

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—*

松本加代**

2008 年 3 月

要 旨

本稿は、投資協定仲裁における収用法理について検討する。投資家にとって、投資先で現地企業や工場が収用されることは、予想されるリスクのうちで最も大きいものであろう。しかし、一般国際法上、収用それ自体が違法とされることはなく、一定の要件に従っていない場合にのみ、違法とされる。現在、殆ど全ての投資協定がその要件を明示する。すなわち、①公的目的のもとになされること、②無差別に行われること、③正当な法の手続きに従うこと、および④補償の支払いを伴うことである。今日、投資協定仲裁でしばしば争われるのは、政府の行為が先の 4 要件を満たしているか否かではなく、そもそも政府の行為（規制など）が「収用」と言えるか否かである。収用とされれば、政府は投資協定が定める水準の補償を投資家に支払わなければならない。このことは、その行為（規制など）が、直接的に投資家の財産を取得することを内容とするものではなく、他の目的（環境保護など）を有する場合などに特に問題となる。できるだけ幅広い政府の侵害的規制を収用と認めることは投資財産保護の向上に資する一方、補償支払いを義務づけられる範囲の拡大によって政府の規制の定立や変更に対するコストが著しく上がるからである。このような、投資財産保護と、政府の規制実施にあたっての自由度の確保という要請のバランスという問題については、多くの議論がなされてきたが、実際の紛争の判断に資するような明確な概念整理は未だなされていない。本稿は、投資協定仲裁判断法理がこの問題に対してどのようなアプローチをとっているかを検討するものである。検討の結果、次のことが示される。収用と認められるためには、財産権侵害の程度が「相当程度」に至っていることが必要であるが、実際に規制が収用か否かが争われた多くの事件において、この要件を満たさないことを理由に収用の主張は認められていない。また、ある規制が深刻な投資財産の侵害をもたらすものであっても、収用でないと判断される場合があるが、その判断方法には大きく 2 通りのアプローチが示されている。さらに、侵害が「相当程度」に至っているか否かの判断に際しては、投資財産に対する支配・管理を継続しているか否か、および権利・利益をどの程度重要なものと認定されるか、および侵害された投資財産が全体としてどのようなものと認定されるかが重要である。

* 本稿は、(独) 経済産業研究所「対外投資の法的保護の在り方」研究プロジェクト（代表：小寺彰ファカルティフェロー）の成果の一部である。本稿執筆にあたり、小寺教授を始め研究会メンバーからの有益なコメントに感謝する。残る過誤は筆者の責任である。

** (独) 経済産業研究所研究員 matsumoto-kayo@rieti.go.jp

目 次

はじめに	3
1. 問題の所在	5
2. 投資協定仲裁の判断.....	12
2－1. 仲裁判断の分析－収用を認めた判断.....	12
(1) Santa Elena 事件判断－政府による土地の取得.....	12
(2) Metalclad 事件判断－廃棄物処理施設の建設許可の拒否.....	13
(3) CME 事件判断－政府権力による契約の不利更改	14
(4) Tecmed 事件判断－廃棄物処理事業の許可更新拒否	15
(5) Eureko 事件判断－政府による契約不履行	17
(6) Siemens 事件判断および Vivendi 事件判断－政府による契約解除.....	18
(7) 小括	19
2－2. 仲裁判断の分析その2－収用を否定した判断を中心に.....	21
(1) 投資財産に与える侵害の程度に着目して収用でないとしたもの.....	22
(2) 政府の行為を投資財産への損害に収用を認めるに足る因果関係がないとしたもの	26
(3) 国家やその他の者が行為の結果、対価を得たわけではないことを指摘するもの.....	27
(4) 政府の行為が正統な規制であるとして収用を否定したもの	28
(5) 投資家が主張した権利が、収用の対象となる投資財産であるとは認識しなかったもの	32
2－3. まとめ－規制と間接収用に関する仲裁法理.....	35
おわりに	37

はじめに

海外投資を行うに際して、現地法人や工場建設地が投資先の政府によって収用されるということは予想されるリスクのうちで最も大きいものであろう。しかしながら、一般国際法上、国家はその政策目的のために国有化や収用を行うことは主権の範囲内と考えられており、一定の条件に従っていれば違法とはされない¹。その条件については国際法上古くから様々な議論があったが、投資協定²は、①公的目的のために行われること、②無差別に行われること、③正当な法の手続きに従うこと、および④補償の支払いを伴うという条件を定める。

多くの投資協定は、国家と投資家の紛争解決手続きを設けるが、それが収用をカバーすれば、投資家は仲裁を申立て、受入国が投資協定の定める補償（賠償）を払うべきことを主張できる。

このような投資協定仲裁において、そもそも特定の国家の行為が「収用」かどうかという点を巡って多くの議論がなされている。国家が、収用を宣言し、投資財産の所有および支配を完全に投資家から奪う場合であれば、収用であることは明白である。イランによるアングロ・イラニアン石油会社事件などが一例である。また、戦後日本における農地改革も例として挙げられよう。一方、国家の規制が、直接的には投資財産の所有を国家に移転させるようなものではなく、投資財産に対する侵害にすぎないとき、収用にあたるかどうかをどのように判断するかについては、共有された明確な考え方はない。投資家にとっては、事業継続が困難になるような規制であれば、期待される将来の財産価値を滅失させ、財産を奪われた（収用された）も同然とみなされるようなことであっても、政府にとっては、公的目的を達成するために不可欠の規制であり、その副次的な結果に見えるかもしれない。

このような収用概念の外縁の不明確さは、投資協定仲裁制度の利用と結びつくことにより、国家の規制権限を脅かすものとして懸念され、多数国間投資協定（MAI）³交渉でも、「収用」と「収用」でない規制をどのように画するかが議論の的となった⁴。この背景には、当時既に北米自由貿易協定（NAFTA）が成立しており、政府の様々な規制を不服として米国やカナダ企業により仲裁事件が付託されていたことがある。特に、カナダ政府が導入しようとしたガソリン添加剤規制を不服として米国の Ethyl 社が仲裁に付託し、管轄権を肯定する判断が出た後、カナダ政府が同社に 1300 万ドルの賠償金を支払い両者が和解し、か

¹ 横川新『国際投資法序説』（千倉書房、1972 年）8-16 頁。

² 投資に関するルールは、現在 2500 以上存在する二国間投資協定（BIT）、自由貿易協定/経済連携協定中の投資章、またはエネルギー憲章条約中の投資章の中に規定されている。本稿では、それらのルールを含む協定を総称して投資協定と言う。

³ MAI は、経済協力開発機構（OECD）を舞台に 1995 年から交渉が開始され、98 年に交渉の打ち切りが宣言された。

⁴ Peter T. Muchlinski, “The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?” 34 Int’l Law. (2000) 1033, p. 1045. UNCTAD, *Lessons from the MAI*, UNCTAD/ITE/IIT/MISC. 22. (1999) pp. 11-21. David Henderson, *The MAI Affair: A Story and its Lessons*, Royal Institute of International Affairs (1999), pp. 20-26.

つその規制が撤廃されるに至った事件⁵は有名となった。これを踏まえ、特に環境規制を念頭において、収用条項が、規制の萎縮を引き起こすとの議論が特に NGO によってなされた⁶。

実は NAFTA 投資章の起草時においても、補償を必要としない規制と収用の明確な区別をする必要性は認識されていた。しかし、米国憲法上の収用に関する裁判例や国際裁判所判決においても明確にされなかったという経緯を勘案し、明確化は見送られた⁷。このことは、規制が収用とされるか否かという問題について協定の条文上の明確化には限界があることを示唆する。

米国においては、国際法上の「収用」は、国内の財産権保障との比較という観点からも論争を巻き起こした。具体的には、初期の NAFTA の仲裁判断について、米国憲法上の財産権保障を上回る財産権の保障を投資家に与えるものだとの批判がされた⁸。憲法上の財産権保障の枠組みは、個人の財産権の保護と国家の規制による公的目的の追求をバランスさせようとするものである。このバランスの取り方が国際法と国内法で異なれば、議論がおこるのは避けられない。米国議会の示した反応は、米国における外国投資家が、米国投資家よりも投資財産保護に関してよい待遇をうけることのないようにするべきであり、米国内の法原則や実行と整合的であるべきというものだった⁹。これを反映して、最近の米国の投資協定には、収用の判断基準について、米国国内判例とも整合的なものとするような注釈をつける¹⁰。

日本は、最近投資協定および経済連携協定をさかんに締結しており、それらは全て収用に関する定めをおく。収用と規制との関係は交渉においても認識されていたと見られるが、日本国憲法の財産権保障との関係についての議論がなされた節はない。少なくとも、日本の締結した投資協定の収用条項には特別の注釈は無い。しかしこの問題は、日本が投資協定仲裁の被申立人となったときには関心と呼ぶ論点であろう。

以上を念頭におき、本論文では、まず、どのような規制であれば収用とされるのかという問題関心のもとに投資協定仲裁の「収用」法理を検討する。補足的に、以上の分析を踏まえて、日本国憲法における財産権保障の枠組みとの相違点についても検討する。

⁵ Ethyl Corp. v. Government of Canada, 38 ILM 708. 西元宏治 (小寺彰監修) 「Ethyl 事件の虚像と実像」(上)(中)(下) 国際商事法務 33 巻 9 号 1193 頁, 33 巻 10 号 1381 頁, 33 巻 11 号 1515 頁 (2005 年)。

⁶ Rainer Geiger, “Regulatory Expropriation in International law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment,” 11 NYU Envtl L. J. (2002) 94, p. 97.

⁷ Daniel M. Price, “Supplement: NAFTA Chapter 11 Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve?” 26 Can.-U.S.L.J.(2001) 1, pp. 5-6.

⁸ Vicki Been and Joel C. Beauvais, “The Global Fifth Amendment? NAFTA’s Investment Protections and the Misguided Quest for an International “Regulatory Taking” Doctrine,” 78 N.Y.U.L. Rev. (2003) 30, pp. 59-86.

⁹ Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002, Pub. L. No. 107-210 (107th Cong., 2nd Sess.), sec. 2102(b)(3).

¹⁰ United States model BIT 2004 Annex B Expropriation (別添資料). Gary H. Sampliner, “Arbitration of Expropriation Cases Under U.S. Investment Treaties – A Threat to Democracy or the Dog That Didn’t Bark?” 18 ICSID Review (2002) 1, pp. 35-42.

1. 問題の所在

投資協定において、収用に関する条文の多くは、収用又は国有化とそれらと同等の措置を規律の対象とし、4つの要件を課す¹¹。これらの要件においては、補償の水準が異なることもあるが¹²、概ね各投資協定に共通する。日本の投資協定の殆ども例外ではない。たとえば、経済上の連携に関する日本国とタイ王国との間の協定 102 条は以下のように定める。

いずれの締約国も、自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産の収用若しくは国有化又はこれに対する収用若しくは国有化と同等の措置（以下この章において「収用」という。）を実施してはならない。ただし、(a) 公共の目的のためのものであり、(b) 差別的なものでなく、(c) 正当な法の手続に従ってとられるものであり、かつ、(d) 迅速、適当かつ実効的な補償の支払いを伴うものである場合を除く。

また NAFTA1110 条は以下のように定める。

いずれの締約国も、その領域内において直接的にまたは間接的に、他の締約国の投資家の投資財産を国有化または収用もしくは国有化または収用と同等の措置をとってはならない。ただし、(a) 公共の目的のためのものであり、(b) 差別的なものでなく、(c) 正当な法の手続きおよび 1105 条（1）に基づき、かつ、(d) 第 2 から 6 段落の定めに従い、補償の支払いを伴う場合を除く¹³。

このような投資協定の条文は、収用に関する長期にわたる国際法上の議論を反映している。すなわち、国家は主権の行使の一環としてその領域内にある外国人財産を収用する権利があると考えられてきたが、どのような条件を満たせば合法と言えるかという点について様々な議論があった¹⁴。特に、補償の支払いについては、「十分な、実効的な、迅速な」

¹¹ 希に、収用や収用と同等の措置以外の侵害的行為についても保護する例がある。例えば、ドイツ・ロシア B I T は、議定書で“An investor shall also have the right to demand compensation in cases where the other Contracting Party has caused damage to the economic activity of an enterprise in which he has shares if this results in a substantial loss for his investment. In the event of disputes on these matters between the investor and the other Contracting Party, the provisions of article 10 shall apply, mutatis mutandis”と定める。なお、同 B I T 10 条は投資家対国家の仲裁手続きの規定である。また、日本・エジプト BIT も参照。

¹² Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers (1995). pp. 97-98.

¹³ 原文は次のとおり。“No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment (“expropriation”), except: (a) for a public purpose; (b) on a nondiscriminatory bases; (c) in accordance with due process of law and Article 1105 (1); and (d) on payment of compensation in accordance with paragraph 2 through 6”.

¹⁴ 香西茂「外人財産の収用と国際法」法学論叢 61 巻 3 号（1955 年）、田端茂二郎「国有化をめぐる国際法上の問題点」田岡良一 田端茂二郎『外国資産国有化と国際法』財団法人日本国際問題研究所（1964 年）。両論文では、公益要件について疑問を呈し、無差別性につ

補償が支払われるべきであるとの主張が先進国を中心になされていたのに対し、そもそも「十分な補償」の義務さえ確立していないとする見解や、社会的、経済的な改革の一環としてなされる一般的、大規模な収用である国有化については、その義務が緩和されうるとする見解などがあった¹⁵。このような議論に照らせば、投資協定の収用に関する条文は、収用の条件についての見解の相違を相当程度解決している。つまり、収用の要件として補償が必要であることを明示し、またその水準についても従来先進国が主張してきた水準を採用したのである。

しかし、従来から議論のあった「収用」の定義について、投資協定は明示していない。このため、投資協定仲裁では、どのような場合に政府の行為が収用とされ、投資協定の定める補償の支払いが義務付けられるかが論争となる。つまり、「収用概念」が問題となっているのである。

（一般国際法上の収用概念）

一般国際法の初期の収用法理は、行為態様として、有形財産の直接的な国家による取得を念頭においていたが¹⁶、対象となる財産的権利の内容および侵害態様の観点から、多様な政府の行為が収用と捉えられるようになった¹⁷。財産の範囲については、有形資産のみならず、契約上の権利等の無形資産も対象となっている¹⁸。さらに、国家が「収用する」という意図を有しない場合であっても、一定の場合には、収用が認められうると理解されている¹⁹。

さらに、侵害態様の点についていえば、必ずしも財産保持者の所有権に影響がない場合であっても、財産上の利益や支配、管理といった観点からどのような侵害があったかを検討することにより、収用が認められることがある。ウェストン（Weston）は、侵害の態様として、所有権が投資家から別の者に移転せずとも、国家の一又は複数の行為が、投資財産の「使用と享有」を実質的に奪うことによって収用と見なされることがあることを議論

いての判断の難しさが指摘される。

¹⁵ 田端、前掲注 15、25-29 頁。Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press (2002), pp. 414-415.

¹⁶ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd Ed. Cambridge University Press. (1994). p. 349

¹⁷ UNCTAD, *Taking of Property*, UNCTAD/ITE/IIT/15, pp3-6.

¹⁸ Herz, “Expropriation of Foreign Property”, 35 AJIL (1941) 243, pp. 244-245. 横川、前掲注 1、39-54 頁。

¹⁹ G.C. Christie は、その例として常設国際司法裁判所の上部シレジア事件判断を挙げる。本件においては、ポーランドが、第二次世界大戦後、ヴェルサイユ条約に拠って自国領内のドイツの財産を取得する旨の国内法を制定しており、これに基づいて上部シレジア地域にある工場を補償無しに収用した。ドイツはこれをジュネーブ条約に反すると主張した。裁判所は、ポーランドのヴェルサイユ条約に基づく正当化は認めず、同国の行為を違法な収用と認定した。また、本件では、工場自体の収用に加えて、工場の所有者とは別の会社が有する契約上の権利の収用についても、ポーランドは後者の収用の意図は否定していたが、これを認めた。“What Constitutes a Taking of Property Under International Law,” 38 BYIL (1962) 307, pp. 319-312. German Interests in Polish Upper Silesia, Judgement No. 7, P.C.I.J. Series A, No. 7.

した²⁰。ヒギンズ（Higgins）は、米国の設立した紛争解決委員会の判断例等をもとに、所有権の移転がなくとも、財産の使用を相当程度奪うような侵害について収用が認められると解する²¹。山本は、「「収用」とは、法律に基づく権原の移転・差押えのほか、「解釈上の収用」（財産の使用・収益・処分に対する国家の直接の干渉・支配）も含まれる」と述べる²²。ブラウンリー（Brownlie）も、収用そのものを定義することはせず、一般国際法上の収用を構成する財産的侵害の性質について、財産権の剥奪それ自体、または管理と支配の力を永久的に移転させることと述べ、必ずしも所有権の移転の有無を要件としていない²³。

ソーン（Sohn）とバクスター（Baxter）両教授が報告者となり、ハーバード大学の国際法研究会が作成した草案を再検討・修正して1961年に発表された「外国人の経済的利益の侵害にたいする国家の国際責任に関する条約草案²⁴」の収用の定義も、「収用には、明白な財産の取得のみならず、財産の所有者が侵害の開始から合理的な期間中、財産の使用、享有、処分ができなくなったとの推定を正当化するような財産の使用、享有又は処分に対する不合理な侵害を含む」として、財産の使用、享有又は処分が奪われることを収用を構成する財産権侵害の態様と捉えている²⁵。

国際裁判所判断も同様である。例えば、投資協定仲裁が活発化する以前、収用に関する多くの判断が蓄積されたのが、イラン・米国請求権裁判所であり、投資協定仲裁判断もしばしばその判示事項を引用する。本裁判所判断は、「国際法上、財産の剥奪又は収用は、法的所有権に影響がない場合であっても、国家がその財産の使用や収益の享有を侵害することによって起こりうる」と述べ、所有権に影響が無い場合も収用が成立しうるとする²⁶。また、どの時点で収用といえるかどうかを検討するにあたっては、例えば法人（企業）の収用が問題となる場合は、利益（配当）や、法人に対する支配・管理がどのように影響を受けたかを検討している²⁷。

（直接収用と間接収用）

上述のように、一般国際法上の収用概念が侵害態様に着目して発展してきた結果、収用

²⁰ Burns H. Weston, “‘Constructive Takings’ under International Law: A Modern Foray into the Problem of ‘Creeping Expropriation,’” 16 Va. J. Int’l L. (1975-1976), p. 103.

²¹ Rosalyn Higgins, “The taking of property by the state: recent developments in international law,” Hague Academy Recueil des Cours, Vol. 176, (1982), p. 324

²² 山本草二 『国際法新版』（有斐閣、1997年）524頁。

²³ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 6th edition (2003), pp. 508-509.

²⁴ Louis B. Sohn and R.R. Baxter, “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens,” 55 AJIL (1961) p. 545.

²⁵ 原文は、A “taking of Property” includes not only on outright taking of property but also any such unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an inference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference.

²⁶ Tippetts, Abnett, McCarthy, Stratton v. TAMS/Affa Consulting Engineers of Iran et al. Iran-US CTR, 219.なお、原文は “A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a State in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected”.

²⁷ George H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford University Press (1996), pp. 174-188.

とされうる国家の行為の範囲は、土地の収用や特定の企業の国有化のようなものから、特定の化学物質の使用禁止や、土地の用途指定など、非常に多様である。投資協定仲裁の判断や当事者の主張においては、しばしば「直接収用(direct expropriation)」と「間接収用(indirect expropriation)」という用語が使われる。また、「しのびよる収用 (creeping expropriation)」という用語が使われることもある。それらの用語に具体的にどのような定義を与えるかは論者によって異なるが、本稿では、(i)直接収用は、所有権が投資家から国家又は第三者に移転する効果を有するもの、(ii)間接収用は、所有権が投資家のもとに止まるが、投資財産の使用、享有又は処分、もしくは支配と管理が奪われる効果を有するものという理解のもとに議論する²⁸。また、しのびよる収用は、間接収用の一形態として理解されることが多く、定義の一例を挙げると、様々な行為の集合体（その個々の行為自体は収用とはならない）から構成され、投資財産価値を破壊するものである²⁹。

通常、直接収用については、①侵害された権利が明確であり（有体財産の所有権など）、②政府の行為も直接的な侵害的行為であるために、収用であるかどうかについて議論が生まれる余地が少ない³⁰。例を挙げれば、空港建設のための土地の収用に対して補償を支払うことについてそれほど異論がおこりにくい。政府の行為がまさに土地を取り上げることの内容とするものであり、土地という明確な財産が完全に奪われるからである。一方で、間接収用やしのびよる収用の場合は、①侵害された権利が明確なものではなく、②政府の行為も直接的な侵害的行為ではなく、環境や安全など他の目的を有する行為であることが多い。さらに、③殆どの政府の規制的行為は、私人の財産に対して何らかの制限を課し、経済的利益を侵害する可能性があり、全ての規制に対して補償を支払うことは政府機能を破綻させる。従って、理論上は、補償の必要となる規制（間接収用）とそうでない通常の規制を区別する線が存在するはずであるが、概念によって明確に区別することは不可能である。間接収用の認定の難しさは以上のような点に起因する。

直接収用・間接収用といった概念や用語が投資協定上用いられているわけでは必ずしもない。それでは、投資協定上の文言は、これらの用語とどのように対応しているのだろうか。多くの投資協定の条文は、収用および収用に「相当する」場合に対して同じ規律を課している。言い換えれば、収用の場合と収用に「相当する」場合に満たすべき要件は同じである。また、先に挙げた日本・タイ EPA の条文のように、日本の投資協定では「間接的

²⁸ なお、米国の 2004 年モデル BIT の Annex B も、直接収用と間接収用を同様に区別する。

²⁹ W. Michael Reisman & Robert D. Sloane, “Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation,” 74 BYIL (2004) 105. pp. 122-128. なお、桜井雅夫「外国人財産に対する「しのびよる国有化」」慶応大学法学研究 53 巻 7 号（1980 年）35-45 頁において「しのびよる国有化」についての様々な見解がまとめられている。

³⁰ Sornarajah, *supra*. note 16, pp. 349-350. OECD *infra* note 27, pp. 45-46. なお、後述の Feldman 事件判断は、100 段落で「直接収用を認識することは比較的易しい。国家が鉱山や工場を取得して、投資家の所有および支配の全ての意味のある利益を奪うのである。しかしながら、NAFTA の定義する「投資財産」のように幅広く定義された財産権を国家が侵害するとき、国家の行為がいつ妥当な規制から補償の必要な収用になるかは非常に不明確である。」と述べる。

に」収用するという用語を用いないことが多い³¹が、NAFTA の例を始めとして「間接的に」収用するという用語が用いられることもしばしばある³²。投資協定上、収用に「相当する」と「間接的に」収用する場合が規定されている場合に、それぞれ具体的にどのような状況を指しているのかは明確にされないことが多い。さらに、収用に「相当する」場合と「間接的に」収用する場合に特別の違いを見いださない見解もある³³。用語のレベルでの対応関係ははっきりしないが、包括的に、投資協定上の収用の文言は、一般国際法上の間接収用やしのびによる収用を含むように設計されていると解されている³⁴。

(現代における問題関心：補償の必要がない規制と間接収用をどう区別するか)

ここで、収用に関する国際法上の議論の歴史的な流れを大まかに振り返っておく。まず、補償の支払い義務の有無やその水準が論争となっていた 1960 年代から 70 年代には、収用の定義について議論する必要性はそれほど高くなかった³⁵。前者の問題が二国間投資協定において規定されると、従来から議論のある収用の定義の問題の重要性は相対的に高くなった。また、1960 年代から 70 年代に頻発した新興独立国による国有化やその他の外国人の投資財産を標的とした侵害的行為の数は低減した³⁶一方で、1980 年代以降、発展途上国は外国人の投資財産から、国家権力に基づいて経済的メリットを受ける手段として規制等の手法を用いるようになり、間接収用の事例の増加が認識されるようになった³⁷。このことも間接収用がどのような場合に認められるかという議論の重要性を高めた。

1990 年代後半以降、投資協定仲裁の利用が活発化すると、実際の紛争において様々な政府の行為が収用として議論されるようになった³⁸。投資協定仲裁における収用に関する判断は、短期間のうちに蓄積されており、続く仲裁判断が先例を参照することから、法理としての重要性を持つとともに、実際問題として多額の賠償が命じられることに伴うインパ

³¹ 日本の経済連携協定および二国間投資協定における収用の条文については別添資料参照。

³² 経済上の連携の強化に関する日本国とメキシコ合衆国との間の協定および戦略的な経済上の連携に関する日本国とチリ共和国との間の協定においては、「間接的に」という用語が用いられている。別添資料参照。

³³ 後掲注 89 の S.D. Myers 事件判断 285 段落参照。

³⁴ Lowenfeld, *supra* note 15, p. 476. 一方、Reisman & Sloane は、収用に「相当する」という用語は、従来の間接収用概念を拡大するものと解釈する。*supra* note 29, pp. 118-119.

³⁵ Rudolf Dolzer, “Indirect Expropriation of Alien Property,” 1 ICSID Review (1986) 41, pp. 41-44.

³⁶ Kobrin, “Foreign Enterprise and Forced Divestment in LDCs,” 34 International Organization 1 (1980), 65-88, pp. 68-89. Minor, “LDCs, TNCs and expropriation in the 1980s,” Center on Transnational Corporation Reporter, No. 25 (Spring 1988), p. 53. Kobrin は、国有化および、法律に基づかない所有権の移転 (intervention)、強制売却 (Forced sale) や契約の再交渉 (Contract renegotiation) について、divestment と定義し、その数を年別に数えている。Minor もその分類に倣っている。

³⁷ George Chifor, “Caveat Emptor: Developing International Disciplines for Deterring Third Party Investment in Unlawfully Expropriated Property,” 33 Law & Pol’y Int’l Bus. (2001-2002) 179, pp. 182-185.

³⁸ はじめに述べた Ethyl 事件に加え、初期の NAFTA の仲裁事件の多く（後述の Pope and Talbot 事件, S.D. Myers 事件, Metalclad 事件等）が政府の規制を収用と主張した。

クトも大きい。従って、投資協定仲裁における収用の定義の問題は、国家の規制権限に対するどのような制限となるのかという観点から着目されるようになった。幅広く間接収用を認めることは、幅広い政府の行為について補償の支払いが行われることになり投資保護に資する。その一方で、ある規制の実施にあたって補償の支払いが必要であるとされると規制のコストが上昇するため、補償の必要な規制（つまり「収用」とされる規制）の範囲が狭い方が国家の規制実施にあたっての自由度は高い。ある規制が収用かどうかという問題は、この二つの要請をバランスさせる側面がある。また、環境や安全という課題に政府が積極的に取り組むことが国際的、国内的に要請される場合、投資協定仲裁判断がそのような要請と親和的か否かということは、仲裁判断の重要性およびインパクトを考えると重要といえる³⁹。

さらに、投資協定仲裁が、外国人投資家が受入国政府を訴えるという構造を有することから、受入国の国民の視点からは、自国内の財産権保障との比較がなされるようになる。そもそも、政府が公的目的のために結果として私人の財産権を侵害する場合に、そのような行為をどの程度許容するか、また許容するとしてどの範囲の侵害にどの程度の補償を支払って負担を分散させるかの合意は社会によって、またそのときの国内情勢によって異なりうる⁴⁰。多くは憲法がその大枠を規定しているだろう。この国内的な合意と、条約による投資財産保護が異なる場合、それに疑問が生じることは避けられない。このような状況の下で、どのような規制が間接収用であり、どのような規制は補償が必要とされないのかという従来からの難問は、実際の事件における主要論点となるとともに、政策的なインプリケーションを持つようになった⁴¹。

間接収用と補償の必要とされない規制の区別という問題について、一般国際法上、まず、間接的な財産侵害の場合は一定程度以上の侵害がなければ収用ではないとの考え方が存在した⁴²。様々な規制がなんらかのかたちで投資財産価値に影響を及ぼす以上、侵害の程度が判断にあたっての重要な要素となる。言い換えれば、より高いレベルの侵害を要件とするならば、収用とされうる行為の範囲は狭くなる。次に、国家の行為が仮に投資財産に深刻な侵害を与える場合であっても、正当で無差別に行われる限り、一定の行為については補償の必要がないと考えられてきた。たとえば、従来から、正統に行われる刑事罰や課税であれば、収用とはみなされないと考えられている⁴³。しかし、そもそもどのような要件を満たせば正統といえるのか、さらに、例えば環境や公衆衛生という広い分野までも含めた場合に、仮に投資財産の完全な滅失となっても補償が必要ないと言われるかについては明

³⁹ Thomas Waelde and Abba Kollo, “Environmental Regulation, Investment Protection and ‘Regulatory Taking’ in International Law,” 50 Int’l & Comp. L. Q. (2001) 811, pp. 811-814.

⁴⁰ Higgins, *supra* note 21, p. 277.

⁴¹ このことは、フランスが MAI の交渉から離脱する宣言を出す前の 1998 年にフランス国内の特別委員会が提示した、フランスが交渉を続けるための条件の一つに、収用条項から（収用と）「同様の効果を有する措置(“measures having equivalent effect”）」の削除が挙げられたことから伺える。

⁴² Joun H. Herz, “Expropriation of Foreign Property,” 35 AJIL (1941) 243, p. 251.

⁴³ B.A. Wortley, *Expropriation in Public International Law*, Cambridge University Press (1959), pp. 38-50.

確ではない⁴⁴。

現在まで、収用に関しては、仲裁判断の分析をもとに多くの議論がなされてきている⁴⁵。それらの多くが、収用判断は、個別の事実関係に大きく依存し、明確かつ簡易なルールは存在しないという点で一致する。その上で、仲裁判断法理の研究は、仲裁判断がどのような点に着目して判断したかという観点から整理するものや、問題となる事実関係に着目して整理する⁴⁶ものが多い。中でも代表的なものは、仲裁判断の着眼点に基づいて、二つの流れがあるとするものである⁴⁷。一つは、「政府の意図は、措置が所有者に与える影響に比して重要でない」と述べたイラン米国請求権裁判所判断⁴⁸や後述する NAFTA の *Metalcald* 事件判断の判示に着目し、投資財産に与える侵害のみを、唯一又は最も重要な判断基準と解するものである⁴⁹。極論すれば、正統な規制であっても、侵害の程度がある一線を超えれば収用となるという考え方ともいえよう。この考え方は、最近の投資協定仲裁でもしば

⁴⁴ たとえば、アメリカ法律協会（ALI）第三次リステイトメントのセクション 712 は、他国の国民の財産を国家が収用した場合であって、(a)公的目的でない、(b)差別的である、又は (c) 公正な補償の支払いを伴わないものから生じた損害について、国家は、国際法上、損害の責めに任ずると規定する。当該セクションのコメント g は、以下のように定める。国家は、・・・国家のポリス・パワーの範囲内と一般的に考えられている真性の一般的課税、規制、刑事罰、又はそのような行為による財産の喪失やその他の経済的損害の責めを追わない。このコメント g は、補償の必要がない行為について最も具体的に述べているものの一つであるが、トートロジカルな定義とも言える。このことは、収用の必要がない規制の類型化の難しさを示すものともいえよう。また、MAI 草案「規制権限」と題する 3 条は、「収用および補償」について定める 5 条とは別に、「締約国は、投資活動が健康、安全または環境配慮に敏感なかたちで行われることを確保するために、そのような措置がこの協定に整合的であるかぎり、自らが適切だと考える措置を採り、維持し、または執行することができる。」（原文は、“a Contracting Party may adopt, maintain, or enforce any measure that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to health, safety or environmental concern provided that such measures are consistent with this agreement”と定める。）

⁴⁵ 最近のものを挙げると次のとおり。Bjørn Kunoy, “Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration,” 6 *Journal of World Investment & Trade* (2005) 467. August Reinisch, “Expropriation,” *The Draft Report 2006, Committee on International law on foreign Investment, International Law Association*. Jack Coe, Jr. and Noah Rubins, “Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions,” in Todd Weiler ed. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Cameron May (2005). Kaj Hobér, *Investment Arbitration in Eastern Europe: In Search of a Definition of Expropriation*, Juris Net, LLC (2007).

⁴⁶ August Reinisch, Id.

⁴⁷ Rudolf Dolzer, “Indirect Expropriations: New Developments?” 11 *N.Y.U. Environmental Law Journal* (2002) 64. OECD, ““Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law,” in *International Investment Law: A Changing landscape*, (2005). Yves Fortier and Stephen L. Drymer, “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor,” 19 *ICSID Review* (2004) 293.

⁴⁸ Tippetts, 6 Iran-U.S. Al. Trib. Rep. *supra* note 26.

⁴⁹ Christoph H. Schreuer, “Rapport: The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties,” in *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, JurisNet LLC., pp108-159.

しばし申立人によって主張される⁵⁰。もう一つの流れは、投資財産に与えた効果の重要性は認識しつつも、政府の行為の性質や目的も考慮することによって、投資財産保護と政府の規制による目的のバランスを可能とするものである⁵¹。この考え方は、被申立人である国が主張することが多い⁵²。これは、国家の主張する公的目的を尊重する限りにおいて、国家の規制権限に配慮したものとなる。はたして、収用に関する投資協定仲裁判断には、①規制の態様にかかわらず、侵害を重視する立場と、②侵害を重視しつつも同時に規制目的・性質についても考慮するという立場、という二つの立場があると考えられるのだろうか。もしくは、規制に対するアプローチとしてこれとは異なる対立軸があるのだろうか。以下それを検討する。

2. 投資協定仲裁の判断

2-1. 仲裁判断の分析—収用を認めた判断

ここでは、間接収用を認めた判断の概要を述べるとともに、仲裁廷が、①収用の定義をどのように考え、②投資財産への侵害の程度をどう評価し（侵害の評価）および③政府の規制についてどのような性格のものと位置づけたか（規制目的・性質の評価）に着目し、判断枠組みの共通性や相違点について検討する。

（1）Santa Elena 事件判断⁵³—政府による土地の取得

1970年にコスタリカで設立したCDSE社は、サンタエレナ地区を購入し観光及び住居地域として開発することを計画していた。1978年、コスタリカ政府は、サンタエレナ地区の自然環境保護のため、隣接する国立公園を拡大してそれに含めることを意図して、CDSE社の土地を収用する布告を発した。当該布告には、収用の目的および190万ドルが支払われることが定められていた。CDSE社は、この補償金額が不当であるとして仲裁を付託した。両当事者は、コスタリカの措置が収用であることおよび「財産の公正な市場価格による完全な補償」という水準については争っておらず、主要論点は、補償金額の算定方法であった。

本判断は従って、政府が明確に収用であることを宣言しており、それ自体に争いが無かったという点で、以降に述べる事例とは異なる面を有する⁵⁴。にもかかわらず本判断をとりあげた理由は、以下引用する文章が、続く仲裁判断や申立人の主張として、収用判断においては、措置の目的は、判断にあたっての副次的又は無関係な要素に過ぎないという主張をする際にしばし参照されるためである。

⁵⁰ 例えば、後掲注72のSiemens事件238段落。

⁵¹ 後述のS.D. Myers事件判断（後掲注89）。

⁵² 例えば、「被申立人は、収用があったか否かを判断する重要な要素として措置の効果にのみ着目する主張に反対する」とアルゼンチンの主張をまとめる後掲注__のAzurix事件判断296段落参照。

⁵³ *Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A., v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award, Feb. 17, 2000.

⁵⁴ 坂田雅夫「投資保護条約に規定する「収用」の認定基準としての「効果」に関する一考察」同志社法学57巻3号（2005年）833頁、862-863頁。

収用的環境措置は、いかに賞賛に値し、社会全体にとって有益なものであっても、国家が政策を実施するためにとる他の収用的措置と次の点において同様である。すなわち、財産が収用されたときは、たとえそれが環境目的のためであっても、国家が補償を支払わなければならない国内的もしくは国際的な義務は存在する⁵⁵。

（２）Metalclad 事件判断⁵⁶—廃棄物処理施設の建設許可の拒否

メキシコ企業の COTERIN 社は、連邦政府よりグアダルカザール市内における産業廃棄物処理施設の建設および運営の許可を、州政府より処理施設を建設するための土地利用許可を得た。米国法人の Metalclad 社は、産業廃棄物処理事業を行うため COTERIN 社に出資し、建設に着手した。ところが、グアダルカザール市内で処理施設に対する反対運動が起こり、市は、建設許可を市から得ていないことを理由に建設中止命令を出した。Metalclad 社は、再度、連邦政府職員から施設の建設および運営に必要な許可は全て得ていると保証され、建設工事を再開し、施設を完成させた。施設の完成後、Metalclad 社は地元住民の妨害行為により操業できない状態が続き、その上申請後 13 ヶ月間保留となっていた市の建設許可が拒否された⁵⁷。その上、市は施設建設地を含む地域を稀少サボテンの保護地域に指定し、Metalclad 社は事業を行うことが完全に不可能となった。

仲裁廷は、収用について以下のような定義を行った。

NAFTA における収用は、公然に、意図的であつ承認された財産の収用のみならず、全体的であれ、またかなりの部分であれ、・・・たとえ明らかに受入国の利益となるものでなくても、合理的に期待される財産の経済的利益の使用を奪う効果を持つ、内密または付随的な財産の使用についての干渉を含む⁵⁸。

その上で、市政府による時宜を逸した、国内法上および実質的にも根拠のない不許可処分および Metalclad 社が適切に連邦政府の説明を信じたこと等を指摘して、メキシコの諸措置が「間接収用に相当する」と判断した。

本判断は、収用について非常に広い定義を行ったものとして注目を浴びた⁵⁹。この定義自体が、投資財産に与える侵害に着目したものであることは明白であるが、判断全体を見る限り、それだけを根拠としたものとは考えにくい。つまり、本判示事項は、収用にあた

⁵⁵ *Ibid.*, para 72.

⁵⁶ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, Aug. 30, 2000.

⁵⁷ Metalclad 社は、連邦政府職員から、①市は本来規制権限を持たないが、市と良好な関係を築くために、市にも建設許可申請を出した方がよい、かつ、②市は建設許可を拒否する権限を持たないため、当然許可するはずであると助言されて、市にも申請をしていた。前掲注 56、41 段落参照。

⁵⁸ Metalclad, para. 103.

⁵⁹ 小寺彰「投資協定仲裁の新たな展開とその意義—投資協定「法制度化」のインパクト」RIETI Discussion Paper Series 05-J-021, (2005) pp. 8-10.

って考慮する財産的侵害の範囲を包含的に定義しているのみであり、その他の事情を考慮することは排除されていないと解される。たとえば、本件については、Metalclad 社に対する許可の取消が、①許可は連邦政府の権限であり州政府に権限はないという連邦政府職員の説明を同社が信頼して投資を行ったにもかかわらず、②それに反し、かつ、③国内法上の根拠なく、州政府によって行われたということが考慮されたと考えられる⁶⁰。

なお、本判断は後にカナダの国内裁判所で一部取消されたが、収用の定義については、取消の対象となっておらず⁶¹、その後の NAFTA の仲裁判断においても、その定義が広いと考えられることに言及しつつも、否定することなく参照する判断がいくつかある⁶²。

（３）CME 事件判断⁶³—政府権力による契約の不利更改

ドイツ企業の CEDC とチェコ企業の CET21 は、チェコでテレビ事業を営むためのジョイントベンチャーである CNTS を設立した。チェコのテレビ事業に関する規制は、メディア委員会がメディア法に基づいて行っていた。テレビ事業の免許は、CET21 に付与され、CET21 を免許保有者とし、CMTS をテレビ局の運営者と位置づける合意書が免許の条件の一部となった。このような免許保有者と運営者を分ける事業形態となったのは、チェコの国会での議論を踏まえ、メディア委員会が、テレビ事業の免許を外国資本の会社に与えない方がチェコ国民に受け入れられやすいと考えていたためである。合意書は、①CET21 が CNTS に免許を「無条件に、明白におよび排他的に」使用する権利を与え、12%の持分を得ること、②CET21 のアドバイザーの Zerezny 氏（チェコ人）が、CNTS の最高責任者となることを定めた。CME21 と CNTS はテレビ放送を開始し、事業は好調であった。96 年にメディア法が改正され、免許事業者は、免許に付与された条件の一部の免除申請を行うことが可能となった。CET21 も免除申請を行ったため、メディア委員会は許可の条件を守らせる法的根拠を失うことになった。

同年、メディア委員会は、CNTS の事業の合法性に疑義を表明して、CET21 に付与した免許の剥奪を念頭においた行政手続を開始した。結果、CET21 が CNTS に付与するものが、免許の「ノウハウの使用」と変更された。これに対応して、CET21 と CNTS は役務契約を締結した。この時点の契約では、CNTS が排他的に番組提供を行う権利は維持されていた。しかし、99 年、Zerezny 氏は、メディア委員会に働きかけ、これに応じてメディア委員会は、同氏に対して、テレビ局の運営と番組提供サービスは非排他的でなければならない等の要件を書いた書面を交付した。同氏はこれをもとに、CEDC 等から CNTS の株式を取得していた CME と交渉し、結果、CNTS の排他的番組提供権利は契約から削除された。その後、CET21 は、日ベースの記録（day-log）の提出が無かったことを理由に CNTS との役務契約を解除した。

⁶⁰ 坂田、前掲注 54、852-853 頁。小寺、*ibid.*,

⁶¹ *United Mexican States v. Metalclad Corporation*, Vancouver Court Registry Case No.L002904, (2001). ただし、異なる時点で収用を認めた。

⁶² 後掲 *Waste Management* 事件判断 159 段落。ただし、これは、Metalclad 事件判断ほどに広い意味を収用に認めるとしても本件では、収用に相当しないという文脈で使われている。

⁶³ *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL Case, Partial Award, Sep. 13, 2001.

仲裁廷は、まず 96 年にメディア委員会の圧力により、CET21 が CNTS に付与するものが免許の「ノウハウの使用」に変更されたことをもって、「申立人の投資財産の法的根拠の破壊にほかならない」として、収用にあたりと判断した⁶⁴。さらに、99 年以降、作為及び不作為によって CNTS の排他的番組提供の権利を放棄させたことでさらなる損害を与えたとした。収用については、適切な法執行とは区別されないとはしつつも、本件のメディア委員会の行為については、「特にメディア法についてみても、法に則った通常のテレビ放送規制」とは性格づけられないとした。

本判断も、CNTS に対する侵害について詳細に検討した上で収用を認めている。本判断の重要な点は、剥奪されたものを、事業免許の「独占使用権」と認識し、これが CNTS の事業において極めて重要な「商業的価値」を有している点に着目した点である。このため、CNTS が契約解除により事業を行うことができなくなった時点ではなく、CNTS が弱体化された契約上の権利の下でも依然事業を行うことができていた 96 年の段階—この状態を仲裁廷は、「CNTS を資産はあるが事業のない会社にした」と描写している⁶⁵—で収用を認めている。このような判断をするにあたり、仲裁廷は、前述の Metalclad 事件の収用の定義およびイラン・米国請求権裁判所の Tippetts 等の判示を参照し、所有権以外の財産権価値が奪われたことをもって収用を認めることの論拠としている⁶⁶。CNTS の事業継続性という観点からは、CET21 による契約解除が決定的であるが、これは形式的には私企業の行為であり、実際的にも Zerezny 氏の意図が影響したとも考えられ、政府の行為と見なすことは難しい。その意味でも、96 年の段階で収用を認めたことの意味は大きい。

政府の措置に対する評価としては、メディア委員会の措置の規制としての正統性を否定している。

（４）Tecmed 事件判断⁶⁷—廃棄物処理事業の許可更新拒否

Tecmed 社は、メキシコに設立した子会社 Cytrar を通じて、産業廃棄物処理事業を行うため、エルモシージョ市における土地および施設等を落札した。事業免許は、環境省の傘下にある規制当局である INE から付与され、当該免許は一年単位の更新制をとっていた。Cytrar は、事業開始後、1 度免許更新を許可された。しかし、Cytrar の免許取得後に、産業廃棄物処理施設の居住地からの最低距離要件を定める規制が成立し、当該規制が遡及効を持たないにもかかわらず、その要件を満たしていないことが反対住民グループによって指摘された。これらの住民反対運動は、Cytrar の施設運営の態様のためではなく、同社が近隣の州から汚染された土を輸送してきたことが原因であった。Cytrar は政府の求めに応じて施設移転に合意し、移転費用の相当部分を自己負担することにも同意していたが、あくまでも代替地で必要な許可を得て事業が継続できることを条件としていた。1998 年、Tecmed 社が INE に免許更新申請をした時点では、代替地は見つかっていなかった。にも

⁶⁴ *Ibid.*, para. 593.

⁶⁵ *Ibid.*, para. 591

⁶⁶ *Ibid.*, paras. 606-609.

⁶⁷ *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, May 29, 2003.

かわらず、許可の更新は拒否され、後に埋立地は閉鎖された。

仲裁廷は、許可更新拒否決定が収用かどうかを判断するに際し、それが

「投資財産の経済的使用と享有を根本的に(radically)奪ったかどうか、例えば埋立地やその利用に関係した収入や利益といった権利が存在しなくなったかのような状態となったかどうか」

を判断すると述べた⁶⁸。さらに、投資財産の所有権に何ら影響がない場合であっても、一時的でなく使用や享有が奪われれば、国際法上財産を奪われたと考えられるとした。そして、許可更新を拒否し、埋立地を永久的かつ決定的に閉鎖したことは、財産を奪われたことに該当するとした。これが収用かどうかを判断するにあたっては、政府の措置が「その目的、経済的権利の剥奪およびそのような剥奪を受けた者の正統な期待に照らして合理的であるかどうか」、「措置によって守られる公共の利益と投資財産の法的な保護に均衡したものかどうか」を検討するとし、「その均衡性の判断にあたっては投資財産に与える影響は重要な役割を果たす」⁶⁹と述べた。均衡性について、仲裁廷は、メキシコが正当化理由として挙げた①Cytrar 社の法令違反および②周辺住民による施設の立地に対する反対について検討した。①については、許可を取り消すほど重大なものでなかったことを政府自身が認識していたことを指摘し、②については、住民による反対運動の理由は、Cytrar の施設運営の態様ではなく、Cytrar に責任はないこと、Cytrar は移転および費用負担に同意していたこと、施設の運営が現実のまたは潜在的な環境又は公衆衛生上の危険を伴うものであることが証明されてないこと、住民の反対運動が比較的小規模であったことを指摘して、許可更新の取消に至るほどのものではないと結論づけた。

本判断で仲裁廷は、許可更新の拒否について、投資財産が「奪われた」効果を有するということを認定した。仲裁廷は、申立人の期待について、「投資額及び、埋立地をその耐用年数期間運営することによる予測利益を回収することである」と述べており、申立人の投資財産を、「期待」も含めて認識していたことが、許可に基づく財産価値が更新判断時点で一旦無くなるのではなく、継続的に存続するという前提につながったと考えられる。

収用の判断基準は、Metalclad 事件判断よりも厳格である。つまり、使用と享有を「根本的に」奪うことまたは収入や利益といった権利が「存在しなくなった」という点に着目しており、Metalclad 事件判断よりもより深刻な侵害があることを要件としている。その上で、その侵害は重要な判断要素であるとしつつも、収用を認めるにあたり新しい要件を課した。すなわち、政府の行為がそれによって果たそうとした目的と投資財産の保護に均衡したものかどうかを考慮した上で、均衡していない場合に収用であるとするのである。この判断は、政府の規制目的と投資財産の保護をバランスさせるとの考えにたつものと思われる。

⁶⁸ Ibid., para. 115

⁶⁹ Ibid., para. 122

（５）Eureko 事件判断⁷⁰—政府による契約不履行

オランダの Eureko 社は、ポーランドの保険会社 PZU の民営化に関する閣議決定（一定数の株式を特定の投資家に売却し、残りは 2001 年までに株式公開において売却すること）を受け、国有財産省から PZU 社の株式を買い受ける株式購入契約を締結した。当該契約は、Eureko 社の取得すべき株式数、株式公開までの手続き、監査役会の役員の任命権等について定めていた。この契約の締結後まもなく PZU の民営化は政治問題化し、批判の対象となった。国有財産相は、PZU の経営への影響力を得るため、契約に違反する監査役会の任命等を行うとともに、裁判所に対して契約の無効を申し立てた。この点について、ポーランドの最高監査委員会報告書によれば、財務相が正当化のため主張した事実は疑わしいとされていた。財務相の交代に伴い、再交渉が進められた。結果、2001 年末までに株式公開を行い、公開期間中に Eureko 社等が一定の株式を購入する旨の追加合意書（一次）が締結された。その後、2001 年 9 月 11 日のテロが起こり、同年内の株式公開実施は難しくなり、Eureko 社等に直接株式を売却する旨の追加合意書（二次）が締結されたが、この合意も国有財産相の履行拒否によって履行されなかった。

仲裁廷は、本案審査に入る前に、Eureko 社のどのような投資財産が侵害されたかを検討した。根拠となるオランダ・ポーランド投資協定の定義および一連の株式購入契約関係の文書を参照し、いかなる「株式保有から派生する権利」が保護されるかを検討した。結論として本件については、一定の株式保有に伴う企業支配権が投資の重要な要素であり、経済的価値を有するとして、投資協定上の保護に値すると述べた。次に、株式公開に伴い株式を購入する権利についても、保護されると述べた。本案審査においては、まず、契約不履行について、最高監査委員会の報告書や、国有財産相の発言等を参照し、政府の行為は、PZU に対する支配権を維持するためのものであったと結論した。

収用（剥奪）⁷¹の主張については、奪われた投資財産を株式公開に伴う権利であるとし、「本仲裁廷が許容できないと判断した行為によってポーランド政府は申立人の財産を剥奪したため、Eureko 社は協定 5 条（収用）の主張をする権利がある」と述べた。その上で、契約上の権利の剥奪は、実質的にも効果においても収用的(expropriatory)であると述べた。さらに、ポーランド政府の行為が差別的であることおよび Eureko 社の期待に反することを指摘して、協定 5 条に違反すると述べた。

本判断は、付託根拠となった投資協定における、剥奪（“deprivation”）と収用（“expropriation”）の文言の違いには着目せず、収用についての判断を行った。それにあたり、まず Eureko 社のどのような投資財産が侵害されたかを検討し、明確化した点が特徴的である。同社は、契約上得られるはずであった権利を得ることができず、それを以て仲裁廷は侵害認定している。また、政府の行為については「許容できない」と述べ、正統な規制とは認識していない。

⁷⁰ Eureko B.V. v. Republic of Poland, ad hoc arbitration, Aug. 19, 2005.

⁷¹ 本投資協定においては、収用（“expropriation”）ではなく、剥奪（“deprivation”）という用語が使われている。

（６）Siemens 事件判断および Vivendi 事件判断—政府による契約解除

（Siemens 事件判断^{72）}

ドイツの Siemens 社は、アルゼンチンに設立した子会社（SITS）を通じて、同国における身分証明および入国審査システムの総合プロジェクト契約を落札した。プロジェクトの一環として SITS は、身分証明書の作成および配布を行うことになっていた。身分証明書の作成は、アルゼンチン政府および SITS の合意のもと、選挙後の 1999 年 10 月に延期された。新政権のもと、政府側より身分証明書の価格再交渉と、無料配布枚数の増加の要求が出された。2000 年 2 月、プロジェクトはシステムの不具合を理由に中止された。同年 11 月、経済危機にみまわれたアルゼンチンは「2000 年経済非常時法」を制定し、大統領に対し公共セクターの契約について再交渉を行う権限を付与し、同契約もその対象となった。翌年 5 月、アルゼンチンは同法にもとづき、Decree 669/01 を発して、契約を終了させた。

仲裁廷は、アルゼンチンによる契約解除について、単なる契約の相手方として行ったものではなく国家権力の行使として行ったものであると判断した。また、付託根拠であるドイツ・アルゼンチン BIT の条文が、収用と同等の「効果」（“effect”）を有する措置としていること⁷³および、同様に契約の収用が問題となった常設国際裁判所判断のノルウェー船主事件の判示事項に言及し、「意図」は収用の判断には関係ないとした。Decree 669/01 について、「永久的な措置であり、契約を終了させる効果を有する」と述べ、収用であるとした。そして、2000 年非常事態法の公的目的は明らかであるとしつつも、SITS に適用された Decree 669/01 は、それまでに進行していた措置を継続させるための便利な道具になったのであり、2000 年非常事態法と同じ公的目的であるかどうかは疑わしいとした。その上で、いずれにせよ、補償が支払われておらず、違法な収用であるとした。

仲裁廷は、Decree 669/01 が収用であるとの判断にあたり、それが契約解除の効果を有するという点を考慮している。投資財産（本件の場合は契約）に与える影響のみを考慮しており、以上に挙げた判断の中では、侵害のみを最も考慮しているとの解釈を導きやすい論理構成となっている。ただし、本件についても Decree 669/01 については、政府の正統な規制行為であるとは認識していないことに注意が必要である。

（Vivendi 事件判断^{74）}

フランスの Vivendi 社の子会社 CAA 社は、アルゼンチン・トゥクマン州の上下水道の民営化の際に、州と上下水道事業の 30 年間のコンセッション契約を締結した。コンセッション契約には、年毎の料金の値上げ率、CAA 社のネットワークの拡大や新設備の建設等への

⁷² Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Feb. 6, 2007.

⁷³ ドイツ・アルゼンチン BIT 4 条 2 は次のように定める（西語文）。“Las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser expropiadas, nacionalizadas, o sometidas a otras medidas que sus efectos equivaigan a expropiación o nacionalización, salvo por causas de utilidad pública, y deberán en tal caso ser indemnizadas...”

⁷⁴ Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Aug. 20, 2007.

投資義務、料金支払いを行わない顧客に対するサービス提供の権利等が定められていた⁷⁵。一方で、水道事業の民営化は、野党や市政府の反対にあったものの、州政府は敢えて民営化の目的やプロセスに関する住民の理解を求める行動を取っていなかった。コンセッション契約の締結後行われた選挙では、野党として民営化に反対していた *Fuerza Republicana* 党が勝利し、政権を握ることになった。

新政府は、CAA 社のサービス提供開始後に発生した水道水の濁りについて、健康上の被害のおそれを表明したり、契約上既定の料金値上げを厳しく非難するなどした。実際には、健康上の問題は無く、そのことを監督当局自身が認識していた。なお、CAA は、濁りの除去に努め、住民に説明を行うなど適切に対応した。また、旧政権下では CAA 社に対して問題があるとの立場を表明していなかった監督当局も政権交代後態度を変え、CAA 社に対して一度は認めた課金の問題点を指摘し、罰金等の賦課を行い、さらには料金の徴収を差し止めた。州知事は料金値下げを意図して契約の再交渉を開始したが、その間にもオンブズマン等様々な機関から批判が相次いだ。交渉で両者は合意には至らず、政府は CAA 社の契約違反を理由に契約を解除した。

仲裁廷は、収用を認める際の侵害の要素について、多くの仲裁判断等が「部分的な価値の剥奪（収用ではない）と、完全又はほぼ完全な価値の剥奪（収用）」を区別していると述べた⁷⁶。また、意図については、措置が収用的であることを補強することはあっても収用の要件ではないとし、公的目的の存在が収用を否定することはないと述べた。結論として、まず、州政府の行為は、CAA 社の問題に対する正統な規制的行为ではなく、契約の終了又は再交渉を強制するための違法な国家権力による行為であると述べた。次に、政府の一連の行為によって、CAA 社は、拡大する損失と料金回収についての見込みがない状況のもとで事業を終了するほか無い状況に追い込まれたのであり、資金的存続性に破壊的な影響を与えたとし、先例の言葉を借りれば「投資財産の経済的使用や享有を根本的に奪われた」⁷⁷として、収用を認めた。

本判断は、政府による契約の解除という行為のみならず、CAA 社に対して行った一連の措置が事業に対してどのような影響を与えたかを総合的に検討した上で収用を認めた。また、規制の正統性の議論を、規制の公的目的の議論（収用の合法性の要件）とは区別して行い、規制の正統性については明確に否定している。このことは、仮に政府の行為が正統な規制行為であれば、別の議論がなされうることを示唆する。

（７）小括

（侵害のみを考慮するとの理解について）

以上に述べた仲裁判断は、いずれも投資財産に与える侵害の程度に着目して収用の主張

⁷⁵ 後述する *Azurix* 事件と異なり、本契約には、水道事業民営化後の料金値上げ率が、一年目は 1.679 倍、二年目は一年目の 1.1 倍というように、明確に定められていた。4.5.2.段落参照。

⁷⁶ *Vivendi*, *supra* note 74, para. 7.5.11.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 7.3.34. なお、ここでは *Tecmed* 事件判断、*CME* 事件判断、*Santa Elena* 事件判断等を引用している。

を認めたという点で共通する。また、あくまでも公的目的の存在自体は収用の合法性の一要素であり、公的目的の存在が収用であることを否定するものではないことは条文上明白であるが、目的や意図よりも投資財産の侵害を重視する点もほぼ共通する。しかし、Tecmed 事件判断以外は、国家の規制の妥当性判断がどう影響したかは定かでない。Santa Elena 事件判断以外は、いずれも正統な規制とは認めず、侵害のみを議論しているからである。すなわち、政府の規制の目的や性質に関わらず、侵害のみが判断要素となるとの立場にあるとまでは考えにくい⁷⁸。この点については、収用を否定した判断について述べた後で、改めて検討する。

（Tecmed 事件判断の均衡性アプローチについて）

Tecmed 事件判断は、上述のように、メキシコの主張した公的目的については特に異議をとなえず認めた上で、その目的とその手段の均衡性を考慮するというアプローチをとった。最初に挙げた「侵害」か「侵害および規制目的・性質か」という議論から一步踏み込んだ均衡性アプローチである。投資財産保護と国家の規制権限尊重のバランスという観点からはすぐれたものとして支持する論者もいる⁷⁹。しかし、Tecmed 事件判断以降、このアプローチを一般論として支持する仲裁判断はいくつかあるが⁸⁰、実際にbalancingを行った例は公表されているものの中には、同判断以外に今のところ無い。その理由として、収用を構成する行為が目的との関係に於いて均衡性を有することが無補償を正当化するとの考えの理論的根拠が不明確であることが挙げられる⁸¹。また、収用の条文から導き出されるとも言い難い。そもそも、公的目的で、差別的なものでなく、正当な法の手続に基づくものであっても、収用の際には補償の支払いが必要とされているのである。ここからは、行為と目的との間の均衡性の要件は読み取れない。この点において、Tecmed 事件判断は、欧州人権裁判所判断を参照している。欧州人権裁判所判断は、均衡性を要求する根拠を、欧州人権条約全体および1条の構造に見いだしている⁸²。

欧州人権条約第一議定書1条は以下のように定める。

すべての自然人または法人は、その財産を平和的に享有する権利を有する。何人も、公益のために、かつ、法律および国際法の一般的原則で定める条件に従う場合を除くほか、その財産を奪われない。

⁷⁸ なお、Santa Elena 事件については、そもそも収用であることを前提として議論しているため、参考とならない

⁷⁹ Waelde and Kollo, *supra* note 39.

⁸⁰ 後掲注 107 の Fireman's Fund 事件判断 176 段落、注 100 の Azurix 事件判断（311-312 段落）および注 99 の LG&E 事件判断（185-197 段落）。

⁸¹ さらに、均衡性アプローチは、比較的立証が容易な指標を判断根拠にできる「侵害の程度」要件に比して、広範な事実関係の把握と検討を要することから、仲裁廷は実際の適用には慎重になることもあるのではないかと考える。

⁸² Sporrang and another v. Sweden, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, European Court of Human Rights, (1983) 5 EHRR 35, [1982] ECHR 7151/75, 23 Sep. 1982. para. 69. 関連して、Tom Allen, "Compensation for Property under the European Convention on Human Rights," 28 Mich. J. Int. L. (2007), p. 287.

ただし、前項の規定は、国が一般的利益に基づいて財産の使用を規制するため、または租税その他の拠出もしくは罰金の支払を確保するために必要とみなす法律を施行する権利を何ら害するものではない。

同条は、財産侵害の程度が「奪われ」る場合と「使用を規制」する場合に分け、後者につ⁸³いては、国際法上の収用よりも広く財産的侵害を念頭におくとともに⁸⁴、政府に対する行為規範としてはより緩やかな要件としている。また、第三文には、政府の規制権限についての配慮が見られる。これにかんがみれば、一般的な投資協定の収用条項よりも、対象とする財産的侵害の範囲が広い一方、政府の規制と私人の財産権保護のバランスにより配慮した規定といえる。さいごに詳しく述べるように、そもそも、人権としての財産権保障と、投資協定の定める投資財産保護は違うことを念頭におく必要がある。また、このような総合的な財産権保障の枠組みに示される規制と財産権保護のバランスの要請と、収用という強度の侵害のみについて規律を課す投資協定におけるバランスの要請は必ずしも同じとは言えない。従って、Tecmed 事件判断がバランスの要請を根拠づけるものとして欧州人権裁判所の裁判例を参照したことには疑問の余地がある。

投資協定において、投資財産保護と政府の正当な規制権限のバランスが図られることが望ましいとの立場にたつのであれば、前文等に表明された投資協定の目的から、そのようなバランスの要請を導き出す方が適切ではないか。もちろん、投資協定の前文の文言は様々であるため、これが可能な投資協定とそうでないものがあるだろう。この点、後述の Saluka 事件⁸⁵判示が参考になる。同判断は、公正待遇義務の水準を解する際に、問題となる投資協定の前文を参照した。同判断で仲裁廷は、前文に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が表明されていることに留意し、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そこなわれないうにしなければならないと述べ、「協定の投資保護の実体的条項の解釈についてのバランスのとれたアプローチを必要とする」との考えを示した⁸⁶。

2-2. 仲裁判断の分析その2—収用を否定した判断を中心に

近年の仲裁判断には、収用を否定する多くの事例がある。収用法理を理解するためには、仲裁廷が、収用を認める際にどのような点に着目したかを分析すると同時に、別の事実関係のもとではあっても、どのような点に着目して収用を否定したのかの分析をする必要がある。本セクションでは後者を取り扱う⁸⁷。収用を肯定した判断については、事実関係

⁸³ この点、Azurix 事件判断は、問題を、「措置が正統で公的目的に資するものであるかどうか」という問題ではなく、正統で公的目的に資する措置が補償請求を生み出すものであるかどうかであると捉えて、補償請求が必要とされないものを区別するための方法として Tecmed 事件の採用した基準を支持した。(310 段落参照。)

⁸⁴ Peter Van Den Broek, “The Protection of Property Rights under the European Convention on Human Rights,” 1986/1 Legal Issues of Economic Integration 52.

⁸⁵ *Infra* note 124.

⁸⁶ Tecmed, *supra* note 67, paras. 296-300.

⁸⁷ 以下の分類には、契約解除や違反が収用か否かが問題となった事例のうち、国家権力に基づく行為でなかったことを理由としたものについては、投資財産が契約であるが故に生

の多様性が判断根拠や論じ方にも反映されているため、類型化を行わなかった。一方、収用を否定した判断は、仲裁判断の主たる論拠に一定程度の共通性が見られるため、次のような類型化が可能である。

(1) 投資財産に与える侵害の程度に着目して収用でないとしたもの

ここで述べる判断は、収用を認めない根拠として侵害の程度が低いことを挙げる。これは、収用を認める際に侵害の程度が協調されることの裏返しとも言える。その際、「相当程度の侵害」に達しているか否かという基準が用いられることが多い。ここでは、①仲裁廷が侵害の程度を判断するにあたり参照した事実関係、②収用を認めるにあたり必要とされる侵害の程度について述べた部分（多くは「相当程度の侵害」という文言を用いる）、および③事実関係の評価をどのように行ったか、に着目して仲裁判断を整理する。

Pope and Talbot 事件（付託根拠は NAFTA。以下同様。）⁸⁸では、カナダ・米国間の軟材協定に基づいて、カナダ政府が実施した輸出管理レジームが問題となった。米国企業の Pope&Talbot 社(P&T 社)は、カナダのブリティッシュ・コロンビア州に子会社を設立して軟材業を営み、そのうち 9 割が米国への輸出に当てられていた。仲裁廷は、米国市場へのアクセスは NAFTA で保護される財産上の利益であると認めた。収用かどうかの判断にあたっては、まず、P&T 社が投資財産（本件では、同社の子会社と認識されている。）の支配を継続しており、カナダは、P&T 社から投資財産の完全な所有と支配を奪うようないかなる行為も行っていないこと、投資財産による利益は減少したものの、依然として相当量の軟材を米国に輸出して利益を上げていることを指摘した。次に、事業活動に対する侵害が収用に相当するかどうかの判断にあたっては、「奪われた」(“taken”) との判断を可能とする程度に十分に制限的でなければならず、国際法上の収用は「相当程度の剥奪」(“substantial deprivation”) を必要とするとの考えを示した。これに基づき、カナダの措置は、収用のレベルに達していないと判断した。

S.D. Myers 事件 (NAFTA) ⁸⁹では、カナダ政府による 16 ヶ月間の PCB の輸出禁止令が問題となった。当該禁止令によって、米国企業の S.D.Myers 社は、カナダ子会社を通じて現地で取得した PCB 廃棄物を米国に輸出し、処理する事業の実施が一定期間不可能になった。仲裁廷は、収用を否定する際に様々な点に言及したが、そのうちのひとつとして、「収用は所有権の剥奪を伴う傾向にある。規制はより侵害の程度が低い」との考えを示した上で、輸出禁止令が一時的なものであったことを指摘した⁹⁰。

Waste Management 事件 (NAFTA) ⁹¹では、Waste Management(WM)社の現地子会社 Acaverde がメキシコのアカプルコ市と締結した契約違反等の行為が収用に相当する (tantamount to)

じる議論と考えられるため、含めていない。

⁸⁸ Pope & Talbot v. The Government of Canada, UNCITRAL Case, Interim Award, June 26, 2000.

⁸⁹ S.D. Myers v. Government of Canada, UNCITRAL Case, Partial Award, Nov. 13, 2000.

⁹⁰ Ibid. paras. 281-288.

⁹¹ Waste Management Inc. v. United Mexican States, Award, April 30, 2004.

かが問題となった。当該契約は、Acaverde 社によるゴミ収集サービスに関するもので、同社がゴミ収集サービスを排他的に行うこと、市はゴミ処理場を提供すること、および市が毎月支払いをすること等が定められていたが、WM 社は市がこれらの事項を履行していないと主張した。仲裁廷は、市の行為が契約違反であることは認めたものの、利益や「合理的に期待される経済的利益」の喪失のみでは、収用を認めることはできないと述べ⁹²、本契約違反が「収用に相当する」とは言えないと判断した。その根拠の一つとして、市の契約違反後においても、WM 社の現地法人が顧客にサービスを提供し手数料を受け取ることができていたという点において、投資財産（現地法人）の支配及び利用を失っていないといえることを挙げた。

GAMI 事件（NAFTA）⁹³では、GAMI が約 14%の株を保有するメキシコの GAM 社の砂糖工場の収用が問題となった⁹⁴。メキシコでは 1991 年のサトウキビ令に基づく砂糖レジームが実施されていたが、砂糖産業は安定していなかった。2001 年の収用令により、国内の砂糖工場のいくつかは収用され、それには GAM の 5 つの工場全てが含まれていた。GAM は、3 つの工場については、資産が負債を上回っていたとして収用の合憲性をアンパロ訴訟で争った。裁判所は、GAM の主張を認め、3 つの工場の収用については違法で無効と判断した。国内裁判手続きと並行して行われていた仲裁廷での申し立てにおいて、GAMI は、同社が保有する GAM の株式が収用されたと主張した。

仲裁廷は、Pope and Talbot 事件判断を参照し、収用と判断するためには財産が相当程度奪われることが必要であると述べた。さらに、同判断について、相当程度の侵害の要件をより厳格に解しているとして、「経済的価値の侵害は、侵害の程度が収用と同等である (equivalent to) 場合にのみ、収用に相当する (tantamount to)」という基準であると述べた。この基準が具体的に何を意味するかについて、仲裁廷は、「50 エーカーの農場の収用は、その土地が農場全体であっても、一部に過ぎなくても、同じように収用である。この考えは、影響をうける財産は、「奪われた」と見なされる程度に侵害されていなければならない」と述べた。従って、もし本件が GAM（投資財産たる現地企業）の申立であれば、GAM の工場のうちの一つだけが収用されたとしても、収用との主張に変わりはないとした。しかし、本件は GAMI（投資家）の権利を問題とするものであり、Pope and Talbot が示す考え方として、「GAM の同等に価値のある 5 つの工場のうちの 1 つだけが補償なしに収用された場合は、投資財産（GAMI が保有する GAM 株式）の価値の侵害は、「奪われた」ことに相当するとはいえない。他方、1 つの工場が価値のある唯一の工場であった場合は、侵害は全体的なものと言える」と述べた。その上で、Metalclad 事件判断を参照し、株式保有による利益の一部の破壊も収用と解される余地があるとしたが、本件については、それについて判断する必要は無いと述べた。その理由として、GAMI の株式保有自体は侵害されて

⁹² Ibid, para. 159. なお「合理的に期待される経済的利益」は、Metalclad 事件判断の文言を参照したものと思われる。

⁹³ GAMI Investments, inc. v. The Government of the United Mexican States, UNCITRAL Case, Final Award, Nov. 15, 2004.

⁹⁴ 残りの GAM の株主はメキシコ人であり、そのうちの一人が 64.2%の株式を保有していた。1 段落参照。

いないこと、および工場は、いったんは収用されたものの国内法に基づく救済手続きにあることを挙げた。

後述の Feldman 事件判断 (NAFTA)⁹⁵および Methanex 事件判断 (NAFTA)⁹⁶も、収用を否定する理由の一つとして、投資財産である会社の支配の剥奪や管理に関する干渉等が無いことを挙げた。

以上の事例は、いずれも NAFTA を付託根拠とする仲裁判断であるため、Pope and Talbot 事件判断の先例性が強く認識されると考えられるが、以下に挙げるように、NAFTA 以外の投資協定に基づく判断においても、Pope and Talbot 事件判断が参照され、「相当程度の剥奪」要件が課されている。

CMS 事件 (米国・アルゼンチン BIT)⁹⁷では、同社の出資したアルゼンチン TGS 社が、ガス輸送免許を受けた際に政府によって保証されていた料金制度が覆されたことが収用に当たるかどうかの問題となった。当該料金制度は、ドル建て計算であり、ペソで課金された。当時、アルゼンチン・ペソはドルと同価に固定されていた。さらに、一定期間ごとに米国の物価指数に連動した改定も定められていた。1999 年以降、アルゼンチンは金融危機に見舞われ、当初は合意によって料金改訂を延期する対応がとられたが、2001 年後半からは経済情勢はさらに厳しくなり、政府は緊急事態法を制定して、ペソの固定相場を廃止し、公共料金のドル建て計算および米国物価指数に連動した改定も廃止した。仲裁廷は、まず投資時点で保証されていた料金制度は、申立人の権利であると認めた⁹⁸。しかし、Pope and Talbot 事件判断等を参照し、収用には「相当程度の剥奪」がなければならないとした上で、CMS 社が完全な所有と支配を TGS 社に対して有していることを理由に、収用でないとした。

CMS 事件とほぼ同様の事実関係に基づくアルゼンチンを被申立人とする複数の仲裁判断⁹⁹も、Pope and Talbot 事件判断を参照し、「相当程度剥奪」が必要であると述べ、支配や管理が奪われたか否かという観点から検討し、収用を認めていない。

⁹⁵ *infra* note 129.

⁹⁶ *infra* note 119.

⁹⁷ CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005. なお本判断は、アルゼンチン政府の要請により取消手続が開始され、取消判断が出された。同判断において収用は争われていない。

⁹⁸ このことは、公正待遇義務違反を認定するにあたっては考慮された。

⁹⁹ LG & E Energy Corp. LG & E Capital Corp. LG & E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Oct. 3, 2006. (米国・アルゼンチン BIT) Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007. (米国・アルゼンチン BIT) Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, Sep. 28, 2007. (米国・アルゼンチン BIT)

Azurix 事件（米国・アルゼンチン BIT）¹⁰⁰では、アルゼンチンのブエノスアイレス州が実施した水道事業の民営化に際し、事業を落札した Azurix 社に対する州のコンセッション契約違反等が問題となった。Azurix は、①小売物価指数その他の理由による料金改訂など、契約上許容されているはずの料金値上げの妨害、②州が水道事業の譲渡前に完了すべき工事の未履行、③コンセッションに関する問題が政治問題化したことにより、米国の投資保険会社（OPIC）からのファイナンスを受けられなかったこと、④契約上、水道料金の課金を通じて落札金額を回収するはずであったのが、料金算定上考慮されなかったこと、を根拠として州の行為が収用にあたると主張した。さらに、Azurix は、州の行為によって投資財産の「合理的に期待される経済的利益」が奪われたことも収用を構成すると主張した¹⁰¹。

仲裁廷は、Azurix およびアルゼンチンがそれぞれ主張した、収用判断にあたり効果（侵害）のみを考慮すべきか、効果（侵害）および目的を考慮すべきかという問題について、公共目的と手段の間の均衡性（proportionality）を考慮した Tecmed 判断がよいガイダンスとなるとの一般的認識を示した。次に、「合理的に期待される経済的利益」侵害の主張については、契約違反とは別個の「正統な期待(legitimate expectations)」侵害の論点と位置づけ、本件における投資家の期待を勘案し、Azurix は、契約上の料金制度の下で現実的なレベルで投資を回収する権利を有すると述べた¹⁰²。その上で、契約違反が投資財産にどのような侵害を及ぼしたかを検討した。結果、a.コンセッション契約が政治問題化したことは OPIC のファイナンス拒否の唯一の理由でないこと、b. 落札金の回収は契約上保証されているとはいえないこと、c. 料金改訂事由として、小売物価指数に基づくものは自動的に認められないことが、州の行為が投資財産に与えた影響を判断する上で決定的であると述べた。仲裁廷は、仮に、b. と c. について Azurix の主張通りと認めることができれば、州による契約違反が契約の資金的存続性に破壊的な影響を及ぼすようなものだと考えられるが、本件についてはそのように結論づけられないと述べた。その上で、仲裁廷は、州の行為による投資財産への影響は、総合的にみて収用に相当する程度に至っていないと結論し、Azurix が投資財産への支配を失わず、株式保有には影響が無く、経営への影響は収用に至るほどでないことも指摘した。

以上に示したように、Pope and Talbot 事件判断が示した「相当程度の剥奪」基準は幅広い支持を得ている。その際、問題となる投資財産が企業の場合は、企業に対する所有、支配、管理、利用等、企業所有に伴う権利を構成する諸権利がどのような影響を受けたかが検討されている。その際、特に、投資家が現地企業の所有および支配を継続している場合には、収用の主張が認められにくいことを示している。

また、ある侵害が「相当程度」であるか否かを判断するにあたっては、投資財産が何であり、またその全体の価値がどのようなものであるかについて画定することが必要になると考えられる¹⁰³。さらに、何が「相当程度」であるかは、通常量的な判断（ほぼ全部か、それとも一部に過ぎないか）であると考えられるが、GAMI 事件判断は、ある財産（例と

¹⁰⁰ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, Award, ICSID Case NO. ARB/01/12, July 14, 2006.

¹⁰¹ para. 287.

¹⁰² para. 316-320.

¹⁰³ 前掲注 74 の Vivendi 事件判断参照。

して土地を挙げる)の収用は、それが全体の一部にすぎなくても収用となりうるとの考えを示した。この議論は、「相当程度」が必ずしも量的な判断にかぎられず、質的な問題としても捉えられうることを示唆している。

一方で、侵害の程度には、ある時点における侵害の深刻さと侵害が継続した期間の二つの要素があると考えられる。S.D. Myers 事件は、そのうち後者に着目して収用の主張を否定した。

(2) 政府の行為を投資財産への損害に収用を認めるに足る因果関係がないとしたもの

言うまでもないことだが、投資家が受入国で直面するリスクは、政府に関係するものだけではない。契約相手(私企業)の契約違反や資金調達コストの上昇など、純粋なビジネスリスクに属するものも多い。このことを考えれば、受入国における事業の採算性が悪化する原因の一つが政府の作為又は不作為であるとしても、他の原因があることも希ではないだろう。仲裁判断のいくつかは、このことを明確に指摘し、「投資協定はビジネス判断の誤りに対する保険ではない¹⁰⁴」等と述べる。しかし、政府の単独の行為ではなく、一定期間中の政府の作為・不作為が全体として収用と認められる侵害を引き起こしたと申立人が主張する場合(「しのびよる収用」の主張)は、因果関係の認定は簡単ではないだろう。以下に示す判断は、投資財産が被った損害と政府の作為又は不作為の因果関係に着目して、収用の主張を否定した。

(1)で検討した Waste Management 事件では、市の契約違反が収用となるかが問題となった。市が契約を履行できなかった背景には、ゴミ収集サービスが有料となることに対する住民の反発と WM 社よりも安価でゴミを収集する違法事業者の存在があった。仲裁廷は、「企業の実質的な収用(taking)又は収益の上がらない状態にすること(sterilising)に相当する政府による恣意的な介入が無い場合にまで事業の失敗に対して補償することは(NAFTA) 1110 条(収用についての規定)の機能ではない」と述べ¹⁰⁵、アカプルコ市による契約違反の背景には、市だけでなく、WM 社の現地法人の事業見通しが楽観的すぎたことがあることを挙げ、収用の主張を認めなかった¹⁰⁶。

Fireman's Fund Insurance Company 事件(NAFTA)¹⁰⁷では、メキシコにおける金融危機後に、政府が銀行に対してとった措置が問題となった。米国の保険会社である Fireman's Fund Insurance Company (FFIC) 社は、メキシコでの個人保険種目に参入すべく、メキシコの金融持ち株会社 GFB の発行する 5000 万 US ドルの転換社債を購入した。同額相当のペソ建て転換社債も同時に発行され、それらはメキシコ投資家が購入した。GFB のメインの

¹⁰⁴ 前述の Waste Management 事件判断 114 段落参照。なお同判断は、Maffezini v. Spain, Award, 13 Nov. 2000, ICSID Case No. ARB/97/7 (64 段落)、後述の CMS 事件判断 29 段落、および後述の Olguín 事件判断 72-75 段落を参照している。

¹⁰⁵ Waste Management, supra note 91, para. 160.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Fireman's Fund Insurance Company v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/02/01, Award, July 17, 2006.

資産は BanCareer という銀行であり、FFIC が転換社債を購入した時点ですでに経営は厳しい状況にあった。BanCareer は JP モルガンとともに資本増強計画を作成し、政府との協議を始めた。この計画では、40%の持ち株比率で戦略的パートナーとして新規の投資家を参加させることとしていた。FFIC は、当該計画について政府関係者と合意が成立したと主張し、戦略的パートナーが見つからなかった場合には、2500 万ドル分の社債については GFB に払い戻しをさせる了解があったと主張した。さらに、当該計画の不履行や、メキシコ投資家に対してはペソ建て社債の払い戻しを求めたものの、FFIC に対しては認めなかったこと等について収用を主張した。

仲裁廷は、まず、FFIC は厳しい経営状況にある銀行に投資をした時点で、投資価値がなくなるリスクを負っていたとし、もし何らかの行動がとられなかったならば、BanCareer は倒産していた可能性が高いとした。そして、再建計画は最終合意には至っていなかったと認定し、すでに FFIC の取得した社債には殆ど価値がなかったとして、再建計画の不履行についての収用の主張を認めなかった。また、社債の払い戻しに関する差別的な対応については、内国民待遇違反や公正待遇義務違反の問題とはなりうるとしつつも、収用ではないと判断した¹⁰⁸。

（３）国家やその他の者が行為の結果、対価を得たわけではないことを指摘するもの

以下に挙げる 3 判断は、先に述べた侵害に関する要件に加えて、政府が、行為の結果として対価を得ることを収用の要件とする。

（１）で検討した S.D. Myers 事件は、侵害が一時的なものであったことを指摘すると同時に、「カナダはその措置（輸出禁止令）によって利益を得ていない。証拠は、財産の移転や別の者に対する直接的な利益の付与を示していない。」と述べ、収用の成立を否定した¹⁰⁹。

Olguín 事件（ペルー・パラグアイ BIT）¹¹⁰では、Olguín 氏がパラグアイ中央銀行職員の勧めに応じて、同国の商業銀行にドルを送金し、その預金をもとに融資を受けて事業を行おうとしたところ、パラグアイが経済危機に見舞われる中で、当該銀行が政府の管理下におかれ預金の払い戻しができなくなったことが収用にあたりと主張された。仲裁廷は、パラグアイの銀行監督機関の監督に過失があることは認めたものの、それ自体は補償の根拠にならないとし、一方で、Olguín 氏側が本来経済的問題を抱える国への投資にあたっては慎重になりえたはずであるとの考えを示した。その上で、収用については、「財産を奪う行為を行う者が直接又は間接に、財産の支配又は少なくとも果実を得るようなかたちで所有者から財産を奪う効果」を持つものであるとの考えを示し¹¹¹、収用の主張を認めなかった。

¹⁰⁸ Ibid. paras. 203.218.

¹⁰⁹ S.D. Myers, *supra* note 89, para. 287.

¹¹⁰ Mr. Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay, July 26, 2001.

¹¹¹ Ibid., para. 84.

Lauder 事件（米国・チェコ BIT）¹¹²は、上述の CME 事件¹¹³と同じ事実関係のもと、オランダ企業 CME の株主である米国人 Lauder 氏が別の投資協定に基づいて仲裁を付託したものである。本事件では、事実関係が同じであるにもかかわらず、収用について異なる判断が出されたことが注目を浴びた。収用の判断にあたり仲裁廷は、まず、収用とは、政府による私有財産の「強制的な充当（coercive appropriation）」であるとの見解を示した¹¹⁴。その上で、Lauder 氏の財産権を、CNTS による免許の利益の利用と認識し、この権利は CET21（免許保有者）と CNTS の契約が終了するまで、権利の内容に変動はあったものの、完全に維持されていたと認定した。つまり、侵害の存在を否定した¹¹⁵。また、申立人が、CET21 の行為が政府の行為として見なすことができることを主張していないと指摘した。さらに、仮にメディア委員会の行為が投資財産を奪う効果を持つと見なすとしても、このような行為は、チェコやそれに関係した者に利益を与えるものではなく、政府とは関係ない私企業である CET21 に利益を与えたにすぎないことから、政府による充当（appropriation）に相当しないと判断した。結果、本判断は収用を否定した。

以上の判断が採る、収用の要件として政府が何らかの対価を取得することを要求する（対価要件）立場は、Metalclad 事件判断では明示に否定されており、その他の仲裁判断の判示事項を踏まえても、多数を占める立場とは考えにくい。しかし、支持する見解も存在するため¹¹⁶、本項では一つの分類項目とした。収用に対価要件が必要であるとすると、一般的に収用の成立範囲は狭まると考えられる。私人の土地を取得して道路を建設する場合は、政府が土地を得ているため、収用に当たると言える一方、行為規制のように、単に行為を規制するのみで政府が何らかの権利や利益を対価として得ていない場合については、収用に当たらないという立論が可能である。しかし、政府が得る抽象的な利益を含めて対価と考えれば異なる結論も可能である。例えば、Olguín 事件では、政府は金融システムの安定という利益を得ていると考えれば、この要件に基づいて収用を否定することはできない。従って、対価要件については、対価をどのようなものとして評価するかによって、収用の成立範囲をどの程度狭めるのかが変わってくると考えられる。

（４）政府の行為が正統な規制であるとして収用を否定したもの

次に述べる判断は、政府の規制の正統性を認めることにより、収用の主張を否定した。

Genin 事件（米国・エストニア BIT）¹¹⁷では、エストニア中央銀行（以下「中央銀行」

¹¹² Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL Case, Final Award, Sep. 3, 2001.

¹¹³ 本論文 2－1．（３）参照。

¹¹⁴ Lauder, supra note 112 para. 200.

¹¹⁵ この点では、（１）の観点からも収用の成立を否定したと言える。

¹¹⁶ 収用法理を①この要件を満たすものおよび②その他の正当化されない、恣意的な投資財産の破壊または強度の制限に該当するものの二通りからなるとの理解を示すものとして、Newcombe, “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law,” in Kahn and Waelde, *New Aspects of International Investment Law*, Martins Nijhoff Publishers (2007).

¹¹⁷ Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil, v. the Republic of Estonia, Case No. ARB/99/2, Award, June 25, 2001.

という。)による Estonian Innovation Bank (EIB)の免許取消が問題となった。申立人の Genin 氏は、Eastern Credit 社および Eurocapital 社 (Eurocapital Ltd.または Eurocapital Group Company. Genin 氏は両者は同じ会社であると主張した。)の実質的所有者である。Eastern Credit 社と Eurocapital 社は、共同で EIB を所有していた。EIB は中央銀行が実施した競売で、債務超過銀行の Koidu 支店の購入に合意した。落札後まもなく EIB は Koidu 支店の貸借対照表に矛盾があることを発見したと中央銀行に文書で通知した。中央銀行は責任を否定した。EIB は、売主である債務超過銀行を国内裁判所に訴えた。同裁判所は、両者の合意に基づき、EIB の損害を約 210 万 EEK (エストニアクローン)に確定した。債務超過銀行は、一部は支払ったものの、9割以上が未払いとなっていた。その後、EIB と中央銀行は、この債権の譲渡に関する合意を締結した。この合意について、被申立人は、暫定的なものにすぎないと主張した。翌年、中央銀行は、EIB の年次検査を行い、株主に関する情報の提示を求めた。追って、エストニア法の定めに従い、「指示文書」で一定の株式保有比率を超える場合に必要の株式保有許可申請を行うよう指示した。申立人は、「指示文書」の妥当性を行政裁判所で争うべく、訴訟を提起した。その後、中央銀行は、EIB に対し、株主および関連会社に関するさらなる情報の提示を求めた。「指示文書」の妥当性を争う手続きが係属しているなか、中央銀行は、EIB の免許を取り消し、それは即時に発効した。免許取消の根拠は、EIB の株主である Eurocapital Ltd.が法に定める株式取得申請 (10%を超える場合に必要)を行っていないため、10%を超える分を資本から差し引いた結果、大量の資本欠損になるというものであった。しかし、実は Eurocapital Ltd.ではなく、Eurocapital Group Company が株式取得申請を行っており、両者の住所は同じであった。

本判断において、申立人は収用の主張をしていたが、仲裁廷は、直接には収用に該当するか否かの議論をしていない。仲裁廷は、EIB の免許取消の正統性の問題として議論を展開し、投資協定上の義務としては公正待遇義務に言及しつつ、最終的に国際法違反とならないと述べた¹¹⁸。従って、仲裁廷は、エストニア政府の行為を収用とは認定しなかったことは明らかである。しかしながら、一般論として、公正待遇義務違反か否かを判断する際の政府の行為の正統性判断と、補償の必要のない規制と判断する際の政府の行為の正統性判断は、常に同じとはいえない。このため、仲裁廷がどの程度収用を念頭においた議論をしたのか定かではないが、国内法に基づく免許の取消の正統性を認める以下の議論は、収用でないと判断する根拠としても一定程度当てはまると考えられる。

仲裁廷は、EIB の免許取消の根拠が過度に形式的であるとし、免許取消にあたって通知が無かったこと、および取消措置を議論する会議に EIB の代理人が呼ばれなかったことを問題であると指摘した。しかし、免許取消は、事実関係の全体の文脈の中でみれば正統であると判断した。この判断にあたり、仲裁廷は、政府が EIB の株主の情報開示を求めたものの、EIB はそれを正当な理由なく拒否しつづけたこと、および大規模な損を出した株式

¹¹⁸ 仲裁廷は、EIB の免許取消の妥当性を判断する際、冒頭で、エストニアが独立したばかりの国であり、政府としても金融規制の経験が浅いことに留意している。para. 348 参照。このことが公正待遇義務違反とはしない根拠となったことは比較的明白であるが、収用判断にどれほど影響したかは不明である。

転売の取引が、関係会社間での資金取引の疑いを生じさせたことが、金融機関としての健全性に欠けるとの判断につながったことを指摘し、判断の正統性を認めている。

Methanex 事件 (NAFTA) ¹¹⁹においては、米国・カリフォルニア州が導入したガソリン添加剤である MTBE (メチルターシャリーブチルエーテル) の禁止令が、その原材料であるメタノールの製造者である Methanex 社によって収用にあたと主張された。仲裁廷は、本件においては Methanex 社の財産が差し押さえられたり、剥奪されたりしたものではないことから、同社は、カリフォルニア州政府の行為が収用に「相当する」かどうかの立証が必要であると述べた。「一般国際法上の問題として、無差別的の公的目的に実施される規制であって、デュープロセスに則って行われ、特に外国投資家や投資財産に影響を与えるものは、そのような規制を行わないとの特別の約束が、規制を行う政府から、当時投資を検討していた投資家に対してなされたという場合でない限り、収用的で補償を要するとは見なされない。」¹²⁰との考えを示した。そして、まず、そのような特別の約束がなされていないことを指摘した。さらに、本判断の別の箇所でも議論したように、同禁止令は、公的目的で、無差別であり、デュープロセスに則って行われたと結論した。仲裁廷は、その箇所について明示していないが、同禁止令が立案されるにあたって実施された科学的調査やそれに対するピアレビュー等、一連の立案プロセスを指していると考えられる。これらを根拠に仲裁廷は、「国際法の観点から、カリフォルニアの禁止令は、合法的な規制であって収用ではない」と述べた。

さらに、会社の支配の剥奪や、内部管理に対する干渉、支配株主から申立人を追放するといった、Feldman 事件で収用の特徴として述べられたことの具現化は、Methanex 社によって立証されていないことを指摘した。同社は、顧客基盤や商権および市場シェアを失ったと主張している¹²¹が、それらの要素は会社の価値を構成し、補償金判断において考慮されうるが、それらは単独として収用の主張を成立させないと判断した。

本判断は、間接収用について、補償の必要の無い規制と補償の必要な収用を区別するための要素として、政府がそのような規制をしないとの特別の約束をしていない場合という前提で¹²²、公的目的、無差別、デュープロセスの3点を挙げた点が注目される。その3点が正統な規制のメルクマールであることは一般に合意されることが考えられるが、収用の合法性の要件とどのように異なるのかが明確でない。また、仲裁廷は、合法的な規制であると判断した後に、侵害について収用的でないと判断しているが、仮に、侵害について収用的で

¹¹⁹ Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL Case, Final Award, Aug. 3, 2005.

¹²⁰ Ibid., Part IV- Chapter D, para7.

¹²¹ Methanex 社が失った市場シェアは、主張文面からも定量的には明らかでないが、同社の年次報告書によると MTBE に使用されるメサノールの市場規模は、世界需要の半分である 380 万トンが米国によるものであり、そのうち 130 万トンがカリフォルニアによるものの記述がある。Methanex Corporation Annual Information Form, March 7 (2003)参照。

¹²² 仮にこのような特別の約束をしていたとすれば、投資家に正統な期待 (“legitimate expectations”) があったと考えられるため異なる判断も可能である。

あると判断される場合であっても、同じように判断したかどうかは不明である¹²³。

Saluka 事件（オランダ・チェコ BIT）¹²⁴では、申立人が投資したチェコの大手銀行（IPB）に対するチェコ政府の公的管理に至るまでの様々な行為が収用にあたると主張された。申立人である Saluka の親会社である野村インターナショナル（野村）は、チェコ政府と交渉して 4 大銀行の一つである IPB の民営化に際し、46%の株を取得した。IPB は 4 大銀行の中で初めて民営化された銀行である。後に、野村は特別目的会社である Saluka をオランダに設立してこれに IPB 株式を譲渡した。当時、チェコの銀行業界は、IPB も含め深刻な不良債権問題を有していた。金融規制が厳しくなり、銀行経営が圧迫されると、チェコ政府は IPB 以外の 3 つの銀行に対して公的資金注入等の財政支援を行った。財政支援が行われなかった IPB の経営は一層深刻化したため、野村は他の銀行との提携や政府の財政支援を模索した。チェコ政府は野村に折衝の機会を与えなかったが、一方で 4 大銀行の一つである CSOB による IPB の買収提案については対応していた。IPB の経営状況はより悪化し、政府は IPB の支払能力が危機的な状況にあるとして、CSOB への営業譲渡を目的とする公的管理を開始し、IPB 株式は取引が禁止された。IPB は CSOB で譲渡され、その後、政府は IPB に財政支援を行った。

仲裁廷は、根拠となる BIT 5 条の「剥奪」"deprivation"という用語に着目し¹²⁵、公的秩序を維持するための規制であれば、正当化されるという国際慣習法の概念が導入されていると理解した。その際、先に挙げた Methanex 事件等が示した一定の規制は補償の必要な収用とは見なされない旨の判示を参照した¹²⁶。どのような国家の規制措置が許されるかについては、国際法は包括的な定義を行っていないことから、仲裁廷自身が、本件の個別的事情に基づいてチェコの行為（中央銀行による公的管理）が正当化されるかどうかを判断すると述べた。中央銀行は、公的管理を行うに際して、①IPB が銀行法の定める支払能力を保持しておらず、②銀行システムの安定性を危うくしており、③IPB の経営陣が改善方策を

¹²³ なお、本件では、本案に関する判断部分がいわば傍論と考えられることにも注意が必要であろう。本件では、管轄権判断において、カリフォルニア州の MTBE 禁止令が、Methanex 社に「関係する (relating to)」ものかどうかの問題となった。結論として、本仲裁廷の管轄権は、カリフォルニア政府の措置が差別的であると考えられる場合にも成立するとしており、差別性が否定された時点で収用については、管轄権が成立しないはずであった。

¹²⁴ Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL Case, March 17, 2006. なお、小寺彰・松本加代 「投資協定の新局面と日本 第 2 回サルカ事件」国際商事法務 34 巻 9 号 (2006 年) 1141-1148 頁参照。

¹²⁵ オランダ・チェコ BIT 5 条は、次のように定める。

Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments unless the following conditions are complied with:

- a. the measures are taken in the public interests and under due process of law
- b. the measures are not discriminatory
- c. the measures are accompanied by provision for the payment of just compensation. (略)

¹²⁶ Methanex 事件については、「経済的損害が政府のポリースパワーに属する bona fide の規制に起因する場合は補償が必要ないというのが慣習国際法上の原則である。」との判示を引いている。262 段落参照。

講じていないことを挙げ、公的管理の理由と法律上の根拠を明確にした文書を発出していた。仲裁廷は、この文書等に現れているチェコの主張を支持し、中央銀行は、適切な事実を考慮して合法的に法を適用しており、公的管理は正当に動機づけられたものであるとして、中央銀行の公的管理は国家の正当な規制権限の範囲内の措置であって収用には当たらないと判示した。

本件で、申立人は公的管理に至るまでのチェコ政府の一連の干渉が収用を構成すると主張したのに対し、仲裁廷は、公的管理という、最終的に **Saluka** の経営権を奪うこととなる措置のみを取り上げて、その正統性を認めた。一方、チェコ政府の一連の不当な行為（差別的な対応、野村と誠実に交渉しなかったこと等）については、公正待遇義務違反を認めている。仲裁廷が、いわゆる「しのびよる収用」としてチェコ政府の一連の措置をとらえなかった理由は、サルカの経営悪化には、チェコの事業環境や共産主義時代から続く不良債権処理問題等も影響しており、本件に直接関係する政府の作為・不作為の寄与度は大きくないと判断したためと考えられる。

収用ではなく、補償の必要のない正統な規制であるか否かの検討にあたっては、措置の動機、理由および法律上の根拠を考慮した。事実関係が異なるため完全に同じとはいえないが、**Methanex** 事件のアプローチと相反するものではない。

以上に挙げた 3 つの事件中、明確に収用について論じたものは、**Methanex** 事件および **Saluka** 事件である。うち、前者は投資財産の侵害の程度が「相当程度の剥奪」とまではいえないため、経緯を別にすれば、政府の行為の正統性を議論する必要性は必ずしもなかった。対して、**Saluka** 事件は、政府の一連の不正な行為がどの程度 **IPB** の経営悪化に寄与したかは別として、公的管理により会社の支配権を失い、他銀行への売却によって財産価値が強制的にゼロになったため、政府の公的管理をどのように評価するかが、収用であるのか、補償の必要のない規制であるのかの決め手となる事案だった。このことを考えると、仮に投資財産価値がゼロになった場合であっても、補償が必要とされない規制と認める断がなされた例としての **Saluka** 事件の位置づけは重要である¹²⁷。

（５）投資家が主張した権利が、収用の対象となる投資財産であるとは認識しなかったもの¹²⁸

多くの投資協定が、保護される投資財産については、有体財産、企業、契約上の権利や知的財産権等、事業上の諸権利が幅広く含まれる定義を置く。しかし、以下の判断が示すように、一定の場合には、投資家の主張する権利が、投資財産であるとは認められない場合がある。

¹²⁷ ただし、本事件の事実関係に照らせば、政府が公的管理措置を導入する以前に投資財産価値がゼロになっていたと考える余地はある。

¹²⁸ そもそも、管轄権判断の段階で「投資財産」とされず、管轄権なしとされる事例もある。伊藤一頼「投資仲裁の対象となる投資家／投資財産の範囲とその決定要因」RIETI Discussion Paper series 08-J-011 参照。

Feldman 事件 (NAFTA) ¹²⁹では、申立人の設立したメキシコ法人である CEMSA が、法律の改正後、輸出したタバコについての消費税 (8.5%) の還付を受けられなくなったことが収用にあたりと主張された。申立人は、メキシコの子会社 (CEMSA) を通じて、1990 年からタバコの輸出事業を開始した。これは、メキシコ国内の大手小売業者からタバコを買い取って輸出するものであった。輸出する際には、消費税の含まれない価格でなければ、価格競争力を有しないため、CEMSA にとって税の還付の有無は事業の採算性を左右する問題であった。91 年に、メキシコ政府は税の還付を行う事業の範囲をタバコ製造業者による輸出のみに制限する法律改正を行った。CEMSA は、タバコの製造業者ではなく再販売業者であることから税の還付を受けられないこととなるため、当該法改正の妥当性をアンパロ訴訟で争った。結論が出る前に当該法律は改正され、税の還付を受ける事業に制限は無くなった。しかし、一方で、従来から還付申請にあたっては、消費税額が別に記載してある領収書の提出が義務づけられていた。消費税は、タバコの製造業者が支払い、その価格は一次購入者の購入価格に反映され、その後の取引には税金はかからないこととなっていた。このため、小売業者からタバコを購入する CEMSA は、税額を別に記載した領収書を提出することができず、税当局によって提出を要求されつつも、CEMSA は数年間払戻しを受けることができていた。しかし、97 年に払戻しを拒否され、払戻し済み額の返還を求められた。

仲裁廷は、収用の主張を認めない根拠として、いずれも決定的でないとしつつも 4 つの点を挙げた。第一に、政府の規制権限の行使によってある事業活動の収益性が損なわれるようなことがあっても、それがすべて収用とされるわけではないと述べた。仲裁廷は、税当局職員の行動が矛盾していた点を認識したが、これは NAFTA1110 条 (収用についての規定) のもとでの国際法違反を構成しないとした。第二に、CEMSA が従事していたような「非正規の」(unauthorized)再販売業者による輸出を認めることは、NAFTA および慣習国際法上要求されていないとし、タバコの密輸出は、メキシコのみならず他国においても問題と認識されていると述べた。第三に、そもそも申請に必要な領収書を提出できない CEMSA は、税金の還付を受ける権利を有したことはなかったと述べた¹³⁰。領収書要件は、遅くとも CEMSA が事業を開始する 3 年前から法定されており、CEMSA はそれを認識していたはずであるとした。また、領収書要件については、税当局が容易に還付金額が正確であることを確認するために設けられたものであり、合理的な租税政策および法的要件であると述べた。第四に、CEMSA は申立人の完全な支配下にあり、アルコールや写真関連用品などその他のメキシコ製品を輸出する明白な権利を有していると述べた。

本件で仲裁廷が挙げた、収用を否定する際に挙げた 4 つの理由のうち、第三の理由以外は、本稿の別の分類にも該当すると考えられる。すなわち、第一および第二の理由は、政府の行為を正当な規制と判断したとも理解できる。また、第四の理由は、「相当程度の剥奪」

¹²⁹ Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, Dec 16, 2002. このケースは、リステイトメントのコメント g を参照している (99 段落参照。)

¹³⁰ 仲裁廷は、このように申立人の事業は投資協定上保護されないと述べているにも関わらず、メキシコの内国民待遇違反は認めた。このことを批判するものとして、Zachary Douglas, "The Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration," BYIL (2004), p. 210.

に至らないとの判断と言える。第三の理由は、そもそも申立人がタバコを再販により輸出する権利はなかったとしており、投資財産性を認めていない。仲裁廷は、いずれも決定的な理由でないとしているが、申立人の主張した権利の認識の仕方に特徴があるため、この（５）に分類している。第二と第三の理由は密接不可分の関係にある。すなわち、国内規制を妥当と見なさなければ、申立人の権利を国内法に基づいて否定することはできない。その点において、（４）の事例との違いがある。

MTD 事件（マレーシア・チリ BIT）¹³¹では、申立人が、ジョイントベンチャーを設立してチリのサンチアゴ郊外のピルケに大規模な多目的計画地域を開発することを目的とし、FIC（Foreign Investment Commission）の許可を受けて投資を行ったものの、同地域開発に必要な用途地域の指定の変更が行われなかったために、計画を遂行できなかったことが収用にあたるかが問題となった。用途地域の変更は、住宅都市開発省が都市開発政策に沿わないことを理由として拒否された。

仲裁廷は、公正待遇義務違反を検討する箇所、特定の地域における計画を承認することは、投資家にとっては当該計画が、国内規制の面からみても実現可能であるという期待を与えると述べた¹³²。また、申立人は、最恵国待遇条項により、別の投資協定中の「法律及び規則に従い、必要な許可を与える」義務を主張していたが、このこと自体は、既存の法律に基づいて行われることを意味し、投資家に法律を変える権利までを与えないとした。その上で、申立人が投資後に直面したのは、許可の問題ではなく、規制の変更が否定されたことであると解し、本件は、「収用の問題ではなく、国の政策に沿わない投資を許可した際の不公正な待遇」であると述べた¹³³。

Thunderbird 事件（NAFTA）¹³⁴では、申立人が政府の許可を受けてメキシコに設立したゲーム施設が、規制当局によって、ゲームおよびくじに関する連邦法（以下、ゲーム法という。la Ley de Juegos y Sortes）に違反するとして閉鎖を命じられたことが収用にあたりと主張された。申立人は、メキシコでゲーム施設事業を開始するにあたり、規制当局に対して、事業内容について、技術と能力によって行うゲーム機器の利用に課金するものであり、運によってゲームの勝敗は決まらず、賭の要素は無いと文書で説明し、ゲーム法の規制対象ではないとの回答（oficio）を得ていた。申立人は、規制当局のこの回答が、「正統な期待（legitimate expectations）を形成したと主張し、このことと収用等の NAFTA 違反¹³⁵の主張は関係する」とした。仲裁廷は、問題となったゲーム機器の機能を検討した上で、申立人がメキシコに機器について説明した文書は不正確で不完全であると述べた。具体的には、当該ゲーム機器は、運によって勝敗が決まるものであり、利用者はゲームに勝利した際に受け取るチケットを換金することができたため、賭の要素を有するものであったと認定した。

¹³¹ MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, May 25, 2004.

¹³² *Ibid.*, para. 163.

¹³³ *Ibid.*, para. 214. なお、本件において公正待遇義務違反は認められている。

¹³⁴ International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL Case, Jan. 26, 2006.

¹³⁵ 収用以外には、内国民待遇違反および公正待遇義務違反が主張された。

このため、規制当局の回答は、「正統な期待」を構成しないと判断した。これに基づき、収用の主張に関しては、ゲーム施設事業において「投資家や投資財産は「既得権」(“vested right”)を享受していない」¹³⁶として主張を認めなかった。

(1)で述べた Azurix 事件において、仲裁廷が投資財産への侵害の程度を判断する際の重要な要素の一部として挙げた論点は、①小売物価指数に連動した自動的な料金改訂が契約上保証されているか、および②コンセッション契約の落札額の回収が契約上保証された権利であるか否かであった。仲裁廷は、①に関しては契約を検討して自動的でないと述べ¹³⁷、②については、関係法令や利権契約を調和的に解すると、入札者は既存の料金制度を前提として入札価格を決定しなければならなかったのであって、落札後の料金改訂によって入札金額が回収されることは契約上保証されていないと述べた¹³⁸。

以上に述べた判断のうち、Feldman 事件、MTD 事件および Thunderbird 事件は、そもそも投資時点において国内法と整合的でないまたは非合法的な事業活動に関するものであり、事実上の「期待」が醸成されてはいても、そもそも法的財産権が存在したとは言い難い事例である。対して、Azurix 事件は、事業活動は国内法上合法であったが、契約および国内法の解釈の問題として申立人の主張した権利についての財産性を否定した。この点は、同じアルゼンチンの別の州における水道事業のコンセッション契約に関する Vivendi 事件においては収用が認められたのと対照的である。

2-3. まとめ一規制と間接収用に関する仲裁法理

2-1. では、収用を認めた判断について、2-2. では、収用を認めなかった判断について、仲裁廷がどのような点に着目したかを述べた。収用を認めなかった判断の着眼点は次の3つに整理できる。まず、(1)は、投資財産の侵害についての検討として見ることができる。次に、(2)、(3)および(4)は、政府の行為態様についての検討といえる。すなわち、(2)は、政府の行為が侵害をもたらしたといえるかどうか、(3)は、政府が規制によって何かを得たか、(4)は、補償の必要のない規制といえるかどうかという観点からの検討である。最後に、(5)については、投資財産たり得るか、という財産性についての検討である。

収用を認める判断について、侵害の程度が重要な判断要素ではありつつも、そのみを考慮したものとは考えにくいことを示した。収用を認めなかった判断についても、侵害の程度が「相当程度の剥奪」に及ばないことを指摘すると同時に、または、単独でそれ以外の点を考慮する判断が数多くある。これらの判断を総合的に見ると、仲裁廷の間接収用に対する判断アプローチとして、規制目的・性格にかかわらず、侵害のみを考慮するという流れがあるとは考えにくい。本稿の分析は、「相当程度の剥奪」に至らないことを理由に収用を否定されることが多いことを示したが、深刻な侵害があるにもかかわらず正統な規制であるとして収用を否定した判断がいくつかある。これを踏まえれば、ある規制が収用

¹³⁶ Thunderbird, *supra* note. para. 208.

¹³⁷ Azurix, *supra* note 100, paras. 114-119.

¹³⁸ *Id.* para. 240.

かどうかの判断法理として、以下のことが暫定的に言える。まず、ある規制が「相当程度の剥奪」と言えるほどの侵害に達しているかが検討されるべきであり、それが否定される場合には、そもそも収用ではない。逆に肯定される場合には、収用でない規制の判断アプローチとしては、二つのアプローチがある。それは、①Tecmed 事件判断（および Azurix 事件判断等）のように、投資財産の保護と規制によって果たそうとした目的とのバランスによって補償の必要のない規制と収用を区別するアプローチと、②Methanex 事件および Saluka 事件、また Vivendi 事件傍論に示されるよう、特にバランスは明示せず、政府の行為が正統な規制と言えるか否かという観点から検討するアプローチである。後者においては、規制を実施するにあたっての法的根拠やプロセス、規制の目的などが考慮要素とはなっているが、事案によっては、その他の点も考慮される可能性がある。現時点では、①および②の実際的な違いは明確ではない。Methanex 事件判断および Saluka 事件判断に続く今後の仲裁法理の蓄積を待つ必要がある。

繰り返しになるが、本稿の仲裁判断の分析は、規制についての収用の主張の多くが、規制の正統性についての議論に至る以前に、「相当程度の剥奪」に至らないことを理由として、収用でないと判断されていることを明らかにした。先に述べたように、一般論として規制による財産的侵害の程度は、直接的な収用よりも低いことを考えれば当然とも言える。しかし、問題となる規制が直接的に財産の所有権を奪うものではなく、財産的利益の侵害に止まるが故に、「規制」についての判断（正統か否か）と同様に、「侵害」についての判断が収用の成立範囲に影響を与えることに留意すべきである。具体的には、侵害された投資財産をどのように画定し、侵害された利益をどの程度重要なものと評価するかが、「相当程度の剥奪」であるか否かの重要なポイントとなる。例を挙げると、Tecmed 事件、Metalclad 事件および CME 事件判断は、企業に対する支配および管理を継続しているが、事業継続に極めて重要な権利（免許がなければ行うことができない事業における免許等）を奪われたことをもって収用を認めているのに対し、「相当程度の剥奪」に至らないことを理由に収用を否定する判断の多くが、投資家が現地企業（子会社）に対する支配および管理を継続していることを挙げる。この違いは、侵害された権利の重要性についての事実関係および重要性についての仲裁庭の判断の違いに起因する。同じ事実関係の下において違う投資協定を根拠として仲裁が付託された CME 事件および Lauder 事件の比較が、仲裁庭による判断の違いを示すものとしてわかりやすい。CME 事件判断は、TV 事業免許の「独占使用権」を有する会社（CNTS）を投資財産ととらえたが故に免許の独占使用権を奪われた時点での収用認定となったのに対し、Lauder 事件では免許の（単なる）「利用」ととらえたため、独占使用権が奪われたことの侵害自体を認定していない¹³⁹。

さらに、仲裁庭が、剥奪されたとする投資財産をどのように画するかも収用の成立範囲に影響を与える。仲裁庭は、投資財産を細分化せず、一定のまとまりでとらえており、このことは規制による間接収用の成立範囲に歯止めをかけている。例えば、契約については独立して収用の対象となることは繰り返し確認されている一方、ある企業の有する事業上の期待利益や権利のみをとりだして収用を認めることはない。Pope and Talbot 事件判断は、

¹³⁹ Jan Paulson and Zachary Douglas, “Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations,” p. 150, in Norbert Horn ed. *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International (2004).

米国市場へのアクセスは NAFTA で保護される利益であると認めつつも、その権利のみを「収用の対象となる」投資財産とは認識せず、その権利を保有する企業全体を投資財産ととらえている。Methanex 事件も、顧客基盤や商権および市場シェアは、会社の価値を構成するのみで、単独で収用の主張を成立させないとし、侵害の側面については、会社全体としての侵害に着目している。

おわりに

1. 間接収用に関する仲裁判断法理について

本稿では、現在の間接収用に関する仲裁判断法理を検討した。結論を整理すると、まず、仲裁廷のアプローチとして、規制目的や性質にはかわりなく、侵害のみを考慮した上で収用を認めるとの立場があるとは考えにくい。また、補償の必要のない規制と収用を区別するアプローチが大きく二通り示されているが、その具体化については、今後の仲裁法理の発展を待つ必要がある。最後に、収用と認められるためには、「相当程度の剥奪」に至るほどの侵害が要件となるが、規制による事業活動の侵害の場合など、具体的にどのような財産権が侵害されたかは必ずしも明確ではないため、事実関係に基づいて仲裁廷が判断することになる。その際、侵害された権利をどのように認め、その重要性をどのように判断するかという問題が収用の成立範囲に影響を与えていることが明らかになっている。

この結論を、間接収用法理が国家の規制権限に対するどのような制限となっているのかというそもそもの問題意識に照らすと次のことが言える。収用に関する仲裁判断の蓄積は、侵害された権利の具体的内容や、その権利の重大性、政府の行為の性質等、様々な着眼点や判断方法を明らかにしており、続く仲裁廷にとって、厳密な判断を可能にする素地ができていく。このことは、国家の規制を対象とした審査の在り方としては望ましい方向だと言える。

2. 本稿の分析が間接的に示すもの

次に、本稿の仲裁判断の分析が間接的に示すものについて述べる。まず、投資協定の定義規定や実体的義務規定に関する他の論点においては、投資協定上の文言がどのように書かれているかということが仲裁判断において大きな意味を持つことが多い¹⁴⁰が、収用に関する今までの争点においては、投資協定の文言の違いが解釈上の違いに帰結するということは見られない。例えば、Eureko 事件判断においては、*expropriation* と *deprivation* の違いには特に注意が払われていない。また、「間接的に」収用する場合と収用に「相当する」場合とで、明確に保護の対象が違ふとまでは認識されていないようである。ただし、日本・エジプト BIT（投資の奨励及び相互保護に関する日本国とエジプト・アラブ共和国との間の協定）5条においては、「収用、国有化若しくは制限又はこれらと同等の効果を有するその他の措置」が規律の対象となっており、この「制限」は、収用や国有化よりも侵害の程度が低い措置をも含むと解釈される可能性はある。

また、本稿は収用を分析対象としたが、投資家・投資財産保護の観点からは、本稿で取

¹⁴⁰ 本「対外投資の法的保護の在り方」研究プロジェクトで取り上げられた他の論点に関する論文参照。 <http://www.rieti.go.jp/jp/projects/2007/prd03.html>

り上げた殆どの仲裁判断において、公正待遇義務違反も主張されており、収用を否定する仲裁判断のうち多くが公正待遇義務違反については認めている¹⁴¹ことも注目に値する。つまり、政府の恣意的・差別的な行為によって投資財産に損害が出たという場合には、その行為が収用とは認められなくても、公正待遇義務違反は認められる可能性があり、それによって一定程度の救済が図られる¹⁴²。投資家の視点から見れば、収用と認められた場合と収用は否定されたが公正待遇義務違反は認められた場合の実際的な差は、賠償額によって判断されるだろう。玉田氏の分析によると、仲裁廷が収用を認めるか否かではなく、投資財産の全体的損失であるか部分的損失であるか否かが、賠償額の算定方法に影響し、賠償額の高低にも影響する傾向があるとのことである。その際、収用判断においては、「相当程度の剥奪」に至らないことを理由に収用であることを否定していても、賠償判断においては、投資財産の「全体的損失」と見なされているものがあることに注意が必要である¹⁴³。

3. 私人の財産権保障と投資協定による投資財産保護の関係

最後に、補論として、私人の財産権保障と投資協定による投資財産保護の関係について、特に日本国憲法を念頭に考えてみたい。

私人の財産権を保障する憲法や人権条約の枠組みと、投資協定による投資財産の保護には、国家による特定の侵害に対して補償を義務づけるという機能において類似する面がある。このため、仲裁判断においては、米国憲法上の財産権保障に関する議論・裁判例や、欧州人権裁判所の判断が参照されることがある。また、受入国の国民の視点から見れば、外国人と自国民の財産保護の比較という問題意識につながる。先に述べたように米国において、外国人の方が手厚い保護を受けると捉えられたことは大きな問題となった。

しかし、両者の違いにも十分留意すべきである。制度的には、日本国憲法の場合、裁判所は、そもそも政府による違法な財産権侵害（無補償という点以外の点において違法であるもの）を無効とすることができるのに対し、投資協定にもとづく仲裁廷の場合は、政府の行為の無効を宣言することはできず、通常は賠償額にそれを反映させるのみである。

また、保護法益という観点からは、外国人の財産であるが故に自国民よりも保護をするという主張は説得的である。第一に、投資財産の保護の場合は、外国投資に伴うリスクは一般論として大きいことから、リスクを一定程度低減することに協定の目的（保護であれ、促進であれ）および特徴があると考えることができる。その場合、投資家がそのリスクを許容する根拠となる、投資を回収するために、一定の法的環境や政府による投資誘致のための約束が守られるといった「正統な期待」の保護の必要性は高い。「正統な期待」保護の必要性については、本稿の仲裁判断分析が示すよう、Metalclad 事件判断、Tecmed 事件判

¹⁴¹ 2-2. のセクションで論じた順に、収用は否定しつつも、公正待遇義務違反を認めた判断を挙げると、Pope and Talbot 事件判断、S.D.Myers 事件判断、CMS 事件判断、LG&E 事件判断、Enron 事件判断、Sempra 事件判断、Azurix 事件判断、Saluka 事件判断、MTD 事件判断。

¹⁴² 小寺彰「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－」RIETI Discussion Paper Series 08-J-026

¹⁴³ 玉田大「投資仲裁における損害賠償判断の類型－収用事例と非収用事例の再類型化の試み－」RIETI Discussion Paper Series 08-J-013

断や Axurix 事件判断など、幅広く認識されている。このことの実際的な効果としては、侵害された利益の範囲を広く認定することが考えられる。

第二に、規制によって達成される公的目的と自国民の財産権を衡量する場合の前提が、投資財産の場合とは異なる。すなわち、まず財産権の侵害をもたらす政府の行為のうちどのようなものを禁じるのか、またどのようなものに補償を支払う（公的財源で損害を担保する）のかについての合意に、国民は参加が可能である。次に、そのような規制の実施によって達成された利益は、社会基盤の整備等を通じて、広く薄くではあるが国民に還元される¹⁴⁴。一方で、外国人（投資家）については、先の二つの前提を当然におくことはできない。

以上のような違いを踏まえると、憲法上の財産権保護と投資協定の投資財産保護は別のものととらえる方が適切だと考える。以上に述べたように、判断にあたって考慮する前提や利益（期待も含め）の評価や重要性が異なりうることを踏まえると、米国のように憲法上の財産権保護に関する国内判断をもとにした判断ガイダンスを投資協定に付すことが、国民と投資家の保護のレベルを同じにするためにどの程度意味のあることであるかは疑問である。

それでは、この問題について、日本国憲法およびそれに基づく裁判例はどのような判断を示しているのだろうか。包括的な検討は、本稿の射程を超えるが、規制と財産権との関係を問題にした代表的な最高裁判断である奈良県ため池条例事件の判旨および主要な学説を以下に示す。

日本国憲法 29 条は以下のように定める。

29 条 財産権はこれを侵してはならない。

2 財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。

3 私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。

（奈良県ため池条例事件）¹⁴⁵

本件では、奈良県の制定した「ため池の保全に関する」条例が、「ため池の堤とうに材木若しくは農作物を植え、又は建物その他の工作物（ため池の保全上必要な工作物を除く。）を設置する行為」を禁止していたが、この禁止規定について、憲法 29 条 3 項の定める補償を必要とするか否かが争点の一つであった。

最高裁は、「ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者に対しては、その使用を殆ど全面的に禁止することになり、同条項は、結局右財産上の権利に著しい制限を加えるもの」と述べた。しかし、その制限の内容について、「立法者が科学的根拠に基づき」ため池の破損、決かいを招く原因となるものと判断した一定の行為を禁止することであって、

¹⁴⁴ 横田喜三郎「国有化の国際的効力」比較法雑誌 2 巻 2・3・4 号（1954 年）185-190 頁。外交的保護としての外国人の財産の保護に関する国際法の原則についての論述中、このような考えが述べられている。Tecmed 事件判断も欧州人権裁判所の判示事項を参照し同様の考えを述べる。（122 段落参照。）Azurix 事件判断もその考えを支持する。（311 段落参照。）

¹⁴⁵ 最高裁昭和 38 年 6 月 26 日大法院判決（昭和 36 年（あ）第 2623 号ため池の保全に関する条例違反被告事件）

この禁止規定の所以は、「ため池の破壊、決かい等による災害を未然に防止するにあると認められ」る。禁止規定によって、ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は、「財産権の行使を殆ど全面的に禁止されることになるが、それは災害を防止し公共の福祉を保持する上に社会生活上やむを得ない」、「財産権を有するものが当然受忍しなければならない責務というべきものであって、憲法29条3項の損失補償はこれを必要としない。」と述べた。

主要学説は、補償が必要かどうかの基準を、「私有財産が特定の個人に対して特別の犠牲を強いるものであるか否か」という点に求める。「特別の犠牲」の判断基準は、侵害行為が財産権に内在する制約として受忍すべき限度内にあるのか、それとも財産権の本質的内容を犯すほどに強度なものかによる。その際、財産権の剥奪又は当該財産権の本来の効用の発揮を妨げることとなるような侵害については当然補償を要するのに対し、それに至らない侵害については、一定の場合に補償が必要とされる¹⁴⁶。一方で、財産権の強度の制限について補償の必要がないとしたため池条例事件判決について、適法な消極目的の警察作用による財産権の制限については、一般的に「特別の犠牲」とはあたらないとの立場と解する見解や、条例が財産権の内容的規制ではなく、あくまでも内容中立的規制であることから、受忍限度を緩やかに解したものとする見解がある¹⁴⁷。

以上に示した最高裁判所判断および主要学説について、投資協定仲裁法理と比較すると、まず、財産権の剥奪に至らないが財産権の本質的内容を犯すほどに強度なものの場合も補償は必要とされ、かつ財産権の侵害の程度を重要な判断要素とする点は共通する。さらに、侵害行為の目的や性質を考慮する点も共通する。一方で、「特別の犠牲」という用語に示されるように、単に侵害のみを検討するのではなく、財産権に内在する制約を前提とし、規制目的という文脈のなかで、侵害の性質を判断しているという点で、投資協定仲裁廷による、侵害事実と規制の評価を区別して論じるアプローチとは異なっている。最高裁判断が、国内裁判所であるが故に、国内の規制体系をより尊重した立場と見ることも一応は可能である。しかしながら、この違いには、国内裁判所と投資仲裁の次のような違いが少なからず影響していることも留意すべきである。すなわち、前者にもちこまれる訴えの多くは、必ずしも恣意的・差別的とまではいえないが、規制により被った損害に対する補償を求める事例（ため池条例事件判断）であり、後者に付託される訴えの多くは、政府の恣意的・差別的な行為によって投資財産が被った侵害に対する補償を求める事例である。後者の場合には、仲裁廷は財産的侵害の程度が高くない場合には、収用とは認めなくても、恣意的・差別的な行為による侵害を公正待遇義務違反の問題として救済が可能である。

この比較は限られた事例を元にした限定的なものであるが、収用に関する日本の裁判所と仲裁廷のアプローチの違いに関する一つの分析視座となっていると考える。

¹⁴⁶ 野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利『憲法Ⅰ』（有斐閣、1992年）436-439頁。

¹⁴⁷ 石川健治「条例による財産権の侵害—奈良県ため池条例事件」『憲法判例百選第五版』（有斐閣、2007年）216-217頁。西埜章『損失補償の要否と内容』（一粒社、1991年）、51-59頁。

1. 日本の EPA/BIT 収用の条件について定める条文（補償の水準に関する部分は省略）

○ 日本・エジプト投資協定

5 条

1 (略)

2 いずれの一方の締約国の国民及び会社の投資財産及び収益も、他方の締約国の領域内において、次の条件が満たされない限り、収用、国有化若しくは制限又はこれらと同等の効果を有するその他の措置の対象としてはならない。

- (a) その措置が公共のため、かつ、正当な法の手続に従ってとられること。
- (b) その措置が差別的なものでないこと。
- (c) その措置が迅速、適当かつ効果的な補償を伴ってとられること。

2. Investments and returns of nationals and companies of either Contracting Party shall not be subjected to expropriation, nationalization, restriction or any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation, nationalization or restriction, within the territory of the other Contracting Party unless the following conditions are complied with:

- (a) The measures are taken for a public purpose and under due process of law;
- (b) The measures are not discriminatory; and
- (c) The measures are taken against prompt, adequate and effective compensation

* 収用、国有化に加え「制限」および「これらと同等の効果を有するその他の措置」も対象となっている点が特徴的。

○ 日本・スリランカ投資協定

5 条

1 (略)

2 いずれの一方の締約国の国民及び会社の投資財産及び収益も、他方の締約国の領域内において、公共のため、かつ、正当な法の手続に従ってとられるものであり、差別的なものでなく、また、迅速、適当かつ効果的な補償を伴うものである場合を除くほか、収用、国有化若しくは制限又は収用若しくは国有化と同等の効果を有するその他の措置の対象としてはならない。

2 Investments and returns of nationals and companies of either Contracting Party shall not be subjected to expropriation, nationalization, restriction or any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation or nationalization, within the territory of the other Contracting Party unless such measures are taken for a public purpose and under due process of law; are not discriminatory; and, are taken against prompt, adequate and effective compensation.

* 収用、国有化に加え「制限」も対象となっているが、「収用若しくは国有化と同等の措置」が対象となっており、「制限」と同等の措置は対象となっていない。

○ 日本・中国投資協定

5 条

1 (略)

2 いずれの一方の締約国の国民及び会社の投資財産及び収益も、他方の締約国の領域内において、公共のため、かつ、法令に従ってとられるものであり、差別的なものでなく、また、補償を伴うものである場合を除くほか、収用、国有化又は収用若しくは国有化と類似の効果を有するその他の措置の対象としてはならない。

2. Investments and returns of nationals and companies of either Contracting Party shall not be subjected to expropriation, nationalization or any other measures the effects of which would be similar to expropriation or nationalization, within the territory of the other Contracting Party unless such measures are taken for a public purpose and in accordance with laws and regulations, are not discriminatory, and, are taken against compensation.

○ 日本・トルコ投資協定

5 条

1 (略)

2 いずれの一方の締約国の国民および会社の投資財産及び収益も、他方の締約国の領域内に

において、公共のため、かつ、正当な法の手続に従ってとられるものであり、差別的なものでなく、また、迅速、適当かつ効果的な補償を伴うものである場合を除くほか、収用若しくは国有化又はこれらと同等の効果を有するその他の措置の対象としてはならない。

2 Investments and returns of nationals and companies of either Contracting Party shall not be subjected to expropriation, nationalization or any other measure the effect of which would be tantamount to expropriation or nationalization, within the territory of the other Contracting Party unless such measure is taken for a public purpose and under due process of law, is not discriminatory, and, is taken against prompt, adequate and effective compensation.

○ 日本・香港投資協定

5 条

1 正当な法の手続に従って、公共のために、かつ、無差別の原則に基づいて行われる収用又はこれと同等の効果を有する措置であって補償を伴うものによる場合を除くほか、いずれの一方の締約政府の投資家の投資財産及び収益も、他方の締約政府の地域内において、収用又はこれと同等の効果を有する措置（以下単に「収用」という。）の対象としてはならない。（略）

1. Investments and returns of investors of either Contracting Party shall not be subjected to deprivation or any measure having effect tantamount to such deprivation (hereinafter referred to as “deprivation”) in the area of the other Contracting Party except under due process of law, for a public purpose, on a non-discriminatory basis, and against compensation...

○ 日本・バングラデシュ投資協定

5 条

1 （略）

2 いずれの一方の締約国の投資家の投資財産及び収益も、他方の締約国の領域内において、公共のため、かつ、正当な法の手続に従ってとられるものであり、差別的なものでなく、また、迅速、適当かつ実効的な補償を伴うものである場合を除き、収用若しくは国有化又はこれらと同等の効果を有するその他の措置の対象としてはならない。

2. Investments and returns of investors of either Contracting Party shall not be subjected to expropriations, nationalization or any other measure the effect of which would be tantamount to expropriation or nationalization, within the territory of the other Contracting Party unless such measures are taken for a public purpose and under due process of law, are not discriminatory, and are taken against prompt, adequate and effective compensation.

○ 日本・ロシア投資協定

5 条

1 いずれの一方の締約国の投資家の投資財産及び収益も、他方の締約国の領域内において、公共のため、かつ、正当な法の手続に従ってとられるものであり、差別的なものでなく、また、迅速、適当かつ実効的な補償を伴うものである場合を除き、収用若しくは国有化又はこれらと同等の効果を有するその他の措置の対象としてはならない。

1. Investments and returns of investors of either Contracting Party shall not be subjected to expropriation, nationalization or any other measure the effect of which would be tantamount to expropriation or nationalization, within the territory of the other Contracting Party unless such measures are taken for a public purpose and under due process of law, are not discriminatory, and are taken against prompt, adequate and effective compensation.

○ 日本・モンゴル投資協定

5 条

1 （略）

2 いずれの一方の締約国の投資家の投資財産及び収益も、他方の締約国の領域内において、公共のため、かつ、正当な法の手続に従ってとられるものであり、差別的なものでなく、また、迅速、適当かつ実効的な補償を伴うものである場合を除き、収用若しくは国有化又はこれらと同等の効果を有するその他の措置の対象としてはならない。

2 Investments and returns of investors of either Contracting Party shall not be subjected to expropriation, nationalization or any other measure the effect of which would be tantamount to

expropriation or nationalization, within the territory of the other Contracting Party unless such measures are taken for a public purpose and under due process of law, are not discriminatory, and are taken against prompt, adequate and effective compensation.

○ 日本・パキスタン投資協定

5 条

1 (略)

2 いずれの一方の締約国の投資家の投資財産及び収益も、他方の締約国の領域内において、公共のため、かつ、正当な法の手続に従ってとられるものであり、差別的なものでなく、また、迅速、適当かつ実効的な補償を伴うものである場合を除き、収用若しくは国有化又はこれらと同等の効果を有するその他の措置の対象としてはならない。

2. Investments and returns of investors of either Contracting party shall not be subjected to expropriation, nationalization or any other measure the effect of which would be tantamount to expropriation or nationalization, within the territory of the other Contracting party unless such measures are taken for a public purpose and under due process of law, are not discriminatory, and are taken against prompt, adequate and effective compensation.

○ 日本・シンガポール EPA

77 条

1 (略)

2 いずれの締約国も、公共のためであり、差別的なものでなく、正当な法の手続に従ってとられるものであり、かつ、この条の規定による補償の支払を伴うものである場合を除くほか、自国の領域内にある他方の締約国の投資家の投資財産の収用若しくは国有化又は収用若しくは国有化と同等の措置（以下この章において「収用」という。）を実施してはならない。

2. Neither Party shall expropriate or nationalize investments in its territory of an investor of the other Party or take any measure equivalent to expropriation or nationalization (hereinafter referred to in this Chapter as “expropriation”) except for a public purpose, on a non-discriminatory basis, in accordance with due process of law, and upon payment of compensation in accordance with this Article.

○ 日本・韓国投資協定

10 条

1 (略)

2 いずれの締約国も、(a) 公共のためであり、(b) 差別的なものでなく、(c) 迅速、適当かつ実効的な補償の支払いを伴い、かつ、(d) 正当な法の手続に従ってとられるものである場合を除くほか、自国の領域内にある他方の締約国の投資家の投資財産について、収用若しくは国有化又は収用若しくは国有化と同等の措置（以下「収用」という。）を実施してはならない。

2. Neither Contracting Party shall expropriate or nationalize investments in its territory of investors of the other Contracting Party or take any measure tantamount to expropriation or nationalization (hereinafter referred to as “expropriation”) except: (a) for a public purpose; (b) in a non-discriminatory manner; (c) upon payment of prompt, adequate and effective compensation; (d) in accordance with due process of law.

○ 日本・ベトナム投資協定

9 条

1 (略)

2 いずれの締約国も、(a) 公共のためであり、(b) 差別的なものでなく、(c) 迅速、適当かつ実効的な補償の支払いを伴い、かつ、(d) 正当な法の手続に従ってとられるものである場合を除くほか、自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産について、収用若しくは国有化又は国有化と同等の措置（以下「収用」という。）を実施してはならない。

1. Each Contracting Party shall accord investments in its Area of investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment and full and constant protection and security.

2. Neither Contracting Party shall expropriate or nationalize investment in its Area of investors of the other Contracting Party or take any measure tantamount to expropriation or nationalization (hereinafter referred to as “expropriation”) except: (a) for a public purpose; (b) in a non-discriminatory manner; (c) upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and (d) in accordance with due process

of law.

○ 日本・メキシコ EPA

61 条

1 いずれの締約国も、(a)公共のためであり、(b)差別的なものでなく、(c)正当な法の手続および前条の規定（注：一般的待遇）に従って行われるものであり、かつ、(d)2から5までの規定による補償の支払を伴うものである場合を除くほか、自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産について、直接又は収用若しくは国有化と同等の措置を通じて間接に、収用又は国有化（以下「収用」という。）を実施してはならない。

1. Neither Party shall expropriate or nationalize an investment of an investor of the other Party in its Area either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization (hereinafter referred to as “expropriation”) except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 60; and (d) on payment of compensation pursuant to paragraphs 2 through 5 below.

○ 日本・マレーシア EPA

81 条

1 いずれの締約国も、自国内にある他方の締約国の投資家の投資財産に対し、収用若しくは国有化又は収用若しくは国有化と同等の措置（以下この章において「収用」という。）を実施してはならない。ただし、次の場合はこの限りでない。

- (a) 合法的な又は公共のためのものである場合
- (b) 差別的なものでない場合
- (c) 正当な法の手続に従ってとられるものである場合
- (d) 迅速、適当かつ実効的な補償の支払いを伴うものである場合

1. Neither Country shall take any measures of or equivalent to expropriation or nationalization against the investments in that Country of investors of the other Country (hereinafter referred to in this Chapter as “expropriation”) excepts:

- (a) for a lawful or public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law; and
- (d) upon payment of prompt, adequate and effective compensation.

○ 日本・フィリピン EPA

95 条

1 いずれの締約国も、(a)公共のためであり、(b)差別的なものでなく、(c)正当な法の手続に従って行われるものであり、かつ、(d)迅速、適当かつ実効的な補償の支払を伴うものである場合を除くほか、自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産について、収用若しくは国有化又は収用若しくは国有化と同等の措置（以下この章において「収用」という。）を実施してはならない。

1. Neither Party shall expropriate or nationalize investments in its Area of investors of the other Party or take any measure equivalent to expropriation or nationalization (hereinafter referred to in this Chapter as “expropriation”) except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law; and (d) upon payment of prompt, adequate and effective compensation.

○ 日本・チリ EPA

82 条

1 いずれの一方の締約国も、他方の締約国の投資家が自国の区域内において取得する投資財産について、直接的に、又は収用若しくは国有化と同等の措置を通じて間接的に、収用又は国有化（以下「収用」という。）を実施してはならない。ただし、次のすべての条件を満たす場合はこの限りでない。

- (a) 公共のためであること。
- (b) 差別的なものでないこと
- (c) 2から4までの規定による迅速、適当かつ実効的な補償の支払を伴うものであうこと。
- (d) 正当な法の手続及び第75条（注：一般的待遇）の規定に従って行われるものであること

1. Neither Party may expropriate or nationalize investments made in its Area by investors of the other

Party either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (hereinafter referred to as “expropriation”), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) on payment of prompt, adequate and effective compensation in accordance with paragraphs 2 through 4; and
- (d) in accordance with due process of law and Article 75.

○ 日本・タイ EPA

102 条

1 いずれの締約国も、自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産の収用若しくは国有化又はこれに対する収用若しくは国有化と同等の措置（以下この章において「収用」という。）を実施してはならない。ただし、(a) 公共の目的のためのものであり、(b) 差別的なものでなく、(c) 正当な法の手続に従ってとられるものであり、かつ、(d) 迅速、適当かつ実効的な補償の支払いを伴うものである場合を除く。

1. Neither Party shall expropriate or nationalise investments in its Area of investors of the other Party or take any measure equivalent to expropriation or nationalisation (hereinafter referred to in this Chapter as “expropriation”) except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law; and
- (d) upon payment of prompt, adequate and effective compensation.

○ 日本・カンボジア BIT

12 条

1 いずれの一方の締約国も、(a) 公共の目的のためのものであり、(b) 差別的なものでなく、(c) 2 から 4 までの規定に従って迅速、適当かつ実効的な補償の支払を伴うものであり、かつ、(d) 正当な法の手続及び第 4 条（注：一般待遇）の規定に従ってとられるものである場合を除くほか、自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産の収用若しくは国有化又はこれに対する収用若しくは国有化と同等の措置（以下「収用」という。）を実施してはならない。

1. Neither Contracting Party shall expropriate or nationalize investments in its Area of investors of the other Contracting Party or take any measure equivalent to expropriation or nationalization (hereinafter referred to as “expropriation”) except: (a) for a public purpose; (b) in a non-discriminatory manner; (c) upon payment of prompt, adequate and effective compensation pursuant to paragraphs 2, 3, and 4; and (d) in accordance with due process of law and Article 4.

○ 日本・ブルネイ EPA

63 条

1 いずれの一方の締約国も、自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産の収用若しくは国有化又はこれに対する収用若しくは国有化と同等の措置（以下この章において「収用」という。）を実施してはならない。ただし、次のすべての条件を満たす場合は、この限りではない。

- (a) 公共の目的のためのものであること。
- (b) 差別的なものでないこと。
- (c) 法律に従って行われるものであること。
- (d) 2 から 4 までの規定に従って迅速、適当かつ実効的な補償の支払を伴うものであること。

1. Neither Contracting Party shall expropriate or nationalise investments in its Area of investors of the other Party or take any measure tantamount to expropriation or nationalisation (hereinafter referred to in this Chapter as “expropriation”) except;

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with law; and
- (d) upon payment of prompt, adequate and effective compensation pursuant to paragraphs 2, 3 and 4.

○ 日本・インドネシア EPA

65 条

1 いずれの一方の締約国も、自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産の収用若しくは国有化又はこれに対する収用若しくは国有化と同等の措置（以下この章において「収用」という。）を実施してはならない。ただし、次のすべての条件を満たす場合は、この限りでない。

- (a) 公共の目的のためのものであること。
- (b) 差別的なものでないこと。
- (c) 正当な法の手続及び第 61 条の規定に従って行われるものであること。
- (d) 2 から 4 までの規定に従って迅速、適当かつ実効的な補償の支払を伴うものであること。

1. Neither Party shall expropriate or nationalize investments in its Area of investors of the other Party or take any measure tantamount to expropriation or nationalization (hereinafter referred to in this Chapter as “expropriation”) except;

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law and Article 61; and
- (d) upon payment of prompt, adequate and effective compensation pursuant to paragraphs 2 through 4.

○ 日本・ラオス BIT

12 条

1 いずれの一方の締約国も、(a) 公共の目的のためのものであり、(b) 差別的なものでなく、(c) 2 から 4 までの規定に従って迅速、適当かつ実効的な補償の支払を伴うものであり、かつ、(d) 正当な法の手続及び第 5 条の規定に従ってとられるものである場合を除くほか、自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産の収用若しくは国有化又はこれに対する収用若しくは国有化と同等の措置（以下「収用」という。）を実施してはならない。

1. Neither Contracting Party shall expropriate or nationalize investments in its Area of investors of the other Contracting Party or take any measure equivalent to expropriation or nationalization (hereinafter referred to as “expropriation”) except: (a) for a public purpose; (b) in a non-discriminatory manner; (c) upon payment of prompt, adequate and effective compensation pursuant to paragraphs 2, 3 and 4; and (d) in accordance with due process of law and Article 5.

2. 米国 2004 年モデル BIT 収用についての注釈

Annex B Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

- 1. Article 6 [Expropriation and Compensation] (1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.
- 2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.
- 3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.
- 4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation] (1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.
 - (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:
 - (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;
 - (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
 - (iii) the character of the government action.
 - (b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and

applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

3. カナダ 2004 年モデル FIPA (Foreign Investment Protection Agreement) 収用についての注釈

Annex B.13(1) Expropriation

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) 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.