



RIETI Discussion Paper Series 08-J-024

ICSID 仲裁における適用法規： 国際法の直接適用とその含意

米谷 三以

法政大学 / 西村あさひ法律事務所



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/>

ICSID 仲裁における適用法規： 国際法の直接適用とその含意*

米谷 三以**

2008年4月

要旨

本稿は、ICSID 条約の下で行われる投資仲裁において、適用法規として明示に指定されていなくても国際法に直接基づいた請求が認められるに至ったことを、仲裁裁定例を分析して示し、その問題点と限界とを明らかにすることを目的とする。

まず、投資仲裁において国際法を適用法規としていかに扱うかは、投資家からみて実体的な保護水準を確保するものであると同時に、投資受入国政府からみれば、いかなる国際法を私人がイニシアティブを有する司法的メカニズムによって強制することを認めるべきか、逆に、国際法上の義務履行としてなされた行為について免責とすることができるかといった問題であって、両者の問題を考える必要がある。(2章)

投資仲裁の適用法規については従来、投資受入国法の下では当該国政府の行為が正当化されやすいことに対処するため、投資契約等において法技術的な工夫が凝らされてきたものの、国内法と国際法とを並列して適用法規としている ICSID 条約 42 条の解釈においても、一義的に国内法を適用すべきであり、国内法において法の欠缺がある場合又は国際法と抵触がある場合にのみ補充的に国際法を適用するものと考えられていたこと(3章(1))、しかし、投資保護協定に基づく仲裁において、投資保護協定の規定に基づく請求について、投資受入国法が国際法の国内法的効力を認めていることを理由として投資保護協定それ自体の直接適用を認めた仲裁裁定例が相次いで出され、先例として確立したことを指摘した。

(3章(2)) 国際法の直接適用が可能であることが確立したことを前提として、その根拠及び限界について検討した。まず、仲裁裁定例は、投資受入国法が国際法の国内法的効力を認めていることを挙げているが、形式的な法解釈論としても ICSID 条約 42 条 1 項の意義を失わせることにならないか、また実質論としても投資保護協定の直接適用が認められるか否かが投資受入国の意思にかかることにならないかといった点を批判的に検討し、私人による司法的メカニズムにより執行されることを想定した条約かどうかをメルクマール

* 本稿は、(独) 経済産業研究所「対外投資の法的保護の在り方」研究プロジェクト(代表: 小寺彰フェアルティフェロー)の成果の一部である。

** 法政大学法科大学院教授、西村あさひ法律事務所パートナー弁護士。

とすべきとする理由を述べた。(3章(3))

さらに、国際法の直接適用が可能であるとして、投資保護協定以外の条約等についても現実に直接適用されるかどうかを論じた。第一に、請求原因を基礎付けるものとして直接適用を認めることについては、どのような実施が想定されているかは条約ごとに異なっており、したがって司法的な救済を予定するものかどうかを検討する必要があることを指摘した。(4章(1)) 第二に、請求原因としては直接適用が否定されたとしても、抗弁として他の条約上の義務を負っていることを主張することを認める必要がないかについて検討した。ここでは、他の条約の遵守不遵守について特段の利益を有しない可能性が高い投資家との関係を既定する投資仲裁の特殊性に鑑み、抗弁として何らかの形で認める必要性を指摘している。(4章(2))

このように投資保護協定の定める実体的義務を直接の根拠として仲裁を申し立てることが認められるようになったことから、投資受入国の裁判所に代えて仲裁を救済手続とすることを主眼とする従来型の投資保護協定は、投資保護協定自体を根拠とする請求を明示に認める最近の投資保護協定に機能的に接近した。わが国が締結していた従来型の投資保護協定についても同様であると考えられる。(5章)

ICSID 仲裁における適用法規： 国際法の直接適用とその政策上の含意.....	1
1 本稿のテーマ.....	1
2 適用法規問題の位置付け.....	4
3 適用法規を巡る先例の流れ.....	7
(1) <i>Wena</i> 決定以前の法的状況とその評価.....	7
Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais.....	9
Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and PT. Amco Indonesia v. Republic of Indonesia.....	10
Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt.....	11
Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica.....	11
(2) <i>Wena</i> 決定とその後の法的状況.....	13
Wena Hotels LTD. v. Arab Republic of Egypt.....	13
CMS GAS Transmission Company v. The Argentine Republic.....	15
Azurix Corp. v. The Argentine Republic.....	16
LG&E Energy Corp. et. Al v. Argentine Republic.....	17
Siemens A.G. v. The Argentine Republic.....	18
Enron Corporation, and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic.....	19
Sempra Energy International v. Argentine Republic.....	19
(3) <i>Wena</i> 決定の射程とその評価.....	20
(1) 国内法と併せて国際法が適用される場合.....	21
Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (“Aucoven”) v. Bolivarian Republic of Venezuela	21
Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine.....	23
MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile.....	22
(2) 国内法への編入を根拠とする点の批判.....	23
PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey.....	24
Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania.....	24
4 適用される国際法の範囲.....	27
(1) 請求の根拠とできる国際法の範囲.....	27
(2) 抗弁の根拠とできる国際法の範囲.....	31
5 終わりに（政策的インプリケーション）.....	32

1 本稿のテーマ

本稿は、ICSID 条約¹の下での外国投資家対投資受入国政府との間の投資仲裁における適用法規の問題を論じる。ICSID 仲裁に限らず、投資仲裁における適用法規の問題は、古くから議論されてきた問題の一つであり、国際法を適用法規とすることの是非、範囲又はその効力等について様々な議論がある²。ICSID 条約においては、当事者の合意が一義的に尊重されることになっているが、投資家による仲裁付託を可能にする投資受入国法の外資法、投資許可又はコンセッション契約等において適用法規が明示されていないことも少なくない。投資保護協定についても同じである。このような場合の適用法規を定めるのが ICSID 条約 42 条 1 項第二文であり、投資受入国の国内法及び国際法の双方を適用法規としているが、この規定の下で投資保護協定を含め国際法がどのように適用されるのかが本稿の扱う問題である。

本稿は、以下の 3 点を取り扱う。第一に、この解釈問題の位置づけを明確にする。まず、投資仲裁すなわち投資受入国政府との間の紛争について投資家が仲裁に付託することを認めることがなぜ必要かを再確認する。大きく分ければ、投資受入国政府が自国に有利なように自国法を恣意的に変更する可能性という実体法上の問題と、投資受入国の司法機関が政府よりの判断を下し、又は迅速な救済を得られないかもしれないという手続法上の問題とが存在する。実体法上の問題を解決するために国際法による規律が工夫されてきており、他方、手続法上の問題に対処するために投資家による仲裁が利用されてきた。ICSID 条約に基づく仲裁において、適用法規として国際法の位置づけをどう考えるかにおいては、こ

¹ 「国家と他の国家の国民との間の投資紛争の解決に関する条約」1965 年。わが国の締結している二国間投資保護協定及び投資仲裁に関する規定を含む経済連携協定は概ね、ICSID 条約に基づいて設立された投資紛争解決センター(International Centre for Settlement of Investment Disputes, “ICSID”)を仲裁機関として指定している。

² 適用法規の問題に関してはさまざまな文献があるが、ICSID 条約における適用法規の問題を近時詳細に論じたものとして、Richard B. Lillich, *The Law Governing Disputes Under Economic Development Agreements: Reexamining the Concept of “Internationalization”*, in Richard B. Lillich and Charles N. Brower (eds.), *International Arbitration in the 21st Century: Toward ‘Judicialization’ and Uniformity?* (Transnational Publishers 1993); Ibrahim F.I. Shihata and Antonio R. Parra, *Applicable Substantive Law in Dispute Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention*, 9 ICSID Rev.-FILJ 183 (1994); Marc Blessing, *Choice of Substantive Law in International Arbitration*, 14 *Journal of International Arbitration* 39 (1997); W. Michael Reisman, *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold*, 15 ICSID Rev.-FILJ 362 (2000); Christoph H., Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary* (Cambridge 2001, Reprinted 2005), 549-643 頁; Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, *The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process*, 18 ICSID Rev.-FILJ 375 (2003); Richard H. Kreindler, *The Law Applicable to International Investment Disputes*, in Norbert Horn (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects* (Kluwer Law International 2004); Domenico Di Pietro, *Applicable Law under Article 42 of the ICSID Convention the Case of Amco v. Indonesia*, in Todd Weiler (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Cameron May 2005) (“Todd Weiler (2005)”), 223; Taide Begic, *Applicable Law in International Disputes* (Eleven International Publishing 2005).

これらの考慮事項が関係する。つまり、第一の点の検討は、第二・第三の点を考えるための準備作業である。

第二に、ICSID 条約 42 条 1 項第二文がどのように解釈されてきたか、国際法の位置づけはどのように考えられてきたかという点について先例の変化をたどってみる。当初は、一義的には国内法を適用するのであり、国際法は二次的な役割のみが与えられていた。しかし、投資保護協定に基づく仲裁において、国際法を直接の適用法規とする先例が現われ、かかる取り扱いが確立した。仲裁付託の対象となる紛争を協定上の紛争に限定する投資保護協定と同じ取り扱いになったわけである。その嚆矢といえるのが *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* における取消決定³(以下「Wena 決定」という)である。この決定は、投資受入国法が国際法の国内法的効力を認めていることを理由としてではあったが、適用法規に関する合意が存在しない場合の ICSID 仲裁における取扱いを規定する ICSID 条約第 42 条 1 項第二文の解釈における投資保護協定の位置づけについて明確な方向性を打ち出し、投資受入国法上の違法性の問題を検討することなく、直ちに投資保護協定の規定違反の有無を検討してよいことを明言した⁴。その後、少なくとも投資保護協定に基づく仲裁において投資保護協定違反を直接争えることは現在まで確立された先例であるといつてよい。その根拠としては、投資受入国法において国際法の国内法的効力を認めていることが挙げられたが、そうした理由付けに依拠しない先例もあり、その理由付けについては議論があり得る。また投資保護協定に基づく仲裁以外の投資仲裁においては、国際法を直接の適用法規としないことを明言するものもある。これらを統一的に理解するためにどのような理論構成が考えられるかも検討する。

第三に、投資仲裁において国際法が直接の適用法規となるとすれば、逆に、いかなる国際法とりわけ条約の違反を理由とする請求も可能かどうかを論じる必要が生じる。あらゆる国際法の違反を理由とする請求が可能であるはずはないが、それはいかなる理由によるのであろうか。また、投資保護協定以外の国際法たとえば環境条約上の義務を履行するために採用された政府措置についてはそのことを抗弁とできるかという問題もある。国際法の直接適用を可能とする実質的根拠を検討すると、先に述べたように、*Wena 決定*⁵が示した理由付けを採用せず、したがって、ICSID 条約 42 条 1 項第二文に直接に基づいて国際法を適用法規とすることになる。この場合、投資保護協定以外の国際法 (WTO 協定その他)

³ *Wena Hotels LTD. v. Arab Republic of Egypt*, Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment of 28 January 2002, 41 I.L.M. 933 (2002).

⁴ Gaillard & Banifatemi, 注 2, 404 頁以下。

⁵ *Wena 決定*以前の先例についてはいくつも詳細な分析があるが、それ以後の先例の展開についてそれほど検討されていないようである。*Wena 決定*の意義については、Gaillard & Banifatemi, 注 2 がもっとも頁を割いている。*Wena 決定*後の *Begic*, 注 2 も *Wena 決定*とそれ以前の先例との違いにあまり触れていないし、さらに Andrea Giardina, *International Investment Arbitration: Recent Developments as to the Applicable Law and Unilateral Recourse*, 5 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 29 (2006)も従来の先例を繰り返すのみである。同、30 頁。

についても適用法規とすべきかどうかの問題であるが、仲裁のような司法的的制度によって執行されることを想定していないとして、かかる協定を根拠として請求を立てることが認められないという議論があり得るのではないか。もし可能であるとしても、投資保護協定上の義務違反と主張された行為が他の国際法上の義務を果たす行為、又は授權された行為である場合にその点を抗弁とできるかという問題がある。抗弁については、適用法規の問題とするのと、投資保護協定上の各規定の解釈にあたって考慮するという捉え方が論理的に存在する⁶。

なお本稿の取り扱う論点は、投資仲裁の対象となる紛争の範囲に関する規定と密接な関係があることに注意が必要である。元々は、投資保護協定において、外国投資家に仲裁付託を認めている投資受入国政府との間の紛争を「投資に係するすべての紛争」というように広く規定するのが通常であり、現在でも多数派であるようである⁷。近時は、これと異なり、協定上の義務違反を根拠とする紛争に対象を限定するものも増えている⁸。わが国が締結した協定においても、かつては前者のタイプであったが、最近締結されている経済連携協定中の投資に関する章においては、後者のタイプが採用されている⁹。前者のタイプの投資保護協定における主眼は、投資受入国の裁判所に代えて仲裁という救済手続を投資家に対して付与することにあつた。これに対して、後者のタイプの協定は、仲裁という救済手続を利用可能にすることに加えて、投資保護のための詳細な実体的規定を定め、これに従った保護がなされない場合に投資家に直接に救済を求める権利を認めるものである。その趣旨からみて、当該協定を直接の適用法令とするのが当然であり¹⁰、したがって、適用法

⁶ したがって関連する問題として、外国投資家と投資受入国政府との契約上の義務違反を根拠とする請求が、投資に関する紛争一般を広く対象とするタイプの規定上どのように取り扱われるか、また協定上の義務違反のみを対象とする投資保護協定についても、投資家との約束の遵守を約束するいわゆる「アンブレラ条項」がある場合にどのように取り扱われるか、という問題がある。この点については、たとえば、Emmanuel Gaillard, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered*, in Todd Weiler (2005), 325 を参照されたい。

⁷ Campbell McLachlan QC, et al., *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2007), Paragraph 3.03.

⁸ 2007年版不正貿易報告書、経済産業省（2007年）、471頁。

⁹ わが国の締結した二国間投資保護協定においては、投資に関するあらゆる紛争が広く仲裁付託の対象とされていた。締約国名（締結年、投資仲裁関連条項）を挙げると以下のとおりである。エジプト（1977年、11条）、スリランカ（1982年、11条）、トルコ（1992年、11条1項）、香港（1997年、9条2項）、パキスタン（1998年、10条2項）、バングラデシュ（1998年、10条2項）、ロシア（1998年、10条2項）、モンゴル（2001年、10条2項）。これに対し、最近締結された二国間投資保護協定においては、当該協定違反に関する紛争のみが仲裁に付託できるとされている。韓国（2002年、15条）、ベトナム（2003年、14条）、また経済連携協定における投資に関する規定についても同様である。「新たな時代における経済上の連携に関する日本国とシンガポール共和国との間の協定」（2002年、82条）など。

¹⁰ Christoph Schreuer, *The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes*, available at [www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_1.pdf], 10-11頁。またそうしたケースの実例として、たとえば、Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, Case No. ARB/04/15, Tribunal Award of 13 September 2006, 21 ICSID Rev. - FILJ 603 (2006).

本件は、ノルウェー法人たる Telenor Mobile Communications A.S.（以下「Telenor社」という。）の子会社は、公衆携帯無線電話サービスの提供に関してハンガリー政府の管轄の省とコンセッション契約を

令に関する ICSID 条約 42 条 1 項第二文が問題となる余地は小さいという違いがある。そのほか、投資受入国の外資法、投資許可等が投資仲裁付託を認めている場合も、特段の投資保護の実体的規定を有するわけではないし、適用法規について特段の合意がない場合も少なくない。しかし、先例に拠る限り、これら仲裁対象を広く規定している伝統的なタイプの投資保護協定等においても、投資保護協定を直接に適用法規として法的判断を行い得るという取扱いが確立しているようである。新しいタイプの投資保護協定と差はなくなっていると思われる。

2 適用法規問題の位置付け

第一に、適用法規の問題の検討に当たって考慮すべき要素を明らかにするために、投資仲裁一般におけるこの問題の位置づけ及びその含意を明らかにしておく。歴史的にみれば、投資家保護として十分かという角度からの観点が第一に挙げられるであろうが、逆に、その保護が過度になっていないか、すなわち投資受入国政府の規制主権の保護の観点も重要である¹¹。

締結したが、この投資についてハンガリー政府がノルウェー政府と締結した二国間投資保護協定に違反して補償なく収用を行った等として、その被った損害の賠償等を求めて同協定に基づき ICSID 仲裁を申し立てたものである(同仲裁判断 16-17 項)。当該二国間投資保護協定 11 条は、同協定の解釈及び適用に関する紛争についてのみ ICSID 仲裁の利用を認め、かつ仲裁廷は、同協定、当事国間で締結された同種の協定及び国際法の一般原則に基づいて判断することとされている。(Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Hungary on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, available at UNCTAD site [<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>], 11 条 2 項、5 項)

本件においては、請求内容が二国間投資保護協定において仲裁付託が認められている対象事項であるか否かが中心争点となったが、仲裁判断は、収用の論点については ICSID 仲裁の管轄を認めたものの、その適用法規については特段の議論をすることなく(当事者間でも特段の議論はなかった模様である)、当該投資保護協定に基づいて議論を行っている。(同仲裁判断 60 項以下)

なお NAFTA に基づく ICSID 仲裁においては、NAFTA1131 条(1)が、NAFTA と適用ある国際法とに従って判断することを規定しているため、適用法規に関する特段の議論なしに NAFTA 各条の請求について検討している。たとえば、Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca and The United Mexican States, Case No. ARB(AF)/97/2, Tribunal Award of November 1, 1999, 14 ICSID Rev.—FILJ 538 (1999), Section VI.B; Waste Management, Inc. and United Mexican States, Case No. ARB(AF)/98/2, Tribunal Award of June 2, 2000, 15 ICSID Rev.—FILJ 214 (2000), Section III.A; Metalclad Corporation and The United Mexican States, Case No. ARB(AF)/97/1, Tribunal Award of August 30, 2000, 16 ICSID Rev.—FILJ 168 (2001), Section VI; Marvin Feldman v. Mexico, Case No. ARB(AF)/99/1, Tribunal Award of December 16, 2002, 18 ICSID Rev.—FILJ 488 (2003), Section H2; ADF Group Inc. v. United States of America, ARB(AF)/00/1, Tribunal Award of January 9, 2003, 18 ICSID Rev.—FILJ 195 (2003), Section IV; Fireman's Fund Insurance Company and The United Mexican States, ARB(AF)/02/01, Tribunal Award of July 17, 2006, available at the ICSID site [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>], Section VII.A; Bayview Irrigation District et al v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/05/1, Tribunal Award of June 19, 2007, available at the ICSID site [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>], Section III など。なおこれらの仲裁は、Additional Facility Rules 2 条に基づく仲裁であるため、42 条 1 項を含む ICSID 条約が適用されない。

¹¹ WTO 協定に関しては、この主権の問題に関する議論がたいへん発展している。参考文献は枚挙に暇がないが、代表的なものとして、John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law* (Cambridge 2006).

まず、海外投資については、一方的国有化、コンセッションの破棄など投資受入国政府による侵害行為からの法的な保護の必要性がかつてから認識されており、そのために様々な工夫がなされてきた¹²。その工夫を、その対象とする法に着目して実体法・手続法という分類に当てはめると、投資受入国法を超える、ないし投資受入国法を規律する実体規定を導入すること、又は投資受入国の司法システムに対する信頼性の問題から代替的な紛争解決機関として仲裁等を利用することの二つに分けることができる。適用法規の問題は、基本的には前者に属するが、後者にも関連する。

前者すなわち投資受入国の政府に対する信頼性の問題は、政府が様々な理由から、外国投資家に不利な措置を採用するかもしれないということである。天然資源の開発等公益的な事業に外国人を従事させるために、事業の免許を付与し、必要な設備投資等を保証するなどを内容として政府とコンセッション契約を締結し、政府側に詳細な義務を定めるといのがまず考えられる方法である。しかし、投資受入国政府が国内法を変更して、たとえば投資事業が継続できないような規制を導入するという可能性があるため、それでは十分とはいえない¹³。このリスクに対処するために、外交保護権の行使というルートがあったが、これをより効果的にするため、実体的な手法として、政府間において二国間投資保護協定等を締結するなど、国際法によって投資保護の観点から政府の行為を規制するという対処の仕方が考えられるようになった。

これに対して、後者は、裁判所が政府寄りすなわち投資受入国政府との関係で外国投資家に対して不利な判断を下すのではないかという公平性に対する懸念のほか、法に従った裁判がなされるのか、迅速な救済が得られるのかといった司法の安定性・効率性に対する懸念に基づくものである。すでに言及した外交保護権の行使はこうした懸念への対処の一方法であるが、そのほか手続法のレベルでは、投資受入国の裁判所を避け、仲裁に付託する旨合意して仲裁廷として中立な第三者又は国際的な仲裁機関を指定する、といった手法がコンセッション契約において採用されてきた。さらに、政府間の投資保護協定においては、協定の解釈適用に関する紛争を取り扱う締約国政府間の紛争処理手続がおかれ、またほとんどの場合において、投資受入国政府との紛争について投資家が仲裁手続を利用できるようにする条項が置かれる¹⁴。選択される仲裁機関はいくつか存在するが、ICSIDは、そのような場合に利用できる国際仲裁機関の一である。

言うまでもなく、これらの実体的及び手続的手当では、それぞれが単独ですべてを解決できるわけではない。当該国の政府の行為を規律する実体規範が、二国間投資保護協定など国際法レベルですなわち投資受入国政府が一方的に変更できないものとして存在し

¹² たとえば、山本草二「国際法」(有斐閣、1997年(新版補訂版))、211項以下を参照せよ。

¹³ かかるリスクについて、たとえば、Lillich、注2、94頁。

¹⁴ わが国が締結した二国間投資保護協定における実例については、注9を参照せよ。

ても、投資受入国裁判所その他において裁判規範として採用されなければ、投資家の権利保護という点では画餅となりかねない。投資受入国の責任は、外交保護権の行使すなわち自国政府と投資受入国政府との交渉によって追及するほかないからである。他方、中立的で効率的な仲裁機関に紛争の解決を付託できるとしても、投資受入国法にのみ従って判断がなされるとすれば、やはり救済が不当に限定される可能性がある。憲法その他の規律又は国内の政治的制約により無制限ではないにせよ、先に述べたとおり、投資受入国政府は自らの行為を免責するような国内法を制定することができるからである。わが国が締結した投資保護協定で言えば、古いタイプのもは手続的保護に重点を置いており、他方、経済連携協定に含まれる最近のタイプでは、協定に従った保護を確保するための仕組みとして投資仲裁を定めているように思われる¹⁵。

ICSID 条約 42 条 1 項は、ICSID 仲裁における適用法規のルールを定めるものである。この規定は、上記二つの問題のうち一義的には実体法的対処の規定であるが、ICSID 仲裁の守備範囲を画するものとみれば消極的には手続法の問題にも触れる。同項の規定について実体法的観点から特徴的なことは、一定の場合に国際法が適用法規となることを明示しているということである。同項は、第一文において「両当事者が合意する法規(“rules of law as may be agreed by the parties”)」に従って判断するとし、当事者自治の原則の尊重を規定する¹⁶。第二文は、かかる合意がない場合について規定し、「紛争当事者である締約国の法 (“the law of the Contracting State party to the dispute”) ・ ・ ・ 及び該当する国際法の規則(“such rules of international law as may be applicable”)」を適用すべしとするが、この規定が適用されるケースは少なくない。近時投資保護協定が多数締結され、投資に関する紛争について外国投資家に ICSID 仲裁への付託を認めるものが増加しているが、適用法について明文の合意がない場合が多いからである¹⁷。この規定の解釈として、「該当する国際法」がどのような場合にかつどのように適用されるかが問題となるわけである。

以上は投資保護の観点からみたものであるが、投資受入国政府の規制主権の確保の観点からの検討も必要である。後にみるように、投資仲裁の対象範囲として投資保護協定上の義務違反に基づく紛争が明示されない場合であっても、投資保護協定上の義務違反の有無が直ちに問われるようになった現状においては、投資受入国政府の主権を不当に制限しないために国際法をどこまで適用してよいか、または適用すべきかという問題の重要性が増してきているように思われる。つまり上記 42 条 1 項第二文の解釈において、ICSID 仲裁と

¹⁵ 注 9 を参照せよ。

¹⁶ たとえば、Schreuer、注 2、558-559 頁。

¹⁷ Gaillard & Banifatemi、注 2、379 頁。わが国が締結した二国間投資保護協定のうち、投資に関連する紛争を広く仲裁付託の対象とするものに適用法規の定めは存在しない。注 9 に掲げるものを参照せよ。すなわち、これらの協定については投資家に対して仲裁手続を利用可能とすることに主眼があり、実体的保護の問題については、国家間の紛争処理手続又は外交ルートを通じての救済に委ねたのか、投資家による仲裁においてもどの程度カバーされているのかは条文上は明らかでない形になっている。

いう司法的なメカニズムとりわけ私人が当事者適格を有する手続においてどこまで政府の行為を争えらるべきか、また投資受入国政府はその国際法上の義務を遵守するための行為であることを抗弁として提出できるかを問う視点も必要になってきているということである。国家間の紛争解決手続であれば、相手国に対する主張が自国にも跳ね返ってくる可能性があるため、国家主権ないし規制権限を不当に侵さないようにおのずと自制が働くが、投資家対政府の関係では、投資家側にはそうした自制のインセンティブがない。適用法規の問題においては、投資仲裁が規制主権を不当に侵さないこと及び投資保護協定以外の国際法との調整が確保されることの保障が必要であることを考慮する必要があると思われる。この点については、ICSID 仲裁について、対等な当事者間の関係を取り扱う両当事者の合意に基づく紛争解決手続でなく、投資受入国政府の規制権限の発動に対する公法上の司法審査メカニズムと捉えようとする見解があることが注目される¹⁸。この眼から見た場合、ICSID 仲裁において締約国政府の措置についてその国際法との適合性を争えらるべきとした場合、どの範囲の国際法との整合性を問えるか（又は問えらるべきか）が問題になる¹⁹。

3 適用法規を巡る先例の流れ

第二に、適用法規に関する考え方及び先例の流れを追い、現状、少なくとも投資保護協定に基づく投資仲裁においては、国際法を直接の適用法規とすることが認められていることを説明する。これは、Wena 決定を分水嶺としていると考えられるが、その理由付けについては疑問があり、再考の必要があると考えらる。

(1) Wena 決定以前の法的状況とその評価

まず投資仲裁における適用法規の問題は、ICSID 条約 42 条 1 項の解釈問題に限らず、一般的に古くから活発に議論されてきており、様々な実務的対処法が考案されてきている。第一に、準拠法に関する合意による対処法がある。コンセッション契約において投資受入国法以外の法を準拠法として指定することがある。投資受入国法を指定するとしても、安定化条項と称される条項を置き、契約の時点での法律を指定して、その後の法改正によって法律関係を変更されることを防止しようとした例もある。そのほか、投資受入国法が準拠法となることを前提に、国際法や法の一般原則などを準拠法として指定し、投資受入国

¹⁸ たとえば、Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford 2007)、とりわけ 3 章 “From Contract to Public Law”。

¹⁹ なお、投資仲裁については私人にイニシアティブを付与しているため、条約等国際法間の抵触の調整を仲裁機関に行わせるべく、投資受入国政府が抗弁として国際法に拠ることを広く認める必要がないか検討すべきであろう。この問題については、注 148 を参照されたい。

法の適用を規律しようとした例もある²⁰。

ICSID 条約 42 条 1 項第一文は、適用法規について当事者の合意による選択を認めており²¹、こういった取り決めが尊重されるようになっている。しかし、言うまでもなく、この方策は、投資受入国政府が同意しなければ採用できない。個別のコンセッション契約でなく、二国間投資保護協定においてでもよいが、投資保護協定においては同協定に加え国際法を準拠法として指定している例もみられるものの、実際には、適用法規の定めをもたない例のほうが多いようである²²。

第二に、準拠法の合意がない場合、ICSID 条約 42 条 1 項第二文が適用されるケースにおいて、“*pacta sunt servanda*”を法の一般原則として適用して、コンセッション契約の一方的破棄を制限するなどの議論もあった²³。しかし、先例上は、“*pacta sunt servanda*”のルールに拠るとしても、投資受入国法においても同じルールがあるという認定が前提となっており、国際法を単独で適用するというものではなかったようである。

これらは、投資契約の「国際化(internationalization)」すなわち外国投資家と投資受入国政府との関係について国際法上の規律をいかに及ぼすかの問題として論じられている。投資家のみならず自国民すべての保護は国家の関心事であり、外国政府に帰責すべき自国民に対する侵害行為があった場合、国際法上その損害について外交保護権を行使できる。しかし、外国投資家は、国際法関係における主体でないため、外交保護権を行使できない。また外国投資家と投資受入国政府との間の関係について国際法が当然に適用されるものとも考えられていない。こうした関係について国内法を制限する国際法をいかに適用させるかが「国際化」の問題関心である。現段階では、国際法が適用される場合、国際法が国内法に優先することは確定した考え方といっただいであろう²⁴が、そもそもどのような場合に国際法が適用されるのか、又はどのように検討をするのかなど問題は残っている。

ただしこの点、ICSID 条約 42 条 1 項第二文は、その意味については争いがあるにせよ、

²⁰ これら適用法に関する条項における工夫については、Lillich、注 2、69 頁以下；Shihata & Parra、注 2、198-201 頁；Wolfgang Peter, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements* (Kluwer Law International 1995 (second revised and enlarged ed.)), 259-269 頁；Schreuer、注 2、560-565 頁；Begic、注 2、第 2 章 2 節“Choice of Law Modalities”を見よ。ただし、投資受入国法の強行法規の適用は回避できないかもしれない。Schreuer、注 2、567 頁。

²¹ 本稿では取り扱わないが、コンセッション契約等において投資受入国法を適用法規として明示に選択している場合にも国際法が適用されるか否かという問題も存在する。ICSID 仲裁においては、外交保護権の放棄が規定されていることを理由に、原則としては、国際法の適用が排除されないとする見解がある。先例として、後に言及する SSP 仲裁判断がある。なお Schreuer、注 2、589-590 頁；Di Pietro、注 2、245-246 頁；Tagic、注 2、65 頁。

²² Gaillard & Banifatemi、注 2、379 頁。

²³ Lillich、注 2、75 頁以下。

²⁴ たとえば、Lillich、注 2、66 頁以下を参照せよ。

国際法を適用法規とすることを明示している。つまり、国際法上の主体でない外国投資家と政府との法的関係に国際法が適用されることを正面から認めている。その上で、この規定に基づいてどこまで、又はどのような場合に、国際法を適用し、又は適用しないということができるのかを先に述べた状況を踏まえて考える必要があるわけである。

こうした状況において、Wena 決定に至るまで ICSID 条約 42 条 1 項第二文に関する指導的先例と考えられていたのは、Klockner v. Cameroon における取消に関する決定(以下、「Klockner I 決定」という。)である。このケースにおいて、仲裁廷は、ICSID 条約の規定の下では、一義的には、投資受入国法を適用すべきであり、国際法は、投資受入国法に法の欠缺が存在する場合又は投資受入国法が国際法に反する場合に限って適用されるとの考え方が示された。この先例は、投資保護協定に基づく仲裁でなく、投資家と投資受入国政府との間の契約中の仲裁条項に基づくものであるが、ICSID 条約 42 条 1 項第二文の文言上は両者を区別しておらず、投資保護協定に基づく投資仲裁においても同じ考え方が適用されるはずであった。

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais²⁵

Klockner I 決定は、投資受入国法であるカメルーン法を適用せずフランス法の原則(principles)を適用した点で権限の明白な逸脱であるとして取り消しが求められたことに対して、これを肯定したものである。その判断において、原仲裁判断は、(フランス法の原則でなく)国際法の一般原則を適用したのかもしれないとみて、その場合も国内法の適用が先決問題であるので許されないとするものであった。その理由としては国際法が、国内法における「法の欠缺(lacuna)」がある場合にこれを埋める補完的(“complementary”)な役割と、国内法が国際法の原則に合致していない場合は是正的(“corrective”)な役割とを有すると述べ、さらに、検討の順序として、まず適用される国内法の内容を確定し、これを適用してから、国際法を検討するものとした²⁶。ICSID 条約 42 条 1 項は、国際法が国内法に優先することを認めたが、国際法にのみ基づいて判断することは許容していないと判断したのである²⁷。

この解釈は、その後の仲裁先例においても踏襲され、同条の起草経緯にも合致するとし

²⁵ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985、原文(仏文)の Unofficial English translation を[<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>]から入手。

²⁶ Klockner I 決定、61 項。

²⁷ 同上。

て、確立した解釈のように受け止められていた²⁸。Klockner 決定を指導先例として引用したものである。たとえば以下のケースがある。

Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and PT. Amco Indonesia v. Republic of Indonesia²⁹

このケースは、Amco Asia Corporation(以下、「Amco 社」という。)が、インドネシアにおけるホテル事業に投資すべく、インドネシア政府から投資許可を得たが、インドネシア政府が施設を接収したため、事業継続が不可能となり、その損害賠償を求めたというものである。Amco 社は、インドネシア政府を相手とし、収用、契約不履行及び不当利得を根拠として請求を組み立てて、ICSID 仲裁に付託した。Amco 社が得ていた投資許可に、インドネシア政府との紛争については ICSID 仲裁に付託できるとする条項があった³⁰。Amco 仲裁判断は、インドネシア法及び国際法を適用法としつつ³¹、双方において請求が認められることを説明して、請求を認容した。

このケースにおける取消請求を取り扱った ad hoc Committee³²は、先例として Klockner I 決定に言及し、国際法の役割は国内法の法の欠缺を補足する場合及び国際法に適合しない国内法を是正する場合に限定される³³とし、この見解が ICSID の判例法及び文献において共有されており、ICSID 条約の起草過程もこれを支持すると述べた³⁴。国際法を適用する理由としては、ad hoc Committee は、この取扱いが、ICSID 条約全体の仕組みから導かれるとし、投資受入国法が原則として適用法となるが、締約国によって仲裁判断が執行されること (54 条 1 項)、ICSID における仲裁手続が選択された後は外交保護権の行使が認められないこと (27 条) から、仲裁判断は国際法の原則及びルールに違反しないものでなけれ

²⁸ Shihata & Parra、注 2、192 頁; Reisman、注 2、362-366 頁; Schreuer、注 2、622-631 頁; Gaillard & Banifatemi、注 2、381 頁; Di Pietro、注 2、253 頁; Begic、注 2、155-156 頁。ただし、Gaillard & Banifatemi、注 2、382-383 頁は、ウィーン条約法条約 32 条が規定する条約の起草経緯を当該条約の解釈に用いる場合の制限を理由に Klockner 決定が示した ICSID 条約 42 条 1 項の解釈をも批判する。さらに起草経緯自体も Klockner 決定を支持しないとする。同、383-388 項。

²⁹ Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and PT. Amco Indonesia v. Republic of Indonesia, Case No. ARB/81/1, Tribunal Award of 20 November 1984 (以下「Amco 仲裁判断」という。), 1 ICSID Rep. 413。

³⁰ Amco 仲裁判断、24 項。

³¹ 同上、148 項。

³² Amco Asia Corporation Pan American Development Limited and PT. Amco Indonesia v. Republic of Indonesia, Case No. ARB/81/1, Decision of ad hoc Committee of 16 May 1986, 25 I.L.M. 1441 (1986) (以下「Amco 取消決定」という。)

³³ Amco 取消決定、21 項。

³⁴ 同上、22 項。ただし、具体的適用においては、双方において投資受入国政府に責任があることを確認している。Amco 仲裁判断、148 項。

ばならないとしている³⁵。

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt³⁶

香港法人 Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (以下「SPP 社」という。)は、エジプト政府及びホテル等を保有する政府関係機関と契約を締結し、合弁会社を設立して、カイロその他のピラミッド地域において旅行者向けの複合施設を建設・運営しようとした。このプロジェクトはエジプト政府によって認可されたが、後に、遺跡保護などの観点から政治的反対が強くなったことから、認可が撤回され、また周辺の土地が公有とされて、プロジェクト遂行が不可能になった³⁷ため、SPP 社は、ICSID 仲裁への付託を認めているエジプト法 43 号 8 条に基づいて、エジプト政府に対して損害賠償を求めて仲裁に付託した。

仲裁判断は、適用法をエジプト法とする合意があるとのエジプト政府の主張を認めたとしても、ある状況において国際法の適用を排斥するものではないこと³⁸、国内法に欠缺があったり、国際法に違反したりしている場合には、ICSID 条約 42 条に従って、国際法の原則及び規則を適用しなければならないと述べた³⁹。

このように、Klockner 決定が述べたように、まず国内法を適用すべしとする先例が多数存在した。ただし、投資受入国法と国際法との間に齟齬がない場合には、国際法のみを適用するとした先例もある。

Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica⁴⁰

米国市民がその過半数の株式を保有するコスタリカ法人である Compania del Desarrollo de Santa Elena (以下「CDSE 社」という。)は、コスタリカの Santa Elena の土地を購入し、大規模リゾートを開発しようとしていたが、国立公園の拡張のため、コスタリカ政府がこの土地を収用した⁴¹。本件はこの収用に対する補償額の争いである。本件において、コスタリカ政府は、米国市民又は米国市民がその 50%以上を保有する法人の財

³⁵ Amco 取消決定、21 項。

³⁶ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, Case No. ARB/84/3, Tribunal Award of 20 May 1992 (以下、「SPP 仲裁判断」という。)、3 ICSID Rev.-FILJ 264 (1993)。

³⁷ SPP 仲裁判断、43 項以下。

³⁸ 同上、80 項。

³⁹ 同上、84 項。

⁴⁰ Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica, Case No. ARB/96/1, Tribunal Award of 17 February 2000, 15 Foreign Investment Law Journal 171 (2000)(以下、「CDSE 仲裁判断」という。)

⁴¹ CDSE 仲裁判断、15-21 項。

産を十分かつ効果的な補償を行うことなく収用した国に対して政府援助を禁止する米国措置によって、本件を仲裁に付託することに同意せざるを得なくなった⁴²。

仲裁判断は、適用法について、当事者間の合意がないので、ICSID 条約 42 条 1 項第二文によりコスタリカ法及び国際法を適用するとし、両者が抵触する場合は、国際法が優先するとする。その理由は、収用の関連では、国際法上の保護が否定されれば、ICSID 条約の目的が達成できないからであるが、本件においてはコスタリカ法と国際法との齟齬はないので国際法だけを適用するとした⁴³。

以上のように、Klockner I 決定が示したアプローチはその後の先例において基本的に踏襲されてきていたが、いくつかの理論的な問題点が指摘されてもいた。第一に、ある事項について国内法に規定がなくても、そうした場合の対処の方法は国内法上存在するのが通例であり、「法の欠缺」とはいえないであろう。「法の欠缺」といえるのは、あってもきわめて例外的な場合に限定されるはずである⁴⁴。第二に、投資受入国法が国際法に反する場合は、いかなる場合を指すのか明確ではない⁴⁵。強行法規としての国際法すなわち *jus cogens* に反する場合に限られる⁴⁶とすれば、現実には国際法が適用されるケースはきわめて限定的となろう⁴⁷。しかし、強行法規であるかどうかには拘りなく、国際法が優先するとすれば、条約を含め国際法を全面的に適用することになってしまう。中立的な第三者が事案を検討し、適用法規を解釈し適用して判断を下すという仕組みが用意され、かつ紛争当事者が単独でかかる仕組みに訴えることができるといった司法的な紛争解決手続を備えた条約はきわめて限定されており、締約国政府間の *peer review* メカニズムを通じて実施を図っていかうとするものがほとんどではないか。いかなる条約であっても、私人が提起する ICSID の投資仲裁手続において司法的に実施され得るとするのは非現実的であり、また条約実務の妨げにもなりかねない⁴⁸。

ICSID 条約 42 条 1 項第二文の文言解釈の問題としても、上記 Klockner I 決定には疑問が投げかけられている。先に述べたように、同文は、「紛争当事者である締約国の法 (“the law of the Contracting State party to the dispute”) …及び該当する国際法の規則 (“such rules

⁴² 同上、24-26 項。

⁴³ 同上、63-65 項。

⁴⁴ Reisman、注 2、375 頁も、各国法は、規定がない場合にいかなる規範を適用するかのアプローチを定めているものであり、規定がないというだけで国際法を適用することは許されないとする。同旨、Gaillard & Banifatemi、注 2、393-397。

⁴⁵ Reisman、注 2、376 頁は、不整合というだけではなく、法規範が衝突しているかどうかの問題であるとする。

⁴⁶ 同上、374-376 項。

⁴⁷ Gaillard & Banifatemi、注 2、397-399 項。

⁴⁸ なお、国内法が国際法によって補充又は是正されなければならない場合がそれほどないことを指摘する意見もある。Shihata & Parra、注 2、204-206 項。

of international law as may be applicable”）」を適用法規とすることを明示しているが、投資受入国法と国際法とは「及び（”and”）」で連結されているのみで、国内法が一次的な役割を有することを示唆する文言は見当たらない⁴⁹。「該当する（“as may be applicable”）」という文言にも両者の優劣関係を読み込む余地はなさそうである。したがって国際法自体が二次的な役割を担うものとして成立している（又は条約であればそのように合意されている）ならば格別、そうした事情がない限り、Klockner I 決定が示した解釈を導くのは困難であるように思われる。

一義的には国内法を検討するという Klockner I 決定に対する批判は、請求の基礎として提起されたのが、投資保護協定のように具体的な権利義務が明文で規定された国際法である場合には著しく説得力を増す。収用補償に関する国際法のように国際慣習法又は法の一般原則であれば、合意されたテキストが存在しないので、一義的に裁判規範として用いるとしても技術的に容易でなく、その意味では、Klockner I 決定のように国内法の補完又は是正に効力を限定することも理解できる。しかし、投資保護協定が定める義務はより具体的、かつ明確であり、ICSID 仲裁において裁判規範として適用することに技術的な問題はない。その点を論じたのが以下に見る Wena 決定の判示であったということが出来る。

(2) Wena 決定とその後の法的状況

Wena 決定は、この Klockner I 決定における判断とは異なり、国内法の検討に先んじて、国際法である二国間投資保護条約の規定を適用する余地を認めたものである。Wena 決定は、エジプトと英国との間の二国間投資保護協定を直接の適用法規とした原仲裁廷の判断⁵⁰を支持し、その前提として、投資受入国法は国際法と関係付けて(in conjunction with)適用される場合もあるが、国際法が単独で適用される場合もあるとし、国際法も直接の適用法規となるという解釈を示した⁵¹。以下に見るように、二国間投資保護協定に基づく仲裁が増加している中、Wena 決定を援用して当該協定を直接の適用法規とする判断が繰り返されている。

Wena Hotels LTD. v. Arab Republic of Egypt

このケースは、エジプト政府の関連組織が外国投資家の投資財産であるホテルを不法占有し、内部を破壊したことなどについて、エジプト政府に帰責すべき関与があったとして、

⁴⁹ この点を指摘するものとして、Gaillard & Banifatemi、注 2、399 以下。

⁵⁰ Wena Hotels LTD. v. Arab Republic of Egypt, Case No. ARB/98/4, Tribunal Award of December 8, 2000 (以下、「Wena 仲裁判断」という)。

⁵¹ Wena 決定 40 項。なお、Begic、注 2 は、Wena 仲裁判断は、適用法規について黙示の選択があった例として挙げている。同、74 頁。しかし、Wena 決定を見る限り、そのような理解はされていない。同、26 項以下。

エジプトと英国との間の二国間投資保護協定⁵²が規定する義務にエジプト政府が違反したとして、同協定の仲裁条項に基づいて外国投資家はその賠償を求めて仲裁を申し立てた事例である。同投資保護協定は、外国投資家と投資受入国政府との間の投資に関するすべての紛争(any dispute)を ICSID 仲裁に付託することを認めていた⁵³。原仲裁判断が、エジプトと英国との間の二国間投資保護協定を適用して損害賠償を認めたことに対して、エジプト政府が、ICSID 条約 42 条 1 項に違反してエジプト法を適用しなかった点で権限の明白な逸脱があるとして取消しを請求した⁵⁴が、Wena 決定は、この請求を棄却したものである⁵⁵。

同決定はまず、ICSID 条約 42 条 1 項第二文における国際法の地位については、学説及び ICSID の先例上も様々な見解があるとし、広い役割を認めるのもあれば、国内法において「法の欠缺」がある場合の補充的役割及び国内法が国際法の原則に反する場合の是正的役割に限定されるとする考え方もあり、また jus cogens に違反する場合の是正的役割に限定する見解もあるとした⁵⁶。その上で、この問題については一致した見解はないとしつつ、ICSID 条約 42 条 1 項の文言は、国内法と国際法のそれぞれの適用範囲を明確に切り分けるものではない⁵⁷として、上記のとおり、投資受入国法は国際法と関係付けて(in conjunction with)適用される場合もあるが、国際法が単独で適用される場合もあるとし、国際法も直接の適用法規となるという解釈を示した⁵⁸。

同決定は、さらに、投資受入国の同意に直接又は間接に関連する国際法の規定は国内法に優先するとし、ICSID 条約の下で国際法が参照されることは、当該投資受入国の国家利益に敵対するものであるとはいえないと述べた⁵⁹。さらに、投資受入国が当該国際法の規定を明示に受け入れている本件の場合にこの見解がとりわけ強調されるとし、当該投資受入国法による国際法に対する一種の「反致 (renvoi)」が成立するとした⁶⁰。この際に考慮要素として以下の事項に具体的に言及した。すなわちエジプト憲法が、批准され公布された条約の「法としての効力」を認めており、この規定が、条約が国内法と同視する(equating)趣旨であると解釈されていること⁶¹、裁判例において、条約は、前から存在する制定法のみならず後で制定された法律にも優先することが認められてきていること、条約のごとき特

⁵² Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Arab Republic of Egypt for Promotion and Mutual Protection of Investments, signed on June 11, 1975, available at the UNCTAD site [<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>].

⁵³ 同協定 8 条 1 項。

⁵⁴ Wena 決定、21 項。

⁵⁵ 同上、113 項。

⁵⁶ 同上、38 項。

⁵⁷ 同上、39 項。

⁵⁸ 同上、40 項。

⁵⁹ 同上、41 項。

⁶⁰ 同上、42 項。

⁶¹ 同上。

別法は、国内法において具体化している一般法に優先するものとされていること、民法、民事訴訟法その他重要な国内法において、特定の事項については、関連する条約の規定を「害することなく」という規定があることであった⁶²。さらに、投資保護協定については、この条約の中で代表的なものであるとしたが、エジプト法に **alien** な条約は適用しないとしている。

Wena 決定は、国際法を適用する論理として、エジプト法による国際法への「反致(*renvoi*)」という表現をしており⁶³、国際法規範がエジプト法に編入されて(*incorporated*)適用される、という言い方は厳密にはしていない。しかし、準拠法選択の一種である反致とは、対象事項について、エジプト国内法ではなく、国際法を準拠法とするということであって、エジプト国内法は適用されなくなってしまう⁶⁴が、これは Wena 決定の想定しているところとは思われない。たとえば、対象事項について、国際法を超える厳格な規律が国内法に規定されており、国際法もそうした上乗せを排除していない場合には、国際法でなくエジプト国内法が適用されるのではないか。そうした可能性を認めるのであれば「反致」という説明は妥当ではない。反致であれば、エジプト法は準拠法でない以上適用する余地はなく、国際法の規律だけを適用することになるはずである。したがって、エジプト法が国際法の国内法的効力を認めているとして、投資保護協定その他の国際法を適用法規とするとした Wena 決定の論理は、投資保護協定その他国際法がエジプト法に編入される故に ICSID 仲裁において適用法規となるとしているものと理解せざるを得ない⁶⁵。

理由付けを含めこの Wena 決定の判断は、二国間投資保護協定に基づいてその後行われた ICSID 仲裁において何度も引用され、同旨の判断が繰り返されている。以下にその例を掲げる。

CMS GAS Transmission Company v. The Argentine Republic⁶⁶

CMS GAS Transmission Company(以下「CMS 社」という。)は、政府認可の料金をドル建てでかつインフレ調整するとの前提でアルゼンチンのガス供給業に投資したが、アルゼンチン政府がかかる調整を行わず、また緊急措置として執った物価凍結措置のために、事業の採算性が悪化して継続できなくなったと主張し、アルゼンチン政府が行った投資家

⁶² 同上。

⁶³ Wena 決定、42 項。

⁶⁴ 国際私法上の反致の概念については、たとえば、石黒一憲「国際私法」(新世社、1994 年)、3.2 章を参照。

⁶⁵ なお国際法の適用可能性を認める論理として、国内法への編入はしばしば用いられる論理であることについては、たとえば、Lillich、注 2、93-94 頁を参照されたい。

⁶⁶ CMS GAS Transmission Company v. The Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, Tribunal Award of May 12, 2005, 44 ILM 1205 (2005)(以下、「CMS 仲裁判断」という。)

に対する約束、関係する国内法及びアルゼンチンと米国との間の二国間投資保護協定⁶⁷上の義務などに違反するとして、その損害賠償を求めて、同投資保護協定の規定する ICSID 仲裁を申し立てたものである。

本件仲裁判断は、Wena 決定を引用して、国内法及び国際法共に役割をもち、紛争固有の事実関係によっていずれの適用も正当化されるとした⁶⁸。なお、両当事者ともに、国際法及び国内法両方の適用を主張していることを特記している。また同国憲法に抵触するかもしれないというアルゼンチン政府の主張に対しては、条約の効力に関する憲法上の規定に照らして認められないとした⁶⁹。

Azurix Corp. v. The Argentine Republic⁷⁰

1996 年にブエノスアイレス市が行った水道事業の民営化プロジェクトに関する紛争である。申請人である米国人 Azurix Corp. (以下「Azurix 社」という。)が、アルゼンチン法人を通じて事業を落札し、期間 12 年のコンセッション契約を締結したが、その後、アルゼンチン政府が税率の変更を約束に従って行わなかったなどの理由で、撤退を余儀なくされたというケースである。Azurix 社は、アルゼンチンと米国との間の二国間投資保護協定⁷¹に基づいて仲裁判断を求めた。同協定 7 条は、投資保護協定上の紛争のほか、コンセッション契約又は投資許可に関する紛争についても ICSID 仲裁による解決を認めている⁷²。

本件においては、Azurix 社が、適用法規の合意がないので、特別法(*lex specialis*)たるアルゼンチンと米国との間の投資保護協定が適用され、これに加えて国際法が適用法規となると主張した⁷³のに対し、アルゼンチン政府は、合意がない以上、ICSID 条約 42 条 1 項第 2 文により、基本的にはアルゼンチン法が適用されるが、上記協定もアルゼンチン政府の義

⁶⁷ Treaty between United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed November 14, 1991, available at UNCTAD site [<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>].

⁶⁸ CMS 仲裁判断、116 項。

⁶⁹ 同上、119-121 項。

⁷⁰ Azurix Corp. v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/12, Tribunal Award of July 14, 2006 (以下、「Azurix 仲裁判断」という。), available at the ICSID site [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>].

⁷¹ Treaty between United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed November 14, 1991, available at UNCTAD site [<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>].

⁷² 対象たる「投資紛争」は、7 条 1 項において以下のように定義されている。

“1. For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority (if any such authorization exists) to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.”

⁷³ Azurix 仲裁判断、58-61 項。

務に関して参照されるべき点であり、また同協定が参照する範囲で国際法が適用になるとした⁷⁴。

仲裁判断は、アルゼンチンと米国との二国間投資保護協定が参照点になるという点では両当事者に合意があること、アルゼンチン憲法によれば他国と締結された条約は国内法となり、条約が国内法に優先することを指摘しつつ⁷⁵、ICSID 条約 42 条 1 項は、国内法及び国際法がいずれも役割を有し、如何なる役割を有するかは紛争の性質によると述べ、Wena 決定を引用している⁷⁶。その上で、本件は、上記投資保護協定上の義務に関するケースであるため、ICSID 条約、当該投資保護協定及び国際法が準拠法となるとしつつ、検討の一要素に過ぎないが、コンセッション契約の違反の有無の検討においてはアルゼンチン法が適用されるとした⁷⁷。

LG&E Energy Corp. et. Al v. Argentine Republic⁷⁸

アルゼンチンは、民営化政策として、許可を受けたガス小売及び配送企業の株式を投資家に売却した。申請者ら（「LG&E 社」と総称する）は、かかる株式の購入者であるが、1999 年以降の経済危機に際してアルゼンチン政府が採用した政策措置等から損害を被ったとして、アルゼンチン－米国間の二国間投資保護協定⁷⁹に基づいて仲裁判断を求めた。アルゼンチン－米国間の二国間投資保護協定 7 条は、投資保護協定上の紛争のほか、コンセッション契約又は投資許可に関する紛争も ICSID 仲裁による解決を認めている⁸⁰。申請人は、本件請求は二国間投資保護協定に基づくものであるから、適用法規は当該協定及び一般国際法であるとし、アルゼンチン法は事実関係を把握するためにのみ考慮されると主張した。これに対して被申請者は、本件では合意がないので ICSID 条約 42 条 1 項に従い、締約国法であるアルゼンチン法をまず適用すべきであるとした。

仲裁判断は、国内法の存在は国際法の違反を正当化しないので、国際法と国内法との間

⁷⁴ 同上、62 項。

⁷⁵ 同上、65 項。

⁷⁶ 同上、66 項。

⁷⁷ 同上、67 項。

⁷⁸ LG&E Energy Corp. et. Al v. Argentine Republic, ARB/02/1, Tribunal Award of October 3, 2006, 21 ICSID Rev. - FILJ 155 (2006)(以下、「LG&E 仲裁判断」という。)

⁷⁹ Treaty between United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed November 14, 1991, available at UNCTAD site [<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>].

⁸⁰ 対象たる「投資紛争」は、協定 7 条 1 項において以下のように定義されている。

“1. For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority (if any such authorization exists) to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.”

に矛盾があった場合には、前者が優先すること、さらに ICSID 条約 42 条 1 項は、国内法と国際法との優先関係を規定しておらず、代替関係にあることを述べたのみで、したがって両者間に矛盾がない場合は、いずれを適用しても差し支えないとした。締約国法に法の欠缺があり又は国際法との不整合が生じる場合のみ国際法が適用されるとする考え方については、国際法の役割を縮小することは、国内法への国際法の劣後を意味し、二国間又は多国間の協定に基づいて仲裁が行われている現実と逆らうものであるとした⁸¹。よって、投資保護協定及びアルゼンチン法がいずれも適用されるとして、Wena Hotels のケースを引用した。さらに投資保護協定が自足的な閉鎖系の法システムではなく、他の法源から黙示の編入又は補充的ルールへの直接の言及によって統合されるものとして理解されるべきであるとした⁸²。また申請者とアルゼンチンとの間には直接の契約関係がないことにも言及し、まず投資保護協定を適用し、それがなければ一般国際法を適用し、それもなければアルゼンチン法を適用するとした⁸³。

Siemens A.G. v. The Argentine Republic⁸⁴

本件は、上記 LG & E のケースと同じく、アルゼンチン政府の民営化プログラムとその政策変更に関わるものであり、対象の事業は、出入国管理システム開発の民間開放にかかる事案である。申請者 Siemens A.G. (以下「Siemens 社」という) は、アルゼンチン政府が、投資に関してなされた約束等を破棄したことなどが、アルゼンチンとドイツとの間の二国間投資保護協定上の義務の違反に該当するとして、その賠償を求めたものである⁸⁵。

仲裁判断では、本件における適用法規について、上記二国間投資保護協定において、同協定、アルゼンチンとドイツとの間の他の協定など国際法を適用法規とする規定があり、したがって ICSID 条約 42 条 1 項に基づいてかかる合意が尊重されるとされた⁸⁶。ただし、国際法が、国内法の「法の欠缺」がある場合の補充的役割及び国内法の規定が国際法に抵触する場合の是正的役割に限定されるか否かについて述べており、Wena 決定を引用して、場合に応じて、国際法は、国内法と合わせて又は単独で適用されるとした⁸⁷。さらに、条約上の義務違反について検討する場合は、条約が準拠法であり、国内法は証拠としてのみ意

⁸¹ LG&E 仲裁判断、95 項

⁸² 同上、96 項。

⁸³ 同上、99 項。

⁸⁴ Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ARB/02/8, Tribunal Award of February 6, 2007 (以下、「Siemens 仲裁判断」という。), available at the ICSID site [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>].

⁸⁵ Siemens 仲裁判断、87 項。

⁸⁶ 同上、76 項。

⁸⁷ 同上、77 項。

味をもつと述べた⁸⁸。その上で、アルゼンチン憲法が、条約の国内法としての効力を認め、法律に優先する効力を付与していることに言及している⁸⁹。

Enron Corporation, and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic⁹⁰

本件も、上記 L G & E のケースと同じく、アルゼンチン政府の民営化プログラムとその政策変更に関わるものである。申請者は、アルゼンチン政府が、投資家に対してなした特定の約束及び関連する事業許可に関して引き受けた契約上の義務に違反し、それらがすべて適用法令及びアルゼンチンと米国との間の二国間投資保護協定に違反するとして、その賠償を求めたものである⁹¹。

本件における適用法規の問題については、上記 L G & E における議論と同じ議論が繰り返されている。すなわち申請者は、本件請求は、投資保護協定に基づくものであるから、適用法規は当該協定及び一般国際法であるとし、アルゼンチン法は事実関係を把握するためにのみ考慮されると主張した。これに対して被申請者は、本件では合意がないので ICSID 条約 42 条 1 項に従い、締約国法であるアルゼンチン法をまず適用すべきであるとした⁹²。

これに対して、仲裁判断は、この論点は概ね理論的な問題に過ぎないとし、その理由として ICSID 条約 42 条 1 項が多様な法源を挙げていることを指摘した⁹³。またアルゼンチン憲法が、条約の国内法的効力を認めており、また国内法と矛盾がある場合には国際法が優先することを指摘し、これがアルゼンチン憲法のみならず国内法の存在をもって条約違反を正当化根拠とできないとするウィーン条約法条約 27 条が要求する結果であるとしている。その上で、アルゼンチン法及び国際法の双方を適用法規とし⁹⁴、アルゼンチン法違反を認定した上でそれが投資保護協定上の義務違反を構成するかどうかを検討している⁹⁵。

Sempra Energy International v. Argentine Republic⁹⁶

⁸⁸ 同上、78 項。

⁸⁹ 同上、79 項。

⁹⁰ Enron Corporation, and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ARB/01/3, Tribunal Award of May 22, 2007 (以下、「Enron 仲裁判断」という。), available at International Law in Brief [<http://www.asil.org/ilib/Enron.pdf>].

⁹¹ Enron 仲裁判断、87 項。

⁹² 同上、203-204 項。

⁹³ 同上、205 項。

⁹⁴ 同上、206-209 項。

⁹⁵ 同上、233 項。

⁹⁶ Sempra Energy International v. Argentine Republic, ARB/02/16, Tribunal Award of September 28, 2007 (以下、「Sempra 仲裁判断」という。), available at the ICSID site [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>].

本件も、アルゼンチンの民営化プロジェクトに対するその後の経済危機におけるアルゼンチン政府の措置が問題とされたケースの一つである。申立人 **Sempra Energy International**（「Sempra 社」という）は、アルゼンチンの通貨ペソを米ドルにペッグした上でその兌換可能性を規定した 1991 年兌換法及びガス輸送のガス小売から分離し、その民営化を規定する 1992 年ガス法の下で、民営化され、ガスの小売業の免許を受けていた二つのガス小売会社の親会社の株式を保有した。その後のアルゼンチン政府の措置が、免許付与における約束及び二国間投資保護協定における保障に違反するとして賠償を求めた。

仲裁判断は、アルゼンチン憲法が、国際法の国内法的効力を認めており、さらに国際法と国内法との間に矛盾がある場合は国際法が優先するとしていること、ウィーン条約法条約 27 条が、条約違反の正当化理由として国内法の条項に言及することができないと規定していることを指摘し⁹⁷、多くの場合には国際法とアルゼンチン法とで矛盾はないし、あったとしてもアルゼンチン憲法の規定及びウィーン条約法条約により国際法が優先されるとしていると指摘した⁹⁸上で、アルゼンチン法と国際法との双方が適用されるとした⁹⁹。仲裁判断は、アルゼンチン法上も違法であり、二国間投資保護協定にも違反していると認定した。

(3) Wena 決定の射程とその評価

以上のとおり、Wena 決定の論理は、後に言及するように、Wena 決定と異なる判断を下している例も存在するものの、一応先例として尊重されているように思われる。少なくとも二国間投資保護協定の実体規定に基づいた請求に関しては、当該規定がそれだけで裁判規範とできるような具体性を有する以上、当該規定自体が投資受入国法上の適法違法を前提としているのでもない限り、対象措置の投資受入国法上の適法性の検討を先行させなければならない論理的必然性はないものと思われる。仮に当該政府行為が国内法上義務付けられていたとしても、それは二国間投資保護協定の義務違反を正当化するわけでもない。先に述べたとおり、ICSID 条約 42 条 1 項第二文の文言からみても、国際法の役割を補充及び是正に限定する必要はないのであるから、Wena 決定が、Klockner I 決定において示されたアプローチを斥け、投資受入国法の適用を待たずして国際法が直接適用される余地を認めた点には賛同できる¹⁰⁰が、ただこれは冒頭で述べたように、投資保護協定の解釈又は適用のみに関わる紛争に止まらず、投資に関わる一切の紛争を投資仲裁の対象事項とする場合であって、国内法の適用を排除しているわけではもちろんない。また結論には賛同できるが、その理由付けについては後に見るように問題がある。

⁹⁷ Sempra 仲裁判断、237 項。

⁹⁸ 同上、238 項。

⁹⁹ 同上、240 項。

¹⁰⁰ Wena 決定の判旨については、ICSID 条約 42 条の起草経緯からも支持できるとするものとして、Gaillard & Banifatemi、注 2、409 頁。

(1) 国内法と併せて国際法が適用される場合

上記のとおり、Wena 決定は、ICSID 仲裁において、国際法、より具体的には投資保護協定の規定を直接適用することを明示に認めたものである。上で述べたように、この線に沿った仲裁判断が多数出ているが、それだけですべてのケースにおける適用法規が決まるわけではない。まず、Wena 決定自らがその可能性を認めているように、国際法単独ではなく、国内法を併せ国際法を適用すべき場合もある。たとえば、投資受入国政府と外国投資家との間の契約があったが、投資家側に債務不履行があったとして、政府側が契約を解除したことに対して、投資家側が損害賠償を求めたという場合、上記解除がそもそも有効かどうかは契約法の問題であって、国際法を適用する余地はほとんどない。こういった場合はやはりまずは国内法を適用法として検討し、補充的に国際法を検討することで足りると思われる。Wena 決定前の先例としては、たとえば、Azurix 仲裁判断を指摘できる¹⁰¹が、その後の仲裁判断の例として以下を指摘できる。これは、契約違反に対する請求が、投資保護協定におけるいわゆる「アンブレラ条項」に基づくものであったとしても同じである。

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (“Aucoven”) v. Bolivarian Republic of Venezuela¹⁰²

Aucoven 社は、タカグア渓谷にかかる橋梁とそれに関連する道路の建設工事を請負い¹⁰³、その契約（コンセッション契約）においては、投資額は、漸増するものと定められた通行料を徴収して回収するものとされていた¹⁰⁴が、国民の反対に遭ったベネズエラ政府が通行料の値上げを撤回した¹⁰⁵ため、工事のための資金調達が不可能になったところ、ベネズエラ政府はコンセッション契約に不備があるとして無効を主張し始めた¹⁰⁶。Aucoven 社は、コンセッション契約中の仲裁条項に依拠してベネズエラ政府を相手方として仲裁裁判を申し立てた。

コンセッション契約には、ベネズエラの関連法令に準拠するとの規定があったが、この規定について、仲裁判断は、ベネズエラの行政契約がベネズエラ法を準拠法としているというだけではベネズエラ法を排他的に適用する意図であると認定するには不十分であり、

¹⁰¹ Azurix 仲裁判断、67 項。

¹⁰² Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (“Aucoven”) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ARB/005/5, Tribunal Award of September 23, 2003 (以下、「Autopista 仲裁判断」という。), available at the ICSID site [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward]

¹⁰³ Autopista 仲裁判断、20–21 項。

¹⁰⁴ 同上、27 項

¹⁰⁵ 同上、32–39 項。

¹⁰⁶ 同上、45 項。

ICSID 条約 42 条 1 項第二文に従って、締約国法及び国際法が適用されるとした¹⁰⁷。その上で、国際法の機能としては、締約国法に法の欠缺がある場合の補充及び国際法に違反する場合の是正があることが確立しているが、それ以上の機能があることを上記 Wena 決定があることに言及した上で、本件はこれと区別されるとし、二国間投資保護協定でなく契約に基づく仲裁においては、上記是正及び補充的機能を超える機能を認める必要はないと判示した¹⁰⁸。

ただし本件においては、国際法の機能として認められた是正及び補充機能が具体的に発現されてはいないようである。ベネズエラ政府が主張した不可抗力の抗弁については、ベネズエラ法及び国際法は要件が共通しているとし¹⁰⁹、またコンセッション契約上の政府の保証提供義務については、ベネズエラ法上違法であるとしても、政府がコンセッション契約上適法性を表明した以上はそれに拘束されるとして、国内法上の違法行為であるからといって国際法上は契約の遵守を免れないという Autopista 社の主張を判断する必要が無いとした¹¹⁰。

MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile¹¹¹

マレーシア法人たる MTD Equity Sdn. Bhd. ら(以下、「MTD 社」という)は、サンチアゴ近郊の不動産開発のために投資許可を得て投資を行ったが、その後に都市計画上の問題があるとして、最終的には投資計画が拒否された。MTD 社は、その損害賠償を求めて、チリ政府に対する仲裁付託を行ったが、マレーシアとチリとの間の二国間投資保護協定における最恵国待遇義務の規定に依拠して、チリとデンマークとの間で締結されている二国間投資保護協定に含まれるいわゆるアンブレラ条項などに基づいた請求を行っている¹¹²。この請求については、契約違反があったか否かについて、すなわち契約条項の解釈のためにはチリ国内法を考慮することが必要であるとされた¹¹³。

また投資保護協定上の義務違反を問う場合であっても、投資受入国法の解釈・適用が必

¹⁰⁷ 同上、100-101 項。

¹⁰⁸ 同上、102 項。

¹⁰⁹ 同上、108 項。

¹¹⁰ 同上、140-142 項。なお、Wena 決定の理由付けを支持するか否かに拘らず、投資保護協定に基づくかどうかで適用法規に関する ICSID 条約 42 条 1 項第二文の解釈を変える文言上の根拠は見出しがたいように思われる。

¹¹¹ Mtd Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, Case No. ARB/01/7, Tribunal Award of May 25, 2004 (以下、「MTD 仲裁判断」という。), available at the AISL site [http://www.asil.org/cfmfiles/search/SearchResult.cfm].

¹¹² Agreement between The Government of The Republic of Chile and The Government of The Kingdom of Denmark concerning the Promotion and Reciprocal Protection Of Investments, available at the UNCTAD site [http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779], 3 条 1 項。

¹¹³ MTD 仲裁判断、187 項。ただし、Di Pietro、注 2 は、本件を、国際法が、投資保護協定上の投資家対投資受入国政府の間の紛争の唯一の適用法規であることを述べた例として挙げる。同、239-240 頁。

要とされた場合がある。

Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine¹¹⁴

本件は、米国民が全株式を保有する米国法人が、米国とウクライナとの間の二国間投資保護協定に基づいて、ウクライナのキエフ市において保有する商業的財産の収用に対する補償を求めた事案である。同投資保護協定は、同協定上の紛争のほか、外国投資家に付与された投資許可に関する紛争についても ICSID 仲裁への付託を認めており¹¹⁵、本件でも双方を根拠として請求がなされた。仲裁判断は、同協定が保護の対象とする”investment”に該当するか否かを判断するに当たり、さまざまな国内法の規定を検討した¹¹⁶。

(2) 国内法への編入を根拠とする点の批判

以上のとおり、少なくとも投資保護協定における仲裁条項に基づいて投資家が提起する仲裁においては、適用法規に関する定めのない場合、投資保護協定それ自体を直接の適用法規とすることを認めるのが確立した先例といえそうである。それ以外の法的文書たとえばコンセッション契約の仲裁条項に基づく仲裁については、国内法を適用法規とすべきとする先例があるが、投資保護協定上の規定でなく、投資家と投資受入国政府間の契約条項の解釈が問題となる事例においては、国内法を優先的に適用するのは技術的に当然であることを考えれば現実には矛盾しているともいえない。

ただし、Wena 決定が採用した理由付けには支持できない点がある。同決定は、42 条 1 項第二文に基づいて投資保護協定を適用法規とすることについて、憲法その他により、投資受入国の国内法上条約について法律に優先する効力を認める趣旨の同意を求めている¹¹⁷。Wena 決定後これを引用した仲裁判断の多くは、アルゼンチン政府に対する請求を検討するものであるが、同国憲法が、条約の国内法的効力及び国内法に優先する効力を認めていることについて Wena 決定と同様の言及がみられる。

これは、投資仲裁を認めた意義を、投資受入国政府の国内裁判所に代わる救済手続を規定するとみれば、ある意味では自然な考え方である。国際法の国内法的効力を認め、国内

¹¹⁴ Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, Case No. ARB/00/9, Tribunal Award of December 16, 2003, 44 ILM 404 (2005) (以下、「Ukraine 仲裁判断」という。)

¹¹⁵ Treaty between the United States of America and Ukraine concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, available the ICSID site [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward]から検索、6 条。

¹¹⁶ Ukraine 仲裁判断、18.5 項以下。

¹¹⁷ Wena 決定、42 項。

裁判所においても国際法が適用されるのであれば、仲裁においても国際法を適用することは当然であろう。しかし、これは、ICSID 条約 42 条 1 項第二文の解釈として適切であろうか。Wena 決定後、投資受入国法において条約の国内法的効力を認めていることを認定することなく、直ちに二国間投資保護協定の解釈検討に進んだ仲裁判断の例もいくつか挙げることができる。

PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey¹¹⁸

本件は、トルコ政府が、電力需要の増加に直面してこれに対処するために行ったエネルギーセクターの民営化とりわけ建設・運営・移転（BOT）モデルの下で外国投資家の参加を認めたことを背景とする。BOT 契約の準拠法等について政府と裁判所との間で見解が食い違い、二転三転があった。申請者 PSEG Global Inc. は、ある地域の石炭資源に関連して発電所の建設の許可を求め、一定の電力料金を前提としての収益性検討結果を提出し、コンセッション契約を締結したが、後にその履行を巡って紛争となった。トルコと米国との間の二国間投資保護協定に基づいて¹、ICSID 仲裁に付託されたが、同協定は、外国投資家と投資受入国との間との契約のほか、投資許可の解釈又は協定上の権利侵害に関する紛争解決を ICSID 仲裁に委ねるとしている。

本件における仲裁判断は、投資保護協定上の公正待遇義務違反の主張について検討するにあたり、適用法規の問題には特段言及せず、直ちに、投資保護協定の関連規定の解釈を行い、事案の当てはめを行っている。なお当事者間の契約上の義務違反についても検討しているが、ここではいかなる法に基づいて検討すべきか争われておらず、またいかなる法に基づいて検討したのか明らかにされていない¹¹⁹。

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania¹²⁰

本件はリトアニア共和国の市場経済への移行過程において発生した。市の駐車場システムの設計、建設及び運営プロジェクトを落札した企業が、市中の路上駐車システムの運営をも委託され、その前提で市当局との間で契約を締結した。しかし、その後の法令改正

¹¹⁸ PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, Case No. ARB/02/5, Tribunal Award of January 19, 2007, available at the ICSID site [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>]から検索。

¹¹⁹ 同、263-271 項。

¹²⁰ Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, Case No. ARB/05/8, Tribunal Award of September 11, 2007 (以下、「Parkerings 仲裁判断」という), available at the ICSID site [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>]から検索。

等により必要な契約が締結できないようになり、また市当局が他の企業に別の駐車場建設を依頼するなどの経過を経て、市当局側が上記契約を解除した。これを受けて、落札企業の構成員が被った損害の賠償を求めて仲裁を申し立てたものである¹²¹。ノルウェーとリトアニアとの間の投資保護協定 9 条は、「投資に関するすべての紛争」について ICSID 仲裁を利用する権利を締約国の投資家に付与しているが、適用法規については特段の定めはない¹²²。

本件においては、市当局が締結した契約の違反でなく、ノルウェーとリトアニアとの間の投資保護協定の特定条項の違反が問題となった。当事者は、この問題について特段リトアニア国内法を適用法規として主張していないようであり、仲裁判断もこの点は特段議論せず、投資保護協定の条項の違反の有無を直裁に検討している¹²³。申請者はリトアニア政府が関係する契約の法的統一性を尊重し保護するとの正当な期待に反したことによって投資保護協定に違反していると主張しているが、仲裁判断は、この点での当該契約の意図を明らかにするのではなく、国際法違反となる正当な期待の侵害か否かを論じている¹²⁴。

以上の先例は、Wena 決定とは異なり、投資受入国の国内法秩序において国際法の適用を認めていることを根拠とせず、ICSID 条約 42 条 1 項の直接の効力として、国際法たる投資保護協定を直接適用できるとするものである。以下に見るように、形式的な法解釈としてみても、また実質論で考えてみても、この議論に分があるように思われる。

まず国際法ないし条約を国内法において適用することに対する同意がある場合、すなわち投資保護協定が投資受入国法上国内法としての効力を認められ、したがって投資受入国の裁判所において適用されるとしよう。この場合には、ICSID 条約 42 条 1 項第二文の下では、国際法である投資保護協定が投資受入国法に含まれるとして投資保護協定を適用すれば足り、つまり、ICSID 条約 42 条 1 項第二文の「該当する国際法」の文言に拠る必要はないと思われる¹²⁵。同項第二文にいう投資受入国の「法(“law”）」は、単数形であることからみて、同国の制定法に限定されず、国内法体系全体を指し、したがって国内法に編入された(incorporated)国際法も含まれると考えるべきであろう¹²⁶。よって国内法的効力が認められているつまり国内法に編入された国際法は、すべて投資受入国の法体系の一部として適

¹²¹ Parkerings 仲裁判断 4 章。

¹²² Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Lithuania on the Promotion and Mutual Protection of Investment, signed on 16 August 1992, available at the UNCTAD site [http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779], Article IX.

¹²³ たとえば、協定 3 条の公正かつ合理的取扱の義務について、Parkerings 仲裁判断 268 項以下。

¹²⁴ 同上、326-346 項。

¹²⁵ 国内法に編入された国際法が国内法として適用されることについて、たとえば、Schreuer、注 2、584-585 頁；Kreindler、注 2、413-415 頁を参照せよ。

¹²⁶ また国内法が指定された場合すなわち 42 条 1 項第一文の下では、国内法に編入された国際法は、国内法システムの一部として適用されると考えられている。Schreuer、注 2、584-585 頁。

用できるので、ICSID 条約 42 条 1 項第二文にいう「該当する国際法」という文言は、存在しなくても結果にまったく影響しない、意味のないものになってしまう¹²⁷。投資受入国法が編入を認める国際法は、「該当する国際法」としても適用できるが、投資受入国法の一部として適用することができる。逆に、投資受入国法が編入を認めない国際法は、投資受入国法としては適用できず、したがって、Wena 決定の論理に従えば、「該当する国際法」としても適用されるわけではない。投資受入国法に編入されないが ICSID 条約 42 条 1 項によって適用される「該当する国際法」は空集合であり、「該当する国際法」のうち「該当する」という文言がなくても適用される国際法の範囲は何ら変わらない。これは、存在する文言にすべて意味を付与すべきであるとする、条約の有効解釈(effective interpretation)の原則¹²⁸に反すると思われる。

また政策的妥当性から考えても、条約の国内法的効力を認める同意は、あくまで国内法上の行為であって、いつでも撤回又は変更が可能であるため、投資保護協定の有効性が損なわれてしまうおそれがあるという点で問題がある。少なくとも論理的可能性としては、投資受入国としては、投資仲裁が申し立てられそうな状況になった時点で投資保護協定の国内法的効力を否定して、適用法から外すことができるということになる。もちろん投資保護協定は、締約国が脱退することを認めているが、脱退は将来についてのみ効力を有し、かつ一定の猶予期間の定めをおくことが多いであろう。しかし、国内法的効力の同意の撤回については、規定がなく、即時に発効させることも可能であると言わざるを得ない。

なお、すでに述べたように、Wena 決定の論理は、投資仲裁において国際法が適用される根拠を、国際法が国内法秩序において効力を認められていることに求めていると理解せざるを得ないのであるが、表面上は、投資受入国法による国際法に対する一種の「反致(renvoi)」が成立する¹²⁹という説明をしている。確かに、ICSID 条約 42 条 1 項第二文は、適用すべき投資受入国法にその抵触法ルールも含むことを明示している。しかし、先に述べたように、国内法に加えて同一事項について規定する国際法をも適用するという点で「反致」概念とは相容れない。ICSID 条約 42 条 1 項第二文の規定が国際法を直接適用する根拠であって、国際法の国内法的効力及び反致の議論は、考えられそうな他の理論構成の下でも問題がないことを確認しただけの記述であると評価すべきであろう。

¹²⁷ Wena 決定のとおりであれば、第二文は、第一文と同じく、「法規(“rules of law”）」という文言を用いれば足りたはずである。したがって、第二文は、国内法に編入されていない国際法をも適用法規とする意図で「国際法」を適用法規に加えたと解するほかない。Schreuer、注 2、621 頁は、ICSID 条約 42 条の起草資料及び文言の検討から、国際法の適用可能性は国内法への編入によって定まると考える適切な理由はないとする。

¹²⁸ Effective interpretation の原則については、たとえば、Ian Brownlie, *Principles of International Law* (Oxford fifth ed. 1998)、636-637 頁を参照せよ。

¹²⁹ 同上、42 項。

4 適用される国際法の範囲

(1) 請求の根拠とできる国際法の範囲

上記のとおり、国際法を国内法化していることが当該国際法を直接適用する根拠であるという *Wena* 決定の論理は、ICSID 条約 42 条 1 項の文言に照らしても、政策的にも支持できないと考える。ただし、この論理を否定すると、適用される国際法の範囲をどう考えるかが新たな問題として浮上する。*Wena* 決定は、被申立人つまり投資受入国政府が国内法に編入していることをもって適用法規とする根拠としているが、これは同時に、適用される国際法の範囲が、投資受入国によって国内法に編入されている国際法に限定されることを意味する。これに対して、直接適用の根拠を ICSID 条約 42 条 1 項の文言自体に求めるとすると、国際法であればすべて直接の適用法規となるかどうかの問題になる。ICSID 条約 42 条 1 項にいう「国際法」は、国際司法裁判所規則 38 条 1 項に掲げる法源すべてをカバーすると考えられている¹³⁰が、条約を取ってみても、サービス貿易に関する GATS における内国民待遇義務の規定その他を直接の適用法規としてよいのであろうか。またそれ以外のものはどうか¹³¹。この点、仲裁廷の裁量に委ねられるという見解がある¹³²が、自由裁量でよいとは言えず、裁量権行使のクライテリアを明らかにする必要がある。

この点を詳細に論じたものは見当たらないが、抽象的には、個々の国際法それ自体が、投資仲裁手続を含む私人が利用できる司法的手続を通じて実施されることを予定しているかどうかということが基準になるのではないか。国際法は、国内法と異なり、司法的システムにおいて、とりわけ私人が提訴できる司法システムにおいて当然に主張できる(*invoke*)ないし裁判規範とできることを当然の前提とする法システムではない¹³³。私人間の契約においては裁判所又は仲裁手続といった司法的手続を通じて強制できることを前提として文言が交渉されるのが通常であるが、これは条約にはあてはまらない。仮に、条約が常に司

¹³⁰ たとえば、Schreuer、注 2、608-618 頁。

¹³¹ 投資仲裁において国際労働基準や国際環境法が適用法規として挙げられるケースは一見想定しがたい。しかし、国内市場の歪みを是正し、具体的には国内労働市場を適切に整備し、又は適切な環境保護対策を企業等に執らせるといった積極的義務の規定と捉えることができる。かかる義務は、たとえば GATS 8 条 1 項が規定する独占的なサービス提供者について約束した市場アクセスを妨げないように措置を執る義務と本質的には同じタイプであり、投資家が適用法規として *invoke* することは珍しいことではない。たとえば、投資受入国政府が国際労働基準を実施していないために、本国法との関係で国際労働基準を適用せざるを得ない外国企業が競争上不利になり撤退を余儀なくされた、といったケースが考えられるであろう。一見すると、かかる外国投資家は国際労働基準を *invoke* する適格がないようにも思われるが、国際労働基準がもともとソーシャルダンピングつまり劣悪な労働条件の国からの廉価輸出への対応策として形成されたという側面に着目すれば、上記例における外国投資家が国際労働基準の遵守を求めることは認められないとも言い難いと思われる。

¹³² たとえば、Gaillard & Banifatemi、注 2、410 頁。しかし、裁量権の行使において如何なる要素を考慮して決すべきかは論じられていない。Di Pietro、注 2 も同様である。同、256 頁。

¹³³ この点については、宮野洋一、国際法学と紛争処理の体系、国際法学会編「紛争の解決」（日本と国際法の 100 年第 9 巻）28 頁が提示する「複線の構造論」の議論を参照されたい。同 48 頁。また、古川照美、国際紛争処理法の展開—理論と実際—、村瀬信也他編「現代国際法の指標」（有斐閣、1996（補訂版））第 3 部も参照。

法的に実行されるとすれば、対象事項によっては交渉が難しくなり、却って何の合意もできなくなってしまうという場合もある。そもそも、詳細な事実調査及び専門的総合的な政策判断の必要な事項とりわけ国内経済政策については、そうした能力等において劣る司法的主体にどの程度関与させるかは一つの政策問題であって、司法的に実施される度合いが高いほうが望ましいというわけでは必ずしもない¹³⁴。締約国の自発的遵守を基本とし、その遵守状況をモニタリングし、その結果に基づいて対話の中で遵守を促していくことが前提とされている条約も少なくない¹³⁵。どのような実施のメカニズムが想定されているかは、条約ごとに異なるというべきであり、ICSID 仲裁において適用を考える際にも、ICSID 仲裁が想定されている実施のメカニズムかどうかつまり当該条約が司法的なメカニズムとりわけ私人が当事者適格を有する司法プロセスに拠って実施される可能性を排斥しているか否かを問う必要があるし、またかかる検討を要求しているのが”as may be applicable”という文言ではなかろうか。

より具体的な基準を考えるならば、条約が国内において裁判規範とりわけ民事の裁判規範としての効力を有するか否かにおける、たとえばわが国国内法上の議論¹³⁶が参考になると思われる。私人による司法的实施を認めるべきか否かという点で共通だからである。まず、裁判所においてその規定が司法的に適用・実施できるほど具体的でなければ、当事国の国内立法による具体化を一義的に予定しているものと推測されるので、司法的な実施を想定していないと判断する方向に強く働くであろう。しかし規定が具体的であってもそれだけでは十分ではない。たとえば独自の紛争解決手続を定めている条約については、司法的な実施が予定されており、ICSID 仲裁もその一として適用されてよいと解釈すべきものもあるかもしれない¹³⁷。ただし、逆に、当該条約の適用に関してはその手続が排他的に管轄権を有し、したがって ICSID 仲裁においては適用されることを想定していないというべき場合のほうが多いかもしれない。紛争解決手続を定めていない条約については、当事国の自発的遵守を想定して締結されているのであり、投資仲裁のような司法的手続において

¹³⁴ WTO の紛争解決手続におけるパネル及び上級委員会の機能の限界の一である *standard of review* の議論について、たとえば、Steven P. Croley and John H. Jackson, *WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments*, 90 A. J. I. L. 193 (1996)。

¹³⁵ たとえば ILO 条約については、条約・勧告についての常設的監視制度が設けられ、その報告書作成・提出を通じて条約の実施が図られている。たとえば、中山和久編著、*教材国際労働法*（三省堂、1998年）、41-45頁；吾郷真一、*労働 CSR 入門*（講談社、2007年）などを参照されたい。また国際環境法における例として、オゾン層の保護に関するモントリオール議定書は、履行委員会による情報収集、審査及び勧告といった手法により履行確保を図っている。磯崎博司、*国際環境法*（信山社、2000年）、251-252頁。

¹³⁶ たとえば、村瀬信也他、前注 129、54-58頁。

¹³⁷ なお条約の側で司法的な実行とりわけ私人が当事者適格を有する司法プロセスを通じた実施を想定しているという場合、かかる司法プロセスにおいて、当該条約が国内法に優先して適用されることを前提として含んでいることに注意されたい。仮に、国内法に優先することを前提としないならば、当該条約が規定する義務に違反するいかなる行為を行うとしても、当該行為を正当化する国内法を制定すれば、司法プロセスにおいて違反なしとの判断が下されることになる。これでは、当該条約について司法的な実行を行うとする意味がない。そこまでの拘束力を認めたものとはいえ、締約国の自発的な遵守を通じて実現されることを想定した条約であるというべきであろう。

適用されることは予定されていないと通常は解釈すべきであろうか¹³⁸。

このアプローチに拠れば、投資保護協定の実体規定については、国内法化されているからではなく、一般に、投資家と投資受入国政府との紛争を当該投資保護協定に定めている仲裁手続において処理するにあたって当該投資保護協定が適用されることは当然に想定されているので、ICSID 条約 42 条 1 項第二文にいう「該当する国際法」に該当し、直接適用されると説明することになる。これに対して、他の条約については、個別に検討する必要があるけれども、多くの条約が該当しないとされるのではなかろうか。たとえば WTO 協定は、紛争解決了解¹³⁹が同協定上の紛争に関する国家間の紛争解決手続を定めており、司法的手続において適用することが想定されている。しかし、同手続においては、協定不適合な措置に対する救済は将来に向かって改正することに限定されており¹⁴⁰、過去の違反についてそれ以上の救済を認めることは考えられていない¹⁴¹。そうであれば、WTO 協定は、ICSID 条約 42 条 1 項によって適用される「該当する国際法」であることを拒否していると判断すべきであろう。WTO 協定の一部を成す TRIPS 協定は、知的財産権法という私権保護の立法を義務付けるものであり、規定も具体的であるので、ICSID 仲裁において直接適用すべきであるかのように一見思われるが、上記のとおり、過去の違反措置に対する損害賠償を認めることが想定されていないことに鑑みれば、TRIPS 協定も、ICSID 仲裁において適用されることを想定しておらず、したがって適用法規に含まれないとするほうが妥当であるように思われる。

なお本稿は、「該当する(as may be applicable)」の文言に着目して、ICSID 仲裁において適用される国際法と適用されない国際法とがあるとしているわけであるが、この点、ICSID 条約 42 条 1 項第二文の立法経緯によれば、上記文言に、国際法の適用可能性を区別する意図はなかったという指摘があり得る¹⁴²。しかし、本稿のアプローチは、ICSID 仲裁のような私人が当事者となる司法的手続を通じて実施されることを国際法の側が予定しているか

¹³⁸ かような発想の根底には、国際法の法秩序を、一元的でなく、多元的なものとするを許容する基本的発想がある。たとえば WTO 協定の紛争解決手続において、適用法を WTO 協定に限定することが許されるのであれば、逆に WTO 協定を他の紛争解決手続において適用しないことを認めるべきということである。紛争解決手続ごとに適用法が異なることになり、その判断相互の衝突が問題となるが、政府間の問題である限りは、関係政府間で解決すれば足り、紛争解決手続においてすべて衝突を解決しなければならないという必要はないと思われる。ただし、私人が関与する投資仲裁については、そうした解決が期待できないことに注意する必要があるのではないか。この点については、注 148 を参照されたい。

¹³⁹ 附属書 2、紛争解決に係る規則及び手続に関する了解。

¹⁴⁰ 同上、19 条 1 項。

¹⁴¹ なお GATT 時代の先例には、紛争解決手続が開始された時点で失効している措置は対象としないとする先例も存在する。GATT Panel Report on EEC – Measure on Animal Feed Proteins, adopted on 14 March 1992, BISD 25S/49。ただし、WTO の紛争解決手続においては、協定に違反しない措置を問題とする非違反申立 (GATT 23 条 1 項(b)) の事例において、過去の措置が貿易に現在及ぼしている影響を取り上げたものがある。Panel Report on Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R.

¹⁴² Schreuer、注 2、622 頁。

どうかを問い、そのような実施を予定する国際法はすべて ICSID 仲裁で適用されるという考え方である。ある国際法が、ICSID 条約 42 条 1 項の意味で「該当する (as may be applicable)」かどうかは、当該国際法が決めているのであり、ICSID 条約 42 条 1 項は、適用法規となる国際法の限界を画してはいないという反論ができよう。

繰り返しになるが、Wena 決定においては、当該条約その他の国際法を適用し、特に国内法に優先する効力を投資受入国法秩序が認めているとし、このことを前提として ICSID 仲裁も当該条約その他の国内法に優先する効力を認めてよいとする。条約のその他の国内法的効力を認めるかどうかは、各国政府の裁量に委ねられており、国際法に国内法的効力を付与する義務もないし、付与したとしてもいつでも撤回ができる。国際法すべてでなく、個別の条約についてのみ国内法的効力を付与することも可能である。実質的には、適用法規とする条約の範囲を決定する権限を各国政府が留保していることになる。これに対して、本論文の提示するアプローチでは、ある条約が適用法規となるか否かは客観的に定まっている。ICSID 仲裁等の紛争処理手続において適用されることを当該条約その他の国際法自身が予定していることが前提となり、かかる条約等に同意したことこそが ICSID 協定 42 条 1 項によって当該国際法が適用される根拠であるとする。つまりこの同意は、条約毎になされる合意・批准そのものであり、当該条約から脱退しない限り撤回できない。国際法の国内的効力に依拠する Wena 決定の考え方とし比較して安定性が高いことは明らかである。

なお、ICSID 条約の規定上の根拠を考えると、Wena 決定のアプローチのほうが一見すると有力であるかのように見える。たとえば、ICSID 条約前文第 3 段は、ICSID の設立意図として、「これらの（投資）紛争が通常は国内の訴訟手続に従うものであるが、場合によっては、国際的な解決方法も適当であることを認め」と説明している。これは、ICSID 仲裁が、手続的対応の視点のみつまり投資受入国の司法制度の代替物としてのみ観念されていることを示すかのようにみえる。そうであれば、ICSID 仲裁が適用すべきは、投資受入国法に限定され、国際法は投資受入国法に受容され、国内法に優先する効力を認められている（国内法的効力を有している）限度でのみ適用されることになるのが当然であろう。編入されない限り、投資受入国の国内裁判所は、国際法を適用できないからである。

しかし、国際法を国内法に編入するか否かは各国の裁量に委ねられており、共通の客観的基準があるわけではない。むしろ政策的意図から、条約の国内法的効力を否定する場合もある。たとえば WTO 協定について、米国は、おそらく部分的には環境保護や消費者保護が後退させられることに対する不安から自動執行力を有しないと宣言している¹⁴³、E

¹⁴³ David W. Leebron, Implementation of the Uruguay Round Result in the United States, in John H. Jackson and Alan Sykes (eds.), Implementing the Uruguay Round (Oxford 1997), 8 章、212 頁。

Cは、米国を始め多くの加盟国が国内裁判所において *invoke* できないとされているのでE Cもバランス上裁判規範としての効力を認めないとしている¹⁴⁴。そうした恣意性が働きやすい決定に適用法規とするか否かの効力を結びつけることは法的安定性を損なうのではない。上記 ICSID 条約の目的規定も、実体法レベルでの国際法による介入を排斥しているわけではない。実体法的な対処の必要性も認識されていたはずであり、むしろそれを明文で規定したのが ICSID 条約 42 条 1 項第二文の意義であると言うべきではなかろうか。

(2) 抗弁の根拠とできる国際法の範囲

上記でみたとおり、投資保護協定以外の国際法とりわけ条約については、現実には請求の根拠とできないという解釈が可能であり、またそれが妥当であろう。しかし、投資受入国政府の側から見ると、投資保護協定以外の条約が適用法規とされず一切考慮されないとすると問題が生じる可能性がある。国内政策上の規制主権については、投資保護協定の実体規定の解釈において適宜解決されるとも言えるが、国際的な環境保護その他の政策のため条約が締結され、その条約上義務とされた行為を行い、又は条約上授権された行為を行うことが投資保護協定違反とされるという可能性があり、その場合に当該環境保護条約に基づいた抗弁が認められず、投資家に対して損害賠償を支払われなければならないからである¹⁴⁵。司法的な紛争解決手続によって拘束力のある勧告が出されるとしても、WTO協定における紛争解決手続のように、勧告の効力が締約国間にとどまるならば、他の条約を考慮しないで、その結果として他の条約と抵触する勧告がなされてしまう可能性を思い煩う必要は小さい。当事国同士が、相互の法律関係を矛盾のないものとするべく適宜調整することを期待できるからである。これに対して、投資家が紛争解決手続の当事者となる場合、投資家は、いずれの条約の当事者でもないもので、そうした矛盾を自ら解消しようとするインセンティブがなく、むしろ自分に都合の良いほうの規範をひたすら追求してしまう可能性がある。関係する複数の条約の矛盾を止揚する総合的な解決を当事者に期待できない以上、投資仲裁に当たる機関は、関係する条約をすべて考慮し、総合的・包括的な解決を提示するように制度設計されている必要があると思われる¹⁴⁶。

この問題は、投資保護協定の実体的規定の解釈において投資保護協定以外の国際法を考

¹⁴⁴ Peter L. H. Van den Bossche, *The European Community and the Uruguay Round Agreements*, in Jackson & Sykes, 前注, 2 章, 93 頁。

¹⁴⁵ この問題を指摘するものとして、Annie Leeks, *The Relationship between Bilateral Investment Treaty Arbitration and the Wider Corpus of International Law: The ICSID Approach*, in University Toronto Faculty of L. Rev. [] (2007), also available through the Internet at [http://findarticles.com/p/articles/mi_m6612/is_2_65/ai_n25013931].

¹⁴⁶ 注 9 で挙げたわが国の近時の投資保護協定においては、その解釈及び適用を巡る紛争についてのみ仲裁付託を認め、また合意された適用法規の範囲には投資保護協定以外の条約たとえば環境条約などは含まれていない。投資保護協定上の義務違反のみを仲裁対象とする協定については同様の問題があるものと思われる。この場合には、投資保護協定以外の国際法を適用する余地がないので、投資保護協定を他の国際法に照らして解釈するというルートを通じて解決を図るのが唯一の解決になる。

慮することによって解決されざるを得ない。たとえば、投資保護協定が存在し、これが ICSID 条約 42 条 1 項第二文によって適用法規であるとしよう。当該投資保護協定の解釈において他の条約その他の国際法が考慮されるならば、その範囲で ICSID 仲裁においても考慮されることになる。たとえば、SPP 仲裁判断は、エジプト政府が行った土地収用について、UNESCO 条約上保護される文化遺産を保護するために必要な措置であって正当化されるとする反論を退けるに当たり、当該土地がエジプト政府によって文化遺産として指定されることが先行していることが条約の手續上必要であり、それ以前に行った収用を正当化することはできないとした¹⁴⁷。この部分を反対解釈してよいとすれば、UNESCO 条約上必要な手續を経た後であれば、収用が正当化される余地があった一つまり「適用ある国際法」として適用される可能性があることを前提としているようにみえる¹⁴⁸。その他の実体規定についても同様の考慮を盛り込む余地があると思われる¹⁴⁹。

条約以外でも投資保護協定以外の国際法を考慮したケースは少数であるが他にも存在する。先に言及した CDSE 仲裁判断は、コスタリカ政府による土地収用を取り扱ったケースであるが、本件土地収用は国立公園の拡張を目的とするものであって、コスタリカ政府には環境保護等の公共政策目的のために外国人の財産を収容する権限が国際法上認められるとしつつ、それは支払うべき補償額には影響しないとされた¹⁵⁰。また、CMS 仲裁判断は、対象たるアルゼンチン政府の措置（インフレ調整の拒否など）が経済危機に対応するための国際法上の緊急避難(necessity)であって正当化されるとしたアルゼンチン政府の主張¹⁵¹を退けた。CMS 仲裁判断は、唯一利用可能な措置が採用されたのでなければ当該抗弁は許されないとする国際法委員会の見解に依拠し、事実認定としても対象措置が唯一利用可能な措置ではないと説明している¹⁵²。

5 終わりに（政策的インプリケーション）

投資に関する一切の紛争を広く仲裁の対象事項とする従来型の投資保護協定の下においても、投資保護協定の実体規定に基づく請求が認められるとする先例が確立している。この点においては、投資保護協定上の義務違反を仲裁の対象事項として明示し、かつそのよ

¹⁴⁷ SPP 仲裁判断、224-225 頁。

¹⁴⁸ この点に関連して、たとえば、Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law* (Cambridge 2003)を参照されたい。

¹⁴⁹ ただし、法解釈論としてはかかる解決が可能であっても、制度論としてはそれで十分か疑問がないわけではない。かかる枠組みでは、投資保護協定の政策目的である投資自由化又は投資保護と環境保護条約その他における環境保護その他の政策目的との利益衡量を仲裁人に委ねることになってしまうからである。仲裁人の選定において投資受入国政府の関与はあるものの、上記のような利益衡量は本質的に政策判断であり、この意味では専門能力において十分であるとは言い難い仲裁人に委ねるのが適切かどうかという点で疑問がないとはいえないように思われる。

¹⁵⁰ CDSE 仲裁判断、71 項。

¹⁵¹ CMS 仲裁判断、304-308 項。

¹⁵² 同上、323-324 項。

うに限定する近時の投資保護協定と差がなくなっている。したがって、経済連携協定をのぞき、わが国が締結した投資保護協定は従来型であるが、経済連携協定の投資章と同じく、協定の各実体規定を直接の根拠とした請求が可能であるといえる。ただし、逆に、わが国政府に対して投資仲裁が申し立てられることを考えた場合、投資保護協定以外の条約その他国際法に基づいて又は国際法上の義務の履行として措置を執ったとしても、そのことを理由として、当然に協定違反にならないかどうかについては個別の条項の先例を確認する必要がある。

(以上)