

CPTPP における ISDS 条項

新宿区議会議員・弁護士 三雲崇正

1. はじめに－CPTPP による「特定の規定の適用の停止」－

(1) 「特定の規定の適用の停止」

2016年に署名・調印された TPP における ISDS 条項の概要及びその問題性については、拙稿「国民・住民主権を侵害する ISDS 条項」に述べたとおりであるが、今般署名・調印された CPTPP（環太平洋パートナーシップに関する包括的及び先進的な協定）では、米国抜きの貿易・投資協定として締結するにあたって、形式的・手続的な条項だけでなく、実質的な部分にも TPP での合意内容に修正を加えている。

ただ、CPTPP による TPP の修正は、新たな権利義務を創設するものではなく、TPP の規定のうち一部（附属書に掲げる規定）の適用を停止するものである（CPTPP 第2条）。そして、適用が停止される規定には、TPP 第9章（投資章）の規定も含まれる。

(2) TPP 第9章（投資章）のうち適用が停止されるもの

TPP 第9章（投資章）の規定のうち CPTPP において適用が停止されるものは、「投資に関する合意」及び「投資の許可」の定義及び、これらに関する規定全般である。

TPP 第9章（投資章）では、A 節において、「投資財産」、「投資に関する合意」及び「投資の許可」が定義されている。そして、投資受入国である締約国が同章 A 節の義務に違反して他の締約国からの投資家の「投資財産」を保護しなかった場合に、当該投資家が、B 節の ISDS 条項に基づく仲裁手続きによって、損害賠償を求めることができることとされている。また、投資受入国と投資家との間の「投資に関する合意」及び投資受入国が投資家に与えた「投資の許可」に関しては、投資受入国がこれらの合意又は許可を反故にした（違反した）場合に、当該投資家が、B 節の ISDS 条項に基づく仲裁手続きによって、損害賠償を求めることができることとされている。

CPTPP では、これらのうち、ISDS 条項による保護が与えられる範囲を「投資財産」に限定し、「投資に関する合意」及び「投資の許可」については ISDS 条項による保護は与えられないこととなったのである。

2. 適用範囲の限定による影響

(1) 個別合意による ISDS 条項の適用可能性の低減

「投資に関する合意」や「投資の許可」は、締約国政府が資源開発や工業団地開発などに関し、個別の外国投資家との間で締結し又は投資を許可することで投資を呼び込むものであり、そこでは外国投資家にとって有利な条件が設定されることも想定される。多くの場合は、発展途上国政府が先進国の投資家との間で締結するものと思われる。

このような「投資に関する合意」や「投資の許可」に対する違反が ISDS 条項の適用を受けるとすれば、投資受入国の議会や国民からみれば、同章 A 節に規定された投資受入国の義務だけでなく、議会の承認を経ずに締結され又は下される「合意」や「許可」によっても、国内法や国内裁判手続の潜脱といった ISDS 条項特有の弊害が生じる危険がある。

したがって、個別の「合意」や「許可」によって外国資本による投資を呼び込むことが想定される締約国の国民から見た場合、CPTPP において ISDS 条項による保護が与えられる範囲を「投資財産」に限定したことは、上述の危険が低減されたことを意味している。

ただし、CPTPP においても TPP での「投資財産」の広範な定義は維持されており、また投資受入国が負うべき義務については全く変更がなされていない。

したがって、TPP 第 9 章（投資章）に関して従前指摘されてきた本質的な問題点は、（特に個別の「合意」や「許可」によって外国資本による投資を呼び込むことが想定されない締約国にとっては）全く変わらないことになる。

（2）「停止の終了」の可能性

なお、CPTPP 第 2 条及び附属書による「特定の規定の適用の停止」は、締約国が合意したときには終了するものとされている。すなわち、締約国が合意すれば、「投資に関する合意」及び「投資の許可」に関する TPP の規定を復活させ、これらについて ISDS 条項に基づく仲裁を行うことが可能になる。

今後、締約国が増加する段階で、そのような「停止の終了」の合意がなされる可能性も否定できない。（ただし、ISDS 条項に対する国際的な評価は難しいものとなりつつある。この点については、近藤氏の「日本政府の CPTPP における交渉を問う」（3. 「CPTPP、日 EU・EPA と色褪せる ISDS」）参照。）

3. CPTPP における ISDS 条項の評価

日本政府は、日欧 EPA 交渉でもその採用することを主張するなど、紛争解決手段としての ISDS 条項に信頼性を認めていることがうかがえる。

しかし、CPTPP においては、（おそらく発展途上国として投資受入国となることが想定される）一部の締約国の要望を容れて ISDS 条項の適用範囲を限定することとなり、さらに ISDS 条項の利用を制限するサイドレター締結や共同

宣言を行う締約国も現れている。日欧 EPA 交渉では、EU が ISDS 条項の採用を拒絶し、紛争解決手段については不透明な状況が続いている。

CPTPP の批准承認を審議するにあたっては、TPP 署名・調印後のこれらの動きについて、日本政府がどのように把握し、評価しているのか確認し、ISDS 条項に代わる公正な紛争解決制度の構築に向けてリーダーシップを発揮することを促すべきと思われる。

また、TPP の批准承認を審議する際にも指摘された ISDS 条項の問題性は、CPTPP においても全く変わっていない。実体規定（A 節）に関しては、投資受入国の正当な目的での規制権限が明確に認められていない。また手続規定（B 節）に関しては、仲裁人の独立性や公平性の問題は、仲裁廷の構造上の問題も相俟って、ISDS という枠組みの中で十分に対応することが可能であるか疑わしい。

審議においては、CPTPP によっても ISDS 条項の本質が全く変わっていないことを明らかにし、TPP の ISDS 条項からそのまま引き継いだ問題点について、修正等の対応を求める（対応できないのであれば批准を不承認とする）べきと思われる。

以上

国民・住民主権を侵害する ISDS 条項

新宿区議会議員・弁護士 三雲崇正

1. はじめに—ISDS とは何か—

(1) ISDS (Investor-State Dispute Settlement¹) とは何か

ISDS とは、外国の投資家が、投資協定の規定に違反する（と投資家が考える）投資受入国の措置により損害を被った場合に、損害賠償や原状回復等の救済を求めて申し立てる解決手続きをいう。

ここで、「投資協定の規定」とは、関税や非関税障壁、あるいはサービスの自由化等、貿易にかかわるルール（貿易協定）とは別個の投資章における規定を指す。TPP でいえば第9章のA節の規定（3（2）にて後述）がこれに該当し、それ以外の箇所の規定に違反する措置は、特に ISDS の対象となることが明示された場合又は投資章の規定にも違反すると解される場合を除き、ISDS 条項に基づく紛争解決手続の対象にはならない²。

ISDS の大きな特徴は、投資家が投資受入国を相手方として訴える先が、裁判所ではなく、投資紛争解決国際センター（ICSID）³ルールや国際連合国際商取引法委員会（UNCITRAL）⁴ルールなどの国際仲裁ルールに基づき設置される投資仲裁廷であることにある。仲裁廷は、国内裁判所や常設の国際裁判所とは異なり、専属の裁判官による裁判（判決）ではなく、裁判官役を果たす（原則として）3人の仲裁人により、紛争解決のための判断（仲裁判断）が下される。

(2) なぜ ISDS が必要になったのか

投資家が外国に保有する投資対象財産は、しばしば投資受入国政府の予測困難な行為によって失われることがある。例えば1950年代にアジアやアフリカ諸国が独立した際には、独立した国々が領域内の外国人資産を国有化する動きが問題となった。最近でも、ベネズエラが2007年にエネルギー産業等の資産の国有化を行った例がある。その他にも、政府の規制が強化ないし変更された結果、投資対象財産の価値が失われることもある。

投資家は、このような事態が想定される国に対する投資を躊躇することが一般であり、他方で、積極的に外国からの投資を受け入れたい国は、投資協定に

¹ 直訳すると「投資家・国家間紛争解決」となる。

² ただし、後述する通り、投資協定違反の判断基準となる「公正衡平待遇義務」や「収用」といった概念が広範であるため、貿易投資協定の他の章の規定に違反する行為も ISDS 条項に基づく紛争解決手続の対象となりうる。

³ <https://icsid.worldbank.org/en/>

⁴ <http://www.uncitral.org/>

よって外国投資家の保護を約束することで、投資を呼び込もうとする。

しかし、投資協定に規定された外国投資家保護のための条項の解釈・適用が、投資受入国政府やその影響を受ける国内裁判所に委ねられている場合、投資協定によっても外国投資家が保護されないのではないかという疑問が残る。

このため、投資家の立場としては、投資受入国が投資協定に違反した（と考える）場合には、当該投資受入国の裁判所に対して協定違反を訴えるのではなく、より中立的な紛争解決機関を求めることになる。

ISDS は、このような投資家のニーズに合わせて考案され⁵、多数の投資協定に採用されてきた⁶。2013年11月現在、日本が締結した25本の投資協定のうち24本でISDSが採用されている⁷。

（3）ISDS条項に基づく紛争解決手続の概観

外国の投資家が、投資協定の規定に違反する（と投資家が考える）投資受入国の措置により損害を被った場合、どのようにISDS条項に基づく紛争解決手続が進められるのか、TPP協定を例に説明する。

ア 協議・交渉を経て仲裁申立

投資家は、まず投資受入国政府との間で協議ないし交渉を行い⁸、それにより問題が解決しない場合には、協定で定める仲裁ルールの中から利用可能なものを選択し、仲裁申立を行う⁹。

通常、投資協定締結国は、予め仲裁付託に同意する旨を約束しているため¹⁰、紛争が生じた後に投資受入国政府の仲裁合意を得る必要はない。

イ 仲裁廷の構成

投資家により仲裁が付託されると、3名の仲裁人が任命され、仲裁廷が構成さ

⁵ 1959年の西ドイツとパキスタンの投資協定を嚆矢とするとされる（伊藤白「ISDS条項をめぐる議論」（国立国会図書館調査と情報—Issue Brief—第807号）1頁）。また、1966年には「国家と他の国家の国民との間の投資紛争の解決に関する条約（ICSID条約）」に基づき投資紛争解決国際センター（ICSID）が設立された。

⁶ 2012年末時点で、世界中で2857本の二国間投資協定が、また339本の多国間投資協定が締結され、その殆どにISDSが採用されていると言われる（鈴木五十三「投資協定仲裁（ISDS）を巡って—TPPの一つの論点—」（法律時報86巻8号1頁））。

⁷ 前掲注（5）4頁

⁸ 19.18条（協議及び交渉）

⁹ 19.19条（請求の仲裁への付託）1項、4項。TPPでは、(i)ICSID条約及びICSID仲裁手続に関する手続規則による仲裁、(ii)ICSID追加的制度規制による仲裁、(iii)UNCITRAL仲裁規則による仲裁並びに(iv)投資家及び投資受入国が合意するその他の仲裁機関又は仲裁規則による仲裁、の4つから選択して利用することが可能である。

¹⁰ 9.20条（各締約国の仲裁への同意）

れる。3名の任命は、当事者が1名ずつ任命し、さらに当事者の合意により仲裁廷の長となる仲裁人を任命する方法による¹¹。

仲裁申立後75日以内に仲裁廷が構成されない（仲裁人がそろわない）場合、TPP事務局長は当事者の要請に基づき仲裁人を任命する¹²。

ウ 仲裁判断

仲裁廷は、投資家による申立に係る請求が仲裁判断に適さない場合、明白に法的根拠を欠いている場合や仲裁廷の管轄や権限の範囲外である場合等¹³を除き、紛争について審理し、仲裁判断（裁定）を下す。

この場合の仲裁判断（裁定）は、①損害賠償金及び利息の支払命令、及び、②財産の返還命令（この場合、被申立人（投資受入国）が財産の返還に代えて損害賠償金及び利息の支払いを行うことができる。）という形でのみ下すことができる¹⁴。

なお、国内の裁判制度と異なり、仲裁判断（裁定）に不服がある当事者による上訴を許す仕組みは設けられていない。

エ 強制執行

被申立人（投資受入国）が最終的な仲裁判断（裁定）に従わない場合、申立人（投資家）の要求に従ってパネルが設置され、申立人（投資家）は、仲裁判断に従わないことがTPP協定上の義務違反であるとの決定及び仲裁判断に従うようにとの勧告を行うよう求めることができる¹⁵。

さらに、当事者は、ICSID条約、ニューヨーク条約又は米州条約に基づき、仲裁判断（裁定）の強制執行を求めることができる¹⁶。

2. 仲裁事例に見る ISDS の問題性

(1) はじめに

上述したように、ISDSは、当初は、特に発展途上国や政情の安定しない国への投資を行う投資家を保護する目的で、投資家が属する国と投資受入国との間の投資協定に導入されてきたが、現在では先進国間の投資協定の多くにも規定

¹¹ 9.22条（仲裁人の選定）1項

¹² 9.22条（仲裁人の選定）3項

¹³ 9.23条（仲裁の実施）4項

¹⁴ 9.29条（裁定）1項。このことから、仲裁判断は投資受入国の政策や法令を変更するものではないとされる。しかし、仲裁判断後も問題となった政策や法令を変更しなければ、さらに（場合によっては他の投資家により）損害賠償請求を受けることが予想されるため、投資受入国は、事実上政策や法令の変更を余儀なくされる点に問題がある。

¹⁵ 9.29条（裁定）11項

¹⁶ 9.29条（裁定）12項

されている。ISDS 条項に基づく仲裁案件は、1987 年に第一号の申立てがなされて以後、2017 年 1 月 1 日時点までに計 767 件に達している¹⁷。

ISDS が導入された意図や紛争解決手続を概観する限り、ISDS は国際投資を促進するための合理的な仕組みであるようにも思われる。

しかし、実際には、ISDS 条項に基づく紛争解決手続には、環境保全や人権救済を困難にし、さらには民主的政策決定、地方自治や国家主権との関係で大きな問題があるとされる。以下では、そのような問題があると指摘された過去の仲裁事例を概観し、その上で、なぜそのような問題が生じるのか、TPP 協定文の内容に即して議論を進める。

(2) 3つの著名な仲裁事例

ア Metalclad 対メキシコ政府事件¹⁸

有害廃棄物処理場による水質汚染が懸念される中、メキシコ連邦政府は、1994 年、米国企業 (Metalclad 社) に対し、処理場建設予定地の所在する地方自治体 (グワダルカサル市) による処理場建設許可を事実上約束した。

しかし、当該地方自治体が同年 10 月に建設許可がないことを理由に中止命令を出し、さらに 95 年 12 月に建設不許可処分を行ったため、Metalclad 社が建設した処理場は操業が事実上不可能となった。

そこで、Metalclad 社はメキシコ連邦政府による NAFTA (北米自由貿易協定) 違反を理由に仲裁申立を行った。仲裁廷は、メキシコ連邦政府が自治体による操業妨害を阻止しなかったことが、NAFTA 11 章の公正衡平待遇義務及び間接収用禁止に違反するとして、約 1669 万ドルの損害賠償責任を認めた。

イ S.D. Myers 対カナダ政府事件¹⁹

米国企業 (S.D. Myers 社) は、カナダに合弁会社を設立し、カナダ国内で発生する PCB 含有廃棄物を米国に輸出し、米国において処理する事業を行っていた。

しかし、1998 年、カナダ政府が、廃棄物の国境を越える移動を規制するバーゼル条約の目的を達成するための PCB 輸出禁止措置を設けたため、事業継続が困難になった。

そこで、S.D. Myers 社は、カナダ政府による NAFTA (北米自由貿易協定) 違反を理由に仲裁申立を行った。仲裁廷は、NAFTA 11 章に規定された内国民

¹⁷ 国立国会図書館調査及び立法考査局・経済産業調査室・経済産業課調べ (2017 年 6 月 16 日)

¹⁸ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1

¹⁹ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL

待遇義務及び公正衡平待遇義務に違反したことを理由として、約 690 万カナダドルの損害賠償責任を認めた。

ウ Chevron 対エクアドル政府事件²⁰

米国企業（シェブロン社）は、その子会社がエクアドル国内で行った石油開発行為により環境汚染（熱帯雨林地帯での水質汚染）を引き起こしたことを理由に、2003 年 5 月に現地住民からエクアドルの地方裁判所に提訴され、2011 年 2 月、地方裁判所により約 86 億ドルの賠償金の支払いを命じられた。

ところがシェブロン社は、2009 年 9 月、上記国内裁判と並行して、子会社・エクアドル間の投資契約及び米国・エクアドル間の二国間投資協定に基づき、①シェブロン社及びその子会社には上記環境汚染に関する責任がないことや、②エクアドル国内裁判所が出す判決についてはエクアドルが責任を負うこと等を主張し、ハーグ常設仲裁裁判所に仲裁申立を行った。ハーグ常設仲裁裁判所は、シェブロン社の主張を認め、2012 年 2 月、エクアドル政府に対して上記国内裁判所の判決の執行停止を命じた。

(3) どのような問題があるのか

これらの仲裁事例から、ISDS 条項に基づく紛争解決手続には以下のような問題があると指摘される。

まず、政府の規制措置等の目的が環境保全や健康被害の防止等であっても投資協定違反とされ、損害賠償責任が認められる可能性がある。その結果、規制措置等を設けようとする政府は、投資協定違反の可能性を常に検討しなければならず、特に外国投資家から指摘を受けた場合には、規制措置等を断念しなければならない可能性もある（これを ISDS の萎縮効果（“effect of chilling legislation”，“chilling-effect”）という。）²¹。

このことは同時に、国レベルあるいは地域レベルでの民主的なプロセスを経て形成される政策に対し、外国投資家が、ISDS の萎縮効果を利用し、あるいは実際の仲裁申立によって、外部から介入可能になることを意味している。

また、投資家の活動により実際に環境汚染や健康被害等の人権侵害が生じた

²⁰ Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23

²¹ Corporate Europe Observatory, ‘Still not loving ISDS: 10 reasons to oppose investors’ super-rights in EU trade deals’ (April 16, 2014) <<https://corporateeurope.org/international-trade/2014/04/still-not-loving-isds-10-reasons-to-oppose-investors-super-rights-eu-trade>>. この記事では、Phillip Morris Asia Limited (PMA)がオーストラリアのたばこ包装規制法による投資協定違反を主張した事例 (Phillip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12) を引き合いに、ISDS の萎縮効果を懸念している。

場合、これを救済するために出される国内裁判所の判決であっても、投資協定違反とされる可能性がある。

さらに、Chevron 対エクアドル政府事件のように、国内裁判所の出した判決の執行停止を当該国政府に対して命じる（仲裁廷によりエクアドルの憲法上確立された三権分立原則が否定される。）といった国家主権そのものにかかわる問題もある。

このような問題があることから、投資協定に ISDS 条項を導入することに対しては根強い懐疑論があり²²、TPP 交渉過程においても ISDS 条項を設けることに関する強い反対も見られた²³。

しかし、上述した仲裁事例が存在することだけでは、ISDS 条項がなぜこのような問題を生じうるのか明瞭でない。以下、具体的な問題点について、TPP 協定第 9 章（投資章）の規定を題材に考察する（以下、条文番号は特に断りのない限り TPP 協定のものを指す。）。

3. ISDS 条項の問題点

（1）TPP 協定第 9 章（投資章）の構造

TPP 協定第 9 章（投資章）は、ある締約国に対して投資を行った別の締約国の投資家を保護するための規定を集めた章である。

このうち、A 節は、投資受入国である締約国が海外投資家による投資を保護するためにどのような義務を負っているか、すなわち B 節（手続規定）で規定される紛争解決手続が発動した場合に、仲裁廷の判断の基準となるべき原則が規定されている、いわば実体規定に当たる部分である。

B 節は、投資受入国が A 節の規定に違反し、投資家を保護しなかった場合に、投資家が仲裁により救済を求める際の手続き等が規定されている²⁴。

（2）A 節（実体規定）の問題点

ア 広すぎる「投資財産」の定義

9.1 条では、投資章の保護の対象となる「投資財産」が定義されている。

ここで、「投資財産」とは「投資家が直接又は間接に所有し、又は支配する全

²² 同上

²³ 例えばオーストラリア政府は、2011 年 4 月 12 日、今後締結する投資協定に ISDS 条項を設けない方針を発表した。Jürgen Kurtz, 'The Australian Trade Policy Statement on Investor-State Dispute Settlement' (August 2, 2011) <<https://www.asil.org/insights/volume/15/issue/22/australian-trade-policy-statement-in-vestor-state-dispute-settlement>>参照

²⁴ 厳密には「ISDS 条項」は B 節のみであり、A 節は ISDS による紛争解決手続を設けない投資協定にもみられる規定であるが、ここでは第 9 条（投資章）全体を ISDS とし、そのうち A 節を実体規定、B 節を手続規定と呼ぶ。

での資産であって、投資としての性質を有するものであり」、一般に投資対象として想像される企業、株式、動産及び不動産等に限らず、知的財産や一定の種類の契約も含む²⁵。

このように TPP における「投資財産」の概念は広範である。特に、特許、商標やライセンス等の「知的財産」や一定の「契約」が「投資財産」に含まれることから、ISDS による仲裁申立が可能な「投資家」の範囲は非常に広いと考えざるを得ない。

イ 投資受入国の広範な義務

(ア) 概要

投資受入国は、他の締約国からの投資に関し、①内国民待遇²⁶、②最恵国待遇²⁷、③国際慣習法上の原則に基づく待遇（「公正かつ公平な待遇」及び「十分な保護及び保障」）²⁸、④収用及び補償²⁹、⑤特定措置の履行要求の禁止³⁰、等の義務を負っている³¹。

これらのうち、従前の投資協定の下で、投資家が ISDS による投資仲裁においてしばしば主張し、問題となってきたものが、「公正かつ公平な待遇」並びに「収用及び補償」である。

(イ) 公正かつ衡平な待遇義務

(a) 従前の投資協定での問題

締約国は、他の締約国の投資家に対し、国際慣習法上の原則に基づく待遇として、公正かつ公平な待遇を付与することとされている³²。

ここで、「国際慣習法」とは「国家が法的義務があるとみなして従う国家によ

²⁵ 9.1 条 (investment (「投資財産」))

²⁶ 9.4 条 (National Treatment (「内国民待遇」))。自国の投資家と外国の投資家とを、同様の状況においては同様に扱う義務である。

²⁷ 9.5 条 (Most-Favoured-Nation Treatment (「最恵国待遇」))。TPP 締約国が他の締約国からの投資家に対し、TPP 締約国及びそれ以外のいずれの国からの投資家に対して与える待遇よりも不利でない (同等以上の) 待遇を与える義務である。

²⁸ 9.6 条 (Minimum Standard of Treatment (「待遇に関する最低基準」))

²⁹ 9.8 条 (Expropriation and Compensation (「収用及び補償」))

³⁰ 9.10 条 (Performance Requirements (「特定措置の履行要求」))。一定の例外を除き、外国投資家に対してその調達又は販売等の取引及びライセンス契約による技術移転等に関して (主に国内産業を保護、優遇又は振興する目的での) 一定の措置の履行を要求してはならない義務である。

³¹ その他にも、9.7 条 (Treatment in Case of Armed Conflict or Civil Strife (武力紛争又は内乱の際の待遇))、9.9 条 (Transfers (「移転」))、9.11 条 (Senior Management and Boards of Directors (「経営幹部及び取締役会」)) といった義務規定が存在するが、本稿では紙幅の都合上割愛する。

³² 9.6 条 1 項

る一般的かつ一貫した実務」により導かれるものであるとされる³³（TPP 協定 附属文書 9-A）。

しかし、この説明は必ずしも基準として明確ではない。同様に、これまで様々な投資協定に規定された「公正かつ衡平な待遇」義務（公正衡平待遇義務）の概念は不明確であるとの批判があった³⁴。

特に、北米自由貿易協定（NAFTA）では、仲裁判断において「公正かつ衡平な待遇」が国際慣習法上の待遇以上のものを含むとされた事例³⁵や、協定上の他の規定に違反する場合には必然的に公正衡平待遇義務違反が認められるとされた事例³⁶が出たことから、概念の明確化を図るための覚書が求められる事態となった³⁷。

（b）TPP での対応とその評価

TPP 協定では、従前の投資協定の下で公正衡平待遇義務が濫用されたことを念頭に、上述の附属文書 9-A や 9.6 条 3 項及び 4 項を設けたとされる。

しかし、附属文書 9-A は同語反復に過ぎず、基準として明確とはいえないため、濫用防止には役立たない。

また、9.6 条 3 項は、＜TPP 又は他の国際協定に対する違反があったとしても、公正衡平待遇義務違反があったことを証明するものではない＞旨規定するが、多くの仲裁事例が「投資家の正当な期待」を保護しなかったことをもって公正衡平待遇義務違反を認めてきた現実を踏まえると、TPP の他の章の規定や他の国際協定への違反が「投資家の正当な期待」を媒介として安易に待遇義務違反として認定されてしまう危険に配慮した文言としなかった点に疑問が残る。

これに対し、9.6 条 4 項は、そのような安易な認定を防止するため、＜締約国が「投資家の期待」に反した事実は、それだけでは本条の義務違反を構成しない＞旨規定したとの説明も考えられる。

しかし、この規定はむしろ、締約国が「投資家の期待」に反したこと自体が公正衡平待遇義務違反の要素となることを前提としている一方、さらにどのような要件を投資家側に求めるのか明確にしておらず、恣意的な認定を防止する内容になっていない。

（ウ）収用及び補償

³³ 附属文書 9-A

³⁴ 小寺彰編著「国際投資協定 仲裁による法的保護」（2010 年）,p106 参照

³⁵ Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL

³⁶ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL

³⁷ Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, July 31, 2001.

<http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp>

(a) 従前の投資協定での問題

締約国は、一定の要件³⁸を充たす場合を除き、他の締約国からの投資家の投資財産について、直接的に、又は収用若しくは国有化と同等の措置を通じて間接的に、収用又は国有化を行ってはならないとされている³⁹。

ここで、直接的な収用とは、投資家の資産を公有化することであり、間接的な収用（間接収用）とは、規制の新設、強化等により、投資家から見て事業資産を没収されたのと同じ効果を生じさせることである。

収用に関しても、公正衡平待遇義務と同様、収用（特に間接収用）概念の明確性に問題がある⁴⁰。このため、投資協定の締約国は、あらゆる措置を講じる際に、投資協定違反に配慮せねばならず、結果的に民主的決定に裏付けられた正当な規制措置が妨げられる恐れがある⁴¹。

(b) TPP での対応とその評価

TPP 協定では、間接収用の概念の範囲⁴²を明確にする目的で、＜公衆衛生、安全及び環境などの正当な公共の福祉を保護する目的で設けられ、適用される非裁量的な規制措置は、まれな状況下を除き、間接収用に該当しない＞とする⁴³。

しかし、間接収用に該当する「まれな状況下」の範囲が不明であり、十分な明確化とはいえない。特に、米韓 FTA において、「まれな状況」について「そ

³⁸ ここで一定の要件とは、(a) 公共の目的のためのものであること、(b) 差別的なものでないこと、(c) 迅速、適当かつ実効的な補償を伴うものであること、及び(d) 正当な手続に従って行われるものであること、である。

³⁹ 9.8 条 1 項

⁴⁰ NAFTA の下での仲裁判断においては、「収用」とは合理的に期待される財産の経済的利益の使用を奪う効果を持つ干渉を含むとされた事例 (Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (Metalclad 対メキシコ政府事件)) や、所有者が財産権を実質的に剥奪されたといいうる程度に制限的な規制は「収用」に該当するとされた事例 (Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL) が存在する。

⁴¹ 最近では、カナダ政府が米国の製薬会社に対してその医薬品の臨床実験数が不十分であるとして特許不承認としたことに対し、製薬会社側が NAFTA に規定された「収用の禁止」及び「公正衡平待遇義務」違反を理由に ISDS 条項に基づく 1 億ドルの損害賠償を求める仲裁申立を行ったケースがある (Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2)。

⁴² 附属文書 9-B 3 項(a)によれば、間接収用に該当するか否かは、ケースバイケースの事実に基づく判断により決定されるが、とりわけ以下の事情が考慮される。(i) 当該措置の経済的影響 (投資の経済的価値に不利益な影響があったとしても、それだけでは間接収用があったとは立証されない。)、(ii) 当該措置が投資に裏付けられた明確で合理的な期待を妨害する程度、及び(iii) 当該措置の性質。しかし、これらにより間接収用の限界が明確化されるとは思われない。

⁴³ 附属文書 9-B 3 項(b)

の目的や効果に照らして極端に厳しいか不適切である場合等」⁴⁴としていることと比較すれば、TPP 協定は、明確化の点ではむしろ後退したといわざるを得ない。

ウ 投資受入国の権限を確保するための留保・適用例外

(ア) 留保・適用例外に関する条項

投資の章で規定された投資受入国の義務に関しては、以下に紹介する「適合しない措置」⁴⁵及び「投資及び環境、健康その他の規制上の目的」⁴⁶の二種類の留保・例外が存在する。

「適合しない措置」では、まず、＜内国民待遇、最恵国待遇、特定措置の履行要求等の義務は、①中央政府又は地域政府により維持され、附属文書 I に記載される措置、及び地方政府により維持される措置⁴⁷、並びに、②附属文書 II に記載する分野等に関して採用し又は維持する措置については適用しない＞とされる⁴⁸。

また、「投資及び環境、健康その他の規制上の目的」では、＜本章のいかなる規定も、締約国が自国内の投資活動が環境、健康その他の規制上の目的に配慮した方法で行われることを確保するために相当と認める措置（本章の規定に適合するものに限る。）を採用し、維持し又は強制することを妨げるものを解釈してはならない＞とされる⁴⁹。

(イ) 留保・適用例外は十分ではない

(a) 「適合しない措置」について

しかし、ISDS 条項に基づく仲裁申立てに対し、被申立人である締約国が附属文書 I 又は附属文書 II に定められた措置又は分野であるとの反論を行った場合、仲裁廷は、被申立人の要請に基づき、当該問題に関し、TPP 委員会に解釈を要請しなければならない⁵⁰。TPP 委員会の解釈次第では、附属文書 I 又は附属文書 II によって投資章の義務の例外になるとの締約国の期待が裏切られることもある。

さらに、TPP 委員会は、要請から 90 日以内に解釈に関する決定を文書で仲裁

⁴⁴ 米韓 FTA 附属文書 11-F

⁴⁵ 9.12 条

⁴⁶ 9.16 条

⁴⁷ 9.12 条 1 項

⁴⁸ 9.12 条 2 項

⁴⁹ 9.16 条

⁵⁰ 9.26 条 1 項

廷に提出しなければならないが⁵¹、TPP 委員会の決定は全会一致が原則であるため⁵²、仮に仲裁申立てを行った投資家の本国が解釈に関する決定に反対し続けられれば決定を行うことができない。

そして、TPP 委員会が 90 日以内に決定しない場合、仲裁廷が解釈について決定することになるため⁵³、附属文書 I 及び附属文書 II の解釈は最終的に仲裁廷に委ねられることになる。この場合、後述する仲裁廷の独立性、公平性の問題や構造上の問題が顕在化し、被申立人にとって不利な解釈がなされる可能性がある。

(b) 「環境、健康その他の規制上の目的」について

次に、9.16 条の例外規定については、「自国内の投資活動が環境、健康その他の規制上の目的に配慮した方法で行われることを確保するために適当」な措置であっても、当該措置が、投資章の全ての規定（「内国民待遇」、「最恵国待遇」、「公正衡平待遇義務」及び「収用及び補償」等の全ての義務）に適合している（「本章の規定に適合する」）場合にしか、例外として取り扱われない。

これは、論理的には、＜投資章の規定に違反しない措置は、投資章違反とは判断されない＞という至極当然のこと（同語反復に近い内容）を規定したに過ぎない。

従って、9.16 条の例外規定は、実質的に無意味な条項であり、例外として機能しないとわざるを得ない。

エ まとめ

上述したアないしウから、ISDS 条項に基づく紛争解決手続が発動した場合の判断基準となるべき規定（実体規定）には、以下の問題があることが分かる。

① 「投資財産」の概念が後半であり、ISDS に基づく仲裁申立を行うことができる「投資家」の範囲が非常に広いこと

② 投資受入国が投資家との関係で遵守すべき義務も広範であり、かつ必ずしも基準として明確ではないため、義務違反の認定が恣意的になされる余地があり、結果として民主的決定に裏付けられた正当な規制措置が妨げられる恐れがあること

③ 投資受入国の権限を確保するための留保や適用例外規定が適切に機能せず、正当な規制権限が否定される可能性があること

⁵¹ 9.26 条 1 項

⁵² 27.3 条 1 項

⁵³ 9.26 条 2 項

(3) B 節（手続規定）の問題点

ア 従前の投資協定での問題

ISDS 条項に基づく紛争解決手続については、根本的な問題として、投資受入国にとっては「国内」の法律上の争訟が自国の裁判所でなく、その国とは全く無関係な仲裁廷により判断される点で、司法権の侵害であるとの指摘がある⁵⁴。

そして、仲裁人には、国際的な投資案件や仲裁を専門とする弁護士や有識者が選任されることが多い。このうち弁護士については、投資仲裁の当事者となるような多国籍企業を依頼人としている場合もある。このような仲裁人によりなされた仲裁判断については、多国籍企業に有利（投資受入国に不利）な判断がなされる危険があると指摘されてきた（独立性、公平性の問題）⁵⁵。

また、特に有力とされる 15 人の仲裁人は、公開された投資仲裁の約 55% に仲裁人として関与し、係争額 40 億ドル以上の案件の約 75% に関与してきたことが判明している⁵⁶。このような少人数のグループが、投資家対国家の紛争の過半（特に重要な案件のほとんど）を解決してきたこと自体、ISDS に基づく紛争解決手続を不透明なものにしている（仲裁廷の構造上の問題）。

さらに、投資仲裁には、一般の裁判手続きと異なり、公開原則が存在せず、上訴手続も保障されていないため、手続過程を監視することができず、また一旦不当な判断が下されると、これを争うことが困難である（透明性の問題）。

イ TPP での対応とその評価

(a) 仲裁人の独立性、公平性

仲裁人の独立性、公平性の問題を回避するために、TPP 協定では仲裁人が従うべき行動規範を作成することを規定している⁵⁷。

しかし、実際の行動規範は未だ作成されていないため、これが独立性、公平性に対する疑問を払拭する内容になるかは不明である。さらに、締約国による行動規範作成過程が TPP 協定と同様に秘密交渉であれば、実効性のある行動規範にはならないことも予想される。

⁵⁴ Elizabeth Warren, 'The Trans-Pacific Partnership clause everyone should oppose', The Washington Post (February 25, 2015)

<https://www.washingtonpost.com/opinions/kill-the-dispute-settlement-language-in-the-trans-pacific-partnership/2015/02/25/ec7705a2-bd1e-11e4-b274-e5209a3bc9a9_story.html>. 日本語訳は、<http://tpphantai.com/info/>（2015 年 4 月 16 日記事）参照。

⁵⁵ Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 'Profiting from injustice' (2012), Chapter 3 and 4.

<<http://corporateeurope.org/international-trade/2012/11/profitting-injustice>>

⁵⁶ 同上。これまでの投資仲裁案件のほとんどが 2000 年以降に申し立てられたものであることが、このような寡占化を可能にしたといえる。

⁵⁷ 9.22 条 6 項

(b) 透明性

仲裁手続きの透明性確保のため、①申立通知書、②仲裁通知書、③当事者が仲裁廷に提出する主張書面等、④仲裁廷における審問記録、⑤仲裁廷の命令、仲裁判断及び決定は原則として公開される⁵⁸。

しかし、紛争当事者の申し出により、仲裁廷は、全く開示又は公開しないか、保護すべき情報を除去した編集された文書のみを開示することも可能である⁵⁹。

このため、文書の公開原則が十分に透明性確保の機能を果たすか疑問が残る。

(4) 小括

以上のように、ISDSには、実体規定及び手続規定の両面において、上述した著名な仲裁事例に見られた問題を惹起する要素があり、TPP協定においても、それまでの投資協定に関して指摘されてきた問題を払拭するには至らなかった。

特に、実体規定に関しては、投資受入国の正当な目的での規制権限をより明確に認めるべきであった。また手続規定に関しては、仲裁人の独立性や公平性の問題は、仲裁廷の構造上の問題も相俟って、ISDSという枠組みの中で十分に対応することが可能であるかすら疑わしい。

このため、TPPではISDSに対する懸念が払拭されたとの政府の説明とは裏腹に、国や自治体の規制措置等の目的が環境保全（例えば、「北海道遺伝子組換え作物の栽培等による交雑等の防止に関する条例」）や健康被害の防止（例えば、BSE発生国からの牛肉輸入制限や成長ホルモン剤の投与を受けた牛肉の輸入規制）等であっても、投資受入国の義務違反が認められる可能性が残っている。また、中小企業振興基本条例、地域経済振興基本条例や公契約条例を通じて地域に進出する外国資本の企業と地元中小企業との取引を促進し、あるいは外国企業よりも地域に貢献する地元企業を調達において優遇した場合も、義務違反が認められる可能性がある。その結果、規制措置や地域経済振興策を講じようとする国や自治体は、投資協定違反の可能性を常に検討しなければならず、特に外国投資家から指摘を受けた場合には、規制措置や地域経済振興策を断念しなければならない可能性も出てくる。ISDSの萎縮効果は、TPPによっても払拭されてはいない。

さらに、Chevron対エクアドル政府事件のように、裁判所による人権救済を否定し、国家主権侵害に該当するような仲裁判断がなされる可能性について、TPP協定では対応していないように思われる。

このようなTPP協定でのISDSに対しては、国会での承認案審議においても

⁵⁸ 9.24条1項

⁵⁹ 9.24条4項

根強い懸念が示された⁶⁰。オーストラリアとニュージーランドは、互いに ISDS に基づく紛争解決手続を利用しないことを約束する覚書を締結している⁶¹。

4. おわりにーISDS から ICS へ (EU の試み) ー

(1) EU における ISDS に対する批判

EU と米国は、2013 年 7 月、TTIP (環大西洋貿易投資パートナーシップ協定) の交渉を開始したが、当初から、TTIP は大企業の利益偏重であり、特に ISDS を通じて EU 独自の環境や安全・衛生分野での基準が攻撃されるとの懸念が EU の市民社会から表明された⁶²。

そこで EU 当局 (European Commission) は 2014 年 3 月から 7 月まで公開の意見募集を行い、15 万件の回答を得たところ、その大部分が民主主義や公共政策への悪影響や萎縮効果等、ISDS への懸念を示すものであったため、ISDS に代わる制度を検討開始した⁶³。そして 2015 年 9 月には、新たな投資紛争解決手続として、投資裁判所制度 (Investment Court System : ICS) を発表した⁶⁴。

EU は、ICS を米国 TTIP、ベトナムとの自由貿易協定 (EVFTA) 及びカナダとの貿易協定 (CETA) のそれぞれの二国間交渉で、協定に盛り込むことを提案した。このうち TTIP は未だ交渉中であるが、EVFTA (2015 年 12 月最終合意)⁶⁵及び CETA (2016 年 10 月 30 日調印)⁶⁶では、投資家と国家 (投資受入国) の間の紛争は、ISDS ではなく ICS で解決することとされた。

⁶⁰ 「論戦は平行線…経済活性化へ課題残す」(毎日新聞 2016 年 11 月 2 日)

<<http://mainichi.jp/articles/20161102/k00/00m/020/132000c>>

⁶¹ “Australia – New Zealand: Investor State Dispute Settlement, Trade Remedies and Transport Services”

<<http://dfat.gov.au/trade/agreements/tpp/official-documents/Documents/australia-new-zealand-investor-state-dispute-settlement-trade-remedies-and-transport-services.PDF>>

⁶² 例として、Stop TTIP European Initiative against TTIP and CETA, “European Citizens’ Initiative demands: Stop negotiations for TTIP and CETA” (Press release, 15 July 2014)

<<https://stop-ttip.org/european-citizens-initiative-demands-stop-negotiations-for-ttip-and-ceta/>>

⁶³ European Commission, “Report Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)” (13 January 2015)

<http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf>

⁶⁴ European Commission, “Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations” (16 September 2015)

<<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1364>>

⁶⁵ <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>>

⁶⁶ <<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>>

(2) ICS の概要 (CETA 及び EVFTA における ICS)

EVFTA や CETA での合意内容によれば、ICS には次のような特徴がある⁶⁷。

- ① 仲裁申立の都度構成される仲裁廷ではなく、常設の投資裁判所 (Investment Tribunal) が設置されること
- ② 投資裁判所の判断が不服である場合、常設の控訴裁判所 (Appeal Tribunal) に控訴可能であること
- ③ 投資裁判所及び控訴裁判所のメンバーは、3 の倍数の人数 (EVFTA では投資裁判所 9 名、控訴裁判所 6 名。CETA では投資裁判所 15 名、控訴裁判所は発効後決定) 指名され、3 分の 1 は EU 加盟国から、3 分の 1 は相手国 (ベトナムやカナダ) から、残りの 3 分の 1 は第三国から指名されること
- ④ 上記のメンバーは、出身国において法曹資格を有する者又は法学者であり、国際法の専門知識がある (さらに、国際投資法、国際貿易法及び国際投資または貿易に起因する紛争解決の専門知識があることが望ましい) こと
- ⑤ 上記のメンバーは、(i)独立性・公平性が求められ、(ii)いかなる政府とも関係があってはならず、(iii)指名された時点で投資紛争における代理人や当事者のための専門家又は証人を辞任しなければならない、(iv)協定の付属書に規定された「行動規約」に従わなければならないこと
- ⑥ 投資裁判所及び控訴裁判所は、事件のたびに裁判所のメンバーから選ばれる 3 名 (EU 加盟国、相手国及び第三国出身者各 1 名) のグループで審理される (当事者がそのメンバーを選ぶことができない) こと
- ⑦ 関係当事国の公共の利益についての権利に配慮しつつ、透明性を確保し、差別を排除する形で紛争解決を図ること

(3) 今後の ICS の拡大可能性 (多国間投資裁判所構想) について

EU は、ICS において、投資裁判所が質の高い裁判官により構成され、手続の透明性や紛争解決ルール of 明確性が確保されていること、さらに、投資裁判所の決定は控訴裁判所の審査を受けることを強調し、これにより、投資紛争の解決手続が「新天地に至った」としている⁶⁸。

しかし、現時点 (2017 年 6 月時点) においては EVFTA 及び CETA のいずれも発行しておらず、ICS による紛争解決事例は存在しない。また、ICS によっても ISDS の問題点は解消されておらず、ICS はいわば「偽装された ISDS」であるとの批判もある⁶⁹。

⁶⁷ EVFTA 第 13 章 (Dispute Settlement) 及び CETA 第 8 章 (Investment) 参照

⁶⁸ 前掲注 (64)

⁶⁹ Cecilia Olivet, Natacha Cingotti, Pia Eberhardt, Nelly Grotfeldt and Scott Sinclair, 'Investment Court System put to the test New EU proposal will perpetuate investors' attacks on health and environment' (19 April 2016)

しかし、注目すべき点は、EU が二国間協定での ICS の設置で満足していないことであると思われる。EVFTA 及び CETA には、今後さらに ICS に代わる制度として、多国間投資裁判所(及びその控訴裁判所) (Multilateral Investment Court) を設立することを目指す旨が明記されている⁷¹。

既に EU とカナダは、多国間投資裁判所構想について、数次にわたり、その適用範囲、機能及び組織、裁判官の資格・任命方法、判決の執行制度及び運営費用の負担方法等について議論を交わしている⁷²。

現時点においては、多くの国内及び国際裁判所と同様に、常設の二審制の裁判所であること以外、多国間投資裁判所の姿は明らかになっていない。しかし、今後 EU から影響評価報告が出され、この構想の姿がある程度明確になることが予想される⁷³。

EU は、日本と交渉中の日欧 EPA においても、ISDS に代わり ICS を設置することを提案しているが、日本側が既存の ISDS にこだわっているとの報道もある⁷⁴。EU の取り組みは、これまで見てきた ISDS の問題点を踏まえ、投資家の保護及びそれによる国際投資の促進と、環境や健康等の公共の福祉、民主主義や国家主権といった諸価値との間のより良いバランスを探ろうとする重要な試みである。日欧 EPA の是非については様々な議論があるが、日本政府が建設的な姿勢を見せ、さらに市民社会から納得の得られる紛争解決手続を構築するために指導力を発揮することを期待したい。

以上

<https://www.tni.org/files/publication-downloads/investment_court_system_put_to_the_test.pdf>

⁷⁰ Friends of the Earth Europe, `Investment court system, ISDS in disguise: 10 reasons why the EU's proposal doesn't fix a flawed system` (17 February 2016)

<http://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/investment_court_system_isds_in_disguise_10_reasons_why_the_eus_proposal_doesnt_fixed_a_flawed_system_english_version_0.pdf>

⁷¹ European Commission, `The Multilateral Investment Court project` (21 December 2016) <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>>

⁷² European Commission and Government of Canada, `Discussion paper – Establishment of a multilateral investment dispute settlement system` (13, 14 December 2016) <

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/january/tradoc_155267.12.12%20With%20date%20Discussion%20paper_Establishment%20of%20a%20multilateral%20investment%20Geneva.pdf>

⁷³ 前掲注 (71)

⁷⁴ 読売新聞「日欧 EPA 交渉大詰め 年内『政治決着』目指す」(2016年12月13日朝刊)

