



RIETI Discussion Paper Series 14-J-007

## 国際投資協定における「一般的例外規定」について

森 肇志  
東京大学

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/>

## 国際投資協定における「一般的例外規定」について\*

森肇志（東京大学大学院法学政治学研究科）

小寺彰（東京大学大学院総合文化研究科、経済産業研究所）

## 要 旨

国際投資協定 (IIA) 上の義務に対する例外・留保規定の中には「一般的例外規定」と呼ばれるものがあり、日本が締結する IIA でも活用されているが、その一般的な定義は明確ではなく、しばしば異なる意味で用いられている。本稿は、この「一般的例外規定」について、まずその概念を整理した上で、投資家保護と国内規制権限とのバランスの確保という観点から検討した。その結果、以下の結論と政策的含意が得られた。(1) 「一般的例外規定」は、IIA 上の義務全体に係る例外（一般的例外）を指すものとして用いられることが多いが、日本が締結する IIA に規定される「一般的例外規定」は、GATT 第 20 条および／あるいは GATS 第 14 条の「一般的例外」を準用するという点で特徴的である（GATT/GATS 型一般的例外規定）。(2) 実体規定たる公正衡平待遇義務（FET）違反が GATT/GATS 型一般的例外によって正当化されるのは、FET が国際慣習法上の最低基準以上のものを意味する場合である。(3) したがって、日本政府としては、一般的例外概念をあらためて整理すること、GATT/GATS 型一般的例外規定についてもその例外事由の範囲を再検討すること、GATT/GATS 型一般的例外を規定する際には実体上の義務の規定の仕方と連動させること、が求められる。

キーワード：一般的例外規定（General Exception Clause）、国際投資法、国際投資協定、投資協定仲裁（ISDS）

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）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」（代表：小寺彰ファカルティフェロー）の成果の一部である。また、本稿の原案に対して伊藤一頼静岡県立大学専任講師から多くの有益なコメントをいただいた。この場を借りて深く感謝の意を表したい。もとより、文中に残る誤りはすべて筆者の責任である。

## はじめに

国際投資協定（International Investment Agreement, IIA）<sup>1</sup>は、国家間の条約で、他方当事国での自国投資家及びその財産の保護や、当事国相互間の投資自由化等を約束する国際条約である。1959年にドイツとパキスタンとの間で結ばれたものが嚆矢とされるが、その数は1990年代以降飛躍的に増大し、とりわけ1990年代末以降、IIA中に規定される仲裁（投資協定仲裁）が活発に使われるようになるにしたがい、大いに注目されるようになった<sup>2</sup>。

こうしたIIAによる投資家の保護が拡大することにより、従来各国が有すると考えられていた、幅広い裁量によって国内措置を行う権限（国内規制権限）とのバランスが注目されるようになってきた<sup>3</sup>。こうした問題の背景には、投資の保護が、他の重要な政策目的の犠牲のもとに追及されるべきではないという問題意識が存在する<sup>4</sup>。こうした問題意識から、近年締結されるIIAの一部においては、一方では、IIA上の義務に対する例外あるいは留保を定め、他方では、一定の政策目的に対する国家の規制権限を確認する条項が挿入されてきたのである<sup>5</sup>。

こうした例外あるいは留保を定める規定（例外・留保規定）の中には、「一般的例外規定」と呼ばれるものがある。その定義は明確ではなく、IIAあるいはそれを締結する政府によっても、また論者によっても異なる意味で用いられている場合がある。本報告書では、この「一般的例外規定」について、まずその概念を整理した上で、投資家保護と国内規制権限とのバランスの確保という観点から、検討することとしたい。

## I. 例外・留保規定と「一般的例外規定」

### (1) 例外・留保規定の類型

IIAの条約実行において、例外・留保規定には、その対象、すなわち、なにを例外あるいは留保の対象とするのかという観点から、いくつかの類型が存在する。対象の広狭という観点から整理するならば、①当該IIA上の義務全体に係るもの、②当該IIA上の特定の義務に係るもの、③当該IIA上の義務に適合しない現存措置を例外としあるいは留保するもの（祖父条項）、④当該IIA上の義務に適合しない将来の措置を例外としあるいは留保する

---

<sup>1</sup> 二国間投資協定（BIT）および自由貿易協定（FTA）あるいは経済連携協定（EPA）の投資章を指す。

<sup>2</sup> 投資協定および投資協定仲裁の歴史につき、小寺彰「投資協定の現代的意義」小寺彰編著『国際投資協定』（三省堂・2010年）2-3、7-10頁参照。

<sup>3</sup> 小寺彰「国際投資協定：現代的意味と問題点－課税事項との関係を含めて－」RIETI Policy Discussion Paper Series 10-P-024（2010）、14頁。

<sup>4</sup> UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (2007), p. 92.

<sup>5</sup> *Ibid.* 両者の法的効果の相違についても同書を参照せよ（*ibid.*）。

もの、が挙げられる<sup>6</sup>。

たとえば日本・インドネシア EPA（2007年署名・2008年発効）の投資章（第7章）では、このうち②として、第67条で、投資受入国による資金移転の自由を確保する義務を規定するが（第1項）、同義務については第3項で、「[一定の] 事項に関連する自国の法律を衡平、無差別かつ誠実に適用する場合には、資金の移転を遅らせ、又は妨げることできる」と規定し<sup>7</sup>、また、一時的なセーフガード措置も認めている（第70条）。内国民待遇（第59条）についても、外国人（他方の締約国の投資家）による投資活動に関して特別な手続きを定めることができるとされている（第59条2項）。これらは、特定の義務について例外・留保を認めるものである。

また、同じく日本・インドネシア EPA の投資章において、③としては、内国民待遇（第59条）、最恵国待遇（第60条）、特定措置の履行要求の禁止（第63条）につき、留保表に記載される現行の措置には適用しないとされている（第64条「留保及び例外」第1項）。さらに、同じく第64条の第3項において、④も認められている。

もとよりこうした例外・留保は、日本が締結した IIA に限られるわけではない。たとえば米国およびカナダが締結する IIA は、通常、③を含むほか、内国民待遇義務につき、政府の補助金等については適用されない旨規定しているとされる（②の例）<sup>8</sup>。また、④についても、2005年に締結された、米国・ウルグアイ投資保護・促進協定第14条2項などで認められている<sup>9</sup>。

## （2）通常の意味における一般的例外規定と GATT/GATS 型一般的例外規定

### （i）通常の意味における一般的例外規定

これらに対し、①については、「一般的例外規定」をどのように理解するか、とりわけ、

---

<sup>6</sup> 本分類に関しては、A. Newcombe and L. Paradell (ed.), *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Wolters Kluwer, 2009), pp. 484-485 を参考にしてている。但し、同書は、①安全保障例外、②他の一般的例外、③特定の分野あるいは措置類型に対する例外あるいは留保、④現存する不適合措置あるいは改正に関する例外あるいは留保、⑤将来の措置に関する例外あるいは留保を挙げる。このうち、①と②を分けているのは、①の場合にしばしば自己判断（self-judging）を許していることが根拠と考えられるが、本報告書では、例外あるいは留保の対象という観点から検討しているため、両者を区別していない。また③につき同書は、課税措置に関する例外をも挙げるが、そこで例として挙げられているカナダ・ペルーIIA16条のように、「明示的な言及がなされている場合を除き、本協定は課税措置に適用されるものではない」と規定する場合には、「特定」の問題（課税措置）を規律範囲から除外するものではあるが、義務の対象という点では、当該 IIA 上の義務全体に対する例外を構成するため、特定の義務に対する例外とは区別することが有用と考えられる。

<sup>7</sup> 「一定の事項」としては、(a)破産、債務不履行又は債権者の権利の保護、(b)証券の発行、交換又は取引、(c)刑事犯罪、(d)裁決手続における命令又は判決の履行の確保、が挙げられる（第67条3項）。

<sup>8</sup> Newcombe and Paradell (ed.), *supra* note 6, p. 484.

<sup>9</sup> *Ibid*, p. 485.

日本が締結している IIA における「一般的例外規定」をどのように位置づけるか、という観点から、より詳細な検討が必要である。

①は、当該 IIA 上の義務全体に係る例外・留保を指すが、そうしたものを「一般的例外規定」と呼ぶこともある（「通常の意味の一般的例外規定」）。たとえば、2007 年に刊行された UNCTAD による研究においては、「一般条約例外（general treaty exceptions）」、「一般的例外（a general exception）」、そして「一般的例外規定（general exception clause）」をこの意味で用いる。その上で、一般的例外規定は様々な政策目的を保護しようとする旨を指し、過去 10 年間の IIA に見られる一般的例外規定が保護しようとする政策目的は、課税、安全保障及び公序、人間の健康および天然資源の保護、文化の保護、金融サービスに関する信用秩序維持、その他に分類されようとする<sup>10</sup>。

「一般的例外規定」に関するこうした理解は、日本が締結する IIA に見られる「一般的例外規定」とは、いくつかの点で対照をなす。

#### (ii) 日本が締結する IIA における「一般的例外規定」

日本が締結する IIA において、しばしば、条文の見出しとして「一般的例外」が明記されることがある。たとえば日本・ブルネイ EPA（2007 年署名・2008 年発効）の第 8 条は、「一般的例外及び安全保障のための例外（General and Security Exceptions）」との見出しが付されている。すなわち同協定は、明示的に特定の条文を「一般的例外」に関する規定と理解しているのである。

日本が締結する IIA に見られる「一般的例外規定」には、第 1 に、関税及び貿易に関する一般協定（GATT）第 20 条および／あるいはサービス貿易一般協定（GATS）第 14 条に規定される「一般的例外」条項を準用する場合がある（「準用型」）。先に挙げた日本・ブルネイ EPA 第 8 条は、その第 1 項で、「次章から第 5 章 [投資]（第 64 条 [争乱からの保護] を除く。）まで及び第 7 章の規定の適用上、1994 年のガット第 20 条の規定は、必要な変更を加えた上で（*mutatis mutandis*）、この協定に組み込まれ、この協定の一部を成す」と規定し、さらに第 2 項で、「第 5 章（第 64 条を除く。）及び第 6 章の規定の適用上、サービス貿易一般協定第 14 条の規定は、必要な変更を加えた上で、この協定に組み込まれ、この協定の一部を成す」と規定する。

こうした規定としては、ほかに、日本・マレーシア EPA（2005 年署名・2006 年発効）第 10 条、日本・タイ EPA（2007 年署名・発効）第 10 条、日本・カンボジア BIT（2007 年署名・2008 年発効）第 18 条、日本・インドネシア EPA（2007 年署名・2008 年発効）第 11 条、日本・スイス EPA（2009 年署名・発効）第 95 条<sup>11</sup>、日本・インド EPA（2011

<sup>10</sup> UNCTAD, *supra* note 4, pp. 80-92.

<sup>11</sup> 同条で一般的例外が認められるのは「投資財産に投資を行っている場合」のみであり、「投資された投資財産」については適用されない。また、同条第 1 項は、GATT 第 20 条には触れず、GATS 第 14 条のみが準用されることとなっている。この点については II(2)で触れる。

年署名・発効) 第 11 条<sup>12</sup>などが挙げられる。

第 2 に、GATT 第 20 条あるいは GATS 第 14 条に規定される「一般的例外」の要素を書き下す場合がある(「書き下し型」)。たとえば日本・ペルー BIT (2008 年署名・2009 年発効) 第 19 条(一般的例外及び安全保障のための例外) 第 1 項は、

この協定のいかなる規定(第 14 条[損失又は損害についての補償]の規定を除く。)も、一方の締約国が次の措置を採用し、又は実施することを妨げるものと解してはならない。ただし、それらの措置を、他方の締約国に対する恣意的若しくは不当な差別の手段又は自国の区域内にある他方の投資財産に対する偽装した制限となるような態様で適用しないことを条件とする。

(a) 人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置

(b) 公衆の道徳の保護又は公の秩序の維持のために必要な措置

注釈(略)

(c) この協定の規定に反しない法令の遵守を確保するために必要な措置。…(略)

(d) (略(安全保障例外))

(e) (略(安全保障例外))

(f) 美術的、歴史的又は考古学的価値のある国家的財産の保護のために執る措置

と規定する。これは、その柱書につき、GATT 第 20 条で「国際貿易の偽装された制限」とされているところ<sup>13</sup>を「自国の区域内にある他方の投資財産に対する偽装した制限」とするなど、一部修正しつつその規定を準用するものであり、また、GATT 第 20 条では(a)から(j)まで 10 の例外事由を挙げるのに対し、そのうちの 4 つを挙げるものである。

こうした規定としては、ほかに、日本・シンガポール EPA (2002 年署名・発効) 第 83 条、日本・フィリピン EPA (2006 年署名・2008 年発効) 第 99 条、日本・ウズベキスタン BIT (2008 年署名・2009 年発効) 第 17 条 1 項、日本・コロンビア BIT (2011 年署名・未発効) 第 15 条、日本・クウェート BIT (2012 年署名・未発効) 第 17 条、などが挙げられる<sup>14</sup>。

なお、準用型あるいは書き下し型を問わず、一方の締約国が一般的例外規定に基づく措

---

<sup>12</sup> 本条の見出しは「例外(Exceptions)」である。

<sup>13</sup> GATT 第 20 条柱書は、「この協定の規定は、締約国が次のいずれかの措置を採用すること又は実施することを妨げるものと解してはならない。ただし、それらの措置を、同様の条件の下にある諸国の間において任意の[arbitrary 恣意的]若しくは正当と認められない差別待遇の手段となるような方法で、又は国際貿易の偽装された制限となるような方法で、適用しないことを条件とする」と規定する。なお、本条についても、また日本・ペルー BIT 第 19 条 1 項についても、公定訳によった。

<sup>14</sup> なお、日本・韓国 BIT (2002 年署名・2003 年発効) 第 16 条、日本・ベトナム BIT (2003 年署名・2004 年発効) 第 15 条は、「一般的例外条項」として、GATT 第 20 条および第 21 条(あるいは GATS 第 14 条および第 14 条の 2)に挙げられる例外事由を挙げるが、GATT 第 20 条および GATS 第 14 条に見られるいわゆる柱書は規定されていない。日本・ラオス BIT (2008 年署名・発効) 第 18 条も同様の構造だが、同条の小見出しは「一般的例外及び安全保障のための例外」とされている。

置をとる場合に、他方締約国に対し当該措置について通報あるいは通報するよう妥当な努力を払う義務が課されることが、しばしば見られる。具体的には、日本が締結した IIA の中で、最初に一般的例外規定が組み込まれた日本・シンガポール EPA 第 4 条やその後の日本・マレーシア EPA 第 10 条、日本・タイ EPA 第 10 条、日本・インド EPA 第 11 条では、通報義務も通報努力義務も規定されていないが、日本・ブルネイ EPA 第 8 条 4 項、日本・インドネシア EPA 第 11 条 3 項では通報努力義務が、日韓 BIT 第 16 条 3 項、日本・ベトナム BIT 第 15 条 3 項、日本・フィリピン EPA 第 99 条 2 項、日本・カンボジア BIT 第 18 条 2 項、日本・ラオス BIT 第 18 条 3 項、日本・ウズベキスタン BIT 第 17 条 2 項、日本・ペルー BIT 第 19 条 2 項、日本・スイス EPA 第 95 条 4 項、日本・コロンビア BIT 第 15 条 3 項、日本・クウェート BIT 第 17 条 2 項では通報義務が課されている。こうした通報あるいは通報努力義務は、GATT 第 20 条あるいは GATS 第 14 条には見られないものである。

また、準用型あるいは書き下し型を問わず「一般的例外規定」を含まないものとして、日本・エジプト BIT (1977 年署名・1978 年発効)、日本・スリランカ BIT (1982 年署名・発効)、日本・中国 BIT (1988 年署名・1989 年発効)、日本・トルコ BIT (1992 年署名・発効)、日本・香港 BIT (1997 年署名・発効)、日本・パキスタン BIT (1998 年署名・2002 年発効)、日本・バングラデシュ BIT (1998 年署名・1989 年発効)、日本・ロシア BIT (1998 年署名・2000 年発効)、日本・モンゴル BIT (2001 年署名・2002 年発効)、日本・メキシコ EPA (2004 年署名・2005 年発効)、日本・パプアニューギニア BIT (2011 年署名・未発効)、日中韓 BIT (2012 年署名・未発効)、日本・イラク BIT (2012 年署名・未発効) などが挙げられる<sup>15</sup>。

このように、日本が締結する IIA においては、2002 年以降締結されたもののうち、非常に多くの IIA において「一般的例外規定」が置かれてきた<sup>16</sup>。それらのいずれの場合でも、GATT 第 20 条および／あるいは GATS 第 14 条（「一般的例外」）がモデルとされているのである<sup>17</sup>（以下、「GATT/GATS 型一般的例外規定」とする）。当初は書き下し型が規定され、2005 年以降は準用型も規定されるようになり、2008 年以降は両者を見ることができる<sup>18</sup>。

---

<sup>15</sup> これらは、日本・メキシコ EPA を除いて、いわゆる投資自由化型に対する投資保護型と呼ばれるものである。

<sup>16</sup> これは、2002 年以降締結された IIA の多くが投資自由化型のものであったことに対応しており、近年締結された BIT でも、日本・パプアニューギニア BIT (2011 年署名・未発効)、日中韓投資協定 (2012 年署名・未発効)、日本・イラク BIT (2012 年署名・未発効) など、投資保護型のもは「一般的例外」規定を含まない。一般的には投資自由化型の方が国家の規制権限を制限する程度が高いと考えられ、それに対して (GATT/GATS 型) 一般的例外を規定することによって対応しようとしたものと推察されるが、保護型と自由化型との違いをどう整理し、それと (GATT/GATS 型) 一般的例外規定の有無とがどのように関連していると考えられるのかについては、今後の課題としたい。

<sup>17</sup> 但し、前掲注 14 参照。

<sup>18</sup> 準用型は 2005 年の日・マレーシア EPA を嚆矢とする。その後、2007 年に締結された日本・チリ EPA、日本・タイ EPA、日本・ブルネイ EPA、日本・インドネシア EPA、日本・カンボジア EPA は、いずれも準用型だが、それ以降、2011 年の日本・インド EPA に至る

### (iii) 通常の意味における一般的例外規定と GATT/GATS 型一般的例外規定

このように、日本が締結する IIA における「一般的例外規定」は、通常の意味における一般的例外規定と対比して、「GATT/GATS 型一般的例外規定」と呼ばれるべきものである。そのため、GATT 第 20 条および GATS 第 14 条に規定される「一般的例外」に起因する性格規定があり、そのことが、通常の意味の一般的例外規定との相違を生じさせている。

第 1 に、例外の根拠となる事由の範囲である。

GATT 第 20 条あるいは GATS 第 14 条に規定される「一般的例外」が準用される場合（準用型）には、それぞれに列挙される措置<sup>19</sup>が例外事由となる。他方で、それらに準ずる内容を書き下す場合には、IIA によって列挙される措置が異なることが多いが（II(2)で後述）、公衆の道徳の保護または公の秩序の維持（GATT 第 20 条(a)、GATS 第 14 条(a)）、人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置（GATT 第 20 条(b)、GATS 第 14 条(b)）、は通常挙げられ、これらに加えて法令の遵守を確保するために必要な措置（GATT 第 20 条(d)、GATS 第 14 条(c)）、美術的、歴史的または考古学的価値のある国家的財産の保護のためにとる措置（GATT 第 20 条(f)）、有限天然資源の保存（GATT 第 20 条(g)）もしばしば挙げられる。

また、こうした「GATT/GATS 型一般的例外規定」は、GATT および GATS においてそうであるように<sup>20</sup>、安全保障例外規定と対をなすものとして観念されている。先に挙げた日本・スイス EPA 第 95 条も、「一般的例外及び安全保障のための例外」を規定するが、ここでも「一般的例外」と「安全保障のための例外」が併記されている。これは、安全保障例外を一般的例外規定の一類型とする UNCTAD の研究 (I.(2)(i)) とは対照をなすものであり、「一般的例外」の意味するところが異なることを示している。

さらに、日本が締結する IIA においては、(GATT/GATS 型) 一般的例外規定とは別に、

---

まで、準用型と書き下し型の数は、ほぼ同一である。なお、準用型でも、日本・アセアン EPA (2008 年) は GATT 第 20 条のみを準用し (第 7 条)、日本・スイス EPA (2009 年) は GATS 第 14 条のみを準用する (第 95 条)。

<sup>19</sup> GATT 第 20 条は、(a)公徳の保護のために必要な措置、(b)人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置、(c)金又は銀の輸入又は輸出に関する措置、(d)この協定の規定に反しない法令の遵守確保に必要な措置、(e)刑務所労働の産品に関する措置、(f)美術的、歴史的又は考古学的価値のある国宝の保護のために執られる措置、(g)有限天然資源の保存に関する措置、(h)一定の政府間商品協定に基く義務、(i)国内原料の輸出に制限を課する措置、(j)供給が不足している産品の獲得又は分配のために不可欠の措置を挙げる。これに対し GATS 第 14 条は、(a)公衆の道徳の保護又は公の秩序の維持のために必要な措置、(b)人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置、(c)この協定の規定に反しない法令の遵守確保に必要な措置を挙げる。なお GATS 第 14 条は、(d)号および(e)号を規定するが、(d)号は内国民待遇に反する措置を、(e)号は最恵国待遇に反する措置を認めるものであり、一般的例外規定とは言えない。

<sup>20</sup> GATT では、一般的例外を規定する第 20 条に対し、安全保障のための例外を規定する第 21 条が、GATS では、同様に第 14 条に対して第 14 条の 2 が規定されている。

租税に関する例外（日本・フィリピン EPA 第 10 条 1 項<sup>21</sup>など）や、信用秩序の維持のための措置に関する例外（同第 101 条<sup>22</sup>など）が規定されることが多い。これも、これらを一般的例外規定の一類型とする UNCTAD の研究の理解とは異なるものである。

第 2 に、GATT/GATS 型一般的例外規定に含まれる柱書の有無である。

先に挙げたように、UNCTAD の研究においても、一般的例外事由として、公序、人間の健康および天然資源の保護が挙げられており、これらは、GATT/GATS 型一般的例外規定における例外事由と共通している<sup>23</sup>。しかし、例外事由として共通していても、柱書の有無という点で大きく異なる。

GATT 第 20 条および GATS 第 14 条は、先に挙げた諸事由を列挙するだけでなく、その柱書において、「ただし、それらの措置を、同様の条件の下にある諸国の間において任意の (arbitrary) 若しくは正当と認められない差別待遇の手段となるような方法で、又は国際貿易の偽装された制限となるような方法で、適用しないことを条件とする」と規定している。すなわち、これらの規定を適用するためには、問題の措置が先に挙げた諸事由の少なくとも 1 つに該当することを示した上で、問題とされる措置が、この柱書にある条件を満たしていることを示さなくてはならない<sup>24</sup>。

GATT/GATS 型一般的例外規定においては、GATT 第 20 条および／あるいは GATS 第 14 条が準用される場合はもとより、それらに準ずる内容が書き下される場合にも多くの場合にこの柱書は明記されており<sup>25</sup>、そうした場合には、GATT/GATS におけるのと同様に、問題の措置が先に挙げた諸事由の少なくとも 1 つに該当することを示した上で、問題とされる措置が、この柱書にある条件を満たしていることを示さなくてはならない。

これに対して、GATT/GATS 型でない一般的例外規定においては、一般的にはこうした柱書は存在しない。たとえば GATT/GATS 型と共通する例外事由である公序の維持を挙げるものとして、1982 年に締結された米国・パナマ BIT 第 10 条 1 項は、

This treaty shall not preclude the application by either Party of any and all measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace and security, or the production of its own essential security interests. （下線筆者）

---

<sup>21</sup> 「この協定に別段の定めがある場合を除くほか、この協定のいかなる規定も、租税に係る課税措置については、適用しない。」

<sup>22</sup> 「各締約国は、この章の他の規定にかかわらず、信用秩序の維持のための措置…を採用し、又は維持することができる。…」

<sup>23</sup> なお、UNCTAD の研究において文化の保護が挙げられ、一見したところこれは、美術的、歴史的または考古学的価値のある国家的財産の保護のためにとる措置（GATT20 条(f)）と共通しているように思われるが、前者が念頭に置いているのは文化産業の保護であり、後者とは異なる。UNCTAD, *supra* note 4, p. pp. 89-90.

<sup>24</sup> 中川淳司他著『国際経済法』（第 2 版・2012 年・有斐閣）121 頁。GATS 第 14 条も同様である。

<sup>25</sup> 前掲注 14 参照。

と規定する。また、モーリシャス・スイス BIT (1998 年) 第 11 条 3 項も、  
Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from taking any action necessary for the protection of its essential security interests or for reasons of public health or the prevention of diseases in animals and plants. (下線筆者)  
と規定する。これらはいずれも、GATT 第 20 条と比較できるような柱書は規定していないのである<sup>26</sup>。

「一般的例外規定」について以上のように整理するならば、日本が締結してきた GATT/GATS 型一般的例外規定については、例外事由につき、GATT 第 20 条および GATS 第 14 条に由来する「一般性 (一つの事由に限定されない)」と「限定性 (GATT 第 20 条および GATS 第 14 条に列挙されるものに限定される)」を有し、また、やはりそれらに由来する柱書による限定を有することが、特徴として挙げられよう。

また、「一般的例外規定」につき、通常の意味におけるそれについては、UNCTAD の研究によれば、1995 年から 2006 年にかけてそうした規定を含む IIA の数は増加しているとされる<sup>27</sup>。その一方で、2011 年に OECD によって行われた調査によれば、1623 件の IIA のうち、GATT/GATS 型一般的例外規定が含まれる IIA は約 30 件と、きわめて少数にとどまるとされる<sup>28</sup>。日本およびカナダによって締結される IIA は、しばしばそうした規定を含むが (II 参照)<sup>29</sup>、それ以外では、ヨルダン・シンガポール BIT (2004 年)、台湾・パナマ FTA (2003 年)、韓国・シンガポール FTA (2005 年)、中国・ニュージーランド FTA (2008 年)、マレーシア・ニュージーランド FTA (2009 年)、ASEAN 包括投資協定 (2009 年)、COMESA (Common Market for Eastern and Southern Africa) 共通投資地域協定 (2007 年) に加え、ラトビアのモデル BIT などが挙げられるに過ぎないのである<sup>30</sup>。

---

<sup>26</sup> 但し、こうした例外事由につき、恣意的な適用を防止する目的で、一定の要件を規定するものもある。たとえばアルゼンチン・ニュージーランド BIT (1999 年) は、第 5 条 3 項で天然資源の保護および人間の健康に関する例外事由を認めるが、*The provisions of this Agreement shall in no way limit the right of either Party to take any measures (including the destruction of plants and animals, confiscation of property or the imposition of restrictions on stock movement) necessary for the protection of natural and physical resources or human health, provided such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustified discrimination.* と規定する (下線筆者)。

<sup>27</sup> UNCTAD, *supra* note 4, p.81.

<sup>28</sup> A. Newcombe, 'The Use of General Exeptions in IIAs: Increasing Legitimacy or Uncertainty?', A. de Mestral and C. Lévesque (ed.), *Improving International Investment Agreements* (Routledge, 2013), p. 273.

<sup>29</sup> カナダのモデル FIPA (Foreign Investment Promotion and Protection Agreement) (2004 年) も、「GATT/GATS 型一般的例外規定」を含む (第 10 条 1 項)。

<sup>30</sup> Newcombe, *supra* note 28, pp. 273-275. なお、1995 年に提案されたものの 1998 年に不成立が確定した多数国間投資協定 (Multilateral Agreement on Investment) 案第 24 条 (一般的例外) 2 項は、公序の維持を例外事由として挙げ、また GATT 第 20 条の柱書に対応するものを規定する。但し、「一般的例外」との見出しが付されているとはいえ、第 1 項で、「本条は第 4 条 2 項 3 項 (収用、補償、争乱からの保護) には適用されない」と規定し

## II. GATT/GATS 型一般的例外規定の位置づけと例外事由の範囲

### (1) カナダモデル IIA における GATT/GATS 型一般的例外規定の位置づけと例外事由

先にも触れたように、GATT/GATS 型一般的例外規定に関する条約実行としては、日本とカナダが突出している。そこでまず、カナダのモデル IIA を素材として、カナダが締結する GATT/GATS 型一般的例外規定について確認する。

カナダのモデル IIA 第 10 条は、「一般的例外 (General Exceptions)」との見出しが付けられ、以下のように規定する。

#### Article 10

##### General Exceptions

1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary:

- (a) to protect human, animal or plant life or health;
- (b) to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement; or
- (c) for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

2. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining reasonable measures for prudential reasons, such as:

- (a) the protection of investors, depositors, financial market participants, policy-holders, policy-claimants, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial institution;
- (b) the maintenance of the safety, soundness, integrity or financial responsibility of financial institutions; and
- (c) ensuring the integrity and stability of a Party's financial system.

3. Nothing in this Agreement shall apply to non-discriminatory measures of general application taken by any public entity in pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies. This paragraph shall not affect a Party's obligations under Article 7 (Performance Requirements) or Article 14 (Transfer of Funds);

4. Nothing in this Agreement shall be construed:

- (a) to require any Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests;
- (b) to prevent any Party from taking any actions that it considers necessary for the protection of its essential security interests
  - (i) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic and transactions in other goods, materials, services and technology undertaken directly or indirectly for the purpose of supplying a military or other security establishment,
  - (ii) taken in time of war or other emergency in international relations, or
  - (iii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of nuclear weapons or other nuclear explosive devices; or
- (c) to prevent any Party from taking action in pursuance of its obligations under

---

ており、厳密な意味では一般的例外とは言いがたい。

the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

5. Nothing in this Agreement shall be construed to require a Party to furnish or allow access to information the disclosure of which would impede law enforcement or would be contrary to the Party's law protecting Cabinet confidences, personal privacy or the confidentiality of the financial affairs and accounts of individual customers of financial institutions.

6. The provisions of this Agreement shall not apply to investments in cultural industries.

7. Any measure adopted by a Party in conformity with a decision adopted by the World Trade Organization pursuant to Article IX:3 of the WTO Agreement shall be deemed to be also in conformity with this Agreement. An investor purporting to act pursuant to Section C of this Agreement may not claim that such a conforming measure is in breach of this Agreement.

すなわち、カナダのモデル IIA における「一般的例外」規定（第 10 条）は、第 1 項で GATT/GATS 型一般的例外規定を含むものの、それに限られず、信用秩序維持のための措置（第 2 項）、金融および信用政策あるいは為替レート政策関連措置（第 3 項）、安全保障関連措置（第 4 項）、情報開示に関する制限（第 5 項）、文化産業保護（第 6 項）、WTO 閣僚会議決定に基づく措置（第 7 項）も一般的例外として列挙している。したがって、第 10 条自体は、あるいは同条は全体としては、通常の意味の一般的例外規定と言うべきものであり、その中に、GATT/GATS 型一般的例外規定が含まれるという構造をとっているのである。

また、GATT/GATS 型一般的例外規定（第 1 項）自体は、準用型ではなく書き下し型をとり、それらにも規定される柱書に続いて、例外事由としては、(a)人間および動植物の生命及び健康の保護（GATT 第 20 条(b)および GATS 第 14 条(b)に対応）、(b)法令遵守確保（GATT 第 20 条(d)および GATS 第 14 条(c)に対応）、(c)有限天然資源の保存（GATT 第 20 条(g)に対応）のみを挙げるのである<sup>31</sup>。

なお、カナダのモデル IIA 第 10 条は、通報あるいは通報努力義務を規定していない。

## (2) 日本の GATT/GATS 型一般的例外規定の位置づけと例外事由の範囲

---

<sup>31</sup> なお、カナダが締結した IIA は、1989 年にソ連と締結したものが嚆矢と思われるが、それも含め、その後ポーランド（1990 年）、チェコスロヴァキア（1990 年）、ハンガリー（1991 年）、アルゼンチン（1991 年）と締結した IIA には、一般的例外条項は含まれていない。その後 1994 年にウクライナとの間で締結された IIA 以降、環境例外と並んで GATT/GATS 型一般的例外規定が含まれるようになり、さらに 1997 年にレバノンとの間で締結された IIA 以降は、ほぼすべての場合に、モデル IIA 同様に、一般的例外規定の中に、GATT/GATS 型一般的例外規定と、その他の一般的例外規定が含まれるようになってきている。

また、GATT/GATS 型一般的例外規定は書き下し型であり、そこで挙げられる例外事由は、ほぼすべての場合において、モデル IIA 第 10 条 1 項同様、「人、動物、植物の生命又は健康の保護のために必要な措置」、「法令の遵守を確保するために必要な措置」、「有限天然資源の保護に関する措置」の 3 点である。管見の限りで、タイとの BIT（1997 年）においてのみ、これら 3 点に加え、「美術的、歴史的、又は考古学的な価値を有する国宝を保護するために執られる措置（GATT 第 20 条(f)）」および「供給が不足している製品の獲得又は分配のために不可欠の措置（GATT 第 20 条(j)）」を挙げる（第 17 条）。

### (i) 範囲の広狭

こうしたカナダのモデル IIA における GATT/GATS 型一般的例外規定の位置づけに対し、日本が締結した IIA においては、I で検討したように、通常の意味の一般的例外規定は存在せず、GATT/GATS 型一般的例外規定のみが存在する、ということになる<sup>32</sup>。

また、I(2)(ii)で触れたように、GATT/GATS 型一般的例外規定は、GATT 第 20 条および／あるいは GATS 第 14 条を準用するものと、その内容を書き下すものがある。このことは、日本が締結する IIA において、例外として認められる事由が IIA ごとに大きく異なりうることを意味するし、実際にも異なっている。この点は、カナダのモデル IIA が GATT/GATS 型一般的例外を規定しつつ、その例外事由を 3 点に限定してモデル化しており、実際に締結された IIA においても、管見の限りで唯一の例外（カナダ・タイ BIT (1987 年)<sup>33</sup>）を除いてそれら 3 点に限られていることと、明確な対照をなしている。

日本の GATT/GATS 型一般的例外において、もっとも例外事由が多いのは、GATT 第 20 条が準用される場合である<sup>34</sup>。この場合、同条に列挙されるすべての例外事由（計 10 件）を含むことになる。これに対して、その内容を書き下す場合には、例外事由も一つずつ列挙される必要があり、なにが列挙されるかは、IIA 毎に異なりうるし、実際にも異なっている。

先にも触れたように、日本が締結した IIA において、書き下し型の GATT/GATS 型一般的例外規定においては、公衆の道徳の保護または公の秩序の維持（GATT 第 20 条(a)、GATS 第 14 条(a)）、人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置（GATT 第 20 条(b)、GATS 第 14 条(b)）、は通常挙げられ、これらに加えて法令の遵守を確保するために必要な措置（GATT 第 20 条(d)、GATS 第 14 条(c)）、美術的、歴史的または考古学的価値のある国家的財産の保護のためにとる措置（GATT 第 20 条(f)）、有限天然資源の保存（GATT 第 20 条(g)）もしばしば挙げられる。さらには、日本・シンガポール EPA 第 83 条 1 項 (d) のように、「刑務所労働に関する措置」（GATT 第 20 条(e)に対応）を挙げるものもある。

このように、GATT/GATS 型一般的例外が規定される場合に、例外事由として認められるものの範囲には、2 件のみから 10 件まで、非常にバラつきがあることになる。

### (ii) 範囲の収束？

---

<sup>32</sup> 但し、「一般的例外規定」と呼称されるもの以外に、一般的例外を定める規定が含まれることは多い。この点については先述 I(2)(iii)参照。

<sup>33</sup> 前掲注 31 参照。

<sup>34</sup> GATT 第 20 条を準用する場合には 10 件の例外事由が認められることとなる。もとより、書き下し型の場合でも、そこで挙げられる 10 件すべてが列挙されれば、同じく最多となる（あるいはそれ以上の列挙することも考えられる）が、そうした例はこれまで存在しない。

他方で、GATS 第 14 条は、例外事由として 3 件を挙げる（前掲注 19 参照）。したがって、第 14 条のみを準用する場合には、3 件のみが認められることになる。なお、その 3 件は、GATT 第 20 条でもカバーされているため、GATT 第 20 条と GATS 第 14 条の両方が準用される場合にも、例外事由は 10 件である。

こうした例外事由の範囲のバラつきについて、日本政府がどのように考えているかについては詳らかではない。しかし、準用型とは言え、GATS 第 14 条のみを準用した日本・スイス EPA 第 95 条に関する交渉担当者による小論<sup>35</sup>において、興味深い指摘がなされている。

それによれば、IIA における例外範囲について、スイスがこれまで締結してきた IIA においては例外に関する規定は比較的短かったのに対し、日本は多くの例外事由を認める傾向にあったとされ、こうした例外範囲の差異が両国の交渉で議論されることとなったのだが、その背景には、日本としてはそれまでの IIA との整合性を確保しようとし、スイスとしては、投資設立後の活動についての制約をできるだけ狭くしようとしたことが指摘される<sup>36</sup>。

こうした議論を経て、合意された条文(第 95 条)では、投資設立段階についてのみ、GATS 第 14 条を準用する形で一般的例外を認めたのである<sup>37</sup>。その場合、一般的例外事由としては、GATS 第 14 条に列挙される、「公衆の道徳の保護又は公の秩序の維持のために必要な措置 ((a))」、「人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置 ((b))」、「法令の遵守を確保するために必要な措置 ((c))」の 3 件のみが認められることになる。この点について交渉担当者は、「これまでの EPA では GATT のいくつかの例外条項(有限天然資源保存のための措置、文化的価値のある国家的財産の保護のための措置)も設立後の投資活動に準用されていた」が、「再検討の結果、将来必要なものについては、それら例外条項は留保表で手当てされているほか、現行国内措置についても協定との抵触は生じないため、そのような GATT 条文を準用する規定は削除された<sup>38</sup>」と指摘する。

この指摘は、日本政府の交渉担当者の意識を探る上で興味深い。まず、「これまでの EPA では GATT のいくつかの例外条項(有限天然資源保存のための措置、文化的価値のある国家的財産の保護のための措置)も設立後の投資活動に準用されていた」との指摘は、GATT 第 20 条を準用する場合でも(この場合、形式上は同条に列挙される 10 件の例外事由が認められることになるものの)、実際には GATS 第 14 条でカバーされている 3 件にこれら 2 件を加えた 5 件が重要な例外事由と意識されていたことを示唆するものと考えられる。さらに、「再検討の結果、将来必要なものについては、それら例外条項は留保表で手当てされているほか、現行国内措置についても協定との抵触は生じないため、そのような GATT 条文を準用する規定は削除された」との指摘は、有限天然資源保存のための措置、文化的価値のある国家的財産の保護のための措置については、留保表の活用などによって対応可能であり、例外事由として認める必要がないことを、さらには、「公衆の道徳の保護又は公の

---

<sup>35</sup> 杉原大作「日・スイス経済連携協定投資章～既存協定との比較による一考察」『外務省調査月報』2009 年第 2 号 1-30 頁。

<sup>36</sup> 同上、18-19 頁。

<sup>37</sup> なお、投資設立段階と設立後の両方について、安全保障例外を認めている(GATS 第 14 条の 2 を準用)(第 95 条 1 項、2 項)。また、一般的例外についても、安全保障例外についても、公正衡平待遇、収用および保障、争乱からの保護については、例外規定の対象外とされている(第 95 条 3 項)。

<sup>38</sup> 杉原、前掲注 35、20 頁。

秩序の維持のために必要な措置（GATS 第 14 条(a) <sup>39</sup>）、「人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置 (b) <sup>40</sup>」、「法令の遵守を確保するために必要な措置 ((c) <sup>41</sup>」については、留保表による対応が困難であり、これらについては、例外として位置づけることが必要だと認識されていることを、示唆していると考えられるのである。

もっとも、こうした認識が、日本が締結する IIA における GATT/GATS 型一般的例外規定における例外事由の範囲について一定の指針が形成されたことを意味するかについては、なお疑問が残る。

日本・スイス EPA の署名は 2009 年 2 月であり、その後署名された IIA のうち一般的例外規定を含むものとしては、日本・インド EPA (2011 年署名)、日本・コロンビア BIT (2011 年)、日本・クウェート BIT (2012 年)、などがある。日本・スイス EPA 第 95 条に近いものとしては、書き下し型をとった上で前者で例外事由とされた 3 点に加えて美術的、歴史的又は考古学的価値のある国家的財産の保護のための措置（GATT 第 20 条(f)に対応）を列挙する日本・コロンビア BIT 第 15 条および日本・クウェート BIT 第 17 条を挙げることができる。しかし他方で、日本・インド EPA 第 11 条は、GATT 第 20 条と GATS 第 14 条とを準用する形（準用型）で GATT/GATS 型一般的例外を規定している<sup>42</sup>。このように、GATT/GATS 型一般的例外規定の例外事由の範囲に関する一貫した方針を見出すことは、なお困難と言わざるを得ないであろう。

ここまで検討してきたように、日本が締結する IIA における「一般的例外規定」は、GATT/GATS 型一般的例外規定を意味するという点で特徴的であり、また、その例外事由の範囲は、協定によって大きく異なるものとなっているのである。

### III. GATT/GATS 型一般的例外規定の解釈

#### (1) GATT/GATS 型一般的例外規定と国内規制権限の幅

では、こうした GATT/GATS 型一般的例外を規定することは、投資家保護と国内規制権限とのバランスの確保という点で、どのような意味を持つのであろうか<sup>43 44</sup>。

---

<sup>39</sup> GATT 第 20 条(a)号に対応する。

<sup>40</sup> GATT 第 20 条(b)号に対応する。

<sup>41</sup> GATT 第 20 条(c)号に対応する。

<sup>42</sup> 日本・パプアニューギニア BIT、日中韓投資協定、日本・イラク投資協定には、GATT/GATS 型一般的例外規定が存在しないが、これはこれらが投資保護型だということに起因するものと考えられる（前掲注 16 参照）。

<sup>43</sup> なお、ここでは GATT/GATS 型一般的例外規定として、GATT 第 20 条および GATS 第 14 条に列挙される事項以外のものが含まれるものや、柱書の内容が実質的に変更されたもの、あるいは柱書を含まないものは、想定していない。それらについては別途検討が必要となる。これまで日本が締結した IIA で GATT/GATS 型の例外事由を列挙しつついわゆる柱書が規定されていないものとしては、日本・韓国 BIT 第 16 条、日本・ベトナム BIT 第 15 条、日本・ラオス BIT 第 18 条がある（前掲注 14 参照）。GATT 第 20 条および GATS

こうした GATT/GATS 型一般的例外規定が挿入された場合に、それが無い場合と比較して、ホスト国の国内規制権限にどのような影響を及ぼすのか。これに関しては、従来 3 つの考え方がありうることが指摘されてきた<sup>45</sup>。

第 1 は、一般的例外規定は、そこに列挙される例外事項について、より柔軟な規制権限を与えるとするものである。これは、こうした一般的例外規定の挿入がきわめてまれであることから、有用性原理 (*principe de l'effet utile*)、すなわち、条約規定は効果を生じるように解釈すべしという原理により、より広範な規制権限が認められるとするものである。

第 2 は、一般的例外規定を、従来の投資仲裁判例において認められてきた投資協定上の義務の範囲に対する制限を成文化したものとみる理解である。たとえば内国民待遇に関して、判例上も合理的な政策目的のための内外人区別は認められてきているが、一般的例外規定は、仲裁に対し、投資家保護と国内規制権限とのバランスのとり方について、明示的なガイダンスを与え、それによって仲裁の暴走を防ぐものと位置づけられる。

第 3 は、一般的例外規定が、投資受入国の規制権限をむしろ制限するように解釈されうるとする理解である。これは、一般的例外規定が、正当な政策目的を限定列挙することになることから、正当な政策目的がそれらに限定される結果を招く、というものであり、反対解釈に基づくものと言える。

もっとも、こうした整理には、一般的例外規定の位置づけという観点から疑問が呈されよう。第 2 の見解では、まず、内国民待遇に関して合理的な政策目的のための区別が認められてきていることが指摘される。これは内国民待遇という原則規定に関する理解であり、その理解の中に、投資家保護と国内規制権限のバランスという視点が含まれていることを意味している。次に同見解は、一般的例外規定が投資家保護と国内規制権限とのバランスのとり方について明示的なガイダンスを与えるとする。このことは、一般的例外規定が示す両者のバランスのとり方にしたがって内国民待遇という原則規定が解釈されるべきだと指摘しているように考えられる。しかし、そもそも一般的例外規定は、少なくともそれが準用する GATT に関する通常の解釈を前提とするならば<sup>46</sup>、ある措置が原則規定に違反す

---

第 14 条に列挙される事項以外のものが含まれるものは管見の限りで存在しない。

<sup>44</sup> なお、これら以外に、GATT/GATS 型一般的例外規定に限られないが、例外規定全体について、最恵国条項との関係が問題となりうる。この点については、濱本正太郎「III 例外と最恵国条項」『平成 22 年度 投資協定仲裁研究会報告書』(公正貿易センター) 37-49 頁参照。

<sup>45</sup> Newcombe, *supra* note 28, pp. 276-279; Newcombe and Paradell, *supra* note 6, p. 503. なお、こうした見解は、この問題に注目する論者がきわめて限られていることもあり、論者によって見解が分かれるというのではなく、今後投資仲裁で GATT/GATS 型一般的例外規定が問題となった際にどのように解釈されるのかについて、こうした可能性があるとは指摘されるにとどまるものである。

<sup>46</sup> 一般に GATT に関する解釈をそのまま投資協定に持ち込むことができるかについては議論があるが、IIA における GATT/GATS 型一般的例外規定に関しては、GATT 第 20 条等を準用することが明記されていることから、問題は小さいと考えられよう (J. Kurts, 'The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and its Discontents',

る場合に、例外規定に該当すれば当該違反を問題とせず、当該措置をとることを可能にするものであり<sup>47</sup>、原則規定自体における両者のバランスのとり方と、一般的例外規定におけるそれとは、結果的にどうなるかは別として、区別して論じる必要があるように考えられる。

第 3 の見解についても、たとえば内国民待遇に関して、合理的な政策目的のための区別が認められるとする場合にどのような政策目的が認められるかはそれ自体として検討されるべき問題であり、それに違反するとされた場合にはじめて一般的例外規定による正当化が認められるか否かが問題となる。したがって、内外人の区別を認める合理的な政策のリストが一般的例外事由より長くとも、後者が前者を限定するという関係に立つわけではない。両者は機能する次元を異にしているのである。

したがって、検討すべきは、一般的例外規定が原則規定（内国民待遇、公正衡平待遇義務（FET）など）に内在する投資家保護と国内規制権限とのバランスに直接どのような影響を与えるかという点ではなく、ある措置をとることが、特定の原則規定の違反ではあるが、GATT/GATS 型一般的例外規定によって正当化される場合があるか、ということになる。そうした場合がないのであれば、GATT/GATS 型一般的例外規定を規定する意味はないからである。この点については、まずそれぞれの原則規定を確認し、その上で一般的例外規定による正当化の可能性を個別に見ていく必要があるが、筆者の時間的・能力的限界から、ここでは公正衡平待遇義務を取り上げて検討したい。

## (2) GATT/GATS 型一般的例外規定と公正衡平待遇義務

公正衡平待遇義務（FET）とは、投資受入国（ホスト国）たる当事国が、協定当事国である投資母国（ホーム国）の投資家から受け入れた投資財産、具体的にはホスト国に存在する子会社やその財産に対して、「公正かつ衡平」な待遇を与える義務を意味する。しかし、その意味については、2つの理解が存在するとされる。一つは国際慣習法上国家が外国人に供与しなければならない「最低基準」を確認したに過ぎないとする見解であり、もう一つはそれ以上のものを与えたとする見解である<sup>48</sup>。

もっとも、この点については、FET を抽象的にとらえ、一般に FET が何を意味するかを検討する意義は少なく、条約ごとに異なりうる内容について、それぞれ検討していく必要

---

*EJIL*, Vol. 20(3) (2009), pp. 749-771 参照)。なお、日本・シンガポール EPA は第 4 条で、EPA 全体の総則規定としての「安全保障のための例外及び一般的な例外」を規定する。その内容は GATT 第 21 条（安全保障のための例外）に準じたものだが、その第 2 項において、「1 の規定の適用に当たり、適当な場合には、世界貿易機関設立協定中の関連規定の解釈及び運用を考慮する」と規定している。他方で、投資章（第 8 章）については第 83 条で「第 8 章の規定に関する一般的例外」として、GATT/GATS 型一般的例外（書き下し型）を規定するが、そこでは「世界貿易機関設立協定中の関連規定の解釈及び運用」に関する言及は存在しない。

<sup>47</sup> 中川他、前掲注 24、120-121 頁。

<sup>48</sup> 小寺彰「公正・衡平待遇－投資財産の一般的待遇」小寺編著、前掲注 2、103 頁。

がある。「『公正かつ衡平な待遇』…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」ことが明示的に規定されていれば、当事国の意思は明確であり、そのように解釈されることになる。他方で、単に「各当事国は、他の当事国の投資家の投資財産について公正かつ衡平な待遇を保証する」とだけ規定されている場合には、国際法上の最低基準以上のものを指すという解釈がとられうることになろう<sup>49</sup>。日本が締結する IIA においては、2004 年の日本・メキシコ EPA 以降、「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」旨の但書が付されることが多いが、日本・インドネシア EPA、日本・カンボジア BIT、日本・スイス EPA、日本・ウズベキスタン BIT などにおいては、そうした但書は付されていない<sup>50</sup>。

他方で、こうした 2 つの理解につき、近年の学説においては、国際慣習法上の最低基準自体が発展し投資保護の水準が上がったとして、条約上の FET と国際慣習法上の最低基準とは同一であると主張されることが多い。こうした主張によれば、2 つの理解を区別する意味はなくなる。しかしながら、当事国による「『公正かつ衡平な待遇』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」旨の解釈ノートが示された北米自由貿易協定 (NAFTA) の仲裁判断の中には、両者の違いを指摘するものもなお存在する<sup>51</sup>。この点を詳細に論ずることは本報告書の射程を大きく超えることとなるため留保し、ここでは公正衡平待遇が国際慣習法上の最低基準を意味する場合とそれ以上のものを意味する場合とに分けて検討することとしたい<sup>52</sup>。

### (i) 国際慣習法上の最低基準を意味する場合

FET が国際慣習法上の最低基準を意味する場合に、GATT/GATS 型一般的例外規定を援用することによって投資受入国の規制権限が変化するか否かについては、まず両者の意味するところを明らかにする必要がある。

#### (a) 国際慣習法上の最低基準

---

<sup>49</sup> 以上、同上、115 頁。

<sup>50</sup> 日本が締結した IIA における公正衡平待遇に関する規定振りについては、阿部克則「公正衡平待遇規定と投資保護の国際的最低基準」日本国際経済法学会編『国際経済法講座 I』（法律文化社・2012 年）297-301 頁に整理されている。

<sup>51</sup> 同上、296 頁。こうした理解の相違の背景に、国際慣習法の認定方法に関する相違が指摘される（同、310 頁。）。

<sup>52</sup> UNCTAD による FET の研究においても、FET に関する IIA 上の規定振りは様々だが、もっとも重要な区別は、国際慣習法上の最低待遇基準に明示的にリンクされた FET 規定と、なんらの制限のない FET 規定（単に公正衡平待遇を与えることを引き受けるもの）との間に生ずると指摘される (UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment* (2012), p. 17.)。他方で、近年の仲裁判断の傾向として、両者の関係に関する議論よりも、FET の実体的内容を検討する傾向が強まってきていることも指摘される (*ibid.*, p. 61.)。

国際慣習法上の最低基準については、それが従来示されていた FET に関する 2 つの理解の違いを無視しうるほどに発展しているとする議論を一旦措いたとしても、その内容が明確というわけではない。国際慣習法上の最低基準については、1926 年の Neer 事件で米墨一般請求委員会が示した基準<sup>53</sup>がしばしば参照される。本基準は、外国人の待遇が国際法違反となるのは、「待遇が常軌を逸したものの、悪意、意図的な義務の懈怠、又は、国際基準に明らかに及ばない政府の行為の不十分さに相当する」場合だとするものである。もっとも、1926 年に示された本基準が現在の投資仲裁においてそのまま適用されるという考え方はとられておらず、少なくとも、上記のうち悪意の証明が求められないことについては、近年の NAFTA 仲裁も一致している。この点で、国際慣習法上の最低基準に一定の発展がみられることは、一般に受け入れられていると言えようが、それがどの程度のものであるかについては、なお一致が見られないのである<sup>54</sup>。

国際慣習法上の最低基準の発展について、条約上の FET と同一のものにまで発展したと解するのであれば、それは先に見た両者の関係に関する一方の立場を意味することとなるものだが、それについては (ii) の検討で足りることとなる。したがって、ここでは、その発展がそれには至らないとする理解を前提としたい。その場合には、NAFTA 違反が争われた Glamis 事件で示された基準<sup>55</sup>、すなわち、「重大な裁判拒否」、「明白な恣意性」、「明白な不公正」、「適正手続の完全な欠如」、「明白な差別」、又は「合理性の明白な欠如」等、「実にひどく、ショッキングな」行為こそが、国際慣習法上の最低基準を下回るものだとする基準を参考にすることができるであろう<sup>56</sup>。

### (b) GATT/GATS 型一般的例外規定

GATT/GATS 型一般的例外規定を適用するためには、まず、投資受入国がとる措置が、そこに挙げられる例外事由のいずれかに該当するものでなければならない。本来であれば、GATT 第 20 条に挙げられる例外事由の全てについて検討する必要があるが、ここでは、とくに重要なものと考えられる、「公衆の道徳の保護又は公の秩序の維持のために必要な措置 ((a))」、「人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置 ((b))」、「法令の遵守を確保するために必要な措置 ((d))」に限定したい。なお、これらの場合には、当該措置により追求される政策が各号の主題を目的とすること、に加え、必要性要件、すなわち当該措置がそうした政策を実現するために必要であること、を満たす必要がある<sup>57</sup>。

<sup>53</sup> L.F.H. Neer & Pauline Neer v. Mexico, General Claims Commission (US/Mexico), Decision, Oct. 15, 1926, *RIAA*, Vol. 4, pp. 61-62.

<sup>54</sup> 阿部、前掲注 50、301-304 頁。

<sup>55</sup> Glamis Gold, Ltd. v. US, UNCITRAL/NAFTA, Award, Jun. 8, 2009, paras. 614-616, 627.

<sup>56</sup> 阿部、前掲注 50、301-304 頁。

<sup>57</sup> 中川他、前掲注 24、121 頁。GATT 第 20 条における必要性要件につき、内記香子『WTO 法と国内規制措置』（日本評論社・2008 年）99-139 頁を参照。また、GATT および GATS における一般的例外および安全保障例外につき、G. Ayres & A.D.Mitchell, 'General and

必要性については、当該措置が目的とされる政策実現のために不可欠であることから、それに貢献することまで幅がありうる<sup>58</sup>が、ブラジル再生タイヤ事件において、以下の2段階の検討を経るべきとの判断が示されている<sup>59</sup>。

それによれば、まず、①ある措置が第20条に列挙される目的を達成するために行われたものである場合に、当該目的の重要性を検討し、それを考慮に入れた上で、当該措置がその目的に対してなす貢献と、当該措置が国際貿易を制限する程度とを比較衡量し、そうした比較衡量の結果前者が大きい場合に、②より貿易制限的でなく、1994年GATTに適合的で、被申立国によって無理なく取りうるもので、被申立国が達成しようとした保護水準に合致する、他に取りうる措置があるか否かを決定すべしとされたのである<sup>60</sup>。

GATT第20条の必要性要件に関するこうした理解をGATT/GATS型一般的例外規定の必要性要件に準用するならば<sup>61</sup>、後者については、まず、①ある措置が同規定に列挙される目的を達成するために行われたものである場合に、当該目的の重要性を検討し、それを考慮に入れた上で、当該措置がその目的に対してなす貢献と、当該措置が投資を制限する程度とを比較衡量し、そうした比較衡量の結果前者が大きい場合に、②より投資制限的でなく、投資協定に適合的で、投資受入国によって無理なく取りうるもので、投資受入国が達成しようとした保護水準に合致する、他に取りうる措置があるか否かを決定すべき、と考えることができよう。

こうした例外事由に該当する場合、次に、柱書の要件を満たす必要がある。GATT/GATS型一般的例外規定における柱書とは、先にも触れたように、「ただし、それらの措置を、他方の締約国に対する恣意的 (arbitrary) 若しくは不当な差別の手段又は自国の区域内にある他方の投資財産に対する偽装した制限となるような態様で適用しないことを条件とする (日本・ペルーBIT第19条)」ものであり、①「恣意的 (arbitrary) な差別の手段となるような態様」、②「不当な差別の手段となるような態様」、③「他方の投資財産に対する偽装された制限となるような方法」ではないことが求められるのである。なお、このうちとくに「偽装された制限」については、GATT第20条柱書における「偽装された制限」に関

---

Security Exceptions under the GATT and the GATS', I.Carr et al. (eds.), *International Trade Law and WTO* (Federation Press, 2013)を参照。

なお、必要性要件との関連で、カナダの条約実行は興味深い。カナダのモデルIIAのGATT/GATS型一般的例外条項は、有限天然資源の保存を例外事由の一つとして挙げる。本事由については、GATT第20条(g)号は「有限天然資源の保存に関する措置」と規定し、またカナダが1994年以降締結したIIAにおける一般的例外条項においても同様であったが、2004年のモデルIIAおよび2006年以降に締結されたIIAのほとんど(2012年に署名された中国とのBITにおいては「に関する」とされている)においては、「必要な措置」と変更されている。この点も、例外の範囲を左右することになる。

<sup>58</sup> R. Wolfrum et al (eds.), *WTO-Trade in Goods* (Martinus Nijhoff Publishers, 2011), p. 459.

<sup>59</sup> Brazil-Retreaded Tyres, WT/DS332/AB/R, para. 156.

<sup>60</sup> Ayres & Mitchell, *supra* note 57, pp. 16-22.

<sup>61</sup> その是非につき、前掲注46参照。

する解釈を参考にするならば、受入国のとった措置が例外として列挙される事由に形式的には合致するとしても、それが実際には投資財産に対する制限を目的としたものかどうかという、措置の目的・意図を検討することが求められる<sup>62</sup>。

### (c) 国際慣習法上の最低基準と GATT/GATS 型一般的例外規定

では、国際慣習法上の最低基準および GATT/GATS 型一般的例外規定とを上記のように理解するとして、前者の違反が存在する場合に、それは後者を援用することによって正当化されるのであろうか。正当化されるのであれば、原則規定 (FET) によって制限された投資受入国の規制権限の幅が、GATT/GATS 型一般的例外規定によって一定程度復旧することになる。

先に述べたように、国際慣習法上の最低基準の違反が認められる措置とは、「重大な裁判拒否」のほか、「明白な恣意性」、「明白な不公正」、「適正手続の完全な欠如」、「明白な差別」、又は「合理性の明白な欠如」等を伴うような、「実にひどく、ショッキングな」措置を意味する。

まず、こうした措置が、GATT/GATS 型一般的例外規定に列挙される目的を達成するために行われたものか否かが問題となる。これらのうち、重大な裁判拒否以外については、措置の性質の問題であるため、当該措置自体は、そうした目的を達成するためのものである可能性そのものを否定することはできないであろう。他方で、重大な裁判拒否については、それが「公衆の道徳の保護又は公の秩序の維持」、「人、動物又は植物の生命又は健康の保護」、「法令の遵守の確保」を目的とする場合があるとは考えにくい。

こうした措置がこれらの目的を達成するために行われたものだったとした場合、つぎに、当該措置がその目的に対してなす貢献と、当該措置が投資を制限する程度とを比較衡量することが求められる。比較衡量という性質上、抽象的なレベルで検討することは困難と言わざるを得ないが、「合理性が明白に欠如」している場合には、当該措置がその目的に対してなす貢献が大きいとは考えにくいであろうし、それ以外の、「明白な恣意性」、「明白な不公正」、「適正手続の完全な欠如」、「明白な差別」、これらを伴う措置はいずれも投資を制限する程度が大きいと言うことはできるであろう。

さらに、他に取りうる措置があるか否かを検討することとなるが、これについても抽象的レベルでは検討が困難であろう。

こうした例外事由に該当するとした場合に、さらに、柱書の要件を満たすことが必要となるが、「明白な差別」を伴う措置については、「不当な差別の手段となるような態様」に該当することが考えられ、また、「明白な恣意性」、「明白な不公正」、「適正手続の完全な欠如」を伴う措置についても、いずれも、「他方の投資財産に対する偽装された制限となるような方法」に該当するかにつき、慎重な検討が必要となるであろう。

このように、国際慣習法上の最低基準の違反が GATT/GATS 型一般的例外規定によって

---

<sup>62</sup> Wolfrum et al (eds.), *supra* note 58, p. 478.

正当化されるかについては、正当化される場合を想定することは困難だと考えられよう<sup>63</sup>。

## (ii) 国際慣習法上の最低基準以上のものを意味する場合

では、FET が、国際慣習法上の最低基準以上のものを意味する場合はどうであろうか。

この場合にも、FET として具体的にどのような待遇を与えることが求められるかについては、必ずしも明確ではない。さらには、単に投資受入国の行動だけが問題となるわけではなく、受入国の社会・経済的な環境や投資家自身の行動も考慮されるべきと指摘される。すなわち、FET については、最恵国待遇や内国民待遇が相対的基準であるのに対して FET は絶対的な基準であると指摘されることもある<sup>64</sup>が、近年、相対的あるいは文脈依存的な傾向を強めてきているのである<sup>65</sup>。

他方で、FET が多くの投資仲裁で扱われることにより、現在進行形ではあるが、その内容を形成する要素が明確になりつつある。現段階で、FET 違反を構成することとなる国家の行動としては、①（国家の規制権限とバランスさせつつ）投資家の正当な期待 (*legitimate expectations*) を裏切ること、②裁判拒否および適正手続の否定、③決定手続における明白な恣意性、④差別、⑤明白に不当な扱い、などが挙げられる<sup>66</sup>。

このうち、②裁判拒否および適正手続の否定、③決定手続における明白な恣意性、④差別、⑤明白に不当な扱いについては、(i) の検討と同様に考えることができよう。

では①投資家の正当な期待についてはどうであろうか。投資家の正当な期待の保護は、多くの仲裁によって、FET 基準の重要な要素とされている<sup>67</sup>。

正当な期待概念について従来の仲裁判断は、FET 基準に、「安定した法的およびビジネス上の枠組を維持する義務」を読み込むものと、いくつかの要素が満たされる場合にのみ正当な期待が形成されるとするものとに大別される<sup>68</sup>。しかし、前者は投資に悪影響を与えるいかなる変化も投資家の正当な期待に反するという解釈に至る傾向にあるが、それは投資

---

<sup>63</sup> Newcombe は、最低基準につき、「ある措置が [GATT/GATS 型] 一般的例外規定の厳格な要件の下で正当化される場合に、そもそも当該措置が最低待遇基準に違反するという状況を想像することは困難である。概念的レベルでは、一般的例外を、保護の絶対的な最低基準 (*an absolute baseline standard*) であること意図されている最低待遇基準に対する例外とすることの有用性を見出すことは困難である」と述べる (Newcombe, *supra* note 28, 281. See also, Newcombe and Paradell, *supra* note 6, p. 505; J.E. Alvarez & T. Brink, “Rethinking the Necessity Defense: Continental Casualty v. Argentina”, *ILLJ Working Paper* 2010/3 (2010), p. 26.)。投資家の保護と国内規制権限とのバランスの確保という観点からは、そもそもこうした「実にひどく、ショッキングな」措置をとることが国家の国内規制権限の行使と言えるのかが問題となろう。

<sup>64</sup> 小寺、前掲注 48、103 頁。

<sup>65</sup> M. Potestà, “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept,” *ICSID Review*, Vol. 28, No. 1, 117-122 (2013).

<sup>66</sup> UNCTAD, *supra* note 52, p.62. それぞれにつき、*ibid.*, pp. 63-83 参照。

<sup>67</sup> *Ibid.*, p.63.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p.64.

受入国による規制権限の行使に伴う変化をも否定することにつながりかねないものであり、正当化されえない。したがって、近年では、後者の立場が取られる傾向にある<sup>69</sup>。

後者の立場、すなわち、正当な期待が形成されるためにはいくつかの要素が満たされる必要があるという立場につき、満たされるべき要素を検討するためには、まず、正当な期待が問題となる状況を整理する必要がある。これは、それぞれの状況において、法的保護の程度が異なることがありえ、また、異なる問題が検討されるべきだからである。

この点については、Michele Potestà の研究<sup>70</sup>が参考になる。Potestà によれば、そうした状況としては、まず、①投資受入国と投資家との間に契約的な約束（contractual arrangements）がある場合と、②非公式な約束（informal presentations）がある場合、さらには③一般的な規制枠組（general regulatory framework）がある場合とに大別される

71

①投資受入国と投資家との間に契約的な約束があるとしても、それが守られなかったからと言って当然に投資家の正当な期待に反するということになるわけではなく、そうなるためには一定の付加的要素が必要とされる点については、近年の仲裁判例は一致がある。なにがそうした付加的要素となるかについては現在まで明確になっているとは言いがたいものの、「明白に不当な履行拒絶」などが必要だと指摘される<sup>72</sup>。

たとえば、実際に正当な期待の援用が認められたケースとして、MTD 対チリ事件<sup>73</sup>を挙げることができる。本件においては、マレーシアの投資家がチリ国内における都市開発を計画し、チリ政府当局（外国投資委員会）の承認も得、同政府当局との間で投資契約を締結していたところ、別の政府当局（住宅・都市開発省）が当該開発に必要な農地の転用許可を与えなかった事件である。これに対して仲裁廷は、チリは、一方では投資契約を締結し、他方では許可を与えなかったことによって、「一貫して行動し、政策を矛盾なく適用する義務<sup>74</sup>」に反し、したがって FET 義務に違反したと判断した<sup>75</sup>。

では、こうした FET 違反は、GATT/GATS 型一般的例外によって正当化されうるであろうか<sup>76</sup>。本件は、チリが、元々農地であった地域につき都市開発の計画を認めて投資契約を締結しながら、農地の転用許可を与えなかったケースである。この場合には、先に挙げた 3 つの例外事由のうち、「この協定の規定に反しない法令の遵守の確保」を目的とした

---

<sup>69</sup> *Ibid.*, pp.67-78..

<sup>70</sup> Potestà, *supra* note 65, pp. 88-122. なお、濱本正太郎「投資家の正当な期待の保護—条約義務と法の一般原則との交錯—」（RIETI Discussion Paper Series 14-J-002）も参照せよ。

<sup>71</sup> Potestà, *supra* note 65, pp. 100, 103.

<sup>72</sup> *Ibid.*, 100-103.

<sup>73</sup> MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (25 May 2004).

<sup>74</sup> *Ibid.*, para. 165.

<sup>75</sup> *Ibid.*, paras. 160-167.

<sup>76</sup> 本件で参照された IIA には GATT/GATS 型一般的例外規定は含まれておらず、仲裁でも議論されていない。

政策に当たるか否かが問題となろう。

実際本件でも仲裁廷は、転用許可を与えなかったことの是非について検討する中で、そのこと自体については、チリは現行法を適用したに過ぎず、さらには、転用許可を与えることは法規則の変更を必要とするものであり、そこまでは求められないことを確認している<sup>77</sup>。したがって、「この協定の規定に反しない法令の遵守の確保」に必要な措置には該当すると考えられる。

次に柱書要件を満たすかが問題となるが、チリが転用許可を与えなかったことが差別的措置に当たらないことは、本件仲裁廷によっても認められている<sup>78</sup>。これに対し、「他方の投資財産に対する偽装された制限となる方法」か否かについては、本件では論点となっていない。しかし、転用許可を与えなかったことが収用に当たるとの原告の主張が明確に否定されていることは注目される<sup>79</sup>。

このように考えるならば、この場合に GATT/GATS 型一般的例外規定によって正当化される可能性はあると言うことができよう<sup>80</sup>。

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, paras. 204-206.

<sup>78</sup> *Ibid.*, paras. 196.

<sup>79</sup> *Ibid.*, paras. 214. 受入国の措置が収用、とりわけ間接収用に当たるか否かという問題と、「他方の投資財産に対する偽装された制限となる方法」か否かという問題とはもとより別問題であり、収用と一般的例外規定との関係については今後の課題としたい。

<sup>80</sup> もっとも、日本が締結する IIA における GATT/GATS 型一般例外規定の場合、しばしば通報義務が課せられている。たとえば日本・ペルー BIT 第 19 条 1 項は書き下し型の GATT/GATS 型一般的例外規定だが、同条 2 項は、「一方の締約国は、この協定（第 14 条の規定を除く。）に基づく義務に適合しない措置を 1 の規定によりとる場合には、当該措置の効力発生の前に又はその後できる限り速やかに、当該措置についての要素であって次に掲げるものを、他方の締約国に通報する。（以下略）」と規定する。

こうした通報を行わなかった場合に一般的例外規定の援用が認められなくなるかについては明確ではない。類似する問題として、自衛権の行使に伴う報告義務が挙げられよう。国際連合憲章第 51 条は、「この自衛権の行使に当って加盟国が取った措置は、直ちに安全保障理事会に報告しなければならない」と規定する。報告義務の不履行と自衛権としての正当化の可否との関係について、ニカラグア事件において国際司法裁判所は、報告をしていないことは自衛権の行使を主張する国が自衛に基いて行動していたという信念と合致しないと指摘している（*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986 (27 June 1986), para. 235.*）。こうした見解に従えば、通報していなかった場合には、GATT/GATS 型一般的例外規定に該当すると考えていなかったと評価されることも考えられる。

実際には GATT 第 20 条には通報義務はないが、GATT のように、数量制限が禁止されている場合に数量制限をとるというように、ある措置が原則規定に反することが明白であればこうした通報義務も機能しうるのであろう。しかし、ここで問題となっている FET 違反あるいは投資家の正当な期待の侵害の場合には、ある国家機関（ここではチリの住宅・投資開発省）としては法規則に従った措置をとっているにもかかわらず、他の国家機関（外国投資委員会）の行動を考慮して、それが FET に違反するとして、一般的例外規定による正当化が必要であるとして通報することを求めることになる。しかし、FET 違反の認定が文脈に依存する傾向にあることを考慮するならば、自らの行動が FET 違反に該当するとして一般的例外による正当化について通報を求めることが困難な場合も考えられよう。

また、②受入国に対する非公式な約束も投資家の正当な期待を形成する場合があります、後にそれが履行を拒絶された場合には、FET の下で保護されうる。もとより、あらゆる非公式な約束が正当な期待を形成しうるわけではなく、そうした約束が一定程度具体性 (specificity) を有していることを必要とする<sup>81</sup>。

こうした約束が実際に FET 違反と認定された例として、Metalclad 事件が挙げられる。Metalclad 社は、メキシコで有害廃棄物の埋め立て事業を行おうとした際に、連邦及び州レベルの許可は得たが、地方自治体の許可は得ていなかった。これは、再三にわたり連邦政府職員から、地方自治体の許可は不要であり、自治体は許可を拒否する法的権限を有していないと伝えられていたからであった。しかしながら、処理施設 (廃棄物埋め立て地) の建設後に、地方自治体が、同自治体の許可を得ていないこと等を理由に施設の稼働停止を命じ、操業不能となった事例である。本件仲裁は、「Metalclad 社は連邦政府職員の説明 (representations) に依拠し、埋め立て地の建設を続けることができると信じる資格があった。…Metalclad 社は、慎重にかつ許可が与えられるという期待をもって行動したにすぎない<sup>82</sup>」と述べ、FET 違反を認定した<sup>83</sup>。

では、この場合に GATT/GATS 型一般的例外によって正当化されうるであろうか。先に挙げた 3 つの例外事由との関係では地方公共団体による稼働停止命令が「人、動物又は植物の生命又は健康の保護」を目的とするものであったか否か、また先に挙げた必要性要件及び柱書の要件を満たすか否かが問題となろう。

しかし、本件仲裁廷は、地方公共団体による建設不許可の理由につき、環境に対する影響に関する生態学的関心などを挙げながらも、いずれの理由も当該施設の建設そのものに関わるものではないとして、当該不許可は建設あるいは施設そのものの問題を考慮したものではないと判断している<sup>84</sup>。こうした仲裁廷の判断に依るならば、施設の建設不許可が「人、動物又は植物の生命又は健康の保護」のために必要な措置であったとは考えられず、したがって柱書の検討を行うまでもなく、GATT/GATS 型一般的例外によっては正当化されないということになる<sup>85</sup>。

---

<sup>81</sup> Potestà, *supra* note 65, pp. 103-110.

<sup>82</sup> Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB/97/1, Award (August 30, 2000), para. 89.

<sup>83</sup> *Ibid.*, paras. 74-101.

<sup>84</sup> *Ibid.*, para. 92. さらに、そうした実質的な理由のない建設不許可は、間接収用に当たると認定している (*ibid.*, para. 107.)。

<sup>85</sup> なお、本件において仲裁廷は、NAFTA 第 1114 条に基づく環境例外を取り上げている (*ibid.*, para. 98)。NAFTA 第 1114 条 1 項は、

1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

と規定する。しかし、この点について仲裁廷は、連邦政府レベルによって許可が与えられたということは、本件計画が環境に関する関心に適合的なものであったとメキシコが考え

これに対し、地方公共団体による建設不許可が真に「人、動物又は植物の生命又は健康の保護」を目的とする場合を想定することは可能である。この場合、先に挙げた必要要件及び柱書の要件を満たす可能性を否定することはできず、建設を許可しないことにより FET 違反が生ずるとしても、一般的例外規定によって正当化される可能性は認められるであろう。

最後に、③一般的な規制枠組がある場合、すなわち、投資家が投資時に存在した一般的な規制枠組を信頼して投資を行ったにもかかわらず、その後受入国が当該規制枠組を変更したことによって投資家に損害が発生した場合に、FET 違反となるかという問題がある。これは、「[投資家]によって援用された立法、規制、条項が、その一方的な変更が正当な期待の侵害を伴うような約束 (a set of promises and commitments) を構成するか<sup>86</sup>」という問題である。そこでの焦点は、規制枠組の安定性およびそれに対する期待と規制枠組を改正する受入国の権利との間でどのようにバランスをとるか、という点になる。

一般的には、特定の約束がない場合には（特定の約束がある場合には①あるいは②の問題になる）規制枠組を改正する受入国の権利が優位するとされる。しかし、規制枠組の変更が非常に激しくあるいは過激な場合に、そうした特定の約束がなくても正当な期待を侵害する可能性については、仲裁もそれを完全には否定していない<sup>87</sup>。但し、その場合の基準は仲裁によって異なるものが示されており、変化の程度、変化の生じた態様、差別的効果、不当な性格などが挙げられている<sup>88</sup>。

このように、特定の約束がない場合に一般的な規制枠組の変更が FET 違反となることは稀れだと考えられ、またそれが違法となる場合の基準についても現時点では一致は見られない。したがってその違反を前提に GATT/GATS 型一般的例外による正当化を論ずることは、現時点では困難を伴う。

但し、これまでの検討を踏まえれば、そうした変更が差別的効果を生ずる場合には柱書の要件（恣意的あるいは不当な差別とならない態様）との関係が、不当な性格を帯びる場合には必要性要件との関係が問題となろう。他方で、規制枠組の変化の程度あるいは変化

---

ていたことを明確に示しているとして、同項による正当化を否定している (*ibid.*)。仲裁廷は、連邦及び州政府レベルと地方自治体レベルとで判断が分かれた点につき、前者の判断を重視しつつ、国家としては環境適合的と考えていたと認定したのである。

こうした認定に依拠することができたのは、NAFTA 第 1114 条 1 項が、it considers appropriate という形で、当事国の判断を重視する構造となっていたからだと考えられる。これに対して GATT/GATS 型一般的例外規定の場合には、たとえば日本・ペルー BIT 第 19 条 1 項は、nothing in this Agreement other than Article 14 shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or enforcing measures:として、「人、動物又は植物の生命又は健康の保護に必要な [措置]」を挙げるのであり、一部の関係者によるそうした判断から離れて、当該措置の必要性を検討する余地があると考えられる。

<sup>86</sup> Total S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability (December 27, 2010), para. 99.

<sup>87</sup> Potestà, *supra* note 65, p. 115.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 117.

の生じた態様によって正当な期待の侵害および FET 違反が認定されるとすればその場合には、FET 違反が存在したとしても、GATT/GATS 型一般的例外によって正当化される可能性が否定されるわけではないと言うことができよう。

### (3) 小括

以上のように、FET が国際慣習法上の最低基準を意味する場合には、GATT/GATS 型一般的例外規定が FET 違反を正当化する機能を有しているとは考えられない。

他方で、FET がそれ以上のものを意味する場合、とりわけ投資家の正当な期待の侵害が FET 違反を構成する場合には、GATT/GATS 型一般的例外規定が当該 FET 違反を正当化する場合があると考えられる。

### おわりに—結論と政策的含意—

以上の検討から、以下の結論が得られたと考えられる。

まず第 1 に、一般的例外規定につき、通常の意味の一般的例外規定と、GATT/GATS 型一般的例外規定とがあり、日本が締結する IIA においては後者の意味で一般的例外概念が用いられているが、国際的に見ればそれは一般的と言うことはできない。

第 2 に、FET 違反が GATT/GATS 型一般的例外規定によって正当化されるかについては、FET が何を意味するかによる。FET が国際慣習法上の最低基準を意味する場合には、GATT/GATS 型一般的例外規定によって正当化されることは考えにくい。他方で、FET が国際慣習法上の最低基準以上のものを意味するか、あるいは国際慣習法上の最低基準自体が発展していると解釈され、投資家の正当な期待の保護を含むようになっている場合には、それが侵害されて FET 違反が認定される場合に、GATT/GATS 型一般的例外規定によって正当化される場合が考えられる。

これらとの関連で、以下の政策的含意が導かれよう。

第 1 に、日本政府として、一般的例外概念についてもう一度整理することが必要だと考えられる。このことは、それを通常の意味で用いなければならないことを意味しようとするものではない。しかし、一般的例外概念を GATT/GATS 型一般的例外の意味で用いる場合であっても、IIA 全体に対する例外・留保がそれで十分だということを意味するわけではないし、実際に日本がこれまで締結した IIA においても、「一般的例外」を GATT/GATS 型一般的例外に限定する意味で用いながらも、IIA 全体に対する（GATT/GATS 型一般的例外以外の）例外・留保は認められてきている。こうした、通常の意味の一般的例外全体について、言い換えれば、GATT/GATS 型一般的例外規定以外にどのような「(通常の意味の)一般的例外規定」を置くのかについて、あらためて確認することが必要であろう。その際には、GATT/GATS 型一般的例外を含む意味で一般的例外規定を置いているカナダのモデル IIA は参考に値するであろう。

第 2 に、GATT/GATS 型一般的例外規定の内容についても再検討することが必要だと考えられる。

GATT/GATS 型一般的例外規定は、GATT 第 20 条および／あるいは GATS 第 14 条に規定される例外事由および柱書が準用されるところに、GATT/GATS 型一般的例外規定と呼ばれる所以があり、また、GATT 第 20 条あるいは GATS 第 14 条ですでに認められている例外的規定を準用することによって交渉コストを下げることや、WTO 紛争解決手続などにおける後者に関する解釈を参考することによって予見可能性を高めることがメリットとして考えられよう。

しかし、どのような事由を、どのような場合に例外と位置づけるか、という点から出発すれば、GATT 第 20 条および／あるいは GATS 第 14 条に規定される例外事由および柱書に縛られることが適切か否かは、あらためて検討する余地があるだろう。

例外事由の範囲は相手国との交渉において画定されるものであり、日本が締結するすべての IIA において同一である必要はないし、そのように考えることは現実的でもないだろう。しかし、一方で書き下し型の場合に 2 件の例外事由を挙げるのみの場合があり、他方で準用型の場合には 10 件の例外事由が認められることとなるという現状は、日本の投資協定戦略を反映したものと言えるのであろうか。さらには、GATT 第 20 条で挙げられるもの以外の例外事由を想定することも可能であろう<sup>89</sup>。これらの点についても精査し、モデルを確立する必要があると思われる。

また、柱書は必要か否か、またその内容の適切性如何、さらにはとる措置が一定の政策目的の実現のために必要であることを求めるのか、関連していれば十分とするか<sup>90</sup>（必要性要件の是非）、その必要性あるいは関連性を自己判断に委ねるか否か。これらによって、例外規定の実際の使い方は、大きく異なってくる。

さらには、日本が締結する IIA における GATT/GATS 型一般的例外規定には、しばしば通報義務が課せられる。しかし、こうした一般的例外によって FET 違反を正当化することを想定した場合、国家が一定の措置—後に FET 違反と認定される措置—をとる場合に予めそれが FET に違反する措置であるとして通報することを求めるのは、FET およびその違反認定の状況依存的性質を考慮するならば、その適切性について疑問が生じよう。

第 3 に、本 DP では実体規定としては FET しか扱うことができなかったが、FET 以外の

---

<sup>89</sup> 日本が締結している IIA においてもすでに、GATT 第 20 条で挙げられるもの以外に、(もとより GATT/GATS 型一般的例外規定の外で) 租税や信用秩序の維持のための措置に関する例外が認められている (I.(2)(iii)参照)。これらを GATT/GATS 型一般的例外の例外事由の一つとして組み込むという選択肢も存在するであろう。その場合には、同例外の柱書や通報義務、場合によっては必要性要件などが課せられることとなるのであり、そのことの是非を慎重に判断する必要がある(これは第 1 の政策的含意と密接に関連する)。もとより同じことは、現在 GATT/GATS 型一般的例外の例外事由として挙げられているものについても該当する。

<sup>90</sup> GATT 第 20 条における関連性要件につき、Ayres & Mitchell, *supra* note 57, pp. 22-23; Wolfrum et al (eds.), *supra* note 58, pp. 462-463 を参照。

原則規定についても精査し、それとの関係で GATT/GATS 型一般的例外規定がどのように機能しうるのかについて検討すること、さらにはその結果を受けて、実体上の義務と例外条項とをどのように連動させて規定するかを検討することが必要であろう。

FET については、その定義によっては GATT/GATS 型一般的例外が意味を持たない場合があることが明らかになった。すなわち、IIA において FET が（伝統的な意味からそれほど発展していない）国際慣習法上の最低基準を意味するのであれば、少なくとも FET 違反を正当化するという目的で GATT/GATS 型一般的例外を規定することに意味がないということであり、言い換えれば、FET をそれ以上の待遇を意味するものとして挿入する際にこそ、GATT/GATS 型一般的例外を挿入する意義が生じる、ということでもある。

この点すなわち、GATT/GATS 型一般的例外規定と FET 規定との連関性につき確認すると、日本が締結した IIA のうち、2001 年以前に締結されたもののほとんどは FET に関する規定を含まないが、これらは GATT/GATS 型一般的例外規定も含んでいない。他方で、2002 年以降締結されたものの非常に多くが GATT/GATS 型一般的例外規定を含み<sup>91</sup>、かつそれらはいずれも FET に関する規定を含んでいるが、FET に関する規定は、①FET の基準を国際慣習法上の最低基準に限定するもの<sup>92</sup>、②最低基準には言及せず「国際法に基づく待遇」と規定するもの<sup>93</sup>、③とくに限定する注釈・修飾句を含まないもの<sup>94</sup>、に大別される<sup>95</sup>。このうち少なくとも①については、FET との関係では GATT/GATS 型一般的例外を規定する意味はないと考えられる。もとより、FET の規定振りをどうするかはさまざまな考慮によるべきであり、一般的例外規定との連関のみで定まるわけではないであろうが、GATT/GATS 型一般的例外を規定する際に、どのような措置を正当化するのかという観点から、その意義を確認することは必要であろう。

---

<sup>91</sup> 前掲注 16 に対応する本文を参照。

<sup>92</sup> 日本・フィリピン EPA、日本・チリ EPA、日本・タイ EPA、日本・ブルネイ EPA、日本・ラオス BIT、日本・ペルー BIT、日本・インド EPA、日本・コロンビア BIT。

<sup>93</sup> 日本・カンボジア BIT、日本・クウェート BIT。

<sup>94</sup> 日本・シンガポール EPA、日韓 BIT、日本・ベトナム BIT、日本・マレーシア EPA、日本・インドネシア EPA、日本・ウズベキスタン BIT、日本・スイス EPA。

<sup>95</sup> これらのうち、②「国際法に基づく待遇」が、最低基準を意味するのか、それ以上を意味するのかについては明確ではない。これらの点につき、阿部、前掲注 50、297-301 頁を参照。