

二国間又は地域的な協定における紛争解決制度の WTO 紛争解決制度への補完的機能と紛争解決制度の変革 —再生可能エネルギーなどの環境関連案件を題材に—

末富 純子*¹

要 約

近年、地域的な協定における紛争解決制度が WTO の紛争解決制度を補完することを期待する論調が見られる。特に、現在のように WTO の上級委員に欠員状況が生じ、WTO の紛争解決制度の機能に支障が生じているような事情の下、WTO 紛争解決機関が適切に機能していない状況においても、二国間又は地域的な協定の紛争解決手続にこれを補完させることで、WTO の紛争解決手続を代替するような役割を担うことを期待する向きもある。

たしかに、これまでも、同じ案件が地域的な協定における紛争解決手続で解決されつつ、WTO の紛争解決機関に提訴された例もある（Mexico Soft Drinks, Philip Morris v. Australia government 等）。さらに、投資家の国と被投資国との間に投資協定がある場合、投資協定における紛争解決手続で、投資家とホスト国間で紛争を解決するケースも多数存在する。

特に、地域協定において ISDS 条項が導入されるようになると、一層国際投資仲裁への期待が高まった。我が国においても、TPP や日欧 EPA において ISDS 条項の導入が議論された時に、政府も企業も国際投資仲裁の当事者になるのではないかとということで、これについて準備をする機運が高まった。しかしながら、そこには若干の違和感があり、これまで日本政府や日本企業が国際投資仲裁の当事者にほとんどなることがなかった点を、むしろ評価・維持すべき理由があるのではないかと、という疑問がある。この点につき、投資家とホスト国との間で投資に関する紛争が生じたとしても、投資仲裁制度よりも、むしろ、投資家とホスト国との間の契約の解釈や交渉によって解決することが一義的であり、投資仲裁制度は、投資家とホスト国にとって最後の砦として、むしろ使わずに済むのであればそれに越したことはないと考えられるのではないかと。この点を再生可能エネルギー仲裁案件を題材に検討した。

契約上の事情の変更等の解釈によっても解決出来ない場合、むしろ、投資家とホスト国間の投資仲裁よりも、国家間で調整をする WTO の紛争解決機関による手続の方が望ましい場合は依然として存在すると考えられる。

よって、二国間又は地域的な協定における紛争解決制度が WTO の紛争解決制度を補完することはあったとしても、これを代替するものではなく、WTO の紛争解決制度には独自の存在意義があり、これを維持すべく、その変革も見据えて我々は努力すべきであると考ええる。そして、紛争解決制度をレバレッジとして、それ以前の段階での交渉や和解での解決に、当事者はより多くの労力を注ぐべき時が来ているのではないだろうか。さらには、

* 1 弁護士（日本国・米国ニューヨーク州）、早稲田大学法学部非常勤講師、東京弁護士会人権擁護委員会委員長、財務省関税・外国為替等審議会専門委員

仲裁や紛争解決手続きも、第三者が大上段に判断を下すという本来の機能のみならず、和解に向けて第三者が協力するシステムとして活用されることが望ましい。併せて、WTO 紛争解決制度が凍結されることを防ぐ手段としての DSU25 条仲裁の活用等の代替手段も検討する。

キーワード：紛争解決制度, WTO, 地域的協定, FTA, WTO 紛争解決制度の変革,
再生可能エネルギー案件, 環境関連案件, 国際投資仲裁, 上級委員会
JEL Classification : F13, F18, F53, Q42, Q56

I. WTO 紛争解決手続きと二国間又は地域的な協定における紛争解決手続き

WTO 協定には、紛争解決手続きが設けられている。その手続きを規定するのが、紛争解決に係る規則及び手続に関する了解 (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes) である。

WTO 協定という多数国間協定が存在するにも関わらず、WTO 加盟国間で、二国間もしくは複数国間において WTO 協定とは別に自由貿易協定を締結する動きは、ここ数年高まってきており、WTO に通報されている地域協定の数は、2019 年 1 月時点において、681 であり、そのうち、発効している地域協定は、467 であり、1990 年代から一貫して右肩上がり増加している¹⁾。これら、地域協定においては、紛争解決手続きとして、WTO の紛争解決手続きに依拠するのみならず、独自の紛争解決手続きを設けている協定もあれば、国際的な仲裁手続きに基づくことを規定しているものもある。

例えば、北米自由貿易協定 (North American Free Trade Agreement, NAFTA) においては、独自の紛争解決手続きが設けられている。また、国家と投資家間の紛争解決手続き (Investor-State Dispute Settlement Clause) (以下「ISDS 条項」という。)が規定されており、締約国の協定違反により損害を受けた投資家は、当該国と交渉を行い、解決を見ない場合、国際仲裁に当該案件を付託することができる。2018 年 9 月 30 日、米国、メキシコ、及びカナダが NAFTA を米国・メキシコ・カナダ協定 (United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)) に置き換えることに合意したことが発表され、同年 11 月 30 日、USMCA は署名された (2019 年 3 月末現在で批准はされていない)²⁾。USMCA においても、独自の紛争解決手続が規定され³⁾、ISDS 条項が規定された⁴⁾。

1) World Trade Organization, Trade topics, Regional trade agreements, https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm

2) Office of the United States Trade Representative, Free Trade Agreements, United States-Mexico-Canada Agreement, <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement>

3) Chapter 31 of the United States-Mexico-Canada Agreement, https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/31_Dispute_Settlement.pdf

4) Chapter 14 of the United States-Mexico-Canada Agreement, https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14_Investment.pdf

II. WTOの紛争解決手続きと二国間又は地域的な協定における紛争解決手続きがともに用いられたケース

USMCAにおいては、紛争が生じた場合には、当事国は、forumを選択することが出来、これにはWTO紛争解決機関も含まれると規定する⁵⁾。USMCAのように、当事国が全てWTO加盟国で、forumの選択も認めつつ、投資仲裁条項(ISDS条項)の規定もあれば、紛争が付託される機関の選択肢は広がり、当事国はそれだけの選択肢を有することになる。選択肢が多いのはいいが、当事国がforum shoppingを繰り返すことにより、当事国間で紛争が延々と継続することになるのは、訴訟経済上も、当事者の利益の点からも妥当ではない。そこで、USMCAは、NAFTAと同じく、一旦forumを選択した以上は、当該forumが排他的管轄を有することを規定した⁶⁾。

多くの地域協定がこのような排他的管轄条項を有している。例えば、日本が締結した経済連携協定においても、このような規定が見られる。最近締結されたものでいうと、環太平洋パートナーシップに関する包括的及び先進的協定(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP))でも、その第28.4条第2項において、排他的管轄を

規定する⁷⁾。

ところが、地域協定において排他的管轄条項を有しているにも関わらず、地域協定における紛争解決制度にて争われる案件について、WTOにも提訴されるというケースが見られる。

II-1. Mexico-Soft Drink case

メキシコ-飲料に関する措置(*Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*) (以下「メキシコ-ソフトドリンク(DS308)」という。)は、米国がメキシコ政府のサトウキビ以外の原料から作成された甘味料のみに課税することは、外国からの輸入者に対する差別的な措置であるとしてWTOの紛争解決機関に申立てを行った案件であるが、関連する措置について、NAFTAの下でより広く貿易関連措置として扱われる問題でもあったため⁸⁾、NAFTAに規定されている排他的管轄条項から、WTOにその管轄が認められるか、またWTOが判断すべきかが問題となった⁹⁾。両当事国とも、WTOのパネルに管轄権があること自体についてはともにこれを認めていた¹⁰⁾。そこで、パネルには、米国の申立てを拒絶する裁

5) Article 31.3 of the United States-Mexico-Canada Agreement, https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/31_Dispute_Settlement.pdf

6) Article 31.3, para. 2 of the United States-Mexico-Canada Agreement, https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/31_Dispute_Settlement.pdf

7) Article 28.4, para. 2 of the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), http://www.cas.go.jp/jp/tpp/naiyou/pdf/text_yakubun/160308_yakubun_28.pdf
<https://www.mfat.govt.nz/assets/Trans-Pacific-Partnership/Text/28-Dispute-Settlement-Chapter.pdf>

8) *Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (US)* (DS302), paras. 7.11, [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds308/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIClanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds308/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIClanged=true#)

9) *Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (US)* (DS302), https://www.wto.org/english/tratop_e/tratop_e.htm

10) *Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (US)* (DS302), paras. 7.4, [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds308/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIClanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds308/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIClanged=true#)

量が認められるかが問題となった¹¹⁾。パネルは、NAFTA の第 20 章を根拠に WTO は申立てを却下すべきであるというメキシコの主張に対して、WTO 紛争解決了解 (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, WTO 紛争解決に係る規則及び手続に関する了解) (以下「DSU」という。) では、適法に行われた申立てに対してこれを拒否する裁量は与えられていないこと、仮に与えられているとしても、申立てを拒絶する根拠となる事実は認められないことを理由に、WTO パネルの管轄を認めて、事案に対する判断を行った¹²⁾。

このような結論に対しては、WTO 加盟国が地域協定にも参加し、双方に紛争解決手続きが規定されている場合には、地域協定に基づく紛争解決手続きで審議を尽くした当事国にとっては、再度の訴訟負担を強いられることになり、紛争の迅速な解決の観点からは妥当ではない、という批判も考えられる。本件において、メキシコの立場に立てば、そのような見解も尤もであろう。あるいは、紛争が地域協定の紛争解決手続きでは未だ審議されていない場合でも、より狭く密接な関係の二国間・複数国間協定において解決される途があるにも関わらず、多数国を巻き込んだ紛争解決手続きで解決するのは、二国間・複数国間協定に紛争解決手続きを規定した意味が捨象される、という批判もなしうる。

他方、地域協定には地域協定独自の権利・義務関係があり、WTO 加盟国は、WTO 加盟国としての権利・義務がある以上、それぞれの規定の趣旨に照らした国際法違反の主張は成り立ちうるものであり、地域協定の加盟国であるとい

う事実をもって WTO 加盟国としての権利行使を封じられるのでは、地域協定に参加する魅力は減殺されることになる。このような観点に照らせば、本件パネル及び上級委の判断は妥当であったと考えられる。但し、対象となる措置が全く同一であり、かつ違反の主張が全く同趣旨であるような場合にまで、複数のフォーラムでの管轄を認めるべきか、仮に管轄が認められるとしても裁量でこれを拒否すべきか、ということについては、今後議論の余地があると考ええる。

II - 2. Philip Morris case

2011 年 6 月、オーストラリア政府のタバコの広告規制法 (Tobacco Plain Packaging Act 2011) に対して、フィリップ・モリスの香港法人が、オーストラリア・香港間の投資協定 (Australia-Hong Kong, China SAR BIT (1993)) に基づき、オーストラリア政府に対して国際投資仲裁を申し立てた案件がある。仲裁の規定は、UNCITRAL (1976) が用いられ、仲裁廷は、Permanent Court of Arbitration (PCA) が選択された。当該仲裁については、Tobacco Plain Packaging Act 2011 の立法について予見可能性がなかったとはいえないとして、本件仲裁申立ては、申立権の濫用ということで、フィリップ・モリスの申立てが退けられた¹³⁾。

Tobacco Plain Packaging Act 2011 については、別の当事国間でも紛争案件が係属した。2012 年 3 月から 2013 年 9 月にかけて、ウクライナ (DS434)、ホンジュラス (DS435)、ドミニカ共和国 (DS441)、キューバ (DS458) 及びインドネシア (DS467) がオーストラリアに対して、TRIPS 協定及び TBT 協定違反を根拠に、WTO の紛争解決機関に協議要請を行った。

11) *Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (US)* (DS302), paras. 7.5, [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds308/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds308/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)

12) *Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (US)* (DS302), paras. 7.1-7.18, [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds308/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds308/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)

13) *Philip Morris Asia Limited v. Commonwealth of Australia* (PCA Case No. 2012-12), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf

ウクライナについては、手続きの停止及び停止期限の徒過により、2016年5月30日に手続きが終了したが¹⁴⁾、ホンジュラス、ドミニカ共和国、キューバ及びインドネシアについては、2018年6月に申立国の違反の主張を認めないという決定のパネル報告書が発出され¹⁵⁾、キューバ及びインドネシアについては、2018年8月27日、紛争解決機関（DSB）によってパネル報告書が採択され¹⁶⁾、他方、ホンジュラスは、同年7月29日に、ドミニカ共和国は、同年8月23日に上級委員会へ上訴し、現在、上級委員会に係属している¹⁷⁾。

フィリップ・モリスのケースの場合、申立権の濫用というPCAの判断に対して、オーストラリア政府を相手に、同じTobacco Plain Packaging Act 2011を根拠に、WTO紛争解決機関に申立てを行ったWTO加盟国5か国の対応が、3つに分かれたところが興味深い。フィリップ・モリスの申立てに対しては、大企業が国家の健康管理上の法制度に口出したところ

が、主権侵害に当たるという批判や、大企業が経済力に物を言わせて国家の健康安全上の政策まで歪めかねない、という懸念が提起された。これに対して、実際にWTOに紛争を提起したのは、いわゆる大国ではなく、タバコ産業が重大な産業である国家であった。フィリップ・モリスに対する申立権の濫用であるというPCAの判断の後に、ウクライナは最終的に申立てを取り下げたかたちとなったが、他の国は、パネルの判断を仰ぎ、ホンジュラスとドミニカ共和国は、違反を認めなかったパネル判断に対して上訴まで行った。利潤を追求する企業の活動と、自国の産業を守ろうとする国家の立場は異なり、特に特定の産業が自国にとっての重要な産業であり、これへの規制が自国経済の存亡に関わるような場合、通商上のルールを理由に公平・公正な扱いを求める必要性がある場合は存在すると考えられる。

フィリップ・モリスによるオーストラリア政府に対する仲裁と、上記各国によるWTO紛争

14) Australia—Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (DS434); https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds434_e.htm

15) Australia—Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (DS435); https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds435_e.htm; Australia—Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (DS441); https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds441_e.htm, Australia—Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (DS458); https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds458_e.htm,

Australia—Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (DS467); https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds467_e.htm

16) Australia—Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (DS458); https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds458_e.htm,

Australia—Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (DS467); https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds467_e.htm

17) Australia—Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (DS435); https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds435_e.htm; Australia—Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (DS441); https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds441_e.htm

解決機関に対する申立案件を上記のとおり比較してみると、オーストラリアの違反認定に至らなかったという点において共通点は認められるものの、そこに至るまでの理由や経緯が異なることから、同じ国家の行為が、投資家である一

企業によって申し立てられる場合と、国家によって申し立てられる場合と、異なる理論で論じられることに、より多様性を反映した国際レジーム確立への道程が伺える。

Ⅲ. 国家以外が当事者となる必要性と許容性

地域協定の場合も、当事者は国家であり、そこで想定されているアクターは国家・政府である。しかしながら、最近では、二国間の投資協定あるいは地域協定中の投資章において、いわゆる ISDS 条項 (Investor and State Dispute Settlement Clause, 投資家対国家の紛争解決条項) が規定される例が多く見られるようになった。

上の例で挙げている、NAFTA, USMCA にも規定があり、また、オーストラリア・香港間の投資協定にも ISDS 条項があったため、Philip Morris Asia Ltd. は、オーストラリア政府を相手に仲裁の申立てをすることが出来た。

フィリップ・モリスのケースでは、フィリップ・モリスによる仲裁申立てが、ウクライナ、ホンジュラス、ドミニカ共和国、キューバ及びインドネシアによる WTO 紛争解決機関に対する申立てよりも先に行われた。フィリップ・モリスによる仲裁申立てが、2011 年 6 月であるのに対し、各国の協議要請は 2012 年 3 月から 2013 年 9 月にかけてのことであり、パネル設置要請は、これからさらに遅れることになった。PCA の仲裁決定が出されたのは、2015 年 12 月 17 日であるのに対して、WTO のパネル報告書は、2018 年 6 月に発出された。もちろん、各国は、フィリップ・モリスの案件について様子を眺めていたこともあるであろうが、このケースに見られるように、企業の初動が国家に

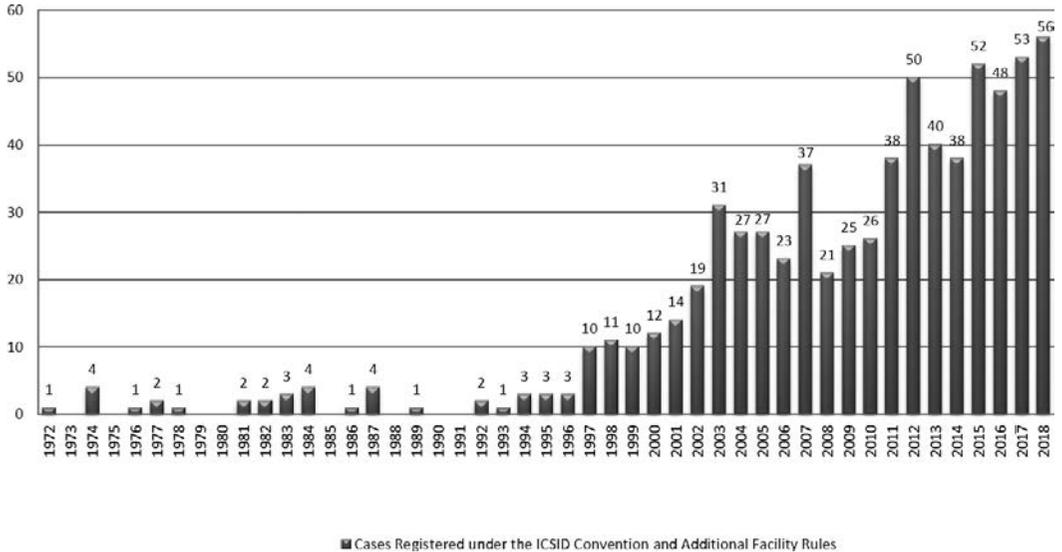
先んじて行われることはよくあることである。国家が他の国家に対して申立てを行うにあたっては、通常は、非公式に交渉を行い、これが奏功しない場合に初めて WTO に協議要請を行い、協議でも解決できない場合に初めてパネル設置要請を行う。このような手続きに数年かかる場合もあり、企業が機動的に紛争解決機関に案件を持ち込もうとする場合、政府を通さずにこれができる手続きがあることは、個人や企業にとって望ましいことであると考えられる。

また、投資家が国家に対して紛争の申立てを行う案件数は増加している。国際投資仲裁のフォーラムの一つとして発展している投資紛争解決国際センター (ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes) における申立て件数は、増加傾向にある。2018 年末時点で、ICSID 条約 (ICSID Convention) 及び ICSID 追加規則 (Additional Facility Rules) に基づいて ICSID に申し立てられた案件数は 706 件であり、2018 年は、56 件と 1972 年以来最多であった¹⁸⁾。

上記統計は、ICSID 条約及び ICSID 追加規則に基づく紛争解決の必要性が増加していることを示す。この数字は、また、国家間の投資条約 (BIT) の増加傾向とも重なる。2017 年には、国際投資条約 (International Investment Agreement) (IIA) は、18 条約が新たに締結

18) ICSID, "THE ICSID CASELOAD—STATISTICS (ISSUE 2019-1)", January, 2019; <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1> (English).pdf

図1 ICSID 係属案件数推移



（出典） ICSID, “THE ICSID CASELOAD —STATISTICS (ISSUE 2019-1)”, January, 2019

され、合計では、2017年末時点で、3,322の国際投資条約（IIA）が締結されている¹⁹⁾。

これに対して、WTOの紛争解決機関に提起されている紛争案件数は、2017年末の時点で、合計で308の案件でパネルが設置され、この数は、紛争が開始された案件の約半数である。これらの案件のうち、235件についてパネル報告書が発出され（パネル設置後も、当事国間で和解することは可能なので、全てのパネル設置案件についてパネル報告書が発出されるわけではない。）、このうち、156件について上訴がされ、このことは、上訴の確立が60%であることを示す²⁰⁾。以下のグラフは、1995年から2017年の間における、協議要請件数、パネル設置件数、及び上訴件数を示す（図3参照）。

上記のグラフから分かるように、WTO設立以来、うまく機能してきたと評価されてきたWTOの紛争解決機能への期待は、横ばい状況であり、1990年代及び2000年代初頭と比較す

ると、WTOの紛争解決機関に申立てられる案件数は、減少しているといえる。

上記の投資仲裁申立て案件数の推移と比較すると、国家間の紛争解決機関であるWTOの紛争解決機関よりも、投資家とホスト国間の紛争解決手段である国際投資仲裁の方がより必要とされているようにも思われる。

このことから、国際投資条約あるいは地域協定における紛争解決手続きをもって、WTOの紛争解決手続きを、補完・代替できるのではないか、という議論もある。

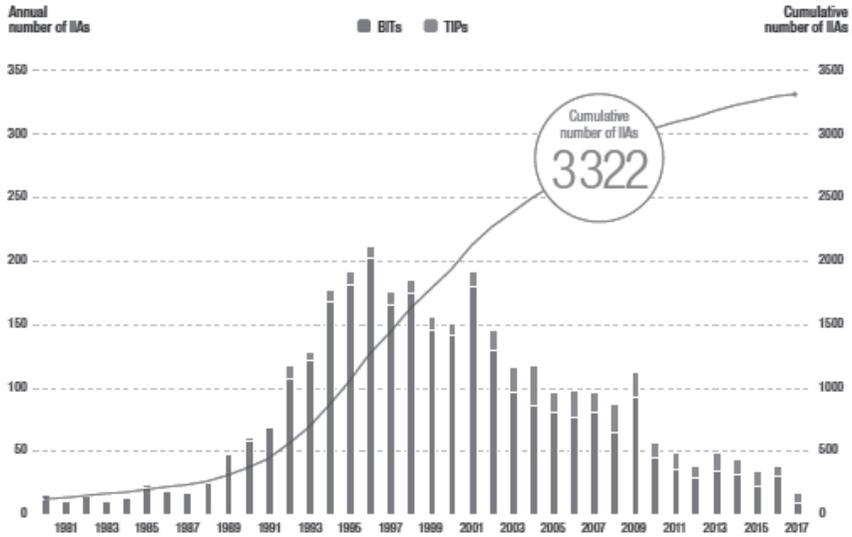
この議論は、特に上級委員の欠缺によってWTOの紛争解決機能に疑問が呈示されている現在において、より現実味を増す。

19) UNCTAD, “World Investment Report 2018-Investment and New Industrial Policies”, United Nations, 2018, p. 88; https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf

20) World Trade Organization, Dispute Settlement Activity-Some Figures; https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disputstats_e.htm

図2 国際投資条約締結数推移

Figure III.3. Trends in IIAs signed, 1980–2017



Source: UNCTAD, IIA Navigator.

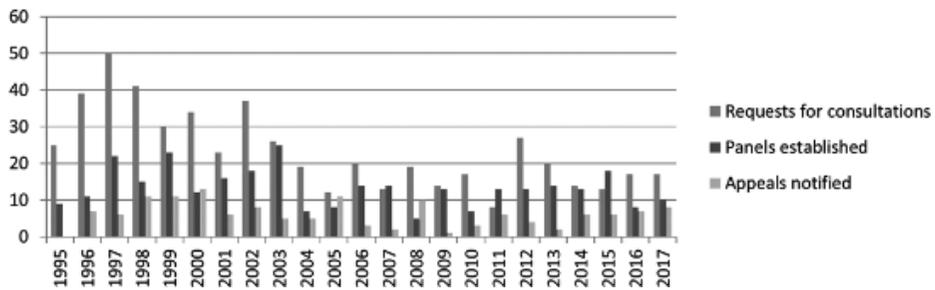
Note: The cumulative number of all signed IIAs, independently of whether they have entered into force, is 3,322. IIAs for which termination has entered into effect are not included.

(出典) UNCTAD, “World Investment Report 2018-Investment and New Industrial Policies”, United Nations, 2018, p. 89.

図3 WTO 紛争処理, 協議要請件数, パネル設置件数, 上訴件数推移

Chart 1: Number of disputes brought to the WTO, panels established and notifications of appeal

1 January 1995 – 31 December 2017



(出典) World Trade Organization, Dispute settlement activity-some figures

IV. WTO の紛争解決機関が直面している問題点

WTO の多角的貿易交渉（ドーハ・ラウンド）が進展せず、硬直化しているという問題点は、長期に及んでおり、その中で、WTO の紛争解決手続は、よく利用され、よく活用されている機能の一つと考えられてきた。

しかしながら、その紛争解決機能が、現在危機に瀕している。具体的には、7名の上級委員のうち、4名が退任し、補充されないまま、現在、3名のみが在職している状況にある。3名の出身国は、米国、インド、中国である。3名のうち、2名の任期は2019年12月10日までであり、もう1名の任期は2020年11月30日までである。このような状況にあつて、上訴案件の審理期間が長期化している。DSUの規定上は、紛争当事国が上級委員会への申立ての通報の日から報告書を送付するまでの期間は、最長で90日である（DSU17条5項）。しかしながら、最近では、90日間で報告書を送付することが難しい旨の通報が上級委員会から行われることが多く、これまでの上級委員会の平均審理日数が約118日であったのに対し、2011年以降は、約180日を要している²¹⁾。

上級委員の任命手続きが滞っているのは、米国がこれに同意しないためである。上級委員会は、WTO の紛争解決機関によって任命されるが（DSU17条2項）、紛争解決機関（DSB）の決定は、原則としてコンセンサス方式によることになっているため（DSU2条4項）、米国が反対することによって、上級委員会のメンバーが任命されないまま定員である7名が欠ける状況となっている。それでも、3人の上級委員が在任していれば、7名の上級委員のうち、3名

が一の問題の委員を務めることになっているため（DSU17条1項）、当該3名がフル稼働することによって、上級委員会の機能を果たすことが出来る。問題は、残る3名の任期が切れた時に、WTO 紛争解決機能が停止してしまうことになりかねないという瀬戸際に立たされていることである。

米国が同意をしない理由としては、まず、上級委員には4年の任期が規定されているにも関わらず（DSU第17条2項）、実際には、担当中の案件が終了するまで任期が切れた上級委員が審議に参加するというDSU違反の状態が見られるという主張、次に、上級委員によっては、積極的な意見を述べることによって、司法的な紛争解決機関が立法的な機能を果たしていることを「行きすぎである」と批判する主張、等が挙げられる。米国が欠員状態を生ぜしめていることは、WTO 加盟国にとって必ずしも好ましいものではないが、米国のこのような意見には、一理ないわけではない。米国は、WTO 協定が締結されたその過程、いわゆる立法趣旨を重視し、また、協定の文言の限りでWTO 加盟国は合意したのであり、解釈によって合意内容をその文言あるいは当初の合意趣旨を超えて拡張することに対して、批判的である。様々な思惑をもって多数が参加する多数国間条約であるWTO の場合、加盟国の最大公約数的なものとして合意された協定条項の解釈を拡大することに対しては、慎重かつ謙抑的であるべきとするその議論には、一理ある。この点において、一部の加盟国の暴走を許せば、多数国間条約は成り立たなくなる。

21) Tsuyoshi Kawase, Junji Nakagawa, Hugo Perezcano Diaz, Keith William Cameron Wilson, Manjiao Chi, Carlos Coelho, Peter Draper, Christopher Findlay, Reforming the WTO AB: Short-term and Mid-term Options for DSU Reform, and Alternative Approaches in a Worst Case Scenario, p. 3, T 20 Japan 2019, March 15, 2019, <https://t20japan.org/wp-content/uploads/2019/03/t20-japan-tf8-3-reforming-the-wto-ab.pdf>

このような批判にも耳を傾けつつ、それでも WTO の紛争解決機能を維持する必要があるのではないか。

V. 紛争解決手続きをめぐる WTO 協定と二国間又は地域的な協定の役割

V-1. 国家 v. 国家の場合 (Mexico-Soft Drink)

国家同士が当事国の場合、二国間又は地域的な協定における紛争解決手続きは、WTO の紛争解決手続を代替するという解釈も成り立ちうる。また、それが訴訟経済に資する場合も考えられる。

Mexico Soft Drink ケースの場合、確かに、NAFTA の規定と WTO の規定は全て合致するものではなく、それぞれの条約の趣旨に沿った、それぞれの問題提起があり、それぞれの紛争解決手続きが存在することには²²⁾、十分な合理性がある。この点、Mexico Soft Drink ケースについて WTO のパネルが行った判断は、協定整合性のみならず、結論の妥当性も認められる²³⁾。

しかしながら、WTO の紛争解決機関で争われた論点は、NAFTA で問題にすることも可能であり、不当な貿易制限になっているという米国の趣旨は、いずれの紛争解決手続きに基づく紛争であったとしても同趣旨であったといえる。加えて、この紛争の場合、いずれの紛争手続においても、当事国は、米国とメキシコという全く同じ当事者間で争うことが可能であった。

このような状況に鑑みれば、国家間の紛争の場合、地域協定において WTO 協定の条項を包括するような内容を含んでいれば、現時点のように WTO の紛争解決手続きが頓挫している

場合には、地域協定における紛争解決手続でこれを補うべし、という議論もあながち不合理ではないと考えられる。

但し、国家対国家の場合でも、依然として、WTO 紛争解決手続の存在意義は看取しうる。第一に、地域協定で WTO 協定の covered agreements の範囲を網羅しきれいていない場合、WTO の紛争解決手続は依然として、必要となる。第二に、紛争解決にあたって、WTO の紛争解決手続の場合、加盟国が協議や審議に第三国として参加できる場合がある。広く、WTO 加盟国が意見を述べる機会が認められるということは、それだけ、多様な意見が反映されるということである。このことは、世界全体の貿易秩序の維持という観点から、より民主的な手続きであるといえ、好ましいと考えられる。第三に、決定の与える影響力の相違が挙げられる。二国間協定の場合であれば、決定の拘束力は二国間だけに留まり、先例として他のフォーラムで参照されることはあったとしても、これを解釈における理由づけとして他のフォーラムで引用されることは頻繁であるとは考えにくい。これに対して、WTO の決定の場合、拘束力は二国間だけに留まる点は同じであるが、決定は紛争解決機関によって採択され (DSU16 条 4 項, DSU17 条 14 項)、当事国は、これを受け入れ、勧告に基づく是正措置をとらない場合の執行として、当事国は紛争解決機関

22) NAFTA, 2003-2019 条; <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=1&secid=ed3bd8c9-2d73-45fb-9241-d66364f8037a#A2004>

23) *Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (US)* (DS302), paras. 7.1-7.18, [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds308/r%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds308/r%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)

(DSB)に、対抗措置を採ることについて承認を申請しうる(DSU22条2項)。これらの手続きが、全て、DSBを通じて、加盟国にも公開され、決定は、先例として参照され、後に同じ案件を争う当事者の参考になる。このように、当事国間の紛争の内容が加盟国全体で共有されることにより、WTO加盟国全体が、これに影響を受け、またその結果を活用しうる。第四に、紛争解決手続き自体のメリットを挙げることが出来る。例えば、手続き規定が定められ、審理期間に一定の制限が設けられていることは、当事国の予測可能性を高めることになる。また、二審制がとられていることにより、パネルの決定に不服がある当事国には上訴の権利が認められる。このように、仲裁手続きだけでは心許ない当事国にとっては、WTO紛争解決手続きの方が魅力的に映る場合も考えられる。

以上のようなことを考えると、地域協定の紛争解決手続きには、WTOの紛争解決手続きを補完する機能は認められつつも、依然として、WTOの紛争解決手続きには、独自の機能、役割があるといえる。

V-2. 企業 v. 国家の場合 (Philip Morris)

これに対し、企業対国家の場合には、様相を異にする。企業対国家の場合には、WTO紛争解決手続きにおいて、企業は当事者となることはできないため、企業がこの手続きを利用しようとする場合、申立国となる国の政府に働きかけを行う必要がある。各国政府も、単に一企業の利益のみを代弁するわけにはいかないので、広く業界に働きかけ、各方面への影響及び損害の程度等を考慮しつつ、WTOの紛争解決手続きに進むべきかを判断する。より広範、より慎重な対応が行われることは望ましいが、企業にとっては、かかる手続きが迂遠である場合もある。その点、ISDS条項により、対ホスト国への投資家による紛争解決手続きへの申立権が認められていれば、より迅速な紛争解決を図りうる。

但し、この場合も問題がある。第一に、ホスト国に仲裁等を申し立てることが出来る企業

は、資力を有する企業に限定されがちである。フィリップ・モリスのような大企業の場合は、オーストラリア政府を訴えることが出来たが、WTO紛争解決手続きに申立てを行った、ウクライナ、ホンジュラス、ドミニカ共和国、キューバ、インドネシアの各国のタバコ産業の企業が投資仲裁の申立てを行うことは可能だったであろうか。第二に、大企業がホスト国の主権に対して、影響を及ぼしかねないということである。Philip Morris事件のように、国民の健康・安全に関する政策に関わる法令が問題となった場合、いわば、これに抵触する営業活動によって利益を上げている企業が、投資条約違反を根拠に仲裁を申し立てた場合、これらと同じ土俵で扱っていいものか、という疑問が提起される。第三に、そもそもホスト国の措置や法制度等が、投資協定に抵触する可能性があり、投資家が不利益を被る場合に、企業や個人等の一投資家が国家を相手に争うという紛争解決の形態そのものが、好ましい形態であるだろうか、という本質的な問題にも行き着く。

最後の第三の点については、紛争解決手続きで、仲裁等で当事者として相対して争うよりも、むしろ、企業と国家との間の投資に関する契約の法理(例えば、事情変更の法理等)で解決を図ることができないかということに、より重きを置くべきではないか。そして、それでもホスト国の方策に行きすぎがある場合には、企業対国家の問題に留まらず、国家間で解決する必要も認められると考えられる。

この点に関し、最近各国で問題となっている太陽光発電のFeed In Tariff Program(以下「FIT」という。)を題材に、とりうる紛争解決手段についてさらに検討を加える。

VI. 再生エネルギー案件と紛争解決

再生エネルギーの活用については、各国が積極的に取り組んでいる。エネルギー政策の転換を含み、またこれまでのシステムとは異なるシステムを導入するにあたり、参入に労力や資金も要することから、国家がこれを補助して再生エネルギーを活用するという政策を推し進めようとする動きも見られる。

その過程において、様々な問題は起こりうる。例えば、再生エネルギーの設備を整えるにあたり、自国のメーカーからの調達を一定の割合で義務づけることによって、周辺産業も巻き込んだ上で再生エネルギー産業を自国産業として発展させようとする動きもある。このような動きに対しては、これが、内国民待遇に抵触しないかが問題となり、WTO で争われたケースもある。例えば、カナダ—再生可能エネルギー発生セクターに関する措置 (DS412)²⁴⁾、カナダ—固定価格買取制度に関する措置 (DS426)²⁵⁾ 等がある。

特に、再生エネルギーの固定価格買取制度 (Feed In Tariff Program) (FIT) については、その価格が未来永劫に固定されているわけではなく、その後の事情により変動する場合があり、それが、国家の投資家に対する説明で十分説明されていた範囲内なのか否かで、状況が異なってくる。そして、投資家が想定外の事態であると判断した場合、投資仲裁が提起される事案が発生してきた。

FIT については、我が国でもとられているが、その固定価格が変動していることについては、我が国も同様である。

VI-1. FIT の概要

「再生エネルギーの固定価格買取制度」は、再生可能エネルギーで発電した電気を、電力会社が一定価格で一定期間買い取ることを国が約束する制度である。電力会社が買い取る費用の一部を電気を利用する消費者から賦課金という形で集め、今はまだコストの高い再生可能エネルギーの導入を支える。所轄庁である経済産業省資源エネルギー庁の説明によれば、策定の趣旨は以下のとおりである。

この制度により、発電設備の高い建設コストも回収の見通しが立ちやすくなり、より普及が進む。再生可能エネルギーの電気が普及すれば、日本のエネルギー自給率の向上に有効である。エネルギー自給率が向上すると、化石燃料への依存度の低下につながり、燃料価格の乱高下に伴う電気料金の変動を抑えるといった観点から、すべての電気の利用者にメリットがあるものとして策定された。

FIT の対象となる再生可能エネルギーは、太陽光、風力、水力、地熱、バイオマスの5つのいずれかを使い、国が定める要件を充たす事業計画を策定し、その計画に基づいて新たに発電を行う者である。発電した電気は全量が買取対象になるが、住宅の屋根に載せるような10kw未満の太陽光の場合は、自分で消費した後の余剰分が買取対象になる。固定価格買取制度で買い取られる再生可能エネルギーの電気の買い取りに要した費用は、電気の使用から広く集められる再エネ賦課金によって賄われる。再エネ賦課金には以下のような特徴がある。

- ・電気を使う全ての人が負担する。

24) Canada—Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector (DS412); https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds412_e.htm

25) Canada—Measures Relating to the Feed-in Tariff Program (DS426); https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds426_e.htm

- ・電気料金の一部となっている。
- ・負担額は電気の使用量に比例する。
- ・再エネ賦課金の単価は、全国一律の単価になるよう調整を行う。
- ・集められた再エネ賦課金は、電気事業者が買取制度で電気を買取るための費用に回され、最終的には再生可能エネルギーで電気をつくっている人に届く。
- ・再エネ賦課金の単価は、買取価格等を踏まえて年間でのどのくらい再生可能エネルギーが導入されるかを推測し、毎年度経済産業大臣が決める。推測値と実績値の差分については、翌々年度の再エネ賦課金単価で調整する。
- ・買取制度によって買い取られた再生可能エネルギーの電気は、消費者に電気の一部として供給されているため、電気料金の一部として再エネ賦課金が支払われる。再エネ賦課金単価の算定の際、買い取りに要した費用から、電気事業者が再生可能エネルギーの電気を買取ることにより節約できた燃料費等は差し引かれる²⁶⁾。

このようなFIT制度につき、その後の事情の変更により、当初の制度からの変更が余儀なくされることがある。かかる変更が当初から制度に組み込まれたものであれば、想定内のこととして関係者が不測損害を被ることはないが、この程度を超えた場合には、問題になることがありえ、まさに投資家対国家という紛争の形態を招くことがある。

VI-2. FIT 買取価格の変更

経済産業省は、2019年3月22日、再生可能エネルギーの固定買取制度（FIT）で、2019年度以降の新たな価格を決定した。太陽光発電（事業用）は19年度に1キロワットあたり14円とし、同年3月時点での18円から大きく下げる。安い価格で発電する事業者から順番に買い入れる「入札制」の対象の出力500キロワット以上と従来の2千キロワット以上から広げ、コスト重視を鮮明にした²⁷⁾。

VI-3. FIT 制度における事業用太陽光発電の未稼働案件への新たな対応について

上記価格変更に先立つ2018年、事業用太陽

表1 FIT 制度における買取価格決定通知

(2)事業用太陽光発電（10kW以上500kW未満）

2019年度の買取価格を決定する。

電源	規模	(参考) 2018年度	2019年度
事業用太陽光発電	10kW以上 500kW未満	18円+税	14円+税

(3)事業用太陽光（500kW以上）

2019年度の買取価格は、入札により決定する。

（出典） 経済産業省 資源エネルギー庁「FIT制度における2019年度以降の買取価格・賦課金単価等を決定しました」, 2019年3月22日

26) 経済産業省資源エネルギー庁、固定価格買取制度、制度の概要；https://www.enecho.meti.go.jp/category/saving_and_new/saiene/kaitori/surcharge.html

27) 経済産業省資源エネルギー庁、「FIT制度における2019年度以降の買取価格・賦課金単価等を決定しました」, 2019年3月22日；<https://www.meti.go.jp/press/2018/03/20190322007/20190322007.html>

光発電の未稼働案件への対応につき、「FIT 法施行規則の一部を改正する省令案」に対するパブリック・オピニオンにおいては、かなりの反論があり、場合によっては投資仲裁案件となりかねないような状況にあった。パブリック・オピニオンを踏まえ、同省令案は修正をされ、未稼働案件への対応が決定されることとなった。

2012 年 7 月の FIT 制度開始以降、事業用太陽光発電は急速に認定・導入量が拡大し、資本費の低下などを踏まえて調達価格が半額以下にまで下落した（2012 年度に 40 円 /kWh であったものが、2018 年度には 18 円 /kWh にまで低下した。）。価格低減率は他の電源に比べて非常に大きく、認定時に調達価格が決定する中で、大量の未稼働案件による歪みが顕著に現れていると考えられるようになった。具体的には、高い調達価格の権利を保持したまま運転を開始しない案件が大量に滞留することにより、①後に国民負担の増大がもたらされる、②未稼働案件が滞留することにより新規開発・コストダウンが滞る、③未稼働案件に系統容量が押さええられてしまうことにより、新規開発が圧迫される、という弊害が生じていると考えられた²⁸⁾。

これに対応するため、上記「FIT 法施行規則の一部を改正する省令案」は、「運転を開始していない 10kW 以上の太陽光発電設備のうち、平成 27 年 3 月 31 日以前に旧認定を受け、平成 28 年 7 月 31 日以前に接続契約が締結されたものについて、系統連系工事着工申込みの受領の日が平成 31 年 4 月 1 日から平成 32 年 3 月 31 日までの間に属する場合は、平成 29 年度の

調達価格（21 円 /kWh）を適用する（平成 30 年度以降に法第 10 条第 1 項の変更の認定を受け、平成 30 年度以降の調達価格が適用されている場合を除く。）」とした²⁹⁾。その上で、「施行日前に系統連系工事着工申込みが受領されるようにするための送配電事業者への系統連系工事着工申込みの提出期限は、平成 31 年 1 月下旬頃を目途とすることを想定しています。」とした³⁰⁾。

つまり、それまでは FIT 法にも規定されていなかった期限が 2018 年 10 月に突然設定され、2019 年 1 月 31 日までに許認可をとって、「系統連系工事着工申込み」に着手しなければ、買取価格を 21 円 /kWh に減額するという内容であった。

これに対しては、1617 件の意見が提出され、多くは、周知期間の不足、遡及的不利益変更である、業界に不測の損害をもたらす、再生エネルギー投資に悪影響を及ぼす、等の反対意見であった³¹⁾。また、業界団体や投資家も個別に交渉を行った。

これを踏まえて、資源エネルギー庁は、原則を維持しつつ、一部必要な修正を加えて実施することとした。すなわち、2012～2014 年度に FIT 制度の認定を取得し、2016 年 7 月 31 日以前に送配電事業者との接続契約が締結され運転開始期限が設定されておらず、運転を開始していない 10kW 以上の太陽光発電は、原則として全てが今回の対象となる。但し、中には既に本格的に開発工事に着手しているものもあり、それらは早期に稼働することが期待されること

28) 資源エネルギー庁「既認定案件による国民負担の抑制に向けた対応（事業用太陽光発電の未稼働案件）」、2018 年 12 月 5 日；<https://www.meti.go.jp/press/2018/12/20181205004/1812005004-1.pdf>

29) 経済産業省・資源エネルギー庁「電気事業者による再生可能エネルギー電気の調達に関する特別措置法施行規則の一部を改正する省令等の概要」、2018 年 10 月；<http://search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000179826>

30) 経済産業省・資源エネルギー庁「電気事業者による再生可能エネルギー電気の調達に関する特別措置法施行規則の一部を改正する省令等の概要」、2018 年 10 月；<http://search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000179826>

31) 経済産業省・資源エネルギー庁「『電気事業者による再生可能エネルギー電気の調達に関する特別措置法施行規則の一部を改正する省令等の概要』に関する意見公募の実施結果について」、2018 年 12 月 21 日；<http://search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000181268>

から、開発工事に真に本格着手済みであることが公的手続によって確認できるものに限り、今回の措置(適用される調達価格の変更及び運転開始期限の設定)を適用しないこととした。具体的には、2MW以上の太陽光発電の設置工事に求められる電気事業法に基づく工事計画届出の受理を基準とする³²⁾。

上記「FIT制度における事業用太陽光発電の未稼働案件への新たな対応」の例は、パブリック・オピニオン募集における投資家らの迅速な反応、及びこれに対する政府側の修正により、一定の着地点を見た例であるといえる。すなわち、将来的な紛争を予見して、投資家及び国家が交渉を行い、早い段階での問題解決に至った好例ではないかと考える。まずは、このように投資家と政府の交渉により未然の紛争を防ぐという解決方法があることを強調したい。

しかしながら同時に、同省令案のような突然の変更措置の提案に対しては、投資家の側からは、不測の損害を被るとして、政府に対してまずは変更を思いとどまらせることができないかが議論となり、続いて、実際に変更された場合には何らかの救済を要求することが出来ないかが問題となった。

一旦は、沈静化したように思われる問題ではあるものの、上記価格の変更、あるいは今後の制度の変更も考えると、このような再生エネルギー関連の紛争解決については、海外の先例を踏まえ、本論文のテーマである、紛争解決手続きの補完機能も併せて検討する意義があるものと考えられる。

VI-4. FITを巡る海外の先例

FITについては、既に海外で投資仲裁が申し立てられている。これらの事案が、我が国で

の問題についても将来的な解決の指針にならないかを探る。

FIT制度は再生可能エネルギーの普及率を向上させるための過渡的な制度であり(恒久的な制度ではない)、長期的には改廃せざるをえない。よって、構造的に投資紛争を引き起こす危険を内包している³³⁾。

VI-4-1. Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1

オランダに拠点を有する Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. (以下「Masdar」という。)という会社が、スペイン政府を相手に、エネルギー憲章に基づいて投資紛争解決国際センター(ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes)に仲裁を申立て、スペイン政府による賠償が認められた事案がある³⁴⁾。

オランダで設立された会社である Masdar によって申し立てられた本件において、2018年5月16日、ICSIDの仲裁廷は、スペイン政府が、エネルギー憲章(Energy Charter Treaty)(ECT)の第10条1項³⁵⁾に規定される公正衡平義務(fair and equitable treatment)(FET)に違反すると認定した。

〈背景事情〉

スペイン政府の再生エネルギー部門における投資活性化政策の一つは、Royal Decree 661 of 2007(RD661/2007)であり、そこでは、再生エネルギー発電者がスペインから卸売市場価格を超えた優遇価格を享受できる。発電者に対する補助の基礎は、安定的に、設備の設置期間を通じて固定価格買取制度がとられることにある。RD661/2007の44.3条は、2012年1月1

32) 資源エネルギー庁「FIT制度における事業用太陽光発電の未稼働案件への新たな対応について(修正点の概要)」, 2018年12月5日; <https://www.meti.go.jp/press/2018/12/20181205004/1812005004-2.pdf>

33) 玉田大「再生可能エネルギー固定価格買取制度の法的問題—投資協定仲裁における争点—」3頁, 独立行政法人経済産業研究所, 2017年10月

34) Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1; <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>

日までに登録を行った工場に影響を与えるような固定価格買取制度の後の変更を禁止している。

Masdar の主張によれば、2012 年から 2014 年にかけて取られた一連の本件で問題となっている措置によって、スペイン政府は、RD661/2007 法制を廃止して、優遇がより少ない法制を導入し、それは、RD661/2007 法制の下で設置された設備に適用された。

Masdar は、RD661/2007 に従って、3 つの集光型太陽熱発電 (CSP) 工場に投資を行った。その投資は問題となっている本件措置によって影響を受けたと主張して、Masdar は、スペイン政府はエネルギー憲章 (ECT) 10 条 (1) の公正衡平義務 (FET) の基準に違反したとして仲裁を申し立てた。また、Masdar は、回復までに被る損害の全ての補償とともに、スペイン政府の公正衡平義務違反以前の状態を再構築することによって完全な回復を行うかたちでの投資に対する損害全額の賠償を求めた。

〈管轄を否定するスペイン政府の異議を却下〉

仲裁廷の人的管轄権 (personal jurisdiction, *ratione personae*) に異議を申し立てるにあたり、スペイン政府は、Masdar の行為は UAE に帰属するもので、UAE はエネルギー憲章の当事国ではないと主張した。そして、本件紛争は、二国間の紛争であることから、スペイン政府は、エネルギー憲章第 26 条³⁵⁾及び ICSID 条

約 (the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, ICSID Convention) 第 25 条³⁷⁾の条件を充たしていないと主張した。仲裁廷は、スペイン政府の異議を却下した。スペイン政府は、政府が Masdar を支配しているという主張を裏付ける証拠を提出しておらず、Masdar には政府の権限がないことを既に認めていたからである。

スペイン政府の事物管轄 (subject matter jurisdiction, *ratione materiae*) についての異議は、Masdar は、エネルギー憲章第 1 条 (6)³⁸⁾及び ICSID 条約第 25 条の目的に照らしてスペインに「投資」をしていないという理由に基づくものであった。仲裁廷は、多くの近年の裁定 (*Abaclat v. Argentina*³⁹⁾、*GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*⁴⁰⁾等) は、「投資財産」は、問題とされる投資財産が充たす必要がある本来の意味を有しており、二国間投資協定 (Bilateral Investment Treaties, BITs) で規定されている資産の一類型に該当するものであると考えていることを認定した。本質的に、仲裁廷は、エネルギー憲章第 1 条 (6) における「投資財産」という用語の意味を明確化することが、この規定の解釈の一部をなすと考え、Mandar が上記先例の意味する範囲内での「投資財産」を形成したということは充足している

35) エネルギー憲章 (Energy Charter Treaty) (ECT) の第 10 条 1 項: Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable 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 favourable than that required by international law, including treaty obligations. (footnote omitted) 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. (footnote omitted)

36) ECT Article 26: (1) Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably...

エネルギー憲章に関する条約第 26 条: (1) 締約国の地域における他の締約国の投資家の投資財産に関する当該締約国と当該他の締約国の投資家との間の紛争であって、第三部の規定に基づく当該締約国の義務の違反であると申し立てられるものについては、可能な限り、友好的に解決する。...

と判断した。

スペイン政府は、エネルギー憲章のスペイン語及びイタリア語版に依拠し、エネルギー憲章第17条⁴¹⁾は、投資家がホスト国において実質的な事業活動を行っている必要があると規定していると主張した。スペイン政府は、合意管轄（consent, *ratione voluntatis*）の異議を提起し、Masdar のオランダにおける存在は、基準を充たさないと主張した。仲裁廷は、証拠不十分であるとして、異議を却下した。

「直接かつ現実の自然に基づく発電の価値に賦課される課金」に関する合意管轄についての異議については、スペイン政府は、これを実質上の税金であると主張して、エネルギー憲章第21条（1）⁴²⁾の租税に対する免除が適用されるべきであると主張した。仲裁廷は、この点については同意し、課金の導入に起因する申立てについては管轄がないと結論づけた。

〈Achmea ケースは、EU が当事者となっている多数国間条約には適用なし〉

最後に、スペイン政府は、エネルギー憲章第26条は、EU 域内での紛争には適用がないということを根拠に異議を申し立てた。すなわち、Masdar はオランダの企業で、EU 法は、エネルギー憲章に優越すると。仲裁廷は、エネルギー憲章のいかなる規定も EU 域内での紛争をその

範囲から除外してはならず、EU 法は、エネルギー憲章に規定される投資家・国家間仲裁の規定と両立不可能というわけではないと結論づけた。二つの法秩序は、本件仲裁にも適用されるのである。それは、エネルギー憲章のみが投資家・国家間仲裁を規律するのであり、EU 法がエネルギー憲章と ICSID 条約の下における投資家・国家間仲裁を排除するように解釈されるわけではないからである。

スロベニア共和国対 Achmea BV ケース（*Slovak Republic v. Achmea BV*）（以下「Achmea」という。）⁴³⁾における欧州連合司法裁判所の判決が2018年3月6日に言い渡されたのに引き続き、スペイン政府は、仲裁廷に仲裁の再開を要請した。スペイン政府は、Achmea 判決が EU 域内の紛争についての異議を認めたと主張し、当該判決を記録に盛り込むことを要請した。しかしながら、仲裁廷は、Achmea 判決は、二国間投資協定には適用されるが、エネルギー憲章のような、EU 自身が当事者となっている多数国間条約には適用されないと示した⁴⁴⁾。

〈エネルギー憲章第10条（1）⁴⁵⁾の公正衡平待遇〉

この公正衡平待遇義務違反が、本仲裁案件の中心論点となる。Masdar の主張によれば、RD661/2007 下の法制を解体へと導いた本件で

37) ICSID 条約第25条：Article 25

- (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.
- (2) "National of another Contracting State" means:
 - (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and
 - (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

（以下略）

問題となっている立法は、Masdar が投資を行う ough にあたり基礎となった約束された安定性を取

38) ETC Article 1 (6): “Investment” means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

- (a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;
- (b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;
- (c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;
- (d) Intellectual Property;
- (e) Returns;
- (f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term “Investment” includes all investments, whether existing at or made after the later of the date of entry into force of this Treaty for the Contracting Party of the Investor making the investment and that for the Contracting Party in the Area of which the investment is made (hereinafter referred to as the “Effective Date”) provided that the Treaty shall only apply to matters affecting such investments after the Effective Date.

“Investment” refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as “Charter efficiency projects” and so notified to the Secretariat.

エネルギー憲章に関する条約第 1 条 (6):

(6) 「投資財産」とは、投資家によって直接又は間接に所有され又は支配されているすべての種類の資産をいい、次のものを含む。

- (a) 有体財産及び無体財産、動産及び不動産並びに賃借権、抵当権、先取特権、質権等の財産権
- (b) 会社若しくは企業、株式、出資その他の形態による会社若しくは企業の持分又は会社若しくは企業の債券及び他の負債
- (c) 金銭債権及び経済的価値を有する契約に基づく給付の請求権であって、投資財産に関連するもの
- (d) 知的所有権
- (e) 収益
- (f) エネルギー分野における経済活動を行う権利であって、法律若しくは契約又は法律に基づいて付与された免許及び許可によって与えられたもの

投資された資産の形態の変更は、投資財産としての性質に影響を及ぼさない。「投資財産」には、すべての投資財産を含み、投資を行った投資家の属する締約国についてこの条約が効力を生ずる日及び自国の地域において投資が行われる締約国についてこの条約が効力を生ずる日のいずれか遅い日（以下「有効となる日」という。）に存在しているものであるか又は有効となる日の後に投資が行われるものであるかを問わない。もっとも、この条約は、有効となる日の後に当該投資に影響を及ぼす事項についてのみ適用する。

「投資財産」とは、エネルギー分野における経済活動に関連する投資財産及び締約国の地域内で行われる投資又は一連の投資であって、当該締約国が「憲章対象事業」として指定し、かつ、その旨を事務局に通報したものに係る投資財産をいう。

39) <https://www.italaw.com/cases/35>

40) <https://www.italaw.com/cases/478>

41) ECT Article 17: Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to:

- (1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organised; or...

エネルギー憲章に関する条約第 17 条：

締約国は、次のものに対してこの部の規定に基づく利益を否定する権利を留保する。

- (1) 第三国の国民が所有し又は支配する法人であって、当該法人が組織される締約国の地域において実質的な事業活動を行っていないもの

り除くものである。スペイン政府は、*Charanne v. Spain*⁴⁶⁾ケース（以下「*Charanne*」という。）に依拠して、一般的な法制や、プレス・リリース等において提供されている安定性についての条項は、投資家に対して正当な期待（legitimate expectation）を創造するものではないと主張する。

仲裁廷は、その分析において、国家はその法制を改正する争い無き自由を有することを確認した。仲裁廷は、投資家に対して明示の履行の約束が直接行われてない限り、公正衡平待遇が経済的・法的安定性を含むものではなく、外国投資家はこれを法的に期待することも出来ないと示した⁴⁷⁾。しかしながら、仲裁廷は、当該権利が制約を受けないわけではないことについて

も警鐘を鳴らした。

スペイン政府が投資家の正当な期待に違反したかということを検討するにあたって、仲裁廷は、*Charanne*にて展開された2つの説を検討した。本ケースにおける多数意見は、特定の約束（specific commitment）のみが正当な期待を形成しようという考え方である。他方、反対意見は、投資家はその正当な期待の基礎となる一般的な法に依拠するのであれば、投資家は、法制システムを理解するために十分なデュー・デリジェンスを行ったことを証明する必要があると示した。すなわち、デュー・デリジェンスを行った場合には、特別な約束がない場合でも、一般的な法が正当な期待の基礎になりうるという考え方である。

42) ETC Article 21 (1): Except as otherwise provided in this Article, nothing in this Treaty shall create rights or impose obligations with respect to Taxation Measures of the Contracting Parties. In the event of any inconsistency between this Article and any other provision of the Treaty, this Article shall prevail to the extent of the inconsistency.

エネルギー憲章に関する条約第21条：

1) この条に定める場合を除くほか、この条約のいかなる規定も、締約国の課税措置について権利を創設し又は義務を課するものではない。この条の規定とこの条約の他の規定とが抵触する場合には、抵触する限りにおいて、この条の規定が優先する。

43) <https://www.iisd.org/itn/2018/04/24/achmea-the-beginning-of-the-end-for-isds-in-and-with-europe-laurens-ankersmit/>

44) *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, para. 679; <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>

45) ETC Article 10 (1): Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable 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 favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe 39 Final Act of the European Energy Charter Conference, Declaration 4.55 Energy Charter Treaty any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.

エネルギー憲章第10条(1): 締約国は、この条約に従い、自国の地域内において他の締約国の投資家が投資を行うための安定した、衡平な、良好なかつ透明性のある条件を醸成する。この条件には、他の締約国の投資家の投資財産に対し、常に公正かつ衡平な待遇を与えるという約束を含む。また、この投資財産は、不断の保護及び保障を享受するものとし、締約国は、不当な又は差別的な措置により、この投資財産の経営、維持、使用、享受及び処分をいかなる意味においても阻害してはならない。この投資財産は、いかなる場合にも、国際法が要求する待遇（条約上の義務によるものを含む。）よりも不利でない待遇を与えられる。締約国は、他の締約国の投資家又は他の締約国の投資家の投資財産との間の契約上の義務を遵守する。

46) *Charanne v. Spain*; <https://www.italaw.com/cases/2082>

47) *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, para. 485; <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>

Masdar の仲裁廷は、投資家は、法制システムを理解するために必要なデュー・デリジェンスを遂行し、一般法に基づいて正当な期待の申立てを行ったと認定した。Charanne の多数意見に拘束されるわけではないとして、特定の約束の存在を検討する必要はなかったのであるが、仲裁廷はまた、各業務を行っている会社ごとにスペイン政府が特別に発行した決定のかたちで、特別な約束が存在していたことを認定した⁴⁸⁾。

一般的な約束 (general commitment) に加えて、特定の約束 (specific commitment) も存在しており、その両者が正当な期待を形成したと認定して、仲裁廷は、両説のいずれかを選択することを拒否した上で、スペイン政府はエネルギー憲章第 10 条 (1) に規定される公正衡平待遇に違反していると認定した。

〈決定と費用〉

仲裁廷は、スペイン政府はエネルギー憲章第 10 条 (1) における公正衡平待遇の基準に違反したと決定し、Masdar は完全賠償を受けることが出来ると決定した。RD661/2007 法制を復活させることを認めることはスペインの法制当局に重大な影響を及ぼすことを認めた上で、仲裁廷は金銭的補償を通じての賠償を認めた。仲裁廷は、スペイン政府に、64.5 百万ユーロの損害及び決定前後の遅延損害金の支払を命じた。

VI-4-2. Masdar に照らした日本の FIT 制度の問題点

日本の FIT における変更を、Masdar の件に沿って検討すると、当該投資家の所属する国家と日本政府とが国際投資協定を締結しており当該協定に ISDS 条項等が規定されている場合には、日本政府が再生エネルギー関連の投資家との間で、一般的な約束に加えて、当該投資家との間に特定の約束も存在していると考えられ、かつ FIT における変更点が、一般的約束及び

特定の約束にも違反していると考えられる場合には、Masdar の多数意見にしたがっても、反対意見に従っても、公正衡平待遇に違反しているという主張も可能になるものと考えられる。

これを具体的にみてみると、日本における再生可能エネルギーの固定買取制度 (FIT) では、再エネ賦課金の単価については、買取価格等を踏まえて年間でどのくらい再生可能エネルギーが導入されるかを推測し、毎年度経済産業大臣が決めて、推測値と実績値の差分については、翌々年度の再エネ賦課金単価で調整する、という制度になっている。このことからすると、各年度の価格について、それまでの年度の買取価格を維持するということは、日本政府と投資家との間で、一般的約束も特定の約束もされていたとは認められない。よって、2019 年度の買取価格が 2018 年度の買取価格から減額されたという一事をもって、公正衡平待遇違反と認定すること、あるいはそのような主張を行うことは困難であると考えられる。

他方、FIT 制度における事業用太陽光発電の未稼働案件への新たな対応については、やや様相を異にする。前述のとおり、「FIT 法施行規則の一部を改正する省令案」は、「運転を開始していない 10kW 以上の太陽光発電設備のうち、平成 27 年 3 月 31 日以前に旧認定を受け、平成 28 年 7 月 31 日以前に接続契約が締結されたものについて、系統連系工事着工申込みの受領の日が平成 31 年 4 月 1 日から平成 32 年 3 月 31 日までの間に属する場合は、平成 29 年度の調達価格 (21 円 / kWh) を適用する (平成 30 年度以降に法第 10 条第 1 項の変更の認定を受け、平成 30 年度以降の調達価格が適用されている場合を除く。)」とした⁴⁹⁾。その上で、「施行日前に系統連系工事着工申込みが受領されるようにするための送配電事業者への系統連系工事着工申込みの提出期限は、平成 31 年 1 月下旬頃を目途とすることを想定しています。」と

48) Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, para. 520; <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>

した⁵⁰⁾。

つまり、それまではFIT法にも規定されていなかった期限が2018年10月に突然設定され、2019年1月31日までに許認可をとって、「系統連系工事着工申込み」に着手しなければ、買取価格を21円/kWhに減額するという内容であった。

それまでFIT法に設定されていなかった工事に関する期限が突然設定され、かつその期限までの期間が短いという場合には、特にそのような特定の期限が設定されていないという「一般的な約束」を想定した上で、これに違反すると構成することも、考えられる。さらに、既に本格的に開発工事に着手している投資家で、そのことを何らかのかたちで公開しているような場合には、当該投資家との間には、突然短期の期限を設定してそれに間に合わない場合には買取価格と減額するというようなことはとくに約束しないという「特定の約束」を想定した上で、これに違反すると構成することも、あながち不合理であるとは考えられない。但し、各投資家に特に上記の事情について決定等の通知が行われている等の特段の事情がない場合には、「特定の約束」の立証には、理論的構築が必要となるであろう。

以上検討したところを鑑みれば、単に買取価格の減額をしたことのみをもって公正公平待遇違反を構成することは難しいと考えられるものの、短い期限の「系統連系工事着工申込み」時期を設定してこの期限までに行わない場合には買取価格を下げる、ということについては、公正公平待遇違反を理由に仲裁で争われる可能性は否定出来ない。日本国政府の修正案は、このような事態を避ける上でも意味があったと考え

られる。

VI-4-3. *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012

ここで *Masdar* の仲裁判断が引用し、*Masdar* の仲裁においてスペイン政府が依拠していた *Charanne* ケース⁵¹⁾も概観する。

本件における申立人は、オランダ法人の *Charanne B.V.* とルクセンブルク法人の *Construction Investments S.A.R.L.* である。これら2つの企業は、スペインで登録されている *Grupo T-Solar Global S.A.*（以下「T-Solar」という。）の持分をそれぞれ、18.6583%、2.8876% 所有している。T-Solar は、34の太陽光発電所を所有している。2012年5月7日、申立人は、スペイン政府に対して、1994エネルギー憲章条約（ECT）の下、スペイン政府が採用した法令措置が原因で10百万米国ドルの損失を被ったとして損害賠償請求して、仲裁を申し立てた。2007年と2008年、Royal Decrees 661/2007と1578/2008という2つの法令が、伝統的なエネルギー生産の必要性を減少させる一般的な grid（送電系統）に電力を供給する太陽光発電所に支払われる一般的な固定買取制度（feed-in tariff system）（以下「FIT制度」という。）を確立した。当該一般的なFIT制度は、2010年に変更され、政府は、申立人らの状況にマイナスの影響を与える2つの法令を採用した。Royal Decree 1565/2010は、26年間（後に30年間に延長された）操業してきた買取価格を保証してもらう電力生産者の権利を廃止し、電力生産者に電圧が下がらないように一般的な送電系統を保守するシステムを導入するよう

49) 経済産業省・資源エネルギー庁「電気事業者による再生可能エネルギー電気の調達に関する特別措置法施行規則の一部を改正する省令等の概要」2018年10月；<http://search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000179826>

50) 経済産業省・資源エネルギー庁「電気事業者による再生可能エネルギー電気の調達に関する特別措置法施行規則の一部を改正する省令等の概要」2018年10月；<http://search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000179826>

51) *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No.V 062/2012; <https://www.italaw.com/cases/2082>

に求めた。Legislative Decree 14/2010 は、一般的送電系統に電力を送る最大時間数を制限して、送電系統にアクセスするための料金を賦課することにした。申立人会社は、2つの法令は、T-Solar における彼らの投資に対する間接的な取用を構成し、公正衡平待遇に違反すると主張し、Legislative Decree 14/2010 は、効率的なりコースの権利を侵害するものであると主張した。

仲裁廷は、問題となっている上記措置によって一定の損害が申立人らに及んだことは認めつつも、それが取用のレベルに至っているとの立証はないとして、取用の主張を退けた⁵²⁾。また、公正衡平待遇違反の点については、公正衡平待遇違反があるといえるためには、まず、投資の時点における法的枠組みが、後の規範等によって改正や変更されることがないという正当な期待が存在する必要があるとした上で、特定の約束が無い状況において、Royal Decree 661/2007 と Royal Decree 1578/2008 には変更が加えられることなく凍結されるというような正当な期待は認められないとした⁵³⁾。その場合でも、法制度に改正を加える場合には、それが不合理、恣意的、公共の福祉に反する、不均衡なものであってはならないという正当な期待が否定されるものではないことを認めた上で、本件改正は、そのような正当な期待に反するものではないことを認定した⁵⁴⁾。

VI-4-4. Charanne に照らした、日本の FIT 制度の問題点

日本の FIT 制度における変更点を、Charanne に照らして検討すると、FIT 制度における変更点が取用のレベルに至っていないことは、Charanne の場合と同様であると考えられる。

公正衡平待遇違反の点については、まず、投資の時点における法的枠組みが、後の規範等によって改正や変更されることがないという正当な期待が存在するか、という点については、価格変更の点についてはこれが変動することは当初より規定されており、また、FIT 制度における事業用太陽光発電の未稼働案件への新たな対応についても、未来永劫期限を設けることがないことまで期待されているとは考えられず、いずれの場合も、改正や変更されることがないという正当な期待は存在しないと考えられる。

次に、変更それ自体が、不合理、恣意的、公共の福祉に反する、不均衡なものでないか、という点について検討する。価格の変更については、予め、再エネ賦課金の単価については、買取価格等を踏まえて年間でのどのくらい再生可能エネルギーが導入されるかを推測し、毎年度経済産業大臣が決めて、推測値と実績値の差分については、翌々年度の再エネ賦課金単価で調整する、という制度が決められている。よって、このルールに則って価格が変動することは、不合理、恣意的、公共の福祉に反する、不均衡なもの、とは言い難いと考えられる。これに対して、FIT 制度における事業用太陽光発電の未稼働案件への新たな対応については、前述の「FIT 法施行規則の一部を改正する省令案」の内容に鑑みると、それまでの法令で規定されていなかった「系統連系工事着工申込み」の期限をほんの数か月前に急に設定することは、不合理、恣意的、公共の福祉に反する、不均衡なものであると認定される可能性は否定出来ないものと考えられる。この点に鑑みても、政府が、開発工事に真に本格着手済みであることが公的手続によって確認できるものに限り、今回の措置（適用される調達価格の変更及び運転開始期限の設

52) *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No.V 062/2012, para. 467; <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7162.pdf>

53) *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No.V 062/2012, paras. 476-511; <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7162.pdf>

54) *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No.V 062/2012, para. 511-542; <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7162.pdf>

定)を適用しないという修正を加えたことは、紛争の可能性を減少させる緩和策となったと考える。

VI-5. 再生エネルギー案件における紛争解決の課題

上記検討したとおり、FITにおける似たような事案でも、基準の立て方及び判断の仕方は仲裁廷によって異なる可能性があり、その結論は、いずれにも転びうる。まさに、ケース・バイ・ケースであるといえる。日本のFIT制度の未稼働案件への対応についても、個々の投資家の着工の程度とその立証の程度によって、法令の改正が及んだり及ばなかったりするわけである。

ケース・バイ・ケースの解決それ自体が否定されるべきではないと考える。しかしながら、その場合、紛争解決に時間と費用をかけることが出来る投資家はこれを争うことが出来、それだけの余裕がない投資家は泣き寝入りをせざるをえないという状況も発生しかねない。ひいては、公平に適用されるべき法令が、紛争解決機能と絡むことによって、不均衡な(disproportionate)適用を招くことになりかねない。Masdar ケースの結論のように、法令の改廃もしくは復活ではなく、損害賠償による補償によって紛争を解決しようとする場合、このような投資家ごとの帰結の違いはより顕著になる。

そこで、そのような場合には、国家対国家による紛争解決の手段も依然として重要であると考えられる。すなわち、特定の投資家との関係のみならず、全ての投資家への適用を考慮に入れて、投資家の属する国家の政府がホスト国と折衝する重要性は、衰えることはないものと考えられる。

さらに、投資家対国家であれ、国家対国家であれ、仲裁廷あるいはWTOその他の紛争解決機関への申立てや訴訟提起のみが紛争解決手段ではなく、それ以前の段階での、あるいはそれと並行して行われる、交渉、和解等がより重要

になってくると考えられる。昨今、前述のようにWTOの中でも有効に機能していた紛争解決機能が上級委員の欠員等により、危機に瀕している。そのような中であって、交渉による解決、和解による解決の重要性はますます大きくなっている。

日本のFIT制度の未稼働案件への新規対応が、パブリック・オピニオンの募集手続きを通して、修正という一定の着地点を見たことは、参考にされてよいものとする。このように、法令の規定や趣旨、条約の規定や趣旨、契約の規定や趣旨によって、当事国が話し合いによって解決を図るという最も基本的かつ効率的な紛争解決の方法が今後より重要性を増すと考える。

すなわち、国際投資仲裁やWTOの紛争解決機能を最後の砦としてレバレッジを利かすことにより、双方の当事者は、双方の利益と早期の紛争解決のために、交渉や契約解釈、条約解釈により、あるべき到達点を自ら探ることに、より多くの努力を傾けるべきであろう。いかに第三者に専門的な知見があったとしても、現実に利害関係に巻き込まれ、損害に窮している当事者が、より切実に早期の解決を望んでいるはずであるからである。

交渉や和解への志向は、単なる、WTO協定締結前の外交的なパワーポリティックスによる紛争解決への回帰に帰してはならないことは論を俟たない。その意味でも、正当で合理的で公平な解決のために、当事者間の和解のためにも、紛争解決手続きの重要性は依然として存在しているのである。WTOの前身のGATT時代には、パネル報告書の採択には全加盟国の同意(consensus)が必要であったので、和解をするインセンティブが大きかったとする見解もある⁵⁵⁾。確かに、パネル報告書が事実上自動的に採択されるWTOの下では、和解のインセンティブが下がっていたのかもしれないが、WTO紛争解決機関の危機に瀕して、和解の必要性を再認識する時が訪れたとは考えられないだろうか。

Ⅶ. 複数国間の地域協定（CPTPP 等）における紛争解決手続きの意義—二国間投資協定との違い等

国際投資仲裁のみでは、国家間の紛争も、投資家と国家間の紛争も、その解決手段として十分にカバーできるものではなく、依然として、WTO の紛争解決機関等の多数国間条約による紛争解決機能の存在意義があることを検討した。

それでは、CPTPP や EU 等の複数国間の地域協定における紛争解決手続きの意義、特に、WTO 協定のような約 200 か国の多数国間協定や二国間投資協定とは別に、複数国間の地域協定において紛争解決機関を設ける意義はどこにあるのだろうか。

それは、現在のように WTO のルール交渉が頓挫しているような状況において顕著であるかと考えられる。すなわち、WTO の締結以降、ルール改正交渉が進展しない状況下において、各国は、個別にあるいは複数国間で、地域協定を締結している。現在までの累計で、WTO の下、312 の地域協定（Regional Trade Agreement）が発効している⁵⁶⁾（図 4 参照）。

直近に WTO に通報された地域協定は、以下の 5 つであり（表 2 参照）、日本は、その 2 つにおいて当事国である（日・EU EPA と CPTPP）。

これら地域協定において、WTO 協定よりも、より自由化の進んだ合意が形成されている場合、これへの違反が、直接 WTO 協定違反にならない場合でも、個別の地域協定違反になりうる場

合が考えられる。そして、その紛争解決方法としては、WTO の紛争解決手続きも選択肢の一つとして規定されている場合もあるが、他の手段が選択肢として規定されている地域協定も多数存在する。NAFTA（現在の USMCA）や、CPTPP、日・EU EPA もその一つである。二国間の投資協定における紛争解決手続きや WTO 紛争解決手続き以外の紛争解決手続きの存在意義が、そこに認められる。

地域協定においても、ISDS 条項が規定されている協定は存在する。例えば、米・韓 FTA⁵⁷⁾においては、ISDS 条項が存在し⁵⁸⁾、これが毒素条項ではないかという批判もあり、TPP 協定の交渉においても議論になった。ISDS 条項が存在する地域協定においても、投資紛争以外の紛争については、別途国家間の紛争手続きも用意されており、そこでは WTO 紛争解決手続きも選択肢の一つとなっていることがよく見られる。米・韓 FTA においても、当事国間の紛争において、米・韓 FTA における紛争解決手続きと WTO 紛争解決手続きの選択を認め、何れかを選択した場合にはそれが排他的管轄を有するという排他的管轄条項も規定されている⁵⁹⁾。また、前述した NAFTA でも、GATT における紛争解決手続きと NAFTA 独自の紛争解決手続きの選択を認めていた⁶⁰⁾。

55) “[T]he need for consensus to adopt panel reports gave disputing parties the incentive to pursue mutually agreed solutions.”, Robert McDougall, Impasse in the WTO Dispute Settlement Body: Consequences and Responses, European Centre for International Political Economy, No. 11/2018, p. 3, https://ecipe.org/wp-content/uploads/2018/12/ECI_18_PolicyBrief_WTO_11-2018_LY06.pdf

56) WTO, List of All RTAs; <https://rtais.wto.org/UI/PublicAllRTAList.aspx>

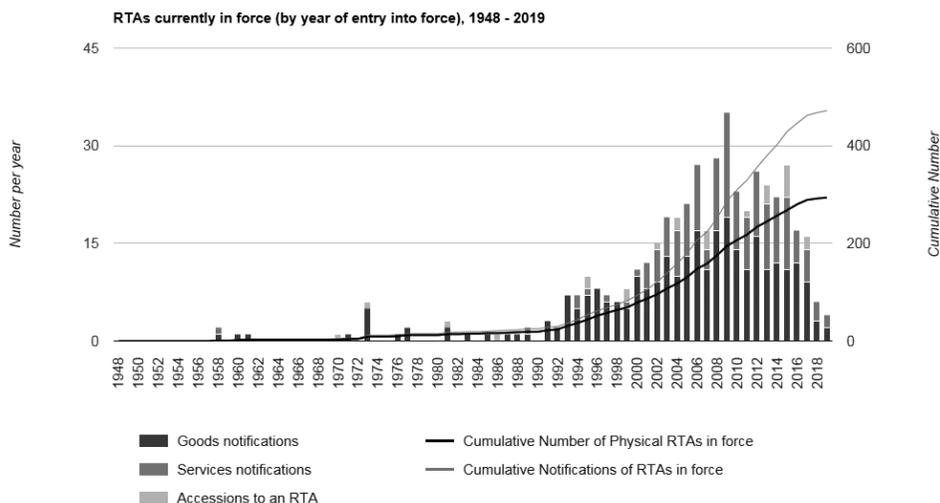
57) KORUS FTA; <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta/final-text>

58) KORUS FTA, Chapter 13; https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/Chapter_Eleven_Investment.pdf

59) KORUS FTA, 22.6 条; https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/asset_upload_file973_12721.pdf

60) NAFTA 2005 条; <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=1&secid=ed3bd8c9-2d73-45fb-9241-d66364f8037a#A2005>

図4 地域貿易協定（RTA）発効数推移



Note: Notifications of RTAs: goods, services & accessions to an RTA are counted separately. Physical RTAs: goods, services & accessions to an RTA are counted together. The cumulative lines show the number of notifications/physical RTAs currently in force.

Source: WTO Secretariat - April 30, 2019

© World Trade Organization 2019

(出典) WTO⁶¹⁾

表2 地域貿易協定（RTA）、最近のWTOへの通報案件

Recent Notifications			
RTA Name	Coverage	Date of notification	Date of entry into force
Southern Common Market (MERCOSUR) - Israel	Goods	Mar 29 2019	Dec 23 2009
Hong Kong, China - Georgia	Goods & Services	Feb 12 2019	Feb 13 2019
EU - Japan	Goods & Services	Jan 14 2019	Feb 1 2019
Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP)	Goods & Services	Dec 20 2018	Dec 30 2018
EFTA - Philippines	Goods & Services	Oct 26 2018	Jun 1 2018

(出典) WTO⁶²⁾

この様々な紛争解決手続きの乱立をもって「スバゲッティ・ボウル」状況だとして危惧されてきたが、これら様々な協定が選択するforumには、共通性が認められ、WTOの紛争

解決機関、ICSID、UNCITRAL等、選択される機会が多いforumでの議論の蓄積が、相互に役に立っている状況が認められる^{63), 64)}。すなわち、国際司法裁判所規程⁶⁵⁾(Statute of

61) WTO, Welcome to the Regional Trade Agreements Information System (RTA-IS); <https://rtais.wto.org/UI/charts.aspx>

62) WTO, Welcome to the Regional Trade Agreements Information System (RTA-IS); <https://rtais.wto.org/UI/charts.aspx>

International Court of Justice) 第 38 条 1 項⁶⁶⁾ や、ICSID 条約第 42 条 1 項を通じて、相互に先例が引用され、参照されている。また、条約の解釈についての規則であるウィーン条約法条約 (Vienna Convention on the Law of

Treaties) の条文の解釈を仲裁廷や裁判所等の裁定機関が相互に参照することによって、国際法の解釈の方法についても、調和が図られていることが看取される。

63) “It is well known that, just as the ICJ, ICSID tribunals are not bound by the rule of *stare decisis*. From a bird’s eye view, ICSID tribunals use case law, as does any other international court or tribunal. Like the ICJ,¹⁶ the International Tribunal for the Law of the Sea,¹⁷ the panels and the Dispute Settlement Body (DSB) of the WTO,¹⁸ the regional courts of human rights,¹⁹ criminal courts or tribunals,²⁰ ICSID tribunals and investment tribunals in general refer to ‘judicial decisions’ as ‘subsidiary means for the determination of rules of law’ according to the famous formula of Article 38 (1) (d) of the Statute of the International Court of Justice to which Article 42 (1) of the ICSID Convention²¹ implicitly refers.²² Alain Pellet, *The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Volume 28, Issue 2, Fall 2013, Pages 223–240, September 4, 2013. (footnotes omitted) <https://doi.org/10.1093/icsidreview/sit022>

16 Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) (Judgment) General List No 75 [1992] ICJ Rep 589–601, paras 386–404. See also Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Rep 131–4, paras 214–223 and 209, para 403; and Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo), (Merits: Judgment) [2010] ICJ Rep 663–4, paras 64–8.

17 Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar) (Judgment, 14 March 2012) ITLOS Case No 16, para 184.

18 US—Stainless Steel (Mexico), Appellate Body Report 30 April 2008 (adopted on 20 May 2008) WT/DS344/AB/R, 65–8, paras 154–62.

19 *Cossey v The United Kingdom*, ECtHR App No 10843/84 (1990) Series A, Vol 184, para 35.

20 *Prosecutor v Kupreškic*, ICTY, Case No IT-95-16-T, Judgment (14 January 2000) para 540. See also *Prosecutor v Zlatko Aleksovski*, ICTY, Case No IT-95-14/1-A, Appeal Chamber, Judgment (24 March 2000) paras 89–114 (see also paras 122–36 and 137–46).

21 See Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (18 March 1965) para 40. ‘The term “international law” as used in this context should be understood in the sense given to it by Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice, allowance being made for the fact that Article 38 was designed to apply to inter-State disputes.’

22 In an Award of 22 June 2010, an ICSID Tribunal noted that: ‘While Article 38.1.d. of the Statute of the International Court of Justice expressly mandates the Court to also take into account “judicial decisions”, there is no such express rule either in the ECT, the ICSID Convention or other applicable part of international law as to whether, and if so to what extent, arbitral awards are of relevance to the Tribunal’s task’. See *Liman Caspian Oil* (n 5) para 172.

64) “The decisions of investment treaty arbitral tribunals are proving to be essential in establishing the modern international law of investment. Given the paucity of detail in the international investment treaties to which states have adhered, it is inevitable that the meaning and contours of the legal standards in those treaties will be defined and clarified in arbitral decisions. The actual compilation of a generally accepted set of standards will be an accretive process developed little by little as tribunals make decisions in individual cases, and as those decisions are tested by other tribunals, by publicists and international organizations, and by the states themselves. Gradually one may expect the institution of a jurisprudence constante, and the emergence of key decisions that are judged to be the influential starting points from which further analysis should flow.” Bjorklund, Andrea, *Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante* (December 23, 2008). UC Davis Legal Studies Research Paper No. 158. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1319834> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1319834>

Ⅷ. 今後目指すべき方向性と新たな提案

上記検討したところにより、国際投資仲裁、複数国間の地域協定における紛争解決手続きは、その基礎となる条約や協定の当事国にとって有用であるとしても、それだけで、WTO 紛争解決手続きを完全に代替できるものではなく、これを補完するものとして有効であり、WTO 紛争解決機能の維持を図るべきであることを論じた。

また、このような紛争解決手続きは、時間や費用の点に鑑みても、最後の砦としてのレバレッジとしての機能を高め、当事者が目指すべきは、その前段階での交渉や和解による解決であることも提案した。

このようなことは、現在 WTO の紛争解決機能が前述のように危機に瀕している状況におい

て、将来における改善も踏まえた打開策になるのではないかと考えられる。

それでは、WTO の紛争解決機能が上級委員の定数の欠缺に陥る等して不全に陥った場合の代替策として、どのような解決策があるだろうか。

Ⅷ-1. DSU 第 25 条の仲裁で代替するという提案

昨今、WTO の加盟国から提案されているのが、DSU 第 25 条⁶⁷⁾による仲裁をもって、WTO の紛争解決手続が機能不全に陥った場合には、これを代替するものとして用いるという案である^{68), 69)}。

DSU 第 25 条の仲裁は、その 1 項が、「紛争解決の代替的な手段」として認めていることか

65) Article 42 (1) of the ICSID Convention:

(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

ICSID 条約第 42 条 1 項:

(1) 裁判所は、両当事者が合意する法規に従って紛争について決定を行う。この合意がない場合には、裁判所は、紛争当事者である締約国の法(法の抵触に関するその締約国の規則を含む。)及び該当する国際法の規則を適用するものとする。

66) Article 38 (1) of the Statute of International Court of Justice:

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

国際裁判所規程第 38 条 1 項

1 裁判所は、付託される紛争を国際法に従って裁判することを任務とし、次のものを適用する。

a 一般又は特別の国際条約で係争国が明らかに認めた規則を確立しているもの

b 法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習

c 文明国が認めた法の一般原則

d 法則決定の補助手段としての裁判上の判決及び諸国の最も優秀な国際法学者の学説。但し、第五十九条の規定に従うことを条件とする。

ら、紛争解決が機能不全に陥った場合の代替手段として適当であると考えられる。

DSU の紛争解決手続と比較して、DSU 第 25 条の仲裁の場合は、当事国が合意しなければならない (DSU 第 25 条 2)。この点、当事国が合意できない場合には、紛争解決手続の機能不全は解決しないことになる。そこで、WTO の紛争解決手続が機能不全に陥る前に、全加盟国で合意することにより、WTO の機能不全を事前に予防することが考えられる。そして、かかる事前の合意が加盟国間で形成された場合には、個別の紛争ごとに当事国の合意を不要とすることについても、併せて合意するか、あるいは当該合意を擬制することによって、個別の紛争ごとに紛争解決手続が機能不全に陥ることを防ぐ手段がとられるべきであろう。

このような提案は、上記のとおり、既存の紛

争解決手続に入る前に交渉や和解によって解決を図るべきであるとする本稿の結論とも方向性を同じくするものであり、検討した再生エネルギーに関する紛争等についても、その趣旨を及ぼすことに不都合はないと考えられる。

問題は、全 WTO 加盟国の間で同意をとりつけることが可能か、ということである。現在、WTO の紛争解決手続に対して、米国を中心として不満があることからすると、それが容易でないことは想像に難くないが、WTO の紛争解決機関に係属している案件が滞ることによる世界貿易の停滞を考慮すれば、WTO 加盟国が到達することが必要な妥結点であると考えられる。DSU 第 25 条の仲裁が、現行の WTO 紛争解決機関、特に上級委員会と同じものになるのであれば、これに異を唱えている米国の合意を取り付けることは難しいであろう。よって、現

67) DSU Article 25 Arbitration

1. Expedient arbitration within the WTO as an alternative means of dispute settlement can facilitate the solution of certain disputes that concern issues that are clearly defined by both parties.
2. Except as otherwise provided in this Understanding, resort to arbitration shall be subject to mutual agreement of the parties which shall agree on the procedures to be followed. Agreements to resort to arbitration shall be notified to all Members sufficiently in advance of the actual amendment of the arbitration process.
3. Other Members may become party to an arbitration proceeding only upon the agreement of the parties which have agreed to have recourse to arbitration. The parties to the proceedings shall agree to abide by the arbitration award. Arbitration awards shall be notified to the DSB and the Council or Committee of any relevant agreement where any Member may raise any point relating thereto.
4. Articles 21 and 22 of this Understanding shall apply *mutatis mutandis* to arbitration awards.

DSU 第 25 条

- 1 紛争解決の代替的な手段としての世界貿易機関における迅速な仲裁は、両当事国によって明示された問題に関する一定に紛争の解決を容易にすることを可能とするものである。
 - 2 仲裁に付するためには、この了解に別段の定めがある場合を除くほか、当事国が合意しなければならず、当該当事国は、従うべき手続について合意する。仲裁に付することについての合意は、仲裁手続が実際に開始される前に十分な余裕をもってすべての加盟国に通報される。
 - 3 他の加盟国は、仲裁に付することについて合意した当事国の合意によってのみ仲裁手続の当事国となることができる。仲裁手続の当事国は、仲裁判断に服することについて合意する。仲裁判断は、紛争解決機関及び関連する協定の理事会又は委員会（加盟国が仲裁判断に関する問題点を提起することができる理事会又は委員会）に通報される。
 - 4 第二十一条及び第二十二条の規定は、仲裁判断について準用する。
- 68) William Alan Reinsch, Jack Caporal, Article 25: An Effective Way to Avert the WTO Crisis?, the Center for Strategic and International Studies, January 24, 2019, <https://www.csis.org/analysis/article-25-effective-way-avert-wto-crisis>
- 69) Bashar H. Malkawi, Can Article 25 Arbitration Serve as a Temporary Alternative to WTO Dispute Settlement Process?, January 5, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/05/can-article-25-arbitration-serve-as-a-temporary-alternative-to-wto-dispute-settlement-process/>

在 WTO の紛争解決機関の問題点として提起されているものを解決する方向で導入するかたちをとることが必要になると考えられる。

WTO の歴史の中で、DSU 第 25 条仲裁が使われたのは、1 回だけであり⁷⁰⁾、米国の著作権法第 110 条 (5) が問題となったケース (DS160)⁷¹⁾において、EU は、実現可能性があった収入を全て損害の基礎として計算してよいか、等という限定された特定の問題について審議が行われた。仲裁廷は、損害は現実に発生したものに限定されるべきであり、単に期待した利益は損害には含まれないとして、米国著作権法第 110 条 (5) (B) による EC の利益の無効化又は侵害のレベルとして、年間 1,219,900 ユーロを認定した。^{72), 73)}

DSU 第 25 条仲裁代替案に対しては、これまでの WTO 紛争解決機関における経験や知見の積み重ねから、DSU 第 25 条仲裁で代替させ

ることは、WTO 紛争解決手続規定のように手続きが予測できないことや、上級委員会への上訴手続きがないこと等を理由に、難しいだろうという見方もある⁷⁴⁾。しかしながら、紛争解決手続きは、代替手段として認められている DSU 第 25 条仲裁も含めて WTO 協定上の制度であり、これをフル稼働させることによって WTO レジーム自身が自らの存在を守るのは、窮余の策として合理的であると考えられる⁷⁵⁾。

Ⅷ－２．DSU 第 25 条仲裁で上級委員会のみを代替するという提案

この DSU 第 25 条仲裁代替案については、次に述べる上訴をしない合意と「上訴仲裁」の合意とを組み合わせることによって、DSU 第 25 条仲裁を上級委員会に置き換えるという案もある⁷⁶⁾。この提案については、パネル段階までの手続きと DSU 第 25 条仲裁をどう結び付

70) Bashar H. Malkawi, Can Article 25 Arbitration Serve as a Temporary Alternative to WTO Dispute Settlement Process?, January 5, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/05/can-article-25-arbitration-serve-as-a-temporary-alternative-to-wto-dispute-settlement-process/>

71) U.S-Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act- Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS160/ARB25/1, Nov. 9, 2001; https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm

72) U.S-Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act- Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS160/ARB25/1, Nov. 9, 2001; https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2003/november/tradoc_114291.pdf

73) U.S-Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act- Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS160/ARB25/1, Nov. 9, 2001, paras. 3.2-3.58; https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=65434&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2003/november/tradoc_114291.pdf

74) ‘While theoretically article 25 arbitration seems to be a viable alternative past practice and wealth of experience and knowledge developed under WTO ordinary dispute settlement mechanism would prevent utilization of such an alternative.’, Bashar H. Malkawi, Can Article 25 Arbitration Serve as a Temporary Alternative to WTO Dispute Settlement Process?, January 5, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/05/can-article-25-arbitration-serve-as-a-temporary-alternative-to-wto-dispute-settlement-process/>

75) ‘WTO members should not shy away from utilizing article 25 arbitration. The dispute settlement mechanism as a whole – including article 25 arbitration – is not only about disputes; it is an evolving body of international trade law principles.’, Bashar H. Malkawi, Can Article 25 Arbitration Serve as a Temporary Alternative to WTO Dispute Settlement Process?, January 5, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/05/can-article-25-arbitration-serve-as-a-temporary-alternative-to-wto-dispute-settlement-process/>

76) Robert McDougall, Impasse in the WTO Dispute Settlement Body: Consequences and Responses, European Centre for International Political Economy, No. 11/2018, pp. 4-5, https://ecipe.org/wp-content/uploads/2018/12/ECL_18_PolicyBrief_WTO_11-2018_LY06.pdf

けるのか、結びつけた場合に両者を整合させるために、現行の紛争解決手続きよりもさらに複雑になるのではないかと、現行の上級委員会において提起されている問題点を解決せずに箱だけ入れ替えても、何らの解決にもならないのではないかと、等の懸念がある。最後の点について、米国抜きの複数国間の制度を想定する考え方もあるが、そのような重要なアクターを除外して残った制度が、「WTO の紛争解決制度の維持」と言えるのか、疑問がある。

但し、上級委員会における手続きのみを DSU 第 25 条仲裁で置き換えるという提案は、現在上級委員会に係属中あるいは、パネルに係属中の案件を一時的に処理するという点で、手続きを最初から始めなくて済むという利点はあるだろう。ただ、長い目で見た場合に、既存の紛争解決手続きと仲裁手続きをいかにして統合するか、という上述の問題は残る。

EU は、この点も踏まえて、DSU 第 25 条仲裁で上級委員会のみを代替するという提案を行っている。DSU 第 25 条仲裁の間はパネル手続きを停止して、DSU 25 条仲裁の結果をパネルに戻す、等の案も練られているようであるが、加盟国間の検討がどのような結果に導かれるのか、注目される。

Ⅷ-3. 上訴しないことについての合意という提案

さらには、上級委員会の機能が停滞し、停止の危機に瀕していることに鑑み、加盟国間で、予め上訴をしないという合意をする方法により、WTO の紛争解決手続きの機能を維持しようという提案もある⁷⁷⁾。当該見解については、納得のいかないパネル報告書が発出された場合

に WTO 協定上用意されていた手段を放棄することが出来るか、ということと、パネル報告書相互の統一を図る機関・機能が失われる、という問題点はある⁷⁸⁾。既存の制度の一部放棄という点が抱える問題点に鑑みると、かかる合意も容易ではないと考えられるが、現存する制度の一部を有効利用するという点において、傾聴に値する見解であるといえる。

実際に、上級委員会の上記現状に鑑み、当事国間で上訴しないという合意をするケースも見られるようになってきた。インドネシアの鉄及び鉄鋼製品のセーフガードについてベトナムが WTO に提訴した案件 (DS496) においては、両当事国は、パネル報告書が回章された時点で、上級委の構成員が 3 名を下回っている場合には、当事国は上訴をしないという合意をしている⁷⁹⁾。機関の機能不全を機関の加盟国が知恵を絞って乗り切ろうとしていることに、一縷の希望が見出せる。

Ⅷ-4. まとめ

WTO 協定が成立してから成功裏に機能してきた WTO の紛争解決手続は、年を経るごとに重厚長大になってきた。意見書の枚数は多くなり、報告書は膨大な量になり、制限されていた手続の期間は、延長されることが常態化してきた。

国際投資仲裁手続や、地域協定における紛争解決手続とともに、進むべき方向は、訴訟手続として重厚長大厳格な方向ではなく、より簡素化・効率化する方向に方向転換すべき時期に来ているのではないだろうか。

AI によって先例との比較が容易になることが考えられる現代において、重厚長大な紛争解

77) Robert McDougall, Impasse in the WTO Dispute Settlement Body: Consequences and Responses, European Centre for International Political Economy, No. 11/2018, pp. 3-4, https://ecipe.org/wp-content/uploads/2018/12/ECI_18_PolicyBrief_WTO_11-2018_LY06.pdf

78) Robert McDougall, Impasse in the WTO Dispute Settlement Body: Consequences and Responses, European Centre for International Political Economy, No. 11/2018, p. 4, https://ecipe.org/wp-content/uploads/2018/12/ECI_18_PolicyBrief_WTO_11-2018_LY06.pdf

79) Indonesia-Safeguard on Certain Iron and Steel Products, (WT/496/14), March 27, 2019

決手続きは、もう似合わなくなっているどころか、時間の流れについていくことが出来なくなっていることに、我々も気づく頃なのだろう。

地域協定における紛争解決手続や、二国間投資協定における国際投資仲裁手続等によって、多数国間協定である WTO 協定における紛争解決手続が補完されることはあっても、完全に代替されるものではなく、依然として WTO 協定の紛争解決手続の存在意義はある。しかしながら、それが存亡の危機に瀕していることは、単なる世界情勢のタイミングによってもたらされた偶然ではなく、それそのものが変革を必要

としていることから必然的に起こってきたものと考えられる。その変革の方向性としては、より簡素化・効率化が求められ、究極的には、交渉・和解による解決に当事者がよりエネルギーを注ぐべきことが再認識される。仲裁や紛争解決手続も、第三者である仲裁廷や紛争解決機関が大上段に判断を下すという判決のようなあり方から、柔軟に変容し、早期和解のために第三国が協力するシステムとして仲裁や紛争解決手続が活用されることが、早期の紛争解決につながり、当事国ひいては国際レジームに資することになるのではないだろうか。

参 考 文 献

- Alain Pellet, *The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Volume 28, Issue 2, Fall 2013, Pages 223-240, September 4, 2013. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/sit022>
- Bjorklund, Andrea, *Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante* (December 23, 2008). UC Davis Legal Studies Research Paper No. 158. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1319834> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1319834>
- William Alan Reinsch, Jack Caporal, *Article 25: An Effective Way to Avert the WTO Crisis?*, the Center for Strategic and International Studies, January 24, 2019, <https://www.csis.org/analysis/article-25-effective-way-avert-wto-crisis>
- Bashar H. Malkawi, *Can Article 25 Arbitration Serve as a Temporary Alternative to WTO Dispute Settlement Process?*, January 5, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/05/can-article-25-arbitration-serve-as-a-temporary-alternative-to-wto-dispute-settlement-process/>
- Robert McDougall, *Impasse in the WTO Dispute Settlement Body: Consequences and Responses*, European Centre for International Political Economy, No. 11/2018, https://ecipe.org/wp-content/uploads/2018/12/ECI_18_PolicyBrief_WTO_11-2018_LY06.pdf
- Tsuyoshi Kawase, Junji Nakagawa, Hugo Perezcano Diaz, Keith William Cameron Wilson, Manjiao Chi, Carlos Coelho, Peter Draper, Christopher Findlay, *Reforming the WTO AB: Short-term and Mid-term Options for DSU Reform, and Alternative Approaches in a Worst Case Scenario*, T 20 Japan 2019, March 15, 2019, <https://t20japan.org/wp-content/uploads/2019/03/t20-japan-tf8-3-reforming-the-wto-ab.pdf>
- 玉田大「再生可能エネルギー固定価格買取制度の法的問題—投資協定仲裁における争点—」, 独立行政法人経済産業研究所, 2017年10月