

18 外資規制と国際法

——国家安全保障、公の秩序の維持に基づく 外資規制の位相

中谷 和弘

I はじめに

本章においては、国家安全保障、公の秩序の維持に基づく外資規制の国際法上の位置づけを明確化するとともに、我が国における外資規制について検討することにしたい。

国家安全保障、公の秩序の維持に基づく外資規制は、投資関連条約（二国間投資（保護）条約、EPAの投資章、エネルギー憲章条約の投資章）による投資保護の網の目が広がっていく現代国際社会におけるいわば留保領域と言ってよい。国家安全保障や公の秩序の維持のための投資・貿易規制措置は国家にとって国益保護のために必要とされるものではあるが、概念（国家安全保障や公の秩序の維持の外縁はどこまでか）が不明確であり、また自己判断が基本的に容認されているため、投資自由化を骨抜きにしてしまう過度に保護主義的・恣意的な運用のおそれが払拭できないという問題を抱えており、発動基準や手続の明確化が急務の課題となっている。

以下、IIにおいて、OECD資本移動自由化コードにおける外資規制の位置づけと2009年にOECD理事会において採択された国家安全保障に関する受入国の投資政策のための指針について概観する。IIIにおいては、最近の主要国首脳会議、GATSおよびBIT（EPAの投資章を含む）における国家安全保障に基づく外資規制の扱いについて概観する。IVにおいては、我が国における外資規制について、2008年に問題となった2つの事案（Jパワー・ケースおよび空港会社

に対する規制のあり方）にも触れながら検討する。¹⁾

II OECD「資本移動自由化コード」および「国家安全保障に関する受入国の投資政策のための指針」

「資本移動自由化コード」²⁾は、OECD理事会の1961年12月16日の決定であって、加盟国に対して法的拘束力を有するものである。同コードは、「加盟国は、実効的な経済協力のために必要な限度まで、資本移動に関する制限を互いに漸進的に撤廃する」（1条a）ことを一般的約束として定めたものであるが、2条bにおいて自由化措置に対する留保が認められ、また3条において、公の秩序及び安全保障を理由として外資規制を行うことが認められている。すなわち、3条は、次のように規定する。「本コードの諸条項は、加盟国が次のいずれかのために必要であると認める行動をとることを妨げるものではない。(i)公の秩序の維持又は公衆の衛生、モラル及び安全の保護 (the maintenance of public order or the protection of public health, morals and safety), (ii)重大な安全保障上の利益の保護 (the protection of essential security interests), (iii)国際の平和及び安全に関する義務の履行 (the fulfilment of its obligations relating to international peace and security)。」つまり、OECD加盟国が外資規制を行う際は、「第2条の留保を付す」というオプションと「第3条に該当すると説明する」というオプションの2つが存在することとなる。

3条のコメンタリーは、次のように指摘する。³⁾

「とりわけ公の秩序及び不可欠な安全保障に関するセーフガード諸条項は、例外的状況に対処するものとみなされる。原則として、それらは、加盟国が本コードに対する

1) 筆者はこれまで以下において外資規制について検討する機会があった。「国境を越えた企業合併・買収と国際法」『国際法外交雑誌』105巻3号（2006年）1-23頁、「国家安全保障に基づく外資規制及び貿易規制（ロースクール国際法第2回）『法学教室』332号（2008年）149-156頁、「外資規制をめぐる最近の諸課題」『ジュリスト』1418号（2011年）44-51頁。本章はこれらと一部重複する箇所があることをあらかじめお断りしておきたい。なお、本章執筆に際しては、本間英一・経済産業省国際投資室長（当時）から貴重なご教示を頂いた。

2) C (61) 96.

3) OECD Codes of Liberalisation Users Guide 2008, p. 34.

留保によってカバーされない規制を導入、再導入又は維持し、同時に、これらの規制を漸進的自由化の原則から除外することを容認するものである。しかしながら、加盟国は国家安全保障上の懸念のため規制を導入する際には、本コードの規律の外でこれらの規制を維持することよりも留保を付すことが奨励されてきた。これは、透明性と本コードの利用者に対する情報を高めるといふ利点があるばかりか、とりわけ国家安全保障が規制に対する支配的な動機ではなく経済的考慮をも伴う場合には、終局的な自由化に向けての第一歩ともなるからである。⁴⁾」

3条に該当する行動であるかどうかは、同条の文言が「必要であると認める行動」(action which it considers necessary)となっている(単に「必要な行動」とはなっていない)ことから伺えるように、各加盟国が自己判断(self-judging)に基づき裁量的に決定できることになっている⁵⁾。もっとも、裁量的な判断とは言っても、OECDにおいては何がこれに該当するかの一定の相場観はほぼ形成されていると言える。たとえば、日本は1980年代まで航空運送、海運、通信、放送の各業種に対する外資規制を3条(ii)を根拠として説明してきた(つまり安全保障関連業種として位置づけてきた)が、OECD 国際投資・多国籍企業委員会による審査(1990年12月～1991年6月)において、これらの業種を安全保障関連業種とせず留保業種に入れる(つまり2条の留保カテゴリーに移行する)よう勧告され、日本はそれに従い、1992年2月に既存の留保業種(農林水産業、鉱業、石油業、皮革・皮革製品製造業)に加えて航空輸送業、海運業、投資信託業を留保業種に追加したという経緯がある(投資信託業は2000年8月に留保業種から削除

4) Essential Security Interests under International Investment Law (prepared by K. Yannaca-Small), in *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World* (OECD, 2007), p. 95. なお、ICJは、ニカラグア事件本案判決(1986年)において、米国・ニカラグア友好通商航海条約21条1項d(「自国の安全保障上の重大な利益を保護するため必要な措置(measures necessary)」の適用を妨げない旨の規定)の解釈につき、GATT 21条(b)(「自国の安全保障上の重大な利益の保護のため必要であると認める措置(action which it considers necessary)」の適用を妨げない旨の規定)との文言の相違に着目して、前者の解釈は当事国の主観的判断の問題ではなく裁判所の判断に服する(これに対して後者は自己判断が可能である)旨、判示した。ICJ Reports 1986, p. 116. なお、自己判断に服する旨を条約中に明示した例として、米・ロシア投資保護条約議定書(1992年)パラグラフ8(「ある措置が自国の安全保障上の重大な利益を保護するためとられかどうかは、自己判断に服する」)がある。

5) Ibid.

された⁶⁾。OECDとしては、加盟国が外資規制を行うとしても3条に基づくのではなく2条の留保に基づくことを奨励していると言える。3条に基づく行動では透明性に欠けるばかりか当該措置がコードの枠外におかれてしまうのに対して、2条の留保に基づく行動であれば透明性を確保できるとともに当該措置を将来的に縮減していく可能性が排除されないからである。

我が国では、3条(i)のうち「公の秩序」にかかる業種としては、電力・ガス、熱供給、通信、放送、水道、鉄道、旅客運送が、「公衆の安全」にかかる業種としては、生物学的製剤製造業、警備業が、(ii)の「国の安全」にかかる業種としては、武器、航空機、原子力、宇宙開発、火薬類及びこれら産業等にかかる電子部品、電気機械器具、情報通信機械器具等製造業が、該当するとして外資規制がなされている(なお、(iii)は国連安保理による拘束力ある非軍事的強制措置を念頭においている)。ある業種が(i)に該当するか(ii)に該当するかは多少とも相対的である。条約ではpublic orderという用語ではなく英語ではpublic policyという用語が用いられるのがむしろ一般的でありEUでもこれを用いている。仏語では、ordre publicという用語は用いられるが、対応する英語の用語を見出すことは困難である(ICJは英訳なしにordre publicを用いている⁷⁾)。OECDは、日本以外のG7諸国およびEU等の国家安全保障戦略・計画を調査して、国家安全保障および公の秩序によってカバーされる脅威として想定されているものとしては、テロリズム、大量破壊兵器、外国による攻撃、グローバル感染症、自然災害、人為的緊急事態がほぼ共通に見られ、エネルギー安全保障、崩壊国家、組織犯罪を挙げるものもあったと指摘する⁸⁾。

OECDでは、1976年に採択された「国際投資及び多国籍企業に関する宣言」において、「II-1. 諸政府は、公の秩序の維持、国家安全保障、国際の平和及び安全に関する義務の履行のための必要性和両立して自国内の外国支配企業に内国民待遇を付与すべきである(should)」とし、「IV-3. 諸政府は諸措置を可

6) この点に関連して、中村吉昭・深尾京司・渋谷稔『対日直接経済投資はなぜ少ないか』(通商産業研究所研究シリーズ31号、1997年)42頁参照。

7) OECD, *Security-Related Terms in International Investment Law and in National Security Strategies* (2009), pp. 6-7.

8) Ibid., pp. 11, 14.

能な限り透明性のあるものにするよう努める」とした。これを受けて、OECD には加盟国から透明性のための措置が報告され、公の秩序の維持や国家安全保障の保護のための措置もここに報告されている。

最近の我が国の報告は次のようになっている。「I. 公の秩序及び重大な安全保障上の考慮に基づく措置 a. 設立された外国支配企業による投資 分野横断 (trans-sectoral) : 外国支配企業の特定投資計画は、航空機、武器、汎用品技術、原子力、宇宙、電力、ガス、ワクチン、保安、電信、放送サービスのよう産業セクターにおいて国家安全保障、公の秩序又は公共の安全が脅威にさらされると考えられる場合には変更又は停止されうる (根拠：外為法)。放送 (ケーブルテレビ及び電気通信役務利用放送は除く) : 外国 (支配) 企業は放送局を開設できず、また放送事業者として認可されない。役員のいずれかが外国人である又は議決権の1/5 (地上放送局の場合、間接投資を含む) 若しくは1/3 (受託放送事業者の場合) 以上が外国人である場合には外国支配企業と考えられる。根拠：電波法、放送法)、 b. 会社組織 電気通信：NTT 及び地域会社の取締役及び監事は日本国籍を有することが要求される (根拠：日本電信電話株式会社法)」 「II. 政府レベルでの透明性のため報告された他の措置 b. 会社組織 海運：日本船籍を取得するためには、会社は日本に本拠を有し代表者の全員及び業務執行役員の2/3以上は自国民でなければならない。日本船籍なしには船舶はカボタージュに従事できない。 (根拠：船舶法)」

「I. 公の秩序及び重大な安全保障上の考慮に基づく措置 a. 設立された外国支配企業による投資」に関してのみ他の G7 諸国の報告をみると、米国は、分野横断 (大統領は国家安全保障を脅かすおそれのある外国による取得を阻止できる)、航空輸送、海上サービス、海運、ラジオ・テレビ・電気通信を、英国は、航空宇宙/防衛、エネルギー、製造業、海運、合併規制を、フランスは、製造業、公の秩序・公共の安全・国防上の利益に影響を与える諸活動 (外国支配企業が以下の分野に投資する際には政府による事前の承認を要するとして、通信の傍受・探知に関する活動、セキュリティ・システムの評価・認証、汎用品技術に関する活動、暗号、機密の国防情報を扱う企業による活動、武器・弾薬・軍事目的や戦争

9) OECD, *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises List of Measures Reported for Transparency* (2010), pp. 50-51.

物用の火薬爆発物の製造・貿易、国防省と調査・供給契約を締結した企業による活動、テロ活動による病原性・毒性作用物の不法な利用及びその健康上のインパクトからの保護手段の開発・製造、賭博及びカジノ) と原子力を、ドイツは、分野横断 (経済技術相は、25%以上の直接・間接所有の契約締結から3ヶ月以内に公共の政策・安全に反していないかを審査できる) と国防を、カナダは、分野横断 (政府は国家安全保障を害する可能性のある外国投資を審査できる) を挙げ、イタリアはここでは特に挙げていない。

2条の留保に関しては、コメンタリーではOECDの基本方針として次の点を指摘する。¹⁰⁾ ①加盟国は留保の範囲を制限するよう奨励される。予防的留保 (precautionary reservations) は控えるべきであり、また完全な留保 (full reservation) を控えて限定的留保 (limited reservation) とすべきである。②コードの中核原則の1つは、新たな留保の導入を禁止するという standstill の義務である。③一旦留保がなされた場合でも、撤廃が可能かどうか定期的に審査に服するが、これは roll back 原則の結果である。

非居住者による直接投資に関して、我が国は、①次の分野への投資 (a. 農業、林業、漁業に関連する第一次産業、b. 鉱業、c. 石油、d. 皮革及び皮革製品の製造)、②航空輸送への投資、③海上輸送への投資、④NTT への直接・間接の外国資本参加は3分の1未満であること、を留保している。¹²⁾

10) *Ibid.* pp. 16-18, 33-37, 48-49, 86-97.

11) *OECD Code of Liberalisation of Capital Movements 2010*, pp. 32-34.

12) *Ibid.*, p. 92. ちなみに、非居住者による直接投資に関する他の G7 諸国の留保は次の通り。カナダは、①外国投資家による大規模な取得 WTO 加盟国の投資家の場合 3.12 億ドル以上の直接取得 (2009 年)、非加盟国の投資家の場合 500 万ドルの直接取得又は 5000 万ドル以上の間接取得)、②カナダの文化遺産又はアイデンティティーに関連する諸活動 (出版、映像、音楽、テレビ・ラジオ等)、③銀行・金融サービス、④保険、⑤航空輸送、⑥海上輸送、⑦電気通信、⑧ウラン鉱業、⑨漁業、を留保している (*Ibid.*, pp. 56-57)。フランスは、①非 EU 加盟国民による農業会社の設立及びワイン畑の取得、②航空会社 (EU 加盟国又は加盟国民によって過半数が所有され実効的に支配されなければならない、但し EU が署名した国際協定において別途規定された場合は除く)、③会社取得後のフランス船籍の 49% 以上の所有 (EU において設立された企業を通じての場合を除く)、④EU 域内に本部のない保険引受業の支店の設立 (特別の許可要件を課す)、⑤譲渡可能証券への集団投資事業 (EU 投資信託指令に基づく UCITS) の受託者は登記された事務所が EU 加盟国内にあること、を留保している (*Ibid.*, p. 75)。ドイ

コード8条では、2条の留保を付した加盟国も他の加盟国がとった自由化措置による利益を享受する、つまり、ある加盟国の留保内容を他の加盟国は前者に対して相互主義的に援用することはできない旨、規定する。¹³⁾ただし、これに対するいわば例外として、1986年7月16日の「対内直接投資及び拠点設立の分野におけるOECD加盟諸国の投資家間での相互主義及び／又は差別を含む措置及び慣行に関する理事会決定」¹⁴⁾において、OECDに事前通知しておけば、加盟国間においても相互主義に基づく外資規制が認められる。同決定では、前文において、「II. 相互主義が、少なくとも現在までいくつかの事案において、他の要因とともに自由化の実効的範囲を拡大するよう作用してきたことを

つは、①資本投資会社の投資ファンドのための寄託銀行の役割（EU域外に本社を有する非居住金融機関の支店には認められない）、②航空会社（フランスの②と同様）、③ドイツ船籍の取得（ドイツで設立された会社を通じての場合を除く）、④ドイツで設立された子会社を通しての放送（ラジオ、テレビ）分野への投資、⑤UCITS（フランスの⑤と同じ）、を留保している（*Ibid.*, p. 77）。イタリアは、①日刊新聞を発行する会社への過半数の参加又はその支配的な権利の取得、②EU非加盟国に本部を有するAV通信会社に付与されるライセンス、③EU非居住者によるテレビ・ラジオ放送会社の過半数の参加、④航空会社（フランスの②と同様）、⑤EU居住者以外の外国人によるイタリア船籍の過半数の権利の取得又はイタリアに本社を有する船舶所有会社の支配的な権利の取得、⑥イタリアの領水内での漁業に従事したイタリア船籍の購入、⑦証券投資会社の支店、代理店等の設立、⑧UCITS（フランスの⑤と同じ）、を留保している（*Ibid.*, p. 91）。英国は、①航空会社（フランスの②と同じ）、②EU加盟国の国民又は会社以外の者による放送認可（特に商業テレビ、テレテキスト、ラジオ認可を含む）への投資、③英国船籍の取得（英国で設立された事業体を通じての場合を除く）、④UCITS（フランスの⑤と同じ）、を留保している（*Ibid.*, p. 133）。米国は、①原子力、②放送（ラジオ、テレビ）、運送業、航空路情報提供、航空連絡用地上通信のライセンス、③航空輸送、④沿岸及び国内海運、④海洋熱エネルギー、水力発電、地熱、鉱業、EEZ内での漁業、⑤外国保険会社の支店、を留保している（*Ibid.*, p. 137）。

- 13) それゆえ、外為法27条3項二（我が国との間に対内直接投資に関する条約その他の国際約束がない国が我が国からの直接投資を制限している場合に、我が国も当該国からの直接投資に関して相互主義的に同等の制限ができる国内法上の根拠規定）は、OECD加盟国には適用されない。外国為替貿易研究グループ編『逐条解説 改正外為法』（通商産業調査会出版部、1998年）478,483頁。この規定が適用されるのは、対内直接投資等に関する命令別表第一（2011年8月現在、163ヶ国を明示）に掲げられていない国であり、アゼルバイジャン、カザフスタン、アフガニスタン、イラク、リビア、北朝鮮、ボスニア・ヘルツェゴビナ、ユーゴスラビア等、少数にとどまっている。

14) C (86) 119, *supra* note 11, pp. 150-152.

承認する」、「III. しかしながら、相互主義……のより拡張的な使用は、加盟国間の自由化の実効的範囲を減少させようことを確認する」としたうえで、「1. 本決定の日に存在する、対内直接投資及び拠点設立の分野におけるOECD加盟諸国の投資家間での相互主義及び／又は差別を含むすべての措置及び慣行は、機構に既に通知されていなければならない。それらは、本決定のパラグラフ5に記録されている」、「2. 本決定において記録されている措置及び慣行は、対内直接投資又は拠点設立の制限の範囲を拡大することなく漸進的に廃止されなければならない」と決定している。パラグラフ5の各国の措置に関しては、日本は通知していないが、G7のうち日本以外の6ヶ国は次のような通知をしている。カナダは、外国銀行の子会社の設立を、フランスは、①銀行・金融サービスにおける非居住者であるEU非加盟国の投資家による拠点設立、②EU非加盟国の保険会社の設立、③非EU居住者による情報、AV、保険仲介、炭化水素の探査・開発、スイス国境付近の農地購入を、ドイツは、外国に本部を有する航空会社の設立を、イタリアは、①液体・ガスの炭化水素の探査・開発、②非EU加盟国のツアー・オペレーター、旅行エージェント、旅行会社のライセンス付与を、英国は、非EU加盟国からの投資にかかる会社合併及び乗っ取りの承認を、米国は、①石油・ガスパイプラインの非居住者による取得または鉱物資源開発のための土地リース、②航空貨物運送及び航空機チャーター業への外国投資、③非居住会社への海底ケーブル陸揚権の付与を、相互主義の要件に服するとしている。¹⁵⁾

公の秩序および重大な安全保障上の利益に関しては、OECD投資委員会は「内国民待遇文書の明確化」と題する文書のなかで次の指摘をする。①公の秩序および重大な安全保障の概念の解釈は、適用される特定の文脈に依存し、状況に応じて進展しうる。②公の秩序及び安全保障は、一定の場合には、公衆衛生を含むと解釈されうる。③経済、文化または他の理由に基づいてとられる措置は、公の秩序および重大な安全保障上の利益の過度の拡大解釈によって隠蔽されるべきではない。④運輸及び通信分野等においては、状況が進展し、外国投資に関する規制が完全に国家安全保障上の考慮のみによって正当化されると

15) *Supra* note 11, pp. 153-155.

みなすことは困難である。⑤商業的動機と国家安全保障上の動機とが混在している場合には、措置は透明性の事項としてではなく例外として示されるほうが望ましい。¹⁶⁾

国家安全保障に基づく外資規制に関しては OECD 理事会は2009年5月25日に「国家安全保障に関する受入国の投資政策のためのガイドライン」¹⁷⁾を採択している。同指針は、国家安全保障に基づく外資規制のいわば先進国基準を示したものであると言える。同指針は、should (shallではなく)を用いていることからわかるように、法的拘束力は有しないものであるが、これに沿った行動は他の加盟国に対して対抗力を有し、逆に加盟国はこれにあからさまに違背する行動をとることは実際には困難であろう。OECD 理事会は、「このガイドラインは資本移動自由化コードをはじめとする国際協定上の既存の権利義務を変更することを意図するものではない」としたうえで、「I. 諸政府が、国家安全保障を守ることを企図した投資政策（措置を含む）を検討・導入する場合には、ガイドラインに規定されたように、無差別、政策の透明性、結果の予見可能性、措置の均衡性及び実施当局の説明責任という原則に依拠すべきであると勧告する」、「II. 非加盟国にこの勧告に従い、加盟国と同様の条件でフォローアップに加わるよう勧誘する」とした。同ガイドラインの内容は次の通り。

「1. 無差別：政府は無差別原則に依拠すべきである。一般に政府は、同様の状況におかれた投資家を同様に扱うという一般的適用措置に依拠すべきである。当該措置が国家安全保障を保護するために不十分である場合には、個々の投資家に関してとられる特定の措置は、国家安全保障へのリスクを提起する個々の投資の特定の状況に基づかなければならない。

2. 透明性／予見可能性：センシティブな情報の機密を維持することは投資家及び政府の利益ではあるが、規制の目的及び実行は結果の予見可能性を増大させるために可能な限り透明なものでなければならない。

・法典化及び公表 上位及び下位の法が法典化され便宜な形式で公表されなければならない。とりわけ、レビューにおいて用いられる評価基準が公衆に利用可能なものでなければならない。

16) OECD, *National Treatment of Foreign-Controlled Enterprises* (2005 Edition), pp. 112-113.

17) <http://www.oecd.org/dataoecd/11/35/43384486.pdf>

・事前通知 政府は、投資政策を変更する計画について関係者に通知する処置をとらなければならない。

・協議 政府は、投資政策の変更を検討する際には関係者の見解を求めなければならない。

・手続的な公平性及び予見可能性 厳格な時間の制限が外国投資に対するレビュー手続に適用されなければならない。投資家によって供与される商業上の機微な情報は保護されなければならない。可能な場合には、取引を制限又は条件づける行動が特定の時間の枠内にとられなかった場合には取引の承認となると規定する規則が検討されるべきである。

・投資政策行動の開示は説明責任を確保する第一歩である。政府は、投資政策行動を充分に開示することを確保すべきであるが、同時に商業的に機微な及び機密の情報を保護すべきである。

3. 規制上の均衡性：投資に関する規制又は取引に関する条件は、国家安全保障を保護するのに必要なものより大きくなってはならず、また他の既存の措置が国家安全保障上の懸念に対応するのに充分かつ適当である場合には避けられるべきである。

・不可欠な安全保障上の懸念は自己判断である OECD 投資諸文書は、何が自国の国家安全保障を保護するのに必要かを決定する権利を各国が有することを認めている。この決定は、厳格であって当該国の事情、制度及び資源を反映したリスク評価技術を用いてなされるべきである。投資規制と認定される国家安全保障上のリスクとの関係は明確でなければならない。

・狭い焦点 投資規制は国家安全保障に対する懸念に狭く焦点を合わせなければならない。

・適当な専門知識 安全保障関連の投資規制は、適当な国家安全保障の専門知識及び開かれた投資政策に関する行動のインプリケーションと規制のインパクトを比較衡量するのに必要な専門知識から便益を受けるよう設計されなければならない。

・個別適的な反応 もし用いられるとしても、制限的投資措置は、特定の投資提案によって生じる特定のリスクに適合したものでなければならない。これは、安全保障上の懸念に対応するが投資を阻止するには至らない政策措置（とりわけリスク緩和合意）を含むであろう。

・最後の手段 制限的投資措置は、たとえなされるとしても、他の政策（例、分野毎のライセンス、競争政策、金融市場規制）が安全保障関連の懸念を除去するのに利用できない場合に最後の手段として用いられるべきである。

4. 説明責任：内部的な政府による監視、議会による監視、裁判上のレビュー及び定期的な規制の影響評価及び重要な決定（投資阻止の決定を含む）は高い政府レベルでとられるべきであるという要件を満たすための諸手続は、実施当局の説明責任を確

保するよう考慮されなければならない。

・市民への説明責任 制限的投資政策に責任を有する当局は、その者にかわってこれらの措置がとられる市民に対して説明責任を負わなければならない。諸国家は、投資のレビュー・プロセスの中立性と客観性を保持しながらも政治的な説明責任を確保するため、政治的及び裁判上の監視メカニズムの融合を用いる。議会に対する実施当局の説明責任を高めるための措置が検討されるべきである。

・国際的な説明責任のメカニズム すべての国家は開かれた、正当な且つ公正な国際投資政策を維持することに集団的な利益を共有している。多様な国際的な標準を通じて、諸政府はこの集団的な利益を承認し、関連する国際的な説明責任のメカニズムに参加することに合意している（例、制限的な投資政策に関する OECD の通知及びピア・レビューの義務）。とりわけ、これらの支援は制限的及び差別的な政策を支持する国内の政治的圧力を束縛する。受入国政府はこれらのメカニズムに参加し、またこれらを支持すべきである。

・外国投資家への依拠 外国投資家が行政手続を通じて又は司法・行政裁判所において外国投資を制限する決定の見直しを求める可能性は、説明責任を高めうる。しかしながら、国家安全保障に関するいくつかの国家の憲法上の権限配分は裁判所の権限の範囲に制限を設けることになるかもしれない。さらに、裁判上及び行政上の手続は受入国政府及び投資家の双方にとって高額かつ時間を消費させるものになりうるため、メカニズムを機能させて決定の実効性、一体性及び客観性を確保し、そういった手続への依拠が稀になるようにすることが重要である。救済を求める可能性は、行政府が国家安全保障を保護するためその責任を果たすことを妨げるものではない。

・重要な決定（例、外国投資の阻止）の最終的な権限は高い政治レベルが有すべきである。そのような決定は、市場経済の重要な支柱である財産権の自由な表明を制限するかもしれず、またしばしば多くの政府諸部門の間の調整を必要とするため、高いレベルの関与を必要とする。投資を禁止（又は阻止）する最終決定は国家元首または閣僚のレベルでなされるべきである。

・実効的な公共セクターの管理 より広範な公共セクターの管理システムは、安全保障関連の投資政策に責任を有する政治レベルの高官及び官吏が、自らの責任を遂行するために妥当な注意を払うことを確保するための適当なインセンティブとコントロールに直面し、腐敗、不当な影響及び利益の相反から自由であることを確保することを助ける。」

III 主要国首脳会議、GATS、BIT における国家安全保障に基づく外資規制の扱い

近年の主要国首脳会議（G8）においても、国家安全保障に基づく外資規制についての言及がみられる。2007年6月7日のハイリゲンダム・サミット首脳宣言パラグラフ11においては、「我々は外国投資に対する国家的規制を最小化することに引き続きコミットする。こうした規制は、主に国家安全保障に関連する極めて限定的な事例にのみ適用されるべきである。そのような事例において従うべき一般原則は、無差別、透明性、及び予測可能性である。いかなる場合においても、規制措置は必要な範囲、程度及び期間を超えるべきではない」と宣言している。また、2008年7月6日の洞爺湖サミット首脳宣言パラグラフ6においては、「いかなる外国投資の規制も、主に国家安全保障上の懸念に焦点を当てた非常に限定されたものであるべきであり、かつ、透明性及び予見可能性、比例性、説明責任の諸原則に従ったものであるべきである」と宣言している。サミットの諸宣言は、法的拘束力を有するものではないが、これに沿った行動には他のメンバーに対して対抗力が付与され、逆にこれに反する行動をとることは政治的に困難になるという効果を有する。

サービス分野における投資の外資規制に関しては、GATSが関わることになる。同分野における投資は第3モードのサービス貿易（1条2項c）に該当する。GATSでは、最恵国待遇が一般的義務（2条）として、市場アクセスと内国民待遇が特定の約束（16条、17条）として定められているため、外資のみの規制はこれらに違背することとなる。ただし、14条の2（b）において、「加盟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とること」は妨げられないとし、「(i)軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供に関する措置、(ii)核分裂性物質若しくは核融合性物質又はこれらの生産原料である物質に関する措置、(iii)戦時その他の国際関係の緊急時にとる措置」を挙げている。投資との関連では、(i)に該当する軍事施設へのサービスを行う企業や(ii)に該当する原子力・核融合関連の企業への外資規制が想定でき、また、(iii)は国際関係の緊急時という特定の状況の発生を前提として外資規制に根拠を付与するものであると言える。そして同項

は、「自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める」という文言からも伺われるように、資本移動自由化コード第3条の場合と同様、自己判断によって発動できるものである。

次にBIT (EPAの投資章を含む)における国家安全保障条項について。我が国が2011年8月までに締結した16のBITのうち、日韓BIT 16条1項a、日・ベトナムBIT 15条1項a、日・ラオスBIT 18条1項a、日・ウズベキスタンBIT 17条1項d、日・ペルーBIT 19条1項dにおいては、「自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置(i)戦時、武力紛争その他の自国又は国際関係における緊急時にとる措置、(ii)兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置」をとりうる旨、規定する。また、日中投資協定議定書3においては、「(内国民待遇を規定する)協定3条2の規定の適用上、いずれか一方の締約国が、関係法令に従って、公の秩序、国の安全又は国民経済の健全な発展のため真に必要な場合において他方の締約国の国民及び会社に差別的な待遇を与えることは、『不利な待遇』とみなしてはならない」と規定する。我が国が締結したEPAの投資章のうち、日・フィリピンEPA 99条1項cにおいては、前述の投資諸協定と同様の条項が、日・マレーシアEPA 10条、87条及び日・スイスEPA 95条においては、GATS 14条の2が「必要な変更を加えた上で、この協定に組み込まれ、この協定の一部をなす」とし、これに基づき措置をとる場合には相手国に通報すべき旨、規定する。なお、日・シンガポールEPA 83条1項aにおいては、「公衆の道德の保護又は公の秩序の維持のために必要な措置」はとりうる旨、規定するが、国家安全保障には言及していない(同項の注では、「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」としている)。

国毎のBITおよびEPAの投資章における国家安全保障条項への言及については、OECD諸国等、43ヶ国を調査した結果によると、次のように整理される。¹⁸⁾①同条項をおかない国(カナダ、イタリア、ノルウェー、ブラジル、南ア等10ヶ国)、②ほぼ常に同条項をおく国(ドイツ(88条約中79)、インド(24条約中

20)、メキシコ、ベルギー、ルクセンブルグ)、③常に同条項をおく国(米国)、④同条項をおくことがある(相手国が②③の場合等におく)国(日本(2007年時点では19条約中3)、英国(91条約中1)、フランス(91条約中3)、オーストラリア(20条約中1)、中国(59条約中10)、ロシア(26条約中5)等27ヶ国)。なお、未採択に終わったMAI統合草案(DAFFE/MAI(98)7/REV1, 1998)にも公の秩序および安全保障に言及した「一般的例外」規定がある。¹⁹⁾同規定の2項では、重大な安全保障上の利益の保護のために必要と考える行動は妨げられない旨を規定し、3項では、恣意的な若しくは正当化できない差別の手段又は偽装された投資規制とはならないという条件を満たす限りにおいて、公の秩序の維持のために必要な措置は妨げられない旨を規定する(なお注記において、公の秩序の例外は真に重大な脅威が社会の基本的利益につき生じている場合にのみ援用されうと指摘する)。4項では本条に基づきとった措置は締約国団に通知する旨を規定し、5項では他の締約国により本条に基づきとられた措置が純粋に経済的理由に基づくまたは保護される利益と均衡していないと考える締約国は、相手締約国に協議を要請できる旨を規定する。

このような投資協定およびEPAの投資章における国家安全保障条項は、一定の状況の発生を発動要件とするものであって、特定の業種への外資参入を先決的に排除するための根拠となるものではないと解せられる。

IV 我が国における外資規制

我が国における外資規制は、個別業法に基づくものと外為法に基づくものとに大別される。個別業法に基づくものとしては、航空法(外国人が代表者である又は外国人役員若しくは外資による議決権が1/3以上の会社には航空運送事業は許可されない。101条1項)、貨物利用運送事業法(外国人が代表者である若しくは外国人役

19) *Supra* note 4, p. 96, <http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf> (p. 76)

20) MAI統合草案のコメントリー(DAFFE/MAI(98)8/REV1)では、同項につきある代表が、「必要と考える」(which it considers)という文言は括弧で括るべきであり、そうすることで、ICJ判決(ニカラガ事件本案判決を指すと考えられる)の趣旨からも、本項の自己判断的な性格を除去でき、潜在的な濫用に対する歯止めになりうる旨、指摘する。<http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng988r1e.pdf>

18) *Supra* note 4, pp. 98, 112-134.

員又は外資による議決権が1/3以上の会社には第1種・第2種貨物利用運送事業は許可されない。6条1項、22条)、鉱業法(鉱業権・祖鉱権を日本法人に限定。17条)、船舶法(日本国の船舶は、日本法人であってその代表者の全員及び業務執行役員の2/3以上が日本国民であるものが所有する船舶に付与。1条)、電波法(外国人役員がいる場合又は外資による議決権が1/5以上となる無線局には免許は付与されない。5条4項)、放送法(一般放送事業者は外国人役員がいる場合又は外資による議決権が1/5以上となる場合には名義書換を拒否できる。52条の8 1項)、日本電信電話株式会社法(NTTの外資による議決権を1/3未満に限定。取締役・監査役は日本国民に限定。6条、10条)等がある(上記の議決権規制にはいわゆる間接出資規制も含まれる)。外為法に基づく外資規制業種は、IIでみたように、「国の安全を損ない、公の秩序の維持を妨げ、又は公衆の安全の保護に支障を来すことになるおそれがある対内直接投資にかかる業種」と、「資本移動自由化コード第2条bに基づき留保している対内直接投資にかかる業種」とに分類される。

各国毎の外資規制の態様は、²¹⁾①事前届出方式(日本、フランス、ドイツ)か事後介入方式(米国、英国)か、②対象業種が特定されている(日本、フランス、ドイツ)か全業種を対象とする(米国、英国)か、③規制対象となる株式取得の割合が明示されている(日本(外為法では10%)、フランス(33%)、ドイツ(25%))か自国企業の合併・買収一般を規制対象とする(米国、英国)か、という3つの点から分類が可能である。

以下、2008年に生じた外資規制をめぐる2つの事案(外為法に関わるJパワー・ケース及び個別業法が問題となる空港会社に対する規制のあり方)を通じて、我が国における外資規制のあり方について検討することにした。

Jパワー・ケースは、²²⁾英国のファンドTCIがJパワーの株式買増(10%以上の株式取得)を目指して2008年1月15日に事前届出(外為法27条3項)をしたところ、財務省および経済産業省は同年4月16日に中止勧告(同条5項)をし、これを応諾しないTCIに対して同年5月13日に中止命令²³⁾(同条10項)を発した

21) 諸外国における外資規制の概要については、経済産業省「電源開発(株)に対するTCIの投資に係る外為法に基づく中止命令について」別添2補足資料説明 http://www.meti.go.jp/press/20080513001/04_02.pdf (p. 2)、およびJETRO 海外ビジネス情報 <http://www.jetro.go.jp/biz/> 参照。

というものである。中止命令につき要点のみ記すと、「外為法では、『公の秩序の維持』等の観点から事前届出業種として指定している。当該基準は、OECD資本移動自由化コード第3条において国際的に広く認められた規制事由である。他の先進諸国では、安全保障の観点から重要基幹施設として投資規制の対象とされ、又は政府による株式保有の対象となっている場合があるが、実質的な規制範囲は我が国と概ね同様である」(2頁)としたうえで、「公の秩序を妨げるおそれ²⁴⁾」の認定につき、「株式の追加取得及びこれに伴う株主権の行使を通じて、発行会社の経営や送電線・原子力発電所をはじめとする基幹設備に係る計画・運用・維持に影響を及ぼし、それらを通じて電気の安定供給や原子力・核燃料サイクルに関する我が国の政策に影響を与えるおそれがあると認められる」(4頁)とする。

電気業は、資本移動自由化コード3条(i)に該当する「公の秩序の維持」に係る業種として説明されてきたものであり、OECD諸国のうち11ヶ国が電気事業につき外資規制を設け、また18ヶ国が主要電力・送電会社を国等が保有しているという「国際的相場観」からしても、Jパワー・ケースは国際的には何ら特異なものではない。もっとも、同ケースは、「公の秩序を妨げるおそれ」の解釈基準が何ら明示されていないため、「透明性が欠如した規制ではないか」という懸念を露呈することになった。この点につき参考となると思われるのが

22) 同ケースにつき、古城誠「TCIファンドによるJパワー株式の取得」『法学教室』337号(2008年)8-12頁、Noboru Kashiwagi, Foreign Direct Investment, Public Order and National Security, *University of Tokyo Journal of Law and Politics*, vol. 6 (2009), pp. 45-59, 拙稿 Restrictions on Foreign Investment in the Energy Sector for National Security Reasons: the Case of Japan, in Aileen MacHarg et al (eds.), *Property and the Law in Energy and National Resources* (Oxford University Press, 2010), pp. 311-325, 本郷隆「外資規制法の構造分析」『東京大学法科大学院ローレビュー』第6巻(2011年)127-162頁。

23) 「TCIファンドに対する命令について」http://www.meti.go.jp/press/20080513001/03_01.pdf

24) 「イ 国の安全を損ない、公の秩序の維持を妨げ、又は公衆の安全の保護に支障を来すことになること」又は「ロ 我が国経済の円滑な運営に著しい悪影響を及ぼすことになること」のいずれかの事態を生じるおそれのある対内直接投資(第27条3項)が中止勧告・命令の対象となる。

25) 注21の補足資料説明3頁参照。

米国法である。米国の現行法（2007年外国投資及び国家安全保障法²⁷⁾）では、外国の企業やファンドによる米国企業の取得について大統領が考慮できる（may）11のファクター²⁸⁾を明示している。これらのファクター自体も明確なものとはいえないかもしれないが、「国の安全を損ない、公の秩序の維持を妨げ、又は公衆の安全の保護に支障を来すことになるおそれ」について透明性や説明責任を確保する観点からは、何ら基準がないよりはるかに望ましいと言えよう。外為法を改正してこのような基準を明示することが望ましいが、法改正が無理であれば政令レベルでも何もないよりはましであろう。

次に空港会社に対する規制のあり方について。空港運営会社に対する外資規制の根拠となる国内法は我が国には存在しないなか、オーストラリアのファンド Macquarie Airports が日本空港ビルデング（羽田空港のターミナルビル等を所有・運営、東証1部上場）の株式の買い増しをすすめた。2008年初旬に国土交通

26) なお、中止命令では、「TCI ファンドは、弁明において、財務大臣及び経済産業大臣は、『おそれが十分に払拭できない』として投資の中止を命じようとしており、このような考え方は、『おそれ』を認定するためには『明白な法益侵害の切迫』と『具体的予見』が必要であるとした泉佐野市民会館事件に関する最高裁判決（最高裁第三小法廷平成7年3月7日判決）に反すると主張している。これについては、TCI ファンドが指摘する最高裁判決は、泉佐野市が条例上の『公の秩序をみだすおそれ』という要件に基づき特定団体に対して市民会館の使用を拒否した処分と憲法第21条において保障される『表現の自由』との関係を判断したものであって、憲法第29条において保障される財産権に関する外為法の解釈運用とは関連性を有しない」（6頁）とする。

27) 米国法につき、渡井理恵子「アメリカにおける対内直接投資規制の現状」『慶應法学』第19号（2011年）117-137頁。

28) ①国防上の要求に必要な国内生産、②国防上の要求に合致する国内産業の能力、③外国人による国内の産業および商業活動のコントロール、④テロ支援国家又はミサイル技術もしくは化学・生物兵器拡散国への軍事物資・装備・技術の販売に当該取引が与える潜在的効果、⑤米国の安全保障に影響を与える分野における米国の技術上のリーダーシップに当該取引が与える潜在的効果、⑥主要なエネルギー資産を含む米国の重要なインフラへの潜在的な国家安全保障関連の効果、⑦米国の重要な技術への潜在的な国家安全保障関連の効果、⑧当該取引が外国政府によってコントロールされた取引であるか否か、⑨当該国の不拡散コントロール体制への遵守、反テロリズムへの協力における米国と当該国との関係および輸出管理法令を含む軍事応用技術の積替・転用の可能性についての現行の評価のレビュー、⑩エネルギー源および他の重要な資源・物資に対する米国の必要性の長期的な予測、⑪大統領又はCFIUS（対米外国投資委員会）が一般的にまたは特定のレビューまたは調査に関連して適当であると決定しうる他の要因。

省は空港整備法改正のなかに空港運営会社につき外資規制（1/3の議決権規制）を導入しようとした所、政府部内でも賛否が分かれたため、この問題を含めて同社及び完全民営化を検討する成田空港会社に対する規制のあり方については、「空港インフラへの規制のあり方に関する研究会」において検討がなされた。²⁹⁾同研究会の同年12月11日の最終報告書では、成田空港会社に関しては、「資本規制については、我が国の開かれた投資環境の整備という要請と外国資本が成田空港会社の運営を実質的に支配した場合に予想される弊害を総合的に検討した結果、外国資本のみ取扱いを異にする合理的なことが、成田空港会社の責務の確実な実施を図る観点からは外国資本のみを規制することでは不十分な面もあること等の理由から、空港インフラに係る資本規制の検討に当たっては、内外無差別を前提にすることとした」（7頁）。そのうえで、資本規制については、20%以上の株式保有規制を提言した（9頁）。羽田空港ビル会社については、成田空港会社と同様、内外無差別を前提に資本規制の必要性について検討を行い、新たに資本規制を課すべきではないとの意見が過半数を占めたが、複数の委員から資本規制を課すべきとの意見があり、両論併記となった（14頁）。新たに外資規制を設けることや外資規制を強化することは、前述のOECD やサミットの合意からも困難であることに加えて、日本への積極的投資を奨励する政府の政策（Invest Japan）とも適合しがたいものであるため、採用できるオプションではなく、ただし、必要な資本規制と行為規制は内外無差別原則の下に導入するという方針が示された。このような考え方は、他分野においても採用可能なものであろう。

V おわりに

最後に、次の3点を指摘しておきたい。

第1に、我が国における外資規制の法制および審査機関を一本化することの是非について。現行では、外資規制の法的根拠は業種によって外為法と各業法とに分かれ、審査機関も外為法では「財務大臣及び事業担当大臣」、各業法で

29) <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/kuukou/index.html>（最終報告書も掲載）。筆者もメンバーであった。

は当該法の担当大臣となっている。これに対しては、米国では規制の法的根拠は基本的に外国投資及び国家安全保障法に、審査機関も官庁横断的な機関であるCFIUS（対米外国投資委員会）に一本化されている。我が国においても、外資規制の整合的な運用と透明性の確保を重視するのであれば、規制の法的根拠を外為法に一本化し、統一的審査機関を設けることは検討に値するかもしれない。なお、経済制裁についても、外為法を法的根拠にする措置と各業法を法的根拠にする措置が混在し、特に国連安保理の非軍事的強制措置の履行のためにパッチワーク的な対応を余儀なくされている。このような現状を改めるため、米国の国連参加法のような経済制裁法を新規立法することは検討に値すると以前、指摘したことがあるが³⁰⁾、この際、外資規制とあわせて「経済安全保障（基本）法」といった新規立法を行うことも想定できよう。

第2に、今後増加が見込まれる新興国による我が国の「戦略産業」に対する投資にどう対応するかについて。ここで特に留意すべきなのが、特に新興国の政府系ファンド（SWF）による我が国のいわゆる戦略産業への投資である³¹⁾。外資規制一般のルールがSWFについても適用されることは言うまでもないが、SWFは経済的動機以外の動機にも基づいて行動するのではないかと懸念が払拭できない以上、一般論として審査がより厳格になることは予想される。米国財務省は2008年にアブダビ投資庁（ADIA）及びシンガポール政府投資公社（GIC）との間で政策原則につき合意した。我が国においても参考になるが、中国のSWFである中国投資有限責任公司（CIC）等との合意は容易ではないかもしれないため、財務省がSWFの投資受入に関する政策原則を打ち出す方が現実的であろう。そのなかでは、①国家安全保障の保護や公の秩序の維持のために基づく外資規制は安全保障や公の秩序に対するリスクと均衡のとれたものとする、②SWFに対してサンチャゴ原則第19原則細則1（投資決定が経済上の考慮以外のものに従う場合には、投資政策において明示・公表されなければならない

30) 拙稿「経済制裁と国際法（ロースクール国際法第8回）」『法学教室』338号（2008年）130-131頁。

31) SWFにつき、拙稿「政府系ファンドと国際法」秋月弘子・中谷和弘・西海真樹編『人類の道しるべとしての国際法（横田洋三先生古稀記念論文集）』（国際書院、2011年）623-654頁。

い）に従うよう要求すること、③SWFに関する主権免除や課税のルールを明確に述べることが求められよう。

第3に、いわゆる戦略業種における黄金株の導入について。外資規制を必要最小限なものにしつつ、公の秩序や国家安全保障に関わるいわゆる戦略業種を外資から保護するための手段として、黄金株（拒否権付種類株式）の導入は検討に値するかもしれない。我が国においては、唯一、国際石油開発帝石ホールディングスにおいてのみ黄金株が導入されているが、もしJパワーが黄金株を導入していたならば2008年の「騒動」はそもそも発生しなかったのである。黄金株は株主平等原則に相反する、株価を下げるといった観点から敬遠されているが、戦略産業の自主防衛手段であると同時にコストのかからない規制であるという観点からも検討する必要がある³²⁾。

32) なお、空港インフラへの規制のあり方に関する研究会最終報告書（前掲注29）では、成田空港会社に対する資本規制に関して、「黄金株については、株主間の権利の平等性を妨げるおそれがあること、限られた事態への対処であること等の問題があり、導入については慎重であるべきである」（9頁）と指摘する。



Horitsu Bunka Sha

国際経済法講座 I
— 通商・投資・競争 —

2012年11月30日 初版第1刷発行

編 者 日本国際経済法学会

編集代表 むら せ しん や
村 瀬 信 也

発 行 者 田 藤 純 子

発 行 所 株式会社 法律文化社

〒603-8053

京都市北区上賀茂岩ヶ垣内町71

電話 075(791)7131 FAX 075(721)8400

<http://www.hou-bun.com/>

* 乱丁など不良本がありましたら、ご連絡ください。
お取り替えいたします。

印刷：中村印刷(株)／製本：(株)藤沢製本

装幀：白沢 正

ISBN978-4-589-03464-9

©2012 The Japan Association of International
Economic Law, S. Murase, Printed in Japan

JCOPY <(社)出版者著作権管理機構 委託出版物>

本書の無断複写は著作権法上での例外を除き禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(社)出版者著作権管理機構(電話 03-3513-6969, FAX 03-3513-6979, e-mail: info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。