

Title	投資関連協定における公正かつ衡平な待遇にかかる一考察
Sub Title	Possible evolution of "fairness" in fair and equitable treatment in investment-related agreements
Author	齊藤, 安希子(Saitō, Akiko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2020
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.124, (2020. 3) ,p.135- 163
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20200315-0135

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

投資関連協定における公正かつ衡平な待遇にかか る一考察

齊藤安希子

- 一 はじめに
- 二 公正衡平待遇とは
 - (一) 公正衡平待遇と投資仲裁廷判断の関係性
 - (二) 投資関連協定で規定される公正衡平待遇の意義と規定上の義務の曖昧性
- 三 仲裁判断における投資関連協定と慣習国際法の最低待遇基準との関連
 - (一) 北米自由貿易協定（NAFTA）と覚書
 - (二) 慣習国際法の最低基準待遇の範囲・内容
 - (三) 小 結
- 四 投資家の「正当な期待」の保護に資する仲裁廷による判断と規定の変化
 - (一) 投資家の「正当な期待」の保護とその導出
- 五 おわりに
 - (一) 協定上の公正衡平待遇の規定ぶりへの影響
 - (二) 小 結

一 はじめに

国際的な貿易・投資活動⁽¹⁾においては、世界貿易機関 (World Trade Organization、以下WTO) やその前身の、関税及び貿易に関する一般協定 (General Agreement on Tariffs and Trade、以下GATT) における取り決め等を通じて自由貿易が推進され、「自由で公正な貿易」 (Free and Fair Trade) のための環境づくりが目指されている。WTOの目的は、「生活水準の向上、完全雇用の確保、高水準の実質所得及び有効需要の着実な増加、資源の完全利用、物品及びサービスの生産及び貿易の拡大⁽²⁾」である。またその基本原則は、貿易障壁の軽減と無差別原則であり、⁽¹⁾最恵国待遇原則、^(二)内国民待遇原則、^(三)数量制限の一般的廃止の原則、及び ^(四)合法的な国際産業保護手段としての関税、の基本原則に示される。

貿易・投資に資するルール等を評する際に公正 (Fair) という言葉はしばしば用いられるが、それは、経済連携協定⁽³⁾に関しても同様である。⁽⁴⁾ GATT二四条及びサービス貿易一般協定 (GATS) により加盟国が一定の条件を満たす場合には関税同盟や自由貿易地域の設立が認められていることを受け、経済連携協定においては交渉参加国間で独自に交渉・締結される。また、WTO交渉ラウンドの停滞等を背景に、締結済みの経済連携協定は増加している。経済連携協定の交渉で目指される目標や大枠合意または締結後の評価等においても、公正という文言が多用される。例えば、わが国が二〇一八年七月に署名した日EU経済連携協定においても、ユンケル欧州委員会委員長は、同協定が将来の自由で公正な貿易 (the future of free and fair trade) に資する旨を示唆するコメントを発表した。⁽⁵⁾ 日本政府も同様の見解であり、「自由で公正なルールに基づく、二一世紀の経済秩序のモデル⁽⁶⁾」と評価した。また、二〇一八年八月に第一回会合が開催された日米貿易協議は、当初は「自由で公正かつ相互的な貿易取引のための協議」 (FFR: talks

(for free, fair and reciprocal trade deals) との名称がつけられたとともに、日米物品貿易協定の交渉入りを表明した二〇一八年九月の日米共同声明においても、安倍首相からは、「自由で公正なルールに基づく貿易の重要性」が強調された。⁷⁾ この公正について、何をもって公正と考えるかということは、一般的には多義的及び主観的たるものであり、貿易・投資の分野における公正性についても同様である。また、例えば経済産業省が毎年発行する「不公正貿易報告書」においては「まずルールの定立を期し、国際ルールなしに公正・不公正を論ずるべきではないという「ルール志向」こそが、本報告書が提示し続けてきた「公正性」であり、我々の依拠すべき原理原則 (principle)⁸⁾ とされ、前述の首脳発言等がルールそのものを評しているのに対して異なる観点から公正性が検討されている。更に、トランプ米国大統領が指す「公正」は保護主義に導かれ、GATT/WTO等の国際的枠組みで目指されてきた内容とも異なる。何を公正性の判断基準とするか、あるいは何を対象として公正性を判断するか、等については多様な解釈が存在している状況である。

貿易・投資の分野において公正性を検討する際の多義性や対象の違い等を前提とした上で、本稿では、主に、経済連携協定の投資にかかる規定及び投資協定等の投資関連協定に含まれることが多い「公正かつ衡平な待遇 (fair and equitable treatment)」(以下、公正衡平待遇) 規定の分析により、貿易・投資の分野における公正性について一つの考察を試みたい。公正衡平待遇をめぐる様々な観点からの研究がなされてきており、その具体的な待遇に資する分析の対象は、例えば、個別の協定における当該義務の解釈、個別の仲裁事例、公正衡平待遇の規定の類型、曖昧な規定からの具体的な待遇の導出、慣習国際法や国際法との関係、更には国家の主権やポリシースペースとの関係等が挙げられる。いずれも、間接的または直接的に、貿易・投資の分野における公正性とは何か、という問いに際し一定の手がかりを与えてくれるものと考ええる。様々な観点からの検討が可能であることを承知した上で、本稿では、当該待遇義務違反が争点となった投資仲裁廷について、主に「慣習国際法の最低待遇基準」との関係に基づき考察することで、

まずは同規定により示される公正性の曖昧性について指摘したい。その試みのため、主に北米自由貿易協定（NAFTA）をめぐる一連の動き、ならびに特に昨今の公正衡平待遇の義務として仲裁廷で争点となることの多い「正当な期待」を主たる題材として検討する。そして更に、曖昧な当該待遇義務に一定の制限を課すための交渉国の取り組みについて述べ、そのことが意味しうることにについて考察する。

なお、公正衡平待遇は、投資にかかる規定として初めて、一九四八年に五三三国により採択・調印された国際貿易憲章（ハバナ憲章）で規定されたが、結局は大多数の国が批准しなかったために同憲章は未発効となった。その後のマルチの枠組み、具体的にはGATT、更にはWTO及び貿易に関連する投資措置に関する協定（Agreement on Trade-Related Investment Measures）のいずれにおいても公正衡平待遇あるいはその類似は規定されていないため、本稿では分析の対象外である。

二 公正衡平待遇とは

（一）公正衡平待遇と投資仲裁廷判断の関係性

投資関連協定⁽⁹⁾は二〇一八年一二月末時点で、三三〇〇を超える⁽¹⁰⁾。特に、WTOでのラウンド交渉の停滞または中止等を背景に、投資関連規定を含む経済連携協定の締結は二〇〇〇年から飛躍的に伸びている⁽¹²⁾。また発効済の投資協定も増加する一方である⁽¹³⁾。

投資関連協定においては、一九八〇年代から、投資家の待遇を確保するために、投資受入国に対して公正衡平待遇を投資家に与える義務を課す向きにあり、既存の投資関連協定の多くが同義務規定を含む⁽¹⁴⁾。わが国においては、二〇

○二年一月に発効した日シンガポール経済連携協定⁽¹⁶⁾以降に締結された投資保護規定を含む全ての投資関連協定において、当該義務は規定されている⁽¹⁷⁾。公正衡平待遇義務規定は、投資受入国が外国企業の投資財産に対して一定の待遇を付与することを目的とするが、「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⁽¹⁹⁾」ものが多い。また、その規定ぶりには幾つかの類型が存在するが、いずれも、最惠国待遇や内国民待遇のような、他の対象との比較において相対的に判断されるものではなく、絶対的に維持すべき待遇の水準を規定するものである⁽²¹⁾。

加えて、既存の投資関連協定の多くが、投資家対国家の紛争解決（以下、投資協定仲裁⁽²²⁾）を規定する。当該規定を含む協定においては、投資家と投資受入国との間で投資紛争が発生した際には、同規定に基づき、投資家が、あらかじめ協定で定められた第三者機関が提供する仲裁メカニズムを通じて解決を図ることを可能とする⁽²³⁾。そして、仲裁廷が投資受入国の協定違反及び投資家の損害を認めた場合には、投資受入国に損害賠償の支払いを命じ、当該国はそれに従う義務がある。投資協定仲裁は一九九〇年代後半から活用され始め、二〇一八年末時点で九四二件の仲裁案件が生じているが、このうち、最も多くの案件において争点とされたのが公正衡平待遇義務にかかるものである⁽²⁴⁾。

小寺（二〇〇六）⁽²⁵⁾は、公正衡平待遇義務は、「投資協定仲裁によって投資協定の新たな意義が明らかになった典型例⁽²⁶⁾」であり、特に日本では「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⁽²⁶⁾」一方で、仲裁廷等の第三者機関により待遇が解釈される場合は異なることを指摘しつつ、紛争の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⁽²⁷⁾」ことを指摘した。また、公正衡平待遇が具体的に指す待遇については、「条文の文言や文脈、協定の目的、個別具体的な事情等によって決まる⁽²⁸⁾」ため、公正衡平待遇の義務については、投資協定仲裁において都度検討されてきたといえる。曖昧な内容の規定から、どのような基準に基づき義務の違反有無の判断をするか、更には、どのように具体的な待遇を引き出すか、ということは公正衡平待遇義務を検討する際の重

要な問題であり、仲裁廷においてもその取り組みがなされてきた。

(二) 投資関連協定で規定される公正衡平待遇の意義と規定上の義務の曖昧性

投資関連協定の主たる目的は外国人の投資財産の保護であり、協定の規定はその保護義務の内容について協定締結国が負う義務を示す。そして投資関連協定で規定される公正衡平待遇も投資財産の保護に資するものである。

前述のとおり、小寺(二〇〇八)は、仲裁廷等は、個別具体的な内容の義務規定によって投資家対国家の紛争を解決できないと判断された際には一般条項が協定にあれば、一般条項を根拠に紛争を判断することが可能となり、また、公正衡平待遇のように「きわめて内容が曖昧模糊とした規定」⁽³³⁾は、「本来的にそのような役割が期待されていたことが考えられる」⁽³¹⁾こと、また、仲裁廷等は実際に同様の作業を行ってきたことを指摘した。また、Picherack(二〇〇八)は、公正衡平待遇はいわば Catch-all の規定として機能してきたことを指摘した⁽³²⁾。更に、協定交渉当事者としても、協定締結に向けて交渉を妥結するためにも公正衡平待遇条項において曖昧な内容のまま投資家の保護について規定しておく、特有の事案が生じた場合には投資協定仲裁に判断をゆだねて解決する意図が生じてきた可能性はあり、また投資家保護の観点からは曖昧性を有する方が保護の度合いが高まりうることから、例えば協定の一方の締結国の国内情勢やビジネス環境に不安定要素がある場合には、もう一方の協定締結国の意向等により、意図的にその内容を曖昧にしている協定が存在する可能性がある⁽³³⁾。

公正衡平待遇規定の類型の相違や曖昧性、更には同一の協定に基づく仲裁廷毎の判断の相違等により、これまでの仲裁廷判断の蓄積をもってしても、当該規定に基づく義務の内容についての共通解釈は得られていない⁽³⁴⁾。もっとも、仲裁廷における判断の蓄積により、現在においては、一定の解釈が得られていることは指摘される。例えば、一般的には、公正衡平待遇は、透明性・一貫性・安定性・予見可能性・信義誠実を含むことが明らかにようになってきたとされる⁽³⁵⁾。

また、玉田（二〇一〇）の指摘のように形式上投資仲裁には「法的拘束力のある「判例法」は存在しないものの、判例の積み重ねにより、事実上「判例法」を想定した議論が行われて」⁽³⁶⁾いる一面がある。他方で、ある仲裁廷で示された判断がその後の仲裁廷の判断を必ずしも縛るものではなく、既存の判例を参照にしつつも、各仲裁廷において公正衡平待遇義務の内容は都度検討されうる。実際に各仲裁廷の判断には必ずしも一貫性はなく、上述のとおり公正衡平待遇が示す具体的な義務・待遇に資する曖昧性は依然として存在する。

三 仲裁判断における投資関連協定と慣習国際法の最低待遇基準との関連

(一) 北米自由貿易協定（NAFTA）と覚書

慣習国際法との関連を規定する公正衡平待遇義務を含む投資関連協定等において、同協定が紛争解決手段を含める場合は当該手続き規定に基づき設置された仲裁廷にて、その具体的な内容が検討されてきた。⁽³⁷⁾多くの投資仲裁で検討されたのは、投資関連協定と慣習国際法の関係である。

そもそも投資関連協定と慣習国際法の最低基準待遇との関係は、双方の関連性を認める見解と、投資関連協定は独自（autonomous）であり関連はない、とする見解があり、⁽³⁸⁾長らく議論の対象となってきた。⁽³⁹⁾関連性を否定する見解においては、例えば、慣習国際法の最低待遇を約する旨を規定した協定について当該協定の独自性を認めた上で、「投資協定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束したのは、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」とみなされ、⁽⁴¹⁾慣習国際法上の最低基準を上回る待遇が認められる

場合がある。国際法または慣習国際法との関連を規定したものについて、単にその関連を規定するのみでは、慣習国際法の最低待遇と同等とみなすことはされないとの判断に因る。そのことが争点となった事例として、以下にNAFTAをめぐる投資仲裁判断とその波及について記す。

NAFTA（一九九四年一月発効、米国・メキシコ・カナダ協定の発効に伴い失効予定⁽⁴³⁾）は、公正衡平待遇義務を以下のとおり規定する。

第一章

一一〇五条…最低基準待遇

一 各締約国は他の締約国の投資家による投資に対して、公正にして衡平な待遇及び十分な保護と保障を含む、国際法に従った待遇を与えなければならない。

同規定では国際法との関連が明示されているが、NAFTAに規定される手続きに基づき設置された仲裁（以下、NAFTA仲裁⁽⁴⁴⁾）において、慣習国際法上の最低待遇基準との関係がしばしば問われてきた。Pope and Talbot v. カナダの事案⁽⁴⁴⁾では、NAFTAが慣習国際法を超える待遇を有し得る独自の基準を有し、更には慣習国際法上の最低基準よりも高度な保護水準を約するものであるとの判断がなされ、最終的にはカナダ政府の当該義務違反が認定された。本事案の他にも、NAFTAが慣習国際法を超える待遇を含む独自の基準を有するとの見解が複数の仲裁廷から示された。⁽⁴⁵⁾

上記事案他の判決を経て、NAFTA自由貿易委員会はNAFTA一章についての覚書（Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provision）を二〇〇一年八月一日に公表し、公正衡平待遇（NAFTA一一〇五条）について、次の点

を述べ、当該規定の義務は慣習国際法の最低待遇基準に留まる旨を明示した。坂田（二〇〇四）による訳を引用する。⁽¹⁷⁾

一、一一〇五条一項は、慣習国際法上、外国人が受ける待遇の最低標準を、他の締約国の投資家の投資が享受する待遇の最低標準として、規定したものである。

二、「公正にして衡平な待遇」及び「十分な保護と保障」の概念は慣習国際法上、外国人が受ける待遇の最低標準に何ものかを付加したり、それを超える何ものかを要求したりするものではない。

三、NAFTAの他の規定の違反が存在する、または別の国際条約の違反が存在する、という決定自体は、一一〇五条の違反が存在することを証明するものではない。⁽⁴⁸⁾

同覚書は、本協定における公正衡平待遇義務は慣習国際法上の最低待遇に留まる旨を明記したものである。これは、NAFTAが独自の規定ではないことを明確にしたとも考えられる。NAFTA自由貿易委員会は覚書を示すことにより、同協定は独自（autonomous）ではなく、慣習国際法と連動しており、且つ、それが慣習法上の最低標準に留まることが示した。⁽⁴⁹⁾ このNAFTAの覚書の取り扱いについては、その効力の有無を含めて、様々な解釈がなされてきたが、NAFTA仲裁において同覚書が拘束力を有すると判断された事例は多数あり、同覚書の公表後は、公正待遇が慣習国際法上の最低基準以上のものを指すとの解釈は否定される傾向にある。⁽⁵⁰⁾ よって、覚書の発効をもってその後の仲裁廷の判断に一定の制限を課すことを目的とした政府（政策当事者）の試みには効果があつたと評することができよう。

なお、NAFTA仲裁の判例及びNAFTA自由貿易委員会の覚書を受けて、公正衡平待遇を慣習国際法の最低待遇に限定する協定が増える。⁽⁵²⁾ 例えば、わが国の協定においては、日豪経済連携協定（二〇一五年一月発効）等が限定し

た規定ぶりである。また、例えば日ウルグアイ投資協定（二〇一七年四月発効）でも公正衡平待遇を慣習国際法の最低待遇に限定しつつ、更にはその協定の義務を「裁判拒否の禁止」や「警察の保護」等に限定している。⁽⁵³⁾ NAFTA 仲裁に関する前述の事例に照らせば、投資関連協定においてその義務を慣習国際法の最低待遇基準に留める旨の内容が明記される場合には、協定と慣習国際法の間連が認められ、慣習国際法の最低待遇基準を超える義務は認められないとされる向きにあるとみなすことができる。⁽⁵⁴⁾ また、同様の判断は NAFTA 仲裁以外の複数の仲裁廷によっても示されている。⁽⁵⁵⁾

（二）慣習国際法の最低基準待遇の範囲・内容

他方で、投資関連協定と慣習国際法の最低待遇基準の関連如何、すなわち、ある投資関連協定の公正衡平待遇が慣習国際法の最低待遇基準を超えた待遇を約するか否かにかかわらず、そもそも慣習国際法の最低基準待遇はどのような具体的な措置または待遇を約しているのか、という点が問われよう。

慣習国際法上の最低基準を最初に定型化したとされる事案としては、一九二六年の米国・メキシコ一般請求委員会による *Neer* 事件判決の基準が挙げられる。当該事件の判断に用いられた、いわゆる *Neer* 基準とは「慣習国際法違反となる場合として、待遇が「法的にひどい場合」、「信義誠実を欠く場合」、「故意による義務の懈怠の場合」、「当局の保護が国際基準に遠く及ばず、合理的かつ衡平な人間ならば明らかに保護が不十分であると判断するような場合」⁽⁵⁶⁾を指す。このいわゆる *Neer* 基準⁽⁵⁷⁾は、多くの投資協定仲裁で参照されてきた。参照された上で、最低待遇基準は *Neer* 基準に留まるとする判断、または同基準は発展（*evolve*）するとみなし同基準以上の義務を認める判断、がなされている。⁽⁵⁸⁾

慣習国際法における最低待遇義務の発展はすなわち、特に慣習国際法についての規定を含み、同法を参照する公正

衡平待遇の内容の発展を導く。一定の基準として *Neer* 基準が参照される仲裁廷においても、同基準からの発展の内容について、各仲裁廷で判断されうる。このことは、これまでの仲裁判断においてその待遇の発展が認められたように、今後もその発展として新たな待遇が肯定される可能性があることを示している。よって、例えば、NAFTA の覚書で示されたように公正衡平待遇が慣習国際法の最低待遇基準と同様であり、最低待遇基準に留まるものであるとの規定がある場合でも、最低待遇基準そのものの発展可能性により、結局は公正衡平待遇義務の内容についての曖昧性は残る。

(三) 小 結

公正衡平待遇について、その曖昧な規定ぶりからその待遇義務を判断するにあたり、その導出に際しても曖昧性が伴う。導出に際する曖昧性の一つの要因が、慣習国際法の最低待遇との関連にみられるような、他の協定との関係にある。公正衡平待遇から具体的な判断基準または義務を導き出すにあたり、特に国際法や慣習国際法との関係を含む規定がある場合には、慣習国際法の最低待遇基準が考慮されてきた。NAFTA の覚書に関する仲裁判断をみるに、慣習国際法の最低待遇基準に留まる旨の規定は効力を発するとみることができ、一方で、慣習国際法の最低待遇基準自体の範囲または内容が必ずしも定まっていはいない。特に、これまでの投資仲裁判断で示されたように、*Neer* 基準のような一定の基準を参考としつつも、慣習国際法の最低待遇基準自体が発展する可能性はすなわち公正衡平待遇の内容が発展する可能性を指し、更には今後もその内容は発展しうることが想定されることから、将来の事案の判断にも不透明性が生じる。公正衡平待遇における公正性は、たとえ NAFTA の覚書や慣習国際法の最低待遇基準にとどめる旨をあらかじめ協定において規定しておくことにより慣習国際法の最低待遇基準の待遇にとどめることができる。としても、同待遇義務そのものの曖昧性が残ることから、結局は公正衡平待遇の義務自体にも曖昧性及び不透明性が

残るのである。更に、Net基準との関係を明らかにせず、具体的な待遇を引き出した事例等も公正衡平待遇の具体的な待遇を曖昧にし、不透明性を生じさせている。

四 投資家の「正当な期待」の保護に資する 仲裁廷による判断と規定の変化

(一) 投資家の「正当な期待」の保護とその導出

次に、特に昨今の仲裁廷において検討されてきた「正当な期待」の保護にかかる仲裁判断に基づく解釈及び仲裁判断を参照し、個別の項目（ここでは「正当な期待」を指す）の待遇義務に資する解釈について検討する。

「正当な期待」の保護とは、「投資設立の時点において、投資受入国が何らかの行為をなし、それを信頼して投資を行った投資家の期待を保護する」ことであり、これまで多くの投資協定仲裁廷において争点とされてきた。⁽⁶¹⁾ 投資家の「正当な期待」が認められるか否かは、投資家が投資を行った状況の客観的理解に基づいて判断される。そして何が「正当な期待」であり、投資受入国のいかなる行為が義務の違反と判断されるか、についても仲裁廷において考慮されてきた。各案件の仲裁廷においては、申立人である投資家側の付託に基づき、一に、投資家の「正当な期待」が保護の対象となるか否か、二に、保護の対象となる場合に国家機関による義務の違反はあったか、という点が検討されるが、一については、協定の規定ぶりで判断され、二に関連しては、投資設立時の状況、例えば、企業が投資実施判断を行うに際し、政府側から投資を促すようなインセンティブの供与について明示的な言及があったか等に応じて判断される。また、投資家の正当な保護は、投資家が「正当な期待」を有するに足る投資受入国側の表明（例えば優

遇政策) 等が保護されなかったために公正衡平待遇条項違反が生じる、との判断が多数示されているとともに、「投資受入国側からの一定の保証や契約条項等を元に判断される傾向にあると考えられ」⁽⁶³⁾、また、投資家の「正当な期待」を生む要素(国家の行動や条件)として「投資を誘致するために制定された国内立法、投資を呼び込むために国家機関がなす意思表示、投資設立時に示された契約条件」が挙げられる⁽⁶⁴⁾。

公正衡平待遇に基づき投資家の「正当な期待」が保護の対象となるか否かについて、投資家の期待の保護について論じられた初めての事案が *Teemed v. メキシコ* の仲裁案件⁽⁶⁵⁾である。スペイン系企業である *Teemed* 社はメキシコで廃棄物処理事業を営んでいたが、メキシコ政府が同社の操業許可の更新を拒否したために、スペイン・メキシコ投資協定に基づいてメキシコ政府を投資紛争解決国際センターに本件を付託した。なお、スペイン・メキシコ投資協定における公正衡平待遇は、慣習国際法との関連を規定するが、慣習国際法の最低基準に制限はされていない⁽⁶⁶⁾。仲裁廷は、同協定の公正衡平待遇が、「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」⁽⁶⁷⁾とし、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」⁽⁶⁸⁾との解釈を示した上で、メキシコ政府の当該義務規定違反を結論づけた⁽⁶⁹⁾。また、投資家の「基本的期待」を保護する投資受入国の義務は公正衡平待遇義務に由来し、公正衡平待遇義務は「国際法上確立した信義誠実原則の現れ」であるとした。他方、「正当な期待」は慣習国際法上の最低待遇義務の範囲内であるとの見解に基づく判断としては、*Anglo American PLC v. ベネズエラ・ボリバル共和国*等の事例が挙げられる。英国ベネズエラ投資協定に基づき仲裁廷は「正当な期待」を根拠に投資家側の申し立てを認めた⁽⁷⁰⁾が、その根拠として最低待遇が発展することを挙げた⁽⁷¹⁾。更に、「正当な期待」を慣習国際法の最低待遇の範囲内とする仲裁判断に対し、なぜ「正当な期待」が考慮されるべきなのかということにつ

いて明確に提示されない判例もある。例えば、EDF v. ルーマニアの仲裁廷は、「正当な期待」について、「投資家がなした投資に関する正当かつ合理的な期待を保護することが公正衡平待遇基準の主要な構成要素の一つであるという、他の複数の仲裁廷が示した見解に同意する」⁽⁷⁵⁾ ことのみを述べるにとどめた。

前述のとおり、仲裁廷において「正当な期待」にかかる保護の可否が判断される際に、慣習国際法上の最低待遇との関連が考慮されることも、反対に慣習国際法の最低待遇基準が考慮されることなく「正当な期待」にかかる判断がなされることもある⁽⁷⁶⁾。また、そもそも、投資受入国政府の行動に関して投資家がいかなる期待を抱くことが「正当」であるかは個々の状況に応じて決まるため、公正衡平待遇が慣習国際法の最低基準を超える内容を含むかどうかは一義的に解答できないとの指摘もある⁽⁷⁷⁾。なお、「正当な期待」が認められるか否かの判断に際し、近年の仲裁廷においては、申立人である外国企業家に対してあらかじめ国家の特定の意思表示が必要か否かという点も争点となりえ、仲裁廷により異なる判断が示されてきたことについても指摘しておく。

(二) 協定上の公正衡平待遇の規定ぶりへの影響

「正当な期待」にかかる投資仲裁判断の増加、特に投資受入国側の非がみとめられ損害賠償支払命令がなされた事例の増加等を背景に、最近締結または署名された投資関連協定において、慣習国際法の最低待遇基準に留めた上で正当な期待にも一定の制限をかける内容の規定があらわれている。例えば、二〇一八年一二月に発効した、環太平洋パートナーシップに関する包括的及び先進的な協定 (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership、以下CPTPP) については、慣習国際法上の最低基準に留めた上で、「正当な期待」について次のとおり規定する。

第九・六条待遇に関する最低基準⁽⁷⁸⁾

四 締約国が投資家の期待に反する行動をとる又はとらないという事実のみでは、結果として対象投資財産に対する損失又は損害があった場合であっても、この条の規定に対する違反を構成しない。

更に、NAFTAにかわる協定として、二〇一八年一月に署名された米国・メキシコ・カナダ協定 (United States-Mexico-Canada Agreement、以下USMCA⁽⁷⁾) は、CPTPPと同様の規定を有し、「正当な期待」について一定の制限を課す⁽⁸⁾ (本協定は本稿投稿時点において未発効)。

(二) 小 結

「正当な期待」は慣習国際法の最低待遇基準の範囲内であるのか、若しくは最低待遇を超えた範囲外とみなされるのか、または、別の考慮要件に基づくものであるのか、については未だ統一された見解はない。「正当な期待」の保護がいかに公正衡平待遇義務から導きだされるのかという点についても仲裁廷によって異なる。信条信義に資すると観点からNeer基準に含まれると判断された例とNeu基準以上の待遇として考慮される例があり、後者については、それがNeer基準の発展としての最低待遇の範囲内か、もしくは最低待遇を超えて認められるべき待遇であるか、についての結論はない。更には、曖昧な規定ぶりから具体的な待遇を導き出す作業において、それらの待遇の根拠そのものが曖昧なままに仲裁判断が下される可能性があり、例えば「正当な期待」などの待遇がなぜ公正衡平待遇の義務として考慮されるべきかについての根拠を十分に検討または提示することなく、その具体的な待遇を仲裁廷が認めることがある。加えて、「正当な期待」の根拠の導出の試みにおいて、慣習国際法を参照するものと、法の一般原則を参照するもの⁽⁹⁾、更には根拠を示すことなく正当な期待の保護義務を認めた上で、投資条件等に基づき具体的な検討を行う仲裁廷が存在してきた。なお、投資関連協定に基づく仲裁判断ではないものの、国際司法裁判所 (ICJ) は、

ボリビア対チリの判決⁽⁸⁰⁾ (二〇一八年) において、一般国際法上、「正当な期待」の保護に関する規則はない、との判断を下した。同判断が今後の投資仲裁廷において考慮される可能性が指摘される⁽⁸²⁾。

そもそも、仮に「正当な期待」が慣習国際法の最低待遇の範囲外であるとの共通解釈が得られたならば、NAFTAの覚書や日豪経済連携協定及び日ウルグアイ投資協定のように公正衡平待遇を最低待遇に留める内容の規定においては、「正当な期待」にかかる事項は争点とならない可能性があるが、Neer基準からの発展に伴う慣習国際法の最低待遇の発展の範囲内にあるとの判断や慣習国際法を参照せずに同待遇を導きだす判断が出されてきたため、例えばNAFTA覚書のように慣習国際法の最低待遇の範囲にとどめとした規定のみでは「正当な期待」をその待遇義務から必ずしも排除できないのである。そして同判断等を受け、正当な期待について一定の制限を課す規定ぶりを含める投資関連協定があらわれている。例えば、二〇一八年に発効したCPTPPや同年に署名されたUSMCAの規定は、慣習国際法の最低待遇基準に留めた上で、正当な期待も排除する内容の規定にも一定の制限を課す。なお、未だ当該規定に基づく投資仲裁への付託がなされていないため、今後、本規定が仲裁廷においてどのように扱われるかについては不明である。

五 おわりに

本稿では、貿易・投資分野における公正性に関する検討の一つの試みとして、投資関連協定で規定される公正衡平待遇規定の範囲と義務の内容について、主に慣習国際法の最低待遇基準との関係に基づき考察した。協定の規定ぶりや投資状況に応じた仲裁判断がなされることを前提とした上で、本稿が指摘するのは、公正衡平待遇義務及びその解釈に資する曖昧性、及び投資仲裁廷の判断の非一貫性等に資する曖昧性である。例えば裁判拒否の禁止や警察の保護

等、公正衡平待遇で保護する内容を列挙することにより一定の明確化をはかることはあるものの、その規定より自体に曖昧性がある。そして判断の根拠としての義務の導出にかかる曖昧性、更には蓄積された投資仲裁判断の一貫性の欠如による曖昧性がみられる。またそれらの曖昧性は、例えば *Zed* 基準からの発展や「正当な期待」有無の判断事例などを鑑みるに、公正衡平待遇義務自体の発展をもたらしうる。そして各仲裁廷における判決は、投資家の申し立てに応じて当該国による損害が認められた場合には、判定に基づき多額の損害賠償支払義務が国側に発生することから、このような曖昧性の上に判断がなされ、それにより国家に支払義務が生じることとなる。

そしてその規定の曖昧性から導き出される義務の不透明性、そして仲裁判断として実際に国に賠償を求める事案の増加を受けて、政策当事者が公正衡平待遇の内容に一定の制限を課す向きにある。例えば CPTP の規定にみられるように、公正衡平待遇を慣習国際法の最低待遇義務に留めた上で更に「正当な期待」に資する一定の制限を課す協定が発効された。一定の制限を課す規定を含むことで公正衡平待遇の明確化を図る傾向にあるとすれば、それはそもそもその公正衡平待遇の趣旨、すなわち一般条項として *Catchall* の機能を有してきた当該義務を変容させていく可能性があらう。

WTO における「公正」は無差別原則であり、それらは最恵国待遇と内国民待遇に示される⁽⁸⁴⁾。最恵国待遇と内国民待遇についても各仲裁廷で争われてきたが、公正衡平待遇との違いは、それらの待遇を考慮する際には、比較の対象となる一定の基準が存在することである。例えば、内国民待遇であれば、自国の企業・投資家への措置と比べて外国投資家に対する差別の有無が判断される。いわば最恵国待遇や内国民待遇においては考慮すべきことは確立されており、その上で、どのような比較等を行い、判断をするか、ということになる。対して、公正衡平待遇は最恵国待遇や内国民待遇と異なり、比較の対象なしに都度その「公正（衡平）性」が仲裁廷において判断される。そしてその結果として、公正性は発展（*evolve*）する傾向にある。このことは、公正衡平待遇が絶対的に維持すべき待遇の水準を規

定するものとされながらも、比較という行為または対象の欠如等により、その具体的な待遇が發展することを示しているといえよう。なお、公正衡平待遇の「公正」と「衡平」は一つのまとまりとして扱われ、両方をもって一つのコンセプトとして扱われるということが学術上の定説であるが、これまでの公正衡平待遇の取り扱いにおいて「衡平」の要素がみられないことを指摘したい。公正衡平待遇における「衡平」が今後それとして何等かの意味を持つ可能性がありうるか否か、また、比較の要素を同待遇義務にもたらしうるのか、という点等は今後の公正衡平待遇義務のあり方と發展に影響を及ぼしうると了しているため、筆者の今後の検討の課題としたい。

更に、現在、投資協定仲裁の仕組みそのものが国際的な見直し・協議の対象となつていることに加え、EUは常設投資裁判所の設立を目論んでいる⁽⁸⁶⁾。これらの見直しに至る問題意識の一つは、各仲裁判断の非一貫性にかかるものである⁽⁸⁷⁾。今後の投資仲裁そのもののあり方または現状からの変容が公正衡平待遇の義務の解釈自体に影響を及ぼす可能性はあり、その影響の結果として、待遇義務の内容が明確化される可能性も否定はできないであろう。

- (1) 本稿では貿易と投資をまとめて対象とする。これは、貿易と投資は必ずしも切り離して考えられないこと、そして例えば世界貿易機構(WTO)がその取り決めにおいて貿易及び投資を対象としていること、また、経済産業省が毎年発行する「不正貿易報告書」においても貿易及び投資双方をその報告対象範囲としていること、等による。
- (2) 経済産業省通商政策局「二〇一九年版不正貿易報告書」https://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/issusho_boeki/tukosei_boeki/report_2019/pdf/2019_02_00.pdf (二〇一九年九月一日アクセス)。
- (3) 本稿における経済連携協定とは、経済連携協定(Economic Partnership Agreement、以下EPA)及び自由貿易協定(Free Trade Agreement、以下FTA)を指す。なお、Free Trade Agreementについて、絶対的な定義が存在するわけではない。この点は、京都大学・濱本正太郎教授等が指摘している。また、FTAを内包するEPAについても同様に絶対的な定義が存在するわけではない。
- (4) 経済連携協定(具体的にはFTA)はGATT二四条及びGATS第五条にて定義されるものである。よって、経済連携

- 協定はWTOの精神を受け継いでいるものと考ええる。また特に、前文においてWTOとの関連が明記される協定については規定のとおりである。例…日豪経済連携協定の前文「世界貿易機関設立協定及び両締約国が締結しているその他の協定に基づく権利及び義務を基礎とすることを決意し」、環太平洋パートナーシップに関する包括的及び先進的な協定（CPTP P）前文「世界貿易機関を設立するマラケシュ協定に基づく各締約国の権利及び義務を強化すること」、等。
- (5) “Today’s signature of the EU-Japan Economic Partnership Agreement is a landmark moment for global trade. … Together, we are making a statement about the future of free and fair trade.” 欧州委員会「二〇一八年七月一七日付プレスリリース」europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4504_en.pdf（二〇一九年九月一日アクセス）。
 - (6) 外務省「日EU・EPA【署名】」<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000382204.pdf>（二〇一九年九月一日アクセス）。
 - (7) 外務省「日米共同声明」<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000402972.pdf>（二〇一九年九月一日アクセス）。
 - (8) Supra note 2.
 - (9) 投資関連協定とは他に投資協定や投資に関する規定を含む地域協定等を指す。
 - (10) 国連貿易開発会議（UNCTAD）“World Investment Report 2018” https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf（二〇一九年九月一日アクセス）。
 - (11) 投資については「貿易に関連する投資措置に関する協定」等で規定されるが、投資関連規定に資する更なる交渉は中止されている。二〇〇一年に立ち上げられたドーハ開発アジェンダにおいては、既に二〇〇三年に投資関連規定は議論をしないことが決定されている。なお、経済連携協定では主に投資章において外国企業等からの投資に関する投資受入国の義務が規定される。
 - (12) わが国でも、WTOにおける交渉の停滞等を受けて、二〇〇〇年初期から経済連携の締結を推進するようになった。例えば、外務省の「日本のFTA戦略」（二〇〇二年一月）<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/senryaku.html>）等が参考になる。
 - (13) 投資協定についても、わが国企業の海外投資に関する保護及び自由化の観点から、わが国では、より多くの締結を急いでいる。例えば、「投資関連協定の締結促進等投資環境整備に向けたアクションプラン」（二〇一六年五月）では、二〇二〇年までに一〇〇の国・地域を対象に投資関連協定を署名・発効することが目指されている。
 - (14) 小寺彰（二〇〇六）『投資協定における「透明性」——位置付けと対処——』RIETI Discussion Paper Series 06-J-026

p. 1.

- (15) 同様の指摘は先行研究においてなされている。例えば、Barnali Choudhury (2005) “Evolution or Devolution: Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law”, 6 J. World Investment & Trade 297, p. 300⁹ Papatrakis (2013) “The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment”, Oxford University Press, p. 3.
- (16) 同協定以前は、不断の保護及び保障を受ける規定のみを含む協定が多い。例えば、わが国が最初に締結した日エジプト投資協定(一九七八年)は、「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、不断の保護及び保障を受ける」と規定する。なお、日シンガポールEPA以前の協定においても、日香港投資協定(一九九七年六月発効)及び日ロシア投資協定(二〇〇〇年五月発効)は公正衡平待遇を含む。
- (17) 二〇一九年二月に発効した日EU経済連携協定における投資保護規律及び投資紛争解決手続は継続協議であるため、公正衡平待遇及び投資家対国家の紛争解決いずれについても規定されていない。
- (18) 経済産業省通商政策局「二〇一八年版不正貿易報告書」四六五頁。http://www.meti.go.jp/committee/summary/0004532/2018/pdf/03_05a.pdf (二〇一九年九月一日アクセス)。
- (19) 小寺彰(二〇〇八)「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——」PRIETI Discussion Paper Series 08-J-026¹⁰ p. 1.
- (20) 例えばKragger (2011) は、1. 公正衡平待遇義務がない協定、2. 公正衡平待遇を奨励する協定、3. 公正衡平待遇義務の法的拘束力を有する協定に分類した上で、3. については、更に、他の基準との組み合わせによるもの、一般国際法との関連を有するもの、等に分類した。Roland Kragger (2011) “Fair and Equitable Treatment in International Investment Law”, Cambridge University Press, pp. 9-18.
- (21) David Gaukrodger (2017) “Addressing the balance of interests in investment treaties, OECD Working Papers on International Investment” OECD Working Papers on International Investment 2017/03.
- (22) わが国が締結済の協定のうち、日比EPA、日豪EPA、日EU EPAにおいて投資家対国家の紛争解決(ISDS)を規定していない。いずれも、協定署名時より先の検討事項とされている。
- (23) 外務省「国家と投資家の間の紛争解決(ISDS)手続の概要」https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000089854.pdf (二〇一九年九月一日アクセス)。

- (24) UNCTADにより公表されているデータに基づく。UNCTAD <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (二〇一九年九月一日アクセス)。
- (25) Supra note 14.
- (26) Ibid.
- (27) Ibid.
- (28) Supra note 18, at 465.
- (29) 投資自由化に資する「いわゆる自由化型の投資協定もあるが、既存の協定の多くは投資財産の保護を目的としている。なお、保護と自由化双方を目的とする投資関連協定も多くあり、わが国が締結済みの協定においても、保護のみと保護と自由化の双方を目的とするものがある。
- (30) Supra note 19, at 16.
- (31) Ibid.
- (32) J. Roman Picherack (2008) “The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone too Far”, 9 J. World Investment & Trade 255.
- (33) わが国の投資関連協定の公正衡平待遇規定は、「二〇〇二年以降は慣習国際法の最低待遇と同等の扱いとすることを規定する協定が増えるが、例えば、「投資の相互促進及び相互保護に関する日本国とオマーン国との間の協定(二〇一七年七月発効)」では同様の記載がなく、曖昧なままとされている。交渉内容は公開されていないため不明ではあるが、筆者の一つの推測として記しておく。
- (34) Barnali Choudhury (2005) “Evolution or Devolution: Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law”, 6 J. World Investment & Trade 297, p. 302.
- (35) また、外国投資家の投資財産保護に関する相当な注意、適性手続き、裁判拒否の禁止、恣意的措置の禁止、投資家の正当な期待の保護、等がその具体的な内容として挙げられる。
- (35) Supra note 18.
- (36) 玉田(二〇一〇)を以下に引用する…「形式上IIA仲裁には法的拘束力のある「判例法」は存在しないものの、判例の積み重ねにより、事実上「判例法」を想定した議論が行われている、また、IIA仲裁廷も、先例判断を参照することが多

- いことが指摘されている。」玉田大 (二〇一〇) 「投資協定仲裁の多角化と司法化」『国際問題』五九七号、四八頁。
- (37) 慣習国際法上あるいは国際法上の待遇の最低基準に明示的に言及していない協定においても、公正衡平待遇と慣習国際法上の最低待遇基準との関係については各仲裁廷において判断が分かれていることも指摘しておきたい。
- (38) Picherack (2008) は、双方の見解について紹介した上で、それぞれの立場の懸念点等を批判的に論じている。J. Roman Picherack (2008) "The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?", 9 J. World Investment & Trade, pp. 255-256.
- (39) 例えば Leite (2016) は、公正衡平待遇を慣習国際法の最低基準に関連付けることは、多くの議論及び法学の中心となつてきたことを指摘した。Kendra Leite (2016) "The Fair And Equitable Treatment Standard: A Search For A Better Balance In International Investment Agreements", American University International Law Review: Vol. 32 : Iss. 1, Article 2, p. 377. 他方、David Gaukrodger (2017) は、慣習国際法の最低待遇を参照する公正衡平待遇とそうではないものの区別が重要であることを指摘した。そのまた一方で、慣習国際法の一般待遇との関係を記載する公正衡平待遇の増加も指摘した。Supra note 21, at 5.
- (40) 慣習国際法の最低待遇を約する規定と、慣習国際法の最低待遇のみを約する規定は異なることを念のため指摘しておく。つづいては前者を指す。
- (41) 法務省「公表されている主要な投資仲裁判断例の分析に関する調査研究(先決的抗弁・実体法的論点)報告書」二〇一八年、四九頁。
- (42) Jason Haynes (2013) "The Evolving Nature of the Fair and Equitable Treatment (FET) Standard: Challenging Its Increasing Pervasiveness in Light of Developing Countries' Concerns - The Case for Regulatory Rebalancing", 14 J. World Investment & Trade 114, 14 (2013), pp. 14-146.
- (43) 二〇一八年十一月署名済み。二〇一九年一〇月末日現在未発効。
- (44) Pope and Talbot, Inc v Canada, NAFTA (UNCITRAL), Partial Award of June 26, 2000.
- (45) 小寺(二〇〇八)による事案説明を引用した。『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、一一〇五(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するという解釈がありうる」としたうえで、NAFTA一一〇五条がモデルとする一九八七年の米国モデル投

- 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」(第二の類型)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(NAFFTA 一一〇三条の最恵国待遇規定による均霑も考慮)。そして仲裁廷は、「一一〇五条は、NAFFTA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。Supra note 19 at 7.
- (46) NAFFTA事例として、他にはSD Myers v カナダ等が挙げられる。NAFFTA以外にも、例えばSaluka v チェコ共和国など。後者では、公正待遇義務が慣習国際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。
- (47) 坂田雅夫(二〇〇四)「北米自由貿易協定(NAFFTA) 一一〇五条の「公正にして衡平な待遇」規定をめぐる論争」『同志社法学』、五五巻六号。
- (48) Ibid.
- (49) 坂田(二〇〇四)は、このNAFFTA 一一〇五条をめぐる一連の論争について、同条の公正衡平待遇規定が「慣習国際法上の最低基準の遵守を確約するものであるのか、それとも慣習国際法上の諸標準とは別個の標準を規定したものであるのか、という対立であった」ことを指摘した。Ibid at 172.
- (50) 例えば、Loewen (Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen) v. 米国、Methanex v. 米国、Clayton v. カナダの仲裁判断は同覚書を尊重すべきとした。
- (51) 例えば、経済産業省通商政策局「二〇一八年版不正貿易報告書」においても「NAFFTAの仲裁事件はこの覚書の解釈に事実上従っている」旨が指摘されている。Supra note 18 at 465.
- (52) 米国は、二〇〇四年度に公表したモデル協定(モデル協定二〇〇四)でも当該規定を最低待遇基準に留める旨とすべく改定した。
- (53) 日本ウルグアイ投資協定条文
投資の自由化、促進及び保護に関する日本国とウルグアイ東方共和国との間の協定
第五条 待遇に関する最低限度の基準
1 一方の締約国は、自国の区域内において、他方の締約国の投資家の投資財産に対し、国際慣習法に基づく待遇(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。

1の規定は、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、当該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く、かつ、追加の実質的な権利を創設するものではない。1の規定で定める義務は、次のとおりである。

(a) 「公正かつ衡平な待遇」には、法の正当な手続の原則に従った刑事上若しくは民事上の訴訟手続又は行政上の裁決手続における裁判を行うことを拒否しないとの締約国の義務を含む。

(b) 「十分な保護及び保障」の要件により、締約国は、国際慣習法上求められる程度の警察の保護を与えることが義務付けられる。

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は、この条の規定の違反があったことを証明するものではない。

訳文は外務省ウェブサイトから引用。外務省、<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000066373.pdf> (二〇一九年二月一五日アクセス)。

(54) もっとも、各協定の規定ぶり、投資設立時等の状況、及び各仲裁廷に応じて異なる判断が示されることがある。

(55) 例えば、公正衡平待遇を慣習国際法上の待遇の最低基準と同一視する仲裁判断例として、*M.C.I. Power v. エクアドル*、*Siemens v. アルゼンチン*、*Genin v. エストニア共和国*、*Occidental v. エクアドル* (I) が、投資協定上のFET基準は慣習国際法上の待遇の最低基準と形式的には異なるが実質的には差はないと判断する仲裁判断例として、*CMS Gas v. アルゼンチン*、*Saluka v. チェコ共和国*、*Rumeli Telekom v. カザフスタン共和国*、*Bivater v. タンザニア連合共和国*が、FET条項の自律性を認めつつNATTA事例を引用依拠する仲裁判断例として *Jan de Nul v. エジプト・アラブ共和国*、*EDF v. ルーマニア*、*Azurix v. アルゼンチン* が挙げられる。Supra note 41 at 52.

(56) 伊藤一頼 (二〇一一) 『国際投資保護メカニズムをめぐる現状と課題——ルール形成における詩人と国家の関与の構造』組織科学 Vol.45 No. 2: 四—一五頁。

(57) 法務省の報告書ではNec基準について「国家(政府)行為の妥当性は国際基準(international standard)で判断されるべきこと、国際義務違反(delinquency)を構成するには、外国人の待遇は、すべての合理的で公平な人間がその不十分を容易に認識するほどに、国際基準に合致していない、不誠実(bad faith)、義務の意図的怠慢、または政府行為の欠如によ

る不法な行為 (outrage) でなければならぬ」と判示した。⁵⁸⁾ Supra note 41, at 54.

(58) 例えば、*Glamis Gold v. 米国* や *Mondev v. 米国* 等の事例が挙げられる。

(59) *Neer* 基準との関係を明らかにせず、具体的な待遇を引き出した例として、*Waste Management v. メキシコ* (II) が挙げられる。以下、法務省報告書を引用する。本仲裁廷では、「国家行為が、恣意的、大幅に不公正、不正義もしくは特異なものの (idiosyncratic) であるか、差別的でかつ党派的なもしくは人種的偏見にさらすものであるか、または、裁判の適切性を侵害するような結果をもたらす適正手続の欠如を含んでいる場合」に NAFTA 第一一〇五条違反が生じるという定式化を行った。⁵⁹⁾ *Waste Management v. メキシコ* (II) 定式は、*Methanex v. アメリカ合衆国* が部分的に依拠したほか、*Clayton v. カナダ*、*Mesa Power v. カナダ* においても依拠されている⁶⁰⁾。Supra note 41, at 52.

(60) 濱本正太郎 (二〇一四) 「投資家の正当な期待の保護——条約義務と法の一般原則との交錯——」, PRIETI Discussion Paper Series 14-J-002, p. 0. (要旨)

(61) *Klager* (2010) は、公正な手続 (fair procedure)、無差別 (non-discrimination)、透明性 (transparency) 及び相対性 (proportionality) のほか、正当な期待 (legitimate expectations) が全ての判例に関連する旨を指摘した。⁶¹⁾ Roland Klager (2010) “Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness”, 11 J. World Investment & Trade 435, p. 452.

(62) Supra note 60.

(63) Supra note 41, at 39. 次に引用する: 「主な判断例として、*Tecmed v. メキシコ* (paras. 149, 150)、*Metalclad v. メキシコ* (para. 107)、*Thunderbird v. メキシコ* (para. 147)、*Azuix v. メキシコ* (para. 318)、*EnCana v. ホンジュラス* (para. 173)、*El Paso v. メキシコ* (para. 294, 295)、*Merrill & Ring Forestry v. カナダ* (para. 150)、*Total v. メキシコ* (para. 197)、*Grand River v. メキシコ合衆国* (para. 140)、*Paushek v. サントレ* (para. 302) が挙げられる」。

(64) Supra note 60.

(65) *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award of May 20, 2003.

(66) スペイン・メキシコ投資協定の第四条最低待遇基準において、公正衡平待遇が規定されている。

Article IV. Minimum Level of Treatment

1. Each Contracting Party shall give to the investments of investors of the other Contracting Party treatment in accordance with international customary law, including fair and equitable treatment, as well as full protection and security.

2. A resolution to the effect that another provision of this Agreement or of a separate international agreement has been violated shall not establish that this article has been violated.

UNCTAD, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5621/download> (2019年九月一日アクセス)。

(67) Supra note 19, at 10.

(68) Ibid.

(69) 仲裁廷による次の判断を含む(濱本(二〇一四)から引用):「本条約の本規定「公正衡平待遇条項」は、国際法上確立した信義誠実原則に鑑み、条約当事国に対し、外国投資について、投資家が投資設立の際に抱いていた基本的な期待を害さないような待遇を与える義務を負う。外国投資家は、投資受入国について次のような期待を持つ。すなわち、外国投資家との関係において、曖昧さなく全面的に透明性をもって行動し、投資を規律するあらゆる法規や関連する政策または行政上の慣行あるいは指示を前もって知らされ、それによって投資家が投資計画を立てることができ、またそれら法規を遵守することができるようにすること。[……]外国投資家は、投資受入国が一貫性をもって行動すること、すなわち、国家の既存の決定や許可であって投資家が自らの商業・ビジネス活動の約束をし、計画をし、実際に開始する際に依拠したものを恣意的に撤回するなどということはないことを期待する。投資家は、さらに、投資受入国が投資家の活動または投資を規律する法規範を援用する場合は、その法規範が通常有する機能に従って援用し、また、必要な保証なしに投資家の投資を奪うことはしない、という期待も有する。」Tecmed v. Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 154 Supra note 60 at 2-3.

(70) *Anglo American PLC v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB (AF)/14/1 (2019年1月)。

(71) Ibid. at 104.

(72) Ibid.

(73) *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13 (2009年10月)。

(74) *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095.

(75) Supra note 56, at 10.

(76) CPTPP 条文

CPTPP 第九・六条待遇に関する最低基準 (注)

注 この条の規定は、附属書九—A (慣習国際法) の規定に従って解釈する。

1 各締約国は、対象投資財産に対し、適用される慣習国際法上の原則に基づく待遇 (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。

2 1の規定は、対象投資財産に与えられるべき待遇の基準として、外国人の待遇に関する慣習国際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、当該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く、かつ、追加の実質的な権利を創設するものではない。1に規定する義務は、次のとおりである。

(a) 「公正かつ衡平な待遇」には、世界の主要な法制に具現された正当な手続の原則に従った刑事上若しくは民事上の訴訟手続又は行政上の裁決手続における裁判を行うことを拒否しないとの義務を含む。

(b) 十分な保護及び保障」の要件により、各締約国は、慣習国際法上求められる程度の警察の保護を与えることが義務付けられる。

3 この協定の他の規定又は他の国際協定に対する違反があった旨の決定が行われることは、この条の規定に対する違反があったことを証明するものではない。

4 締約国が投資家の期待に反する行動をとる又はとらないという事実のみでは、結果として対象投資財産に対する損失又は損害があった場合であっても、この条の規定に対する違反を構成しない。

5 締約国が補助金又は贈与を実施せず、更新せず、若しくは維持しなかった又は修正し、若しくは減額したという事実のみでは、結果として対象投資財産に対する損失又は損害があった場合であっても、この条の規定に対する違反を構成しない。

附属書九—A 慣習国際法

締約国は、「慣習国際法」全般及び特に第九・六条 (待遇に関する最低基準) に規定する「慣習国際法」が、各国が法的義務であるとの認識により従う各国の一般的なかつ一貫した慣行から生ずるとの理解を共有していることを確認する。外国

人の待遇に関する慣習国際法上の最低基準とは、外国人の投資財産を保護するためのあらゆる慣習国際法上の原則をいう。

訳文は内閣府ウェブサイトから引用。内閣府、http://www.cas.go.jp/jp/tpp/naipou/pdf/text_yakubun_tpp11/pdf/text_yakubun_tpp11.pdf (二〇一九年九月一日アクセス)。

(77) USMCAの発効に伴い、NAFTAは破棄され、効力を失うこととなっている。

(78) USMCA第一四・六条 慣習国際法上の最低待遇基準 Article 14.6: Minimum Standard of Treatment.

締約国が投資家の期待に反する行動をとる又はとらないという事実のみでは、結果として対象投資財産に対する損失又は損害があった場合であっても、この条の規定に対する違反を構成しない。本規定よりはCPTPの内容と同じである。

USTR, https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14_Investment.pdf (二〇一九年九月一日アクセス)。

(79) Supra note 60.

(80) Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile) 南米の内陸国ボリビアが太平洋へのアクセスをめぐる隣国チリに交渉に応じるよう求めた訴訟で、チリ側に交渉に応じる義務はないとの判決が下された。Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Judgement, 1 October 2018, General List No. 153 (October 1).

(81) 判決の該当部分を引用す。パラ 162. “The Court notes that references to legitimate expectations may be found in arbitral awards concerning disputes between a foreign investor and the host State that apply treaty clauses providing for fair and equitable treatment. It does not follow from such references that there exists in general international law a principle that would give rise to an obligation on the basis of what could be considered a legitimate expectation. Bolivia’s argument based on legitimate expectations thus cannot be sustained.” Supra note 80.

(82) なお、わが国の協定（例えば、日豪、日ウルグアイ、日オマーン等）を含めて、慣習国際法上の最低待遇基準を参照している規定の解釈に影響が出る可能性は否定できないことを、京都大学の濱本法学部教授は、同教授のウェブサイトにおいて指摘した。<http://www.hamamoto.law.kyoto-u.ac.jp/news2018.html> (二〇一九年九月一日アクセス)。

(83) 筆者は公正衡平待遇を Catch-all を可能とする条文としておくことは是非について特段の意見を有するものではないことを記しておく。Catch-all としての規定を含まないうちも、交渉当事者国の政策判断である。

(84) “The rules on non-discrimination — MFN and national treatment — are designed to secure fair conditions of trade. So too

are those on dumping (exporting at below cost to gain market share) and subsidies. The issues are complex, and the rules try to establish what is fair or unfair, and how governments can respond, in particular by charging additional import duties calculated to compensate for damage caused by unfair trade.”

WTO, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm (二〇一九年九月一日アクセス)。

- (85) 例えば、国際連合国際商取引法委員会 (UNCITRAL) 又は Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform において、改革への協議が二〇一七年から継続されてゐる。

UNCITRAL, https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state (二〇一九年九月一日アクセス)。

- (86) 日EU・EPAにおいて投資紛争の手続き条項が先送り事項となっているのは、EU側が新しい投資協定のあり方を含む常設投資裁判所を提案したのに対して、従来の投資家対国家の紛争解決の規定を日本側が求めたため、未だ合意に至っていないからであることが想定される。なお、EU側が主張する投資裁判所にかかる規定はEU・カナダ包括的経済貿易協定にみられる。

- (87) この点等について、Benedetti (2019) も投資仲裁にかかる批判の部分的な要因は、各仲裁廷が矛盾する判断を下すこと、また民主的な機構 (democratic institutions) が民間の利益に資する判断を下すことによる明らかな損害、にあることを指摘しつつ、⁸ Juan Pablo Charris Benedetti (2019) “The Proposed Investment Court System: Does It Really Solve the Problems”, 42 Rev. Derecho del Estado 83, p. 85.

齊藤 安希子 (さいとう あきこ)

所属・現職 慶應義塾大学大学院政策・メディア研究科後期博士課程

最終学歴 ハーバード大学行政大学院 (ケネディスクール) 行政学修士課程

所属学会 日本国際政治学会、日本政治学会、アジア政経学会

専攻領域 国際経済法