

論説

# 国際投資仲裁における人権保障と多国間投資協定

2009年4月入学

石塚翔太郎

## I. 序論

## 6 小括

## II. 国際投資法における人権保障の必要性

- 1 投資受入国に対する萎縮効果
- 2 萎縮効果の生じるメカニズム
- 3 関連する議論
- 4 小括

## IV. 国際投資法における人権保障の具体的方法

- 1 実体規範と手続規範
- 2 非投資事項に関する仲裁判断
  - (1) 三つのアプローチ
  - (2) Santa Elena 事件
  - (3) Siemens 事件
  - (4) MTD 事件
  - (5) 損害賠償額の減額が責任の不成立か

## III. 国際投資法における人権保障の可能性

- 1 人権保障の困難性
- 2 人権保障に対する消極性
- 3 国際投資法の性質
  - (1) 国際人権法と国際投資法
  - (2) 国際商事仲裁との違い
  - (3) 投資受入国の国民の人権保障
  - (4) 小括
- 4 多国籍企業の責任主体性
  - (1) 人権保障の責任
  - (2) 五つの反論
  - (3) 再反論
  - (4) 小括
- 5 仲裁廷の権限と能力
  - (1) 権限の問題
  - (2) 能力の問題

## 3 実体規範の解釈による人権保障

- (1) 無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用
- (2) 無差別待遇義務
- (3) 公正衡平待遇義務
- (4) 収用

## 4 例外条項による人権保障

## 5 手続規範による人権保障

- (1) アミカス・キュリエ、情報公開、上訴、仲裁人選任
- (2) アミカス・キュリエ制度
- (3) 情報公開制度
- (4) 上訴制度

- (5) 仲裁人選任制度

## 6 小括

## V. 人権保障の手段としての多国間投資協定

### 1 多国間投資協定による人権保障の可能性

#### 2 現状の一般的な問題点

- (1) 多様な問題点
- (2) フォーラム・ショッピング
- (3) 一貫性の欠如
- (4) 透明性の欠如
- (5) 予測可能性の欠如

#### 3 現状の人権保障の観点からの問題点

- (1) 人権保障の観点からの問題点
- (2) 人権保障の機会が未然に失われる危険
- (3) 解釈手法を用いることができない危険
- (4) 上訴制度の機能不全の危険
- (5) 判例規範の構築が妨げられる危険
- (6) 萎縮効果防止を図れない危険

#### 4 諸問題の解決としての多国間投資協定

- (1) 多国間投資協定による解決
- (2) 一般的な問題点の解決
- (3) 人権保障の観点からの問題点の解決
- (4) 人権保障につながりうる副産物

## 5 小括

## VI. むすび

## I. 序論

第二次世界大戦以後、世界中の国々は約3000もの国際投資協定を締結してきた。2008年末の段階で2608の二国間投資協定が発効しており、179の国々が少なくともそのうちの一つの締約国となっている。また、アメリカにより推進されてきた自由貿易協定、日本が進展させてきた経済連携協定を始めとして254の、投資の章を含んだ二国間経済協定が存在している。さらに、NAFTAやエネルギー憲章など三カ国以上にまたがる国際投資協定も締結されている<sup>1)</sup>。このように、国際投資法は類を見ないほどの成功を収めていると評価できよう。

しかしながら、かかる成功にもかかわらず、国際投資法に不安材料が存在していることも事実である。実際、ボリビアやベネズエラなどによるICSIDからの脱退の公式声明など、国際投資法の発展に水を差すような動きも見られるようになっている<sup>2)</sup>。

なかでも、国際投資法の発展に大きな影を落としたのがMAI（国際投資に関する包括的な枠組みを提供することを目指して、1995年5月からOECDの主導の下に締結の交渉が行われた多数国間条約のこと）の失敗である<sup>3)</sup>。

発展途上国における市場アクセスの改善を狙いとするMAIを、先進国が中心を占めるOECDで交渉したこと自体がそもそも問題であったといえる<sup>4)</sup>。しかし、とりわけMAIの頓挫に大きな影響力を発揮したのがNGOであった。1997年2月に、MAIの草案が外部にリークされると、AFL-CIO, Amnesty International, Australian Conservation Foundation, Friends of the Earth, Oxfam, Public Citizen, Sierra Club, Third World

1) Jeswald W. Salacuse, *The Emerging Global Regime for Investment*, 51 HARV. INT'L L.J. 427, 428-29 (2010).

2) August Reinisch, *The Future of Investment Arbitration*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR THE 21ST CENTURY ESSAYS IN HONOUR OF CHRISTOPH SHREUER 894, 894 (Christinna Binder et al. eds., 2009).

3) Stephen J. Kobrin, *The MAI and the Clash of Globalizations*, 112 FOREIGN POLICY 97, 100 (1998).

4) Peter T. Muchlinski, *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?*, 34 INT'L LAW. 1033, 1039 (2000).

Network, United Steelworkers of America, Western Governors' Association, World Development Movement などの NGO によって、MAI は、民主主義、国家主権、環境保護、人権保障そして経済発展に対する主要かつ直接的な脅威として公然と非難された。彼らは、MAI が、企業に「政府を統治する主権」を付与し、選挙で選ばれた政府を企業の従順な操り人形に変えてしまい、人々が社会的、経済的、そして環境的な正義を促進することをほぼ不可能にしてしまうと主張した。この結果、フランスやニュージーランドをはじめとする諸国が交渉から手を引くこととなり、そうした動きの末、MAI 交渉は頓挫したのである。実際、MAI の交渉に従事した国々も、NGO の諸団体が強い影響力を有したことを認めている。例えば、ベルギーの外交通商省は、「市民団体からの増大する圧力が、OECD 諸国の間で存在していた意見の違いをさらに大きくさせた」と述べている<sup>5)</sup>。

このように MAI の失敗の背景には、MAI が過度に投資家及び投資財産の保護に傾斜しており、投資受入国ひいては投資受入国の国民の権利をないがしろにしているのではないかという懸念があったといえる<sup>6)</sup>。国際投資法のこれからの発展はかかる問題を乗り越えられるかにかかっている。

本稿は、かかる問題のうち、国際投資法が人権保障<sup>7)</sup>の問題に対して十分な配慮を示すことができるかという点を探究することを目的としている。II では、国際投資法における人権保障の必要性、III では、国際投資法における人権保障の可能性、IV では、国際投資法における人権保障の具体的方法、V では、国際投資法における人権保障の手段としての

多国間投資協定、につき検討する。

## II. 国際投資法における人権保障の必要性

### 1 投資受入国に対する萎縮効果

人権保障のような非投資事項を国際投資法に取り込む必要性はいかにして認められるのであろうか。本稿は、投資受入国における人権保障を目的とする規制措置を萎縮させないために、人権保障の問題を国際投資法に取り込む必要があると考えている。

### 2 萎縮効果の生じるメカニズム

人権保障の問題を国際投資法に取り込まないことは、投資受入国が行う人権保障目的の規制措置につき、いかなる萎縮効果を及ぼすのであろうか。

例えば、国際投資法においては、収用は、①公共目的を有しており、②適正手続に従い、③迅速、十分、そして実効的な補償が伴っていれば、④それが恣意的・差別的なものでない限り、違法とならない<sup>8)</sup>。したがって、人権保障を目的とする規制措置をとろうとする投資受入国は、かかる規制措置が収用に該当すると判断されたとしても、③迅速、十分、そして実効的な補償をする用意さえあれば、(①、②、④の要件を満たしていないという事情がない限り、) 適法に収用を為すことができる。こうして、豊かな先進国については、補償を支払う余裕がある限り、収用の規範が人権保障を目的とする規制措置をとることを過度に萎縮させることはない。

5) Kobrin, *supra* note 3, at 98-99.

6) Muchlinski, *supra* note 4, at 1049.

7) 本稿は「人権保障」という言葉を、人権保障に資する政策をも包含する広い意味で用いている。人権保障の国際投資仲裁における具体的な現れ方としては、投資受入国における労働条件、先住民の権利、公衆衛生、持続可能な開発、水への権利など多様なものが挙げられる。See, Ioana Knoll-Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 310, 339 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

8) RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 90-91 (2008). なお、収用が違法とならないことと、収用にそもそも該当しないことは別の事柄である。迅速、十分、そして実効的な補償が行われることで収用は(他の要件も充足するという状況の下で)適法となるが、収用に該当しなければそもそも補償の必要がない。

しかしながら、補償を支払う余裕のない発展途上国にとっては、事情が大きく異なる。迅速、十分、そして実効的な補償をする余裕のない投資受入国は、規制措置が収用に該当すると判断されれば多額の補償をせねばならなくなることから、人権保障を目的とする規制措置をとることを萎縮するであろう<sup>9)</sup>。国際投資仲裁において、先進国の多国籍企業（投資家）対発展途上国（投資受入国）という構図が頻繁に見られることも考慮すると、投資受入国に補償を支払う余裕がないことがままありうると言え、かかる萎縮効果の問題は深刻である<sup>10)</sup>。

同じことは、例えば、無差別待遇義務、公正衡平待遇義務の規範についても言える。人権保障を目的とする規制措置をとった結果、無差別待遇義務違反、公正衡平待遇義務違反となって、多額の損害賠償を支払わざるを得ないリスクがあるとすれば、損害賠償を支払う余裕のない投資受入国は、やはり規制措置をとることを萎縮せざるを得ない。

このような萎縮効果を生じさせないためには、人権保障を目的とする規制措置が、そもそも収用に該当しない、あるいは無差別待遇義務違反、公正衡平待遇義務違反とならないとすること、すなわち人権保障の問題を国際投資法に取り込むことが必要となるのである。

### 3 関連する議論

人権保障の問題を国際投資法に取り込むべきかということに関連して、WTOにおける環境問題や労働問題の取り扱いにつき、議論が巻き起こっていることに留意せねばならないであろう。両者は国際経済法における非経

済事項<sup>11)</sup>の考慮という点で共通するからである。

例えば、1999年9月15日に、発展途上国の研究者及びNGOから成るグループが、**Statement Against Linkage** という声明を発表している。この声明は、環境問題及び労働問題をWTOのルールにおいて取り込むべきではなく、これらの問題についてはILOなどの専門機関が取り扱うべきであるとしている。環境問題及び労働問題をWTOのルールにおいて取り込めば、環境や労働の分野において高い基準を達成できていない発展途上国に対して先進国が保護主義的な政策をとることを正当化することに繋がるという憂慮がその背景にある。

このような議論を敷衍すれば、国際投資法においても人権保障のような非投資事項を取り込むことは避けられるべきであり、人権保障の問題はそれについての専門機関が取り扱うべきことになろう<sup>12)</sup>。

しかし、上述のように、国際投資仲裁において、先進国の多国籍企業（投資家）対発展途上国（投資受入国）という構図が頻繁に見られること、また後述するように（Ⅲ 3 (3)）、人権保障に関する主張を行うのは主に投資受入国であることを考慮すると、人権保障の問題を国際投資法のルールに取り込むことが、発展途上国に対する先進国の保護主義的な政策を正当化することに繋がる、ということにはならないであろう。

加えて、本稿は以下で述べる理由から、人権保障の問題をそれについての専門機関に取り扱わせるだけでは、上述した投資受入国に対する萎縮効果を防止することができず、不十分であると考ええる。

近年の申立てにおける損害賠償額は、おお

9) Jeff Waincymer, *Balancing Property Rights and Human Rights in Expropriation*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 275, 295 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

10) 二国間投資協定は通常、先進国と発展途上国の間で締結される。See, Stefan D Amarasingha & Juliane Kokott, *Multilateral Investment Rules Revisited*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 119, 122 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008).

11) 国際経済法における非経済事項とは、WTOにおける非WTO事項、国際投資法における非投資事項などを指す。

12) See, Muchlinski, *supra* note 4, at 1052; Third World Intellectuals and NGOs Statement Against Linkage (TWIN-SAL) (Consumer Unity & Trust Society, India), Sept. 15, 1999.

よそ5億ドル余りであり、場合によっては10億ドル余りに達する。これは投資家にとってばかりでなく、被申立国にとっても大変な額である。多くの被申立国は、一回でも敗訴すればその支払に窮するであろう<sup>13)</sup>。

国際投資仲裁において10億ドルの支払を命じられた投資受入国が、人権の専門機関によって、かかる国際投資仲裁判断とは別個独立に、規制措置が国際人権法上適法であることを確認されたとしても、十分な救済にならないことが多いであろう<sup>14)</sup>。

こうして国際投資仲裁において、人権保障を理由に損害賠償額を減額あるいは免除することが望ましいことになる。そして、これは人権保障の問題を国際投資法に取り込むことで初めて可能になる。

#### 4 小括

以上の検討により、本稿は、投資受入国に生じる萎縮効果の問題に対処する点に人権保障の問題を国際投資法に取り込む必要性が認められると考える。

### Ⅲ. 国際投資法における人権保障の可能性

#### 1 人権保障の困難性

人権保障のような非投資事項を国際投資法に取り込むことは可能であろうか。本稿は、これまで国際投資法仲裁において人権保障の問題が取り扱われてこなかったことには、種々の困難が存在したという背景があったことを認めつつも、それらは乗り越えることができる問題であり、人権保障の問題を国際投資法に取り込むことは可能であると考えている。

#### 2 人権保障に対する消極性

国際投資仲裁において人権保障の問題を扱うということは、これまで必ずしも広く受け入れられてきたわけではない。第一に、国際投資協定は通常人権保障について明示的に言及してこなかった。中国、フランス、ドイツ、イギリス、そしてアメリカのモデル二国間投資協定は、人権保障について明示的に言及していない。NAFTA及びエネルギー憲章においても同様である<sup>15)</sup>。第二に、国際投資仲裁において、仲裁廷は人権保障の問題を重視してこなかった。人権保障に関する主張が当事者によってなされた事件としては、*Biloune 事件*<sup>16)</sup>、*Mondev 事件*<sup>17)</sup>、*Tecmed 事件*<sup>18)</sup>、*Azurix 事件*<sup>19)</sup>、*Siemens 事件*<sup>20)</sup>、

13) Joachim Delaney & Daniel Barstow Magraw, *Procedural Transparency*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 721, 724 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008).

14) これは、人権保障の問題を国際投資法に取り込まないとした場合の帰結である。人権保障の問題を国際投資法の内部において考慮することができるようになるならば、人権の専門機関による決定は国際投資仲裁廷にとって極めて重要な考慮要素となるであろう。

15) Clara Reiner & Christoph Schreur, *Human Rights and International Investment Arbitration*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 82, 82-83 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

16) *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 27 October 1989, Award on Jurisdiction and Liability, 95 ILR 184 (1993).

17) *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID (Additional Facility), 11 October 2002, Award, 42 ILM 85 (2003).

18) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID, 29 May 2003, Award, 43 ILM 133 (2004).

19) *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID, 14 July 2006, Award, ICSID Case No. ARB/01/12.

20) *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID, 6 February 2007, Award, ICSID Case No. ARB/02/8.



Channel Tunnel 事件<sup>21)</sup>、Sempra 事件<sup>22)</sup>などが挙げられるが、これらの事件の仲裁廷は、2002 年の Mondev 事件<sup>23)</sup>を除き、当事者が援用してきた国際人権法の規定を検討しなかった。

同じ非投資事項でも環境保護の主張があった SD Myers 事件<sup>24)</sup>、SPP 事件<sup>25)</sup>などの事件では、仲裁廷がバーゼル条約や世界遺産条約などの規定を詳細に検討していることと比べると、国際投資仲裁の仲裁廷の人権保障の問題について扱うことに対する態度は、Hirsch が分析する通り、とりわけ消極的であったと評価できる<sup>26)</sup>。

### 3 国際投資法の性質

#### (1) 国際人権法と国際投資法

国際投資仲裁において、人権保障の問題に重要性が与えられてこなかった原因として、国際人権法と国際投資法の性質の違いが挙げられる。国際人権法は、公法の領域で発展してきた法分野であり、国家が個人に対し優越的な地位に立っているという前提の下、個人の保護に重点を置いてきた。国際人権法上の義務は、国際社会全体の価値を反映するものであり、対世的な義務である。そのうちの

定のものは強行法規となっている。

これに対し、国際投資法は、国家と個人の関係における私法的な側面に着目し、交渉によって形成された合意や信頼関係に基づく相互的な権利義務関係に重点を置いてきた。国際投資法上の義務は、投資受入国と投資家の間における当事者間の義務であり、また任意法規的色彩が強い<sup>27)</sup>。

このように国際人権法は公法的な分野であり、国際投資法は私法的な分野であることが、国際投資仲裁において人権保障を問題にすることを困難にしていたという説明は一応成り立つもののようにも思える。

#### (2) 国際商事仲裁との違い

しかし、そもそも国際投資法が、国家と個人の関係における私法的な側面を強調してきたことは妥当なのであろうか。国際投資法の性質を当事者間の私的な紛争と捉え、人権保障をはじめとする公法的な問題を扱うことができないとすると、国際投資仲裁は、国際商事仲裁とほとんど変わらないことになる。確かに、国際投資仲裁制度の形成において、国際商事仲裁制度が参考にされたという経緯があり、両者が結果として多くの類似点を持つに至っていることは事実である<sup>28)</sup>。

しかし、国際投資仲裁を国際商事仲裁と同

21) *Channel Tunnel Group Ltd. and France-Manche S.A. v. Secretary of State for Transport of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer du Gouvernement de la République française*, Permanent Court of Arbitration, 30 January 2007, Partial Award, available at [http://www.pca-cpa.org/upload/files/ET\\_PAEn.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/ET_PAEn.pdf).

22) *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID, 28 September 2007, Award, ICSID Case No. ARB/02/16.

23) *Mondev v. USA* においては、裁判を受ける権利を規定する欧州人権条約 6 条 1 項が投資家によって援用されたが、仲裁廷は、最終的には、同条約 6 条 1 項が国際投資仲裁において判断基準を提供するにはあまりに進歩的であるとして、投資家の主張を認めなかった。しかし、投資家、投資受入国の双方が当事者でなかった欧州人権条約の規定を抽象的にではあれ、仲裁廷が考慮したことは注目に値する。See, Francesco Francioni, *Access to Justice, Denial of Justice, and International Investment Law* in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 63, 70 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009). なお、この事例は投資受入国ではなく、投資家が人権保障の問題を提起したという点でも興味深い。

24) *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 13 November 2000, First Partial Award, 40 ILM 1408 (2001), at paras. 205-221.

25) *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd v. Arab Republic of Egypt*, ICSID, 20 May 1992, Award, 3 ICSID Reports 189, at para. 78.

26) Moshe Hirsch, *Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 97, 99-107 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

27) *Id.* at 107-114.

28) Jacques Werner, *Limits of Commercial Investor-State Arbitration: The Need for Appellate Review* in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 115, 116 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009); Delaney

様に捉えることには問題がある。国際商事仲裁は企業分野に基礎を置くものであり、その役割は、国内裁判所による対応が難しい問題につき、迅速な解決をもたらす、国際的な商業活動の円滑な遂行を可能にすることにある。これに対して、投資受入国と投資家の間の紛争は、異なる様相を呈する。すなわち、国際商事仲裁は私人と私人の間のまさに当事者間の紛争であるが、国際投資仲裁は国家と私人の紛争であり、そこでは、私的な商業上の利益だけではなく、民主的に選ばれた投資受入国の政府の公共政策が問題となっているのである。このように、国際投資仲裁の一方の当事者が国家であることにより、公法的な考慮が必要になる場面<sup>29)</sup>が出てくることになる<sup>30)</sup>。

### (3) 投資受入国の国民の人権保障

以上の通り、国際投資仲裁においては公法的な考慮が必要とされるわけであるが、人権保障の観点からは、国際投資仲裁において必要とされる公法的な考慮とはより具体的には何を指すのであろうか。本稿は、かかる公法的な考慮とは、基本的には投資受入国の国民の人権保障に対する配慮を指すと考える。

国際投資仲裁において、人権保障が問題となる場合は主に投資受入国の国民の人権保障が問題となってきた。すなわち、投資家が人権保障の問題を提起することは少なく、むしろ、投資受入国が投資家の訴えに対する防御として人権保障の問題を援用することが多かった。投資家に不利益を与えることとなっ

た投資受入国の規制措置は、人権保障のためのものであり、正当化されるという主張が投資受入国によりなされてきたのである。例えば、上下水道事業が問題となった *Azurix* 事件では、投資受入国であるアルゼンチンが、人権条約で保護される需要者の利益が供給者たる投資家の利益を上回るとして、自らの措置の正当性を主張した<sup>31)32)</sup>。

このように投資受入国の国民の人権保障という公的な利益が問題となりうる以上、やはり国際投資仲裁を国際商事仲裁と同様のものとして捉えることはできない。専ら紛争の私法的な側面を扱えばよい国際商事仲裁とは対照的に、国際投資仲裁は二当事者間の問題として解消され得ない<sup>33)</sup> 重要な公益そして人権問題を含みうるのである<sup>34)</sup>。

### (4) 小括

以上の検討から、国際投資法は公法的な側面を有するのであり、国際人権法及び国際投資法の性質は、国際投資仲裁において人権保障を問題にすることを困難にする理由とはならないと考える。

## 4 多国籍企業の責任主体性

### (1) 人権保障の責任

国際投資仲裁において、例えば投資受入国の国民の人権保障を理由に投資家の保護を否定することになれば、投資家を少なくとも間接的に人権保障の責任を負う主体として捉えることとなる。そして投資家は多くの場合、

& Magraw, *supra* note 13, at 723.

29) 国際投資仲裁において、実際に問題となった国家の公法上の規制措置の具体例としては、アルゼンチンにおける財政危機に対する対応、アメリカのカリフォルニア州における地下水を汚染している石油添加剤の禁止、カナダにおける PCB (有毒性の高い物質) の輸出の禁止、チリにおける海面漁業の割当方式、ボリビアのコチャバンバにおける水道に関する規制、などがある。See, Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 723-724.

30) Werner, *supra* note 28, at 116.

31) *Azurix*, *supra* note 19, at para. 254.

32) Reiner & Schreuer, *supra* note 15, at 88-89.

33) 人権は個人に帰属し、国家がその利益を処分することはできないから、少なくとも人権保障の観点からは、投資受入国と投資受入国の国民は別個の主体である。実質的にも、投資受入国政府が国際投資仲裁において、人権保障の点で、必ずしも投資受入国の国民の利益を十分に反映できてきたわけではない以上、投資受入国と投資受入国の国民を一体と捉えることはできないと考える。See, Ernst-Ulrich Petersmann, *Human Rights, Constitutionalism, and "Public Reason" in Investor-State Arbitration*, in *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR THE 21ST CENTURY ESSAYS IN HONOUR OF CHRISTOPH SCHREUER* 877, 891 (Christina Binder et al. eds., 2009).

34) *Id.* at 891.

多国籍企業である。そこで、とりわけ多国籍企業が人権の責任主体となりうるかが問題となる。

多国籍企業を人権の責任主体とすることに対しては根強い反対論がある。この点につき、Muchlinski は次のように紹介する。「人権保障の責任を多国籍企業にも課すという明らかに『正しい』考えに対して反論するなどということは、ほとんど想像もつかないと考える者もいるかもしれない。しかし、多国籍企業を人権の責任主体とすることに対しては、いくつもの有力な反論が存在する<sup>35)</sup>」。

## (2) 五つの反論

Muchlinski によれば、かかる反論には主に五つのものがある。①第一の反論は、多国籍企業は事業活動を行っているにすぎないというものである。多国籍企業の唯一の社会的責任はその株主のために利益を生み出すことにあり、当該企業が事業活動を行う社会において生じる様々な問題に関する道徳上の権威者として振舞うことがその企業に求められる役割ではない。むしろ、企業が道徳の問題に関わることは、かつて多国籍企業がしないように求められた、社会の内部事項に対する権限を逸脱した干渉とさえ見られうる。

②第二の反論は、多国籍企業のような民間の非国家主体は人権保障に関していかなる積極的義務も負わないはずであるというものである。多国籍企業は法律を遵守する義務のみを負う。社会的に重要な問題について規制するのは国家の役割であり、多国籍企業の役割は法律を遵守することである。多国籍企業は私人であるから、人権保障の受益者になりうるのみであり、彼ら自身が人権の擁護者となるわけではない。

③第三の反論は、多国籍企業は全ての人権を擁護できるわけではないというものである。多国籍企業は、自らの労働者の適正な待遇を確保するなど、社会的・経済的な事柄に

ついてはいくらかの影響があるかもしれないが、市民権や政治的権利を擁護するためにできることはない。国家のみがそのような権限と能力を有する。

④第四の反論は、人権擁護義務を多国籍企業にも課すことでフリーライダー問題が生じるというものである。全ての国家と多国籍企業が、基本的人権の保障のために同等の努力をするわけではないため、より人権擁護及びそれについての説明責任を果たすために時間と費用をかける良心的な企業が、そのような責任を引き受けない不道德な企業に対し競争上劣位に立つことになる。またかかる良心的な企業は、道徳的な多国籍企業と共に事業を行うことを望まない政府が存立する、人権保障の程度が低い国において、事業機会を失うかもしれない。

⑤第五の反論は、かかる不公平が、NGO の選択的かつ政治的な活動によって悪化させられるかもしれないというものである。主な関心事が自らの運動につき世間の注目を集めることにある NGO があるとすれば、かかる NGO は人権保障につき深刻な問題を抱える企業よりも、知名度の高い企業を（問題の程度が低くても）優先的に攻撃の対象とすることが考えられる<sup>36)</sup>。

## (3) 再反論

これらの反論は一見説得的であるが、それらについては再反論が可能である。

まず、①の点については、1977 年の多国籍企業及び社会政策に関する原則 ILO 三者宣言<sup>37)</sup>や近年改訂された 1976 年の OECD 多国籍企業ガイドライン<sup>38)</sup>に代表されるように、いくつもの国際機関によって多国籍企業が長年にわたり、社会的責任を果たすよう期待されてきたことや、多国籍企業自身が自主行動規範を採用すること等により、社会的責任を引き受けようとしてきた点を指摘できる。

35) Peter T. Muchlinski, *Human Rights and Multinationals—Is There a Problem?* 77 INTERNATIONAL AFFAIRS 31, 35 (2001).

36) *Id.* at 35-36.

37) ILO, Official Bulletin (Geneva, 1978), vol. LXI, series A, no. 1, at 49-56, reproduced in UNCTAD, *International investment agreements: a compendium*, at 89-102.

38) OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 27 June 2000 (Paris: OECD, 2000).



次に、②の点については、権力主体の多様化、国際組織等の超国家領域の出現等により、私的領域と公的領域の境界が変化してきており、多国籍企業が非国家主体たる私人であるということがさほど意味を持たなくなってきたということが指摘できる。

さらに、③の点については、多国籍企業は、職場外の事柄を直接左右できるわけではないとしても、下請業者の行為規範を設定したり、人権保障に反する政府の措置の利益を享受しないようにするなどの形で重要な影響力を発揮し得るということが指摘できる。

④の点については、人権擁護の姿勢を示すことで高い評価を受けることは多国籍企業の事業活動を促進し、フリーライダー問題によって受ける不利益をはるかに上回る利益をもたらすという点を指摘できる。

⑤の点については、NGOの活動がそれ自体多国籍企業であるマスメディア等に依存していることや、多国籍企業が十分な対応能力を有していることも考慮すると、恣意的なNGOの活動の影響を過大評価すべきではないということが指摘できる<sup>39)</sup>。

したがって、投資家たる多国籍企業を人権保障の責任を負う主体として捉えることはあながち不合理ではないと言える。むしろ、これからは企業の社会的責任を国際投資協定の中に何らかの形で取り入れていくことが不可避となっていくのではないであろうか。MAIの失敗の経験は、NGOそして国際社会が、企業により高い責任を負うことを求めていること、そして企業活動についての国際的な標準が高まっていることを示している。このことからすれば、Muchlinskiが正当にも主張するように、国際投資協定が正統性を保持し続けるためには、投資受入国のみならず、投資家たる企業の責任をも取り込んでいかねばならないとさえ言えるであろう<sup>40)</sup>。

#### (4) 小括

以上の検討から、国際投資仲裁において人権保障の問題を扱う上で、多国籍企業の責任主体性の問題は十分に乗り越えることができると考える。

### 5 仲裁廷の権限と能力

#### (1) 権限の問題

国際投資仲裁において人権保障の問題を扱うには、仲裁廷の権限の問題を乗り越えねばならない。すなわち、国際投資仲裁廷に人権保障の問題をも扱う権限が与えられているかが問題となるのである。もし仲裁廷にかかる権限がないのだとすれば、「裁判所が明らかにその権限をこえていること」を取消事由として規定するICSID条約52条(1)(b)に基づき、権限踰越を理由に仲裁判断は取り消されてしまうのであり、この問題は看過する事のできない重要性を有する。

権限の問題がそのような重要性を有するとして、それでは、国際投資仲裁廷は人権保障の問題を扱う権限を有していると言えるのであろうか。一世を風靡した自己完結的レジームの理論<sup>41)</sup>(特殊化が進展し、一般国際法から隔絶された環境において独自の法規範を創造するに至った法分野が存在するという理論。自己完結的レジームの理論の支持者によれば、WTO法、国際投資法、EU法、そして国際人権法が、そのような法分野の具体例であるとされる。)の考え方に従えば、国際投資仲裁廷は国際投資法の問題だけを取り扱うべきであり、人権保障の問題を扱う権限はないことになりそうである。

しかし、国際投資法も国際法の一部を構成するものであり、自己完結的レジームの考え方を押し通すことには無理がある。すなわち、国際法の内部における自己完結的レジ-

39) Muchlinski, *supra* note 35, at 36-44.

40) Peter Muchlinski, *Corporate Social Responsibility*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 637, 682 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008).

41) 自己完結的レジームの理論については、International Law Commission Report on the work of its fifty-eighth session, General Assembly Official Records Sixty-first Session Supplement No. 10, UN Doc. A/61/10 (2006), paras. 233-251などを参照。

ムが存在すると言う議論は、数年前においては流行の先端をいく議論であったが、決して国際法の研究者及び実務家の間で全面的な支持を受けたことはなかった。また、時の経過及び実務により明らかにされたのは、これらの全ての法分野は、その法分野独自の必要に応じた法規範を創造してはいるものの、一般国際法と一体をなしており、必要なときにはいつでも一般国際法を利用できるということである。結局、Knoll-Tudorの主張するように、国際投資仲裁の仲裁廷は、他の全ての仲裁廷と同様、一般国際法を適用することを期待されていると考えるべきなのである<sup>42)</sup>。

## (2) 能力の問題

それでは、一般国際法の利用と言う形で国際投資仲裁廷が人権保障の問題を取り扱う権限を肯定することができたとして、国際投資仲裁廷に人権保障の問題を扱う能力が果たしてあると言えるのであろうか。

国際人権法は日々著しい速さで発展しているため、非常に専門化が進んだ法分野になっており、それに精通するには徹底的な訓練が必要とされるようになってきている。そして国際投資法も国際人権法同様、著しい速さで発展し非常に専門化が進んでいる。このように、国際投資法も国際人権法もそれぞれ非常に専門化が進展しているため、国際投資法の専門家が、国際人権法の問題について扱えるだけの国際人権法についての専門性を有することは非常に難しくなっている。そして仲裁人は、通常、国際投資法の分野における知識や経験に基づいて、指名されるのであるから、国際人権法にも通じていることは期待できないのである<sup>43)</sup>。

しかしながら、一人の人物が国際投資法の専門家であるとともに国際人権法の専門家でもあることは著しく困難であるという問題は、国際投資仲裁において、国際人権法の専門家を仲裁廷の構成員として受け入れることによって対処できるのではないかと考える。国際投資仲裁である以上、仲裁廷の中心を占

めるのは国際投資法の専門家であろうが、国際人権法の問題が生じた場合には、国際人権法の専門家を仲裁廷に参加させるか、鑑定人や専門委員などとして招聘し、仲裁判断にその識見を生かすことは可能であろう。

## 6 小括

以上の検討により、本稿は、人権保障の問題を国際投資法に取り込むことは可能であると考ええる。国際投資法の性質、多国籍企業の責任主体性、仲裁廷の権限と能力といった点は、人権保障の問題を国際投資法に取り込む上で、いずれも根本的な問題にはならない。

## IV. 国際投資法における人権保障の具体的方法

### 1 実体規範と手続規範

人権保障の問題を国際投資法に取り込む具体的方法としては、複数の方法が考えられる。

実体規範を活用する方法としては、無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用などの規定の解釈によって人権保障を目的とする規制措置を国際投資法に違反しないもの、あるいは収用に該当しないもの、と扱うことが考えられる。また、人権保障に関する例外条項を国際投資協定の規定に追加するという方法もある。

他方で、より実効的に人権保障を図るために、以下のように手続規範を活用することが考えられる。すなわち、アミカス・キュリエ制度、情報公開制度、上訴制度、仲裁人選任制度などを設け、また拡充することで、投資仲裁廷における人権保障に関連する情報収集を促進するとともに、人権保障の問題を取り扱うにふさわしい透明性を確保し、また人権保障がないがしろにされないような慎重性を担保し、さらに人権保障について判断するのに必要な専門性・中立性を確保するというこ

42) Knoll-Tudor, *supra* note 7, at 336.

43) *Id.* at 337.

とが考えられる。

## 2 非投資事項に関する仲裁判断

### (1) 三つのアプローチ

これまでのところ、人権保障を始めとする非投資事項に関する条約上の義務に基づく請求又は主張につき判断を下さねばならなかった国際投資仲裁廷は主に三つのアプローチを採用してきた<sup>44)</sup>。以下、異なるアプローチを採用した三つの事件である、Santa Elena 事件<sup>45)</sup>、Siemens 事件<sup>46)</sup>、MTD 事件<sup>47)</sup>を取り上げ、その中でそれぞれのアプローチについて検討する。

### (2) Santa Elena 事件

仲裁廷がとった第一のアプローチは、非投資事項に関する条約上の義務の重要性を否定するというものである。例えば、Santa Elena 事件の仲裁廷は、収用が環境を保護する目的でなされたという事実は、収用の法的性質あるいは補償額に何らの影響も持たない、と判断した<sup>48)</sup>。

以下、Santa Elena 事件の判示を引用する。「Santa Elena 社の財産に対する補償の問題に取り組むにあたって、当仲裁廷は、下記の点に留意した。…国際法は、コスタリカ政府が自らの領域内に存在する外国資本所有の財産を、十分かつ効果的な補償の迅速な支払いと引き換えに公共目的の収用をなすことを認めている。この点につき、当事者間に争いはない。…環境保護を理由とする収用あるいは取得は公共目的の収用に分類されうるし、それゆえ適法であろうが、本件の財産がかかる理由によって収用されたことは、収用に対して支払われるべき補償の性質ないし程度に影響を与えるものではない。すなわち、本件の財

産の収用における環境を保護するという目的は、十分な補償が支払われるべきであるという収用の法的性質を変えることはない。環境を保護する義務の国際的な源泉が何であろうと違いは生じない<sup>49)</sup>」。

### (3) Siemens 事件

仲裁廷がとった第二のアプローチは、非投資事項に関する条約上の義務の重要性を理論上は承認しつつ、当該事件においては認めないというものである。Siemens 事件において、仲裁廷は、人権保障に関する主張をすることそれ自体を否定はしなかったが、被申立人が当該主張を十分に展開することができなかったと判断した<sup>50)</sup>。

以下、Siemens 事件の判示を引用する。「アルゼンチンは、1994 年における憲法改正において、いくつもの人権に関する国際文書が憲法と同位と認められたことにつき仲裁廷の注意を喚起する。アルゼンチンは、アルゼンチンが置かれた社会的、経済的状况を考慮に入れると、申立人が主張する財産上の権利を認めることは、そのようにして憲法に編入された人権が無視されることになる」と主張する。…アルゼンチンによって説明されたように、憲法そしてアルゼンチンが他国と締結した条約はアルゼンチンの最高法規であり、そして条約は国内法に優越する。この点で、当仲裁廷は、1994 年の憲法改正以来憲法と同位となっている国際人権法へのアルゼンチンの言及に注目する。この言及は、この仲裁において申立人が主張する財産上の権利が是認されれば、国際人権法への違反を構成することになるということを暗に意味していた。この議論は、アルゼンチンによって十分に展開されることはなかった<sup>51)</sup>」。

44) *Id.* at 339-340.

45) *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID, 17 February 2000, Award, 39 ILM 1317 (2000).

46) *Siemens*, *supra* note 20.

47) *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID, 25 May 2004, Award, 44 ILM 91 (2005).

48) *Knoll-Tudor*, *supra* note 7, at 339.

49) *Santa Elena*, *supra* note 45, at para. 71.

50) *Knoll-Tudor*, *supra* note 7, at 340.

51) *Siemens*, *supra* note 20, at paras. 75, 79.

#### (4) MTD 事件

仲裁廷がとった第三のアプローチは、非投資事項に関する条約上の義務の重要性を承認し、損害賠償額の算定の際にかかる義務を考慮するというものである。例えば、MTD 事件では、投資受入国の公正衡平待遇義務違反を理由に投資家に認められた損害賠償額は、環境関連の規制について十分に調査を行わなかったという投資家自身の行動が取引のリスクを増大させたとして 50 パーセントの割合で減額された<sup>52)</sup>。

以下、MTD 事件の判示を引用する。「被申立人は、申立人が十分な調査を行うことなくチリに投資することを決定したと主張する。申立人は、『とりわけ外国の投資を呼び込めるのならば』当該土地が不毛の土地であり直ちにゾーニング変更がなされるという、申立人に有利な Fontaine 氏の発言に依拠した。もし申立人が『最も基本的な調査さえ』していれば、Pirque が上質の農業用地を含んでおり、首都圏の環境衛生にとって重要な役割を担っていることを知ることができたであろう。加えて申立人は、そのたった二年前に採用され、『明示的に Pirque における都市開発を禁じており、Pirque を排他的な silvoagropecuario<sup>53)</sup> ゾーンとして指定した』PMRS<sup>54)</sup> についても知ることができたであろう。被申立人は、特に El Principal における投資が『MTD の東南アジア外における初めての事業であると思われる』ことを考慮すると、チリを訪れた申立人の二名からなるチームがわずか四日間しか滞在しなかったにもかかわらず、チリへの投資につき積極的な勧告を本社に対して行うに至ったことは驚くべきことであると感じている。…BIT は事業上のリスクに対する保険ではないのであり、仲裁廷としては、申立人が経験豊かな事業経営者として自らの行為の結果を引き受けねば

ならないと考えている。パートナーの選択、開発許可の発行等の予測が実現しなかった場合について契約によって自衛することのないままでの将来予測に基づく土地評価の容認は、申立人がチリの行動とは無関係に取ったリスクである。…結論としては、申立人は Fontaine 氏のオファーに内在するリスクを負うべきであり、本判断の第一節で算定された総額から当該オファーの現在価値を差し引いた後に、50 パーセントの割合で損害を引き受けるべきである<sup>55)</sup>」。

#### (5) 損害賠償額の減額が責任の不成立か

##### a Knoll-Tudor の見解

上記の三つのアプローチのうち、Knoll-Tudor は、①現状において、人権保障を全面的に国際投資仲裁の判断に反映することにはなお躊躇があるものの、②公正衡平待遇義務に内在する「公正」や「衡平」といった概念が、人権保障などの問題を何らかの形で仲裁判断に反映することを要求している、などの理由から、MTD 事件において採用されたアプローチ、すなわち、人権保障の問題を責任の成立の段階では考慮しないものの、損害賠償額の算定の際に考慮するというアプローチを支持し、次のように述べる<sup>56)</sup>。「仲裁廷による公正衡平待遇義務違反の判断において、人権保障に基礎を置く主張や申立ての提出は、投資受入国の責任の成立の段階ではなく、損害賠償額の算定の段階で考慮されるべきである<sup>57)</sup>」。

##### b 不都合性

確かにこのような見解も成り立ち得よう。損害賠償の段階でだけ考慮することにより、国際投資法の規範が過度に国際人権法に影響を受けないことになり、バランスをとることができているようにも思える。しかし人権保障の問題を国際投資仲裁において考慮する場合にはおよそいかなる場合も、損害賠

52) Knoll-Tudor, *supra* note 7, at 340.

53) silvoagropecuario = agroforestry and livestock.

54) PMRS とは、Plano Regulador Metropolitano de Santiago (Santiago metropolitan zoning regulations) の略称。See, MTD, *supra* note 47, at para. 58.

55) MTD, *supra* note 47, at paras. 169, 178, 246.

56) Knoll-Tudor, *supra* note 7, at 338, 340-341.

57) *Id.* at 343.



償額の減額だけで対応することが望ましいとは言えない。

仮に人権保障の問題を損害賠償額の算定の段階でのみ考慮すべきであるとすると、投資受入国の政府の責任の免除はほぼ期待できなくなることになる。既に述べたとおり、国際投資仲裁で認定される損害賠償額はしばしば多額であり、例えば、MTD 事件でも、損害額自体は 21,469,588.32 ドルとされた<sup>58)</sup>。前述のとおり、MTD 事件では損害賠償額の減額の方法が採られ、50 パーセントの減額が認められたわけであるが、損害賠償額は依然として巨額である。損害賠償額の減額の方法だけで、特に貧しい発展途上国に対する萎縮効果を十分に除去できるかは甚だ疑問である。

そうであるとすれば、投資受入国の政府の措置が人権保障等の観点から明らかに正当なものである場合において責任を不成立とするための理論構成が要請されることになる。以下では、人権保障の問題を理由に国際投資法上の責任の成立自体を否定するために、具体的な実体規範毎にいかなる理論構成がありうるかを模索する。

### 3 実体規範の解釈による人権保障

#### (1) 無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用

国際投資法における最も代表的かつ重要な実体規範は、無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用の三つであろう。主として二国間投資協定及び自由貿易協定からなる国際投資協定は、特に差別的、不公正な、そして収用を構成する投資受入国の行動から、いくつかの基本的な待遇の保障を通して、外国投資家を保護することにとりわけ重点をおいてきた。近年の国際投資協定は、なんらかの形

で、国籍の異なる投資家に対する無差別の原則（内国民待遇及び最恵国待遇基準）、最低限度の待遇の基準（公正かつ衡平な待遇の原則、十分な保護及び保障など）、そして収用に対する保障を含んでいる<sup>59)</sup>。本稿は、このような観点から、無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用の三つの実体規範の解釈において人権保障の問題を取り上げる方法を考察する。

#### (2) 無差別待遇義務

##### a 適切なバランス

一口に無差別待遇義務と言っても、内国民待遇義務、最恵国待遇義務、その他の無差別待遇義務など種々の規定が国際投資協定上に見受けられる<sup>60)</sup>。しかし、それらはある程度統一的に説明することのできる<sup>61)</sup>ものであることから、本稿では、内国民待遇義務において人権保障の問題を理由に国際投資法上の責任の成立を否定する方法を考察することにする。

他の国際投資法規範にもいえることであるが、無差別待遇義務においても、投資家の保護と投資受入国の政府の規制権限とのバランスを図ることが重要である。人権保障の観点からは、Ortino が主張する通り、外国投資家を保護するために政府の行動を制限することと、投資受入国に人権保障政策を追求するための規制の余地を与えることの、適切なバランスを図ることが重要である<sup>62)</sup>。

##### b 「公共政策に基づく正当化 (Justification on Public Policy Grounds)」

内国民待遇基準の実際の適用は、四つの基本的な概念を中心に展開している。かかる基本的な概念とは、①外国投資家と国内投資家が同様の状況の下にあるか、②外国投資家が国内投資家と較べて不利な待遇を受けているか、③問題となる措置が正当な政策目標を有するか、そして、④かかる措置と正当な政策

58) MTD, *supra* note 47, at para. 241.

59) Federico Ortino, *Non-Discriminatory Treatments in Investment Disputes*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 344, 344 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

60) *Id.* at 346.

61) See, Todd J Grierson-Weiler & Ian A Laird, *Standards of Treatment*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 259, 261-262 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008).

62) Ortino, *supra* note 59, at 365.



目標との関連性、である。これらの概念は、内国民待遇の規定の文言の中に明示されていることもあるし、あるいは関係する裁判体による内国民待遇の規定の解釈によって導き出されることもある。

これらの概念は、大きくは(1)国籍による差別(①及び②)、そして(2)公共政策に基づく正当化(③及び④)の二つに分類できる。形式あるいは文言からは無関係に、内国民待遇基準はこれまでのところ二段階の分析として認識されてきた。仲裁廷は、まず、「国籍による差別」の存在を、次に、「公共政策に基づく正当化」の存在を、判断してきたのである<sup>63)</sup>。

内国民待遇義務違反の判断を、「国籍による差別」があったか、そしてそれが「公共政策に基づく正当化」によって許容されるものか、という二段階の審査だとして把握した時、人権保障の問題を考慮することになるのは、「公共政策に基づく正当化」の判断においてであろう。

### c SD Myers 事件

消費者保護、公衆衛生、あるいは環境保護といった公共政策に基づく正当化は、GATT20条に基づいて定式化されている「一般的例外」条項という形で国際投資協定の中に明示的に規定されていることも稀にはある。しかし、これらの一般的例外条項の使用は国際投資協定においては普及していなかったため、基礎となる投資協定にかかる一般的例外条項が含まれていないことが多い。そしてそのような場合にも、仲裁廷は内国民待遇義務条項の解釈において公共政策に基づく正当化を認めてきた。

例えば、NAFTA第11章は、公共政策を理由に外国投資家を国内投資家よりも不利に取扱うことを国家に明示的に許容する規定が欠けている。にもかかわらず、NAFTAの下における仲裁廷は、NAFTA1102条における「同様の状況」の文言を、事実上の公共政策による正当化の仕組みとして用いてきた。し

たがって、外国投資家が国内投資家と比較して不利な取扱いを受けたことが、正当な公共政策と関連していたという理由で正当化されるならば、内国民待遇義務違反は存在しないことになる<sup>64)</sup>。

SD Myers 事件がその例である。そこでは、次のような判示が為されている。「当仲裁廷としては、NAFTA1102条における『同様の状況』という文言の解釈に際しては、NAFTAの法的な文脈から生じる一般原則を考慮に入れねばならないと考える。かかる一般原則には、環境への配慮とともに、環境への配慮では正当化されない経済活動への悪影響の回避の必要性が、共に含まれる。『同様の状況』の判断は、政府の規制措置を正当化する可能性を有している事情、すなわち公共の利益を保護するために外国投資家と国内投資家とで異なる取扱いをしているという事情も考慮に入れた上で為されねばならない。『同様の状況』の概念は、不利な取扱いを受けたと訴える外国投資家が国内投資家と同じ『分野』に属するののかについての検討をすることを求めているのである。当仲裁廷は、『分野』という言葉が『経済分野』そして『事業分野』を内包する広い意味を有しているという見解に立っている<sup>65)</sup>」。

### d 人権保障と「公共政策に基づく正当化」

以上の検討により、本稿は、投資受入国の政府の措置が人権保障の目的の下になされたものであり、実際にその措置が人権保障と関連性を有するものであるならば、「公共政策に基づく正当化」が認められ、仮に国内投資家と外国投資家の間に差別が存在していたとしても、国際投資法上、内国民待遇義務違反は生じないと解することも十分可能であると考ええる。

## (3) 公正衡平待遇義務

### a 義務の内容

公正衡平待遇義務はその重要性にもかかわらず、必ずしも明確な内容を持つ義務ではない。しかし、公正衡平待遇義務は多くの事例

63) *Id.* at 353-354, 360.

64) *Id.* at 360.

65) Myers, *supra* note 24, at para. 250.

において適用され、仲裁判断が蓄積されてきたのであり、それらの仲裁判断から公正衡平待遇義務の内容を具体化していくことは可能である<sup>66)</sup>。実際、これまでいくつもの仲裁判断で、公正衡平待遇義務を具体化しようという試みが行われてきた。その中で、公正衡平待遇義務の定義も探究されてきた。

最も包括的な定義であり、頻繁に引用されるのは、Tecmed 事件<sup>67)</sup>の仲裁廷によるものである<sup>68)</sup>。「当仲裁廷は、本件協定の公正衡平待遇義務条項が、国際法によって確立している信義則に照らし、締約国に外国投資家が投資をするにあたって考慮に入れた基本的な期待を裏切らないような扱いを国際投資に提供することを要求していると考ええる。外国投資家は投資受入国に外国投資家との関係で一貫性のある態度で行動すること、すなわち、投資に影響しうるあらゆる法令や規制、関係する政策や行政実務あるいは命令を外国投資家が事前に知り、投資計画を立て、それらの規制を遵守することを可能ならしめるような、曖昧さとは無縁な完全に透明な態度で行動することを期待している。また、外国投資家は、例えば以前から存在していた決定や許可で、投資家が契約責任を引き受ける上で、また商業及び事業活動を計画し開始する上で当てにしていたものを恣意的に取り消さないような、一貫性のある行動をとることも投資受入国に期待している。さらに、投資家は、投資家の行動や投資に影響しうる法的手段を通常割り当てられた機能に即して用いること、そして必要とされる補償をすることな

く投資家から投資財産を奪わないことも投資受入国に期待している<sup>69)</sup>」。

#### b 「正当な期待 (Legitimate Expectations)」

上記の Tecmed 事件の仲裁廷による公正衡平待遇義務の定義を見ると、公正衡平待遇義務の中心的な内容は、投資家の期待を保護することにあることが分かる。とりわけ、投資家の「正当な期待」の保護は国際投資仲裁の実務に深く根ざしたものとなっており、かかる投資家の「正当な期待」は、投資の時点における投資受入国の法秩序、そして投資受入国によって明示もしくは黙示になされたあらゆる約束及び表示に基づいて生じるものとされている。投資家の「正当な期待」を投資受入国が裏切れば、公正衡平待遇の原則に反するものと判断されることになる<sup>70)</sup>。

Thunderbird 事件<sup>71)</sup>の仲裁廷は、「正当な期待」の内容につき、NAFTA の下における一般的な定義を示した<sup>72)</sup>。「近年の仲裁判断そして慣習国際法上の信義誠実の原則に鑑みると、『正当な期待』の概念は、NAFTA の枠組みの文脈においては、契約の相手方たる投資受入国の行動が、それを信頼した上で行動してもよいという、合理的かつ筋の通った期待を投資家（あるいは投資）に抱かせた結果、NAFTA 締約国がかかる期待に反した行動をすれば投資家（あるいは投資）に損害を生じさせるような状況と関係している<sup>73)</sup>。」

Saluka 事件<sup>74)</sup>においても、投資家の「正当な期待」に重点を置く説示がなされている。「投資を為すという投資家の決断は、投

66) Ioana Tudor, THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN INTERNATIONAL FOREIGN INVESTMENT LAW 154 (2008).

67) Tecmed, *supra* note 18.

68) Dolzer & Schreuer, *supra* note 8, at 130.

69) Tecmed, *supra* note 18, at para. 154.

70) Dolzer & Schreuer, *supra* note 8, at 134.

71) *International Thunderbird Gaming Corporation v United Mexican States*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 26 January 2006, Award, available at [http://www.naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Thunderbird/Thunderbird\\_Award.pdf](http://www.naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Thunderbird/Thunderbird_Award.pdf).

72) Dolzer & Schreuer, *supra* note 8, at 106.

73) Thunderbird, *supra* note 71, at para. 147. Footnote omitted.

74) *Saluka Investments B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 17 March 2006, Partial Award, available at <http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf>.

資の時点における法状況及び経営環境全体の評価、そして投資受入国による投資後の行動が公正かつ衡平なものになるという期待に基づいている。それゆえ公正衡平待遇の基準は、当該基準の主要な要素である正当な期待の概念と密接に結びついている<sup>75)</sup>」。

#### c 人権保障と「正当な期待」

公正衡平待遇義務によって投資家の「正当な期待」が保護されるとして、投資家は、具体的にいかなる期待を有することが正当化されるであろうか。人権保障の観点からは、次のように考えることが可能ではないか。すなわち、投資家は投資受入国の政府が自らの国民の人権保障をないがしろにしてまで、投資家の利益を保護することを期待するべきではないし、かかる期待は正当なものとはいえない。したがって、外国投資家に不利益をもたらした投資受入国の政府の措置が、真に人権保障のためのものであるといえるならば、それが恣意的あるいは一貫性に欠如するなどの特段の事情がない限り、かかる措置は投資家の「正当な期待」を損なうものとはいえず、公正衡平待遇義務違反は生じない。

#### (4) 収用

##### a 直接収用と間接収用

今日、最も顕著な形態の収用は間接収用である。このことについては「国家実行における最も重要な発展が起きたのは間接収用の分野である<sup>76)</sup>」との主張もある。国家による財産の取得を伴う直接収用とは異なり、間接収用は、国家による実際の財産の取得には至らないが、「外国投資家はその資産の管理、利用または支配を事実上失いあるいは著しい

価値の下落をもたらす結果となるとき<sup>77)</sup>」にも起こりうる。

従来の投資仲裁廷は、間接収用をおおまかにではあるが同じように性格づけしてきた。例えば、NAFTAの下におけるMetalclad事件<sup>78)</sup>の仲裁廷は間接収用を次のように広い性格づけをしている。「収用は、投資受入国の利益に繋がるような即座の押収や正式あるいは強制的な権利の移転といった公然、意図的かつ承認された財産の取得のみを含んでいではなく、所有者から利用あるいは正当に期待された経済的利益あるいは財産を完全にあるいはほとんど奪うような効果を持つ財産の利用に対する秘かなあるいは偶発的な干渉をも、それがたとえ必ずしも投資受入国の明らかな利益に繋がらないものであっても、含んでいる<sup>79)80)</sup>」。

#### 「正当な規制措置 (Regulatory Measures Pursued for Legitimate Objectives)」

正当な目的を追求する規制措置は間接収用と解されてはならないということは、多くの仲裁判断で広く認められてきた<sup>81)</sup>。例えば、Feldman事件<sup>82)</sup>で仲裁廷は、「各国政府は、環境保護や税制改正、補助金の拠出、関税率の変更、建築規制の導入などを通じたより広い公共の利益を自由に追求できるべきである。かかる規制によって影響を受ける企業が全て補償を求めるならば、これらの合理的な規制は達成することができなくなるであろう。そのことは慣習国際法も認識しているはずである<sup>83)</sup>」と述べた。同様に、SD Myers事件<sup>84)</sup>で仲裁廷は、「一般的な判例は通常、

75) *Id.* at paras. 301, 302.

76) Rudolf Dolzer, *Indirect Expropriations: New Developments?*, 11 NYU ENVL J 64, 65 (2002).

77) UNCTAD, *Taking of Property*, Series on issues in international investment agreements (New York and Geneva, United Nations, 2000) at 2.

78) *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID, 30 August 2000, Award, 40 ILM 36 (2001).

79) *Id.* at para. 103.

80) August Reinisch, *Expropriation*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 407, 409, 421-422, 425 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008).

81) *Id.* at 433. なお、正当な規制措置が収用に該当しないということは、そもそも補償が不要になるということである。

82) *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID (Additional Facility), 16 December 2002, Award, 40 ILM 615 (2001).

83) *Id.* at para. 103.

84) Myers, *supra* note 24.

規制措置を収用とは扱わない。公権力による規制措置が NAFTA 1110 条の適法な訴えの対象となる可能性がないわけではないが、そうなることはほとんどないであろう<sup>85)</sup>と述べた<sup>86)</sup>。

### c Methanex 事件

ここで注目されるのが、2005 年に判断が出た Methanex 事件<sup>87)</sup>である。この仲裁判断は、国家の規制権限をより認める方向に舵を切った判断であり、人権保障のための規制措置が収用を構成しないとする見方と親和的であるばかりでなく、影響力の大きい判断でもあるからである。

Methanex 社は MTBE という石油添加剤の原料を製造していたが、MTBE が潜在的な地下水の汚染物質とみなされたため、カルフォルニア州がその使用を禁止した。Methanex 社は、かかる禁止が同社の財産の収用に当たると主張して、Metalclad 事件及び SD Myers 事件の判断に依拠しつつ、およそ 9 億 7 千万ドルの支払いを求めて申立てを行った。これに対して仲裁廷は、下記のように述べて申立てを退けた<sup>88)</sup>。「Methanex の言う通り、外国投資家に向けられた意図的な差別的規制措置があれば、収用の証明にあたって決定的であることは間違いない。しかし、一般国際法の問題としては、公共目的の差別的でない規制措置は、適正手続を遵守してなされているならば、それがとりわけ外国投資家あるいは外国投資に影響を与えたとし

ても、当該投資家が投資をする時点で政府がかかる規制措置を採らないという約束をしたなどの特別の事情がない限り、収用にはあたらず、またそれゆえに補償も必要でない<sup>89)</sup>」。

Methanex 社が依拠した、Metalclad 事件<sup>90)</sup>及び SD Myers 事件<sup>91)</sup>の仲裁廷は収用該当性を拡大する方向の判断を行っていた。それに対して、Azinian 事件<sup>92)</sup>、Pope & Talbot 事件<sup>93)</sup>など、収用該当性を縮小する判断も出ていた。Methanex 事件の仲裁廷は、このような状況において、Metalclad 事件等ではなく、Azinian 事件等と親和的な判断を行った。Methanex 事件は、外国投資家に与えられてきた広範な特権を縮小する最近の一連の国際投資仲裁の一部を構成しているといえることができる。

Methanex 事件は大きな影響力を持っており、以後の仲裁判断は Methanex 事件同様収用該当性を縮小する方向の判断を行っている<sup>94)</sup>。Methanex 事件以降の仲裁判断からは、Waincymer が分析する通り、仲裁廷が一般に収用規範を人権保障に配慮して解釈・適用しているといえるであろう<sup>95)</sup>。

### d 人権保障と「正当な規制措置」

以上の検討により、本稿としては、真に人権保障のための規制措置は、それが意図的な差別的措置であったり、投資受入国の投資家に対する特別の約束に反するなどの特別の事情がない限り、「正当な規制措置」として、国際投資法上の収用を構成しないということ

85) *Id.* at para. 281.

86) Dolzer & Schreuer, *supra* note 8, at 109-110.

87) *Methanex Corp. v. United States of America*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 3 August 2005, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 44 ILM 1345 (2005).

88) Waincymer, *supra* note 9, at 300-301.

89) Methanex, *supra* note 87, at Part IV, Chapter D, p.4, para. 7.

90) Metalclad, *supra* note 78.

91) *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 30 December 2002, Final Award, available at <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/SDMyers/SDMyersAwardCosts.pdf>.

92) *Robert Azinian, Kenneth Davitian and Ellen Baca v. United Mexican States*, ICSID (Additional Facility), 1 November 1999, Award, 39 ILM 537 (2000).

93) *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 26 June 2000, Interim Award, 40 ILM 258 (2001).

94) 例えば、2006 年に Saluka 事件の仲裁廷は、「国家が、『一般に規制権限の範囲内のものと認められる通常の規制措置』を採ったとしても、収用には当たらず、したがって財産を失った外国人投資家に補償を支払う責任を負わない」と判示している。See, Saluka, *supra* note 74, at para. 262.

95) Waincymer, *supra* note 9, at 298-302.



ができるのではないかと考える。人権保障を図ることは、まさに合理的な規制といえるのであり、慣習国際法上、かかる措置を違法とすべきことにはならないであろうと思われるからである。

#### 4 例外条項による人権保障

国際投資仲裁において人権保障を考慮することを可能にする最も直截な方法の一つとして、人権保障についての GATT20 条のような例外条項、すなわち一定の要件を満たして人権保障のための措置と認められた投資受入国の規制措置は国際投資協定違反とならない旨を規定する条項を、国際投資協定にも設けるというものがある。実際、環境保護に関する例外を設ける方式がいくつも利用されてきた。例えば、NAFTA1114.1 条は次のように規定している<sup>96)</sup>。「この章におけるいかなる規定も、締約国が、領域内において投資活動が環境問題に配慮したものとなるようにすることを確保するのに適切であると考え、その他の点においてはこの章に違反しない措置を採用、維持、実施することを妨げるように解釈されてはならない」。

また、アメリカの 2004 年のモデル BIT12.2 条は次のように規定している。「この条約におけるいかなる規定も、締約国が、領域内において投資活動が環境問題に配慮したものとなるようにすることを確保するのに適切であると考え、その他の点においてはこの条約に違反しない措置を採用、維持、実施することを妨げるように解釈されてはならない」。

加えて、アメリカの 2004 年のモデル BIT13.1 条は次のような形で労働者の権利への配慮を示している。「締約国は、国内の労働法により与えられる保護を弱め又は縮小することによって投資を促進することが不適切であることを認識する」。

これらの例外条項（あるいはそれに類するもの）が既に現実のものとして存在している

ことを考えると、人権保障を理由として投資家の権利を制限する規制を容認する、人権保障に関する例外条項を設けることも決して不可能ではないと思われる。例外条項が明示的に人権保障を目的とする規制措置を許容すれば、投資受入国がとりうる規制措置の幅は大きく広がりうるであろう<sup>97)</sup>。

#### 5 手続規範による人権保障

##### (1) アミカス・キュリエ、情報公開、上訴、仲裁人選任

以上の検討により、本稿としては、国際投資法の実体規範の解釈や例外条項によって、人権保障の問題を理由に国際投資法上の責任の成立を否定する可能性は十分にあると考える。しかし、かかる実体規範における人権保障を考慮する手法があったとしても、そのための手続的担保がなければ十分な効果を發揮することはできない。そこで、本章では、アミカス・キュリエ制度、情報公開制度、上訴制度、そして仲裁人選任制度などの手続的な手当てによって国際投資仲裁において、人権保障の問題への対応をしていくことができるかを検討する。

##### (2) アミカス・キュリエ制度

###### a アミカス・キュリエ

もし人権保障の問題を国際投資協定上の規定の解釈に取り込むことができて、仲裁廷に人権保障に関する情報が十分に届かなければ、仲裁廷としても実効的に人権保障を図ることはできない。ところが、人権保障の問題に関する情報が投資仲裁の当事者によって十分に仲裁廷に提供されるとは限らない。自らの経済的利益の確保を図ろうとしている投資家はもちろん、投資受入国も自国民の人権保障の問題を提起することを怠るかもしれない。そこで、手続の直接の当事者でない第三者が情報を仲裁廷に提供するアミカス・キュリエの制度が注目されるのである<sup>98)</sup>。

「アミカス・キュリエ」の概念は、ローマ

96) *Id.* at 305.

97) See, *Id.* at 305.

98) See, Petersmann, *supra* note 33, at 891.

法に由来するが<sup>99)</sup>、アメリカの裁判所によって発展させられてきた面が大きく、その後、他の法システムに取り入れられていった。その活用の仕方は裁判制度によって異なったが、一般的に言えば、アミカス・キュリエによる提出物の制度は、長い間、国内そして国際裁判所および仲裁廷が、手続の直接の当事者でない第三者からの関与を受け入れる仕組みであって来た<sup>100)</sup>。

国際投資仲裁手続が、アミカス・キュリエの提出物を通しての、より広い市民参加に開かれるようになったのは *Methanex* 事件<sup>101)</sup>以降であった。*Methanex* 事件の仲裁廷は、アミカス・キュリエによる提出物を受け取る権限を同仲裁廷が確かに有するという画期的な判断を行ったのである<sup>102)</sup>。

#### b 形式的根拠

アミカス・キュリエの提出物を国際投資仲裁廷が受け取る権限を有することの形式的根拠はどのようなものであろうか。

ICSID の仲裁廷は、ICSID 条約、ICSID 仲裁規則、そして当事者間の合意の枠内で仲裁手続を決定することができる。ICSID 条約 44 条は次のように規定する。「仲裁手続は、この節の規定及び、両当事者が別段の合意をする場合を除き、両当事者が仲裁への付託に同意した日に効力を有する仲裁規則に従って、実施する。裁判所は、この節の規定又は仲裁規則若しくは両当事者が合意する規則に定めのない手続問題が生じたときは、その問題について決定を行う」。

したがって、ICSID の仲裁廷は、仲裁手続に関し自ら決定を行う残余権限を有することになる。アミカス・キュリエの提出物の問題について取り扱う最初の ICSID の仲裁廷となった *Suez-Vivendi* 事件の仲裁廷はこの点

を確認した。同仲裁廷は、それゆえに自らがアミカス・キュリエの提出物を受け取る権限を有することを認めた。*Suez-Vivendi* 事件の仲裁廷は、*Methanex* 事件における UNCITRAL の仲裁廷が、ICSID 条約 44 条と類似の規定である UNCITRAL 仲裁規則 15 条 (1) を解釈したのと同様の手法を採用して、次のように述べた<sup>103)</sup>。「さらに言えば、*Methanex* 事件の仲裁廷と同様、当仲裁廷もアミカス・キュリエの提出物を受け取るかどうかは、手続上の問題であり、アミカス・キュリエの提出物が提出される前と後とで紛争当事者の権利が変わることがない以上、紛争当事者の実体的な権利に影響を及ぼすものではないと判断する<sup>104)</sup>」。

したがって、国際投資仲裁廷がアミカス・キュリエの提出物を受け取る権限を有することの形式的根拠は、ICSID 条約 44 条、UNCITRAL 仲裁規則 15 条 (1) 等に見出される、ということになる。

#### c 実質的根拠

国際投資仲裁においてアミカス・キュリエ制度を認める実質的根拠はいかなるものであろうか。かかる実質的根拠としては、仲裁判断の質の向上、透明性、民主的な価値、利益保護、仲裁判断の実施、正統性の観点が挙げられるであろう。

まず、アミカス・キュリエの提出物を認めることで、仲裁判断の質の向上が見込まれる。アミカス・キュリエの提出物は、仲裁廷が気付いていない様々な事実に関する情報を提供するばかりでなく、当該事件で問題となっている公益に関連する専門知識を提供することもある。*Suez-Vivendi* 事件の仲裁廷は、事件で中心的な問題となっていた上下水道システムに関連する専門知識を提供することが

99) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 777.

100) James Harrison, *Human Rights in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION* 396, 400 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

101) *Methanex*, *supra* note 87.

102) Harrison, *supra* note 100, at 401-402.

103) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 732.

104) *Agua Argentina, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID, 19 May 2005, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, ICSID Case No. ARB/03/19, at para. 14.

できるという理由で、五つの NGO に対して アミカス・キュリエの提出物を提出することを認めた。さらに、アミカス・キュリエの提出物は、当事者が様々な理由から示さなかった、法的観点を仲裁廷に示すこともある。例えば、Methanex 事件の仲裁廷は、アミカス・キュリエの提出物は、「紛争当事者によって展開されるに至った重要な法的問題を多く含んでいた<sup>105)</sup>」と述べた。

次に、アミカス・キュリエ制度は、国際投資仲裁手続の透明性を高めることができる。なぜなら、国際投資仲裁手続に参加しようとする者は、より実効的に手続に参加するために、仲裁廷により多くの情報を提供するように要求するし、時には自らも情報を生み出すからである。さらに、国際投資仲裁手続への参加を望む者は、しばしばアミカス・キュリエとして認めてもらうための申立書、アミカス・キュリエの提出物、そして仲裁廷の決定や応答について公にすることによっても透明性を促進する。

さらに、アミカス・キュリエ制度を通して、民主的な価値を実現することもできる。市民参加は、民主的統治の不可欠の要素であり、それゆえに民主的価値を促進することができる。アミカス・キュリエの提出物は、当事者が提起しない公益上の問題を提起することもできる。

加えて、アミカス・キュリエ制度は、利益保護にも資する。アミカス・キュリエの提出物を通じての市民参加は、事件に正式に参加することまでは許容されない人々の利益を保護することを可能にする。アミカス・キュリエの提出物は、公衆の利益ばかりでなく、投資活動あるいは規制措置によって直接的な影響を被る特定のグループの利益に対して、仲裁廷の注意を振り向ける役割をも担う。

アミカス・キュリエ制度は、仲裁判断のより効果的な実施にも繋がる。市民参加が為された仲裁手続、あるいはその機会があった仲裁手続は、公衆により受け入れられやすい。投資受入国も、公衆の目があることで、仲裁

判断の実施をより積極的にするようになるかもしれない。

最後に、アミカス・キュリエ制度によって国際投資仲裁手続はより正統性のあるものとなる。市民参加が可能なことで、手続が秘密裡に行われている印象が少なくなるし、仲裁手続がより市民に馴染みのある裁判手続に近いものになってくる。市民参加は、国際投資仲裁手続に対する信頼を高めることができるのである<sup>106)</sup>。

以上の点を人権保障の観点からは次のように言い直すことができる。すなわち、アミカス・キュリエ制度は、人権保障に関連する事実、専門知識、法的観点等を仲裁廷にもたらすばかりでなく、それ自体人権保障に合致する透明性、民主的価値といったものをもたらす。加えて、アミカス・キュリエ制度は、人権保障を受けるべき利益を有する者の保護や人権保障に繋がりうる仲裁判断の実現を促進し、仲裁廷に人権保障の問題を扱うに値するだけの正統性を与えることになる。アミカス・キュリエ制度はこのような形で、国際投資仲裁における人権保障に資するのである。

#### d 小括

以上の検討から、国際投資法における人権保障を全うするためには、国際投資仲裁においてアミカス・キュリエ制度を認めることが必要であると考えられる。

### (3) 情報公開制度

#### a 市民による監視

国際投資仲裁においては人権保障を目的とする規制措置を含め、公益上の問題が扱われることがある以上、市民による監視がなされてしかるべきであり、仲裁手続の情報は公にされるべきである。仲裁手続の情報への市民のアクセスを確保することには、アミカス・キュリエの活動を実質的なものにするという実践的な意味もある。

#### b 秘密保持の原則と非公開の原則

上述の通り、国際投資仲裁には国際商事仲裁の伝統を引き継いでいる部分がある。そして国際商事仲裁においては、秘密保持の原

105) Methanex, *supra* note 87, at Part II, Chapter C, p.16, para. 29.

106) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 778-780.

則、非公開の原則等が認められてきた。かかる原則が国際投資仲裁にも適用されるとすると、仲裁手続に対する市民の監視が全うできないことになる。そこで、秘密保持の原則 (The Principle of Confidentiality)、非公開の原則 (The Principle of Privacy) が、国際投資仲裁にも適用されるかが問題となる。

国際商事仲裁手続における秘密保持の原則は、イギリスやフランスの裁判所によって、仲裁手続の最も重要な利点の一つであると考えられてきた。例えば、Ali Shipping 事件<sup>107)</sup>においてイギリスの控訴院は、過去の判例にも触れた上で、次のように述べ、秘密保持の原則が仲裁手続の非公開の黙示の前提となっていることを確認した。「今日に至るまで、秘密保持の原則はまさしく、仲裁手続の非公開が仲裁の過程で作成された書類を仲裁手続の外部で用いない義務を必然的に伴うという理由に基づいて存在してきた。…裁判所が通常次のような作業仮設に従って行動しているということに疑問の余地はない。すなわち、仲裁を合意するにあたって、各当事者が手続の非公開によって各自の利益が最大化すると考えていること、及び、両当事者が相互に秘密保持の義務を認め引き受けていること、である。かかる秘密保持の義務の例外は、裁判所が認めるもののみ認められる<sup>108)</sup>」。

このようにイギリスやフランスの裁判所は、仲裁手続における秘密保持の原則及び非公開の原則を承認してきたが、アメリカやオーストラリアのように裁判所が、これらの原則、特に秘密保持の原則を認めてこなかった国もある<sup>109)</sup>。したがって、国際商事仲裁手続においても秘密保持の原則、非公開の原則が必ずしも絶対の原則であったわけではない。

### c 透明性の必要性

国家が仲裁手続の当事者になるようになると、非公開の原則及び秘密保持の原則は揺ら

いでくるようになった。その理由は、とりわけ国家が関わる事件においては重要な公益が関わってくるという認識があったという点にある。

国家や国家機関が当事者となる様々な仲裁廷、とりわけ国家を相手方とする申立てを扱うために設立された、イラン・アメリカ請求権裁判所、ICSID の仲裁廷、NAFTA や二国間投資協定の下における UNCITRAL の仲裁廷などにおいては、透明性の必要性が考慮され、また認識されてきた。

ICSID の仲裁廷は、ICSID 条約及びその規則が秘密の保持を保障していないということを認め、透明性の必要性を認識してきた。Amco Asia 事件の仲裁廷も認めたように、「仲裁手続における『秘密保持の精神』について言えば、ICSID 条約及びその規則は、当事者が自らの事件を公にすることを妨げていないというべきである<sup>110)</sup>」。それに引き続く事件の ICSID の仲裁廷、とりわけ NAFTA の下での事件の仲裁廷は、仲裁手続における秘密の保持を保護しない点で同様の立場に立ってきた。

UNCITRAL の仲裁廷も国際投資仲裁における透明性の必要性を認めてきた。NAFTA の下での Methanex 事件の仲裁廷は、仲裁において主題となった事柄、すなわち環境上の考慮からの石油添加剤の使用の禁止が、重要な社会的関心事であると認めた。仲裁廷は次のように述べた<sup>111)</sup>。「この仲裁においては疑いようのない公益が存在する。この事件の実体問題は、通常の国際商事仲裁で提起される問題の範囲を超えている。これは単に紛争当事者の一方が国家であるためではない。国家を当事者としていながら、私人間の紛争同様に、一般社会にとって重要でない紛争も当然存在する。この仲裁における公益は、申立てによって力強く示されているように、問題となっている事柄から生じている。さらに、

107) *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir* [1997] EWCA Civ 3054, [1998] 1 Lloyd's Rep 643 (19 December 1997).

108) *Id.* at 652.

109) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 751-752, 755.

110) *Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia*, ICSID, 9 December 1983, Decision on Request for Provisional Measures, 1 ICSID Reports 410, at 412.

111) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 756, 758-760.



被申立人及びカナダによって示唆されているように、より広い議論が存在し得る。すなわち、NAFTA 第 11 章の仲裁手続は、より開かれあるいは透明性のあるものと認知されることで利益を受け、あるいは逆に不当に秘密主義的と見られることで損失を被りうるのである<sup>112)</sup>」。

#### d 情報公開の可能性

ICSID 条約及び ICSID 仲裁規則は、訴答書面やその他の文書の情報公開について規定していない。Suez-Vivendi 事件の ICSID の仲裁廷は、当事者以外の第三者に仲裁手続の文書へのアクセスを認めなかった。当該第三者がまだその時点では、アミカス・キュリエとして認められていなかったという事情もあった。仲裁廷は次のように述べた<sup>113)</sup>。「当仲裁廷としては、この段階において、申立人がこの事件の文書に対するアクセスを有するべきかの決定を行う必要はないと考えている。記録へのアクセスを求める目的は、当事者以外の第三者がアミカス・キュリエとして有意義な活動ができるようになるためであるからである<sup>114)</sup>」。

しかし、透明性の必要性はますます認識されるようになってきており、またより多くのアミカス・キュリエの提出物の提出の申立てがなされるようになってきていることから、おそらく仲裁手続の文書の情報公開はより広く認められていくようになるであろう。

既に、例えば、2004 年のアメリカのモデル BIT は、手続の透明性の確保のために、提出された書面、口頭審理の謄本に加え、命令、決定、そして仲裁判断についての情報公開の規定を設けている<sup>115)</sup>。

もし他の二国間投資協定も同様のアプロー

チを採用すれば、国際投資仲裁手続の文書に対する公衆のアクセスは大いに向上するであろう。かかる発展は、多くの利点を有する。文書へのアクセスの向上は、その事件の本案上の争点や、最終的な仲裁判断についての、研究者、実務家そして政府職員などによる、より広い議論を可能にする。また、アミカス・キュリエについて言えば、文書へのアクセスが確保されることが、仲裁廷に有意義な貢献をするために重要であるということを指摘することが出来るであろう<sup>116)</sup>。

#### e 小括

以上の検討から、国際投資法における人権保障に有益な情報公開制度を国際投資仲裁においてより広く認めていくことは必要であり、また可能であると考ええる。

#### (4) 上訴制度

##### a Lauder 事件及び CME 事件

上訴制度は、人権保障の問題を考慮すべきであるにもかかわらず考慮しなかった仲裁判断を是正し、また各々の仲裁廷で人権保障の問題の考慮の方法がまちまちであるときに判断を統一することで、人権保障の問題を安定的に仲裁判断に取り込まれるようにする上で不可欠の役割を果たす。

国際投資仲裁において上訴制度の構想が議論されるようになったきっかけとなったのが、Lauder 事件<sup>117)</sup> 及び CME 事件<sup>118)</sup> であった。それぞれチェコ＝アメリカ二国間投資協定及びチェコ・オランダ二国間投資協定の下で申立てが行われたこの両事件は、アメリカの投資家及びそのオランダにおける子会社とチェコ共和国との間における全く同一の紛争であったにもかかわらず、Lauder 事件では申立人の主張が退けられ、CME 事件で

112) *Methanex Corp. v. United States of America*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 15 January 2001, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “Amici Curiae”, available at <http://www.state.gov/documents/organization/6039.pdf>, at para. 49.

113) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 771.

114) Vivendi, *supra* note 104, at para. 31.

115) 2004 US Model BIT, Art 29(1).

116) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 772.

117) *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 3 September 2001, Award, 9 ICSID Reports 66.

118) *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 13 September 2001, Partial Award, 9 ICSID Reports 121.

は申立人の主張が認められた。

チェコ共和国に対して、Lauder 事件及び CME 事件において矛盾した仲裁判断が出たのち、国際投資仲裁の業界においては国際投資仲裁のための上訴制度の構想が熱心に議論されるようになった<sup>119)</sup>。

#### b アメリカによる推進

国際投資仲裁における上訴制度の導入についての呼びかけは、とりわけアメリカによってなされ、研究者や実務家の間で上訴制度が議論的になるようになった。かかる状況の下においては、アメリカが上訴制度を推進する理由が、法解釈の一貫性の確保及び適切な安全装置の設定にあるのは興味深い。

かかるアメリカの上訴制度を推進する姿勢は、アメリカのモデル BIT によって一層明らかにされている。アメリカの 2004 年のモデル BIT の Annex D は次のように規定する。「この協定の効力発生日から三年以内に、締約国は二国間において、本協定 34 条に基づき下された仲裁判断につき再審理を行うため、上訴裁判体あるいは類似の仕組みを設けるか否かを考慮せねばならない。再審理の対象は、上訴裁判体あるいは類似の仕組みが設けられた後に開始された仲裁についての判断とする」。

このような動きがある中で、ICSID 事務局が同じテーマについて取り上げたことは何ら驚くに値しない。ICSID 事務局による 2004 年 10 月 22 日のディスカッション・ペーパーは次のように述べる。「提起されている問題のうち、潜在的に最も重要と言えるのは、ICSID の仲裁及び国際投資協定の下での ICSID 以外の仲裁につき一貫性を確保するため、上訴制度の導入が望ましいか否かというものである<sup>120)</sup>」。

さらに進んだものとして、最上訴審として

の国際投資裁判所 (Supreme Investment Court) を設立すべきだという見解もできている。かかる見解によれば、国際投資裁判所は、国際投資法における最も重要な諸原則を擁護するとともに、異なる国際投資協定から生ずる義務の衝突を調整し、また一般国際法の適用をも行うことになる<sup>121)</sup>。

#### c 困難性と必要性

とはいえ、上訴制度の導入は容易なことではなく、実際、国際投資紛争に関する上訴制度を設立することについての諸提案は、これまでのところ、アメリカが締結する BIT の実務に影響を及ぼしただけのように見受けられる<sup>122)</sup>。ICSID 条約 53 条が ICSID における仲裁判断は「両当事者を拘束し、この条約に規定しないいかなる上訴その他の救済手段も、許されない」と明確に規定しているので、上訴制度を導入するには恐らく ICSID 条約の改正が必要となるが、ICSID 条約を改正することは極めて困難である。このことが、この計画が思うように進展していないことの主要な理由の一つとなっているという見方もある<sup>123)</sup>。

そのような困難があることは承知の上で、本稿は上訴制度の導入をすべきであると考ええる。まず、国際投資法においては、当事者の一方が国家である以上、国家の公共政策も問題になりうるものであり、上訴による慎重な判断は必要不可欠である。投資紛争における仲裁人は、商事仲裁の仲裁人と同様に間違いを犯しうるが、そのような間違いの結末は商事仲裁の場合よりも深刻である<sup>124)</sup>。上訴の機会もないままに、政府の決定が仲裁廷に取り消されることは、人権保障の観点からは不当であるとさえ言えるであろう。

また、上訴制度を設けることは国際投資仲裁制度の正統性を高める効果もある。上訴制

119) Reinisch, *supra* note 2, at 907-908, 910, 913.

120) ICSID Secretariat, 'Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration', Discussion Paper (22 October 2004) at para. 6.

121) Asif H Qureshi, *An Appellate System in International Investment Arbitration?*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 1154, 1155-1156, 1165-1167 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008).

122) Petersmann, *supra* note 33, at 892.

123) Reinisch, *supra* note 2, at 910-911.

124) Werner, *supra* note 28, at 116.

度は、これまで国際投資仲裁に向けられてきた投資家保護への偏重という疑念を乗り越える上でも、有効なものである。上訴制度を設け、より慎重かつ適正な判断が行われるようになれば、投資仲裁制度全体はより信用を得るものとなり、また受け入れやすいものとなるであろう<sup>125)</sup>。

本稿は、上訴制度によって国際投資法の解釈の統一が図られることも重要であると考えている。上訴審によって人権保障の問題について、権威のある判断がなされれば、投資受入国にとって許される規制措置の範囲がより明確になり、人権保障を目的とする規制措置に対する萎縮効果が小さくなることが期待できるのである。

#### (5) 仲裁人選任制度

##### a 専門性と中立性

国際投資仲裁において人権保障について適正な判断がされるためには、高い専門性と中立性を有する仲裁人の存在が不可欠である。しかし、現在においては、仲裁人の専門性、中立性が必ずしも確保されるような仕組みにはなっていない。例えば、ICSID 条約 37 条 (2) は次のように規定している。「(a) 裁判所は、両当事者の合意により任命された単独の仲裁人又は奇数の仲裁人により構成される。(b) 裁判所は、両当事者が仲裁人の数及びその任命の方法について合意に達しないときは、各当事者が任命する各一人の仲裁人と、両当事者の合意により任命され、裁判長となる第三の仲裁人との三人の仲裁人により構成される」。

このように、現在では当事者が仲裁人を選任することとなっているが、当事者は必ずしも、専門性、中立性の観点から仲裁人を選んではない。当事者が投資仲裁廷を構成する手続において、常に仲裁人の候補者を慎重に吟味するというのも事実であるが、仲裁人を選任する当事者が主として気にしているのは、当該事件において関係がありそうな当該候補

者の票決記録及び過去の出版物そして特定の事項に関する意見であるようにしばしば見受けられる。加えて、当事者としては仲裁人の忌避のあらゆる理由を排除したいという要請もある。当事者のこれらの考慮が、候補者の専門性及び質についての関心を上回ることもあると思われる<sup>126)</sup>。

国際商事仲裁においては、仲裁人の選任手続は透明性の確保されている手続ではない。国際投資仲裁においても、今日に至るまで、そのような慣行が続いている。かかる仲裁人の選任手続の情報開示の欠如は、重要な公共政策上の問題を取り扱うのに不適切であるとの批判がなされてきた<sup>127)</sup>。

##### b 仲裁判断の質

仲裁人につき一定の専門性が確保されなかったためと思われるが、これまで数多く為されてきた国際投資仲裁判断の質は必ずしも一様ではなかった。いくつかの仲裁判断は、その結論とは無関係に、投資仲裁制度の利用者である投資家及び投資受入国の期待を明確に裏切ってしまうている。勝訴した投資家にとって、自らの主張を支持した仲裁判断がそれほど納得のいく理由に基づいていないこともあるし、投資家の主張が棄却されたことに満足している投資受入国が、自らに勝利をもたらした法的立論に問題があることを認識することもある。

投資仲裁判断の質の不揃いについては、公の場においても指摘されている。それが正当なものであるかどうかは別として、ICSID の特別委員会によるいくつかの取消判断の中には、投資仲裁判断についてのかなり手厳しい批判を行うものが見受けられる。例えば、CMS 事件<sup>128)</sup>における ICSID の仲裁判断についての取消判断において、特別委員会は次のように述べることを躊躇しなかった<sup>129)</sup>。「この仲裁判断についての検討を通じて、特別委員会はいくつもの誤りや瑕疵を発見した。この仲裁判断は明白に誤った法律解釈を

125) Petersmann, *supra* note 33, at 892.

126) Reinisch, *supra* note 2, at 908.

127) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 766-767.

128) *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID, 12 May 2005, Award, 44 ILM 1205 (2005).

129) Reinisch, *supra* note 2, at 904.

含んでいる。この判断には、いくつかの脱文と欠落が見受けられる。これらの全ての点は特別委員会によって特定され、確認された<sup>130)</sup>」。

### c 新しい選任システム

本稿としては、国際投資仲裁が公共の利益に関係する事実も扱うことに鑑み、仲裁人の選任について、当事者任せでないシステムを構築し、専門性及び中立性を確保できるようにすべきであると考ええる。より具体的には、例えば現在 ICSID 条約 38 条に規定されている議長による仲裁人の任命の制度を、現在のような例外的な制度としてではなく、一般的な制度として採用することが考えられる。

また、ICSID 事務局による上訴制度に関する提言の中で述べられている、上訴機関のメンバーの選任についての仕組みが注目される。そこにおいては、上訴機関は、ICSID 事務局長の指名に基づき ICSID の運営理事会が選任した 15 名のメンバーによって構成されることになっており、それぞれのメンバーは、異なる国から選ばれ、法律、国際投資法及び国際投資協定についての高度の専門知識を有する一般に承認された権威でなければならない、とされている<sup>131)</sup>。

## 6 小括

以上により、本稿は、実体規範の解釈、例外条項、アミカス・キュリエ制度、情報公開制度、上訴制度、仲裁人選任制度など、国際投資法において多様な形での人権保障の具体的方法があることを示すことができたのではないかと考える。

## V. 人権保障の手段としての多国間投資協定

### 1 多国間投資協定による人権保障の可能性

I でも述べたとおり、1995 年から始まった MAI の交渉は失敗に終わった。しかし、それは多国間投資協定が、不可能であることを示すものでもなければ、多国間投資協定が不要であることを示すものでもない。

MAI の失敗については、Muchlinski による、「失敗の最も大きな原因は、MAI を単なる投資家及び投資の保護のための手段と捉えたところにあった<sup>132)</sup>」という指摘や、Amarasinha & Kokott による、「環境保護及び労働問題につき、交渉者が確実かつ有効に取り組むことができなかったことが、MAI の失敗の一因となったことは明らかである<sup>133)</sup>」という指摘がある。裏を返せば、これらの指摘に示される問題を乗り越えた多国間投資協定は十分に成立する可能性があるのである。

本稿は、MAI の失敗の大きな原因となった人権保障の問題などへの懸念を国際投資法が真摯に受け止め、国際投資法において人権保障等がきちんと考慮されるようになれば、多国間投資協定は、むしろ国際投資仲裁における人権保障をより確かなものにするに資する可能性を有していると考えている。多国間投資協定という方法を用いることで、さらに人権保障等の問題をより真摯に取り入れた国際投資法はより望ましい形で発展していくことができるのではないだろうか。この V においては、多国間投資協定がいかにして国際投資法における人権保障に資することができるのかを探求したい。

130) *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID, 25 September 2007, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 46 ILM 1136 (2007), at para. 158.

131) Qureshi, *supra* note 121, at 1161; ICSID, *supra* note 120, at Annex para. 5.

132) Muchlinski, *supra* note 4, at 1049.

133) Amarasinha & Kokott, *supra* note 10, at 146.



## 2 現状の一般的な問題点

### (1) 多様な問題点

世界中の国々が約 3000 もの国際投資協定を締結している現在の国際投資法の状況は決して望ましいものではない。投資協定毎に規定の文言、手続き等がそれぞれ異なれば、当然判断や結果にばらつきがでてくるのであり、法的安定性の観点から疑問のある事態が生じているといえるであろう。また、数千もの国際投資協定がある現状は過度に複雑になっており透明性の観点からの批判も可能である。単一の多国間投資協定そして世界規模の投資機関が不在であるために、法適用の一貫性、透明性が欠け、投資仲裁判断の正統性、有効性に疑念が投げかけられているとの批判もある<sup>134)</sup>。これらの現状における諸問題につき、以下詳述する。

### (2) フォーラム・ショッピング

多国間投資協定が存在せずルール断片化が生じている現在の体制の帰結は、異なる組み合わせあるいはグループの国に対しては、異なるルールが適用されるということである<sup>135)</sup>。かかる現状は、フォーラム・ショッピングや重複する申立ての温床である。企業や株主は、投資家であり、その活動が投資であるという要件を充足する限り、しばしば異なる BIT の下で、それぞれ投資仲裁の申立てをする権利を有するというのが確立した判例法となっているためである。このような状況は少なくとも司法資源の浪費を伴うし、まづくいけば矛盾する仲裁判断がなされること

にもつながる。そのような事態がこれまで頻繁に起こっているわけではないが、Reinisch が分析する通り、CME 事件及びLauder 事件の事例が、このような事態がかなりの可能性で生じることをはっきり示しているといえる<sup>136)</sup>。

### (3) 一貫性の欠如

現在の国際投資法は、規定の中身も規定の詳細さも異なる多くの国際投資協定が、異なる締約国によって締結されているという状況にある<sup>137)</sup>。例えば、2004 年のUNCTAD による調査<sup>138)</sup>の結果、国際投資協定において最も基本的な規定の一つである公正衡平待遇義務条項の意味内容がかなり多様であることが判明した。それどころか、調査の対象となった 10 の国のうち、5 つの国が少なくとも一つの公正衡平待遇義務条項が規定されていない BIT に署名していた<sup>139)</sup>のである<sup>140)</sup>。

加えて、仲裁廷の法解釈も必ずしも統一性のあるものとはなっていない。例えば、Ortino による仲裁判断の分析によれば、国際投資協定上の内国民待遇義務の適用の基礎をなす、基本的な概念の意味と機能の解釈においてすら不一致があるとされる<sup>141)</sup>。

このように規定内容、法解釈の双方が異なれば、国際投資法全体において一貫性のある判断を確保することは極めて困難となる。現在の国際投資法における法環境が一貫性の欠如をもたらしているのである。

### (4) 透明性の欠如

既に述べたように、国際投資仲裁の情報公開は必ずしも十分進展しているわけではない。それに加え、約 3000 もの国際投資協定

134) See, Ernst-Ulrich Petersmann, *Introduction and Summary: "Administration of Justice" in International Investment Law and Adjudication?* in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 3, 3 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

135) Amarasinha & Kokott, *supra* note 10, at 124.

136) Reinisch, *supra* note 2, at 905-906.

137) Amarasinha & Kokott, *supra* note 10, at 124.

138) UNCTAD, *World Investment Report: The Shift towards Services* (2004) at 224.

139) 日本とルーマニアは二カ国以上と公正衡平待遇義務条項を欠く二国間投資協定を締結している。日本の場合、バングラデッシュ、中国、パキスタン、スリランカ、アメリカ、そしてトルコとの間の二国間投資協定に公正衡平待遇義務条項が規定されていない。See, Knoll-Tudor, *supra* note 7, at 313 footnote 10.

140) *Id.* at 312-313.

141) Ortino, *supra* note 59, at 363-364.

網が存在する現在の状況はそれ自体非常に複雑なものである<sup>142)</sup>。また、フォーラム・ショッピング、規定内容及び法解釈の不統一等の問題がさらに複雑さを増大させることを考慮すると、仮に現在の状況で十分な情報開示がなされたとしても、いたずらに混乱を引き起こすだけの結果となるおそれも十分にある。このような状況の下においては、情報公開の不足の面からだけでなく、過度の複雑性の面からも透明性の欠如が生じていると言えるであろう。

#### (5) 予測可能性の欠如

上記のように、透明性の欠如が生じていることは、予測可能性の欠如が生じていることをも意味する。国際投資協定の当事者となりうる者にとっては、情報公開の不足や過度の複雑さによって国際投資協定の全体像が把握できないまま、仲裁手続に巻き込まれていく恐れが高い。また、フォーラム・ショッピング等が可能であるため自らがいかなる国際投資協定の下で訴えられるのかも明らかではない。さらに、国際投資協定毎に規定内容も法解釈も異なっている。そうなれば、国際投資仲裁においていかなる判断を受けるかを予測することが極めて困難になっていると言わざるを得ないであろう。

#### (6) 正統性の欠如

二国間投資協定の締結にあたっては、市民社会による十分な監視と統制がなされているとはいえず、現在の体制は正統性の点からも疑問がある。この点につき、現在の二国間投資協定網と比べて多国間投資協定が持つ利点は、将来の多国間投資協定の交渉がより広い公衆、NGO、そして市民社会によって注意深く監視されることになるであろうことにあると述べる者もいる。そのような監視は、交渉過程に直接的な影響を及ぼし、それゆえに最終的に妥結されるルールにも影響を及ぼし得る。そのため、かかる包含的なプロセスは、二国家間での二国間投資協定の締結との

対比で、多国間投資協定にプロセス及び結果の両面で正統性を与えるのではないだろうか<sup>143)</sup>。

### 3 現状の人権保障の観点からの問題点

#### (1) 人権保障の観点からの問題点

本稿は、IVにおいて、国際投資仲裁における人権保障の方法として、実体規範の解釈による人権保障、例外条項による人権保障、手続規範による人権保障などの方法を検討した。しかし、約3000もの国際投資協定が存在する現在の体制においては、いずれの方法も不十分な形でしか機能しないことになる。現在の体制が抱える、フォーラム・ショッピング、一貫性の欠如、透明性の欠如、予測可能性の欠如等の問題が以下のように国際投資仲裁における人権保障を困難にする種々の危険を生じさせるからである。

#### (2) 人権保障の機会が未然に失われる危険

国際投資仲裁の申立ては基本的には投資家によってなされること、人権保障の問題が投資受入国に有利に働く場合が多いことに鑑みると、フォーラム・ショッピングが可能である投資家は人権保障が考慮されにくい投資協定を選ぶ恐れが十分にある。人権保障に関する例外条項を設けた国際投資協定、アミカス・キュリエ制度が整備された国際投資協定などは、投資家によって回避される可能性が高いと思われる。

#### (3) 解釈手法を用いることができない危険

現在存在する約3000の国際投資協定の規定内容に相当な隔たりがあることについては既に述べた。これは、実体規範における人権保障の観点からは大きな問題である。すなわち、無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用の規定の仕方次第では、上記の解釈の方法を適切に用いることができないおそれがある。

142) See, AV Ganesan, *Developing Countries and a Possible Multilateral Framework on Investment: Strategic Options*, 7(2) TRANSNATIONAL CORPORATIONS 1, 14 (1998).

143) Amarasingha & Kokott, *supra* note 10, at 133.

例えば日系企業初の投資協定仲裁事例となった<sup>144)</sup>Saluka 事件<sup>145)</sup>で問題となったチェコ・オランダ間投資協定は、内国民待遇義務条項や最恵国待遇義務条項などの無差別待遇義務条項を欠いていたため、同事件の仲裁廷は、公正衡平待遇義務の規定を用いて、実質的には、無差別待遇義務についての判断を行った<sup>146)</sup>。このような場合、「公共政策に基づく正当化」という無差別待遇義務的な人権の考慮をすべきか、投資家の「正当な期待」を損なわないという公正衡平待遇義務的な人権の考慮をすべきかが明らかにならない<sup>147)</sup>。

#### (4) 上訴制度の機能不全の危険

上訴制度は、多数の国際投資協定が並存している状況において機能不全を起こす危険が高い。まず、上訴制度は、慎重な判断をすることばかりだけでなく、人権保障の問題について権威ある判断によって法解釈を統一し、投資受入国に許される規制措置の範囲を明確にし、萎縮効果を減少させる役割も担っている。しかし、上訴制度が約 3000 ある国際投資協定のうちの一部に採用されたとしても、残りの国際投資協定には影響がない以上、上訴制度による判断の統一、そしてひいては人権保障を目的とする規制措置に対する萎縮効果の防止という目的は到底達成できないのである。現在の状況のまま、一部の国際投資協定において上訴の仕組みを導入すれば、仲裁判断は、あるときには上訴の対象となり、あるときには上訴の対象にならないことになり、かえって国際投資仲裁制度のますますの断片化がもたらされることになる<sup>148)</sup>。

#### (5) 判例規範の構築が妨げられる危険

国際投資仲裁廷が、無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用について、例えば、「公共政策に基づく正当化」、「正当な期待」、「正

当な規制措置」等の概念を用いて人権保障についての新たな仲裁判断を行ったとしても、異なる投資協定についての判断である場合には、後続の仲裁廷に十分尊重されないおそれがある。諸協定の規定内容に差異があることが仲裁判断の重要性を相対化する作用を持ち、結果的に人権保障に関する判例規範の構築を妨げることになるおそれがある。加えて、上訴制度の機能不全が生じることで判例規範の構築はますます難しくなるであろう。

#### (6) 萎縮効果防止を図れない危険

本稿が提示した、実体規範の解釈による人権保障、例外条項による人権保障などの人権保障の方法は、投資受入国の人権保障を目的とする規制措置に対する萎縮効果を防止することを狙いとしていた。しかし、まず実体規範の解釈について言えば、上記のように人権保障に関する判例規範の構築及び上訴審による法解釈の統一が図れない以上、人権保障を目的とする規制措置が許される範囲が明確になることもなく、この点で人権保障を目的とする規制措置に対する萎縮効果防止を図れない。また、例外条項についても、投資受入国としては、自らの規制措置にさまざまな投資協定がかかってくる可能性があるから、ある国際投資協定に人権保障に関する例外条項があっても、相変わらず他の国際投資協定の存在に萎縮して人権保障を目的とする規制措置が取れない可能性がある。約 3000 の国際投資協定がある現在の状況において、投資受入国の人権保障を目的とする規制措置を萎縮させないようにすることは必ずしも容易ではない。

144) 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 1141 頁, 1141 頁 (2006)。

145) Saluka, *supra* note 74.

146) Grierson-Weiler & Laird, *supra* note 61, at 289.

147) なお、公正衡平待遇義務と内国民待遇義務を一体化させるような解釈は、公正衡平待遇義務の水準を低下させるという点、そして投資家の主張の機会が奪われることになるという点から投資家の保護に反する結果をもたらす危険がある、という指摘がある。See, Tudor, *supra* note 66, at 187-188.

148) ICSID, *supra* note 120, at para. 21.

## 4 諸問題の解決としての多国間投資協定

### (1) 多国間投資協定による解決

以上の検討により、数千の国際投資協定が並存する現在の状況は、それ自体多くの問題を抱えているし、人権保障の観点からも望ましくないと考える。以下では、これらの問題を抜本的に解決する一つの有力な手段としての多国間投資協定の可能性について検討していきたい。

ここで本稿が念頭においているのは、本稿が上記において為した諸提案を活かした世界共通の単一の多国間投資協定である。かかる多国間投資協定の無差別待遇義務条項、公正衡平待遇義務条項、収用条項にはそれぞれ、「公共政策に基づく正当化」、「正当な期待」、「正当な規制措置」等の文言が明確に規定されているであろうし、人権保障に関する例外条項も存在しているであろう。そこにおいては、アミカス・キュリエ制度、情報公開制度、上訴制度、仲裁人選任制度等も整備されている。そればかりでなく、制定のプロセスにおいては、市民による監視と参加が十分に確保されていたであろう。

このような多国間投資協定こそ、MAIの失敗を踏まえ、投資家の一方的な保護、人権保障等の問題への配慮の不足を反省し、MAIに反対した国際世論の懸念を真摯に受け止めた国際投資協定であろう。このような多国間投資協定の下では、国際投資仲裁制度は、現在の状況よりもはるかに人権保障に手厚い制度となる。

かかる多国間投資協定が、上述してきた様々な問題をいかに解決するか、以下検討する。

### (2) 一般的な問題点の解決

本稿は、約3000もの国際投資協定を締結している現在の国際投資法の状況は、フォーラム・ショッピング、一貫性の欠如、透明性

の欠如、予測可能性の欠如、正統性の欠如などの問題を、国際投資法に生じさせていると述べた。

しかし、本稿が提示した多国間投資協定の下では、これらの問題は解決されることになる。まず、世界共通の単一の多国間投資協定である以上、フォーラム・ショッピングはもはや不可能である。また、規定内容も統一され、十分に機能する上訴制度の下、法解釈の統一ももたらされているから、一貫性の欠如の問題も解決される。さらに、情報公開制度が整っているばかりでなく、単一の多国間投資協定によって過度の複雑性は解消されているから、透明性の欠如の問題も解決される。国際投資協定の当事者となりうる者は、国際投資協定の全体像を把握した上で、フォーラム・ショッピングを恐れることもなく、単一の協定の統一された解釈を前提として、事件に向き合っていけるようになるため、予測可能性の欠如も解決する<sup>149)</sup>。多国間投資協定制定のプロセスにおいては、市民による監視と参加が十分に確保されている上、アミカス・キュリエ制度、情報公開制度等が整備されていることで、各事件における市民社会のアクセスも確保され、正統性の欠如の問題も解決するであろう。

### (3) 人権保障の観点からの問題点の解決

本稿は、約3000もの国際投資協定が存在する現在の体制が、国際投資仲裁における人権保障を困難にする種々の危険を有していると指摘した。これらの危険、すなわち人権保障の機会が未然に失われる危険、解釈手法を用いることができない危険、上訴制度の機能不全の危険、判例規範の構築が妨げられる危険、萎縮効果防止を図れない危険、は本稿が提示した多国間投資協定の下では防止されることになる。

まず、フォーラム・ショッピングはもはや不可能であるから、投資家が人権保障が考慮されにくい投資協定を選ぶということはできなくなり、人権保障の機会が未然に失われる

149) 多国間投資協定が、透明性、予測可能性をもたらすと述べる見解は少なくない。See, Amarasingha & Kokott, *supra* note 10, at 132-133; Ganesan, *supra* note 142, at 14; the EU's submission to the WGTT, WTO Doc No. WT/WGTT/W/110.



危険は防止される。また、単一の多国間投資協定の下、規定内容の差異という問題は存在しないばかりでなく、「公共政策に基づく正当化」、「正当な期待」、「正当な規制措置」等の文言が明確に規定されていることから、解釈手法を用いることができない危険は防止されるであろう。さらに、単一の多国間投資協定の下においては、人権保障の問題について法解釈を統一し、投資受入国に許される規制措置の範囲を明確にしていくことも可能であり、上訴制度の機能不全の危険も防止される。規定内容が統一され、上訴制度も機能していれば、判例規範の構築が妨げられる危険も防止されるであろう。判例規範の構築及び上訴審による法解釈の統一がなされ、人権保障に関する例外条項がフォーラム・ショッピングによって回避されることもないから、萎縮効果防止を図れない危険も防止される。

#### (4) 人権保障に繋がりうる副産物

多国間投資協定は、人権保障に繋がりうる副産物をももたらす。それは投資活動の活発化による経済成長である。投資に関する多国間の枠組みができれば、より安定性、予測可能性そして透明性のある投資環境が整い、投資家の投資意欲を高め、それゆえに発展途上国に対する海外直接投資のフローは上昇するであろう<sup>150)</sup>。投資の増加は、資本の面ばかりでなく、ノウハウや技術の移転、雇用の創出など、投資受入国に大きな利益をもたらす<sup>151)</sup>。

多国間投資協定によって、発展途上国に向けての投資活動が活発化し、発展途上国の経済が発展すれば、結果的にそこでの人権状況は改善に向かうのではないだろうか。多国間投資協定は、経済的な側面からも人権保障を促進するのである。

## 5 小括

以上の検討により、本稿は、多国間投資協定が、国際投資仲裁における人権保障をより確かなものにするに資する可能性を有し

ていると考える。多国間投資協定は、世界中の国々が約 3000 もの国際投資協定を締結している現在の国際投資法の状況から生ずる一般的な問題ばかりでなく、人権保障の観点から存在する問題をも解決することができるのである。

## VI. むすび

MAI の失敗は、民主主義、国家主権、環境保護、人権保障、経済発展等の問題への国際社会の憂慮がもたらした。しかし、それは MAI という一つの試みの失敗にとどまらず、国際投資法という法分野そのものが抱える不安材料でもある。本稿は、そのうちの一つの問題である人権保障の問題を国際投資法がいかに乗り越えることができるかを探究した。

国際投資仲裁においては、極めて多額の損害賠償を命じる仲裁判断がなされるという特殊性があり、そのことから、様々な問題を国際投資法に取り込んで解決する必要性が生じる。人権保障の問題もその一つである。国際投資法は、他の法分野に問題の解決を委ねることが許されない。国際投資法は、もはや経済的利益だけが問題となる法分野ではないのである。

国際投資仲裁判断において極めて多額の損害賠償が命じられることにより、投資受入国は規制措置に対する萎縮効果が生じることになる。しかし、真に人権保障を目的とする規制措置をなさねばならないときに、投資家一人の不当な経済的利益を守るために、投資受入国の政府が萎縮し、規制をこまねくことがあってはならない。

このことから、本稿は、人権保障を目的とする規制措置が、国際投資法違反とならないようにするための理論構成を様々な角度から考えた。無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用の三つの実体規範の解釈において、「公共政策に基づく正当化」、「正当な期待」、「正当な規制措置」などの概念を用いるとい

150) Ganesan, *supra* note 142, at 14.

151) Amarasingha & Kokott, *supra* note 10, at 131.

うのもその一つであり、人権保障に関する例外条項を設けるというのもその一つである。

しかし、本稿は、それらの理論構成だけでは人権保障の目的を十分に達成することはできないと考え、国際投資法における人権保障をより確かなものにするための手段として多国間投資協定を提示した。MAIという多国間投資協定の試みは人権保障等の問題に対する憂慮から失敗したが、まさに人権保障を図るためにこそ多国間投資協定が必要であると本稿は考えている。将来、人権保障等の問題を真摯に取り入れた多国間投資協定が締結され、国際投資法がより正統性の高い法分野として発展していくことを望む。

※本稿は2010年度に提出した同名のResearch Paperに加筆修正を施したものである。Research Paperのご指導を頂いた岩澤雄司先生、資料収集につきお力添えを頂いた西村弓先生、各国法制度につきご助言を頂いたハーグ国際私法会議事務局の方々にこの場をお借りして厚く御礼申し上げます。

(いしづか・しょうたろう)