



RIETI Policy Discussion Paper Series 10-P-024

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－

小寺 彰

経済産業研究所

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－

小寺 彰（経済産業研究所／東京大学）

要旨

1959 年に初めて締結された国際投資協定（IIA）は、徐々に増加し現在では 2700 を越えた。21 世紀に入って IIA はにわかに注目を集めたが、それは IIA 中の、投資企業が投資受入国（ホスト国）との紛争を処理するための仲裁制度（IIA 仲裁）がその頃から活発に利用されるようになったからだ。IIA は、ホスト国に対して投資企業を自国民や最優遇国民と同一に扱うこと（内国民待遇・最恵国待遇）、公正衡平に扱うこと（公正衡平待遇）などを義務づける。IIA 仲裁によってこれらの IIA 上の義務の内容が明確化し、それによってホスト国に相当強い拘束を課すことが分かった。

このことは新たな問題を生んだ。一つは、IIA がホスト国をどのような強度で又どのような状況において拘束するのが適当と考えるかという問題であり、もう一つは、IIA 仲裁に国家の公的措置が俎上に上がり、また通常の仲裁と異なり、裁判のようにホスト国の仲裁相手が事前に特定されないことなどの IIA 仲裁の特色を手続にどのように反映すべきかという問題である。

前者は、元来事実上国際法の規制が及んでいなかった事項に IIA の規制が及び、しかも規定内容の抽象性のために予想外に強い拘束と意識されたことによる。そこで、一方では規定内容を詳細化してホスト国が IIA によって負う義務の内容を明確化し、また他方では IIA 規定の適用されない事項を IIA の例外として IIA の適用範囲の画定が試みられている。また後者の仲裁手続については、仲裁判断の公表に加えて、第三者意見書の提出が認められる例が増え、さらに WTO の上級委に似た上訴手続の提案も行われている。

これら新たな取組の中心的課題は、投資企業の保護と IIA の効果の適正化・仲裁手続の裁判手続化をいかにバランスさせるかである。

RIETI ポリシー・ディスカッション・ペーパーは、RIETI の研究に関連して作成され、政策をめぐる議論にタイムリーに貢献することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、（独）経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

はじめに

国際経済規制というと国際貿易を対象にしたものと考えがちであるが、それは第2次大戦後長く通商政策を実現する法的ツールと意識されてきたのが、GATT/WTOであったためであろう。21世紀になると、貿易以外の分野も対象にする自由貿易協定(FTA)¹に世間の注目が集まり、日本ではWTOと並んで通商分野の「車の両輪」を構成すると言われるようになった。またGATTが元来は、投資や制限的商慣行の規制など貿易を越えた管轄をもつ国際貿易機関(ITO)憲章の一部を暫定的に適用したものだという事実からも、国際経済関係が国際貿易に止まるものでないことは明らかであろう。そして21世紀に入ってにわかに注目を集めるようになったのが国際投資協定である。国際投資協定は、わが国ではFTAの重要な構成部分と位置づけられている。

本章では、国際投資協定がどのようなもので、いかなる役割を果たすか、そしてそれがいかなる問題をもつかを検討することにしよう。

I. 国際投資協定の意義

1. 概要

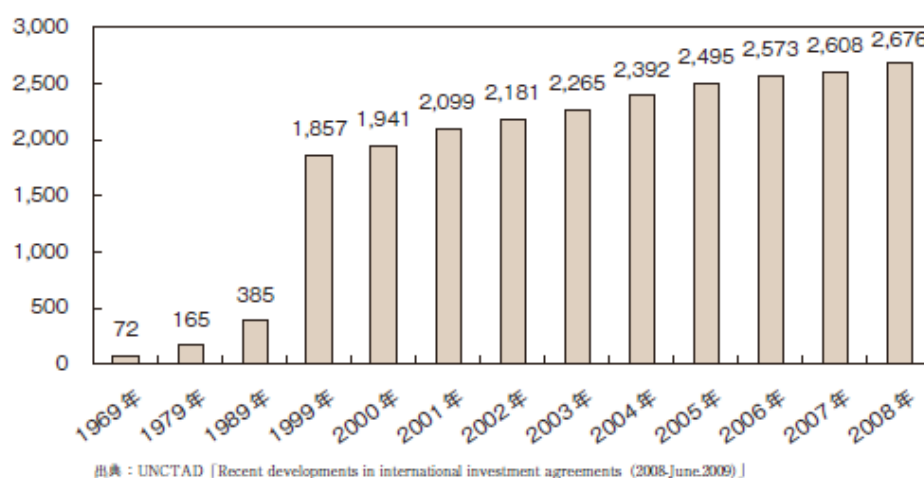
国際投資協定(International Investment Agreement, IIA)は、1950年代後半から締結されてきた。ここで「国際投資協定」というのは、おもに二国間で締結される投資保護・投資促進のための協定(二国間投資協定、BIT)のことを言うが、最近では自由貿易地域を設定するための自由貿易協定(FTA)中に投資章(BITと同じ内容を含む)として規定される場合がある。条約の形式に則すと、多くのIIAは、二国間で結ばれている(そのため、IIAに代えてBIT[二国間投資条約]の語もよく用いられる)。地域的な多数国間条約はアセアン包括的投資協定(ASEAN Comprehensive Investment Agreement)等いくつか結ばれているが(EC条約も投資協定の内容を含む)、世界規模の多数国条約は、エネルギー分野を対象とする「エネルギー憲章条約」のみである。ただし、エネルギー憲章条約ももともとはヨーロッパ諸国とロシア・東欧圏の間を対象とした「ヨーロッパエネルギー憲章」から発展したものであり、このような経緯からヨーロッパ諸国が多い。分野を限定しない世界規模のIIAも、過去に何度か作成が試みられたが、失敗して現在に至っている。最近の失敗例として著名なのは、OECDで交渉が行われた「多数国間投資協定(MAI)」構想

¹ 日本では「経済連携協定(Economic Partnership Agreement, EPA)」とよばれる。

である²。1995年から交渉が始まったが、投資協定としての水準の高さ（後述の自由化義務や投資協定仲裁義務等を含むこと）が主な問題とされ、各国議会やNGOの反対を受けて頓挫した。また現在進行中のWTOドーハ開発アジェンダ交渉（DDA）でも、交渉開始当初は日本政府が主導して「投資ルール」が交渉対象になる可能性があったが、途上国の反対と米国の消極姿勢のために、2003年の閣僚会合で交渉議題にしないことが決まった。MAIを推進した米国が、一転WTO投資ルール交渉に消極的になったのは、途上国を多数含むWTOでは、MAIで目指したような高水準の投資ルールの作成は難しいと考えたからだと言われる。

IIAでは、国家間で相手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。IIAのうち自国投資家の保護等のみを目的とするものを「投資保護協定」、また投資自由化を含むものを「投資自由化協定」と分類できる。国際投資協定（IIA）は両者を含み、全世界で2,700以上（そのうちBITが2,608：図1参照）が現在までに結ばれている。

<図1> BITの数の推移（1969年～2008年11月末）



経済産業省通商政策編『2010年版不公正貿易報告書』（2010）551頁より

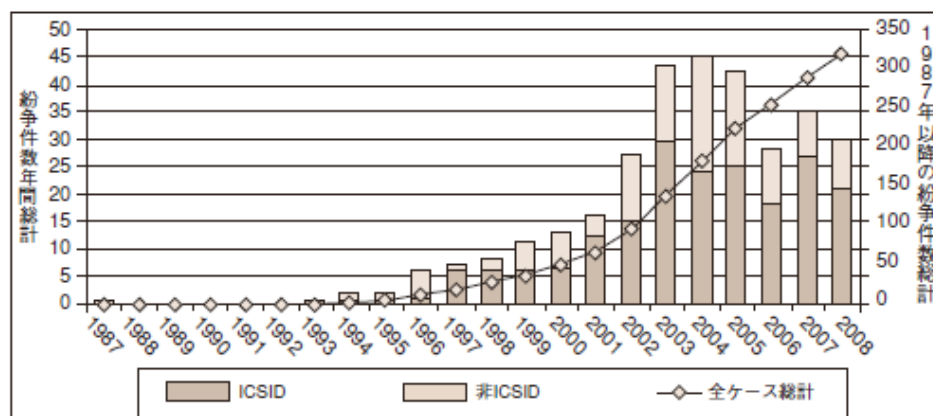
IIA（IIA仲裁）が21世紀に入って注目されるようになったのは、その数が大幅に増えたこととともに、多くのIIA中に紛争処理のために規定される仲裁（投資協定仲裁：IIA仲裁）が活発に使われるようになったためである。

投資協定仲裁とは、IIA上の規定に基づいて、投資先国（ホスト国）との紛争について、企業がホスト国を相手取って直接に訴える仲裁のことを言う。投

² 小寺彰『WTO体制の法構造』（東京大学出版会、2000年）181-197頁参照。

資協定仲裁は IIA が結ばれ始めた当初から規定されていたが、それが実際に使われたのは 1989 年が最初である。その後 1998 年頃から付託数が飛躍的に増えた（図 2 参照）。従来から企業間の仲裁や国家間の仲裁裁判はよく知られていたが（言うまでもなく前者は国内法上の制度であり、また後者は国際法上の制度）、企業対国家の仲裁は比較的新しい現象である。企業対国家の仲裁は、企業・国家間の紛争を処理するために第 2 次大戦後に始められ、その根拠は企業・国家間の契約や投資受入国（ホスト国）国内法であったが（後述する投資紛争解決センター（ICSID）も当初はこれらの紛争を念頭に置いていた）、1989 年に IIA に基づくものが現れ 21 世紀に入って急激に増加した。IIA 仲裁は今のところすべて投資保護の規定について行われてきた。

< 図 2 > 仲裁付託の動向（1987 年～2008 年 11 月末）



経済産業省通商政策編『2010 年版不公正貿易報告書』（2010）564 頁より

2. IIA の内容

IIA の原型である投資保護協定は大体次のような規定群によって構成されている³。もちろん、IIA は個々に結ばれるために、当然個々の条約ごとに盛り込まれていたり、盛り込まれていなかったりするが、規定内容の標準化が進んでいることは間違いない⁴。

（1）保護範囲－投資家・投資財産

IIA の保護範囲は、「投資家」および「投資財産」（条約上は「国民」また

³ 下記の各事項についての詳しい内容は、小寺彰『国際投資協定』（2010）の対応箇所を参照。

⁴ Stephan W. Schill, *The Multirateralization of International Investment Law* (2009), pp.65-120. 参照。

は「会社」と表記されることも多い) の概念によって画定される。規定によって、「投資家」および「投資財産」の双方が、また「投資家」もしくは「投資財産」のいずれかが保護される。たとえば、後述する公正衡平待遇は「投資財産」(「投資財産」はホスト国内に所在することが通常は要求される) について保障され、また内国民待遇については、「投資財産」のみに保障されるか、「投資家」(投資母国国民であるために通常はホスト国外にいと想定される) について保障されるかによって、当該 IIA が自由化義務を含むかどうかが決まる。

a. 投資家

IIA によって保護される人の範囲を確定するのが「投資家」概念である(条約によっては「投資家」を指す概念として「国民」や「企業」の概念が使われることがある)。日本マレーシア EPA は、「締約国の投資家」は、「締約国の自然人又は企業」とされ(第 73 条 3(f))、「締約国の企業」については、「営利目的であるか否かを問わず、また、民間又は政府のいずれかが所有し、又は支配しているかを問わず、締約国の関係の法律に基づいて適正に設立され、又は組織される法定の事業体」と幅広く定義する(第 73 条 3(b))。

保護を与えるべき「投資家」については、広く定義されることが多い。それはペーパーカンパニーであつても誘致したいという希望を各国がもっているためだと考えられる。その結果、企業がより良い IIA の投資家になるべく一旦外国にペーパーカンパニーを置いて、当該国の結ぶ IIA の保護を受けられる形にして投資をすることがよく見られるが(条約漁り: treaty shopping)、「条約漁り」を非難するような考え方は一般には採られていない。そのため、ホスト国企業が外国に子会社を作つて自国に投資しても投資母国(ホーム国)の「投資家」とみなされて、本来は享受できない IIA 上の保護を受け、IIA 仲裁に提訴する資格があると扱われている(Tokios 事件⁵等)。

b. 投資財産

「投資財産」(または「投資」。ともに *investments* の訳)とは、「締約国の投資家」の所有又は支配する財産をいうとすることがよくあり(たとえば日本マレーシア EPA)、「投資家」と同様に IIA によって保護される対象を決める。

⁵ Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18 (Lithuania/Ukraine BIT), Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.

「投資財産」概念によって、典型的には現地子会社や支店の事業活動自体が保護される。多くの IIA で「すべての種類の財産」というように幅広く定義がなされ、多様な形態の権利が列挙される。そのため、一見したところ「投資財産」とは言えないような、外国企業の貿易債権や工事代金が「投資財産」とされて IIA の保護を受けることも多い。また知的財産権も「投資財産」に含まれる場合には、IIA による知的財産権保護も十分考えられる。

（２）投資家の待遇

IIA が確保を目指すものの一つは、自国の投資家とその財産に対する待遇である。代表的なものは次の通りである。

a．内国民待遇

内国民待遇義務とは、ホスト国が、相手国の投資家及びその投資財産を、自国の投資家及びその投資財産と同等に扱うことを約束するものである。内国民待遇によって、外国投資家および投資財産はホスト国民やその財産と、形式的に同一の待遇が保証されるだけでなく、実質的に同等の競争環境が提供されると解されている。その結果、自国産業の保護策や外国企業だけを対象とするパフォーマンス要求などが禁止される。他方、他の政策（たとえば先住民保護）の結果、自国民の一部が外国人よりも優遇される場合がある。このような他の政策は当然内国民待遇によって禁止されるべきものではないが、他の政策に基づく自国民の一部の優遇がどこまで認められるかは、従来から内国民待遇について問題になってきた。

内国民待遇義務は、従来は投資後の投資財産保護のための待遇と理解されてきたが、最近では投資前の内国民待遇を確保するものもある。投資前の内国民待遇を保証するものを、投資自由化協定とよぶ（なお、２．（１）参照）。

b．最恵国待遇

最恵国待遇は、ホスト国が、相手国の投資家及びその投資財産に対し、第三国の投資家又はその投資財産と同等に扱うことを約束するものである。これにより、ホスト国と第三国の間で締結された別の条約によって保障される有利な地位が均霑される。最恵国待遇についても適用範囲が問題になる。IIA では、IIA 仲裁の付託条件について最恵国待遇が適用されるという判断が下され

（Maffezini 事件⁶）、大きな問題になった。この事件で仲裁廷は、ホスト国国

⁶ Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7 (Argentina/Spain BIT), Decision on Jurisdiction, 2000.1.25.

内裁判所を経由しなければ仲裁付託が認められないという規定について、他の IIA では国内裁判所経由の条件が付されていないことから最恵国待遇規定を根拠に国内裁判所経由が不要と判断した。もちろん最恵国待遇のカバーする範囲は IIA ごとにより変わり、仲裁手続をカバーするかどうかは規定の仕方によって変わる⁷。

c. 公正・衡平待遇

IIA では、ホスト国の投資財産に対して、「公正かつ衡平な待遇」を与える義務を課することが多い。公正・衡平待遇は外国人に対して最低限の義務を課することを意味するが、その内容は非常に抽象的であった（日本政府はそのため、かつては公正・衡平待遇義務を重視していなかった）。IIA 仲裁では、IIA の規定する公正・衡平待遇義務の意義やその具体的内容が頻繁に争われ、現在では、ホスト国による投資財産（すなわち子会社や支店）に対する、恣意的または差別的な扱い等に対する救済義務として大きな役割を果たしている。

公正・衡平待遇と一括して議論されることが多いが、その意味は、当然、個々の事件の具体的な状況や協定の書きぶりによって変わると理解されている。

d. 収用

外国人財産を国家が公共目的によって取り上げる「収用」については、一般国際法上、ホスト国は収用する権利をもつが金銭補償を支払わなければならない点では一致があるが、金銭補償の基準について争いがある。「十分、迅速かつ実効的な補償」を要するか、それとも「適当な補償」で足りるか。「適当な補償」という場合は、収用する財産から従来挙げがっていた収益や所在地国の財政事情等が挙げられる。

IIA では、他の収用要件と合わせて、「十分、迅速かつ実効的な補償」を義務づけることが多い。そもそも BIT が結ばれるようになったのは、1950 年代に、「適当な」補償を主張し、実際にも「国有化」や「天然資源に対する恒久主権」を根拠に実質上無補償の収用を行ったために（有名な事例としては 1951 年のアングロイラン石油国有化や 1956 年のスエズ運河国有化がある）、途上国に対して先進国企業が安心して投資できなくなり、受入側の途上国も思うように先進国からの投資を受け入れられなくなり、双方がこの困難を克服す

⁷ 日中投資協定上の最恵国待遇は仲裁手続をカバーしないと考えられる。なお、小寺彰・松本加代「「現時点」の日中投資保護協定：最恵国待遇条項の機能」国際商事法務 34 巻 10 号（2006）1310-1311 頁参照。

るためであった（詳しくは 3.（2）参照）。

収用について、現在実際に問題になっているのは、公共目的による財産接収という典型的な場合ではなく、間接収用やいわゆる「しのびよる収用（**creeping expropriation**）」の位置づけが問題であり、IIA 仲裁でもしばしば争われてきた。前者は国は収用を宣言しないにもかかわらず、実際には収用されたのと同じ結果になることをさし、後者は税金の賦課等によって徐々に外国人財産を取り上げることをする。

投資協定仲裁は通常は現地での事業が破綻した後に起こされることが多く、そのために投資家が収用を主張することが多いが、実際には収用とはされず、公正・衡平待遇義務違反が認定される事案が多い。

e. アンブレラ条項

IIA 中に、ホスト国が投資家又は投資財産に対して負う、契約や許認可に由来する義務の遵守を謳うものがあり、これを「アンブレラ（傘）条項」とよぶ。この規定によって、ホスト国が国民または子会社に対して負った、たとえば契約上の義務が IIA 上の義務になるとされ、契約に由来する国内法上の保護に加えて IIA に由来する国際法上の保護が与えられる点に特色がある。ただし、ホスト国政府が投資家に対して負った契約等に由来する義務のすべてをカバーするか、または公権力行使主体として負った義務に限られるかについては、投資協定仲裁の判断も分かれ現在まで議論がある。

（2）紛争処理

現代では、多くの条約に公平な第三者が関与する紛争処理手続が置かれることが多く、しかもかつてとは異なり頻繁に使われる点に特色がある。いうまでもなく、その典型は WTO 紛争処理手続である。IIA にも、国家対国家の仲裁と投資家対国家の仲裁が用意されることが多い。

a. 国家対国家の仲裁

IIA の解釈適用について、当事国間で紛争が起こったときは、一方当事国は相手方当事国を相手取って仲裁に訴えられるという規定が設けられる。しかし、現在までのところ、IIA についての紛争が国家間の仲裁に提訴されたことはない。

b. 投資家対国家の仲裁（投資協定仲裁：IIA 仲裁）

多くの IIA では、投資家とホスト国間の紛争処理のために投資紛争解決セン

ター（ICSID）その他の商事仲裁規則によって、投資家がホスト国を仲裁に付託できると規定されている。仲裁の多くは3人の仲裁人によって構成され（選任は紛争当事者の指名等による）、仲裁廷の出した結論は終局性をもち上訴は認められない。ただし、ICSID条約に基づく仲裁の場合は事件ごとに設置される特別委員会が、またその他の仲裁規則に基づく仲裁の場合は仲裁地国内裁判所が介入（取消や承認等を行う）することが予定されている。

仲裁判断については、IIA上の義務として当事国は遵守することが要求される（ICSID条約に基づくものはICSID条約の義務としても担保される）、現在までのところアルゼンチンを当事者とする事件以外のほとんどは遵守されている。万一遵守されなかった場合には、ICSID条約に基づく仲裁判断の場合は、ICSID加盟国によって執行が可能であり、また商事仲裁規則に基づく仲裁の場合は、仲裁地裁判所で承認執行されることや「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」（ニューヨーク条約）に基づいて同条約当事国で執行を求めることも考えられる⁸。

IIA仲裁では、ホスト国の仲裁への同意がIIA上明示的に規定されているために、仲裁提起についてホスト国の個別の同意は不要であり、協定上認められた投資家は一方的に仲裁付託することができる。通常の商事仲裁の場合は、当事者が事前の契約上の同意や事後の同意に基づいて仲裁に紛争を付託するために、相互に仲裁当事者が誰であるかが分かっている。しかし、IIA仲裁の場合は、ホスト国は仲裁の相手方が誰であるかは分からないまま仲裁同意を与えており、相手方が分かるのは仲裁付託後であるという点で、従来の商事仲裁とは大きく異なる。

3. IIAの歴史

（1）初期から1980年頃まで

IIAは、1959年に、西ドイツがパキスタンと結んだものが最初である。当時は、ちょうどアジア・アフリカの植民地が続々に独立する時期であった。これら諸国は、独立達成後は経済的な自立を標榜し、そのために領土内の外国人財産を収用・国有化する例が増えた。独立乃至革命等の国内体制の変革過程で行

⁸ ニューヨーク条約による執行が可能かどうかについては議論が分かれるが、国によって対処が違ふ可能性もある。この点については、道垣内正人「投資紛争仲裁へのニューヨーク条約(外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約)の適用可能性」『「投資協定仲裁研究会」報告書』（平成21年度）。

http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/epa/fy21_IA_Report.pdf 93頁以下参照。

われる大規模な財産収用は「国有化」と呼ばれて大きな政治問題となった。1951年のイランによるアングロイラニアン石油会社の国有化や、1956年のエジプトによるスエズ運河国有化は著名な例である。投資家にとって、投資財産の保全は何より重要であり、収用・国有化は止むを得ないとしても、少なくともそれに見合う金銭補償は確保したいという気持ちが強かった。国家は領土内では統治権をもち、それに対する国際法上の規制は弱い。西欧諸国は独立後の諸国と通商（航海）条約を結んでこれら諸国との経済関係の安定化を望んだが、途上国には通商（航海）条約に通常含まれるような広い範囲の義務を負う意思や能力がなく、通商（航海）条約の締結は難航した。投資財産の安全が確保できない状況では、企業は途上国投資に不安を持ち対外投資を躊躇せざるを得なかった。この状況では、対外投資を行いたい資本輸出国、また外国からの投資を得たい資本輸入国双方のニーズは満たされなかった。そこで、投資財産の保全、すなわち収用補償の確保を重視して投資保護に絞った協定、すなわち IIA が結ばれた。IIA は、当時は両者のニーズに応えたものだった。西欧諸国は、西ドイツに続いて、途上国と着々と IIA を結んでいった。

1970 年代中葉になると、通商（航海）条約の締結に引き続き努めてきた米国も、途上国と通商条約を結ぶことに困難を感じ、他方ヨーロッパ諸国の BIT 締結がスムーズに進んでいることを踏まえて方針を転換し IIA を結びはじめた。米国は、投資財産の保護に加えて、ホスト国での投資家の待遇の確保、具体的には内外人無差別の待遇（内国民待遇）を重視して、従来の西欧諸国のものよりも高水準のものを目指した。そのために米国は西欧諸国程多数の IIA を締結できなかった。

（２）1990 年代以降～現在

1990 年代に入ると、社会主義体制から市場経済体制に転換した東欧諸国が西側先進国と IIA を結びはじめ、また途上国相互間でも結ばれるようになり、IIA の数は大幅に増えた。東欧諸国が結んだのは社会主義経済体制から市場経済体制への転換を国際的に示すためであった。また、途上国相互間のもの登場は途上国の投資家が対外投資を行う例が増加したことによる。また 1994 年には、エネルギー分野に限定はされているが、IIA の性格をもつ唯一の多数国間条約であるエネルギー憲章条約が結ばれた。

また米国は、1990 年頃になると、投資自由化協定の締結を意図し、NAFTA において本格的な形で実現させた。そしてこの動きを先進国全体に広げようとして OECD に持ち込み MAI 交渉を開始したが、1998 年に交渉は頓挫した。先進国間では、相互の国内法制への信頼があるために、投資保護に重点を置く BIT

は結ばれていない。その点で MAI は、OECD で交渉されていたことから分かるように対象が先進国だという特色があり、そのために投資保護ではなく自由化に重点があり（WTO の関税交渉に倣った、投資自由化率を上げるための交渉まで予定されていた）、それが種々の方面からの批判を呼んだ。また、2002 年から始まった WTO「ドーハ開発アジェンダ」では、わが国が率先して投資ルール交渉の開始を模索したが、2003 年に交渉議題から脱落した⁹。わが国では WTO で交渉をリードした「WTO 投資ルール」と MAI を同一視する見方があるが、前者の対象は途上国であって投資保護に重点が係っており、投資の一段の自由化を標榜した MAI とは似て非なるものと言える。

すでに 2,700 以上の BIT をはじめ 100 程度の投資章を含む FTA が結ばれており、従来の BIT にはほとんど含まれておらずそれゆえに多数国間協定締結が意味をもつ投資自由化義務については、MAI 以来途上国を中心に頑強な反対があること、またそもそもインド、中国等の新興諸国が大きな力を得、しかもこれら諸国と欧米諸国の合意達成が難しいだけではなく、新興諸国間での調整も困難をきわめることを踏まえると、外国投資全般を規律する多数国間条約は現在のみならず近い将来も難しいと考えた方がよいと思われる。すべての BIT に含まれる投資保護義務のみを規定する多数国間条約について、内容上の統一性を図るうえで意味があるとの主張もあるが、諸国が営々として結んできた BIT を、従来ほとんど BIT を結んでこなかった諸国にも一律に及ぼすことによって、BIT に基づく競争上の優位性が喪失することを踏まえると、規律の統一性を実現するという便宜のために多数国条約を結ぶインセンティブは、途上国も含めて BIT を多数結んできた国には湧かないと考えるべきであろう。

（３）日本の IIA

わが国が最初に結んだ IIA は、1978 年発効のエジプトとのものである。その後も結んではいるが、現在（2009 年末）までに発効した二国間 IIA は 12、また投資章を備える EPA も発効したものは 5 にすぎない。100 以上の IIA を結んでいるドイツはもとより、西欧諸国や米国と比べてもその数は非常に少ない。これは、一つには、当初から、米国と同様に、投資後の内国民待遇という、当時は高水準と考えられた投資家の待遇を要求したためである。また一つには、その後一方では、MAI や WTO 投資ルールという多数国間協定に期待をかけ、

⁹ WTO では、現在 GATS（サービス協定）がサービス分野における直接投資を、また TRIM（貿易関連投資措置協定）が、特定のパフォーマンス要求を規律し、投資について断片的なルールが存在するだけである。

また他方では、MAIに影響されて投資自由化を重視したために¹⁰、二国間で投資保護協定を結ぶという発想が弱かったためである。

1990年代後半から2000年代初頭においては、IIAはあくまでEPA締結の前駆段階で締結するか（日韓投資協定の例）、EPA投資章として結ぶかの選択しかないと考えられ、いずれもIIAは投資自由化協定としてEPAと関係づけて捉えられた。しかし、最近では、一方では、投資自由化協定締結の難しさが正確に認識されると同時に、他方では、IIA仲裁利用の世界的な活発化によって投資保護協定の現代的な重要性が評価され、EPAと並行して投資保護協定締結も行うという方向に舵がきられた。たとえば、「経済財政改革の基本方針2009」（平成20年6月23日閣議決定）では、EPAとは別に「投資協定等の締結を促進する。」（14頁）と謳われ、投資協定締結のための官民の取組は強化され、現在、日中韓三国間の投資協定やアンゴラとのBIT交渉が進められている。

4. IIA 仲裁の歴史

（1）1990年代まで

IIAは1960年代に結ばれたものから、すでに投資家がホスト国を訴えるという仲裁の仕組みをもっていた。初期の投資の流れは先進国から途上国への一方的なものであったために、IIAによる保護とは、対途上国投資の保護に他ならず、IIA仲裁には途上国の裁判所に代替する役割が期待された。途上国の裁判所が信頼できないことから、投資家とホスト国間の紛争については、ホスト国法による実体的な規律を前提としたうえで、その解釈適用を仲裁という国際的なフォーラムが担い、そのことによって投資家の地位の安定を図ろうとしたのである。

既述のように当時投資家がホスト国を仲裁に訴えたものの多くは、両者間の契約（コンセッション）に基づくものであり（国内法に基づくものも若干あった）、IIAに基づくものは、1987年に提起されたAAPL対スリランカが初めてであった¹¹。また1970年代から細々と使われてきた国家・投資家間契約に基づく仲裁も、一件の処理に長い時間（提訴から10年以上かかった例もある）がかかり、しかもその原因が、いったん出された仲裁判断の取消によることが多く、

¹⁰ 投資協定は自由化義務を含む「高水準」のものでなければいけないという言説は、繰り返し政府関係者から唱えられた。

¹¹ Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3 (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland/Sri Lanka BIT), Award, 1990.6.27 AAPL対スリランカ事件も含めて初期の投資家対国家の仲裁については、日本エネルギー法研究所編「投資紛争解決国際センター（ICSID）－その概要と仲裁事例－」（国際エネルギー開発班報告書、1998年）参照。

仲裁が投資家対国家間の紛争処理のメカニズムとして有効だという認識は低かった。

（２）１９９０年代末～現在

IIA 仲裁をめぐる状況が劇的に変わるのが 1998 年前後である。一つは、NAFTA 投資章を根拠にしたエチル（Ethyl）事件が起こったことである¹²。これは、カナダで事業活動を行っていた米国企業（エチル社）がカナダの環境規制の強化によって操業の停止に追い込まれたために、NAFTA に基づいてカナダ政府に損害賠償を求めた事件である。仲裁の途中でカナダ政府が和解金を支払って仲裁が取り下げられたために実体問題に関する仲裁判断は出されなかった。

この事件では、環境規制と投資保護の関係が正面から争われる形になり、しかもカナダ政府から和解金が支払われたために、IIA のために環境保護よりも投資保護が優先されたとして、カナダをはじめとする諸国の NGO 等が、仲裁を可能にした NAFTA 投資章を強く非難した。この声がきっかけとなって、仲裁手続を備えることが予定されていた MAI 交渉に対する強い反対運動が巻き起こり、MAI 交渉挫折の大きな原因となった。他方、このようなセンセーショナルな動きが、IIA 仲裁への注目を増やしたことは間違いなく（欧米の弁護士が企業に対して強い働き掛けを行ったようである）、この頃から、IIA 仲裁への付託件数が一挙に増加し、現在のような IIA 仲裁の活況がもたらされた。

５．IIA の現代的意義－仲裁による機能強化－

IIA 仲裁の活発な利用は IIA の機能を著しく強化した。IIA が国際法上の条約である以上、仲裁のような第三者紛争処理手続に付託されないと条約の解釈適用は各国政府の手に委ねられる。そのためホスト国政府の措置が協定違反か否かが必ずしも明白でないケースでは、ホーム国や投資企業がホスト国が IIA 違反を行ったと考えてもホーム国がそれに同意しなければ事態はそのまま放置されることになる。しかし、投資企業が直接にホスト国を仲裁に訴えて損害賠償を請求できるとなると、企業がホスト国の意向と離れて直接に IIA の履行をホスト国に迫ることが可能になる（特に最近の IIA 上の権利侵害に関する紛争を対象にするもの）。さらに IIA 仲裁が頻繁に使われて判断が蓄積すると、IIA 上の重要規定（内国民待遇や公正待遇）の意味が明確になり、その結果、IIA によって相当に幅広い範囲の救済が可能なことが社会に示されることになる。

¹² 事件の詳細については、西元宏治（小寺彰監修）「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・投資の自由化の新局面（上）」国際商事法務 33 巻 9 号（2005 年）1193 頁以下参照。

特に IIA の場合は、協定ごとに細かな差異はあるにしても標準化された規定が多く、また通常の商事仲裁とは異なり、仲裁判断の多くが一般に公表されていることが IIA の内容の明確化を一層推進するのだ。わが国が最近投資保護協定の重要性を評価し始めたのは、いうまでもなくこのような IIA の機能強化に気づいたためである。

もちろん IIA が万能なわけではない。企業が、一方でホスト国を仲裁に訴えて損害賠償さらには対象措置の是正を求めながら、他方でホスト国と友好的な関係を維持し事業の展開を図っていくことが、どのような状況でも可能であろうか。先進国、たとえば米国においては、一方で国（州の措置であることも多い）を訴え、他方で国または州と友好的な協力関係を維持することは可能であろう。実際にも操業中に外国系企業が国を仲裁に訴えて勝ち、その後に措置の是正を実現したケースもある（たとえば **Nykomb Synergetics Technology** 対ラトビア事件¹³のホスト国はラトビア）。しかし、ホスト国が途上国の場合には通常はこのような状況は考えられないだろう。ホスト国政府を仲裁に訴えれば当然、ホスト国に対して敵対的だとみなされ、紛争以外の事項で不利な扱いを受けるのは必然だと思われる。IIA 仲裁に申し立てられる案件の中で、事業破綻のケースが目につくのは、投資家がホスト国での事業展開を諦めた場合に IIA が有効なことを物語っていると解釈できる。途上国で事業続行の企業が政府を相手取って仲裁申立を行うことは躊躇するのが普通であろう。操業を前提にしながら、ホスト国を仲裁に訴えることに踏み切るかどうかは難しい問題をはらんでいることを忘れてはならない。

II. IIA をめぐる現代的課題

1. 問題状況

IIA が仲裁によって強力なものに変身したことは、従来国際法が規制をせず、または非常に低いレベルの規制をしていたにすぎない事項や、WTO 協定や国際租税協定等他の国際条約のみが関わる事項について、突如 IIA が強い規制を及ぼし始めたことを意味する。IIA の強い規制力は、IIA の解釈を各当事国が行う限りは生じなかったが（そのため BIT を首脳会談のお土産代わりにすることもしばしば行われた）、IIA が仲裁と結びつくことによって生まれたと言える。この結果、IIA が投資家にとって利益保護のための重要なツールとなったが、

¹³ **Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (ECT).Award, 16 December 2003.**

逆に従来生じなかった問題も生んだ。仲裁による IIA の機能強化に対して強い批判が寄せられたのは¹⁴、新たな問題の出現を示すものだった。それは一体どのような問題なのだろうか。そしてその対処法はいかなるものか。

2. IIA の実体上の問題点

(1) 全体

IIA が現在規制している事項のほとんどは従来投資の観点からは国際法がまったく規制をしていなかったり、または非常に低いレベルの規制をしていたにすぎないものだった。その結果、各国は幅広い裁量によって国内措置を行い、国際規制を意識する場合も、他分野のもの、たとえば WTO 協定や国際租税協定が精々のところだった。しかし、既述のように、仲裁の場において当事国の措置が IIA に照らして適宜に違法と判断されるようになったために、諸国は IIA の内容を意識しなければならなくなった。投資母国や投資家は、IIA を分析して投資適地判断の重要要素と捉え、また投資受入国は拘束を受ける事項がどこまで及ぶかについて真剣に検討するという状態が生まれた。

このように IIA が実質上当事国、とくにホスト国を拘束することになると、一つには、IIA の各条項がどの範囲の事項を規律するかという IIA の「規律範囲」の問題が、また一つには、従来他の条約、たとえば WTO 協定や租税条約との関係づけが論点として浮かび上がった。それぞれがどのような問題であり、その対処法がいかなるものかを次に検討することにした。

(2) 規律の強さへの対処

IIA の条項は、非常に一般的・抽象的な文言によって規定されていることが多い。この点を公正衡平待遇と収用について説明しよう。

a. 公正衡平待遇

公正衡平待遇について、古典的な定式化をする日露 BIT3 条 3 項は次のように規定する。

各締約国の投資家の投資財産及び収益は、他方の締約国の領域において、常に公正かつ衡平な待遇を与えられ、不断の保護及び保障を享受する。

¹⁴ IIA 仲裁勃興期のエチル事件や MAI での仲裁批判はその典型であり、その後、NAFTA ではエチル事件後もこの批判が続き、三国政府までがそれに倣った（2001 年の NAFTA 自由貿易委員会覚書に至る経緯。詳しくは、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 年）148 頁参照。

日露 BIT の公正衡平待遇義務はこの規定に尽きており、この規定で言う「公正かつ衡平な待遇」の意味については、これ以外に一切手掛かりはない。しかも投資協定仲裁において、公正衡平待遇規定が高い水準の義務を規定していると解釈されてホスト国の義務違反が認定されるケース（Pope and Talbot 事件¹⁵⁾）が生まれ、この仲裁廷の解釈に三締約国が反発して、2001 年に公正衡平待遇が国際慣習法上最低基準を意味するという解釈宣言を出すに至った¹⁶⁾。これは、公平な紛争処理手続によって IIA の一般的な条項が解釈されると、それまで一般に思われていた以上に強い内容の規定として解釈適用される問題があるという例である。同種の問題としては収用や最恵国待遇についても起こった（後述参照）。この問題に対する対応は、規定内容を詳細化し、当事国が IIA によって実際に負う義務の内容を明確化することである。

たとえば、先の公正衡平待遇については、最近米国が採用しているのは次のような規定形式である。日メキシコ EPA60 条は、「各締約国は、他方の締約国の投資家の投資財産に対し、国際法に基づく待遇（公正かつ公平な待遇並びに十分な保護及び保障を含む。）を与えるとしたうえで、下記のような注釈を付した。

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、外国人に待遇に関する国際慣習法上の最低基準を用いること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。この協定の他の規定又は他の国際協定に対する違反があった旨の決定が行われることは、この条の規定に対する違反があったことを証明するものではない。

これは明らかに先述の NAFTA 締約国委員会の解釈声明を踏まえて、両当事国が負う公正衡平待遇義務の内容を限界づけたものである。このことによって当事国の負う義務を限定することが可能になる。

b. 収用

¹⁵⁾ Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), Award on the Merits of Phase 2, 2001.4.10.

¹⁶⁾ Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001). 詳しくは坂田前掲論文 148 頁。

収用で問題になるのは「間接収用」であり、MAI 交渉時にはどこまでが収用に該当するかが問題になり、また既述のように IIA 仲裁においても大きな争点となった。たとえば、2004 年のカナダのモデル BIT では、収用について従来通りの規定を設けたうえで、次のような付属書（Annex B.13(1)）を作成した。

The Parties confirm their shared understanding that:

a) Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure;

b) The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

i) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;

ii) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations; and

iii) the character of the measure or series of measures;

c) 略 （なお、（3）c. で検討）

これは a)、b)において「間接収用」があることを前提にして、その要件を決め、その意味の明確化が図られている。

これらの取組は、IIA によってホスト国が負う義務の範囲を協定段階で明確化し、予測可能性を確保する試みと評価できる。

（3）規律範囲への対処

a. 包括的な例外規定

IIA の規制力を軽減する方法として重要なもう一つの方法は、IIA 上の義務の適用範囲を限定することである。従来 IIA に置かれる包括的な例外規定は非常に少なかった。たとえば、日パキスタン BIT では包括的な例外規定はなく、個々の規定レベルでも、8 条の送金の自由について、同条 3 項が「自国の法令に従い、かつ、国際通貨基金協定の締約国である限り同協定に従って、為替制限を課することができる。」と定めるにとどまる。しかし、どのような状況でも IIA に基づく保護をしなければならないのだろうか。それがまさに問われたのは、

アルゼンチンの金融危機の折のケースである。たとえばアルゼンチンは米系企業の施設を使ってガスを輸送していたが、金融危機のために、事前に約束した輸送料金が支払われなかったために米系企業が仲裁に提訴した事件がある（CMS 事件）。CMS 事件では、日アルゼンチン BIT 上の例外規定である 11 条の適用可能性が問題になった。同条は次のように規定する。

This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

この規定は公的秩序の維持、国際の平和と安全の維持に関する義務の履行、又は自身の安全保障上の利益の擁護のために必要な措置には当該 BIT は適用されない旨を規定する。この規定は明示的に経済危機を含む文言になっていないために金融危機において政府がとった措置をカバーするかどうかで議論が分かれた。つまり、IIA 上の義務がどのような場合に適用され、またどのような場合に適用されないかについて従来は詰めた検討が行われなかったと考えられる。そこで最近の多くの IIA には例外規定が幅広く盛り込まれるものが多い。

たとえば、日本・スイス EPA 投資章では、「一般的例外及び安全保障のための例外」（95 条）、「一時的なセーフガード」（97 条）（国際収支擁護例外）、「信用秩序の維持のための措置」（98 条）、「租税に係る課税措置」（100 条）、を例外として規定する。これらの一部は、日スイス EPA 投資章が投資自由化規定を含むことから必要とされたものであるが、100 条は明らかに投資保護をターゲットにした例外であり、また「一時的なセーフガード」等の他の規定も投資保護規定の例外としても機能することは明らかである。

b. 租税の取り扱い

IIA の規律範囲への対処の問題を租税について、もう少し詳しく説明しよう。租税については、従来の投資保護協定では、租税協定との抵触は意識されたそれを例外とするとの扱いが広く行われたが（日本の結んだ BIT はその典型例）、租税全般に対しては IIA が適用されるという原則によって規定作りが行われた。これは途上国では、租税を手段として実質上収用を行うような事案が多かったからである¹⁷。したがって租税を対象から除外すると、IIA による保護が骨抜き

¹⁷ Thomas W Wälde and Abba Jolo, "Taxation and Modern Investment Treaties," in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer ed.,

になる恐れがあると考えられたためである（「間接收用」の一部は租税手段によって行われる）。

しかし、IIA 仲裁の利用によって先進国の措置も問題にされ、また IIA によって投資自由化まで規定されるようになると、果たして租税事項についても IIA の対象とすることが妥当か否かが問われるようになった。つまり先進国の課税措置であっても投資家の財産の一部を奪うことには違いなく、その規則や手続等について、IIA に準拠していると判断されない可能性が出てきた（とくに公正衡平待遇との関係）。また課税のやり方いかんによっては IIA によって約束した投資自由化を阻害し自由化について行った約束と抵触する可能性が指摘されるようになった。

しかしより深刻なのは、課税を投資自由化、投資保護の観点からのみ考えてよいのかという問題提起である。課税は裁判等と並ぶ国家の主権的権能の一つに数えられ、租税という固有の分野の問題として扱われてきた。投資保護または投資自由化の規律に服することがそもそも異常ではないかという問題意識である。

この点はすでに GATT についても問題になっており、日本の酒税の WTO 協定（とくに GATT）整合性が問題になったが（1995 年の WTO 酒税事件）、そのときも独自の論理をもつ租税が通商の規律に服させることの必要性が問われた。GATT はおもに水際措置を対象にしているから租税事項への影響はまだ小さいが、IIA が投資の形で規律に含むのはすべての国内事項であり、租税について言えば所得税、法人税、消費税（付加価値税）等すべての税目が対象になり、その影響は GATT の比ではない。この点はすでにサービス貿易一般協定（GATS）の起草時に現れている。

GATS では、一般的例外を定める 14 条が租税の例外を定める。

a(d) 取扱いの差異が他の加盟国のサービス又はサービス提供者に関する直接税の公平な又は効果的な(注)賦課又は徴収を確保することを目的とする場合には、第十七条の規定に合致しない措置

注： 直接税の公平な又は効果的な賦課又は徴収を確保することを目的とする措置には、加盟国がその税制の下でとる次の措置を含む。

(i) 非居住者の租税に係る義務が当該加盟国の領域内に源泉のある又は所在する課税項目に関して決定されるという事実にかんがみ、非居住者であるサービス提供者に適用する措置

The Oxford Handbook of International Investment Law (2008), pp.324-339.
参照。

(ii) 当該加盟国の領域内における租税の賦課又は徴収を確保するため、非居住者に適用する措置

(iii) 租税の回避又は脱税を防止するため、非居住者又は居住者に適用する措置(租税に係る義務の遵守のための措置を含む。)

(iv) 当該加盟国の領域内の源泉に基づき他の加盟国の領域内で又は他の加盟国の領域から提供されるサービスの消費者に対して課される租税の賦課又は徴収を確保するため、当該サービスの消費者に適用する措置

(v) 全世界の課税項目に対する租税が課されるサービス提供者と他のサービス提供者との間の課税の基盤の性質の差異にかんがみ、両者を区別する措置

(vi) 当該加盟国の課税の基盤を擁護するため、居住者若しくは支店について又は関連者の間若しくは同一の者の支店の間において公平な又は効果的な(注)賦課又は徴収を確保所得、利得、収益、損失、所得控除又は税額控除を決定し、配分し又は割り当てる措置

この(d)及び注に規定する租税に関連する用語又は概念は、(i)から(vi)までのいずれかの措置をとる加盟国の国内法に基づく租税に関する定義及び概念又はこれらと同等の若しくは同様の定義及び概念に従って決定する。

GATS が規律する「サービス貿易」、とくにその第 3 モード（拠点設置）によるサービス提供の規制は投資規制そのものであり、GATS はその中に規定した内国民待遇について租税に関する例外を置いた。上記の 14 条 d を見れば分かるように、例外になるのは、租税のうち直接税に限られ、しかも「公平な又は効果的な(注)賦課又は徴収」の確保目的に限っている。つまり、租税事項を GATS の完全な例外にすると、租税事項によって GATS が実現目指す目的が損なわれる可能性があるが、他方、租税事項をすべて GATS の規制に服させると各国の租税政策が損なわれることから、租税事項の一部を GATS の例外としながらもその範囲を限定したものである。しかし、これで十分かどうかについては議論の余地がある。

租税については長い期間を経て発展してきた「租税法の世界」があり、「自由・無差別」を奉ずる IIA の世界に服させるかどうかについては微妙な調整が必要な段階に至っている。単純に租税事項を IIA の非カバー事項にするかどうかというような単純な割り切りで解決できる問題ではない。次に検討する社会規制と同様に紛争処理局面だけではなく、条約に何を盛り込むかの局面でも真剣に対処する必要がある。

c. 社会規制との関係づけ¹⁸

IIA による投資保護との緊張が語られる環境保護などの社会規制との関係の処理も注目される分野の一つである。既述のカナダのモデル BIT2004 では、付属書 (Annex) B.13(1)の(a)から(b)において、収用と同等の補償義務の発生する「間接收用」について明確に定義すると同時に、次のような内容の(c)を置く。

(c) Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation.

これは、原則として、健康、安全および環境保護などの公共目的 (public welfare objectives) を保護するために取られた無差別措置は、まれな場合以外は「間接收用」とは考えないとするものである。

この規定は言うまでもなく、環境保護目的で採用された措置によって操業停止に追い込まれた場合に、それを「収用」と捉えてホスト国に補償義務が発生するような事態を避けようとするものである。かつてエチル事件では、米国と比較してのカナダの環境基準の緩やかさを動機の一つとしてカナダで操業する米企業が、カナダの環境基準の強化によって操業断念に追い込まれたために、カナダ政府を相手どって仲裁に訴え、その結果和解金を支払われ、NGO 等から強い批判を浴びた。この批判は、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いう点にあった。上記の条項はそれに対する一つの解答である。

しかし、この扱いについては次の点を指摘しておかなければならない。第1に、このような公益目的措置例外が収用について置かれていることである。IIA 仲裁では、この種のホスト国措置がしばしば問題になるのは既述の公正衡平待遇義務との関係であるが、それについては既述の日墨 EPA の対応に止まっていて、公益目的措置例外は係ってこない。第2に、この規定は公益目的の無差別措置について間接收用とは考えないとしながらも、目的との関係で過酷な措置であって、「誠実に採択または適用されたとは合理的に考えられない」場合に

¹⁸ 問題の概要については、United Nations Conference on Trade and Investment, *The Protection of National Security*(2009) 参照。

は、公益目的の無差別措置であっても「間接収用」に当たりうるとしたことである。つまり、公益目的の無差別措置であれば一律収用とはみなさないという取り扱いができなかったのである。諸国の公共利益の実現が重要だということは事実だとしても、その面で一律に投資保護を後退させることは難しいことをこの例は示している。ここには先にみた租税事項例外と共通した状況の存在がうかがわれ、このような例外を置くだけで問題が解決するものでないことが示されている。

（３）他の条約との関係

IIA と他の条約規制との関係について検討しよう。従来、WTO 協定や国際租税条約によって規律されていた事項についても IIA の規制が及ぶことがあり、両者間の調整が必要になる。この問題は、IIA に基づく措置の他協定適合性の問題と他協定に基づく措置の IIA 適合性の問題に分かれるが、本稿の観点から問題になるのは後者である。

すでに国際租税条約については日本の BIT では、多くが例外扱いにされており、国際租税条約に基づく措置が BIT 適合性が評価されることはない。このような明示の位置付けがない場合には IIA 仲裁において問題化する。実際に *SPP v. Egypt* 事件¹⁹においては、ホスト国たるエジプト政府は、エジプトが行った収用に当たる措置がユネスコ世界遺産条約の義務の実施のためのものであってエジプトには補償義務が生じないと主張した。仲裁廷は問題とされた措置をエジプトはとる義務があるが、だからといって補償義務が消滅するわけではないと結論した。

本件では国際条約上の義務の履行であっても補償義務が生ずると判断した。国際条約上の義務の履行が、収用の要件の一つである「公共目的」の具備を裏付けることは間違いないが、補償義務を消滅させるものではないと言うのである。しかし、これは特定条約上の義務の実施が IIA 上の義務違反を招来する場合ではない。

相互的な義務を規定する社会保障協定では、他方当事国の国民に対して年金保険料の免除等の特別な待遇を与えるが、そのような社会保障協定を締結しない国との BIT において、内国民待遇を規定する場合などがその典型例であろうか。このような場合に、国際租税条約と同様にカテゴリーカルに IIA と抵触する可能性が生ずるものについては、どちらを優先させるかを適宜決定してその旨を IIA 規定に置くのが望ましい。しかし、現代のように多くの条約が結ばれる

¹⁹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 1992.5.20.

と、優先関係を事前に想定できないような条約が結ばれることが十分にありえ、それらの条約との牴触関係は今後も引き続き問題化することが予想される。各国の公益を理由にする国内措置ほど両者の関係が問題になることはないか、他の国際条約上の権利義務をどのように整理するかは今後も課題であり続けよう。

3. IIA 仲裁の問題点

(1) 問題状況

IIA 仲裁が、ICSID（投資紛争解決国際センター）条約に準拠して行われる場合もあるが、UNCITRAL 仲裁規則や ICC 仲裁規則等、従来国際商事仲裁が準拠してきた仲裁規則に基づいて行われることもよくあることはすでに紹介した点である。ICSID 以外の仲裁規則は、二当事者間の私的性格の商事紛争の処理を円滑に図るために作られたものであるために、商事紛争処理のための仲裁規則がそのまま IIA に関する紛争処理規則として相応しいかという問題がある。具体的には次のような問が発せられる。ホスト国の公的利益に関わる措置や施策の是非が、何故ホスト国民のよく知らない外国人——多くの事件では国際的に著名な仲裁弁護士や国際法学者が仲裁人に選任されるが、一般の国民から見れば「無名」の外国人以外の何者でもない——が、しかも投資保護の観点から判断し、それにホスト国が従わなければいけないのか。そして彼らが下す仲裁判断いかんによっては、投資家たる外国人に対して多額の賠償金を支払わなければならないのか。このような批判の裏には、「同じように被害を被った自国民に対しては支払われずに外国人だけに支払われるのか」とか、「自国民は国内裁判所でしか救済を求められないのに、外国人投資家だけは、国内裁判所も利用できたうえに、仲裁も選択できるのは逆差別ではないか」という思いがある。さらに「立派な国内裁判所があるのになぜ仲裁なのか」という声も出る。もちろん、それに対しては、国内の政策決定過程に関与できる国民と関与できない外国人とではホスト国の政策との関係性が違うとか、ホスト国は IIA を結ぶことによって一定の「期待」を外国投資家に抱かせ²⁰、それを前提に外国人が投資をしたのに、その期待が裏切られた以上、賠償を受けられるのは当然だと言う反論が返ってくる。さらにホスト国の公的措置・施策の是非を判断するのが仲裁の役割ではなく、IIA に反する等の措置によって損害を被った投資家に対して、損害に相応しい金銭賠償を与えるのが主であって、ホスト国の措置・施策を止めさせる場合はほとんどないということも可能であろう（IIA 仲裁に

²⁰ 外国投資家の「期待」は IIA 仲裁の中心的なコンセプトの一つである。この点は、小寺彰編『国際投資協定』（2010）116-117 頁（小寺「第 6 章 公正・衡平待遇」）参照。

おける請求の内容いかんではホスト国措置の差止めも可能であるが現実には実現可能性がなく、実際にもそのような請求はほとんどない）。しかし、少なくとも 10 億円以上、場合によっては何千億円にも上る金銭賠償の義務を課されることは、ホスト国、とくに途上国にとっては大きな負担であり、ときには IIA が政策立案上の枷となることがありうることを完全に否定することはできない。

このような疑問を理論的に突き詰めると以下のような諸点が問題の中核であることが分かる。商事事件において仲裁による処理が認められるのは、それが私人の私的利益の処理だからである。他方、IIA 仲裁では、反訴提起の余地はあるにせよ、常に訴えられるのはホスト国であり、またそこで争われるのはホスト国の措置であり、場合によっては施策自体の是非すら問題とされる場合がある。当然先のエチル事件では、カナダの環境政策が正面から問題にされる例も出てくる。つまり国家の公的利益、エチル事件では端的に環境政策が仲裁の俎上に上り、投資保護の観点から評価される。

しかも IIA では、そもそもホスト国は紛争後に仲裁付託に合意するのではなく、IIA 締結時に、相手を限定せず投資母国（ホーム国）の投資家に対して一般的な仲裁付託合意が与えられたと考えられている。これは、紛争当事者が事前または事後にきちんと仲裁付託の合意を行う、商事仲裁の管轄権設定のための合意手続とは大きく異なる。

また仲裁への介入（コントロール）についても押さえておく必要がある。IIA 仲裁が国家間の仲裁裁判類似の制度だとすると、それに対して国内裁判所が介入（コントロール）することはおよそ考えられない。しかし、ICC 等の国際商事仲裁には仲裁地が存在し、仲裁地の仲裁法に服し²¹国内裁判所の介入が考えられる。実際に仲裁地国内裁判所に仲裁判断の取消が求められることも多く、取り消された例もある。しかし、ICSID 仲裁は、仲裁地が観念されておらず、ICSID のなかに介入（コントロール）の仕組みが内蔵されており（ICSID 条約 52 条の特別委員会）、ICSID 条約に基づく個人対国家の仲裁は、国家間紛争を処理する国際制度と捉えられていることが分かる（ただし、ICSID 追加制度（Additional Facility）による仲裁では仲裁地があり仲裁地国内裁判所の介入も予定されている）²²。国家の公的施策が問われ、国家が仲裁の一方当事者となる紛争であることを前提にすると、ICSID 条約のような介入の仕組みが適切であり、通常の商事仲裁の仕組みは不適切なのかも分からない。

²¹ わが国の仲裁法が投資協定仲裁を規律するかどうかについては、規律しないとする見方が強いようであるが、従来ほとんど気付かれなかった論点である。

²² 同じ IIA 仲裁であるにもかかわらず、準拠する仲裁規則に応じてその法的性質が変わるかどうかという理論的な問題も生まれる。

このような批判に応えるために、IIA 仲裁を公的紛争を処理するに相応しい手続にすることが探られている。具体的に検討されてきたのは、透明性と仲裁判断の統一性の論点である²³。これらの諸点については、現在まで十分な検討を行っていないので、以下では簡単な素描を行うにとどめる。

（２）透明性

通常の商事仲裁判断は原則として公表されず、そのことが公表を前提とする国家裁判との基本的な違いだと考えられているが、IIA 仲裁の判断については、ICSID のものは両当事国が不公表に同意しない限り公表されており、また商事仲裁機関仲裁の場合も原則公表とまではいかないが、商事仲裁とは比較にならないくらい公表されている。これはホスト国の責任がどのような形で肯定されたかまたは否定されたかを国民に周知することが必要と考えられるからである。

現在では仲裁判断の公表を越えて、仲裁審議過程への第三者意見書の提出やホスト国民等への仲裁手続の公開が問題となっている。両者のうち、とくに重視されるのは、第三者意見（*amicus curiae*：アミカス）の提出である。

アミカスは英米の裁判所特有の手続で、*amicus curiae* とは元来は裁判所に提出する、裁判当事者以外の第三者の意見書をさす。ローマ法に起源をもち、9 世紀に英国で採用されてからコモンロー諸国に拡大したが、ヨーロッパ大陸法系では馴染みのなかった制度である。*amicus curiae* とは文字通りは「法廷の友」を意味し、利害関係のある個人、機関、団体等が、裁判所の許可を得又はその要請によって *amicus curiae* となり、*amicus (curiae) brief* を提出するのである。*amicus curiae* が提出されるのは、多くの場合は、社会的、経済的、政治的に影響力の強い事件である²⁴。

IIA 仲裁においても事件がホスト国の措置という公的な措置を問題にし、当該措置の IIA に照らした法的評価が行われるために、投資家とホスト国の二者間で決めるのが適当かという問題意識が出てくるのは当然である。現在では、IIA 仲裁において仲裁の両当事者が合意をしたり、または仲裁廷の判断でアミカスの提出が認められる例が増え²⁵、2004 カナダ・モデル BIT にはアミカスの規定が盛り込まれている（39 条）。

²³ Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung and Claire Balchin, *The Backlash against Investment Arbitration* (2010) 掲載の諸論文が参考になる。

²⁴ 田中英夫代表編集『英米法辞典』（1991）48 頁参照。

²⁵ 具体例については、Nigel Blackaby and Caroline Richard, "Amicus Curiae: Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?" in Waibel et al. ed., *op.cit.*, pp.259-266. 参照。

アミカスについてはそれによって仲裁廷の作業が増えて時間がかかる等の問題点も指摘されるが、むしろより深刻な問題はアミカスが仲裁廷の審理にどの程度影響を与えているかが分からず、アミカス提出という形ばかりに終わっている可能性があることである。仲裁廷においてアミカスが真に有意義な制度となるためには、アミカスの提出を要求する団体等が、仲裁当事者である投資家やホスト国とは違った内容で、かつ仲裁判断にとって有意義な情報や見解を出す能力をもつかどうかに係る。このような可能性がまったく否定できない場合には、アミカスの提出を認めるほかはないと思われるが、それによって IIA 仲裁の正当性がどの程度高まるかは明らかではない。

（３）判断の統一性の確保－上訴仲裁－

IIA 仲裁については、それらに共通する上訴制度設置の提案が行われている。この提案は IIA 仲裁が分散的に行われているために、仲裁判断の増加によって相互に矛盾する条約解釈や判断が出てきたために、米国を中心に仲裁判断を統一する必要性が唱えられたことがその起源である²⁶。提案されている上訴仲裁は、WTO 紛争処理手続の上級委をモデルにしている。その後、OECD や ICSID においても検討されている²⁷。

WTO 紛争処理手続は単一の WTO 協定を元に紛争処理が行われるのに対して、IIA 仲裁の根拠となる条約は個々別々であり、したがって、条約上の文言が似ていることが多くてもそれらがまったく同じように解釈しなければならないとは言えない。また多くの仲裁判断が公表されて、仲裁人はそれらを先例として意識しつつ判断を下しており、短期的にはともかく長期的には仲裁判断の不統一はなくなっていくことが期待できる。さらに仲裁である以上、ICSID のものについては固有の介入機関があり、またその他の商事仲裁機関の仲裁については国内裁判所による介入が予定されている。介入と上訴とは違うとはいえ、現在の制度であっても一定の質の確保が行われている。さらに仲裁のメリットは迅速に紛争が処理される点にあるが、上訴機関を設定すると仲裁判断が確定するまでに今よりも長い時間がかかるという問題があり、紛争当事者、とくに投資家企業にとっては、判断の統一よりも迅速な解決の方が望ましいことは間違いない。

現在のところ上訴機関が設定された場合にそれに対する上訴の可能性を規定

²⁶ 玉田大「投資仲裁における上訴メカニズム」前掲『「投資協定仲裁研究会」報告書』75-82 頁参照。

²⁷ OECD については、Improving the System of Investor-state Dispute Settlement (2006)、また UNCTAD については、UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking (2008), p.85.

する BIT を米国が若干締結したにとどまり、実際に上訴機関を設置するような動きはない。

むすび

IIA 仲裁の活発な利用によって、IIA 仲裁にとどまらず IIA の効果が強まり、それに伴って新たな問題を生んだ。それは詰まるところ、IIA については、ホスト国をどのような強度で又どのような状況において拘束するのが適当かという問題である。また IIA 仲裁については、仲裁手続が適当だとしても、対象が純粋に私的な紛争ではなく国家の公的措置の IIA 違反が問題になることが示すように紛争が公的色彩を色濃くもち、またホスト国が仲裁付託の同意を与えた相手が特定されていない等、商事仲裁とは大きく異なる性質をもっていることから、このような違いを仲裁手続にどのように反映すべきかという問題である。

前者については、一方では規定内容を詳細化することによってホスト国の負う義務の内容を明確化し、また例外規定を整備することによって IIA が適用される状況を画定することが試みられた。このような措置が望ましいことは言うまでもないが、いずれの措置をとっても投資家の保護が必要な状況とそうでない状況を明瞭にかき分けられるかという点必ずしもそうではない。仲裁判断の蓄積によってケースに応じた IIA の規制力および適用範囲について関係者間で一定のコモンセンスが生まれることに委ねるほかない部分が残る。これは諸国において法令において一般的な法規制の内容を明確化しながらもその後は判例法の蓄積によって規制内容がより明確化することと同じだと言ってよい。もちろん諸国のコモンセンスと異なる判例法が形成される場合は、諸国は条約改正や解釈声明を作成することによって判例法を限定したり、特定の方向に導くことも可能である。

仲裁手続の紛争処理適合性の向上の問題については、すでに仲裁判断の原則公表という実行は相当定着し、紛争処理の内容が公知のものとなり、仲裁がアドホックな紛争の処理ではなく、判例法を形成する裁判判決に類似した性質をもつようになってきた。このことは仲裁判断によって「判例法」が形成され、IIA の強度や適用範囲を適当な形にコントロールすることに役立っている。しかし、同時に主張されたアミカス手続や上訴手続については大きな障害に逢着したというのが現状であろうか。米国を先頭にして、これらを積極的に取り入れようとする動きは表面的にはあるもののそれらが現実に意味をもつ形で実現できたと言うには程遠いのが現状であろう。アミカス制度が最近では採用される例も多くなったが、その実際上の意味については疑問の声が強い。また上訴

仲裁については、提案があったもののその実現に向けた現実の動きはない。
2,700 以上の IIA に準拠して行われる仲裁がすべて単一の上訴仲裁のもとに置かれるという姿を想像するのは大変難しい

以上、IIA について政策的に対処しなければならない問題群を検討し、その意義と課題を検討した。各国および関係者が種々の提案、さらに取組を行っているが、短時間で対処できる問題でないことに注意が必要である。