



RIETI Discussion Paper Series 05-J-021

投資協定仲裁の新たな展開とその意義 —投資協定「法制度化」のインパクト—

小寺 彰
経済産業研究所



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

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

投資協定仲裁の新たな展開とその意義 - 投資協定「法制度化」のインパクト -

2005年6月

小寺 彰

(独立行政法人 経済産業研究所ファカルティフェロー
東京大学大学院総合文化研究科教授)

要 旨

投資協定に規定されている投資家対国家の仲裁（投資協定仲裁）の利用が1990年代後半から著しく増加している。投資協定仲裁でしばしば問題になるのは、収用補償義務、公正待遇確保義務、最恵国待遇義務である。A、Bは、企業が投資先国で損失を蒙った場合に投資協定仲裁においてしばしば援用される。Cの主張が認められることはあまりないが、Dについては、仲裁廷が一般国際法上の義務以上のものと解釈するなどの方法によって、投資家の権利を幅広く認めて投資受入国に賠償責任を認めることが多い(Metalclad事件、S.D.Myers事件、Pope and Talbot事件等)。Eについては、実体上の義務のみならず手続上の義務にまで及ぶと判示するものが現れ(Maffezini事件等)、最恵国待遇原則の適用範囲が問題化している。

公正待遇確保義務や最恵国待遇義務に関する仲裁判断は、投資協定によって投資受入国が負ったと考えているものより重いものと広く認識された。そのために投資協定仲裁自体の正統性に批判の矛先が向けられた。

なぜ、政治参加が認められていない外国人（投資家）のイニシャチブによって、「無名の」外国人（仲裁人）が、「非公開の場」（公正手続が確保されていない場）で、国民を代表する政府の決定を、「違法」と判断できるのか。国民が利用できない投資協定仲裁を外国投資家だけが利用できるのは、「逆差別」であるという反感もそれに加わっている。

このような批判を受けて、一方では、投資協定仲裁の透明性を高め、かつ判断の統一性を確保するための措置が検討され、また他方では、投資協定仲裁の現況を踏まえて、投資協定中に投資協定仲裁の手続を採用しない協定（米豪F T A中の投資の章）が出現してきている。

投資協定仲裁の利用増加は、W T O体制を越えて、国際経済関係の「法制度化」（第三者紛争処理手続の確立）が進展しつつあることを示している。従来は事業撤退後に投資協定仲裁が利用されることが多かったが、最近では事業活動中にも使われることが増えており、投資家サイドからは、投資協定仲裁の利用増加によって投資環境の予測可能性が大きく向上したことに注意する必要がある。また投資協定や投資条項を含む自由貿易協定を活用する政府サイドでは、交渉に当たって、公正待遇義務や最恵国待遇義務が投資協定仲裁と結びつくことによって思わぬ効果を生むことを念頭におくことが重要である。

投資協定仲裁の新たな展開とその意義
- 投資協定「法制度化」のインパクト -

小寺 彰

はじめに

投資協定に規定されている投資家対国家の仲裁（「投資協定仲裁」とよぶ。）が最近頻繁に利用されている。この現象がどのような意義を持ち、またどのような課題をわれわれに突きつけているのだろうか。この現象は、国際法・仲裁関係者の注目を集めている。本年4月にワシントンで開かれた米国国際法学会では、正式の大会前のパネルと大会中の1つのパネルがこの問題に割かれていた。

そこで、まず投資協定仲裁を検討するためのおもな文脈を紹介し、投資協定仲裁の利用増加を分析する手がかりを最初に明らかにしておこう。

1. 「法制度化」の文脈

最近、国際関係とくに国際経済関係の「法制度化(legalization)」がよく言われる^{*1}。米国国際法学会の研究プロジェクト^{*2}が採用した「法制度化」のメルクマールは、規範がソフトなものからハードなものになる（規則の義務性）、規範が原則(principle)と言われる「一般的な」ものに加えて、行為の「細部まで」規律する規則(rule)が整備される（規則の精密性）、紛争処理を行う第三者機関が設置され、当事国はその判断に従うこと（解釈・監視・実施の授権）である。この定義での「法制度化」はおもにWTO体制を念頭においたもので、とくに と はWTO発足によって同時に実現した。

本稿で検討する投資協定仲裁の利用の増加は、WTO体制の「法制度化」を越えた、新たな「法制度化」現象と見ることもできるかもしれない（上記の定義の の要素）。国際経済関係の「法制度化」を総合的に論ずるためには、WTO体制の「法制度化」と並べて、二国間・複数国間投資協定での上記の仲裁手続の活用がもつ意義および影響を検討して、国際経済関係全体として「法制度化」の特質を考えるべき時期に来ていると考えることもできる。

2. 一般投資協定の文脈

1998年にOECDで多数国間投資協定(MAII)の交渉が失敗し^{*3}、また2002年から開始されたWTOドーハ開発アジェンダ(Doha Development Agenda, DDA)での投資ルール交渉も、昨年7月の枠組み合意(July Package)によって交渉項目から外された。WTO投資ルール作成作業自体がWTOのアジェンダから落とされたわけではないが、開発途上国の反対の強さや、米国の消極的姿勢、また2003年9月のWTOカンクン閣僚

*1 山本吉宣「国際法と国際政治 - 国際政治学の観点から - 」法学教室 2004年2月号, pp.43-48.参照。

*2 Judith Goldstein, Miles Kahler, Robert O. Keohane, and Anne-Marie Slaughter, *Legalization and World Politics* (2001), pp. 17-35.参照。

*3 MAIIについては、小寺彰『WTO体制の法構造』(2000), pp.181-197.参照。

会議時にEUの見せた積極姿勢からの突然の態度変更を踏まえると、WTO投資ルール作成作業が簡単に再開されるものではないと推測される。

これらの試みは、すでに2000以上の二国間投資協定 - このなかには投資関連の規定が置かれている、自由貿易協定（FTA）等の地域貿易協定を含む - が結ばれているなかでの「一般国際投資法」作りの最近の動きであった。この動きは一時高まったが、結局頓挫したのである。このような状況のなかで、二国間投資協定に規定されている投資協定仲裁が活発に利用され、次々に判断を示していることは、「一般国際投資法」の形成という観点からはどのように評価されるものであろうか。

MAIの作成に失敗したOECDは、最近、投資協定仲裁の研究を始めた^{*4}。この現象は、投資協定仲裁の利用増加が一般国際投資法の形成に何らかのインプリケーションを持ちうるとOECDが考えているからかもしれない。投資協定仲裁の活発な利用は「一般国際投資法」の形成に対してどのような影響を及ぼすものなのであろうか。とくに一部で依然として根強い期待のあるWTO投資ルールの作成にどのように影響するのだろうか。

3. 日本の通商政策の文脈

日本政府が現在推進している「経済連携協定（EPA）」は - 日本ではGATT上の「自由貿易地域」の設定を含む経済関係の条約（一般には自由貿易協定（FTA）とよばれる）を「経済連携協定」とよんでいる - 、投資協定に対応する規定をもっているのも算入すると、日本は今までに13の投資協定を締結してきている。これは120を超えるドイツはもとより、70以上の米国と比べてもきわめて少ない。

他方、経済界には投資協定待望論が根強く、EPAにはかならず「投資」の章が設けられて、EPAに投資協定の性格をもたせる政策がとられている。そのため、構想中のものも含めて現在考えられている候補国とEPAを結んでいけば近い将来には、投資協定の数は相当増えることが予想される。

このような状況を踏まえると、投資協定の「法制度化」の評価はまさに日本政府および企業関係者に突きつけられた問題である。この現象は、EPAを含む日本の投資協定作成に対してどのような注意点を提示するのだろうか。この点はきちんと詰めておかなければいけない点である。

・投資協定をめぐる最近の動向とその背景

1. 投資協定の現状

(1) 投資協定の意義

投資協定とは、実体面で、投資自由化、投資保護、投資円滑化、いずれかの一もしくは二、またはすべての性格をもつ諸規定によって構成される条約のことである^{*5}。投資自由化義務とは、国境を越える資本移動について、国境の障壁をなくす、または軽減

*4 http://www.oecd.org/about/0,2337,en_2649_33783766_1_1_1_1_1,00.html 参照。

*5 Kenneth J. Vandeveld, "The Political Economy of Bilateral Investment Treaty," *AJIL*, Vol. 92(1998), pp. 628-633. 参照。

させるものことであり、この義務によって資本移動について全当事国の市場を一体化させる効果が生まれる。具体的には、投資制限業種の制限または廃止の義務（投資前の内国民待遇）や、外資について種々の制限（たとえば技術移転要求）を課すことの禁止（パフォーマンス要求の禁止）などが代表的なものである。投資保護とは、他の当事国投資家財産の収用に際しての補償義務（収用補償義務）や、外国への送金制限の禁止義務などが代表的なものである。投資円滑化とは、投資家に投資先の法令等を周知させる義務（透明性義務）をさす。1960年代に投資協定が結ばれた時点では、おもに に重点が置かれていたが、最近のものは、 および 、とくに が重視されるようになってきた。このような特徴はF T A中の投資関係規定について顕著である。

貿易分野とは異なり、投資協定には、W T O協定のように世界全体をカバーする多数国間条約は存在せず、2000以上にも上る2国間または複数国間の条約（B I T）が結ばれている状況である。もちろん、投資分野においてもW T O協定のような多数国間条約を作成しようという動きがW T Oの内外であったことは「はじめに」で触れたところである。投資に関する多数国間条約の唯一の例外はエネルギー憲章条約である。エネルギー憲章条約はエネルギー分野をカバーする多数国間条約であり、投資協定部分は貿易、輸送と並んで、条約の3本柱の一角を占めている^{*6}。ただし、エネルギー憲章条約の中の投資協定部分は、当然のことながら対象範囲がエネルギーに限定されている。また米国やカナダは入っておらず、当事国もヨーロッパ諸国を中心に47カ国（ヨーロッパ共同体を含む）に限られていて、W T O協定の当事国の広がりとは比べものにならない。エネルギー憲章条約は、「一般国際投資法」と言えるような性格のものではない。

投資協定には、通常は国家間の紛争処理手続とともに投資家対国家の紛争処理手続が設けられている。F T Aやエネルギー憲章条約でも、全般をカバーする国家対国家の紛争処理手続とともに、投資協定に対応する部分に限って、投資家対国家の紛争処理手続、すなわち投資協定仲裁が設けられている。本稿で分析・検討しようとするのはこの投資協定仲裁が最近頻繁に使われるようになったことの意義および問題である。

2 紛争処理手続

(1) 投資家対国家の仲裁

最近の国際条約には、条約実施を円滑に行うために、紛争処理に関する規定が置かれることが多い。一般国際法上は、条約の解釈適用は各当事国の権限と考えられ、国際司法裁判所等、特定の紛争処理機関で紛争処理を行うためには、両紛争当事国の同意が必要とされる。しかし、条約中に紛争処理に関する規定が置かれると、紛争が起こった場合に、一方当事国が紛争処理機関、具体的には国際司法裁判所や仲裁裁判に申立をすれば、紛争処理機関の管轄権は自動的に生じ、他方当事国は紛争処理機関に応訴する義務が発生する。投資協定によく置かれる投資協定仲裁の場合も、条約規定に関する紛争が起こり、投資家が一方当事国を相手取って仲裁に申し立てれば、被申立国に応訴義務が発生すると解され

*6 エネルギー憲章条約については、<http://www.encharter.org/index.jsp> 参照。

ている^{*7}。

たとえば、日メキシコ経済連携協定では、第7章「投資」の第2節「一方の締約国と他方の締約国の投資家との間の投資紛争の解決」が、この投資協定仲裁を規定する。同節中の76条、79条、80条は、以下のようなものである。

76条 投資家が行う請求

1. 一方の締約国の投資家は、

(a)自己のために、他方の締約国が前節の規定に基づく義務に違反したこと、かつ、その違反を理由とする又はその違反から生じる損失又は損害を当該投資家が被ったことについての請求を、この節の規定による仲裁に付託することができる。

(b)当該投資家が直接又は間接に所有し又は支配する企業法人である他方締約国のために、他方の締約国が前節の規定に基づく義務に違反したこと、かつ、その違反を理由とする又はその違反から生じる損失又は損害を当該企業が被ったことについての請求をこの節の規定による仲裁に付託することができる。

2. 投資財産は、この節に基づく請求を行うことができない。

79条 請求の仲裁への付託

1. 紛争の当事者である投資家は、前条の規定に基づく要件を満たすことを条件として、次のいずれかの仲裁に請求を付託することができる。

(a)ICSID条約に基づく仲裁。・・・

(b)ICSIDに係る追加的制度についての規則・・・に基づく仲裁。・・・

(c)UNCITRAL仲裁規則に基づく仲裁。

(d)紛争の当事者が合意する場合には、他の仲裁規則に基づく仲裁

2.(略)

80条 仲裁への同意

1. 各締約国は、この節に定める手続に従って行われる仲裁に請求を付託することに同意する。

2.(略)

以上の諸規定は、投資に関する条約規定に反する当事国の行為によって損失を蒙った投資家が国家をICSID(投資紛争解決センター)仲裁^{*8}に訴えることができる旨を規定している。文言の微妙な違いはあるが、このような規定が多くの投資協定に挿入されている^{*9}。個人が国家を国際仲裁に訴えるという手続は、投資家が国家と締結するコンセッション契約に書き込まれることはあったが、国家間の条約中に書き込まれるのは投資協定が

*7 Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*(1995), pp. 131-132. 参照。

*8 ICSID仲裁については、<http://www.worldbank.org/icsid/> 参照。

*9 *Ibid.*, pp.129-130.参照。

はじめてであり、その後も他の分野には類例がない。WTO 協定をはじめ通常の条約においても、条約上の紛争処理のメカニズムとして、国家対国家の紛争処理手続（WTO 紛争解決手続や国際司法裁判所への自動的な上訴手続）が採用されているが、個人（企業）対国家の紛争処理手続が採用されているのは、投資協定または自由貿易協定の対応規定に限られている。しかもこの仕組みは1960年代に投資協定が結ばれ始めた時点から協定に備えられていた。

投資協定は、先進国間で結ばれていた完備した通商航海条約（たとえば日米通商航海条約）上のすべての義務を途上国が負う能力がないために、通商航海条約中の投資関連規定だけを取り出して先進国が途上国と結び始めたのが始まりである。その後、独自に展開し、従来通商航海条約には規定されなかった「パフォーマンス要求の禁止」等の、投資協定特有の義務が考案されて現在に至っている。投資協定がこのように先進国と途上国間で結ばれるものであったために、先進国から途上国に対して行われる投資の保護が第1の目的であり、そのために投資家と投資受入国である途上国との間の紛争をどのような形で処理するかが大きな課題となった。その根本には、途上国の法制度に関する不信があった。ただし、途上国からすると、途上国の法制度を正面から否定することには抵抗があり、その結果2つのモメントの妥協の結果として出来上がった仕組みは、適用法規については、途上国国内法の適用は認めるが、紛争処理手続は国際化するというもので、国際化された紛争処理手続として投資協定仲裁が採用された。

（2）手続利用の増加

a．国家間紛争処理手続の現状

既述のように条約の解釈適用に関する紛争について、一方当事国が他方当事国を一方的に仲裁裁判または常設国際司法裁判所ないし国際司法裁判所に申し立てることが制度的にできるようになった。しかし、実際にはこの手続によって国際司法裁判所等に申立てられる件数はきわめて少なく、条約の解釈適用がこの手続によって決定されるのはあくまで例外現象だったと言える。この手続はいわば「伝家の宝刀」なのである^{*10}。

このような状況のなかでWTO紛争解決手続は国家対国家の紛争を処理するための手続でありながら、きわめて頻繁に使われているものとして大きな関心を集めてきた。このために経済分野では国家対国家の紛争処理手続を採用すればWTO紛争解決手続と同様に使われると思われる向きもあるが、国家対国家の紛争処理手続の中ではWTO紛争解決手続は、むしろ特異な位置を占めるものである。

b．投資協定仲裁

投資協定仲裁も、当初は提訴件数も少なく、わずかに途上国に投資した事業について途

*10 日米通商航海条約24条2項は次のように規定する。「この条約の解釈又は適用に関する両締約国の紛争で外交交渉により満足に調整できないものは、両締約国が何らかの平和的手段による解決について合意しなかったときは、国際司法裁判所に付託するものとする。」しかし、本条が発動されて国際司法裁判所に紛争が提起されたことはない。

上国政府の措置で事業が継続できなくなり、それに対して補償を請求するという事案に限られていた^{*11}。このような状況になった原因としては、一つには、そもそも投資企業が事業活動をしながらその国を仲裁に訴えるのは、投資受入国に悪感情を持たせ、事業活動全般に悪影響を及ぼす恐れがあると考えられたこと、また一つには、仲裁判断後に仲裁取消の訴えが続出し、しかも取消が認められる件数が多かったために案件の処理に10年以上かかるものが出るなど^{*12}、仲裁手続の実効性について疑問が差し挟まれる状態にあったことを挙げるができる。

この状況は、1997年頃から劇的に変化し、多量の紛争がICSID乃至投資協定で指定された仲裁機関に申し立てられるようになった。2004年11月現在で投資協定によって申立てられた案件は160に上るが、そのうちの3分の2が97年以降の申立案件である^{*13}。

投資協定仲裁の利用が増えた背景にはいくつかの事情がある。第1に指摘しなければならないのは、NAFTA 11章仲裁である。米国、カナダ、メキシコという先進国が締結したNAFTA中の投資条項について、投資協定仲裁が採用された。NAFTA 11章仲裁が強い関心を集め始めるきっかけは1990年代後半の「エチル事件(Ethyl Case)」^{*14}にあった。

1996年にカナダで事業を行う米国企業がカナダ政府の環境規制の制定によって操業ができなくなり、そのことがNAFTA上の「収用(expropriation)」に当たるとしてカナダをICSID仲裁に訴えた。カナダ政府は、それに対して申立企業に金銭を支払って和解した(エチル事件)。この事件では環境保護規制が問題にされたために、投資仲裁とNAFTA上の「収用」規定が結び付くことによって国家の環境規制すら問題にされることが大きな衝撃を与えた。その後は、NAFTA 11章の訴えは、米国政府やメキシコ政府に対してもなされ、しかもそのなかに国家の環境保護規制に関するものが相次いだために(ここで検討する諸事件を参照)、NAFTA 11章は一般ジャーナリズムやNGOの強い関心をよんだ。

さらに失敗に終わったOECDでのMAI交渉が投資協定仲裁をクローズアップしたことも忘れるべきではない。OECDでは1995年から投資自由化のための多数国間協定として多数国間投資協定(MAI)交渉を始めた。しかし、それが国家主権を危うくする

*11 日本エネルギー法研究所「投資紛争解決国際センター(ICSID)」(1998)参照。

*12 アムコエイシア他対インドネシア事件では、申立から最終判断まで10年以上を要した。この事件については、同書, pp.177-202.参照。

*13 Stanimir A. Alexandrov, "The 'Baby Boom' of Treaty- Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as 'Investors' and Jurisdiction *Ratione Temporis*," *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.4(2004), p. 19.

*14 エチル事件の詳細については、<http://www.globalpolicy.org/soecon/envronmt/ethyl.htm>、西元宏治「エチル事件の虚像と実像 NAFTA 第11章仲裁手続とカナダにおける貿易・投資の自由化の一局面」国際商事法務掲載予定参照。

恐れがあるとの反対論が急浮上して交渉は頓挫した^{*15}。この反対論の根拠の一つは、M A I 中に置かれることが予定されていた投資協定仲裁であり、それが協定中の規定、たとえば内国民待遇規定と結び付くことによって各国の規制権を脅かす恐れがあるというものであった^{*16}。内国民待遇が形式的に内外人の平等を要求するだけでなく、実質的な平等まで要求すれば、多くの国内規制が内国民待遇との関係で問題視される恐れがあった^{*17}。たとえば先住民保護措置として特定産業の保護育成を図れば、先住民に外国人はいない以上、特定産業の保護という観点からは内国民待遇義務違反と評価される可能性があるということである。

他方、多数国間の投資協定作りに反対する国も二国間の投資協定作りにはむしろ積極的に取り組んできた。しかし、その中には、M A I で整備が反対された投資協定仲裁が通常は挿入されている以上、その利用が増えてM A I について予想された状況が出現するのは時間の問題であったとすることができる。

c . わが国の認識

投資協定を特徴づける投資協定仲裁は、わが国では、国家対国家の紛争処理手続と並んで、条約上の権利義務の実現を担うものと単純に考えられている。しかし、単純にそのように考えていいのか。M A I 交渉時には、投資協定仲裁が導入されれば、日本政府が対応できるかが真剣に検討されたようであるが、二国間投資協定やE P A交渉では、この点が真剣に検討された跡はない。

以下では、投資協定仲裁の頻繁な利用によってどのような問題が起こっているのかを、具体的な義務との関係で検討することにしたい。

投資協定仲裁で問題化した義務

M A I 起草時には、投資協定仲裁が超国家的な権限行使を行う可能性をもたらず実体的義務として、内国民待遇義務が注目されたが、最近の投資協定仲裁において強い関心をよんでいるのは、むしろ 収用補償義務、「公正・衡平待遇 (fair and equitable treatment) 義務」および 最恵国待遇義務である。収用補償義務と公正待遇義務は、日本が最近締結した投資協定やE P Aには常に含まれており、また最恵国待遇義務は、日本政府が条約交渉で常に要求し、多くの協定 (日ベトナム投資協定等) では規定化が実現している。

1 収用補償義務^{*18}

(1) 問題状況

*15 小寺, *op.cit.* (n.3), pp.193-196.参照。

*16 西元宏治は、M A I における投資仲裁批判の原因としてエチル事件を挙げる。西元, *op.cit.* (n.14).

*17 小寺, *op.cit.* (n.3), pp.193-194.参照。

*18 OECD, "Indirect Expropriation' and the 'Right to Regulate' in International Investment Law," Working Papers on International Investment No.2004/4, in *op.cit.* (n. 4).参照。

国際法上、外国人財産を国家が取り上げることは「収用」と呼ばれ、一定の条件を満たせば国家の権利として許され、他方、収用に対しては国が被収用財産の権利者たる外国人に対して金銭補償をすることが要求される。たとえば、日墨EPA61条は次のように規定する。

61条 収用及び補償

1. いずれの締約国も、(a)公共のためであり、(b)差別的なものではなく、(c)正当な法的手続及び前条の規定従って行われるものであり、かつ(d)2から5までの規定による補償の支払を伴うものである場合を除くほか、自国の区域内にある他方の締約国の投資家投資財産について、直接又は収用若しくは国有化と同等の措置を通じて間接に、収用又は国有化(以下「収用」という)を実施してはならない。

2. 以下略

従来、国際法上大きな論争を巻き起こしたのは、収用に伴った収用国が支払わなければならない補償金の基準およびその額であった。いわゆる「十分、迅速かつ実効的な(adequate, prompt and effective)補償」を要するか、それとも「適当な(proper)補償」で足りるかの争いである^{*19}。前者は先進国が主張する基準で、収用した財産の市場価値に見合う金額を、国際的に兌換可能な手段で、収用時点から長い時間をおかずに支払うべきだという主張である。また後者は、収用国の経済事情や収用財産が従来挙げた収益等を勘案して、状況に適した額・支払手段・支払時期を決定すれば良いというのである。初期の投資協定は、先進国が前者の基準を確保することを主な目的として結ばれた。

しかし、現在の投資協定仲裁によって浮かび上がった問題は、補償金額に関する基準ではなく、そもそもどのような行為が「収用」に当たるか、具体的には投資受入国の法規制によって投資家が被害を被った場合にそれが「収用」に当たるかという問題である。当然国家の規制措置が「収用」に当たるとされれば、当該措置を取った国家は補償の支払い義務を負うことになる。最近の投資協定仲裁においては、国家の新たな規制の導入によって事業活動上損失を蒙る場合に、国家の当該規制を「収用」と捉えて当該企業が補償を要求し、仲裁廷がその主張を肯う判断を示すことがある。その代表的な事件として、NAFTAのMetalclad事件とPope and Talbot事件^{*20}を検討することにしたい。

(2) Metalclad 事件^{*21}

a. 事件の概要

Metalclad社は、メキシコの国内企業であるCOTERIN社に出資して、メキシコ国内で廃

*19 詳しくは、山本草二『国際法【新版】』(1994), pp.525-526.参照。

*20 本件で検討する諸仲裁判断は、http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list.htm#top から得られる。

*21 Metalclad Corporation v. The United Mexican States, International Centre for Settlement of International Disputes (Additional Facility), case No. ARB(AF)/97/1

棄物処理事業を行うとしていた。COTERIN 社は、メキシコ内のグワダルカザール (Guadalcazar) 市内で廃棄物処理施設を建設するための許可を、連邦政府および州から得ていた。しかし、グワダルカザール市住民が水質汚濁への懸念から建設反対運動を始めると、市当局は、建設許可を市から得ていないとして建設中止命令を出した。他方、Metalclad 社は、連邦政府より、市当局の建設許可の拒否は国内法上根拠がないとの説明を受けて、市当局に建設許可申請を提出すると同時に、建設工事を再開し施設を完成した。しかし、地元住民の妨害行為のために操業はできなかった。1995年11月に Metalclad 社は、連邦政府との間に施設の運営に関する協定を締結したが、同年12月にグワダルカザール市は、施設の建設不許可の決定を下した。さらに1997年12月に州政府は、施設建設地を含む地域を自然保護地域に指定する環境条例を公布して施設の操業を禁止した。

Metalclad 社は、メキシコを相手取って、上記の諸措置について NAFTA 11章に基づく仲裁申立を行った。そのなかで、Metalclad 社は、市の建設不許可決定および州の操業禁止命令が NAFTA 1100条1項の「収用」に当たると主張した^{*22}。

仲裁判断は、「収用」について、「NAFTAのもとでの収用は、公然に、意図的にかつ承認された、財産の収用のみならず、全体的であれ、またかなりの部分であれ、・・・合理的に期待される財産の経済的利益の使用を奪う効果をもつ、内密または付随的な財産の使用についての干渉を含む」(para. 103)という一般的な見解を示した。そのうえで、上記諸措置は、「Metalclad 社が信頼していたメキシコ政府による説明、および州当局に建設不許可に関するタイムリーで整理された、または実質的な根拠の欠如とひとまとめになって、間接収用と同等である」(para. 107)というのである。

本件では、メキシコ政府、具体的には政府、州、市の脈絡のない行為が Metalclad 社を操業停止に追い込むという経済的不利益を与えたことについて、「合理的に期待される財産の経済的利益の使用を奪う効果」をもつと判断し、伝統的な意味での「収用」には該当しないが、間接収用と「同等」とであると結論した^{*23}。

b. 評価

本件が注目されるのは、メキシコの行為が伝統的な意味での「収用」には当たらないことを前提にしながら、メキシコの行為が「合理的に期待される財産の経済的利益の使用を奪う効果」を持つと認定して、実質的に「収用」に当たると判断したことである。効果に照らして「収用」の概念を拡大したのである。他方、本件は、単純に国の規制が変わって外国投資家が不利益を蒙った事例ではなく、国の説明を信じて投資を行った外国企業が、

*22 後述するように、Metalclad 社は「公正確保義務」(NAFTA 1105条)違反も主張した。

*23 仲裁判断後、メキシコは、本仲裁の仲裁地であるカナダのブリティッシュ・コロンビア州裁判所に仲裁判断の取消を求めた。ブリティッシュコロンビア州最高裁判所は、仲裁判断のうち、収用補償義務違反と、後述する公正待遇義務違反の部分については、仲裁廷の権限逾越を認定して当該部分を取り消した(他の根拠の部分は肯定したので賠償部分は維持した)。

いわば「裏切られて」不利益を蒙った事例と言える。本件の射程を評価するにはこの点に注意する必要がある。

(3) Pope and Talbot 事件

a . 事件の概要

Pope and Talbot 社 (P 社) は、米国の木材加工業者で、カナダのブリティッシュ・コロンビア州に子会社を設立して、そこから木材を輸入していた。1996年に米加間で軟材協定が結ばれ、カナダの軟材の主要産地4つ(ブリティッシュ・コロンビア州を含む)から無関税で米国に輸出できる軟材の総量を147億ボードに限定したために、カナダ政府は無関税輸出枠を軟材輸出業者に配分した。その配分について、ブリティッシュ・コロンビア州の割当は従来の無関税輸出量の59パーセントから56パーセントに削減され、とくにP社の輸出削減量は他の業者よりも25パーセントも高かった。そこでP社はカナダ政府の輸出量削減が、NAFTA1110条違反に当たる等と主張してUNCITRAL仲裁に申し立てた。NAFTA1100条1項は前述の日墨EPAと実質的に同じ内容のものである^{*24}。

「収用」について判断した仲裁廷は^{*25}、「しのびよる収用は規制の手段によってこれまでも行われてきており、もし規制を収用の例外とすれば収用に対する国際的保護についての空白を生み出すことになる」と述べて、規制は「収用」に当たらないとするカナダ政府の主張を退けた。他方、本件が収用に当たるかどうかについては、「国際法上、収用と認定されるためには実質的な剥奪が必要」であり、「所有者が財産権を剥奪されたと結論するためには、財産規制が十分に制限的でなければならず」、Pope and Talbot には、数量割当によって収益上の被害が発生はしたものの、軟材を輸出し続けていて実体上は収益を挙げており、「数量割当による財産権侵害は収用に要求されているレベルには達していない」(para. 102)として、カナダ政府が行った数量割当が収用に当たることを否定した。

b . 評価

本件では国家規制であればそもそも「収用」に当たらないということはなく、それが当たりうる場合があることが明言された点が重要である。ただし、実際の案件については、カナダ政府の措置を「収用」とは判断しておらず、一般命題として、国家規制が「収用」に当たりうると判示した部分を過大評価することは慎む必要がある。

(4) 両事件の意義と問題点

*24 以下の場合を除き、いかなる締約国も他の締約国の投資家の領域内の投資を、直接若しくは間接に国有化し、若しくは収用し、又は当該投資の国有化若しくは収用(以下「収用」という。)と同等の措置をとってはならない。(a) 公共目的であること。(b) 非差別的であること。(c) 法の適正な手続及び第1105条1に従うこと。(d) 本条2から6に従い補償を支払うこと。」なお、NAFTA1105条については後述。

*25 Pope and Talbot Inc. v. The Government of Canada Intertim Award(June 26, 2000).

Metalclad 事件も、また Pope and Talbot 事件も、私企業の財産を直接に国が取り上げる措置ではない国の規制ないし措置が、「収用」に当たるかどうかが問題になり、仲裁廷は抽象的な命題としてはそれを認めた。そのうえで、科された措置によって私企業が蒙った被害が「合理的に期待される財産の経済的利益の使用を奪」い、それゆえに「収用」に相当するかどうか分岐点となって、Pope and Talbot, Inc 事件では収用該当性が否定され、Metalclad 事件では肯定されたとみることができる。

他方、Metalclad 事件では、メキシコ政府が Metalclad 社に、いわば約束したことと、その後市や州が行ったことの間には明らかな齟齬があり、当初の約束を信じて投資を行った Metalclad 社の投資がほとんど無に帰した。Metalclad 社にはきわめて大きな不利益が発生し、それには同情すべき事情があり、その原因は明らかにメキシコ政府（州および市も含む）にあった。つまり国が単純に新たな規制を導入して外国企業が不利益を被った事例ではなく、政府に過失ないし悪意が見て取れる事例である。

2. 公正かつ衡平な待遇の確保義務^{*26}

(1) 問題状況

投資協定には、投資家に「公正かつ衡平な待遇を与える義務」（公正待遇義務）を規定する条文をおくことが多い^{*27}。たとえば、日墨 E P A 6 0 条は次のように規定する。

6 0 条 一般的待遇

各締約国は、他方の締約国の投資財産に対し、国際法に基づく待遇（公正かつ衡平な待遇並びに十分な保護及び保障を含む。）を与える。

外国人に与えなければならない公正待遇とは、従来は諸国が一般国際法上外国人に与えなければならない最低基準 (minimum standard) を意味するものと理解された^{*28}。一般国際法上、国家は、国内の外国人に対して、一定の待遇を確保する義務があるとされ、かつては先進国並みの待遇を与える義務を負うとされたこともあったが（文明国標準主義）現在では、一般的には国民並みの待遇を確保すればよいとされながら（国内標準主義）他方で最低基準は確保する必要があると一般的に考えられてきた。

投資協定仲裁の判断では、二国間投資協定上の公正待遇義務が一般国際法上の最低基準

*26 OECD, "Fair and Equitable Standard in International Law," Working Papers on International Investment No.2004/3, in *op.cit.* (n. 4); 坂田雅夫「北米自由貿易協定 (NAFTA) 1105 条の『公正にして衡平な待遇』規定をめぐる論争」同志社法学 55 巻 6 号 (2004), pp. 129ff. 参照。

*27 Dolzer et al., *op.cit.*, pp. 58-61.

*28 Stephen Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice," *BYIL*, Vol. 70 (1999), pp. 102ff. 参照。

確保義務を意味するとの解釈がながく採られてきた^{*29}。しかし、前述の Pope and Talbot 事件や Metalclad 事件でも、投資家は、国の収用補償義務違反とともに、国の「公正かつ衡平な待遇」(公正待遇義務)義務(N A F T A 1 1 0 5 条)の違反を同時に申立て、仲裁は両事件ともに、公正待遇義務違反を認定して投資家への賠償を認めた。これらの N A F T A の判断は、公正義務違反によって国に賠償を認めただけではなく、公正待遇義務について従来の最低基準確保義務を越える内容をもつとの解釈を示した。この解釈はどのようなもので、またどのように評価できるか。

(2) Metalclad 事件

Metalclad 事件では、メキシコの措置が「収用」に該当するかどうかの点と同時に、それが公正待遇義務違反を構成するかどうか論点となった。公正待遇義務について、仲裁廷は、まず「N A F T A の基本目的は越境投資機会を促進及び増加させ、並びに投資計画が成功するように確保することである」(para.75)と認定する。したうえで、メキシコ政府等の諸措置を挙げて、それらによって「メキシコが、Metalclad のビジネス上の計画立案および投資について、透明かつ予測可能な枠組みを追求しなかった」(para.99)と考えることができ、それゆえに N A F T A 1 1 0 5 条に反するとした。

(3) S.D. Myers 事件^{*30}

オハイオ州で P C B 含有廃棄物の処理事業を行っている米国企業の S.D. Myers 社は、カナダ国内に合併会社を設立して、カナダで発生する含有廃棄物を米国に送って(輸出して)処理するという事業を展開していた。ところが 1 9 9 8 年に、カナダが P C B 含有廃棄物の輸出を禁止したために、カナダでの事業を行えなくなった S.D. Myers 社は N A F T A 1 1 章に基づいてカナダ政府を仲裁に訴えた。

仲裁廷は、まず N A F T A 1 1 0 2 条の内国民待遇義務違反を検討して、本件で問題とされたカナダの規制が、カナダ国内の P C B 廃棄物処理事業者の保護を目的としたものであると認定して、カナダの内国民待遇違反(1 1 0 2 条)を認定する。その後、仲裁廷は、公正待遇義務を規定する N A F T A 1 1 0 5 条の解釈に移り、「公正かつ衡平な待遇」は、政府が差別的な態様で行動していない場合であっても、外国投資家の待遇が満たさなければならない基準をいう」(para.259)としたうえで、「公正かつ衡平な待遇」および「十分な保護と保障」は、それぞれ単独で読むべきではなく、「国際法に従った待遇」という用語とともに読むべきである。そのうえで「投資家が国際的な観点から見て受入がたい程

*29 二国間投資協定については、たとえば、American Manufacturing & Trading (AMT) (US), Inc. v. Republic of Zaire, ILM, Vol. 36(1997), pp.1531ff ; Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil (US) v. Republic Estonia 等。なお、N A F T A についても、Mondev International LTD v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/ 99/2 (Award) (11 October, 2002) は、公正待遇義務を最低限基準確保義務と理解している。

*30 S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, in a NAFTA Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules

度にまでなった、恣意的でかつ不公正な待遇を受けていることさえ示せば、1105条違反は発生する」と判断する。また他の規定の義務違反との関係について、「投資先当事国が投資家を保護することをとくに意図する国際法規に違反したという事実は、1105条違反の認定を有利な推定を働かせるものとした」(para.265)うえで、本仲裁廷の多数意見は、「本件についてはNAFTA1102条違反は必然的に1105条違反を構成する」(para.266.)と判断した。

(4) Pope and Talbot 事件

公正待遇義務について、さきの Pope and Talbot 事件が興味深い判断を示した。仲裁廷は、1105条の解釈について2つの可能な選択肢を示す。一つは、「公正かつ衡平な待遇及び十分な保護と保障」は一般国際法に含まれるという解釈であり、もう一つは、「公正の要素」、つまり「公正かつ衡平な待遇及び十分な保護と保障」が一般国際法に付加的なものであるとの解釈である。この2つの解釈について、仲裁廷は、後者の解釈を採用する。その理由は、NAFTA1105条が1987年の米国モデル投資条約に基礎を置いている以上、1987年の米国モデル投資条約の対応規定を検討する必要がある。同モデル条約は公正待遇義務について、「投資は常に公正かつ衡平な待遇を受け、十分な保護と保障を享受し、いかなる場合にも、国際法が要求する待遇を下回る待遇しか与えられないことはない」と規定しており、公正待遇義務は一般国際法に付加的な性質をもつという解釈を支持する。さらにNAFTAが二国間投資協定とは異なるという主張に対しては、2つの理由を挙げて否定する。第1に、NAFTAは北米三国間により一層強固な経済関係を築く目的で締結されたものであり、他の投資保護協定と比べてNAFTAの与える保護の方が制限的なものであることはない。第2に、NAFTAが投資保護条約よりも、投資保護において制限的であるとしても、NAFTA1103条の最恵国待遇規定によって、NAFTA当事国の投資家は、他の二国間投資保護条約で規定される待遇が均霑されるのであって、根拠が1105条から1103条に変わるだけである。NAFTA1103条は次のような規定である。

1103条

各締約国は、投資の設立、取得、拡大、経営、遂行、活動、売却又はその他の処分について、同種の条件で自国の投資家に与えるよりも不利でない待遇を他の締約国の投資家に与える。

そして仲裁廷は、「1105条は、NAFTA諸国のもとで適用されている通常の基準での公正の要素に起因する利益を対象の投資家や投資が享受できるように要求する」と解釈する。

以上の一般論を踏まえて、仲裁廷はカナダの行為を一々点検する。そのなかで仲裁廷が問題にしたのは、カナダ政府の取った「再審査 (verification review)」である。P社が仲裁付託の意思をカナダ政府に示すと、カナダ政府はP社に関する割立の再審査を開始した。仲裁廷は、この再審査過程において、P社が本社所在地のオハイオでの検査を要望したのにカナダ政府が十分な説明をせずにその要求を退けた等、カナダ政府とP社子会社は協力

的な規制関係ではなく、鬭争的な関係にあり、その結果P社は不必要な支出を迫られる等の不利益を蒙ったと認定して、当該検査におけるP社の待遇が公正待遇義務に違反すると結論した。

本件については、公正待遇義務を一般国際法上のものではなく、NAFTA上のものと理解した点が注目される。事件自身については、カナダ政府が行った輸出枠の割当自体については、NAFTA違反は認定されず、唯一、仲裁付託意思を通知した後の「検査」という、いわば事件の「枝葉」とも言うべき些細な行為について、公正待遇義務違反を認定したにとどまる。

(5) その後の展開

上記のような公正待遇義務に関する仲裁判断に対しては、米国内を中心に批判の声が挙がった^{*31}。その趣旨は、NAFTA 11章の曖昧な内容の規定によって、国内裁判所であれば認められないような当事国に対する訴えが仲裁によって許容されたという点等にあった(. 2 . 参照)。このような批判を受ける形で、2001年8月1日に、NAFTA自由貿易委員会(NAFTA Free Trade Commission)は、NAFTA 11章について覚書(Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions) (「貿易委員会覚書」)を公表した^{*32}。貿易委員会覚書は、1105条について次のように述べる。

1. 1105条1項は、外国人の待遇の国際慣習法上の最低基準を、他の当事国の投資家の投資に与えなければならない最低基準として課している。
2. 『公正かつ衡平待遇』並びに『十分な保護及び保障』は、外国人の待遇の国際慣習法上の最低標準によって要求される待遇に付加又はそれを超える待遇を要求してはいない。
3. NAFTA上の、又は独立した国際協定の他の規定の違反があるとの決定によって、1105条1項の違反があったことにはならない。

これは、S.D. Myers 事件、Pope and Talbot 事件において、NAFTA上の公正待遇義務が国際慣習法を越える内容をもつと判示したことに対して、NAFTA加盟国が危機感をもって対処した結果である。

(6) 諸事件の意義

公正待遇義務に関する仲裁を評価する場合には、仲裁廷が一般的な1105条の解釈として述べていることと、実際の判断の双方を吟味する必要がある。

公正待遇義務については、一般国際法上の外国人の取り扱いに関する基準を指すのか、それともそれ以上の義務を課すのかという点が最大の問題である。上記の仲裁判断は、一

*31 坂田, *op.cit.*(n.26), p. 148. 参照。

*32 <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp> なお、この見解は、1105条とともに、後述する「文書へのアクセス」についての見解も示している。

般論としては、NAFTAに固有の義務であって、一般国際法以上のものを課しているとの見解を示した。また条約の他の義務違反が公正待遇義務違反を導きうる場合があるとして、S.D. Myers 事件では内国民待遇義務違反から公正待遇義務違反を導出し、公正待遇義務を独立の義務違反とは認定しなかった。これら2点について批判が集まったのである。

他方、Metalclad 事件では、収用と評価するか、公正待遇基準以下と評価するかの問題はあるが、メキシコ政府の行為等によって Metalclad 社が多額の被害を蒙ったことは事実で、それに対して何らの賠償も行われぬというのは不合理だと考えることに異論はなからう。S.D. Myers 事件の核心はカナダの内国民待遇義務違反にあり、公正待遇義務違反はむしろ付け足しだと言える。さらに Pope and Talbot 事件では、P社が提起した問題についてはカナダの違反は認定されず、きわめて些細な「検査」の手續について公正待遇義務違反が認定されたにすぎない。

公正待遇義務は、仲裁廷が示した一般論はともかく、事案の処理には大きな役割を果たしていない^{*33}。そもそも事案の処理を第一義的な目的とする仲裁において、そこで提示される一般的な解釈命題をどの程度重視すべきなのであろうか。一般論が当事国の意思から乖離していたために、それに対する一般的な警戒こそが、さきの貿易委員会覚書の真意であると考えられるが、それにしても米国、カナダ、メキシコの NAFTA 3国の反応は過剰だったと言えるかもしれない。

3. 最恵国待遇義務^{*34}

(1) 問題状況

最恵国待遇義務は、国に外国、外国人または外国産品を同等に扱うことを要求する義務で、古くから通商条約に採用され、WTO体制ではもっとも基本的な原則と位置づけられている^{*35}。投資協定でも、締結後により有利な条約が締結されることを想定して、そのような場合に、有利な地位が均霑されるように最恵国待遇義務が規定されることがよくある。たとえば、日・メキシコ経済連携協定59条は次のように規定する。

59条 最恵国待遇

各締約国は、投資活動に関し、他方の締約国の投資家及びその投資財産に対し、同様の状況において第三国の投資家及びその投資財産に与える待遇よりも不利でない待遇とする。

*33 一般論を取り上げる論稿は仲裁廷の判断の革新性・逸脱性を強調するが、他方、具体的な適用を踏まえると評価は変わりうる。後者の見解としては、Ian A. Laird, "Betrayal, Shock and Outrage -Recent Developments in NAFTA Article 1105," in Todd Weiler ed., *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects* (2004), p.74.参照。

*34 OECD, "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law," Working Papers on International Investment No.2004/2, in *op.cit.* (n. 4).

*35 最恵国待遇原則の歴史的な展開については、村瀬信也『国際法の経済的基礎』(2001), pp. 14-108.参照。

最恵国待遇は、協定上の実体的権利については当然に当てはまると考えられてきたが、それ以外にどこまで及ぶかについては、従来ほとんど注意が払われることがなかった。その点で大きなインパクトを与えたのが、Maffezini 事件である。

(2) Maffezini 事件

a . 事件の概要

アルゼンチン人の Maffezini (M) は、1989年に、スペインに EAMSA 社を設立して化学品の製造を始めようとした。EAMSA 社の株式の70パーセントはMが持ったが、残りの30パーセントはスペインの公社であるSODIGAが持った。EAMSA社はSODIGA等から助言を得て工場建設を開始したが、実際には当初予定より多額の費用がかかることが明らかになり、その結果、資金繰りに行き詰まり、工場建設の中止と人員の解雇を行うに至り大きな不利益を蒙った。Mは、事業の失敗は合弁相手のSODIGAの行為に起因するものであり、SODIGAが公社である以上スペインは責任を免れないとして、アルゼンチン・スペイン間の二国間投資協定に基づいて、仲裁に提訴した。

この事件では、スペインがまず仲裁廷の管轄権を争った^{*36}。スペインの主張は、仲裁付託の根拠となる上記協定10条が、投資家がICSID仲裁に申立を提起するためには、その前に国内裁判所の手続をとる必要があると規定しており(国内救済原則)、Mはスペインの国内裁判所に訴えを提起していない以上、ICSIDは管轄権を持たないというものであった。またアルゼンチン・スペイン協定4条2項に定められている最恵国待遇義務は、「実体的事項すなわち投資家に与えられる待遇の実体的側面」について適用されるのであって、「手続的または管轄に関わる問題」には及ばないと主張した(para.40)。

この点について仲裁廷は、仲裁手続は投資家の保護にとって本質的なものであるとして、国内救済原則を定めない旨を定める、スペインの他の投資協定を根拠にMがICSIDに提訴できると判断した。

ただし、仲裁廷は、最恵国待遇義務の適用範囲がすべての条項に及ぶとはせず、最恵国待遇義務が個々の条約の政策目標を損なう場合、たとえば協定上の紛争処理手続が完全に自足的な場合や特に当事国が合意した事項等には、最恵国待遇義務が及ばないと判示した(para.63)。

b . 評価

最恵国待遇義務を強く理解することは、投資協定中の義務の一般的適用、引いては投資に関する一般法(一般国際投資法)の形成に大きく寄与する。投資協定中に最恵国待遇義務が定められていれば、手続を含めて投資に関するもっとも手厚い扱いが一般化するから

*36 Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID, case no. ARB/97/7

である^{*37}。本判断は最恵国待遇義務の及ぶ範囲が紛争処理手続を含み相当に広いことを示した。他方、協定上、当事国間で明確に取引を行った事柄や協定において結成された、それ自体として自足的な制度に最恵国待遇義務が及ばないこともきちんと示している。問題は最恵国待遇義務が及ばない事項が具体的にどのようなものかが必ずしも明らかになっていない点である。したがって、投資協定に最恵国待遇義務を書き込む場合には、どの範囲をカバーするものであるかを明らかにしておかないと思わぬ結果を招く可能性がある。

投資協定へのインパクト

1. 投資協定上の義務に関するインパクト

投資協定上の収用や公正待遇義務、さらには最恵国待遇義務について、加盟国が交渉時には考えていなかった義務を判示した。抽象的な原則しか条約上に書かれていない場合には、国家が主権を有していることに照らして、一般的には義務を弱く解すべきであるとされる^{*38}。しかし、上記の諸仲裁は、投資ないし投資家の保護を根拠に、収用補償義務、公正待遇義務また最恵国待遇義務を、一般に考えられている以上に強く解した。その結果、一般国際法上の収用補償義務または公正待遇義務では義務違反とされない国家の行為が、投資協定上はこれらの義務違反と認定される可能性が生まれたのである。また最恵国待遇義務によって、およそあらゆる協定上の義務に適用される可能性が生まれ、投資協定を結ぶということは当該国が負うもっとも強い義務が適用されることを意味し、思わぬ結果を招来する恐れが出てきた。

他方、具体的な仲裁判断の結果はそれほど不合理なものではなかったことに注意する必要がある。たとえば、Metalclad 事件では、メキシコの措置を収用補償義務および公正待遇義務に違反するとの判断が示された。この事件では、投資受入国から投資家に直接に投資誘致があり、また投資決定後はそれに沿った説明がなされ、それを信じて投資が行われたが、その後にその説明と食い違う事態が生まれて投資が無駄になったケースである。この事案は、どのような法理によるかは別にして、投資家が救済されるべきであったことに異論はなかろう。また S.D.Myers 事件では、内国民待遇義務違反が第一義的な請求認容根

*37 本稿で挙げた N A F T A 仲裁を受けて、米国をはじめ諸外国は、収用や公正待遇義務を協定中に書き入れる場合には内容の限定を図っている。たとえば、公正待遇義務を定める日墨 E P A 6 0 条には次の注釈がついている。「この条は、他方の締約国の投資家の投資財産に与えられるべき待遇の最低限度の基準として、外国人の待遇に関する国際慣習法上の最低基準について定めたものである。「公正かつ衡平な待遇」及び「十分な保護及び保障」の概念は、外国人の待遇に関する国際慣習法上の最低基準が要求する待遇以上の待遇を与えることを求めるものではない。」しかし、このような限定を行っても、この協定には前記のように最恵国待遇義務が規定されているために、日本またはメキシコが他の投資協定すべてに同種の注釈を入れておかないと、注釈の効果は無に帰してしまう。ちなみに日本もメキシコもこのような注釈を付さずに公正待遇義務を規定する投資協定を結んでいる。

*38 小寺彰「電気通信と主権」国際法外交雑誌 90 巻 3 号(1991), pp.9-10. 参照。

拠であり、Pope and Talbot 事件では、事件の本筋ではなく、それに随伴するきわめて些細な事実について公正待遇義務違反が認定されたにすぎない。

収用義務が大きな注目を集めたのは、エチル事件がきっかけであった。エチル事件では、エチル社がカナダ政府の措置を「収用」と主張して仲裁に訴えたが、仲裁手続の途中でカナダ政府がエチル社に金銭を支払って和解した。この和解が、カナダ政府がエチル社の主張を認めたものと受け取られて収用への懸念が広がった。しかし、エチル事件では、仲裁の判断は下されていないのである。

仲裁では、通常は、個々の事案について妥当な解決を図るように努力される。このような性格をもつ仲裁において、その判断のなかで示される条約解釈の一般論をどの程度重視すべきであろうか。上述のように個々の事案との関係で捉えれば、常識的な判断が下されていると考えることができる。

2. 仲裁手続上のインパクト

a. 問題状況

投資協定仲裁について、エチル事件が起こり、さらに Metalclad 事件以下の3事件で仲裁判断が示されると、米国やカナダで大きな反響が巻き起こった。たとえば、ニューヨークタイムズでは次のような論評が出された。

仲裁廷の会合は秘密である。仲裁廷を構成するメンバーは一般的には無名である。彼らの決定は完全には公表されない。しかし、仲裁廷の小グループが投資家と外国政府の間の紛争を処理した方法によって、国内法は廃止され、司法制度は問題視されそして環境規制は挑戦されてきた^{*39}。

これはNAFTAの投資協定仲裁に関する不信である。この点をもう少し具体的に言うと、一つは、NAFTAの投資協定仲裁の出した判断が、議会制定法の「正しさ」を問い、また場合によってその違法を制定することの正統性である。なぜ、国民から見て、素性の分からない、しかも外国人が、外国人（投資家）のイニシャティブによって始まった仲裁手続によって、民主的に選ばれた議会が制定した法令の「正しさ」を判断できるのか。しかも投資協定仲裁によって挑まれた措置の多くが環境保護規制に関わっていたから、以上のような反感はいっそう強いものになった。

さらに、ICSID仲裁であればともかく、ICSIDに係わる追加的制度についての規則(ICSID Additional Facility Rules)に基づく仲裁^{*40}、UNCITRAL仲裁やストックホルム仲裁では仲裁地という概念があり、仲裁地の裁判所が仲裁判断を取消す権限をもつ。まさに Metalclad 事件は、仲裁地のブリティッシュ・コロンビア州の裁判所が仲裁判断を一

*39 Anthony De Panama, "NAFTA's Powerful Little Secret," New York Times, March 11, 2001.

*40 ICSIDに係わる追加的制度についての規則(ICSID Additional Facility Rules)に基づく仲裁については、河野真理子「ICSIDの概要」日本エネルギー法研究所, *op. cit.* (n.11), pp. 14-18.参照。

部取消した。外国の裁判所が、その国の法令に基づいて、自国の措置に関する仲裁判断、ひいては自国法令自体の「正しさ」を判断することができるのか。仲裁判断の取消を判断するのが、仲裁地の国内法である以上、取消判断をどのようにするかは仲裁地国の意向いかに係わってくるのか。Metalclad 事件を例にすれば、カナダ法いかんでメキシコの措置のNAFTA上の「収用補償義務」違反ないし「公正待遇義務」違反が決まってしまうのが適当か。

もう一つは、国内裁判所が仲裁廷に代わってこれらの判断を下すのであれば納得できるが、裁判所に要求される手続的要件（審理の公開、判決の公表等）を満たさずに判断するのが適当なのか。少数の人間（法律家）によって構成される裁判所が、たとえば憲法を規準として、民主的に選ばれた議会の制定した法律の違法性を問うるのは、結論の妥当性を担保する手続（たとえばデュープロセス）の下で、法律学という専門的な技術を使って判断するからである（技術的な正統性）。さらに最高裁判事等、特定の重要な裁判官を国民の直接選挙で選んだり（米国の州）または指名を内閣が行うという方法をとることによって、議会の構成員ほど直接的ではなくとも、民主的な正統性が確保されているからである。

以上のような投資仲裁一般に妥当する問題点に加えて、NAFTA仲裁固有の事情が、人々の関心をかき立てた。その事情とは以下のものである。

まず第一に、仲裁手続において、国家の具体的な施策が、収用補償義務や公正待遇義務というきわめて一般的な原則的義務に照らして判断された。その判断を見ると、「収用補償義務」や「公正待遇義務」の伝統的な意味を拡大したうえで、国家の施策を違法だと判断していることである。仲裁廷が、原則的な義務を根拠にして議会制定法の「正しさ」を評価し、場合によってはその違法性を肯定したことは、仲裁人（外国人）による「立法」に当たるのではないか。しかも多くのケースで投資受入国の環境規制が問われており、私人（投資家）の「経済的利益」を環境利益という「公益」に優先させるのかという問題提起に連なるのである。

さらに米国固有の事情としてNAFTAが米国法上の「条約」として結ばれていないことも挙げる必要がある。米国では国際条約は、上院が承認をする「条約」として締結される場合と、議会ないし行政府の「行政協定」として締結される場合がある^{*41}。NAFTAも、さらにはWTO協定も、通商権限をもっている上下両院の授権のもとに大統領が結んだ行政協定である。「素性のわからない人」によって構成される仲裁廷が、行政協定にすぎないNAFTAの条項によって、議会自身が制定した法令の「正しさ」を問うというのはどうということかという問題である。

上記のような問題に応える方法は、一つは、仲裁手続を裁判手続に近づけて、裁判所が通常具備している正統性を確保することである。一つが判断手続の「透明性」の向上であり、もう一つが仲裁手続の判断統一のための仕組みの導入である。いずれも投資協定仲裁

*41 日本の場合も、国際条約は国会承認条約として締結される場合以外に、内閣がその権限内のものとして行政取極等として結ぶ場合がある。小寺彰『パラダイム国際法』（2004），pp.43-44. 参照。

の正統性確保のためであると同時に、新たな機能を具備した仲裁に見合ったコントロールメカニズム^{*42}の導入を意味する。

b. 透明性の向上^{*43}

I C S I D 仲裁はともかく、投資協定仲裁を担う U N C I T R A L 仲裁やストックホルム商業会議所仲裁は本来は商事仲裁機関であり、投資協定仲裁についても商事仲裁用の仲裁規則が適用される。たとえば、商事仲裁は原則として秘密裏に行われ、紛争の存在自体も公表されないのが原則であるが、このような規則が投資協定仲裁にも適用されるのである。

仲裁手続を秘密にすることは私的な商業的な利益を調整するという商業仲裁の役割さらには仲裁自体が私人間の契約の延長線上にあることによって正当化される。しかし、投資協定仲裁では、国家の施策という公的な行為が俎上に上げられて、その適否が判断される。つまり仲裁を秘密裏に行わなければいけないという前提が失われ、逆にその正統性の強化が問題化するのである。

仲裁が秘密裏に行われるものであるとすれば、仲裁手続で出される当事者の主張は言うまでもなく、その判断も、そもそも紛争の付託自体も公表されないことがある。しかし、紛争処理の形で、投資協定という国際条約に照らして国家の施策が判断される以上、判断内容は公表されるべきであるし、またその判断が適切に行われるように証拠の開示等の手続的な整備が図られるべきであると主張されるのは当然の事理と言えよう。さらに最近では、第三者、たとえば N G O が投資協定仲裁にアミカスキュリエを提出することも認めるべきだという問題提起もなされている。国家の施策の「正しさ」という公益に関わる判断が下される以上、申立を行った投資家と投資受入国の主張だけによって判断が下されるのは危険だというのである。もちろん、アミカスキュリエの提出を第三者に無制限に認めることは、迅速な紛争処理の要請と矛盾するために何らかの制限は必要であろう（提出の是非の判断を仲裁廷に委ねる等）。しかし、投資協定仲裁が投資受入国の公益に関わる判断を行う以上、まったく認めないことは不合理だと言えよう。

先に挙げた N A F T A 貿易委員会覚書は、N A F T A 11 章仲裁について、秘密性を確保するように要求する一般的義務を当事者に負わせるものではなく、また同仲裁に提出された文書の公表を禁ずるものではないことを述べて、当事者が合意によってすべての文書を公表できる旨を宣言した^{*44}。これは N A F T A 当事国の側からの透明性向上の意図表明である。

c. 仲裁判断の統一性

*42 仲裁のコントロールの意義等については、W. Michael Reisman, *System of Control in International Adjudication and Arbitration*(1992), pp.1-10. 参照。

*43 OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures," Working Papers on International Investment No.2005/1, in *op.cit.* (n. 4).

*44 Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, *op.cit.* (n. 34).

仲裁手続の正統性の向上の第2の方法は、相互に矛盾する仲裁判断の法理を統一することである。従来から投資協定仲裁は国家の投資協定の実施を確保するための「伝家の宝刀」として高く評価されてきた。しかし、実際に多くの判断が出されると個々の判断に矛盾やずれが生まれてきた。たとえば、NAFTA上の「公正待遇義務」についても、それが一般国際法上のものにとどまるとする判断がある反面、一般国際法以上のものを意味するとする判断が出たことはすでにふれた点である。

個々別々の協定の解釈適用だと考えれば、判断が分かれたとしても問題はない。そもそも当事国間の交渉・合意の延長線上に仲裁が位置づけられる以上、協定ごとに交渉内容が異なり、当然それに応じて合意のインプリケーションも異なる。このように考えれば、仲裁判断の内容が異なっても自然だという見方である。

他方、条約が同一の文言を用い、また同趣旨の規定をおき、そしてその目的が投資ないし投資家の保護という同一のものであるにもかかわらず、仲裁によって解釈が分かれることは、投資協定の法的安定性を損なう恐れがあると言えよう。とくに、収用や公正待遇義務のように、抽象的な文言について、仲裁判断が分かれるという状況は、国家にとっても、また投資家にとっても望ましくないと言えよう。

さらに投資協定に最恵国待遇義務が規定されていれば、それを媒介にして、他国の投資協定上の義務が直接的に影響するような状態が生まれていること（投資ルールの一般化、引いては「一般国際投資法」の形成）はすでにふれた点である。さらに投資協定仲裁は、投資協定の当事者間で行われるものではなく、合意の当事者ではない投資家と国家の間のものであり、通常の私人間の仲裁と同一には考えられない点にも注意を払っておく必要がある。

投資協定仲裁の上記のような特殊性を踏まえて、投資協定仲裁の判断は統一されるべきであり、そのために、WTO上級委員会をモデルにした上訴手続を作るべきだという提案が出てきている。しかし、投資協定仲裁がもともと個々に作成された投資協定を根拠にした手続であるために、上訴手続をどのようにして設定するかは大きな問題である。この点は、当初に統一的な法制度として構想されたWTO紛争解決手続とは異なる障害である。少なくとも上訴手続が何を審査するかを明確にする必要がある（仲裁判断と上訴判断の機能分化）。上訴手続の内容が決まれば、最低限、投資協定当事国がそれを利用することを何らかの形で合意することが必要であろう。さらに当該上訴手続を問題なく採用するためには、ICSID協定等の仲裁規則上も上訴手続を組み入れることも必要であろう。

d. 仲裁の廃止

2004年に結ばれた米国・オーストラリアの自由貿易協定も投資協定の部分を含んでいるが、国家間の紛争処理手続は規定したが、投資協定仲裁は設けなかった。NAFTAの前身である米加自由貿易協定にも投資協定仲裁は規定されていないことを考えると、投資協定を結べばかならず投資協定仲裁を設置しなければならないものではない。

すでに検討してきたように、投資協定仲裁は、途上国を念頭において、途上国の司法手続への信頼性の欠如を補うために作られていたものである。投資協定仲裁が米加自由貿易協定にはなく、NAFTAになって置かれたという事実は、NAFTA上の投資協定仲裁がメキシコを念頭に置いたものであることを示している。

投資協定の実効的な実施、とくに投資家の保護を重視すれば、投資協定仲裁は必要なものである。他方、自国投資家が自国の措置について問題を感じてそれを争う場合には自国裁判所しかない。その点で、外国人投資家は、投資受入国の裁判所と投資協定仲裁の双方を利用可能だとすると、外国人投資家が自国投資家より優遇されているという批判的を射ている。また相手国の司法制度が信頼できるものであれば、投資協定仲裁を置かなくてもよいという議論も十分成り立つ。

長く投資協定のほとんどが先進国・途上国間で結ばれた。投資はおもに先進国から途上国に流れるために、先進国がこの手続で訴えられることはなく、本稿のような問題はあまり意識されなかった。しかし、米国・カナダという先進国関係にも適用されるNAFTAや、日韓投資協定のような先進国間の投資協定が生まれ、また途上国から先進国への投資も行われるようになると - Mazzini 事件ではチリの投資家のスペインへの投資が問題化した - 、先進国に対して投資協定仲裁が発動され、投資協定仲裁の隠れた問題が浮かび上がってきたのである。

投資協定中に投資協定仲裁を置くか否かは、上記の諸要因や自国投資家の態度（正式の紛争処理を好むか否か等）や自国の事情（投資協定仲裁への対応可能性等）を総合的に考慮して決定するほかないと言えよう。投資協定である以上、投資協定仲裁は置かなければならないと考えるような、教条的かつ短絡的な態度だけは取るべきではない。

むすび

最後に、投資協定仲裁の活性化の意義と問題を、「はじめに」で掲げた文脈に即して整理して稿を閉じることにしたい。

1. 「法制度化」の文脈

a. 仲裁増加を促す要因

最近の投資仲裁の動きは、投資協定上の投資協定仲裁が実際に使えることを示した。国家間の司法裁判や仲裁裁判のように、そこへの申立が国家間の友好関係を害するものと受け取られる恐れがある場合には、申立はあまり行われぬ。WTO紛争解決手続が現在頻繁に使われているのは、WTO紛争解決手続への申立が国家間関係をいささかも傷つけるものではないという国際的なコンセンサスが広がっているからである。しかし、1980年代のガット紛争解決手続の利用については、WTO紛争解決手続程にはドライに考えられておらず、日本が1988年に部品に関するダンピング課税措置についてECを提訴したときには、相手側の反応を相当に気にしていた。また現在でも、中国をWTO紛争解決手続に提訴した場合の中国の反応については予測不可能であり、日本政府は慎重な姿勢をとっている。このようなことは、国際的な紛争処理手続は本来的に利用を躊躇させる要因を含んでいることを示している。この躊躇を払拭するのは、当該利用が被申立国に敵対的感情を引き起こさず、その結果として当該利用が紛争処理のために効率的に機能するという実績である。この条件を満たすためには当該紛争解決手続が日常的に利用されて紛争処理の効果を挙げているという現実の出現が何より重要である。最近の投資協定仲裁は、まさにこの条件を満たそうとしていると言えよう。

この点と関係するが、従来は投資協定仲裁は、投資財産が毀損されて投資家が撤退した

後にその投資を回収するためにのみ取られる手続と考えられた。投資受入国でまさに事業活動を行う企業が投資受入国政府を仲裁手続に訴えることは、投資受入国企業との全般的関係を悪化させ、当該企業の事業活動を損なう可能性があることが恐れられた結果だと言われる。現在でも、投資財産が毀損された場合に投資受入国を仲裁に提訴するケースが圧倒的に多い。しかし、投資受入国が先進国であるケースが多いが、事業活動を継続している企業が投資受入国政府を訴える事案も出てきている。企業にとって仲裁手続の役割が拡大していることが見て取れるのである。

さらに投資協定仲裁の利用の増加を促しているのは、国内裁判所に国内法を根拠に申立てたのでは勝訴が覚束ない事案でも、投資協定仲裁において公正待遇義務を根拠にすれば当該要求が認められる場合があることである。投資家にとって投資受入国の事業環境の安定性を確保することはきわめて重要な要求ではあるが、投資協定によって確保することは、従来は難しいと思われてきた。国家が状況に応じて新たな政策を導入するのは、主権の重要な構成要素である以上、新たな政策の導入に伴って事業環境が変化して外国人投資家が不利益を蒙るのはやむを得ないと考える向きが多かった。精々、投資協定によって最恵国待遇および内国民待遇を確保することによって、他の外国人投資家や投資受入国の国民と同等に扱われていれば、国家の政策の変更によって蒙る不利益は甘受せざるをえないと考えられがちであった。しかし、公正待遇義務を根拠にすれば、国家の政策の変更によって一定以上の不利益を蒙った場合には、たとえ同種の不利益を投資受入国投資家や他国投資家が負ったとしても、当該国の措置は公正待遇義務違反とみなされて、不利益を蒙った投資家は賠償をえることができることが明らかになったのである。換言すれば、最近の仲裁判断は、公正待遇義務によって投資受入国の投資環境の安定性が、完全ではないが、部分的には確保されることを示したのである。

b . 投資協定仲裁の意義

国内裁判所では投資家が勝訴の見込みがない案件について投資仲裁で勝訴することは、投資協定仲裁と結びついた場合の投資協定の威力を示す反面、当該仲裁判断が奇異に受け止められることにも繋がる。国民なら受けられないような待遇を外国人投資家が得たと評価されるからである。

公正待遇義務については、そもそも内国民待遇では不十分な場合に、外国人に一定の待遇を保障することである以上、国民が国内法上得られない保障を外国人が受けることは当然であり、上記のような批判は当たらない。

他方、収用補償については、外国人財産についてと同様国民の財産についても当てはまる事項であり、国民と外国人投資家に格差が生まれるとすれば、その理由を問いたいと考えるのは自然なことであろう。収用については、収用補償の根拠が国民と外国人では違ふと考えるべきであろう。国民が収用によって補償を得られるのは、当該国民が特別の犠牲を被ったから他の国民総体の財産、すなわち国庫によってそれを埋めるとというのが収用補償の本旨と考えられる^{*45}。他方、外国人の場合は投資受入国の政治的な決定手続には参加

*45 樋口陽一、佐藤幸治、中村睦男、浦部法穂著『注釈日本国憲法 下巻』(1989), pp.84-685.

できない。国家の政治的決定に関与していない、すなわち間接的にも当該収用の決定に与っていない以上、特別の犠牲を根拠に収用補償を理解することはできない。むしろ投資協定による投資財産保護を期待して外国人投資家が投資している以上、その期待が裏切られた場合には収用補償を受ける権利があると理解するのが妥当であろう。外国人と自国民の収用補償の根拠の差が、収用補償において外国人が国民よりも優遇される根拠なのである。

c . 正統性強化のモメント

当事国がそもそも予期しないような条約解釈が投資協定仲裁によって示されることは、投資協定仲裁が使われることの大きな意味である。投資協定の義務の内容が、第三者によって実質的に決定されるようになったのであり、投資協定分野で「法制度化」が実質的に進展したことを意味する。それゆえに多くの国際法学者の注目が集まっているのである。

しかし、政府が予期しない解釈が示されると、そもそも当該条約の意味を仲裁が決定できるのか、また決定できるとした場合には、その決定の手續が妥当かどうか厳しく問われる。とくに仲裁は従来は条約という合意の延長線上にあると考えられてきたが、投資協定仲裁では、投資家は投資協定の当事者ではなく、当然投資家を一方当事者とする投資協定仲裁を条約という合意の延長と捉えることはできない。そもそも投資協定仲裁は、投資受入国の国内裁判に代わるものとして構想された以上、より裁判手續に近づけることによって正統性を高める方法が模索されることになる。

2 . 一般国際投資法の文脈

2000以上の二国間ないし複数国間投資協定について、仲裁判断が示されることは、個々の協定で使われている類似した文言について標準的な意味が共通して探られる傾向を生む。とくに仲裁手續の正統性を向上させるために仲裁判断の統一に注意が払われはじめると、上訴手續ができれば組織的に解釈の統一が図られるか、またそれができない現状でも事実上は判断を統一することが心掛けられる。さらにすでに示したように、広い範囲で採用されている最恵国待遇義務がその傾向をさらに促進するのである。仲裁が幅広く用いられるようになれば、「一般国際投資法」の觀念が広く享有されるようになり、徐々にではあるが、多くの国を網羅する多数国間投資協定が誕生したのと同様の状況に近づくのである。

3 . 日本の通商政策の文脈

投資協定上の文言については、日本ではきわめて保守的に考えられてきた嫌いがある。たとえば、公正待遇義務についても一般国際法上の最低基準の待遇確保義務と捉える、また「収用」についても伝統的な収用を念頭に置くというアプローチである。しかし、今後は種々の投資協定仲裁においてどのような判断が出るかを注視しながら、今後結んでいく投資協定にその結果を反映させていくという心構えが外交当局には必要になる。最恵国待遇義務を協定上に入れる場合には、最恵国待遇義務がどの規定をカバーするかも明確化

することが必要である。さもないと投資協定のすべての部分が、もっとも投資家にとって有利な協定の規定に合わされてしまうことになり、協定ごとの当事国間の取引が意味のないものになってしまうのである。

他方、企業関係者は、国内法と国際法の差、とくに投資協定の解釈適用の特色、また投資協定仲裁の機能をきちんと理解する必要がある。たとえば、投資協定上の公正待遇義務によって相当広範囲の救済を受けられることを頭にいれておけば、外国投資への投資受入国政府の言動の変化によって不利益を蒙る場合でも泣き寝入りをする必要がないことが分かる。また最恵国待遇義務の入っている投資協定では自国と当該国との投資協定だけではなく、相手国が結んだすべての投資協定を精査して、みずからに有利な規定を探し出すというアプローチが必要なことを頭に置けば、相当に有利な地位を獲得することが可能になるのである。