

【紹介】

小寺 彰編

『国際投資協定——仲裁による法的保護』

(三省堂、2010年、xii + 321頁)

小樽商科大学准教授

小林 友彦

I

本書は、国家間投資協定（以下、IIA と呼ぶ）に関する実体的な法的論点を幅広く取り上げる。と同時に、副題が示す通り、その解釈適用をめぐる争いを処理する仲裁手続（以下、IIA 仲裁と呼ぶ）が果たす役割にも注目して、IIA をめぐる動態的な法規範の全体像を俯瞰しようとする。

編者である小寺彰東京大学教授は、国際法及び国際経済法研究の泰斗の一人として、1990年代から国際投資法の発展を追跡してきた。しかしながら、本書のまえがきに記されているように、2000年代に入って経済界や政府が経済連携協定や IIA に積極的に取り組むようになってからも、学界や法曹界において大きな関心が払われたとはいえない。これに対して、編者は学際的かつ産学官連携的な研究会を組織し、精力的に本問題の重要性を提起した。とりわけ本書は、IIA に関する国際法上の諸論点について実践的かつ理論的な研究のフロンティアを切り開いた。この点で、本誌において紹介に値すると思われる。

本書の構成は、総論（第1-3章）、実体法（第4-11章）及び仲裁手続（第12-15章）の3部からなり、執筆者は国際法・国際経済法・

経済学の研究者から商事仲裁や通商政策に携わる実務家まで多岐にわたる。限られた紙幅の範囲内で浩瀚な編集書の全てを詳説することはむろん不可能であるものの、以下では本書の各章の内容を要約した上で（II.）、若干の評釈を付す（III.）。

II

小寺 彰「投資協定の現代的意義——仲裁による機能強化」（第1章）は、IIA と投資協定仲裁の機能を歴史的過程に照らして整理した上で、特に投資協定仲裁について今日生じている理論的課題を提示する。まず、IIA の目的には投資の保護と自由化という2つがありえ、目的に応じて二国間投資協定（BIT）、自由貿易協定の投資章、個別分野の多数国間条約の形態が選択される。また、私人である投資家が投資受入国を訴える仲裁手続が設けられることが通例である。1990年代から IIA の締結数が増加した後、1990年代末以降に IIA 仲裁が活発に利用されるようになったことで IIA の機能が強化されたという。しかしながら、IIA 仲裁の手続法的・実体法的な性質決定についてはいまだ不明確な点があり、その解明には IIA にどのような機能を持たせるかを含む総合的な検討を必要とする。

伊藤一頼「投資家・投資財産」(第2章)は、IIA 仲裁の管轄権が成立するための主観的要件である「投資家」及び客観的要件である「投資財産」を確定する際の法的論点を解説する。むろん、いずれも各 IIA で独自に定義しうる上、多くの IIA は複数の仲裁制度(ICSID 仲裁、UNCITRAL 仲裁等)の利用を認めており、制度ごとに要件が異なるため一律に論じることはできない。主観的要件については、事案の個別事情に依存する要素が大きいものの、国籍の実質的連関等を考慮せず形式的に判断する等、共通する傾向も見られる。客観的要件については、管轄権成立要件としない IIA が多いものの、何らかの投資性や国内法適合性が要件とされる場合もある。

米谷三以「適用法規——国際法の直接適用とその含意」(第3章)は、国際法を適用法に含める ICSID 条約第42条の ICSID 仲裁における解釈を分析する。私人が当事者となる仲裁において国際法を適用しうるか、IIA 仲裁を公法的審査手続と捉えたとしても投資受入国の規制主権への掣肘をどこまで認めるかが問題となる。この点、国際法の直接適用を認めた仲裁例では投資受入国が国際法の国内的効力を認めていることを前提にしたものの、同条にそのような条件はなく、かつ投資受入国の裁量に左右されるためそのような前提は不適切である。また、国際法を適用する場合も、請求の根拠とできるのは私人が利用できる手続において実施されることを予定された規範に限られる。ただし、環境条約等については、抗弁として用いることを認める又は実体規定の解釈上考慮する等の柔軟性が求められる。

西元宏治「最恵国待遇——投資協定仲裁による解釈とその展開」(第4章)は、まず最恵国待遇が相対的な便益であり、無差別を志向

する一方で具体的な「条項」の起草には個別的な相互主義が作用すると整理する。それゆえに規定振りが様々に異なる本条項をめぐる紛争は、不利な待遇による基本条約の違反を問う直接適用型と、第三国条約からの均霑を求める間接適用型とに大別される。前者について仲裁例が限定的なのに対し、後者については、紛争処理条項上の権利義務が本条項に基づいて均霑されるかが特に問題となり、仲裁例の判断が分かれる。本条項が手続事項にも及ぶかという問題のみならず、個別性の大きい本条項の意味をどう確定するかという問題を含むため、実体規定の精緻化と仲裁例の蓄積を必要とする。

小寺 彰・松本加代「内国民待遇——内国民待遇は主権を脅かすか?」(第5章)は、IIA における内国民待遇条項が実質的無差別まで要求するものと解釈されれば投資受入国の規制主権に広範な影響が及びうるという問題意識から、IIA 仲裁例を分析する。米国の締結した IIA における「投資後」の内国民待遇の適用事例を検討した結果、対象事業の同一性及び措置の目的・効果に照らして本原則を謙抑的に解釈適用するものが多いことが確認された。他方で、投資自由化を含む NAFTA と投資保護のみの他の IIA との間で競争関係の位置づけに違いがみられ、前者においては拡張的な解釈の余地が残されている。

小寺 彰「公正・衡平待遇——投資財産の一般的待遇」(第6章)は、最恵国待遇や内国民待遇とは異なり絶対的な基準である「公正・衡平待遇」義務の解釈が IIA 仲裁を通して明確化された過程を分析する。本原則が慣習法上の最低基準を確認するものかそれとも追加的な保護を与えるものであるかが問題となるところ、NAFTA については立法的に前

者の解釈が確立した一方、他の IIA については後者の解釈も見られる。具体的な解釈は個々の IIA の目的や規定振りに依存するものの、実質的には不当性・差別性・恣意性が投資家の期待を損なうかという信義則が問題とされている。この意味で、一般条項としての本原則の射程は広範であり、十分な活用が必須である。

松本加代「収用——規制と間接収用」(第7章)は、「収用」という古典的論点について、その解釈の広狭が投資保護と規制権限のバランスに影響を及ぼすという観点から、IIA 仲裁例を分析する。とりわけある措置が間接収用か否かが争われる場合、投資財産への侵害のみを判断基準とするか措置の目的や性質や正統な期待も考慮するかが問題となるところ、IIA 仲裁例は後者をとる。収用に該当すると判断した場合でも、投資財産の侵害を認定するに際して措置の目的や性質の妥当性・正当性を考慮している。また、収用に該当しないと判断する場合には、侵害の程度が低い、因果関係がない、正当な規制である、投資財産に該当しない等の理由づけがなされる。

濱本正太郎「義務遵守条項（アンブレラ条項）」(第8章)は、IIA 締結相手国に投資家の投資財産に対する義務を遵守するよう定める IIA 上の規定（「義務遵守条項」）の機能について、多くは弱い立場にある投資家が投資契約違反を常に IIA 仲裁で争えるようにする方法として検討する。本条項には IIA 上の独立の実体的義務を生ぜしめる効果はないものの、IIA 上の他の実体的義務に違反しない措置に対して IIA 仲裁に付託する道を開くという手続的效果を有する。これまで、契約や投資受入国国内立法、そして投資家の設立した現地会社に対する義務や投資受入国の国内法上別

法人の国家機関が負う義務について、本条項の適用対象になると認められた IIA 仲裁例がある。IIA 仲裁が重要であるからこそ争点となる問題であり、条約文言の精緻さが問われる。

川瀬剛志「例外規定——類型と解釈の多様性」(第9章)は、国際投資法の分断化状況において、個々の IIA における例外条項を一般的に論じることの意義を検討する。この点、近時のアルゼンチン経済危機後の同一の政府措置に対する IIA 仲裁例の判断が大きく分かれたのは、IIA が適切に対応しうる実体規定を備えていなかったことが理由であり、適切な安全弁を立法的に手当てする必要がある。具体的には、安全保障条項の位置づけ（適用除外条項か例外条項か等）と射程を再検討することに加え、国際収支・信用秩序の管理のための例外や環境・労働基準の保護のための例外といった多様な可能性を検討することが、バランスのとれた国際投資法の発展に不可欠である。

西村 弓「投資紛争における行為の国家への帰属」(第10章)は、そもそも投資紛争の原因行為が国家に帰属すると IIA 仲裁が判断する基準について、一般国際法上の国家責任規則に照らして検討する。ILC 国家責任条文草案による分類の中で、とりわけ、国家機関以外で統治権能を行使する主体や国家の指示・指揮・命令下にある主体が投資契約の当事者となる場合が投資紛争では問題となるところ、IIA 仲裁はしばしば責任条文草案の構造・機能基準に依拠して国家への帰属の有無を判断している。ただし、管轄権段階で「締約国」性を判断する際には帰属規則を便宜的に参照しているにすぎず、また本案段階で義務遵守条項の解釈を行う際も、契約の存否の判断は帰属の問題と別個になされる。

玉田 大「補償と賠償」(第11章)は、IIA 仲裁の重要問題である賠償及び補償の判断が変容を見せている点に注目して検討する。伝統的には、「賠償」とは違法行為から生じる国家責任の解除方法であるのに対し、「補償」とは収用の合法性を確保するための要件である。しかしながら、収用に対する IIA 仲裁例においては、両者の区別を維持しつつも、「補償」算定基準が「賠償」算定においても採用される例があり、実質的な違いが失われつつある。また、収用以外の違法行為に対する「賠償」の場合も、収用時と類似の損害に対しては「補償」算定基準が類推適用されており、やはり両者の違いは失われつつある。

岩月直樹「管轄権と受理可能性」(第12章)が前提とするのは、一般的な形で仲裁付託への同意を事前に与えた投資受入国が実際の仲裁付託に対して管轄権を争うことも多いという現実である。こうした訴訟要件問題は管轄権の「存否」、「射程」及び「行使」に区分できる。「存否」については、事前の同意の範囲及び有効性が問題となる。「射程」については、「人的」射程として投資家の定義が、「事項」的射程として投資との関連性、法的紛争としての性質及び請求原因の範囲が、そして「時間」的射程として IIA 発効前の行為や継続的・複合的行為の取り扱いが問題となる。「行使」については、他の手続を選択したか、事前協議期間が満了したか、及び明白に妥当でない請求をどう扱うか等が問題となる。

中村達也「並行的手続の規制、調整」(第13章)は、複数の投資仲裁が並行することについて、投資受入国の負担の軽減と投資家の選択肢の確保の観点から調整を試みる。まず、手続が並行する態様について、同一の申立人が投資協定違反と投資契約違反とを異なる手

続で争うような「客観的併合型」と、申立人が複数の「主観的併合型」とに区分する。手続の並行により負担が増すのは主として投資受入国であることから、重複審理をどのような条件で認めるべきか否かが問題となる。これに対して、「重複手続」や「手続濫用」等の法理は当事者や請求原因が異なれば成立しないとする仲裁例が多いという。筆者は、これらの一般法理によっては十分に規律できないとした上で、裁判機関としての手続裁量権や訴訟指揮権に基づく調整の可能性を示唆する。

手塚裕之「立証関係——投資協定仲裁における証拠法ルールと運用実務」(第14章)は、証拠法に関する細則を欠く IIA 仲裁において国際商事仲裁の証拠法規則が採用される例があることに注目し、両者の関係を検討する。まず、国際商事仲裁においても、いくつかの基本原則を超える一般的な証拠法規則はないものの、国際法曹協会 (IBA) 証拠規則を採用又は準拠する例が増えている。ここで文書提出命令及び証拠保全に関する IIA 仲裁例を見ると、IBA 証拠規則を考慮・援用したものがあがる。これは IIA 仲裁と商事仲裁の共通性から見れば奇異ではないものの、結局は手続事項に関する仲裁廷の裁量事項である。とりわけ投資受入国側に証拠が偏在しがちな IIA 仲裁では文書提出命令や証拠保全の必要性が高いものの、どこまで可能かは慎重な判断を要する。

清水 剛「投資協定仲裁は何をもたらすのか? ——法と経済学の視点から」(第15章)は、IIA 仲裁の機能を判断するにあたって、当事者間の有利不利ではなく社会的効用の増減の問題として分析する。具体的には、投資家が投資契約を破棄するか、その後の紛争で和解するか、及び、IIA 仲裁で勝訴するかという

3段階の1回限りゲームを措定する。なお、両当事者とも経済的利得のサブセットや勝訴確率を了知しており、リスク中立的でありかつ政治的利害は捨象すると仮定する。両当事者の利得の総和が増大することをもって社会的効用を増すと観念すれば、IIA 仲裁を導入することが常に望ましいとは限らない。この問題を解決するにはいわゆる fork in the road 条項が有効であるものの、投資受入国に不利になるため受け入れられない可能性がある。

III

編者が第1章において整理する通り、IIA 及びそれに基づいてなされる IIA 仲裁は展開過程にあり、その性質及び機能についても不明確な点が多く残されている。実践的課題であるがゆえに理論研究が軽視されがちでも不思議ではない。とりわけ企業とすれば、自己に有利な条件の IIA 締結国を経由するいわゆる「条約漁り」ができれば、IIA の内部の一貫性や相互的整合性について関心が薄いかもしい。また、結果の予測できない IIA 仲裁に時間と費用を投じようとは思わないかもしれない。しかしながら、「条約漁り」が増加し IIA が投資の実態から乖離した形で適用されれば、長期的には IIA の締結の減少・破棄の増加や適用範囲の制限といった形で IIA の便益が縮減する可能性がある。逆に、IIA 仲裁に関する規律が明確になれば、IIA 仲裁に付託した場合の予測可能性が高まるのみならず、そもそも逸脱行為を予防する効果も期待できる。この意味で、国際経済法学と国際法学の知見を活かした分析が、今日まさしく必要とされているといえる。

本書は、こうした法分野の現状を実際の仲裁例に注目して動的に捕捉しようとする統

一性のある共同研究の成果であり、編者の十数年にわたる学術的な投資の成果の一つでもある。多様な論点について、IIA に関する国際法上の論点の解明を含め国際投資協定の研究の最先端が示されている。確立した法理や慣行を跡付けるといふより、分断化されながらも急速に発展しつつある規範の方向性を指し示すという点で、優れて実践的な研究である。個々の分析を逐一評価することは評者の能力を超えるため、以下では、本書が取り扱う IIA について関連する論点を2点提示することで、評者の責を果たそうとする。

第1に、本書所収の諸論考が示すように、様々な IIA に基づく個々の仲裁廷の判断には相当な幅がある。であるとすれば、仲裁制度や仲裁人をどのように選定するかが、個別事案の帰結に大きな影響を与えると考えられる。IIA 仲裁と国際商事仲裁とで仲裁人や機能に共通性が見られることに鑑みれば（本書271-272頁参照）、国際商事仲裁の文脈で法系間の競争や仲裁人の属性の変化があることを示した Y. Dezalay and B. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order* (University of Chicago Press, 1996) のような法社会学的分析を IIA 仲裁の文脈に応用できるか否かも、検討に値する論点であろう。第2に、IIA は租税条約や社会保障条約と合わせて機能するものであり、IIA の機能を理解するには、これら隣接領域の関連協定との関係についても目配りする必要がある。この点、編者は既に研究会等を主宰し検討しており、引き続き最先端の研究を主導している。

なお、類書として C. Binder *et al* eds., *International Investment Law for the 21st Century* (Oxford U.P., 2009) がある。