52年4月に独立を回復、同時に旧日米安全保障条約も発効し、54年7月には自衛隊が発足したが、国際的な掃海作業に自衛隊の派遣が求められることは1991年の湾岸戦争に至るまでなかった。湾岸戦争でイラクは、多国籍軍のクウェート上陸を阻止する目的で、ペルシャ湾のクウェート沖に機雷原を構築した。イラクが国連安保理決議687号を受諾した91年4月に正式停戦が成立したが、ペルシャ湾にはイラクによって千個以上の機雷が敷設されていたといわれる。

憲法上の制約から湾岸戦争自体には参加できなかった日本も、国際的な人的貢献が必要との判断から、停戦成立後の機雷掃海には海上自衛隊の部隊を派遣することになり、日本の掃海部隊は34個の機雷を処理した²²。その際、掃海活動の法的根拠は自衛隊法99条（現84条の2）に求められた。自衛隊法99条による活動は、武力の行使を伴う防衛出動を前提としない警察活動であり、ペルシャ湾で自衛隊の部隊が除去した機雷は、正式停戦が成立した後、海上に遺棄されたものであるため、その掃海活動は武力の行使には当たらないと説明された²³。

(3) 日米防衛協力のための指針（新ガイドライン）

2015年4月27日には、新たな「日米防衛協力のための指針」（新ガイドライン）が策定された。ガイドラインは、日米安全保障条約に基づく日米協力の内容を具体化するためのもので、1999年に策定された旧ガイドラインでは、日米安全保障条約5条の義務に係る「日本に対す

²¹ 鈴木英隆「朝鮮海域に出撃した日本特別掃海隊—その光と影—」『戦史研究年報』8号（2005年）26頁。

²² 相澤輝昭「ペルシャ湾掃海艇派遣の意義と教訓」『NIDS NEWS（防衛研究所ニュース）』2014年12月号、1-2頁。

²³ 当時の海部俊樹首相は、国会で、「今回の措置は、正式停戦が成立し、湾岸に平和が回復した状況のもとで、我が国船舶の航行の安全を確保するため、海上に遺棄されたと認められる機雷を除去するものであり、武力行使の目的を持つものではなく、これは憲法の禁止する海外派兵に当たるものではありません」と述べている。『第120回国会衆議院会議録』第26号（平成3年4月25日）4頁。

る武力攻撃に際しての対処行動」に加えて、「日本周辺地域における事態で日本の平和と安全に影響を与える場合（周辺事態）の協力」を新たな日米防衛協力の分野とした²⁴。新ガイドライン²⁵では、周辺事態への協力から地理的限定が取り除かれて「日本の平和及び安全に対して発生する脅威への対処」と変更され、さらに「日本以外の国に対する武力攻撃への対処行動」が新たに加えられた。そうした「日本以外の国に対する武力攻撃への対処行動」の具体的な作戦例のひとつとして挙げられたのが、「海上交通の安全を確保することを目的とするものを含む機雷掃海」(IV-D-3)における日米協力にほかならない。

ガイドラインは、内容的に見て、日米安全保障条約で定められた以上の日米防衛協力を規定しているが、日米安全保障条約に基づく権利義務や日米同盟の基本的枠組みを変更するものではないこと(II-A)、また、いずれの政府にも立法上、予算上、行政上又はその他の措置をとることを義務づけるものではないこと(II-D)を確認している。その意味で、国際法上厳密には、ガイドラインに盛り込まれた協力内容を国内法制化する義務を日本が負っているわけではない²⁶。もっとも、ガイドラインは、「二国間協力のための実効的な体勢の構築が指針の目標であることから、日米両政府が、各々の判断に従い、このような努力の結果を各々の具体的な政策及び措置に適切な形で反映することが期待される」（同上）としており、実際には、そのことが国内法制化へ向けての事実上の圧力になっていることは否定できない。

第二次大戦後、日本が国際的な掃海活動に関わった事例のうち、朝鮮戦争時の機雷掃海は、戦時における掃海活動であり、当時の国会でもその合憲性が問題となったようだが、なお占領下でのことでもあり、その後、それが先例とされることはなかった。掃海活動の合憲性が本格的に問われたのは、湾岸戦争後のペルシャ湾での掃海活動であり、先に見たように、正式停戦成立後の掃海は、遺棄機雷の処理として武力の行使には当たらず、したがってそのための自衛隊の海外派遣は、武力の行使を目的として自衛隊を海外に派遣することを意味する「海外派兵」にも当たらず、憲法にも抵触しないとの整理が行われた。

これに対して、新ガイドラインが前提としているのは、日本と密接な関係にある他国が武力攻撃を受けて攻撃国との間で武力紛争状態が生じている状況での機雷掃海であり、そのような状況での機雷掃海は、湾岸戦争後の遺棄機雷の掃海とは異なり、武力の行使に当たるた

²⁴ 旧ガイドラインについて詳しくは、森川幸一「国際法から見た新日米防衛協力関連法等」『ジュリスト』No.1160（1999年）44-52頁参照。

²⁵ 防衛省・自衛隊「日米防衛協力のための指針（2015.4.27）」

〈https://www.mod.go.jp/j/approach/anpo/shishin/shishin_20150427j.html〉（閲覧日：2021年9月30日）。

²⁶ ガイドラインを含む非拘束的な国際合意の意義については、酒井啓亘「日米防衛協力のための指針（日米ガイドライン）は条約ではない？—非拘束的な合意を結ぶ意義—」森川幸一ほか編著『国際法で世界がわかる』（岩波書店、2016年）12-22頁を参照。

め、これまでの憲法解釈の変更と新たな法整備が必要であると考えられるようになった²⁷。

2. 国会答弁

「国際法上は、集団的自衛権が根拠となる場合がある」²⁸とされる「存立危機事態」に対処するための日本国憲法上の「自衛の措置」に関し、特にホルムズ海峡での機雷掃海を想定した国会での質問に対して、政府は以下のような答弁を行っている。

(1) 「我が国と密接な関係にある他国」とはいかなる国か

「我が国と密接な関係にある他国」とは、一般論としては、「外部からの武力攻撃に対し、共通の危険として対処しようという共通の関心を持ち、そして我が国と共同して対処しようとする意思を表明する国」を指すとされているが、ホルムズ海峡での存立危機事態との関係では、沿岸国としてのオマーン、イラン、この海域で船舶を通航させている各国、この地域に軍事拠点を持っている米国の可能性に言及されているものの、「武力攻撃を受け、そして我が国に対して要請なり同意を与え」る「密接な関係にある他国」は、「個別具体的に判断していくものであり、事前にこの国と指定しておくものではない」²⁹とされている。

(2) 「我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある事態（存立危機事態）」の判断基準

存立危機事態を認定する際の判断基準については、一般論として、「事態の個別具体的な状況に即して、主に攻撃国の意思、能力、事態の発生場所、その規模、態様、推移などの要素を総合的に考慮し、我が国に戦禍が及ぶ蓋然性、国民が被ることとなる犠牲の深刻性、重大性などから客観的、合理的に判断する」³⁰とされているが、特にホルムズ海峡の機雷閉塞を念頭に置いた答弁の中では、単に国際紛争の影響により国民生活や国家経済が打撃を受けるとか、生活物資が不足することのみでは不十分で、「石油などのエネルギー源の供給が滞ることにより、単なる経済的影響にとどまらず、生活物資の不足や電力不足によるライフラインの途絶が起こるなど、国民生活に死活的な影響、すなわち国民の生死にかかわるような深刻、重大な影響が生じる」³¹必要があるとされている。

(3) ホルムズ海峡の機雷閉塞が存立危機事態となりうる理由と安全保障環境の変化

ホルムズ海峡が機雷で閉塞されることが、何ゆえ日本にとっての存立危機事態になるかに

²⁷ 日本の新安全保障法制との関係で、機雷敷設や機雷掃海に係る問題を国際法の観点から検討したものとして、真山全「集団的自衛権限定行使の発現形態」『国際問題』No.648（2016年）16-28頁を参照。

²⁸ 「安全保障法制の整備についての閣議決定」前掲注（3），3(4)。

²⁹ 岸田文雄外務大臣答弁、『第189回国会衆議院我が国及び国際社会の平和安全法制に関する特別委員会議録』10号（平成27年6月15日）19-20頁。

³⁰ 横島裕介内閣法制局長官答弁、『第186回国会衆議院予算委員会議録』14号（平成26年7月14日）8頁。

³¹ 安倍晋三内閣総理大臣答弁、『第189回国会衆議院会議録』28号（平成27年5月26日）7頁。

については、石油や天然ガスの供給がひっ迫する可能性に言及されている。もっとも、そうした状況は以前から存在していたわけで、イランの核開発との関係で欧米の経済制裁措置に対抗するため、イランがホルムズ海峡の機雷閉塞を示唆したのは2011年から12年にかけてのことであった。その後、2015年7月には、米英仏独中ロの6カ国および欧州連合（EU）とイランとの間でイランの核開発問題を最終的に解決するための合意（イラン核合意）が成立し、2016年1月には対イラン経済制裁措置も解除された。こうした状況変化の中で、むしろホルムズ海峡の機雷閉塞というシナリオの可能性は低減したと考えられていたにもかかわらず、政府がその必要性を強調するために挙げた「安全保障環境の変化」とは何か。それは、「グローバルなパワーバランスの変化」であるとされ、特に中東地域との関係では、過激派組織「イスラム国（ISIL）」の勢力拡大、大量破壊兵器の拡散の懸念、イエメン情勢の混乱などであるという³²。

（4）ホルムズ海峡での機雷掃海は、憲法上の制限である「海外派兵」の禁止の例外をなす

従来から政府は、憲法上、個別的自衛権が認められる要件とされてきた、①「我が国に対する急迫不正の侵害があること」、②「これを排除するために他の適当な手段がないこと」、③「必要最小限度の実力行使にとどまるべきこと」のうち、第3の要件から、武力行使の目的を持って武装した部隊を他国の領土、領海、領空へ派遣するいわゆる「海外派兵」は、一般に、自衛のための必要最小限度を超えるものであって、憲法上許されないとの解釈を採ってきた。もっとも、他国の領域内での武力の行使であっても、それが自衛権発動の三要件を満たす場合には、理論上は許されないわけではなく、それは、新三要件の下でも同様であるとして³³、そのような例外的ケースにホルムズ海峡での機雷掃海の例を挙げている。それが例外として認められる理由は、機雷掃海が「水中の危険物から民間船舶を防護し、その安全な航行を確保することを目的とするもの」であり、「その性質上も、あくまでも受動的かつ限定的な行為」³⁴だからであるという。もっとも、国際法上、機雷掃海を「受動的かつ限定的な行為」として、他の武力の行使から区別して扱っている事例として論じられているものがあるとは承知していない³⁵というのが政府の立場である。

（5）機雷掃海が可能になる条件

自衛隊の掃海艇は、感應機雷に反応しないためにプラスチックや木でできており、機雷以外の外部からの攻撃には極めて脆弱である。そのため、戦闘が現に継続しているような場所では円滑に実施することは困難であるため、実際に機雷の掃海ができる状況としては、法的にはいまだ停戦合意が成り立っている（その場合には、湾岸戦争後の遺棄機雷の時と同様、

³² 中谷元防衛大臣答弁、『第189回国会参議院外交防衛委員会会議録』21号（平成27年6月11日）12頁。

³³ 長妻昭衆議院議員の質問主意書に対する答弁書（平成27年5月19日）。

³⁴ 安倍晋三内閣総理大臣答弁、『第189回国会衆議院会議録』28号（平成27年5月26日）6頁。

³⁵ 岸田文雄外務大臣答弁、『第189回国会衆議院会議録』28号（平成27年5月26日）10頁。

自衛の措置を持ちださなくても警察活動としての掃海が可能)とは言えないが、事実上、停戦合意が成立しているような場合以外には、想定されえない³⁶という。

(6) ホルムズ海峡での機雷掃海の現実的な可能性

以上に見てきたような政府答弁から明らかなのは、ホルムズ海峡での機雷掃海が日本にとって必要であり、かつ現実にも可能な状況というのは、きわめて限られているということである。衆議院段階での審議を通じて、このことが明らかになり、連立与党公明党の議員もホルムズ海峡に言及することには警戒感を示していたこともあって、参議院段階では、ホルムズ海峡での機雷掃海の現実的な可能性についての政府答弁は、かなりトーンダウンしたものになった。すなわち、「他国に対する武力攻撃の一環として敷設された機雷を除去する行為は武力の行使に当たり得る」が、「政府が想定しているホルムズ海峡における機雷掃海については、機雷が敷設された後、事実上の停戦状態となり、戦闘行為はもはや行われていないが正式停戦が行われず、遺棄機雷とは認められないようなケース」である。そのようなケースが、「新三要件に該当する場合もあり得る」とはいえ、「今現在の国際情勢に照らせば、現実の問題として発生することを具体的に想定しているものではありません。」³⁷というものである。

IV 武力不行使原則と機雷

1. 機雷の敷設と武力行使・武力攻撃

安倍首相の答弁で用いられている「他国に対する武力攻撃の一環として敷設された機雷」という表現からは、機雷の敷設自体が「我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃」を構成する場合があるようにも読める。それは具体的にはどのような場合であろうか。

(1) ニカラグア事件

ニカラグアが米国を国際司法裁判所 (ICJ) に訴えた1986年のニカラグア事件 (本案) 判決³⁸では、米国の政府機関の監督と支援の下にそのエージェントによって行われたとされるニカラグアの内水または領海での機雷の敷設は、それがその違法性を排除する事情 (例えば、自衛や対抗措置) により正当化されないかぎり、武力不行使の原則に違反すると判断された³⁹。さらに、ICJは、国際法上、武力不行使の原則や不干渉の原則と密接に関連しているとされる国家主権尊重の原則に照らして、ニカラグア沿岸で行われた機雷敷設行為を評価してい

³⁶ 安倍晋三内閣総理大臣答弁、『第189回国会衆議院我が国及び国際社会の平和安全法制に関する特別委員会議録』3号 (平成27年5月27日) 21-22頁。

³⁷ 安倍晋三内閣総理大臣答弁、『第189回国会参議院我が国及び国際社会の平和安全法制に関する特別委員会議録』20号 (平成27年9月14日) 30頁。

³⁸ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgement of Merits, *ICJ Reports 1986*.

³⁹ *Ibid.*, paras.80, 227.

る。ICJによると、これらの機雷敷設行為を評価するための法規則は、行為がどこで行われたかにかかっている。他国の港湾での機雷の敷設は、沿岸国の主権に服する内水に関する法により規律される。この点は、領海に敷設される機雷についても同様である。これらの行為によって影響を受けるのは、沿岸国の主権である⁴⁰。領域主権尊重の原則の効果は、武力不行使の原則および不干渉の原則のそれと重複している。それゆえニカラグアの港湾における機雷の敷設は、武力不行使原則の違反を構成するのみならず、ニカラグアの主権に対する侵犯も構成する⁴¹。ICJは、ニカラグア港湾内での機雷敷設行為を、さらに第三国の交通・貿易の自由の観点からも評価している。第三国が有する港湾へのアクセス権が他国による機雷の敷設によって妨害されるなら、侵害を受けるのは交通と海上貿易の自由である⁴²。ICJとしては、事件の当事者ではない第三国の権利について判断する立場にはないが、ニカラグアの港湾へのアクセス権への干渉は、ニカラグアの経済およびその船舶が同国の港湾へのアクセス権を有している国との貿易関係に悪影響を与えるであろうことは明らかである。したがって、ニカラグアの港湾における機雷の敷設は、交通および海上貿易の自由を侵害することにより、ニカラグアに損害を与えたと判断した⁴³。

ニカラグア事件（本案）判決の機雷敷設行為に対する法的評価は、武力不行使原則、領域主権尊重原則、交通および海上貿易の自由との関係からのものであり、機雷敷設行為の*jus ad bellum*上の評価を一定程度含むものである。とはいえ、機雷敷設行為が「武力の行使」のレベルを越えて、それに対する自衛権の発動を可能にする「武力攻撃」を構成する場合についての評価を含むものでなかった。

(2) オイル・プラットフォーム事件

これに対して、米国がイランのオイル・プラットフォームを攻撃したことで、イランが米国をICJに訴えた2003年のオイル・プラットフォーム事件（本案）判決⁴⁴では、米国がその行為を正当化するために依拠した個別的自衛権の行使という主張を評価するための前提として、イランによるペルシャ湾での機雷の敷設が、米国に対する「武力攻撃」を構成するかが問題となった。米国は同国を旗国とするブリッジトン号の触雷や同国が所有するテキサコ・カリビアン号の触雷が、イランが敷設した機雷によるものだと主張したが、ICJは、テキサコ・カリビアン号は、その所有者が誰であれ、米国旗を掲げておらず、それゆえ同号への攻撃は、それ自体として米国への攻撃と同視することはできない。また、ブリッジトン号が被害を受けた機雷も、同船や他の米国船舶に危害を与える特定の意図で敷設されたとは認められない

⁴⁰ *Ibid.*, paras.212-213.

⁴¹ *Ibid.*, para.251.

⁴² *Ibid.*, para.214.

⁴³ *Ibid.*, para.253.

⁴⁴ Case Concerning Oil Platform (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgement of Merits, ICJ Reports 2003.

とした。そのうえでICJは、これらの出来事は、たとえ累積的にとらえられたとしても、ニカラグア事件で裁判所自らが武力行使の「もっとも重大な」形態として特徴づけた米国に対する武力攻撃を構成するとは思われないとの判断を下した⁴⁵。

また、米国艦船サミュエル・B・ロバーツ号の触雷に関し、米国は、機雷攻撃はそれ自体で自衛権を発動させる武力攻撃であり、米国が主張するイランの武力行使のパターンは「特定の攻撃の重大性を増加させ、自衛行動の必要性を強化し、適切な対応を形成するのに役立つ」ものであると主張した⁴⁶。ICJは、サミュエル・B・ロバーツ号の触雷を除けば、他に米国旗を掲げた船舶に対するいかなる攻撃もなかったことに着目し、サミュエル・B・ロバーツ号の触雷という出来事がそれ自体で「武力攻撃」に相当するような自衛行動を正当化するのに十分なものかを問題にした。ICJは、ただ一隻の軍艦の触雷が、「自衛の固有の権利」を発動させるのに十分となりうる可能性を排除するものではないとしたうえで、サミュエル・B・ロバーツ号の触雷についてのイランの責任に関する証拠が不十分であることを含めて、すべての事情を勘案すると、米国によるイランのオイル・プラットフォームに対する攻撃が、サミュエル・B・ロバーツ号の触雷という形でイランが米国に対して行った「武力攻撃」に対して正当になされたものではないと判断した⁴⁷。

(3) ホルムズ海峡での機雷敷設の法的評価

以上の判決から、ホルムズ海峡での機雷敷設に関してどのようなことが言えるか。ホルムズ海峡の最狭部は18マイル（33.8km）で北側のイラン、南側のオマーンの領海が重なり合う状態になっている。そのため、この部分に機雷が敷設されたことを考えた場合、自国領海内、またはその国の同意の下に機雷を敷設した場合を除き、逆に言うと、他国の領海内にその国の同意を得ずに機雷を敷設した場合には、ニカラグア事件判決に従うと、沿岸国の領域主権を侵犯し、同時に武力不行使原則の違反になる可能性がある。また、第三国との関係では、そのことが交通と海上貿易の権利を侵害すると評価される可能性もある。もっとも、そのことが武力行使の「もっとも重大な」形態とされる沿岸国に対する「武力攻撃」をも構成するかについては、同判決からは結論を導けない。

ホルムズ海峡を通航する船舶との関係では、オイル・プラットフォーム判決に従うと、民間船舶が触雷したとしてもその所有国に対する武力攻撃とはみなせないこと、旗国との関係でも、機雷の敷設が触雷した民間船舶の旗国に対する武力攻撃と評価されるためには、当該船舶やその国の他の船舶に「危害を与える特定の意図」をもって機雷が敷設されたことが必要となる。また軍艦については、一隻の軍艦の触雷がその旗国に対する武力攻撃を構成し自衛の権利を生じさせる可能性は否定できないとされたが、判決ではその触雷についてのイラ

⁴⁵ *Ibid.*, paras.63-64.

⁴⁶ *Ibid.*, para.69.

⁴⁷ *Ibid.*, para.72.

ンの責任に関する証拠が不十分であるなどの理由で武力攻撃とはみなせないとされた。判決の論理に従うと、仮に触雷による軍艦の損害がいずれかの国に帰責可能だとしても、その機雷の敷設が当該軍艦を旗国とする船舶に「危害を与える特定の意図」をもって行われたのではない限り、その旗国に対する武力攻撃は構成しないということになる。

2. 機雷の掃海と武力の行使

安倍首相の国会答弁では、「他国に対する武力攻撃の一環として敷設された機雷を除去する行為は武力の行使に当た」ること、政府が想定しているホルムズ海峡での機雷掃海は、「機雷が敷設された後、事実上の停戦状態となり、戦闘行為はもはや行われていないが正式停戦が行われず、遺棄機雷とは認められないようなケース」であるとされる。

こうした主張を評価するうえで関連性を持ちうる国際判例として、有名な1949年のICJコルフ海峡事件（本案）判決⁴⁸を挙げることができる。この事件は英国とアルバニア間の事件で、アルバニアとギリシャに挟まれた北コルフ海峡のアルバニア側の領海を通航中の英国軍艦2隻が触雷して、乗組員44名が死亡、42名が負傷した。この事件ののち英国は北コルフ海峡に軍艦を派遣して、アルバニアの同意を得ることなく同国領海内で機雷掃海作業を行った。英国軍艦がアルバニア領海内に敷設された機雷に触雷して損害を被ったことに対するアルバニアの責任について、ICJは、機雷が誰によって敷設されたかは不明であるものの、アルバニア政府は、英国艦船の触雷を引き起こした機雷原の敷設を了知していたこと、それにもかかわらずアルバニアはその領海内に機雷原があることを一般に知らせず、また接近する英国軍艦にその急迫した危険を警告しなかったとして、英国に対するアルバニアの国際責任を認めた⁴⁹。

他方で、英国による機雷掃海作業については、英国艦船が触雷した機雷を敷設した者やアルバニア当局によって密かに取り去られないように、速やかに証拠を確保するためのものであるという英国の主張を斥け、ICJは、こうした干渉の権利は、過去に極めて重大な濫用を生じさせたものであり、国際法に何ら居場所を見いだせない力の政策の現れであるとした。また、機雷掃海を「自己防衛（self-protection）」または「自力救済（self-help）」の手段であるとする英国の主張に対して、ICJは、独立国家間において領域主権の尊重は、国際関係の本質的基礎であるとして、英国の行った機雷掃海作業は、アルバニアの主権を侵害するものであるとの認定を行った⁵⁰。

この判決をどう読むかは、おそらく議論のあるところであろうが、機雷掃海活動についての日本政府の立場を評価するうえで重要だと思われるのは、英国が沿岸国の同意を得ること

⁴⁸ The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Judgement of Merits, *ICJ Reports* 1949.

⁴⁹ *Ibid.*, pp.22-23.

⁵⁰ *Ibid.*, p.35.

なくその領海内で一方的に行った掃海作業は、武力不行使原則の違反とされたわけではなく、アルバニアの領域主権の侵犯とされたにすぎなかった点である。英国軍艦が触雷する以前にも、アルバニアは北コルフ海峡を通航中の英国軍艦に発砲するなど、両国は武力紛争状態にあったとまでは言えないまでも、ある種の緊張状態にあった。その意味で、アルバニア領海内に敷設されていた機雷は、遺棄機雷であったわけではない。アルバニアが裁判の過程で英国の行為を国連憲章2条4項（武力不行使原則）違反と主張したのに対して、英国はそれに反論して、その行動の限定された性質に言及した。このことから、このケースは、国連憲章2条4項の「武力の行使」に該当するためには、それが一定の烈度の敷居を越えたものでなければならず、機雷掃海活動は2条4項の違反を構成するには不十分な重大性しか持たないとの主張を支持する判決だとの見方も存在する。他方で、裁判所が2条4項違反かどうかを判断しなかったのは、単にそれを求められていなかった、またそうした判断を行う管轄権を有していなかったためにすぎないという主張もあり、判断は分かれている⁵¹。

V 平時における規制

1. 軍縮・軍備管理条約による規制

(1) 特定通常兵器使用禁止制限条約

1980年の特定通常兵器使用禁止制限条約⁵²の第II議定書である「地雷、ブービートラップ及び他の類似の装置の使用の禁止又は制限に関する議定書（1996年改正）」は、「地雷」を「土地若しくは他の物の表面に又は土地若しくは他の物の表面の下方若しくは周辺に敷設され、人又は車両の存在、接近又は接触によって起爆し又は爆発するように設計された弾薬類」（2条1項）と定義しているが、その適用範囲に関しては、「この議定書は……海又は内水航路における対艦船用の機雷の使用については、適用しない」（1条1項）として、機雷への適用を明示的に除外している。

(2) 対人地雷禁止条約

他方で、その使用を禁止するのみならず、開発、生産、貯蔵、保有、移譲などを禁止し、加えて貯蔵されている地雷の廃棄までも義務付ける1997年の対人地雷禁止条約には、機雷を明示的に除外する規定はないものの、同条約は、前述した第II議定書の「地雷」の定義をそのまま踏襲したうえで（2条2項）、「対人地雷」を「人の存在、接近又は接触によって爆発するように設計された地雷であって、一人若しくは二人以上の者の機能を著しく害し又はこれらの者を殺傷するものをいう」（1条1項）として、さらに限定を付している。そのことから、

⁵¹ T. Ruys, “The Meaning of ‘Force’ and the Boundaries of the *Jus ad Bellum*: Are ‘Minimal’ Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?” *American Journal of International Law*, Vol.108 (2014), p.166.

⁵² 正式名称は「過度に傷害又は無差別に効果を及ぼすことがあると認められる通常兵器の使用の禁止又は制限に関する条約」。

船舶の存在、接近又は接触によって爆発するように設計され、船舶に損害を与えることを意図した機雷への適用を想定していないことは明らかである。

(3) 海底非核化条約

このように機雷を特に対象とした軍縮・軍備管理条約は存在しないが、北朝鮮が開発しているとされる核機雷に関しては、1971年の海底非核化条約⁵³との関係が問題となりうる。同条約は、基線から12カイリの幅の水域の限界の外側の海底に「核兵器及び他の種類の大量破壊兵器並びにこれらの兵器を貯蔵し、実験し又は使用することを特に目的とした構築物、発射設備その他の施設」を据え付けたり置いたりすることを禁止しており（1条1項）、北朝鮮は同条約の締約国ではないため拘束されないものの、締約国が核機雷を敷設する場合には、同条約の違反に問われる可能性があると言えよう。

2. 海洋法による規制

平時の海洋の利用に関する最も重要な条約は、言うまでもなく1982年の国連海洋法条約（UNCLOS）⁵⁴である。UNCLOSには、平時における機雷の使用に直接言及した規定はないが、同条約が保障する航行の自由との関係で、機雷の使用の規制に関係すると思われる規定は随所に存在している。

(1) 自国の領海、内水及び群島水域における機雷の敷設

沿岸国の主権が及ぶ領海、内水及び群島水域では、平時にも機雷を敷設することは認められると考えられている。もっとも、領海や群島水域では、すべての外国船舶が無害通航権を有することが定められているため（17条、52条）、沿岸国の機雷を敷設する権利は、外国船舶による無害通航を妨害してはならない義務（24条）によって制約されることになる。

もっとも、沿岸国は、「自国の安全の保護（兵器を用いる訓練を含む。）のため不可欠である場合には、その領海内の特定の水域において、外国船舶の間に法律上又は事実上の差別を設けることなく、外国船舶の無害通航を一時的に停止することができる」（25条3項）とされるが、「このような停止は、適当な方法で公表された後においてのみ、効力を有する」（同項）と規定されている。そのことから、仮に沿岸国が機雷を敷設することで、無差別的に外国船舶の無害通航権を停止することが認められるとしても、それは一時的なものでなければならず、特定の水域に限定され、加えて、そのことを諸国に通報しなくてはならない。

特に沿岸国の通報義務については、UNCLOSの規定のみならず、前述した1949年の「コルフ海峡事件」本案判決でも確認されている。すなわち、ICJは、英国軍艦がアルバニア領海内に敷設された機雷に触雷して損害を被ったことに対するアルバニアの責任について、機雷が誰によって敷設されたかは不明であるものの、アルバニア政府は、英国艦船の触雷を引き

⁵³ 正式名称は「核兵器及び他の大量破壊兵器の海底における設置の禁止に関する条約」。

⁵⁴ 正式名称は「海洋法に関する国際連合条約」。

起こした機雷原の敷設を了知していたこと、それにもかかわらずアルバニアはその領海内に機雷原があることを一般に知らせず、また接近する英国軍艦にその急迫した危険を警告しなかったとして、英国に対するアルバニアの国際責任を認めた⁵⁵。その際に、沿岸国のそうした義務は、戦時においてよりも平時において一層絶対的な「人道の基本的考慮 (elementary consideration of humanity)」, 「海上交通の自由の原則 (principles of maritime communication)」, 他国の権利と相いれない行為のためにその領域が使用されないようにするすべての国の義務のような、ある種の一般的かつ十分かつ承認された原則から導き出されると判示している⁵⁶。

また、沿岸国に認められる無害通航権の停止の権利は、あくまでも一時的なものであるため、安全保障上の脅威が消滅した場合には、直ちに機雷を除去するか無害化しなくてはならない。もっとも、管制機雷の敷設については、外国船舶の無害通航権に影響を与えないので、諸国への通告の義務もないと考えられている⁵⁷。

(2) 他国の領海、内水及び群島水域での機雷敷設

平時においては、他国の領海、内水及び群島水域ではいかなる種類の機雷を敷設することも禁止されている。この点も、前述した1986年の「ニカラグア事件」本案判決の中で確認された点で、ICJは、領域国の同意を得ない領海や内水での機雷の敷設は、沿岸国の領域主権の侵害、武力不行使原則の違反、交通および海上貿易の自由の侵害を構成すると判示している⁵⁸。

(3) 公海 (EEZを含む)、国際海峡及び群島航路帯における機雷の敷設

平時において、公海 (EEZを含む)、国際海峡及び群島航路帯に機雷を敷設することが、国際法によって原則として禁止されていることについては、多くの国が同意している⁵⁹。公海における機雷の敷設の禁止は、公海自由の原則 (87条)、公海の平和利用の原則 (88条) から、国際海峡⁶⁰については、通過通航を害してはならず (38条1項)、国際海峡内における航行上の危険で自国が知っているものを適当に公表する沿岸国の義務 (44条) から、群島航路帯については、無害通航権の場合 (52条2項) とは異なり、停止されない群島航路帯通航権を妨げてはならない沿岸国の義務 (53条) から導き出されると考えられる。

問題は、こうした原則に対して例外が認められるかについてである。米国は、「海上作戦法規便覧」⁶¹の中で、個別的・集団的自衛権の要件を満たすような場合には、武力紛争の存

⁵⁵ The Corfu Channel Case, *supra* note 48, pp.22-23.

⁵⁶ *Ibid.*, p.22.

⁵⁷ Chatham House, *supra* note 9, p.4.

⁵⁸ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, *supra* note 38, pp.227, 251, 253.

⁵⁹ Chatham House, *supra* note 9, p.4.

⁶⁰ ホルムズ海峡の機雷閉塞の問題も念頭に置きつつ国際海峡における通過通航権を詳細に論じたものとして、坂元茂樹「日本と国際海峡」同編著『国際海峡』(東信堂、2015年) 3-40頁、中谷和弘「ホルムズ海峡と国際法」上掲書、129-155頁を参照。

⁶¹ The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations (2017) .

在に先立って公海上に機雷を敷設することが例外的に許されると主張している。米国によると、そのような状況下では、危険水域に接近する船舶に対しては適切な警告を与えることを確保するのに十分なように、その水域の現場での存在を維持しなくてはならず、また、急迫の危険が過ぎ去った場合にはすべての機雷を迅速に撤去するか無害化する必要があるとしている⁶²。

平時において公海上に管制機雷を敷設できるかについても、他国の権利に妥当な考慮（due regard）を払う国家の義務（56条2項，58条3項，87条2項）に照らして、争いがあるとされる⁶³。米国は、海洋の他の合法的な利用に不当に干渉しない限りで、平時における管制機雷の公海への敷設は認められるべきとの立場をとっており、何が「不当な干渉（unreasonable interference）」に当たるかについては、例えば自衛の必要性といった機雷敷設の理由、機雷が敷設される区域の範囲、他国の合法的な海洋の利用に対する危険性、機雷敷設の期間などの多くの要因の衡量を必要とするとしている⁶⁴。

VI 武力紛争時における規制

1. 規制対象となる機雷の種類と規制内容

日露戦争で使用された機雷は、係維索で繋がれた「係維機雷」であったが、このうち多数の機雷が係維索から離れて「浮流機雷（Drifting mines）」となり、中立国船舶に多大の損害を与えた。このことが国際世論を刺激し、機雷を規制する初めての条約である1907年のハーグ第VIII条約の成立に導いた⁶⁵。同条約の締約国は31カ国（日本は1912年から締約国）にすぎないが、その内容は、今日国際慣習法としてすべての国を拘束するものと考えられている⁶⁶。

ハーグ第VIII条約は、敷設者の管理を離れて1時間以内に無害化されない無係維自動触発機雷（浮遊触発機雷）と、係維を離れたのち直ちに無害化されない係維自動触発機雷の敷設を禁止した（1条）。日露戦争で実際に被害を受けた英国は、無係維自動触発機雷の完全禁止を主張したが、その軍事的有用性を認める諸国の反対に会った。当時としてはその技術的可能性に疑問が出されたもの、結局イタリアが提案した1時間ルールが採用されて両者の妥協が図られた⁶⁷。この1時間ルールは、一方で、軍艦に敵の追跡から逃れる適当な機会を与えることを、他方で、機雷を1時間後には無害化することを確保することで無害な航行への障害を

⁶² *Ibid.*, 9-2-2 (Peacetime Mining) .

⁶³ Chatham House, *supra* note 9, p.5.

⁶⁴ The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, *supra* note 61, 9-2-2.

⁶⁵ 条約成立の経緯について詳しくは、S. Haines, “1907 Hague Convention VIII Relative to the Laying of Automatic Submarine Contact Mines,” *International Law Studies*, Vol.90 (2014) pp.417-420.

⁶⁶ Chatham House, *supra* note 9, p.5, D. Letts, Naval mines: Legal Considerations in Armed Conflict and Peacetime,” *International Review of the Red Cross*, Vol.98 (2016) p.549.

⁶⁷ 条約の起草過程について詳しくは、H.S. Levie, *Mine Warfare at Sea* (1992) pp.27-50 を参照。

最小化することを目的とするものであった⁶⁸。

係維自動触発機雷に関しては、さらに、その使用者に対して平和的航海を安全なものにするための一切の可能な予防手段をとることを義務づけている。すなわち、交戦者は、可能な限り、一定期間経過後は機雷を無害化するような装置を施すこと、機雷が監視から離れるようになった場合には、軍事的必要が許す限りで、外交上の通告をもって、速やかに航海者に危険区域を指示すべきことを義務づけている（3条）。

ハーグ第VIII条約が成立した当时に存在したのは、管制機雷、係維自動触発機雷、無係維自動触発機雷の三種類で、このうち後二者が規制されることになった。今日では、これらに加えて、（1）作動方法を基準とする分類で「感応機雷」が、（2）敷設状態を基準とする分類で「沈底機雷」があり、これらの新型機雷にもハーグ第VIII条約が適用可能かについて議論がある⁶⁹。

1996年の核兵器威嚇・使用の合法性に関する勧告的意見⁷⁰では、目標区別原則（軍事目標主義）と過度の傷害・不必要な苦痛を与えることの禁止という国際人道法の二つの基本原則が、これらの原則が確立したのちに発明された新兵器である核兵器にも適用されるかが問題となり、ICJは、マルテンス条項に依拠して、その適用可能性を承認した⁷¹。

マルテンス条項は、元々、1899年のハーグ陸戦条約⁷²の前文に置かれたもので、条項の提唱者であるロシア代表マルテンスの名に由来している。その内容は、以下のようなものである。

「一層完備シタル戦争法規ニ関スル法典ノ制定セラルルニ至ル迄ハ、締約国ハ、其ノ採用シタル条規（Regulations）ニ含マレサル場合ニ於テモ、人民及交戦者カ依然文明国ノ間ニ存立スル慣習（usages）、人道ノ法則（laws of humanity）及公共良心ノ要求（requirements of the public conscience）ヨリ生スル国際法ノ原則（principles of international law）ノ保護及支配ノ下ニ立ツコトヲ確認スルヲ以テ適当ト認ム」

この条項の本来の趣旨は、主として、交戦者資格（敵対行為に合法的に参加する資格）の拡大に関する「ハーグ陸戦規則」の規定を補う点にあった。しかし、その後この条項は、1949年のジュネーヴ諸条約の廃棄条項⁷³、1977年のジュネーヴ条約第1追加議定書1条2項の規

⁶⁸ Chatham House, *supra* note 9, p.6.

⁶⁹ こうした問題関心から、ハーグ第VIII条約成立後の新型機雷への武力紛争法の原則および規則の適用可能性を論じたものとして、D. Letts, “Beyond Hague VIII: Other Legal Limits on Naval Mine Warfare,” *International Law Studies*, Vol.90 (2014) pp.446-474 を参照。

⁷⁰ Legality of the Threat or Use of Force of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, *ICJ Reports 1996*. 同勧告的意見について詳しくは、金沢工業大学国際学研究所編「核兵器と国際法」櫻川明巧ほか『核兵器と国際関係』（内外出版、2006年）171-203頁を参照。

⁷¹ *Ibid.*, paras.74-87.

⁷² 正式名称は「陸戦の法規慣例に関する条約」。

⁷³ ジュネーヴ諸条約とは、「戦地にある軍隊の傷者及び病者の状態の改善に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約」（第1条約）、「海上にある軍隊の傷者、病者及び難船者の状態の改善に関する

定⁷⁴に引き継がれるなかで、その機能も一般化され、新たな兵器の発展や新たな事態一般に「国際法の原則」の適用を認めるという、法の動態性を表現する一般条項となった。

ハーグ第VIII条約が定めた機雷に対する規制が、軍事目標と民用物を区別し前者のみを攻撃の対象とすべきだとする目標区別原則（軍事目標主義）を体現したものだとなると、ICJの勧告的意見で示されたように、ハーグ第VIII条約が成立した時には存在しなかった感應機雷や沈底機雷にも国際法の原則を適用することは可能であると考えられる。

ハーグ第VIII条約で管制機雷が規制されなかったのは、人為的に管制可能なため軍事目標とそうでないものを区別でき平和的航海を害しないからであったとすると、物理的接触（contact）によって起爆するのではないとはいえ、人為的に管制可能とは言えない感應機雷は自動触発機雷と同様に考えることができ、また、係維されていないとはいえ、海底に直接沈められている沈底機雷は、海中や海面を浮遊するわけではないので、目標区別原則の適用という観点からは、係維機雷と同様に考えることが可能だと思われる⁷⁵。

2. 地理的制限

武力紛争中であっても、交戦国と中立国の関係には、中立法上の特別の義務が中立国に課されることを除けば、基本的に平時の国際法が継続して適用される。そのため、先に見たように、中立国の領海、内水、群島水域、領海と重なる国際海峡に機雷を敷設することは国際法上、禁止されている。

他方で、交戦国間の関係では、交戦国の領海や公海に機雷を敷設すること自体は、特に禁止されているわけではない⁷⁶。もっとも、こうした交戦国の権利と中立国の航行の権利との間でいかにバランスをとるべきかが問題となる。

交戦国がその領海や公海に機雷を敷設することはそれ自体としては違法ではないとはいえ、

1949年8月12日のジュネーヴ条約」（第2条約）、「捕虜の待遇に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約」（第3条約）、「戦時における文民の保護に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約」（第4条約）の総称で、各条約に共通の廃棄条項が置かれている。このうち例えば第1条約の63条は「廃棄は、文明国民の間で確立している慣行、人道の法則、公共良心の命ずるところ等に由来する国際法の原則に基づいて紛争当事国が引き続き履行しなければならない義務を害するものではない」と定めている。

⁷⁴ ジュネーヴ条約第1追加議定書とは「1949年8月12日のジュネーヴ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書」のことで、その1条2項は、「文民及び戦闘員は、この議定書その他の国際取極が対象としていない場合においても、確立された慣習、人道の諸原則及び公共良心に由来する国際法の諸原則に基づく保護並びにこのような国際法の諸原則の支配の下に置かれる」と規定している。

⁷⁵ 感應機雷については、自動触発か感應かといった信管作動方法にかかわらず、ハーグ条約の定めると同様の無害化条件の遵守を慣習国際法上要求されると考えられるという。黒崎将大ほか『防衛実務国際法』（真山全執筆部分）（弘文堂、2021年）499頁。

⁷⁶ その場合であっても、機雷の敷設は「一般的な海上作戦区域（general area of naval operations）」内でのみ認められるとされる。Chatham House, *supra* note 9, p.6, note (35).

交戦国がこれらの水域に機雷を敷設する権利は無制限ではなく、それは少なくとも合法的な軍事目的を達成するためでなくてはならない⁷⁷。この観点から、ハーグ第VIII条約は、単に商業上の航海を遮断する目的で、敵の沿岸や港湾の前面に自動触発機雷を敷設することを禁止している（2条）。

交戦国が公海上に機雷を敷設する場合にも、安全な代替航路を提供するなどの方法で、中立国の正当な利益に妥当な考慮を払わなくてはならない（UNCLOS 87条2項）⁷⁸。

交戦国は、軍事上の必要があれば、中立国のEEZや大陸棚に機雷を敷設することも許されるが、その際には、天然資源の探査・開発についての沿岸国の利益に妥当な考慮を払わなくてはならない（同58条3項）⁷⁹。

さらに交戦国は、その機雷敷設活動を沿岸国に通告する義務を負う。また、機雷を敷設する国は、当該の機雷が軍事目標に対してのみに使用される管制機雷でない場合には、無害な航行に対する危険について中立国に通告しなければならない⁸⁰。

武力紛争時には、交戦国のみならず中立国も、防御的手段として、また、自らの中立を維持する手段として、その内水や領海に機雷を敷設することができる。ただし、その場合には、交戦国と同一の規定に服し、かつ同一の予防手段をとらなくてはならないとされている（ハーグ第VIII条約4条）。

VII むすびにかえて

以上に見てきたように、ホルムズ海峡での機雷掃海活動は、当初、新安全保障法制の整備に際して、日本にとって集団的自衛権の行使が必要となる重要な例のひとつとされていた。海上自衛隊の掃海能力は国際的にも高く、湾岸戦争以来、自衛隊の掃海作業への参加への国際的な要請も存在したことや、とりわけ2011年から翌年にかけてのイランによるホルムズ海峡の機雷閉塞の可能性への警戒感が、日米の新ガイドラインの中に機雷掃海における日米協力が盛り込まれた最大の要因となったと考えられる。その後イランの核問題をめぐる緊張が緩和する方向に向かう中で、政府も、ホルムズ海峡での機雷掃海を現実的な問題としては想定していないことを認めるに至っている。

とはいうものの、それが将来にわたってあり得ない想定であるとは言い切れない。米国の

⁷⁷ サンレモ・マニュアルでも、「機雷は、正当な軍事目的（敵国に対する海洋区域ディナイアルを含む。）のためにのみ使用することができる」（80 項）と規定されている。人道法国際研究所、前掲注（15）144-145 頁。

⁷⁸ Chatham House, *supra* note 9, p.7.

⁷⁹ *Ibid.*.

⁸⁰ サンレモ・マニュアルでは、「爆発しうる状態の機雷を敷設し、または前もって敷設された機雷を爆発しうる状態にする場合には、その機雷を軍事目標である船舶のみに対して爆発させ得る場合を除くほか、その旨を通告しなければならない」（83 項）と規定されている。人道法国際研究所、前掲注（15）147-148 頁。

トランプ前大統領は、2018年5月、イラン核合意からの離脱を決定し、8月からは、いったん解除された対イラン経済制裁を再開した。米国による対イラン経済制裁の再開によって、米・イラン関係は再び緊迫化しホルムズ海峡の機雷閉塞の可能性も再浮上することになった。その後、2021年1月に米国でバイデン政権が誕生したことで米・イラン関係は緊張緩和の方向へ向かいつつあるとはいえ、ホルムズ海峡周辺海域の航行の安全は、未だ予断を許さない状況にある⁸¹。また、こうした具体的文脈を離れても、通常兵器としての機雷が海上交通の自由に与える脅威は決して座視できない問題である。

陸上における対人地雷は防御的兵器であり軍事的必要性も高いと考えられていたにもかかわらず、軍事目標と文民を区別できないその無差別性ゆえに条約で禁止されるに至った。海上交通の自由を脅かす機雷に関しては、それを全面的に禁止する条約は今のところ存在しないが、その法的規制については、平時における海洋法や武力紛争時における*jus in bello*（武力紛争法）の観点から様々な形で行われている。

武力紛争法上の兵器規制の歴史を振り返ると、そこには常に軍事的必要（*military necessity*）」と人道的考慮（*humanitarian consideration*）という二つの要素のせめぎあいが見られる。1868年のサンクト・ペテルブルク宣言⁸²で、重量400グラム未満の炸裂性・燃焼性の発射物の使用が禁止されたのは、通常の弾丸に比べて人体により大きな損傷を与えるそうした発射物を用いても、それによって得られる軍事的効果は、通常の弾丸を使用した場合と変わらないという点にあった。そのことは、1899年のハーグ宣言⁸³で禁止されたダムダム弾の場合も同様である。他に同様の軍事的効果を得られる兵器があるにもかかわらず、戦闘員に不必要な苦痛を与える非人道的な兵器を用いなくてもよいという考慮である。

対人地雷やクラスター弾が禁止されたのは、これらの兵器が有する無差別性であった。これらの兵器は攻撃兵器ではなく防御兵器であり軍事的効果も期待できる兵器であるが、武力紛争終了後も不発弾として残り、それによる文民の被害が続出したことが、国際世論を動かしそれを全面的に禁止する条約に結実した。もっとも、対人地雷については、確実に戦闘員に対してのみ向けられる遠隔操作型の対人地雷は禁止されておらず、またクラスター弾についても、その子弾にそれぞれ精密誘導装置が装備され不発の場合にも、自己破壊・自己不活性化するようなものについては、禁止の対象から外されている。

⁸¹ 2021年7月29日、日本企業が所有しイスラエル系の企業が運航していた石油タンカー（リベリア船籍）が、オマーン湾でドローンによる攻撃を受け、乗組員2人が死亡する事件が発生した。イスラエル政府は、これをイランによる攻撃だとして非難声明を出した。『朝日新聞』2021年7月31日付夕刊。本件は機雷による攻撃の事例というわけではないが、バイデン政権誕生後も、ホルムズ海峡周辺海域が未だ安全だとは言えないことの証左ではある。

⁸² 正式名称は「戦時におけるある種の発射物の使用の禁止に関する宣言」。

⁸³ 正式名称は「外包硬固なる弾丸にして其の外包中心の全部を蓋包せず若しくは其の外包に裁刻を施したるものの如き人体内に入りて容易に開展し又は扁平と為るべき弾丸の使用を各自に禁止する宣言」。

機雷については、ここで検討してきたように、特定の種類の機雷をそれ自体として禁止する条約は現在のところ存在しないが、ハーグ第VIII条約によって、無差別的な使用を制限することは最低限試みられているといえる。現在、米国以上に多くの機雷を保有している国としては、北朝鮮（5万個）、中国（10万個）、ロシア（25万個）があり、その多くは対象を区別できない旧式の機雷であるという⁸⁴。機雷保有国が機雷の無差別的な使用を制限するこれらの規定を十分に遵守する限りでは、エネルギー海上輸送の安全確保という観点からもそれほど大きな問題は生じないと思われるが、対人地雷やクラスター弾の場合がそうであったように、武力紛争時に敷設された機雷が、武力紛争終了後にも無害化されないまま放置される事態が生じることになれば、それは民間船舶の航行の安全にとって最大の脅威となるかもしれない。そのように考えると、機雷の使用によって得られる軍事的必要性を、機雷の無差別的な使用や放置によって生じるかもしれない民間船舶やその乗組員への被害の回避という「人道の基本的考慮」や「海上交通の自由」の確保という法益が上回ると考えられるようになることが、機雷の兵器それ自体としての禁止のためには不可欠の要素となるであろう。

⁸⁴ トゥルーヴァー・前掲注(10), 98-99 頁。

第 2 章

外国住民・外国自治体による国内行政訴訟の提起 ーエムスランド事件からの考察

東京大学大学院教授

斎 藤 誠

I はじめに

メンツェル『国際的公法』(Menzel, J., Internationales Öffentliches Recht, 2011) は、その浩瀚な研究のはじめに、考察素材 Stoff のいわば「在庫確認」をすべく、「国際憲法」「国際行政法」論の沿革と現状を概観している。「国際行政法」の部分では、国際行政法の諸問題を特別行政法(行政法各論)へと押し込めた第二次大戦後の潮流を批判し、一般行政法(行政法総論)において原理を抽出できるかどうか研究の目的となるとして、以下のように述べる(S.17f)。

「法律が明示の基準を含んでいない場合を把示できるような「一般」原則があるかどうかをあきらかにすべく、一方で憲法上の諸条件を、他方で個々の行政分野におけるこれまでの実務を精査する」。他方で、行政法において汎用される概念の解釈においても、例えば、行政手続法13条にいう、手続参加が必要な者に、外国居住者ないし外国において権利がかかわる者が含まれるのかといった問題も、一般行政法の問いであることは疑いない。

「連邦行政裁判所エムスランド(Emsland)判決の文脈で、短期間ながらインテンシブな議論がなされたにもかかわらず、行政手続法の注釈書が、このような問題に今日にいたるまで触れないままであることは、行政法の国際的(より正確に言えばトランスナショナルな)問題に、およそ意識がはらわれていないことの証左である」。

本稿筆者は、「グローバル化と行政法」(2011年)¹において、エムスランド事件をふまえた往時のドイツ文献も参考にしつつ、以下のように主張した。

「原子力発電所のような国内施設の設置許可処分を、事故のリスクを理由として、近隣国在住の外国住民が行政訴訟で争えるかどうかも、国内実質法の解釈の問題であり、憲法および国際法上の諸原則(領域使用の管理責任や、外国人の待遇に関する原則)がそこでどのように作用するかが問われるにとどまる」(350頁)。

しかしながら、エムスランド事件自体については、その後も深掘りする機会はなかった。そこで、メンツェルの指摘に啓発されつつ、今回は、行政訴訟の問題に焦点を当てて、事件自体を考察の対象とする。それは、上記私見の現在における通用性を検証する作業でもある。「海洋国家」日本の場合、陸続きの隣国はないこともあって、原子力発電所や国際空港などの国内大規模施設に対して外国住民が出訴する事案は、管見の限り現在のところ提起されていない。しかし、越境損害を及ぼすような事象は、今後も様々に生起し得るし、現在の問題との関連で付言すれば、政府で検討されている福島原発事故処理水の海への放出という選択

¹ 斎藤誠「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年所収)、執筆時期の関係で、メンツェルの論考は参照できていない。その後、斎藤「行政法関連判例における国際取極めの位置づけ」宇賀克也・交告尚史編『現代行政法の構造と展開(小早川光郎先生古稀記念)』所収、151頁注2で若干言及することができた。

肢に関しても、このような論点は伏在していよう。

II エムスランド事件 ドイツ連邦行政裁判所1986年12月17日判決²

<要旨>

原子力法7条による原子力法上の認可に対して、オランダに在住するオランダ国民は、ドイツの行政裁判所にその取消しを求めることができる。

<事実から>

原告Xはドイツ連邦共和国（以下、西ドイツと略記）との国境に位置するオランダの自治体に居住するオランダ国民であり、居住地から約25km離れた場所（ドイツ・ニーダーザクセン州）に建設予定の、エムスランド原発に付与された原子力法上の第1次部分認可に異議を申し立てている。まず、Xを含む350人のオランダ市民は、同原発の危険性やその外部への影響について十分な配慮がないことを主張して、西ドイツ・ニーダーザクセン州の社会大臣に対して、集团的異議の申し出をなしたが、認可庁は、Xらは、原子力手続規則8条の異議申立人に当たらないとしてこれを却下した。

Xが、第1次部分認可の取消しを求めて出訴。一審オルデンプルク行政裁判所は訴訟を却下した（1985年2月6日判決，DVBl.1985.S.802.）が、跳躍上告を受けた連邦行政裁判所（以下、連行裁と略記することがある）は、一審判決を取消し、事案を差戻した。

<連行裁の判決理由から>

一審は、ドイツの立法者が、外国の近隣住民を原子力法（1976年改正）7条2項3号[同条は、原子力施設の認可とその要件につき規定し、同号は、施設設置・運転によって生ずる損害に対して、科学技術の水準により要求される配慮措置が講じられていることを、認可要件としている]の保護のもとに置く意図がなかったことを判断の出発点とした。一審によれば「そのような保護は、属地主義に反し、国際法違反となる。」（以下、下線は筆者による。「」内は直訳，[]内は筆者による補足である）。属地主義により、国内公法は、国境の向こう側でいかなる効力（Geltungskraft）も主張できない。なぜなら、国家がその公権力を他国の領域に伸張することは、国際法上許されていないからである」（S.286）。

よって、原子力法の部分許可のような高権行為は、特別な国際法上の権原がない限り、国境のなかで効力を展開するにとどまり、オランダと西ドイツの間にそのような権原はないの

² BVerwGE75.285.管見では、本判決を上記の観点から検討した先行邦語研究はない模様である。なお、ドイツ行政訴訟における権利保護の諸相を悉皆的に分析する山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣，2000年），393頁注3が、許可手続実施請求権を例外的に認めた（いわゆる「相対的手続権」の承認）判決の一つとして本判決を挙げている。ドイツにおける本判決評釈として、例えば，Murswiek, in: Jus,1987,S.997. Rausching,in: AVR, 25, S.312, Grof,in:Natur und Recht,S.1987,S.262.がある。

で、原告は行政裁判所法42条2項にいう権利侵害を主張できない。

一審のこの見解は維持できず、原告適格否定の論拠にならない。「もっとも、一審の考察の出発点は正当である。原子力法7条による認可は、実際に西ドイツの域内にのみ妥当し、それを超えて、他の国家を“拘束し”，そこでも事業が認可されたようにみなすいかなる効力も展開しない。しかし，そうした効力の限定から，外国人が当該国で有する法益に関して，原子力法の認可により権利を侵害されているという行政裁判所法42条2項による主張をなしうるか否かという，本件でもっぱら重要な問いに関して，何らの答えも出てこない。」

むしろ，この問いはひとえに，認可において，外国原告の利益を（も）含む諸法規を考慮しなければならないか，による。これを肯定するならば，法律が規定し，外国人の法益にも資する認可の前提条件が欠けている場合には，原告は，効力を国内に限定された認可を無にすることを要求できる」。

認可がなされたからといって，〔それだけでは〕外国人原告は，施設に起因する危険とインミッションの受忍を義務付けられない。そのような受忍義務の設定には，行為の規律の内容にそれが表現されることが必要であるが〔第三者の協力なしには不可能な授益行為の場合など〕，原子力法の認可はそのような内容を持たない。認可の形成的部分は，申請者にのみ向けられており，第三者には，その確認的部分のみが，認可付与が第三者保護の法規に違反せず，第三者にドイツ法により認められた法的地位が侵害されない限りで，関わる。これは国際法上の属地主義に抵触しない。認可による，私法上の，特別な権限によらない請求の失権（原子力法7条及びインミッション法14条による）という効果もこれに抵触しない。

「この失権は，外国人がドイツ法により主張する請求権に限定される。彼が，その権利を持っている国〔ここではオランダ〕の裁判所に提訴して，結果が生じる地の法により，外国〔ここでは西ドイツ〕に設置される原子力施設の除去を求めることは排除されない。認可手続は，事業が近隣国の公法と適合的か否かの審査を含んでいないので，そのような請求をも排除する端緒はなんら存在しない。もっとも，当該請求に対する判決の執行は，通常は，認可国の公序によって排斥され無に帰する（1986年3月12日連邦憲法裁判決「ザルツブルク空港」事件参照）³。

結局のところ，国際法的な観点からは，外国居住の外国人に，自国でのみ効力を持つ原子力法の認可に関し，主観的公権を保障することに，立法的規律のための十分な内国的連結点があるかどうかのみが問われる。当法廷はこれを肯定することになんの疑問もない。」

³ このタイプの訴訟につき斎藤・前掲注(1)「グローバル化と行政法」，Grof.A., Grundsatzfragen des internationalen Verwaltungsrechts am Beispiel des Umweltrechts,in:Mellinghoff,R.,Trute,H.-H.,Die Leistungsfähigkeit des Rechts,1988,S.303.を参照。自国内における，条約による外国ないし国際組織の公権力行使に対する出訴については，山本隆司「外国または国際組織による公権力の行使に対する裁判所による権利保護」佐藤幸治他編『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ（滝井繁男先生追悼論集）』（日本評論社，2017年），355頁以下参照。

立法者は、原発に内在する特別な危険ゆえに、原発につき認可を受ける義務のもとに置いたが、「この危険は、国境内にとどまらない」。被告が、「正当に陳述するように、国家が国際法上『他国の領域で重大な損害が生じないよう、越境する環境汚染につき、防止し、制限し、コントロールする』義務を負うところ、そこからは、認可国が外国住民に主観的公権を付与する何らの義務も帰結しないとしても、国内の保護規範を外国人に拡張することは、それによって、ありうる越境危険行為に対処しなければならない場合には、国際法に違反しない。そこには、十分な国際法上の連結点があるだけでなく、むしろ、それとともに、認可国の国際法上の義務の履行を、より効果的に保障することができる。

原子力法は、この意味において国際法親和的に解釈することが要請される場所、それは同法1条から生ずる。」(S.288)

同条は、同法の目的として、生命、身体及び財物を核エネルギーの危険と、電離放射線の損害的作用から保護し(2号)、核エネルギーと放射線防護の分野での西ドイツの国際的義務の履行すること(4号)を挙げている。「この目的設定は、立法者意思によれば、『後の法規命令による内容補填と行政官庁による執行にとっての墨縄』として位置づけられなければならない、ゆえに同法の解釈自体にとっても規定的である。1条2号から、そこにいう法益は原子力法の効力の及ぶ領域でのみ保護されるべきである、との解釈を読み取ることはできない。むしろ、当該条項の意識的に広く一般的な文言は、そのような解釈の受け入れを拒絶する。さらに、3条以下の監視規定も、内国に所在する法益に的を絞らず、法益保護を保障する。

立法者意思によれば、これらの規定は、連邦政府に『核エネルギー及び放射線防護の分野で引き受け、また将来引き受けねばならない国際的義務の保持を保障すること』を可能にし、1条4号所定の目的規定の実現にも寄与することで、以上のことが確認される。それゆえ、国境近くにある原発は、7条2項の厳格な前提条件を西ドイツの域外の法益に関しても満たさなければならない、それにより、併せて1条4号により、国家の間での近隣権の要求を遵守することを保障することにより、認可適格性を持つ。国際法的な拘束の、国内法秩序へのこの直接的な対内作用(Hineinwirken)は、原子力法の目的設定に合致する。それゆえ、このことと、7条2項の第三者保護効力を、国内居住利害関係者のみに役立たせるべきだというように限定的に解釈することは相容れない。そのような限定的解釈は、核エネルギーの平和利用に伴う新たな危険—それは国境の前に止まらないものである—to鑑みてあり得ないだけでなく、西ドイツにとってのその利用が、ユーラトムへの加入の枠内でのみ可能であったという状況を考慮しないものである。ゆえに、7条2項で保障された第三者保護は、少なくともユーラトム構成国の市民、ということは本件原告にも妥当するものである」。(S.289)。

「この実定法上の規律によって、域外外国人の権利保障が西ドイツの外交政策上の行為余地を縮減し相互主義の貫徹を損なうという第一審裁判所の立論は採用できないものであることがわかる。このような考慮は、以下のことから、ほとんど重みがない。オランダだけで

なく、例えばフランス、スイスもまた、その法秩序の枠組みにおいて、自国民と同様にドイツ国民に原発の認可を争う可能性を認めている。最低限、ヨーロッパ共同体の国々の市民に、原則として原告適格を認めることは、それに加えて、手続法の分野での困難を除去するための国際条約の締結が必要であると想起させるかもしれない。しかしながら、現に存在するその困難は、実体法によって命じられる第三者保護を、一審裁判所の強調する上記立論の考慮—原子力法の認可は、内国的な認可手続に向けて仕組まれていて、それゆえ内国的な事情のみを考慮しうる手続規定の基準により付与される—、によって拒否する何らの根拠にならない。さらに、当法廷は外国人の認可手続への参加が、克服不可能な法的ないし事実上の困難によって阻害されるということを、認めることはできない。そのような困難は、原告の場合、適時に計画につき知っていたのだから、官庁が適時に提起された異議を、考慮しなくてよいものとして扱っていなければ生じなかったものである。

外国に居住する者の申し出によって、内国的な行政手続にその者が参加することは、外国において高権力を行使することには何ら該当しない。計画についての十分な情報を得ることが、近隣国の対応によって難しい場合、利害関係を有する外国人によって、そのことに対して異議を申し立てさせなければならない」。(S.290)

原子力法の規定により媒介される第三者保護は、内国居住の利害関係者に限定されないもので、訴えの許容性は専ら、原告が行政裁判所法42条2項において十分に、取消を求める認可によりその権利が侵害されているかを十分に主張しているかどうかによる。そしてこれは肯定されるべきである。原告はその異議申立書において十分に以下のことを明確に主張した。彼は施設の不十分な安全性に鑑み、生命と健康の危険にさらされている、そして、当法廷の口頭弁論で提示されたように、彼は認可庁によって口頭陳述期日を認められず、異議につき詳細に説明する機会も得なかった。原子力法手続規則8条2項（1977年改正）によれば、当該陳述期日は、それにより、認可庁が根拠のある異議を考慮し、そうでない異議について除外できる陳述に資する。原告には、認可庁の対応により、彼に手続法上帰属する、決定準備の構造のなかで、認可の付与に影響を与える可能性を奪われた。しかし、そのような手続法上の法的地位の侵害は、直ちにこの侵害を非難する第三者の原告適格へとは至らない。公衆参加に関する規定は、第三者の実体法上の法的地位の最善の実現に関する場合にのみ、その保護を保障するからである（BVerwGE61,256）。それゆえに、原告の主張からも、その論難する手続の欠如がその実体法上の地位に作用し得たことが明らかにならなければならない。しかしながら、手続が欠如したことによって、原告が十分に固有の実体的法的利害関係を確認する可能性を奪われた場合には、原告により主張される法益への影響が、明白かつ一義的にあり得ないのでなければ、その点は満たされる（BVerwG1982.10.22判決⁴）。本件はそれに当

⁴ DVBl1983,183 に所収。山本・前掲注(2)、272 頁注 19 も参照。

てはまる。原告は認可庁の対応により、まず計画に対して概略的になした異議につき、反対意見により再検討し、修正し、あるいは放棄する機会を奪われた。それによって、彼に認可手続への参加権によって保障されるべき、(優先される)権利保護の主要部分が差し控えられた。実体的法関係性が読み取れば、訴えの主張につき、多くは要求されない。いずれにせよ、そうした要求を、原告による圧力容器の不適切性と、安全容器の破損による、控えめに見積もった場合での冷却剤喪失事故の経過に関する主張は、満たしている。原告が恐れる危険が実際に存在するかどうかは、訴えの許容性ではなく、請求が認められるかどうか(のみ)意味を持つ。これは、本法廷が、行裁法144条3項2文によって差し戻し、行政裁判所が、この点に関して存在する限界(BVerwG72.300参照⁵)の枠組みのなかで、審理しなければならない」。

(S.290f)

Ⅲ 若干の考証-空港関連判例との関係も含めて

1. 原告適格論

原告適格に係る同判決の説示は、大略以下のようにまとめることができる。国内施設の有する危険性を争点とする取消訴訟において、①ドイツ実体法が、近隣外国住民を保護しているかどうかによって、原告適格の有無を判断し、②当該実体法の解釈において、関連国際法に親和的な解釈を採る。そして、③原告適格を認めることは、国際法上の属地主義に違反しない。

①は、実体法の解釈における手続規定の位置づけも含め、いわゆる保護規範説の適用例である。その上で、②③を示した点に意義がある。また、①の判断をなすにあたり、本件訴訟とは別のタイプの越境損害訴訟に関し、認可による民事上の請求権の失権の範囲と、外国判決の執行につき示した見解も興味深い(そこで参照された、ザルツブルク空港事件判決については、以下で取り上げるニーダーライン空港事件判決においても、国際協定と請求権の関係で、先例になっている)。

そして、①~③は、原子力施設以外の施設に関する外国原告出訴の判例にも引き継がれた。2008年10月16日連邦行政裁判所判決・<ニーダーライン空港オランダ自治体原告事件(以下A事件と略記することがある)>⁶である。比較の視座を広げる観点から、この事件についても、ここで紹介・検討を加える。

⁵ ヴィール判決。山本・前掲注(2)、269頁も参照。

⁶ 第4部判決(4C 3/07)。以下、事実、判決要旨、判決理由は jurisPR-BVerwG 6/2009 Anm.4 による。同空港の騒音については、ドイツ住民による訴訟も提起され、同日に判決が出されている(第4部 4C5/07. jurisPR-BVerwG4/2009 Anm.1 以下B事件ということがある)。この判決についても本案審理の方法との関係で、以下で言及するが、区別するためにこのような表記にする。事実の概要については、両事件から抽出し要約した。

＜ニーダーライン空港オランダ自治体原告事件＞の概観

この事件の原告は、ドイツとの国境に位置するオランダの基礎的自治体（判決文では *Gemeinde*、以下自治体という）である。ドイツで従来軍用飛行場として使用されていたヴェーゼ＝ラーブルッフ飛行場を、民生用に転換する計画が立てられた。同飛行場は、そもそもは1954年にイギリス軍により航空法の手続きを経ることなく設置されたものであるが、1994年に軍民共用についての認可申請がなされ、次いで、1999年に軍用の使用は終了した。そして、2000年には、州政府によって、同飛行場を、旅客だけでなく貨物も含め、地域におけるユーロ・リージョン・センターとして整備する地域開発計画が策定された。

2001年6月に、空港運営会社（本件訴訟参加人）に対して転用認可がなされた。認可手続に並行して、オランダ・ドイツ両政府の間で、空港の離発着におけるオランダ領空の利用について交渉がなされていた。そして、認可の附款においては、両国が署名した協定によって、そしてそこで認められた範囲でのみ、オランダ領空が使用できる旨が規定されていた。

原告は、空港滑走路西方、オランダ側の安全緩衝ゾーンに位置する自治体であり、騒音等による住民への影響等を理由に、認可に対して異議を申し立てたが、異議申立て手続が行われている時期に両国は協定⁷に署名し、ドイツ連邦議会が協定を承認（2003年12月12日）、同月18日に協定が発効した。同協定6条1項により、空港離着陸のためのオランダ領空の使用は、原則として、6時から23時に限定され、ドイツ領空の使用は、原則として5時から24時とされた。また、同協定は、空港供用による、オランダ側への環境影響と安全へのリスクはオランダに妥当している方法で計算され、オランダ法により判断される旨規定した。

被告行政庁は、原告の異議申し立てを却下した。協定への署名により、オランダ国は、認可の規律と、その執行に結びついたオランダ領域への効果について受容したので、協定によって原告は異議申立て適格を失ったという理由による。

原告がドイツの行政裁判所に出訴。

州上級行政裁判所は、原告適格について、原告は、外国近隣自治体として、その具体的利益について適切な考量を求め、転換認可の越境効力について防御する必要があるとし、なおかつ、協定の存在は、この適正な考量にかかる請求権侵害についての出訴を妨げるものではないとして、原告適格を認めた。その上で、被告は、環境アセスメントの必要性につき考慮を尽くしておらず、転換認可には、重大な考量欠如と手続的瑕疵があるとしてこれを違法とし、原告の請求を認めた。

連邦行政裁判所は、被告および参加人（空港運営会社）の上告を容れて、この判決を取り消し、州上級行政裁判所に事案を差し戻したが、その要旨は下記の通りである。

⁷ 「ドイツによるオランダ領空での航空管制の実施と同領域でのニーダーライン民用空港の運営活動にかかる協定」

＜判決要旨＞

1 ドイツの行政裁判所において、ドイツ国内の国境付近に存在するかつての軍用空港の民用への転換認可を争うことで、空港供用により惹起される越境騒音を防止しようとする、隣接国（本件においてはオランダ）の境界自治体を含む外国の近隣住民は、原則として原告適格を有する（行裁法42条2項）。

2 航空法上の転換認可（本件においては、ヴェーゼ→ニーダーライン空港）の付与において考慮しなければならず、なおかつドイツ国境にはとどまらないところの、専門計画における考慮義務の第三者保護効から原告適格が生ずる。

3 ドイツと隣接国が、関係する外国近隣住民のために最も実効的な積極的騒音防止を保障すべく、隣接国領空での特別な時間的供用制限の国家協定を結んでいる場合、この協定による特別な規律を転換認可の構成要素としたドイツ認可官庁は、さらなる営業制限をいかなるものであれ見込まなかったために外国近隣住民の負担において考量違反を犯した、という非難を受けるものではない。

4 転換認可に必要とされる環境アセスメントがなかったという手続的瑕疵がある場合、外国の近隣住民は、この手続的瑕疵を自身の騒音からの保護利益の適切な考量を求める請求のなかで主張することを妨げられないように、国家間協定をEU法適合的に解釈しなければならない。

2. 同判決の原告適格論と本案審理

上記1・2が原告適格にかかる要旨であり、結論としてはこの争点につき、原審の判断を是認している。判決理由の行論にそって、以下若干見ておくと、まず、ドイツ国内実定法の「専門計画法上の考量要請」が、近隣国住民（市町村も含む）にも、その第三者保護を及ぼすことから、原告適格が承認されるとする。

そして、両国の協定との関係については、以下のように、協定は原告適格を認める妨げにならないとした⁸。

1.) 協定の条項には、両国が、原告や他のオランダの国境近隣民のドイツ行政裁判所への対認可出訴権を奪おうとしたということを明白かつ一義的に示すものはない。

2.) 協定前文は、協定は国境地域における人間、自然、および環境をできるだけ包括的に越境航空による望ましくない作用から保護するために締結されたことを示している。それゆえ、協定1条以下によって、ドイツに認められたオランダ領空における航空管制権限も、6条・7条所定の国境付近におけるオランダの高権力領域のための様々な騒音防止システムに

⁸ 1.) 2.) は筆者が便宜上付した。

よって補われる。

3.) しかし、協定には、両国が互いに変更認可が不可争であることを明確に定めようとした手がかりはない。文言上も実質上も、空港の供用がドイツ航空法によって認可されたものとして妥当し不可争であることを導き出すことはできない。

4.) 原告が、協定上の騒音防止措置にもかかわらず、取消請求によって変更認可の全部ないし一部取消を求められるかどうかは、訴訟要件の問題ではなく、本案の問題である。

次いで、本案については、以下のように、原審の判断を覆した。

第一に、計画考量の審査につき、協定によるオランダ領空での空港供用の制限を考量の審査から除外したことが誤りである。すなわち、協定の騒音防止レジームは、変更認可の裁量的部分に組み込まれている。協定上、オランダ領空での供用時間は、ドイツよりも短く設定されており、当事国は、協定締結により、外国近隣民のためにもっとも実効的な措置を行う目的で、オランダ領内での積極防音措置につき特別の規律を行った。協定は両国において国内的効力を有し、協定の規律により、計画決定の構成要素に協定の保護レジームを組み入れた被告行政庁は、より強度の制限を容れなかったことで近隣民に負担をかける形で計画考量違反を犯した、という非難をまぬかれる。

第二に、異議審査手続きにおいて手続違反〔アセス不実施など〕があったという原審の認定は結論としては正しいが、その瑕疵が補足的な手続きで修正可能かどうかを審査していないので、原審の判断は連邦法に違反する。

3. 別訴との関係

本判決で、原告適格および本案双方において問題となった、同空港における近隣住民の騒音防止にかかる利益の衡量および環境アセス不実施、それぞれの法的評価については、ドイツ国内の近隣住民が提訴した別訴において、同日に同裁判所が判断を示した（第4部4C5/07.B事件）。本判決（A事件）の理解に資するべく、B事件の判決要旨も紹介しておく⁹。

<判決要旨>

1 空港転用認可に対して、騒音にかかる利害を理由として異議を唱える住民は、航空法上の適正な考量を求める請求において、その騒音利害が、必要とされる環境アセスメントの不実施により、過誤をもって調査、評価、および考量されたことを主張できる。

2 環境アセス規定の発効前に、転換認可手続きが終了していたとしても、認可に対する異議申し立て手続きが継続している場合には、転換事業はアセスの対象となる。

3 離着陸路の延長を伴わなくとも、民用への転換を目的としたかつての軍用空港インフ

⁹ jurisPR-BVerwG4/2009 Anm.1 による。

ラの変更は、建築の変更と拡張によって民間空港としての供用が可能になる場合には、EU アセス指令の付属書ⅡNr.12が規定する空港の変更に該当する。

4 転換によって生起する環境へのネガティブな作用は、それが軽微なものでなく、考量上重大であるときは、航空法およびアセス法所定のアセスにとって法的に原則として重大である（連行裁2007年12月13日アルゴイ空港事件判決参照）。

5 空港の供用転換認可の場合にも、認可された供用時間は、離発着の個別類型（旅客か貨物か、など）ごとに、行政裁判所による必要性の観点からの考量コントロールに服する。それはとりわけ、夜間とその前後の時間帯において妥当する（連行裁2006年3月16日ベルリン・シェーネフェルド空港事件判決参照）。

4. 原告適格論におけるニーダーライン空港A事件判決とエムスランド事件判決の関係

外国住民・外国自治体の原告適格に関して、A事件に対する同裁判所のガッツ裁判官による解説¹⁰は、エムスランド判決に触れて、以下のように言及している。

「航空法上の衡量要求の国境を越える第三者効は、エムスランド原発判決にならって、国家の間での近隣権の要請に向けての国際法親和的な解釈によっても、基礎付けることができる。越境環境侵害の禁止は、今日において普遍的な国際慣習法の構成要素であることが確実であると見なせる、数少ない環境保護のルールに属する¹¹。国境近在外国人に原告適格を認めることは、この国際法上の義務の実効的实施に資する¹²。

国際法上の属地主義（国家の領域高権の排他性の原則）は、国境近在外国人の原告適格を認めることに異議を唱えない（エムスランド判決）。ドイツの専門計画法の衡量要求によってその者を保護することは、外国領域での高権力行使にはまったく該当しない」。

ここからも、ドイツにおける行政処分につき、外国自治体を含め外国人住民のドイツ行政裁判所への出訴を認めるかどうかは、国内実質法の解釈の問題であり、大規模施設の認可・許可行為の場合に、越境環境侵害防止にかかる国際慣習法など、関係国際法との親和的解釈によって、これを肯定すること、そしてそれが属地主義に反しないことが、エムスランド判決を嚆矢として定着していることが読み取れよう。

5. 原告適格および本案審理における国家間協定の意義

ガッツ解説は、あわせて、ニーダーライン空港判決（A事件）の実務上の意味につき、条約の位置づけとの関係で以下のようにまとめている。本件にかかるドイツ・オランダの国家間協定のモデルは、おそらく、ザルツブルク空港に関するドイツ・オーストリアの1967年協

¹⁰ Gatz,S.,in: jurisPR-BVerwG 6/2009 Anm.4

¹¹ 参考文献として、Beyerlin,Umweltvölkerrecht（『環境国際法』）,2000,Rn.117などを挙げている。

¹² 参考文献として、Blümel, in:FS für Doehling, Wahl/Schütz,in:Schoch（u.a.）VwGO（行裁法42条2項注釈）などを挙げている。

定であるが、連邦憲法裁が、1986年3月12日判決(BVerfGE72,66)において、同協定とその承認国内法を適法として以来、こうした協定は、越境紛争の回避と緩和に向けての有効手段である。それは、認可庁を、国家間レベルでの解決が必要な問題から適切に解放する。つまり、越境紛争について、ドイツ官庁やドイツの裁判所によって、外国人利害関係者の負担になる形で決定がなされた場合に、隣国との関係に重荷が生ずることを防ぐことができるからである¹³。

この点について、若干のコメントを付しておく。外国近隣住民（外国自治体も含む）に原告適格を認めたとしても、本案において、協定との関係も含め行政裁量違反がないと裁判所が判断する場合を仮定する（ガッツ解説のいう外国人利害関係者の負担になる形で決定がなされた場合）。この場合、確かに協定の存在によって、認可庁ないし政府は、外国政府との関係で、さらなる責任の追及を免れるであろう。他方で、協定において、当該外国人住民の母国に対してなにがしかの措置義務が規定され（防音設備の設置など）、あるいは国家間で、騒音にかかる調整規定があれば、そのメリットは、両国および空港運営者だけでなく、当該近隣住民にも想定される。

もちろん、協定による請求権排除がなされず、原告適格が認められる（と解釈される）ことで、ドイツ裁判所の審査がなされること自体の意義も、決して過小評価することはできない。本件においても争点となった手続的瑕疵により、アセスの再実施が求められる場合などは、とりわけそうであろう。

IV 他の訴訟類型の可能性と帰結—グローフの(早すぎた?)論考にまなぶ

エムスランド判決は、認可の効力との関係で、先に見たように、オランダ裁判所における民事差止め訴訟の可能性についても言及していた。以下、便宜のため再掲する。

「〔ドイツ国内における、私法上の、特別な権限によらない請求の失権[原子力法7条及びインミッション法14条による]は、外国人がドイツ法により主張する請求権に限定される。彼が、その権利を持っている国〔ここではオランダ〕の裁判所に提訴して、結果が生じる地の法により、外国〔ここでは西ドイツ〕に設置される原子力施設の除去を求めることは排除されない。認可手続は、事業が近隣国〔オランダ〕の公法と適合的か否かの審査を含んでいないので、そのような請求をも排除する端緒はなんら存在しない。もっとも、当該請求に対する判決の執行は、通常は、認可国の公序によって排斥され無に帰する〕（1986年3月12日連邦憲法裁判決「ザルツブルク空港」事件参照）」(S.287f)。

このような訴訟類型も含め、越境環境損害にかかる外国住民による訴訟について検討を加えた古典的研究として、グローフによる「環境法を例とする国際行政法の基本問題」（1988

¹³ Gatz,a.a.O., (D) .

年)がある¹⁴。「グローバル化と行政法」の執筆にあたって、筆者も参照した論説である。

今から30年以上前の論説であるが(氏は当時オーストリア・リンツ大学助手、論説は、「方法論、遺伝子技術、国際的行政法」の3テーマを取り上げた、いわゆる若手国法学者大会(その先進性に拍手を贈りたい!)における報告に基づく)、エムスランド事件当時の文脈を理解するためにも、再度取り上げる。

グローフは、環境に対する市民意識の高まりや、大規模プロジェクトへの不信もあって、環境にかかる紛争が様々な問題を提起しているなかで、外国近隣住民による原子力関連施設への出訴2例を検討の端緒として取り上げている。

一つがエムスランド事件であり、もう一つが、民事差止訴訟としてのヴァカーズドルフ(Wackersdorf)再処理施設事件である。

後者は、西ドイツの当該施設の建設及び操業認可の差止めを求めて、オーストリアの市民が同国の民事裁判所に提起した訴訟である(一審リンツ地方裁判所1987年1月14日判決、二審同高等裁判所同年6月15日判決)。

これらの訴訟は、考えられる被害が、「国境でとどまらない」¹⁵ゆえに、施設設置国の住民がどのような保護を受けられるのかとは別途に、「外国関連」事例として、外国住民に対して実効的保護がなしうるのかが問題とされる(S.304)。

グローフによれば、この問題の実務的かつ学問的解決には、重大な「ドグマティックな困難」がある。このような外国関連事例は、国際法においては、周辺的な問題として扱われ、国際私法においても議論の集積に乏しい。まずは、学問の側では、問題を解決するというより、認識すべき段階にある。実務の側は、このような、学問的なコンセプトの欠落のなかで、上記2事例のような場面で解を出さなければならない(S.306)。

次いで、グローフは、自身のコンセプトを提示するが、以下に掲げる項目からもわかるように、主として国際私法との類比・対比で議論を進めている。

「国際的行政法の概念」「国際的行政法と国際法」「性質決定、指示、連結」「国際的行政法規範の双方向性(全方向性)?」「国内法への外国法の組み込み」「法選択」。

その上で、上記2事例(および仮想的な別事例)につき、その解法を示して結びとしている(以下、S.323fによる)。エムスランド事件については(注記からすると、報告および本文の記述は、連行裁判決が出る前になされている¹⁶)、一審の属地主義による原告適格否定論を誤りとして、肯定論の論拠を以下のように構成している。

¹⁴ Grof.,a.a.O. (本稿注3)。

¹⁵ エムスランド判決にもあったように、文献・判決でよく用いられる表現である。また、このような施設が国境付近に設置されることも、普遍的な現象である。

¹⁶ グローフによる同判決の評釈として、Grof.a.a.O., (本稿注2)も参照。そこでは、憲法レベルでは、ドイツ基本法19条4項(公権力に対する出訴権規定)は、外国住民出訴につき命令も禁止もしておらず、その可否は、結局法律レベルの、ドイツ実質法によるとする。

「一方で、良き近隣関係に関する国際法の原則と、外国人に対するミニмумスタンダードの保障があり、他方で、施設の潜在的危険性がある場合には、ドイツの国際的行政法の立法者は、このような事例にドイツ法を適用すべきだということから出発している、という状況があるから、適用すべき実質法は外国人にも42条の意味での主観的公権を保障するものである、という解釈規則が出てくる。この規則の例外は、立法者によって誤解なき形で明示に示されなければならない」。

「加えて、この事例において、ドイツ法を適用すべきであるということは、オランダ法の適用について、オランダ法にドイツ法と同様に十分な関連性があるということの徴表をまったく見いだせないことから帰結する」。

連行裁による原告適格肯定論と比較すると、結論は同じでも、いささか持って回った立論であり、それは、この引用部分からも、グローフが国際私法論に準拠した枠組みに拠っていることが要因ではないかと看取される。

次に、「民事差し止めの許容性」が問題となるヴァカースドルフ事件の場合であるが、同訴訟は、オーストリア民法364条2項の差止訴訟として、同国リンツ地裁に提訴されたものであるから、同国法においては、「国際行政法」ではなく、「国際私法」に属する問題であり、ドイツ法により付与された施設設置と操業の認可にはかかわりなく、出訴が可能である。

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

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

グローフが最後に検討するのが、「オーストリア裁判所におけるドイツのヴァカースドルフ認可に対する行政訴訟としての出訴」という仮想的な事例である（S.324）。同施設の設置・運営者は、オーストリア法による認可が必要だったわけではないので、営業法的観点からすると、オーストリア官庁と裁判所の権限はアプリアリに除外される。

そしてまた、外国施設のインミッションに対して、両国間の執行協定により保障され、オーストリアで貫徹可能な、公法上の防御権を定める法規は、オーストリア国際行政法には存在しないので、認可に対する行政訴訟としては、（エムスランド事件のように）ドイツの官

庁および行政裁判所に対して、異議申し立てないし出訴する他はなく、そこではドイツ法が適用される。これがグローフの提示する結論である。

V むすびー日本法へのインプリケーション

日本で想定される事例との関係で詳細な考察を進めるには、ドイツ法・オランダ法・オーストリア法それぞれ内在的にも上記各事件をさらに分析しなければならない。それは今後の課題として、ここでは、若干の概括的なコメントを述べて結びとする。

通説・判例を通じて、日本の行訴9条原告適格論は、個別（国内）法が具体的に利害関係者を保護しているかどうか、その中核である（同条2項も参照）。それに沿って考えるとして、個別法の解釈において、条約・行政協定等との適合的解釈等を通じて、原告適格が基礎づけられることも想定できる。

また、行訴法は国賠法とは異なり、国際的適用に関する条文を持たないことから¹⁷、本稿が扱った問題は、行訴法という一般法と個別（国内）法の調整を、その国際的適用も含めて、如何に図っていくか、という大きな枠組みのなかに、位置付けることもできる。例えば、外交的保護と行政訴訟の関係についても、そのような視角は必要ではなかろうか。

行訴法内在的には、使用言語、訴訟代理人¹⁸などの問題もある。メンツェルが提起した事前手続における外国住民・自治体の参加の問題とあわせ、こちらも今後の検討課題としたい。

¹⁷ 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、18 頁以下で簡略にはあるが、両者の違いを整理した。

¹⁸ 双方にかかわる事案として、ドイツ連邦憲法裁判所庇護申請代理人責任事件（BVerfGE60.253）参照。同事件につき、斎藤「行政過程における行政争訟の要請と除外」大橋洋一他編『法執行システムと行政訴訟（高木光先生退職記念論文集）』所収、（弘文堂、2020 年）221 頁以下で検討を加えた。国際班における筆者の報告に質問、コメントを寄せて下さった各位に感謝する。また、本章で検討対象とした 2 判決については、草稿段階で、東大大学院の授業で再読する機会を得た。同授業の参加諸兄姉にも謝意を表する。

第 3 章

インドによる太陽電池にかかる ローカルコンテンツ要求とGATT/TRIMs協定 －WTOパネル判断をめぐって－

名古屋大学大学院教授

林 秀 弥

I 事案の紹介

1. はじめに

本件は、インド政府のローカルコンテンツ要求（ドメスティックコンテンツ要求といったほうが正確だが、慣例上こう呼ぶ）に対して、米国が、DSU¹、GATT²、TRIMs協定³に基づいて、WTOに付託した事案である。

米国の付託要求に応じて、2014年4月14日、パネルが設置された。米国は、インドの「ナショナル・ソーラー・ミッション（National Solar Mission：以下NSM）」によって政府機関に電力を販売する事業者に課している太陽電池と太陽光モジュールに関するローカルコンテンツ要求は、GATTとTRIMs協定に違反していると主張した。米国は、これらの協定に基づいて、インドの当該ローカルコンテンツ要求が直接又は間接に米国の利益を害していると主張した。

2015年7月24日にパネルは中間報告を公表し、2015年8月28日に最終報告を公表した。

2. ローカルコンテンツ要求について

本件で問題となるローカルコンテンツ要求は、インドのNSM政策に関係している。2010年にインド政府によって公表されたNSM政策によると、その目標は、当該政策を通じて太陽光エネルギーをインド全体で普及させることにより、インドが世界の太陽光エネルギー発電のリーダーとなることである。

（NSMの目標）

インド政府はNSMを2つのフェーズで行う。

フェーズ1第1バッチ：2010－2011、合計の140 MW太陽光発電の電力容量を達成する。

フェーズ1第2バッチ：2011－2012、追加の330 MW太陽光発電の電力容量を達成する。

フェーズ2第1バッチ：2013－2014、追加の750 MW太陽光発電の電力容量を達成する。

太陽光発電の容量を上げる手段として、インド政府は太陽光発電事業者（solar power developers：SPDs）と長期の電力購入契約（power purchase agreements：PPA）を結んだ。PPAにより、インド政府は太陽光発電事業者から25年間長期保証の固定価格（一定料率によって算定）で太陽光電力を買い取る。その料率はインドの2つの電力規制委員会（国家レベルと

¹ 紛争解決に係る規則及び手続に関する了解（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes）

² 関税及び貿易に関する一般協定（General Agreement on Tariffs and Trade 1994）

³ 貿易に関連する投資措置に関する協定（Agreement on Trade-Related Investment Measures）

州レベル）によって算定される。インド政府（系の会社）が太陽光発電事業者から買った電力を下流の配電業者（「DISCOM」）に販売して、配電業者が最終消費者（各家庭，事業所）に再販売する。NSMによって太陽光発電の流れは以下の通りである。



*WT/DS456/R Page 31

太陽光発電の電力容量を拡大するため、インド政府はいくつかの段階を通じて電力購入契約を締結している。その際、太陽光発電事業者がローカルコンテンツ要求を課された。当初は、太陽光発電のうち、結晶シリコン（crystalline silicon：以下c-Si）技術を利用して行っているプロジェクトについては、インド製のモジュールを使わなければならないとされた。しかしその後、c-Si技術を利用しているプロジェクトに限らず、太陽光発電事業者が使っているすべての太陽電池と太陽モジュールについてローカルコンテンツ要求が課された。すなわち、技術の種類のいかに問わず、インドで製造された太陽電池・モジュール等を使用することとされた。そして、太陽光発電事業者が当該要求を満たさないと、インド政府の国有企業であるインド太陽エネルギー会社（Solar Energy Corporation of India：以下SECI）は既に締結した電力購入契約を解除することができるとするものであった。

ローカルコンテンツ要求は主に次の2つの文書に規定されている。1つはインド中央政府機関としてのインド・新/再生エネルギー省（Ministry of New and Renewable Energy of India：MNRE）が発出したガイドラインである。2つは、NTPC Vidyut Vyapar Nigam 社（NVVN）が発行した「太陽光発電プロジェクト選定に当たっての要求事項書」⁴である。NVVNはインド国有企業であるインド国家熱エネルギー公社（National Thermal Power Corporation：NTPC）の子会社であり、インドの国有企業である。また、インド太陽光エネルギー会社（Solar Energy Corporation of India：以下SECI）は、インド再生エネルギー省に支配されている政府系企業である。NVVNとSECIはインド政府の管理支配下にあるNSMの実行機関であり、双方は政府機関として、インド政府の名義で事業を行っている（NVVNとSECIの行為の帰結はインド政府に帰する）。

（プレイヤー一覧）

①新/再生エネルギー省（Ministry of New and Renewable Energy of India：MNRE）

⁴ 「要求事項書」は、太陽光発電プロジェクト選定のプロセスに関し、適用されるべき技術基準、仕様等について細目的要求事項を規定している。

②インド国家熱エネルギー公社（National Thermal Power Corporation：NTPC）

③NTPC Vidyut Vyapar Nigam Limited (NVVN)

NTPCの全額出資子会社

④インド太陽光エネルギー会社（Solar Energy Corporation of India：SECI）

再エネ省に支配（コントロール）されている政府系企業

NTPC（公社）

MNRE（再エネ省）

（全額出資）↓

↓（役員任命）

↓（役員任命&事業コントロール）

NVVN

SECI

（各フェーズ／バッチ別のローカルコンテンツ要求）

Phase & Batch	Agency	Project selection period	Foreign c-Si modules permitted	Foreign c-Si cells permitted	Foreign Thin-film modules or concentrator PV cells permitted	Total # PPAs	Using foreign cells and/or modules	Using Indian cells and/or modules
Phase I (Batch 1)	MNRE & NVVN	2010-2011	No	Yes	Yes	28	14 PPAs (70MW)	14 PPAs (70MW)
Phase I (Batch 2)	MNRE & NVVN	2011-2012	No		Yes	27	19 PPAs (260MW)	8 PPAs (70MW)
Phase II (Batch 1-A)	MNRE & SECI	2013-2014	No			22	0	22 PPAs (375MW)

*WT/DS456/R Page 35

3. 当事者の主張

[米国]

確かに、インド政府のNSMには、インドのエネルギーセキュリティ（エネルギー安全保障）⁵と環境保護、持続可能な発展という正当な政策目的がある。すなわち、インドが抱えるエネルギー需給の構造的問題（発電燃料の輸入により貿易赤字が近年増加している）、特にインドの石油と石炭等に対する依存度の増大にかんがみると、米国は、インドのNSMそれ

⁵ 国際エネルギー機関（IEA）の定義では、「必要量のエネルギーが適正な価格で確実に供給される状態」のことであり、伝統的な安全保障概念（敵国による武力行使およびその脅威）、あるいは海賊による輸送の妨害、テロリストによるパイプラインの爆破などの狭義の概念とは異なる。

自体の目標に対しては異議を差し挟むものではない。

問題は、インドがNSMの政策を通じて求めている目標が正当かどうかではない。インドの太陽電池と太陽モジュールに関するローカルコンテンツ要求が外国製品に対してなされる差別的待遇、そしてローカルコンテンツ要求がWTOの規則と一致しているかどうか真の問題である。米国は、インドの輸入された太陽電池・モジュールに対する待遇が、インド製の同種の製品に対する待遇より劣位にあり、外国製太陽電池・モジュールがインド製の太陽電池・モジュールと同等の競争条件で競争すること（競争のイコール・フットイング）を妨げていると主張した。

米国は、（インド政府の電力購入契約に記載されている）このローカルコンテンツ要求は、GATT3条4項⁶とTRIMs協定2条1項⁷の規定に違反していると。主張したなお、GATT3条8項(a)号⁸、GATT20条(d)号⁹、20条(j)号¹⁰は、本件には適用されない。

米国は、パネルが、インドのローカルコンテンツ要求が上記法条に違反することを認定すること、インドの政策をWTOの諸義務と一致させるよう勧告することを求めた。

[インド]

米国の主張に対して、インドは、NSMの目標が、ナショナルエネルギーセキュリティの背景のもとに環境保護と両立・持続可能な発展を維持することであり、グローバルなエネルギーセキュリティと地球環境（気候変動）問題に対処することによって重要な貢献を行っていると主張した。そして、インドのローカルコンテンツ要求には歯止めがある。ローカルコンテンツ要求は決して外国製太陽電池・モジュールを全面的に禁止しているわけではない。ま

⁶ 関税及び貿易に関する一般協定、3条 内国の課税及び規則に関する内国民待遇、「……4. いずれかの締約国の領域の産品で他の締約国の領域に輸入されるものは、その国内における販売、販売のための提供、購入、輸送、分配又は使用に関するすべての法令及び要件に関し、国内原産の同種の産品に許与される待遇より不利でない待遇を許与される。……」

⁷ 貿易に関連する投資措置に関する協定、2条 内国民待遇及び数量制限、「1. いかなる加盟国も、1994年のガットの第三条又は第十一条の規定に反する貿易関連投資措置をとってはならない。」

⁸ 関税及び貿易に関する一般協定、3条 内国の課税及び規則に関する内国民待遇、「……8. (a) この条の規定は、商業的再販売のため又は商業的販売のための貨物の生産に使用するためではなく政府用として購入する産品の政府機関による調達を規制する法令又は要件には適用しない。」

⁹ 関税及び貿易に関する一般協定、20条 一般的例外、「この協定の規定は、締約国が次のいずれかの措置を採用すること又は実施することを妨げるものと解してはならない。ただし、それらの措置を、同様の条件の下にある諸国の間において任意の若しくは正当と認められない差別待遇の手段となるような方法で、又は国際貿易の偽装された制限となるような方法で、適用しないことを条件とする。…(d) この協定の規定に反しない法令の遵守を確保するために必要な措置…(j) 一般的に又は地域的に供給が不足している産品の獲得又は分配のために不可欠の措置。ただし、このような措置は、すべての締約国が当該産品の国際的供給について衡平な取分を受ける権利を有するという原則に合致するものでなければならない。また、この協定の他の規定に反するこのような措置は、それを生ぜしめた条件が存在しなくなつたときは、直ちに終止しなければならない。」

¹⁰ 同上。

た、外国製太陽電池・モジュールは現にインドの太陽光発電部門において優位なシェアを占めている。一方、インド製の太陽電池・モジュールがインドの太陽光発電容量のうちに占める割合は依然として小さいままに留まっている。加えて、インドは、本ローカルコンテンツ要求が外国製太陽電池・モジュールの制限を通じてインド製太陽光パネルの自給率の最大化を目指しているのではなく、外国製品への過度な依存からの脱却（リスクの最小化）を目指しているにすぎない。すなわち、インド政府のローカルコンテンツ要求は、貿易に関連するWTO上の義務と太陽電池・モジュールの国産振興のバランスを保ちつつ課しているものであって、これはインドのエネルギーセキュリティに対処するため、必要な政策である。

インド政府のローカルコンテンツ要求はGATT3条4項とTRIMs協定2条1項に規定に違反していない。特に、外国製太陽電池・モジュールに対するインドにおける待遇はインド国産の同種の製品に対する待遇より劣位にあるわけではない。また、GATT3条8項(a)号に規定している例外は、本件に当てはまる。GATT20条(d)号と20条(j)号によって本件を正当化できる。

4. 第三者の主張

第三者として、ブラジル、カナダ、中国、EU、日本、韓国、マレーシア、ノルウェー、ロシア、トルコ、エクアドル、サウジアラビア、台湾が参加した。

ブラジルの主張：GATT3条4項とTRIMs協定2条1項の関係について、まず、GATT3条4項への適合可能性審査が最優先事項であり、次にGATT3条8項(a)号、最後にGATT20条という順で規定と本件措置との整合性を審理すべきである。そうした後、もし本ローカルコンテンツ要求がGATTの規則と一致していないとすれば、TRIMs協定の適用を検討すべきである。GATT3条8項(a)号について、全体的な解釈方法は、ある行為が政府の行為であるか否かによって判断されるべきである。また、GATT20条(j)号に該当する行為は、その行為の背景と文脈を含めて総合的に判断されるべきである。

カナダの主張：GATT20条(j)号に該当するには、製品が全体的に又は地域的に供給不足の状態にあり、ローカルコンテンツ要求がその状況を改善するのに必須であり、当該要求を実施すべき状況がなくなった場合には速やかに撤廃されなければならない。

EUの主張：WTOメンバーが再生可能なエネルギーの拡大のために補助金を提供することについて反対しているわけではないが、ローカルコンテンツ要求の手段を通じて、外国製品をブロックして国内の産業を保護することには反対である。インドのローカルコンテンツ要求はTRIMs協定附属書の1項(a)号¹¹に該当する。また、同要求はカナダ - オンタリオのケー

¹¹ 貿易に関連する投資措置に関する協定、附属書 例示表、「1. 千九百九十四年のガット第三条 4 に規定する内国民待遇についての義務に反する貿易関連投資措置には、国内法令若しくは行政上の決定に基づく義務的な若しくは執行可能な貿易関連投資措置又は利益を得るために従うことが必要な貿易関連投資措置であって、次に掲げるものを含む。(a) 国内原産の製品又は国内供給源からの製品の企

スにおけるローカルコンテンツ要求の事案と類似しており、GATT3条8項(a)号には該当しない。EUはインドのローカルコンテンツ要求は、GATT20条(d)号と(j)号に規定している範囲に含まれていないと考える。

日本の主張：GATT3条8項(a)号の「政府調達」の除外規定について、カナダ－オンタリオのケースと同様に、米国の主張に賛成する。インドのローカルコンテンツ要求は、強制的な性質をもち、インド国産品を優遇するものであり、GATT3条4項に違反している。また、GATT20条(d)号と(j)号について、インドは、GATT20条(d)号と(j)号の除外規定を拡大解釈しており、日本はインドの解釈を拒否する。

韓国の主張：パネルは必ずしもカナダ－オンタリオケースの解釈方法に従う必要はなく、ケースバイケースで判断すべきである。その際、インドのNSMのダイナミックな進展を考慮に入れるべきである。

中国、マレーシア、ロシア連邦、トルコ、エクアドル、台湾はパネルに提出した主張は特段ないので省略する。

II 事実認定

1. TRIMs協定2条1項とGATT3条4項について

(1) はじめに

(関連条文の確認)

TRIMs協定2条

1. いかなる加盟国も、GATT3条又は11条の規定に反する貿易関連投資措置をとってはならない。

2. GATT3条4項に規定する内国民待遇についての義務に反する貿易関連投資措置の例示表は、この協定の附属書に含められる。

TRIMs協定附属書 例示表 1 項(a)号

1. GATT3条4項に規定する内国民待遇についての義務に反する貿易関連投資措置には、国内法令若しくは行政上の決定に基づく義務的な若しくは執行可能な貿易関連投資措置又は利益を得るために従うことが必要な貿易関連投資措置であって、次に掲げるものを含む。

(a) 国内原産の產品又は国内供給源からの產品の企業による購入又は使用を要求するもの。特定の產品、產品の数量若しくは価額又は当該企業により国内で生産される產品の数量若しくは価額に対する比率のいずれを定めているかを問わない。

業による購入又は使用を要求するもの。特定の產品、產品の数量若しくは価額又は当該企業により国内で生産される產品の数量若しくは価額に対する比率のいずれを定めているかを問わない。」

GATT3条4項（内国民待遇）：いずれかの締約国の領域の産品で他の締約国の領域に輸入されるものは、その国内における販売、販売のための提供、購入、輸送、分配又は使用に関するすべての法令及び要件に関し、国内原産の同種の産品に許与される待遇より不利でない待遇を許与される。

（当事者の主張の確認）

米国の主張は、インド政府のローカルコンテンツ要求が外国製の太陽電池とモジュールに与えている待遇はインドの国内産の同種の産品に与えている待遇より劣位にあるというものである。したがって、インド政府のローカルコンテンツ要求はGATT3条4項とTRIMs協定2条1項に規定される義務に違反している。すなわち、ローカルコンテンツ要求によってインド政府が競争条件を恣意的に決めたことは、インド製の太陽電池・モジュールを有利にしていると同時に、外国製同種産品に損害を与えている。このため、ローカルコンテンツ要求はGATT3条4項に違反している。一方で、ローカルコンテンツ要求が貿易に関連する投資措置であるうえ、国内の産品（太陽電池とモジュール）を購入しなければならないという命令を通じて有利な地位を得ることはTRIMs協定附属書の1項(a)号にも該当する。ローカルコンテンツ要求はTRIMs協定2条1項にも違反している。

これに対して、インドの主張は、インド政府のローカルコンテンツ要求が輸入された太陽電池・モジュールに与えている待遇はインドの国内産の同種の産品に与えている待遇より低くないというものである。本件において、GATT3条4項とTRIMs協定2条1項にインドは違反するものではない。

（2）TRIMs協定とGATTの関係について

ここにいるTRIMs協定とGATTの関係とは、TRIMs協定附属書の1項(a)号に該当する措置がGATT3条4項に違反するかどうかということである。この問題に対する答え如何によってはGATT3条4項の検討をする必要がなくなる可能性がある。この点も米国とインドの間の争点の1つである。

この点について、パネルは、TRIMs協定附属書の1項(a)号に規定する貿易に関連する投資措置であれば必然的にGATT3条4項に違反するため、GATT3条4項該当性について個別に吟味する必要がないとした。この判断は米国の主張と軌を一にするものである。

（3）TRIMs協定附属書1項(a)号について

TRIMs協定附属書1項(a)号とGATT3条4項の関係は以上のように確認した上で、次の問題は、インド政府のローカルコンテンツ要求がTRIMs協定附属書1項(a)号に該当するかどうかである。

米国は、インド政府のローカルコンテンツ要求が強制的な措置であり、電力の買取り価格で有利な条件を得るために、インド国産品（太陽電池・モジュール）の購入を余儀なくさせていることはまさにTRIMs協定附属書1項(a)号に該当する、と主張した。

これについて、パネルはTRIMs協定の附属書に基づいて、以下の3つの観点から検討した。

①TRIMs協定1条（「適用範囲」）から考えて、インド政府のローカルコンテンツ要求は、「貿易関連投資措置（TRIMs）」に該当するか¹²。

まず、インドのNSMの目的は、低コストでインドの太陽光エネルギーの生産を拡大して、インド国内の電力需要の増大に対応することでインド工業の国際競争力強化にあるとした。国内での太陽光パネル部品の生産はそのミッションの重要な構成要素であるとした。このことから、パネルは、インドのローカルコンテンツ要求が「投資措置」であるとした。

また、インドのローカルコンテンツ要求が外国製品（太陽電池・モジュール）よりインド国内製品のほうが有利となるため、当該製品にかかわる貿易には必然的に影響を及ぼす。このことから、パネルは本件ローカルコンテンツ要求が「貿易に関連する」とした。

結論として、パネルは、インド政府の本ローカルコンテンツ要求が「貿易関連投資措置（TRIMs）」に該当するとした。

②本件ローカルコンテンツ要求が「国内原産の製品又は国内供給源からの製品の企業による購入又は使用を要求」（TRIMs協定附属書1項(a)号）するものであるか。

この点につき、インドのNSMのガイドライン¹³によれば、NSMに参加しているすべての太陽光発電事業者は最終的にはインドで製造された太陽電池・モジュールしか使用できないことになっている。このことからパネルは、本件ローカルコンテンツ要求が「国内原産の製品又は国内供給源からの製品の企業による購入又は使用を要求」するものとした。

③本件ローカルコンテンツ要求は、TRIMs協定附属書にいう、「国内法令若しくは行政上の決定に基づく義務的な若しくは執行可能な貿易関連投資措置又は利益を得るために従うことが必要な貿易関連投資措置である」という点について。

¹² 1条は、「この協定は、物品の貿易に関連する投資措置（この協定において「貿易関連投資措置」という。）についてのみ適用する」と規定する。

¹³ 「ガイドライン」は、太陽光発電プロジェクトの資格、技術明細、契約の発行等についての要件を規定している。

まず、本件ローカルコンテンツ要求は、NSMに参加している太陽光発電事業者は、電力購入契約を結んだ時から180日以内（第一段階）か遅くとも210日以内（第2段階）に、ローカルコンテンツ要求を充足する計画を提示しなければならないことを要件にしている。一定の期間内にそのような計画を明示することができない場合には、すなわち、このローカルコンテンツ要求を満たさない場合には、それによって失う有利な条件は、発電事業者にとって、太陽光発電への市場参入の利益と、長期契約（25年間）一定の料率で電力を販売できる利益（固定価格で買い取ってもらう利益）である。インドのローカルコンテンツ要求は国内で製造された太陽電池・モジュールに有利な条件を与えている一方、外国製の同種の產品に損害を与えている。

また、NSMのガイドラインでは、太陽光発電事業者に対してペナルティを担保にしてローカルコンテンツの履行確保を迫っていることは、ローカルコンテンツ要求が「国内法令若しくは行政上の決定に基づく義務的な若しくは執行可能な貿易関連投資措置」であるという点を示している。このことから、パネルは、本件ローカルコンテンツ要求が「国内法令若しくは行政上の決定に基づく義務的な若しくは執行可能な貿易関連投資措置又は利益を得るために従うことが必要な貿易関連投資措置である」とした。

結論として、パネルは、インド政府のローカルコンテンツ要求がTRIMs協定附属書の1項(a)号に該当し、GATT3条4項とTRIMs協定2条1項に規定している内国民待遇の義務に違反しているとした。

(4) GATT3条4項について

パネルは、TRIMs協定附属書の1項(a)号に基づいて、インド政府のローカルコンテンツ要求がGATT3条4項に違反しているという結論を下したが、補足的に、GATT3条4項の要件該当性も吟味している。

ある措置がGATT3条4項に違反しているかどうかの判断要素として、以下3点の検討が必要である。

①外国製品と国内產品は「同種の產品（Like Products）」であるか。

②当該措置が「国内における販売、販売のための提供、購入、輸送、分配又は使用に関するすべての法令及び要件」であるか。

③外国製品に対する待遇は国内の同種の產品に対する待遇よりも劣位か。

本件での「同種の產品」性について、インドも米国も、輸入された太陽電池・モジュールとインドで生産されたそれとが同種の產品という点については異論がない。

「国内における販売、販売のための提供、購入、輸送、分配又は使用に関するすべての法令及び要件」について、米国は、本ローカルコンテンツ要求は、契約を通じ太陽光発電事業者を拘束している「要件」であって、インド国内の太陽電池・モジュールの「販売」、「購入」、「使用」に影響を与えていると主張した。パネルはこの米国の主張を支持した。

待遇の劣位性について、本ローカルコンテンツ要求は、外国製太陽電池・モジュールの競争上のイコール・フットィングを妨害し、太陽電池・モジュール市場の競争を歪曲し、輸入太陽電池・モジュールに損害を与えている。このことから劣位な待遇に該当している。

(5) GATT3条8項(a)号について

GATT3条8項(a)号は、「この条の規定は、商業的再販売のため又は商業的販売のための貨物の生産に使用するためではなく政府用として購入する製品の政府機関による調達を規制する法令又は要件には適用しない。」と定める。

前述のTRIMs協定は、GATT3条（内国民待遇義務）違反の貿易関連投資措置(TRIMs)を禁止するところ、GATT3条8項(a)号には、政府調達に関する内国民待遇の例外規定が置かれている。したがって、本件ローカルコンテンツ要求が、3条8項(a)号の要件を満たし3条義務の「例外」に該当すると判断されるならば、TRIMs協定違反から免れることになる。

そこでインドは、本ローカルコンテンツ要求にはGATT3条8項(a)号の政府調達についての例外規定が適用できると主張した。この例外規定の故にローカルコンテンツ要求はGATT3条4項にも違反しないという。

一方、米国は、「政府機関による調達を規制する法令又は要件」について、カナダ・オンタリオのケースの上級委員会の論拠に依拠し¹⁴、政府機関により購入される製品と差別を受

¹⁴ カナダ・オンタリオのケースでは、前提としてパネルは、まず TRIMs 協定附属書 1 項(a)号と GATT3 条 8 項(a)号の関係について、GATT3 条 8 項(a)号の要件に合致する政府調達は 3 条義務を免除されるため、TRIMs 協定附属書 1 項(a)号（及び TRIMs 協定 2 条）の義務にも違反しないと判示した。その上で、対象措置の 3 条 8 項(a)号の要件適合性について、本件 FIT 制度が、①「政府機関による調達を規制する法令又は要件」か、②政府機関による「調達」か、③「政府用」として購入されるものであり「商業的再販売のため」等でないか、についてそれぞれ検討し、③について、本件 FIT 制度は、オンタリオ州政府によって購入された後、Hydro One, LDCs 等を通じて最終需要者に再販売されており、本件 FIT 制度は「商業的な」性質を持つため、3 条 8 項(a)号の要件に合致しないと認定した。

これに対して、上級委員会は、パネルの結論を支持し TRIMs 協定違反を認定したが、その理由付けは異なる。すなわち、上記論点①について、「法令又は要件」と「調達」の間に明瞭な連関が必要であり（＝調達行為が法令等の義務的構造の中で実施されること）、かつ、政府機関により購入される製品と差別を受ける外国製品との間には競争関係が成立することが必要であると述べた。この点、オンタリオ州政府が調達する製品は再生可能エネルギー由来の電気であり、ローカルコンテンツ要求に

ける外国産品との間には競争関係が成立することが必要であると述べた上で、インド政府のローカルコンテンツ要求で購入される製品（電力）と差別を受ける製品（太陽電池・モジュール）の間には競争関係がないと論じた。

本件でパネルは米国の議論を支持した。パネルは、ローカルコンテンツ要求で購入された製品と差別された製品の間に競争関係があることがGATT 3条8項(a)号充足の最も基本的な要件であるとした上で、ある行為をGATT3条4項とTRIMs協定2条1項の義務から免除することには、GATT3条8項(a)号によって以下の4つの要件を満足しなければならないとした。これはカナダ－オンタリオケースでの判断事項の確認である。

- ① 当該行為が、政府機関による調達を規制する法令又は要件であるか。
- ② 政府機関による「調達」か。
- ③ 「政府用」として購入されるものであるか。
- ④ 調達される製品は、「商業的再販売のため」等でないか。

本件で、パネルは、インドのローカルコンテンツ要求が「競争関係」という要件を満足できなかったため、上記①から④を論ずるまでもなくGATT3条8項(a)号の例外規定に該当しないとした。その上で「附言すると」として、パネルではインドのローカルコンテンツ要求が要件①と要件②を充足していると判断し、要件③と要件④については結論を示さなかった。

2. GATT1994第20条(j)号と(d)号について

(1) はじめに

GATT20条「一般的例外」の規定は以下の通りである。「この協定の規定は、締約国が次のいずれかの措置を採用すること又は実施することを妨げるものと解してはならない。ただし、それらの措置を、同様の条件の下にある諸国の間において任意の若しくは正当と認められない差別待遇の手段となるような方法で、又は国際貿易の偽装された制限となるような方法で、適用しないことを条件とする。

……(d) この協定の規定に反しない法令……の遵守を確保するために必要な措置

……(j) 一般的に又は地域的に供給が不足している製品の獲得又は分配のために不可欠の措置。ただし、このような措置は、すべての締約国が当該製品の国際的供給について衡平な取分を受ける権利を有するという原則に合致するものでなければならず、また、この

よる差別待遇の対象産品（再生可能エネルギー発電設備）とは異なり、両者の間には競争関係が成立しないことから、GATT3条8項(a)号の「法令又は要件」に該当しないと結論づけた。

協定の他の規定に反するこのような措置は、それを生ぜしめた条件が存在しなくなったときは、直ちに終止しなければならない。」

(インドの主張)

GATT20条(d)号と(j)号について、インドの主張は、エネルギーセキュリティと持続可能な発展を維持するためには、十分なクリーンエネルギー（太陽光発電）の供給が重要なのであって、輸入太陽電池・モジュールに依存することがインドの太陽電池とモジュールの持続的な供給にリスクをもたらすと主張する。したがって、国内の太陽電池・モジュールの十分な生産能力は、万が一輸入が中断する時に「エマージェンシーリザーブ」として、必要なものである。

そして、この要請を実現するためには、ローカルコンテンツ要求が唯一の手段である。したがって、ローカルコンテンツ要求は、GATT20条(j)号による「一般的に又は地域的に供給が不足している製品の獲得又は分配のために不可欠の措置」である。そして、国内の生産能力の不足状況のため、太陽電池・モジュールは「一般的に…供給が不足している製品」である。また、ローカルコンテンツ要求は、GATT20条(d)号による「法令（インド国内法及び国際的取り決め）の遵守を確保するために必要な措置」である。

(米国の主張)

一方、米国は、インドの上記主張は、GATT20条(j)号による正当化に成功できていないと主張した。まず、インドの太陽電池・モジュールはGATT20条(j)号による「一般的に又は地域的に供給が不足している製品」ではない。また、太陽電池・モジュールの持続的な供給のために他のWTO規則と一致している貿易制限のない方法（より競争制限的でない他に代わりうる手段）もあり、ローカルコンテンツ要求はNSMにとって「不可欠の措置」でもない。

(2) 「一般的に又は地域的に供給が不足している製品」について

パネルは、「一般的に又は地域的に供給が不足している製品」という要件は、利用可能な製品の供給量が関連の地域・市場における必要需要を充足できない状況を意味するとした。

まず、全ての供給源から得られる製品の供給数量が関連の地域・市場における需要を充足できない場合、当該製品は「一般的に又は地域的に供給が不足している製品」である。ここにいう全ての供給源には、国内に限らず、国外供給源も含まれる。国内での生産能力不足は、全ての供給源から得られる当該製品の供給が一般的又は地域的な供給不足には必要な条件であるが、十分条件ではない。

また、パネルは、供給不足の一般的な「リスク」があったとしても、リスクがあるだけでは「一般的に又は地域的に供給が不足している製品」にあたらないとした。仮に供給不足が

そのリスクまで含めるとしても、そのリスクは差し迫ったリスクでなければならないとした。しかし、インドは、実際の供給不足はもちろんのこと、外国製も含めた太陽電池・モジュールの供給が中断するという差し迫ったリスクを証明することはできなかった。

以上の理由で、パネルは、本件太陽電池・モジュールがGATT20条(j)号による「一般的に又は地域的に供給が不足している産品」ではないとした。

(3) 「法令の遵守を確保する」ことについて

GATT20条(d)号は2つの要件を含めている。①当該行為がGATT1994の規定に反しない法令の遵守を確保するものであること、②当該行為が法令の遵守を確保するために必要な措置であること、の2つの要件が同時に充足されなければならない。

インドの主張は、本件ローカルコンテンツ要求は、持続可能な発展と気候変動に関する国内法と国際法の義務の遵守を確保するために必要な措置であり、GATT20条(d)号によって正当化できるというものである。

国内法について、インドが電気（事業）法（the Electricity Act）、国家電力ポリシー（the National Electricity Policy）、国家電力プラン（National Electricity Plan）等を引用したが、パネルの意見では、電気法のみがGATT20条(d)号による「法令」であるとパネルは判断した。国際法について、パネルの意見により、インドがいくつかの文書（WTO協定、気候変動枠組条約（the United Nations Framework Convention on Climate Change）、環境と開発に関するリオ宣言（the Rio Declaration on Environment and Development）等）を引用したものの、それらの文書はGATT20条(d)号による「法令」と見なされうるかについて、インドは立証できなかったとした。

確かに、インド電気法は「(GATTの) 規定に反しない法令」である。しかし、パネルの意見では、ローカルコンテンツ要求と電気法との関連性は乏しい。同様に、インドはローカルコンテンツ要求がいかにして電気法の遵守を確保するために必要な措置であるかについて証明できなかった。

以上の理由で、パネルは、本件ローカルコンテンツ要求が「(GATT1994の) 規定に反しない法令の遵守を確保するために必要な措置」ではなく、GATT20条(d)号によって正当化できないとした。

(4) 「不可欠の措置」あるいは「必要な措置」について

パネルは、太陽電池・モジュールがGATT20条(j)号による「一般的に又は地域的に供給が不足している産品」でもなく、はたまたローカルコンテンツ要求が「(GATT1994の) 規定に反しない法令の遵守を確保するため」でもないため、本要求がGATT20条(j)号と第20条(d)号の規定には該当しない、という結論を出しているのです。それ以上に、当該ローカルコンテ

ント要求が「不可欠の措置」あるいは「必要な措置」であるかどうかについての判断は行う必要がないとした。その上でパネルは傍論として以下の分析を行っている。

ローカルコンテンツ要求が「不可欠の措置」あるいは「必要な措置」であるかどうかの判断にとって基本的な問題は、ローカルコンテンツ要求が太陽光発電のニーズを満たすことのできる太陽電池・モジュールの持続的な供給を確保することができるかどうか、あるいはその持続的な供給が中断されてしまうリスクを減少又は排除することができるかどうかである。

この点については、インドは、本ローカルコンテンツ要求が、どの程度インドの太陽電池・モジュールの生産能力を高めることができるか、あるいはどれぐらい太陽光発電事業者の発電が中断するリスクを減少させるか、について立証しなかった。すなわち、インドの太陽電池・モジュールの持続的な供給を確保するという目的にとっては、ローカルコンテンツ要求の効果は未知数ないしは予測不能である。

次に、インドの主張する目的を実現するためにWTOと一致する他の代替的手段があるかどうかについては、インドは、他に合理的な代替手段がないことを証明しなければならない。パネルは、インド政府の当該目的を実現するために他の利用可能な代替手段がローカルコンテンツ要求よりどれぐらい有益かの判断には、十分な情報をもちあわせていない。

III 本件での結論

結論として、パネルは、①インドのローカルコンテンツ要求がGATT3条4項とTRIMs協定2条1項に違反し、GATT1994の3条8項(a)号の例外規定に該当しない、②当該ローカルコンテンツ要求は、GATT20条(j)号と(d)号の一般的な例外に該当せず、正当化できない、とした。

また、「紛争解決に係る規則及び手続に関する了解」により、パネルは、インドの措置が米国の利益を害し、インドはGATT1994とTRIMs協定上の義務を履行すべきと判断した。

参考：オンタリオのケース

オンタリオ州は、2002年以降、電力卸売市場を自由化した。OPA（オンタリオ電力規制当局）はオンタリオ州の独立機関であり、国内法上は政府機関ではないが、州内電力市場の管理運営計画の策定、事業者間の契約等の任務遂行を法律により委託されている。IESOは別の独立機関であり、系統管理・調整（同時同量等）や電気事業者間契約のコーディネートを含む州内電力市場の管理・運営の任にある。高圧送電網はすべてHydro One社（100%政府所有）が保有し、中低圧送配電網は地域配電会社(LDCs)が保有する。多数あるLDCのうち約1/4はHydro Oneが所有しており、残りは市町村等の地方政府の公有である。IESOにより管理・決定される電気卸売価格(HOEP)/市場決済価格(MCP)は、送電網の容量制約等による払戻金及び事業者ごとの規制・契約価格との差額の支払い(Global Adjustment)を受ける。

オンタリオ州のFIT制度は、資格認定を受けた特定再生可能エネルギー発電事業者は、

OPAとの長期契約（20～40年間）に基づき、再生可能エネルギー由来の電気をOPAが固定価格により買取保証する仕組みであり、FITプログラムへの参加条件は、州内所在の再生可能エネルギー発電設備であることのほか、再生可能エネルギーの種別及び発電量ごとに規定されるが、太陽光と風力については、資格設備の認定条件の中に、ローカルコンテンツ要件（オンタリオ州（カナダ）産品使用要件）が含まれていた。

FITプログラムは、①FITストリーム：10kW超のすべての再生可能エネルギー発電プロジェクト（太陽光については10kW～10MW、水力については10kW～50MW）、②マイクロFITストリーム：10kW以下の発電プロジェクトに分かれ、②は通常、家庭、農家、企業によるものである。

パネルは、まずTRIMs協定附属書1項(a)号とGATT3条8項(a)号の関係について、3条8項(a)号の要件に合致する政府調達に3条義務を免除されるため、TRIMs協定附属書1項(a)号（及びTRIMs協定2条）の義務にも違反しないと判示した。

その上で、対象措置のGATT3条8項(a)号の要件適合性について、本件FIT制度が、①「政府機関による調達を規制する法令又は要件」か、②政府機関による「調達」か、③「政府用」として購入されるものであり「商業的再販売のため」等でないか、についてそれぞれ検討し、論点③について、本件FIT制度は、オンタリオ州政府によって購入された後、Hydro One、LDCs等を通じて最終需要者に再販売されており、本件FIT制度は「商業的な」性質を持つため、3条8項(a)号の要件に合致しないと認定した。

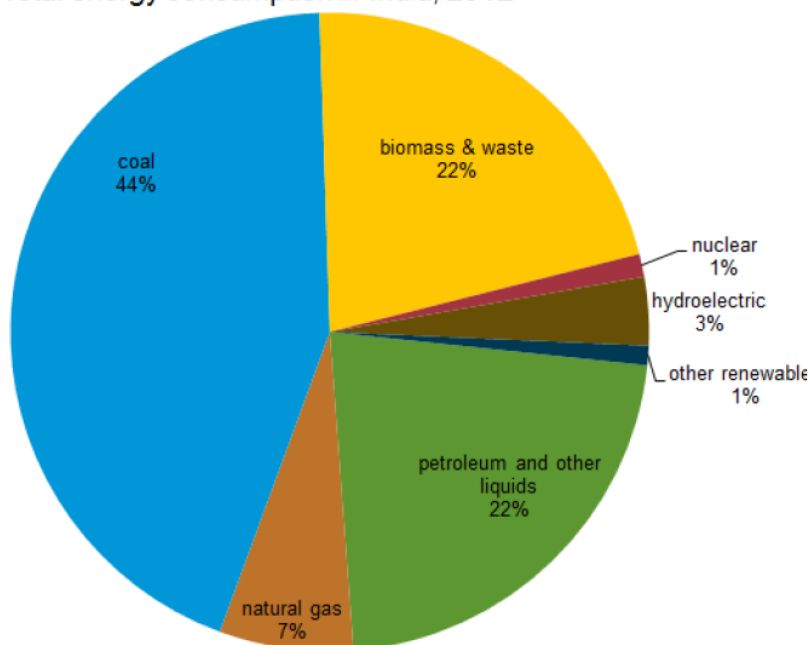
これに対して、上級委員会は、パネルの結論を支持しTRIMs協定違反を認定したが、その理由付けは異なる。すなわち、上記論点①について、「法令又は要件」と「調達」の間に明瞭な連関が必要であり（＝調達行為が法令等の義務的構造の中で実施されること）、かつ、政府機関により購入される産品と差別を受ける外国産品との間には競争関係が成立することが必要であると述べた。この点、オンタリオ州政府が調達する産品は再生可能エネルギー由来の電気であり、ローカルコンテンツ要件による差別待遇の対象産品（再生可能エネルギー発電設備）とは異なり、両者の間には競争関係が成立しないことから、本件ローカルコンテンツ要件は、3条8項(a)号の「法令又は要件」に該当しないと結論づけた。

参考（その2）：インドのエネルギー事情

※インドは世界第3位のエネルギー消費国（2015年）。

（インドのエネルギーミックス）

Total energy consumption in India, 2012



Source: U.S. Energy Information Administration, International Energy Agency, BP Statistical Review.

<太陽光発電の発電コスト・買取価格の国際比較>

	資本費 (\$ m/MW)	設備 利用率	運転 維持費 (\$ /kW/年)	発電 コスト (\$ /MWh)	FIT価格 (¢/kWh)
ドイツ	1.00 *(1)	11% *(4)	32 *(3)	106 *(2)	8.9（入札価格）
フランス	1.39 *(2)	14% *(3)	32 *(3)	124 *(2)	10.6（入札価格）
イギリス	1.22 *(2)	10% *(4)	32 *(3)	141 *(3)	16.5
スペイン	1.39 *(2)	16% *(2)	32 *(3)	148 *(3)	-（FIT廃止）
トルコ	1.99 *(3)	16% *(2)	32 *(3)	196 *(4)	13.3
米国	1.69 *(3)	17% *(2)	21 *(2)	107 *(2)	-（RPS制度）
ブラジル	2.06 *(3)	21% *(1)	26 *(2)	111 *(2)	7.8（入札価格）
豪州	1.36 *(2)	20% *(1)	19 *(2)	88 *(1)	-（RPS制度）
インド	1.03 *(1)	19% *(1)	18 *(2)	96 *(1)	7.7-9.2
中国	1.38 *(2)	16% *(2)	14 *(1)	109 *(2)	14.3-15.8
日本	2.49 *(4)	14% *(3)	67 *(4)	218 *(4)	22.5

上位：(1) 中位：(2) 下位：(3) 最下位級：(4)

※資源エネルギー庁資料をもとに作成

Ⅳ 結びに代えて

本件のようなローカルコンテンツ要求は、事業者に対して国内産品を優先的に使用する又は国内生産を行うインセンティブを与え、特定産業を保護・振興する効果を持つ一方で、輸入品を差別的に扱うものである。各国は自国産業の保護・育成のための産業政策の1つの手段としてローカルコンテンツ要求を導入するが、WTOによる自由貿易体制に相反する結果となりかねない。WTO協定に不整合な措置により国内産業の保護・育成を図ることは許容されないからである。

ところで、2012年4月12日付けで、インドは、米国がインドからの熱間圧延鋼板の輸入について相殺関税措置を課していることについて、米国の法令が定める補助金の額の算定方法、米国による補助金の認定及び損害の認定等がSCM協定の各条項に非整合であるとして協議を要請した(DS436)。本件はこれを背景として起こったという見方もある。しかし、米国がこれへの報復措置としてWTOに提訴した可能性は乏しいであろう。

ローカルコンテンツ要求は、それを要請する政府機関において国内事業者の受注等の「機会」の確保にとどまらず、「結果」の確保まで配慮された運用が行われる場合は、かえって国内業者の競争的な体質を弱め、国内事業者の健全な育成を阻害する結果となってしまう。そもそも、公共調達においては、安くて質の高い物品やサービスを調達することが要請されるものであることから、政府等の発注機関においても、可能な限り競争性の確保に配慮した調達が行われることが望ましい。いわゆるローカルコンテンツ要求については、当該指定銘柄の取扱事業者以外の事業者が競争入札等から排除されることにより、競争が行われる範囲が狭くなり、入札談合を誘発し易い環境さえ醸成するおそれがあることから、競争政策の観点からも、真に産業政策的にやむをえない事情がある場合を除き（WTO協定は産業政策自体を否定していないが、一定の規律を課している）、ローカルコンテンツ要求による発注はWTOによる自由貿易体制と相容れないものである。本稿で紹介したインドの事例はそのことを示している。

第 4 章

国内公法学からみた間接收用

京都大学大学院教授

原 田 大 樹

I はじめに

間接収用（規制収用）該当性は、投資協定仲裁の実体判断における代表的論点の一つである。しかし、日本法ではこのような概念が通常は用いられておらず、国内法の収用とどのような関係に立っているのかが問題となる。国際法上の間接収用に関してはいくつかの判断基準が示されている¹。代表的なものとして、国家の活動が投資に与える経済的影響・程度に注目する効果基準（sole effect test）、投資家に対するホスト国の措置の效果に注目する投資家の正当な期待の基準（legitimate expectations）、ホスト国の措置の目的が公益のために正当なものかどうか注目する目的基準（purpose test）、ホスト国の措置とその公益実現目的との比例性に注目する比例性基準（proportionality test）がある。もっとも、いくつかの投資協定仲裁で間接収用の概念が幅広く解釈されたことから、そのような拡張を抑制するため、間接収用の成立を限定する投資条約の規定が増加しているという²。例えば、日本・インドEPAにおいては、92条で収用又は国有化と同等の措置を禁止しており、条文上間接収用が含まれている。もっとも、附属書10でこの規定に関する解釈基準を設定し、その中で上記の4つの要素が考慮されることが明示されている。

改めて国内法に眼を向けると、こうした国際投資法における間接収用の考慮要素は、国内法の収用・損失補償の議論と一定の共通性を有する。これらの要素の多くは、損失補償を要するかどうかの基準（特別犠牲の成立）で考慮されているからである。他方で、投資協定仲裁の事例の中には、行政活動が違法な場合にも間接収用が認定されているものがあり、収用を適法な行政活動による侵害と捉えている国内法との齟齬が存在する。

そこで本報告では、国内法において収用概念はどのように理解されてきたのかをまず明らかにし（II）、次に投資協定における間接収用という見方がどこに起源を有するものなのかを、アメリカ法・ドイツ法における議論を参照して明らかにする（III）。その上で、日本の国内裁判所において争われた損失補償（場合によっては国家賠償）の事例と、投資協定仲裁で争われたケースの判断とを比較し、その共通点や相違点がどこにあるのかを示すことで、両者の概念の架橋を図ることとしたい（IV）。最後に、国際投資仲裁における間接収用という見方が、国内の国家補償法にもたらす新たな視点やインパクトを素描することとする（V おわりに）。

¹ Peter D. Cameron, *International Energy Investment Law* 223-228 (2010).

² 西元宏治＝平家正博「収用の禁止、不当又は差別的な措置の禁止」小寺彰＝川合弘造編『エネルギー投資仲裁・実例研究』（有斐閣、2013年）101-134（120）頁。

Ⅱ 日本法における収用概念

1. 国家補償のスキーム

最初に、日本法における国家補償法のスキームを簡単に確認する。行政法学では、行政が私人に対して一定の行政作用を展開する行政過程論と並んで、行政作用によって権利・利益が侵害された私人がその救済を求める行政救済論が大きな柱となっている。この中では、違法な行政活動の是正を求める行政争訟と、損害・損失の金銭填補を求める国家補償とが区分される。

国家補償法を構成するのは、違法な行政活動に対する損害の填補を目的とする国家賠償と、適法な行政活動で生じた損失を公平負担の観点から填補する損失補償の2つである。すなわち出発点として、問題となっている行政活動が適法か違法かという点が重視される。行政活動が適法であれば、それによって生じた経済的不利益は私人が受忍すべきものと考えられる。しかしそれが特定の人に集中する特別犠牲に該当する場合には、損失補償が与えられなければならない。損失補償が必要であるにもかかわらず、法律が補償規定を用意していない場合には、そのような法律は違憲無効であるとして、行政の介入を是正するタイプの救済と、憲法29条3項から直接に損失補償請求権が発生すると考えて裁判所が損失補償を認めるタイプの救済とが考えられる。日本では後者の請求権発生説が判例・通説とされている。

2. 行政活動の適法性

損失補償の対象となる行政活動は、適法な行政活動である。このような性格から、損失補償は行政活動が違法である場合の国家賠償よりも早期段階から発達した。国家賠償責任に関しては、主権無答責あるいは違法行為の国家への帰属不能の理論から、ドイツのように比較的早い段階で認められた国でも第一次大戦後によりやく認められ、我が国では戦後の日本国憲法を待って認められた。これに対して損失補償は、明治憲法下で法律上の制度（例：土地収用法）として存在していた³。この時代において公用収用は、「特定の公益事業の需要を充たすがために其の事業の経済主体が国家的公権の行使に依り他人に属する土地所有権又は其の他の財産権を取得しこれに伴ひ原権利者の権利が消滅するを謂ふ」⁴と定義されていた。戦後は憲法29条3項が損失補償制度を規定したことから、損失補償は憲法上の制度となった。このような根拠の格上げは存在したものの、適法な行政活動を対象とするという枠組は変わらなかった。予防接種禍をめぐる一部の下級審判例は、1980年代に損失補償構成による救済を試みた⁵ものの、その後は国家賠償法1条に基づく構成が一般的になった。

³ 塩野宏『行政法Ⅱ[第6版]』（有斐閣，2019年）381頁。

⁴ 美濃部達吉『日本行政法下巻』（有斐閣，1940年）933頁。

⁵ 塩野宏「予防接種事故と国家補償」同『行政過程とその統制』（有斐閣，1989年）417-445（442）頁（「憲法29条3項は公平負担・特別犠牲という憲法原理の財産面への表現である、という見方にた

3. 特別犠牲の有無

損失補償の発想の中核には、公平負担という考え方がある。損失補償は、「私有財産に対して加えられる特別偶然的損失を全体の負担において調整するための法技術的形式」⁶とされており、適法な行政活動であってもその損失が特定人に集中し、それを放置することが平等原則の観点から許されないが故に、金銭補償がなされるのである。

損失補償を与えるべきかの判断基準が「特別犠牲」の有無である。その際には形式的基準と実質的基準の2つの基準が考慮される。形式的基準とは、侵害行為の対象が特定の一般的なかという基準であり、特定のであれば補償が必要とされる。また実質的基準とは、侵害行為が財産権の本質的内容を侵害するほど強度か財産権に内在する社会的制約かという基準であり、より具体的にいえば、侵害の強度が財産権の本来の効用を妨げるほどのものであるか、そうでない場合には規制目的が警察制限か公用制限かが考慮される⁷。侵害強度が強ければ当然に補償が必要となり、そうでない場合には安全や秩序維持を目的とする消極目的（警察制限）であれば補償不要、それを越える福利の増進を目的とする積極目的（公用制限）であれば補償必要とされる。

代表的な損失補償に関する最高裁判決として、例えば以下のようなものがある。60年にわたって都市計画道路予定地であることに伴う土地の利用制限が課されていた場合に、最高裁は補償を不要と判断した。その際には、利用規制の程度がそれほど強いものではなかったことが考慮されている（最判2005（平成17）・11・1判時1928号25頁）。行政財産である市場の一部について使用許可を受けて使用し、後に市場拡張の必要が生じてその撤回がされた場合に損失補償が必要かどうかについて、最高裁は終期を定めない使用許可は行政上の必要が生じた段階で撤回がなされることを前提としたものであり、この許可に基づく使用权に内在する制約であるとして損失補償を否定した（最判1974（昭和49）・2・5民集28巻1号1頁）。ガソリンスタンドの近くに地下道が建設されたため、ガソリンタンクを移設しなければならない場合に、最高裁は、このような規制が危険な物を所有する所有者が本来負うべき警察制限に基づく制約なので、道路法に基づく損失補償の対象ではないとした（最判1983（昭和58）・2・18民集37巻1号59頁）。ため池の堤塘での耕作を禁止した条例に違反して耕作を続けて起訴された事件で、最高裁は同条例が災害防止目的の規制を行うものであり、災害の危険を伴うような耕作行為は憲法でも民法でも適法な財産権の行使ではないとして、補償不要と判断した（最大判1963（昭和38）・6・26刑集17巻5号521頁）。

つと、29条3項を財産以上の保護価値である生命財に対する補償に援用する、というのが素直な見方」。

⁶ 田中二郎『新版行政法中巻 全訂第二版』（弘文堂、1976年）211頁（傍点原文）。

⁷ 大橋洋一『行政法Ⅱ 現代行政救済論[第4版]』（有斐閣、2021年）450頁。

4. 補償と規制

適法な行政活動が私人に対して特別犠牲を生じさせ、損失補償が憲法上必要なはずなのに、法律上補償規定を欠く場合の救済手段として、次の2つの考え方が存在する。1つは、補償規定のない法律そのものが違憲無効とする考え方で、この場合には取消訴訟等の行政訴訟の手段で規制の撤廃を求めることとなり、法律で補償規定が設けられない限り補償は得られない（違憲無効説）。もう1つは、憲法29条3項から直接損失補償請求権が発生するとする考え方で、この場合には損失補償が憲法の規定を根拠に得られることとなる。

我が国では当初、違憲無効説が有力であった。しかし、最高裁は名取川事件（最大判1968（昭和43）・11・27刑集22巻12号1402頁）の傍論で請求権発生説に言及し、違憲無効説を否定した。もっとも、損失補償規定を欠く法律に対する救済手段は必ずしも択一的な関係にはないはずで、請求権発生説を前提としてもなお損失補償規定がないことを理由に法律の違憲無効の主張ができるという見方もあり得る⁸。しかし最高裁は、法律の違憲無効を否定する文脈で請求権発生説に言及しており、請求権が発生することと引き替えに法律の違憲無効を認めない立場をとっている（最判1975（昭和50）・3・13判時771号37頁[風致地区建築規制条例]）。

このように、日本の損失補償をめぐる議論では、「間接収用」の概念はもとより、実は「収用」の概念が議論されることもほとんどない。そして、損失補償が必要な特別犠牲かどうかの判断の際に、国際法でいう間接収用に関する判断基準と類似の要素が考慮されていることが分かる。この特別犠牲の基準は、収用か規制かという区別を前提とせずに議論されており、それゆえ規制が行きすぎると損失補償が必要になる可能性は否定されていない⁹。

Ⅲ 間接収用概念への道程

1. 規制収用とポリス・パワー——アメリカ法

(1) 収用概念の拡大

このように、日本法の中では「間接収用」という概念は意識的に議論されているとはいえ

⁸ 「一方において、財産権の収用その他財産権の侵害を許容しながら、他方において、正当な補償をしないことを定めているとすれば、それが財産権に内在する社会的・自然的制約の範囲を超えるものである限り、その法律は違憲・無効の法律と判断するほかなく、また、正当な補償を要する場合であるにかかわらず、補償しない趣旨で、法律上に補償規定を設けていないとすれば、これまた、違憲といわなければならない」（田中・前掲注（6）213-214頁）。これに対して憲法学では、森林法違憲判決（最大判1987（昭和62）・4・22民集41巻3号408頁）や証券取引法判決（最判2002（平成14）・2・13民集56巻2号331頁）を素材に、規制目的と規制手段の合理性を中心とする違憲審査基準を議論し（例えば芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法[第7版]』（岩波書店、2019年）236-237頁、佐藤幸治『日本国憲法論[第2版]』（成文堂・2020年）349-350頁）、補償との関係をあまり問題にしてい

⁹ 高木光『行政法』（有斐閣、2015年）387-388頁。

ない。そこで、国際法上の間接収用の概念に似た議論を、アメリカ法・ドイツ法の中から探してみることにしたい。アメリカ法における収用と損失補償の出発点は、修正5条（損失補償なき収用の禁止）の規定である。19世紀前半までの損失補償基準としては物理的収用基準がとられており、収用の対象は財産権（有体物）の物理的収用に限定され、補償に関する裁判所の裁量は抑制的なものと考えられてきた。それが、南北戦争後からは収用の対象が拡大してきた（権利の束論）。ただしこの時期までは、規制・収用二分論が維持されていたとされる。すなわち、収用条項と別にポリス・パワーの基準が立てられ、ポリス・パワーに基づく介入は無補償と考えられてきた¹⁰。例えば、ゾーニング規制の合憲性が争われたユークリッド事件判決¹¹では、規制の類型にあたると考えられ、ポリス・パワーに基づく介入であり損失補償は不要とされた。

（2）規制収用（regulatory takings）概念の登場

こうした規制・収用二分論が相対化をはじめ、規制収用という類型が認められる契機となったのがマホン事件判決¹²であったとされる。この判決文の中では、規制が一定の限度を超えた場合に収用となることが明示されている。もっとも、この判示は規範の有効性の問題に過ぎず、与えられる救済手段の内容とは別という理解も成り立つ¹³。後に述べるように、アメリカでは補償規定のない収用に対して、損失補償と違憲無効の両方の解決策が併用されている。

このマホン事件以降、収用と規制を連続的に捉える考え方が一般化した¹⁴。たしかに両者の差異は相対的なものである。例えば、移転可能な開発権（TDR）は、土地利用規制の一種と捉えれば「規制」であり、空中権が奪われていると考えれば「収用」ということになる¹⁵。まさにこの移転可能な開発権が問題となったペン・セントラル事件判決において、収用かどうかの判断基準が示された¹⁶。公益と私益の比較衡量を基本枠組とするこの基準では、具体的な考慮要素として財産権者に対する規制の経済的効果、投資家の合理的な期待を侵害する程度、政府の行為の性格が挙げられている。その後の最高裁判例は二段階の基準に移行した

¹⁰ 福永実「アメリカにおける損失補償論と司法審査」比較法研究 66 号（2004 年）225-230（227）頁。

¹¹ *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*, 272 U.S. 365 (1926). 同判決につき参照、田尾亮介「交渉・合意・協働」行政法研究 2 号（2013 年）65-112（75）頁。

¹² *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922).

¹³ 米沢広一「土地所有権の規制（1）」法学論叢（京都大学）107 巻 4 号（1980 年）26-61（34）頁。

¹⁴ A. Dan Tarlock, *Regulatory Takings*, 60 Chi.-Kent L. Rev. 23, 23 (1984) は、収用とは何かという問題は、どんな場合にポリス・パワーの行使が無効かという問題と同じであるとする。

¹⁵ 玉巻弘光「アメリカの土地利用規制と損失補償要否の判定基準」東海法学（東海大学）14 号（1995 年）149-195（171）頁。

¹⁶ *Penn Central Transportation Co. et al. v. New York City et al.*, 438 U.S. 104 (1978). 同事件の分析として参照、米沢広一「土地所有権の規制（3・完）」法学論叢（京都大学）108 巻 3 号（1980 年）26-49（43-44）頁。

とされている¹⁷。すなわち、[1]規制によって当該財産が永久的・物理的に占有される場合、規制が経済的利益をもたらす土地利用を全面禁止する場合（ニューサンスに該当しない場合）には規制は収用と判断され、[2]この基準に該当しない場合には公益と私益の比較衡量（ペン・セントラル事件判決の基準）がなされる。

(3) ポリス・パワーの行使の基準

もともと収用とは別枠で議論されていた「ポリス・パワー」の概念は憲法上のものではない¹⁸。この概念は、州による規制が違憲でないことの正当化根拠として判例により蓄積されたものである。しかし、収用概念が拡大して規制収用の概念が登場した結果、アメリカにおける収用問題は我が国でいう損失補償の要否の問題にかかわることとなった¹⁹。

ポリス・パワーの行使の違憲審査基準、換言すれば規制収用該当性の基準は次の通りとされる²⁰。すなわち、州のポリス・パワーの行使が恣意的・独断的・不合理であれば違憲無効とされ、デュー・プロセス条項及び収用条項に違反する。このうち、不合理性の基準とは、規制目的が公共目的に資するか、目的を達成するために合理的な必要性のある手段か、規制手段が没収的・差別的でないかという要素から判断される。より具体的な判断基準²¹としては、物理的な制約がかかるかどうか（物理的侵害テスト）、土地利用が他者に有害な影響を与えるものであるかどうか（有害利用テスト）、制約によって経済的価値に悪影響が出るかどうか（経済価値減少テスト）、規制により実現される公益が制約される私益を上回るかどうか（利益衡量テスト）といった要素が挙げられている。

このように、アメリカでは20世紀中盤から「規制収用」の概念が判例・学説で議論されている²²。アメリカでは規制と収用の連続的の把握が一般化している。そして、規制収用の判断基準には、日本の議論における規制の違憲審査基準と特別犠牲の基準の双方の要素が含まれている。

2. 古典的収用概念の復活——ドイツ法

(1) 古典的収用概念

次に、ドイツ法における収用概念を検討する。中世においては、諸高権の束をもつ

¹⁷ 福永実「損失補償の要否論と財産権の本質的内容（1）」早稲田政治公法研究 76 号（2004 年）141-165（142）頁。

¹⁸ 米沢・前掲注（13）30 頁。

¹⁹ 由喜門眞治「アメリカの土地利用規制と損失補償（1）」民商法雑誌 107 巻 3 号（1992 年）404-430（407）頁。

²⁰ 由喜門・前掲注（19）415 頁。

²¹ 玉巻・前掲注（15）177-181 頁。

²² Barry Appleton, *Regulatory Takings*, 11 N.Y.U. Envtl L.J. 35, 39 (2002) は、アメリカの収用法は完全に独自のものであり、他の民主主義国家の市場でこれほど豊かな憲法上の収用に関する判例法理を持っている国はないと評している。

Landesherrが臣民と対峙し、高権による侵害に対しては臣民の既得権による制約が存在していた²³。その後、1794年のプロイセン一般ラント法では、個人の利益よりも公共の福祉が優先すること、収用に対する補償請求権が認められることが規定された（74・75条）。さらに、19世紀後半になると、収用補償に関する法律の根拠が設けられ、さらに州の憲法上も損失補償が規定されるようになった。収用に関する一般法の代表例とされる1874年のプロイセン収用法は、古典的収用概念成立の画期となった。この古典的収用概念とは、収用対象は物権（不動産）に限定され、収用された権利は公企業に移転し、収用は公共の福祉のためになされ、収用の執行は法律に根拠を持つ行政行為で行われ、被収用者に完全補償を求める請求権があるところに特色があった²⁴。さらに、ドイツを代表する行政法学者のオットー・マイヤーの損失補償理論²⁵でも、収用の対象は不動産に限定されており、動産の徴発は公用負担の問題と扱われていた。同理論ではポリツァイ的介入に対する補償不要論が展開され、その理由は自己責任に基づく不利益であって特別犠牲とは言えないところに求められていた。オットー・マイヤーは、特別犠牲説の提唱者としても知られる。彼の議論は正義と公平の原理による経済的調整を重視しており²⁶、所有権の侵害を必ずしも問う必要はないとされていた。その意味では、ここにも古典的収用概念の崩壊の一端が見られるかもしれない。

（2）古典的収用概念の崩壊とさまざまな補償請求権の登場

第1次大戦後のワイマール憲法には、職務責任（131条）と損失補償（153条）の2つの規定が設けられた。このうち収用に関しては、公共の福祉のため、法律の根拠に基づき、適切な補償が与えられることを条件に認められていた。このワイマール期に、古典的収用概念の崩壊²⁷と呼ばれる現象が発生した。その原動力となったのはライヒ裁判所判例²⁸の展開であり、有力な学者もこれを支持した。この崩壊現象とは、具体的には、収用の対象の拡大（債権・株式・著作権等も含まれる）のほか、公企業のための収用に限定されず、権利移転のための債務を課す場合も含まれ、権利制限の場合も収用に含まれ、立法そのものによる収用も含まれることを特色とする。収用概念拡大は、アメリカのみならずドイツでも同時期に進行していた。

ドイツ法に顕著な特徴は、とりわけこの時代にさまざまな補償請求権が登場したことであ

²³ 芝池義一「ドイツにおける公法学的公用収用法理論の確立（1）」法学論叢（京都大学）92巻1号（1972年）62-84（68）頁。

²⁴ Fritz Ossenbühl/Matthias Cornils, Staatshaftungsrecht, 6.Aufl. 2013, S. 154.

²⁵ 角松生史「『古典的収用』における『公共性』の法的構造（1）」社会科学研究（東京大学）46巻6号（1995年）1-82（65-71）頁。

²⁶ 角松生史「『古典的収用』における『公共性』の法的構造（2）」社会科学研究（東京大学）47巻5号（1996年）97-159（139）頁。

²⁷ 古典的収用概念の崩壊と財産権保障との関係につき参照、石川健治『自由と特権の距離[増補版]』（日本評論社、2007年）64-67頁。

²⁸ Ossenbühl/Cornils (Anm. 24), S. 156.

る。この背景には、違法な行為に対する職務責任と適法な行為に対する損失補償を架橋する統一補償理論の影響²⁹があった。

損失補償制度のベースにあるのは犠牲補償請求権であり、プロイセン一般ラント法以来の伝統を持っていた。このうち財産権に関する補償が収用に対する損失補償として独立したものの、犠牲補償請求権はなお存続し、かつ違法無過失の侵害に拡大することとなった。第二次大戦後は、予防接種被害・強制断種・学校の体育での事故等の非財産的法益に対する侵害にその対象が移行することとなった³⁰。

統一補償理論の観点からは、違法・有過失を前提とする職務責任と、適法を前提とする損失補償の間に残された、違法・無過失の侵害に対する対応が大きな課題と認識された。この空隙を埋めるものとして、収用類似の侵害に基づく請求が判例により認められた。当初は職務責任の代替的性格であったこの請求権は、財産権に対する違法な侵害を対象としていたものであり、それが違法無過失に対する補償³¹へと拡張した。この収用類似の侵害は、第二次大戦後の連邦通常裁判所判例に継承され、さらには勿論解釈という形で違法有過失の侵害へも拡大した。最も拡張が進んだ時期の収用類似の侵害は、あらゆる財産的侵害に対する請求権と位置付けられ、職務責任との内容的な平準化が進行し、結果除去請求権とも併存関係にあった。このようなスーパー請求権（Superanspruchsgrundlage）が認められたことで、連邦通常裁判所が連邦憲法裁判所の違憲審査権を空洞化する動きが進行した。他方で、このような適法・違法を問わない補償請求権は、国際法における間接收用やアメリカ法の規制収用と類似の機能を有していた。

このほか、財産権に対する適法な侵害による特別犠牲への対応のため収用的侵害に基づく補償も創出された³²。これは、1950年代以降の判例法でとりわけ発展したもので、いわゆる事業損失を中心とし、非定型的で予見し難い損失が対象とされた。侵害行為としては事実行為が中心であり、個別法の補償規定が欠如している場合に利用可能とされた³³。

第2次大戦後の基本法にもやはり収用の規定はおかれたものの、ワイマール憲法にはない要素として内容規定と収用の区別と付帯条項という2つの点が挙げられる。基本法14条1項は所有権の「内容と制約」（Inhalt und Schranken）は法律で決定されると規定しており、これとは別に同条3項で「収用」（Enteignung）は公共の福祉のためにのみ、法律または法律の根拠に基づきなされ、補償の程度は法律で規定されることとされた。この法律による収用規定の必要性の部分が付帯条項と呼ばれ、立法者が損失補償を行うかどうかの判断権を持つために置かれたものとされる。

²⁹ 宇賀克也『国家責任法の分析』（有斐閣・1988年）112-117頁。

³⁰ 宇賀・前掲注（29）278-279頁。

³¹ Ossenbühl/Cornils (Anm. 24), S.260.

³² Ossenbühl/Cornils (Anm. 24), S.326.

³³ Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17.Aufl. 2019, S. 455 Rn. 1161.

ワイマール期から戦後にかけての収用は、規制との明確な区別を欠いていたと言える。1952年 連邦通常裁判所・賃料損失判決³⁴では、収用の基準としていわゆる特別犠牲説が採用された。これは、剥奪か制約かを問わず、財産権に対する介入であって、他の集団と比べて介入を受ける個人・集団が特別な負担を負い、公衆の利益のために特別な犠牲が強いられている場合を収用と捉える考え方である。この考え方は、内容規定と収用を区別し、その意味では規制と収用との間に一定の区分を試みるものではあった。つまり、財産権に対する一般的な制約は内容規定の問題であって、個別的な侵害が収用とされた。これはライヒ裁判所時代の個別行為説を継承したものである³⁵。そして、内容規定の場合は原則無補償とされ、そのような内容規定を含む立法行為が違憲無効とされた。これに対して、個別的な執行行為が特別の犠牲を生じさせる場合に補償が与えられるとされた。他方でこの時代には、前述の収用類似の侵害によって幅広い損失補償可能性が確保されていた³⁶。連邦通常裁判所は、付帯条項を無視して収用該当性を自ら判断し、法律を無効とはしないまま補償を与えた。これは違憲の侵害に対する補償であるから、まさに収用類似の侵害の類型に入るものであった。このような判例法の展開を背景に、財産権に内在する制約に基づく規制でも一定の限度を超えれば収用になるとの考え方（転化理論（Umschlagtheorie））が見られた。

(3) 古典的収用概念の復活

このような規制と収用の相対化にブレーキをかけたのが、1981年の連邦憲法裁判所・砂利採取決定（Nassauskiesungsbeschluss）³⁷である。この決定では、立法者が損失補償請求権を与えていない限り、通常裁判所は収用補償を与えることができないことを明確化した。すなわち、第一次的権利保護（処分取消）が第二次的権利保護（賠償・補償）に優先するとの考え方がとられ、これによって損失補償の要否に関する立法者の判断の機会を確保することが可能となった³⁸。同決定は同時に、内容規定と収用を厳密に区別し、内容規定が憲法上の限界を超えても収用に転化するわけではないとの立場を明確化した³⁹。違憲の内容規定は収用にはあらず、この場合には補償請求権が生じず法律が違憲無効になることとされた。

³⁴ BGHZ 6, 270.

³⁵ Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, S. 739 Rn. 16.

³⁶ 宇賀・前掲注 (29) 285-286 頁。

³⁷ BVerfGE 58, 300.

³⁸ 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（47）頁。

³⁹ Maurer/Waldhoff (Anm. 35), S. 762 Rn. 29.

		内容規定と収用の区別	
		内容規定（14条1項）の法律	収用規定（14条3項）を有する法律
合 憲 性	合憲の法律	適法・補償不要	適法・補償必要
	違憲の法律	無効・取消請求*	無効・ <u>取消請求</u>

*同年の連邦憲法裁判所・義務献本決定（Pflichtexemplarentscheidung, BVerfGE 58, 137）で補償の可能性が開かれる（その後の判例で、金銭的調整義務のある内容規定（ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung）が肯定される）

同決定は、内容規定の問題との関係で、立法者による内容形成を統制しうる「憲法上の財産権概念」を定立した。その中核は私的効用性（Privatnützigkeit）の保障⁴⁰にあるとされる。この考え方によると、財産の交換価値を超える経済的負担や財産権の経済価値を完全に奪う内容規定は準収用にあたりとされる。もっとも、連邦憲法裁判所の収用概念は、それ以前と比較して大幅に縮減した⁴¹。すなわち、具体的で個別的な財産権に対する意図的介入、法規範または行政行為による介入、具体的な個人の財産的地位を完全あるいは部分的な剥奪、公的任務を実現する具体的計画のために剥奪を収用と位置付けている。この概念定義では、間接収用が入る余地はほとんどない。さらに、同決定によって収用類似の侵害や収用的侵害の成立範囲が縮小したことも大きな意味を持つ。連邦通常裁判所は収用類似の損害を維持したものの、その成立範囲は大幅に限定された。通常裁判所は収用類似の侵害を基本法14条3項と完全に切り離し、犠牲補償に根ざした判例法として一般法律レベルの制度に位置付けた。そして、その対象範囲を違法な侵害に改めて限定した。基本法14条3項は「適法な」収用を念頭に置いており、違法な収用には適用がないからである⁴²。さらに、第一次的権利保護が機能しない場合に限定して収用類似の侵害の成立を認め、補充的な位置づけとした（ただし職務責任とは競合関係とされる⁴³）。収用的侵害もなお存続しているものの、調整義務のある内容規定との関係では例外的位置づけになった⁴⁴。

⁴⁰ Ossenbühl/Cornils (Anm. 24), S.199-200.

⁴¹ Ossenbühl/Cornils (Anm. 24), S.206.

⁴² Maurer/Waldhoff (Anm. 35), S. 784 Rn. 95.

⁴³ Detterbeck (Anm. 33), S. 446 Rn. 1135.

⁴⁴ Maurer/Waldhoff (Anm. 35), S. 793 Rn. 109. 高木・前掲注（9）405 頁は、調整義務のある内容規定を連邦憲法裁判所が認めたことも含め、収用概念の純化（古典的収用概念への回帰）を志向するものという面があることを指摘する。

	財産的価値のある権利	財産的価値以外の権利
適法な侵害	収用に対する損失補償 収用的侵害 ⁴⁵ 調整義務のある内容規定	犠牲補償請求権
違法な侵害	収用類似の侵害	犠牲類似の侵害
	職務責任	

このように、ドイツにおいては古典的収用概念が崩壊したワイマール期から戦後にかけて、収用概念がアメリカと同様に拡張し、また規制と収用の区別をつけずに補償を行う収用類似の侵害による救済が幅広く用いられていた。しかし、1981年の連邦憲法裁判所・砂利採取決定以後は収用概念の限定が進んで古典的収用概念への回帰の現象が見られ、国際法上の「間接受用」にあたるものは収用の概念に含まれなくなっている。

IV 国内公法学からみた間接受用

1. 収用の対象

間接受用という考え方を支えているのは、収用概念の拡大（とりわけ規制と収用の相対化）と、適法・違法の区別を相対化して補償請求を認める収用類似の侵害の2つであった。日本法に関して言えば、前者の要素は認められるものの、後者のような請求権構成はこれまで認められてこなかった。そこで、国内公法学からみた間接受用概念について、国際法では間接受用に該当する可能性のある国内法の事例と、国際投資仲裁の事例を素材に、その意味を検討することとしたい。

最初に取り上げるのは、収用の対象の問題である。我が国では、憲法上の財産権保障の対象となる「財産権」は財産的価値を有する全ての権利とされており、公法上の権利も含むとされる⁴⁶。ここで、許認可は補償の対象になるかという論点が存在するものの、既に言及した行政財産使用許可撤回（最判1974（昭和49）・2・5民集28巻1号1頁）の事件で最高裁は、許認可の撤回が収用の議論に含まれることを認めているように見える。この事件では、国有財産法では普通財産法に対する損失補償の規定のみが設けられていたものの、都の所有する行政財産に対する類推適用が認められている。法律の損失補償規定の準用という点に注目すると、法律がそのような規定を設けて始めて許認可等の撤回に関する補償が議論されうるとも評価できる。しかし最高裁は別の事件（最判2010（平成22）・2・23判時2076号40頁[屠畜場廃止]）で憲法29条3項に基づく損失補償の可能性に言及しているので、許認可の撤回に経

⁴⁵ 収用的侵害は、原因となった行政活動それ自体は適法であるものの、その財産権侵害は違法と評価されうるのである。Maurer/Waldhoff (Anm. 35), S. 794 Rn. 111.

⁴⁶ 佐藤・前掲注（8）344頁。

済的な不利益が生じる場合には損失補償の対象に含めていると思われる。もっとも、最高裁は1974年の判決では、使用許可に内在する制約である点を重視して補償不要を導いている。

国際投資仲裁に関する類似の事件として、Tecmed事件⁴⁷を挙げることができる。この事件では、廃棄物処理場の許可の更新拒否が争点となっていた。仲裁廷は、間接收用の判断について、経済的価値の喪失に注目し、大きな経済的な打撃があることを肯定している。他方で、ホスト国は補償なしにポリス・パワーの行使が可能であることを肯定した。その上で仲裁廷の判断は協定違反・国際法があったかどうかの問題に限定されるとし、協定からは規制措置を収用の概念から排除する趣旨が読み取れないと述べた上で、間接收用該当性について目的と手段の比例性で判断する立場を採っている。結論としては、投資家が長期にわたって事業を継続できる正当な期待が存在していたとして、間接收用該当性を肯定した。

二つのケースを比較すると、国内法では、許認可の撤回が適法である（要件を充足している）ことを前提に、その経済的価値の側面が議論されているように思われる。日本法では収用の対象となる権利についての議論はそれほどなされていないものの、おそらくは経済的利益を伴う法的地位一般にこれを認めるという考え方が一般的で、最高裁もこのような立場を共有しているものと思われる。これに対して投資協定仲裁では、国内法上適法かどうかは審査対象外と整理した上で、協定違反があるかどうかの考慮の際に目的と手段の比例性や正当な期待の部分で、国内法上の「ある種の」適法性審査がなされている（もちろん、国内の訴訟で見られるような純粋な行為義務ベースの審査ではない）。

2. 行政活動の適法性・合憲性との関係

そこで次に、行政活動の適法性・合憲性との関係について、いくつかの紛争を素材に検討することとしたい。国際投資仲裁において日本の類似判例と紹介されることの多い工場誘致施策の変更（最判1981（昭和56）・1・27民集35巻1号35頁）の事例は、計画担保責任と呼ばれる問題を含んでおり、国家賠償構成と損失補償構成の両方が可能である。すなわち、選挙による首長交代により工場誘致政策が変更されることは適法であると考え、これに伴って私人の側に生じた損失は損失補償の問題となる。選挙によってといえども工場誘致政策が途中で変更されたことが違法と捉え、国家賠償法1条の責任の問題となる。最高裁は、損失補償構成の場合には違法無過失の責任類型となり、このような場合にドイツで発展している収用類似の侵害に対応する議論が日本にはないことから、不法行為構成を選択した⁴⁸。

⁴⁷ Técnicas Medioambientales Tecmed s.a. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, May 29, 2003.

⁴⁸ 加茂紀久男「判解（最判昭和 56・1・27）」最高裁判所判例解説民事篇昭和 56 年度 21-49（42）頁は、「この場合の損失補償請求権を憲法 29 条 3 項の規定から直接に導き出すことは困難であろうし、西ドイツにおけるように公用収用の損失補償に関する規定（基本法 14 条 3 項）の判例による拡張解

そして、不法行為としては政策変更や建築確認申請の経由拒否でなく、変更に伴って生じる積極的損害を緩和する代償的措置がとられなかったことを挙げている⁴⁹。最高裁は、信義則を媒介とする賠償責任を肯定するに際して、長期間の協力関係がなければ投資を回収できない点を重視している⁵⁰。これは、政権交代に伴う経済的なリスクに対する対処を私人の側には求めない、換言すれば私人の帰責性がないことまでを要求しないことを意味する⁵¹。

次に、条例制定と配慮義務が問題となった紀伊長島町事件（最判2004（平成16）・12・24民集58巻9号2536頁）を取り上げる。この事件では、廃棄物処理法による県知事からの許可を取得している事業者が、町の水道水源保護条例によって営業できなくなっており、法律と条例の矛盾抵触関係が裏の争点となっているものの、この点については裁判では判断されていない。最高裁は、条例の違憲無効を回避するための憲法適合的解釈として、条例に含まれる協議の規定に注目し、この協議の中で事業者側の立場を十分に考慮する配慮義務が町にあるとした⁵²。この事件は金銭賠償ではなく取消請求であったため、間接収用との関係をストレートに比較するのは難しい。もし、条例制定の違法を国家賠償法で主張しようとする、条例制定に認められる立法裁量との関係で違法性が認められるのはかなり困難と思われる⁵³。

この紀伊長島町事件とよく似た投資仲裁事例がMetalclad事件⁵⁴である。この事件でも廃棄

積の実績や伝統的な犠牲補償請求権（...）の思想の背景のないわが国で、いきなり収用類似の侵害に対する損失補償請求権を認めることができるのかどうかも問題であろう」とする。

⁴⁹ 加茂・前掲注（48）43頁は、施策の変更を直ちに違法とするのではなく、積極的損害に対してとられるべき代償的措置の欠如を媒介項として不法行為を認めることで、賠償の範囲を限定できるとする。

⁵⁰ 濱本正太郎「投資家の正当な期待の保護」RIETI ディスカッションペーパー14-J-002号（2014年）1-24（24）頁は、国家賠償法と投資条約との異同、とくに信頼保護原則の適用範囲が両者で異なっているかどうかを分析する必要性を指摘する。

⁵¹ 最判1987（昭和62）・10・30判時1262号91頁[八幡税務署事件]では、行政の「表示を信頼しその信頼に基づいて行動したことについて納税者の責めに帰すべき事由がないかどうか」を考慮しなければならないとする。

⁵² 杉原則彦「判解（最判平成16・12・24）」最高裁判所判例解説 民事篇平成16年度（下）811-832（827）頁は、「規制対象事業場認定処分がされると水源保護地域ではおよそ営業ができなくなることで、営業の自由ないし職業選択の自由に対する過剰な規制として憲法22条1項に違反するのではないか」という問題が生じ得るところであるので、そのような事態を回避するためには事前協議の手続が適正に実施されることが必要であるという考え方を示したものである」とし、同828頁は、既営業者等に対する経過措置は「憲法上保障された権利である営業の自由ないし職業選択の自由との関係で、そのような事業者の地位を不当に害することのないようにするためのものであり、そのような経過措置が実際には設けられなかった場合であっても、当該立法の下で事業者等に適切な指導をすることなどによって事業者等の地位を不当に害することのないように配慮することが可能なときは、立法者にはそのような配慮をすべき義務があるものと考えられる」とする。

⁵³ 条例については微妙であるものの、法律に関して最高裁は、国家賠償法上の違法性の成立を限定する立場を採用している（最判1985（昭和60）・11・21民集39巻7号1512頁、最大判2005（平成17）・9・14民集59巻7号2087頁）。そのため、違憲の法律により生じた損害について「国家賠償請求が認容される余地はまずないと思われる」（宇賀克也『国家補償法』（有斐閣・1997年）395頁）。

⁵⁴ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF) /97/1, Award, Aug. 30, 2000. 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（285-287）頁で、同事件と紀伊長島町事件との簡単な比較を行った。

物処理場の設置が問題となっており、市が建築許可を拒否したことと、州がサボテン保護地域に指定したことが争点となっている。仲裁廷は、市による建設許可の拒否は権限外の行為であるとした上で、Metalcladが信頼したメキシコ政府の行為と市による建設不許可が間接収用に該当するとしている。これに対して、保護地域の指定に関しては、その動機・意図を考慮する必要なく、それ自体（in and of itself）収用⁵⁵に該当するとしている。

日本法における行政活動の適法・違法の線引きについて言えることは、どちらでも構成できる場合に裁判所は国家賠償構成の方を損失補償構成よりも好んでいることである。これは予防接種禍に関する救済についても言えることである。損失補償構成の選択肢が豊かではないことがこのことに影響している。もっとも、国家賠償の場合も立法裁量が問題となる場合には、違法との判断が下されにくくなり、金銭填補は望めなくなる。これに対して、投資協定仲裁の間接収用の場合には、措置が国内法に照らして違法であったかどうかは、本来問題にされてはいない。しかし、上記2つの仲裁判断では、国内法上の権限があるかどうか、正当な期待の基準・目的基準・比例性基準の援用という形で実質的には考慮されているのではないかとも思われる。投資協定仲裁では主として金銭填補のみが問題となり、また協定の文言からすれば間接収用の判断基準は経済的な不利益だけのように読める。それにもかかわらず仲裁廷が時に、国家規制の性質や目的といった要素を間接収用の成否の判断基準に加えている理由は、実質的には国内法との抵触を考慮しているのではないか。もっとも、財産権に対する侵害が強くなれば、補償を与えずにそのような規制を行うことが効果面のみで間接収用と評価されている。このレベルは、国内法で言えば、財産権規制立法の違憲審査に匹敵する審査ではないかと思われる。

V おわりに

本報告では、間接収用の概念について、日本法の現状と、概念の由来を検討してきた。日本法では間接収用の概念は用いられていないものの、規制と収用の峻別という発想はとられておらず、特別犠牲の有無の判断にあたって間接収用に該当するような事例も対象に含まれている。間接収用の概念は、アメリカ及びドイツ（ワイマール期から砂利採取決定まで）で見られた収用概念の拡張、すなわち規制と収用の相対化に由来しており、ドイツにおいては収用類似の侵害に基づく損失補償がこのような考え方を推し進めるエンジンとして機能していた。現在の投資協定仲裁における間接収用概念は、国内法でいえば損失補償の可否の問題と、財産権規制に対する違憲審査基準の問題の双方を含んでおり、国内の行政救済と国際投

⁵⁵ 坂田雅夫「投資保護条約に規定する「収用」の認定基準としての「効果」に関する一考察」同志社法学（同志社大学）57巻3号（2005年）833-875（854）頁は、この表現とアメリカ国内法の「それ自体剥奪」との類似性を指摘し、私有財産に対する永続的な物理的侵害あるいは土地の経済的利用が全て奪われる点に注目して、効果面のみから収用該当性を判断したものとする。

資仲裁が競合するケースにおける解決のあり方を分析する際には、お互いの論理構成の違いにもかかわらず共通する判断要素同士を子細に比較することが重要と思われる。

最後に、間接收用の概念を梃子に、日本の損失補償に関する学説・判例の特色や課題を整理して、本報告を終えることとしたい。日本では、国家賠償の法治国原理担保機能を重視する観点から、損失補償要件として侵害の適法性が堅持されるべきとの見解が一般的である⁵⁶。また、判例では損失補償構成よりも国家賠償構成の方が好まれる傾向にあり、日本では多様な損失補償請求権が不存在であることが影響している。間接收用の一つの受け皿といえる収用類似の侵害にあたる構成が日本にはないこともまた、間接收用という概念と国内法との整合性を失わせている。しかしそもそも日本では収用概念それ自体の議論はほとんどなされておらず、どのような場合に補償が必要かという点に関心が集中してきた。他方で、最高裁が憲法29条3項を理由に損失補償請求を認容したことはなく、請求権発生説は法律の違憲無効を否定する方向でのみ機能し、違憲審査基準は比例原則に純化している。こうした判例の展開は、特別犠牲の有無の判定にあたって、規制立法は合憲であるという推定が強く働く構造を造り出しており、それゆえ間接收用にあたるかもしれない強度の規制について損失補償が認められた実例がないのではないかとと思われる。

⁵⁶ 宇賀・前掲注（53）388頁。

【附記】本稿は2015年12月14日に脱稿し、その際に引用した文献の改訂内容のみを更新する最低限の加筆修正を行ったものである。なお、脱稿後に刊行された論考等を反映させたリライト版を、拙著『公共紛争解決の基礎理論』（弘文堂・2021年刊行予定）に収録した。

第 5 章

GATT/WTO体制における 「安全保障例外」の審査可能性とその意義

京都大学大学院教授
酒 井 啓 亘

I はじめに

関税及び貿易に関する一般協定（GATT）は、貿易自由化の推進を目的として、諸国家相互の間や内外産品の間を無差別に扱う義務を定めるとともに、自国産業の保護を関税措置によることとして輸出入の数量制限を原則として禁止し、関税率を対外的に約束することによってその目的を実現する建付けとなっている。具体的には、第1条に最恵国待遇に関する条項を、また第11条には数量制限の一般的禁止に関する条項などを置き、GATTの上記目的の実現のため、その締約国に一定の義務を賦課しているのである。他方、GATTは同時に、締約国が一定の条件を充たすことで、その義務から免れる条項も定めている。GATT第19条のセーフガード措置や同第20条の一般的例外がそうした例であるが、GATT第21条の安全保障のための例外（安全保障例外）もまた、その種の条項に含まれる。世界貿易機関（WTO）協定は、自由貿易体制の維持・発展を目指してはいるものの、加盟国による正当な国内政策の実施まで否定しているわけではない。もっとも、加盟国の国内政策を無制限に認めることは加盟国の規制権限の濫用につながることになるため、貿易自由化の原則と国内の規制権限を調整する役割がこうした義務除外・免除規定に委ねられているのである¹。

ここで取り上げるGATT第21条の安全保障例外条項については、これまでGATT/WTO体制下において援用された例はそれほど多くはない²。後述するように、同条(a)及び(b)柱書にはいわゆる「自己判断（self-judging）」的文言が含まれており³、その機能から自己の判断においてGATTの実体的義務から免れうることになるので、GATT締約国・WTO加盟国にとっては援用しやすいはずなのに、である。そこには、援用国からすると、安全保障例外の援用が認められても認められなくても、当該援用国を含むWTO加盟国にとってそのような例外の援用がWTOシステムの危機を招来するという見方があるためともいわれている⁴。その結果、

¹ 経済産業省通商政策局編『2021年版不公正貿易報告書 WTO協定及び経済連携協定・投資協定から見た主要国の貿易政策』223頁。

² 近年でも被申立国が安全保障例外を援用してもおかしくない事例があるとして、中国－レアアース・タングステン・モリブデンの輸入規制措置事件（*China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum*, WT/DS431/R; WT/DS431/AB/R; WT/DS432/R; WT/DS432/AB/R; WT/DS433/R; WT/DS433/AB/R）やEU及び加盟国－エネルギー産業に対する措置事件（*European Union and its Member States – Certain Measures Relating to the Energy Sector*, WT/DS476/R）が挙げられるという。C.L.Lim & J.H.Senduk, ““You Don’t Miss Your Water ‘Til Your River Run Dry”: Regulating Industrial Supply Shortages After “China Raw Materials””, *S.J.L.B.F.*, Vol.18 (2012), pp.86-88; S.Shadikhodjaev, “Russia and Energy Issues under the WTO System”, *Journal of World Trade*, Vol.50 (2016), pp.729-730.

³ R.S.Whitt, “The Politics of Procedure: An Examination of the GATT Dispute Settlement Panel and the Article XXI Defense in the Context of the U.S. Embargo of Nicaragua”, *Law & Pol’y Int’l Bus.*, Vol.19 (1987), p.616. これに対し第21条の「自己判断」的性格を否定する考えとして、M.Matsushita, Th.J.Schoenbaum, P.C.Mavroidis & M.Hahn, *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy. Third Edition* (O.U.P., 2015), p.550.

⁴ 援用国にとっては、敗訴すればWTOシステムに対する自らの支持が揺らぐことになりかねず、勝訴しても、他のWTO加盟国が自国のGATT違反を安全保障上の理由により正当化し、その結果とし

小委員会（パネル）や上級委員会がGATT第21条について解釈を行い、判断を下す機会がこれまでなかったため、これらの機関はそもそも審査する権限を有しないのか、WTO加盟国が同規定を濫用する危険を防止する目的からその援用には外在的な制約が存在するのかなど、その規定内容については依然として不明確なところがあり、2015年開催のWTOナイロビ閣僚会合ではロシアがこの点について加盟国間での共通理解を求める提案を行ったほどである⁵。

ところが、2019年、ロシアー通過運送措置事件においてロシアが援用した第21条の安全保障例外とそれに基づく措置がWTOの紛争解決手続におけるパネルで審査され、GATT第21条の安全保障例外について初めてパネルが判断を行った⁶。さらに翌2020年に公表されたサウジアラビアー知的財産権保護措置事件パネル報告では、GATT第21条と同じ文言を有する、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS協定）第73条が主題の1つとなり、後述のように、基本的にはロシアー通過運送措置事件パネル判断の立場を踏襲して同規定の解釈が行われている⁷。これら2つの事件でパネルがWTO協定の安全保障例外について判断を下したことは、今後のWTO協定の安全保障例外の適用に大きな影響を与えるのみならず⁸、GATT第21条を参考にして取り入れられた他の条約—とりわけ投資協定や経済連携協定など投資・貿易関連の条約や協定—での安全保障例外条項の解釈及び適用にも影響を与えることが考えられる。

そこで、以下では、ロシアー通過運送措置事件で問題となったGATT第21条と、サウジアラビアー知的財産権保護措置事件でのTRIPS協定第73条の安全保障例外条項の審査可能性

てやはり WTO システムの弱体化を招き、いずれにしても例外援用が WTO 加盟国の国益に反する結果となるというジレンマを抱えることになるという。D.T.Shapiro, “Be Careful What You Wish For: U.S. Politics and the Future of the National Security Exception to the GATT”, *Geo. Wash. J. Int’l L. & Econ.*, Vol.31 (1997), p.117.

⁵ ロシアは、1982年11月30日に締約国団が採択したGATT第21条に関する決定（Decision concerning Article XXI of the General Agreement, Decision of 30 November 1982, L/5426, 2 December 1982）を参照して、WTO協定上の安全保障例外規定の明確性やその実施の予測可能性を確保するために、同規定におけるWTO加盟国の権利・義務の範囲の解釈に関する共通理解について一般理事会決定を行うことを提案した。Proposal on MC10 Ministerial Declaration – Part III, WT/MIN(15)/W/14, 13 November 2015, para.1.5. その背景には、EUとのエネルギー問題での対立においてEUによる安全保障例外の援用可能性を念頭に置いていたためと推察されるが、皮肉なことに、最初に小委員会（パネル）でこの問題が扱われることになったのは、ロシア自らが安全保障例外を援用した事例—ロシアー通過運送措置事件—であった。

⁶ *Russia – Measures concerning Traffic in Transit*, Report of the Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019.

⁷ *Saudi Arabia – Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, Report of the Panel, WT/DS567/R, 16 June 2020.

⁸ 例えば、米国が1962年通商拡大法第232条に基づき輸入鉄鋼・アルミニウムに課した関税賦課措置に対して、中国（DS544）、インド（DS547）、欧州連合（EU）（DS548）、カナダ（DS550）、メキシコ（DS551）、ノルウェー（DS552）、ロシア（DS554）、スイス（DS556）、トルコ（DS564）の申立につきパネルの設置が認められて、事件が現在も係属しているが、この事件でも安全保障例外の適用問題が生じている。T.Voon, “Can International Trade Law Recover? The Security Exception in WTO Law: Entering A New Era”, *AJIL UnBound*, Vol.113 (2019), p.47.

(justiciability) と審査基準 (standard of review) の内容を、それぞれのパネル報告を題材として検討する。安全保障例外に関係する紛争がWTOの紛争解決手続の対象となり、パネルの管轄権に服する紛争かどうかというパネルの審査可能性の問題と、当該紛争が審査可能である場合にいかなる審査基準に基づいてパネルは審査を行うかという審査基準の内容の問題は⁹、ロシアー通過運送措置事件までパネルで判断される機会がなかったため、これまでも学説上様々な議論を呼んでいた。国内規制をめぐりWTO加盟国が行う検討や決定は、複雑な事実関係と様々な価値評価を反映して行われる場合が多いことから、パネルにどの程度そうした決定に対する謙譲 (deference) を認めなければならないのか、パネルは新たな検討や決定を行うことができるのかといった問題が生じており、WTO加盟国の「安全保障上の重大な利益」(GATT第21条(a)及び(b)) が関係する安全保障例外に基づくWTO加盟国の検討や決定もまたそうした問題の1つにかかわるのである¹⁰。

本稿は、まずGATT第21条の起草過程を通じて内容と規範構造を確認したうえで、これまでのGATT第21条に係る実行及びGATT以外の国際文書における安全保障例外に関する裁定例や裁判例を概観し、あわせて安全保障例外の審査可能性をめぐる学説状況も整理する。こうした作業を通じて、WTOの紛争解決手続における安全保障例外問題に関する審査可能性と審査基準の現況を確認し、今後の同様の問題への示唆を得るとともに、GATT/WTO体制における課題を提示することとする。

II GATTにおける安全保障例外条項

1. 安全保障例外条項の特徴

例外 (条項) とは、条約の当事国が、そうでなければ当該条約上の実体義務と両立しない行動を適法にとることを認める根拠・規定であり¹¹、なかでも安全保障例外 (条項) は、そうした行動が安全保障上の理由からとられるというものである。GATT第21条がその典型例

⁹ 審査基準とは、「権力分立を保証するために用いられるメカニズムの1つ」であり、「立法機関や行政機関による決定の法的妥当性について司法機関が行う精査の性質と強度」を表す。C.-D.Ehlermann & N.Lockhart, “Standard of Review in WTO Law”, *J.I.E.L.*, Vol.7 (2004), p.493. 審査基準は、国内法では司法・立法・行政の各機関相互間の水平的な権力関係に影響を及ぼすが、国際法では、国際的な司法機関と主権国家間との間の垂直的な権力関係に影響を及ぼすことに留意すべきである。C.Henckels, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor – State Arbitration”, *J.I.D.S.*, Vol.4 (2013), p.199.

¹⁰ このように GATT や WTO の紛争解決手続では、パネルが国内機関の決定をある程度まで尊重すべきであると主張されてきたのであり、したがって、この「程度」こそが重要な論点となり、それが「審査基準」と呼ばれてきたものであるという。S.P.Croley & J.H.Jackson, “WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments”, *A.J.I.L.*, Vol.90 (1996), p.194.

¹¹ 国際投資法における例外条項の定義について、see, C.Henckels, “Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses”, in L.Bartels & F.Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (O.U.P., 2020), p.363.

であるが、GATT以外の経済関係条約中にも様々なものがあるという¹²。

この安全保障例外条項については、いわゆる「自己判断 (self-judging)」的文言を有するかどうかで2つのカテゴリーに分けることが可能である¹³。安全保障例外における「自己判断」的文言としては「(締約国が) 認める (it considers)」という文言が典型的であり、こうした文言があると、それにより、事実状況により安全保障例外の要件が充足されているかどうかを決定するのは、当該例外を援用した国のみであるとすることができるという¹⁴。GATTの起草者も、後述するように、第21条(b)柱書に「自己判断」的な文言を取り入れた¹⁵。すなわち、この条項では、自国の「安全保障上の(重大な)利益」を保護するために、当該国が必要と認める (it considers necessary) 措置をとることが許容されることから、この条項は「自己判断」的性格を有すると性格づけられるのであり、この例外を援用する当事国に対して紛争処理機関は相当程度の謙譲を認めなければならないという見解もある¹⁶。

本稿では、この「自己判断」的性格を有する安全保障例外条項を取り上げる。GATT第21条(a)及び(b)は、すぐ後で確認するように、この「自己判断」的性格を有するとされてきたからである。これから見ていくように、貿易分野だけでなく、投資分野や刑事司法協力分野など、対象領域は異なるものの、いずれの分野においても、自国の安全保障を理由とする場合にこの「自己判断」的性格が用いられるのは、自国民の平和、安全及び便宜に必要なものは何かを判断しなければならないのは国家自身であり、そうした判断が求められるいかなる場合においても、その判断は最終的なものである¹⁷、という共通した理解がその根底には存在すると考えられる。そこで、ロシアー通過運送措置事件パネル判断までに行われたGATTやWTOの紛争解決手続での実行や判断ほか、投資協定仲裁での判断、国際司法裁判所や欧州連合の司法裁判所などの事例を紹介し、この自己判断型安全保障例外条項の特徴とその効果を確認する。

¹² S.M.Blanco & A.Pehl, *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements. Justiciability and Standards of Review* (Springer, 2020), p.2.

¹³ 特に二国間投資協定 (BIT) におけるこうした区別について、see, P.Ranjan, “Protecting Security Interests in International Investment Law”, in M.E.Footer, J.Schmidt, N.D.White & L.Davies-Bright (eds.), *Security and International Law* (Hart Publishing, 2016), pp.275-276.

¹⁴ R.P.Alford, “The Self-Judging WTO Security Exception”, *Utah L.Rev.*, Volume 2011, No.3, p.702.

¹⁵ H.Shapiro & R.Kuoppamäki, “National Security Self-Declaration in the Age of Fake News”, (July 2018), *Society of International Economic Law (SIEL), Sixth Biennial Global Conference*, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3209874>, p.4.

¹⁶ J.Kurtz, “Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis”, *I.C.L.Q.*, Vol.59 (2010), p.348.

¹⁷ *Faber case, R.I.A.A.*, Vol.X, p.463. 常設国際司法裁判所のウィンブルドン号事件におけるアンチロッチ裁判官とフーバー裁判官による共同反対意見は、条約規定が制限的に解釈されえない理由として、「国家が自国の安全保障の必要性及び自国の統合の維持にとって最も適すると認める措置をとる権利」がきわめて重要であることを挙げている。Opinion dissidente de MM. Anzilotte et Huber, *Affaire du Vapeur Wimbledon, C.P.J.I, série A. no.1*, pp.40-41. 米国もまた、自国の安全保障上の利益は各国が自ら判断するというのが国際的に承認された原則であるということを GATT 締約国に対して主張してきたという。V.A.Seyid Muhammad, *The Legal Framework of World Trade* (Stevens & Sons, 1958), p.177.

2. GATT/WTO体制におけるGATT第21条の位置づけ

(1) GATT第21条の成立

安全保障例外条項はGATT第21条で初めて登場したわけではない。特に米国が他国と締結してきた通商航海条約で定められていたものが一般化し、第2次大戦後にはこれがGATTに導入されたとされている¹⁸。GATTと安全保障例外条項の関係についていえば、国際貿易機関(ITO)が構想され、その設立文書であるITO憲章が作成される際、その後GATT第20条及び同第21条となる例外に関する規定の原型を米国が提案したのもこうした歴史的経緯があるからである¹⁹。これは、1947年3月のニューヨーク会合において「一般的例外 (General Exceptions)」としてITO憲章草案第37条で具体化した。このニューヨーク草案第37条では柱書が米国案よりやや詳しく規定されたものの、安全保障例外に関する事由については同一であった²⁰。また、同じ会合ではGATTの条文案も提案され、草案第20条においてITO憲章草案第37条とほぼ同一の条文が提示されている²¹。

このように、ITO憲章草案及びGATT草案に関する初期の起草過程においては、現在の一般的例外と安全保障例外が同一の条項に含まれてその例外事由が列挙されており、安全保障例外を含め、これら事由を規律する柱書においても、現在のGATT第20条柱書における制約条件と同一の内容が規定されていた。したがって、いわゆる「自己判断」条項と性格づけることのできる「(締約国が必要)と認める (which it considers)」という文言は、当初の起草段階では含まれていなかったのである。

ところが、この形式が数か月後には劇的に変化する。同じ1947年の7-8月に開催されたジュネーブでの会合では、ニューヨーク草案第37条が、安全保障例外に関連する事由を除外して、通商政策に係る第4章の例外と位置付けられた草案43条となり、安全保障例外に関する事由は、米国提案により新たに作成された「一般的例外」と題する草案第94条として定式化されることになった。そして、注目すべきことに、安全保障例外を規定したこの米国提案による草案第94条は、現行のGATT第21条の原型となり、その柱書にはここで初めて「自己判

¹⁸ K.J.Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation* (O.U.P., 2010), pp.179-186.

¹⁹ 1945年12月に米国国務省が公表した国際貿易機関(ITO)憲章案第32条には、現在のGATT第20条に定める一般的例外のほか、核分裂性物質に関する措置(米国案第32条(c))、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に行われるその他の貨物及び原料の取引に関する措置(同条(d))、加盟国の安全保障上の重大な利益の保護に関連して、戦時その他の国際関係の緊急時に執る措置(同条(e))、国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従うよう執る措置(同条(k))といった現GATT第21条の安全保障例外についての事由が列挙されていた。Article 32, *Suggested Charter for an International Trade Organization of the United Nations, Report of the First Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, E/PC/T/33, p.60.

²⁰ Article 37, *Draft Charter and Commentary, Report of Drafting Committee of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, E/PC/T/34, pp.31-32.

²¹ Article XX, *Draft General Agreement on Tariff and Trade*, *ibid.*, p.77.

断」条項であることを表す文言（“of which it considers contrary to its essential security interests”；“which it may consider to be necessary to such interests”）が取り入れたのである²²。

この修正案について、米国自身は、例外が広くなりすぎることを懸念してこれを制限するとともに、列挙された事由の下にある産業を維持するために安全保障上の真に重大な利益を保護することの必要性を強調していた²³。その意味では、米国は安全保障上の例外について、その援用によりいかなることも許容されるようにすべきと考えていたわけではない。ただ、安全保障上の重大な利益を保護するための措置については、ある程度の自由裁量が必要だとは考えていた。純粋な安全保障上の理由による措置を禁止することはできないが、この例外が拡大しすぎてはならず、安全保障の名を借りて、実際には通商目的の措置をとることに反対していた。要はバランスの問題とみていたのである²⁴。

ジュネーブ会合では、ITO憲章案について、米国提案の草案第94条がさらに修正されて最終的にジュネーブ草案第94条として採択された。その条文の文言は、柱書で「この憲章の（in this Charter）」となっている以外は、現在のGATT第21条とほぼ同一である²⁵。また、GATT草案についても、第19条1項が現在のGATT第21条とほぼ同一の文言として起草された²⁶。

その後、ITO憲章に関するジュネーブ草案は、1947年11月から翌1948年3月までキューバのハバナで開催された会合でさらに審議された。このジュネーブ草案第94条(a)及び(b)が一部修正のうえ、やはり「一般的例外」と題するITO憲章第99条1項(a)及び同項(b)となり、ジュネーブ草案第94条(c)については、国連との関係も含めて再定式化され、同憲章第86条の中に

²² Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Summary Record of the 33rd Meeting of Commission A, E/PC/T/A/SR/33, 24 July 1947, pp.1-4.

なお、ニューヨーク草案第94条は次のとおりである。

Article 94 General Exceptions

“Nothing in this Charter shall be construed to require any Member to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests, or to prevent any Member from taking any action which it may consider to be necessary to such interests;

a) Relating to fissionable materials or their source materials;

b) Relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on for the purpose of supplying a military establishment;

c) In time of war or other emergency in international relations, relating to the protection of its essential security interests;

d) Undertaken in pursuance of obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.”

²³ Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Verbatim Report, 33rd Meeting of Commission A, E/PC/T/A/PV/33, 24 July 1947, p.20.

²⁴ *Ibid.*, p.21.

²⁵ Report of the Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, E/PC/T/186, 10 September 1947, p.94.

²⁶ Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, (Draft) General Agreement on Tariffs and Trade, E/PC/T/189, 30 August 1947, p.47.

取り込まれることになったのである²⁷。しかし、このITO憲章第86条及び第99条の規定内容は、GATTに取り入れられるところとはならなかった²⁸。結局、ITO憲章は米国が参加しなかったため効力が発生することはなく、GATTのみが暫定的に適用され続けることになったためである²⁹。しかし、その安全保障例外については、GATTに関するジュネーブ草案第19条1項がそのまま現行のGATT第21条となった。こうして第21条の安全保障例外条項は、第20条の一般的例外条項とは分離された別個の条項として現在に至っているのである。

(2) GATT第21条の内容

GATTにおいて安全保障例外を定める第21条の規定は以下のとおりである。

第21条 安全保障のための例外

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

(a) 締約国に対し、発表すれば自国の安全保障上の重大な利益に反するとその締約国が認める情報の提供を要求すること。

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

(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な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

(c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基く義務に従う措置を執ることを妨げること。」³⁰

²⁷ United Nations Conference on Trade and Employment, Final Act and Related Documents, UN Doc.E/CONF.2/78, p.85 (Article 86), pp.92-93 (Article 99). この起草過程の概要については、see, Multilateral Trade Negotiations, the Uruguay Round, Negotiating Group on GATT Articles, Article XXI, Note by the Secretariat, MTN.GNG/NG7/W/16, 18 August 1987, pp.2-4.

²⁸ WTO, Analytical Index of the GATT, p.610.

²⁹ ITO 構想の挫折と GATT の成立については、中川淳司・清水章雄・平覚・間宮勇『国際経済法【第3版】』（有斐閣、2019年）23-26頁参照。

³⁰ Article XXI: Security Exceptions

“Nothing in this Agreement shall be construed

(a) to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or

(b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests

(i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived;

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

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

(c) to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

GATT第21条(a)は安全保障上の重大な利益に反する情報開示に関する例外、同条(b)は自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める措置であって、(i)～(iii)に該当するものの除外を定めており、同条(c)は国際の平和と安全の維持のために国連憲章に基づく義務に従う措置を適用除外としている³¹。

起草過程で確認されたように、GATT第21条は、安全保障上の脅威から自らを自由に保護しうる国家の権利と、純粋な安全保障上の脅威がある場合にのみ安全保障例外の使用を限定する必要性との間のバランスが求められた結果としての規定である³²。しかも、安全保障例外は、国家の安全保障という明らかに機微な問題を抱え、国家の主権や国家の存在そのものにも関係しうることから、GATT第20条で列举されている他の例外事由よりも注意深く定められなければならないという³³。

その結果として、GATTには、前述のとおり、同条(a)及び(b)に、締約国が「認める (it considers)」という「自己判断」的文言が挿入され、これによりGATT締約国・WTO加盟国自身が「自国の安全保障上の重大な利益」の有無について判断可能となった。さらに、安全保障例外の援用について濫用が生じるおそれがあるにもかかわらず、GATT第20条柱書に定められているような濫用防止の規定がなく³⁴、援用国に広範な裁量を与えられる構造であることも第21条の特徴の1つであろう³⁵。この点については、GATTの起草過程において、当初は現在の一般的例外と安全保障例外が同じ柱書の下で1つの条項にまとめられていたが、そこから安全保障例外だけが外されて柱書の制約を受けなくなったことは³⁶、すでに確認した通りである。それは、安全保障例外特有の事情、すなわち、国家安全保障及び国家主権と通商促進及び開かれた貿易システム保護との間でバランスをとりつつ、実行上は安全保障例外を過度に利用せずにGATT上の目的や義務を維持することが試みられたのである³⁷。

GATTの安全保障例外はそこで適示される事由が該当した場合におけるGATT上のあらゆる義務の一般的な例外を許容する「包括的な条項 (catch-all clause)」となっているが³⁸、その

³¹ 各号の規定内容については、松下満雄・米谷三以『国際経済法』（東京大学出版会、2015年）245頁。

³² E.J.Lobsinger, “Diminishing Borders in Trade and Terrorism: An Examination of Regional Applicability of GATT Article XXI National Security Trade Sanctions”, *ILSA J.Int'l & Comp.L.*, Vol.13 (2006), p.103.

³³ *Ibid.* See also, D.Akande & S.Williams, “International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?” *Va.J.Int'l L.*, Vol.43 (2003), p.372.

³⁴ GATT 第20条柱書の濫用防止規定として機能するのが「必要性基準（テスト）」である。その内容については、内記香子『WTO法と国内実施措置』（日本評論社、2008年）99-139頁参照。

³⁵ 経済産業省通商政策局編・前掲注(1)250頁。

³⁶ J.H.Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (Bobbs-Merrill, 1969), pp.741-742.

³⁷ A.S.Alexandroff & R.Sharma, “The National Security Provision – GATT Article XXI”, in P.F.J.Macroray, A.E.Appeton, M.G.Plummer (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis, Volume I* (Springer, 2005), p.1572.

³⁸ 柳赫秀編著『講義国際経済法』（東信堂、2018年）178頁。

中心は第21条(b)であり³⁹、そこでは3つの場合、すなわち、(i)「核分裂性物質」、(ii)「武器の取引」、そして(iii)「戦時その他の国際関係の緊急時」が想定されている⁴⁰。後述するように、それらのうち、第21条(b)(iii)の「戦時その他の国際関係の緊急時に執る措置」が実際には主に問題となってきた。それは、「戦時」や「その他の国際関係の緊急時」という文言の解釈によるところが大きいためである。例えば「戦時」は、現代国際法においては武力紛争という概念に近いが、この「武力紛争」概念自体が、伝統的な国家間紛争から非国際的な武力紛争へと拡大し、さらにサイバー攻撃も含めた新たな「武力紛争」概念へと発展しているところは明らかであろう⁴¹。「その他の国際関係の緊急時」もまた、「戦時」との関連が想定されているとはいえ、漠然とした概念であって様々な解釈を許容することから⁴²、WTO加盟国により安全保障例外の事由として援用される可能性が高くなる。

第21条(b)は以上のような3つの異なる場合を想定する一方、その柱書において、いずれの場合の措置も「締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める」ものであることでは共通しており、WTO加盟国が安全保障例外を援用する際の敷居を低めているように見える。それは、GATTの安全保障例外の特徴の1つである「自己判断」的性格を表してWTO加盟国による主観的認識を一定程度考慮することを予定しているとともに、自国の「安全保障上の重大な利益」もまた、現代の国際社会における国家の「安全（保障）」概念の拡大とともに、国家統合への軍事的脅威に限定されず、非軍事的な緊急事態も国家安全保障に関する事項として性格づけられうるからである⁴³。

(3) GATT/WTOの紛争解決手続において安全保障例外条項が援用される条件

安全保障例外に基づく主張がGATT/WTOの紛争解決システムにおいて審査手続にかけられるのかどうか、すなわち、「自己判断」的な性格を有する安全保障例外条項に関してパネルや上級委員会が審査可能なのかどうかという主題からすると、その前提として、GATTにおける安全保障例外がGATT/WTOの紛争解決手続とどのような関係にあるのかが問題となる。とりわけ、GATT第21条が、GATTの関連規定違反の場合だけでなく、利益の無効化または侵

³⁹ 他方、第21条の中でもっとも論争が少ないのが(c)だとされる。R.Bhala, “National Security and International Trade Law: What the GATT says, and What the United States Does”, *U.Pa.J.Int’l Econ.L.*, Vol.19 (1998), p.276. 国連憲章第103条により国連憲章上の義務が優位するからというのがその理由であるが

(A.D.Mitchell, “Sanctions and the World Trade Organization”, in L.van den Herik (ed.), *Research Handbook on UN Sanctions and International Law* (Edward Elgar, 2017), pp.287-288.), 第21条(c)には自己判断的な規定がないためGATT締約国の裁量が作用せず、国連安保理の決定によって導入される例外であるということが第21条(a)及び(b)とは異なる点も重要と考えられる。

⁴⁰ R.Bhala, *supra* note 39, p.267.

⁴¹ C.Glöckle, “Nationale Sicherheitsinteressen in Russia-Traffic in Transit: Die erste Panel-Entscheidung zu Art.XXI GATT”, *EuZW*, Heft 15/2019, S.659.

⁴² M.Hahn, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie* (Springer, 1996), S.350.

⁴³ D.A.Desierto, *Necessity and National Emergency Clauses: Sovereignty in Modern Treaty Interpretation* (Brill, 2012), p.146.

害の場合でも申立てにおいて援用できるかどうかをここで確認しておきたい。

GATT第23条2項では利益の無効化または侵害の場合でも申立てが可能とされているが、GATT第21条の安全保障例外条項との関係でこの第23条2項が利用可能かどうかについて、GATTにはこれを規律する明文の規定はない。ただし、この点については、第23条の起草過程では安全保障例外として執られた措置にも同条は及ぶことが意図されていたという⁴⁴。また、GATT時代には、後述のように、早くも1949年に米国とチェコスロバキアとの関係で問題となり、チェコスロバキアが第23条2項に基づいて米国の輸出制限措置に対して申立を行ったという実行がある。また、1982年には当時の欧州共同体（EC）がアルゼンチンの措置に対して第23条2項の下での権利を留保した。こうした実行からは、GATT第21条の単なる援用だけで援用国が23条に基づく申立てを否定するということはできないということが推測される。第21条に基づく例外が実効的であればあるほど、当然のことながら通商関係において損害が発生するのであり、GATTの関連規定違反がなくても利益の侵害が起こりやすいというのがその理由である⁴⁵。

以下で、こうしたことを念頭に置きつつ、安全保障例外が援用されたこれまでの実行を確認しておきたい。

Ⅲ ロシア通過運送措置事件までのGATT/WTOにおける安全保障例外条項に関する実行

1. GATT時代におけるGATT第21条の援用

(1) 具体的事例

(a) 米国によるチェコスロバキアへの戦略物資の禁輸措置問題（1949）

GATT第21条が最初に明示に援用された事例は、米国によるチェコスロバキアへの戦略物資の禁輸措置問題である。1949年に米国がとった輸出許可の発出が差別的であるということとを理由にチェコスロバキアがGATT第23条2項の手続を提起したところ、米国が第21条を援用して自己の行為を正当化した⁴⁶。チェコスロバキアは、米国による「戦時物資（war materials）」の解釈が広範にすぎ、いかなるものもそれがどこまで及ぶのかわからないと非難したのに対して⁴⁷、注目すべきは、米国はチェコスロバキアによる本案の請求に言及してこ

⁴⁴ R.J.Neuwirth & A.Svetlicinii, “The Economic Sanctions over the Ukraine Conflict and the WTO: ‘Catch-XXI’ and the Revival of the Debate on Security Exceptions”, *Journal of World Trade*, Vol.49 (2015), p.910.

⁴⁵ S.Kitharidis, “The Unknown Territories of the National Security Exception: The Importance and Interpretation of Art XXI of the GATT”, *Australian I.L.J.*, Vol.21 (2014), pp.88-89.

⁴⁶ 米国は、第21条をほぼ無制限の逃避条項であると解釈し、GATTシステムが安全保障例外の使用を通じて侵食されるべきではないという一般的な政策によってのみ制御されると主張した。GATT/CP.3/38, 2 June 1949. 元の文書には援用された根拠は第21条のみとなっているが、より適切には第21条(b)(ii)であるという。M.J.Hahn, “Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT’s Security Exception”, *Mich.J.Int’l L.*, Vol.12 (1991), p.569, n.56.

⁴⁷ Contracting Parties, Summary Record of the Twenty-Second Meeting, 8 June 1949, GATT/CP.3/SR.22, p.8.

れに反論している点である⁴⁸。結局、GATT締約国団は、第21条が第1条の一般規則の例外であることを確認したうえで、すべての国は自国の安全に関連した問題について最終手段の判断者であるとして、輸出許可に関する米国の行為がGATT違反であるというチェコスロバキアの主張を退けた⁴⁹。ただ、締約国団が、安全保障問題に関する米国の判断を尊重はしたものの、第21条に関係する事項について第23条に基づく管轄権を否定することはなかったということは指摘しておかなければならない⁵⁰。

(b) ペルーによるチェコスロバキアからの輸入禁止措置（1954）

ペルーが1954年に中央計画経済国との貿易を制限する法令を制定し、チェコスロバキアからの輸入を禁止する措置をとったのに対して、チェコスロバキアがこの問題につきペルーと協議を行ったところ、ペルーは第21条(b)(iii)を援用して措置を正当化した。その後、この協議の結果、1967年に関係法令と禁輸措置が廃止されたという⁵¹。

(c) ガーナによるポルトガル製品の輸入禁止措置（1961）

ポルトガルがGATTに加入する際に、ガーナがGATT第21条(b)(iii)に基づき、ポルトガル製品のボイコットを正当化した。ガーナによると、ポルトガルの植民地であったアンゴラの事態はアフリカ大陸の平和に対する脅威を常に構成し、過去に行ってきたポルトガルの政策は「国際関係の緊急時」を創設しているという。そして、ポルトガルに対して圧力をかけることによりこうした事態の悪化を減少させることにつながりうるものであり、自国の安全保障上の重大な利益として正当化されると主張した。これに対してGATT締約国団は、このガーナによる第21条(b)(iii)の援用を留意したが、それ以上のことは行わなかった⁵²。すなわち、同規定の審査可能性はそこでは議論されなかったものの、ガーナが自国の行動を同規定の要件に照らして判断し自己を防護しようとしたことからすると、ガーナ自身が、同規定は一定の明示の制限に服し、完全な「自己判断」的性格を持つものではないとしていたことが示唆さ

⁴⁸ Reply by the Vice-Chairman of the United States Delegation, Mr. John W. Evans, to the Speech by the Head of the Czechoslovak Delegation under Item 14 on the Agenda, GATT/CP.3/38, 2 June 1949, pp.9-14.

⁴⁹ GATT/CP.3/SR.22, pp.8-9. なお、英国代表は、第21条が援用される場合でさえ締約国はGATTの趣旨および目的を尊重しなければならないことを確認したうえで、「すべての締約国は、自国の安全保障に関連する問題についての最終的な判断者でなければならない。」とするとともに、「一般協定を弱める効果を有するおそれのあるいかなる手段もとることのないよう注意すべきである。」と述べている。GATT/CP.3/SR.22, p.7. なお、これについて、パネルがGATT第21条の「自己判断」的性格を初めて認めた報告であるとする見解があるが（D.S.Boklan, V.V.Absaliyev & Y.S.Kurnosov, “Are Restrictive Measures and Countermeasures Justifiable by WTO Security Exceptions: Objective or Subjective Approach?” *Moscow J.I.L.*, 2018, No.3, p.26.），明らかに誤りである。

⁵⁰ Bhala, *supra* note 39, p.278; H.L.Schloemann & S.Ohlhoff, ““Constitutionalization” and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence”, *A.J.I.L.*, Vol.93 (1999), p.432.

⁵¹ Peru’s Prohibition of Imports from Czechoslovakia, Communication from the Czechoslovak Government, L/235, 4 October 1954; Peruvian Import Restrictions, Modification of 1 August 1967, L/2844, 13 September 1967.

⁵² Contracting Parties, Summary Record of the Twelfth Session, SR.19/12, 21 December 1961, p.196. その後、ガーナはポルトガルに対してGATT第35条を援用してGATTの不適用を主張した。Accession of Portugal. Invocation of Article XXXV, L/1764, 10 May 1962.

れるという⁵³。

(d) スウェーデンによる特定の種類の履物の輸入割当措置（1975）

1975年11月にスウェーデンが特定の履物について輸入割当措置を全世界に向けて行った。スウェーデンは、重要な国内産業については最低限の国内生産能力を維持することが必要であるとの観点からとった措置であり、当該製品の「国内生産の減少は、スウェーデンの安全保障政策の不可分の一部としての緊急状態における経済防衛計画への脅威となる」として、この輸入割当措置がGATT第21条の精神に合致してとられたものと主張した⁵⁴。GATT理事会では、このスウェーデンの輸入割当措置を第21条により正当化することに対して疑問視する意見もあり、最終的にスウェーデンは、1977年7月に革靴とプラスチック製履物について割当制を中止した⁵⁵。この事件でのスウェーデンによる輸入割当措置は経済的動機により行われたもので、他の締約国には安全保障例外の明らかな濫用と考えられたのであり、その意味でこの事例は、安全保障例外を正当に援用しうる事情を有するものであったかどうかは疑わしいといわなければならない⁵⁶。

(e) EECとその加盟国、オーストラリア及びカナダによるアルゼンチンからの輸入制限措置（1982）

1982年4月、フォークランド紛争に関連して、欧州経済共同体（EEC）とその加盟国、オーストラリア及びカナダが、安保理決議502で示された事態に照らして、自国領域へのアルゼンチン産物品の輸入を無期限に停止した。これらの諸国は同措置の根拠を「一般協定第21条に反映された固有の権利（*inherent rights of which Article XXI of the General Agreement is a reflection*）」に基づく措置としてその正当化を試みた⁵⁷。

これに対して、アルゼンチンは、以上の措置がGATTの原則および目的を侵害するものであるほかに、GATT第1条1項、第2条、第11条1項、第13条及び第36乃至第38条違反であると

⁵³ J.M.Sanklecha, “The Limitations on the Invocation of Self-Judging Clauses in the Context of WTO Dispute Settlement”, *Indian J.I.L.*, Vol.59 (2021), p.93. ただし、管轄権そのものの問題がここでは提起されず、扱われなかったことも事実である。Schloemann & Ohlhoff, *supra* note 50, p.436.

⁵⁴ GATT Council, Minutes of Meeting on 31 October 1975, C/M/109, pp.8-9.

⁵⁵ Sweden – Import Restrictions on Certain Footwear, L/4250, 17 November 1975; Sweden – Import Restrictions on Certain Footwear, Addendum, L/4250/Add.1, 15 March 1977; Council of Representatives, Report on Work since the Thirtieth Session, L/4254, 25 November 1975, pp.17-18. See also, Analytical Index of the GATT, p.603.

⁵⁶ J.M.Sanklecha, *supra* note 53, p.94; Hahn, *supra* note 46, p.578.

⁵⁷ Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-Economic Reasons, L/5319/Rev.1, 18 May 1982. EC代表は、自己の行動を正当化するために、「一般協定第21条に反映されている固有の権利」に言及し、この規定が「一般的な例外を構成し、いかなる通知や正当化、是認、そしてGATTの35年にわたる履行で確認されてきた手続も必要とはしない」と述べている。GATT Council, Minutes of Meeting on 7 May 1982, C/M/157, p.10. GATT第21条ではなく、同条に反映された固有の権利が援用されたことは、非経済的目的でとられた貿易措置の合法性をGATTに根拠づけることへの躊躇や、その合法性の問題をGATTのフォーラムで検討されることへの懸念が表されていたという。See, Schloemann & Ohlhoff, *supra* note 50, pp.436-437.

主張した。輸入制限措置は1982年6月に撤廃されたが、アルゼンチンは引き続き第21条の解釈を求めたところ⁵⁸、パネルこそ設置されなかったものの、GATT理事会で議論がなされ、1982年11月に採択された閣僚宣言の中に、「締約国は、個別的にも集団的にも、非経済的性情を理由として、一般協定と一致しない貿易制限措置をとることを控えることを約束する」という文言が含まれた⁵⁹。また、GATT締約国団は「一般協定の第21条に関する決定」を採択し、①締約国は第21条の下でとった貿易措置について最大限通告されること、②第21条の下で行動がとられる場合、当該行動により影響を受けるすべての締約国はGATTの下でその完全な権利を維持すること、③理事会はこの問題について引き続きさらに検討するよう要請され得ること、を定めた。特にこの決定で注目されるのは、その前文に、第21条に訴えることが「一般協定の下で締約国に与えられた利益に影響を及ぼす」ことがあることが明記されたことであり、この文言が紛争解決手続に係る第23条1項に用いられたものと類似することから、同規定が第21条の下での行動にも適用される可能性を示唆しているとも考えられる⁶⁰。

(f) 米国のニカラグアに対する制裁措置（1985）

米国は、サンディニスタ民族解放戦線が政権を掌握したニカラグアとの関係悪化を受けて、1984年に中米政策の一環として同国からの砂糖輸入を劇的に削減させたところ、ニカラグアはこの措置がGATT第2条、第11条等に違反すると主張してパネルの設置を要請した。米国はこの時は第21条の安全保障例外を明示には援用しなかったことから、パネルも米国の措置が同例外の下で正当化されるかどうかについて判断を下さなかった⁶¹。

その後、米国はさらに、1985年5月にGATT締約国に対し、ニカラグアからの米国へのすべての製品の輸入を禁止するとともに、ニカラグア向けの米国産品の輸出のほとんどを禁止する大統領令を通知した。GATT理事会においてニカラグアは、米国による措置がGATT第1条、第2条、第5条、第11条及び第13条などに違反するとし、これは国家安全保障の問題ではなく、米国による強制の問題だと主張した。これに対して米国は、GATT第21条(b)(iii)を援用し、必要な行動は締約国の判断に委ねられているという立場をとったことから⁶²、ニカラグアは、

⁵⁸ アルゼンチンは、米国によるチェコスロバキアへの戦略物資の禁輸措置問題の先例に言及し、例外を援用する当事国には安全保障上の理由を述べることが求められており、本件での制裁はGATTのいかなる特定の条項にも触れられずに実施されたと主張した。GATT Council, Minutes of Meeting on 29-30 June 1982, C/M/159, p.14. これに対して米国は、自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要なものの判断は各締約国に委ねられているのであり、締約国団にはその判断を問題にする権限はないとして、政治的又は安全保障上の紛争に関する問題は理事会の権限外であると主張した。Ibid., p.19.

⁵⁹ Ministerial Declaration, Adopted on 29 November 1982, L/5424, p.3.

⁶⁰ L/5426. See also, Hahn, *supra* note 46, p.575. また、「当該行動により影響を受けるすべての締約国はGATTの下でその完全な権利を維持すること」という文言からは、この規定が締約国団によって「審査可能」であると考えられていたことが示唆されるという。Sanklecha, *supra* note 53, p.96.

⁶¹ パネルは、米国の措置がGATT第13条2項の義務と両立しないと判断した。United States – Imports of Sugar from Nicaragua, Report of the GATT Panel, BISD 31S/67 (1984), para.4.7. See also, Alexandroff & Sharma, *supra* note 37, pp.1575-1576.

⁶² Minutes of Meeting of the Council on 29 May 1985, C/M/188, p.4.

同第21条により、「戦争その他の国際関係の緊急時」の事態が存在していたかどうかを判断する権限を有するのは締約国団であると反論して、この点を検討するよう第23条2項に基づきパネルの設置を要請した⁶³。

米国はパネルの設置には応じたものの、パネルが扱う付託事項については、米国によるGATT21条(b)(iii)の援用の妥当性やその動機の検討を含まないことを要求した⁶⁴。このため、パネルは、その付託事項に基づき第21条の適用問題には直接答えることを控える一方⁶⁵、米国の措置がGATT第23条1項(b)にいうニカラグアの利益の無効化侵害を構成するかどうかについての検討は妨げられないとして、こうした無違反の無効化侵害については締約国団が実践的な解決策を提案すべきだとした⁶⁶。

(g) ECによるユーゴスラビアへの禁輸措置（1991）

1991年11月にECは、ユーゴスラビア紛争に関連して和平の進展に寄与するため、ユーゴスラビアに対して一定の貿易措置を行った。具体的には、ECがユーゴスラビアとの間の二国間協定で付与していたコンセッションの一時停止、ユーゴスラビアからの織物の輸入制限、一般特惠関税の撤廃、欧州石炭鉄鋼共同体（ECSC）製品についてのコンセッションや一般特惠関税の一時停止、EC及びその加盟国とユーゴスラビアとの間の二辺・二国間貿易協定の廃棄又は適用の一時停止などを選択的に行うことを決定したのである。

これに対してユーゴスラビアは、ECによる措置はGATT第1条のほか第21条と両立しないとして⁶⁷、1992年2月にパネルの設置を要請した。同年3月にGATT理事会はパネルの設置に同意したが、その後、ユーゴスラビアが構成共和国の独立過程で自らも新ユーゴスラビアへと変わったことが理事会に通告されたことから、ECはユーゴスラビアのGATT締約国の地位の問題が解決するまでパネルの手続を進めることはできないと主張し、理事会においても、理事会の審議等に新ユーゴスラビアの政府代表は参加することはできないという議長提案が行われて、理事会もそのように決定した。さらに1993年には、国連における新ユーゴスラビア

⁶³ Minutes of Meeting of the Council on 17-19 July 1985, C/M/191, pp.41-46.

⁶⁴ GATT Council, Minutes of Meeting on 12 March 1986, C/M/196, p.8. 米国は、パネルの付託条項に制限を設けるのと引き換えに、パネルの報告書の採択を妨げないことに合意したという。Whitt, *supra* note 3, p.623.

⁶⁵ C/M/196 p.7.

⁶⁶ *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua*, Report by the Panel, L/6053, 13 October 1986, paras.5.1-5.3. ただし、パネルは第21条に言及しなかったというわけではなく、「第21条の解釈が同条を援用する締約国に完全に留保されているということを受け入れた場合、こうしたGATT上のあらゆる義務の一般的な例外が過度にまたは同規定に定められた以外の目的では援用されないということを加盟国はどのように確保し得るのであろうか。」と述べ、締約国に最終判断権を残すことに懸念を表明していた。ibid., para.5.17. 本件でパネルが管轄権を肯定したと評価する見解として、小寺彰『WTO体制の法構造』（東京大学出版会、2000年）131-133頁参照。

⁶⁷ ユーゴスラビアは、同国の事態が特有なもので、GATT「第21条(b)及び(c)の概念と意味に対応するものではない」と説明していた。EEC – *Trade Measures Taken for Non-Economic Reasons*, Recourse to Article XXIII:2 by Yugoslavia, DS27/2, p.2.

の加盟国の地位に関する国連総会決議に倣い、GATTでも新ユーゴスラビアがユーゴスラビアの締約国の地位を自動的に継続するものではないということになったため、結果としてECとユーゴスラビアとの間で設置されたパネルは停止されたままとなり、実質的な審議は行われなかった⁶⁸。

(2) GATT時代における安全保障例外の援用の特徴

以上のように、WTO設立前のGATT時代において、締約国によりGATT第21条が援用された事例はごく少数にとどまっており⁶⁹、しかも、GATT理事会や締約国団会合で議論されることはあったものの、パネルの判断で第21条に言及し同条の適用に際して何らかの解釈が施されることはなかった。

実行上は第21条の適用可能性について、少なくとも同条援用国は「自己判断」的な性格を有するものとしており、もしそうだとすると、第21条に基づき裁量を行使する締約国は、定義上、GATT違反の行為を行うことにはならない、またはGATT違反の行為であっても違法性が阻却されることになるであろう⁷⁰。いずれにしても、この時期において締約国団もパネルも第21条が「自己判断」的な性格を有するということは明言していない。ただ、紛争解決手続を通じた権利救済の保証もないとすれば、第21条が濫用される危険性は高く、それを防ぐためにも一定程度の審査が維持される必要があるという見解は当然ありうるであろう⁷¹。

なお、この時期、安全保障例外の援用に締約国が消極的であったことに理由がないわけではない。締約国にはGATT第21条を援用することで何らかの「先例」が作り出されることに懸念があったとされるからである。一方において、仮にその援用が不当なものであった場合でも、「自己判断」的文言からその効果が認められることになり、結果として、他の締約国にとっても同条の援用の敷居が著しく下がることにつながるであろう。他方において、正式の手続で安全保障例外を援用すれば、国家の主権にかかわる重大な解釈がパネルや上級委員会の判断に依存することにされかねない。安全保障例外は、濫用を抑止しつつ、援用できるものではないなければならないという制度設計にもかかわらず、具体的事例においてはこれらが

⁶⁸ Analytical Index of the GATT, pp.604-605. See also, D.Eisenhut, “Sovereignty, National Security and International Treaty Law”, *A.I.R.*, Bd.48 (2010), S.446.

⁶⁹ 米国のニカラグアに対する制裁措置がWTO設立前の時代においてGATT第21条が援用された唯一の事例であるとする見解もあるが (P.C.Mavroidis, *The General Agreement on Tariffs and Trade. A Commentary* (O.U.P., 2005), p.215.), この事例は、採択されなかったもののパネルが報告書を公表した唯一の例ということであり、パネルが判断を行うに至らなかった事例でもGATT第21条が締約国により援用された事例は、前述のようにほかにもいくつか存在する。

⁷⁰ W.A.Cann, Jr., “Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance Between Sovereignty and Multilateralism”, *Yale J.Int'l L.*, Vol.26 (2001), p.476.

⁷¹ P.Van den Bossche & W.Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials* (Cambridge U.P., 2017), p.620.

パラドックスとして立ち現れるのである⁷²。締約国は援用国にも被援用国にもなりうるため、自国の措置の最大限の尊重とそれに対する法的制約という相矛盾する要請を抱えており、これを顕在化させないためにも、正式の手続では援用を控えたり、GATTの外での協議を通じて解決を求めたりすることになる。ただし、これはGATTの紛争解決手続が強化されることで変容がもたらされる可能性もあることを意味した。

2. WTO体制下でのロシア通過運送措置事件前における安全保障例外の援用

(1) 具体的事例

(a) キューバ制裁をめぐる欧州連合（EU）と米国の対立（1996）

キューバによる米国の小型機撃墜事件を契機として、1996年3月に、米国議会は、キューバの民主化のため、キューバ政府が接収した資産の回復訴訟を米国の国内裁判所に提起する米国市民の権利、接収資産利用者の米国への入国拒否、接収された米国市民の財産について取引を行った外国企業に対する責任の追及などを定めたいわゆるヘルムズ＝バートン法を成立させた。すなわち、この法の下で、米国は、キューバによる安全保障上の脅威の観点から、キューバ製の製品に対して貿易制限上の措置を課しただけでなく、実際には、キューバと取引を行った企業にまで制裁を課したのである⁷³。

この法により影響を受ける企業を域内に抱えるEUが、同法の下で規定された措置がGATT第1条、第3条、第5条、第11条及び第13条、さらにサービスの貿易に関する一般協定（GATS）の関連規定に違反する疑いがあることを主張してパネルの設置を要請した⁷⁴。これに対して米国は、ヘルムズ＝バートン法がWTO協定の適用範囲内ではなく、パネルの管轄権外であることを理由にパネルの手続には参加しないとしたほか、GATT第21条を援用して、この紛争が外交上安全保障上の論点を抱えており、基本的に貿易事項ではなく、したがってWTO事項ではないと主張した⁷⁵。

⁷² K.J.Pelc, *Making and Bending International Rules. The Design of Exceptions and Escape Clauses in Trade Law* (Cambridge U.P., 2016), pp.114-115.

⁷³ C.O'Neal Taylor, "Impossible Cases: Lessons from the First Decade of WTO Dispute Settlement", *U.Pa.J.Int'l Econ.L.*, Vol.28 (2007), pp.374-376. Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996, 22 U.S.C.A. § § 6021-6091 (West Supp., 1997). ヘルムズ＝バートン法について、see, C.Todd Piczak, "The Helms-Burton Act: U.S. Foreign Policy toward Cuba, the National Security Exception to the GATT and the Political Question Doctrine", *U.Pitt.L.Rev.*, Vol.61 (1999), pp.297-307.

⁷⁴ *United States – The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*, Request for Consultations by the European Communities, WT/DS38/1, 13 May, 1996; *United States – The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*, Request for the Establishment of a Panel by the European Communities, WT/DS38/2, 8 October 1996.

⁷⁵ DSB, Minutes of Meeting on 16 October 1996, WT/DSB/M/24, p.7. この米国の主張に同調した国はわずかであった。WT/DSB/M/24, pp.8-9. GATT 第 21 条に基づき安全保障例外を援用したからといって自動的に「勝訴」することになるわけではないものの、本件では、ヘルムズ＝バートン法の制定とその実施が政治的動機によるものである以上、慎重に主張すれば抗弁が成功したであろうとする見解として、J.A.Spanogle, "Can Helms-Burton Be Challenged under WTO?" *Stetson L.Rev.*, Vol.27 (1998), p.1332. 他方、「戦時その他の国際関係の緊急時に執る措置」という要件の定義は不明確であるものの、米国が

この事件でパネル自体は1996年11月に設置された。このため、WTOの新たな紛争解決手続の下で安全保障例外が検討される初めての事件と期待されたが、その後、米国とECとの間の交渉により合意が成立し、1997年1月に米国はいわゆる2次制裁を無期限に控えることを決定する一方、EUは同年4月に本件手続の停止を要請して、この紛争は事実上沈静化した⁷⁶。米国・EUとも、過去の事例も含めると、GATT第21条を自ら援用し、また相手国から援用されることになったのであり、その意味で両者がWTO紛争解決制度外で本件を解決しようとしたことは、援用者と被援用者の双方の経験が影響したものとも考えることもできよう⁷⁷。

(b) ニカラグアによる対コロンビア・ホンジュラス制裁問題（1999-2000）

1986年に締結されたコロンビアとホンジュラスとの間の海洋境界画定条約（ラミレス・ロペス条約）が2000年11月に両国により批准されたが、これに対してニカラグアが両国からの産品とサービスに課税する法律を制定した。コロンビアとホンジュラスはこのニカラグアの法律に基づく措置がGATT第1条及び第2条に基づく両国の権利を侵害するものであるとしてパネルの設置を要請したところ、ニカラグアは、ラミレス・ロペス条約の批准により重大な国際緊張が引き起こされて、安全保障上の懸念から必要となった措置であり、GATT第21条の下での権利に従ってとられたものであると反論した。ニカラグアによれば、自国の安全保障上の重大な利益、及びそれが、現実か潜在的かいずれにせよ、危機により脅かされうるといふ事実については、当該措置をとる締約国が唯一の判断者であるというのがWTOでの標準的な実行であるという⁷⁸。注目すべきは、ここでニカラグアが、安全保障例外の「自己判断」的性格について、自国の安全保障上の重大な利益の認定及び特定の状況におけるその必要性に限定されるという立場をとったことである⁷⁹。

反対する政治体制を罰するための制裁や人権・民主主義を促進することを目的とした制裁を第21条からは認められないのであり、ヘルムズ＝バートン法はこのカテゴリーに属するとする見解として、see, D.T.Shapiro, “Be Careful What You Wish for: U.S. Politics and the Future of the National Security Exception to the GATT”, *Geo.Wash.Int’l L. & Econ.*, Vol.31 (1997), p.113. そのほか、キューバの事態が米国の安全保障上の利益の脅威となっているかどうか疑問とする見解（R.Dattu & J.Boscariol, “GATT Article XXI, Helms-Burton and the Continuing Abuse of the National Security Exception”, *Canadian Business L.J.*, Vol.28 (1997), pp.206-207.）や、米国の措置は「戦時その他の国際関係の緊急時に執る措置」という要件を満たさないとする見解のほか（O.Q.Swaak-Goldman, “Who Defines Members’ Security Interest in the WTO?” *Leiden J.I.L.*, Vol.9 (1996), pp.369-370.），同要件を満たさないものの、外交政策上の問題をパネルで議論することは不適切として政治問題の法理により米国の主張を認める見解（Piczak, *supra* note 73, p.326.）もある。

⁷⁶ “European Union – United States: Memorandum of Understanding concerning the US Helms-Burton Act and the US Iran and Libya Sanctions Act”, *I.L.M.*, Vol.36 (1997), pp.529-530. See also, WT/DS38/5; WTO Doc.WT/DS38/6; Alford, *supra* note 14, pp.719-721.

⁷⁷ P.Lindsay, “The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?”, *Duke L.J.*, Vol.52 (2003), pp.1307-1310.

⁷⁸ Nicaragua – Measures Affecting Imports from Honduras and Columbia, Statements by Nicaragua, WT/DSB/COM/5/Rev.1, 30 May 2000, pp.3-5.

⁷⁹ Sanklecha, *supra* note 53, p.99. この点は、後のロシアー通過運送措置事件でパネルが採用した審査基準と同様の考え方に基づいている。

ニカラグアはパネルの設置自体は拒否しなかったことから、コロンビアによりニカラグアの行為の適法性を判断するためのパネルが設置されたが、その後、WTOの枠外での政治的な妥協が関係国間で成立し、当該紛争がパネルで処理されることはなかった⁸⁰。

(c) サウジアラビアによる対イスラエル制裁問題（2005）

サウジアラビアは、2005年12月11日にWTOへの加入を果たした。その際に、すでにWTO加盟国となっていたイスラエルに対して、サウジアラビアは30品目以上の軍事用品につきGATT第21条に基づきライセンスの供与や輸入の禁止措置をとることとし、イスラエルに対する1次制裁の停止も確約しなかった。これに対してイスラエルは、WTOを政治化させることを好まず、安全保障例外をWTOの審査に服させることも主張しなかったという⁸¹。この事案もまた、WTOの紛争解決手続に付託されることはなく、第21条の安全保障例外に関してパネルが判断を行う機会とは与えられなかった。

(2) GATTからWTOへの移行と安全保障例外条項へのその影響

第2次大戦直後より暫定適用が開始されたGATTから、冷戦後に法的規律範囲の拡大と組織的強化を図ったWTOへの体制的移行は、安全保障例外をめぐる問題にも一定の影響を及ぼすこととなった。実体規則の面では、GATT第21条と同内容の安全保障例外条項が、GATS第14条の2やTRIPS協定第73条にも規定されたことが指摘できるが⁸²、より大きな影響は、WTOにおける紛争解決手続の強化が安全保障例外条項の審査可能性に与えたそれである。

GATT時代において、GATT締約国は安全保障例外条項が援用する際、二重の意味でパネルの管轄権を否定することから、パネルは、実際にも、当該条項に関する審査を回避することができた。第1に、貿易制限措置の正当化として国家安全保障を援用すると脅す締約国はおしなべて、第21条(a)及び(b)は「自己判断」的性格であることを示し、これによって当該例外は、いかなる締約国に対しても、自国の「安全保障上の重大な利益」が何かを自らのために決定し、貿易制限措置を含め、そうした利益の保護のために自国が「必要」と考えるいか

⁸⁰ DSB, Minutes of Meeting on 18 May 2000, WT/DSB/M/80, paras.25-41.

⁸¹ Alford, *supra* note 14, pp.721-725. See also, E.Kontorovich, “The Arab League and WTO Accession: Can Foreign Policy Excuse Discriminatory Sanctions?” *Chicago J.I.L.*, Vol.4 (2003), pp.283-304.

⁸² もっとも、GATS 第 14 条の 2(b)(ii)には、GATT や TRIPS 協定と異なり、「核分裂性物質」に加えて「核融合性物質」も規定されたが、この違いが実行上、要件の解釈及び適用にいかなる影響を与えるのかは不明である。J.Y.Yoo & D.Ahn, “Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?” *J.I.E.L.*, Vol.19 (2016), p.424; J.Lee, “Commercializing National Security? National Security Exceptions’ Outer Parameter under GATT Article XXI”, *A.J.W.H.*, Vol.13 (2018), pp.289-290. GATS がすべてのサービスを対象とすることから、民生用も軍事用も含め、このサービスには「核分裂性物質」だけでなく「核融合性物質」も関係するのがその理由ともいわれる。Th.Cottier & P.Delimatsis, “Article XIVbis GATS Security Exceptions”, in R.Wolfrum, P.-T.Stoll & C.Feinäugle (eds.), *WTO – Trade in Services* (Brill, 2008), p.343, para.27. そのほか、貿易円滑化協定第 24.7 条や貿易に関する投資措置に関する協定第 3 条では GATT の例外規定の適用・準用が、輸入許可手続に関する協定第 1.10 条では GATT 第 21 条の準用が、それぞれ規定されている。

なる措置も、GATT上の義務に違反することなくとることができるとしたことである。第2に、仮にパネルが安全保障例外をめぐる問題について審査を行うことができたとしても、GATTにおける紛争解決手続でのパネル報告書の採択には、いずれの紛争当事国の同意も含むGATT理事会によるコンセンサスが必要であったことから、安全保障例外援用国が反対することで、パネル報告書の採択が妨げられることになるということがある⁸³。

しかし、こうしたかたちでパネルの審査に影響が生じるということは、少なくとも第2の点での手続についてはもはや妥当しない。WTOでの紛争解決手続では、パネル報告書の採択につきコンセンサスの要件を廃止したからである。代わって、WTOの紛争解決了解は、DSBにおいて全員一致でパネル報告書を採択しない限り、パネル報告書は自動的に採択されることとなった。またパネルの付託事項についても、パネル設置から20日以内に紛争当事国が別段の合意を行わない限り、標準的な付託事項が採用される⁸⁴。このように手続を変更することにより、かつて米国のニカラグアに対する制裁措置問題において、パネルの設置及び最終報告書の採択を妨害しないことを条件に、パネルの付託事項を自国に有利な内容にした米国のような行動が、実際には認められないこととなったのである。

しかも、WTOにおける紛争解決手続の自律性の強化は、いわゆるネガティブ・コンセンサスによるパネル報告書の採択という手続的なレベルでの転換にいたっただけではない。それは、いわゆるWTOレジームそのものの強化にも大きな影響を与えたといわれている。パネルは、そのより自律した性格を踏まえて、WTO協定の解釈・適用を通じ、紛争当事者間の利害対立の調整を図るだけでなく、WTOレジーム自体の法益や価値を支持して紛争を処理することもまた求められるようになったのである⁸⁵。このことは、WTO協定の一部となったGATTの条項である安全保障例外の取扱いについても何らかの影響を与え、パネルがこれを考慮することになったと推察するのは難しくはない。

IV 安全保障例外条項の審査可能性

1. WTO協定以外の条約における安全保障例外条項の位置づけ

WTOの枠外でも、同じような内容を有する安全保障例外が国際的な裁判所などの審査機関により扱われる事例が、WTOの活動時期と同じくして比較的増えてきたのも注目すべきところであろう。そこでの審査の法的根拠や審査基準などがWTOのパネルの判断でも参照されるようになったことは、WTOの紛争解決手続の自律性強化とあいまって、WTOにおける安全保障例外をめぐる問題の審査可能性の展開に、他の判例・事例が影響を与えているこ

⁸³ R.E.Browne, "Revisiting "National Security" in an Interdependent World: The GATT Article XXI Defense After Helms-Burton", *Geo.L.J.*, Vol.86 (1997), pp.410-412.

⁸⁴ 付託事項については、岩沢雄司『WTOの紛争処理』（三省堂、1995年）96頁参照。

⁸⁵ 小寺・前掲注（66）153頁参照。

とが考えられる。そこで次にこうしたWTOの枠外での安全保障例外に関する事例を概観しておくことにしよう。

(1) 非自己判断型安全保障例外と審査可能性

(a) 自己判断型安全保障例外条項と非自己判断型安全保障例外条項の区別

安全保障例外に関する条項が含まれている協定は、GATTやGATS、TRIPS協定などWTO協定に限られているわけではない。特に二国間の投資協定には、そうした安全保障例外条項が挿入されている例が多い。そして、この条項が検討対象となる場合に審査機関が注目するのは、問題となる措置が安全保障例外に該当するかどうかについては当該措置をとった協定当事国の意思及び判断を尊重する趣旨の自己判断型安全保障例外条項が挿入されているのか、それともそうではない非自己判断型安全保障例外条項なのかという点である。

例えば、安全保障例外条項の中で投資協定仲裁でも問題となったのが、1991年に締結された米国とアルゼンチンの間の投資保護協定第11条であり、それは以下のような規定内容となっている。

「この条約は、いずれの当事国も、公序の維持、国際の平和若しくは安全の維持若しくは回復又は自国の安全保障上の重大な利益の保護に関する義務に必要な措置を適用することを妨げるものではない。」⁸⁶

この規定が注目を浴びたのは、2001年から2002年にかけて生じたアルゼンチンの債務危機において、アルゼンチンが自国の措置をこの安全保障例外と位置付けて正当化しようと試みたことによる。

米国・アルゼンチン投資保護協定第11条は、「いずれの当事国も、…必要な措置を適用することを妨げるものではない。」としており、GATT第21条(b)のように、「必要であると認める」という文言とはなっていない。このことをとらえて、各投資協定仲裁の判断は、第11条のような安全保障例外とGATT第21条(b)にいう安全保障例外とを区別した。

CMS事件仲裁裁定で仲裁廷は、「国家は、条約に定める義務の不履行を取り込んだ特別な措置の合法性を一方的に認定する権利を自国に創設する意図がある場合、そのように明示に規定する。」として、そうした意図を示す明示の規定がこの条にはないことを指摘し、非自己判断型安全保障例外であることを明言している⁸⁷。Enron事件仲裁裁定もまた、「自己判断

⁸⁶ “This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”

Article X of Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment, *U.N.T.S.*, No.54935.

⁸⁷ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (Award), ICSID Case No.ARB/01/8 (12 May 2005), paras.370-373.

条項のように真に例外的で特別な条項は、通常、その意図を反映させるように明示に起草されなければならない。そうでなければ、その例外的な性格を考慮してそうした意味は有しないという推定が強く働くことになるからである。」⁸⁸と述べて、この点に関するCMS事件仲裁裁定の判断を肯定している。さらに、LG&E事件仲裁裁定は、「この条約が署名された1991年当時における両当事国の理解に関して本仲裁廷に提出された証拠に基づくと、本仲裁廷は当該規定が自己判断的ではないと判断し結論する。」⁸⁹として、この協定の第11条の性格付けを行い、これが自己判断型安全保障例外ではなく、非自己判断型安全保障例外を定めたものであることを明言した。

これらの仲裁判断に共通するのは、米国・アルゼンチン投資保護協定第11条は自己判断型安全保障例外条項ではないということと⁹⁰、問題となる安全保障例外条項が自己判断型であると性格づけられるには、当事国によるそのような明確な意図が必要である、すなわち当該条項に明示に規定されている必要があるということを示した点である。

同様の区別は、国際司法裁判所（ICJ）の判断においても確認することが可能である。

例えばニカラグア軍事活動事件では、米国とニカラグアとの間の1956年友好通商航海条約第21条が取り上げられた。ICJは、1984年の管轄権及び受理可能性判決において、ニカラグアの請求が同条約の解釈・適用に関する紛争を構成する限り、同条約の下で裁判管轄権を有することを確認したが⁹¹、さらに本案判決において、これに関連する条項、すなわち同条1項(c)及び(d)の意味を検討した。

同条約第21条1項(c)及び(d)は、次のように規定する。

「この条約は次のような措置の適用を除外するものではない。

.....

(c) 武器、弾薬及び軍需品の生産若しくは取引、又は軍事施設に供給するため直接若しくは間接に行われるその他の原料の取引を規律する措置

(d) 国際の平和と安全の維持若しくは回復のため当事国の義務を遂行するために必要な措置、又は自国の安全保障上の重大な利益を保護するために必要な措置」⁹²

⁸⁸ Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic (Award), ICSID Case No.ARB/01/3 (22 May 2007), para.335.

⁸⁹ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (Decision on Liability), ICSID Case No.ARB/02/1 (3 October 2006), para.212.

⁹⁰ J.E.Alvarez & K.Khamsi, “The Argentine Crisis and Foreign Investors. A Glimpse into the Heart of the Investment Regime”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, (2008-2009), p.395. ただし、この条項を「黙示的」自己判断型安全保障例外とみる見解として、see, W.W.Burke-White & A.von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Va.J.Int'l L.*, Vol.48 (2008), pp.381-386.

⁹¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J.Reports 1984, pp.428-429, paras.82-83.

⁹² “1. This Treaty shall not preclude the application of measures which:

これをGATT第21条と比較すると、この規定の1項(c)はGATT第21条(b)(ii)に、同項(d)の一部がGATT第21条(b)柱書に、それぞれ類似していることが理解できるであろう。実際、ICJは、この条文とGATT第21条とを比較して、後者には用いられている「必要であると認める」という自己判断型の文言がこの条文では用いられていないことを理由として、一方の当事国がとった措置がこの例外に該当するかどうかを判断する管轄権がICJにはあることを確認している⁹³。すなわち、ここでは、問題となる安全保障例外を自己判断型か非自己判断型かで区別し、少なくとも前者ではないことを理由として審査可能性を認めているのである。

(b) 非自己判断型安全保障例外に基づく措置に対する司法審査可能性

このように、紛争に関連する条約中に安全保障例外条項が挿入されている場合、これを自己判断型と非自己判断型とを区別する裁判所の手法は、後者の性格を有する安全保障例外条項であれば、これを裁判所の司法審査の対象とすることができるということを含意している。実際にも、投資協定仲裁の判断では、上述した米国・アルゼンチン投資保護協定の解釈・適用をめぐる紛争に関して各仲裁廷が実体的判断に進み、その審査基準に照らして⁹⁴、実質的

.....

(c) regulate the production or trafficking of arms, ammunition or instruments of war, or the trafficking of other materials intended directly or indirectly to supply a military establishment;
(d) are necessary to fulfill the obligations of either Party to maintain or restore international peace and security or necessary to protect its essential interests and security; ...”

Art XXI of Treaty Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Nicaragua. *U.N.T.S.*, Vol.367, p.30.

⁹³ 「一方の当事国がとった措置がこうした例外にあたるかどうかを認定する管轄権を本裁判所が有するということは、同条約第21条の条文がGATT第21条にすでにみられる用語を用いてはいないという事実からの反対解釈としても明らかである。GATTのこの規定は、GATTの通常の実施の例外を考慮したもので、核分裂や核兵器などの分野のように、締約国が『自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める』措置もとることを妨げるように解釈されるべきではないことを定めている。これに対して、1956年条約は、単に『必要な』措置について述べるのみで、当事国がそのようなものと認める措置について述べているのではない」。 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, *I.C.J.Reports* 1986, p.116, para.222.

⁹⁴ 例えば *Continental Casualty* 事件で仲裁廷は、安全保障例外条項の解釈においては被申立国の側に「評価の余地 (margin of appreciation)」を与えなければならないとしている。 *Continental Casualty Company v. Argentine Republic (Award)*, ICSID Case No.ARB/03/9 (5 September 2008), para.181. また、インドの国営企業によるSバンド衛星調達契約の終了がモーリシャスとインドとの間の投資協定に違反するという申立てを扱った *CC/Devas* 他事件の仲裁廷は、モーリシャスとインドとの間の投資協定第11条3項の安全保障例外条項が自己判断的性格ではないことを確認したうえで、被申立国の措置が安全保障上の重大な利益に関するかどうかの判断に際しては、被申立国に「広範な謙譲 (wide measure of deference)」を与えなければならないとした。 *Arbitration between CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited., and Telecom Devas Mauritius Limited. and the Republic of India (Award on Jurisdiction and Merits)*, PCA Case No.2013-09 (25 July 2016), para.244. この審査基準は *Continental Casualty* 事件仲裁判断と同様の基準を採用したものと評価する見解として、石戸信平「複数の政策目的のための措置に対する安全保障例外の『一部』適用」『JCA ジャーナル』第66巻6号(2019年)47頁参照。

な審査を行うことになる⁹⁵。また、ICJでもニカラグア事件において米国・ニカラグア友好通商航海条約の安全保障例外に基づく米国の行為の合法性を審査したことは、非自己判断型安全保障例外条項が裁判所の司法審査に対する法的障害とはならないことを示している。

こうしたことは、オイル・プラットフォーム事件におけるICJの対応においても確認できる。この事件では、以下のような米国とイランとの間の友好・経済関係及び領事に関する1955年条約第20条1項(d)の解釈・適用が問題となった。

「この条約は次のような措置の適用を除外するものではない。

.....

(b) 核分裂性物質、その放射性副産物、又はその源に関する措置

(c) 武器、弾薬及び軍需品の生産若しくは取引又は軍事施設に供給するため直接若しくは間接に行われるその他の原料の取引に関する措置

(d) 国際の平和と安全の維持若しくは回復のため締約国の義務を遂行するために必要な措置、又は自国の安全保障上の重大な利益を保護するために必要な措置」⁹⁶

この条約の第21条1項(d)は、米国・ニカラグア友好通商航海条約第21条1項(d)とほぼ同じであり、それゆえICJは、その先決的抗弁判決において、1986年ニカラグア事件本案判決で到達した結論と異なる理由がないとして、この規定が本件においてICJの裁判管轄権を制約することはないとした⁹⁷。さらに、米国がイランのオイル・プラットフォームへの攻撃を上記規定に基づく自国の安全保障上の利益を保護する措置として正当化した本案段階においても、この規定の解釈問題を検討し、そのような解釈問題が示しているのは、「1955年条約の

⁹⁵ 上述の CMS Gas Transmission Company 事件や LG&E 事件のほか、El Paso 事件も参照。 *El Paso Energy International Co. v. Argentine Republic (Award)*, ICSID Case No.ARB/03/15 (31 October 2011), para.610. Enron 事件で仲裁廷は、米国・アルゼンチン投資保護協定第 11 条が「自己判断的な性格ではなく、司法審査は、その援用や採択された措置が誠実にとられたかどうかという点の検討に限られない」として、「司法的コントロールは実体的なものでなければならず、慣習法や米国・アルゼンチン投資保護協定の下での要件に合致しているかどうか、それによって違法性が排除されているかどうかに関係しなければならない」と述べた。 ICSID Case No.ARB/01/03 (22 May 2007), para.339. See also, *Sempra Energy International v. Argentine Republic (Award)*, ICSID Case No.ARB/02/16 (28 September 2007), para.388.

⁹⁶ “The present Treaty shall not preclude the application of measures:

.....

(b) relating to fissionable materials, the radioactive by-products thereof, or the sources thereof;

(c) regulating the production of or traffic in arms, ammunition and implements of war, or traffic in other materials carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment; and

(d) necessary to fulfill the obligations of a High Contracting Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests.”

Art XX of United States of America and Iran Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights. *U.N.T.S.*, Vol.284, p.132.

⁹⁷ *Plates-formes pétrolières (République islamique d’Iran c. Etats-Unis d’Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J.Recueil 1996, p.811, par.20.

当事国が、『自国の安全保障上の重大な利益を保護するために必要な措置の適用を除外するものではない』と同条項で定められているときに、当該措置が武力の行使に関係する場合でさえ、それが本条約の趣旨であると意図していたかどうかということである」と指摘し⁹⁸、
「米国がとった行動の適法性は、自衛の場合の武力行使に関する国際法に照らし、1955年条約第20条1項(d)に従って判断されなければならない。」と述べて⁹⁹、非自己判断的安全保障例外条項に基づく米国の行動の国際法上の適法性を審査可能としたのである。

なお、ICJにおいて、同じ1955年条約第20条1項の適用は、イラン財産事件及び1955年条約違反事件においても論点となった。イラン財産事件で米国が同条1項(c)及び(d)の適用により管轄権が制約される理由で先決的抗弁を提起したところ、ICJは、その先決的抗弁判決において、オイル・プラットフォーム事件先決的抗弁判決と1955年条約違反事件暫定措置命令を援用して、特定の事項を管轄権から除外する明示の規定はないことをここでも確認するとともに、ニカラグア事件本案判決を含めた先例から離れる必要はないとして、「第20条1項(c)及び(d)は裁判所の管轄権を制約するものではなく、単に当事者に本案での防御を提供するものに過ぎない」と判示した¹⁰⁰。

また、1955年条約違反事件でも米国は同条約第20条1項(b)及び(d)を根拠に、紛争が同条約の事項的範囲の外にあるとして裁判所の管轄権の欠如を主張したが、ICJは、まず同事件の暫定措置命令において、第20条1項が当事者により特定の措置を取りうる状況を限定していると述べたうえで、「本件においてこうした例外が被告国により適法に根拠とされたのかどうか、そしてどの程度の範囲でそうされたのかは裁判所による検討に服する事項であり、したがって、第21条2項に基づき同条約の『解釈又は適用』に関する裁判所の管轄権の事項的範囲の不可分の一部を形成する」と判示し、暫定措置の段階では紛争当事者間の紛争が1955年条約の解釈・適用に関連することが証明されていることを確認した¹⁰¹。さらに、先決的抗弁判決においてICJは、「第20条1項(d)は本件では裁判所の管轄権を制約するものではなく、単に当事者に本案で可能な防御を提供するものに過ぎない」としたオイル・プラットフォーム事件先決的抗弁判決を援用するとともに、この点は第20条1項(d)に関する解釈は同項(c)にも適用されるとしたイラン資産事件先決的抗弁判決も同様の見解をとるとして、第20条1項(c)と同項(d)を区別する理由はなく、このため、同項(b)についても、本案での可能な抗弁を提供するに過ぎない以上、同様に区別する理由はないと判示した。そのうえで、第20条1項

⁹⁸ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J.Reports 2003, pp.181-182, para.40.

⁹⁹ *Ibid.*, p.183, para.44.

¹⁰⁰ Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J.Reports 2019, pp.23-25, paras.38-47.

¹⁰¹ Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 October 2018, I.C.J.Reports 2018, pp.633-636, paras.34-44.

(b)及び(d)に基づいて提起された「本案手続に進む前に決定することを求めるその他の抗弁」は先決的な性質であるという米国の主張については、いずれの抗弁も本案段階で検討されるべきものとしてこれを退けたのである¹⁰²。

これら2つの事件はいずれも先決的抗弁段階にとどまっており、特に1955年条約違反事件では本案段階で管轄権や受理可能性の問題が検討されることは排除されていないため、現時点では、安全保障例外条項の機能に関するICJの最終的な判断とその評価はここでは控えざるを得ない。しかし、ニカラグア事件本案判決やオイル・プラットフォーム事件先決的抗弁判決の先例を踏襲する傾向は確認できるため、非自己判断型安全保障例外条項である第20条1項に基づく米国の行為について司法審査が行われる可能性は高いといえるであろう。

(2) 自己判断型安全保障例外に対する審査可能性

(a) 自己判断型安全保障例外条項と信義誠実原則

以上のように、投資仲裁やICJでは、特定の文言が用いられているか否かにより自己判断型安全保障例外条項と非自己判断型安全保障例外条項とが区別されていることが確認されており¹⁰³、その意義は、裁判所の観点からすると、後者の解釈・適用問題については裁判管轄権があり審査が可能とされるということにある。しかしこのことは、必ずしも、前者の安全保障例外条項に基づく当事国の行為の国際法上の合法性等について、裁判所の審査が及ばないということの意味するわけではない。事実、米国・アルゼンチン投資保護協定第11条が非自己判断型安全保障条項であることを確認して、自らの審査権限を認めた各仲裁廷の裁定でもこの点を確認するものが存在する。例えば、LG&E事件仲裁裁定では、問題の規定が自己判断的であると結論するのであれば、アルゼンチンによる認定は誠実審査（a good faith review）に服し、それは非自己判断型安全保障条項である本件の場合とさほどの違いはないということを確認していた¹⁰⁴。この場合には、自己判断型安全保障例外条項それ自体は裁判管轄権行使の障害とはならず、信義誠実が適切な審査基準とされることになる。

しかしながら、Continental Casualty事件仲裁裁定は、「もし第11条がそれを援用する当事者に制約のない裁量を付与しているとしても、（この裁量は）信義誠実（good faith）に服する。」と述べる一方、裁判所が「さらに本案に踏み込むことは妨げられる。」と判断した¹⁰⁵。それ

¹⁰² Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J.Reports 2021, paras.97-113.

¹⁰³ CC/Devas 他事件において仲裁廷は、「条約が、国家に対して自国の安全保障上の利益を保護するために必要と考えるものを決定するのに十分な裁量を付与する文言を含んでいないのであれば、安全保障例外条項は自己判断的な性格ではないということは、国際司法裁判所の判決と投資仲裁判断により十分に確立されている。」と指摘した。PCA Case No.2013-09 (25 July 2016), para.219.

¹⁰⁴ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (Decision on Liability), ICSID Case No.ARB/02/1 (3 October 2006), para.214.

¹⁰⁵ Continental Casualty Company v. Argentine Republic (Award), ICSID Case No.ARB/03/9 (5 September 2008), para.182.

によれば、自己判断型安全保障例外であっても、この条項に基づく行為の適法性については信義誠実を基準として審査の対象となる可能性は認めつつも、その範囲はきわめて狭いものに限られることになるであろう¹⁰⁶。

ただ、これらはいずれも非自己判断型安全保障例外条項を前提として、仮説的に自己判断型安全保障例外に基づく行為の審査可能性を論じたに過ぎない。それでは、安全保障等を理由に当事者が自らその行為を一義的に判断することを認める条項について、裁判所がどのような取扱いをしているか、次に見てみよう。

(b) 「自己判断」的性格を有する安全保障例外条項のICJによる適用・解釈

ここで参考となるのは、ジブチが、自国の大統領や他の政府高官に対してフランスが発出した国際嘱託状の証人召喚の撤回等を求めてICJに事件を付託した刑事司法共助問題事件であろう。というのも、自己判断的性格を有する条項の援用が直接国際裁判機関により検討されたのはこの事件が初めてだからである¹⁰⁷。この事件では、フランス人判事がジブチで殺害された問題に関連して、フランスがジブチとの間の1986年刑事司法共助条約に基づき、同問題に関係したとの疑いでジブチの主任検察官らを、国際嘱託状を発出して証人としてフランスの国内裁判所に出廷を要請していたものの、ジブチはこの要請を拒否し、逆にフランスの行為がジブチ大統領の免除・名誉・尊厳への侵害を防止すべき一般国際法上の原則に違反するとしてフランスを訴えた。また、ジブチは、フランス人判事殺害事件のフランスでの予審記録をジブチ司法当局に引渡す国際司法共助（裁判事務嘱託）の履行を1986年条約に基づきフランスに要求したが、フランスはその履行を拒否したことから、同条約上の義務の違反についてもフランスを訴えている¹⁰⁸。

ここで問題となっている1986年刑事司法共助条約の規定のうち、第2条(c)がいわゆる「自己判断」的な性格を有する条項であった。この規定は、次のように国家の安全保障に係る条項で、しかも「自己判断」的性格を有するものである。

「司法共助は次の場合に拒否し得る。

.....

(c) 要請を受けた国が、その要請の執行が自国の主権、安全、公序その他重大な利益を

¹⁰⁶ 逆に言えば、誠実審査は自己判断型安全保障例外条項に関する場合に限られ、非自己判断型安全保障例外条項についてはこの審査基準は拒否されることになる。Alvarez & Khamsi, *supra* note 90, p.425.

¹⁰⁷ R.Briese & S.Schill, “Djibouti v France. Self-Judging Clauses before the International Court of Justice”, *Melbourne J.I.L.*, Vol.10 (2009), p.321.

¹⁰⁸ この事件の概要、判決内容とその評価については、国際司法裁判所判例研究会「刑事司法共助に関する特定問題事件（判決・2008年6月4日）」『国際法外交雑誌』第113巻3号（2014年）133-149頁（玉田大・執筆）参照。

害する性質のものであると認める場合」¹⁰⁹

この事件において、ジブチは司法共助要請を履行する義務を定めた同条約第1条の義務にフランスが違反したことのほか、同条約第17条では司法共助の拒否については理由が陳述されなければならない旨規定しているにもかかわらず、ジブチによれば、フランスは同条約第2条(c)を挙げて「通告する」だけで司法共助要請を拒否する理由を示していなかったことから、フランスによる第17条の下での義務違反も主張した。ジブチは、要請を受けた国が第2条(c)の下で要請拒否の決定に広範な裁量を享有していることは認めつつ、たとえそうした「自己判断」的条項と表現されるものに依拠する場合でも、司法共助の要請を受けた国は合理的に、かつ、信義誠実に行動しなければならないと主張する。さらに、第17条に定める理由を付与する義務により、要請を受けた国は第2条(c)に単に言及する以上のこと、特定の事件において要請を拒否した自らの決定を正当化する理由を述べることが求められているのだという¹¹⁰。

これに対してフランスは、第2条(c)が示すように、刑事問題は他の問題以上に諸国の国家主権、安全保障、公序及びその他の重大な利益に影響を及ぼすとして、第2条(c)に言及して明確な拒否の理由を示したのであり、それで第17条が要求する理由の陳述とするに十分であると反論した¹¹¹。

ICJは、1986年条約第2条の文言が司法共助要請を受けた側の当事国にきわめて広範な裁量を付与しているとするフランスの主張を正当と認めている。しかし、他方で、そうした広範に付与された裁量を行行使する際にその行使国は、「1969年ウィーン条約法条約第26条に法典化された信義誠実 (*bonne foi* / *good faith*) の義務に服する」として、それによって裁判所は、「司法共助要請の履行を拒否する事由が第2条において許容された事由に該当することを示される必要がある」と述べた¹¹²。そして実際に、司法共助要請を拒否する決定を行ったフランス判事の行為が誠実に行われたか、それが1986年条約第2条の枠内に収まるものであったかを具体的に検討し、その結果、同判事が与えた理由が第2条(c)の範囲内のものであると認定したのである¹¹³。

¹⁰⁹ “L’entraide judiciaire pourra être refuse:

.....
c) Si l’Etat requis estime que l’exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d’autres de ses intérêts essentiels.”

Article 2 de la Convention d’entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la république française et le Gouvernement de la république de Djibouti. Nations Unies, *Recueil des traités*, vol.1695, p.298.

¹¹⁰ Certaines questions concernant l’entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J.Recueil 2008, p.226, pars.134-135.

¹¹¹ *Ibid.*, pp.226-227, pars.136-139.

¹¹² *Ibid.*, p.229, par.145.

¹¹³ *Ibid.*, pp.229-230, pars.146-148.

また、第17条との関連では、要請国が訴訟過程で数か月も遅れて関係資料を知ることができるということでは、同条の下での司法共助履行拒否の理由を通告する義務が満たされることにはならないという。また、第2条(c)を援用しただけでは第17条に基づく義務を果たしたというには不十分であり、あともう少しの説明が必要なのであって、それは単なる礼譲の問題ではないとし、ICJによれば、「そのようにして要請を受けた国は要請を拒否する際にその誠実さを示すことができることになる」と述べている¹¹⁴。

このように、ICJは、フランスによる第2条(c)の自己判断型安全保障例外条項の援用について、信義誠実義務に照らして司法審査を行った。信義誠実義務が審査基準として採用されたのは、先に述べた投資仲裁裁定でも予想されていた通りである。審査基準としての信義誠実義務は、ICJがフランスの行為を検討し、当該行為を当該行為自身の条件でICJが判断するには、柔軟かつ一般的に受け入れられる方法を提供するものであることから採用されたものであろう。それは、法による規律からも裁判所の司法戦略の観点からも賢明な判断といえるかもしれない¹¹⁵。いずれにしても、広範な裁量が認められる自己判断型安全保障例外条項に依拠した行為については、信義誠実義務を審査基準として司法審査が可能であることをこの判決は示しているのである。

しかし、問題は、安全保障例外条項一般について「誠実審査 (a good faith review)」が可能であるとしても、自己判断型と非自己判断型とでは審査基準に違いがあるのではないかということであり、実際には前者については、当事国の広範な裁量を考慮して相当緩やかな基準が認められているのではないかという推測も成り立ちうる。それはGATT/WTOの下での安全保障例外条項についても同様に言えるであろう。ただ、GATTからWTOへの移行により紛争解決制度が強化されたことも考えあわせたい。現在、WTOにおいて、GATT第21条やGATS第14条の2、TRIPS協定第73条に基づく安全保障例外の主張が司法審査の対象となるのか、そして対象となるとすれば、いかなる基準において審査が可能かということが重要となる。

(c) 「自己判断」的性格を有する安全保障例外条項に対するEU裁判所の判断

さらに、EUの司法裁判所においても自己判断型安全保障例外条項が問題となった事例がある。1つはEU運営条約第346条1項(b)の自己判断型安全保障例外条項の解釈に係る事案であ

¹¹⁴ *Ibid.*, p.231, pars.151-152. ただし ICJ は、第 2 条と第 17 条との関係について、両者は別個の義務を規定しており、第 17 条の義務に違反したからと言って第 2 条を援用できないわけではないことから、フランスによる第 2 条(c)の援用により、司法共助要請の履行に関する第 1 条の義務違反は認めなかった。*Ibid.*, pp.232-233, pars.154-156. もっとも、この論理だと、第 2 条に列挙された以外の事由で履行拒否を通告した場合にも第 17 条違反は生じないことになるが、そこまで第 2 条と第 17 条の義務を独立にみることができるか、疑問を呈する見解もある。I.Prezas, “La répression nationale face au juge international: À propos de l’affaire de l’entraide judiciaire an matière pénale”, *A.F.D.I.*, Tome LIV (2008), pp.266-268.

¹¹⁵ R.Cryer & I.Kalpouzos, “International Court of Justice, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v France)* Judgment of 4 June 2008”, *I.C.L.Q.*, Vol.59 (2010), p.200.

り、もう1つはEU－ロシア間パートナーシップ協定第99条1項(d)の自己判断型安全保障例外が問題となった事案である。

前者に関係するEU運営条約第346条1項(b)は、以下のような規定である。

「1 両条約の規定は、次の規則の適用を妨げるものではない。

.....

(b) 加盟国は、武器、弾薬及び軍需品の生産又は取引に関係する自国の安全保障上の重大な利益を保護するために必要であると認める措置を執ることができる。その措置は、特に軍事的目的に向けられたものではない製品に関する域内市場における競争条件を害すものであってはならない。¹¹⁶」

この規定はGATT第21条(b)(ii)に類似した内容となっているが、シーベル航空機有限会社事件でEU司法裁判所はこの規定を解釈し、同規定が裁判所により審査される事項を排除するものではないと判示した。同規定にある「必要であると認める」という文言は、同規定を、「加盟国に、そうした利益に単に依拠するだけで運営条約の諸規定から逸脱する権限を付与するもの」とみなすことはできず、EU加盟国は、そのような逸脱が自国の安全保障上の重大な利益を保護するために必要であることを示さなければならないとしたのである¹¹⁷。

後者は、2014年に生じたウクライナ問題でのロシアの行動に対抗して、EU理事会が、特にロシアの石油部門との関連で制限措置を採用し、同部門への機微な产品及び技術の輸出禁

¹¹⁶ Article 346 (ex Article 296 TEC)

“1. The provisions of the Treaties shall not preclude the application of the following rules:

.....

(b) any Member State may take such measures as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security which are connected with the production of or trade in arms, munitions and war material; such measures shall not adversely affect the conditions of competition in the internal market regarding products which are not intended for specifically military purposes.”

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, 2012/C 326/01.

¹¹⁷ Judgment of the Court (Fifth Chamber), 4 September 2014, Case C-474/12, para.12. See also, G.-D.Balan, “On Fissionable Cows and the Limits to the WTO Security Exceptions”, *Society of International Economic Law (SIEL)*, *Six Biennial Global Conference*, 2 July 2018, Available at SSRN: www.ssrn.com/abstract=3218513, p.17. なお、EUの裁判所は、従来から一貫して、旧規定の時代から第346条に基づき義務から逸脱する加盟国の権利は制限的に解釈されなければならないと判示してきた。Judgment of the Court, 15 May 1986, Case 222/84, *Johnston*, [1986] E.C.R.1684, para.26; Judgment of the Court (Sixth Chamber), 16 September 1999, Case C-414/97, *Commission v. Spain*, [1999] E.C.R.1-5606, para.21. 裁判所によれば、関係する規定からは、「運営条約が公共の秩序を理由として執られたあらゆる措置を共同体法の範囲から除外する固有の一般的例外を含んでいることは導出しえない」とする。Judgment of the Court (Grand Chamber), 8 April 2008, Case C-337/05, *Commission v. Italy*, para.43. See also, L.Moscoso del Prado & T.Arranz, “State Aid Rules and National Security: The Court Delineates the Application of Articles 346 and 348 TFEU”, *E.St.A.L.*, Vol.13 (2014), p.119.

止やEU資本市場への同部門の運営者のアクセス制限などを行ったところ¹¹⁸、ロシアの石油・ガス部門の企業ロズネフトが当該措置の無効を求めてEU一般裁判所に訴えたロズネフト事件がそれである。この事件は、EUの共通安全外交政策に基づく行為が司法審査可能かどうかという論点でも議論になったが¹¹⁹、本稿と関連するのは、上記EUの措置がEUとロシアとの間のパートナーシップ協定に違反するというロズネフト側の主張に対して、EU側が同協定第99条1項(d)に定める例外に該当すると主張した点である。

EU－ロシア間パートナーシップ協定第99条1項(d)は、次のように規定する。

「この協定のいかなる規定も当事国の一が以下の措置をとることを妨げるものではない。

1 以下の場合において、当該当事国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要と認める措置

.....

(d) 法と秩序の維持に影響を与える深刻な国内騒乱の場合、戦争若しくは戦争の脅威を構成する深刻な国際的緊張の場合、又は平和及び国際安全の維持のため当事国が受諾した義務を実施することを目的とする場合」¹²⁰

この規定は、当事国が自国の安全保障上の利益の保護のために必要と認める（it considers necessary）場合にはいかなる措置もとることを許容するという典型的な自己判断型安全保障例外条項である。この事件において英国、エストニア、フランス、及びEUの理事会と委員会は、この規定を援用して問題の措置が正当化されるほか、ロズネフトが依拠するこの協定の諸規定はいずれにせよ直接効果を持たないと主張した¹²¹。これに対して、司法裁判所はその先決裁定の中でこの第99条を解釈し、ロズネフトが依拠する協定の諸規定が直接効果を有

¹¹⁸ Council Decision 2014/512/CFSP of 31 July 2014 concerning Restrictive Measures in view of Russia's Actions Destabilising the Situation in Ukraine. OJ L 229/13.

¹¹⁹ P.Koutrakos, "Judicial Review in the EU's Common Foreign and Security Policy", *I.C.L.Q.*, Vol.67 (2018), pp.18-27; M.Kuisma, "Jurisdiction, Rule of Law, and Unity of EU Law in *Rosneft*", *Yearbook of European Law*, Vol.37, No.1 (2018), pp.3-26.

¹²⁰ "Nothing in this Agreement shall prevent a Party from taking any measures: which it considers necessary for the protection of its essential security interests:

(d) in the event of serious internal disturbances affecting the maintenance of law and order, in time of war or serious international tension constituting threat of war or in order to carry out obligations it has accepted for the purpose of maintaining peace and international security;"

Article 99 of the Agreement on partnership and cooperation establishing a partnership between the European Communities and their Member States and the Russian Federation, OJ 1997 L.327, p.3. EU－ロシア間パートナーシップ協定の概要については、「EU とロシアのパートナーシップ・協力協定の概要」（訳・小池隆司，倉沢章夫）『世界週報』1994.7.26 号 64-73 頁参照。

¹²¹ *Rosneft Oil Company OJSC v Her Majesty's Treasury, The Secretary of State for Business, Innovation and Skills, The Financial Conduct Authority* (Request for a preliminary ruling from the High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division (Divisional Court) (United Kingdom)), Opinion of Advocate General Wathelet, delivered on 31 May 2016, Case C-72/15, para.107.

するかどうかは、EUの措置が同協定の諸規定に合致しないとしても、第99条が当該措置の採択を許容していると述べれば十分なので、その問題を検討する必要はないとした。そのうえで、EUの対外分野については理事会が広範な裁量を享受していることを考慮に入れて、問題の制限的措置の採用が、第99条の意味でEUの安全保障上の重大な利益の保護と平和及び国際安全の維持にとって必要なものであったことを認定し、同協定に照らしてEUの措置の有効性に影響を与えるものはないと判示した¹²²。

また、一般裁判所も、EU－ロシア間パートナーシップ協定第99条1項(d)との関連では、司法裁判所の先決裁定の該当部分をそのまま引用し、これを問題とするような新たな議論が出ていないことを理由に肯定的に判断した¹²³。注目されるのは、一般裁判所がさらにGATTとEUの制限措置との両立性に関連して、GATT第21条に言及したことである。ここで同裁判所は、この分野における理事会の広範な裁量に照らせば、「ウクライナの領土保全、主権及び独立を弱めたり脅かししたりするロシア連邦の行為が『その他の国際関係の緊急』時の例に匹敵し、問題の制限的措置が、GATT第21条の意味で『(EU加盟国の) 安全保障上の重大な利益の保護のために必要』であった」と判示しなければならないとした¹²⁴。

その上訴審である司法裁判所もまた、理事会は国際条約の解釈について広範な裁量を持たないとした上訴理由に対して、EUが締結した条約はEU運営条約でEU法の不可分の一部となり、理事会は広範な裁量を行おうることを指摘するとともに、EU－ロシア間パートナーシップ協定第99条とGATT第21条の文言から、「これら協定のいかなる規定も、締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める行動をとることを妨げるものではない」ことは明らかであり、それゆえ各締約国がその内部規則に妥当な考慮を払って自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める措置を決定できるのであり、結果として一般裁判所の判断に誤りはないと結論付けた¹²⁵。

このように、EUの裁判所は、EU－ロシア間パートナーシップ協定第99条とGATT第21条という2つの安全保障条項を扱う際、自らの管轄権を肯定したうえで、理事会の広範な裁量を認めつつ、これら規定の解釈及び適用を行った。そこでは信義誠実原則に基づく審査についての明示的な言及はないが、問題の措置が同規定の枠内に置かれるかどうかについて司法審査を行うとともに、安全保障上の重大な利益を理由とした制限的な措置を採用する理事会の広範な裁量を認めるというかたちで、理事会の決定に謙譲を与える判断を行ったのである¹²⁶。

¹²² Judgment of the Court (Grand Chamber), 28 March 2017, Case C-72/15, paras.110, 115-116.

¹²³ Judgment of the General Court (Six Chamber), 13 September 2018, Case T-715/14, paras.178-179.

¹²⁴ *Ibid.*, paras.180-182.

¹²⁵ Judgment of the Court (Seventh Chamber), 17 September 2020, Case C-732/18P, paras.133-134.

¹²⁶ これに対して、先決裁定を行う司法裁判所に提出された法務官意見では、理事会が外交・安全保障政策の分野で広範な裁量を有するのであれば、理事会が戦争の脅威を構成する深刻な国際的緊張が存在すると結論した場合はいつでもそのように適用されなければならないとしたうえで、制限的な措置を採用するに際して理事会がロシアによるウクライナの主権侵害行為などに依拠したこと、国連の

EUの裁判所は、上記2つの事件でいずれも自己判断型安全保障例外条項にかかわる紛争について自らの裁判管轄権を肯定した。特にロズネフト事件での判決は、自己判断型安全保障例外の援用だけでは裁判管轄権が否定されることはないことを確認したうえで、「誠実審査」については明言していないものの、EU理事会の広範な裁量を認めている。

以上みてきたように、ICJやEUの裁判所によるこれまでの国際判例では、自己判断型であろうとも、安全保障例外を援用したことそれ自体で管轄権の行使を控えた事例は存在しない。もっとも、それがそのままWTO協定にも当てはまるわけではないが、国際的な司法機関が安全保障例外の援用だけでこの問題を管轄外とする傾向にはないことは確認できるであろうし、WTOのパネルもまた、法を適用する紛争解決機関としてこうした傾向を無視できないであろう。ただ、裁判管轄権が確認されても、安全保障例外の援用に関係して国家や加盟国の代表から構成されるEU理事会に大きな裁量を認められていることもまた、指摘しておかなければならない。これは、紛争解決に際しての審査基準にかかわる問題である。

2. WTO協定の安全保障例外条項に関する審査基準

(1) WTO紛争解決手続における審査基準

先にも述べたように、WTOにおける紛争解決手続では、国内裁判所と同様に、審査基準が問題となる。国内レベルでは、上級審が下級審の判断を審査する際の基準として審査基準が用いられるほか、国家という政体の下に分かれる複数の部門間の権限分立と結びつき、これを用いる国内裁判所に他の部門、立法部門や行政部門に対してより大きな権限を付与する場合もある。これに対して、WTOにおいては、審査基準という概念を利用することにより、WTOレジームのレベルにおいて、パネルと他の意思決定部門、とりわけWTO加盟国との間の権力分立が視覚化され、前者に自律的な決定権限が与えられているのである¹²⁷。

もっとも、WTO設置時にパネルが加盟国の措置への謙譲を示す必要のある一般的な定式を定める試みはなかなか成功せず、唯一明示の規定が合意されたのは、1994年のガット第6条の実施に関する協定（いわゆるアンチダンピング協定）第17.6条のみであり、これはアンチダンピング分野にのみ適用される審査基準であった¹²⁸。他方、紛争解決了解第11条では、

安全保障理事会ではロシアが拒否権を有することから安保理決議で平和に対する脅威の認定が行われず、決議採択さえも難しいことを挙げて、制限的な措置をとる決定を行った時点に存在した「国際的緊張の深刻さの評価について理事会には明白な誤りはなかった」とされており、理事会の判断を尊重してEU-ロシア間パートナーシップ協定第99条の解釈・適用まで踏み込まず、司法審査可能性について回避していた。Opinion of Advocate General Wathelet, *supra* note of 121, paras.149-152.

¹²⁷ J.Bohanes & N.Lockhart, “Standard of Review in WTO Law”, in D.Bethlehem, D.McRae, R.Neufeld & I.van Damme (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law* (O.U.P., 2009), pp.379-380.

¹²⁸ アンチダンピング協定第17.6条は、アンチダンピング協定に関する紛争につき、その(i)において、パネルが加盟国当局による事実認定の審査を行う基準を定め、当局による「事実の評価が適切であり、かつ、公平かつ客観的であった場合には」、パネルの結論が異なるとしても、当該当局の評価が優先するとして、パネルが加盟国当局による事実評価をやり直すべきではないことを示唆してい

パネルの任務について、付託された問題の「客観的な評価」を行うものとしており、これがアンチダンピング分野以外でのWTOにおける審査基準の条文上の根拠を提供するものとなっている。すなわち、この規定は事実の確認と各WTO協定の当該事実への当てはめの在り方について簡単に審査基準を定めているといえる。

この点につき、パネルの審査基準を明確にしたのが、欧州共同体（EC）－ホルモン事件上級委員会報告であった。この事件は、ECが成長ホルモンを投与して生産された牛肉の輸入制限を行ったところ、当該措置は衛生植物検疫措置の適用に関する協定（SPS協定）の諸規定に違反するとして米国が訴えたものである。審査基準に関しては、SPS協定にはアンチダンピング協定第17.6条のような特別な審査基準が定められていないことから、紛争解決了解第11条の審査基準の適用が問題となり、上級委員会がその内容を整理して、同条は事実の確認と関連するWTO協定の下でのかかる事実への法的性格付けについて、きわめて簡潔ではあるが十分明確に審査基準を規定していることを指摘したうえで、審査基準の内容につき以下のように述べている。

「パネルによる事実認定に関する限り、その活動は常にDSU第11条が指示するところにより制約される。すなわち、適用可能な基準は、新奇の（*de novo*）審査それ自体でもなく、また『完全な謙譲（total deference）』でもなく、『事実関係の客観的評価（objective assessment of the facts）』である。」¹²⁹

この事件の上級委員会によれば、これまでの事例において、新奇の審査（*de novo review*）はWTOのシステムになじまないものであることから使用されることはなかったし、国内当局の認定に対する完全な謙譲もまた、DSU第11条が予定した「客観的評価」を確保しえないことから行われてこなかったという¹³⁰。したがって、WTOの具体的な審査基準は、新奇の審査と国内当局の認定への完全な謙譲との両極の間のいずれかに位置づけられることになり、特に審査基準によってはそれが被申立国の当局の事実認定に対する不当な干渉と批判されるおそれもありうることから、それぞれの事件において適切な審査基準がどこにあるのかを慎

る。S.P.Croley & J.H.Jackson, “WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Government”, *A.J.I.L.*, Vol.90 (1996), p.200, note 32. また同条(ii)は法に関する審査基準を定め、同協定の関連規定を「解釈に関する国際法上の慣習的規則に従って解釈する」とし、当該規定が2以上の許容しうる解釈を容認しているとパネルが判断する場合、加盟国当局の措置がそうした解釈の1つに基づいているときには当該措置が同協定に適合しているものとしている。第17.6条(ii)の導入の背景や問題点、及び上級委員会による同規定の解釈については、see, D.McRae, “Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body: The Conundrum of Article 17(6) of the WTO Antidumping Agreement”, in E.Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention* (O.U.P., 2011), pp.164-183.

¹²⁹ *EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Report of the Appellate Body, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 January 1998, para.117.

¹³⁰ *Ibid.*, paras.116-117.

重に見極めることがパネルには求められてきたのである¹³¹。

また、加盟国による措置と関連する協定の規定との適合性に関する法的認定について同事件の報告は、審査基準はSPS協定には見られないけれども、「パネル及び上級委員会は解釈に関する国際法上の慣習的規則を適用する任務からは免れ得ない」としてDSU第3条2項が適用可能であるとするとともに、対象となる協定の適用可能性及び当該協定との適合性を含む付託された問題の客観的評価を要求するDSU第11条を強調した¹³²。

以上は、アンチダンピング協定第17.6条にみられるのと同様に、事実問題に適用される審査基準と法的問題に適用される審査基準とを区別することを前提としている。しかし、両者の間に境界線を引くことは必ずしも簡単なことではない¹³³。この問題は、WTO法の観点からすると、例えば特定の産業上の実行を人の健康を害するものとする評価がSPS協定第2条2項の意味での「十分な科学的証拠」を提供しているかどうかといった、確立された実行の法的当てはめに関連して明らかになるという¹³⁴。ただ、安全保障例外をめぐる審査基準の問題を扱うことからすると、ここでは、いずれの基準においても加盟国当局による決定に対して、新奇の審査でもなく、完全な謙譲でもなく、その中間、すなわち一定の謙譲が求められるということが確認されていれば十分であろう。

(2) WTO協定の安全保障例外条項の審査基準

パネルや上級委員会は、WTOの加盟国がとる具体的措置の前提となる選好や政策の優先順位を評価するには、そうした技術や資源もないため、それほど適した立場にはない。むしろこれら機関が優位するのは中立的な立場であり、加盟国の利害にとらわれず、WTOの目的に即してバイアスのない判断ができることにこそ、その存在意義がある。他方、加盟国側にあるのは、関連する事実や情報の収集・把握を含め、問題となる措置の決定にあたっての専門性であり、これがパネルや上級委員会の中立性との間でトレード・オフの関係となって、両者の関係から適切な審査基準が導き出されることになる¹³⁵。このため、特に加盟国がとる措置の性質やその根拠規定などによって、その問題に適用される審査基準の内容が異なりう

¹³¹ 福永有夏「事実審としてのWTOパネルの機能—立証責任・検討基準に関する法理の発展とその意義」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅰ 通商・投資・競争』（法律文化社、2012年）170-171頁。

¹³² WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, paras.118-119.

¹³³ M.Ioannidis, “Beyond the Standard of Review: Deference Criteria in WTO Law and the Case for a Procedural Approach”, in L.Gruszczynski & W.Werner (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals* (O.U.P., 2014), pp.98-99.

¹³⁴ H.Spamann, “Standard of Review for World Trade Organization Panels in Trade Remedy Cases: A Critical Analysis”, *Journal of World Trade*, Vol.38 (2004), p.526.

¹³⁵ A.T.Guzman, “Determining the Appropriate Standard of Review in WTO Disputes”, *Cornell Int’l L.J.*, Vol.42 (2009), p.75.

るのであり¹³⁶、安全保障例外条項の場合も、パネルや上級委員会が管轄権を有して審査が可能なのであれば、この例外が有する性質に特有の審査基準が適用されることになる。

これまで述べてきたように、GATTなどWTO協定上の安全保障例外の主な特徴は、加盟国の「安全保障上の重大な利益」の内容の拡大可能性と、それを保護するためにとられる措置を当該加盟国が必要と考えるという「自己判断」的性格である。これを審査基準の内容に当てはめれば、新奇の審査と完全な謙譲の間において、安全保障概念の機微性や条項の「自己判断」的性格から、完全とはいえないまでも大きな謙譲を加盟国に認める審査基準が採用されやすい。実際、ロシアー通過運送措置事件のパネル判断が出るまでの学説もその多くは、パネルによる審査が認められる場合の審査基準について、加盟国の裁量を広く認めるようなかたちでの基準を提示していた¹³⁷。

パネルに管轄権を認める学説でもっとも一般的な考え方は、安全保障例外を援用する加盟国が信義誠実の原則（the principle of good faith）に従って関連規定の解釈・適用を行うことから¹³⁸、当該加盟国による検討や決定がこの信義誠実原則に合致しているかを審査する誠実審査（a good faith review）を認めるというものである。この原則は、協定上の権利行使の濫用防止及び例外援用国の利益と問題となる措置により影響を受ける国の利益との間のバランス維持を目的として、GATT第20条の一般的外例の文脈で米国ーエビ・エビ製品輸入禁止事件上級委員会報告によりすでに確認されていたところであり¹³⁹、これを安全保障例外の文脈でも適用しようとするのがその趣旨である¹⁴⁰。ただし、その具体的な審査基準については、様々な見解が展開されていた。

この原則の適用により差別的な行為を十分に禁止することができるとして、安全保障上の重大な利益に対して同様の脅威を与える2つの加盟国に対して、いずれか一方にしか問題の措置を執らないということであれば、信義誠実原則に照らして判断可能であるという立場の

¹³⁶ ECーホルモン事件上級委員会パネル報告が「客観的評価基準」に言及して以降、その後の判断で同基準の内容がWTO協定の規定ごとに明確化されてきた。E.-U.Petersmann, “Judicial Standards of Review and Administration of Justice in Trade and Investment Law and Adjudication”, in Gruszczynski & Werner (eds.), *supra* note 133, pp.28-29.

¹³⁷ 他方、一部の学説は、「自己判断」的な文言に完全な効果を与えて、安全保障例外援用国のみが安全保障上の重大な利益が何かを決定し、当該利益の保護のためにWTO上の義務からの逸脱が可能であるとして、パネルの管轄権を否定している。Whitt, *supra* note 3, p.616; Bhala, *supra* note 39, pp.268-269;

¹³⁸ 信義誠実原則は、安全保障例外援用国が自国の安全保障上の重大な利益を保護するために問題の貿易措置が必要だと純粋に信じているという了解をもたらすことになるという。R.Bomman, “The GATT Security Exception in a Dispute Resolution Context: Necessity or Incompatibility?” *Current: Int’l Trade L.J.*, Vol.3 (2010), p.8.

¹³⁹ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Report of Appellate Body, 12 October 1998, WT/DS58/AB/R, paras.158-159. See also, R.Kolb, *Good Faith in International Law* (Hart Publishing, 2017), pp.180-181.

¹⁴⁰ Yoo & Ahn, *supra* note 82, p.442; T.-f.Chen, “To Judge the “Self-Judging” Security Exception under the GATT 1994 – A Systematic Approach”, *A.J.W.H.*, Vol.12 (2017), p.344.

ほか¹⁴¹、自国の安全保障上の重大な利益への脅威の存在を援用国が純粋に認識しているかどうかをその基準の内容として、特定の要素を取り出して当該認識の確認を行うという立場もある¹⁴²。また、安全保障例外の援用状況が、人権分野の緊急事態において形成され、欧州人権裁判所の判例で発達してきた「評価の余地（margin of appreciation）」論と類似することからこれをWTOにも導入し、条約の誠実解釈規則から安全保障例外条項の濫用に対する審査を認める見解も示されている¹⁴³。そのほか、「必要／反すると認める」「重大な」「その他の緊急」といった手段や比例性を有する概念の場合には、合理性テストがその客観的側面や固有の相対的性格に対応するのに適切な基準とする見解も主張されている¹⁴⁴。

しかし、おそらく、その後のパネルの判断に影響を与えたのは、国内行政機関による裁量を司法機関により審査を行うという観点からみた一種の行政裁量統制の考え方であろう。ここでは、国内行政機関の行為を実体的に評価するのではなく、当該機関により行使される権限が依拠する法の目的に照らして決定が行われるプロセスを審査し、適正な手続に従っていたか、条約目的に照らして関連事項を考慮して裁量を行なったかなどの要素に着目して、権限行使が濫用されたかどうかを審査するというものである。その結果、「安全保障上の重要な利益」が問題となったかどうかは客観的な審査の下に置かれ、「自己判断」はとられた措置が「安全保障上の重要な利益」を保護するために必要かどうかの認定に限定されることになる¹⁴⁵。こうした考え方は、ロシアー通過運送措置事件パネル判断に一定程度影響を与えたように思われる。

学説では、このように信義誠実原則を中心として審査基準について議論が展開されたが、現実にはこれまでWTOの紛争解決機関の外で問題が解決されてきたため¹⁴⁶、パネル自身が自

¹⁴¹ Cann, Jr., *supra* note 70, p.452. これは、GATT 第 20 条柱書に信義誠実原則が含まれており、同条(a)～(j)で列举された例外の差別的貿易制限的適用に対するコントロールを表している (M.Panizzon, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO. The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement* (Hart Publishing, 2006), p.270.) こととパラレルと考えられる。

¹⁴² Akande & Williams, *supra* note 33, pp.389-391.

¹⁴³ D.Eisenhut, “Sovereignty, National Security and International Treaty Law: The Standard of Review of International Courts and Tribunals with regard to Security Exceptions”, *A.V.R.*, Bd.48 (2019), S.457-465. 同様に、審査基準の観念は、WTO 協定上の義務を加盟国国内当局が国内で立法化したり実施したりする際に、パネル及び上級委員会が当該国内当局に付与する「評価の余地」を定めるという見解として、see, M.Oesch, *Standards of Review in WTO Dispute Resolution* (O.U.P., 2003), p.14. ただし、欧州人権裁判所で限定的に用いられている概念である「評価の余地」論を、それとは異なるフォーラムであるWTOのパネルでの審査基準として導入することに消極的な見解として、邵洪範『貿易自由化と規制権限 WTO 法における均衡点』（東京大学出版会、2019 年）289-290 頁参照。

¹⁴⁴ Schloemann & Ohlhoff, *supra* note 50, pp.448-449. また、信義誠実原則の核心的な意味内容が「合理性－客観的事象」であるほか、同原則は「誠実さ－主観的心象」も含みうることから (A.D.Mitchell, “Good Faith in WTO Dispute Settlement”, *Melbourne J.I.L.*, Vol.7 (2006), p.345.), 客観的要素と主観的要素の 2 段階誠実テストも同様に主張されている。S.-y.Peng, “Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions”, *J.I.E.L.*, Vol.18 (2015), pp.467-468.

¹⁴⁵ S.Schill & R.Briese, ““If the State Considers”: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.13 (2009), pp.112-113.

¹⁴⁶ Neuwirth & Svetlicinii, *supra* note 44, pp.908-914.

らの審査可能性を認め、審査基準の内容を明言することは機会を持つことはなかった。ただ、WTOの枠外において紛争の解決が図られてきたということは、紛争処理が援用国と相手国との間での合意によるものである以上、そこでは安全保障例外に基づく規制措置の決定がすでに援用国のみの「自己判断」的ではなくなっているとみることもできよう。いずれにしても、2010年代に入り、安全保障例外をめぐる紛争はパネルを舞台にして議論される機会が増えることになり、この問題は新たな段階に入ったのである。

V 最近のWTO紛争解決手続の動向

1. WTOのパネルにおいて安全保障例外条項の解釈が示された事例

さて、2010年代に入り相次いで、被申立国側が安全保障例外を援用するような事件がパネルに係属することになった。そして、2019年と2020年になって、パネルが安全保障例外条項の適合性に関する審査可能性について判断を下す機会がようやく現れたのである。

(a) ロシアー通過運送措置事件（2014）

2014年、ロシアは、カザフスタンやキルギスといった第三国向けのウクライナ発貨物について、陸路（道路及び鉄道）でのロシア領内の通過を制限する措置を実施した。ロシアとウクライナの間関係は、クリミア共和国のウクライナからの「独立」とその後のロシアとの合意によるクリミアのロシア編入というクリミア危機のほか、EU－ウクライナ連携協定への署名とそれへの反発に伴うウクライナの親ロシア住民による東ウクライナ地域での武装蜂起とロシアの軍事介入のため、例年にも増して危機的状況に陥っており、そのような中でロシアの措置が行われた¹⁴⁷。ウクライナは、これに対して、ロシアの通過制限措置がGATT第5条の通過の自由に違反すると主張して、WTOの紛争解決手続に紛争を付託した。

本件において、ロシアはGATT第21条(b)(iii)の安全保障例外を援用したことから、パネルは、GATT・WTOを通じて初めて同規定の解釈を示す機会を得ることとなった。その判断の内容の詳細は後述するが、2019年4月5日付で公表された報告書の中で、パネルは、加盟国が安全保障例外を援用しても問題の措置はパネルによる客観的審査又は誠実審査に服するとして、パネルに管轄権はないとしたロシアの主張を退け、パネルによる審査の可能性を認めた¹⁴⁸。そして、審査基準を明らかにするとともに、ロシア・ウクライナ間の事態が武力紛争に類似の状況であったことを考慮して、安全保障例外の援用によるロシアの正当化の主張を認める判断を下した¹⁴⁹。したがって、ロシアの一連の措置がGATT第21条(b)(iii)と合致することが認められたことから、パネル及び紛争解決機関（DSB）はロシアに対して措置の是正を勧告す

¹⁴⁷ クリミア危機とそれに関連する国際法上の問題については、中谷和弘「ロシアのクリミア編入と国際法」『論究ジュリスト』第9号（2014年）130-135頁参照。

¹⁴⁸ WT/DS512/R, paras.7.102-103.

¹⁴⁹ *Ibid.*, paras.7.256-7.258.

ることはなかったのである。ウクライナもロシアもこのパネルの判断について上級委員会に上訴しなかったため、本件パネル報告は2019年4月26日のDSB会合で採択されて確定した¹⁵⁰。

(b) サウジアラビア－知的財産権保護措置事件（2017-2018）

2017年6月、サウジアラビア、バーレーン、アラブ首長国連邦（UAE）など計6か国は、カタールがテロ集団を支持し湾岸地域を不安定化しているとして、カタールとの国交を断絶する措置をとり、具体的にはカタールとの物流の停止、カタール国籍の船舶・航空機の領域通過及び寄港・離発着の禁止措置などを行った¹⁵¹。

こうしたいわゆるカタール危機のさなか、カタールは、2017年8月にサウジアラビアで設立された放送事業者が、カタールに本社を置く企業が制作したりライセンスを所有したりするコンテンツについて、インターネットや衛星放送による違法な放映・配信を行ったにもかかわらず、サウジアラビアがカタール企業の知的財産権を保護せず、その侵害を放置した措置がTRIPS協定に違反するとして、2018年10月にサウジアラビアに協議を要請した。サウジアラビアがこれを拒否したため、カタールはパネルの設置を要請し、同年12月に本件についてのパネルの設置が決定された。

カタールによるサウジアラビアのTRIPS協定違反の訴えに対して、サウジアラビアは同協定第73条(b)(iii)の安全保障例外条項を援用して、自国の措置がこの規定に適合すると主張した。TRIPS協定第73条(b)(iii)はGATT第21条(b)(iii)と同一の文言であることから、この事件でのパネル判断は、GATT第21条の安全保障例外の解釈と相互に影響を及ぼすことが予想されたのである。

2020年6月16日付で公表された報告書でパネルは、検討の順序として、まず本件においてはいかなる認定も勧告もパネルは控えるべきというサウジアラビアの要請と、カタールが問題としたサウジアラビアの措置の範囲に関する一連の先決的問題をあつかうとして、それから、サウジアラビアの措置がTRIPS協定の関連規定に違反したかどうかを判断したのち、サウジアラビアが援用した同協定第73条(b)(iii)の適合可能性について扱うこととした。こうしたパネルの伝統的アプローチをカタールは支持し、サウジアラビアも争わなかったとされる¹⁵²。

パネルは、DSU第11条で客観的評価を行う自らの任務について、DSUの下で適切にパネルに付託された事件で自らの管轄権を行使するかしないかに関する裁量はないというメキシコ

¹⁵⁰ *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit, Action by the Dispute Settlement Body, Panel Report*, WT/DS512/7, 29 April 2019.

¹⁵¹ カタールと断交した諸国による対カタール措置の具体的内容については、中谷和弘「カタール危機と国際法」『ジュリスト』第1509号（2017年）66-67頁。

¹⁵² WT/DS567/R, paras.7.4-7.6.

ーソフトドリンク課税事件でのパネル及び上級委員会の判断を援用し¹⁵³、本件は貿易紛争ではなく、政治的地政学的及び重大な安全保障上の紛争であるとしたサウジアラビアの主張を退けて、パネルに付託された問題にはパネルの管轄権が及ぶことを確認した¹⁵⁴。そして、実体判断に移り、サウジアラビアの措置がTRIPS協定第41条1項、同第42条、同第61条に違反することを認定している¹⁵⁵。

その後、パネルは、当初予告していた順序の通り、サウジアラビアによる安全保障例外の援用についての判断を行った。パネルは、前年公表されたロシアー貨物通過事件パネル報告の枠組みを基本的に踏襲して、本件に係る事態が客観的に「国際関係の緊急時」に該当し、問題の措置がそうした「国際関係の緊急時」にとられており、また安全保障例外を援用したサウジアラビアが「安全保障上の重大な利益」を明示して、その利益の保護に問題の措置が必要であることが「ありえない (implausible)」ものではないことを理由に、TRIPS協定第61条との関係での措置を除き、サウジアラビアによる同協定第73条(b)(iii)の援用を認めて、同協定第41条1項及び第42条に関連する問題の措置が正当化されると判断した¹⁵⁶。このパネル報告に対して、サウジアラビアは上級委員会への上訴の意向を通告したが¹⁵⁷、カタルはDSU第25条の下で仲裁による紛争解決を目指すことを表明し¹⁵⁸、現在も本件は係属中である。

2. 安全保障例外の援用をめぐるパネルの判断とその影響

(1) 安全保障例外の解釈・適用に関するパネルの立場

これまでWTOの紛争解決手続において、安全保障例外の解釈・適用につき判断が下されたのは、これまでのところ、上述の通り、GATT第21条(b)(iii)が問題となったロシアー通過運送措置事件と、TRIPS協定第73条(b)(iii)が問題となったサウジアラビアー知的財産権保護措置事件の2件である。GATT第21条(b)(iii)とTRIPS協定第73条(b)(iii)は同一の文言なので、ここではまとめて、パネルによる判断の枠組み、安全保障例外の審査可能性とその審査基準を確認して、これまでの議論との関係を検討することにした。

¹⁵³ *Ibid.*, paras.7.10-7.11. メキシコーソフトドリンク課税事件でメキシコは、先決問題として、砂糖市場アクセス問題がNAFTAのパネルで扱われることを理由にパネルの管轄権不行使を主張していた。*Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, Report of the Panel, WT/DS308/R, para.7.8; Report of the Appellate Body, WT/DS308/AB/R, 24 March 2006, para.53.

¹⁵⁴ WT/DS567/R, paras.7.13-7.16.

¹⁵⁵ *Ibid.*, paras.7.199, 7.221.

¹⁵⁶ *Ibid.*, paras.7.294.

¹⁵⁷ なお、サウジアラビアは、TRIPS協定第61条との関連で同協定第73条(b)(iii)を援用しておらず、この点についてパネルの判断は誤りである旨の主張を行っている。*Saudi Arabia – Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, Notification of an Appeal by the Kingdom of Saudi Arabia under Article 16.4 and Article 17 of the Understanding on Rules and Procedures governing the Settlement of Disputes (DSU), and under Rule 20 (1) of the Working Procedures for Appellate Review, para.15.

¹⁵⁸ *Saudi Arabia – Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, Communication from Qatar, WT/DS567/8, 5 October 2020.

(a) 判断の枠組み

2つの事件での各パネルは、まず自らに管轄権を有するかどうかという点について検討を行い、その存在を確認したのち¹⁵⁹、それぞれ被申立国が援用した安全保障例外条項の適合可能性について検討を行った¹⁶⁰。すなわち、パネルの管轄権の存否に関する検討を先決問題として先に取り上げ、その次に安全保障例外条項の解釈・適用へと考察を進めているという点で、2つの事件の報告内容は共通しているといえることができる。

また両パネル報告に共通する点としてはさらに、各安全保障例外条項の適合可能性についての審査段階とその手順も挙げられよう。すなわち、パネルは、まず各事件で扱われる事態が、GATT第21条(b)(iii)とTRIPS協定第73条(b)(iii)にいう「国際関係の緊急時」に客観的に該当するかどうかを検討し、次に被申立国による問題の措置がそうした「国際関係の緊急時」ととられたものであるかどうかを確認した後、安全保障例外を援用した当事国が「安全保障上の重大な利益」を明示したかどうかを考察し、最後にこの「安全保障上の重大な利益」を保護するために問題の措置は「必要」であったかどうかを審査されるという4つの段階を指摘した¹⁶¹。この4つの段階で順次、パネルは援用された安全保障例外条項の文言を解釈し、具体的事実に適用する作業を行うこととされたのである。

(b) 戦時・緊急時におけるGATT上の義務の位置づけ

もっとも、これら2つの事件でのパネル報告の枠組みには考え方に相違がないわけではない。パネルの管轄権の存否に関する判断の後、安全保障例外の適合可能性の検討を行う際に、先にWTO協定の実体義務違反の存在を認定してから安全保障例外条項の解釈・適用の検討に進むのか、それとも実体義務違反の有無の検討を行わずに安全保障例外条項の解釈・適用を行うのか、という違いがこれら2つの事件の間には存在するからである。前者はサウジアラビア—知的財産権保護措置事件でのパネルの手法であり、後者はロシア—通過運送措置事件でのそれである。このことが意味するのは、サウジアラビア—知的財産権保護措置事件では、安全保障例外は、実体義務の違反が先行して存在することを前提として、その違法性を阻却する機能を有するというものであるのに対し、ロシア—通過運送措置事件の場合には、実体義務違反の有無の検討を経る必要なく、安全保障例外が適用可能とされる余地を認めることになり、安全保障例外が実体義務の範囲を制限する機能を有するということになる。

この2つのパネルの立場の違いは、安全保障例外の適用が予定される客観的状況、とりわけGATT第21条(b)(iii)における戦時・緊急時におけるGATT上の義務の在り方に関係する。サウジアラビア—知的財産権保護措置事件でパネルは、問題の措置がTRIPS協定上の義務に違反したかどうかを検討し、その義務違反を認定した後にTRIPS協定第73条の適合可能性を審

¹⁵⁹ WT/DS512/R, paras.7.53-7.104; WT/DS567/R, paras.7.7-7.23.

¹⁶⁰ WT/DS512/R, paras.7.105-7.149; WT/DS567/R, paras.7.7-7.23.

¹⁶¹ WT/DS512/R, paras.7.72-7.77, 7.111-7.125, 7.129-7.137, 7.138-7.148; WT/DS567/R, paras.7.241-7.242.

査した。したがって、戦時・緊急時においても通常時と同様にTRIPS協定上の義務は存続し、安全保障例外の適用により義務違反となるはずの措置の違法性が否定されるという論理を採用しているものであり、それはTRIPS協定第73条の安全保障例外を積極的抗弁ととらえていることを表している¹⁶²。

これに対してロシアー通過運送措置事件の場合、サウジアラビアー知的財産権保護措置事件におけるパネルの立場と対照的に、通常時と戦時・緊急時とを区別して検討しているため¹⁶³、安全保障例外が適用される戦時・緊急時の状況では、GATT上の実体義務が排除され、義務違反自体が生じないことを示唆しているようにみえる。すなわち、ロシアー通過運送措置事件でのパネルは、GATT第21条の安全保障例外を義務違反の違法性を阻却する積極的抗弁と性格づけるのではなく¹⁶⁴、これを一次規範として理解し、同規定に該当する措置をGATT上の義務の適用から除外する機能を見出す立場を採用しているとも考えられるのである¹⁶⁵。

そうだとすれば、同じWTO協定に属する2つの協定の安全保障例外について、2つのパネルは異なる性格付けを行ったということになる。ただ、同じ文言の安全保障例外だとしても、形式的には異なる独立した各協定の条項である以上、同じ協定における他の規定とその義務との関係で異なる性格付けを行うことは理論的には可能かもしれない。さらに、同じ協定の安全保障例外条項でさえ、異なる紛争解決機関により異なる位置づけが行われうることは、米国・アルゼンチン投資保護協定第11条に関する仲裁廷の判断の対立を見れば明らかである¹⁶⁶。WTO協定上の安全保障例外の効果を積極的抗弁と位置付けるか、それともWTO協定の実体義務の範囲の縮減をもたらす機能に見出すかは、紛争当事者の証明責任の配分の違いにも関係する重要性を有する。この点は、WTOのパネルや上級委員会がWTO協定の関連規定をどのように解釈・適用していくか、その判断の集積にかかっているといえよう。

¹⁶² 川瀬剛志「サウジアラビア・知的財産権保護措置事件パネル報告—カタール危機とWTOの安全保障条項—」RIETI Special Report. 独立行政法人経済産業研究所（2020年）参照。

¹⁶³ 「戦時その他の国際関係の緊急時」に執る措置が「もし通常時に執られていたとしたら、すなわち、それらが戦時その他の国際関係の緊急時に執られなかったら」、当該措置が第21条(b)(iii)に該当するかどうかをあらかじめ認定する必要はないというパネルの指摘（WT/DS512/R, para.7.108）や、GATT第5条及び第10条違反というウクライナの主張を検討する際に、問題の措置が「国際関係の緊急時」に執られたことが認定されれば、異なる事実の文脈において、または異なる法的基礎に基づき、「すなわち、問題の措置が『国際関係の緊急時』に執られていなかったかのように」、その措置のGATTとの適合性を追加的に検討する必要はないとしたパネルの説示（*ibid.*, para.7.153）は、GATT上の義務とその履行につき、こうした通常時と戦時・緊急時との区別を前提としている。

¹⁶⁴ ウクライナは、第21条を、さもなければGATT関連規定と両立しない措置についての「積極的抗弁」であると特徴づけたが（*ibid.*, para.7.31）、パネルはこれを認めなかったことになる。

¹⁶⁵ 川瀬剛志「【WTOパネル・上級委員会報告書解説⑨】ロシアー貨物通過に関する措置（DS 512）—安全保障例外（GATT21条）の射程—」RIETI Policy Discussion Paper 20-P-004. 独立行政法人経済産業研究所（2020年）21頁。

¹⁶⁶ 川瀬剛志「例外規定—類型と解釈の多様性」小寺彰編著『国際投資協定 仲裁による法的保護』（三省堂、2010年）167-168頁参照。

(c) パネルによる審査可能性

2つの事件で被申立国側はいずれもパネルによる審査可能性を否定した。しかし、その理由は両者で異なる。

ロシアー通過運送措置事件でロシアは、GATT第21条(b)(iii)を援用してパネルの管轄権を否定したが、その理由として、同項柱書が「加盟国が…必要と認める」と定めて完全に「自己判断」的な性格を有することを挙げている¹⁶⁷。これに対して、サウジアラビアー知的財産権保護措置事件においてサウジアラビアは、パネルの管轄権を否定する理由としてTRIPS協定第73条(b)(iii)の「自己判断」的性格を直接の理由としては示していない。サウジアラビアが主張したのは、同事件の紛争が「貿易上の紛争」ではなく、「政治的で、地政学的であり、しかも安全保障上重大な紛争」であるということから、紛争の性質を主たる理由としたパネルの管轄権の否定であった¹⁶⁸。

先にみてきたように、従来、パネルの管轄権を否定する根拠として主に挙げられてきたのは、安全保障例外条項の「自己判断」的性格という特徴である。その性格からWTO加盟国がGATT第21条を援用することによって自動的にパネルの管轄権は除外されるという主張は、紛争当事者としてはロシアー通過運送措置事件でのロシアが行ったが、米国もまた、同事件に第三国として手続に参加した際において同様の主張を行っていた¹⁶⁹。

パネルはこうした主張に対して、自らが司法機能を行行使する結果として「固有の管轄権」を有することを確認したうえで、GATT第21条に関する問題についてDSUが特別な規則を置いていないことを理由に当該問題が付託事項の範囲内であるとした。それから第21条を解釈して、パネルには同条の援用を審査する権限がないというロシアの主張を評価し、第21条の通常の意味、GATTやWTO設立協定の趣旨及び目的等に照らすと、同条(b)の柱書にある「と認める (which it considers)」という文言は同条(b)(iii)の状況の認定を制約するものではないとした。すなわち、問題の措置が戦時その他の国際関係の緊急時に執られていることを決定するのはロシアに限られるのではなく、それは「客観的な認定に服する客観的な事実」であることを認めたのである。そして、第21条の起草過程を確認したのち、第21条(b)(iii)は、ロシアが主張するような完全な「自己判断」的性格を有するものではなく、ロシアによる第21条の援用は審査できないとする主張も退けた。このようにパネルは、GATT第21条(b)(iii)が「自己判断」的性格を有する側面はあるものの、すべてにおいて「自己判断」的というわけではないということから審理不能とはならないという結論を導き出したのである。その結果、

¹⁶⁷ WT/DS512/R, para.7.57.

¹⁶⁸ WT/DS567/R, para.7.8.

¹⁶⁹ Executive Summary of the Arguments of the United States, WT/DS512/R/Add.1, pp.106-107, paras.1-10.

WTOの基本的義務を損ねかねない「大きな抜け穴」を埋めることにはなるであろう¹⁷⁰。また、「自己判断」的性格の安全保障例外条項を理由として審査可能性及び裁判管轄権を否定する主張は、前述のように、ICJやEU裁判所の判断でも退けられており、その意味では、ロシアー通過運送措置事件でのパネルの判断は、これまでの他の裁判所の判断の延長線上に位置するといえる¹⁷¹。

しかし、問題は、第三者による客観的な評価が可能な事項ではなく、当事国による「自己判断」的な性格が残る事項とはいったい何か、パネルが判断を控えるべき事項は何かということであり、それはまさに安全保障例外に関してパネルが用いる審査基準に関係する事柄である。

(d) 誠実審査 (a good faith review) の採用

安全保障例外に関するパネルの審査範囲について、ロシアー通過運送措置事件でのパネルは、GATT第21条(b)柱書の「自己判断」的文言によっても同項(i)～(iii)の状況の決定にWTO加盟国の判断はかかわらないとした。すなわち、本件でロシアにより援用された第21条(b)(iii)が定める状況が存在するかどうか、そしてそのような状況において問題となる措置が執られたかといったことは、客観的事実に関する安全保障例外援用国の客観的な判断を示すものであり、そうした状況の存在如何まで完全な自己判断を援用国に認めることは、第21条(b)(iii)の通常の意味やその文脈、さらにGATTの趣旨及び目的と適合せず、またGATT第21条(b)の起草過程に照らしても、一方で「安全保障上の重大な利益」とこれを保護する措置の必要性についての加盟国の自己判断と、他方で安全保障例外の潜在的な濫用の防止との間でバランスを維持することが目的とされていたことから、第21条(b)(i)～(iii)が適用可能かどうかはパネルの客観的な認定に服するとされたのである¹⁷²。

他方で、本件でのパネルは、第21条(b)柱書にある「と認める (which it considers)」という「自己判断」的文言が同じくその柱書にある「自国の安全保障上の重大な利益」の決定やそれを保護するための措置の必要性の判断に及ぶ可能性を否定していない。もっとも、その場合には、ウィーン条約法条約第26条及び第31条に基づき、安全保障例外を援用する加盟国はその裁量を行使するにあたり信義誠実義務に服するとし、「自己判断」的文言が関係する要

¹⁷⁰ T.Voon, “Russia – Measures Concerning Traffic in Transit. WT/DS512/R. At https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm. World Trade Organization Panel, April 5, 2019 (adopted April 26, 2019)”, *A.J.I.L.*, Vol.114 (2020), p.101.

¹⁷¹ なお、サウジアラビアー知的財産権保護措置事件においてサウジアラビアが提起した、「政治的で、地政学的であり、しかも安全保障上重大な紛争」であるがゆえにパネルに管轄権がないとする主張は、付託された問題は TRIPS 協定違反なのでパネルの管轄権の範囲内であるとしてパネルにより退けられた。WT/DS567/R, para.7.13-7.16. また、そうした政治的紛争をパネルに付託することは、DSU 第3条4項にいう「この了解及び対象協定に基づく権利及び義務に従って問題の満足すべき解決を図ることを目的」とするパネルの判断を妨げるものとする主張も否定された。Ibid., paras.7.17-7.19.

¹⁷² WT/DS512/R, paras.7.62-7.101.

件の認定については誠実審査が行われることになるという¹⁷³。

以上のようなパネルによる客観的審査と誠実審査の組み合わせは、ロシアー通過運送措置事件パネル判断の枠組みを踏襲したとされるサウジアラビアー知的財産権保護措置事件パネル判断においても採用された。同パネルは、安全保障例外であるTRIPS協定第73条(b)(iii)の適用可能性について、以下の4つの段階を踏まえて検討し、それぞれに客観的な審査と信義誠実審査が対応するとしている。すなわち、第1に、状況が客観的に「国際関係の緊急時」に該当するか、第2に、問題の措置が「国際関係の緊急時」に執られたものか、第3に、安全保障例外援用国が同条(b)柱書にいう「自国の安全保障上の重大な利益」を明示したか、そして第4に、「自国の安全保障上の重大な利益」を保護するために問題の措置が必要か、という4つの段階を定め¹⁷⁴、第1と第2の段階はパネルがそれぞれ客観的に審査を行い、そして第3と第4の段階では、援用国の判断は信義誠実義務に服し、これについてパネルが誠実審査(a good faith review)を行ったのである¹⁷⁵。

こうした誠実審査は、これまでの国際判例でも行われており¹⁷⁶、また学説でも主張されてきたことはすでに確認した通りであるが、WTOでも2つのパネルは、安全保障例外の適合性に関して、客観的審査のほか、誠実審査を採用したといえる¹⁷⁷。紛争解決機関が異なるとはいえ、安全保障例外条項を扱った先例—とりわけ自己判断型安全保障例外条項を扱った刑事司法共助問題事件ICJ判決—に倣い、これまでの学説でもその多くが主張する立場をWTOの2つのパネルも採用したのである。

(e) 安全保障例外の解釈・適用に関する審査基準

GATT第21条(b)(iii)とTRIPS協定第73条(b)(iii)にいう「国際関係の緊急時」の存否やその時点での問題の措置の実施如何は、パネルの客観的評価に服することとされたが、実際に、この客観的審査が通常の審査基準と同じように各事件で行われたかどうかについては異論もある。確かに、例えば「国際関係の緊急」事態という柔軟で不明確な概念の解釈によっては、客観的審査と誠実審査の間の区別が相対化されてしまう可能性も否定できない¹⁷⁸。しかし、この点については、ロシアー通過運送措置事件パネル報告で、GATT第21条(b)(iii)のみならず、

¹⁷³ *Ibid.*, paras.7.132-7.133. See also, Ch.Wang, “Invocation of National Security Exception under GATT Article XXI: Jurisdiction to Review and Standard of Review”, *Chinese J.I.L.*, Vol.18 (2019), pp.709-710.

¹⁷⁴ WT/DS567/R, paras.7.241-7.242. この段階性はロシアー通過運送措置事件パネル判断の考え方に沿っている。WT/DS512/R, paras.7.120, 7.124, 7.128.

¹⁷⁵ WT/DS567/R, paras.7.244, 7.247, 7.250, 7.252.

¹⁷⁶ GATT 第 21 条の援用国に裁量の余地を認めつつ、当該国は無制限の裁量を享有するものではないことを明らかにしたパネルのアプローチが投資仲裁の判断における支配的見解と一致することを指摘する見解として、see, Blanco & Pehl, *supra* note 12, p.27.

¹⁷⁷ この2つの審査の組み合わせは、安全保障例外を援用する加盟国の主権と自由で開かれた貿易を行う加盟国の権利とのバランスを測るもので、このパネルの試みは称賛に価するという見解として、see, D.Boklan & A.Bahri, “The First WTO’s Ruling on National Security Exception: Balancing Interests or Opening Pandora’s Box?” *World Trade Review*, Vol.19 (2020), pp.135-136.

¹⁷⁸ 川瀬・前掲注(165) 30-32 頁参照。

同(i)及び(ii)からも「政治的又は経済的対立それ自体では…『国際関係の緊急』事態を構成するのに十分ではな」く、「防衛及び軍事的利益、又は法と公序の維持の利益」を生じさせることが必要とすることで一定の基準を提示し、これにサウジアラビアー知的財産権保護措置事件でも従っていることが注目される¹⁷⁹。ただ、具体的状況に当てはめた場合、ロシアー通過運送措置事件では戦争・武力紛争そのものとされたクリミア危機が、そしてサウジアラビアー知的財産権保護措置事件では最終手段であり例外的な状況である外交関係の断絶が行われたカタール危機が、それぞれ取り上げられて「国際関係の緊急」事態への該当性が認められたことからわかるように¹⁸⁰、各事件の事実と現代的な意味での「危機」をどのように考えるかということに大きく依存するところに特徴がある。その意味で、具体的な客観的審査の実施においては、事案の性質によっては、現代の安全保障概念に柔軟に対応できる余地を残す一方、誠実審査との境界線があいまいになるような方法が採用されることはこれからもあることが予測される¹⁸¹。もっとも、少なくともある特定の段階での安全保障例外の要件該当性の評価については、原則として客観的審査が行われることとしたパネルの判断は、やはり重要と言わなければならない。

客観的審査を踏まえ次の段階において採用された誠実審査もまた、安全保障例外援用国の裁量への完全な謙譲を排除した点は強調されなければならない。問題は、パネルが尊重しなければならない裁量の範囲が援用国にどの程度認められるかということであろう。

2つの事件でそれぞれのパネルは、例えばGATT第21条(b)及びTRIPS協定第73条(b)の各柱書にある「安全保障上の重大な利益」とは何かについて、国家の「本質的機能 (quintessential function)」に関する狭い範囲の利益という定義を採用しつつ、「自己判断」的文言を理由にその該当性を援用国の判断によるとしながら、これに関連する規定を誠実に解釈する義務から、その内容を援用国は明示しなければならないと述べる一方、「明示の十分な水準 (a sufficient level of articulation)」が「最低限満足のいくもの (minimally satisfactory)」であるかどうかは基準となるのであり、その際にはGATT第21条(b)及びTRIPS協定第73条(b)の各(iii)と

¹⁷⁹ WT/DS512/R, para.7.75; WT/DS567/R, para.7.245. See also, B.Jordan, “The WTO versus the Donald: Why the WTO Must Adopt a Review Standard for Article XXI (B) of the GATT”, *Wis.Int’l L.J.*, Vol.37 (2019), p.182.

¹⁸⁰ WT/DS512/R, para.7.136; WT/DS567/R, paras.7.257-7.268. ロシアー通過運送措置事件パネル報告では「緊急」事態が狭く解釈されて戦争状態や交戦状態に準ずるものとされているのに対して（松下満雄「国家安全保障と通商制限」阿部克則・関根豪政編著『国際貿易紛争処理の法的課題』（信山社，2019年）293頁），サウジアラビアー知的財産権保護措置事件パネル報告ではあくまでも非軍事的な外交上の紛争が扱われたものの、国交断絶という、伝統的国际法でいえば戦争状態の一步手前という状況を理由に「国際関係の緊急」事態該当性を認めてロシアー通過運送措置事件パネル報告との整合性を図ろうとしている。

¹⁸¹ 「自己判断」的な文言が用いられながらも国内的な政治的経済的関心事から GATT 第 21 条を安易に利用することが認められないのは、信義誠実から軍事的紛争に関連する措置に限定されるためであるが（A.O.Sykes, “Economic “Necessity” in International Law”, *A.J.I.L.*, Vol.109 (2015), p.303.），この「軍事的紛争」自体の基準が再構成されれば、「自己判断」的な文言に基づく加盟国の裁量も拡大するからである。

関連付けて文脈による解釈アプローチを通じた制約を含む、パネルの限定的な審査にのみ服するのが適切とした¹⁸²。

また、問題の措置と「安全保障上の重大な利益」との間の関係についても、ロシアー通過運送措置事件パネル報告が採用した基準をサウジアラビアー知的財産権保護措置事件パネル報告が取り入れており、2つのパネルの判断は同じ基準を採用している。それによると、安全保障例外援用国には、当該措置の必要性について誠実義務に基づき「最低限の見込み (a minimum requirement of plausibility)」が求められ、当該措置が執られた状況と「かけ離れたり、または無関係 (remote from, or unrelated to)」ではなく、そうした状況での「安全保障上の重大な利益」を保護するための措置であることが「見込みがない (implausible)」ものでなければ基準を満たすとされている¹⁸³。

以上のようなGATT第21条(b)及びTRIPS協定第73条(b)の審査基準をGATT第20条の一般的例外に関する審査基準と比較すると、サブパラグラフ (GATT第21条(b)(i)～(iii)及びTRIPS協定第73条(b)(i)～(iii)とGATT第20条(a)～(j)) が定める事由の該当可能性を客観的に審査し、その後、柱書に定められた要件が充足するかどうかという検討順序は共通している¹⁸⁴。また、客観的審査におけるGATT第21条(b)(i)～(iii)及びTRIPS協定第73条(b)(i)～(iii)の事由の検討も、例えばロシアー通過運送措置事件では「に関する (relating to)」という文言がGATT第20条(g)でも用いられていることを理由として一般的例外で使用されている基準 (問題の措置と援用国による採択された措置の目的との間における「目的と手段の密接かつ純粋な関係 (close and genuine relationship of ends and means) 」) がGATT第21条(b)(i)～(iii)及びTRIPS協定第73条(b)(i)～(iii)でも利用されたことからわかるように、同様の客観的基準に服することのほか¹⁸⁵、GATT第21条(b)及びTRIPS協定第73条(b)の柱書の検討については、GATT第20条柱書の場合と

¹⁸² WT/DS512/R, para.7.137; WT/DS567/R, para.7.281.

¹⁸³ WT/DS512/R, paras.7.138-7.139; WT/DS567/R, para.7.252. なお、この「見込みテスト (plausibility test)」は、第三者として参加したEUが、DSU第22条3項(b)及び(c)の解釈に関するECーバナナ事件DSU第22条6項仲裁決定や刑事司法共助問題事件ICJ判決 (ただし、これらの決定判決には「見込み」は明示されていない。)を援用して提示していた。European Union, Third Party Written Submission, 8 November 2017, paras.62-65; Third Party Oral Statement by the European Union, 25 January 2018, para.22. See also, H.P.Hestermeyer, “Article XXI Security Exceptions”, in R.Wolfrum, P.-T.Stoll & H.P.Hestermeyer (eds.), *WTO – Trade in Goods* (Brill, 2010), pp.588-589, para.35; M.A.Reiterer, “Article XXI GATT – Does the National Security Exception Permit “Anything Under the Sun”?” *Austrian Review of International and European Law*, Vol.2 (1997), p.211.

¹⁸⁴ GATT第20条の検討順序は、米国ーガソリン規制事件上級委員会報告や米国ーエビ輸入禁止事件上級委員会報告が明らかにしている。United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Report of the Appellate Body, WT/DS2/AB/R, circulated on 29 April 1998, p.22; United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, adopted on 6 November 1998, para.6.

¹⁸⁵ WT/DS512/R, para.7.69.

同様に¹⁸⁶、信義誠実原則に服し誠実審査が行われることなども安全保障例外の場合の審査と一般的例外の場合のそれとは共通しているといえることができる¹⁸⁷。

しかしながら、加盟国の裁量を制約する基準としては、GATT第20条柱書にいう必要性基準に代わり、GATT第21条(b)及びTRIPS協定第73条の各柱書において、問題の措置と自国の「安全保障上の重大な利益」との間の関係について「最低限の見込み (a minimum requirement of plausibility)」基準が採用された。この基準はきわめて緩やかなものとされ¹⁸⁸、先例により確立された比較的精緻なGATT第20条柱書の必要性基準とは対照的に、援用国の判断が最大限尊重されやすくなることになる。誠実審査が導入されたとはいえ、具体的な事案での検討内容次第で、事実上、援用国に対する「完全な謙譲 (total deference)」を認める可能性もあることは否定できない¹⁸⁹。

(2) パネルの判断の影響と課題

2019年と2020年に相次いで公表されたロシアー通過運送措置事件とサウジアラビアー知的財産権保護措置事件でのパネル判断は、WTO協定における安全保障例外の性質についてパネルの一定の立場を明らかにしたことで特筆すべきものであった。もともと、いずれの事件もパネルの判断にとどまり、特に後者の事件では上級委員会での審理の可能性が残されているため判断が確定しているわけではない。それを踏まえたうえで、これらパネル判断の影響と残された課題について簡単にまとめておこう。

(a) 2つのパネル判断の影響

まず、今後のWTO紛争解決手続内外での安全保障例外の取扱いの先例としての意義が挙げられる。

第1に、パネルの管轄権が安全保障例外条項の適用に関する紛争に及ぶことが明らかとなったことで、WTO紛争解決手続における他の安全保障例外についての紛争においても同様の判断が下される可能性が高くなったといえることがある。ロシアー通過運送措置事件ではGATT第21条(b)柱書の「自己判断」的文言を理由としてパネルの管轄権を否定したロシアが上訴を求めず、パネルの判断はそのまま報告として採択された。またサウジアラビアー知的財産権保護措置事件ではサウジアラビアがパネルの管轄権を否定したものの、それはTRIPS

¹⁸⁶ Yoo & Ahn, *supra* note 82, p.442; M.Panizzon, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO. The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement* (Hart Publishing, 2006), p.270.

¹⁸⁷ GATT の一般的例外規定は「安全保障例外規定と対をなすものと観念されている」(森肇志・小寺彰「国際投資協定における「一般的例外規定」について」RIETI Discussion Paper Series 14-J-007 (2014年1月)6頁)ということも、こうした検討方法に影響を与えていると考えられよう。

¹⁸⁸ 川瀬・前掲注(165)28頁。See also, Sanklecha, *supra* note 53, p.106.

¹⁸⁹ 実際、ロシアー通過運送措置事件において、措置の必要性についてパネルは援用国に完全な謙譲を与えたと評価する見解もある。V.Lapa, “The WTO Panel Report in Russia – Traffic in Transit: Cutting the Gordian Knot of the GATT Security Exception?” *Q.I.L., Zoom-in*, Vol.69 (2020), pp.25-26.

協定第73条(b)柱書の「自己判断」的文言を理由としたものではなく、政治問題の法理に類する主張に依拠したことから、仮に上訴されたとしても上級委員会で「自己判断」的文言による管轄権欠如の判断が行われることは考えにくい¹⁹⁰。このため、これらがパネルの判断であるとしても、その後の同様の事案において、自己判断型安全保障例外を理由としたパネルの管轄権の否定自体が今後認められるとは思われない。

第2に、2つのパネル判断では、GATT第21条及びTRIPS協定第73条に関して、いずれも客観的審査のほか誠実審査が行われ、また審査基準も同様のものが利用されたことから、そうした審査形式と審査基準が、他のWTO協定の安全保障例外条項の場合でも取り入れられる可能性が高いということがある。TRIPS協定第73条と同様に、GATT第21条と同一の文言を有するGATS第14条の2第1項のほか、GATT貿易円滑化協定第24.7条、貿易に関する投資措置に関する協定第3条及び輸入許可手続に関する協定第1.10条のように、GATT第21条の適用・準用を明示・黙示に規定する協定については、ロシアー通過運送措置事件のパネル判断にいう審査形式と審査基準が検討の出発点となることは間違いない。それは、TRIPS協定第73条の適用が問題となったサウジアラビアー知的財産権保護措置事件で、先行したロシアー通過運送措置事件パネル判断が大幅に参照されたことから明らかであろう¹⁹¹。

第3に、WTO紛争解決手続外での仲裁などで安全保障例外が紛争主題の1つとなった場合には、これら2つのパネル判断が比較・参照されることが予想される。様々な二国間経済連携協定や投資協定、多数国間の経済連携協定や自由貿易協定などにも安全保障例外条項が挿入されている場合がほとんどであるが、これらの多くはGATT第21条を参考にして取り入れられてきたといつてよい。日本の二国間投資協定を例として取り上げると、GATT第21条の文言に必要な変更を加えたうえで協定中に取り入れられたものがあるほか、多くはGATT第21条の文言とほぼ同様の規定内容が挿入されているものもある¹⁹²。こうした条項が問題となった場合には、やはりロシアー通過運送措置事件とサウジアラビアー知的財産権保護措置事件のパネル判断の内容が参照されることになるだろう。実際、米国・アルゼンチン間投資保護協定の安全保障例外に関する投資仲裁裁定や米国・ニカラグア間通商航海条約の安全保障例外

¹⁹⁰ A.Nardi, “Armored Planting and Aluminum Foil Are Not Like Products: Consequences of the United States’ Overbroad Interpretation of Article XXI of the GATT”, *Am.U.L.Rev.*, Vol.69 (2019), pp.655-656.

¹⁹¹ WTO 上級委員会の過去の判断からすると、異なる WTO 協定で同一の文言が用いられている場合、全く同じ解釈が求められることもあれば、同一の用語でもその意味について異なる文脈に適合させる余地を与えることもあるという。I.Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (O.U.P., 2009), pp.242-245. GATT と GATS の各一般的例外条項の場合について、see, *US – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Appellate Body Report, 20 April 2005, WT/DS285/AB/R, para.291; *Argentina – Measures relating to Trade in Goods and Services*, Appellate Body Report, 14 April 2016, WT/DS453/AB/R, para.6.202.

¹⁹² 拙稿「日本が締結した二国間投資協定（BIT）における安全保障例外について」『日本エネルギー法研究所月報』第 265 号（2020 年）1-3 頁。

に関するニカラグア事件ICJ判決のように¹⁹³、これまでもGATT第21条が比較・対照のために引用された例は存在する。その意味では、同条の引用それ自体は新規な現象ではないが、今後はむしろ具体的な論点について2つのパネル報告が参照される事例も出てこよう。

以上のような紛争解決手続における先例的な意義のほか、WTOレジームの中で安全保障問題を法的に規律することの意義もまた見逃すことはできない。すなわち、第4に、国家安全保障を理由として安全保障例外を援用すれば、自動的にいかなる場合においてもWTO協定上の義務を完全に免れることができることは、援用国の行動に対するWTOの法的規律は及ばないことになるが、そうではなくて、安全保障例外の援用そのものをWTOの法的規律の下に置くことはWTOレジームにおける「法の支配」が維持されることを意味する¹⁹⁴。個別のWTO加盟国の安全保障という価値が、他の価値、とりわけWTOが重視する貿易の自由化という価値に事実上常に優位する状況を回避し、そうした価値の対立に法的な判断を及ぼす可能性を残したということは、決して過小評価されるべきではない。もちろん、パネルの管轄権が及べばいいというわけではなく、そこで用いられる審査基準が著しく緩やかなものであれば、そうした価値の間のバランスが大きく崩れる危険があることは指摘しておく必要がある¹⁹⁵。

(b) 残された課題

現在、WTOの紛争解決手続に基づき、関係国間で協議が行われ、またはパネルが設置され、もしくは設置要請が行われている事件で、被申立国が安全保障例外を援用している、または援用する可能性があるものもいくつかある。以下に述べる課題のいくつかは、こうした事件における今後のパネルの判断によって明確になっていくことが期待される¹⁹⁶。

その課題の1つは、安全保障例外の法的性質の問題である。すでに述べたように、安全保障例外が実体義務の違反を前提としてその積極的抗弁として機能するのか、それとも実体義務の範囲を制約して義務違反そのものを生じさせないように機能するのかということは、2

¹⁹³ ICSID Case No.ARB/01/8 (12 May 2005), paras.339-340, 368, 370; ICSID Case No.ARB/013 (22 May 2007), paras.327, 336; *I.C.J.Reports 1986*, p.116, para.222.

¹⁹⁴ これまで安全保障例外に関する問題が GATT/WTO 外で処理されてきたことについて、「審査できない (unreviewable) 自己判断的な規則が広く遵守されてきた」と理解し、この事実は「国際法が原始的な (primitive) 状態を乗り越えて進んできたことを示唆している」と積極的に評価する見解もあるが (Alford, *supra* note 14, pp.758-759.), この問題が今回の 2 つのパネル報告により審査可能とされた以上、WTO レジーム内での法的な規律の対象となったのであり、WTO 法の発展としてとらえるべきであろう。

¹⁹⁵ 立憲主義の立場から、極度に緩やかな審査基準の採用により、安全保障という価値が常に他の価値に優位する結果、価値相互の対等な討議的關係を保つことはできなくなるという指摘として、伊藤一頼「国際経済秩序の転換と立憲主義—危機の時代か変化の時機か」寺谷広司編・伊藤一頼編集補助『国際法の現在 変転する現代世界で法の可能性を問い直す』(日本評論社、2020 年) 358 頁。

¹⁹⁶ もちろん、これには現在の WTO 紛争解決手続の危機—上級委員会の機能不全—が解消されることが不可欠であろう。L.Magi, “The Effect of the WTO Dispute Settlement Crisis on the Development of Case Law on National Security Exceptions: A Critical Scenario”, *Q.I.L., Zoom-in*, Vol.69 (2020), p.36.

つのパネル判断でも分かれている。これは証明責任の問題にも関係する。TRIPS協定違反を認定してから同協定第73条の解釈に進んだサウジアラビアー知的財産権保護措置事件のパネル判断のように、安全保障例外が積極的抗弁として機能するという立場に立てば、GATT違反・TRIPS協定違反や、利益の無効化または侵害を証明しなければならないのは申立国自身であり、その証明が成功した後、安全保障例外条項を援用する国がその例外に該当するというかたちでGATT第21条・TRIPS協定第73条を援用することになる。他方、ロシアー通過運送措置事件パネル報告が示唆するように、安全保障例外が義務の内容を限定するものとして作用するとすれば、申立国側からすると、問題となるGATT上の義務は存続することになる以上、GATT21条・TRIPS協定第73条援用国の主張は当該義務の適用とは無関係となる。

このように、安全保障例外の機能を積極的抗弁とみるか、それとも義務の内容の限定とみるかについて違いが存在し、2つのパネルは対照的な立場に立つように思われるが、これまでの実際の事例ではこれらの区別ははっきり行われてきたわけではない。投資仲裁判断では、CMS事件仲裁裁定の取消裁定やコンチネンタル事件仲裁裁定のように安全保障例外の機能は義務内容の限定とした事例はあるが¹⁹⁷、それ以外の判断では必ずしも明確な区別が行われているわけではない。ICJでは逆にこうした安全保障例外は抗弁として取り扱っているのであり¹⁹⁸、WTO以外の紛争解決手続でも判断が分かれている。そこで、WTOのパネルが、今後、この問題をどのように扱うのかについても注目されるのである。

さらに、安全保障例外に関する審査基準の明確化ということも今後の課題として挙げられよう。これは、例えばGATT第21条(b)の(i)～(iii)（及びTRIPS協定第73条(b)の(i)～(iii)、GATS第14条の2(b)の(i)～(iii)）の該当性に関する客観的審査の場合においても、GATT第21条(b)柱書（及びTRIPS協定第73条(b)柱書、GATS第14条の2(b)柱書）の要件充足に関する誠実審査の場合においても当てはまる。前者の客観的審査については、特にロシアー通過運送措置事件パネル報告において必ずしも厳格な証拠認定に基づくことなく「国際関係の緊急」事態の存在が認められたこともあり、誠実審査との区別が不明確との批判が妥当しよう。また、後者の誠実審査については、安全保障例外援用国による「自国の安全保障上の重大な利益」の内容やそれを保護するための措置の必要性の評価に信義誠実義務が及ぶことにより、「完全な謙譲」を援用国に与えることは否定しているようにみえる。しかし、その基準があまりにも緩やかなものに落ち着くのであれば、誠実審査は名目的なものにとどまり、少なくとも「安全保障上の重大な利益」の内実や執られるべき措置の必要性については援用国の主張が自動的に認められることになりかねない¹⁹⁹。このため、誠実義務に基づき、措置採用に至るプロ

¹⁹⁷ ICSID Case No.ARB/03/9, paras.163-164; ICSID Case No.ARB/01/8, paras.129-132.

¹⁹⁸ ICJの裁判例におけるこの問題について、李禎之「安全保障条項に基づく抗弁の訴訟法上の位置」『岡山大学法学会雑誌』第70巻3・4号（2021年）277-297頁参照。

¹⁹⁹ 条約解釈における信義誠実義務は条約当事国間での権利のバランスを図るものであり、WTO法では、自由貿易における輸出国の権益と、例外規定により貿易上の障壁を生じさせる規制国の権利との

セスの透明化やその理由の開示、他の加盟国に対する情報提供など、安全保障上の措置の採用に向けた行政過程を手続的に審査する制度の有用性を検討すべきとの見解もある²⁰⁰。

他方で、誠実審査における審査基準の整備や精緻化は、事案ごとのパネルの対応における柔軟性を損なう危険も伴うことは指摘しておく必要があろう。その結果として、パネルの権限の拡大と、事案の検討を通じたパネルによる加盟国の権限への侵食、そしてそうした「安全保障上の重大な利益」の決定とその保護措置の内容への国際機関の介入に対する加盟国の反発が生じていたことはこれまでGATT時代から認識されており、パネル自身もロシアー通過運送措置事件で確認した安全保障例外が有するバランス——一方で、自国の安全保障上の重大な利益を決定する加盟国に一定の裁量を認める要請と、他方で、安全保障例外を紛争解決手続に服させる要請との間のバランス²⁰¹——を崩すことにもなりかねない²⁰²。「安全保障上の重大な利益」という概念は、信義誠実義務の下にあっても、WTO加盟国にとってはきわめて機微で、時代状況からは可変性・有用性を持たざるを得ない事項であるがゆえに²⁰³、WTO側がその保護措置に適切な配慮を働かせることは、現代においてWTOレジームを実効的に機能させるためにも不可欠な課題なのである²⁰⁴。

以上のような課題は、翻って、貿易レジームにおける安全保障例外の位置づけの再検討にもつながりうる。第2次大戦直後に作成されたGATTにおいて、安全保障例外の対象となる状況は軍事的要素に関係するまさに例外的な状況と考えられたのに対し、現代においては、貿

間でバランスを図るものである以上、信義誠実義務から審査基準に厳格な制約は導出しえないとする見解として、see, W.Weiß, “Adjudicating Security Exceptions in WTO Law: Methodical and Procedural Preliminaries”, *Journal of World Trade*, Vol.54 (2020), p.846.

²⁰⁰ M.Ioachimescu-Voinea, “National Security Exceptions in the WTO – A Carte Blanche for Protectionism? Part I – Introduction, Negotiating History of Art.XXI of GATT, Russia – Traffic in Transit Panel’s Report”, *Law Review*, Vol.10, Issue 2 (2019), p.31.

²⁰¹ WT/DS512/R, para.7.98.

²⁰² J.B.Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, *Yale L.J.*, Vol.129 (2020), p.48.

風木淳「貿易と安全保障—実務家から見た法の支配—」『国際法研究』第4号（2016年）52-53頁も参照。

²⁰³ 一例として、無人航空機（ドローン）などのように、人工知能（AI）が搭載された製品で自国の「安全保障上の重大な利益」が損なわれる事態が生じることが想定され、安全保障例外の適用もありうるという見解として、see, L.Zhang & K.K.Shang, “The WTO Disciplines and Trade in Products Powered by Artificial Intelligence: Old Wine and New Wine-skin?” *J.E.A.I.L.*, Vol.12 (2019), p.43.

²⁰⁴ したがって、「クリミア併合という重大かつ明白な国際法違反を犯したロシアが安全保障を根拠とした21条を援用することを容認したことには疑義があり」、その援用は「権利濫用に他ならず、信義則に反するため許容され」ず、「そのように解することが Clean hands の法理にも合致する。」という指摘（中谷和弘「国際経済法ルール「盲点」と「慎ましい」日本法への提案」中谷和弘・高山佳奈子・阿部克則編著『グローバル化と法の諸課題 グローバル法学のすすめ』（東信堂、2019年）41頁）は、確かにウィーン条約法条約第31条に従った誠実な解釈という観点からは確かに正当である（堀見裕樹「安全保障例外条項と紛争処理の限界—司法判断適合性の観点から—」阿部・関根・前掲注(180)358頁）。もっとも、パネルがロシアの行為の違法性を判断する適当なフォーラムかどうかという点や、そのような判断を行うことがかえってWTOの標榜する貿易の自由化の促進という目的を阻害し、紛争解決手続のみならず、WTOレジームに構造的な打撃を与えることにはならないかという点については、なお検討の余地があろう。

易分野における各国間の相互依存関係の深化や、各国の国家安全保障概念の拡大とそれに伴う貿易と政治・軍事の不可分性により、安全保障例外の適用対象事例が常態化する可能性さえ生じうる。国家活動の拡大と国家安全保障に対する脅威の多様化は、「安全保障上の重大な利益」概念の拡大を促し、その存在の客観的審査においてパネルの判断に影響を与え、その保護のための措置の必要性という安全保障例外援用国の主観的判断を尊重する要請を強くするものとなりうるであろう。

もっとも、以上のような現象が現れたからといって、そうした国家安全保障を扱うフォーラムがWTO紛争解決システムの外部に見出されるべきという主張は²⁰⁵、やや早計にすぎる。例えば米国トランプ政権による中国からの輸入鉄鋼・アルミニウムへの課税措置は、「安全保障上の重大な利益」を狭く解釈する場合にはもちろん²⁰⁶、ロシアー通過運送措置事件パネル判断の枠組みを利用した場合にも安全保障例外に基づく措置として正当化することは困難といわなければならない²⁰⁷。問題は、措置の正当化の判断の是非ではなく、そうした判断を下す機会そのものがパネルから取り上げられることである。それは、当事者に満足を与える個別の紛争解決よりも、WTOレジームにおける秩序維持を第1の目的とするWTOの紛争解決手続の存在意義にかかわる。しかも、濫用と主張される行為が継続・累積することによりWTOの枠外でそれに親和的な法形成が新たに行われる余地さえ生じよう²⁰⁸。

しかし、不明確な「安全保障上の重大な利益」概念の内容について、具体的事案を通じてパネルや上級委員会の判断で精緻化することは難しいこともまた事実である。紛争解決過程におけるパネルによるWTO加盟国の措置への「謙譲」は、WTOとその加盟国との間の権限配分の問題として構成されることからすると、国家の安全保障という機微な事項であることを理由とした「完全に近い謙譲」は、加盟国による権利の濫用に事実上お墨付きを与えるに等しい。WTOの紛争解決手続において、一般的例外よりも国家主権に直接影響を与える安全保障例外がパネルにより判断されることが通常となるのであれば、安全保障問題をWTOレジームの枠内で処理しようとする限り、加盟国による一方的な安全保障概念の認識に基づく措置の内容とその必要性の決定に依存するのではなく、まずはWTOレジーム内の政治的

²⁰⁵ T.L.Prazeres, “Trade and National Security: Rising Risks for the WTO”, *World Trade Review*, Vol.19 (2020), p.148. なお、この見解には、米国の鉄鋼・アルミニウム輸入課税措置を念頭に、WTO加盟国は信義誠実に行動し安全保障例外条項を抑制的に行使すべきとしつつ、パネル判断を待たずに安全保障例外による措置に対応する権利—適切な対抗措置をとる権利—をWTO加盟国に認める中国提案が背景にある。China’s Proposal on WTO Reform, WT/GC/W/773, 13 May 2019, paras.2.5-2.7.

²⁰⁶ A.Nardi, “Armored Planting and Aluminum Foil Are Not Like Products: Consequences of the United States’ Overbroad Interpretation of Article XXI of the GATT”, *Am.U.L.R.*, Vol.69 (2019), pp.661-662.

²⁰⁷ B.Jordan, “The WTO versus the Donald: Why the WTO Must Adopt A Review Standard for Article XXI(B) of the GATT”, *Wis.Int’l L.J.*, Vol.37 (2019), pp.204-205.

²⁰⁸ そうした法形成を肯定的に評価する立場からすると、人権侵害を行ったと主張される相手国に対するヘルムズ＝バートン法に基づく米国の制裁もその安全保障上の利益を保護する措置として正当化されるだけでなく、これに即した国際規範の形成の契機とされることになる。R.Goodman, “Norms and National Security: The WTO as a Catalyst for Inquiry”, *Chicago J.I.L.*, Vol.2 (2001), pp.101-119.

機関において、問題となる概念の不明確さを最小限なものとするような共通理解が加盟国間で醸成されるよう努力することが望ましいように思われる。それは、安全保障例外に関するパネルの「謙譲」を、加盟国とその措置に対するものから、WTOの政治的機関であるDSBや一般理事会に対する「謙譲」へと転換すべき可能性を探るということを意味する。WTOレジーム内に戦争や武力紛争を取り込んでそれにかかわる措置を法的に規制しようとするのであれば、パネルや上級委員会には、重大な経済紛争や政治的緊張の解決のほか²⁰⁹、法的規範の精緻化や事実上の法形成についても限界があることを認識し、WTOレジーム内の政治的機関の役割をあらためて確認するとともに²¹⁰、WTOの諸機関相互間の権限配分の再構成を検討しなければならないのである。

VI おわりに

GATT第21条の安全保障例外が関係する紛争をパネルが審査可能かどうかについては、最近までパネルの判断がなかったこともあり、長年にわたり争われてきた問題であった。GATT/WTO体制外の他の条約における他の紛争解決機関による安全保障例外条項の取扱いやその検討に基づく学説上の見解からも、その審査可能性については肯定的に評価されるのが妥当と考えられてきたところ、2019年のロシアー通過運送措置事件パネル判断がそうした評価を裏付ける内容であったことは注目に値する。また、翌年に公表されたサウジアラビアー知的財産権保護措置事件パネル報告もあわせ、パネルの管轄権が確認されるとともに、いわゆる審査基準についての一定の指針が明らかにされたことも、不明確な部分が残ることは確かであるが、WTO法の発展にとってきわめて重要な点といえよう。

GATT/WTO体制下の安全保障例外は、第2次大戦の反省から、経済・金融・貿易の安定こそが平和の追求には必要との信念のもとに、貿易分野における戦争や武力紛争との関係づけを定式化したものであった。GATT第21条はその意味で平和を追求する側面を有する条項である²¹¹。もっとも、文言上は、貿易の軍事的側面に法的規制が及ぶことを共通理解としつつ、他の非軍事的な例外事由とは別に「自己判断」的文言を擁して第21条としてGATTに挿入されたのに対し²¹²、実行上は、GATT発足から2010年代まで安全保障例外に關係する紛争はすべて法的枠組みの外で解決されたという事実が貿易を通じた平和的關係の促進にGATT/WTO

²⁰⁹ G.Vidigal, “WTO Adjudication and the Security Exception: Something Old, Something New, Something Borrowed – Something Blue?” *Legal Issues of Economic Integration*, Vol.46 (2019), p.223.

²¹⁰ 異なる文脈ではあるが、WTO紛争解決手続におけるパネル及び上級委員会と政治的機関（DSB及び一般理事会）との関係の分析について、関根豪政「紛争解決機関（DSB）の機能の再検討—DSBはWTO紛争解決手続の正統性の付与にいかにかに寄与しうるか—」阿部・関根編著・前掲注(180)361-386頁参照。

²¹¹ 特にGATT第21条(b)(ii)が平和に関連する意味内容を有するという見解として、see, B.H.Malkawi, “The WTO, Security and Peace: Are They Compatible, and If So, What Is the Framework?” *J.W.I.T.*, Vol.8 (2007), pp.305-306.

²¹² Hahn, *supra* note 46, pp.565-569; Lobsinger, *supra* note 32, p.103.

が成功したことの証明であるという見解をもたらすものでもあった²¹³。一方では、安全保障例外を援用する国家に裁量を認めつつ貿易の軍事的側面をGATTの制度上の枠組みに取り込んで法的規律に服せしめ、他方では、安全保障例外の実現可能性とその相互主義的行使の危険性から、そしてGATTの紛争解決手続の比較的脆弱なその特徴からも、現実の紛争はGATTの制度上の枠外で処理されざるを得なかったというのが、GATT時代に形成された安全保障例外に対するこのアンビヴァレントな評価の現実であったのである。

ロシアー通過運送措置事件パネル判断の法技術的意義は、安全保障例外に関係する紛争について、上述のように、審査可能性と審査基準を確認し明確にしたというところにある。しかし、より広い意味での規範的制度的観点からすると、サウジアラビアー知的財産権保護措置事件も含めた2つの事件のパネル判断は、以上のような安全保障例外に対するアンビヴァレントな評価に終止符を打ち、安全保障例外をWTOレジームの法的規律の枠内に一応取り込んだということこそが重要といえるのかもしれない。もちろん、審査基準の内容次第では、「安全保障上の重大な利益」を保護するための措置の決定を安全保障例外援用国に委ねることと、当該決定に対する検討を事実上WTOの法的枠組みの外へと再び放逐することになる。それを回避しようとするのであれば、パネルや上級委員会の判断を通じた審査基準の明確化だけでは不十分で、WTOレジーム内において貿易の自由化というその公益目的の促進と安全保障という個別国家の利益との間の調整という観点から、一般理事会のような政治的機関の役割をあらためて検討しなければならない。安全保障概念が事項的にも対象的にも飛躍的に拡大して国際経済法による規律との区別がますます困難となっている現況を考えると²¹⁴、なおのことこのことが当てはまるといえるのではなかろうか。

紛争解決のための法技術的専門機関であるパネルや上級委員会自身が、WTO加盟国の安全保障に関係する事項すべてに法的な規制を及ぼすことには限界がある。WTOレジーム維持とその共通利益の促進のために紛争を扱うという観点からすると、なおさらすべての法的枠組みの下で処理することには、安全保障例外援用国との間での軋轢が生じやすくなり、ひいてはWTOレジーム全体への悪影響を及ぼすことにもなりかねない。現在の紛争解決手続の特徴をできるだけ活かすためにも、今後は引き続き、政治的機関による利益調整とその結果としての基準形成を行いうるような制度の構築を進め、安全保障例外に関係する紛争のパネル及び上級委員会による法的処理に対する側面からの支援を期待することが求められるのではないと思われる。

²¹³ S.L.Mollaian, “Does Trade Equal Peace? The Role of the WTO in International Peace”, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol.46 (2019), pp.97-98.

²¹⁴ J.B.Heath, “National Security and Economic Globalization: Toward Collision or Reconciliation?” *Fordham Int’l L.J.*, Vol.42 (2019), pp.1433-1439.

第 6 章

海底鉱物資源の探査・開発と国際的規律

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、これら資源の国内産出量は著しく低い。銅や亜鉛等はほぼ全面的に輸入鉱石に依存しており、また、原油の輸入元や輸入ルートには地政学的なリスクが存在する¹。鉱物資源の安定的な確保は、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。

輸入以外の資源確保の方途としては、第1に日本の主権・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る。日本周辺海域においては、メタンハイドレート、海底熱水鉱床やレアアース堆積物等の探査・開発が試みられている。日本の権限が及ぶ海域におけるこれらの海底資源の探査・開発については鉱業法が規律するが、外国人・外国企業が関係する案件等については国際法上の規律も関わってくる。鉱業法による規律は国際法の観点からも十分であるかを検証する必要がある。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が、この場合は、より直接的に国際規則に則った活動が求められることになる。

本稿は、海底鉱物資源の探査・開発をめぐる国際規律への日本の対応について、鉱業法との関係を視野に入れながら検討するものである。具体的には、改正鉱業法が導入した海底資源探査規制と海洋法の関係 (II) , 及び資源探査・開発と環境影響評価義務 (III) を扱うこととする。

II 改正鉱業法と海洋資源探査

1. 平成23年鉱業法改正

日本の主権・管轄権が及ぶ区域における鉱物資源の探査・開発については、鉱業法（昭和25年12月20日法律第289号）が規律する。鉱業法は、まだ掘採されない鉱物について、これを掘採し、及び取得する権利を賦与する権能を国が有するとし（2条）、国が付与する鉱業権（試掘権及び採掘権）によらなければ鉱物の掘採をしてはならない旨を定める（7条）。日本国民又は日本国法人でなければ、鉱業権者となることはできないが（11条）、外国人・外国法人であっても日本で法人を設立すれば鉱業権者となり得ることとなる。

こうした枠組みをとる鉱業法については、平成23年に下記の点を主要素とする改正が行われた。第1に、鉱業権設定に関して、従来は既存鉱区との重複等がない限り、日本国民又は日本国法人から出願があれば先願主義に基づき無条件で鉱業権を付与していたが、改正によって技術的条件、財務的基盤及び「掘採が内外の社会的経済的事情に照らして著しく不適切

¹ 輸入ルートに関するリスクについては、本報告書森川論文を参照。

であり、公共の利益の増進に支障を及ぼすおそれがあるものでないこと」等からなる許可基準が導入された（29条1項）。鉱業権付与にあたって、安定供給等の鉱物資源政策の観点からの適切性を考慮に入れることを可能にする改正である。

第2に、特定鉱物について先願主義を改め、特定区域制度を導入した（38条）。特定鉱物とは、国民経済上特に重要であり、安定的な供給の確保が必要な特定鉱物を言い、具体的には、①石油、可燃性天然ガス、②海底又はその下に存在する熱水鉱床をなす金鉱、銀鉱、銅鉱、鉛鉱、そう鉛鉱、すず鉱、アンチモニー鉱、水銀鉱、亜鉛鉱、鉄鉱、硫化鉄鉱、マンガン鉱、タングステン鉱、モリブデン鉱、ニッケル鉱、コバルト鉱、ウラン鉱、トリウム鉱及び重晶石、③海底又はその下に存在する堆積鉱床をなす銅鉱、鉛鉱、亜鉛鉱、鉄鉱、マンガン鉱、タングステン鉱、モリブデン鉱、ニッケル鉱及びコバルト鉱、④アスファルトを指す。これらの特定鉱物については、国が最も適切な主体を審査・選定する特定区域制度が設けられた。

第3に、鉱業法の従来の規制対象は、鉱業権（試掘権及び採掘権）の行使であり、鉱物資源探査については同法上の規制が存在しなかった。陸上であれば、土地所有権の存在によって事実上探査が可能な区域は限られるが、海上においては外国船舶等による探査活動を規制できない状態が続いていた。そこで、改正鉱業法では、鉱物資源探査に関する事前許可制度が導入された（第100条の2）。

これらの改正の効果については、改正から5年後の平成28年にレビューが行われ、許可基準の導入については一定の効果を挙げていると評価される一方で、特定鉱区制度の導入については進展していないことが指摘されている²。その一因としては、旧制度の下で鉱業権の設定を受けたものの掘採が行われず休眠状態にある事業³や旧制度下で鉱業権の出願があったものの出願が未処分状態にある案件が多いことが挙げられる。鉱業権がすでに出願ないし設定されている鉱区に新たに鉱業権を付与することはできないため、新制度下の鉱区設定を進めることが困難な状況にあるのである。レビューを受けて、経済産業省は、休眠事業については、掘採着手延期や事業休止に合理的な理由がある場合は別として、法の運用を厳格化し、未着業・事業休止中の事業者に与えた鉱業権の取消しを図る方針⁴を、未処分出願につ

² 経済産業省「平成 23 年改正鉱業法に基づく措置の点検・評価について」

（http://www.meti.go.jp/committee/kenkyukai/energy_environment/shigen_kaihatsu/pdf/001_03_00.pdf），12，14 頁。

³ 鉱業法上は、鉱業権設定登録後 6 か月以内の着手が求められ（62 条 1 項），着手義務違反や 1 年以上の事業休止に対しては鉱業権取り消しが可能である（55 条 5 号）。もっとも、やむを得ない事由がある場合には、経産大臣の認可を経て、着手延期や 1 年以上の事業休止が可能とされ（62 条 2・3 項），平成 27 年度末時点には、許可された鉱業権の約 77%が未着業ないし事業休止状態にあったという。経済産業省「鉱業法に基づく経済産業大臣の処分に係る審査基準等についての改正（案）について」（<http://search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000163252>），3 頁。

⁴ 鉱業法上の審査基準の運用に関する通達を改正し、2018 年 4 月 1 日から適用している。九州経済産業局「特定鉱物に関する鉱業法上の審査基準・運用通達の改正について」

（<http://www.kyushu.meti.go.jp/seisaku/shigen/oshirase180316.html>）参照。なお、休眠事業の中には外国

いては国による基礎物理探査等により日本周辺海域における資源評価が行われる予定であること等から、海域における出願の処理を優先して進める方針⁵を定めている。

これらの法改正及び改正レビューについて、国際法の観点からはどのように評価し得るだろうか。とりわけ海洋における資源探査・開発については外国船舶や国際規律が関わることも多いことから、本節では海洋資源の探査・開発の問題を取り上げて検討を加えたい。

2. 海洋鉱物資源探査規制

(1) 改正鉱業法における探査規制

改鉱業法で導入された探査規制は、「鉱物の探査（鉱物資源の開発に必要な地質構造等の調査（鉱物の掘採を伴わないものに限る。）であつて、地震探鉱法その他一定の区域を継続して使用するものとして経済産業省令で定める方法によるものをいう。以下単に「探査」という。）を行おうとする者は、経済産業大臣に申請して、その許可を受けなければならない」とする（第100条の2）。同条が言及する経済産業省令として、鉱業法施行規則（昭和26年通商産業省令第2号）第44条の2は次のように定める。「法第100条の2第1項に規定する地震探鉱法については、人工的に振動を起こすことで地震波を発生させ、その反射波を検知する方法をいう」（1項）。「法第100条の2第1項の経済産業省令で定める方法は、次に掲げる方法のうち一定の区域を継続して使用するものであつて、排他的経済水域及び大陸棚に関する法律（平成8年法律第74号）[…]第2条の規定による大陸棚に係る海域[…]において行うものとする。

- 一 電磁法（電磁波を海底面近くで発生させ、生じた電磁場の変化を検知する方法をいう。）
- 二 集中的サンプリング探査法（底質を収集する機器を用いて、底質を集中的に収集する方法をいう。）」（2項）。

新規制では、日本の領域及び大陸棚で行われる「鉱物の探査（鉱物資源の開発に必要な地質構造等の調査…）であつて」一定の方法（地震探鉱法・電磁法・集中的サンプリング探査法）で行われるものについて鉱業法上の申請が要請されるに至った。鉱物資源探査であることが前提とされているが、外形的な行為態様を掲げることによって、規制の外縁を明確化

人・外国企業が設立した日本法人によるものもあろう。それら外国人・外国企業が属する国家と日本の間に公正衡平義務規定を含む投資保護協定が締結されているような場合、鉱業権取消しを行うにあたっては、透明性や予見性の確保等について配慮する必要があると生じよう。投資保護について詳しくは、本報告書伊藤論文を参照。

⁵ なお、未処分出願には、境界未画定大陸棚におけるものも含まれているという。国連海洋法条約 83 条 3 では、境界未画定の大陸棚において、関係国は、「理解及び協力の精神により、現実的な性質を有する暫定的な取極を締結するため及びそのような過渡的期間において最終的な合意への到達を危うくし又は妨げないために」あらゆる努力を払う義務を負うこととされる。当該義務との関係で、未画定海域において資源探査・開発を許可することの意味や可能性については検討を要する。境界未画定海域における沿岸国の義務について詳しくは、西本健太郎「境界未画定海域と自制義務」『国際問題』674 号（2018 年）16-25 頁；拙稿「国連海洋法条約の紛争解決手続と海洋境界画定紛争」『国際法のダイナミズム—小寺彰先生追悼論集』（有斐閣、2019 年）421-427 頁参照。

するとともに規制の潜脱行為を防ぐことを目的としたものだという⁶。

(2) 大陸棚における海洋調査

こうした探査規制は国際法の観点からどのように評価されるだろうか。日本も当事国となっている国連海洋法条約においては、領海におけるあらゆる海洋調査について沿岸国が主権に基づいて許可をする権限を持つ。他方で、大陸棚においては、沿岸国は資源に対する主権的権利に基づいて鉱物資源探査に関する完全な裁量を有する（77条2項）一方で、「すべての人類の利益のために海洋環境に関する科学的知識を増進させる目的で実施する海洋の科学的調査」（Marine Scientific Research, MSR）に関しては「通常の状態においては、同意を与える」こととされる（246条3項）。科学的調査に関する「計画が天然資源の探査及び開発に直接影響を及ぼす場合」や「大陸棚の掘削、爆発物の使用又は海洋環境への有害物質の導入を伴う場合」には、沿岸国は「自国の裁量により同意を与えないことができる」ものの（246条5項）、これらの裁量的拒否事由に当たらない場合には、基本的に外国船舶による科学的調査に対して沿岸国は同意を与えることが求められているのである。また、許可を得ずに資源探査を行う者に対しては沿岸国法令を適用して罰則を賦課することも自由であるが、無許可で行われる科学調査に対しては中止命令のみがとりうるのであって罰則賦課は認められないと解されている⁷。

このように、国連海洋法条約においては、外国船舶によって大陸棚で行われる鉱物資源探査と海洋科学調査について、相互に異なる規制が置かれている。日本法においても、かねてより「我が国の領海、排他的経済水域又は大陸棚における外国による科学的調査の取扱いについて」と題するガイドラインが存在し、事前申請された科学的調査については同意を与えることを前提に対応してきた。しかしながら、例えば地震メカニズム解明のための地層調査など、科学調査の中には資源探査と同一の手法で実施されるものも多く、仮にある外国調査船が無許可で海洋調査を行なっていることを発見した場合であっても、何を目的とした調査を行なっているのかを外形的に区別することは困難とされる。調査方法に着目した規制を導入した改正鉱業法は、この点を意識して、許可を得ずに海洋調査を行なう外国船舶を発見した場合、当該船舶による調査態様を契機として法規制の対象とすることを企図したものといえる。国際法の観点からは、裁量的拒否事由に該当しない海洋科学調査であれば同意を与えることが求められるが、適切な申請なしに科学調査を行っている外国調査船に対して検査を行う沿岸国の権限は否定されない。検査の結果、科学調査であることが判明すれ

⁶ 経済産業省・前掲注(2)、9頁。

⁷ 大陸棚における資源探査及び科学的調査に対する沿岸国権限について、詳しくは、拙稿「海洋調査に対する沿岸国管轄権」海上保安協会『海洋法の執行と適用をめぐる国際紛争事例研究』（2008年）81-95頁。

ば罰則賦課対象とせず、調査の中止を命ずれば良い。実質的には、国連海洋法条約上、科学的調査を行う外国船舶に認められた権利を害さないように鉱業法の運用を行えばよいこととなる。

もっとも、例えば日本近海で具体的に問題となっているのは、日中の大陸棚境界未画定海域や沖ノ鳥島周辺海域等において無許可で行われる中国公船による調査活動等である。民間船舶の場合とは異なり、非商業的役務に従事する公船は外国の執行管轄権から免除され、沿岸国はこれを執行対象とすることができない。当該公船が資源探査（商業的役務）を行なっている場合には免除が否定され取締りが可能ではあるが、問い合わせに対して対象船舶（外国公船）から科学的調査を実施中であるとの回答があった場合に、実際に取締りに踏み切ることは国際法違反を犯す危険性を伴う。また、例えば、大陸棚境界未画定海域であって相手国が自国の大陸棚であると主張している海域での調査であるとか、沖ノ鳥島は大陸棚を有しない岩であるから、同島付近での調査は公海自由の一環として行い得るという主張を前提として行われる同島周辺海域での調査のように、調査海域の地位をめぐる国家間紛争が背景に存在する場合には、当該海域に対する鉱業法の適用自体が国際法の観点からは前提的に問題となる。したがって、改正によって鉱業法に新たに導入された探査規制は、その規制の趣旨や目的は明確であるものの、日本が抱える懸案との関係では、実際の適用に困難を抱えるということができよう。

Ⅲ 資源探査・開発と環境影響評価

1. 国際法上の環境影響評価義務

鉱業法は、「鉱物資源を合理的に開発することによって公共の福祉の増進に寄与するため、鉱業に関する基本的制度を定めること」を法目的としている（1条）。「公共の福祉の増進」は、具体的には鉱物資源の安定供給をはじめとする適切な資源政策の実施を想定していたとされる。国際的な環境保全規範の進展に合わせて、同規定にいう「公共の福祉」に環境保全の要素を読み込むことは可能であろうが、同法の実体規定上、鉱業権行使から生ずる損害の賠償義務（109条）は「他人に」与えた損害に限定されており、また、鉱業法は環境影響評価法の対象とされていないため、目的規定の解釈のみから鉱業法に環境保全の要素を読み込むことには限界がある。

しかし、国際法の観点からは、例えば大陸棚における資源開発に伴って他国管轄海域や公海に対して海洋汚染が懸念されるような場合には、環境影響評価（Environmental Impact Assessment, EIA）に関する国際規律に配慮しなければならない。環境影響評価義務は、規律内容次第では、エネルギー資源の開発やさらには資源の海上輸送に対して一定の影響を及ぼす可能性がある。鉱物資源開発にあたって実施が求められるほか、例えば、船舶のバラスト水の放出や核関連物質の輸送について、環境影響評価の観点からの規制強化の可能性があり

得るからである。国際法上、どの程度の環境影響評価の実施が求められるかについて確認する必要がある所以である。

この点、国連海洋法条約206条は、環境影響評価について、「いずれの国も、自国の管轄又は管理の下における計画中の活動が実質的な海洋環境の汚染又は海洋環境に対する重大かつ有害な変化をもたらすおそれがあると信ずるに足りる合理的な理由がある場合には、当該活動が海洋環境に及ぼす潜在的な影響を実行可能な限り評価するものとし、前条に規定する方法によりその評価の結果についての報告を公表し又は国際機関に提供する」として、一般的な義務を定める。国家の「管轄又は管理の下における」活動を対象とする同規定は、自国の大陸棚等における活動と自国船舶による公海や深海底等における活動の双方を規律対象とする。しかし、同規定にいう「実質的な汚染」「重大かつ有害な変化」の基準は不明確であり、行うべき環境影響評価の具体的内容も定まっていない⁸。「実行可能な限り」という書き振りがもうかがわれるように、206条が課す義務は相当に緩やかなものといえることができる。

他方、後述するように環境影響評価義務は個別の条約規定を離れて一般国際法上も存在すると考えられるため、国際規律を確認する際には一般国際法上の同義務がいかなる内容を持つかについても押さえる必要がある。この点を検討するにあたっては、環境影響評価が求められる根拠、環境影響評価を義務づける規範の性質は何か注目することが有用と考えられる。それらに応じて具体的な環境影響評価義務の内容も変化する可能性があるからである。環境影響評価義務を定める規範の根拠及び性質については、次の3つの考え方が認められる⁹。

第1に、環境影響評価を非差別原則の一態様と捉える見方である。この考え方に則れば、国内法上の環境影響評価プロセスに国外のアクターを平等に参加させることが環境影響評価義務の具体的内容となる。国際法上求められるのは、意思決定過程におけるステークホルダー間の内外非差別のみであって、環境影響評価実施の閾値や評価に当たっての実体的基準等の具体的な内容は、国内法の規律次第ということになる¹⁰。

第2に、環境影響評価を損害発生防止義務の履行の一要素と捉える考え方がある。この理解に則れば、環境影響評価の実体について国際法上の判断がなされ得ることになる反面、損害防止義務自体が重大な損害の防止に限定されるため、環境影響評価の対象も重大な損害発生リスクがある場合に限定されることになろう。

第3に、環境影響評価を他の規範から演繹されるものとしてではなく、独立の原則として

⁸ Arianna Broggiato, “Exploration and Exploitation of Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction and Environmental Impact Assessment,” *European Journal of Risk Regulation*, vol.4 (2013), p.250.

⁹ 必ずしも3つに限定したものではないが、環境影響評価義務と他の国際環境法上の義務との関係を検討するものとして、Neil Craik, *The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and integration* (Cambridge University Press, 2008), pp.54-83.

¹⁰ とりわけ、欧米諸国間で締結された条約について、非差別原則に根拠が求められることを指摘するものとして、John H. Knox, “The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment,” *American Journal of International Law*, vol.96 (2002), pp.291-319.

捉える見方である。具体的には、意思決定プロセスに対する透明性の確保等を通して、より環境フレンドリーな選択肢の可能性を追求することが環境影響評価規範の機能として捉えられることになる。

学説上は以上のような整理がなされているが、裁判例においては、一般国際法上の環境影響評価についてどのような考え方が示され、どのような内容の規則が認定されているだろうか。以下では、環境影響評価が主要な争点の1つとなった近年の3事例を検討して一般国際法上の義務内容を確認することとする¹¹。

(1) パルプミル事件ICJ判決（2010年）

本件は、ウルグアイ、アルゼンチンの国境をなすウルグアイ川岸におけるウルグアイによるパルプ工場建設の是非を巡る紛争である。両国間で締結されていたウルグアイ川規程第41条(a)は、「関連条約を遵守し、専門的な国際機関のガイドライン及び勧告（the guidelines and recommendations of international technical bodies）に従って、適切な規則を制定し措置を講じることによって、川の環境を保護し、とりわけ汚染を防止すること」を両国に義務づけていた。アルゼンチンが、越境環境影響評価条約（エスポー条約）や1987年UNEP環境影響評価目標及び原則（UNEP原則）等に依拠して、工場に建設許可を与える前に完全な（full）環境影響評価を実施することが国際法上ウルグアイには求められると主張したのに対して、ウルグアイは越境損害のリスクについて評価を行う義務が存在することは認めるものの、その内容や手続について国際法はいかなる義務も課しておらず、本件では予想されるリスクが小さいため環境影響評価を行う義務は生じないと反論していた。こうした両国間の対峙を受け、国際司法裁判所（ICJ）は以下のように判示している。

204. [...] ウルグアイ川規程第41条(a)における環境保護義務は、諸国家の間で近年広く受け入れられるようになった実行に従って解釈されねばならず、その実行とは、計画されてい

¹¹ これら以前に、環境影響評価が問題となった裁判例が存在しないわけではない。核実験再審理請求事件（1995年）においては、ニュージーランドはヌーメア条約上の環境保護義務から環境影響評価義務を演繹し、対するフランスは環境影響評価の内容については国家に裁量の余地があると主張していたが、ICJは再審理の実施自体を否定した。ガブチコヴォ・ナジマロシュ計画事件（1997年）においては、ICJは環境影響評価という言葉は用いなかったものの、両国に協議を命ずる一環として河川開発にかかる新計画についての評価実施を求めている。もっとも、当該判断は、両国間の二国間協定の解釈を根拠に下されており、また、両国とも当該義務の存在を肯定していた。MOX工場事件（2001年）において、アイルランドは英国が海洋法条約第206条に反したと主張し、UNEPガイドライン、エスポー条約、EC指令が環境影響評価についての具体的なベンチマークを示しているとした。英国は計画が海洋法条約発効以前から行われているため、第206条の適用はなく、仮に適用されるとしても第206条は環境影響評価実施の閾値も内容も各国に任せていると反論していたが、ITLOSは本案判断に進んでいない。ジョホール海峡事件（2003年）においては、シンガポールがマレーシアによる海洋法条約第206条違反を主張していたが、ITLOSは、シンガポールが協議に応じることを約束したことを根拠として暫定措置命令を下している。

る産業活動が、国境を越える文脈において、とりわけ共有資源に対して、重大な悪影響を与えるリスクを内包する場合には、環境影響評価を行うことが一般国際法の下で要請されると今日では考えられる (it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment / il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement) ことを示す。さらに、川の制度や水質に影響を与える可能性のある作業を計画する当事国が、そうした作業の潜在的影響について環境影響評価を実施しなければ、相当の注意およびそれが含意する警戒と防止の義務が果たされたとは言えない。

205. ウルグアイ川規程も一般国際法も環境影響評価の射程や内容 (the scope and content) については特定しておらず、両国はエスポー条約に加盟していない。他方、アルゼンチンが依拠するUNEP原則は、拘束力を持たないものの、専門的な国際機関が作成したガイドラインとして、各国が国内的規律に沿った措置を採択するに際してウルグアイ規程第41条に従い考慮に入れられなければならない。しかし、同原則5は、「環境影響評価における影響はその重大性に応じた詳細度で評価されねばならない」ことを述べるにとどまり、環境影響評価の最低限の中核的要素を挙げていない。従って、それぞれの事例において求められる環境影響評価の具体的な内容については、計画された開発の性質と規模、環境への悪影響の可能性、評価に当たって相当の注意を払う必要性に照らして、各国が自国法令や計画の許可プロセスにおいて決定すべきである。なお、環境影響評価は、計画の着工前に行わなければならない、計画着手後も必要があれば継続的に環境への影響についてのモニタリングを行わなければならない。

ICJは、ウルグアイが具体的に環境影響評価の実施において相当の注意義務に反したかについて、パルプ工場の立地選択に関して比較検討がなされたかという観点から検討しているが¹²、それは、ウルグアイ川規程第41条が「専門的な国際機関のガイドライン及び勧告」を考慮に入れた防止義務を課しており、UNEP原則4(c)が「適切な場合には実際的な代替案の記述」を求めているためである。他方、環境影響評価プロセスにおいて関係住民と協議する法的義務はUNEP原則等の国際的なガイドラインに照らしても導かれなかった¹³。

この事件は、活動が国境を超えてとりわけ共有資源に対して重大な悪影響を与えるリスクを内包する場合には、環境影響評価を行う義務が生ずるとして、ICJが初めて環境影響評価が一般国際法上の義務であることを判示したものである。ただし、環境影響評価の射程と内

¹² Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), ICJ Reports 2010, p.85, para.210.

¹³ Ibid., p.87, para.216. なお、ウルグアイは工場立地の比較検討も関係住民に対する説明会等の開催も行っており、いずれにせよアルゼンチンが主張するような環境影響評価義務の違反はなかったことが結論づけられている。

容は一般国際法上特定されておらず、活動の性質・規模、環境への悪影響の可能性、評価実施にあたって相当の注意を払う必要性を考慮に入れて、各国が国内法令や活動許可プロセスにおいて具体的な内容を決定すべきとされた。

環境影響評価の性質については、国家が払うべき相当の注意とそれが含意する環境損害防止義務は、活動の潜在的影響について環境影響評価が実施されなければ果たされたとはいえないとして、重大な越境損害の発生を防止するために相当の注意を払う義務の一要素として位置づけられている。ただし、こうした性格づけは、二国間ウルグアイ規程第41条が損害防止義務を定めており、同条の適用にあたって環境影響評価を考慮したという文脈に規定されている側面がある点には注意しなければならない。

(2) サンフアン川事件ICJ判決（2015年）

2事案目は、コスタリカ・ニカラグア間の国境をなすサンフアン川の環境保全に関する事件である。コスタリカによる川沿いの道路建設、ニカラグアによる川の浚渫作業のそれぞれについて、相手国から環境影響評価義務の違反が主張された。

ICJは、国際法上、国家は領域使用の管理責任に基づいて重大な越境損害の発生を防止する義務を負うことを確認した上で、上記パルプミル事件判決第204段落を引用し、さらに以下のように続けている¹⁴。

104. [...]パルプミル事件の判示は産業活動 (industrial activities) を問題としていたが、同判示を支えた原則は国境を超えて重大な影響をもたらし得る活動により一般的に当てはまる。したがって、重大な越境損害を防止する相当の注意義務を履行するため、他国の環境に悪影響を与える潜在的可能性のある活動を実施するに先立って、国家は環境影響評価実施の必要性を惹起する (would trigger the requirement to carry out an environmental impact assessment) 重大な越境損害のリスクがあるか否かを確認しなければならない。

環境影響評価の具体的な内容は、それぞれの事案の状況に照らして決定されるべきである。パルプミル事件判決でも確認したように、「それぞれの事例において求められる環境影響評価の具体的な内容については、計画された開発の性質と規模、環境への悪影響の可能性、評価に当たって相当の注意を払う必要性に照らして、各国が自国法令や計画の許可プロセスにおいて決定すべきである。」

環境影響評価の結果、重大な越境損害のリスクがあることが確認された場合には、活動を計画している国は、相当の注意義務に従って、潜在的に影響を受け得る国に対してその旨を通知し、リスクを防止あるいは軽減するための適切な措置について信義誠実に協議を行う

¹⁴ Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), ICJ Reports 2015, p.706, para.104.

(consult in good faith) 義務を負う。

重大な越境損害のリスクを内包する活動を行う際には、一般国際法上、環境影響評価の実施が求められること、環境影響評価の具体的内容は各国が定めることについてはパルプミル事件と同様の判断である。環境影響評価は、損害防止・相当の注意義務の一要素として位置づけられており、パルプミル事件とは異なって特定の条約の解釈として提示されてはいないことから、一般国際法上の環境影響評価の性質が損害防止義務から演繹される規範として位置づけられることが明らかになった。

他方で、本件においては、環境影響評価のプロセスが三段階に分けて示された点が特徴的である。すなわち、裁判所によれば、他国環境に影響をもたらす得る活動を行う国は、まず環境影響評価の実施が求められる事案か否かを判断するために、一次評価 (a preliminary assessment) ないしスクリーニングを行う義務を負う。スクリーニングの結果、重大な越境損害のリスクが認められた場合には、完全な環境影響評価を実施する義務が生ずる。さらに、環境影響評価の結果、重大な越境損害のリスクがあることが確認された場合には、活動を計画している国は、相当の注意義務にしたがって、潜在的に影響を受け得る国に対してその旨を通知し、リスクを防止あるいは軽減するための適切な措置について協議する義務を負うという¹⁵。

具体的には、ニカラグアによる浚渫については、同国がスクリーニングを行った結果、浚渫が川の流れに対して重大な影響を与えないとの判断に至ったこと、当該結果は後に両国双方の専門家によって確認されていることが指摘されている。その上で、裁判所は、両国が指名した専門家の証言を含めた裁判資料の検討に基づいて、浚渫計画は川の流れについてもコスタリカの湿地帯に対しても重大な損害をもたらすリスクを持たないとして、ニカラグアには環境影響評価を実施する義務はなかったと判断した¹⁶。

他方、コスタリカによる道路建設計画については、コスタリカがスクリーニングを行ったと主張しているものの、その証拠は裁判所に提示されていなかった¹⁷。道路建設が重大な越境損害のリスクを孕むかについて、裁判所は、計画の性質および規模ならびに計画が実施される文脈 (the nature and magnitude of the project and the context in which it was to be carried out)

¹⁵ 引用した第 104 段落は、ニカラグアによる違反の認定に当たって裁判所が一般論を述べた箇所であるが、このアプローチはコスタリカの違反の認定に当たっても再確認されている。Ibid., p.720, para.153. なお、こうした裁判所の採用した 3 段階アプローチに対しては批判もある。例えば、Simon Marsden, “Determining Significance for EIA in International Environmental Law,” *Question of International Law*, vol.42 (2017), p.6.

¹⁶ *San Juan River case*, supra note 14, p.707, para.105. 従って、当然 3 段階目の通知・協議義務も存在しない。Ibid., p.708, para.108.

¹⁷ Ibid., p.720, para.154.

を考慮しなければならないとする¹⁸。具体的には、道路建設がサンフアン河岸に非常に近接して計画されており、また森林伐採地を含み、ハリケーン等の自然災害の可能性も高い立地に予定されているという計画の性質、160kmの長さに及ぶというその規模、近辺がラムサール条約の保護対象の湿地帯であるという文脈に照らして、重大な越境損害のリスクを孕むことが裁判所によって認定され、計画着手前の環境影響評価の実施を怠ったコスタリカは国際義務に違反したとされた¹⁹。

パルプミル事件においては、計画の性質、規模等に照らして環境影響評価の具体的内容は各国が定めるものとされ、本件も当該判示を引用しているが、具体的認定の文脈においては、評価の具体的な実施方法や内容は各国法令によるものとしても、計画の性質、規模及び文脈が環境影響評価の実施が国際法上義務づけられる案件か否かを判断する基準として言及されている点に注意が必要である。実際、裁判所は、環境影響評価の内容及び実施方法は各国に任されるものの、影響評価の実施が求められるか否か自体は国際法上決定されることを確認している²⁰。

なお、環境影響評価義務の違反から生ずるコスタリカの責任については、裁判所による違反認定がニカラグアに対するサティスファクション（象徴的救済）を構成するとされている。コスタリカによる道路建設によって重大な越境損害が発生したことは立証されていないので、道路建設の中止や損害賠償等を命ずることは不要とする判断である²¹。

（3）深海底における保証国の責任 ITLOS 勧告的意見（2011年）

3事案目は、国際海洋法裁判所（ITLOS）海底紛争裁判部による深海底における保証国の責任に関する勧告的意見である。深海底における鉱業活動に関しては、海洋法条約第11部実施協定附属書第1節²²、深海底機構が作成したマイニングコード²³および環境影響評価勧告²⁴に、

¹⁸ *Ibid.*, p.720, para.155.

¹⁹ *Ibid.*, pp.720-721, paras.155-156.

²⁰ *Ibid.*, p.721, para.157.

²¹ *Ibid.*, pp.738-740, paras.224-228.

²² 附属書第1節7は、「業務計画の承認のための申請には、[深海底]機構が採択する規則及び手続に従い、提案された活動の環境に及ぼす潜在的な影響についての評価並びに海洋学の研究及び環境の基本的な研究のための計画についての説明を添付する」として、契約者の環境影響評価実施義務を定める。保証国は契約者が当該義務を遵守することを確保する相当の注意義務を負う。*Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion of 1 February 2011, para.141.

²³ マンガン団塊規則 31（6）及び熱水鉱床規則 33（6）は、「契約者、保証国並びに他の関係国及び関係者は、深海底における鉱業活動が海洋環境にもたらす影響を観察し評価するための計画を立案・実施するに当たり深海底機構と協力する」旨を定める。具体的には、影響照合区域（*impact reference zones*）と保存照合区域（*preservation reference zones*）を設け両者を比較することによって環境影響評価を行うことが義務づけられている。

²⁴ *Recommendations for the Guidance of Contractors for the Assessment of the Possible Environmental Impacts Arising from Exploration for Marine Minerals in the Area* (2013), ISBA/19/LTC/8.

環境影響評価についての詳細な定めがある。深海底紛争裁判部はパルプミル判決第204段落の引用に続けて、次のように判断する。

148. [パルプミル判決自体は越境損害に関する]特定の状況に向けられたものであったが、その判示内容は[...]深海底における活動をカバーするほど広い。越境損害の文脈における判示は、国家管轄権外の環境に対して影響をもたらし得る活動に対しても適用され得るだろう。また、「共有資源」へのICJによる言及は、人類の共同財産である深海底資源についても当てはまる。したがって、ICJが言及した慣習国際法に照らせば、環境影響評価は、「沿岸国の管轄権の及ぶ区域の境界にまたがって存在する深海底の資源」に関する海洋法条約第142条が定める協議と事前通報の仕組みに組み込まれるべきであると考えられよう。

149. ただし、ICJによれば、一般国際法は環境影響評価の射程と内容を特定していない。海洋法条約第206条も射程と内容について示唆を与えないが、マイニングコードやとりわけ勧告は、深海底における活動の文脈において適用される環境影響評価の射程と内容に詳細さと特定性を与えている。

150. 以上により、裁判部は、契約者及び保証国はマイニングコードの特定の規則の適用を超えて環境影響評価義務を負うと考える。

本勧告的意見は、越境損害の文脈で成立した環境影響評価義務が、国家管轄権外区域における活動についても適用されることを肯定したものである。ただし、影響を受ける可能性のある特定の国家が存在する越境損害の文脈と、深海底における環境保全の文脈では、環境評価のあり方は異なり得る可能性がある。深海底における鉱業探査活動については、マイニングコード及び環境影響評価勧告が作成されているが、それらにおいては、人類共同の財産の保全の観点から、国際海底機構が海洋法条約の加盟国を代表して環境影響評価の実施に関与することが想定されている。他方で、裁判部は、マイニングコード等の適用を超えてより一般的に一般国際法上の環境影響評価義務が深海底活動にも適用されることを肯定しつつ、具体的には海洋法条約第142条の通報・協議義務にその前提条件として環境影響評価の実施を読み込もうとする。海洋法条約及び関連条約の解釈・適用という自らのマンデイトに照らして、条約上の深海底に関するいずれかの規定を適用する形で判断を下す必要性に迫られたためと考えられるが、第142条は深海底における活動が近隣沿岸国の管轄海域に影響する可能性を想定した事前通報・協議規定であって、当該条文に環境影響評価を読み込むとすれば、その保護法益は関係沿岸国の管轄海域の環境保全ということになる。

(4) 小括

以上の裁判例に照らせば、一次的なスクリーニングを含め一切の評価を行っていない場

合、あるいはフルスペックの環境影響評価が必要なケースでその実施を怠った場合には、一般国際法上の環境影響評価義務の違反が認定されることになるだろう。

後者については、環境影響評価義務が発生する閾値が問題となるが、影響評価義務が損害防止の相当の注意義務から演繹的に求められていることに照らせば、重大な環境への悪影響のリスクがあるか否かがその閾値となる。より具体的には、計画された活動の性質・規模・文脈に照らして、重大な環境への悪影響のリスクが認められるにもかかわらず、環境影響評価を実施していない場合に違反が認定されることになるだろう。これらのうち、活動が行われる文脈については、国家管轄権外区域における活動に関して、生態系の実態やそのメカニズム、脆弱性等について未だ不明確な点が多いことが、完全な影響評価を実施すべき要因として勘案される可能性がある。また、科学的調査、バイオプロスペクティング、海底漁業、鉱物探査といった様々な活動が、相互に調整されないままに同一あるいは近傍の海域で行われる可能性がある場合には、それぞれの個々の活動を独立して評価するにとどまらず、複数の活動の累積的な影響を勘案する必要が生じることも考えられる²⁵。

他方、環境影響評価の具体的な実施方法は、一般国際法上では特定されていない。環境影響評価義務は、具体的な国家実行の集積を経て慣習法として生成したのではなく、一般国際法上、環境損害防止義務から演繹的に導かれているのであって、規範の性質上もその細則は定まらない²⁶。従って、環境損害防止の相当の注意義務を果たしたと言える程度の内実を伴う評価内容や実施方法を、各国が国内法令において定めて実行すれば足りる。また、環境影響評価は損害防止義務の履行のために必要とされるのであるから、たとえ環境影響評価義務の違反があったとしても、損害発生が認められなければ、当該違反は必ずしも計画された活動に対する中止命令には繋がらない。評価義務の不履行については違法性の認定という形で国の責任が問われるが、計画の中止や損害賠償等は計画が実際に損害をもたらした場合に初めて問題となると考えられる。

IV おわりに

海底資源の探査・開発には様々な局面で国際的な規律が関係し得る。本稿は、鉱業法の改正との関係で、海洋調査規制の海洋法上の評価を行うとともに（II）、主権・管轄権が及ぶ区域における、さらには公海や深海底における資源の探査・開発に際して、国際的に求められる環境影響評価義務の内容を特定することを試みた（III）。とりわけ後者については、鉱業法及び環境影響評価法上の対応がなされておらず、今後何らかの国内法上の手当が必要と考

²⁵ Broggiato, *supra* note 8, p.250.

²⁶ ICJ が相当の注意義務から環境影響評価義務を導出したこととその含意については、Elisa Ruozzi, “The Obligation to Undertake an Environmental Assessment in the Jurisprudence of the ICJ: A Principle in Search of Autonomy,” *European Journal of Risk Regulation*, vol.8 (2017), pp.158-169 も参照。

えられる。

最後に、現在、作成が試みられている、国家管轄権区域外における海洋生物多様性 (Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction, BBNJ) に関する新協定について付言して本稿を結びたい。国連総会の下に設置されたBBNJ準備委員会は、海洋遺伝資源、海洋保護区等の海域型管理ツール、環境影響評価、能力構築及び技術移転の4分野をパッケージとして検討し、2017年に総会に対する最終勧告をコンセンサスで採択した。最終勧告は、「大多数の代表団の意見が一致する要素を含む」セクションAと「未合意の主要論点のうちのいくつかをハイライトする」セクションBで構成され、環境影響評価については、セクションAの第5節 (5.1-5.7) で触れられている。環境影響評価に関する基本方針を示した5.1は、新協定は、「海洋法条約第206条及び慣習国際法をもとにして (drawing from) , 国家管轄権区域外において国家の管轄または管理下で計画される活動の潜在的影響について評価する当該国の義務について規定する (would set out) 」と定めており、当該勧告に則れば、本稿IIIで確認した内容を大きく超える規定が導入されることはないと考えられる。最終勧告5.3は、新協定が環境影響評価実施の閾値・基準について扱う (would address) ことを定めるが、一般国際法上の規則に依るとすれば、活動の性質・規模・文脈で環境影響評価が要求される事案か否かを判断する基準となろう。国家管轄権区域外における活動については、生態系やそのメカニズムには未だ解明されていない点が多いという活動地域の特性や、近傍の海域で行われる種々の活動が累積的效果をもたらす可能性等が環境影響評価実施の必要性の有無を判断する要因として考慮されることになると思われる。

他方で、IIIで見たように、一般国際法上は環境影響評価の具体的な内容や実施方法等は各国に任されるが、最終勧告は、新協定が環境影響評価の手続的段階 (the procedural steps) や評価後の計画遂行の可否及び遂行条件に関する意思決定 (5.4) , 環境影響評価報告書に記載すべき内容 (5.5) についても扱うとする。また、関係する文書・枠組み及び世界的、地域的あるいは分野に応じた関連機関との関係について定める (5.2) とも規定する。

これらの勧告については、以下の2つの意味で注意すべきである。第1に、既存の条約の中には、深海底における鉱業探査 (海洋法条約第11部実施協定及びマイニングコード) や南緯60度以南における活動 (南極条約環境議定書) のように、環境影響評価プロセスに国際機関が関与する制度を設計しているものがある。深海底にせよ南極周辺海域にせよ、人類の共同財産である鉱物資源の探査開発が問題となる、あるいは国家管轄権下の区域か否かについての判断が棚上げされているという意味で特殊な海域であって、そこで行われる活動がもたらし得る環境影響評価を国際機関の関与の下で管理することには一定の合理性がある。国家管轄権外区域についても、同様にいずれの国家の管轄も及ばない国際公域であるという点が強く意識されれば、新協定の下で環境影響評価プロセスの国際化が主張される可能性がある。

第2に、必ずしも環境影響評価という用語は用いられていない場合もあるが、海洋環境に

もたらしうる影響に対応するための様々な規律はすでに存在しており、それら規律と新協定の関係を整理する必要がある。例えば、IMOが定める基準に従ったタンカーによる原油輸送、IAEA輸送規則²⁷やIMO規則²⁸を遵守した放射性物質の輸送等については、国際基準を満たしていることによって、定型的・包括的に一種の環境影響評価が行われていると評価することが可能であって、個々の航海に先立って個別の環境影響評価を行うことは不要とすることが合理的と考えられるが、新協定においてそうした理解が共有されるように確保する必要がある。とりわけ、最終勧告5.7が、新協定は個々の事業の実施に当たって求められる環境影響評価のみならず、政策立案段階におけるより包括的な「戦略的環境評価 (strategic environmental assessments) を扱い得る (could address) 」と定めており、国家管轄権外区域における種々の活動間を調整して、全体としての環境評価を新協定がプラットフォームとなすべきであるということが強調されれば、上記の2点ともに規律強化に向かう可能性も否定されない。この点については、BBNJに関する環境影響評価義務は国家管轄権外区域の海洋環境保護のための規範として導出されるため、その違反を追及する訴訟においては全ての国家が原告適格を有するとされる可能性があることから、実体規範の内容を合理的範囲に確定しておくことがエネルギーの安定供給のためにも重要と考えられる。

²⁷ 例えば、Safety Series No.6 (1985)は、5%以下の濃縮ウラン、MOX 燃料、使用済み核燃料、放射性廃棄物を対象として、輸送容器に関する要件等について規定している。

²⁸ 例えば、1974 年 SOLAS 条約は、一定の放射性物質について収納容器や船舶への積載方法等を規定している。また、2000 年 SOLAS 条約は、INF 貨物（照射済み核燃料、プルトニウム、高レベル放射性廃棄物）の輸送について、一定の要件を充足していることを示す国際証書を携行し、INF 物質の流出時には関係沿岸国にその詳細を報告する義務を輸送者に課している。

第 7 章

EUのFTAにかかわる投資裁判所の法的問題

一橋大学大学院教授
中 西 優 美 子

I はじめに

2009年12月1日発効のリスボン条約により、共通通商政策にこれまでの通商政策に、新たな分野、つまりサービス貿易および知的財産分野、さらに対外直接投資も加わった。サービス貿易および知的財産分野は、EUがWTO協定に加入する際に、EUがWTO協定の付属議定書である、サービス貿易一般協定 (GATS) および貿易関連知的所有権協定 (TRIPs) の規定事項にも排他的権限を有するのかが問題となった分野である。1994年の裁判所意見1/94¹では、EU司法裁判所は、WTO協定の付属議定書である、1994年のGATTに対しては、EUの排他的権限を認めたが、GATSおよびTRIPsについてはEUと構成国の間で権限が共有されるとした。リスボン条約によりEU運営条約207条に規定される共通通商政策の権限はEUの排他的権限であるとしたことにより、サービス貿易、知的財産の通称的側面および対外直接投資事項も排他的権限に属することが明確になった。この権限拡大を受け、欧州委員会は、単に関税の引き下げや撤廃を中心として従来のFTAではなく、包括的な自由貿易協定の締結を目指して、精力的に第三国とのFTA交渉を開始した。

その結果、EUは、これまで複数の第三国と自由貿易協定 (Free Trade Agreement) を締結してきた。例えば、EUはシンガポール、ベトナムとFTAを締結した。EUは、日本とFTAである経済連携協定 (Economic Partnership Agreement, EPA) を締結し、EPAは2019年2月1日に発効した。また、EUは、カナダと包括的貿易投資協定 (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) を交渉し、2016年10月に同協定は署名され、2017年9月21日より暫定適用がなされている。さらに、EUは中国と投資保護協定を交渉し、合意に至った。上述したようにリスボン条約によりEUの共通通商政策分野の権限は拡大され、対外直接投資にも及ぶこととなったが、その権限が投資分野全般に及ぶか否かが議論の余地が残された。

リスボン条約以降EUが締結してきたFTAは、新世代のFTAと呼ばれ、貿易と持続可能な開発章 (Trade and Sustainable Development) 章を含む、包括的なFTAとなっている。これらのFTAは、法的観点からシンガポール・ベトナム型、日本型、カナダ型、中国型に分けられる。また、これらの法的問題を取り扱うことで、EUのFTAに関し投資裁判所の法的問題を明確にしたいと考える。

II EUのFTAと投資保護協定の形

1. シンガポール・ベトナム型

EUとシンガポールのFTA交渉は、2007年に開始され、2014年に終了した。しかし、批准前の2015年7月10日に、欧州委員会は、EU運営条約218条11項に基づき、EU司法裁判所にEUと

¹ Case Opinion 1/94, WTO, Opinion of 15 November 1994, ECLI:EU:C:1994:384.

シンガポール間のFTA締結に対しEUが排他的権限を有するか否かに関する意見を求めた。欧州委員会は、EUが単独で同FTAに署名し、締結する権限を有しているか、特に、①同協定のどの規定がEUの排他的権限に属するか、②同協定のどの規定がEUの共有権限に属するか、また、③構成国の排他的権限に属する規定は存在するのかについて (EU) 司法裁判所に意見を求めた。欧州委員会は、WTO協定の締結に際しても上述したように裁判所意見を求めたが、リスボン条約によりEUの権限が拡大されたことを受け、再度、EUの権限の範囲の明確化を求めた。同FTAは、8章「サービス等」、9章「投資」、11章「知的財産」、13章「貿易と持続な発展」、15章「紛争解決」などを含む17つの章から構成されていた。当該事件では、構成国の権限に密接にかかわるため、欧州議会及び理事会、さらに28加盟国のうち、25加盟国が参加した。司法裁判所は、2017年5月17日に全員法廷 (Full Court) の裁判所意見2/15²において、以下のように判示した。「EUとシンガポール間のFTAは、EUの排他的権限に属する。ただし、EUと構成国間において共有される権限に入る、以下の規定は除く。

—EUとシンガポール間の非直接投資 (non-direct investment) に関する限り、9章 (投資) のA部 (投資保護) の規定

—9章のB部 (投資家対国家紛争解決ISDS) の規定

—EUと構成国間で共有される権限に属する範囲において9章にかかわる限り、1章 (目的及び一般定義)、14章 (透明性)、15章 (当事者間の紛争解決)、16章 (調停制度) 及び17章 (機構、一般及び最終規定) の規定。」

司法裁判所のこの判示は、EUがどこに排他的権限を有し、他方、どの事項につき共有権限を有するのかを明確にした。権限の種類は、EUにとって締結時のみならず、その後においても大きな意味を有する。排他的権限であれば、EUが単独で国際協定を締結することができ、他方、共有権限であれば、EUと構成国が共に条約を締結することになる。前者であれば、EUオンリー (only) 協定となり、当該協定の批准はEUのみで済む。また、協定により設立される委員会等の構成員もEUからの代表のみとなり、構成国の影響を受けないことになる。他方、後者であれば、EUのみならず、構成国の批准が必要であり、締結後も構成国の権限分野では構成国が意思決定に影響を及ぼすことになる。

裁判所意見2/15を踏まえ、欧州委員会は、シンガポールとのFTAにつき交渉をし直した。再交渉では、欧州委員会は、EUがFTAを単独で締結できるように、もともとのFTAから投資章の部分を切り離した。再交渉後、EUは、投資章を除いたFTAと投資保護協定という2つの協定をシンガポールと締結することにした。FTAと投資保護協定は、2018年10月19日に署名された。FTAは、EU側の批准として、欧州議会の同意を得た後、理事会決定により承認され

² Case Opinion 2/15, FTA between the EU and Singapore, Opinion of 16 May 2017, ECLI:EU:C:2017:376; 中西優美子「EUとシンガポール間の自由貿易協定(FTA)に関するEUの権限」国際商事法務 Vol. 45, No. 9 (2017年) 1348-1354頁。

³、2019年11月21日に発効した。当該FTA締結のための法的根拠条文は、共通通商政策に関するEU運営条約207条、その他、運輸に関する91条および100条2項であった。投資保護協定については、EUと構成国が共に締約者となる混合協定 (mixed agreement) の形で締結されるため、構成国の国内手続に従った批准を必要とし、2021年9月時点では、発効していない。

EUとシンガポール間の投資保護協定は、上述したように既に署名されており、(最終のものではないが) 条文が存在する。後述するように、同協定の3章は「紛争解決」と題されており、投資裁判所の設立も規定されている。

EUは、ベトナムと2012年6月にFTA交渉を開始し、2015年12月にいったん交渉を終了した。しかし、EU司法裁判所のEUとシンガポール間のFTAに関する裁判所意見2/15を受け、再交渉がなされ、シンガポールの場合と同様に、FTAから投資章が取り除かれ、投資保護協定が別に締結されることになった。EUとベトナムは、2019年6月30日に貿易協定と投資保護協定に署名した。投資保護協定には、第3章において投資裁判所の設立が規定されている。

2. 日本型

EUと日本は、2011年5月28日にFTAを締結するためのスコーピング作業を開始することに合意した。同作業の後、2013年4月に両者は、交渉を開始した。日本とのFTAは、EPAと名付けられている。交渉中に、EUとシンガポール間のFTAに関する裁判所意見2/15がだされた。そこで、上述したように、非直接投資と投資家対国家の紛争 (ISDS) を除いて、EUが排他的権限を有することから、EPAからそれらの部分を取り除いた。シンガポールやベトナムは、再交渉後、FTAのみならず、投資保護協定にも合意したが、日本は、EPAのみ合意した。EUオンリー協定の形を採った日本EU間のEPAは2019年2月1日に発効し、同協定に規定されている合同委員会も設置され、会合も開催されている。もっとも、投資保護協定については、交渉中のままである⁴。EUが要請する投資保護協定には、投資裁判所の設置が入っており、日本が第三国と締結してきたFTAまたは投資保護協定に規定されているようなISDSで十分とする立場とは折り合いをつけるのが難しい状況となっている。

3. カナダ型

EUとカナダのFTAであるCETAは2014年8月に交渉を終了したが、その際には、CETA案は投資裁判所の設置を規定していなかった⁵。その後、2016年にEUがアメリカとの大西洋貿易投資パートナーシップ協定 (Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) を交渉する中

³ Council Decision 2019/1875 of 8 November 2019 on the conclusion of the Free Trade Agreement between the EU and Singapore, OJ 2018 L294/1.

⁴ https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/ie/page25_001592.html (最終閲覧日：2021年10月15日)。

⁵ この個所については、中西優美子「EUとカナダ間の包括的経済貿易協定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 Vol.47, No. 8, 2019, 1036 以下を参照。

で、投資裁判所が議論となった。それを受けて、CETA案が変更され、投資裁判所を含む条文に変更された。TTIPおよびCETAに対しては、NGOや消費者団体等からの強い反対が示された。署名前にまず問題が生じた。ドイツでは連邦憲法裁判所に憲法異議が提訴された。もともと憲法裁判所は、原告側からの要請の暫定措置命令を認めなかった⁶。また、ベルギーのワロン地方議会が食品、健康、環境等の基準が低下してしまうことを懸念して、署名に反対し、予定されていた2016年10月27日にはEUとEU構成国がCETAに署名できない事態が発生した。署名予定日の前日である、26日に欧州委員会と理事会は投資保護と投資裁判所制度に関する声明No.36を出した。その後、ベルギー政府とワロン地方議会の話し合いの後、10月30日にCETAに署名した。同時にCETAの共同解釈文書 (Joint Interpretative Instrument) がだされた。後述するように、ベルギー政府はワロン地域との話し合いで司法裁判所に裁判所意見を求めることに合意したため、2017年9月7日に裁判所意見を求めた。

上述したEUとシンガポール間のFTAに関する裁判所意見2/15は2017年5月17日に出された。CETAの署名は、2016年10月30日であり、同意見の前となる。それゆえ、シンガポール、ベトナムおよび日本とのFTAとは異なり、再交渉はされず、CETAは、FTAの部分と投資保護の部分の両方を含んでいる形となっている。両方が含まれているため、EUとEU構成国が共に締結する混合協定の形となり、EUと構成国双方により批准が必要となっている。CETAはEUの排他的権限に属する事項に関して、2017年9月21日から暫定適用がなされているが、発効はしていない。2021年3月2日、ドイツ連邦憲法裁判所は、上述したCETAに関する憲法異議を棄却した⁷。これによりドイツに関しては、批准の足かせとなっていた法的問題は解消した。

4. 中国型

EUと中国は、2012年に交渉を開始することに合意し、2020年12月に投資に関する包括的協定に原則合意した。EUと中国は、FTAの交渉はせず、投資協定のみの交渉を行ってきた。投資協定案は、投資裁判所の設立は規定されていないが、仲裁パネル (arbitration panel) の設置については規定がされている⁸。

国際協定を締結するには、欧州委員会が交渉では手続は完了せず、欧州議会の同意、その後、理事会による承認決定が必要となる (EU運営条約218条6項)。中国によるウイグル人および新疆ウイグル自治区におけるイスラム少数民族に対する人権の侵害に関連し、EUが4人

⁶ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 13. Oktober 2016, 2 BvR 1368/16; 中西優美子「ドイツ連邦憲法裁判所のEUとカナダの自由貿易協定(CETA)の締結に関する仮命令」自治研究 93 巻 2 号 2017 年 84-95 頁。

⁷ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 2. März 2021, 2 BvE 4/16.

⁸ Article 6 of Section V Dispute Settlement,

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/january/tradoc_159347.pdf (最終閲覧日：2021 年 10 月 15 日)。

の中国高官に対する制限措置を採ることを決定したことを受け、中国が欧州の機関や欧州議会議員を含む政治的 대표に制裁を課した。欧州議会は、この制裁が中止されるまで、EUは2021年5月20日に欧州議会は中国との投資に関する包括協定に同意手続を凍結することを決定した⁹。また、同決議において欧州議会は中国当局による恣意的な制裁を非難し、不当な制限措置を中止するように求めた。また、欧州議会議員は、ウィグルにおける強制労働による製品に関する輸入の禁止およびより強化されたEU対外投資スクリーニング規則を支援するとした。

5. 総括

EUはこれまで第三国とFTAを締結してきたが、2017年5月17日の裁判所意見2/15により、EUが排他的権限を有する事項とEUと構成国が共有権限を有する事項が明確化された。これを境に、欧州委員会は、FTAと投資保護協定を分離し、FTAに対しては、EUオンリー協定の形で、投資保護協定に対しては、EUと構成国との混合協定の形で締結することに方針を変更した。それゆえ、同意見以前に署名されたカナダとの協定、CETAは、FTAと投資の部分が分離されておらず、同意見以降に署名された日本とEUのEPA、シンガポールおよびベトナムとのFTAは投資保護が分離されている。

混合協定の場合は、EUのみならずすべてのEU構成国の批准が必要となるため、発効までに時間がかかる。CETAについては、一部の規定の暫定適用がされているものの、ドイツ等で憲法問題も生じ、批准に至っていない。

また、日本のように投資裁判所の設立よりも従来のISDSで十分であるとする国との交渉はまとまりにくい。

さらに、EU側の批准に欧州議会の同意が必要となるため、中国のように人権問題を抱えている国に対しては、批准手続が進まないという問題もある。

シンガポールおよびベトナムは、投資裁判所の設立を含む投資保護協定に合意しているが、同協定が混合協定であるために、発効していない。

III EUのFTAまたは投資保護協定における投資裁判所

現時点（2021年10月6日）においては、投資裁判所を含む投資保護協定は発効していない。EUのFTAおよび投資保護協定における投資裁判所の条文は存在するため、それらの条文を用いて、投資裁判所の法的問題を取り扱っていきたい。

1. EUの枠外における裁判所とEU法の自律性

EUが国際協定を締結し、当該国際協定が裁判所の設立を予定している場合、EU司法裁判

⁹ <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210517IPR04123/meps-refuse-any-agreement-with-china-while-sanctions-are-in-place>（最終閲覧日：2021年10月6日）。

所は、EU法の自律性の確保に神経を尖らせてきた。古くは、1991年、司法裁判所は、EUがEFTA諸国と欧州経済圏 (EEA) 協定を締結するに当たって、EEA裁判所の設立を予定していた、同協定がEU法 (当時のEC法) に合致しないとした¹⁰。また、統一特許裁判所制度の創設に関する協定は特許裁判所の設立を予定していた。同協定に関する裁判所意見1/09において、司法裁判所は、当該協定がEU法と合致しないとした¹¹。リスボン条約によるEU条約の改正により、EUが欧州人権条約に加入することが規定された (EU条約6条)。そこで、欧州委員会が同条約への加入交渉を行い、加入案が起草された。司法裁判所は、欧州条約加入協定案についてもEU法と合致しないとした¹²。現在もEUは同条約に加入していない。加えて、Achmea事件では、EUが締結しようとする国際協定ではないが、構成国間の投資協定においてEU法の解釈または適用に関する紛争につき判断を求められる裁判所が設定されていた。司法裁判所は、EU法が他の裁判所により解釈される可能性があることを問題視し、EU法と合致しないとした¹³。

2. CETAにおける投資裁判所規定

EUは、2審制の投資裁判所を要請しており、CETAにおいて2審制の裁判所が規定されている。CETAは、第1審として投資裁判所 (tribunal) の設立を予定している (8.27条)¹⁴。投資裁判所の構成員は、EUの構成国から5名、カナダから5名および第三国国民から5名からなる。構成員は、5年の任期で選出され、再選可能である。裁判所は、1つの事件をEU構成国から1名、カナダから1名および第三国国民1名の3名で取り扱い、その際第三国国民の裁判官が議長を務める。第2審として、上訴裁判所 (appellate tribunal) も設立される。上訴裁判所は、投資裁判所の判決を維持、変更または破棄することができる。同時に、単に2辺 (bilateral) の協定に基づく投資裁判所ではなく、EUは最終的には多数国間 (multilateral) 投資裁判所および上訴裁判所メカニズムの設立を目指している。CETA8.29条にはこの旨が規定されている。

また、上述したような司法裁判所によるEU外における裁判所に関する判断を受け、欧州委員会は、カナダとの交渉において投資裁判所に関する規定に細心の注意を払って起草した。つまり、EU法解釈については、EU司法裁判所が排他的裁判管轄権を有することを確保するように留意した。「適用可能な法と解釈 (applicable law and interpretation)」と題されるCETAの8.31条1項は、「決定を下す際には、この章の下で設立される裁判所は、ウィーン条約法条約並びに当事者の間で適用可能な他の構成国法のルールおよび原則に従い解釈される本協定

¹⁰ Case Opinion 1/91, EEA, Opinion of 14 December 1991, ECLI:EU:C:1991:490.

¹¹ Case Opinion 1/09, European and Community Patent Court, Opinion of 8 March 2011, ECLI:EU:C:2011:123.

¹² Case Opinion 2/13, ECHR, Opinion 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

¹³ Case C-284/16, Achmea, Judgment of 6 March 2018, ECLI:EU:C:2018:158.

¹⁴ <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/> (最終閲覧日：2021年10月15日)。

を適用しなければならない。」と定め、同条2項は、「(CETA) 裁判所は、当事者の国内法の下で、本協定違反と主張される、措置の合法性を判断する裁判管轄権を有さない。確実性のために、本協定と措置の一貫性を決定する際に、裁判所は、必要な場合、当事者の国内法を事実として (as a matter of fact) 考慮することができる。その際、(CETA) 裁判所は、当事者の裁判所または機関により国内法に与えられている一般的な解釈に従わなければならない、(CETA) 裁判所により国内法に与えられる意味は、当事者の裁判所または機関を拘束しない。」と規定している。同条3項は、投資に影響を与えうる解釈事項に関して重大な懸念が生じる場合、サービスおよび投資に関する小委員会 (the Committee on Services and Investment) は、CETA合同委員会 (Joint Committee) に本協定の解釈の採択を勧告することができる。CETA合同委員会により採択される解釈は、この節の下で設立される裁判所を拘束する。CETA合同委員会は、ある解釈が特定の日から拘束力を有することを決定することができる。」と定めている。

CETAに関する裁判所意見1/17において司法裁判所は、以下のように判示した (意見131段)¹⁵。当該8.31条2項の規定は、投資家が異議申し立てをし、CETA裁判所が投資のホスト国またはEUの措置がCETAを遵守しているかを審査することを求められるとき、投資家および国家またはEUが提出する情報および主張に基づき、同裁判所が当該措置の効果の審査を引き受けるという事実を反映しているのにすぎない。その審査は、場合により、被申立人の国内法が考慮にいれられるよう要請するかもしれない。しかし、8.31条2項に規定されているように、その審査は、CETA裁判所による被申立人の国内法の解釈 (interpretation) とはみなされえない。むしろ、被申立人の国内法は、事実として考慮にいれられる。その際、CETA裁判所は、この点に関して、当事者の裁判所または機関により国内法に与えられた一般的な解釈 (prevailing interpretation) に従うことを義務づけられ、それらの機関は、CETA裁判所が国内法に与えた意味 (meaning, sens) により拘束されない。ここで、注目されるのが、司法裁判所が、CETA裁判所の国内法にかかわる審査は国内法が事実としてのみ考慮されるにすぎず、解釈 (interpretation) ではないとし、加えて、英語とフランス語版では、CETA裁判所による国内法に関する判断を解釈ではなく意味 (meaning, sens) と表現し、区別していることである¹⁶。さらに、司法裁判所は、8.21条によると、カナダの投資家が構成国および (または) EUの措置に異議申し立てするときに、その紛争がEUと構成国間の権限配分に関するルールに照らして、構成国またはEUに対して提起されるのかを決定する権限はCETA裁判所ではなく、EUに与えられていることを踏まえ、欧州人権条約への加入に関する裁判所意見2/13と

¹⁵ Case Opinion 1/17, CETA, Opinion of 30 April 2019, ECLI:EU:C:2019:341; 以下の分析は、中西・前掲注(5) 参照。

¹⁶ 須網隆夫「リスボン条約後の『EU法の優位』」中西優美子編 EU法研究6号 (信山社、2019年) 45, 91頁参照。

は異なり、EUと構成国間の権限配分に関しても司法裁判所の排他的裁判管轄権は維持されているとした（意見132段）。

3. EUとシンガポール間の投資保護協定における投資裁判所規定

EUとシンガポール間の投資保護協定においても2審制の投資裁判所が規定されている¹⁷。当該協定3.9条に従い、1審の投資裁判所（Tribunal of First Instance）が設立される。EU側が2名、シンガポール側が2名、EUとシンガポール側が一緒に2名、合わせて6名の裁判官を任命する。CETAに比べて裁判官の数が少なく設定されている。任期は8年で、再任可能となっている。任期については、CETAよりも長く設定されている。3.10条に基づき常設の上訴裁判所が設立される。CETAでは、常設という言葉が明示的には用いられていなかったが、ここでは明示的に規定されている。6名が上訴裁判所の構成員として任命される。3.11条は、国際投資紛争解決のための多数国間投資裁判所および上訴裁判所の設立をEUとシンガポールが目指すことを規定している。

3.13条は、「適用可能な法と解釈のルール（applicable law and rules of interpretation）」と題される。同条1項は、裁判所は、提訴の主体である取扱いが2章（投資保護）の下での義務違反であるか否かを決定する。」と定めている。同条2項は、「裁判所がウィーン条約法条約並びに当事者間に他の適用可能な国際法のルールおよび原則に従って解釈される本協定を適用する」と規定している。これは、CETA8.31条1項に相当する規定である。他方、CETA8.31条2項に相当する規定がEUとシンガポール間の投資保護協定の本文にはなく、3.13条2項につけられた脚注で以下のように定められている。「より大きな確実性のために、当事者の国内法は、適用可能な法の一部ではない。裁判所は、事実として当事者の片方の国内規定の意味を確定することが求められる場合、裁判所は、当該当事者の裁判所または機関によりなされた当該規定の一般的な解釈に従わなければならない、（協定の）裁判所によりなされる関連国内法に与えられるいかなる意味（meaning）もいずれの当事者の裁判所または機関を拘束しない。（協定の）裁判所は、争われている当事者の国内法の下での、本協定の違反を構成すると主張されている措置の合法性を決定する裁判管轄権を有さない。」なぜ、本文ではなく、脚注において規定されているかは不明である。3.13条3項は、「本協定にかかわる事項に影響を与える解釈の事項に関して重大な懸念が生じる場合、小委員会（Committee）は、4.1条4（f）に従い、本協定の規定の解釈を採択することができる。小委員会により採択される解釈は、裁判所と上訴裁判所を拘束し、いかなる判断も小委員会の決定に一致するものでなければならない。同委員会は、ある解釈が特定の日から拘束力を有することを決定することができる。」と定めている。この条文は、CETA8.31条3項に相当する。CETAの場合は、最初にサービス

¹⁷ <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>（最終閲覧日：2021年10月15日）。

および投資に関する小委員会、次に、CETA合同委員会と2段階になっていたが、EUとシンガポール間の投資保護協定は、FTAから分離しているため、合同委員会に当たる小委員会が他からの勧告なく、解釈を採択することになっている。

4. EUとベトナム間の投資保護協定における投資裁判所規定

EUとベトナム間の投資保護協定は、正式には、条文は確定していないが、限定的に条文は既に公表されている¹⁸。CETAおよびEUとシンガポール間の投資保護協定と同様に、2審制の投資裁判所の設立が規定されている。3.38条により第1審の投資裁判所が、3.39条により第2審の上訴裁判所が規定されている。第1審の裁判所は、9人の構成員（EU側から3人、ベトナム側から3人、第三国国民が3人）からなる。EU側とベトナムの代表からなる小委員会（the Committee）（4.1条）が9人を任命する。小委員会は、3の倍数で構成員を増やしたり減らしたりすることを決定することができる。任期は4年で、1回のみ再選可能である。常設上訴裁判所は、6名（EU側2名、ベトナム側2名、第三国国民2名）の裁判官から構成される。1回のみ再選可能である。また、多数国間の投資裁判所の設立を規定する国際協定のための交渉に入り、そのようなものが設立されたら当該協定の関連規定は適用されなくなることが定められている（3.41条）。

3.42条は、「適用可能な法と解釈ルール」と題されている。3.42条2項は、裁判所および上訴裁判所は、2章「投資保護」の規定および本協定の他の規定ならびに当事者間に適用可能な国際法のルールまたは原則を適用し、争いのある当事者の関連国内法を事実として考慮に入れると定めている。同条3項は、裁判所および上訴裁判所は、関連する国内法を解釈する権限を有する裁判所または機関によって与えられる国内法への解釈に拘束され、また、（協定の）裁判所および上訴裁判所によってなされる関連国内法へ与えられる意味（meaning）はいかなる裁判所および機関も拘束しないと定めている。さらに、同項は、（協定の）裁判所および上訴裁判所は、協定違反と主張されている、争いのある当事者の国内法および規則の下での措置の合法性を判断する管轄権を有さないとも規定している。3.42条4項は、裁判所および上訴裁判所が、ウィーン条約法条約において法典化された、慣習国際法の解釈ルールに従って当該協定を解釈しなければならないと規定している。3.42条5項に従い、第3章「紛争解決」のB節「投資家と当事者間の紛争解決」の事項に影響を与えうる解釈に関して重大な懸念が生じる場合、小委員会は当該協定の規定の解釈を採択することができる。その場合の解釈は、裁判所と上訴裁判所を拘束する。また、小委員会は解釈が特定の日から拘束力を有することを決定することができる。

¹⁸ <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>（最終閲覧日：2021年10月15日）。

5. 総括

EUとカナダ間のCETA、EUとシンガポール間の投資保護協定およびEUとベトナム間の投資保護協定のいずれも、2審制の投資裁判所と上訴裁判所の設立を規定している。また、いずれの協定も将来的には2辺間の裁判所ではなく、多数国間が参加する国際投資裁判所の設立を目指している。いずれも、EU側、相手国側（カナダ、シンガポール、ベトナム）、第三国から同数の裁判官がだされることについては共通している。上述したように裁判所の裁判官の人数、任期、再選可能の回数には、相違がある。

いずれの協定もEU外での各協定に基づく裁判所の設立を規定しているため、EU司法裁判所の裁判管轄権が侵害されないか、また、EU法の自律性が確保されるのかという懸念が生じる。CETAの下での投資裁判所については、裁判所意見1/17により、EU法との両立性が確認された。その際に、EU司法裁判所は、8.31条に規定されるCETAにおける「適用可能な法と解釈」に関する条文に依拠した。そこでは、投資裁判所は、当事者の国内法としてのEU法を事実として取り扱い、その解釈はEU司法裁判所およびEU機関によりなされたものに従わなければならない。また、投資裁判所のEU法に関する判断は、EU司法裁判所およびEU機関を拘束せず、EU措置の合法性を決定する裁判管轄権を有しないとされている。EUとシンガポール間の投資保護協定では、相当する条文は本文ではなく、脚注に規定されている。他方、EUとベトナム間の投資保護協定では、3.41条本文に相当する規定が定められている。3つ協定における関連条文には、形式的には相違はあるが、実質的には、協定の下で設立される投資裁判所によりEU司法裁判所のEU法解釈における排他的管轄権が損なわれないような規定になっている。

IV 終わりにかけて

本稿では、EUが締結するFTAまたは投資保護協定をめぐる法的問題を取り扱った。EUの投資裁判所を含むFTAまたは投資保護協定は、2審制の投資裁判所の設立を規定している。ただ、投資保護にかかわる紛争事項は、EUとEU構成国の共有権限の分野に属し、構成国の批准を必要とするため、いずれも発効していない。現時点では、投資裁判所がどのように機能し、実際にEU法との関係でどのような法的問題が生じるのかは今後の発展を見ていきたい。本稿では、取り扱わなかったが、EUはエネルギー憲章の改革を望んでおり、その改革の重要なポイントは投資裁判所の設立にかかわる。日本は、EUの進めるエネルギー憲章の改革案に難色を示しており、日本とEU間との投資保護協定と同様に投資裁判所の設立がネックになっている。

第 8 章

行政裁量の司法的統制と投資仲裁

東京大学大学院教授

伊 藤 一 頼

I はじめに

外国への直接投資を通じてエネルギー資源を安定的に確保することは、特に日本のような資源の乏しい国にとっては重要な関心事項である。しかし、こうした外国投資には、投資受入国政府が予期せぬ規制や処分を行うことで大きな損失を被るリスクも付き纏っている。かかるリスクから外国投資家を保護するための仕組みとして、とりわけ1990年代以降、二国間ないし地域的な投資保護協定が活発に締結され、現在ではその数は約3,000に達している。これらの協定のほとんどは、外国投資をめぐる紛争が発生した際に、外国投資家が受入国政府を直接相手取って仲裁手続を提起することができるとしており（投資家対国家の紛争解決（ISDS）条項）、これに基づく「投資仲裁」が年間で約30～50件程度実施されている。投資仲裁は、投資受入国の国内裁判所に比べ、中立的で公正な判断が下されることが期待でき、外国投資に伴うリスクの低減に大きく寄与してきた。なかでも資源エネルギー関連産業は、これまで最も頻繁に投資仲裁を利用してきた分野の一つであり、受入国政府による不合理な規制措置に対して（しばしば巨額の）損害賠償請求を成功させてきた。

しかしその一方で、こうした投資保護メカニズムの下では、投資家の利益の保護のみが追求され、投資受入国の正当な公的規制権限が過度に侵食されるのではないかという懸念も示されるようになった。投資仲裁は、対等者間で行われる私人間や国家間の訴訟と異なり、私人対国家の非対称な構造を持つ公法訴訟型の手続であるため、私益と公益の適切なバランスを意識する必要がある（政府規制の公共的意義にも考慮を払うべきである）と批判されるのである。確かに、もし外国投資に損害が発生した事実のみで投資協定違反が成立するのであれば、そうした批判も一理あるだろう。しかし、実際には投資仲裁は、国内公法訴訟に起源を持つ比例性審査（政策目的と規制手段の間に釣り合いが取れていれば投資財産に損害が生じていても正当化される）を広く採用してきており¹、投資受入国の規制権限に対して一定の考慮は払っていると言える。もっとも、公法訴訟型の司法審査において用いられうる審査基準には様々な厳格度のものがあり、そのなかで比例性審査は最も緩やかな基準に当たるというわけではないため²、投資仲裁が比例性審査に依拠することが果たして適切な審査基準の選択と言えるか否かは、なお問題とする余地がある。

そうした観点から特に検討を要するのが、いわゆる行政裁量の問題である。20世紀後半以降に社会の複雑化・専門分化が著しく進展したことにより、統治機構のなかで行政府が肥大

¹ 拙稿「投資仲裁における比例性原則の意義—政府規制の許容性に関する判断基準として—」（独）経済産業研究所ディスカッションペーパー、13-J-063（2013年）参照。

² 欧州人権裁判所等において比例性審査はしばしば敬讓的な審査基準として言及されているが、実際には比例性審査は必ずしも敬讓的とは限らない。合理性審査や誠実性審査の基準が一般に司法的謙抑の表現として位置付けられてきたのに対し、比例性審査はむしろ司法権の拡張として捉えうる。See, Johannes Hendrik Fahner, *Judicial Deference in International Adjudication: A Comparative Analysis* (Hart Publishing, 2020), ch.3.III.E.

化し、法規範の作成を含むガバナンス機能が大幅に行政府に委ねられる状況になってきている。これが、委任立法、そして行政裁量の増加という現象をもたらしている。理論上は、民主的に選出された立法府に、法規範のうちの中核的・本質的な部分の形成を留保しなければならないとする立場（本質性理論ないし重要事項留保説）もあるが、どこまでがそうした「本質」に当たるのかは不明確であり、行政部門への実質的な権能の移転はなし崩し的に進んでいるように見受けられる。

こうした傾向に対し、立法府によるコントロールの余地の確保・回復が重要だと説くこともできるが、それは単に、行政府への委任を減らして立法府に回収するという方法では実現できないと思われる。そもそも立法府には専門的・技術的事項を扱う能力が乏しいことを背景に行政府への委任が進んだのであり、現代社会の特徴を考えれば、そうした動きを逆回転させることは難しいだろう。したがって、行政府への権能の移転という潮流はそれとして受け入れつつ、そこでの行政府の権威行使が不適切なものとならないよう、いかに外部から統制を働かせていくかという視点が必要になる。

そうした統制は、立法府の側から委任立法の設計等を通じて働かせることももちろん可能であるが、他方で、個別紛争の解決を通じて司法府の側から働かせることもできる。これは行政裁量の司法的統制として活発に議論されてきたテーマである。ただ、そこでの司法府の役割は、単に行政府に対して厳格な統制を働かせればよいというわけではない。むしろ、立法が行政に裁量を与え、統治を委ねたという趣旨を十分に踏まえて、謙抑的な審査を行うべきだとされてきた。そのため、各国の裁判所は、行政裁量の審査のための特別な判断枠組み・審査基準を発展させてきており、それは現代国家における立法・行政・司法の間の新しい権限配分と抑制均衡（チェック・アンド・バランス）の仕組みを表現しているものと考えられる。

本稿の問題関心は、投資仲裁においてもこうした行政裁量の位置付けを考慮に入れる必要があるのではないかという点にある。例えば、投資協定に含まれる代表的なルールである公正衡平待遇は、投資家の「正当な期待」を保護するものだとして一般に理解されているが、これは個々の投資家が置かれた状況に即して保護の内容が文脈依存的に決まることを意味しており、その文脈のなかには、投資受入国における法制度上の環境も含まれる。したがって、投資受入国の法律が行政府に裁量を与えていて、当該裁量に基づいて投資家への行政行為がなされたのであれば、仲裁廷は、それが裁量行為であることを十分に意識して審査の枠組みを決めるべきことになる。しかし、後述のように、この点を意識している仲裁判断は多くはなく、その結果として、行政裁量の意義を考慮しない、過度に介入的な審査が行われている可能性がある。もちろん、投資家の立場から見ればこれは歓迎すべき状況であるが、投資受入国がこうした審査手法に不満を抱き、投資仲裁制度に対する信頼を失うことになれば、長期的に見て国際投資保護メカニズムの存続が危うくなるおそれもある。これはエネルギー部門

における投資の安定性確保という点からも望ましくない事態であり、逆説的ではあるが、投資受入国における行政裁量に対して適切な尊重を示すことが、投資保護を将来にわたり追求する上でも重要であると言える。

こうした観点から本稿では、主として国内裁判所が発展させてきた、行政裁量の審査に固有の手法や基準につき概観した上で、投資仲裁の過去の事例においてかかる手法や基準がどの程度採り入れられているかを分析することとしたい。なお、前提として、投資仲裁で訴えの対象となる投資受入国の行為は、行政裁量に基づくものだけでなく、立法行為それ自体である場合もあり、後者に関しては、国内裁判所でその合憲性等が争われる際にも比例性審査が行われることが多いため、投資仲裁でかかる立法行為につき比例性の審査基準を用いたとしても特段の問題はないと思われる。したがって、本稿においても、争われている投資受入国の行為の性質に留意し³、行政裁量に基づく行為から紛争が生じたと考えられる仲裁事例を中心に上げていくこととしたい。

II 行政裁量に関する司法審査の手法

ここでは、行政裁量に関する司法審査のあり方を、さしあたり日本を例として確認しておきたい。まず行政事件訴訟法30条は、「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」と規定する。したがって、裁量処分については、裁量の範囲を超え（踰越）、又は裁量の濫用があつた場合のみ取消しが認められるのであり⁴、行政庁が裁量の行使を単に誤ったというだけでは（不当となるにとどまり）違法とはならない。

こうした裁量権の濫用があるか否かを裁判所が審査する際に最も基本的な考え方となるのは、裁量行使に当たって行政庁が行った実質的な判断を裁判所自身の判断によって置き換えること（判断代置）をしないという点であろう⁵。判断代置が行われれば、立法府が行政庁

³ 行政庁に裁量を付与する旨は、通常、法令の文言上で直接的に述べられているわけでは必ずしもなく、解釈によって裁量の有無や広狭を読み取ることになる。それゆえ司法機関としては、争われる行政庁の行為をそもそも裁量事項とみなすべきか否かに関してまず判断を迫られるのであり、法令の文言や被侵害法益の性格などに照らして検討がなされる。

⁴ 裁量権の濫用とは、法律が裁量を与えている事項に関して、法律の趣旨に背く形で裁量を行行使することであり、裁量権の踰越とは、そもそも法律が裁量を与えていない部分（一連の判断過程のなかで、例えば事実認定や手続規範の部分など）について裁量的に決定してしまうことであるが、必ずしも図式的には区別できない面もある。

⁵ 例えば神戸税関事件最高裁判決は次のように述べる。「懲戒権者が右の裁量権の行使としてした懲戒処分は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合でない限り、その裁量権の範囲内にあるものとして、違法とならないものというべきである。したがって、裁判所が右の処分の適否を審査するにあたっては、懲戒権者と同一の立場に立つて懲戒処分をすべきであったかどうか又はいかなる処分を選択すべきであったかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではなく、懲戒権者の裁量権の行使に基づく

の専門性に期待して裁量を与えた趣旨を損なうことになるため、裁判所はそうした実体的判断の内実に立ち入らずにいわば外形的審査を行うことになる。

かかる審査手法をより具体化した指導的先例として、マクリーン事件がある。本判決において裁判所は、行政裁量に関する司法審査の対象は、(i)その判断の基礎とされた重要な事実が誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は、(ii)事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうか、に限定されるとした⁶。これは社会観念審査と呼ばれ、その後の行政裁量事案における裁判所の標準的な審査手法を構成することとなった。

もともと、こうした社会観念審査と並んで、後に裁判所は判断過程審査と呼ばれる手法をも用いるようになった。これは、「判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないか」という観点から、行政庁による判断過程の追試的な検証を行い、そこに過誤や欠落がなかったかを審査するものである。この判断過程審査には、大別して、考慮事項論と裁量基準論という二つの柱があると考えられるため、以下それぞれについて概観する。

1. 考慮事項論

考慮事項論は、考慮遺脱・他事考慮の有無、及び過剰考慮・過小考慮の有無を審査する。考慮遺脱とは、考慮すべき事項を考慮していないこと、他事考慮とは、考慮すべきでない事項を考慮していることを指す。これは形式的考慮事項審査とも呼ばれる。それに対し、過剰考慮・過小考慮とは、それぞれの考慮事項について重み付けを適切に行い、本来よりも過大な（あるいは過小な）評価をしていなかったかを検証するものである（実質的考慮事項審査）⁷。これらの審査手法では、事案の内容・実質に裁判所がかなり踏み込んで審査する形とな

処分が社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法であると判断すべきものである」（最判昭 52・12・20 民集 31 卷 7 号 1101 頁<1118 頁>）。

⁶ 最大判昭 53・10・4 民集 32 卷 7 号 1223 頁<1232 頁>。また、これに加えて本判決は、「法が処分を行政庁の裁量に任せる趣旨、目的、範囲は各種の処分によって一様ではなく、これに応じて裁量権の範囲をこえ又はその濫用があったものとして違法とされる場合もそれぞれ異なる」と述べる（同上）。これは、行政裁量それ自体にも幅があり、広範な裁量が付与されている場合と狭い裁量が付与されている場合とで司法審査の基準や密度は異なりうることを示唆している。

⁷ 考慮事項論に依拠した初期の例として、国道拡幅のための収用事業が土地収用法上の適正・合理性の要件を満たすかが争われた日光太郎杉事件（東京高判昭 48・7・13 判時 710 号 23 頁）がある。判決は、失われる杉並木が「かけがいのない」ものであるとしたが、そこから直ちに不適正・不合理という実体的価値判断を下すのではなく、「本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し」、逆に「本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し」として、違法との結論に達した。また、広島県教組教研集会公立学校施設利用拒否事件（最判平 18・2・7 民集 60 卷 2 号 401 頁）では、学校施設管理者側が主張した不許可理由（周辺地域の混乱、生徒への悪影響のおそれなど）が抽象的一般的な危惧にとどまること（＝考慮すべきでない要素の過剰考慮）や、教研集会と学校施設利用との間には親和性があること（＝考慮すべき要素の考慮不尽）が、違法性の認定根拠となった。これらの点につき、参照、亘理格『行政行為と司法的統制―日仏比較法の視点から―』（有斐閣、2018 年）336 頁以下。

るが、他方で、裁判所は独自の判断を導出して行政庁の判断と比較検討するわけではなく、あくまでも行政庁が依拠した判断枠組みの合理性を外形的に評価するにとどまる。その意味で、判断過程審査もやはり判断代置型の審査手法とは一線を画しており、行政裁量に対する敬讓を反映したものであると言える。なお、判断過程審査の手法が用いられる機会が近時増加したとはいえ、社会観念審査が放棄されたわけではなく、適用される法令の内容や事案の性質に応じて、両者を使い分けることで審査密度の調整が図られている⁸。

2. 裁量基準論

判断過程審査の対象となる判断過程には、行政立法（すなわち法規命令と裁量基準）が含まれる。法規命令は、私人の権利義務に関して拘束力を有するものを指す。これに対して裁量基準とは、行政機関が裁量の行使に当たり予め何らかの内部基準を定めるものであり、典型的には通達や指針などの形で発出される⁹。日本では、行政手続法において、申請に対する処分についての裁量基準である審査基準を作成し、公にすることを行政庁に義務付ける（5条）とともに、不利益処分についての裁量基準である処分基準を作成し公にする努力義務を行政庁に課す（12条）。しかし、この裁量基準は、あくまでも行政機関の内部規則という扱いであるため、それ自体としては私人に対して直接の法的効果を持たないとされる。ただ、例えば行政機関が裁量基準から逸脱して不利益な処分を行った場合に、私人として、それを裁量権の濫用だと主張することができるかという点が問題になりうる。

この点について近時の最高裁判決は、判断過程審査のなかで、裁量基準に対し、より強い意義を認めつつある。ある判決では、「行政庁が…処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、この意味において、当該行政庁の…裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されて」いるとされた¹⁰。これは、平等原則や信頼保護原則を通じて間接的にはあるが、裁量基準に一定の法的意義を認めようとするものであり、裁量基準

⁸ 原田大樹「行政裁量」法学教室 443 号（2017 年）80 頁参照（例えば公務員懲戒処分については社会観念審査の手法が近時でも用いられている）。また、社会通念の概念に拠りつつ判断過程に関する審査を精緻化したものとして、小田急線高架化訴訟判決（最判平 18・11・2 民集 60 卷 9 号 3249 頁）があり、ここで裁判所は、事実誤認や事実に対する評価が明らかに合理性を欠くという基準に付加する形で、「判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合」にも違法性が認められうるとしている（同上 3259 頁）。

⁹ なお、裁量基準と異なるものとして解釈基準があり、これはそもそも行政庁に法令上の裁量が与えられていない事項において行政庁が作成する基準を指す。両者を合わせて行政基準と呼ばれる。行政庁の行為と行政基準との適合性は、信頼保護法理に基づき、いずれの場合にも裁判所の審査対象になりうる。

¹⁰ 最判平 27・3・3 民集 69 卷 2 号 143 頁<146 頁>。

から離れる場合は合理的理由を必要とすることが示唆されている。

しかし、裁量基準に関しては、単に裁量基準を作成・遵守して裁量の幅を限定することが望ましいとされているわけではないという点に留意する必要がある。なぜなら、裁量基準はあくまでも処分行為が裁量事項であることが前提であるため、行政庁は裁量基準を全ての場合において画一的に適用する必要はなく、むしろ、個別事案ごとに裁量基準から逸脱することを根拠付ける特殊事情がないかを検討しなければならないからである（個別事情考慮義務）¹¹。これは、特に英国などでは「裁量の個別化原理」として知られており、裁量の柔軟性を尊重する趣旨から、行政機関が裁量基準を一律・機械的に適用して決定を行うことはむしろ違法性を帯びる可能性がある。したがって、裁量基準論においては、裁量基準が存在する場合に、合理的な理由がないのに当該基準から逸脱して決定をした場合に裁量の濫用が問われることに加え、基準から逸脱する合理的な理由があるのに基準を硬直的に適用した場合にも裁量の濫用が問われることになる。

これは、投資協定との関係で言えば、例えば日本のように、裁量基準を扱う法律が存在し、それに従って行政庁が裁量基準を実際に設定している国では、そこに投資家の「正当な期待」が生じ、裁量基準からの合理的理由のない逸脱は公正衡平待遇条項の違反になりうる。ただし、上記の裁量の個別化原理に照らせば、たとえ裁量基準に反した処分がなされたとしても、そのことのみで直ちに公正衡平待遇違反とすべきではなく、事案に即してその逸脱に合理性があったか否かを検討する必要があるということになる。

以上の記述では、専ら日本の法令や裁判例に基づき、そこで発達した行政裁量の審査手法を説明したが、他の諸国においても一般に、行政裁量に対しては同様の外形的・敬讓的な審査手法が国内裁判所により用いられていると考えられる¹²。そうであるとすれば、もし投資仲裁において行政裁量に基づく行為が争われた際に、仲裁廷がこうした審査手法を用いずに、行政の決定の実体面に踏み込むような判断代替型の審査をした場合は、外国投資家が「正当

¹¹ 裁量基準による「き束」を説く前述の判決も、「当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り」と留保している。こうした点につき、参照、山本隆司「行政裁量の判断過程審査：その意義、可能性と課題」行政法研究 14 号（2016 年）1-24 頁。

¹² 例えば、米国の 1946 年連邦行政手続法 (APA) は、連邦裁判所に対し、「恣意的、専断的 (capricious)、裁量濫用、又はその他の面で法に適合しない」行政処分につき、違法性を認定して取り消す権限を与えている。1983 年の判決で連邦最高裁は、「行政府が考慮することを議会が意図していなかった要素に依拠したり、事案の重要な側面を全く考慮していなかったり、行政府が持つ証拠にそぐわないような説明を決定に関して行ったり、見解の相違に帰責できない又は行政府の専門性の成果とは言えないような極めて説得力の乏しい」決定を行っていないかを審査すると述べた (*Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Ins. Co.*, 463 U.S. 29, June 24, 1983)。これは米国での考慮事項審査の例であると言える。また英国では、著名な *Wednesbury* 事件判決が、議会は合理性を欠く行為を行政府に授權する意図はなかったはずであるから合理性審査が可能であると述べ、不合理性を認定しうる事由の一つとして、全ての関連事情を考慮に入れず、あるいは関連性のない事情を考慮から排除しないことを挙げた (*Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223)。

に期待」しうる範囲を超える（国内投資家に比べても相当有利な）待遇を受けることになり、投資受入国における統治権能の配分の趣旨を大きく損なうおそれがある。もしそうした事態が頻発すれば、それは前述のように、諸国が投資協定及び投資仲裁という仕組みに対する信頼を失う結果にもなりかねない。

そこで次節では、実際にこれまでの投資仲裁の事例において、行政裁量に基づく投資受入国の行為につき仲裁廷がどのような審査手法を採用してきたのかを検討することとしたい。

Ⅲ 投資仲裁における行政裁量の扱い

1. 概観

全体的に見て、投資仲裁において行政裁量の問題を意識的に論じている仲裁判断はほとんどなく、大多数の仲裁判断は行政裁量に関わる事案においても介入的な審査基準を用いている。例えば、間接収用に関する判断基準を提示した先例として著名なTecmed対メキシコ事件では、廃棄物処理事業に関する事業許可の更新拒否が収用に該当するかが争われており、許可に関する行政庁の判断は裁量行為であると考えられるところ、仲裁廷は比例性審査の枠組みを用いて収用該当性を検討している¹³。また、Parkerings対リトアニア事件では、リトアニアのヴィリニウス市における立体駐車場の建設計画を市当局が許可しなかったことにつき、他の事業者の計画は許可されていることから、投資協定上の最恵国待遇条項に違反するとして仲裁が提起された。これに関して仲裁廷は、最恵国待遇の下で比較される投資家は「同様の状況(in like circumstances)」に置かれていなければならないところ、国の正当な規制目的が存在する場合には、かかる目的を達成する上で合理性及び比例性を欠いた(unreasonable or lacking proportionality)差別を行った場合にのみ違反が成立すると述べ、本件では旧市街の歴史的・考古学的な遺産の保存という観点が申立人の開発計画を拒否する正当な根拠になるとした¹⁴。このように、結果的に行政裁量行為が投資協定違反ではないとされる場合であっても、審査手法としては比例性に基づく介入的・実質的な検討が行われており、外形的な裁量濫用審査にとどまっただけではないことが大半である。

他方で、少数ながら、いくつかの仲裁判断では、判断代置をしないことや、裁量統制型の審査基準を用いることが述べられている。例えば、Crystallex対ベネズエラ事件において仲

¹³ 仲裁廷は、本件処分が収用を構成するか否かは、「当該措置が保護しようとする公共的利益、及び投資財産に法的に付与された保護に照らして、均衡的(proportional)かどうかによる」と述べ、追求される公益と用いられる手段（投資家の権利の侵害）との間に、合理的な比例性の関係(reasonable relationship of proportionality)があれば、間接収用を構成しないという考え方を示した。その上で、本件では、地元住民の反対運動は社会的危機のレベルに達しておらず、投資家に与えた甚大な損害とは釣り合わないと述べ、施設を他の場所に移転するなど別の緩やかな方法を取り得たことなどから、間接収用の成立が認められるとした。Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, paras.122, 144-151.

¹⁴ Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September, 2007, paras.368-371, 392-396.

裁廷は、金採掘事業の許可を付与しないことに関して投資受入国が提示した理由が「実質的に妥当(substantively valid)」かどうかは検討しないと述べ、許可が恣意的に拒否されたり、投資家がプロセス全体を通じて透明性・一貫性のない方法で扱われることにつながるような重大な手続的欠陥があるかどうかを審査するとした¹⁵。また、Glamis Gold対米国事件は、先住民族の文化の保護を理由に行政庁が採掘事業者に対して採掘後の埋め戻し等を求めたことが争われた事案であるが、仲裁において投資受入国は、国内裁判所では行政決定に対して敬讓的な審査基準が適用されているため、仲裁廷もそれを踏襲して、行政庁の第一次的な判断を置き換えないようにすべきだと主張した。これに関して仲裁廷は、国内裁判所における敬讓は必ずしも国際法廷に適用できるわけではないとしつつ、敬讓的基準は既に現在の公正衡平待遇で適用されている審査基準のなかに含まれており、それに付け加えるべきものではないと述べる¹⁶。すなわち、公正衡平待遇の違反が成立するためには単なる恣意性の存在を示すだけでは足りず、「驚くほどの、衝撃的な、又は明白に理由付けを欠く(surprising, shocking, or exhibits a manifest lack of reasoning)」という高い基準を満たすことが求められる¹⁷。仲裁廷によれば、仲裁廷の役割は、国内当局の判断を置き換えることではなく、国内当局の決定が「明白な恣意性、露骨な不公正さ、適正手続の完全な欠如、明らかな差別、決定理由の明白な欠如(manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons)」を含むかどうかを検討することなのである¹⁸。これと同様の趣旨を述べるものとして、Glencore対コロンビア事件の仲裁判断は、ある行為が不合理だと認定するための敷居は高いものであるべきだと指摘し、予断や偏見を含んでいたり、全く道理に適わないような行為がそれに当てはまるとした¹⁹。特に、監督官庁は様々に対立する利害に関する複雑な評価を短期間で下さなければならぬことが多いため、そうした規制行為に対して仲裁廷は事後的な知見を適用して審査するのではなく、一定の敬讓を示さなければならないと言う²⁰。

こうした審査基準の考え方をさらに明確に定式化するものとして、行政庁による課税見直しプロセスにおける権限濫用の有無が争われたTECO対グアテマラ事件の仲裁判断がある。ここで仲裁廷は、国際法廷が主権国家の規制権限に対して示すべき敬讓に留意するとしつつ、

¹⁵ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016, para.585.

¹⁶ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, 8 June 2009, para.617.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, para.779. 本件では結論として投資協定の違反はないとされた。

¹⁹ *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/6, Award, 27 August 2019, para.1457.

²⁰ *Ibid.*, para.1458. 同様に、Teinver 対アルゼンチン事件では、アルゼンチン当局が航空運賃の値上げを認めなかったことなどが争われたが、仲裁廷は、政府当局が国内各地への便の確保や消費者にとっての適切な運賃など多様な要因を考慮する必要に迫られており、そうした状況では利害調整に関する一定の敬讓が与えられると述べた。*Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Award of the Tribunal, 21 July 2017, para.688.

かかる敬讓は、規制プロセスにおける明白に恣意的な、又は奇異な、あるいは完全に誠実性を欠く(manifestly arbitrary, idiosyncratic, or that show a complete lack of candor)行動を許容することは意味しないと述べる²¹。そして、主権国家による通常の権限行使が誠実になされた場合にその決定を置き換えたり再審査したりすることは国際法廷の役割ではないが、権限の濫用に相当したり、恣意的であったり、規制における適正手続を欠いていたり、決定が明らかに法令に背いてなされたりした場合について制裁を与えるのは国際法廷の役割であると言う²²。

これらの仲裁判断は、国内裁判所が行政裁量に関して発達させた審査手法に近い立場を示しているように思われるが、こうしたアプローチをとる例は全体としては多くなく、審査基準に関する意識は必ずしも高いとは言えない。また、上記のような敬讓的な審査手法をとる仲裁判断も、それが行政裁量の事案に固有の審査基準であると明確に述べているわけではなく、むしろ立法・行政双方を含む国家の規制行為全般について適用される基準として提示されているようにも見受けられる。仲裁判断のなかには、行政庁の判断が専門的・技術的な知見に基づくなどの点で固有の特質を有していることに言及するものもあるが²³、かかる視点が投資仲裁において全体として共有されているわけではなく、また行政裁量との関係についても十分に論じられていない。したがって、投資仲裁において行政裁量に基づく投資受入国の行為が争われた際に、国内裁判所の場合と同等の敬讓的な審査手法が体系的な形で用いられる見込みは、現状では薄いと言わざるを得ないであろう²⁴。

2. 判断過程審査

前述のように、国内裁判所における行政裁量の審査手法については、敬讓的・外形的な審査という大枠を維持しつつも、判断過程審査という形で審査密度を高める方向での発展も見られた。投資仲裁では、そもそも行政裁量に固有の敬讓的な審査手法に対する意識も高いとは言えないところ、こうした判断過程審査に相当するアプローチを用いている例は一層少ない。ただ、Yukos対ロシア事件の仲裁判断において、判断過程審査の手法を実践しているよ

²¹ *TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/10/23, Award, 19 December 2013, paras.490, 492.

²² *Ibid.*, para.493.

²³ 例えば、*Marfin* 対キプロス事件では中央銀行の決定が問題とされ、仲裁廷は、かかる専門機関はデータに基づきいかなる決定が望ましいかをよりよく判断できると述べて敬讓を示した。*Marfin Investment Group v. The Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/13/27, Award, 26 July 2018, para.899. また、ある化学物質を含む殺虫剤の使用禁止措置が争われた *Chemtura* 対カナダ事件において、仲裁廷は、科学的・公共的な政策決定を行う高度に専門化された分野が問題になっているかどうかを考慮すると述べた。*Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, 2 August 2010, para.123.

²⁴ もちろんこうした状況の背景には、これまで投資受入国側が、行政裁量に固有の審査手法を用いるべきことを強く主張してこなかったという事情もあると考えられるが、審査基準の選択自体は仲裁廷がみずからの判断により行うべきものであり、行政裁量の審査手法に関してより明確に意識を向けてもよいように思われる。

うに解される部分があるため、以下にその要点を述べておきたい。

本件の背景として、ロシアの石油会社Yukosは、ロシアの一部地域における課税減免制度や、子会社との取引における移転価格を利用して節税を試みていたが、ロシア当局がこれらの行為を脱税と判断して巨額の追徴課税を行った。ロシアは、追徴課税額の納付期間を2日しか与えず直ちに資産差し押えに入り、Yukosの中核的な事業会社であるYNGの株式を競売に付した。競売は告知から1か月で直ちに実施され、入札したのは非常に低い価格を提示した無名の企業1社だけであった。競売の3日後、当該落札企業はロシア国営企業ロスネフチ（一部はガスプロム）に買収された。その結果、Yukos本体も事業継続が困難となり破産解体するに至った。こうした事態に対し、Yukosのオフショア株主らは、ロシアの行為がエネルギー憲章条約の投資保護ルールに違反するとして、損害賠償を求めて投資仲裁を提起した。仲裁廷は、結論として申立人の主張を認め、約500億ドルの損害賠償をロシアに対して命じた。

具体的な争点に目を向ければ、まずロシア側は、従来ロシアの裁判所において課税減免制度の「濫用防止」の法理、及び「不誠実納税者」(bad-faith taxpayer)の法理が形成されてきたと述べ、本件のYukosにもこれが適用されると主張する。この点につき仲裁廷は、確かにYukosには、実質のない子会社も2社あったが、そこを通じて処理されたのはYukosの収益の3%以下であり、残りの収益は経済活動の実質のある子会社を通じて租税最適化がなされていたと指摘する²⁵。したがって、ロシア行政庁による権利濫用法理の適用に対し、事実の評価が著しく恣意的であるとの認定がなされたと言える。

また仲裁廷は、本件でロシア税務当局が、それまでに適用した例のない「実際の所有者(actual owner)」理論に基づき、Yukos子会社の収益をYukos本体に帰属させたことを問題視しており²⁶、これは、先例のない解釈基準による恣意的な不利益処分を不当と認定したものと考えられる。さらに、ロシア租税法112条は「反復違反者」への罰金の増額を規定しており、これは従来、既に違反が確定した者が再び違反を犯した場合に限り適用されてきたが、本件では、2001～2004年の違反が一举に確定され、それに基づき直ちに反復違反者として罰金が増加されたことを仲裁廷は指摘する²⁷。これは、制裁要件の解釈基準の恣意的な変更を不当と認定したものと解される。

また、本件でロシア税務当局は、租税法令上の要件に関する裁量のみならず、効果に関する裁量も濫用したと考えられる。本件の課税評価・罰金の巨額さと過酷さは、通常想定される水準をはるかに超えており、また、こうした状況で子会社を極めて低い価格で競売にかけ

²⁵ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, Final Award, 18 July 2014, para.500.

²⁶ *Ibid.*, paras.625-627. また仲裁廷は、ロシア税務当局が、このように親会社に収益を帰属させる一方で、子会社によってなされていた付加価値税の払戻し申請の援用を親会社に認めなかったことも一貫性を欠くと指摘している。

²⁷ *Ibid.*, paras.734-744.

ねばならないと想定することも通常は困難である。仲裁廷は、当局がこのように投資家の「正当な期待」を著しく損なうような法律効果の評価を行ったことについても不当と認定している²⁸。

IV 投資仲裁以外の国際法廷における裁量審査基準（補論）

司法上の裁量審査に関する前節までの議論は、投資仲裁以外の国際法廷においても一定の意義を有するようと思われる。こうした他の国際法廷における審査のあり方も、様々な形で資源・エネルギー分野に関係することがあるため、ここで補論として簡潔に取り上げておきたい。

まず基本的な前提として、伝統的な国家間の水平的紛争解決の場合、国内裁判所が公法訴訟で用いるような敬讓的な審査基準を適用すると、被告国を原告国に対して有利にしてしまい、対等性を損なうおそれがある。したがって、こうした場合には審査基準論は問題にならず、むしろ国際法廷は、国内裁判所が私人間の紛争を扱う場合のような姿勢で審査を行うべきことになる。

それに対して、形式は国家間紛争の構図をとりつつも、その内容が、多数国間条約等で設定された国際公益に関するルールとの適合性を問題にしている場合（特に主観的な被害の有無を問わない客観訴訟の場合）は、紛争当事国間の対等性に関する考慮は背景に退き、むしろ裁判は国際的なガバナンスの作用を果たす場としての性格を帯びてくる。つまり、国際法廷は国家の公権力（立法・行政・司法）が国際公益実現のために合理的に行使されているかをチェックする場となるのであり、ここにおいて原告と被告の関係は、国内における公法訴訟の「垂直的」構造に近づく（もっとも、完全に主観的紛争と区別できるわけではなく、あくまでも「近づく」ととどまる）。そうした場合には、被告国の行為の適法性を検討する上で、審査基準論を参照する余地も生まれてくる。そして特に、関連する条約等が、国際公益に関わる規範の実施・執行を国家に求めており、かつ、その執行の仕方について各国に柔軟性や個別的对処の余地を認めるような文言を用いている場合は、行政裁量と類比的に捉えることが可能になる。

より正確に言えば、こうした公法訴訟的な性格を持つ国際司法手続には憲法訴訟型と行政訴訟型の二つがあると考えられる。憲法訴訟型は、公益のために基本権を制約することをめぐって争われる構図の訴訟であり、国際法廷では国際人権訴訟や投資仲裁などの国家対私人の紛争として専ら現れる。投資仲裁については前節で述べたとおりであるが、人権法分野では、特に欧州人権裁判所が発達させた「評価の余地」理論が審査基準として普及している。つまり、人権諸条約の当事国には、条約上の義務を実現し、目的を達成するのに適当な手段

²⁸ *Ibid.*, paras.811, 1178-1183.

を選ぶことについて評価の余地があるとして、国際法廷の審査は補完的なものととめるという態度である²⁹。もっとも、この評価の余地の「幅」は様々な要因により変動するとされ、そこには、条約上の権利の性質、個人にとっての当該権利の重要性、国家による介入の性質とそこで追求される目的、などが含まれる³⁰。したがって、例えば侵害される権利が極めて重大なものであれば、厳格審査の基準が適用されうる。

こうした私人対国家の憲法訴訟型の手続が存在する一方、国家間の紛争で公法訴訟的な性格を持つものは行政訴訟型に該当し、国際公益のために作成された法規に則して執行機関たる国家が行動しているかどうか問われる。行政訴訟では、通常は適法性の完全な審査(full review)を行うが、法規が行政に対して裁量を与えている場合には、審査基準の緩和が問題となる。

もちろん、国内裁判所と国際法廷とでは、行政訴訟の状況を完全に同列に捉えることはできない。特に、国際レベルでは、国内と異なり、立法部門や行政部門が一元化されているわけではないため、国際法規が裁量の余地を含んでいるように見える場合であっても、それが国内法で行政に与えられた裁量と同じ性質のものか、慎重に考える必要がある。したがって、国際法廷としては、そもそも法規が裁量性を含むか、含むとしてどの程度の裁量か、といったメタレベルの検討を、条約の趣旨目的に照らして入念に行わなければならない。その上で、仮に国際法規が個別国家に裁量の余地を与えていると解されるならば、それは条約目的の実現について各国の多様な事情を考慮できるようにする趣旨であるため、合法性の審査においては、敬讓的な審査基準を用いるようにしなければ、裁量の趣旨に反し、正統性の低い裁定となってしまうであろう。

なお、このように国家間紛争において行政訴訟的な構造が見られた事例としては、国際司法裁判所(ICJ)の南極海捕鯨事件が挙げられる。同事件で被告となった日本は、科学政策は裁判所により適切に評価され得ないと主張し、日本の措置が「恣意的、場当たりの、明白に

²⁹ 例えば *Handyside* 事件では、公徳保護のための書籍検閲に関し、欧州人権条約 10 条 2 項の「民主的社會において必要な」の解釈が問題となったが、欧州人権裁判所は、国内当局は国際法廷よりも自國社會の事情に関する直接の知識を持つため、権利制限を行う社会的な必要性やそこで用いる手段についても第一次的な評価を行うべき立場にあると述べる一方で、それは締約国に無制約の判断権を与えることを意味せず、裁判所は基本権保障の趣旨と権利制限とが齟齬をきたしていない(reconcilable)かをチェックする最終的な判断権を持つと言う。*Handyside v. the United Kingdom*, app. No. 5493/72, A24 (1976), paras.48-49.

³⁰ *S. and Marper* 事件で欧州人権裁判所は次のように述べる。「評価の余地の幅は様々な要因により変動するのであり、そこには、条約上の権利の性質、個人にとっての当該権利の重要性、国家による介入の性質とそこで追求される目的、などが含まれる。問題となっている権利が、個人の親密ないし主要な諸権利の実効的な享受にとって重要である場合は、評価の余地の幅は狭められよう。また、個人の存在やアイデンティティの特に重要な特徴が問題となっているときは、国家に許される評価の余地は制限されるであろう。他方、欧州評議会の構成国の間で、争われている利益の相対的な重要性やそれを保護するための最善の方法についてコンセンサスがないような場合は、評価の余地は広くなるであろう」。 *S. and Marper v. the United Kingdom*, app. Nos. 30562/04 and 30566/04 (2008), para.102.

不合理、誠実性に欠ける (arbitrary, capricious, manifestly unreasonable, in bad faith)」ものでなかったかどうかという敬讓的な審査基準を適用すべきだと述べた³¹。これは行政裁量に関する司法審査の手法を意識した主張であったように思われる。

これに対しICJは、確かに日本は国際捕鯨取締条約の下で一定の裁量を有するが、捕鯨活動が同条約8条1項に言う「科学的研究のために (for purposes of scientific research)」行われたかどうかは、当該国の認識のみに依存するわけではないと述べる³²。その上で、日本の調査捕鯨プログラムの設計と実施態様が、同プログラムにおいて示された目的の実現との関係で合理的か否かを検討するとした³³。通常、国内裁判では、合理性の基準 (= 合理的関連性の基準) は敬讓的・緩やかなものであり、ICJも、日本の計画が目的達成にとって「最善」のものかどうかを審査するわけではないと述べる³⁴。しかし、合理性の基準は、少なくとも実体面に踏み込んだ審査を行っていることは確かであり、その点で裁量統制型の審査基準とは質的に異なるものであったと言える。

もちろんこれは、国際捕鯨取締条約の文言が、そもそも裁量を与えるものであったかどうかにも依存する問題であり、「科学的研究のために」という文言は比較的緩やかな要件ではあるが、ICJはここで裁量は与えられていないと解釈し、結果として合理性の基準を適用したと考えられる。一般的には、追求される目的・価値とその実現のためにとられる措置との関係を示す条約上の文言 (例えば「必要な」「適当な」「関連する」「合理的な」) に応じて、厳格度の異なる様々な審査基準 (必要性審査・比例性審査・関連性審査・誠実性審査など) が用いられることになろうが、もし条約規定に裁量の要素を読み取りうる場合には、それらのいずれとも異なる外形的・非判断代替的な審査手法を採用する可能性につき、各種の国際法廷において真剣な検討がなされるべきであろう。

V おわりに

投資仲裁を含む国際法廷は、審査基準を強化すればするほど望ましいわけではなく、他方で、国家の判断を無批判で受け入れることが良いわけでもない。その中間において、国際法廷と国家の間の機関適性 (専門性・補完性) を考慮しつつ、相互に判断の恣意性をチェックし、抑制均衡を働かせられるような関係にするための審査基準を追求しなければならない。もちろん、司法機関による法適用は、そうした政治的な考慮に直接依拠してなされるべきではないが、国内裁判所にせよ国際法廷にせよ、事案に適用する審査基準を選択する段階で、司法部門と政治部門との権限配分のあり方に関する何らかの立場を統治構造の観点から選び

³¹ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment of 31 March 2014, para.65.

³² *Ibid.*, para.61.

³³ *Ibid.*, paras.67-69.

³⁴ *Ibid.*, para.88.

取らざるを得ない。その点に注意を払わず、むやみに厳格な審査基準を採用するようなことがあれば、それは一見法の支配を強化するようであっても、実のところ、権力の相互抑制と機関適性に基づく権限配分を通じて人々の自由を擁護するという立憲主義の基本精神に反する結果になる。こうした考え方に立てば、特に裁量事項が問題となるような紛争では、国内法で発達した裁量統制型の審査手法を国際法廷が参照することにも積極的な意義があり、それは国際法の力を弱めるのではなく、むしろその社会的信認と実効性を高めることにつながると考えられる。

本稿で述べたように、多くの場合、投資仲裁を含む様々な国際法廷は比例性審査や必要性審査といった審査基準を用いているが、そうした実体審査ではなく裁量統制型の審査にとどめることが国際規律と国家権能のバランスとして適切である場合も少なくないと思われ、国際法廷はその点に一層慎重な考慮を払う必要があるだろう。

なお、昨今の投資仲裁改革をめぐる論議³⁵は、必ずしも審査基準のあり方を問題にしているわけではなく、特に投資裁判所構想を打ち出すEUの立場からは、審査基準がどのようなものであろうと、仲裁という形式をとっている限り不適切であるということになる。しかし、そうしたEUの立場が国際的に広く支持を得ているわけではなく、当面は仲裁という形式が存続する見込みが高いことを考えれば、そうした仲裁手続が（投資裁判所に劣らぬ）正統性や社会的信認を獲得していく上で、仲裁廷が審査基準の問題に敏感になり、それを対外的に明確に表現していくことは重要であろう。また、仮にEUの主張を受け入れて投資仲裁から投資裁判所へと移行する場合であっても、やはり審査基準の問題は依然として残る。国際投資紛争の解決を投資家対国家という公法訴訟型の枠組みで行う以上、いかなる審査基準が適切かという議論は避けて通ることができないであろう。

³⁵ さしあたり、拙稿「国際投資保護メカニズムの改革をめぐる課題と展望—ポスト・コロナ時代の社会変容を見据えて—」国際法研究 10 号（2022 年）115-135 頁参照。

第 9 章

外為法と電気業

日本エネルギー法研究所研究員

村 上 恵 也

I はじめに

2014年4月に公表された「エネルギー基本計画」において、「市場の統合を通じた総合エネルギー企業等の創出と、エネルギーを軸とした成長戦略の実現」という節が設けられた。当該節では、電力システム改革等を進めた結果として、既存のエネルギー企業が様々なエネルギー供給サービスを行う総合エネルギー企業へと発展していくことを期待するとともに、総合エネルギー企業は、エネルギー需要が拡大する国際市場を開拓していく役割を担うことも求められるとしている。裏を返せば、日本のエネルギー市場についても国際的に開放され、海外企業が日本の市場に参入する可能性を示唆しており、事実、発電市場や小売電気市場において、海外企業の参入がすでに始まっている。

このようにエネルギー市場のグローバル化が進むなか、一方で規範意識の多様化や電気業が国益・公益に与える影響の大きさ等に鑑み、外国資本に対し一定の参入規制を設けることが必要であるとされ、他方で投資を過度に萎縮させない手段を講ずることが求められている。

こうした点は以前から指摘されるところであり、例えば2008年に、ザ・チルドレンズ・インベストメント・マスターファンド（通称「TCI」）が電源開発株式会社（通称「Jパワー」）の株式を買い増すため政府に対し事前届出を行ったところ、政府はTCIの投資が外国為替及び外国貿易法（通称「外為法」）27条¹に規定する「公の秩序の維持を妨げるおそれ」があるとして中止命令を出した事件がある。この事件については、様々なメディアで取り上げられ、一方では政府の判断が「妥当」であるとし、他方で、外資に対して「閉鎖的」な印象を与えかねないとの懸念が示された。

こうした指摘は「公の秩序の維持を妨げるおそれ」について明確な基準がなく、認定にあたって行政庁に広範な裁量が認められていることに起因すると考えられることから、本稿では、外資規制のうち特に外為法に着目して、「公の秩序の維持を妨げるおそれ」が規定された経緯等を概観するとともに、TCIによるJパワー株式買い増し事件（以下「TCI事件」という。）における議論を考察することで、ライセンス制導入後の電気業への示唆を得たいと思う。

II 外為法の変遷

外為法の基本的な構成は、1949年12月1日に制定された「外国為替及び外国貿易管理法」に、同法の特別法として1950年5月10日に制定された「外資に関する法律（通称「外資法」）」が吸収されることで形成されている。制定当初の「外国為替及び外国貿易管理法」は、主に

¹ 外為法27条では、「国の安全を損ない、公の秩序の維持を妨げ、又は公衆の安全の保護に支障を来すことになる」または「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」おそれがある対内直接投資については事前届出制とし、審査を行うこととしている。この内、「公の秩序」に係る業種としては、電気業、ガス業、熱供給業、通信事業、放送事業、水道業、鉄道業、旅客運送業が挙げられる。

為替や貿易、その他の対外取引の管理を行うものであり、対内直接投資等に関しては外資法によって規制されていた。

ここでは、外資法（および外資法吸収後の外為法）の変遷を概観し、制定・改廃の経緯や背景、当時の対内直接投資等に対する規制の考え方等について整理したい。

1. 外資法の制定

外資法の制定以前は、GHQ監督のもと、「外国人の財産取得に関する政令」や「外国人の事業活動に関する政令」等に基づき、外資委員会が処理を行っていた。しかし、アメリカの対日政策が日本の経済的自立へと転換したことにより、こうした個別の政令等に基づく対応では十分な処理ができなくなったことから、「外国人の財産取得に関する政令」を母体として外資法が制定された。そして、外資法の制定に伴い、外資に関する許認可権はGHQから日本政府に移譲されることとなった。

外資法の目的は、第1章1条において「この法律は、日本経済の自立とその健全な発展及び国際収支の改善に寄与する外国資本に限りその投下を認め、外国資本の投下に伴つて生ずる送金を確保し、且つ、これらの外国資本を保護する適切な措置を講じ、もつてわが国に対する外国資本の投下のための健全な基礎を作ることを目的とする。」と定められていた。つまり、日本経済の自立と発展、国際収支の改善に寄与する外国資本の導入のみを認めるという制約的側面を明確にしていた。また、8条1項において、主務大臣が許可を行う際の基準として、①直接又は間接に国際収支の改善に寄与すること、②直接又は間接に重要産業又は公益事業の発展に寄与すること、③重要産業又は公益事業に関する従来 of 技術援助契約の更新又は継続に必要であること、を挙げていた。

このように、制定当初の外資法は、外資に対する制約的な側面が際立ち、主務大臣の許可権による厳重な選別を可能にする規定があったことから、運用のされ方次第では、対内投資に対する障壁となる性格をもっていたことは明らかであった²。

また、外資法は委任立法形式をとっており、運用の細則は政省令に委ねられていたことから、政府が機動的に運用することが可能であった。

2. 外資法の運用

(1) 外資法制定当初

外資法の運用については、上記のとおり、制定当初は、重要産業または公益事業の発展や国際収支の改善に寄与するという積極的な要件が審査基準として重視されていたが、日本経済が成長し、諸外国から貿易の自由化や制限の撤廃を求める声が強まったことを受け、8条

² 三浦弘次「戦後日本の産業政策：「外為法」および「外資法」の運用をめぐって」一橋大学機関リポジトリ（1990年）89頁。

2 項の、①契約の条項が公正でない場合又は法令に違反する場合、②契約の締結又は更新が、詐欺、強迫又は不当な圧迫によると認められる場合、③日本経済の復興に悪影響を及ぼすものと認められる場合、に認可または許可をしてはならないという消極的な要件を審査基準として重視するようになった。しかし、実際のところは、政府が許認可権を持っており、依然として、政府が規制を行う体制は維持されていた。

その後、1964年のOECD加盟を契機として、資本自由化を本気で推し進めなければならない状況が顕在化することとなる。

(2) 資本自由化の取り組み

こうした状況を踏まえ、対内直接投資等の自由化について外資審議会への答申³を経て、1967年6月に対内直接投資等の自由化について閣議決定⁴がなされた。閣議決定では、対内直接投資等の自由化に関する基本方針や自由化を進めるにあたりとるべき対策、当面の自由化措置が示された。ただし、多くの業種において、なお内外企業の間には相当の格差が存在していたことから、外資比率100%まで自動認可できる業種の増加に努めつつ、実質的平等とそれによる共存共栄を基礎とした50対50の合弁企業を自動的に認可する業種の拡大を中心として、これ以降、5次にわたり、資本自由化に向けた措置が段階的に講じられることとなる。

自由化に向けた措置は業種別⁵に進められ、国際競争力の高い産業⁶から認可されたが、第4次自由化（1971年8月）において、第1類⁷の認可方式が、ポジティブ・リスト方式から非自由化業種を列挙するネガティブ・リスト方式へ転換された。この時、ネガティブ・リスト業種として指定されたのは、不動産、農林水産、石油精製・販売、皮革・皮革製品、電子計算機、情報処理、店舗11を超える小売、の7業種であった⁸。

そして、1972年に政府が資本の自由化を積極的に推進する方針を決定したこと等から、1973年5月の第5次自由化において、原則100%自由化とし、ネガティブ・リスト業種として残されたのは5業種（農林水産、鉱業、石油、皮革・皮革製品、小売）となった。なお、当該5業種は、農業対策、資源問題、中小企業対策等の観点から非自由化業種として残されたものとされる⁹。また、小売については1975年6月から100%自由化業種に移行し、1976年に例外4業種を除き原則100%の自動認可が完了した。

³ 答申の全文については、ジュリストNo.375（1967年）37頁を参照。

⁴ 閣議決定の内容については、前掲注(3) 48頁を参照。

⁵ 「第1類：外資比率50%までは自動認可」、「第2類：外資比率100%まで自動認可」、「その他（非自由化業種等）」

⁶ 鉄鋼業、紡績、造船等

⁷ 前掲注(5)参照。

⁸ 岡部政昭「外資企業の対日進出とその経営実態（1）」成城大学経済研究（1989年）130頁。

⁹ 大和総研金融調査部「日本の資本市場における対外開放の経験」（2015年）9頁。

3. 「外国為替及び外国貿易管理法」と「外資法」の一体化

1979年12月に外為法が全面改正され、外資法を吸収するとともに、第1章1条の目的も全面的に書き改められ、対外取引を原則自由とする建前へと変更された¹⁰。改正の背景には、前述の自由化措置により日本の自由化水準は決して主要諸国の水準に劣るものではなかったが、外為法は対外取引について全面的に禁止あるいは認可を要する建前であったことから、無用な誤解や批判をもたらす一因となっているという考えがあったとされる¹¹。

第4章の対内直接投資においては、OECDの資本移動自由化規約等¹²¹³を参照し、対内直接投資等により「国の安全を損ない、公の秩序の維持を妨げ、又は公衆の安全の保護に支障を来すことになる」（27条1項1号）事態を生じるおそれ¹⁴がある場合には、「当該対内直接投資等に係る内容の変更又は中止を勧告することができる」（27条2項）と定められた。このような観点からの規制が定められているのは、国の安全や公の秩序に悪影響を与える形での対内直接投資等が行われることは対外取引の正常な発展とは言い難く、日本経済の健全な発展に寄与することとはならないとの考え方によるものである¹⁵と解される。また、27条1項2号の「当該直接投資等に係る事業と同種の我が国における事業（関連する事業を含む。）」としては、前述の例外4業種が該当するとされる。

なお、「おそれ」については、対内直接投資等は一般に長期的な計画の下に進められるものであることを考慮し、現時点で直ちに27条1項1号または2号に該当するといえない場合であっても、将来の影響を考えながら審査が行われるべきことを明らかにしているものである¹⁶と解される。

¹⁰ 改正後の目的については、第1章1条で次のとおり規定されている。

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。

¹¹ 福井博夫『詳解 外国為替管理法』（金融財政事情研究会、1981年）18頁。

¹² OECD 資本移動自由化規約第3条では次のように規定されている。

この規約の規定は、加盟国が、次のいずれかのことのために必要と認める措置をとることを妨げるものではない。

(i) 公の秩序を維持し、又は公衆の衛生、道徳及び安全を保護すること。

(ii) 当該加盟国の安全保障のために実質的な利益を保護すること。

(iii) 国際の平和及び安全に関する当該加盟国の義務を履行すること。

¹³ ただし、OECD 資本移動自由化規約には、どのように外資規制措置を講じるかに関しては、明確かつ厳格な審査基準がある訳ではない。藤田輔「OECD 資本移動自由化規約の役割と意義」JAFTAB-Research Paper, vol.5（2016年）26頁。

¹⁴ 「国の安全」を損なうようなおそれがある対内直接投資等としては、航空機産業、武器産業、火薬製造業、原子力産業、宇宙開発産業等に対する投資が、「公の秩序」の維持を妨げるおそれのあるものとしては、麻薬製造業、警備業、生物学的製剤製造業（いわゆるワクチン製造業）等が考えられるとされる。福井・前掲注(11) 378頁。

¹⁵ 福井・前掲注(11) 378頁。

¹⁶ 福井・前掲注(11) 381頁。

改正当初は、すべての対内直接投資等について事前届出とされていたが、1991年の改正により、原則事後報告とし、一部（上記「おそれ」がある場合）事前届出制に移行した¹⁷（詳細後述）。

4. 「外国為替及び外国貿易法」の成立

1998年に抜本的な改正が行われ、法の名称から「管理」が除かれたことから分かるように、従来の「管理」中心の体系から、自由を原則とする体系へと変更された¹⁸。ただし、対内直接投資等については、1991年に、原則事前届出制から原則事後報告制に移行する等、大幅な改正がなされており、1998年の改正では技術的なものとどまっている。

1991年の改正では、前述のとおり、対内直接投資等について原則事前届出制から原則事後報告制に改められ、国の安全や公の秩序の維持に係る対内直接投資等については例外的に事前届出制に係らしめることとされた。事前届出の対象となる対内直接投資等は、①OECDの資本移動自由化規約において自由化を留保している例外4業種、②同規定において一般的に規制が認められている国の安全等に関する業種に係るもの、③相互主義の規定¹⁹に該当するおそれのある対内直接投資等とされた。なお、例外4業種のうち「鉱業」については、1998年より事後報告業種とされている²⁰。

また、事前届出の対象となる対内直接投資等について、外国人投資家が自ら判断し得るよう手当てするため、国の安全や公の秩序の維持に係る対内直接投資等に明らかに該当しない、事後報告で足りる業種が告示で列举された。つまり、原則事後報告制とされた当初は、事後報告で足りる業種が列举され、それら以外は事前届出が必要とされていた。そして、2002年に対内直接投資に関する命令が改正され、同命令3条3項の「令第3条第2項第1号に規定する主務省令で定める業種とは、財務大臣及び事業所管大臣が定める業種に該当しない業種とする。」（傍点筆者。）という規定から傍点部分が削除され、現在のような事前届出が必要な業種を列举する形となった。

5. 小括

以上のとおり、日本における対内直接投資等への対応は、日本経済の成長に寄与する投資のみを受け入れるという、制約的で規制色の強いものからはじまり、諸外国の要請やOECD加盟等を契機として、対外取引原則自由へと舵を切ることとなった。

¹⁷ 大和総研金融調査部・前掲注(9) 21 頁。

¹⁸ 外国為替貿易研究グループ編『一逐条解説一改正外為法』（通商産業調査会出版部，1998 年）40 頁。

¹⁹ 日本との間に対内直接投資に関する条約等のない国が日本からの直接投資を制限している場合に、日本も当該国からの直接投資に対して同等の取扱いをし得ることを確保するための規定。

²⁰ 外国為替貿易研究グループ・前掲注(18) 478-479 頁。

1979年の外為法改正において、OECDの資本移動自由化規約等を参照し、「公の秩序の維持を妨げるおそれ」が外為法に定められることとなったが、「公の秩序の維持を妨げるおそれ」のない業種が限定列挙されるものであり、なお制約的な側面が残っていた（少なくともそう見える状況であった）と言える。そして2002年の対内直接投資に関する命令の改正において、「公の秩序の維持を妨げるおそれ」のある業種が限定列挙されるに至ったものであり、外為法における「公の秩序の維持を妨げるおそれ」のある業種は、比較的新しい考えの下で定められたと推察される。当該命令改正時の議論を参照することにより、外為法における「公の秩序の維持を妨げるおそれ」の解釈について示唆を得ることが可能であろう。

また、「公の秩序の維持を妨げるおそれ」のある業種が定められるまでに経済的な側面や諸外国からの要請等が考慮されてきたことに鑑みると、「公の秩序の維持を妨げるおそれ」を国内における公益性の概念等で画一的に判断するのは難しく、時勢を踏まえて、個別具体的に判断せざるを得ないのではないだろうか。ただし、当該判断について行政庁の裁量を広く認めすぎると投資を過度に萎縮させるおそれがあることから、行政庁の裁量を適切に限界づける必要が指摘されるところである。

次に、こうした問題がクローズアップされた事件のうち、特に電気業への投資に対して政府の見解が示されたTCI事件について概観したい。

Ⅲ TCI事件

1. 事件の概要

2008年1月15日、TCIが、Jパワーの株式を20%まで買い増す旨の事前届出を行った。外為法では、政省令²¹で定める業種について、持株比率が10%以上となる場合には事前に届け出を求めており（外為法26条、27条）、これに基づき、政府に届け出たものである。

当該届出を受けて、財務大臣および事業所管大臣（この場合は経済産業大臣）が審査を行い、「電気の安定供給及び原子力・核燃料サイクルに関する我が国の政策に影響を与え、公の秩序の維持を妨げるおそれがある²²」として、同年4月16日に、TCIに対し当該届出に係る対内直接投資の中止を勧告した。

その後、TCIが当該勧告の応諾を拒否したことから、同年5月13日に外為法27条10項に基づき中止命令がなされた。

²¹ 「対内直接投資等に関する政令」、「対内直接投資等に関する命令」、および「対内直接投資等に関する命令第三条第三項の規定に基づき財務大臣及び事業所管大臣が定める業種」

²² 財務省ホームページ「財務大臣・経済産業大臣談話～日本政府の対日直接投資促進の姿勢は不変～」http://www.mof.go.jp/public_relations/statement/other/dan200416.htm（最終閲覧日：2017年10月20日）

2. 中止勧告の理由

上記のとおり、財務大臣および経済産業大臣は、「電気の安定供給及び原子力・核燃料サイクルに関する我が国の政策に影響を与え、公の秩序の維持を妨げるおそれがある」として、TCIに対して中止を勧告しており、具体的には、(1) Jパワーが果たす役割の重要性和(2) TCIが短期的な投資回収を重視するおそれを考慮して、「公の秩序の維持を妨げるおそれ」があることを認めている。

(1) Jパワーが果たす役割の重要性

Jパワーは、電力の安定供給を確実にするための長期的な設備投資を担うため、1952年に設立された国営企業であり、2001年12月に「特殊法人等整理合理化計画」において完全民営化が決定され、2004年10月に東証一部に上場し完全民営化を達成している。主要な役割としては、①大間原子力発電所の建設、②全国的な送電設備等の基幹設備の建設・維持、が挙げられる。特に大間原子力発電所ではプルサーマルを行うこととされており、日本の核燃料サイクル政策の中核として位置付けられている。

そのため、大間原子力発電所の建設が放棄されたり、送電設備等の基幹設備の建設・維持が不十分になる場合には、電力の安定供給は大きな打撃を被ることを理由として挙げ、このような事態は「公の秩序の維持を妨げるおそれがある」場合にあたるとしている。

(2) TCIが短期的な投資回収を重視するおそれ

TCI事件では、原子力発電所建設や送電設備等への投資は、その回収に長期間を要し、リスクが大きい投資であることが指摘され、短期的な投資回収を重視すると、これらの設備投資をやめた方が期待収益率が改善される可能性があることが指摘された。

TCIは、イギリスの投資ファンドであり、株主としての権利を活用して経営に变革を迫るアクティビスト・ファンドとして認識されていた。日本においては、Jパワーのほかに中部電力に対しても投資を行っており、2007年にはJパワーと中部電力に対して増配を求める株主提案を行い、注目を集めたこともある。また、過去において、経営効率指標の改善や、投資回収に時間がかかる事業からの撤退を要求し、他の株主の支持を集めた実績があることから、TCIがJパワーに対して、大間原子力発電所や送電設備等の基幹設備への投資を放棄するよう要求し、他の株主の賛成を獲得するおそれが存在するとされたものである。

この点に関して、TCIは、大間原子力発電所や送電設備等の基幹設備への投資を抑制することはしないと主張し、追加取得する株式分の議決権を行使しないと行った提案を行ったが、これらの説明や提案を考慮しても電力の安定供給が妨げられるおそれを払拭することができないとされた。

IV 電気業への示唆

TCI事件は、電気業に対する投資について外為法により中止命令が出された唯一の事例であり、先例として重要な意義を有するものと考えられる。

上記のとおり、TCI事件では、Jパワーが大間原子力発電所や送電設備等の基幹設備を有しており、これらへの投資が十分になされなければ電力の安定供給に支障が出ること、また、TCIのアクティビスト・ファンドとしての属性に鑑みると、当該設備への投資が滞る可能性があることを懸念し、「公の秩序の維持を妨げるおそれ」があると認めている。しかし、こうした政府の見解に対しては、政府の意思決定プロセスは透明性に欠ける、TCIの属性は国内のファンドも有し得る、といった指摘がなされるところである。

これら指摘を踏まえて、最後に、①行政庁の裁量と②外資規制の有効性について考察し、ライセンス制導入後における電気業への示唆を得たい。

1. 行政庁の裁量について

TCI事件では、大間原子力発電所の建設・運営への悪影響や、送電設備等の基幹設備に対する設備投資および修繕費の削減等により、「公の秩序の維持を妨げるおそれ」があるとされた。

「おそれ」の認定にあたっては、①マククリーン事件（最高裁昭和53年10月4日判決民集32巻7号1223頁）と同様に、憲法上、外国人は、日本に投資する自由を保障されているわけではない、②国益・公益を大きく損なう場合には、「おそれ」が僅かであっても規制する必要がある、③公の秩序の維持の必要と、外資規制の結果、投資が縮小してしまう弊害との衡量が必要であり、専門的政策的な判断である、こと等を根拠として、行政庁に広範な裁量が認められているとされる²³。また、「公の秩序」に対する脅威とは、人々の認識や評価によって生み出される社会的・心理的な構成物であり、それぞれの時点の社会情勢や危機認識に応じて柔軟にリスクを認定できるような態勢が何らかの形で保持されなければならないとされる²⁴。

他方、「公の秩序」という不明瞭な基準のもとで行政庁に広範な裁量が認められると、本来は私的な利害にすぎないものを安全保障上の問題として保護させようとする政治的な圧力が増幅するおそれ等があることから、安全保障面からの審査の余地を残しつつ、それを適切に限界づけるために、透明性・無差別性・説明責任等の主要な行政原則を外資規制の場面にも取り入れることが示唆されている²⁵。

²³ 古城誠「TCI ファンドによる J パワー株式の取得——外為法と外資規制」法学教室No.337（2008 年）12 頁。

²⁴ 伊藤一頼「国有企業・政府系ファンドに対する諸国の外資規制—開放性と安全保障の両立をいかにして図るか—」RIETI Discussion Paper Series 15-J-059（経済産業研究所，2015 年）20 頁。

²⁵ 伊藤・前掲注(24) 21-22 頁。

TCI事件では、Jパワーが大間原子力発電所や送電設備等の基幹設備のどちらも有しており、国益・公益に多大な影響を与えると認識・評価されやすかったものと考えられる。ただし、TCIは、大間原子力発電所について、政府が過半出資する会社を新たに設立しそこに譲渡するという提案²⁶を行っており、単純に大間原子力発電所と送電設備等の基幹設備を併せて「おそれ」を認定したのではなく、認定に至るまでの判断の過程はさらに複雑であったと推察される²⁷。行政庁に広範な裁量が認められるとしても、裁量権の逸脱や濫用があった場合には違法となり得るのであり、複雑な判断の過程における行政庁の恣意を抑制するため主要な行政原則を外資規制の場面にも取り入れるといった手段を講ずることは重要であると考ええる。

また、上記TCIの提案から推し量ると、外資はできるだけリスクを抱えたくないものと考えられ、原子力発電所を有する電気事業者を丸ごと買収する外資は当面登場しないように思われていた²⁸。しかし、ライセンス制が導入されることで、原子力発電所を有せずとも、発電事業（例えば火力発電等）や送配電事業、小売電気事業を営むことができるようになり、ライセンス制導入前に比べ、電気業への投資が容易になったと言える。

このような状況の中、一般送配電事業に関しては、ライセンス制導入後において最終保障供給や離島供給といったユニバーサル・サービス等を担っており（電気事業法17条3項）、ライセンス制導入前の一般電気事業者と遜色ない公共性を有すると考えられる一方で、後段2に述べるとおり、電気事業法による規制の可能性が示唆されており、一般送配電事業への投資に対するスタンスはTCI事件の時よりも曖昧になっているように見える。仮に、外為法により一般送配電事業に対する投資が認められないと判断された場合には、電気事業法により規制する可能性があるにもかかわらず投資を認めなかったことについて、説明が求められることになるだろう。

2. 外資規制の有効性について

TCI事件では、TCIが投資回収に時間がかかる事業からの撤退を要求した実績があること等を考慮し、大間原子力発電所や送電設備等の基幹設備への投資を放棄するよう求めるおそれがあるとしている。こうした属性についての考慮は2017年8月に公表された審査に際して考

²⁶ 当該提案については、『「衣の下から鎧」どころか「原発の（故障、万一の事故等の）リスクを負いたくない」との本音が思わず漏れたのだろう。完全民営後の電発の株式を取得した者が、新たな特殊会社（国策会社）の設立を提言するというのは、あまりにご都合主義ではなかろうか。』との意見もある。藤原淳一郎「転換期の行政法学—社会工学への道—」慶應義塾大学学術情報リポジトリ（2008年）255頁。

²⁷ 例えば、TCIが提案した「政府が過半出資する新会社の設立」について検討するのであれば、国家保有、保有上限規制、黄金株についても言及するはずと考えるのは自然ではないだろうか。

²⁸ 藤原・前掲注(26) 257頁。

慮する要素²⁹にも挙げられているが、TCI事件で考慮された属性は「外資」に限らず「内資」も有するものであり、外資規制の有効性には疑問があると指摘されるところである。

この疑問に関しては、外為法により規制するのではなく、供給計画変更の勧告・命令（電気事業法29条³⁰）により、「内資」に対しても基幹設備等への投資を放棄するような行為を規制するという手段をとるという考えもあるが、同条によって設備の新增設を命じ、あるいは減少・廃棄の禁止を命じることはできないと解されてきた³¹。

ところが、広域的運営の推進や託送制度の見直しを主な内容とする2013年の電気事業法改正、および当該改正を受けた2015年の電気事業法施行規則改正において、経済産業大臣が命令できる事項³²に「会社間連系線に係る設備を整備すること」（傍点筆者。）および「主要送電線路に係る設備を整備すること」（傍点筆者。）が追加されており、少なくとも、設備の新增設を命じることができる可能性が生まれたと解することもできる。

TCI事件の後に開催されたOECD投資委員会の円卓会議において、特定の法律から措置が講じられることが望まれ、投資政策による規制は最終手段(last resort)であるべきとの見解が支配的であった³³ことに鑑みると、上記改正は改善の兆しと言えるのではないだろうか。ただし、これをもって電気業に対する外為法の適用が除外されるわけではなく、今後の運用を注視したい。

V おわりに

本稿は、外為法の変遷を概観し、「公の秩序の維持を妨げるおそれ」のある業種がどのような経緯で定められたのかを明らかにするとともに、こうした経緯を踏まえたうえで、TCI事件を素材にライセンス制導入後の電気業への示唆を得ようと試みたものである。

以前より、電気事業法においては内資／外資を区別していないことが指摘されていた³⁴が、電力システム改革の一環としてライセンス制が導入され、原子力発電を除く発電事業は許可ではなく「届出」により、小売電気事業は「登録」により事業を営むことができるようにな

²⁹ 財務省ほか「外国為替及び外国貿易法に基づく対内直接投資等及び特定取得の事前届出について財務省及び事業所管省庁が審査に際して考慮する要素を公表します」（2017年8月）

http://www.mof.go.jp/international_policy/gaitame_kawase/gaitame/recent_revised/gaitamehou_20170802.htm
（最終閲覧日：2017年11月13日）

³⁰ 電気事業法29条は、電気事業者に対し、供給計画を経済産業大臣に届け出ることを求めており、経済産業大臣は供給計画の変更の勧告や特に必要がある場合には命令を行うことができるとされている。

³¹ 資源エネルギー庁・ガス事業部 原子力安全・保安院編『2005年版 電気事業法の解説』（経済産業調査会、2005年）270-271頁。

³² 電気事業法29条6項、電気事業法施行規則46条の3

³³ 藤田輔「OECD投資委員会の活動－FOIプロジェクトに焦点を当てて－」外務省調査月報No.3（2009年）27頁。

³⁴ 立田祥章「電気事業における外資参入をめぐる法規制」日本エネルギー法研究所月報第182号（2006年）4-7頁。

ったこと等に鑑みると、電気事業法における内資／外資の垣根はさらに低くなったと言える。

こうした状況のなか、外資企業であることを理由として特段の規制を講ずるのではなく、広域的運営推進機関や経済産業大臣の指示や命令等により対応する方向性が示される一方で、外資企業の対内直接投資等に対しては、なお外為法の適用が想定されており、外資に対するスタンスが定まっていらないような印象を受けていたところである。

本稿で述べたとおり、2015年の電気事業法施行規則改正によって、日本の外資規制は外為法から電気事業法による規制へとシフトする兆しが見えており、国際的な要請に応えられる下地が整いつつあるように見える。しかし、電気事業法が国際的な要請に対する歩み寄りを見せたとしても、窓口となる外為法の運用が旧態依然としているのであれば、単に外資に対する規制が強化されたにすぎないと解されるおそれがある。

「公の秩序の維持」という観点から行政庁に広範な裁量が認められることに異論はないが、電気事業法と同様、外為法についても国際的な要請に対する歩み寄りを見せられるよう、主要な行政原則（透明性・無差別性・説明責任等）を取り入れ、行政庁の裁量を適切に限定づけることが求められる。

JELI R-No.148

エネルギー資源確保に関する国内外の法的問題の諸相
—2015～2016年度 エネルギー資源確保に関する国際問題検討班報告書—

2023年2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。
