

国立国会図書館

ISDS 条項をめぐる議論

調査と情報—ISSUE BRIEF— NUMBER 807 (2013. 11. 5.)

- | | |
|----------------------------------|---------------------|
| はじめに | III ISDS 条項をめぐる議論 |
| I 投資協定と ISDS 条項 | 1 ISDS 条項への賛否の主要論点 |
| 1 投資協定とは | 2 投資協定と ISDS 条項の課題 |
| 2 ISDS 条項とは | IV ISDS 条項をめぐる近年の動き |
| 3 ISDS 条項を利用した仲裁手続 | 1 米韓 FTA をめぐる動き |
| II 国際投資仲裁の事例 | 2 TPP をめぐる動き |
| 1 米エチル社のカナダ連邦政府
に対する仲裁提起 | おわりに |
| 2 米メタルクラッド社のメキシ
コ連邦政府に対する仲裁提起 | |

- ISDS 条項とは、外国投資家と国家（投資受入国）の間の紛争を、国際的な仲裁機関に付託するための手続等を定めた規定である。世界中の多くの投資協定や自由貿易協定の投資章に設けられている。
- 投資受入国が投資協定の規定に違反したおそれのある場合、投資家は投資受入国との紛争を国際仲裁機関に付託し、損害賠償を請求することができる。ただし、投資受入国の法令や政策の変更を求めることはできない。
- ISDS 条項は、企業の外国での活動を保護するメリットがある一方で、一企業が国家を相手に仲裁提起できる仕組みを持つことなどから、批判もある。ISDS 条項の是非を議論するにあたっては、可能な限り確かな情報に基づいてメリットとデメリットの衡量判断を行う必要がある。

国立国会図書館
調査及び立法考査局経済産業課
いとう ましろ
(伊藤 白)

第 807 号

はじめに

環太平洋パートナーシップ(Trans-Pacific Partnership: TPP)協定をめぐる議論の中で、同協定に盛り込まれる可能性の高い「国家と投資家との紛争解決(Investor-State Dispute Settlement: ISDS)条項¹」に注目が集まっている。

ISDS条項とは、詳細は後述するが、外国投資家と国家(投資受入国)の間の紛争を、国際的な仲裁機関に付託するための手続等を定めた規定で、世界中の多くの投資協定や自由貿易協定(Free Trade Agreement: FTA²)の投資章に設けられている。企業の外国での活動を保護するメリットがある一方で、一企業が国家を訴えることができる仕組みを持つことなどから、批判の声も上がっている。

外国投資家が投資受入国を相手に仲裁を申し立てることができるのは、投資家の母国と投資受入国との間で締結された投資協定や投資章の規定に、投資受入国が違反したおそれのある場合である。そのため、ISDS条項の対象範囲を理解するには、それが含まれている投資協定やFTA投資章への理解が欠かせない。本稿では、まず投資協定及びFTA投資章について概説した上でISDS条項の概要をまとめ、ISDS条項をめぐる議論を整理する。

I 投資協定とISDS条項

1 投資協定とは

投資協定とは、投資家(外国に投資した企業等)や投資財産の保護、規制の透明性向上等により、国境をまたぐ投資を促進するための条約を言う。1950年代のアジア・アフリカの植民地独立の時代に、独立した国々が領土内の外国人財産を国有化する事例が増えたことが問題となり、1959年の西ドイツとパキスタンの協定を皮切りに結ばれるようになった。本来先進国が発展途上国に対して結ぶ協定であったが、近年は先進国間で結ばれることも増え、現在では世界に約2,800本の投資協定が存在している。また同様の内容が投資章としてFTAに盛り込まれることも多く、日本は1978年のエジプトとの協定締結以降、現在までに計15本の投資協定に加え、計10本の投資章を含む経済連携協定(Economic Partnership Agreement: EPA)を締結している³。以下本稿においては、特段区別する必要がない場合には、FTAの投資章をも含め「投資協定」と呼ぶことにする。

※本稿は2013年10月18日時点までの情報を基にしている。インターネット情報の最終アクセス日も同日時点である。また、本稿の執筆にあたっては、中川淳司東京大学教授に多くの助言をいただいた。この場を借りてお礼申し上げる。ただし、本稿に誤りがあるとすれば、その責任はすべて筆者にある。

¹ ISD条項とも呼ばれる。

² 外務省は、締約国間における物品・サービス貿易の自由化を主な目的とする協定をFTA、FTAの内容に加え、知的財産制度などの各種経済制度の調和等も含むより包括的な協定をEPAと定義している(外務省『日本の経済連携協定(EPA)』2009.10. <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/pdfs/kyotei_0910.pdf>)。しかし、EPAは日本独自の概念であること、近年の一般的なFTAと日本のEPAの間には内容に関して実質的な差は無いこと等を踏まえ、本稿では、締約国間における経済上の連携を促進する協定全般をFTAと表記し、日本が過去に締結したFTAについてのみEPAの表記を用いることとする。

³ 経済産業省「投資協定の概要と日本の取組み」2013.8, p.10. <http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/epa/pdf/BITsrc/130820bitoverview.pdf> 100を優に超える数の投資協定を結んでいるドイツ、英国、中国等と比べると、日本の投資協定はまだ少なく、出遅れを指摘する声もある(三宅保次郎「投資協定・経済連携協定における我が国の取組み」『日本国際経済法学会年報』17号, 2008, p.144)。

世界の投資協定は、投資後の企業活動を保護する投資保護協定⁴と、投資後のみならず投資許可段階も保護対象とする投資自由化協定⁵とに大きく分類できる。世界の投資協定の大半は投資保護協定であるが、1990年頃から投資自由化協定も増加する傾向にある。日本がこれまでに締結した EPA の投資章は、すべて投資自由化協定である⁶。

投資自由化協定に分類される協定の一例として、米国が自国の二国間投資協定のひな型として策定した「2012年米国モデル二国間投資協定」(2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty、以下「米国モデル BIT」)⁷の内容を確認する。投資協定の内容は、厳密には協定ごとに異なるものの、一定の共通性を持っており、また米国モデル BIT は TPP 交渉にも影響があると考えられることから、参考になることも多いと考えられる。

米国モデル BIT では、次のことが投資家とその財産に与えられる待遇として規定されている⁸。

①内国民待遇 (第 3 条)

投資受入国は相手国の投資家に対し、自国の投資家に与える待遇より不利でない待遇を与えること

②最恵国待遇 (第 4 条)

投資受入国は相手国の投資家に対し、相手国ではない第三国の投資家に与える待遇よりも不利でない待遇を与えること

③待遇の最低水準 (第 5 条)

投資受入国は行われた投資に対し公正かつ衡平な待遇を含む慣習国際法に従った待遇を与えること

④収用・間接収用の原則禁止 (第 6 条)

投資受入国が収用 (投資家の資産の国有化) 及び間接収用 (規制の強化等により事業継続をできなくすること) を行う際には、a) 公共目的であること、b) 無差別の (国籍によって差別しない) 措置であること、c) 迅速に適切な補償が支払われること、d) 法手続に則って行われること等を条件とすること

⑤送金の自由 (第 7 条)

投資受入国は自由にまた遅滞なく国内及び国外への送金を許可すること

⁴ 投資後の内国民待遇、最恵国待遇、公正衡平な待遇、収用の際の補償 (後述) などを内容とする。

⁵ 投資後に加え投資許可段階の内国民待遇、最恵国待遇のほか、投資を歪曲する効果があるとされるパフォーマンス要求禁止 (後述) の規定を盛り込む。

⁶ 経済産業省 前掲注(3)

⁷ United States Trade Representative, “2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty.” <<http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>> 1994年に米国が作成し、2004年、2012年に改訂した。その変遷等については以下も参照。経済産業省「VI 米国 2004年モデル BIT の評価－2009年9月30日国際経済諮問委員会 (ACIEP) 報告書を紹介しつつ－」<http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/epa/pdf/FY22BITreport/1_1US2004bit.pdf>

⁸ ここに挙げていない米国モデル BIT の規定として、投資に関連する法及び決定の公示の義務が規定されている (第 10 条)。また、米国モデル BIT にはないが、投資協定にしばしば盛り込まれる規定として、「アンブレラ条項」と呼ばれる条項がある。これは、契約等によって投資受入国が個別の投資に関して負った義務を履行するよう義務付けるもので、この条項がある場合には、投資家は契約内容違反を理由に ISDS 条項を使って国際仲裁を申し立てることが可能となる (経済産業省「2013年版不正貿易報告書《参考 1》投資協定仲裁に係る主要ケース」2013, p.662. <http://www.meti.go.jp/committee/summary/0004532/pdf/2013_03_05.pdf>)。

⑥パフォーマンス要求の禁止（第8条）

投資受入国は現地産品の一定程度の使用等の特定の措置を要求しないこと

⑦幹部及び取締役会における国籍要求の禁止（第9条）

投資受入国は投資企業の幹部及び取締役会に特定の国籍を要求しないこと

米国モデル BIT では、これらの規定のうち④以外について、その対象とならない例外分野が留保表の形でリストアップされることになっている（第14条）。リストに並べられた例外分野は、現在講じられている措置で、協定に非整合的なものを維持するか、現在以上に非整合的でないものに限り新たな措置を講じることが許される（より非整合的な措置を講じることが許されない）分野（付属書 I、III）と、現在以上に非整合的な措置を講じることも含めて許される分野（付属書 II）に分けられる。前者は「現状維持義務・ラチェット⁹義務あり」、後者は「現状維持義務なし」の留保と呼ばれる。なお、このようにリストアップした分野についてのみ対象外とする方式を、ネガティブリスト方式と呼ぶ¹⁰。日本を含め、先進国の締結する投資協定は、この方式の留保表を採用する傾向にある¹¹。日本のこれまでの協定では、農林水産業やエネルギー産業のほか、後述のとおり、公的医療保険等をしばしば完全自由化の対象外としている。

2 ISDS 条項とは

ISDS 条項は、以上のような内容を規定する投資協定の一部を成し、投資受入国がこの規定に違反したと思われる場合に投資家が国際仲裁機関に仲裁を付託する国際投資仲裁の手続を定めたものである（上記米国モデル BIT では第23条～第36条が該当）。そのため、例えば関税や非関税障壁、サービスの自由化等、FTA の投資章以外に盛り込まれた規定の違反があったと考えられた場合でも、その規定の内容が ISDS 条項の対象となるという特段の規定がない限り、投資家は当該違反のおそれを理由に仲裁を申し立てることはできない。

ISDS 条項は、投資協定が結ばれるようになった初期の 1960 年代から投資協定に盛り込まれていたが、1980 年代後半までは利用されることがなかった¹²。しかし、北米自由貿易協定（North American Free Trade Agreement: NAFTA）の投資章を根拠にした米エチル（Ethyl）社のカナダ政府に対する仲裁提起（1998 年、後述）により注目が高まると、これをきっかけに利用が急増した。2012 年末までに、514 件の仲裁事例が報告されている¹³。

⁹ 逆回転しない歯車のこと。

¹⁰ これに対し、リストアップしたものだけを対象とする方式をポジティブリスト方式と言う。

¹¹ 経済産業省 前掲注(8), p.663. なお、米韓 FTA においても、ネガティブリスト方式を投資、越境サービス、金融サービスの分野に設けている。米韓 FTA はネガティブリスト方式を採用しているがゆえに本当に死守したい品目以外の関税を撤廃せざるを得ないとする主張が見られるが、米韓 FTA の物品貿易（関税）分野にはネガティブリスト方式は採用されておらず、この指摘は事実の誤認に基づいている。また、「ラチェット義務あり」が米韓 FTA 協定の規定一般に該当しているかのような指摘や、あるいはラチェット義務が韓国側にのみあるかのようにこれをもって米韓 FTA を不平等条約であるとする指摘も見られるが、これも誤りである。

¹² 小寺彰「第8章 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」藤田昌久・若杉隆平編著『経済政策分析のフロンティア第3巻 グローバル化と国際経済戦略』日本評論社, 2011, p.245.

¹³ United Nations Conference on Trade and Development, “Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS),” *IIA Issue Note*, May 2013.

<http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf>

日本も、これまでに締結した多くの投資協定において ISDS 条項を採用してきた。日本がこれまでに締結した 25 本の投資協定のうち、ISDS 条項を含むものはフィリピンとの EPA を除く計 24 本である（表 1 参照）。

表 1 日本の締結する ISDS 条項を含む協定

投資協定				EPA	
締結国	発効年月	締結国	発効年月	締結国	発効年月
エジプト	1978年 1月	韓国	2003年 1月	シンガポール	2002年 11月
スリランカ	1982年 8月	ベトナム	2004年 12月	メキシコ	2005年 4月
中国	1989年 5月	カンボジア	2008年 7月	マレーシア	2006年 7月
トルコ	1993年 3月	ラオス	2008年 8月	チリ	2007年 9月
香港	1997年 6月	ウズベキスタン	2009年 9月	タイ	2007年 11月
バングラデシュ	1999年 8月	ペルー	2009年 12月	ブルネイ	2008年 7月
ロシア	2000年 5月			インドネシア	2008年 7月
モンゴル	2002年 3月			スイス	2009年 9月
パキスタン	2002年 5月			インド	2011年 8月

(出典)外務省・経済産業省「国家と投資家との紛争解決 (ISDS) 手続の概要」2012.3 <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/tpp/pdfs/tpp20120327_06.pdf>; 経済産業省「投資協定の概要と日本の取組み」2013.8, p.10 <http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/epa/pdf/BITsrc/130820bitoverview.pdf> を基に筆者作成。

3 ISDS 条項を利用した仲裁手続

投資受入国が上述の規定に違反したと投資家が判断した場合、投資家はまず相手国政府との協議を行う。協議によって問題が解決しない場合、投資家は協定で定める通常複数の仲裁規則から当該仲裁で利用するものを選び、仲裁の申立を行うことができる（表2参照）¹⁴。多くの投資協定では、協定締結国はあらかじめ仲裁付託へ同意することが協定で定められており、紛争が起きてから個別に相手国の合意を得る必要がない¹⁵。

その後の具体的な仲裁手続は、どの規則を選ぶかによって異なる。利用の最も多い投資紛争解決国際センター（International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID）の仲裁規則を選択した場合には、以下のとおりの流れで行われる¹⁶。

① 仲裁人の決定

ICSIDにおける仲裁では、投資家により紛争が付託されると、仲裁人の選定が行われ、仲裁廷が構成される。仲裁人は、事前に作成された仲裁人名簿¹⁷の中から紛争ごとに

¹⁴ 国際機関に仲裁を付託する際に、投資受入国の裁判所に訴えるか国際仲裁機関に訴えるか選ばなければならないもの、両方に同時に訴えることができるもの等、いくつかのパターンがある（阿部克則「二国間投資条約 / 経済連携協定における投資仲裁と国内救済手続との関係」『RIETI Discussion Paper』07-J-040, 2007.10. <<http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/07j040.pdf>>）。

¹⁵ 経済産業省 前掲注(8), p.677.

¹⁶ ICSID の仲裁規則を利用できるのは、投資家の母国と紛争当事国が共に ICSID 加盟国だった場合に限られる（投資家の母国又は紛争当事国のどちらかのみが ICSID 加盟国の場合は ICSID Additional Facility Rule を利用する。経済産業省 前掲注(8), p.677）。ICSID 条約による手続は以下を参照。「国家と他の国家の国民との間の投資紛争の解決に関する条約」 <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/B-S42-0583_1.pdf> / <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/B-S42-0583_2.pdf> / <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/B-S42-0583_3.pdf>

¹⁷ ICSID 条約締結国及び ICSID の理事会の議長が指名する（ICSID 条約第 13 条）。

表2 多くの投資協定等で利用可能な仲裁規則

仲裁規則	概要
投資紛争解決国際センター (ICSID) の仲裁規則	<ul style="list-style-type: none"> ・最も頻繁に利用されている規則。 ・世界銀行のイニシアティブにより締結された 1966 年の「国家と他の国家の国民との間の投資紛争の解決に関する条約 (ICSID 条約)」に基づく。 ・締約国は現在 149 か国。 ・仲裁は原則として条約に基づいて設置された ICSID (ワシントン D.C.、世界銀行グループの一つ) で行われる。
国際連合国際商取引法委員会 (UNCITRAL) の仲裁規則	<ul style="list-style-type: none"> ・仲裁地は指定されておらず、当事者の合意に基づき決定される。 ・合意がない場合には仲裁機関が決定する。
国際商業会議所 (ICC) の仲裁規則	<ul style="list-style-type: none"> ・仲裁地は指定されておらず、当事者の合意に基づき決定される。 ・合意がない場合には仲裁機関が決定する。

(出典)外務省・経済産業省「国家と投資家間の紛争解決 (ISDS) 手続の概要」2012.3 <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/tpp/pdfs/tpp20120327_06.pdf> 等を基に筆者作成。

選定される¹⁸。一般的に仲裁人は3名とされ、投資家、投資受入国がそれぞれ1名指名し、両当事者の合意により最後の1名が選定される (ICSID条約第37条)。合意できない場合はICSIDの理事会の議長 (国際復興開発銀行 (IBRD)¹⁹の総裁が兼任) が指名する (第38条)。

② 仲裁管轄権の判断

仲裁廷は、まず付託された投資紛争について判断する管轄権があるかどうかを判断する (第41条)。

③ 仲裁判断

紛争についての仲裁判断は仲裁人の多数決で決定される (第48条)。仲裁判断において、投資受入国の協定違反により投資家に損害が生じたことが認定された場合、仲裁廷は、損害賠償を命じる (投資受入国の法令や政策の変更を命じることはできない²⁰)。仲裁判断は、投資家、投資受入国双方の合意があれば公開される²¹。

④ 仲裁判断の取消

¹⁸ 仲裁人は、ICSID 条約第 38 条に基づいて ICSID 理事会議長が任命する場合を除き、仲裁人名簿以外から任命することも認められている (ICSID 条約第 40 条)。

¹⁹ ICSID のほか、国際開発協会 (International Development Association: IDA) 等と併せて世界銀行グループを形成している。

²⁰ 外務省・経済産業省「国家と投資家間の紛争解決 (ISDS) 手続の概要」2012.3, p.2. <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/tpp/pdfs/tpp20120327_06.pdf> また、ICSID 条約第 54 条にも、「各加盟国は (中略) 仲裁判断によって課される金銭上の義務をその領域において執行するものとする」と規定されている。

²¹ ICSID における仲裁判断は以下のサイトで閲覧できる。International Centre for Settlement of Investment Disputes, “ICSID Cases.”

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home> また、ICSID 以外の仲裁規則による仲裁判断も含め、国際連合貿易開発会議 (United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) が過去の仲裁事例をデータベース化している。UNCTAD, “UNCTAD database of treaty-based investor-state dispute settlement cases. (pending and concluded).” <<http://iadbcases.unctad.org/>> また、NAFTA の事例については、個人のサイトではあるが、当事者の申立文書を含めた関係資料が閲覧できる。Todd Jeffrey Weiler, “Pleadings, Orders & Awards.” NAFTAclaims.com. <<http://www.naftaclaims.com/disputes.htm>>

ICSIDにおける仲裁では、仲裁判断に対する不服申立の手段として再審や仲裁判断の取消等の制度が用意されている（第51、52条）のみで、上訴の仕組みはない。

なお、ICSIDに限らず多くの国際投資仲裁のルールにおいて、上訴はできない仕組みになっている。このことについては批判もあるが、多くの仲裁判断が公表され仲裁人がそれらを先例として意識しつつ判断を下すため、少なくとも長期的には仲裁判断の相互の矛盾は少なくなることが期待できること²²、また国際仲裁には多くのコストがかかり、仲裁を繰り返す制度は現実的ではないことなどがその理由として指摘されている²³。

II 国際投資仲裁の事例

上述のとおり、2012年末までに報告された ISDS 条項に基づく仲裁申立は 514 件に上る。これまでに最も多くの仲裁付託を行った国は米国（123 件、全体の 24%）であり、これにオランダ（50 件）、英国（30 件）、ドイツ（27 件）が続く。被提訴件数が多いのはアルゼンチン（52 件）、ベネズエラ（34 件）を筆頭に南米を中心とする国々である（表 3 参照）。日本が訴えられたケースはこれまでになく²⁴、日系企業が投資受入国を相手に仲裁を提起した事例としては 1 件が報告されている（日系オランダ企業サルカ社のチェコ政府に対する仲裁提起。サルカ社の勝訴）。

以下、日本の文献においても言及されることの特に多い仲裁事例を 2 件紹介する。

1 米エチル社のカナダ連邦政府に対する仲裁提起

1997 年 4 月、カナダ連邦政府は、メチルマンガン化合物（MMT）のカナダ国内への輸入と各州間での流通を禁止する連邦法を成立させた。MMT は無鉛ガソリンのオクタン価を上昇させるために添加される物質で、その燃焼過程で人体に有害な影響を与えるとされる。しかし、カナダ連邦政府は、MMT の使用そのものは禁じていない。国内での MMT の使用を禁じない一方で輸入を禁じるこの措置により、MMT のカナダへの唯一の輸入業者であり、米国で MMT を製造するエチル（Ethyl）社の子会社であるエチル・カナダ社が、今後 MMT を売るためにはカナダの各州に製造施設を設置しなければならなくなり、損害を受けるとして、エチル社は同年 4 月 14 日、国際連合国際商取引法委員会（United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL）の仲裁規則に基づき仲裁手続を開始した。エチル社の訴えは、カナダ連邦政府の措置が NAFTA の禁止する収用

表 3 国際投資仲裁の被提訴数

国名	被提訴数
アルゼンチン	52
ベネズエラ	34
エクアドル	23
メキシコ	21
チェコ	20
カナダ	19
エジプト	17
米国	15

（出典）UNCTAD, “Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS),” *IIA Issue Note*, May 2013 <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf>を基に筆者作成。

²² 小寺 前掲注(12), p.245.

²³ 渡辺惣樹『TPP 知財戦争の始まり』草思社, 2012, pp.159-161.

²⁴ UNCTAD, *op.cit.*(13)

に該当するというものであった²⁵。これに対しカナダ連邦政府は、当該申立の手續に規則に違反する点があったこと等を理由に、当該案件は仲裁廷の管轄外であると主張した。両者の主張に対し、1998年6月、仲裁廷は管轄権に関するカナダ連邦政府の抗弁を退け、管轄権は成立するとの判断を出した。

一方で、この仲裁と並行して、カナダ連邦政府はその措置が州と国の通商規則を定めた国内通商協定に違反するとしてアルバータ州から訴えられており、管轄権に関する判断とほぼ時期を同じくして連邦政府の義務違反が認定された。その約1か月後、カナダ連邦政府は、当該連邦法を取り下げ、エチル社に1300万ドルを払って和解したことを公表した。そのため、本ケースにおいては、カナダ政府の措置が収用に当たるかどうかなどの実体問題に対する仲裁判断は出されずに終わった。²⁶

2 米メタルクラッド社のメキシコ連邦政府に対する仲裁提起

米企業メタルクラッド (Metalclad) 社は、メキシコ企業コテリン (Coterin) 社を1993年9月に買収した。コテリン社は、メキシコ中部のグワダルカサル市に、有害廃棄物処理施設を建設する許可をメキシコ連邦政府及び同市のあるサン・ルイス・ポトシ州から取得していた。この許可に基づき、メタルクラッド社は1994年5月に施設の建設を開始した。しかし、処理施設への反対運動が高まる中、グワダルカサル市は、市当局の建設許可がないとして、同年10月に建設の中止を命令した。このため、メタルクラッド社はメキシコ連邦政府と再びコンタクトを取り、市政府と良好な関係を保つためには市に建設許可申請をする必要があること、ただし市当局には建設許可を拒否する根拠がないことについて確約を得た。同社は同年11月に市当局に建設許可を申請し、さらに追加的な建設許可を連邦政府から得た上で建設工事を再開し、1995年3月に工事を完了した。しかし、グワダルカサル市は、建設許可申請から13か月後、同年12月になって建設許可を与えないことを決定した。これにより、メタルクラッド社は施設を建設したにもかかわらず操業が事実上不可能となり、1997年1月、メキシコ連邦政府の行為がNAFTA上の待遇の最低水準(第1105条)及び収用の原則の禁止(第1110条)に違反するとして、メキシコ連邦政府を相手取りICSIDに仲裁を付託した。

仲裁廷は2000年8月、メキシコ連邦政府の行為には透明性が欠如していたこと、同政府がメタルクラッド社の事業計画と投資に対する予測可能な枠組みを確保しなかったことを理由に第1105条違反を認めた。またNAFTA上の収用の概念には公然の財産の接収のみならず、財産の所有者から財産の使用や合理的に期待される経済的利益のすべて又は相当な部分を奪う効果を有する干渉が含まれるとした上で、メキシコ政府がメタルクラッド

²⁵ その他、Ethyl社は同措置が内国民待遇、パフォーマンス要求の禁止にも違反するとした。西元宏治「Ethyl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(上)」『国際商事法務』33巻9号, 2005.9, p.1193-1203。/「同(下)」『国際商事法務』33巻11号, 2005.11, p.1515-1521。

²⁶ 本ケースについては、主に以下を参照した。“Award on Jurisdiction in the NAFTA/UNCITRAL Case between Ethyl Corporation (Claimant) and the government of Canada (Respondent),” 24. June 1998. <<http://italaw.com/documents/Ethyl-Award.pdf>>; Appleton & Associates, “Notice of arbitration under the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement,” 1. April 1997.

<<http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/EthylCorp/EthylCorpNoticeOfArbitration.pdf>>; 西元 同上; 中川淳司「NAFTA(北米自由貿易協定)11章仲裁手続—私人の関与する投資紛争処理手続と国内法秩序」『ジュリスト』1254号, 2003.10.15, pp.99-105.; 経済産業省 前掲注(8), pp.673.; 小寺 前掲注(12), p.245.

社に対する市の行動を許可又は容認したことを理由に、第 1110 条違反を判示した。結果的に、仲裁廷はメキシコ政府に 1669 万ドルの賠償を命じた。²⁷

Ⅲ ISDS 条項をめぐる議論

1 ISDS 条項への賛否の主要論点

ISDS 条項は、企業がこれを基に投資受入国を相手取って訴えを起こすことが可能となるため、企業の投資活動の保護につながり得る。また、中立的な紛争解決の場を用意することで、投資家の投資が確実に保護されるという期待を高めることにより、外国からの投資が促され、投資受入国の経済発展につながる可能性がある。しかしその一方で、ISDS 条項には投資家保護のために国家の活動を制限する面もあるため、その是非をめぐる議論が行われてきた。日本国内でも、とりわけ TPP 交渉に関連して議論が続いている（表 4 参照）。

特に大きな批判があるのは、一企業が国家を訴え、高額な賠償金を請求することによって国家の規制権限を脅かす ISDS 条項の性質である。ここには、大きく 3 つの論点がある。まず 1 つ目は、一企業が国家間の協定に基づく仲裁申立の主体となってよいのかという法体系上の問題である。物品貿易に関わる世界貿易機関（World Trade Organization: WTO）上の紛争は、企業が不利益を受けたとしても、国家を訴えることができるのは国家であるのに対し、投資協定では一企業が仲裁申立の主体となる。この点に関しては、ISDS 条項を必ずしも否定しない立場からも若干の違和感が指摘されている²⁸。

2 つ目は、公共の利益のために規制を行う国家の主権がそもそも制約されてよいのか、という論点である。このような主張に対しては、投資協定に限らずそもそも条約というのは国家の主権を制約するものであるという反論がある。条約を締結する以上、国内法と条約は整合的でなければならないのであり、これを否定する主張は国際法不要論につながることになる²⁹。

そして 3 つ目として、そのような国家の主権が一企業のために制約されてよいのかという論点がある。これについては、ISDS 条項によって得られる企業及び社会の利益と、失われる社会の利益の比較衡量の上で、ISDS 条項の是非を判断することが必要となってこよう³⁰。

このような批判のうち、個別の分野で ISDS 条項への懸念が明確に表明されているのは、日本では医療の分野である。日本の公的医療保険制度が参入障壁であるとして外国から提訴される懸念が指摘されている³¹。これに対しては、日本政府が、特定の分野を義務から

²⁷ 本ケースについては、主に以下を参照した。International Centre for Settlement of Investment Disputes (Additional Facility), “Award Case No. ARB(AF)/97/1,” 30. August 2000.

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_En&caseId=C155>; 中川 同上; 玉田大「投資協定仲裁における補償賠償判断の類型—取用事例と非取用事例の際類型化の試み—」『RIETI Discussion Paper』08-J-013, 2008.6, p.16.

<<http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/08j013.pdf>>; 経済産業省 前掲注(8), p.678.

²⁸ 玉田大「投資協定仲裁の多角化と司法化」『国際問題』597号, 2010.12, pp.44-53.

²⁹ 有馬幸菜ほか「ISDS 条項批判の検討：ISDS 条項は TPP 交渉参加を拒否する根拠となるか」『JCA ジャーナル』59 巻 12 号, 2012.12, p.20.

³⁰ 玉田大「TPP における投資保護と投資自由化」『ジュリスト』1443 号, 2012.7, pp.48-53.

³¹ 日本医師会「TPP 交渉参加について」2013.3.15.

表 4 ISDS 条項をめぐる賛成派・反対派の主張

	賛成論	反対論
経済的メリットの有無	<ul style="list-style-type: none"> ・日本企業が TPP 参加国を相手取って訴えを起こすことが可能となり、日本企業の投資活動の保護につながる。 ・中立的な紛争解決の場を用意することで、投資家の投資が確実に保護されるという期待を高めることにより、外国からの投資が促され、投資受入国にとっても経済発展につながる。 	—
国家の主権との関係について	<ul style="list-style-type: none"> ・条約は一般に国家の主権を制約するものである。これを非難することは国際法の意義を認めないに等しい。 	<ul style="list-style-type: none"> ・ ISDS 条項があると、国が公共目的のために規制を強化した場合などにも訴えられる可能性があり、国家の主権が脅かされる。 ・ ISDS 条項には一企業に国家を超越する法主体性を与えるものである。
公的医療保険制度	<ul style="list-style-type: none"> ・これまで日本が結んだ（多くの）協定には、公的医療保険制度は投資分野の義務から除外されており、ISDS 条項の対象となっていない。TPP でも義務の対象外とすることも可能。 	<ul style="list-style-type: none"> ・ ISDS 条項により日本の公的医療保険制度が参入障壁であるとして外国から提訴される懸念がある。
国内企業との平等性	—	<ul style="list-style-type: none"> ・ ISDS 条項は、国内の裁判所にしか訴えることのできない国内企業以上の優遇を外国企業に与えるものである。
ICSID の中立性について	<ul style="list-style-type: none"> ・ ICSID は世界銀行グループの一つだが、事務局は手続的な側面支援を行うのみであり、仲裁判断には加わらない。 	<ul style="list-style-type: none"> ・ ICSID は世界銀行グループの一つである。世界銀行は総裁が常に米国人であり、米国に有利な判決が出される可能性がある。
制度の濫用の可能性について	<ul style="list-style-type: none"> ・近年の ISDS 条項は、公共目的の措置は基本的に収用と見なされないことが明記されるなど訴えることのできる範囲を細かく定め、むやみに仲裁申立を行えないようにしている。 ・相当程度の剥奪がない限り間接収用には当たらない。 	<ul style="list-style-type: none"> ・訴訟に慣れている米国企業が制度を濫用する可能性がある。

（出典）外務省・経済産業省「国家と投資家間の紛争解決（ISDS）手続の概要」2012.3 <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/tpp/pdfs/tpp20120327_06.pdf>; 鈴木宣弘ほか『よくわかる TPP 48 のまちがい』農山漁村文化協会, 2011, pp.42-44 等を参考に筆者作成。

除外することが可能であること、そしてこれまでの日本が結んでいる（多くの）協定では、公的医療保険制度は投資分野の義務から除外されるネガティブリストに含まれており、ISDS 条項の対象とはなっていないことを説明している³²。

2 投資協定と ISDS 条項の課題

ISDS 条項のメリットとデメリットの衡量判断を行うために、またその前提として国際法によって国家主権の何が制約されるのかを知るために、ISDS 条項による申立の根拠と

<<http://dl.med.or.jp/dl-med/nichikara/tpp/tpp20130315.pdf>>

³² 内閣官房「TPP に関する Q&A」 <<http://www.cas.go.jp/jp/tpp/q&a.html#7-5>>

なる投資協定そのものが、そもそも何を規定しているのかが明瞭でなければならない。しかしながら、ISDS 条項そのものは是とする立場からも、投資協定の条項がしばしば抽象的な文言によって規定されており、投資受入国の義務が必ずしも明確化されていないケースが多いことが指摘されている。仲裁の数が増える中で、ISDS 条項の対象となる投資協定の規定をより精緻化するための議論が近年続いている。

特に、上述の米国モデル BIT では第 5 条（最低基準の待遇）に規定されている公正かつ衡平な待遇の概念が不明確なことは、しばしば議論の対象となってきた。例えば、NAFTA に基づく仲裁では、公正かつ衡平な待遇が、慣習国際法上の待遇以上のものを含むとの判断が下されたケースや、協定上の他の規定に違反する場合には必然的に公正かつ衡平な待遇義務にも違反するとの判断が下されたケースがあったことから、米国の連邦議員を中心にこの規定の解釈について批判の声が上がった。これを受けて、NAFTA 自由貿易委員会は、公正かつ衡平な待遇は慣習国際法上の最低基準を示すものであり、それを超える待遇を求めるものではないこと、NAFTA 上又は他の国際協定の公正かつ衡平な待遇義務以外の違反があったことによって、公正かつ衡平な待遇義務の違反があったこととはならないことを確認する覚書³³を公表した。³⁴

また、外国投資家に対する課税強化により投資活動の継続が困難となり、事実上の収用に当たると主張される事案が見られる一方で、租税は裁判権等と並ぶ国家の主権的機能の一つであることから、投資協定と課税権の関係を整理する必要があることを指摘する声がある³⁵。こうした事態への対応として、近年では、例えば米韓 FTA で、課税と収用の関係について、一般に課税行為が収用と見なされるわけではないこと、無差別的な課税は収用と見なされる可能性が低いこと等が定められている（Annex 11-F）。こうした取組みは、投資受入国の義務を協定段階で明確化し予測可能性を向上させる試みと言えよう。

さらに、同 FTA には、以下のような文言が入れられている。

例えば、ある措置やある一連の措置が、その目的や効果に照らして極端に厳しいか不適切である場合等のまれな状況を除き、公衆衛生、安全、環境及び（例えば低所得者層の住宅事情を改善することによる）不動産価格安定等の合法的な公共目的を保護するために計画され採用された締結国の無差別的な規制措置は、間接収用とは見なさない（Annex 11-B）。³⁶

これは、差別的でない限り公共目的の措置一般を間接収用とは見なさないという、間接収用の範囲を大きく限定したものである。上述のエチル社のケースなどにおいて投資保護が環境保全を行う国家の権利に制約を課すのはおかしいとする批判があったが、この条項はこうした批判への一つの回答となっていると言えよう³⁷。TPP の条文においても、同様の文言が入れられるかどうかは、一つの注目ポイントである。

³³ Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, July 31, 2001. <http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp>

³⁴ 経済産業省 前掲注(8), p.662.

³⁵ 小寺 前掲注(12), pp.248, 251-254.

³⁶ 同様の条文は、米国モデル BIT 等にも取り入れられているが、米韓 FTA のものは「まれな状況」をより詳しく説明するなど、さらに精緻なものになっている。

³⁷ 小寺 前掲注(12), pp.250, 254. ただし、エチル社のケースにおいては、上述のとおり、エチル社の訴えがカナダの規制撤廃の直接の原因となったわけではないことには留意が必要である。

IV ISDS 条項をめぐる近年の動き

1 米韓 FTA をめぐる動き

ISDS 条項をめぐっては、韓国でも米韓 FTA 締結の際に、米国企業の提訴により韓国の法体系が歪められ、国家の主権が脅かされるとの主張が起こり、これが日本にも伝えられた³⁸。こうした主張に対し、韓国政府はホームページ上で、国際仲裁機関による仲裁はアメリカ寄りではなく、投資家が勝訴しやすいわけでもないこと等を説明している³⁹。

米韓 FTA 発効直後の 2012 年 5 月、韓国外換銀行の大株主である米ヘッジファンド・ローンスタースタ社が、韓国政府が同社の韓国外換銀行売却を制限し売却の適切なタイミングを逃したため、韓国外換銀行の株価が下がり利益が損なわれたとして韓国政府に損害賠償を求め、韓国政府と合意に至らない場合 ISDS 条項を使うことを通告した⁴⁰。ただし、2012 年 12 月に実際に行われた仲裁申立はローンスタースタ社のベルギー子会社によるもので、米韓 FTA ではなく韓国ベルギー投資協定に基づくものであった。米韓 FTA を使った仲裁提起は現在まで報告されていない。

また、韓国政府が、既に 2009 年に宣言し、2012 年 2 月に決定していた低炭素車優遇制度の 2013 年 7 月の導入を、2013 年 2 月になって 2015 年まで延期したことが日本でも報じられた⁴¹。CO₂ 排出量の多い大型車が中心の米国の自動車は韓国政府の措置によって不利な扱いを受けるとして、米国自動車業界が同措置の米韓 FTA 違反を主張したことがその背景にあったこと、そして米韓 FTA についての著作⁴²もある宋基昊氏が、韓国政府が当該措置の導入を強行した場合に ISDS 条項で訴えられる可能性があることと指摘していることを、この報道は併せて報じている。しかし、同報道によれば、米国の自動車業界が指摘しているのは、韓国政府の措置が、輸入する製品の安全・環境基準等の規格が貿易の不必要な障害となることを防ぐ「貿易の技術的障害」(TBT)の規定に違反する可能性であり、これは投資分野の規定違反を根拠に仲裁を申し立てることのできる ISDS 条項の対象ではない。

なお、米韓 FTA 発効以前に、韓国議会は ISDS 条項を含め米韓 FTA の再協議を行うことを決議していた⁴³が、現在に至るまで再協議は開始されていない。

2 TPP をめぐる動き

TPP の ISDS 条項をめぐっては、日本国内のみならず、他の交渉参加国の間でも大きな議論となっている。特に、オーストラリアは、TPP に ISDS 条項を盛り込むことに強く反対してきた。この背景には、米国と FTA を交渉した際に、ISDS 条項に対する世論の反対が激しくなり、結果的に米豪 FTA は ISDS 条項のない形で結ばれたという過去の経緯があ

³⁸ たとえば以下の文献。宋基昊（金哲洙ほか訳）『恐怖の契約 米韓 FTA TPP で日本もこうなる』農山漁村文化協会、2012。

³⁹ 高安雄一『TPP の正しい議論にかかせない米韓 FTA の真実』学文社、2012, pp.12-24, 126。

⁴⁰ 「外換銀売却時に被害、ローンスタースタが韓国提訴」『朝鮮日報』2012.11.23。

⁴¹ 「韓国の低炭素車制度 “米国ルール”で延期」『日本農業新聞』2013.2.15。

⁴² 前掲注(38) 参照。

⁴³ 藤原夏人「【韓国】 通商手続法の制定と米韓 FTA 再交渉要求決議案の可決」『外国の立法』no.250-2, 2012.2. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3383251_po_02500211.pdf?contentNo=1>

る⁴⁴。その後労働党政権下で行われた調査の報告書では、ISDS 条項は、国内の裁判所にしか訴えることのできない国内企業以上の優遇を外国企業に与えるという点で不平等であるとして、ISDS 条項を導入しないことが提言された⁴⁵。また、2011 年には、オーストラリア政府は今後 ISDS 条項を含む協定を締結しないつもりであることを表明し⁴⁶、実際に、ISDS 条項を含まないマレーシアとの FTA が 2013 年 1 月に発効した。その間にオーストラリア政府は、タバコの外装を規制する新たな法律によって損害を被りかねないとして、米フィリップ・モリス社の香港子会社から、香港との投資協定の ISDS 条項に基づいて仲裁を提起されている。ただし、2013 年 9 月の選挙により政権についた保守連合は、労働党政権と異なり、TPP への ISDS 条項導入に柔軟な姿勢を示している⁴⁷。

そのほか、TPP 参加国の中では、マレーシアも ISDS 条項の導入に反対していると報じられている⁴⁸。

このような状況下、2011 年 11 月の APEC 首脳会談で示された「TPP の輪郭」では、「投資に関する条文案は、適切なセーフガードの下で、迅速、公正、かつ透明性のある」⁴⁹ISDS 条項を含むとされている。TPP 交渉の結論はまだ出ていない段階ではあるが、TPP には、投資受入国の規制権限に配慮して条文を精緻化した ISDS 条項が含まれる方向で交渉が進められているものと考えられる。

おわりに

ISDS 条項をめぐるのは、現在に至るまで激しい論争が続いている。ISDS 条項によって、企業の投資活動の保護が可能になること、また外国からの投資が促され、投資受入国の経済が発展することが期待される。しかしその一方で、同条項が投資家保護のために国家の活動を制限するという性質を持ち合わせているのも事実である。

とはいえ、ISDS 条項をめぐる議論の中には、例えば過去の仲裁事例の事実関係を確認することなく、その勝敗率だけを問題にするものや、ISDS 条項への正しい理解がないままに ISDS 条項で訴えられる可能性を指摘するものも散見される。ISDS 条項の是非を議論するにあたっては、可能な限り確かな情報を整理した上でメリットとデメリットの衡量判断を行う必要がある。

また、TPP をはじめ、今後締結する投資協定や投資章を含む FTA に ISDS 条項を導入しないことを主張する場合には、これまでの投資協定において ISDS 条項を結んできた日

⁴⁴ Patricia Ranald, Investor-state dispute settlement (ISDS): the threat to health, environment and other social regulation. Paper presented at the Stakeholders Forum, eighth round of Trans-Pacific Partnership negotiations,” September 10, 2011. <<http://aftinet.org.au/cms/sites/default/files/pranald%20forum%20100911.pdf>>

⁴⁵ Australian Government Productivity Commission, “Bilateral and Regional Trade Agreements,” November 2010. <http://www.pc.gov.au/_data/assets/pdf_file/0010/104203/trade-agreements-report.pdf>

⁴⁶ Australian Government Department of Foreign Affairs and Trade, “Gillard Government Trade Policy Statement,” April 2011. <<http://web.archive.org/web/20130830024217/http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.html>>

⁴⁷ 「豪、解決手続き受け入れも」『日本経済新聞』2013.10.5.

⁴⁸ 同上

⁴⁹ 外務省「環太平洋パートナーシップ (TPP) の輪郭 (外務省仮訳)」2011.11.12.

<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/tpp/pdfs/tpp01_07.pdf>; 中川淳司「TPP で日本はどう変わるか? 第 6 回 TPP の内容(4)投資」『貿易と関税』60 巻 1 号, 2012.1.

本の方針との整合性を説明する必要もあろう⁵⁰。そのほか、ローンスター社やフィリップ・モリス社の事例が示すとおり、既に多数の国・地域と投資協定を締結している日本には、投資協定を結んでいる国・地域の子会社を通して、米国をはじめとする投資協定の未締結の国の投資家からも訴えられる可能性が既にあることには、留意が必要である。

上述のとおり、近年の投資協定では企業活動の保護によって制限される国家の権利について条文の精緻化が試みられている。今後の日本の投資協定及び投資章を含む FTA の締結にあたっては、ISDS 条項の是非についての議論のみならず、ISDS 条項を含む投資協定に盛り込むべき内容を議論することも重要であると言えよう。

⁵⁰ 日本企業が海外進出に際して使うことのできる道具を、日本でビジネスを展開している海外投資家が用いることを問題にするのはフェアな態度ではないとする主張もある（原田泰・東京財団『TPPでさらに強くなる日本』PHP 研究所, 2013, p.60）。