

投資協定における「公正かつ衡平な待遇」
－投資協定上の一般的条項の機能－

小寺彰

2008 年 3 月

要旨

1. 投資協定（B I T）には、自国投資家に対して「公正かつ衡平な待遇」（公正待遇）を与える義務が規定されることが多い。公正待遇義務は、内容の抽象性ゆえに従来関心をひくことはなかったが（とくに日本）、B I T上の仲裁（投資家対国家の仲裁・投資協定仲裁）が頻繁に用いられるようになって一躍強い注意を集めた。仲裁の場で、投資家がホスト国の公正待遇義務違反を主張し、仲裁廷が広く認めたからである。

2. 公正待遇義務は、内国民待遇や最恵国待遇とは異なり、それ自身がホスト国の状況とは無関係に決まる基準であり、かつ規定自身からは、何を義務づけているか、その指示内容が明確でない。公正待遇義務については、国が外国人に国際慣習法上供与義務を負う「最低基準(minimum standard)」を確認したという見方と、「最低基準」を越える待遇を意味するという見方がある。ただし、公正待遇義務はB I T上に規定されており、条約によって規定の仕方が異なること（とくに国際法準拠の有無）に注意が必要である。

3. 公正待遇義務が問題化したのは、まずはNAFTAについてであった。NAFTA仲裁では投資家の提起した公正待遇違反の主張について、公正待遇義務が国際慣習法上の最低基準以上のものを指すとの解釈を行ったうえで、その主張をことごとく認容した。その後、仲裁廷で公正待遇義務が国際慣習法上の最低基準以上のものを指すとの解釈が否定された。他方、仲裁判断の蓄積によって、公正待遇義務が、「国家の行為が恣意的、大幅に不公正、不正義または特異なものであり、差別的なものであり、かつ事業分野に由来する偏見または人種的な偏見にさらされる、または司法的な適正さを侵害する結果を導く適正手続が欠如する」ときに、国家に義務違反を認定する基準を指すとの見解が定着した。

NAFTA外でも、公正待遇義務についてホスト国の責任を認める判断が相次ぎ、またNAFTAとは違って国際慣習法上の最低基準以上の待遇を意味するという判示が今も続いている。またNAFTAと内容的に類似した具体的な基準も明らかになった。

4. 公正待遇義務は、投資協定仲裁によってB I Tの新たな意義が明らかになった典型例である。仲裁判断を総括して現段階で言うことは以下の諸点であろう。第1は、公正待遇義務の一般的内容について、NAFTAとNAFTA外で判断が分かれているが、これは、NAFTAとそれ以外のB I T規定の違いに起因すると考えられる（Saluka 事件参照）。第2に、徐々に明確なものになってきた、公正待遇義務の具体的な内容は、投資に関して「透明かつ予測可能な枠組みを追求しない」こと（Metalclad 事件）、「国家の行為が恣意的、大幅に不公正、不正義または特異で、かつ差別的なものであり、かつ事業分野に

由来する偏見または人種的な偏見にさらされる、または司法的な適正さを侵害する結果を導く適正手続が欠如する場合」(Waste Management 事件)等を義務違反とするものであり、一般的な性質決定の違いをほとんど反映するものではない。これらの具体的な基準を導出するうえで重要な役割を果たすのが、B I Tに起因する投資家の期待である。要するに、公正待遇義務は、B I Tを締結した以上、ホスト国が投資家に対して、その期待に反するような「不合理な」扱いをしてはいけないことを意味するものであり、B I Tの効果を大きく拡大したものと位置づけることができる。

5. 公正待遇義務のような一般条項は、当事国が義務を解釈する国際条約では意味がないと考えられてきたが(とくに日本)、仲裁廷等の第三者機関によって条約が解釈適用される場合は事情は異なる。対象紛争の適切な解決を目指す仲裁廷等は、具体的な内容の規定によって適切に解決できない場合には、一般条項による処理を目指す。公正待遇義務はこの役割を果たしてきた。第三者機関による紛争処理を前提にした条約の起草には、第三者機関による紛争処理を前提としない条約とは異なる態度が必要であることを、公正待遇義務に関する仲裁判断は示している。

6. 以上の検討を踏まえると、公正待遇規定は投資保護の水準を高めるものであり、投資協定においては必須不可欠の規定である。

目 次

はじめに	2
I. 公正待遇をめぐる問題	4
1. 公正待遇義務の一般的内容に関する2つの見解	4
2. 公正待遇の意味	5
II. 公正待遇と仲裁	6
1. 経緯	6
2. N A F T Aにおける「公正待遇」	6
3. N A F T A以外の仲裁事案	10
III. 検討	14
1. 公正待遇の意義	14
2. 一般条項と仲裁手続	15
3. 他の規定との関係	16
4. 政策的インプリケーション	16
おわりに	17

はじめに

エネルギー憲章条約の投資の部分も含めて、諸国の結ぶ投資協定や自由貿易協定中の「投資」の章(以下「B I T等という」)には、投資家に与えるべき待遇として、投資先国の投資財産(子会社や株主としての権利が重要)に対して「公正かつ衡平な待遇」(公正待遇)を与えるべきことが規定されることが多い。たとえば、日墨E P A 6 0条は次のように規定する。

60条 一般的待遇

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

注釈 この条は、他方の締約国の投資家の投資財産に与えられるべき待遇の最低限度の基準として、外国人の待遇に関する国際慣習法上の最低基準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、この条の規定に関する違反があったことを証明するものではない。

公正待遇義務は、B I T上の投資協定仲裁（投資家対国家の仲裁手続）が頻繁に用いられるようになって一躍注意を集めた。その第1の理由は、投資家が多く仲裁の場で、ホスト国の公正待遇義務違反を主張し、しかも仲裁廷は頻繁に公正待遇義務違反を認定したことである。公正待遇義務は、内国民待遇義務や収用補償義務とは異なり、その内容が一義的には明確ではなく、すなわち精確性を欠き、投資協定仲裁への付託がなければ国家がいかようにも解釈できると考えられがちであったにもかかわらず（恐らくそのためであろうと思われるが、我が国が従来結んだB I Tに規定される例は少なかった^{*1}）、実際の投資協定では大きな役割を果たしたからである。特にN A F T Aに基づいて提起された仲裁において、公正待遇を基準に加盟国の義務違反が認定された。

第2に、第1の帰結として、公正待遇義務が何を意味するかについて、大きな関心が払われるようになったことである。N A F T Aに基づく仲裁では、公正待遇義務が国際慣習法上の基準を超えるという仲裁判断が複数出された。それ以降、公正待遇義務が何を意味するかが広く問われることになった。

公正待遇義務は、自国民や他国民に与えられる待遇を基準とする内国民待遇義務や最恵国待遇義務とは異なり、ホスト国の状況とは無関係に条約自体によって設定される絶対基準であり投資協定において大きな役割を果たすことが明らかでありながら、規定自身からは、何が義務づけられているか、その指示内容が明確でないことに、公正待遇義務に関する問題の根本がある^{*2}。

*1 最近のものを除くと、例外的に公正待遇義務を規定するのは、日露B I T、日韓B I Tのみである。E P A投資章についても、日本シンガポールE P Aには該当規定がない。もちろん、最恵国待遇規定があれば、公正待遇義務も均霑はされる。

*2 そのため、公正待遇義務の研究は数多い。現在の研究状況については、Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment* (2007); Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2008), pp.119-149. 参照。

I. 公正待遇をめぐる問題

1. 公正待遇義務の一般的な内容に関する2つの見解

公正待遇の一般的な意味については、従来から2つの理解が存在した。第1は、国家が外国人に国際慣習法上供与する義務を負う「最低基準(minimum standard)」を確認したものという見方である。

人が外国にいるまたは財産が外国にあるときは、その人または財産は、基本的には当該在留国・所在国の法令に従う。しかし、当該在留国・所在国がその人および財産を完全に自由に規律できるかというところではない。そこには国際法上の制約が働く。一つの考え方は、国際慣習法上の「最低基準」があり、国は外国人およびその財産の処遇に関する最低基準を満たす範囲内で当該外国人およびその財産の処遇を決定できるとするものである(国際標準主義)。この見解のおもな対象は、外国人処遇に関する適正手続の確保や政府による外国人の生命・財産・自由への介入の制限についてである^{*3}。他方、財産を含む外国人処遇について国際慣習法上の「最低基準」を否定し、外国人の生命財産に対しては自国民並みの保護を与えれば足りるとする、主に開発途上諸国によって主張された見解もあった(国内標準主義)。この見解は、国内法上の権利において内外人が平等でなければならない(内国民待遇)という趣旨ではなく、両者の間で国内法上の処遇について差異が付けられうることを前提にして、人の生命財産の保護という側面では、外国人の処遇について、国際法上、自国民保護よりも高い水準の保護義務が国に課されるのではないという趣旨である。

この、外国人の処遇に関する国際法の基準に関する対立については、戦間期以前の混合仲裁裁判等において国家の責任を追及する観点から問題化し、おおむね「最低基準」の存在を前提にした判断が下されてきたといわれる^{*4}。ただし、外国人保護に関する基準を適用した結果が事案ごとに異なり、その意味が曖昧であったことは否定できない。さらに、第2次大戦後は多くの植民地が独立して新たな国家が誕生したために、「国内標準主義」の見解が優勢になった。BITが結ばれ始めるのは、まさに植民地の多くが独立を得た時点であり(1960年代初頭)、BITに公正待遇義務が規定されたのは、このような動きへの対応という側面がある。

外国人の処遇について、国際法上一定の「最低基準」があるか、または国内の状況に応じて「最低基準」が変わるかを別にすれば、国際法上の外国人処遇について、とにかく一定の「最低基準」があることを両見解ともに肯定することには注意が必要である。

公正待遇義務に関する第2の見解は、投資家が不公正な扱いを受けたと感じ、かつ国際慣習法上の「最低基準」確保義務によってでは救済を図れない場合に、公正待遇が「最低

*3 W. Friedmann, "Some Impacts of Social Organization on International Law," *AJIL*, Vol.50 (1956), pp.500-502.参照。

*4 D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 6th ed. (2004), pp.564- 568.

基準」を超えて投資家を救済するための根拠を提供する基準だというものがある^{*5}。この見解は、B I Tを結んで公正待遇をそれぞれの投資家に与えることを約したのは、外国人処遇に関する国際法上の「最低基準」を上回る待遇を相手国投資家に与えるためであると捉えられるのである。

2. 公正待遇の意味

公正待遇義務については、一括して扱われることも多いが、投資協定仲裁で問題にされるのは、個々の条約上の義務であることを忘れてはならない。冒頭に、日墨E P A上の公正待遇義務規定を挙げたが、条約によって規定の仕方は微妙に異なる。第1の類型は、下記のように単純に公正待遇義務を規定するものである。

Each Party shall guarantee in its territory fair and equitable treatment of investments made by investors of the other Party.

第1類型の系には、当該文の中に、公正待遇義務と合わせて、他の義務、たとえば、full protection や最恵国待遇が規定されるものもある。例えば、下記英国・ボリビアB I Tはその一例である。

Investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

第2の類型は、公正待遇の意味を何らかの形で定義したものである。国際法との関係に着目して明確化したものの例は、N A F T A 1105 条である。

Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

これ以上に、国際法との関係を詳細化したものが冒頭の日墨E P Aである（上記に記したN A F T Aに基づく仲裁判断を踏まえて、メキシコが要求したと考えられよう）。国際法との関係を超えて内容の明確化を図ったものとしては、フランス・ボリビアB I Tがある。

Each Contracting Party undertakes to accord . . . just and equitable treatment in conformity with the principles of international . . . and to ensure that the exercise of the right so granted is not impeded either de jure or de facto.

^{*5} F.A. Mann, "British Treaties for the Promotion and protection of Investments," in *Further Studies in International Law* (1999), p. 238.

The following shall be considered as de jure or de facto impediments to just and equitable treatment: any restrictions on the purchase or transportation of raw materials and secondary materials, energy and fuel, and of means of production and operation of all kinds, any impediment to the sale or transportation of goods within the country and abroad, and any other measure having a similar effect.

一概に公正待遇と言っても、あくまで個々のB I Tに基づくものである以上、公正待遇を検討する際には、B I T上の規定の違いを考慮に入れる必要がある。

II. 公正待遇と仲裁

1. 経緯

公正待遇が投資協定仲裁で始めて問題化したのは、American Manufacturing & Trading Inc. v. Republic of Zaire 事件^{*6}である。この事件では、ザイールでスーパーマーケットを営んでいた米系企業AMT (American Manufacturing & Trading Inc.) の100パーセント子会社 SINZA がザイール兵の略奪に2度逢い、結局事業中止に追い込まれたために、AMT社がザイール政府に損害賠償を求めて出訴した。仲裁廷はザイール政府の措置が公正待遇義務に違反すると判示して損害賠償を認めたが、本件は公正待遇義務をどのように理解しても損害賠償が認められるべき事案であり、その後の公正待遇義務の解釈に意味を持つものではなかった。公正待遇の意義がまず問題化するのとはNAFTAに基づく投資家対国家の仲裁においてであった。

2. NAFTAにおける「公正待遇」

NAFTAでは、1990年代後半から、本条に基づく訴えが次々に当事国に対してなされ、当初は、仲裁廷が公正待遇義務の主張をことごとく認容したことから強い注目を集めた。

(1) Metalclad 事件^{*7}

NAFTAで、公正待遇が大きな問題になった最初の事件が本件である。米系企業 (Metalclad) が企画した廃棄物処理事業が操業直後に廃止に追い込まれた点について、仲裁廷は、公正待遇義務について、まず「NAFTAの基本目的は越境投資機会を促進及び増加させ、並びに投資計画が成功するように確保することである」(para.75)と認定する。そのうえで、メキシコ政府等の諸措置を挙げて、それらによって「メキシコが、Metalclad のビジネス上の計画立案および投資について、透明かつ予測可能な枠組みを追求しなかつ

^{*6} AMERICAN MANUFACTURING & TRADING, INC. v. Republic of ZAIRE, ICSID Case ARB/93/1 (United States/ Zaire BIT), Award, 21 February 1997. なお、仲裁の諸判断については、http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list.htm#top 参照。

^{*7} Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID (Additional Facility), case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000.

た」(para.99)としてNAFTA 1105条違反を認定した。

本事件では、越境投資の促進・増加等をNAFTAの目的として特定したうえで、公正待遇義務が「投資について、透明かつ予測可能な枠組みの追求を要求すること」と定義した点が重要である。

(2) Pope and Talbot 事件^{*8}

米国企業(Pope and Talbot)に割り当てられた無関税輸出枠が問題となった本件では、仲裁廷は、1105条(公正待遇)について、一般国際法に含まれるという解釈と、「公正の要素」を一般国際法に付加的するという解釈がありうるとしたうえで、NAFTA 1105条がモデルとする1987年の米国モデル投資条約が公正待遇義務を「投資は常に公正かつ衡平な待遇を受け、十分な保護と保障を享受し、いかなる場合にも、国際法が要求する待遇を下回る待遇しか与えられないことはない」(第2の類型)と規定して、一般国際法に付加的な性質をもつことを示したと考えて、後者の解釈を支持した(NAFTA 1103条の最恵国待遇規定^{*9}による均霑も考慮)。そして仲裁廷は、「1105条は、NAFTA諸国のもとで適用されている通常の基準での公正の要素に起因する利益を対象の投資家や投資が享受できるように要求する」と解釈する。

本件は、公正待遇義務が一般国際法上のものではなく、NAFTA上のものであり、国際法上の基準より手厚い、いわばNAFTA基準であることを明言した点が注目された。具体的に、公正義務違反が認定されたのは、カナダ企業と比べての不利益であった。

(3) S.D. Myers 事件^{*10}

米国企業(S.D. Myers)がカナダの有毒廃棄物を米国に送って(輸出して)処理するという事業を行っていたが、カナダがPCB含有廃棄物の輸出を禁止したために操業停止に追い込まれたことが問題になった。

仲裁廷は、「公正待遇は、政府が差別的な態様で行動していない場合であっても、外国投資家の待遇が満たさなければならない基準をいう」(para.259)としたうえで、公正待遇および「十分な保護と保障」は、それぞれ単独ではなく、「国際法に従った待遇」という用語と読むべきである。そのうえで、「投資家が国際的な観点から見て受入れがたい程度にまでなった、恣意的でかつ不公正な待遇を受けていることさえ示せば、1105条違反は発生する」(para.263)と判断する。また他の規定の義務違反との関係について、「投資先当事国が投資家を保護することをとくに意図する国際法規に違反したという事実

^{*8} *Pope & Talbot Inc. v Government of America*, UNCITRAL (NAFTA), Award on Merits, 10 April 2001.

^{*9} 1103条は次のように規定する。「各締約国は、投資の設立、取得、拡大、経営、遂行、活動、売却又はその他の処分について、同種の条件で自国の投資家に与えるよりも不利でない待遇を他の締約国の投資家に与える。」

^{*10} *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL.(NAFTA), Final Award, 30 December 2002.

は、1105条違反の認定を有利な推定を働かせるものとし」(para.265)、「本件についてはNAFTA1102条違反は必然的に1105条違反を構成する」(para.266.)と結論した。

本件判断の特徴は、公正待遇義務違反を、「投資家が国際的な観点から見て受入れがたい程度にまで至った、恣意的でかつ不公正な待遇」と定義したことと、投資協定の他の条項違反が公正待遇義務違反になると判断したことである。

(4) NAFTA自由貿易委員会覚書

以上の仲裁判断に対して、曖昧な内容の規定によって、国内裁判所であれば認められないような訴えが仲裁によって許容されたとして、米国内を中心に強い批判の声が挙がった^{*11}。この動きを受けて、2001年8月1日に、NAFTA自由貿易委員会(NAFTA Free Trade Commission)は、「NAFTA11章についての覚書(Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions)」(貿易委員会覚書)を公表した^{*12}。貿易委員会覚書は、1105条について次のように述べる。

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

(5) Loewen 事件^{*13}

カナダ系企業(Loewen)が、米国の州裁判所で不当な扱いを受けたことが問題となった。この事件では、米国のNAFTA1105条について、直裁にNAFTA覚書が仲裁廷を拘束すると説き(2003年判断 para.126)、この前提に基づいて国際慣習法上の基準を探索し、国際法は「国内法の差別的な違反(discriminatory violation)、とくに外国人に対する害意によって鼓舞されたものは、不公正であることが明らかである」とし、裁判所の措置が「国際法に基づいて不公正である」(para.135)と判断した(ただし、最高裁判所への手続が残っていることを根拠に米国のNAFTA違反を否定)。

*11 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)148頁参照。

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

*13 *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3 (NAFTA), Award on Merits, 26 June 2003.

（６）Waste Management 事件^{*14}

メキシコで１５年間のゴミ収集処理サービスの独占的請負契約を結んで操業を行っていた米国系企業が、操業開始直後から、住民の不協力によって経営危機に直面した事件である。

仲裁判断は、従来の１１０５条に関する仲裁判断をまとめて、「公正かつ衡平な待遇の最低基準が侵害されるのは、国家の行為が恣意的、大幅に不公正、不正義または特異なものであり、差別的なものであり、かつ事業分野に由来する偏見または人種的な偏見にさらされる、または司法的な適正さを侵害する結果を導く適正手続が欠如する場合であって、国家に帰属しかつ申立人を害する行為があるときのことであり、そして「この基準は、ある程度は個々のケースの状況に適応しうる柔軟なものである」（para.98）との一般基準を示した。そのうえでアカプルコ市には契約違反の問題や収用の問題は起こりうるが、直ちに１１０５条違反にはならず、本件では、「公然たる不正義による債務不履行はない」として１１０５条違反を否定した。

本件は、「国家の行為が恣意的、大幅に不公正、不正義または特異なものであり、差別的なものであり、かつ事業分野に由来する偏見または人種的な偏見にさらされる、または司法的な適正さを侵害する結果を導く適正手続が欠如する場合」に公正待遇義務違反が生ずるという具体的な基準を示して、その後のリーディングケースの位置を占めた。

（７）Methanex 事件^{*15}

米国が大気汚染の改善のために、エタノール含有ガソリン添加剤の販売はそのままにして、メタノール含有ガソリン添加剤の販売を禁止したために、メタノールを生産していたM社が訴えた。

仲裁廷は、米国の措置が外国投資家及び外国投資を故意に差別するものであり、それゆえに１１０５条に反すると主張を退けたが、その中でNAFTA自由貿易委員会の覚書の効力が問題になった。自由貿易委員会の覚書の性質（解釈か改正か）及びその効力が争われていたが、仲裁廷は、条約改正が事後の合意によって可能なこと、また条約解釈において当事国間の事後の合意を考慮すべきことを指摘して（Part VI, Chapter C, (1)para.21）、NAFTA自由貿易委員会の決定が「改正」又は「解釈」のいずれに当たるかを明確にしないで、NAFTA自由貿易委員会の決定を尊重すべきとの考えを示した。

（８）NAFTA ケースにおける公正待遇

当初は、公正待遇が国際慣習法上の最低基準以上のものを指すとの解釈を行う仲裁判断

^{*14} *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (Number 2), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3. (NAFTA), Final Award, 30 April 2004..

^{*15} NAFTA では、これ以降、公正待遇義務が明示的に問題化したのは、*United Parcel Service v. Canada*, Award on the Merits, 24 May 2007.のみであるが、ここでは訴えの対象たるカナダ郵政局がNAFTA上の義務を負うものではないと判断されたために、公正待遇について確たる判断は示されなかった。

が現れたが、貿易委員会覚書の作成後はこの解釈は否定された。また公正待遇義務違反を主張すれば、必ず仲裁廷で肯定されないことも、当然のことながら判明した。

他方、公正待遇義務の抽象的な指示内容はともかく、その具体的な意味が徐々に明らかになった点は重要である。上記の諸判断を総括すると、公正待遇とは、「国家の行為が恣意的、大幅に不公正、不正義または特異なものであり、差別的なものであり、かつ事業分野に由来する偏見または人種的な偏見にさらされる、または司法的な適正さを侵害する結果を導く適正手続が欠如する」ときに、国家に義務違反を認定する基準を意味すると捉えられていると理解できる。

3. N A F T A 以外の仲裁事案

公正待遇義務に関しては、N A F T A 以外でも当然問題になっている。そのなかでいくつか重要な事件を検討しよう。

(1) TECMED 事件^{*16}

TECMED 社はスペイン系企業でメキシコで廃棄物処理事業を営んでいたが、メキシコ政府が TECMED 社の操業許可の更新を拒否したために、TECMED がスペイン・メキシコの投資保護協定に基づいてメキシコ政府を仲裁廷に訴えた。

スペイン・メキシコ B I T は、公正待遇義務について、次のように規定する。

Each Contracting Party shall guarantee fair and equitable treatment in its territory pursuant to international law for investments made by investors from another Contracting Party [・・・].

仲裁廷は、スペイン・メキシコ B I T 上の公正待遇は、国際法によって認められた信義誠実原則の一部を構成すると述べ、「外国投資家が投資を行うに当たって考慮された基本的な期待に影響を与えないような待遇を投資家に与えることを締約国に要求するものである」と述べる。「外国投資家は、投資事業を企画しかつ投資先国の規制を遵守するために、関係の政策および行政慣行の目的とともに、すべての規則と規制を事前に知ることができるように、投資先国に対して、外国投資家との関係で一貫した態様で、曖昧さなく、完全に透明に行動することを期待する。」また「外国投資家は、投資先国が一貫して行動することを期待する。ここで一貫してというのは、投資家が商業的・ビジネス上行動を計画・実行し、同時に約束をするに当たって投資家が依拠する、投資先国の以前の決定または許可を恣意的に撤回しないことなどである。」このように仲裁廷は投資協定によって成立した投資家の期待を確保することが、公正待遇義務の目的であると判断する。そのうえで許可の更新を拒否した I N E の行動は、予想できなかったものであり、上記の基準に照らせば、「公正かつ衡平な」とは言えず、スペイン・メキシコ協定 4 条に反すると判断した。

本仲裁判断では、I. で検討した N A F T A 仲裁と同様に、公正待遇義務が、投資家が投資先国に対して持つ、当該国家が「一貫性」および「透明性」ある態様での行動の期待

^{*16} *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 (Spain/ Mexico BIT), Award, 29 May 2003.

を保護する基準と位置づけた。

（２）CME Czech Republic B.V.(The Netherlands) v. The Czech Republic 事件^{*17}

チェコでは革命以降、放送免許所持者と放送運用者を分離して放送事業を行うという形態が政府のお墨付きのもとで採られており、オランダ企業CMEの子会社であるCNTSは、この形態を前提にして、チェコの放送免許所持人であるCET21と放送サービス提供契約を結んで事業を営んでいた。ところが1996年にチェコ政府（メディア委員会）は政策を転換して上記の分離システムがチェコのマスメディア法上違法であるとの立場を示し、CNTSの事業の法的保障が突然なくなった。その後、チェコ政府は、CNTSとCET21の共同事業を止めさせるように圧力をかけ、1999年に入ると、CET21は些細な理由でCNTSの放送サービス契約を終了させた。その結果、5億ドル相当のCNTの投資は無駄になった。

オランダ・チェコBITは、公正待遇義務を次のように定める（３条１項）。

Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors.

仲裁廷は、「公正かつ衡平であると評価される基準は、自国民ために使われている基準に従って当局が行動したかどうかによって決定されない。・・・外国投資家が投資をする際に依拠した取り決めの侵害（evisceration）によって、公正かつ衡平な待遇の義務を侵害する」（para.611）と解釈し、チェコ・メディア委員会の行為が、公正待遇を規定するオランダ・チェコ投資協定３条１項に違反すると判断した。

本仲裁判断は、公正待遇義務が、自国民と同一の待遇を与えていれはすむというものではなく、自国民より有利な待遇であってもそれが損なわれるときには公正待遇義務違反となることが認容された点が注目される。

（３）Genin 事件^{*18}

1994年に、米系銀行EIBが、エストニア銀行（中央銀行）からエストニア社会銀行の一支店を買収した。その後種々の経緯を経て、1997年にエストニア銀行は、EIBの銀行免許を剥奪するとの決定を行い、またその直後にEIBの少数株主からの申立によってエストニアの裁判所はEIBの破産を決定し、1999年10月までに両決定は確定した。

米国・エストニアBITに基づいて、EIBの米国人株主がICSIDへ申し立てた仲裁において問題になったいくつかの論点の一つとして、エストニア中央銀行の銀行免許剥奪のBIT上の公正待遇義務（２条１項）違反の有無があった。仲裁廷は、BITが規定

^{*17} *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL (The Netherlands/ Czech Republic BIT), Partial Award, 13 September 2001.

^{*18} *Genin and others v. Estonia*, Award, ICSID Case No. ARB/99/2. (United States/Estonia BIT).

する国際慣習法上の公正待遇の一つの要素として「恣意的な」待遇の有無があるとしながらも、エストニアの銀行免許剥奪決定がそれに該当しないと認定した。その際に、「当時
のエストニアで実施されていた政治的・経済的転換の環境が銀行業界の規律強化を正当化
するものである。国家の当時の規制は明確で正当な公益を反映するものである」(para.370)
と述べた点が注目される。

(4) Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador 事件^{*19}

米系企業 (OEPC) が出資する石油開発企業に対しては、従来エクアドルが消費税を還
付していたが、当該還付が停止されたことで紛争が起こった。

本件では、米国・エクアドルBITのII(3)(a)の公正待遇義務が問題になった。同規定
は次のように規定する。

Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection
and security and shall in no case be accorded treatment less favorable than that required by
international law.

仲裁廷は、前文において、公正待遇が、「投資のための安定的な枠組み、及び経済的資
源の最大限の効率的な利用を維持するために望ましい」という両当事国の合意が記録され
ている以上、「法律上及びビジネス上の枠組みの安定性は、公正待遇の本質的な要素であ
る」(para.183.)と述べる。そのうえで、仲裁廷は、「投資が行われかつ実施されている枠
組みが、SRI(税務当局一筆者)の採用した行動によって重要な範囲で変更された」が、
それに対して、OEPCに対して十分な説明が行われなかった。仲裁廷は、Metalclad 及
び Tecmed 事件の公正待遇に関する判示を例示して、「安定性 (stability)」の必要を強調し
ているとして (para.185)、エクアドルの行為が公正待遇義務に反すると結論した^{*20}。

(5) CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic ^{*21}、

TGN会社は1992年に期間35年の操業免許を得てガス輸送事業を始め、1995
年にCMSがTGNに出資した (約30パーセント)。しかしながら経済危機によってア
ルゼンチン政府は、輸送料の引き下げを求めると同時に、輸送料の支払いを停止した。そ
こで、CMSがアルゼンチンを訴えた。

Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection
and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international
law.

取決めに破ったことが公正待遇義務違反か否かについて、仲裁廷は、2000年から2

^{*19} LCIA Case No. UN3467 (US/Ecuador BIT), Final Award, 1 July 2004.

^{*20} 公正待遇義務違反を認定した後、「十分な保護と安全」の認定は不要と判断した。

^{*21} ICSID Case No. ARB/01/8 (US/Argentina BIT), Award, 12 May 2005.

002年にかけて取った措置が、公正待遇義務違反を構成するかどうかが問題の核心とした。仲裁廷は、前文から、公正待遇が「投資のための安定的な枠組み、及び経済的資源の最大限の効率的な利用を維持するために望ましい」というのが保護の重要な目的であるとしたうえで、「安定的な法律上及びビジネス上の枠組みが公正かつ公平な待遇の本質的な要素である」(para.274.)。また多くの条約及び仲裁判断は、「公平かつ公正な待遇が安定性と予測可能性と密接不可分であることを示す」(276)と判示した。

(6) Saluka 事件^{*22}

チェコにおいて、日系企業の投資した銀行が公的管理に組み込まれた点が問題となった事件である。投資された銀行の直接の親会社（ペーパーカンパニー）はオランダにあったために、仲裁はオランダ・チェコBIT（4. 参照）に基づくものである。

仲裁廷は、公正待遇義務について、一般論として、国際慣習法上の最低基準はたとえ国家が投資に反対する政策を採っていても適用されるのに対し、BITは投資を促進するために締結されるものであるから、当該義務の水準はインセンティブを提供する程度の（より高い）ものとなるとした。その上で、本BIT3条が、例えばNAFTAのように国際慣習法に言及していない^{*23}ことに着目して、その反対解釈として当該義務の水準は自立した基準であると結論づけた。

具体的な内容については、仲裁廷は、本BITの前文を参照して、本BITが投資促進と締約国間の経済関係の強化という二つの目的を持つことに留意し、当該義務の解釈に際しても、投資の保護を強調しすぎることによって、受入国が投資の受入れに消極的になり、ひいては締約国間の経済関係の強化という目的が損なわれないようにしなければならないとし、従って、「少なくとも」本待遇は、投資の阻害要因とならないような待遇と理解される。その上で、仲裁廷は、本義務が、投資家の合法かつ合理的な期待を損なわないようにすることを意味しており、投資家は、国家が明らかに矛盾した、不透明な、非合理的なまたは差別的な態様で行動しないことを期待する権利があると述べた。

以上の解釈に基づいて、仲裁廷は、ホスト国の「差別性」を認定し、またチェコ政府の態度が公平性を欠き、また十分な透明性を欠く等と認定して、野村の正当かつ合理的な期待に反しているとして、公正待遇義務違反を結論した。

(7) Sempra Energy International v. The Argentine Republic 事件^{*24}

米系企業が出資する企業がガス事業を行っていたが、アルゼンチンの経済危機によって、法律によって保証されている国際価格との調整が停止されて紛争が起こった。

^{*22} *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic (Dutch/Czech BIT)*, Partial Award, 17 March 2006.

^{*23} NAFTA1105条は、次のように規定する。Each Party shall accord to investments of investors of another Party in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

^{*24} ICSID Case No. ARB/02/16 (US/Argentina BIT), Award, 28 September 2007

仲裁廷は、公正待遇義務が特定の基準の隙間に存在するギャップを埋めるものであって、誠実（good faith）原則を共通要素とすると判断する（para.297）。そのうえで Tecmed 判断によってその内容が説明されているとして、「外国投資家が投資に当たって考慮する基本的な期待に影響を及ぼさないように外国投資を扱わなければいけない」という部分を引き（para.298）、本件では、「アルゼンチン政府が投資が決定されかつ実施された法律上・事業上の枠組みを実質的に変更した」として公正待遇義務違反を結論した（para. 303）。

（８）諸事案の評価

これらのケースは^{*25}、公正待遇をめぐる問題状況が、N A F T Aの事案と共通していること、また条約文言の違いにもかかわらず、Metalclad 以来のN A F T A仲裁の流れをそのまま踏襲しているわけではないが、自由貿易委員会前後の如何を問わず、N A F T A仲裁を十分に意識した判断を下していることが分かる。

これらの判断が、N A F T Aと決定的に異なるのは、N A F T Aのように、国際法に準拠する公正待遇義務ではないものが仲裁にかけられていることである。その結果、Saluka 事件では、公正待遇義務が国際慣習法上の最低基準よりも高次の保護を要求すると判示された。また、これらの仲裁判断において公正待遇をB I Tによって投資家がもつ期待に根拠づけている点も注目される。ただし、Genin 事件が述べたように、問題の政策自身が投資受入国の正当な公益を反映するものであれば、公正待遇義務違反とは評価されないことも押さえておいていいだろう（政策自身の問題と、それによって取られた措置は別問題である）。

具体的な義務の内容については、N A F T Aと同様に、「国家が明らかに矛盾した、不透明な、非合理的なまたは差別的な態様で行動しない」義務（Saluka 事件）というように共通した基準が示されている。

Ⅲ．検討

１．公正待遇の意義

公正待遇については、仲裁判断が出始めた2000年当初は公正義務によって国家の責任を認める判断が相次ぎ、国家の措置によって企業に何らかの損害が発生すればいつでも公正待遇義務違反が認定されるような観を呈した。しかし、最近では公正待遇義務違反の主張が否定される判断が出されるものも現れ、同時にその輪郭が明らかになってきた。公正待遇義務について、現段階で言いうことは以下の諸点であろう。

第1は、公正待遇の一般的内容について、国際慣習法上の「最低基準」か、それとも最低基準かが争われ、N A F T Aでは前者に決着を見たと評価できそうであるが、N A F T A外では明らかにそうではなく、国際慣習法上の「最低基準」以上の効果をもつとされる例の方が多い。これは、N A F T Aと、それ以外の仲裁で適用される条約規定の違いに

*25 そのほかにN A F T A以外のB I Tで、「公正かつ衡平な待遇」が問題になったケースとしては、*MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 (Malaysia/Chile BIT), Final Award, 25 May 2004 等がある。

由来すると考えてよいだろう。この点を明示的に述べたのが、Saluka 事件である。

他方、この違いは実際上の重要性はあまりないと思われる。それは徐々に明確になってきている公正待遇義務の内容から推し量れる。「ビジネス上の計画立案および投資について、透明かつ予測可能な枠組みを追求しない」こと (Metalclad 事件)、「国家の行為が恣意的、大幅に不公正、不正義または特異で、かつ差別的なものであり、かつ事業分野に由来する偏見または人種的な偏見にさらされる、または司法的な適正さを侵害する結果を導く適正手続が欠如する場合であって、国家に帰属しかつ申立人を害する行為」 (Waste Management 事件)、「外国投資家との関係で一貫した態様で、曖昧さなく、完全に透明に行動する」との期待の違反行為 (TECMED 事件)、「外国投資家が投資をする際に依拠した取り決めの侵害 (evisceration)」 (CME 事件)、「安定的な法律上及びビジネス上の枠組み」の破壊 (CMS 事件)、「国家が明らかに矛盾した、不透明な、非合理的なまたは差別的な態様で行動」する (Saluka 事件) こと等が公正待遇義務違反とされており、一見して挙げられている要素が共通しているからである。

そして、これらの基準を根拠づけるものが、B I Tに由来する投資家の期待の保護である。N A F T Aについては、Metalclad 事件が、「越境投資機会の促進・増加、並びに投資計画の成功確保」を、OEPC 事件では、米国・エクアドル B I Tについて、「投資のための安定的な枠組み、及び経済的資源の最大限の効率的な利用」の維持を、また Saluka 事件では、オランダ・チェコ B I Tの目的を「投資促進」と認定して、そこから保護されるべき期待の内容を導出している。この点は、国際慣習法上の基準とする判断では、条約の目的が抽出されないのと対照的である。ただし、Saluka 事件において、条約の目的が B I Tによって異なるとしたことをどのように理解すべきであろうか。同事件では、条約の目的が投資財産保護か投資促進かによって保護の水準が理論的には異なりうると指摘したのである。当然投資家の期待の内容は条約の目的によって規定されるはずである。Saluka 事件でも、条約の目的の違いが公正待遇義務違反の認定に具体的にどのように影響するかは不明である。仲裁判断が採用する公正待遇義務違反の基準は、現時点では一見同じように見えるが、状況によって変わる可能性があることも否定できない。

以上の議論をまとめると、公正待遇義務を国際慣習法上のものとするかそれ以上のものとするかは B I Tの規定内容によって決まる。ただし、保証される待遇の程度は、現在までのところ、抽象的なレベルでの差とは異なり、「不当性」、「差別性」、「恣意性」等の共通の基準を提示しており、具体的にどのような差が生まれるかは明らかではない。

2. 一般条項と仲裁手続

日本では、公正待遇義務規定のようなものは一般条項とよばれて、あまり意味がないと考えられがちであったことは冒頭にふれた。たしかに条約の解釈適用は当事国に第一義的な権限があり、国際社会では裁判機関や仲裁廷等に判断が委ねられることが少ない。このような構造では、公正待遇義務の解釈適用権は当事国に委ねられ、当該義務が明確な義務の内容を規定していない以上、当該義務に大きな期待を寄せられないのは当然である。

しかし、仲裁廷等の第三者機関によって、個々の紛争との関係で公正待遇義務が判断基準に採用される場合は大きく事情が変わる。仲裁廷等は、提起された紛争を妥当に解決することを目指し、個別具体的な内容をもつ義務規定によって当該紛争を解決できないと感

じた場合に一般条項があれば、それを根拠に紛争を判断することが可能になる。とくに公正待遇のように、きわめて内容が曖昧模糊とした規定は、本来的にそのような役割が期待されていたと考えられる。実際に公正待遇義務は、B I T等が長年にわたって締結されていたにもかかわらず、仲裁廷が使われるようになるまではほぼ閑却に付されており、仲裁廷で援用されるようになってはじめて、大きな注目を集めるようになった。端的に言えば、投資家の蒙った損害が「不当」等で表現できるような政府の措置に起因する場合に、法的に救済することが、公正待遇規定の現在の機能とすれば、それが国際慣習法上のものかどうか等の抽象的な議論があまり意味をもたないのは必然と言えよう。

3. 他の規定との関係

公正待遇については、同一事項について、一方では収用該当性が、また他方では公正待遇義務違反が主張される。そして、両方の主張が肯定されるケースは稀で、収用該当性が否定されながら、公正待遇義務違反が肯定される事案が多い。このために両者が「隣り合っている」ように見られることがある。

このようなことが起こるのは、第1に、収用が「間接収用」について問題となり、すなわち政府措置によって投資財産が毀損された場合が問題になっているからにほかならない^{*26}。また第2に、公正待遇は投資財産が「収用」と言える程度にまで毀損していない場合についても問題になりうるが（この状況では収用該当性を主張することはできない）、実際に事業継続中に投資先国を仲裁に訴えることは事実上難しい。投資協定仲裁が重要な意味をもつのは、投資先が開発途上国の場合であるが、開発途上国で事業を行っている企業が、一方では操業を続行させながら、他方で当該国を仲裁に訴えることは事実上困難である。投資先国政府が何らかの嫌がらせをすることが予想されるからである。そのため、投資協定仲裁に申し立てられるのは、事業が完全に破綻した後になることが多い。そのため、公正待遇義務違反も破綻事業について主張されることになる。他の義務違反の主張も事業破綻後に主張されることに変わりはないが（その意味では、収用該当性と「隣り合う」関係に立つことも多い^{*27}）、公正待遇義務程どのような状況でも違反を主張できるものではないために、公正待遇義務のみが、収用該当性と「隣り合う」関係に立つように見えるのである。

4. 政策的インプリケーション

途上国において、政府機関の態度に難渋する日本企業が相当数いることを考えると、B I Tに公正待遇義務規定を置くことは絶対に忘れてはいけないことである。またその意味については、個々のケースごと様々であることを踏まえて、政府・企業ともに公正待遇義務を持ち出すことができる状況かどうかは柔軟に理解することが望ましい。

*26 松本加代「規制と間接収用—投資協定仲裁判断例が示す主要な着眼点—」

*27 この点は投資協定仲裁がどのような場合に有用かを判断するうえで重要である。この点については、Louis T. Wells and Rafiq Ahmed, *Making Foreign Investment Safe* (2007), pp.267-274.参照。

この柔軟性を捉えて、この義務は「非法律的な義務」だという誤解がある。「非法律的義務」というのは、B I Tをはじめとする国際法に反しても、状況が要求すれば適用するという意味である。しかし、公正待遇義務はそのような義務ではなく、B I T等の国際法によってでは救済されず、いわば個々の国際法規則の隙間に「落ちてしまった」投資家を、B I Tの理念・目的に沿って救済するための法原則である。その意味では、公正待遇義務の援用によって、B I Tの目的が実現されるのである。公正待遇規定の積極面を正しく理解する必要がある。

国際条約の場合は、曖昧な規定だと当事国間で理解が分かれて實際上意味がないように思われるが、W T OやB I Tのように、頻繁に使われる第三者紛争処理機関がある場合は、事情は変わる。相手方が種々の要望する義務を受け入れればいいが、国際交渉の場合はなかなかそうにはいかない。そういう場合には、曖昧な内容の一般条項や、条約前文に種々の目的を書き込んで、投資保護のレベルを上げるのも一つの方法である。紛争になった状況で判断を下す第三者機関が、それに依拠することによって、元来当事国が要望していた結果を実現してくれることもあるのである（W T O紛争解決手続におけるゼロイング^{*28}は好例である）。

おわりに

投資協定仲裁によって投資協定の真実の意味が明らかになったと言われることがあるが、公正待遇義務はその典型例である。投資協定仲裁が活発化した当初は、抽象的な内容が定められているだけであるのに、N A F T Aにおいて義務違反の認定が相次いだために、投資協定批判的となった。しかし、最近になって、投資先国の正当な公益を実現するための規制については公正待遇義務違反とならないことが示される等、その輪郭もおぼろげながら明確になり、その結果、投資協定に必須の規定であることがはっきりしたと言える。我々は、公正待遇義務の内容が条約の規定ぶりによって変化することを念頭におきながらも、他方で、それが機能する場面が多くの場合共通することを正しく理解して、公正待遇規定の起草やそれに関係する紛争に対処する必要がある。

^{*28} US — Zeroing (Japan), Panel Report (WT/DS322/R), Appellate Body Report (WT/DS322/AB/R).