



RIETI Discussion Paper Series 06-J-026

投資協定における「透明性」—位置付けと対処—

小寺 彰
経済産業研究所



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

投資協定における「透明性」
- 位置付けと対処 -

小寺 彰

RIETI ファカルティフェロー、東京大学大学院総合文化研究科教授

2006年4月

要 約

国際投資法においても、他分野と同様に「透明性」が重視されている。「透明性」とは何か。また国際投資法の文脈においてどのような意味をもつのか。

国際経済法のなかで「透明性」が注目を集めたのは、透明性を基本原則に位置付けたGATSにおいてである。GATSでは、投資受入国（ホスト国）の関係法令等の情報の一般的入手可能性の確保を意味する透明性が基本原則と位置付けられたほか、他のWTO協定においても透明性が重視された。

二国間投資協定（BIT）において「透明性」が重視されるようになったのは最近のことである。1950年代後半から60年代にヨーロッパ諸国が結んだ初期のBITは投資財産の収用補償の確保を中心に据えたもので、「透明性」に関する規定は含んでいなかった。「透明性」に関する規定が生まれたのは、米国が80年代から結び始めたBITにおいてである。米国はBITによって投資保護と並んで投資環境の改善を目指し、そのために「透明性」に関する規定が設けられた。この米国のプラクティスがGATSに結びついたと考えることができる。その後米国では、関係法令等の情報の一般的入手可能性の確保による投資環境の改善を目指すものを超えて、ホスト国の説明責任の確保を要求するものに発展した。具体的には、関係法令等の情報の一般的入手可能性の確保を超えて、関係法令制定前のコメント権の確保や公平な審査機関の設立の義務づけまでに進んでいる。ただし、このように発展した「透明性」のプラクティスを採用するのは米国に限られている。他方、説明責任の確保が「透明性」の理論的根拠に据えられた結果、「透明性」が要求される主体が、ホスト国に限らず投資家や投資国（ホーム国）にまで及ぶべきであるという議論も最近では主張され始めている。この問題提起は、投資家のためにホスト国に国際的な義務を課すというBITの基本的な前提を変えるものであると捉えることができる（ただし、投資家やホーム国に対して「透明性」を要求するBITは現在までのところは結ばれていない）。

投資家の待遇を確保するために「公正かつ衡平な待遇」を投資家に与える義務をホスト国に課すというプラクティスが1980年代から採用されてきた。1990年代から盛んに利用されるようになったBIT上の投資家対国家の仲裁（投資協定仲裁）では、ホスト

国が与えなければならない「公正かつ衡平な待遇」に「透明性」を読み込む例が現れ、その是非が問題化している。この点は、「公正かつ衡平な待遇」が国際法上の最低基準が課されていることを確認するための規定か、またはそれを超える内容をもつのかについての論争とも関係している。「公正かつ衡平な待遇」が国際法上の最低基準として理解した場合に、途上国を含むすべての国に關係法令等の情報の一般的入手可能性の確保を意味する「透明性」が義務づけられると言えるかということである。投資協定仲裁は、「公正かつ衡平な待遇」を国際法上の最低基準と理解しているが、国家が正しく行動しなければならない等を意味する「公正かつ衡平な待遇」は、B I Tの目的やホスト国の状況等に依存して決定されるものである。国家に対して正しく行動しなければならない等の最低基準が課されているとしても、個々の局面に適用した場合の具体的な意味は状況に応じて異なるものであり、それゆえに「透明性」が国際法上の最低基準としての「公正かつ衡平な待遇」のなかに読み込まれる場合があると考えることができる。

「透明性」が「公正かつ衡平な待遇」のなかに読み込まれうることは二つの効果をもつ。第1は、B I T上に「透明性」に関する規定がなくても、關係法令等の情報の一般的入手可能性の確保を意味する「透明性」は、「公正かつ衡平な待遇」規定によって確保される場合があることである。第2は、關係法令等の一般的入手可能性が確保されないで、投資が毀損された場合には、ホスト国が投資家に対して賠償しなければならない場合があること、つまり「透明性」が投資財産保護の役割を果たしうるということが明らかになったことである。

わが国は従来からB I Tを含む投資協定一般について、「透明性」の確保に重点をおいた提案を行ってきた。「透明性」に関して問われているのは、關係法令等の情報の一般的入手可能性の確保によるホスト国の投資環境の改善という単純な視点から、ホスト国の説明責任確保によるホスト国の投資環境改善という、より深化した視点によって「透明性」を捉えるべきかどうかという点である。また「公正かつ衡平な待遇」義務には「透明性」を読み込むことが可能であり、その結果「透明性」は、「公正かつ衡平な待遇」義務を媒介にして投資財産保護の役割を果たすことになる。この点からも、「公正かつ衡平な待遇」規定はB I T締結に当たって重視する必要がある。

はじめに

現代社会においては、「透明性」は、国を含めて組織一般が確保しなければならない属性と理解されている。国際投資分野においても同様に、「透明性」は現在では基本原則の一つと考えられるくらいに重要視され^{*1}、まずは投資先国（ホスト国）について要求され、さらに現在では、投資国（ホーム国）や投資家（企業）についても要求される属性と認識されることもある^{*2}。多くの投資家は、ホスト国の投資環境の安定性と並んで透明性の確保を強く要求してきた^{*3}。投資家にとって、ホスト国の投資をめぐる関係法令等の状況がどのようなものであるかを知ることが、投資家が種々の経営上の決定を行うにあたって不可欠の前提をなすものだからである。わが国が締結した最近の投資協定（BIT）や経済連携協定には、投資に関連して、関係法令等の情報の入手可能性を確保することを「透明性」と表現して当事国に義務づける例が多い（日韓投資協定7条等。なお、経済連携協定では、透明性は投資以外の事項にも係わるために、投資の章から独立した規定が設けられている。たとえば、日本シンガポール経済連携協定2条）。

多数国間の投資協定の作成が目指された、ドーハ開発アジェンダ（DDA）の「貿易と投資」でも、「透明性」については、その開始宣言のなかで、次のように宣言されて、WTO投資ルールの基本要素であるという立場が示された。

In the period until the Fifth Session, further work in the Working Group on the Relationship Between Trade and Investment will focus on the clarification of: scope and definition; transparency; non-discrimination; ……^{*4}.

しかし、BITが結ばれはじめた1950年代後半から1960年代にかけての初期のBITには「透明性」の規定は含まれていない。「透明性」の規定が現れるのは、1980年代から結ばれ始める米国のBIT以来のことである。また現在においても、BITを扱った研究書である、M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., (2004)やRudolf Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*(1995)には、「透明性」に関する章はおろかインデックスにも「透明性」の語は出てこず、先のWTOやUNCTADでの扱いと比べると、評価の違いは歴然としている。

さらに国際経済法のなかで「透明性」が議論されるのは投資分野だけではなく、貿易分

*1 United Nations Conference on Trade and Development, *International Investment Agreements: Key Issues*(2004), pp.281-314.

*2 *Ibid.*では、内国民待遇や最恵国待遇という投資協定の基本原則と並んで、1章を占めている。

*3 産業構造審議会「貿易と投資（中間報告書）」(1999)。なお、同中間報告書の概要については、小寺彰「投資ルールとわが国の課題」国際商取引に伴う法的諸問題（財団法人トラスト60）(8)(1999)33-39頁参照。

*4 WTO, MINISTERIAL CONFERENCE, Fourth Session, Doha, 9 - 14 November 2001, MINISTERIAL DECLARATION, WT/MIN(01)/DEC/1

野でも同様であることを忘れてはならない。そもそも「透明性」が、ホスト国だけではなくホーム国や投資家も含めて、組織体一般に対して広く要求されるものである以上、貿易分野において義務の主要な名宛人である輸入国について透明性が要求されるのは当然だとも言える^{*5}。しかし、同じように「透明性」とはいつても、どの分野でも同じことを意味するとは言えず、「透明性」が投資の文脈のなかでどのように位置づけられるかという点にも留意する必要がある。

国際投資分野における「透明性」とは何を意味するのか。またなぜそれが国際投資法の基本原則と位置づけられるのか。また「透明性」が従来軽視されてきたのはなぜか。

・透明性の意義

1. 透明性の意義

「透明性」は、多くのWTO協定のなかには書き込まれているが、なかでもGATSでは基本原則と位置づけられている。投資分野も含む国際経済法のなかで、「透明性」が基本原則として確固たる位置づけを得たことについて、GATSの影響はきわめて大きい(いうまでもなく、GATSが規律するサービス貿易の第3モードである「拠点設置」は、サービス分野の投資規制の側面を有していることを忘れるべきではない)。

GATSは、まず前文において、「透明性」を次のように規定する。

「加盟国は、・・・

透明性及び漸進的な自由化を確保しつつサービスの貿易を拡大することを目的として、また、すべての参加国の経済成長及び開発途上国の発展を促進する手段として、サービスの貿易に関する原則及び規則の多角的枠組みを設定することを希望し、・・・」

以上のように、GATS前文においてその主要目的の一つに据えられた「透明性」は、協定本文において「基本原則」と位置づけられて次のように定義された^{*6}。

「第3条:透明性

1. 加盟国は、一般に適用されるすべての措置であってこの協定の運用に関連を有し又は影響を及ぼすものを速やかに、かつ、緊急の場合を除くほか遅くとも当該措置が効力を生ずる時までに公表する。サービスの貿易に関連を有し又は影響を及ぼす国際協定であって加盟国が締約国であるものも公表する。
2. 1に規定する情報の公表が実行可能でない場合には、当該情報は、他の方法により公に利用可能なものとする。
3. 加盟国は、この協定に基づく自国の特定の約束の対象となるサービスの貿易に対して

*5 現在WTOドーハ開発アジェンダで行われている貿易円滑化交渉は、貿易分野における「透明性」の向上が大きな目的の一つである。

*6 交渉経緯については、外務省経済局サービス貿易室『WTOサービス貿易一般協定』(1997)59頁参照。

著しい影響を及ぼす法令又は行政上の指針の導入又は変更を速やかに、かつ、少なくとも毎年、サービスの貿易に関する理事会に通報する。

4. 加盟国は、1 に規定する一般に適用される自国の措置又は国際協定に関する特定の情報についての他の加盟国の要請に対し速やかに応ずる。加盟国は、また、これらのすべての事項及び3 に規定する通報の義務の対象となる事項に関する特定の情報に要請に応じて他の加盟国に提供するための一又は二以上の照会所を設置する。当該照会所は、世界貿易機関を設立する協定(この協定において「世界貿易機関協定」という。)が効力を生ずる日から二年以内に設置する。個々の開発途上加盟国について、当該照会所を設置する期限に関し適当と認める猶予について合意することができる。当該照会所は、法令の寄託所であることを要しない。

5. いずれの加盟国も、この協定の運用に影響を及ぼすと認める他の加盟国の措置をサービスの貿易に関する理事会に通報することができる。」

この規定のおもな構成要素は次の3つである。第1は、一般的な適用可能性のあるすべての関係措置を、出版等の方法によって公表する義務。第2は、サービスの貿易に対して著しい影響を及ぼす法令又は行政上の指針の導入又は変更を速やかに、かつ少なくとも毎年、サービスの貿易に関する理事会に通報する義務。第3は、一般に適用される自国の措置又は国際協定に関する特定の情報についての他の加盟国の要請に対し速やかに応じ、またはそのための照会所を設置する義務。

GATS 3条は、「透明性」の基本要素が、一般的な適用可能性のあるすべての関係措置、すなわち関係法令等の情報の入手可能性の確保であることを示す。そのために、サービス輸入国には、それらの情報の公表(出版等による)、サービス理事会への通報および加盟国からの照会に対する回答の義務が課される。ここで注意する必要があるのは、関係情報の「公表」がただちに「出版」を意味するのではなく、当該情報が一般に入手可能な状態にすることにとどまっていることである。結局のところ、前記関係情報が一般に入手可能な状態にすることが目指されている。

また上記関係情報の入手可能性の確保のための手段である情報交換(exchange of informations)については、サービス理事会への情報提供と加盟国間の照会・回答が規定されているにとどまる。情報照会は、個人に対するものは規定されておらず、個人への入手を直接的に確保するためのものではなく、あくまで加盟国間の情報交換にとどまっている点にも注意が必要である(もちろん所属国を通じて個人の情報へのアクセスが確保されることが期待されているのは間違いない)。また交換の対象である情報は、公表義務の課されているものより限定されている。

これが「透明性」の基本的な意味である。「透明性」とは、関係法令等の情報を一般に入手可能な状況に置くことを意味し、それが出版等による公表またはそれらの情報交換によって達成されると捉えられている。

「透明性」が公表と情報交換の2つの要素によって支えられると捉えることは、1990年代の初めには一般化していた。たとえば、国際投資法を検討する Kenneth J. Vandavelde, *United States Investment Treaties*(1992)でも、「透明性」を「出版(publications)」

と「情報交換 (information exchange)」によって理解するという整理が採られている^{*7}。

GATSにおいては、上記のように「透明性」が基本原則と捉えられたが、のみならずWTO協定自体も透明性を非常に重視している。WTO協定では、GATS以外に、GATT 10条、農業協定7条、SPS協定7条、TBT協定2条・5条・15条、TRIM協定6条、関税評価協定12条、船荷検査協定2条、原産地協定2条(g)・3条(e)、TRIPS協定63条、紛争解決了解附属書2付属3、貿易政策審査メカニズムB・D、民間航空機協定9条、政府調達協定17条等が、GATSのように基本原則という位置づけはしてはいないまでも、「透明性」を規定している。

2. 透明性の登場

現在では、「透明性」の基本要素であると捉えられている、関係法令等の情報の入手可能性の確保については、1947年に採択されたGATTにおいて、すでにそれを定める規定がある。GATT 10条は、関係情報の入手可能性の確保について、一般に適用される関係法令、司法上の判決及び行政上の決定の出版 (publication、GATTの邦語訳では「公表」と訳されている) 義務を規定している。

GATT 10条は、透明性の基本要素の一つとしてGATS 3条に規定されている、情報交換義務を規定していない。他方、締約国が執る一般に適用される一定の措置の実施前の正式の公表義務、法令、判決及び決定を一律の公平かつ合理的な方法で実施する義務、司法裁判所、調停裁判所若しくは行政裁判所又はそれらの訴訟手続の設定・維持義務、という、GATS 3条には規定されていない義務をGATTが課している点が特徴的である。この および は、後述する透明性の現代的要素に数えられるものと共通する内容である。

しかし、GATT 10条は、現在の理解はともかく、60年代までは「透明性」と性格づけられたことはなく、あくまで「技術的な (technical)」な規定と評価されており^{*8}、GATS等のようにGATT上の重要規定であるとの認識はなかった。つまり、GATT 10条を、現在の「透明性」の先駆的な規定と位置づけることは可能であるが、あくまで先駆にすぎず、現在の「透明性」概念の起源をGATT 10条であると考えすることはできない。

現在の「透明性」に通じる概念がGATT上に登場するのは、東京ラウンドコードにおいてである。東京ラウンドで作成された政府調達協定では、前文の後半の部分において「透明性」を次のように規定した。

「政府調達に係る法令、手続及び慣行を透明なものにすることが望ましいことを認め

*7 Vandeveldel は、米国が投資協定を結び始めた時期に国務省法務部で投資協定政策を担当していた。

*8 John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*(1969), p.461. なお、現在では、GATT 10条は「透明性」義務を加盟国に課すと解されている。Petros C. Mavroidis, *The General Agreement on Tariffs and Trade A Commentary*(2005), pp.270-272.参照。

(provide transparency of laws, regulations, procedures and practinces regarding government procurement)、」

他方、協定本文では「透明性」と銘うたれた規定はなく、6条は「情報及び検討 (Information and Review)」と題され、政府調達に関する法令等の公表義務だけを規定して、情報交換義務は規定していない。「透明性」が6条と関係して理解されていたと考えられるが、「透明性」が6条に盛り込まれた内容に限定されるか、それ以上の意味をもつか等を含めて、「透明性」の意味は協定上は明確ではない。ただし、政府調達協定では、協定の主要な目的である「内国民待遇及び無差別待遇」を実現するために公開入札制度の採用が義務づけられ、それを実現するための方途として、詳細な技術仕様の提示と並んで、手続の「透明性」が重視されたと考えられている⁹⁾。WTO/GATTの歴史上、「透明性」が重要原則として認識された最初の例は、この政府調達協定であろう。

貿易分野における法令等の情報の入手可能性確保の必要性は古くから認識されていたが、それが「透明性」概念によって理解されて重要視されるようになったのが最近であることが分かる。

3. 米国の初期のBIT

BITは1959年に西ドイツがパキスタンと締結したものが最初であり、この実行に他の西ヨーロッパ諸国がならった。当時のBITは財産収用の際の金銭補償の確保を目的としていた。当時、開発途上国を中心に資源ナショナリズムが高まり天然資源について所在国に「恒久主権 (permanent sovereignty over natural resources)」があるという考え方が有力になり、それに対応して、収用に対してどのように補償するかは、もっぱら収用財産の所在地が決めることができると途上国を中心に強く唱えられ、収用に際して、十分な金銭補償を、国際的に換価できる支払手段によって、収用後にただちに支払わなければならないと主張する先進国と対立した(十分・迅速・実効的な補償の主張)。当時、収用が重要問題になったのは、石油等の天然資源に関する事業についてであった¹⁰⁾。

初期のBITにおけるヨーロッパ諸国の第1の動機は、このような状況に対応して、「十分・迅速・実効的な補償」を途上国に義務づけることであった。これらのBITは、「投資保護型」とよぶことができる。初期のBITには「透明性」に関する規定はなく、また最近のBITですら「透明性」という概念が使われていないのはもとより、法令等の関係情報の入手可能性の確保に関する規定が設けられていないものもある(たとえば2004年の英国・モザンビークBIT)。このことは、収用補償を目的とするBITでは「透明性」が重視されないことを意味している。

米国では、1970年代後半から、従来の通商航海条約プログラムの実施では産業界の

*9 Arie Reich, *International Public Procurement Law*(1999), pp.117-125; Gilbert R. Winham, *International Trade and the Tokyo Round Negotiation*(1986), p.358. 参照。

*10 第2次大戦後、収用(国有化)が政治的に大きな問題となった事件には、アングロイラン石油会社国有化事件や、スエズ運河国有化事件がある。

ニーズに合っていないという声が聞かれるようになった。第1の理由は、通商航海条約の主要な要素である貿易については、G A T Tの規制が広く及ぶようになったために通商航海条約による規律の意味が乏しくなったことである。第2次世界大戦前にはG A T Tがなかったために、貿易規律は通商航海条約の主要な内容であった。さらに、第2に、投資については、従来の通商航海条約中の投資に関係する規定群では不十分であるという認識が生まれてきたことを挙げることができる。たとえば、現在のB I Tではよく規定される、パフォーマンス要求（投資に伴って技術移転を要求すること等、投資に際して投資家に課す義務）の禁止や幹部職員の雇用の自由の確保は、伝統的な通商航海条約では規定されることはなかった。さらに第3に、従来の通商航海条約プログラムはおもに先進国を対象にして策定されたものであり、そのために途上国がそれらの義務をすべて負うことは難しく、途上国と通商航海条約を結ぶことに困難を極めるといった状況があったのである。このような状況の中でヨーロッパ諸国が、投資に絞り、とくに収用補償（投資保護）を目的としたB I Tを数多く結んでいたことが米国国内でも注意を集め、米国政府はB I Tプログラムを作成してB I Tの締結を開始した。

米国のB I Tプログラム、ひいては米国のB I Tの目的は、西ドイツやイギリス等とは違う性質をもっていた。すでに述べたように、西ドイツやイギリスのB I Tの第1の目的が、投資財産の収用に対して、十分・迅速・実効的な補償を確保すること、すなわち投資財産保護にあったのに対して^{*11}、米国のB I Tは、ヨーロッパ諸国の目指した投資財産保護とともに、投資家（企業）のホスト国での事業活動に関する環境の改善（以下、「投資環境の改善」という）を主要目的に据えた。投資家の活動環境の改善が、投資財産保護と並ぶ目的に据えられたのである。投資環境の改善とは、ホスト国で投資家に与えられる待遇の改善を意味し、たとえば、内国民待遇の確保や最恵国待遇の確保が代表的な事項である。「透明性」の確保は、投資家の活動環境改善の一環を構成する。

1983年に作成された米国の第1次のモデルB I Tの2条（投資財産の待遇、Treatment of Investments）9項は、"Each Party and its political subdivisions shall make public all laws, regulations, administrative practices and procedures, and adjudicatory decisions that pertain to or affect investments in its territory of nationals or companies of the other Party."と規定し、関係法令等の情報の入手可能性の確保を、投資財産に付与する待遇の一貫と位置づけて規定した。米国が1980年代当時に締結したバングラデシュやハイチとのB I Tはこのモデルを採用して、関係情報の入手可能性を規定した。さらにトルコ、グレナダ、コンゴとのB I Tでは、1984年または1987年の草案が採用された（パナマとのB I Tにはこの種の規定が入れられていないが、パナマの場合には、すでに関係情報の入手可能性が確保されていて不要という説明が、国務省によって付されている^{*12}）。

ただし、この時点での米国のB I Tでは、あくまでも関係法令等の公表が規定されたにとどまり、また「透明性」の概念も用いられておらず、あくまで「投資財産の待遇」の一

*11 途上国は、補償は、収用国の財政状況や被収用財産を使って得られた収益等を勘案した適当なもので足り、各国の国内裁判所が排他的な管轄権を持つと主張した。

*12 Panama Bilateral Investment Treaty, 99th Congress 2nd Session, p.6.

環という位置付けにとどまっていたことを銘記する必要がある。

冷戦終結前後から、米国は東ヨーロッパ諸国とBITを結び始めた。これは、社会主義崩壊後の市場経済体制の確立・維持とともに、対外的にそのこと、およびその維持の対外的な表示が目的とされた。この先駆けとなったポーランドとのBITは、「ビジネス及び経済関係に関するポーランドとの条約 (TREATY WITH POLAND CONCERNING BUSINESS AND ECONOMIC RELATIONS)」という名前が示すように、投資分野だけではなく貿易分野もカバーする包括的な協定であり(この協定が貿易分野もカバーしたのは、当時ポーランドがGATTに未加盟であったため)、そのなかに次の規定が含まれていた。

ARTICLE VIII Exchange of Information and Transparency

1. Each Party acknowledges the desirability of facilitating the collection and exchange of all non-confidential, non-proprietary information relating to investments and commercial activities within its territory.
2. Each Party shall make publicly available all non-confidential, non-proprietary information which may be useful in connection with investment and commercial activities. In addition, each Party shall promptly make public all laws, regulations, administrative practices and procedures, and adjudicatory decisions having general application that pertain to or affect commercial activities or investments.
3. The Parties shall disseminate to their respective business communities such information made available under paragraph 2 which will assist their nationals and companies in pursuing the most expeditious and equitable settlement of any dispute affecting them which may arise under this Treaty. Such information may be related to timeliness of decisions and vindication of rights under the Treaty.

この規定では、条文上も、明確に「透明性」の概念が使われ、「透明性」、すなわち関係情報の入手可能性の確保と、関係法令等の情報の公表および交換が結びつけられている点が目を引く。その点で、本規定はGATS 3条の原型であると言える。関係情報の入手可能性の確保については出版までは要求していない点はGATSと同じであるが、情報交換については、その促進の望ましさが確認されたにとどまり、この点においてGATSより当事国の義務が軽いものである。

ポーランドとのBITは、投資の活動環境の改善を超えて、旧社会主義諸国の体制転換を法的な形式で確認・表示するという政治的・経済的な機能をもっていた^{*13}。そのなかで「透明性」が明確な位置付けを初めて得たことは、今日における「透明性」の意味を考えると象徴的である。つまり、自由主義体制の基本的な要請として「透明性」の確保が捉えられたのである。「透明性」の歴史という観点からは、関係法令等の情報の入手可能性の確保を基本要素とする「透明性」がこの時点ではっきりと生まれ、GATS等のWTO体制における「透明性」に連なっていくのである。

*13 Kenneth J. Vandeveld, *United States Investment Treaties*(1992), pp.235-244. 参照。

4. 透明性の充実

N A F T A が「透明性」の次の段階を示す。N A F T A は、目的（102条1項）を次のように規定する。The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, including national treatment, most-favored-nation treatment and transparency, are to: …ここでは、N A F T A の基本原則または基本規則として、内国民待遇や最恵国待遇と並ぶものとして、「透明性」が示されている。つまり、内国民待遇や最恵国待遇とともに、「透明性」はN A F T A の基本原則の位置を占めたのである。

「透明性」の具体的な意味については、第18章「出版、通報及び法令の運用(Publication, Notification and Administration of Laws)」において、「透明性」の中核的内容である関係法令等の情報の入手可能性確保が規定される。第18章の構成は次の通りである。1801条: 照会所(Contact Points)、1802条: 出版(Publication)、1803条: 通報及び情報の提供(Notification and Provision of Information)、1804条: 行政手続(Administrative Proceedings)、1805条: 審査及び上訴(Review and Appeal)。

N A F T A 18章は、法令等の情報の入手可能性確保に加えて、行政手続のなかで利害関係者の関与の確保や、裁判所等の公平な審査機関の設置義務を規定している。ただし、「透明性」がこれらの条文によって確保される属性であることは、条文上は示されていない。この点が明確に示されるのは、21世紀に入ってから米国のB I T や自由貿易協定においてである。

米国が2002年に作成したモデルB I T では、「透明性」に係る規定として、次の10条と11条が含まれていた。

Article 10: Publication of Laws and Decisions Respecting Investment

1. Each Party shall ensure that its:

- (a) laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application; and
- (b) adjudicatory decisions

respecting any matter covered by this Treaty are promptly published or otherwise made publicly available.

2. For purposes of this Article, “administrative ruling of general application” means an administrative ruling or interpretation that applies to all persons and fact situations that fall generally within its ambit and that establishes a norm of conduct but does not include:

- (a) a determination or ruling made in an administrative or quasi-judicial proceeding that applies to a particular covered investment or investor of the other Party in a specific case; or
- (b) a ruling that adjudicates with respect to a particular act or practice.

Article 11: Transparency

1. Contact Points

- (a) Each Party shall designate a contact point or points to facilitate communications between the Parties on any matter covered by this Treaty.
- (b) On the request of the other Party, the contact point(s) shall identify the office or official

responsible for the matter and assist, as necessary, in facilitating communication with the requesting Party.

2. Publication

To the extent possible, each Party shall:

- (a) publish in advance any measure referred to in Article 10(1)(a) that it proposes to adopt; and
- (b) provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed measures.

3. Provision of Information

(a) On request of the other Party, a Party shall promptly provide information and respond to questions pertaining to any actual or proposed measure that the requesting Party considers might materially affect the operation of this Treaty or otherwise substantially affect its interests under this Treaty.

(b) Any request or information under this paragraph shall be provided to the other Party through the relevant contact points.

(c) Any information provided under this paragraph shall be without prejudice as to whether the measure is consistent with this Treaty.

4. Administrative Proceedings

With a view to administering in a consistent, impartial, and reasonable manner all measures referred to in Article 10(1)(a), each Party shall ensure that in its administrative proceedings applying such measures to particular covered investments or investors of the other Party in specific cases:

(a) wherever possible, covered investments or investors of the other Party that are directly affected by a proceeding are provided reasonable notice, in accordance with domestic procedures, when a proceeding is initiated, including a description of the nature of the proceeding, a statement of the legal authority under which the proceeding is initiated, and a general description of any issues in controversy;

(b) such persons are afforded a reasonable opportunity to present facts and arguments in support of their positions prior to any final administrative action, when time, the nature of the proceeding, and the public interest permit; and

(c) its procedures are in accordance with domestic law.

5. Review and Appeal

(a) Each Party shall establish or maintain judicial, quasi-judicial, or administrative tribunals or procedures for the purpose of the prompt review and, where warranted, correction of final administrative actions regarding matters covered by this Treaty. Such tribunals shall be impartial and independent of the office or authority entrusted with administrative enforcement and shall not have any substantial interest in the outcome of the matter.

(b) Each Party shall ensure that, in any such tribunals or procedures, the parties to the proceeding are provided with the right to:

- (i) a reasonable opportunity to support or defend their respective positions; and
- (ii) a decision based on the evidence and submissions of record or, where required by

domestic law, the record compiled by the administrative authority.

(c) Each Party shall ensure, subject to appeal or further review as provided in its domestic law, that such decisions shall be implemented by, and shall govern the practice of, the offices or authorities with respect to the administrative action at issue.

90年代にBITおよびWTO協定において基本原則と位置づけられた「透明性」は、2002年米国モデルBITにおいて大幅に内容が拡充された。まず法令およびその他の規則の出版が、「透明性」とは別に規定される。「透明性」のタイトルの下でカバーされるのは次の5つである。(1)情報の迅速化のために照会所(contact point)を作ること。(2)事前に提案された関係措置を出版し、かつ提案された措置についてコメントする機会を与えること。(3)実際に提案された措置に関する質問に答えること。(4)行政手続法の制定。(5)迅速審査のため行政裁判所または行政手続の設定。

「透明性」が、関係法令等の情報の一般的な入手可能性、さらにはNAFTAで加えられた関係行政決定の中立的な裁判所等の機関による審査を越えて、法令制定前のコメント権に示されるような、法令制定や行政決定過程への関与までも含む概念に拡大した。このように広範囲に及ぶ「透明性」は、米国・ウルグアイBITや、米国・チリ自由貿易協定のような最近の自由貿易協定の投資の章にも規定されている。

「透明性」の内容が拡大したのは、「透明性」が単純に「投資環境の改善」を目的とする制度から、ホスト国の政策立案や実施に対する公的コントロールのための制度、換言すればホスト国の「説明責任」を確保するための制度と捉えられるようになったためである^{*14}。「透明性」を「説明責任」の観点から捉えることは、それを「投資環境改善」を目的とする関係法令の一般的な入手可能性の確保のための属性と捉えることとは矛盾しない。関係法令等の情報の一般的な入手可能性の確保によって投資家が利益を受けるだけでなく、そのことを通じてホスト国の説明責任が強く確保されることに注意が向けられ、いわば関係法令等の情報の一般的な入手可能性の確保の機能がより深い文脈から捉えられるようになった結果であると言える。

「透明性」の目的把握の深化は、「透明性」の要求される主体の拡大にも連なる。「透明性」を基本原則に据えるUNCTADのBIT研究では、「透明性」はホスト国だけではなく、ホーム国や投資家に対しても求められる^{*15}。つまり、ホーム国や投資家だけではなく、ホスト国にとっても望ましいBITを探るというUNCTADの投資協定研究では、ホスト国とともにホーム国や投資家の説明責任を確保するのが望ましく、そのためにホーム国や投資家の情報開示等が説かれる。実際のBITにおいて、ホーム国や投資家に「透明性」が要求されることはないが、UNCTAD研究のような考え方が出てきたことには注意を払う必要がある。ホスト国だけではなく、ホーム国や投資家にも「透明性」を要求するという考え方が出現したのは、「透明性」の目的が単なる投資環境の改善ではなく、それを越える「説明責任」の確保であると捉えられるようになったためである。

*14 OECD, *Public Sector Transparency and International Investment Policy*, 11 April 2003, p.5.

*15 United Nations Conference on Trade and Development, *op. cit.*, pp.285-289.

このように、対象をホスト国に限定してはいるが、深化した「透明性」を採用するBITが出現していることは事実である。しかし、今のところ米国の締結するBITに限定されており、全世界に広がっているわけではない。その意味では、「透明性」は、GATSに規定されているように、ホスト国の投資環境の改善を目的とした原則であり、具体的には、公表と情報交換によって関係情報の入手可能性の確保する規範であると捉える見方が依然として支配的であることは否めない。わが国が結ぶ経済連携協定やBITにおける「透明性」も、この範疇のものである。しかし、投資環境の改善を超える「透明性」を要求する考え方が現れ、広がりつつあることにも目を向ける必要がある^{*16}。

・透明性と「公正かつ衡平な待遇」

1. はじめに

1980年前後に結ばれたBITから、投資家に対して「公正かつ衡平な待遇(fair and equitable treatment)」を与えなければいけないという規定が入ることが多くなった。この規定はホスト国が投資家に対して一定の待遇を確保することを目的とするものである。「公正かつ衡平な」という概念が何を指すかは一義的には明らかではなく、抽象的なレベルにおいては、この意味については次のように見解が2つに分かれていた。第1は、外国人が国際慣習法上享受すべき最低基準を指すという見解であり、第2は、国際慣習法上の最低基準以上のものをさすという見解である^{*17}。また「透明性」が投資家に与えなければいけない待遇の一環と捉えられる以上、ホスト国における投資家の待遇のなかに「透明性」が含まれる可能性がある。つまり、「公正かつ衡平な待遇」と「透明性」との関係が問題になりうるのである。しかし、これらの点は、ホスト国の行為が「公正かつ衡平な待遇」義務に反するか否かが公平な紛争処理手続で問題にならない限り、明らかになるものではなかった。

BITに規定されている投資家対国家の仲裁手続は1970年代から使われ始めたが、90年代までは利用の頻度は低かった。しかし、90年代後半からBITの仲裁付託条項を根拠にして、投資家がホスト国を訴える例がNAFTAにおいてまず増加し、さらにこの動きは全世界に拡大した。提訴された事件は、おおむね投資した財産が毀損されたために投資家がホスト国政府にその補填を求めるものであった。その根拠として投資家は、ホスト国が「公正かつ衡平な待遇」を投資家に与えなかったことを挙げ、「公正かつ衡平な

*16 UNCTADと同じ視点に立つものとしては、Howard Mann, "The IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: An Introductory Note," *ICSID Review*, Vol. 20(2005), pp.84ff.

*17 Stephen Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice," *BYL*, Vol.70(1999), pp.102-105.参照。

待遇」の意味がにわかに大きな注目を集めた^{*18}。

2. 「透明性」の「公正かつ衡平な待遇」への読み込み

すでに述べたように、「公正かつ衡平な待遇」と「透明性」の関係は理論的には問題になりうるものであったが、まさに両者の関係を意識した仲裁判断が現れ、そのなかで「公正かつ衡平な待遇」と「透明性」の関係が一大争点となった。それが、NAFTA（投資に関する章）に基づく仲裁として、最初に「公正かつ衡平な待遇」の意味が問題化したMetalclad事件であった。

（1）Metalclad事件仲裁判断

Metalclad事件^{*19}では、メキシコ政府から誘致されて廃棄物処理事業を営もうとしたMetalclad社が現地の地方公共団体の施策によって操業開始の断念に追い込まれ、無駄になった投資についてメキシコ政府の責任を問うて仲裁に事件を付託した。仲裁廷は、メキシコがMetalclad社に対して「公正かつ衡平な待遇」を与えなかったと認定した（なお、それ以外に、仲裁廷はメキシコ政府の行為が収用に当たるとも認定した）。そのなかで、仲裁廷は次のように述べた。

「NAFTAの根本的な目的は、越境投資機会の促進であり、投資イニシャチブの成功裏の実施の確保である」としたうえで、「NAFTAを構成する諸原則や諸規則の規定のなかで目につくのは、『透明性』（NAFTA 102条1項）への言及である。仲裁廷は、このことは、NAFTAの下で、投資を主導し、実行しかつ成功裏にそれを操業するためのすべての関連の法的要件は、他国のすべての影響を受ける投資家が容易に知りうるようにすべきであるという考えを含むと理解する。・・・いずれかの当事国の中央政府の当局（この問題に関する国際責任は今までの箇所特定されてきた）が、この点に関連して一定程度の誤解又は混乱があることを知るに至れば、正しい見解を迅速に決定し、明確にその見解を表明して、投資家がすべての関係法令に従って行動しているという堅い信念をもってすべての試みを進めることができるようにするのが当事者の責任である。」

以上の前提のもとでメキシコの措置を検討すると、建設許可を出さなかった地方自治体の行為は不適切であり、建設が可能だとする連邦政府職員の言明、また本件に関する規制

*18 90年代にNAFTA仲裁が始まった当初は、毀損された投資財産の補填は国家の「収用」に起因すると考えられるかどうかが激しく議論されたが（エチル(Etyl)事件）、仲裁判断において収用該当性が容易に認められないことが示されて以降、「公正かつ衡平な待遇」義務が議論の一つの中心となった。

*19 Metalclad Corporation v. The United Mexican States, International Centre for Settlement of International Disputes(Additional Facility), case No. ARB(AF)97/1 事件の詳細については、小寺彰「投資協定仲裁の新たな展開とその意義 - 投資協定「法制度化」のインパクト - 」RIETI Discussion Paper Series 05-J -021(2005)8-11 頁参照。

について細則がないことは、政府が透明性を追求しなかったことを意味するとして、これらの処置が問題であると認定し、他方、Metalclad 社は、誠実に行動しており、許可が出されるという完全な期待をもって行動したと判断した。したがって、「メキシコは、Metalclad 社のビジネスプランおよび投資に関して、透明性があり、かつ予測可能なフレームワークを設定しなかった。このような状況は、NAFTA に従って公正かつ正しく扱われるという期待をもって行動する当事国の投資家との関係において、秩序だったプロセスと時宜にかなった処置を欠いていたことを示すものである。」

つまり、仲裁廷は、メキシコの中央政府や地方自治体の政策が Metalclad 社に明らかにされず、そのために Metalclad 社を混乱に陥らせたと考え、Metalclad 社が投資に失敗した原因がメキシコの「透明性」の欠如にあったと判断してメキシコ政府の責任を肯定した。

(2) Metalclad 事件ブリティシュ・コロンビア州最高裁判所判決^{*20}

Metalclad 事件仲裁判断は、収用該当性の部分もまた「公正かつ衡平な待遇」義務違反の部分も、メキシコ政府から仲裁地のブリティシュ・コロンビア州の最高裁判所に対して取消が請求されて認められた。「公正かつ衡平な待遇」に関する同裁判所の取消の根拠は、まさに仲裁判断が「公正かつ衡平な待遇」のなかに透明性を読み込んだことにあった。

「カナダ商事仲裁法のフレームワークにおいては、仲裁廷が第 11 章の外にある事項について決定を下すことが仲裁付託の範囲を超える事項について決定を下すことに当たるかどうか争点である。私の見解では、仲裁廷は第 11 章の範囲を超える事項について決定を下した。」

仲裁廷は、NAFTA 11 章上の「公正かつ衡平な待遇」に NAFTA 102 条の「透明性」を読み込んで判断したが、そもそも NAFTA 上、投資家が仲裁に判断を求めることができるのは NAFTA 11 章上の問題に限られており、仲裁廷が 102 条上の問題を判断するのは権限逾越に当たるといっているのである。

仲裁廷の立場に立てば、NAFTA 102 条を直接的に適用するという意図はなかったと思われる。仲裁廷は確かにメキシコの行為が透明性を欠くとしてメキシコの責任を認めた。投資家がメキシコ政府の行為を信頼して行動した結果損害を蒙ったのであり、投資家の損害の原因はメキシコ政府の、公正性または衡平性を欠く行動にあったと考えたのである。メキシコ政府の公正性または衡平性を欠く行動をより精確に定式化すると、それは「透明性」を欠くと表現しうるメキシコ諸政府の属性にあったと理解することができる。そして NAFTA 102 条は、NAFTA のカバーする全範囲について、当事国が「透明性」を確保することを義務づけたものである。

このように仲裁判断を理解すれば、ブリティシュ・コロンビア州裁判所が言うように仲裁廷が NAFTA 102 条を適用して判断したものと解さないことも可能であった。このような理解を明示的に示したのが、NAFTA 外の仲裁である Tecmed 事件である。

*20 The United Mexican States v. Metalclad Corporation, Date: 20010502, 2001 BCSC 664

(3) Tecmed 事件^{*21}

メキシコで廃棄物処理事業を営んでいた Tecmed 社の免許更新が拒否されて同社がメキシコ政府を訴えた Tecmed 事件の仲裁では、スペイン・メキシコ B I T 上の「公正かつ衡平な待遇」が、国際法によって認められた信義誠実原則の一部を構成するとし、「外国投資家が投資を行うに当たって考慮された基本的な期待に影響を与えないような待遇を投資家に与えることを締約国に要求するものである」と述べた。

「外国投資家は、投資事業を企画しかつホスト国の規制を遵守するために、関係の政策および行政慣行の目的とともに、すべての規則と規制を事前に知ることができるように処置されており、かつ外国投資家との関係において、ホスト国が、一貫した態様で、曖昧さなく、完全に透明に行動することを期待している。・・・外国投資家は、投資先国が一貫して行動することを期待する。ここで一貫してというのは、投資家が商業的・ビジネス上の行動を計画・実行し、同時に約束をするに当たって投資家が依拠する、投資先国の以前の決定または許可を恣意的に撤回しないことなどをさす。」

Tecmed 仲裁判断の趣旨は、B I T を結ぶことによって投資家が一定の期待を持つに至るのであり、その期待を保護するのが、「公正かつ衡平な待遇」義務の意味であるということである。スペインの投資家がメキシコに対して持つ期待とは、投資先国が、外国投資家との関係で、一貫した態様で、曖昧さなく、完全に透明に行動することである。

この仲裁判断では、「公正かつ衡平な待遇」を「信義誠実」と言い換え、そのなかに透明性に関する条約規定とは無関係に、「透明性」を読み込んで判断した。

「公正かつ衡平な待遇」については、それが国際法上の最低基準を意味するか、それともそれを超える基準を示すかという論争があることはすでにふれたが、この論争と、「公正かつ衡平な待遇」に「透明性」が読み込まれることとの間には検討しなければならない問題がある。端的に言えば、現在の途上国の状況を踏まえると、関係法令が明確に公表されなければならないこと等を意味する、「透明性」の確保が国際慣習法上の最低基準と解釈することには躊躇を覚えるからである。外国人に対しては自国民と同様の待遇さえ与えれば十分であるという国内標準主義が相当に有力であり^{*22}、そのような状況のもとで国際法上の最低基準があるという立場に立ったとしても最低基準として想定できるものは相当に基本的なものになると思われるからである。

(4) 国際法上の基準としての「透明性」

Metalclad 事件の仲裁判断は、N A F T A の目的が当事国間の越境投資の増大であると捉えられることを前提にして、「公正かつ衡平な待遇」を、一般国際法上の最低基準では

*21 *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 (Spain/ Mexico BIT), Award, 29 May 2003.

*22 Cf. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed.(2003), pp.501-503.

なくNAFTA基準であると理解したと見ることができる。「公正かつ衡平な待遇」がNAFTA基準であって国際法上の最低基準を超えることは、Pope and Talbot 事件仲裁^{*23}で断言された。すなわち同仲裁判断は、「公正かつ衡平な待遇」が一般国際法に付加的な「公正の要素」を含むと明言し、「公正かつ衡平な待遇」を、明確に国際法上の最低基準を超えるものと捉えた。ところで「公正かつ衡平な待遇」をNAFTA基準と捉えることは、「公正かつ衡平な待遇」が国際法上の最低基準であると捉えることを排斥するものなのであろうか。

その後、NAFTA上の「公正かつ衡平な待遇」も国際法上の最低基準を超える要素をもつものではないという判断がNAFTAに基づく仲裁判断では相次ぎ、事実上、「公正かつ衡平な待遇」に関するPope and Talbot 事件の解釈は退けられた。NAFTA基準だから、つまりその後のNAFTA仲裁判断によって否定された国際法上の最低基準に「付加的な要素」として「公正かつ衡平な待遇」に「透明性」が含まれるとすれば、国際法上の最低基準としての「公正かつ衡平な待遇」に「透明性」が含まれるという見解は現在では維持できないことになる。しかし、すでに見たように、Tecmed 事件は、「透明性」を国際法上の最低基準としての「公正かつ衡平な待遇」のなかに読み込んでいる。そもそも「透明性」をNAFTA基準と考えたことが間違いなのであろうか。

この問題を解く鍵は、「国際法上の（最低）基準」が何を意味するかという点にある。Tecmed 事件では、「公正かつ衡平な待遇」を、「国際法によって認められた信義誠実の原則」の一部であると理解した。いわば信義誠実の具体的な適用として、国家が「透明な」態様で行動することが期待されている、すなわち義務づけられていると理解しているのである。この点は、「公正かつ衡平な待遇」と信義誠実原則との関係に言及した、MTD Equity Sdn. et al. v. Republic of Chile 事件^{*24} 仲裁判断でより明確に議論されている。

MTD Equity 事件は、「公正かつ衡平な待遇」について、Tecmed 仲裁判断を踏襲するとし、まずSchwebelの言葉を借りて、「信義誠実、デュープロセス、無差別および均衡性(good faith, due process, nondiscrimination, and proportionality)などの基本的な基準を含む、広範でかつ広く受容されている基準」^{*25}を意味すると言う。さらにそれを言い換えて、BITの前文に書かれた目的に照らして、正しい(just)、公平で(even-handed)、偏見がなく(unbiased)、または正当な(legitimate)という形容詞がさす状態を維持することを意味するとの理解を述べた。この解釈を前提にして、仲裁廷は、ホスト国政府の政策に反して問題になった外国投資を誘致した行為が、「公正かつ衡平な待遇」義務違反に当たると結論した。

「公正かつ衡平な待遇」は、国際法上の基準ではあるが、それがBIT前文の目的に照らして「正しい(just)」等と言うべき状態を指すとしたことは、BITの前文の内容や目

*23 Pope & Talbot Inc. v. Government of America, UNICTRAL(NAFTA), Award on Merits, 10 April 2001.

*24 MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (Malaysia/Chile BIT). -Final Award, 25 May 2004.

*25 *Ibid.*, p.30.

的に応じて、「正しい (just)」等と言われる状態が変わることを意味する。「公正かつ衡平な待遇」が国際法上の基準でありながら、その具体的な内容が可変的であることは、2002年の *Genin v. Estonia* 事件仲裁判断^{*26}でも述べられている。

Genin v. Estonia 事件の仲裁判断は、投資家が買入れた銀行免許の取消について「公正かつ衡平な待遇」義務違反に当たらないと結論したが、その際、「公正かつ衡平な待遇」とは、国際法上のもので最低基準を指すと言いながら、その後、「さらに仲裁廷は、当時のエストニアで実行されていた政治的・経済的な転換 (transition) が、銀行分野の厳密な検査を正当化するという被申立人の説明を受け入れる。国家によるこのような規制は、明確でかつ正当な公共目的を反映するものである」と述べた。この言明は、国際法上の最低基準とよばれる、国際法上の単一基準であっても、それが適用される状況に応じて具体的に要求される待遇のレベルが異なることを示したと言えよう。本件では、エストニアが政治的および経済的に「転換 (transition)」状態にあるということが、エストニアの行為の評価において意味を有したのである。

BIT上の「公正かつ衡平な待遇」が、信義誠実に行動するべきであるという国際法上の最低基準の意味を有するが、具体的な適用状況、BITの前文やホスト国の状況に応じて異なる意味が付与されるということを上記の仲裁判断は示している。つまり、適用される場面によっては、「公正かつ衡平な待遇」の意味する信義誠実原則が「透明な」行動をホスト国に要求すると考えることができる。NAFTAの目的に即して、NAFTA基準として「透明性」を採用した *Metalclad* 事件も、NAFTA基準であると判断したから直ちに、「公正かつ衡平な待遇」を国際法の最低基準を超えると考えたと解する必要はなく、むしろ *Pope and Talbot* 仲裁判断がこの点では、勇み足とも言うべき解釈をしたとみるべきであろう。

このように考えれば、国際法上の基準としての「公正かつ衡平な待遇」のなかに、「透明性」が含まれるのであり、「公正かつ衡平な待遇」に「透明性」を読み込めるかどうかは、「公正かつ衡平な待遇」を規定するBITの目的やホスト国を含む条約当事国の状況に依存するのである。換言すれば、BIT中に「透明性」に関する規定がない場合であっても、「公正かつ衡平な待遇」を与えなければならないという規定があれば、BITを取り巻く状況に応じて、「透明性」に関する基本的な要素、関係法令等の情報の入手可能性の確保義務が発生すると考えることができよう。

もちろん、「公正かつ衡平な待遇」としての「透明性」は、投資家がきちんとした決定をするための前提を構成するものと捉えられており、それを超えて、「説明責任」を果たすことをホスト国に要求するようなものではない。

(5) 「透明性」と投資財産保護

「透明性」は、で議論したように、投資家の投資環境の改善を目指すことに起源をもつが、それが投資財産保護との関係でどのように捉えられるかは明確でなかった。「透明

^{*26} *Genin and others v. Estonia*, Award, ICSID Case No. ARB/99/2. (United States/Estonia BIT). -Award, 25 June 2001.

性」が投資財産保護の意味を持たないと考えることもできたのである。しかし、毀損された投資財産についてホスト国への賠償請求権の根拠となる「公正かつ衡平な待遇」に「透明性」が読み込まれることは、関係法令等の情報の入手可能性を欠くために投資判断を誤った場合に、「透明性」の欠如をもって賠償請求権を請求できることを意味すると考えられる。つまり、「透明性」が「公正かつ衡平な待遇」に読み込めることは、「透明性」が投資財産保護の局面でも重要な意味をもつことを示すのである。

「透明性」は、ホスト国に関係法令等の情報の入手可能性の確保を要求するだけでなく、「透明性」が投資財産保護の意味をもつことを示したことに注意を払う必要がある。

結語

1. 一般的結論

1980年代に、「透明性」と名付けられて関係法令等の入手可能性の確保が重視されるようになった。この流れはWTO協定に引き継がれ、そこでは基本原則という位置づけをえた。他方、米国では「透明性」の意味がより発展し、ホスト国における投資環境の改善を超えて、ホスト国の「説明責任」を確保するための概念と捉えられ、それに応じた義務、たとえば公平な審査機関を設置する義務等をホスト国に課すBITも米国が結ぶようになってきている。さらに「透明性」を「説明責任」確保のための一つの方法と捉える観点からは、ホーム国や投資家にも要求すべきだという見解が出てきた。この問題提起は、BITを投資家のためにホスト国に義務づけることを目的とするものから、投資に関連する諸主体間のあるべき権利義務関係を規定するものに変化させようとする、BITに関するパラダイム転換に連なる問題提起と考える必要がある。

また関係法令等の情報の入手可能性という意味での「透明性」が重視されるようになると、より一般的に投資家に与えなければならない待遇を意味する、「公正かつ衡平な待遇」のなかに、他の要素、たとえばホスト国の行為が首尾一貫したものでなければいけないこと等と並んで、関係法令等の入手可能性、すなわち「透明性」を読み込む仲裁判断が下されるようになってきた。このことは、BIT中に上記の意味での「透明性」を明示的に規定しなくても、「公正かつ衡平な待遇」を投資家に与えることが義務づけられれば、BITの目的やホスト国の状況に依存することは否めないが、それだけで「透明性」確保の義務がホスト国に課されることを意味する。さらに「透明性」が「公正かつ衡平な待遇」に読み込まれることは、ホスト国の法律が明らかではない、すなわち透明性が欠けるために投資財産が毀損された場合に投資家の損害賠償の根拠となりうることを意味する。つまり、「透明性」が投資家の一般的待遇として広い範囲で適用すべき原則の一部を構成するという位置づけをえただけではなく、投資財産保護の根拠ともなったのである。

2. わが国の通商政策へのインプリケーション

日本政府は従来から関係法令等の情報の入手可能性の確保を意味する「透明性」を重視し、関係法令等の情報の入手可能性の確保について、入手されるべき対象を法令、細則からさらには行政措置にまで広げ（日中間投資取り決め交渉におけるノンアクションレター制度、すなわち法令施行当局による個々の法令適用の可否に関する見解の提示制度の提案等）、投資に関するホスト国の状況をできるだけ予測可能なものにするように努めてき

た。投資家が、入手されるべき情報の範囲の拡大を強く求めているのは、投資先における国家等の行為の予測可能性を高める効果をもつからであり、この点での「透明性」の充実は従来通り推進する必要がある。同時に、それを超えて、ホスト国当局の「説明責任」を明確化するための義務までB I Tに含ませる必要があるかどうかは、今後検討すべき課題であろう。

「説明責任」を確保する範囲について、ホーム国や投資家まで含む必要があるかという点については、現時点ではそこまで踏み込む必要はないと思う。わが国のような先進国の場合には、投資家（企業）を国内法によって実効的に規制する能力を備えており、また投資との関連でホーム国の情報開示をB I Tによって迫る必要があるとは思えないからである。他方、相手国が投資家のホーム国としての日本や日本企業に対して、情報開示等の「透明性」を求めてくることは想定する必要があるだろう。

「公正かつ衡平な待遇」規定については、従来わが国の関心が低かった。現在までに締結したB I Tまたは経済連携協定のなかで、「公正かつ衡平な待遇」の確保義務を規定するのは、日韓投資協定や、メキシコやマレーシアとの経済連携協定に限られている。しかし、「公正かつ衡平な待遇」は、投資財産保護を「透明性」の観点から確保するうえでも、またその他ホスト国の処置の問題性を追及するうえでも重要な役割を果たすものであり、とくに投資協定仲裁の利用を前提にすればB I Tには不可欠の規定であることは注意する必要があるだろう。