慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	国際航空法における地域主義の動向 (二・ 完)
Sub Title	The movements of regionalism in international avlation law (2. end)
Author	長田, 祐卓(Osada, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2004
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.77, No.9 (2004. 9) ,p.73- 107
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20040928-0073

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

国際航空法における地域主義の動向（二・完）

長田祐卓

はじめに
第一節　欧州連合における航空運送の自由化
(一)　自由化の前兆
(二)　運賃決定の自由化
(三)　輸送力及び市場アクセスの自由化
(四)　免許規則
第二節　欧州委員会の競争政策
(一)　競争実施規則
(二)　支配的地位の濫用と企業集中
(三)　残された課題――競争政策の調和の必要性
(四)　国家の援助
……（以上七七巻八号）
第三節　自由化とスロット配分
(一)　スロット問題の一般的背景とその所在
(二)　スロット配分規則
第四節　欧州委員会の対外航空権能
(一)　オープンスカイ判決以前
(二)　オープンスカイ判決とその影響
第五節　EU以外の地域的自由化
おわりに
……（以上本号）

第三節　自由化とスロット配分

㈠　スロット問題の一般的背景とその所在

空港スロットとは空港離発着のために指定された日及び時間をいうが、飛行時間や遅延を考慮して、実際には例えば一六時四五分～一七時というように時間枠で配分される。[148] 各航空会社の運航時刻表では更に正確な時刻で表示されており、商業上・運航上の理由で特定の時間帯に出発時間が集中するために、とりわけ空港容量（滑走路容量・ターミナル容量）に制約のある空港ではピーク時の混雑を招くことが多い。空港スロットはまた、航空交通管制（ＡＴＣ）スロットとも異なる。ＡＴＣスロットは、航空交通を円滑化し航空機の流れを効率的に規制することによりルート上の地点（空域）または目的地空港の利用可能な容量を最適利用するために管制当局により配分される離発着時間をいう。従って、航空交通管制のために航空会社のスケジュール通りに離発着できない場合もある。特に混雑空港における空港容量の制約の厳しさは世界的に共通の問題であり、欧州においても、例えばヒースロー、ガトウィック、フランクフルト、リナーテの各主要空港における航空需要は既に供給を上回っている。[149]

スロット配分（slot allocation）とスケジュール調整（schedule coordination）とは区別されなければならない。スロット配分は比較的広い時間帯の中で誰が運航できるかを決定するプロセスであるのに対し、スケジュール調整はその時間帯の中で何時に運航が行われるかを決定するプロセスである。[150] 一般に国際便のスケジュール調整は夏・冬年二回ＩＡＴＡのスケジュール調整会議で行われている。[151] 航空企業は各会議の約三週間前に空港当局が各制約空港について指名している調整官（その多くはその国の航空企業）にスケジュール認可の要請を行い、調整官

は情報を整理しスロット要請が容量を上回っている空港を識別する。優先順位の低い要請については、各会議の冒頭で利用可能な近隣の代替時間帯が提供されることにより需給関係を合わせており、また先例として、スロット要請は前年同期にスケジュールされた便の八〇％を運航している航空企業が優先されている。会議期間中のスケジュール調整は代替時間帯については航空企業と調整官との討議で行われ、またスロット交換については航空企業間で行われているが、すべてのプロセスがコンセンサスをベースにしている。ＩＡＴＡの調整手続では、空港容量の制約の程度を識別するために、需要が容量限界に近づき一日のうちの特定時における緊急なスロット不足の解消のためにスケジュール調整の自発的協力が利用可能な「スケジュール促進空港」と需要が供給を超過している「完全調整空港」とに分類されているが、一九九〇年と九九年の完全調整空港の数を基準に地域的な比較を行った場合、多い順に欧州、アジア太平洋、アフリカ、北米、中東となっており、欧州については九三年のスロット規則の導入以降その数が増加している。(152)

空港スロットの配分は、既述のように、航空交通管制・空港インフラの制約という物理的・技術的理由や騒音規制、例えば、夜間飛行禁止時間帯（curfews）のような環境上の理由を考慮して実施されているが、市場アクセスという法的経済的問題とも密接に絡んでいる。一般に、国際空港におけるスロットの法的規制は、シカゴ条約第一五条のような基本的で世界的なレベル（但し、二国間または地域的な協定で補完される）、ＥＵのような地域的レベル、国内規則のレベルという三つのレベルで実施されている。シカゴ条約第一五条は、国際空港・航行援助施設の利用に関してすべての締約国に最恵国待遇および内国民待遇を認めたものである。スロットのような空港アクセスも解釈上は「空港の利用」に含まれると解されるが、同条が定めるような統一的待遇との関連で政府間の紛争になることは稀である。むしろ、航空企業が二国間航空協定上の運輸権を有しているにも拘らず、スロット不足のために当該空港へのアクセスの確保や増便ができないような特定のケースに紛争となるのが一般的で

あり、その場合「締約国は特定路線において協定業務を運営する公平かつ均等な機会を有する」という二国間航空協定に定める規定に依拠するのが通例である。[153]

運輸権とスロットの相関関係を政府の意思決定過程の中で捉えると、国際定期業務を運営するには、先ず、政府間レベルで路線や路線上の地点を明記した二国間協定の枠組みの中で運輸権（traffic rights）という一般的許可を必要とする。次に、相手国航空企業に対して飛行計画に基づいて運営許可証（operating permit）なり免許が発給されるが、運営許可証はある期間中の特定時における特定空港が関わる飛行計画に関係している。更に最終段階として、空港当局による空港容量や飛行の安全を考慮した空港スロットの規制が関わる。もっとも政府の意思決定に関わるこれら三つの段階はそれぞれ異なり、特に最初の段階の運輸権と最終段階のスロット規制との関係はしばしば切断されるか、少なくとも間接的なものとされてきた。[154] しかし、これらがいずれも行政的性質のものであることに変わりなく、また二国間航空協定にいう「適当な運営許可」には空港スロットを利用させる際の公平かつ均等な待遇を含んでおり、かつシカゴ条約第一五条の空港・空港施設の利用の均等待遇を考慮すれば、空港スロットは運輸権なしには獲得し得ないし、運輸権は空港スロットを含む運営許可なしには無価値であるという両者の相互依存関係は明らかである。その観点からすれば、運輸権取得そのものが直ちにはスロット配分を意味するものではないにせよ、その権利を実効的なものにする一般的な責任（義務）が権利付与国に生ずるとも指摘されている。[155] 運輸権とスロット配分とのこのような関係は、EU域内の規則にも当てはまるであろう。何故なら、第三パッケージ以降混雑空港が増えている現状において、EU域内の市場アクセスの自由化が文字通り実質的価値を持つか否かは、スロット配分の在り方とも不可分に関係しているからである。とりわけ、市場アクセスの自由化が競争の促進を意味する以上、新規参入企業へのスロット配分の仕組みが重要となる。

(二) スロット配分規則

EUのスロット配分規則（以下「九三年規則」[156]）では、スロットは各構成国が調整空港または完全調整空港に指定した空港について指名する調整官（coordinator）により配分される[157]。配分に際しての基本原則は、「中立性」、「非差別性」および「透明性」である[158]。スロット配分が行われる空港では年二回、権限ある当局（通常は空港当局）は航空交通管制の代表や関税・入管当局などの関係当事者と協力して空港容量を決定し、その結果を調整官に通知し、更に調整官は航空企業に彼らの要求を各シーズンに先立って通知するよう要請することになっている。

スロットの効率的利用や競争政策の観点から、最も興味を惹くのは祖父権（grandfather rights）、スロットの交換・移転、スロットのプールに関する規則である。配分規則は祖父権について「調整官により許可されたものとして航空企業が運営してきたスロットは、次期相当のスケジュール期間中において同一スロットを主張する権利を当該企業に与える[159]」と定めている。祖父権は米国のスロット規則と同様スロット配分を開始するベースとなり、またIATAの基本原則でもある。スロットはまた、空港運営が阻害されないとか地域業務に関して構成国が課す制限が尊重されているなどの条件の下に、航空企業間の自由な交換や一航空企業から他の航空企業への移転が認められている[160]。更にまた、新設スロット、未使用スロット、放棄スロットはプールされ申請企業間で配分されるが、これらのスロットのうち五〇％は新参入企業に配分されることになっている[161]。加えて、米国の規則と同様に「使わなければ失う」の規則が採用され、例外的な情況を除き、配分された期間中八〇％以上使用されていないスロットについてはプールに入れられることになっており、その限りで祖父権は緩和されている[162]。

九三年規則については、従来から、祖父権はスロットの利用可能性の確保や稀少資源である空港容量の効率的利用の最大化に繋がっていないとか、交換・移転規則は曖昧で金銭的補償を伴う売買が認められるのかとか、あるいはこれらの議論の前提としてスロットの法的性質が不明確であるなどの疑問が提起されてきた。構成国の中

には九三年規則で負わされている義務の履行を遅滞する国もあった。また、これらについて見解が分かれている状況の中、メジャー企業による小企業の買収を通じたスロット取得（九七年のBAによるBCa1の取得）、子会社のレンタルを通じたスロット使用（ノマン航空とエアワン航空の契約）、AB航空が保有するガトウィック空港のスロットのヴァージンアトランティック航空への売却（二〇〇〇年五月）のように、スロット取引の「隠れ市場」（hidden market）が実態として生まれているとさえいわれている。[163]

一九九五年一〇月、欧州委員会は九三年規則の改正案の検討を委託したコンサルタント会社クーパーズ&ライブランド社の報告書（以下「クーパーズ報告書」）を公表し、構成国及び航空産業界等の利害関係者の意見を募った。同報告書では、祖父権が最初のスロット配分の日から一〇相当スケジュール期が経過した後に失効するという時限性や高値入札制の導入の提言など、祖父権の実質上完全な廃止なるものや対立のある意見が含まれていた。[164]委員会はこれらの意見・批判を踏まえて、二〇〇一年六月、九三年規則の改正案を採択した。[165]改正案では先ず、多様な議論の前提ともなるスロットの法的性質について、スロットとは離発着のために特定日及び時間に調整空港（九三年規則にいう完全調整空港）の空港インフラを利用するための航空企業への授権（entitlement）をいうと定め、その法的性質を明記した。[166]改正案の冒頭に付された説明覚書（Explanatory Memorandum）によれば、スロットの財産権的性質が否定されたことにより、配分制度はスロットが特定の規則に基づき最適の航空企業に公共財として配分される制度であることが明確になった。[167]これはいわばスロットのコンセッション（特権）としての性質を定義したもので、米国規則にいう運航上の特権（FAAの立場）という考え方と同旨である。

祖父権の見直しの必要性については、最も対立が予想された。米国の場合と同様、欧州でも祖父権に基づいてスロットを単に蓄える目的のためだけに保有する傾向があり、スロットの移動性が低いと指摘されてきた。また、入札制度が導入された場合、祖父権は一時的にせよ先発企業に競争優位をもたらし不公正だとの議論もある。し

かし、祖父権そのものが当然に不公正だとは必ずしもいえない。早い者勝ちの論理に基づく既得権の尊重を緩和する弾力的措置が必要だとしても、先発企業はスケジュールに見合う人員・設備面での多大な投資を行ってきており、また旅客サイドから見ても、安定性、継続性及び企業の事業投資がもたらすサービスの質の向上からの便益を受けられるからである。[168] 構成国の中には、英国のように、入札と組み合わさった時限的なコンセッションに基づく制度が有効な解決だとする意見もあったが、構成国や航空産業界の大半は、祖父権の完全な保護という現在の慣行から大きく逸脱するような市場アクセスのための措置の導入には慎重であった。[169] 改正案ではクーパーズ報告書で提言されたような時限的な祖父権の考え方は採られていないが、一連のスロットが要請されたスケジュール期間中の離発着のために空港インフラを利用する権利として配分されるものであり、その期間満了の際には、スロット・プールに返還されることを前提にしている。[170] もっとも、この前提は「使わなければ失う」の条件が満たされれば適用されない。[171] 従って、祖父権化される一連のスロットは、最小限八〇％の使用条件を満足する限りで、次期相当のスケジュール期間における同一の一連スロットに対する権利でしかないことが九三年規則以上に明確化されている。[172] また、プールから他の申請航空企業に残余スロットを配分する以前のスロットのリタイミング（retiming）については、使用航空機材または運航路線の変更に起因する運航上の理由でのみ認められるとして、リタイミング状況を明確化している。[173] リタイミング（時間再調整）はＩＡＴＡスケジュールガイドラインの一部として広く航空産業界では承認されてきた慣行であったが、九三年規則では認められていなかった。リタイミングにより祖父権を伴うスロットの放棄がし易くなる一方で、これを一般的に容認すれば新参入企業には余り魅力的でないスロットだけが残されることになるため、運航上の理由だけに限っている。[174]

九三年規則の「交換・移転」に関する規定がスロットの売買を認めているかどうかは、同規定の文理解釈からして必ずしも明らかではない。一九九九年、英国の高等裁判所は、Regina v. Airport Co-ordination Limited

ex parte of The State of Guernsey Transport Board 事件において、「スロットが交換される場合、より価値が高いと思われるものの取得者による金銭的支払いを伴っているという事実は、交換を売買に転換し交換の適用範囲から取り除くわけではない」と判決したが、金銭的授受を伴う「移転」については認定を避け、定義の不明確さに言及した[175]。米国のスロット売買規則が必ずしもスロットの移動性を促進していない状況があるため改正には相当の議論があったが、改正案では、法人的繋がりのある航空企業グループ間で必要な柔軟性を確保すべく、親会社から子会社へまたは事業買収の一環として、金銭授受の有無に拘らず移転できるようにする一方、リースについては金銭的補償の有無を問わず認められていない[176]。更に、交換については、受取るスロットの使用を約束する場合に一対一で交換できるとされ、英国の裁判事例のように交換されるスロットを運営する意思がない場合には、調整官は交換の確認を拒否しなければならない[177]。

改正案ではプールされたスロットの五〇％を「最初に」新規参入者に配分されるとして、新規参入者の優先性を一層明確にしている[178]。他方で、混雑空港と地域空港との間に十分な業務を維持するために「新規参入者」の定義を若干拡大するとともに、共同運航やフランチャイズなどを通じて既成航空企業が新規参入者の地位を得ることがないよう、即ち、真正な新規参入者のみが規則の恩恵を受けられるよう定義を強化している[179]。

以上のように、改正案には、祖父権の弾力化、スロット交換・移転規則の明確化、新規参入者への優先配分を通じて、競争促進的なインセンティブが多分に含まれている。スロットの入札制度やリースが採用されていないのはスロットの有効利用を強調する立場からすれば不十分な改正と見なされるであろうが、米国の経験等を踏まえながら、欧州委員会なりに先発航空企業と新規参入者の双方の利害に正当なバランスを見出そうとした結果であろう。しかし、これらの競争促進的措置だけで市場アクセスの自由化が実質的な価値を持つという保証はない。何故ならば、構成国には空港混雑や環境問題を理由として、運輸権行使に条件・制限を課しまたはそれを拒絶で

きるセーフガードが自由化パッケージの中で認められているからである。[180] これに関して、改正案では、スロット配分を決定する調整官の独立性を事実上も確保し、[181] スロット配分のための構成国による要素決定（空港・空域容量等の分析）における透明性・客観性を高め、[182] かつ情報交換の円滑化を図る詳細な規定を置くことにより、[183] 構成国の恣意的な判断に歯止めをかけようとする試みは評価されるべきであろう。

スロットが時間的、空間的に有限な資源であることは間違いないが、石油・天然ガス等のような枯渇しうる資源ではない。換言すれば、時空間的存在であるスロットが航空機によって充塡されてこそはじめて資源としての価値を持つものであり、その意味では、静止衛星が置かれる静止衛星軌道が「空間充塡性資源」であることと同じ性格を有している。[184] 空港スロットは一国の領域主権の下に置かれ静止衛星軌道は領域主権の設定が禁止される空間に位置しているという両者の基本的相違を考慮するにしても、航空活動が自国内地点と外国内地点とを連結する国際的性質を帯びていることに変わりはない。そうだとすれば、静止衛星軌道・軌道スロットと同様、空港スロットもまた、国または運航者がその有効かつ効率的な使用のために、他の国・運航者の協力を必要とする資源であるといえよう。右改正案で示された個々の規定の成否は欧州議会・理事会の今後の検討に委ねられているが、[185] EUはそのような協力の制度的枠組みの下で市場アクセスにとって構造的障害となるスロットの制約を可能な限り合理的に除去しようとし努めているのであり、スロットの制約が自由化の否定・遅延を正当化する根拠とは考えられていない点は強調されて良い。

第四節　欧州委員会の対外航空権能

(一)　オープンスカイ判決以前

欧州委員会が、域外諸国と航空協定の交渉・締結の排他的権能を有するかどうか、EU諸国と米国とのオープンスカイ協定交渉が進む中で法的政治的な争点の一つとなってきた。既に理事会決定80/50において対外航空関係に関する委員会と構成国との関係が認識されるようになっていたが、この決定は、ICAO等の国際機構の場を通じた事前協議と域外国との二国間航空交渉における相互の情報交換を構成国に義務付けるに止まり、かなり控えめな内容であった(186)。一九九〇年二月、欧州委員会は対外航空関係に関する理事会決定の法案を作成し、域外国との航空関係の商業的側面については、(i)共通通商政策を定めた欧州連合条約第一三三条（旧一一三条）に基づき委員会が排他的な権能を有すること、また(ii)非商業的事項についてもそれらが共同体法の対象となるか域外国との航空協定が共通規則に影響する恐れがあるような場合には委員会の排他的権能に属するという立場を示した。ECJはかつてAETR判決において、「国際協定を締結する共同体の権能はEC条約による明示の授権からだけでなく、条約の他の規定及び当該規定の枠組みで共同体諸機関が採択した措置からも同様に生ずる」のであり、「特に、EC条約が描く共通政策の実施の目的で共同体が共通規則を定めるたびに、これらの規則がどのような形であれ、これらの規則に影響する非構成国との義務を個別的にせよ集団的にせよ取り決める権利は構成国にはもはやない。当該共通規則が存在する程度において、共同体のみが、共同体法体系のすべての適用範囲に影響する非構成国との協定上の義務を負いかつ履行することができる(187)」と判決した。つまり、共同体が域内の共通規則を制定すれば対外権能も自動的にまたは暗に含まれているという趣旨である。委員会の上記(ii)の立場はこのような自動的権能説なり黙示的権能説に影響されたものである。

委員会の右法案が理事会に受け入れられなかったため、委員会は、自由化第三パッケージ採択後の一九九二年一〇月、構成国が域外国との間で締結している現行の二国間航空協定が共同体法に矛盾ないし潜在的に違反する規定を含んでいるとして、理事会に対し一層実際的見地からその具体的根拠を示した。それらは大別して、(i)運

賃・スケジュール・輸送力・収益配分に関する規定は構成国の義務を定めた欧州連合条約第一〇条（旧五条）並びに競争阻害行為を禁止した第八一条に違反すること、(ii)航空協定の国籍条項は開業の権利（right of establishment）を定めた理事会規則2407/92に違反すること、(iii)米国との協定の中でCRSに関する若干の規定は、CRSに関する行動規範を定めた理事会規則2299/89と矛盾すること、の三項目にわたっていた。(188)

そこには、委員会が排他的権能に関する条約上の根拠としていた旧一一三条はもはや援用されていない。(189) この条文をめぐる議論が今やアカデミックな議論に過ぎないことは、一九九五年一一月に示されたWTO協定に関するECJの意見（Opinion 1/94）において一層明確になった。本件は、WTOの枠組みが従来の商品の貿易に加え、サービス貿易（GATS）や知的財産権の取引関係（TRIPS）に関する事項に拡大されたために、委員会がGATTの交渉・締結に関わる共同体権能の範囲につきECJに意見を求めたものである。この意見において、裁判所は、輸送部門（GATSのサービスに関する包括的定義にはこれが含まれる）はEC条約上個別具体的な「編」（旧第四編）に規定されており、旧一一三条に基づく共通商業政策の一部とはならないことを明らかにした。(190) 他方で裁判所は、AETR判決で示された自動的権能説に関連して、域内レベルで共通規則を制定する権限があるというだけでは非構成国との義務を負担する構成国の権利を自動的に奪うものではなく、それらの共通規則が構成国による当該義務の一方的負担により影響される場合にのみ、超国家的な対外権能が紛れもなく排他的なものになる、と述べた。(191) また、開業の権利やサービス提供の自由についても、これらは構成国の国民の権利を確保するもので第三国の国民に関する規定を含んでいないとして、共同体法が特定目的を達成する目的で共同体機関に内部的な権限を授権した場合にはいつでも対外権能が存在するという委員会の包括的な解釈（即ち、国際協定への超国家的参加は共通市場の何らかの目的達成に必要であるという目的論的権能説）を斥けた。(192) 結局、裁判所は、輸送サービス、開業の権利及びサービス提供の自由を含むGATSの大半の事項に関して対外権能を排他的なもの

としてではなく競合的なものとして捉え、構成国もまたEUが未だ域内共通規則を制定していない分野における権利を維持するためにWTO文書に署名するべきであり、そのような二国間協定が共通政策に影響する範囲で委員会のような超国家的機関が排他的な権能を主張できる、という見解を示したのである。[193] かくして、裁判所は、EUの国際的代表資格における統一性の要請に由来する義務として、超国家的機関と構成国との「協力」を要請した。

しかし、裁判所の意見では、委員会と構成国との間の競合的または共有的な対外権能の効果については明らかにされておらず、また両者間の「協力」の形態についても言及されてはいない。そのために、特に航空協定交渉に関わる対外権能を巡り、委員会と構成国との間の矛盾する解釈により域内市場の統一が脅かされる危険性が依然残されていた。現にEU諸国の中でも米国と未だオープンスカイ協定を締結していないフランスにとっては、EUの共通対外航空政策がEUのメジャー企業として生き残りをかけた課題であったし、欧州委員会にすれば、共通対外航空政策にEU諸国間でコンセンサスが得られていない現状は、北大西洋及び欧州以遠市場において「米国第一主義」を助長するだけと映っていた。[194] 欧州委員会が理事会に対して米国との航空協定交渉の権限を認めるよう要請したことを受け、一九九六年六月、理事会は委員会に対し、競争規則、航空企業の所有・支配、CRS、コードシェア、紛争解決、リース、環境条項に関わる事項（いわゆるソフトの権利）に先ずは限定して交渉し、市場アクセス、運賃、路線のような交渉困難なハードの権利についての交渉権限は先送りするという、いわゆる分割命令（split mandate）を発令した（但し、既存のオープンスカイ協定は新協定が締結されるまでは有効とされた）。[195] これに対し、米国とのオープンスカイ協定が共同体の対外権能の侵害であり共同体法違反の規定を含んでいるという従来の立場を崩さなかった委員会は、関係構成国が委員会の要請に応じた協定の再交渉を拒んでいる現状に鑑み、一九九八年一二月、ECJに対して関係国を相手取った訴訟に踏み切った。

(二) オープンスカイ判決とその影響

二〇〇二年一一月五日にECJが下したオープンスカイ訴訟[196]の争点は、委員会の対外権能に関わる問題（争点A）とオープンスカイ協定の具体的規定が欧州連合条約及び自由化パッケージの諸規則に影響ないし違反するかどうかの問題（争点B）に大きく二つに分類できるが、両者の争点は上述のAETR判決その他の先例で示された見解を通じて連結していることに注意する必要がある。先ず争点Aについて、欧州委員会は、ECJ意見1/76及びその後の意見（1/94、2/92）を援用し、「共同体は、たとえ当該分野での共同体規定が存在しない場合でも、協定の締結が当該分野で条約の目的達成のために必要であって、共同体内部の共通規則を導入するだけでは当該目的を達成できない場合には、国際協定を締結する排他的権能を有する」として、オープンスカイ協定によりもたらされる差別、競争の歪曲、共同体市場の不安定化は、共同体と米国の協定締結なしには共通航空運送政策により追求される条約目的が達成できないことを証明している、と主張した[197]。これに対し、裁判所は、条約目的達成に必要なことを条件に共同体の条約締結権が対内権能を設定している条約規定から推論し得ること自体は認めたものの（黙示的権能説の容認）、意見1/76は「対内権能が対外権能と同時にしか有効に行使できないような場合に、国際協定の締結が内部規則の設定では達成できない条約目的を達成するために必要になる[198]」（傍点筆者）という前提に立っており、本件はそのような場合に該当しないと結論した。欧州連合条約は共同体の内部規則（例えば、条約第八〇条に基づいて理事会が執る措置）の中で米国との関係で構成国間の協調行動を取り決めることを妨げていないこと、理事会は第三パッケージ採択にあたり共同体と米国との協定締結が必要だとは認識しておらず、また九六年分割命令の際の委員会との共同宣言において現行のオープンスカイ協定が共同体を拘束する新協定の締結まで維持される旨宣言していること、第三自由化パッケージには非構成国の国民に関する規定が含まれ

ているがそれは限定的性格のものであり、航空運送活動の国際的性格からして構成国国民に付与される待遇（例えば、サービス提供の自由）と非構成国国民に付与される待遇が不可分に関係しているとの推論はできないこと、などがその理由である。[199] 端的にいえば、委員会は意見1/76の正確な意味において共同体の協定締結の必要性を立証できていないと判決したのである。

他方で、争点Bとの関連では、裁判所はAETR判決に依拠してオープンスカイ協定の幾つかの規定が共同体規則に「影響する」（affect）かどうか検討した。ここで注目すべきことは、「影響する」の意味に関し、国際約束が共同体の共通規則と矛盾・抵触する情況のみならず、それが共通規則の適用範囲に該当するとか既に共通規則の規律の対象とされているような情況をも含まれるとして、広く捉えられていることである。[200] 従って、国際約束と共通規則が完全に合致している場合であっても、それが共通規則に影響するものと判断され、共同体が排他的対外権能を獲得する場合がある。判決では先例以上の論拠は示されていないが、ティツァーノ法務官の意見によれば、共通規則と合致しまたはそれを再録しているような協定であっても、次の二点において、共同体法の統一的適用を害することがあるからである。第一に、共通規則の協定への受容が規則の事実上の統一的適用、特に、域内的に改正の可能性のある共通規則が協定に完全かつ迅速に移行される保証がないこと。第二に、当該受容は共通規則の性質と法制度を歪曲する効果や裁判所による司法審査から除外される実際の重大な危険を伴う、という理由からである。[201]

AERT判決のこのような一般的評価の下に、裁判所はオープンスカイ協定の運賃、CRS、スロット、国籍条項に関する規定がそれぞれに関係する共通規則や条約規定に影響しているかどうかを検討した。先ず、運賃に関する理事会規則（2409/92）は共同体航空企業以外の航空企業が課す運賃には適用されないが、同規則第一条三項により、現行運賃よりも低額の運賃を導入できるのは共同体航空企業のみと規定されており、非構成国の航

空企業が同一の商品に対して現行運賃よりも低額の運賃を導入することを、間接的ではあるが、明確に禁止している。従って、共同体法は、非共同体航空企業が第五の自由を行使して域内路線で運航する場合に運賃設定の自由を制限しており、その限りで、共同体が当該制限に関連して非構成国と約束を締結する排他的権能を獲得するのであり、構成国に非共同体航空企業の当該路線運賃に関して独自に国際約束を締結する権利はもはや存在しない、とした。[202] また、CRSについても、理事会規則（2299/89）は相互主義を条件に非構成国国民が共同体域内でCRSを提供しまたは利用する場合に当該国民に適用があるという理由で、共同体の排他的対外権能を認めた。[203] スロット配分に関する理事会規則（95/93）についてもCRS規則と同様の理由で共同体の排他的対外権能を認めたが、オープンスカイ協定の公正競争に関する規定がスロット配分についても当てはまるという委員会の主張（即ち、オープンスカイ協定にスロット配分の具体的規定は存在しないが、その協定に先立つ原始協定の公正競争の規定はスロット配分にも適用されるとの趣旨）は斥けられた。[204] 更に、原始協定の国籍条項については、その協定を締結した構成国に設立されてはいるが所有・支配関係が当該構成国以外の構成国国民に帰属しているような航空企業はその条項により影響を受けるという理由で、域内における構成国国民の開業の自由を定めた欧州連合条約第四三条（旧五二条）に反すると認定した。[205]

この判決はCRS、EU域内航空運賃の設定、スロット配分、国籍条項に限定して共同体の排他的対外権能を容認したものであり、これら以外の分野について、構成国は依然任意にまたは共同体と共同で対外権能を行使することができる。しかし、市場アクセス（運輸権）や域外航空運賃をこれらの分野とは切り離して第三国と交渉することを構成国に期待するのは非現実的である。[206] 事実、この判決を受けて、二〇〇三年二月、委員会は構成国と第三国との航空協定の交渉・実施に関する欧州議会及び理事会規則案を提出した。同年六月、理事会は米国及び第三国との航空関係の新たな枠組みの構築を目的とした法案を採択した。その法案で、理事会は委員会に対し

て、①オープンスカイ協定及び制限的な現行二国間航空協定に代わる「開放航空空域」（open aviation area: OAA）の設定を目指した米国との共同体レベルの協定を交渉するマンデートを与え、②構成国が締結した二国間航空協定の個別具体的規定に代えて第三国との共同体レベルの協定を交渉するマンデートを与えることが決定されるとともに、③第三国との協定交渉・実施に関する欧州議会・理事会規則案が提案された[207]。この決定には、市場アクセス、所有・支配、リース、競争規則の収斂、安全及び制度的調整に関わる事項がリストされた、OAAのような包括的協定を欧州委員会が交渉する際の指針が付属している。委員会のOAAの交渉は手始めに米国との間で行われるが、その後、同様に自由化された航空市場をもちまたはそれを求めようとしている第三国、自由化されていない第三国との間で順次段階的に行われる方針であり、自由化されていない国との交渉については、法的安定性を理由に交渉時期が来るまでは現状維持が図られる[208]。また、上述の②は米国以外の国との共同体レベルの協定交渉を指しているが、その際、交渉対象となるべき第三国の優先順位を付したリストの作成を欧州委員会に義務付けている。①、②の交渉はともに理事会が任命した特別委員会と協議して行われることになる。もっとも、②は何百もの現行の二国間航空協定を再交渉し改正するという膨大で異例の作業であることに鑑み、欧州議会・理事会規則案では構成国が引続き第三国との間で交渉できる枠組みが設定されているが、それは国際航空システムを崩壊させないためである[209]。構成国が交渉を望むことができる場合は、共同体による公式な交渉がない場合か、もしくは共同体協定がある場合でもそれがすべての問題に触れていない場合である[210]。

このように、オープンスカイ判決を受けて、EUは第三国との関係においても着々と共通航空市場を構築しつつあるが、共同体レベルにせよ構成国による交渉にせよ、今後克服すべき問題として次の二点を指摘できよう。一つは、第三国（特に、米国）との交渉で獲得される運輸権を共同体航空企業間でどのように配分するかという専らEU側の問題である。伝統的な国籍条項に基づく航空企業の指定が開業の自由に影響すると判決され、その

条項の改正が問われている以上[211]、域外路線を運営する航空企業のEU側の選定は困難を伴うことが予想される。この問題に関連して、欧州議会・理事会規則案修正第九前文においては、「構成国が交渉過程に航空企業を伴うことを欲する場合、当該構成国領域において開業しているすべての航空企業並びに路線網の点で現に影響を受けまたは影響を受ける恐れがある航空企業は、当該航空企業が路線網の点で現に影響を受けまたは予見し得る将来において影響を受ける恐れがある場合には、平等に扱わなければならない」と定められている[212]。この規定はあくまで航空企業の交渉参加の資格に関するものであり運輸権分配に関わる規定ではないが、この規定からは、選定される航空企業の母集団は路線網の観点から見た利害関係企業に限定されると考えられなくもない。それでもどのような基準で当該利害関係企業の中から域外路線を運営できる企業を選定するかという問題は、共同体航空企業による域外運送の経済的重要性を考慮すれば、共同体、構成国、共同体航空企業の間で政治的にも経済的にも何らかの紆余曲折を避けられないであろう。

もう一つの大きな問題は、特に対米関係において、米国によるEU域内の第五の自由の権利行使と米国内カボタージュとの取引が法的に可能かどうかである。この問題の根源は、EUは未だ連邦国家でもなく、またICAO理事会においてはEUの八構成国が投票権を有している現状においては、EU全体の空域が国際法上単一の領空を構成するというのではなく、各構成国の法的な国境を維持したまま共同体の共通政策の達成のために経済政策の調整を通じて行われる、いわゆる「欧州カボタージュ」の概念にある[213]。最近、欧州委員会においては、効率的で安全な航空交通管制を目的とした機能的な空域ブロックの設置による「単一欧州空域」（Single European Sky）構想が提案されているが[214]、欧州カボタージュ空域はいわば経済的目的に限定された機能的領空（functional airspace）ともいえる。シカゴ条約上カボタージュは単一の主権国家の領域内で生じるものであるから（同条約第七条）、欧州カボタージュは事実上のカボタージュであり、そのようなカボタージュ政策を欧州委員会が採用

すること自体をもってシカゴ条約との抵触を招くという性質のものではない。[215] しかし、この政策の最大の難点は、第三国に対する対抗力を当然には持ち得ないことにある。何故ならば、EU各国との航空協定で既に第五の自由の権利を獲得している米国がその既得の権利をいったん放棄ないし削減し、自国国内市場の開放とその権利を改めて交換するとは容易に期待できないからである。[216] いずれにせよ、これら二つの問題解決は当該第三国との交渉如何に掛かっている。

第五節　EU以外の地域的自由化

EUの航空自由化は超国家的国際機構に支えられた地域主義の典型であるが、そのような超国家性を伴わない形の地域的な自由化の例も幾つか見られる。一九六九年、カルタヘナ協定（いわゆるアンデス協定）に基づき、南米五カ国で結成されたアンデスグループ（当初のメンバーはボリビア、チリ、コロンビア、エクアドル、ヴェネズエラであったが、チリが後に離脱）がそうである。一九九〇年、五カ国首脳が九三年に自由貿易地帯を設立するという合意をしたのを受け、九一年、アンデス委員会は航空運送統合化の決議を採択した。この決議により、定期の旅客及び貨物業務と不定期の貨物業務について、無制限の第三～五の自由、航空企業の多数指定、無制限の輸送力、運賃の発地国主義が認められ、また、不定期旅客業務については、定期業務が行われていない地点間で自動的に認可されるようになった。このオープンスカイ政策の実施により、一九八九年から二〇〇一年にかけてこの地域における定期国際旅客は座席キロで三二五%増加したが、自由化のペースはアンデス諸国それぞれの経済状況や航空企業の民営化プロセスの相違により、かなりの違いが見られる。[217] 例えば、アヴィアンカ航空を含めすべてのメジャー企業が民営化されたコロンビアとヴィアサ航空の一部民営化を実施したヴェネズエラは自由化プ

ロセスの推進に積極的であるが、ペルーは民営化攻勢からペルー航空を保護しようと努めており、一九九二年には自由化へのすべてのコミットメントを停止した。ペルー航空は九三年には一部民営化されたが、その停止は九七年まで継続された。ボリビアとエクアドルは九五年にＬＡＢ航空とエクアトリアナ航空の部分的民営化をそれぞれ達成した。このような自由化のペースの違いに加え、民営化されたアンデス諸国の航空企業は米国や欧州の航空企業からの競争圧力を受け、運航を停止した企業もある。カリブ共同体（CARICOM）一四カ国もまた地域経済統合の一貫として、地域内諸国間が加盟する多国間航空協定の締結（九八年発効）を通じてアンデス協定やＥＵのような航空の自由化を目指しているが、地域内の航空需要の希薄さも原因して、如何にして地域内航空企業の存続を図り地域外の航空企業による競争から保護するかに主眼が置かれている。[218]

アンデス協定と同様比較的早期に航空運送の統合を試みたのは、アフリカ地域である。[219] 一九八八年、アフリカ諸国の航空関係閣僚が象牙海岸のヤモスクロ（Yamoussoukro）で会合し、アフリカ新航空運送政策宣言を発表した。この宣言は、「国連アフリカ運輸・通信の一〇年（一九七八―一九八八年）」の活動の結果として出されたものであるが、八年後のアフリカ航空企業の統合、航空市場の自由化及び汎アフリカ航空企業の設立を目標に地域グループの協力強化と研究・協議を内容としていた。[220] 同閣僚会合では運輸権についてアフリカ小地域間の国家グループの中で多国間的に交換する必要性が認識されていたが、宣言自体には、この会合に先立って発表された空の自由に関するムバベーン会議宣言やアフリカ民間航空委員会（AFCAC）が作成した多国間モデル協定において既に言及されていたために、具体的に触れられなかった。[221] しかし、一九九九年のヤモスクロ第Ⅱ宣言においてこの地域の市場アクセスを自由化する決定が行われ、第五の自由の運輸権、輸送力規制、運賃規制、航空企業指定、貨物便の運航に対する制限が段階的に撤廃されることになった。[222] ヤモスクロ宣言の実施によって、新規路線の開発、便数の増加、運賃の低下傾向、空港収益の増大、サービスの質の向上、雇用の創出等の成果が現れて

いるが、他方で、運航者のビザ発給の規制、アフリカ以外の国際空港における時間スロットの不足により旅客が外国航空会社に流失していること、空港インフラの資金調達、競争規則の充実、自由化協定の統一的解釈のための機関の設置等の諸問題がアフリカにおいて今後全面的な自由化を推進する上で検討すべき課題であることも指摘されている。(223)

このような発展途上諸国間における地域的自由化の動向は、南米六カ国間のフォルータレーサ協定（一九九七年）、カンボジア、ラオス、ミャンマー及びベトナムのＣＬＭＶ協定（一九九八年）、中東・北アフリカにおけるアラブ民間航空委員会一六カ国協定（一九九八年）、西アフリカ六カ国バンジュール協定（一九九七年）、中央アフリカ経済通貨共同体六カ国協定（一九九九年）、東南アフリカ共通市場六カ国協定（一九九九年）、太平洋諸島一四カ国協定（ＰＩＡＳＡ、二〇〇三年）にも見られるが、発展途上国、とりわけＬＤＣ諸国における地域的自由化にとって、空港インフラの整備や航空企業の資本調達等の困難な問題が先進国以上に克服すべき課題として残されている。(224)

二〇〇一年にＡＰＥＣ五カ国（ブルネイ、チリ、ニュージーランド、シンガポール、米国）の間で署名された国際航空自由化多国間協定、いわゆるコナ（Kona）協定は、プルリラテラル（plurilateral）な枠組みに基づいているが、二〇〇二年にはペルーとサモアが加入し、また他のアジア太平洋経済協力フォーラム諸国にも開放されているという意味では地域的な要素を含んでいる。コナ協定は、第一～六の自由の運輸権、輸送力制限の撤廃、路線の弾力化、機材変更の自由、航空企業の多数指定、ＣＲＳの運営・アクセスに対する非差別の原則、運賃決定の自由のような米国のオープンスカイ政策の内容をほぼ盛り込む一方で、カボタージュ及び第七の自由の運輸を定めた議定書が付されている。(225) これらの例に加え、二国間枠組みであっても、豪・ニュージーランドオープンスカイ協定（二〇〇〇年）のように、タスマニア海を挟む緊密な貿易関係を背景にし、かつ単一航空市場（single

aviation market）の形成という地理的・経済的にも一つの纏まりをもつような例もある。[226] また、米国とカナダは一九九五年にオープンスカイ協定を締結した。[227] それ以前の米加間の越境航空関係については、定期便双方合わせて八三都市ペアに乗入れていたが、米国側企業の単独乗入れ路線三九、カナダ側単独乗入れ路線二六、双方乗入れ路線一八と、越境航空市場の六〇％のシェアを米国側が占め、人口的には、米国企業がカナダ人口の九〇％にアクセスしカナダ企業は米国市場の三〇％にしかアクセスできなかった。[228] また、カナダから米国ワシントンＤＣのノン・ストップの定期便はなく、アトランタ、シャルロッテ、カンザスシティー、セントルイス、サンディエゴなどの米国中部・南部都市（いわゆるディープ・サウス）への直行便は不可能で、ロチェスター、バッファロー、スポケーンでの途中寄航を余儀なくさせられていた。[229] 米加オープンスカイ協定はこのような越境航空関係を改善したものであり、未だ航空市場の統合には至ってはいないものの、北米自由貿易協定（ＮＡＦＴＡ）を背景にして、やがて北米の航空市場の統合へと発展する契機を孕んでいるとも考えられる。

ところで、自由化に対する規制的枠組み（アプローチ）という観点からすれば、二国間アプローチでは一層広範な自由化を達成するには煩雑すぎるし、他方で、世界的規模の多国間アプローチでは自由化が最大公約数的な内容に薄められるという難点があり、従って地域的アプローチは両者の妥協といえよう。[230] それにも拘らず、それぞれの特性を有するこれらの地域が貿易ブロックとして十分に成長し相互に連携をとるようになれば、やがて世界的規模の多国間的制度へと発展する可能性も考えられる。しかし、そのような兆候はＥＵと米国との関係以外に見出し難いのが現状である。

おわりに

国際航空における地域主義の例は、第二次世界大戦前の航空の黎明期にも見られる。一九一九年のパリ国際航空条約とは別個に、スペイン主導の下にラテンアメリカ諸国、カリブ海諸国、ポルトガルが参加して作成された一九二六年のイベロ・アメリカン航空条約（マドリッド条約）並びに国際連盟に加盟しなかった米国が中心になって中南米諸国との間で締結した一九二八年のパンアメリカン航空条約（ハバナ条約）がそうである。また、戦後においても、ＩＣＡＯ主導の下で欧州民間航空会議（ＥＣＡＣ）、ラテンアメリカ民間航空委員会（ＬＡＣＡＣ）、アフリカ民間航空委員会（ＡＦＣＡＣ）、アラブ民間航空委員会（ＡＣＡＣ）などが設置されている。しかし、これらの戦前・戦後の例と本稿で取り上げた地域主義の現在の動向とでは、その背景がかなり異なっている。マドリッド条約は、第一次世界大戦の戦勝国に有利な意思決定を定めたパリ国際航空条約の規定に対する中立国スペインの反発が発端であるし、ハバナ条約は米国のモンロー主義に代表される政治的孤立主義がその背景になっていた[231]。また、戦後のＩＣＡＯ主導の地域的国際機構は、ＩＣＡＯとの緊密な協力の下で、行政的・技術的側面に関するシカゴ条約の規則及びそれに基づく勧告を地域に特有の諸事情と調整するための協議の場として本来設立されたものである。これに対し、現在の地域的な航空自由化の動向は、グローバル化に象徴される国境の相対化や脱国家化（denationalization）と連動している。特に、空港インフラの整備や航空企業の資金調達などの面で先進国以上に困難な問題を抱えている途上国にとっては、地域主義は、規模の経済の強化を通じた効率化を図ることでグローバル化による厳しい競争を克服するためのアプローチであり、同時にそれは、地域内の個別国家による対応ではその競争に飲み込まれてしまうという危機意識と表裏一体の関係にある[232]。

ＥＵにおける航空の自由化は、ＥＵ市民という人類史上画期的な試みとそれを裏付ける精緻なＥＵ法に支えら

れて、その程度・範囲において高度に進化し組織化されたものになっている点で異色ではあるが、そのペースが段階的・漸進的である点では他の地域的取組みと概ね共通している。このことは、政治経済的、社会的、文化的に同質のEUにおいてすらフラッグキャリアの長い伝統と航空企業間の競争格差がある中で、自由化を推し進める際の貴重な教訓を与えている。確かに、自由化後の競争政策と産業政策の両立性、域内と域外との競争法（政策）の調和、EUの航空交渉権限と域外国の対応などの面で解決されなければならない課題が少なからず残されており、それらの幾つかは、自由化の進展の程度に応じて、他の地域も抱えなければならない問題であろう[233]。それにも拘わらず、EUの経験と知見が典型的に示すように、自由化実現のための巧みで漸進的手法は、本稿で取り上げた地域以外で二国間体制を超える地域的またはプルリラテラルな枠組みを構築する際にも等しく生かされるはずである。

これに関連して、アジア太平洋地域に位置するわが国の対外航空政策を眺めた場合、自由化に反対ではないが極めて慎重である。一九九四年のICAO世界航空運送会議で圧倒的多数の途上国が自由化に慎重な意見を表明したのも、日本案に影響されたところが大きい[234]。日本は二〇〇三年の世界航空運送会議では特にペーパーを提出しなかったものの、この会議直前にICAOとカナダ・マクギール大学航空宇宙法センターの協賛で開催された「過渡期航空―自由化の機会と挑戦―」と題するセミナーにおいて、日本政府の立場を要旨次のように説明している。

「空港容量・環境上の物理的制約や既得の権利がある中で無制約な自由化が行われれば、寡占・独占が進み航空事業やネットワークが喪失する恐れがある。市場の柔軟性、十分な参加、均衡のとれたネットワークの発展を確保するには、秩序ある段階的な自由化が必要である[235]」。

ここでいう「既得の権利」とは、対米関係において米国側企業が有する成田空港のスロットの圧倒的シェアを

指していると考えられるし、空港スロットの物理的・環境上の制約や自国航空企業の喪失の懸念も一応は納得できる。しかし、それらの問題や懸念が伝統的な規制構造の二国間体制でのみ適切に解消し得るとは考えられない。ＩＣＡＯの二〇一〇年運輸予測によれば、アジア太平洋地域の国際旅客シェア、特に貨物シェアが大きく伸び、世界の首位を占めると予測されている。[236] そうであれば、対米関係を強く意識し過ぎる余り規制の強い伝統的な二国間体制に固執しこの地域における潜在的市場機会を逸してしまうよりも、地域的または少なくとも三カ国以上の複数国間の柔軟で漸進的な自由化枠組みを構想する方が、わが国の中・長期的で啓発的な国益に繋がるのではないだろうか。ＩＣＡＯ創立以来の長年の目標である国際航空の経済的規制の普遍的多国間体制が近い将来実現する見込みがない中で、「秩序ある段階的な自由化」のための総合的戦略が今わが国にも求められている。

(148) *REGULATORY IMPLICATIONS OF THE ALLOCATION OF FLIGHT DEPARTURE AND ARRIVAL SLOTS AT INTERNATIONAL AIRPORTS*, ICAO Circular 283-AT/119, at 1, 3 (2001) [hereinafter cited as '*REGULATORY IMPLICATIONS OF SLOTS*'].

(149) K. VAN MIERT, *Slot Allocation as an Instrument for Optimising Airport and En Route Capacity Utilization*, 28 EUROPEAN TRANSP. L. no. 1, 13 (1993). これらの空港のほか、混雑空港として、マドリッド、ミュンヘン、ブリュッセルブルフ、アテネ、ベルリン空港も挙げられている。L. VAN HASSELT, *PRESENTATION*, 28 EUROPEAN TRANSP. L. no. 1, 122 (1993).

(150) K. Bernauw, *Airport/Airspace Congestion and Slot Allocation*, 28 EUROPEAN TRANSP. L. no. 1, 25 (1993).

(151) *REGULATORY IMPLICATIONS OF SLOTS*, *supra* note 148, at 5.

(152) *Id.* at 7.

(153) *REGULATORY IMPLICATIONS OF SLOTS*, *supra* note 148, at 10-11.

(154) Jacque Naveau, *Airport Slots and Traffic Rights*, 28 EUROPEAN TRANSP. L. no. 1, 63 (1993).

(155) *Id.* at 64-5.

(156) Council Regulation 95/93, 1993 O.J. (L 14).

(157) 調整空港および完全調整空港の定義については、規則第二条(f)、(g)参照。調整官は従来メジャー航空企業の職員から選定されてきた。規則の文言上はそれに限られていないが、中立性が担保されていれば良いという理由で、従来の慣行が踏襲されているようである。また調整官の職務はスロット配分のほか、ＩＡＴＡのスケジュール調整会議への参加、スロット使用状況の監視、関係当事者へのスロット情報の提供などがある（同規則第四条四、六、七項）。

(158) 規則第四条三項。

(159) 規則第八条一(a)。

(160) 同条四項。

(161) 規則一〇条一、七項。なお、新規参入者とは、当該空港において一日四スロット未満しかない企業、または二共同体空港間のノン・ストップ業務のためのスロットであって、これらの空港もしくは空港システムにおいて他の航空企業が最大二社による直行業務（途中寄航を含む）が運営されている空港について一日四スロット未満しかない企業をいう。特定の空港において当該一日に利用可能なスロット総数の三%以上またはその空港が一部をなしている空港システムにおいて当該一日の利用可能なスロット総数の二%以上を有している企業は、新規参入者とは見なされない。規則第二条(b)参照。

(162) 同条三、五項。

(163) Dario Maffeo, *SLOT TRADING IN THE REFORM OF THE COUNCIL REGULATION (EEC) NO. 95/93: A COMPARATIVE ANALYSIS WITH THE UNITED STATES*, 66 J. Air L. & Com. 1571 (2001).

(164) *Id.* at 1595, 1598.

(165) *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EEC) No 95/93 of 8 January 1993 on common rules for the allocation of slots at Community airports*, COM (2001) 335 final. [hereinafter cited as '*Proposal*']

(166) 改正案第二条(a)。九三年規則では、単なる事実的な表現でしか定義されていない。

(167) Explanatory Memorandum, paragraph 12, at 7.

(168) P.P.C. Haanappel, *Airport Slots and Market Access: Some Basic Notions and Solutions*, XIX Air & Space L. 200 (1994).

(169) Explanatory Memorandum, paragraph 6, at 3-4.

(170) 改正案第八条(一)。

(171) 同条(一)。

(172) *Proposal*, at 15. 九三年規則でも八〇%以上の使用基準は適用されているが、その限りでは祖父権は恒久的な権利であると考えられている。Balfour, *supra* note 16, at 95.

(173) 改正案第八条(四)。

(174) Explanatory Memorandum, paragraph 12, at 7 and *Proposal*, at 16.

(175) Maffeo, *supra* note 163, at 1591-92. 本件は、BAとエアUK（KLMの子会社）間のスロット交換契約に関するヒースロー空港調整官による承認の決定に関わっていた。交換されたスロット数は同数であったが価格的にはエアUKから移転されたものの方が高く、またBAから移転されたスロットをエアUKは使用する意思がなく本来はプールに入れるべきものであった。因みに、「交換・移転」に関する九三年規則第八条（四）の解釈に関し、キノック前欧州委員会運輸コミッショナーは、スロット「取引」は定めておらず「交換」だけを認めていると述べているが、それは同条の文理解釈だけからは断定できない。同条は次のように規定している。「スロットは航空企業間における交換、あるいは、一航空企業による一路線若しくは業務から他の路線若しくは業務への移転を、相互の合意により又は全部若しくは一部の取得の結果として又は一方的に、自由に行い得る。当該交換又は移転はすべて透明でなければならず、また以下のことが実現されるという調整官による確証がなければならない」（傍点筆者）。この傍点部分の意味と範囲に関して、もしそれが航空企業間の交換の文脈であれば意味がない。傍点部分の表現が意味をもつのは、本条の規定が「取得」（takeover）が行われる場合の（交換とは異なる）航空企業間のスロット移転を容認していると読める場合だけであるという。John Balfour, *SLOTS for SALE*, XXII Air & Space L. 109-110 (1997).

(176) 改正案第八条a（一）(b)は「スロットは(i)親会社と子会社間で、(ii)航空企業の資本に対する支配の獲得の一部とし

て、(iii) スロットが取得された事業に直接関係する場合は全部または一部取得の場合に、移転できる」と定め、また、同八条a(二)は「スロットは航空企業間において、または航空企業と他の団体との間で、金銭的補償の有無を問わず、第八条a(一)(b)に定める航空企業間を除き、移転できない」と規定している。リースが除外されているのは、米国の例に見られるように、スロットを蓄えるだけの目的で子会社や関連企業にリースする傾向を避けるためであろう。

(177) 同八条a(一)(c)及び(三)(d)。

(178) 改正案第一〇条五。

(179) 改正案第二条(b)。

(180) 拙稿、前号、四六頁参照。現に、第三自由化パッケージが採択される以前に、ブリティッシュ・ミッドランド航空がロンドン／ヒースロー空港とブリュッセルを結ぶ路線で増便したが、サベナ航空はヒースローのスロット不足を理由に同路線上の増便が相互的に認められなかった例がある。BALFOUR, *supra* note 16, at 100.

(181) 改正案第四条二(b)。

(182) 同第六条。

(183) 同第七条。

(184) 静止衛星軌道の法的地位をめぐる議論につき、栗林忠男編代『解説宇宙法資料集』（慶應義塾大学出版会、平成七年）、一一九―一二〇頁参照。

(185) なお、この改正案は若干の修正を経て理事会・議会に付され、二〇〇四年四月二一日に理事会規則793/2004として成立した。2004 O.J. (L 138/50). この新規則は、スロットの定義、空港容量指定の改善、スロット調整要素、新規参入者の定義など改正案の規定が盛り込まれているが、改正案にあるスロット取引が認められていない。委員会は新規則が九三年規則の基本的欠点に十分に応えていないとして、経済的インセンティブを高めるための第二段階提案の作成準備に入っている。*Commercial slot allocation mechanisms in the context of a further revision of Council Regulation (EEC) 95/93 on common rules for the allocation of slots at Community airports*, at 3-5, Commission Staff Working Document, Brussels, 17. 9. 2004.

(186) Balfour, *supra* note 16, at 265.

(187) Case 22/70, Commission v. Council, [1971] ECR 263, paragraphs 16-18 and 22.

(188) John Balfour, *European Community External Aviation Relations — The Question of Competence*, XXI Air & Space L. 3 (1996).

(189) それは，根拠条文に反対する学説が多かっただけでなく，理事会が一方で共同体と他方でノルウェー及びスウェーデンとの航空協定の締結に関して，一三三条ではなく，航海・航空に関する理事会の権限を定めた八〇条二項（旧八四条二項）を根拠にしていたからである。*Id.*

(190) Colette Rivoal, *Opinion of the European Court of Justice on the WTO Agreement (15 November 1995)*, XXI Air & Space L. 26 (1996).

(191) Havel, *supra* note 14, at 272.

(192) *Id.* at 272-3.

(193) *Id.* at 274.

(194) Pierre Sparaco, *FRENCH PANEL SAYS EU FAR FROM TRANSPORT POLICY*, Aviation Wk. & Space Tec. 28-9 (May 8, 1995).

(195) Opinion of Advocate General Tizzano, 31 January 2002, Commission v. UK, Denmark, Sweden, Finland, Belgium, Luxembourg, Austria and Germany (Cases-C 466/98, 467/98, 468/98, 468/98, 471/98, 472/98, 475/98 and 476/98), paragraphs 12-13 [hereinafter cited as *'Opinion of Advocate General'*]. EU一五カ国のうち交渉マンデートに最後まで反対したのは，大西洋航空市場の四割を占めていた英国だけであった。フランスは従来交渉権限を欧州委員会に与えることに反対していたが，当時エールフランスへの第二段階の公的資金の投入（二〇〇億FFのうちの五〇億FF）の認可の是非について委員会が検討しており，それがフランスの妥協を引き出したといわれている。他方，米国は，ハードの権利とソフトの権利を分割して段階的に交渉権限を認めるこのマンデートに対して，両者は不可分に結合しているという理由で支持しなかった。John D. Morrocco, *EC to Begin Aviation Talks With US*, Aviation Wk & Space Tec. 33 (June 24, 1996); *Commision's Multilateralism Mandate Comes In Phases,*

May Be Too Late, 6 AVIATION EUROPE, issue 24, 20 June 1996.

(196) この訴訟にはオープンスカイ協定の未締結国である英国が含まれているが，バーミューダII協定中の国籍条項が問題とされた。また，オープンスカイ協定締結国であるオランダは訴訟第三者（intervener）として被告国側に形だけ加わっている。

(197) Paragraphs 45, 47 (Case C-467/98), 43, 45 (Case C-468/98), 56, 58 (Case C-471/98), 51, 53 (Case C-472/98), 56, 58 (Case C-475/98), and 71, 73 (Case C-476/98).

(198) Paragraphs 57 (Case C-467/98), 54 (Case C-468/98), 68 (Case C-471/98), 62 (Case C-472/98), 68 (Case C-475/98), and 83 (Case C-476/98).

(199) Paragraphs 59-62 (Case C-467/98), 56-58 (Case C-468/98), 70-72 (Case C-471/98), 64-66 (Case C-472/98), 70-72 (Case C-475/98), and 85-87 (Case C-476/98).

(200) Paragraphs 82 (Case C-467/98), 78 (Case C-468/98), 95 (Case C-471/98), 88 (Case C-472/98), 97 (Case C-475/98), and 108 (Case C-476/98).

(201) *Opinion of Advocate General*, *supra* note 195, paragraph 72. また，たとえ共通規則とその規則の採択以前に締結された協定との抵触を除去するためであっても，構成国の単独行動は共通規則に影響し，共通市場の単一性と共同体法の統一的適用を害するので正当化できない，という。*Id*. paragraph 73.

(202) Paragraphs 97, 98 (Case C-467/98), 93-94 (Case C-468/98), 110, 111 (Case C-471/98), 103, 104(Case C-472/98), 112, 113 (Case C-475/98), and 123, 124 (Case C-476/98).

(203) Paragraphs 102, 103 (Case C-467/98), 98, 99 (Case C-468/98), 115, 116 (Case C-471/98), 108, 109(Case C-472/98), 117, 118 (Case C-475/98), and 128, 129 (Case C-476/98).

(204) Paragraphs 97, 98 (Case C-467/98), 93, 94 (Case C-468/98), 110, 111 (Case C-471/98), 103, 104(Case C-472/98), 112, 113 (Case C-475/98), and 123, 124 (Case C-476/98).

(205) つまり，共同体航空企業は国籍条項を盛り込んだ航空協定を締結した構成国国民のみに付与される待遇の恩恵を受けることを妨げるような差別を被るという趣旨である。Paragraphs 50 (Case C-466/98), 131 (Case C-467/98),

122 (Case C-468/98), 140 (Case C-471/98), 131 (Case C-472/98), 141 (Case C-475/98), and 153 (Case C-476/98).

(206) Frederik Sørensen, Wilko van Weert and Angela Cheng-Jui Lu, *ECJ Ruling on Open Skies Agreements v. Future International Air Transport*, XXVIII/1 Air & Space L. 16 (2003).

(207) 2515th Council Meeting, 5 June, 2003, 9686/03 (Presse 146), at 19-20. また、米国とのＯＡＡ交渉においては、共同体航空企業を損なうように市場を歪曲するような米国航空企業への直接・間接の援助の除去を定めているのは、九・一一テロ後の米国政府による航空業界支援策により共同体航空企業が競争上不利になっているという認識からである。欧州議会・理事会規則案修正第13ｃ前文。European Parliament, *Report on the proposal for a European and Council regulation on the negotiation and implementation of air service agreements between Member States and third countries*, 10 July 2003, FINAL A5-0263/2003, at 10 [hereinafter cited as '*European Parliament Report*'].

(208) 欧州議会・理事会規則案修正第13ｂ前文。なお、既に米国との間では、二〇〇三年秋の初頭にこのような包括的航空交渉を開始することに合意されている。*European Parliament Report*, *id.* at 9-10; *European Union and The United States of America agree on opening negotiations on open aviation area*, EU Institutions Press Release, 25 June 2003, IP/03/897, at 1.

(209) *New Era for Air transport: Loyola de Palacio welcomes the mandate given to the European Commission for negotiating an Open Aviation Area with the US*, EU Institutions Press Release, 5 June 2003, IP/03/806, at 2.

(210) 欧州議会・理事会規則案修正第一条一項。*European Parliament Report*, *supra* note 207, at 11.

(211) このようなＥＣＪの認定については、司法判断によるものではなく政治的に影響されたものであり、司法権限を逸脱して開業の権利を定めた第四三条を第三国との協定に適用したものであるという厳しい批評が欧州の学者の中にすらある。Henri Wassenbergh, *The Decision of the ECJ of 5 November 2002 in the 'Open Skies' Agreements Cases*, XXVIII/1 Air & Space L. 22 (2003). また、開業の権利は「居住国の自国民に対する法律に定める条件の下に」実施され、その法律には航空従事者証明（ＡＯＣ）や航空の安全等の居住国法令が含まれると通常は理解される

以上、例えば、フランスの航空企業以外の共同体航空企業が、パリに簡易な航空券販売店を設置するだけで、フランス政府のＡＯＣを取得せずに、パリ－ニューヨーク間の往復業務（第七の自由）を行い得るとする欧州委員会の解釈に対する強い疑念が米国側にも存在している。Allan I. Mendelsohn, *MYTHS OF INTERNATIONAL AVIATION*, 68 J. Air L. & Com. 529-30 (2003).

(212) *European Parliament Report*, *supra* note 207, at 6-7.

(213) 拙稿、前掲注(2)、一六五頁参照。

(214) Francis Schubert, *The Single European Sky Controversial Aspects of Cross-Border Service Provision*, XXVIII/1 Air & Space L. 33-4 (2003).

(215) 逆に、欧州カボタージュを法的な意味でのそれと理解する限り、論者が指摘するように、超国家的な国際機構への領空主権の移転が可能かどうかの問題を惹起しよう。坂本昭雄「航空法が当面する諸問題―国際公法関係について―」空法第四五号、二〇〇四年、一一八―二〇〇頁。

(216) 米国によるＥＵ域内の第五の自由の権利行使の殆どは実際には米企業と欧州企業とのコード・シェアリング協定に基づいて行われているが、今後ＥＵが連邦化し、または航空交通の安全や航空企業の指定において単一の権限を持つのでない限り、このような取引は考えられないという。Mendelsohn, *supra* note 211, at 520-23.

(217) *Case Studies on Liberalization*, at 7, ICAO Doc. ATConf/5-WP/5 (17 February 2003) (presented by the Secretariat).

(218) *Liberalization of Air Transport Services Within the Caribbean Community*, at 5, ICAO Doc. ATConf/5-WP/89 (11 March 2003) (information paper presented by the Caribbean Community Secretariat).

(219) アフリカは五一カ国約六億二千万の人口で構成されているが、国際運送に占めるシェアは、国際旅客で一・二％、収益旅客キロで〇・九％、貨物トンキロで〇・八％と格段に少なく、またアフリカ全体のジェット機の数も四〇〇機弱であり、国別の航空企業で成功する見込みがない。Giden Kaunda, *LEGAL ASPECTS OF AFRICAN AIRLINE COOPERATION*, XVII-1 AASL. 264 (1992).

(220) B.D.K Hanaku, Regionalism in International Air Transport Regulation 66-69 (KOMA PUBLISHER

FOUNDATION LEIDEN 1993).

(221) *Id.* at 70.

(222) *Background to Experiences of Liberalization in Africa*, at 2, ICAO Doc. ATConf/5-WP/81 (4 March 2003) (information paper presented by 53 African states).

(223) *Id.* at 3-5.

(224) *Liberalization developments Related to Market Access*, at 3, ICAO Doc. ATConf/5-WP/21 (3 March 2003) (presented by the Secretariat); Vijay Poonoosamy, *Challenges facing African countries in the field of civil aviation and the impact of European aeropolitical developments on African countries*, 28 EUROPEAN TRANSP. L. 246 (1993). なお、これら途上国間における地域的自由化の具体的内容については若干の違いがある。アンデス協定、CARICOM、フォルータレーサ協定、バンジュール協定、CLMV協定の比較対照につき、*See Selected Provisions From Regional Agreements and Arrangements on Air Services*, Annex 8, WTO Doc. S/C/W/129 (15 October 1999).

(225) *New Bilateral and Regional/Plurilateral Air Services Agreements*, Attachments B and C, ICAO Doc. ATConf/5-WP/90 (13 March 2003) (information paper presented by United States). なお、紛争解決について、協議が整わなかった場合には当事国間の合意により第三者・機関の決定に付すことができるが、その合意が得られなかった場合には仲裁を義務付けるとともに、仲裁の詳細な手続を定めていることが特徴的である。

(226) 両国間の経済関係は一九八三年のCER協定の発効により徐々に統合されてきたが、航空分野の統合が加速したのは、両国の国内の規制緩和と航空企業の民営化を契機にしている。一九九二年、両国はタスマニア海を挟む航空市場において輸送力制限を撤廃し、多数航空企業指定と二重不認可方式の運賃制度を採用した了解覚書（MOU）を締結し、当該市場の完全なアクセスと以遠権に向けた段階的自由化を開始した。一九九六年には、単一航空市場取決めがCER議定書に編入され、カボタージュを含む国内営業が認められた（但し、無制限の以遠権は除外された）。二〇〇〇年、以遠権の制限を撤廃し貨物専門業務について第七の自由を認めたオープンスカイ協定が締結され、二〇〇二年に署名された。両国の主要航空企業ニュージーランド航空（ANZ）とカンタス航空は相互の国内市場において

カボタージュの権利を直接行使することはなかったが、ＡＮＺの一〇〇％子会社 Ansett やカンタス・ニュージーランド航空の立ち上げにより、二〇〇〇年には両国航空企業は統合されるようになった。しかし、航空産業の構造は不安定で、両子会社は二〇〇一年には財政難により運航を停止し、Ansett の崩壊によりＡＮＺは破産状態となり、ＡＮＺは再び国有化された。二〇〇二年、カンタス航空とＡＮＺは両国の競争法所管当局の認可を条件に資本提携に合意している。*Case Studies on Liberalization*, *supra* note 217, at 6.

(227) この協定は、両国間の越境市場を開放するために、三年の過渡期間が付されているモントリオール、トロント、バンクーバーの三都市を除いて、便数・座席・目的地の制限なしに米国への新規業務を認めたものである。現在は、この三都市の制限も撤廃され、また運賃も二重不認可方式が採用されている。但し、カボタージュ、開業の権利、第三国市場へのアクセスは認められていない。Louis Ranger, *THE CANADIAN-US AIR AGREEMENT*, *in* TAKING STOCK OF AIR LIBERALIZATION 155-6 (MARC GAUDRY & ROBERT MAYES eds. 1999). なお、この協定署名後二年間で、米国－カナダ間の総旅客運輸は三七・二％増加し、年間成長率も、協定前の一・四％に比べ、一一・一％となっている。また、ノン・ストップの乗入れ地点数も協定前の一九九四年には五四であったのに対し、七七地点に増加し、四二・六％の伸びとなっている。U.S. Department of Transportation, Office of Aviation and International Economics, *The Impact of the New US-Canada Aviation Agreement At Its Third Anniversary* (February 1998) [*available at* http://ostpxweb.gov/avation/inter/canada2.pdf.].

(228) George Petsikas, *A CANADIAN PERSPECTIVE ON "OPEN SKIES" BETWEEN CANADA AND THE UNITED STATES: Unprecedented Opportunities or the End of a Viable Canadian Airline Industry?* XVI AASL. 163 (1991).

(229) *Id.*

(230) Bruce Stockfish, *OPENING CLOSED SKIES: THE PROSPECTS FOR FURTHER LIBERALIZATION OF TRADE IN INTERNATIONAL AIR TRANSPORT SERVICES*, 57 J. AIR L. & COM. 642-3 (1992).

(231) Duane W. Freer, Director of ICAO Air Navigation Bureau, *Regionalism is asserted, ICAN's global*

prospects fade – 1926 to 1943, SPECIAL SERIES 4, ICAO Bulletin, 66-7 (April 1986) [*available in* ICAO's webs site].

(232) *THE PACIFIC ISLANDS AIR SERVICES AGREEMENT (PIASA): PHASED DEVELOPMENT OF A SINGLE AVIATION MARKET IN THE PACIFIC*, at 2-3, ICAO Doc. ATConf/5-WP/72 (26 February 2003) (presented by the Pacific Islands Forum Secretariat); *SUBREGIONAL COOPERATION ON AIR TRANSPORT AMONG CAMBODIA, LAO PEOPLE'S DEMOCRATIC REPUBLIC, MYANMAR AND VIET NAM (CLMV)*, at 3, ICAO Doc. ATConf/5-WP/58 (12 February 2003) (presented by Cambodia, Lao PDR, Myanmar and Viet Nam).

(233) 現に、カリブ共同体でも、始発地と目的地が域内に限定される運輸は共同体航空企業にのみ留保されるという、いわばカリブ版カボタージュ（CARIBOTAGE）の提案がなされており、域外国の航空企業が有する第五の自由の権利との抵触が懸念される。*LIBERALIZATION OF AIR TRANSPORT SERVICES WITHIN THE CARIBEAN COMMUNITY*, at 5, ICAO Doc. ATConf/5-WP/89 (11 March 2003) (information paper presented by the CARICOM Secretariat).

(234) 日本案は「短期・長期の消費者利益が各国航空企業の存続に妥当な考慮を払って促進されるべきであるという原則に基づいて、競争の増大による多様でコスト合理的な航空業務の提供を奨励することに反対しない」と述べる一方、「消費者利益と各主権国家の安全かつ財政的に健全な航空企業の存続と調和させるべく十分な研究が行われるべきであり」、その研究には「領空主権への妥当な考慮が払われ、寡占傾向と自国航空企業の存続の脅威を含む悪影響を防止するための綿密な調査が行われるべきである」と述べて、自由化のもたらす負の影響を強調している。柴田耕介「ＩＣＡＯの世界航空運送会議に向けた日本の対応について」『国際航空政策調査研究委員会報告書』（航空振興財団、平成七年）所収、九〇－九二頁。また、日本案原文につき、同、一〇二－一〇五頁参照。

(235) Toshiya Morishige, *Capacity Constraints in Japan and their Implications for Liberalization*, a presentation speech in powerpoint type at the Seminar 'Aviation in Transition: Challenges and Opportunities of Liberalization' (22-23 March 2003) [*available in* ICAO Air Transport Bureau's web site].

(236) 国際航空貨物については、二〇一〇年にはアジア太平洋地域が四二・六%、北米二〇・七%、欧州三二・八%と他を大きく引き離している。*See Outlook for Air Transport to the Year 2010*, ICAO Doc. Cir. 281-AT/116 (2001).