

IV 投資協定における最恵国待遇条項の適用範囲

(西元 委員)

本稿の概要・要点

- ・ 最恵国待遇原則には、外国投資家間の競争条件の平準化の機能とともに、その適用範囲については相互主義に基づく制約が内包されている。
- ・ 最恵国待遇の具体的な適用範囲は、個々の投資協定の条文の規定とその解釈に基づいて画定される。
- ・ 現在までの投資協定仲裁では、無差別原則としての最恵国待遇の適用事例は少ない。
- ・ 最恵国待遇条項の適用範囲の画定に関する解釈は、紛争処理条項への適用をめぐって混乱しているものの、より高い実体的基準の援用はほとんどの場合認められている。他方で、投資協定自体の適用範囲（時間的範囲、投資財産・投資家の定義、投資仲裁の事項管轄など）に関わる事項はしりぞけられている。
- ・ 将来の解釈における混乱を避けるためには、条文によって規定の趣旨・目的とともに最恵国待遇の適用範囲の明確化を図る必要がある。他方、一般的な最恵国待遇から例外・留保された事項についても、投資財産・投資保護の保護と国家の適正な規制権限の確保という両面から、具体的な手続・基準を明記する必要がある。
- ・ 最終的には、協定全体として、第三国の企業・投資家に対して劣後することのない公正な投資環境の確保するような構成を整える必要がある。

I. 最恵国待遇をめぐる諸問題

1. 最恵国待遇の概念と機能

最恵国待遇は、「ある国の領域内で、他の国、人または物に与えられる待遇で、第三国がそれらの対象が同様の場合にその領域内に与えられる待遇より不利でないもの」¹をいう。最恵国待遇条項の基本的な機能は、当該条約が対象とする事項につき、一方の締約国が、のちの条約で第三国に与えた恩恵が原則として自動的に均霑すること、すなわち一方の締約国が他方の締約国を当該事項について最も有利な待遇（あるいは不利でない待遇）を約束する点にある。つまり、ある国が一定の事項に関して他の諸国に最恵国待遇を与えることは、その事項について、少なくとも形式的な平等を保障することになり、諸国民の競争

¹ 国際法学会編『国際関係法辞典（第2版）』（三省堂、2005年）404-406頁。

条件が平準化され、自由な競争が促進されることを意味する²。

この平準化の機能が、今日の通商における WTO 体制のような多数国間条約体制が存在しない時代においても、個々に締結される二国間の通商条約の内容を連結させ、国際的な経済活動を行うステイクホルダー間の競争条件の差異を除去し、より自由な国際市場を創出する駆動力として、経済に関する国際法の主要な「原則」としての位置づけを与えられるに至った。

2. 不確定条項としての最恵国待遇条項

(1) 最恵国待遇における無差別原則と相互主義

このように最恵国待遇は国際法上の一般概念である一方で、個別具体的な最恵国待遇義務は「国家の合意」を媒介として、具体的な条文として表現されて、はじめてその効力を有する。

国家は、個々の条約における利益の均衡とともに、最恵国待遇による将来の利益の極大化を目指して、個々の条約において最恵国待遇を採用するか否か、いかなる分野において最恵国待遇を約し、いかなる類型（双務的/片務的条項、無条件/条件付き条項、無制限/制限的条項）の最恵国待遇条項を挿入するかを決定することになる。日本政府も、投資協定の締結交渉で常に最恵国待遇義務を要求し、その多くの投資協定・経済連携協定に最恵国待遇条項が置かれている³。また、今日、2500 を超える二国間の投資協定が締結され、そのほぼすべてに様々な種類・表現の最恵国待遇条項が置かれている⁴。

こうした各国の経済政策や個々の条約交渉における当事者間の利害の反映である個々の投資協定における最恵国待遇条項の解釈適用には、最恵国待遇の一般的な機能である外無差別原則の実現とともに、個々の合意を成立させた相互主義に基づく制約によって画定が求められることになる⁵。

(2) 相対的かつ不確定な基準としての最恵国待遇

最恵国待遇の保障する待遇の水準は、供与国が第三国との間で当該事項について新たな条約関係に入り、第三国に対して新たな権利・利益が与えられることによって具体的な基準が示されることになる。つまり、最恵国待遇が保障する保護の水準は、第三国との関係で画定される相対的な基準であり、仮に最恵国待遇を供与している国が、のちに他のいかなる第三国との間で当該事項について条約関係をもたなければ、内容のない

² 村瀬信也『国際法の経済的基礎』（有斐閣、2001 年）78-81 頁。

³ 経済産業省通商政策局編『2008 年不公正貿易報告書』（2008 年）507 頁、図表 5-4。

⁴ 具体的な条文と類型については、UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rule-making*, (United Nations, 2007) など参照。なお、最恵国待遇の構成要素については、*Diagram of MFN clause with Illustration*（「添付資料 1：関連条文」末尾）参照。

⁵ 村瀬信也、前掲註2、18-19; 78 頁。

ものでしかない不確定な基準でもある⁶。

また、この基準の相対性・不確定性は、国際司法裁判所「モロッコにおけるアメリカ国民の権利に関する事件（1952 年）」のように、いったん第三国により有利な権利・利益が付与されたことによって獲得した権利・利益にあっても、後に当該第三国条約の失効などに第三国に対する権利・利益の撤回された場合⁷、あるいは外国資本に対する全般的な政策転換が行われた場合には、最恵国待遇条項によって獲得した権利・利益は縮減することを意味する。

（3）投資協定の個別条文の文言の重要性と多様性

こうした最恵国待遇および最恵国待遇条項の特徴は、二国間通商条約の時代からその重要性が広く認識される一方で、その義務の法的性質や適用範囲をめぐって種々の対立を生じさせてきた⁸。

最恵国待遇条項の不確定性は、国際通商法の分野では、各国間の二国間通商条約が GATT・WTO 体制という多角的な枠組みに発展していくなかで、条文の一元化とともに内国民待遇を含む無差別原則一般に回収され、かなりの部分が制度的に解消されていった⁹。

他方で、投資に関する国際法については、1998 年の OECD による MAI（多数国間投資協定）交渉の挫折以降、多角化の見通しはなく、現在、投資に関する国際法の多くの部分が、二国間投資協定や経済連携協定といった二国間条約のネットワークという形で形成されている。こうした状況は、それ自体、多様な形式で存在する投資に関する国際法を連動・連携させ、投資家間の競争条件を平準化する最恵国待遇条項の重要性を示すものであると同時に、多角的な枠組みへの契機を持たないまま、個々の協定交渉の成果として反映される各国の外資の導入や資本市場の開放をめぐる多様な利害は、各投資協定における最恵国待遇条項の解釈適用に不確定性を温存させることになった。

実際、投資協定仲裁の利用が 1990 年代後半から急増するなかで、収用補償義務や公正待遇確保義務に関する規定とともに、投資協定上の最恵国待遇条項の解釈適用が激しい論争の対象となってきた¹⁰。

⁶ 村瀬信也、前掲註2、92 頁。

⁷ 村瀬信也、前掲註2、95-99 頁。

⁸ 最恵国待遇条項の歴史的展開については、村瀬信也、前掲註2、32-82 頁を参照。

⁹ 通商と投資における無差別原則の展開と現状の異同については、Nicholas DiMascio & Joost Pauwelyn, “Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin,” *American Journal of International Law*, 102-1 (2007), pp.48-89 を参照。

¹⁰ 小寺彰「投資協定仲裁の新たな展開とその意義：投資協定「法制度化」のインパクト」RIETI Discussion Paper Series(05-J-021)、15-17 頁。

II. 投資協定仲裁における最恵国待遇の解釈適用

個別具体的な最恵国待遇条項の解釈適用は、ウィーン条約法条約の解釈規則（31-33 条）に従い¹¹、個別の協定の文言に基づいて行われる。

その際、当該投資家が、①第三国条約によって第三国の投資家に対して付与された待遇と同等、あるいは不利でない待遇を求めうる状況（「同様の状況（like situation）」あるいは「同様の環境（in like circumstances）」）にあるか、また、②同様の状況である場合でも、当該投資家が第三国条約からの均霑を求める権利・利益が、基本条約における最恵国待遇条項が指示する「待遇（treatment）」の事項・範囲に含まれるのか否か（「同種の原則（*ejusdem generis rule*）」）が具体的な論点となる¹²。

投資協定仲裁の先駆けとなった 1990 年の APPL 事件以来¹³、各投資協定の最恵国待遇条項の解釈適用について仲裁廷の判断（管轄権判断等の中間判断を含む）が示された事案は、2006 年に ICCA が公表した調査¹⁴とその後に公表された Telenor 事件¹⁵、RosInvest 事件¹⁶、Berschader 事件¹⁷、Parkerings 事件¹⁸などを併せると 30 近くにのぼる¹⁹。

これらの事例は、申立人による最恵国待遇条項に基づく申し立ての構成によって、大きく 2 つに分類することが出来る。まず、申立人が、投資家の本国と投資受入国との間で結ばれた投資協定（基本条約）における最恵国待遇条項に基づいて、他の外国投資家との間での差別的待遇を問題として、投資受入国の無差別原則違反を訴える場合（「1. 直接適用型」）であり、もう一方では、申立人が基本条約における最恵国待遇条項に基づき、第三国条約において規定された権利及び利益の均霑を主張し、その均霑された権利及び利益に依拠した申し立てをおこなう場合（「2. 間接適用型」）がある。

1. 直接適用型

投資家の本国と投資受入国との間で結ばれた投資協定（基本条約）における最恵国待

¹¹ 条文については、「添付資料 1：関連条文 I. ウィーン条約法条約」参照。また、ウィーン条約法条約における文言主義の意義については、拙稿「条約解釈における「事後の実行」」『本郷法政紀要』6 卷（1997 年）207-240 頁を参照。

¹² 主要な投資協定仲裁の解釈の対象となった最恵国待遇条項は、「添付資料 2：参考事例」を参照。

¹³ Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3 (UK/Sri Lanka BIT), Award (June 27, 1990)

¹⁴ Devashish Krishan & Ania Farren, “Digest of Investment Treaty Decisions and Awards,” Yearbook of Commercial Arbitration XXXI (Kluwer Law, 2006).

¹⁵ Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15 (Norway/Hungary BIT), Award (September 13, 2006).

¹⁶ RosInvest Co UK Ltd v. Russian Federation, SCC Case No. V079/2005 (UK/Russia BIT), Decision on Jurisdiction (October 2007).

¹⁷ Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation, SCC Case No. V080/2004, (Belgium/Russia BIT), Decision on Jurisdiction (April 2006).

¹⁸ Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8 (Norway/Lithuania BIT), Award (September 11, 2007).

¹⁹ 二国間投資協定に基づく最恵国待遇条項の解釈適用に関わる事例は、「添付資料 3：最恵国待遇条項関連事例リスト」を参照。

遇条項に基づいて、申立人が他の外国投資家との間での差別的待遇を問題として、投資受入国の無差別原則違反を訴える事例であり、具体的には、差別的な措置の存在と、当該投資家が、第三国条約によって第三国の投資家に対して付与された待遇と同等、あるいは不利でない待遇を求めうる状況（「同様の状況（like situation）」あるいは「同様の環境（in like circumstances）」）にあるかが争点となる。

しかし、現在までのところこの類型に含まれる事例は、Parkerings事件(2007年)²⁰やBayindir事件(2005年)²¹など少数にとどまっている²²。また、第三国との投資家と比較に関わる、「同様の状況（like situation）」にあるか、についての判示は、NAFTAのPope & Talbot事件における内国民待遇の際に示された解釈基準をそのまま適用したものであり²³、内国民待遇における内国民と外国投資家、最恵国における当該投資家と第三国の投資家との区分とその差異の可能性について言及することはなかった。

いずれにしても、現在までの投資仲裁判断の蓄積において、同じくその解釈適用が議論の対象となってきたFET(公平待遇義務)や内国民待遇と比較した場合²⁴、受入国の措置の違反を認定し、無差別原則としての最恵国待遇が直接に果す役割は、非常に限られたものであるといえる²⁵。

2. 間接適用型

この類型では、基本条約における最恵国待遇条項に基づき、第三国条約において規定された権利及び利益の均霑を主張し、その均霑された権利及び利益に依拠した申し立てをおこなう。この申し立てに対し、仲裁廷は協定の条文及び「同種の原則（*ejusdem generis rule*）」にしたがって、当該投資家が第三国条約からの均霑を求める権利・利益が基本条約における最恵国待遇条項が付与する「待遇（*treatment*）」に含まれる事項の範囲を画定することになる。

この類型に属する事例は、申し立ての内容にしたがって、さらに次のように分けることができる。

²⁰ 本件の概要については、経済産業省通商政策局編『2008年不公正貿易報告書』（2008年）530－531頁参照。

²¹ Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29 (Turkey/Pakistan BIT), Decision on Jurisdiction, 14 November 2005.

²² 無差別原則を申し立てた事例は、最恵国待遇の援用を申し立てた事例の中でも2件に止まっている（「添付資料3：最恵国待遇条項関連事例リスト」参照）。

²³ Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8 (Norway/Lithuania BIT), Award (September 11, 2007), paras. 78-79. なお Pope & Talbot 事件の概要については、経済産業省通商政策局編『2008年不公正貿易報告書』（2008年）526頁参照。

²⁴ FET及び内国民待遇の義務違反の認定については、それぞれ小寺彰「公正・衡平待遇—投資家・投資財産の一般的待遇—」JCAジャーナル2008年12月号2-9頁；同「内国民待遇-内国民待遇は主権を脅かすのか？」JCAジャーナル2008年11月号2-9頁。

²⁵ こうした状況は、企業の多国籍化、あるいは投資協定の内容の均質化や最恵国待遇による投資環境の平準化の結果として、受入国による選択的な外資政策が問題化しにくくなったと解することもできる。またFETなど他の実体規定が、違反の立証なども含めて、より利用しやすいという可能性も考えられる。いずれにしても内国民待遇の利用との比較も含め、検討を要すると思われる。

（１）実体的事項に関する事例

第一の類型は、基本条約の最恵国待遇条項によって均霑される第三国条約で規定されたFETなどの実体的な基準を援用し、その違反を申し立てる場合であり、その典型が、FETの具体的な内容について最恵国待遇条項による均霑を求めたMTD事件（2004年）である²⁶。同事件の仲裁廷は、申し立てを認め、第三国との条約で規定されていたFET、適正手続、約束遵守義務などの援用を認めた。また2008年のRumeli Telekom事件（2008年）でも、ほぼ同様の主張が行われ、仲裁廷は後に第三国との条約で規定されたFET、完全保護、差別的な措置及び裁判拒否の禁止などの実体的基準の援用を認めている。

上記の事例以外にも、2001年のCME事件では、最恵国待遇条項に基づき、より高い賠償水準が援用されることが認められている²⁷。

これら一連の事例では、最恵国待遇条項の解釈適用上の論点のうち、「同様の状況 (like situation)」あるいは「同様の環境 (in like circumstances)」や均霑の対象とされた実体的基準が、基本条約の最恵国待遇条項が指示する「待遇 (treatment)」に関わるものであるかどうかについては争われていない。つまり、これらの事例で申立人が求めた最恵国待遇は、あらかじめ基本条約で規定する範囲内の待遇におけるより高い基準の適用であった。

この類型で、例外的に最恵国待遇による均霑の利益を否定された1990年のAPPL事件は、内戦による棄損された投資財産の補償に関して、基本条約には存在した争乱時の保護に関する規定を免れる目的で、第三国条約の一般的待遇に基づく賠償水準の適用を主張した変則的なものであった²⁸。

（２）手続的事項の均霑に関する事例²⁹

間接適用型のもうひとつの類型は、投資家対国家の仲裁手続を定めた紛争処理条項への最恵国待遇の適用を求め、仲裁手続の利用に関する諸条件について、当該投資家にとって、より有利な条項の援用を求めるものである。

この類型は最恵国待遇に関する仲裁判断のほぼ半数を占めている。2000年のMaffezini事件管轄権判断は、最恵国待遇条項の均霑範囲を実体的事項のみならず、手続的事項である紛争処理条項にも「拡大」したことから、最恵国待遇条項とその解釈適用の在り

²⁶ MTD事件の判示については、「添付資料2：参考事例」を参照。同じくFETに関するものとして、ADF Group Inc. v. United States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1 (NAFTA), Award, 9 January 2003 があるが、ADF事件では、そもそも基本条約であるNAFTAにおいて、政府調達に関わる措置は、内国民待遇及び最恵国待遇の適用から除外されていることを理由として、申立人の主張はしりぞけられた (paras. 193-198)。

²⁷ CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, (The Netherlands/Czech Republic BIT), Partial Award, 13 September 2001, paras. 496-500.

²⁸ AAPL事件の判示については、「添付資料2：参考事例 I 実体的事項に関する仲裁判断」参照。また、この事案の最恵国待遇の適用範囲一般に対する含意については、本文「III. 投資協定における最恵国待遇の適用範囲」も参照。

²⁹ この論点に関する議論の詳細は、拙稿「投資協定仲裁における最恵国待遇条項の解釈適用」JCA ジャーナル 55 巻 9 号 (2008 年) 参照。

方についての議論を再燃させることになった。

現在までに公表されている、①最恵国待遇の適用を肯定する仲裁判断は、Maffezini 事件 (2000 年)、Siemens 事件 (2004 年)、RosInvest 事件 (2007 年) などであり³⁰、他方で、②最恵国待遇の適用を否定する仲裁判断は、Salini 事件 (2004 年)、Plama 事件 (2005 年)³¹、Berschader 事件 (2006 年) などであり、ほぼ例外なく、Maffezini 事件の仲裁判断の援用、あるいは批判を通じて当該最恵国待遇条項が対象とする均霑の範囲に関する自己の立場を明らかにしている。

このように、投資協定仲裁による紛争処理条項をめぐる最恵国待遇条項の解釈はほぼ二分しているかにも見える。しかし、仲裁判断の帰結として導かれている均霑の範囲については、一定のパターンを見出すことが出来る。

すなわち、最恵国待遇条項の紛争処理条項への適用によって均霑された利益は、仲裁付託への待機期間の短縮のみであり³²、投資協定上の紛争処理のメカニズムを構成するそれ以外の要素、具体的には、国内救済原則、仲裁に付託可能な紛争に対する事項管轄、仲裁規則、仲裁フォーラムなどには及んでいない。これに対し、否定された事例は、基本条約における紛争処理条項が事件毎に投資協定仲裁への付託合意を求めるものや仲裁の付託事項が制限的なもの³³、あるいは、申立人が最恵国条項によって第三国条約の約束遵守条項に基づく投資協定仲裁の管轄権の成立などを求めたものであった³⁴。

こうした均霑対象の内容は、紛争処理条項への適用を肯定する仲裁廷が示した最恵国待遇条項の適用範囲や公共政策約因や相互主義などの制約と対立するものではない³⁵。現在までの投資協定仲裁判断の唯一の例外は、投資家による投資財産の「使用 (use)」と「享受 (enjoyment)」に重大な影響を与えるという理由から、基本条約の定める投資

³⁰ これら 3 件の判示については、「添付資料 2：参考事例 II 手続き的事項に関する仲裁判断」を参照。

³¹ Salini 事件及び Plama 事件の概要については、経済産業省通商政策局編『2008 年不公正貿易報告書』(2008 年) 523-524, 528 頁参照。

³² Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7. (Argentina/Spain BIT), Award on Jurisdiction, 25 January 2000; Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8 (Germany/Argentina BIT), Decision on Jurisdiction, 3 August 2004; Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/10 (Spain/Argentina BIT), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005); Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17 (France/Argentina and Spain/Argentina BITs), Decision on Jurisdiction (May 16, 2006); National Grid plc v The Argentine Republic, UNCITRAL, (UK/Argentina BIT), Decision on Jurisdiction (June 20, 2006); Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (France/Argentina and Spain/Argentina BITs), Decision on Jurisdiction (August 3, 2006).

³³ Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (February 8, 2005); Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation, SCC Case No. V080/2004, (Belgium/Russia BIT), Decision on Jurisdiction (April 2006); Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15 (Norway/Hungary BIT), Award (September 13, 2006).

³⁴ PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5 (United States/Turkey BIT), Decision on Jurisdiction, (June 4, 2004); Salini Cnstruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction (November 29, 2004); Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, (Italy/Pakistan BIT), Decision on Jurisdiction, (April 22, 2005).

³⁵ Emilio Agustin Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7 (Argentina/Spain BIT), Decision on Jurisdiction (January 25, 2000), paras.57-63.

協定仲裁の事項管轄を超えて、租税措置の濫用による収用の可能性を本案で判断するとしたRosInvest事件のみである³⁶。

III. 投資協定における最恵国待遇の適用範囲

1. 仲裁判断の射程

(1) 最恵国待遇条項の適用の論理とその問題点

このように主に紛争処理条項への適用を巡ってなされてきた最恵国待遇条項の解釈論の対立点は、両者とも、原則としてウィーン条約法条約の解釈規則に依拠するものの、申立人によって最恵国待遇の均霑が主張されている事項が、当該投資協定の最恵国待遇条項の対象に含まれるかについては、一般的に規定される最恵国待遇条項と例外条項に明示された事項（関税同盟、自由貿易地域、経済共同体など）からでは直裁的に判断できない場合に、如何なる原則によって補充するのかという点から生じるものであった。

紛争処理条項への均霑を肯定する立場は、例外条項による除外事項に明示されていない限り、原則として待遇に関わる全ての事項は均霑の対象に含まれるとして、紛争処理条項への適用も肯定するのに対し³⁷、否定する立場をとる仲裁判断は、「*expressio unius est exclusio alterius*原則(1つのことを明記しているのはその他のものの排除を意味する)」のもと、明示的に「当事国の意思」が確認できない限りは、最恵国待遇の均霑対象には含めないというものだった。

先に述べたように結論において両者の均霑範囲に大きな齟齬がないにもかかわらず、両者が激しい論争の主題とされてきたのは、Maffezini事件の仲裁廷が「実体的事項/手続的事項」区分を相対化する一方で、解釈論として最恵国待遇の均霑に内在する制約要因の内容とその根拠を明確に示さなかったことにあると思われる。Maffezini事件の仲裁廷は、しばしば同種の原則によって画定される均霑対象の画定において、「実体的事項/手続的事項」区分を否定し、本来、実体的事項に限定すべき均霑の対象を手続的事項にも均霑対象を拡大したとして批判される。しかし、Maffezini事件でも、実体的権利と手続的権利の区分それ自体が否定されたわけではない。同事件の仲裁判断が否定したのは、この区分のカテゴリカルな適用であり、その判示は、締約国によって明示的に除外されていない事項は、均霑の対象となる実体的事項の保護に与える影響との関係で判断されるということに過ぎない³⁸。

³⁶ RosInvest Co UK Ltd v. Russian Federation, SCC Case No. V079/2005 (UK/Russia BIT), Decision on Jurisdiction (October 2007), paras.130-133. RosInvest 事件の判示とその意義については、拙稿「投資協定仲裁における最恵国待遇条項の解釈適用」JCA ジャーナル 55 巻 9 号 (2008 年) 13-14 頁参照。

³⁷ 肯定する立場を代表する Maffezini 事件と Siemens 事件の判示と解釈の対象とされた最恵国待遇条項については、「添付資料 2：参考事例 II 手続的事項に関する仲裁判断」を参照。

むしろ、Maffezini事件における解釈の問題点は「実体的事項/手続的事項」区分のカテゴリカルな適用を否定する一方で、均霑の限界を設定する論理、すなわち、実体的事項の保護との関係において手続的事項が関連づけられる場合と関連づけられない場合との基準を提示しなかった点にある。例えば、18ヶ月の待機期間における国内裁判所の利用という条件が投資家の実体的な権利保護に及ぼす影響の程度については、これまで適用を肯定する仲裁判断のなかでも、ほとんど検討されていない³⁹。

(2) 投資協定の多面性:紛争処理条項をめぐる対立の意義

紛争処理条項への適用をめぐる問題の底辺は、投資仲裁の利用可能性のもつ多面性であり、各投資協定の紛争処理条項における投資仲裁の利用に関する種々の条件は⁴⁰、投資家の待遇の問題であると同時に、投資仲裁の一方の当事者である国家にとっては、伝統的に専権事項されてきた国際法上の権利義務に関する紛争処理の選択の問題であるということである。そして、投資協定が国家間の権利義務関係を規定すると同時に、投資財産・投資家の待遇や権利を定めるものであり、また投資に関する規律が広範な国家の権限行使に関わるものである以上、特定の条項の規定する内容が複数の異なる要素・側面を有することは紛争処理条項に限定されない。

例えば、送金に関する規定の内容は、投資財産・投資家の待遇の一部としての送金の自由に関する規定であると同時に、通貨・為替に関する特定の国家の権限行使を留保・確認する規定でもある。また、約束遵守条項は、特定の類型に属する投資財産についての保護水準に関する規定であると同時に、当該条項の規定によっては、協定の保護の対象となる事項の拡大、あるいは、紛争の種類によっては投資協定仲裁の事項管轄権を拡大するものでもある⁴¹。さらに多くの協定で例外とされている租税措置などについても、明示的な禁止事項である「収用」との該当性をめぐって仲裁の対象となる可能性もある⁴²。

確かに、紛争処理条項の構成要素のなかでも待機期間の長短は程度の問題であるかもしれないが、その一方で投資協定仲裁の事項管轄権の広狭は、伝統的に国家の専権事項されてきた国際法上の権利義務に関する紛争処理の選択の問題に直接関わるものでもある。これらの問題は国家の明示の合意によってなされてきたものであり、最恵国待遇の内在的制約要因である、公共政策約因、あるいは「当該合意を成立させるための基本

³⁸ Emilio Agustin Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7 (Argentina/Spain BIT), Decision on Jurisdiction (January 25, 2000), paras.54-56.

³⁹ この点については、紛争処理条項への適用を肯定する立場のなかでも、非効率・不公正な条件とはいえないとするもの (National Grid 事件) と、保護の水準を引き下げることになるとの見解 (Gas Natural 事件) などがその評価が分かれている。

⁴⁰ 投資協定仲裁への付託に先立つ待機期間や事前協議要件等の詳細については、岩月直樹「国際投資仲裁における管轄権に対する抗弁とその処理」RIETI Discussion Paper Series (08-J-012)、26-30 頁。

⁴¹ 約束遵守条項については、濱本正太郎「投資保護条約に基づく仲裁手続における投資契約違反の扱い」RIETI Discussion Paper Series (08-J-014) を参照。

⁴² 例えば、RosInvest 事件 (「添付資料2: 参考事例」)。但し、まだ本案判断は下されていない。

的条件」にも該当する⁴³。

こうした特定の条項の内容に混在する種々の異なる要素に対する異なる評価がパラレルに存在し、かつ投資協定の条文に明確な指針が存在しない状況では、個別の事案に対する協定解釈の集積を通じた判断基準の明確化・構造化が望まれる。しかし、投資の待遇、あるいは最恵国待遇の内在的制約の画定に関わるMaffezini事件以降の対立状況には、いまのところ収束する兆しはない。そのため、各国のなかには、新たに締結する投資協定において、最恵国待遇条項の不確定性を排除するために紛争処理条項への提携国待遇の適用に制限的な規定を設けるものも見られる⁴⁴。

2. 検討事項への含意

以上のような仲裁判断に対する検討を踏まえると、本研究会において検討を求められた諸点について以下のことが指摘できる。

(1) BIT(二国間投資協定)の適用範囲に関するもの

①投資財産・投資財産の定義

最恵国待遇は、本来、基本条約で画定された「待遇」の範囲内でより有利な待遇を与えるものであるが、現在までの投資協定仲裁のなかには、申立人が基本条約における最恵国待遇条項に基づき、投資協定自体の適用範囲を拡張を求めた事例がある。これらの事例は、ほとんどの場合、その申し立てが否定されているが、その判示の中で最恵国待遇の概念や最恵国待遇条項の解釈適用の在り方が述べられている。

例えば、2003年のTecmed事件では⁴⁵、Tecmed社が基本条約であるスペイン＝メキシコBITの発効以前に生じた投資への毀損について、最恵国待遇条項に基づいて、第三国とオン協定を遡及的に適用する利益を求めた。この訴えに対して、仲裁廷は、条約適用の時間的範囲の問題はその重要性からいっても、両当事国が合意に至る際の主要な検討事項であり、このように実体的な保護のレジームの運用範囲の明確化に関わる決定的な事項は、最恵国待遇の適用対象とはならないとしてしりぞけている⁴⁶。

⁴³ Maffezini 事件仲裁廷が最恵国待遇条項の制約要因であると提示した「公共制約要因」についても、紛争処理条項への適用に際して考慮すべき事項として列挙した4つの事項の相互関係を明らかにしておらず、これら4つの事項の中には「国際法上の基本的規則」や「合意の基本的条件」など質的に異なる要素が混在している(Maffezini, supra note 18, para.63)。

⁴⁴ See, e.g., Footnote 13 to Free Trade of the Americas (FTAA) (Draft Text) (November 21, 2003); Central American Free Trade Agreement (CAFTA) (Draft Text) (January 28, 2004), reported in ASIL, International Law In Brief (February 6, 2004); Annex III to Canada's Foreign Investment Protection and Promotion Agreement (FIPAs) (Negotiating Programme) (May 19, 2004); Article 4 (3) of Draft Norway BIT 2007 (「添付資料1：参考条文 II-2 均霑対象を制限している最恵国待遇条項」)

⁴⁵ Tecmed 事件の判示については、「添付資料2：参考事例 III. その他」参照。

⁴⁶ 近年の各国の投資協定のなかには、この点を明記するものは少なくない。発効以前を適用対象とするか、発効以後のみに限定するかについての対応は各国ごとに分かれているが後者を選択する協定が多い(「添付資料1：参考条文 II. 最恵国待遇条項」)。

また 2008 年の *Société Générale* 事件では、投資家が自己の申し立てにより有利な投資家・投資財産の定義の援用を主張したのに対し、最恵国待遇は保護を与えると定められた投資財産・投資家の待遇に対して与えられるものであり、投資財産・投資家の定義自体には適用されないと述べ、投資協定の人的適用範囲である投資財産や投資家の定義は各国が任意に定めるものであると同時に最恵国待遇の適用によって拡張されるものではないと判示された⁴⁷。

これらの事例は、最恵国待遇にあくまで基本条約で画定された「待遇」の範囲内でより有利な待遇を与えるものであり、原則として条約自体の人的、事項、あるいは時間的適用範囲には及ばない、すなわち基本条約の適用範囲を拡張するものではないことを示している。

②例外とされる課税措置、一般例外に差がある場合など

また、前項の判示に加え、間接適用型の（１）で言及した 1990 年の *APPL* 事件は、基本条約には存在した争乱時の保護に関する規定を免れる目的で、第三国条約の一般的待遇に基づく補償水準の適用を主張したものであったが、この類型の中では例外的に最恵国待遇による均霑の利益を否定されている⁴⁸。

①及び *APPL* 事件の判示を踏まえれば、例外についても、特段の規定が置かれていない限り、例外とされている事項を縮小、拡大するような最恵国待遇の援用は認められないものと考えられる。但し、イギリスのモデル協定のように、投資協定上のあらゆる事項が最恵国待遇条項の適用対象となることが明記されているものには⁴⁹、この一般論は妥当しない。

（２）アンブレラ条項のように規定そのものが存在しない場合

前述の通り、最恵国待遇にあくまで基本条約で画定された「待遇」の範囲内でより有利な待遇を与えるものであり、原則として条約自体の人的、事項、あるいは時間的適用範囲など基本条約の適用範囲を変更するものではない。

この点を踏まえれば、約束遵守条項など近年の投資協定で付加された規定に関する最恵国待遇に基づく権利・利益の援用も、基本条約である投資協定が保護の対象とする投資財産・投資家の実体的な保護に関する側面については援用可能である（*Impregilo S.p.A. v. Pakistan* 事件管轄権判断、*MTD v. Malaysia* 事件）が、保護の対象となる投資財産の定義や投資協定仲裁の事項管轄権を拡大するような主張（*Société Générale* 事件、*Salini* 事件など）については認められないということになる⁵⁰。

⁴⁷ *Société Générale* 事件の判示については、「添付資料 2：参考事例 III. その他」参照。

⁴⁸ *APPL* 事件の判示については、「添付資料 2：参考事例 I. 実体的事項に関わる仲裁判断」参照。

⁴⁹ 「添付資料 1：関連条文 I 最恵国待遇条項」参照。

但し、前出のイギリスのモデル協定は、条約の適用対象自体の拡大を認める内容になっているので、こうした過去の判断からの類推は当てはまらない。また、現状では、相互主義的制約（の判断基準）と無差別原則に基づく投資財産・投資家の待遇への影響といった実体的な判断との比較考量の基準は不明確であるので、紛争処理事項への適用をめぐる議論同様、その機能が投資財産・投資家の待遇に関わるものであると同時に、協定の適用対象や協定仲裁の事項管轄の拡大と解しうる条項については必ずしも一様な判断は期待できない。

（３）義務の規定の仕方が異なる場合：送金に関する規定⁵¹

投資に関する資金の移転は、本来、「投資財産の使用、享有、売却その他の処分」といった投資の一般的待遇に含まれる事項であるが、国家間の資本の移動については、投資の保護といった単独の政策目標に還元できない、為替・通貨政策など国家にとって重要な規制権限に関わることから、両者の調整を図る目的で、多くの投資協定において、送金の自由と受入国の規制権限との関係を明確にする目的で、一般的な待遇を定めた規定とは、別個に送金に関する規定が置かれている⁵²。2009年3月には、EU裁判所によって、スウェーデンとオーストリアがEU加盟以前に各国と締結したBITの資金の移転に関する規定が、EU加盟国が共同体に委譲した権限に抵触する（incompatible）との判断が示され、EU法上の義務に適合するように求められる判決が下されており⁵³、今後スウェーデンとオーストリアの両国は投資協定締約国との間で改正交渉などの何らかの措置を講じる必要が生じている。

このように送金規定は、投資の待遇に関わる特定の事項についての国家の権限を留保・明確化すると同時に、投資家の送金の自由に関する基準を設定しており、特に送金の自由が特定の手続きとの対応関係で定められている場合には、紛争処理条項同様、最恵国待遇の適用をめぐる判断が分かれることが予想される⁵⁴。

我が国の締結した投資協定にも送金規定が置かれているが、その規定の内容は時期によって若干の変動がある⁵⁵。1977年に締結された日エジプト投資協定では、送金の自由

⁵⁰ AAPL 事件はこの場合とは逆に、基本条約にある規定に関する事項について、第三国条約に当該規定が置かれていないことについて権利・利益を主張した事例であるが、その主張は認められていないので、やはり同様の論理が妥当すると思われる。

⁵¹ 「添付資料 1：関連条文 II-2 送金に関する規定」参照。

⁵² 投資協定における送金の自由あるいは資金の移転に関する規定の類型については、Abba Kolo & Thomas Wälde, *Capital Transfer Restrictions under Modern Investment Treaties in STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION* (August Reinisch ed., 2008) pp. 213-217 参照。また、米国の BIT における送金規定の詳細については、Kenneth J. Vandeveld, *U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS* (Oxford University Press 2008), pp. 525-569 参照。

⁵³ European Court of Justice rules that certain Swedish and Austrian BITs are incompatible with the EC Treaty, ITN, 4 March 2009.

⁵⁴ 送金規定に関する申し立てを含んだ投資協定仲裁の事案が言及されているが、本案ではこの点についての判断はなされていない (Abba Kolo & Thomas Wälde, *supra* note 52)。また、現在まで米国が締結した投資協定に基づく仲裁で送金規定の解釈が争われた事案は存在しない (Kenneth J. Vandeveld, *supra* note 52)。

⁵⁵ 「添付資料 1：参考条文 III-2 送金に関する規定」参照。

を制限する規制について最恵国待遇が規定されているが、1988年の日中投資協定の送金規定には、特段の基準が示されていない。その10年後に締結された日露投資協定では、再び最恵国待遇が規定されている。2002年日韓投資協定からは、送金の自由を制限する場合の理由が列挙されるとともに、その権限行使については、最恵国待遇に代わって「衡平、無差別かつ善意に」行うことが規定されている。こうした変遷の意図は明らかではないが、現在の基準はCanadian 2004 Model BIT、Draft Model Norway BIT 2007、US 2004 Model BITでも採用されている。

日・エジプト投資協定のような最恵国待遇は、将来の第三国との条約における権利・利益の均霑の可能性を残すものであるが、実体的事項と手続的事項との規定ぶりによっては、紛争処理条項同様、最恵国待遇の適用をめぐって判断が分かれることが予想される。また、先に言及したEU裁判所の事案のような状況では、送金に関わる事項が将来的に自由貿易地域、関税同盟などより高度の市場統合に関わる枠組みにゆだねられた場合には投資協定の例外事項として権利・利益は均霑されないことも考えられる⁵⁶。一般に、特定の事項について国家の権限、あるいは投資財産・投資家の待遇を規定する条項では、あらかじめ当該特定の事項・状況に関する国家の権限と投資家の権利の関係を明確にし、一般的な待遇が適用されない場合に適用されるべき具体的な手続・基準を明記することが望ましい。

さらに、多くの投資協定仲裁が提起されたアルゼンチンの経済危機のように、例外的な金融状況または経済状況における大幅な政策変更が行われた場合には、投資家の国籍に関わらず全般的な投資環境の悪化が生じるため、相対的な基準である最恵国待遇のみでは十分な保障とはならない可能性がある。そのため、国籍や状況に依存する相対的な基準ではなく「衡平、無差別かつ善意」のような絶対的な基準で受入国の措置の妥当性を問うことのできる規定が望ましいと思われる。

(4) パフォーマンス要求 (PR)⁵⁷

投資協定におけるPRに関する規定は、投資の自由化に関わる規律として、経済社会政策上の理由から外資に対して課される特定の措置の可否やその内容を一般的な待遇とは区別して明示するものである。

こうした規定は、受入国の裁量をより強く制約する合意の成立に関わる主要な事項であり、PRの最恵国待遇など特段の規定が置かれない限り、最恵国待遇の適用対象とはならないと思われる。我が国が締結したEPA（経済連携協定）/BITをみても、投資の保護に関する合意事項と比較して、PRは各国ごとに項目ごとに合意の内容（絶対禁止、留保、利益付与としてのみ可能）も異なっており、投資の待遇一般とは別に、個別の交渉における検討事項であったことがうかがえる⁵⁸。

⁵⁶ スウェーデンやオーストリアとの投資協定の締約国のうち、最恵国待遇によって送金の自由の関する恩典を受けていた国々は協定の改正交渉を経ることなく恩典を撤回されることになる。

⁵⁷ 「添付資料1：参考条文 III-1 パフォーマンス要求に関する規定」参照。

各国の対応も一様ではなく、イギリスのモデルにはPRに関する規定は置かれていない。他方で、Canada 2004 Model BITでは、このような規定は存在せず、PR規定の中で、公衆衛生・環境基準に関わるPRについてのみ、内国民・最恵国が適用されることが規定されている。US 2004 Model BITでは、一般的な待遇の適用対象にPRが含まれることを明記されているが、条約実行では、利益付与のPRは認めるもの、約束表方式による限定的な禁止・現状維持などの細分化した義務の内容や政府調達などの様々な例外が加味されており、協定によってこうした規定の趣旨がPRの禁止ないし規制の強化を意味するものなのか、あるいは一般的な待遇の例外として、受入国による外資の勧誘政策の余地を認めるものであるのかは必ずしも明らかではない⁵⁹。

仮に第三国との協定においてPRに関する事項についてより有利な待遇が与えられたとしても、基本条約と第三国との対応関係自体を含め⁶⁰、一概にその利益の均霑が認められると考えることは困難であると思われる。

また、第三国との協定からの権利・利益の均霑の可能性とは別に、無差別原則の観点からは、PRの具体的な措置の投資財産・投資家の権利への影響によって、当該措置の是非に関する争いが生じる場合が考えられるが、先に述べたように締約国毎にBIT/EPA全体として相互の市場開放のバランスの中で、外資の受け入れ政策に選択の余地を残すために、当該協定においてPRが留保、あるいは利益付与の手段として、その存続が合意されたとすると、一般的な最恵国待遇の問題として、当該投資家が第三国との投資家との間で「同様の環境」にあるといえるのか、という点には疑問が残る。またParkerings事件にみられるように、最恵国待遇は差別禁止というよりも、区別（差別）の合理性・正当性とその結果として生じる不利益を問う側面が強い⁶¹。この側面から協定上認められたPR自体を問題にすることはかなりハードルが高いと思われる。

この点、経済社会政策上の理由から受入国にPRを課す権限を明確に認めるノルウェーのModel BITでは、PRに関する規定の中に、当該PRが公共の目的で、かつ立法によって「全ての投資家・投資財産に対して、無差別、透明および客観的な方法で」のみ実施されることを義務付けている⁶²。こうした規定には、受入国に政策選択の余地を残すと同時に、その恣意的な運用による投資家間の差別を防止する意図があると思われる。

⁵⁸ 経済産業省通商政策局編『2008年不公正貿易報告書』（2008年）507頁、図表5-4をみても、約束の内容にはバラつきがあり、日・マレーシア、日・タイでは、投資協定仲裁の対象からも除外されている。米国のBITについても同様（Kenneth J. Vandevelde, *supra* note 52, pp. 387-411）。

⁵⁹ Kenneth J. Vandevelde, *supra* note 52では、パフォーマンス要求に関する規定は、内国民・最恵国待遇、FETなどの一般的な待遇とは別の特別の待遇に関する規定に分類されている。

⁶⁰ 従来の投資保護協定における最恵国待遇条項によって、投資の自由化を含む投資協定や投資と貿易の自由化を連動させた経済連携協定のような新型の経済条約によって付与された権利・利益が当然に均霑の対象とされるか否かについては、これら新型の経済条約の例外に該当するか否かも含めて検討の余地がある（後註68も参照）。

⁶¹ Parkerings事件の判示については、経済産業省通商政策局編『2008年不公正貿易報告書』（2008年）530-531頁参照。

⁶² Eg. Draft Model Norway BIT 2007 Article 8(2); Canada 2004 Model BIT Article 7(2); US Model BIT Article 2(「添付資料1：参考条文 III-1 パフォーマンス要求に関する規定」)

IV. むすび

投資協定仲裁における最恵国待遇条項の解釈適用は、特に紛争処理条項への適用の可否をめぐる解釈の振幅は大きく、その対立とそれぞれの解釈論が有する脆弱性は、既に近年の諸国の条約実行に影響を与えている。

今回管見した中で最も広い最恵国待遇の適用範囲の確保を意図しているBITは、イギリスのモデルBITである。このモデル協定では、通常は最恵国待遇の適用には含まれない、投資財産・投資家の定義、例外、時間的適用範囲などの事項を含む協定に規定された全ての事項を最恵国待遇の対象とすることが確認 (confirm) されている⁶³。PRに関する規定を置かない点も含め、モデル協定に示された基本的な交渉方針は、選択的な外資の受け入れ政策は自国として採用せず、相手方にも認めないという点にあると思われる⁶⁴。

これ以外の多くの国々は、最恵国待遇を採用した上で、自国及び相手国に対して外資の受け入れについて一定の選択の余地を残しながら、新たに締結する投資協定において、“for greater certainty”や“for the avoidance of doubt”の表現を付記するなどして、最恵国待遇条項の不確定性を排除し、特定の事項に関する最恵国待遇の適用を確保、あるいは排除する条文の作成をおこなっている⁶⁵。具体的には、添付資料に示したノルウェーやカナダのモデル協定に見られるように一般的な待遇に関する原則と例外を重層的に組み合わせ、自国の関心のある特定の事項については別途規定を設けて、国家の権限を明確化、あるいは当該事項に関する投資財産・投資家の待遇を規定する条文の細分化が進んでいる。

我が国が締結する投資協定においても、将来の解釈における混乱を避けるためには、条文によって規定の趣旨・目的とともに最恵国待遇の適用範囲の明確化を図る必要がある⁶⁶。しかし、最恵国待遇に対する原則的な立場を明確にせずに、対処療法的に制限的な規定を安易に追加し続ければ、競争条件の平準化という最恵国待遇条項の機能を縮減させることにもなり、中長期的には海外で活動する日本の企業・投資家にとっての権利・利益にマイナスの影響を与えることも考えられる。

また投資に関する国際法をめぐるより一般的な状況として、二国間投資条約や経済連携協定に加えエネルギー憲章条約などの分野別のプルの枠組み、WTO体制におけるTRIM（貿易に関連する投資措置に関する協定）やGATS（サービス協定）におけるサービス貿

⁶³ 「添付資料1：関連条文 II. 最恵国待遇条項」参照。

⁶⁴ 他方で、東南部アフリカ共通市場 (COMESA) やアンデス共同体 (Andean Pact) などの経済統合条約、あるいは日・シンガポール (2002 年)、韓国・シンガポール (2005 年)、EC・Chile (2000 年) の EPA、そしてインド・シンガポールの包括経済協力協定 (2005 年) のように投資章において最恵国待遇を採用しないものもある。特にシンガポールが締結する条約では最恵国待遇を採用しない場合が多い。

⁶⁵ See, e.g., Footnote 13 to Free Trade of the Americas (FTAA) (Draft Text) (November 21, 2003); Central American Free Trade Agreement (CAFTA) (Draft Text) (January 28, 2004), reported in ASIL, International Law In Brief (February 6, 2004); Annex III to Canada's Foreign Investment Protection and Promotion Agreement (FIPAs) (Negotiating Programme) (May 19, 2004).

⁶⁶ また、新たな協定における条文上の手当ては、現存する投資協定に挿入されている最恵国待遇条項の解釈適用をめぐる問題を直接に解消するものではなく、今後も投資協定仲裁判断の動向を注視し続けなくてはならない。

易の規律、あるいは地域経済統合条約など規律の集積が進むとともにその定立方式と内容は拡散の傾向にあることが指摘されている⁶⁷。単一の協定の内容をみても、従来の投資保護から、PRのような自由化規律、あるいはEPA（経済連携協定）のような投資の保護・促進と貿易の自由化と連動させたものへと拡がりを見せている。

こうした多角的な枠組みの不在の下での二国間協定の機能拡大、そして規律内容の明確化・精緻化によって、競争条件の平準化という最恵国待遇条項の機能は制約される傾向にあると思われる⁶⁸。今後も、投資に関する国際法の定立様式の多様化による投資に関する国際法の重層化と各協定における規律事項の細分化が進む中で、一般的な待遇としての最恵国待遇条項のみでは国際的な投資環境の平準化をなしえない局面が増加してゆく可能性がある⁶⁹。

こうした状況の下で、個々の協定における利益の均衡に拘泥せず、中長期的な利益の獲得を重視し、最恵国待遇の対象を最大限に確保する選択肢のひとつがイギリスのモデル協定に見られる立場である⁷⁰。この場合、自国及び相手国に選択的な外資の受け入れ政策の余地は、ほとんどなくなることになる。他方で、自国及び相手国に一定の選択の余地を残しつつ、最恵国待遇による利益を最大化するためには、協定全体の構成を通じて、一般的な待遇に関する原則と例外を重層的に組み合わせ、自国の関心のある特定の事項については別途規定を設けて、第三国の企業・投資家に対して劣後することのない公正な投資環境の確保するような規定作りをおこなう必要がある。その際には、近時の投資協定仲裁において、無差別原則として最恵国待遇条項が援用されないという現状が意味するところも含めて⁷¹、今一度、どのような目的で最恵国待遇を導入し、それによってどのような待遇を得、あるいはどのような措置・状況を回避しようとしているのかを検討する必要がある。

従来から最恵国待遇に期待されてきた第三国の企業・投資家に対して劣後することのない投資環境の確保の問題は、企業・投資家による投資協定仲裁での援用という一局面に止まるものではない。投資に関する国際法の重層化における第三国条約からの権利・利益の均霑という点に関しては、ノルウェーのModel BITで「自由貿易地域、関税同盟（あるいは同様の投資の自由化に関する協定）、労働市場統合協定」に関わる利益の均霑を例外としつつも、一方の当事者の要請に基づいて、これらの協定によって付与された権利・利益

⁶⁷ UNCTAD, “Development Implications of International Investment Agreements,” IIA Monitor No.2 (2007).

⁶⁸ 現在までの投資仲裁では明確な判示は示されていないが、非申立ての国の中には、経済連携協定の投資章によって付与された待遇は、多くの投資協定で「例外」として挙げられている「自由貿易地域」による待遇に該当すると主張するものもある（Société Générale v. Dominican Republic, UNCITRAL, LCIA Case No. UN7927 (France/Dominican Republic BIT), Preliminary Objections to Jurisdiction, 19 September 2008, paras. 42-43）。

⁶⁹ 通商に関する国際規律の重層化と無差別原則の浸食については、上野麻子「RIETI コラム 163：特恵的貿易取極による無差別原則の浸食—サザランドレポートの警鐘—」独立行政法人経済産業研究所、2005年3月2日参照。

⁷⁰ イギリスのモデル協定では、他の国際条約上の規則の適用が、より有利な待遇を付与する場合は、その利益も当該投資協定の利益として組み込むことを規定している（Article 11 of UK Model IPPA（「添付資料1：参考条文 II 最恵国待遇条項」））。

⁷¹ 前掲註25参照。

の均霑の可能性について協議をおこなうことを義務付ける条項を設けている⁷²。

これらの協議条項が実際にどの程度機能するものであるかについては今後の調査が必要であるが、投資に関する国際法の重層化のみならず、企業・投資家をめぐる待遇やそれをめぐる規制の在り方は不断に変化するものであることを認識した上で、恣意的な外資利用や一貫性を欠いた政策を排除するために、受入国に対して第三国の企業・投資家との間での公平な投資環境の整備を継続的に働きかけることができる枠組みを強化することも必要であろう⁷³。

本稿は、平成 20 年度専修大学研究助成「投資仲裁をめぐる国際法解釈の在り方」の研究成果の一部である。

⁷² Article 4 (2) of Draft Norway BIT 2007 (「添付資料 1 : 参考条文 II-2 均霑対象を制限している最恵国待遇条項」)

⁷³ 例えば、日・メキシコ PA や日本・マレーシア EPA などでは、協定上の機関として民間代表も参加する「ビジネス環境整備小委員」が設置され、定期的にビジネス環境の整備に関連する協議、およびその改善策について両締約国への勧告が行われている。