

Ⅲ 内国民待遇違反を決定する要因は何か

(小寺 座長)

はじめに

1. 本稿では、投資協定 (International Investment Agreement; IIA、経済連携協定投資章を含む) 上、どのような形で内国民待遇を規定するのが適切かを探求する。本稿で内国民待遇というときは、投資後の投資家や投資財産 (現地子会社等) に対して与えられる待遇としての内国民待遇をさし、「投資前」の内国民待遇、すなわち投資自由化の問題は含まない。言うまでも従来の IIA には、若干の例外を除いて「投資前」の内国民待遇は盛り込まれず、また現在まで内国民待遇について下された投資協定仲裁はすべて「投資後」のものである。投資後の内国民待遇を規定する条項の一例は次のようなものである。

いずれの一方の締約国の投資家も、他方の締約国の領域内において、投資財産、収益及び投資に関連する事業活動に関し、同様の状況の下で当該他方の締約国の投資家に与えられる待遇よりも不利でない待遇を与えられる¹。

2. わが国では、自国投資家保護の観点から、IIA によって投資家に有利な待遇を与えることが強く期待されているが、この期待を無条件に実現すべきかどうか自体も検討の余地がある。まず外国政府の立場からすると、内国民待遇を外国投資家・投資財産に与えることによって、政策選択の幅が狭まる。とくに内国民待遇が事実上の差別を含む場合には、投資先国 (ホスト国) の産業政策のみならず社会政策にも影響を与える恐れがある。よく挙げられるのは、中小企業保護政策が内国民待遇に抵触するという危惧である。ホスト国が自国系企業か外国系企業かにかかわらず一定規模以下の中小企業を優遇する、たとえば法人税率を引き下げるといった措置を採用した場合、実際に法人税の優遇措置を受けられる企業の多くは自国系企業になるということは十分ありうることだ。中小企業優遇措置が自国系企業の優遇を目的としていればともかく、自国で活動する中小企業に優遇措置を与えることだけを目的としているのに、外国系企業群と自国系企業群を比べると効果において自国系企業を優遇することになり、その結果、IIA 上の仲裁が内国民待遇違反と判断したらどうだろうか。この種の問題は、環境保護政策や先住民保護政策等においても現れる。1998 年に多数国間投資協定 (MAI) 交渉が決裂した原因の一つは、このように内国民待遇義務が仲裁廷によって極端な形で判断されることへの危惧にあった。

3. 具体的な規定の作りによって、「2.」で分析した点も含めて内国民待遇の意味はどのように変わるのか。この点を投資協定仲裁の判断を基に探り、わが国のニーズに合った内国民待遇規定の在り方を探ることにしたい。

¹ 日・パキスタン投資協定 3 条 2、日・ロシア投資協定 3 条 2 等に、「同様の状況の下で」を加えた。

I. 内国民待遇に関する仲裁判断

内国民待遇については大きく2点が問題になる。

第1は、問題となる投資元国（ホーム国）の投資家又は投資財産（現地子会社等）とホスト国のどの企業群を比較対象にするかという問題である。例えば、電気通信業を営むホーム国企業について、鉄鋼業を営むホスト国企業と同一以上に扱わなければならないかどうか。この点は上記規定の「同様の状況の下（like situations, similar situations, like circumstances 等）」での意味をめぐって争われた。日本の結ぶ IIA にはこのような字句はないが、何と何を比べるかは当然のことながら問題になると考えられる。

第2は、ホーム国投資家・投資財産と比較するホスト国企業群を同定して両者の待遇を比べたところ、両者の扱いの間に差異がある場合、それが内国民待遇上許されない扱いとなるかどうかという問題である。わが国憲法上、許される「区別」か禁止される「差別」かとして争われた問題と類似した問題である。「はじめに」で挙げたように形式的な扱いには差がないが効果において差が発生すれば内国民待遇違反か、または扱いにおいて差が存在することまでは必要か、さらにホスト国企業群を保護したいという目的まで必要か。

以上の2点に特に留意して、関係する投資協定仲裁の判断を検討することにしよう。内国民待遇については、NAFTA に関する仲裁判断が多いので、NAFTA に基づく仲裁判断、他の IIA に基づく仲裁判断という順に検討を進めることにしよう。

1. NAFTA に基づく仲裁判断

NAFTA 1102 条は、次のように内国民待遇を定める。

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.
2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

これは自由化を含む内国民待遇の規定であるが、当然投資家および投資財産について、「投資後」の内国民待遇を保証しており、紛争はこれをめぐって起こった。

(1) S.D. Meyers事件²

この事件では、カナダの PCB 廃棄物を米国で処理する形で事業を営んでいた米系廃棄事業企業が、カナダの廃棄物輸出禁止措置によって事業停止のやむなきに至ったことが、カナダで廃棄物処理を行っているカナダ企業との関係で NAFTA 1102 条違反に当たるかどうか問題になった。仲裁廷は、問題の米系企業とカナダ企業の間には、PCB の処理をめぐって競争関係にあったことを指摘して、申立人とカナダ企業は「同様の状況の下」にあると判断した (250-251 項)。また内国民待遇の判断にあたり、意図は重要であるものの、保護主義的な意図が必ずしも決定的ではなく措置の実際の影響が必要要件であるとして内国民待遇違反を認めた。

この判断の前提として、仲裁廷が次のように述べた。

The Tribunal considers that the interpretation of the phrase “like circumstances” in Article 1102 must take into account the general principles that emerge from the legal context of the NAFTA, including both its concern with the environment and the need to avoid trade distortions that are not justified by environmental concerns.(para.250)

要は、内国民待遇規定の解釈に当たっては、NAFTA の法的文脈を考慮する必要があるということである。

また「同様の状況の下」にあることが肯定されると、国内系企業の保護目的までは不要であり、差異の効果で足りると述べたとみることができる。

(2) Pope & Talbo事件³

この事件では、米国・カナダ協定によって軟材の輸出許可制がとられたことによって、カナダのブリティッシュ・コロンビア (BC) 州で軟材輸出を営む米系企業に輸出手数料が徴収されるようになったことが問題化した。具体的に差別として問題にされたのは、①輸出規制の適用除外州と適用州の差別、②輸出規制適用州のうち、生産・輸出シェアの増加に起因する、ケベック州と BC 州の生産者間の差別、③BC 州内の生産者間の差別の 3 つのレベルの差異である。

仲裁廷は、① 表面上も事実上も外国投資家と国内投資家を区別せず、かつ②その他の点でも NAFTA の自由化目的を損なわない合理的な政策と妥当な結びつきのある場合以外であれば、異なる取り扱いの内国民待遇違反を推定させると述べ、本件で問題とされた措置がこの条件に当たらないとして申立人の主張を退けた。

内国民待遇違反の有無の基準を提示する際に、仲裁廷は次のように述べた。

The Investor submits that the legal context of Article 1102 includes "the trade and investment liberalizing objectives of NAFTA." The Tribunal agrees. (77 項)

NAFTA 1102 条の解釈に当たっては、目的を含む NAFTA の法的文脈を考慮しなければ

² *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, UNCITRAL, Nov. 13th, 2000

³ *Pope and Talbot Inc. v. The Government of Canada*, Award on the Merits of Phase 2, UNCITRAL Rules, April 10th, 2001.

ならないという趣旨である。

また差異の判断においては、外国系企業と国内系企業の扱いに、事実上の差異があり、ホスト国の合理的な政策に関連しない場合には、内国民待遇違反が推定され、それを覆す責任がホスト国にあるとした。国内産業保護の目的は、S.D. Meyers 事件同様に不要というのが前提である。

(3) Feldmann事件⁴

メキシコでタバコの輸出業を営む米系企業 (CEMSA) が、従来は消費税還付を受けていたが、制度変更によって生産業者から直接タバコを仕入れた輸出業者のみが消費税の還付が受けられることになったために、小売り業者から仕入れていた CEMSA への消費税還付は認められなくなり、この点が問題化した。

仲裁廷は、「同様の状況の下」にある会社の母集団は、タバコの再販売／輸出事業を営むメキシコおよび外国系企業であるとし、そのうえでメキシコ系企業を優遇したと判断し内国民待遇違反を結論した。

この事件でタバコの再販売／輸出事業を営むメキシコおよび外国系企業を「同一の状況の下」にあると解釈したのは、メキシコ政府がこの主張に同意したためである。本件は、「同一の状況の下」にあることが肯定されれば、内国民待遇違反は当然に認定されるケースであった。

(4) Methanex事件⁵

カリフォルニア州がガソリン添加剤 MTBE の使用を禁止したために、MTBE の原料であるメタノールを生産していたカナダ系企業が、使用が許されるガソリン添加剤 ETBE の原料であるエタノールの生産事業者との差別を内国民待遇違反と主張した事件である。

仲裁廷は、「同様の状況の下」について、競争関係にあるモノを対象にして内国民待遇を考えるのではなく、同じ商品の製造者を対象にして考えなければならないとして内国民待遇違反の主張を退けた。

この議論の前提として仲裁廷は次のように述べた。

Given the object of Article 1102 and the flexibility which the provision provides in its adoption of "like circumstances," it would be as perverse to ignore identical comparators if they were available and to use comparators that were less "like," as it would be perverse to refuse to find and to apply less "like" comparators when no identical comparators existed.

(Part IV, Chapter B, para.17)

NAFTA1102 条の解釈において、その目的を考慮すべきことが説かれたのである。

⁴ *Marvin Fledman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF) /99/1, Award, Dec. 16, 2002.

⁵ *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, Final Award, Nov. 15, 2004.

(5) UPS事件⁶

米国系の宅配業者（UPS）が、カナダ関税法改正によってカナダ・ポストのみが優遇されるとして仲裁に訴えた事件である。仲裁廷は、両者のシステムの差、また諸国における郵便事業と宅配業の認識の差を根拠に両者が「同様の状況の下」にないと判断した。

仲裁廷は宅配事業と郵便事業が比較対象にならないとしたが、その根拠は両者に対する諸国の認識の相違であった。なお、本事件における Cass 仲裁人個別意見は、1102 条の解釈は NAFTA 全体の中で行わなければならない、そのように解釈すれば「同様の状況の下」にあるかどうかの判断は、競争関係にあるかどうかのポイントだとした。したがって、Cass によれば、競争関係にある者について異なる扱いをすれば 1102 条違反の推定が成り立ち、カナダはその推定を覆す主張を述べることはできなかつたと結論した。NAFTA を条約の目的等を踏まえて解釈するか、文言のみによって解釈するかによって結論が変わることが理解できる。

(6) ADMS事件⁷

砂糖以外の甘味料についてメキシコが課税措置をとったことについて、高果糖コーンシロップ（HFCS）を製造する米系企業が、砂糖事業者への優遇措置として仲裁に申し立てた。仲裁廷は、HFCS 事業と砂糖事業が競争関係にあり、したがって「同様の状況の下」にあるとしてメキシコの内国民待遇違反を認定した。

仲裁廷が、競争関係を基準にして事業者が「同様の状況の下」にあると認定した前提は次のようなものであった。

Basic function of this provision is to protect foreign investors vis-a-vis internal regulation affording more favorable treatment to domestic investors. (193 項) In order to determine the meaning of the expression "in like circumstances" in Article 1102, paragraphs 1 and 2, we examine these words in their ordinary meaning, in their context and in light of the object and purpose of Article 1102 (Article 31.1 of the Vienna Convention on Law of Treaties). (197 項)

仲裁廷は、この解釈が明示的に条約法に関するウィーン条約 31 条に照らして解釈した結果だというのである。

以上の判断の後、仲裁廷は、Methanex 事件との違いについて、①HFCS 生産に従事するメキシコ系企業が存在しないこと、②メタノールそれ自体がガソリン添加剤として使用されるものでないことを挙げて説明した。また差別的な取り扱いを内国民待遇違反と解した点については、メキシコの砂糖産業を保護する意図があり、そのような効果があったことが根拠とされた。「同様の状況の下」にあるかどうか、内国民待遇違反認定の最重要ポイントであった事件である。

⁶ *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, May 24, 2007.

⁷ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Additional Facility Rules, Award, Nov. 21, 2007.

2. NAFTA 以外の BIT(二国間投資協定)に基づく仲裁判断

NAFTA 以外の IIA に基づく仲裁判断で、内国民待遇に関するものもいくつか存在する。これらの根拠となった IIA 規定についても文言上大きな差はなく、すべて「同様の状況の下」云々という文言を含んでいる。

(1) Occidental事件⁸

石油輸出に際して付加価値税が還付されないが、生花等の輸出については付加価値税が還付されることを、米系の石油開発企業が問題にした。この扱いは、石油輸出業を営むエクアドル企業にも及んでいた。この事件で仲裁の根拠となった米国・エクアドル二国間投資協定 (BIT) に規定される内国民待遇には、「同様の状況の下 (in like situations)」にという文言があり、この点が問題になった。

仲裁廷は、付加価値税の還付に関して、税法等の諸規定に石油産業のみを例外とする規定がないこと (133 項)、エクアドル法上法的拘束力を有するアンデス共同体法の目的である間接税の調和 (ハーモニゼーション)、付加価値税還付の経済的根拠がすべての輸出に共通であること、また内国民待遇は、国内事業者と比較して外国投資家を保護することを目的としていること等を指摘し、「同様の状況の下」にあるか否かの判断は、事業活動が行われている特定分野のみを比較するだけでは十分でなく、「状況」はすべての輸出事業者が享有する「状況」と解釈しうると述べて内国民待遇違反を認めた。

仲裁廷は、「競争関係」ではなく「輸出」に即して比較したが、その前提は次のようなものであった。

(T)he purpose of national treatment is to protect investors as compared to local producers, and this cannot be done by addressing exclusively the sector in which that particular activity is undertaken. (173 項)

要は、WTO のように競争関係の保護が BIT の目的ではないという、条約目的に即した認識が以上の判断の前提にあった。本件も、「同様の状況の下」にあると判断されれば、内国民待遇違反がほぼ自動的に認定される事件であった。

(2) Champion Trading Company事件⁹

エジプトでは、国営綿企業に対しては補償金が支払われるが、外国企業には支払われないという制度が導入されたために、綿事業に従事する米系企業がホスト国を仲裁に訴え、この扱いが内国民待遇違反かどうか争われた。

仲裁廷は、補償金を得るためには、市場からではなく政府の「収集センター」から、政府指定価格で綿を購入することが条件であったことを指摘し、市場で購入した企業と

⁸ *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL Arbitration Rules, LCIA Case No. UN 3467, July 1, 2004.

⁹ *Champion Trading Company Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Oct. 27, 2006.

収集センターから固定価格で購入した企業の間には大きな差があるとしたうえで、両者は補償金の支払いに関して、「同様の状況の下」にはないとして内国民待遇（エジプト・米国 BIT 2条2項 a 号）違反を否定した。

仲裁廷は、本件でも競争関係だけが「同様の状況の下」にあるかどうかの決定要因ではないとしたが、その前提として下記のように述べた。

The purpose of Art. II (2)(a) is to promote foreign investment and to guarantee the foreign investor that his investment will not because of his foreign nationality be accorded a treatment less favourable than that accorded to others in like situations. (126 項)

仲裁廷が競争関係を「同様の状況の下」において決定的でないとしたのは、BIT の目的ゆえである。本件でも「同様の状況の下」にあることが肯定されれば、内国民待遇違反はほぼ自動的に認定される事案であった。

II. 検討

1. 「同様の状況の下」の解釈

(1) 解釈方法

上記の諸判断の根拠になった IIA にはすべて「同様の状況の下」の文言があったが、それを解釈するアプローチは異なる。大きく分ければ、①規定ないし条約の目的を踏まえて、「同様の状況の下」の語を解釈するものと、②社会一般の認識等を根拠に解釈するものである（UBS 事件等）。条約解釈規則を定めるウィーン条約法条約 31 条 1 項は、条約解釈の一般規則について、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。」と規定する。この規定は客観的解釈を採用したものとされており、条約交渉のプロセス等を条約解釈の根拠にするのではなく、もっぱら条約文（テキスト）によって条約文（テキスト）に即して解釈すべきことを命じる。ただし、同条 3 項は、「文脈とともに、次のものを考慮する。」として、「(a) 条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意、(b) 条約の適用につき後に生じた慣行であつて、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」を挙げ、条約文（テキスト）以外のものも考慮する余地を認めている。

この条約解釈規則に即すと、仲裁廷が採用した前者のアプローチは、条約の「趣旨及び目的」を重視した解釈であり、また後者のアプローチは、31 条 3 項(b)号（条約の適用につき後に生じた慣行であつて、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの）を踏まえて、「用語の通常の意味」を重視した解釈であると評価できる。ウィーン条約法条約 31 条を理解するためには、それが同 26 条の系であることを押さえないといけない。26 条（合意は守られなければならない）は、「効力を有するすべての条約は、当事国を拘束し、当事国は、これらの条約を誠実に履行しなければならない。」と定める。条約を誠実に履行するためには解釈適用が必要であり、そのために条約解釈規則がある

というのが、26条と31条の関係である。つまり条約又はその中の規定は、特定の目的を実現するために締結されたものであり、したがって、条約履行の前提となる条約解釈は、条約締結を期した目的を実現することに資するものでなければならないのである。

このように考えると、ウィーン条約法条約31条1項の解釈について、二つの捉え方があるように考える論者がいるが、それはそうではなく、あくまで「用語の通常の意味」は、条約の「趣旨及び目的に照らして与えられる」ものであり、条約の「趣旨及び目的」を離れて「用語の通常の意味」はありえないのである。すなわち、条約自身またはその規定が実現を目指す目的を踏まえないで条約を解釈するような方法は採りえないことが分かる。上記仲裁廷の判断は大きく二つに分かれているが、条約中の規定ないし条約自身の目的を踏まえる解釈が適当なことが分かる。もちろん、「同様の状況の下」にあるか否かについて、当事者間に一致がある場合にはそれを肯定せざるをえない。紛争処理の目的は当事者間の意見の不一致の解消だからである。

なお、わが国の結ぶIIAには、「同様の状況の下」という、内国民待遇の範囲の画定を意図する規定がない。「同様の状況の下」という文言がなくても、比較の対象となるホーム系企業を同定することは不可避であるが、「同様の状況の下」という文言が欠けていることの意味をどのように理解するかという問題が浮上する可能性がある。その意味では、IIAに、内国民待遇において比較の文脈があることを明示する「同様の状況の下」という文言を入れておく方が安心だと思われる。

(2) 競争関係の考慮の有無

「同様の状況の下」の解釈において、比較対象が競争関係にあるものに限定されるかどうかはしばしば議論された。これは内国民待遇に関するガット3条の解釈が念頭におかれたためである。ガット3条の定める内国民待遇は内外製品の無差別取扱いを要求するが、それが内外製品の競争上の対等性を確保する目的に基づくことはすでに過去の紛争処理判断において示されてきた。しかし、このようなガット3条の解釈はあくまでガット3条さらにはガット自体の目的に基礎づけられるものであることを忘れてはいけない。この種の目的を掲げるNAFTAにおいては、当然、競争関係の対等性を確保するために内国民待遇規定が置かれたと解することは十分可能である。さきに挙げたNAFTA1102条は、投資後の投資家・投資財産に対する待遇とともに、投資前の内国民待遇、すなわち投資自由化を定めている。他方、NAFTA以外のIIAでは、もっぱら投資後の投資家・投資財産の待遇確保が目的とされており、投資自由化の目的は存在しない。したがって、競争関係がない業態の企業群であるにもかかわらず、それとの関係でホーム国投資家・投資財産の内国民待遇が検討されることになる。

以上の検討が示唆することは、そもそも内国民待遇の有無の引証基準となるホスト国企業群の選定は、IIAや内国民待遇を規定する条項の目的によって大きく左右されることである。内国民待遇についても、IIAの目的をどのように書き込むかが重要なことが分かる。

2. 差異の扱い

仲裁判断では、「同様の状況の下」か否かを検討した後または検討せずに、仲裁申立てを行った企業に対する異なる取扱いが内国民待遇に反するかどうかが議論される。内国民待遇違反ではないという結論であれば、「同様の状況の下」か否かを検討せず、申立企業が比較対象として持ち出す企業との差異が内国民待遇に当たらないと判断するだけでも足りるのである。

外国系企業の待遇について差異がある場合に、きちんとした説明をホスト国政府がしたかどうか、説明をした場合には正当化事由があるかが検討される。国内産業保護の目的までは必要とされないのが一般的であり、実際上の効果があれば一応内国民待遇違反が推定されると考えられてきたが、これも規定の文言、ひいては条約目的によって左右されることは言うまでもない。現在までのところは、「はじめに」において危惧として挙げたような事態は起こっておらず、実際にホスト国政府の社会政策等によって正当化される場合は内国民待遇違反とは認定されていない。これは今まで仲裁で解釈を求められた IIA 規定からは、ホスト国の合理的な政策に基づいて採られた措置まで内国民待遇違反とする目的を読み取れないからである。

さらに、特定の政府の政策目的が外国投資家・投資財産に対する異なる扱いの正当化事由となるかどうかについても、当然 IIA の目的が重視される。外国投資家・投資財産に対する差異の評価についても内国民待遇規定はもとより、IIA 前文の書きぶりが一定の意味をもつ。

結 び

IIA 上の内国民待遇規定の解釈においてガットを無条件に引証することはできない。IIA もガットとともに条約であり、それぞれを単独の条約として解釈しなければならないからである。条約解釈において注意すべき点は、IIA 上の内国民待遇義務、ひいては当該 IIA の目的である。つまり、IIA 上の内国民待遇であるからその意味が一義的に決まるのではなく、個々の IIA さらには内国民待遇規定が、どのような書きぶりになり、また何を目的にするかが重要である。仲裁廷は、それをきちんと吟味して内国民待遇規定を解釈する。この点を踏まえると、内国民待遇規定に限らないが、IIA 上の規定解釈において、当該規定の文言は当然として、IIA 前文も非常に重要である。条約前文に条約の目的が示されることが多いからである。

<補：内国民待遇の対象事項の範囲>

内国民待遇が与えられる「投資財産」の範囲は、条文の書きぶりいかんで変わる。たとえば、ADF事件¹⁰ 仲裁判断では、NAFTA 1102 条が内国民待遇が供与される対象財産を、「投資財産の設立、取得、拡大、管理、経営、運用及び売却又は他の処分」に限定するために、同条が現地子会社（投資財産）が調達する建築資材をカバーしないとした。この事件では、現地子会社に対して米国政府が米国産の原材料を使うことを強制したことについて、カナダ企業が原材料の調達先について内国民待遇違反を主張したが（当該企業はカナダ産の原材料の購入を希望した）、仲裁廷はその主張を否定した。また投資財産を、投資のために使う財産と定義すると、親会社または現地子会社が非投資用に有する預金には内国民待遇義務がかからないことになる。IIAに内国民待遇を規定する場合、それがどの範囲の事項をカバーするかをきちんと吟味する必要がある。

¹⁰ ADF Group Inc. v. United States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1 (NAFTA).