

Trust Forum Foundation

小寺 彰先生 論文集  
追悼文集

平成26年10月

公益財団法人 トラスト未来フォーラム



## 目 次

はしがき 落合 誠一	3
小寺彰先生ご略歴／著作一覧	4
<b>【小寺彰先生 論文集】</b>	
国際法と域外適用—国家管轄権に関する国際裁判所の評価を手掛かりにして	7
国際法からみた競争法の域外適用	41
APEC紛争処理手続の在り方	63
GATSと電気通信	89
国際経済体制への法構造—WTOの「成功」・MAIの「停滞」	107
投資ルールとわが国の課題	141
自由貿易地域 (FTA)の法的検討—WTO規律上の位置づけを中心にして	163
執行管轄権の域外行使：問題の整理—競争法・租税上の送達手続を中心にして	195
国家間の法としての国際法—国際法の実施・管轄権行使における国家の役割	211
投資協定に於ける「公平かつ衡平な待遇」	227
租税条約の解釈におけるOECDコンメンタールの意義—条約解釈上の意義	249
国内法の「域外適用」と国際法—国際法規制の構造とその限界	269
座談会「研究会の26年を振り返る」	291
<b>【追悼文集】</b>	
小寺先生の思い出 相澤 英孝	295
追悼 石黒 一憲	296
小寺先生の男気 岩倉 正和	297
優しかった小寺彰先生 岩沢 雄司	299
小寺先生の思い出 川合 弘造	300
小寺先生の思い出 宍戸 善一	302
小寺彰先生と競争法 白石 忠志	303
追悼文 中里 実	304

解釈論への意思	増井 良啓	305	
小寺氏追悼	村上 政博	306	
小寺彰先生の思い出	米田 隆	307	
あとがき	小寺さんを偲んで	中山 信弘	309



## はしがき

われわれの社会において解決を迫られる現実の問題は、一見単純かのように思えたとしても、探求すればするほどその複雑性に驚かされる場合が多い。それゆえに問題の核心を把握し、その適切な処方策を講じるためには、多様でしかも公平無私な視点からの総合的検討が不可欠である。この点は、現実の問題を法的に解決しようとする場合にも妥当する。われわれの研究会は、この基本的な認識を踏まえ、さまざまな法分野からの知見を結集し、解決を迫られる問題を多様な法的観点から総合的な分析を加え、それに基づき適確な解決のための諸方策を提示することを目標とした。

われわれの研究会は、NIRA（総合研究開発機構）、トラスト60、東京海上研究所、西村高等法務研究所と支援してくださる組織こそ変遷したが、30年以上にわたって一貫してこの基本的視点からの研究を継続してきた。畏友小寺彰教授は、研究会の創設メンバーの一人であり、研究会において常に中心的な役割を果たしてきた。小寺教授の熱意とその貢献がなければ、われわれの研究会もこれほどまでに長期に、しかも充実したものとは決してならなかったであろう。しかしながら、その小寺教授は、もういないのである。

本書は、小寺彰教授を敬愛する13名の方々からの追悼文からなる。小寺教授の大きな貢献と学問的情熱とそして温かい人柄が感得でき、その追悼にまことにふさわしいものとなった。本書がなるにあたっては、トラスト60からのご厚意によるものが極めて大きい。振り返れば、われわれの研究会は、国際金融・貿易に係る法務に関する研究会という名称の下に、1991年3月から2009年3月までトラスト60のご支援によって研究活動を続けた。この時期は、いわば研究会の壮年期にあたり、それにふさわしい大変充実した活動が行われた。このことも含めてトラスト60に対して厚く御礼申し上げる。

2014年6月

研究会を代表して 落合誠一

## ◇小寺彰先生ご略歴

- 1952年 4月 5日 京都府にてご出生
- 1971年 3月 洛星高等学校卒業
- 1976年 3月 東京大学法学部卒業
- 1976年 4月 東京大学法学部助手
- 1979年 4月 東京大学教養学部助手
- 1980年 7月 東京都立大学助教授
- 1989年 4月 東京都立大学教授
- 1989年10月 東京大学教養学部助教授
- 1995年10月 東京大学大学院総合文化研究科教授
- 2014年 2月10日 ご逝去
- 
- 1996年 世界貿易機関 補助金相殺措置専門家部会委員（～1999年）
- 1997年 国際法学会 理事（～2014年）
- 1998年 スポーツ仲裁裁判所 長野臨時裁判部メンバー
- 1998年 外務省 専門職員採用試験委員（～2008年）
- 1998年 独立行政法人大学評価・学位授与機構 審査会専門委員（～2003年）
- 1999年 経済産業省 産業構造審議会臨時委員（～2014年）
- 2000年 日本国際経済法学会 理事（～2012年）
- 2001年 国際法協会日本支部 理事（～2014年）
- 2001年 独立行政法人経済産業研究所 ファカルティ・フェロー（～2014年）
- 2002年 財団法人海上保安協会 海上保安体制調査研究委員会委員（～2014年）
- 2003年 環境省 中央環境審議会臨時委員（～2005年）
- 2003年 総務省 情報通信審議会専門委員（～2005年）
- 2003年 人事院 試験専門委員（～2005年）
- 2003年 日本機械輸出組合 国際通商投資委員会主査（～2014年）

2004年	文化庁	文化審議会専門委員（～2005年）
2005年	財務省	関税・外国為替等審議会委員（～2007年）
2005年	法務省	出入国管理政策懇談会（～2014年）
2005年	法務省	司法試験考査委員（～2011年）
2006年	スポーツ仲裁裁判所	トリノ臨時裁判部メンバー
2006年	日本学術会議	連携会員（～2008年）
2008年	世界法学会	理事（～2014年）
2009年	日本国際経済法学会	理事長（～2012年）
2010年	内閣府	政府調達苦情検討委員会委員（～2013年）
2011年	外務省	外務人事審議会委員（～2013年）
2013年	財務省	関税・外国為替等審議会委員（～2014年）

◇ご著書

「経済のグローバル化と法」総研究合開発機構編、三省堂、1993年

「国際法キーワード」共編著、有斐閣、初版1997年／第2版2006年

「国際法辞典」共編著、有斐閣、1998年

「WTO体制の法構造」東京大学出版会、2000年

「基本経済条約集」共編著、有斐閣、2002年

「転換期のWTO——非貿易的関心事項の分析」編著、東洋経済新報社、2003年

「パラダイム国際法——国際法の基本構成」有斐閣、2004年

「講義国際法」共編著、有斐閣、初版2004年／第2版2010年

「国際社会とソフトロー」共編著、有斐閣、2008年

“The Future of the Multilateral Trading System: East Asian Perspectives” Coeditorship ,  
London: Cameron, May, 2009

「国際投資協定——仲裁による法的保護」編著、三省堂、2010年

「国際法判例百選（第2版）」共編著、有斐閣、2011年

「国際条約集」共同編集代表、有斐閣、2012年／2013年／2014年

「エネルギー投資仲裁・実例研究——ISDSの実際」共編著、有斐閣、2013年

国際法と域外適用  
——国家管轄権に関する国際裁判所の  
評価を手掛かりにして——

小 寺 彰

# 目 次

## 一 はじめに

1. 問題の所在
2. 法状況
3. 国家管轄権と域外適用

## 二 ロチェス号事件

1. 事実
2. 判決の要旨
3. 判決の含意

## 三 漁業事件

1. 事実
2. 判決の要旨
3. 判決の含意

## 四 漁業管轄権事件

1. 事実
2. 判決の要旨
3. 判決の含意

## 五 まとめ

1. 国内法の域外適用に関する国際法規
2. 域外適用に関するわが国の対応への示唆

# 一 はじめに

## 1. 問題の所在<sup>(1)</sup>

国内法の域外適用については、最近わが国でもさまざまな議論が展開されるようになってきた<sup>(2)</sup>。ここでは、とりあえず域外適用とは、国内法を自国の領域外で発生した事項に適用することと広く定義しておこう。1990年の公正取引委員会の独占禁止法涉外問題研究会の報告書（公正取引委員会事務局編『ダンピング規制と競争政策 独占禁止法の域外適用』）は、外国企業が日本国外で行った行為についてもわが国の独占禁止法を適用すべきこと、すなわち独占禁止法の域外適用を提唱した。他方、昨年（1992年）4月にアメリカ司法省が、従来アメリカの消費者に損害を与えるような場合にのみ反トラスト法の域外適用を限定していたのを改め、アメリカからの輸出制限をもつ海外の行為についても反トラスト法上の執行措置をとる旨の域外適用の方針（「米国輸出を制限する反競争行為に関する司法省の方針」）を発表した。このときには、ヨーロッパ諸国とともに、わが国政府は、この方針に基づく域外適用が「国際法上許容されない米国内法の域外適用にあたる」との声明を出して、アメリカ政府に慎重な対応を要請した（平成4年4月4日外務報道官談話）。

振り返ると、第二次大戦後、アメリカはたびたび反トラスト法や輸出管理法の域外適用を実施し、それに対して、ヨーロッパを中心に各国が反発するという図式が続いてきた<sup>(3)</sup>。とくに1982年のポーランドの戒厳令布告に対して、アメリカ政府が各国企業に社会主義諸国への禁輸を命じ、ヨーロッパ諸国が反発した事件は記憶に新しい<sup>(4)</sup>。他方、アメリカの国内法の域外適用に対して従来反発してきたヨーロッパ諸国でも、競争法の域外適用の方針が打ち出されるようになってきた。たとえば、1988年のウッドパルプ事件<sup>(5)</sup>でヨーロッパ共同体裁判所は、ローマ条約第85条（企業間の協定による競争阻害行為の禁止）をヨーロッパ共同体域外に所在する企業に適用する旨の判断を下した。また、さきの独占禁止法涉外問題研究会の域外適用の提唱の背景には、わが国の学界でも経済法学者を中心に域外適用を説く声が強くなっていることがあげられる<sup>(6)</sup>。

このような輸出管理法——わが国では「外国為替及び外国取引管理法」（外為法）がそ

れにあたる——や競争法の域外適用の提唱には、企業の多国籍的展開の一般化という背景がある。現代社会において、企業は国を越えて活動し、世界各国に拠点をもつことが広く行われている。このような事態に対して、自国領域のみに厳格に限定して、輸出管理法や競争法を適用したのでは、国内の輸出政策や競争秩序を十分には維持できない。たとえば、ある国でトラスト行為が禁止されているときに、関係企業が特定商品の生産施設を海外に移し、海外でその商品の生産量または販売量の取り決めを行って、出来上がった商品をその国に輸出するような場合を考えてみよう。もし、トラスト行為を禁止する競争法を厳格に国内に限定して適用するとすれば、例に挙げたような場合には、当該競争法は適用できず、関係企業が行ったトラスト行為は野放しになってしまう。つまり、このような不都合をなくすためには、当該競争法の域外適用は不可避であると判断されるのである。輸出管理法についても同様の例はすぐに浮かぼう。

このような事態は何も競争法や輸出管理法の分野に限られたものではない。たとえば、衛星放送分野において、他国に所在する企業が打ち上げた衛星から、自国内に向けて放送が行われた場合、放送に関する法規をどのように適用するかが当然問題になる。従来、アメリカの域外適用が問題になった、証券規制、租税等の分野でも、各国は、多かれ少なかれ、同様の状況に直面していると考えらるべきであろう。

## 2. 法状況

国内法の域外適用を批判する議論も、また肯定する議論も、当然のことながらその是非を論じているが、その基準を何に求めているのであろうか。

反トラスト法に関する司法省の方針に対してわが国の政府が出した声明は、アメリカの方針が「国際法上許容されない」と評価し、明らかに国際法を基準にしてアメリカの方針変更を求めている。しかし、さきの独占禁止法涉外問題研究会報告書は、最初に「国際法による制約条件」を検討しているが、その結論は、1970年の国際司法裁判所バルセロナ・トラクション事件でのフィツモーリス (Fitzmaurice) 判事の意見に言及して、「近年においては、法律の適用範囲についての国際法上で了解された原則はないとの考え方が通説のようである」<sup>(7)</sup> というものであった。その上で、この報告書は、「外国企業への独占禁止法適用基準についての OECD 加盟各国における立場が、実質的にみて大差がない」点を考慮して、「国内市場の競争を阻害する行為については、我が国独占禁止法による規制

の対象となると考えることが妥当である」<sup>(8)</sup>と結論した。他方で、報告書は、該当行為が我が国の市場に実質的な効果を及ぼすことを適用の要件とし、また外国での効果、外国法との対立等の利益を比較衡量して自己抑制すべきことを説く。ここでは、国際法を制約基準と捉えながら、その不明確性から、一転 OECD 加盟諸国との足並みを揃えることで、この制約をクリアしたと考え、実体に即して域外適用のあり方を検討し、結論を導いていると理解することができる。この態度は、さきの外務省の域外適用についての国際法への態度と同じなのであろうか。

司法省方針についての政府の声明で一つ気にかかることがある。それは、声明がアメリカの方針を国際法違反または国際法上、違法もしくは無効とは評価せず、慎重に「国際法上許容されない」——英文では、“not permissible under international law”<sup>(9)</sup>——と表現した点である。「国際法上許容されない」というのは、国際法上違法または無効ということと同じなのであろうか。もし違うとすれば、どのように違うのであろうか。そして、なぜそのような表現が用いられたのであろうか。

### 3. 国家管轄権と域外適用

国内法の域外適用は、国家の権能の観点から捉えれば、国家の規制権能たる管轄権 (jurisdiction) の問題である。管轄権は、一般には、法の定立 (立法管轄権、legislative or prescriptive jurisdiction)、裁判所による法の適用 (司法管轄権、judicial jurisdiction)、行政機関による逮捕、捜査等の物理的強制措置を伴う法の執行 (執行管轄権、enforcement or administrative jurisdiction) の3つの態様をもつ<sup>(10)</sup>——管轄権の態様については、司法管轄権と執行管轄権をまとめて執行管轄権と分類する考え方もある<sup>(11)</sup>。いずれの分類が適切かは、法的効果が3分類または2分類のいずれによつて的確に表されるかによつて決定されるべき事柄であり、ここではその点には立ち入らない——。国内法の域外適用とは、国家が管轄権を自国の領土外に及ぼすことを意味する。

国際法学者は、このような国家の管轄権行使は国際法の制約に服するとしうえて、管轄権行使を規律する複数の原則を掲げてきた。これらの原則は、次にみるように、管轄権行使が必ずしも自国の領土内に限定されないことを意味する。

管轄権を律する第1の原則は、属地主義 (territorial principle) である。これは、行為が自国領土内で行われたことを根拠に管轄権を行使する考え方である。属地主義の考え



方は一部に拡張され、行為の結果が自国領土内で発生すれば足りるという客観的属地主義、また行為の結果が領土外であっても、その行為が領土内で行われていれば足りるとの主観的属地主義が唱えられることもある。行為の効果が領土内で発生すれば、それに基づいて管轄権を行使することができるという効果主義（effect principle）が、客観的属地主義の一つの類型かどうかについては議論のあるところである<sup>12)</sup>。

厳格な属地主義が国家管轄権の基本原理を構成し、それに基づく管轄権行使に疑義が唱えられたことはないといってよい。本稿で取り上げる域外適用が議論されるのは、これが属地主義に基づかないものだからということが出来る。第2以下は、自国領土外で行われた行為に管轄権を及ぼす根拠と考えられているものである。

第2の規制原理は、属人主義（nationality principle）である。これは、領土外の行為であっても、行為主体が自国籍を有していることを管轄権行使の根拠とする考え方である。属人主義が行為主体の国籍に着目していたのに対して、被害者の国籍に着目して、それを管轄権行使の根拠とするのが、受動的属人主義である。

第3は、保護主義（protective principle）である。対象行為の被害が自国に及ぶことを管轄権の根拠とする考え方である。

第4は、普遍主義（universality principle）である。これは海賊のような一定の犯罪類型について、国はその行為と特別の関係がなくても管轄権を行使することが出来るという考え方である。普遍主義によれば、その行為についてすべての国が管轄権を行使することができることになる。普遍主義においては、管轄権行使の根拠は、対象行為への国際社会全体の評価に求めることができる。

属地主義を別にすれば、他の諸原則が各国の法適用の規律原則として地位を占めることは問題がない。たとえば、わが国の刑法は、刑法全体については属地主義が適用されること（第1条）のほか、内乱罪等について保護主義（第2条）、殺人罪等について属人主義（第3条）を採用した。

しかし、これらの原則に準拠すれば、管轄権行使が国際法上適法であるという意味で、これらの原則が国際法上の管轄権の規制原理であるかということ、論者の間に一致はない。これらの原則を管轄権行使の根拠とみる議論もある<sup>13)</sup>が、むしろ否定論の方が強いとみるべきである。実際、個々の原則を紹介したうえで、その中で国際法上適法な管轄権行使を腑分けするのが一般的である。たとえば、山本草二教授は、国際法上の適法性とは別に、

管轄権が国家間で相互に有効なものを見なされるかどうかを、管轄権行使国と管轄権行使の間に「真正な関係」があるかどうかによってと説いたうえで、それをこれらの原則によって判断すべきだとする<sup>(14)</sup>。ブラウンリー (Brownlie) 教授も、これらの原則を「管轄権行使の合理性 (reasonableness) の証拠にすぎない」と評価する<sup>(15)</sup>。他方、ボエット (Bowett) 教授は、国家相互間の管轄権の有効性は、関係国家相互の利益衡量によらせるべきであるとしながら、その際に、さきの諸原則が有意味ではないとして、これらの原則の国際法上の意味を否定する<sup>(16)</sup>。

このように、国内法の適用範囲または国家の管轄権は国際法の制約に服するという点で一致がありながら、具体的な国際法の内容については明確な像が浮かんでこないのが現状である。国際法は国家管轄権の域外適用に対していかなる規制を行っているのだろうか、そしてさきの諸原則は、国際法上どのような意味をもつのであろうか。

本稿は、以上のような問題意識をもって、国内法の域外適用に関する国際法の内容を探ることを目的にする。具体的には、常設国際司法裁判所および国際司法裁判所の裁判例で、国家の管轄権に係るものを検討し、両裁判所がそれらの事件でどのような態度をとったかを手がかりとして、国内法の域外適用に関する国際法の構造の一端を明らかにすることを試みようと思う。

- (1) 本稿を草するにあたって、国際立法研究会第25回研究会 (1991年4月6日) の山本草二教授の「一方的国内措置の国際法上の効力」報告、および第39回研究会 (1993年2月6日) の村瀬信也教授の「国際法における対抗力の法理」報告と、報告をめぐる討議から多くの示唆を得た。
- (2) たとえば、松下満雄他『国際取引と法』(1991) pp. 19-56 (松下満雄執筆)
- (3) 外国の対応の概略については、松下満雄『国際経済法』(1988)、pp. 287-296、参照。
- (4) German Yearbook of International Law, 27 (1981-1982), pp. 28-108, 所載の K. Bockslaff, D. Vagts, A. Lowe, P. Kuyper, K. Meessen の諸論稿参照。
- (5) [89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 29/85], Recueil de la jurisprudence de la cour (1988), p. 5193.
- (6) たとえば、松下前掲書、pp. 36-40；石黒一憲「わが国独禁法の域外適用への基礎的考察」トラス ト60『国際商取引に伴う法的諸問題 (I)』(1992)、pp. 1-23.
- (7) 公正取引委員会事務局編『ダンピング規制と競争政策 独占禁止法の域外適用』(1990)、p. 62.
- (8) 同書 p. 67.
- (9) Foreign Press Center Japan, F.P.C. Press Release No. 0194-09, April 4, 1992.
- (10) 山本草二『国際法』(1985)、p. 191.

- (11) D. W. Bowett, "Jurisdiction : Changing Patterns of Authority over Activities and Resources," *British Year Book*, 53 (1982), p. 2.
- (12) Oscar Schacter, *International Law in Theory and Practice* (1991), p. 262 ; 公正取引委員会事務局前掲書、p. 62.
- (13) Bernard H. Oxman, "Jurisdiction of States," in *Encyclopedia of Public International Law*, 10 (1987), pp. 278-282.
- (14) 山本草二「国家管轄権の機能とその限界」寺沢・内田編『国際法の基本問題』(1986)、p. 120.
- (15) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Fourth edition (1990), p. 306.
- (16) Bowett, *op. cit.*, p. 14.

## 二 ロチュス号事件

### 1. 事 実

国内法の域外への適用が常設国際司法裁判所で最初に問題になったのは、1927年のロチュス (Lotus) 号事件<sup>(1)</sup>である。

1926年にコンスタンチノーブル (トルコ) に向かっていたフランス船籍の船舶ロチュス号が公海上でトルコ船籍の船舶ボス・クルト (Boz-Kourt) 号と衝突し、ボス・クルト号は沈没した。ロチュス号は救助活動を行った後、目的地のコンスタンチノーブルに到着した。トルコ警察はロチュス号に乗り込んで取調を行うとともに、衝突時の当直船員ドゥモン (Demons) を、救助されたボス・クルト号の船長とともに逮捕し、トルコの裁判所はドゥモンに有罪の判決を下した。このトルコの行動に対してフランス政府が抗議を行い、その結果、フランス・トルコ間の協定に基づいて、事件は常設国際司法裁判所に付託された。協定によって付託された事項は、

(1) トルコ政府がドゥモンをコンスタンチノーブルで訴追したことは、ローザンヌ条約第15条に反して国際法の諸原則に抵触するか。

(2) 第1の問いを肯定した場合、国際法の諸原則にしたがえば、ドゥモンに対してどのような金銭賠償が適当か、というものであった。

### 2. 判決の要旨

常設国際司法裁判所は、裁判所に求められている問題を、「トルコが、その法律に基づいて、ドゥモンを刑事訴追することは、国際法の原則により妨げられないか否かを認定すること」と捉える。

判断基準は両国が当事国である「1923年7月24日の居住及び裁判管轄に関するローザンヌ条約」に求められた。ローザンヌ条約では基準として裁判管轄を規律する一般国際法の原則が引照されているために、結局は一般国際法の原則が判断基準となり、ドゥモンの訴追により違反された原則があればそれを示すことが裁判所の課題となる。

裁判所は、国際法の規則の起源が諸国の意思にあるという前提から、国際法から「諸国

の独立への制限を推定することはできない」という命題を導く。そのために「国際法が国に課すもっとも重要な制限は、——反対の許容規則がある場合以外は——他国の領域において、その権能 [たとえば裁判権—筆者] をいかなる形においても行使することができないことである」ということになる。しかし、「そのことから、国外で行なわれた行為に関係し、そして国際法の許容規則に支えられないすべての事件において、国が、それじしんの領域内で裁判権を行使することを国際法が禁止しているということにはならない。」裁判所は、国際法の現状という形で、「国際法は、諸国に、領域外の人、財産および行為に対し、その法律及び裁判権を及ぼすことを一般的に禁止しているどころか、この点については、国々に広い自由を残しており、この自由は、若干の場合に、禁止規則によって制限されているにすぎ」ず、「他の場合には、どの国も、最善かつ最適と判断する原則を自由に採用することができる」と結論する。したがって、「諸国に要求できることは、国際法が管轄権に対して設ける限界を越えないということにつきる」ことになるのである。

次に、裁判所は、以上の管轄権に関する一般理論が刑事裁判権に妥当するかどうか、具体的には、「トルコに対して航海士ドゥモンの刑事訴追を禁止する規則を一般国際法が含んでいるか」を問う。

裁判所は、ドゥモンがフランス船舶にいたことを考慮する必要がなく、また「国際法のいかなる規則も、犯罪の結果が生じた船舶の所属国に対して、その犯罪を自国領域内で犯されたものとみなし、犯人に対して刑事訴追を行なうことを禁止していないと認めるべきである」と判断する。つまり、船舶と領域を同一と捉え、他国領域での行為に自国法を適用することが一般的には許されている以上、他国船舶についても、同様に自国法を適用することが許されるはずだというのである。この点は、「旗国の排他的管轄権を定めた慣習国際法上の規則の存在が証明された場合においてのみ、否定されるにすぎない」が、それは証明できない。

そこで、次に船舶衝突の場合の特別規則があるかどうかを考察すればよいことになる。「関係国が旗国以外の国の裁判所における船舶衝突に関する刑事訴追に異議を唱えたとは思われず、または抗議しなかったと思われる事実を強調すべきだと考える。」

「ゆえに……船舶衝突事件に関して、刑事訴追を旗国の排他的管轄に留保する国際法の規則は存在しないということである。」

この結論は実体的にも正当化される。「犯罪は、最初はロチュス号の船内で発現した行

為であったが、その結果は、ボス・クルト号で発生した。これらの2つの要素の間には絶対的な法的な不可分性があり、ひとたびこれらの要素を分離すると、もはや犯罪が存在しなくなるほどである。いずれか1国の排他的管轄も、またそれぞれの船舶で生じた事実制限されたいずれの国の管轄も、正義の要請をみだし、2国の利益を有効に保護しうるようなものとは思われない。各々の国が管轄権を行使しうることを、そしてその管轄権が全体としての事実にあぶことは、まったく当然である。」

### 3. 判決の含意

本判決は、裁判官の意見が6対6の可否同数に分かれ、裁判長の決断によって結論が決まった微妙なケースであった。また、公海上の船舶衝突事故に関して、加害船舶の旗国以外に、相手方船舶の旗国にも管轄権を認めて加害船舶の関係者の訴追を許すという結論じたいもその後、1952年の「船舶衝突その他の航海事故の刑事管轄権についてのある規則の統一に関するブラッセル条約」および公海条約（第11条）によって覆され、刑事裁判権は旗国に専属的に帰属することになった<sup>(2)</sup>。そのために、一部には本判決が歴史的意味をとどめるにすぎないという評価がある<sup>(3)</sup>。

しかし、本判決は、船舶衝突に関する管轄権という角度からのみ評価すべきものではない。本判決は、2.で分析したように、最初に管轄権に関する国際法の規制枠組みを示し、その枠組みに従って、まず刑事裁判管轄権に関する国際法の規範状況を検討し、次にその特別な場合として船舶衝突に関する刑事裁判管轄権を検討するという順序で議論が展開された。したがって、公海条約等によって否定されたのは、最後の部分だけである。また、多くの反対意見が出され、そのなかには国家管轄権の認識枠組みについても多数意見に反対するものもあるが、それら反対意見が統一的な枠組みによっているわけではない、つまり二つの相対立する認識枠組みが拮抗して対峙するという状況があったわけではない。そのため、多くの国際法学者は、国家管轄権を議論する際には、まずこの判決に依拠してきた<sup>(4)</sup>、後でみるように、この判決の中の国内法の適用に関する理論の枠組みは、後の国家管轄権に関係する国際裁判所の判決と統一的に理解することができるものである。その意味で、本判決は現在においても、国内法の適用範囲に関する基本的枠組みを提供するリーディングケースとしての地位を占めるものと考えられるのである。

本判決の第1の意義は、国内法の域外適用に関する国際法の原則を示したことである。

裁判所によると、それは非常に緩やかなものであり、国は、禁止規範に反しないかぎり、管轄権を自由に行使することができるとの一般原則を示した。判決の中で裁判所が示す禁止規範は次の2つである。一つは、他国領土内で国家の権能、たとえば裁判権を行使することが禁止されていること。他の一つは、公海における外国船舶に管轄権を行使すること、たとえば、A国船舶B国船舶が衝突したときに、居あわせたA国軍艦が捜査を行うためにB国船舶に士官を派遣することが禁止されていること。

裁判所は、この国家管轄権に関する一般原則を主権国家の意思によって根拠づける。また、そこではいかなる原則によって管轄権を行使するかは各国の裁量に委ねられるとも言う。そのかぎりでは、国内法の域外適用の是非は、国際法上の禁止規範にふれないかぎり、国内法上の問題になるのである。

国家の管轄権行使の自由に関して、国家が何の原則にも拠ることなく国内法を域外適用することまで許すのが裁判所の趣旨かどうかについては、筆者は否定的に考えるが、確定的な結論はここでは控えることにしよう。

もちろん、各国の採用が予定される原則については、軽重がないわけではない。つまり、本件で問題になった刑法の適用範囲、すなわち刑事管轄権について裁判所は、刑法の属地性が国際法の絶対的な原則ではないとしながら、属地性がすべての法制の基礎にあるとの認識も披瀝している。

第2は、禁止規範の証明方法である。裁判所は、上記の一般原則を主権によって根拠づけたが、トルコの管轄権行使を禁止する規範が存在しないことは、二つの観点から証明される。一つは旗国以外の国の刑事訴追に対して従来関係国が異議を述べず、また抗議をしなかったという手続き的理由である。他の一つは、一般の刑事裁判管轄権については、他国船舶は他国領域と同一とみなせ、それゆえに犯罪が二国の領域に関係する場合と同一視しうから、当該犯罪は自国領内で犯されたとみなしうることであり、また船舶衝突の刑事裁判権に関しては、ロチュス号で発現した行為とボス・クルト号で発生した結果が不可分であるということである。いわば、客観的属地主義による正当化である。反対意見からもわかるように、トルコの行為を客観的属地主義によって合理化できるかどうかには異論があるが、客観的属地主義じたいの妥当性はほぼ異論がなかった。これらの正当化根拠は、前者の手続き的理由に対して、実体的な理由とよぶことができる。裁判所は、禁止規範がないことを、もし禁止規範があればそれにふれると考えられる行為に関して、従来か



ら異議または抗議がなされなかったという手続き的理由だけでは不十分であり、その行為に実体的な理由付けができることまで要求したと考えるべきであろう。

第3に述べておかなければならないのは、国家の管轄権行使が禁止規範に反した場合の効果である。本判決では、トルコの管轄権行使が禁止規範に触れていないとされたため、触れた場合の効果には論及されていない。しかし、原告フランスが請求において損害賠償の認定を要求していることからみて、禁止規範に触れる管轄権行使は、通常の国際法義務違反として国際違法行為を構成すると考えられていたとみてよからう。

- (1) P.C.I.J., *Seré A*—No. 10. なお、本稿で国際裁判所の判決を訳出するに当たっては、皆川洸『国際法判例集』(1975)を参考にした。
- (2) ロテュス号事件以降の経緯については、佐藤好明「公海における衝突その他の事故に対する刑事管轄権」一橋論叢92巻5号(1984)、pp. 60-69. 参照。
- (3) G. von Glahn, *Law among Nations* (1981), p. 411.
- (4) たとえば、Oscar Schacter, *International Law in Theory and Practice* (1991), pp. 250-251 ; R. Y. Jennings, “General Course on Principles of International Law”, *Recueil des cours*, 1967-II, pp. 516-520.



### 三 漁業事件

#### 1. 事 実

ノルウェーが漁業水域を設定する国内法を制定し、その適用が問題になって、国際司法裁判所で争われたのが、漁業事件である<sup>(1)</sup>。

イギリス漁船は、17世紀以来1906年までノルウェー沿岸沖での漁業を差し控えてきたが、1906年頃から、漁業活動を再開した。それに対してノルウェー政府が外国人の漁業活動を禁止する範囲を明示する措置をとった。そのため、1911年以来、イギリス漁船がノルウェーの沿岸沖で、このノルウェーの禁止措置に反したとしてノルウェー当局に逮捕される事例が頻繁に起こった。この状況に対して、イギリス・ノルウェー間では1911年から交渉がもたれ、第1次世界大戦は中断されたが、1924年に再開された。1933年には、イギリス政府は、ノルウェーが不当な基線——後述の直線基線のこと——を採用して領海画定を行っていることを非難する覚書（memorandum）をノルウェー政府に送付した。つまり、ノルウェーが国際法上認められている限界の外に基線を引いたために、本来ノルウェーの領海ではなく公海である海域をノルウェー領海とし、ノルウェー人以外の外国人にも自由に認められるはずの漁業活動を禁止したのは違法であるというのである。ノルウェーの西岸は、はなはだしく入り組み、約12万の島々、小島、岩礁に囲まれ、全体としては「スカルガード（skærgaard）」の名で知られるが、ノルウェーは、本土の海岸または島々等の地点を選定して、それを直線で結んで基線としていた。

1935年には、ノルウェーは、ノルウェーの主張する直線基線から4海里の北緯66度28分8秒を限界とする漁業水域を設定する旨の勅令を制定した。ただちにイギリス・ノルウェー間で交渉がもたれたが、合意を得ることはできず、1948年には、ノルウェーは厳格に漁業水域内の外国人による漁業活動を取締りはじめたために、イギリス政府は次の2点を求めて、国際司法裁判所に提訴した。a) 漁業水域画定の起点となる基線を設定するために適用すべき国際法の諸原則の確認、b) ノルウェーが自国民に活動を限定することができない海域における、ノルウェー当局によるイギリス船舶の干渉（interference）に関するイギリス政府への賠償の認定。

## 2. 判決の要旨

イギリスが問題にした漁業水域はノルウェー領海と一致しており、また基線から4海里までの地点を領海とすることに対しては、イギリスも承認していたため、裁判の争点は、ノルウェーの採用する直線基線の国際法上の評価であった。イギリスは、基線は陸地の低潮線または内水の閉鎖線に従うべきであると主張して、ノルウェーの直線基線の違法性を説いた。

裁判所は、基線が国際法上は本土の低潮線でなければいけない等のイギリスの主張を逐一取り上げ、それらによってでは、ノルウェーの基線画定が国際法に違反しない (*n'a pas violé le droit international*) と認定する。そのうえで、裁判所は、規準を提供する「領海の性質に結びつく一定の基本的考慮 (*considérations fondamentales*)」を挙げる。第1に、領海は領土に密接に依存しており、そのため「基線は、海岸の一般的な方向からはっきりとわかるほど離れて引いてはならない。」第2に、「基線の内側にある一定水域が内水の制度に服するために陸地と十分に密接な関連を有する」ことである。第3に、「ある地域に特有の一定の経済的利益で、その存在および重要性が長期間の慣行によって明確に証明されているもの」を考慮することである。この点を前提として、裁判所は、ノルウェーの「境界画定制度が何によって構成されているか、イギリスに対する法的効力がいかなるものか、また1935年の勅令によって、それは国際法に適合する形で適用されてきたか」を問う。裁判所は、境界画定制度の歴史的経過を追う。ノルウェーの直線基線は、理論的には1812年のノルウェー王の勅令に起源をもち、実際には、1869年の勅令によってスンメーレに、また1889年の勅令によってロムスダルとノールメーレにおいて、その考え方によって直線基線が確定された。裁判所は、1812年以降のノルウェーの基線画定に関する考え方は、「ノルウェーの海岸の地理的特徴に合致するものであり、国際法の原則に反するものではない (*n'est pas contraire aux principes du droit international*)」とひとまず結論する。

次に裁判所は、ノルウェーのこれらの実行を分析して、ノルウェーの限界画定の制度が「首尾一貫して適用され、かつ他国の異議申し入れに合わなかった」と認定した。とくに後者については、裁判所は「諸外国の一般的黙認 (*tolérance générale*) は異論のない事実」と評価した。

イギリス政府については、「正式かつ明確な抗議を提起したのは、1933年7月23日の覚書においてであるにすぎ」ず、「60年以上の期間、イギリス政府じしんが、これについてならん異議を提起しなかった」と評価された。

またノルウェーの直線基線制度が公然性を欠くとのイギリスの主張に対しては、裁判所は、「北海の漁業に重大な利害関係をもつこの海域の沿岸国であり、伝統的に海洋法に注意を払い、とくに海洋自由の擁護に気を配ってきた海国として、イギリスが、すぐにもフランス政府の釈明要求を引き起こした1869年の勅令を知らなかったはずはな」とする。この点は同様に、1889年の勅令にもあてはまり、したがって、イギリスがこの制度を十分に知り、関心を払っていたにもかかわらず、明確に留保を表明しなかったと判断したのである。

以上の立論に基づいて、裁判所は、ノルウェーの直線基線の制度が、「事実の公然性、国際社会の一般的黙認、北海におけるイギリスの地位、この問題についてのイギリスじしんの利害関係、イギリスの長期間続いた行動の回避」によって、「ノルウェーの制度をイギリスに向かって対抗させることを可能にする」と結論する。

最後に、裁判所は、1935年の勅令が、イギリスに対抗しうると裁判所が判断した基線の画定方法に合致するかどうかを審査し、その合致性を肯定して、イギリスの請求を退けた。

### 3. 判決の含意

本判決を本稿の課題に即して整理すると次のようになる。ノルウェーは、自国領土外に漁業水域を画定する国内法（1935年の勅令）を制定し、その漁業水域内においてノルウェーの国内法に違反する外国船舶に対して、執行管轄権および裁判管轄権を行使した。もちろん、それがノルウェー領海内であれば、属地主義に基づいてノルウェーの管轄権行使は正当化されるが、領海内かどうか、その基点たる基線をイギリスが問題にしたケースである。

本判決では、イギリスが基線確定のための国際法上の諸原則、延いてはノルウェーの基線確定の国際法違反の確認を求めたにもかかわらず、裁判所は直接的にはその点には答えず、ノルウェーの直線基線がイギリスに対抗しうることを確認した。裁判所は、直線基線の対抗力の議論の前に、ノルウェーの直線基線の制度を、「国際法に適合する（con-

forme au droit international)」という言葉とは区別して、「国際法に違反しない (n'a pas vidé le droit international)」または「国際法原則に反しない (n'est pas contraire aux du droit international)」とまず評価した。ノルウェーの直線基線の制度が国際法に適合していると判断したのでない。この点は、ノルウェーの直線基線の主張は当時の基線画定に関する一般国際法の内容を越えていたと考えられるとの山本草二教授の指摘にも符号する<sup>(2)</sup>。いわば、国際法に完全に適合した状態と国際法に反した状態の間にグレーゾーンがあり、ノルウェーの直線基線はまさにこのグレーゾーンにあったというのが裁判所の考え方であったと見るべきである。

この点が、裁判所が採用した対抗力 (opposability) という形での事件の処理に結び付く。本判決からは、特定国 (この事件ではノルウェー) の一方的行為が他国 (この事件ではイギリス) に対して国際法上で有効なものと主張できる状態にあることを対抗力とよぶと定義できよう。ノルウェーの行為は、国際法上はグレーゾーンにあるが、イギリスとの関係では有効といえるかというのが、裁判所の問題の立て方であり、そのために対抗力という概念が必要であったと考えて差し支えなからう。

裁判所は、ノルウェーの基線の対抗力の根拠を、当該基線の周知性を前提として、国際社会の一般的黙認およびイギリスの異議申し立ての欠如という手続き的理由に求め、実体的な理由による根拠付けは行っていない。裁判所は、ノルウェーの実行の首尾一貫性に言及するが、それは国際社会の一般的黙認やイギリスの異議申し立ての対象が特定されているための判断基準でしかなく、対抗力じたいを実体的に基礎づけるものではない。一般国際法に反する合意であっても、その国際法規範が強行規範 (jus cogens) でなければ、当事国間では有効である。この命題を類推すれば、国際法に反しないけれども、国際法に適合しているとは評価できない行為について、合意に準ずる黙認があり、または異議がなれば、それによって両国間では国際法上有効なものと評価したとしても問題はないはずである。すなわち、イギリスへの直線基線の対抗力を手続き的理由のみによって基礎づけたことには、理論的な問題はないと考えられる。また一般的黙認を根拠にして裁判所が、ノルウェーの直線基線の制度を「すべての国々に対抗できる」と判断することも当然のこととすべきである。

このように考えた場合、当該制度が「国際法に適合する」状態にないことと、それがすべての国に一般的な対抗力をもつこととの関係をどのように理解すべきかが問題になる。と

くに、この判決以降、直線基線の制度は国際的に広く受け入れられるようになり、1958年の領海条約は、基線画定の一つの方式として、直線基線を受け入れ（第4条）、今日ではそれが一般国際法である点には異論はない。山本草二教授が、「一方的国内措置」の国際法上の法源性を説くゆえんであるが<sup>(3)</sup>、この点にはここでは立ち入らない。

このような分析を前提として、本稿の問題関心に即して本判決を整理してみよう。本判決は、裁判所がノルウェーの漁業水域を定めた勅令に基づく管轄権行使を属地主義によっては正当化せず——または、「正当化できるとは考えず」と表現した方が適切かもしれない——、対抗力という観点を導入することによって、イギリス、さらにはすべての国に対して有効であると結論したものであったのである。

(1) ICJ Reports (1951), p. 116.

(2) 山本草二「一方的国内措置の国際法形成機能」上智法学論集33巻2・3合併号（1992）、p. 64.

(3) 同書、p. 47ff.

## 四 漁業管轄権事件

### 1. 事 実

この事件<sup>(1)</sup>は、イギリス・アイスランド間で取り決めた漁業水域をアイスランドが国内法で一方的に拡張し、それを強制したために、イギリスが国際司法裁判所に提訴したものである。

1958年にアイスランド政府は漁業水域を従来<sup>(2)</sup>の4海里から12海里に拡張する命令を出したところ、イギリスはその措置を有効とは認めず、イギリス・アイスランド間に紛争が発生した。この紛争は、1962年のイギリス・アイスランド間の交換公文（Exchange of Notes）によって収拾された。この公文は、イギリス政府がアイスランドの12海里漁業水域に異議を唱えない、漁業水域の拡張について両国間で紛争が発生すれば、当事者の要請により国際司法裁判所に付託される等の内容を含んでいた。

ところが1971年になると、アイスランド国会は漁業協定を終了させ、漁業水域を50海里まで拡張し、1972年9月15日までに実施することを決議した。政府はこの決議を受けて、交換公文の終了と50海里漁業水域を定める新規則の発布をイギリス政府に通告した。この後両国間で交渉がもたれたが行き詰まり、イギリスは、1962年の交換公文中の国際司法裁判所への紛争付託条項を根拠にして国際司法裁判所に提訴した。

アイスランドは当初から国際司法裁判所の管轄権を否定して裁判所には出廷せず、答弁書も提出しなかった。国際司法裁判所は、まず1972年8月に、仮保全命令を出し、アイスランドが規則をイギリス船舶に対して強制することを控えること、および係争水域でのイギリス漁船の漁獲高を過去5年間の年平均漁獲高の17万トンにとどめることを命じた<sup>(2)</sup>。アイスランドはこの命令を無視したが、1973年11月になって、イギリスとの間で暫定取り決めを結び、向こう2年間の50海里漁業水域内でのイギリスの年間漁獲高を13万トンにすることとした。

暫定協定締結前の1973年1月に、国際司法裁判所は、1962年の交換公文の失効を理由とするアイスランドの裁判所の管轄権不存在の抗弁——ただし、アイスランドは裁判所に出廷しなかったために、裁判所書記宛のアイスランド外相書簡やアイスランド国内でのアイ

スランド政府の言明をもとにアイスランドの抗弁を想定した——を退けて管轄権を肯定する判断を示した<sup>3)</sup>。この後、1974年7月に、裁判所は、以下に検討する本案の判断を示した。

この事件で、イギリス政府が請求 (Application) において裁判所に要請したのは、「(a)……基線から50海里に及ぶ排他的漁業管轄区域を設定することにより、漁業管轄権を拡張することができるというアイスランドの主張には、国際法上の根拠がなく、それゆえにその主張は無効である。(b)アイスランド周辺の水域における魚族の保存に関する諸問題は、国際法上は、アイスランドによって一方的に規制できるものではなく、イギリスを含む利害関係国間の取り決めによって規制される事項であることの確認であった。その後イギリスは申述書 (Memorial) において請求を敷衍して次の請求を追加した。(c)アイスランドは係争水域からイギリス漁船を排除し、またはその水域においてイギリス漁船の活動に一方的な制限を課すことができないこと、(d)係争水域でのイギリス漁船に対する武力による干渉等のアイスランドの「行為は違法であり、アイスランドはイギリスに対して損害賠償を行う義務があること、(e)係争水域での「漁業活動に制限を導入する必要が正当に確認された科学的証拠によって支持される保存の理由によって主張されるかぎり、アイスランドとイギリスは……その必要性の存在および程度を誠意をもって共同に調査する義務があり」、かつ「アイスランドにはとくに、当該漁業に依存する国としての立場と調和する優先的に立場を確保し、そしてイギリスには、当該漁業に対する伝統的利益と既得権および今なお当該漁業に依存していることと両立する立場を確保するような、その水域での漁業制度を確立するために交渉する義務があること。」その後、イギリスは上記(d)の請求を取り下げた。

本件とは別に、西ドイツが、アイスランドの設定したこの漁業水域についてアイスランドを国際司法裁判所に訴えた。西ドイツとアイスランド間の事実経過も、1962年の交換公文ほか、イギリス・アイスランド間のものとはほぼ同じである。事実経過で異なる点は、イギリスとは違って、係争水域での西ドイツ漁船の漁業活動に関する暫定取り決めが結ばれなかったことである。請求について大きく異なる点は次の2点である。第1に、イギリスがアイスランドの漁業水域設定規則を無効と主張したのに対して、西ドイツはそれが西ドイツに対して対抗しえない (not be opposed) と主張したこと。第2に、イギリスが裁判所に交渉義務の確認を求めたのに対して、西ドイツは交渉義務の確認は求めなかったこ



と。国際司法裁判所は、西ドイツに関しても、イギリスに関するものと同様の仮保全命令(4)を1972年に、また管轄権を肯定する判断(5)を1973年に出した。

## 2. 判決の要旨

裁判所は、まずこの事件に関係を有する現行国際法の確認から作業を始める。第1に、公海条約に規定される公海の自由——漁獲の自由を含む——は、「すべての国により、公海の自由を行使する他国の利益に合理的な考慮を払って、行使されなければならない」ことに条件づけられる。第2に、1958年の第1次国連海洋法会議、1960年の第2次国連海洋法会議、およびその前後の国家実行から、領海とは独立に、沖合い12海里の限界まで及ぶ漁業水域 (fishery zone) の概念が国際慣習法として結晶した。第3に、前記の国連海洋法会議等から、沿岸漁業に依存する沿岸国のために、沿岸国の隣接水域に、同一の漁業活動を行う他国に対して効力をもつ優先的漁業権 (preferential rights of fishing) の概念が国際慣習法として結晶した。

他方、裁判所は、漁業水域の拡張問題が大きな問題となり、それを含めて、現在、海洋法の法典化作業が進んでいることに触れながら、裁判所は作られるべき法を予想して、それに基づいて判決を下すことはできないとの態度を示した。

裁判所は、沿岸国の優先権を中心的な軸に据えて、問題にアプローチする。第1に、「現代の諸国の実行は、特別な立場にある沿岸国の優先権が、関係国間の合意……によって、または意見が一致しない場合には、国際連合憲章第33条に規定される紛争の平和的解決によって実施されるものであるとの結論を導く。」第2に、「沿岸国の優先権が作用するのは、漁業資源の開発の増大によって、その資源の漁獲制限および配分に関するなんらかの制度を導入し、その合理的かつ経済的な開発のために魚族を保護することが絶対に必要なときだけである。」

以上のような優先権の理解を踏まえて、裁判所は、アイスランドの規則が、「優先権の概念を越える要求として、アイスランドによって発布され」たと判断する。優先権の概念は、他国の競合的な権利の消滅を意味せず、それゆえに他国の船による「すべての漁業活動の排除と両立しない」からである。

裁判所は、アイスランド周辺水域からのイギリス漁船の排除を、イギリスの漁業と関連産業に強い打撃を与えるものと評価する。また裁判所は、アイスランドも係争水域でのイ



ギリスの歴史的かつ特別の利害関係の存在を承認してきたことを認定する。したがって、「1972年7月14日のアイスランドの規則の諸条項およびその実施方法は、原告の漁業権を無視するものであり、アイスランドの一方的行為は、1958年の公海条約第2条に規定された原則——公海自由の原則——および、1961年の交換公文から生ずるイギリスの権利の侵害を構成する。そのために、1972年のアイスランドの規則は、イギリスに対抗することができず、イギリスは、アイスランドによる係争水域での漁業権の一方的終了を受諾すべき義務はないという結論に達する。

裁判所は、ここで本件紛争の衡平な解決に議論を転換する。本件紛争の衡平な解決に達するためには、沿岸漁業に依存する国としてのアイスランドの優先的漁業権を原告の伝統的漁業権と調和させることが必要である。これは、「本質上、沿岸国の当該漁業への依存を他の関係国の依存に対して評価し、そして可能なかぎり衡平な仕方、それらを調和させるという問題である」とする。この点を踏まえて、議論は両当事国がとるべき具体的措置に移る。

アイスランドは、交換公文によって合意された限界の外側の海域から一方的にイギリス漁船を排除できないが、イギリスが12海里から50海里までの係争水域で、漁獲について何等の義務も負っていないことを意味するのではない。「逆に両国は、各々の権利と当該水域において必要であることが証明される漁業保存措置を十分に考慮に入れる義務がある。……したがって、両当事者は、……保存と開発、そして衡平な漁獲のために必要とされる措置を共同で検討する義務がある」と結論するのである。

そこで裁判所の議論は、紛争解決の方法に移る。裁判所は、「紛争解決の最適の方法は、明らかに交渉である」と判断する。なぜなら、「当該権利の範囲を決定または画定するために交渉が必要とされることは、優先権の概念に暗に含まれている」からである。「交渉の義務は、両当事者の各々の権利のまさに本質から流れ得るものであり、当事者に、交渉を指示することは、本件における司法的任務の適当な遂行にあたる」のである。

最後に裁判所は、「この判決を基礎として行われるべき新たな交渉において、当事者はそれぞれの権利の既述の評価およびその範囲を決定する一定の指針によって利益を受けることになるであろう」と述べる。

以上の立論に基づいて、裁判所は次のように結論する。

1 アイスランドの排他的漁業権の拡張に関する一方的措置はイギリスに対抗できな

い。

- 2 係争水域でイギリス船舶の活動を排除したり、制限することはできない。
- 3 両当事者は、係争水域における紛争を衡平に解決するために誠実に交渉する義務がある。
- 4 この交渉において両当事者は、とりわけ次のことを考慮に入れなければならない。

a) アイスランド国民の生活および経済的発展のアイスランド沿岸海での漁業への特別な依存性の程度に応じて、係争水域での漁業資源に関して優先的に配分を受ける権利。b) イギリス国民の生活・経済的福祉が依存している、上記水域の漁業資源に対して有するイギリスの確立した権利。c) 上述水域における資源の保存と衡平な漁獲に関して、他国の利益に相当の考慮を払う義務。d) 両国の上述の権利の実施が、上記水域における漁業資源の保存と開発および、保存と漁獲に関する他国の利益と両立することを条件とすること。e) 北東大西洋漁業条約の機構または国際交渉の結果合意した手段を使って、科学的情報等に照らして資源状態の再調査を行い、かつ保存と開発のために必要となる措置を共同に検討する当事者の義務。

なお、西ドイツの提訴した漁業管轄権事件においても、裁判所は、西ドイツが請求していない交渉義務命令も含めて、本判決と同趣旨の判断を示した<sup>(6)</sup>。

### 3. 判決の含意

本判決は、アイスランドが領海外で、かつ従来イギリスと合意した漁業水域外の海域でのイギリス漁船の漁業活動を禁止し、かつ禁止に反する漁船を拿捕した、すなわち、アイスランドの領域外で管轄権行使が行われ、その国際法上の有効性が争われた事例である。本件を、国家の管轄権行使の観点から整理することにしよう。

第1に、本件はロチウス号事件や漁業事件とは異なり、国家の管轄権行使の有効性が、イギリスとの関係という限定はあるが、否定されたケースである。しかし、その有効性の否定は、請求においてイギリス政府が主張した形ではなかった。すなわち、イギリス政府は、アイスランドの50海里の漁業水域を設定した規則が国際法上無効であることの確認を求めたが、裁判所は、当該アイスランド国内法の一般国際法上の有効または無効には論及せず、ただイギリスに対抗できないと述べるにとどまった。裁判所は、客観的な有効・無効の問題をイギリス・アイスランド二国間の対抗・対抗不能の問題として処理したとみる

ことができる。

問題は、本件においては、漁業事件と異なり、裁判所がアイスランドの行為を公海条約の原則及びイギリスの権利侵害を認定したにもかかわらず、なぜ対抗力の観点から判断を下したのかということである。漁業事件では、ノルウェーの行為が国際法上のグレーゾーンに位置し、しかし他方で将来の法の在処を示すものであったために、裁判所は、対抗力という概念によって、ノルウェーの行為の国際法上の有効性を論証するという方法をとったとみることができる。それでは、本件では、イギリスとの関係で、アイスランドの行為の有効性の否定が裁判所の主眼である、つまり漁業事件の場合と結論が逆であるにもかかわらず、なぜ裁判所は、対抗力の概念に頼ったのか。

この点は、やはり判決当時の、漁業水域に関する一般国際法の不確かさ、また裁判によってその有効性を否定すべきアイスランドの行為が将来の法の発展形態の一つの可能性を示していたためではなかろうか。すなわち、イギリス出身のウォルドック (Waldock) 判事の次の個別意見は示唆的である。

「34 1930年のヘーグ法典編纂会議が領海の幅員について3海里限界を義務的な限界に定めた普遍的規則として確定することに失敗した後、領海の幅員に関する国際法規則があるとしたら、それが何かについて疑問が生まれた。通説は、会議の失敗後も、3海里限界が一般に受け入れられていると言っている限界であり続けており、それゆえに、法上当然に (*ipso jure*)、有効でかつ他国に実施しうるものであるというものであった。しかし、同時に通説は、その限界を越える主張は、法上当然に国際法に反し、かつ対世的に (*erga omnes*) 無効であるとはいえず、このような主張の他国に対する有効性は、その国がその主張を受諾または黙認したかどうかによるというものであった。……

35 1930年以来、3海里より広い領海または他の形態をとった海洋管轄権であれ、海洋管轄権に関する数多くの新しい主張が沿岸国によって提示されてきた。明確に確立した一般規則がないなかで、法的争点は、対世的な主張の絶対的適法性または合法性ではなく、国家間相互での主張の対抗力 (*opposability*)、換言すれば他国の受諾または黙認として、提示され続けてきた。……漁業については、……法は、国家実行を通じて発展し、基線から12海里限界までの排他的漁業水域への沿岸国の権利は、一般的に受け入れられたようである。12海里より広い漁業水域も、たしかにいくつかの国家によって主張されてきており、第3次国際連合海洋法会議も開催中である。しかし、12海里より広い漁業水域は、一

部では受諾され、また一部では拒否され、12海里限界を越えた部分については、一般的な受容は存在しておらず、……裁判所は、立法者が法を定立する前に、法を予想することはできない。したがって、12海里を越える漁業管轄権の拡張は、他国が受諾または黙認したことを示さない限り、他国に対抗することはできないと考える。】<sup>(7)</sup>

本件でも、アイスランドの漁業水域は、ウォルドック判事が言うように、一般的に国際法に反しているとは言うことができなかったのである。このように判決の論理を理解すると、判決がアイスランドの行為を公海条約の原則に反すると言っていることをどのように解釈するかが次の問題となる。公海条約の原則に反している以上、国際法違反を構成すると言いうる<sup>(8)</sup>可能性があるからである。

判決では、アイスランドの行為は、公海条約の原則に反しているとの評価を行っているが、公海条約については、公海に関する国家の権利行使には他国の権利に配慮することが条件となっている点が強調される。すなわち、裁判所は係争海域を公海と捉えたうえで、アイスランドの排他的漁業水域設定行為をイギリスの漁業権——この権利は、係争海域が公海であることを前提にして成立するものと解せられる——との関係で問題にした。たしかにアイスランドの行為は国際法上承認されている優先権を越えるものであるが、裁判所の論理に従えば、裁判所の認定した漁業権がイギリスになれば、アイスランドの行為が国際法上イギリスに対して効力をもつかどうかを決定するためには、別の考慮が必要になり、場合によっては対抗力をもつ場合も考えられる。したがって、裁判所がアイスランドを公海条約の原則に違反しているとしたのは、漁業権をもつイギリスに対してであって、一般的に公海条約に反すると判断したのではない。その意味では、アイスランドによるイギリスの漁業権侵害に重点がおかれているとすることができよう。その点がより明確なのは、さきにあげたウォルドック判事の個別意見、またフォスター (Forster)・ベングゾン (Bengzon)・アレチャガ (Aréchaga)・シン (Singh)・ルダ (Ruda) の共同個別意見<sup>(9)</sup>である。それらは、現行法の状況が不明確であるとしてアイスランドの公海条約違反には言及せず、イギリスの権利侵害のみを認定するにとどまっている。したがって、本件のアイスランドの行為は、ロチュス号事件判決でいう、国家の管轄権に関する禁止規範に反したものである。

このように判決を解釈すれば、アイスランドの行為は、漁業事件の場合と同様に、一般的には国際法上のグレーゾーンに位置づけられるがゆえに、対抗力の観点で判断されたと

いうことになる。ただし、本件は、漁業事件とは異なり、アイスランドの漁業水域がイギリスの主観的権利を侵害したために、イギリスに対抗することはできなかったのである。

現在では、アイスランドの主張した50海里よりはるかに遠い沖合いに及び、かつ漁業規制権にとどまらない幅広い権利を沿岸国に与える200海里排他的経済水域が確立したが、本件の判決が下された1974年は、判決も自覚していたように、まさにこの200海里排他的経済水域の形成期であった。アイスランドの主張はこの流れに沿ったものであった。裁判所はこのような状況を十分理解し、両国間の個別的な規範状況の解明に集中して当面の紛争処理にあたったのである。

第2に、注意しなければならないのは、裁判所が、紛争の平和的解決の観点から交渉義務を唱え、その際の考慮点を示した点である。この点は、対抗力の観点から問題にアプローチすることによって、当面の紛争の解決に集中した裁判所の姿勢と軌を一にするものと見ることができる。

裁判所が交渉義務を訴訟当事者に命じたのは、1969年の北海大陸棚条約事件<sup>(10)</sup>について2度目のことである。裁判所が交渉義務を命じたことに対しては、本来の司法機能を越えたとの批判もあるが<sup>(11)</sup>、ここでは裁判所が付託された事態について法的な評価を下すにとどまるよりも、裁判所が示した諸点を考慮して訴訟当事国が交渉を行うことの方が適切であると裁判所が判断したことを確認しておきたい。北海大陸棚事件もこの事件も、さきに触れたように、事件を規律する現行国際法の内容が必ずしも明確ではなく、いわば国際法上のグレーゾーンに位置する行為が行われた事例であった。このような場合に、裁判所が、本件でアイスランドの行為がイギリスに対抗しえないと判断するだけにとどめることが両国間の紛争解決のために適切か、さらには漁業に関する国際法規範の発展に対して望ましいかという点を考量した結果であろう。とくに本件では、北海大陸棚事件とは異なり、原告イギリスが交渉義務命令を裁判所に請求していたのである。

他方、グロ（Gros）裁判官が反対意見<sup>(12)</sup>で述べているように、アイスランド沿岸海の漁業活動に関する紛争について、アイスランドとイギリス、さらには西ドイツと交渉させても真の解決が得られるかという問題点の指摘は的を射たものである。係争水域で漁業活動を行っている国は、これら3国以外にもスペイン、ポーランド、ソ連、日本等を数え、アイスランドの優先権はこれらの国に対するものでもある。そうであれば、グロ判事も言うように、これらの交渉は、これらの漁業実績国を入れて実施すべきものであろう。しか

し、裁判所は付託された問題の訴訟当事国以外には、当然のことながら義務を課することができないのである。この点は、大陸棚を囲むすべての国が訴訟に参加した北海大陸棚事件との決定的な違いであった。

- (1) ICJ Reports (1974), p. 1.
- (2) ICJ Reports (1972), p. 12.
- (3) ICJ Reports (1973), p. 302.
- (4) ICJ Reports (1972), p. 30.
- (5) ICJ Reports (1973), p. 49.
- (6) ICJ Reports (1974), p. 174.
- (7) Ibid., pp. 119-120.
- (8) R. R. Churchill, "The Fisheries Jurisdiction Cases," *International and Comparative Law Quarterly*, 24 (1975), p. 90.
- (9) ICJ Reports (1974), p. 46.
- (10) ICJ Reports (1969), p. 4.
- (11) 杉原高嶺『国際裁判の研究』(1985)、pp. 223-224. 参照。
- (12) ICJ Reports (1974), pp. 136-147.

## 五 まとめ

### 1. 国内法の域外適用に関する国際法規

以上の検討した3つの判決は、国家が国内法を根拠に執行管轄権または刑事裁判管轄権を行使したことに関して、管轄権行使の対象となった人または船舶の所属国が、その国際法上の有効性を問題にした事例であった。これらの3つのケースを総括し、国内法の域外適用について現行国際法がどのような規制を行っているかを整理することにしよう。

#### (1) 国家の管轄権に関する国際法の基本枠組み

国家の管轄権を規制する国際法原則は、ロチュス号事件で示されたように、禁止規範によって制限されないかぎり、各国は自由に管轄権行使を規律する原則を採用することができるというものである。他方、禁止規範に触れる管轄権行使は国際違法行為にあたり、その国は国際責任を問われると考えることができる。

ロチュス号事件では、他国領域で実際に国家の権能、たとえば裁判権を行使することは許されない等と述べ、禁止規範の一端を明らかにした。これ以外にも、他国への干渉を構成するよう国家の管轄権行使は許されないという規範も、この禁止規範に当たると言ってもよいであろう。

この禁止規範の証明については、単に諸国の異議等がないから禁止規範がないとは言えず、その実体的な正当化まで要求されるのである。

なお、禁止規範に該当する国家の管轄権行使ではあっても、それが対象国の同意を得ているときには、その禁止規範が強行規範でないかぎり、国際法上違法ではない。

#### (2) 国内法の対抗力

ある国の管轄権行使が禁止規範に触れない場合にも、その管轄権行使が、国際法上、問題にならないわけではない。すなわち、その管轄権行使が完全に国際法に合致していれば問題はない——たとえば、厳格な意味での属地主義に依拠して管轄権を行使するような場合がそれに該当する——が、そうではない場合——実際、国内法の域外適用が問題になるのは



こうした場合である——には、管轄権行使国とそれを問題にする国（請求国）との関係に則して、問題にされた管轄権行使の対抗力の有無が問題になる。すなわち、域外適用が一般的に一般国際法に照らして評価されるのではなく、あくまで国家相互の関係に限定して、域外適用された規則の効力が評価される。ここでは、たとえ対抗不能であると判断されても、当該域外適用が一般国際法に反し、違法または無効というわけではない。逆に、対抗力が肯定されても、その域外適用が完全に国際法に適合しているということでもない。

ところで「対抗力 (opposability)」という用語は、国際司法裁判所の判決の中で種々の意味で使われている。大きく一般規範の対抗力と具体的状況の対抗力に分けることができる。前者は、一般規範に拘束される国と拘束されない国があり、前者に対して対抗力がある、また後者の国に対して対抗不能と表現される。北海大陸棚事件<sup>(2)</sup>においては、大陸棚の境界画定に関する等距離原則が西ドイツに対抗しえないと表現されたのが、その典型的なケースである。具体的行為の対抗力とは、国家の一方的行為または複数の国が合意に基づいて行った行為の有効性を第三国が承認しなければならないことを意味する。この中にも、国際法に適合した行為が不特定の第三国に有効性を主張しうる、すなわち対世的効力をもつことを意味する場合と、国際法上適法とも違法とも言えない行為を、特定の第三国に対して有効であると主張しうる場合がある。損害賠償事件<sup>(3)</sup>において、国際連合の法人格の対抗力が言われているのが、前者の例であり、本稿で取り上げた漁業事件や漁業管轄権事件は後者の例である。

このように、国際司法裁判所が対抗力の概念を用いても、その意味することが違うことに注意しておく必要がある。本稿で対抗力というときは、言うまでもなく、国際法上適法とも違法とも言えない行為を、特定の第三国に対して有効であると主張しうるという意味である。

当該国内法の対抗力の有無は、権利侵害の有無および被対抗国の黙認または異議（抗議も含む。以下同じ）の有無という手続き的基準によって判断される。被対抗国が問題にする国の管轄権行使を知りながら黙認した、または異議を提示しなかったと評価されれば、当該国内法はそのことゆえに対抗力を得る。問題は権利侵害の位置づけである。漁業管轄権事件では、被対抗国イギリスの権利侵害が対抗不能の根拠とされた。したがって、その行為が黙認または異議の不提示と評価される主体は、問題の国内法によって権利が侵害さ



れた国であると解するのが適当であろう。

なお、黙認または異議の不提示は、一定の行為の対抗力の源になるものであるが、他方ロチュス号事件でも示されたように、それが一般的な禁止規範の不存在を証明する場合もある。漁業事件において、黙認または異議の不提示がノルウェーの直線基線の対抗力を発生させたが、他方この事件をきっかけとして、その後に直線基線が一般国際法上適法な制度に発展したことを思い浮かべれば、対抗力の源泉としての黙認または異議の不提示が、その後、一般的な禁止規範の確定的な不存在に転化することがあることが理解できる。ただし、ロチュス事件が言うように、禁止規範の不存在には実体的な理由づけを要するから、対抗力の源泉である黙認または異議の不提示と、禁止規範の確定的な不存在を示す黙認または異議の不提示は、質的に異なるものと把握する必要がある。

一定の国内法が外国に対して対抗しうると言うためには、被対抗国の黙認または異議の不提示が必要であるが、黙認または異議の不提示と評価するためには、黙認または異議の対象を特定する必要がある。したがって、無原則な形での国内法の域外適用は、黙認または異議の欠如があったと評価しうる対象の特定性を欠くことになる。その意味で、一定の原則に則らない国内法の域外適用が対抗力を備えることはないと解することができるのである。

### (3) 対抗不能と交渉義務

域外適用された国内法の対抗力を否定した場合にも、裁判所はその判断だけにとどめなかったことにも注意を払うべきであろう。漁業管轄権事件では、アイスランド、イギリスの双方について、関係する権利を摘示したうえで、両国に交渉義務を課した。

アイスランドの排他的漁業水域は、確かにイギリスに対抗しうるものではなかったが、他方、アイスランドに優先的漁業権を保障することだけを目的としたの漁業水域であれば、イギリスに対抗しうると裁判所が判断した可能性はある。アイスランドの漁業という観点から、排他的漁業水域の制度と優先的漁業権の制度を比較すれば、両者の差はアイスランド漁民の漁獲量の差でしかない。そうであるとすれば、両国間の紛争を根本的に解決するためには、アイスランドの優先的漁業権を前提とした両国間の漁業に関する法的枠組みを設定する必要がある。しかし、この点は両国間の交渉によってはじめてなしうるものであり、司法裁判所の決定によって行いいうることではなかった。裁判所の交渉義務命令

は、この状況を的確に踏まえたものであり、高く評価されるべきである。

## 2. 域外適用に関するわが国の対応への示唆

### (1) 一般的示唆

以上の考察が具体的に示唆するところを列挙してみよう。

第1に、国際法の側面のみから見れば、国内法の執行の局面を除けば、わが国の国内法について厳格な属地主義によらなければならない理由はない。

第2に、他国がわが国の政策に反する国内法の域外適用を実施し、それが国際法上適法であることが確定していると評価できる管轄権行使でない場合は、わが国はすばやく当該行為に対して異議の申し立てを行うべきであろう。もしそうしなければ、当該措置が国際法上、適法または違法がはっきりしない、いわばグレー・ゾーンに属する行為であっても、わが国への対抗力を獲得する可能性が大きくなる。とくに、漁業事件が明らかにしたように、当該国の一般的な実行と言えるかどうか明らかでない場合にも——漁業事件では、19世紀のノルウェーの地方的な実行についてのイギリスおよび国際社会一般の対応が、1935年のノルウェーの行為の対抗力の根拠とされている——、念入りにそれを検討し、必要な場合には、ただちに抗議等を申し入れるべきである。

第3に、わが国が問題とした国家の域外適用に関わる行為が、わが国に対して国際法上対抗力を得る途を塞いだとしても、わが国政府は、それで事足りりとの態度はとるべきではない。問題とされた事項に関する域外適用を行った国とわが国の権利または利益状況を分析し、域外適用国との間での確な法的な枠組み作りに努めるべきであろう。「一はじめに」で述べたように、国家が域外適用を実施する背景には、それを要請する国際的な相互依存関係が厳然として存在する。安定した国際関係を築くことが何より必要なことは言うまでもないことであり、そのためにも2国間さらには多国間協力による国際的枠組み作りが必要不可欠と考えなければならない。

以下、「一はじめに」で紹介した、国内法の域外適用に関するわが国の態度が、以上の数点の示唆に照らしてどのように評価されるかを論じて稿を閉じることにしたい。

### (2)公正取引委員会独占禁止涉外問題研究会報告書の評価

公正取引委員会独占禁止涉外問題研究会報告書（「以下「報告書」）は、以下の考察に照

らせば、おおむね妥当な結論を出しているといえる。

まず、国内法の域外適用について、「法律の適用範囲についての国際法上で了解された原則はないとの考え方」を通説と受け止め、それを前提として議論を組み立てている<sup>(4)</sup>。これについては、そもそも国際法上適法として正当化されるものは、属地主義だけであり、その他の諸原則は国際法上の許容原則を示したものではなく、また国際法上違法と評価されるのは、禁止規範に触れる場合であるが、国際法上明確な禁止規範がそれほど多くあるわけではない、というのが正確な論述であろう。しかし、この命題、または報告書の命題のいずれを出発点としても、その後の立論に差が出てくるわけではない。

報告書は次にOECD諸国の態度を持ち出すが、これによってOECD諸国に倣った行為を行っても国際法上適法であるという評価が生まれるかどうかは即断できない。むしろ、わが国独占禁止法の域外適用を行っても、少なくともOECD諸国が抗議等を行うことは考えられず、それらの諸国に対して対抗力を持ちうると予想されるということなのである。

報告書は結論として、独占禁止法の適用を「属地主義あるいは効果主義と分類することにより説明することは必要」ではなく「国内市場の競争を阻害する行為については、我が国独占禁止法による規制の対象となると考えることが妥当である」<sup>(5)</sup>と述べる。属地主義あるいは効果主義云々の点は、そもそも報告書が提唱する独占禁止法の域外適用が、国際法上確固たる位置を占める厳格な属地主義によって説明できるものではなく、また客観的属地主義に当たることに一般的な合意がない以上、これらの諸原則は第一義的には、国内の法律適用指針として取り扱われるべきものであることを銘記すべきであろう。これらの原則の国際法上の意味については、次のように考えるべきである。第1に、わが国の域外適用行為について異議等が寄せられた場合、わが国政府がその点について説明し、異議等を行った国の理解が得られれば、異議等が対抗力を減殺する程度は減る。したがって、客観的属地主義等の原則によっているとの説明が、異議国の納得を得るものであれば、これらの諸原則は異議国の納得を導びき、ひいては原因となった域外適用行為の対抗力の減殺を防ぐ意味をもつ。第2に、特定の原則に従って域外適用を行い、それが黙認され、またはそれについて異議が出されず、当該域外適用行為が対抗力を得る状況を考えてみよう。そこではわが国の域外適用一般が対抗力を得たのではなく、特定の原則に従った域外適用行為が対抗力を得たと解される。すなわち、域外適用行為が準拠した原則は対抗力を得た

域外適用行為を特定する意味をもつものである。

この点に関連して、報告書はさきの基本原則を示した後に、「外国企業への独占禁止法適用における配慮事項」を示す。本稿の議論と関係する点で報告書が具体的に挙げるのは、次の二点である<sup>(6)</sup>。

1) 外国企業の独占禁止法違反行為がわが国市場に実質的な効果を及ぼしていないときは、独占禁止法を適用すべきではない。

2) 関係諸国との対立緩和の見地から、関係諸国とわが国のさまざまな利益を考慮し、必要な場合は、独占禁止法の適用を抑制する。

1) については、諸外国への説明可能性をもつために是非とも必要である。2) も1) と同じ側面をもつが、併せて外国の国内事項への干渉にならない等、国際法上の管轄権行使に関する禁止規範にふれないように行為する義務をわが国にも負っており、2) はその点を担保する意味を有していることを銘記しておかなければいけない。

なお、報告書は、最後に「外国企業への独占禁止法適用に関する国際協力」の章を設け、対立調整のための二国間協定と多国間調整をあげる<sup>(7)</sup>。これは、すでに述べたように、独占禁止法の域外適用が国際法上グレーゾーンに位置する行為であることは否めず、独占禁止法の域外適用に関する安定的な運用を図るためには、国際的調整が望ましい。その点で、この報告書の姿勢はきわめて適切である。

### (3) アメリカ司法省の域外適用方針へのわが国の対応の評価

昨年アメリカ司法省の「米国輸出を制限する反競争的行為に関する司法省の方針」の内容は次のようなものである。

第1に、アメリカ政府はアメリカの輸出を制限する海外の行為に対して、次の条件を満たす場合には執行措置をとる。条件として挙げられるのは次の3つである。1) 当該行為が、アメリカからの輸出に対して、「直接的、実質的かつ合理的に予見可能な効果 (direct, substantial, and reasonably foreseeable effect)」をもつこと。2) 当該行為がアメリカの反トラスト法に違反する競争行為であること。3) アメリカの裁判所が当該行為の実行者に対して管轄権をもっていること。

第2に、この執行方針は、特定国を対象とするものではなく、他国政府の正当な利益に重大な影響を及ぼしうる反トラスト法の執行を行う場合には、国際礼讓の原則を考慮し、

適宜司法省は、外国政府に対して通報および協議を行う。

第3に、当該行為が輸入国の反トラスト法上違法になる場合に、その輸入国が効果的に排除できる立場にあり、かつ当該行為に対して反トラスト法に基づいて措置を執る用意があるときには、司法省がその措置に協力すること。

さきの(2)で検討した報告書にあるように、OECD 諸国が一般に採用しているのは、国内市場に影響のあるかぎり競争法の域外適用を実施しようとするものであって、このアメリカ司法省の方針はこれらを越えるものであり、国際法に適合していると評価できるものでないことは明らかである。他方、これが国家管轄権の禁止規範を侵しているかという点、即座に国際法違反と叫ぶものではない。もちろん、これに則って実施される行為が禁止規範に反する場合は、わが国はアメリカ政府の国際責任を問うる。しかし、一般に予想されるのは、禁止規範を犯すとはかならずしも言えないケースであろう。わが国政府が、アメリカ司法省の方針を「国際法上許容されない」と表現したのは、そのような場合を念頭において、アメリカの方針が確定的に国際法違反ではないが、それがわが国に対して対抗力を獲得することを認めないことをはっきり宣言したと解釈でき、的確な行動であったと評価できる。今後も、実際にこの方針に沿った行為をアメリカが執った場合には、再度抗議を行うべきである。

- (1) 江藤淳一「国際法における対抗力の概念」東洋法学第36巻1号(1992)、pp. 88ff.
- (2) ICJ Reports (1969), p. 4.
- (3) ICJ Reports (1949), p. 173.
- (4) 公正取引委員会事務局編『ダンピング規制と競争政策 独占禁止法の域外適用』(1990)、p. 62.
- (5) 同書、p. 67.
- (6) 同書、pp. 84-85.
- (7) 同書、pp. 92-93.

# 国際法からみた競争法の域外適用

小 寺 彰

# 目 次

## 一、はじめに

1. 問題の所在
2. アメリカ対外関係法第3リステイトメントと競争法の域外適用

## 二、アルコア事件

1. アルコア事件
2. ティンバレン事件
3. レイカー事件
4. アメリカ行政府の見解
5. アメリカ裁判所・政府の効果原則への評価

## 三、反トラスト法の域外適用への批判論の構造

1. オーストラリア司法長官の見解
2. イギリス政府のアミカス・キュリ書面

## 四、ヨーロッパ共同体における競争法の域外適用

1. 染料カルテル事件
2. ウッドパルプ事件

## 五、結びにかえて

# 一 はじめに

## 1. 問題の所在

(1) 前号(『国際商取引に伴う法的諸問題』(2))に掲載した「国際法と域外適用」<sup>(1)</sup>では、常設国際司法裁判所および国際司法裁判所の判決を素材にして、現在に至るまで未解決の問題であり続けている国家管轄権の域外適用を国際法の観点から考察する場合の枠組みを示した。本稿では、この考察を前提にして、国家管轄権の域外適用がもっとも問題になる分野の一つである競争法を取り上げ<sup>(2)</sup>、国家管轄権——ここでは一般に「立法管轄権」といわれる国家の権能が問題になる——の域外適用の是非について、各国がどのような議論を展開してきたのかを国際法の観点から検討し、この分野の域外適用に関する問題状況を明らかにしようと思う。

(2) 競争法は、自由な経済市場の維持を目的とする法分野である。たとえば、わが国の独占禁止法は、私的独占等の禁止によって「公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする」(1条)。具体的に規制するのは、私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法等である。ところが、最近のガット・ウルグアイラウンドの交渉妥結からも分かるように、第2次大戦後、ガット、国際通貨基金(IMF)の成立をきっかけとして、国際経済は着実に一体性を強めてきている。それに対応して、貿易分野のように国際法上の規律が進展してきた分野もあるが、競争法については、若干の二国間条約や多数国間条約はあるが、それらも競争法適用に当たっての通報等の手続を定めたものでしかなく<sup>(3)</sup>、実体法のレベルでは、もっぱら各国の競争法によって規制されてきた。世界市場の一体性と国ごとの規制という構造に、規制のギャップが生まれる余地があった。たとえば、X国でカルテルが禁止されている場合に、X国でA製品の大部分を生産する企業M社、N社、O社が事業拠点をY国に移し、そこでカルテルを結んでX国に輸出するという事態を想定してみよう。もしX国が、自国法の適用は自国内の行為に厳格に限るという伝統的な法政策を採用していれば、M、N、O社がY国に事業拠点を移してしまうと、拠点移動以前に適用しえたX国



の競争法はもはや適用できなくなる。しかし、カルテルによって X 国内の A 製品の価格が高くなることは、X 国内のカルテルであっても Y 国内のカルテルであっても事情は変わらない。X 国が、たとえ事業拠点が X 国内になくとも X 国の競争法を適用したいと考えるのは、自然のことであろう。すなわち、競争法の域外適用の問題が発生するのである。

このようなことは、競争法だけではなく、ハイジャック等の国際犯罪の場合にも起こる問題である。しかし、ハイジャック等の国際犯罪の場合は、犯人を「他国へ引き渡すか、処罰するか」(aut dedere, aut punire) という原則を採用する条約 (たとえば、「航空機の不法な奪取の防止に関する条約」) が作られているが、競争法の分野はやや事情が異なる。ガット・ウルグアイラウンドの後の次期ラウンドの交渉候補事項として競争政策が挙げられているが、他の候補事項である「環境保護と貿易」等と比べると、交渉が難航することが予想されている。それは競争阻害行為が産業保護・育成等に寄与する側面があるからである。たとえば、わが国の独占禁止法は、カルテル行為を禁止しながら、不況カルテル (24条の 3)、合理化カルテル (24条の 4) を明示的に認め、また各種の事業法に基づく命令による行為への独占禁止法の適用除外を定める (22条)。これらの例外は、競争法が一般的に禁止する行為を国家が産業保護等の産業政策に基づいて許すことがあることを示している。また石油輸出国機構 (OPEC) は、石油生産について国家がカルテルを結成した著名な例である。このように反競争的行為が常に許されないとは必ずしも言えない面がある。さきの例に戻れば、X 国の競争法の Y 国内への域外適用が、Y 国の経済政策と衝突する場合があります。ここに競争法の域外適用が、国際紛争に発展する芽を見ることができるとは。

(3) 以下でとりあげる裁判判決や政府声明は域外適用を議論する際に頻繁に引照されてきたものである。しかし、多くの研究は経済法学者によって行われており、その結果、国際法と国内法の議論を振り分けない、または振り分けても国際法については単純な議論に終始しているものが多い<sup>(4)</sup>。また国際法学者の研究は個々のケースに立ち入っていないものが多い<sup>(5)</sup>。その結果ケースに即して国際法的な検討がなされているとは言い難い状況である。単純に理解されているアメリカの判例や政府声明についても、実際は国際法の関連ルールについて、大変にニュアンスに富む議論を展開している。この点を分析し、前号の「国際法と域外適用」で主張した対抗性を軸とした域外適用の把握の意味を、別の面から考察しようと思う。

## 2. アメリカ対外関係法第3リステイメントと競争法の域外適用

(1) わが国をはじめ多くの研究者が競争法の域外適用の国際法上の合法性を論ずる際に根拠に挙げるのが、アメリカの対外関係法リステイメントの関係規定である。対外関係法リステイメントは、その意味で、域外適用に関する国際法解釈の典型的な一つの例を示すとみてよい。

最新の対外関係法リステイメントである『アメリカ対外関係法第3リステイメント (The American Law Institute, Restatement of the Law (Third) The Foreign Relations Law of the United States, 1986)』は、競争法の域外適用を従来から広く認めてきたアメリカ裁判所の管轄権——本稿で関心があるのは、とりわけその域外適用であるが——に関する現在の時点での判例法を再述 (リステイト) する<sup>(6)</sup>。

リステイメントは、国家の管轄権について、一般規定をおき、そのうえで各部門別の特則を定める。

リステイメント第403条は、本稿で対象とする管轄権を「規律管轄権 (Jurisdiction to Prescribe)」と表現して、その一般ルールを次のように規定する。

「国家は、第403条の制限に従うことを条件として、次の事項について規律管轄権を持つ。

(1)(a)すべての又は主要な部分が領域内でなされる行為

(b) …

(c)領域外でなされる行為であって、領域内でその実質的效果を生じているもの、又はそのような効果の生じることを意図してもの。』<sup>(7)</sup>

これは、「領域原則 (territorial principle)」に基礎をおく規律管轄権に関する規定である。このうち、(c)がいわゆる「効果原則 (effects principle)」を一般的に認めた規定である。領域内での実質的效果またはその意図を要件としており、意図があれば、実際に効果が発生しない行為までも規律できるという趣旨である。第403条の2項が、国籍を連結素とする「国籍原則 (nationality principle)」、また3項が国家の安全等を連結素とする「普遍原則 (universality principle)」を規定することに鑑みれば、リステイメントは、効果原則を領域原則の1類型と捉えていると理解することができる。

リステイメント第403条は、第402条を受けて、管轄権が成立した後の行使に関する制限を規定する。

「(1)第402条の管轄権の基礎の一つが存在する場合であっても、国家は、他国と関連性を有する人又は行為について規律管轄権を行使することが合理的 (reasonable) でない場合は、管轄権を行使することができない。」<sup>(8)</sup>

これは、一般に「管轄権の合理性原則 (jurisdictional rule of reason)」と呼ばれる原則を規定する。この原則が管轄権の行使を規律する原則と捉えられている点に注意を払っておこう。

第2項は、第1項を受けて、管轄権行使が合理的であるかどうかを決定する際に斟酌すべき次の8つの要素を規定する。(a)行為とそれを規制する国家の領域との結び付き。(b)規制国と規制される行為に責任を負う人、またはその規制によって保護される人との関係。(c)規制される行為の性格、規制国にとってその規制の有する重要性、他国がその行為を規制する程度およびその規制が一般に望ましいと受け入れられる程度。(d)その規制によって保護され、または損なわれる正当な期待の存在。(e)その規制が政治的、法的または経済的な国際秩序に対して有する重要性。(f)その規制が国際秩序の伝統と一致する程度。(g)他国がその行為を規制することに対して有する利害関係の程度。(h)他国の規制と抵触する蓋然性。

第3項は、国家管轄権の行使が合理性を欠かないにもかかわらず、相互に抵触が発生する場合——たとえば、アメリカに在住する日本人に対して、領域原則に基づいてアメリカの、また国籍原則に基づいて日本の規律管轄権が発生することはリスティメント第403条が明確に認めるところであり、ここには合法的に生じた管轄権相互の抵触の可能性がある——があることを想定して、その抵触を解決するための「利益衡量 (balancing of interests) 原則」を次のように定める。

「(3)2つの国家がともに人又は行為に対して管轄権を行使することが不合理とはいえない場合において、これらの国家による規律がたがいに抵触するときは、いずれの国家も、前項のすべての要素を考慮して、管轄権を行使することに対して有する自国の利益を他国の利益と同様に斟酌する義務を負う。国家は他国の利益が明らかに大きいときは他国に譲歩しなければならない。」

管轄権抵触の解決のために斟酌すべきとされるのは、前項で管轄権行使の合理性の有無

を判断するために採用された上記の諸要素である。すなわち、上記諸要素は、管轄権行使したいの客観的な適法性を決定すると同時に、管轄権の抵触時の管轄権の相対的な優先度を判断するという両面を有すると措定されている。

(2) このようにリステイトメントを効果原則による管轄権の域外適用に即して理解すれば、管轄権の実体的範囲は効果原則に基づいて一般的に成立したうえで、その行使が、第1段階で、管轄権の合理性原則によって、そして、同様にして認められる他国の管轄権と衝突するときは、第2段階として、利益衡量原則に則って制御されることになる。ここで注意しておくべき点は、適法に管轄権が成立することと管轄権抵触が解決されることは別の問題であるとリステイトメントが捉えて、上記のようなアプローチを採用することである。

(3) 規律管轄権のうち競争法分野の特則を定めるのが、リステイトメントの「第415条反競争的行為を規制する管轄権」である。同条第2項は、効果原則を、競争法に即して次のように規定する。

「合衆国の取引を制限する協定であって合衆国外で結ばれるもの、及びかかる取引を制限する行為又は協定であって大部分が合衆国外で行われるものは、当該行為又は協定の主たる目的が合衆国の通商を阻害することであり、かつ、当該協定又は行為がその通商にある程度の効果を及ぼす場合には、合衆国の規律管轄権に服す。』<sup>(9)</sup>

第3項は、上記の「効果」が実質的 (substantial) であり、かつ管轄権行使が不合理 (unreasonable) でないという条件を定める。

第415条は、第402条の行為を競争法に即して特定したものであり、第2、第3項は第402、第403条を敷衍する。したがって、第404条の管轄権抵触に際しての利益衡量も競争法に適用されると考えるべきであろう。

これらのリステイトメントのルール、また管轄権の成立と抵触の制御というアプローチをしたいを、アメリカをはじめ諸国の裁判所や政府は確固とした一般国際法として認識しているのだろうか。

## 二 アメリカ反トラスト法の域外適用肯定論の構造

上記のリステイトメントは、「アルコア (United States v. Aluminium Co. of America, ALCOA) 事件」控訴審判決以下のいくつかのアメリカの反トラスト法関連の判決をもとにしている。

### 1. アルコア事件

(1) 反トラスト法の域外適用を肯定したリーディングケースが「アルコア事件」控訴審判決 (148 F. 2d 416(1945)) である。アメリカでは、アルコア事件前は、反トラストについて厳格な領域原則を採用して、反トラスト法の域外適用を否定した「アメリカ・バナナ事件 (American Banana Co. v. United Fruit Co.)」(213 U.S. 347(1909)) が反トラスト法の域外適用に関するリーディングケースとされていた。ただし、アメリカン・バナナ事件は、判決のなかで例外的に域外適用される余地を認めており、完全に域外適用を否定したのではない<sup>(3)</sup>。

アルコア事件では、アメリカ法人アルカン (Alcan) のカナダ小会社 Aluminium Limited がアメリカ外でヨーロッパ企業とカルテルを結成し、それに参加したことに対して、アメリカの反トラスト法を適用できるかどうかの問題になった。

裁判所 (ハンズ (Hands) 判事) は、次のような国際法上の管轄権理論に基づいて、反トラスト法の適用を肯定した。

裁判所は、反トラスト法の適用範囲が、「諸国が権限行使に際して慣行的に遵守している制限、すなわち抵触法 (Conflict of Laws) によって設定される制限に一般的には一致する制限」(p.443.) に服するとする。そのうえで、「国境内で国家が非難する結果をもたらす国境外の行為については、国家への忠誠 (allegiance) の中にいない個人に対してすら責任を課しうるのが確立した (settled) 法である。他国は通常はこの責任を承認する」(Ibid.) と述べる。

そのうえで裁判所は議会の立法者意思を探り、アメリカへの「輸入に影響を与えることが意図され、かつ与えた」(Ibid.) トラスト協定は違法であると結論する。

(2) 裁判所の議論は、国際法の議論と国内法の議論に分けることができる。国際法上は、裁判所は管轄権に関する制限があることを認め、そのうえで、それが抵触法上のルールに一般的に一致すると述べて「非難する結果をもたらす国境外の行為について」外国人に対して責任を課すことが許されるとする。このような国際法の議論を踏まえて、反トラスト法の適用基準として、アメリカへの「輸入に影響を与えることが意図され、かつ与えた」ことを採用する——ただし、これは効果と意思の双方を要件としており、上記の第3リステイメントで規定される「効果原則」より厳格である——。

非難する結果をもたらす国境外の行為について外国人に責任を課すことが許されるという原則は、国際法上の効果原則であり、逆にアメリカへの「輸入に影響を与えることが意図され、かつ与えた」行為に反トラスト法を適用すべきであるというのは、国内法上の効果原則である。

裁判所は、管轄権に関する国際法上の効果原則を他国が通常は承認すると述べたが、当時の諸国はおおむね承認しなかったとすることができる。抵触法のルールに則って競争法を域外に適用することが確立された法と言えるような状況ではなかったのである。

違反行為が認定された Aluminium Limited の性質についても触れておく必要がある。Aluminium Limited は、アメリカ企業アルコアが元来カナダで所有していた資産を分離してカナダで設立された会社であり、アメリカ企業の子会社という側面を持っている。しかし、判決は Aluminium Limited がアルコアの意思からは独立して行動しているとの認定に基づいており、企業一体性によって反トラスト法の域外適用が認められた事例とみることはできない<sup>(11)</sup>。

## 2. ティンバレン事件

(1) 効果原則に加えて、管轄権の合理性原則を管轄権を規律する原則としてはじめて採用したのが「ティンバレン事件（第9巡回控訴審判決）」(Timberlane Lumber Co. v. Bank of America) (549 F. 2d 597(1976)) である。本件は、アメリカ企業ティンバレンの子会社が、ホンジュラスでバンク・オブ・アメリカによって営業妨害を受けたとして、反トラスト法違反でバンク・オブ・アメリカに損害賠償を求めた事件である。

裁判所（チョイ（Choy）判事）は、判決の中で、反トラスト法の域外適用について「疑いのないものである」（Ibid., p. 608.）が、アメリカが域外適用を意図する場合に他の

諸国が利益をもち、調整が必要になる場合があることを認識したと述べる。そのうえで、「管轄権の域外適用の主張を正当化するためには、アメリカの利益が弱すぎ、かつ抑制のための外国との調整のインセンティブが強くなる点」(Ibid., p.609.)があるとしながら、「その点がどこか、またはその点をどのように決めるかは、国際法上規定されていない」(Ibid.)と述べる。そこでアルコア事件の上記の域外適用の法理を紹介したうえで、「アルコア事件で確立された法であると記述されたにもかかわらず、アルコア判決の見解は多くの外国の評者から国際法、礼讓および good judgment に反するものとして厳しく論難された」(Ibid., p. 610.)と述べる。そして効果原則も含めて管轄権に関して主張されてきたさまざまなテストを紹介しながら、それぞれの不十分さを指摘して、「われわれが好ましいと考えるのは、具体的な事例において関連性をもつさまざまな考慮点を評価・勘案することである」(Ibid., p.613.)として、「管轄権の合理性原則」の採用をとく。裁判所は考慮点のなかに外国の法または政策との衝突の程度が含まれるとし、「この衝突を評価するときには、裁判所はアメリカとの接触及び利益が十分かどうかを決定するべきである」(Ibid., p.614.)と結論する。

判決はこれらの点をまとめて域外適用問題の処理方法を3段階に分ける。第1は、問題の行為がアメリカの対外通商に影響を及ぼし、または影響を及ぼすことが意図されたか。第2に、その行為が反トラスト法違反とみなしうるものか。第3に、国際礼讓及び公正性の問題として、アメリカの域外管轄権がこの行為をカバーすると主張できるか。

判決は、第3の国際礼讓及び公正性を判断する基準を7つ挙げる。

- (1)外国の法律又は政策との抵触の程度
- (2)当事者の国籍又は忠誠及び会社の場所又は主たる事業地
- (3)いずれか一方の国家による法執行に対して当事者の遵守の期待される程度
- (4)他国と比較して効果がアメリカに及ぼす相対的重要性
- (5)アメリカの通商に有害な効果をもたらす明白な意図の程度
- (6)このような効果の予見可能性
- (7)外国での行為と比較してアメリカ国内の行為に帰せられる違反の相対的重要性

なお、これら考慮すべき要因は絶対的なものではない。その後の「マニングトンミルズ事件」(Mannington Mills v. Congoleum Corp.) (595 F. 2d 595(1979)) 判決(ワイス



(Weis) 判事) では、ティンバレン判決を一部修正・付加して10の要因を挙げている<sup>(12)</sup>。

(2) まず、アルコア事件判決と比較してみよう。ティンバレン判決は、管轄権の域外適用については、アルコア事件が前提とした国際法理、国際法上の効果原則に疑問を突きつけたとみることができる。一般論として管轄権の域外適用が国際法上認められる場合があるとする点は同じであるが、具体的にどこまでの域外適用が許されるかを国際法上のルールによって律することはできないという判断に立っている。ティンバレン判決は、第1に、管轄権に関する国際法規を国家間の利益調整の枠組みで捉えている。この判決は、国際法上の効果原則を前提にはいるが、国境内で効果が発生したことから直ちに国際法上の管轄権が発生するというアルコア事件のような単純な議論ではない。その意味では、効果原則を前提にしながら、管轄権の合理性原則で限定するというリステイトメントの採用したアプローチと重層性において共通する——ただし、重層性の内容は後に検討するように異なる——。第2に、管轄権画定における国際法規の限界を明確に認識している。ティンバレン事件判決は、国際法規のこの限界の認識のうえで、反トラスト法の域外適用の実体的な正統性を探るという方法を採用した。

ティンバレン判決が実体的な正統性の根拠を判断するテストとして採用したのが、管轄権の合理性原則である。アルコア事件で採用された国内法上の効果原則は、管轄権の合理性原則の一つの考慮点として位置づけられる。

管轄権の合理性原則については、リステイトメントとの比較が必要であろう。ティンバレン判決では、管轄権の合理性の判断の最後の段階として、国際礼譲および公正性を抽出する。反トラスト法の域外適用の適否を判断する最後の段階で、国際礼譲・公正性を複数の基準——基準の内容は異なるが——によって比較衡量すべきこと——すなわち利益衡量アプローチ——を説く点では、リステイトメントと一見共通する。しかし、ティンバレン判決は、管轄権が国際法上適正に成立した上で、行使に当たって2段階で制御するという議論ではない。もっぱら「管轄権の域外適用の主張を正当化するためには、アメリカの利益が弱すぎ、かつ抑制のための外国との調整のインセンティブが強くなる点」を探求するという視点、すなわち利益衡量アプローチを当初から採用した点で、リステイトメントとは異なる。裁判所が反トラスト法の域外適用を肯定する際には、ティンバレン事件判決、またリステイトメントのアプローチのいずれによっても、性質上当然に他国の管轄権との抵触を判断せざるを得ない。そうであれば、リステイトメントのように同じ要素につい



て、合理性の有無、合理性の優劣という2段階の判断を経る必要があるのだろうか。この点ではティンバレン事件判決のアプローチの方がすっきりしていると言うべきであろう。なお、ティンバレン判決における管轄権の合理性原則は国際法上のものではないが、リステイトメントは国際法上のものと捉えていることも注意しておく必要がある。

このようにティンバレン事件判決は、一見リステイトメントとの類似が目につくが、多くの基本事項について、リステイトメントと異なる構造をもっている。

### 3. レイカー事件

(1) アメリカ・イギリス間で低額の運賃で航空輸送を行っていたレイカー (Laker Airways Limited) が、為替差損等によって破産した。レイカーの清算過程で破産財団が、他の外国航空会社のアメリカ反トラスト法違反の行為によって損害を被ったとして訴えたのが本件である。

本稿の観点からは、コロンビア巡回裁判所の控訴審判決 (Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines) (731 F. 2d 909(1984)) が重要である。この裁判では、アメリカ競争法の管轄権が大きな論点となった。判決 (ウィルキー (Wilkey) 判事) は、アメリカとイギリス両国について、競合的に管轄権が適正に発生するとする。アメリカの競合的な管轄権については、被害 (harmful effects) が申し立てられた行為から直接的に発生した以上、この点を根拠とした領域管轄権は国際的に承認された主権と完全に整合すると説く。これは、国際法上の効果原則を領域原則の一つと捉えることを明瞭に示す。

次に適正に発生するアメリカ、イギリス両裁判所の管轄権の主張の衝突の法的な調整が国際法の観点から興味を引く。裁判所は、この衝突は両国の政治部局の衝突であって、裁判所の衝突ではない以上、裁判所が解決しうるものではないという基本前提にたつ。その議論のなかで、裁判所は、両国の利益衡量をすとのアプローチについて、「利益衡量が国際法のルールであるとする証拠はな」(Ibid., p.950.) く、また国籍原則の至高性の否定も含めて、管轄権抵触を解消する国際法の原則はない、また管轄権の抵触状態においては、合理性の程度の高い管轄権が程度の低い管轄権に優先すとの国際法規もないと判断した。

裁判所は、政治部局が管轄権競合を解決しない限り、フォーラムの法を適用する他ないとして、本件における反トラスト法の適用を肯定した。その意味で利益衡量アプローチの

限界が示されたというのが一般的な評価である。

(2) 本稿の観点から重要なのは、第1に、レイカー事件判決が領域原則と国籍原則だけを国際法上の管轄権原則として抽出し、そのうえで効果原則を明確に領域原則の1類型と捉えて肯定したことである。これは、効果原則を領域原則として把握する、1958年の暫定草案以来のリステイトメントのアプローチを明確に追認したものである。

第2に、判決は管轄権における国籍原則の国際法上の至高性を否定し、管轄権抵触をさけるための管轄権の合理性原則、利益衡量原則の国際法規性をことごとく否定した。判決は、管轄権を成立させる根拠についてきわめて明確な態度をとった。すなわち管轄権の主張について、適法または違法であることが明確に解釈されるという前提にたちながら、管轄権抵触の解決には、国際法の限界があると判断したのである。これは、ティンバレン事件同様に、管轄権の域外適用について、国際法の限界を認識したが、国際法が限界を示す場合は、ティンバレン事件では、そもそも管轄権の成立の有無の場面であったのに対して、レイカー事件では、有効に成立した管轄権の抵触場面であった。

#### 4. アメリカ行政府の見解

(1) アメリカ行政府の見解として興味深いのは、1978年に行われた司法長官 (Attorney General) のベル (Griffen Bell) の演説 (A.V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction* (1983), pp.4-5.) である。その中で効果原則に基づく域外適用をアメリカ市場における競争の維持にあるとしたうえで、国際法上の管轄権原則を次のように述べる。

「もっぱら領域性原則に基づく管轄権は、世界大の相互依存が現在と比べてはるかに進んでいなかった19世紀に発展した概念である」(Ibid., p.4) とし、相互依存が進展した現在では、「効果原則を一方的にかつ固定的に適用しない限り、効果原則に基づいて管轄権を主張する権利をもつべきである」(Ibid.) とする。さらに「われわれがアメリカ合衆国の対外通商上の反トラスト管轄権を行使するときに、われわれは、他の諸国が正当な利益をもたないと言っているのではなく、また時々その利益がわれわれの利益と衝突することを否定しない」(Ibid.)。アメリカの管轄権行使を管轄権にギャップが生じないようにすること、具体的には、アメリカに本拠をおく多国籍企業が海外子会社を利用して反トラスト法の回避行動をとることを許さないこととする。

(2) ここでは効果原則がもっぱら国内法上の原則として位置づけられ、また効果原則の適

用に当たっては、外国と共同して行動することの必要性が主張されている。国内法上の効果原則が、一般的に一般国際法上の原則であるという趣旨はまったく窺われない。

## 5. アメリカ裁判所・政府の効果原則への評価

(1) 1980年代までのアメリカの判決や政府声明を見る限り、アルコア事件が抽象的な形で述べたような、国際法上の効果原則に基づく管轄権の域外適用が国際法上合法なものである、または許されているという意識が確固としていたとは言えない。アルコア事件で国際法上の明確に許容されると論じられた効果原則は、その評価が曖昧にされたティンバレン事件を経て、レイカー事件で領域原則の1類型として位置づけられたのである。

(2) 他方、管轄権の合理性原則や利益衡量は、ティンバレン事件、レイカー事件を見る限り、国内法上の原則として考えられており、国際法上原則とみるリステイトメントとは大きく異なる。原則の位置づけ、すなわち管轄権の適法性を確保するか、適法に成立した管轄権の抵触を解決するかについても、リステイトメントとさまざまな点で異なり、また捉え方も同一でないことが分かる。

## 三 反トラスト法の域外適用への批判論の構造

アメリカの反トラスト法の域外適用に対しては、多くの先進国が非難の声明を出してきた。これらの非難はどのような論拠に基づくものであろうか。この点を各国政府の声明等によって検討することにしよう。

### 1. オーストラリア司法長官の見解

(1) オーストラリアの司法長官 (attorney general) であるデュラック (Peter Durack) が、1981年にアメリカ反トラスト法の域外適用、とくにティンバレン判決で述べられた利益衡量アプローチについての見解をアメリカ法律家協会 (ABA) で述べた (Lowe, *op. cit.*, pp.90ff.)。

デュラックは反トラスト法の域外適用が問題になる原因を情報伝送手段の改善、企業の国際化と国際貿易の拡大に求める。これらの現象の結果、各国は海外で行われている行為

を国内経済法に取り込もう、すなわち域外適用しようとして、各国の法と政策が衝突したが、それを解決する国際法上の制度 (regime) がないというのがデュラックの現状認識である。この衝突を解決する原理として、彼がまず持ち出すのは、国際礼讓である。しかし、国際礼讓は強制力を欠き、またその内容も曖昧である。したがって、国際法上のルール的发展が望ましいと結論する。この点を踏まえて、議論は衝突を調整する場の問題に移る。調整の場として裁判所をみれば、裁判所は能力を欠き、またどの法の適用が望ましいかは司法的機能ではない。むしろ行政機関による解決のための手続を定めることが重要であると述べる。この手続は、主権原則及び主権平等観念が要請するものでもあるとする。

(2) オーストラリア司法大臣デュラックのこの見解は、利益衡量アプローチによるアメリカ反トラスト法の域外適用に反対はしているが、競争法の域外適用を規律する国際法規の不備の認識はアメリカの裁判所・政府と驚くほど一致している。オーストラリアが問題にしているのは、この分野の国際法規の不備を前提にして、競争法の域外適用に起因する管轄権衝突を裁判所で処理するか、行政府で処理するかという調整機関の点である。この認識は、実はレイカー事件判決でつとに指摘されていた点でもある。その意味では、反競争法に関するこの反対論は、表面的にはアメリカの反トラスト法の域外適用に反対しているが、実質はアメリカ裁判所の反トラスト法肯定論と同一の枠組みを共有する。

## 2. イギリス政府のアミカス・キュリ書面

(1) アメリカの反トラスト法の域外適用に対して興味深い反対論を展開したのは、イギリス政府が「ウラニウム反トラスト法事件 (The Uranium Antitrust Litigation)」(473 F. Supp.382) の際にアミカス・キュリ (amicus curiae) として提出した書面 (Lowe, op. cit., pp.156ff.) である<sup>(13)</sup>。

この中でイギリス政府は、反トラスト法事件を国際法上の刑事事件と性格付けて、「『効果』テストが国際法に抵触するというのが、……長年にわたるイギリス政府の立場である」と述べる。理由としてあげるのは、次の4点である。(A)反トラスト法違反の行為は、海賊行為とは異なり、普遍的に違法であると認識されていない。(B)反トラスト法の域外適用は、他国の経済政策と衝突する可能性の高い経済政策の拡大である。(C)効果原則による反トラスト法の域外適用は、アメリカ国外で活動する企業間の関係に不安定を持ち込む。(D)反トラスト法違反には、刑罰が付随している。

(2) この書面について、第1に指摘しなければならないのは、このイギリス政府の見解が、域外適用の把握自体について、二で分析したアメリカ裁判所・政府の見解と構造を著しく異にしている点である。イギリス政府は、本件で問題にされている効果原則に基づく反トラスト法のイギリス企業への適用を領域原則に基づかないという前提に立って域外適用とよぶ。イギリスの理解によれば、領域原則または国籍原則に基づかずに競争法の適用が許されるのは、普遍主義による場合しかない。そのうえで反トラスト法の適用は普遍主義によって正当化される条件を欠いているというのである。

このような理論構成の基本には、イギリス政府が反トラスト法を刑事法として捉えていることがあるとすることができる。刑事法であれば、アルコア事件判決の言うように抵触法のルールによって解決しうるなどという議論が成立する余地はないのである。逆にアメリカ裁判所および政府の見解には、反トラスト法の法体系上の位置づけはなく、アルコア事件判決での抵触法への言及、またアメリカ国際私法で発展してきた管轄権の合理性の原則のティンバレン事件判決での採用は、反トラスト法の域外適用を私法に類推させて捉えていることをうかがわせる。

このようにイギリスの見解は、第1に挙げたようにきわめて明瞭な管轄権理論に立つがゆえに、管轄権行使には国際法上合法なものと違法なものしかないという、大変割り切った立場に立っている。逆に、アメリカ裁判所による反トラスト法の域外適用を非難するオーストラリア司法長官の見解や、すでに見たアルコア事件後のアメリカ裁判所・政府の見解は、アメリカ反トラスト法の効果原則等に基づく域外適用を国際法上許されているとも、許されていないとも判断せず、むしろ国際法によっては判断できないという立場に立っている。

第2に指摘しなければならないのは、イギリス政府の見解の前提である、効果原則を領域原則とは別の原則であるという理解について、イギリス政府は何等の説明もしておらず、また、当然その根拠も語っていない。しかし、効果原則を領域原則の範疇で捉えられるか否かが、反トラスト法の域外適用の是非を決定する中心問題の一つである。

## 四 ヨーロッパ共同体における競争法の域外適用

ヨーロッパ諸国は伝統的に競争法の域外適用に対して批判的であったと言われる。しかし、最近ではこの点についての事情も変わってきたというのが一般的な理解のようである。

ヨーロッパ共同体（EC）設立条約（ローマ条約）は第3部第1編第1章を共同体の競争規則に当てている。以下では、EC裁判所が、EC加盟国間の取引に関する競争阻害行為を禁止するローマ条約第85条以下の競争法規定の域外適用を肯定したと評価される事案を検討することにしよう。

### 1. 染料カルテル事件

(1) ECの競争法の運用機関であるEC委員会が、事件当時非加盟国であったイギリスに所在するImperial Chemical Industries（ICI）が価格協定によって価格を高騰させたとの疑いをもち、ローマ条約第85条を適用した。この委員会の決定に対して、ICIが共同体裁判所に委員会決定の取消等を訴えたのが「染料カルテル事件」（Dyestuffs case, ICI v. Commission, (1972)E.C.R.619.）である。

原告ICIは、ジェニングス（Jennings）教授の鑑定意見を示しながら、国際法上、EC競争法の管轄権が及ばないことを主張した。ジェニング教授の議論は次の通りである。

共通犯罪（common crimes）に該る犯罪については、国家が刑事法に関する領域原則を逸脱することができる。しかし、通商に関する規制は領域に限定されるべきものである。ロチェス号事件<sup>104</sup>やハーバード草案によれば、領域で行われたというためには、侵害行為が領域でおこなわれなければならない。アルコール事件は、単なる経済的な影響（economic repercussion）で足りるとしたが、行為と影響では本質的に異なる。またそれゆえに諸国がアメリカの反トラスト法の域外適用に反対してきたことも合わせて考慮すべきである。

これに対してEC委員会は、ICIが子会社に価格維持を命じて実行させたこと等から、ICIの行為がEC域内で実施されたと捉えられること、また選択的な主張として、アメリ

カ反トラスト法で採用された効果原則がロチェス号事件判決で展開された国際法規に合致することを主張した。

裁判所は、効果原則の国際法上の評価には直接的な判断を下さず、「域内子会社の行為が域外会社に帰責される場合がある」とし、本件では、「会社間の形式的な分立は、行為の一体性よりまさることはない」((1972)E.C.R.662.)としてICIの責任を肯定し、原告の主張を退けた。すなわち、ここでは域外行為の影響に着目して責任を問うのではなく、域内行為について責任を問うと構成して、国際法上の議論をクリアしたと考えることができる。

(2) この判決では、裁判所は国際法上確固たる地位にある領域原則によって管轄権を裏付けている。すなわち、裁判所が問題にするのは、共同体域内に存在する企業の、域内で実施された行為であるという法律構成である。実際に反競争法違反の行為を実施した企業の拠点は共同体域外にあるため、域内子会社の行為を捉えたうえで、法人格の分離にもかかわらず、競争法上は域内子会社と域外親会社が同一であると解釈した。

## 2. ウッドパルプ事件

(1) EC域外のスウェーデン、フィンランド、アメリカ、カナダに拠点を置く41の企業・組合が、ECで販売される紙パルプについてカルテルを結んだことに対して、EC委員会がローマ条約85、86、92条の責任を問うた。この決定に対して、違反を問われた企業が管轄権不存在等を主張してEC委員会を相手取ってEC裁判所に提訴したのが、「ウッドパルプ事件」(Wood Pulp case, (1988) E.C.R. 5193.)である。

裁判所は、ローマ条約第85条違反の行為を2つの要素から構成されると考える。一つは、協定・決定等の形成であり、他の一つはその実施である。もし、前者に沿って第85条の適用を決めるのであれば、その回避は容易である以上、「決定的な要素はそれが実施される場所である」(16項)。本件において価格協定は、共同体域内で実施されており、この行為に競争規則を適用する共同体の管轄権は、国際法上普遍的に認められる属地原則によってカバーされる(18項)として、領域性原則によってローマ条約第85条の適用を肯定した。

(2) 本件は、EC裁判所が効果原則を採用した例といわれることがあるが、上記のように裁判所は効果原則によってローマ条約第85条等の域外企業への適用を認めたのではない。



あくまで裁判所は領域性原則によってローマ条約第85条等の適用を肯定した。ただし、1.の染料カルテル事件と比較すると、裁判所は、禁止行為を行った企業を共同体域内で捕まえてはならず、もっぱら行為に着目して、共同体域内での実施行為によって、領域性原則による正当化が可能という解釈を採用した。このような構成が可能になったのは、一つには対象行為を2分類して、一般に競争法違反行為とされる価格協定の締結のほかに、実施行為を析出したためである。

ウッドパルプ事件は、EC競争法の適用範囲を染料カルテル事件から一段広げたものである。染料カルテル事件と同様に伝統的な領域原則を採りながら、領域で実施された行為を広く理解した結果である。実質的には、効果原則を採用したも同然との評価があるが<sup>(15)</sup>、外国でカルテルが結ばれ、EC域内企業が外国でカルテル対象産品を仕入れてEC域内で販売するような場合には、結果は違ってくる<sup>(16)</sup>。この場合には、共同体域内でカルテル締結企業の行為をまったく捕まえることができず、そのため、効果原則の場合とは違って競争法を適用することはできない。

他方、この判決では、アメリカ裁判所・政府と同様に、競争法の適用回避を防ぐべきであるとの要請が明確に意識されていることにも注意しておくべきであろう。この判決でも、1.の染料カルテル事件と同様、効果原則の採用を明確に否定したわけではない。効果原則に対して好意的な法務官（advocate general）見解や先の競争法の適用回避防止の強調を踏まえれば、効果原則が唯一の適用根拠であるようなケースにおいては、EC裁判所が効果原則に踏み切る可能性は強いと推測することができる。

## 五 結びにかえて

(1) 競争法の管轄権を広く考えるアメリカの域外適用の理論構造、またそれに対する批判、EC競争法の域外適用を肯定したとされる代表的な判例の構造を検討した。

どの判決、また意見も管轄権に関して国際法が限界を設定することを認識している点では共通している。しかし、その他の点では、大きくまたは微妙に見解が食い違っている。

(2) 一般的には、競争法を域外適用すべき要請があることが認識され、他方で、各国が管轄権を行使する結果、管轄権抵触が発生するために、それをどのように回避または調整す



べきかという課題も広く共有されている。域外行為の規制という課題に対して、競争法の域外適用によって臨んだのがアメリカであり、伝統的な領域原則という領域内で実施される行為を広く解することで対処したのが EC である。

領域原則と効果原則の関係についての認識を踏まえると、両者の差も理論的には、それほど大きいとは言えない。アルコール事件では、効果原則と領域原則の関係についてはいくつかの解釈の余地があったが、リステイトメントやレイカー事件では効果原則を領域原則の1類型と捉えており、その点では、アメリカのアプローチも EC のアプローチも、さらに競争法の域外適用にもっとも慎重なイギリスのアプローチも、現在では基本哲学を一にしていると見ることができる。この観点から見れば、どこまで領域原則によって包摂しうるかがポイントだということになる<sup>10)</sup>。

他方、領域原則を基本に据えるとしても、そのみによって管轄権の有無が決定されず、管轄権の成立段階または行使段階のいずれかにおいて、管轄権の合理性原則、利益衡量原則等の他の基準が関わるとするのが、アメリカの裁判所・リステイトメントの顕著な特色である。しかし、これら諸基準については、アメリカの裁判所やリステイトメントにおいても、国際法上の基準かどうか、また管轄権を適法に成立させる基準か、それとも適法に管轄権が成立した後に複数の管轄権抵触を解決する基準か等については、一致はない。

(3) イギリスが、伝統的な管轄権理解を競争法にも適用できると考えるのは、競争法を刑事法に引き付けるからである。逆に、アメリカ等は、競争法を私法に類推する考え方等によって、さきの競争法回避行為の防止の強調等、反トラスト法固有の利益状況を探り、競争法の適用範囲を画定していこうとの態度である。また国際法による管轄権行使の限界が認識されながら、明確な限界を見つけることができないのは、競争法を新たなカテゴリーと捉えるためである。競争法をはじめとする経済法は固有の機能をもっており、イギリスのように刑事法と同一視するアプローチには無理が感じられる。

前号では、筆者は、ある種の法の適用について適法または違法とは言えず、管轄権抵触が問題となる国家間の関係に即して、当該法規の対抗可能性の有無として理解すべきであると主張した。この主張は、ティンバレン事件やマニングトン・ミルズ事件、またリステイトメントで、管轄権抵触を解決する方法として、利益衡量アプローチを採用した態度と共通する。すなわち、両者とも、管轄権の有無、さらには管轄権相互の抵触を一般理論に

よって解決することはできないという前提がある。

また、たとえ管轄権の限界が設定できたとしても、そのことが管轄権調整の役割を自動的に果たすものではないという事情が、管轄権についての一般国際法規の生成を阻害しているとは言えないだろうか。領域原則に基づく規律管轄権と国籍主義に基づく規律管轄権だけが、国際法上許容される管轄権であるというイギリスのような厳格な立場を採用したとしても、一の2.で例を挙げたように、管轄権の抵触が起こり得る。その意味で、管轄権の国際法上の限界と管轄権抵触の調整は一応別の問題と理解しなければならない。しかし、管轄権をこのように理解すれば、管轄権の国際法上の限界を一般的に設定することの意味はそれほど小さくなく、むしろ管轄権の抵触こそが問題の焦点になる。しかし、抵触の解決は、ティンバレン判決等が多くの要素を挙げたことからうかがわれるように、一律のルールに服させることは難しいのである。

(4) 反トラスト法の域外適用に関する第3リステイトメントの諸規則は、一般国際法の再述と言えるようなものではなく、大部分がアメリカ国内法上の管轄権理論であり、またアメリカの諸判決が一致している点を再述したものでもない。第3リステイトメントの関係規定の取扱は注意を要すると言うべきである。

〔注〕

- (1) 『国際商取引に伴う法的諸問題』(1993),pp.127ff.
- (2) シャクターは、国内法の域外適用が問題になっている分野として、競争法とともに、通商法、証拠法、租税法をあげる(Oscar Schacter, *International Law in Theory and Practice*(1991), p. 253)。
- (3) 競争法の国際協力については、公正取引委員会事務局編『ダンピング規制と競争政策・独占禁止法の域外適用』(1990)、pp.92-97.参照。
- (4) たとえば、小原喜雄は、国際法協会(International Law Association)と万国国際法学会(Institut de droit international)が、効果原則(後述)を採用する決議を採択したことをもって、効果原則が「国際法の原理として認知されたと解することができよう」(小原「域外管轄権の不当な行使の抑制方法としての抵触法的アプローチの意義と限界」国際法外交雑誌88巻4号(1989)、p. 16.)と述べる。
- (5) 具体的なケースを分析する川岸繁雄「域外管轄権の基礎と限界」林他編『国際法の新展開』(1989),pp.3ff.は、国際法理と国内法理を振り分けずに議論する。
- (6) アメリカ対外関係法リステイメント研究会が『国際法外交雑誌』に『アメリカ対外関係法第3リステイメント』の管轄権部分の翻訳及び解説を連載しており、本稿での訳出にあたっては参考にした。本稿で検討する規定が掲載されているのは、88巻5号(1989)、pp.69ff; 88巻6号(1989),pp.60ff; 89巻1号(1990),pp.83ff.なお、野村美明「米国対外関係法リステイメントにおける管轄権法理」国際経済法2号(1993)、pp.41ff.参照。
- (7) The American Law Institute, *Restatement of the Law (Third), The Foreign Relations Law of the United States*(1986), pp.273-238.
- (8) Ibid.,pp. 244-245.
- (9) Ibid.,p.283.
- (10) アメリカン・バナナ事件でも、裁判所は反トラスト法の適用が領域内に限定されることの推定がなりたつと述べている。(213U.S. 347(1909)at 357)。
- (11) 小原喜雄『国際的事業活動と国家管轄権』(1993), pp.31-32.参照。
- (12) 同書, pp.37-38.参照。
- (13) 「ウラニウム反トラスト法事件」については、同書, pp.265-266.参照。アミカス・キュリとは、「裁判所に係属する事件について裁判所に情報または意見を提供する第三者」(田中英夫編『英米法辞典』(1991), p.48.)のこと。
- (14) 『国際商取引に伴う法的諸問題(2)』(1993), pp.133-142.
- (15) Rosalyn Higgins, *Problems and Process* (1993), p.75.
- (16) cf. Roger P. Alford, "The Extraterritorial Application of Antitrust Laws," *Virginia Journal of International Law*, Vol.33(1992), p.35.
- (17) 石黒一憲「わが独禁法の域外適用への基礎的考察」『国際商取引に伴う法的諸問題(I)』(1992), pp.3-5.参照。

# APEC 紛争処理手続の在り方

小 寺 彰

# 目 次

- I. はじめに
- II. ボゴール宣言の意味
  - 1. 考察方法
  - 2. 「任意的協議的紛争仲介サービス」とは——国際紛争処理手続の諸類型
  - 3. WTO 紛争処理手続の補完 (to supplement the WTO dispute settlement mechanism)
- III. 国際紛争処理手続の在り方
  - 1. 国際紛争処理手続の目的
  - 2. 手続的な考慮点
  - 3. 実体的な考慮点
- IV. まとめ

## I. はじめに

(1) 1994年11月にインドネシアのボゴールで開催されたアジア太平洋経済協力会議 (Asian Pacific Economic Cooperation, APEC) 非公式首脳会議は、APECの「協力を円滑化し促進する」ことを目的として、「WTO紛争処理手続が解決のための第1の途であり続ける」としたうえで、「WTO紛争処理手続を補完する任意的な協議的紛争仲介サービス (voluntary consultative dispute mediation service to supplement the WTO dispute settlement mechanism)」の可能性 (ボゴール宣言) を検討することに合意した(1)。これは、1992年に APEC 閣僚会議が設置した賢人グループ (Eminent Persons Group) が1994年に APEC の将来の具体的なあり方を提言した第2報告書のなかで、APEC が紛争処理手続として紛争仲介サービス (Dispute Mediation Service) を設置すべき旨の提唱があり(2)、それを受けたものである。

(2) ボゴール宣言を受けて、APECにおいてどのような具体的な紛争処理手続が適当かの検討が、本年に入って APEC 参加政府間ではじまった。この動きは、GATT ウルグアイラウンド交渉によって世界貿易機関 (WTO) の紛争処理手続が従来以上に司法化され(3)、また1994年に発足した北米自由貿易地域 (NAFTA) が精緻な紛争処理手続を備えたことに大きな影響を受けている。実際 APEC 賢人会議報告書の紛争処理手続の箇所は、WTO、米加自由貿易協定、北米自由貿易協定へ言及からはじまっており、APEC の紛争処理手続構想にこれらの国際機関の動きが強い影響を及ぼしたことを看取できる(5)。その意味では、APEC 紛争処理手続のあり方を検討することは、とりもなおさず他のさまざまな紛争処理手続の評価を確立することに連なるのである。

(3) 本稿では、国際紛争処理手続に関する国際法の理論を踏まえて、APECにおける紛争処理手続のあり方を検討したい。具体的には、第1に、ボゴール宣言で合意された紛争処理手続とは何を意味するかを探り、そのうえで第2に、APECが備えるべき紛争処理手続はどのようなものであるべきかを理論的に考察し、最後に試論として APEC 紛争

処理手続の具体的なあり方を提言しようと思う。第1はボゴール宣言の該当箇所の意味解釈であり、第2は、紛争処理手続の国際法学上の理論的検討である。

〔注〕

- (1) APEC ECONOMIC LEADERS' DECLARATION OF COMMON RESOLVE, November 15, 1994 (以下 APEC DECLARATION と略記), para.9.
- (2) Achieving the APEC Vision-Second Report of the Eminent Persons Group-(1994) (以下 Second Report と略記), pp.22-26.
- (3) WTO の紛争処理手続については、Andreas F. Lowenfeld, "Remedies along with Rights," American Journal of International Law, Vol.88(1994), pp.479-480. 参照。
- (4) NAFTA の紛争処理手続については、岩沢雄司『WTO の紛争処理』(1995), pp.68-73.参照。
- (5) Second Report, pp.22-23.

## II. ボゴール宣言の意味

### 1. ボゴール宣言における紛争処理手続

(1) ボゴール宣言は紛争処理手続を、「WTO 紛争処理手続を補完する任意的な協議的紛争仲介サービス (voluntary consultative dispute mediation service to supplement the WTO dispute settlement mechanism)」と表現した。「任意的な協議的紛争仲介サービス」と WTO 紛争処理手続の補完性に分けて、それぞれのインプリケーションを探ってみよう。

### 2. 「任意的な協議的紛争仲介サービス」とは——国際紛争処理手続の諸類型——

(1) ボゴール宣言の起草者は、従来の国際紛争処理方式を念頭において「任意的な協議的紛争仲介サービス」の表現を用いたはずである。この点は APEC 賢人会議報告書の場合も同様であろう。すなわち、ボゴール宣言の語句の意味を解釈するためには、従来国際紛争処理手続としてどのような類型が想定されたかの検討から始めるのが適当であろう。

(2) 国際法上、国際紛争処理手続の類型としては、一般的には、交渉 (negotiation)、周旋 (good office)、仲介 (mediation)、審査 (inquiry)、調停 (conciliation)、仲裁裁判 (arbitration)、司法裁判 (judicial settlement) があげられる。この分類は、1899年の国際紛争平和的処理条約 (ハーグ条約)、1928年の国際紛争平和的処理に関する一般議定書 (ジュネーブ議定書) に大きくよっている。一般的には、交渉から調停までが「外交的手続」、また仲裁裁判と司法裁判が「司法的手続」とよばれる。以下では、便宜的にこの分類に従ってそれぞれの方式の内容を明らかにしよう。なお、後述するようにこの2分類自体理論的には再検討を要するものである<sup>(1)</sup>。

(2) 「外交的手続」の基本は交渉である。交渉とは、紛争を解決するために紛争当事国間で話し合うことであり、紛争解決のための基本的な手続である。交渉によって紛争について当事国間で自発的に合意に達すれば、紛争が解決される。しかし、紛争当事国内の自



発的な交渉のみでは容易に紛争が解決されない場合に、紛争当事国以外の第三者（国、国際組織、または個人によって構成される委員会）が交渉に関与することによって、紛争解決の促進が図られることがある。このような第三者の紛争解決を目指した紛争への関与の方式が、周旋以下の諸方式である。

周旋<sup>(2)</sup>とは、紛争当事国間の紛争解決と関係回復をはかるため、第三国が道義的な影響力を行使し、連絡手段と会議施設などを提供して、当事国を交渉につかせる方法である。周旋においては、第三者は紛争当事国の交渉を間接的に促すに留まり、紛争の中身に直接的には関わらない。その意味で周旋は、第三者が紛争に関わる程度がもっとも低い。

仲介（ハーグ条約上は「居中調停」）とは、第三者（多くは第三国または国際組織）が紛争当事国に交渉の便宜を提供するだけでなく、両国の主張を解釈し、交渉の基礎を提案し、または自国の立場を表明するなどして、交渉に直接介入する方式である。第三者が紛争の中身に直接的に関わる点で、周旋よりも第三者の紛争への関与度は高まる。また仲介を行う第三者は、単独の場合と複数の場合がある。

審査とは、複数の個人によって構成される委員会（審査委員会）が当事国間で争われる事実問題を明らかにする手続である。委員会の事実認定が紛争当事国を法的に拘束することはない。紛争がおもに事実認識の相違に由来する場合に紛争解決の促進に有用であるとされる。

調停とは、複数の個人によって構成される委員会（調停委員会）が審査により必要な情報と事実関係の解明を行うとともに、国際紛争の全局面を検討してその解決案を紛争当事国に提示するものである。解決案が紛争の法的解釈から必然的に導かれるものではなく、委員会が紛争解決に有用と判断した解決案が提示される。この解決案は紛争当事国を拘束するものではない。

調停は、紛争当事国に当事国を拘束しない紛争解決案を提示する点では仲介と共通するが、複数の個人によって構成される委員会が主体となる点で、国または国際組織という第三者が実施する仲介とは区別されると一般には理解されている。しかし、アフリカ統一機構（OAU）の「仲介、調停及び仲裁委員会」のように複数の個人によって構成される仲介も観念されることがある<sup>(3)</sup>。したがって、仲介と調停を分けるのは、紛争処理機関の紛争当事国との関係と考えるべきである。調停機関は仲介者とは異なり、公平（impartiality）に審理することが要求される（ジュネーブ議定書11条1項）。仲介手続では、

紛争当事国の交渉過程に入り込んで、独自の提案をなすことによって紛争の解決を図ろうとし、仲介者が公平であることは要求されない。実際にも、仲介者が国の場合は、仲介国の利益を全面に出して活動することも多く、仲介者も含めてすべての紛争関係者の利益調整がポイントとなる(4)。逆に、調停では、公平性の要請が、対審（ジュネーブ議定書11条1項）、すなわち両国が適式の書類または口頭でそれぞれの主張を申し立て、それぞれが反論することを要求する。

紛争処理機関の公平性の点では、調停は審査と共通する。共通点を強調する論者は、調停には事実確定に留まるものと、解決案の提示まで進むものがあり、前者が審査であるとして、審査を調停の一種と捉える(5)。事実、ハーグ条約では、公平な紛争処理機関を設置したが、その権限を事実審査にとどめたのに対して、その後ジュネーブ議定書では、その権限が解決案の提示まで拡大したと言われる(6)。逆に、紛争解決案を提示する点を強調する論者は、調停を審査と仲介の結合と捉える(7)。

(3) 仲裁裁判、司法裁判は、他の紛争処理手続と異なり、裁判官を勤める単数又は複数の個人が紛争当事国を法的に拘束する判決を出すことによって紛争を処理する手続である(8)。他方、両者は、公平な紛争処理機関が紛争処理を図る点では審査、調停と共通する。

仲裁裁判と司法裁判の違いは、司法裁判が常設的な裁判所によって既存の手続規則に従って裁判手続を進めるのに対して、仲裁裁判の場合は、紛争当事国の合意によって設置した裁判所が、紛争当事国の合意によって決定された手続規則によって裁判手続を進める。そのため、仲裁裁判においては、手続が紛争当事国の意向を反映して、柔軟なものになる場合が多く、それと比べて司法裁判の手続は画一的である。この点は、仲裁裁判では、裁判準則がかならずしも法である必要はなく——事実ジュネーブ議定書では、法によって判断することを予定しない「政治的紛争」の最終的処理が仲裁裁判に委ねられた(21条)(9)——、逆に司法裁判では、裁判準則が法であるのが原則であると説かれる。もちろん、この区別も絶対的なものではなく、多くの仲裁裁判は国際法を準則とし、また国際司法裁判所規定は、当事国が合意すれば、「衡平と善」による裁判も可能とする(38条)。

(4) これらの国際紛争処理の諸手続を議論するときには、一点注意を要する点がある。それは、現実に構想され、または利用される紛争処理手続に、その実態に沿った名称が用

いられていない例がしばしば見受けられることである。紛争当事国は、紛争解決過程への第三者の関与にあたっては、紛争における自己の立場を有利にし、または（同時に）紛争解決の促進に資するような態様をすることを望む。合わせて、同様の意図で、採用する紛争処理手続をどの名称で呼ぶかを定める。これは紛争解決への第三者の関わり方の呼称が、一定の政治的な影響を持つからである。その結果、紛争処理のための第三者の関与態様とその名称がずれる場合が生まれる。たとえば、紛争当事国が紛争解決の自律性を強調するために、第三者の関与の態様が実際は仲介であっても、それを周旋とよぶ。また、デンマークによるイギリス漁船の拿捕をめぐるレッドクルセーダ号事件の審査委員会では(10)、事実認定が審査対象であったにもかかわらず、デンマーク軍の武力行使が「正当な武力行使の範囲を越える」(11)と判断し、審査手続と解されているにもかかわらず、事実上事実認定を越える法的評価を下した。さらにロシア艦隊がイギリス漁船を誤って攻撃したドッガーバンク事件(12)では、両国は審査委員会に対して、事件に関する責任の所在、いずれかの国民に帰せられる帰責の程度の審査を要請した。このように具体的な国際紛争処理手続がどのように呼ばれているかということから、その実態を推測するのは慎重でなければならない。

(5) ボゴール宣言で提唱された紛争処理手続は、どの紛争処理手続であろうか。

第1に、「仲介」という語があることから、一方では斡旋として紛争の中身に関わることなしに第三者が紛争処理を行うものではなく、また他方では仲裁裁判、司法裁判のように紛争当事国を法的に拘束する形で紛争処理を実施することを意図したものでもない。賢人会議報告書は、はっきりと「拘束力がある紛争処理手続」が仲介サービスには含まれないと明言した(13)。

他方、「仲介サービス」とあるから仲介に限定されるとまでは言えないであろう。さきに述べたように、紛争処理手続の実態と名称がかならずしも一致せず、またボゴール宣言や賢人会議報告書にも、仲介に限定するとの明確な意図を見いだすことはできないからである。起草者の念頭には、文字通りの仲介とともに、審査、調停も含まれていたと考えるべきであろう。

第2に、「任意的」とあることから、「強制的」な紛争処理手続ではないことがわかる。法的に紛争処理手続が強制的であるとは、一方の紛争当事者が一の紛争処理手続の利用を

希望するとき、他の紛争当事者が、その意思いかんにかかわらずその紛争処理手続の利用を強制されることをいう。国内社会では、司法裁判は強制的であるが、一般国際法上、国際社会には、強制的な紛争処理手続はない。しかし、国際社会でも、国家間で紛争が発生した場合に一定の紛争処理手続によることを事前に決めておくことがある。国際法上は、このような場合も当該紛争処理手続は「強制的である」と表現する。その意味で、紛争処理手続が「任意的である」とは、事前に一定の紛争処理手続を利用することを定めず、紛争が発生した後に、紛争当事国間で特定の紛争処理手続を利用するかどうかを任意に決める場合をさす。賢人会議報告書においても、提唱する紛争処理手続が、特定の紛争ごとに、紛争当事国が双方の合意によって付託する手続だと明言している(14)。

第3に、以上の論述は、紛争が国家間紛争であることを前提としてきた。私人間紛争または私人と外国国家間の紛争が、国家間紛争に転化することは国際法上はよく起こる。外国人財産の国有化が、当該外国人の本国と国有化実施国の紛争となった例は、スエズ運河国有化をはじめ枚挙にいとまがない。そのため最近では、この種の紛争が国家間紛争に転化する前に、本来の紛争当事者間で紛争を処理するための手続の整備が行われている。投資紛争解決国際センター(ICSID)はその著名な例である。しかし、ボゴール宣言の提唱した紛争処理手続は、このようなものではない。ボゴール宣言は紛争処理手続を提唱する箇所、紛争処理手続の対象たる紛争を「APEC 経済(economies)間の貿易その他の経済紛争」と表現した。この「経済」とは、APECが台湾、香港を中国とは別のメンバーとして含むために用いている表現であり、台湾、香港を措けば、「経済」は国家をさす。賢人会議報告書では、「メンバー間の紛争」(15)と明言した。このように、APEC 紛争処理手続が対象とする紛争は、通常の意味での国家間紛争と考えることができる。

第4に、「協議的」という言葉は、賢人会議報告書にはなく、ボゴール宣言で付け加わったものである。紛争処理手続における協議とは、一般的には交渉と混在させて理解されているが、国家間の紛争が起こった場合に、「より高次の『公の処理』(国際審査委員会の調査、共同会議による調整、国際裁判)を付するための前置手続として」(16)国家に義務づけられているものである。しかし、ボゴール宣言は紛争処理手続の利用を任意的なものとして位置付けている以上、ここでの「協議的」を義務との関連で理解することは適切ではなく、むしろ紛争解決の第1段階の交渉の一環であることを強調する趣旨と捉えるべきであろう。

〔注〕

- (1) J・G・メリルス（長谷川正国訳）『新版国際紛争の平和的解決』（1993），p.101.
- (2) 周旋以下の紛争処理手続の諸類型に概要およびその例については、同書、pp.35-199.参照。
- (3) T. O. Elias, "The Commission of Mediation, Conciliation and Arbitration of the OAU," *British Year Book of International Law*, Vol.40(1964), pp.336ff.
- (4) Cf. Saadia Touval and I. William Zartman ed., *International Mediation in Theory and Practice*(1985), pp.255-258.
- (5) H.Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*(seventh edition), pp.12-14.
- (6) 田岡良一『国際法Ⅲ [新版]』（1973），p.27.
- (7) 山本草二『国際法 [新版]』（1994），p.682.
- (8) 司法裁判、仲裁裁判は、定義上その判決は法的拘束力をもつが、調停、審査の決定が法的拘束力をもつべきではないとは言えない。一般的には、調停、審査の決定は、法的拘束力を欠くと推定されるが、あくまでそれは推定にとどまり、最終的には、紛争当事国の意思によって決定される。したがって、紛争処理機関の判断準則が法か否かを基準とする見方も有力である。
- (9) Cf. Miroslas Gonsiorowski, "Political Arbitration under the General Act for the Pacific Settlement of International Disputes," *American Journal of International Law*, Vol.27(1933), pp.480-490.
- (10) *International Law Reports*, Vol.35(1967), pp.485ff.
- (11) *Ibid.*, p.499.
- (12) メリルス 前掲書, pp.57-59.
- (13) *Second Report*, p.25.
- (14) *Idem.*
- (15) *Ibid.*, pp.23-24.
- (16) 山本草二「国際紛争における協議制度の変質」『紛争の平和的解決と国際法』（1981），p.219.

### 3. WTO 紛争処理手続の補完 (to supplement the WTO dispute settlement mechanism)

(1) 国際通商分野においては、従来からガット紛争処理手続が整備され、WTO 協定では大変整備された手続を備えるに至った。したがって、APEC の紛争処理手続を構想するときは、ガット/WTO 紛争処理手続との関係を整理しなければならない。

(2) 地域的な紛争処理手続と WTO 紛争処理手続の管轄権を有する事項が同一の場合については、両者の間ではおおむね 2 つの関係を想定することができる。第 1 は地域的な

紛争処理手続がWTO紛争処理手続に代替するという関係である。ECにおいては、WTO紛争処理手続の管轄事項である域内の通商についてもヨーロッパ司法裁判所が管轄権をもっている。第2は、地域的な紛争処理手続がWTO紛争処理手続を補完する関係である。地域グループに属する諸国間で通商紛争が起こった場合であっても、最終的にはWTO紛争処理手続で紛争が処理されうることを前提としながら、何らかの意味でそれを補うという関係である。

ボゴール宣言は、APECの紛争処理手続について後者のスタンスをとっている。問題は「補う」ということの意味である。

第1に、WTOの規律分野については、WTO紛争処理手続を正当に補完するものでなければならない。この点では、WTO協定中の「紛争解決に係る規則及び手続に関する了解」（紛争解決了解）第5条が重要である。同条は、紛争処理手続として、パネル手続（小委員会手続）等と並べて、「あっせん、調停及び仲介」を規定する。同了解は、「あっせん、調停及び仲介」については具体的な定義をおかず、パネル手続との関係に関する規定を除くと、紛争当事国の合意による任意の手続であり（1項）、WTO事務局長が職務上「あっせん、調停又は仲介」を行うことができる（6項）とのみ規定する。この規定を踏まえると、APEC紛争処理手続が、紛争解決了解第5条の「あっせん、調停及び仲介」にあたと解することは十分可能であろう。

しかし、APEC諸国間の通商分野の協力の内容がWTO諸協定からの逸脱を意図しない以上——前記ECは関税同盟として加盟諸国間ではWTO諸協定を逸脱することを前提としている——、紛争処理の結果については、当然WTOは関心をもつ。アジア諸国間では法に基づく紛争処理ではなく、もう少し柔軟な紛争処理が望ましいと言われることがある。このような言い方が、紛争処理の手続についてであれば一定の妥当性を持ち得ようが、紛争処理の結果についても、WTO諸規則からの逸脱も認めるという趣旨であれば、WTOシステム上受け入れられるものではない。紛争解決了解第3条は、WTO「協定の紛争解決に関する規定に基づいて正式に提起された問題についてのすべての解決……は、当該協定に適合するものでなければならず、また、当該協定に基づきいずれの加盟国に与えられた利益を無効にし若しくは侵害し、又は当該協定の目的達成を妨げるものであってはならない」と規定する。紛争解決了解第5条によって位置付ける紛争処理手続は、この「紛争解決に関する規定」に該当する。



APEC の紛争処理手続を紛争解決了解第 5 条によって位置付けない場合であっても、紛争処理の結果が WTO 協定から逸脱することを、WTO 協定は認めない。それは、WTO システムが、基本原則として最恵国待遇 (MFN) 原則をとっているためである。すなわち、X 国の Y 国に対する待遇が WTO 協定上与えられている利益を減ずる形で処理されれば、MFN 原則によって、Y 国以外の WTO 加盟諸国に均霑される可能性が生まれる。逆に、Y 国に対して WTO 協定より有利な待遇を差別的に与えれば、Y 国以外の国は X 国との関係で不利に取り扱われることになる。いずれにしても X、Y 国間の紛争処理の結果が、Y 国以外の国にも影響を及ぼすのである。

このように WTO 協定規律分野では、紛争解決了解第 5 条に該ると解するほかは、APEC 紛争処理手続が WTO 紛争処理手続を補完して機能する余地はないと考えるべきであろう。

(3) 第 2 に、WTO が管轄しない事項を管轄する紛争処理は、明らかに WTO 紛争処理手続を補完する。ガットは、規律分野を貿易、とくに関税から非関税障壁へ、さらにモノの貿易のみからサービスの貿易へ拡大してきた。しかし、投資については、WTO は、貿易関連投資措置 (TRIM) またはサービス貿易の一環として、きわめてわずかな部分を規律範囲に収めているにすぎず、いわば規律が緒についたばかりである。それに対して APEC は、投資に対する障壁の削減を主要な目的の一つとして掲げ、ボゴール宣言では、貿易とならんで「自由で開かれた……投資という目標の達成を遅くとも 2020 年までに完了するとのコミットメントを発表する」ことに合意した<sup>(1)</sup>。

また WTO が規律する貿易分野についても、WTO 協定以上に参加国に義務を課するという上乘せ規制の可能性も理論的には想定できる。たとえば、政府補助金やダンピングはガット時代から大きな注目を集め、ケネディラウンド (ダンピングのみ)、東京ラウンド、ウルグアイラウンドと、徐々に規律の厳格化が図られてきた。しかし、WTO 協定によって完璧な規律システムが作られたわけではない。わが国と EC 間の「部品ダンピング事件」<sup>(2)</sup>で争われたダンピングの迂回は、ウルグアイラウンドにおいて議論されたが、結局 WTO 諸協定上は規定化されなかった。賢人会議報告書が紛争処理手続の対象として、WTO 非規律分野と並べて WTO 交渉分野を挙げている<sup>(3)</sup>のは、この趣旨であろう。ただし、協定上は具体的な規定がなくとも、WTO 条約の基本原則がカバーしており、具体

的な紛争がその基本原則に照らして判断できると見ることができる場合もあることも付言しておくべきであろう。

このように WTO 非規律分野と WTO 規律分野の上乗せ部分が、APEC 紛争処理手続の固有の対象事項と考えることができる。ただし、前述のように、後者の上乗せ部分については限界がある以上、WTO 非規律分野、とくに投資分野が APEC の紛争処理手続の主要な対象と考えるべきであろう。

〔注〕

- (1) APEC Declaration, para. 6.
- (2) 岩沢前掲書, pp.187-197.参照。
- (3) Second Report, p.22.



### III. 国際紛争処理手続の在り方

#### 1. 国際紛争処理手続の目的

(1) 国際紛争処理手続の第1の目的が、対象となる国際紛争の解決であることは言うまでもない。ところが国際社会は、国内社会とは異なり、国内社会の裁判のような、社会的に正統とされる紛争処理案を、紛争の一方当事者が受諾しなくても強制する仕組みを備えていない。そのため、国際紛争はあくまで紛争当事国の合意によって処理されざるをえない。このような国際社会の構造のために、国際紛争処理手続は紛争当事国間の交渉の促進のための手続と位置付けられる。たとえば、国際司法裁判においてさえ、紛争当事国間の交渉の促進への寄与が重要な考慮点を構成する。アイスランドの漁業水域の拡張の対抗力が争われた「漁業管轄権事件」<sup>(1)</sup>において、国際司法裁判所が、その対抗力を否定したうえで、漁業水域をめぐる法状況を明らかにして紛争当事国の交渉義務を確認したのは、その典型的な例である。

国際紛争処理手続の在り方を検討する際には、紛争当事国間の交渉の促進を第1に考えなければならない。ただし、実際の国際場裏では、各国は、自国にとって望ましい紛争処理手続の採用を構想することを忘れてはならない。たとえば、APECを将来的には、自由貿易地域にすべきであるとの構想をもつアメリカが、紛争処理手続として、WTOに類似したパネル手続を提案したと伝えられるのは、明確な権利義務を規定する規則を備える自由貿易地域を能率的に運営するためには、司法化の進んだパネル手続が望ましいからにほかならない。アカデミックには、第1の観点のみから検討を加えればよいが、各国政府は当然第2の観点を強く意識することになる。

以下では、紛争処理手続を、手続的な側面と実体的な側面に分けて検討しよう。

〔注〕

(1) ICJ Reports(1974), pp.1ff. 小寺「国際法と域外適用」国際商取引に伴う法的諸問題, Vol.2 (1993), pp.143-151.参照。

## 2. 手続的な考慮点

(1) 国際紛争手続は従来から手続的な側面に即して検討されてきた。さきに挙げた国際紛争処理手続の諸類型も、手続上の観点からの分類に依拠している。在るべき手続を構想するためには、まず分類の基準となった手続的な要素がどのような機能を担っているかを特定し、その機能を検討する。その後、各機能に即して手続的な要素を組み立てて在るべき紛争処理手続として提示するという順序が適当である。

(2) 本稿では、紛争処理手続の機能を、A.当事国間のコミュニケーション促進機能、B. 紛争処理機関の判断機能、C. 紛争処理機関の下した判断の強制機能に分けて<sup>(1)</sup>、第I章で紹介した諸手続がどのような機能を果たしているかという観点から分析する。

### A. コミュニケーション促進機能

(1) 国際紛争処理手続が、国際紛争の解決に資するために、紛争当事国間の交渉を促進する機能をもつことは、すでに繰り返し述べたところである。これが国際紛争処理手続の紛争当事国間のコミュニケーション促進機能である。

(2) 第1に、2国間の紛争は言語的な主張の対立の形をとる。紛争が言語的に表現されない対立であれば、そもそも当事国間の交渉は成り立たず、第三者がその紛争に関わる余地はない。逆に、第三者が紛争に関与することは、紛争が単なる対立ではなく、言語的に表現される主張の対立であること、換言すれば、紛争についての当事国間のコミュニケーション可能性を保障するのである。

第2に、紛争が言語的に表現されるものであったとしても、それが議論の正当性によって両国間で争われるものであるかどうかは別問題である。しかし、第三者が公平な立場をとることが要求される手続では、紛争当事国が当該紛争を、議論のレベルの優劣によって紛争を処理する意思をもっていると言えないにせよ——「司法的手続」に当事国が合意付託する場合はその意思がある——、少なくとも議論のレベルで正当化し、その優劣を競う意思があることを示す。この過程は、紛争の内容を議論のレベルで相手方に伝達することを可能にする。ただし、司法裁判では、主張が法的な観点から整理され、また手続法的に制御された証拠に裏付けられた高度に精緻なものになるため、書面または口頭手続

として交わされるコミュニケーションが紛争の実態から乖離する可能性があることも否めない。

また第三者が当事国との関係で公平性を要求されない仲介や、当事国の意思の伝達に携わるような形の周旋でも、紛争に関与する第三者に自国の主張をよく理解し、さらには納得させることが、紛争当事国が紛争を自国に有利に解決するための大きな条件を構成する。従って、このような仲介や周旋においても、その程度は低いにせよ、紛争当事国は一般的には自国の主張の正当化に努めるのである。

(3) この結果、紛争への第三者の関与は、それぞれの立場を正当化する議論を、第三者からみて理解しやすく、第三者に説得力をもつ形に転換する（紛争の客観化）。裁判、とくに司法裁判では、そもそも紛争の決着が法的な議論の優劣によって決まるために、紛争当事国は法的に説得的な議論を展開することに腐心する。また紛争の一方当事国の主張を相手方に伝達する形の周旋でも、周旋者は一方当事国の議論を相手方に整理した形で伝え、またある時にはそれに対して周旋者の解釈が、意識的又は無意識的に加わるために、両当事国の議論の客観性は高まるのである。

なお、仲裁裁判や調停では、個人によって構成される紛争処理機関が構成される。前述の主張の客観化によるコミュニケーション促進機能は、紛争処理機関の外における紛争当事国間のコミュニケーションを指す。しかし、調停や仲裁では、紛争処理機関内の紛争当事国指名委員の割合が大きな場合もしばしば見受けられ——たとえば、委員3名中の2名は各当事国の指名委員というケースが多い——、紛争処理機関内部での調停案または仲裁判断作成過程じしんが紛争当事国間のコミュニケーションの場であるという点も見逃してはいけない。たとえば、ヤンマイエン事件の調停委員会は、紛争当事国のノルウェーとアイスランドが任命したそれぞれ1名の国籍委員と、両国の合意によって任命した議長によって構成されたが、終始3名の話し合いによって勧告<sup>(2)</sup>が作られた<sup>(3)</sup>。このように紛争当事国間の交渉または議論の客観化は、紛争処理機関の内外双方で行われる。

## B. 判断機能

(1) 紛争に関与する第三者が紛争について一定の判断を下すことは、紛争処理の大きな役割である。前記の紛争処理手続の分類に則せば、周旋以外の方式ではすべて第三者機関

の判断が示される。

問題は、紛争処理機関が何を基準に判断を下すかである。またその判断は、なにゆえに紛争解決を促進するかである。

紛争解決を条件に第三者が援助等一定の資金を紛争当事国に供与することが合意達成を容易にする、または国際機関の決定であること、法的規則に基づく判断であることが政策当局者の歩み寄りを正当化して合意を可能にする等という状況が想定できる。

(2) 仲介の場合は、基準は明示されず、客観的な議論によってではなく、紛争当事国の歩み寄りの可能な判断を示せるかどうか重要なポイントとなる。そのため、紛争処理機関がどのような形で紛争を認識し、また仲介案を示すかはまったく当該機関の任意に委ねられる。

これに対して、審査では、紛争処理に当たる審査委員会が、専門的な見地から事実認定を行う能力を備えていること、とくに紛争当事国から公平な立場で事実認定を行うことができるために、その判断が一定の権威をもちうる。司法裁判では、法的に定式化された請求主題について、手続法的な制御のもとに提示される主張および証拠に基づいて、法を基準として判断が下される。これは、公平な立場から出された法に基づく判断として、紛争解決に寄与することが期待されている。調停、仲裁裁判は、この司法裁判および仲介の中間に位置するものと捉えることができる。すなわち、これらの手続では、原則的に紛争は紛争当事国のコンプロミーによって決められる。コンプロミーにおいて、紛争当事国の主張内容が十分には法的に整理されていなかったり、証拠調べも柔軟な手続で行われたり、また決定も、議論の応酬や証拠調べの結果から論理的に導出されるもの以外が付け加わったりすることがある。また司法裁判であれば、裁判所がかならず決定の前提として確定しなければならない事実の一部について事実の確定を行わない、決定前に決定内容について事前に当事国と打ち合わせを行う等の柔軟性が組み込まれることになる。

結局、公平性の要求は、公平性が議論自身に力を与え、それによって紛争に影響を与えることを意図しており、公平性を要求しないことは、議論以外の他の要素によって紛争当事国間の主張の歩み寄りを目指すことを意図している。公平性が強く要求される場合は、判断準則も厳格に特定される。司法裁判では原則として法が判断準則であり（国際司法裁判所規程38条）、仲裁では、法と同じ重みをもって「衡平と善」が加わり、調停では一般

的には判断基準が特定されない。もちろん、調停の場合であっても、法を根拠に判断がなされる場合とそうでない場合があり、また一つの調停案において、法が判断基準となっている箇所とそうでない箇所が混在することがある。中村洸教授が調停を「政治的解決系」と「司法的解決系」に分類するゆえんである<sup>(4)</sup>。逆に紛争処理機関が公平な性格をもたない仲介においては、仲介者は判断根拠を示す必要はない。

このように公平性は判断基準によって強化される。したがって、判断基準が特定されない紛争処理手続では、何に基づいて判断するかが当然問題になる。そこで紛争当事国間の交渉との関係が出てくる。すなわち、調停が実質上は交渉の場である場合には、一見第三者機関の判断のような体裁をとって、実際は交渉妥結案が示されることがある。紛争当事国が交渉によって解決案を得ていても、国内・国際世論への配慮等によって、あえて紛争処理機関の決定の形を得て、紛争の解決を図るのである。

### C. 強制性

紛争処理機関が紛争当事国に提示する決定の法的拘束力の有無については、一般的には、司法裁判および仲裁裁判の決定——判決とよばれる——は法的拘束力を持ち、それに対して調停等のそれ以外の紛争処理手続の決定は法的拘束力を欠く。ただし、国内社会とは異なって、法的拘束力が強制的な法実現と結びついてはいない。したがって、法的拘束力の有無は、各国国内法上の効果を別にすれば、国際場裏では当該判断の法的適合性や紛争処理機関の公平性・専門性と並んで、紛争処理機関の判断の正当性を支える要素でしかなく、法的拘束力と他の正統性付与要因との差は、相対的なものでしかない。つまり司法的紛争処理手続と外交的紛争処理手続の間には決定的な差はなく、たとえば法に準拠する調停は、法的判断という点では、司法裁判と同種のもので評価することができるのである。他方、国内では、裁判と仲裁以下の紛争処理手続は、強行性という点で決定的に異なるものと捉えられる。

有効に機能してきたとして高く評価されているガットのパネル手続について、パネル決定が法的拘束力があるか否かについて定説がない<sup>(5)</sup>ことは、この点の証左と言えよう。つまり、ガットのパネルの決定が法的拘束力をもつことを理由として、紛争が的確に処理されてきたのではない。また国際司法裁判と言えども、紛争解決のための交渉の一つのステップでしかないのである。

#### D. まとめ

(1) 以上の3要素に紛争処理手続を分類して理解すれば、第2および第3の要素を欠く周旋を除いて、第三者が実質的に紛争処理に関わる紛争処理手続の2大理念型が、仲介と司法裁判であることが分かる。仲介は、公平性を要求されない第三者が特定の判断根拠に基づくことなく作成した、紛争当事国を法的に拘束することない紛争解決案を提示して紛争解決の促進を図る手続である。他方、司法裁判は、公平な性格をもつ紛争処理機関が、厳密な手続に基づいて提示された紛争当事国の主張を法に基づいて判断し、その判断を記述した法的拘束力のある判決をくだすことによって紛争を処理する手続である。そして両者の間にさまざまなバリエーションをもつ手続が存在する。

(2) 紛争処理に際して、これなのさまざまな紛争処理手続のうちどの手続を利用するかは、もっぱら紛争当事国の意思に委ねられる。問題は、客観的に、どのような紛争にどの紛争処理手続が適当かということである。

従来は、紛争を法的紛争と政治的な紛争を分け、前者には裁判が望ましく、後者には調停・仲介が望ましいとされてきた。では何が法的紛争で、何が政治的紛争か。また調停にも司法的調停と外交的調停があると考えれば、両者はそれぞれどのような紛争処理に適しているのだろうか。さらに司法的調停と裁判は、どのような紛争類型に適した手続なのだろうか。これはの間は、いずれも紛争の性格に関わっている。紛争の性格とは一体何なのか。

〔注〕

- (1) 紛争処理手続の機能の分類については、棚瀬孝雄「裁判外の紛争処理機関」『新・実務民事訴訟講座1』(1981), pp.134-150.参照。
- (2) International Legal Materials, Vol.20(1981), pp.797ff. (青木隆訳「アイスランドとヤンマイエンとの間の大陸棚区域に関する調停」法学研究(慶応義塾大学)65巻11号(1992), pp.73ff.
- (3) E.L.Richardson, "Jan Mayen in Perspective," American Journal of International Law, Vol.82(1988), pp.444-448.
- (4) 中村洸「国際紛争における非司法的解決手続の意義」ジュリスト792号(1983), p.117.
- (5) 岩沢前掲書, pp.135-138.参照。

### 3. 実体的な考慮点

#### A. 紛争の表示方法

(1) 国際法上、紛争の定義として「法律問題または事実問題についての不一致、二者間の法的主張または利益の対立」（常設国際司法裁判所・マプロマチス事件<sup>(1)</sup>）が一般的に採用されている。しかし、1980年のイラン人質事件<sup>(2)</sup>では、アメリカは、イランが暴徒によるアメリカ大使館員や領事館員の大使館または領事館への監禁を奨励した行為等について、ウィーン外交関係条約等の諸条約上の義務違反の確認等を国際司法裁判所に求めた。問題は、アメリカの請求書面に記載されたこれらの事項がアメリカ・イラン間の紛争のすべての内容を尽くすかどうか。イランはアメリカが数十年にわたってイランに対して行ってきた内政干渉こそが紛争の真の主題であると主張した。

この二つの主張はアメリカ・イラン間のさまざまなレベルでの対立をそれぞれの立場から法的に表現したものである。その意味では、実体的な紛争を法的に抽象化して再構成したものである。司法裁判に典型的に現れる司法的な紛争処理手続では、このような形で表現される紛争の法的定式化なしには、そもそも紛争処理手続は起動しない。

逆に仲介手続では、イランが主張する「アメリカ帝国主義」による内政干渉とそれへの人民の報復としてアメリカ大使館・領事館員の監禁、またそれに対するアメリカのイランに対する経済制裁（イラン政府および国民の資産凍結）という対立状況について、仲介者は、対立を緩和するための提案を両国に対して行う。ここでは、両国が両国の対立の内容を公式に言葉によって表現する必要もなく、またそれぞれの主張を証拠によって提示する必要もない<sup>(3)</sup>。

紛争の定式化は、紛争処理機関が公平性を強く要求されるにしたがって、より厳格なものが要求される。すなわち、紛争内容の言葉による定式化がどの程度必要かによって、紛争処理機関の性格が一定程度決定されるのである。

(2) 紛争内容の定式化の方法によって、紛争処理機関の判断基準が限定される点も忘れてはならない。たとえ審査と呼ばれても付託事項が一方の紛争当事国の責任を問う内容であれば、紛争処理機関が審査委員会と呼ばれても、その権限は事実確定にとどまらず、法に準拠した評価に及ばざるをえない。この点は、調停の場合も事情は同じであり、調停機関に要求される事項が責任等の法的判断であれば、法的基準による判断とならざるをえ



ず、逆に法的評価からは離れて、両当事国のとるべき政策が調停機関に問われるならば、調停案が法的基準に則ったものになることはない。イタリア平和条約第83条に基づく調停委員会が仲裁裁判に類似すると言われる<sup>(4)</sup>のは、そこで法的権利の回復等についての判断が下されたからである。紛争処理機関への付託事項の性質が、紛争処理機関の拠るべき基準をある程度決定する。

## B. 対象分野の法状況

(1) 国際法が本来的に規律する分野であっても、法準則 (legal rule) が整備されて詳細な法的規制がなされている分野と法準則がほとんどなく、基本的な国際法原則 (legal principle) が確認されているにすぎない分野がある。

(2) 詳細な法準則による詳細な法規制が実施されている分野では、司法裁判はもとより、仲裁裁判であれ、調停であれ、法準則に準拠しない紛争処理は不合理であるというべきである。なぜならば、法準則によらずに紛争処理を行えば、そもそも諸国が法準則を定立したことの意味が問われることになる。紛争処理規範であることを第一の機能とする法準則が、本来機能すべき場でその役割を果たさなければ、法準則の妥当性が著しく損なわれる<sup>(5)</sup>。とくに、当該法準則の運営実施機関に設置された紛争処理機関の場合はこの要請はとくに強い。

ガット紛争処理手続の実行から生み出されたパネル手続が、当初は厳密な司法的手続ではない調停の一種と考えられたが、法準則の整備と二人三脚の形で司法的な手続に変貌してきたのは、単なる偶然ではない。

逆に、法準則が整備されていない分野の紛争処理のために、司法裁判またはそれに類似した手続を採用することは、裁判官に大きな決定権を委ねることになる。その結果、紛争処理手続を利用しても、ほとんど紛争解決のための効果が上がらないことがある——紛争発生前の合意に基づいて一方当事国が、他方当事国の意思に反して紛争処理機関に紛争を持ち込んだ場合には特にそうである——。たとえば、1980年代に法準則が明確でなかった政府補助金分野の紛争において、法準則の内容が明確な分野と同様に、パネルの判断が示されたが、これらのパネル判断は棚ざらしにされ、紛争解決に寄与することはなかった<sup>(6)</sup>。



また大陸棚の境界画定に適用される国際法の原則及び準則の確定が求められた北海大陸棚事件(7)において、国際司法裁判所は、それを衡平原則 (equitable principles) であるとした当事国が請求しなかったにもかかわらず、当事国に交渉する義務があることを確認した (交渉義務命令)。裁判所は、それによって、当事国が自動的に境界を画定することができる法準則はないと判断したことが交渉義務命令を発した理由と解釈できる。また前述の漁業管轄権事件でも、交渉義務命令が出された。これらの交渉義務命令は、厳密な意味での司法判断ではなく、両者の歩み寄りを期待する調停的要素をもつ判断と捉えることができる。つまり、法準則が現状に適合した形で整備されていない分野でいくら司法判断が望まれても、調停的な判断の方が有用なことをこれらの例は示している。

(3) このように当事国が紛争処理手続として司法裁判を選び、または調停を選んだとしても、紛争の発生した分野の法状況によって、すなわち法準則が整備されている分野では法に準拠した判断が下され、また逆に整備されていない分野では法に準拠した判断が下せない。

したがって、対象となる紛争をめぐる法状況いかんでは、構想者の意図とは離れて紛争処理手続の性格が決定される。賢人会議報告書が、法準則が整備された後の手続として、パネル手続や仲裁をおくべきことを提唱しているのは、この点を踏まえたものと理解すべきである(8)。

[注]

(1) Permanent Court of International Justice, ser. A, No.2, p.11.

(2) ICJ Reports(1980), pp.3ff.

(3) Cf. Gary Sick, "The Partial Negotiator : Algeria and the U.S. Hostages in Iran," in Touval et al. ed., op. cit., pp.21-26.

(4) Ignaz Seidl-Hohenveldern, "Conciliation Commissions Established Pursuant to Art. 83 of Peace Treaty with Italy of 1947," Bernhardt ed., Encyclopedia of Public International Law, Instalment 1(1981), p.52.

(5) Cf. Rudolf L. Bindschedler, "Conciliation and Mediation," Bernhardt ed., Encyclopedia of Public International Law, Instalment 1(1981), p.49.

(6) 小寺「世界貿易機関 (WTO) 設立の法的意味」国際経済法 3号 (1994), p.65.参照。

(7) ICJ Reports(1969). pp.4ff.

( 8 ) Second Report, p.24.

## IV. まとめ

(1) 以上の考察を踏まえて APEC の紛争処理手続を構想するときは、紛争の分類から始めるのが適切であろう。

(2) 第 1 に、APEC 紛争処理手続が対象とする分野の法状況を検討する必要がある。すでにみたように、APEC 紛争処理手続の第 1 の対象は投資分野であろう。この分野では、APEC 諸国を一般的に規律する国際法規が将来生まれる可能性は少ない。ただし、2 国間の投資保護条約等、2 国間または特定国間の多数国間条約がすでに締結されている国もあり、将来もなくなることはないと思われる。一般的には、司法的性格の強い紛争処理手続は馴染まないが、条約関係にある特定国間では司法的性格の強い紛争処理手続が望ましい場合もある。

第 2 に、関連法規がさまざまな形で規律を及ぼす分野の紛争については、次に当事国間で争われていることが、法的な観点から議論の優劣を決定できるものか否かを見極める必要がある。法的ルールによって決定することが紛争の実態を解決するうえで意味をもたない紛争主題であれば、司法的性格の強い紛争処理手続は望ましくない。

(3) 司法的性格の強い紛争処理手続が妥当する分野以外については、どのように考えるべきであろうか。

まず第 1 に紛争解決を図るためには、紛争当事国間の交渉は不可欠である。その意味では、紛争処理手続がもつコミュニケーション促進機能に着目する必要がある。第 1 に、紛争当事国間で交渉がもたれることを確保するためには、任意ではなく、強制的に交渉が行われることを当事国間で義務づける必要がある。ボゴール宣言では、紛争当事国間の交渉は自明と考えられているようであるが、現実には紛争が発生した場合に常に交渉が行われるとは限らない。

第 2 に、紛争解決のためには、紛争当事国双方の議論の客観化が望ましく、ここに第三者が関与する紛争処理手続の意味が見いだされる。問題は、紛争当事国間の議論に対して

判断を下すところまで進むかである。判断基準なしに判断を下せるのは、事実関係についてだけである。その意味では、純粋に事実認定を目的とする審査委員会の設置は十分可能である。

逆に、事実認定を超えて評価に関わる判断を下すことができるメカニズムを備えるべきであろうか。二国間または複数国間ですでに国際法規がある場合には、評価に関わる決定を下す機関を備えるべきであろう。問題は、現在までのところその種のルールのない分野である。この分野では、原則的には、公平な紛争処理機関が判断することは難しい。

(4) 以上は、紛争をめぐる法状況に照らしての適切な紛争処理手続の在り方についての検討である。したがって、客観的な紛争処理手続の在り方の追究であれば、議論はこれで終結する。しかし、紛争の性格とは切り離して、紛争当事国が任意に紛争を特定の紛争処理手続にねることがマイナスであるとは限らない。たとえば、紛争当事国が、法準則が十分整備されていない分野の紛争を、とにかく法的基準に則って解決することに同意するのであれば、それは紛争解決にマイナスではない。ただし、このような機関を設置することは、APECを将来的には法準則によってコントロールされる組織に成長させる可能性をはらませるものであることを留意しておくべきであろう。

以上の点を踏まえて、紛争当事国が選択しうる既成の紛争処理手続をいくつか用意しておくことは望ましいといえよう。もちろん、付託において強制性を一切もたないガットの類似のパネル手続が最大限ではあろうが<sup>(1)</sup>。

〔注〕

(1) なお、このほかにガイドライン（例えば多国籍企業行動指針）を作成して、その解釈を通じて実質的に紛争処理を行うことがある（小寺「多国籍企業と行動指針」総合研究開発機構編『多国籍企業の法と政策』（1986），333-343.参照）。ただし、これは形式的には紛争処理手続とはされない。ポゴール宣言は明確に紛争処理手続構想を提唱しており、この手続はそれにあたらぬ。



# GATS と電気通信

小 寺 彰

# 目 次

- I はじめに——電気通信と国際規律——
- II GATS とは
  - 1 GATS の WTO 協定上の位置
  - 2 サービス貿易の意義
  - 3 GATS の基本原則
- III 電気通信サービス規律の特色
  - 1 電気通信附属書
  - 2 基本電気通信規律
  - 3 参照文書の意味——ベンチマーク制の評価——
- IV 結 語
  - 1 GATS の評価
  - 2 電気通信サービス規律の意味
- 付録 参照文書

## I はじめに——電気通信と国際規律——

電気通信は、かつては無線周波数と国際通信のみが国際電気通信連合（ITU）の国際規律に服していた。これ以外の電気通信分野は多数国間条約の射程内にはなく、通信主権の一部として(1)、各国が独自に規制すべき分野であると考えられてきた。ところが1980年代になると、サービス貿易という観点から、サービス一般について各国の国内規律に踏み込んで国際的規律を及ぼしていこうという主張が、アメリカを中心に始り、その中の有力分野として電気通信が位置けられた(2)。ガット・ウルグアイラウンド交渉でも、電気通信はサービス貿易の重要分野と位置付けられ、そこで作成された「サービスの貿易に関する一般協定」（GATS）の主要な対象と考えられた(3)。

GATSとはどのようなものか。またその中において、電気通信はどのように規律されているか。またその特色は何か。

〔注〕

(1) 通信主権については、小寺「電気通信と主権」国際法外交雑誌90巻3号(1991)、pp.7—11.参照。

(2) たとえば、ロナルド・K・シェルブ(佐藤浩訳)『サービス取引の自由化』（1982）参照。

(3) ウルグアイラウンド交渉における GATS 交渉の経緯については、宮家邦彦『解説 WTO サービス貿易一般協定』（1996）、pp. 4—17.参照。

## II GATS とは

### 1 GATS の WTO 協定上の位置

GATS とは、「貿易及び関税に関する一般協定（GATT）」及び「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS）」と並んで、世界貿易機関（WTO）が所轄する主要な3つの協定の1つで、サービス貿易を対象とするものである。GATSには、附属書が8つ付いており、その中に、「電気通信に関する附属書」（テレコム・アネックス）と「基本電気通信の交渉に関する附属書」がある。さらに国によって GATS 上の義務の程度を変



えることが可能になっており、そのために各国の約束の内容が約束表という形で付けられている。約束表は、当然国ごとに異なり、それに応じてそれぞれの国が負う義務が決まる。

WTOの大きな特色は、非常に精緻な紛争解決手続<sup>(4)</sup>を備えていることである。WTO紛争解決手続は、GATSについても、原則としてGATTと同様に適用されることになっている。したがって、GATS本体・附属書・約束表は、各国が自由に解釈・適用すればすむものではなく、他の加盟国から条約義務違反等<sup>(5)</sup>があるという申立がWTOに対してなされると、WTO紛争解決手続が起動して、申立に理由があれば、被申立国に対して措置の是正が要求されるという仕組みになっている点に、注意を払わなければいけない。

なお、GATSについて、WTO紛争解決手続で判断が出た例は今のところないが、現在わが国は、大規模店舗法がGATSに反しているとしてアメリカから訴えられている<sup>(6)</sup>。

## 2 サービス貿易の意義

GATSの対象であるサービス貿易とは何か。そもそも貿易という概念はモノについて言われてきたわけで、「サービス貿易」という概念を使うときには、何が「サービスの貿易」なのかから議論を始めなければならない。

GATS上は、サービス貿易として、4つの態様が規定されている（1条2項）。

(a)いずれかの加盟国の領域から他の加盟国の領域へのサービスの提供。これは、電気通信を通じて外国からサービスを購入するようなものを想定している（例えば、電話による外国宝くじの購入）。かつてはこの(a)の形態がサービス貿易の本来的な形態であると言われることが多かった。つまり、領域から領域にサービスが移動するので、貿易という概念で最も説明しやすいからである。しかし、GATSはそれ以外に、以下に挙げる(b)(c)(d)も、サービス貿易の中に加えている。

(b)いずれかの加盟国の領域内におけるサービスの提供であって、他の加盟国のサービス消費者に対して行われるもの。これは、消費者が移動することによって外国のサービスを購入する形態である。例えば、外国に観光に行った人が現地で通訳を雇う場合がこれにあたる。

(c)いずれかの加盟国のサービス提供者によるサービスの提供であって、他の加盟国の

領域内の業務上の拠点を通じて行われるもの。これは外国に投資をして、そこでサービスを提供する場合をさし、貿易量という観点からは最も取引量が多い。これは本質的には投資の問題であるが、サービス貿易のカテゴリーに入れれば、現在最も重要な形態と位置づけられる。このことは、GATSが投資の自由化にも一部踏み込んでいることを意味している。

(d)は、(c)が投資であるのに対して、自然人が外国に移動することによってサービスを提供する形態である。この形態ではそれほど大きい取引量はなく、重要性は低い。

この4モードについてできる限り自由化を図ろうというのが、GATSの基本精神である。

### 3 GATSの基本原則

GATSにおける自由化とは何か。GATSの主要原則は、①最恵国待遇原則、②内国民待遇原則、③透明性、④市場アクセスの4つである。

最恵国待遇原則、内国民待遇原則は、GATTにおいても従来から基本原則の位置を占めてきた。最恵国待遇原則は、すべての国のサービス及びサービス提供者を等しく扱うこと(2条)、また内国民待遇原則は内外のサービス及びサービス提供者を等しく扱うこと(17条)を義務づける。両者を合わせて、サービス貿易の「自由・無差別」が保障される。なお、従来の各国のサービス規制のなかには、他国が自由化する限度で、自国の自由化も行うというものが少なからずあった。これが相互主義である。最恵国待遇原則または内国民待遇原則は、ともに他国の自由化の程度とは関わりなく、外国事業者の提供するサービス等を同じ程度に自由化し、また自国事業者の提供するサービス等と同一に扱うことを要求するのであり、相互主義とはまったく異なる原理であることを理解しておく必要がある。

GATTでは、最恵国待遇や内国民待遇とは別に国内規制自身を問題にすることはほとんどなかった。しかし、サービスの場合、各国の国内規制はモノの場合よりも一般的には強く、そのために、サービス貿易に単純に内国民待遇原則を適用しても、外国からのサービス提供が円滑には行われれないという問題点が指摘された。言い換えると、国内規制自身に自国サービス産業を守る面がある。そこでサービス貿易の自由化を実質的に保障するために各国の国内規制それ自身が俎上にのせられ、まず透明性と市場アクセスという新しい

原則を導入して、国内規制自体の問題に対応することとした。

透明性とは、国内規制措置が外国からも十分知りうる状態を言う。そのため、GATSは、具体的に、①加盟国の措置や関連協定の公表、②法令上、行政上の指針を変更した場合に、WTOの機関であるサービス貿易理事会に通報する、そしてまた③他の加盟国が知りたい場合にはきちんと知ることができるような措置をとることを規定している（3条）。これが透明性の基本である。透明性の第1の目標は、外国事業者に国内措置を周知してその予測可能性を高めてサービス貿易の自由化を推進することにあるが、それにとどまるものではなく、第2に漸進的自由化を促進するという役割も期待されている。各国の国内規制をはっきりさせて諸国が正しい認識をもち、その上ではじめて不必要な規制を減らしていけるというポリシーなのである。

国内規制を直接的に減らすことを目指すのが、市場アクセス（16条）である。市場アクセスは、先ほど述べたように、現行の国内規制では外国からのサービスの提供が十分円滑に行われないことへの対処であり、まず第1に問題にしているのは、サービス提供者の数の制限をはじめとする、さまざまな数量的な制限であり、それを禁止した。たとえ内外無差別、つまり、内国民待遇原則の観点からは問題のないような国内規制であっても、数量的制限を採用する規制をとることはできない。わが国では、サービス産業について、従来、国が需給調整を行うことが多かったが——例えば電気通信事業法にも第1種電気通信事業者についての需給調整条項（10条2号）があったが、本年2月の改正によって削除された——、GATS上はもはや許されない。

市場アクセスの第2番目の意味は、事業体の法的形態を制限してはいけないことである。つまり、特定の形態に事業体を制限することが、外国からのサービス提供、特に投資によるサービス貿易を難しくするためである。

第3番目は外国資本参加制限の禁止である。これは、市場アクセスをそのまま適用すれば、現在の第1種電気通信事業者についての30%、それからNTT、KDDの20%外資制限が許されないことを意味する（詳しくは後述）。

以上のように、市場アクセスでは、国が供給量について制限をしてはいけないという原則が基本になっている。それでは、このような量的制限ではない、質的制限については、GATSはどのような態度をとっているのか。

質的制限については、少なからず必要なものがあり、すべてを廃止することはできな

い。自動車の運転免許を考えれば、このことは容易に理解できよう。ただし、質的制限であれば、すべてが許容されるとは言えず、必要な規制と不必要な規制の仕分けが必要になる。GATSが仕分け基準として採用したのは、国内規制の合理性、客観性、公正性である。つまり質的制限による国内規制はこの3条件を満たさなければならない。そこで具体的に、合理的、客観的、公正な国内規制とは何かが問題になる。GATSでは、特に重要なポイントだけが具体的に規定されている（6条）。①行政上の決定についての独立の機関による審査、救済。②申請に対する合理的期間内の応答または処理の義務。③資格要件等の客観性、合理性。④国内規制に関する国際基準の将来の作成。⑤ただし、他の加盟国の利益を無効化侵害するような措置は直ちにやめなければいけない。

①の独立の機関は、憲法上、三権分立まで要求するものではなく、独立性さえ確保されれば足りる。②については、わが国には従来規律がなく、GATSに入る直前に作られた行政手続法9条によって、②の義務を担保した<sup>(7)</sup>。

ここで注意する必要があるのは、最恵国待遇原則には、すべてのサービス分野で各国が従う義務を負っているが、内国民待遇原則、市場アクセス及び質的制限規律については、各国が選択的に受け入れた範囲で義務を負えばよいことである。つまり、各締約国が別途に提出した約束表記載分野でのみ義務を負えばよく、最恵国待遇原則より緩やかな規律になっている。もちろんこのような約束表記載分野については、その後、交渉によって適用例外を減らしていくことが想定されており、現在のままで永久にとどまってよいわけではない。

とくに質的制限規律は、合理的、客観的、公正な国内規制の実施にとどまっており、市場アクセスや内国民待遇と比較すると、義務の程度はより緩やかである。つまり市場アクセスや内国民待遇と比較すると各国は受け入れやすく、そのため適用範囲を各国が出す特定の約束に限定したことに對しては批判が強い。国内措置に関する6条は内国民待遇や市場アクセスと比べると、条約の前の部分、すなわち市場アクセスや内国民待遇原則を収める「第3部 特定の約束」中ではなく、最恵国待遇原則規定に近い箇所におかれている。この規定の位置は、将来的には質的制限規律の適用を特定の約束分野に限定しないようにする方向性を暗に示すものと見ることができよう。

このように、GATSはサービス貿易の自由化を規定するが、GATTと比べると非常に緩やかな段階にとどまっている。

〔注〕

- (4) WTO 紛争解決手続については、小寺「WTO 紛争解決手続」経済セミナー1997年1月号、pp.74ff；岩澤雄司『WTO 紛争処理』（1995）参照。
- (5) WTO 紛争解決手続では、条約違反に関わらない「非違反（non-violation）」または「状態」申立も手続の対象になる。この点については、岩澤前掲書、pp.75-77. 参照。
- (6) 大規模店舗法がGATS16条2項(a)号で禁止されている「サービス提供者の数」の制限に当たるとどうかが争点である。なお、3の市場アクセスの箇所参照。
- (7) Cf. Koji Tsuruoka, “The General Agreement on Trade in Services,” *Japanese Annual of International Law*, No.38(1995), pp.40-41.

### III 電気通信サービス規律の特色

それではGATSは電気通信についてどのような意味を持つのか。電気通信がサービスと捉えられることは当然であるが、電気通信サービスはサービスの中で特異な性格を持っている。電気通信サービスは、一方では、提供されるサービスであるが、他方では、サービス貿易の第1モードを実施するための手段であるという二重の役割を担っている。つまり電気通信サービスを自由に使えなければ、そもそもサービスの貿易自由化が全体的に不十分になるという関係がある。そのため電気通信サービスには、他のサービスと比べてより厳しい規制が必要になる。

#### 1 電気通信附属書

「電気通信に関する附属書」、いわゆるテレコム・アネックスは、電気通信の2重の意味に即して、加盟国に対して、自国の公衆電気通信サービスへの合理的かつ差別的でないアクセス及び利用を他の加盟国のサービス提供者に確保することを義務づける。ここでいう公衆電気通信サービスとは、「公衆一般に提供されることを明示的に又は事実上要求している電気通信の伝送サービス (3.(b))」——「公衆電気通信の伝送サービス (public telecommunications transport service)」とよばれる——及び、公衆電気通信の基盤 (infra-structure) (同(c))——「公衆電気通信の伝送網 (public telecommunications network)」とよばれる——を指す。わが国では電気通信事業法上の第1種電気通信事業

者の提供するサービスが「公衆電気通信の伝送サービス」に、また第1種電気通信事業者のもつ回線設備が「公衆電気通信の伝送網」に該当する。附属書は、両者について、いわゆる付加価値通信（電気通信事業法上の第2種電気通信事業）がそれらを円滑に利用できるように国が一定の措置をとることを義務づける。

具体的な義務としては、①公衆電気通信へのアクセス等に関する情報の公開（4条）。これはGATS本体の透明性の特別則に当たる。②公衆電気通信への合理的かつ無差別なアクセス・利用（5条）。これはGATS本体の最恵国待遇・内国民待遇原則の基本精神を公衆電気通信に当てはめたものである。ただし、GATS本体の最恵国待遇・内国民待遇原則は国の取扱いに関する義務であって、事業者への義務付けを含むものではなく、サービス事業者が誰と取引するかは、あくまで事業者の自由である。公衆電気通信については、さらに一步進んで、公衆電気通信事業者の取引にまで、最恵国待遇・内国民待遇原則を適用することを要求している。なお、これ以外に、この附属書は、③技術協力の実施（6条）。③ITUとの整合性の確保（7条）を規定している。

## 2 基本電気通信規律

基本電気通信についての交渉は、1994年のウルグアイラウンド終結時までにはまともならず、さらに「基本電気通信の交渉に関する附属書」が予定した昨年4月末の継続交渉の期限にも妥結せず、結局今年の1月の半ばに交渉が再開されて2月15日になってようやくまとまった(7a)。その結果出来上がったのが「サービス貿易に関する一般協定の第4議定書」である。この議定書は、「基本電気通信に関する関係加盟国の特定の約束に係る表」（参照文書のこと）と「第二条の免除に係る表」からなる。なお、基本電気通信については、GATS上定義はなく、以下の定義が関係国の了解であったと言われる。「基本電気通信サービスとは、電磁的手段による信号の送受信によって行われる電気通信サービスのうち、顧客が提供する情報を2以上の地点の間で、その情報の形態又は内容の終端における変更を伴わずに、リアルタイムで伝送することを典型的に行うサービスであって、電信、電話、テレックス及びデータ通信が該当する。」(8)

基本電気通信交渉がまとまったことは、本当の意味で、基本電気通信がGATSの枠内に入ったことを意味する（なお、1998年1月1日発効予定）。

第1は、基本電気通信サービスについても最恵国待遇原則が適用されることが確定した



ことである。基本電気通信交渉がまとまるまで、基本電気通信については、GATS上、すべてのサービス分野で適用されるべき最恵国待遇原則が、適用されないことになっていた（基本電気通信附属書1.）。アメリカはこの点を利用して、1995年11月に、外国市場が開かれているかどうかを審査し、アメリカと同程度に開かれていないときには市場参入を拒否するというエコシステム（Effective Competitive Opportunities）を採用して、相互主義的な政策をとり、実際にも衛星通信等に適用してきた<sup>(9)</sup>。エコシステムをとりえたのは、基本電気通信サービスについては最恵国待遇原則が適用されていなかったためである。アメリカも、基本電気通信規律の交渉妥結を受けて、エコシステムの廃止に向けた作業を開始したようである<sup>(10)</sup>。

第2に、基本電気通信に、内国民待遇原則や市場アクセスをどのように適用するかは、未解決の問題であった。たとえば、わが国が内国民待遇原則、市場アクセスについては、第2種電気通信事業及び第2種電気通信事業によって提供される付加価値サービスについてのみ約束し、基本電気通信には、内国民待遇原則や市場アクセスを適用しなくてもよい状態であった。今回の継続交渉で、基本電気通信サービスについて、内国民待遇原則、市場アクセスをどの範囲で約束するかが議論され、各国は、基本電気通信サービスについて、広い範囲で、内国民待遇原則、市場アクセスの義務を負った。たとえば、わが国はNTT及びKDDについて、20パーセントの外資制限を維持することを留保したが、それ以外は完全に内国民待遇原則及び市場アクセスに服することを約束した。第1種電気通信事業者について、KDDとNTTを除いて外資規制を完全に撤廃することになったのである。

第3に、国内規制に関する「参照文書（Reference Papers）」（付録）が作成されたことが重要である。質的制限を行う国内規制（質的国内規制）については、GATSは、既述のように（II3）、原則的な規定をおくにとどめていたが（6条）、参照文書は、基本電気通信分野の質的国内規制について、具体的な規律に踏み込んだ。ここでは、各国の基本電気通信に関する規制の枠組みとして、①競争条件確保のためのセーフガード、②相互接続、③ユニバーサル・サービス、④免許の基準の公の利用可能性、⑤独立規制機関、⑥稀少資源の分配・利用を定める。

①は、主要な供給者の反競争的行為を防止するための措置を締約国がとるべきことを命じたもので、GATSがはじめて競争政策に立ち入った点で重要である。そして具体的な

反競争措置が例示された——たとえば「反競争的な内部相互補助」が挙げられている——。

②は、主要なサービス提供者との接続確保措置の義務付けである。わが国で本年行われた電気通信事業法の改正（38条から39条の4まで等）は、これらの規定に沿った内容になっている。

③、④、⑥は、それぞれの事項について、最恵国待遇、内国民待遇、透明性を満たすべきことを規定する。また⑤は、電気通信について、伝統的に規制機関と事業者が分離されていない国が多かったために、あえてGATS本体と同一内容の規定が書き込まれた。

この参照文書上の義務は、当初から先進国はそれに等しく拘束されることが要求され、それに対してASEAN諸国のような中進国や開発途上国については、選択的に加わることで認められるとされ、実際にもそのような結果になっている。

### 3 参照文書の意味——ベンチマーク制の評価——

参照文書の中で重要なのは、「競争条件確保のためのセーフガード」（競争確保セーフガード）である。電気通信の中に競争法の観点が入ったのは、一般的には、公正自由な競争秩序が維持されることによってはじめて、サービス貿易の自由化が達成されるからだと説明できる。しかし、電気通信に競争法の視点を入れることは、実はそれを越えた意味をもつ。この点を現在、アメリカが導入を企て、他方わが国をはじめ諸外国からの批判が強い、国際清算料金のベンチマーク制<sup>(11)</sup>を例にとって考えてみたい。

国際電気通信は、従来から電気通信事業者（キャリア）間で計算料金のやりとりをして、相手側の電気通信サービス利用分を補填して実施されてきた。わが国からKDDを使ってアメリカに国際電話をかける場合を想像してみよう。電話をかけた人は、KDDに対してかけた時間に応じて一定額の料金を支払う。このときに利用者がKDDに支払う料金を収納料金と呼ぶ。ところで利用者が電話をかけるためには、日本側のKDDの設備だけではなく、アメリカ側の事業者、たとえばAT&Tの設備をアメリカ側では利用できるからこそ、アメリカにいる人と電話で話しができる。しかし、日本の利用者はAT&Tには何も料金を支払っていないし、もちろんアメリカで電話がかかってきた人がAT&Tに利用料を支払うわけではない。そこでAT&Tのサービス利用分が問題になるが、KDDが徴収した収納料金の一部を計算料金とし、その額をKDDとAT&T間で決めて、KDD



がAT&Tに支払うことでAT&Tのサービス利用分を補填してきた。このような計算料金の遣りとりは1通話ごとに行われるのではなく、一定の期間を切って、日本側KDDからアメリカ側AT&Tに支払うべき計算料金とアメリカ側AT&Tから日本側KDDに支払うべき計算料金を相殺して、発信時間数の多いキャリアーが相手側キャリアーに差額を払ってきた。しかし伝統的にアメリカ発の国際通信が多いために、計算料金が高いとアメリカのキャリアーが支払う金額が多くなるという結果を招いていた。

アメリカ連邦通信委員会（FCC）が現在導入を目指しているのは、清算料金（計算料金の半額）について目標値（ベンチマーク）を決め、実際の清算料金をその額以下にすることである。これは、①アメリカ側キャリアーの清算料金支払いが年間50億ドルに上り、②清算料金の額が補填しなければならない相手側キャリアーのサービス相当額（コスト）を上回っているとFCCが考えたためである。つまり、本来は国内の収納料金引き下げの原資に回るべきお金が、支払う必要のない相手国側キャリアーに支払われている、その意味で清算料金が反競争的な補助金の性質をもっていると言うのである。

そこでFCCは、国ごとにベンチマークを決め、清算料金がその額以下になるようにキャリアーに交渉を促し、一定期間内に協議が整わないと、FCCはベンチマークよりも高い清算料金をアメリカのキャリアーが支払うことを禁ずるとというのが、制度の骨子である。

これについては、現在FCCが他国政府や他国キャリアーからコメントを求めている段階であるが、わが国をはじめ諸国から批判が強いと言われる。確かにベンチマークの金額を、FCCが一方的に、しかもきわめてラフな基準に基づいて決定する等細部について問題は多い。しかし、先に紹介した清算料金規制の根幹部分が、GATSに反しているかどうかは改めて考えてみなければならない。この点の解明の鍵は、アメリカがこの制度を競争政策の一環として打ち出している点にある。

アメリカ政府は、おそらく、このベンチマーク制を、その根幹部分は参照文書で締約国がとらなければならないとされる競争条件確保セーフガードとして正当化するつもりであると推測される。逆に多くの批判は、細部の点をおくと、従来から清算料金がキャリアー間の協定によって定めてきた点を中心的な根拠にして非難しているように見受けられる。すなわちアメリカの一方性が非難のポイントなのである。しかし、事業者間の協定は良く、政府の一方的行為はいけないと、アプリアリに決められるのであろうか。古くから国

際通信は、各国のキャリア一間の協定によって実施され、国際通信の実質的な一般規律さえ、キャリア一間の協定に委ねられることがあった。たとえば、キャリア間で決められた旧 D 1 勧告が、国際専用線利用の中心的な規律と考えられた時代があった。しかし、2.でも説明したように、電気通信の世界でも、事業者と規制機関は完全に分離された。他方で、競争確保セーフガードは、明確に締約国が一方的に反競争防止措置をとることを認めている。また競争法の世界では、事業者間の協定自身が反競争的なトラストと評価される可能性をもっていることも忘れてはならない。つまり、アメリカのベンチマーク制は、その根幹において、競争確保セーフガードとして肯定される可能性を相当な程度もっているのである。もちろん、最終的な結論を出すことは、本稿の目的でもないし、また根幹部分が GATS に抵触しないとしても、国ごとにベンチマークの金額を変えることが最恵国待遇原則違反と評価される可能性等は否定できない。しかし、金額の算定方法等の部分が GATS 違反と認定されても、先ほどから説明してきたベンチマークの根幹部分さえ肯定されれば、金額の算定方法等の細部を修正すればすむのであるから、逆に制度自身は GATS 上のお墨付きを得たことになるのだということを忘れてはいけない<sup>(12)</sup>。

従来の電気通信の世界は協定万能の世界であり、その目から見れば、ベンチマーク制は奇異に映る。しかし、GATS が電気通信の規律体系となり、さらに競争法を導入したことは、キャリア一間の協定によってすべてを律するという時代が終焉したことを意味する。競争確保セーフガードが参照文書に規定されたことの実質的な意味は、GATS が通信、とくに国際通信の規制の基本原則を根本的に変えたことを白日の下に曝したことである。

〔注〕

(7a) 基本電気通信交渉については、外務省経済局サービス貿易室編『WTO サービス貿易一般協定』(1997), pp.17-28. 参照。

(8) 宮家前掲書、pp.265-266.

(9) 通商産業省通商政策局編『1997年版不公正貿易報告書』(1997), pp.241-242. 参照。

(10) 日本経済新聞1997年6月5日版夕刊

(11) ベンチマークについては、KDD 総研『R&A』1997年2月号, pp.3-11. 参照。【追記】ベンチマーク制は、1997年8月7日のアメリカ連邦通信委員会の決定によって、1998年1月1日から実施されることになった (FCC 97-280)。

- (12) この点は、アメリカが基本電気通信交渉を国内措置と戦略的に絡めて行ったことの証であろう。
- なお、この点については、石黒一憲「WTO基本テレコム交渉と国際計算料金制度(上)」貿易と関税1997年3月号, pp.57-68. 及び同(下)貿易と関税1997年5月号, pp.61-69. 参照。

## IV 結 語

### 1 GATS の評価

GATS 全体は、非常に枠組み的な性格が強くて、具体的な義務の内容については今後交渉によって決めるというものが多い。サービスは、各国で国内的な規制が非常に強い分野であるために、とりあえずは枠組みをつくったというのが現状である。つまり現在の GATS は、内外無差別の原則を打ち立てたうえで、国内措置がサービス貿易の障害とならないものに改廃する前提として、国内措置の透明性、つまり、だれでも規制内容がわかるようにすることを、各国の絶対的な義務として課している。今後の焦点は、GATS の適用範囲を拡大し、合わせて国内措置をサービス貿易の障害とならないものに改廃することである。サービス貿易交渉については、1998年に交渉再開が予定されており、この交渉妥結をまって初めて GATS の本来の意味が出てくると考えるべきである。

さらに WTO の枠外に目を転じると、OECD で現在交渉中の多数国間投資協定(MAI) に注目する必要がある。MAI は、当初の交渉期限である本年5月に妥結はできなかったが、近い将来にはまとまると予想されている。MAI はより広範囲をカバーし、当然サービス分野も含み、また、より強化された形で、国内規制のあり方に踏み込むことが目指されている。サービス貿易の最重要分野が対外投資による形態であることはすでに述べたが、この点を踏まえると、GATS と MAI は手を携えて、もっぱら国内規律に服してきたサービス分野を、徐々に国際規律のもとに収めて自由化を進めていこうとしていることが分かる。その意味でも、GATS は第1歩である。

### 2 電気通信サービス規律の意味

このような全体的な見取り図の中で電気通信サービスは、やや特殊な位置を占める。電気通信には、ウルグアイラウンド後に金融サービス、海運サービスと並んで個別分野交渉が行われ、その中で唯一成功した分野である。つまり、電気通信分野では、今回の参照文書に見られるように、単なる枠組みを越えた実体的な自由化規律が始まった。参照文書で競争法的規律が入ったことは、今後の GATS、さらにはサービスの国際規律の方向性を示すものとして重要である。

〔注〕

(13) 宮家前掲書, pp.15—17.

## [付録]

### 参 照 文 書

#### 適用範囲

この文書は、基本電気通信サービスの規制の枠組みに関する定義及び原則について定める。

#### 定 義

「利用者」とは、サービス消費者及びサービス提供者をいう。

「不可欠な設備」とは、次の(a)及び(b)の要件を満たす公衆電気通信の伝送網又は伝送サービスに係る設備をいう。

(a) 単一又は限られた数のサービス提供者により専ら又は主として提供されていること。

(b) サービスの提供において代替されることが経済的又は技術的に実行可能でないこと。

「主要なサービス提供者」とは、次のいずれかの結果として、基本電気通信サービスの関連する市場において(価格及び供給に関する)参加の条件に著しく影響を及ぼす能力を有するサービス提供者をいう。

(a) 不可欠な設備の管理

(b) 当該市場における自己の地位の利用

#### 1 競争条件の確保のためのセーフガード

##### 1.1 電気通信における反競争的行為の防止

単独で又は共同で主要なサービス提供者であるサービス提供者が反競争的行為を行い又は継続することを防止するために適切な措置を維持する。

##### 1.2 セーフガード

1.1の反競争的行為には、特に次の行為を含む。

(a) 反競争的な内部相互補助を行うこと。

(b) 競争者から得た情報について反競争的な結果をもたらすように利用すること。

(c) 他のサービス提供者に対し、当該地のサービス提供者がサービスを提供するために必要な、不可欠な設備に関する技術的情報及び商業上の関連する情報を適時に利用できるようにしないこと。

#### 2 相互接続

2.1 この2の規定は、特定の約束を行った範囲において、公衆電気通信の伝送網又は伝送サービスを提供するサービス提供者との接続であって、一つのサービス提供者の利用者が他のサービス提供者の利用者と通信し又は他のサービス提供者によって提供されるサービスへアクセスすることを可能にするものに適用する。

##### 2.2 確保すべき相互接続(注)

注 この2.2の規定については、不可欠な設備を管理する主要なサービス提供者についてのみ適用する。

主要なサービス提供者との相互接続については、伝送網の技術的に実行可能ないかなる接続点においても確保する。主要なサービス提供者が提供する相互接続は、次の要件を満たすものとする。

(a) 差別的でない条件(技術上の基準及び仕様を含む。)及び料金に基づき、自己の同種のサービス、提携していないサービス提供者の同種のサービス又は自己の子会社若しくは提携する会社の同種のサービスに提供する品質よりも不利でない品質によって提供されること。

(b) サービス提供者がそのサービスの提供のために必要でない伝送網の構成部分又は設備に対して

支払をする必要がないように十分に細分化された、透明性のあるかつ経済的実行可能性を考慮した合理的な条件（技術上の基準及び仕様を含む。）及び料金（原価に照らして定められるもの）に基づいて適時に提供されること。

- (c) 請求がある場合には、必要となる追加的な設備の建設費を反映する料金が支払われることを条件として、利用者の多数に提供されている伝送網の終端地点以外の接続点においても提供されること。

### 2.3 相互接続に関する交渉のための手続の公の利用可能性

主要なサービス提供者との相互接続に適用される手続は、公に利用可能なものとする。

### 2.4 相互接続に関する取決めの透明性

主要なサービス提供者は、確実に、相互接続に関する協定又は参照用の相互接続に関する提案を公に利用可能なものとする。

### 2.5 相互接続に関する紛争解決

主要なサービス提供者との相互接続を請求しているサービス提供者は、相互接続の適当と認められる条件及び料金があらかじめ設定されていない場合には、これらに係る紛争を合理的な期間内に解決するために、次のいずれかの時期に、独立した国内機関（5に定める規制機関を含む。）に申し立てることができるものとする。

- (a) 随時  
(b) 公に周知された合理的な期間の経過後

## 3 ユニバーサル・サービス

いずれの加盟国も、当該加盟国が維持することを希望するユニバーサル・サービス義務の内容を定義する権利を有する。この義務は、反競争的とはみなされない。ただし、透明性のある、差別的でない及び競争中立的な態様で履行され、かつ、当該加盟国が定める内容のユニバーサル・サービスを確保するために必要である以上に大きな負担にならないことを条件とする。

## 4 免許の基準の公の利用可能性

免許が必要とされる場合においては、次の(a)及(b)の事項を公に利用可能なものとする。

- (a) すべての免許の基準及び免許の申請に係る決定を行うため通常必要とされる期間  
(b) 個別の免許の条件

免許を拒否した理由は、請求があるときは申請者に通知する。

## 5 独立の規制機関

規制機関は、いかなる基本電気通信サービスの提供者からも分離され、かつ、いかなる基本電気通信サービス提供者に対しても責任を負わない。規制機関が行う決定及び規制機関が用いる手続は、市場のすべての参加者について公平でなければならない。

## 6 稀少な資源の分配及び利用

稀少な資源（周波数、番号及び線路敷設権を含む。）の分配及び利用に係るいかなる手続も、客観的な、透明性のあるかつ差別的でない態様で適時に実施する。分配された周波数帯の現状は、公に利用可能なものとする。ただし、政府の特定の利用のために分配された周波数を詳細に明らかにすることは、要求されない。

# 国際経済体制の法構造

—WTOの「成功」・MAIの「停滞」—

小 寺 彰

# 目 次

- I はじめに
- II WTO体制の法構造
  - 1 WTO体制の特色
    - a 紛争解決手続の申立事由
    - b 紛争解決手続の判断の効力  
——ICJ、人権委との比較——
    - c 環境措置（非通商措置）への対処
  - 2 WTO/GATTの系譜
    - a 米通商協定の特色
    - b GATT協定と通商協定の類似性
    - c GATT協定の特質
  - 3 GATT/WTOの発展
    - a GATT発足から東京ラウンドまで
    - b 東京ラウンドの成果
    - c ウルグアイラウンドの成果
    - d GATTからWTOへの軌跡
- III 非通商分野の規律体制の法構造
  - 1 国際経済規律拡大の問題性
  - 2 投資分野の特殊性
    - a 内国民待遇原則の限界
    - b 国内規制の位置
  - 3 非通商的な国内規制の扱い
    - a 規律例外
    - b 法制の調和
- IV まとめ
  - 1 国際経済体制の在り方
    - a 現状の総括
    - b とるべき方法
  - 2 国際レジームの特質



## I はじめに

1995年に発足した世界貿易機関（WTO）は、現在まで大変順調に運営されてきた。ウルグアイラウンド交渉によって強化された紛争解決手続は頻繁に利用され、重要な通商紛争を解決してきている。たとえば、WTO 発足直後に、日米間の自動車・同部品紛争に関連してアメリカが通商法301条によって一方的措置を発動しようとしたが、日本がアメリカを WTO 紛争解決手続に訴え、それが大きなきっかけとなって間もなく、アメリカの一方的措置は取り下げられた<sup>(1)</sup>。逆に日本では焼酎の税率がウォッカ等他の蒸留酒と比べて低かったが、このことを EC、アメリカ、カナダが問題にして WTO 紛争解決手続に訴え、日本の GATT 協定上の義務違反が示された<sup>(2)</sup>。日本は、焼酎の税率の引き上げと、他の蒸留酒の酒税の引き下げによって、紛争解決手続の判断に応えた。

また GATS に関する通信及び金融に関する継続交渉は何度も決裂の危機を迎えながらも、通信については、1997年2月に、また金融に関しては1997年12月に妥結した。さらにウルグアイラウンド終結時に交渉課題とされた課題（ビルト・イン・アジェンダ）——サービス貿易交渉、紛争解決手続の見直し等<sup>(3)</sup>——を中心にして、新たな多角的交渉（ラウンド）開始の機運も高まり、2000年から始まる見込みである。ウルグアイラウンドによって出来上がった WTO 体制は、一層の深化——対象分野での加盟国の義務の強化——と拡大——WTO 対象分野の拡張——が期待されている。

WTO 発足直後の1995年5月の OECD 閣僚理事会は、2年間の期限を設定して、多数国間投資協定（Multilateral Agreement on Investment, MAI）の交渉開始を決定した。MAI は、①投資自由化——投資に対する内外無差別・輸出要求などのパフォーマンス要求禁止等——、②投資保護——収用に対する補償・送金自由等——、③紛争処理——国家対国家・投資家対国家の紛争解決手続——を3本柱とし、投資が自由に行われる条約体制の構築を目指した<sup>(4)</sup>。

交渉は当初の期限内には妥結せず、期限を1年延長したが、本年（1998年）4月に開催された OECD 閣僚理事会は、まだ交渉が終結していない中で、交渉期限を定めず、しかも6ヶ月間の交渉中断を決定した。昨年（1997年）10月に OECD 事務局が交渉草案を示した前後から、欧米の環境団体（NGO）を中心に MAI に対して強い批判の声が出され、

閣僚理事会前の2月にはフランス政府当局が交渉からの離脱の可能性にすら言及する事態になっていた。MAIは、6ヶ月間交渉が中断された後、本当に交渉が妥結に向かって再開されるかについては予断を許さず、むしろ何らかの理由をつけて交渉が打ち切られる可能性すら高まってきている。

MAIが、GATTウルグアイラウンドの妥結、そして現在のWTOに連なるGATTの成功経験を受けて始まったことは疑いない。また国際経済の自由化は、まずモノの自由化から始まり、その後サービスの自由化、そして投資の自由化へと拡大すると言われ、GATT/WTOはまさにこの軌跡を辿ってきた。MAIは、投資自由化を、先進国間でまず先導する試みと見ることもできる。

なぜWTOは現在までのところ順調に運営され、MAIは挫折の淵に立っているのか。WTO、MAIという国際経済体制の法構造を探ることによって、この点への解答を試みてみよう。

## II WTO体制の法構造

### 1 WTO体制の特色

WTO と、WTO が管轄する諸協定（WTO 諸協定）によって構成される規律体制を WTO 体制と呼ぶことにすれば、WTO 紛争解決手続を中心に、WTO 体制には他の条約体制とは異なる特色があることに思い当たる。

#### a 紛争解決手続の申立事由

WTO 紛争解決手続<sup>(5)</sup>は、GATT 協定23条——本稿では「GATT」は、GATT 協定に基づいて事実上生まれた国際機関をさす——に基づく紛争処理のための手続であり、GATT 発足以後の実行や東京ラウンドによって作成された「通報、協議、紛争解決及び監視に関する了解事項」を経て、現在では WTO 諸協定の一部である紛争解決了解によって運営されている。

GATT 協定23条は、「(a) 他の締約国がこの協定に基く義務の履行を怠った結果として、(b) 他の締約国が、この協定の規定に抵触するかどうかを問わず、何らかの措置を適用した結果として、(c) その他何らかの状態が存在する結果として、この協定に基き直接若しくは間接に自国に与えられた利益が無効にされ、若しくは侵害され、又はこの協定の目的の達成が妨げられている」ときに、被害を受けたと主張する締約国が、加害国と考える他の締約国を WTO/GATT 紛争解決手続に提訴できると規定する。

(a) は他の締約国の義務不履行（違反申立）、(b) は他の締約国の措置の適用（非違反申立）、(c) は一定の状態（状態申立）が提訴要件であるが、それに加えて①協定に基づく利益の無効化・侵害、または②協定目的の達成妨害が必要である。実際には、状態申立に基づく紛争解決手続の判断が出たことはなく、また②協定目的の達成妨害が認められたケースはない<sup>(6)</sup>。

現在では多数国間条約か、2 国間条約かを問わず、多くの条約中に紛争解決手続が置かれているが、それらの条約では「条約の解釈又は適用に関する紛争」を紛争解決手続の対象としている（たとえば国際連合海洋法条約15部）。これらの条約の紛争解決手続と GATT 協定23条と比較すると、GATT 協定23条には次のような特色がある。① GATT

協定23条は、協定義務の不履行という協定の解釈適用に関する紛争も対象にするが、他方で非違反申立、状態申立は、直接的には協定の解釈適用に関する紛争ではない——もちろん、非違反申立や状態申立では、利益の無効化・侵害または協定目的の達成妨害が要求されるために、条約の解釈適用にまったく関わらないわけではない——。②協定の解釈適用を直接的に問題にする違反申立については、締約国間に協定の解釈適用をめぐる紛争があるというだけでは足りず、別途に利益の無効化・侵害または協定目的の達成妨害が要求される。

GATT 協定23条は、なぜこのような特色のある紛争解決手続を設定したのであろうか。

#### b 紛争解決手続の判断の効力——ICJ、人権委との比較——

GATT 協定23条2項は、前記の紛争が締約国間で解決できなかったときには、その紛争は締約国団（現在ではWTO）に付託され、それを受けて締約国団は締約国に対して「適当な勧告を行い、またはその問題について適当な決定（ruling）を行わなければならない」と規定する。そして締約国団は、重大な事態の場合には、申立国に対して、被申立国に対するGATT協定上の譲許その他の義務の停止を許可できるとする（同項）。WTO紛争解決了解上は、被申立国が締約国団の勧告・決定に従わない場合が、譲許その他の義務の停止（対抗措置）が行える唯一のケースである（22条）。このような締約国団の決定・勧告に従わない国に対して対抗措置をとれることはともかく、締約国団の行う勧告・決定が法的拘束力をもつかどうかについては、GATT協定上明文の規定がなく、従来から法的拘束力をもつとする見解と持たないとする見解に分かれていた<sup>(7)</sup>。

この点は、ウルグアイラウンドでも問題になり、紛争解決了解は、「紛争解決機関（WTOで紛争解決手続を運用する機関で、実質上はGATT協定23条の締約国団の権限を行使する——筆者）の勧告又は裁定（ruling）の速やかな実施は、すべての加盟国の利益となるような効果的な紛争解決を確保するために不可欠である」と規定した（紛争解決了解21条1項）。これは直截に紛争解決機関の勧告・裁定が法的拘束力を持つとしたのではなく、勧告・裁定の実施に焦点をあてた規定ぶりになっている。この規定は、勧告・裁定の形で出される紛争解決機関の判断に法的拘束力を持たせる趣旨ではなく、WTO加盟国に、勧告・裁定に従った措置をとる義務を負わせたものだと解される。すなわち、紛争解決機関の勧告・裁定、特にWTO諸協定中の規定に関する解釈・適用についての裁定が、

それ自身として法的拘束力を持つと仮定しよう。そのときには、それが被申立国の当該規定に関する解釈・適用を正当なものではないと判断すれば、被申立国の解釈・適用は遡って誤っていたことになり、申立国は被申立国に対して誤った解釈によって蒙った損害の賠償を請求できる可能性が強まる——もちろん、損害賠償請求ができるためには、解釈・適用の誤りに加えて別の要件の検討が必要になる——。しかし、現在の紛争解決了解21条1項では、このような場合であっても、被申立国の解釈・適用が遡及的に誤りだったことにはならず、ただ将来に向かって、紛争解決機関の勧告・裁定に沿った措置をとることだけが被申立国に要求されるのである。なお、WTO 紛争解決手続には、別に仲裁が用意され（紛争解決了解25条）、そこでの判断は上記の紛争解決機関の勧告・裁定とは異なり、紛争当事国を遡及的に拘束する。

紛争解決了解21条1項と比べると、国際司法裁判所規程は、国際司法裁判所の「裁判が当事者間において且つその特定の事件に関してのみ拘束力を有する」（59条）と規定し、国際司法裁判所の判断自身が法的拘束力をもつことを明記する。他方、自由権を保障する国際人権B規約では自由権規約委員会が設けられ、規約の締約国は他の締約国が規約上の義務を履行していないと考えるときには、自由権規約委員会に通報し、必要な場合には、事案の解決のために委員会があつ旋を行うという仕組みをとっている（41条）（国家通報制度）<sup>(8)</sup>。これも、WTO 紛争解決手続と同様に、条約締約国の義務履行の確保のための手続と位置付けることができるが、「あつ旋」と書かれていることから明らかなように、自由権規約委員会は被申立国が人権規約の義務を履行していないと認定しても、被申立国が人権規約の義務履行の態様を自発的に改めるように働きかけができるにすぎない。人権に限らず、現在では多くの多数国間条約が、このような締約国の義務履行を確保するための「国際コントロール手続」を備えているが、それらは概ね、この自由権規約委員会のように、最終的には加盟国の自発性に委ねる仕組みである<sup>(9)</sup>。

WTO 紛争解決機関の判断は、国際司法裁判所の裁判と同一の形で法的拘束力をもつものではないが、他方、自由権規約委員会の国際コントロール手続のように、事実上はともかく、法的には行為の是正を完全に締約国の自発的な意思に委ねるものでもなく、いわば、両者の中間的形態である。このような性格はなぜ生まれたのであろうか。

### c 環境措置（非通商措置）への対処

1980年代以降、WTO 紛争解決手続には、環境規律等、本来的には通商問題以外の国内規律について、それらと GATT 協定の抵触が問題とされるようになった。そのなかでも特に有名なものは、1990年にメキシコが、アメリカのイルカ保護を目的としたキハダマグロ輸入規制を GATT 紛争解決手続に訴えた、第 1 キハダマグロ事件、及び EC が訴えた、第 2 キハダマグロ事件である<sup>(10)</sup>。問題とされた措置は、アメリカがキハダマグロと行動をともにする習性をもつイルカを傷つける方法を用いて漁獲したキハダマグロの輸入を禁止したものであった。

両事件とも、GATT 紛争解決手続は、アメリカのキハダマグロ規制を GATT 協定 3 条等に違反すると認定した上で、アメリカの措置が GATT 協定 20 条の一般的例外の「(b) 人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置」または「(g) 有限天然資源の保存に関する措置」に当たるかどうかを検討した。GATT 小委員会は、結論的には、例外該当性を否定し、アメリカのキハダマグロ輸出規制措置が GATT 協定の義務に違反するとした——GATT 理事会（締約国国の任務を遂行）では両小委員会の報告書とも採択されなかった——<sup>(11)</sup>。

第 1 キハダマグロ事件では、このような結論の後に、「この報告書の採択が、個々の締約国が国内的な環境政策を追求する権利や環境政策を調和するために相互に協力する権利に影響を及ぼすものではない」(para. 6.4) と述べた。GATT 協定違反を言いながら、「個々の締約国が国内的な環境政策を追求する権利や環境政策を調和するために相互に協力する権利に影響を及ぼすものではない」というのは一体どういうことであろうか。

さらに第 2 キハダマグロ事件では、小委員会は、GATT 協定 20 条 g 号該当性を検討する部分で、このような措置が GATT 協定 20 条によって許されれば、「締約国間の権利及び義務、とくに市場へのアクセスの権利のバランスが著しく損なわれ」(para. 5.26)、さらには「一般協定が締約国間の貿易のための多角的なフレームワークとして最早機能しなくなる」(para. 5.26) と判断して、アメリカの措置が 20 条 g 号によって正当化されないと結論した。問題は、第 1 に、締約国の権利が侵害されると単純には言わず、「締約国間の権利及び義務、とくに市場へのアクセスの権利のバランス」が損なわれると表現したことである。なぜ権利及び義務の「バランス」が問題になるのであろうか。権利さらには義務の「バランス」は、環境規律以外にも、通商分野以外の規律の WTO 諸協定/GATT 協定整合性が問題になるときに、よく持ち出されてきた。

第2に、「GATT協定が締約国間の貿易のための多角的なフレームワークとしてもはや機能しなくなる」として、一般的例外で正当化できないことの根拠として、GATTの「多角的なフレームワーク」としての機能を挙げる。GATTそしてWTOが、多角的なフレームワークとして機能することが、協定上の義務違反とどのように関係するのであるか。

WTO/GATT紛争解決手続及びその中で出された判断は、WTO/GATT体制の法構造を反映するものとみてよい。以上に挙げた問題点に解答することは、WTO/GATTの法構造の解明に通じるはずである。

## 2 WTO/GATTの系譜

GATT体制は、国際貿易機関（ITO）の流産を受けて、ITO発足までの暫定的制度であるGATT協定の適用を恒久化させたものである。1. で指摘したGATT協定23条の紛争解決手続も、ITO憲章93条、94条を踏襲している。そしてそれは、アメリカが1930年代に結んだ通商協定に起源をもち、またGATT協定は、紛争解決手続以外にも、これらの通商協定と強い類似性をもつ。

### a 米通商協定の特色

アメリカは、1934年6月に成立した互惠通商協定法（Reciprocal Trade Agreements Act）に基づいて、1939年までに約20カ国と通商協定を結んだ。互惠通商協定法は相手国と相互に関税を引き下げることを目指したために<sup>(12)</sup>、これらの通商協定は、他国に対する関税率に関する約束、いわゆる関税譲許を中核とし、それ以外に関税譲許を無意味なものにしないための通商条項が付加されていた<sup>(13)</sup>。つまり、アメリカと相手国が、交渉の結果、個々の製品の関税率について相互に合意しても、その後、いずれかの国が通商関係の規律を変更してその国の関税譲許の意味を無意味なものにする可能性がある。たとえば、関税率の引き下げによってある製品の輸出拡大が期待されたが、関税譲許のあと、関税譲許前の当該製品の輸入量を最大輸入量として輸入数量制限を行えば、関税譲許の意味はなくなる。そこで、一定の通商規律、先の例によれば輸入数量制限の禁止を通商協定中に規定すれば、関税譲許が無意味なものになることはない。実際にも、この時期にアメリカが結んだ通商協定には、GATT協定とほぼ同様の規定が設けられていた。



しかし、通商に関連する国家規律は種々存在し、それらを網羅的に通商協定に盛り込むことはできない。上記に挙げた通商協定中の規定も、直接的に通商に関連する事項にとどまっている。しかし、通商協定に規律されていない事項についての国内規律が関税譲許の意味をなくす可能性は否定できず、それに対する備えが必要である。それが、①協定当事国間の協議規定と②短期間の協定終了期限である。

①協議規定とは、通商協定の一方当事国が、関税譲許等、協定によって与えられた自国の利益について問題が生じた場合に、相手国に対して協議を申し入れることができるというものである。協議を通じて不満が解消されるためには、被申入国が問題となる措置を是正するか、それに代わる代償を提供することが必要になる。しかし、単なる協議ではそのような措置が採られて協議が成功する保証はない。そこでそれを保証するために規定されているのが、②6カ月等、短期間の協定終了期限である。つまり、利益の無効化・侵害があると主張する国からの申入れによって協議が始まっても、他の当事国が申入国の満足するような措置に同意しない場合には、申入国は、短期間で協定を終了させることができる。逆に言うと、協議を受けた国は、通商協定の維持に利益がある場合には、何らかの措置を採らざるを得ない。通商協定は、このような利益調整メカニズムを採用し、司法的な紛争解決手続を持つことはなかった。つまり、通商協定には、協定を厳密に解釈適用して、それに反する解釈適用を行う国に対して、それを強制するというメカニズムがそもそも馴染まず、協定発効後も、相互の協議によって、柔軟に関係を維持していくのが望ましいと考えられたのである。それは何より、協定を厳密に守ることと、協定中の関税譲許によって作られた利益のバランスを維持することとは同一ではなく、後者が重要だと考えられたためである。この点は通商協定における通商規律にも反映し、協定中には、詳細な規則は書き込まれず、原則的な規定に終始したのである。

#### b GATT 協定と通商協定の類似性

本来は ITO 発足前の暫定的な通商協定として作成され実施された、GATT 協定についても、関税譲許が中心であり、その関税譲許を無意味なものにしないための国際通商規律として、最恵国待遇原則や内国民待遇原則等を規定する通商条項がおかれた。この点で、GATT 協定の構造は、アメリカが1930年代に結んだ通商協定とほぼ同一のものである。また 1. において紛争解決手続として説明した GATT 協定23条も、条文から想定される



仕組みは、GATT 締約国の一方が前記の要件があると考えられる場合に、他の締約国に対して協議の申し入れを行うことができるというもので、さきの通商協定の協議の仕組みと同一である。ただ、協議がまとまらない場合には、締約国団（GATT のこと）が勧告・決定を行い、必要な場合には、締約国団が対抗措置を許可できるという仕組みを作った点に特色がある。二国間通商協定では存在しよがなかつた関係当事国以外の第三者的な立場の協定当事国のグループが、協議を仲介し、また必要な場合に対抗措置を許可することができ、それによって関係国間の利益のバランス回復が図られるのである。

前者の協議の仲介が締約国団で行われ、それには協議国双方も加わりうることを考えると、第三国も含めた集団的な協議と見ることもできる。後者の「対抗措置」は、協議申入国が受けた利益の無効化・侵害を、侵害国に不利益を加えることによって、再びバランスを均衡させることを本質とする。現在の WTO 紛争解決手続は、小委員会を核とする裁判類似の手続となったが、元来の GATT 協定23条には、そのような手続を採用しなければならない必然性はなく、単に締約国団が勧告・決定を行わなければならないとしか書かれていない。ITO 憲章の紛争解決手続に規定されていた国際司法裁判所の関与の可能性が GATT 協定の紛争解決手続には採用されていないことを考え合わせれば、当初の GATT 協定23条は、司法的手続とは相当に離れたものを想定していたと見た方が良いのだろう。

もう 1 点 GATT 協定とアメリカの通商協定が類似しているのは、脱退規定である（31 条）。GATT 協定は、脱退通告書を国際連合事務総長が受領した日から 6 か月で脱退できるという、短い期間で簡易な脱退手続を定める。これは通商協定と同様に、締約国の利益バランスの維持のための安全弁としての役割を果たすことが期待されたのであろう。

このように GATT 協定とアメリカの通商協定を比較してみると、GATT 協定は二国間通商協定を束ねたものとみることができることが分かる。GATT が相互主義を基調の一つとしているというのはこういう意味である<sup>(14)</sup>。そして GATT 協定の紛争解決手続が、①義務の不履行に関わらない、いわゆる非違反申立や状態申立を認め、②義務の不履行に関わる違反申立についても、利益の無効化・侵害を要求しているのは、GATT 協定においては、譲許によって締約国が得たバランスの維持こそが主眼とされたためである。

非違反申立の事例で小委員会が、無効化または侵害された利益として着目するのが、譲許の利益であることは<sup>(15)</sup>、このためである。

### c GATT 協定の特質

GATT 協定は、形式的には二国間条約が束になったものではなく、多数国間条約の形式をとる点で、通商協定とは異なる。そのために、先に述べた紛争解決手続への第三国の関与も可能になった。また、他の締約国の協定違反がなく、締約国の譲許の利益が無効化・侵害がある場合に、二国間協定であれば、協定からの脱退を担保として、措置の是正、代償措置の採用を要求できる。しかし、GATT 協定では、形式的には、通知だけで短期間で協定から脱退できるが、特定国との間の利益の無効化・侵害が放置されているからとあって、二国間通商協定とは違って、GATT 協定からの脱退に容易には踏み切れない。それは、特定国との関係でGATT 協定上の利益の無効化・侵害があるからといても、他の締約国との関係では大きな利益を得ている場合がほとんどであり、GATT 協定から脱退すると、このような利益も失ってしまうからである。実際、GATT 協定が1947年から適用されて以降、今までに脱退したのは、中国、レバノン、リベリア、シリアの4国にすぎない。このように脱退という制度が文字通りには機能しないことから、脱退に代わって協議の成功を担保する必要が出てくる。第三者機動的な要素の強い締約国団が決定・勧告を行うという紛争解決手続の存在理由は、まさにこの点にあると言えよう。

GATT 協定は、従来の通商協定と多くの点で共通の内容をもっている。しかし、協議や脱退等は二国間条約であることによってはじめて円滑に機能しうるメカニズムであるために、多数国間条約であるGATT 協定では、その働きに限界が生じた。このことは、GATT 協定が多数国間条約としていったんできあがれば、二国間の通商協定とは異なって、それが容易に逸脱できない法システムになるということと同時に、それが締約国間の一般的・客観的な法規律として機能する芽を組み込んだことでもあった。

## 3 GATT/WTO の発展

### a GATT 発足から東京ラウンドまで

GATT 協定は、関税譲許とそれを確保するための通商規定から構成される。通商規定は、最恵国待遇・内国民待遇の供与、輸出入数量制限の禁止等を規定するが、補助金を規定する16条のように実質的な内容に乏しいものも多い。そのうえ、GATT 協定の適用当初は、①祖父条項、②ウェーバー（GATT 協定25条5項）、③頻繁なGATT 協定違反、④GATT 協定23条の非司法的な運用等に示されるように、GATT 協定による規律は弱

かった。

①祖父条項とは、GATT 協定の暫定的適用を行うための議定書によって締約国に認められたもので、GATT 協定適用時に施行されている GATT 協定と抵触する国内法は、GATT 協定適用後も施行し続けて差し支えないというものである。アメリカが GATT 協定を適用し始めるときに、立法府の同意を得ず、行政府限りで行ったためにこのような措置が必要になり、GATT 締約国にも等しく適用された。祖父条項によって、GATT 協定と抵触する国内法でも、堂々と適用でき、その分については締約国の義務が軽減されることになった。

②ウェーバーは、締約国団の 3 分の 2 の決定によって、加盟国の義務を免除する制度である。アメリカは、1955年に農業調整法の対象となっている砂糖等の農産品についてウェーバーを得た等によって、アメリカが重要な利益をもつと主張する産品について、GATT 協定違反の輸入数量制限等を実施してきた——なお、ウルグアイラウンドによってウェーバーは限定され、アメリカの農産品に関するウェーバーも終了した——。

③ GATT 協定の適用当初から、1960年代頃までは、ヨーロッパ諸国を中心に、GATT 協定に違反する輸入数量制限がとられ続けた。

さらに③の点は、1970年代までの④非司法的な紛争解決手続によって補強された。GATT 協定23条は、さきに分析したようにそれ自身が司法的な手続を規定しているのではない。現在では、個人資格の委員によって構成される小委員会、そして WTO 発足以降はそれに加えて上級委員会の報告が紛争解決手続の中核をなすという準司法的な手続によって運営されているが、1970年代までは、国家代表によって構成されるワーキング・グループによる処理が小委員会手続と並んで用いられ、両手続ともに、現在のような司法的な手続からは程遠いものであった。このような手続では、現在のように紛争解決手続を通して、GATT 協定違反を糾すことは考えられず、しかも1970年代には GATT 紛争解決手続はほとんど使われなかった。

③の GATT 協定違反はともかく、①祖父条項、②ウェーバーに基づく締約国の措置は、GATT 協定上は適法であったが、GATT 協定上の義務に従っていない点では、実質的には GATT 協定違反と等しく、GATT 協定の正統性を否認する点では、それよりも悪質であったとも言える。いずれにしても、アメリカ、ヨーロッパ諸国という GATT の主役を演じる諸国が、GATT 規律を骨抜きにしていた。

このように GATT 協定適用当初は、関税譲許を除くと、緩やかな規律が実施されているにすぎなかった。1967年に終了したケネディーラウンドが関税引き下げを中心にした多角的交渉であったことは、当時の GATT 規律が関税譲許を中心に据え、その他は副次的なものにすぎないという性質を示している——ケネディーラウンドで作成された補足協定はダンピング防止税に関するものだけだった——。

#### b 東京ラウンドの成果

東京ラウンド前の GATT 規律が関税譲許を中心にしていたということは、締約国の国境措置が GATT 規律の中心であったことを示している。しかし、ケネディーラウンドによって、関税譲許された関税率が大幅に下がった結果、次の多角的交渉である東京ラウンドでは、関心は非関税障壁、すなわち関税譲許以外の通商規律に移った。

東京ラウンドでは、従来の多角的交渉と同様、譲許関税の引き下げ交渉がなされたが、交渉の中心は非関税障壁にあり、補助金、ダンピング防止税、原産地規則等が取り上げられ、GATT 協定外にその規律を補足する補足協定が作成された——ダンピングについては、ケネディーラウンドのときに簡単な協定から作成された——。さらに実体規定の規律強化を手続的に支える紛争解決手続が整備された。その成果が「通報、協議、紛争解決及び監視に関する了解事項」（第一次紛争解決了解）である。

第一次紛争解決了解では、GATT 紛争解決手続の中心として、小委員会手続が据えられ、小委員会の発足期限（11項）等、手続進行のスケジュールの設定がなされた。交渉ではアメリカが司法的な手続を主張したのに対して、ヨーロッパ諸国が外交的な手続を主張し、結果的にはアメリカの主張が採用された。ただし、補足協定によって実体規律の強化が行われたために、紛争解決手続についても、GATT 協定23条とは別に補足協定ごとに紛争解決手続が設定され、「バルカニゼーション（balkanization）」とよばれるような紛争解決手続の複線化が起こった<sup>(16)</sup>。

司法化された紛争解決手続は、まもなく頻繁に利用されるようになった。GATT 紛争解決手続がほとんど利用されなかった1970年代とは、そのコントラストが著しい。わが国がアメリカや EC から頻繁に訴えられ、次々に GATT 協定違反の判断が突きつけられていったのもこの時期である——皮革（小委員会報告採択——1988年）、農産品（同1992年）、酒税（同1987年）等——<sup>(17)</sup>。この時期から、GATT 協定上の通商規律が文字通り

厳格に実現されていったのである。国際通商分野において GATT 規律が本当の意味で成立したのは、この時代だったと言えよう。

### c ウルグアイラウンドの成果

東京ラウンドでは、関心の中心は国境措置から国内措置に移行したが、1986年から始まったウルグアイラウンドでは、①モノの貿易分野の規律強化と②モノの貿易分野以外への規律拡大が実施された。

①規律強化とは、東京ラウンドから交渉の中心となった貿易分野の非関税障壁、すなわち国内措置の規律を、より一層強化し、また一般化することが目指された。前者の強化は一つには、東京ラウンドで補助協定によって実現した規律強化をより一層押し進めることで、補助金やダンピング等、従来、補助協定が作成されていたすべての分野で実施された。また従来は、補助協定には GATT 協定締約国の一部しか加わっていなかったために国ごとに権利義務において差があった。後者の一般化とは、WTO に参加するためには、一部の協定を除くすべての WTO 諸協定に加わらなければならなくなり（一括受諾 (single undertaking)）、WTO 加盟国間に権利義務の差がほとんどなくなったことをさす。

もう一つは従来補助協定がなかった分野について新たに協定が作成されたことにも注意しておくべきであろう。衛生植物検疫措置の適用に関する協定、農業協定等である。前者は、従来各国ごとに採用されてきた検疫等の基準について、国際基準によるべきこと等の義務を課した（この点は III. 2. b. 参照）。また農業協定は、GATT 協定上鉱工業品に比べて規律が弱い農産品について、規律強化を図ったものである。

さらに紛争解決手続は従来以上に司法化され、実効性の高いものになった。今回の紛争解決手続の改正において重視されたのは、一定の期間内に確実に紛争解決手続の判断が出されるようにしたことである。従来、小委員会で報告書が作られて締約国団（実際には GATT 理事会）の出す勧告・決定の原案が作成されても、締約国団の報告書採択には、申立国、被申立国を含めてコンセンサスが必要であったために、被申立国の主張が認められなかった場合に、その国が反対して GATT 理事会での採択がしばしばブロックされた。アメリカは、この点を捉えて、GATT 紛争解決手続が不十分だとして、一方的に他国の GATT 協定違反等を認定して、その撤回を求め、必要な場合には一方的な対抗措置をとるという政策（通商法301条、スーパー301条等）をとっていた。ヨーロッパ諸国や日本

は、このようなアメリカの主張を否定し、紛争解決手続を経ないで対抗措置をとることを禁止するためには、被申立国が反対しても、小委員会報告が締約国団によって採択されるようにしなければならないと考えた。そのために、一つには、WTO 紛争解決機関（かつての締約国団——GATT 理事会）では、すべての構成国が反対しない限り小委員会報告は採択されるというネガティブ・コンセンサス（negative consensus）を採用し、もう一つには、従来締約国団が行っていた小委員会報告の実質的な審査を、準司法機関である上級委員会を設置してそれに委ねることにした。さらに勧告・裁定の実施や対抗措置についても、仲裁機関を関与させ、客観的な判断を保証した。

紛争解決手続については、もう一つ、従来は、GATT 協定と補助協定で複数の紛争解決手続が存在するという状況にあったが、WTO 紛争解決手続では、WTO 紛争解決機関の下に一体化されている。

紛争解決手続を司法化して強化することによって、東京ラウンド同様、規律強化の実を確保しようとした。

②の規律拡大は、GATT ウルグアイラウンドで新たに始まった。具体的には、知的所有権分野、サービス分野、投資分野への規律拡大が実施された。

知的所有権については、各国が適正に知的所有権を保護しないために、多くの知的所有権をもつアメリカ企業が莫大な損失を被っているとして、アメリカが各国に知的所有権保護を義務づけるべきだと主張したのが発端である。従来、知的所有権については、世界知的所有権機関（WIPO）が管轄していたが、開発途上国の影響力が強く、国際的な知的所有権保護が十分ではないという批判があった。アメリカは、WIPO ではなく GATT において知的所有権の保護強化を実現しようとした。

交渉開始当初は、知的所有権は、GATT の権限外であるという反対論も開発途上国を中心に強かったが、アメリカを中心とする先進国がその声押し切って、「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS 協定）」を作成した。TRIPS 協定は、一応「貿易関連の側面に関する」という修飾句を付しているが、実体は紛うことのない、知的所有権の保護強化のための協定である。

サービス分野も、伝統的にアメリカ企業の競争力が強い分野であった。1970年代前半にサービスの貿易という観念がはじめて提唱された。それは、具体的には日本からイギリスに電話して日英間の航空券を買うというような外国からのサービスの購入が念頭に置かれ



ていた。このような考え方を採ってモノの貿易と比較すると、サービス貿易には種々の制限が課されていると評価され、その制限を軽減するために、アメリカを中心として、GATT の枠内で規律すべきだと強く主張されて、ウルグアイラウンドの交渉項目となった。ウルグアイラウンドでは、前述の国境をまたぐサービスの取引に加えて、法人が外国に拠点を設置してそこからサービスを提供する形態、たとえばアメリカの銀行が日本に子会社又は支店を設置して日本の居住者に貸し出しを行うような形態もサービス貿易のカテゴリーに入ることとされ、サービス貿易がサービス分野の対外投資を含むこととなった。つまり GATT ウルグアイラウンドの結果、出来上がった「サービス貿易に関する一般協定 (GATS)」は、単に対象とする貿易分野を従来のモノからサービスに拡大しただけではなく、投資をも射程に収めて、それらについて各国に自由化義務を課すものとなった (III.2 参照)。

なお、GATT ウルグアイラウンドでは、投資一般についても、投資関連貿易措置として GATT/WTO の射程に収める試みがあった (貿易に関連する投資措置に関する協定 (TRIM))。しかし、開発途上国の抵抗の前に、TRIM は、投資に関連する GATT 協定 3 条 4 項及び 11 条 1 項に違反する行為の例示等を行うにとどまった。

#### d GATT から WTO への軌跡

GATT ウルグアイラウンドでの規律強化・拡大は、東京ラウンドを受けて、非関税障壁として、国境措置を超えた国内措置についての関心が高まったことに起因する。当初の GATT 協定上の通商規律は、関税譲許の意味を失わせないためのものであった。しかし、非関税障壁の軽減という観点がでてきたために、通商規律が単に関税譲許の意味を維持するものから、関税譲許による関税率の引き下げと足並みを揃えて、貿易の自由化を促進するものに性格づけを変えたとみることができる。通商規律は、原則を規定するものから詳細な法規律に成長することによって、それを客観的な規律と受け止め、厳格に遵守することが要求されるに至ったのである。紛争解決手続の司法化、たとえば違反申立における無効化・侵害の推定の明記 (3 条 8 項)、紛争解決機関の決定・勧告の「拘束性」の明記等 (II.1. 参照) は、当然この現象を基盤にしたものである。通商規律もそれ自身として遵守しなければならないものとなったのである。

同時にこのように規律強化を行っても、通商に影響を及ぼしながら、GATT 協定等の

GATT 規律が及んでいない事項は、まだまだ多く、その事項に関する国内規律によって、関税譲許や GATT 協定上の規律の意味が失われる、または権利義務のバランスが崩れる可能性は否めない。そのため、従来規律がなかった分野、たとえば衛生基準等について、新たな規律が要求された。他方、GATT/WTO 規律が及ばず、通商関係に影響をもつ事項がなくなる限り、GATT 規律によって作られた権利義務のバランスがそれらによって崩される可能性があり、それを救済するために非違反申立や状態申立は存在理由を維持し続けるのである。

貿易の自由化だけを追求することが、国際経済の自由化促進のために十分か、かえって投資等他の分野を開放しないで貿易自由化だけを追求すれば、国際経済が歪むのではないかという問題意識が出てくる。個々の国家の国益に即せば、貿易自由化によって自国市場を十分開いた結果、貿易収支は赤字になっているのに、自国が強い競争力をもつサービス分野では、各国の市場が開かれていないために、自由にすれば得られるはずの収入を得る機会を失っていて不公平だという議論である。これは、ウルグアイラウンド発足前にアメリカから強く唱えられた主張である。ここにモノの貿易を超えて、GATT/WTO の規律を拡大する原動力がある。たとえば、GATS では、GATT 協定における譲許表に対応するものとして、約束表（どの分野について最恵国待遇原則等の適用を制限するか、またどの分野について内国民待遇原則等を適用するか、各国が約束した内容を記述した表）があり、通商規律に対応するものとしてサービス貿易規律がある。しかし、GATT 協定の適用当初に譲許表が GATT 規律の中心だったように、GATS でも約束表が中心で約束表を維持するために GATS 本体規律があるという関係ではもはやなく、GATS 本体と約束表が一体としての GATS 規律を構成すると考えるべきものになっている。

しかも、サービス等の分野の規制が通商規律に関係することは、フィルム事件<sup>(18)</sup>でのアメリカの主張からも窺われる。フィルム事件では、アメリカは、通産省の流通改善対策が、日本へのアメリカ製フィルムの輸出を抑制したと主張した。この事件は、WTO 紛争解決機関が本年（1998年）4月に、アメリカの日本への輸出利益に対して日本による無効化・侵害があったことは立証されないという報告書を採用して終結した。このようなアメリカの主張の是非はともかく——フィルム事件では、アメリカの主張は立証されないとして退けられた——、国内の流通システムが貿易に影響する可能性は否定できず、たとえばモノの貿易の自由化を十分に達成するためには流通分野における競争法の適用の強化が必



要だという議論も十分に成り立つ。つまり貿易自由化の深化が、WTOのサービス分野への関与を促す要素をもっている。GATT/WTOの規律拡大には、国際経済全体の自由化の促進とモノの貿易分野の規律強化という二重のドライブが働いている。

このようにWTO体制は、客観的な通商規律であると同時に、締約国間の権利義務のバランスに立脚するという二面性を持ち、これがWTO体制が「締約国間の貿易のための多角的なフレームワーク」であることの基本的な特色をなす。紛争解決手続は、当然、この両面を踏まえて微妙な設計が施されている。II.1. で挙げた「違反申立」について、利益の無効化・侵害が必要だとされながら、GATT規律の発展に従って、それが「推定」されるようになったことなどは、その典型的な例である。

### III 非通商分野の規律体制の法構造

#### 1 国際経済規律拡大の問題性

II. で WTO 体制において、自由化がモノの貿易分野からサービス貿易分野、さらには投資分野に進行中だということに触れた。第2次大戦後、GATT 協定によってモノの貿易の自由化が実施されたが、為替面でこれを支えたのが、IMF による経常勘定自由化であった。その意味で、戦後の国際経済体制は、GATT—IMF 体制とよばれる。ところが、GATS、TRIM、さらには MAI によって、国際的な投資自由化が目前の課題とされるようになったが、それと並んで、IMF では、現在、資本勘定の自由化のための協定改正作業が進んでいる。つまり、戦後の国際的な自由経済体制は、全体として第2段階に入ろうとしていることが分かる。

II. で分析したように、国際貿易の自由化の側面からは、国際的な規律分野が拡大することは、非規律分野の国内規律によって WTO 規律が歪められる可能性が減退することを意味し、その点では、従来のモノの貿易分野の規律強化と同一の側面をもつ。しかし、MAI 交渉の停滞は、国際規律が投資分野に進展することが、単なる規律強化ほど簡単ではないことを示唆するのではないだろうか。その理由は何なのか。この問いに答えることは、拡大後の国際経済規律の法構造が、モノの貿易に関する GATT/WTO と同じかどうかを問うことである。

#### 2 投資分野の特殊性

GATS は、すでに投資分野に踏み込んでいる。そこで GATS、そしてサービス分野を素材にして、投資分野のもつ特殊性を検討してみよう。

GATS は、最恵国待遇原則、内国民待遇原則を基本原則に据える点では、GATT 協定と同一であるが、次の点で GATS は GATT 協定と異なる。①内国民待遇原則は、一般的に適用される原則とはされず、各国が宣言した特定分野のみに適用されるものにすぎない (17条)。②内国民待遇原則と同様に特定分野にしか適用されない原則として、市場アクセスという原則が新たに作られ、需給調整等、数量制限的性質の国内規制の撤廃を義務づけた (16条)。

#### a 内国民待遇原則の限界

GATT 協定が規律対象とするモノの貿易では、輸入国は、原則として、輸入製品の生産工程を規律せず、輸入された製品について規律してきた。モノ自身に対する規律は、生産過程に関する規律、すなわち事業規制より単純なものですませることができる。ところがGATSで対象とされるサービス貿易のうち、最大の貿易量をもつものは、輸入国に拠点をおいて、そこから輸入国の購入者に販売される形のものであり、サービスの生産過程の大きな部分は輸入国にある。そのためサービス貿易については、モノの貿易には不要だった、複雑な事業規制が必要になる。特に、拠点が子会社の形態であれ、また支店の形態であれ<sup>(19)</sup>、GATSの主要な関心は事業上の中心が他国にある場合である。従来このような形態の事業には、事業上の中心が国内にある場合とは、異なる規制が必要と考えられてきた。1970年代に「多国籍企業」として問題になった事業活動は、まさにこのように事業上の中心が他国にある形態であり、多国籍企業問題の中心的な課題は、このような形態をもつ多国籍企業に対して、国内に事業活動の中心をもつ企業とどのように異なった規制を行えばよいかであった<sup>(20)</sup>。その意味では、GATSにおいて、外資企業に対して内国民待遇を原則とすることは、規制原理において、多国籍企業問題とは180度の転換とも言える——OECDの多国籍企業問題の検討では、多国籍企業に対して内国民待遇原則を与えることも勧告されたが、多国籍企業への規制原理を独自に構想することと、内国民待遇原則を与えることの間には一定の緊張が存在する——。

内国民待遇は、MAIでも基本原則とされ、しかも、GATSとは異なり、投資分野に一般的に適用され、約束表で留保できるだけの原則とされた。内国民待遇原則が、OECDの「資本移動の自由化に関する規約」（資本自由化コード）（1961年12月12日採択）のように外資制限をしないことを義務づけるだけであれば問題は少ないが、MAIでの内国民待遇は、あらゆる国内措置を規律する原則として規定されることが予定されている。その結果、たとえば、アメリカで実施されているアメリカ・インディアン等の先住民支援のための施策に、彼らの従事している産業の支援的要素が含まれていれば、外国人は先住民になることはできないから、内国民待遇原則に反すると判断される可能性が出てくる。この例では、外国人が支援を受けられる可能性がなかったから、まだ分かりやすいが、中小企業育成のための支援事業があり、それが内外の中小企業に開かれている場合を考えてみよう。このとき形式的には、外国企業にも開かれているが、実際に中小企業として活動して

いる企業は自国企業が多いであろうし、そのうえで実際に支援を受けている企業の大半が、自国企業であったとするならば、当該支援事業は内国民待遇原則違反と判断される可能性が高まる。

これらの場合、内国民待遇原則に反するかどうかを当該国が判断できるのであれば問題はないが、MAI では、国家間の紛争解決手続に加えて、投資家対国家の紛争解決手続が設けられ、国内措置の是非の判断はこれらの紛争解決手続に最終的には委ねられる。投資家対国家の紛争解決手続が設定されれば、紛争解決手続への提訴数が相当程度増加することが予想される。その結果、当該国が内国民待遇原則に違反しないと考えて、約束表で留保の申し出をしなかったものが、後々紛争解決手続で違反だと判断される場合も出てくる。WTO 設立後、初めて判断が下されたガソリン・ケースは、これが何を意味するのかを理解するのに役立つ。

このケースで問題となったのは1993年のアメリカの環境対策である。その骨子は、大気汚染防止のためにガソリン中の汚染物質の割合を減少させる目的で、ガソリンの精製業者に、精製ガソリン中の汚染物質を1990年に各自が精製したガソリンの汚染物質基準以下に、また外国ガソリンの輸入業者については一定の基準以下に収めることを命じるというものであった。問題は、国内ガソリンが個別精製業者ごとの基準であったのに対して、外国ガソリンについては一定の基準だったことである。このような差異が設けられたのは、外国のガソリン精製業者の場合、アメリカ向けのガソリンだけを製造しているとは限らないためであった——事実、外国の精製業者でも1990年時点で、生産量の75パーセント以上をアメリカに輸出しているものについては、その時点の基準を採用することができた——。この措置について、ブラジル、ベネズエラが、GATT 協定中の内国民待遇原則違反等を主張して WTO 紛争解決手続に訴え、紛争解決手続ではブラジル、ベネズエラの申立が採用された<sup>(21)</sup>。

この事例では、アメリカ政府が、国内業者に個別基準を採用すれば、外国からの輸入ガソリンをどのように扱うかが問題化し、その結果、国内ガソリンと外国ガソリンを異なって扱わざるをえない。いくら1990年時点で国内で使われていた外国ガソリンがあったとしても、当該ガソリンの精製業者がアメリカ向け専業ということはないからである。このケースでも、生産量の75パーセントがアメリカ向けであったと申告した業者はなかった。環境対策として、国内業者と外国業者を同一には扱えなかったのであった。このように政府

が、実質的には内国民待遇原則を確保していると考えても、形式的には国内企業と外国企業を違う形で扱えば、紛争解決手続で内国民待遇違反と判断される可能性が出てくるのである

さらにサービス産業については、モノとは違い、金融、電気通信等、継続的な購入関係が成立しやすく、また従来は国家の安全保障や国民経済に密接に関連していると考えられて、種々の複雑な国内規制が実施され、しかもそれらは、内外無差別からは程遠いものであった。

サービス貿易については、このように二重の意味で内国民待遇を適用することが難しい状況があったために、締約国が指定する特定の分野についてのみ内国民待遇原則を適用することとした。

#### b 国内規制の位置

サービス産業に従来実施されてきた種々の国内規律が、内国民待遇原則と抵触するおそれがあったことは既に議論したが、それらが形式的に内外平等とされても、規制自体が既存事業者にも有利に働く性質をもっていた。たとえば、事業者の数を制限する需給調整規制は、業者が新規参入する際に、参入しても需要と供給が合うかどうかを検討して新規参入の可否を決めることになり、明らかに新規参入を阻む。GATSは、サービス事業について、外国からの参入が不十分だという認識の下に国内市場の開放を目指すものである以上、新規参入に抑制的な国内規制の撤廃が課題となった。他方、国内規制が既存業者に有利に働くからといって、すべての規制撤廃を目指すことには連らならない。つまり、国内規制は、国家の安全保障、国民の健康、環境の保全等、様々な政策目的を実現するために実施されており、これらの政策目的を一般的に否定するいわれはないからである。

そこでGATSは、国内規制を、提供者、生産量等の数量的な調整を目指す量的規制と、それ以外の質的な規制に分けて、対処の仕方を変えた。すなわち、前者の量的規制を市場アクセスと捉え、締約国が約束表で宣言した分野については、その採用を禁止した(16条)。後者の質的な規制については、一般的に適用することとしたが、その中身は「客観的かつ公平な態様で実施されることを確保する」(6条)という抽象的な義務を課すにとどまり、実質的には将来の各国の規制の調和(harmonization)に委ねた。

このような新規参入抑制的な機能をもつ国内規制が実施されているのは、「a. 内国民

待遇原則の限界」において指摘したと同様、まず当該サービスの生産活動が実施されており、その活動自体が国民生活、さらには国家の安全保障等に対して大きなインプリケーションをもつと考えられてきたためである。

国際規律をサービス産業さらには投資一般に及ぼすことの難しさは、サービス貿易、また投資一般について、各国は種々の政策目標をもち、サービス貿易や投資の自由化、換言すれば外国にサービス市場や投資市場を開放することを唯一の目的としえないためである。このような状況でサービス貿易や投資一般について自由化を達成するためには、単純に自由化を提唱するだけでは不十分であり、それ以外の方策が必要である。それはどのような方策なのだろうか。国内規制が錯綜しないモノの貿易分野に、この点で参考にすべき経験がある。次に、それを検討することにしよう。

### 3 非通商的な国内規制の扱い

#### a 規律例外

モノの貿易についても、あらゆる場合に GATT 協定を文字通り適用できることはないことが、GATT 協定の作成段階においてすでに気付かれていた。そのための対処が、GATT 協定20条、21条である。GATT 協定20条は、「(b) 人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置」、「(g) 有限天然資源の保存に関する措置」等<sup>(22)</sup>については、また21条は、安全保障上の措置については、GATT 協定を適用する際の例外とすることを定める。すなわち、これらの例外に該当すれば、GATT 協定を適用しなくてもよく、例外とされた国内措置の目指す政策目的を生かすことができるのである。

問題は、これらの例外該当性がどのような要件の下に認められるかである。一見、GATT 協定20条、21条に掲げられる事由については、GATT 協定に優先することを無条件に認めたように解することもできそうである。実際、21条については、援用した締約国の主張をそのまま認めるとの政策が採られてきている<sup>(23)</sup>。しかし、20条については事情が異なる。20条所定の事由が GATT 協定とどのような関係に立つかは、環境保護に関する国内措置について、GATT/WTO 紛争解決手続で争われてきた。

この点で著名なのは、第1次、第2次キハダマグロ事件である。両事件では、ともに同一のアメリカの輸入制限措置(II.1.c 参照)の GATT 協定整合性が論点となり、GATT 小委員会は、当該措置が GATT 協定に違反すると判断し、そのためアメリカの

措置が前述の GATT 協定20条 b号または g号に該るかが大きな争点となった。

20条 b号については、第1次キハダマグロ事件の GATT 小委員会が、目的において、「それを上回る政策 (overriding public policy) を追求するものでなければならない」(para. 5.27) とし、また手段においては、アメリカ政府が GATT 協定に抵触する措置によってイルカ保護を図るのであれば、「GATT 協定に抵触しない措置によってイルカ保護を追求するためにとりうる合理的なすべての選択肢を尽くし」ていなければならない (para. 28) とした。そして、アメリカ政府は、合理的なすべての選択肢を尽くしたうえで本件、キハダマグロの輸入制限措置をとったとは言えず、アメリカの行為は GATT 協定20条 b号の例外には該当しないと結論した。つまり GATT 小委員会の判断は、20条 b号を適用するためには、目的における優先性と手段における唯一性を要求し、この要件を満たさない場合には、20条 b号該当性はないと結論したのである。

GATT 協定20条 g号については、第2次キハダマグロ事件で GATT 小委員会が、アメリカの措置がそれによって例外とされるための3つの条件を挙げた。①問題とされる政策が、「有限天然資源の保存」を目的とする政策であるか。②問題とされる措置が「有限天然資源の保存」に「関する」ものであり、国内生産又は消費と「関連して」実施されるか。③問題とされる措置が20条前文の要求、すなわち「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」という条件をみたすか (para. 5.12)。

小委員会は、まず①について、東部太平洋におけるイルカ保護が「有限天然資源」に当たるとし、その上で、②の検討に移る。小委員会は、有限天然資源に「関する」とは、有限天然資源の保存を「第一の目的とする (primarily aimed at)」ことであり、国内生産又は消費と「関連して」実施されるとは、国内生産又は消費の制限を実効あらしめることをも「第一の目的とする (primarily aimed at)」ことであると解釈する。そのうえで、「第一の目的とする」とは、それが措置の目的についてだけではなく、天然資源の保存の効果についても含むと述べた (para. 5.22)。小委員会の判断は、g号については、b号ほどの厳格な要件を課さなかったが、それでも、有限天然資源の保存を「第一の目的とすること」と、国内生産又は消費の制限を実効あらしむることを「第一の目的とする」ことを要求した。



このように GATT 小委員会は、締約国が、自国の措置が20条の例外に当てはまると主張するだけでは不十分であり、その適用のためには厳格な要件を課した。換言すれば、GATT 協定上例外と規定されていても、GATT 規律優先の前提の下で、例外は厳しく吟味されることを意味する。ここでは、あくまで GATT の価値が他の国内措置の目的とする価値に優先する。GATT が反環境的団体と呼ばれ——筆者は GATT/WTO が環境という政策目標をもっていない以上「非環境的」とよぶべきだと考える——、また MAI に、世界の環境保護団体が挙って反対したのには、十分な理由がある。

このように GATT 協定20条のような例外扱いをしても、他の国内措置の目指す政策目標が十分に実現できないことが分かる。他方、21条のように各国の主張を無制限に認めると、今度は GATT 協定、さらには WTO 諸協定の目指す国際経済の自由化という政策目標が危うくなるおそれがある。したがって、環境保全等、他の国内措置の目指す政策目標に配慮するためには、現在規定されていない環境措置等の例外を新たに加え、それを現在 GATT 協定20条について採られている解釈より若干緩やかに解するというのは、一つの現実的な解法であろう。しかし、その場合は、その例外該当性の是非は、紛争解決手続に載らなければ最終的には決着がつかず、またその判断がカズイスティックになることも避けられない。これ以外に別の解法はないのだろうか。

#### b 法制の調和

GATT 協定20条が一般的例外を設けて、特定の国内措置について GATT 協定の適用例外とするのは、GATT 協定をそのまま適用すればそれらが協定違反と評価されるだけでなく、それらの措置が国ごとに異なるからである。たとえ GATT 協定に形式的には違反してもそれらが各国で一致していれば、GATT 協定上問題とは意識されることはほとんどない。現在 WTO の「貿易と環境に関する委員会」で議論されている論点の一つに、多数国間環境協定 (MEA) の取扱いがあるが、普遍的なメンバーを網羅する環境条約が WTO 諸協定に違反しないとすることには一致がある。換言すれば、何らかの形で、各国の法制が一致すれば問題ないということである。

この点は、諸国も気付いていて、GATT ウルグアイラウンドで作成された「衛生植物検疫措置の適用に関する協定 (SPS 協定)」、「貿易の技術的障害に関する協定 (TBT 協定)」は、GATT 協定20条 b 号で GATT 協定の例外とした措置について、各国の措



置、すなわち法制の調和（接近）（harmonization）を図ったものである。

ECは、当初から「共同市場（common market）」を設定することを目指したために、EC条約3条h号は「共同市場を機能させるために必要な限度における構成国の国内法の接近」をECの目標とした。しかし、GATTは、当初、関税譲許を中心に据えて、締約国相互間でバランスのとれた利益の拡大を目指し、それによって貿易の自由化を進めていくという政策を採っており、そこには共同市場を作るという政策目標はなかった。しかし、GATTの関心が国境措置から国内措置に移行していくに従い、関税譲許から通商規律に重心が移り、国内の複雑な規制システムと関係をもたざるを得なくなった。ただ、それがモノにとどまる限りは、環境や検疫、商品規格等、限られた領域でしか問題は出ず、先ほどのSPS協定やTBT協定によって対応することですんできた。

しかし、サービス貿易、さらには投資一般ということになると、国内での事業、たとえば生産活動が規律の対象となり、モノに対する場合と比べると、はるかに複雑な国内規律が及んでいる領域が国際規律の対象となる。それだけに、先ほどのGATT協定のようにより、一定の分野を例外扱いすることによって処理しようとするれば、それらの措置の目指す政策目標を、自由で無差別な貿易又は投資という政策目標に服させることになるが、そのようなことは容易に受け入れられるものではない。この矛盾に対する解決は、国内規制、すなわち法制の調和以外にないと考えられる。そしてそのことはすでに述べたGATS6条の目指すところである。

しかし、ECの場合に法制の調和がある程度進行したのは、ECが単にそのようなアプローチをとったからではなく、そのようなアプローチを実施する基盤、すなわちEC諸国間に社会的同質性があったからである。WTOには、先進国から開発途上国まで、様々な国が加わっており、到底EC加盟諸国のような同質性はなく、WTO加盟国間で、措置、法制の調和が急速に進むことをあまり期待できない。結局、サービス貿易や投資分野で、法制の調和なしに、すなわちそれらの法制の目指す政策目標を自由無差別性の原理に従属させて国際規律を発展させることは、MAI反対の急先鋒である環境団体が主張するように、多国籍企業の利益だけを図ることにならざるを得ない。その意味で、MAIは過度に自由な国際経済体制の設立の目論見だったのである。

結局、現状では、可能な範囲で法制の調和を目指しつつ、GATT協定20条を現在より緩やかに解する以外には、経済の自由化を進展させながら、同時にその他の種々の政策目

標を実現する途がないことが分かる。

## IV まとめ

### 1 国際経済体制の在り方

#### a 現状の総括

現在の国際社会は種々の国々から構成されている。他方、通信機器等の発展により、国境のないグローバルなマーケットが、金融等について一部に出来上がったことも事実である。

GATTは各国ごとに国内市場が存在することを前提に、関税譲許を中核として、相互に市場を開き合うという発想から生まれた。そこではあくまで相互に与えあう利益のバランスが重視された。しかし、グローバルな世界市場が誕生すると、それに見合う国際規律作りがGATTを中心に進められるようになった。非関税障壁への関心はその第1歩であり、サービス、投資への規律拡大は、その第2歩である。しかし、世界大で法制を調和させて世界規模の共同市場（common market）を作ることは、現在または近い将来には、各国の状況が大きく異なる以上一般的には難しく、金融や電気通信等、グローバル・マーケットを想定できる分野について緒についたと言える段階である。

現在のGATSは、種々の方法によって、一挙にサービス貿易の自由化を実現しようというアプローチはとっていない。具体的には、①全体として枠組み協定にとどめ、②各国の国内措置の改正がもっとも大幅に要求される内外差別問題——内国民待遇原則の適用が問題になる事項——については、「特定の約束」として、締約国が義務を負う分野を選択的に宣言するという仕組みをとり、③サービス貿易の自由化がもっともなじむであろう個別の分野として金融サービスと電気通信サービスを選択して、これらについては、分野に即した規律を附属書や約束表によって実施するという方法である<sup>(24)</sup>。他方、MAIは、「高水準の」自由化の実現を目指したために、投資という複雑な分野について、分野横断的に一律に自由化義務を課そうとしていた。

規律の実効性を確保するための紛争解決手続については、WTOでは、東京ラウンド以降、加盟国による通商規律の履行に強い関心を持ち、紛争解決手続を整備してきた。当初はGATT協定等の枠内に収まる事項、すなわち明らかな協定違反が紛争解決手続に提訴され、紛争解決手続での違反との判断をきっかけに是正される形で機能してきた。この成

功を受けて、MAI では、より強力な、すなわち国だけではなく投資家自身も申立を行うことができ、かつ仲裁——紛争解決手続の判断が直ちに当事者を法的に拘束する形式——と性格づけられ、さらにその判断に基づいて、損害賠償や原状回復を要求しうる紛争解決手続が構想された。しかし、WTO の紛争解決手続は司法化されても、紛争解決機関の判断には即時の拘束力はなく、また勧告・決定は将来に向かって実施していけばよい等々、微妙なニュアンスを依然として維持している。このニュアンスの違いが何を意味するかは、特定国の国内措置の内国民待遇違反性が問われ、紛争解決手続で違反だと認定された場合を念頭におけば分かりやすい。WTO の紛争解決手続では、それをめぐって関係国間の取引の余地があり、MAI の紛争解決手続ではそのような余地はほとんどなく、一刀両断的な解決が要求される。しかも MAI は、このような強力な紛争解決手続を、WTO が対象とする分野より一層国内規制が複雑に絡む投資一般に適用しようとした。

このように見えてくると、MAI がどのような結末になるかの答えは明らかであろう。現在でも、単なるモノではなく投資一般のように、各国の国内措置に深く踏み込んだ国際経済規律には、作成、運用の両面において柔軟なアプローチが必要なのである。

#### b とるべき方法

投資分野においてどのような実体規律を作るかという点については、さきに挙げた GATS のような柔軟性が必要だということに尽きる。他方、運用面、とくに紛争解決手続については、いくつかの点を押さえておくべきであろう。

まず、関税譲許が中心だという GATT 協定の当初の姿と、通商規律や非通商分野の規律が重視される現在の WTO 体制、さらには投資規律をも含む将来 WTO 体制とは、大いに性格が異なりながら、他方、対象分野に影響をもつ事項で、協定の対象となっていないものがあるという点では従来と同一の構造であることを理解しておかなければならない。問題は、① WTO 小委員会が、WTO 規律に沿った客観的な判断をするか、または他の政策目標も考慮した柔軟な判断をすべきか、②小委員会報告の後、それに沿った措置を厳格に強制すべきかどうかである。

①の点については、WTO 紛争解決手続では、他の政策目標も考慮した柔軟な判断をすべきだという考え方もあるかもしれない。しかし、WTO 体制では、今でも各国が協定規律、関税譲許、約束表によって、他国との間で経済的利益を公平に分配することを目指し

ており、その限りで、利益のバランスが害されたかどうかは、WTO 諸協定に従ってきちんと判断すべきである。

②の点については、WTO 諸協定が完全にカバーする事項については、WTO 規律の実施を厳しく迫ることは重要である。しかし、非規律事項が関係する場合には、WTO 紛争解決手続ではきちんと、WTO 規律に従った客観的な判断をしても、その厳格な実施を迫るといふのは別の対応があっても良いのではないだろうか。その点では、最近のウミガメ・ケースが参考になる。このケースでは、ウミガメの保存のために、それを傷つける可能性が高い方法で漁獲したエビの輸入禁止措置をアメリカがとったことに対して、WTO の小委員会は、それが GATT 協定20条の例外に該らないという判断を下した。この判断に対して、アメリカは措置の撤回ではなく、その措置を国際的に承認してもらうように各国に働きかけているという報道がある。このようなアメリカの働きかけに応じて、国際的に承認しうるウミガメ保護体制の構築に協力することは、WTO 紛争解決機関の判断への対応として十分な理由があろう。

また WTO 紛争解決了解上は、WTO 諸協定に反すると紛争解決機関で判断されて、被申立国がそれに従わない場合には、申立国は紛争解決機関の承認を経て協定上の義務を停止することができ、通常これは義務違反に対する「制裁」と捉えられている。しかし、申立国の利益が侵害されていることが当該義務履行停止の根拠である以上、協定によって設定された権利・義務のバランスが崩れたから、それを単に回復する措置と捉えればよいのではないだろうか<sup>(25)</sup>。

## 2 国際レジームの特質

以上の分析は、現在の WTO 体制、そして将来の WTO を含む国際経済体制の法構造についてのものである。それでは、このような条約体制の特質は国際経済体制に固有のものなのであろうか。

たとえば、人権保障を定める国際人権規約では、規約上保障を義務づけられている人権は厳格に遵守しなければならない。このような違いが発生するのは、第1には、人権の場合には、各国が人権保障を義務づけられる場合に、当事国間でバランスが図られているわけではないからである。しかし、現在では違反申立の場合には、要件である「利益の無効化・侵害」が推定され、必ずしも自国に直接の利益侵害がない場合も紛争解決手続に訴え

ることができるようになっている。すなわち通商規律の客観化である。自国への直接の利益侵害がない場合には、WTO 諸協定によって得られた権利利益バランスの侵害はフィクションでしかなく、この点では人権条約と共通する面が出てきている。人権条約との違いの第2は、人権が、おおよそあらゆる価値の中でもっとも優先されるべきものだという点である。WTO 体制が指向する経済の自由化は、人権と同様に、他の価値に優先すると言えるか。そうは言えないはずであり、GATT 協定20条、21条の例外は端的にこの点を表明している。逆に、アジアの人権の主唱者は、個人の人権の優先性を一般的には認めず、たとえば家族、国家等の価値を人権に優先させる場合があることを主張しているのであり、人権を経済自由化と同じように、相対的な政策目標と考えているとも言える。このような立場に立てば、人権保護体制と経済自由化体制は類似の性格をもつことになる。

伝統的に、国際法は国家間の関係を規律し、国家管轄権の限界を画定するという点において、個人に関係するだけであった。この関係を前提にして各国国内法は個人の種々の法的関係を規律した。ところが今世紀に入ってから、国際法規が従来各国国内法規が規律してきた事項に踏む込むという現象が起こってきた。経済規律はその代表的分野である。しかし、これらの分野に踏み込んだ国際法規は限定的な事項に規律を及ぼすと同時に、依然として国内法規に委ねられている他の分野とのインターフェイスを、国際法規レベルで十分に処理してきたとは言えない。条約遵守義務、すなわち「条約は誠実に遵守しなければならない (pacta sunt servanda)」という原則は、一般の条約では文字どおり妥当しようが、このようなインターフェイスが発生し、かつそれが十分に処理されていない分野では、各国が条約を柔軟に運用することを前提にして、はじめて妥当するものなのかも知れない。

[注]

- (1) 通商産業省通商政策局編『1996年版不正貿易報告書』(1996), pp.307-314. 参照。
- (2) 金子晃・田村次朗編『WTO』(1997), pp.224-229. 参照。
- (3) 通商産業省通商政策局編『1998年版不正貿易報告書』(1998), p.438. 参照。
- (4) MAIについては、小寺彰「多数国間投資協定(MAI)」日本国際経済法学会年報7号(1998)(近刊)参照。
- (5) WTO紛争解決手続については、小寺彰「WTO紛争解決手続」佐々波楊子・中北徹編『WTOで何が変わったか』(1997), pp.143-159; 岩沢雄司『WTOの紛争処理』(1995)参照。
- (6) GATT小委員会で、状態申立が行われたこと、また協定目的の達成妨害が主張されたことはある。それぞれ、WTO, Guide to GATT Law and Practice, Vol.2 (1995), pp. 668-671, 654-655. 参照。
- (7) 岩沢前掲書, pp.135-136.
- (8) 国際人権B規約には、国家の義務履行を確保するための制度としては、国家通報制度以外に、自国の履行状況を自由権規約委員会に報告する報告制度、個人が国家の義務違反を委員会に申し立てる個人通報制度がある。
- (9) 国際コントロールについては、森田章夫「国際コントロール理論の歴史的展開」国際法外交雑誌95巻3号(1996), pp.1-43. 参照。
- (10) BISD 39S/155 (第一キハダマグロ事件)、International Legal Materials, Vol.33 (1994), pp. 839ff (第二キハダマグロ事件)。
- (11) 例外該当性についての小委員会の議論については、小寺彰「WTO紛争解決手続における「紛争処理」の意味」杉原高嶺『紛争解決の国際法——小田 滋先生古稀祝賀——』(1997), pp.402-404. 参照。
- (12) 佐々木隆雄『アメリカの通商政策』(1997), pp.57-62.
- (13) Robert E. Hudec, The GATT Legal System and World Diplomacy, 2nd ed. (1990), pp.23-24.
- (14) O. ロング(落合淳隆・清水章雄訳)『ガットと経済摩擦』(1989), pp. 11-12.
- (15) 関税譲許以外の利益について非違反申立が認められたケースは1件だけである。Cf.WTO, op. cit., pp.661-662.
- (16) バルカニゼーションは、第1には、GATT協定の補足が別の補助協定によって行われ、しかもGATTの当事国のうち個々の補助協定に加わる国はそれほど多くなかったために、条約関係が複雑化したことを指し、第2に、補助協定ごとに紛争解決手続が設けられたために、複数の紛争解決手続の利用が可能になるケースが生まれたことをさす。なお、小寺彰「世界貿易機関(WTO)設立の法的意味」日本国際経済法学会年報3号(1994), pp.58-59. 参照。
- (17) 通商産業省通商政策局編『1997年版不正貿易報告書』(1997), p.417. 参照。
- (18) 『1998年版不正貿易報告書』, pp.383-401. 参照。
- (19) GATS上の市場アクセスは、サービスが輸入国の拠点を通じて提供される場合に、特定の形態をとることを要求することはできない(16条e号)。

- (20) 松岡博「多国籍企業の法的規制」日本国際経済法学会年報4号(1995), pp.2-3.参照。
- (21) 金子他前掲書, pp.220-224.参照。
- (22) これ以外に8つの例外項目が挙げられている。
- (23) WTO, op. cit., pp.600-601.
- (24) 電気通信については、小寺彰「GATSと電気通信」本誌(5)(1997), pp.46-61. 参照。
- (25) 義務停止の目的をどう見るかについては、GATT協定適用開始直後から議論がある。John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (1969), pp. 169-170.参照。



# 投資ルールとわが国の課題

小 寺 彰

- I はじめに
- II 投資をめぐる国際規制の経緯
  - 1 通商航海条約と OECD 資本移動規制
  - 2 多国籍企業規制と BIT
  - 3 市場経済の一体化の進展
- III 日本の投資ルール
  - 1 従来 of 取組み
  - 2 産構審中間報告書
  - 3 産構審中間報告書の評価
- IV 今後の課題
  - 1 MAI 交渉の意義
  - 2 WTO 交渉の課題
  - 3 BIT 等の位置づけ

## I はじめに

a 国際経済の自由化は、物品の貿易から始まってサービス貿易を経て、投資にまで進むようとしていると言われる。2000年から開始される予定のWTO次期ラウンドでも、投資ルールが交渉項目に挙がろうとしている。投資ルールを次期ラウンドの交渉項目に挙げることには、日本政府がもっとも強力な旗振り役を勤めている。例えば、本年2月に、通産省産業構造審議会WTO部会は、サービス貿易と並んで、「貿易と投資」についての中間報告書<sup>(1)</sup>を公表し、WTO投資ルール問題についての態度を明らかにした。

しかし、1995年から交渉が開始された、投資自由化を目指していた多数国間投資協定(MAI)は交渉期限を延長したにもかかわらず、1999年10月に完全に挫折した。MAI交渉中は、日本ではほとんど議論がされなかった二国間投資協定(BIT)が、今年の国会で2つ(ロシア、バングラデシュ)承認された。また今年に入って韓国とのBITの交渉が始まり、メキシコとの交渉も話題となっている。

WTO投資交渉の先導役をつとめると見る向きもあったMAIの失敗は、WTO投資ルールに何らかの影響を及ぼすのであろうか。また二国間のBITと多数国間(マルチ)の投資協定はどのような関係に立つのだろうか。

b 最近の投資に関する国際規律の動きを見ると、物品の貿易から始まってサービス貿易を経て、投資にまで自由化が進むという図式の中で、WTOで多数国間の投資ルール交渉が始まるというような単純な状況でないことが分かる。GATTウルグアイラウンドでは、サービスの貿易に関する一般協定(GATS)や貿易関連知的財産権協定(TRIPS)が作成されて、WTO/GATT体制の射程が、物品の貿易から、サービスの貿易や知的財産権にまで拡大した。しかし、1986年にラウンドを開始する時点では、両者を交渉のテーブルに載せることに相当強い抵抗があったことも忘れるべきではない。現在では、WTO体制というときに、当然のこととして、物品の貿易と並べて、サービスの貿易や知的財産権を包含させるが、そのような感覚は1986年の段階にはまったくなかったのである。

他方、投資ルールは、ウルグアイラウンド開始時のGATSやTRIPSと異なる点もある。第一に、投資分野はウルグアイラウンドでも貿易関連知的財産権として交渉のテーブルに上がり協定(TRIM)は作成されたが、実質的な成果には乏しく、結局次期ラウンド

に委ねられた。投資ルールの一部にすぎない貿易関連投資措置——投資条件としての輸出入均衡要求等、投資に際して特定の貿易措置を要求することの禁止——ですら、交渉が難航したのである。しかも、第二に、MAIの失敗は、マルチの場での投資ルール作りの難しさを、再度確認する機会だったとも言える。日本が、MAI交渉時に凍結していたBIT作りを再開したのは、次期ラウンドでの投資ルール交渉の提案は別にして、マルチの場をあきらめ、二国間（バイ）のレベルでの投資ルールに方向を転換したのであろうか。

c 本稿では、日本政府の対応も含めて、投資ルールをめぐる現状を歴史的な視座から理解し、投資ルール作成に当たって留意すべき問題点を摘出しようと思う。

## II 投資をめぐる国際規制の経緯

### 1 通商航海条約と OECD 資本移動規制

古くから二国間の通商協定が網の目のように結ばれ、国際経済は長くそれらによって規律されてきた。通商協定の中でもっとも広範な内容をもつ条約は通商航海条約と呼ばれてきたが、それらが含む内容は次のようなものであった。①「輸出・輸入・関税・商品の通過・倉庫その他の、締約国の商品と商人に対して、他方の締約国の領域内で認められる利益と権利、保障」。②「船舶の通過と入港の自由・貨物の積荷と陸揚・海難救助その他の、締約国の船舶と乗組員に対して、他方の締約国の領海および港において認められる権利と特権」。③「締約国の国民の入国・居住・旅行・職業の自由から、身体・財産の保護、宗教・礼拝に至るまで、締約国の国民が他方の締約国の領域内で享有する私法上の地位」。④「領事の職務と特権」(2)。諸国は、これらの事項をすべて含むような通商航海条約を結ぶことも、またいくつかの事項を部分的に選んで、例えば①を中心とした通商協定を結ぶこともあった。

第2次大戦後も通商航海条約等が二国間で結ばれてきた。日本がアメリカと1953年に締結した日米通商航海条約もその一つである。ただ1947年に GATT が結ばれると、通商航海条約のうち、関税率等の多くの通商規律は GATT の多数国間規律に移り、その結果、二国間の通商航海条約では投資分野の比重が高まった。

他方、ヨーロッパの戦後復興のために創設された OEEC はその任務を終えて、1960年に OECD に組織替えがなされたが、OECD が真っ先に手を着けたのは投資の自由化分野であった。OECD は、資本移動自由化コードを作成し、資本移動について各国が自由化措置（資本移動に関する制限を除去するための措置）をとり、留保する分野についてはそれを OECD に通告する義務を負うという仕組みを作った(3)。OECD の資本移動規制によって、先進国では、外国企業が活動できる範囲が明確化され、GATT の多角交渉のような強力な仕組みではなかったが、各国が外資制限業種を削減するインセンティブになることが期待された。

## 2 多国籍企業規制と BIT

1970年代に入ると、外国からの投資を「多国籍企業」と捉えて、それらの規制強化を図るべきだという声が高まった。これが多国籍企業問題である<sup>(4)</sup>。それは、国際経済の自由化を進展させるより、むしろ国際経済の規制を強化して、開発途上国と先進国の格差を縮小乃至解消すべきだという開発途上国の主張を背景にしたものであった。開発途上国の主張を体系的に表現した代表的な文書が、1974年に国際連合総会で採択された「国家の経済的権利義務憲章」である——この文書自身は法的拘束力をもつものではない——。この中で、国家の権利として次のような内容が規定された。

「自国の法令に基づき、並びに自国の国家的目的及び優先順位に従い、自国の国家管轄権の範囲内で、外国投資を規制し、それに対し権限を行使すること」(2条2項a号)。

「自国の管轄権の範囲内で、多国籍企業の活動を規制し、監督し、及びその活動がその国家の法令及び規則を遵守し、かつ、自国の経済社会政策に合致することを確保するための措置をとること」(同b号)。

上記規定は、投資先国が、外国投資や多国籍企業に対して完全な規制権をもつことができると位置づけられており、国家の主権を一部制限しても外国投資や多国籍企業の活動を自由化すべきだという考え方とは対極に立つものであった(なお MAI の失敗後、OECD で多国籍企業問題の検討が始まったことは、このような歴史の流れに照らして興味深い)。

他方、先進国は、このような議論の妥当性を部分的には認めながらも——OECD での多国籍企業行動指針<sup>(5)</sup>作成はその現れ——、外国人財産の取用の問題への開発途上国の主張には強い懸念をもった。

第2次大戦前には、国際法上外国人財産の取用は厳しく制限され、取用する場合にも、「十分、実効的かつ迅速」な補償(財産の価額に見合う「十分」な金額の補償を、国際的に換価可能な(すなわち「実効的」な)通貨によって、取用後「迅速」に支払うこと)が条件とされた。しかし、開発途上国は、各国の主権を強調して、取用が国際法上適法な主権の行使であるという見解を確立させ、しかも補償についても国際法上適当なもので足りるという主張を唱えた。つまり金額も含めた補償条件は国際法上は一律には決められず、投資後の企業活動の状況や取用国の財政状況等を総合的に勘案して決定されるという主張であり、当然のことながら、場合によっては財産の価額に見合わない金額、または取用後相当期間経過後の補償支払等、「十分、実効的かつ迅速」な補償に満たない条件での補償

で構わないという趣旨である。さらに前記の「国家の経済的権利義務憲章」では、補償の適当性の基準も各国国内法だという主張を強く反映した規定が作成された（2条）。補償の基準が各国国内法だとすれば、金額も含めて補償の条件は各国が自由に決定できることになる。もちろんアメリカ等の先進諸国はこのような主張に強く反発して、国際法上「十分、実効的かつ迅速」な補償が必要だと反駁し、一般国際法上はいずれにも決着しなかった。

1970年代は、この対立がもっとも先鋭化し、また開発途上国での国有化（財産収用）が頻発し、またそれに起因する紛争が多発した時期であった。そのため、一時先進国から開発途上国への投資が減退するという現象も起こった。そこで一般国際法上の対立はひとまず措いて、開発途上国の投資環境の改善が、先進国、開発途上国双方の強い関心の的となった。この問題を解決するために、特に1970年代に広く採用されたのが二国間投資保護協定（BIT）であった。

BITは、1959年に西ドイツがパキスタンと締結したのが最初である。その後ヨーロッパ諸国が開発途上国との間で締結するようになり、それにアメリカが続いた。既述のように、従来、投資保護は通商航海条約の重要な規定であったが、先進国が開発途上国を相手に、幅広い事項を対象とした通商航海条約を結ぶことは難しかった。そこで、投資分野、とりわけ自国からの投資財産を保護するために、先進国・開発途上国間でBITが作成された——BITは、投資財産保護以外にも、投資許可に関する最恵国待遇等の規定も含む（詳細はIV.1.(2)参照）——。

BITは、その後、一方では、投資財産保護を越えた投資環境の改善（投資自由化—IV.1.(2)参照）を規定するようなものが現れ、他方では開発途上国相互間でも結ばれるようになって、現在では世界中に1300以上ものBITが結ばれている<sup>(6)</sup>。

### 3 市場経済の一体化の進展

1980年代に入ると開発途上国に累積債務問題が襲った。そのために開発途上国にとっては、外国からの投資の規制ではなく、投資の促進が優先的な政策課題となり、外国投資に対する考え方が大きく転換した。GATTウルグアイラウンドの準備は、このような雰囲気の中で1986年に始まった。ラウンドでは、従来の物品の貿易に加えて、サービスの貿易や知的財産権、そして「貿易関連投資措置（TRIMS）」の形で投資の自由化が交渉のテー

ブルに載せられた。

ウルグアイラウンド交渉の最中の1989年に冷戦が終結すると、市場経済体制が世界を被うことが確定的なものとなり、国際経済の一体化はなお一層進んだ。そして当初の予定より交渉は長引いたが、ウルグアイラウンドは1994年に終結し、1995年に WTO が発足した。投資に関する貿易関連投資措置（TRIMS）協定が所期の目的には程遠い成果しか挙げられなかったことは既に述べたが、サービス貿易の規律枠組みを作成した GATS は、サービス貿易として、企業が外国に拠点（子会社又は支店）を設置してサービスを提供する形態を含んでいた。これは投資を伴う形態であって、結局サービス貿易の自由化はサービス分野の投資の自由化を進めるものであり、WTO 体制は、GATT 体制とは異なり、投資を一部射程に収めるものとなった。

WTO が発足した直後の1995年に、OECD では投資の自由化を目的とした多数国間投資協定の交渉が始まった。交渉開始当初は、一方では、WTO では作成しえない高水準の投資自由化のための協定の作成を OECD で目指そうという声があり、他方では、1996年12月の第1回 WTO 閣僚会議に MAI の草案を持ち込み、それを梃子に WTO での投資ルール作りを離陸させようという声もあった。しかし、冒頭に紹介したように MAI 交渉は1998年に失敗した。

現在の国際的な投資規制を俯瞰すると、一方では投資財産の保護を中心とした二国間規律が幅広く実施され、他方では OECD 資本移動規制をおくと、WTO においてサービス分野の投資自由化についてマルチの投資規律が緒についたという状況である。



### III 日本と投資ルール

#### 1 従来 of 取組み

日本政府は MAI 交渉に積極的に取り組み、さらに WTO 投資ルール作りでは次期ラウンドでの交渉を強く提案するなど、マルチの国際的な投資ルールに対する積極的な姿勢が終始際だっている。しかし、従来の BIT についてのわが国の取り組みは、他の先進国と比較すると極めて遅れており、しかもその姿勢も受動的であった。

現在までに日本が結んだ BIT は、MAI の行き詰まりがはっきりした昨年になって署名され、本年承認されたロシア、バングラデシュとの BIT を除くと、わずか 5 件にすぎない。しかも最初に結んだエジプトとの BIT をはじめとして、日本の結んだもののほとんどが相手国からの要請を受けて結ばれたものであった。この点は、最近のロシアとの BIT や、交渉中の韓国との BIT についても同様である。ロシアとの BIT は、1997 年の首脳会談でロシア側が持ち出したものであり、また韓国との BIT は、韓国の経済危機を受けて昨年 11 月に韓国が諸国と BIT を結ぶという方針を発表し、その一環として日本との BIT 交渉が韓国から提唱された。

しかし、日本政府は、BIT の締結が少ないことを問題と考えていなかったわけではない。MAI 交渉に日本政府が熱心だったのは、MAI が開発途上国をカバーすれば、一挙にそれらの国と BIT を結んだのに等しくなると考えた節がある。そして MAI が失敗したために、その期待が WTO 投資ルールに寄せられているのであろう。

MAI 交渉や WTO 投資ルールへの日本政府の積極的な姿勢は、外国投資を法的に保障する仕組みの重要性を十分に認識した上で、国際的な投資環境改善のための日本政府の取組みの遅れを挽回することを目指すことが一因となっていると考えられる。それでは、日本政府が投資ルールに対してどのような期待を抱き、またそれをどのように実現しようとしているのであろうか。

#### 2 産構審中間報告書

WTO 次期ラウンドで投資ルールが交渉事項になるかどうかは、本年 11 月末にシアトルで開催される第 3 回 WTO 閣僚会議の決定次第であり、現在に至っても状況ははっきり

しない。しかし、通産省は、早くも1998年に産業構造審議会に「貿易と投資」に関する小委員会を設けて、投資ルール交渉に向けたわが国の姿勢を検討し始め、本年2月に中間報告書を完成した。その概要は次の通りである。

同報告書は、わが国企業の直面する問題として、「投資受入国の経済環境」と「法制度、規制制度環境」に分けて分析する。投資ルールの対象となるのは、後者の「法制度、規制制度環境」であり、そのうち、投資ルールの対象となるものを次の4類型に集約する。①法制度等の不安定性・不透明性、②新規参入の制限、③パフォーマンス要求、④外国企業の経営上の基本的条件に対する制限。

「①法制度等の不安定性」とは、開発途上国において、突然の制度変更により外国企業の事業運営に困難が生ずる場合を、また「法制度等の不透明性」は、事業運営において遵守すべき規則等が不透明であり、従うべき規則等が不明確なことをさす。これらの結果、企業は予見可能性を低下させ、投資リスクが増大し、投資が抑制されてしまう。

「②新規参入の制限」は、多くの開発途上国で新規投資の制限、外国企業の参入の禁止、外資制限等を行っており、企業の効率的な立地展開が妨げられていることをさす。

「③パフォーマンス要求」は、現地政府が投資受入条件又は優遇措置の供与条件として、ローカルコンテンツ要求、輸出要求、輸出入均衡要求、国内販売制限、雇用要求、技術移転要求等、企業の自由な活動を阻害する措置を要求することである。開発途上国の外貨不足を補う等の理由によってパフォーマンス要求が実施されることを否定するものではないが、これらのパフォーマンス要求の結果、企業の自由な活動が阻害され、引いては投資抑制がもたらされる可能性がある。

「④外国企業の経営上の基本的条件に対する制限」は、政府が投資家・経営幹部等の事業運営に必要な人材（キーパーソン）の入国・滞在・就労を制限的に運用したり、送金の自由を制限すること等をさし、これらの措置によって投資の基本前提が掘り崩される可能性が生まれている。

以上のような問題意識の下に、報告書は、多数国間の投資ルール作成のメリットとして、①投資家の予見可能性、②新規参入・事業拡大の機会の増大、③紛争の的確かつ迅速な解決を挙げる。

「①投資家の予見可能性」は、内国民待遇、最恵国待遇等を定めた法的拘束力あるルールができることによって、企業が現地で、現地国企業や他国企業との間で予期せぬ差別に

遭うことがなくなることを指す。つまり、現地企業や他国企業と比べて競争上不利に扱われることがないようになることが保障される。

「②新規参入・事業拡大の機会の増大」は、外国企業の事業活動の範囲を拡大することで、外国企業の新規事業がやりやすくなることをさす。

「③紛争の的確かつ迅速な解決」は、紛争解決手続を整備することによって、協定の実効性が高まり、また投資家の予見可能性が高まることである。

このような前提のもとで作成される投資ルールの骨格は次の通りである。

- ①ルールの対象として直接投資をベースとした投資に絞る。
- ②内国民待遇原則による内外無差別の確保。
- ③自由化コミットメント。外国企業が自由に活動できる分野についての各国の約束。約束に際して、特定業種の留保を認めるネガティブ方式か、自由化を進める業種を申告するポジティブ方式かのいずれを採るかは検討が必要。
- ④最恵国待遇原則による対外無差別。
- ⑤透明性の確保による法令等の周知性の確保。
- ⑥パフォーマンス要求の禁止。
- ⑦キーパーソネルの一時入国、滞在、就労の保証。
- ⑧経営幹部等への現地国の国籍要求の禁止。
- ⑨収用補償、対外送金自由等の投資保護。
- ⑩安全保障例外等、協定例外の最小限化。
- ⑪国家間の紛争解決手続の設定。

なお、報告書は、あわせて、投資協定によって開発途上国の柔軟な開発政策を困難にするという懸念の存在を指摘しながら、それに対して次のように応える。①政策の自由度が狭まったとしても、効率的な企業参入によって、中長期的な経済発展に対する貢献が大きいと考えられること。②例外登録をすることによって必要な柔軟性が確保できること。

また報告書は WTO で投資ルールを整備することのメリットを次のように説く。①わが国の企業が多く活動するアジア諸国がルールの対象となる。②投資を部分的に規律する既存の WTO ルール (GATS 等) との整合性が図れる。③ WTO 紛争解決手続が利用可能である。④開発途上国の立場を十分配慮できる。⑤開発途上国がルール策定に最初から

参加できる。

### 3 産構審中間報告書の評価

従来の国際的な投資規律の中でもっとも高水準の規律を目指したのがMAIであった(7)。産構審中間報告書の内容を評価するためには、このMAIに照らして行うのがもっとも適当である。

MAIは、(a)投資自由化、(b)投資保護、(c)紛争処理を3つの柱とした。

(a)投資自由化とは、外国から投資が自由に実施される環境作りが目指され、前記の中間報告書に即すると次の事項がそれに該当する。②内国民待遇原則による内外無差別の確保。④最恵国待遇原則による対外無差別。⑤透明性の確保による法令等の周知性の確保。⑥パフォーマンス要求の禁止。⑦キーパーソネルの一時入国、滞在、就労の保証。⑧経営幹部等への現地国の国籍要求の禁止。この中で中心的な原則と位置づけられるのは、内国民待遇原則、最恵国待遇原則、透明性である。投資自由化によって保障することが意図されたのは、国境によってもたらされる経済活動の歪みの排除である。この点からは、投資に対して条件付けを行うパフォーマンス要求が禁止される以上、外国からの投資に対して一部の税を免除する等の優遇策を講ずる「投資インセンティブ」も議論の俎上に上がり、その禁止又は制限も議論された——ただし、投資インセンティブ規制は政治的に難しい問題であるため、MAI交渉でも規定化を見送ると決定された——。このような投資自由化は、BITではようやく最近になって、その一部で採用され始めたものである。

(b)投資保護とは、外国からの投資の保護を意味し、中間報告書の⑨収用補償、対外送金自由等の投資保護がそれに該当する。すでにII. で述べたように、投資保護はBITの中心目的であった。

(c)紛争処理は、WTOでの紛争処理の効果的な活用を踏まえて、採用が提案されたものである。ただし、MAIでは、WTOと同様の国家対国家の紛争処理手続に加えて、個人対国家の紛争処理手続も提案されていた。個人対国家の紛争処理手続は、従来のBITで多く採用されており、それを踏襲したと説明された。しかし、BIT上の個人対国家の紛争処理手続の多くは、投資家個人が投資先国の裁判所に投資先国を訴えるのではなく、仲裁に申立てを行えるという手続であって、適用法規は投資先国の法令であった。つまり、投資先国の立法管轄権は認めた上で、仲裁機関がその国の裁判所に代わって紛争を

処理する仕組みである。それに対して、MAIの個人対国家の手続では、MAI上の義務の実施を相手国に迫る手続とされた。この手続が採用されると国家間で問題とされない事項であっても、個人が国家を相手取って問題にすることができ、その結果、MAI規律は従来の国際法規律よりも格段に客観化すると考えられ、それがMAIによる主権侵害批判の一因となった。

さらにMAIの特徴として付け加えることは、MAIが経済自由化において従来のステージから新たなステージに移行することを狙っていたことである。MAIは直接投資だけではなく、ポートフォリオ投資のような短期の投資も含めて、すべての資本の移動を対象にしていた。この点に呼応してIMFは、従来から各国に課している経常勘定の自由化に加えて、資本勘定の自由化のための作業を、MAIが行き詰まる1998年まで続けた。つまり現在までの国際経済はWTO/GATTが物品の国際的な移動の自由化を保障し、貿易の決済を確保するためにIMFが経常勘定の自由化義務を各国に課するという体制であった。しかし、MAIは、それを越えて、資本が国際的に自由に移動する世界を作りだそうとする試みだったのである。

産構審中間報告書は、「(b)の投資保護」はMAI通り——同時にBIT通りでもある——採用すべきことを説いているほかは、「(a)投資自由化」及び「(c)紛争処理」については、MAIとややニュアンスを異にした取扱いを提案した。

「(a)投資自由化」は、理論的にはさらに、(i)市場中立化保障と(ii)市場円滑化保障の2つに分けることができる。(i)市場中立化保障とは、国家が市場を歪めないようにすることであり、(ii)市場円滑化保障とは、端的には透明性の原則を意味し、市場自体の透明性を高めて、市場が情報不足によって歪められることを防止することである。MAIは言うまでもなく、(i)市場中立化保障に重点をおき、それゆえに内国民待遇原則が強調されたが、本中間報告書では、どちらかという(ii)市場円滑化保障に重点が置かれ、また無差別性の点でも内国民待遇義務よりも最恵国待遇義務に重きがおかれている。このアプローチは、例えば内国民待遇義務を負えば内外の企業を差別することは許されないが、最恵国待遇義務だけであれば外国企業を国内企業と差別することは許されて、ただ外国企業の差別の程度を国によって変えてはいけないということだけが要求される。つまり投資先国の義務を軽くするアプローチなのである。

また「(c)紛争処理」は、個人対国家の紛争処理を除いており、規律の客観化の程度

は現在の WTO と変わらない。

さらに MAI が国際経済自由化の新たな段階の幕を切って落とそうとしていたのに対して、この中間報告書は、「①ルールの対象として直接投資をベースとした投資に絞る」として、対象を直接投資に絞り、国際経済の自由化を大幅に進めることを目指すのではなく、海外直接投資を行う際の事業環境の改善が直接の目的であることを明確にしたのである。

中間報告書の構想にあって MAI になかったものとして注意すべきものは、投資ルール実施に際して開発途上国を支援することの重要性の指摘である。従来の WTO ルールでは、開発途上国に対して、一部の協定義務を免除するというアプローチを採ってきた。しかし、自由化が自由化を進める国にとって大きな利益をもたらすものであれば、協定上の義務免除は、免除された開発途上国にかえってマイナスをもたらす恐れがある。また投資自由化に対しては、一部の多国籍企業が国民経済を牛耳ることが開発途上国の心配の種であり、それに対しては競争法等の国内規制を整えればよいとは言っても、開発途上国が国内規制を整える能力をもっているか否かも疑問として残る。そこで開発途上国の心配を払拭し、かつ自由化による利益を開発途上国にももたらすためには、自由化に耐えられるような法令等の作成を先進国が支援するというアプローチが必要だという趣旨である。報告書では「WTO 以外の場での取り組み」という位置づけであるが、WTO が単にルールを作成し、それを各国が守るように監視していくという従来のアプローチに加えて、開発途上国が義務を守れるような能力を涵養するというアプローチを、今後は WTO もとるべきだという提案に連なるものである。なお、次期ラウンドの交渉事項に関して、アメリカや EU が、「能力涵養 (Capacity Building)」という提案を行っているが、その趣旨は同一である。

中間報告書は、内国民待遇原則を投資ルールの第一に据えたり、また自由化コミットメントについて一定の留保付きながら、ネガティブ方式にやや傾いている点に、MAI の影響が残っているものの、MAI とは異なる投資ルールの一つの在り方を示したと言える。保護の対象となる投資を直接投資を基本とすることや、透明性確保の重視によって如実に示されるように、報告書が投資ルールによって目指す目標は投資環境の安定である。これは日本政府が投資ルールによって投資環境の改善を目指す対象が開発途上国だというモチーフを反映したものである。なお MAI に対しても、日本政府は同じ期待を抱いたが、ア

アメリカが目指した高水準の投資自由化は、むしろ先進国を対象にしたものであった。MAI に対してともに積極的な姿勢を示した日米両政府ではあったが、その思惑には実際にはずれがあったのである。

このように報告書は、MAI 及び伝統的な BIT を、それぞれ投資ルール的一方の極とすると、日本が目指すべき WTO 投資ルールはその中間だと提言したのである。



## IV 今後の課題

### 1 MAI 交渉の意義

#### (1) 失敗からの教訓

国際経済の自由化を考える上で、MAIの失敗はどのように位置づけられるだろうか。一つは単純に自由化を進めることには抵抗があることが分かったことである。従来のWTO/GATT体制下での貿易自由化に対しても、保護主義の立場からの批判はあった。しかし、多くは、衰退産業の衰退プロセスをどの程度緩和するかの問題でしかなかった。

しかし、MAIが目指す高水準の投資自由化は、①経済の自由化という政策目標を他の政策目標に従属させるのか、また②一部の官僚が、秘密裏に実質的に社会の在り方を決定してしまっただけなのかという、2つの重大な問題をはらんでいた。

①の政策目標の問題は、特にMAIが基本原則として採用することを決めていた「内国民待遇原則」をめぐる大きな問題となった。内国民待遇は内外企業を平等に扱うことであって、当然ではないかという意見がある。確かに従来の通商航海条約でも内国民待遇原則が規定されることは多かった。しかし注意しなければならないのは、これらの条約中の内国民待遇原則には多くの例外が含まれ、しかも例外に該るかどうかは、それぞれの国の判断に大幅に委ねられた。しかし、MAIでは、各国は例外登録をしない限り、内国民待遇義務を課され、義務履行の有無は最終的には紛争処理手続で決着が付けられるという仕組みであった。たとえば、中小企業育成のための支援措置があり、それが内外の中小企業に開かれている場合を考えてみよう。この措置は形式的には外国企業にも開かれているが、実際に中小企業として活動している企業は国内企業が多いであろうし、そのうえで実際に支援を受けている企業の大半が国内企業であったとすれば、当該支援事業が内国民待遇義務違反だと判断される可能性が出てくる。しかもこのような措置は従来、内国民待遇原則に抵触する恐れがあるとは誰も考えて来なかったものである。

この点は、投資ルール交渉を高水準なものにすることの是非の検討、そして経済自由化と他の政策目標（環境、文化等）との調整を予め検討しておくことの必要性を示している。

②は、条約締結手続の問題である。条約は国家の運命を左右しうる文書であるために、



その締結に当たっては民主的なコントロールが必要だと考えられてきた。日本を含む多くの国が採用してきたのは、条約文の作成までの交渉は、交渉という作業の性質上外務当局が秘密裏に行い、一旦条約文が作成されるとこれを議会にかけて、国家が当該文書に条約として拘束されるという意思を最終的に確定するという手続である。日本では、批准等によって日本が条約に最終的に拘束されるという意思を表示する前に国会が承認するという手続がとられている（憲法73条3号）。

しかし、WTO 諸協定の場合は、協定文の作成時に発効日時まで決まっており、WTO 体制に入る以外に選択肢がない現状では、議会は決められたスケジュールに従って淡々と手続を進めていく以外に途はない。このことに対して、WTO 体制の在り方が各国の官僚が協定交渉を行っている段階で実質的に決まってしまう、民意を代表する議会はそれを形式的に追認するだけでしかないのはおかしいという批判が起こった。この点は MAI が主権を脅かす内容をもっていると評価された時点で、大きくクローズアップされた。そして実質的に協定の在り方を決める協定交渉段階で、民意、特に NGO の声を反映させる手続を設けるべきだという主張に連なった。WTO 次期ラウンドでも、NGO の参加問題は一つの 이슈ウとなっている。今後は条約締結手続への形式的な議会の関与を越えて、どのような形で民意を適切に反映していくかを真剣に検討する必要があるだろう。

## （2）MAI の積極的意義

MAI 交渉が失敗したからといっても、時間をかけて練り上げられた草案は残っており、その積極的な意義も見逃すことはできない。MAI によって、投資自由化規律の全体像が見えたことである。つまり、投資自由化を目指すためにはどのようなルールが必要かが明確化され、BIT を結ぶ際にも、また WTO 投資ルールをイメージする際にも、MAI が格好のモデルを提供することになった。産構審中間報告書にも MAI の影響が歴然と残っていることには既に触れた。また BIT も最近では、従来の投資保護に重点をおいたものから、投資自由化に重点をシフトさせたものに変化してきている。たとえば、日韓の BIT 交渉では、従来の BIT の事項（①投資許可に関する最恵国待遇（MFN）、②投資後の内国民待遇及び最恵国待遇、③投資に関連する入国、滞在居住への好意的配慮、④裁判を受ける権利に関する内国民待遇及び最恵国待遇、⑤取用・国有化の条件、⑥緊急事態時の損失補償に関する内国民待遇及び最恵国待遇、⑦送金の自由の保障、⑧投資家と投資受入国

間の紛争解決手続、⑨締約国間の紛争解決手続)に加えて次のような事項の挿入が検討されていると言われる。

- ①投資許可に関する内国民待遇（投資前の内国民待遇）
- ②パフォーマンス要求（現地調達要求、輸出制限、輸出入均衡要求、輸出要求、国内販売要求、技術移転要求、研究開発要求等）の禁止
- ③透明性（投資関連法令等〔運用も含む〕に関する公表義務）
- ④経営幹部、役員等も含めて雇用に関する国籍要求の禁止
- ⑤基準認証に関する相互承認等、標準分野の規定
- ⑥知的財産権分野の規定
- ⑦労働分野の規定
- ⑧投資インセンティブに関する規定

これらのうち、①②③④は MAI 草案をモデルにして議論が進められよう。

## 2 WTO 交渉の課題

WTO 投資ルールが次期ラウンドの交渉事項となったときに解決すべき課題は何であろうか。

すでに 1. で議論したこととも関係するが、投資ルールに何を求めるかという点で、開発途上国との間とともに、先進国間にも意見の違いがある。日本は投資ルールの対象をおもに先進開発途上国におき、これらの諸国の投資環境の改善を図りたいと考えている。他方アメリカはすでに多くの開発途上国と BIT を結び、MAI に期待したのは先進国の投資環境の改善であり、それゆえに高水準のものを要求した。そして開発途上国は、依然として自国への投資に対して十分に国のコントロールを効かせ、外国からの投資を自国の開発政策に従属させようと考えている。このように WTO 投資ルールをめぐるのは、三すくみの状況である。投資ルールを次期ラウンドの交渉事項に載せ、そして実りのあるルールの作成に成功するためには、この状況を解きほぐす必要がある。

### 3 BIT等の位置づけ

MAIの失敗によって国際経済の自由化が停滞しているかいうと必ずしもそうではない。国際的な自由化体制の構築は、一面ではグローバル化した国際経済の反映である以上、MAIが失敗しても別の試みが始まると考えてよいし、MAIと並行して自由化を目指すプロジェクトは他にも動いてきたのである。特に、その点で注意しなければならないのは、地域的（リージョナル）な自由化の取組みである。アメリカ・EU間の取組み<sup>(8)</sup>は、その代表的なものである。

1994年後半にEC委員会は、大西洋自由貿易地域（Transatlantic Free Trade Area：TAFTA）を提唱したが、フランスの反対のために、1995年12月のアメリカ・EU首脳会談では、「新大西洋宣言（The New Transatlantic Agenda：NTA）」と「行動計画（Joint EU-US Action Plan）」という、よりマイルドな関係が設定された。

「宣言」では、多国間貿易システムの強化と貿易投資における市場開放等が謳われ、「行動計画」のレベルでは、多数国間のもものと二国間のものに分けて、協力の諸項目が挙げられたが、特に両者によって「新大西洋市場（The New Transatlantic Marketplace）」を構築するとされたことが重要である。この枠組みでのアメリカ・EU間の討議から生まれた具体的な成果としては、ITA（情報関連機器の関税引き下げ）、WTO基本電気通信交渉（電気通信に関する外資規制の撤廃等）、米欧間の相互承認協定（MRA）（医療機器、医薬品、通信機器、電気製品等に関する基準認証の相互受入）等がある。さらに1998年5月のアメリカ・EU首脳会談は、2000年を目標にした貿易拡大のための両者間の枠組みと位置づけられる、「新大西洋経済パートナーシップ（New Transatlantic Economic Partnership to Accelerate Trade Growth, TEP）」に合意した。TEPを推進するためのアプローチとして取り上げられたのは、第1に、物品、サービス及び農産品に係わる種々の障壁の撤廃、第2に、長期的な課題であるバイ及びマルチの貿易問題についての成果達成、第3に、ビジネス、労働、消費者、環境等、広範囲の分野の関係者が参加できる枠組みの設定であり、これらのアプローチが適用される分野としては、工業製品、農産物、サービス、関税、電子商取引、知的財産権、投資、政府調達、競争政策が挙げられている。

「新大西洋市場」の例は、一面ではアメリカ・EU間であっても、自由貿易地域構想という急進的な構想が基準認証の相互承認等の実務的な関係構築に変わってしまったことから、経済自由化を自由貿易地域にまで進めることが並大抵のことではないことを示してい

る。先程の TEP が結局1995年の「新大西洋宣言」を越える内容をもつものではなく、依然としてアメリカ・EU 間の討議の枠組みにとどまっているにすぎないという批判も強い。他面では、できる範囲で、投資や貿易と限定せずに自由化が進んでいくことも示されている。特に、「新大西洋市場」枠組みの下での討議から、WTO での基本電気通信交渉妥結や ITA が生まれた点に注意を払うべきであろう。BIT も含めて、経済自由化はバイ、リージョナル、マルチと各レベルのものが考えられるが、これらの例は「新大西洋市場」というリージョナルな枠組みでの作業がマルチの自由化問題の解決の糸口を作ったのである。バイまたはリージョナルな自由化の取組みがマルチの自由化に対立するものではなく、むしろ三者は相乗的に進むと考えた方がよいのだろう。

アメリカが WTO の投資ルールにあまり乗り気ではないのは、MAI のような高水準の協定でなければ、すでにアメリカは各国との BIT によって獲得しているからに他ならない。かえって WTO 投資ルールが出来れば、最恵国待遇原則によって従来から BIT によってアメリカが得てきた待遇が一挙に他国に均霑されるわけで、その限りではアメリカに得るものはない。逆に、日本政府がアメリカとは違うアプローチの BIT を結び、それが WTO 投資ルールによって均霑されるのであれば、アメリカにもメリットがある。このように二国間、または地域的なアプローチを進めていくことが、マルチの場でのルール設定を促進し、日本の発言権を高めるものであることに留意しておく必要がある。国際経済の自由化を進めるという立場に立てば、バイ、リージョナルそしてマルチは 3 頭立ての馬車なのである。自由化のためのマルチのルール作りを目指すのであれば、バイ及びリージョナルのレベルで種々の枠組みを作ってさまざまな自由化の試みを行っておくことも重要なのである。現在ではバイの代わりにマルチ、マルチが駄目ならバイという単純な思考ではすまない状況になったのである。

〔注〕

- (1) <http://jw0b03.gif/www.miti.go.jp>。筆者は同報告書を作成した小委員会で、副委員長をつとめた。なお、本稿における同報告書の解釈は筆者個人のものである。
- (2) 伊藤不二男「通商航海条約」国際法学会編『国際法講座』2巻（1957）, pp. 85-86.
- (3) 森川俊孝「投資の自由化と多数国間投資条約（上）」貿易と関税1998年5月号、pp.30-31.参照。
- (4) 多国籍企業問題については、小寺彰「多国籍企業行動指針の法的意味」総合研究開発機構編『国際社会のグローバル化と法』（1994）, pp. 16ff. 参照。
- (5) 福田博編『多国籍企業の行動指針』（1976）, pp. 111-174. 参照。
- (6) Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (1995), pp. 267-326. 参照。
- (7) MAIについては、小寺彰「多数国間投資協定（MAI）—投資自由化体制の意義と課題—」日本国際経済法学会年報7号（1998）, pp. 1ff. 参照。
- (8) アメリカ・EU間の取組みについては、Jörg Monar ed., *The New Transatlantic Agenda and the Future of EU-U.S. Relations* (1998). 参照。

# 自由貿易地域（F T A）の法的検討

——W T O 規律上の位置づけを中心にして——

小 寺 彰

# 目次

## I はじめに

- 1 自由貿易地域をめぐる最近の動き
- 2 自由貿易地域に関する課題

## II 自由貿易地域の意義と問題点

- 1 自由貿易地域の意義
- 2 F T Aの類型
- 3 自由貿易地域の問題点

## III F T Aの法的課題

- 1 G A T T 24条
  - (1) 基本原則
  - (2) 関税の撤廃
  - (3) 通商規則
  - (4) 原産地規則
  - (5) その他
- 2 G A T S 5条
  - (1) 対象範囲
  - (2) 内国民待遇の確保
  - (3) 非締約国への障害の一般的基準引き下げの禁止
  - (4) インプリケーション
- 3 その他の事項

## III まとめ——F T Aを検討する場合の留意点

# I はじめに

## 1 自由貿易地域をめぐる最近の動き

本年（2000年）になってから、日本も「自由貿易地域（Free Trade Area、F T A）」を形成すべきだという声が経済界を中心に強まっている。経済団体連合会は本年7月6日に「自由貿易協定の積極的な推進を望む～通商政策の新たな展開に向けて～」を発表し、日本政府がF T Aを積極的に活用するよう提言した\*。

アメリカとのF T A構想がかつて一部で議論されたことがあったが、そのときはほとんど注目されることはなかった。F T A構想が現実味を帯びて語られるようになったのは、1998年秋に韓国が日韓F T A構想を発表してからである。この提案を受けて、日韓両国政府は日韓F T Aの先駆けとして日韓投資保護協定の交渉を開始するとともに、関係団体を通じて日韓F T A構想の共同研究を開始した。この頃から、日本も韓国のみならず、アセアン諸国やラテンアメリカを対象にしてF T Aの結成を望む声が強くなってきた。このような状況のなかで、F T A構想の流れを一層加速する事件が起こった。

一つは、1999年末に開催されたW T Oシアトル閣僚会議において、2000年から予定されていた新ラウンドの開始が宣言できなかったことである。従来日本においてF T A構想が語られなかったのは、国際経済秩序はマルチのベースで構築すべきだという声が圧倒的に強かったからである。その唯一の例外はA P E Cであったが、A P E Cは「開かれた地域主義（open regionalism）」を標榜するなど、W T O体制と対立するモメントをまったく持たず、誰の目から見てもW T O体制を補完すると位置づけられるものであった——現在A P E Cは1990年代半ばのような輝きを失っているが、それはA P E Cが「開かれた地域主義」を採用すると同時に、決定の非拘束性を前提としたために、W T Oの地域的な協議機関のようになったためだと思われる——。しかし、マルチの投資自由化協定としてO E C Dで交渉が進められていた多数国間投資協定（M A I）は、1999年に完全に失敗に終わった。そして日本政府が従来にも増してリーダーシップを発揮しようとしたW T O新ラウンドも、交渉開始すら宣言できなかったのである。マルチより、バイまたはリージョナルという思いを持つ人たちが増えたのは自然な流れであった。



またもうひとつの要因として、E Cが1999年11月にメキシコとの自由貿易協定の妥結に成功したことが挙げられる。従来から、E Cは諸国とF T Aを結成してきたが、対象はおおむね、将来E C加盟が想定される国や、第2次大戦前の植民地であった。しかしメキシコはこの範疇には入らず、また従来日本企業がマキラドーラ（アメリカとの国境地域に設けられたメキシコの特定期域に部品を持ち込んで完成品を生産すると、部品も完成品もともに関税が免除されるという制度）によって受けていた税制上の優遇措置が近々廃止されることが決まっていた。E CがメキシコとF T Aを結成すると、E Cからの輸入関税はほぼ全廃され、E C企業の投資の自由度も日本企業より広がることになる。そしてE Cがこのような自由貿易協定を、今後いくつも結んでいくことが予想された。さらにW T Oシートル会合の失敗の翌日、シンガポールから日本に対して自由貿易協定を結びたい旨の申し入れがあったことが新聞によって報じられた。韓国とのF T A構想が暗礁に乗り上げていたところで、韓国よりも現実性の高い申し入れがあったのである——ただし2000年9月の日韓首脳会議ではF T A推進が再び合意された——。

シンガポールとの自由貿易協定交渉前の政府間の予備的な検討は、本年初めから精力的に行われ、それに合わせて、シンガポール以外の諸国との自由貿易協定作りを求める声が経済界には日増しに強くなっているのが現状である。

\* 経団連の意欲的な取り組みは、月刊 Keidanren 9月号（2000年）に如実に示されている。この号では、榎原稔経団連副会長（三菱商事会長）が巻頭言として「自由貿易協定の積極的推進を」を載せ、さらに團野廣一経団連貿易投資委員会総合政策部会長（三菱総合研究所副社長）が「求められる自由貿易協定への取組みの強化」を寄稿している。さらに同10月号は特集として「自由貿易協定は世界の潮流」を組むことを予告している。

## 2 自由貿易地域に関する課題

F T Aを日本政府が本格的に検討の対象にしたのは今回のシンガポールとのものが最初である。F T Aの結成については、経済的、社会的または文化的な観点からの検討が不可欠であるが、同時に法的な観点からの検討も必要である。とくにその中で重要なのはW T O上の制約である。

現在、日本をはじめとして多くの国はW T Oに加入し、国際経済関係については、W T

O体制の枠内で活動している。もちろん日本がWTOを脱退すれば話は別であるが、そのようなことは近い将来考えられず、むしろ日本は今後WTOでリードしていく役割を担おうとしている。したがってFTAを結成する際には、WTO上のような要件をクリアする必要があるのかをきちんと押さえておかなければならない。

もちろんFTAの法的観点からの検討はこのようなWTO上の制約の検討に尽きるものではなく、WTO上の制約はいわば必要条件の位置をしめる。WTO規律の制約下で、どのようなFTAの仕組みが適切かという十分条件の検討も合わせて行わなければならない。本稿では適宜このような十分条件の検討も行うことにしたい。

## II 自由貿易地域の意義と問題点

### 1 自由貿易地域の意義

自由貿易地域（FTA）は2以上の複数国家間で物品の貿易等を自由化する制度である。2以上の複数国家間で経済関係を自由化するために設定される関係としては、他に関税同盟（Customs Union）や経済同盟（Economic Union）がある。

関税同盟は、FTAと同様にWTO規律上の位置づけが与えられているものである。FTAも関税同盟もともに、参加国間の通商自由化を行うことを目的としている点では共通する。関税同盟では対外共通関税を設定して、明確に関税同盟参加国と非参加国を分かすが、FTAでは対外関税を共通化することはなく、もっぱら参加国間の通商の自由化だけが図られる。FTAにおいて対外共通関税を設定せずに参加国間に限った通商自由化を達成できるのは、原産地規則によってである。たとえば、X国とY国でFTAを結成したと仮定しよう。このFTAではX国とY国だけが参加国であるために、両国間で貿易が自由化されるのは、X国産品とY国産品のみであり、域外のW国からX国に輸入された産品はあくまでW国産品であって貿易自由化の対象とはされない。そして特定産品が、X国産品か、Y国産品か、それともW国産品かを決定するのが原産地規則である。関税同盟では、X国とY国が関税同盟を結成し、その後W国がX国と関税同盟を結成したいと考えれば、W国はXY両国が結成した関税同盟に入るか、X国をXY両国で結成した関税同盟から脱

退させて別の関税同盟を結成するかの途しかない。つまりX国は異なる複数の関税同盟に参加することはできない。他方、F T Aの場合は、X Y両国間にF T Aが結成されていたとしても、W国はX国だけを相手にF T Aを結成することができる。X Y両国間のF T Aによって貿易が自由化されるのはX Y両国を原産とする製品だけであり、他方X W両国間のF T Aによって貿易を自由化するのは、X Y両国を原産とする製品だけだからである。つまりF T Aは、地域経済ブロックの形成から切り離して結成することができるものであり、自国を中心にして自由な貿易関係を、いわば放射状に種々の国々と間に設定できるものである。F T Aは関税同盟よりも柔軟性をもつものであるが、それは原産地規則という精緻な制度によってはじめて可能になるのであり、歴史的には関税同盟のうち不完全なものが現在のF T Aと類似した特徴をもっていたにすぎず、F T Aは第2次大戦後に生まれたものである。G A T T発足後、F T Aとして最初に結成されたのは、1959年のE F T A (European Free Trade Association) である。

関係の緊密度の側面からF T Aと関税同盟を比較すると、結びつきはF T Aの方が関税同盟より弱いために、F T Aを関税同盟の前身として結成することももちろん可能であり、地域経済ブロックの色彩の濃いF T Aが存在することも事実である。シンガポールは、種々の国々とF T Aを結ぼうとしており、成功すれば地域経済ブロックの色彩が弱く、シンガポールを「ハブ」としたF T Aのネットワークが作られることになる。他方、N A F T Aは、将来南米諸国をも包含した全米F T A構想に結びついていて、いわばアメリカ大陸全体を一つの経済ブロックとしようという哲学がうかがわれる。

W T O規律上の概念ではないが、関税同盟が対外共通関税等、対外通商規則の統一のみを目指すのに対して、通貨、経済規律等の統一乃至調和を目指す関係を経済同盟 (Economic Union) という。経済同盟は通常は関税同盟の発展形として捉えられるものであり、現在のE Cは関税同盟を越えて経済同盟に踏み込んでいる——E Cはさらに外交政治同盟を目指してE Uを結成した——。

## 2 F T Aの類型

従来は貿易と言えば物品に関するものだけだったが、サービス貿易という概念が1970年代に案出され、それを規律する「サービス貿易に関する一般協定 (G A T S)」が出来上がったために、物品の貿易に関するF T A (物品F T A) と並んで、サービス貿易に関す

る F T A ( G A T S では「サービスの貿易を自由化する協定」とよばれる「サービス F T A」) も観念されるようになった。

物品 F T A で貿易の自由化というときの中核的内容は、輸入関税の撤廃である。しかし、サービス貿易の場合には物品の貿易のように関税という制度が採られていない。そのために、サービス F T A を定義するためには、サービス貿易において物品貿易の関税譲許に対応するものを特定することが要求される。G A T S はそれを内国民待遇義務だと捉えた ( G A T S 5 条)。

G A T S 上、内国民待遇は、市場アクセスと並んで各国が分野を選んで適用する義務を引き受ける特定約束と位置づけられている。つまり W T O 加盟国は、サービス貿易について内国民待遇義務を一般的には負わず、適用分野を選択できる。ただし、いったん特定分野への適用を約束すると、G A T S が G A T T 同様に基本原則として採用している最恵国待遇原則によって、他のすべての W T O 加盟国に対して適用する義務を負うのである。

G A T S は、このような性格をもつ内国民待遇原則を W T O 全加盟国に対してではなく、協定を結んだ一部の国だけに適用することをサービス F T A と構成したのである。このようなサービス F T A を概念化する作業は観念的に行われたわけではない。すでに F T A 乃至関税同盟が結成されている諸国間 ( E C 、 N A F T A 等 ) では、域内における物品の貿易の自由化と合わせて、サービス分野の自由化を実施しており、G A T S 上のサービス F T A はこのようなサービス分野の自由化現象に対応したものであった。つまり、サービス F T A は、サービス貿易を物品の貿易に倣って国際規制の下に置いた結果位置づけが必要になったものであり、いわば G A T S の副産物と言えるものである。

現在日本政府が検討を続けているシンガポールとの F T A では、上記の内容以上のもの、たとえば、電子商取引関連制度の調和、民間機関の協力促進等を盛り込むものが予定されているようである。これらは、理論上は F T A とよばなくても国家間で締結できる内容である。事実アメリカ・ E C 間では、当初物品 F T A が、次にサービス F T A が提案されたがいずれも反対に逢って結実せず、1995年に両者間で合意した「新大西洋宣言 (The New Transatlantic Agenda)」は、F T A 以外の両者間の幅広い協力関係の構築を目指したものとなった——この中でもっとも著名なのは、「大西洋ビジネス対話 (The Transatlantic Business Dialogue, T A B D)」—— (アメリカ・ E C 間の経済協力については、小寺「国際経済自由化の構造」『平成10年度貿易・投資自由化対策事業米州・欧州委員会報告書』

[日本機械輸出組合] [1999], pp.10-14. 参照)。この例からも分かるように、F T Aの核心は現在でも依然として、物品F T A、そしてサービスF T Aであり、それ以外の事項はいわば「天ぶらの衣」のような役割を果たすとみるべきであろう。「実」があつての「衣」である。

### 3 自由貿易地域の問題点

F T Aは、物品F T AであろうがサービスF T Aであろうが、2国以上の複数国間で貿易の自由化を図るという性質をもつために、諸国を無差別に扱うというW T Oの基本原則である、最恵国待遇原則 (MFN) と原理的には衝突する。そこでW T O上の位置づけが必要になるのである。

G A T T、G A T Sともに、F T Aを完全に禁止するのではなく、一定の条件を満たすものを、最恵国待遇原則の例外として協定上許容した。それには大きく2つの理由がある。

第1に、F T Aや関税同盟は、G A T T/W T Oが目指す貿易自由化を促進する効果を持ちうることである。G A T Tは、関税による国内産業保護を認めながら、それ以外の数量制限による国内産業保護を否定し、関税についても各国が産品ごとに最高関税率を約束し (関税譲許)、それを交渉によって漸進的に引き下げていくという仕組みを採用した。つまりG A T TそしてW T Oの貿易自由化とは、協定を作成した段階で止まるのではなく、その後も交渉を繰り返すことによって自由化が進行するという仕組みなのである。実際にも、60年代のケネディーラウンド、70年代の東京ラウンド、80年代から90年代にかけてのウルグアイラウンドと多国間の交渉が実施され、譲許関税の引き下げのみならず、ダンピング防止税 (A D) 規制の強化等、非関税障壁の削減が実施されてきた。このような制度において、F T Aや関税同盟は、世界全体をカバーするG A T T/W T Oに先駆けて貿易の自由化を推進し、さらには、G A T T/W T Oにおける貿易の自由化を牽引する役割を果たすことが期待されたのである。事実、数次のラウンドでは、E Cでの自由化進展が大きな影響を与えたことが指摘されている。

第2に、G A T Tが作成される前から、1837年のドイツ関税同盟をはじめとして既にいくつかの関税同盟が結成されていた。G A T Tは、それらのF T Aや関税同盟に一定の位置づけを与え、正当化したのである。この点は、サービスF T Aの場合についても同様である。すでに述べたように、既存のF T Aや関税同盟では、サービス分野の自由化が図ら

れており、それらに対して明確な位置づけを与えなければいけなかったのである。

さらに現在の時点でF T Aを検討する場合には、F T Aが実際に果たしてきた役割に注意する必要がある。既に述べたように、F T Aが世界的な規模の貿易自由化を牽引するという、当初から考えられた役割は、単なる「お念仏」ではなく、事実でもあった。同時に地域的な貿易自由化の取組が、G A T T/W T Oの貿易自由化の動きに対して具体的に与えた影響についても一言するのが適当であろう。

W T Oは設立以降、新ラウンドの立ち上げを除くと順調に活動してきた。しかしW T Oの設立を決定したウルグアイラウンドの交渉は、難航に難航を重ねた。1986年に交渉が始まった時点では、1990年までに交渉を妥結させることになっていたが、交渉期限になっても交渉は妥結せず、一時は交渉決裂の淵に立った。結果的には、アメリカとE Cが歩み寄って妥結したが、その際に、アメリカおよびE Cにとって地域統合を目指す動きが交渉妥結を促進したと言われる。1990年から92年にかけて、アメリカはウルグアイラウンド交渉と並行して、N A F T Aの交渉をメキシコ、カナダと行い、またA P E Cの発展に積極的な姿勢を見せていた。このようなアメリカの動きは、ヨーロッパの人々の目からは、アメリカが南北アメリカおよびアジア太平洋に関心を集中させる動きだと映じ、ウルグアイラウンド交渉が決裂すると、ヨーロッパが取り残されるという危機感が持たれた。この危機感の背景には冷戦の終結という国際政治の重大な構造変化があったことはいうまでもない。東西冷戦の最前線はヨーロッパであり、冷戦を勝ち抜くことがアメリカにとっての至上課題であるという状況が終わり、アメリカ・ヨーロッパ間の新たな関係の構築が重要な政治課題と認識されている中でこのようなアメリカの経済的な動きが起こったのである。他方、アメリカの側からも、同じような印象がE C統合に対して向けられていた。当時西ヨーロッパでは、E Cを外交政治同盟に発展させるための第1歩である欧州連合（European Union）の発足が最優先課題として認識されていた（1993年発足）。このような中でヨーロッパ諸国が経済ブロック化することがアメリカにとって望ましいわけではない。このようなアメリカ、ヨーロッパ諸国それぞれの地域ブロック化への相互の危機感がウルグアイラウンドという、現在の時点から子細に検討すればきわめて難しいと考えられる交渉を妥結させた有力なモメンタムだったのである。つまり、この事例は、F T A等の経済統合という選択肢をもつことが、難しい交渉課題を妥結させるレベレッジとして機能する場合があることを示している。

このようにF T Aは、原理的にはW T Oの最恵国待遇（M F N）原則と矛盾抵触するが、他方W T Oをより高次なものに発展させる契機を備えてもいるのである。国際経済秩序が最恵国待遇原則によって規律された無差別なものとするのが望ましいことは事実である。ただし、その点について一部例外を認めても、国際経済の自由化がより進展するとすれば、その方がW T O／G A T Tの理念に添うものであることはいうまでもない。個々の国家の立場からは、輸出機会の増大を意味する市場アクセスを、W T Oによって代表されるマルチのレベルと同様に、リージョナル（地域）またバイ（二国間）のレベルでも追及するのが、国の利益にかなうのである。

もちろんそのことはどのようなF T Aでも無条件に認められるということではなく、むしろ認めるべきF T AとそうでないF T Aをきちんと分けるべきだということである。さきのウルグアイラウンド妥結に至るプロセスは、たしかに経済の地域ブロック化の動きがウルグアイラウンドの妥結を促したことは否めないにせよ、一歩間違えば、G A T Tの秩序を崩壊に導く可能性をはらんでいることも示されたと言える。F T AがW T Oとの関係では諸刃の剣であることを十分自覚しておかなければならない。

### Ⅲ F T Aの法的課題

F T Aの法的観点からの検討は、F T AについてのW T O協定上の制約から始めるのが適当であろう。F T Aに対するW T O協定上の制約として重要なのは、G A T T 24条とG A T S 5条である。F T AについてのW T O協定上の制約を議論したうえで、W T O協定とは別に考慮すべき法的論点について議論することにしたい。

#### 1 G A T T 24条

##### （1）基本原則

物品F T Aについての検討は、G A T T 24条の検討に他ならない。G A T T 24条は、次のようにF T Aを位置づける。

「4 締約国は、任意の協定により、その協定の当事国間の経済の一層密接な統合を発展



させて貿易の自由を増大させることが望ましいことを認める。締約国は、また、関税同盟又はF T Aの目的が、その構成領域間の貿易を容易にすることにあり、そのような領域と他の締約国との間の貿易に対する障害を引き上げることはないことを認める。』

G A T TはまずF T Aが原則的に望ましいことを認める。そのうえでF T Aが参加国間の貿易を増進するものであり（貿易創出効果）、他方第三国との関係では、それらとの貿易に対する障害を引き上げるもの（貿易転換効果）であってはならないことが示されている。F T Aを結成すれば、第三国との貿易の一部が構成国間の貿易に置き換わることは不可避である。X Y国間のF T Aができたと仮定しよう。元来10パーセントの関税をかけられていたAという物品があって、X国産のものとW国産のものがY国に輸入されていて競合しているという状況にあった場合、F T AができてX国産のものに関税がかけられなくなるとW産のものは競争できなくなって、従来のW国からの輸入がX国のものに置き換わるのが貿易転換効果の典型例である。G A T T 24条はこのような製品ごとの貿易転換効果をやむをえないとしながら、全体として域外国からのF T A構成国への貿易量が減らなければよいと考えたのである。すなわち、F T Aが結成されることによって構成国の経済が成長し、第三国との貿易量も全体としては増大するというのが、在るべきF T Aの姿である。

これが、F T AがG A T T内で認められるための基本原則である。しかし、G A T T加盟国が協定によって経済統合を進めることが常に望ましいとは限らない——経済学者のなかには、ほとんどのF T Aは経済厚生観点からは実際には望ましくないという意見も根強い——。第1に、G A T Tの基本原則であるMF N原則に反している。また第2にF T Aを作ると、F T A参加X国では、特定製品について効率的な生産を行っている域外W国の当該製品が関税差のために、W国と比べて当該製品の生産効率性の劣る域内Y国の産品に駆逐されてしまうという現象が起こりうる。これは世界全体の経済厚生を引き下げるものである。したがって、F T Aには望ましいF T Aと望ましくないF T Aがあり得るわけであり、G A T T 24条は、望ましいF T Aのための具体的な条件を規定する。上記の基本原則は、以下に議論するG A T T整合的なF T Aの具体的な要件の意味を特定する際にも、常にそこに遡って解釈することが要求されるものである。W T O紛争解決手続もこの考え方を説いている（「トルコの繊維製品輸入制限事件（Turkey- Restrictions on Imports of



Textile and Clothing Products)」1999年11月採択)。

なお、F T Aが経済学的な観点からは望ましくないとする論者は、F T Aが望ましくない以上、F T Aを結成しようとする国は最低限24条上の具体的な要件を満足しなければならないと説く。すなわち、24条上の具体的な要件は、そもそも望ましくないF T Aを簡単には結成できないようにするためのハードルと考えるのである。この立場に立てば、G A T T 24条に規定される基本原則は実際上の意味をもたない。

## (2) 関税の撤廃

F T Aの基幹は、構成国間の関税の撤廃である。この点についてG A T T 24条 8 項 b 号は次のように規定する。

「自由貿易地域とは、関税その他の制限的通商規則（第11条、第12条、第13条、第14条、第15条及び第20条の規定に基づいて認められるもので必要とされるものを除く。）がその構成地域の原産の製品の構成地域間における実質上のすべての貿易について廃止されている二以上の関税地域の集団をいう。」

つまり、F T A構成国間で、関税が「実質上すべての貿易 (substantially all the trade)」について廃止されていないとG A T T上は認められないという趣旨である（この点は関税同盟についても同様）。問題は「実質上すべての貿易」の意味である。これは「すべての貿易」について関税を廃止する必要はないことを意味しているが、そうなるとどの程度関税を廃止すれば、「実質上すべての貿易」について廃止したと言えるかが争点になる。

F T Aや関税同盟を結成するときには、「その旨を直ちに締約国団に通報し、かつ、締約国団が適当と認める報告及び勧告を行う」（G A T T 24条 7 項 a 号）ことが要求され、従来からF T Aや関税同盟が締約国団（W T O）に報告され、締約国団の下部の作業部会で審議されてきた。しかし、作業部会ではほとんどの場合、賛否両論が併記された報告書が作成されるにとどまり、実際的な意味をもつ解釈指針が示されることはほとんどなかった。またG A T T期には、E Cが紛争解決手続に提訴されてG A T T等に違反していると判断されても、その報告書の採択を阻止すると明言していたために、F T Aや関税同盟がG A T T紛争解決手続に提訴されることはなかった。そのためG A T T紛争解決手続が、

G A T T 24条について解釈を示す機会もなかったのである。その点で「トルコの繊維製品輸入制限事件」は、G A T T 24条を解釈した点で画期的な意味をもつ。

「実質上すべての貿易」については、まず関税を廃止することの意味を、関税を一律にゼロに近づけて削減すること——たとえば、従来平均関税が50パーセントであった場合にそれを8割削減して10パーセントにすること——ではなく、関税免除品目を「実質上すべて」にすることだという点では従来から一致があった。さらにそのうえで関税免除品目は、量的側面だけではなく、質的側面も含んで評価しなければならないとすることにも一致があった。具体的には、量的側面については、各参加国の貿易量について各々90パーセントをクリアすれば「実質上すべての貿易」の要件を満たしたと言えるとされている。では80パーセント台ではどうか。各参加国の貿易量の90%を割った場合でも「実質上すべての貿易」と言えるかは、未決定の問題である。他方、質的基準については、農業等重要分野を包括的に関税撤廃の対象としないことは、たとえ量的基準を満たしたとしても許されないとされる。

結局、問題は量的基準である。関税撤廃対象の貿易額が85パーセントを上回っていればよいかどうかは、法的には、もう一度F T Aの基本原則に立ち戻り、貿易創出効果が一定以上あるか、または貿易転換効果がないかという点を点検する必要がある。つまり、80パーセント台の割合の貿易について関税が撤廃されても、貿易創出効果がほとんどなく、また貿易転換効果が大きいというのであればG A T T上許容されないであろう。とくにW T O体制とF T Aが緊張関係をはらむのは、F T Aによって域外第三国が損害を被るおそれがあるからである。その意味では、貿易転換効果が大きいか否かが第1の考慮点というべきであろう。もちろん基本原則自体が無意味だとする立場からは貿易転換効果の大小は問題とならず、W T O加盟国がどの程度の貿易量を「実質上すべての貿易」と考えているかが決定的な要素となる。

### (3) 通商規則

F T Aが設定されると、構成国間だけに適用される通商規則が制定されることが多い。例えば、N A F T Aでは個々の国家のA D規則は残されたが、各国家がそれぞれにA D規則に合致した形でA D課税等の運用を行っているか否かを審査する紛争解決手続がN A F T A参加国についてだけは設定されている。手続的な側面ではあるが、N A F T A参加国

と域外諸国が異なる国際規律に服しているのである。

a 通商規則については、G A T T 24条は、通商規則（regulations of commerce）と制限的通商規則（restrictive regulations of commerce）という2種類の概念を用いている。いうまでもなく、通商規則の一部が制限的通商規則である。

通商規則についてG A T T 24条5項b号は次のように規定する。

「自由貿易地域…に関しては、各構成地域において維持されている関税その他の通商規則で、その自由貿易地域の設定…の時に、当該地域に含まれない締約国又は当該協定の当事国でない締約国の貿易に適用されるものは、自由貿易地域の設定…の前にそれらの構成地域に存在していた該当の関税その他の通商規則よりそれぞれ高度なものであるか又は制限的なものであってはならない。」

すなわち、通商規則は、域外第三国に対してF T A 設定前より制限的なものであってはならないというのである。そして「制限的」通商規則については、(2)で掲げたように24条8項a号が、「制限的通商規則（第11条、第12条、第13条、第14条、第15条及び第20条の規定に基づいて認められるもので必要とされるものを除く。）がその構成地域の原産の製品の構成地域間における実質上のすべての貿易について廃止されて」ることを求めている。つまり、通商規則のうち「制限的」と性格付けられた通商規則は、すべてではないにせよ、ほとんどが撤廃されることを要求されているのである。なお、撤廃の例外とされる諸規定、具体的には、11条は「数量制限の一般的廃止」、12条は「国際収支の擁護のための制限」、13条は「数量制限の無差別適用」、14条は「無差別待遇の原則の例外」、15条は「為替取極」、また20条は「一般的例外」を規定する。

解釈でまず問題になるのは、G A T T 24条8項a号で例外とされているG A T T 11条以下の諸規定が例示的な列挙なのか、または網羅的な列挙なのか、さらに通商法規としてしばしば問題になるA D制度（G A T T 6条）やセーフガード（同19条）は、上記の枠組みの中でどのように位置づけられるのかという点である。

撤廃の例外とされる諸規定について、それが例示的列挙だと解する特別の根拠はない。E Cは、かつて安全保障例外を規定したG A T T 21条（b）号が例示的列挙だという前提に立って本条も例示的列挙だと主張した（WTO, Guide to GATT Law and Practice (Analytical

Index), Vol.2 [1995], p.823.)。しかし、G A T T 21条 (b) が例示的列挙だということに一致があるわけではなく、またG A T T 21条を例示的列挙だと解するとしても、24条 8項 a号がそれに倣っているとするためには別の論拠が必要である。G A T Tは条約法の解釈規則に則って解釈しなければならないが、この観点からは以上、G A T T 11条以下を例示的列挙と解する根拠は見出せず、それらは網羅的な列挙と考えるべきであろう。次に問題になるのは「制限的」通商規則の意義である。

b 制限的通商規則については、G A T T 1条に規定されているもの、つまり「輸入若しくは輸出について若しくはそれらに関連して課され、又は輸入若しくは輸出のための支払い手段の国際的移転について課せられる」(1条) 関税や課徴金に関する規則等がそれに当たることは問題ない (WTO, Guide to GATT Law and Practice (Analytical Index), Vol. 2 [1995], p.820.)。それではA D制度はどうであろうか。現実には、N A F T A等多くのF T AではA D制度は存置されたままである。A D制度はコスト割れ価格によって輸入された産品に対して、コスト割れの部分について補償的な関税を課す制度である。その点に注目すれば、「制限的通商規則」に該当すると考えられそうであるが、A D課税の対象になるダンピングは、「非難すべきもの」(G A T T 6条) と認めたことが前提となっている——このような捉え方については、経済学者から経済学的な根拠を欠くとして批判が強いことは事実ではあるが——。そうであれば、A D制度はG A T T上、制限的通商規則という性格づけにはならないと考えた方が良いのであろう。

このことはA D制度をF T A内で廃止してはいけないということの意味するのではない。A D法が、G A T T 24条によって廃止しなければならない制限的通商規則に該当しないとだけである。F T Aにおいて域内国に対してのみA D制度を撤廃することが問題だとすれば、それはG A T Tの基本原則であるM F N原則に反すると考えるからであろう。しかし、F T Aは、本来的にG A T TのM F N原則からの例外の位置を占める。M F N原則を規定するG A T T 1条は、2項で具体的な例外(アメリカ・キューバ特惠等)を規定するがその中にG A T T 24条への言及がない点を問題にする議論もあるが、G A T T 1条は、一般的例外を定めるG A T T 20条にも言及していないのである。G A T T 24条は、1条(M F N原則)に限らず、G A T T全体の適用に関する特則を定めたものと理解すべきである。F T AにM F Nを文字通り適用する必要がないとすれば、F T A域内に限ってA D制度を廃止することは何ら問題とならない。事実、オーストラリア・ニュージー

ランド F T A (Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement [AN-ZCERTA]) では A D 制度が廃止された。また F T A 域内と F T A 域外で A D 制度を別の形で運用するとしても、同様に問題は起こらない。

もちろん A D 制度が制限的通商規則に該当しないとしても、G A T T 24 条 5 項の意味での「通商規則」に該当する以上、域外第三国に対して制限的でないことが要求される。A D の場合は、コスト割れ販売を行った企業に対して A D 税が限定的に課されるという制度であるために、F T A 内で A D 制度を撤廃したり、異なる基準で A D 制度を運用しても、また F T A 結成前と同一の要件で A D 制度を運用しても、第三国に制限的だと評価される可能性はない。この点で問題となるのは、むしろ後述のセーフガードであろう。ここまでの A D に関する議論は、補助金相殺関税についても同様に当てはまる。

A D 制度が撤廃されると、不公正な経済活動はもっぱら各国競争法に委ねて規制されることになる。ただし、競争法は市場における競争の維持を目的とする法制であって、貿易による国内産業への損害を救済することを目的とするものではない。したがって、競争法があるからといって A D 制度がある場合と同様の機能を競争法に期待するのは無理である。つまり、競争法の不当廉売規制によって極度の安値販売は規制できるが、現在の A D 法制の運用における「正常価額」は不当廉売規制における「略奪的価格」よりはるかに高い価格を意味しており、競争法制では A D 法制と同様のレベルで国内産業が保護されることはない。もちろんこのことは、A D 法制が経済学上正当化できないことを理由にして、A D 法制を経済学上合理性のある競争法制に置き換えるという政策自身を否定するものではない。

c セーフガードについては、まずその性質を確定しなければならない。G A T T 19 条 1 項 a 号はセーフガードについて次のように定める。

「締約国は、事情の予見されなかった発展の結果及び自国がこの協定に基づいて負う義務（関税譲許を含む。）の効果により、産品が、自国の領域内における同種の産品又は直接競合産品の国内生産者に重大な損害を与え又は与えるような増加した数量で、及びそのような条件で、自国の領域内に輸入されているときは、その産品について、前記の損害を防止し又は救済するために必要な限度及び期間において、その義務の全部若しくは一部を停止し、又はその譲許を撤回し、若しくは修正することができる。」

セーフガードとは、輸入量の増加によって国内生産者に損害を与える等の状況になった場合、輸入国が税率の引き上げや輸入数量制限によって当該国への輸入量を減少させることである。セーフガード制度で重要なことは、セーフガードがあくまで関税譲許を含むG A T T上の義務の適用が前提となっていることである。従ってF T Aが結成されて、関税が域内で撤廃されてしまえば、F T A域内ではG A T T19条上のセーフガードが機能する余地はない。もちろんF T A上の義務の効果、典型的には域内で関税を撤廃した結果、域内国から輸入が増え国内生産者に損害を与えるという状況は想定される。このような状況に対応するために域内国に対してセーフガードを発動するという仕組みを新たに設定することは十分あり得るが、このときのセーフガードは、G A T T上のセーフガードではなく、自由貿易協定上のセーフガードである。また域外国との関係でセーフガード措置をとることも十分想定できるが、それはG A T T上のセーフガードであり、F T Aができた後にも存続しうるものである。つまり、F T A域内諸国を対象にしてセーフガードを構築するとすれば、F T A上のセーフガードと位置づけられ、域外国を対象としたセーフガードと並立するのである。

問題は、域内セーフガード制度が制限的通商規則に該当するかである。輸入急増に対して国内生産者に一時的な保護を与える制限的通商規則は、一般的には制限的通商規則とは考えられていない。しかし、A D制度と同様に、セーフガードを域内において撤廃してもG A T T上問題はない。

他方、セーフガードはG A T T24条の通商規則であることは間違いなく、第三国に対して制限的なものにすることは禁じられる。この点は、域内セーフガードと域外セーフガードを同一のものとして扱わないことによって達成できる。つまり、X Y両国間でF T Aが結成された場合、A 産品についても関税が撤廃されたために多量の産品A がX 国からY 国に輸入され、Y 国ではセーフガードを発動する状況になったとしよう。この場合原因は、X 国にあり、関税が撤廃されたためにY 国の国内産業に損害が発生したのである。この場合に、従来通り細々とY 国に産品A を輸出している域外のW 国に対してもセーフガード措置が講じられるとしたら、W 国にとってX 国の通商規則は制限的になったと評価されよう。F T Aができた以上、セーフガードは域内のものと域外のものを別々のものとして運用する必要があるのである。



域内で適用される F T A セーフガードは当然のことながら域外で生産された製品には適用されない。この点を G A T T 上の M F N 原則との関係で問題にする向きもあるので、この点について一言しよう。この論点は F T A が W T O 上どのような位置づけになるかという一般的な問題に連なる。

d 最恵国待遇 (M F N) 原則は W T O 上の基本原則であるが、すでに述べたように、それが F T A にも、F T A がいない場合と同様に適用されることはありえない。他方、自由貿易協定 (F T A 協定) が従来 G A T T に規定されていたすべての事項をカバーしているとは限らない。E C では、すべての事項について G A T T と異なる規定が適用されることが予定されているが、これはむしろ例外であり、N A F T A のように参加国の A D ルールがそのまま存置され、その W T O 整合性が、各国の国内法整合性とは別に問題になる場合の方が多い。F T A 上、G A T T および関連協定とは別の規律がおかれた場合には、さきに議論した要件とは別に、当該規律が F T A を作るために必要かどうかが決め手となる (「トルコ繊維製品輸入規制事件」上級委判断)。そして必要な場合には、当該規律はいわば W T O の特別法として許される。「カナダの自動車政策に関わる措置事件」[2000年採択] 上級委報告において、F T A 協定が特定域外国を有利に扱うことを定められないとしたのは、そのような措置がなくても F T A 協定を結ぶことは可能だったからだと解される。F T A 協定が G A T T およびその関連協定を置き換える条項をもたない場合については、当然 W T O 規則がそのまま適用される。F T A 協定に規定される範囲内では、それが F T A 結成に必要とされるかぎり、M F N 原則も含めて G A T T は適用されず、F T A に規定されない事項については、従来通り G A T T が適用されるのである。W T O 「メキシコの米国産コーンシロップに対する A D 調査事件」(2000年採択) は N A F T A 加盟国であるアメリカが同じ加盟国であるメキシコの A D 発動手続を W T O 紛争解決手続で問題にしたものであるが、A D 発動手続は N A F T A 上規定されていないために、W T O 紛争解決手続で問題にしているのである。

#### (4) 原産地規則

F T A にとって製品の原産地を決定する原産地規則は基幹的な制度であり、F T A 協定では原産地規則が規定される。それでは原産地規則についてはどのように考えればよいのであろうか。

現在日本政府は、一般特惠制度——開発途上国からの輸入品について通常の関税率より軽減した関税率（軽減税率）を課す、または関税を賦課しないことによって開発途上国を優遇する制度——を適用する場合とそれ以外の場合について異なる原産地規則を採用している——前者を特惠原産地規則、また後者を非特惠原産地規則という——。日本政府が非特惠原産地規則として採用しているのが関税分類変更基準であり、また特惠原産地規則としては、関税分類変更基準を原則として採用しながら、一部の製品については付加価値基準を適用し、とくにアセアン諸国からの一般特惠対象製品については累積原産地基準を採用している。なお、開発途上国から輸入された製品についても、軽減税率を課すという場合以外には非特惠原産地規則が適用されて原産地が決定され、軽減税率を課すか否かという判断の際にのみ特惠原産地規則が適用されるという仕組みである。そのため、ある製品について非特惠原産地規則を適用したときの原産地と特惠原産地規則を適用したときの原産地が異なることもある。

関税分類変更基準とは、輸入製品が該当する関税分類になった国を原産地とすることであり、付加価値基準とは輸入製品について一定の付加価値をつけた国の製品とすることであり、また累積原産地基準とは、この場合であればアセアン諸国から積み出された製品についてはアセアン諸国を単一の国と考えて最終積出国を原産地とする規則である。

非特惠原産地規則は、製品について原産地表示の基準となるほか、W T O加盟国からの製品については関税譲許税率を適用しなければならないが、非加盟国に対しては関税譲許税率に縛られないために両者を関税率において区別する場合の基準——日本の場合そのような例は現在はない——、またダンピング措置を適用する製品の原産地基準等として機能したが、特惠原産地基準や本稿の分析の対象であるF T A原産地規則ほど大きな意味をもつものではない。特惠原産地規則は、非特惠原産地規則とは異なり、関税上の有利な取扱いを受ける国からの輸入品を特定する役割を果たすものであり、非特惠原産地規則と比べて大きな意味をもってきた。

F T Aを結成する場合には通常はF T A協定の中に原産地規則を規定し、それによってF T A参加国間で関税を課されない物品を特定することになる。もちろん日本は今までF T Aを結成したことがないためにF T Aの原産地規則を作成した経験はない。また原産地規則について従来から標準化のための作業が進んでいるが、まだ国際ルールには結実していない。つまりF T Aを結成する際にどのような原産地規則を採用するかは、G A T T 9



条の制約はあるとはいえ、第一次的にはF T A加盟国に委ねられている。そしてそれが非特惠原産地規則と同一でなければならない、または特惠原産地規則と同一でなければならないという制約もない。G A T T上のMF N原則はF T Aには適用されないからである。

F T Aの原産地規則は通常のF T A参加国外からの輸入であれば関税が賦課されるのに、F T A参加国からの輸入であれば関税が課されないから、その原産地規則の重要性は特惠原産地規則に匹敵する、またはそれ以上である。しかし、F T A原産地規則の場合は特惠原産地規則よりも難しい問題をはらんでいる。

日本が特惠原産地規則として付加価値基準を一部採用しているのは、一般特惠制度が開発途上国の所得の増加を目指した制度であり、その意味で開発途上国での加工量を増やす形で機能する付加価値基準は——付加価値基準を採用すれば、具体的には、企業が生産する製品について軽減税率の適用を受けようとして、あえて開発途上国での加工量を増やして開発途上国原産の資格をとろうとすることが予想され、この動きは開発途上国の所得を増加させる——、一般特惠制度の制度趣旨に沿ったものだと評価できる。しかし、F T Aの結成によってこのような動きが起こることは、G A T T24条上問題とされるおそれがある。すなわち、原産地規則はG A T T24条上の「通商規則」の範疇に入ると考えてよいであろう。そうだとすると、第三国との関係で従来より制限的なものにするのは許されない。たとえば、F T A協定において、F T A参加国の原産地規則として付加価値基準を採用すると仮定しよう。従来の関税分類変更基準によればF T A参加国であるY国産とされてきた物品が付加価値基準によると域外第三国のW国産品になるというケースが出てくる。従来であれば、産品の原産地がY国であろうが、またX国であろうが、適用される関税率は同一であるが、F T Aが出来上がるとY国産と認定されると関税はかけられず、W国産だと通常に関税が課されて取扱いに大きな差が生まれる。そこでW国産になる場合は、無理をしてもY国での加工工程を増やしてY国の原産地資格を得ようとするであろう。Y国に移した加工工程を従来W国で実施していたのはW国で行う方が効率的だったからである。つまりF T Aによって関税差が生まれたことによって、生産効率の高い国から生産効率の低い国に加工拠点が移ったのである。このことはY国が途上国であれば、南北格差の是正という観点から正当化されるが、先進国間のF T Aであれば正当化の根拠を見つけることはできず、また原産地規則が域外第三国に制限的になったと評価されるおそれがある。

他方、従来の非特惠原産地規則と同じにした場合には、迂回輸出が頻繁するという問題が起こる。つまり、関税分類変更基準によると、わずかの加工をF T A域内国で施すことによって容易に域内産品となってしまう、関税が免除されてしまうというのである。これが極端に進むと、F T Aを結成することによって参加国の産品のみに関税を撤廃したのに、実質上は幅広く域外国に対しても関税を撤廃したのと等しくなってしまう。経団連が原産地規則を厳しく運用すべきだと説いているのは、このような効果の発生を妨げたいという思いに発している。

非特惠原産地規則の場合は、できるだけ客観的に原産地を特定できる基準としてどのようなものが適当かを問えばよい。しかし、F T A原産地規則を一定の原則から導き出すことは難しい。F T A原産地規則をどのように設定するかは、F T Aを結成する諸国が各自どのような産品について他の参加国からの輸入を自由化し、また他の参加国に対して自国の産品の輸入の自由化を求めるかという観点から決する他はない。その結果、X Y両国間のF T Aの場合であれば、X国の採用するF T A原産地規則とY国の採用するF T A原産地規則が同一である必要はなく、X国のF T A原産地規則は、Y国がどのような産品の輸出をしたいかという要求とX国がどのような産品の輸入の自由化なら認められるかという要求の妥協として決定される。したがって、産品ごとに原産地規則を決め、極端に言えば、それらを一般的に律する原則がなくても良いのである。その結果、原産地規則については、シンガポールとのF T Aに適当なものと、他国とのF T Aに適当なものは当然異なるのである——原産地規則についてはシンガポールとのF T Aで採用するものを今後のF T Aのモデルと見なせる程度は低い——。日本・シンガポールF T Aの場合は、シンガポールはすべての国に対して関税を撤廃しているために、原産地規則をどのようにするかが問題になるのは、日本についてのみである。日本はシンガポールから輸入されうる産品のうち、関税がすでにゼロになっているものを除く各産品ごとに、どのような生産形態が採られていて、シンガポールでどのような加工が施されたものならシンガポール産として輸入を自由化してもよいかという基本姿勢をまず決定し、シンガポールとの交渉を経て原産地規則を最終決定するという方法を採用すべきである。

\*原産地規則については、小室程夫『最新・原産地規則』（1995、日本機械輸出組合）が詳しい。

## (5) その他

(4)までで検討した要件を満たさないF T Aは許容されないかという点、G A T T 24条10項は、締約国団（W T O）によるウェーバーを定めており、W T O加盟国の3分の2の賛成があれば、上記の要件を満たさないF T AがG A T T上有効に成立する。ただし、ウェーバーが認められることはきわめて難しく、日本が参加するF T Aについては、ウェーバーが認められることを前提にした議論は無意味だと考えるべきであろう。

また(4)までで検討した要件を満たすF T Aを即座に作らなければならないわけではない。G A T T 24条は、F T Aに至る前段階としての中間協定を認めている。つまり段階的にF T Aを作ることができるのである。ただし中間協定についても、通商規則に関するG A T T 24条5項b号の要件を満たし、完成までの計画・日程を含まなければならない。ウルグアイラウンドの結果完成までの時期は原則として10年とされた。

## 2 G A T S 5 条

サービスF T Aについては、それが満たさなければならない要件をG A T S 5条が規定する。G A T S 5条は、F T Aが「望ましいことを認める」と規定するG A T T 24条とは違って、サービスF T Aの肯定的な評価を欠いている。これは、G A T S 5条が、既存のサービスF T Aをもカバーすることを前提にして——交渉過程ではそれらを祖父条項化して対象外とする提案があったが退けられた——、それらに対する評価が一致しなかったことを示している。

### (1) 対象範囲

サービスF T Aでは、「相当な範囲の分野を対象とすること」（G A T S 5条1項a号）が要件とされている。これは物品F T Aの場合に、関税をF T A参加国間における「実質上のすべての貿易について廃止」することが要求されているのに対応する規定である。この規定については、次のような注がついている。

「この要件は、分野の数、影響を受ける貿易の量および提供の態様により理解する。この要件を満たすためには、当該協定は、いずれの提供の態様についてもあらかじめ排除することを定めるものであってはならない。」

「相当な範囲の分野 (substantial sectoral coverage)」は、「実質上すべての貿易 (substantially all the trade)」(G A T T 24条) を下敷きにしており、サービス F T A がこの要件を満たしているかどうかは、G A T T 24条と同様に質、量双方によって判断される。質的な側面については、①重要なサービス分野を対象から除外することはできない。また②サービス貿易で対象となる4つの態様——越境取引 (サービスの越境)、国外消費 (需要者の越境)、商業拠点 (商業拠点の越境)、人の移動 (供給者 [自然人] の越境) ——の各々について、いずれかの態様を完全に排除するものであってはならないことが要求される (G A T S 5条注1)。量的な側面については、原則として、G A T T 24条と同一に解さなければならない。

## (2) 内国民待遇の確保

サービス F T A の中核的内容は参加国国民の内国民待遇の確保である。この点について G A T S 5条1項b号は次のように規定する。

「第11条、第12条、第14条及び第14条の2の規定より認められる措置を除くほか、(a) の分野 (F T A協定の対象にした分野のこと——筆者) において、当該締約国間で第17条の規定の意味における実質的にすべての差別が次の措置により当該協定の効力発生時に存在しないこと又は合理的な期間において撤廃されることを定める。

(i) 現行の差別的な措置の撤廃

(ii) 新たな又は一層差別的な措置の禁止」

すなわち、サービス F T A は、域内国相互に内国民待遇 (G A T S 17条) を与え合うことを中核とする旨の規定である (なお、11条は「支払い及び資金移動」、12条は「国際収支の擁護のための制限」、14条は「一般的例外」、また14条の2は「安全保障のための例外」を規定する)。もちろんサービス F T A が内国民待遇待遇の相互供与に尽きるものではなく、市場アクセス等、G A T S 上特定約束の対象とされる義務を広くカバーすることができる。これらの義務は、G A T S 上は、内国民待遇義務同様、加盟国は特定分野に限って約束できるが、いったん約束すると M F N 原則によって、W T O 加盟国に無差別に供与す

ることが要求されるものである。サービスF T Aでは、その適用をF T A域内国に限定できるのである。

G A T S 5条1項a号の評価に当たっては、「関係国間の経済統合又は貿易の自由化の一層広範な進展との関係を考慮することができる」（同条2項）と規定される。これはサービスF T Aが、物品F T Aと歩調を揃えて進展してきたもの、いわば物品F T Aの副産物であり、その点を考慮して5条1項b号の評価が緩められることもあり得るという趣旨である。起草過程の当初は「積極的な考慮を払わなければならない」という案であったが、それが退けられ「関係国間の経済統合又は貿易の自由化の一層広範な進展との関係を考慮することができる」になったことを考えると、b号の解釈が物品F T Aとの関係で緩められる度合いはあまり大きなものではない。

この点は、5条1項全体の評価に跳ね返ってくる。そもそも「関係国間の経済統合又は貿易の自由化の一層広範な進展との関係を考慮することができる」は、既存のサービス分野を自由化している協定をG A T S 5条の規律対象に収めながら、それを正当化する役割を付与された文言である。したがって、全体的に見れば、内国民待遇を付与しなければならない「相当な範囲の分野」は、G A T T 24条において関税を撤廃しなければならない「実質上すべての貿易」よりはやや狭い範囲で足りるということになる。

### （3） 非締約国への障害の一般的基準の引き上げの禁止

物品F T Aでは域外第三国への保護に関する規定が置かれていたが、サービスF T Aについても、それに対応する規定が5条4項に置かれている。

「1に規定する協定（サービスF T A協定——筆者）は、当該協定の締約国間の貿易を容易にすることを目的とするものとし、当該協定の締約国でない加盟国に対し、各々の分野におけるサービスの貿易に対する障害の一般的水準を当該協定が効力を生ずる前に適用されていた水準よりも引き上げるものであってはならない。」

この規定は域外第三国の保護を目指すものであり、F T Aの発足前より第三国に対する障害の水準を引き上げてはいけないことを規定する。その判断は国単位ではない。つまり、特定国に対して障害が引き上げられたとしても他の第三国に対しては引き下げられ、第三

国全体として引き上げられたと評価されなければよい。他方、対象サービスについては、引き上げの有無は、サービス単位に判断され、サービス全体について判断されるのではない。つまり特定サービス分野についての障害は引き上げられたが、他の分野についての障害は引き下げて、全体として見れば引き上げてはいないということはいえない。

#### (4) インプリケーション

サービス貿易の最重要の形態は、輸入国に拠点を設置して提供する形態、すなわち投資を伴う形態である。つまりサービスF T Aは、二国間投資協定(B I T)に対する制約として機能する側面を持っている。多数国間投資協定(M A I)の作成交渉以降、B I Tは従来の投資後の「投資財産の保護」から「投資の自由化」を保証するものに拡大しつつある——とくに日本政府にこの傾向は強いようである——。つまりB I Tの中心的な目的は、現地政府が外国企業の財産を国有化した場合に十分な金銭補償が支払われることを確保することにあったが、昨今のB I Tの中には投資自由化を確保する目的をもつものが現れてきた。したがってサービス分野を含む産業分野について「投資自由化」を2国間で約束する場合は、G A T S 5条の制約に服することになる。つまりサービス分野について「投資自由化」を行った場合は、M F NによってW T O加盟国に均霑するのであればともかく、そうでなければ2国間で投資自由化について内国民待遇等G A T S上の特定約束の対象になっている義務を相互に供与し合うためには、G A T Sの上記の要件を満たさなければならない。つまり拠点を設置する形での提供形態以外のサービス貿易の形態についてもサービス貿易について内国民待遇を供与するとともに、相当な範囲をカバーしなければならない。

### 3 その他の事項

F T Aを結成する場合のW T O上のおもな制約は以上の通りである。最近のF T Aは、G A T T 24条やG A T S 5条を越えた内容、たとえば投資自由化や法令の調和、環境協力等をもつことがある。これらについてはW T O上の規律がないために、一般的には望ましい内容を自由に盛り込めばよい。ただし若干の留意点があるので、それを次に述べることにしよう。

投資自由化はF T Aに盛り込まれることが最近増えている。この場合にG A T Sを考慮

しなければならないことはすでに述べたが、サービス産業以外の投資自由化についても将来のWTO投資ルールへの対応を考えておく必要がある。WTO新ラウンドでは日本政府は、投資ルールの交渉を提案している。もしこの提案が実現して投資ルールが作成されれば、GATSに倣った投資FTAの規定が投資ルールの中に盛り込まれよう。つまり投資分野の自由化をFTAに盛り込む場合には、一応将来のWTO投資ルールを念頭において自由化分野を「相当な範囲」に及ぼしておくのが適切である。

最後に紛争解決手続について一言しよう。FTAには、一般に紛争解決手続が設けられている。FTA協定上に詳細な権利義務が規定される以上、協定の統一的な実施を確保するために紛争解決手続、具体的には拘束力ある判断を出すことができる仲裁手続またはそれに準じた手続をおくのが望ましい。NAFTA等従来のFTAでも紛争解決手続が通常はおかれている。したがって、問題の焦点は、FTA協定に紛争解決手続を置くか否かではなく、WTO紛争解決手続のような国家対国家の紛争解決手続にとどめるか、私人対国家の紛争解決手続等、特別な手続を設定するかである。協定の履行の客観性を確保するためには、私人対国家の紛争解決手続の設置が望ましい。他方、私人対国家の紛争解決手続を設ける場合には、憲法や基本的な性質をもつ法令との調整が必要である。国家を一方当事者とする、公法的色彩をもつ事件は通常仲裁事件とは異なるために——この種の事件は現在の法制では「仲裁適合性 (arbitrability)」がないと判断されよう——、それを国内法上受け止めるための手当が必要になるというのはその一例である。国家対国家の仲裁手続等とはもっぱら国際法上の手続であるために、このような調整は不要である。シンガポールとの試行的色彩の強いFTAでは、国家対国家の紛争解決手続にとどめるのが適当であろう。

### Ⅲ まとめ——FTAを検討する場合の留意点

a 本稿では、WTO整合性を中心に、FTAを法的観点から検討した。法的検討の柱を占めるWTO整合性については曖昧な点が多いことに驚く向きもあろう。これは一つには、GATT24条が基本原則を規定しているだけであり、しかもその基本原則が経済的合理性によって支えられていると言い切れないためである。この点は従来から問題とされ、合理



的で、より詳細なルール作りの提案が行われてきた。しかし、現在まで実現していない。法的曖昧性の第2の理由は、G A T T 24条についてG A T T紛争解決手続の判断がなかったことである。かつてのG A T T紛争解決手続で全締約国によって構成されるG A T T理事会でコンセンサスによって採択される必要があったために、たとえF T AのG A T T 24条適合性が問題化して24条違反の判断が出ても、G A T T理事会で採択される可能性は低く、それゆえに紛争解決手続にF T Aや関税同盟が提訴されなかった。しかし現在のW T O紛争解決手続では、小委員会または上級委員会報告は自動的に採択されるために、G A T T 24条またはG A T S 5条適合性について紛争解決手続に提訴されれば、他の事件と同様にW T O紛争解決手続の判断は出るのである。実際にもW T O発足後、「トルコの繊維製品輸入制限事件」でも通常の紛争解決手続のルールに従って報告書が採択された（1999年）。つまり現在の時点でF T Aを結成するためには、将来W T O紛争解決手続に訴えられうることを前提にして、G A T T 24条およびG A T S 5条上の解釈をみずからの責任で確定して、F T Aを結成しなければならないのである。とくにW T Oをリードするという役割を日本政府はみずから任じている以上、このようなW T O協定解釈においても日本政府が世界をリードしなければならない。G A T T 24条やG A T S 5条についてのG A T T / W T O紛争解決手続の判断が少ないことが、日本政府が責任ある解釈を行わない口実とはならないのである。G A T T / W T O紛争解決手続の先例が少ないからこそ、G A T T 24条やG A T S 5条について、従うべき基準がないというのではなく、国際的な説得的な基準をみずから作り出す責務を日本政府は負っているのである。さらに従来、日本政府はF T Aや関税同盟の規律強化を主張してきた。現在のようにF T Aが世界全体に広がると——たとえばアメリカも1980年代半ばまではF T Aを結成しておらず、米加F T AからN A F T Aに進み、全米を対象にしたF T Aをも視野に入れるようになったのはごく最近のことである——、W T Oの全体システムに関わる問題として、F T Aや関税同盟についての規定の議論が必要になって来よう。その場合にF T Aに加入してさまざまな経験をもつ国の主張が説得力をもつことになる。そのときにきちんとしたF T A論を日本政府が展開できる素地をこの際に作っておくべきである。

b 最後に、制度的な問題とは別に、F T Aを結成する際に念頭に置かなければならない実体的な考慮点について若干触れておくことにしたい。

まず問わなければならないのは、なぜF T Aを結ぶかという、F T Aの意味である。現



在のF T A論議はある国（X）の他国（Y）とのF T A締結によって日本企業に生じた競争環境の劣化を回復し、F T A未締結国の企業に対しては競争上優位に立ちたいという観点から主張されているように見受けられる。しかしE CやN A F T Aは、経済的な統合が、西ヨーロッパや北アメリカの政治的、社会的一体化の基礎とすることが狙われていた。1995年に欧米間で大西洋F T A構想が検討されたことがあったが、その主因は冷戦後の欧米間の関係再構築にあった。端的には西欧諸国は、アメリカがヨーロッパに対する関心を失うことをおそれたのである。

理念的には、F T Aには純粋に経済的な目的によって設定されるものと、政治的な目的を実現するために設定されるものがある。アメリカが初めて結んだF T Aである、イスラエルとのものは、E CとイスラエルのF T Aが結ばれた結果、アメリカ企業がE C企業に比べてイスラエルで不利な地位に立つことを防ぐことを目的とした。日本企業がメキシコとのF T Aを希望しているのと似た動機であり、前者のタイプのF T Aである。それに対して、先の大西洋F T Aは後者の類型である。これらのタイプは同一のF T Aでも参加国によって異なりうる。たとえば、N A F T Aにおいて、メキシコは経済発展を望んだが、アメリカにおけるN A F T Aの経済効果は微々たるものであり、アメリカが狙ったのはメキシコの安定化であった。また狙いと効果は別々に考える必要もある。日韓F T Aが韓国政府によって提唱されたのは、当時の韓国の経済状況を前提にした経済的安定化を実現するためであった。しかし、その議論の過程で日本文化が韓国に浸透し、「日本の韓国再植民地化」という批判まで出現し、日韓F T Aがそれほど簡単なものでないことも自覚された。通常経済規模の大きな国より小さな国の方が、経済的な効果が大きく、その結果、社会・文化的な影響も大きくなる。また米加F T Aで、経済効果が相対的に大きいはずのカナダ側に社会・文化的な影響は語られなかった。それはそれ以前からカナダにアメリカの社会・文化的な影響が強く、両国間に社会・文化的な同質性が高かったからで、米加F T Aの文化的・社会的影響をことさら問題にする状況はなかったのである。

日本では「F T Aによる国内構造改革」という声も聞かれるが、これは経済効果の大きさを利用して、国内の非効率産業を淘汰しようということである。通常どこの国においても非効率産業は政治力が強く一筋縄では改革は実現できないから外圧を通じてその改革が図られることが多い（「外圧利用」は日本の専売特許ではない）。他国政府はそのことを声高には語らないが、日本のF T A推進論はこの点において正直である。

いずれにしても F T A の目的は、その効果を見据えて設定しなければならない。

現在検討が進んでいるシンガポール F T A についてはどうであろうか。シンガポールとの F T A は経済的なインパクトが日本には少ないと言われている。そのことはシンガポールとの F T A が日本社会に対してもつインパクトが少ないことを意味し、それゆえに F T A に対してどのような政治的、社会的意味を与えるかを考える必要はない。また N A F T A によってアメリカがメキシコに対して狙ったように、メキシコの政策を制約する気持ちも日本政府にはない。そうすると日本企業がシンガポールで活動しやすいようにするための環境整備が日本政府の目標だと考えられるが、表面的にはその点は明らかではない。そして聞こえてくるのは、日本とシンガポール間の交流強化であり、F T A のモデル作りである。しかし、F T A のモデル作りというのはいかなるものだろうか。すでに記したように、F T A にはさまざまな目的が付与され、それに応じた形の F T A が形成されている。単に両国間の交流の強化や F T A の一般的なモデル作りは F T A の真のモチーフとはなりえない。日本・シンガポールの F T A では、日本企業のシンガポールにおける活動環境の整備を F T A の目的に据えてはどうであろうか。たとえば、シンガポールでは外国人の不動産取得は厳しく制限されており、また資本取引の制約も多いと言われる。これらの制約の撤廃を日本政府もシンガポールに対して迫るということになれば、シンガポールとの F T A が日本の F T A の一つのモデルとなろう。

このように交渉されても、シンガポールとの F T A が一つのモデルにとどまるのは、アメリカとの F T A を考えてみればわかりやすい。両国間では、日本の方が強い産業もあるが、農業をはじめアメリカが圧倒的に競争上強い地位に立つ産業も多い。その中で市場が単一化すれば、サービスを中心にして製品に化体したアメリカ文化が今以上に日本に影響を与えることは不可避であろう。アメリカとの F T A では、どういう目的をもって F T A を結ぶかについて、シンガポールとの場合と比べれば比較にならないくらい複雑な戦略的思考が要求されるのである。そもそも F T A や関税同盟（とくに関税同盟）が G A T T 24 条で認められたのは、経済的な理由ではなく、その政治的、社会的な不可避性であったという有力な議論もある。たとえば E C の設立目的は「連合の一層の緊密化の基礎」の確立である。

この問題は F T A において農業問題をどのように扱うかという論点と重なる。日本が F T A を結成する際には農業分野の自由化が難しく——もちろん自由化が難しい分野が農業

だけでないことは、現在のシンガポールのF T Aに検討からも明らかになっている——、それが障害になると言われている。そして農業問題を念頭において、F T Aを国内構造改革のきっかけにしたいという議論が最近強い。しかし、F T Aを数多く結んでいるE Cにおいても、農業生産性がアメリカ、オーストラリア並に高いわけではない。E Cにおいては、農民に直接所得補償をする仕組みを作ることでどうにかF T Aを結んでいるという状況がある。日本の場合も多くの農業予算が組まれているが、直接所得補償の仕組みは採用されず現在に至っている。E Cは国際競争力のある農業を持っているわけでもなく、また完全に農業を切り捨てたわけでもない。国内構造改革をF T Aの目的の一つに据えたとしても、日本が国内構造改革の名の下に農業を切り捨ててよいのか。農業を切り捨てる場合には、その社会経済的なインパクトをきちんと検討したうえでなければならない。

日本とのF T Aについてのシンガポールの意図について一言しよう。シンガポールは日本のようにF T Aのモデル作りを目指しているわけではない。最近のF T Aには、地域統合型以外に、特定国を「ハブ」として網の目状のF T Aのネットワークを形成するネットワーク型が増えてきている。F T Aがネットワーク状に形成されるとハブに位置する国は、産業立地上大きなメリットを受ける。たとえばX国をハブとして、Y 1、Y 2、Y 3の国とF T Aが形成されたと仮定しよう。Y 1国の原材料を使って完成品を作り、それをY 2国に輸出する場合、工場はX国に立地するのがもっとも有利になる。X国はY 1国から原材料を輸入するときに関税はかからず、またY 2国に輸出するときにも関税がかからないからである。アメリカ、メキシコ間でF T A構想が持ち上がったときに、すでにアメリカとF T Aを結成していたカナダはアメリカのみが国際経済のハブになることを避けるために、カナダを含む三国間のF T A（N A F T A）を提案したのは、ハブの重要性を認識していたためである。シンガポールは明らかにネットワークのハブを目指している。シンガポールのようにF T Aによって国際経済のハブ化することを目的に据えることは不可能である。

F T Aには物品F T AとサービスF T Aがあり、物品F T Aは難しいとすれば、サービスF T Aを先に進めるという選択肢はあり得る。たしかに「新大西洋憲章」に至る過程では、まず物品F T Aが検討され、それに対する反対が強くなると、今度はサービスF T Aの提唱があった——この提案もフランスの反対で葬られた——。しかし、物品F T AではなくサービスF T Aの結成を目指すとするならば、一体何のためにF T Aを形成するのかとい

う問題に再び帰る必要が生まれる。

最後に、現在のF T Aに関する議論の盛り上がりは、W T Oシアトル会合の失敗が大きく寄与している。しかし何度も繰り返すように、日本はW T Oからもっとも大きな利益を得てきた国であり、W T O体制を推進すべき立場である。昨年W T Oシアトル会議が失敗した原因は種々あるが、それをF T Aによってカバーできるはずはない。F T AはあくまでW T O秩序の補完物であり、日本がW T O体制の最大の推進者であることは肝に命じておかなければならない。

# 執行管轄権の域外行使：問題の整理

—競争法・租税法上の送達手続を中心にして—

小 寺 彰

# 目次

はじめに

## I 国際法上の管轄権の分類と執行管轄権の位置

1 国家管轄権の諸態様

2 執行管轄権

## II 送達

1 送達の意義と国際法上の評価

2 独禁法における対応

3 租税法上の問題

おわりに

## はじめに

1970年代に多国籍企業への国際的な対応が議論されたが<sup>1</sup>、その後、通信テクノロジーの進歩とも相まって、一定規模以上の企業で国際的な展開をしないものは皆無だと言ってよい状態になった。企業は、人件費、消費地へのアクセス、インフラストラクチャ等の種々の要因を考慮して、本部、生産拠点や営業拠点を、最適な形で複数国に配置するのが普通となった。

企業の活動が一国内で完結している、すなわち本部、生産、営業販売機能が特定国家内に集約されている場合は、国家はそれらを規制することに困難を感じることはない。他方、これらの要素が国境をまたぐ場合には、国家の規制を有効に及ぼすことが難しいことがある。第2次大戦後アメリカ競争法の域外適用が国際的に問題になったが、その多くは外国でカルテル等の競争法違反の行為が行われ、当該違反行為の対象となった商品がアメリカで販売されて購入者に不利益を与える事例であった<sup>2</sup>。つまりアメリカは自国競争法を国外企業に適用することによって、競争法によって達成しようとした保護法益の実現を図った。この時期には、アメリカの措置が国際的に強く批判されたが、企業が多国籍的展開を始めるとヨーロッパ諸国もそれに倣うようになった。EC裁判所の「ウッドパルプ事件」<sup>3</sup>はターニングポイントとなった事例である。

わが国では、独禁法の域外適用については長く否定的な態度が採られてきたが、1991年に公正取引委員会が「ダンピング規制と競争政策・独占禁止法の域外適用（独占禁止法涉外問題研究会報告書）」という報告書をまとめて、域外適用に大きく舵をきった。さらに、2001年には、終始アメリカの競争法の域外適用に否定的だった外務省も<sup>4</sup>、「競争法の域外適用に関する調査研究」という報告書を取りまとめて独禁法の域外適用について積極的な姿勢に転じた。

競争法分野では、①国境を股にかけた複雑な企業行動と、②領域で区切られた主権国家の統治権の間のずれを、競争法を域外適用することによって調整が図られたと言える。

このように法律を域外適用するとなると、次にどのような手続によってそれを行うかが問題になる。たとえば独禁法を域外適用しようとする場合に、対象となる企業が所在する外国で、公正取引委員会の職員が自由に活動して違反を摘発してもよいのか、また諸国の競争当局とどのような協力を実施できるのか等々の問題が浮かび上がってきた。

法令の域外適用のための基礎的な制度として、外国に所在する名宛人への関係文書の送達の問題がある。名宛人への関係文書の送達は、種々の行政機関の決定手続の端緒となるもので、具体的な事例に法令を適用するためには不可欠の手続である。最近、この問題について、一方では具体的な事件が起こると同時に、他方では法制上の対応がなされた。

本稿では、この送達問題を中心に、執行管轄権の域外行使をどのように考えるべきかを検討することにした。

## I 国際法上の管轄権の分類と執行管轄権の位置

### 1 国家管轄権の諸態様

#### (1) 国家管轄権の分類

各国の国内法令の適用・執行は、「国家管轄権」の問題として国際法の規制に服する。国家管轄権は、一般的には、法令の定立に関する「規律管轄権（または立法管轄権）」、具体的な事案についての裁判所の裁判に関する「裁判管轄権」と、法令の執行に関する「執行管轄権」に分けて捉えられる。

管轄権がこのように3種類に分類して理解されているのは、それぞれの服する国際法上の規律が異なるためである（なお、国家管轄権に関する法規律には、国際法上のものと並んで国内法上のものが考えられるが、本稿では国際法上のものに検討を限定する）。

ただし、執行管轄権や裁判管轄権の行使は、他国からその行使を委任された場合を除くと、「規律管轄権」が存在していることを前提としている。執行管轄権や裁判管轄権行使の国際法上の要件を満たしていたとしても、そもそも規律管轄権が存在していない場合に、裁判管轄権や執行管轄権を行使することはできない。たとえば、Y国内で傷害事件を犯したAがたまたまX国内にいるからといって、X国の規律管轄権が及んでいなければ、



Aを逮捕起訴することはできない、すなわち執行管轄権を行使することはできない。裁判管轄権や執行管轄権が独自に問題になるのは、規律管轄権が存在する場合に限られる。規律管轄権を有する事項についても、裁判や執行を行う場合には別途の要件を満たさなければいけないために、裁判管轄権や執行管轄権が、規律管轄権とは別に議論されるのである。

## (2) 規律管轄権

「規律管轄権」の規律は、法の適用範囲を画定する。たとえば、競争法をどの範囲に適用するかは、この「規律管轄権」の問題である。したがって、裁判所で具体的な事案に競争法の適用が許されるかどうかは、「裁判管轄権」ではなく「規律管轄権」の問題となる。

「規律管轄権」については、民事法ではほとんど問題が起こらず、原則として民事法は無制限に適用されうると理解されている（ここで「原則として」と記したのは、民事法を適用した結果、他国の主権を侵害して国際法上許されない「干渉」に該当する場合には、民事法といえども適用することは許されないからである。（4）参照）。

他方、刑事法の場合は、国家が原則として無制限の「規律管轄権」を行使できるという考え方がかつては一部で唱えられたこともあったが<sup>95</sup>、現在ではこの考え方は退けられ、各国が共通に採用している原則（国内法の共通原則）に沿う限りで「規律管轄権」の行使が認められるという考え方が一般的に採用されている。このように規律管轄権については、諸国が一般的にどのような原則を採用しているかが決定的に重要である。

具体的な管轄権原則としては、国の領土内の人の地位、物または出来事について法令を適用することが許されるとする「属地主義（領域主義）」のほかに、所属国民に対して法令を適用できるという「属人主義（国籍主義）」、また特定の事項については、自国の法益侵害を根拠に国籍のいかんを問わずすべての人に対して法令を適用することが認められとする「保護主義」、国際社会の一般利益を侵害することをもって国籍のいかんを問わずすべての人に対して法令を適用することが認められる場とする「普遍主義」がある。領土内の人等について法令を適用することが「属地主義」によって正当化されるために、それ以外の管轄権原則が適用される場面は外国における人等に法令を適用する場合ということになる。そのため、これらの規律管轄権が適用される場合は国家管轄権の域外適用と表現されることも多い。

国家が領土や国民に基礎づけられることから、属地主義や属人主義に基づく管轄権行使

は一般的に認められている。他方、「保護主義」が適用される代表的な犯罪は「通貨偽造罪」であり（刑法2条）、また「普遍主義」が適用される代表的な犯罪は「海賊行為」である（国際連合海洋法条約105条）。「保護主義」や「普遍主義」が採用されている事項は、各国が「保護主義」または「普遍主義」を採用することに一般的に一致があるものに限られ、対象事項はきわめて限定されている。とくに普遍主義は、海賊行為のほかは、条約上認められているものに限定されるという意見も根強い<sup>6</sup>。

刑事法以外の公法、とくに競争法や租税法の場合は、刑事法と同様に考えられるか否かが問題になる。競争法の場合は、カルテル等の効果が領域内で発生したことを捉えて、外国に所在する企業に法令を適用するという「効果理論」の是非が、第2次大戦後から大きな議論をよんだ。他方、租税法については、前記の刑事法に準じた管轄権原則が採用されていると言われるが<sup>7</sup>、実際には二国間租税条約が網の目のように張りめぐらされ、それによって租税法に関する規律管轄権行使が国際法上規制されている。そのため、規律管轄権に関する国際法上の原則をそのまま適用して問題が処理される場面はほとんどなく、したがって競争法とは異なり規律管轄権に関する議論はそれほどなかった。

### （3）裁判管轄権

「裁判管轄権」の規律は、「規律管轄権」を有する事項について裁判することが許されるかどうかを決定する。たとえば、競争法の適用が許されるとしても、私人がその違反行為に起因する損害の賠償を請求するために対象企業を裁判所に訴えることができるかどうか、裁判管轄権の問題である。

「裁判管轄権」については、国内法上の制約、具体的には国際民事訴訟法上の制約をおけば、国際法上は特別な制約がないという考え方も強く、そのために国家管轄権の問題を「規律管轄権」と「執行管轄権」の問題と捉え、「裁判管轄権」の問題を議論しないものもあつたくらいである<sup>8</sup>。また独立に「裁判管轄権」を取り上げ、国際法上の制約があると説く見解も、その規律は「規律管轄権」や「執行管轄権」の場合と比べるときわめて緩やかなものにとどまると指摘されてきた<sup>9</sup>。その例外は、外交官や領事機関職員等の裁判権免除の仕組みを議論する際である。外交官等は、一方では、接受国の規律管轄権に服しながら、他方では刑事裁判管轄権に全面的または部分的に服することが免除されるのである（ウィーン外交関係条約31条）。

#### (4) 国家管轄権適用と国家主権

国家管轄権の域外適用は、それが他国に対する干渉を構成する場合には、特定の管轄権原則を満たす場合、すなわち適正な権原を備える場合であっても、国際法上は許容されない。他国に対する違法な干渉は原則的には許されないからである。

ただし、適正な権原を備えた国家管轄権の域外適用が、他国に対する干渉に該当するとされるのは余程の場合であり、管轄権の域外行使が問題になる場面で有効な法理として機能することは、ほとんどなかった。その希な例が、1982年にアメリカが在欧米系企業に石油パイプラインの対ソ輸出禁止命令を出した「シベリアパイプライン事件」<sup>10</sup>である。

## 2 執行管轄権

### (1) 一般原則

執行管轄権の規律は、「規律管轄権」を有する事項について、人または物に対して法を執行すること、たとえば犯罪容疑者の逮捕や財産の差し押えが許されるか否かを決定する。

執行管轄権は、国家権力の現実の行使を意味し、人の逮捕や財産の差し押さえのように私人（自然人・法人の双方を含む）に対して強制的なものはもとより、任意の事情聴取等、私人に対して非強制的な性格しかもたないものも含まれる。

執行管轄権の行使は、規律管轄権と比べて権力行使が直接的であるために、厳格に自国領土内に限定されると解されてきた（「ロヂュス号事件」常設国際司法裁判所判決<sup>11</sup>）。

規律管轄権の場合は、前述のように、自国領域外に適用されることを前提にして、どのような条件を満たせば行使が許されるかが、法分野ごとに議論されるのに対して、執行管轄権の場合は、そもそも外国領土内で行使することが、被行使国の同意がある場合を除けば（後述の領事条約等は同意が包括的に与えられている例。もちろん同意は個別的に与えられてもよい）、一切許されない。したがって、執行管轄権の場合は、国家がどのような行為をすれば執行管轄権の行使に該当するか、とくに外国に所在する私人に対する非強制的な行為のどのようなものが執行管轄権の行使に該当するかが争点となる。

執行管轄権は、このような性質をもつために、規律管轄権の場合のように、分野に応じ

て行使の許される範囲が決まるものではなく、分野横断的に国家の行為が執行管轄権行使に該当するか否かが決定されるとみることができる。

このように特定の国家の行為が規律管轄権と性格づけられるか、または執行管轄権と性格づけられるかによって、国際法上の許容性の基準および法的性格付けのための基本枠組みがまったく異なることに注意が必要である。

## (2) 条約に基づく外国での執行管轄権行使

二国間または多数国間の領事条約（とくにウィーン領事関係条約）は、外国に所在する私人、とくに国民に対する執行管轄権の行使を認めることをおもな目的の一つとする条約である。ウィーン領事関係条約が領事任務に挙げる「(d) 派遣国の国民に対し旅券又は渡航文書を発給」すること、「(k) 派遣国の国籍を有する船舶及び派遣国に登録された航空機並びにこれらの船舶及び航空機の乗組員につき、派遣国の法令の定める監督及び検査の権利を行使すること」等は、明らかに派遣国国民への執行管轄権の行使に該当する。したがって、領事関係条約の当事国間では、外国である接受国において領事機関およびその職員が、条約上許容される執行管轄権を行使することは許容される（なお、ウィーン領事関係条約は現行の一般国際法だと位置づけられているため、厳密に言えば、ウィーン領事関係条約が認めている範囲ではウィーン領事関係条約の非当事国間でも、領事機関およびその職員が一定の執行管轄権行使に該当する措置をとることは許される。他方、このような権限行使が領事機関やその職員だけに認められている場合には、領事機関やその職員以外の派遣国の機関やその職員が同種の措置をとることは許されないと解される）。

そのため、領事条約に領事機関が執ることが認められると規定されている事項が執行管轄権の行使にほかならず、条約規定によってはじめて行使が許容されたと言えるのであれば、国家の措置の執行管轄権該当性の特定は比較的容易である。しかし、現実には、領事条約には、執行管轄権行使に当たらない事項も念のために規定されていると一般には考えられているので、領事関係条約のみに依拠して執行管轄権の範囲を特定することはできない。

執行管轄権が分野横断的な性格をもつために、競争法や租税法の分野でも執行管轄権に関する一般国際法が妥当すると考えることができる。もちろんこれらの分野について国家間で特別の取極がある場合にはそれに従うことになる。

## II 送達

### 1 送達の意義と国際法上の評価

国家機関の決定に際しての関係文書の名宛人への送達は、民事訴訟における裁判文書の送達を原型とする。民事訴訟法上の送達とは、訴訟上の文書を一定の方式に従って当事者その他の利害関係者に通知し了知させることを目的とする裁判権の作用をさす。送達は、裁判文書の伝達による特定の事実等の通知（被送達者による了知）とともに、被送達者に一定の法的効力を発生させる（訴訟係属や訴訟行為の効力の完成等）という効果をもつものである。

外国に所在する人（在外者）への裁判文書の送達は領事機関（総領事館、領事館等のこと：ウィーン領事関係条約1条1項a号）の権限とされる。ウィーン領事関係条約5条は、領事機関の任務として、「現行の国際取極に従い又は、国際取極がない場合には、接受国の法令に合致する方法により、裁判上若しくは裁判外の文書を送達」することを挙げる（j号）。この規定は、領事機関の任務として「裁判上若しくは裁判外の文書の送達」を挙げながら、文書の送達に当たっては、国際取極または接受国の法令によって、接受国の同意が必要であることを規定している。そこでこの仕組みに対応するために、二国間又は多数国間の条約が結ばれてきた。多数国間条約としては、「民事又は商事に関する裁判上及び裁判外の文書の外国における送達及び告知に関する条約」（ハーグ条約）が著名であり、また二国間領事条約でもこの点が規定されることも多い<sup>12</sup>。

裁判文書の送達が執行管轄権の域外行使に該当するとすれば、ハーグ条約等によってはじめて外国に所在する人に対する裁判文書の送達が可能になると考えられる。他方、執行管轄権行使に該当しないとすれば、ハーグ条約等は送達に関する当事国間の手続を整備したものと位置づけられよう。裁判文書の送達の執行管轄権該当性の有無の判断によって、ハーグ条約等がなくても送達をすることが国際法上許されるかどうかが決定的である。ただし、ウィーン領事関係条約の5条j号の規定ぶりやその起草過程、またハーグ条約等の規定ぶり・起草過程は裁判文書の在外者への送達が執行管轄権の域外行使と考えられてきたことを示しているように思われる。

裁判文書の送達を執行管轄権行使に該当しないとする論者は、それが裁判提起等の事実

の了知である点を重視する<sup>13</sup>。送達が事実等の通知（了知）以上の意味を持たない場合には、当該送達は、単なる文書（書簡）の送付と同視しえて、そもそも執行管轄権の行使とは考えられず、当該送達を違法と考える根拠はない。

しかし、訴状の送達によって訴訟係属が開始されるように、裁判文書の送達は、被送達者に、事実の通知（了知）以上の法的効果を通常は発生させる。このように送達が事実等の通知（了知）以上の効力を発生させる場合には、執行管轄権の行使と捉えるのが適当であり、当然外国に所在する人に対して当該送達を行うことは違法と評価される。国家管轄権行使に対してもっともリベラルな考え方を採用している、アメリカ発行のThe American Law Institute, Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States（アメリカ対外関係法リステイメント [第3版]）（1986）ですら、この考え方を採用している<sup>14</sup>。同リステイメントの該当箇所は次のように述べる。

「執行国の領土外にいる人に対して正式の送達の効力を発生させることは、通常は不可能である。執行国の法律を侵害したと信じられている人に対して、執行措置が検討されており、かつ執行措置がとられる前にその人に回答する機会があることを、郵便、電信または仲介手段によって知らせることは、普通は可能である。」

在外者への裁判文書の送達に関する諸国の取扱いもこのような考え方になっている<sup>15</sup>。また前記ハーグ条約の起草過程を検討して、郵便による送達が主権の侵害に当たらないと説く藤田泰弘「日本の被告に対するアメリカ訴状の直接輸送とその効力」判例タイムズ354号（1978）85頁以下の主要な問題関心は、外国から郵便によってなされた送達に基礎をおく外国判決をわが国が承認執行する義務までも、郵便送達を認めたハーグ条約10条a号が合意するかどうかにある（結論は否定）。そのため、藤田弁護士が郵便による送達が主権の侵害を構成するかどうかの議論は副次的なものであり、その根拠は、第1には、それが送達先国に義務を課さない「事実行為」にすぎないこと、また第2には、送達先国がそれを阻止する術がないことに求められるにとどまっている。しかし、送達先国に義務を課さないことをもって「事実行為」とよび、それを基準に主権侵害の有無を決定するという議論は成り立たない（武力による領土侵犯を考えれば容易に理解できよう）。またすでに説明したように、訴状の送達は単なる書簡の送付と同一の「事実行為」ではない。



## 2 独禁法における対応

### (1) 独禁法における執行管轄権と規律管轄権

最近、わが国政府は、「はじめに」でふれたように、独禁法の域外適用に積極的な姿勢を示すようになった。このような姿勢の変化に呼応して、わが国に支店を持たず、外国に本店をもつ企業に対して、独禁法上の文書をどのように送達するか、その手続の整備が政策上の課題となった。

第1に、上記のような性質をもつ企業がわが国領土内で遂行した行為に対して独禁法を適用するのは、規律管轄権上は域外適用ではないが、当該企業に対して文書の送達を行えば執行管轄権上は域外行使となる。もちろん、第2に、当該企業が外国で行った行為について独禁法違反を問うような場合は、規律管轄権のレベルでは域外適用となり、それを支える文書の送達、すなわち執行管轄権の域外行使が必要になる。他方、第3に、国内に本店を構える企業が外国で行った行為について独禁法を適用する場合には、規律管轄権のレベルでは独禁法の域外適用になるが、送達は通常の手続で足りる（ただし、国内に本店をもつ企業が外国だけで行動して、国内に関係行為をまったく見出すことができないという状況、すなわち独禁法の純粹の域外適用の事例が企業組織に照らしてありうるかは別途の検討が必要である）。

このように独禁法の域外適用と海外送達の手続整備は直結するものではないが、第2の形態が多く、また第3の形態がほとんど想定できないとすれば、在外者への文書の送達の可否が規律管轄権の域外適用の死命を制するということはできよう。

### (2) 独禁法上の送達

独禁法上、明示的に文書の送達を要求しているのは、課徴金納付命令書の謄本（48条の2第2項）、審判開始決定書の謄本（50条2項）であり、また明示的には規定されていないが審決書の謄本（58条1項）も送達が前提とされていると解される<sup>16</sup>。また「公正取引委員会の審査及び審判に関する規則」等の公正取引委員会規則にも文書の送達が規定されている。

独禁法は、従来から文書の送達について民事訴訟法を準用していた。具体的には、民事訴訟法99条（送達実施期間）、103条（送達場所）、105条（出会送達）、106条（補充送達、

差置送達)及び109条(送達報告書)の各規定である。ここで注意を払わなければならないのは、外国に所在する者への文書の送達、具体的には民事訴訟法108条(外国における送達)が準用されていないことである。つまり従来の独禁法では、在外者に対しては独禁法上の文書は送達できないことになる。その結果、在外者に対して、実体的に独禁法を適用できる場合であっても、文書の送達ができないために適用を断念するという事態も起こりえた。そこで本年の独禁法の改正によって在外者への文書の送達が可能になった<sup>17</sup>。

具体的には、まず民事訴訟法108条を適用することとした(新69条の3)。民事訴訟法108条は、「外国においてすべき送達は、裁判長がその国の管轄官庁又はその国に駐在する日本の大使、公使若しくは領事に嘱託してする」と規定する。ただし、注意しなければならないのは、前述のウィーン領事関係条約5条j号と軌を一にして、民事訴訟法108条によって直ちに外国での送達が可能にはならず、国際条約等によって被送達者の所在国の同意を要すると考えられていることである。民事訴訟上の文書の送達について、多数国間条約としてはハーグ条約が結ばれていることはすでに言及したところであり、わが国もこの条約に加わっている。つまり独禁法についても、被送達者の所在国の同意を得たうえで、大使等に嘱託を行い文書を送達できるとしたのである。

民事訴訟法では、その他に在外者に対する送達として公示送達を認めている(110条)。民事訴訟法では、「外国においてすべき送達について、第108条の規定によることができず、又はこれによっても送達することができないと認めるべき場合」(110条1項3号)、または「第108条の規定により外国の管轄官庁に嘱託を發した後6月を経過してもその送達を証する書面の送付がない場合」(同4号)には公示送達によることができるとした。独禁法でも、これらの規定を準用して、一定の要件を満たす場合には、在外者に公示送達することを認めた。

以上の改正は、文書の送達が国家の執行管轄権の行使に該当するという前提に基づいている。文書の送達は、すでに述べたように、一見、手紙の送付と同様に一定の情報を伝達することだと捉えられる。しかし、民事訴訟法の訴状の送達が、訴状を被告に伝達するという意味をもつと同時に、訴状の送達をまっではじめて訴訟が係属状態になり期日が指定される。つまり訴状の送達には、書面の伝達以上に、裁判という国家の権限行使を進行させる意味をもつ。つまり民事訴訟法上の裁判文書の送達は、それによって裁判手続を進行させるという意味をもち、それゆえに執行管轄権の行使と捉えられるのである。独禁法上



も上記の文書の送達は、審判開始決定書の謄本の送達が審判開始の必要要件であるように、文書の送達によって特定の法的効果が発生する。それゆえに在外者への文書の送達については、民事訴訟法と同様の慎重な手続をとったのである。

他方、公示送達は、在外者への送達である点では同じであるが、日本の大使等に囑託して送達する場合とは違って、実際に被送達者の所在する外国において送達国の何らの行為も見出すことができない。それゆえに公示送達の場合は被送達者の所在する外国の同意は要しない<sup>18</sup>。もちろん公示送達は適正手続の観点からは慎重に扱うべきであろう。しかしこれは国際法上の管轄権法理からの要請ではなく、国内法上の要請である。

### 3 租税法上の問題

国税通則法上の文書の送達規定は、在外者への送達もカバーしていると解されている。国税通則法は、文書の送達について、民事訴訟法を準用せず、郵便送達（12条）と公示送達（14条）を規定している。国税通則法は特に在外者への文書の送達を規定しているわけではないが、国内所在者に特に限定していないために、12条、14条ともに、国内所在者とともに在外者にも適用されると解され、実際にもそのような手続が採用されているようである。

上記の文書の送達のなかで問題になるのは、在外者への文書送達である。その是非は、その送達の効果がどのようなものと捉えられるか、すなわち単なる事実の了知だけの効果をもつにすぎないものか、それともそれ以上の国内租税手続上の効果をもつかによって異なってくる。この点は、民事裁判や独禁法と異なる考え方をとるとすべき理由はなからう。

たとえば、納税者が納期限までに完納しない場合には、税務署長は、督促状によって納付を督促しなければならない（国税通則法37条1項）。この督促状の送達は、国税の納期限から50日以内に発せられる（同2項）。督促状が発せられると、その日から起算して10日を経過した日までに完納されない場合には、徴収職員は、国税徴収法上の滞納処分、財産の差し押さえを行う（同40条）。

この督促状の送達以降の手続は、国税の納期限から自動的に進んでいくために、督促状によって租税債務の確認が行われているにすぎないように見える。このように督促を捉えれば、督促状は事実の了知、さらにはそれにも及ばない単なる確認にすぎないと捉えられ

るかもしれない。ただし、国税通則法は、督促状を含む税務関係の文書の発出を「送達」と位置づけ、関係文書が被送付者に受領されることに国税通則法が大きな関心を有しているとみることができる。また督促状の発出によって、一定の期日を経て財産の差し押さえを意味する滞納処分に移ることになり、いつから滞納処分に移行するか、その正確な期日は督促状を受領しないと分からない。このように考えると、督促状の送達は裁判上の「送達」と類似した法的効果、すなわち事実の了知に加えて、一定の租税徴収手続進行の意味を持つものと理解することができる。

このように租税関係の文書の送達も、督促状のように被送達者の事実の了知以上の意味をもつものがある。このような場合には在外者への関係文書の送達は執行管轄権の域外行使と考えるのが適当であろう。

なお、租税関係文書についても在外者に対して公示送達が可能である。この公示送達については、独占禁止法分野と同様に国際法上の問題はないが、国内法上は議論すべき点を含んでいるように思われる。

## おわりに

本稿では、文書の送達をおもな素材として、執行管轄権の域外行使を検討してきた。国際社会の相互依存関係が増大していくと、国境を超えた国内法の適用、執行の要請が増大する。競争法や租税法は規律管轄権のレベルでは国際的な調整が進んできた分野である。そうであれば、国内法の執行分野でも協力を進め、主権の壁が規律レベルでの調整を無意味化しないようにすることが望ましい。そのためには、調整できる分野については積極的に国際協定を結び、文書の送達を含む執行管轄権の域外行使が円滑に進むようにしていくべきであろう。

もう一点法理的な問題にもふれておく必要がある。裁判文書等の送達は、上記のように現在は執行管轄権の行使と考えられている。しかしすでに石黒教授が指摘されているように、また国税庁がかならずしもきちんと認識してこなかったことが示しているように、裁判文書等の送達が執行管轄権の行使に当たるということは、逮捕状の執行のように自明のことではない。在外滞在外者への公示送達は、執行管轄権行使であり、かつ在外者を対象に

したものであるが、実際に文書が外国領土内に送られていないために執行管轄権の域外行使とは考えられていない。しかし、在外滞在者に対して、公示送達をきっかけに特定の法的効果が発生することは、在外滞在者に対して直接に送達する場合と同様である。つまり公示送達と名宛人への直接の送達の場合とで、文書が実際に外国に届けられたということ以外には違いはなく、しかも官公庁が単純に文書を送付するだけであれば執行管轄権行使だと捉えられないことにも注意しておく必要がある。つまり、裁判文書の在外者への直接的な送達が執行管轄権の域外行使と考えられることは、送達の本質に照らしての判断に加えて、何を執行管轄権の域外行使と諸国が捉えているかという点からの帰納的な結論にほかならない。国際法の術語によれば、ウィーン領事関係条約等の関係条約に示された諸国の法的信念や慣行に基づいて帰納された国際慣習法上、在外者への文書の直接的な送達が執行管轄権の域外行使と考えられているということである。石黒教授が裁判文書の送達を国際法上適法だと判断されるのは、もっぱら送達という制度の本質から問題に迫らうとされたからにはほかならず<sup>19</sup>、そのために異なる結論となった。

在外者への文書の送達に関する国際法上の評価が、おもに帰納的な方法によって下されることは、在外者への直接送達が公示送達と同様のものであり、在外者への文書の送達が、つまるところ公示送達に代替するものにすぎないという考えが広く採用されるようになれば、在外者への文書送達も、国際法上執行管轄権の域外行使には当たらないと理解されて許される可能性が将来にはあることを示している。もちろん、公示送達も在外者に直接的に国家権限を発動するものである以上、在外者への直接送達となんら変わるところはないとして、公示送達も国際法上違法な執行管轄権の域外行使に当たるとされる可能性もある。このように、裁判文書等の送達は、文書の送達という制度内在的に捉えるべきものではなく、諸国の実行・法的信念がどのようなものかによって、その適否が決定されることも押さえておく必要がある。

〔注〕

- 1 小寺彰「多国籍企業行動指針の法的意味」総合研究開発機構編『経済のグローバル化と法』（1994），pp.16ff. 参照。
- 2 小寺彰「国際法からみた競争法の域外適用」トラス60『国際商取引に伴う法的諸問題（3）』（1994），pp. 36-40.
- 3 「ウッドパルプ事件」については、同論文（1994），pp.46-47. 参照。
- 4 1996年に、「感熱紙事件」に際して日本政府がアメリカの連邦控訴審裁判所（first circuit）に提出したアミカスキュリエは、きわめて制限的な理論によってアメリカ競争法の域外適用を批判した。このアミカスキュリエについては、“Amicus Curie Brief of the Government of Japan,” Japanese Annual of International Law, No.39（1996），pp. 236-244. 参照。なお、経済産業省通商政策局編『2002年版不公正報告書』（2002），p. 425. 参照。
- 5 常設国際司法裁判所「ロチュス号事件」PCIJ, série no. 10.
- 6 国際司法裁判所「2000年4月11日逮捕事件」（ベルギー対コンゴ）（2002年2月14日判決）におけるギヨーム（Guillaume）個別意見およびヒギンス（Higgins）・コイマン（Kooijmans）・バーゲンソール（Buergenthal）共同個別意見参照。
- 7 たとえば、The American Law Institute, Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States（1986），pp.258ff.
- 8 The American Law Institute, Restatement of the Law Second, The Foreign Relations Law of the United States（1962），pp.20ff；F.A. Mann, Studies in International Law（1973），pp.2ff.
- 9 The American Law Institute, Restatement of the Law Third, op.cit., p.305. では、裁判管轄権が「合理的（reasonable）」であれば足りると規定した。
- 10 中谷和弘「輸出管理法令の域外適用と国際法」村瀬信也・奥脇直也『国家管轄権』（山本草二古希記念論文集）（1998），pp, 394-396. 参照。
- 11 PCIJ, série no. 10.
- 12 Luke T Lee, Consular Law and Practice（1991），pp.287-290.
- 13 石黒一憲『現代国際私法 [上]』（1986），pp.223-224; 同『国際民事訴訟法』（1996），p.42.
- 14 Restatement of the Law Third, op.cit., p.323.
- 15 F.A. Mann, Further Studies in International Law（1990），pp.23-26. 参照。
- 16 独占禁止法研究会『独占禁止法研究会報告書』（2001），p.37.
- 17 公正取引 No.621（2002），pp.25-26参照。
- 18 その結果、法令の域外適用において公示送達が大きな意味を持つ可能性が高い。なお石黒前掲書（現代国際私法），pp.224 -230. は、公示送達と付郵便送達を合わせて「偽装の国外送達」と括り、両者がともに許されるべきことを説く。
- 19 石黒前掲書（国際民事訴訟法），p.42.

# 国家間の法としての国際法

——国際法の実施・管轄権行使における国家の役割——

小 寺 彰

# 目次

はじめに——国際法システムと国内法システムの二元性と一元性——

## I 国際法の実施・解釈適用

### 1 個別国家による国際法の解釈適用

(1) 条約解釈の基本原則

(2) 条約の解釈権

### 2 条約解釈原則

### 3 裁判付託条項

### 4 国際コントロール——国際法の客観化の要請と国家主権のバランス——

(1) 条約の古典的な機能

(2) 国際コントロールの出現

(3) 国際コントロールの性質

(4) 国際コントロールの基盤

## II 国家管轄権と国際法

### 1 国家管轄権をめぐる2つの視座

### 2 海洋法における管轄権の態様

### 3 米国裁判所の国家管轄権解釈の意味

おわりに

## はじめに

### ——国際法システムと国内法システムの二元性と一元性——

1 国際法 (international law) は「国際社会の法 (Law among Nations)」<sup>(1)</sup>とも言われるが、国家間関係を規律することを基本とする法体系である。しかし、このことが今日忘れられがちである。この原因は、国際社会を構成するのが国家だけではなく、国際機関や個人も構成員と考えられようになり、国際社会が、いわば「地球社会」を意味すると考えられやすくなったためである。しかし、国際法が「国際社会の法」と言われたとしても、その第一義的な意義は国家間関係を規律することにある。

2 国際法が国家間関係を規律するということは、国際法、具体的には国際慣習法や条約によって権利が与えられ義務が課されるのは国家だということである。最近では、国際法が国内法上の効力をもつ、すなわち国際法が国内でそのまま法令として適用される (自動執行力をもつ) ことから、国内法のレベルではあっても、国際法によって個人が権利をえることが当然のこのように考えられがちである。戦後補償のケースでは、武力紛争法を規定するハーグ陸戦条約 (陸戦の法規慣例に関する条約) によって、個人がかつて敵国として戦った国に対して国内法上の賠償請求権を得るといような主張までなされるようになってきている<sup>(2)</sup>。

しかし、国際人権規約等の国際人権条約を除くと、国際法が自動執行力を持つ場合は限られている。たとえば、現在日本の国内裁判所では、国連憲章と日米安保条約の関係が問題になっているが、この議論の前提は国連憲章中の武力行使禁止原則 (2条4項)、日米安保条約のいずれもが日本の国内法上自動執行力をもつことである。しかし、自動執行力概念の元祖である米国でも、国家の武力行使または武力による威嚇を禁じた国連憲章2条4項が自動執行力をもつとは解されていない。国際条約について自動執行力をもつものが限られていることは、国際法が元来国家間の法であって、国家間に権利を付与し義務を課すことを第一義的な役割だと考えているからである。

もともと国家間の法である国際法が国内法上も法令として適用されるようになったのは、人権という、本来国内法とくに憲法によって保障されてきた権利が国際法によっても保障されるようになったことが大きい—もちろん私法統一条約等、人権条約以外のものにも自動執行力は認められてきた<sup>(3)</sup>—。当然、憲法上保障されるのと同じのものが国際法に

よって保障されるとされた以上、国内裁判所によって適用すべきだというのである。

しかし、国際法は人権規範にとどまるものではない。国家間の相互依存関係が増大して国際法規範が増えた現在、国際法を、国内法との関係でもう一度きちんと位置づける必要がある。

3 さらに国際法と国内法の関係については、国際法が最上位の法として存在し、その下に各国の国内法がぶら下がっているというイメージがわが国では広く採用されている。国際法を「地球社会の法」と理解することの第2の帰結である。第二次大戦に敗れた直後に作成された日本国憲法は、国民主権、基本的人権の尊重と並ぶ基本原則として国際協調主義を掲げ、それを受けて憲法98条2項が、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と規定したことも、このような見方が広がることに大きく寄与した。

しかし、国際法を「地球社会の法」ではなく、国家間の法と考えることのもう一つの意味は、法体系において国際法が最上位の法として存在し、その下に各国の国内法がぶら下がっているという見方が本来的に正しくないということである。本来的には、国内法、国際法はそれぞれ別個独立に存在し、ただし必要な範囲では両者は接触し、接触面では両者の調整が行われると理解できる（調整理論・等位理論）。たとえば、各国は独自に環境保全のための法を制定するが、同時に国連気象変動枠組条約のような国際環境条約も作成される。ここでは両者が個々別々に制定されたと仮定しよう。しかし、両者は一定の関係を持ち、一方では、国内法の目的を国際環境条約によって国際的に実現することが可能であり、他方国際環境条約の実施するために国内法を使うと同時に、不十分な箇所は新たに改正して補うという関係が考えられる。国際法を上位と見る立場からは、後者の関係は常に留意されるが、前者の発想は生まれてこない。またこの立場では、後者の場合についても国内法は国際条約の実施法と考えられやすいが、環境保全のための国内法の目的はそれに限られるわけではない。むしろ、たまたま国際条約と国内法が存在し、国際法の実施の役割を国内法が果たす限りで、国内法は国際法の実施法としての側面をもつが、当該国内法は国際条約の実施のみを目的とする、単なる実施法でない点に思いを致すことが必要である。

調整理論を支えるのは、国際法と国内法の実際の態様である。先進国の国内法は必要に応じて、議会または行政府によって制定されるために、非常に緻密な法体系を構成する。



しかし、国際法は一般法としては国際慣習法の形態をとる。そのために、国際法は容易に制定できず、また強制管轄権をもつ裁判所が存在しないために（I参照）、判例法によって対応することもできない。

このような国際社会の構造を前提にすると、実質的には法規が欠缺している部分が多く存在し、他方で詳細な内容を盛り込んだ条約を締結した諸国間では、当該事項について緻密な規制が実施されるというような状況がまさに生まれる。国際法秩序は粗密のある、不完全なシステムだと考えた方がよいと思われる。

もちろん、このような国際法、国内法の特徴を踏まえたうえで、国内法の立場から、国際法を上位の法体系だと意識的に位置づけることは可能である。日本国憲法は、国際協調主義を基本原則に据えることによって、国際法を国内法よりも上位の法体系とするとの選択をしたと見ることができる。しかし、このような選択をした場合に、国際法が不完全なシステムだという現状の下で、問題は生まれないのだろうか。

国際法と国内法の関係は、国家管轄権の行使範囲の問題において集中的に現れる。国家の基本的な権能が国家管轄権の行使にあり、また国家管轄権をどの範囲に及ぼせるかが何によってどのように決まるかは、国際法と国内法に関する基本的なイメージを構成すると言いうことができるからである。

4 本稿では、①国際法の解釈適用、②国家管轄権に対する国際法規制の在り方を検討し、国際法が国家間の法であることの現代的な意味を示すことを試みたい。

## I 国際法の実施・解釈適用

### 1 個別国家による国際法の解釈適用

#### (1) 条約解釈の基本原則

国際法の解釈適用は原則として各主権国家に委ねられている。このことが、国内社会のように法の解釈適用が最終的に裁判所によって統一されないという国際社会の現状に積極的な意味を与えている。つまり、国際司法裁判所が強制的な管轄権をもたないから、国際法の解釈適用が単純に統一されないというのではなく、国家が主権をもつために、原則として国家が国際法の解釈適用の権限をもつと考えるべきである。

それではなぜ国家が国際法の解釈適用の権限を持つことに意味があるのか。つまり主権

の現代的意義はどこにあるのか。かつては主権は戦争を意味し、廃止すべきものだと考えられることが間々あった。世界連邦主義はまさにこの考え方の帰結である。しかし、国家、そして国家主権は否定すべきものだろうか。現代社会において国家主権は民主的な統治の確保を基礎づけるものである。このことの意味を条約によって説明してみよう。

## (2) 条約の解釈権

条約によって各国が負う義務は基本的には、結果の義務だと言われる。結果の義務とは、特定の結果を達成することが義務づけられているということであり、特定の結果を達成するために特定のとるべき方法が指示される「方法の義務」と区別される。結果の義務と方法の義務という義務の分類には、何を結果ととらえ、また何を方法ととらえるかという大問題があるが、おおよその区別としてであれば上記のように分類して問題はない。

国家が条約を締結するためには、各国政府、すなわち行政府が交渉に当たる。しかし、条約が法律と並んで国内法としての効果を持つ等、重要な機能を果たすものである以上、行政府かぎりであらゆる条約を結べるとすることには、民主政の観点から問題がある。法律を制定するのは市民の代表である議会なのに、法律よりも場合によっては重要な条約をなぜ行政府かぎりで結べるのかという疑問である。この問いはすでにブルジョア革命が起こって議会在立法権を掌握した時点で認識されており、重要な条約については、国家が最終的な合意を示すためには議会の承認を必要とする法制を、日本も含めて多くの国がとってきた。さらにこれに加えて、国内的に実施する必要がある条約については、その実施方法の決定を各国に委ねることが民主政の理念に沿うものと理解されている。具体的なやり方を各国に委ねれば、その決定を通じ議会または政府によるコントロールが可能になるからである。その点で最近問題になったのは、多数国間投資協定および NAFTA の事例である。

多数国間投資協定は1995年から OECD で交渉が始まったが、NGO や議会関係者の反対で1998年に交渉は挫折した<sup>(4)</sup>。この原因のなかで大きなものは、個人対国家の紛争処理手続の存在にあった。各国による協定の国内実施について私人が不満をもてば、直接に仲裁手続に当事国を訴えることができ、仲裁において被告国家が負ければ被告国家は政策を変更しなければならないという手続である。これは条約の実施方法が国際手続に大幅に委ねられることを意味する。これに対して国家主権の侵害だという主張が強く提示された。

このケースでは、条約の解釈適用権を誰が持つかが問題となり、国際的な機関である仲裁がその判断権を持つことに対して、主権侵害として異議申し出がなされたのである。

もちろん条約の解釈適用を各国に委ねると、国家の解釈適用に齟齬が生まれ、なぜ条約を結んだか、その意味がないがしろにされる恐れも出てくる。それに対する国際法の対応は、①条約の解釈法理を定めることであり、②裁判付託条項の新設、③国際コントロールであった。

## 2 条約解釈原則

わが国では、民法典をはじめ法令において、法令の解釈適用の規則が規定されているものはない。しかし、条約法に関するウィーン条約31条から33条は、条約の解釈法理を規定している。具体的には、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い」解釈するものとされ（31条）、「条約の準備作業及び条約締結の際の事情」は、解釈の補足的な手段としての位置付けにとどめられた（32条）。これは条約締結時の、いわゆる「立法者意思」は二次的な意味しかもたず、条約をテキストとして解釈すべきことを要求している。条約の客観的な解釈が要求されるという趣旨である。これらの原則によって、条約の解釈適用を国家が完全に恣意的に行わないように歯止めがかかっているのである。しかし、このような条約解釈原則によって条約の解釈が自動的に統一されるものでないことは言うまでもない。

## 3 裁判付託条項

国際法の解釈適用は各国が行うことが原則であったとしても、「法の支配」の観点からは、裁判所が国際法の解釈適用を統一することは望ましいと考えられる。この点は「法の支配」が強調されて常設の国際裁判所として常設国際司法裁判所が設置された第一次世界大戦後に強調された。そして第1には個々の条約のなかに、条約の解釈適用に関する紛争は常設国際司法裁判所または仲裁によって解決される等の文言が挿入された。つまり、特定の条約の解釈適用に関する紛争が起これば、条約当事国は相手方当事国の同意を得ることなく常設国際司法裁判所または仲裁に訴えることができるようにするという趣旨である。第2は選択条項の設置である。各国が一定の範囲の法的紛争について常設国際司法裁判所の管轄権を一方的に認めると宣言する制度である。紛争当事国間で常設国際司法裁判

所の管轄権を受諾した範囲が重なれば、その範囲内では強制管轄権が設定されたのと同じ状態になる。第3はジュネーブ選択議定書（国際紛争の平和的解決に関する改正一般議定書）であり、一般的に紛争処理について常設国際司法裁判所または仲裁の管轄権を受諾することが定められた。

第3のジュネーブ選択議定書の加盟国は18カ国にすぎず、条約によって常設国際司法裁判所または仲裁の強制管轄権を一般的に設定することは今のところ成功していない。第2の選択条項に基づく管轄権受諾は、常設国際司法裁判所から国際司法裁判所に受け継がれたが、選択条項の受諾をしている国は64カ国にとどまり最近ではその数は増えていない。また多くの宣言には数々の留保が付されて、管轄権受諾の範囲はきわめて限定的なものである場合が多い。

従来国際司法裁判所や仲裁に提訴された事案は、紛争当事国間でコンプロミー（付託合意）が作成されたものを除くと、第1または第2の方式によるものがほとんどであるが、それでも数が少なく、事件の本案について判断が下されるのは年間1件程度である。

国際司法裁判所や仲裁への紛争付託義務によって、国際法の解釈適用に関する国家の自由を制限しようとする動きはあるが、いずれの方法によってもその制限はきわめて緩やかなものである。ただし、裁判所の判決を通じて国際法の内容が明確化し、そのために国ごとに異なる国際法が存在してもよいというような考え方（主観的国際法）は後退し、国際法が客観的に存在することに対して疑問が提示されることは少なくなった。

## 4 国際コントロール

### ——国際法の客観化の要請と国家主権のバランス——<sup>(5)</sup>

#### (1) 条約の古典的な機能

国際法、とくに条約の解釈適用権は各国にあるという考え方は、相手方が条約を遵守することへの関心を弱める。その結果、条約は国家間の政治的なシンボル、また技術的な事項についての国家間の調整結果の表明方法以外の何ものでもない場合が多かった。このような場合には、相手に遵守を促すという関心はほとんどなく、条約が遵守されていない場合には条約関係を終了させることで対処されることも多かった（第二次大戦前の軍縮条約等）。

## (2) 国際コントロールの出現

国際条約を遵守させることへの関心が第一次大戦後に高まった。その初期の例が信託統治協定である。第1次大戦の敗戦国の植民地は、信託統治の対象とされ、戦勝国（受任国）が分担して統治することになった。同時に受任国の統治は国際条約（委任状）に基礎をおき、それに従った統治が要請された。そのために国際連盟理事会が、受任国が委任状に従った統治を行うように監督する仕組みを作った。これが「国際コントロール」の原型である。その後、条約の当事国が条約上の義務を遵守していることを確認するための国際コントロールの仕組みが、人権（たとえば国際人権規約）、委任統治を受け継いだ信託統治、軍縮（たとえば化学兵器禁止条約）、環境法（たとえばオゾン層保護条約・同モントリオール議定書）、通商（たとえばWTO協定）等、国際的にとくに重要な事項を定める条約について設定された。

## (3) 国際コントロールの性質

国際コントロールのおもな要素は、①事実の確定、②義務の解釈適用、③是正措置の勧告である。具体的な例として、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（自由権規約）の国際コントロールを見てみよう。ここには次の3つの手続が備えられている。

①条約締約国が、条約の実施状況について、自由権規約委員会に報告書を提出し、同委員会が検討した上でそれについての意見を、当該締約国と国連経済社会理事会に送付するという報告制度（40条）。これは個人資格の委員によって構成される自由権規約委員会による審査を経るが、最終的には加盟国、すなわち「同僚（peer）」によって構成される社会経済理事会での検討に委ねられるものである。国際コントロールとしては一番緩やかな形式である。

②条約締約国が、特定国が自由権規約を遵守していないと判断するときには自由権規約委員会に通報し、同委員会が規約を実施していないと認めるときは被通報国に注意を喚起し、被注意喚起国が説明義務を負うという国家通報制度（41条）。①とは違って、peer reviewの要素はなく、しかも他国からの申立を受けて、いわば客観的に違反事実の確認を行い、確認されれば注意喚起が行われる。

③人権侵害を受けた条約締約国の管轄下にある個人が、自由権規約委員会に直接通報し、同委員会が通報を検討して被通報国が規約を実施していないと認めるときは、被通報国に

注意を喚起し、被注意喚起国は6か月以内に是正措置を同委員会に通知するという個人通報制度（自由権規約選択議定書）。これも②の国家通報制度と同様に、受範囲の違反事実を客観的に認定し、認定されれば注意喚起が行われる。②の国家通報制度は自由権規約についてはまだ一回も行われていないのに対して、個人からの申立は頻繁に通報されているために個人通報制度は実際にも大きな役割を果たしている。

自由権規約では、②③に手続によって違反事実が確認された場合であっても、注意喚起と、それに対する回答が義務づけられているだけであるが、国連気候変動枠組み条約・京都議定書の場合は、違反国に対しては、次の期間の二酸化炭素排出枠が削減される等の制裁が用意されている。

しかし、ここで重要なことは、これらの国際コントロール手続は裁判とは違って、その判断が加盟国を法的に拘束しないことである（WTO紛争処理手続は例外）。peer reviewでは「同僚」間の圧力によって遵守を促すわけであるが、条約解釈を含む客観的な判断が出される国家通報および個人通報制度でも、そこで提示される判断は受範囲を法的に拘束せず、一方では国際世論の圧力によって、また他方では受範囲に説明責任を尽くさせることによって条約遵守を促すことを目的としている。

この仕組みは、一方では各国が国際条約の解釈適用権をもつという原則を維持しながら、他方で「客観的」な条約解釈を示すことによって国家の解釈適用の恣意性を抑制しようとしている。国家による条約の解釈を「客観的」な条約解釈によって枠づけると言ってもよい。国家主権に基づいて各国がもつ、条約の解釈適用権は、各国の同意に基づいて裁判による制約に服させることはできるが、それはあくまで例外であり、軽々には制限できないことが、国際コントロールの仕組みからも分かる。

#### （4）国際コントロールの基盤

国際法はかつてのように国ごとに国際法が存在すると言っていい状況ではない。国家主権を基盤として各国が自由に国際法を解釈適用すれば、その結果として、国ごとに国際法が違うということが起こりうる。多くの国際法上の義務が各国によって自発的に引き受けられたものであり、その義務も各国が自由に解釈適用できるとすれば、そこに客観的な国際法を観念できる余地は小さくなるからである。

国際的な相互依存関係が増大した今日、このような主観的な国際法しかないという状態



で国際関係を制御することは難しい。そのために国際法を従来より客観化させることは避けられない。しかし、主観的な国際法を支えた理論的な基盤である「主権」は現在も生き続け、現在では、民主政の確保という実体的な論拠によって支えられている。したがって、主観的な国際法を客観化しなければならないとしても、国内社会と同様に裁判所の強制管轄権を設定することはできない。そこで案出されたのが国際コントロールである。そこでは、一方では国際法の内容を客観的に示しながら、他方ではそれを国家に強制せず、自発的な採用を促すのである。

## II 国家管轄権と国際法

### 1 国家管轄権をめぐる2つの視座

各国は統治権を行使しているが、そのなかで中枢的な位置を占めるのが、国内法の定立・裁判・執行を司る国家管轄権である。一般には、法の定立に関する規律管轄権、法の執行に関する執行管轄権および裁判権行使に関する裁判管轄権に分類される<sup>(6)</sup>。

これらの国家管轄権の行使の範囲については、国際法によって各国に配分されているという考え方と、特に禁止規則がない以上は、国家は自由に管轄権行使を行うことができるという考え方が対立してきた。前者の立場に立てば、立法管轄権なら諸国が一般に採用している管轄権行使の原則、たとえば国籍（属人）主義や保護主義による行使は国際法上許容されているが、自国民が被害者であることを連結点とする消極的属人主義は国際法上許されないという主張も唱えられた（ただし、わが国でも最近消極的属人主義を採用する刑法3条の2が付け加えられた）。他方、後者の立場に立てば、国際法で禁止されない限りどのような管轄権行使も許される。禁止規則として一般に認められているものは、他国における執行管轄権の行使である。つまり国家は、他国の同意なしに、他国の領土内で容疑者の取り調べや逮捕はもとより捜査活動等も行ってはいけない。しかし、立法管轄権には、このような明確な禁止規則はなく、せいぜい他国の干渉に該当することは許されない程度である。この立場では、各国は自由に管轄権行使を行ってよいことになる。

### 2 海洋法における管轄権の態様

このような管轄権についての考え方の違いは海洋法分野ではもっと赤裸々に現れる。わ

が国では、国際法、具体的には海洋法があって、それが沿岸国や旗国に管轄権を分担行使させていると考えられている。わが国でかつては沿岸国が排他的な管轄権行使を行える海としての領海は3海里と考えられてきたが、諸国がその拡大を主張した結果、1982年に作成された国際連合海洋法条約では領海の幅員は12海里となり、わが国もそれになった。つまり国際法（海洋法）が領海の幅員、つまり沿岸国が管轄権を行使しうる海域の幅員を決めていると考えるのである。

しかし、次に挙げる米国の「タイヨー丸事件」(United States of America v. F/V Taiyo Maru, 28, SOI600, 395Federal Supplement) は、管轄権について、わが国とは180度異なる管轄権理解を行っている。

この事件は、米国の接続漁業水域 (contiguous fisheries zone) 内の沿岸から16.25海里的の沖合いで操業していた日本漁船の「タイヨー丸」に対して米国沿岸警備隊が停船を命じたところ同船が公海に向かって逃走したために、沿岸警備隊が同船を追跡し公海上で拿捕した。同船は、その後米国接続漁業水域法等に違反したとして米国裁判所に起訴された。

米国政府は、接続漁業水域から継続追跡を行っており、公海上の拿捕であっても問題がないと主張し、他方、被告は、沿岸警備隊の措置が日米両国が加盟している公海条約に違反するために、裁判所は管轄権を持たないと主張した。つまり、米国が設定した接続漁業水域から継続追跡できないという点が被告の唯一の主張であり、具体的には、公海条約23条、領海条約24条を参照すれば、接続漁業水域からの継続追跡権は存在しないというものであった。1966年に制定された接続漁業水域法は、領海外に米国が排他的な漁業管轄権を行使しうる海域を設定するものであった。

裁判所は、領海条約24条が密輸等の特定に事項について接続水域からの継続追跡権を認めてはいるが、24条に明示されていない事項について継続追跡を行ってはいけないと規定していない。また24条は関税等の特定事項について接続水域を設定してもよい (may) と、設定を許容する旨を規定しているだけで、これら明示された事項以外の事項について接続水域を設定してはいけないと規定していない。また米国政府は領海条約加入によって管轄権の設定の制限を受け入れたわけではない。

この事件で裁判所は、領海条約が国家の管轄権を及ぼす範囲を確定しているとは考えず、それが一定の管轄権行使を許容していると理解している。裁判所で問題になった領海条約は次のように規定する。



1 沿岸国は、自国の領海に接続する公海上の区域において、次のことに必要な規制を行うことができる(may)。

(a) 自国の領土または領海内における通関上、財政上、出入国管理上又は衛生上の規制の違反を防止すること。

(b) 自国の領土又は領海内で行われた (a) の規則の違反を処罰すること。

2 接続水域は、領海の幅を測定するための基線から12海里をこえて拡張することはできない。」

1 項と 2 項を読み比べると、1 項は許容、2 項は制限（または禁止）の表現になっている。つまり12海里を超えて接続水域を設定はできないが、12海里以内であれば、通関・財政・出入国管理・衛生上の規制違反防止については権利として規則できるが、それ以外の事項についても接続水域を設定することは権利ではないが、禁止もされていないと解釈できるのである。

このような用語の使い分けを仔細に検討すると、たとえば国連海洋法条約3条は、「いずれの国も、・・・基線から測定して12海里を超えない範囲でその領海の幅を定める権利を有する。」と規定しており、12海里までは権利として設定できることだけを規定しており、12海里を超えて領海を設定することが禁止されているかということ、規定からは定かではない。12海里を超えて領海を設定できるかどうかというような点は、法が実質的には「欠缺」していると表現してもいいのかもしれない。

### 3 米国裁判所の国家管轄権解釈の意味

米国裁判所が行ったような管轄権解釈は、戦後沿岸国の管轄権が拡大してきたことの法理的説明としては大きな説得力がある。わが国では、国際法は沿岸から3海里まで領海の設定を認め、3海里を超える海域は公海だと長く考えられてきた。しかし、各国は、沿岸から4海里、6海里、12海里、100海里等の範囲の領海を主張し、また領海の外に12海里、50海里、100海里、200海里等の漁業水域を主張した。その後、1973年から始まった国連海洋法条約では、12海里領海、200海里排他的経済水域に整理され、いわば諸国の海洋に対する管轄権拡大が一部正当化された。わが国のような海洋法理解では、沿岸国の管轄権拡大の現象がうまく説明できない。つまり、わが国の理解では、「違法な」措置がある段階から「適法なもの」になったと考えざるをえず、いつ、またなにゆえに「違法な」措置が適法化したのかがうまく説明できないのである。

他方、さきに紹介した米国裁判所の考え方だとこのような状況はすっきり説明できる。すなわち国際法は沿岸から3海里までの領海設定を承認していたが、3海里以遠の海域については、そこに領海を設定することは禁じられていなかった。そのため、3海里を超える部分の領海については、問題が起こるたびに、関係国がそれを承認していたか、否認していたか等、領海をめぐるさまざまな事情を踏まえて問題の解決が図られた。そして諸国がその後、3海里を超える海域について領海を設定すること、さらに200海里までの海域について、漁業等の経済的事項に関する排他的な管轄権行使権限を認める排他的経済水域の設定を認めたために、国際法上これらの権利が認められるようになったのである。この説明なら3海里領海－公海の構図から、12海里領海－200海里排他的経済水域－公海という現在の法状況になったことが十分理解できるのである。

## おわりに

かつて国際法は法ではないと言われ、いまでも戦争が始まると国際法の無力が謳われる。他方、最近では、政府の政策を変更させるために、国内裁判所で国際法を論拠に政府の措置の不適当性を論証し、その是正を求めるといった動きが広がっている。人権・難民、戦後補償などが、このような形で国際法が援用される代表的な分野である。

たしかにわが国で神聖視される日本国憲法の人権規定が原則の規定にとどまっていて、詳細な規則を欠いていることは、これらと国際人権規約を比較すれば一目瞭然であり、国際人権規約を参照することによって人権規範の内容が豊かなものになってきたことは否めない。そのことが認識されるようになった結果、今度は何でも国際法を援用すれば日本政府の措置の変更が可能になるような錯覚が一部で生じている。

しかし、国際法を扱う際に気をつけなければいけないことは、条約も国際慣習法も、ほとんどが原則を定めているにすぎず、細かな規則を定めているわけではないことである。したがって、国際法をどのように理解してその趣旨を実現するかは国家に委ねられており、国家の裁量が大幅に容認されている。しかも国家が国際法の実現において大きな役割を果たすことは、今日では、民主的な正統性によって裏付けられている。国家主権は否定すべきものであるにもかかわらず、種々の抵抗のために残存していると消極的に考えるべきではなく、現代国際社会において積極的な意味をもっているのである。

国家の権限行使の範囲を決定する国家管轄権についても、この考え方は見事に妥当する。国家がどのような形で管轄権を行使できるかについて、まず国際法の基準に従うべきだという考え方が現在でも根強い。しかし、海洋管轄権にみられるように、実際は、国家がその必要に基づいて管轄権行使を行うことが多い。その際に、①国際法上すべての国が管轄権行使を認めなければならない範囲、②国際法上管轄権を行使することが禁止されている範囲、③国際法上権利として管轄権行使が認められてはいないが、禁止もされていない範囲－国際法上の規制が欠缺している範囲－のいずれに当たるかをきちんと認識する必要がある。①の範囲の管轄権行使であればまったく問題はなく、他方③であれば管轄権を行使することはできない。しかし、②が大きく広がっているのが現状であり、この範囲では管轄権を行使できるか否かは、諸国がそれに応じてどのように対応するかに係っており、自らの必要性を見極めて管轄権行使を行えば国際的に承認されることが多いことに留意すべきである。

いずれにしろ整備された国際法規がアプリオリに、かつ客観的に存在し、それを自然な態度で解釈適用すれば、自ずと素晴らしい結論が出て、諸国もそれを承認するというような図式で、国際法をとらえるのは止めるべきである。国際法は多くの場合、国家の行動を一定程度枠付けるくらいの役割しか果たさず、その枠内で具体的にどのような行動をするかは大幅に国家に委ねられていることを忘れてはいけない。

〔注〕

- (1) たとえば、A. McNair、Law among Nations (1965)
- (2) 藤田久一・永野貫太郎・鈴木五十三『戦争と個人の権利』(1999) 参照。
- (3) 岩沢雄司『条約の直接適用可能性』(1980) 頁参照。
- (4) 詳しくは小寺彰『WTO体制の法構造』(2000) 181頁～197頁参照。
- (5) 森田章夫『国際コントロールの理論』(2000)
- (6) 小寺彰「執行管轄権の域外行使」『国際商取引に伴う法的諸問題 (11)』36頁～41頁参照。

# 投資協定における「公正かつ衡平な待遇」

小 寺 彰

# 目次

## はじめに

- 1 投資協定とは
- 2 投資協定仲裁

## I 「公正かつ衡平な待遇」をめぐる問題状況

- 1 「公正かつ衡平な待遇」の意義
- 2 「公正かつ衡平な待遇」に関する2つの見解

## II 「公正かつ衡平な待遇」に関する仲裁判断

- 1 NAFTAの諸事案
  - (1) Metalclad 事件
  - (2) S.D. Myers 事件
  - (3) Pope and Talbot 事件
  - (4) NAFTA自由貿易委員会覚書
  - (5) Loewen 事件
  - (6) Waste Management 事件
  - (7) NAFTAケースにおける「公正かつ衡平な待遇」
- 2 NAFTA以外の仲裁事案
  - (1) TECMED 事件
  - (2) CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic 事件
  - (3) 両ケースの評価

## 結び

- 1 「公正かつ衡平な待遇」の意義
- 2 一般条項と仲裁手続
- 3 日本のとるべき政策

## はじめに

### 1 投資協定とは

投資協定とは、投資財産を保護し、また投資を自由化することを目的として作成される国際条約である。

日本政府が投資協定に注目し始めるのは、1990年代中葉以降である。1995年に多数国間投資協定（MAI）の交渉がOECDで始まり、それまで4つしか投資協定を結んでいなかった日本は、当面はOECD加盟国しか対象にならないとしても、将来はOECD加盟国外、とくにASEAN諸国に広がることを期待してきわめて積極的な姿勢をとった<sup>1</sup>。さらにOECDでMAI交渉が本格化した1996年に開催されたWTOシンガポール閣僚会議では、日本政府はWTOにおいて投資ルールを作成することを強く主張し、WTOにおける投資ルール交渉に途を付けた。

しかし、MAI交渉は1998年に挫折し、またWTOにおける投資ルール交渉も、2004年7月にドーハ開発アジェンダの議題から落とされた。

他方、二国間の投資協定（BIT）は全世界で2200を超え、また最近各国が締結に積極的な姿勢を見せている自由貿易協定（日本では「経済連携協定（EPA）」という呼称が用いられている）には投資に関する章が設けられることが多く、それも含めた二国間の投資協定のネットワークは広く国際社会を覆っている。日本政府は以前はBITの締結にそれほど熱心ではなかったが、MAIの交渉失敗後はBITを積極的に結ぶ姿勢に転じた。BITとは別に、日本政府が21世紀に入って積極的に締結を推進し始めたEPAでも、貿易に関する規定と並べて投資協定に通常含まれる内容の「投資の章」が備えられた（以下、「BIT等」というときは、「投資の章」をもつFTAを含む）。

### 2 投資協定仲裁

BIT等に関しては、「投資家対国家」の仲裁手続（投資協定仲裁）が設けられることが多い。当初先進国対途上国間で取り組まれたBIT交渉では、先進国サイドからは、投

資先の途上国の裁判所への不信の声が、他方、途上国サイドからは、投資家に代わって投資国が外交的保護権を行使することへの懐疑の念が強く唱えられた。その解決策として提案されたのが、投資家が投資先国を訴えることができる仲裁手続である。B I Tではこの仲裁手続が規定されるとともに、それと引き替えに投資国たる先進国は外交保護権の行使を控えることを約した（規定上は当事国双方の義務と規定された）。そしてこの仲裁手続に対応して、投資紛争解決国際センター（I C S I D）が設置された。

投資協定仲裁は、大きな期待がかけられたにもかかわらず、実際には手続に長い時間がかかり、当初は期待された役割を果たさなかった。ところが、投資家対国家の仲裁手続の設定が一つの原因となってM A I交渉が挫折した直後から、投資協定仲裁がにわかに注目を集め、広範に使われるようになった<sup>2</sup>。その結果、B I Tが投資家の保護のためにきわめて強力な機能を果たすことが明らかになったのである。

投資協定仲裁との関係でもっとも注目を集めているのが、B I T等中の、投資家に与えられる一般的待遇として義務づけられる「公正かつ衡平な待遇（fair and equitable treatment）」規定である（当初は「収用」規定が注目されたが、収用補償義務が認められる例がほとんどなかったために「収用」規定への関心は薄れた）<sup>3</sup>。「公正かつ衡平な待遇」とは何か、またそれが投資家の保護についてどのような役割を果たしているのか。

## I 「公正かつ衡平な待遇」をめぐる問題状況

### 1 「公正かつ衡平な待遇」の意義

諸国の結ぶB I T等には、自国投資家の処遇に関して「公正かつ衡平な待遇」を与えるべきことが規定されることが多い<sup>4</sup>。日本が結ぶB I T等では規定が置かれることはかならずしも多くはないが、日韓投資協定や日墨経済連携協定には「公正かつ衡平な待遇」が規定されている。たとえば、日墨経済連携協定60条は次のように規定する。

#### 60条 一般的待遇

各締約国は、他方の締約国の投資財産に対し、国際法に基づく待遇（公正かつ衡



平な待遇並びに十分な保護及び保障を含む)を与える。

注釈 この条は、他方の締約国の投資家の投資財産に与えられるべき待遇の最低限度の基準として、外国人の待遇に関する国際慣習法上の最低基準を用いることについて定めたものである。「公正かつ衡平な待遇」及び「十分な保護及び保障」の概念は、外国人の待遇に関する国際慣習法上の最低基準が要求する待遇以上の待遇を与えることを求めるものではない。この協定の他の規定又は他の国際協定に対する違反があった旨の決定が行われることは、この条の規定に関する違反があったことを証明するものではない。

60条は、注釈の部分を除くと（この点については後述）、「公正かつ衡平な待遇」の典型的な規定であり、諸外国の締結するB I T等にはしばしば見られるものである。このような規定が最初に設けられたのは、1967年のO E C D投資保護条約案（外国人財産の保護に関する条約案（Draft Convention on the Protection of Foreign Property））であり、その後、各国がB I T等を作成する際に採用するようになった<sup>5</sup>。

## 2 「公正かつ衡平な待遇」に関する2つの見解

「公正かつ衡平な待遇」の意味については、大きく2つの学説が従来から存在する。第1は、国家が外国人に国際慣習法上供与する義務を負う「最低基準（minimum standard）」を確認したものという見方である。

人は国外にいるときは、当該所在国の法令に従う。しかし、当該所在国がその人およびその財産を完全に自由に処置できるかというところではない。そこには、国際法上の制約、すなわち国際慣習法上の「最低基準」があり、国は外国人の処遇に関する最低基準を満たす範囲内で当該外国人の処遇を決定できると主張されてきたのである。この主張は、おもに外国人処遇に関する適正手続の確保や政府による外国人の生命・財産・自由への介入の制限について主張された<sup>6</sup>。

ただし、外国人処遇についての国際慣習法上の「最低基準」の存在を否定し、外国人の生命財産に対しては自国民並みの保護を与えれば足りるとする見解もあり（国内標準主

義)、おもに開発途上国によって主張された。この見解は「国内標準主義」といわれるが、国内法上の権利において内外人が平等でなければならないという趣旨ではなく、両者の間に差異を付けることは可能であることを前提にして、人の生命財産の保護という手続的ないし物理的な側面において、外国人の処遇について国際法上の特別の義務が国に課されるわけではないという趣旨である。

外国人の処遇に関する国際法の基準に関するこの対立については、戦間期以前の混合仲裁裁判等において国家の責任を追及する観点から争われ、おおむね「最低基準」の存在を前提にした判断が下されてきたといわれる<sup>7</sup>。ただし、基準の内容は事案ごとに異なり、曖昧であることは否定できない。また第2次大戦後には多くの植民地が独立して新たな国家を形成したために、「国内標準主義」が優勢になってきたというのが最近の状況である。

外国人の処遇について、国際法上一定の「最低基準」があるか、または国内の状況に応じて「最低基準」が変わるかを別にすれば、国際法上の外国人処遇について「最低基準」がある点は共通していることには注意が必要である。

「公正かつ衡平な待遇」に関する第2の見解は、投資家が不公正な扱いを受けたと感じ、かつ従来の国際慣習法上の「最低基準」ではその救済を図ることができない場合に、「公正かつ衡平な待遇」が「最低基準」を超えて投資家を救済するための根拠を提供する基準であるというのである（この説では「公正かつ衡平な待遇」は、投資家が投資先国を訴えた仲裁廷において果たす役割が念頭におかれる）<sup>8</sup>。この見解では、BIT等を結んで「公正かつ衡平な待遇」をそれぞれの投資家に与えることを約したのは、外国人処遇に関する国際法上の「最低基準」を上回る待遇を相手国投資家に与えるためであると捉えられるのである。

1967年のOECD投資保護条約案の「公正かつ衡平な待遇」規定では、第1の見解が、またその後のMAIでは、後者の見解が採られた。ただし、第1の見解であれ、また第2の見解であれ、ともにその内容が抽象的であるために仲裁裁判等によって判断が示されない限り、その適否は明らかにならないものである。21世紀になって投資協定仲裁の判断が増え、「公正かつ衡平な待遇」規定が大きな役割を果たしたために、その意味について大きな論争が起こった。すなわち、NAFTA加盟国を中心に、投資家が仲裁に付託した事件のなかで、「公正かつ衡平な待遇」規定を援用して投資先国から受けた処遇を非難して損害賠償を要求し、それを受けて仲裁廷が「公正かつ衡平な待遇」供与義務違反に基づいて

投資家の主張を容認する事案が続出したのである。それらのなかには、明確に第1または第2の見解をとるもの、またその点が曖昧なものが混在している。現時点で、これらの諸判断をどのように理解すべきであろうか。

## II 「公正かつ衡平な待遇」に関する仲裁判断

「公正かつ衡平な待遇」が投資協定仲裁で始めて問題化したのは、*American Manufacturing & Trading Inc. v. Republic of Zaire* 事件<sup>9</sup>である。この事件では、ザイールでスーパーマーケットを営んでいた米系企業AMT (American Manufacturing & Trading Inc.) の100パーセント子会社SINZAがザイール兵の略奪に2度逢い、結局事業中止に追い込まれたために、AMT社がザイール政府に損害賠償を求めて出訴した。仲裁廷はザイール政府の措置が「公正かつ衡平な待遇」義務に違反すると判示して損害賠償を認めた。本件は「公正かつ衡平な待遇」が仲裁の場で適用された初めてのケースであったが、米系企業がザイール兵の略奪によって事業活動の停止に追い込まれた事案であって、「公正かつ衡平な待遇」義務を国際法の最低基準を表したものと理解してもしなくても損害賠償が認められるべき事案であった。そのためにこの事件では、「公正かつ衡平な待遇」の解釈の是非は問題化しなかった。「公正かつ衡平な待遇」の意義がまず問題化するのにはNAFTAに基づく投資家対国家の仲裁においてであった。

### 1 NAFTAの諸事案

NAFTA (北米自由貿易協定) は、米国、カナダ、メキシコ三国間の自由貿易協定であり、そのなかに投資保護等を規定する第11章が置かれており、そのなかの1105条1項は「公正かつ衡平な待遇」を次のように規定する。

Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

(邦訳：各当事国は、他方の当事国の投資家の財産に対し、国際法に基づく待遇（公正か

つ衡平な待遇並びに十分な保護及び保障を含む) を与える。)

1990年代後半から、3当事国の企業から本条に基づく訴えが次々に当事国に対して提訴され、当初は、仲裁廷が「公正かつ衡平な待遇」義務を強く捉えて投資家の訴えをことごとく認容したことから強い注目を集めた。

### (1) Metalclad 事件<sup>10</sup>

「公正かつ衡平な待遇」が大きな問題になった最初の事件が Metalclad 事件である。米系企業の Metalclad 社は、メキシコの国内企業である COTERIN 社に出資して、メキシコ国内で廃棄物処理事業を企画した。COTERIN 社は、メキシコ内のグワダルカザール (Guadalcazar) 市内で廃棄物処理施設を建設するための許可を、連邦政府および州から得ていた。しかし、グワダルカザール市民が当該施設による水質汚濁の懸念から建設反対運動を始めると、市当局は、建設許可を市から得ていないとしてその施設の建設中止命令を出した。他方、Metalclad 社は、連邦政府より、市当局は法令上建設許可の拒否権限をもっていないとの説明を受けて、市当局に建設許可申請をして処理施設を完成した。1995年11月に Metalclad 社は連邦政府との間に施設の運営に関する協定を締結したが、他方、同年12月にグワダルカザール市は、施設の建設不許可の決定を下した。さらに1997年12月に州政府は、施設建設地を含む地域を自然保護地域に指定する環境条例を制定してさきの施設の操業を禁止した。

Metalclad 社は、メキシコを相手取って、上記の諸措置について N A F T A 11章に基づく仲裁申立を行い、メキシコの措置が「収用」に該当するとともに (この点も仲裁廷は肯定)、それが「公正かつ衡平な待遇」義務違反を構成すると主張した。

2000年に下された仲裁判断は、「公正かつ衡平な待遇」義務について、まず「N A F T A の基本目的は越境投資機会を促進及び増加させ、並びに投資計画が成功するように確保することである」(para.75) と認定する。そのうえで、メキシコ政府等の諸措置を挙げて、それらによって「メキシコが、Metalclad のビジネス上の計画立案および投資について、透明かつ予測可能な枠組みを追求しなかった」(para.99) と考えられ、そのために N A F T A 1105条に反するとした。

本事件では、越境投資の促進・増加等を N A F T A の目的として特定し、そのうえで、

「公正かつ衡平な待遇」義務が、投資について透明かつ予測可能な枠組みの追求を要求すると定義し、「最低基準」には止まらない、「公正かつ衡平な待遇」義務解釈の一つの立場を示した。もちろん、本件仲裁判断については、その後仲裁地であるカナダのプリティッシュ・コロンビア州最高裁判所が取消判決を出したため（NAFTA11章外の透明性に関する102条を適用したと理解して、申立ての範囲を超えたと判断した）、本仲裁判断の先例的な価値についてはその点を割り引いて考える必要がある。

## （２）S.D. Myers 事件<sup>11</sup>

オハイオ州でPCB含有廃棄物の処理事業を行っている米国企業のS.D. Myers社は、カナダ国内に合弁会社を設立して、カナダで発生するPCB含有廃棄物を米国に送って（輸出して）処理するという事業を展開していた。ところが1998年に、カナダがPCB含有廃棄物の輸出を禁止したために、S.D. Myers社はカナダでの操業の停止に追い込まれ、そこでNAFTA11章を根拠にしてカナダ政府を仲裁に訴えた。

2000年の仲裁判断は、本件で問題とされたカナダの規制が、カナダ国内のPCB廃棄物処理事業者の保護を目的としたものであって、内国民待遇違反（1102条）に当たると認定した後、NAFTA1105条の解釈に移る。仲裁廷は、「公正かつ衡平な待遇」は、政府が差別的な態様で行動していない場合であっても、外国投資家の待遇が満たさなければならない基準をいう」（para.259）としたうえで、「公正かつ衡平な待遇」および「十分な保護と保障」は、それぞれ単独にはなく、「国際法に従った待遇」という用語とともに読むべきである。そのうえで、「投資家が国際的な観点から見て受入がたい程度にまでなった、恣意的でかつ不公正な待遇を受けていることさえ示せば、1105条違反は発生する」（para.263）と判断する。また他の規定の義務違反との関係について、「投資先当事国が投資家を保護することをとくに意図する国際法規に違反したという事実は、1105条違反の認定を有利な推定を働かせるものだとし」（para.265）、「本件についてはNAFTA1102条違反は必然的に1105条違反を構成する」（para.266.）と結論した。

本件判断の特徴は、「公正かつ衡平な待遇」義務違反を、「投資家が国際的な観点から見て受入がたい程度にまで至った、恣意的でかつ不公正な待遇」と定義したことと、投資協定の他の条項違反が「公正かつ衡平な待遇」義務違反になると判断したことである。

### (3) Pope and Talbot 事件<sup>12</sup>

Pope and Talbot 社は米国の木材加工業者で、カナダのブリティッシュ・コロンビア州に子会社を設立して、そこから木材を輸入していた。1996年に米加間で軟材協定が結ばれ、カナダの軟材の主要産地4つ（ブリティッシュ・コロンビア州を含む）から無関税で米国に輸出できる軟材の総量を147億ボードに限定したために、カナダ政府は無関税輸出枠を軟材輸出業者に配分した。その配分について、Pope and Talbot 社の輸出削減量が他の業者よりも25パーセントも高かったために、Pope and Talbot 社はカナダ政府の輸出量削減が取用に当たるとともに、NAFTA1105条違反であると主張して仲裁手続に付託した。

2001年の仲裁判断は、1105条の解釈について2つの可能な選択肢を示す。一つは、「公正かつ衡平な待遇及び十分な保護と保障」は一般国際法に含まれるという解釈であり、もう一つは、「公正の要素」、つまり「公正かつ衡平な待遇及び十分な保護と保障」が一般国際法に付加的なものであるとの解釈である。この2つの解釈について、仲裁廷は、明確に、後者の解釈を採用した。その理由は、NAFTA1105条が1987年の米国モデル投資条約に基礎を置いている以上、1987年の米国モデル投資条約の対応規定を検討する必要があるとするのである。同モデル条約は「公正かつ衡平な待遇」義務について、「投資は常に公正かつ衡平な待遇を受け、十分な保護と保障を享受し、いかなる場合にも、国際法が要求する待遇を下回る待遇しか与えられないことはない」と規定しており、「公正かつ衡平な待遇」義務は一般国際法に付加的な性質をもつという解釈を支持する。さらにNAFTAが二国間投資協定とは異なるという主張に対しては、2つの理由を挙げて否定する。第1に、NAFTAは北米三国間に、より一層強固な経済関係を築く目的で締結されたものであり、他の投資保護協定と比べてNAFTAの与える保護の方が制限的なものであることはない。第2に、NAFTAが投資保護条約よりも、投資保護においては制限的であるとしても、NAFTA1103条の最恵国待遇規定<sup>12</sup>によって、NAFTA当事国の投資家は、他の二国間投資保護条約で規定される待遇が均霑されるのであって、根拠が1105条から1103条<sup>13</sup>に変わるだけである。そして仲裁廷は、「1105条は、NAFTA諸国のもとで適用されている通常の基準での公正の要素に起因する利益を対象の投資家や投資が享受できるように要求する」と解釈する。

以上の一般論を踏まえて、仲裁廷が問題にしたのは、カナダ政府の取った「再審査（verification review）」である。Pope and Talbot 社が仲裁付託の意思をカナダ政府に示す



と、カナダ政府は Pope and Talbot 社に関する割当の再審査を開始した。仲裁廷は、この再審査過程において、Pope and Talbot 社が本社所在地のオハイオでの審査を要望したのにカナダ政府が十分な説明をせずにその要求を退ける等、カナダ政府と Pope and Talbot 社子会社は協力的な規制関係にではなく、闘争的な関係にあり、その結果 Pope and Talbot 社は不必要な支出を迫られる等の不利益を蒙ったと認定して、当該検査において Pope and Talbot 社の受けた待遇が「公正かつ衡平な待遇」義務に違反すると結論した。

本件では、「公正かつ衡平な待遇」義務が一般国際法上のものではなく、NAFTA上のものであり、国際法上の基準より手厚い基準であることを明言した点が注目された。ただし、事件自身については、カナダ政府が行った輸出枠の割当自体には、NAFTA違反は認定されず、唯一、仲裁付託意思を通知した後の「審査」という、いわば事件の「枝葉」とも言うべき些細な行為について、「公正かつ衡平な待遇」義務違反を認定したにとどまった。

#### (4) NAFTA自由貿易委員会覚書

この3つの「公正かつ衡平な待遇」義務に関する仲裁判断が出揃ったところで、米国内を中心に強い批判の声が挙がった<sup>14</sup>。その趣旨は、NAFTA11章の曖昧な内容の規定によって、国内裁判所であれば認められないような訴えが仲裁によって許容されたという点にあった。2001年8月1日に、NAFTA自由貿易委員会 (NAFTA Free Trade Commission) は、「NAFTA11章についての覚書 (Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions)」(貿易委員会覚書)を公表した<sup>15</sup>。貿易委員会覚書は、1105条について次のように述べる。

1. 1105条1項は、外国人の待遇の国際慣習法上の最低基準を、他の当事国の投資家の投資に与えなければならない最低基準として課している。
2. 「公正かつ衡平な待遇」および「十分な保護及び保障」は、外国人の待遇の国際慣習法上の最低標準によって要求される待遇に付加又はそれを超える待遇を要求してはいない。
3. NAFTA上の、又は独立した国際協定の他の規定の違反があるとの決定によって、1105条1項の違反があったことにはならない。

この覚書は、Metalclad 事件および Pope and Talbot 事件において、仲裁廷が採用した、NAFTA上の「公正かつ衡平な待遇」解釈を覆すことを目的としたものである。この覚書を境に、NAFTAの「公正かつ衡平な待遇」解釈は大きな転機を迎えた。

#### (5) Loewen 事件<sup>16</sup>

Loewen 事件は、葬儀業を営む Loewen グループ (Loewen) が、同業の O'Keefe 家の所有企業グループ (O'Keefe) から契約不履行責任を問われてミシシッピ州裁判所に提訴され、ミシシッピ州裁判所が、懲罰的賠償を含めて5億ドルの損害賠償を Loewen に命じたことに端を発する。この事件の審理において、陪審裁判 (trial) 判事は、Loewen の外資性・大企業性や経営における人種的偏見性をことさら強調し (O'Keefe はミシシッピ州で創業した小規模会社で、人種を差別しないで雇用していると評価された)、陪審員に国籍や階級・人種に基づく判断が許されないことも明言しなかった。Loewen は判決を控訴しようとしたが、ミシシッピ州法では、控訴に基づく執行停止を求めるためには、賠償額の125パーセントを預託する必要があったために、Loewen はミシシッピ州陪審裁判所および最高裁に預託金の減額を求めたが拒否された。そこで執行前日に Loewen は O'Keefe と1億7500ドルの支払いで合意した。Loewen は、この一連の裁判所の対応によって損害を被ったとして、NAFTAに基づいて米国政府を相手取って仲裁に訴えた。

この事件では、米国の NAFTA 1105 条違反が争われ、2003年に下された仲裁判断は、直裁に NAFTA 覚書が仲裁廷を拘束すると説いた (para.126)。この前提に基づいて国際慣習法上の基準を探索し、国際法は国内法の差別的な違反 (discriminatory violation)、とくに外国人に対する害意によって鼓舞されたものは、不公正であることが明らかである」とし、「陪審裁判 (Trial) および陪審評決 (verdic) の国内法違反、および外国人の訴訟当事者に対する差別的な決定は、国際法に基づいて不公正である」(para.135) と判断した。しかし、最高裁判所に救済を求める手続が残っており、Loewen がそれを尽くさなかったとして、米国の NAFTA 違反は成立しないと判断した。

本件は、NAFTA 委員会覚書を正面から肯定して、Metalclad 事件や Pope and Talbot 事件の、「公正かつ衡平な待遇」が国際慣習法上の最低基準を超える内容をもつという 1105 条解釈を採用しないことを明言した点が重要である (S.D. Myers 事件はこの点では、上記



2事件の解釈とは異なる)。また上記2事件、さらにはS.D. Myers事件も、被申立人政府の1105条違反を認定したが、本件は、NAFTAにおいてはじめて、1105条が援用されたがその違反を認定しなかった。

## (6) Waste Management 事件<sup>17</sup>

Waste Management の100パーセント子会社である Acaverde 社は、1995年にメキシコのアカプルコ市と、その特定地区のゴミ収集処理サービスを15年間にわたって独占的に請負うコンセッション契約を結び、操業を開始するとともにゴミ処理施設等の建設を行った。またコンセッション契約にはゴミ処理施設建設のために Banobras 開発銀行から有利な信用が供与される旨の条項が入っていた。しかし、操業開始直後から、住民の多くがAcaverde社に対してゴミ収集料の支払を拒否して無断投棄を繰り返したが、市当局はそれに対して有効な措置をとらなかった。そればかりか、Acaverde社はBanobras銀行から予定されていた融資も受けられず、またコンセッション契約上市当局が支払うべき料金もAcaverde社に支払われず、そのためにAcaverde社は経営危機に直面した。そこで、2000年9月にWaste Managementは、メキシコの上記の行動はNAFTA1105条および1110条に違反しており、そのために同社が3600万ドル相当の被害を被ったとして仲裁に付託した。

2004年の仲裁判断は、従来の1105条に関する仲裁判断をまとめて、「公正かつ衡平な待遇の最低基準が侵害されるのは、国家の行為が恣意的、大幅に不公正、不正義または特異なものであり、差別的なものであり、かつ事業分野に由来する偏見または人種的な偏見にさらされる、または司法的な適正さを侵害する結果を導く適正手続が欠如する場合であって、国家に帰属しかつ申立人を害する行為があるときのことであり、そして「この基準は、ある程度は個々のケースの環境に適応しうるような柔軟なものである」(para.98)との一般基準を示した。そのうえでアカプルコ市がコンセッション契約上の債務を支払わなかったことが契約違反の問題や取用の問題を惹起するが、直ちに1105条違反には当らず、本件では、「公然たる不正義による不払いではない」として同条違反ではないと結論した。

本件では、「公正かつ衡平な待遇」基準が最低基準か、それを上回るものかという議論はせず、「国家の行為が恣意的、大幅に不公正、不正義または特異なものであり、差別的なものであり、かつ事業分野に由来する偏見または人種的な偏見にさらされる、または司法的な適正さを侵害する結果を導く適正手続が欠如する場合」に「公正かつ衡平な待遇」

義務違反が生ずるという具体的な基準を示したことが重要である。

### (7) NAFTAケースにおける「公正かつ衡平な待遇」

当初は、「公正かつ衡平な待遇」が国際慣習法上の最低基準以上のものを指すと解釈する仲裁判断が続いたが、貿易委員会覚書の作成以後は、このような解釈は否定されて、「公正かつ衡平な待遇」が国際慣習法上の最低基準をさすとの判断に転換したと言える。ただし、これはあくまで国際慣習法上の最低基準という抽象的なレベルの話であって、何が「公正かつ衡平な待遇」を指すかについては、徐々にその意味が明らかになって、具体的な判断基準に凝縮したのである。すなわち、抽象的なレベルでの解釈をおけば、「公正かつ衡平な待遇」の意味が漸進的に明らかにされるプロセスを辿っているのである。現時点では、「公正かつ衡平な待遇」とは、国家に帰属する行為によって投資家が損害を被った場合であって、「国家の行為が恣意的、大幅に不公正、不正義または特異なものであり、差別的なものであり、かつ事業分野に由来する偏見または人種的な偏見にさらされる、または司法的な適正さを侵害する結果を導く適正手続が欠如する」ときに、国家に損害賠償を命じる基準を意味するものと捉えられていると理解できるのである。

## 2 NAFTA以外の仲裁事案

「公正かつ衡平な待遇」義務は、NAFTA 3カ国にとどまる問題ではない。各国が締結するBITに「公正かつ衡平な待遇」が規定され、またこれら諸国の締結したBITにも投資家が投資先国を訴える仲裁手続が備えられている以上、それらの事案のなかで「公正かつ衡平な待遇」規定は当然援用されるからである。そのなかでいくつか重要な事件を紹介することにしよう。

### (1) TECMED 事件<sup>8</sup>

TECMED社はスペイン系企業でメキシコで廃棄物処理事業を営んでいたが、メキシコ政府がTECMED社の操業許可の更新を拒否したために、TECMEDがスペイン・メキシコ間の投資保護協定に基づいてメキシコ政府を仲裁廷に訴えた。

仲裁廷は、スペイン・メキシコBIT上の「公正かつ衡平な待遇」が、国際法によって

認められた信義誠実原則の一部を構成すると述べ、「外国投資家が投資を行うに当たって考慮された基本的な期待に影響を与えないような待遇を投資家に与えることを締約国に要求するものである」と述べる。「投資事業を企画しかつ投資先国の規制を遵守するために、外国投資家は、関係の政策および行政慣行の目的とともに、すべての規則と規制を事前に知ることができるように、投資先国に対して、外国投資家との関係で一貫した態様で、曖昧さなく、完全に透明に行動することを期待する。」また「外国投資家は、投資先国が一貫した行動をすることを期待する。ここで一貫したというのは、投資家が商業的・ビジネス上行動を計画・実行し同時に約束をするに当たって、投資家が依拠する、投資先国の以前の決定または許可を恣意的に撤回しないことなどを意味する。」このように仲裁廷は投資協定によって成立した投資家の期待を確保することが、「公正かつ衡平な待遇」義務の目的であると判断する。そのうえで許可の更新を拒否した I N E の行動は、予想できなかったものであり、上記の基準に照らせば、「公正かつ衡平な」ものとは言えず、スペイン・メキシコ協定 4 条に反すると判断した。

本仲裁判断では、1. で検討した N A F T A 仲裁と同様に、「公正かつ衡平な待遇」とは、投資家が投資先国に対して持つ、当該国家が「一貫性」および「透明性」ある態様で行動することの期待を保護する基準と位置づけた。N A F T A 仲裁と比較したときに、透明性の要素が強調されている点、およびそれが投資家の期待によって根拠づけられている点が注目される。

## (2) CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic 事件<sup>19</sup>

チェコでは革命以降、放送免許所持者と放送運用者を分離して放送事業を行うという形態が政府のお墨付きのもとで採られており、オランダ企業 C M E の子会社である C N T S は、この形態を前提にして、チェコの放送免許所持人である C E T 21 と放送サービス提供契約を結んで事業を営んでいた。ところが 1996 年にチェコ政府（メディア委員会）は政策を転換して上記の分離システムがチェコのマスメディア法上違法であるとの立場を示し、C N T S の事業の法的保障が突然なくなった。その後、チェコ政府は、C N T S と C E T 21 の共同事業を止めさせるように圧力をかけ、1999 年に入ると、C E T 21 は些細な理由で C N T S の放送サービス契約を終了させた。その結果、5 億ドル相当の C N T の投資は無駄になった。

仲裁廷は、「公正かつ衡平であると評価される基準は、自国民のために使われている基準に従って当局が行動したかどうかによって決定されない。・・・外国投資家が投資をする際に依拠した取り決めを骨抜きにすることは、公正かつ衡平な待遇の義務を侵害する」(para.611)と解釈し、チェコ・メディア委員会の行為が、「公正かつ衡平な待遇」を規定するオランダ・チェコ投資協定3条1項に違反すると判断した。

本仲裁判断は、「公正かつ衡平な待遇」の内容を明確に摘示したものではないが、本待遇の供与の結果、外国投資家に自国民よりも有利な待遇が供与される場合があることが明示的に認容されている点が注目される。

### (3) 両ケースの評価

これらのNAFTA外の、「公正かつ衡平な待遇」を扱った2ケースは<sup>20</sup>、「公正かつ衡平な待遇」をめぐる問題状況がNAFTAに限定されたものではなく、他のBITでも同様に妥当することを示している。

## 結び

### 1 「公正かつ衡平な待遇」の意義

「公正かつ衡平な待遇」については、仲裁判断が出始めた2000年当初は「公正かつ衡平な待遇」義務によって国家の責任を認める判断が相次ぎ、企業が損害を被れば何でも認められるような観を呈した、しかし、最近では「公正かつ衡平な待遇」義務によってでも責任を認めない判断が出るようになって、ようやくその輪郭が明らかになってきた。「公正かつ衡平な待遇」義務について、現段階で言いうることは以下の諸点であろう。

第1は、「公正かつ衡平な待遇」の内容については、仲裁判断のなかで示される解釈の一般論に関して国際慣習法上の「最低基準」以上の効果をもつと宣言するものがNAFTA仲裁で現れ、その効果を強く捉えすぎているとの批判が浴びせられた。NAFTA貿易委員会の覚書はまさにこのような声を受けて、「公正かつ衡平な待遇」が国際慣習法上の「最低基準」を指すことを明言したものである。この覚書を法的にどのように位置づける

かはともかく<sup>21</sup>、その後のN A F T Aの仲裁判断は、文言上はそれまでの判断のように国際慣習法上の「最低基準」を超える内容をもつと明言するものはなくなった。ただし、「公正かつ衡平な待遇」として、具体的に言明された内容は、投資先国が、「外国投資家との関係で一貫した態様で、曖昧さなく、完全に透明に行動すること」が義務づけられているというのである。つまり、投資協定によって、「公正かつ衡平な待遇」を確保する義務を負った以上、投資先国は、隠密裏に政策決定を行ったり、または一貫しない行動を実行して投資家に損害を与えることは許されないという趣旨である。逆に、いくら投資家が被害を被っても、「外国投資家との関係で一貫した態様で、曖昧さなく、完全に透明に行動すれば、その被害は「公正かつ衡平な待遇」義務によって賠償を要求されるものではない。問題は、このような内容が国際慣習法上の「最低基準」なのであろうか。

第2に、「公正かつ衡平な待遇」については、国際慣習法上の「最低基準」をさすか、またはそれ以上のものを指すかという対立軸とともに、それが場所を問わず共通のものであるかどうかという対立軸が存在した。仲裁判断の文言上は、「公正かつ衡平な待遇」が国ごとに異なるとは言わず、「外国投資家との関係で一貫した態様で、曖昧さなく、完全に透明に行動する」という投資先国の義務と定式化され、文言上は絶対的な基準があると言明しているように思われる。しかし、Metalclad 事件や TECMED 事件において、「公正かつ衡平な待遇」義務に反した場合に投資先国が負担する損害賠償義務の根拠は、「投資家の期待」に置かれる。「公正かつ衡平な待遇」が国際慣習法上の「国内標準主義」をさすとの考え方は否定されたにしても、投資家の期待を根拠にする以上、B I T等の当時国がどのような国であるか、たとえば後発開発途上国か先進国かによって期待の程度が異なることは否めない。この点は、第1に抽出した、「公正かつ衡平な待遇」の内容が、形式的には国際慣習法上の「最低基準」を超えるとは言明されないにもかかわらず、実質的にはそれを超える内容を持つと考えざるをえないことと運動するのである。

第3に、投資協定仲裁への批判の根拠の一つとして、国民にも認められない実体的または手続的な権利が外国人投資家に認められて、内外逆差別ではないかという点がある。国内標準主義の否定は、外国人投資家に自国民より手厚い保護が与えられることの肯定であり、CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic 事件仲裁がこの点を明言していることは注目される。

## 2 一般条項と仲裁手続

「公正かつ衡平な待遇」義務のような規定は一般条項とよばれて、条約上は大きな役割を果たさないと考えられがちであり、日本のBIT等にそれほど多く含まれてこなかったのは、このような評価を反映したものであると思われる。例外的に含まれている日墨EPAは日本が要求したのではなく、メキシコがNAFTAと平仄を合わせるために要求し規定化されたものであろう。たしかに条約の解釈適用は当事国に第一義的な権限があり、国際社会では裁判機関や仲裁廷等に判断が委ねられることが少ない。このような構造では、「公正かつ衡平な待遇」義務の解釈適用権も当事国に委ねられ、当該義務が明確な内容を規定していない以上、当該義務に大きな期待を寄せることができないのは当然である。

しかし、仲裁廷等の第三者機関によって、個々の紛争との関係で「公正かつ衡平な待遇」義務が適用される場合は大きく事情が変わる。提起された紛争を妥当に解決することを目指す仲裁廷等が、具体的な内容をもつ規定によって当該紛争を解決できないと感じる場合には、一般条項があればそれを根拠に判断を作成することが可能になる。とくに「公正かつ衡平な待遇」のように、その内容が曖昧模糊とした規定は、このような役割が期待されて創設されたと考えることができる。「公正かつ衡平な待遇」義務は、BIT等が長年にわたって締結されていたにもかかわらず、仲裁廷が使われるようになるまではほぼ閑却に付されており、仲裁廷で援用されるようになって以降大きな注目を集めるに至ったのである。

## 3 日本のとるべき政策

「公正かつ衡平な待遇」が日本が締結するBIT等に規定されることがあまりなかったことはすでに触れた。今後、BIT等によって投資保護を図るためには、投資協定や経済連携協定の投資の章に「公正かつ衡平な待遇」規定を挿入することが望ましい。最近署名された日本・マレーシア経済連携協定に、「公正かつ衡平な待遇」規定が入れられたことは高く評価される。

ただし、最近のこれらのBIT等には最恵国待遇義務が規定されていることが多い。したがって、最恵国待遇義務が規定されているBIT等については、日本の相手国が結んで

いる他のB I T等を点検し、そのなかに「公正かつ衡平な待遇」が規定されていれば、日本とのものになくとも日本政府・企業はそれを援用することができる。「公正かつ衡平な待遇」が規定されているB I T等についても、最恵国待遇義務がさらにその条件を変えることがあるから注意が必要である。たとえば、Iで挙げた日墨E P A中の「公正かつ衡平な待遇」は、N A F T Aに関する仲裁廷での「過激な判断」に触発されて、「公正かつ衡平な待遇」が国際慣習法上のものを超えることがないことを注意書きしたものである。しかしながら日墨E P Aには最恵国待遇義務が規定されているために、日墨E P A上の「公正かつ衡平な待遇」がN A F T A上の「公正かつ衡平な待遇」より狭いものだとすれば、日本政府・企業は日墨E P A上の注に拘束されず、N A F T A上の「公正かつ衡平な待遇」を主張できるのである。B I T等における最恵国待遇義務は、このように大きな力を発揮するものでありB I T等に即して議論しなければならない点も多いが、この点には稿を改めることにしたい。



[注]

- 1 MAIについては、小寺彰『WTO体制の法構造』(2000) 181-197頁参照。
- 2 投資協定仲裁が国家の裁判所をバイパスするものであり、そのことがMAIの国家主権侵害性を示すと批判された。小寺前掲書(注1) 195-196頁参照。
- 3 「収用」に注意を集めたきっかけとなった「エチル事件」については、西元宏治(小寺彰監修)「Etyl事件の実像と虚像 [上]」国際商事法務33巻9月号(2005) 1193頁以下参照。
- 4 「公正かつ衡平な待遇」を論じたものとしては、坂田雅夫「北米自由貿易協定(NAFTA) 1105条の「公正にして衡平な待遇」規定をめぐる論争」同志社法学55巻6号(2004) 129頁以下。
- 5 「公正かつ衡平な待遇」に関する歴史については、Stephen Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice," *BYIL*, Vol.70(1999), pp.102ff. 参照。
- 6 W. Friedmann, "Some Impacts of Social Organization on International Law," *AJIL*, Vol.50(1956), pp.500-502. 参照。
- 7 D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 6th ed.(2004), pp.564-568.
- 8 F.A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments," in *Further Studies in International Law*(1999), p. 238.
- 9 AMERICAN MANUFACTURING & TRADING, INC. v. Republic of ZAIRE, ICSID Case ARB/93/1 (United States/ Zaire BIT), Award, 21 February 1997. なお、仲裁の諸判断については、[http://ita.law.uvic.ca/alphabetical\\_list.htm#top](http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list.htm#top) 参照。
- 10 Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID (NAFTA), case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000.
- 11 S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), First Partial Award, 13 November 2000.
- 12 Pope & Talbot Inc. v Government of America, UNCITRAL (NAFTA), Award on Merits, 10 April 2001.
- 13 1103条は次のように規定する。「各締約国は、投資の設立、取得、拡大、経営、遂行、活動、売却又はその他の処分について、同種の条件で自国の投資家に与えるよりも不利でない待遇を他の締約国の投資家に与える。」
- 14 坂田前掲(注4) 148頁参照。
- 15 <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp> なお、この見解は、1105条とともに、「文書へのアクセス」についての見解も示している。
- 16 The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America. ICSID Case No. ARB(AF)/98/3 (NAFTA), Award on Merits, 26 June 2003.
- 17 Waste Management, Inc. v. United Mexican States (Number 2), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3. (NAFTA), Final Award, 30 April 2004..
- 18 Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 (Spain/ Mexico BIT), Award, 29 May 2003.
- 19 CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL(The Netherlands/ Czech Republic BIT),



Partial Award, 13 September 2001.

- 20 そのほかにNAFTA以外のBITで、「公正かつ衡平な待遇」が問題になったケースとしては、Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467 (US/Ecuador BIT), Final Award, 1 July 2004; MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (Malaysia/Chile BIT), Final Award, 25 May 2004 等がある。
- 21 貿易委員会覚書によって、NAFTA1105条に関する上記の仲裁廷の解釈が覆ったとみるかどうかについては争いがある。NAFTA1105条の「公正かつ衡平な待遇」義務が、一般国際法上の最低基準を指すとも、またそれ以上の基準をさすとも両義的に解釈できるのであれば、当事国がどちらかを選ぶことは解釈に関する事後の合意の成立を意味し、その解釈が正しい解釈となる。他方、「公正かつ衡平な待遇」義務が、Pope and Talbot 事件の仲裁廷が明確に述べたように、一般国際法上の最低基準ではなく、それ以上の義務を意味するものであれば、貿易委員会覚書は条約解釈の範囲を超えている以上、いくら全当事国の宣言だからといってそこに示された解釈が正しい解釈とは言えない (Sir Robert Jennings 意見 <http://naftaclaims.com/.../Loewen%20-%20Notice%20of%20Arbitration%20-%20Jennings%20Opinion%20-%2030-10-98.pdf>)。それでは、条約規定の意味についてすべての当事国が合意しても、それが条約解釈の範囲を超えれば意味はないのであろうか。それが意味を持つとすれば条約規定の改正と考えるほかはない。もちろん条約自体に改正規定はあり、その手続によっていないことは明らかであるが、そのような場合でも、すべての当事国が同意すれば条約の改正と評価できる場合があると考えることもできる。



租税条約の解釈における  
OECDコメントールの意義  
—条約解釈上の位置—

小 寺 彰

# 目次

## I OECDコメントリーの意義

- 1 経緯
- 2 OECDモデル租税条約条文案
- 3 OECDコメントリー

## II 条約の解釈規則

- 1 条約解釈規則とは
- 2 客観的解釈——ウィーン条約31条1項・4項——
- 3 条約文以外の「文脈」——ウィーン条約31条2項・3項——
- 4 条約解釈の補足的な手段

## III 租税条約とOECDコメントリー

- 1 ウィーン条約31条1項・4項に照らしての評価
- 2 ウィーン条約31条2項に照らしての評価
- 3 ウィーン条約31条3項に照らしての評価
- 4 ウィーン条約32条に照らしての評価

むすび

## はじめに

国際的な二重課税の排除を主な目的とする二国間租税条約（以下「租税条約」という）が、現在では網の目のように結ばれて円滑な国際企業活動を支えている。租税条約を作成、また解釈適用するうえで大きな意義が付与されているものに、「OECDモデル租税条約及びコメンタリー（OECD Model Tax Convention and Commentary）」（OECDコメンタリー）がある。呼称から明かなように、OECDコメンタリーは、モデル条約文の部分とその解釈を示すコメンタリーの部分から成る。モデル条約文は、そのままの表現で各国の結ぶ租税条約に採用されるなど、強い影響力を及ぼしている。他方、コメンタリーの部分は、モデル条約中の条文の解釈として記述され、租税条約解釈に際して大きな役割を果たしている。条約文とコメンタリーから成るOECDコメンタリーは（以後は、とくに断らない限り、「OECDコメンタリー」というときは、主にその中のコメンタリー部分をさす）、OECDの租税委員会で作成され、累次改訂されて現在の版に至っている。

わが国の裁判判決のなかには、特段の根拠を示すことなくOECDコメンタリーを引用して、租税条約中の規定の特定の解釈を裏付けるとするものがある（たとえば東京高判平成8年3月28日判時1574号61頁）。また租税法の専門家のなかには、それを指針と呼び、または「租税条約の解釈においても重要な役割を果たしていることは一般的に承認されるであろう」<sup>1</sup>と述べているものもある。

このようにOECDコメンタリーに一定の法的意味を持たせることが広く行われているが、その法的根拠、とくに国際法上の根拠が示されないことが多い。しかし、法的根拠が不明確であれば、具体的な租税条約の解釈においてOECDコメンタリーをどのように扱うか、たとえば絶対的に従わなければならないか、または当事者が別段の意思示さない限り従わなければならないか等は明らかにはならない。

OECDコメンタリーが、それとは形式的には別個に結ばれた、わが国をはじめ各国の租税条約の解釈適用に意味をもつことを国際法上どのように考えればいいのか。とくに最近では、欧米において租税条約を一般国際法に基づいて位置づけようとする研究が現れるなど、国際法をきちんと押さえたうえで租税条約を議論しようという認識が高まっている<sup>2</sup>。言うまでもなく租税条約は国際法上の条約であり、租税条約の解釈に関わる問題

点は、条約法の観点から位置づけなければならず、この点は、OECDコメンタリーの解釈上の位置づけについても当てはまる。

## I OECDコメンタリーの意義

### 1 経緯

OECDでは、1956年に、国際的二重課税問題を効果的に解決するための条約草案を起草するために、税制委員会(Fiscal Committee)を設置した。このようなOECDの動きは、国際経済関係の相互依存関係の増大によって国際的二重課税問題への対応が不可欠になったにもかかわらず、国際的二重課税に対処するための租税条約がほんのわずかしこ締結されていない状況に対応したものだ。このような状況を改善して、租税条約の締結を促進し、かつ既存の二国間租税条約の内容の調和を図る必要が強く認識されたのが、この動きの導因である。

OECD税制委員会は作業を進め、1963年には、OECD閣僚理事会に対して「所得および資本に関する二重課税条約草案 (Draft Double Taxation Convention on Income and Capital)」と題する最終報告を提出し、同閣僚理事会は同年7月30日に国際的二重課税防止に関する勧告を採択し、加盟国に対して、同条約草案に沿った内容の二国間租税条約を新たに締結する乃至既存の条約をそれに沿った形に改正するように求めた。

その後は、税制委員会（1971年以降は租税委員会 (Committee on Fiscal Affairs)）は、一方ではその後の研究の発展に、また他方では新たな状況に対応するために、条約草案の改正作業を続け、1977年に新モデル租税条約 (Model Double Taxation Convention on Income and Capital) に結実した。

1980年代には経済のグローバル化と規制緩和が急速に進展し、それに応じて租税委員会は種々の問題点の検討を続行し、1992年にはルーズリーフ方式のモデル租税条約を刊行した。これは、モデル租税条約の内容をタイムリーに状況の展開に対応させていくためであり、その後、1997年、2000年、2003年に部分的に改訂された新モデル租税条約が刊行されて現在に至っている。

## 2 OECDモデル租税条約条文案

OECDモデル租税条約中の条文案については、たとえば1997年10月23日に採択された理事会決定は、加盟国政府に対して、①新二国間租税条約の締結、②旧租税条約の改訂、または③新条約を締結する際の、コメンタリーによって解釈されるような形でのモデル租税条約への準拠（conform）を、勧告した。つまり、OECD加盟諸国は、条文案が、二国間租税条約において、そのままの形かまたは類似の形のいずれかで採用されることが望ましいと考えている。したがって、OECDモデル租税条約中の条文案の法的効果に即して言えば、それが採用されれば条約として当事国を法的に拘束するが、逆に採用されなければ意味を持たないものである。ただし、コメンタリーについては、このように単純に考えることはできない。

## 3 OECDコメンタリー

OECDモデル租税条約条文案に付属するコメンタリーについては、もう少し複雑な検討が必要である。具体的には、特定の租税条約中の規定が、OECDモデル租税条約条文案中の規定に類似する場合に、モデル租税条約中のコメンタリーが当該租税条約規定を解釈するうえでどのような意味を有するかが問題になる。前記のOECD理事会決定は、コメンタリーについては、上記の2つの事項に引き続く第3の事項として次のように勧告する。

租税当局は、モデル条約の諸条に基づく二国間租税条約の諸規定を適用解釈するときには、時宜に応じて改正される、モデル租税条約の諸条に関するコメンタリーに従うこと<sup>3</sup>。

上記の内容を「勧告する（Recommend）」と表現されていることから明らかなように、OECDコメンタリーがそれ自体としては法的拘束力を持つものではない。コメンタリーの意味については、『OECDモデル租税条約』（OECD Committee on Fiscal affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version, 28 January 2003（2002））は、次のように位置づけている。

29 このコメンタリーは、加盟国政府から租税委員会に派遣された専門家によって起草され合意されたものであり、国際租税法の発展にとってとくに重要なものである。加盟国が署名する条約は、モデル条約とは異なり法的に拘束力を有する国際文書であるが、それにはどのような形式においてであれ本コメンタリーが付属されることは予定されていないにもかかわらず、コメンタリーは、条約の解釈適用、とくに紛争処理についてきわめて有用である。

29.1 加盟国の課税当局は二国間条約の解釈に際して本コメンタリーを参照するのが一般的である。本コメンタリーは、日常的な細かな問題を判断する上で有用であるのみならず、さまざまな規定の背後にある、政策と目的を含むより大きな争点を解決する際にも有用である。税務職員は本コメンタリーに含まれる指針に大きな比重を置いてきた。

29.2 同様に、納税者は事業活動を行い、事業上の取引や投資を行う際に本コメンタリーを広く利用している。本コメンタリーは、課税問題について税務当局からアドバンス・ルーリングを得る手続を定めていない場合には唯一利用可能な解釈の源泉であるために、このような国にはとりわけ重要である。

29.3 二国間租税条約は、司法府の関心をより一層集めつつある。裁判所は、判断に達する課程において本コメンタリーをより一層用いつつある。租税委員会が得た情報によれば、本コメンタリーは、大多数の加盟国の裁判所における公表された裁判例において援用されている。多くの裁判例においては、本コメンタリーは広範に援用・分析されて、裁判官の審理において鍵となる役割をしばしば演じている。租税委員会は、租税条約の全世界的なネットワークの拡大に応じて、また本コメンタリーが一つの重要な解釈資料としてより広く認められるのに対応して、この傾向が続くことを期待している。

30 特定の条項のコメンタリーに示された解釈に同意できないとする加盟国の要求によって、本コメンタリーに関して見解がしばしば付される。したがって、これらの見解は条約文自体には同意できないことを示すものではないが、問題となった条項の特定の規定をこれらの国が適用する方法を示す点で有益である。これらの見解は本コメンタリー上の特定の規定の解釈に関するものである以上、このような見解は、本コメンタリーが諸国の二国間条約に含めることを認めている



代替となる規定または追加的規定の文言を修正したいとの諸国の希望を示すために必要なものではない<sup>4</sup>。

以上の解説の趣旨は、OECDコメンタリーが、OECD加盟国政府が任命した租税の専門家が起案・審議したものであり、租税条約に付属させることは意図されていない。それは、租税条約の解釈適用やそれをめぐる紛争処理に役立つことが期待されており、具体的には、租税条約の日常的な解釈の場面で、当該コメンタリーを参照すれば、種々の規定の背景にある事情が理解できること、また当該コメンタリーが多くの国の裁判判決に実際に採用されているという現状が述べられている。

問題は、この状況を支えるOECDコメンタリーの法的位置付けである。この点に関わるのは30であるが、そこではOECDコメンタリーへの異議を示すことの有用性が説かれているにとどまっており、異議を述べなかった国に対してそれがどのような法的効果を有するかはふれられていない（異議についても、これだけだとその効果は不明）。つまり、上記の解説はOECDコメンタリーの実際の役割・機能を記述するが、このような役割・機能を果たし、また果たすことが期待されることの法的根拠には言及されていない。

条約の解釈には国際法上の規則が存在する。OECDコメンタリーでのそれ自身の位置づけが以上に止まるとすれば、個々の租税条約に対するOECDコメンタリーの効果を特定するための手掛かりは、一般国際法上の条約の解釈規則に求めるほかない。

## II 条約の解釈規則

### 1 条約解釈規則とは

条約法に関するウィーン条約（以下「ウィーン条約」という）には、条約の解釈規則が置かれている。ウィーン条約26条は、「効力を有するすべての条約は、当事国を拘束し、当事国は、これらの条約を誠実に遵守しなければならない。」と規定する。「合意は拘束する（*pacta sunt servanda*）」を条文化したものである。当事国が条約を誠実に遵守するために、条約解釈を誠実に行うことが必要である。ウィーン条約31条はこの点を具体化したものと捉えることができる。

条約解釈は、第一義的には31条によって行い、31条によってでは十分に意味が明らかにならない場合は、第二義的に同32条に依拠して解釈することを指示する。ウィーン条約31条および32条は次のように規定する。

第31条（解釈に関する一般的な規則） 1 条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。

2 条約の解釈上、文脈というときは、条約文（前文及び附属書を含む。）のほかに、次のものを含める。

- (a) 条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意
- (b) 条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であつてこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの

3 文脈とともに、次のものを考慮する。

- (a) 条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意
- (b) 条約の適用につき後に生じた慣行であつて、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの
- (c) 当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則

4 用語は、当事国がこれに特別の意味を与えることを意図していたと認められる場合には、当該特別の意味を有する。

第32条（解釈の補足的な手段） 前条の規定の適用により得られた意味を確認するため又は次の場合における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる。

- (a) 前条の規定による解釈によつては意味があいまい又は不明確である場合
- (b) 前条の規定による解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合

## 2 客観的解釈－ウィーン条約31条1項・4項－

### (1) 基本哲学

ウィーン条約31条1項は、条約規定については、「用語の通常の意味」によって解釈することを要求する。ただし、ここで「通常の意味」と言われているものは、「文脈により」かつ「その趣旨及び目的」に照らして認定されるものである。

この趣旨は、第一には、条約解釈を条約文(text)に即して行うべきことを命じている点である(条約の客観的解釈)。条約解釈については、①条約文に即して解釈すべきだとする立場、②条約交渉で当事国が込めた意味に従って解釈すべきだとする立場、また③条約の目的を重視して解釈すべきだとする立場が従来主張されてきた。ウィーン条約における解釈規則の作成に当たっては、従来から国際司法裁判所及びその前身の常設国際司法裁判所が国際慣習法と認定してきたように、①の立場を基本として、条約を解釈すべきであるとの規則が採用された。

### (2) 政策的解釈の否定

解釈に関してウィーン条約の採用した立場は、政策的な要請を入れて条約を解釈すべきだという考え方を否定したことを意味する。ウィーン条約は、1968年、1969年の両年にわたって開催された国際連合主催の外交会議で審議され、現在の条約正文が最終的に採択されて各国の批准・加入等に開放された。

現行ウィーン条約31条の審議に当たっては、現行31条の原案に対して米国が次のような修正案<sup>5</sup>を提出した。

[米国修正案]

条約は、すべての関係ある要素に照らして文言に与えられる意味を決定するために誠実に解釈する。すべての関係ある要素には、特に次のものを含む。

- (a) 条約の文言
- (b) 条約の目的
- (c) 条約の解釈に関する当事国間の合意
- (d) 条約の締結に関連して一又は二以上の当事国が作成し、かつその条約に関連する文書として他の当事国が受諾した文書

- (e) 一般に当事国間の文言の意味の共通の理解を確立する条約締結後の条約適用上の  
実行
- (f) 条約の準備作業
- (g) 条約の締結の際の事情
- (h) 当事国間に適用される国際法の関係規則
- (i) 当事国が文言に特別の意味を持たせることを意図したときの文言に与えられる特  
別の意味

米国修正案は、条約解釈を様々なものを考慮して政策的に行うべき作業と説いたものである。すなわち、米国修正案は、条約解釈を特定の法規則に当てはめて機械的乃至客観的に行うのではなく、解釈者が対象の条約規定に関係する種々の要素を考慮して政策的に解釈すべきものだということである。このような考え方は、当時の米国では支配的な考え方であったが、他の諸国また多くの学説の採るところではなかった。その結果、米国提案は賛成8、反対66、棄権10という大差で否決され、現行31条が採択された<sup>6</sup>。

この経緯は、ウィーン条約31条が条約を客観的に解釈すべきものと考えたことを示している。ただし、条約を客観的に解釈するとしても、(1)で挙げた①、②、③をどのように位置づけるかという問題は残る。

### (3) 「通常の意味」・「趣旨及び目的」・「文脈」相互の関係

条約を客観的に解釈するということになれば、条約文で使われている用語を重視することは自然の流れであるが、他方、条約の「趣旨及び目的」や「文脈」等にどのようなウエイトを与えればいかは一つの問題である。

ウィーン条約31条は、条約文の「用語の通常の意味」が第1に重視すべきものと捉えながら、他方、「用語の通常の意味」が、「文脈」や「趣旨及び目的」によって影響を受けることを認めた。すなわち、「用語の通常の意味」が、「文脈」や「趣旨及び目的」によって決定されると規定した。この点は、ウィーン条約31条4項にも現れている。31条4項は、当事国が条約文の作成に当たって、用語に特別な意味を込めていれば、「通常の意味」を排して、その「特別の意味」によるべきであると規定した（同4項）。

結局、31条が指示することは、条約解釈は、条約文を全体として捉えて、条約中の個々の規定を条約文に即して理解する、すなわち、条約文以外の要素については、31条2項又

は3項において依拠することが認められているもの以外には第一義的に依拠しないことである。テキスト（条約文）をありのままに理解することが従来の国際慣習法と考えられ、ウィーン条約には、それに沿った規定が作られた。

このような条約解釈規則の前提である考え方は、当事国が遵守を約束した対象は、条約のテキスト（条約文）だということである。条約に拘束されるとの当事国の意思は、あくまでも条約のテキストに対して向けられたものだからである。

ウィーン条約31条1項によって「客観的に」条約解釈を行う場合に考慮されるのは、第1には、条約文であり、条約の準備作業や条約の締結の際の事情等には直ちには依拠することはできない。ただし、条約文以外の事情が完全に考慮の外に置かれるわけではない。この点は後ほど4. でふれることにしたい。

### 3 条約文以外の「文脈」－ウィーン条約31条2項・3項－

ウィーン条約31条2項は、条約文以外に「文脈」として、「(a) 条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」、および「(b) 条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であってこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの」が指示される。

さらに、3項は文脈とともに考慮すべき要素として、「(a) 条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」、「(b) 条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」および「(c) 当事国間の関係において適用される国際法の関連規則」を挙げる。「(c) 当事国間の関係において適用される国際法の関連規則」とは、当事国間に適用される国際法規、すなわち①条約、②国際慣習法、③法の一般原則のいずれかをさす<sup>7</sup>。

ウィーン条約31条3項は、さらに「文脈」と同一視して考慮すべき事項を定める。31条3項(a)は「すべての当事国」間の「合意」である（「すべての当事国」とは書かれていないために、多数国間条約では一部の当事国間の合意をどのように扱うかが解釈上問題になりうるが、租税条約は二国間条約であるために、この点の検討は不要）。また同項(b)も「条約の解釈についての当事国の合意を確立する」慣行を考慮すべきことを規定している。条約の解釈において、慣行を考慮しなければいけないのは、そこに当事国の合意が存在する

からである。つまり、31条3項（a）および（b）は、いずれも、そこに当事国の合意の要素があることが本質的な意味であり、その点では、同条2項で文脈に含まれるとされた（a）および（b）と本質的な要素は同一である。

他方、31条3項（c）は、（a）および（b）とは性格を異にする。（c）の本質は、国際法上の関係規則であって当事国を拘束して適用されるものである。条約解釈に際して、当事国を拘束する他の国際法上の規則を考慮することは、異なる国際法規をできるだけ両立させるように取り扱うべきであるという要請に基づいていると考えることができる。

文脈として、または文脈以外に考慮すべき要素として挙げられるものは、3項（c）の「当事国との関係において適用される国際法の関連規則」を除くと、当事国の合意を中核要素とするものと言うことができ、かつ解釈対象の条約と関係するものである。それに対して、（c）は、条約解釈を真空状態で行うべきではなく、他の国際法規と整合的に解釈すべきであることが、その本質である。したがって、OECDコメンタリーが（a）から（c）のいずれかに当たるとすれば、租税条約上の曖昧な規定はその趣旨に沿う形で解釈するように要請される。

#### 4 条約解釈の補足的な手段

ウィーン条約32条は、条約解釈の「補足的な手段」を規定する。「補足的な手段」は、「規定による解釈によつては意味があいまい又は不明確である場合」、または「規定による解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合」に用いられるものである。その役割を果たすものとして、「条約の準備作業」または「条約の締結の際の事情」が挙げられる。しかし、条約解釈の補足的な手段がそれらに限られないことは、「条約の準備作業」の前に、「特に」（すなわち、including the preparatory work of the treaty）という言葉が入っていることから明らかである（たとえば、当該条約に関係する有力学説も同じ扱いにすることは妨げられない）。

「条約の準備作業」または「条約の締結の際の事情」が何を意味するのか、またそれら以外にどのような補足的手段があるかは明記されていない。もちろん一般には、「条約の準備作業（preparatory work of the treaty）」とは、条約の交渉過程を、また「条約の締結の際の事情（the circumstances of its conclusion）」とは、条約締結をめぐる、条約交渉過程

以外の幅広い背景を意味すると理解される。しかし、「特に」と書かれて、条約解釈の補足手段をこれらに限る趣旨ではない以上、「条約の準備作業」や「条約の締結の際の事情」の意義についてこれ以上議論する必要はない。

このことは、換言すれば、「条約解釈の補足的な手段」の条約解釈における位置付けがきわめて低いことを意味する。このような位置づけになった理由は、条約解釈は条約文等に基づいて客観的に行うべきであるという基本規則の論理的帰結である。

結局のところ、条約解釈とは、外在的な政策をもって行うべき作業ではなく、条約文、当事国間の関係合意、そして当事国に適用されるその他の国際法規が、すべて意味をもつようにすることであり（条約の「実効的解釈（effective interpretation）」の原則ということが古くから良く言われてきたが、それはまさにこのような解釈態度を要求する）、それ以外の事情はここではほとんど意味を持たないのである。

### Ⅲ 租税条約とOECDコメンタリー

OECDコメンタリーを個々の租税条約の解釈に使う場合は、それがウィーン条約のどの規則に基づくかをきちんと理解したうえでなければならない。OECD租税条約コメンタリーは租税条約の解釈について、どのような意味をもつのだろうか。

#### 1 ウィーン条約31条1項・4項に照らしての評価

OECDコメンタリーの内容が条約文（text）の「通常の意味」であれば、何の問題もない。他方、OECDコメンタリー自体を、一般的にウィーン条約31条1項の「特別な意味」に該当するとの見解がある<sup>8</sup>。

租税条約中には通常はOECDコメンタリーへの言及はない。もし谷口教授のように言うためには、租税条約に関連して、OECDコメンタリーの解釈を採用したとの合意を示すことが必要である。この点の証明ができなければ、ウィーン条約31条1項乃至3項の解釈規則によって、OECDコメンタリーの内容の採否を決するほかはない。



## 2 31条2項に照らしての評価

すでに見たように、ウィーン条約31条2項は、「(a)条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」と「(b)条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であつてこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの」が「文脈」に含まれると規定する。OECDコメンタリーが租税条約本文中に言及されていなければ、31条2項に挙げられている、「(a)条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」または「(b)条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であつてこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの」に当たるかどうかの問題となる。

OECD租税条約コメンタリーが個々の租税条約と関連して作成されたものでなければ、(a)ではない(OECDコメンタリーと関連して租税条約が作成されたという逆の関係ではない)。さらにOECDコメンタリーが(b)と言えるのかは、OECDコメンタリーの作成に各国がどのように関与したか、またそれに対してどのように対応したかによって決せられる。つまり、当事国間において特定の租税条約の解釈との関係で、OECDコメンタリーを採用したと認定できるかどうかのポイントである。

OECDコメンタリーの作成に関与し、異議を表明する機会も与えられているOECD加盟国の間では、OECDコメンタリーを「関係合意」または「関係文書」とする意思があったと立証することは比較的容易かもしれない。ただし、この場合でも、一般的にコメンタリーの内容に賛成するというだけでは足りず、租税条約、できれば個々の租税条約の解釈に即して、OECDコメンタリーの内容を採用する意思の証明が必要であろう。この点は、OECD非加盟国の場合も基本的には同様である。OECDの非加盟国であるから、(b)には当てはまらないと単純に言えるわけではない。OECD加盟国間の場合、OECD租税条約コメンタリーを「関係合意」または「関係文書」とする意思があったと立証することは、OECD非加盟国を一方または双方の当事国とする場合よりも容易だと言えるにとどまる。



### 3 ウィーン条約31条3項に照らしての評価

ウィーン条約31条3項に照らしての評価も、OECDコメンタリーが(a)乃至(c)に当たりうるかどうかによって決せられる。

#### (1) a号該当性

「(a) 条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」とは、租税条約の解釈適用についてなされた租税条約当事国間の合意を指し、特別な形式は要しない。したがって、租税条約に関連して、OECDコメンタリーについて租税条約当事国間にこのような合意があるかどうかの問題となる。

両国間にこの合意があると言うためには、当事国がOECDコメンタリーの意義を一般的に高く評価するだけでは足りず、租税条約の解釈適用との関係でOECDコメンタリーの採用を、一般的に、または個別の条約に関して合意することが必要である。租税条約の解釈適用が当事国間の条約上の相互協議の主題となることがあるが、相互協議の場で合意が成立すれば、それは「(a) 条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」の典型的なものと言える。

#### (2) b号該当性

(b) は、特定の当事国が作成した文書であるが、作成した当事国以外の当事国が条約の関係文書であることを認める、すなわち文書の内容に「同意」したものであり、明らかにそこには当事国の「合意」の要素が存在することが必要である。

「(b) 条約の適用につき後に生じた慣行であつて、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」とは、慣行、具体的には一方当事国の行為があつて、それを他の当事国が黙認する等、それに同意したと捉えることができる行為があれば、ここに当事国間の了解を見出すことができると言える。一方当事国が租税条約の解釈適用として行い相手国政府が黙っていたとしても、前者の国の行為を後者の国が知らなかった場合には、両者の間に了解を見出すことはできない。

(a) の場合も、また(b) の場合も、以上の条件さえ満たせば、OECDコメンタリーが対象である租税条約の署名前に作成されたものであつても、また署名後に作成されたも

のであっても関係はなく、考慮しなければならない。

### (3) c号該当性

(c)は、「当事国間の関係において適用される国際法の関連規則」を考慮することを求める。しかし、OECD租税条約コメンタリーは、租税条約において適用されるべき国際法上の規則でない。国際法上の規則であると言うためには、OECDコメンタリーの内容が国際慣習法または法の一般原則であることを示す必要がある。

国際慣習法というためには、①国家の慣行と②諸国の法的確信 (opinio juris) が必要であろうが、OECDコメンタリーを、国際慣習法規であると主張する見解は、筆者の知る範囲ではない。OECDコメンタリーが、諸国間で租税条約の締結を前提にして、その共通解釈基準となることが目指されていることに相違はないが、そのことと、OECDコメンタリーが国際慣習法であるとすることは別である。

コメンタリーの内容が、国内法の共通原則および法秩序内在原則を意味する、「法の一般原則」と言えないことは、とくに議論するまでもないであろう。租税の国際的側面に関する租税実体法の内容が、そもそも法秩序に内在する原則であると言えないことは当然であろう。また国内法の共通原則として拘束力を得るためには、当該法規範が各国で等しく採用されていることの立証が必要であるが、それは不可能であろう。

## 4 ウィーン条約32条に照らしての評価

OECDコメンタリーがウィーン条約31条のいずれにも該当しない場合には、条約解釈の補足的な手段であるとするのがせいぜいの所であろう。OECD加盟国間の二国間租税条約に関しては、OECDコメンタリーを当事国間合意にまでは至らない「準合意」乃至、当事国間で適用される国際法規にまでは至らない「準国際法規」として、租税条約の解釈の補足的な手段としての位置を占めるものと捉えられることがあるが<sup>9</sup>、「準合意」乃至「準国際法規」というのは、むしろ誤解を生む表現である。「準合意」乃至「準国際法規」ということが、ウィーン条約31条3項(c)の「国際法の関係規則」を意味もなく彷彿とさせるからである。OECDコメンタリーは、OECD加盟国の租税専門家の一致した見解程度に考えた方がよい。

ウィーン条約32条は、条約解釈の補足的な手段に含まれるものを例示するにとどめ、その全容を示していない。たとえば、特定の条約規定の解釈に関する有力学説はウィーン条約には言及されていないが、条約解釈において依拠することが一切否定されているわけではなく、条約解釈の補足手段として依拠することは認められる。OECD加盟国の租税専門家の一致した見解なら当然、条約解釈の補足手段になりうる。

しかし、「条約の準備作業」または「条約の締結の際の事情」は、条約解釈の補足的な手段としてであれば無条件に依拠できるが、有力学説またはOECD加盟国の租税専門家の一致した見解ということであれば、なぜそれを条約解釈の補足手段とするかの実質的な説明が必要となろう。その点が、明示的に条約解釈の補足手段として位置づけられているものとそうでないものの違いである。なお、OECDコメントリーを「条約締結の際の事情」と捉えられる場合もありうるかもしれない。この場合は、なぜそれを「条約締結の際の事情」と考えることができるかを示す必要がある。

改めて断るまでもないが、以上の立証を経て、OECDコメントリーを条約解釈の補足手段として位置づけられても、それは、ウィーン条約31条に規定される条約解釈の主要な手段によって十分な条約解釈がなされない場合、つまり「意味があいまい又は不明確である場合」または「明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合」に意味をもつにすぎない。

## むすび

租税条約の解釈においてOECDコメントリーをウィーン条約31条の言う「文脈」ないし「文脈」と同様に考慮すべきものと位置づけるためには、①租税条約の条項の用語の通常の意味がOECDコメントリーに示されていることを立証するか、②一般的にではなく、租税条約との関係でOECDコメントリーの採用する解釈を採用する旨を、租税条約当事国間で何らかの形で合意したという事実を示す必要がある（国際慣習法または法の一般原則ということはない）。以上の条件を満たすことができなければ、条約文等の条約解釈の主要な手段によってでは、「意味があいまい又は不明確である場合」または「明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合」に限って、条約解釈の補助手段として用い

ることができる。ただし、OECDコメンタリーは、無条件では、「条約の準備作業」または「条約の締結の際の事情」には当たらない以上、条約解釈の補助手段として用いるためには、その根拠を示さなければならない。

このように、OECDコメンタリーの租税条約解釈上の意味は、状況に応じて異なり一律ではない。

[注]

- 1 谷口勢津夫『租税条約論』（清文社、1999）16頁
- 2 代表的なものとしては、Frank Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law* (IBFD, 2004)
- 3 OECD, *Recommendation of the Council concerning the Model Tax Convention on Income and Capital*(23 October 1997)
- 4 OECD Committee on Fiscal Affairs, *Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version*, 28 January 2003(OECD, 2002),pp14-15
- 5 United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second sessions, Vienna, 26 March-24 May 1968 and 9 April-22 May, 1969, Official Records : Documents of the Conference, pp. 148-149.
- 6 United Nations Conference on the Law of Treaties, First sessions, Vienna, 26 March-24 May 1968, Official Records : pp.184-185.
- 7 Ian Brownlie, *Public International Law*, Sixth ed.(Oxford University Press, 2003), pp.4-5.
- 8 谷口前掲書16-18頁参照。
- 9 木村弘之亮『国際税法』（成文堂、2000）760頁。



国内法の「域外適用」と国際法  
—国際法規制の構造とその限界—

小 寺 彰

# 目次

はじめに

## I 国内法の「域外適用」とは

- 1 管轄権とは
- 2 国家管轄権の分類

## II 基本視座

- 1 問題状況
- 2 国内法の適用と私法関係

## III 一般原則

- 1 ロチェス号事件——管轄権に関する国際法規制の構造・「力」の行使禁止——
- 2 不干涉原則
- 3 統治における合理性——公正均衡待遇——
- 4 その他の規制要素

## IV 国内法適用の競合

- 1 国際的調整
- 2 国内的調整

むすび

- 1 国内法適用の競合と国際法による規制
- 2 「域外適用」概念の不要性



## はじめに

20世紀後半、競争法や輸出管理法の分野で、国内法の「域外適用」が国際的に大きな問題になり、それに反対する欧州諸国や日本の主張の根拠は国際法だった。21世紀の現在、かつて米国競争法の「域外適用」に強く反対した欧州諸国や日本も自らの競争法の「域外適用」を行っているばかりか、鉄鉱石・石炭メーカーであるオーストラリア・イギリス系企業BHPビリトン<sup>(1)</sup>によるRio Tinto買収が2007年に提案されると、わが国では独禁法の適用が真剣に検討され、公正取引委員会の積極的な対応を促す声すら産業界から出るような状況になった。人やモノまたは財が、国境をまたいで縦横無尽に移動する現在、国内法の適用を厳しく領域内に限定したのでは、当該国内法の目的自体の実現が難しくなった。

それでは20世紀に欧州諸国や日本が競争法の「域外適用」反対の根拠とした国際法とは何だったのか。また国際法はこの問題に十分対処できているのか。

## I 国内法の「域外適用」とは

### 1 管轄権とは

渉外的要素をもつ事案への国内法の適用は、グローバル化した今日では不可避であるが、「域外適用」については、特に定義することなく用いられたり、特定の法分野、たとえば競争法（独禁法）に即して、「外国で行われた行為への適用」等と定義されることが多い<sup>(2)</sup>。とくに定義がない場合は論外としても、競争法に関する問題設定が他の法分野についても妥当するかどうか、また妥当するとしても、それが「域外適用」として特別に問題にすべきことかどうか。渉外的要素がある場合の国内法の適用をすべて「域外適用」とよべば、非常に広い範囲の国内法適用が「域外適用」に当たることになる。そこで、本稿では、まずは「域外適用」という概念を使わず、国内法の適用問題一般を、国際法の観点から検討し、その検討を通じて適当な場合には「域外適用」の定義を導出することにした。

国内法の適用はいうまでもなく国家の統治（主権）作用の一つである。国内法の定立や

適用、さらに執行に関する統治作用は、国際法上は「管轄権」という概念によって記述される。本稿で問題にするのは、このうちの国際法の定立・執行に関する管轄権であり、通常は「規律管轄権 (prescriptive jurisdiction)」または「立法管轄権 (legislative jurisdiction)」とよばれ、また裁判に関する権限は「裁判管轄権」と、また執行に関する権限は「執行管轄権」とよばれる。国内法の適用問題は、管轄権の語を使えば、「規律管轄権」のレベルの問題である。

言うまでもなく「管轄権」という概念は多義的であり、他の場面でも使われてきた。もっともよく使われているのは、裁判所の権限を表す場合であり、「国内裁判所で提起された事件について管轄権がなければ裁判所は却下の判決を下す」という形で使われる。この場合の管轄権は裁判所の権限を意味し、国際法によって範囲づけられることもあるが（裁判管轄権）、おもに問題になるのは、国内法上裁判所が審理する権限をもつかどうかという点である。この例が示すように、「管轄権」は国際法上の概念であるほかに国内法上の概念でもあり（両者の関係については後述）、また場面によって使われる意味は異なる。本稿で「管轄権」という場合は、国家による法の適用または執行の意味である。

## 2 国家管轄権の分類

国際社会において主権国家は、それぞれの領土内に排他的な統治権を及ぼし、他の国家や団体は、当該領域国の同意なしにその領域に統治権を行使できない。これは、「主権平等原則」の意味のうちの基本的なものの一つである。したがって、管轄権行使が国家の統治権行使に該当すれば、他国領域内に対して管轄権を行使できない。執行管轄権に該当する国家の措置は、容疑者の逮捕等の物理的な有形力の行使等の形態をとり、国家権力の現実の発動を意味するために、他国領域内で執行管轄権は行使できない。執行管轄権に関する国際法上の問題は、特定の国家の措置が「執行管轄権」行使に当たるか否かという点にあり、他国領域内の人や物に対して執行管轄権を行使することは、当該国の同意がなければ許されないとする点では異論はない。

他方、規律管轄権や裁判管轄権は、それほど直裁には議論できない。規律管轄権や裁判管轄権は、他国領域内に係わる事案であっても、他国において物理的な有形力の行使に相当するような措置が実際にとられることはなく、ともに裁判所において判断が示されるか

どうかに関わるにすぎないためである。規律管轄権も、また裁判管轄権も、裁判所が対象事案を判断できるかどうかに関わり、ただ、それを評価する際の角度が違うにすぎないからである。つまり、規律管轄権の場合は、法規範が及んでいるかどうかであり、また裁判管轄権の場合は、規律管轄権があることを前提にして、裁判権を及ぼすことができる事案かどうかの問題となる。したがって、規律管轄権や裁判管轄権については、果たしてそれが他国の領域主権を侵すと言えるかどうかは自明でなく、この点が、実際に国家権力が行使される執行管轄権と決定的に異なる。

このことを前提にして、以下では「規律管轄権」と表現される、国内法の適用について、その国際法上の規律を検討しよう。

## II 基本視座

### 1 問題状況

国内法の適用範囲が国際法上問題になったのはまずは刑法であり、それは戦間期だった。刑法は国家と私人の間を規律する「公法」であり、国家の権力行使との連関性が直接的な法分野である。戦間期に起こった常設国際司法裁判所「ロチュス号事件」<sup>(3)</sup>では、まさに刑法分野の規律管轄権の所在が問題となった。

「ロチュス号事件」では、トルコ船舶に衝突した加害船のフランス船舶がトルコ・コンスタンティノーブルに入港し、船長および船員が現地の裁判所に起訴されたために、フランスはこのトルコの措置を争い、常設国際司法裁判所（PCIJ）に提訴した。公海上のフランス船舶内で行われた行為について、被害船舶の登録国であるトルコが刑事管轄権を及ぼせるかどうか争点であった。もしトルコ刑法を事件に適用できれば、容疑者がトルコ国内にいるために裁判管轄権または執行管轄権の観点からは問題にならない。結論としてPCIJは、トルコの措置が違法であるとのフランスの主張を退けた。この判決はその後、規律管轄権（すなわち国内法の適用）、さらには管轄権一般を国際法上議論する際のリーディング・ケースとなった。

第2次大戦後は、競争法分野において国内法の適用範囲が頻繁に問題になった。米国で

は、米国外で行われる反競争的行為に関して政府が企業を提訴するのみならず、私人が企業を提訴して私人間の訴訟で問題化した。これが米国競争法の「域外適用」問題である。政府対企業の訴訟はともかく私人間の紛争についても、法廷地法である米国競争法を適用することの国際法上の是非が問題化した。

元来私人間の民事紛争は国際私法によって適用法規が決定され、それに基づいて判断されてきた。たしかに競争法に関する私人間の事件は、私人間の損害賠償に関するものであるが、純粹の民事事件ではなく、直接的に国家の政策に係わる点に顕著な違いがある。しかも「域外適用」とよばれた競争法に関する案件に関する米国裁判所の判断が国際的に大きな議論を呼んだのは、米国ではカルテル行為が競争法上違法とされるが、他方、対象行為を行った企業の所在国ではカルテル行為が違法と評価されず、場合によっては企業所在地国において当該カルテルが政策的に正当なまたは許されると評価されたからである。スイスの時計メーカーのカルテルが問題になった「スイス時計事件」<sup>(4)</sup>は米国司法省の提訴に関わる事件であるが、スイス政府が時計産業保護のためにカルテルを援助していた。このように米国と当該国の間で政策が衝突していたために問題化したのである。最近では、ハードコアカルテルを違法とする国が世界中に広がっているが、この状況は1990年代後半以降のものである。政府が企業を訴追する場合はともかく私人間の紛争については、私人間紛争であることと国内法の適用範囲が国際的に問題化することをどのように考えればいいのか。

20世紀の後半になって、国内法の「域外適用」として問題になったのは米国の輸出管理法に関する「シベリア・パイプライン事件」である<sup>(5)</sup>。1979年のソ連（当時）のアフガニスタン侵攻以来、東西冷戦が先鋭化し米国はソ連に対して強硬な政策をとったが、それに対して英仏等の西欧諸国は宥和政策をとり、ソ連経済を西側経済に依存させることによって政策変更を図ろうとした。ソ連の天然ガスをパイプラインによって西欧に送るという「シベリア・パイプラインプロジェクト」は西欧諸国の宥和政策の一環として採用され、西欧諸国からソ連に対してそのための機材や技術を提供することになっていた。ところが1981年12月にソ連がポーランドの「連帯」の活動を突如弾圧したために、米国政府は自国外からのソ連へのパイプライン輸出も禁止し、1982年に入ってこの問題をめぐる米国と西欧諸国の関係は鋭い対立に発展した。輸出管理法の「域外適用」が問題になった「シベリア・パイプライン事件」では、競争法事件で見られた国家間の政策対立がより鮮明な形で

現れた。

このように「域外適用」とよばれた事案では、ある国の国内法の適用が他国に一定の影響を与え、場合によっては国際紛争に発展した。国際紛争にまで発展すれば、それに関する国際法上の評価が問題になる。たとえば、X国国内法をY国に關係する事件に適用する場合は、Aという要件を満たす必要がある等々。従来国内法の「域外適用」とよばれた国内法の適用事案は、このような形で国際法と關係すると考えられた。

## 2 国内法の適用と私法關係

米国の競争法の事件は私人間の紛争のものも多く、その適用法規は一見国際私法によって処理される問題のように思われる。国際私法によって規律される国内法選択の問題と国際法の規制に関する問題はどのように關係するのか。

この問題は国際法の観点からは自明である。「国際私法」さらに広く「牴触法」とよばれる国内法の適用に関する法規範は、国内法である<sup>(6)</sup>。日本の裁判所において、渉外事案について適用法を決定するのは「法の適用に関する通則法」(通則法)等である。しかし、通則法は日本の国会で制定したものであり、制定に当たって外国の立法例も参考になっているが、それはあくまで立法に際して参考にしただけであって国際法を規定する意図はない。当然諸外国の同種の牴触法の内容とは異なる点がある。

国内法は、各国の政策によって決まる以上、国毎に異なる内容をもつ。国際法の観点から国内法を評価すると、国際法に反する国内法は効力を失わないが、国際法違反の国内法に基づく当該国の措置は、違法乃至他国に対抗力がないと評価される。つまり国内法に基づく措置で他国に対して適法性がある、または対抗力があると主張するためには、措置の根拠となった国内法が、国際法に反していない、場合によっては国際法上の根拠があることが必要である。

もちろん、国際法違反の国内法に関する国内法上の評価はまったく別である。そもそも国際法が国内法上は法規範でない、または法規範であっても制定法に劣位する国があることから分かるように、国際法に反する国内法であっても国内法上はそのまま有効と評価され、無効とされない国も多数ある。日本のように、条約であるか国際慣習法であるかを問わず、国際法が憲法には劣位するが法律には優位するというように、憲法が国際法に高い

効力順位を与える国では、法律以下の法令が日本を拘束する国際法に違反する場合はその適用は許されず、適用すれば違法と評価される。しかし国際法に反する国内法規範の、国内法上の効力は様々であり、後述するように日本のような取り扱いをしない国も多い。

以上の全体的議論を前提にすれば、通則法等の抵触法規範に基づく法適用が、その国内法上の効力とは別に、国際法上違法と評価されることは十分ありえ、国際法上違法と評価される場合には当該法適用を行った国は国際法上責任を問われると考えられる。またわが国のように国際慣習法優位の憲法体制をとる国では、国内法上も、国際慣習法が許容する範囲内でしか通則法等の抵触法の適用は認められない。国際慣習法の国内法源性は各国とも認めているが、日本以外ではおおむね制定法に劣位する効力しか認められないために（条約には連邦法と同一の効力順位を認める米国や、条約とは異なり国際慣習法の国内法源性を認める英国においてもそうである）、国際慣習法に反する抵触法規範の効力が国内法上許されないとする国は日本以外にはないようである<sup>(7)</sup>。

従来は抵触法の対象領域と考えられてきた私人間の裁判においても、国際法を直接に適用して、国際法上の違法性やその対抗力を問うことは十分に可能であり、石黒一憲が国際法を抵触法の一つと位置づけるのは十分理由のあることである<sup>(8)</sup>。抵触法を含めて、国際法と国内法は以上のような関係に立つことを頭に入れておく必要がある。

### Ⅲ 一般原則

国際法上、国内法の適用範囲は、租税法—租税分野では各国租税法の適用範囲を画する国際租税条約が数多く締結されている—や、年金分野—年金分野では最近二国間の社会保障協定が締結されている—等<sup>(9)</sup>以外では、条約ではなく依然として国際慣習法の規律に服しており、また条約による規律が及んでいる分野についても、条約に規定されていない事項については国際慣習法の規律に服する。そこで「ロチュス号事件」判決をとっかかりとして、国内法の適用に関する国際慣習法規範の内容を探ることにしよう。

# 1 ロチュス号事件——管轄権に関する国際法規制の 構造・「力」の行使禁止——

## (1) 骨子

ロチュス号事件では、トルコによるフランス人船長および船員の訴追、すなわち彼らに対するトルコ刑法の適用が国際法の原則に反するか否か、そして反する場合にはその賠償金額の算定いかんが裁判所に提起された。裁判所に問われたのは、公海上におけるトルコ船舶との衝突事件に関する刑事責任である。PCIJは、第1の問題を、トルコによる訴追が国際法の原則に反するかどうかと再定式化した。そのうえで、まず国際法の性質から議論を始める（以下は該当箇所の要約）。

国際法が国家の自由意思に基づく以上、独立国家に対する制限は推定することはできない。国際法が国家に課す基本的でもっとも重要な制限は、逆の意味の許容規則がない限り、他国の領土においていかなる形態であれ「力 (power)」<sup>(10)</sup> を行使してはいけないということである。それゆえに管轄権は領域的なものであり、許容規則がなければその領域外で行使できない。しかし、このことは自己の領域で外国で行われた行為についての管轄権行使を禁止することではなく、それは、禁止規則によって制限されない限り、広範囲の裁量に委ねられている。そこで国家について要求できることは、国際法が国家管轄権に設定する限界を乗り越えるべきではないということである。その範囲内では、管轄権行使の権原は主権に存する。このような考え方は、民事事件でも刑事事件でも当てはまる。

以上の議論は、最後に「民事事件でも刑事事件でも当てはまる」とあるように、国内法の適用一般についての言明である。以上の箇所に続けて判決は刑事管轄権に関する検討に移る。

刑法については刑法の領域性の原則 (principle of the territorial character of criminal law) が基本であるが、諸国の実行に照らすと、それが国際法の絶対的原則ではなく、領域主権と符合するものではない。そこで二つの立場がある。一つは、自由の原則によって制限がない以上自由に規律できるとするものであり、またもう一つは、特別の許容規則がない限り国家が国境を越えて刑事管轄権を拡張できないとするものである。

この後、両方の立場について検討し、いずれに立ってもトルコの刑事管轄権行使、すなわち刑法の適用が国際法の原則に抵触しないと結論に達した。



## (2) 分析

ロチュス号事件判決で重要な点は、管轄権一般に関する法原則と個別法分野に即した法原則が分けられることである。いうまでもなく、後者は前者の特則である。法適用について、「領域性」が強調されるが、ロチュス号事件では、それがあくまで刑法上の原則と位置づけられている点に注意しておく必要がある。

本稿でおもに問題にしなければいけないのは、まずは刑法の議論に移る前の管轄権一般の議論である。これは公法分野に限られるとか刑事法分野に限られるとかいうのではなく、あらゆる国内法分野に当てはまるものとして定式化された。

管轄権一般について、裁判所は個別的な実行の集積から管轄権に関する国際法原則を抽出するのではなく、主権国家体制の性質から管轄権に関する法原則を抽出している点に特色があり、この理解に異論はなかろう。もちろん、このテーゼが現在あらゆる局面で妥当するとは言えないかもしれない。現代において上記のテーゼが妥当しないとすれば、一つは主権国家体制が変容したこと、また一つは上記法原則を修正する国際慣習法規が出現したことに起因すると考えることができる。前者については、多数国間条約体制が成立した国家間では、あるいは「独立国家に対する制限は推定することはできない」とは言えない場合もあろう。ヨーロッパ共同体（連合）（EC）加盟国におけるEC事項については、ECの超国家性ゆえに当然当てはまらないとしても、ヨーロッパ人権条約加盟国間における人権事項などの場合にも妥当しないと言えるかどうかは、興味深い論点である。しかし、そのような特殊な場合ではなく当時と同じように主権が相互に認められる状況では、上記テーゼがそのまま妥当すると考えて差し支えなかろう。また後者の国際慣習法については、PCIJも、上記判断を受けて、事件で争われた刑法についてより詳細な検討を行っていることから窺われるように、分野に応じては新たな国際慣習法が成立している可能性があることは否定できない。要するに、特別な多数国間条約体制下にはない競争法や輸出管理法の適用を考える際の一般的枠組としては、上記のロチュス号事件判決の言明は今なお妥当性をもつと言える。

具体的に重要な点は、管轄権行使の領域性を「力」の行使との関係で捉えて、相互の主権独立を根拠に、規則によって禁止されないかぎり国内法の適用は許されることである。言い換えると、他国領土における「力」の行使に当たれば、国内法の適用は禁じられるのであり、さらにそのコローリーとして「力」の行使以外についても禁止規範が想定



できるのである。「力」の行使のうちで代表的なものは、警察官による容疑者の逮捕などの物理的な有形力の行使である。他国領土内で「力」の行使は許されないために、他国領土内での執行管轄権行使は禁止される。しかし、いうまでも執行管轄権行使が管轄権に関する「力」の行使の言い換えではなく、後者は前者を含む概念である。当然、国内法の適用であっても、他国領土内での「力」の行使に該当するものがあると考えることができ、その場合は、国内法の適用は国際法に反することになる。

それでは、他国領土内での「力」の行使以外に、どのような禁止規範を考えることができるか。いくつか代表的なものを挙げてみよう。

## 2 不干涉原則

管轄権行使を制限する国際法規範として、まず不干涉原則を挙げることができる。干涉とは、「他国に対して特定の行為をとらせるために行う、他国の対内または対外事項に対する強制的または命令的関与 (interference)」<sup>(11)</sup> のことをいう。各国は、主権のコロラリーとして、政治体制、経済体制、また外交政策等を自由に決定できる。干涉とは、これら国家が自由に決定する事項を他国が強制することをいう。武力による威嚇または武力行使による強制が代表的なものであるが、それ以外の方法によるものであっても、特定目的を実現するために「強制的」または「命令的」と性格づけられるような措置をとると「干涉」に当たる。管轄権論に即してロチュス号事件判決の述べた、「力」の行使は、領土内での物理的な有形力の行使がその典型であるが—それゆえに執行管轄権を外国で行使することは禁止される—、それ以外にも物理的な有形力の行使に匹敵する措置はそれに該当しよう。他方、不干涉原則でいう「干涉」には、対象国の領域内で「力」を行使する場合も含まれるが—武力侵攻はその例—、干涉国の措置が対象国の領土内で行われる必要はなく、またそれが物理的な有形力等の「力」の行使に該当する必要もない。既述の「シベリア・パイプライン事件」で米国が行った行為は不干涉原則に反すると解されることが多い。

他国領土内での力の行使を本質とする、「力」の行使禁止規範と不干涉原則は、ある行為が双方に当てはまり双方の原則に違反することもあるが、いずれかにしか違反しない場合もありうるものであり、両者の内容は異なる。

### 3 統治における合理性——公正衡平待遇——

#### (1) 一般的意義

国家の統治権は、外国人に対して「公正かつ衡平に (fair and equitable) 行使されなければならない」(公正衡平待遇義務) というのが、国際慣習法の原則である。これは、外国人に対する待遇に係わる義務であり、最近では投資協定との関係で注目されているが<sup>(12)</sup>、そもそもこれが国際慣習法上の原則であることに異論はなく、投資協定仲裁において争われたのは、投資協定に規定された場合に、それが国際慣習法上の基準を上回るものかどうかという点であった。

諸国の間には経済レベルや社会レベルに差があり、外国人に対して途上国においても先進国と同等の処遇を与えなければいけないという原則はない(この点はかつては国際標準主義として欧米列強によって唱えられたが現在では否定されている)。しかし、途上国であっても、当該国のレベルに即した、一定水準の措置をとる義務を負う。これが公正衡平待遇義務である。また公正衡平待遇義務が外国人に対する待遇についてのものであっても、少なくとも形式的には当該義務の権利者は、対象外国人の本国であるため、公正衡平待遇義務違反かどうかは、当該本国と統治国の関係の問題となる。

ここで外国人に与える「一定水準」とは何を意味するか。概括的に言えば、国は不合理な措置をとってはいけないということである。「合理的」であるというのは、対象措置がそれがなされる状況との関係で正当(又は少なくとも普通)と評価されることを意味する。したがって、「不合理」な措置とは、具体的には、「恣意的」、「差別的」、「不透明な」と形容できるような措置を意味し、国がその性質をもつと判断されるような措置を外国人に対してとることは許されない。

国内裁判所による国内法の適用は、国家の統治権行使の一作用である。したがって、統治権行使に関する公正衡平待遇義務は国内法の適用についても及ぶものであり、「力」の行使禁止や不干涉原則とは異なる観点にたつ法原則である。

#### (2) 具体的法分野における公正衡平待遇義務

具体的な法分野について、公正衡平待遇義務を敷衍してみよう。まず刑法に関して言えば、かねてから領土を連結点とする「領域主義」、国籍を連結点とする「国籍主義」、国家

の重要法益を連結点とする「保護主義」や犯罪の国際公益侵害を連結点とする「普遍主義」によって、犯罪類型ごとに適用範囲が決定されてきた。このような統一的な原則によって刑法を適用していれば、刑法の適用において合理性は確保されていると言える。他方、それ以外の連結点を使う場合、または連結点を使わない場合には、個々の状況との関係で刑法適用の合理性の有無が判断され、合理的でないとされれば国際法上違法と考えられる。

Fitzmauriceは、国際司法裁判所「バルセロナトラクション事件」判決の個別意見<sup>(13)</sup>において破産宣告（破産法の適用）について興味深い指摘を行った。問題にされたのは、カナダ・スペイン二重国籍会社の破産宣告をスペイン裁判所が行ったことである。Fitzmauriceはそれに対して、破産原因たる当該企業の社債利息の支払遅延がスペイン国外でポンド建てで販売された社債についてであって、そもそも社債権者にはスペイン人にはほとんどおらず（スペイン人の社債権者はバルセロナトラクション会社の破産を申し立てるために社債を取得した者であった）、またスペインで破産宣告をしても財産配分を期待することはできなかつたとして（破産制度の目的違背）、スペイン裁判所の破産宣告が「正当な、または少なくとも通常の管轄権」の範囲を越えており、他国管轄権を侵害すると分析した<sup>(14)</sup>。この意見は、スペイン裁判所による破産法の適用が正当でない、つまり合理的ではなく、違法と評価されると判断したのである。

このように国内法の適用が非合理的な場合は国際法上違法と判断されるのであり、合理性の基準は、Fitzmauriceの立論が示すように分野に応じて当然異なる。刑法では、連結点が有力な判断基準の一つであり、破産法では、法目的との適合性が判断基準の一つだということが分かる。

#### 4 その他の規制要素

以上は国内法の適用一般に関するものである。ロチュス号事件判決が示したように、国内法の適用一般に関する国際法の規制枠組を前提にして、分野固有の国際法上の規制が、国際慣習法によるものとして存在する。ロチュス号事件では、一般的な国内法適用に関する検討に引き続いて、刑法分野における領域主義の意味が分析された。このように、問題になっている国内法の適用が、外国領域内での「力」の不行使義務、不干渉義務、公正衡平待遇義務など国内法の適用一般における禁止原則に抵触しないとすると、当該国内法の

属する分野、具体的には競争法や租税法等の分野に即して禁止規範があるかどうかを検討しなければならない。ただし、現在までのところ、競争法や租税法に即して、国際慣習法上の禁止規範が成立しているという学説を承知していない。

## IV 国内法適用の競合

### 1 国際的調整

#### (1) 問題の所在

国際法上の原則によって各国国内法の適用範囲が限定されるとしても、一つの事象について、二以上の国家の国内法が正当に適用されるという状況は想定される。刑法の例が分かりやすい。わが国の刑法では殺人罪は国籍を連結点として、外国で日本人が殺人を行った場合にも適用されるが、日本人が外国で殺人を犯した場合、通常は現地刑法も適用される。ここで日本刑法と現地刑法の適用が競合しており、いずれも正当な管轄権行使と考えられる。また行為者所在地国と結果発生地国が異なる場合は、両国ともに属地主義によって刑法を適用することができる。A国に所在するXが国境を跨いでB国に所在するYを銃撃して殺害するという事例は、A、B両国がともに属地主義によって正当に刑法が適用されるという教科書事例である。このような場合は、自然人が容疑者であるために、二国の国内法が競合しても実際に裁判所に起訴されて受刑するのは、容疑者が現に所在する国になり、他国は容疑者が自国に来るまでは実際の訴追手続をとることはまずない。つまり、執行措置をとることができるかどうかによって実際に管轄権を行使できる国は決まる。そのため国内法の適用が競合しても、実際上の不都合は起こらない。他方、受範者が企業の場合は事情は異なる。企業は2カ国以上に事務所をもつことができるために、一つの行為・事象について、同時に2カ国以上の国内法が適用され、またそれぞれを別々に執行することが可能である。

国内法の競合適用について、もう一つ留意すべき点はそれが目指す政策の問題である。刑法の場合、とくに殺人罪のように世界的に広く犯罪とされる場合は、どの国の刑法が適用されて実際に刑が執行されるかはあまり問題にならない。問題になるのは、A、B両国

の国内法が適用される事象について、A、B両国法の背景にある政策が異なる場合である。第2次大戦後問題になったケースでは、カルテルを禁止する米国法が一方で適用され、他方でカルテルを許容する英国法が適用されるような場面である。

以上のように考えると、受範者が企業で、複数国で適用が競合する法が各々実現を目指す政策が異なる場合に、国際紛争が起こることが分かる。つまり国内法適用の競合が重要問題として浮かび上がる局面である。政策上の相違と受範者が企業である点で、前述の輸出取引法も競争法と同様に国内法の適用の競合から国際紛争が発生する可能性が高い分野であることが分かる。

特定国の国内法の適用がⅢに挙げた国際法の諸原則に反するときは、その国の国内法の適用は対抗力を持たず、その結果損害が発生した場合は、当該法適用措置は違法と判断される。1982年の「シベリア・パイプライン事件」における米国法の適用は違法と言える<sup>(45)</sup>。しかし、問題はいずれの国の国内法適用も国際法に反することなく正当な場合である。

## (2) 調整の在り方

複数の関係国国内法の適用が正当な場合は、残念ながらそれを処理する国際法規範は存在しない。法適用の是非を判断する際には、一般国際法ではなく、個々の事情によって、たとえば紛争当事国の一が他国の法適用を甘受する旨を事前に述べていれば「禁反言 (estoppel)」に照らして、一方の国内法の適用が優先することもあるが、そうでなければ両国間で交渉によって解決するほかない。

租税分野における国際租税条約や、競争法分野における競争協力協定、年金分野の社会保障協定、また刑法分野における犯罪人引渡条約は、一方では将来に向けて各国国内法の適用範囲を、種々の形で限定することを目的とするものであるが、他方で両国間の顕在化した、または潜在的な紛争処理を目的とするとみることもできる。このなかで、国際租税条約や社会保障協定は、租税の賦課や年金料の徴収等共通の目的を実現するための国内法が各国にあり、賦課や徴収の対象範囲をそれぞれ配分するものであり(規律管轄権の配分)、また犯罪人引渡条約は、相互で可罰性のある行為を行った容疑者をいずれの国で裁判にかけるかの問題であり(執行管轄権の配分)、関係国間に基本政策上の齟齬がないから締結が可能になった。他方、競争法については、従来関係国間で大きな政策上の齟齬があったことは既述の通りであるが、1990年代後半以降基本政策上の差はなくなり、そのことが執行

面での協力を約束する競争法（独禁）協力協定の締結に繋がったと言える。

このように基本政策上の齟齬がある場合については、直ちに国内法適用の競合状態を形式的な観点から解消することを目指すことは難しく、各国の国内法が実現を目指す基本政策の調整から作業を始めることが重要である。競争法分野や租税法分野におけるOECDでの作業は（前者は租税委員会、後者は競争政策委員会）、各国の基本政策の調整の点から高く評価できる

## 2 国内的調整

関係国の国内法の適用が競合する可能性がある場合には、国際紛争の処理という形で調整を試みる以外に、国内裁判所が事前に抵触法的な処理を行うことによって国際紛争に発生しないようにすることもよく行われてきた。米国競争法の「域外適用」が第2次大戦後大きな問題になったことはすでにふれた通りであるが、その状況の中でも米国の国内裁判所が自国競争法を無制約に適用してきたのではない。

米国競争法の「域外適用」事件では、カルテルなどの外国における行為が米国において反競争的効果を及ぼすことから自国競争法の適用が一般的には肯定されたが（効果原則）、具体的な事件では米国競争法適用の是非について種々の調整が行われた。

米国の裁判所では、まず外国国家自身が行ったものか、外国国家が強制したものが問われ（国家行為（act of state）理論または国家強制理論）、いずれかに該当すれば、米国競争法の適用は控えられる。それらに該当しない場合に、裁判所は、「管轄権に関する合理性規則（jurisdictional rule of reason）」を適用して国内法適用の妥当性を検討する。具体的に考量される要因としてTimberlane事件判決<sup>(16)</sup>が挙げたものは次の通りである。①外国法または外国の政策との抵触の程度。②当事者の国籍。③会社の主要な事業所の所在地。④法の執行と遵守の可能性。⑤外国と比較して米国において発生する効果の相対的重要性。⑥米国の通商に悪影響を与えるとの意図の有無。⑦米国内における効果の予見可能性。⑧当該違反行為のうち、外国において生じた部分と比較して米国内において生じた部分の重要性の程度<sup>(17)</sup>。

これらは国際法ではなく—Timberlane事件では管轄権競合を処理する国際法はないことが明言された（para.609）—、米国裁判所が自国競争法を適用すべきかどうかを結論す

るための国内抵触法である<sup>(18)</sup>（言うまでもなく事柄の性質上、国際私法による外国競争法の適用は考える余地はない）。これらの抵触法がうまく機能すれば、国内法の競合場面が減ることが期待できるが、関係国が相互に重要な利益をもつ案件では国内法の適用の競合は避けられず何度も問題になったことはすでに触れた通りである。

ここで一点注意すべき点がある。II 2. で言及したように、抵触法を含む国内法はあくまで国際法に適合する範囲内で適用されるが、上に記したことは、国際法の欠缺を国内法たる抵触法が補充する機能を果たすことを否定する趣旨ではないことである。まさに上記の米国の対応は国内抵触法による国際法の欠缺補充の役割を果たしている。国内抵触法が発展すれば国際紛争の発生が減少することは間違いなく、その意味で国際法を補完するのである。国際法が認める枠内で国内抵触法が機能するとは言っても、国際法が不完全である以上、国内抵触法が国際法を補完する役割をもつことを忘れてはいけない。

## むすび

### 1 国内法適用の競合と国際法による規制

国内法の適用のなかには国際法上違法なものは確かにある。しかし、違法との判断を成立させる国際法上の禁止規範はそれほど多くなく、したがって、国際法上適法か違法かによって、関係国間の国内法適用の競合状態を完全に解消できるわけではない。

国際法、就中一般国際法が不完全な法秩序であることは以前から言われてきたことであるが、国内法の適用競合はそれを目の当たりにする場面である。そのため国内法適用の競合をめぐって直ちに国際紛争が発生する可能性が生まれる。このような状況を予測できる場合は、管轄権調整のための条約締結が重要であり、その前提として国内法上の基本政策の国際調整を行うことが不可欠である。基本政策の調整さえつけば、国内法の適用競合の調整はそれほど難しくないとってもよい。つまり両国間に、共通の政策実現のための協力の基盤が存在するからである。東西冷戦の終結やグローバル化の進行によって、競争法や租税法のように各国の基本政策が収斂してきていることは、この点では大変に望ましい。



しかし、20世紀半ばの競争法の場合のように、基本政策の国際的な調整がつかないこともある。現在の経済危機が触発した金融機関規制は、米仏の考え方に相当な開きがあり、政策調整が難しい例の一つであろう。国家間の政策に大きな開きがある場合には、条約締結を軸とした国際的な取組がいくら有効であると分かっているとしても、それを実行することはできない。その場合には、無用な摩擦を回避するために国内抵触法の役割が重要になるのであり、このことを踏まえて国内抵触法の発展を期すように努めることにも留意が必要である。

## 2 「域外適用」概念の不要性

本稿では国内法の「域外適用」という概念は使わなかった。しかし、そのことによって分析において不都合があったわけではない。逆に、冒頭に述べたように、「域外適用」という概念の曖昧さは否定できない。また国内法の「域外適用」という状況は従来は特別な状況として扱われ、このような状況自体が国際法上問題であると見られることもあったが、現在では国内法を適用する対象が渉外的要素を有することが普通であることを考えると、ますます「域外適用」の概念を使う意味が分からなくなる。

国際法的には国内法の「域外適用」という概念は分析概念としては不適當であり、国内法の適用局面において渉外的（外國的）要素がある場合に問題が起ころうることを押えておけばよい。渉外的要素と言ったのは、渉外的要素を媒介にして、措置の対象となる外国人・外国企業または関係国に、国内法の適用が一定のインパクトをもつために、国際法上問題となるからである。

渉外的要素をもつ事案については、従来は国内法の「域外適用」と考えることができるかどうか、もしそのように考えることができれば、次にその適法性、違法性を考えるという順序で議論してきた。しかし、そもそも何が国内法の「域外適用」に当たるかについては渉外的要素をもつ事案への国内法の適用以上の定義はありえず、渉外的要素も現代では広く見られる以上（たとえば日本にいる日本人間でインターネットを使った場合も、サーバー等に着目すれば渉外的要素が存在する）、従来問題にならなかった事案も実はすべて国際法上問題になりうるということが分かる。

また、かつて「域外適用」として問題にされた競争法や輸出管理法の事案は、ヨーロッ



バ諸国が米国からの圧力に直面したために法的な議論として顕現したが、同種の事案でも米国対欧州という図式が成立しなかった場合には、同様の問題が潜在したにもかかわらず、そのまま放置されることは十分考えられる。直接の受範者が外国に所在する企業であり、またその企業に対する適用法の基本政策が企業所在地国政府の政策とは異なり、場合によって企業所在地国の政策転換を促そうとする場合が結構多いからである。たとえば、軽課税を行っているタックスヘイブン国で子会社が得た収益について、親会社がそれに対して配当を受け取る前に課税に課税をするという「タックスヘイブン課税」は、子会社に早く配当等として親会社に収益を移転することを要求するものであり、企業活動の自由を唱えるタックスヘイブン国の政策と矛盾し、場合によっては、タックスヘイブン国の政策変更を迫るものと言えないか（不干渉原則との関係）。さらに外国系企業（自国に設立された企業であっても実質上は外国企業に完全にコントロールされているものもある）に対してこの種の措置をとることは、公正衡平待遇義務違反と評価される可能性もある。ただし、タックスヘイブンであることが国際的に抑制しなければならない、不当なことだと考えられるのであれば事情は大きくかわる。国際的に不当な政策をとる国は正当な政策に変更すべきであり、各国がそれを迫るのは問題ない。先のタックスヘイブンの例であれば、軽課税が国際的な資金流通を歪めるという国際的コンセンサスがあれば、タックスヘイブン課税は軽課税という不当な政策をとる国に対して正当な政策をとることを促すもので合理的だと言えよう。北朝鮮に対する経済制裁も北朝鮮の核政策等の変更を迫るものであるが、非核政策の国際的正当性に照らせば、国連安保理決議がなくとも許されると言えよう。

（補注） 本研究会開始当初から、国家管轄権の域外適用乃至域外行使に終始こだわって研究を続けてきた。その結果が本稿である。あまりにささやかなものであることを考えると、研究会から受けた恩恵に比して、わが研究の歩みの遅さを恥じ入るのみである。有益な研究の場を18年にわたって提供して下さった財団法人トラスト60に対して心より御礼を申し上げたい。

<参考文献> (注に掲げたものを除く)

- ・ Robert Jennings, "Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws" in *Collected Writings of Sir Robert Jennings*, Vol.1 (1998), pp.815ff.
- ・ Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* (2008)
- ・ 石黒一憲『国際民事訴訟法』(1996) 2 (13頁以下)
- ・ 村瀬信也・奥脇直也編『国家管轄権：国際法と国内法』(山本草二古希記念論文集) (1998)
- ・ 山本草二『国際法 (新版)』(第13刷、2000) 231頁以下

[注]

- (1) BHP・ピリトンは、オーストラリア企業である「BHP」とイギリス企業である「BHP・ピリトン」が単一経営形態をとって組織する事業体のこと。
- (2) たとえば、松下満雄『国際経済法 [第3版]』(2001) 317頁
- (3) *The Case of the S.S. "Lotus,"* PCIJ, Series A.No.10.
- (4) *United States v. Watchmakers of Switzerland Info. Center*, 1965 Trade Cases, 352(S.D.N.Y. 1965) 初期の米国競争法に関する諸判決中の重要箇所については、A.V.Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction* (1983)参照。
- (5) シベリア・パイプライン事件については、差し当たり、Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law* (2003), 750-754. 参照。
- (6) 抵触法には国際法を含む理解もあるが(石黒一憲『国際私法』(1994) 18頁)、本稿では国際法を除く意味で用いる。
- (7) わが国憲法98条の国際協調主義は諸外国に例のないものと言える。
- (8) 注5参照。
- (9) 競争法や刑法の分野では、条約(競争法協力協定、犯罪人引渡条約等)を結んでおにも執行管轄権に関する協力関係を設定することによって、国内法適用の競合から生まれる不都合を緩和している。
- (10) powerを「権限」と訳すのは誤訳。
- (11) Robert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, Ninth ed.(1992), Vol.1, p. 430.
- (12) 小寺彰「公正・衡平待遇—投資家・投資財産の一般的待遇」JCAジャーナル2008年12月号2頁以下参照。
- (13) *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited(Belgium v. Spain)*, Second Phase, Judgment of 5 February 1970, Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice
- (14) 破産宣告について「偽装取用」とも性格づけた。
- (15) 本件では、命令の名宛人が米系企業であることから、公正衡平待遇義務の違反を問うことはできない。

- (16) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* , 549F.2d 597(9th Cir.1976)
- (17) 発想は共通するが個々の事件で裁判所が挙げる要因は異なる。たとえば、*Mannington Mills, Inc. v. Cogleum Corp* 事件（1979-I Trade Cases(3d Cor.1979)）で挙げられた諸要因については、松下前掲書371頁参照。
- (18) これらを礼讓（comity）と見るのも同じ見方である。



## 「研究会の26年を振り返る」

**司会：** 財団法人トラスト60に主催していただいた「金融貿易法務研究会」が最終回を迎えることになりました。そこで、この研究会のまとめの座談会をしたいと思います。この研究会の前身として総合研究開発機構（NIRA）の主催で研究会をしていました。それから、トラスト60に研究会の主催をお引き受けいただいたのが平成3年となります。

**小寺：** 83年に、当時若きピカピカの石黒助教授からお声をかけていただいて、勇んで参加しました。NIRAからこのトラスト60に繋がる流れというのは、渉外的というか、海外との関係というか、国際的なところですか。僕は国際法なので、国際社会に係わればすべて国際法かなとその頃は思っていました。この研究会に出てわかったことは、国際法が全然役に立たないことでした。その後、この研究会で「何かを言えるようになりたい」ということで勉強してきた感じがします。その結果、僕の国際法はいわゆる本筋の国際法から離れていき、他方でなんとなく役に立つ国際法になったと思っています。これは実用性の問題とも関係します。たとえば、知的財産法についても、租税法についても結局何もわからなかったわけですが、知的財産法なり租税法なり話を聞くとわからないなりに何となく理解できるような気分になりました。ベルヌ条約といわれたら、そういう条約があることは知っているのですが、その点で自分の見る世界が広がりました。もうひとつ特徴的なのは、この研究会のおかげで、先ほど石黒先生は政策論とおっしゃっていたのですが、わたしは法解釈論を真剣に考えるようになりました。国際法の世界は実は法解釈論がない世界で、歴史とか思想とかそんなものばかりやっていました。この場で法解釈論というのはこういうことをやるのだ、ということをお教えたと思います。振り返って国際法学界をみると依然として解釈論がありません。これがおかしな事だという問題意識をここで得ることが出来ました。この研究会では、ちょっと新しいことを言うとか批判していただけます。今年度も何度も報告をさせていただきましたが、それは、この研究会が今年度で終わりだということでお今のうちに叩いてもらおうと思ったからです。おかげで大変勉強になりました。

**司会：** 最初の頃のお話をいただいたわけですが、90年代のテーマを見ますと、国際租税、ウルグアイ・ラウンドの交渉が行われていたということもあって、ウルグアイ・ラウンドを巡る話がありました。それから、国際金融も取り上げていました。その辺りについて先生方の印象を伺いたいと思います。また、国際租税が新しく取り上げられたということでしたが、国際経済法という概念も、最初の頃はそういう言葉自体があまり言われていなかったようにも思えます。小寺先生いかがですか。

**小寺：** まさにその通りで、GATTとかWTOとかについて、80年代には日本において研究は皆無だったと思います。それで、岩沢先生が紛争処理を中心に報告書を書きました。同時に、石黒先生、中山先生、落合先生も、丁度ウルグアイ・ラウンドの最後の時期であったことから、それをどう評価するかというような議論をされていたのが非常に刺激になりました。1995年にWTOができて、そこから世界的にWTOに関する議論が盛り上がり、国際経済法という分野が明確な形で示されます。そういう意味では、非常に先駆的な研究がここで行われたと思います。先ほどの石黒先生のお話を承っていて、さらにこのテーマリストを見ていると、その時々起こっている問題をどう考えるかに常に取り組んできたという特徴がみてとれ、その後その分野の研究が盛り上がるということがよくありました。目前で起こっている問題に対応するという研究は日本にはあまりなく、特に国際的分野ではないので、この研究会に出て、いろいろ新しいことを聞き、またそれについていろいろな料理法を見せて頂き勉強になりました。

種々の料理法を見せて頂いたので、国際経済法について、こういうところがディシプリンとして重要なのだということを感じることができるメリットがあったと思います。このようなことは、先ほど中山先生からお話がありましてけれども、分野を超えた研究会であったからできたのです。多少似た分野の方が集まって研究会をなさるといのは結構あるのですが、これだけ分野の違う人たちが集まって研究会をやるといのは今でもあまりありません。

**司会：** 小寺先生、国際経済法では変わってきたことはありますか。

**小寺：** 国際経済法というよりむしろ国際法ですが、この研究会でよく問題になったのは、条約です。条約の解釈をどうすべきかということは何度も聞かれて、それについて勉強を迫られました。今、この研究会の最後の論文を書いています。それが終

わったら本当に「若手」は終わりかなあとと思っています。

**司会：** これから法律学はどうなっていくかの展望をお聞かせ下さい。

**小寺：** 国際法の分野で最近よくいわれるのは、国内解釈法と対決しなければならないということです。その切掛けは中里論文なのです。ジュリストの中里論文は国際法の人たちに影響を大きな与えました。同じような問題意識で書かれているのだと思います。異分野と交流して相互に対話できることが必要だと思います。石黒先生に何か言われたら、何とか説得しようと思うということが重要なことで、そういう機会が若手の方にもあった方が良さだろーと思います。おっしゃるように国際法と国内法という大きな切り分けだけではなく、民法と刑法との対話とか、異分野の研究者が集まるような若手の方の研究会をトラスト 60 には是非作っていただきたいと思っています。

この研究会がよかったところは自由にやらせていただいたところだと思います。長い期間やらせていただいことも重要です。1年間くらいだと、お互いにどこまで相手の分野に立ち入って議論していいのか、ある種の遠慮があって本当の意味で異分野との共同研究になっていきません。18年も主催していただいたので、本当の意味の学際研究ができたと思います。18年とは言いませんが、1つの研究グループで3、4年のスパンでいくつかの問題を扱う研究会をやっていたら、学問の発展に役に立つのではないかと思います。

※ 2009年3月31日におこなわれた研究会が最終回を迎えるにあたっての「座談会」から小寺先生のご発言をピックアップして再編集しました。





## 小寺先生の思い出

小寺先生の訃報に接し、心の中をフツと風が流れていった気がする。

ご家族を残し、志半ばにして、旅立たれた小寺先生の思いやいかばかりかと推察するに辛い。

ご体調が優れないとは伺っていたものの、つい先日も、2014年から小寺先生の主導ではじめる予定の研究会の打合せをしたばかりであった。

尊敬する先輩、優しい友人を亡くしたという悲しさばかりではなく、TPPに代表されるグローバル化の進展のなかで国際法が重要な役割を果たさなければならない今、その旗手を失った大きさに茫然としている。

小寺先生には、さまざまにお世話になり、一言で、お礼を申し上げることはできないが、紙幅の制約もあるので、心ばかりのお別れを述べたい。

トラスト60の研究会が始まったときに、国際法の法規範としての重要性、さらに、国際法に基づいた政策の重要性を説く小寺先生の姿勢には、これまでの国際法に対する見方を一変する衝撃を受けた。それから、20年近く、トラスト60の研究会で、小寺先生に教えていただいた①条約を含めた国際法の規範としての機能、②国際法の解釈権限、③国際法の解釈、④国際法に基づいた外交政策、という基本は、私の知的財産法の研究における基礎となった。

以来、ややもすれば、条約をふりかざす関係者の主張に翻弄されがちな知的財産法の分野において、国際的な枠組における国際法の重要性を頭におきながら、経済政策としての国際的な知的財産権の保護を主張してきた。つい最近も、研究会で、TRIPS協定や食糧及び農業のための植物遺伝資源に関する条約の解釈について教えをいただいたことも、記憶に新しい。

これからも、小寺先生の教えをいただきながら、経済政策、外交政策を踏まえた知的財産法の国際的な展開について、微力を尽くして参りたいと思っていたところに、研究面、精神面での支柱を失った思いで、先行きに大きな不安を感じている。

小寺先生から教えていただいた国際法的視野を、グローバル社会における知的財産法の発展に活かしていくことが、残された研究者の一員としての務めであると諫めながら、ご冥福をお祈りしたい。

相澤英孝（一橋大学教授）

## 追悼

(財) トラスト 60 の研究会の、最後を飾った「座談会」。その思い出深い抜き刷りを、取り出しては思う。あの研究会があのまま今も続いておれば、皆、元気で居られたのかも知れない、と。

だが、あの時は、皆、そんなにいつまでもずるずると、というのは美しくないと、そう考えていた。私は、研究会を始めた時と同様、それを終える時も、皆の意見に従った。それだけだ。

但し、一言だけ言いたい。30年近く前の日本で、我々の前には「道」はなかった、と。この「道」は、我々が、皆で力を合わせて作ったのだ、と。

先日の「偲ぶ会」。集まった数百名の方々に、意外なまでに知り合いが多かった。すべて「座談会」に書いてあることだが、「26年3ヵ月」で皆の研究の方向性は、大きく変わった。その間に、日本の「法学研究」の在り方自体も、大きく変わった。皆の努力と関心の拡大・深化により、我々の知己も、各分野で増えて行った。——それらの方々の多くが、相当程度重なっていたのだ。そのことに気付いた。数名、やむを得ぬ事情で欠席したものの、出席出来た者は、皆、同じことを感じていたに違いない。

もはや、思い残すことは何もない。そのはずである。

昨日の東京の、桜の開花宣言。咲いた桜はすぐに散る。それなのに、「26年3ヵ月」も、我々は、皆で力を合わせて、持ちこたえた。のみならず、しっかりとした「道」を、この世に残した。

それで十分なはずだ。我々と同じことを、他の誰が成し遂げられようか。それ自体が、真実誇るべきことなのだと信じつつ、これから一人一人散ってゆくことこそが美しいことなのだろう。そう思う。

石黒一憲（東京大学教授）

## 小寺先生の男気

いつも優しく思いやりの深い小寺先生でいらしたが、親しい方々は良くご存知のように、小寺先生はとても男気のある方でした。普通ならお願いをしても、お立场上とてもお引き受け頂けないだろうことも、こちらが期した以上のところまでして下さる、人間として心から尊敬できる方でした。その例をあげればきりが無いのですが、2つ、忘れられない思い出があります。まず1つは、2008年、私共が、コンピュータ技術の発展とインターネットの普及等に伴い、急速にデジタル化が進んだ現代において、権利者・消費者・事業者が Win Win Win の関係に立って、デジタル・コンテンツの流通・利用を促進すべく、古くなった著作権法をこの変化に適合させるため、特別法であるネット法を社会に提案した時の事です。現行著作権法がネット時代の新しい技術やビジネス・モデルの発展・普及を阻害していることは、当時から広く認知されていましたが、規制緩和に対する抵抗と同様に、私共の提案は既得権者から強く反発を受けました。その批判の1つが、「ネット法提案は、ベルヌ条約・WCT条約・WPPT条約等の日本が締結している条約に反するというものでした。私共は、相澤英孝先生と共に、私共の提案が条約に反するものではないと検証していたのですが、既得権者らは全く聞く耳を持ちません。そこで、小寺先生にご相談したところ、「ネット法」提案の趣旨にご賛同頂いただけではなく、日本においてしばしば、条約が規定している以上のことは当事国が解釈権を持っており委ねられていることが理解されていない典型例であるとして、私共の検証を吟味して下さいました。そして、ネット法は国際条約に違反しないという結論は間違っていないとお墨付きを下さり、私共の論稿（相澤英孝＝岩倉正和＝櫻井由章「デジタル・コンテンツの流通促進のための法制度の整備と国際条約上の規律 - ネット法（仮称）と国際条約との関係を中心に」（L&T 41号。2008年10月））に小寺先生にご検証頂いた旨を明記することを許して下さいました。当時ネット法提案はデジタル時代のコンテンツの権利義務関係を規律する、米国のデジタル・ミレニアム著作権法の先を行くものとして大きな話題を呼び、政府の知財戦略本部での議論等を通じて、その後の著作権法の種々の改正に影響を与えたと自負していますが、当時はその余りに革新的な内容ゆえに、既得権者から強い反発を受け、知的財産権法はご専門ではない小寺先生のお名前を明記することは、これらの反発が小寺先生にも向かうことにもなりかねなかったのですが、小寺先生が、「岩倉君達の立法提案についての情熱を見て自分も覚悟する」と仰って下さったことが、今でも脳裏から離れません。小寺先生のこの男気のお陰

で、その後、ネット法提案について、条約違反であるという批判は激減しました。

もう1つは、昨年初冬に小寺先生が病床に臥せっていらっしゃった時のことです。小寺先生のご体調が優れないと伺ってはいましたが、私共の依頼者である、或る世界的な米国企業が、小寺先生が「関税・外国為替等審議会 関税分科会 企画部会関税評価のあり方に関するワーキンググループ」で座長を務められ平成25年に改正された関税定率法の適用に関して、日本の租税当局から（私共から見ても）不合理な主張を受けている状況で、言うまでもなく、その改正法の趣旨を最も理解している権威として、ご相談を持ちかけたのです。小寺先生のご体調がそこまで悪化されていたとは露知らず、今にして思えばご連絡したりご相談などすべきではない時期であったと悔やむばかりですが、いつもながら縋る思いで後輩として甘えてご相談してしまったものでした。これに対して、小寺先生は、そのようなご状況であるとは全く仰言られず、実は現在入院中だが、近く退院するところ、確かにその取り扱いは合理的とは思われない、とここでも男気を発揮され、当局の担当者に改正法の実務的な運用方針について、一般論にならざるを得ないが、自分から聞いてあげようとお答え下さったのです。最終的には帰らぬ方になってしまったのですが、どんなにかお辛い状況であったにもかかわらず、このように親切なご対応を頂きました。小寺先生を知る方々には全て頷ける話だと存知ますが、大学そして法律家の後輩として、小寺先生のような男気ある人間になりたいと思った忘れられない大切な思い出です。心よりご冥福をお祈り致しております。

岩倉正和（西村あさひ法律事務所、一橋大学教授）

## 優しくかった小寺彰先生

小寺彰先生は、いつも優しく温かかった。

私が大阪市立大学法学部に勤務していた時に「駒場（東京大学教養学部）に来ないか」と声をかけてくださった。身に余るありがたいお誘いだったが、長期在外研究中だったためにためらいがあった。しかし先生は、「君が必要だ。国際的に活躍しろ。国内は僕が守る」と熱心に口説いてくださり、駒場への移籍が実現した。先生のご厚意に対し感謝の念にたえない。しかし9年後には、その先生に「法学部に移りたい」と申し出る仕儀に相成った。誠に申し訳ない限りだが、その時も先生はいつもと変わらず優しく私の話を聞いてくださった。このように人生の節目に先生は常に優しく温かかった。深く感謝申し上げている。

優しく温厚な先生を怒らせてしまったことがある。1979年だったと思う。先生は慶子令夫人を伴ってアメリカに旅行に行かれた。実質的な新婚旅行だった。ハーバード・ロースクールも訪問する予定で、「入手できなくて困っている文献はないか。コピーしてきてやる」と親切に言ってくださった。当時私は助手論文を準備しているところで資料収集にとっても苦労していたので、先生のお申し出はとてもありがたかった。私はこの旅行が先生の実質的な新婚旅行であることをわかっていながら、かなりの量のコピーをお願いした。先生の親切なお申し出とはいえ、いかにもずうずうしく無粋なことをしてしまったと強く反省している。そしてその後がさらによくない。私は少し前に同校に留学していたので、同校のコピー機には良いのと悪いのがあることを知っていた。先生が帰国後コピーを届けてくださった時には、とてもありがたく、もちろんお礼は申し上げただけけれど、コピーの質が良くなかったので、「あの機械のコピーはトナーが落ちるんですよね」と思わず口をついて出てしまった。怒ったところをほとんど見たことがない優しく温厚な小寺先生も、これにはさすがにむっとされた。誠に失礼な発言だったと深く反省している。

先生はこの出来事とつくにお忘れになっていたのではないかと思う。しかし、私は今でもはっきり覚えていて、慚愧にたえない。改めてお詫びする機会がないまま先生は旅立ってしまわれた。小寺先生、慶子様、あの時は本当に申し訳ありませんでした。深くお詫び申し上げます。

岩沢雄司（東京大学教授）

## 小寺先生の思い出

小寺先生と最初にお会いしたのは、1980年に小寺先生が東京大学教養学部で助手をされていたときではなかったかと記憶しています。小寺先生が私の参加したサークルの先輩であったという縁で、東京都立大学に移られた後になっても、国際法模擬裁判の準備その外で、色々のご指導をいただいております。

その後、私は、留学・海外法律事務所での勤務から帰国した1995年秋に、当時の通商産業省通商政策局でWTO関連の紛争案件に多数関与をするようになりました。そして、このころ、こうした国際通商法分野で、小寺先生は数々の著作を発表され、まさに我が国の第一人者としての地位を確立されていらっしゃいました。当時、通商産業省では、日米自動車紛争・日伯自動車紛争・日尼自動車紛争・富士コダックフィルム紛争と次々と通商紛争案件を抱えており、こうした事案について、頻繁に小寺先生にご意見を伺っていましたし、小寺先生にご指導をお願いして、GATTやWTOの紛争解決手続でのパネル報告書等の研究を行っていました。まさに、小寺先生は、我が国における国際通商法という領域を最初に確立した先駆者であられました。前記の通商事件の中で、特に、富士コダックフィルム紛争は、GATT関係では、日本政府の産業政策・競争政策そのものはGATTの規定には違反していないが、GATTにより米国に与えられた利益を無効化若しくは侵害し、またはGATTの目的を妨げているという米国政府のnon-violation claimへの反論に際して、大変なご支援をいただきました。私自身、通商法の分野で実務家としての専門を確立しようと考えていたこともあり、小寺先生には、研究会やご意見を伺うたびに親しくご助言をいただいております。

私は1997年に現事務所にて弁護士として復帰をしましたが、その後も、様々な通商法案件業務で引き続きご指導をいただいております。とりわけ記憶に残っているのは、JR東日本が非接触型ICカードを調達しようとした際に、これに対してモトローラ社が行った政府調達苦情検討委員会での紛争手続において、小寺先生に御意見書を作成していただき、そのお陰もあって、モトローラ社の主張を退けることができ、それが現在のSUICAカードを初めとする交通系のICカードにつながっています。

また、通商法分野以外でも、外国法、とりわけ競争法の域外適用に関して、小寺先生は幾つかの論文を発表されていらっしゃいますが、私自身、競争法についても専門分野にしたこともあり、とりわけ、海外独禁法の域外適用問題のみならず、日本の独禁法の域外適



用の範囲を含めて何回もご意見を伺いました。

この他、小寺先生が、晩年関心を持たれていた分野に、国際投資紛争があります。ICSID 仲裁を初めとして、投資家と投資ホスト国との紛争は近時のホットなテーマですが、小寺先生は、様々な事案に通暁していらっしゃいました。この分野で、2013年9月に私との共編で出版させていただきました「エネルギー投資仲裁・実例研究——ISDS の実際」において小寺先生は、1章の御論稿を執筆されていらっしゃいますが、まさにこの著述は、体調を壊されていたぎりぎりの状況の中で執筆されたものでした。

ここ数年、体調を壊されていると伺っておりましたが、病と闘いながら、学業ばかりではなく、官公庁の審議会や研究会、民間の業界団体での研究会で活躍されている姿は、常に真摯なもので、私には到底真似ができるものではありませんでした。

私自身、小寺先生に、30年以上もの長きに亘り様々なご指導をいただけてきました。こうしたご指導に対して、殆ど何のお返しもできない中で、小寺先生が、本年2月急逝されたことは、私にとって、衝撃的な出来事であり、またかえすがえすも残念なことでした。

小寺先生は、国際通商法・経済法・国際投資紛争といった新しい法律分野の開拓者・先駆者でした。現在、この分野で活躍をしている研究者及び実務家の多くは小寺先生のご指導を受けた人が殆どであり、きっと、小寺先生の業績はこうした次世代に引きつがれることと確信しています。

小寺先生、本当にありがとうございました。

川合弘造（西村あさひ法律事務所）

## 小寺先生の思い出

小寺先生の突然の訃報に接し、愕然といたしました。深い悲しみを禁じ得ません。

小寺先生に初めてお目にかかったのは、私が成蹊大学で教鞭を執り始めてまもなくの頃、当時、NIRAの主催であった研究会に、最年少で参加させていただいた時でした。この研究会が、その後、スポンサーが変わっても、30年も続くことになるとは当時予想もしませんでした。

当初、各分野の新進気鋭の研究者がそろって研究会に緊張して臨んだ私も、小寺先生のユーモアのにじみ出た、後輩を気遣って下さるお人柄に元気づけられ、次第に積極的に発言できるようになっていきました。

研究会でのご発表は、WTOやスポーツ仲裁といった、最先端の分野を、私のような門外漢にも、わかりやすく、かつ、おもしろくお話しいただき、新鮮で有意義でした。

これだけ長いおつきあいでしたのに、学問以外で、プライベートなお話しをする機会が以外に少なかったのは、大変残念です。それでも、少ない機会でしたが、年に数回の飲み会や、研究会前の待ち時間にコーヒーをごちそうになった折には、いつも、よくできた落語のような、絶妙の落ちがついたお話で、私たちを楽しませて下さいました。奥様ネタが多かったように記憶していますが、今思うと、それも先生一流ののろけだったのだろうと思われまます。

法学者は、少し専門分野が違うだけで、交流の機会がほとんどないのが実情ですが、小寺先生のような国際法の第一人者にして、たぐいまれなご人格の方に親しくお声をかけていただくことができましたことを心から感謝いたしております。

宍戸善一（一橋大学教授）



## 小寺彰先生と競争法

小寺彰先生は、国際法学者のなかで競争法に対して最も理解を示し、導いてくださった方でもある。

トラスト 60 における最後の報告書である『国際商取引に伴う法的諸問題 (16・完)』に収録された「国内法の『域外適用』と国際法——国際法規制の構造とその限界——」のなかに、それは凝縮されている。

つまり、競争法の「域外適用」について、それが国際法違反か否かが論ぜられることがあるが、ロチェス号事件判決によれば「他国領土内で『力』の行使は許されないために、他国領土内での執行管轄権行使は禁止される。」としても、規律管轄権については、「問題になっている国内法の適用が、外国領域内での『力』の不行使義務、不干涉義務、公正衡平待遇義務など国内法の適用一般における禁止原則に抵触しないとすると、当該国内法の属する分野、具体的には競争法や租税法等の分野に即して禁止規範があるかどうかを検討しなければならない。ただし、現在までのところ、競争法や租税法に即して、国際慣習法上の禁止規範が成立しているという学説を承知していない。」というのである。

これは、外国で立入検査等をしてはならないということを除けば、競争法の国際的適用に関して国際法は何も規制していないので、国内法で存分に議論すればよろしい、ということであろう。もとより国内法の問題として自国所在需要者説を論じていた私としては、随分と勇気づけられたことを記憶している。

小寺先生の明快さは、更に、「国際法的には国内法の『域外適用』という概念は分析概念としては不適當であり、国内法の適用局面において渉外的（外國的）要素がある場合に問題が起こりうることを押さえておけばよい。」という指摘に表れている。「域外適用」が分析概念として不適當であることは国際法だけでなく国内法でも同じであり、「これは『域外適用』ではありませんか」という不毛な問いに私も何度か遭遇したことがあるのであるが、おそらく小寺先生はその数倍は同様の経験をされたであろう。そして、そのたびごとに、あの飄々とした表情でかわされたのであろうかと、推測されるのである。

白石忠志（東京大学教授）

## 追悼文

昭和52年4月、法学部4年生になった私は、浦和高校での同級生の父上であった寺澤一先生（ご自身も浦和中学のご出身）のゼミに参加した。キューバのミサイル危機をめぐる、危機の13日間に関する英語の本を読むという内容のものであった。核戦争になりかねない危機的な状況の下における意思決定という緊迫感の中で、法的な正当性を確保しながら危機を回避しようとするホワイトハウスの内部の動きに、感動を覚えた。

実践的で戦略的な法の在り方に私が目覚めたこのゼミには、助手2年目の小寺教授と、助手1年目の岩沢教授が参加していて、お二人に様々なことを教えていただいた。このゼミに参加していなければ、研究者を目指さなかったのではないかと思う。それ以降、様々な機会に、小寺先生にはお世話になった。情緒安定の、コモンセンスにあふれた人柄に、どれだけ助けていただいたかわからない。心より、そう思う。

2013年の冬学期には、駒場の一年生のための法Ⅱという科目を、数人で担当した。小寺先生の担当するクラスと、私の担当するクラスは、ゲスト・スピーカーを一緒にお招きして何回か合併授業を行ったが、途中で小寺先生が入院なさったために、後半は、私が小寺クラスの講義も担当することになった。私が先生に何か恩返しができたとすれば、この時くらいかもしれない。

先生に教えていただいた、不文法と制定法の関係、条約と国内法の関係、常識的な結論の導出、等々を胸に、国際租税法に臨んで行きたい。

中里 実（東京大学教授）

## 解釈論への意志

小寺彰先生は、私のような者にまで目配りをされ、いろいろな機会に声をかけてくださった。先生のおさそいがなければ、怠惰な私は、日米租税条約改訂に関する記事を国際法協会の年鑑にのせてもらうことも、日本における国際租税法についてジュリスト誌上で意見をのべることも、できなかったであろう。

親しく教わったことも多い。なかでも強く印象に残っているのが、「解釈論への意志」ということばである。どこでうかがったのかは、忘れてしまった。あるいは、駒場の社会科学の研究棟であったかもしれない。何かの文脈で、小寺先生は、私の指導教授の最近のご活躍を賞賛された。そして、「解釈論への強い意志が感じられます」とつけくわえられたのである。

じっさい、小寺先生ご自身が、解釈論の達人であったようにおもう。私が先生とご一緒することのできた機会は限られているが、いつお会いしても、いきいきとした文脈の中で法の解釈を語られた。トラスト 60 の石黒研究会では、どのような法律問題であっても、「ちょっとお聞きしますが」と前置きされるや、ずばりと問題の核心を衝かれることが常であった。国際法・国内法を問わず、オールラウンドである。財務省の関税法研究会では、憲法 84 条解釈の結果として、特殊関税の発動が輸入数量制限よりもやりにくくなっている、と指摘された。単刀直入の指摘であり、即座にどう応答すべきか、弱った。経済産業研究所の研究会では、国際課税の学徒を、「租税例外主義」の枠から知的に解放することに意を用いられた。そして、自由な議論をリードされる中で、収用と課税の区別や、無差別条項など、租税法の角度からは十分に論じられていない領域の研究へと、私たちを誘導してくださった。先生はそのときに、日蘭租税条約の仲裁条項について論文を書き、手続事項の決め方に注文をつけられた。論文をお送りいただいてから、もう 3 年がたつ。きちんと考えたうえで思っているうちに、直接にお会いしてお話することは、もはやかなわなくなってしまった。

これからは、小寺先生の手記のものと、静かなる対話の時間がはじまる。すこし寂しいことではあるけれども。

増井良啓（東京大学教授）

## 小寺氏追悼

小寺氏と最初にお目にかかったのは、1980年に渡米する前で私が東京で弁護士をしていた時期（1975-1980）であり、いまでいう若手の異業種交流の場であった。

男女を問わず面白い人物が集まっていた場であって、お互い20歳代であることもあって法律の話をすることもなく、遊び仲間という感じであった。

その後、私が公取委勤務を経て1990年に横浜国立大学に移り学者になってから急速にお会いする機会が増えていった。横浜国大勤務時には私自身国際経済法を教えていたし、（どちらかと言うと独占禁止法の専門家というよりも）国際経済法の専門家として認められていた。この時期に比較的同世代の国際経済法の専門家として同じ審議会、委員会委員を務めること多く、一番かかわりが深かった。

たとえば、通産省の輸出入取引審議会委員（1997年7月から2001年1月まで）、通産省の産業構造委員会臨時委員（2001年1月から2006年4月まで）として、日本の緊急輸入制限措置、ダンピング課税措置の発動について意見を述べ合ったことを覚えている。この時期にはそのほかにも通産省での研究会の委員として席をともにしていた。いずれの場においても、国際法の専門家らしい鋭い意見に感心したものであった。

1994年10月から2012年10月まで日本国際経済法学会理事を務めたが、当然この学会の総会、理事会で顔を合わせていた。

その後私は一橋大学に移り専ら独占禁止法の研究と執筆に専念することとなったために会う機会は少なくなっていった。特に、トラスト60での研究会が終了してからは、日本国際経済法学会で顔を合わせる程度になっていた。

ただし、国際経済法は私の好きな法分野であったので、そこで活躍されているのを見てもうらやましく思っていた次第である。

その後はおそらくお互いに多忙を極めたこともあって、顔を合わせる機会もなくなっていった。現実にも体調を壊していることを耳にしたのが約1年前であって、亡くなられたことを知ったのも偲ぶ会の連絡を受けたときである。

私よりも若いせいもあってこれから10年間は社会的に一番活躍できる時期であったと思われ、その点が残念である。心からご冥福をお祈りしたい。

村上政博（一橋大学名誉教授、弁護士）

## 小寺彰先生の思い出

小寺彰先生は高名な国際法の研究者でいらっしゃいましたが、私が個人的に親しくさせていただいたのは、私の所属する西村あさひ法律事務所が西村高等法務研究所を設立した時にその顧問のお一人になっていただいた時からでした。

同研究所は西村あさひ法律事務所の研究部門として、2007年4月に東京大学名誉教授の落合誠一先生を所長に迎えて発足しました。同研究所は実務と学問の融合を目指しており、所長の落合先生とも相談の上、東京大学でビジネスローに造詣が深い先生方に研究所の活動について助言していただくことをお願いすることになり、小寺先生に、国際法分野の専門家として、知財法分野の中山信弘先生、租税法分野の中里実先生などの諸先生とともに、研究所活動についてのご助言をお願いしました。

研究所設立当初は研究所の活動の方向性を定めるため、小寺先生その他助言をいただける先生方と割と頻繁に会議を持ち、貴重なアドバイスをいただきました。それで、小寺先生と親しくさせていただくことになったのですが、小寺先生は、周知のとおり、国際法関係での素晴らしい業績を残されているのに加えて、政府関係のいろいろな活動をなされており、私たちが想像もつかない国際的な場面での法律の適用のお話などをうかがうことができ、私にとって、いつも小寺先生のお話は新鮮でした。国際法の研究者が京都の老舗の呉服屋さんの出身であるということも面白いと感じ、小寺先生に一層関心を持ち親しく付き合わせていただきました。

昨年秋頃小寺先生が病気の治療のため通っておられると聞いていた京都の酵素浴にご案内していただいたことがありました。その時は酵素浴の後、奥様と合流して祇園の小料理屋で食事をご一緒させていただいたのですが、病気のことが信じられないぐらいお元気そうでした。その時は、肉は医者から止められているということで食べられませんでした。まさかこの食事が小寺先生と私との最後の食事だとは思いませんでした。

その後、東京大学の駒場キャンパスで小寺先生が担当されている文科第一類の学生対象の「法Ⅱ」という法学概論の授業で、私が法学部卒業の先輩として学生に話をする機会を与えていただき学生に話をした後、小寺先生とお茶を飲んだのが小寺先生にお会いした最後でした。その時も体調は良くなかったのですが、まったくそのようには感じられないように振舞っていらっしゃいました。しかし、その後ほどなく病状が悪化し、入院され、そのままお目にかかることなく亡くなられてしまいました。

早すぎのご逝去は本当に残念です。まだ小寺先生が亡くなったとの実感が湧きません。今でも何かの会合でばったりとお目にかかれるような気がします。小寺先生は何処かから私たちを見守っていてくださっていると信じています。

米田 隆（西村あさひ法律事務所）

## 小寺さんを偲んで

落合先生の巻頭文に述べられておりますが、小寺さんを含む我々のグループは30年にわたり集う法学研究者の仲間です。小寺さんを偲び、ここに小寺さんのトラス60で執筆された論文を纏め、それに加えて我々の小寺さんに対する追悼の思いを綴り、御霊前に華を手向けることができ、小寺さんも喜んで下さるものと思います。30年にわたる小寺さんとの思い出が走馬燈のごとく頭をよぎります。

我らの親友小寺さんが61歳の若さで逝かれたということは、何という天の配剤かと恨みたくになります。私のような蒲柳の質が馬齢を重ねる一方、他方、小寺さんのようにお元気だった人が急逝されるとは、と驚くとともに嘆き悲しんでおります。まだまだ遣り残された学問の仕事も多かったであろうと、その無念さはいかほどかと推察いたします。小寺さんがご存命ならば、国際経済法の世界の将来はかなり変わったであろうと、残念でなりません。

小寺さんは学問の分野のみならず、多方面で活躍され、オリンピックでのスポーツ仲裁裁判所メンバーとしてもご活躍で、2020年の東京オリンピック大会でも重責を担うはずでした。また亡くなられるまで関税・外国為替等審議会関税分科会長の要職にあり、次期審議会会長としてのご活躍も予定されておりました。小寺さんを失った打撃は、学界のみならず実に多方面に及んでおります。

2013年11月に東大医科研にお見舞いに伺った時は、デスクにパソコンを置いて仕事をされておられ、意欲に満ちておられるように思いましたが、このように早く逝かれるとは思いませんでした。この数年間というものは、小寺さんと私とは同病の志としてのお付き合いが多く、学問的な話の他にも病の話が尽きませんでした。つい先日、一緒に食事をしようという約束し、某ホテルのレストランを予約していましたが、東大病院から今入院中だという電話を頂き、そのまま退院されることなく、遂にその約束を果たすことができなくなったのは痛恨の極みです。

小寺さんのご専門は国際法ですが、知的財産法を専門とする私とは妙に馬が合い、数十年もの親しいお付き合いになります。このようなことを言うと他の国際法学者からお叱りを受けそうですが、国際法学者の中では、小寺さんの経済に対する知識は並外れており、彼の話が私の学者としての幅をどれほど広げてくれたか、計り知れません。今でも時々、小寺さんから教えて頂いた知見を、私の講演の中に散りばめたりしております。感謝感

謝の限りです。小寺さんがいなくなって彼の存在がいかに大きかったか、ということを嘸み締めているこの頃です。

中山信弘（明治大学特任教授、東京大学名誉教授）



## 初出一覧

シリーズ：トラスト 60 研究叢書「国際商取引に伴う法的諸問題」

- (2) 国際法と域外適用——国家管轄権に関する国際裁判所の評価を手掛かりにして  
1993 年
- (3) 国際法からみた競争法の域外適用 1994 年
- (4) APEC 紛争処理手続の在り方 1995 年
- (6) GATS と電気通信 1997 年
- (7) 国際経済体制への法構造——WTO の「成功」・MAI の「停滞」 1998 年
- (8) 投資ルールとわが国の課題 1999 年
- (9) 自由貿易地域 (FTA) の法的検討——WTO 規律上の位置づけを中心にして 2001  
年
- (11) 執行管轄権の域外行使：問題の整理——競争法・租税上の送達手続を中心にして  
2003 年
- (12) 国家間の法としての国際法——国際法の実施・管轄権行使における国家の役割 2004  
年
- (14) 投資協定に於ける「公平かつ衡平な待遇」 2006 年
- (15) 租税条約の解釈における OECD コメントールの意義——条約解釈上の意義 2008  
年
- (16) 国内法の「域外適用」と国際法——国際法規制の構造とその限界 2010 年

※公益財団法人トラスト60は、平成26年10月1日  
「トラスト未来フォーラム」に名称を変更しました。

(禁無断転載)

[非売品]

平成26年10月31日印刷

平成26年10月31日発行

**小寺 彰先生 論文集**

**追悼文集**

発行 ©公益財団法人 トラスト未来フォーラム

東京都中央区八重洲2-3-1

Tel. 03-3286-8480 (代表)

<http://www.trust60.or.jp/>

印刷：(株) デイグ