

# 「安全保障例外」の法的性質 — 規律範囲画定と措置正当化 —

若 狭 彰 室\*

序

## I. 規律範囲画定と措置正当化

1. 先行研究
2. 区別の意義

## II. 判例・事例

1. 判例・事例の展開
2. 評価

結

## 序

条約にはいわゆる「安全保障例外 (security exceptions)」条項<sup>1)</sup>が置かれることがある<sup>2)</sup>。規定ぶりは諸条約において必ずしも一様ではないが<sup>3)</sup>、一般に、

---

\* 東京経済大学現代法学部専任講師。本稿は第 213 回国際立法研究会及び 2021 年度第 12 回国際法研究会 (京都大学) における筆者の報告を基にした論考である。両研究会の内外でコメント・質問を下さった両会会員諸氏に深く感謝申し上げる。無論、文責は全て筆者にある。

- 1) 「例外」が狭義においては特定の法的性質を含意することから、単に「安全保障条項」と呼ばれることもある。本稿は「安全保障例外」と「例外規定」という用語を用いるが、その法的性質について予断を下すものではない。
- 2) 多国間条約上の安全保障例外の代表的な例として、GATT21 条、GATS14 条の 2、TRIPS 協定 73 条、エネルギー憲章条約 24 条 3 項、欧州連合機能条約 (TFEU) 36 条、同 346 条、米国・メキシコ・カナダ協定 (USMCA) 32.2 条等がある。国際民間航空条約 89 条は、「安全保障」という用語を用いず、「戦争」の場合に「行動の自由 (freedom of action)」に影響を与えないことを定めるが、これも安全保障例外の一種と捉え得る。

当事国が「安全保障」上の利益を保護するために必要な措置をとることを「妨げ (prevent/preclude)」ないこと等が定められ、安全保障と関わる一定の場合に当事国が条約義務の違反に問われずに行動できるようにすることを大要とする<sup>4)</sup>。安全保障例外の歴史は、少なくとも、武器弾薬や軍需品の輸出入等に関する例外規定を定めた戦間期の米国の通商協定に遡るとされ<sup>5)</sup>、とりわけ通商や投資等の経済分野の条約に定められてきたことで知られる<sup>6)</sup>。近時、国際的な紛争におい

3) See *e. g.*, OECD, “Table of BITs and FTAs (Investment Chapters) Containing Provisions on Essential Security Interests,” *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World* (2007). Sebastián Mantilla Blanco, Alexander Pehl, *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements: Justiciability and Standards of Review* (Springer, 2020) は、通商・投資協定における安全保障例外につき、自己判断文言 (“it considers”) を含めるか等の点から、第2次大戦後の傾向を3つの時期に区分して把握する。

4) See, OECD, “Essential Security Interests under International Investment Law,” *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World* (2007), p. 94; UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking* (2007), p. 83; Alan S. Alexandroff, Rajeev Sharma, “The National Security Exception Provision— GATT Article XXI,” in Patrick F. J. Macrory, Arthur E. Appleton, Michael G. Plummer (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis* (Springer, 2005), p. 1572; Lev-ent Sabanogullari, *General Exception Clauses in International Investment Law: The Recalibration of Investment Agreements via WTO-Based Flexibilities* (Nomos, 2018), p. 42; Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2021), pp. 472–473.

5) Holger P. Hestermeyer, “Article XXI Security Exceptions,” in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll and Holger P. Hestermeyer (eds), *WTO-Trade in Goods* (Brill, 2010), p. 574.

6) 現在では投資協定の15%が安全保障例外を定めているとされる (Caroline Henckels, “Investment Treaty Security Exceptions, Necessity and Self-Defence in the Context of Armed Conflict,” in Katia Fach Gómez, Anastasios Gourgourinis, Catharine Titi (eds.), *International Investment Law and the Law of Armed Conflict* (Springer, 2019), p. 321)。他方で、安全保障例外は必ずしも経済分野の条約に限られない。自由権規約4条1項や、欧州人権条約の8条2項、9条2項、10条2項、11条2項、国際刑事裁判所規程72条や93条等を、安全保障例外の一種とする見解もある。See, Susan Rose-Ackerman, Benjamin S. Billa, “Treaties and National Security,” *Journal of International Law and Politics*, Vol. 40 (2008)。 「戦争その他の国民の生存を脅かす公の緊急事態」における義務からの逸脱を認める欧州人権条約15条のいわゆるデロゲーション条項も同種と捉えられる。デロゲーション条項の法的性質につ

て、GATT21 条<sup>7)</sup>や、通商・投資分野の諸条約に定められた安全保障例外条項が援用される事案が増加しており、その解釈適用のあり方が関心を集めている<sup>8)</sup>。

安全保障例外を巡る論点としてその法的性質 (legal nature/legal character) がある。すなわち、安全保障例外の法的作用はいかなるものか、である。この問題は、例えば、2000 年代のアルゼンチンの経済危機への対応を巡る複数の投資仲裁事件において、一般国際法上の違法性阻却事由と安全保障を対象を含む例外規定の関係を問う文脈で顕在化した<sup>9)</sup>。また、2019 年の WTO 通過運送事件で

---

き、Rusan Ergec, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles: Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme* (Bruylant, 1987), pp. 39-54 を参照。

7) “Article XXI: Security Exceptions

Nothing in this Agreement shall be construed

- (a) to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or
- (b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests
  - (i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived;
  - (ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;
  - (iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or
- (c) to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.”

8) See *e. g.*, Tania Voon, “The Security Exception In WTO Law: Entering a New Era,” *AJIL Unbound*, Vol. 113 (2019); Benton J. Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order,” *Yale Law Journal*, Vol. 129, No. 4 (2020).

9) See, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, paras. 332-374; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, paras. 201-261; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, paras. 322-342; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, paras. 101-136; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*,

は、GATT21 条につき、安全保障問題に関する権限が WTO にないことを示す規定であるという見解をロシアが示し、米国が「司法判断不適合 (non-justiciable) な規定」としたのに対し、ウクライナや EU 等は「積極的抗弁 (affirmative defence)」であると主張した<sup>10)</sup>。こうした対立を背景として、学説では、直接的ないし間接的な「管轄権抗弁 (jurisdictional defence)」なのか「例外 (exception)」なのか<sup>11)</sup>、「一次規範」たる「適用除外」なのか「二次規範」たる「積極的抗弁」なのか<sup>12)</sup>、条約義務の適用範囲を限定する「許可 (permission)」なのか義務に違反する措置を正当化・合法化する「抗弁 (defence)」なのか<sup>13)</sup>、などの法的性質のヴァリエーションが提示されてきた。学説上の見解は多様であり、判例・事例をどう整理するかも一様ではない。

もとより、安全保障例外は、個々の条約に設けられた条項であり、その解釈が

---

ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, paras. 364–391; *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, paras. 160–236; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic’s Application for Annulment of the Award, 29 June 2010, paras. 106–219; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30 July 2010, paras. 351–354, 400–405; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, paras. 552–555, 561–670; *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/16, Decision on Jurisdiction and Liability, 10 April 2013, paras. 1014–1015, 1023–1131; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision of the *Ad Hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 22 September 2014, paras. 108–115, 117–120, 241–248, 251–256.

10) See, *Russia — Measures Concerning Traffic in Transit*, Report of the Panel, Addendum (5 April 2019), WT/DS512/R/Add.1.

11) See, Hestermeyer, *supra* note 5, p. 580.

12) 例えば、川瀬剛志「ロシア—貨物通過に関する措置 (DS 512) —安全保障例外 (GATT21 条) の射程—」『RIETI Policy Discussion Paper Series』20-P-004 (2020 年)、21 頁を参照。

13) Caroline Henckels, “Permission to Act: The Legal Character of General and Security Exceptions in International Trade and Investment Law,” *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, No. 2 (2020).

条約横断的に統一される必然性はない。個々の条約上の安全保障例外条項の法的性質が何であるかは、本質的には個別の条約解釈問題である。一定の定型性と共通性が見られる安全保障例外について、その法的性質を検討する意義は、法的性質のヴァリエーションにはどのようなものがあり、それが安全保障例外の解釈適用にいかなる差異をもたらさないもたらさないのかを整理することで、個別の条約の解釈論に貢献することにある。

安全保障例外の法的性質がいかなる意義を解釈論上有するかにつき、近年の先行研究では特に、司法判断における審理順序と証明責任の所在という、手続的な側面が注目されている<sup>14)</sup>。これに対して、安全保障例外の援用を巡る実体的な要件の解釈でいかなる意義があるかは、一般国際法上の違法性阻却事由との関係<sup>15)</sup>という点を除き、自覚的な検討が重ねられてきたとは言いがたい。しかし、例外規定の法的性質は、規定の根拠と関わり得ることから、その実体面での解釈上の意義は、一般国際法上の違法性阻却事由との関係如何に限られないと考え得る。

本稿は、以上の問題意識から、通商・投資分野の条約を主たる対象として、安全保障例外の法的性質につき、学説上の見解を概観した上で、安全保障に関わる措置を条約の規律射程外とする条約の「規律範囲画定」とする理解と、安全保障に関わる措置も条約の規律対象とした上で正当化する「措置正当化」とする理解に整理し (I. 1)、その法的帰結が、従来、証明責任の配分等の手続面で論じられてきたのに対し、実体的な解釈で差異をもたらす可能性とその理路を論じる

14) 李禎之「安全保障条項に基づく抗弁の訴訟法上の位置」『岡山大学法学会雑誌』70巻3・4号(2021年)参照。

15) See e. g., August Reinisch, “Necessity in International Investment Arbitration - An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases - Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina,” *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, No. 2 (2007); Andrea K Bjorklund, “Emergency Exceptions: State of Necessity and *Force Majeure*,” in Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008), pp. 492-498; 川瀬剛志「投資協定における経済的セーフガードとしての緊急避難—アルゼンチン経済危機にみる限界とその示唆—」『RIETI Discussion Paper Series』09-J-003(2009年)、30-33頁; Jürgen Kurtz, “Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis,” *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 2 (2010); Henckels, *supra* note 6.

(I. 2)。その上で、規律範囲画定型例外と措置正当化型例外の区別という視座から判例・事例の展開を確認し (II. 1)、現時点での到達点について評価する (II. 2)。

## I. 規律範囲画定と措置正当化

I では、先行研究を踏まえて、安全保障例外の法的性質として規律範囲画定と措置正当化の区別が理論的に可能であることと、区別の意義は安全保障例外の実体的な解釈に及び得ることを論じる。

### 1. 先行研究

#### (1) 概観

安全保障例外を巡る研究は、GATT21 条を主な対象として、20 世紀後半以降に見られるようになる。初期の学説で安全保障例外の法的性質は必ずしも詳論されないが、断片的な言及はなされている。例えば、David D. Knoll は、冷戦下での経済関係を伝統的な「戦争が条約に及ぼす効果」との類比で捉え、GATT21 条を一時的な関係中断を認めることで条約自体の存続を図る例外規定として描く<sup>16)</sup>。Knoll は、21 条を GATT25 条と同様の「義務免除 (waiver)」条項と捉える解釈に触れる<sup>17)</sup>。もっとも、その意義は必ずしも明らかにされていない。

注目すべき言及があるのは、90 年代初頭の Michael J. Hahn の論考である。Hahn によれば、GATT21 条は非経済的理由による GATT の義務からの「エスケープ」条項であり<sup>18)</sup>、GATT の「範囲外」の世界における政治的軍事的状況と関わる<sup>19)</sup>。安全保障例外が「エスケープ」条項であることの意義は、以下のよう

16) David D. Knoll, "The Impact of Security Concerns upon International Economic Law," *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 11, No. 3 (1984), pp. 575-576, 587, 597.

17) *Ibid.*, pp. 585, 602-603.

18) Michael J. Hahn, "Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception," *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12 (1991), p. 564.

19) *Ibid.*, p. 585.

な記述に端的に示されている。すなわち、GATT21条(b)(iii)が「戦争」を挙げることにについて、これは「GATTが、武力行使の禁止に違反した当事国に、条約義務からの解放を認めることにより利益を与えているのか」という点につき、そうした解釈はGATTに本来負っていない役割を任せせるものであり、そうではなく、そもそも武力紛争時にGATTは何らの役割も効果も有していないのである、とHahnは説く<sup>20)</sup>。安全保障例外を定めた21条はGATTの実体的な適用範囲の限界を示す条項として理解されている、と解される<sup>21)</sup>。

90年代後半以降、米国による対キューバ経済制裁のためのいわゆるヘルムズ・バートン法の制定等を契機として、WTOの紛争解決手続におけるGATT21条の援用が小委員会（パネル）の管轄権を妨げるのか、という論点が注目されるようになる<sup>22)</sup>。この点につき、Hannes L. SchloemannとStefan Ohlhoffの論考は、GATT21条が条文でパネルの権限を当然には否定しておらず紛争解決了

---

20) *Ibid.*, p. 587.

21) See, Michael J. Hahn, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie* (Springer, 1996). 『復仇としてのGATTの義務の一方的停止』と題された同書で、Hahnは、武力不行使原則が成立したことで経済的措置が国際法違反に対する強制措置として用いられる傾向があることを踏まえて、GATTの義務に第一義務（prima facie）に反する措置がどの程度許容されるのかという観点から、一般国際法とGATTを分析する（*ibid.*, pp. 1-14, 395）。Hahnは、経済的措置をGATTの義務の一方的な「停止（Aussetzung; Suspension）」と表現し、一般国際法上は復仇のための条約義務の停止が許容されるとした上で、GATTはGATT上の義務違反に対する復仇を制約するが、GATT外の義務違反に対してはGATT21条の定めた範囲で復仇は排除されないと論じる（*ibid.*, pp. 284-285）。また武力不行使原則と安全保障例外の関係について、Hahnは、同書でも、GATT21条(b)(iii)が「戦争」と定めていることにつき、この規定によるGATTの義務からの免除（Befreiung）は援用国の武力行使の違法性を問わずに可能であると論じるが、これは戦争状態の発生により条約当事国が通商に関する規定を停止できるという法原則に対応するとされる（*ibid.*, pp. 346-347）。

22) See, Rene E. Browne, “Revisiting “National Security” in an Interdependent World: The Article XXI Defense After Helms-Burton,” *Georgetown Law Journal*, Vol. 86, No. 2 (1997); Markus A. Reiterer, “Article XXI GATT – Does the National Security Exception Permit “Anything Under the Sun”?, ” *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 2 (1997); David T. Shapiro, “Be Careful What You Wish For: U.S. Politics and the Future of the National Security Exception to the GATT,” *George Washington Journal of International Law and Economics*, Vol. 31 (1997); John A. Spanogle Jr., “Can Helms-Burton Be Challenged under WTO,” *Stetson Law Review*, Vol. 27, No. 4 (1998).

解 (DSU) 自体を対象ともしないことから、その援用自体が紛争解決機関の審査を妨げる「直接的管轄権抗弁 (direct jurisdictional defence)」ではない、とする<sup>23)</sup>。また、実体的な観点から要件の本質的な主観性ゆえに司法判断に適さない「間接的管轄権抗弁 (indirect jurisdictional defence)」であるかについて、要件の一部については客観的であり司法判断適合性があるとしている<sup>24)</sup>。GATT21 条は、紛争解決機関の審査権限を制約する性質の規定ではなく、その内容に照らしても完全に司法判断不適合な規定でもないという論旨である。Max Planck の WTO 法注釈シリーズで GATT21 条を担当した Holger P. Hestermeyer は、この Schloemann/Ohlhoff に依拠して、GATT21 条を「管轄権抗弁」ではなく「例外 (exception)」であるとしている<sup>25)</sup>。また、Dapo Akande と Sope Williams は、WTO の権限と安全保障の関係を扱う中で、安全保障例外の類型に言及する。欧州人権条約を巡る議論を踏まえて、安全保障を考慮する条約規定は、条約の範囲からの除外、条約義務からの逸脱事由、条約の運用停止・終了事由、情報開示の拒否事由に整理され、GATT21 条は義務からの逸脱事由を定める規定に該当するとされる<sup>26)</sup>。もっとも、Akande/Williams は、法的性質の違いについてそれ以上は詳論せず、問題は安全保障に対する脅威の存在と措置の必要性を国際裁判所は判断可能なのかであるとして、これを肯定する<sup>27)</sup>。以上のように、学説においては、WTO の紛争解決機関の権限との関係につき、GATT21 条をその援用自体が紛争解決機関の審査を妨げる性質の規定とは認めない見解が有力であった。その上で、自己判断 (self-judging) 文言を含む GATT21 条の要件充足性について、どこまで審査が及ぶかが主要な論点とされていた。

23) Hannes L. Schloemann and Stefan Ohlhoff, ““Constitutionalization” and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence,” *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 2 (1999), pp. 438-441.

24) *Ibid.*, pp. 441-447.

25) Hestermeyer, *supra* note 5, p. 580. 「例外」の意義は詳論されないが、GATT21 条は証明責任の面で「積極的抗弁 (affirmative defence)」として扱われるべきであるとされる (*ibid.*, p. 582)。

26) Dapo Akande, Sope Williams, “International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO,” *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43, No. 2 (2003), pp. 366-369.

27) *Ibid.*, pp. 369, 378-384.



2000年代に入ると、アルゼンチンの経済危機を巡る仲裁事例を踏まえて<sup>28)</sup>、投資協定を含めて安全保障例外の法的性質を扱う論考が見られるようになる<sup>29)</sup>。条約上の例外規定の性質につき、慣習法上の緊急避難との関係を整理した Jürgen Kurtz によれば、両者の関係の理解には、「一致 (confluence)」、「特別法」、「一次的適用と二次的適用」の区別、という複数のアプローチがある<sup>30)</sup>。このうち、特別法アプローチは、例外規定と緊急避難がいずれも一次規則であることを前提として、例外規定を緊急避難の特別法とする理解である<sup>31)</sup>。これに対して、一次的適用と二次的適用の区別アプローチは、まず条約上の例外規定が一次的に適用され、それにより義務違反が存在するという結論となった場合は、緊急避難が違法性阻却事由として二次的に適用されるというものである<sup>32)</sup>。すなわち、条約上の抗弁と慣習法上の抗弁は異なる法的平面 (legal plane) で作用し、まず条約義務との抵触の有無が判断され、次に条約内の例外を通じた違反の有無の問題に移り、そこで義務違反が存在するという結論となった場合に、慣習法上の違法性阻却事由の適用の有無が問われる、という図式で把握される<sup>33)</sup>。Kurtz は、以上の整理の上で、国連国際法委員会 (ILC) において慣習法上の緊急避難が二次規則として位置付けられたことや、条約上の例外規定は慣習法から区別された柔軟な内容となり得る「独自の抗弁 (tailored defence)」であり、条約規定と慣習法上の緊急避難の要件の違いがより明確になるなどの理由から、一次的適用と二次的適用の区別として捉えるアプローチが妥当であるとする<sup>34)</sup>。

---

28) 前掲注 9 参照。

29) 安全保障例外は投資協定上の例外条項の一部としても扱われる (see *e. g.*, William W. Burke-White, Andreas von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties,” *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, No. 2 (2008)) が、本稿では安全保障例外に着目して取り上げる。

30) Kurtz, *supra* note 15. See also, Jürgen T. Kurtz, “ICSID Annulment Committee Rules on the Relationship between Customary and Treaty Exceptions on Necessity in Situations of Financial Crisis,” *ASIL Insights*, Vol. 11, Issue 30 (December 20, 2007), available at, <<https://www.asil.org/insights/volume/11/issue/30/icsid-annulment-committee-rules-relationship-between-customary-and>> (accessed: 2021/11/8).

31) Kurtz, *supra* note 15, p. 352.

32) *Ibid.*, pp. 356-357.

33) See, *ibid.*, p. 344.

一次規則と二次規則の区別を踏まえて、安全保障例外の法的性質の類型を提示するのが川瀬剛志である。川瀬は、投資協定上の安全保障例外につき、条約義務の適用範囲を画定・制限する一次規則と解するか、本来は実体的義務の違反にあたる措置を許容する「例外たる積極的抗弁」と解するか、という対立があることを指摘する<sup>35)</sup>。また、WTOの通過運送事件を受けてGATT21条の法的性質を扱った論考でも、「一次規範」としての「適用除外」とする理解と、「二次規範」としての「積極的抗弁」とする理解があると整理している<sup>36)</sup>。両稿の表現は細部において異なるものの、実質的に同内容と解される。すなわち、条約の実体義務の範囲を画定する規定なのか、それとも条約の規律が及ぶことを前提として、条約上の義務に合致しない措置を正当化する規定なのか、という区別である。川瀬によれば、この区別の意義は、司法判断における審理順序と、証明責任の所在に求められる<sup>37)</sup>。すなわち、一次規則たる適用除外であるとすれば、安全保障例外の適用は、対象となる措置が条約の適用範囲に含まれるか否かという先決的な問題となり、当該措置の条約違反を主張する側が条約の適用範囲に含まれることの証明責任を負うとされる。これに対し、二次規則たる抗弁であるとすれば、先に措置の義務違反性が判断されるべきであり、安全保障例外の適用における証明責任は抗弁を援用する側に生じる、という趣旨である。川瀬は、この何れの理解が妥当かは、定型的な安全保障例外条項の文言からは明らかではなく、見解も分かっていると指摘する<sup>38)</sup>。

安全保障例外を含む投資協定上の例外規定を、補償を伴うことなく協定から逸脱する法的権利としての「規制権」と結び付けて論じるのがAikaterini Titiである<sup>39)</sup>。Titiは、この意味の規制権の性質を、協定上の投資保護の範囲の制限と

34) *Ibid.*, pp. 344, 347, 356-359.

35) 川瀬剛志「例外規定—類型と解釈の多様性」小寺彰（編著）『国際投資協定』（三省堂、2010年）、165-168頁。

36) 川瀬「前掲論文」注12、21-22頁。

37) 同上参照。また、川瀬「前掲論文」注35、168頁。ただし、WTOの紛争解決機関において「例外」という性質決定が必ずしも証明責任の配分に結びつくわけではないことにも触れられる（川瀬「前掲論文」注12、22頁）。

38) 「同上論文」、21頁。また、川瀬「前掲論文」注35、168頁。

39) Aikaterini Titi, *The Right to Regulate in International Investment Law* (Nomos,

明確に区別する。両者の違いは、保護の範囲が制限される場合は仲裁における管轄権がないことになり、規制権の援用である場合は援用国がその証明責任を負う点にある、とされる<sup>40)</sup>。条約の実体義務の範囲制限を行なう場合と異なり、協定上の規制権は、条約の適用対象に含まれる分野と関わる。

こうした2000年代以降の議論を参照して、通商・投資協定上の安全保障例外について、法的性質を巡る理解の整理を提示したのが Caroline Henckels の複数の論考である。第1に、2019年の論考で、Henckels は、GATT/GATS 及び投資協定における安全保障例外の性質について、4つの理解を提示している<sup>41)</sup>。一般国際法上の違法性阻却事由である緊急避難又は自衛と同一の要件とする理解、一般国際法上の違法性阻却事由の特別法とする理解、条約義務の「範囲を限定する (limiting the scope)」規定とする理解、そして「条約内在的な積極的抗弁 (treaty-internal affirmative defence)」とする理解である。Henckels によれば、前二者と後二者は、いわゆる「二次規則」と「一次規則」の区別に対応すると表現し得る<sup>42)</sup>。すなわち、一次規則は条約の構成要素であり条約を遵守したか否かに関わるのに対し、二次規則としての違法性阻却事由は一応の (*prima facie*) 条約違反を前提として違反を構成する措置を正当化し合法化する<sup>43)</sup>。そして、範囲限定と積極的抗弁のいずれであるかにより、審理順序、実体義務の遵守を検討する際の当該措置の規制目的の考慮可否、そして証明責任に影響が生じるとする<sup>44)</sup>。このような区別の上で、Henckels は、判例の展開と定型的な安全保障例外条項の規定ぶりに照らして、安全保障例外は一次規則としての条約の範囲限定又は積極的抗弁として理解すべきであると論じる<sup>45)</sup>。ただし、Henckels は、条約内在的な積極的抗弁とする理解について、その適用の前提は問題となる措置による一応の条約違反の成立であると述べており<sup>46)</sup>、この点での違法性阻却事由と

---

2014).

40) *Ibid.*, pp. 35-40.

41) Henckels, *supra* note 6.

42) ただし、この「一次規則」と「二次規則」はレトリックであり精確な違法性阻却事由の分類ではないとも指摘される (*ibid.*, p. 330)。

43) *Ibid.*, p. 331.

44) *Ibid.*, pp. 334-337.

45) *Ibid.*, p. 338.

の区別は必ずしも明らかではない。安全保障例外を一次規則と捉え、違法性阻却事由と区別することの意義は、安全保障例外の要件と一般国際法上の違法性阻却事由である自衛や緊急避難の要件を区別可能な点にあるとも捉え得る。

第2に、2020年の論考でHenckelsは、通商・投資条約に定められた例外条項について、「抗弁 (defence)」としての例外と、「許容 (permission)」としての例外という区別を提示した上で、一般例外も安全保障例外も、抗弁より許容として理解すべきであると論じている<sup>47)</sup>。抗弁としての例外がそれを援用しなければ違法行為となる措置を正当化・合法化するのに対して、許容としての例外は条約義務の範囲を限定するという区別である<sup>48)</sup>。Henckelsによれば、この区別の意義は乏しいとも指摘されるが、許容として理解した場合は、実体義務との整合性より先に例外規定の適用が検討されることになり、実体義務の適用において措置の規制目的を考慮しても有用性原理との関係で懸念が生じないため、抗弁よりも許容として理解する方が好ましい<sup>49)</sup>。なお、2019年の論考における一般国際法上の違法性阻却事由と関わる2つの類型との関係は必ずしも明示されていないが、慣習国際法上の緊急避難に言及した投資仲裁判断が抗弁を議論する文脈で検討されていることに照らせば<sup>50)</sup>、一般国際法上の違法性阻却事由と関わる2つの類型は抗弁としての例外の一種と位置付けられていると解し得る。

## (2) 整理

以上で概観した先行研究はその細部において多様であるが、安全保障例外が直

46) *Ibid.*, p. 334.

47) Henckels, *supra* note 13.

48) なお、2020年に刊行された別稿では、「許容」という概念は用いられず、措置を正当化＝合法化する「積極的抗弁」と、特定行為への実体義務の不適用を定める「範囲限定 (scope limitation)」という2類型が提示される (Caroline Henckels, “Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses,” in Lorand Bartels, Federica Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (Oxford University Press, 2020)). なお、同稿は2019年の論考でも近刊予定として言及されている。

49) 具体例として、GATT3条における「同種の産品」性の判断を巡る、いわゆる目的効果アプローチの妥当性を否定する論拠とされるGATT20条との関係が問題とならないと主張される。Henckels, *supra* note 13, pp. 575-582.

50) See, *ibid.*, pp. 571-572.

接に作用する文脈としては、紛争付託条項ないし条約機関の権限に対する制限、条約の実体的規律範囲の制限、条約義務の一応の違反を前提とした条約上の抗弁、一般国際法上の違法性阻却事由と同一ないし特別法、の4つの類型が提起されていた。

もともと、この4類型は必ずしも同一平面における区別によるものではない。第1に、紛争付託条項ないし条約機関の権限の制限と、条約の実体的規律範囲の制限は、いずれも条約の規律範囲に関わる。両者の違いは、制限が条約のどの部分に向けられているかにある。第2に、条約上の抗弁と、一般国際法上の違法性阻却事由は、実体義務の一応の違反を構成する行為を正当化・合法化するという作用では共通している<sup>51)</sup>。この点で、先行研究において一次規則と二次規則の区別を重視する論者もいるが、Henckelsも認めるように、この区別は必ずしも精緻なものではない。「一次規則」と「二次規則」という用語は、元来、ILCの国家責任の作業範囲を示すための便宜上の区別として導入されたものであったという背景に鑑みれば<sup>52)</sup>、この枠組を解釈論上の道具概念として用い議論の出発点とする必然性には疑問を呈し得る。そして、「一次規則」と「二次規則」の区別を前提としないのであれば、「法的平面」の相違は消失し、一応の違反を構成する行為を正当化するという共通の性質が現れる。一般国際法上の違法性阻却事由との関係それ自体は、例外規定の法的性質そのものの表現ではなく、個別の例外規定の要件解釈の問題と位置付ける方がより適切である。

以上を踏まえれば、安全保障例外の法的性質を巡る原理的な区別として、条約

51) 一般国際法上の抗弁につき、「正当化 (justification)」と「免責 (excuse)」を区別すべきとする指摘が学説にある (see, Federica Paddeu, *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences* (Cambridge University Press, 2018))。それによれば、「正当化」が行為の性質ないし属性に関わり法秩序による行為の許容 (permission) として違法性を阻却するのに対し、「免責」は行為者の性質ないし属性に基づき違法行為の帰結を否定し責任を阻却する (see, *ibid.*, pp. 8, 16, 101–102, 118)。ただし、ILCの国家責任条文の起草作業においては、かかる厳密な区別を設けることは回避されており、条文上も「違法性阻却事由」に統一されている。一般国際法上かかる意味の正当化と免責の区別は未だ確立するに至っていないように見受けられる。ただし、抗弁の根拠が何であるかには注意が必要であろう。本稿は以下では、狭義の「正当化」と「免責」の区別を前提とせず、特定の行為を条約の規律対象とした上で合法化するという意味で「正当化」の概念を用いる。

52) *Ibid.*, pp. 53–57.

規範の規律範囲を画定する例外（規律範囲画定型例外）と、特定の措置を正当化する例外（措置正当化型例外）の区別が考えられる。規律範囲画定型例外が扱うのは、どこまでを条約の射程とするか、何を条約の規律対象とするかの問題である。すなわち、当事国が義務を負う範囲の特定であり、明示的にせよ黙示的にせよ、いかなる条約ないし法律行為にも存在する問題である<sup>53)</sup>。これに対して、措置正当化型例外は、問題となる措置が条約の規律射程内にあることを前提として、その正当化が可能かの問題を扱う。すなわち、措置正当化型の安全保障例外は、安全保障と関わる措置を正当化する条約上の制度として把握される。

規律範囲画定型例外と措置正当化型例外は、問題となる措置を当該条約の規律対象と捉えるか否かという点で、決定的に異なる前提に立つ。この観点からの区別は、如上の先行研究でも、Hahn、川瀬、Titi、Henckelsに共通して看取された。またこの区別は、国際法における「例外 (exception)」を広く対象とした近時の研究とも、ある程度において軌を一にする。すなわち、Lorand BartelsとFederica Paddeuによれば、広義の「例外」は、細部において多様な類型が指摘されるが<sup>54)</sup>、本質的には、「範囲限定 (scope limitation)」と狭義の「例外規定」に二分される<sup>55)</sup>。両者の違いは、前者がルールの適用範囲を限定するのに対して、後者は独自の理由によりルールの適用を排除する点にある。この「範囲限定」と狭義の「例外規定」の区別は、「ルール」を条約上の実体義務と解すれ

53) 例えば、GATTと同時期に作成・採択された国際貿易機関 (ITO) ハバナ憲章の86条は、国連との役割分担という形で、範囲画定を定めた規定と解される。ユ・ジョン「WTO体制の制度疲労：貿易、安全保障、技術の変遷」『国際問題』689号 (2020年)、40頁も参照。

54) 「多様な形態」として、例えば、範囲画定 (delimitation of the scope)、カーブアウト (carve-outs)／除外、柔軟性 (flexibilities)、逸脱 (derogations)、狭義の例外、免責 (責任阻却)、違法性阻却が指摘される。See, Jorge E. Viñuales, “Seven Ways of Escaping a Rule: Of Exceptions and Their Avatars in International Law,” in Lorand Bartels, Federica Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (Oxford University Press, 2020).

55) See, Lorand Bartels, Federica Paddeu, “Introduction,” in Lorand Bartels, Federica Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (Oxford University Press, 2020), p. 4. See also, Giovanni Sartor, “Rules and Exceptions, in Law and Elsewhere,” in Lorand Bartels, Federica Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (Oxford University Press, 2020).

ば、安全保障例外を巡る規律範囲画定と措置正当化の区別に照応すると捉え得る。

## 2. 区別の意義

### (1) 手続的意義と政治・道徳的意義

安全保障例外の法的性質に着目する意義として、先行研究で特に指摘されてきたのは、司法判断において実体義務違反と例外規定適用のいずれを先に判断するかという審理順序と、例外規定の適用について証明責任を負うのはいずれの当事者かという証明責任配分である。もっとも、こうした手続法上の帰結が安全保障例外の法的性質から当然に導かれるかには、疑問も呈される<sup>56)</sup>。審理順序は裁判所の裁量とされることがあり<sup>57)</sup>、また証明責任の配分についても、規定の性質は必ずしも決定的でないことが指摘される<sup>58)</sup>。安全保障例外の法的性質が訴訟上の手続面で何らかの法的効果を有し得ることが直ちに否定されるわけではないが、その意義は不明瞭さを免れない<sup>59)</sup>。

また、本来は禁じられた行為の正当化か、そもそも規範の射程外であるかは、その行為を行なう際の規範的含意と政治的心象で差があるとも指摘される<sup>60)</sup>。これは直接的には政治的ないし道徳的な次元の問題である。

---

56) 李「前掲論文」注14、284-285頁参照。

57) See e. g., *Canada — Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, Report of the Appellate Body (30 August 2004), WT/DS276/AB/R, para. 126; *Saudi Arabia — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, Report of the Panel (16 June 2020), WT/DS567/R, para. 7.3.

58) See, Shin-yi Peng, “Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions,” *Journal of International Economic Law*, Vol. 18, No. 2 (2015), pp. 471–472. See also, *European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Report of the Appellate Body (16 January 1998), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, para. 104.

59) 証明責任については、Joost Pauwelyn, “Defences and the Burden of Proof in International Law,” in Lorand Bartels, Federica Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (Oxford University Press, 2020) も参照。

60) Lorand Bartels, Federica Paddeu, *supra* note 55, p. 4; Henckels, *supra* note 13, p. 562.

## (2) 実体的意義

安全保障例外の法的性質は、その実体的な解釈と関わることはないのだろうか。

安全保障例外の法的性質は、なぜかかる例外規定が認められるのかを巡る根拠に関わる。規律範囲画定型例外と措置正当化型例外は、例外規定として認められる理路を異にすると考えられる。その結果として、対象となる措置の規範的な位置付けもそれぞれにおいて異なったものとなり得る。

規律範囲画定の理路は、条約とは当事者の自由な合意に基づき特別な権利義務を設定するものであり、合意により規律範囲が定められ、その際に任意の事項を条約の規律対象外とすることは基本的に妨げられない、というものと理解できる。特定分野の事項を条約の規律対象外とすることそれ自体を禁じないし無効とする一般国際法の存在は定かではない<sup>61)</sup>。重要なのは、ある事項を規律範囲から除外することは、当該事項の規範的な肯定を必ずしも前提としないということである。例えば、条約機関の審査対象を限定することは、対象外事項に含まれる行為の正当化ないし規範的肯定を必ずしも意味しないであろう<sup>62)</sup>。GATT21条を「エスケープ」条項とする Hahn は、武力不行使原則に違反した国家に利益を与えるのか、という問いに対して、そもそも GATT は武力紛争時に何らの役割も効果も有していない、と応答していた<sup>63)</sup>。これはまさに規律範囲画定型例外の論

61) 規律範囲画定は国際裁判所の管轄から特定事項を除外する行為と類比可能である。

いわゆる「自動的留保 (automatic reservation)」の問題については、see *e. g.*, James Crawford, “The Legal Effect of Automatic Reservations to the Jurisdiction of the International Court,” *British Yearbook of International Law*, Vol. 50 (1979). この点は安全保障例外における「自己判断」文言の意義と関わり得る。See *e. g.*, Reiterer, *supra* note 22, pp. 195–197.

62) 国連海洋法条約 298 条 1 項 (b) は、「軍事的活動」に関する紛争について、同条約に基づく紛争解決の義務的手続規定の適用除外を当事国に認めており、複数の国が宣言を行なっている。この規定が除外対象の活動の規範的肯定を前提とするとは考え難い。同除外が問題となったウクライナ艦艇抑留事件においても、除外される「軍事的活動」の該当要件として活動の正当性は問題とされおらず、法執行活動であるか「軍事的活動」であるかが「活動の性質の客観的評価」と個別の関連状況の考慮に基づき判断された。Case concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, ITLOS, Order of 25 May 2019, paras. 63–77.

63) Hahn, *supra* note 18, p. 587.



理を示す。規律範囲画定型例外は、適用対象を、その規範的評価を前提とせずに定めることができる<sup>64)</sup>。換言すれば、規律範囲画定型例外は、対象となる行為の正当性を何ら示していない。その法的評価は他の適用可能な法規範に委ねられる。

措置正当化の理路は全く異なる。条約上、特定の行為を「正当化」する規定であることから、必然的に、当該行為に対する規範的な評価を伴う。国家の規制権の議論において、規制の「正当な」目的や利益が強調されるのはその表れと理解できる<sup>65)</sup>。学説上、行為を正当化する規範の根拠には、複数の類型があると指摘される。それらは義務論的な正当化と帰結主義的な正当化に整理可能であり、具体的には、道徳的利益の保護、相手方の行為に基づく権利剥奪、犠牲となる利益より得られる利益が大であること、相手方の利益放棄、があるとされる<sup>66)</sup>。個々の措置正当化型の例外規定の根拠が何であるかは個別の解釈問題である。重要なのは、いずれにせよ、措置正当化の根拠は、対象行為を規範的評価の対象とした上で是認することを説明できなければならないということである。

措置正当化型例外の対象を論定する上で留意すべきことは、安全保障例外が援用される軍事的又は経済的措置は、その性質上、一般国際法上の武力不行使原則及び不干渉原則との整合性を問われ得るということである。特に、武力行使それ自体に加えて、武力紛争の效果的遂行を直接の目的とした経済的措置<sup>67)</sup>が問題と

64) これは規範的評価を前提とした範囲画定があり得ないことを意味しない。Hahnは、GATT21条の文言を踏まえて、局外国については、GATTも国際法秩序の一部であるとして、交戦国を援助する権利又は義務を有する場合のみ援用が可能であり、違法な戦争を支援することを「合法化 (legalisieren)」するものではない、と指摘する (Hahn, *supra* note 21, p. 348)。GATT21条の範囲は一般国際法の影響を受け得ることが示される。

65) See, Titi, *supra* note 39, p. 33. WTO法における規制権限と例外規定について、邵洪範『貿易自由化と規制権限：WTO法における均衡点』（東京大学出版会、2019年）を参照。

66) See, Federica Paddeu, *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences* (2018), pp. 115-117. また「免責」においては、自由意思による選択可能性の欠如が挙げられる (see, *ibid.*, pp. 120-123)。

67) いわゆる「経済戦」につき、Karl Zemanek, “Economic Warfare,” in Rudolf Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3 (Elsevier, 1982); Vaughan Lowe, Antonios Tzanakopoulos, “Economic Warfare,” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2013)。

なる。この点、戦争が不可抗力と評価された事案もないわけではない<sup>68)</sup>。しかし、武力不行使原則が確立した現代において、少なくとも国際的武力紛争は国家の行為としての規範的評価から自由ではない。また、不干渉原則について<sup>69)</sup>、友好関係原則宣言は「いかなる国も、他国の主権的権利の行使を自国に従属させ、かつ、その国から何らかの利益を確保するために、経済的、政治的その他他国を強制する措置をとり又はとることを奨励してはならない」と定める<sup>70)</sup>。違法な武力行使はもとより、違法な武力行使を効果的に遂行するための、相手国に対する付随的な経済的措置が不干渉原則における強制手段に該当し得ないと考えることは困難である<sup>71)</sup>。さらに、国家責任条文 16 条及び 41 条は、他国の違法行為の支援又は援助が禁止される場合について定めている。

いかなる行為を措置正当化型例外の対象となし得るかの問題は、一般国際法上の強行規範に基づく外在的制約はもとより、例外規定それ自体の根拠に基づく内在的制約に服する。安全保障例外が条約上の「独自の抗弁」であるとしても、自国の安全保障に関わる一方で一般国際法ないしその背後にある利益・価値を毀損する行為を正当化することは、規定の根拠に照らして可能だろうか。規律範囲画定型例外においては、武力行使の一般国際法上の合法性を問わないことについて、条約自体が武力紛争時に何らの役割も効果も有していないため、という説明が可能であった。しかし、措置正当化型例外は、問題となる行為を条約の規律対象と

68) *E. g., Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, 1er mai 1925, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. 2, p. 642.

69) 不干渉原則と友好関係原則宣言につき、藤澤巖「国際法における不干渉原則論の構図 (6・完) 適用問題への一視座」『千葉大学法学論集』31 巻 1 号参照。

70) UN Doc. A/RES/2625 (XXV) (1970). 訳は岩沢雄司 (編集代表) 『国際条約集』(有斐閣、2018 年) による。また、国連総会は「途上国に対する政治的経済的強制の手段としての一方的経済措置」を非難する決議も採択している (UN Doc. A/RES/72/201 (2017))。

71) 経済的強制・経済制裁の国際法上の規律に関する近時の研究として、see *e. g.*, Ali Z. Marossi, Marisa R. Bassett (eds.), *Economic Sanctions under International Law: Unilateralism, Multilateralism, Legitimacy, and Consequences* (T.M.C. Asser Press, 2015); Matthew Happold, Paul Eden (eds.), *Economic Sanctions and International Law* (Hart Publishing, 2016); Natalino Ronzitti (ed.), *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law* (Brill, 2016); Masahiko Asada (ed.), *Economic Sanctions in International Law and Practice* (Routledge, 2020).

した上で正当化するという役割を果たすため、かかる説明はとり得ない。違法な武力行使ないしその効果的遂行のための付随的な措置を条約上正当化するためには、その正当性を論証する固有の根拠が要求されるだろう。

武力紛争の当事国は経済的措置をとる権利を有すると主張されることがある<sup>72)</sup>。かかる権利が存在するとすれば、その正当化の論理は、条約上の措置正当化の根拠を考える上で参考となり得る。もっとも、そのような「権利」が武力紛争の発生それ自体から両紛争当事国に当然に付与されるという見解には、疑問を呈することもできる。いわゆる *jus in bello* に戦争違法化と武力行使の禁止がどのような影響を与えるかにつき、戦間期の「侵略の場合における国家の権利義務」ハーバード草案（1939）は、侵略国は交戦国としての権利を有しないと定めている（3条1項）<sup>73)</sup>。第2次大戦後も、人道的考慮に基礎付けられる害敵手段規制が武力行使の合法性に影響されない点とはともかく、人道的考慮に基礎付けられない交戦国の権利の妥当性には異論が呈される<sup>74)</sup>。自らの違法な武力行使に基づき国家が人道的考慮と無関係に権利を得ることは不合理ということである。また、そもそも武力紛争法は禁止の法であり権限を付与する法ではない、とする見解も有力である<sup>75)</sup>。この見解を前提とすると、武力紛争中に特定の措置をとる権利それ自体は、武力行使であれば自衛権というように、武力紛争法の外部の法に基礎付け

72) エリトリア・エチオピア請求権委員会の恩給事件最終裁定は、武力紛争中に相手国に対して金融・経済的規制を行なうことを、慣習法上の権利として承認している。*Pensions, Eritrea's Claims 15, 19 & 23, Final Award, Eritrea Ethiopia Claims Commission, 19 December 2005, para. 27.* ただし、恩給事件最終裁定は、その根拠として、もっぱら第2次大戦までの対敵通商禁止の実行に基づく学説を挙げるに留まり、その理論的根拠を明確にしていない。

73) “Draft Convention on Rights and Duties of States in Case of Aggression,” *American Journal of International Law*, Vol. 33, Supplement: Research in International Law (1939).

74) Elihu Lauterpacht, “The Legal Irrelevance of the ‘State of War’,” *Proceedings of the American Society of International Law*, Vol. 62 (1968), pp. 63–64. See also, Quincy Wright, “The Outlawry of War and the Law of War,” *American Journal of International Law*, Vol. 47, No. 3 (1953).

75) Adil Ahmad Haque, *Law and Morality at War* (Oxford University Press, 2017), pp. 30–35. この論点については、Anne Quintin, *The Nature of International Humanitarian Law: A Permissive or Restrictive Regime?* (Edward Elgar, 2020) も参照。

られ、武力紛争法はその態様を制約する法として把握される<sup>76)</sup>。武力紛争法の差別適用の問題を回避でき、武力行使を禁じる現代国際法の基本構造とも整合的な理解である。現代国際法では、違法な武力行使に基づく武力紛争を遂行するための措置を正当化する論理を見出すことは容易ではない。

安全保障例外をいわゆる「戦争・武力紛争が条約に及ぼす効果」と類比する見解もある<sup>77)</sup>。一般国際法に基づき戦争・武力紛争により条約の効力が終了ないし停止する可能性があることは<sup>78)</sup>、条約上の措置正当化に根拠を提供するだろうか。伝統的国际法上、「戦争が条約に及ぼす効果」は、正戦論に基づき自らの権利を防衛する手段として正当化されるか、戦争＝状態論——戦争を当事者が対等な立場で戦時国際法に規律される特殊な状態として捉える議論——において戦争発生に伴う法関係の変更として把握されていた<sup>79)</sup>。このうち、後者の戦争＝状態論に基づくアプローチは、武力不行使原則が実定国際法上確立した現代国際法において妥当性を認めることは困難である。また、前者のアプローチでは、当事者の武力行使の法的評価を考慮することが求められる。このような考え方は、万国国際法学会 (IDI) において 1985 年に採択された「武力紛争が条約に及ぼす効果」に関するヘルシンキ決議<sup>80)</sup>が、自衛権行使国の条約停止権を認める一方で (7 条)、侵略国は自らの利益を求めて条約を終了も停止もできないと定めた (9 条)

76) どのような場合に経済制裁が許されるかに関する法としての *jus ad bellum economicum* の議論につき、see, Nema Milaninia, “Jus ad bellum economicum and jus in bello economico: The Limits of Economic Sanctions Under the Paradigm of International Humanitarian Law,” in Ali Z. Marossi, Marisa R. Bassett (eds.), *Economic Sanctions under International Law: Unilateralism, Multilateralism, Legitimacy, and Consequences* (T. M. C. Asser Press, 2015), pp. 104-114.

77) 前掲注 16 対応本文、及び前掲注 21 の記述を参照。ただし、後者につき、Hahn は GATT21 条を規律範囲画定型例外として捉えていると解されることには注意を要する。

78) 戦争・武力紛争が条約に及ぼす効果を巡る議論の現況については、若狭彰室「現代国際法における武力紛争が条約に及ぼす効果」『社会科学研究』68 巻 1 号 (2016 年) を参照。

79) 若狭彰室「伝統的国际法における「戦争が条約に及ぼす効果」の理論：19 世紀中葉から IDI クリステミアニア規則 (1912) に至る展開」『国際法外交雑誌』114 巻 3 号 (2015 年) 参照。

80) The Effects of Armed Conflict on Treaties, IDI Resolution, *Annuaire de l'institut de droit international*, Vol. 61, Part 2 (1985), pp. 278-283.

ことと整合する。2011年のILC「武力紛争が条約に及ぼす効果」条文<sup>81)</sup>は、条約の本性と武力紛争の性質に照らした終了・脱退・停止の可能性を認めており(6条)、この点で原理的な不明瞭さを残すが<sup>82)</sup>、自衛権行使と両立しない条約の停止権(14条)と、侵略国が自らの利益となる条約の終了・停止・脱退を武力紛争の帰結として行なうことの禁止(15条)を定める点では同様である。武力紛争の存在に基づき違法な武力行使国に有益となる措置を認めることは忌避されている。

以上に照らせば、少なくとも、違法な武力行使とそれにより生じた武力紛争の効果的遂行を直接の目的とした措置について、条約上の制度として独自に正当化する根拠は乏しいように見受けられる。すなわち、規律範囲画定型例外と措置正当化型例外では、対象となり得る行為の範囲が異なることが示唆される。これは、措置正当化型例外において、武力紛争中に安全保障例外を援用し得るのは、援用国の武力行使が一般国際法上合法と認められた場合のみである、ということ必ずしも意味するわけではない。もとより、安全保障例外が援用される措置は多様であり得、武力紛争の遂行を目的とするものに必ずしも限られないからである。要点は、措置正当化型例外においては、援用対象となる措置について、具体的にいかなる利益と目的によるものかを踏まえて、当該例外規定の根拠に照らし正当化できるか——ないし自己判断文言が含まれる場合には少なくとも正当化に関する自己判断の妥当性——が問題となるということである。これに対して、規律範囲画定型例外は、必ずしも対象措置の規範的評価を前提としない。この点で、安全保障例外を適用する際の要件の解釈は、その法的性質に応じて異なる考慮を要すると考え得るのである。

---

81) The Draft Articles on the Effects of Armed Conflict on Treaties, *Yearbook of the International Law Commission 2011*, Vol. 2, Part 2, pp. 107-108.

82) このことはILCにおいてもMelescanu委員により「委員会が直面する真の障害は[……]作業が依拠すべき根本原理(fundamental principles)が特定されていないことである」と指摘されていた(3059th Meeting, *Yearbook of the International Law Commission 2010*, Vol. 1, p. 175)。この点につき、若狭「前掲論文」注78、25-38頁も参照。

## II. 判例・事例

II では、I での議論を踏まえて、主に ICJ と通商・投資分野における国際判例・事例の展開を検討する。国際紛争処理の過程で提示されてきた見解に、規律範囲画定と措置正当化の理論的な区別に照応する要素は見出されるだろうか。また、規律範囲画定と措置正当化の区別に一定の意義が認められるだろうか。

### 1. 判例・事例の展開

#### (1) 国際民間航空機関理事会事件 (ICJ)

条約の規律範囲の特定における安全保障例外の意義を巡る示唆的な事案として、ICJ の国際民間航空機関 (ICAO) 理事会事件がある。本件は、インドとパキスタンの間において、ICAO 理事会がインドによる飛行制限措置を巡る紛争について管轄権を有するかが争われた事案である。

争点の一つとして、「戦争」の場合ないし「国家緊急事態」が宣言された場合に「行動の自由」に影響を与えないことを定めた国際民間航空条約 89 条<sup>83)</sup>の意義があった。当事国は、同規定につき、国際民間航空条約が両国間の紛争を規律しているかについて対立した。すなわち、ICAO 理事会の管轄権を肯定するパキスタンが、89 条は特定の場合に条約から逸脱する権利を定めたものであるとし、飛行制限措置が条約の規律範囲に含まれることを示すと主張したのに対し、ICAO 理事会の管轄権を否定するインドは、89 条は条約外の権利に国際民間航空条約が影響を与えないことを定める「保留 (saving)」条項に留まる、と主張した<sup>84)</sup>。裁判所は、いずれにせよ 89 条の解釈を巡る紛争があるとして、ICAO 理事会の管轄権を肯定した<sup>85)</sup>。

83) “Article 89 War and emergency conditions

In case of war, the provisions of this Convention shall not affect the freedom of action of any of the contracting States affected, whether as belligerents or as neutrals. The same principle shall apply in the case of any contracting State which declares a state of national emergency and notifies the fact to the Council.”

84) *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, ICJ, Judgment of 18 August 1972, paras. 40-42.

85) *Ibid.*, para. 43.

本件は、安全保障例外の対象となる措置が条約の規律範囲に含まれるか否かが、審理機関の管轄権との関係で争われた事案であると言える。

## (2) 対アルゼンチン通商制限措置 (GATT)

1982年にGATT理事会において、フォークランド（マルビナス）紛争に端を発する西側諸国による対アルゼンチン通商制限措置に関する事案が扱われた。措置国であるEC・カナダ・オーストラリアは、本件措置が国際法上の「固有の権利」に基づく措置であるとし、GATT21条は当該権利の「反映 (reflection)」であると主張した<sup>86)</sup>。そして、GATTは本件のような政治問題を扱う権限を有さないとした<sup>87)</sup>。この点について、ポーランドは、GATT21条の目的は、正当な利益を保護する権利を締約国に与えることであり、他国の処罰ではないという見解を示した<sup>88)</sup>。

両見解は、GATT21条の対象となる措置の範囲について、必ずしも見解を異にするとは限らない。「固有の権利」の内容は詳論されないからである。他方で、GATT21条の性質については、一般国際法上の権利をGATTの義務が阻害しないことを確保するものと理解する見解と、条約上の制度として「正当な利益を保護する権利」を付与するものと理解する見解の違いとして、整理する余地がある。

## (3) ニカラグア事件 (ICJ)

米国によるニカラグアに対する軍事的及び経済的措置に関わる紛争はICJとGATTで扱われている。ICJニカラグア事件では、ニカラグアが1956年の米国・ニカラグア友好通商航海条約（以下、1956年条約）の紛争付託条項（24条）を援用し、また同条約違反を主張したことを巡り、同条約21条1項(c)及び(d)<sup>89)</sup>に定められた安全保障例外の適用が争われた。米国は、1956年条約

---

86) L/5319 (5 May 1982).

87) C/M/157 (22 June 1982), pp. 10-11.

88) *Ibid.*, p. 9.

89) Article XXI, paragraphs 1(c) and 1(d):

“the present Treaty shall not preclude the application of measures: [...]

(c) regulating the production of or traffic in arms, ammunition and implements of war, or traffic in other materials carried on directly or indirectly for the

は通商的性質の条約であるとして、本件に対する 1956 年条約の適用可能性を否定し、この点に関するいかなる疑いも 21 条 1 項によって一掃される、と主張した<sup>90)</sup>。米国によれば、米国上院の外交関係委員会において、21 条は、「武器、弾薬及び軍需品の取引、並びに集団的又は個別的自衛の措置に [……] 関わる通常の例外」を定めたものと説明されていた<sup>91)</sup>。

裁判所は、管轄権・受理可能性判決（1984）では、安全保障例外について特に判断せずに、1956 年条約が 19 条で通商航海の自由を定め、また前文で平和と友好に言及していることを踏まえ、1956 年条約の解釈適用に関する紛争が当事国間に存在することは明らかであるとして、管轄権を肯定した<sup>92)</sup>。

これに対して、本案判決（1986）では、安全保障例外の意義が検討された。裁判所はまず、21 条を、条約の射程に関する本件紛争を裁判所の管轄権から除外するものとは解釈し得ない、とする<sup>93)</sup>。21 条自体も 1956 年条約の一部であり、その解釈適用を巡る紛争は条約の紛争付託条項の対象に含まれるからである。21 条は、「他の規定の一般性に対する例外」として条約が認める事態を特定する規定であり、それ自体の解釈と適用を裁判所の管轄権から除外するものではないとされる。また、問題となる措置が 21 条の例外に該当するか否かを判断する管轄権が裁判所にあることは、GATT21 条が「締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める」といういわゆる自己判断文言を含む

---

purpose of supplying a military establishment

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

90) ICJ Pleadings, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Vol. 2, pp. 52-54 (US Counter Memorial, paras. 173-179).

91) *Ibid.*, p. 274 (Annex 41 to the Counter-Memorial of the United States of America).

92) *Case concerning the Military and Paramilitary in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, ICJ, Judgment of 26 November 1984 [hereinafter, *Nicaragua Jurisdiction*], paras. 82-83.

93) *Case concerning the Military and Paramilitary in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, ICJ, Judgment of 27 June 1986 [hereinafter, *Nicaragua*], para. 222.



のに対して、1956年条約21条は単に「安全保障上の重大な利益の保護のために必要な」措置と述べるに留まっていることから、「逆説的に (*a contrario*)」明らかであるとされる。裁判所は、個別的又は集団的自衛は、「安全保障上の重大な利益の保護のために必要」という、より広範な類型の一部であるとした上で<sup>94)</sup>、21条は当事国に「他の条約規定から逸脱する権限」を与えるものであり、その援用可能性は、それなくしては米国の特定の行為が条約規定と抵触するものであることが明らかとなった場合に検討されるとした<sup>95)</sup>。

その後、裁判所は、米国による機雷敷設と禁輸措置が通商航海の自由を定める1956年条約19条に整合しないとした上で<sup>96)</sup>、米国の行為が21条により「正当化」されるかにつき<sup>97)</sup>、機雷敷設と攻撃については「中米との関係における米国の状況全般」の考慮に基づき、禁輸については脅威に関する証拠がないことに基づき、いずれも「必要」とは認められず、21条は抗弁を提供しないと判示した<sup>98)</sup>。

本件は、1956年条約上の安全保障例外を規律範囲画定の規定と捉える米国と、条約義務の一応の違反を前提とした措置正当化の規定と捉える裁判所の対照性が浮き彫りとなった事案と言える。もっとも、裁判所の解釈の根拠は必ずしも明らかではない。米国は条約の規律範囲の限定を示す規定として21条を挙げている。この限定は、紛争付託条項に対するものではなく、条約上の義務の事項的範囲に対するものとして主張されていると解し得る。この点、Schwebel 判事の反対意見は明確に、条約が「特定分野 (*area*) を規律の射程 (*regulated reach*) から除外する場合」に、当該分野は条約の管轄範囲から除外されるのであり、21条はそのような除外規定である、としている<sup>99)</sup>。裁判所は、この点について、直接的には、21条も条約の一部であるからその解釈適用は紛争付託条項の対象で

---

94) *Ibid.*, para. 224.

95) *Ibid.*, para. 225.

96) *Ibid.*, paras. 278-279.

97) *Ibid.*, para. 280.

98) *Ibid.*, para. 282.

99) Dissenting Opinion of Judge Schwebel, *Nicaragua*, *supra* note 93, para. 105. See also, Dissenting Opinion of Judge Schwebel, *Nicaragua Jurisdiction*, *supra* note 92, para. 128.

あると述べるに留まる。すなわち、米国が21条によりニカラグアの請求は条約の事項的範囲から除外されると主張するのに対して、裁判所は21条が紛争付託条項に対する例外ではないことから違反措置を正当化する規定であると結論付けている、と整理できる。この点、管轄権・受理可能性判決は、1956年条約の前文に平和と友好への言及があることを指摘しており、これが条約の規律範囲の根拠であると解することもできるが、当該判示は安全保障例外の解釈と関連して示されたものではなく、本案判決でも触れられていない。裁判所の理由付けは必ずしも米国の主張とかみ合っていないように見受けられる。

#### (4) 米国—対ニカラグア貿易措置事件 (GATT (非採択))

GATTのパネルにおける米国—対ニカラグア貿易措置事件では、付託事項からGATT21条を援用する妥当性と動機が除外されたため<sup>100)</sup>、米国の措置のGATT21条適合性は判断されなかった。しかしなお、安全保障例外の法的性質と関わる見解は、断片的かつ不明瞭ではあるが、ニカラグアの主張とそれに対応するパネルの判示の中に見出され得る。

ニカラグアは、GATT21条は国際法上の自衛権に類比される規定であり、またGATTは国際法の構造の一部であって真空中に存在するのではないとして国際法と調和する解釈を主張し、ICJが米国の禁輸措置を違法な軍事的経済的措置の一部と判断したことを挙げた<sup>101)</sup>。この点について、パネルは、米国による21条援用の妥当性と動機は付託事項の対象外であるため米国の措置の整合性を判断しないとした上で<sup>102)</sup>、なお、米国によるものも含め禁輸措置は、21条により正当化されるか否かを問わず、GATTの基本目的にそぐわず、21条における権利を用いる際には、締約国は安全保障上の要請と通商関係の安定の要請を注意深く比較すべきであるとした<sup>103)</sup>。

100) C/M/192 (24 October 1985), p. 6. この点、米国は、1984年のGATT米国—ニカラグア砂糖輸入事件から訴訟戦術を変化させている。砂糖輸入事件では、通商問題ではなくGATTの範囲に含まれないとして、安全保障例外の援用自体行なわなかった(L/5607 (2 March 1984), paras. 3.10-3.11)。

101) L/6053 (13 October 1986), para. 4.5. 米国はこの主張を報告書に記載すること自体に反対した (*ibid.*, p. 8)。

102) *Ibid.*, para. 5.3.

ニカラグアの主張は、GATT21条を一般国際法上の自衛権と同内容の措置を正当化する規定として理解するものと解し得る。パネルにおいても、必ずしもその精確な含意は明らかでないものの、GATT21条を「権利」と表現し、その効果を「正当化」と言及していることには留意を要する。

#### (5) オイル・プラットフォーム事件 (ICJ)

ICJのオイル・プラットフォーム事件では、イラン国営石油会社の海洋採掘石油生産施設（オイル・プラットフォーム）に対する米国による攻撃につき、イランが1955年の米国・イラン友好経済関係領事条約（以下、1955年条約）の違反を訴え、同条約20条1項<sup>104)</sup>に定められた安全保障例外の適用が争われた。管轄権の基礎は1955年条約の紛争付託条項（21条2項）が援用された。

米国は、先決的抗弁において、安全保障例外の法的性質について、ニカラグア事件と同旨の主張をより明確な形で展開した。米国は、武力紛争中の武力行使に関わる問題に1955年条約が関わらないことを20条が示すとして、安全保障例外を援用する<sup>105)</sup>。米国は、中華民国との友好通商航海条約やベルギーとベトナムとの通商条約の締結に際して、国内議会で、例外規定で扱われる事項は「条約の射程から除外される (excepted from the purview of the treaty)」ないし「条約の範囲の外に置かれる (placed outside the scope of such treaties)」と

---

103) *Ibid.*, para. 5.16.

104) “Article XX

1. The present Treaty shall not preclude the application of measures:

- (a) regulating the importation or exportation of gold or silver;
- (b) relating to fissionable materials, the radio-active by-products thereof, or the sources thereof;
- (c) regulating the production of or traffic in arms, ammunition and implements of war, or traffic in other materials carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment; and
- (d) necessary to fulfill the obligations of a High Contracting Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests.”

105) Preliminary Objection submitted by the United States of America, 16 December 1993, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, pp. 50-53.

説明されてきたことを挙げて、1955 年条約の安全保障例外も同様に解釈されるべきだとする。したがって、本件状況は 1955 年条約に規律されておらず条約の主題と完全に無関係であるから、イランの請求は条約に基づく管轄権に支えられないと主張した。

先決的抗弁判決（1996）において、裁判所は、米国の管轄権に対する抗弁には 2 つの側面があるとして、論点を区別した。第 1 の論点は、「武力行使事例 (event of the use of force)」に対する 1955 年条約の適用可能性であり、第 2 の論点は、条約の各条項の「範囲 (scope)」である<sup>106)</sup>。裁判所は、第 1 の論点について、まず、1955 年条約が特定の事項を裁判所の管轄権から除外する旨の明示的規定を含んでいないことを指摘した上で、安全保障例外を定めた 20 条 1 項 (d) を取り上げる<sup>107)</sup>。裁判所は、同規定の条文には 2 つの解釈があるとして、特定の措置を条約の「射程 (actual scope)」から除外し、その帰結として、措置の合法性を審理する裁判所の管轄権を排除するという解釈と、本案における抗弁事由を提供するに過ぎないという解釈を挙げる。裁判所は、同様の規定を巡るニカラグア事件本案判決の解釈に依拠して、後者の解釈を採用した。その上で、裁判所は、条約が課す義務と両立しない当事国の行動は、その手段を問わず、すなわち武力行使であれ行政措置であれ他の手段であれ違法であり、「武力行使に関連する問題はそのこと自体 (*per se*) によっては 1955 年条約の射程から除外されない」と強調した<sup>108)</sup>。以上を踏まえて、第 2 の論点として、違反が申し立てられた各規定の解釈を通じて事項管轄権の有無が判断された。この文脈では安全保障例外は扱われず、裁判所は、通商と航海の自由を定めた 1955 年条約 10 条 1 項に照らして米国の行為の合法性を判断できるとして、管轄権を肯定した<sup>109)</sup>。

安全保障例外の適用の可否は本案判決（2003）において判断された。まず、裁判所は、審理順序につき、米国の主張に言及する。裁判所によれば、米国は、

106) *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, ICJ, Judgment of 12 December 1996, para. 17.

107) *Ibid.*, para. 20.

108) *Ibid.*, para. 21.

109) *Ibid.*, paras. 37-53.

20条1項(d)を10条1項の制限でもそこからの逸脱でもなく同じ次元で当事国の義務を画定する規定として捉えて、10条1項の違反から検討する必要はないと主張していた。裁判所は、その上で、本件の「元来的紛争 (original dispute)」が武力行使に関する国際法に照らした米国の行為の合法性にあるなどとして、20条1項(d)の適用から検討を開始した<sup>110)</sup>。

また、20条1項(d)と国際法上の自衛の関係について、裁判所は、米国が同規定による除外の射程は自衛に関する慣習国際法及び国連憲章の基準に合致する行動に限定されないと主張するのに対して、これは武力行使に関する国際法の義務からの除外を主張するものではないとする。問題は、安全保障例外が軍事力の行使を含む措置を対象としている場合に、国際法上の要件の遵守という制約が含まれるかである、とされる。裁判所は、ニカラグア事件本案判決で自衛が安全保障例外で定められた措置の一部とされていることに触れ、このアプローチは、軍事力の行使を含む行動を正当化するために20条1項(d)が援用される場合、その解釈と適用は必然的に国際法上の正当な自衛権の要件の評価を伴うという見解と整合的である、とした<sup>111)</sup>。その上で、1955年条約1条が両当事国間の友好と平和を規定していること、及び条約法条約31条3項(c)で示される条約解釈における「関連規則」の考慮に鑑みて、20条1項(d)が武力行使に関する国際法から完全に独立して運用されること、すなわち、20条1項(d)の「措置」に国際法上違法な武力行使を含める意図はなかったと結論付けられた<sup>112)</sup>。

こうして裁判所は、安全保障上の重大な利益の保護のために「必要」な措置の範囲は、自衛として妥当であるかの問題と重なるとして<sup>113)</sup>、自衛権の要件について検討し、それらを充足していないことから米国のオイル・プラットフォーム攻撃は20条1項(d)によって正当化されないと結論付けた<sup>114)</sup>。

他方で、裁判所は、かかる攻撃が10条1項違反となるかについては、本件オイル・プラットフォームが既に稼働していなかったこと、及び米国の大統領布告

---

110) *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, ICJ, Judgment of 6 November 2003 [hereinafter, *Oil Platforms*], paras. 31-42.

111) *Ibid.*, paras. 39-40.

112) *Ibid.*, para. 41.

113) *Ibid.*, para. 43.

114) *Ibid.*, para. 78.

によって米国イラン間の通商が停止していたことに鑑みて、「二締約国の領域間の」通商の自由は阻害されていないとして、否定した<sup>115)</sup>。通商停止をもたらした米国の禁輸措置については、イランが公式には条約違反を問題としなかったとして、1955年条約との整合性は判断されなかった<sup>116)</sup>。

本件は、ICJが安全保障例外の法的性質について踏み込んだ判断を行なった事例と言える。裁判所は、本件安全保障例外を条約の射程を限定する規定とした米国の主張を、ニカラグア事件本案判決に依拠して斥けつつ、審理順序としては義務違反の有無に先行して安全保障例外の適用から検討し、そして実体的要件の解釈として、安全保障例外における「必要」に国際法上の自衛権の要件を読み込んだ。こうした裁判所のアプローチは、ニカラグア事件への依拠に照らせば、安全保障例外の法的性質を措置正当化型例外として捉えたものと解するのが自然である<sup>117)</sup>。ただし、ニカラグア事件において裁判所が安全保障例外を巡る米国の解釈を否定する根拠を必ずしも明確に提示しなかった点との関係で、オイル・プラットフォーム事件は特段の説明を加えていない。オイル・プラットフォーム事件で裁判所は、米国が、条約の事項的範囲としての「射程」を安全保障例外との関係で問題とし、その帰結として管轄権が否定されるという主張を行なっていることを明確に認識していた。しかし、裁判所は、既にこの点はニカラグア事件本案判決で扱われたとして、紛争付託条項に対する制限ではないという判示を挙げて、米国の解釈を斥けたのである<sup>118)</sup>。

---

115) *Ibid.*, para. 98.

116) *Ibid.*, para. 94.

117) Pauwelyn, *supra* note 59, p. 99 は、「除外」と「例外（積極的抗弁）」の区別についてオイル・プラットフォーム事件判決は明確に議論しておらず、判決の立場は明らかでないとしている。

118) 安全保障例外を「本案における抗弁」とする解釈は、ICJにおいて、イラン資産事件 (*Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, ICJ, Judgment of 13 February 2019, paras. 45-47) と友好条約違反事件 (*Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, ICJ, Judgment of 3 February 2021, paras. 108-113) でも踏襲されている。後者の事件では、米国も管轄権抗弁としてではなく、「本案手続に進む前に決定を求められるその他の抗弁」(ICJ規則 79条 bis) として提起したが斥けられた。

## (6) 対アルゼンチン仲裁事例

先行研究において、投資協定上の安全保障例外を含む例外規定の法的性質を巡る議論を喚起したのが、2000年代のアルゼンチンの経済危機への対応を契機とする、1991年のアルゼンチン・米国投資保護協定（以下、1991年協定）に基づく複数の対アルゼンチン投資仲裁事例である。問題となったのは、アルゼンチンがとった兌換制廃止等の経済的措置であり、「安全保障上の重大な利益」の保護等を定めた1991年協定11条<sup>119)</sup>の適用の可否が争われた。また、アルゼンチンは慣習法上の緊急避難も援用していたため、11条と慣習法上の緊急避難の関係も問題となった。以下では、各判断について、安全保障例外の法的性質に関わる部分を概観する。

CMS事件裁定（2005）はその後の議論の嚆矢となった裁定である。本件で、アルゼンチンは、仮に協定違反であっても、緊急事態の存在により、慣習法及び1991年協定上の規定に基づき責任が免除されると主張した<sup>120)</sup>。仲裁廷は、まず慣習法上の緊急避難について検討し、その要件を満たさないとした<sup>121)</sup>。次に、11条につき、経済的緊急事態も対象となり得るとした上で、11条が自己判断条項（self-judging clause）であることを否定し、その適用には緊急避難の慣習法上と条約上の要件の充足性を巡る実質的審査（substantive review）を要する、とした<sup>122)</sup>。11条の適用を巡る議論は実質的にここで終わる。また、CMS事件と同一の仲裁長による仲裁裁定として、Enron事件裁定（2007）とSempra事件裁定（2007）がある。いずれも安全保障例外に関する議論は実質的にCMS事件裁定と同旨であるが、両裁定では、緊急避難の要件において1991年協定11条と慣習法の基準は不可分であるとされた上で<sup>123)</sup>、国家責任条文25条に示

---

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

120) *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, paras. 304-308.

121) *Ibid.*, paras. 315-331.

122) *Ibid.*, paras. 353-374.

123) *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID

される慣習法上の要件が満たされておらず、その要件は共通のため、11条に関するそれ以上の司法審査は必要ない、と明示されている<sup>124)</sup>。

他方で、LG&E 事件責任決定（2006）ではやや異なる理路が示されている。仲裁廷は、11条に基づく抗弁の解釈適用を判断するため必要な範囲で一般国際法を適用するとした上で<sup>125)</sup>、まず本件のような経済的・政治的・社会的な壊滅状況は11条の援用を可能とするとして免責を認め<sup>126)</sup>、さらに付加的に、国家責任条文25条に示された慣習法上の緊急避難の要件の充足がこの結論を支持するとして検討を行い<sup>127)</sup>、結論として、違法性を斥ける原因としての緊急避難が11条により成立する、と判示した<sup>128)</sup>。安全保障例外と慣習法上の緊急避難の関係の理解は必ずしも明らかではないが、前者が後者の特別法として適用されていると解し得る構成である。

CMS 事件において、アルゼンチンの申請を受けた CMS 事件取消委員会決定（2007）は、裁定の取消を認めなかったものの、安全保障例外を巡る裁定の法的判断の誤りを指摘した。取消委員会は、1991年協定11条と国家責任条文25条の違いを強調する。すなわち、11条が条約の適用条件を定めており、11条が適用される場合は条約の実体義務が適用されないのに対して、国家責任条文25条はそれがなければ実体義務の違反が生じる場合にのみ関わる免責（excuse）である、とされる<sup>129)</sup>。その上で、11条の要件と国家責任条文25条に示される慣

---

Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 334; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 376.

124) *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 339; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 388.

125) *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 206.

126) *Ibid.*, paras. 229, 237.

127) *Ibid.*, paras. 245-259.

128) *Ibid.*, para. 261.

129) *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annul-



習法上の要件は異なるとして、この点についての仲裁廷の判断は明白な法の誤りであるとした<sup>130)</sup>。また、11条と慣習法上の緊急避難の適用関係につき、慣習法上の緊急避難を、11条と同じ一次規則として理解するのであれば、一応の違反を前提とする二次規則として理解するのであれば、いずれにせよ慣習法上の緊急避難は11条による除外との関係では常に副次的であるとした<sup>131)</sup>。以上から、取消委員会は、11条の要件充足性の検討をしていない点で仲裁廷の判断に誤りがあるとした<sup>132)</sup>。また、Sempra 事件取消委員会決定（2010）と Enron 事件取消委員会決定（2010）も、1991年協定11条と慣習法上の緊急避難の関係について、CMS 事件取消委員会決定と同旨の判断を示した<sup>133)</sup>。

Continental Casualty 事件裁定（2008）は、1991年協定11条が実体義務の射程を制限する規定であり、当該措置は条約の範囲外に置かれるとして、違法性阻却事由である慣習法上の緊急避難と区別した<sup>134)</sup>。両者は適用される状況が異なり、国家責任条文に反映された緊急避難の厳格な要件は緊急避難があらゆる国際義務について援用可能であることから説明される、として要件も異なると説かれる<sup>135)</sup>。他方で、両者はその実際的な効果においては行為を宥恕し違法性を除去する点で等しくなり得るとされ、11条を慣習法上の緊急避難の「特別法」とする見方も必ずしも否定されない<sup>136)</sup>。両者は「必要性（necessity）」の概念で関連し得ることから、11条の解釈において援けとなる場合に限り慣習法上の緊急避難が言及される、と整理される。ただし、本件では、11条における必要性の判断においては、役割の異なる慣習法上の緊急避難ではなく、GATT・WTO

---

ment of the Argentine Republic, 25 September 2007, para. 129.

130) *Ibid.*, para. 130.

131) *Ibid.*, paras. 131-134.

132) *Ibid.*, para. 135.

133) *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, 29 June 2010, para. 200; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30 July 2010, para. 405.

134) *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, paras. 162-166.

135) *Ibid.*, para. 167.

136) *Ibid.*, para. 168.

の判例法の参照がより適切であるとされた<sup>137)</sup>。結論としては、「11条における必要性の抗弁 (the defense of necessity under Art. XI)」が請求の一部について認められている<sup>138)</sup>。

El Paso 事件裁定 (2011) は、Continental Casualty 事件裁定に言及し、1991年協定の11条は国家責任条文25条の「特別法」であるから11条の適用を先に検討すると述べた上で、CMS 事件取消委員会決定を参照して、両者は条約違反を前提とするか否かで異なるとして、違いを強調した<sup>139)</sup>。他方で、仲裁廷は、Continental Casualty 事件裁定に依拠して、国家責任条文25条で用いられる概念は11条の解釈の援けとなるとする<sup>140)</sup>。具体的には、条約の解釈規則に従い、1991年協定の趣旨目的や国家責任条文25条等を考慮して、11条における「必要」の要件は事態の創出に自らが「寄与 (contribute)」していないことを要する、とした<sup>141)</sup>。結論として、アルゼンチン政府の経済危機への「寄与」により、11条の適用は否定された<sup>142)</sup>。この「寄与」に関する解釈は Mobil 事件管轄権・責任決定 (2013) でも支持されている<sup>143)</sup>。

以上で概観した1991年協定に基づく対アルゼンチン仲裁事例においては、CMS 事件取消委員会決定を踏まえて、安全保障例外を実体義務の適用条件を定める規定ないしその範囲を限定する規定として理解し、実体義務の一応の違反を前提とする違法性阻却事由と区別する、という整理がなされる傾向を看取できる。すなわち、1991年協定11条の安全保障例外を規律範囲画定型例外として捉える解釈が有力である。もつとも、そうであるとしても、違法性阻却事由 (緊急避難) の要件の考慮は妨げられないという解釈が示されており、この点は安全保障例外の法的性質と必ずしも連動しない問題として理解されてきている。

137) *Ibid.*, para. 192.

138) *Ibid.*, para. 304.

139) *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, paras. 552-553.

140) *Ibid.*, para. 613.

141) *Ibid.*, paras. 613-626.

142) *Ibid.*, paras. 649-670.

143) *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/16, Decision on Jurisdiction and Liability, 10 April 2013, paras. 1057-1071.

## (7) CC/Devas 対インド事件

安全保障例外の法的性質の意義を巡る示唆的な投資仲裁事例として、CC/Devas 対インド事件がある。本件は、インドの国営企業による S バンド宇宙機の宇宙セグメント貸与契約の取消しにつき、モーリシャス・インド投資保護協定（以下、MI 協定）に違反するかが問題となった事案である<sup>144)</sup>。インドが、MI 協定 11 条 3 項<sup>145)</sup>に定められた「安全保障上の重大な利益」の保護に基づき、管轄権を否定したため<sup>146)</sup>、同規定の適用可否が争われた。

仲裁廷は、まず 11 条 3 項の要件の解釈につき、上述の対アルゼンチン投資仲裁事例に言及しつつ、その規定ぶりに基づき、慣習法上の緊急避難の要件は適用されないとした<sup>147)</sup>。その上で、安全保障例外の適用の帰結として補償が否定されるかについて、CMS 事件取消委員会決定と Continental Casualty 事件裁定が、安全保障例外が適用される措置には条約ないし条約の実体義務が適用されない、としていたことを挙げて、補償が否定されると述べる<sup>148)</sup>。そして、結論として、インドの安全保障上の重大な利益の保護のために用いられたのは、原告に割り当てられていた S バンドの 60% を超えないとして、この部分についてのみ安全保障例外の適用を認め、原告の請求の 60% 分については管轄権がないと判示した<sup>149)</sup>。

規律範囲画定型例外の適用の帰結として、条約ないし条約上の実体義務が適用されず、その限りで管轄権が否定されることが示された事案である<sup>150)</sup>。安全保

---

144) 本件の事実関係と訳語については、石戸信平「複数の政策目的のための措置に対する安全保障例外の「一部」適用」『JCA ジャーナル』744 号（2019 年）を参照した。

145) Article 11 (3): “The provisions of this Agreement shall not in any way limit the right of either Contracting Party to apply prohibitions or restrictions of any kind or take any other action which is directed to the protection of its essential security interests, or to the protection of public health or the prevention of diseases in pests or animals or plants.”

146) *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India*, PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, 25 July 2016, para. 169.

147) *Ibid.*, paras. 252-256.

148) *Ibid.*, para. 293.

149) *Ibid.*, paras. 374, 501.

150) 本件と実質的に同一の事案が扱われた Deutsche Telekom 対インド事件でも、先決

障例外の要件解釈における慣習法上の違法性阻却事由の考慮は、当該規定の規定ぶりに照らした個別の解釈問題とされる傾向がここでも確認できる。

## (8) Rosneft 事件 (CJEU)

本件は、2014年のロシアによるクリミア「併合」等のいわゆるウクライナ危機を受けて、EU理事会がロシアとの金融取引等に関する規制措置を定めたことを契機とする事案である。ロシア企業である Rosneft は、当該規制を履行する英国の規制当局を相手取り、措置の合法性を争った。本稿の文脈で注目されるのは、安全保障例外を定めた EU・ロシア連携協力協定 99 条<sup>151)</sup>の適用を巡る見解である。

---

的抗弁として 1995 年のドイツ・インド投資保護協定 12 条の安全保障例外に基づく条約の不適用が主張された (*Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, Interim Award, 13 December 2017, para. 120)。ただし、同協定 12 条は安全保障上の重大な利益の保護に「必要」であることの要件を定めており、仲裁廷は、インドの措置は「必要」とは言えないとして、安全保障例外の適用を否定した (*ibid.*, paras. 225-291)。

### 151) “Article 99

Nothing in this Agreement shall prevent a Party’ from taking any measures:

1. which it considers necessary for the protection of its essential security interests:
  - (a) to prevent the disclosure of information contrary to its essential security interests;
  - (b) which relate to fissionable materials or the materials from which they are derived;
  - (c) which relate to the production of, or trade in arms, munitions or war materials or to research, development or production indispensable for defence purposes, provided that such measures do not impair the conditions of competition in respect of products not intended for specifically military purposes;
  - (d) in the event of serious internal disturbances affecting the maintenance of law and order, in time of war or serious international tension constituting threat of war or in order to carry out obligations it has accepted for the purpose of maintaining peace and international security;
2. which it considers necessary to respect its international obligations and commitments or autonomous measures taken in line with such generally accepted international obligations and commitments on the control of dual use industrial goods and technology.”

EU 理事会の決定と規則の有効性につき先決裁定を求められた欧州司法裁判所 (CJEU) の法務官意見 (2016) は、99 条は実体義務に反する措置の存在を前提としており、先に実体義務の違反が判断されるべきであるとする<sup>152)</sup>。その上で、本件で理事会は規制措置をとる際にロシアによるウクライナの主権侵害、マレーシア航空機撃墜、違法なクリミア併合に依拠しており、さらに国連安全保障理事会はロシアの拒否権により決議を採択できる見込みがないとして、理事会の有する裁量に鑑み、国際的緊張の深刻さに関する理事会の判断に明白な誤りがあるとは言えない、とした<sup>153)</sup>。

この点について、CJEU の先決判決 (2017) は、審理順序につき、99 条で本件措置が許可されれば足りるので、先に義務違反の有無を判断する必要はないとした<sup>154)</sup>。そして、99 条の適用については、法務官意見と同旨の理由で肯定した<sup>155)</sup>。また、本件措置の目的は、国際的安全と平和の維持という、EU の対外行動の基本原則を定めた欧州連合条約 (TEU) 21 条の目的とも合致することが付言されている<sup>156)</sup>。この先決判決の判断は、他の CJEU における事案でも踏襲されている<sup>157)</sup>。

法務官意見は、EU・ロシア連携協力協定 99 条の安全保障例外を、実体義務の一応の違反を前提とする措置正当化型例外として捉えていると解される。この点、先決判決は審理順序につき安全保障例外を後に回す必要はないとしているが、

---

152) *Rosneft Oil Company OJSC v. Her Majesty's Treasury, The Secretary of State for Business, Innovation and Skills, The Financial Conduct Authority*, Case C-72/15, Opinion of Advocate General Wathelet, 31 May 2016, para. 108.

153) *Ibid.*, paras. 150–152.

154) *PJSC Rosneft Oil Company v. Her Majesty's Treasury, The Secretary of State for Business, Innovation and Skills, The Financial Conduct Authority*, Case C-72/15, Judgment of the Court (Grand Chamber), 28 March 2017, para. 110.

155) *Ibid.*, para. 114.

156) *Ibid.*, para. 115.

157) See, *PAO Rosneft Oil Company, formerly NK Rosneft OAO and Others v Council of the European Union*, Case T-715/14, Judgment of the General Court (Sixth Chamber), 13 September 2018, paras. 178–179; *PAO Rosneft Oil Company, formerly NK Rosneft OAO and Others v Council of the European Union*, Case C-732/18 P, Judgment of the General Court (Seventh Chamber), 17 September 2020, para. 135.

これは便宜的理由によるものと考えられ、安全保障例外の法的性質を巡って法務官意見と見解を異にすると見る理由は乏しい。その適用においては、ロシアによる主権侵害が前提とされていることや措置がTEUの目的と合致することが挙げられる等、理事会の裁量を前提としてなお、措置の必要性を巡る理事会の判断の妥当性が一定程度説明されている。

### (9) ロシア—通過運送事件 (WTO)

本件もウクライナ危機と関わる事案である。2014年にウクライナで生じた政変以降、ロシアとウクライナの関係は悪化し、ロシアによるクリミア半島の編入宣言に至るクリミア危機と、親露派武装勢力が存在するウクライナ東部での抗争が生じた。こうした抗争を背景として、ロシアは第三国向けのウクライナ発貨物のロシア領内の通過を規制した。本件は、かかる規制がGATT違反であるとしてウクライナがWTOの紛争解決手続に訴えたものであり、ロシアがGATT21条を援用してパネルの管轄権を否定したため、WTOの紛争解決パネルが初めてGATT21条について検討した事案となった。

パネルは、まず、審理順序につき、ロシアが21条(b)(iii)に基づき管轄権を争っていることから、先にロシアによる21条(b)(iii)の援用について審査する管轄権を有するかを検討するとし、そのために21条(b)(iii)の解釈を行なうと述べる<sup>158)</sup>。パネルは、DSUに安全保障例外に関する特別の規則はなく、21条(b)(iii)もDSUにおける付託事項に含まれ得るとした<sup>159)</sup>。また、21条(b)柱書の自己判断文言について、趣旨目的及び文言に照らし、(i)(ii)(iii)のそれぞれの状況と、それら「に関する」又は「時に執られた」措置の存在に自己判断は及ばず、それらは客観的判断に服するとした上で<sup>160)</sup>、管轄権が認められると判示した<sup>161)</sup>。

パネルは、管轄権の問題に続く審理順序につき、次のように説明した。21条

158) *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit*, Report of the Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019, para. 7.25-7.26.

159) *Ibid.*, para. 7.56.

160) *Ibid.*, paras. 7.62-7.82.

161) *Ibid.*, para. 7.101.

(b) (iii) は、戦争その他の緊急時が措置の協定整合性を判断する際の前提事実を著しく変える「事情の根本的变化」であることを認めている<sup>162)</sup>。すなわち、21条 (b) (iii) の文脈では、20条の一般例外と異なり、例外で扱われる正当な利益を保護するためのより協定整合的な代替措置が存在せず、措置の必要性の検討において逸脱の程度が問題とならないから、当該措置が通常時にとられた場合の協定整合性を先に判断する必要はない。したがって、まず21条 (b) (iii) に該当するかを判断し、戦時その他の緊急時にとられた措置ではないとなった場合に措置の協定整合性を判断する、とされた<sup>163)</sup>。

本件措置の21条 (b) (iii) の該当性について、パネルは、まず「国際関係の緊急時」が武力紛争ないし潜在的な武力紛争、緊張若しくは危機の高まり、又は国家を取り巻く包括的な不安定性を指す、とする<sup>164)</sup>。その上で、ロシアはパネルの会合で貿易政策検討制度の報告書に言及しており、そこにはクリミア併合やウクライナ東部の武力紛争について書かれていることから、ロシアは自らが「国際関係の緊急時」と考える状況を特定しているとされた<sup>165)</sup>。そして、この状況が21条 (b) (iii) に該当するかにつき、問題は、当該状況についていずれの主体が国際責任を負うかではなく、また当該状況についての一般国際法上の評価も必要ではないとして、両国間の関係悪化の証拠があり、国連総会決議においても武力紛争の存在が認められていることから、該当性を肯定した<sup>166)</sup>。

最後に、柱書である「安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める」への要件充足性が検討される。パネルは、「安全保障上の重大な利益」は、国家の本質的機能である外的脅威からの領土・国民の保護、及び内的な公共・法秩序の維持に関する利益であると述べる<sup>167)</sup>。そして、何を「安全保障上の重大な利益」と考えるかは、一般的には、各加盟国に委ねられるとした上で、かかる裁量は信義誠実に基づき21条 (b) (iii) を解釈適用する義務に制約される、とする<sup>168)</sup>。すなわち、信義誠実義務により、援用国は21条をGATTの義務を潜

---

162) *Ibid.*, para. 7.108.

163) *Ibid.*, para. 7.109.

164) *Ibid.*, para. 7.111.

165) *Ibid.*, paras. 7.114-7.119.

166) *Ibid.*, paras. 7.121-7.122.

167) *Ibid.*, para. 7.130.

脱 (circumvent) するために用いてはならず、「誠実性 (veracity)」を示すのに十分な程度において安全保障上の重大な利益が何であるかを「明確化 (articulate)」しなければならない、とされた<sup>169)</sup>。そして、どの程度の明確化が必要であるかは状況に応じて異なるところ、国境の安全に影響する緊急事態があり、国連総会で武力紛争が認められていることに鑑みれば、ロシアの安全保障上の重大な利益は曖昧とは言えず、ロシアによる「安全保障上の重大な利益」の明確化は、最低限十分であるとした<sup>170)</sup>。また加えて、信義誠実義務は、「安全保障上の重大な利益」と措置の関連性にもかかるとして、最低限の「尤度 (plausibility)」が求められるとした<sup>171)</sup>。そして、ロシアの措置が、2014年の危機と「かけ離れた (so remote)」「無関係な」ものであるかを検討し、本件状況ではそうではないと結論付けた<sup>172)</sup>。最後に、自己判断文言に照らして、「必要」であるかを判断するのはロシアであるとされ、結論として21条 (b) (iii) 該当性が認められた<sup>173)</sup>。

本判断は、自己判断文言が関わらない (i) (ii) (iii) のそれぞれの状況と措置の存在については客観的判断が可能とし、他方で、柱書部分については、信義誠実に基づく解釈適用の義務に基づく誠実性審査を提示したとまとめられる。戦争・武力紛争の存在に関する客観的判断において、当事者の行動の一般国際法上の法的評価を捨象している点は、規律範囲画定型例外の論理と親和的である。また、戦争等の存在を事情の根本的変化とする言及も示唆的であり、規律範囲画定型例外の理解と整合的と解し得る。

#### (10) サウジアラビア—知的財産権保護事件 (WTO)

本件は、2017年のいわゆるカタール危機を契機とする事案である<sup>174)</sup>。サウジ

168) *Ibid.*, paras. 7.131-7.132.

169) *Ibid.*, paras. 7.133-7.134.

170) *Ibid.*, paras. 7.135-7.137.

171) *Ibid.*, para. 7.138.

172) *Ibid.*, paras. 7.139-7.145.

173) *Ibid.*, para. 7.146-7.149.

174) 本件については、川瀬剛志「サウジアラビア・知的財産権保護措置事件パネル報告—カタール危機とWTOの安全保障条項—」[https://www.rieti.go.jp/jp/special/special\\_](https://www.rieti.go.jp/jp/special/special_)



アラビアがカタールに本社のあるメディア企業の知的財産権を保護しなかったとして、カタールがWTOの紛争解決手続に訴えた。カタールが訴えた措置は、弁護士への委任の妨害によるサウジアラビア国内における民事執行手続へのアクセスの妨害、知的財産権侵害を行なった主体への刑事手続及び刑事罰の不適用、そして違法なパブリック・ビューイングである。本件において、サウジアラビアはGATT21条と同内容の安全保障例外を定めたTRIPS協定73条<sup>175)</sup>を援用した。

通過運送事件との比較で本件が特徴的な点はその審理順序である。パネルは、審理順序についてパネルに裁量の余地があることを明示した上で、先に措置の協定整合性を検討し、その上で73条について審査するとした<sup>176)</sup>。

パネルは、73条の適用について、通過運送事件で提示した判断枠組と基準——状況と措置の存在に関する客観的判断、「安全保障上の重大な利益」の明確化、措置と利益の関連における最低限の尤度——を用いて審理を行ない<sup>177)</sup>、両国間の深刻な関係悪化がサウジアラビアの安全保障と関連付けられて生じていることと、サウジアラビアがテロと過激主義からの防衛のための両国民の交流禁止

---

report/120.html〉(アクセス:2021/11/8)も参照。

175) “Article 73

Security Exceptions

Nothing in this Agreement shall be construed:

- (a) to require a Member to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or
- (b) to prevent a Member from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests;
  - (i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived;
  - (ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;
  - (iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or
- (c) to prevent a Member from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.”

176) *Saudi Arabia — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, Report of the Panel, WT/DS567/R, 16 June 2020, paras. 7.3–7.6.

177) *Ibid.*, para. 7.242.

を主張していることに基づき、弁護士への委任妨害について安全保障例外の適用を認める一方で、刑事手続・刑事罰の不適用については安全保障例外の適用を認めなかった<sup>178)</sup>。

本件では、審理順序について、裁量の余地の問題であるとされ、必ずしも安全保障例外の法的性質と結び付くものではないことが示唆されている。

## 2. 評価

以上で概観した判例・事例の展開は、本稿で提起した措置正当化と規律範囲画定の区別という観点からはどのように評価されるだろうか。また、規律範囲画定と措置正当化を区別する意義は見出されるだろうか。

第1に、安全保障例外の対象となる措置が条約の規律範囲に含まれるか否かは、対アルゼンチン投資仲裁事例——とりわけCMS事件取消委員会決定——において「除外」と「抗弁」の区別が着目されるようになる以前から、ICJのICAO理事会事件やニカラグア事件において争点とされてきたことが確認できる。そして、この区別の法的意義につき、投資仲裁事例は、規律範囲画定型例外が適用される場合、裁判所の管轄権が否定されるという帰結が招かれ得ることを示している。条約が適用されないのだから管轄権もないということである。このような帰結は、ICJのICAO理事会事件でも当事者により前提とされていたと考えられる。

第2に、ICJは、ニカラグア事件とオイル・プラットフォーム事件で扱われた通商航海条約上の典型的な安全保障例外について、規律範囲画定型例外ではなく、措置正当化型例外として扱う姿勢を示してきたと評価できる。もともと、その先例となったニカラグア事件本案判決は、米国が主張していたと解される、安全保障例外を——直接的な紛争付託条項からの除外ではなく——条約の実体的な範囲制限とする理解を斥ける根拠を、必ずしも明確に説明していない。安全保障例外も条約の一部として紛争付託条項の対象となるということが述べられるに留まっていた。そして、オイル・プラットフォーム事件は、かかるニカラグア事件本案判決に依拠して、安全保障例外の法的性質を巡る解釈を提示したのである。上述

---

178) *Ibid.*, para. 7.294.

のように、安全保障例外により条約の実体的範囲が限定されることから結果的に審理機関の管轄権が否定されるという理路は、CC/Devas 対インド事件においては是認されているが、ICJ では、現在のところ、管轄権抗弁としての安全保障例外の援用は是認されていない。安全保障例外を「本案における抗弁」とする解釈は、現在係属中のイラン資産事件と友好条約違反事件でも維持されており<sup>179)</sup>、今後 ICJ において、少なくとも同様の文言の安全保障例外条項について、維持されていくと見込まれる。

第 3 に、安全保障例外の実体要件の解釈について、関連する一般国際法規範の要件の考慮は、措置正当化型例外と評価されたと解される事案と、規律範囲画定型例外と評価されたと解される事案の双方で見られた。この点、前者に該当するオイル・プラットフォーム事件では、安全保障例外における「必要」の意義について、一般国際法上の自衛権の要件充足を要するという特徴的な判断を行なっている。かかる判断については、裁判所が実際に行なおうとしたのは条約規定の解釈ではない、とする評価もある<sup>180)</sup>。しかし、本稿の視座からは、同事件で主題となった措置が武力行使であったことを踏まれば、措置正当化型例外としての性質から導かれる自然な帰結であったと評価できる。一般国際法に反する武力行使を条約上独自に正当化する根拠は乏しいからである。また、その理由付けにつき、判決が条約法条約 31 条 3 項 (c) を挙げたことから、条約の解釈規則としての関連規則の考慮が従来注目されてきた<sup>181)</sup>。本稿の視座によれば、かかる「関連規則の考慮」の基礎にあるのが、措置正当化という安全保障例外の法的性質であるということになる。したがって、オイル・プラットフォーム事件判決における安全保障例外の要件解釈は、当該事件で援用された条項に留まらず、同じく措置正当化の性質を有する他の安全保障例外条項の解釈でも妥当性を有すると考えられる。なお、規律範囲画定型例外においても、関連する一般国際法規範の要件を考慮した解釈を行なうことを不可能と考える理由はない。その妥当性は個

---

179) 前掲注 118 参照。

180) Separate Opinion of Judge Higgins, *Oil Platforms*, *supra* note 110, p. 238.

181) See, Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention,” *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 2 (2005).

別の例外規定において範囲画定を行なう趣旨目的によると考えられる。

最後に、GATT・WTOにおいては、GATT21条に代表されるWTO法上の安全保障例外に自己判断文言があることから、その意義が最大の課題である。旧GATTにおいては、安全保障例外が援用される行為の一般国際法上の合法性ないし正当性の関連性が論じられることもあったが、その点について明確な判断が下されることはなかった。他方で、通過運送事件以降は、安全保障例外の意義につき、WTOの紛争解決機関の管轄権に対する制約としては否定される一方で、その適用においては、客観的判断が可能とされた事項については一般国際法上の合法性や責任の評価と無関係に判断がなされ、自己判断の対象となる事項については誠実性審査がなされるという判断枠組が示されている。このようなWTOの現時点での判断枠組を安全保障例外の法的性質という観点からいかに評価するかは困難な課題であるが、一つの可能な解釈は、これはWTO法における安全保障例外が規律範囲画定型例外であることを示す、というものである。すなわち、客観的判断事項について一般国際法上の合法性と無関係に判断し、全体として行為の正当性の評価に踏み込まない、ないしそもそも紛争解決機関として貿易等の限られた事項以外についての判断を予定していないとすれば、それ自体が規律範囲画定型例外であることを示す、という解釈である。自己判断文言を重視し裁量を広く認める判断は規律範囲画定型例外と親和的である。このような解釈は、WTOの知的財産権保護事件において、措置の協定整合性を先に判断した審理順序と整合しないとも指摘可能であるが、審理順序は裁量の問題であると明示的に述べられていることに鑑みれば、必ずしも矛盾とは断じられない。他方で、WTO法における安全保障例外が措置正当化型例外であるとすれば、自己判断の対象である「安全保障上の重大な利益の保護に必要」の内容についても、その正当性に関する判断についての「尤度」が問われ得るようにも思われる。今後の判断の蓄積の中で、誠実性審査の内容の精緻化と共に、安全保障例外の法的性質も明確化されていくことが期待される。

## 結

本稿では、安全保障例外の法的性質について検討し、規律範囲画定型例外と措

措置正当化型例外の区別が理論的に可能であるということ、及び、その解釈論上の意義は実体要件の解釈に及び得ることを論じた。

本稿で論じた法的性質を簡約すれば、規律範囲画定とは条約の規律範囲を定めることであり、措置正当化とは条約の規律対象である行為を正当化することである。規律範囲画定型例外としての安全保障例外は、安全保障に関わる措置を条約の規律対象外とする規定であり、措置正当化型例外としての安全保障例外は、安全保障に関わる措置を条約の規律対象とした上で正当化する規定である。規律範囲画定型例外においては、条約の当事者が任意に規律範囲を定めることは基本的に妨げられないことから、対象事項の規範的評価は必ずしも前提ではない。これに対して、措置正当化型例外においては、対象事項の何らかの意味での正当性が根拠であり、一定の規範的評価が前提である。したがって、措置正当化型例外においては、武力不行使原則や不干涉原則等の一般国際法規範との関係で、対象となり得る措置の範囲が規律範囲画定型例外と異なる。こうした対象事項の差は、規律範囲画定型例外が該当行為の正当性を何ら示さず、当該行為の法的評価を他の法規範に委ねるに留まるのに対し、措置正当化型例外は該当行為の一定の正当性を主張する、という規範的意義の違いによっても説明できる。

国際判例・事例で展開されてきた見解には、この区別に照応する要素が、一定程度、見出された。そして、如上のような措置正当化型例外と規律範囲画定型例外の区別という視座を設けることで、判例における、それ自体はあくまで個別の条項を巡る解釈が、他の条項にも妥当し得ることを、よりよく説明できると考えられる。

他方で、通過運送事件以降の WTO の判断において、安全保障例外の法的性質の意義は必ずしも明確ではない。この点、今後の WTO 判例の展開では、誠実性審査の精緻化と共に安全保障例外の法的性質の検討が深められることが期待される。改めて強調されるべきは、安全保障例外の法的性質は、なぜかかる例外規定が条約に設けられるかの根拠に関わるということである。そしてかかる根拠は、当該規定の実体要件の解釈と関わり得る。自己判断文言が含まれる例外規定の解釈適用においても、誠実性審査を何についていかなる程度に行なうべきかを精緻化する上では、規定の法的性質を踏まえた根拠論から一定の指標が引き出されることを期待できる。

もとより、本稿で検討した範囲は限られている。特に、通商・投資分野以外における安全保障例外と呼び得る例外規定については、ほとんど検討を及ぼすことができなかった。また、現実の安全保障例外条項の対象事項は多様であり、それらの詳細な検討も行なうことはできなかった。残された課題としたい。

今後も安全保障例外を援用する事例が生じることが見込まれることから、個別の安全保障例外条項の文言の解釈論と並び、そうした解釈論を支える法的性質の議論も深めるべきであろう。

**【付記】**

本研究は、JSPS 科研費 JP19K13522 及び JP20H01425 の助成、並びに 2020 年度の東京経済大学個人研究助成費（研究番号 20-35）を受けた研究成果である。