



RIETI Discussion Paper Series 14-J-008

## 国籍国に対する対抗措置としての正当性と投資家への対抗可能性

岩月 直樹  
立教大学



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/>

## 国籍国に対する対抗措置としての正当性と投資家への対抗可能性\*

岩月 直樹（立教大学法学部）

## 要 旨

国際法においては、相手国が条約違反など国際法上違法な行為を犯した場合、一定の制約に従うことを条件として、通常であれば違法とされる措置を合法的な対抗措置としてとることによって対応することが認められている。こうした措置の一種として、外国投資家の投資を侵害する措置を投資受入国が執った場合に、当該措置を投資家の本国による先行違法行為への対抗措置であるとし、その正当性を投資家に対しても主張することはできるだろうか。実際にもこうした問題は、甘藷糖の米国市場へのアクセスをめぐる紛争を契機としてメキシコが競合産品であるブドウ糖果糖液糖を同国内で製造販売する米国子会社に対してとった差別的課税措置をめぐる3件の国際投資仲裁で争われ、1件の仲裁が肯定されたのに対し、2件の仲裁は否定され、ほぼ同一の事案であるにもかかわらず、異なる判断が示された。

歴史的には、相手国民の資産・財産を凍結し、さらに没収することはまさに正当な対抗措置の一形態として認められ、その根拠はある国家の国民は、自国の犯した違法行為については共同で責任を負うべきものとする共同体的連帯性に求められてきた。今日では没収までは認められないにしても、あくまで投資家は協定締約国の国籍を有することを根拠として保護を与えられていることからすれば、投資家が共同体的連帯性に基づく責任負担を原則として免れていると認めることは難しい。そうであるとするならば、国際投資仲裁において投資受入国が協定違反措置を本国に対する対抗措置として正当化する抗弁を投資家が自らに無関係のものとして退けるためには、協定締約国が投資家の実体的・手続的保護をはかるために投資家を当事者とする国際投資仲裁手続においては対抗措置の援用可能性を排除することを受け入れた（あるいはそのようにみなしうる）ことが確認されなければならない。そしてそれは協定の趣旨目的や保障された保護に関する規定ぶりなど、個々の国際投資保護協定の解釈に基づいて判断されるべき問題である。

もっとも、政府の立場からすると、対抗措置は他国による不当な行為に対抗するための重要な手段であり、そうした手段の余地を残して置くことは外交政策上は極めて重要であるとも言える。そのような観点からすれば、対抗措置の外国投資家に対する対抗可能性を事案毎の協定解釈に委ねることは適当でないとも考えられよう。そのため、投資国際保護協定に関わらず対抗措置の余地を残したいと考えるのであれば、協定上の保護を投資家に直接的に保障するような文言を避ける、あるいは明示的に国際法上正当な対抗措置をとる国家の権利を害するものではないとする留保条項を挿入する必要があるだろう。

キーワード：対抗措置、国籍、課税措置、投資家の法的地位、違法性阻却事由、国家責任

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、所属する組織及び（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、独立行政法人経済産業研究所におけるプロジェクト「国際投資法の現代的課題」の成果の一部である。本稿の原案に対して、経済産業研究所ディスカッション・ペーパー検討会の方々から多くの有益なコメントを頂いた。

## I. 問題の所在

今日ますますの拡大を見せる二国間・多数国間投資保護協定および投資章を含む経済連携協定（以下、これらを総称して国際投資保護協定と呼ぶ）を通じて、世界中で行われている対外投資が広く国際法に基づく保護を受けるようになってきている。とりわけ近年では、ICSID や UNCITRAL の仲裁規則に従った国際仲裁手続を締約国の投資家が一方的に開始することを可能とする投資＝国家間仲裁手続（以下、国際投資仲裁）を多くの国際投資保護協定が備えるようになっており、投資家は救済面でとりわけ保護されるようになってきている。

こうした国際投資保護協定による投資財産・投資活動の保護・促進は他方でしかし、投資受入国による正当な規制・行政活動を妨げることになるのではないかと懸念を惹起するようにもなっている。投資が投下される地域における環境保護政策の実施や労働者保護および労務管理規制が投資活動に影響し、それを協定違反として投資家が国際投資仲裁に申し立てた場合、それらの措置がもつぱら国際投資保護の観点から評価され、人権や環境保護のための規制・行政措置あるいは立法措置が、それらの有する正統性にかかわらず、協定違反に基づく責任を問われることになりかねない、そのために結果としてそうした人権・環境保護のための国内措置の実施が妨げられることになる、というわけである。こうした投資保護と人権・環境などの正当な規制目的との調整を如何にはかるかは、国際投資法をめぐる大きな争点の一つとなっている<sup>1</sup>。

ところでこれと同様の問題は、正統な国内政策の実施措置だけではなく、外交的な観点からとられる措置についても生じうる。

国家は他国による条約違反など国際法上の違法行為が犯され、損害を被ったと考える場合には、当該違法行為に基づく国際責任を追及し、損害の回復を求める。その際に、交渉などを通じても要求を相手国が頑なに拒むような場合には、裁量的経済援助の停止などのいわゆる報復措置（国際法上、国家の裁量とされている事項に関わる措置。非友誼的ではあるものの、濫用に至らない限り、違法性・責任の問題を生じない）に訴え、さらには金融・通商制限措置など、通常であればそれ自体も条約に違反し、責任を問われうるような、いわゆる対抗措置に訴えることがある<sup>2</sup>。

こうした対抗措置が許容される根拠については、対象国が先行して違法行為を犯しているこ

---

<sup>1</sup> See, for example, T. Treves *et al* (eds.), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns* (2014); K. Miles, *The Origins of International Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital* (2013); S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment* (2013); J.E. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law* (2012); P.-M. Dupuy *et al.* (eds.), *Human Rights in International Investment Arbitration*, (2009); The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, *International Investments and Protection of the Environment* (2001).

<sup>2</sup> 広義では、前者の報復措置を含め、他国の違法行為責任に対する救済を求める際に国家が訴える一方的措置を「対抗措置」と呼ぶこともある。See M. Virally, “Panorama du droit international contemporain,” *Recueil des cours à l’Académie de droit international de La Haye*, tome 183 (1983), pp. 217-220.

とに基づく相互主義や、あるいはなお集権化が進んでいない国際法秩序における分権的法執行の必要性など様々に論じられているが<sup>3</sup>、いずれにしても対抗措置が一定の条件の下で行われる限り国際法上正当なものとして許容されることについては、広く承認されている<sup>4</sup>。そのため、ある国際投資保護協定の締約国が、他方締約国による何らかの国際違法行為を問題としてそれに対する救済を求める中で当該他方締約国国民の投資活動を制約するような措置をとった場合、一方締約国は当該他方締約国に対し、当該措置を対抗措置として正当なものと主張することが国際法上可能である。

しかしこの対抗措置としての国際投資保護協定違反の正当化可能性については、国際投資仲裁との関係では次の点が別途、問題となりうる。すなわち、対抗措置としての国際法上の正当性は、投資家が申立人として提起した国際投資仲裁においても援用可能であり、その場合には投資家の請求は退けられることとなるのか、という問題である。

この問題は、従来はあまり意識されることがなかったものの<sup>5</sup>、メキシコによるブドウ糖果糖液糖（HFCS）の生産販売に関する課税措置をめぐる米国企業が提起した NAFTA 第 11 章に基づく国際投資仲裁において、メキシコ政府が当該課税措置を米国による NAFTA 違反に対する対抗措置であるとの主張を行ったことにより、請求の諾否を左右する実質的に重要な争点となった。とりわけ、本件はほぼ同一の事実関係に基づきながらも、異なる 3 社の米国企業がそれぞれ別個に国際投資仲裁に申立を行い、結果として仲裁判断相互において対応が分かれたこともあり、強い関心が向けられるようになっている<sup>6</sup>。

そこで本稿では、メキシコ HFCS 課税措置事件に関する 3 件の仲裁判断を概観し（Ⅱ）、国際投資仲裁における対抗措置としての正当化の投資家への対抗可能性を判断する上で考慮すべき要素を検討した上で（Ⅲ）、それら仲裁判断を批判的に検討するとともに、例外規定の設定による対応について論じることとしたい（Ⅳ）。

---

<sup>3</sup> 参照、拙稿「現代国際法における対抗措置の法的性質—国際紛争処理の法構造に照らした対抗措置の正当性根拠と制度的機能に関する一考察—」国際法外交雑誌第 107 巻（2008 年）204-237 頁。

<sup>4</sup> See, J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (2002), pp. 47-56, 281-301.

<sup>5</sup> 同様の問題は従来は友好通商航海条約に基づく締約国国民の保護との関係でも生じていたが、その場合には投資家は自ら直接に国際手続に訴え、自らに対する救済を得ることができず、本国の外交的保護に頼まざるを得なかったことから、投資家に対する対抗措置としての正当性の対抗可能性という問題は生じなかった。それに対して今日では、国際投資保護協定に反する措置について、投資家自らが国際投資仲裁手続を通じて国際的な請求を行い、救済を主体的に求めることができるようになってきているために、投資家に対してその本国に対する対抗措置としての正当性を主張しうるかが問われることとなっているわけである。

<sup>6</sup> M. Paparinskis, "Investment Arbitration and the Law of Countermeasures," *British Year Book of International Law*, vol. 79 (2009), pp. 317-351; K. Parlett, *The Individual in International Legal System* (2011), pp. 114-119; J. Kurtz, "Paradoxical Application of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration," *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25 (2010), pp. 185-187.

## II. メキシコ HFCS 課税措置事件

### 1. 事件の概要

本件はサトウキビを原料とするメキシコ産砂糖（甘藷糖）の米国市場への参入制限をめぐる生じていたメキシコと米国との紛争にその端緒を有する。両国はメキシコ産砂糖の米国市場への参入をめくりかねてより協議を続けていたものの合意にいたることができずにいた。そうした中、メキシコは米国の対応を北米自由貿易協定（以下、NAFTA）第7章（Annex 703.2、Section A: Mexico and the United States）に違反するとし、同国産砂糖の米国市場への参入を妨げていると主張するまでになった。メキシコは本紛争の解決に向けて NAFTA 第20章に基づく仲裁パネルの設置を米国に対して要請したものの、米国はそれに応じず、パネリストの選定を行わなかった。

こうした状況の中、メキシコは2001年に甘藷糖を原料とするもの以外の甘味料およびそれを使用したソフトドリンクの販売及び流通に対して新たに20%の内国税（excise tax）を課すことを決定した。メキシコ国内では、ソフトドリンク用甘味料として HFCS が大きくシェアを伸ばしていたところであったが、本課税措置の実施後そのシェアは逆に大きく縮小することとなった。

当時メキシコにおける HFCS の生産販売は米国企業がほぼ独占的に行っており、そのために本課税措置には実質的に当該米国企業を狙い撃ちするものであった<sup>7</sup>。そのため、米国企業3社がそれぞれ NAFTA 第11章セクションAに定められた内国民待遇義務等に違反しているとして、同セクションBに従い国際投資仲裁（ICSID Additional Facility）に付託、仲裁手続を開始した。本仲裁手続のいずれにおいても、メキシコは本件課税措置を米国本国による NAFTA 第7章および第20章の違反に対する対抗措置として正当であり、そうである以上は米国の投資家である申立人はいずれも本件措置について救済を求めることはできないとの抗弁を提起した。

3件の仲裁判断は、結論においてはいずれもメキシコの責任を認め賠償を命じたものの、内一件（*Archer Daniel Midland and Tale & Lyle v. Mexico*<sup>8</sup>、以下 ADM 事件）ではメキシコが主張した米国本国の NAFTA 違反に対する対抗措置として正当である場合には、投資家は国際

---

<sup>7</sup> なお、当該措置については米国が GATT 第3条に基づく内国民待遇の違反を主張し WTO 紛争処理手続に付託し、メキシコの GATT 違反が認定されている。See Panel Report, *Mexico—Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/R, 7 October 2005; Appellate Body Report, *Mexico—Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/AB/R, 6 March 2006.

<sup>8</sup> *ICSID Case No. ARB(AF)/04/o5, Award, 21 November 2007*. 本判断は、メキシコによる対抗措置が米国に対する正当な対抗措置であるならば申立人たる米国投資家の請求を認めることはできるとしながらも、本件課税措置についてはそもそもメキシコの国内砂糖産業を保護することを目的とするものであったと認められること、またいずれにしても均衡性要件を満たしていないとし、そもそも正当な対抗措置とは認められないとした。 *Ibid.*, paras. 149-157.

投資仲裁手続によっても投資保護義務の違反に基づく救済を求めることはできないと判断した。それに対して他の2件 (*Corn Product International v. Mexico*<sup>9</sup> (以下 CPI 事件) および *Cargill, Incorporation v. Mexico*<sup>10</sup> (以下、Cargill 事件)) では、逆に、たとえ米国に対する対抗措置として正当なものであったとしても、投資家の請求はそれによっても何らの影響も受けなかった。

## 2. メキシコ HFCS 課税措置事件仲裁判断における対抗措置の抗弁への対応

広く認められているように、対抗措置は先行して違法行為を犯した国に対してのみ正当なものと認められ、もしも当該措置がその他の国に対して負う義務に反する場合には、当該他国との関係では、対抗措置に訴えた国は違法行為に基づく国家責任を負うことになる。対抗措置の正当性はそもそも相対的なものであり、それゆえに「第三者」に対しては対抗措置としての正当性を対抗し得ないというわけである<sup>11</sup>。メキシコもこの原則自体は争わなかったが、本件ではこの「第三者」に投資家が含まれるか否かを争い、国籍国から独立した「第三者」とは認められないと主張した。それに対して申立人は、国際投資仲裁において投資家は自己自身の個別的権利 (individual rights) を有しているものであり、そうした権利の保持者として本国に対する対抗措置との関係では「第三者」と認められるものと主張した。

こうした主張に対し、ADM 事件仲裁判断は、NAFTA 第 11 章セクション A に基づく実体的保護はあくまで締約国間における権利義務を設定するにすぎず、その違反に伴う責任も本来的には関係する締約国間において生じるに過ぎないとした<sup>12</sup>。確かに NAFTA 第 11 章は投資家に自らの判断と選択に従って国際投資仲裁に訴え、自らに対する救済を求めることを可能としているものの、それはあくまで国籍国が有する請求権 (国家責任の追及に関する権利) を投資家にゆだねることとしたためであり、投資家が自らの実体的権利の保護とその侵害に対する固有の救済を求める権利を認めたものではない<sup>13</sup>。NAFTA 第 11 章は、あくまで国家責任の追及に関する一般国際法に対する特別法を構成するものであり、当該一般国際法とは別個独立した投資保護に関する特別な制度を設けたものではない、というわけである<sup>14</sup>。このような立場からすると、請求の原因とされる投資活動侵害行為が国籍国に対する正当な対抗措

<sup>9</sup> *ICSID Case No. ARB(AF)/04/01, Decision on Responsibility, 15 January 2008.*

<sup>10</sup> *ICSID Case No. ARB(AF)/05/02, Award, 18 September 2009.*

<sup>11</sup> 国家責任条文第 49 条 4 項及び 5 項。See Crawford, *supra* note 4, p. 285.

<sup>12</sup> *ADM case, supra* note 8, para. 178.

<sup>13</sup> *Ibid.*, paras. 173, 178-179.

<sup>14</sup> *ADM case, supra* note 8, paras. 117-118. ADM 事件仲裁判断はまた、NAFTA 第 11 章が対抗措置に何ら言及していないことから、対抗措置に関する特別法は存在せず、一般法が引き続き妥当するとの立場をとった。 *Ibid.*, paras. 119-121. なお NAFTA は国家間紛争処理手続を定めた第 20 章において NAFTA の解釈適用をめぐる紛争における対抗措置の行使を原則として禁止し、またその行使が認められる場合についても手続的に厳しい制限を課している。もっともこの点は 3 件の何れの仲裁判断においても考慮されなかった。

置であるのであれば、そもそも投資家はその本国にいわば代替して行使する請求権自体が存在しない。そうである以上、請求は受理不能ということなる。

このような ADM 事件仲裁の示した判断は、それ自体としては一見したところ NAFTA 第 11 章の文言にも沿ったものでもある。NAFTA は投資家の「権利」に言及している条項も有するものの、それらは知的財産権や国内裁判所への出訴権など「国内法上の権利」の国際的保障に関わるものであることが明らかであり、それ以外においては、投資受入国の「義務」として保障すべき待遇を示すという規定ぶりを行っている。

他方で、国際投資仲裁手続を定めた同セクション B (1116 条) では「投資家は仲裁付託を行うことができる」と規定しており、これが投資家との関係で仲裁付託に関する義務を投資受入国に直接に課すものであり、その点で投資家が手続的権利を有することについては ADM 事件仲裁判断も、それを認める。しかしメキシコによる対抗措置はこの国際仲裁への付託に関する手続的権利はその本来の性質は国籍国の国際請求権であることから対抗措置の抗弁を免れうるものではないのであり、またいずれにしてもメキシコは仲裁付託自体を妨げているわけではない以上、当該権利は侵害されていないとした<sup>15</sup>。

このような ADM 事件仲裁判断が示す立場は、確かに、自国民の身体財産への侵害に対する国籍国の外交的保護に関する伝統的理解に合致するものではある。外交的保護権が、自国民がその身体財産に対して被った損害を原因とし、当該自国民のために (on behalf of) 行使されるものではありながら、しかしそれはあくまで国籍国自身の権利であるために、国家はその行使の是非について自ら判断し、また得られた賠償をどのように処分するかも自由であることは、広く一般に認められているところである<sup>16</sup>。しかしそうした外交的保護権の国家的性格が多分に便宜性に基づくフィクションとしての性質を持つこともまた、つとに指摘されるところである。それは国際法上の権利義務の主体は主権国家に限られるとする観念が一般的であった時代に、個人損害に基づく請求を理論的に基礎づけるために必要とされた法的擬制にすぎない<sup>17</sup>。それを個人が直接請求を行うことを可能とする国際投資仲裁手続を定めた NAFTA についてもなお維持し、投資家による仲裁付託は国家の請求権を代位的に行使するに過ぎないものとするのは、フィクションにフィクションを重ねるものであり、論理としては成り立ちうるとしても、どこまでのその妥当性を認めることができるかについては議論の余地のあるところであろう。

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, para. 179.

<sup>16</sup> 国際法委員会が 2006 年に採択した「外交的保護」に関する条文草案第 19 条 c 項は「責任を負う国から被害に対して得られた金銭賠償を、合理的な控除を条件として、被害者に引き渡すこと」としている。しかしこれは同条の題名（「勧告される実行」）が示すとおり、確立した国際法上の義務としてではなく、国家に対する行動指針あるいは「あるべき法」として定めているに留まる。See Report of the International Law Commission 2006 (Fifty-eighth session), UN Doc. General Assembly Official Records, Sixty-first session, Supplement No. 10 (A/61/10), pp. 94-100.

<sup>17</sup> 参照、加藤信行「外交的保護権に関する『埋没理論』の再検討」北大法学論集第 32 巻（1982 年）959-1003 頁。

ADM 事件仲裁判断に続く他の2件の仲裁判断は、NAFTA は単に手続的権利だけではなく、投資家に固有の実体的権利も認めているとの判断を示しているが、それは ADM 判断が示す論理に感じられる過度の擬制に対する違和感に起因するようと思われる。例えば CPI 事件仲裁判断は率直に、NAFTA は投資家にその本国とは別個独立した実体的権利を付与しているとしか解することができず<sup>18</sup>、それ以外の解釈は「直感に反する (counterintuitive)」ものであると指摘する<sup>19</sup>。

こうした ADM 事件仲裁判断が示した「反直感的な」結論を支える根拠として CPI 事件仲裁判断は NAFTA 第 11 章の目的に依拠する。同判断は、NAFTA 第 11 章の目的は投資家と本国とを分離することにあると指摘し、投資協定仲裁手続に関する規定は NAFTA 締約国のそうした意図を確認するものであると指摘する<sup>20</sup>。しかし、NAFTA 第 11 章の目的がそうした権利保持者としての本国と投資家の分離にあるとする根拠は何ら示されておらず、NAFTA が投資家に固有の実体的権利まで付与していることを十分に論証できているとは言えない。

また Cargill 事件仲裁判断は、NAFTA 第 11 章に基づく国際投資仲裁の当事者はあくまで投資家個人であり、投資家は自らの名で仲裁手続を遂行するのであって、自らに宛てられたものとして仲裁判断を得ることが予定されていることを強調する<sup>21</sup>。しかし、それがなぜ投資家の固有の実体的権利を肯定する結論を導くのかについて、説得的な説明を提示することができてはいない。おそらくこれら両判断は、協定違反に対する救済を投資家が主体的に追及し、自己に対するものとして得ることが予定されている以上、救済の根拠となる実体的保護に関わる法的利益は投資家に直接帰属するものとみなすべきであると考えているのであろう。しかし、請求に関する手続的権利あるいは訴権は、必ずしも当該権利あるいは訴権を有する者の固有の実体的権利を当然に予定するものではない。国際投資保護協定において投資家に認められる訴権はあくまで国際仲裁手続を通じて投資紛争の解決を求めるための権利であり、それ自体は投資家が国際投資保護協定によって固有の実体的権利を有するか否かとは別に認めうるものである<sup>22</sup>。その点で、国際投資仲裁に関わる手続的権利から投資保護に関する投資家の実体的権利を引き出す CPI 事件仲裁判断及び Cargill 事件仲裁判断はいずれも結論を先取りした論理的な欠陥を伴っていると言わざるを得ない。両判断は、ADM 事件仲裁判断に認められる過度の擬制的性格に対する批判としては有効なものであるとしても、必ずしも投資家の実体的権利を積極的に基礎づけるものではない。同判断が外交的保護権の国家性を過度に

<sup>18</sup> *CPI case, supra note 9, para. 167.*

<sup>19</sup> *Ibid.*, para. 169.

<sup>20</sup> *Ibid.*, paras. 161-162.

<sup>21</sup> *Cargill case, supra note 10, paras. 424-4266.*

<sup>22</sup> たとえば国連海洋法条約は、船舶が旗国以外の国によって拿捕された場合に、当該船舶の所有者たる私人が船舶の即時釈放を求めて国際海洋法裁判所に訴えることを認めているが (292 条)、これは当該船舶所有者の実体的権利が同条約によって保護されているためではなく、あくまで旗国のために (on behalf of the flag State of the vessel) なされるものとされている (同条 2 項)。See, M.H. Nordquist, Sh. Rosenne and L.B. Sohn, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982*, vol. V (1989), pp. 67-71.



強調しているとしても、そうした擬制が広く国家の認識に浸透していることからすれば、そうした擬制を前提として、もっぱら便宜的考慮に基づいて国際請求の提起を投資家自身に委ねる制度設計がはかれるということもありうるところである<sup>23</sup>。そうした擬制を否定するためには、条文上の文言などに即しつつ、より積極的に投資家に固有の実体的権利が与えられていることを積極的に支持する根拠が示されなければならないであろう。

### III. 対抗措置制度における「第三者」性の意義と国際投資保護協定における投資家

#### 1. 対抗措置との関係における「第三者」性の意義

メキシコ HFCS 課税措置をめぐる3件の仲裁判断は、対抗措置の対抗可能性を否定される「第三者」該当性の判断基準を、投資家が固有の実体的権利を国際投資保護協定において与えられているかに求めた。こうした対応は当事者の主張に即したものであったとはいえ、そもそも対抗措置との関係における第三者性の判断基準を投資家に固有な実体的権利の存在に求めることが妥当であるのかについては確認しておく必要がある。問題の焦点があくまで一般国際法上の対抗措置との関係における投資家の第三者該当性にある以上、その判断を規定する枠組みは対抗措置制度に求められなければならない、その上で NAFTA あるいは国際投資保護協定一般に認められる事情を考慮して判断すべきものであるためである。

今日一般に、対抗措置の正当性を第三者に対して対抗し得ないと言う場合に想定されているのは、他の国家や国際組織などの独立した国際法主体であり、法主体として相互に独立している以上、先行違法行為を犯していない主体が対抗措置を受忍すべき理由はない<sup>24</sup>。もっとも、このような相互主義的考慮（措置の違法性は先行して違法行為を犯した主体に対してのみ対抗措置として正当化される）に基づく対抗措置の第三者非対抗性の説明は、メキシコ HFCS 課税措置事件で問われたような、本国に対する関係において投資家の「第三者性」を認めることができるか否かという問題に示唆を与えるものでもない。そこで問われているのは、そもそも国籍という法的紐帯によって結びついている国家とその国民について、対抗措置の適用上、区別することができるか否かであるためである。

この点は、従来、対抗措置が論じられる文脈では、国家とその国民との関係につき、次のような認識がいわば暗黙の前提とされてきたことを考えると、重要な問題提起を含んでいる。すなわち、国際法上の対抗措置制度は、国家が犯した違法行為の責任については、その国民も共同で負担することを受忍しなければならないという、いわゆる「共同体的連帯 (communal

<sup>23</sup> Alexander Orakhekvili, "Substantive Applicable Law, Consensual Judicial Jurisdiction, and the Public Interest in International Law," *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 55 (2012), pp. 47-48.

<sup>24</sup> See, *supra* note 11.

solidarity)」観念である<sup>25</sup>。この共同体的連帯観念は、対抗措置制度の前身とされるヨーロッパ中世における復讐制度の発展過程の中で、君主が果たすべき救済を与えない場合に、自らは何ら問題とされる侵害行為に関係していないその臣民の財産を差押えあるいは収奪することで救済に宛てることに対する正当化の論理として提示されたものである<sup>26</sup>。その後、国家体制は中世封建制の崩壊、主権国家体制への展開、そして国民国家の誕生へと大きく変転することになるが、一国の国民は共同体的連帯にもとづいて国家としての責任を連帯して担うべきものとする観念自体は否定されることなく、引き続き妥当するものと考えられてきた<sup>27</sup>。

今日ではこのような認識が正面から強調されることはないものの、例えばパウエット (D. Bowett) が指摘するように、自らは何ら直接的に関わりのない相手国民の資産が対抗措置の対象となることは望ましいものではないものの、「しかし現実的には、復讐を行使する国家は常に違法行為国の国民を許容される対象とみなしてきたのであり、多くの場合にはそれら国民が唯一利用可能な対象であるのである。国家の違法行為に際して非国家主体に対する復讐の行使を禁じるような発展を試みることは、非現実的と思われる」、というのが現在においても広く共有された認識であるように思われる<sup>28</sup>。サルディノ事件合衆国連邦裁判決も、「外国人に憲法上の保障が及ぶとしても、合衆国国内にある外国人の財産の取扱いについてその本国の行為に目をつむらなければならないということにはならない。憲法は外国人を合衆国政府の恣意的な行動から保護しているが、当該外国人自身の本国政府のそうした活動に対してとられた合理的な対応から保護しているわけではない」としている<sup>29</sup>。

実行においては、かつて一般的であった友好通商航海条約に違反するような外国人の財産に対する凍結措置は今日ではできる限り控えられるようになってきているが、しかしあくまで状況次第ではとりうる措置と考えられている。例えば在テヘラン米国大使館員人質事件に際して米国はイラン国民の資産の凍結・差押え措置に含めるかを検討していた<sup>30</sup>。

このように、対抗措置制度はその正当性を支える論理の一つとして共同体的連帯観念に依拠し、対象国政府とその国民とを一体として扱い、当該国民も自国の国際責任の負担として自らに及ぶ不利益（国内法によって保護される権利の侵害を含む）を受忍すべきことをその制度趣旨に含んでいた。そうであるとすれば、国際投資仲裁において国籍国に対する対抗措置としての正当性に関わらず、それを自らには対抗し得ないものと投資家が主張しうるため

<sup>25</sup> A.E. Hindmarsh, *Force in Peace: Force Short of War in International Relations* (1933), pp. 46-47.

<sup>26</sup> Giovanni da Legnano, *De Bello: Tractatus de Represallis et de Duello* (1360), reprinted as *The Classics of International Law*, No. 8 (1917), pp. 307-308.

<sup>27</sup> See Gérard de Rayneval, *Institution du droit de la nature et des gens* (2ème ed., 1803), livre II, chapitre XII, §4. Cf. Pasqual Fioré, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation modern* (traduit de l'italien par Pradier-Fodéré), tome 2 (1869), pp. 222-223, 226.

<sup>28</sup> D. Bowett, "Economic Coercion and Reprisals by States," *Virginia Journal of International Law*, vol. 13 (1972), p. 10.

<sup>29</sup> See *Sardino v. Federal Reserve Bank of New York*, 361 F.2d 106 (1966), 22 April 1966.

<sup>30</sup> 実際にはイラン政府資産の凍結措置に訴えるに留まった。See, O. Schachter, "International Law in the Hostage Crisis: Implication for Future Cases," Warren Christopher et al., *American Hostages in Iran: The Conduct of A Crisis* (1985), pp. 325-373.

には、こうした共同体的連帯を国際投資協定に基づく保護に関する限りは否定されることを支持する根拠が認められなければならない。

このような観点から本国に対する対抗措置との関係における投資家の第三者性を考える上で特に重要なのは、投資家はあくまで締約国の投資家であることを条件として保護を与えられている、という点である。国際投資保護協定について論じる際、一般に「投資家の保護」と言及されるのが通例であるが、しかしそれは「投資家」一般に対して与えられるべき保護ではない。国際投資保護協定においてはあくまで、「各締約国の国民あるいは企業」である投資家はその保護の対象とされている。むしろ、企業投資家については、多くの国際投資保護協定では締約国との実質的連関（*genuine connection*）を要求せず、単に締約国の関連法令に基づいて設立されていることを基準としており、その点で実質的に締約国以外の国籍を有する投資家が保護される結果となりうる<sup>31</sup>。しかし、そうであっても、それは国籍を問わずに広く投資家を保護することを締約国が意図していることを示すものではまったくなく、むしろ利益否認条項を通じて第三国の投資家によるタダ乗りのな国際投資保護協定の利用を排除する余地を締約国は留保していることに注意しなければならない<sup>32</sup>。このように見るならば、国際投資保護協定はむしろ国籍国との共同体的連帯を前提として保護されているとも考えられ、当該連帯の積極面（国際投資保護協定に基づく保護の享有）を主張しながらも、その消極面（本国に対する対抗措置の効果としての保護の停止）を否定することは、論理的に一貫しないとも言える。そうであるならば、本国に対する対抗措置との関係における第三者性が投資家に認められるためには、投資家に与えられる保護がその内容あるいは趣旨において、本国との共同体的連帯性を否定しうるようなものであることが認められなければならない。

## 2. 国際投資保護協定における投資家の国籍国に対する独立性

### (1) 国際投資保護協定における投資家に固有の権利の付与

#### (a) 国際投資保護協定に基づく投資家の権利の法的性質

国際投資保護協定に基づく保護につき、それを「投資家の権利」と認めるかについては、学説においてもなお見解が分かれており、また「投資家の権利」を肯定するものの中でもその権利の性質については争いがある。これらの学説は概要、以下の3種に区別することができる。

第一に、国際投資保護協定が定める保護・待遇はもっぱら締約国国家間の権利義務として定められているとし、国際投資仲裁手続は投資家に当該義務違反に伴う請求について特別な

<sup>31</sup> 参照、伊藤一頼「投資家・投資財産」小寺彰（編・著）『国際投資協定——仲裁による法的保護』（2010年）19-29頁。

<sup>32</sup> 参照、拙稿「利益否認——Plama Consortium Ltd. (Cyprus) v. Bulgaria」小寺彰・川合弘造（編）『エネルギー投資仲裁実例研究』（2013年）155-169頁。

請求資格を付与しているとする立場である（派生的権利説（*derivative rights theory*）<sup>33</sup>。あくまで実体的な請求権は投資家の本国が有するものの、具体的な請求について投資家にいわば二次的・派生的な請求権（資格）が与えられているに過ぎないとするわけである。このような見解からすれば、国際投資仲裁手続を通じた投資家の請求は、その実質においては本国による外交的保護に他ならず、具体的な請求の態様において特別法に基づく手続として認められたものということになる。ADM 事件仲裁判断が依拠したのは、まさにこの立場である<sup>34</sup>。

第二に、国際投資保護協定によって投資受入国と投資家との間に国際法に基づく実体的な法的関係が設定されるとし、国際投資仲裁はそうした投資家の実体的権利を保障するために設けられた、独自の国際的手続であるとする立場である（実体的直接権利説（*substantive direct theory*）<sup>35</sup>。このような見解からすれば、国際投資仲裁手続を通じた請求は投資家の実体的権利の存在を示すものであり、本国による外交的保護とは別に、その保護のために特別に設けられた、特殊で固有の（*sui generis*）手続ということになる。CPI 事件仲裁判断および Cargill 事件仲裁判断が依拠したのが、この立場である。

以上の二つの見解に加え、学説上提示されているものとして、「手続的直接権利説（*procedural direct theory*）」と呼びうる見解がある<sup>36</sup>。これは、国際投資保護協定の実体的保護に関する諸規定は当然には投資家の権利を定めたとはいえないものの、投資家が協定違反を請求原因として仲裁付託を行った場合、その時点をもって、投資受入国は協定に反する行為によって生じた侵害に対する救済を申立人である投資家に支払う義務を投資家に対して負い、投資家はそうした救済を得る権利を取得する、とするものである。この見解によれば、投資保護に関する実体的義務はあくまで締約国間の権利義務として設定され、投資受入国は投資家に対する義務として投資保護を引き受けるわけではない。しかし、国際投資仲裁手続に関する規定を受け入れたことで、投資家に固有の権利として協定に反する行為によって生じた侵害についての固有の請求権を特別に付与したものとする。そのため、本見解に立つ論者は、投資保護に関わる実体規定について、投資家に対する限りにおいては、それは義務ではなく、投資家の請求を処理する際に参照されるべきスタンダードであると言う<sup>37</sup>。

このように国際投資保護協定に基づく投資家の権利の法的性質について仲裁判断及び学説は分かれているが、これらのうちいずれが妥当であるかを一般的に論じることは必ずしも適当ではない。実際に締結されている国際投資保護協定はその規定ぶりにおいて様々であり、上記の諸見解のうちの一つで説明しきれないわけではない。これらの諸見解は国際投資保護協

<sup>33</sup> Z. Douglas, “Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration,” *British Year Book of International Law*, vol. 74 (2003), pp. 162-164; *idem*, *The International Law of Investment Claims* (2009), pp. 11-16; Parlett, *supra* note 6, pp. 109-110.

<sup>34</sup> ADM case, *supra* note 8, paras. 168-173.

<sup>35</sup> Parlett, *supra* note 6, p. 111; Douglas, *supra* note 33 (Hybrid Foundations), pp. 164, 182; *idem*, *supra* note 33 (Investment Claims), pp. 32-35.

<sup>36</sup> Douglas, *supra* note 33 (Investment Claims), p. 35; Parlett, *supra* note 6, pp. 110-111.

<sup>37</sup> *E.g.* Douglas, *supra* note 33 (Investment Claims), p. 35.

定に基づく投資家の法的地位に関するありうる理念型・類型として捉えるべきであり、いずれの見解が妥当するかは個々の国際投資保護協定について、その規定ぶりに着目しながら判断するのが適当であろう。

(b) 国際投資保護協定における投資・投資活動の保護に関する規定ぶり

ここで国際投資保護協定における投資・投資活動の保護に関する規定ぶりをくまなく検討することはできないが、「投資家の」「国際法上の」権利を肯定するような規定ぶりを認めることができるかという観点から注目される点を指摘しておきたい。

まず、実体的保護に関する規定において「投資家の権利」に明示的に言及する国際投資保護協定は少ない。実体的保護に関しては、多くの場合、「各締約国は〔一定の保護を〕他方の締約国の投資家に与える」(Each Party shall accord to the investors of the other Party ...) という規定ぶり、あるいは「一方の締約国の国民および会社も〔一定の保護を〕保障される」(Nationals and companies of either Contracting Party shall be guaranteed ...) というような規定ぶりがなされており、あくまで締約国の義務を定めるに留まっている。この点で、例えば後者の規定ぶりの例については、保護対象として投資家が明示的に想定されていることをもって、締約国の義務に対する実体的権利が投資家に与えられたものと解する余地がないわけではない。しかし、そうした規定ぶりは既に友好通商航海条約においても見られるものであり、友好通商航海条約の解釈としては従来、それらが締約国国民の権利を認めるものと解することができるとしても、当該権利はあくまで各締約国が関連国内法を通じて保障すべき国内法上の権利を定めるに留まるものと考えられてきたことに注意する必要がある<sup>38</sup>。そのため、そうした規定ぶりのみをもって、国際投資保護協定に基づいて投資家に「国際法上の」実体的権利が認められたと考えることは、妥当ではない。

また、前者の規定ぶり（「各締約国は〔一定の保護を〕他方の締約国の投資家に与える」）を採用する国際投資保護協定の中には、実体規定では明示的に投資家の権利に言及していないものの、国際投資仲裁手続に関する規定において、投資受入国が他方締約国の投資家に対し「この協定に基づき与えられる権利が侵害されたことにより損失又は損害を生じさせた」場合には国際投資仲裁手続を通じた救済を求めることができるとし、実体的保護に関する投資受入国の義務に対応する権利を投資家が有することを前提とした規定ぶりを示すものが見られる<sup>39</sup>。こうした場合には、投資家が国際投資保護協定に基づいて一定の実体的権利を有す

<sup>38</sup> R. Jennings & A. Watts, *Oppenheim's International Law*, Vol. 1, Part 1 (1996), pp. 847-849. See also, M. Sornarajah, *The Law on Foreign Investment* (3rd ed., 2010), pp. 180-181.

<sup>39</sup> 例えば、2003年日＝ベトナム投資保護協定（*United Nations Treaty Series*, No. 48369）第14条1項は、次のように規定している。

For the purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party that has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, an alleged breach of *any right conferred by this Agreement* with respect to investments of investors of that other Contracting Party.

ることは確かであるが、しかし、上記の場合と同じく、それは基本的には国内法上の権利であることが想定されていると解する余地も残されている。実体的直接権利説が説くように、国際投資保護協定によって投資家が自らに固有の国際法上の実体的権利を保障されていると断言するためには、国際法による投資家保護の直接性、つまり投資家の権利が国際法上の権利として保障されたものであることが示されなければならない。

この点はもっぱら協定締約国の意思によるわけであるが、そうした意思を確認する上で重要と思われるのが、国際投資仲裁手続において適用されるべき法規に関する規定である。仲裁手続に関する適用法規は紛争当事者の意思に基づいて決定されるのが基本であり、多くの国際投資保護協定においても国際投資仲裁手続に関する適用法規をそもそも定めず、紛争当事者である投資家と投資受入国の意思に委ねている<sup>40</sup>。あるいは、適用法規について、国際法と国内法の別を問わず国際投資仲裁手続において援用可能な法源を列挙するものも見られる（例えば、1996年ドイツ＝ベネズエラ協定）<sup>41</sup>。このような場合には、国際投資仲裁は基本的には投資家の申立てを踏まえつつ、個々の事案の必要に応じて争点毎に適用法規を判断することになる。場合によっては投資家が侵害されたと主張する権利を国際法に直接依拠した権利として認めることもあり得る。これは、まさに手続的・直接権利説が妥当する場合であると言っているが、既に見たように、こうした場合には投資家は仲裁手続に付託する以前から法上当然に (*ipso jure*) 国際法に基づく実体的権利を国際投資保護協定によって与えられていると言うことはできない。

他方で、国際投資仲裁手続における適用法規を「本協定及び適用可能な国際法規則」として特定する国際投資保護協定も、例外的ながら見受けられる。例えば2007年日本＝カンボジア協定は、「この協定に基づき与えられる権利が侵害されたことにより損失又は損害」を投資家が被った場合には投資家は国際投資仲裁手続に紛争を付託することができるとし（第17条4項）、その場合には仲裁裁判所は「この協定及び関係する国際法の規則に従って、係争中の

---

<sup>40</sup> 多くの国際投資保護協定は ICSID あるいは UNCITRAL 仲裁規則に従った国際仲裁手続への付託を認めることを規定するに留まり、適用法規に関する特定の規定を有しない。この場合、ICSID 条約第 42 条 2 項、UNCITRAL 規則第 35 条 1 項に基づき、紛争当事者の意思に基づき、また当該意思が確認出来合い場合には仲裁廷が事案に鑑みて適用法規を決定することになる。See UNCTAD, *Dispute Settlement: Investor-State* (2003), UNCTAD/ITE/30, pp. 55-57.

<sup>41</sup> 1996年ドイツ＝ベネズエラ投資保護協定 (*United Nations Treaty Series*, No. 35917 (English translation by UN Secretariat)) 第 10 条 3 項は、次のように規定している。

The arbitral tribunal shall issue its ruling in accordance with the provisions of this Treaty, with those of other treaties existing between the Parties, with the laws in force in the Contracting Party in which the investments were made, including its rules of private international law, and with the general principles of international law.

適用法規に関するこうした広い規定ぶりは、国際投資仲裁に付託しうる紛争の多様性（協定違反の他、当事者間における投資契約違反、投資受入国の国内法違反）に対応するものであるかもしれない。参照、2012年米国モデル投資保護協定第 30 条。しかし、1996年ドイツ＝ベネズエラ協定のように、協定違反のみを請求原因としている場合であっても、適用法規に関してこのような広い規定ぶりが採用されていることにも注意すべきである。

事案につき決定する」と定めている（同 14 項）<sup>42</sup>。このような場合には、協定によって投資家に実体的保護に関する権利が与えられていること、そして当該権利に対する侵害と救済は国際法に従ってはかられるべきことを協定締約国が意図していることが明らかであると言える。このような場合には、仲裁付託によってはじめて投資家は国際法上の保護を直接に受けるのではなく、そもそも投資家は実体的保護に関する規定によって国際法によって直接に保護されていると認めることができ、実体的直接権利説が妥当するものと考えることができる。

なお、国際投資保護協定の中には国際投資仲裁の適用法規を国際法に特定しながらも、投資家の「権利」に明示的に言及せず、一貫して「締約国の義務」に言及するに留めるものも見られる（例えば 2007 年日本＝インドネシア経済連携協定<sup>43</sup>）。あくまで投資家の「権利」に言及していないことから、こうした場合については派生的権利説に従った理解をすべきであるとも考えうるが、しかし権利と義務との相関関係を前提とすれば「協定に基づく権利」という文言と「締約国の義務」という規定ぶりの相違を過度に強調するのが妥当であるかには疑問の余地があろう。この点については文言のみによって判断することは適当ではなく、国際投資保護協定の趣旨目的を踏まえた上で検討する必要があるだろう。

## （2）国際投資保護協定の趣旨目的

国際投資保護協定の趣旨目的が投資・投資活動の保護にあることは確かであるが、しかしそれ以上に、投資家を本国政府とは切り離された固有の法益の享有主体として保護しようとするところにあるのか。この点については、CPI 事件仲裁判断のように、それを当然とみなす見解がある。投資の保護は当該投資を行った投資家の利益を保護することに他ならず、それを否定し、ましてやその本国に対する対抗措置として保護の停止を受忍しなければならないとするのであれば、そもそも国際投資保護協定を締結した趣旨目的を失わしめることとなり不合理である、というわけである<sup>44</sup>。

こうした主張それ自体には、確かに否定しがたい点があるものの、しかし国際投資保護協定が現にそうした趣旨目的でもって締結されているかについては、別途、確認されなければならない。

上記のような主張はもっぱら国際投資仲裁手続に関わる規定を根拠として提示されている

<sup>42</sup> 英語正文は、以下の通り（*United Nations Treaty Series*, No. 48905）。

An arbitral tribunal established under paragraph 4 shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.

<sup>43</sup> 同協定第 69 条は次のように規定している（*United Nations Treaty Series*, No. 48935. 英語正文）。

(1) For the purposes of this Chapter, an “investment dispute” is a dispute between a Party and an investor of the other Party that has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, an alleged breach of any obligation under this Agreement with respect to the investor and its investments.

[...]

(14) An arbitral tribunal established under paragraph 4 shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.

<sup>44</sup> *CPI case*, *supra* note 9, para. 161.

が、国際投資保護協定の趣旨目的を当該規定のみによって示されていると考えるのは適当ではなく、それは前文を含む協定全体を踏まえて特定されなければならない<sup>45</sup>。

(a) 協定前文

国際投資保護協定は一般にその前文で、まず締約国間の経済協力関係の強化促進をその目的として掲げ、投資保護が両国間の経済交流および発展を促すことになることを指摘している。こうした規定ぶりは最初期の国際投資保護協定とされる1959年ドイツ＝パキスタン協定の前文に見られるものであり<sup>46</sup>、今日では環境や労働者の保護など新たな考慮事項が加えられるようになっているものの、基本的には締約国を問わず国際投資保護協定一般について広く認められる<sup>47</sup>。

こうした前文の規定ぶりから明らかなのは、国際投資保護協定の目的は第一に締約国の経済発展を促すことにあるということであり、投資家の保護はそうした目的を達成する上での重要な方策としていることである。投資家の保護を当該主目的との関係においては、いわば手段的なものと位置づけている。実際、2002年日本＝韓国協定のように、この点について端的に「両国間の経済関係を強化するために投資をさらに促進することを希望し」とするものも見られる<sup>48</sup>。

<sup>45</sup> See, R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (2008), pp. 196-197.

<sup>46</sup> 同協定は、次のように前文を定めている (*United Nations Treaty Series*, No. 6575 (authentic English text))。

The Federal Republic of Germany and Pakistan,  
Desiring to intensify economic co-operation between the two States,  
Intending to create favourable conditions for investments by nationals and companies of either State in the territory of the other State, and  
Recognizing that an understanding reached between the two States is likely to promote investment, encourage private industrial and financial enterprise and to increase the prosperity of both the States,  
Have agreed as follows:

両国は2009年に新たな二国間投資保護協定を締結したが、前文はほぼ同様の規定ぶりのままと  
なっている。

<sup>47</sup> See UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (2007), pp. 3-4.

<sup>48</sup> 同協定 (*United Nations Treaty Series*, No. 48375) の英語正文では、次のように前文が定められている (強調は筆者による)。

The Government of the Republic of Korea and the Government of Japan,  
*Desiring to further promote investment in order to strengthen the economic relationship between the two countries;*  
Intending to further create favourable conditions for greater investment by investors of one country in the territory of the other country;  
Recognising the growing importance of the progressive liberalisation of investment for stimulating private initiative and for promoting prosperity in both countries;  
Recognising that these objectives can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application;  
Recognising the importance of the cooperative relationship between labour and management in promoting investment between both countries;  
Bearing in mind their respective rights and obligations under the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization signed on the 15th day of April, 1994 and other multilateral instruments



こうした規定ぶりが投資家自身に着目し、それを独立した権利享有主体として保護しようとしているわけではないことは、友好通商航海条約における投資家の保護との比較からも明らかである。

国際投資活動の保護はなにも国際投資保護協定によってはじめてはかられることとなったものではなく、それは古くから友好通商航海条約の対象とされ、それを基に成立した慣習国際法によって保護されてきたものである。友好通商航海条約とは別に国際投資保護協定が締結されるようになったのは、なにも友好通商航海条約とはまったく異なる形で投資家の保護をはかることが必要とされたからではない。それはむしろ、第2次世界大戦後におけるアジア・アフリカ諸国の独立とそれらの国際経済への参加という新たな状況を前にして、先進諸国がもっぱら投資活動の保護をはかるための国際的な保障枠組みを設ける必要に応じるためであった<sup>49</sup>。むろん、義務遵守条項（いわゆるアンブレラ条項）や国際投資仲裁手続など、国際投資保護協定になってはじめてみられるようになった規定もあるものの、財産権の尊重、収用に対する補償、公正衡平待遇など投資家の実体的保護に関する規定の多くは既に友好通商航海条約にも見られたものであり、そうした保護が友好通商航海条約の場合とは異なり投資家の保護それ自体を目的として定められていることを示すものは、少なくとも前文には見いだすことができない<sup>50</sup>。

また、たとえ協定前文に基づいて投資家の保護それ自体に国際投資保護協定の趣旨目的があると言い得たとしても、それは必ずしも国籍国とは独立した権利享有主体として投資家が保護されるべきことを意味するわけではない。むしろ、そのような法的地位を投資家に認めることは、場合によっては投資家を不利な状況に置くことにつながりうる。こうした状況は、例えば、投資家が投資受入国と締結した投資合意において、将来的に投資紛争が生じた場合であっても国際投資保護協定にもとづく国際投資仲裁手続には訴えないことを約束した場合に生じうる。これは、南米諸国が外国投資家に対して本国政府による外交的保護に訴えないこととすることを求めた「カルボー条項」の現代版であるが、そうした条項の効力はあくまで外交的保護が国家の権利である以上は投資家個人によって処分することはできず、国際法上は何らの法的効果も有しないものとされた。しかし、もし国際投資保護協定に基づいて投資家が国籍国とは独立した権利享有主体として認められるならば、投資家が自らに認められた権利を処分することは当然可能であり、それを国籍国も尊重することが求められることに

---

of cooperation;

Wishing that this Agreement will contribute to the strengthening of international cooperation with respect to the development of international rules on foreign investment; and

Believing that this Agreement marks the beginning of new economic partnership between the two countries in the twenty-first century;

Have agreed as follows:

<sup>49</sup> United States Representative of Trades, Press Release, No. 82/10, cited in W. Sachs, “The ‘New’ U.S. Bilateral Investment Treaties,” *International Tax and Business Law*, Vol. 2 (1984), p. 198, note 48.

<sup>50</sup> See Kenneth J. Vandeverde, *Bilateral Investment Treaties* (2010), pp. 20-59; J.W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (2010), pp. 83-91.

なろう<sup>51</sup>。こうした場合があり得ることを考えるならば、たとえ投資家をそれ自体として保護することが国際投資保護協定の趣旨目的に適うとしても、それをもって投資家が国籍国とは独立した法的地位を有するものと推定する根拠として援用することはできない<sup>52</sup>。

#### (b) 国際投資仲裁規定の設定と投資家の主体性

かつての友好通商航海条約と比較した場合に今日の国際投資保護協定を顕著に特徴づけているのが、投資家によって一方的に開始することのできる国際投資仲裁に関する規定であることは疑いが無い。CPI 事件仲裁判断や Cargill 事件仲裁判断を含め、実体的直接権利説を支持する見解が示されるのも、つまるところ国際投資仲裁手続に投資家が自らの名において救済を申し立てることが認められていることに着目し、それに基づく当然の推論あるいは前提として実体的権利の存在を肯定するからに他ならない。そうした推論あるいは前提については、既に指摘したように、実体的保護に関する規定ぶり、とりわけ投資家と投資受入国との関係がどのような法に基づくものであることが想定されているのか（適用法規）に注目しつつ、個別に判断されなければならない。しかしそれとは別に、投資家が投資受入国との間で投資紛争が生じることを想定し、その処理方法として投資家が望む場合には国際投資仲裁手続に付託することを可能とする規定を設けたことに、投資紛争の処理に関する限り投資家を国籍国と投資受入国との関係から法的に切り離して扱うことについての締約国の意思を読み取ることはできるだろうか。国際投資仲裁手続は投資家が自ら主体的に行うものであるが、果たしてその主体性は単に手続の遂行に関わる形式なものに留まるのか、あるいは本国との法的連帯性を（断ち切るものではないにしても）投資紛争の処理に関する限りは問題とせず、独立した紛争当事者としての地位を尊重するという実質的な意義まで認めうるものなのであるだろうか。

国際投資仲裁手続に関する規定ぶりにも様々なものがあり、この点についても一般的に論じることはできないし、また適当でもない。先にも挙げた 2007 年日本＝カンボジア協定のようには明確に投資家の権利保障手続として国際投資仲裁手続を予定している場合には肯定的に答えることができると思われるものの、そうでない場合にはやはり協定の規定ぶりに着目し、それを積極的に支持する（あるいは否定する）要素を認めることができるかが検討されなければならない。

こうした観点からすると、投資家の本国と国際投資仲裁手続との関係に関わる規定がいくつかの国際投資保護協定に見られることが注目される。例えば、国際投資仲裁を定めた協定の中には、国籍国による外交的保護に関する制限を定めたものがあり、またいくつかの国際

<sup>51</sup> O. Spiermann, "Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties," *Arbitration international*, vol. 20 (2004), pp. 179-211.

<sup>52</sup> Parlett, *supra* note 6, p. 113; A.K. Hoffmann, "The Investor's Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty," *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, vol. 22 (2007), p. 81.

投資保護協定には国際投資仲裁に対して締約国が一定の関与あるいは統制を及ぼすことを留保しているものも見られる。これらについて、それらが国際投資仲裁手続における投資家の「主体性」についてどのような含意を持つかという観点から検討してみよう。

i) 国籍国による外交的保護の制限

国際投資保護協定の多くは投資家の国籍国による外交的保護について何らの言及もしていないものの、その制限を明示的に規定している例も見受けられる。そうしたものの中でも2011年日本＝コロンビア協定はもっとも詳細な規定を有するものである。同協定第29条10項は次のように規定している<sup>53</sup>。

いずれの一方の締約国も、他方の締約国及び一方の締約国の投資家が第二十七条5に規定する仲裁に付託することに同意し、又は付託した投資紛争に関し、外交上の保護を与えてはならず、又は国家間の請求を行ってはならない。ただし、他方の締約国が当該投資紛争について下された裁定に従わなかった場合は、この限りでない。この規定の適用上、外交上の保護には、投資紛争の解決を容易にすることのみを目的とする非公式の外交交渉を含めない。

国際投資仲裁に付託される紛争については国籍国の外交的保護を排除することとしたこのような規定を投資家の法的地位との関係で説明するとすれば、投資家はあくまで国籍国が有する外交的保護権をその授権に基づいて代替的に行使しているに過ぎないとする派生的権利説がもっとも適合的であるのは確かである。その場合、投資保護に関する実体規定や国際投資仲裁に関する規定がどのように書かれていたとしても、投資家はあくまでその国籍国の国民として協定上の利益を享有し、そうしたものとして手続の遂行を委ねられているのであり、むしろ共同体的連帯性がこうした規定によって再確認されているの、ということになるだろう。

しかし、こうした規定を投資家が国際投資保護協定に基づいて享有する法的利益の性質に基づく論理的帰結を示したものとみななければならない必然性はない。またいずれにしても、派生的権利説に拠らなければそうした規定を説明しえないわけでもない。

広く認められているように、外交的保護は自国民が他国の違法行為によって損害を被った場合にそれを取り上げ、当該自国民に代わって (on behalf of) 救済請求を行うものである。そのため、外交的保護は国家の権利であるとされながらも、もし自国民が自らに利用可能な救済手続を通じて賠償を得ることができるのであれば、そもそも外交的保護に訴える必要性はなく、その行使は認められないものとされてきた。そうした救済手続として直接の被害者

<sup>53</sup> 同協定の英語正文では、次のように規定されている。

Neither Contracting Party shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of an investment dispute which the other Contracting Party and an investor of the former Contracting Party have consented to submit or submitted to arbitration set forth in paragraph 5 of Article 27, unless that other Contracting Party has failed to abide by and comply with the award rendered in such investment dispute. Diplomatic protection, for the purposes of this paragraph, shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the investment dispute.

たる自国民が利用可能なものは当然に当該相手国の国内的手続に限られていたために、そうした制約は「国内救済の完了」という形で論じられてきた<sup>54</sup>。しかし、国際投資仲裁手続のように、国家間の別段の合意により他にも利用可能な救済手続が設けられ、それが直接の被害者たる私人が任意に利用しうるものであるのであれば、その限りにおいて国籍国が外交的保護として請求を取り上げる必要性はなく、外交的保護に訴えることの妥当性は認められないこととなる<sup>55</sup>。

そうであるとすれば、国際投資仲裁に付託される紛争については国籍国の外交的保護を排除するこうした規定は、国際投資保護協定における投資家の地位あるいはその権利の法的性質をどのように考えるかにかかわらず、もっぱら国家の権利としての外交的保護の法的性質およびその必要性という実際の考慮によって説明されうる。実際、ICSID 条約第 27 条 1 項にも外交的保護の制限に関する規定が設けられているが、それは投資家とその国籍国の両者が共に同一の損害を原因として投資受入国に対する請求を行うことは不合理であり、そうした余地をふさいでおくことが必要と考えられたためである<sup>56</sup>。ICSID 条約が起草された際には国際投資保護協定の違反ではなく、むしろ投資家と投資受入国との契約違反をめぐる紛争が主に念頭に置かれていたことからすれば、そうした規定をもっぱら投資家が国際投資保護協定上有する権利の性質に関連づけて論じることは、そもそも適當ではないと言えよう。

以上のように見るならば、国際投資保護協定中の外交的保護の制限に関する規定は投資家の法的地位に直接関係するものではなく、それは国際投資仲裁手続における投資家の「主体性」の内実を考える上では何ら積極的な含意を示すものではないと言わなければならない。

## ii) 国際投資仲裁に手続に対する締約国による関与

国際投資保護協定は国際投資仲裁の利用についてはもっぱら投資家に委ねており、その開始と手続の遂行についてその本国が関与することを予定していない。しかし、近年に締結された国際投資保護協定やいくつかの国のモデル協定は、締約国が国際投資仲裁手続に関与することを予定した規定が見受けられる<sup>57</sup>。

<sup>54</sup> See, Report of the International Law Commission 2006, *supra* note 16, pp. 70-85; Crawford, *supra* note 4, pp. 264-265.

<sup>55</sup> See A.R. Parra, “Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral instruments on Investment,” *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, vol. 12 (1997), p. 336-337; V.J. Tejera Pérez, “Diplomatic Protection Revival for Failure to Comply with Investment Arbitration Awards,” *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3 (2012), pp. 463-464. See also, K. Parlett, “Diplomatic Protection and Investment Arbitration,” R. Hofmann & Ch.J. Tams (eds.), *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?* (2011), pp. 211-229; B. Juratowitch, “The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties,” *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, vol. 23 (2008), pp. 10-33.

<sup>56</sup> *History of the ICSID Convention*, vol. II, p. 273; M. Pappas, “Investment Arbitration and the Law of Countermeasures,” *British Year Book of International Law*, vol. 79 (2009), pp. 279-317.

<sup>57</sup> See UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (2007), pp. 119-121.

そうした関与としてはまず、国際投資仲裁への付託前における締約国当局への通告がある。一般には国際投資仲裁手続への付託は投資家が任意に行いうるものであるが、例えば2005年米国＝ウルグアイ協定は、投資家が投資受入国による課税措置を収用規定違反として申し立てる場合にはまず両締約国の関係当局に通告し、当該当局間の協議を待たなければ国際仲裁手続に付託することができないとする（第21条3項a）。そしてもし、両締約国の関係当局が問題とされる課税措置は収用に当たらないとすることで合意した場合には、投資家は当該請求を仲裁に付託することができず、合意がない場合にのみ仲裁によって決定されることを予定している（同条同項b）<sup>58</sup>。

また他には、国際投資仲裁で協定違反と申し立てられた措置について投資受入国がそれを国際投資保護協定によって適用除外とされているとの抗弁を提起した場合、当該抗弁が認容しうるものであるかどうかの決定を締約国の協議に委ねるものがある。例えば2005年米国＝ウルグアイ協定は協定の締結前に実施されていた一定の国内措置を附属書に列挙し、それらの措置については内国民待遇、最恵国待遇、パフォーマンス要求、投資財産たる企業の役員選任に関する制限に関する規定は適用されないものとしている（第14条）。そして、国際投資仲裁手続において投資受入国が同条を援用して問題とされる措置が附属書に挙げられた措置に該当すると主張した場合には、仲裁廷は当該争点に関する協定解釈を締約国に求めることとし、締約国は協議を行い60日以内に解釈に関する合意を示す決定を行う（第31条1項）。当該決定は仲裁廷を拘束し、仲裁判断はそれに適合したものでなければならない。もし60日以内に締約国が決定に至らなかった場合には、仲裁廷が決定を下すことになる（同条2項）。類似の規定は、カナダの2004年モデル協定<sup>59</sup>にも見られる。

こうした規定が設けられている場合、協定により特定された限定的な場合に限られているとはいえ、本来であれば仲裁廷の第三者的判断に基づいて処理されるべき投資家の救済請求が、一方の紛争当事国である投資受入国と投資家の本国との個別的な協議に左右されることになる。仮に投資家が国際投資保護協定による保護を求める独立した紛争当事者として尊重されるべきものであると考えるならば、このような締約国による「請求権の剥奪」ともみなしうる対応を許容することは不合理であろう。そのため、もしこれらの規定が締約国による投資家に与えられた請求権の個別的剥奪と解すべきものであるのであれば、投資家の請求は

<sup>58</sup> 同協定第21条3項aおよびb英語正文では、次のように定められている（available at <[http://www.ustr.gov/archive/assets/World\\_Regions/Americas/South\\_America/Uruguay\\_BIT/asset\\_upload\\_file582\\_6728.pdf](http://www.ustr.gov/archive/assets/World_Regions/Americas/South_America/Uruguay_BIT/asset_upload_file582_6728.pdf)>）。

3. Article 6 [Expropriation and Compensation] shall apply to all taxation measures, except that a claimant that asserts that a taxation measure involves an expropriation may submit a claim to arbitration under Section B only if:

(a) the Claimant has first referred to the competent tax authorities of both Parties in writing the issue of whether that taxation measure involves an expropriation; and

(b) within 180 days after the date of such referral, the competent tax authorities of both Parties fail to agree that the taxation measure is not an expropriation.

<sup>59</sup> Available at <<http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>.

国家の処理に従属するものと想定されており、国際投資仲裁手続において国籍国から独立した紛争当事者として尊重されるような主体性は認められていないことを示している、ということになる<sup>60</sup>。

しかし、これらの規定についてそのように解するのが適当であるかについては、異論もありうる。たとえば UNCTAD の報告書はこうした規定について、それらは「一定の事項あるいは規定について仲裁廷を拘束する特別な解釈権限」を留保したものであるとする<sup>61</sup>。これはつまり、課税措置など国家政策上も重要でありかつ機微に触れるものに関わる場合には、そもそもそれらの措置が協定に反すると言いうるかが一般的に定められた協定の文言に照らすだけでは適切に判断することが極めて難しく、単に被申立人たる投資受入国だけではなく投資家の本国にとっても意図しなかった判断が仲裁廷によって下されることが懸念されるために、締約国が個々の事案の事情を踏まえて具体的に合意した内容を詰めることとしたものであろう。そうであるとすれば、そうした規定が協定によってもともと認められるべき投資家の請求権を「剥奪」するものとは見ることはできない。むしろ締約国による国際投資仲裁手続への関与に関する規定をこのように解する場合には、それらは締約国の想定を離れたところで仲裁廷が投資家を過剰に保護し、その結果、国家の国内政策の実施が妨げられる結果となることに対する、締約国の側の警戒感の現れということになる<sup>62</sup>。こうした国際投資仲裁に対する締約国の関与を留保する規定は、投資家による国際請求に対するというよりも、仲裁廷に対するものとしてその判断に対する統制をはかるための仕組みとして理解されるべきものとして理解される。

いずれの場合も、結果的には投資家の請求が締約国の判断によって妨げられることとなるという点では異ならないが、こうした規定が設けられた制度趣旨としては後者のように解するのが条文にも即していると言え、適当であろう。

このように見た場合、締約国による国際投資仲裁手続への関与を有する規定は、当該手続における投資家の実質的意味での「主体性」にとってどのような含意を有するだろうか。こうした規定が、投資家による請求が必ずしも常に客観的・第三者的判断による取扱いを保障されないこととなり得るという点において、「独立した紛争当事者としての地位」としての国際投資仲裁手続における投資家の主体性を尊重するという観点からは、問題を含んでいることは確かであろう。しかしそれは、締約国が投資家に対して独立した紛争当事者としての地位を否定していることを意味するものではない。こうした規定に基づく締約国による介入はあくまで仲裁廷が判断すべき法的枠組みの確認に留まるのであり、投資家が独立した紛争当

<sup>60</sup> Paparinskis, *supra* note 6, p. 335. But see also, *ibid.*, p. 342.

<sup>61</sup> UNCTAD, *supra* note 57, p. 120.

<sup>62</sup> See A. Kolo, "Tax 'Veto' as a Special Jurisdictional and Substantive Issue in Investor-State Arbitration: Need for Reassessment?," *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 32 (2008), pp. 475-492; Ch. Schreuer, "International Investment Law and General International Law—From Clinical Isolation to Systemic Integration?," R. Hofmann & Ch.J. Tams (eds.), *International Investment Law and General International Law* (2011), p. 74.

事者として行う請求の提起それ自体を国籍国の判断に従属させるようなものであるわけではない。締約国の協議を通じて明確化された協定解釈の枠内においては、投資家は国籍国とは別個の独立した紛争当事者として自己自身の請求を行い、救済を迫ることが予定されている。こうした介入を行いうる場合が極めて特定的かつ限定的にのみ規定されていることは、そうした投資家の主体性は基本的に尊重されべきものと認識されていることを示しているとも見ることができよう。

#### IV. 結論

投資受入国は投資家の国籍国に対する対抗措置としての正当性を、国際投資仲裁において投資家に対しても対抗させることができるか。この問題につき、ADM 事件仲裁判断は投資家の国籍国への従属性を認めることで否定し、CPI 事件仲裁判断及び Cargill 事件仲裁判断は逆に投資家の国籍国からの独立性を認めることで肯定した。これら仲裁判断が着目したのは投資家の国際法上の権利享有主体としての独立性であるが、しかしいずれにしてもそうした権利を投資家はあくまで「締約国の」投資家として、締約国との国籍を通じて得ている点において、投資家は締約国に「従属」しており、完全にそれから独立した権利はそもそも論じることにはできない。

メキシコ HSCF 課税措置事件において提起されたこの問題の真の焦点はむしろ、元来、国際法上の対抗措置制度が共同体的連帯性に基づいて国家（政府）とその国民を一体視し、国家が犯した国際法違反に伴う負担をその国民も受忍すべきことを求めてきたことを踏まえてもなお、国際投資保護協定に基づく国際投資仲裁手続による投資家の救済請求に関する限り、そうした共同体的連帯性に基づく負担から投資家は解放されていると断言するか否かにある。

一部の国際投資保護協定のように、協定によって保護されるのが投資家の権利であり、なおかつそれが国際法に基づくことが締約国自身に意図され、そのための保障手続として国際投資仲裁手続が利用可能となっている場合については、肯定的に答えることができるであろう。この場合にはまさに投資家は固有の権利保有者として尊重され、かつそのようなものとして国際投資仲裁手続においても国籍国としては法的に独立した紛争当事者として尊重されるべきものと認められていると考えることができるためである。

しかし多くの国際投資仲裁手続は、たとえ投資家が一方的に付託しうる国際投資仲裁手続を予定している場合であっても、投資家の利益がその権利として保護されているのか（保護の権利性）、それがどのような法に基づいて保護されているのか（適用法規）、また国際投資仲裁手続に対する国籍国による関与の有無といった点で様々であり、一般的な結論を与えることは難しい。本稿の検討から言いうるのは、この問題については、投資家の保護に関する限りその本国から別個独立した請求主体（紛争当事者）として尊重されるべきものであることが想定されていると断言するかという観点から個々の国際投資保護協定の規定ぶりに着目

したうえで判断されるべき、ということに留まる。

こうした観点から NAFTA について見てみると、投資家の実体的保護を定めた NAFTA 第 11 章セクション A は一貫して締約国の義務を示す規定ぶりとなっている。投資家の権利に明示的に言及している場合も、それは締約国の国内法上の権利であることが明らかである（第 1109 条の債権者の権利、第 1110 条の知的財産権）。他方で、国際投資仲裁手続を定めたセクション B においては NAFTA 第 11 章セクション A の違反を投資家が申し立てた場合（第 1116 条<sup>63</sup>）、仲裁廷は NAFTA 及び適用可能な国際法に従って決定すべきこととし、NAFTA に基づく投資家と投資受入国の関係については国際法が適用されることを当初から予定している（第 1131 条 1 項）<sup>64</sup>。このような場合、たとえ国際投資仲裁手続で争われるものが投資家の「権利」であることが明示されていないとしても、それだけを理由に明示的に「権利」とする協定の場合とは別異に扱う根拠とすることは適当ではないであろう。実際、NAFTA は第 1115 条で、「国際的な相互主義の原則に従った平等な待遇と衡平な法廷における適切な手続を締約国の投資家に保障すること」に国際投資仲裁手続に関する規定を設けた趣旨があるとし<sup>65</sup>、投資家が NAFTA による保護を享有し、その確保を自ら追及する主体として尊重されるべきことを、明確に示している。

他方で NAFTA は課税措置を収用関連規定（第 1110 条）の違反として投資家が申し立てる場合には、仲裁手続に付託する意思を投資受入国に通知する際に、その旨を締約国の当局に通告することを求めており、6 ヶ月以内に当該措置の収用該当性について NAFTA 締約国の当局間で合意が形成されない場合、あるいは協議が始められない場合に、投資家は仲裁付託を行うことができるとしている（第 2103 条 6 項）<sup>66</sup>。こうした当局による関与は、投資家によ

<sup>63</sup> 英語正文は、以下のように規定する。

1. An investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim that another Party has breached an obligation under:
  - (a) Section A or Article 1503(2) (State Enterprises), or
  - (b) Article 1502(3)(a) (Monopolies and State Enterprises) where the monopoly has acted in a manner inconsistent with the Party's obligations under Section A, and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.

<sup>64</sup> 英語正文は、以下のように規定する。

1. A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.
2. An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section.

<sup>65</sup> 英語正文は、以下のように規定する。

Without prejudice to the rights and obligations of the Parties under Chapter Twenty (Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures), this Section establishes a mechanism for the settlement of investment disputes that assures both equal treatment among investors of the Parties in accordance with the principle of international reciprocity and due process before an impartial tribunal.

<sup>66</sup> 英語正文は、以下のように規定する。

6. Article 1110 (Expropriation and Compensation) shall apply to taxation measures except that no investor may invoke that Article as the basis for a claim under Article 1116 (Claim by an Investor of a Party on its Own Behalf) or 1117 (Claim by an Investor of a Party on Behalf of an Enterprise), where it has been determined pursuant to this paragraph that the measure is not an expropriation. The investor shall refer the issue of whether the measure is not an expropriation for a determination



る手続の遂行に対する大きな介入であり、とりわけ国際仲裁手続への付託を妨げる点において、先に見た仲裁廷に対する統制とは異なる投資家の訴訟遂行に対する直接的な介入となっている。その点で、投資家の請求提起と手続の遂行における主体性が締約国（国籍国）の意思に、限定的にはあられ、従属させられているとも言うる<sup>67</sup>。

ただ、同時に NAFTA は申立人たる投資家の国籍国を含む締約国が国際投資仲裁手続に、投資家とは独立した形で参加することを予定しており、手続の遂行と救済の獲得に関する限り、投資家はすべての側面において国籍国から独立した紛争当事者として尊重されるべきことを前提してもいる（第 1128 条）<sup>68</sup>。この点を踏まえるならば、課税措置という極めて特定かつ限定された場合における介入が留保されていることを踏まえても、基本的には投資家は国籍国から独立した紛争当事者としての地位を認められ、そうしたものとして尊重されるべきことが締約国によっても認められていると言うことができるように思われる<sup>69</sup>。

以上のように見るならば、NAFTA 第 11 章は投資保護および国際投資仲裁手続による救済獲得に関する限り、投資家をその国籍国から別個独立した請求権者・紛争当事者として扱うべきことをその趣旨の一部としており、対抗措置をもつばら国家間の問題であり、投資家と投資受入国との投資紛争の処理に持ち込むべきではないとした CPI 事件仲裁判断および Cargill 事件仲裁判断は、その結論においては妥当なものであったと述べるように思われる<sup>70</sup>。

いずれにしても、投資家の本国に対する対抗措置としての正当性であることを投資家に対して対抗しうるか否かの判断は個々の国際投資保護協定毎に判断されなければならない、またその場合でもその判断は簡単ではない。こうした状態は、投資家にとっては投資環境の不安

---

to the appropriate competent authorities set out in Annex 2103.6 at the time that it gives notice under Article 1119 (Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration). If the competent authorities do not agree to consider the issue or, having agreed to consider it, fail to agree that the measure is not an expropriation within a period of six months of such referral, the investor may submit its claim to arbitration under Article 1120 (Submission of a Claim to Arbitration).

<sup>67</sup> See, W.W. Park, “Expropriation and Taxation under the NAFTA,” T. Weiler, NAFTA—Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects (2004), pp. 98-101. See also, S. Puig, “The Role of Procedure in the Development of Investment Law: The Case of Section B of Chapter 11 of NAFTA,” Ch. Brown & K. Miles, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (2011), pp. 436-438. See also Ch.H. Brower, II, “Structure, Legitimacy, and NAFTA’s Investment Chapter,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36 (2003), pp. 82-86.

<sup>68</sup> 英語正文は、以下のように規定する。

On written notice to the disputing parties, a Party may make submissions to a Tribunal on a question of interpretation of this Agreement.

See, J.A. Van Duzer, “Investor-State Dispute Settlement under NAFTA Chapter 11: The Shape of Things to Come,” *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 35 (1997), pp. 282-283; S. Puig & M. Kinnear, “NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration,” *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, vol. 25 (2010), pp. 261-262.

<sup>69</sup> Douglas, *supra* note 33 (Investment Claims), p. 19.

<sup>70</sup> Cf. F.G. de Cossio, “Investment Protection Rights: Substantive or Procedural,” *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, vol. 26 (2011), pp. 114-116. Cossio は国際法が適用法規とされていることから、NAFTA 第 11 章の投資家＝国家仲裁においても対抗措置が援用可能であると結論づけるが、本稿で示した検討を踏まえるならば、適用法規に関する NAFTA 第 1131 条 1 項の解釈としてそのような結論を導き出すことは妥当なものとは認めがたい。

定性・不透明性という点で問題であるばかりではなく、対抗措置に訴える国家にとっても結果として投資家による多額の賠償請求がなされることを想定してその利用に消極的にならざるを得ないこととなりかねない。通常であればそれ自体も違法な措置であり、直接的には無関係の対象国国民に負担を強いる対抗措置は、確かにその利用は極力控えられるべきものであるとは言え、しかしなお中央集権的な統治機構を各国際社会においては、対抗措置は国際紛争の処理・国際法の履行確保をはかっていく上でなお重要な役割を担うものであることも否定できない。Cargill 事件仲裁判断はこの点について、投資財産・活動を害しない対抗措置をとりうることから案ずる必要のないことを指摘するが<sup>71</sup>、はたしてそのように断じることができるのか、とりわけ国際投資保護協定の規定ぶりの曖昧さによる義務の射程の潜在的広範さを考えるならば、疑問無しとはしない。

こうしたことからすれば、国際投資仲裁において対抗措置に基づく抗弁の余地を残しておくのが便宜であると考えるのであれば、国際投資保護協定に対抗措置に関する例外・留保規定を設けておくことが考えられてよいであろう。事案によっては既存の安全保障例外に対抗措置を読み込むことが可能な場合もあるかもしれないものの<sup>72</sup>、対抗措置を特に対象とした例外規定を設けることが望ましいであろう。そのような規定を設けた国際投資保護協定は、管見の限りでは、1963年ドイツ＝セイロン（現スリランカ）協定をあげることができるに留まるが、その第11条は、次のように規定している<sup>73</sup>。

本条約の規定は締約国間に紛争あるいは抗争が発生した場合にも国際法の一般規則に基づいて認められる一時的措置をとる権利を害することなく、当該場合においても効力を有する。こうした措置は紛争あるいは抗争が実際に終了した日以降、1年を超えない間に遅滞なく撤廃されるものとする。

本規定は武力紛争の発生した場合を主に想定したものであり、実際、本協定の他には「紛争 (dispute/Streitigkeiten)」という文言は見られない。ただ、本協定に関する限りで言えば、締約国間において紛争が発生した場合には、それが他の国際条約の解釈適用をめぐる紛争に関するものである場合でも、その処理をはかる上で一方の締約国がとった対抗措置は本協定の適用においても尊重され、国際投資仲裁手続においてもその正当性を考慮することが求められることになる。

もっとも実際にこうした規定を設ける場合には、対抗措置の正当性を客観的に判断するた

<sup>71</sup> Cargill case, *supra* note 10, para. 428.

<sup>72</sup> See, A. Newcombe & L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties* (2009), pp. 488-500.

<sup>73</sup> *Bundesgesetzblatt*, Teil II, 1966 Nr. 50 vom 11.10.1966, p. 914. 英語正文は、以下のように規定する。

The provisions of the present Treaty shall remain in force also in the event of a dispute or a conflict [Streitigkeiten oder Auseinandersetzungen] arising between the Contracting Parties, without prejudice to the right of taking such temporary measures as are permitted under the general rules of international law. Measures of this kind shall be repealed without undue delay after the date of the actual termination of the dispute or conflict but not later than one year thereafter.

なお、本ドイツ＝セイロン協定は、協定の解釈適用については国家間仲裁を予定しており、そもそも投資家を当事者とする国際投資仲裁については規定を有しない。

めの管轄権を仲裁廷に認めなければならず（そうでなければ「対抗措置である」との投資受入国の主張によってすべての請求が妨げられることになる）、仲裁廷は国際投資保護協定の解釈適用に留まらず、他の条約あるいは慣習国際法の解釈適用を行うことになる。また、対抗措置の対象とされる投資家の国籍国の参加が確保されなければ、関係する当事者による主張を踏まえないままに、仲裁廷が対応措置の正当性について判断することになる<sup>74</sup>。

こうした手続的な問題も含め、対抗措置と国際投資保護協定に基づく国際投資仲裁手続との関係についてあり得べきモデル規定が検討されてもよいように思われる。

---

<sup>74</sup> See N.J. Calamita, “Countermeasures and Jurisdiction,” *Georgetown Journal of International Law*, vol. 42 (2011), pp. 233-301. なおこの点は、米国に対する対抗措置としての正当性を投資家に対して対抗しうることを一般論として認めた ADM 事件仲裁判断においては対抗措置を論じる前提として重要な問題であったはずであるが、検討が避けられている。ADM case, *supra* note 8, paras. 152-160. See also *ibid.*, paras. 148-150.