

Ⅲ 例外と最恵国待遇条項

(濱本 委員)

はじめに

I. 例外条項への最恵国待遇条項の適用を扱う仲裁先例

II. 投資家に条約により与えられる待遇の内容を制限する規定を扱う仲裁先例

A. 事例の検討

1. NAFTA 1105 条 1 項 (公正衡平待遇義務) に関する NAFTA 公正貿易委員会解釈ノート

2. 補償額を制限する規定

B. 最恵国待遇条項の適用範囲に関する条約当事国の合意による適用排除

III. 条約そのものの適用範囲を制限する規定

A. 条約の時間的適用範囲

1. Tecmed v. Mexico (2003)

2. MCI v. Ecuador (2007)

B. 条約の事項的適用範囲 *Société générale v. Dominican Republic*

C. 最恵国待遇条項の適用が認められない理由

IV. 日本の BIT/EPA に定められている例外規定と最恵国待遇条項

おわりに

はじめに

日本が締結している投資協定(BIT)・経済連携協定(EPA)投資章のうち、2002 年に署名されたものは、2001 年以前に署名された BIT にはない例外規定を置いている。たとえば、2011 年署名の日インド EPA は、11 条において、投資章について GATT20 条および 21 条を必要なる変更を加えた上で(*mutatis mutandis*)適用する、と定める。

他方、日本の BIT/EPA 投資章には、もちろん最恵国待遇条項が置かれている¹。日インド EPA の場合、86 条において、「一方の締約国は、自国の区域内で行われる投資財産の経営(*management*)、管理(*conduct*)、運営(*operation*)、維持(*maintenance*)、使用(*use*)、享有(*enjoyment*)、売却(*sale*)その他の処分(*other dispositions*)に関し、他方の締約国の投資家及びその投資財産に対し、同様の状況において第三国の投資家及びその投資財産に与える待遇よりも不利でない待遇を与える。」と定める。

投資家から見れば、例外条項を適用されることはすなわち不利な取り扱いを受けることである。ならば、たとえば日インド EPA のように GATT20 条・21 条の *mutatis mutandis* な適用を定める条約の保護を受ける投資家は、当該 BIT/EPA の最恵国待遇条項を根拠に、そ

¹ 2002 年シンガポール EPA を除く。参照、同 EPA89 条 2 項。

のような例外条項を置いていないたとえば日モンゴル BIT を援用し、例外条項の適用を排除することは認められるのだろうか。

BIT/EPAにおける最恵国待遇条項については、西元による一連の研究²があり、上記問題についても既に言及されている³。本稿では、西元の詳細な研究を基礎としつつ、例外条項との関連での最恵国待遇条項の機能に限定して検討する。以下、例外条項への最恵国待遇条項の適用が直接扱われた事例をまず検討する(I.)。ただし、そこから直ちに明確な結論を引き出すことが困難であるため、次に、例外条項を「投資家に条約により与えられる待遇の内容を制限する規定」と理解した場合にどのような結論となるか(II.)、続いて、「条約そのものの適用範囲を制限する規定」と理解するとどのような結論となるか(III.)、をそれぞれ仲裁先例を基に考え、最後に、日本のBIT/EPAが定める例外規定に関する最恵国待遇条項の適用可能性について検討する(IV.)。

I. 例外条項への最恵国待遇条項の適用を扱う仲裁先例

直接この問題を扱う先例としては、一連のアルゼンチン経済危機関連事例⁴の一つであるCMS v. Argentinaがある⁵。アルゼンチン・米BITには安全保障条項（11条⁶）が含まれている。すなわち、安全保障条項の適用を受けることは投資家により不利であるため、当該BITの最恵国待遇条項を通じて、アルゼンチンが締結している他のBITで安全保障条項を含まないもの（例、アルゼンチン・英BIT）が援用された場合である。

CMS v. Argentinaでは、申立人のそのような主張⁷に対し、仲裁廷は、アルゼンチンが締結した他のBITの中に、類似した安全保障条項が置かれており、かつ同条項が投資家により有利なように定められている場合には、申立人の主張も成り立つかもしれないことは認めつつ、他の条約に安全保障条項が置かれていない場合には、最恵国待遇条項（アルゼン

² 西元宏治「最恵国待遇」小寺彰（編著）『国際投資協定』（三省堂、2010年）、西元宏治「旧社会主義国 BIT の制限的紛争処理条項の解釈と紛争処理条項に対する最恵国待遇条項の適用」JCA ジャーナル 57 巻 8 号（2010 年）18-25 頁、西元宏治「投資協定における最恵国待遇条項の適用範囲」『投資協定仲裁研究会 報告書』（平成 20 年度）（公正貿易センター、2009 年）45-89 頁、西元宏治「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）8-17 頁。

³ 西元・前掲注 2（平成 20 年度報告書）・55 頁、81 頁。

⁴ 詳細につき、参照、川瀬剛志「投資協定における経済的セーフガードとしての緊急避難」RIETI Discussion Paper Series 09-J-003（2009 年）

⁵ アルゼンチン経済危機関連事例のうちアルゼンチン・米条約に基づく他の事例では、最恵国待遇条項の援用による安全保障条項の回避は試みられておらず、したがって仲裁廷も議論していない。See LG&E v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006; Enron v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007; Sempra v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007; Continental Casualty v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008. このうち、Enron および Sempra 仲裁判断は、本稿とは関係のない理由により取り消されており、現在再申立手続が進行中である。また、LG&E および Continental Casualty 事件では、取消手続が進行中である。

⁶ “This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”

⁷ CMS v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 343. 本件仲裁判断はのちに一部取り消されているが、本稿とは関係のない理由による。

チン・米BIT 2 条 1 項⁸・4 条 3 項⁹) の援用によって安全保障条項欠如の主張をすることができず、「いずれにせよin any event」、被申立国が主張するとおり同種規則(the *ejusdem generis rule*)に照らして申立人の主張は却けられるべきである、と判示した¹⁰。

おそらく、仲裁廷は、安全保障例外は投資家ないし投資財産の「待遇treatment」に関する規定ではなく、したがって同種規則により最恵国待遇条項は適用されない、と判断したものと推測される。しかし、仲裁廷は、安全保障例外は「待遇」に関する規定でないとする理由を何ら示しておらず、また、被申立国側の主張もこれ以上に詳しく述べられてはいない。そもそも、何が「待遇」に該当するかについての判断が容易でないことは、紛争処理条項に対する最恵国待遇条項の適用があり得るかどうかについて、紛争処理条項が「待遇」に関する条項であるかどうかをめぐって仲裁判例・学説とも一致しない現状¹¹を見れば明らかであり、例外条項が「待遇」に関する規定かどうかを議論しても生産的な結果が得られるとは考えにくい。したがって、本判断の理解のためには、最恵国待遇条項の援用可能性が議論された他の類似事例を検討する必要がある。

II. 投資家に条約により与えられる待遇の内容を制限する規定を扱う仲裁先例

日インド EPA 11 条などの例外条項は、それがなければ与えられるはずの保護を一定の場合には与えないことを明示する規定である。すなわち、その条約に関する限り、例外条項の範囲において投資家に保護を与えない、という条約当事国の意思が明確に示されている。すなわち、これは、投資家に条約により与えられる待遇の内容を制限する規定でもある。

A. 事例の検討

1. NAFTA 1105 条 1 項（公正衡平待遇義務）に関する NAFTA 公正貿易委員会解釈ノート

そのような、投資家に条約により与えられる待遇の内容を制限する規定の例として、NAFTA1105 条 1 項¹²（公正衡平待遇義務）を「慣習国際法上の外国人待遇最低基準the customary international law minimum standard of treatment of aliens」に限定するNAFTA公正貿易委員会の 2001 年 7 月 31 日解釈ノート¹³を挙げることができる¹⁴。他方で、NAFTA1103

⁸ “Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities [...] of nationals or companies of any third country”.

⁹ “Nationals or companies of either Party whose investments suffer losses in the territory of the other Party owing to [...] state of national emergency [...] shall be accorded treatment by such other Party no less favorable than that accorded [...] to nationals or companies of any third country [...] as regards any measures it adopts in relations to such losses.”

¹⁰ CMS v. Argentina, para. 377.

¹¹ 参照、西元・前掲注 2（JCA ジャーナル 55 巻 9 号）。

¹² “Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”

¹³ <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=en>>

¹⁴ 公正貿易委員会の解釈ノートは、NAFTA1131 条 2 項に基づき、仲裁廷を拘束する。この問題については、

条¹⁵は最恵国待遇を定めている。では、NAFTA1103 条を通じて、NAFTA当事国が締結している他のBITに定められた公正衡平待遇義務であって、「慣習国際法上の外国人待遇最低基準」に限定されていないものを援用することは可能だろうか。

上記解釈ノートが出されるきっかけの一つとなったPope & Talbot v. Canadaにおいて、解釈ノート以前に出された第二段階本案判断において、仲裁廷は、NAFTA 1105 条の解釈如何に拘わらず、NAFTA 1103 条に基づいてより高い水準の保護が受けられる可能性に言及していた¹⁶。もっとも、解釈ノート後の賠償判断においては、解釈ノートを前提としたとしても当該事件においてカナダのNAFTA 1105 条違反が成立するとして、NAFTA 1103 条の適用可能性についての議論は不要としている¹⁷。

この問題は、Chemtura v. Canada¹⁸において、より深く議論された。申立人（米企業）は、最恵国待遇条項の適用は条約当事国の政策変更に影響を受けず、条約当事国がより投資保護制約的な方向に政策変更したとしても、それ以前の第三国条約（投資受入国が当該企業の母国以外の国と締結した条約）がより高い水準の投資保護を定めている場合は、最恵国待遇条項を通じてそのより高い水準の保護が適用される、と主張した¹⁹。

これに対し、被申立国カナダは、NAFTA 1103 条の文言を手がかりにいくつかの反論を行った²⁰。まず、同条はNAFTA当事国（カナダ）がNAFTA非当事国の投資家に与える「待遇treatment」よりも不利でない「待遇」をNAFTAの他当事国投資家（例えばChemtura）に与えることを義務づけているところ、本件において申立人が主張しているのは、カナダがNAFTA非当事国の投資家に適用する「条約上の規準a treaty standard」を申立人にも適用せよということであり、これはNAFTA 1103 条の対象から外れる、と主張した²¹。その際、最恵国「待遇」条項は投資の定義に関する条項には適用されないとしたSociété Générale v. Dominican Republic仲裁判断²²を援用している²³。

次に、NAFTA 1103 条は、「設立(establishment)、獲得(acquisition)、拡大(expansion)、経営

坂田雅夫「北米自由貿易協定(NAFTA)1105 条の『公正にして衡平な待遇』規定をめぐる論争」同志社法学 55 巻 6 号（2004 年）1531 頁、1549-1556 頁。

¹⁵ “1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of a non-Party 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 investors of any other Party or of a nonParty with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.”

¹⁶ Pope & Talbot v. Canada, Award on the merits of phase 2, 10 April 2001, para. 117.

¹⁷ Pope & Talbot v. Canada, Award in respect of Damages, 31 May 2002, paras. 65-66.

¹⁸ Chemtura v. Canada, Award, 2 August 2010. この判断については、参照、石川知子「農薬の登録抹消に係る被申立国の一連の行為が公正衡平待遇義務違反および収用を構成しないとされた例」JCA ジャーナル 58 巻 4 号（2011 年）。

¹⁹ Chemtura v. Canada, Redacted memorial of the Claimant/Investor, 2 June 2008, paras. 466-467.

²⁰ 以下、カナダがなした主張のうち、本稿と関連するもののみを示す。

²¹ Chemtura v. Canada, Government of Canada, Counter-Memorial, 20 October 2008, paras. 875-876 ; See also Government of Canada, Rejoinder Memorial, 10 July 2009, para. 238.

²² Société Générale v. Dominican Republic, LCIA Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections in Jurisdiction, 19 September 2008, para. 41. この判断については、参照、井口直樹「複雑な投資ストラクチャーと仲裁管轄権限」JCA ジャーナル 57 巻 3 号（2010 年）10 頁。

²³ Canada, Counter-Memorial, supra note 21, para. 880.

(management)、管理(conduct)、運営(operation)、売却(sale)その他の処分(other dispositions)に関して」最恵国待遇を与えると定めているところ、第三国BITにおける公正衡平待遇義務の適用はこのいずれにも該当しない、とも主張した²⁴。

さらに、比較対象となる「同様の状況にin like circumstances」問題の投資ないし投資家があるかどうかは、それぞれの事案の事実に基づいて判断されるべきであり、最恵国待遇条項はある条約規定と他の条約規定とを比較するものではない、ともいう²⁵。

申立人は、以下のように反論する。まず、「待遇treatment」には、条約上の保護基準から得られる利益も含まれ²⁶、たとえばRosInvest v. Russia²⁷がそれを支持する²⁸。また、「同様の状況に」あるかどうかを判断する際には、具体的な待遇を受けている他の投資家ではなく、一定の待遇を受ける可能性のある他の投資家カテゴリーを考慮すべきであって²⁹、たとえばRumeli v. Kazakhstan³⁰において、仲裁廷は、他の投資家に与えられている具体的な待遇について申立人が何ら主張しなかったにも拘わらず、カザフスタン・トルコBITに定められている最恵国待遇条項を根拠に、カザフスタン・英BITに定められている公正衡平待遇条項を適用している³¹。

本件では、NAFTA 1128 条に基づき、メキシコおよびアメリカ合衆国も見解を表明している。メキシコがカナダの主張をそのまま支持すると述べた³²のに対し、アメリカ合衆国は別個の議論を展開している。すなわち、同国によれば、1105 条に関するNAFTA公正貿易委員会解釈ノート（2001 年）の後に、カナダ³³・メキシコ³⁴・アメリカ合衆国³⁵のいずれもが、NAFTA 1103 条によって 1105 条 1 項を超える公正衡平待遇義務を導入することはできないと述べており、条約全当事国間にこの問題に関する合意が成立している³⁶。アメリカ合衆国は明示していないものの、この主張は、条約法に関するウィーン条約 31 条 3 項(a)（条約当事国間における後の合意）に基づくものと考えられる。

なお、仲裁廷は、仮に申立人の立場を受け入れたとしてもカナダによる公正衡平待遇義

²⁴ Canada, Counter-Memorial, *supra* note 21, paras. 883-884.

²⁵ Canada, Counter-Memorial, *supra* note 21, paras. 885-887.

²⁶ Chemtura v. Canada, Redacted Reply of the Claimant/Investor, 15 May 2009, para. 475.

²⁷ RosInvest v. Russia, SCC Case No. Arbitration V 079/2005, Award on Jurisdiction, October 2007, para. 131. 「ある条約によって認められていない保護が、他の条約において認められている保護を取り込むことによって拡大されるというのが、最恵国待遇条項のまさに本質であり意図するところである。」

²⁸ Reply, *supra* note 26, para. 478.

²⁹ Reply, *supra* note 26, para. 496.

³⁰ Rumeli v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, para. 575. ただし、この事件では、被申立国も、最恵国待遇条項を通じた第三国条約における公正衡平待遇義務の適用を認めている。

³¹ Reply, *supra* note 26, para. 501.

³² Chemtura v. Canada, Submission of Mexico pursuant Article 1128 of NAFTA, 31 July 2009, para. 2.

<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/crompton_archive.aspx?lang=en>

³³ Pope & Talbot v. Canada, Canada's Response to Tribunal's Letter, 10 September 2001, p. 4.

<<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/phases.aspx?lang=en#3>>

³⁴ Pope & Talbot v. Canada, 1128 Submission of United Mexican States, 1 October 2001, p. 1.

<<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/phases.aspx?lang=en#3>>

³⁵ Pope & Talbot, v. Canada, Sixth Submission (Corrected) of the United States of America, 2 October 2001, para. 2.

<<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/phases.aspx?lang=en#3>>

³⁶ Chemtura v. Canada, Submission of the United States of America, 31 July 2009, para. 9.

<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/crompton_archive.aspx?lang=en>

務違反はないと考えられるため、最恵国待遇条項の援用可能性に関する判断を下す必要はない、として判断を回避した³⁷。

2. 補償額を制限する規定

AAPL v. Sri Lankaにおいて、申立人は、内乱・暴動等の際の損失補償額について、他国の投資家に与える待遇よりも不利でない待遇を与えるとする英・スリランカBIT 4条1項、あるいは、内乱等の際に軍隊等公的機関により投資財産が毀損された場合には「適切な補償adequate compensation」を与えるとする同条2項の適用を排除するため、同BIT 3条の最恵国待遇条項³⁸を通じて、内乱・暴動等に関する規定をもたないスリランカ・スイスBITを援用した。申立人は、スリランカ・スイスBITは「厳格責任strict liability」を定めており、英（香港）企業についても、英・スリランカBIT 3条の最恵国待遇条項により、内乱・暴動等の際の損失補償について厳格責任が適用される、と主張した³⁹。投資家に対する保護が欠けることについて国家責任が認められる場合には投資財産の完全な価額(the full value of the investment)について補償がなされるべきことについて両当事者間に意見の相違はない⁴⁰ため、「厳格責任」を用いて申立人が主張しようとしたのは、投資受入国の国家責任が認められない（例えば、投資財産毀損行為が国家に帰属しない、あるいは、国家の「相当の注意」欠如が認められない）場合であっても投資財産の完全な価額について補償がなされるべき、ということであったと考えられる。

これに対し、仲裁廷は、スリランカ・スイスBITに内乱・暴動等の際についての規定がないということは、同BITが適用される場合であっても内乱・暴動等については関連する一般国際法が適用されるということであり、同BITが内乱・暴動の際の損失補償について「厳格責任」を採用しているとは言えず、したがって、同BITはより有利な規則を定めていないため、英・スリランカBIT 3条の最恵国待遇条項を援用することはできない、と判断した⁴¹。その上で、スリランカの軍隊によって投資財産の毀損がなされたとの証明はないので4条2項の「適切な補償」が適用される場合ではなく⁴²、投資受入国の責任に関する判断は一般国際法の基準によりなされるべき⁴³、と判断している。

すなわち、申立人が、英・スリランカ BIT 4条は損失補償を制限する規定であって、そ

³⁷ Chemtura v. Canada, *supra* note 18, para. 235.

³⁸ “(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments admitted in accordance with the provisions of article 2 or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their management, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.”

³⁹ AAPL v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 June 1990, para. 54.

⁴⁰ AAPL v. Sri Lanka, *supra* note 39, para. 88.

⁴¹ AAPL v. Sri Lanka, *supra* note 39, para. 54.

⁴² AAPL v. Sri Lanka, *supra* note 39, paras. 59-60.

⁴³ AAPL v. Sri Lanka, *supra* note 39, para. 72.

の限りにおいて「例外」的規定であると主張したのに対し、仲裁廷は、同条2項（「適切な補償」）は本件では問題にならず、同条1項は一般国際法の基準によることを定めるものと理解しており、少なくとも同条1項が「例外」的規定であるとは考えていない。したがって、この判断例から、例外条項に関する最恵国待遇条項の適用可能性に関する示唆を得ることはできない。

また、*National Grid v. Argentina*において、英・スリランカBIT 4条1項とほぼ同一内容の英・アルゼンチンBIT 4条について、仲裁廷は、同規定は国家緊急事態などの場合から生じる損失についての補償を否定することを定めているのではない、と判断している⁴⁴。したがって、この判断例からもまた、例外条項に関する最恵国待遇条項の適用可能性に関する示唆を得ることはできない。

B. 最恵国待遇条項の適用範囲に関する条約当事国の合意による適用排除

投資家に条約により与えられる待遇の内容を制限する規定について最恵国待遇条項の適用可能性を否定しようとする場合、「当該例外条項が当該BITに特有の規定だから」あるいは「当該例外条項がなければ当該BITは締結されていなかったはずだから」と言うだけでは十分な論拠を示したことにはならない。基本条約と第三国条約との間に相違がある場合に初めて最恵国待遇条項は適用されるのであって、すなわち、複数の条約がそれぞれ特有の規定を有している場合にこそ最恵国待遇条項は存在理由を示すことになるからである。

上記各事例を見ると、投資家に条約により与えられる待遇の内容を制限する規定について最恵国待遇条項の適用を排除する立場を正当化するためには、少なくとも *Chemtura v. Canada* におけるカナダの立場およびアメリカ合衆国の立場の2つがあり得ることが判る。

このうち、カナダの立場を維持するのは困難である。カナダの基本的な主張は、上記のとおり、最恵国待遇条項により適用されるのは、カナダがNAFTA非当事国の投資家に与える待遇であって、カナダがNAFTA非当事国の投資家に適用する「条約上の規準a treaty standard」ではない、というものである。この主張を文字通りに理解するならば、カナダが何らかの具体的待遇を他のNAFTA当事国あるいは第三国投資家に実際に与えるまでは、最恵国待遇条項の適用はないことになる。この立場は、他国の投資家に「与えるaccords」待遇より不利でない待遇を与えると現在形で書かれているNAFTA 1103条（他条約の最恵国待遇条項も一般に同様である）の文言と整合しない（たとえば、「与えているis according」あるいは「与えたhas accorded」とは書かれていない）。仲裁先例を見ても、最恵国待遇条項を通じて第三国条約の定める公正衡平待遇条項や義務遵守条項が適用される際に、投資受入国が当該第三国条約のそれらの条項を既に実際に適用したことがあるかどうかは全く議論されていない⁴⁵。

⁴⁴ *National Grid v. Argentina*, Award, 3 November 2008, para. 253. 仲裁判断文からは必ずしも明確ではないが、被申立国アルゼンチンは、英・アルゼンチンBIT 4条に基づき、国家緊急事態において生じた損失であるので、補償の要はない、とも主張していたようである。 *National Grid v. Argentina*, para. 238.

⁴⁵ 最恵国待遇条項を通じた公正衡平待遇義務の適用の例として、*MTD v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award,

これに対し、アメリカ合衆国の立場は極めて明快である。すなわち、NAFTA の全当事国が、最恵国待遇条項（1103 条）の適用範囲から公正衡平待遇義務（1105 条）を除外することにつき合意している、という理由である。もちろん、自由貿易委員会の 1105 条に関する解釈ノートがそれ自体で 1103 条の適用範囲から 1105 条を除外する旨の全当事国の合意を構成するわけではない。アメリカ合衆国の主張は、上記のとおり、NAFTA 当事国 3 国のそれぞれが、1103 条の適用範囲から 1105 条は除外されるとの解釈を単独で示すことにより、条約法条約 31 条 3 項(a)に言う「条約当事国間における後の合意」が成立したものと理解することができる。この場合、自由貿易委員会の示す解釈の拘束性を示す 1131 条 2 項の手続による必要はない。

以上より、例外条項を投資家に条約により与えられる待遇の内容を制限する規定と性格づける限り、当該例外条項について最恵国待遇条項の適用可能性を否定しようとするならば、当該例外条項を最恵国待遇条項の適用範囲から排除する旨の条約当事国間の合意を何らかの形で証明しなければならないと考えられる。

III. 条約そのものの適用範囲を制限する規定

日インド EPA 11 条などの例外条項は、当該条項に規定する限りにおいて他の条約規定全ての適用が排除されるという意味において、条約そのものの適用範囲を制限する規定と性格づけることもできる。

条約そのものの適用範囲を制限する規定については、これまで、条約の時間的適用範囲を制限する規定、および、事項的適用範囲を制限する規定について、最恵国待遇条項の援用可能性について仲裁判断が示されている。

A. 条約の時間的適用範囲

1. Tecmed v. Mexico (2003)

メキシコ・スペインBIT⁴⁶は、同BIT発効以前になされた投資にも適用されると定める（2 条 2 項）一方で、紛争発生または紛争の原因行為が同BIT発効以前に生じて・なされていても同BITが適用されるかどうかについては明示していない。ところが、メキシコ・オー

25 May 2004, para. 104（取消請求決定において、特別委員会は仲裁廷による公正衡平待遇義務の理解に疑問を呈したが、最恵国待遇条項を通じた同義務の適用については疑問視していない。MTD v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007, para. 65）；Bayindir v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, paras. 156-160（参照、石川知子「会社による行為の国家帰属性、公正衡平待遇義務、内国民待遇義務、最恵国待遇義務違反および収用の可否」JCA ジャーナル 57 巻 9 号（2010 年）26 頁）。Rumeli v. Turkey, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, para. 575。このうち、MTD v. Chile および Rumeli v. Turkey においては、最恵国待遇条項を通じた公正衡平待遇義務の適用について紛争当事者間に争いはなかった。Bayindir v. Pakistan においては、被申立国がそれを争っている（後掲、 ）。

義務遵守条項適用の例として、MTD v. Chile, Award, paras. 104, 187.

⁴⁶ 1965 UNTS 147.

ストリアBIT⁴⁷は、やはり同BIT発効以前になされた投資にも適用されると定めつつ（27 条 1 項）、「本条約は、その発効以前に処理された請求、または、手続が開始された請求には、適用されない」⁴⁸と定め（27 条 2 項）、条約発効前に生じた紛争への適用可能性を否定していない。そこで、Tecmed v. Mexicoにおいて、申立人は、メキシコ・スペインBITの最恵国待遇条項（8 条 1 項⁴⁹）を通じてメキシコ・オーストリアBITを援用した。

仲裁廷は、申立人のこの主張を退けた。条約の時間的適用に関する問題は、条約当事者間で特別に交渉され且つ条約の受諾に当たって決定的であったと推定されるべき問題の核心部分をなすからだ、という⁵⁰。なぜそれが特別に交渉され且つ条約受諾に際して決定的であったかの理由としては、この問題が極めて重要であること(su transcendencia e importancia)、および、外国投資家に適用される保護の実体的制度を特定すること(la identificación del régimen sustantivo de protección aplicable al inversor extranjero)に直接関係すること、などが挙げられている⁵¹。

本件では、メキシコ・スペインBITの附属書 2 条 1 項が、条約発効後に生じた紛争にのみ同BITのISDS条項の適用があると定めている⁵²ため、申立人はMaffezini v. Spainを引用して最恵国待遇条項の紛争処理条項への適用を主張した。そこで、仲裁廷は、Maffeziniと区別するため、本件で検討すべきは手続条項ではなく実体条項への最恵国待遇条項の適用であることを強調した上で、上記の結論に達している。

2. MCI v. Ecuador (2007)

本件でも、Tecmed v. Mexico同様、被申立国は、紛争がBIT（エクアドル・米BIT）発効以前に生じているため、申立人にBIT上の権利は生じていない、と主張した⁵³。これに対

⁴⁷ 2160 UNTS 69.

⁴⁸ “This Agreement shall not apply to claims which have been settled or procedures which have been initiated prior to its entry into force.”

⁴⁹ “Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes, o de las obligaciones emanadas del Derecho Internacional al margen del presente Acuerdo, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Acuerdo, en cuanto sea más favorable.”

UNTS による英訳は以下の通り。“In the event that any legal provision of either Contracting Party, or any current or future obligation arising out of international law outside of this Agreement between the Contracting Parties results in general or special regulations that would require that the investments of investors of the other Contracting Party be accorded treatment more favourable than that provided for under this Agreement, such regulations shall prevail over this Agreement, to the extent that they are more favourable.”

⁵⁰ Tecmed v. Estados Unidos Mexicanos, CIADI Caso No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, para. 69. なお、ICSID ウェブサイトおよびILM (vol. 43, 2004, p. 133)に掲載されている英訳はかなり自由な翻訳であることに留意する必要がある。

⁵¹ Ibid.

⁵² “Este Apéndice establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que se susciten entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante a partir de la entrada en vigor del presente Acuerdo”. (強調 瀧本) なお、UNTS の英訳は“This Appendix establishes a mechanism for the settlement of disputes relating to investments arising between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, as of the entry into force of this Agreement”であり、必ずしも明確ではない。

⁵³ MCI v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007, para. 33.

し、申立人は、アルゼンチン・エクアドルBIT 7条⁵⁴を援用し、エクアドル・米BITの最恵国待遇条項⁵⁵に基づいて仲裁廷は同BIT発効以前の事実を考慮することができる、と主張した⁵⁶。アルゼンチン・エクアドルBIT 7条も最恵国待遇条項の一種と言え、これは、最恵国待遇条項を通じて他の条約の最恵国待遇条項を援用し、その後者の最恵国待遇条項を通じてさらに別の条約（ないし法律）規定を援用しようとした例である。

仲裁廷は、アルゼンチン・エクアドルBIT 7条にいう「当事国Parte Contratante」はアルゼンチンあるいはエクアドルでしかあり得ないことを指摘して、申立人の主張を却けた⁵⁷。これはParte Contratanteが大文字であることに着目したものと思われ⁵⁸、最恵国待遇条項の対象範囲に関する議論について参考となる事例とは考えられない。

B. 条約の事項的適用範囲 *Société générale v. Dominican Republic*

本件では、申立人による出費が2米ドルにとどまっていたため、収益への権利(rights to benefits)が条約（ドミニカ・フランスBIT⁵⁹）により保護される投資かどうかが争われた。申立人は、同BITの投資の定義に該当するとの主張に加えて、同BIT 4条⁶⁰の最恵国待遇条項により、「利益・収益への期待expectation of gain or profit」を明示的に投資概念に含めるCAFTA-DR条約を援用した。

仲裁廷は、最恵国待遇条項は、当該条項を含む条約により定義された投資に与えられる待遇に対して適用されるものであって、投資それ自体の定義には適用されない、として、申立人の主張を却けた⁶¹。もっとも、収益性の期待(expectation of profitability)はドミニカ・

⁵⁴ “Si las disposiciones de la legislación de cualquier Parte Contratante o las obligaciones de derecho internacional existentes o que se establezcan en el futuro entre las Partes Contratantes en adición al presente Convenio o si un acuerdo entre un inversor de una parte Contratante y la otra Parte Contratante contienen normas, ya sean generales o específicas, que otorguen a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el que se establece en el presente Convenio, aquellas normas prevalecerán sobre el presente Convenio en la medida que sean más favorables.”

仲裁廷による英訳は以下の通り。“If the provisions of the law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or that are established in the future between the Contracting Parties in addition to this Treaty or if any Agreement between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party contain rules, whether general or specific entitling investments by investors of the other Contracting Party to treatment more favorable than is provided for in this Treaty, such rules shall, to the extent that they are more favorable, prevail over this Treaty.”

⁵⁵ Art. 2(1): “Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities [...] of nationals or companies of any third country, whichever is the most favorable”.

⁵⁶ *MCI v. Ecuador*, *supra* note 53, para. 56.

⁵⁷ *MCI v. Ecuador*, *supra* note 53, para. 128.

⁵⁸ *MCI v. Ecuador*, *supra* note 53, para. 127.

⁵⁹ 2225 UNTS 443.

⁶⁰ “Chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux nationaux ou sociétés de l’autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements [...] le traitement accordé aux nationaux ou sociétés de la nation la plus favorisée, si celui-ci est plus avantageux.”

UNTSの英訳は以下の通り。“Each Contracting Party shall, in its territory and maritime zone, accord to nationals and companies of the other Contracting Party, in respect of their investments and activities in connection with such investments, treatment that is no less favourable than [...] the treatment accorded to nationals and companies of the most favoured nation, whichever is more advantageous.”

⁶¹ *Société générale v. Dominican Republic*, LCIA Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, 19

フランスBITにおける投資の定義に該当するため、そもそも最恵国待遇条項の援用は不要である、とも述べている⁶²。

C. 最恵国待遇条項の適用が認められない理由

上記 A. B.のいずれの事例においても、結論的には最恵国待遇条項の適用は認められていない。もっとも、MCI v. Ecuador は当該事件に適用される条約特有の理由づけから結論を導いており、また、Société générale v. Dominican Republic は端的に結論を述べるにとどまっており、結論に至る理由づけを考える上では必ずしも参考にならない。

注目すべきは、Tecmed v. Mexico で述べられた、条約の時間的適用範囲に関する条項は、外国投資家に適用される保護の実体的制度を特定すること (la identificación del régimen sustantivo de protección aplicable al inversor extranjero) に関係する、という記述である。すなわち、当該条約に含まれた最恵国待遇条項もその制度(régimen)の一部であるので、条約の時間的適用範囲に関する規定により制約を受けるのである。この理由づけは、MCI v. Ecuador および Société générale v. Dominican Republic にも妥当し得るものである。

この論理を例外規定にも応用するならば、例外規定が当該条約の適用範囲を限界づける規定であると説明することができる場合は、当該条約が最恵国待遇条項を置く場合であっても、当該例外規定は当該最恵国待遇条項の他適用対象とはならないことになる。

IV. 日本の BIT/EPA に定められている例外規定と最恵国待遇条項

以上より、例外条項を最恵国待遇条項の適用範囲から外するためには、最恵国待遇条項にそのような明示規定を置くか、最恵国待遇条項についてその旨の解釈合意を条約当事国間で行うか、あるいは、当該例外条項が当該例外事項を条約の適用範囲から排除する規定であると解するか、のいずれかとなる。前二者については個別の条約規定（への当事国の解釈合意）に依存するため、一般論として検討すべきは最後の場合である。

この場合に、何を基準として、ある規定が当該（例外）事項を条約の適用範囲から排除することを定めているかどうかの判断をすべきか。条約目的からこれについて何らかの結論を導くことは容易ではない。そこで、日本としては、当事国意思を主張するかもしれない。すなわち、類似の例外規定を置かない条約を既に締結しているにも拘わらず、あえてそのような例外規定を置く条約を締結したということは、後者の条約に含まれる最恵国待遇条項は当該例外規定には適用されないという意味を条約当事国が有していた、という主張である。しかし、条約解釈規則において「当事国意思」をどのように位置づけるかの問題をさておくとしても、相手方当事国の立場から見ると、全く逆の説明も可能となる——最恵国待遇条項があるため、例外規定を置かない条約が改正されるまでは当該例外規定の

September 2008, paras. 40-41.

⁶² Société générale v. Dominican Republic, *supra* note 61, para. 43.

適用を排除できると考えたからこそ、あえて当該例外規定を含む条約を受け入れた、との説明——ため、当事国意思からの説明は困難である。

そうだとすると、まずは何よりも条約の文言を手がかりに主張を構築するほかない。しかし、文言からも、明確な結論を引き出せるかどうか、必ずしも定かではない。

一般的例外の例としては、日インド EPA 11 条が挙げられ、同条は GATS 14 条・14 条の 2 を準用している（類似の文言を採用するものとして、日ペルー BIT 19 条など）。すなわち、「この協定のいかなる規定も、加盟国が次のいずれかの措置を採用すること又は施することを妨げるものと解してはならない。[N]othing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures [...]」（GATS 14 条）と定めるものであり、この場合、「次のいずれかの措置を採用すること又は実施すること」は条約そのものの適用範囲から排除されているという主張は一応成り立つと考えられる。しかし、同条柱書の但書を考慮に入れると、それらの措置も条約の適用範囲内にあると言うこともできる。他方、GATS 14 条の 2 の安全保障例外については、安全保障に関する措置が条約の適用範囲外にあることを条約文言を根拠に主張することはより容易となる。

信用秩序維持のための措置に関する例外・租税例外としては、たとえば、日ペルー BIT 21 条・23 条が挙げられる。これらについても、GATS 14 条と類似した文言による規定であり、信用秩序維持のための措置や租税がそもそも条約の適用範囲外におかれているとの主張は一応可能であるものの、21 条 2 項や 23 条 3 項の存在を考慮に入れると、それらの措置も条約の適用範囲内であると結論づけられるかもしれない。日ベトナム BIT 16 条のような国際収支困難等の場合の例外措置についても、同じことが言える。

おわりに

仲裁先例を基礎に考えると、例外条項を最恵国待遇条項の適用範囲から外すためには、最恵国待遇条項にそのような明示規定を置くか、最恵国待遇条項についてその旨の解釈合意を条約当事国間で行うか、あるいは、当該例外条項が当該例外事項を条約の適用範囲から排除する規定であると解するか、のいずれかとなる。前二者の場合にはそもそも紛争にならないか、紛争が生じたとしてもその処理は容易であるため、実際に検討すべきは最後の場合である。

ところが、BIT/EPA における例外条項について、それが当該例外事項を条約の適用範囲から排除する規定であると結論づけることは、条約解釈上容易ではない。おそらくは、CMS v. Argentina のように、例外条項は最恵国待遇条項の対象とならないとの判断が下されるのが通常とは予測されるものの、逆の判断が示される蓋然性を否定はできない。

とするならば、投資受入国としての立場から考えるとすると、仮に仲裁廷によって例外条項について最恵国待遇条項の適用があり得ると判断された場合であっても、当該例外条項に基づく措置を BIT/EPA 上正当化できるためにはどのような条件を整える必要があるか、である。

仮に、たとえば信用秩序維持例外規定を含むBITに関して日本に対して外国投資家が仲裁を提起した場合、そのような規定をもたない条約（例、日エジプトBIT）を日本が締結していることを根拠に、仲裁廷は当該信用秩序維持例外規定の適用を排除するかもしれない。ただし、その場合であっても、日本がとる信用秩序維持措置が直ちに条約違反になることはもちろんあり得ず、当該措置がたとえば公正衡平待遇義務違反を構成したり、収用を構成したりするかどうか議論されることになる。公正衡平待遇義務に関する先例を見ても、また、たとえば正当なpolice powersの行使は収用を構成しないと（傍論ながら）述べるChemtura v. Canada⁶³を見ても、信用秩序維持措置が常に条約違反を構成するとは考えがたい。もっとも、どのような措置（の実施）であれば公正衡平待遇義務等の違反になるかどうかはより具体的に検討する必要がある、それは本報告の射程を越える問題である。

⁶³ Chemtura v. Canada, *supra* note 18, para. 266.