

国内排出量取引制度の法的課題について  
(中間報告)

平成21年4月7日

国内排出量取引制度の法的課題に関する検討会

# 目次

○はじめに	1
<b>1, 法的課題を論ずる上での前提条件について</b>	4
1-1 国内排出量取引制度とは	4
1-2 国内排出量取引制度をめぐる情勢について	5
1-3 「京都議定書に基づく国別登録簿制度を法制化する際の法的論点の検討について（報告）」（平成18年1月）取りまとめ時の議論から想起される、本検討会において検討すべき論点について	8
1-4 国内排出量取引制度の法制化に当たっての法的論点について	10
<b>2, 憲法上の課題について</b>	13
2-1 憲法上の論点について	13
2-2 営業の自由について	13
2-3 平等原則について	16
2-4 財政原則について	17
2-5 制度変更等政府の関与により排出枠の価値が低下した場合の損失補償	18
2-6 憲法上の整理と対処方針について	21
<b>3, 行政法上の課題について</b>	22
3-1 国内排出量取引制度の行政法的位置づけについて	22
3-2 総量規制から導かれる排出枠	22
3-3 許可制を前提とした場合の考え方と欧州における排出枠の法的性質	22
3-4 オプション1：排出に対する許可制を前提とした制度設計	24
3-5 オプション2：排出枠提出に係る行為義務を前提とした制度設計	25
3-6 排出枠及びその割当の法的性質を踏まえた紛争処理の在り方	27
3-7 排出枠及びその割当の法的性質のまとめ	29
<b>4, 排出枠の市場取引に係る論点について</b>	31
4-1 国内排出量取引制度における排出枠の取引の必要性（国内排出量取引制度における排出枠の取引に求められる機能）	31
4-2 排出枠の取引が円滑に行われるメリット	31
4-3 想定される排出枠の取引市場の姿	31
4-4 上記(4-3)のような排出枠の取引市場において、4-1に掲げる必要性を満たすとともに、4-2に掲げるメリットを実現するために望まれる要件	32
4-5 上記(4-4)の各要件を実現するために必要な事項	33
○おわりに	34
(別添1) 国内排出量取引制度の法的課題に関する検討会 委員名簿	35
(別添2) 国内排出量取引制度の法的課題に関する検討会 検討実績	36

## はじめに

- 地球温暖化対策における温室効果ガスの排出削減対策としての国内排出量取引制度は、温室効果ガスに係る排出枠の交付総量を設定した上で、排出枠を個々の主体に配分するとともに、他の主体との排出枠の取引や京都メカニズム等国内排出量取引制度の外部にあるクレジットの活用を認めるものである<sup>1</sup>。
- その活用に関し、環境省は自主参加型国内排出量取引制度（JVETS）を平成17年度から実施しており、国内排出量取引制度の実施に係る知見・経験を蓄積している。さらに、平成20年1月から5月にかけて国内排出量取引制度検討会を開催し、国内外の最新の動向を踏まえ、産業界や学界等の関係者の参画を得て、義務的な国内排出量取引制度についての本格的検討を行い、5月20日に「国内排出量取引制度のあり方について 中間まとめ」を公表し、制度オプション試案を示した。
- 平成20年6月9日に、福田総理（当時）は「『低炭素社会・日本』をめざして」を発表した。ここでは、低炭素社会の構築に向け、CO<sub>2</sub>に取引価格を付けて市場メカニズムをフルに活用することにより、技術開発や削減努力を誘導する必要性を指摘するとともに、平成20年秋に「排出量取引の国内統合市場の試行的実施」（試行的実施）を開始することとされた。
- 平成20年7月29日閣議決定「低炭素社会づくり行動計画」において、この試行実施について、関係省庁から成る検討チームにおいて、平成20年9月中を目途に設計の検討を進め、10月を目途に開始することとされ、10月21日地球温暖化対策推進本部決定「排出量取引の国内統合市場の試行的実施について」により、試行排出量取引スキームを含む試行的実施に関する詳細が決定された。環境省のJVETSも試行的実施への参加類型の一つとなった。12月12日には平成20年度の集中募集期間が終わり、平成21年3月19日現在、目標設定参加者449社を含む523社の参加申請が関係各省庁に提出された。
- このように、国内排出量取引制度については、環境省のJVETSを含む試行的実施が行われている一方、本格実施における制度設計は行われておらず、導入時期も決まっていない。京都議定書目標達成計画（平成17年4月28日閣議決定。平成20年3月28日全部改定）では「具体案の評価、導入の妥当性も含め、総合的に検討していくべき課題」とされている。

<sup>1</sup> 京都議定書目標達成計画第3章第2節2（1-2）の\*より。

- 国内排出量取引制度の本格導入が決まった場合には、関連する法制度の策定作業を開始する必要があるが、制度対象者に排出枠を割り当て、その取引を認めることにより排出枠という新たな財産的価値を有するものを生み出す制度を構築するに当たっては、憲法・行政法・民法など法律上多くの重要な論点が想起される。
- 本検討会は、平成20年3月以降、計5回の会合において、想定しうる論点を抽出し、各論点について検討を行った。具体的には、①義務的な国内排出量取引制度の導入や排出枠の割当に際しての営業の自由や平等原則等「憲法上の論点」、②排出枠の割当の法的性質や排出枠の割当における行政不服審査法の活用可能性等「行政法上の論点」、③「排出枠の取引に関する論点」について整理を試みた。
- 憲法上の論点については、国内排出量取引制度を用いたCO<sub>2</sub>等温室効果ガスの排出規制それ自体が直ちに違憲とは言えないが、国内排出量取引制度による温室効果ガスの排出規制が営業の自由の制約に当たり、かかる制約が比例原則の観点から許されるかとの問題が生じうる。しかし、温室効果ガスの排出規制には合理的理由があり、国内排出量取引制度による営業の自由の侵害度は、取引を認めない単なる排出規制に比べて緩和されていることから、比例原則上違憲であるとは言えないとされた。また、具体的な制度設計に当たって平等原則の問題が生じうるが、一般に人的属性（人種や性別）と関連しない区別については厳格審査が適用されないことから、合理的な根拠に基づく制度設計であれば、平等原則上違憲であるとは言えないとされた。
- 行政法上の論点については、まず、排出枠の割当が行政処分であり、行政不服審査及び抗告訴訟の対象となりうる点については異論がなかった。排出枠の法的性質及び排出枠の法的性質の前提となる温室効果ガスの排出規制の在り方については、排出枠を「法的義務を遵守するための手段」と捉えて、その譲渡可能性を認めることが現実的であり、その交付に当たり、温室効果ガスの排出に対する許可制度を創設することは必ずしも必要でないとされた。
- さらに、排出枠の取引に関する実務的な論点について検討を行い、取引の安定性と信頼性を確保するために必要な措置について整理した。排出枠・クレジットの取引には相対取引と、取引所取引とがある。また、現行の京都クレジットの取引においては、清算・決済システムの機動的な運用、税務・会

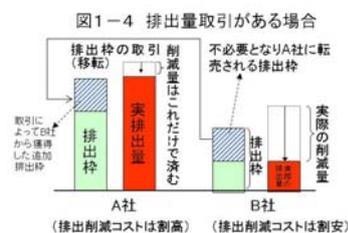
計上の取扱い、取引に関する情報の共有、その他必要な取引ルールの整備について改善すべき点があることから、取引所取引の実情も踏まえつつ、これらの要請に応えられる制度設計が必要とされた。

- 一方、民事法上の論点については、排出枠の移転における効力発生要件、保有の推定、担保権の設定可能性、善意取得の取扱い等について整理する必要があるところ、本検討会では各論点の検討を行うに至らなかった。国内の法制度のみが根拠となる国内排出量取引制度の排出枠を、我が国の民事法制においてどのように位置づけるかは、今後の課題である。
- 国内排出量取引制度については、本格実施における制度設計も行われておらず、本格導入の時期も決まっていない。したがって、試行的実施の動向や国内の議論の動向により、本検討会が検討しなかった分野において、新たな論点が提起される可能性がある。例えば、本検討会では、国際法上の論点の検討を行っていない。このため、本検討会は、当面想定される論点について中間的な取りまとめを行うに留めた。本検討会における法的・実務的整理が、国内排出量取引制度に係る今後の検討に活用されることを期待する。



いては、費用負担の程度にかかわらず削減対策が求められ、達成できなければ罰則を科せられる（図1-3）。

- ここで、排出枠の取引が認められると、対策費用が割安な企業は、超過達成した分を達成困難な企業に売却することで利益を得られる一方、対策費用が割高な企業は、自社で削減するよりも枠を購入することで安く目標を達成できるので、社会全体における削減費用を最小化することができる（図1-4）。



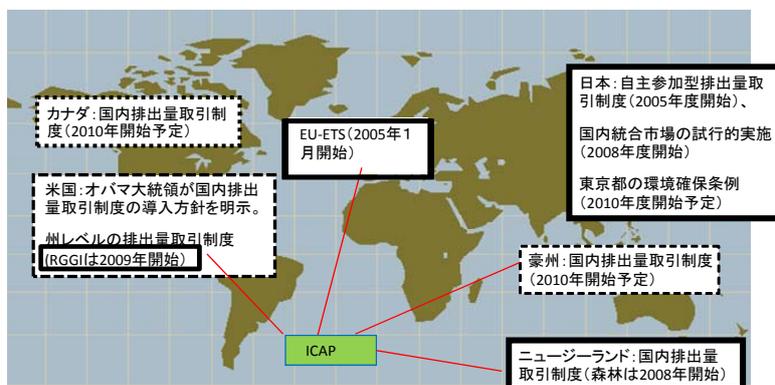
- このように、国内排出量取引制度は、政府にとっては、削減費用を最小化しつつ、排出総量の設定によって確実に目標を達成することが期待される制度であり、事業者にとっては、排出削減以外にも取引等を活用した柔軟な目標達成が認められる制度である。

## 1-2 国内排出量取引制度をめぐる情勢について

- 諸外国の情勢を見ると、まず欧州においては平成17年1月から実施されている欧州排出量取引制度（以下「EU-ETS」という。）が、平成20年1月から第2フェーズに入った。米国では、北東部10州による地域温室効果ガスイニシアチブ（RGGI）が平成20年9月から排出枠の有償割当を開始し、平成21

図1-5 諸外国での排出量取引制度に関する検討状況

- EUでは、2005年から既に排出量取引制度が導入。
- ニュージーランドでは、森林部門について2008年から排出量取引制度を導入。
- 米国、カナダ、豪州でも排出量取引制度の導入について検討中。
- 2007年10月、EU主要国、米及びカナダの数州、ニュージーランド等は国際炭素行動パートナーシップ(ICAP)を創設。各国各地域の制度を国際的にリンクするためのルール作りを開始。
- 2009年1月、欧州委員会は、2015年までにOECDワイドの国際炭素市場を立ち上げることを提唱し、米国とのリンクに関するワーキンググループの設置を指向。



年1月から遵守期間をスタートさせた。この他にも、オーストラリア、カナダ、ニュージーランドでも制度の一部導入又は検討が行われており、国際炭素市場パートナーシップ（以下「ICAP」という。）や欧州委員会における国際ルールへの検討の動きも急速に進んでいる（図1-5）。我が国としても、京都議定書の目標達成のみならず、次期国際枠組み以降の中長期的な排出量の削減及び低炭素社会の実現のためにも、同制度の検討を行うことが喫緊の課題である。

- 環境省は、平成17年度から自主参加型国内排出量取引制度（以下「JVETS」という。）を実施し、参加企業に絶対量による排出量制限を課しつつ、国内排出量取引制度の試験的な運用を行うことにより、制度運営に必要な知見の蓄積とインフラの整備を行ってきた<sup>3</sup>。
- 平成20年には、洞爺湖G8サミットにおいて気候変動が主要議題になることとされたことから、首相官邸、環境省、経済産業省が、気候変動施策の有効な手法の一つとして国内排出量取引制度を検討し、中間的な報告を発表していた。例えば、環境省の国内排出量取引制度検討会は、平成20年1月から5月にかけて6回会合を開き、国内外の最新の動向を踏まえ、産業界や学界等の関係者の参画を得て、義務的な国内排出量取引制度についての本格的検討を行った。同検討会は、5月20日に「国内排出量取引制度のあり方について 中間まとめ」（以下「中間まとめ」という。）を公表し、国内排出量取引制度を本格実施する場合に考えられる制度オプション試案を提示した。
- 平成20年6月9日には、福田総理（当時）が「『低炭素社会・日本』をめざして」を発表した。ここでは、低炭素社会の構築に向け、CO<sub>2</sub>に取引価格を付けて市場メカニズムをフルに活用することにより、技術開発や削減努力を誘導する必要性を指摘するとともに、国内排出量取引制度について、平成20年秋から「排出量取引の国内統合市場の試行的実施」（以下「試行的実施」という。）を開始することとされた。
- 福田総理（当時）の発表を受けた平成20年7月29日閣議決定「低炭素社会づくり行動計画」では、「できるだけ多くの業種・企業に参加してもらい、排出量取引の国内統合市場の試行的実施を開始する。」とされ、具体的な仕

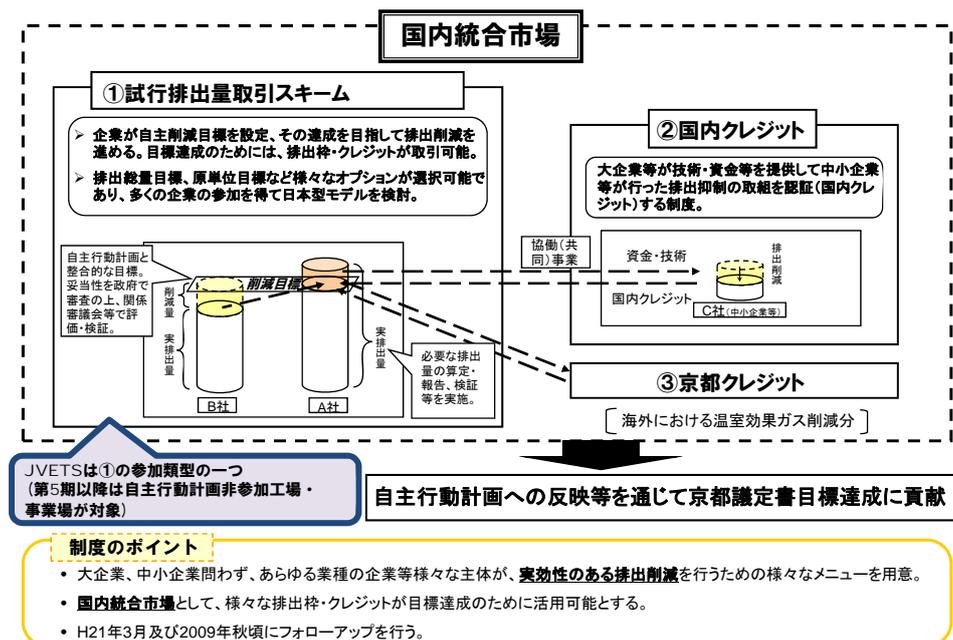
---

<sup>3</sup> JVETSの成果については、自主参加型国内排出量取引制度評価委員会が2009年（平成21年）3月に公表した「平成18年度自主参加型国内排出量取引制度（第2期）評価報告書」にまとめられている。

組み作りに当たって考慮又は留意すべき事項を規定するとともに、「関係省庁から成る検討チームにおいて、2008年9月中を目途に試行的実施の設計の検討を進め、10月を目途に試行的実施を開始する。」こととされた。

- これを受けて、関係省庁による検討チームで試行的実施の具体的な仕組みについて検討が行われ、平成20年10月21日地球温暖化対策推進本部決定「排出量取引の国内統合市場の試行的実施について」が取りまとめられた。同決定により、試行排出量取引スキーム、国内クレジット、京都クレジット<sup>4</sup>からなる国内統合市場の具体的な仕組みが規定され、参加申請の受付が始まった（図1-6）。環境省のJVETSも試行的実施の参加類型の一つとなった。12月12日には平成20年度における集中募集期間が終わり、平成21年3月19日現在、目標設定参加者449社を含む523社の参加申請が関係省庁に提出された。なお、この中には、JVETSの平成19・20年度参加者125社が含まれている。

図1-6 排出量取引の国内統合市場の試行的実施について



- 試行的実施が始まったものの、これらの仕組みはあくまでも自主的なものであることから、我が国は、国際的な炭素市場のルール作りのための枠組みとして設置されたICAPに、正式メンバーとして参加することができない。ICAP

<sup>4</sup> クリーン開発メカニズム(CDM)、共同実施(JI)、国際排出量取引制度(GISを含む。)によって生成又は取引されるクレジットをいう。以下同じ。

の正式メンバーになるには、義務的な絶対量による排出量規制を前提とした国内排出量取引制度を導入し又は導入を表明しなければならないからである。

- そもそも試行的実施は本格導入を前提としたものではなく、本格導入の時期も決まっていない。京都議定書目標達成計画（平成 17 年 4 月 28 日閣議決定。平成 20 年 3 月 28 日全部改定）では、国内排出量取引制度は「具体案の評価、導入の妥当性も含め、総合的に検討していくべき課題」とされている。

### 1-3 「京都議定書に基づく国別登録簿制度を法制化する際の法的論点の検討について（報告）」（平成 18 年 1 月）取りまとめ時の議論から想起される、本検討会において検討すべき論点について

- 国内排出量取引制度は我が国において本格導入されたことがないが、日本国内においては、気候変動に関する国際連合枠組条約の京都議定書（平成 17 年条約第 1 号。以下「京都議定書」という。）に基づく京都クレジットの取引が認められている。これは、京都議定書の附属書 B 国が温室効果ガスの削減目標を課せられていることを前提に、附属書 B 国による目標達成のための柔軟措置として、京都クレジットの国際的な取引を認めているものである。
- 京都クレジットの取引を可能とするため、環境省は「地球温暖化対策の推進に関する法律の一部を改正する法律」（平成 18 年法律第 57 号。以下「改正温対法」という。）の政府案作成に先立ち、京都クレジット及び国別登録簿の法的取扱いを検討する「京都議定書に基づく国別登録簿の在り方に関する検討会」を設置し、平成 18 年 1 月に報告書「京都議定書に基づく国別登録簿制度を法制化する際の法的論点の検討について（報告）」（以下「平成 18 年検討会報告」という。）を公表した。
- 平成 18 年検討会報告においては、京都クレジットの生成根拠は、京都議定書という国際条約とマラケシュ合意を含む関連文書であるとされ、その法的性質を法律上規定することとはされなかった。その上で、改正温対法においては、京都クレジットの保有と移転を記録するため、マラケシュ合意に基づく割当量口座簿を経済産業省と環境省が設置し、運営することが規定された。そして、京都クレジットの移転については、同口座簿における記録を効力発生要件とするとともに、口座簿上の記録に基づく保有の推定と善意取得について規定された。
- また、京都クレジットは信託財産とすることが認められており、事業者に

よる京都クレジットの取得に際しては、直接的な取得に加え、信託受益権の取得による間接的な取得も一般的に行われている。

- 一方、国内排出量取引制度は国内制度であることから、そこで取引される排出枠は、国内法に基づき生み出されなければならない。そのため、法的性質等について国際文書との関係に留意する必要がある京都クレジットとは異なり、国内排出量取引制度の前提となる温室効果ガスの排出規制の在り方、政府が規制対象者に排出枠を割り当てる行為、排出枠そのもの、排出枠の取引等を我が国の国内法に照らしてどのように整理すべきか等、多くの法的論点が想起される。想起される法的論点は、以下のとおりとなる。
  - ① 割当量口座簿及び京都クレジットの関連規定の国内法整備に当たっては、京都クレジットがその発生、管理、消滅について京都議定書及びその関連規定に依拠するものであったことを踏まえ、主に京都クレジットの取引の安全確保の観点から必要な規定について検討した。

一方、国内排出量取引制度の法制化に当たっては、排出枠等の発生、管理、消滅について、我が国の国内法制度に照らして検討する必要がある。
  - ② 割当量口座簿等の関連規定の法制化に当たっては、世界中を輻輳流通する京都クレジットの法的性質について国際調和の観点から日本だけが突出する制度を創設することが困難であったことから、平成 18 年検討会報告では「国際的な合意に反しない限り、動産類似のものとして取り扱うという程度の整理が望ましく、また、それで十分である。」<sup>5</sup>と整理された。

一方、国内排出量取引制度の法制化に当たっては、排出枠の法的性質については主に国内の流通を念頭に置けばよいことからすると、地球温暖化対策の推進に関する法律（平成 10 年法律第 117 号。以下「温対法」という。）に規定する京都クレジットに比べてより明確な形で検討しうる可能性もある。ただし、他国の国内排出量取引制度とリンクした場合の法的整合性について留意する必要がある。また、東京都が導入を決定した「温室効果ガス総量削減義務と排出量取引制度」<sup>6</sup>との関係にも留意する必要がある。
  - ③ 割当量口座簿等の関連規定の法制化に当たっては、京都議定書及びその

<sup>5</sup> 平成 18 年検討会報告 p. 9

<sup>6</sup> 平成 20 年 6 月、「都民の健康と安全を確保する環境に関する条例（東京都環境確保条例）」が改正され、「温室効果ガス総量削減義務と排出量取引制度」を平成 22 年度から開始する旨の規定が盛り込まれた。現在、東京都において、当該制度の施行に向けた検討が行われているところ。

関連規定により京都クレジットが1トンごとに異なるシリアル番号を有していること、各クレジットを生成する削減プロジェクトに着目する場合があります。また、主に信託法制（信託の公示の在り方）において京都クレジットは特定物と同様の取扱いを受けることとなった。

一方、国内排出量取引制度の法制化に当たっては、排出枠をシリアル番号管理する必要性は変わらないものの、排出枠は特定のプロジェクトと結びついていないため、排出枠の取扱いについては、京都クレジットとは別に整理することが必要である。その際、京都クレジットと同様に信託法制との関係で特定物と同様の取扱いを維持すべきか、検討する必要がある。

- ④ 割当口座簿等の関連規定の法制化に当たっては、京都クレジットを管理する割当口座簿は日本政府が整備・管理し、同口座簿上に口座を有する法人は、日本政府に対して京都クレジットの移転等について申請を行うことができるが、自ら直接京都クレジットを移転できない形態とされた。

一方、国内排出量取引制度の法制化に当たっては、交付される排出枠の量が大量になること、制度対象者の数が多数に上る可能性があること等から、排出枠の登録簿上に口座を有する法人が直接排出枠の移転を行うことができるようにすべきか否かについて検討する必要がある。この際、管理に伴う事務の在り方、決済システムの導入の必要性等を踏まえ、当該登録簿の管理主体をどうするかについても併せて検討する必要がある。

#### 1-4 国内排出量取引制度の法制化に当たっての法的論点について

- さらに、国内排出量取引制度の制度化に当たっては、我が国の憲法、行政法、民事法に照らし、以下のような論点が考えられる。

##### ① 憲法第22条第1項の営業の自由との関係

- ・ 国内排出量取引制度を導入する前提として、企業に対して何らかの形で温室効果ガスの排出を規制する必要がある。企業活動に対してかかる制約を課すことが、営業の自由に抵触するか。
- ・ 特に、排出枠を有償割当する場合、排出枠を落札できない企業は生産活動に著しく支障を来すおそれがあり、このような状況が営業の自由に抵触するか。

##### ② 憲法第14条の平等原則との関係

- ・ 排出枠の割当の際、既存事業者と新規参入者とが平等に扱われなければ、平等原則に抵触する可能性がある。例えば、既存事業者に対してはグラン

ドファザリング方式<sup>7</sup>により過去の排出実績に応じて排出枠を無償で割り当てる一方で、新規参入者に対してはベンチマーク方式<sup>8</sup>に基づき又は有償で排出枠を割り当てた場合において、新規参入者に対して厳しい目標が課されるならば、既得権保護となるか。

- ・ 既存事業者間においても、ある特定の事業者が他の事業者に比して不当に不利な割当を受けることになれば、平等原則に抵触するか。
- ・ 競合関係にある産業間で割当方法に差が生じることになれば、平等原則に抵触するか。

### ③ 制度変更や価格上限の発動等日本政府の関与により排出枠の価値が低下した場合の損失補償

- ・ 排出枠は、財産的価値を持つものとして整理されるが、日本政府が事後的に制度変更や価格上限の設定・発動を行った場合に価格が変化する可能性がある。これに対し何らかの損失補償の枠組みを整備する必要があるか。

### ④ 排出枠を割り当てるという行為及び温室効果ガスの排出規制の在り方についての法律上の整理

- ・ 排出枠の割当とは、対象企業に対する行政処分か、行政契約か。
- ・ 行政処分とした場合、行政不服審査及び抗告訴訟といった紛争処理制度を活用すべきか。排出枠の法的位置づけとの関係はどうか。
- ・ そもそも、国内排出量取引制度の前提となる温室効果ガスの排出規制の在り方や排出枠の割当については、法律上どのように整理すべきなのか。

### ⑤ 排出枠の法的位置づけ

- ・ 排出枠について法的にどのように位置づけて制度を構築すべきか。

### ⑥ 排出枠の移転に関する法的効果

- ・ ⑤の整理を踏まえ、排出枠の移転に関するルールについて、排出枠と温対法に規定される京都クレジットとの異同に留意しつつ、どのように整理するか。

### ⑦ 排出枠の信託の取扱い

- ・ 温対法に規定する京都クレジットについては、信託の公示の内容として不動産その他の特定物と同様に詳細な公示が要求されている。国内排出量

<sup>7</sup> 過去の排出実績に応じて排出枠を割り当てる方式。

<sup>8</sup> 産業毎の標準的な排出原単位(生産量当たりの排出量等)に基づき、排出枠を割り当てる方式。

取引制度に基づいて割り当てられる排出枠についても、不動産と同程度の信託の公示を要求するのが適当か、それとも振替社債等と同様に簡易な公示を認めるのが適当か。

⑧ 質権、その他の担保権の設定

- ・ 温対法に規定する京都クレジットについては、諸外国と同様に質権の設定を禁止している。国内排出量取引制度に基づく排出枠についてもこの構成を適用すべきか。その他の担保権の設定は必要か。

⑨ 強制執行、倒産手続における取扱い

- ・ 強制執行、倒産手続においてどのように取り扱うか。

⑩ 排出削減期間の終了後に償却されなかった排出枠の財産的価値の消滅

- ・ 遵守期間を経過しても償却されなかった排出枠は、引き続き財産的価値を有するか。排出枠の次期遵守期間への持ち越し（バンキング）により、当然に価値が持続するものとするか。

- 本検討会では、これらの論点に沿って、国内排出量取引制度について、憲法及び行政法に関する法的課題の検討を行った。

## 2, 憲法上の課題について

### 2-1 憲法上の論点について

- 本検討会では、国内排出量取引制度の創設に当たって特に検討を要する憲法上の論点として、①営業の自由、②平等原則、③財政原則を取り上げた。
- 検討に当たっては、ドイツにおける議論も参考にした。ドイツでは、平成17年からEU-ETSの枠組みによる国内排出量取引制度が実施されており、現行制度について憲法違反を問う訴えがあったほか、平成25年以降の改正制度案について憲法違反を問う鑑定書が公表されているなど、国内排出量取引制度に関する憲法論議が活発に行われているからである。

### 2-2 営業の自由について

- 営業の自由は、日本国憲法第22条及び第29条から導き出されるとされている。学説によれば、憲法第22条第1項の保障する職業選択の自由は、自己の従事する職業を決定する自由を意味する。自己の選択した職業を遂行する自由、すなわち営業の自由もそれに含まれる。もともと、営業の自由そのものは、財産権を行使する自由を含むので、第29条とも密接にかかわる<sup>9</sup>。
- 温室効果ガスの排出規制は、憲法上、営業の自由の制約と考えられる。国内排出量取引制度は、第一章で示したとおり、総量規制を前提としつつ、遵守方法の一つとして排出枠の取引を認め、市場メカニズムの活用を図るものである。政府は排出枠を設定し、排出規制対象者はその範囲内に排出を抑制する義務を負う。排出枠を政府が無償で割り当てる場合（無償割当）も、排出規制対象者が政府の交付する排出枠を購入せざるを得ない状態に置く場合（有償割当）も、排出規制対象者には温室効果ガスの排出規制への対応や排出枠の購入などの負担が生じることになるため、営業の自由の制約と考えられる。
- このような場合に、自由の制約の程度が妥当であるかを判断する基準として、比例原則がある。これは、自由を制約せざるを得ない場合も、制約は正当な目的に比例したものでなければならぬとするものである。
- 国内排出量取引制度の合憲性審査においては、温室効果ガスの排出規制による自由の制約が正当な目的に比例した程度であるか、すなわち、当該制約

<sup>9</sup> 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第4版）』210頁より。

が正当目的の達成にとって必要かつ合理的なものであるかが問われる。これは、当該排出規制の各要素が合理的か否かを判断するだけでなく、排出枠の割当、取引、罰則といった国内排出量取引制度の全体を見た上で、総合的な判断を行うものである。

- 国内排出量取引制度による温室効果ガスの排出総量規制は、必然的に営業の自由を制約するので、政府は、公共の福祉の観点から、比例原則に照らして、排出規制を行うことを正当化しなければならない。ここで、温室効果ガスの排出規制の目的とは、地球温暖化を防止することであり、その正当性については、気候変動に関する政府間パネル（IPCC）の報告書等に基づく自然科学の知見により導き出されるから、法的な問題にはならないと思われる。
- ただし、温室効果ガスの排出を規制する手法には、様々な手法があることに留意すべきである。IPCC 第四次報告第三作業部会報告書においては、緩和行動を促すインセンティブを策定するため、各国政府が取りうる国内政策及び手法は多種多様であり、どの手法にも利点と欠点がある、とされている。例えば、排出基準による規制は通常、ある程度確実な排出削減をもたらすが、それらが発明を誘導し、技術の進展を促すとは限らないとされている（また、1-1 で述べたとおり、排出枠の取引が認められない場合は、社会全体の削減費用を最小化することができない）。税金及び課徴金は炭素価格を設定できるが、特定の排出削減量を保証することはできないとされている。国内排出量取引制度は、炭素への価格付けがなされ、排出枠の量を決めることによって確実に排出削減を達成することができるかとされている一方、参加者間の資金・資源の分配に影響を及ぼすし、炭素価格が変動するため、参加者にとって削減費用の推計が困難である点が指摘されている<sup>10</sup>。
- 本検討会では、確実な排出削減を保証する政策手法として、国内排出量取引制度について、その必要性と合理性を、法的観点から検討した。排出枠の割当方式については、以下のとおりとなる。
  - ・ 無償割当の場合にはグランドファザリングとベンチマークの必要性・合理性が評価される。有償割当の場合には、枠の購入費用の負担が「営業の自由」に対する直接的な制約となり、排出枠を買わないと排出できないことになるため、無償割当よりも強い制約となると考えられる。

---

<sup>10</sup> IPCC 第四次評価報告書第三作業部会報告書（暫定版 仮訳）2007年5月14日版 p.28～p.29より。

- ・ 「中間まとめ」においては、できるだけベンチマークを採用した無償割当を基本としつつ、可能な業種に関しては有償割当の割合を広げることとしている。この場合、制度自体の合憲性と割当の合憲性の両方が問題となりうるのであるから、たとえ無償割当が合憲であっても、一部に有償割当を導入すれば、有償割当の部分だけではなく、制度全体の合憲性が問題とされる。
  - ・ 排出枠を超えて排出した事業者に対しては、課徴金が課され又は罰則が科されることとなるが、当然、そのような場合にも、国内排出量取引制度全体の合憲性と当該制裁措置の合憲性の両方が問題となりうる。
- ここで、国内排出量取引制度を全体として見ると、温室効果ガスの排出総量規制を前提としつつ、その目標達成のため、排出枠の取引を認めている。したがって、取引なしの排出総量規制と比べて柔軟な遵守措置が認められていることになるから、「営業の自由」の侵害度は、単なる排出総量規制に比べて緩和されていると考えられる。
- したがって、確実な排出レベルを保証する政策手法を採用するときは、温室効果ガスの総量規制の遵守に柔軟性を持たせている国内排出量取引制度が、取引なしの総量規制と比べて、比例原則に照らして営業の自由を不当に侵害しているとは言えないと考えられる。
- ここで、ドイツでは、(我が国の憲法に対応する)「基本法」に明文の規定はないが、憲法学説上、国内排出量取引制度が「絞殺効果 (erdrosselnde Wirkung)」、すなわちじわじわと企業の経営を圧殺するような効果を持つ場合は自由侵害であるとする見解もある。しかし、この見解は、既得の経済的地位の保全を保障するものではないし、どの程度の規制であれば絞殺効果を持つかという基準に係る司法判断が提示されたことはない。したがって、ドイツにおいても、どのような国内排出量取引制度が営業の自由を侵害するかについて、司法上の明確な基準が定立されているわけではないと言える。
- ドイツ特有の現象としては、このほか、EU-ETS の第1フェーズにおいて、割当量が少なかった事業者が訴訟を提起して3年後に追加割当を受けたが、その間に当該事業者が他の事業者の排出枠を購入しなければならなかったこと、当該追加割当が第1フェーズの終了時期近くに行われ、その時は排出枠

の価格が下落していたことから、当該企業が、割り当てられた排出枠を事後的に変更する調整制度の違憲性を問うて訴訟を提起し、斥けられた事例がある<sup>11</sup>。すなわち、排出枠の事後調整が比例原則に合致しているかが問題とされたのである。本件は結果的に不受理であったが、事後的な調整制度について法廷で争われたことは、我が国における制度設計において、参考になると思われる。

- なお、国内排出量取引制度においては、制度上、価格の過度の乱高下を防止するため、バンキング<sup>12</sup>、ボローイング<sup>13</sup>、排出枠の価格上限設定、米国リーバーマン＝ウォーナー法案<sup>14</sup>における炭素効率性理事会による価格の調整などのいわゆる費用緩和措置（cost containment measures）をあらかじめ規定しておくことが考えられるが、これが憲法上の「営業の自由」及び財産権侵害にあたるか否かは、上記と同様に、比例原則に照らして判断されることになる。

### 2-3 平等原則について

- 平等原則は、事柄の性質に沿った合理的な根拠に基づくものでない限り、差別的な取扱いを禁止するもの（等しいものは等しく、等しくないものは等しくなく扱う。）である。「憲法 14 条 1 項は、国民に対し法の下での平等を保障した規定であって、同項後段列挙の事項は例示的なものであること、およびこの平等の要請は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨と解すべきこと」<sup>15</sup>とされている。
- 国内排出量取引制度の文脈においては、例えば、下記の制度設計要素において、平等原則が貫徹されているかどうか問われる（図 2-1）。
  - ・対象となる業種・セクターを一定の範囲に限定すること（例：「中間まとめ」のオプション 1～4 のようなカバレッジの設定方法）が平等原則に反するかどうか。その区別に合理性があるか。
  - ・国内排出量取引制度の規制対象となる企業が、平等原則に照らして合理的

<sup>11</sup> BVerfG, 1BvR 2036/05。なお、ドイツ憲法裁判所には、8人の裁判官による「法廷」の下に、3人の裁判官が先例のある事例等を審査する「部」が設けられている。本件は「部」の審査で斥けられたため、「不受理」として扱われた。

<sup>12</sup> 余剰排出枠を次年度以降に繰り越すこと。

<sup>13</sup> 次年度以降の排出枠を前倒して使用、あるいは政府から借り入れること。

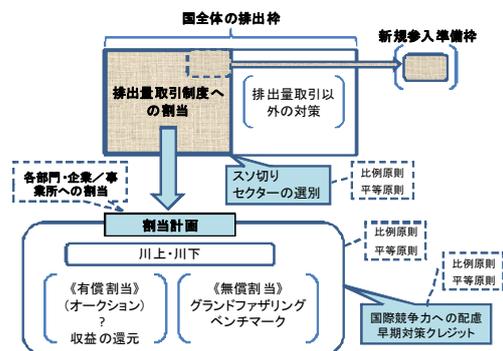
<sup>14</sup> Lieberman-Warner Climate Security Act of 2007 (S. 2191) をいう。

<sup>15</sup> 最大判昭和 48・4・4 尊属殺重罰規定違憲判決

に選択されているか。

- ・互いに競争関係にある部門同士に規模要件等の裾切り基準が設定された場合、それが平等原則に照らして合理的なものとなっているか(競争関係にもない他の部門については、この基準は問題とならない)。
- ・新規参入企業のために排出枠の一部を取り置き、既存企業と異なる仕組みで配分することは、平等原則に反しないか。
- ・川上割当を採用し、化石燃料の製造・販売・輸入業者に、前年度の製造・販売・輸入量を基礎として排出枠を無償で割り当てることは合理的な扱いといえるか。

図2-1 排出枠割当のイメージと憲法上の論点との関係



- 業種・セクター・企業・施設について、国内排出量取引制度の対象と対象外とを分けることが合理的な区別であるならば、直ちに平等原則に抵触するとされることはない。ただし、対象外に対して何らの措置もしないことに合理性がない場合は、平等原則に抵触するおそれがある。
- また、早期に排出量の削減努力を行った者や国際競争の激しい領域にいる者を優遇しても（あるいは優遇しなかったとしても）、それが合理的区別とみなされる限りにおいて、平等原則違反に問われることはないと考えられる。
- ドイツにおいては、平等原則が、政府による「恣意の禁止」（緩やかな審査）を求めたものであるか又は「厳格な比例原則」（厳格な審査）を求めたものかにつき争いがあるが、ドイツ連邦憲法裁判所の判決<sup>16</sup>では、国内排出量取引制度の合憲性審査の場合は、人的メルクマール（人種や性別）と結びついた区別をするものではないので、「恣意の禁止」（緩やかな審査）が問題となるとされている。

## 2-4 財政原則について

- 財政原則はドイツ基本法特有の問題であるが、この原則に基づいて有償割当の違憲性を主張する議論があるので、我が国でも同様の論点が提起されるおそれがないか、検討を試みた。

<sup>16</sup> BVerfGE118,79

- ドイツでは、国家が租税以外の金銭徴収を行うことができるのは、受益者・原因者負担原則に則った利用料・使用料、特別賦課金の徴収に限られるとされている。実際に法廷に持ち込まれた案件はないが、有償割当による政府収入が、この原則に反し違憲であるとする議論が提起されている。
- 我が国では、憲法第 84 条に租税法律主義が規定されており、判例においては、「租税以外の公課であっても、賦課徴収の強制の度合い等の点において租税に類似する性質を有するものについては、憲法 84 条の趣旨が及ぶと解すべきであるが、その場合であっても、租税以外の公課は、租税とその性質が共通する点や異なる点があり、また、賦課徴収目的に応じて多種多様であるから、賦課要件が法律又は条例にどの程度明確に定められるべきかなどその規律の在り方については、当該公課の性質、賦課徴収の目的、その強制の度合い等を総合考慮して判断すべきものである。」<sup>17</sup>とされる。それゆえ、この判例によれば、国民健康保険料の徴収に当たっては、法律・条例上のそれなりに明確な基準により徴収額を決定する必要がある、そこに恣意的な調整が行われてはならない、とされている。有償割当を導入するに当たっては、かかる観点からの検討が必要となる可能性がある。
- この判例は、租税以外の公課の種類・性質等を厳密に定義したものではなく、有償割当に適用できるかは不明であるが、租税法律主義が租税以外の公課と無関係でないことを示した点で、無視できないものを含んでいる。確かに、有償割当が導入される際には、その手続及び収益の配分等について法律で定められることになろう。しかし、租税法律主義は金銭徴収の要件や手続の法定を要請するだけでなく（課税要件法定主義）、その明確性、すなわち、法律による高い規律密度も要求している（課税要件明確主義）。排出枠の有償割当が、営業活動をする際に金銭的負担を強制し、かつ、伝統的な意味での公のサービスに対する対価という性質を持たないことを考慮すると、法律によって規律する場合にも、相応に高い規律密度が求められるとすることができよう。

## **2-5 制度変更等政府の関与により排出枠の価値が低下した場合の損失補償**

- さらに、国内排出量取引制度の排出枠は、国内法に基づき政府から事業者  
に交付されるものであり、取引上財産的価値を持つものであることから、政府による制度変更等が排出枠の価格を変化させ、企業に損失が生じた場合の

---

<sup>17</sup> 最大判平成 18・3・1 旭川国民健康保険料事件

枠組みについても考慮する必要がある。

- EU-ETS においては、そもそも制度の中長期的継続が前提となっているため、ここで扱う問題は基本的には論じられていない<sup>18</sup>。我が国において制度設計を行う場合も、制度の中長期的継続が前提となると思われるが、上記のような問題が起こった場合には、以下のような整理が考えられる。

#### ① 制度変更による損失補償の場合

- ・ 我が国には、農地改革に関して、事後法による不利益変更が違憲となるかが争われた事例がある。これは、農地改革時に極めて低廉な価格で収用された土地が、結局、収用する必要がなくなり、元の地主に売り払うことになったところ、当初は法律に基づき買収時の価格で売却していたのに、その後、法律を改正して、時価の7割に価格を変更した（つまり、売却価格を大幅に引き上げた）ため、そのような事後の変更は、財産権の内容の不利益変更に当たり、財産権侵害として憲法違反になるとして訴えが起こされたものである。最高裁は次のように判示している。「法律でいったん定められた財産権の内容を事後の法律で変更しても、それが公共の福祉に適合するようにされたものである限り、これをもって違憲の立法ということができないことは明らかである。そして、右の変更が公共の福祉に適合するようにされたものであるかどうかは、いったん定められた法律に基づく財産権の性質、その内容を変更する程度、及びこれを変更することによって保護される公益の性質などを総合的に勘案し、その変更が当該財産権に対する合理的な制約として容認されるべきものであるかどうかによって、判断すべきである。」<sup>19</sup>
- ・ この判示にしたがうと、不利益変更の違憲性は、排出枠の性質・制度変更の程度・保護される公益（以下「保護公益」という。）の性質の3点の相関関係により、判断されることになろう。行き過ぎた制度変更をしたと判断されれば比例原則違反であり、それは（憲法上の）財産権侵害であるがゆえに違憲と評価される。

---

<sup>18</sup> ただし、バンキングとボローイングの在り方については規定がある。各実施期間における遵守年度間（例えば、第1フェーズ（2005年～2007年）における2005年と2006年）においては、バンキング及びボローイングが可能である。実施期間をまたぐ場合、第1フェーズと第2フェーズ（2008年～2012年）の間ではバンキングもボローイングも認められず、第2フェーズと第3フェーズ（2013年～2020年）の間ではバンキングが認められる。

<sup>19</sup> 最大判昭和53・7・12事後法による財産権の内容変更事件

- ・ したがって、国内排出量取引制度における制度変更については、それが行きすぎた財産権制約に該当せず、かつ、一般的に行なわれる限り、何人もこれを受忍すべきものだから、憲法上の損失補償が必要な場合は殆どないと考えられる。

## ② 価格上限の設定や、リーバerman=ウォーナー法案における炭素効率性理事会による市場の操作など、制度の当初から定められていた措置によって損失を被った場合

- ・ そのような措置をとることは、事後的な制度変更に伴うものではなく、排出枠に内在する制約であるとみなすことができる。
- ・ 一般的に、財産権の内在的制約であれば、当然に損失補償は不要であり、制度の当初から一定の措置によって排出枠が影響を受けることがあらかじめ定められていれば、この点はより明確になる。

## ③ 政策的補償と民法上の財産権性

- ・ 財産的価値を持つものに関する制度の変更による事後的な不利益変更は、法的安定性を害し、取引秩序を乱す原因となるため、たとえそのような変更が合憲であったとしても、排出枠の取引の活性化を阻害し、制度の停滞をもたらすおそれがあることは否定できない。そうした弊害を防止するため、当該不利益変更によって損失を被る者に対して、政策的な補償を与えることも考えられないではない。
- ・ また、補償がなされないことが合憲であっても、そのような事後的な不利益変更が補償なしに許されるものや、価格の上限設定や第三者委員会による市場操作に伴う価格の変動が補償なしに許されるものを通常の民法上の財産権と同じものとして捉えてよいか、という問題も課題として残されている。
- ・ ちなみに、アメリカの大気浄化法の下での酸性雨対策としての国内排出量取引制度の排出枠は「財産権を構成しない」<sup>20</sup>と定められており、リーバerman=ウォーナー法案でも「排出枠は財産権であってはならない。」<sup>21</sup>とされている。

<sup>20</sup> The Clean Air Act (CAA) Section 403 (f) より。

<sup>21</sup> リーバerman=ウォーナー法案(S. 2191) Section 1201 (c) (1) より。

## 2-6 憲法上の整理と対処方針について

- 本検討会は、確実な総量削減を保証する制度を導入すべきであるとの前提に立ち、国内排出量取引制度について法的観点から検討を行った。そして、国内排出量取引制度は単純な総量規制よりも営業の自由への侵害度が緩和されているものとの認識に立ち、各種の制度設計要素が比例原則及び平等原則に照らして合理的根拠に基づいていれば、憲法の趣旨に違反するとは言えないとの結論に至った。
  
- もっとも、国内排出量取引制度の設計要素が、憲法上の要請のみから導けるわけでないことはいうまでもない。例えば、費用緩和措置や国際競争力への配慮措置は、部分的に比例原則や平等原則の審査対象となることはあっても、これらの原則から当該措置を講じることの必要性・合理性が一義的に導けるものではない。各設計要素の合憲性を検討する際には、その前提として、当該要素が憲法上の原則から導き出されたものか、それとも憲法から離れた政策配慮として設けられたものかを区別する必要があるだろう。
  
- また、国内排出量取引制度の排出枠は国内法に基づき政府から事業者に交付されるものであるから、事後的な制度変更により制度対象者に損失が出た場合についても考慮すべきである。一義的には憲法上の損失補償を行う場合には当たらず、財産的価値を持つものに関する不利益変更に当たるかどうかは排出枠の性質・制度変更の程度・保護公益の性質の3点の相関関係により判断されることとなる。もともと排出枠は、性質上、制度変更を伴うものであると考えるならば、行き過ぎた制度変更でない限り、制度変更自体は排出枠に内在する制約であるとみなすことも可能である。一方、価格上限の設定や、炭素効率性理事会による市場の操作など、制度の当初から定められていた措置によって損失を被った場合には、排出枠に内在する制約であり、補償は不要である。

### **3, 行政法上の課題について**

#### **3-1 国内排出量取引制度の行政法的位置づけについて**

- 本検討会では、排出枠の法的性質や政府・事業者間の紛争処理の在り方を検討するために、排出枠の割当に関する、行政法的側面からの位置づけが必要であるとの認識の下に考察を行った。また、事業者間における排出枠の取引について、民事法的側面との整合性をも意識しつつ議論を行った。

#### **3-2 総量規制から導かれる排出枠**

- 第一章で触れたとおり、国内排出量取引制度は、理念的に言えば、排出総量を規制しつつ、規制対象者毎の排出総量目標を、規制対象者自身が取引等により変更することを認めるものと言える。したがって、国内排出量取引制度は公害防止法制で採用されている総量規制に近い側面があり、その観点からは、排出枠の交付量を総量規制基準、排出枠の割当を特定施設に対する総量規制基準の設定に相当すると考えることができる。
- 総量規制を採用している公害防止法令のうち、瀬戸内海環境保全特別措置法（昭和 48 年法律第 110 号。以下「瀬戸内法」という。）は瀬戸内海流域の特定施設の設置について許可制を敷いている一方、大気汚染防止法（昭和 43 年法律第 97 号。以下「大防法」という。）及び水質汚濁防止法（昭和 45 年法律第 138 号。以下「水濁法」という。）は総量規制を実施する地域の特定施設の設置について届出制を敷き、行為義務を課している。いずれの場合においても、特定施設の設置に当たり、排出基準が満たされないおそれがある場合には計画変更命令が出され、排出基準に照らして問題がないと認められる場合は、届出が受理された日から当該特定施設を設置又は変更できるようになるまでの期間を短縮するなどの措置が規定されている。規制対象者は、たとえ設置を予定している特定施設が排出基準を満たしているとしても、これらの手続を経由しなければ設置は認められない。

#### **3-3 許可制を前提とした場合の考え方と欧州における排出枠の法的性質**

- 仮に許可制を前提とした場合、排出量の上限は、国全体の排出削減目標を勘案しつつ、個別の規制対象事業者の施設について設定され、それ以上の排出は禁止されることになる。この場合、法令によって規制対象施設の設置（又は規制対象施設からの温室効果ガスの排出）を禁止したうえで、温室効果ガスの排出を割り当てられた排出上限内に収めることを前提に規制対象施設の設置（又は規制対象施設からの温室効果ガスの排出）を許可するということ

になり、排出枠及びその割当は、「許可」という行政処分の一部と言える。

- EU 構成国は、IPPC 指令<sup>22</sup>に基づく大気汚染物質排出施設に対する許可制を敷いており、排出許可制度と排出枠の取引とが組み合わされている点で共通している。こうした観点から、ドイツでは、排出枠自体を「環境利用権 (Umweltnutzungsrecht)」、排出枠の取引を「間接的な規制制度」の一手法として整理する見解もある。
- 我が国においても、このような考え方に倣い、温室効果ガス排出施設の設置に関する許可制を前提にすることが考えられるが、仮にこのように構成する場合には、次の各点が要請されることに注意しなければならない。第一に、許可された地位の譲渡の際には行政庁の許可が新たに必要となることが通例であるが、排出枠の場合には、これでは義務遵守のための柔軟性措置としての取引が円滑に機能しないため、当該地位の譲渡について行政庁の許可を必要ないものとしなければならないことである。第二に、同じく取引円滑化の観点から、排出規制の対象とはならないが取引を仲介又は媒介する者にもその取引に加わらせる必要があることである。さらに、第三に、同じく取引円滑化の観点から、制度上、許可された地位を民事上の財産に転化しなければならないことである。
- すなわち、政府と事業者との間では、温室効果ガスの排出に対する許可制を敷くが、排出枠自体は温室効果ガス排出施設に対する（許可された排出量を前提とした）許可された地位が民事上の財産に転化したものと構成し、その意味において、排出枠は温室効果ガス排出施設に対する許可に由来するものであるが、温室効果ガス排出施設に対する許可そのものではないと考えることになる。このように考えた場合、排出枠は許可に由来するものではあるが、排出事業者から離れて輾転流通させることも可能であり、排出事業者でない取引参加者も排出枠を保持することができることとするのである。
- EU-ETS を実施している欧州では、上記のような許可制を前提としつつも、欧州連合排出枠 (EUA) は排出総量規制の遵守要件を満たすためのツールとして扱われている。もっとも、その法的性質等について統一的な位置づけをし

---

<sup>22</sup> 「統合的汚染防止管理指令」(Directive 96/61/EC of 24 September 1996 concerning integrated pollution prevention and control)。現在は Directive 2008/1/EC of the European Parliament and of the Council of 15 January 2008 concerning integrated pollution prevention and control に改正。

ていない。フランスは法令で「無体動産」と定義しており、ドイツはEUA自体を「許可された権限」として公法の問題とし、移転については私法に属すると理解されている。イギリスでは抽象的な法的性質論は議論されておらず、行政側は権利性を認めず、取引される状態に置かれたときには財産の一種であると捉えられている。

- 上記の考え方は温室効果ガスに対する許可制の導入を前提としている。しかし、規制改革等、新たな規制の創設を極力抑制すべきとの社会的要請があること、及び我が国の大防法では、ばい煙発生施設に対しては届出制がとられており、温室効果ガスの排出規制について許可制を適用すると規制の在り方についてバランスを欠く可能性があることを踏まえると、温室効果ガス排出施設について許可制を導入することは容易ではない。そこで、上記のように温室効果ガスの排出に対する許可制を前提とする考え方と、そうではない考え方との2つのオプションを検討することが有益であると考えられる。

### **3-4 オプション1：排出に対する許可制を前提とした制度設計**

- 排出枠及びその割当を、欧州の整理を基に許可制として構成し、「温室効果ガスの排出には許可が必要。排出枠は許可の条件としての、許可された量を示している。許可された量は、排出枠の取引によって変更され、その変更には行政の関与は要しない。」とする制度が考えられる。
- ここでは、排出許可を前提とするが、許可の条件としての許可された量（排出枠）は、財産に転換されることになる。そして、遵守期間に排出量に相当する排出枠を償却できない場合、事業者は、許可の条件を満たさない違法に問われ、罰則を科される。より具体的に整理すると、以下のとおりとなる（図3-1、図3-2）。
  - ・ 一定の条件に該当する企業Aは、政府の許可無く温室効果ガスを排出することが禁じられる。
  - ・ 温室効果ガスを排出しようとする企業Aは、政府に申請し、許可を得る。
  - ・ 政府は、許可の条件としての許可された量（地位）を決定し、このような許可された量（地位）を取引可能な「排出枠」に転化して企業Aに対して、交付する。
  - ・ 企業Aが排出枠の取引を行うことにより、排出枠（許可された量）が変動する。
  - ・ 期限（遵守期間の末日）において、企業Aの排出枠（許可された量）が排出した量に対し不足していれば、許可の条件を満たさず違法となる。

- ・ 政府は、違法状態にある企業Aに対し、違反の態様・程度に応じて罰則を科し、又は課徴金を課する。

図3-1 オプション1の排出枠割当のイメージ

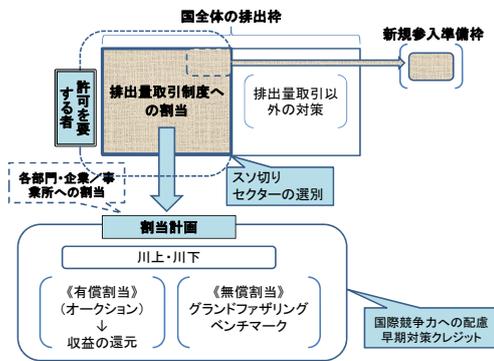
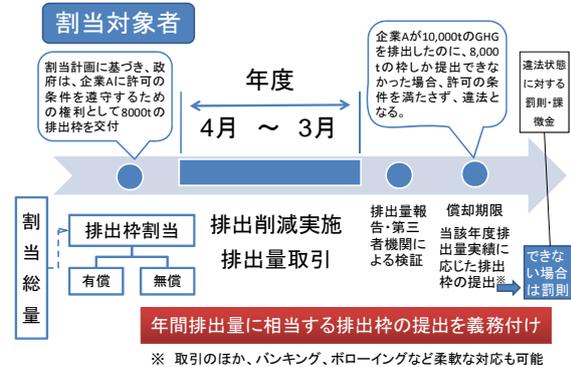


図3-2 オプション1:排出許可を前提とした取引のイメージ



- 裾切り以下の事業者や個人については、別途の対策を講ずることから、法律上は最初から温室効果ガスの排出禁止及びこれに対する許可制度の対象外となる。施設の類型によって許可対象者を区切る例としては、瀬戸内法があり、その概要は以下のとおり。
  - ・ 人の健康又は生活環境に有害な物質を排水する施設（特定施設）を指定。
  - ・ 大型特定施設を瀬戸内海関係府県に設置しようとする者は、府県知事の許可が必要。
  - ・ 許可を受けた特定施設は、瀬戸内海におけるCOD（化学的酸素要求量）に係る総量規制に従う。
- この方式は、温室効果ガスにおける国内排出量取引制度を実施している欧州及びSO<sub>2</sub>の国内排出量取引制度を実施している米国の法的整理に類似しているが、前述の通り、我が国で現実的に創設することには一定の困難を伴う。まず、規制改革等、新たな規制の創設を極力抑制すべきとの社会的要請がある中、我が国においては、実際上は、新たな許可制度を創設することは困難である。また、我が国の大防法では、ばい煙発生施設に対しては届出制を敷いており、同法に基づく総量規制の対象についても同様である。そうすると、SO<sub>x</sub>などの大気汚染物質について大防法に基づく届出制が敷かれているに過ぎない一方で、温室効果ガスの排出規制について許可制が適用されることになり、規制の在り方についてバランスを欠く可能性がある。

### 3-5 オプション2：排出枠提出に係る行為義務を前提とした制度設計

- もう一つの方法としては、温室効果ガスの排出を一般的に禁止するのでは

なく、排出枠の提出を単なる行為義務と捉え、単なる行為義務に基づく制度を構築することが考えられる。すなわち、「温室効果ガスの排出は一般的に禁止されるものではないが、温室効果ガスを一定量以上排出する者に対しては、年度の終わりに排出量に応じた排出枠の提出を義務付ける」とすることとなる。

○ 裾切り以下の事業者や個人については、別途の対策を講ずることから、法律上は最初から排出枠の提出義務の対象外とすることとなる。そして、排出枠は義務自体からは独立した存在であり、行政法上の許可とも無関係であるため、排出枠の提出義務の対象となっていない者も、当然にその取引をすることができる。そして、排出枠が排出量に足りない場合は、義務対象者は、不足分について義務不履行を問われることとなる。具体的な制度の構成は、以下のとおりとなる（図3-3、図3-4）。

- ・ 温室効果ガスを排出する者はその排出量の抑制に努めなければならない。
- ・ 一定規模以上の温室効果ガス排出者（割当対象者）は、期限（遵守期間の末日）に排出量に相当する排出枠を提出する義務を負う
- ・ 割当対象者に対しては、義務遵守のための手段として、遵守期間の初めに、政府から排出枠が割り当てられる。
- ・ 排出枠を提出できない場合、割当対象者は、不足分について義務不履行を問われ、違反の態様・程度に応じて罰則を科され、また、課徴金を課される。

図3-3 オプション2の排出枠割当のイメージ

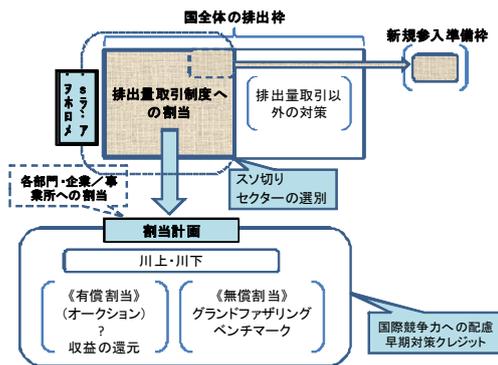
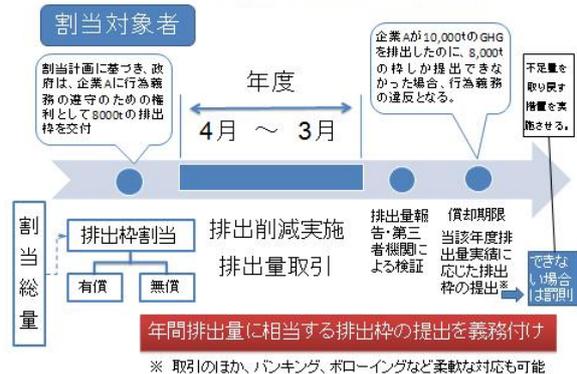


図3-4 オプション2:行為義務を前提とした取引のイメージ



○ この方式では、幾つかの法技術上の問題が生ずる。例えば、法律の条文で対象者を明確に特定し、確定できるか、割当対象者を確定するために、割当対象者である旨を届け出る義務又は割当対象者である旨の認定の仕組みを別途設ける必要があるか、という問題がある。

- しかし、一定要件に該当する事業者に対して一定の行為を義務付ける法令は、大防法、水濁法、温対法、エネルギーの使用の合理化に関する法律（昭和54年法律第49号。以下「省エネ法」という。）など、例は多い。例えば、省エネ法では、以下のような構成を採っている。
  - ・ エネルギーを使用する者は、エネルギーの使用の合理化に努めなければならない。
  - ・ エネルギー使用量が一定規模以上の工場を、経済産業大臣が指定する。
  - ・ 指定を受けた工場は、エネルギー管理者の設置、計画作成、定期報告の義務を負う。
  - ・ 指定を受けた工場は、義務違反、履行の懈怠等について罰則が科される。

### **3-6 排出枠及びその割当の法的性質を踏まえた紛争処理の在り方**

- ここで、「排出枠の割当」という行為の法的な性質をまとめると、オプション1を採用した場合には、排出枠の割当とは、温室効果ガスの排出を許可する際の許可された量（地位）の決定ということになる。これに対して、オプション2を採用した場合には、排出枠の提出義務を遵守することができる手段の交付ということになる。
- 排出枠の割当について、オプション1又は2のどちらの考え方によるにせよ、その割当は、行政処分の一つとして位置づけることができると考えられる。言い換えれば、①規制対象となる事業者に対し、一般的には禁止されている温室効果ガスの排出について許可された排出量を示した上で温室効果ガスの排出を許可する処分（オプション1）、又は、②規制遵守のための手段を交付する処分（オプション2）が、排出枠の割当であると考えられる。
- ①・②のいずれの性質を持つにせよ、実際の排出枠の割当に際しては、まず、割当計画が作成された上で、かかる割当計画に従って割当が行われることになると思われる。このように、排出枠の割当が、割当計画に基づく行政処分として位置づけられる以上、そこでは行政計画について一般的に論じられるのと同様の権利救済システム構築上の問題が、考慮されなければならない。すなわち、行政計画とそれに基づく行政処分に対する権利救済システムが問題となる場面においては、一度計画に基づく個別的処分が行われた後に「個々の利害関係者が個別的な訴訟によってその取消しを求めるといような権利救済システムには、そもそも制度の性質上多少とも無理が伴うものと言わざるを得ないのであって、立法政策的見地からは、決定前の事前手続における関係者の参加システムを充実なものとする」ことが求められるといえ

よう<sup>23</sup>。したがって、グランドファザリングにより過去の排出実績を考慮して割り当てるにせよ、ベンチマークにより各部門における温室効果ガスの排出効率を考慮して割り当てるにせよ、割当対象となる部門の実態を十分に把握し、割当計画に反映させる必要がある<sup>24</sup>。例えば、割当計画において割当に関する基準等を定めるに当たっては、事前に関係審議会の意見を聴取することを規定し、当該審議会において、対象部門からの資料提出や意見陳述の機会を設ける等の措置を講ずることが考えられる。

- そのような事前措置を十分に講じた上でもなお生ずる紛争の処理については、排出枠の割当が行政処分であるとするならば、行政不服審査法（昭和 37 年法律第 160 号）の行政不服審査制度及び行政事件訴訟法（昭和 37 年法律第 139 号）に基づく抗告訴訟の仕組みによることになる。具体的には、まず、処分の取消訴訟を提起して割当処分のやり直しを求めることが考えられる。この場合、事業者からの申請が前提となるので、排出枠の割当という処分が行われた際、割り当てられた排出枠が、申請で求めた排出枠の量に満たなかった事業者については、同処分を、申請で求めた排出枠に満たなかった量についての拒否処分と捉え、その取消しを求めることになろう<sup>25</sup>。また、義務付け訴訟を提起して希望する水準の割当処分を求めることも考えられるが<sup>26</sup>、行政事件訴訟法第 37 条の 3 第 5 項に規定する明らかな法令違反又は裁量権の逸脱若しくは濫用といった要件を満たす場合は少ないとみられる<sup>27</sup>。
- 抗告訴訟については、上記のような排出枠の割当に係る要件（実体要件ないし手続要件）に関する違法について訴えを提起できることとするほか、割当計画そのものを処分と捉え、違法性があれば訴えを起こせることとすることが考えられる。
- 抗告訴訟において原告適格が認められるためには、原告が法律上の利益を有していることが必要である。判例上、行政庁による処分等により自己の権

<sup>23</sup> 最大判平成 20・9・10 行政処分取消請求事件、藤田宙靖裁判官補足意見より。

<sup>24</sup> なお、有償割当の場合は、割当対象者は自らの経営判断に基づき、必要に応じて排出枠を購入するため公平性が担保できる上、配分基準や手続等において、客観性、透明性が確保できるとされている（中間まとめ p. 24 より）。

<sup>25</sup> 例えば、排出枠について 100 万 t-CO<sub>2</sub>/年度の割当を申請して 60 万 t-CO<sub>2</sub>/年度が割り当てられた場合、40 万 t-CO<sub>2</sub>/年度の不足分の取消しを求める取消訴訟を提起する。

<sup>26</sup> 上記の例において、40 万 t-CO<sub>2</sub>/年度の追加的割当をすべき旨を命ずることを求める義務付け訴訟を提起する。

<sup>27</sup> ただし、この点は後述するように、排出枠の割当を巡る制度における行政庁の裁量権の範囲をどの程度のものとするかによっても影響を受ける。

利若しくは法律上保護された利益を侵害され、または必然的に侵害されるおそれがなければ、法律上の利益を有しているとは言えない<sup>28</sup>。すなわち、上記オプションのいずれを採用した場合でも、抗告訴訟を提起するには、割当対象者に何らかの法律上の利益がなければならない。この点に関しては、仮に割当対象者に対する割当処分が判決により取り消され、行政事件訴訟法第 33 条第 2 項に従い改めて処分が行われた結果、排出枠の割当量が増加した場合は、申請が適正に取り扱われたという手続上の利益に加えて、当該割当量の増加が割当対象者に対する利益又は法的地位の獲得という効果をもたらすものと解される。理論的には、排出枠の割当が割当対象者に対してそのような効果をもたらすかについては議論の余地があるものの、抗告訴訟による解決を図るならば、排出枠の割当にはそのような効果があるものとして、紛争解決の枠組みを構成すべきである。

- なお、無償割当の場合には、制度上、行政裁量の余地をどこまで残すかによって、行政不服審査及び抗告訴訟のいずれが紛争解決になじむかが決まるといえる。すなわち、行政裁量の余地が広ければ、その違法性を問う局面は少なくなるため、行政不服審査により行政処分の当・不当を争う方がなじむのであり、これに対し、行政裁量の余地が狭ければ、逆に行政処分の当・不当を問うよりも、抗告訴訟により違法性を争う方がなじむといえる。
- 国内排出量取引制度の遵守期間は一年程度であり、短期間に多数の処分が想定され、割当そのもの及びその修正にも専門的な知見が求められることから、最終的には抗告訴訟を活用できるにしても、特別の紛争処理機関を設け、不服申立前置とすることが適当と考えられる。
- また、上記以外に、国家賠償請求も考えられるが、排出枠の割当が行政計画のような性質を持つことから、制度設計上、国内排出量取引制度に関わる紛争については、個々の排出枠の割当に関する紛争として処理するよりも、損害賠償に関する紛争として処理する方が望ましいとの意見もあった。

### 3-7 排出枠及びその割当の法的性質のまとめ

- 排出枠及びその割当を、許可制と整理する場合でも行為義務と整理する場合でも、取引における排出枠の取扱いは同じであり、これによって結論に差異が生じるものではない。したがって、我が国で国内排出量取引制度を実施する場合は、総量規制の方法さえ確保されていれば、どちらの方式が既存の

<sup>28</sup> 最判平成元・2・17 新潟空港事件など。

法制度と整合しているかを問題とすれば足りる。

- そうすると、温室効果ガス排出施設に対しては、新たな許可制を設けることなく、大防法に基づく届出等、既存の法令に基づく特定を行い、特定された者に対して、排出枠の提出等の行為義務を課する方法が、既存の法制度になじむと言える。その場合、例えば、国内排出量取引制度に川下割当を採用するならば、温対法に基づく算定・報告・公表制度の対象である特定排出者を、制度の対象者とする考えられる。
  
- 許可制又は行為義務のいずれの立場をとるにせよ、排出枠の割当は行政処分であって、行政計画のような性質を持つことから、決定前の事前手続における関係者の参加システムを充実なものとすることが求められる。そこで、割当を行うに当たって、事前に割当対象部門からの情報を収集し、意見を聴取することにより、当該部門の実情を十分に勘案して割当を行う制度設計と運用が求められる。それでも紛争が発生した場合には、行政不服審査及び抗告訴訟を活用するにしても、専門的知見から判断できる特別の紛争処理機関を設け、不服申立前置とすることが適当と考えられる。

#### **4, 排出枠の市場取引に係る論点について**

- 国内排出量取引制度の構築に当たっては、排出枠の市場取引に係る制度についても考察が必要である。排出枠の取引は排出削減目標の遵守を多様化するものであり、排出削減の文脈では、あくまで遵守手段の補助的な役割を担うに過ぎない。しかし、取引が円滑に行われなければ、国内排出量取引制度に期待する効果が発揮できないこととなる。
- 我が国は、これまで実物、債権、有価証券等様々な市場を構築・運営してきており、その経験から得られる教訓を生かし、排出枠の市場取引の適正な制度設計を行う必要がある。

#### **4-1 国内排出量取引制度における排出枠の取引の必要性（国内排出量取引制度における排出枠の取引に求められる機能）**

- 排出枠の取引は、国内排出量取引制度に期待される効果を十全に発揮するために必要なものである。国内排出量取引制度の規制対象企業は、排出枠の提出義務量以上に温室効果ガスを排出することが見通せる場合又は排出することとなった場合、当該企業が不足量の排出枠を購入して目標達成することができる。これを円滑に行うことができれば、取引が義務遵守のための柔軟性措置として機能することとなる。

#### **4-2 排出枠の取引が円滑に行われるメリット**

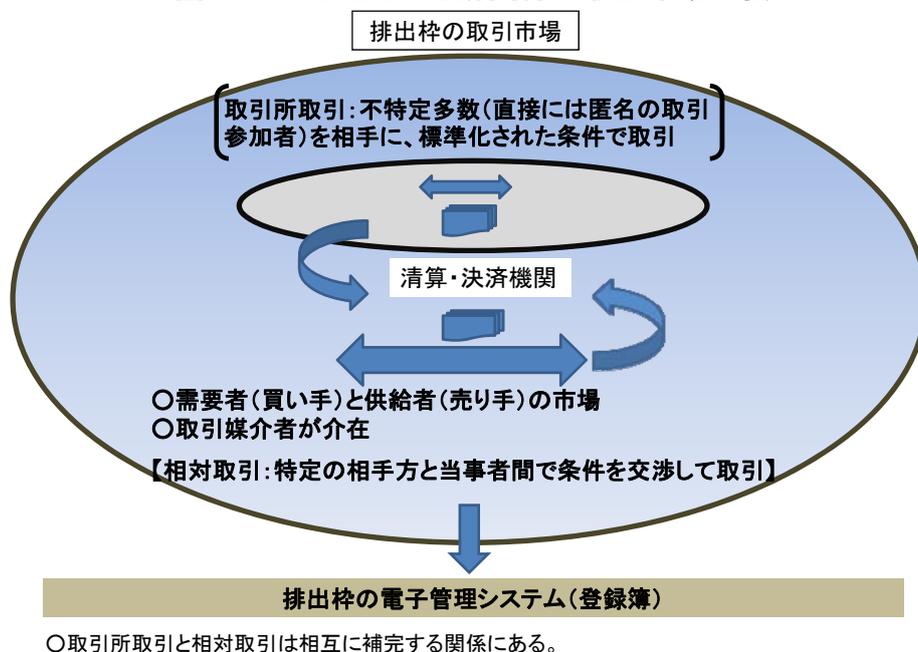
- 具体的には、
  - ① 国内排出量取引制度の規制対象企業にとっては義務遵守の選択肢が増えるとともに費用効率的に排出削減を行うことができるようになり、社会全体としても削減費用の最小化を図ることができるようになる。
  - ② また、市場取引を通じて発見される排出枠の価格は、国内排出量取引制度の規制対象企業の技術開発投資等を含めた中長期的な経営、排出削減技術の普及だけでなく、規制対象外の企業や市民等の自発的な取組を促進するための重要な指標となるものである。

#### **4-3 想定される排出枠の取引市場の姿**

- EU-ETS が実施されている EU では、相対取引（店頭取引（OTC）を含む。）と、取引所における取引とが行われている。取引所は清算・決済機能を有していることから、相対取引を行った者が、取引所に口座を持ち、取引所の清算・決済機能を利用している事例も見られる。

- このような実態を踏まえると、国内排出量取引制度が導入された場合の排出枠の取引市場の姿は、下図（図4-1）のとおりとなる。

**図4-1 想定される排出枠の取引市場の姿**



**4-4 上記(4-3)のような排出枠の取引市場において、4-1に掲げる必要性を満たすとともに、4-2に掲げるメリットを実現するために望まれる要件**

- 排出枠の取引が柔軟性措置として機能するためには、排出枠の取引市場は、余剰排出枠を有する者がそれを市場に供給し、排出枠が不足する者がこれを購入できるような、需要と供給が出会える場である必要がある。
- これを実現するためには、以下の各要件を実現する必要がある。
  - ① 取引媒介者の機能の確保
    - ・ 第一に、余剰と不足を調整する取引媒介者の機能が確保される必要がある。これを担う者としては、商社、金融機関等が想定される。これは、日常的に企業に対して化石燃料の供給や設備資金（又はプロジェクト資金）の貸出しを行っている商社、金融機関等は、排出枠の余剰・不足に関する情報を有しているため、排出枠の需要又は供給の掘り起こしが可能であり、売却・調達を求められるためである。
  - ② 排出枠の流動性の向上
    - ・ 第二に、取引媒介者の機能を発揮させるとともに市場の透明性の向上、取引の円滑化等により、排出枠の流動性を高める必要がある。

③ 国内排出量取引制度及び排出枠の取引の信頼性・安全性の確保

- ・ 第三に、この流動性を確保するためには一定量の資金・事業者が排出枠の取引市場に参入できるようにする必要があるが、その前提として、排出枠価格の長期高止まり、短期的な大幅急変動により国内排出量取引制度への信頼性が低下するような事態を回避し、排出枠の取引の信頼性・安全性を確保することを要する。

**4-5 上記(4-4)の各要件を実現するために必要な事項**

○ 上記(4-4)の各要件を実現するためには、以下の各事項を実施することが必要であると考えられる。

① 排出枠の同質性の確保、取引の安全確保及び円滑な取引の促進に必要な規定を法律に盛り込む。

- ・ 信頼性のある排出量の算定・報告・検証制度(MRV)を整備する。
- ・ 排出枠の譲渡方法・要件を法律で明記する
- ・ 合理的な排出枠の電子管理システム(登録簿)の制度設計
- ・ 善意の第三者を保護する規定

② 排出枠の取引に関する税務・会計上の取扱いを明確にする。

- ・ 法人税、印紙税、消費税

③ 排出枠の取引に関する情報の透明性を高める。

- ・ 市場で取引される排出枠の質や量に関する情報提供による情報の非対称性を改善
- ・ 需給動向や市場環境等に関して外部機関のモニタリング機能も重要

④ 取引形態を想定して登録簿の機能を構築する。

- ・ 振替処理に要する時間の短縮化又は振替処理時点の確定
- ・ 決済システムとの一括化

⑤ 排出枠の取引契約の標準化を行う。

⑥ 排出枠の取引に係るリスク(デリバリーリスク、決済リスク等)を回避するため、清算・決済システムを構築し、その安全性を強化する。

⑦ 現物だけでなく、先物などリスクヘッジのための手段を確保する。

⑧ 取引所における取引のルールとして、(i)価格制限(制限値幅や一時停止(サーキットブレーカー))、(ii)マーケットメーカー制度<sup>29</sup>等を導入する。

⑨ 排出枠の不公正な取引等を規制する業法・規制法規を策定することにより、一定の業務についての業規制を導入する。

<sup>29</sup> 国際取引や取引所等で導入されている、大手金融機関が自主的に売りと買いの両サイドにオーダーを置く制度。市場の安定や円滑な取引に寄与する効果がある。

## おわりに

- 本検討会においては、我が国に前例のない国内排出量取引制度が、その期待される機能としての確実な目標達成、社会全体の削減費用の最小化、目標達成手段の柔軟化を実現することを念頭に置きつつ、我が国の現行法制度の中での問題点を整理した。その結果、憲法、行政法については、制度の導入を不可能とするような論点はなく、現行法制度に整合した形で国内排出量取引制度を導入することが可能であることが示された。
- 一方、民事法上の論点については、排出枠の移転における効力発生要件、保有の推定、担保権の設定可能性、善意取得の取扱い等について整理する必要があるところ、本検討会では各論点の検討を行うに至らなかった。京都議定書等の国際法制ではなく、国内の法制度が根拠となる国内排出量取引制度の排出枠を、我が国の民事法制においてどのように位置づけるかは、今後の課題である。
- 国内排出量取引制度については、これらの法的論点の他にも、不遵守時の措置等の法的整理のほか、炭素リーケージ及び国際競争力への配慮措置としての国境調整措置といった国際法制上の整理等、検討すべき法的課題が残されている。加えて、平成20年10月21日から試行的実施が始まっており、試行的実施の動向によっては、各論点についてさらなる検討が必要となり、新たな論点が提起される可能性もある。
- したがって、本検討会としては、国内排出量取引制度の法的整理に当たって、憲法、行政法、取引制度の各論点を中間的に取りまとめるに留めた。この中間報告を踏まえ、法的論点を含めた国内排出量取引制度に係る課題の整理が、さらに深まることを期待する。

(別添 1)

国内排出量取引制度の法的課題に関する検討会 委員名簿

座長	大塚 直	早稲田大学大学院法務研究科教授
委員	神橋 一彦	立教大学法学部教授
委員	高村 ゆかり	龍谷大学法学部教授
委員	野村 修也	中央大学大学院法務研究科教授
委員	松尾 弘	慶應義塾大学大学院法務研究科教授
委員	松本 和彦	大阪大学大学院高等司法研究科教授
委員	武川 丈士	森・濱田松本法律事務所 弁護士
委員	平 康一	三菱UFJ信託銀行フロンティア戦略企画部 調査役
委員	西川 淳也	三井物産株式会社環境事業部 排出権プロジェクト室マネージャー
委員	松尾 琢己	株式会社東京証券取引所上場部 排出量取引プロジェクト担当課長
委員	手塚 一郎	早稲田大学大学院／関東学院大学非常勤講師 (補助委員)
事務局	環境省	
オブザーバー	法務省、金融庁	

## 国内排出量取引制度の法的課題に関する検討会 検討実績

- 第1回 平成20年3月27日(木)
- 排出量取引に係る取引実務面からの論点整理
  - 海外調査の質問事項の検討
- 第2回 平成20年5月1日(木)
- 排出量取引に係る憲法上の論点整理
  - 排出量取引に係る行政法上の論点整理
  - 海外調査報告
- 第3回 平成20年5月19日(月)
- 排出量取引に係る憲法上の論点及び対処方針の検討
  - 排出量取引に係る行政法上の論点及び対処方針の検討
  - 排出量取引に係る類似制度の整理
- 第4回 平成20年7月30日(月)
- 憲法、行政法、取引制度に係る法的論点のまとめ
  - 排出量取引に係る民事法上の論点整理
  - 義務的でない排出量取引制度における排出枠の法的位置づけについて
- 第5回 平成21年3月6日(金)
- 中間報告書(案)について