Ⅱ「不当な又は差別的な措置等」の禁止に関する規定の意義

（西元委員）

はじめに

本稿は、今日、多くの投資協定に挿入されている締約国による「恣意的又は差別的な措置（arbitrary or discriminatory measures）」あるいは、「不合理な又は差別的な措置（unreasonable or discriminatory measures）」によって、他方の締約国の投資家による投資、あるいは投資に関連する事業活動を阻害することを禁止する旨の規定の意義について検討を行なう。

当該規定は、二国間通商条約以来の規定であり、今日、多くの投資協定に挿入されている。また、一見して、締約国の広範な措置を禁止の対象とする条文であるにもかかわらず、その具体的な意義や射程については十分議論の対象にされてこなかった[1]。仲裁廷及び学説の中には、慣習国際法上の最低基準や公正衡平待遇と類似、あるいは同様のものとして論じるものがある一方で、投資協定の中には公正衡平待遇とは独立した規定として挿入されており、仲裁判断においても公正衡平待遇とは、独立した基準として扱われる場合も少なくない。いずれにせよ、近年の投資仲裁協定においても、他の待遇に関する規定と比較して、解釈の対象とされる機会が少なく、その内容・射程や他の待遇に関する規定との関係には不明確な部分が多い。

本稿では、近年の投資協定仲裁判断の検討を通じて、この規定の有する独自の意義を探ることにしたい。

Ⅰ．規定の概要

１．規定の起源[2]

不当な又は差別的な措置（unreasonable or discriminatory measures）の禁止、あるいは恣意的な又は差別的な措置（arbitrary or discriminatory measures）の禁止に関する規定は、第二次世界大戦後に締結された通商条約で定型化されたものとされている。こうした条文・表現としての起源は、1948年のハバナ憲章11条にまで遡られるが、その内容は慣習法上の基準に拠るものであるとされている。この点が、慣習国際法上の最低基準や公正衡平待遇との類似性を指摘される由縁であるが、後述するように現在までの条約実行で、この規定の内容に「国際法に従って」あるいは「慣習国際法上の最低基準」との限定を付加するものは確認できない。

当該規定は、最初の二国間投資協定である 1959 年にドイツとパキスタンとの間で締結さ

[1] 主要なものについては、末尾の<主要参考文献>を参照。

[2] Vandevelde, Bilateral Investment Treaties (2009), pp. 215-219

れた協定においても挿入され[3]、また1967年のOECD外国人の財産に関する条約草案にも同様の規定が置かれたことなどから[4]、60年代には条文表現の定式化が進み、70年代以降には、各国の締結する投資協定の多くに同様の規定が置かれるようになってゆく。

今日、日本が締結する投資協定においても、下記のような「不当な又は差別的な措置により、他方の締約国の投資家の投資に関連する事業活動をいかなる意味においても阻害してはならない」との条文が規定されている。

＜1997 日本香港 BIT＞

第２条

３　各締約政府の投資家の投資財産及び収益は、他方の締約政府の地域内において、常に公正かつ衡平な待遇を与えられ、並びに完全な保護及び保障を享受する。いずれの締約政府も自己の地域内において、不当な又は差別的な措置により、他方の締約政府の投資家の投資に関連する事業活動をいかなる意味においても阻害してはならない。各締約政府は、他方の締約政府の投資家の投資に関して義務を負うこととなった場合には、当該義務を遵守する。

＜2008 日本ウズベクキスタン BIT＞

第３条

１ 一方の締約国は、他方の締約国の投資家の投資財産に対し、公正かつ衡平な待遇並びに十分な保護及び保障を与える。

２ いずれの一方の締約国も、自国の区域内において、恣意的な措置により、他方の締約国の投資家の投資財産の運営、経営、維持、使用、享有及び売却その他の処分をいかなる意味においても阻害してはならない。

３ 一方の締約国は、他方の締約国の投資家の投資財産及び投資活動に関して義務を負うこととなった場合には、当該義務を遵守する。

２．規定の類型

（１）一般的な待遇に関する条文の一部として規定されたもの

こうした規定は、主に一般的な待遇に関する条文の一部として①単独の条文として規定される場合もあるが、②前出の1997日本香港BITのように同一の条文において、他の待遇に関する基準と併記される場合もある。②については、いわゆる相対的な基準といわれる内国民・最恵国待遇と併記されることは少なく、多くの場合、絶対的な基準とされる公正衡平待遇や完全保護、あるいは義務遵守条項などと併記される場合がほとんどである。また、類似の内容をもつとされる公正衡平待遇や完全保護が、「慣習国際法に従って（in accordance with customary international law）」と規定するものや、あるいは

[3] German-Pakistan BIT Art. 2(1)

[4] Article 1(a) of the OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property.

「慣習国際法上の最低基準(customary international law minimum standard)」と明記される場合があるのに対し、当該規定についてはこうした規定はみられない。

他方で、③一部のBITには「締約国の法令に影響を及ぼすことなく（without prejudice to its laws and regulations）」という、他の待遇に関する規定には付されない限定が付加されるものがある[5]。この規定は、中国を一方の締約国とする投資協定のみにみられるものである。

①単独で規定される場合

＜1998 Bolivia-US BIT＞

ARTICLE II

3.

a) Each Party shall at all times accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security, and shall in no case accord treatment less favorable than that required by international law.

b) Neither Party shall in any way impair by unreasonable and discriminatory measures the management, conduct, operation, and sale or other disposition of covered investments.

②他の基準と併記される場合

＜1995 Netherland-South Africa BIT＞

Article 3

1) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment of the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors. Each Contracting Party shall accord to such investments full physical security and protection.

③国内法令に関する限定句が付される場合

＜2005 ベルギー＝中国 BIT＞

ARTICLE 2

4. Without prejudice to its laws and regulations, neither Contracting Party shall take any unreasonable or discriminatory measures against the management, maintenance, use, enjoyment and disposal of the investments by the investors of the other Contracting Party.

（２）特定の待遇や権限行使に関する規定

この規定は、一般的な待遇に関する規定の中に置かれる場合が多いが、送金やPR、あるいは一般例外など特定の待遇や権限行使に関する規定の中で、同様の待遇が規定され

[5] Norah Gallagher, Chinese investment treaties : policies and practice(2009), pp. 135-136

る場合もある。

＜2004 Canada Model BIT＞

Article 10 General Exceptions

1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary:

(a) to protect human, animal or plant life or health;

(b) to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement; or

(c) for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

３．小括：投資協定における位置づけ

一般待遇に関する規定の中では、特に公正衡平待遇について、慣習法上の最低基準を指すのか、あるいは、慣習国際法上の最低基準以上の各協定独自の待遇を指すのかが議論されてきた。NAFTAについては、1105条1項で「国際法に従って（in accordance with international law）」公正衡平待遇を与えることが義務付けられていたが、Pope & Talbot事件、SD Myers事件の仲裁廷は、この規定が与える待遇の内容を、NAFTAが北米三カ国間のより一層の強固な経済関係を築く目的で締結されたことから、一般国際法上の義務に付加する内容を有するとの判断を示した。この判断を受けて、2001年には、参加国の閣僚によって構成されるNAFTA自由貿易委員会の覚書によって、NAFTAにおける公正衡平待遇の内容は、慣習国際法上の最低基準を付与するものであり、それ以上の待遇を求めるものではないことが明確化された。その後の各国の条約実行においても、公正衡平待遇を規定する際に、「慣習国際法に従って（in accordance with customary international law）」と規定するものや、あるいは「慣習国際法上の最低基準(customary international law minimum standard)」を付与するとした上で、その内容として公正衡平待遇や完全保護を書き出すものもみられる。

他方で、不当な又は差別的な措置の禁止に関する規定については、その内容は公正衡平待遇や完全保護同様、慣習国際法に由来する基準であるとされるものの、現在の各協定における当該規定の条文表現を見る限り、「慣習国際法に従って（in accordance with customary international law）」と規定するものや、あるいは「慣習国際法上の最低基準（customary international law minimum standard）」と明記されるものは見られない。また、同一の条文中に公正衡平待遇や完全保護に関する規定が含まれている場合においても、公正衡平待遇と同様、あるいは、その内容の例示とみなすべき条文表現は見られなかった。

全体として、現在の投資協定の多くにおいて、少なくとも条文上は、当該規定が示す基準は、公正衡平待遇や完全保護とは異なる内容を有する、必ずしも慣習国際法に結び付けられない独自の基準として位置づけられていると考えることが出来る。

Ⅱ．規定の構成要素とその意義

前出のように、当該規定の条文表現は、一定程度定式化されているが、各協定において、その条文表現には若干の異同がみられる。以下では、現在の投資協定における当該規定に共通する構成要素のうち、主要なものの対象・範囲の検討をおこなう。

１．禁止の対象・範囲

（１）禁止の対象：措置/阻害

多くの協定では、締約国が恣意的な又は差別的な措置によって投資を「阻害する（impair/prejudice）」ことを禁じる条文表現が用いられているが、なかには締約国が恣意的な又は差別的な措置を取ること自体を禁じるものもある。

＜2004ラトビア＝中国BIT＞

Article 2 PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENT

3. Without prejudice to its laws and regulations, neither Contracting Party shall take any unreasonable or discriminatory measures against the management, maintenance, use, enjoyment and disposal of the investments by the investors of the other Contracting party.

（２）「阻害」の意義

締約国に対して、投資及びそれに関連する活動を「阻害してはならない（shall not impair/prejudice）」としている場合、当該規定の違反を認定するためには、締約国の措置によって「阻害（impair/prejudice）」が生じていることが必要となる。

後述するSaluka事件仲裁廷は、阻害の意義を「投資の運営、経営、維持、使用、共有及び処分に影響を与える特定の侵害を意味する」[6]としている。「待遇」を保護の対象とする内国民待遇、最恵国待遇、公正衡平待遇については、締約国による明白な阻害が存在しない場合でも待遇に関する義務違反を構成しうることになるため、字句通りに解すれば、措置の存在に加えて、阻害の発生が要件とされることはこの規定の射程を狭まることになる。しかし、多くの仲裁判断ではこの点について明確な判断は示していない[7]。

（３）「待遇」の付与を義務付ける規定との比較

投資に関する一般的な待遇について規定する内国民待遇、最恵国待遇、そして公正衡平待遇に関する規定では、多くの場合、締約国に「待遇（treatment）」の付与を義務付けている。それに対して、当該規定は、締約国が禁止の対象とされているのは締約国が恣

[6] Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL, (Dutch/Czech BIT), Partial Award, 17 March 2006, para. 461.

[7] Andrew Newcombe, Law and practice of investment treaties : standards of treatment(2009), pp. 300-301; Ioana Tudor, The "Fair and Equitable Treatment Standard" in the international law of foreign investment(2008), pp. 200-201

意的な又は差別的な「措置（measures）」、あるいは措置によって阻害することであり、投資に関する「待遇（treatment）」一般には及んでいない。通常、措置は、締約国の作為・不作為を意味するものであるのに対し、待遇は、こうした作為・不作為の帰結をも含むとされるため、当該規定の規律対象は、字句の上では、内国民待遇、最恵国待遇、公正衡平待遇のような待遇を付与する規定に比して限定的であると解される。

また中国のBITに含まれている「締約国の法令に影響を及ぼすことなく（without prejudice to its laws and regulations）」という限定句によって、文言上、当該規定の適用範囲は、政府や関連機関の個別の行為による不当又は差別的な扱いに限定され、法令による不当又は差別的な措置は除外されることになると解される[8]。

２．保護の対象となる「投資」の範囲

一般待遇の一部として規定される場合、当該規定の保護は、投資家ではなく、投資財産に向けられている。具体的な条文としては、「投資」、あるいは「投資に関する活動」とのみ規定するものも多いが、「投資財産の運営、経営、維持、使用、享有及び売却その他の処分」[9]と各段階に言及するものも少なくない。多くの場合は、設立後の保護に対象が限定されているが、米国などが締結する一部の協定には、「取得（acquisition）」や「拡張（expansion）」を付加するものがあり、設立以前を保護の対象に含めるものもある[10]。

＜US-Ecuador Article II (3)＞

(b)Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments…

３．禁止の対象となる措置の性質

禁止の対象とされる措置について、具体的な表現では、「恣意的な又は差別的な措置（arbitrary or discriminatory measures）」、「不合理な又は差別的な措置（unreasonable or discriminatory measures）」[11]、「不当な又は差別的な措置（unjustifiable or discriminatory measures）」[12]、あるいは、これらの組み合わせのうち一方のみが規定される場合もある[13]。

---

[8] Norah Gallagher, Chinese investment treaties : policies and practice(2009), pp. 135-136

[9] 前出、2008 日本ウズベクキスタン BIT

[10] Ex. Finland-Armenia BIT, Artcle 2(2). 但し、同協定は、他の待遇の規定（内国民・最恵国待遇、公正衡平待遇等）においても「取得（acquisition）」や「拡張（expansion）」を適用範囲としている。同じく当該規定の適用範囲に「拡張（extension）」を加えているチリ・レバノン投資協定の内国民・最恵国待遇に関する規定には、投資のどの段階を適用範囲についての明示の表現は見られない。

[11] 1986 イギリス＝中国 BIT2 条

[12] US 2004 Model BIT Art. 8(3)

[13] 前出、2008 日本ウズベキスタン BIT3 条など。

またアメリカが締結する一部の協定では、「又は（or)」の替わりに「及び（and)」が用いられている場合がある。この場合、当該規定の違反を認定するには、問題となる措置が双方の性質を有することが必要とされる。

＜Netherlands-US BIT Article II(2)＞

(b) Neither Party shall in any way impair by arbitrary and discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investment. For the purpose of dispute resolution under Articles VI and VII, a measure may be arbitrary and discriminatory notwithstanding the fact that a party has had or has exercised the opportunity to review such measure in the courts or administrative tribunals of a Party.

Ⅲ．関連仲裁判断

当該規定については、他の待遇の関する規定と比較すると現在までの投資協定仲裁において、申立ての訴因として用いられることが少ない。また用いられた場合であっても、以下にみるように他の待遇に関する規定の適用に付随して判断されることが多く、部分的な検討に止まっている場合がほとんどである。

各投資協定における個々の待遇に関する規定が具体的にどのような内容を指すのかについては、ウィーン条約法条約解釈規則に従い、協定の趣旨目的、全体的な文脈、条文の文言、その他関連事情等によって確定されることになるが、以下では、II で示した当該規定に共通する構成要素のうち、「禁止の対象となる措置の性質」に関するものを中心に関連仲裁判断を検討する。

１．恣意な措置

（１）ICJ・ELSI 事件（1989 年）

本件は、経営不振にあったイタリアのシシリー電子工業会社（ELSI）に対して地元パレルモ市長が発した徴用命令とその後の同社の破産について、ELSI の親会社であるレイソン社のある米国が 1948 年米伊友好通商航海条約と 1951 年追加協定上の義務違反であるとして、国際司法裁判所に提訴した事案である。この際、パレスモ市長の行為が締約国の差別的・恣意的行為を禁止した 1951 年追加協定 1 条に違反したか否かが争点となった。

＜1951 年追加協定 1 条＞

"The nationals, corporations and associations of either High Contracting Party shall not be subjected to arbitrary or discriminatory measures within the territories of the other High Contracting Party resulting particularly・・・・"

国際司法裁判所は、差別的な措置については、当該措置が両当事国が株主の国籍を理由にしたものではない点で一致していること、また米国が主張するイタリア政府系のIRI社を優遇する計画があったとする証拠が不十分であったことを理由として十分な検討を行なわなかったが、恣意的な措置については、より詳細な検討を行なった。

米国は、問題となった市長による徴用命令が、その後権限踰越などを理由に知事や控訴裁判所によって違法な命令とされたことを受けて、その恣意性を論証しようとしたが、裁判所は、当該規定における「恣意性」について以下のような判断を示した。

> 128. Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. This idea was expressed by the Court in the *Asylum* case, when it spoke of "arbitrary action" being "substituted for the rule of law" *(Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950,* p. 284). It is a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety. Nothing in the decision of the Prefect, or in the judgment of the Court of Appeal of Palermo, conveys any indication that the requisition order of the Mayor was to be regarded in that light.

すなわち、単なる法令違反は行為の恣意性を示すには十分ではなく、「正当な法の手続きの意図的な無視や法の妥当性に関する感覚に明白に反するなど、「法の支配」そのものに反するものでなくてはならない」という基準が示された。但し、本件における市長の命令については、「現行の法制度や上訴などの救済制度の文脈を意識して行なわれ、そのように上級の行政機関や裁判所で取り扱われており、恣意的な行為には当たらない」との判断を下している[14]。この国際司法裁判所によって示された恣意性に関する判断基準は、先例としてその後の投資協定仲裁判断においてもしばしば参照されている[15]。

（2）投資協定仲裁

経済危機に際してアルゼンチンが発動した一連の対応策に関連して米国企業が提起したCMS事件[16]、LG&E事件[17]、Sempra Energy事件[18]では、米国アルゼンチン投資協定2条における恣意性を、Black's Law Dictionaryに掲載された「合理性や事実ではなく、偏見や選好に基づいた判断」との定義にしたがって、アルゼンチンの一連の措置の恣意性について判断がなされている。

---

[14] Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) v. Italy, ICJ (United States/Italy), Judgment, 20 July 1989, para. 129.

[15] Ex. Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/04/19 (US/Ecuador BIT), Award, 18 August 2008, para. 382; Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11 (US/Romania BIT), Award, 12 October 2005, para. 176; Azurix v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 (United States/Argentina BIT), Award, 14 July 2006, para. 392; Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8 (Germany/Argentina BIT), Award, 6 February 2007, para. 318.

[16] CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8 (US/Argentina BIT), Award, 12 May 2005, para. 202.

[17] LG&E v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1 (United States/Argentina BIT), Award, 25 July 2007, para. 158

[18] Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8 (Germany/Argentina BIT), Award, 6 February 2007, para. 318

＜US-Argentine BIT ArticleII (2)＞

b) Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments.

その結果、仲裁廷は経済危機におけるアルゼンチンの措置は、一貫性が欠如し、投資家の期待を裏切るものであり、公正衡平待遇違反は構成するものの、恣意的な措置とは言えないとして違反は認定されていない。同じくアルゼンチンに対して提起されたNational Grid事件でもBlack's Law Dictionaryの定義に依った同条の解釈がなされ、アルゼンチンの行為は恣意的とまでは言えないとする判断が下されている[19]。

この定義を採用した上で、受入国の措置の恣意性が認定された事案としては、Occidental事件がある。エクアドル税法が定める付加価値税の還付に関して、他の産品の輸出事業者が還付を受けているにも関わらず、米国Occidental社が還付を受けられなかったことにつき、米国・エクアドルBITにおける当該規定[20]に違反する恣意的あるいは差別的な措置にあたるとの申立てが行なわれた。

この申立てについて、仲裁廷は、エクアドルのとった措置は、「偏見や選好に基づいたものではないものの、合理性や事実に基づいた判断ではなかった」とし、還付に関するエクアドルの混乱、あるいは不明朗な対応は、ある種の恣意性を構成すると判断した[21]。

（3）小 括

恣意性に関する ELSI 事件と Black's Law Dictionary に示された恣意性の内容に関する理解について対立的な立場を取るものではなく、実質的には同じ内容を異なる典拠をもって説明しているにすぎないと解される。

Azurix事件仲裁廷及びSiemens事件仲裁廷は、恣意性に関する過去の国際判例を引用した上で、Black's Law DictionaryとELSI事件における双方の見解とともに、「故意に法の存在を無視する（willful disregard of the law）」という点を重視するという意味において共通するとしている[22]。

但し、これらの事案では、公正衡平待遇の構成要素として恣意性が検討されている点には注意を要する[23]。また、しばしば恣意性に関する解釈実践としてNAFTAにおける公

---

[19] National Grid plc v The Argentine Republic, UNCITRAL (UK/Argentina BIT), Award, 3 November 2008, para. 196-201.

[20] 前出US-Ecuador BIT ArticleII(3).

[21] Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467 (US/Ecuador BIT), Final Award, 1 July 2004, para. 163-166.

[22] Azurix v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 (United States/Argentina BIT), Award, 14 July 2006, para. 392; Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8 (Germany/Argentina BIT), Award, 6 February 2007, para. 179

[23] Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (United States/Argentina BIT), Award, 22 May 2007, para. 281; LG&E v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1 (United States/Argentina BIT), Award, 25 July 2007, para. 157-162; Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16 (US/Argentina BIT), Award, 28 September 2007, para. 315-318; Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL (United States/Czech Republic BIT), Award (Final), 3 September 2001, para. 221-223; Noble

正衡平待遇の構成要素として検討された一連の事案が引用されるが[24]、NAFTAには独立した規定・表現として当該規定は存在しない。

２．差別的な措置

先にも述べたように、内国民・最恵国待遇などの無差別原則に関する条項とは異なり、当該規定に基づく差別の意義を単独で扱った事案の数は少ない。

数少ない事案であるNykomb v. Latvia事件（2003 年）では、ラトビア政府と外国企業との電力買い上げ契約の内容変更に伴う一連の措置について、エネルギー憲章条約 10 条上の義務違反が争われた[25]。この際、仲裁廷は、10 条中の「差別的な措置の禁止」について以下のような判断を下した[26]。

> 128 The *Arbitral Tribunal* accepts that in evaluating whether there is discrimination in the sense of the Treaty one should only "compare like with like". However, little if anything has been documented by the Respondent to show the criteria or methodology used in fixing the multiplier, or to what extent Latvenergo is authorized to apply multipliers other than those documented in this arbitration. On the other hand, all of the information available to the Tribunal suggests that the three companies are comparable, and subject to the same laws and regulations. In particular, this appears to be the situation with respect to Latelektro–Gulbene and Windau. In such a situation, and in accordance with established international law, the burden of proof lies with the Respondent to prove that no discrimination has taken or is taking place. The Arbitral Tribunal finds that such burden of proof has not been satisfied, and therefore *concludes* that Windau has been subject to a discriminatory measure in violation of Article 10 (1).

Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11 (US/Romania BIT), Award, 12 October 2005, para. 176-177; CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8 (US/Argentina BIT), Award, 12 May 2005, para. 292.

[24] See ex., SD Myers v. Canada, UNCITRAL (NAFTA), Award on Liability, 13 Nov 2000, para. 263; Mondev Intl. Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (NAFTA), Award, 11 October 2002, para. 127; Waste Management, Inc. v. United Mexican States, , ICSID Case No. ARB(AF)/00/3 (NAFTA), Award, 30 April 2004 at para. 127; Pope & Talbot v. Canada, UNCITRAL (NAFTA), Award in Respect of Damages, 31 May 2002, paras. 63-64; ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1 (NAFTA), Award, 9 January 2003, paras. 188, 191; Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3 (NAFTA), Award, 26 June 2003, paras. 131-133.

[25] Article 10 Promotion, Protection and Treatment of Investments
(1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favorable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favorable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.

[26] Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (ECT), Award, 16 December 2003, para. 128.

仲裁廷は、ラトビア政府が立証責任を果たしていないことを直接の理由としながらも、同じ法令の下で規制を受けているにもかかわらず、申立人のみが異なる取り扱いを受けていることによってラトビアの対応を差別的な措置として認定した。

同じく国有銀行の民営化政策にともなう措置の是非が争われたSaluka事件の仲裁廷は、差別の認定基準として①同様の状況における、②異なる扱いの存在と③正当な事由の欠如をその認定基準として挙げている[27]。

また、アルゼンチンに対するEnron事件仲裁廷は「他社や他の分野と比較して、申立人の待遇に対して、気まぐれで、不合理で、不条理な差異化がなされた」場合に差別を構成するとした[28]。同じくアルゼンチンに対するCMS事件、Sempra事件でも、仲裁廷は、同条における差別の認定についてEnron事件の判示を継承した[29]。

以上のように、当該規定における差別の認定に際しては、措置の前提となった事業環境や事業の同一性を中心に検討が行なわれ、国籍に基づく差別や差別の意図は含まれない場合が多い[30]。

３．不当・不合理な措置

当該規定における不当・不合理な措置の意義については、恣意的な措置や差別的な措置と明確な区別なく議論されることが多く、単独でその内容を検討した事案は少ない。また措置の不当性・不合理性に関する検討がなされた場合であっても、公正衡平待遇に関する申立ての検討と併せて行なわれることが多いため、両者における判断内容の異同は明確ではない。

先に言及したSaluka事件の仲裁廷では、受入国の措置に求められる「合理性原則」の存在を前提として、当該規定における合理性の要件と公正衡平待遇が求めるものは同一であるとしている。

> 460. The standard of “reasonableness” has no different meaning in this context than in the context of the “fair and equitable treatment” standard with which it is associated; and the same is true with regard to the standard of “nondiscrimination”. The standard of “reasonableness” therefore requires, in this context as well, a showing that the State's conduct bears a reasonable relationship to some rational policy, whereas the standard of “non-discrimination” requires a rational justification of any differential treatment of a foreign investor.

---

[27] Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL, (Dutch/Czech BIT), Partial Award, 17 March 2006, para. 313.

[28] Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (United States/Argentina BIT), Award, 22 May 2007, para. 282.

[29] ただし、これら一連の事案では、結論として差別は認定されなかった。

[30] 一部の仲裁にはこれらを含めるものもある Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL (United States/Czech Republic BIT), Award (Final), 3 September 2001, para. 281; LG&E v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1 (United States/Argentina BIT), Award, 25 July 2007, para. 146; Genin and others v. Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2 (United States/Estonia BIT), Award, 25 June 2001, para. 369.

またこの判示では、受入国の措置の合理性の欠如が差別を構成するとしており、当該規定における不合理な措置と差別的な措置の検討は、多くの部分で重複することになる。

同じく問題となった投資協定に公正衡平待遇が規定されていたMTD事件[31]、CME事件[32]、BG Group事件[33]の仲裁廷においても、同様の立場が取られており、不当・不合理は公正衡平待遇違反を検討する際の要素の一つとして検討がなされている。

但し、Saluka事件の仲裁廷は、当該規定における「阻害」の要件を理由に公正衡平待遇とは独自した個別の規定として存在する意味までは否定していない。

> 461. Insofar as the standard of conduct is concerned, a violation of the non-impairment requirement does not therefore differ substantially from a violation of the "fair and equitable treatment" standard. The non-impairment requirement merely identifies more specific effects of any such violation, namely with regard to the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal of the investment by the investor.

Ⅳ. 結 び

以上のように、二国間投資協定における不当な又は差別的な措置の禁止、あるいは恣意的な又は差別的な措置の禁止に関する規定は、その起源においては、公正衡平待遇同様、慣習法上の基準の表現であるとされているが、今日の二国間投資協定において、多くの場合、当該規定は、慣習法国際法上の最低基準や公正衡平待遇とは関連付けられず、条約上の独自の基準として位置づけられていると解される。

多くの規定では、保護の対象は、「投資および関連する投資活動」とされ、文言上も規律の対象が締約国の「恣意的な措置」、「差別的な措置」、「不当・不合理な措置」とされている。また、文言上、「措置による阻害」を違反する要件となるため、公正衡平待遇、内国民・最恵国待遇などの他の待遇に関する規定と比較した場合、その規律の対象・範囲は限定的であると解される。

しかし、現在までの投資協定仲裁による解釈実践のなかでは、公正衡平待遇、内国民・最恵国待遇などの他の待遇に関する規定に基づく申立てとともに、あるいは代替的な申立てとしてなされること、また、「恣意的な措置」、「差別的な措置」、「不当・不合理な措置」といった禁止の対象となる措置の性質が、他の一般的な待遇の規律内容と重複しているために、当該規定の独自の意義や関連する他の待遇に関する規定との関係は不明確な部分が多い。多くの仲裁判断で当該規定を構成する諸要素の解釈の問題は、他の待遇に関する規定の解釈の後景に退き、仲裁廷による判断は断片的なものに止まっている。

---

[31] MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (Malaysia/Chile BIT), Award, 25 May 2004, para. 196.

[32] CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL (The Netherlands/Czech Republic BIT), Final Award, 14 March 2003, para. 612.

[33] BG Group Plc v. Argentina, UNCITRAL (UK/Argentina BIT), Award, 24 December 2007, paras. 342-343

以上のように、現状において当該規定が独自の意義を発揮する状況は限定的であると考えられる。但し、他の一般的な待遇の保護が及ばない一般的な待遇に関するものでも規律の範囲が投資の取得や拡張をも含むものや、あるいは、一般的な待遇規定が及ばない特定の待遇や懸念行使に関する規定に適用される待遇として当該規定が置かれている場合には、投資財産の侵害の具体状況如何では独自の意義を有すると考えられる。実際、例外規定や特定の国家の権限行使を留保・確認する規定である PR 規定、送金規定、例外規定などについては、別途この種の基準を明記されている。

また、一般的な待遇に関しても、公正衡平待遇については、前述のように 2001 年以降「慣習国際法に従って」と規定するものや、あるいは「慣習国際法上の最低基準」を付与するものが増えており、仲裁廷の裁量の幅は狭められているのに対し、当該規定については、こうした限定はおかれず、依然として文言上、条約独自の基準と解することは可能なので、具体的な関連事情を勘案して、予め定型化がすることが困難な投資家の権利・利益の侵害に対する救済の手段として用いられる可能性はある。

主要参考文献

Articles

Arbitrary and Unreasonable Measures
Heiskanen, Veijo / Oxford University Press / In: Standards of Investment Protection / ed. by August Reinisch, ISBN 9780199547432 / 2008

Protection against Arbitrary or Discriminatory Measures
Schreuer, Christoph H. / Oxford University Press / In: The Future of Investment Arbitration / ed. by Catherine A. Rogers, Roger P. Alford / 2009

Books

Chinese Investment Treaties: policies and practice
Gallagher, Norah / Oxford University Press / 2009

Law and Practice of Investment Treaties: standards of treatment
Newcombe, Andrew / Kluwer Law International / 2009

The law of Investment Treaties
Salacuse, Jeswald W. / Oxford University Press / 2010

The "Fair and Equitable Treatment Standard" in the international law of foreign investment
Tudor, Ioana / Oxford University Press / 2008

U. S. International Investment Agreements
Vandevelde, Kenneth J. / Oxford University Press / 2009

Bilateral Investment Treaties: History, policy and Interpretation
Vandevelde, Kenneth J. / Oxford University Press / 2009