



Title	投資協定の「国内法に従った投資」条項を巡る解釈対立の意義
Author(s)	坂田, 雅夫
Citation	新世代法政策学研究, 4, 327-363
Issue Date	2009-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43710
Type	departmental bulletin paper
File Information	4_327-363.pdf



投資協定の「国内法に従った投資」 条項を巡る解釈対立の意義

坂 田 雅 夫

はじめに

多くの諸国は、自由貿易協定、経済連携協定及び投資保護協定などを締結し、条約相手国の国民による海外投資活動に対して相互に保護を与えている。これは海外投資を保護・促進することにより、経済発展を目指したものである。これらの条約の多くには、投資を行った個人（多くの場合企業）が投資受入国との間で紛争を抱えた場合に利用できる仲裁の制度が準備されている。もちろんこのような国際的な裁判制度に、たびたび訴えられることは諸国の忌避することであり、仲裁の対象を限定するなどの対策も講じられている。そのような対策の一つとして、これらの条約の中には、条約の保護対象を「投資受入国の国内法に従ってなされた投資」に限定するものも多い。¹ また仮に条約規定に明示されていないとしても、投資が保護を受けるには国内法上合法なものであることが一般原則であると述

¹ この条項を分析した先行研究は未だ少ない。先例研究としては、Christina Knahr, ‘Investments “in Accordance with Host State Law”’, in A. Reinisch & Ch. Knahr (eds.), *International Investment Law in Context*, 27ff (2008) 及び、伊藤一頼「投資仲裁の対象となる投資家／投資財産の範囲とその決定要因」RIETI Discussion Paper Series 08-J-011、24-28頁、available at; <http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/08j011.pdf>を参照。外国人の待遇に関する国際法における国内法の役割についての一般的先行研究としては、Christopher Staker, ‘Public International Law and The Lex Situs Rule in Property Conflicts and Foreign Expropriations’, 59 *B.Y.B.I.L.* 151ff (1988)を参照。

べる判例²もある。

たとえばギリシャが2001年に公表しているモデル投資協定の第1条は『投資』とは、一方の締約国の投資家が他方の締約国の領域内において、後者の締約国の法律に従って、投資した全ての種類の財産を意味する（“Investment” means every kind of asset invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the legislation of the latter Contracting Party）」³と定義している。同様の規定は多数の諸国のモデル投資協定にも見られる。⁴ 投資を定義する条項には規定が無くとも、別の条項で実質的に国内法遵守を担保する規定を置くものも多い。たとえばモンゴルのモデル投資協定は、その協定の適用範囲を定める第2条において「この協定は、一方の締約国の投資家が、他方の締約国の国内において、後者の国家の国内法に従って行った投資に適用する（The present Agreement shall apply to investments in the territory of one Contracting Party made in accordance with its laws and regulations by investors of the other Contracting Party）」⁵と定めている。以下本稿では、同様の各種条項を含めて、協定の保護対象を「国内法に従ってなされた」もの（投資、財産）に限定する趣旨の条項を、論文執筆の便宜上、国内法遵守条項と略して表記する。

この条項の意味するところを巡っていくつかの対立が生じている。この

² *Yaung Chi Co Trading PTE Ltd. v. Government of the Union of Myanmar*, Final Award (31 March 2003), para.58. 取り上げた仲裁判例の多くは、特に指定しない限りは University of Victoria の Investment Treaty Arbitration から取得した。Available at: <http://ita.law.uvic.ca/index.htm> 本稿第2章で述べるように、そもそも投資協定の保護対象である「投資」自体が投資受入国の国内法によって決定されるという見解も根強い。その見解に従うならば「国内法に従った」という要件は、明文の根拠が無くとも、「投資」認定の前提条件となることになる。

³ UNCTAD, *International investment instruments: a compendium*, vol.6, P.273. Available at: <http://www.unctadxi.org/>

⁴ たとえば、中国 (*ibid*, vol.10, p.151)、マレーシア (*ibid*, vol.3, 1条2項(a))、スリ・ランカ (*ibid*, vol.5, p.293)、カンボジア (*ibid*, vol.4 1条1項)、ブルキナ・ファソ (*ibid*, vol.7, 1条2項) など、主に途上国のモデル投資協定に多く見受けられる。

⁵ *ibid*, vol.2. 第2条

条項の「国内法に従った」という条件に関しては、それが協定の保護対象である「投資」の定義に関するものであるとする国家側の主張と、それは「投資」の合法性に関する条件であるとする主張が対立している。そもそもこの解釈の対立はいかなる意義を持つものなのであろうか。またこの条項に従うと、「国内法に従わなかった投資」は協定の保護対象ではない。これは一見すると常識的なものである。麻薬の密輸を試みるために、外国において資金を投下し、密輸組織を作り上げたとしても、それは保護を受けるべき活動でないことは当然のことであろう。しかしながらこのような重大な法律違反ではない、些細な法律違反の場合どうなるのであろうか。たとえば会社設立時の手続き上のミスや、会社を設立した後の業務遂行上の些細な何らかの違法行為であっても、「国内法に従って」いないとして、関連活動は投資協定の保護対象から除外されるのであろうか。さらにいえば、「国内法に従ってなされた」という判断をするのは、誰なのであろうか。一部の国は、それは国内諸機関に委ねられるべき判断であり、国内機関の判断を経ずに国際的な仲裁手続きに付託することは許されないと主張している。⁶

本稿の目的は、この条項に関する判例⁷を整理・検討し、現在の議論状況を明確にすることにある。この問題の検討は、投資協定の一つの条項の意味を明確にするという実際上の価値とともに、さらに外国人の待遇一般における国際法と国内法の関係を考察するというより大きな理論的課題にも繋がるものである。外国人の待遇に関して、国際法には多くの規則がある。しかしそれらは人々が遭遇する様々な問題を処理するには十分なものではない。そこで、国際法は内外人平等原則等の一般条項を用いて、実質的には国内法に外国人の待遇の詳細を委ね、国際法自身はその国内法が下回ることのできない最低待遇を定めるという形を取ってきた。人権条約や投資協定などにより、国際法自身が規定する内容も詳細になってきたが、未だ外国人の受ける待遇には実質的に国内法に委ねられる側面も多く残

⁶ 第1章で挙げる、Tunari 事件および Inceysa 事件を参照。

⁷ 主に取り上げる素材は、投資協定に基づく仲裁である。国際法において、仲裁と司法裁判とは、法的効力という点で差は存在しないので、「判決」「判例」という用語を用いている。

されている。しかしながら、問題の性質によっては、国内法に委ねることが、国際法による規律を事実上意味のないものになってしまうものが存在していることも事実である。たとえば、本稿で取り上げる、投資協定の「投資」定義の問題は、国際法がどこまでを国内法に委ねられるかを考察する素材としてふさわしい問題の一つである。企業が日々関係する事業の全てに、関係する権利を詳細に定めることは国際法にとって極めて困難である。しかし一部の諸国が主張するように「投資」の定義を各国の国内法、さらにはその判断権までも国内裁判所（国内諸機関）に完全に委ねてしまうことは、投資協定に事実上大きな抜け穴を空けることになる。現状で全ての経済活動についての詳細が国際法上定められていない以上、各国の国内法にある程度頼らざるを得ないが、それが各国に恣意的な外国人待遇を許すようなものになってはならぬ。いかに両者のバランスを取るか工夫が必要となる。「国内法に従った投資」という条項の解釈は、このバランス問題を典型的に反映した問題である。この条項の解釈を整理検討することは、外国人の待遇に関する国際法と国内法の関係を検証する一助となるのである。

本稿は2章構成であり、第1章においてこれまでの関連する重要な仲裁判例を概観し、検討すべき論点を析出する。第2章において投資の定義における投資受入国の国内法の役割、国内法遵守条項の意味、対象となる国内法違反の範囲という各論点に照らして、検討を加える。

第1章 国内法遵守条項に関連する仲裁判例の整理・検討

Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco 事件

この事件は国内法遵守条項が適用された最初の事件で、2001年7月23日に判決が下されている。この仲裁の根拠となったのは、イタリア・モロッコ間の投資協定で、その協定の第1条は保護対象である投資を「締約国（投資受入国：筆者注）の法規則に従って投資された財産」と規定していた。被告モロッコは、「国内法に従って投資された」という第1条の文言を考えれば、投資であるか否かは、投資受入国の法、この場合モロッコ法により決定されると主張した。

仲裁は問題とされた原告の経済活動がモロッコ法に従ったものであつ

たことを最終的に認定したが、その前に次のように述べて、モロッコによる条約第1条の解釈を否定した。「この規定（第1条）は投資の有効性に関するものであり、投資の定義に関するものではない。明確にいうならば、この規定が求めているのは、違法であるが故に、保護を受けるべきではない投資を、条約の保護対象から除外することにある」。⁸ この判決の一文はその後の判例と学説の多くに引用されることとなった。投資ではないので条約の保護を受けない、という見解と、投資ではあるが条約の保護対象ではない、という見解との間には、実質的に条約の適用が排除されるという点で差はない。それでは、なぜ国内法遵守条項が、投資の定義に関するものか、それとも投資の有効性に関するものか、という問題を巡って、Salini事件仲裁以降、複数の仲裁裁判の場において議論がなされ続けたのだろうか。この議論の意義は、国内法遵守条項に関する第一の論点である。

Tokios Tokelés v. Ukraine 事件

この事件の原告はリトアニア籍の法人で、被告はウクライナである。原告はリトアニアにおいて広告・出版及び印刷業を行っていた。1994年に原告はウクライナ国内において子会社 Taki spravy を設立した。2002年8月に原告はウクライナを相手取って投資紛争解決国際センター（International Centre for Settlement of Investment Disputes：以下ICSID）の仲裁手続きに訴えを提起した。訴えの根拠とされたのは、リトアニア・ウクライナ間の投資協定であった。この協定も第1条において、保護対象を「国内法・規則に従ってなされた投資」に限定していた。ウクライナは、原告が行った活動がウクライナ法に従ってなされたものではなかった、として仲裁に管轄権抗弁を提起した。

仲裁は、国内法遵守条項が近年の投資協定に一般的なものであると述べている。さらに仲裁は次のように続ける。

85. 当仲裁廷にとっての問題は、被告が根拠として主張する国内法違反行為が、原告による投資財産がウクライナの「法及び規則に従

⁸ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction (July 23, 2001), 42 *I.L.M.* 609 (2003), at para. 46.

って」投資されたものではない、というに足るものか否かである。ウィーン条約法条約によると、文言の通常の意味は「条約の趣旨及び目的に照らして、条約全体の文脈の中で与えられなければならない」。…当該投資協定の趣旨及び目的は、投資家とその投資に対して幅広い保護を与えることにある。

86. 本件において被告は、原告による投資及び商活動がそれ自体違法であると主張しているわけではない。…被告が主張しているのは、これらの投資に関連する書類にいくつかの瑕疵があり、その瑕疵の中にはウクライナ法上問題となるものがある、という点なのである。仮に被告のこの主張が正しいとしても、それはウクライナ法上の行政手続きを極めて詳細に検討することを要求するものであり、かかる些細な間違いに基づいて、その投資を（保護対象から）除外することは投資協定の趣旨及び目的と合致しない。⁹

この事件では、国内法違反行為の程度が問題となった。あらゆる国内法違反が国内法遵守条項の対象となるわけではない点が確認されている。それでは、国内法遵守条項の対象となる重度の違反と、対象とはならない軽度の違反を区別する基準はいかなるものであろうか。この間が国内法遵守条項に関する第二の論点である。

L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. v. Algeria 事件

この事件の原告はイタリア法人 Consorzio Groupement L.E.S.I. - DIPENTA であり、被告はアルジェリアである。ダム建設に関して紛争が生じ、2003年2月3日にアルジェリア・イタリア間の投資協定に基づいて ICSID の仲裁手続きに事件が付託された。仲裁付託根拠となった投資協定には、投資受入国の国内法に従って投資されなければならない旨がいくつかの条項で定められていた。被告は、それらの規定に基づいて、アルジェリア法において、外国人による投資が公式に認可を得るには、そのための特別の法手続きを経る必要があるが、原告はその種の手続きを経していない、として、仲裁の管轄に反対した。被告によるこの主張に対して、2005

⁹ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, Award and Separate Opinion (26 July 2007), para.85f.

年1月10日に下された仲裁判決は次のように述べている。

仲裁廷は、このような解釈に従うことができない。第一に、投資協定は国際条約であって、その規定の意味は両当事国により与えられるべきであり、一方当事国の国内法に基づく意味であってはならない。第2に、有効な法規則に従って、と条約規定が述べているのは、アルジェリア法の制限的解釈に従って公式に確定された投資の定義に従うという趣旨ではなく、有効な基本的諸原則に違反してなされた投資を保護対象から除外することを求めるものである。¹⁰

この事件では、Salini 事件と同様に、国内法遵守条項が投資の定義に関する規定ではないことが述べられている。

Agua del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia 事件

原告はボリビア法人 Agua del Tunari S.A. 社（Tunari 社）であり、同社はオランダ法人 International Water Holdings B.V. 社の経営支配を受けていた。Tunari 社はオランダ・ボリビア間の投資協定に基づいて、ボリビアを ICSID の仲裁手続きに訴えた。ボリビアは仲裁の管轄権を争った。ボリビアは、「(投資受入国の) 法規則の枠組み内において」、投資を保護すると規定する投資協定の第2条に関して、それが ICSID の仲裁手続きを排除する性質の規定だと主張した。協定第2条はボリビアに投資する投資家及びその投資に効力を持つ枠組みとして、ボリビア法を指定しているのだから、原告にはボリビア法及びボリビア最高裁判所に従うべき義務がある、というのである。ボリビアの主張によれば、本稿にいう国内法遵守条項は、国内法及び国内裁判所に排他的な管轄権を付与する規定であり、結果として国際仲裁の管轄権を否定するものとなる。

問題となったオランダ・ボリビア間の投資協定第2条は、次の通りである。

各締約国は、その国内法規則の枠内において、その領域内における他

¹⁰ *Consorzio Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. Algeria*, Award (10 Jan. 2005), para.24.

の締約国の国民による投資の保護を通して、経済協力を促進する。国内法規則により与えられた執行権に従って、各締約国は投資に認可を与える。(Either Contracting Party shall, within the framework of its law and regulations, promote economic cooperation through the protection in its territory of investments of nationals of the other Contracting Party. Subject to its right to exercise powers conferred by its laws and regulations, each Contracting Party shall admit such investments.)

本稿が対象とする国内法遵守条項の典型は、「国内法に従った投資 (investment in accordance with its law and regulations)」を保護するというものであり。ここで問題となっている協定第2条の文言は、そうした典型的な文言とは異なっているが、国内法遵守条項が持ち得る解釈上の論点を示す上では有益な先例の一つである。

仲裁廷は、前述のボリビアの主張に対して、次のように答えている。

148. 当仲裁廷は、(1) 投資協定第2条の第1文及び第2文におけるボリビア法への言及は効力があるが、(2) 二つともその範囲は限定されていると結論する。それでは当仲裁廷は、これらのボリビア法への言及に対する制限の正確な範囲というより曖昧な問題を検討しよう。

149. ボリビアは、協定第2条におけるボリビア法への言及が持つ役割について広義の解釈を主張している。…たとえば、ボリビアは協定第2条により、その国の国内企業 (Local Company) を通してしか投資を認めないという条件が許される、と主張している。さらにボリビアは、ボリビア法への言及があるのだから、ボリビアの国内裁判所に排他的な管轄権が認められる、と主張している。

150. ボリビア側専門家証人である、ルドルフ・ドルツァー教授がボリビアによる解釈を支持する証言を行った。彼は投資を国内に受け入れるという問題は、管轄権の問題と切り離すことができないと主張した。ドルツァー教授は、ボリビア国内に会社を設立させ、さらにボリビア法の下に服することを求めるボリビアの実行は、確立したものであって、尊敬されるべきだ、と論じている。…

151. 当仲裁廷は、協定第2条に関するボリビアの解釈には同意でき

ない。

152. …当仲裁廷は、投資家による投資先国内における会社の設立が、それ自体で、ボリビアの国内法廷に排他的管轄を与えるとの主張を受け入れることができない。¹¹

この事件では、国内法遵守条項に関して、投資家が投資受入国の国内法を遵守していたのか否か、という解釈権が、投資受入国の国内裁判所に排他的に与えられる、という見解が示されている。この見解に従うならば、投資受入国の国内裁判所において、問題とされる投資が国内法上合法的なものであったとの認定が、国際的な仲裁への付託の前提となる。国内法遵守条項にいう、国内法に従ったのか否か、という問題の解釈権の所在も、この条項に関する論点の一つである。

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan 事件

この事件の原告は、トルコ法人 Bayindir 社であり、被告はパキスタンである。パキスタン国内の高速道路の建設を原告が請け負っていた。この建設工事を巡って紛争が生じた。高速道路の建設は予定より遅延していた。それは、原告の主張によると、パキスタン政府が行うはずであった建設用地の確保が遅れたことに原因があった。仲裁判決においては、国内法遵守条項に関して次のように述べられている。

106. まず、原告と被告は「投資受入国の法規則に従って」という協定第1条2項の文言の意味で対立した。Bayindir 社は遵守条件が「国内法に反してなされた投資を条約の保護対象から除外する」ことを意味していると主張した。それに対して、パキスタンは、この文言が投資協定上の投資の定義を「パキスタンの法規則に従った投資」に限定するものであると主張した。

107. パキスタンはさらに、Bayindir 社が建設事業に従事する許可を

¹¹ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction (21 October 2005), paras.148-152.

パキスタン投資委員会から得るに当たって、投資を行わない旨を明示的に確約しており、「協定第1条2項が（協定適用の）条件としている、パキスタンの法規則に照らしての投資は存在していない」と主張した。

108. 管轄権を決定するに当たって、パキスタン投資委員会において Bayindir 社がなした声明の法的な重要性を正確に決定する必要はない。（Bayindir 社が実際には投資を行っていた、というパキスタン自身の証言についても同様である。）投資を行わないという声明は、投資委員会から許可を得るためになされたもので、それ自体が Bayindir 社の行為がパキスタン法上の投資に当たらない、と意味しているわけではない。さらにいうならば、パキスタンは、投資を特別に定義するいかなる国内法規則をも制定していないのだから。

109. いずれにせよ当仲裁廷には、「この規定（すなわち国内法への遵守要求）は投資の有効性に関するものであり、その定義に関するものではない」とした Salini 事件判決から離れるべき理由を見いだし得ない。Salini 事件においては「従って」という文言が「投資資産」に掛かっており、「投資」という用語には掛かっていなかったという事実だけでは、Salini 事件を特別なものと見なす十分な根拠とはならない。¹²

判決はこのように述べて、Salini 事件を肯定し、国内法遵守条項を、投資の定義ではなく、投資の有効性に関するものであると位置づけた。判決は、最終的に Bayindir 社による投資行為が、実際にはパキスタンのいずれの法規則にも違反しておらず、国際法遵守条項は適用されないと述べている。

Saluka Investments BV v. The Czech Republic 事件

本件の原告はオランダ法人 Saluka Investments BV (Saluka) 社であり、被告はチェコである。Saluka 社は野村証券グループの子会社であり、実質的な原告は野村証券グループであった。チェコでは、社会主義政権の崩壊

¹² *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction(14 Nov. 2005), paras.106ff.

後、かつて国有であった銀行業の民営化が進められた。野村証券グループは、銀行業が分割民営化される際に出資を行った。その後、野村証券は自身が取得した銀行株式を、子会社であるオランダ法人 Saluka 社へと売却した。野村グループが投資をした銀行は、かつての国営銀行を四分割民営化したうちの一つである IP banka a.s. (IPB) であったのだが、その IPB は経済危機の結果、経営が行き詰まった。分割民営化された結果誕生した、他の3銀行はチェコ政府の支援を受けたが、野村が出資をした IPB のみがチェコ政府の支援を受けられずに破綻し、その後国有化された。なぜ IPB のみが支援を受けられなかったのか。その理由ははっきりしていないが、野村とチェコ政府との関係が疎遠であったことが理由の一つと考えられている。

Saluka 社はオランダ・チェコ間の投資協定に基づいて仲裁手続きに訴えた。オランダは仲裁の管轄を否定する抗弁を提起した。その主張の要点は次のようである。野村が IPB の株式を購入したのは、IPB が持つ著名な醸造所の経営権を取得するためであった。それは IPB の経営に参画し、その発展を目指すという「(善意の) 投資」ではない。チェコ法は、国内の会社に出資をする場合にビジネス・プランの提出を求めているが、野村は先述の醸造所の経営権取得という真の目的を隠した、「不正直」なプランを提出していた。これはチェコ国内法違反である。野村は不誠実に行動し、権利を濫用した。従って投資協定の定める国際的な仲裁手続きを利用する資格を持たない。¹³

この事件で興味深いのは、そもそも仲裁の根拠となった投資協定には、「国内法に従った投資」という文言が、協定の保護対象を定める投資定義の条項には存在しなかったことである。それゆえ、チェコ側は、野村の不誠実なビジネス・プランによる国内法違反という主張を、協定の条項ではなく、信義誠実や権利濫用といった一般的な原則に依拠せしめた。チェコ側のこのような主張に仲裁はどのように答えたのだろうか。

仲裁廷は2006年3月17日に判決を下した。仲裁廷は投資の定義に関する協定第1条ではなく、投資の受け入れに関する協定第2条に依拠する。協

¹³ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Partial Award (17 March 2006) para.183.

定第2条は、「各締約国は、その法規則に従って、投資を受け入れる」と規定している。仲裁廷は、「投資の定義に関する文言においては明示されていないが、投資が投資受け入れ国の国内法規則に従ってなされなければならない、というのは第2条により暗に示されていると解釈するのが当然である」¹⁴と述べている。

仲裁廷はチェコ国内法を検討し、次のように述べる。「これらの法はビジネス・プランの提出を求めている。しかし当仲裁には、その規定が、投資の直近の目標を超える将来の長期にわたる計画や目標を開示することを投資家に義務づけているようには思えない」¹⁵と述べて、チェコの主張を却下した。さらに仲裁廷は「仲裁に至る一連の事件の過程において、チェコ当局は野村がIPBの株式を取得した最初の行為の違法性を問題にしたことがなかった。またその後の（野村から購入した）Saluka社の株式所持の合法性に関してもチェコ当局が問題にしたことはなかった。むしろチェコ当局はいくつかの行為において、Saluka社が適法な株式所有者であることを明示していたのである」¹⁶と述べている。

このようにSaluka事件においては、原告である投資家がチェコ国内法に違反していた、との主張が、仲裁により否定され、国内法遵守条項は適用されなかった。

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador 事件

本件の原告はスペイン企業 Inceysa Vallisoletana S.L. (Incaysa) 社であり、被告はエル・サルバドルである。本件では車両検査施設の建設・運営が問題となった。原告はエル・サルバドルが原告との間の契約に違反したとして、スペインとエル・サルバドル間の投資協定に基づいて訴えを提起した。エル・サルバドルは、原告が車両検査の経験に関して自らの実績を偽って入札に参加し、許可を不当に得ていた点を主張した。投資が国内法に従ってなされたものではなく、条約の保護対象ではないとの主張である。

2006年8月2日に下された仲裁判決は、国内法遵守条項に基づいて、仲

裁の管轄を否定した最初の事件であり、本稿の観点からすると、最も重要視されるべき判例のはずである。しかしながら、実はこの仲裁判決は極めて奇妙な論理構造を有しており、あまり有益な判例とはいえない。その珍しい点について説明する前に、順を追って判決の関連箇所を整理していこう。まず仲裁廷は条約解釈に関するエル・サルバドルの主張を認めている。「投資協定においてなされたスペインとエル・サルバドル間の合意は、投資受入国の国内法に従った投資に限定されている。従って、違法になされた投資から生じる紛争は当事国が与えた合意の範囲外であり、…、当仲裁廷にはその紛争を取り扱う権限がない」¹⁷と仲裁廷は述べている。

問題は、国内法に違反したか否かという認定問題である。まず仲裁廷は、国内法違反の問題は、国内裁判所の決定に服するべきだという見解を否定する。「投資の国内法上の合法性を審査することは、仲裁の権限を決定するという目的に関する限りにおいて、当仲裁廷が行うべきことである。この決定を投資受入国の国内裁判所に委ねてはならない。そのようなことを認めては、仲裁管轄合意の範囲と内容を国家が一方向的に再決定することになり、そしてそれは国家に完全な恣意性を与えることになるからである」¹⁸。

この後、仲裁廷は極めて珍しい議論を提起する。仲裁は、問題とされる投資が国内法に従ったか否か、を判断するために、エル・サルバドル憲法第144条に触れている。その規定は「エル・サルバドルが他の諸国または国際機構と締結した国際条約で、当該条約の諸規定及びこの憲法の規定に従って批准されたものは、共和国の法と見なされる」としている。仲裁廷は、この規定に基づいて、多数の普通の国内法規範ではなく、「エル・サルバドル国内法としての」スペインとエル・サルバドル間の投資協定を適用する、とする。¹⁹ この論理を批判することは簡単である。まず、これでは循環論法になってしまう。投資協定は、その保護対象の認定基準として投資受入国の国内法を指定し、その国内法（憲法）は投資協定を国内法として認めているので、投資協定自体がその保護対象の認定基準となる、と

¹⁴ *Ibid*, para.204.

¹⁵ *Ibid*, para.214

¹⁶ *Ibid*, para.217

¹⁷ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Award(2 Aug.2006), para.207.

¹⁸ *Ibid*, para.213

¹⁹ *Ibid*, paras.219ff

いっても議論は循環するだけで具体的解決策は見いだし得ないように思える。

仲裁廷は、この循環論法を抜け出すために、さらに奇妙な議論に依拠する。その根拠となるのは、投資協定第11条である。それは仲裁の設置に関する規定であり、仲裁の適用法規が定められている。その条項では三つの法が、仲裁の適用法規として定められている。それは第1に「この協定（スペインとエル・サルバドル間の投資協定：筆者注）及び締約国間で有効なそのほかの約束」、第2に「一般的に承認された国際法の規則及び原則」、そして第3に「抵触法に関する諸規則も含めて、その領域内に投資がなされた締約国の国内法」である。

この二つ目の適用法規、「一般に承認された国際法の規則及び原則」に基づいて仲裁廷は議論を進める。「一般に承認された国際法の規則及び原則」の中身を確定するために、仲裁廷はさらに国際司法裁判所規程第38条に依拠する。この規定は、国際司法裁判所の適用法規を定める条項であり、それは「国際法」を適用するとした上で、慣習、条約、そして法の一般原則を列挙している。そして、これだけの迂遠な議論を経た上で仲裁は、「国内法に従った」投資であったのか否かを認定する基準として、国際司法裁判所規程第38条がいう「法の一般原則」を指定したのである。²⁰

法の一般原則とは、諸国の国内法規範に共通してみられる原則のことをいう。仲裁は、この法の一般原則のうち、信義誠実原則、いわゆるクリーンハンド原則、国際公序原則、そして不当利得の法理を根拠として、原告の投資が「法に従った投資」ではなかったと結論づける。

この結論に至るだけであれば、何もこのような迂遠な論法を経る必要はなかったはずである。信義誠実等の原則に依拠するならば、最初からエル・サルバドルの各種国内法に依拠すれば十分ではないか。法の一般原則は、次章で触れるように、実は「投資」の内容決定において大きな役割を果たし得る概念であり、その重要性は否定できない。それゆえ Inceysa 事件仲裁判決が法の一般原則に触れたこと自体は興味深いし、高く評価する

²⁰ 法の一般原則と「一般に承認された国際法の原則」とは形式的には異なるものであるが、その内容と見なされるものには重複するものが多い。Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7th ed.), 19(2008) を参照。

意見もある。それゆえ、法の一般原則の適用に至る論理が、あまりにも迂遠で恣意的な過程を経ていることは残念でならない。²¹

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines 事件

この事件の原告はドイツ企業 Fraport (Fraport AG Frankfurt Services Worldwide) 社であり、被告はフィリピンである。2007年8月16日に仲裁判決が下された。原告は、マニラのニノイ・アキノ国際空港のターミナルビル建築・運営事業に関与していた。当該事業は、空港設備の拡張に伴うものであり、複数の企業が関与していた。ニノイ・アキノ国際空港では、第3のターミナル建築の計画が持ち上がった。空港事業を進めるために設立された PIATCO (Philippine International Air Terminals Co.) とフィリピン政府との間の契約では、PIATCO が空港ターミナルビルを建設した後、数年間運営を行うことになっていた。当時の大統領エストラダは、その契約を変更し、ターミナルビルの運営事業を4億ドルで PIATCO から買い取ることにした。2001年に当時のエストラダ大統領が弾劾の結果失職し、副大統領であったグロリア・アロヨが大統領に就任した。アロヨ新大統領は、前政権の腐敗を追及した。その過程において、前政権が進めた空港ターミナルビル事業に注目が集まった。アロヨ政権は、PIATCO と交渉を持った。その後、ターミナルビルの建築・運営に関する当初のコンセッション契約に関して、入札などの手続きの運営に国内法違反が確認された。フィリピン最高裁判所が当初のコンセッション契約自体の無効を宣言した。最高裁決定の時点において、既にターミナルビルの建築はほぼ完了していた。アロヨ大統領は関連企業に対し正当な補償を支払うとたびたび言明したが、フィリピン政府に対する関連企業の不信任は根強く、一連の事件に関連し、複数の裁判所に多くの訴訟が提起された。

本稿で取り上げるのは、PIATCO 社に出資を行っていたドイツ企業 Fraport 社が、ICSID に訴えを提起した結果設立された仲裁廷が2007年8月16日に下した判決である。

この判決はいくつかの点で興味深い。第1に国内法遵守条項に基づいて

²¹ Christina Knahr, *supra* note (1), 42. Knahr は「Inceysa 仲裁の結論は正しい。しかしながら、問題なのは仲裁がその結論に至った過程である」と述べている。

管轄が否定された数少ない事例の一つであること。第2に、国内法遵守条項が対象とする国内法違反行為は投資の開始時点に限られると声明したこと。第3に、国内法違反を政府が黙認していた場合の禁反言の可能性について触れていることである。

第1の点に関して、本稿が対象とする国内法遵守条項に基づいて仲裁の管轄が最終的に否定されたのは、先述の Inceysa 事件と本件だけである。本件で問題となった条項は、まずドイツ・フィリピン間の投資協定第1条1項である。同条項は協定の保護対象である「投資」を「各締約国それぞれの法規則に従って受け入れられた全ての種類の資産」と定義している。さらに同協定の第2条1項は「各締約国は、その領域内において、他の締約国の投資家による投資を可能な限り促進し、第1条1項にある、締約国の憲法、法及び規則に従って、当該投資を受け入れる」と規定している。この他に議定書なども含めて、4個の条項において国内法規則の遵守が求められている。これらの国内法遵守条項に関して判決は次のように述べている。

339. これらの規定が事項管轄を制限していることは明白であるが、その解釈は単純なものでない。ウィーン条約法条約は特定の規定はその文脈に応じて、すなわち条約の他の諸規定や条約の趣旨及び目的に照らして解釈されると定めている。本件協定の全16条の条項のうち3条項で明示に言及があること、さらにフィリピンが特に重要でさらに明確にさせる必要があると信じた4点に関して批准に際して付属文書を添付したが、その文書にも言及があることを考えるならば、この種の制限の重要性がわかる。各当事者がフィリピンにおけるこうした国内法に関する制限を認識していたことは明白である。…

340. 協定締約国が投資の促進を目指していたことは明白であり、それこそが協定締結の理由そのものである。条約はその趣旨及び目的に照らして解釈されるべきではあるが、かかる趣旨及び目的に照らして協定を解釈するならば、それは解釈の段階で4つの明示の条項を無効化することであり、それはあらゆる解釈規則に反してしまう。協定締約国の国民が行う経済活動が「投資」に該当し、協定の対象となるためには、投資受入国国内における特定の法的な要件を満たす必要があ

るとするのは、これらの4条項で示されているように明白である。²²

判決はこのように述べて国内法に反する経済活動は当該投資協定の保護対象でないことを明確に述べた。そして本件では、フィリピン国内の特定企業に関して外国企業がある一定以上の経営支配を及ぼすことを制限している国内法への違反があったと仲裁は判断した。フィリピン法では外国企業が土地を持つことが禁止されており、且つ土地を持つ国内企業に対して40パーセント以上の出資を行うことも禁止されている。Fraport社は、このような低い出資割合では十分な利益を上げることが難しいと考え、いくつかのダミー企業とそれらの間での秘密協定を通して、事実上ある一定以上の経営支配を PIATCO に及ぼしていた。そのことを理由として、本件における Fraport 社による出資行為が、協定の保護対象である「国内法に従った投資」に該当しないと判断されたのである。

第2の興味深い点は、国内法遵守条項の対象となる、国内法違反の時間的範囲である。仲裁判決は次のように述べている。

344. BIT（二国間投資協定：筆者注）の関連規定に定められた条件の時間的範囲に関して、BIT上の管轄権条件を満たすためには、投資の開始時点において関連する国内法に「従って」いるだけでなく、その後も一貫して国内法を遵守していなければならない、従って投資事業の過程における法規則からの逸脱によってBITの仲裁の管轄権は失われる、と被告及び被告側の専門家証人の何人かが主張している。

345. 仲裁廷が現在検討している問題は、投資の開始時点の問題であって、その後投資活動がどのように遂行されたかという問題ではないので、前述の主張は当面の問題とは関係していないが、仲裁廷は、条約全体に照らしてみるならば、被告のこの主張が関連規定の解釈としてはこじつけであると付記しておきたい。BITの第1条及び第2条は投資の開始と強調している。さらにいえばBIT制度の効果的な運営のためには、管轄権への条件は投資の開始時点に限られるべきであろう

²² *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines*, Award(16 August 2007), paras.339f.

（下線筆者）。投資の開始時点で投資受入国の国内法に従っているならば、投資事業の過程において国内法の違反があったという投資受入国による主張は、BITの違反行為に関する実体的な抗弁事由とはなっても、BITのもとにおいて仲裁が管轄を行使する妨げとはならないであろう。²³

そして最後の興味深い点は、政府が国内法違反を黙認していた場合のエストップ（禁反言）の可能性を仲裁判決が明言している点である。

346. しかしながら、エストップの問題は残る。政府が投資家の国内法違反行為を認識しながら見逃す、または国内法に反する投資を許可していたら、政府は当該国内法違反行為を管轄権抗弁として提起することを、公平原則に照らして仲裁廷は認めるべきではない。

347. しかしながら、秘密の合意というものは、その性質上、投資の保護を承認する政府役人に知られることがないものであり、エストップの根拠とはなり得ない。つまり本件における合意が秘密であったことが、秘密でなかったならば政府による承認または授權という行為が生み出し得たはずの、あらゆる法的有効性を奪い去るのである（非正規の、場合によっては違法な承認が関連法の下で法的効力を生み出し得る、としたとしても）。Fraport社が1999年に投資を行った際に、フィリピン国内法に反してなされた秘密合意を、フィリピンが知っていた、知っているべきであった、または知り得たと示すものは一切記録に残っていない。²⁴

Fraport 事件仲裁判決には、仲裁人の1人であるクレマデス（Dr Bernardo M. Cremades）が反対意見を付している。²⁵ その反対意見は、いくつかの点において興味深い指摘をしているのだが、それは多数意見に対する散発的な問題指摘という性格が強い。本章は判例を整理し論点を析出することを

²³ *Ibid*, paras.344f.

²⁴ *Ibid*, paras.346f

²⁵ *Ibid*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, 21f (19 July 2007)

目的としているので、クレマデス反対意見については、個別論点について検討を加える次章において必要に応じて触れることにする。

第2章 国内法遵守条項の意味を巡る諸論点

国内法遵守条項を巡っては、その法的性質、国内法解釈権の所在、対象となる国内法違反行為の範囲などを巡って争いがあることを確かめた。この章ではそれぞれの論点に検討を加えることを目的としているが、その前にそれらの論点が、海外投資の保護を巡る国際法においてどのように位置づけられるのかに簡単に触れておくことは有益であろう。

海外投資の保護、より広い意味で外国人の保護に関する国際法において、その保護の内容確定のために国内法に依拠することは昔からなされてきたし、どこまで国内法に依拠するべきかという問いも歴史のあるものである。たとえば外国人の受ける待遇に関する国際標準主義と国内標準主義の対立を考えると、極端な国内標準主義²⁶の立場に立てば、外国人の待遇は国内法にのみ依拠して、国内裁判所（または関係するその他の国内諸機関）により決定されることになる。それに対して国際標準主義では、国内法が下回ることができない最低標準が国際法上確立しているとするので、外国人の待遇に関して国際裁判所が国際法に基づいて判断を下すことが規範上可能となる。

国際標準主義と国内標準主義は、20世紀初頭の仲裁判例及び学説において最も激しい対立を見せた。その対立枠組み自体は今日でも議論整理のた

²⁶ いわゆるカルボ・ドクトリンといわれるものが有名である。そもそもは19世紀のアルゼンチンの国際法学者カルロス・カルボに由来するとされる法的・政治的主張である。カルボ・ドクトリンについて詳しくは、Donald R. Shea, *The Calvo Clause*, 16ff (1955) を参照。本稿で取り上げるように、投資協定に基づく仲裁に関して、国内法及び国内裁判所の排他的管轄権を主張する事例が増加している。その点に関しては、Wenhua Shan, 'Is Calvo Dead', 55 *A. J. Com. L.* 123(2007); *ibid*, 'From North-South Divide to Private-Public Debate: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law', 27 *NW. J. Int'l L. & Bus.* 631 (2006-2007); Christoph Schreuer, 'Calvo's Grandchildren: the Return of Local Remedies in Investment Arbitration', 4 *Law & practice of Int'l L. & Trib.* 1(2005) を参照。

めに有益ではある。しかし今日の経済活動における「投資」の定義を確定するために、国際標準に関して、かつて1920年代及び30年代の諸判例で明らかにされた具体的基準に依拠することは難しい。当時主張されていた国際基準の具体的内容は、経済活動の保護というよりも、むしろ警察署での留置方法や、暴動発生時における警察による外国人保護のあり方など、外国人の身体を物理的な侵害からいかに保護するか、という観点が中心となるものであった。そのため、今日の経済活動に照らして、なにが「投資」に当たるのか、という議論の参考になるものではないのである。

今日の観点からは、「投資」「財産権」などにかんして国際法に独自の概念が存在しているのか否かが問題となるのである。国際法に独自の規定がなければ、「投資」を保護する国際法は、その前提としての「投資」を確定するために、他の法規則、主として投資受入国の国内法に依拠せざるを得なくなる。

（１）投資の定義と投資受入国の国内法

（i）投資定義に当たっての国内法への依存

国内法遵守条項の議論に入る前に前提として、投資協定が保護の対象とする「投資」について一般的な議論の整理をしておきたい。「はじめに」で述べたように、海外投資の保護に関する規則は国際法の重要な一部分でありながら、その保護対象である「投資」の定義に関して、国際法には欠けている点が多い。そのことを確認しておこう。

まず仲裁手続の根拠規定から見ていこう。多くの投資協定が仲裁裁判の制度として指定しているものに、投資紛争解決国際センター（ICSID）がある。

ICSIDは国家と外国人投資家との間の紛争を独自の裁判制度で裁くことにより、国家間の政治的対立へと繋がる前にその紛争を処理することを目的としている。ICSIDは世界銀行の援助の下成立した。ICSIDの仲裁手続きの素案は、世銀の法務局長（General Counsel）であったブローチ（Broches）によって提示された。ブローチは1961年に複数の世銀理事に対して、投資問題を専門に扱う仲裁裁判制度の考えを示した。世銀総裁はその年の世銀年次総会において彼の考えを紹介した。翌1962年に世銀理事会は、ブローチにこの問題のより深い検討を指示した。同年6月ブローチは、投資仲裁

裁判制度を設立する条約の草案を起草した。この草案は世銀理事会を経て、この問題を特別に扱うために設置された委員会において討議された。加盟各国からの意見聴取を経て、1964年9月に東京で開かれた世銀の年次総会では、条約草案を加盟各国に提示することを決定した。同年11月ワシントンにおいて、投資紛争処理についての法律委員会が開催され、条約草案が審議された。委員会議長はブローチが務めた。翌1965年3月18日世銀理事会は投資紛争解決条約（ワシントン条約）を審議可決した。同条約は翌1966年10月14日に発効した。この条約に基づき、ワシントンの世銀本部内にICSIDが設置された。今日ICSIDは、世銀を構成する5大機関の一つとして、極めて重要な役割を担っている。²⁷

この投資紛争解決条約の第25条は、センターの仲裁手続きの管轄範囲を「投資から直接生じる法律上の紛争」に限定している。ここにいう「投資」に関しては、その定義が存在していない。投資紛争解決条約の起草過程において、ブローチが当初国際会議に提示したペーパーは「投資」という用語に言及していなかった。それは何らかの制限を前もって課すことによって仲裁付託の事由が狭まることを恐れたからだといわれている。

しかしながら仲裁の対象が無制限に広がり得ることを恐れた諸国が「投資」を定義すべきと主張した。その結果、国際会議に最初に提示された条約草案には『『投資』とは全ての金銭的貢献（contribution）及びその他の経済的価値を有する資産で、不定期な期間、もしくは期間を有するとしても5年を下回る期間に及ぶものを意味する』²⁸との条項があった。この条項には批判も集まった。「貢献」とはなになのか。なぜ対象となる活動に期間の限定がつくのか。今日にまで及ぶ、「投資」定義論争の主要論点が既にこの時点において示されていた。

ブローチは、ICSIDを利用する手続きは仲裁裁判であり、どのような紛争を付託するのかが当事者の合意に委ねられている点を強調した。「投資」の定義の問題は、実際に紛争を付託する当事者に委ねられるべきだとの主張である。議論の結果、投資紛争解決条約では「投資」を定義しないこと

²⁷ Christoph H. Schreuer et al., *The ICSID Convention: Commentary* (2nd ed.), 2ff (2009).

²⁸ Christoph H. Schreuer et al., *ibid*, 115.

が決定された。²⁹ ³⁰

それでは、投資紛争解決条約という、いわば手続法の話を終えて、投資仲裁の適用法³¹という実体法に話を移そう。今日投資家と国家との間の投資紛争は、国家間の投資協定に基づいて仲裁に付託されるものが多い。投資保護協定はもちろん、自由貿易協定や経済連携協定といわれる経済関係の国際協定においても、投資紛争を処理する仲裁の制度が規定されていることが通常である。そしてこれらの協定の数は今日2,800を超える。³² 仲裁の適用法規については、仲裁付託時の当事者間の合意によることが第一に

²⁹ Christoph H. Schreuer et al., *ibid*, 115; Moshe Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, 59 (1993); W.M. Tupman, 'Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Investment Disputes', 35 *ICLQ* 813, 816 (1986).

³⁰ その後の仲裁判例において、投資紛争解決条約25条の解釈は変遷を遂げている。それは投資受入国の経済への貢献の有無や投資期間の長さ等に焦点が集まった対立となっている。それは、「財産」「権利」「資産」と呼ばれる経済活動の中で、さらに投資受入国の経済に貢献したか否か、経済活動の期間は何年以上に及ぶべきか等の点を対象とする論議である。詳しくは、Emmanuel Gaillard, 'Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice', Christina Binder et al.(eds.), *International Investment Law for the 21st Century*, 403(2009); Christopher F. Dugan et al., *Investor-State Arbitration*, 247ff (2008); Noah Rubin, 'The Notion of "Investment" in International Investment Arbitration', Norbert Horn & Stefan Kröll (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 283ff (2004) 参照。この問題も大変重要なものではあるが、本稿の直接の検討対象ではない。本稿の問題関心は、そもそも「財産」「権利」「資産」と呼ばれるものに関して、国際法上正確な定義が存在せず、その具体的内容を確定するために国内法に依拠せざるを得ないという状況にある。「株式」を保護すると国際条約が定めていたとしても、そもそも株主がどのような権利を持つかは国内法に依拠しなければ決定できない。しかし国内法は、国家が自由に改正できるものである。つまり国内法に無制限に依拠することは、国際法による投資保護に事実上の抜け穴を提供する。

³¹ 詳しくは、Taida Begic, *Applicable Law in International Investment Disputes* (2005) を参照。

³² UNCTAD が毎年編纂している世界投資報告の2008年版によると、2007年末で2国間の投資保護協定は2608個、自由貿易協定などの投資関連協定は254個である。UNCTAD, *World Investment Report 2008*, 14ff (2008).

想定されていた。³³ しかしながら、今日では国家間の投資協定により、国家側が事前に相手国家の国民からの仲裁付託に応じる旨の合意を与える形を取っている。³⁴ 投資協定に基づく仲裁の場合には、その付託の根拠となった投資協定に特段の定めがない限り、その協定の条文自体が仲裁の適用法になるとされている。³⁵

各国が定める投資協定には、その保護対象である「投資」に関してどのように定められているのだろうか。例として、我が国が2007年に署名したカンボジア王国との投資協定を引用しよう。日本・カンボジア間の投資協定第1条は、その保護対象である「投資財産」を次のように定義している。

- (1) 「投資財産」とは、投資家により、直接または間接に所有され、または支配されている全ての種類の資産をいい、当該投資財産には、次のものを含む。
- (a) 企業
 - (b) 株式、出資その他の形態の企業の持分（その持分から派生する権利を含む。）
 - (c) 債券、社債、貸付金その他の債務証券（その債務証券から派生する権利を含む。）
 - (d) 契約に基づく権利（完成後引渡し、建設、経営、生産または利益配分に関する契約に基づくものを含む。）
 - (e) 金銭債権及び金銭的価値を有する契約に基づく給付の請求権
 - (f) 知的財産権（著作権及び関連する権利、特許権並びに実用新案、商標、意匠、集積回路の回路配置、植物の新品種、営業用の名称、

³³ Aron Broches, 'The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States', 136 *Recueil des Cours* 330, 389ff(1972); Moshe Hirsch, *supra* note (28), 109ff.

³⁴ Antonio Parra, 'Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated under Investment Treaties', 16 *ICSID Review - FILJ* 20 (2001); 森川俊孝「投資条約における国家の投資家との間の国際仲裁の法的メカニズムと機能」『国際法外交雑誌』第100巻1号22頁(2001)。

³⁵ Andrew Newcombe & Iluis Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, 91(2009)

原産地表示または地理的表示及び開示されていない情報に関する権利を含む。)

(g) 法令または契約により与えられる権利(たとえば、特許、免許、承認、許可。天然資源の探査及び採掘のための権利を含む。)

(h) 他の全ての資産(有体であるか無体であるかを問わず、また、動産であるか不動産であるかを問わない。)及び賃借権、抵当権、先取特権、質権その他関連する財産権

投資財産には、投資財産から生ずる価値、特に、利益、利子、資本利得、配当、使用料及び手数料を含む。投資される資産の形態の変更は、その投資財産としての性質に影響を及ぼすものではない。³⁶

一見詳細で包括的な定義がなされているように思える。しかしながら、この条項でも「資産」「権利」「請求権」という用語に関して、国際法として内容を特定する条項はない。この条項は投資協定の条項としては一般的なものであって、他の協定においても、同様に「全ての資産」などの用語が用いられている。それゆえ、国際法において、これらの概念が独自のものとして確立しているかを巡って争いが生じる。

主に途上国を中心として、国際法において独自の「資産」や「権利」という概念が誕生していることを否定し、それらの内容の決定を事実上国内法に委ねようとする主張がある。³⁷ その点を示す判例を引用してみよう。2006年2月3日に判決が下された *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador* 事件では、カナダ・エクアドル間の投資協定が問題となった。判決は次のように述べている。

184. 二つ目の先決的問題は適用法規に関するものである。関連規定(2国間投資協定の8条7項)は、この2国間協定に基づいて管轄権を行使する仲裁廷は「この協定と適用可能な国際法に従って、紛争となっている問題を処理する」と規定している。…しなしながら、投資

³⁶ Available at: http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/shomei_29.pdf

³⁷ Ole Spiermann, 'Applicable Law', Peter Muchlinski, Federico Ortino & Christoph Schreuer(eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 89, 110ff (2008).

財産または収益の取用がなされたというためには、影響を受けた権利が、当該権利を創出した法、つまりはエクアドル法の下で存在していなければならないのである。³⁸

学説においても国内法への依拠を認めるものは多い。ダグラスは「投資を構成する財産権の存在及び範囲に関する問題への適用法規は、投資受入国の(国際私法の規則も含む)国内法である」³⁹と声明している。ニューカム&パラデルは次のように述べている。「国際投資協定の締約国である国の領域内における特定の権利、利益及び財産が、国際投資協定の保護対象である投資か否かは、国際投資協定が定める問題であって、国内法上の問題ではない。しかしながら特定の資産が、国際投資協定上の投資と見なされ得るためには、その前提としてその資産が存在しなければならないし、その資産の存否は、その資産が存在するとされる国の国内法により決定されるのである。従って、国際投資協定が「全ての種類の資産」と定義し、またはいくつかの種類を列挙することにより、国際投資協定上の保護対象である投資となる資産を定めようとはしているが、その前提となる資産が存在しているか否かという問題は、投資受入国の国内法が一次的に決定する問題であって、国際法が決定する問題ではない」。⁴⁰

(ii) 国内法への依拠を制限し、国際法独自の「投資」定義を確立しようとする試み

投資協定が、人々が関係する全ての経済活動について完全な定義を定めている、とはいえない。従って保護対象である「投資」の具体的内容を確定する際に、その前提として国際法以外の規範、主として投資受入国の国内法にある程度依拠せざるを得ないことは疑いようがない。けれども国内法は国家が自由に改正できるものであり、それに大きく依拠することは、

³⁸ *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, Award (3 Feb. 2006), para.184.

³⁹ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, 52 (2009); *ibid*, 'The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration', 74 *BYBIL* 151, 198-199, 211 (2003).

⁴⁰ Andrew Newcombe & Iñaki Paradel, *supra* note (35), 92.

国際法による投資保護に大きな抜け穴を作り出すことになる。判例・学説ともに、そのような抜け穴をできる限り小さくするために、様々な工夫をしてきた。

まず国際法独自の投資定義がある程度確立していることを主張する見解がある。権利の詳細における国内法への依拠は認めながらも、「株式」や「所有権」という権利の大枠には、既に国際法独自の規範が存在していると取る見解である。2005年6月17日の *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic* 事件管轄権判決は次のように述べている。

33. ICSID 条約には「投資」の定義がなされていないのに対して、本件の二国間投資協定（BIT）には包括的に且つ明確に定義されている点に仲裁廷は留意する。BIT 第1条2項の関連箇所は次のように規定している。すなわち『投資』という用語は、財産及び投資受入国の法に従って取得されまたは有効なものとなった全ての種類の権利を含む全ての種類の資産をいい、…。ここにいう資産の意味及び範囲は、その領域内に投資がなされた当事国の法規則により決定される。資産の投資もしくは再投資にかんする法規則の変更は、この協定上、その資産の投資としての性格を失わせるものではない。

34. この定義は投資協定にほぼ普遍的に見られる実行に従っている…。当仲裁廷はアルゼンチン企業の株式が、引用された定義に含まれることには疑いをいただいていない。株式所有に付随する諸権利は、…、アルゼンチン法により決定される。たとえば、株主総会がどのように開催されるべきか、支配人はどのように選出されるべきか、会計報告はどのようになされるべきかがその法により決定されるであろう。しかしながら、株式そのものは、…協定が定める「投資」であることは明らかである。実際、本件も含めて大多数の越境資本移動のほとんどがそれに含まれる、典型的な海外投資の方式は、投資受入国の国内法に従って会社を設立し、その会社の株式を外国人投資家が購入するという形か、その国の国内法に従い既に設立済みの会社の株式を外国人投資家が取得するという形を取る。投資紛争解決条約及び本件の2国間投資協定は、この種の状況において、外国人投資家が投資紛争解決条約及び投資協定上の権利を、とりわけ国際的な仲裁に訴え出

る権利を認める制度となっているのである。⁴¹（下線筆者）

同様にソルナラジャーは、有形財産と無形財産を区別し、有形財産に関しては国際法独自の財産権概念が古くから成立していると述べている。

2 国間投資協定が国際法における財産権概念の発展に寄与していることは疑いようがない（かつては国際法に独自の財産権概念が存在するかどうか疑いがあった）。様々な種類の無形財産が協定に列挙されていることは、これらの概念の（国際法としての）形成にとって大きな一歩である。有形財産の保護は、かかる財産が外国人によって保有されることも多かったので、外国人保護の枠組みになじみやすかった。無形財産の場合、かかる財産を国内法がどこまで認めているかによって左右されるという点に難しさがあった。今日では、外国人が国内法に従ってかかる無形財産を取得したならば、その既得権は投資協定を通して国際法の保護する権利へと変形されることが認められるようになってきている。無形財産に関しては、協定上の保護が存在しないのならば、それらは受入国の国内法に依存する権利であって、当該国内法に従って消滅することもあり得る、というかつての考え方が未だに有効である。⁴²

また別の観点から国内法への依拠を否定する判例もある。Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh 事件仲裁判決は、「財産」の内容はバングラデシュ法に従って判断されるべきだという主張を次のように否定している。

124. 当仲裁廷はこの主張に納得していない。イタリア法（原告企業の国籍国：筆者注）において「財産」という用語が特有の意味を有している場合を想像すれば十分であろう。バングラデシュの主張に従う

⁴¹ *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction (17 June 2005), paras.33f.

⁴² M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (2nd ed.), 224(2004).

ならば、投資を行う先によって、協定の解釈が異なり、また保護の範囲が変わってくることになる。このようなことは投資協定の意味としてはあり得ない。⁴³

同じ条約の保護範囲が投資先の国により異なることは、問題となる国によって同じ条約の解釈が変わってしまうことになり、条約解釈としてはあり得ない、というのである。この判決にいう「解釈」については疑問が残る⁴⁴が、国内法への依拠を制限しようとする最近の仲裁判例の流れを反映する一文であろう。

また「投資」や「財産」にかんして、国際法に独自の定義が存在しない場合であっても、権利の内容を確定するのに、特定国の国内法ではなく、同種の制度を持つ諸国の国内法制度に共通の原則を見だし、適用しようとする見解もある。この点で最も有名な判例は、1970年に国際司法裁判所が判決を下したバルセロナ・トラクション事件である。この事件はスペイン国内のバルセロナ周辺において電力事業を行うカナダ法人バルセロナ・トラクション社が関係した事件である。この企業はロンドン市場においてボンド建ての社債を発行したのだが、スペイン内乱時の外貨送金制限により、社債の利息を支払えなくなった。スペイン国内におけるある集団がその社債を購入し、スペインの国内裁判所に利息支払いを求めて訴えを起こした。スペイン法自身が外貨送金を制限し、それゆえ利息支払いができずにいるのに、スペインの国内裁判所は利息の不払いを根拠として、バルセロナ・トラクション社の破産を宣告した。同社の所有施設は競売に掛けられた。同社施設は、社債を購入していた集団により安価に落札された。これは周到に準備された会社乗っ取り事件だったのである。さて、バルセロナ・トラクション社はカナダ法人であったのだが、その株主の多数はベルギー人であった。カナダは、理由は不明であるが、最終的にはバルセロナ・トラクション社保護のために行動を起こさなかった。それゆえ、株主

⁴³ *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures (21 March 2007), para.124.

⁴⁴ 単純に言葉の問題だが、「国内法に従って決定される」という点で条約の解釈は同じで、どの国の国内法が適用されるかにより結果が異なるのであろう。

の国籍国であるベルギーが、スペインを相手取って国際司法裁判所に訴えを提起した。

この事件で問題となったのが、株主の権利の内容であった。直接の被害者はバルセロナ・トラクション社という企業であり、その国籍国であるカナダであった。そのカナダが賠償請求のための具体的行動を取らなかったために、株主の国籍国であるベルギーが訴えを提起した。国際司法裁判所は、株主の権利の内容を特定するために、国内法に依拠することを認めている。判決は「国際法は、国際的平面において重要で且つ広く普及した役割を持つ国内法上の制度を承認せざるを得ない。…会社と株主の待遇について諸国が持つ権利に関して、法的問題が生じる際に、国際法が未だそれ自身の法を定めていない以上、国内法の関連規則に依拠せざるを得ない」⁴⁵と述べている。しかしながら、国際司法裁判所は、別の箇所ですべてのように続ける。「裁判所は、前述したように、本件が国内法に由来する諸要因を主に対象としていることから、出発しなければならない。…国際法が依拠するのは、特定国家の国内法ではなく、その資本が株式により示される有限会社の制度を認める諸国の国内法制度が一般的に認める規則である（下線筆者）」⁴⁶ 国際司法裁判所は、依拠する対象である国内法を、特定の国の国内法から切り離すことにより、ある国家の恣意的な法制度または法変更により、外国人が被り得る損失を防ごうとしたのである。⁴⁷

筆者の見解としては、このバルセロナ・トラクション事件判決は、今日の投資協定において保護対象である「投資」を確定する際にも、有意義な先例であると思われる。しかしながら、第1章で触れた *Inceysa* 事件仲裁判決が、諸国の国内法に共通する法原則に触れている以外では、投資の定義に関して、かかる一般原則に依拠する実行は見られない。⁴⁸

⁴⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, *ICJ Reports 1970*, para.38.

⁴⁶ *Ibid*, para.50.

⁴⁷ バルセロナ・トラクション事件判決が国際司法裁判所規定38条「法の一般原則」を適用したのか否かについては意見が分かれている。

⁴⁸ 投資の定義以外では、たびたび法の一般原則への言及がある。Christoph H. Schreuer et al., *supra* note (27), 607ff; P. Kahn, 'Les principes généraux du droit devant

最後に、事実上最もよく用いられている既得権保護法理に触れておこう。国内法の定めにより一度権利として認められたならば、その後、当該国内法規定が変更されたとしても、権利性は失われまいという考え方である。「ひとたび投資受入国の国内法により権利として認められたならば、…投資協定により与えられる保護が作用する」⁴⁹のである。この考えは「国の行為が国際的に違法とされるか否かは、国際法により規律される。このような違法性の確定は、同一の行為が国内法により合法とされたとしても、影響を受けない」⁵⁰という国家責任の一般的原則によっても裏付けられる。この既得権保護の法理が、国内法秩序の変更から投資家を保護するために最も依拠される主張である。

（２）国内法遵守条項が意味するところ

それでは、本稿の対象である、「投資受入国の国内法に従った投資」という条項について、第１章で示された論点に沿って、議論を整理していこう。国内法遵守条項については、第１章で明らかにしたようにいくつかの解釈上の論点が存在している。それらの論点の多くは、上述の国際法の独自性を担保する動きと国内法の役割を広く認めようとする動きの緊張関係の中で位置づけ、分析することができる。

投資の定義における国内法の役割について、国際法に独自の詳細な規定がないために、主として投資受入国の国内法にある程度依存せざるを得ない現状を確認し、その上でこれまでの学説判例が、いかに外国人保護に関する国際法の、国内法からの自立性を担保してきたかについて概説した。所有権や株式などの概念、それに伴う権利の具体的内容は国々により異なり、国際法も詳細な規定を設けているわけではない。しかしながらこれらの概念に関して、大枠では国際法上の規則が既に確立している、とする見

les arbitres du commerce international’, 116 *Journal du Droit International* 305 (1989); Grant Hanessian, ‘“General Principles of Law” in the Iran-U.S. Claims Tribunal’, 27 *Columbia J. Transnat’l L.* 309 (1989)

⁴⁹ Zachary Douglas(2009), *supra* note (39), 53.

⁵⁰ 国家責任条文第3条, James Crawford, *The International Law Commission on State Responsibility*, 86(2002).

解もある。またこの見解とは別に、法の一般原則や既得権の法理といった原則に基づき、「投資」の認定をでき得る限り特定の国内法秩序から切り離そうと試みる見解もある。以上は主に国際裁判の独自性を担保したい国際裁判官や国際法学者に見られる見解であるが、これに対して投資受入国側、とりわけ国際的な裁判制度に不信感を抱いている途上国側には、できる限り、国内法秩序の役割を広く設定しようとする動きが見られる。

（i）「投資受入国の国内法に従った投資」の認定権者

国内法秩序の役割を最も広く捉える見解は、「投資」の認定に関して国内裁判所に排他的な決定権があるという主張である。

第１章においても触れた *Inceysa* 事件仲裁判決は、この主張に対して「そのようなことを認めては、仲裁管轄合意の範囲と内容を国家が一方的に再決定することになり、そしてそれは国家に完全な恣意性を与えることになる」⁵¹と全面的に否定している。*Tunari* 事件においても、「国内法に従った投資」という文言が投資受入国の国内に会社を設立することが投資の前提条件となっており、紛争処理に当たって投資受入国の国内裁判所に排他的な管轄権が付与されるという被告ボリビアの主張に対し、仲裁は「当仲裁廷は、投資家による投資先国内における会社の設立が、それ自体で、ボリビアの国内法廷に排他的管轄を与えているとの主張を受け入れることができない」⁵²と答えている。

投資仲裁の付託の前提である、「投資」の認定権を国内裁判所に委ねることは、国際裁判所の自殺行為である。「国内法に従った投資」という条項だけでは、国内裁判所の排他的な管轄権を明らかに認めているとはいえない。今日の投資協定の多くは、国際的な仲裁手続きを受諾する旨を紛争処理手続きとして指定しており、かかる紛争処理条項の存在を考えれば、「国内法に従った投資」という条項だけでは国内裁判所に排他的な管轄権を認めることは困難である。

ただし、これは条約の規定から離れて、判断権が常に国際裁判所に存在

⁵¹ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, *supra* note(17), para.213.

⁵² *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction (21 October 2005), paras.148–152.

する、というわけではない。特定の問題に関する国内裁判所の排他的な判断権が、条約規定に明確に規定されている場合は別である。たとえば最近の投資協定では珍しくなっているが、社会主義諸国がかつて用いていた手法には、国際的な仲裁に付託できる対象を収用の補償金額に関する紛争のみに限定するものがあつた。すなわち、収用の存否についての紛争は、国際裁判所の対象ではない。国内の手続きにおいて、問題とされる政府行為が収用であると認定され、その上で補償金額に関して紛争が生じた場合のみ、国際的な裁判制度を利用できるようになっている。国内裁判所の先決的判断を求めるこの種の条項に関しては、仲裁でその条項を無視すべきとの主張が提示されたことがあつた。収用の存否に関して国内手続きに委ねるというのでは、国際的な仲裁制度を設ける意義が消滅してしまう。国際的な仲裁手続きの規定を意義のあるものにするためには、収用の存否の問題も国際仲裁が判断すべきだ、という主張であつた。この主張に対し、ロシアが被告となつた二つの仲裁事件において、仲裁は「明確なソ連の政策（strong Soviet Policy）」により挿入された条項であつて、その意味は疑いようがない、としてこの種の条項に照らして、収用の存否を国際的な仲裁は判断できないとしている。⁵³ 条約規定が特定の問題に関する国内裁判所（諸機関）の先決的な判断権を明確に規定していれば、たとえ国際仲裁の管轄を何らかの形で受諾していたとしても、その問題については国内裁判所（諸機関）の判断が優先されるのである。そして国内裁判所（諸機関）の判断権が留保された分野が、「収用」の存否や、「投資」の認定などのように、国際仲裁が管轄を行使する前提となるべき事項である場合には、事実上国際仲裁による管轄権行使は、国内裁判所（諸機関）の判断を待たないと開始できないことになる。

（ii）投資の定義か、合法性条件か

「投資受入国の国内法に従った投資」という条項において、「国内法に従

⁵³ たとえば *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, Award on Jurisdiction (Oct. 2007); *Berschader v. Russia*, Award (21 April 2006) を参照。また反対の立場に立つ判例として *Renta et al. v. Russia*, Award on Preliminary Objections (20 March 2009) を参照。

った」という文言が、投資の定義なのか、それとも合法性の条件なのか、争われていることは、第1章で確認した。

投資の定義と見るのか、合法性の条件と見るのかにより、どのような違いが生じるのだろうか。対立点を単純化するならば、次のようになる。投資の定義と見る場合、国内法において「(海外)投資」「権利」「財産」「資産」という用語でも置き換え可能)の内容が確定されており、その規定に合致するものだけが、「投資」と見なされ国際協定の保護を受けることになる。それに対して合法性条件と見る場合には、「投資」の定義そのものは、既に投資協定などの国際法において与えられており、国内法（刑法や商法など、法規の形式・名称は問わない）において特に禁止されているもの以外は、投資協定の保護を受けることになる。すなわち「国内法に従った」ものだけが「投資」に該当するとするのが定義説であり、「国内法に従っていない投資」以外は保護を受けるとするのが合法性条件説になる。

最も重要な点は、合法性条件説では「投資」の内容確定は国内法に従いなされるという点が否定されていることである。

そもそも先の節で述べたように、「投資」の内容確定に当たっては、国内法に依拠すべきか、それともできる限り国内法への依拠から脱却し、国際法独自の概念を構築すべきか、を巡って対立があつた。途上国を中心とした勢力は国内法への依拠を主張し、国際法の独自性を高めたい国際裁判官や国際法学者は後者の立場に立った。そして投資協定の中で、「投資」の定義において「投資受入国の国内法に従って」という文言を付加するものは、主に途上国の協定に多く見られるものであつて、そもそもの趣旨は「投資」の内容確定には国内法を用いることを言明することにあつた。たとえば、1998年にUNCTADが発表した『1990年代における二国間投資協定』では、「このような定義が存在する場合には、国内法の要求を満たさない投資は、…、協定の意味における『投資』ではないので、協定の保護を受けることはない⁵⁴と述べられている。とすると、国内法遵守条項の解釈としては、そもそもは定義説が締約国意図に合致しているのであろう。実際、この条項が問題となつた事件のほぼ全てにおいて、被告となつ

⁵⁴ United Nations Conference on Trade and Development, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, 36 (1998)

た国、つまりは協定の締約国は、この条項が「投資」の定義に関するものであると主張している。また Salini 事件仲裁判決以前には定義説を疑う見解も見られなかった。

Salini 事件仲裁判決以降、多くの仲裁判例が「投資」の内容は国内法によって決定されるとする定義説を否定してきた。ドルツァー&シュロイアーは次のように述べている。

投資協定には「投資」の定義において、「投資受入国の国内法に従って」という文言や類似の文言が含まれることがよくある。投資受入国側は、この一文が、「投資」という概念、すなわち協定の保護範囲が、投資受入国の国内法に従って決定される、との意味であると主張している。仲裁はこの解釈を否定している。仲裁判決によれば、投資受入国の国内法への言及は、「投資」という用語の定義に関係するものではなく、投資の合法性にのみ関係するものなのである。⁵⁵

このように見るならば、第1章で検討した諸判例は、国内法への依拠を制限し、投資協定の解釈適用において国際法の独自性を確立しようとする動きの一環として位置づけることができるのである。

合法性条件説を仲裁判例が明確に打ち出すようになった理由としては、投資協定の増加及びそれに基づく協定仲裁の判例の蓄積が挙げられるであろう。多くの投資協定は、その保護対象である「投資」を丁寧に定義しようとしてきている。もちろん協定に「株式」を保護すると規定していても、その購入の手続きなどは未だ国内法に依存せざるを得ない。不動産に対する財産権にしても、購入の手続きから、公示の方法にいたるまで国内法上の手続きに頼らざるを得ない。その意味で、国際法における投資保護が、国内法から全く独立した保護対象を確立したとはいえない。しかし、だからといって不動産の所有権や株式という概念の大枠にまで、国際法独自の定義が存在しないとはいえない状況が生じている。⁵⁶

⁵⁵ Rudolf Dolzer & Christoph Shreuer, *Principles of International Investment Law*, 65 (2008)

⁵⁶ *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, *supra* note (40).

(3) 国内法遵守条項が対象とする国内法違反の範囲

国内法遵守条項に従えば、国内法規範に反する行為に基づく財産は投資協定の保護対象ではない。そこでいくつかの問題が生じる。「はじめに」で述べたように、麻薬取引のように重大な法律違反である場合には、議論の余地がないかもしれないが、会社設立時の些細な書類記入上のミスなどはどうなるのだろうか。また、国内法違反の有無は常に問われ続けるのだろうか。国内法に従い投資を行っていたが、投資開始から数年後に国内法違反を犯してしまった場合には国内法遵守条項は適用されるのだろうか。

国内法遵守条項が適用される時間的範囲に関しては、問題とされる違法行為は、投資の開始時点に限られることが判例で明示されており、その点について疑いを抱く見解はごくわずかである。第1章で挙げた Fraport 事件仲裁判決は、国内法遵守条項が投資の開始時点以外にも常に適用される、とするフィリピンの主張を却下している。その理由としたのは、協定の文言が投資の開始と明示的に指定していることに加えて、「2国間投資協定制度の効果的な運営のためには、管轄権への条件は投資の開始時点に限られるべきであろう」⁵⁷と述べている。

時間的範囲については、その適用範囲を明確に確定できるが、違法性の程度というもう一つの問題に関しては、簡単には解決できないようである。Tokios Tokeles 事件は、些細な書類上のミスが、国内法遵守条項の対象となるかが争われた事件であった。第1章で述べたように、仲裁判決は「それはウクライナ法上の行政手続きを極めて詳細に検討することを要求するものであり、かかる些細な間違いに基づいて、その投資を（保護対象から）除外することは投資協定の趣旨及び目的と合致しない」⁵⁸として、些細なミス是国内法遵守条項の対象から除外した。

Fraport 事件において、反対意見を付したクレマデスは Tokios Tokeles 仲裁判決を引用しつつ次のように述べている。

⁵⁷ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines*, *supra* note (22), para.345. 「効果的な運営」の具体的内容については触れられていない。

⁵⁸ *Tokios Tokeles v. Ukraine v. Ukraine*, *supra* note (9), para.86.

前述したように、フィリピン・ドイツ間投資協定のように、投資の定義において国内法に言及することは珍しいことではない。だがそれは、投資家が投資受入国の国内法規則を常にあらゆる諸点において正確に遵守することが、仲裁に訴え出る権利の条件であるというのは、この種の条項の目的ではない。たとえば、投資家が会社の名前の表記に関する国内法規則に違反していたことを理由として、投資受入国が不公正な行為や収用行為にかんして責任を免れることができる、というのは当該条項の意図したところではないのである。このような議論は既に国際仲裁に提起されており、「かかる些細な過ちを理由として投資から除外することは協定の趣旨及び目的にそぐわない（Tokios Tokeles 事件仲裁判決 paras.83-86）」として、適切に却下されている。⁵⁹

国際法協会は2008年のリオ・デ・ジャネイロ会期の報告書において、次のように述べている。

しかしながら、はっきりしていない点は、投資が国内法に従っているか否か、または違反しているか否か、をどのように確定するかという問題である。投資受入国の重大な国内法違反であって、投資家が投資協定の保護を受けられなくなるものと、国内法規則に関する些細なミス、もしくはあまり重要ではない逸脱とをどのように区別するのもはっきりしていない。一つには、Tokios Tokeles 事件のように単純な形式上のミスは些細なものに見なし、投資が「投資受入国の国内法に従っている」という要件を満たしていると考える一方で、国内法において民事責任や犯罪に繋がる行為は違法であり、結果として「投資受入国の国内法に従って」いないと考える区別が考えられる。⁶⁰

⁵⁹ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, 21f (19 July 2007)

⁶⁰ Final Report of the ILA Committee on the International Law on Foreign Investment, 19f (Rio de Janeiro Conference, 2008), available at: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/93B50EA9-5609-4501-915629DBEE9FDAA7>

おわりに

本稿では「国内法に従った投資」という条項を巡る最近の仲裁判例を整理・検討し、析出された論点について若干の検討を加えた。本稿執筆のそもそもの興味は、2006年の *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador* 事件仲裁判決及び2007年の *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines* 事件仲裁判決が国内法遵守条項に基づいて仲裁の管轄を否定したことから、この条項の法的性質とその対象とする国内法違反行為の範囲に疑問を覚えたことから生じたものであった。仲裁判例の分析の結果、仲裁判例が「国内法に従った」という要件は、投資の定義ではなく合法性の条件であるという見解を仲裁判例が一貫して示してきたことが明らかになった。

そもそも投資保護に関する国際法においては、その保護対象である投資または財産という概念の内容をいかに確定するか、という問題があった。その問題にたいして、一方の見解は、その内容が国内法により一次的に決定されるというものであった。この見解に対して、もう一方の見解は、国際法には既に独自の投資概念または財産権概念が成立しているというものや、またはバルセロナ・トラクション事件の国際司法裁判所判決のように諸国の国内法制度から共通するものを国際法における外国人（財産）保護に活用するものもあった。「国内法に従った投資」という文言を、投資の定義ではなく、合法性条件であると位置づける最近の仲裁判例は、この対立に照らすならば、「投資」の認定に当たって国内法の役割を制限し、国際法の独自性を確保しようとする動きに繋がるものである。

国内法遵守条項の法的位置づけの問題以外にも、その適用範囲を巡る問題が、判例では指摘されていた。この問題は時間的範囲については、投資事業の開始時点の違法行為のみが問題とされるという点を仲裁判例は明確にしている。国内法違反行為の程度については、些細な書類上のミスなどはこの対象となる違法行為ではない、とする判例（Tokios Tokeles）があるが、未だ、対象となる重大な国内法違反行為と、対象とはならない些細なミスを分ける基準は明確ではない。今後の判例の蓄積が望まれる。