

気候変化における国内法的施行措置と WTO 体制

～ 排出権取引制度を中心に ～

金 泓 均*

I. 序 章

京都議定書体制が2012年に終了することにより、その後継体制、つまり“ポスト京都議定書体制”を構築するため、国際社会は多角的な努力を行い、各国家はその対応策を模索している。京都議定書上、温室効果ガス削減義務を持つ国家はもちろんのこと、韓国のように削減義務がない国家も、気候変化への対応のための多様な対策および立法を推進している。その代表的なものの一つが排出権取引制度の導入である。EU¹⁾、オーストラリア、ニュージーランドなどがすでに排出権取引を導入しており、アメリカ²⁾、カナダ、日本³⁾、中国、インドなどは、排出権取引導入の可否を天秤にかけている状態である⁴⁾。韓国は、2010年1月「低炭素グリーン成長基本法」を制定し、

編集部注* 漢陽大学校法学専門大学院教授、弁護士 本論文は、2010年度韓国政府財源（教育科学技術部大学
研究人力国際交流支援作業費）で、韓国研究財団の支援を受け研究を行ったものである。（NRF-2010-
013-3|201000000002016）

- 1) EUは2003年“温室効果ガス排出権取引指針（Directive 2003/87/EC）”によって各加盟国別に関連法または規定を通じて排出権取引制度を具体化するようにしている。
- 2) アメリカは現在連邦次元で温室効果ガス規制を推進していない。しかし、何州かの州政府が集まり地域的な体系（例えば、Regional Greenhouse Gas Initiative: RGGI）や州政府単位（カリフォルニア州）で温室効果ガス規制を推進している。
- 3) 日本は1990年“地球温暖化防止行動計画”を樹立するなど、早くから温室効果ガス排出量を1990年水準から安定化することを目標に多様な対策を用意し、1998年には“地球温暖化対策の推進に関する法律”を制定し、排出権取引に関する根拠を提供している。排出権取引制度と関連しては、環境省が主管して2005年から“自主参加型の国内排出権取引制度（JVETS）”が実施されており、2008年10月から地球温暖化対策推進本部の主管でJVETSを含む“排出量取引国内統合市場の試行的な実施”が全面的に試行されている。東京とは2010年から大規模事業所を中心として温室効果ガス総量削減義務の賦課とともに本格的な排出権取引制度を試行している。文尚徳、「日本の温室効果ガスの排出権取引制度の現状と展望」、気候変化と法の支配、博英社、2010.8、P.209以下参照。このような制度は東京都を除いたら自主的で自発的なもので、国家的な次元で義務的な排出権取引制度は試行されておらず、その導入時期も決められていない状態である。
- 4) 2010年11月“温室効果ガス排出権取引制度に関する法律案”の立法が予告され、2011年2月修正案まで準備されたが、産業界の反発でその立法は当分の間保留された状態であった。その後政府は“温室効果ガス排出権割当及び取引に関する法律案”を国会に提出し、国会は気候変化特別委員会を構成し、これを審議した。特別委員会の審議段階で、排出権取引制度の本格施行が2015年からの先延ばしにされ、少なくとも2020年まで（1、2回計画期間）に全体排出量の95%以上を無償で配分するようにする同意修正が行われ、結局2012年5月2日の第18代国会の最終本委員会で、同法律が可決した。

排出権取引制度導入の根柢を作り、紆余曲折を経て2012年1月に「温室効果ガス排出権割当及び取引に関する法律」が国会を通過し、5月8日には大統領の署名、公布を控えている。

問題は、そのような制度の導入が自国産業を萎縮させる場合があり、各国がその導入をはばかっているという点である。排出権取引制度関連法の推進に向け、政府は意欲的に始動したにも関わらず、企業の大きな反発により立法が遅延し、本格的な施行が2015年に延期されたことがこれを反証している。これには、排出権取引のような措置が自国生産者に費用を負担させ、相応する制限をさせない他国の類似産業や企業に対して競争力において相対的に不利な位置にたつことが憂慮される。問題をより複雑にしているのは、その競争力の低下が、環境に否定的な影響を与える事があるという点である。すなわち、経済力の低下が深刻な場合は国内企業が事業を放棄するなど、温室効果ガス排出費用が課されない他国（すなわち開発途上国）に移転しうするため、このような場合温室効果ガス排出は減少せず、単に他国に移動し、全体的に温室効果ガス排出量が増加する、いわゆる“炭素リーケージ (carbon leakage)”が発生するという点である⁵⁾。炭素リーケージが発生する場合、開発途上国は先進国よりも低い技術と生産方式を使用し、より多くの化石燃料を使用するため、先進国で同量の製品を生産するときより多く温室効果ガスを排出することになり、排出権取引制度等を通じて環境に対する利益はその分減少する。

競争力低下と炭素リーケージという否定的な効果を相殺するため、各国がより考慮すべき措置は、国内の特定企業に排出権を無償で割り当てること⁶⁾と、輸入製品に対してその生産過程で排出された温室効果ガスの量に対する排出権を購入して、提出させる措置⁷⁾などである。このような措置は義務履行のための効率的な手段として活用できるが、自国産業の保護も考慮されており、WTO体制と衝突する素地がある。また、差別的に適用される可能性を否定できず、非差別を主な原則とするGATT規定にも違反しうするため、国際自由貿易における「貿易障壁」として作用する可能性がある。自国の競争力低下を防止するために動員される措置が、GATTの例外規定に

5) James Windon, *The Allocation of Free Emissions Units and the WTO Subsidies Agreement*, 41 Geo. J. Int'l L. 189, 193 (2009); Paul-Erik Veel, *Carbon Tariffs and the WTO: An Evaluation of Feasible Policies*, 12 J. Int'l Econ. L. 749, 751~752 (2009); Kevin M. Dempsey, *The Intersection of Climate Change Policy and International Trade Law: Potential Conflicts and Solutions*, 2009 WL 2974774 1, 3 (2009).

6) 無償割当はEU排出権取引制度とアメリカ酸性雨プログラムなどで活用されている。特にEU排出権取引制度下では、段階別は無償割当の範囲が設定されているが、1段階(2005年から2007年)には95%、2段階(2008年から2012年)には90%の無償割当を予定しており、3段階(2013年以降)からは、競売方式の有償割当が基本になる。ファン・ヒョンジュン、「EU及び英国の排出権取引制度」、気候変化と法の支配、博英社、2010.8、113頁。ドイツは各段階により制定された排出権割当法(ZuG)により排出権割当が行われている。これによって1段階の期間である2005年から2007年には無償割当が行われ、現在は2段階期間である2008年から2012年に適用される排出権割当法(ZuG2012)によって10%に対して競売制が使用されており、3段階に入れば100%競売制が試行される予定である。キム・デホ、「ドイツの気候変化と対応法体系」、気候変化と法の支配、博英社、2010.8、202ないし205頁。アメリカ酸性雨プログラム下では、個別汚染源の具体的な排出権量は各汚染源の過去の実際の排出量と原料使用量をもとに割り当てられる。CAA § 403 (a)。

7) 2008年アメリカ議会に提出されたリーバーマン・ウォーナー法案(Lieberman-Warner Climate Security Act of 2008)は、一定の輸入商品に対してその生産過程で排出される温室効果ガスの量に該当する国際予備割当量(international reserve allowances)を購入して提出するようにしている。Climate Security Act § 403 (a)。

よって正当化されるか否かも争点となる。その結果、国家間の深刻な通商紛争が発生する場合もあるため、相手国から報復措置を受ける事もありうる。特に韓国のようにエネルギー多消費型産業構造を持ち、対外貿易依存度の高い国家は、温室効果ガス削減義務がなかったとしても、他国の気候変化対応措置から自由になることはできない。逆にそれは、韓国の対応措置が他国に影響を及ぼす可能性もある事を示している。

現在、韓国が推進しようとしている排出権取引制度は、国際通商上の問題を考慮しないままで設計されたといえることができる。輸入商品に対して生産過程から排出された温室効果ガスの量に対する排出権の購入をさせるような、競争力を高めるための措置は全く考慮されていないように見える。しかし、韓-米、韓-EUの自由貿易協定(FTA)などが発効され⁸⁾、このような問題をおざなりにした場合、やや不必要な通商紛争をもたらさう。そうでなくても、気候変化の対応に脆弱な韓国の産業構造は、より競争力を失う可能性が高い。しかし競争力低下だけ考慮する事は、自国の産業保護だけ考慮しているという誤解を招きかねず、炭素リーケージ問題で環境利益を失ってしまう。そのため、競争力の工場と炭素リーケージの防止という二兎をいかに追うかが問題となるのである。

このような認識の下、本稿では各国の気候変化への対応措置がWTO規定と衝突する可能性があるかについて、温室効果ガス削減措置としての排出権取引を中心として検討したい。中でも、排出権取引の施行時に頻繁に考慮される排出権の無償割当と国際通商上の問題が多い、輸入製品の生産過程で排出される温室効果ガスの量に該当する排出権購入に関する措置(排出権購入要件)を扱う事とする。具体的には、排出権の無償割当がWTO附属協定の中の補助金及び相殺措置に関する協定に違反するのか、排出権購入要件がGATT協定に違反するのかを、GATT/WTOパネルの決定とともに順に検討し、このような分析を基にして、結論的にWTO体制と調和しうる排出権取引制度の設置のための要素および方法を提示したい。ここで、EUの段階的な無償割当の範囲を定めて排出権取引制度を導入している事例と、アメリカの国際競争力弱화를相殺するために、アメリカで輸入される製品に対して温室効果ガス排出権を提出させる立法の試みは、分析のための良い枠組みとなっている。

II. 排出権割当とSCM協定違反について

1. 意義

排出権取引制度の導入と実施のためには、その前提として汚染源別に排出権の割当がなされるが、その方法として無償割当(grandfathering)、競売、社会的・経済的・政治的政策を根拠とする分配等の方法が考えられる。このような割当は意図の有無に限らず特定の集団がその他の集団に比べて、好ましい結果を得ることになる。例えば、無償割当は新規汚染源が市場に参入するた

8) 韓-米FTAが2012.3.15に発表され、韓国は45カ国と8件のFTAを発表する国家となった。“韓米FTA発表”、文化日報2012.3.15記事。

めには排出権を購入しなければいけないという点で既存汚染源を、競売は競売に参加することができない、すなわち資金が不足する者は温室効果ガスを排出することができないという点で資金の十分な者を、社会的・経済的・政治的分配はそのような要素を備えられない者を排斥するという点でその要素を包含する者が、優先的に扱われる。ここでは、ある当事国が他の国家の割当システムが補助金に値すると主張する可能性がある。両国のシステムが類似していたとしても、規律の方式の差で結果的に違う割当になる場合、同様の主張をすることができる。また割当を受けた排出権を超過して排出した事業者に対する厳格な規制措置を設ける国家は、他の国家が設けている相対的に緩和した規制措置が補助金にあたりと主張する可能性がある。

割当が競売等の方法で市場機能に応じて形成された価格で排出権購入を行うと、大きい国際通商法的な問題は発生しないであろう。しかし排出権取引制度の導入初期に、既存汚染源の抵抗をなだめたり、企業の経済的負担を軽減するために排出権を無償または安価で割り当てた場合、WTO 体制下で他の国家の訴えまたは相殺措置の対象となるような補助金とみる余地があるため、激しい通商摩擦を引き起こしうる。特に WTO 附則協定の中の補助金及び相殺措置に関する協定（SCM 協定）に違反するかどうかの問題になる。

2. SCM 協定

SCM協定上、①政府又は公的機関による資金面での貢献(financial contribution)⁹⁾または、GATT 第16条に規定する所得又は価格の支持が存在し¹⁰⁾、②その措置によりもたらされる利益(benefit)という条件によって補助金が存在する¹¹⁾ものとみなされる。このような補助金の特定性が有しない場合、相殺措置が可能となる。

SCM 協定の補助金には、①禁止 (prohibited) 補助金 (第3条)、②措置可能 (actionable) 補助金 (第5条)、③許容 (non-actionable) 補助金 (第8条) の3類型がある。第1類型である禁止補助金について同協定は、農業協定に規定された場合を除き、法令上または事実上輸出実績 (export performance) に基づいて交付される補助金と輸入物品よりも国産物品を優先して使用することで交付される補助金について禁止することを規定している¹²⁾。禁止補助金は特定性を有するとみなされる¹³⁾。その結果、このような種類の補助金は一般的に適用されているか、または特定

9) ここで財政的な寄与は、①資金の直接移転 (例えば無償支援、貸出及び持ち分の参加) または間接的な資金または財務負担の直接移転 (例えば貸出保障) を随伴する場合、②政府が受けるべき税収を放棄したり徴収したりしない場合 (例えば租税徴収猶予、または税額控除)、③一般的な社会間接資本以外の商品またはサービスを提供したり商品を購入したりする場合、④資金供与機関に対して出捐したり、民間機関をもって財政的な寄与をするよう委任したり指示して (entrustordirect) このような慣行が一般的で、政府が行う慣行と実質的に違わない場合を含む。The Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm_01_e.htm>, §1.1 (a) (1) 参考。

10) *Id.* §1.1 (a).

11) *Id.* §1.1 (b).

12) *Id.* §3.1.

13) *Id.* §2.3.

産業に適用されているかについて関係なく支給される。よって、企業の炭素排出水準が高い外国の製品より、炭素排出水準が低い国内同種製品を使用するよう支給される補助金は禁止されると理解される¹⁴⁾。

SCM協定上の上記補助金要件、すなわち政府又は公的機関による資金面での貢献によって恩恵が与えられる場合を充足し、ある企業・産業または産業群が特定性を有する場合、措置可能補助金が存在するとみなされる。SCM協定第5条は、どの加盟国も第1条第1項及び第2項が言及する補助金の使用を通じて他の加盟国の利益に、①他の加盟国の国内産業に対する損害（injury）、②他の加盟国が直接又は間接に与えられた利益、特に第二条の規定に基づく譲許の利益の無効化（nullification）又は侵害（impairment）、③他の加盟国の利益に対する著しい害（serious prejudice）のような否定的効果（adverse effect）をもたらしてはいけなく規定している¹⁵⁾。

3. 無償割当は措置可能補助金か

排出権の無償割当は禁止補助金ではない。法律上または事実上、輸出実績に基づくなど、輸入品の代わりに国内商品の使用を条件として支給される訳ではないからである。しかし排出権の無償割当は、措置可能補助金になる可能性がある。SCM協定の財政的寄与の1つとして、“政府が受けるべき税収の放棄や徴税をしない場合”をあげているため、排出権が政府によって競売を通じて販売されたとする場合、無償割当を特定企業に付与することは政府が受けるべき輸入を放棄することになるからである¹⁶⁾。

また無償で取得した排出権を取引市場で現金を受け取って売り渡すことができれば、このような排出権は取得者に経済的利益をもたらすものとみなす事ができる。すなわち、無償割当を通じた財政的寄与に、無償割当を付与された産業の利益を供与する結果を招く。経済的価値がある排出権（特に余剰分）は販売することができるため、生産された製品価格に影響を与えうる¹⁷⁾。

経済的な寄与は取引をわい曲するため、無償割当は排出権取引市場をわい曲する。効率的な排出権取引制度下では、該当企業は市場で排出権を購入しないため炭素量を減少させる技術への投資を誘引することがあるが、無償割当の場合はそうではない。無償割当は割当を受けた企業に予想しない利益（windfall profits）を与えるだけである。結局無償割当は、割当を受けた企業はそうでない企業（例えば、市場進出のために市場で排出権を購入しなければいけない企業）に比べて、友好的な支給を受ける。特に新規市場進出者が排出権を有償で購入しなければならない場合、

14) エネルギー経済研究院、「気候変化協約及び京都議定書の対応戦略研究」、産業資源部、2003.5、639頁

15) SCM協定（注9）、§ 5.

16) この問題に関しては、排出権の割当が排出権単位の取引可能性とそれによる財政的価値の可変性によって排出権の割当をSCM協定上補助金の要件に該当する“財的寄与”の分配とはみなされず、補助金とみなすことができないという見解がある。Annie Petsonk, *The Kyoto Protocol and the WTO: Integrating Greenhouse Gas Emissions Allowance Trading into the Global Marketplace*, 10 Duke Envtl. L. & Pol'y F. 185, 209 (1999).

17) 無償割当がSCM協定上の財政支援にあたるという見解は、李在珩、「気候変化に関する国際論議の貿易影響分析及び対応策研究」、2009.2、121頁。

排出権の無償割当は国内企業間での競争条件をわい曲することになる¹⁸⁾。無償割当は市場価値を反映せず、排出権取引市場をわい曲している。市場価値を反映しないということは、外国企業に対して国内企業に友好的に支給する事を意味する。無償割当は市場価値を代表せず、過去の排出実績を基にして排出権を割り当てるため、過去に多く排出した原因のある者に、より多くの排出権を与える結果を招き、その結果現在の地位や状況を固着化させる。なおかつ無償割当が特定産業分野に限定される場合、その分野の排出減少義務は他の分野に比べて減少することになる。また、特定産業分野でのエネルギー効率のよい技術に対する投資要因を減少または遅延させる。これは環境を保護するために企業がより効果的に技術を適用するよう誘導せず非効率的な技術を導入した事でより多くの排出権を与えられる結果が招かれる。

排出権割当がSCM協定上の財政的寄与が存在し、それによって恩恵が与えられたということができれば、次に特定性が問題となる¹⁹⁾。無償割当と関連した特定性の問題は、無償割当が一般的にすべての産業または企業が接近できる方法として割り当てられるかにかかっている。無償割当が法律によって明示的に特定企業や産業を制限する場合、少数の目標企業・産業を支援するためのプログラムとして採択されていると見ることができるので、そのプログラムは法律上の特定性が認定される²⁰⁾。しかし、SCM協定は恩恵要件または金額を規律する“客観的な基準”を設定して非援助要件が自動的で、そのような基準と条件が厳格に遵守される場合、特定性が存在しないとみることができるため²¹⁾、そのような制限的な場合に特定性が否認される可能性もある。

特定性を判断するために少数の利用者、支配的利用者、不均衡の非援助者、そして政府の裁量行使方式などを考慮しなければならない²²⁾。そのため明示的でなく外観上特定性がなくても無償割当計画を少数のエネルギー集約産業（例えば、鉄鋼産業）で制限して使用したり、産業で圧倒的、不均衡的に多く使用する場合などには、事実上特定性がある補助金で甘受することができる²³⁾。このような特定性要件が充足される場合、無償割当は措置可能補助金を構成しうる。一方、排出量限度を超過した企業に対する過料などが規定されている場合、これに違反する汚染源に対して政府が過料などを賦課しないなどの過料未納に対する制裁を行わない場合、特定性のある補助金としてSCM協定に違反する素地がある²⁴⁾。

しかしここで注意すべきこととして、単純に措置可能補助金にあたるからといって補助金が提供される製品に対して、相殺措置や報復措置が許容されるということの意味しないという点であ

18) 李在珩、(注17)論文、121頁。

19) SCM協定は特定性がある場合、禁止補助金と措置可能補助金と関連して、協定で定めている規律を受ける。SCM協定(注9)、§1.2。

20) 例えば、EU連合“温室効果ガス排出権取引指針”によれば、1段階(2005年から2007年)、2段階(2008年から2012年)では6つの産業(電力、精油、セメント、製紙、鉄鋼、セラミック)を対象に定めた範囲の無償割当が行われる。

21) SCM協定(注9)、§2.1(b)。

22) 特定性要件と関連して事実上の基準に対しては、SCM協定(注9)、§2.1(c)参照。

23) James Windon(注5)、215頁。

24) 李在珩(注17)、121ないし122頁。

る。SCM 協定によると、禁止補助金に該当し他の当事国の利益に否定的な効果（他の当事国の国内産業に対する被害、他の当事国の利益に対する深刻な損害など）を招く場合によくこのような措置が可能となる²⁵⁾。無償割当は限界費用や需要のように市場の力が作用しない状態で、特定の特産品製品の価格を大きく下げる効果を持つ。これは他の当事国では対象国にはあたらない。無償割当を与えられない外国の企業は、排出権購入のために費用を支払わなければならない、その分強い規制負担を持つことになるため、自国の無償割当が他の当事国の利益に否定的な効果を招くということができる。無償割当は企業の価格と製造量の決定に影響を与え、取引をわい曲させるため、他の当事国の産業への被害を招く。また、特定産業が甘受すべき運営性質を保全してくれるため、このような利益を享有できない他の当事国としては深刻な利益損害を受けるといえることができる。さらに、他の当事国は自国の輸出が減少するという理由で深刻な損害を受けるといえる主張をする可能性がある。結局 SCM 協定は、無償割当を受けた会社が輸出した製品のために受けた被害について、相手方の国家の相殺措置と報復措置を許容することが可能である。

4. 小 活

基本的に無償割当は排出権取引市場のわい曲を招くため、排出権取引制度の目的・趣旨を半減させ、補助金論議を引き起こす。SCM 協定は無償割当の補助金要件である財政的寄与にあたるのか、また相殺措置や貿易報復措置の要件である他の当事国の利益に否定的な効果を招くといえるかなどについて、明確な基準や指針を提示していない。補助金論議を遮断するには特定性が否認できるように設計しなければならず、無償割当は可能な限り繰り返されない一時的な一回限りのものとして使用すべきで、代わりに市場の力が作動する競売制度を導入し、排出権取引制度の効率性を近代化する必要がある。

貿易報復措置は、むしろ無償割当を与えられる産業に対する脅威を増加させる可能性がある。これに無償割当が許可補助金として認められるよう、多角的な努力をする必要がある。その該当措置が SCM 協定第 8 条に一定の基準を充足する場合、許可補助金として認定される。そのうち大きな注目を集めるのが、企業に対するより多くの制約と財政的負担を招く法および（または）規定によって付加される新しい環境要件に既存施設の適用を促進するための支援として、一回限りで非反復的な措置である場合、許可補助金とみなす規定である²⁶⁾。この条文によると、無償割当は新しい環境規制に既存施設の適応を促進するための支援とみる余地がある。しかし無償割当が一回限りのものとして終わらず、何段階かにわたり継続的に行われる場合、一回限りで非反復的な措置とみることができないため、許可補助金としてみることができないという反論が提起されうる²⁷⁾。結局無償割当の創始期段階に一回限りで使用されるなら、許可補助金として認定される可

25) SCM 協定（注 9）、§ 5.

26) SCM 協定（注 9）、§ 8.1. (c).

27) 参考として、EU は排出権取引制度の下で、段階別で無償割当の範囲が異なって定められている数回に渡り無償割当が予定されている。韓国「温室効果ガス排出権割当及び取引に関する法律」は、産業系の負担緩和と支援で、排出権の無償割当を考慮している。これによると無償割当比率は、国内産業の国際競争力への影響、

性能が開かれている。

SCM協定によると、回復しがたい損傷を引き起こす事と同じく、自国の国内産業に深刻な否定的効果を招くと認められる理由がある加盟国は、このような補助金を支給または維持する加盟国に協議を要請でき²⁸⁾、他の加盟国は協議という名の下で無償割当が自国産業に深刻な否定的効果を招くという一方的な主張を貫徹する可能性もあるが、信義誠実を基礎にした協議努力を通じて、国家間紛争を防止する必要がある。

一方、気候変化に対応するために排出権取引制度の導入を助長することが重要で、そのために合法的な排出権取引制度に一致するよう無償割当を一定部分許容する必要があるとあり、EUなど他の国々がすでにこれを導入・施行しているという点で、WTO体制下で加盟国間の無償割当について、相互理解と協議を行う必要がある。排出権の割当を補助金とみるのは、やや汚染源規制のためになす国家の主権的決定である環境規制が補助金論議に発展しようという点²⁹⁾で、当事国は無償割当が許容補助金にあたることや、国家的・社会的利益（例えば、気候変化防止、温室効果ガス削減）のために補助金が活用されると合意することができるだろう。

Ⅲ. 排出権取引制度と WTO 体制

1. 意義

排出権取引制度は、基本的に事業者に汚染負荷量を割り当て、事業者として割り当てを受けた汚染負荷量（排出権）中、一定部分を売買または取引できるようにすることである。これによると企業は認定される排出権以下に排出量を削減したり増加する必要がある場合、他の企業から不足分の排出権を購入しなければいけない。このような規制によって排出権取引制度を施行する国家の企業は、施行しない国家と比較したとき、企業の経済力が落ちる可能性がある。このような可能性は京都議定書での加盟および削減義務遵守に対する誘引を落とすことになる。温室効果ガス削減義務に対する誘引を提供するためにも、このような経済力の劣勢を解消・緩和させる必要がある。国内企業が受けるものと同様の水準の基準および規制を外国企業に要求するのが、そのよい例である。

具体的には、排出権を取得しない場合（排出権が過去の排出量水準に基づき無償で割り当てられる場合には、事実上外国製品の製造者が排出権を取得するのは難しいだろう）国内市場での接

国際的な動向、直前計画期間に対する評価などをもとに大統領令で定める(第12条第3号)。また、貿易集約度が大統領令で定める基準より高いなど、施行による温室効果ガス削減によって、生産費用が大統領令で定める基準以上に発生する業種に属する割当対象業体に対しては、排出権の全部を無償で割り当てる事が出来る(同条第4号)。しかし、第1回計画期間(2015~2017)と、第2回計画期間(2018~2020)には、無償割当比率を該当計画期間に割当される排出権総数の95%以上にするよう定めている(附則第2条第2号)。

28) SCM協定(注9)、§9.

29) 排出権割当は国際規制体制に合致するよう国家責任を割り当てる国家の主権事項として、これを補助金としてみる環境規定によって国家及び国際体制が一般的にSCM協定の規律を受けるようになるため、WTOパネルが排出権割当を補助金として判断しないだろうという見解がある。Annie Petsonk(注16)、209頁

近を禁止・縮小する方法が考えられる。最近アメリカで提案されている、リーバーマン・ウォーナー法案 (Lieberman-Warner Climate Security Act of 2008)³⁰⁾ を含んだ大部分の法案は、経済力低下と炭素リーケージ問題を解決するための苦肉の策として、アメリカの“相応する措置 (comparable action)”をとらない国家から炭素 (またはエネルギー) 集約的な製品を輸入する場合、輸入者に国内の製造業者に要求するのと類似した排出権を購入することを要求している³¹⁾。ここで輸入製品に賦課されるこのような措置 (排出権購入要件) が WTO 体制に一致するかどうか問題になりうる。このような規制がない国家で生産される製品が、規制がある国家で生産される製品と“同種製品”としてみることができるのか議論になるが、“同種製品”として理解する場合には、GATT 上の内国民待遇、最恵国待遇義務が賦課される。また、このような制限がその制限を適用された製品の輸入品の量を深刻に減少させるなら、数量制限禁止義務に違反する可能性もある。原則的に輸入製品の生産過程で、排出された温室効果ガスの量を基礎とするこのような措置は、生産行程方法 (Processes and Production Method:PPMs) 規制で、GATT の非差別禁止の原則に反しうる。内国民待遇や最恵国待遇上、税金や他の規制目的で生産行程方法を基礎とした差別的な規制は許されない。

排出権購入要件は現在まで、競争力低下と炭素リーケージ問題を防ぐ最も一般的で具体的な一方的貿易措置として論じられるため、このような国境措置が WTO 規範と衝突するのか考察することは、重要な意味があると考えられる。排出権取引制度を導入しようとする国は、このような措置を簡単に放棄しないであろう。アメリカ議会に提出された排出権取引関連法案が、経済力低下と炭素リーケージ問題を解決するために、類似の内容の国境措置を含んでいるという点で、これを支えている³²⁾。

2. 排出権購入要件と GATT 原則

(1) 生産工程方法の規定

GATT 第 1 条 (最恵国待遇) と、第 3 条 (内国民待遇) が適用されるかどうか判断するのに発

30) この法案は別名、2008年機構保安法と呼ばれるが、上院議員のジョセフ・リーバーマン (Joseph Lieberman) とジョン・ウォーナー (John William Warner) が2007年に初めて提案後、2008年に修正提案し、同年上院議員の Boxer が修正案に対して一部修正を行った。この法案が注目される理由は、具体的な一方的貿易措置を持っており、現在上院まであがってきた唯一の法案だからである。

31) Climate Security Act § 6006 (c). 法案の適用対象国家は WTO 加盟国である。Id. § 6001 (6). しかし、アメリカが温室効果ガス削減のための措置に“相応する措置 (comparable action)”を行った国家、全世界の温室効果ガス排出量の0.5%以下を排出する国家、国連が定めた極貧国 (least developed developing countries) などは、対象国家から除外される。Id. § 6001 (2), § 6006 (b) (2), Id. § 6006 (c) (4).

32) 2008年アメリカ議会に提出された Clean Energy and Security Act, Climate Market Auction Trust and Trade Emissions Reduction System Act, Investing in Climate Action and Protection Act など、全ての排出権取引関連法案が、競争力低下と炭素リーケージ問題を解決するために国境措置を含んでいる。Ryan Vanden Brink, *Competitiveness Border Adjustments in U.S. Climate Change Proposals Violate GATT: Suggestions to Utilize GATT's Environmental Exceptions*, 21 Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y 85, 95~101 (2010).

生ずる難解な問題に、対応措置が製品の規制なのかもしくは生産工程方法の規制なのかである。例えば1トンの鉄鋼を再活用された金属を原料として、原子力発電による電力を利用して生産した場合と、原鉱石を原料として石炭をエネルギー源とした溶鉱炉で生産した場合を考える。前者の場合、後者に対して温室効果ガス排出量が少ないと考えられる。しかし税関当局の立場でみると、同一の鉄鋼製品とみなす。温室効果ガス排出量の差を明らかにするために、多様な生産行程と対応施設で使用されたエネルギー源を、調べる必要があるだろう。同じ国家内の異なる施設は、使用される技術とエネルギー源によって多様な温室効果ガスを排出し、その排出水準は千差万別であろう。

内国民待遇や最恵国待遇は同種“製品”の適用される措置だけを扱う概念である。行程および生産方法の規制は、製品の販売を直接規律しないで、製品自体に影響を与えないため、製品自体に適用されるとみることができない。1991年イルカ・マグロ事件^Iで、パネルはアメリカの輸入禁止措置が、マグロ自体（product as such）ではないマグロを捕獲した行程に適用されたため、GATT第3条の国内規定を構成しないと判断しながら、これを確認した³³。すなわち、問題の海洋ほ乳動物法（MMPA）規定は、マグロ自体については影響を与えることがない捕獲方法に関連したものであるため、アメリカ漁船が捕獲したマグロと、メキシコ船団が捕獲したマグロは“同種製品”であり、結局メキシコのマグロに対する輸入禁止措置に、内国民待遇義務が適用され、アメリカの禁輸措置はこれに違反するというものである（イルカ・マグロ事件^I）。パネルの決定によると、行程及び生産方法による国内規制は、輸入製品に賦課されなくなる。問題は、実際には製品と生産行程方法との間の区別が難しいということである。これは当事国たちをもってして、紛争の要素を提供していることになる。

リーバーマン・ウォーナー法案は、アメリカに輸出する国家がアメリカと相応する炭素減縮措置をしない場合、すべての輸出製品の生産過程で排出された炭素の量にあたる炭素排出権をアメリカに提出するようにしている³⁴。これは、輸入製品に含まれた温室効果ガス排出量に基づくため、生産行程方法の規制ということが出来る。これを上記の例に照らしてみる場合、温室効果ガス排出量が少ない前者にあたる鉄鋼製品の輸入者は、後者にあたる製品の被害よりも少ない排出権を購入すればよいという結論に到達する。同様に前者の場合にあたったとしても、国家によって異なって支給されうる。例えば、排出権取引制度を導入していない中国は、排出権取引制度を導入しているドイツと中国の同種製品を差別していると、不満をもつ可能性がある。リーバーマン・ウォーナー法案の排出権購入要件は排出権取引制度を導入・施行している国家を、アメリカの温室効果ガス削減のために行った措置に“相応する措置（comparable action）”を行う国家とみて、購入要件を免除する可能性が高いためである。“相応する措置”の基準が明確でない場合や、具体的でない場合には、不必要な紛争も発生しうる。先進国で製造された製品は同種製品だ

33) GATT, *United States-Restrictions on Imports of Tuna*, 30 I. L. M. 1594 (1991) (イルカ・マグロ事件^I), §5.14.

34) Climate Security Act §6006 (c).

としても、開発途上国でより多くの温室効果ガスを排出する可能性が多く、その結果より多くの排出権を購入しなければいけないため、先進国は非差別原則を違反していると不満を提起する可能性が多いのである³⁵⁾。

最恵国待遇と内国民待遇は同種製品間の差別を禁止している。製品間で製品の属性、性格、質、最終用途 (end-use)、消費者の嗜好と習慣、関税分類 (tariff classification) などを統一した場合、同種製品として認められる³⁶⁾。生産行程方法は製品に影響を及ぼさないので、同種製品は生産行程方法に基づき区別されない。結局 GATT 非差別原則は、生産行程方法に基づく差別を許容していないことになる。温室効果ガスは輸入製品の製造過程で排出される。その排出量は製品の属性、性格、質、最終用途、関税分類等に反映されない。しかし、消費者の嗜好に影響を与えうるはずである。消費者の嗜好が違えば同種性が認められない可能性も提起される。それと関連して EC・アスベスト事件で上訴機構は、アスベスト繊維 (chrysotile fibre) は発がん性物質としてその代替製品である PCG 繊維より危害性が高いため、アスベスト繊維と PCG 繊維は物理的に違うという点を指摘したことがある³⁷⁾。しかし WTO パネルは、消費者が温室効果ガス排出量の少ない製品を好む可能性があっても、他の要素を簡単に無視することはできないだろう。これは、生産行程方法の一種である排出権購入要件が同種製品を差別するために使用することができないことを意味する。

(2) 最恵国待遇の違反

排出権購入義務が京都議定書上、削減義務がない一部の国家 (たとえば中国) にのみ賦課され、温室効果ガスを減らすために“相応する措置”を施していることを根拠に、他の国 (例えば、排出権取引制度を導入している EU) に賦課しない場合には、GATT 第 1 条上のいわゆる最恵国待遇に違反するかが問題になる。WTO 加盟国間の非差別は重要な原則とされているが、EU 製品を購入義務から免除し、中国から輸入される製品について購入義務を賦課することは差別にあたるからである。また、温室効果ガス排出量が少ない国、極貧国等を規制対象国から除外する場合³⁸⁾に

35) 邊鎮錫、「アメリカ気候変化法案の国境措置と国際通商法：リーバーマン・ウォーナー法案の WTO 法違反と例外適用の可能性分析」、環境法研究第32巻第3号、2010.11、275頁

36) WTO, *EC-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R; 40 I. L. M. 1193 (2001) (EC アスベスト事件上訴機構決定), § 101.

37) *Id.* § 126, § 131. EC アスベスト事件上訴機構は、アスベスト繊維 (chrysotile fibre) とその代替製品である PCG 繊維が人の健康に与える危害性が異なるとしてその同種性を否認したが、これによると危害性の程度も同種性について判断する重要な基準になる。工程および生産方法は消費者の嗜好に大きく影響を与えるため、パネルは消費者が工程及び生産方法に基づく製品差別を行う場合、製品間の同種性を否認する可能性がある。Andrew Green, *Climate Change, Regulatory Policy and the WTO*, 8 J. Int'l Econ. L. 143, 160 (2005). しかしアスベストの健康に与える影響が、工程及び生産方法ではない製品自体と関連があるため、EC アスベスト事件で問題となった措置は、製品の製造過程で排出される炭素の量に基づく措置と区別されうるとする見解がある。Bradly J. Condon, *Climate Change and Unsolved Issues in WTO Law*, 12 J. Int'l Econ. L. 895, 907 (2009).

38) リーバーマン・ウォーナー法案は、全世界の温室効果ガス排出量の0.5%以下を排出する国家、国連が定める

も、同様の問題が発生しうる。他国間の同種製品の差別にあたるからである。このような例外はすべて WTO 加盟国に拡大しないため、最恵国待遇に違反するのである³⁹⁾。

(3) 内国民待遇違反

GATT 内国民待遇に違反するかを判断するためには、輸入業者に国内製造業者に要求するものと類似した排出権の購入を要求する措置をどう理解すべきかが問題解決の鍵になる。

内国民待遇と周知される GATT 第 3 条は、当事国をもって、製品の国内における販売、販売のための提供、購入、輸送、分配、使用等に影響を与える内国税、内国課徴金、法令、規定、要件等を国産製品の保護のために、輸入製品または国産製品に適用しないことを規定している⁴⁰⁾。当事国から輸入される製品は、同種国産製品より不利にならないように (no less favourable) 待遇されなければならない、輸入製品に賦課される内国税および内国課徴金は同種国産製品に対して、直接であると間接であるとを問わず、適用される内国税および内国課徴金を課してはならない⁴¹⁾。

販売のために提供される製品が国内で嗜好される排出権取引制度やそれに相応する温室効果ガス削減プログラムに参加することを要求するのは、製品の価格と購入可能性等に影響を与えるため、国内販売、販売のための提供等に影響を与える要件ということが出来る。これはその要件が、輸入製品を同種国産製品より不利に扱う場合、内国民待遇を違反しうることを意味する。

国内規制と国境措置間の相違は、内国民待遇に違反する可能性を提起する。輸入製品はそれに含まれた温室効果ガス排出を解決するために、市場メカニズムの柔軟性が認められないため、同種国産製品よりも不利に扱われる。該当措置を施す国は柔軟な市場メカニズム (排出権取引制度) を利用し、国内製品それ自体に含まれた温室効果ガス排出量を規制しなくても、実際は排出量水準を低下させることが出来る。これに対して規制措置は外国企業の市場メカニズムの柔軟性が認められず、国境で輸入製品に含まれる温室効果ガス排出量を強く考慮するようにしている。このような措置は、国内販売に影響を与える方法として、輸入製品を区別して、国内製品をより有利に扱うようするため、結局内国民待遇に違反する。

排出権購入を要求する場合、具体的には購入しなければならない排出権の量をどう定めるべきか。国内施設に対しては、実際の排出量に基づいて排出権を購入するようにすることが可能であろう。これに対して他国の施設については、その排出量を知ることが出来ないため問題がある。この場合、輸入国は対応製品別に“平均排出量水準”を定め、それに基づき国外施設で排出権を購入することを要求する方法が考えられる。このような場合、同じ国に所在する施設でも効率的に運営し、炭素を少なく排出する施設は、炭素を多く排出する施設に比べて、不利益を被ること

極貧国 (least developed developing countries) などを規制対象国に除外している。Climate Security Act § 6006 (b) (2), § 6006 (c) (4).

39) Pail-Erik Veel (注 5)、785頁

40) GATT 第 3 条第 1 項

41) *Id.* 第 3 条第 2 項、第 4 項

になる。その間、効率的な運営を通じて炭素排出を少なくしてきたにもかかわらず、そうではない施設と同じ待遇を受けることになるからである。このような不公平は、より効率的に運営する外国企業が、自身の製品が同種輸入国製品よりも不利な待遇を受けるため、内国民待遇に反するという不満を提起される。結局このような措置は、GATT 第20条に当たらなければ、WTO 規範に違反しないことになる。

リーバーマン・ウォーナー法案のように、自国に“相応する措置”を施さない国から炭素（またはエネルギー）集約的な製品を輸入する場合、輸入業者に国内製造業者に要求するのと類似した排出権を購入することを要求した場合、このような措置がWTO 規範と一致するのかが争点として浮上する。ここでは、排出権購入義務について判断する“相応する措置”という概念は、見方によっては広範囲で模範的な概念である。ある国は他国の該当分野で競争力が減少しようという憂慮を払拭させないまま、一般的な温室効果ガス排出量を減らす多様な方法を選択することが出来るはずである。例えばA国が、自国製造業者が排出する排出量を相殺する方法で、危険が及んでいる山林を保全するための措置を施していたとする。これが、B国が施す措置（排出権取引制度）に“相応する措置”にあたるのか。環境的な側面から見る場合、一般的な温室効果ガスの排出量削減に“相応する措置”にあたりと見ることが出来る。しかしA国は多量の炭素を排出し続けることを許可する体制で、A国で操業する該当企業体は、温室効果ガス削減のために、多くの費用がかかるB国で操業する企業体に比べて依然として競争力の面で優位に立つことが出来るため、B国が憂慮する競争力の低下問題は解消しないであろう。その結果、B国の企業体は不公平を訴えるだろう。これに、“相応する措置”を狭く解釈する場合、相手国が内国民待遇の違反を提起する可能性がある。だからとこのような問題を解決するために、柔軟性を与えるのはその制度の効果を害することになる。

輸入製品に対する国内で施行されるプログラムと類似した排出権取引制度や、温室効果ガス削減効果が類似したプログラムを選択することは、輸入製品を同種国産製品と統一して支給することだと判断することができる。しかし、選択したプログラムが国内プログラムと事実上統一していない場合（例えば、より厳格な場合）は、問題が異なる。該当製品の輸入業者は内国民待遇違反を訴える可能性がある。

3. GATT 例外

排出権購入要件は生産行程方法を利用し、同種製品を差別することであるため、内国民待遇と最恵国待遇に違反している。その範囲と適用、そしてGATT 非差別原則に違反する可能性が大きい。WTO 規範は、国や経済的活動をする企業などに排出権取引制度から発生しうる、競争力低下と炭素リーケージ問題をGATT 規定に一致させながら、どのように解決していくかについて、明快な指針を示していない。このような問題を克服するためにはGATT 例外規定に注目し、その許容範囲内で制度を設計することが、方法の一つになるだろう。排出権購入要件と関連して、内国民待遇等に違反したとしても、GATT 第20条に該当する場合、そのような措置は正当化されるからである。結局第20条に該当するかどうかについては、核心的な論点となるだろう。排出権購入

要件に例外的に正当化されたら、生産工程方法そして製品の製造過程排出される温室効果ガスに基づき製品を区別できる道が開かれる。しかし後述するように、GATT 例外規定を充足するのは簡単ではない。

提訴国の案件によって該当措置を正当化する根拠として、第20条 (b) と (g) を選択的にまたは両者とも主張できるが、第20条 (b) は、国内問題（例えば、内国民の健康保護）に、第20条 (g) は越境または国際問題（例えば、オゾン層の保護、境界を往来する魚類の保全）に、より適しているということが出来る⁴²⁾。気候変化は国内問題と国際問題をすべて内包しているため、第20条 (b)、(g) がすべて適用されうる⁴³⁾。しかし、第20条 (b) よりは第20条 (g) の要件を充足するほうが相対的に容易であるため、正当化される根拠としては第20条 (g) をより頻繁に活用することが予想される。

(1) 第20条 (b) の“必要性”要件

第20条 (b) に該当する措置が、人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために“必要な (necessary)”措置であることを要求しているが、特に“必要性 (necessary)”要件が解釈と関連して大きな争点となる。該当する排出権購入要件が温室効果ガス削減、炭素リーケージの防止、気候変化の緩和等を目的にする場合、気候変化による危害から人、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とみることが出来る。しかし、その措置が経済力低下を解決するための手段として利用される場合、第20条 (b) の例外を充足しないこともありうる。1990年タイタバコ事件で、パネルは代替的措置 (alternative measure) を実施するのが合理的として予想される場合、該当措置が第20条 (b) の必要な措置として正当化されないと判断された。パネルはGATT 規定に合致する措置を実施できない場合、該当事国は合理的に実施できる措置の中で違うGATT 規定に対する不一致を最小化する措置を実施しなければいけないと指摘した⁴⁴⁾。イルカ・マグロ事件 I で、パネルはアメリカが関連した国際協定の締結等のように、GATT に一致するすべての代替的措置を使用しなかった (not exhausted options) ため、アメリカの輸入禁止措置は、“必要性”要件に充足しないと結論づけた⁴⁵⁾。1994年、イルカ・マグロ事件 II でパネルは、該当する措置が他国をもってそれらすべてを変更させ、そのような変更によって効果が発生しなければ、その措置が第20条 (b) 上の“必要な”という要件を充足することができないと判断した⁴⁶⁾。1996年、ガソリン事件と、2001年 EC・アスベスト事件上訴機構は、“必要性”要件と関連して、該当法令上の禁止に対する“合理的に利用可能な”代案 (reasonably available alternative) がな

42) Bradley J. Condon, *Environmental Sovereignty and the WTO* 135 (Transnational Publishers 2006).

43) Bradley J. Condon (注37)、920頁。

44) GATT, *Thailand-Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, 37S/200 (1990) (タイタバコ事件), § 74.

45) イルカ・マグロ事件 I (注33)、§ 5.28.

46) GATT, *United States-Restrictions on Imports of Tuna*, 33 I. L. M. 842 (1994) (イルカ・マグロ事件 II), § 5.39.

いため、第20条 (b) 上の必要性要件を充足すると強調した⁴⁷⁾。

このようなパネル決定に照らしてみると、温室効果ガス削減が国際的な目標ならば、国際協定の締結は“合理的で利用可能な”代替的措置とすることができるため、該当貿易規制措置を施行する前に協議に努力を傾けなければならない。しかし、その措置が貿易相手国の温室効果ガス排出政策の変更を目的とするならば、必要性要件を充足できなくなる。

必要とは、必要不可欠とは異なる⁴⁸⁾。該当措置の“必要性”は、利益の衡量に基づく。必要性の分析は、様々な要素の衡量を求める。利益刑量過程は、EC・アスベスト事件でも検討された⁴⁹⁾。パネルは“必要性”分析のためいわゆる、2000年に韓国牛肉事件で提示された基準を援用しながら、該当措置が求める目標は、アスベストにより発生するアスベスト脅威、健康被害の除去、削減を通じた人間の生命と健康の保全であり、求められる価値は最も重要だと強調した⁵⁰⁾。先ほどの韓国牛肉事件では、“必要性”は様々な要素を刑量する過程を含めると指摘しながら、その要素で遵守手段に該当する措置に対する寄与度、該当措置によって保護される共同利益または価値、該当措置の輸出入に及ぼす影響などを挙げた⁵¹⁾。

ブラジル・ダイヤモンド事件で上訴機構は、必要な措置かどうかを判断するにあたり、①該当措置のために保護される利益や価値の重要性、②該当措置の目的を達成するための寄与度の程度、③該当措置の貿易制限性、等を考慮しなければ行けないと指摘した⁵²⁾。寄与度要素と関連してパネルは、該当措置が広範囲的な政策の重要な構成部分 (key component) としてその目的の達成に実質的な (material) 寄与をしなければいけないと指摘した⁵³⁾。その結果、その目的に制限的な (marginal)、または重要ではない (insignificant) 寄与をする措置は、必要な措置としくい⁵⁴⁾。これによれば、排出権購入要件は寄与度の要素を充足するといえる。排出権取引制度が温室効果ガス削減を目標とし、排出権購入要件が温室効果ガスを排出する多数の生産者に外部費用を内部

47) WTO, *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline Treatment of Imported Gasoline and Like Products of National Origin*, 35 I. L. M. 274 (1996) (ガソリン事件), § 6.24 EC・アスベスト事件 (注 36), § 175.

48) WTO, *Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R (2007) (ブラジル・ダイヤモンド事件上訴機構決定), § 210.

49) EC アスベスト事件上訴機構決定 (注36)、§ § 170～172.

50) *Id.* § 172.

51) WTO, *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (2000) (韓国牛肉事件上訴機構決定)、§ 164、韓国牛肉事件で上訴機構は、代案が合理的で利用可能であるか決定するため、利益衡量過程で考慮しなければいけない一側面は、代案が追求する目的の実現に寄与する程度と強調した。さらに、追求される合同利益または価値が重要であるほど、このような目的を達成するために行われた必要な (necessary) 措置として受け入れられやすいと指摘した。また、一側面は該当措置が国際通商に与える制限的影響の程度だが、上訴機構は該当措置が輸入される製品に与える影響が少ないほど強力で、広範囲に制限的影響を与える措置に対して必要な措置を認めやすいと指摘した。*Id.* § 163.

52) ブラジル・ダイヤモンド事件上訴機構決定 (注48)、§ 156、§ 178。

53) *Id.* § 210.

54) *Id.* § 150.

化するため、温室効果ガスの削減に重要な寄与をするという点で、温室効果ガス削減、気候変化の緩和という環境政策の目標達成に実質的に寄与したと判断できるからである⁵⁵⁾。外国輸入業者に負担をさせることは、単純に排出の移動ではなく、実質的な排出減少を保障するという点で、政策の重要な構成部分を担うといえる⁵⁶⁾。しかし、その措置が競争力低下の問題を解決するという点を主だった目的としており、すべての国家から輸入を規制することが出来ないため、炭素リーケージの問題を防ぐのに効果的ではないという立場からは、第20条 (b) の要件を充足していないという判断も提起されるであろう。

その措置が貿易制限的かというのは、寄与度の要素よりも難しい問題である。貿易制限的であるかを判断するためには、他の代替手段との比較評価が必要である。代替手段が国境措置（排出権購入要件）より貿易制限的でなく、アメリカをもってして目標とした保護水準と同一の水準を達成することが出来るようにし、合理的に利用可能な (reasonably available) 場合⁵⁷⁾、排出権購入要件はそれ以上必要な要件を充足できなくなる。問題は、もっとも貿易制限的でないといえる国際協商は別として、他の代替手段（例えば炭素税、輸入税、保証金等）との比較評価が簡単ではない点である。

(2) 第20条 (g) の“関連性”要件

第20条 (g) に該当するためには、当該措置が①有限天然資源 (exhaustible natural resources) の保全に関連しなければならず、②有限天然資源の保全に“関連があり (relating to)”、③国内の生産又は消費に対する制限と関連して (in conjunction with) 実施されなければならない。

一つ目の要件は、気候が有限天然資源に該当するののかという疑問と関連がある。WTO は、生物資源である魚⁵⁸⁾、イルカ⁵⁹⁾、ウミガメ⁶⁰⁾だけでなく、非生物資源である澄んだ空気 (clean air)⁶¹⁾ などを幅広く有限天然資源とみている。エビ・ウミガメ事件では、上訴機構は「WTO 協定の全文は (…) 明白に“持続可能な開発”をその目的として認めている」として、宣言したのである⁶²⁾。温室効果ガス排出は、国際社会で環境保護と持続可能な開発の関連が重要な関心事項として広範囲に認識されている。このように WTO パネルはその概念を幅広く理解したら、地球の現

55) Elias Leake Quinn, *The Solitary Attempt: International Trade Law and the Insulation of Domestic Greenhouse Gas Trading Schemes from Foreign Emissions Credit Markets*, 80 U. Dolo. L. Rev. 201, 231 (2009).

56) *Id.* 223頁。

57) ブラジル・ダイヤモンド事件上訴機構決定 (注46)、§ 6.37.

58) GATT, *United States-Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada*, 29S/91 (1982) (カナダ・アメリカ間マグロ事件), § 4.9; GATT, *Canada-Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, 35S/98 (1989) (サケ・ニシン事件), § 4.4.

59) イルカ・マグロ事件II (注46)、§ 5.13.

60) WTO, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, 38 I. L. M. 118 (1999) (エビ・ウミガメ事件上訴機構決定)、§ 134.

61) ガソリン事件 (注47)、§ 6.37.

62) エビ・ウミガメ事件上訴機構決定 (注60)、§ 6.37.

在の気候は有限天然資源として認められる可能性が多いようである。たとえ WTO パネルが地球の気候自体を有限天然資源としてみないとしても、気候変化によって惹起される他の自然、例えば海外地域、氷河、海水面、種、生物多様性などを有限天然資源として認められるだろう。

第2の要件は、排出権取引制度と排出権購入要件が気候変化の保全と関連があるか、または“主な目的として (primarily aimed at)”として行われなければいけないのかという問題である。GATT パネルは有限天然資源の保全と関連するために、該当措置は保全を“主な目的として (primarily aimed at)”としなければいけないと判断した⁶³⁾。イルカ・マグロ事件 I⁶⁴⁾ と、イルカ・マグロ事件 II⁶⁵⁾ のパネルも、このような解釈に同意した。特にイルカ・マグロ事件 II でパネルは“主な目的として” 該当措置の目的だけでなく、天然資源の保全への影響も目を配らなければいけないと強調した⁶⁶⁾。関連していることを“主な目的として”いると解釈することが過度に厳格な解釈であるという意識からか、1999年エビ・ウミガメ事件では、関連性要件を“該当目的と合理的に関連がある”と広く解釈している⁶⁷⁾。1996年ガソリン事件では上訴機構は、該当措置が偶然に (incidentally) または非意図的に (inadvertently)、有限天然資源を保全する目的ではなく、有限天然資源の保全と“本質的關係 (substantial relationship)”がある場合、天然資源の保全と関連があると判断した⁶⁸⁾。

このような一連の解釈は排出権購入要件を全体的に考慮し、本質的な関係性を判断することにおいて、単に輸入に与える影響より有限天然資源である気候の保全との関連性が注目される。排出権取引制度はここでは派生される排出権購入要件が気候変化の防止のため、重要であるという点でこのような措置は第20条 (g) の要件を充足するだろうと考えられる。排出権購入要件は温室効果ガスを増加させ、気候に害を与える結果を招く炭素リーケージを削減させ、究極的に気候の保護をその目的としているため、排出権購入要件は有限天然資源の保全と合理的な関連と、本質的な関係があるということが出来る。たとえそれが炭素リーケージの防止に効果的でなくても、該当措置の効果性について第20条 (g) の要件の充足を防ぐことはない。

一定の国家を規制対象から除外する措置は、その除外が“明白にそして直接的に (clearly and directly)”天然資源の保全という政策目標と関連がある場合に許可される⁶⁹⁾。例えば、リーバーマン・ウォーナー法案で、アメリカが温室効果ガス削減のために実施した措置に“相当する措置 (comparable action)”を実施した国を除外することは、第20条 (g) によって認められる可能性が高い。このような除外は、外国の温室効果ガスを排出する者 (汚染者) の費用を引き上げ、そ

63) サケ・ニシン事件 (注58)、§ 4.6.

64) イルカ・マグロ事件 II (注33)、§ 5.33.

65) イルカ・マグロ事件 II (注46)、§ 5.22.

66) *Id.* § 5.22.

67) エビ・ウミガメ事件上訴機構決定 (注60)、§ 141. このような立場では、手段が目的に対してその範囲が不均衡的で広範囲であるか、または目的と密接な関連性があるかが注目される。

68) WTO, *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, 35 I. L. M. 603 (1996) (ガソリン事件), 623頁

69) エビ・ウミガメ事件上訴機構決定 (注60)、§ 138.

れをもってして温室効果ガスを削減するよう誘引し、温室効果ガスの排出について、課徴金を賦課しない国を認め、そこで温室効果ガスを排出する、いわゆる“炭素リーケージ”問題を防ぐことが出来るため、温室効果ガス削減と炭素リーケージの防止という環境政策目標と、明白にそして直接的に関連があるということが出来るからである。しかし、温室効果ガス排出量が少ない国家と極貧国を対象国から除外する措置は、温室効果ガス排出量の削減と、炭素リーケージの防止という政策目標に明白にそして直接的に関連がないようにみえる。これを少量排出国と極貧国が炭素リーケージの可能性がないということの意味しないだけでなく、このような例外を認めることで、炭素リーケージが増加する可能性があるためである。アメリカ企業は外国で製品を製造し（つまりより多くの炭素を排出し）、その製品をまたアメリカに輸出する可能性がある。このような可能性は、アメリカが自国産業の競争力低下問題により関心があることを反証している。たとえ該当措置の効果性や、保全目標との関連性について決定するとき関連が無いといえど、このような例外をおくことで炭素リーケージの可能性を高め、アメリカが第20条（g）に基づいて正当性を確保しがたくなるだろう。

最後の要件は、排出権購入要件が国内生産または消費に対する制限と関連し（in conjunction with）、実施されるかという問題と関連がある。ガンソリン事件上訴機構は、該当措置が国内生産または消費に対する制限と“ともに（together with）”成し遂げられなければならないという意味と解釈しなければならず⁷⁰⁾、この規定を解釈する上で保全という名前で有限天然資源の生産または消費に対する制限をするにあたり、同一ないし同等性（identical）ではない、“公平性（even-handedness）”が要求されると判断した⁷¹⁾。このような解釈によると、国内と国外企業に無償割当をする反面、外国企業または輸入業者には排出権購入を要求する場合には、この要件は充足されると考えられる。しかし、国内企業には無償割当をする反面、外国企業または輸入業者には排出権購入を要求する場合には、不公平性の問題が発生する。十分な排出権が自由に無償で国内企業に付与される反面、輸入業者にはそうではない場合、国内生産に相応する制限が適用されず、該当措置が国内生産または消費に対する制限と“共に（together with）”なされないという論点が提起される。

結論的に、包括的に国内温室効果ガス規制措置とともになされる温室効果ガス削減と炭素リーケージ防止という政策目標と関連がある排出権購入要件は、第20条（g）によって正当性を確保する可能性が高い⁷²⁾。しかし、炭素リーケージ問題を阻害する例外規定は、有限天然資源の保全と関連性が否認され、その分正当性の確保が阻害される可能性がある。以上で論じてきたのは、合法性要件に関する問題であり、その合法性要件を通過したからといって適用要件に合致しなければ正当性がなくなる。ここで適用要件を定めている GATT 第20条冒頭条項（*chapeau*）の解釈、適用方法が問題となる。

70) ガンソリン事件上訴機構決定（注68）、624頁。

71) *Id.* 625頁

72) Slayde Hawkins, *Skirting Protectionism: A GHG-Based Trade Restriction under the WTO*, 20 *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.* 427, 446 (2008) ; Paul-Erik Veel（注5）、777 ないし 778頁；（注35）、279 ないし 280頁。

(3) 第20条冒頭条項

上記の3つの要件が充足されたとしても、排出権購入要件は第20条冒頭条項、すなわち“措置が同様の条件の下にある諸国の間において恣意的 (arbitrary) もしくは正当と認められない差別待遇 (unjustifiable discrimination) 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 (disguised restriction) となるような方法で、適用しないことを条件とする”という規定を解釈するにあたり、WTO上訴機構は、恣意的で正当と認められない差別の基準として該当措置の厳格性 (rigidity) と非有用性 (inflexibility)⁷³⁾、当事国が協定を試みない点などを挙げた⁷⁴⁾。偽装された制限を判断する重要な基準として“公開性”が示されている⁷⁵⁾。

冒頭条項は該当措置の適法要件というよりも、適用要件であるため、排出権購入要件自体がこの冒頭条項に抵触するとみるのは難しいだろう。しかしその要件を適用するにあたって、恣意的で不当な差別がある場合問題になりうる。ここでもう一つ発生する深刻な問題が、統一した条件下にいないという理由で差別される場合である。開発途上国の特殊な状況を考慮し極貧国を規制対象にしない場合、極貧国に含まれないが、温室効果ガスを多く排出する開発途上国 (例えば、中国、インドなど) はこのような差別に不満を訴える可能性が高い。措置対象国はその措置がいわゆる“共同のしかし差別化される責任原則”⁷⁶⁾を適用することで正当だと主張するが、これを開発途上国は排出権提出を最もしなければならないという結果が招かれ、国際貿易に対する偽装された制限の手段を構成すると主張する可能性がある。

恣意的で不当な差別が存在するというためには、その差別が柔軟にまたは不可避で行われたのではなく、予見可能でなければならない⁷⁷⁾。購入しなければいけない排出権購入の価格が国内排出権価格と違って算定される場合、輸入製品と国産製品間の差別は予想可能である。まず外国と十分な交渉を試みた後、該当措置を施行することは、恣意的で不当な差別であると批判を浴びうる。パネルは、交渉の妥結までは要求しないが、信義誠実で深刻に交渉を試みることを要求している⁷⁸⁾。交渉を通じた問題解決は、国際紛争を減らし、一方的な国家措置から惹起される紛争解決に固有の不確実性を避けることができる。また、該当措置の有用性を付与する場合、冒頭条項の違背問題は減少するだろう。効果性において“相応する措置”を広く認める場合、輸出国の柔軟性は増加するだろう。規制措置が外国での特別な条件を考慮するにつれて、恣意的で不当な差別になるという非難は減少するだろう。審理および反論の機会の提供、審査及び異議手続きの保障、

73) エビ・ウミガメ事件上訴機構決定 (注60)、§ 177。

74) *Id.* § 166。

75) カナダ・アメリカ間マグロ事件 (注58)、§ 4.8。

76) “合同のしかし差別化された責任の原則 (Principle of Common but Differentiated Responsibility)” は、すべての国家が環境を保護するために合同の (common) 責任があるが、各国の経済的・技術的な状況などを考慮し、各国が差別化された (differentiated) 責任を負担しなければいけない事を意味する。Rio 宣言7参考。特に京都議定書は、先進国にだけ温室効果ガス削減義務を賦課するとして開発途上国を特別に考慮している。

77) ガソリン事件上訴機構決定 (注68)、632頁。

78) エビ・ウミガメ事件上訴機構決定 (注60)、§ 172。

予測可能性を向上することは、冒頭条項の適用要件を充足するために必要な措置となる⁷⁹⁾。

一方、ブラジル・ダイヤモンド事件で上訴機構は、不当な差別かどうか判断するにあたり、差別の効果 (effect) ではなくその原因 (cause or rationale) に焦点を合わせなければいけないと強調した⁸⁰⁾。これによると、対応措置の原因が政策目標と合理的な関連性を持つかが重要な争点になる展望である。このような点を考慮するとき、排出権取引制度などの各種措置が成功するためには、国内産業の保護ではない、人と環境の保護という真摯な目的をもたなければいけない。

(4) 小 活

生産行程方法に基づく排出権購入要件は、GATT 非差別原則に違反する可能性が高い。その結果、このような国境措置は、GATT 第20条例外規定に該当する場合によく正当化される。その要件の充足は容易ではないが、該当措置が気候変化を防止するために炭素リーケージを防止することを主な目的とする場合、第20条 (b) または (g) によって正当化されるだろう。しかし、これで終わりではない。適用方法が恣意的で正当でない差別がある場合は問題になりうるからである。パネルは GATT 冒頭条項の解釈と関連して、非厳格性、柔軟性、透明性、公正性、適法な手続き、協商の重要性等を強調している⁸¹⁾。そのために排出権購入要件は厳格ではなく柔軟であり、透明性と公正性そして適法な手続きをもち、適用前の該当措置国は他の国家と真摯な協商に向けて努力を傾けなければいけないだろう。

IV. おわりに

韓-米、韓-EU の FTA 締結によって国家の環境政策に対する関心がいっそう高まっている。これらの国家の高い環境基準は、対外貿易依存度が高くエネルギー集約の産業構造を持つ韓国に高い費用負担をもたらし、経済成長および産業への悪影響をもたらすだろう。“ポスト京都議定書体制” のため奔走する国際社会は、韓国の温室効果ガス削減義務を消すために強い圧迫を強いている。このような周辺の状況は、韓国をして気候変化対応のための多様な気候変化対応政策及び立法を推進させている。韓国は2012年2月「低炭素グリーン成長基本法」という気候変化対応法を制定し、排出権取引制度の導入根拠 (第48条) を置くに至った。これを根拠とし、2012年5月2日に「温室効果ガス排出権割当及び取引に関する法律」が国会を通過した。法の制定が遅延した理由は、現在少数の国家のみが排出権取引制度を導入しており、企業に大きな負担を与える

79) WTO 上訴機構は確認手続きの透明性と予測可能性のない審理及び反論機会の未提供、承認・拒否などに対する署名通報手続きの不備、審査及び上訴の制限などを恣意的な差別をもたらすと判断した。エビ・ウミガメ事件上訴機構決定 (注60)、§ 18。

80) ブラジル・ダイヤモンド事件上訴機構決定 (注48)、§§229~230。

81) エビ・ウミガメ上訴事件では、具体的に恣意的な差別の基準として、該当措置の厳格性 (rigidity)、非有用性 (inflexibility)、非透明性、不公正性、不適法な手続き (undue process) などを挙げ、正当でない差別の基準として当事国が協定を試さない点などを挙げた。エビ・ウミガメ事件上訴機構決定 (注60)、§ 166、§ 177、§ 180、§ 181。

という認識がその大きな要因になっている。

排出権取引制度など気候変化対応政策の選択が不可避な状況で、排出権取引制度の導入、施行のためにはその制度が効率的に運営されるよう精密な設計が必要である。「温室効果ガス排出権割当及び取引に関する法律」には、韓国産業の競争力低下を解決するための措置は見つかっておらず、国際通商法的紛争を防ぐための措置は不十分である。このような点から排出権の割当（特に無償割当）、排出権購入要件などは十分に検討される内容だと言える。しかしこのような要件が一方的な貿易規制的な要素を持っているため、導入時に発生するかもしれない通商紛争を防ぐための措置が必要である。

基本的に無償割当は排出権取引市場のわい曲をもたらし、補償金論争を惹起するため、競売を通じた排出権割当を考慮する必要がある。排出権取引制度の導入が国内産業に深刻な否定的効果をもたらすと判断され、仕方なく無償割当を採択したとしても、これを初期の段階から一回的・一時的に使用する者として、貿易報復措置を受ける余地を遮断する必要がある。気候変化防止という目的を達成するために、排出権取引制度導入を助長する必要がある、その誘引をもたらすために無償割当がどの程度必要かという点、ドイツやイギリスなど他国ですでに無償割当を導入・施行している点などを考慮したとき、WTO体制下で加盟国間の無償割当が補助金に該当しないことや、許容補助金に該当することを合意することも考慮しなければならない。

排出権購入要件も経済力低下問題を解消するために、魅力的な法案であることに変わりはないが、不必要な通商紛争を防止するためにWTO体制に合致させて設計する必要がある。これを考慮する要素は以下の通りである。アメリカのリーバーマン・ウォーナー法案のように規制対象国をWTO加盟国とし、少量排出国と極貧国などを除外するなど、規制対象国を制限することは、GATT第20条の例外要件を充足できない可能性がある。その措置が競争力低下問題を解決することを主な目的とし、少量排出国や極貧国などから輸入を効率的に規制することが出来ず、炭素リーケージの問題を防ぐのに効果的でない可能性があるからである。貿易規制措置を実施する国家の温室効果ガス削減措置に“相応する措置”を実施する国家を規制対象国から除外する場合、相応する措置が不分明で具体的でない場合、紛争の素地がある。客観的な判定基準に提示されていない状態でも同じ問題が発生しうる。

複雑で費用が多くかかるメカニズムは炭素リーケージを防止し、国内排出量を減らそうとするより、自国産業の保護に重点を置くという疑心をうけやすい。このような観点から対象製品を製品の生産過程が単純な製品、製品に含まれた温室効果ガスの量を算定するのが比較的容易な製品、炭素集約的な製品、炭素リーケージに露出された製品などを重要な要素とし、制限する必要がある。このような制限は効果的に炭素リーケージを防ぐのに寄与するだろう。購入しなければいけない排出権の価格は、国内排出権の市場価格に一致する水準で定められなければならない。

排出権購入要件がGATT第20条の例外要件を通過するために、その素地が炭素リーケージの防止、温室効果ガス削減、気候変化の防止という政策目標に忠実でなければならず、環境保護に影響を与えるものでなければいけない。各国産業の競争力低下問題を解決するのに焦点を合てるのなら、これは保護主義に他ならず、正当性の落ちる一方的な措置に他ならない。具体的に排出権

購入要件が炭素リーケージの防止に効果的でない場合、第20条（b）の“必要性”要件を充足出来ず、正当化されない。また、自国産業の競争力を高める目的とする場合、第20条（g）の“関連性”要件を充足できず正当化されない。その措置は保護主義の一手段として転落するだけである。効果的に炭素リーケージ問題を解決しながら気候変化、温室効果ガス削減という政策目標を達成するために少量か移出国や極貧国に対する規制免除が必要である。

第20条の合法性要件を充足するというのが、冒頭条項の適用要件まで充足するという事ではない。パネルは、GATT 冒頭条項の解釈と関連して、非厳格性、柔軟性、透明性、公正性、適法な手続き、協商の重要性などを強調している。このような点を考慮するとき、まず該当措置を施行する前に、外国とまず十分に真摯な協商を試みる必要がる。効果性では、“相応する措置”を広く認める場合、輸出国の柔軟性は増加するだろう。規制措置が外国に下した特別な条件を考慮するほど、恣意的に不当な差別という非難は減少するだろう。手続きの透明性と公正性、適法な手続きの保障、予測可能性を向上することは、冒頭条項の適用要件を充足するために必要な措置になる。このような次元で意思決定に影響を受ける国家の参与、審理及び反論機会の提供、審査及び異議手続きの提供、承認・拒否などに対する書面通報、適切な公開などを保障する必要がある。このような機会や手続き、そしてそれに必要な時間と努力、費用等がすべての国家に類似して提供されなければならない。