

## EU 及びその加盟国－エネルギー分野に関連する措置（DS476）パネル判断

2018年11月21日

石川義道（静岡県立大学）

### 1. 事案の概要

EUは2009年7月13日に「第三次エネルギー・パッケージ」と呼ばれる一連の指令・規則を制定したところ、①その1つである「域内天然ガス市場の共通規定に関する指令（ガス指令）」で定められる関連措置、②ガス指令を履行するEU加盟国の一部（クロアチア、ハンガリー、リトアニアの3ヶ国）の国内措置、そして③「欧州横断エネルギー・ネットワーク規則（TEN-E措置）」とWTO協定（主にGATS）の整合性が問題となった。

- **分離措置（ガス指令）**：ガス指令によれば、天然ガスを生産・供給する垂直統合型事業者（VIU）は導管輸送事業について①所有権分離（OUモデル）が求められるが、例外的に2009年9月3日時点でVIUに属する輸送システムについては、②系統運用機能の分離（ISOモデル）、または③法的分離（ITOモデル）のいずれかを選択することが認められているところ、①における露の導管輸送サービス提供者は、②③における他の非EU加盟国の導管輸送サービス提供者よりも差別（GATS第2条1項）を受けるかが争点となる。加えて①の下で露産天然ガスは、②③の下で他国からの輸入天然ガス・国産天然ガスに対する差別（GATT第3条4項、第1条1項）を構成するかが争点となる。
- **分離措置（3ヶ国）**：3ヶ国は上述した分離措置を国内で実施しているところ、それによって①導管輸送サービス提供者の数は制限されているか（GATS第16条2項(a)）、②サービスを提供する事業体の形態について制限・要求が課されているか（同条項(e)）、③外国資本の参加が制限されているか（同条項(f)）が争点となる。
- **公的機関措置（3ヶ国）**：ガス指令では、公的機関が輸送事業者（TSO）・輸送システムと生産・供給事業を支配する場合は分離義務から「免除」されるが（争いアリ）、実際にはそれは国内の公的機関が支配するTSOにのみ適用され、露の公的機関が支配するTSOは引き続き分離義務を負う。そこで当該措置が露の導管輸送サービス提供者に対する差別（GATS第17条違反）を構成するかが争点となる。
- **LNG措置**：ガス指令によればLNG（液化天然ガス）施設は「輸送システム」から外れるため、LNGシステム運用者は分離義務を負わない（VIUはLNGの生産・供給事業と輸送システムの両方を所有・支配できる）。そのため第三国からEUに輸出されるLNGは、導管輸送される露産天然ガスに供与されない「利益」を得ているとして、最恵国待遇原則（GATT第1条1項）に違反するかが争点となる。
- **インフラ免除措置**：ガス指令によれば「新たな主要天然ガス施設（例：相互接続装置）」といった特定インフラについては分離義務等から免除されるが、関連国内規制機関

(NRA) および欧州委員会はインフラ免除を巡る判断に際して、事例毎に「一貫性を欠いた、差別的な」方法でガス指令を適用しているとして、それが不合理な実施を構成するか (GATT 第 10 条 3 項(a), そしてそのような適用が最恵国待遇原則 (GATS 第 2 条 1 項, GATT 第 1 条 1 項) に違反するかが争点となる。

- **アップストリーム導管網 (UPN) 措置**: ガス指令において「UPN (生産された天然ガスを精製プラント等に運搬する上流に設置される導管)」は「輸送」から外れるため、UPN 系統運用者は分離義務を負わない (VIU は天然ガスの生産・供給事業と UPN 系統の両方を所有・支配できる)。そのため、UPN を通じて第三国から EU に輸出される天然ガスは、導管輸送される露産天然ガスに供与されない「利益」を得ているとして、最恵国待遇原則 (GATT 第 1 条 1 項) に違反するかが争点となる。
- **第三国認証措置 (ガス指令)**: ガス指令によれば、第三国の者が支配する TSO が認証を要請する場合、関連 NRA および欧州委員会は「認証を与えることで、当該加盟国および EU のエネルギー供給の安全性に危機をもたらすか」について審査 (SoS 審査) を行うことが義務付けられるが、実際には露の者 (Gazprom) が支配する TSO には SoS 審査が要求され、他の非 EU 加盟国の者が支配する TSO にはそれを要求しないことから、露の導管輸送サービス業者に対する事実上の差別 (GATS 第 2 条 1 項) を構成するかが争点となる。
- **第三国認証措置 (3ヶ国)**: 3ヶ国は上述した第三国認証措置を国内で実施しているところ、外国の者が支配する TSO には SoS 審査が求められ、他方で国内の者が支配する TSO にはかかる審査が行われないことから、このような原産地別の差別が内国民待遇原則 (GATS 第 17 条) に違反するか、仮に違反する場合は「公の秩序の維持」 (GATS 第 14 条(a)号) のために必要な措置として正当化されるかが争点となる。
- **TEN-E 措置**: 専ら「天然ガス供給の多様化」を目的として、TEN-E 措置では「共通利益のプロジェクト (PCI)」に指定されるインフラ開発プロジェクトには各種のインセンティブ (行政上, 金銭上) が与えられるが、現実には露産以外の天然ガスを輸送する導管インフラプロジェクトが支援を受けており、結果として露産天然ガスの輸入が他国の天然ガス (国産を含む) との関係で差別を受けているか (GATT 第 3 条 4 項, 第 1 条 1 項), その場合に GATT 第 20 条(j)号で正当化されるかが争点となる。

## 2. 主要論点と結論

### ○ 分離措置 (ガス指令)

**論点①**: 分離措置について、ガス指令と WTO 協定の整合性について検討するのか、それとも個別 EU 加盟国の履行立法と WTO 協定の整合性について検討するのか。

**結論**: EU は規律管轄権を根拠に「ガス指令は個別加盟国で履行されて初めて効果を有する」と主張するも、ガス指令は EU 加盟国に分離規則の履行という法的義務を課しており、また EU 全域で適用される (7.386-7.387)。またガス指令には履行に関して加盟国

に「裁量の要素 (element of discretion)」があるが、それだけで個別の EU 加盟国の措置と WTO 協定の整合性を検討することはならない (7.394)。従って、ここではガス指令の分離措置と WTO の整合性が EU 全域との関係で検討される (7.400)。

**論点②**：GATS におけるサービス提供者とは誰か。

**結論**：GATS 関連条項および先例によれば、第 3 モードでのサービス提供には 2 つの事業者—①サービスを直接提供する業務上の拠点 (例：TSO)、および②業務上の拠点を通じてサービスを提供する自然人・法人 (例：VIU)—が関連してくる。故に、GATS において差別の問題を検討する際に、サービス提供者を自動的にどちらかに限定するのは適切ではなく、いずれに (または両方に) 着目するかは申立てや措置の内容によって決まる。分離措置については VIU (②) の扱いに着目すべき (7.432-7.440, 7.447)。

**論点③**：OU モデル下で導管輸送サービス・サービス提供者は、ITO モデル下でのそれと比べて不利な待遇を受けるか (GATS 第 2 条 1 項)。

**結論**：OU モデル下で VIU は TSO を「所有・支配」(GATS 第 28 条(n)(i)(ii)) できず、故に EU 市場において TSO を業務上の拠点とした導管輸送サービスの提供ができない。他方 ITO モデル下で VIU は TSO の所有・支配が認められ、EU 市場で TSO を業務上の拠点とした同サービスの提供が可能となる。故に OU モデル下で導管輸送サービス・サービス提供者は、ITO モデル下でのそれよりも不利な待遇を受けている (7.472-7.473)。

**論点④**：GATS では GATT と同様に、事実上の差別は「支配的効果テスト (predominant effect test)」<sup>1</sup>に基づいて立証しなければならないか (GATS 第 2 条 1 項)。

**結論**：露のアプローチ (OU モデル下の露導管輸送サービス・サービス提供者と、ITO モデル下の他の非 EU 加盟国のその対比) は、OU モデル下の他の非 EU 加盟国の導管輸送サービス・サービス提供者と ITO モデル下の露のそれを無視するものであり、GATT・TBT の文脈で繰り返し否定されてきた。支配的効果テストの考え方は GATS 第 2 条 1 項にも当てはまる。ただし、それは唯一の立証方法ではない (7.486-7.490)。

**論点⑤**：OU モデル下で天然ガスは、ITO モデル下と比べてより不利な待遇を受けるか (GATT 第 3 条 4 項)。

**結論**：ITO モデル下で国産天然ガスが (OU モデル下での露産天然ガスよりも) 有利な待遇を受けている根拠として、露は「VIU は TSO (ITO<sup>2</sup>) を支配することで、自社の天然ガスの輸送・供給を促進することができる」と指摘する (7.540)。この点、GATT と GATS の違いを考慮すると、単に ITO モデル下で VIU が TSO を所有・支配できると指摘するだけでは不十分であり、それによって当該 VIU の天然ガスが (OU モデル下の露産天然ガスと比べて) 競争上の利益を得ている点を立証する必要があるが (7.542)、露

<sup>1</sup> 本件で言えば、①露の導管輸送サービス・サービス提供者の「全体 (group)」と、②他の非 EU 加盟国における同種のサービス・サービス提供者の「全体 (group)」の比較を求めるアプローチを意味する (7.485)。

<sup>2</sup> ITO モデル下で TSO は独立輸送運用者 (ITO) とも呼ばれる。

はこの点を立証できなかった (7.552)。

**論点⑥**：OU モデル下で天然ガスは、ITO モデル下での天然ガスと比べて利益を供与されているか (GATT 第 1 条 1 項)。

**結論**：GATT 第 3 条 4 項と同様に、露は ITO モデル下で VIU が TSO の所有・支配を通じて自社の天然ガスに追加的利益を与えられるという点を立証できなかった (7.583)。

#### ○ 分離措置 (3 ケ国)

**論点⑦**：3 ケ国の分離措置はサービスを提供する事業体の形態について制限・要求を課しているか (GATS 第 16 条 2 項(e))。

**結論**：GATS 第 16 条 2 項(e)が対象とする措置とは、サービス提供を認められる法定事業体の法的形態 (legal form) について制限・要求を課すものである (7.642)。他方で分離措置 (クロアチアで実施される OU モデル) であるが、単にある事業体が他の事業体を所有・支配できる (或いはできない) という事実だけでは、それが関連する事業体の法的形態を定めた措置とは考えられない (7.663)。このことは ISO モデルにも ITO モデルにもあてはまる (7.668, 7.675)。

**論点⑧**：3 ケ国の分離措置は外国資本の参加を制限しているか (GATS 第 16 条 2 項(f))。

**結論**：ここでは「外国の (foreign) 資本」と定められており、その通常の意味そして文脈 (GATS 第 16 条 2 項(a)から(e)では原産地中立的な規定) を考慮すると、同条項は資本参加に関するあらゆる制限ではなく、外国原産であることを理由とした外国資本の参加制限に限定して適用される (7.716)。もっとも 3 ケ国の国内法はいずれも原産地中立的な形で規定されており GATS 第 16 条 2 項(f)の適用対象ではない (7.727)。

#### ○ LNG 措置

**論点⑨**：LNG 措置は天然ガスの国内での販売等に「影響を与える」(GATT 第 3 条 4 項)ものとして、GATT 第 1 条 1 項の適用対象となるか。

**結論**：LNG 系統運用者 (LSO) は分離義務に服さないため、LNG 生産・供給事業者は LSO に対して支配権を行使することが可能であり、それによって輸入国市場で販売される LNG のコストを調整できるかもしれない。その結果、LNG 措置は輸入天然ガスの EU 域内での販売に影響を与えていると考えられる (7.831, 7.833)。

#### ○ インフラ免除措置

**論点⑩**：露は、EU によるガス指令第 36 条 (インフラ免除措置) の「一貫性を欠いた、差別的な」適用、という措置の存在を立証したか。

**結論**：露はかかる措置の存在を立証できず、故に同国による GATS 第 2 条 1 項および GATT 第 1 条 1 項違反の申立てについては検討を行わない (7.971)

#### ○ アップストリーム導管網 (UPN) 措置

**論点⑪**：UPN 系統運用者は分離義務を負わないため、UPN を通じて第三国から EU に輸入される天然ガスは、導管を通じて輸送される露産天然ガスには供与されない「利益」

(より有利な競争機会)が与えられているか(GATT第1条1項)。

**結論**：露によれば、VIUがUPN系統運用者を支配することで、UPNを通じた天然ガスの輸送に有利な条件が形成される可能性があり、VIUはUPN系統運用者を通じて「自社の判断でEU市場における自社の天然ガスの供給・配置を支配する」ことが可能になる。しかしながらVIUによるUPN系統運用者に対する支配が、UPNを通じて輸送される天然ガスのより有利な輸送条件にどう繋がるのか説明されていない(7.1031-7.1032)。

#### ○ 第三国認証措置(3ヶ国)

**論点⑫**：3ヶ国の第三国認証措置はいずれもGATS第17条違反と認定されたが(7.1134)、続いてそれが「公の秩序の維持」(GATS第14条(a)号)として正当化されるかが問題となる。この点、GATS脚注5では「公の秩序を理由とする例外は、社会のいずれかの基本的な利益に対し真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限り、適用する」と定められているところ、外国の者によるTSOの支配が「EUのエネルギー供給の安全性(SoS)」という社会の基本的利益(7.1156)に対する「真正かつ重大な脅威」といえるか。

**結論**：そもそも①外国政府はEUのSoSを効果的に弱体化させるインセンティブを有しており(7.1175)、②外国支配TSOはEUのSoSを効果的に弱体化させることができ(7.1181)、③外国政府は外国支配TSOに対しEUのSoSを弱体化させるよう要求・助長する手段を持つ(7.1188)、というのは単なる憶測ではなく合理的な推測である。そして、④外国支配TSOによるEU法違反をEU当局が探知・調査するのはより困難である、かつ⑤外国支配TSOによるEU法違反に対してEU当局が制裁を効果的に執行するのはより困難であることから、外国の者によるTSO支配はEUのSoSにとって「真正かつ重大な脅威」といえる(7.1202)。

#### ○ TEN-E措置：

**論点⑬**：TEN-E措置の下で露産天然ガスは、国産天然ガスよりも「不利な待遇」を受けているか(GATT第3条4項)、また他国の天然ガスよりも不利な競争上の機会(「不利益」)を受けているか(GATT第1条1項)。

**結論**：TEN-E措置の下では専ら露産以外の天然ガスを輸送する導管インフラ開発プロジェクトがPCIの対象として支援されており、そのために露産天然ガスよりも他国の天然ガス(国産天然ガスを含む)の輸送に有利な条件が提供されている。従って、当該措置はGATT第3条4項および第1条1項に違反する(7.1300, 7.1313)。

**論点⑭**：GATTに違反するTEN-E措置が「供給が不足している製品の獲得又は分配のために不可欠の措置」(GATT第20条(j)号)として正当化されるか、とりわけ天然ガスは「供給が不足している(in short supply)製品」に該当するか。

**結論**：「供給が不足している」という要件について、単に供給不足に陥るリスクの証明だけでは不十分であり、「現在(currently, presently)」供給が不足していることの立証が求められる(7.1348, 7.1351)。だがEUは立証に必要な証拠を提出していない(7.1353)。

### 3. 本件判断の意義

- 天然ガス輸送システムの所有権の分離要求（OU モデル）は、VIU による TSO という業務上の拠点（法人形態）を通じたサービスの提供を不可能とするものであり、GATS 上問題となり得ることが確認された（論点③）。
- 仮に市場アクセスについて約束する場合でも（例：3ヶ国）、分離義務は法定事業体の「形態」（GATS 第 16 条 2 項(e)）に関する制限にあたらないと狭く解釈されたため（論点⑦）、分離義務を GATS 第 16 条の下で争うのは困難であることが示された。
- GATS 第 2 条 1 項でも事実上の差別が、GATT・TBT と同様に支配的効果テストに基づいて立証されるべき（ただし、それに限られない）旨が明らかにされた（論点④）。
- 分離義務からの免除（＝外国法人による輸送システムの所有・支配）の評価が、GATS と GATT では異なることが確認された<sup>3</sup>。
- いかなる分離モデルであっても、GATS 第 16 条 2 項(e)が想定する「法定事業体の法的形態」に関する措置にはあたらない旨が示された（論点⑦）。
- GATS 第 16 条 2 項(f)の規律対象が「外国原産」を根拠とした外国資本の参加制限にのみ適用される点が明らかにされた（論点⑧）。
- TSO の外国支配（foreign control）が「真正かつ重大な脅威」（GATS 脚注 5）に該当することが、一般的な検討に基づいて確認された（論点⑫）<sup>4</sup>。
- GATT 第 20 条(j)号の「供給が不足している産品」について、供給不足の単なるリスクではなく、現時点での供給不足の立証が求められることが確認された（論点⑭）。

---

<sup>3</sup> GATS では所有権分離義務を負う場合との差別的取り扱いが明白（∵業務上の拠点（法人）を通じたサービス提供は不可能）であるのに対し、GATT では「関する（GATT 第 3 条 4 項）」という要件を満たす根拠にはなり得るが（論点⑨）、天然ガスに対する差別的な取り扱いの決定的根拠とはなり得ないことが確認された（論点⑤⑥⑪）。

<sup>4</sup> 業務上の拠点（法人形態）を通じてサービス提供が行われる場合、それは他の加盟国の自然人・法人によって「所有または支配」されている必要があるところ（GATS 第 28 条(m)）、かかる「外国支配」が「真正かつ重大な脅威」を広く認定することになりかねない。

# EU およびその加盟国—エネルギー分野に関連する特定措置

(パネル報告書：WT/DS476/R, 加盟国配布：2018年8月10日)

石川 義道 (静岡県立大学)

## I. 事実の概要

欧州連合 (EU) では域内の天然ガス市場を競争的、安定的かつ持続可能なものとするための共通ルールとして、2009年7月13日に第三次エネルギーパッケージの一部として「域内天然ガス市場の共通規定に関する指令 (ガス指令)」が採択された (同年9月3日発効)<sup>1</sup>。本件で露は EU による7つの措置について WTO 協定違反を争ったが、それらは①分離措置 (および免除規定)、②第三国認証措置、③TEN-E 措置の3つに大きく分類できる。①②についてロシア (露) は、ガス指令に加えて一部の EU 加盟国 (クロアチア、ハンガリー、リトアニアの3ヶ国<sup>2</sup>) によるガス指令の国内履行立法についても WTO 協定整合性を争った。また公的機関措置については3ヶ国の国内立法のみが問題とされた。他方で③の TEN-E 措置は、ガス指令とは別の EU 規則に基づく措置である (表1を参照)。2014年4月30日に露が協議要請を行ってからパネル報告書の加盟国配布までに4年以上かかっている (表2を参照)。以下、各措置の中身および露による申立ての内容について概観する。

措置	ガス指令	国内法 (3ヶ国)
①分離措置	○	○
免除	- 公的機関措置	-
	- LNG措置	○
	- インフラ免除措置	○
	- アップストリーム導管措置	○
②第三国認証措置	○	○
③TEN-E措置	EU規則347/2013 +2つの委任規則	

表1 問題となる措置

2014年	
4月30日	ロシアの対EU協議要請
6月23-24日	第1回協議
7月10日	第2回協議
2015年	
7月20日	パネル設置 (伯, 中国, コロンビア, 印, 日本, 韓国, サウジアラビア, ウクライナ, 米国の第三国参加)
2016年	
3月7日	事務局長によるパネル構成の決定 Mr. Felipe Lopeandia (議長) Mr. Jose-Victor Chan-Gonzaga Mr. Marco Tulio Molina Tejada
9月5-7日	第1回パネル会合 (第三国会合は6日)
2017年	
2月28日-3月1日	第2回パネル会合
8月8日	中間報告書の当事国配布
10月24日	最終報告書の当事国配布
2018年	
8月10日	最終報告書の加盟国配布

表2 手続の経緯

<sup>1</sup> Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC, L 211/94, 14.8.2009 (hereinafter, Directive 2009/73/EC).

<sup>2</sup> GATS 約束表の中で「11.G 導管輸送サービス (第3モード)」について市場開放の約束をするのはこれらの3ヶ国のみである。故に露はもっぱら GATS との関係で、28ある EU 加盟国の中でも特にこれら3ヶ国の国内立法を措置として争っていると考えられる。WTO, Communication from the European Communities and Its Member States: Certification: Draft Consolidated GATS Schedule, S/C/W/273 (9 October 2006), at 274. See also WTO, Trade in Services, The Republic of Croatia: Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/130, 22 December 2000, at 33.

## A. 分離措置

従来、天然ガスの「垂直統合型事業者（vertically integrated undertaking: VIU）」は、自ら生産（採掘）した天然ガスを、自らが敷設・運用する高圧パイプライン（導管）を通じて EU 諸国に輸送し、そこから消費者に供給してきたが、しばしば輸送に関して競争歪曲的な行動（例：競争相手の不利となる形で導管利用条件を設定する）が問題視されてきた。そこでガス指令は加盟国に、天然ガスの生産または供給事業を行う VIU から輸送事業を分離する国内法令を 2011 年 3 月 3 日までに整備・制定するよう義務付けた<sup>3</sup>。

分離の対象となる輸送系統の範囲であるが、「輸送（transmission）」とは「主に高圧導管網（アップストリーム導管網等を除く）を通じた天然ガスの運搬（顧客への販売・供給を除く）」を指すと定められる<sup>4</sup>。ゆえに分離義務は、天然ガスの国内・外国生産者からガスターミナル（基地）までの導管輸送には適用されず、その後の天然ガスを基地から高圧導管を通じて配給業者に向けて運搬する事業に適用される。そしてかかる輸送系統の運用・保守に責任を負う自然人・法人は「輸送系統運用者（transmission system operator: TSO）」と呼ばれる。

加盟国は原則として所有権分離が義務付けられるが、ガス指令発効時（2009 年 9 月 3 日）に VIU に属する輸送系統に限っては、代わりに「ISO モデル/ITO モデル」のいずれかを適用することも認められる<sup>5</sup>。以下、各分離モデルの内容を概観する（図 1 を参照）。

**所有権の分離（OU モデル）**：所有権分離（ownership unbundling）モデル下で VIU は、生産・供給事業および輸送事業の両方に対して直接的または間接的に何らかの「権限」を行使することができない。具体的には、同一 VIU による両事業における①投票権の行使、②監査役会、執行役員会の構成員の任命、③過半数の株式の所有が禁止される<sup>6</sup>。VIU は輸送事業を分社化するだけでは不十分であり、さらに輸送設備の所有や輸送系統の運用を別会社である TSO に売却する必要がある。

**系統運用機能の分離（ISO モデル）**：当該モデル下で VIU は輸送設備の所有が認められるが、輸送系統の運用については独立した外部組織として「独立系統運用機関（independent system operator: ISO）」を設置し、そこに委ねるといった形での分離が認められている。ISO の任務として、①第三者による輸送系統の利用の認可および管理（利用料金等の支払いの徴収など）、②輸送系統の運用・保守・開発、③投資計画の策定が定められる<sup>7</sup>。なお VIU との関係については前述した OU モデルに関する規則（ガス指令第 9 条 1(b)(c)(d)）の遵守が求められており<sup>8</sup>、この限りで一案件ではこの点が重要となってくるのだが—OU モデルと ISO モデルには違いはない。

**法的分離（ITO モデル）**：当該モデル下で VIU は、輸送設備の所有および輸送系統の運用を委ねる「独立輸送運用者（independent transmission operator: ITO）」を設立し、それを分社化するという形での分離が認められている。もっとも、VIU は持ち株会社として引き続き傘下の ITO を所有することが認められており、この点で輸送事業の売却が義務付けられる OU モデル（およびそれに

<sup>3</sup> Directive 2009/73/EC, Article 54.

<sup>4</sup> Directive 2009/73/EC, Articles 2(3), 2(7).

<sup>5</sup> Directive 2009/73/EC, Article 9(7).

<sup>6</sup> Directive 2009/73/EC, Arts 9(1)(b), 9(2)(a)(b)(c).

<sup>7</sup> Directive 2009/73/EC, Article 14(4).

<sup>8</sup> Directive 2009/73/EC, Article 14(2)(a).

準拠する ISO モデル) とは対照的である。その代わり分離の意義を無にしないために、VIU との関係を含め ITO の独立性、権限など詳細な規定が定められている (ガス指令 17-23 条)。

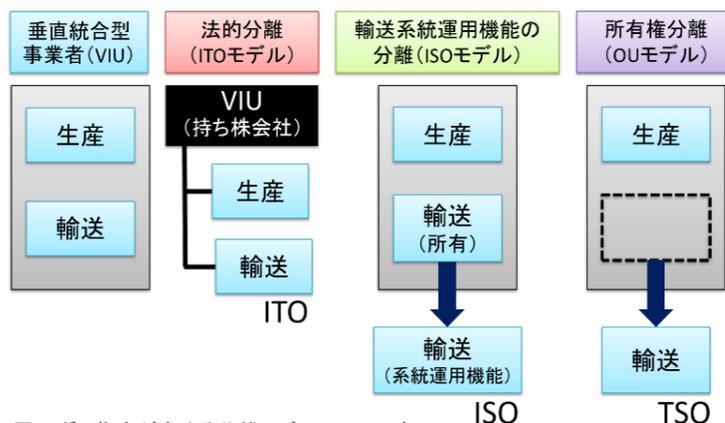


図1 ガス指令が定める分離モデルのイメージ

後藤美香「世界の電力事情：日本への教訓【欧州編】欧州における自由化・制度改革の概観：自由化は必ずしも電気料金の低下を意味しない」『Business i. ENECO』第46巻11号(2013年)4頁を参考。

露はガス指令で例外的に ISO・ITO モデルが認められる結果、①OU モデル下での露の導管輸送サービス・サービス提供者が他の非 EU 加盟国のそれよりも不利な待遇を受ける (GATS 第 2 条 1 項違反)、そして②露産天然ガスが同種の天然ガスよりも差別的に扱われる (GATT 第 3 条 4 項・第 1 条 1 項違反) と主張した。また露はガス指令を履行する 3 ヶ国の国内立法が、露の導管輸送サービス提供者に対する市場アクセスを制限する (GATS 第 16 条 2 項違反) と主張した。

## B. 4つの免除措置

ガス指令では分離義務からの免除規定が設けられている。露は以下 4 つの免除規定を措置としてとらえ、それによって露産の導管輸送サービス・サービス提供が差別を受け、また露産天然ガスが差別を受けると主張した。

**①公的機関措置:** ガス指令では「2つの異なる公的機関の一方が TSO または輸送系統に支配権を行使し、もう一方が生産または供給のいずれかの業務を行う事業者に支配権を行使する場合、両公的機関を同一の者とみなしてはならない」と定められる<sup>9</sup>。たとえばデンマークが気候・エネルギー・建設省を通じて TSO である Energinet.dk を完全所有し、同時に財務省を通じて生産・供給事業者である DONG Energy A/S の 76.49% の株式を所有するところ、

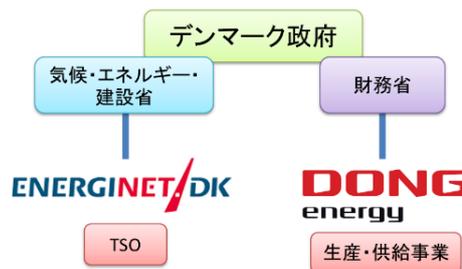


図2 公的機関措置が問題となる場面

欧州委員会は両省が「異なる」関係にあることから両省は「同一の者 (分離義務の対象)」ではないと結論付けた (図 2 を参照)<sup>10</sup>。そして露によれば、ガス指令第 9 条 6 項を履行する 3 ヶ国の公的機関措置では、自国の公的機関は天然ガスの輸送事業と生産・供給事業の両方を支配することが認められる (すなわち分離義務からの免除) が、他国の公的機関が支配する導管輸送サービス提供者にはかかる免除が与えられず、故に後者は差別を受けている (GATS 第 17 条違反) と主張

<sup>9</sup> Directive 2009/73/EC, Article 9(6).

<sup>10</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.767-7.768.

した。

**②LNG 措置**：LNG 施設（天然ガスの液化，または LNG 輸入・出荷・再ガス化のための基地）を運用する LNG 系統運用者（LSO）<sup>11</sup>は分離義務を免れるところ，露はかかる免除（LNG 措置）を理由に，LNG 施設を通じて EU に輸入される LNG は，導管を通じて EU に輸入される露産天然ガスに許与されない「利益」を得ている（GATT 第 1 条 1 項違反）と主張した。

**③アップストリーム導管網措置**：生産された天然ガスを精製プラント，液化基地，沿岸部の基地まで運搬するための導管は「アップストリーム導管網（UPN）」と呼ばれる。分離措置の対象は「UPN を除く高压導管を通じた天然ガスの運搬」であるため<sup>12</sup>，UPN を通じた天然ガスの輸送系統は分離義務から免除される（UPN 措置）。そこで露は，導管で運搬される露産天然ガスが①UPN で運搬される第三国産天然ガスが得る「利益」を与えられず（GATT 第 1 条 1 項違反），また②UPN で運搬される国産天然ガスよりも不利な待遇を受けると主張した（同第 3 条 4 項違反）。

**④インフラ免除措置**：ある導管が NRA・欧州委員会によって「新たな主要天然ガス施設」としてインフラ認定されれば，その TSO は分離義務等から免除される（インフラ免除措置）<sup>13</sup>。そこで露は，インフラ免除を巡る欧州委員会の決定が一律，公平かつ合理的な方法で実施されていない（GATT 第 10 条 3 項違反）と主張した。また露は，欧州委員会・NRA が①NEL と Gazelle/TAP で免除資格を別々に解釈し，②OPAL と Gazelle/TAP/Nabucco/Poseidon で異なる免除基準を適用し，また異なる追加条件を課し，③NEL/OPAL と 3 つの LNG 基地で異なる免除基準を適用することで，GATS 第 2 条 1 項・GATT 第 1 条 1 項違反を主張した。更に露は，欧州委員会が OPAL 決定で課した追加条件（50%の容量上限，30 億m<sup>3</sup>のガス放出）によって，Nord Stream から OPAL を経由して EU に輸入される天然ガスが数量制限をうける（同第 11 条 1 項違反）と主張した（図 3 を参照）。



図3 OPALパイプライン  
Entsog, “The European Natural Gas Network 2017”を参照。

### C. 第三国認証措置

EU 域内で導管輸送サービスを提供する TSO は NRA から認証をうける必要があるが，「第三国の者」が支配する TSO または輸送系統所有者から認証要請がある場合は，「認証を与えることで，当該加盟国および EU のエネルギーの安定供給（security of energy supply: SoS）に危機をもたらすか」を審査し（SoS 審査），それが肯定される場合，NRA は認証を拒絶しなければならない。要請を受けた時点で NRA はそれを欧州委員会に通知し，認証に関する決定案を採択したらそれを欧州委員会に報告する。また SoS 審査について NRA は，決定の採択に先立ち欧州委員会に対して意見を要請しなければならない。欧州委員会は 2 ヶ月以内に意見を表明しなければならない。

第 1 に露は，NRA 決定の審査に際して欧州委員会が，5 つの TSO 認証申請（いずれも非 EU 加

<sup>11</sup> Directive 2009/73/EC, Article 2(12).

<sup>12</sup> Directive 2009/73/EC, Article 2(3).（強調は筆者）

<sup>13</sup> Directive 2009/73/EC, Article 36(1)(2).

盟国 VIU が支配) には SoS 審査を要求せず、他方で Gaz-System による Yamal 導管の ISO 認証申請については、導管設備を所有する Europolgaz を Gazprom が共同所有することを理由にポーランド当局に SoS を審査するよう指示したことから、前者と比べて後者が事実上の差別を受けている (GATS 第 2 条 1 項違反) と主張する (図 4 を参照)。

第 2 に露は、第三国認証措置を履行する 3 ヶ国の国内措置について、それが第三国の者によって支配される TSO または輸送系統所有者にのみ適用されるため (そして SoS の危機と判断されれば申請は拒絶)、第三国の導管輸送サービス提供者は 3 ヶ国の国内サービス提供者よりも不利な待遇を受ける (GATS 第 17 条違反) と主張する。これに対して EU は、TSO の外国支配によって EU の SoS という「社会の基本的利益に対し真正かつ重大な脅威がもたらされる」 (GATS 脚注 5) ことから、当該措置は「公の秩序の維持に必要な措置」 (GATS 第 14 条(a)) と反論する。

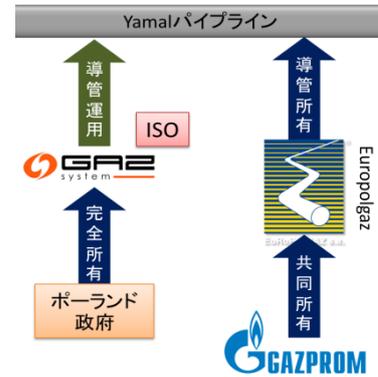


図4 Gaz-SystemによるISO認証申請

#### D. TEN-E 措置

EU は 2013 年に TEN-E 規則を制定した<sup>14</sup>。そこでは地理的観点から 4 つの「優先ガス回廊」を列挙し、各回廊において一定の基準を満たすインフラ計画については「共通利益の計画 (projects of common interests: PCI)」と指定される。PCI に指定されると、①計画に関する申請の行政審査がより簡素化され、②投資について加盟国間でのコスト配分が定められ、③ガス関連 PCI について研究等のための金銭的支援を受けられる、といったインセンティブが得られる<sup>15</sup>。なお TEN-E 規則はその後 2 回改訂されており、本件では 2 つの委任規則と併せて「TEN-E 措置」と呼ばれる<sup>16</sup>。

そこで露は、TEN-E 措置では特定の EU 加盟国 (露が唯一または支配的な天然ガス供給者) を露産以外の天然ガス供給源に結び付ける計画が PCI に指定される構造となっており、PCI 指定から各種インセンティブが得られることから、露産天然ガスは①国産天然ガス、②他の非 EU 加盟国産の天然ガスと比べて差別される (GATT 第 3 条 4 項・第 1 条 1 項違反) と主張する。更に露は、露のインフラ計画が PCI から排除されることで、露の導管輸送サービス・サービス提供者が他の加盟国のそれよりも必然的に不利な待遇を受ける (GATS 第 2 条 1 項違反) と主張する。

## II. パネル報告書の概要

### A. 先決的抗弁 省略

### B. GATS 上の一般的諸問題

露は EU の GATS 違反を主張するが、そこで問題となる「天然ガスの導管輸送サービス (pipeline

<sup>14</sup> Regulation (EU) No. 347/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on guidelines for trans-European energy infrastructure and repealing Decision No. 1364/2006/EC and amending Regulations (EC) No. 713/2009, (EC) No. 714/2009 and (EC) No. 715/2009 (Text with EEA relevance), OJ L 115/39 of 25.4.2013.

<sup>15</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 2.58-2.60.

<sup>16</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 2.4-2.5.

transport services)」の意味内容,そして3ヶ国による同サービスの約束内容を検討する(7.249-250)。

### 1. 導管輸送サービスとは

露は導管輸送サービスを「LNGを含む天然ガスの輸送・供給,そしてLNGサービスを含む天然ガスの輸送・供給に関するすべてのサービス」と広く解する。他方でEUはそれを配給システムまでの導管輸送に限定し,天然ガス供給やLNGサービスは含まないと反論する(7.251-264)。

露による広範な定義は以下のシステミックな問題を引き起こし得る。第1に天然ガスという「製品の提供」はGATSの対象外であり,仮にそこに製品の供給を含めればGATTとの区別が曖昧になる。第2に仮に天然ガスの「輸送」が「供給」を含み,よって「輸送サービス」が「供給サービス」を含むとすれば,輸送サービスとは別に「供給サービス」を認める必要がなくなる。第3に,仮に導管輸送サービスに天然ガスの供給に関するあらゆるサービスが含まれるとすると,GATS約束表の相互排他性原則に反して供給サービスが2つの異なる分野に同時に該当する。以上から供給サービスは導管輸送サービスに含まれない(7.265-277)。

また露は導管輸送サービスには天然ガスの供給に関するあらゆるサービスが含まれると解した上で,LNGサービス(主に天然ガスの液体化,輸出,積出,再ガス化)も含まれると解する。確かにLNGから再ガス化された天然ガスはその後に輸送システムを通じて運搬されるという意味で導管輸送サービスに関連するが,かかる事実によってLNGサービスが常に導管輸送サービスの一部とされるわけではない。故にLNGサービスは導管輸送サービスには含まれない(7.278-284)。

### 2. 3ヶ国の約束表における「導管輸送(サービス)」の内容

続いて3ヶ国による約束表の「11.G 導管輸送(サービス)」での導管輸送サービスの提供(第3モード)について特定の約束を行ったかが問題となる(7.287-299)。

Sector or subsector		
Croatia <sup>649</sup>	Hungary <sup>650</sup>	Lithuania <sup>651</sup>
11. Transport Services ... G. Pipeline Transport Services (CPC 713)	11. Transport Services ... G. Pipeline Transport	11. Transport Services ... G. Pipeline Transport (CPC 713)

#### (a) 通常の意味

Oxford 英語辞典によれば「導管(pipeline)」とは「石油やガス等を長い距離(しばしば地下で)運ぶための長い導管」を意味し,そして「輸送(transport)」とは「人または物のある場所から別の場所への移動または運搬」を意味する。故に約束表における「導管輸送(サービス)」にはガス等の産品を長い導管を通じて(しばしば地下で)長距離運搬する活動を指す。また両当事国は,より詳細な用語集や業界情報にも言及するものの,それらを検討してもかかる結論に変わりはなく,そこに「供給・供給サービス」を読み込むことはできない。同様に露は,そこにLNGサービスが含まれることを示す証拠を提出したが,その立証には至っていない(7.300-313)。

#### (b) 文脈

3ヶ国の約束表(11.G)の範囲を解釈するべく,文脈として①3ヶ国の約束表(11.G)の残り,および②3ヶ国の約束表の残りを分析する(7.314-315)。

**3ヶ国の約束表（11.G）の残余箇所**：クロアチア・リトアニアは約束表で「11.G 導管輸送」の直後に「（CPC 713）」と記載しており、それに基づく解釈が行われるべきである。なおハンガリーは「CPC 713」に言及しないが、同国は約束表の脚注で「他の定義が与えられない限り CPC に基づく」と定めており、故にかかる欠如は同国がクロアチア・リトアニアと異なる約束をしたことを必ずしも意味しない。なお CPC の「分類 713：導管を通じた輸送サービス」－W/120 の「11.G 導管輸送」に対応する一は、更に「7131 71310 石油・天然ガスの輸送」に細分化される。3ヶ国は「CPC 713」に言及することで、同時に「CPC 71310」－CPC 注釈によれば「導管を通じた天然ガスの輸送」を含む一についても約束を行ったと考えられる（7.316-324）。

**3ヶ国の約束表（11.G を除く）**：3ヶ国は「4.B 卸売サービス」と「4.C 小売サービス」についても約束をするが、対応する CPC コードは共に天然ガスに言及することから、天然ガスの卸売・小売はそこに含まれ、故に 11.G には含まれない。また「11.H すべての形態の運送の補助的なサービス」という分類があることから、輸送関連サービスと輸送そのものは区別される。また「バルク液体またはガスの輸送（CPC 72122）」はタンカーでの LNG の輸送を含むことから、仮に LNG サービスが「11.G 導管輸送」に含まれるとすれば相互排他の原則に反する。本件で LNG サービスの分離場所を明らかにする必要はないが、11.G に含まれないことは確かである。故に 3ヶ国の約束表の「11.G 導管輸送」は、輸送導管を通じた天然ガスの輸送を含むが、そこに供給・供給サービスおよび LNG サービスは含まれない（7.325-7.338）。

### 3. 3ヶ国による市場アクセス・内国民待遇約束

3ヶ国による「11.G 導管輸送」における第3モードの約束内容は次のとおりである（7.339-341）。

**市場アクセス**：クロアチア・リトアニアは完全な市場アクセスの提供を約束する。ハンガリーはそこで若干の記述を挿入しているが、本件で問題となる GATS 第 16 条 2 項(e)(f)とは無関係であるの関係では影響はない。また分野横断的約束についてリトアニアは第3モードの市場アクセスについて一切約束を行っておらず、またクロアチアは分野横断的約束が 11.G での約束を修正しないことに争わない。ハンガリーはそこで「業務上の拠点は有限責任会社、株式会社、または代表事務所の形態をとるべきであり、支店での業務開始は認められない」との記述を挿入しており、それは GATS 第 16 条 2 項(e)違反の検討でのみ関連する（7.342-360）。

**内国民待遇**：3ヶ国はいずれも「None（制限なし）」と記載しており、「11.G 導管輸送（サービス）」の第3モードについては内国民待遇の完全な付与を約束する（7.361-371）。

### C. 分離措置（ガス指令）

まず分離措置について「EU 全体」の措置として検討すべきか、あるいはガス指令を履行する EU 加盟国の措置として検討すべきかが問題となる。ここで EU は「ガス指令は EU 全域で効果を有するわけではなく、各加盟国で履行されて初めて効果を有する」と主張するが、ガス指令は加盟国に分離規則を履行するという法的義務を課すものであり、その意味で EU 全域に適用される。特定の州内のみで適用される措置を扱う GATT 時代の先例とは異なる。この事は、ガス指令が EU 域内の個別経済主体に分離義務を直接課す（直接効果）ことを意味しない。また EU は「ガス指令の裁量的性質を踏まえるべき」と主張するが、EU 加盟国は OU モデルを履行するか否かの選択権

を有しておらず、単に OU モデルとは別に ISO・ITO モデルを認めるか否かを選べるのみである。更に EU によれば、ガス指令のように EU 加盟国に「裁量の要素」がある場合は国内の履行立法と WTO との整合性が問われることになるが、裁量の要素があるだけで申立の範囲が限定されることは妥当ではない。むしろ裁量の要素は実体審査で考慮されるべき要素である (7.380-395)。

なお、以上の判断は本件特有の事情 (EU 指令が EU 全域に適用される) に依るものであり、「ある WTO 加盟国の全域で適用される根拠規定がなく、同国の下部区分 (sub-division) に適用される法規則に相違がある場合」とは事情が異なる。従って、分離措置は EU 全体で検討するというここでの結論は、直ちに「EU 全域で単一で調和された待遇」を要求するものではない。以下ではガス指令の分離措置について EU 全体との関係で審査される (7.396-401)。

## 1. GATS 第 2 条 1 項

露は、ガス指令で例外的に ISO・ITO モデルが認められる結果、OU モデル下での露の導管輸送サービス・サービス提供者が他の非 EU 加盟国のそれよりも不利な待遇を受けると主張する。なお、分離措置は導管輸送サービスの第 3 モードでの提供条件を規律しており、同サービスの提供に「影響を及ぼす」ものである。故に分離措置には GATS の適用がある (7.402-410)。

### (a) 同種性

ここでは、OU モデル下での「露の導管輸送サービス・サービス提供者」が、ISO・ITO モデル下での「他の非 EU 加盟国の導管輸送サービス・サービス提供者」よりも不利な待遇を受けているか、すなわち両者の同種性が問題となる。その有無はサービス・サービス提供者の①性質・特徴、②最終用途、③消費者の選好、④CPC (国連中央生産分類) 上の分類に基づいて判断される。本件では①②④が同一であることに争いはなく、③の違いを示す証拠もない。故に導管輸送サービス・サービス提供者の出身や分離モデルとは無関係に、両者は同種である (7.411-422)。

### (b) より不利でない待遇

露によれば、VIU は OU モデル下では第 3 モードでのサービス提供ができず、他方で ISO・ITO モデル下ではそれが可能となる。他方で EU は、サービス提供者は VIU ではなく実際にサービスの提供に従事する TSO であり、故にここでは TSO に着目して検討すべきと反論する (7.428-431)。

#### (i) 検討の着眼点 (サービス提供者)

第 3 モードでのサービス提供では 2 つの事業体—①サービスを直接提供する業務上の拠点 (例: TSO)、と②業務上の拠点を通じてサービスを提供する自然人・法人 (例: VIU)—が関連する。故に GATS 下での差別を検討する際には、サービス提供者をどちらか一方に自動的に限定するのは適切ではない。GATS 関連条項および先例でも、サービス提供者を巡る両者の区分が明確に認識されている。いずれ (または両方) に着目するかは、主張や措置の内容次第である (7.432-442)。

TSO は「法人」の形態をとるのが通常である。ある加盟国の自然人または法人が、他国で法人を通じてサービス提供する場合、当該法人は輸出国の自然人または法人によって「所有又は支配」される必要がある。「所有」とは「当該[輸出]加盟国の者が当該法人の 50% を超える持分を受益者として所有する場合」を指し (GATS 第 28 条(n)(i))、また「支配」とは「当該[輸出]加盟国の者が当該法人の役員の過半数を指名し又は当該法人の活動を法的に管理する権限を有する場合」を

指す（同条(n)(ii)）。GATS 第 2 条 1 項の検討では、TSO を所有または支配する VIU が第 3 モードでサービス提供できるかに着目する（7.442-447）。

以上から、①OU モデル下での導管輸送サービス・サービス提供者は、ISO・ITO モデル下のそれよりも不利な待遇を受けるか、②露の導管輸送サービス・サービス提供者は他の EU 非加盟国のそれよりも不利な待遇を受けているかが問題となる（7.449）。

### (ii) モデルの比較

ここでは分離措置が、ISO・ITO モデルと比べて OU モデル下の導管輸送サービス・サービス提供者の不利益となるように競争条件を修正するかが問題となる（7.450-451）。

**OU モデル**：当該モデル下では、天然ガスの生産・供給事業のいずれかを行う VIU は TSO の過半数の株式保有を認められず、よって TSO を「所有（GATS 第 28 条(n)(i)）」できない。またここで VIU には TSO の「人事権等の制約」が課されるところ、TSO を「支配（同条(n)(ii)）」することもできない。故に OU モデル下で VIU は第 3 モードでのサービス提供が妨げられる（7.452-459）。

**ISO モデル**：当該モデル下で VIU は輸送設備を所有できるが、ISO の所有はできず、OU モデル下での分離関連条項の遵守が求められる。故に VIU は ISO を通じた第 3 モードでのサービス提供ができない。また露は「輸送設備の所有者」を業務上の拠点とみなしてサービス提供ができると主張するが、設備の所有者に過ぎない VIU がいかにサービス提供できるか不明である（7.460-466）。

**ITO モデル**：当該モデル下で VIU は輸送システムの所有者・運営者である ITO を「所有」（GATS 第 28 条(n)(i)）することができ、また監査役会（過半数は VIU 代表）は ITO の経営責任者の任命権限を有するため、VIU は ITO を「支配」（同条(n)(ii)）もできる。従って ITO モデル下で VIU は ITO を通じて第 3 モードでの導管輸送サービスの提供が可能である（7.467-473）。

故に OU モデル下で導管輸送サービス・サービス提供者は、ITO モデルと比べてより不利な待遇を受けることが立証された。そこで例外的に ITO モデルを認めることで、露のサービス・サービス提供者が他の非 EU 加盟国のそれよりも不利な待遇を受けているかが検討される（7.474-481）。

### (iii) 露の導管輸送サービス・サービス提供者に対する不利な待遇

露によれば、Gazprom はリトアニア（OU モデルのみ）ではサービス提供を継続するべく TSO である Amber Grid の株式を売却したが、他方で他の非 EU 加盟国の VIU は他の EU 加盟国で ITO を通じてサービス提供を継続しており、差別的となる。これに対して EU は、ここでは露のサービス・サービス提供者「全体」と、他の非 EU 加盟国の同種のサービス・サービス提供者「全体」が対比されるべきと反論する。EU のいう通り露のアプローチ OU モデル下での他の非 EU 加盟国のサービス・サービス提供者、そして ITO モデル下での露のそれを無視するものであり、GATT・TBT を巡る先例で否定されてきた。もちろん差別的効果テストだけが唯一の事実上の差別の立証方法ではなく（例：サービス提供者の数が限定される場合）、また OU モデル下での「より有利な取り扱い」を根拠に同モデル下の「より不利な待遇」が相殺されることもない（7.482-491）。

Gazprom 自身も ITO を通じてサービス提供を継続しており、非 EU 加盟国 VIU のそれよりも多い。また露は Gazprom 支配の 4 つの TSO が所有権分離を要求された主張するが、いずれもガス指

令の施行前の時点で Gazprom によって「支配」(GATS 第 28 条(n)(ii)) されておらず、露のサービス・サービス提供者と無関係である。また仮に OU モデル下で Gazprom 社が TSO を通じたサービス提供を停止した事例が、他の非 EU 加盟国の VIU のそれよりも多いとしても、ITO を通じてサービス提供の継続が認められた事例は Gazprom の方が多い。これは単に、もともと露のサービス提供者の EU 市場シェアが他の非 EU 加盟国よりも大きいため、ガス指令施行後より多くの露のサービス提供者が OU モデルと ITO モデルに服することになったに過ぎない (7.492-510)。

以上から露は、分離措置が例外的に ITO モデルを認めることで、露のサービス・サービス提供者を他の EU 非加盟国のそれよりも事実上不利に扱っている旨を立証できなかった (7.511-513)。

## 2. GATT 第 3 条 4 項

露によれば、例外的に ITO モデルを認めることで露産天然ガスは EU 産天然ガスよりも不利に扱われる。なお分離措置は天然ガスの生産者・供給者と輸送事業者の関係を規律しており、故に天然ガスの国内における販売等に「関する」ものである。ここでの争点は(a)ISO・ITO モデルと比べて OU モデル下で天然ガスはより不利な待遇を受けるか、(b)例外的に ISO・ITO モデルも認めることで、露産天然ガスは EU 産天然ガスよりも事実上不利な扱いを受けるかである (7.515-540)。

**TSO に対する支配**：ここでは ITO の所有・支配を通じて VIU が自社の天然ガスに競争上の利益をいかに与えることができるかが問題となる。VIU は ITO を完全に支配することはできず、また露は VIU が監査役会（過半数が VIU の代表）を通じた ITO 支配が可能と指摘するが、監査役会は「ITO の日常業務や導管管理」を巡る意思決定から排除される。また露は監査役会を通じて VIU が自社製品の競争上の地位を高める人物を監査役に指名できると主張するが、NRA は監査役会の任命に反対できる。さらに VIU が ITO に対して、自社製品に有利となるように第三者に導管アクセスを提供することは禁止される。以上から VIU が ITO 支配を通じて自社の天然ガスに競争上の利益を与えられるという点は立証できていない。ISO モデルについても同様である (7.541-553)。

**費用・収入・配当**：露によれば ISO・ITO モデル下で VIU は様々な収益 (revenue) を利用できるが (OU モデルでは認められない)、問題はかかる事実が同社の天然ガスに対する競争上の利益にいかに繋がるかである。しかし露はこの点を立証できておらず、また内部相互補助の禁止 (ガス指令第 31 条 3 項) がモデルを問わず適用される。(7.554-560)。

**輸入システムへの投資**：露は、ISO・ITO モデル下で VIU が輸送システムによる投資決定に関与し、特定の開発を通じて自社の天然ガスの競争上の機会を高めることができると主張する。確かに VIU は ISO が決定する投資に資金供給をし、「ISO を含む利害関係者による資金調達に同意を与える」よう求められるが、投資決定を行うのはあくまで VIU から分離された ISO である。また ISO の投資決定には NRA の承認が求められる。更に VIU は ITO に対して「将来の投資計画...のために適切な財源を確保すること」を求められるが、それによって自社の天然ガスの競争上の機会を高めるように ITO の投資決定が影響を受けるという点は示されていない (7.561-565)。

以上から、露は(a)ISO・ITO モデルよりも OU モデル下で天然ガスはより不利な待遇を受けることを立証できておらず、故に次の検討(b)には進まない (7.568-569)。

### 3. GATT 第1条1項

ここでは、ISO・ITOモデル下の他の非EU加盟国の天然ガスに利益が与えられ、それが即時かつ無条件にOUモデル下の露産天然ガスに許与されていないかが問題となる。もっとも第3条4項の文脈で露は、OUモデルで許与されない利益がISO・ITOモデルの天然ガスに許与される点を立証できなかったが、ここでも引き続きこの点を立証できていない(7.570-584)。

#### D. 分離措置(3ヶ国)

露は、3ヶ国の履行立法が定める分離措置がGATS第16条2項(e)(f)に違反し、さらにクロアチア・リトアニアの分離措置は同条項(a)にも違反すると主張する。なおクロアチア・ハンガリーではISO・ITOモデルが認められるが、リトアニアではOUモデルのみが認められる(7.585-589)。

##### 1. GATS 第16条2項(a)との整合性(クロアチア, リトアニア)

露は、クロアチア・リトアニアが分離措置を通じて「独占または排他的なサービス提供者」(GATS第16条2項(a))の数の制限を課していると主張する。ここでは分離措置が両国における導管輸送サービス提供者の数を「1つに、または少数に制限する」かが検討される(7.590-600)。

**クロアチア**：露によれば、ガス市場法で「Plinacro社は30年間クロアチアのTSOとして指定される」と定めることから、クロアチアはPlinacro社を「法令上または事実上」同国唯一のTSOと指定していると主張する。確かに現在Plinacro社が同国唯一の導管輸送サービス提供者であるが、それだけでは同国で他社がTSOに指定されず、同社による独占的サービス提供を維持していると結論付けることはできない。またガス市場法を検討したが、同国における導管輸送サービス提供者の数を「1つに、または少数に制限する」ことを示す証拠は散見されない(7.602-612)。

**リトアニア**：露は、Amber Grid社を巡るリトアニアNRAのTSO認証決定に対する欧州委員会コメントを根拠に、同社が同国での独占的な導管輸送サービス提供者として設立されたと主張する。しかしながら露の他の主張を考慮してもかかる主張を支持することはできず、また現在同社が同国唯一のサービス提供者であるという事実もかかる結論を変更しない。また国内法を検討したが、同国のサービス提供者を「1つに、または少数に制限する」ことを示す証拠はない(7.613-622)。

##### 2. GATS 第16条2項(e)との整合性(3ヶ国)

露によれば、3ヶ国の分離措置は「(他の加盟国で導管輸送サービスを提供できる)法定事業体について特定の形態を制限・要求する」(GATS第16条2項(e))ものである(7.623-626)。

###### (a) 法的の事業体についての特定の形態

同条項(e)違反の申立てが行われた事例は過去にない。問題となるのは「法定の事業体について特定の形態」の意味であるが、通常の意味によれば、同条項(e)の適用対象は法定事業体の「明確に定められる種類(clearly defined kinds)」を制限・要求するような措置であり、法定事業体の行動を妨害し、また行動を求める措置は対象とならない。同条項(e)は法定事業体の「法的形態(legal form)」に関する措置を適用対象とする。また文脈として「法人」の内容を定めるGATS第28条(l)でも、異なる種類の法定事業体として社団、信託、組合、合弁企業、個人企業、団体が列挙されているが、それらの事業体の法的形態とは区別される。以上から同条項(e)が適用対象は、サービ

ス提供が認められる法定事業体の法的形態を制限・要求する措置である（7.627-642）。

### **(b) 分離措置は法的事業体の特定の形態を制限・要求するか**

まず ISO・ITO モデルを認めるクロアチアについて、同国の分離措置が導管輸送サービスの提供が認められる法定事業体について特定の形態を制限・要求しているか検討する（7.652-656）<sup>17</sup>。

**OU モデル**：同国では OU モデルとして、TSO が「他の事業から独立した法定事業体として組織されていること」を求めるが、換言すれば、他の事業から独立している限り TSO は「あらゆる法的形態」をとることが許容される。露は「VIU は自社の TSO の支配を完全に放棄しなければならず、VIU が同国で導管輸送サービスの提供が認められる法定事業体の特定の形態が制限される」と主張するが、ある法定事業体が他の事業体を所有・支配できる（できない）という要求だけでは、当該事業体の特定形態を制限するものとはいえない（7.657-665）。

**ISO モデル**：同国では ISO モデルとして、VIU は輸送設備の所有は認められるが、ISO との関係では分離が求められるが、換言すれば、他の事業と独立している限り ISO はいかなる法的形態をとることも認められる。前述のとおりある事業体が他の事業体を所有・支配できる（できない）という議論は事業体の法的形態の話とは別であり、故に同国の ISO モデルは、導管輸送サービスの提供が認められる法定事業体について特定の形態を制限・要求するものではない（7.666-671）。

**ITO モデル**：同国では ITO モデルとして、ITO が VIU の「子会社（subsidiary）」という形態で組織されることが認められる。「子会社」の定義を巡って VIU とは別の法人格である点に着目するのか、あるいは VIU による支配という点に着目するのかが争われたが、いずれの主張も事業体の法的形態とは別物である。故に同国の ITO モデルは、同国での導管輸送サービスの提供が認められる法定事業体について特定の形態を制限・要求するものとはいえない（7.672-681）。

### **3. GATS 第 16 条 2 項(f)との整合性（3ヶ国）**

露は、3ヶ国が TSO に関して「外国資本の参加」（GATS 第 16 条 2 項(f)）を制限していると主張する。そこで同条項(f)は外国資本の参加について、その資本が外国原産であることを理由とした制限のみを禁止するのか、それとも資本の原産とは無関係に資本参加に関するあらゆる制限を禁止するかが争われた。この点は過去に検討されたことのない論点である（7.702-710）。

まず「外国の（foreign）」という文言の通常の意味を考慮すると、同条項(f)は他国に「属している」または「由来する」資本への参加に対する制限を対象にすると考えられる。また文脈として、同条項(a)から(e)までは原産地中立的な形で規定されるが、(f)では明示的に原産地に基づく区別を前提としており、故に同条項(f)は、特に資本が外国原産であることを理由とした外国資本の参加制限を対象にすると考えられる。もっとも適用対象はこれに限定されず、たとえば国内での資本参加の条件を定める措置であっても、外国原産であることを理由に外国資本の参加を制限する場合（例：国内資本の参加は X% 以下であってはならない）は、同条項(f)の適用を受ける（7.711-719）。

3ヶ国の履行立法はいずれも原産地中立的な形で規定されており、露も認めるように関連条項

---

<sup>17</sup> 筆者注：ハンガリー（ISO・ITO モデルの適用あり）とリトアニア（OU モデルのみ）の履行立法についても基本的に同様の議論であるため割愛。

は「外国投資家を対象としたものではなく」、かつ「生産または供給を『直接または間接』に支配するすべての国内または外国投資家に、TSO の過半数以上の株式の所有を禁止する」ものである。故に 3 ヶ国の分離措置は同条項(f)の適用対象とはならない (7.720-727)。

#### 4. 結論

露は、クロアチア・リトアニアの分離措置による GATS 第 16 条 2 項(a)違反を、そして 3 ヶ国の分離措置による同条項(e)および(f)違反を立証できていない。違反が認定されないため、EU による GATS 第 14 条(a)または(c)の抗弁は検討しない (7.728)。

### E. 公的機関措置 (3 ヶ国)

露によれば、3 ヶ国における公的機関措置 (ガス指令 9 条 6 項の履行立法) によって公的機関は天然ガスの生産・供給事業と TSO を支配することが認められ (分離義務の免除)、その結果かかる免除を享受しない他の加盟国の導管輸送サービス提供者の不利益となるように競争条件が修正される (GATS 第 17 条違反)。この点、公的機関措置は、異なる公的機関が輸送系統と生産・供給事業をそれぞれ支配する場合に適用されるどころ、導管輸送サービスの提供に影響を与えるものといえる。また 3 ヶ国の国内導管輸送サービス提供者と他の加盟国のそれは同種であり、TSO が公的機関によって支配されるという事実によってもかかる結論は変わらない (7.729-743)。

#### 1. より不利な待遇

ここでは、①公的機関措置が分離義務からの免除を定めているか、仮にそうであれば②かかる免除は国内の導管輸送サービス提供者にのみ適用されるかが問題となる (7.744-753)。

##### (a) 公的機関措置は分離義務からの免除を定めているか

公的機関措置は、2つの「異なる (separate)」公的機関について、一方が天然ガスの生産・供給事業を支配し、もう一方が TSO を支配する場合に、両機関を同一の者とみなしてはならないと定めるところ、そこでは公的機関が生産・供給事業および TSO を支配できるとも読める。他方で、ここでは2つの「異なる」公的機関が生産・供給事業と TSO を支配する場合を定めているに過ぎず、当該規定は必ずしも分離義務からの免除を意味しないとも考えられる。そこで「異なる」という要件を巡る欧州委員会の決定を概観する (7.754-766)。

**Energinet.dk** : Energinet.dk はデンマーク政府 (気候・エネルギー・建築省) が完全所有する TSO であるが、同国は同時に生産・供給事業者である DONG Energy A/S (財務省) の 76.49% の株式も所有している。欧州委員会は同国憲法下で国務大臣間の独立が厳格に定められていることを理由に、ガス指令第 9 条 6 項を満たすと意見を表明した (7.767-768)。

**Gat Transport Services B.G. (GTS)** : GTS はオランダ政府所有の TSO であるが (財務省)、同国は同時に天然ガスの生産・供給に従事する 2 社を所有する (経済省)。欧州委員会は、一旦は両者が法的に独立していると判断したが、経済省が GTS の内規・投資案件の承認などに対して権限を有していることが判明したため、GTS の意思決定に同省が自らの生産・供給利益を反映する動機があるかを審査するようオランダ NRA に意見を述べた (7.769-771)。

**MGT** : ハンガリー政府は MGT (同国とスロバキアを結ぶガス導管のハンガリー側の TSO)

を完全所有し（内務省）、同時にガス会社である Magyar Villamos Muvek Zrt. (MVM)を支配する（内国発展省）ところ、同国大臣は自らの所掌事項にのみ責任を負い、他省に干渉することは認められないことから、欧州委員会はガス指令第9条6項を満たすと結論付けた(7.772)。

**Amber Grid**：リトアニア政府は TSO である Amber Grid の株式 96.58%を所有し（エネルギー省）、同時にエネルギー供給会社（Litgas を含む）にも参加していたところ（財務省）、エネルギー省が Litgas 社の株式 23.52%を間接所有していたことから、欧州委員会はエネルギー省による Litgas 株式売却を条件に Amber Grid の認証を行うよう政府に意見を述べた（7.773）。

このように欧州委員会は TSO と生産・供給事業を支配する公的機関が互いに影響力を行使し得るかを審査しており、その意味で公的機関措置は機能的には分離措置と同様である。故に当該措置は公的機関が支配するサービス提供者の分離義務の免除を定めるものではない（7.774-788）。

### **(b) 公的機関措置は実際には国内サービス提供者のみに適用されるか**

ここで3ヶ国の公的機関措置が、国内の公的機関が支配するサービス提供者のみに適用され、外国の公的機関が支配するサービス提供者を排除するかが問題となる。露は各種証拠を根拠に、ガス指令第9条6項の「加盟国または『他の公的機関 (another public body)』』とは EU 加盟国の公的機関を意味すると主張するも、受け入れられない。EU は企業合併の文脈での「公的機関」を巡る欧州委員会の意見を証拠として提出した。欧州委員会の合併司法告示には「加盟国または他の公的機関 (Member States or other public bodies)」という類似の文言が含まれるが、欧州委員会は EU 加盟国ではない中国の国有企業を審査している。これを踏まえると、露は3ヶ国の公的機関措置において「他の公的機関」が3ヶ国の公的機関のみを対象とし、当該措置が外国の公的機関によって支配される導管輸送サービス提供者を排除していることを立証できていない（7.789-822）。

## **2. 結論**

公的機関措置は分離要件からの免除を定めておらず、またそれは3ヶ国の国内の公的機関が支配する導管輸送サービス提供者のみに適用されるわけでもない。故に当該措置が他の加盟国のサービス提供者の不利益となるように競争条件を修正することも立証されていない（7.823）。

## **F. LNG 措置（ガス指令）**

LNG 系統運用者 (LSO) は分離義務を負わないため、露によれば EU への輸入 LNG は、同じく EU に輸入される露産天然ガスに許与されない利益を得ている (GATT 第1条1項違反)。他方で EU は、そもそも LNG と天然ガスは同種ではなく、また LSO の異なる扱いがいかに露産の天然ガスの競争機会の不利となるかが立証されていないと反論する（7.825-826）。

LNG と天然ガスの同種性であるが、とりわけ LNG は EU 域内の LNG 施設で再ガス化されると、その後は天然ガスと同様に導管を通じて輸送・供給されるという事実の評価が問題となる。露にとってそれは両者が同種であることの証左であり、他方で EU にとっては生産段階の違い（非同種）を意味する。しかしながら、EU に輸入される LNG の一部が再ガス化されるからと言って、LNG が天然ガスと不可分であることを意味しない。実際にはそれらすべての LNG が再ガス化されるわけではなく、一部は液体のまま輸送燃料として利用される。かかる事実は LNG が単に天然

ガスの一次的な物理的状態ではないことを意味する (7.834-845)。

以上から、①LNG は液体で天然ガスは気体である (物理的特徴)、②再ガス化された LNG は天然ガスと同様に消費者に供給されるが、LNG は液体のまま輸送燃料としても使用される (最終用途)、③消費者の選好について当事国は証拠を提出せず、④関税分類は両者間で異なる。以上から LNG と天然ガスは同種ではなく、GATT 第 1 条 1 項違反も構成しない (7.846-856)。

## G. インフラ免除措置 (ガス指令)

露はインフラ免除措置に関し、GATT 第 10 条 3 項(a)、GATT 第 1 条 1 項、GATS 第 2 条 1 項、そして GATT 第 11 条 1 項違反を主張した。露の主張・証拠は大部分が重複しており、いずれもインフラ免除申請を巡る欧州委員会および NRA の決定に関連している (7.857-859)。

### 1. GATT 第 10 条 3 項(a)との整合性

ここでは、インフラ免除措置 (ガス指令第 36 条) が①一般に適用される法令、司法上の判決および行政上の決定であるか、②GATT 第 10 条 1 項に掲げる種類の法令、判決および決定であるか、③一律、公平かつ合理的な方法で実施されているかが問題となる (7.860-872)。

第 1 にガス指令第 36 条はインフラ免除を申請する経済主体に広く適用されるため、それが「一般に適用される」(GATT 第 10 条 1 項) ことに争いはない。第 2 に分離措置は GATT 第 1 条 1 項・第 3 条 4 項の文脈で天然ガスの販売に影響を与えるものとされたが、ガス指令第 36 条はかかる分離義務や第三者アクセス義務からの免除、すなわちこれらの規則に取って代わるものである。故に同様に同第 36 条も天然ガスの「販売および輸送」(GATT 第 10 条 1 項) に影響を与えるものと言える。第 3 に露は欧州委員会によるインフラ免除を巡る基準は曖昧であると主張するところ、露の主張がガス指令第 36 条の (実体ではなく) 実施に向けられたものかが問題となる。欧州委員会によるインフラ免除決定を巡って露は、①競争分析における基準の解釈を巡る相違、②課される免除条件の相違、③Gazelle 導管完成後に OPAL 決定のレビューを行わなかった、④TAP 株主の変更に基づく TAP インフラ免除決定のレビューを怠った、と主張する。しかしながらこれらの主張はインフラ免除措置の実施ではなく、むしろインフラ免除付与の基準の実体的内容に関するものである。また露の主張はインフラ免除決定と EU 法との整合性判断をパネルに求めるものであり、付託事項の範囲を超えるものである (7.874-907)。

以上から、ガス指令第 36 条の実施を巡る露の主張は GATT 第 10 条 3 項(a)の範囲外であり、故に露は EU による同条項違反を立証できていない (7.908-909)。

### 2. GATS 第 2 条 1 項および GATT 第 1 条 1 項との整合性

続いて露は、欧州委員会・NRA によるインフラ免除決定を通じて EU がガス指令第 36 条を一貫性を欠く差別的な方法で適用・履行したという点を措置にとらえ、それが GATS 第 2 条 1 項および GATT 第 1 条 1 項違反を構成すると主張する。以下ではかかる措置の有無を検討するが、それはガス指令第 36 条の適用方法が WTO 非整合的かという論点とは別物である (7.910-918)。

#### (a) EU によるガス指令第 36 条の適用・履行

EU によるガス指令第 36 条の一貫性を欠く差別的な適用として露は、欧州委員会・NRA が①免

除資格要件を NEL と Gazelle/TAP で別々に解釈した、②OPAL と Gazelle/TAP/Nabucco/Poseidon で異なる免除基準を適用し、また異なる追加条件を課した、③NEL/OPAL と 3 つの LNG 基地で異なる免除基準を適用したと指摘する。以下、順に検討する (7.919-923)。

### (i) 免除資格の解釈

免除資格としてインフラが「新たな主要天然ガス施設 (例：相互接続装置)」(ガス指令第 36 条 1 項) とみなされる必要があるところ、ここでは「相互接続装置」－EU 加盟国の輸送系統の接続を唯一の目的として国境を横断する輸送ライン (同第 2 条 17 項) ーの該当性を巡る欧州委員会・NRA の決定に注目する。そこでは問題となる導管が、①加盟国間の国境を横断するか、②新規か、③加盟国間の輸送系統の接続を唯一の目的とするかが争点となる (7.924-926)。

**要件①**：露によれば、欧州委員会は独 NRA による「NEL は加盟国間の国境を横断しない」との決定を審査しないことで要件①を狭く解釈しつつ、Gazelle (チェコで敷設される 20km の既存導管を用いて独の輸送系統との間を接続する) については「国境を横断する」と決定することで要件を広く解した。また露によれば、TAP のように 2 つの加盟国の間に非加盟国が挟まる場合でも当該要件を満たすと決定することで、欧州委員会は当該要件を広く解した。しかしながら、欧州委員会が NEL のインフラ免除を否定したのは、それが独国内でのみ敷設され、他の加盟国の輸送系統と直接接続されていなかったためである。また Gazelle は独・チェコ間の国境である Waidhaus において実際に独輸送系統と接続されており、かかる事実は 20km の既存導管の使用を理由に変わるものではない。更に NEL と TAP の相違 (前者は独国内で敷設) を考慮すると、両者の比較は EU によるガス指令の一貫性を欠く差別的な適用を示す証拠とならない (7.927-932)。

**要件②③**：Gazelle について露は、欧州委員会が②20km の既存導管を利用しているのにそれを「新規」と決定した点、そして③その唯一の目的をドイツとチェコの輸送系統の接続と決定した点を問題視する。また TAP について露は、欧州委員会が③の要件を検討しなかった点を問題視する。ここで露は Gazelle/TAP と NEL を対比するが、NEL について欧州委員会は、前述のとおり要件①を満たさないことから、残りの要件②③を検討しなかったに過ぎず、欧州委員会によるガス指令の一貫性を欠く差別的な適用・履行を示す上で、両者の対比は意味をなさない (7.933-936)。

**結論**：以上から露は、欧州委員会および関連 NRA がインフラ免除の資格要件を「一貫性を欠く差別的な」方法で適用・履行したことを立証できていない (7.939)。

### (ii) 免除基準の解釈、追加条件の賦課

続いて露は OPAL と Gazelle/TAP/Nabucco/Poseidon において、欧州委員会および NRA による競争分析における免除基準の解釈、かつ追加的に課される条件をそれぞれ対比する (7.940)。

**免除基準の解釈**：5 つの免除基準 (ガス指令第 36 条 1 項) の中でも、露は競争条件－(a)「その投資がガス供給の競争を促進し、安定供給を高めるか」、(e)「免除が域内ガス市場の競争またはその効果的機能にとって不利益か」－に着目する。そして OPAL 決定で欧州委員会は、関連市場 (チェコ、独) における競争効果を審査した上で、Gazprom がチェコでの支配的地位を強化する可能性を理由に OPAL のインフラ免除が競争上のリスクを引き起こすと結論付けた。他方で Gazelle/TAP/Nabucco/Poseidon について欧州委員会は、競争分析に関して OPAL とは異なる決定を

下したが、かかる相違は①具体的な事情、②地理的状況の違い、③競争影響を審査した結果であり、ガス指令第 36 条の一貫性を欠く差別的な適用の証拠とはいえない（7.941-950）。

**追加条件の賦課：**インフラ免除の付与に際して課される追加条件について（ガス指令第 36 条 6 項）、露は OPAL 決定で課された追加条件は Gazelle/TAP/Nabucco/Poseidon 決定で課されたそれよりも貿易制限的と主張する。EU によれば、追加条件は「関連市場の規模、ガス需要の予想される進展、競争相手の市場シェアを考慮して決定される」ものであり、特に支配的事業者に対する容量上限の設定は免除付与の基本的条件とされる。OPAL 決定では Gazprom などの独占企業に OPAL 出口（チェコ国境）に 50%の容量上限が課された（ただし年間 30 億 $\text{m}^3$ のガス放出による上限免除）。それは Gazelle/TAP/Nabucco/Poseidon 決定で課された追加条件とは異なるが、かかる相違は①具体的な事情、②地理的状況の違い、③競争影響に起因するものであり、EU によるガス指令第 36 条の一貫性を欠く差別的な適用という結論を導くものではない（7.951-963）。

### (iii) LNG 施設に関するガス指令第 36 条の適用・履行

続けて露は、NEL には免除が与えられず、また OPAL には条件付きで免除が認められたが、他方で LNG 施設については追加的条件無しでインフラ免除が与えられており、とりわけ英国 NRA が相互接続装置と同様の要件を LNG 施設に関して課さなかった点を問題視する。しかしながら、LNG 施設と相互接続装置の免除資格要件が異なることを指摘するだけでは、EU がガス指令第 36 条を一貫性を欠く差別的な方法で適用していることの立証にはならない（7.964-970）。

### (b) 結論

以上から露は、EU が一貫性を欠いた/差別的な方法でガス指令第 36 条を適用したことを立証できず、故に GATS 第 2 条 1 項・GATT 第 1 条 1 項違反の申立ては検討しない（7.971）。

## 3. GATT 第 11 条 1 項との整合性

露によれば、欧州委員会が課した OPAL 条件（50%の出口容量上限）によって、Nord Stream から OPAL を経由しての天然ガスの輸入を制限するものであり、数量制限（GATT 第 11 条 1 項違反）を構成する。インフラ免除のため Greifswald（独）から Brandov（チェコ）までの導管の TSO である OGT は各種要件から免除されており、原則として導管にアクセスできる事業体を選択できるが、かかる容量上限のために「チェコのガス市場における支配的事業体（Gazprom, RWE Transgas を含む）」には 50%以上の容量を配分できない（ただし 30 億 $\text{m}^3$ 相当のガス放出により上限免除）。かかる OPAL 条件は露産天然ガスの EU への輸入に「制限的な効果」を与えるか（7.972-990）。

この点、OPAL の出口（チェコの Brandov）は、Nord Stream と OPAL の接続点（Greifswald）と明白かつ十分な直接的な関係があるところ、出口での容量上限は露産天然ガスの EU への輸入に制限的な影響を与える。Gazprom としても年間 30 億 $\text{m}^3$ のガス放出を回避するために、容量上限を超えないインセンティブが働く。このように OPAL 条件は Nord Stream から OPAL 経由での露産天然ガスの EU への輸入を妨げ、GATT 第 11 条 1 項に違反する（7.994-1003）。

## H. アップストリーム導管網（UPN）措置（ガス指令）

ここで露は、第 1 に UPN 運用者と TSO に適用される法制度の違いを根拠に GATT 第 1 条 1 項

および第3条4項違反を主張する。第2に露は、UPN 運用者とインフラ免除を巡って NEL・OPAL 運用者に適用される法制度とを対比し、GATT 第1条1項違反を主張する（7.1004-1006）。

### 1. GATT 第1条1項・3条4項との整合性

UPN 運用者は分離義務を負わないため、露によれば、第三国で生産され UPN で運搬される天然ガスには、露で生産され導管で運搬される天然ガスに許与されない利益が与えられる（GATT 第1条1項違反）。なお UPN でも精製された天然ガスが運搬されることから、ここでは精製天然ガスと未精製天然ガスの同種性ではなく、UPN で運搬される精製天然ガスと、導管で運搬される精製天然ガスの同種性が問題となる。なお両者の同種性に争わない。また露によれば、かかる免除によって①VIU は自らの都合でガス供給・配置が可能となり、結果として UPN で運搬される天然ガスの輸送コストが下がる、また②導管投資家に確実性を与え、天然ガス生産の長期計画に基づく投資を計画・履行できる。しかしながら、かかる免除によってなぜ導管よりも UPN で運搬される天然ガスにより有利な輸送条件が与えられるのか立証されていない（7.1007-1034）。

また露は、UPN 運用者は利害関係者に UPN へのアクセスを与える義務（ガス指令第34条）から免除されることで、UPN で運搬される天然ガスにより有利な輸送条件が与えられると主張するが、そもそも UPN 運用者はかかる義務から免除されない。さらに露は英国貴族院レポートを引用し、ノルウェイ産天然ガスの輸送コストを低下させるためにノルウェイ政府と同国天然ガス業界が UPN 免除を獲得するためのロビー活動を展開し、EU 側もそれを受け入れたと指摘する。しかしながら、仮に英国貴族院での議論の一部がノルウェイ産天然ガスへの選好を示すものであったとしても、かかる差別的意図だけでは GATT 第1条1項違反とならない（7.1035-1044）。

**GATT 第3条4項**：同様に露は、UPN 運用者に対する分離義務の免除のために、導管を通じた露の天然ガスの輸送よりも、UPN を通じた国産天然ガスの輸送に有利な条件が形成されると主張する。しかしながら露は、GATT 第1条1項違反の立証に際して提出した以上の証拠をここで提示しておらず、上で結論付けたように、露はなぜ導管よりも UPN を通じた天然ガスに有利な輸送条件が形成されるか、すなわち GATT 第3条4項違反を立証できていない（7.1045-1047）。

### 2. UNP 運用者と NEL・OPAL 運用者との対比（GATT 第1条1項）

さらに露は、UPN 運用者に適用される一般的な法制度と、インフラ免除を巡って NEL・OPAL 運用者に適用される具体的な法制度を対比する。露によれば、UPN 運用者は分離義務等から「自動的に免除される」が、他方で欧州委員会は NEL についてはインフラ免除を否定し、また OPAL についてはインフラ免除の条件として追加的要件を課したことから、UPN で輸送される第三国産の天然ガスは、NEL・OPAL を通じて輸送される露の天然ガスには与えられない利益を得ている。しかしながら、それが UPN で輸送される天然ガスの競争条件にいかなる影響を与えるかは不明であり、GATT 第1条1項違反は立証されていない（7.1048-1055）。

## I. 第三国認証措置（ガス指令）

ここでは、TSO 認証を巡る NRA 決定の審査に際して欧州委員会が、露の導管輸送サービス提供者には「エネルギーの安定供給（SoS）審査」を要求しつつ、他の非 EU 加盟国サービス提供者にはそれを要求しないことで差別（GATS 第2条1項違反）となるかが問題となる。当該措置は

EU 市場で TSO が導管輸送サービスを提供するための条件を定めており、同サービスの提供に影響を与える。また同サービス・サービス提供者はその出身とは無関係に同種である (7.1056-1074)。

## 1. より不利な待遇

露によれば、欧州委員会は 5 つの TSO 認証申請 (非 EU 加盟国 VIU が支配する TSO) とは対照的に、Gaz-System による Yamal 導管の ISO 認証申請についてはポーランド当局に SoS を再審査するよう指示することで、同種のサービス・サービス提供者者間で差別をしている (7.1075-1078)。

### (a) Gaz-System は露の導管輸送サービス提供と関係があるか

ここで、露が依拠する Gaz-System が導管輸送サービス提供者といえるかが問題となる。Yamal 導管については Gaz-System が ISO であり、輸送系統設備は Europolgaz によって所有される。Gaz-System はポーランド政府に完全所有されているところ、同社を露の導管輸送サービス提供者とみなすことはできない。また露は「Europolgaz の共同支配を根拠に、Gazprom が Europolgaz を通じて導管輸送サービスを提供している」と主張するが、前述のとおり (7.460-466) 輸送系統設備の所有者を導管輸送サービス提供者と考えることはできない。Gaz-System は露による導管輸送サービスの提供とは無関係であり、故に露は事実上の差別を立証できていない (7.1083-1096)。

### (b) Gaz-System が露の導管輸送サービス提供者である場合

仮に Gazprom が系統設備の所有者である Europolgaz を通じて EU 市場で導管輸送サービスを提供するとみなしても、以下のとおり露は引き続き事実上の差別の立証をできていない (7.1097)。

**Jordgas/NIC** : 露は、jordgas (独 ITO) と NIC (唄 TSO) について欧州委員会が関係 NRA に対し SoS 審査を要求しなかった点を問題視するが、両社の認証申請時に第三国認証措置は未施行であった (施行日 : 2013 年 3 月 3 日)。また現在 Gazprom は GASCADE および NEL GT という TSO を通じて導管輸送サービスを提供するが、両社の認証申請も 2013 年 3 月 3 日以前で同様に SoS 審査を受けていない (7.1098-1101)。

**TAPAG** : TAPAG—ギリシャ・伊 ITO で AzTAP (アゼルバイジャン VIU の SOCAR の子会社) と、EU 企業の BP と Snam がそれぞれ株式の 20% を保有—については、ギリシャ・伊 NRA が「TAP AG を単独または共同で支配する株主は存在せず、第三国認証は不要」と決定したため SoS 審査も受けなかった。露はそこで欧州委員会が分析を提示せずに NRA 決定に同意した点を問題視するが、それだけでは差別とならない (7.1102-1103)。

更に露は、Gaz-System 認証の際に欧州委員会が「Europolgaz が Gazprom によって共同支配されている」点を根拠に SoS 審査を要求したが、TAP AG については同様の結論に至らなかった点を問題視する。しかしながら AzTAP は TAP AG の株式 20% しか保有しておらず、Gazprom とは事情が異なる。またパネルは Europolgaz を巡る単独または共同支配という概念が EU 法の下で適切に解釈・適用されたかを判断する立場にはない (7.1104-1107)。

**TIGF および DESFA** : 露は、TIGF (仏 TSO) および DESFA (ギリシャ ITO) が SoS 審査を受けたことを争っていないものの、その内容・過程について Gaz-System の SoS 審査と対比する。もっともこれらの事例は差別を裏付けるものではなく、むしろ露以外の導管輸送

サービス提供者でも同様に SoS 審査に服することを示すものである (7.1108-1109)。

以上から、第三国認証措置は露の導管輸送サービス・サービス提供者に、他の非 EU 加盟国のそれよりも事実上不利な待遇を与えている点は立証されなかった (7.1111-1112)。

## J. 第三国認証措置 (3ヶ国)

露によれば、3ヶ国が定める第三国認証措置—①クロアチア・ガス市場法第 24 条, ②ハンガリー・ガス法第 128/A 節, ③ハンガリー・ガス法第 123(5)(6)節, ④リトアニア・天然ガス法第 29 条—は GATS 第 17 条に違反する。これに対して EU は、措置①②④については違反を争わず、代わりに同第 14 条(a)で正当化されると反論する (7.1113-1115)。

### 1. GATS 第 17 条との整合性

露によれば、第三国認証措置は第三国の者によって支配される輸送系統所有者または TSO にのみ適用されるため、第三国の導管輸送サービス・サービス提供者は 3ヶ国国内のそれと比べて不利な待遇を受ける。この点、3ヶ国は約束表で「11.G 節 導管輸送」の第 3 モードでの提供について内国民待遇を約束している。また当該措置は、TSO を通じて EU 域内で導管輸送サービスを提供する非 EU 加盟国の自然人・法人に「影響を与える」。さらに NRA は自国および EU の SoS の危機となる認証を拒絶しなければならないが、かかる SoS 審査は国内の導管輸送サービス提供者には課されない。以上から当該措置 (①②③④) は GATS 第 17 条に違反する (7.1116-1134)。

### 2. GATS 第 14 条(a)号による正当化

続いて、GATS 第 17 条違反とされた 3ヶ国の第三国認証措置 (①②④) が、EU の SoS を確保するのに必要な措置として GATS 第 14 条(a)号で正当化されるかが争点となる (7.1135-1137)。

#### (a) 各号

ここで、3ヶ国で定められる第三国認証措置が公の秩序の維持のために「設計されて (designed)」いるか、そしてそのために「必要」かが問題となる (7.1140-1141)。

#### (i) 公の秩序の維持のために設計されているか

当事国は、GATS 脚注 5—「公の秩序を理由とする例外は、社会のいずれかの基本的な利益に対し真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限り、適用する」—を巡って主張を行っており、故にここでは SoS が「社会の基本的な利益」であり、TSO の外国支配がかかる利益に対する「真正かつ重大な脅威をもたらすもの」であることを EU が立証したかが問題となる (7.1142-1144)。

#### SoS は社会の基本的な利益か

露は SoS が社会の基本的な利益であることは争わず、むしろその定義が明確かつ一貫した形でガス指令を含めどこにも存在しない点を問題とするが、GATS 脚注 5 は問題となる措置や措置国の国内立法で定義される基本的利益だけを規律対象とするわけではない。また問題となる利益の内容は最低限明確にされる必要があるが、EU は SoS の各種定義に言及し、その説明は不明確または一貫性を欠くものではない。仮に EU の説明に曖昧な点が残るとしても、そのことは GATS 第 14 条(a)号の抗弁を妨げるものではない。社会の基本的利益は常に「具体的かつ容易に特定できるもの」とは限らないのであり、また上級委員会も、「公德」について「正確な内容を特定する必要

がある」とした米国・越境賭博事件パネル判断を却下した。ここでも過度の明確性が求められるべきではない。以上から SoS が社会の基本的利益であることが立証された (7.1145-1156)。

### TSO の外国支配は真正かつ重大な脅威をもたらすか

脅威が「真正かつ重大」であるかは、これまで明示的に検討されたことはない。第 1 に「重大な」とは、脅威発生に伴う「効果の潜在的重大性」を通常意味する。従って脅威が重大であるためには、基本的利益に対する脅威の潜在的帰結・効果が重大でなければならない。第 2 に「真正な」とは脅威発生時の「可能性の程度」に関するものである。当該文言は対象協定の他の箇所では見られず、代わりに「差し迫った (imminent)」(AD 協定 3.7 条) 等の文言が使用される。GATS 脚注 5 では敢えて「真正な」という文言が使用されていることから、それは「より程度の低い可能性」を意味すると考えられる。すなわち単なる憶測では不十分だが、脅威発生の可能性を示す状況証拠までは必要なく、脅威発生時の「真の (real, true and authentic) 可能性」で足りる (7.1157-1169)。

ここで EU は、以下の状況の相互作用を通じて TSO の外国支配が EU の SoS に対する真正かつ重大な脅威をもたらすと説明する。

- (a) 外国政府は場合によっては EU の SoS を効果的に弱体化させるインセンティブを有する。
- (b) 外国支配 TSO は EU 法を遵守しないことで EU の SoS を効果的に弱めることができる。
- (c) 外国政府は外国支配 TSO に対し EU の SoS を弱めるよう要求・誘導する手段を有する。

さらに EU によれば、(d)外国支配 TSO による EU 法違反を EU 当局が探知・調査し、(e)違反に対して効果的な制裁を課すのは困難であるため、外国支配 TSO の脅威は増長される (7.1170-1173)。

(a)について、いかなる政府も自国の利益に従って行動するため、自国の利益に反すると判断すれば EU の SoS を弱体化させるインセンティブを有することになる (例: 2006 年・2009 年のガス紛争)。(b)について、TSO は EU の SoS にとって重要な役割を果たしており (天然ガスの輸送)、またガス指令を含む EU 法下でいくつもの義務に服する。そのため外国支配 TSO が EU 法を遵守しなければ、EU の SoS は弱体化することになる。(c)について、①外国政府自身が TSO を支配する場合、当該外国政府は所有権・経営権を行使することで EU の SoS を弱体化するよう当該 TSO に要求・誘導できる、また②外国民間人が TSO を支配する場合でも、外国政府は当該 TSO に対して EU 法の遵守を不可能・困難にするような義務を課すことで、また利益を提供することで、EU の SoS を弱体化するよう TSO に要求・誘導できる (7.1174-1188)。

(d)および(e)を含め、外国政府が外国支配 TSO に対して EU の SoS を弱めるよう要求・誘導するというのは単なる仮説以上の真の可能性であることから、真正な脅威が存在する。そしてエネルギー安全保障という観点からの天然ガスの重要性、また外国政府がたとえ 1 社でも TSO に対して EU 法違反を要求・誘導すれば EU のエネルギー供給に深刻な影響を与えるという事実から、TSO の外国支配を通じた天然ガスの供給中断による潜在的帰結・効果は重大である (7.1189-1202)。

### EU の SoS 確保のために設計されているか

続いて 3 ヶ国の第三国認証措が、TSO に対する外国支配がもたらす EU の SoS に対する脅威に対処できなくはない、という形で設計されているかが問題となる。この点、SoS に対する潜在的

リスクが認められれば NRA は TSO に対して「ガス輸送市場へのアクセスを認めない」ことが可能であり、それによって「SoS に対するリスクの実現を防ぐ」ことができる。故に 3 ヶ国の第三国認証措置は公の秩序の維持のために設計されていると言える (7.1203-1208)。

### (ii) 公の秩序の維持に必要なか

先例に沿って、ここでは①措置が促進する利益・価値の相対的重要性、②追求する目的の実現に対する措置の貢献、③国際通商に対する措置の制限的効果といった諸要素を較量し、更に④合理的に利用可能な代替措置との対比が行われる。なお①については、SoS は社会の基本的な利益であることから、必要性審査の文脈においてもそれは EU にとって重要といえる (7.1209-1212)。

**目的への貢献 (②) :** 第三国認証措置では、認証によって EU の SoS に対する脅威がもたらされる場合は申請を拒絶すると定められており、故に SoS という目的に「実質的に貢献する顕著な傾向」がある。また仮に EU の SoS に対する脅威に対処する他の措置が存在するとしても、それをもって第三国認証措置が目的に貢献しないことにはならない。また当該措置は、外国支配 TSO が EU 法上を遵守しないかもしれないというリスクを事前に探知し、対処するという意味で事前の (*ex ante*) 効果を有する。なお露は、当該措置によっても「2006 年・2009 年の露ウクライナ間のガス紛争」は防げなかった（故に目的に貢献しない）と指摘するが、ここでは、問題となる措置があらゆる潜在的脅威に対応している必要はない。以上から第三国認証措置は、その設計、構造、期待される運用から明示的に EU の SoS に対する脅威に貢献している (7.1213-1224)。

**貿易制限性 (③) :** NRA は外国支配の TSO が EU の SoS に対する脅威と判断される場合には認証を拒絶するところ、当該措置の貿易制限性は究極的には関係当局がそれをいかに適用するかにより左右される。そして、過去すべての申請に対し第三国認証が与えられていることから、当該措置の貿易制限性は限定的である (7.1225-1228)。

**代替措置の検討 (④) :** 露は代替措置として、①すべての TSO へのガス指令第 10 条 (EU 域内の TSO に関する規則) の適用、②ブロッキング規則を挙げる。ガス指令第 10 条には EU の SoS に対する脅威の審査が含まれておらず、外国支配の TSO が引き起こす脅威に (第三国認証措置と) 同等の保護水準で対処できないのは明白である。ブロッキング規則 (外国政府が域外適用する規則を遵守しないように TSO に要求する措置) について、露によればこれにより「外国私人・外国政府からの指示に基づいて TSO が EU 法に違反して行動することを防ぐことができる」。しかしながら前述したように、外国政府が外国支配 TSO に EU 法を遵守しないよう要求できる状況があることから、ブロッキング規則がどこまで保護水準を達成できるか疑問である (7.1229-1238)。

**結論 :** 以上から SoS の確保は重要な目的であり、また第三国認証措置は TSO の外国支配が引き起こす脅威に対応し、貿易制限性も限定的である。更に露が提示した代替措置では同等の保護水準を達成できない。故に第三国認証措置は公の秩序 (EU の SoS) の維持に必要な (7.1239-1240)。

### (b) 柱書

GATT 第 20 条柱書の文脈で上級委員会は「差別が恣意的または不当か否かの検討は、通常、主に当該差別の根拠 (*cause or rationale*) の分析に関連する」と述べたところ、当該判断は GATS 第 14 条柱書の文脈にもあてはまる。外国私人の場合と同様に、「国内私人」が EU 域内で TSO を支

配する場合でも、その者がさらに外国において関連する経済活動を行う場合であれば、外国私人と同様に外国政府から要求や誘因—EU 法や EU 域内での商業的利益に反する—を受ける可能性がある。そして第三国認証措置はもちろん、ガス指令第 10 条でも国内支配 TSO による EU の SoS に対する脅威の事前審査は行われていない。外国支配 TSO と国内支配 TSO に同一の法制度が適用されるべきとは言わないが、EU としては外国政府が国内支配 TSO に EU の SoS を弱体化させるように強要するという脅威に対処する形で、第三国認証措置を「調整する」必要がある。それを欠いた当該措置の適用は、恣意的または不当な差別を構成する (7.1241-1253)。

## K. TEN-E 措置

露は TEN-E 措置が GATT 第 1 条 1 項・第 3 条 4 項、および GATS 第 2 条 1 項に違反すると主張し、他方で EU は GATT 違反については GATT 第 20 条(j)号を抗弁として援用するも、GATS 違反については抗弁を援用していない (7.1261-1266)。

### 1. 天然ガス供給の多様化という目的/GATT との整合性

PCI 指定基準 (TEN-E 規則第 4 条 2 項(b)(ii)(iii)) および優先ガス回廊の定義には、それぞれ「天然ガス供給源の多様化」という基準が設けられている。複数の EU 加盟国では露が唯一のまたは支配的な天然ガス供給者であることから、ここで「天然ガス供給源の多様化」とは、実際にはかかる EU 加盟国を露以外の天然ガス供給源に結び付けることを意味し、そしてそのようなインフラ計画 (導管を含む) が PCI に指定されることになる。そこで、かかる PCI 指定基準が露産天然ガスの競争機会にどのように影響を与えるかが問題となる (7.1267-1286)。

TEN-E 措置は輸入天然ガスの EU 域内での輸送・販売・使用に「関する」ものであり、かつ露産天然ガスと国産天然ガスは「同種」である。また実際には非露産天然ガス (国産天然ガスを含む) を輸送する導管計画が PCI に指定されるが、PCI 指定計画は非指定計画よりも早く完了し、また費用も安く済むという利益を得る。それ故に当該措置は露産天然ガスの輸送に不利な条件を提供しており、従って GATT 第 3 条 4 項に違反する (7.1287-1301)。また露産以外の天然ガスは、それを輸送する導管計画の PCI 指定を通じて有利な輸送条件を得るが、かかる利益は露産天然ガスに「即時かつ無条件」に許与されない。故に第 1 条 1 項にも違反する (7.1302-1313)。

### 2. GATT 第 20 条(j)号による正当化

続いて TEN-E 措置が GATT 第 20 条(j)号で正当化されるか、すなわち①当該措置が「一般的にまたは地方的に供給が不足している製品の獲得または分配」に対処するために「設計されて」いるか、②そのために当該措置が「不可欠」であるかが問題となる (7.1325-1329)。

#### (a) 要件①

EU は、天然ガスの供給中断という「真正かつ重大なリスク」を根拠に EU への天然ガスの供給が不足すると主張し、他方で露は立証のためには利用可能な天然ガス供給を定量化する必要があると反論する。印・太陽光セル事件で上級委員会は、ここでの審査は量的分析に限定されず、状況次第で質的要素にも依拠できると説示したことから、露の主張には同意できない。また EU も、EU への国際供給が不安定になるという真正かつ重大なリスクを示せば天然ガスの供給不足の立証たりうると示唆するが賛同できない。GATT 第 20 条(j)号では製品の供給が「現在」不足してい

ることが求められ、将来不足するかもしれないという事態を網羅しない。また上級委員会が述べたように、この点は長期にわたる需要と供給の傾向についての包括的検討に基づいて慎重に判断される必要がある。そして EU はいずれの点についても立証していない (7.1341-1353)。

天然ガスが供給不足であることが立証されておらず、故に GATT 第 20 条(j)号での正当化は認められないが、今後上級委員会が分析の完遂を行う場合に備えて以下では TEN-E 措置が天然ガスの「獲得または分配のために不可欠」であるかを検討する。なお、当該措置が天然ガスの獲得または分配に対処するべく設計されているか、すなわち対処「できなくはない (not be incapable)」かが問題となるが、この点について EC は何ら主張を行っていない (7.1354-1357)。

### (b) 要件②

続いて TEN-E 措置が天然ガスの獲得または分配にとって「不可欠」と言えるかについて、上級委員会が示した基準に従って検討を行う (7.1358-1359)。

**天然ガスの「獲得または分配」への貢献度**：EU によれば、供給源の多様化を目的とする TEN-E 措置は、天然ガスの供給途絶リスクを解消することで天然ガスの獲得または分配に貢献する。GATT 第 20 条(j)号は、問題となる措置が対処する状況（特定製品の一般的または地方的な供給不足）、そして供給不足に対処するための手段（当該製品の「獲得または分配に不可欠な」措置であること）が、それぞれ暗示されている。そして問題となる措置が供給不足の製品の獲得または分配に「不可欠」であるかを判断する際には、当該措置が①「当該製品の供給不足」に貢献するだけでなく、②「当該製品の獲得または分配」に対する貢献度も検討される。ここで EU は「供給源を多様化することで供給途絶のリスクが軽減され（＝エネルギーの安定供給が確保され）、よって天然ガスの獲得または分配に貢献する」と主張したところ、確かに天然ガスの供給源を多様化すれば、EU における天然ガスの安定供給に貢献する（①）。しかしながら、供給源の多様化は天然ガスの獲得または分配には必ずしも貢献しないとパネルは説示した（②）(7.1360-7.1372)。

**措置が保護する利益・価値の相対的重要性**：TEN-E 措置は天然ガスの安定供給という利益を追求するが、GATS 第 14 条(a)で検討したように天然ガスの供給途絶は EU のエネルギー収支全体の途絶をもたらすものであり、当該措置は重要な社会的価値の保護を目指している (7.1373-1375)。

**措置の貿易制限性**：露産天然ガスを輸送する導管計画は PCI 指定を受けず、かかる導管の敷設はより負担が大きくなるという意味で、TEN-E 措置は貿易制限的な効果を有する (7.1376-1378)。

**代替措置**：露は代替措置として、PCI 指定基準に含まれる天然ガス供給源の多様化という条件の削除を提案する。他方で EU は、かかる削除は天然ガスの安定供給という目的に貢献しないと反論する。仮に供給源の多様化が天然ガスの獲得または分配に貢献するならば、露の提案はかかる貢献を損なうものとなる。もっとも前述のとおり、天然ガスの供給源の多様化はエネルギーの安定供給に貢献するものの、その獲得または分配には必ずしも貢献しない (7.1379-1381)。

### (c) 結論

EU は天然ガスが供給不足であることを立証できていない。続けて TEN-E 措置が天然ガスの「獲得または分配のために不可欠」であるかを検討したが、それは上級委員会が分析の完遂を行う場合

に必要な事実認定を提供するためであり、この点につき最終的な結論を導かない（7.1382）。

### 3. GATS 第 2 条 1 項との整合性

露によれば、露のガス計画は PCI から意図的に排除され、他方で他の加盟国の計画は PCI に指定されることで各種の利益を得ており、その結果、PCI 指定基準は露の導管輸送サービス・サービス提供者を、他の第三国のそれと比べて不利に扱っている（GATS 第 2 条 1 項違反）。これに対し EU は、同条項が「プロジェクト」ではなくサービス・サービス提供者間の差別を問題としていること、そして特定のインフラ計画に利益が与えられることでいかに露のサービス・サービス提供者が他国のそれよりも不利な待遇を受けるか立証されていないと反論する。なお TEN-E 措置はサービス貿易を直接規律しないものの輸送導管の開発計画を規律するものであり、故に導管輸送サービスの提供に「影響を及ぼす」。故に当該措置には GATS が適用される（7.1383-1394）。

#### (a) 同種のサービス・サービス提供者

露は、導管輸送サービス・サービス提供者に「LNG サービス・サービス提供者」が含まれると主張する。既に導管輸送サービス・サービス提供者の同種性を認定したことから（7.422）、以下では上級委員会が示した基準に従って、導管輸送サービス（導管を通じた天然ガスの輸送）と LNG サービス（天然ガスの液体化および LNG の再ガス化）の同種性を検討する（7.1395-1402）。

**性質・特徴：**ここではサービスの「コア活動」が問題となるどころ、一方が導管を通じた天然ガスの輸送であり、他方が天然ガスの液体化と LNG の再ガス化であり、後者は天然ガスおよび LNG の物理的状態の変更を伴う。故に両者のコア活動は異なる（7.1403-1404）。

**最終用途・消費者の選好：**最終用途については、2つのサービスがどこまで同一・類似の機能を果たすかが問題となるどころ、LNG サービスの機能は天然ガス・LNG の物理的状態の変更であり、導管輸送サービスの機能は天然ガスの運搬にある。故に両サービスの最終用途は異なる。なお消費者の選好に関して露は証拠を何ら提出していない（7.1405-1410）。

**CPC 分類・代替可能性：**ここでは最新の CPC 2.1 に依拠する。導管を通じた天然ガスの輸送は 65131（導管を通じた石油・天然ガスの輸送サービス）に、液体化・再ガス化サービスは 67990（他の輸送関連サービス（他に分類されないもの））に属する。故に両者の CPC 分類は異なる。また LNG は再ガス化の後で導管輸送されるが、LNG の再ガス化は導管輸送よりも前に行われる。故に導管輸送サービスは LNG サービスを代替できない（7.1411-1415）。

以上から導管輸送サービスと LNG サービスが同種であることは立証されなかった。故に以下では、導管輸送サービス・サービス提供者に着目した検討が行われる（7.1416-1417）。

#### (b) より不利な待遇

ここでは露のインフラ「計画 (projects)」への差別が、必然的に露の導管輸送サービス・サービス提供者への差別を構成するか、すなわち「計画」と導管輸送サービス・サービス提供者が密接な関係にあるかが問題となる。TEN-E 措置は導管輸送サービスを直接規律しておらず、また「計画」等の定義をみても両概念が合致しないことは明白である。またインフラ計画は導管の使用に先立つものであり、計画そのものは導管輸送サービスに関連しない。もちろん導管輸送サービス

提供者自身が「計画のプロモーター」である場合もあり、仮にそこで TEN-E 措置が原産地に基づいてプロモーターを区別すれば GATS 第 2 条 1 項違反となり得たであろう。しかしながら TEN-E 措置にかかる区別は散見されない。以上から、露のインフラ計画に対する差別が必然的に露の導管輸送サービス・サービス提供者への差別を構成することは立証されていない (7.1418-1429)。

その他にも露は、第 1 に TEN-E 措置における天然ガスに関する諸文言を差別の根拠とするが、それが導管輸送サービス・サービス提供者といかに関係するか不明である。第 2 に露は、露産天然ガスの差別によって TEN-E 措置は露のサービス・サービス提供者も差別すると主張する。確かに露産天然ガスに対する差別はあるが、そこから自動的に GATS 違反は導かれない。第 3 に露は、Gazprom が PCI 指定を通じて得られるはずの商業的利益（露産天然ガスの販売）が奪われていると主張するが、そのことがサービス提供者としての Gazprom の競争機会にいかにか不利となるか不明である。第 4 に露は差別の証拠として PCI 非指定の計画に言及するが、既述のように計画の差別がいかにかサービス・サービス提供者への差別につながるか明らかではない (7.1430-1438)。

### III. 分析

本件では、VIU が天然ガスの導管輸送事業を所有・支配することで生じる競争回避的な行動を抑止するための措置（①分離措置）と、天然ガスの調達先として EU 諸国が大きく依存する露からのガス供給途絶のリスクを回避するための措置（②第三国認証措置、③TEN-E 措置）について、それぞれ GATS および GATT との整合性が争われた。以下では各措置を巡るパネル判断について若干の分析を試みる。

#### A. 分離措置

天然ガスの VIU は様々な反競争的行動をとる傾向があるといわれる。たとえば競争相手の不利となる形での導管利用条件の設定、競争相手を利する可能性のある輸送系統への投資の先送り、さらに系統運用を通じて取得した情報の独占などが挙げられる<sup>18</sup>。そこで、かかる競争回避的な行動を防ぐことを目的として<sup>19</sup>、ガス指令は加盟国に、天然ガスの生産または供給事業を行う VIU から輸送事業を分離する国内法令を、2011年3月3日までに整備・制定するよう義務付けた<sup>20</sup>。

ちなみに我が国でもガス制度改革の一環として 2022 年 4 月までに都市ガス大手三社—東京ガス、東邦ガス、大阪ガスで国内の導管総延長の 5 割を保有<sup>21</sup>—についてはガス導管事業の法的分

<sup>18</sup> Tilman Michael Dralle, *Ownership Unbundling and Related Measures in the EU Energy Sector: Foundations, the Impact of WTO Law and Investment Protection* (2018) at 4-6.

<sup>19</sup> European Commission, *Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas* (22 January 2010) (hereinafter, *Interpretative Note*), at 4.

<sup>20</sup> エストニア、ラトビア、フィンランドについては他の EU 諸国の導管と接続されておらず、露からのガス供給に依存している状況にあるため、投資を促す目的で分離義務から免除されている。またキプロス、ルクセンブルク、マルタの 3 ヶ国も天然ガスの利用が殆ど存在しないため適用除外とされている。Directive 2009/73/EC, Art 49(1)(6)。分離措置については、魏宏標『中国天然ガス市場自由化と不可欠施設の開放・分離規制の在り方—日本欧州の経験を中国に』(早稲田大学モノグラフ) (2013 年) 210-217 頁を参照。

<sup>21</sup> 資源エネルギー庁『ガスシステム改革の現状と今後の課題について』2018 年 9 月 20 日、4 頁。

離（ITO モデル）が実施され<sup>22</sup>、その他のガス事業者については引き続き会計分離が求められる<sup>23</sup>。

## 1. GATS 第 2 条 1 項との整合性

ガス指令は原則として所有権分離（OU モデル）を加盟国に義務付けられる。そこで VIU は生産・供給事業および導管輸送事業の両方に対して、①投票権の行使、②監査役会や執行役員会の構成員の任命、③過半数の株式所有が禁止される<sup>24</sup>。この点、加盟国 X のサービス提供者が業務上の拠点として法人を現地に設立してサービス提供を行う場合（第 3 モード）、当該法人は X 国の自然人または法人<sup>25</sup>によって「所有または支配 (owned or controlled)」されている必要がある<sup>26</sup>。そして「所有」とは当該法人の過半数の株式を所有する場合を指し<sup>27</sup>、また「支配」とは当該法人の役員を過半数を指名する権限を有する場合を指す<sup>28</sup>。従って、OU モデル下で VIU は導管輸送事業を担う現地法人を過半数の株式保持が禁止され、かつ法人の役員任命も禁止されることから、GATS でいうところの「法人の所有または支配」が認められず、故に法人形態を通じた第 3 モードでの導管輸送サービスの提供が不可能となる。

ガス指令では例外的に、ガス指令発効の時点（2009 年 9 月 3 日）で VIU に属する輸送系統に限っては、OU モデルの代わりに ISO モデル（輸送系統運用機能の分離）または ITO モデル（法的分離）のいずれかを適用することも認められているが<sup>29</sup>、リトアニアのように OU モデルのみを適用する加盟国もある<sup>30</sup>。また仮に VIU 側が自発的に OU モデルを希望すれば、政府はそれを妨げてはならない<sup>31</sup>。

ガス指令によれば、ITO モデルの下で輸送設備の所有および輸送系統の運用は ITO に委ねられるが、VIU は持ち株会社として引き続き傘下の ITO を所有できる。そこでは前述した OU モデルとは異なり、VIU は ITO の「所有」（GATS 第 28 条(n)(i)）が認められ、かつ監査役会（構成員の

---

<sup>22</sup> 2015 年 6 月 17 日に「電気事業法等の一部を改正する等の法律（平成二十七年法律第四十七号）」が成立し、同法は 2017 年 4 月 1 日に施行された。同法第 6 条ではガス事業法第 54 条に「一般ガス導管事業者（その一般ガス導管事業の用に供する導管の総体としての規模が政令で定める規模以上であることその他政令で定める要件に該当するものに限る。以下『特別一般ガス導管事業者』という。）は、ガス小売事業又はガス製造事業（ガス小売事業の用に供するためのガスを製造するものに限る。第八十条の二及び第百九十六条第四号において同じ。）を営んではならない」という条文を新設することとなった（ガス事業法第 54 条の 2）。なお、同法第 6 条の施行期日は 2022 年 4 月 1 日と定められている（附則第 1 条 6 項）。

<sup>23</sup> たとえば東邦ガスは法的分離に対応するために、2020 年度にガス導管部門のみを「社内カンパニーに近い形に再編」するとの報道がある。「東邦ガス、導管部門を疑似分社化/20 年度に組織再編」『電気新聞』2018 年 12 月 20 日（1 面）。

<sup>24</sup> Directive 2009/73/EC, Arts 9(1)(b), 9(2)(a)(b)(c).

<sup>25</sup> X 国の法律に基づいて設立され又は組織される法人であることが求められる。GATS Article 28(m)(i).

<sup>26</sup> GATS Article 28(m)(ii).

<sup>27</sup> GATS Article 28(n)(i).

<sup>28</sup> GATS Article 28(n)(ii).

<sup>29</sup> たとえば独、ギリシャ、伊では ITO モデルによる分離が認められている。当初ガス指令案では OU モデルと ISO モデルの選択肢が示されたのみであったが、2008 年 1 月に仏独を含む 8 ヶ国が第 3 の選択肢として ITO モデルの原型となる「Effective and Efficient Unbundling」の導入を提案し、最終的にはそれが受け入れられたことになる。戒能一成「欧州共通エネルギー政策の実情と問題点」RIETI Policy Discussion Paper Series 08-P-001（2008）13-14 頁を参照。

<sup>30</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 2.31, 7.484.

<sup>31</sup> Directive 2009/73/EC, Article 9(11). Interpretative Note, at 5. 露によれば、VIU である Eni SpA と BVI (Sonatrach Petroleum Investment Corporation BV) はそれぞれの TSO (Snam SA および TIGF) の分離について自発的に OU モデルの適用を選択した。Panel Report, *EU – Energy Package*, fn. 930.

過半数は VIU の代表) は ITO の経営責任者の任命権限を有することから、場合によっては VIU が ITO を「支配」(GATS 第 28 条(n)(ii)) できる場合も認められる<sup>32</sup>。故に VIU は自ら所有・支配する ITO を業務上の拠点として第 3 モードでの導管輸送サービスの提供が可能となる。このように OU モデルと ITO モデルを対比すると、現地法人を通じた導管輸送サービスの提供の可否が明確に分かれることになり、そこでパネルは OU モデル下で導管輸送サービス・サービス提供者は、ITO モデルと比べてより不利な待遇を受けると結論付けた<sup>33</sup>。

モデルの対比に続けてパネルは、OU モデル下の露の導管輸送サービス提供者が、ITO モデル下の他の非 EU 加盟国のサービス提供者よりも事実上 (*de facto*) 不利な待遇を受けているかを検討した。ここで露は「OU モデル下で Gazprom は TSO である Amber Grid の株式を売却し、他方で ITO モデル下において Statoil (ノルウェイ VIU) と SOCAR (アゼルバイジャン VIU) は ITO (3 社) を通じてサービス提供を継続している、故に前者は差別を受けている」と主張した<sup>34</sup>。事実上の差別の立証方法についてパネルは、GATT・TBT の文脈で採用されてきた「支配的効果テスト (predominant effect test)」がサービスを扱う GATS にも適用されると述べた上で、露が主張する (a)と(d)の対比を退け、「露のサービス提供者全体 (a と b)」と「他の非 EU 加盟国のサービス提供者全体 (c と d)」を比較すると説示した (表 3 を参照)<sup>35</sup>。

しかしながら比較の対象となるサービス提供者の数が少ない場合に支配的効果テストに依拠することが果たして妥当であるかは疑問が残る。パネル自身が指摘するように、事実上の差別は常に支配的効果テストを通じて立証されるわけではなく、たとえば「サービス提供者の数が限定されている場合」などは、措置の設計、構造、予想される運用が事実上の産別をもたらすことを立証する方法が他にもあり得る<sup>36</sup>。表 3 で示したとおり、本件で比較の対象とされるサービス提供者の数は必ずしも多くなく、支配的効果テストの適用が妥当な場面であったか疑問が残る。

	OUモデル	ITOモデル
露のサービス提供者	(a) 1社 Amber Grid (Gazprom) 4つのTSO	(b) 3社 GASCADE (Gazprom) NEL GT (Gazprom) ONTRAS VNG (Gazprom)
他の非EU加盟国のサービス提供者	(c) 4社 Snam SA (Eni SpA) Reganosa (BVI) REN Gasodutos SA (BVI) TIGF (BVI)	(d) 2社 jordgas (Statoil) DESFA (SOCAR)

表3 パネルによる事実上の差別の検討

もっとも報告書を詳細に検討すると、そもそも本件パネルが支配的効果テストに依拠した判断を行ったとは評価しがたい。本件で支配的効果テストの適用を主張したのは EU であり、具体的にはここでは「露の導管輸送サービス提供者全体の中で、不利か効果を受ける提供者が支配的であるか」が検討されると主張した<sup>37</sup>。それによれば、たとえば OU モデルに服する Gazprom の TSO

<sup>32</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.468-7.471.

<sup>33</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.474-7.481.

<sup>34</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.484. なお露が挙げる 3 社の TSO の内 TAPAG については、ITO モデルではなくインフラ免除適用の結果として SOCAR による所有・支配が継続しているため、ここでは検討の対象外とされる。Panel Report, *EU – Energy Package*, fn. 909.

<sup>35</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.489.

<sup>36</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.490. たとえば我が国はパネル質問への回答の中で、「具体的な (措置の) 適用事例」が措置の差別的性質を立証するのに重要な証拠となり得る点を指摘している。Panel Report, *EU – Energy Package*, fn. 897.

<sup>37</sup> See e.g. European Union’s second written submission, paras. 79-80.

の全体における割合（25%）と、ITO モデルに服する他の非 EU 加盟国 VIU の TSO の全体における割合（33%）がそれぞれ「支配的か」といった検討が行われることになる<sup>38</sup>。

しかしながら本件パネルは、①ITO モデルに服する TSO（ITO）の数は Gazprom（3社）の方が他の非 EU 加盟国のサービス提供者（2社）よりも多い<sup>39</sup>、②Amber Grid だけではなく他の非 EU 加盟国 VIU の TSO も OU モデルに服する<sup>40</sup>、③仮に OU モデルに服する Gazprom の TSO が多数存在していたとしても、それはもともと同社の EU 市場でのシェアが大きかった結果に過ぎない<sup>41</sup>、といった点を主な根拠に露の導管輸送サービス提供者に対する事実上の差別は存在しないと結論付けた<sup>42</sup>。そこでは上述した意味での「支配的効果」の検討は行われておらず、そのこと自体が本件のようにサービス提供者の数が限定的な状況で支配的効果テストに依拠することの不適切性を示しているともいえる。

## 2. GATS と GATT の関係

GATS 違反に加えて露は、ガス指令が OU モデルの例外として ITO モデルを認めることで露産天然ガスが同種の産品と比べてより不利な待遇を受けるとして、GATT 第3条4項違反を主張した<sup>43</sup>。露によれば、ITO モデル下で VIU は、①ITO 支配を通じて自社の天然ガスの輸送・供給を促進でき、②輸送費および ITO に関連する他の予算を得られ、③ITO による輸送系統への投資の監視権限を保持することから、自社の天然ガスに競争上の利益を与えることができる<sup>44</sup>。他方で OU モデルにおいて VIU は TSO の所有・支配が認められず、故に露によれば、OU モデルで露 VIU（例：Gazprom）は自ら生産・供給する天然ガスに競争上の利益を与えることができない。なお露は LNG 措置および UPN 措置との関係でも同様の議論を提起している<sup>45</sup>。なお同一措置であっても GATS と GATT の両方に違反し得ることは、先例で繰り返し確認されてきた<sup>46</sup>。

前述したようにパネルは、ITO モデル下で監査役会の過半数は VIU 代表となり得ること、そして監査役会は ITO の経営責任者/経営組織の構成員の任命権限を有することから、VIU は ITO を所有するだけではなく「支配」一役員を過半数を指名する権限の所持（GATS 第28条(n)(ii)）一することもできると認定した<sup>47</sup>。もっともパネルは GATS と GATT の性質の違いを踏まえ、そこから直ちに当該 VIU が自社の天然ガスに競争上の利益を与えていると認定することはできず、むしろこの点を露が立証しなければならないと説示した<sup>48</sup>。

---

<sup>38</sup> TBT 協定における支配的効果テストについては、拙稿「TBT 協定 2 条 1 項における『不利な待遇』の分析」『日本国際経済法学会年報』第 22 号（2013 年）143-145 頁を参照。

<sup>39</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.484.

<sup>40</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.509.

<sup>41</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.510.

<sup>42</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.512-7.513.

<sup>43</sup> 同様の理由から露は GATT 第 1 条 1 項違反も主張したが、パネルは GATT 第 3 条 4 項での露の立証の失敗を主な根拠に当該申立ても退けた。Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.583.

<sup>44</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.540.

<sup>45</sup> 露によれば両措置は共に分離義務からの免除を定めることで、OU モデル下で露 VIU が生産する天然ガス（TSO 支配が認められない）と、その他の VIU が生産する天然ガス（分離義務から免除により LNG 系統運用者および UPN 系統運用者の支配が認められる）を差別的に扱っている。Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.825, 7.1027.

<sup>46</sup> Appellate Body Report, *EC – Bananas III*, para. 211.

<sup>47</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.468-7.471.

<sup>48</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.542, 7.556.

もっともパネルによれば、①VIUはITOを完全には支配できない<sup>49</sup>、②監査役会の過半数がVIUの代表から構成されるとしても、監査役会はITOの日常業務や導管管理を巡る意思決定から排除されている<sup>50</sup>、③監査役会（ITOの経営責任者の任命権限を有する<sup>51</sup>）はVIUの天然ガスを有利に扱う人物を任命するかもしれないが、NRAは監査役会の任命に反対する権限を有する<sup>52</sup>、④VIUがITOに対し自社製品により有利な条件で導管へのアクセスを求めることは禁止される<sup>53</sup>。そこでパネルは、ITOの支配を通じてVIUがどのようにして自ら生産する天然ガスに競争上の利益を付与できるのか明らかではないと結論付けた<sup>54</sup>。言い換えれば、仮にVIUがTSOを「支配」（GATS第28条(n)(ii)）するとしても、それだけでは自社の天然ガスに競争上の利益が付与されることの立証として不十分であるとされた。

この点、もともとガス指令がOUモデルを軸とする分離措置を導入した背景には、天然ガスを生産・供給するVIUが導管輸送部門をも支配する場合、VIUがそれを奇禍として反競争的な行動（例：競争相手の不利となる形で導管利用条件を設定する、競争相手を利する可能性のある輸送システムへの投資を先送りにする、システム運用を通じて取得した情報を独占する）をとる、という懸念があった。それを踏まえると、パネルが「VIUはITOを支配しうる（役員の過半数を指名する権限を有している）」（GATS第28条(n)(ii)）と認定をした時点で、VIUはITOを通じて競争回避的な行動として自社の天然ガスに競争上の利益を与えると推定できるかもしれない。しかしながら本件パネルはかかる推定に依拠することなく、ITO支配を通じてVIUがどのようにして自社の天然ガスに競争上の利益を付与することになるのかを、ガス指令の具体的な検討を通じて判断した。

## B. 第三国認証措置

EU域内でTSOが導管輸送サービスを提供するには、関係NRAから認証を得る必要がある。ただし「第三国の者によって支配される（controlled by a person or persons from a third country or third countries）」TSOまたは輸送システム所有者からの認証要請の場合、NRAは「認証を与えることで、当該加盟国およびEUのエネルギーの安定供給（security of energy supply: SoS）に危機をもたらすか」について検討し（SoS審査）、危機をもたらすと判断される場合は認証要請を拒絶しなければならない<sup>55</sup>。そこで本件では、かかるガス指令を履行するクロアチア、ハンガリー、リトアニア（3ヶ国）の国内立法について<sup>56</sup>、それが第三国の者によって支配されるTSOにのみ適用されることから、国内（3ヶ国）のサービス提供者と比べてより不利な待遇を受けている（GATS第17条違反）と認定した<sup>57</sup>。

<sup>49</sup> ここで特にパネルはガス指令第18条4項－「VIUは…TSOの競争的行動を、直接的又は間接的に決定してはならない」－に言及する。

<sup>50</sup> Directive 2009/73/EC, Article 20(1)(2)(3).

<sup>51</sup> Directive 2009/73/EC, Article 19(1).

<sup>52</sup> Directive 2009/73/EC, Article 19(2).

<sup>53</sup> Directive 2009/73/EC, Article 32.

<sup>54</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.543-7.552.

<sup>55</sup> Directive 2009/73/EC, Article 11.

<sup>56</sup> これとは別に、露はガス指令が定める第三国認証措置についてもGATS違反を争っているが、申立ての内容は異なる点に注意を要する。I.A.3を参照。

<sup>57</sup> 輸送システム所有者は導管輸送サービス提供者とはいえないため、ここでは検討の対象から外されている。Panel

これに対して EU は、3ヶ国の当該措置が「公の秩序の維持に必要な措置」（GATS 第 14 条(a)号）であると反論した。具体的に EU は、GATS 脚注 5 を根拠に当該措置が必要な理由を<sup>58</sup>、「TSO の外国支配 (foreign control of TSOs)」を通じて、EU の SoS という「社会の基本的な利益」に対して「真正かつ重大な脅威」がもたらされるという点を挙げる<sup>59</sup>。従ってここでは TSO の外国支配という事実が、どのようなメカニズムで EU の SoS に対する真正かつ重大な脅威となるかが問題となる。

まず着目すべきは本件パネルによる「真正な脅威 (genuine threat)」を巡る判断である。ちなみに当該要件は過去に明示的に検討されたことはなく、今回のパネル判断が最初の解釈となる<sup>60</sup>。パネルによれば「真正な」という文言は、脅威発生の可能性の程度 (degree of likelihood) を通常意味するものであり、他の箇所で見られる「差し迫った (imminent)」(AD 協定 3.7 条) といった文言との違いから、とりわけそれは「より低い程度の可能性」を意味すると解される<sup>61</sup>。さらにパネルは、真正な脅威とは単なる憶測では不十分だが、もっとも脅威発生の可能性が顕著な程度であることを示す証拠までは求められず、脅威発生「真の (real, true and authentic) 可能性」で足りるとした<sup>62</sup>。

ここで EU は、TSO の外国支配によって EU の SoS に対して真正な脅威がもたらされるメカニズムを次のように説明する。すなわち外国政府が EU の SoS を弱体化させるインセンティブを有し、かつ外国支配 TSO に EU の SoS を弱体化するよう要求・誘導する手段を有している場合、EU の SoS に対する真正な脅威が存在するとされる<sup>63</sup>。より具体的に EU は次の 2 つのケースを挙げる (図 5 を参照)。まず外国政府自身が TSO を支配する場合、当該外国政府は所有権・経営権を通じて当該 TSO に対して EU の SoS を弱体化するよう要求・誘導する (ケース①)、また外国民間人 (foreign private person) が TSO を支配する場合でも、外国政府は当該 TSO に対して EU 法の遵守を不可能・困難にするよう義務を課し、利益を提供する (ケース②)、という場面が考えられると主張した<sup>64</sup>。そしてパネルはかかる EU の主張を簡単に受け入れ<sup>65</sup>、最終的には TSO の外国支配によって EU の SoS に対する真正な脅威が存在すると結論付けた。「真正な脅威」を巡る本件パネル判断について、以下では若干の指摘をしたい。

---

Report, *EU – Energy Package*, fn. 1900.

<sup>58</sup> GATS 脚注 5 「公の秩序を理由とする例外は、社会のいずれかの基本的な利益に対し真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限り、適用する。」

<sup>59</sup> ここではガス指令が定める第三国認証措置 (ガス指令第 11 条) ではなく、それを履行する 3ヶ国の国内立法が問題となる措置であり、故に GATS 第 14 条(a)号の検討についても厳密には 3ヶ国それぞれにおけるエネルギーの安定供給に対する脅威の有無が検討される筈であった。しかしながら、ここで当事国は (国内履行立法ではなく) ガス指令第 11 条を中心に議論を行ったことから、ここでは EU のエネルギーの安定供給に対する脅威について検討が行われた。Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.1115, 7.1137.

<sup>60</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.1157.

<sup>61</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.1166.

<sup>62</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.1167-7.1168.

<sup>63</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.1172.

<sup>64</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.1182-7.1184.

<sup>65</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.1186-7.1187.

第1に GATS では、X 国のサービス提供者が、Y 国の領域内で業務上の拠点として「法人」を通じてサービス提供を行う場合（第3モード）、当該法人は X 国の自然人または法人によって「所有または支配（owned or controlled）」されている必要がある（GATS 第28条(m)）<sup>66</sup>。しかしながら上述したパネル判断によれば、このような状況で X 国政府は当該法人を通じて Y 国の SoS を弱体化させるインセンティブおよび手段を有することになる（ケース②）。言い換えれば、法人を通じて第3モードでサービス提供が行われる場合、常にサービス受入国の SoS は真正な脅威にさらされているという事を意味する。

たとえば日本企業がアジアの新興国に進出して送配電システムの投資・運用を手掛ける場合<sup>67</sup>、パネル判断によれば、日本政府は現地設立法人に対して受入国の SoS を弱めるように要求・誘導できることになる（真正な脅威）。この場合、当該法人に対して当局が行う SoS 審査の必要性はより広く認められることになり得る。もちろん本件パネルが示したように、GATS 第14条柱書との関係で「国内支配の TSO がもたらす EU の SoS に対する真正な脅威」に何ら対処していない措置は「恣意的または不当な差別」を構成し得るため<sup>68</sup>、外国支配の TSO のみに課される SoS 審査は GATS 第14条(a)号では正当化されない可能性が高く、実際は問題とならないかもしれない。それでも本件パネル判断は、法人を通じた第3モードでのサービス提供についてアプリアリに真正な脅威を認めるものではないかと懸念が残る。

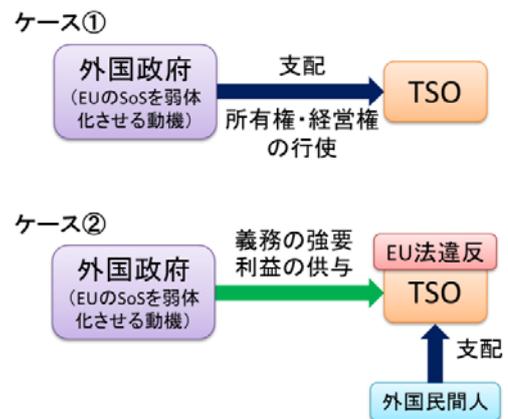


図5 TSOの外国支配がEUのSoSに対する真正な脅威となるメカニズム

第2に、2006年・2009年に露・ウクライナ間で発生したガス紛争に象徴される「天然ガスの供給途絶リスク」との関係について言及する。EUはTSOの外国支配が引き起こすEUのSoSに対する脅威の具体例として2006年・2009年のガス紛争に言及した上で、外国政府がEUのSoSを弱体化させるインセンティブを有する場合があると指摘した<sup>69</sup>。パネルはそれを支持した上で<sup>70</sup>、さらにTSOの外国支配が引き起こすEUのSoSに対する脅威が「重大 (serious)」である根拠として、天然ガスの供給途絶がもたらすインパクトに言及した<sup>71</sup>。このように、第三国認証措置 (SoS 審査) を通じてEUが対処・回避を試みるリスクの1つは「(外国政府が外国支配 TSO を通じて引き起こす) 天然ガスの供給途絶」であり<sup>72</sup>、その限りにおいて次節で検討されるTEN-E措置と

<sup>66</sup> この点については Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.443 で詳しく説明されている。

<sup>67</sup> 関連記事として、「東京 PG、中部電力などが海外送配電事業でシンガポールに新会社」『電気新聞』(2018年7月10日)を参照。

<sup>68</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.1253.

<sup>69</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.1174.

<sup>70</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.1175.

<sup>71</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.1198.

<sup>72</sup> もちろん仮に外国支配の TSO が認証時に SoS 審査を受けるとしても、Gazprom は引き続き天然ガスの供給を停止することは物理的に可能であることから、第三国認証措置ではガス供給途絶リスクに貢献できないのではないかと、という反論もあり得る (実際に露はそのように反論した)。しかしながら本件パネルが説示したように、第三国認証措置は SoS に対するあらゆる脅威に対応するものではなく、その内の1つであるガス供給途絶リスクに貢献しないからといって、直ちに措置全体が不要となるわけではない。Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.1220-7.1221.

目的を同じくする。ただし天然ガスの供給途絶リスクの回避を目的とする措置の評価は、本節で検討した GATS 第 14 条(a)号と次節で検討される GATT 第 20 条(j)号の下では大きく異なる(III.C.1を参照)。

## C. TEN-E 措置

天然ガスの調達先としての露への過度の依存は、エネルギー安全保障の観点から欧州において問題視されてきた。そこで欧州域内のエネルギー市場を整備するべく「欧州横断エネルギー・ネットワーク (trans-European energy networks)」という枠組みを設定し、それを建設するための具体的なガイドラインが策定・更新されてきた<sup>73</sup>。その中でも天然ガスについては「供給源の多様化 (diversification of supply sources)」が優先事項の 1 つと位置付けられ、かかる目的に資するガス関連インフラ (ガス導管、LNG 基地など) 計画を



図6 PCI指定の導管開発計画

「共通利益プロジェクト (project for common interests: PCI)」に指定し、各種のインセンティブが付与されてきた。本件で問題とされる TEN-E 規則 (2013 年 4 月制定のガイドライン) でも過去のガイドラインと同様に地理的観点から 4 つの「優先ガス回廊」が列挙され<sup>74</sup>、各回廊において、とりわけ供給源の多様化に資するインフラ計画が PCI 指定されてきた。ちなみに TEN-E 措置の下で PCI に指定されたガス導管の敷設計画 (完成したものを含む) は図 6 のとおりである<sup>75</sup>。

### 1. ガス供給途絶のリスクと GATT 第 20 条(j)号

もともと供給源の多様化といいつつも、複数の EU 加盟国が天然ガスの調達先として露に大きく依存している状況では<sup>76</sup>、実際に PCI に指定されるのは非露産の天然ガスを輸送する導管計画ということになる<sup>77</sup>。そしてインセンティブの結果、PCI 指定計画は非指定計画よりも早く完了し、また費用も安く済むことになるため、本件パネルは非露産天然ガスと比べて露産天然ガスが差別的な扱いを受けると認定した (GATT 第 3 条 4 項・第 1 条 1 項違反)。そこで EU は、TEN-E 措置が天然ガスの供給源の多様化、言い換えれば供給を依存する国からの供給途絶リスクの回避を目的としており、故に GATT 第 20 条(j)号が定める「一般的に又は地方的に供給が不足している

<sup>73</sup> Decision No 1254/96/EC of the European Parliament and of the Council of 5 June 1996 laying down a series of guidelines for trans-European energy networks, OJ L 161/147 of 29.6.1996. Decision No 1229/2003/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 laying down a series of guidelines for trans-European energy networks and repealing Decision No 1254/96/EC, OJ L 176/11 of 15.7.2003. Decision No 1364/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 laying down guidelines for trans-European energy networks and repealing Decision 96/391/EC and Decision No 1229/2003/EC, OJ L 262/1 of 22.9.2006.

<sup>74</sup> ①西欧の南北ガス相互接続 (NSI West Gas), ②中東欧・南東欧における南北ガス相互接続 (NSI-East), ③南ガス回廊 (SGC), ④バルト諸国ガス市場相互接続計画 (BEMIP) の 4 つ。

<sup>75</sup> European Commission, Energy: Projects of Common Interest – Interactive Map, available at [http://ec.europa.eu/en/energy/infrastructure/transparency\\_platform/map-viewer/main.html](http://ec.europa.eu/en/energy/infrastructure/transparency_platform/map-viewer/main.html)

<sup>76</sup> たとえば 2013 年時点で 7 つの EU 加盟国 (ブルガリア, チェコ, エストニア, フィンランド, ラトビア, リトアニア, スロバキア) が天然ガスの調達先として露に 100% 依存している。それにハンガリー (95%), ルーマニア (92%), ポーランド (77%), ギリシャ (67%), オーストリア (63%), スロベニア (58%) が続く (括弧内は露への依存度)。Panel Report, *EU – Energy Package*, fn. 2089.

<sup>77</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.1283.

製品の獲得又は分配のために不可欠 (essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply) の措置」として正当化されると主張した。とりわけ EU は「供給源を多様化することで天然ガスの供給途絶リスクが軽減され、その結果として天然ガスの獲得または分配に貢献する」と主張したが、以下の理由からパネルはそれを退けた。

まず、製品の「一般的または地方的な供給不足」について EU は、天然ガスの供給途絶という「真正かつ重大なリスク」があれば、ここで「供給不足」という要件を満たすと主張する<sup>78</sup>。しかしながら本件パネルは EU の主張を退け、ここでは当該製品について「現時点 (presently, currently)」<sup>79</sup>で供給が不足していることが求められ、「供給不足のリスクにある製品」は含まないと結論付けた<sup>80</sup>。ちなみに本件パネルは、GATT 第 20 条(j)号について初めて本格的な検討を行った印・太陽光セル事件パネルおよび上級委員会についても、共に「供給不足のリスクのある製品」が(j)号で網羅されない旨を説示したとの理解に立っている<sup>81</sup>。

また本件パネルによれば、問題となる措置が供給不足の製品の獲得または分配に「不可欠」であるかを判断する際には、当該措置が①「当該製品の供給不足」に貢献するだけでなく、②「当該製品の獲得または分配」に対する貢献度も検討されなければならない<sup>82</sup>。ここで EU は「供給源を多様化することで供給途絶のリスクが軽減され (=エネルギーの安定供給が確保され)、よって天然ガスの獲得または分配に貢献する」と主張したところ、確かに天然ガスの供給源を多様化すれば EU における天然ガスの安定供給に貢献するものの (①)、他方で供給源の多様化が天然ガスの獲得または分配には必ずしも貢献するとは限らない (②) とパネルは説示した<sup>83</sup>。

以上のパネル判断から次の政策的暗示が得られる。エネルギーの安定供給を維持するためには、供給先として特定国に過度に依存することを避け、調達先を多様化することが考えられる。多様なエネルギー供給源を確保する試みは各国が日常的に行っていることであるが<sup>84</sup>、本件の TEN-E 措置のように、そのためにとられる措置が国際貿易に何らかの影響を与える場合がある (例：輸入禁止、差別)。そしてかかる措置は、エネルギー製品の供給不足が具体化していない段階で、供給途絶を回避するべく予防的にとられるのが通常である。しかしながら前述したように、供給不足のリスクに止まる製品は GATT 第 20 条(j)号の適用対象とはされず、またエネルギー供給源の多様化が常に供給不足の製品の「獲得または分配」に貢献するとは限らない。従ってかかる予防的な措置を GATT 第 20 条(j)号において正当化するのは困難であろう。

<sup>78</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.1326, 7.1336, 7.1341, 7.1345, 7.1347.

<sup>79</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.1348, 7.1351.

<sup>80</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, paras. 7.1348, 7.1350.

<sup>81</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.1349. これに対して上級委員会は必ずしも供給不足のリスクのある製品を排除していないと理解する立場として、関根豪政「インドー太陽光セル及びモジュールに関する措置 (DS456) : 政府調達, GATT 第 20 条(d)号及び(j)号の解釈の進展」RIETI Policy Discussion Paper Series 17-P-018 (2017 年) 55 頁を参照。

<sup>82</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.1368.

<sup>83</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.1371.

<sup>84</sup> たとえば我が国は化石燃料 (石油, 天然ガス, 石炭) の供給の大半を輸入に依拠しているところ、①供給国の過去の供給実績、②供給国の紛争頻度、③輸送ルートの途絶リスクを指標として、エネルギー供給の安定性を供給国毎に定量的に評価することで、エネルギー政策の採用時の参考指標としている。資源エネルギー庁 (資源・燃料部) 『エネルギーセキュリティの評価指標について』(2014 年) を参照。

この点は GATS 第 14 条(a)号 (脚注 5) と対照的といえる。前述したように (III.B), 天然ガスの供給途絶リスクを回避するために導管輸送サービス・サービス提供者に何らかの差別・制限が加えられる場合 (例: 第三国認証措置における SoS 審査), それ GATS 第 14 条(a)号で正当化されるかが問題となり得る。そこでは SoS といった社会の基本的利益に対する「真正かつ重大な脅威 (threat)」(GATS 脚注 5) があれば足りるが、露が指摘したように「脅威とはその性質上、まだ発生・実現していないものを指す」ことから<sup>85</sup>, 天然ガスの供給途絶リスクも広くここに含まれ得る。このように GATS 第 14 条(a)号は、現時点での供給不足を要求する GATT 第 20 条(j)号とは前提を異にする。

## 2. GATT 第 21 条 (安全保障例外) との関係

しかしながら EU にとって天然ガスの供給途絶とは単なる憶測、また根拠を欠いた懸念とはいえない。周知のとおり 2006 年および 2009 年には露・ウクライナ (および EU) 間でガス紛争が発生した<sup>86</sup>。2006 年 1 月 1 日、両国間でガス売買契約が合意に至らなかったことを受けて Gazprom 社が同年 1 月 3 日までウクライナ分の天然ガスの輸送を削減したところ (欧州向け天然ガスは引き続きウクライナの導管を通して輸送), 同国が天然ガスの利用を継続したことから最終的に EU 諸国に輸送される天然ガスが減少した。さらに 2009 年には同様の状況から最終的に露がガス導管を完全に閉鎖したことから、約 2 週間にわたってウクライナはもちろん、東欧・南欧 7 ヶ国向けの天然ガスの輸送も完全に途絶することとなった。以上の経緯を踏まえると、将来のさらなるガス供給の途絶を回避するべく、EU が露以外の国と欧州を結ぶ導管敷設計画を積極的に支援することには一定の合理性があるといえよう。

それではエネルギー資源の供給途絶リスクを回避するべく、調達先の多様化を促すための貿易関連措置が GATT の下で正当化される余地はないのか。ここで想起されるのが米国による 1962 年通商拡大法 232 条<sup>87</sup>に基づく石油の輸入禁止措置である。イラン革命直後、1978 年 3 月 15 日に商務省は職権で「石油の輸入依存度の上昇によって米国の安全保障が損なわれる恐れがあるか」について調査を開始し、翌 1979 年 3 月 14 日にそれを支持する調査結果が大統領に提出された。そこでは、①1975 年以来、OPEC 諸国からの輸入石油への米国の依存が高まっていること<sup>88</sup>, そして②中東の石油供給国の不安定な政治状況、イランによる米国への石油の輸出制限 (5 百万バレル/日から 3 百万バレル/日に減少) 等を踏まえて、米国への石油の供給途絶リスクがと認定された。その上で商務省は、輸入石油への依存は米国の安全保障に対する脅威になると結論づけた<sup>89</sup>。安保上の脅威としてより具体的に、輸入石油への依存によって、国防 (例: 長期的紛争に耐えられない、同盟国を最適な方法で支援することができない) や外交政策 (他国から外交上の信頼を得られない) に直接的な影響が生じると説明された<sup>90</sup>。

<sup>85</sup> Panel Report, *EU – Energy Package*, para. 7.1190.

<sup>86</sup> ガス紛争を巡る本稿の記述は、本村真澄「ロシア・CIS におけるパイプライン地政学」『石油・天然ガス・レビュー』第 46 巻 2 号 (2012 年) 14-20 頁に依拠している。

<sup>87</sup> Section 232 of the Trade Expansion Act, 19 U.S.C. 1862.

<sup>88</sup> 1978 年時点で国内消費される石油の 45%が輸入であり (1975 年は 39%), その内 83%が OPEC 諸国からの輸入であった (1975 年は 78%)。Department of the Treasury: *Effects of Oil Imports on National Security*, 44 FR 18819 (29 March 1979).

<sup>89</sup> 44 FR 18823 (29 March 1979).

<sup>90</sup> 44 FR 18822 (29 March 1979). 1979 年 11 月上旬にテヘランの米国大使館で人質事件が起こると、米国が通商拡大

そこで TEN-E 措置についてであるが、複数の EU 加盟国が天然ガスの調達先として露に全面的に依存していること<sup>91</sup>、また 2006 年および 2009 年にはガス紛争を通じて露産天然ガスの EU への供給が現実的に削減・途絶されている。以上を踏まえると、天然ガスの供給途絶リスクの回避を目的とする TEN-E 措置についても国家安全保障の問題ととらえた上で、EU は GATT 第 20 条(j)号とは別に、GATT 第 21 条を援用することもできたと考えられる<sup>92</sup>。とりわけ GATT 第 21 条(b)項では「締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置を執ること」と定められ、続けて「(iii) 戦時その他の国際関係の緊急時に執る措置 (taken in time of...other emergency in international relations)」と定められるところ、調達先の多様化を促すべく非露産天然ガスを EU 域内に輸送する導管敷設計画にインセンティブを付与する TEN-E 措置が、GATT 第 21 条(b)(iii)でいう措置に該当するかが問題となりうる<sup>93</sup>。

1962 年通商拡大法 232 条では輸入制限等の発動条件として、調査対象品目が「米国の安全保障を損なう恐れ (threaten to impair the national security) となる数量または条件で米国に輸入されている」ことの認定が求められ、そこで損害の発生は要件とされていない。前述した商務省調査でも中東諸国からの石油の供給途絶に伴う米国の安全保障に対する「脅威」が認定されたに過ぎない。また TEN-E 措置との関係でも露産天然ガスの EU への供給途絶は 2009 年ガス紛争時の合計 2 週間強に止まる。そこで GATT 第 21 条(b)(iii)は平常時における安全保障に対する「脅威」を根拠とした輸入制限をも規律対象に含めるかが問題となるが、この点、「緊急時に (in time of...)」と定められていることから潜在的な脅威では足りず「十分に差し迫った脅威 (sufficiently imminent threats)」が求められるとの立場がある<sup>94</sup>。また同様の理由から、ここでは「現実の (actual)」緊急事態、または緊急事態の「存在」が求められるとの立場もある<sup>95</sup>。

このような解釈に依拠すれば、単に供給途絶のリスクがあるだけでは GATT 第 21 条(b)(iii)で輸入制限等を正当化することは困難となり、現時点での供給不足を要件とする GATT 第 20 条(j)号と

---

法 232 条を根拠の 1 つとして、同年 11 月 12 日に国家安全保障への脅威を理由に米国はイラン産石油に対して輸入禁止措置を課した。Proclamation 4702 of November 12, 1979: Imports of Petroleum and Petroleum Products, 44 FR 65581 (14 November 1979). 経緯については、Jeffrey P. Bialos, “Oil Imports and National Security: The Legal and Policy Framework for Ensuring United States Access to Strategic Resources”, 11(2) *University of Pennsylvania Journal of International Business Law* (1989) at 248-252 が詳しい。

<sup>91</sup> 前掲注(76)を参照。

<sup>92</sup> この点は執筆者の報告時にモデレーターを務められた福永委員からのコメントを受けたものである。

<sup>93</sup> 同条項に関する争点はパネルによる自己判断 (self-judging) の可否を含め多岐に渡り、また現在複数の案件で同条項の援用を巡って審議が進行中であるところ、以下では GATT 第 20 条(j)号との対比という観点からのみ検討を行う。近年の GATT 第 21 条援用事例をまとめたものとして、Tania Voon, “Can International Trade Law Recover? The Security Exception in WTO Law: Entering a New Era”, 113 *American Journal of International Law* (2019) at 45-50 を参照。また GATT 時代のニカラグア事件を分析するものとして、Yoshimichi Ishikawa, “Case Note: United States - Trade Measures Affecting Nicaragua, Nicaragua v United States, Report of the Panel, L/6053”, *Oxford Reports on International Law: International Trade Law Decision* (2015), available at <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/oxil/102gatt86.case.1/law-itl-102gatt86> を参照。

<sup>94</sup> Sherzod Shadikhodjaev, “Russia and Energy Issues under the WTO System”, 50(4) *Journal of World Trade* (2016) at 729-730.

<sup>95</sup> Jaemin Lee, “Commercializing National Security? National Security Exceptions’ Outer Parameter under GATT Article XXI”, 13 *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* (2018) at 300. 同様に松下満雄教授は GATT 第 21 条(b)(iii)について「平常時において、将来ありうるかもしれない国際関係の緊急時に備えて恒常的に輸入制限をすることが認められるか否かについては、疑問があろう」と述べ、脅威の可能性では足りないとし唆する。松下満雄『国際経済法 (第 3 版)』(2001 年) 191 頁。Wesley A. Cann, Jr., “Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism”, 26 *Yale Journal of International Law* (2001) at 425 を参照。

結論において大きな違いが生じないことになる。もっとも GATT 第 21 条(b)(iii)では「具体的な形で既に顕在化した危険」が求められるわけではないとの立場もある<sup>96</sup>。この点は近年の GATT 第 21 条援用事例でのパネル・上級委員会判断によって一層明らかにされるであろう。

(2019 年 2 月 27 日)

---

<sup>96</sup> たとえば Raj Bhala, “National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What the United States Does”, 19 (2) *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* (1998) at 270 を参照。また 1961 年の締約国団会議でガーナは、同国による対ポルトガル輸入禁止措置に関して GATT 第 21 条に言及した上で「国家の安全保障上の利益は、潜在のおよび現実の危機 (a potential as well as an actual danger) によって脅され得る」と述べた。GATT, Summary Record of the Twelfth Session, SR.19/12 (21 December 1961) at 196.