



RIETI Discussion Paper Series 13-J-025

# 文化政策と投資保護 —公益規制による財産権侵害の投資協定における位置づけ—

伊藤 一頼  
静岡県立大学



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/>

## 文化政策と投資保護—公益規制による財産権侵害の投資協定における位置づけ—\*

伊藤一頼（静岡県立大学）\*\*

## 要 旨

国家間で国際投資保護協定を締結し、相手国からの外国投資に対して相互に法的な保護を与える仕組みが、近年急速に発達している。他方、こうした投資保護メカニズムの発達が、投資受入国の主権的な規制権限を過度に制約することへの懸念も、次第に強まってきた。とりわけ、自国の文化に影響を及ぼす経済活動については、従来から各国が多様な規制を講じてきたところであるが、こうした文化政策上の規制裁量が投資協定によりどの程度制約されるのか、逆に外国投資家はどこまで保護を受けられるのか、政府及び企業にとって重要な問題となろう。

本稿では、まず、投資協定や経済連携協定において、文化産業ないし文化多様性に関わる分野がどのように扱われてきたかを分析する。特に、文化分野を投資保護ルールの例外として明記する例に注目し、かかる例外条項の諸類型、及びその射程の解釈のあり方について検討を加える。

次に、そうした例外条項がない投資協定において、文化政策上の公益的な規制関心が、投資保護ルールの解釈の中でどこまで考慮されるかを、過去の仲裁判断例に基づいて分析する。特に、(i)無差別原則については、文化政策上の正当な区別に基づく取扱いであれば、差別とならない余地があること、(ii)収用の禁止については、間接収用の判断基準として用いられる比例性原則によれば、公益目的と規制手段とのバランスが適切であれば収用には当たらないと判断される余地があること、などが重要な結論である。

以上の分析に基づき、投資協定上の義務の下で、投資受入国政府が文化政策上の規制を適法に実施しうるための諸条件を結論として提示する。

キーワード：外国投資の保護、投資協定、投資家対国家の仲裁、文化政策、文化遺産

RIETI ディスカッション・ペーパーは、専門論文の形式でまとめられた研究成果を公開し、活発な議論を喚起することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、(独) 経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

\* 本稿は〔独〕経済産業研究所「現代国際通商システムの総合的研究」プロジェクト（代表：川瀬剛志フェルティフェロー）の成果の一環である。

\*\* 静岡県立大学国際関係学部講師／e-mail: itokazu@u-shizuoka-ken.ac.jp

## I. はじめに

国家間で国際投資保護協定を締結し、相手国からの外国投資に対して相互に法的な保護を与える仕組みが、近年急速に発達している。グローバルに展開する企業にとって、投資先の国で不当な待遇を受けないことが条約上で保障されれば、海外での事業活動に伴うリスクを低減するうえで大きな意味がある。特に、万一投資紛争が発生した場合、企業が直接的に相手国政府を仲裁に提訴し、損害賠償を請求できる制度（投資家・国家間の紛争解決(ISDS)条項）は、条約違反行為により損失を被った投資家を救済する仕組みとして、きわめて実効的に機能している<sup>1</sup>。

ところが、こうした投資保護メカニズムの発達、投資受入国の主権的な規制権限を過度に制約することへの懸念も、次第に強まってきた。政府が公益上の観点から必要な規制を行う場合に、外国投資家が被った損失にどこまで賠償責任を負うべきかは、活発な論議の対象となっている。とりわけ、自国の文化に影響を及ぼす経済活動については、従来から各国が多様な規制を講じてきたところであるが、こうした文化政策上の規制裁量が投資協定によりどの程度制約されるのか、逆に外国投資家はどこまで保護を受けられるのかが、政府及び企業にとって重要な関心事項となろう。本稿はこの問題につき、投資協定及び仲裁判断例の実証的分析を通じて、一定の見通しを示すことを目的とする。

より具体的に言えば、問題状況としては、(i)文化分野での外国投資が投資受入国によって規制を受ける場合と(メディア規制・映画規制など)、(ii)非・文化分野での外国投資が、文化保護目的の公益規制を受ける場合(文化遺産保護のための土地利用規制など)、とが考えられる。前者は、文化産業の保護に関する外資規制などの文脈で伝統的に論じられてきた問題であるが、近年では後者のように、文化とは関係しない分野における外国投資が受入国の文化政策と衝突し、投資紛争となるケースにも注目が集まっている<sup>2</sup>。後者では、単なる産業内の規制の問題をこえて、より先鋭的に「文化 vs.投資」の価値対立が表出しやすいのである。本稿では、これら両方の問題状況を射程に入れながら、文化政策と投資保護メカニズムとの関係性を考察していきたい。

以下、まず第 II 章では、投資協定や経済連携協定（あるいはその交渉過程）において、文化産業ないし文化多様性に関わる分野がどのように扱われてきたかを概観する。特に、文化分野を投資保護ルールの例外として明記する例に注目し、かかる例外条項の諸類型、

<sup>1</sup> こうした現代の国際投資保護メカニズムに関する概説書としては、例えば以下を参照。Dolzer, R. & Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (Oxford University Press, 2012); McLachlan, C., Shore, L. & Weiniger, M., *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford University Press, 2008); 小寺彰(編著)『国際投資協定：仲裁による法的保護』(三省堂、2010年)。

<sup>2</sup> 例えば、文化遺産や先住民文化の保護を図る政策と投資協定上の義務の衝突について分析する、Vadi の一連の著作がある。Cf. Vadi, V.S., “Cultural Heritage and International Investment Law: A Stormy Relationship,” *International Journal of Cultural Property*, vol.15(1), 2008, pp.1-24; *id.*, “When Cultures Collide: Foreign Direct Investment, Natural Resources and Indigenous Heritage in International Investment Law,” *Columbia Human Rights Law Review*, vol.42(3), 2011, pp.797-889; *id.*, “Culture, Development and International Law: The Linkage between Investment Rules and the Protection of Cultural Heritage,” in Borrelli, S. & Lenzerini, F. (eds.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law* (Nijhoff, 2012), pp.413-34.

及びその射程の解釈のあり方について検討を加える。

次に、第 III 章では、そうした例外条項がない投資協定において、文化政策上の公益的な規制関心が、通常の投資保護ルールの解釈の中でどこまで考慮されるかを、過去の仲裁判断例に基づいて考察する。とりわけ、大半の投資協定において投資保護ルールの中心をなしている、(i)無差別原則、(ii)収用の禁止、(iii)公正かつ衡平な待遇(fair and equitable treatment)について、それぞれの判断枠組みの概要を提示し、そこで投資受入国の公益的な規制関心がいかなる形で考慮されているかを明らかにする。また、投資受入国の文化政策に起因する投資紛争の諸事例を詳細に分析し、文化分野における投資保護ルールの働き方や投資仲裁の利用の意義について示唆を得ることとしたい。

以上の分析に基づき、第 IV 章では、投資保護メカニズムの下で、投資受入国政府が文化政策上の規制を適法に実施しうるための諸条件を改めて整理する。そして、本稿の一連の検討から得られた政策的な含意を、第 V 章において結論として提示したい。これは同時に、投資受入国の公益的な規制措置によって損失を被った外国企業が、仲裁を通じて救済を受けられるのはどのような場合であるかを明らかにすることにもつながるだろう。

## II. 国際投資保護ルールの形成と文化政策

### (1) 投資ルール交渉における文化例外をめぐる議論

1980 年代以降の通商交渉では、サービス貿易や国際投資の分野でも一層の自由化がめざされるようになり、特にメディア・コンテンツ産業で突出した競争力・影響力を持つ米国は、文化関連セクターにおける規制緩和の促進を各国に強く求めていた。しかし、例えば隣国のカナダは、民族構成上の配慮から多文化主義を国家の基本政策として掲げており、文化面での幅広い政策裁量を維持する必要があるという立場を崩さなかった。それゆえ、1988 年に署名されたカナダ＝米国自由貿易協定(CUSFTA)では、原則として両国間の投資が自由化されたにもかかわらず(第 1602 条)、文化産業は同協定の適用対象からほぼ全面的に除外された(第 2005 条 1 項)<sup>3</sup>。1994 年にメキシコが加わって北米自由貿易協定(NAFTA)が成立した後も、カナダ・米国間及びカナダ・メキシコ間では同様の例外が維持されている(第 2106 条附則)<sup>4</sup>。同じ時期に行われたウルグアイ・ラウンドのサービス貿易交渉でも、文化産業の扱いは重要な関心事となり、結局、投資自由化に関わる市場アクセス・内国民待遇の約束が進展しなかったばかりか<sup>5</sup>、約束内容にかかわらず全セクターで供与すべき最恵国待

<sup>3</sup> ただし、同協定に本来違反する措置であって、この文化例外規定により正当化される措置に関して、他方の締約国は、当該措置と同等の商業的効果を持つ対抗的な措置をとる権利が与えられる(第 2005 条 2 項)。

<sup>4</sup> この例外規定が援用された場合、相手国に対抗的な措置をとる権利が与えられている点も、カナダ＝米国 FTA と同様である。なお、NAFTA より後にカナダが締結した FTA では、こうした対抗的な措置をとる余地のない形で文化産業例外が規定されている(例えば 1996 年に締結されたカナダ＝チリ FTA 第 O-06 条附則など)。

<sup>5</sup> オーディオビジュアル分野で約束を行ったのは、OECD 加盟国では、米国・日本・ニュージーランドのみであった。EU 諸国は、新技術が登場した場合の規制の余地を残す必要があるとして、現行規制水準維持

遇についてすら、GATS「第2条の免除に関する附属書」に従って多数の国が文化産業に関する特惠措置を例外として登録した<sup>6</sup>。

こうした文化分野での外資規制の扱いをめぐる問題が、市民社会の多様なアクターをも巻き込む形で、いっそう先鋭的に論議されたのが、いわゆる多国間投資協定(Multilateral Agreement on Investment; MAI)の締結に向けた交渉である。MAIは、それまで専ら二国間で締結されてきた投資保護協定に代え、新たに多数国間の条約体制を発足させて、国際投資の保護に関するより統一かつ実効的なルールを設定する目的で、1997年にOECDの下で交渉が開始された。しかし間もなく、特にフランスにおいて、国の文化的利益を守る権利がMAIにより脅かされるとの批判が高まり、文化例外条項の導入を求める大規模なデモなども起こるようになった。これを受け、フランス政府は、次のような例外規定をMAIに設けるよう提案した。

この協定のいかなる規定も、文化的又は言語的な多様性を保護促進するように企図された政策の枠組みにおいて、締約国が外国企業の投資及び当該企業の活動条件を規制するためにあらゆる措置をとることを妨げるものと解してはならない<sup>7</sup>。

この規定は、単に「文化産業」に関する規制だけでなく、「文化的・言語的な多様性」の保護に資する政策全般について広範な裁量を確保しうるものであり、カナダやベルギーもこれを支持した。他方で、米国は、こうしたオープン・エンドな文言では、ある国が文化に関連するとみなせばあらゆる経済活動が規制できてしまうとして、かかる包括的な例外規定の導入には強く反対した。したがって、妥協の可能性を探るとすれば、より明確に射程を限定した例外とするか、あるいは、文化セクターに関して各国が受諾可能な約束を集めて、別枠の約束表を作るといった方法が模索される必要があった<sup>8</sup>。

しかし、この間、フランス政府は特別委員会を組織して、MAIがもたらす影響の分析に当たらせ、同委員会が1998年10月に出した報告書では、環境政策・社会政策などとともに、文化政策の分野でMAIが国の規制主権を脅かす恐れが指摘された<sup>9</sup>。この結果、フランスは同月14日にMAI交渉からの離脱を宣言し、その年の内には、MAI交渉自体が妥結を見ないまま打ち切られることとなった。もちろん、交渉を困難にした要因は他にもあったが（例えば米国が制定したヘルムズ＝バートン法の域外的効果をめぐる対立など）、やはり

---

(standstill)の約束には応じなかった。

<sup>6</sup> 例えばカナダは、映画・ビデオ・テレビ番組に関し、連邦政府またはケベック州政府が共同制作協定を締結する国の事業者に有利な待遇を与えることとし、かかる措置を必要とする事情として、「カナダ製品の入手可能性を高めることを含め、カナダ市場における外国製オーディオビジュアル作品の多様性をより促進するという文化政策上の理由」を挙げる(GATS/EL/16, p.1)。

<sup>7</sup> OECD, “The Multilateral Agreement on Investment: Draft Consolidated Text,” DAF/MAI(98)7, 11 Feb 1998, p.113.

<sup>8</sup> UNCTAD, “Lessons from the MAI,” UNCTAD/ITE/IIT/Misc.22, 1999, p.15.

<sup>9</sup> Catherine Lalumière & Jean-Pierre Landau, Rapport sur l’Accord Multilatéral sur l’Investissement (1998)(“Lalumière Report”). なお、この委員会の調査では、NGOからの意見聴取も繰り返された。

文化例外に関する各国の立場の相違がきわめて原理的なものであったこと、そして市民社会のレベルでも規制主権の侵食に対する不安が拡大したことが、MAI を頓挫させた主要な原因であったといえる。

## (2) 二国間投資協定における文化関連分野の扱い

MAI が成立しなかった結果、国際投資の保護はその後専ら二国間投資協定（及び自由貿易協定の投資章）を通じて進められることになった。もちろん、MAI 交渉で文化例外の導入を主張した国は、これら二国間条約においても同様の姿勢をとり、包括的な例外規定を文化セクターに関して置くよう相手国に求めてきた。

例えば、フランスのモデル BIT（2006 年）第 1 条 5 項は、MAI 交渉においてフランスが提案した上述の文化例外条項を、全く同じ文言で規定している<sup>10</sup>。実際の BIT では、2003 年に署名されたフランス＝タジキスタン BIT 第 1 条 6 項やフランス＝ボスニアヘルツェゴビナ BIT 第 2 条 2 項からこうした条項が導入され、その後もフランス＝ケニア BIT（2007 年）第 13 条 1 項などにおいて用いられている。

カナダのモデル BIT（2004 年）は、第 10 条に一般例外条項を置き、その第 6 項で、「この協定における規定は文化産業における投資には適用しない」と述べる。この「文化産業」の意味について、第 1 条は、次のいずれかの活動に従事する者をいうと定義する。

- (i) 印刷体または機械により読取り可能な形態における書籍、雑誌、定期刊行物、新聞の出版・流通・販売（ただしそれらを単に印刷またはタイピングする事業は除く）
- (ii) 映画またはビデオ記録の生産・流通・販売・展示
- (iii) オーディオまたはビデオによる音楽レコーディングの生産・流通・販売・展示
- (iv) 印刷体または機械により読取り可能な形態における音楽の出版・流通・販売
- (v) 一般公衆による直接的な受信を意図して発信されるラジオ電波、全てのラジオ・テレビ・ケーブル放送事業、及び全ての衛星放送ネットワークサービス

ここには、服飾、デザイン、食品、工芸、学術、教育、実演芸術に関わる分野などが含まれていないものの、一般に文化産業の中核をなすオーディオビジュアル及びメディアの分野をほぼ完全にカバーする、非常に広範な例外であるといえる<sup>11</sup>。このような条項は、実際に、NAFTA 以降にカナダが締結した全ての BIT/FTA において導入されている。なお、上記のように例外規定と「文化産業」の定義規定とを分離するのではなく、両者を同じ条文

<sup>10</sup> 仏語原文は次の通り。“Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme empêchant l’une des Parties contractantes de prendre toute disposition visant à régir les investissements réalisés par des investisseurs étrangers et les conditions d’activités desdites entreprises, dans le cadre de mesures destinées à préserver et à encourager la diversité culturelle et linguistique.”

<sup>11</sup> なお、カナダ＝コロンビア FTA 第 2208 条では、上記 5 項目に加え、(vi)舞台芸術の制作・実演、(vii)視覚芸術の制作・展示、(viii)手工芸品の設計・製作・流通・販売、がコロンビア側の要請により文化産業に含められた。

にまとめて規定する BIT もあるが（例えばカナダ＝チェコ BIT 第 1 条 7 項など）、内容は上記と同一である。

ここで、かかる文化例外条項が、実際に投資仲裁で扱われた例として、United Parcel Service (UPS) 事件を取り上げたい。本件は、カナダの出版助成プログラムについて、米国企業の UPS 社が、NAFTA の内国民待遇に違反するとして提訴したものである。カナダは、文化政策上の関心として、カナダの出版業の発展を支援し、カナダ産の文化製品へのアクセスを容易にすることで国民相互の結び付きを強めることを挙げる。そして、カナダでは、雑誌等の定期刊行物は店舗売りよりも配達による購読が多いため、郵送コストを補助金により引き下げることで上記の政策目的が達成しやすくなるとして、同プログラムにより約 1200 社の出版事業者に対して郵送料の補助を行っていた。ところが、この補助金は、出版事業者に対して直接には給付されず、カナダポストに対して給付され、郵送料の補助はカナダポストを利用して配送した場合のみ受けられる仕組みとなっていた。これにより、UPS 社のような宅配サービス業者は出版物配送ビジネスにおいて不利益を受けているとして提訴がなされたのである。

UPS 社は、補助金受給の条件としてカナダポストの利用を求めることで、外国資本の宅配事業者が差別を受けていると主張する。これに対し、カナダは、本プログラムは NAFTA 第 2106 条と同条附則に規定された「文化産業」に関する措置であって、それゆえ協定の適用対象から除外されるとした。この点に関して UPS 社は、文化例外条項は文化産業それ自体（つまり出版事業）に対してのみ適用されるべきものであり、配送はそれとは異なる独立の産業であるから、文化例外の射程には含まれないと主張した。他方カナダは、本プログラムの目的を実現するには、出版物の配送においてもユニバーサル・サービスを確保する必要があるが、UPS 社のような宅配事業者は専ら都市部のみに展開しており、この要請を満たすことができないと述べた。仲裁廷は、このカナダの主張を認め、全国一律の料金による出版物の配送は、カナダ人の文化的アイデンティティを強化するという本プログラムの目的にとって重要な要素であるため、カナダポストの利用を補助金受給の条件とすることは、カナダの文化政策における不可分の一部をなすとした<sup>12</sup>。また、NAFTA には、「文化産業」の定義として上記のカナダ・モデル BIT と同様の規定があり(第 2107 条)、ここには印刷物の出版(publication)と並んでその流通(distribution)が含まれていること、及び、本件の文化例外条項は何の留保も付さない極めて広範な文言を用いていることから、規定の解釈という点でも、配送事業が文化産業の枠内に含まれると解するのが妥当であると述べた<sup>13</sup>。

なお、仲裁廷は、仮に配送事業が文化例外条項の対象にならなかったとしても、結局、本件では内外の投資家の間で差別があるとは言えず、内国民待遇の違反は成立しないとした。この点は、内国民待遇の判断基準に関する問題として後述したい。いずれにせよ、文化例外条項を設ける場合には、「文化」の射程が極めて広範に及びうることに留意し、過度

<sup>12</sup> *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits, May 24, 2007, paras.165-6.

<sup>13</sup> *Ibid.*, paras.162, 170.

に強力な効果を持つことがないよう、規定の仕方を慎重に検討する必要がある。

その意味では、一般例外条項よりも、留保表を用いて適用除外分野を個別に列挙する方が、例外の射程を広げすぎず、かつ締約国ごとの事情の違いにも対応できるという点で、望ましいかもしれない。例えば、1998年に署名された米国＝リトアニア BIT では、附属書において、内国民待遇の適用対象から除外する分野として、米国側は衛星放送によるテレビ・デジタルオーディオサービスを、リトアニア側は自然的・歴史的・考古学的・文化的な記念物及びその周辺の保護された地域、並びに文化的景観で著名なクルシュー砂州及びクルシューラグーンにおける所有権の取得などを、それぞれ掲げている。

最後に、文化多様性との関連では、先住民文化の保護に関する政策の扱いも問題となる。この点につき明示的な例外条項を設ける FTA として、ブルネイ・チリ・ニュージーランド・シンガポールの間で締結された環太平洋戦略的経済連携協定(TPP)がある。まず、同協定第 19.1 条 5 項は、サービス貿易章の規定に関して、歴史的・考古学的価値のある場所や国宝的作品の保護、国家的重要性を持つクリエイティブアートの支援のために必要な措置をとることを妨げないと定める。そして、ここでいうクリエイティブアートには、実演芸術、視覚芸術、工芸、文学、映画・映像、言語芸術、創造的オンラインコンテンツなどと並んで、先住民による伝統的慣習や現代的文化表現が含まれるとする（同条脚注）。さらに、同協定第 19.5 条 1 項は、ニュージーランドがマオリ族に対してより有利な待遇を付与する（ワイタンギ条約の下で同国政府が負っている義務の実施も含む）ために必要と思われる措置をとることを妨げないと定める<sup>14</sup>。また、前述の留保表方式を用いる例として、カナダ＝ペルー FTA（2008 年）附属書 II がある。ここでカナダは、サービス貿易章及び投資章における内国民待遇・最恵国待遇などの運用に際しては、カナダが先住民に付与する権利及び優遇を、ペルーの投資家ないしサービス供給者に対して与えない権利を留保するとしている。

以上のように、各種の例外規定を用いることで、投資保護ルールと文化政策との衝突を立法的に解決することは可能である。しかし、実際には、こうした例外規定を備えた投資協定は決して多いとは言えない。そのような、例外規定を持たない投資協定の下で、投資受入国の文化政策に端を発する投資紛争が起こった場合には、投資協定の原則規定に内在する解釈の幅を利用して、規制主権と投資家保護とのバランスを図るほかない。実際に、過去の様々な仲裁事例においても、受入国の公益的な規制関心をいかにして協定の解釈に反映させるかが重要なテーマとなっており、現在ではその判断枠組みが次第に固まりつつある。そこで以下では、これらの仲裁事例の分析を通じて、公益的規制によって外国投資家が損失を被った場合の司法判断のあり方を明らかにし、そのなかで、特に受入国の文化政策に起因して投資紛争が発生した事例についても検討を加えることとしたい。

---

<sup>14</sup> ワイタンギ条約は、イギリスとマオリ族との間で 1840 年に結ばれた統治権委譲条約である。なお、同条約の解釈や、その権利義務の性質に関する問題は、TPP の紛争解決手続で扱うことはできないとされる（第 19.5 条 2 項）。

### III. 投資仲裁における文化政策の位置づけ

現在世界に約 2700 あるといわれる投資協定は、それぞれ内容が少しずつ異なる部分もあるが、大半の協定で規定される投資保護の実体的ルールとして、無差別原則（最恵国待遇・内国民待遇）、収用の禁止、公正かつ衡平な待遇（*fair and equitable treatment*）、がある。そこで本章では、これらの原則規定について、投資仲裁で形成されてきた解釈枠組みをもとに、文化政策との関連を考察していきたい。

#### (1) 無差別原則（内国民待遇・最恵国待遇）

##### (A) 文化政策に関連する仲裁判断の例

投資受入国による文化政策上の措置が、投資協定上の無差別原則に違反するとして紛争になり、仲裁に付託された事例として、*Parkerings* 事件がある。本件申立人はノルウェーの企業であり、リトアニアの *Vilnius* 市における駐車場開発プロジェクトに参加するために、100%子会社である *Baltijos Parkingas (BP)* 社をリトアニアに設立した。同社は、*Gedimino* 街における立体駐車場の建設を含む開発計画を 2000 年に提出したが、市当局はこれを採用せず、立体駐車場は別の地点に建設するよう求めた。ところが、その後、オランダの投資家が支配する企業(*Pinus Proprius*)が *Gedimino* 街における立体駐車場の開発許可を得たため、*Parkerings* 社は、他国の投資家と比べて不利な待遇を受けたと主張し、ノルウェー＝リトアニア BIT の最恵国待遇原則の違反を根拠に仲裁を提起した。したがって、本件で問題となった外国投資は、文化産業の分野におけるものではないが、次に見るように、受入国側はこの差別的な取扱いを正当化する根拠として文化政策上の考慮を持ち出したのである。

*Vilnius* 市の旧市街は 1994 年にユネスコ世界遺産に登録され、特に大聖堂広場がその中心をなしていた。市当局は、BP が計画した *Gedimino* 街の立体駐車場は大聖堂広場の景観等にも影響を与えるのに対し、*Pinus Proprius* が計画した立体駐車場はよりコンパクトであり、大聖堂広場に影響を与えないため、両者を区別して取り扱う理由があるという。この点に関し、仲裁廷はまず、国家の正当な規制目的があれば、類似した状況に対する異なる取扱いも正当化されうるとし、無差別原則の違反とは、かかる目的を達成するうえで不適合または過剰な差別を行った場合に成立すると述べる<sup>15</sup>。そして、無差別原則の前提として、比較される投資家は「同様の状況(*in like circumstances*)」に置かれていなければならないが、これは、それらの投資家が「同一の経済・ビジネスセクター(*the same economic and business sector*)」に属し、かつ、異なる取扱いの導入を正当化するような国の規制目的が存在しないことを意味する<sup>16</sup>。

このように述べたうえで、仲裁廷は、BP が提出した立体駐車場の開発計画は旧市街にも

<sup>15</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, Sep 11, 2007, para.368.

<sup>16</sup> *Ibid.*, para.371.

及ぶため、すでに多くの政府機関からこの計画に対する懸念が表明されていることなどを指摘し、歴史的・考古学的な遺産の保存という観点が開発計画を拒否する正当な根拠になりうるという<sup>17</sup>。したがって、そうした懸念を生じさせない計画を提出した *Pinus Proprius* との関係において、本件申立人は「同様の状況」にあるとは言えず、内国民待遇の違反は成立しないと結論した<sup>18</sup>。

この仲裁判断の特色は、国家の正当な規制関心から投資家の待遇の差異が導かれている場合に、それを直ちに無差別原則の違反とはせず、むしろそれらの投資家がそもそも比較可能な「同様の状況」に置かれていないという捉え方をした点にある。同様に、上述の *UPS* 事件でも、出版物の全国一律の配送はカナダの出版助成プログラムにとって重要な要素をなすから、その能力に違いのあるカナダポストと他の宅配事業者は「同様の状況」にあるとは言えず、カナダポストの利用を補助金受給の条件とする制度は内国民待遇の違反には当たらないとされた<sup>19</sup>。こうした判断手法が一般に用いられるとすれば、投資受入国の政策的な裁量の余地は、無差別原則の義務の下でもかなり広範に残されることになる。

#### (B) WTO 法との比較における投資協定の無差別原則の特徴

上記 *Parkerings* 事件で仲裁廷が示した見解を、WTO 法における無差別原則の判断枠組みと比較すると、投資協定上の権利義務の特質がより鮮明に理解できる。WTO 協定、特に GATT の第 1 条 1 項及び第 3 条 2 項・4 項に規定される無差別原則は、「同種の産品(like products)」の間で比較を行うこととしており、投資協定における「同様の状況」原則と同じように、規制目的に基づき異なる取扱いを要する場合はそもそも「同種」ではないとして許容される余地があるように見える。しかし、WTO の紛争解決手続の中で上級委員会は、産品の「同種」性の判断については、原則として当該製品間に競争関係があるか否かに着目する立場をとってきた<sup>20</sup>。日本酒税事件上級委が、「GATT は商業協定であり、WTO の関心は結局のところ市場にある」と述べるように<sup>21</sup>、市場における公正な競争条件の確保こそが国際通商法の主要な目的であり、無差別原則も、市場競争条件の歪曲を防止するための規律として位置づけられる。WTO/GATT は、貿易の自由化を推進する条約であるから、そこで創出された市場競争の機会を損なうか否かが、違法性の有無を評価する際の決定的な指標となるのである。

これに対し、多くの投資協定では、投資の自由化を主たる目的としておらず、投資家間

<sup>17</sup> *Ibid.*, para.392.

<sup>18</sup> *Ibid.*, para.396.

<sup>19</sup> *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, op.cit.*, paras.177-81.

<sup>20</sup> 特に GATT 第 3 条 2 項の注釈は、同項第 2 文が適用されるケースとして「直接的競争産品又は代替可能産品」との間で競争が行われる場合を挙げ、日本酒税事件上級委もこれに基づく判断基準を示した (WT/DS8/AB/R, p.24)。韓国酒税事件上級委は、『同種』の産品は直接的競争産品又は代替可能産品の部分集合(subset)であり、全ての同種の産品は定義上、直接的競争産品又は代替可能産品である」と述べる (WT/DS75/AB/R, para.118)。

<sup>21</sup> WT/DS8/AB/R, p.25.

に均等な競争機会を保障するという発想は WTO 法に比べて希薄である<sup>22</sup>。それゆえ、無差別原則において比較可能な投資家を探す場合も、競争関係の有無は必ずしも重要な基準ではなく、むしろ、事業分野は一致していなくとも、ビジネスの過程で同様の法的な環境に直面している投資家であれば、比較の対象になりうる。このことは、逆に言えば、仮に同一の事業分野において競争関係にある投資家であっても、置かれている法的な文脈や状況が異なれば、比較の対象とはできないことを意味する<sup>23</sup>。そのため、投資協定の無差別原則の適用においては、待遇の差異が、受入国の規制上の必要性に基づくものであるか否かが正面から考慮されるのである。WTO/GATT では、対照的に、産品間に競争関係があれば「同種」性は認定され、輸入国の公益規制上の要請は GATT 第 20 条の一般例外条項などにおいて限定的に考慮されるにとどまる<sup>24</sup>。

以上のことは、紛争の司法的解決において原告側に求められる立証の内容にも影響を与える。WTO では、自由化約束によって創出された競争機会への期待を制度的に保障することが目的であるため<sup>25</sup>、申立国自身に貿易量の減少が具体的に発生していなくとも、被申立国の義務違反の存在を示せば、申立国の利益の侵害は自動的に導かれる<sup>26</sup>。EC バナナ事件上級委が述べるように、紛争解決手続への提訴に際しては、申立国の「法的利益(legal interest)」

<sup>22</sup> 多くの投資協定は、外国投資の受入れの条件については受入国の規制権限を残し、投資が設立された後の段階における適切な待遇の保障を義務づけるにとどまる。一部の投資協定は、投資設立前(pre-establishment)の内国民待遇という形で、投資自由化をも射程に含めているが、ほとんどの投資紛争は、こうした自由化義務の違反をめぐるものではなく、投資設立後の待遇に関するものである。また、自由化義務の違反をめぐる紛争はそもそも投資家—受入国間の仲裁制度の対象外とされるケースもある(カナダ＝ルーマニア BIT、ASEAN 豪州 NZ(AANZ)FTA、ASEAN 包括投資協定など)。投資紛争解決国際センター(ICSID)の仲裁メカニズムも、投資設立前の待遇に関わる紛争は扱えないと解されている(see, Schreuer, C.H. (with Malintoppi, L., Reinisch, A. & Sinclair, A.), *The ICSID Convention: A Commentary*, 2<sup>nd</sup> ed. (Cambridge University Press, 2009), pp.124, 136)。

<sup>23</sup> Bayindir 事件では、2つの投資家が同一の道路建設プロジェクトに関して活動していたが、資金的条件、企業形態、経験・専門性、事業範囲、事業推進に対するコミットメント、などの点で相違があるため、通商法の文脈であればともかく、投資法の文脈では「同様の状況」にあるとは言えないとされた。Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, Aug 27, 2009, para.402.

<sup>24</sup> EC アスベスト事件上級委は、規制上の関心(人体への健康リスクの有無)を考慮してアスベスト製品と非アスベスト製品の同種性を否定した点で注目されるが、他方で上級委は、審査の前提として「第3条4項の同種性とは基本的に産品間の競争関係の性質・程度に関する判断である」と述べており、あくまでも両製品の競争関係の有無という枠組みの中で健康リスクがそこに及ぼす影響に注目したにとどまる(WT/DS135/AB/R, paras.99, 103)。なお、WTO の TBT 協定第 2.1 条における内国民待遇に関して上級委は、輸入国の措置が競争条件に影響を与えたとしても、当該措置が規制上の関心に即した正当な区別なのであれば、違法な差別を構成しないとの見解を示した(WT/DS406/AB/R, paras.180-2)。ただ、こうした規制関心への配慮は、同上級委も言うように、TBT 協定には GATT 第 20 条に相当する例外条項がないなどの固有の事情によるものである( *ibid.*, para.109)。

<sup>25</sup> 内国民待遇原則や数量制限禁止は、具体的な貿易量に関する期待ではなく、平等な競争条件に関する期待を保護するものであり、将来に向けた予見可能性を高める意義を持つということが、米国スーパーファンド事件や日本酒税事件で指摘されている(BISD 34S/136, paras.5.1.9, 5.2.2; WT/DS8/AB/R, p.16)。また GATT 第 2 条が保護する関税譲許についても、同様の意義が EC 油料種子事件で確認されている(BISD 37S/86, para.150)。

<sup>26</sup> WTO 紛争解決了解第 3 条 8 項は「義務に違反する措置がとられた場合には、当該措置は、反証がない限り、無効化又は侵害の事案を構成するものと認められる」と規定しており、しかも、この利益の無効化侵害の推定は、実際上は「反証」を許さないものとして機能している。

の立証は不要なのである<sup>27</sup>。したがって、無差別原則に関しても、市場での競争条件の変化に着目して、制度的・客観的に差別の有無を判断することができる。これに対して、投資協定は、そうした抽象的な競争機会への期待を保護するわけではないため、あくまでも個々の投資家が直面した具体的な状況や待遇に即して審査が行われる。それゆえ、投資仲裁では、当該投資家がどのような不利益を被ったかという主観的損害の把握を抜きにしては、義務違反の有無が判定できない。

このように、投資協定の無差別原則では、(i)市場での競争関係の有無ではなく、当該投資家が置かれた法規制上の文脈に即して比較の単位が決定され、(ii)その投資家自身が被った損害の範囲で、あくまでも個別的に違法性が判断される、という点が重要である。

### (C) 仲裁判断における無差別原則の適用例の検討

投資協定上の無差別原則に関する上記のような特徴が、実際の仲裁判断においてどのような形で表れているかを、ここでは特に S.D. Myers 事件の仲裁判断を素材としながら確認しておきたい。

S.D. Myers 事件では、米国企業が、カナダに設立した子会社を通じてポリ塩化ビフェニル (PCB) 廃棄物入手し、米国で再生処理を行う事業を企画していたが、カナダ政府が環境政策上の観点から PCB 廃棄物の輸出禁止措置をとったため、事業が実施できなくなった。米国企業は、カナダ国内の処理業者は PCB 廃棄物入手できるため、NAFTA 投資章の内国民待遇の違反があるとして仲裁を提起した。これに対して仲裁廷は、「同様の状況」の評価にあたっては、公益を保護するために投資家に異なる取扱いを与えるという、政府規制を正当化するような状況があるかどうかも考慮に入れねばならないとする<sup>28</sup>。ところが、これに続けて仲裁廷は、「同様の状況」の審査では、外国投資家と国内投資家が同一のセクター（経済セクターもビジネスセクターも含む）に属しているか否かを確認する必要があるという<sup>29</sup>。この同一のセクターという概念は、上述の Parkerings 事件でも現れていたものである<sup>30</sup>。

同一セクターで比較を行うということは、WTO 法における「同種の産品」と同じく、競争関係の有無に着目する立場であるようにも見える。しかし厳密には、投資家が同一のセクターに属することと、そこに競争関係が存在することは同義ではなく、例えば建設業や廃棄物処理業といったセクターの中でも、直接の競争関係にはない事業者は数多くいるだろう。むしろ、セクターとは通常の場合、政府の規制が課される単位として意味を持つことが多く、それゆえ投資仲裁がこの概念を用いる趣旨は、やはり法規制上の文脈に注目する点にある。実際、例えば Occidental 事件で争われた付加価値税還付制度のように、複数のセクターにまたがって措置の影響が及ぶ場合は、仲裁廷は、「特定の事業活動が行われるセ

<sup>27</sup> WT/DS27/AB/R, paras.132-5.

<sup>28</sup> S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Partial Award, Nov 13, 2000, para.250.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> 同一セクター概念を用いる他の仲裁判断として、see, e.g., Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2, Apr 10, 2001, para.78; Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9, Award, Oct 27, 2006, para.130.

クターのみに着目することはできない」として、他のセクターに属する投資家を比較対象とすることを認めている<sup>31</sup>。

S.D. Myers 事件におけるもう一つの重要な説示は、政府の規制に保護主義的な意図があるというだけでは内国民待遇の違反は成立せず、外国投資家にとって不利な影響が具体的に発生しなければならないとする点である<sup>32</sup>。そのうえで、本件でカナダが輸出規制を行ったのは、PCB 廃棄物を自国内で再生処理する能力を将来にわたって維持するため、自国産業を強化する意図からであったとし、これは有害廃棄物の越境移動に関するバーゼル条約の趣旨にも合致した、正当な政策目的であると認めた<sup>33</sup>。しかし仲裁廷は同時に、かかる目的の実現は正当な手段によってなされねばならず、本件では、輸出規制よりも緩やかな代替手段（国内産業への補助金など）をとりえたはずであるから、この点で内国民待遇違反が成立すると述べた<sup>34</sup>。

この判断を、文化政策に関する投資紛争に当てはめて考えてみると、仮に投資受入国が自国の文化産業の消滅を防止するという観点から何らかの規制措置をとった場合、これは競争上の理由に基づく内外差別的な措置に他ならないが、もし当該産業の消滅を防止すべき正当な公益が示されれば、内外の投資家は「同様の状況」に置かれていないと判断される可能性がある。このような保護主義的な措置を抑制することが、一般には内国民待遇の最も重要な機能であるはずだが、投資協定の文脈では、規制上の要請に基づく区別が偶々内外差別となるにすぎないと理解され、自国文化産業の優遇などが「正しい保護主義」として許容される余地も残っているのである。

もっとも、その目的を達成するための手段の選択においては、受入国の裁量に対して一定の制約がかかる。S.D. Myers 事件の仲裁廷も、「外国投資家に比べて国内投資家が均衡を失した利益(disproportionate benefit)を得ないこと」を要求し<sup>35</sup>、上述のように、より緩やかな代替手段の有無も検討している。したがって、仮に自国文化産業を優遇するような政策が正当化されるとしても、そこで用いられる規制手段は、外国投資家に対する不利益を極力小さくするものでなければならないだろう。

## (2) 収用の禁止

### (A) 収用規定の例

投資協定において、外国投資家の投資財産の収用を禁止する規定は、一般に次のような

---

<sup>31</sup> *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award, Jul 1, 2004, para.173. なお、ここで仲裁廷は、GATT の likeness 概念は直接競争ないし代替可能な「産品(products)」を指すのに対し、投資協定の likeness 概念は同様の「状況(situation)」に置かれている全ての分野の投資家を指すとして、両者の制度趣旨の違いを一層明確に述べている(*ibid.*, paras.174-6)。

<sup>32</sup> *S.D. Myers v. Canada*, *op.cit.*, para.254.

<sup>33</sup> *Ibid.*, para.255.

<sup>34</sup> *Ibid.*, paras.255-6.

<sup>35</sup> *Ibid.*, para.252.

形をとる。

●日本＝スイス EPA(2009年)・第91条1項

いずれの一方の締約国も、自国の区域内において、他方の締約国の投資家の投資財産の収用若しくは国有化又はこれに対する収用若しくは国有化と同等の措置（以下この章において「収用」という。）を実施してはならない。ただし、次の全ての条件を満たす場合は、この限りでない。

- (a)公共の利益を目的とするものであること。
- (b)差別的なものでないこと。
- (c)正当な法の手続に従ってとられるものであること。
- (d)2 から 4 までの規定に従って迅速、適当かつ実効的な補償(prompt, adequate and effective compensation)の支払を伴うものであること。

この規定は、まず原則的に収用を禁止したうえで、(a)～(d)の4つの条件を満たせば「合法的収用」として実施を認めるものである。これらの条件のうち、(d)の補償の支払いをめぐっては、先進国と発展途上国が長く対立してきたが、現代の投資協定は、先進国側が主張する立場を端的に採用し、当該資産の公正市場価値(fair market value)に相当する金銭を支払うことを合法収用の要件としている(上記(d)のうち「適当(adequate)」な補償という部分)。

ところで、この規定では、収用・国有化に加えて、「収用・国有化と同等の措置」をとることも禁止している。これは、私人の財産を国家に移転するという明確な措置を取るのではなく、国家が行う経済規制などによって、実質的に収用と同等と言えるほどに私人の財産権を侵害する行為を指す。こうした、国家への財産の移転を伴わない収用は、「間接収用(indirect expropriation)」ないし「規制収用(regulatory expropriation)」と呼ばれ、国家への財産の移転を伴う「直接収用」と区別される。間接収用の場合、国家はみずから財産を得るわけではないが、それでも、私人が規制等により被った経済的損失に相当する額を補償として支払わねばならないのである。

以下では、直接収用と間接収用とに分けて、受入国の文化政策との関係を考察する。

(B) 直接収用

直接収用に関しては、文化政策に基づく措置が投資仲裁で取り上げられた事案はないが、近似的な例として、環境保護政策に基づく土地収用が争われた Santa Elena 事件がある。

本件では、米国の投資家が株主であるコスタリカ企業が、コスタリカ北西部のグアナカステ州にある Santa Elena と呼ばれる地域の土地を取得し、観光リゾート及び居住区として開発を進めようとしていた。しかし、同地域は 1999 年にユネスコ世界遺産にも登録された、自然環境の豊かな地であったため、コスタリカ政府は 1978 年に当該土地の収用を決定し(約 190 万米ドルの補償の支払いを提示)、同地域の環境保全に取り組み始めた。これに対して

投資家側は、補償額の算定に不満があるとして事案を ICSID 仲裁に付託した。仲裁は、環境保護を理由とする収用は、公共的な目的を持ち、正当なものであると言えるが、しかしそれは、支払われるべき補償の性質や金額に影響を与えず、政府は依然として適当(adequate)な補償の支払いを求められるのであり、この点はたとえ環境保護に関する国際法上の義務があったとしても変わらないと述べる<sup>36</sup>。そして、これは政府が他の様々な政策の実現のために収用措置をとる場合であってもやはり同様であるという<sup>37</sup>。

このように、直接収用では、受入国の公益的な規制関心の有無はそれほど結論に影響を与えず、むしろ仲裁廷は、収用した資産価値と同じ額の補償の支払いを一律に求めている。後述の間接収用とは異なり、直接収用では財産が実際に国家に移転するため、収用の成立自体は争いようがなく、投資協定の収用ルールの下では、完全な補償を支払って収用を合法化するほかないのである（もし違法な収用となれば、逸失利益等を加算した損害賠償の支払いが求められる）。

もっとも、直接収用において規制関心が考慮される可能性が、将来にわたり全くないとはまでは言えない。例えば、欧州人権裁判所(ECtHR)は、欧州人権条約上の財産権規定の解釈において、収用の際には「公正な補償(fair compensation)」が支払われねばならないとしつつ、もし、公益に関わる正当な目的から直接収用がなされ、かつ権利者に均衡を失した負担がかからないのであれば、補償額を公正市場価値よりも低くすることができると述べる<sup>38</sup>。投資仲裁では、欧州人権裁判所などの判例法理が借用されることもあり、直接収用におけるこうした補償額の減額についても、「適当な補償」の解釈の中で柔軟に取り込む余地はありうるだろう。

## (C) 間接収用

### (ア) 間接収用成立の判断基準

間接収用をめぐる非常に困難な問題は、そもそもいかなる場合に間接収用が成立するかという点である。国家への財産権の移転という明確な指標がないため、どのような状況であれば「収用と同等」の措置が行われたと言えるのかを、他の何らかの基準で判断する必要がある。

これについては、まず、政府の規制行為により投資財産に重大な経済的侵害が発生したという事実のみを根拠として間接収用の成立を認める立場がある。これは「単独効果説」と呼ぶことができ、過去の仲裁判断の中には、この立場に依拠したと思われるものもある<sup>39</sup>。しかし、こうした基準では収用が成立する可能性がかなり高く、投資受入国の政策裁量に

<sup>36</sup> *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, Feb 17, 2000, para.71.

<sup>37</sup> *Ibid.*, para.72.

<sup>38</sup> See, e.g., *Scordino v. Italy (No.1)*, ECtHR App. No.36813/97, Judgment, Mar 29, 2006, paras.95-8.

<sup>39</sup> Cf. *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 Feb 2007, para.271.

対する介入度が大きすぎる。

そこで、経済的侵害の事実のみでなく、政府が追求しようとした目的や価値をも考慮し、それを達成するために投資財産の侵害を行うことが正当化されるかという観点から審査を行う立場が現在では支持されている。これは「行為性質説」と呼ぶことができる。つまり、投資家の財産権の侵害を正当化できるだけの公共的利益があれば、当該政府規制は収用には当たらないと考えるのであり、もし収用に当たらないとすれば、そもそも補償を支払う義務もなくなる（補償の支払いはあくまでも「収用」を合法的に行うための要件である）。

それでは、政府の公益的な規制関心が、投資家の財産権に対する侵害を正当化するのは、具体的にはどのような場合であろうか。次にこの点を、文化政策に関わる投資紛争を素材として検討したい。

#### (イ) 文化政策に関わる規制の間接収用該当性が争われた事例

Glamis Gold 事件では、カナダ企業がカリフォルニア砂漠環境保全地区で露天掘りによる金採掘事業を始めたところ、そこが先住民である Quechan Indian Nation の信仰儀礼上の通行路(Trail of Dreams)に当たっていた。先住民組織は、本件開発は部族の精神的・儀式的文化の継承を困難にすると主張して政府に働きかけ、2001年に内務省は環境悪化と先住民の文化上の要請を根拠として事業を不許可とした。政権交代後の2002年に不許可は取り消されたが、カリフォルニア州の鉱山地質評議会は露天掘りの採掘後の埋め戻しを命じる規制を新たに課した。カナダ企業は、この州の措置が NAFTA 第 1110 条における間接収用を構成するとして仲裁を提起した。

仲裁廷は、米国モデル BIT(2004年)・附属書 B に規定される間接収用の判断基準に両当事者が言及していたため、これに基づいて審査を行った。すなわち、(i)安定的な規制枠組みに対する合理的で投資に裏付けられた期待を当該措置がどの程度侵害したか(the extent to which the measures interfered with reasonable and investment-backed expectations of a stable regulatory framework)、(ii)当該政府行為の目的及び性格(the purpose and character of the governmental actions taken)、である<sup>40</sup>。そして、特に間接収用では、直接収用のように明確に財産権が移転するわけではないため、(i)に含まれる経済的侵害の大きさの要素が、収用の成否に関する足切りテスト(threshold)としての機能を持つという。具体的には、投資財産の支配・使用・享有・事業的管理に関する投資家の経済的権利が、その使用価値を喪失する程度に実質的に侵害される必要があり、単なる財産権の制約だけでは間接収用を構成するには至らないとする<sup>41</sup>。そのうえで仲裁廷は、本件の埋め戻しに要する費用を具体的に計算し、これは投資財産の収用に相当する程度の十分な経済的侵害を投資家にもたらしていないと述べて、間接収用の成立を否定した<sup>42</sup>。

<sup>40</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, Jun 8, 2009, para.356.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*, paras.535-6.

次に、これまでの事件とは構図が逆になるが、仲裁において、投資家側が受入国に対し文化的権利の尊重を求めた *Grand River* 事件を検討する。1990 年代に米国政府はタバコ製造者に対して、タバコ関連の疾病に関する医療コストを負担するよう求める訴訟を 40 以上も提起したが、1998 年に幾つかの製造者との間で和解が成立し、他の多くの州もその和解条項を採用した (*Master Settlement Agreement: MSA*)。ここでは、タバコ製造者が、広告・マーケティング活動を制限され、また喫煙防止のためのプログラムに資金を拠出することとされた。また、タバコの売上に応じた金額を納入し、州がそれを活用することになった。本件の申立人は、米国に居住して企業を営むカナダ人であり、カナダの *Grand River* 社からタバコを輸入して米国の先住民居留地向けに流通させる事業を営んでいた。しかし、*MSA* により収益が急激に落ちこんだため、*NAFTA* 第 1110 条の間接収用などを主張して米国政府に対し仲裁を提起した。

本件で申立人は、自らと *Grand River* 社の役員とともに北米先住民(*First Nations*)に属する者であり、彼らのタバコ取引は先住民間の貿易として保護されるべきであるから、これは *MSA* 関連の規制を受けないと「正当に期待」することが可能であったと主張した<sup>43</sup>。また、タバコ事業は先住民の伝統的・文化的活動であり、先住民の権利を定めた各種の国際規範により保護されるから、本件措置はそれらの他の国際法との関係でも許されないという（ただしこの点は公正衡平待遇の違反に関してなされた主張であるため次節で取り扱う）。

間接収用における「正当な期待」の主張に関して仲裁廷は、タバコ製品の貿易は歴史的に米国で強い規制の対象になっており、これはタバコ事業の経験が豊富な申立人にとってよく知られた事情であったはずだと述べ、こうした伝統的に強い規制の対象となってきた分野には、その規制状況の認識を持って参入しなければならないとして、本件申立人は規制を受けない期待を抱きえないとした<sup>44</sup>。また、収用禁止規定は、収用成立の要件として、投資財産の全体に関する完全または極めて実質的な権利剥奪を要求するが、本件投資家の事業は依然として収益可能な状態にある以上、収用は発生していないとした<sup>45</sup>。

#### (ウ) 間接収用成立の判断基準を投資協定で明確化する試み

以上のように、過去の仲裁判断では間接収用の成立を判断する基準として、投資財産への損害、投資家の合理的期待の侵害、政府行為の目的及び性格、といった要素を考慮してきた<sup>46</sup>。最近の投資協定では、こうした判断枠組みを明文で規定するケースも増えている。

---

<sup>43</sup> *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Award, Jan 12, 2011, para.128. この点に関して申立人は、1812 年の米英間のジェイ条約第 3 条で、先住民が米加間を自由に移動し自由に貿易する権利が認められていると主張した。これに対し米国は、ジェイ条約は日用品等の売買の自由を認めているだけで、本件のような商業的な貿易がいかなる規制からも自由であることを保証するものではないと反論し、仲裁廷も、ジェイ条約の規定は抽象的だとして申立人の主張を退けた(*idid.*, paras.129-43)。

<sup>44</sup> *Ibid.*, paras.144-5.

<sup>45</sup> *Ibid.*, paras.147-55.

<sup>46</sup> 間接収用成立の判断基準としてこの 3 要素を最初に定式化したのは、米国の最高裁判例であるとされる。Cf. *US Supreme Court, Penn Central Transp. Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978), p.124.

例えば、次のようなものである。

●日本＝インド EPA(2011年)・附属書 10

締約国による一又は一連の行為が特定の事実関係において間接的な収用を構成するか否かを決定するに当たっては、特に次の事項を考慮し、事案ごとに、事実に基づいて調査するものとする。

- (a)政府の行為の経済的な影響（ただし、当該行為が投資財産の経済的価値に悪影響を及ぼすという事実のみをもって間接的な収用が行われたことが確定するものではない。）
- (b)政府の行為が投資から生ずる明確な及び合理的な期待を害する程度
- (c)政府の行為の性質（当該行為が無差別なものであるか否かを含む。）
- (d)政府の行為の目的（当該行為が正当な公共の目的（公共の福祉及び安全並びに公衆の衛生の保護、環境の保護及び保全等）のために行われるか否かを含む。）

このうち、(c)と(d)の項目は一体として規定する投資協定も多く、通常、3要素からなる判断枠組みとして理解される。

(a)の項目は、政府規制による権利侵害の度合いを見るものである。しかし、但書にあるように、経済的侵害の単独的な効果だけでは間接収用の成立を決定することはできない。したがって、政府規制により投資財産の価値が全面的に損なわれたとしても、それだけで直ちに収用が成立するわけではなく、次の(b)及び(c)(d)の項目と合わせて総合的に判断する必要がある。

(b)の、投資家の合理的な「期待(expectation)」を害したかという項目は、多くの国の裁判所で法の一般原則として用いられる「信頼保護の法理」に相当する。つまり、個別の投資家が、受入国政府との関係性のなかで正当に抱くに至った信頼に注目し、政府がそれに背く行為をとって投資家に損害を与えた場合には、違法性のある利益侵害と見るのである（より詳しくは、後述の公正衡平待遇に関する説明で触れる）。

この「期待」の要素が入ると、上記の Grand River 事件におけるタバコ産業のように、一般的に強度の規制の対象となってきた分野であるかどうかにより、間接収用の成立のしやすさも変わってくることになる。例えば、米韓 FTA 附属書 11B 脚注は次のように述べる。

投資から生じる投資家の期待が合理的であるか否かは、関連するセクターにおける政府規制の性質と程度に一部依存する。例えば、強度の規制を受けるセクターでは、そうでないセクターに比べて、規制が変化しないという投資家の期待が合理的である可能性は低くなるだろう。

したがって、文化政策に関わる分野においても、従来から受入国政府が強い規制を実施してきているような場合には、さらに規制が強化されて外国企業の事業活動が制約された

としても、投資家の合理的期待の侵害を立証することはより困難になろう。

最後に、(c)(d)の項目は、規制の目的・性質の正当性及び重要度を審査するものである。つまり、適切な手続で導入され、重要な公益の実現に寄与する規制であるほど、間接収用に当たらないと判断される可能性が高くなる。過去の仲裁判断には、「原則として、一般的かつ無差別の規制措置であって、信義誠実及び適正手続の諸規則に従ってとられたものは、補償の義務を発生させない」と述べるものもある<sup>47</sup>。文化政策に関する規制が、何らかの公益促進的な性格を持つとすれば、この段階で考慮が払われることになるろう。

ところで、実際の仲裁事例では、以上の3つの判断要素のうち、(a)の経済的侵害の程度が不十分であり、収用を構成するほど全面的な投資価値の毀損があったとは言えない、という理由で請求が退けられるケースがかなり多い。しかし、仮に重大な経済的侵害の存在が認められたとしても、その一方で、政府規制の公益性・正当性も極めて高いという場合、総合的な判断結果はいかにして導かれるのだろうか。言い換えれば、3つの判断要素の相互関係をどのように捉えればよいのだろうか。これは特に、文化政策上の規制のように、政府の公益的な規制関心と投資家の権利とが正面から衝突しうる場合に、収用の存否を左右する重要な問題となる。

この点につき、規制の目的と手段のバランスという観点から一定の判断基準を導き出そうとするのが、いわゆる「比例性(proportionality)」の考え方である。この比例性原則は、すでに間接収用に関するいくつかの仲裁判断で用いられており、価値調整を担う原理として今後さらに利用が増える可能性もある。そこで以下では、比例性原則に関する理論的整理と仲裁判断例の検討を簡潔に行っておきたい。

#### (エ) 間接収用の判断基準としての比例性原則

比例性は、ドイツ法上の学説及び判例法理として発展した概念であり、その後、各国の裁判所や様々な国際法廷においても採用されるようになった<sup>48</sup>。特に第二次世界大戦後は、憲法で認められた基本権を制限する法規制の違憲審査という文脈で用いられている。

一般的には、比例性とは、「実現しようとする目的の重要度に比して、そこで用いられる手段により発生する害悪が均衡を失するものでないこと」を意味する。これは、憲法訴訟の文脈では、憲法上で保障された各種の基本権や利益が相互に対立し、ある権利を実現するためには他の権利を制約して犠牲にしなければならない場合に、いずれを犠牲にし、いずれを優越させるかという価値選択の原理として用いられる。つまり、ある公益の実現を目的として特定の人権を制約する規制を政府が行う場合、人権の制限によって得られる利

<sup>47</sup> See, e.g., *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, Oct 31, 2011, para.240. 米国の対外関係法リステイメントも、「国家は、誠実で一般的な課税・規制・刑事罰、及び国家の警察権(police power)の範囲内にあると通常理解されているその他の行為によって生じた財産の喪失及びその他の経済的侵害について、それが差別的でない限り責任を負わない」と述べる。Cf. *Restatement of the Law Third*, American Law Institute, 1987, vol.2, Section 712, commentary (g).

<sup>48</sup> Cf. Stone Sweet, A. & Mathews, J., "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism," *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.47, 2008, pp.98-101.

益と、失われる利益とを比較衡量し、利益の方が大きい場合にはその人権の制限を合憲とするのである<sup>49</sup>。

なお、学説では、比例性原則を理論的にいっそう精緻化する試みがなされている<sup>50</sup>。多くの論者は、次のような 4 つのテストから構成される複合的な判断枠組みとして比例性原則を説明する。

(i)規制目的の正当性。ただし、規制目的の設定には政治部門の裁量が広く認められ、正当性を欠くと判断されることはほとんどない。

(ii)規制目的に対する規制手段の適合性(suitability)。規制で用いられる手段(権利制限)が、当該規制の目的の実現に実際に寄与することを求めるテストである。言い換えれば、目的と手段との間に合理的な結び付きが存在するかが審査される。

(iii)当該規制手段の必要性(necessity)。立法者は、規制目的を達成しうる全て的手段の中で、人権制約の度合いが最も小さいものを選ばなければならない。もし現行措置よりも権利制限の度合いが小さい代替措置が存在し、かつ、当該代替措置によっても現行措置と同程度に規制目的を達成できる場合には、現行措置は必要性テストを満たさない。

(iv)規制の目的と手段(便益と害)の間の均衡性。狭義の比例性(*proportionality stricto sensu*)とも呼ばれる。(iii)とは異なり、規制目的や侵害される権利の重要性自体をダイレクトに比較して、得られる利益に対して規制手段(権利侵害)が過剰でないかを問う。

理論的には上記のように整理できる比例性原則であるが、実際に、投資仲裁の場面ではどのように適用されているのか。この点、前述のように、間接収用の成立を判断する基準として同原則が用いられるとすれば、具体的にいかなる形の比較衡量がなされるのか。以下、特に重要な仲裁判断を幾つか検討したい。

(i) Tecmed 対メキシコ事件では、スペイン企業がメキシコで廃棄物処理場の事業許可を得て運営を進めたところ、地域住民の反対運動が強まり、当局が、同社の規制違反等を理由に事業許可の更新を拒否した。投資仲裁でメキシコは、本件の措置が環境及び衛生の保護を目的とした公益的なものであることを主張した。これに対して仲裁廷は、このような措置が間接収用を構成するか否かは、「当該措置が保護しようとする公共的利益、及び投資財

---

<sup>49</sup> 例えば、日本の裁判所の判例法理では、経済的自由の規制立法などの審査において、比例性原則の考え方に近い「比較衡量論」がとられることがある。比較衡量論の発展については、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利著『憲法 I 第 5 版』(有斐閣、2012 年)262-4 頁参照。また、比較衡量論と比例性原則の関係については、小山剛『「憲法上の権利」の作法 新版』(尚学社、2011 年)85-6 頁参照。

<sup>50</sup> 比例性原則の理論的整理として、以下を参照。Barak, A., *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge University Press, 2012); Klatt, M. & Meister, M., *The Constitutional Structure of Proportionality* (Oxford University Press, 2012); 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(法律文化社、2010 年)22-62 頁; 小山剛、前掲書、67-9 頁。

産に法的に付与された保護に照らして、均衡的(**proportional**)かどうかによる」とした<sup>51</sup>。つまり、追求される公益と用いられる手段(投資家の権利の侵害)との間に、合理的な比例性の関係(**reasonable relationship of proportionality**)があれば、間接収用を構成しないという考え方を示したのである<sup>52</sup>。そのうえで、本件措置に関しては、仲裁廷はメキシコの主張する規制目的を否定し、真の目的は地域住民の圧力に対処するためであったと述べた。これにより、本件措置は目的の正当性が認められず、投資家が被った甚大な損害が強調され、間接収用の成立が認められる結果となった。

(ii) LG&E 対アルゼンチン事件。1990 年代初め、アルゼンチンはガス事業の民営化に際して外国投資家の出資を呼び込むため、ガス料金を米ドルに連結し米国の物価指数に連動させて半年ごとに調整することを立法で保証したが、その後 90 年代末にかけてマクロ経済危機が進行したため、この約束を廃棄した。これについて投資仲裁は、まず一般論として、政府の措置が収用の性格を持つか否かを判断するには、その措置がとられた理由と効果の分析をバランスよく行う必要があると述べる<sup>53</sup>。そのうえで、国家には社会的・一般的な福利を目的とする措置をとる権利があり、その場合、追求されるニーズに対して国家の行為が明白に均衡を欠く(**obviously disproportionate**)のでない限り、いかなる賠償責任も負わないとの見方を示した<sup>54</sup>。もっとも、本件措置に関しては、投資家の被った経済的侵害が完全な価値剥奪のレベルに達しておらず、収用に相当する侵害が発生していないと結論された<sup>55</sup>。

(iii) OPEC 対エクアドル事件では、エクアドルで油田開発事業の許可を得ていた米国企業が、当局の許可を得ずに開発権の一部を他企業に移転したこと（これは国内法令に違反する）に対し、受入国政府が制裁として課した契約破棄という措置が、均衡を失って厳しすぎないかが争われた。仲裁廷は、比例性原則がすでに投資仲裁で広く用いられていることを指摘したうえで、(a)本件措置よりも緩やかな代替措置が存在しなかったかどうか、また、それが存在しないとして、(b)本件制裁措置は投資家による法令違反への対応として均衡性を持つものと言えるか、を検討するとした<sup>56</sup>。そして、代替措置については、投資家への損害賠償の請求や、本件契約を受入国に有利に結び直すことなどが可能であったとする<sup>57</sup>。ま

<sup>51</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para.122.

<sup>52</sup> *Ibid.* この比例性に関して考慮すべき要素としては、投資家が持ちえた正当な期待、規制が追求している利益の重大性、規制の影響の大きさ、規制が特定の投資家に不公平に強い影響を与えないかどうか、などを挙げる。

<sup>53</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, Oct 3, 2006, para.194.

<sup>54</sup> *Ibid.*, para.195.

<sup>55</sup> *Ibid.*, paras.198-200.

<sup>56</sup> *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, Oct 5, 2012, paras.404-26.

<sup>57</sup> *Ibid.*, paras.431-6. ただし、必要性テストでは本来、こうした代替措置によっても所期の政策目的が達成できることを確認する必要があるが、仲裁廷はこの点について何も述べていない。

た、均衡性については、受入国政府は、同様の違法行為の発生を抑止し、法令遵守の重要性をあらためて強調することが措置の目的であると主張しており、その正当性は理解できるが、かかる行政上の目的と投資家の利益とのバランスをとることが比例性原則の要請であるという<sup>58</sup>。そして、本件で投資家が被る損失(数億ドル相当の投資財産全体の喪失)は、法令違反の程度に照らしても、また追求される目的の重要度及び実効性に照らしても、均衡を失っていると結論付けた<sup>59</sup>。このように、本件では、比例性原則の審査枠組みが正面から適用されたうえで、措置の目的と手段との間に必要性・均衡性が欠けていることを理由に、間接収用の成立が認められたのである。

以上を踏まえれば、間接収用の存否に関する 3 つの判断要素のうち、とりわけ「経済的侵害の程度」と「政府行為の性質・目的」との関係は、比例性原則に即して評価されることとなろう。したがって、たとえ重要度の高い公益を追求する規制であっても、そこで用いられる手段が不必要に、または均衡を失って投資財産の価値を毀損するものであれば、間接収用に該当するという判断がなされうるのである。文化政策に関する規制についても、それが間接収用に当たるか否かは、追求される文化的価値の重要度と、当該投資家が被る経済的侵害との比較衡量に基づき、あくまでも個々の事案ごとに評価がなされることになる。

### (3) 公正かつ衡平な待遇

#### (A) 判断の枠組み

「公正かつ衡平な待遇」の判断基準として、仲裁判断がこれまでの事件で重視してきた要素は、投資受入国政府の行動に関して投資家が抱くに至った「正当な期待(*legitimate expectation*)」の保護である。つまり、通常であれば投資家が想定してよい状態の実現が政府の行為により阻害された場合(例えば、予見可能性のない突然の制度改正により投資家の計画が頓挫したり、透明性や合理性を欠く行政決定により事業が損害を被るなど)に、公正衡平待遇義務の違反を問うことができる。もっとも、投資家がいかなる期待を抱くことが「正当」であるかは、個々の状況に応じて決まる。その意味で、公正衡平待遇は文脈依存的な義務である。投資受入国の法制度や社会状況、政府の行動様式、投資家との交渉経緯などを総合的に考慮して、それぞれの事案ごとに「公正」さの判断基準が導かれる<sup>60</sup>。

---

<sup>58</sup> *Ibid.*, para.450.

<sup>59</sup> *Ibid.* なお、本件措置が均衡性を欠くことの根拠としては、本件の権利移転先の企業もすでに受入国内では事業実績があり、法令に従って権利移転を申請していれば承認された可能性が非常に高く、それゆえ無許可移転が受入国に実質的な害を与えたとは言えないことも挙げられている。*Ibid.*, para.445.

<sup>60</sup> ある仲裁判断は、「正当な期待」について、「当該投資をとりまく事実だけでなく、投資受入国に存在する政治的・社会経済的・文化的・歴史的状況も含め、あらゆる事情を考慮に入れねばならない」と述べる。*Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, Aug 18, 2008, para.340.

それでは、投資受入国が公益促進的な規制を導入したことで外国投資家の権利が侵害された場合に、公正衡平待遇の違反を問うことができるであろうか。

まず一般論として、投資を行った時点で投資家が前提とした法的環境が、その後も全く変化しないことまでは、期待できない。投資受入国は公益のために、事後的に規制を導入する正当な権限を持ち、投資家の期待はこれを考慮に入れて分析されねばならない<sup>61</sup>。ただ、例えば、従来の法制度の下で投資家に対して投資誘致のための特別な約束や保証がなされており、それが投資を実行する重要な誘因になっていた場合には、それを変更することは公正衡平待遇違反を構成しうる<sup>62</sup>。つまり、法制度の安定性に対して投資家が正当な期待を抱きうる状況があった場合には、それが公正衡平待遇で保護されるのである。

例えば、前出の *Parkerings* 事件仲裁判断も、一般論として、国は投資時点での規制枠組みを必要に応じて改廃する裁量を有し、投資家もありうる法の変更に適応できるよう投資を構築せねばならないとしつつ、国が不公正・非合理的に立法権を行使することは禁じられており、投資がなされる際に政府が明示または黙示に行った保証等は正当な期待を構成すると述べた<sup>63</sup>。

次に、投資受入国による外国投資家の扱いにおいて、恣意性、不透明性、非一貫性、適正手続の欠如、などが見られる場合には、公正衡平待遇の違反が最も典型的に認められる<sup>64</sup>。このような、いわば不合理で信義誠実に欠ける受入国の行為を幅広くカバーしうるのが本規定の特徴である。なお、この意味で注目しうるのは、前述の「比例性」を欠くような措置は、公正衡平待遇にも違反しうるという点である<sup>65</sup>。つまり、追求される公益に比して均衡を失するような過大な権利侵害を被らないことは、「正当に期待」しうるのである。

<sup>61</sup> *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 Mar 2006, para.305; *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, Oct 8, 2009, para.217.

<sup>62</sup> Cf. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007, paras.264-5.

<sup>63</sup> *Parkerings v. Lithuania*, *op.cit.*, paras.331-3. 本件では、受入国リトアニアが法の不変更について約束を与えた事実はなく、また、同国が移行経済の状況にあったことから、むしろ当時の潜在的な法的・政治的不安定性にもかかわらず投資を行うという商業リスクをとったと考えるべきであり、投資家に正当な期待は認められないと結論付けられた(*ibid.*, paras.334-6)。なお、*Parkerings* 事件と同様の判断枠組みを提示するものとして、cf. *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, Sep 23, 2010, paras.9.3.29-35.

<sup>64</sup> ある仲裁判断は、公正衡平待遇の違反が生じる場合を次のように定式化する。「国家に帰属し申立人に損害を与える行為であって、それが恣意的、非常に不公正、不当、奇異である場合、申立人を集団的ないし人種的な偏見に直面させるような差別的なものである場合、または司法的正当性を損なう結果を招くような適正手続の欠如がある場合（つまり司法手続における自然的正義の明白な欠如や、行政手続における透明性及び誠実性の完全な欠如など）には、公正衡平待遇における待遇の最低基準に違反することになる」。Cf. *Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2")*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, Apr 30, 2004, para.98.

<sup>65</sup> 例えば、*Saluka* 事件の仲裁判断は、公正衡平待遇違反の有無を決定するには、「一方で申立人の合理的かつ正当な期待と、他方で被申立国の正当な規制上の利益とを、比較衡量(*weighing*)」する必要があると述べる(*Saluka Investments v. The Czech Republic*, *op.cit.*, para.306)。また、*Total* 対アルゼンチン事件の仲裁判断は、「一方で、外国投資家の事業活動に悪影響を与えるような変更を実施する事情と理由（追求される公共的ニーズの重要性及び緊急性）が、他方で、それによりもたらされる侵害の深刻さが、合理性と比例性の基準(*a standard of reasonableness and proportionality*)に照らして比較されること」が重要であるとする(*Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, Dec 27, 2010, para.123)。

## (B) 文化政策に関連する仲裁事例の検討

以上の一般的な判断枠組みを念頭に置きながら、文化政策に関連する投資紛争において公正衡平待遇のルールがいかなる機能を果たしうるかを、実際の仲裁事例を素材に検討しておきたい。

(i)まず *Grand River* 事件では、前述のように、投資家側が、自身の先住民としての文化的伝統に関する権利を受入国政府の規制が十分に考慮していないとの主張を行った。つまり、先住民の権利を謳う各種の国際規範（国連先住民権利宣言、ILO169号条約など）は公正衡平待遇の内容を構成しており、少なくとも受入国政府は、先住民社会に影響を与える措置をとる前に、先住民と協議の機会を持つべきであったとの主張である。

しかし仲裁廷は、確かに米国政府は事前に先住民と協議する方が望ましかったかもしれないが、そうした特定の人々にのみ認められる手続的権利は、全ての外国投資に国際慣習法上の最低限の待遇を与えるという公正衡平待遇の趣旨にはそぐわないと述べる<sup>66</sup>。また、申立人が援用する国際規範は、先住民の一員としての個人的な地位や権利に関わるものであるが、NAFTA 第 1105 条の公正衡平待遇は、投資財産の保護を図るものであって、投資家個人の保護を図るものではない<sup>67</sup>。さらに仲裁廷は、ウィーン条約法条約第 31 条 3 項(c)における条約解釈規則に従い、NAFTA の解釈上、「国際法の関連規則」を考慮はするが、これによって他条約の法内容を NAFTA に輸入することが可能になるわけではなく、また条約法条約の通常解釈プロセスを通じて確立された解釈の変更を許すものでもないとして、同仲裁は NAFTA 以外の条約に基づいた請求に決定を下す権限までは持たない「限られた管轄権の法廷」だと述べた<sup>68</sup>。

このように、本仲裁廷は、公正衡平待遇の中に他の国際条約等の違反をも取り込むことができるとの考え方には否定的な態度を示した。また、投資仲裁の管轄権という観点からしても、他の条約の違反の有無などに結論を下す権限はなく、あくまでも投資協定の解釈に際して、関連する他の国際規則を考慮しうるにとどまるとした。本件では、他の国際規範を援用したのは投資家側であったが、一般には、投資受入国が自らの政府行為を正当化する根拠として他の国際条約上の規定を持ち出すことが想定され、そこでも、公正衡平待遇の射程、及び投資仲裁の管轄権というテーマは同様に問題となりうるだろう。

(ii)Joseph Charles Lemire 事件では、ウクライナの音楽ラジオ局 Gala 社の株主である米国

---

<sup>66</sup> *Grand River Enterprises Six Nations v. United States of America, op.cit.*, para.213. 仲裁廷によれば、そうした他の規範の下で投資家に付与される法的保護を公正衡平待遇に含めてしまうと、様々な国内法上・国際法上の違反に対する訴訟手段を投資家に与えることになり、公正衡平待遇の射程を不当に広げてしまう(*ibid.*, para.219)。

<sup>67</sup> *Ibid.*, para.220.

<sup>68</sup> *Ibid.*, para.71.

人が、ウクライナ政府によるラジオ周波数の割当措置をめぐって仲裁を提起した。Gala社は、6年にわたり延べ200回以上も周波数取得の申請を行ったが、結局、地方の小村における周波数を1つ許可されただけであった。他方、競合他社はそれぞれ数十の周波数の許可を受けていたため、申立人は、政府の行為が恣意的・差別的であるとして公正衡平待遇の違反を主張した。仲裁判断では、証拠により政府行為の恣意性が明確に立証された諸決定につき、公正衡平待遇違反が認められた<sup>69</sup>。

本件のもう一つの興味深い点は、ウクライナが2006年の法改正により、少なくとも50%はウクライナで制作された音楽を放送するようラジオ局に義務づけたことに對し、申立人が、投資協定上のパフォーマンス要求禁止条項の違反を主張したことである。これに對してウクライナは、新たな規制の導入は主権的裁量の範囲内であり、投資家の「正当な期待」を害するものではないと述べて、公正衡平待遇の理念に引き寄せた形の反論を行った。そこで仲裁廷は、あくまでも傍論であると断りつつ、本件規制が正当な期待を害したか否かについて次のような見解を示した。

ウクライナは主権国家として、その議会及び政府が決定した国民の共通の福利を保護するために、規制を実施し法律を制定する固有の権利を持つ。この専権は、国家の独自の文化政策を定めるような規制の制定にも及ぶ。自国の音楽への支援は、文化的伝統と国民のアイデンティティを保存・強化する国家政策を有効に反映したものでありうる。立法の目的が、社会に深く刻み込まれた文化的・言語的特質に関わるような場合には、「国内事項を規制する国内当局の権利に對して国際法が一般的に示す高度の敬讓(deference)」[S.D. Myers 事件からの引用—筆者注]は、一層強化される。

国民文化の保護に関する希求は、ウクライナだけのものではない。フランスは、フランスのラジオ局に對してフランス音楽を最低40%放送するよう求めている。ポルトガルは、25~40%のポルトガル音楽の割当てを設けている。他の多くの国も同様の要求を課している。Plama事件の仲裁廷が述べたように、あるルールは、世界の多くの国がそれを採用しているような場合には、不公正・不適切・不衡平・差別的であるとはいえない。ウクライナ音楽の50%ルールが、全ての放送局に對して課されていることも考え合わせれば、それはBITに規定された公正衡平待遇の基準に適合しているという結論が必然的に導かれる<sup>70</sup>。

このように、本仲裁廷は、文化政策の分野における政府の規制関心を取りわけ尊重する見解に立ち、規制の態様が不合理ではなく、国際的に見ても妥当な水準のものであれば、投資家の正当な期待を害することにはならないとの見方を示したのである。これは、傍論であるとはいえ、公正衡平待遇における公益規制の位置づけを見定めるうえで重要な材料

<sup>69</sup> *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, Jan 14, 2010, para.421.

<sup>70</sup> *Ibid.*, paras.505-6. (ただし原文の脚注は省略した。)

となるであろう。

一方、パフォーマンス要求禁止条項の違反に関する主張についても、本仲裁廷の結論は興味深い。本件投資協定では、「物品又はサービスを現地で購入することを義務づける」パフォーマンス要求を禁止しているが、仲裁廷によれば、ウクライナの放送割当ては、現地の物品・サービスの購入をラジオ局に求めるものではなく、音楽放送の一定割合がウクライナで制作された作品であることを求めるにすぎない<sup>71</sup>。さらに、同条項の趣旨目的は、競合する輸入産品に対して国内産業を保護する目的で現地調達要求を課すことがないようにする点にあるが、ウクライナの放送割当ての背景にある目的は輸入制限や国内産業保護ではなく、ウクライナの文化的伝統の促進であるため、同条項の趣旨目的に反するものではないという<sup>72</sup>。こうして本件では、パフォーマンス要求禁止条項の違反はないとされたのであるが、もし、このように政府規制の「目的」が同条項の解釈において一般に考慮されるとすれば、公益的な規制関心に基づくパフォーマンス要求が幅広く許容されることになりかねない。他の投資保護ルールと同様、パフォーマンス要求禁止条項においても、投資家の保護と受入国の規制権限とをどのようにバランスさせるべきかという問題が、解釈論の形をとって浮上しつつあるといえよう。

(iii)International Thunderbird 事件では、米国企業がメキシコでアーケード・ゲーム施設を建設・運営する事業計画を推進していたが、メキシコ当局が一度与えた事業許可を後に取り消したため、投資に損失が生じたとして、NAFTA 第 1105 条の公正衡平待遇違反などを主張して仲裁を提起した。そこでまず仲裁廷は、申立人がメキシコ当局による当初の許可を信頼しうる「正当な期待」を有していたかを検討した。そして、証拠によれば、メキシコ当局に許可を申請する際の手続きにおいて、申立人は、当該ゲーム機はプレイヤーが一定のスキルを身に付けるとポイントが貯まり、それを賞と交換できるシステムになっているが、そこに運の要素はなく、ギャンブルや射幸には相当しないと説明していた。しかし、これは事実ではなく、実際には当該ゲームは運の要素があり、しかもプレイヤーは現金を投入し、賞を現金に交換できるなど、ギャンブルの性格が強いものだった<sup>73</sup>。メキシコ法上、ギャンブルは違法であり、メキシコ当局も、ゲーム機の説明を受ける際、ギャンブルの要素が含まれないことを申立人に確認したうえで事業許可を出したことが記録上明らかであるから、申立人はかかる誤った認識の下になされた許可に信頼が置けることを「正当に期待」できないとした<sup>74</sup>。したがって、本件のメキシコの措置は、公正衡平待遇条項に違反しないと結論付けられた。

本件措置それ自体は、文化政策というよりも刑事政策に基づくものであるが、国の公益

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, para.509.

<sup>72</sup> *Ibid.*, para.510.

<sup>73</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Arbitral Award, Jan 26, 2006, paras.152-3.

<sup>74</sup> *Ibid.*, paras.161, 166.

的な規制関心に関わるという点では、共通の文脈で論じることができる。本件のような、政府による決定の事後的な取消しや一貫性を欠いた態度は、通常であれば公正衡平待遇の違反が成立する典型的なケースであるが、本件事案では、公益確保の観点からかかる態度の変更が真実に必要とされたのであり、この場合、公正衡平待遇条項はそれを妨げるものではない。また、投資家の期待は、あくまでも受入国政府と投資家との相互的なやり取りの中で形成されるものであるため、投資家側の不誠実な行動が背景となって生じた状況に対し、当該投資家はその不変更を期待するのは「正当」ではないのである。

#### IV. 文化政策上の各種規制と投資保護メカニズムとの関係 —議論の整理—

以上の分析を踏まえ、現代の国際的な投資保護メカニズムが、各国の文化政策上の規制に与える影響について、施策の種類・分野ごとに整理しておきたい。

第一に、外国投資の受入れ(admission)の段階における各種の規制については、規律の対象としていない投資協定が多い<sup>75</sup>。上記 II.(1)で述べたように、特に文化関連の分野においては、外国投資の自由化に対して慎重な姿勢を維持する国がまだまだ少なくない。なかでも、メディア・コンテンツ産業のように、人々の思想形成や政治的態度に直接に影響を及ぼしうるセクターでは、強度の外資規制が設けられやすい。日本のメディア・コンテンツ産業が進出を図るアジア諸国では、例えばインドネシアのように外資規制が比較的軽微な国もある一方<sup>76</sup>、マレーシアのように、コンテンツの製造、出版、卸売、小売、レンタル、放送、インターネット配信といった全ての面で、政府の事前審査と許認可・登録を外資参入の要件とし、しかも国内資本との合弁を求めるなど、きわめて厳格な規制の下に置く国もある<sup>77</sup>。こうした事前審査のプロセスでは、その許認可の基準が非公表である場合も多く<sup>78</sup>、不明確な理由によって投資を拒否されるようなケースも生じうる。しかし、大半の投資協定は、こうした投資受入れ段階における規制の低減や合理化を求めたり、各国間での規制内容の相違を調和させることを目的としておらず、この段階で各国が下した決定について条約上の違反を問うことは難しい。それは、今後行われうる投資自由化交渉やサービス貿易自由化交渉に委ねられる問題である<sup>79</sup>。

<sup>75</sup> 前註 22 で述べたように、投資設立前(pre-establishment)の内国民待遇という形で投資自由化の義務を置いている投資協定もあるが、これを採用する国はまだ一部にとどまる。米国は 1980 年代前半から自由化約束を含む協定の締結をすすめ、その後、カナダ・日本・ノルウェー・フィンランドなどがこれにならっている。なお、こうした自由化約束を含む投資協定であっても、留保表によって例外分野は残されうる。

<sup>76</sup> 参照、三菱 UFJ リサーチ&コンサルティング『アジアにおける国際展開を阻害する各国制度関連に関する調査(平成 19 年度先導的分野情報化推進等委託費報告書)』(2008 年)36-41 頁。

<sup>77</sup> 同上、78-82 頁。

<sup>78</sup> 例えば、マレーシアの映像コンテンツ事業の免許制では、ライセンス取得者の選択基準は特に明文化されていない。同上、411 頁。

<sup>79</sup> サービス業における直接投資であれば GATS の約束対象であり、市場アクセスに関する約束がなされれば、それに違反する投資受入れ制限は GATS 違反となる(なお、GATS 第 16 条 1 項脚注によれば、第 3 モード=直接投資の約束をした場合には、それに関連する資本移動の自由をも約束したものとみなすとされているので、サービスとは別に投資自由化について合意・約束を行う必要はない)。もっとも、GATS の市

第二に、外国投資の受入れが認められ、実際に事業が展開される段階で課される政府規制については、投資協定との整合性を問題としうる。これらの規制は、より厳密に見れば、(a)政府機関がその権限内の決定を行う際に文化保護の要素を個別に考慮するケースと、(b)文化保護を目的とする法令を制定して、ある分野における事業活動に一般的な制限を課すケースとに分けることができるだろう。

前者は、例えば本稿で扱った事例で言えば、(i)Parkerings 事件のように、建築物等の開発認可において、文化遺産に悪影響が及ぶような計画が提出された場合にはそれを不許可とする、(ii)Glamis Gold 事件のように、鉱物の採掘事業が先住民文化に悪影響を及ぼすことが明らかになった場合には、その被害を低減するような対応を命じる、(iii)Santa Elena 事件のように、環境や文化の保護の観点から必要と思われる土地を収用する、といった措置が考えられる。これは、あくまでも特定の投資案件に関する法令の個別的適用のレベルで文化保護という要素の位置づけが問題になるケースであり、建築法制や収用法制といった受入国の法制度それ自体に対して投資保護メカニズムが何らかの変更や調和を迫るというわけではない。仮に、これらの措置が投資仲裁で条約違反を認定されたとしても、それは当該案件の投資家に対して金銭賠償を支払えば終結する問題であり、文化政策一般の立案や遂行にとって本質的な制約を課すものではない。

他方、法令により事業活動上の一般的な条件を導入するタイプの文化政策の場合（例えば放送事業において特定文化のコンテンツの優遇を求めるなど）、もしそれが投資協定違反とされれば、多数の投資家が賠償請求権を得ることになるため、事実上、受入国は当該規制の改廃を迫られる。こうした事態が起これば、国家の文化政策上の権能が投資保護メカニズムにより本質的に統制を受けることになり、政策選択の幅が縮小して各国の規制内容が収斂していくという結果に至りうる。

しかし、本稿が過去の仲裁判断の分析から明らかにしたように、投資保護ルールには受入国が合法的に規制を導入するための十分な解釈の幅があるため、合理的な政策上の目的と手段の下に制定された規制であれば、仮にそれが外国投資家に何らかの損害を与えてとしても、条約違反と認定されることはないと考えられる。上述のように、例えばある規制が投資家に対して収用と同等の投資価値の剥奪をもたらすとしても、比例性原則に基づき規制目的の公益性・正当性が考慮されることで、間接収用は成立しない（したがって補償の支払いは必要ない）との判断に至りうるし、新たな規制の導入により投資家が不利益を被ったとしても、それだけでは公正衡平待遇の違反とはならない。規制が明らかに恣意的ないし不合理な内容を含む場合には投資協定違反となりうるが、それは国家の規制主権の範囲には直接関わらない問題である。それゆえ、投資保護メカニズムの下においても、各

---

場アクセスに関する約束の対象は、第 16 条 2 項に規定される 6 つの形態の規制であり、設立形態の規制や資本参加制限はここに含まれるが、事前審査や許認可に関する規制は含まれていないため、仮に約束表の市場アクセス欄に「制限なし」と記載されていても、投資受入れの全側面が自由化されたことまでは意味しない。Cf. Molinuevo, M., *Protecting Investment in Services: Investor-State Arbitration versus WTO Dispute Settlement* (Kluwer Law International, 2011), p.84.

国は固有の文化政策を維持または導入する権能を基本的には失わないのであり、投資協定が文化政策の多様性ひいては文化多様性の消失をもたらすという議論は、正確な制度理解に基づくものとは言えない。

もっとも、明白に国内産業の保護のみを意図した規制や、必ずしも合理性を説明できない規制を維持したいという場合は、投資協定違反の認定を避けるために、例外規定による対処を考える必要があるだろう。ただ、それは包括的な文化例外条項である必要はなく、むしろ、規制の合理性・正当性にかかわらず政策上の裁量を保持したいという特殊な分野に絞って、留保表に限定列挙する方式をとることが望ましい。このように、立法的に政策裁量を確保すべき分野と、司法的な紛争解決の中でルール解釈を通じて規制を正当化すべき分野とを適切に仕分けることが、文化多様性と投資保護とをバランスよく追求していくための出発点であると言えよう。

## V. 結論と政策的含意

以上、本稿では、文化政策と投資保護ルールとの関係について、投資協定における立法的側面と投資仲裁における司法的側面の両方から検討を加えてきた。以下、得られた知見の概要と、そこから導かれる政策的含意を簡潔にまとめておきたい。

(i)文化関連分野における外国投資の受入れは、多くの国にとってセンシティブな問題であり、投資自由化に関する国際約束は比較的低い水準にある。加えて、投資受入れではなく、受け入れた後の保護の段階に関するルールについても、文化政策上の規制裁量を失うことへの懸念から、投資協定に包括的な文化例外条項を含める方針をとる国もある。しかし、「文化」概念の射程は極めて広く、包括的な文化例外条項では投資保護とのバランスを失う恐れもあるため、留保表において適用除外分野を限定列挙する方式をとるなど、例外の射程をより明確にする立法的な取組みが求められる。

(ii)投資家—国家間の紛争処理条項に基づく仲裁の仕組みにより、投資受入国の規制主権が侵食されるのではないかと懸念は、過去の仲裁判断を分析する限り、ほぼ杞憂に近い。むしろ、公益促進に向けた規制を適切な態様で導入する余地は、投資保護ルールの解釈上、十二分に広く残されている。これは、本稿でも指摘したように、無差別原則であれば「同様の状況」、間接収用であれば「比例性」、公正衡平待遇であれば「正当な期待」など、各々のルールの鍵となる概念において、投資受入国の公益的な規制関心を考慮しうる仕掛けが備わっているからである。

(iii)とりわけ、文化政策上の関心から行われる規制については、従来の投資紛争事例を見る限り、仲裁廷がその目的の正当性に疑義を呈することはほとんどなく、むしろ様々な政策的価値の中でも最高度に近い尊重の対象として扱われている。したがって、立法等において示された文化政策上の目的と、そこで用いられる規制手段とが著しく乖離していなければ、たとえ外国投資家に損失を与える措置であっても、投資受入国は適法に実施しうる

可能性が高い。このように考えれば、投資協定にあえて文化例外条項などを設けなくとも、必要な文化関連規制をとる権限は通常の投資保護ルールの中に留保されているのであり、むしろ例外条項を導入すると規制権限の濫用に対する歯止めすら失われる点でバランスが悪い。文化政策上の規制裁量を確保する観点から投資協定の改善を図るとすれば、過去の仲裁判断を通じて形成されてきた法理を確認的に明文化することで十分であり、受入国が講じた措置の適否の評価は事案ごとに仲裁の審理に委ねるのが理に適っている。

(iv)投資家側の視点に立つと、投資協定及び投資仲裁による保護を受けられるケースは、一般に考えられているよりも狭いことになるかもしれない。特に、本稿で指摘したように、投資受入国が文化保護などの公益目的を前面に出すことで、内外差別的な規制やパフォーマンス要求なども正当化できてしまうとすれば、投資保護ルールの意義が疑問視されかねない。しかし、実際には、こうした際どい事例の解釈はまだ固まったわけではなく、長期的に見れば、受入国の正当かつ誠実な規制から生じる結果のみが投資仲裁で適法と判断されることになるだろう。したがって、投資家側としては、受入国の正当な規制権限の存在も考慮したうえで、自身の投資が保護されることを「正当に期待」できる範囲はどこまでかを冷静に見定める必要がある。文化関連の分野では受入国の規制関心がとりわけ強固でありうるが、投資保護ルールでは、個々の投資家と受入国政府との接触の中で個別的に生じた期待こそが重要であるから、いかに強度の規制がかかる分野であっても、アприオリに保護の対象から外れることはない。投資保護ルールのこうした文脈依存的な性格を十分に理解しておくことが肝要である。