

WTO 紛争解決手続と投資協定仲裁の手続的・規範的競合

一内国民待遇原則に着目して—*¹

山下 朋子*²

要 約

貿易と投資に関する国際的制度は、紛争処理の実体および歴史の両面から見て、元来、全く別の制度として発展してきた。しかし近年では、貿易と投資を明確に切り分けることが困難になりつつある。その一端として、同一の事実から生じる紛争が、WTO 紛争解決手続と投資協定仲裁の両方に係争する事例が増加している。それに伴い、両法体系の間で実務的かつ規範的なレベルでの重複や相互作用が意識されるようになってきている。

この事実を背景に、本稿は、手続と実体の両側面から国際貿易法と国際投資法の2つの法体系がどのように競合し、共存し、あるいは接合するのかについて考察を進める。まず、WTO 紛争解決手続と投資協定仲裁との手続的競合関係について検討し、次に、両法体系に共通する実体的権利保護規範である内国民待遇原則について検証することで、両法体系が紛争解決の局面においてどのような関係に立つのかについて明らかにする。

キーワード：WTO 協定，投資協定 (IIAs)，ISDS 条項，投資協定仲裁，内国民待遇原則，紛争解決了解 (DSU) 23 条

JEL Classification：F13, F21, F53, F55, K33

I. はじめに

貿易と投資に関する国際的制度は、近年では国際経済法として一括りに扱われることが多いが、両者は紛争処理の実体において大きく異なるだけではなく、歴史的に見てもこれまでは全く別の制度として発展してきたものである。端的に述べるならば、世界貿易機関 (WTO) を中心とする貿易自由化の多国間枠組は、あくまで国家間での紛争処理制度を堅持しているという意味で、古典的な国際法観に即した法秩序の

範疇にある。他方で、国際投資法と言った場合には、国家間で形成された慣習国際法や投資協定 (IIAs) が基礎となるにせよ、ほとんどの場合、当該協定に含まれる ISDS (Investor-State Dispute Settlement) 条項に基づいて、私人たる投資家が投資受入国に対し、直接に国際的なフォーラムに提起する投資協定仲裁によって形成される法秩序のことを指す場合が多い。ゆえに、国際投資法では、もはや国家間関係にとど

* 1 本研究は JSPS 科研費 17K13617 の助成を受けたものである。本稿執筆にあたって、数々のご助言をいただいた皆様に感謝御礼申し上げます。

* 2 愛知県立大学外国語学部准教授

まらないトランスナショナルな国際法秩序において、規範の明確化が急激かつ漸進的に展開しているといえることができる。

近年では、自由貿易協定(FTA)や経済連携協定(EPA)を含む地域貿易協定(RTA)の締結が、かつてないほど積極的に促進されるようになり、さらに、RTAの多くが対象地域における貿易と投資の双方について、紛争処理までを含めた包括的な規定を置くようになってきている。このようなRTAの興隆の背景には、WTOにおける多国間交渉の停滞だけではなく、安全保障を含む政治的要因などさまざまな理由が作用しているとされる¹⁾。国境を越えた企業の経済活動が複雑化する中で、かつてのように、貿易と投資を明確に切り分けることが容易ではない、むしろ困難になってきているという現状が反映されているのである²⁾。現に、オーストラリアの「無地パッケージ法」と呼ばれるタバコ販売規制の事例にみられるように、WTO紛争解決手続と投資協定仲裁の両方に係争する事案は増加する傾向にあり、それに伴い、

それぞれの手続による判断の抵触やフォーラム・ショッピングに対する懸念が高まっている³⁾。形式的には管轄権の競合がないとはいえ、同一の事実に基づく事案を扱うことで、両法体系の間で実務的かつ規範的なレベルでの重複や相互作用が意識されるようになったのである⁴⁾。

このような事案の発生を背景に、本稿は、手続と実体の両側面から国際貿易法と国際投資法の2つの法体系がどのように競合し、共存し、あるいは接合するののかという問題について、両法体系に存在する法規範の中でも、最も基本的なものの一つである内国民待遇原則に着目しつつ考察を進めたい。内国民待遇原則とは、WTO協定における実体的な権利保護に関する規定であると同時に、IIAsにも同様の趣旨で定められている一般原則である⁵⁾。ゆえに、WTO紛争解決手続では国家間、投資協定仲裁では投資家対国家といった紛争主体の違いはあるにせよ、同一の事実に基づいて、別々のフォーラムに、しかも重複的に、同内容の義務の違反の申立が行われる可能性がある⁶⁾。ここでは、WTO

1) 小林友彦・飯野文・小寺智史・福永有夏(2016)『WTO・FTA法入門』法律文化社、pp.30-36

2) *Philip Morris Asia Ltd. v. Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12; Panel Report, *Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, WTO Doc. WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R (28 Jun. 2018)

3) Allen, Brooks E. & Tommaso Soave (2014), “Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration,” *Arbitration International*, vol. 30, no. 1, pp. 4-8 その他には、カナダ・オンタリオ州やEUが導入した再生可能エネルギーについての固定価格買取取制度(FIT: Feed in Tariff)をめぐる事例などがある。Jha, Vyoma (2012), “Trends in Investor Claims Over Feed-in-Tariffs for Renewable Energy,” *Investment Treaty News*, 19 July 2012, available at <https://www.iisd.org/itn/2012/07/19/trends-in-investor-claims-over-feed-in-tariffs-for-renewable-energy/> (accessed 15 Apr. 2019); Panel Report, *Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector / Canada — Measures Relating to the Feed-In Tariff Program*, WTO Doc. WT/DS412/R, WT/DS426/R, 19 Dec. 2012 (WTO challenge by the EU and Japan to the Ontario feed-in-tariff (FIT) programme regarding certain wind and solar photovoltaic electricity generation projects); *Mesa Power Group LLC v. Canada*, PCA Case No. 2012-17 (NAFTA Chapter 11 challenge filed 4 Oct. 2011 regarding the Ontario FIT programme); *European Union and certain Member States — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WTO Doc. WT/DS452 (complaint filed by China on 18 Dec. 2012)

4) Allen & Soave, *supra* note 3, pp. 8-9; Shany, Yuval (2003), *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, pp. 53-59

5) Kurtz, Jürgen (2016), *The WTO and International Investment Law—Converging Systems*, Cambridge University Press, p. 79

6) Verhoosel, Gaetan (2003), “The Use of Investor-State Arbitration under Bilateral Investment Treaties to Seek Relief for Breaches of WTO Law,” *Journal of International Economic Law*, vol. 6, p. 495

紛争解決手続と投資協定仲裁というフォーラムの違いが存在し、更にそこで出される判断の間には明確な優劣関係が存在しないがために、それぞれの判断機関が矛盾した結論を導いてしまう危険性がある⁷⁾。

このように、紛争処理制度の設計段階においてみられる国際法の断片化 (fragmentation) や国際紛争処理の増殖 (proliferation) と呼ばれる現象を前にして、我々はすでに存在する紛争処理制度の差異に鑑みた規範内容のずれを認めるべきであるのか。あるいは、紛争処理制度の設計と、実体的な規範内容は切り離して捉えられるべきであり、同一事案に関する適用において統一的な運用を行うことで、紛争の実効的な解決を目指すべきであるのか。これらの問題について考察するために、本稿では、まず、前提として WTO 紛争解決手続と投資協定仲裁とが、手続的に競合しうるのかについて検証する。次に、両法体系に共通する実体的権利保護規範である内国民待遇原則を取り上げ、その内容面における競合可能性について、WTO 紛争解決手続および投資協定仲裁のそれぞれでどのように論じられ、お互いの判断をどのように取り込み、あるいは拒絶しているのかについて検討を進めたい。それによって、国際貿易法と国際投資法が、ある一つの事実から生じた紛争の解決の局面においてどのような関係に立つのかについて明らかにすることが、本稿の目的である。

本稿の検討範囲としては、国際貿易法については、第二次世界大戦後に飛躍的な発展を遂げた貿易分野の国際経済協定の中でも、無差別原

則を基礎とする多角的貿易体制について、GATT を経てウルグアイ・ラウンド交渉で採択された WTO 協定による現行の制度枠組みと、そこで規定され、WTO 内の紛争解決手続によって発展してきた規範としての WTO 法、WTO 協定に限定して考察を進めることとする⁸⁾。他方で、国際投資法と呼ぶ法分野の範囲の確定はやや複雑である。なぜなら、多角的な交渉や紛争解決手続による規範の明確化や発展が論じられてきた国際貿易法と比べて、国際投資法は、規範内容の明確化が未熟であり、かつ、個別の仲裁判断によるところが大きいために判断の集積も分散的であるといえるからである。伝統的には、19 世紀終わりから 20 世紀の初頭にかけて、在外自国民に対する「外交的保護」と呼ばれる国家間での仲裁判断の集積によって形作られた、外国人の待遇に関する最低基準 (minimum standard of treatment) に関する慣習国際法上の規則群のことを指す。その時点で議論されていた規範の内容は、非常に基本的なものであり、慣習国際法特有の細部に関する曖昧さも払拭できないものであったため、20 世紀初頭から学説上、何度もその内容について法典化が試みられてきており⁹⁾、国連の国際法委員会 (ILC) が作成した条文草案が 2006 年に国連総会でテイク・ノートされたことで、外交的保護に関する規範内容の明確化は一応の到達点に達したと考えられる¹⁰⁾。しかしながら、ILC の外交的保護条文は非常に一般的な内容の記述にとどまっていることから、現代の社会経済状況に即した実質的な規範内容の明確化が図

7) Allen & Soave, *supra* note 3, p. 2

8) 「WTO 協定」は、WTO 設立協定および WTO 設立協定附属書 1、附属書 2、附属書 4 を含む総称として用いる。福永が指摘するように、WTO 紛争処理制度に代えて RTA 紛争処理制度を使う利点はあまりないため、両者の競合が生じる可能性は極めて小さいことから (福永有夏 (2013) 『国際経済協定の遵守確保と紛争処理』有斐閣, pp. 84-88)、本稿では貿易に関する限りは RTA の議論は行わない。

9) 拙稿 (2010) 「外交的保護の法的擬制」『神戸法学雑誌』60 巻 1 号, pp. 354-370

10) Draft Articles on Diplomatic Protection (Second reading 2006) with commentaries, UN Doc. A/61/10, Supp. 10 in *Yearbook of the International Commission 2006*, Vol. II (Part Two). 詳細な経緯については、拙稿 (2016) 「国内的救済原則の例外—国連国際法委員会外交的保護条文の検討を中心に—」『国際公共政策研究』21 巻 1 号, pp. 1-23, 同 (2018) 「投資条約仲裁における国内的救済完了原則の適用例外—無益性の抗弁—」『国際法外交雑誌』117 巻 1 号, pp. 158-180

られるのは、1990年代後半以降に爆発的に増加した、IIAsのISDS条項に基づいて提起される投資協定仲裁における、具体的な判断の積み

重ねによるところが大きいといえる。そのため、本稿の主たる検討対象も、このようなIIAsや仲裁判断を中心とする。

II. 手続的競合の可能性

上述のように、両法体系は歴史的経緯や規範内容だけではなく、紛争解決手続も全く異なる。ただし、同一の事実から生じた紛争を法的に解決しようとする限り、条約法条約31条3項(c)号にいう「当事国間の関係において適用される国際法の関連規則」として、相互に参照し合うことは可能であると考えられる。ただし、問題となっている条約の「外」にある文書を参照することから、当事国意思の再確認という形で実質的な条約の修正に繋がる恐れがあるため、運用においては注意する必要がある¹¹⁾。この点、個別のWTOの紛争解決手続において事例に即したIIAsの解釈が示されたとしても、現状で多くのIIAsが想定する紛争解決としての仲裁はそもそもアド・ホックなものであることから、それほど大きな問題は生じないように思われる。

しかし逆に、ISDS仲裁の仲裁廷がWTO協定の解釈を示すことについては後述するとおり、紛争解決了解(DSU)23条が定めるWTOの多角的体制の強化と抵触する虞があり、またそのようなWTO協定の解釈が、問題となっているISDS仲裁の紛争当事国以外にも影響を及ぼしうる可能性があることを考慮すると、慎重にならざるを得ない。加えて実際上の問題とし

ては、投資協定仲裁の仲裁廷にWTO協定の解釈が求められる事例のほうが、その逆の場合に比べて増加している状況にある。このような傾向を強めることになった最大の原因は、コンセッションなどの私人と国家が結んだ契約の保護を慣習国際法に頼ることに不安を覚えた先進諸国が、個別にIIAsを締結する中で、他の締約国国民に対して負っている義務の遵守を確約する条項(いわゆるアンブレラ条項(umbrella clause))を含めるようになったことにあると指摘される¹²⁾。これにより、投資協定仲裁における紛争処理の過程において、隣接分野である国際貿易法のWTOの紛争処理制度における判断の集積が参照されるばかりか、WTO協定それ自体を仲裁廷に解釈させようとする動きが見られるようになってきている。

II-1. 投資仲裁廷によるWTO協定の解釈可能性

そもそも投資協定仲裁は、裁判ではなく仲裁であるがために、当該紛争の一過的な解決に主眼がある。仲裁廷の側から見れば、訴えの受理可能性判断を含む「管轄権に関する管轄権(Kompetenz-kompetenz)」を持つために¹³⁾、当該仲裁廷が必要であると判断さえすれば、制

11) Sorel, Jean-Marc (2006), « Article 31 », dans Olivier Corten et Pierre Klein, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: Commentaire article par article*, Bruylant, p. 1320

12) 坂田雅夫(2006)「投資保護条約の傘条項が対象とする国家契約の違反行為:最近の判例・学説に見られる「主権的行為論」の根拠の検討を中心として」『同志社法學』58巻2号, p. 932 例えば, エネルギー憲章第10条1項末文は, 「各締約国は, 他のいかなる締約国の投資家もしくは投資家による投資に対して負ったいかなる義務も遵守すべきである」としている。

13) 岩月直樹(2008)「国際投資仲裁における管轄権に対する抗弁とその処理」『RIETI ディスカッション・ペーパー』, pp. 13-14

度上、WTO 協定の解釈を行うことに何らの障害もない。現に、いくつかの投資協定仲裁では、投資受入国による知的財産権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS 協定）の違反について、投資家が仲裁廷に申立を行っている。

2010年に仲裁に付託された Philip Morris 対 ウルグアイ事件では、申立人は、紙巻きタバコのパッケージの両面で面積 80% 以上の有害警告表示を行うことを定めたウルグアイの規制法令が、Philip Morris 社の商標権を侵害し、1892年のモンテビデオ条約、TRIPS 協定 20 条および工業所有権保護に関するパリ条約（パリ条約）5 条 C 項（2）号に違反するため、スイス・ウルグアイ間の二国間投資協定（BIT）のアンブレラ条項を介して同社の権利保護が仲裁廷にて実現されるべきとの主張を行った¹⁴⁾。2011年に仲裁付託された Philip Morris Asia 対 オーストラリア事件でも、無味乾燥なオリーブグリーン色の統一パッケージに健康被害を連想させる写真を載せ、ロゴの使用は一切禁止するというオーストラリアの「無地パッケージ法」について、TRIPS 協定およびパリ条約に加え、貿易の技術的障害に関する協定（TBT 協定）の違反が、オーストラリア・香港 BIT のアンブレラ条項に違反するとの主張がなされた¹⁵⁾。また、2013年に仲裁に付託された Eli Lilly 対 カナダ事件では、米国の Eli Lilly 社がカナダで取得していた医薬品の特許に関して、カナダの裁判所が当該特許の無効を宣言した行為が、TRIPS 協定の草案に基づいて策定された北米

自由貿易協定（NAFTA）1709 条の知的財産権ルールに適合しないと主張している¹⁶⁾。

いずれの事件においても、仲裁廷は、WTO 協定の解釈適用についてそもそも仲裁廷が管轄権をもつのかという問題に関しては積極的な議論は行っていない。ただし、Philip Morris 対 ウルグアイ事件で仲裁廷は、消極的な形とはいえ、TRIPS 協定の実質的な解釈を示していると理解することができる。スイスが TRIPS 協定の締約国ではないことを理由に同協定の適用可能性に疑義が残るとしつつも、20 条に加え 16 条についても検討した上で、同協定は商標の使用権についてどこにも規定していないとして、Philip Morris 社の主張を退けているのである¹⁷⁾。この点に関しては、Philip Morris Asia 対 オーストラリア事件および Eli Lilly 対 カナダ事件で、被告となったオーストラリアやウルグアイが主張したように¹⁸⁾、WTO 協定の解釈に関しては WTO が排他的権限を持つのであって、仲裁廷は解釈することができないとの理解もある。現に、Philip Morris Asia 対 オーストラリア事件で問題となった無地パッケージ法については、その後、ホンジュラス、ドミニカ共和国、キューバ、インドネシアを申立国とする WTO 紛争解決手続が開始されている¹⁹⁾。

現在まで WTO 協定の解釈適用についての仲裁廷の管轄に関する積極的な判断が存在しないという事実は、しかしながら、仲裁廷が当該問題について管轄権をもたないことを意味する訳ではない。上述のような投資家の主張が繰り返

14) *Philip Morris Brands Sàrl v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (8 Jul. 2016), paras. 261

15) *Philip Morris Asia Ltd. v. Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Notice of Arbitration (21 Nov. 2011), para. 4.12

16) *Eli Lilly v. Canada*, UNCITRAL, Case No. UNCT/14/2, Notice of Arbitration (12 Sep. 2013), para. 3, 42

17) *Philip Morris Brands Sàrl v. Oriental Republic of Uruguay*, supra note 14, para. 262

18) *Philip Morris Asia Ltd. v. Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Australia's Response to the Notice of Arbitration (21 Dec. 2011), paras. 35, 57; *Eli Lilly v. Canada*, UNCITRAL, Case No. UNCT/14/2, Government of Canada Statement of Defense (30 Jun. 2014), paras. 83-84

19) Panel Report, *Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, supra note 2 このパネル報告を受けて、ホンジュラスが上級委員会への上訴を WTO 事務局に通達しているため、現在も係争中である。

返されるのであれば、Philip Morris 対ウルグアイ事件のように消極的な形だけではなく、今後は、より積極的に踏み込んだ形での WTO 協定の解釈が仲裁廷によって示される可能性も否定できない。

II-2. 管轄権の競合可能性

そもそも同一の事実から生じた紛争について、WTO 紛争解決手続と投資協定仲裁での同時係争が可能でありうることの主因は、両手続がお互いを並行手続として認識してこなかったことにあるといえる。DSU23 条の多角的体制の強化に関する規定は、あくまで加盟国間での紛争を念頭に置いており、また、これまで WTO 紛争解決手続との並行手続として意識されてきたのは RTA 紛争処理制度であって、私人たる投資家が提起する投資協定仲裁についてまでは考慮していない。同様に、投資紛争解決条約(ICSID 条約)26 条にいう他の救済手段の排除の規定がいうところの、仲裁の「両当事者」とは、あくまで投資家と投資受入国のことを指す。そのため、これまで国際投資法が並行手続として認識してきたのは、あくまで投資受入国における国内的救済手続であり、通常の IIAs は当該 IIAs に基づく仲裁と国内的救済手続との関係について規定してきたにとどまる²⁰⁾。その唯一の例外が、投資家の訴えを投資家本国が取り上げ国家間請求化するという外交的保護であり、これについては ICSID 条約 27 条が、投資受入国が仲裁に付託することに同意し又は付託した紛争に関する外交的保護の排除について定めている。

したがって、近年の投資協定仲裁で増加している仲裁廷による WTO 協定の解釈が可能であるのかという問いに対しては、まず WTO 協定や法の一般原則との関係でそれが許されるのかという点について検討しておく必要がある。

II-2-1. 紛争解決了解 23 条からの逸脱可能性

先述の通り、投資協定仲裁において WTO 協定の解釈を独自に行うことには、一見したところ条約上の障壁は見受けられない。しかし、同じことを WTO の側から見れば、DSU23 条が定める「多角的体制の強化」、すなわち、WTO 紛争解決手続における WTO 協定に関する排他的な判断権限を侵害されたということになる可能性がある。DSU23 条と投資協定仲裁との関係を検討するにあたっては、以下 2 点について考慮しなければならない。

第 1 に、DSU23 条は、WTO 加盟国だけではなく、私人たる投資家にも適用されるのかという問題である。同条は、以下のように定めている。

加盟国は、対象協定に基づく義務についての違反をその他の利益の無効化若しくは侵害又は対象協定の目的の達成に対する障害については是正を求める場合には、この了解に定める規則及び手続によるものとし、かつ、これらを遵守する。

これを文言通りに解釈するのであれば、WTO 協定の解釈を WTO 紛争解決手続に委ねる義務は、もっぱら加盟国にのみ課されているのであり、私人たる投資家について同条は適用されない。ゆえに、WTO 協定の違反行為を WTO 紛争解決手続に付託する義務があるのは加盟国であり、私人たる投資家が WTO 紛争解決手続を用いる義務は生じ得ない²¹⁾。米国 EC 特定産品輸入措置事件がいうように、あくまで「ある加盟国による他の加盟国に対する反応(reaction)」こそが WTO 協定違反を構成するのである²²⁾。これまで、WTO 紛争解決機関が、投資協定仲裁を可能にする IIAs それ自体を DSU23 条の範疇にあるとしたり、WTO 協定を適用し執行するための措置の一部であると

20) 阿部克則(2007)「二国間投資条約／経済連携協定における投資仲裁と国内救済手続との関係」『RIETI ディスカッション・ペーパー』, pp. 6-18

21) Li, Siquing (2018), "Convergence of WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration: A Closer Look at Umbrella Clauses," *Chicago Journal of International Law*, vol. 19, No. 1, pp. 199-200

いう風に認定したりした事例は存在しない²³⁾。

他方で、個別の仲裁廷が WTO 協定を解釈適用することは、個別の WTO 加盟国による一方的な WTO 協定の適用執行を生み出すことにつながり、よってそのような仲裁判断は DSU23 条が目指す多角的体制の強化に反する動きになりうる。Klopschinski が指摘するとおり、仲裁で WTO 協定の解釈適用を争うことができるような非常に一般的な文言の ISDS 条項を含む IIAs を締結するという国家の行為それ自体が、DSU23 条の違反を構成しているとの理解もある²⁴⁾。現に、米国 1974 年貿易法 301-310 節事件でパネルが指摘するように、「23 条 2 項で特に規定されている手続よりも、DSU の規則及び手続に訴え従うべき 23 条 1 項における一般的義務に違反しうる国家の行為のほうに、非常に多くなっている」状況にあるため²⁵⁾、そのような IIAs の締結が同条に違反するとの WTO の判断がいつ出てもおかしくはない。

ただし、仮に投資協定仲裁において不当な WTO 協定の解釈が示されたところで、その後、当該紛争につき国家間で WTO 紛争解決手続を開始することは可能である²⁶⁾。ゆえに、DSU23 条は、投資家が ISDS 条項に基づく投資協定仲裁で WTO 協定の解釈を求めること、および、仲裁廷が投資家の請求に基づく判断を行うこと、それ自体を禁じているとはいえない。さらに、そのような仲裁を可能にするような ISDS 条項を含む IIAs を締結することについても、後の WTO 紛争解決手続において加盟国の行為の違法性が指摘される可能性はあるにせよ、そのこと自体がただちに違法であり無効で

あるとすることまではできない。

上記を踏まえて、第 2 に考慮すべきは、個別の IIAs によって DSU23 条の適用を除外することが可能であるのかという点である。DSU は、WTO 設立協定と不可分の一部を成す一括受諾の対象であるが、このこととは別に、一般国際法上の条約の修正に関する規則に従って、DSU の効力を特定の加盟国間で除外することは可能である。この点について、条約法条約 41 条は、多数国間の条約を一部の当事国の間においてのみ修正する合意のための条件を、以下のように規定する。

1. 多数国間の条約の 2 以上の当事国は、次の場合には、条約を当該 2 以上の当事国の間においてのみ修正する合意を締結することができる。
 - (a) このような修正を行うことができることを条約が規定している場合
 - (b) 当該 2 以上の当事国が行おうとする修正が条約により禁止されておらずかつ次の条件を満たしている場合
 - (i) 条約に基づく他の当事国による権利の享有又は義務の履行を妨げるものでないこと。
 - (ii) 逸脱を認めれば条約全体の趣旨及び目的の効果的な実現と両立しないこととなる条約の規定に関するものでないこと。
2. 条約を修正する合意を締結する意図を有する当事国は、当該合意を締結する意図及び当該合意による修正を他の当事国に通告する。ただし、1 (a) の場合において条約に別段の定めがあるときは、こ

22) Panel Report, United States—Import Measures on Certain Products from the European Communities, WTO Doc. WT/DS165/R (adopted Jul. 17, 2000), para. 6.22

23) Klopschinski, Simon (2016), “The WTOs DSU Article 23 as Guiding Principle for the Systemic Interpretation of International Investment Agreements in the Light of TRIPs,” *Journal of International Economic Law*, Vol. 19, No. 1, p. 229

24) *Ibid.*, pp. 228-229

25) WTO Panel Report, *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974* (US – Sections 301-310), WT/DS152/R, adopted 22 Dec. 1999, para. 7.45

26) *Li, supra* note 21, p. 204

の限りでない。

まず、条約法条約41条1項の要件について、一部のWTO協定は明示的にDSUの適用を除外する規定を有している。例えばTRIPS協定は、64条1項で当該協定に関する紛争の解決をDSUに委ねる旨を規定しているが、1条1項で「この協定において要求される保護よりも広範な保護を国内法令において実施することができる」と明示している。このことから、DSUに基づくWTO紛争解決手続よりも投資協定仲裁のほうが「より広範な保護」を実施するものと理解すれば、ISDS条項を含むIIAsの締結は禁止されていないことになる。TRIPS協定の解釈適用においては、実行上も、ECバナナ事件で上級委員会が、事前合意によるDSU上の訴権の放棄が可能であるとの見解を示している²⁷⁾。これに対し、そのような明示的規定を有さない関税及び貿易に関する一般協定(GATT)が問題となったペルー特定農産品追加輸入関税事件で、パネルは、事前合意によるDSUからの逸脱に対して否定的であり²⁸⁾、WTO規則が明示的に認めている場合でなければWTOの紛争解決手続からの逸脱は認められないと述べた²⁹⁾。上級委員会はこの判断を支持し、さらに判断の脚注で、DSU23条は加盟国に対し「特定の紛争解決を超えたDSU下の権利義務の放棄」を禁止していると警告している³⁰⁾。

この点に関して、Sallesは、GATTについても、米国ホルモン事件で上級委員会が、同委員会での検討内容を秘密とするDSU17条10項が紛争当事国の「相互関係で(in a relational

manner)」機能することを根拠とする適用除外を認めたことから³¹⁾、同様の理論が23条にも当てはまると主張している³²⁾。しかしながら、これまでのWTOにおける実行を条約法条約41条1項に照らして考慮するならば、あくまでWTO協定に明示的な根拠規定がある場合にのみ、DSU23からの逸脱が認められるべきである。加えて、TRIPS協定のように根拠となりうる規定がある場合にも、DSU23条からの逸脱を目的としたIIAsを締結する意思が国家の側にあるならば、条約法条約41条2項が要求するとおり、当該国家はWTO協定の他の締約国に対して、DSU修正の意図および修正の内容について通告すべきである。これまでのところ、WTO協定の解釈が争われた投資協定仲裁の事例では、そのような通告がなされていないことから、IIAsの締約国の側にはDSUからの逸脱の意思はないというべきであり、ゆえに投資協定仲裁におけるWTO協定の解釈適用に関する請求については、仲裁廷は管轄権を有していなかったと理解されるべきである。

II-2-2. 管轄権に関する法の一般原則

伝統的には、潜在的に複数の紛争解決手続が競合しうる可能性があるとき、それぞれの手続で矛盾した判断が生じるのを回避する必要が生じると理解されてきた。すなわち、先行する手続との関係で検討すべき既判力(*res judicata*)、および並行する手続との関係(*lis alibi pendens*)、そして、それらに対する単一手段選択の原則(*electa una via*)が議論される³³⁾。国際法協会

27) Appellate Report, *European Communities—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador, WTO Doc. WT/DS27/AB/RW2/ECU (26 Nov. 2008), para. 217.

28) Panel Report, *Peru—Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products*, WTO Doc. WT/DS457/R (27 Nov. 2014), para. 7.84

29) *Ibid.*, para. 7.96

30) Appellate Report, *Peru—Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products*, WTO Doc. WT/DS457/AB/R (20 Jul. 2015), para. 5.26 n. 106, para. 5.28

31) Appellate Report, *United States—Continued Suspension of Obligations in the E.C.—Hormones Dispute*, WTO Doc. WT/DS320/AB/R (16 Oct. 2008), Annex IV, para. 6

32) Salles, Luiz E. (2015), “A Deal is a Deal: Party Autonomy, the Multiplication of PTAs, and WTO Dispute Settlement,” *Questions of International Law*, Zoom-in 23, p. 28

(ILA) はこれらの論点に関する国際私法の作業部会で、国際仲裁が、国内裁判や国際裁判との関係で、どのように捉えられるべきかに関する最終報告書を2006年にまとめている³⁴⁾。WTO紛争解決手続のような準司法手続は検討の対象外であるが、そこで検討されている論点のうち特に以下の2つについては、先行する手続の既判力および並行手続の双方において、WTOの手続と投資協定仲裁との関係を検討すべきか否かを判断する際に、非常に有用であるように思われる³⁵⁾。

第1に、紛争当事者の同一性である。すなわち、投資協定仲裁について、投資家の本国と投資受入国との間で締結されたIIAsに基づいて、投資家は自らの権利を行使しているのか。あるいは、投資家が行使しているのは投資家本人の権利ではなく、本質的にはIIAsを締結した本国の権利を派生的に行使しているに過ぎず、ICSID条約27条も投資協定仲裁で紛争が解決しない場合における最終的な本国による外交的保護権行使の可能性を留保しているという意味において、投資家はあくまで国際法上の客体に過ぎないとみなすべきであるのか。この問題については、学説上も仲裁実行においても、理論上の解決は得られていない³⁶⁾。この点、AllenとSoaveは、理論上は本国の権利の派生的な

行使というものが可能であるにせよ、実際上は、WTO紛争解決手続にはWTO協定の締約国のみが関与し、投資協定仲裁では投資家があくまで自らの判断で権利の救済を求める点において、前者の理解がより現実に即していると指摘する³⁷⁾。この主張に対し、Liは、実際上も、国家が投資家に投資協定仲裁を提起するように奨励し協力している場合もあるとして、そのような場合には当該仲裁の提起は国家による行為とみなすべきという³⁸⁾。これらの議論から明らかのように、実際においても投資紛争の真の当事者を特定することは困難であると言わざるをえない。

第2に、請求事由の同一性である。この点に関しては、基本的にはWTO紛争解決手続と投資協定仲裁とは、当然にそれぞれの手続で根拠となる条約自体が異なる。また、請求される救済もWTO紛争解決手続では問題となった政府の措置の取り下げや修正など、将来に向かったものであるのに対し、投資協定仲裁では事後的な金銭賠償が主体であるとされる³⁹⁾。WTOでは実行上も、パネル及び上級委員会のいずれもが、WTO以外の手続について既判力を認めたことは無い⁴⁰⁾。同様に、投資協定仲裁にも、他の手続に基づく判断については一定の条件を満たさなければ既判力を認めないとする

33) Shany, *supra* note 4, pp. 23-25

34) de Ly, Filip & Audley Sheppard (2009), "The International Law Association (ILA) International Commercial Arbitration Committee Reports on *Lis Pendens* and *Res Judicata*," *Arbitration International*, No. 25, No. 1, pp. 1-86

35) *Ibid.*, "Final Report on *Lis Pendens*," p. 30, para. 4.51. また、既判力については以下の4つの要件をあげている。当該手続が、(i) 国際法秩序 (the international legal order) における裁判所あるいは法廷で行われたこと、(ii) 同一の救済を求めるものであること、(iii) 同一の請求事由によるものであること、(iv) 同一の紛争当事者間の物であること。 *Ibid.*, "ILA Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration," pp. 56-59.

36) Allen & Soave, *supra* note 3, p. 14; *Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award, 21 Nov. 2007, paras 163, 168-179; *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 Jan. 2008, paras 165-179; *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, 18 Sep. 2009, paras 403-430; Douglas, Zachary (2003), "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration," *British Yearbook of International Law*, vol. 74, pp. 167-184

37) Allen & Soave, *supra* note 3, p. 15

38) Li, *supra* note 21, p. 201

39) Allen & Soave, *supra* note 3, pp. 15, 19; Kurtz, *supra* note 5, p. 94

40) Allen, *supra* note 4, pp. 22-23

事例が存在する。Helnan International Hotels A/S 対エジプト事件で、エジプトは同一の事例に関する国際商事仲裁カイロ地域センターでの判断が既判力をもつと主張したが、ICSID 仲裁廷は、紛争当事者、請求された救済の性質、法的根拠の3要素が全て同一でなければならないとする「三段同一性テスト (tripe identity test)」を用いて、エジプトの主張を退けている⁴¹⁾。

第2の点に関しては、しかしながら、内国民待遇原則のようにWTO協定とIIAsの両方にまたがって存在する実体的な保護規範が問題となる場合や、投資協定仲裁でも非金銭的救済としての投資受入国政府の措置の是正等が請求される場合については、並行するWTO紛争解決手続への影響を無視することはできない⁴²⁾。

Ⅲ. 実体的規範内容の競合の可能性

内国民待遇 (national treatment) 原則とは、輸入国や投資受入国が外国産品や外国人投資家に対し自国の産品や投資家に劣後する待遇を与えてはならないという規範である。公正衡平待遇のような絶対的基準ではなく、自国民との比較という相対的基準での保護を要求する点に特徴がある⁴³⁾。Kurtzの言葉を借りれば、内国民待遇原則は最恵国待遇と同様に、「WTO協定ならびにIIAsにおいて横断的に直接共有されている実体的保護」の規範である⁴⁴⁾。このように、複数の法体系に同内容で存在する規範について、BroudeとShanyは以下のような特徴を挙げている。すなわち、(1) 同一の国際法主体を拘束し、(2) 類似のまたは同一の規範的内容で、(3) 異なる国際法制度 (international legal instruments) または立法手続によって定立されている規範である⁴⁵⁾。

国際貿易法と国際投資法にまたがる内国民待遇原則については、(3)の要件を満たすこと

は自明であり、かつ、拘束される主体は常に貿易ないし投資の「受入国」であることから(1)の要件も充足しているものと考えられる。ただし、(2)の要件、すなわち類似の規範的内容であるのか、同一の規範的内容であるのか、については、より詳細な検討を要するに思われる。なぜなら、類似規範であれば両法体系で保護の程度が異なる可能性があるのに対し、同一規範であれば保護の程度も同一でなければならないからである。そのため、同一の事実から生じた事案について、内国民待遇原則をめぐってWTO紛争解決手続と投資協定仲裁で異なる保護の基準が示された場合、これらの判断をどのように整合的に捉えるべきであるのかという問題が生じる。第2章で検討したように、DSU23条からの逸脱が認められる事例かそうでないかによって、どちらのフォーラムの判断が優先するかが決せられ、それによって統一的な保護の基準が決定するのだろうか。あるいは

41) *Helnan International Hotels A/S v. Egypt*, ICSID Case No. 05/19, Award, 3 Jul. 2008, paras. 130-131

42) Allen and Soave, *supra* note 3, p.19. 非金銭的救済に関しては本稿では扱わないが、以下の文献に詳しい。二杉健斗 (2018) 「投資条約仲裁における投資家の国家責任追及権の根拠と性質—非金銭的救済を素材として—」『国際法外交雑誌』117巻2号, pp. 77-104

43) Reinisch, August (2015), "National Treatment," in Marc Bundenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe and August Reinisch (eds.), *International Investment Law*, C.H.Beck-Hart-Nomos, p. 847

44) Kurtz, *supra* note 5, p. 79

45) Broude, Tomer & Yuval Shany (2011), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Hart Publishing, p. 5

は、それぞれのフォーラムにおいて差異のある判断の共存が認められうるのか。さらに、RTA など一つの条約で貿易と投資について規律する場合には、同一の基準で捉えられるべきであるが、そうでない場合には差異ある基準が許容されるのかといった考慮も必要であるように思われる。

そこで以下では、WTO 紛争解決手続と投資協定仲裁のそれぞれにおける実行を通じて、内国民待遇原則の規範内容を確認することで、国際貿易法と国際投資法の両法体系が同原則を通じて、どのように相互に影響を及ぼしているのかを検証したい。

Ⅲ－１．WTO 法における内国民待遇原則

WTO 協定における内国民待遇とは、輸入品に適用される待遇は、国境措置である関税を除き、同種の国内産品に対するものと差別的であってはならないという内容の原則である。GATT3 条、サービスの貿易に関する一般協定 (GATS) 17 条、TRIPS 協定 2 条 1 項および 3 条、貿易の技術的障害に関する協定 (TBT 協定) 2 条 1 項、政府調達協定 1994 年協定 3 条 2 項 a 号など⁴⁶⁾、WTO 協定では様々な分野にわたって内国民待遇原則が確認されている。その中でも、内国税その他の国内措置による国内生産保護の禁止について一般的に規定する GATT3 条は、他の協定の解釈の基礎ともなるべき規定であり⁴⁷⁾、さらに同条 4 項の第 1 文は、次のように定めることから、IIAs に典型的な内国民待遇原則の規定との類似性が高いものとされている⁴⁸⁾。

いずれかの締約国の領域の産品で他の締約

国の領域に輸入されるものは、その国内における販売、販売のための提供、購入、輸送、分配又は使用に関するすべての法令及び要件に関し、国内原産の同種の産品 (like products) に許与される待遇より不利でない待遇を許与される。

同規定について、WTO 紛争解決手続での判断は、一貫して外国産品と国内産品が「同種の」、すなわち競争的關係にある場合には、国内産品に対する保護主義的措置が許されない旨を強調している⁴⁹⁾。ここで判断が難しいのが、問題となる内国税その他の国内的措置が WTO 法のいうところの保護主義的目的で執られたものであるのか否かであり、この点について WTO の判例は様々な段階での反競争的效果や目的に関して判断が複雑に分かれており、一貫した基準が示されているわけではない⁵⁰⁾。

このような状況が生み出される原因の一部は、Kurtz によれば、3 条 1 項で示された保護主義の禁止という大枠の目的と、同条 2 項の内国税その他の内国課徴金の禁止および 4 項での各種規制の禁止という個別規定との間に、文言上の相関関係がないことにあるという⁵¹⁾。現に、EC アスベスト事件は、上級委員会が 3 条 4 項の「同種の産品 (like products)」の範囲について初めて示した判断であるが、そこでは 3 条の各条項間には相関関係がないことが明らかにされている。具体的には、アスベスト含有建材の販売禁止を定めたフランス法が外国産品に対する差別的措置であるのかを判断するために、カナダ産のアスベスト含有建材とフランス産の非アスベスト建材とが「同種の産品」であるかが争われたが、3 条 4 項にいう「同種の」とい

46) GPA の 2012 年改正議定書では第 4 条 1 項および 2 項で「無差別原則」として、より包括的な保護を与える形で再定式化している

47) Appellate Report, *United States—Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998*, WTO Doc. WT/DS176/AB/R (2 Jan. 2002), paras. 233-242

48) Kurtz, *supra* note 5, p. 80; Reinisch, *supra* note 43, p. 849

49) Appellate Report, *European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WTO Doc. WT/DS135/AB/R (12 Mar. 2001), para. 99

50) Kurtz, *supra* note 5, pp. 81-82

51) *Ibid.*, p. 82

う文言は、同条2項の「同種の産品に直接又は間接に課せられる」という文言と読み合わせて広く解することはできないと判断された⁵²⁾。GATT3条の構造の複雑性についてはかねてより批判があるにせよ⁵³⁾、このような同条の解釈にはWTO、特に上級委員会による戦略が見てとれる⁵⁴⁾。すなわち、GATT3条の内国民待遇原則は、(1)「同種の産品」について、(2)国内生産に保護を与える目的で差別的措置を外国産品に課すことを禁止し、(3)公正な競争を担保するという機会平等を確保するための規定であり、そこからの逸脱はGATT20条の一般的例外で明示される正当な社会政策上の理由があるものに厳密に限定されているのである。

III-2. 投資協定仲裁における「同種の状況下 (in like circumstances)」

内国民待遇義務に関するWTOでの豊富な判例の蓄積は、投資協定仲裁においても頻繁に参照されている。ただし、Pope & Talbot 対カナダ事件⁵⁵⁾、Methanex 対アメリカ事件⁵⁶⁾、Occidental Exploration and Production 対エクアドル事件⁵⁷⁾などの仲裁廷は、貿易法と投資法との目的の違いを理由に、WTO判例の投資条約仲裁への直接的な移入には否定的である。

投資条約仲裁における内国民待遇は、他の実体的な投資保護規範と比べるとマイナーな役割しか果たしてこなかったと言われるが、IIAsにおける内国民待遇原則は、通常は基本条項とし

て、投資保護協定か投資自由化協定かに関わりなく、ほぼ同じような規定で含まれている⁵⁸⁾。通常は外国人投資家が投資受入国の市場に参入した後 (post-entry/post-establishment) の待遇について定めるが、北米自由貿易協定 (NAFTA) 1102条その他のアメリカ合衆国やカナダのBITは以下のように規定し、外国人投資家が投資受入国の市場へ参入する際 (pre-entry/pre-establishment) にも内国民待遇が適用されると明示している。

各締約国は、他の締約国の投資家に対し、投資の確立、取得、展開、管理、実行、運営および売却その他の処分について、自国の投資家よりも不利ではない (no less favorable) 待遇を与えなければならない。

同条にも見てとれるように、IIAsにおける内国民待遇原則の規定は、GATT3条と比較すると非常に簡素な内容となっていることが通常である⁵⁹⁾。ここにいう「不利ではない待遇」とは、具体的には、差別的な措置の存否と、外国人投資家が投資受入国の投資家に対して付与された待遇と「同種の状況下 (in like situation/in like circumstances)」にあるかという形で議論される⁶⁰⁾。内国民待遇それ自体で独立した規範であるが、エネルギー憲章10条7項のように最恵国待遇と組み合わせると1つの条文に規定されることも多く、あるいは最恵国待遇か内国民待遇かいずれかよりよい待遇を享受すると定めるものもある⁶¹⁾。

52) Appellate Report, *European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, *supra* note 49, paras. 98-100

53) Hudec, Robert (1998), "GATT/WTO Constrains on National Requiem for an 'Aims and Effects' Test," *The International Lawyer*, Vol. 32, No. 3, p. 633

54) Kurtz, *supra* note 5, p. 83

55) *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, UNCITRAL (NAFTA), Award on the Merits of Phase 2, 10 Apr. 2001, paras. 43, 46-49, 70

56) *Methanex v. USA*, UNCITRAL (NAFTA), Final Award, 3 Aug. 2005, Part II, Ch. B, para. 6, and Part IV, Ch. B, para. 35

57) *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award 1 July 2004, paras. 175-176

58) Reinisch, *supra* note 43, p. 850

59) Kurtz, *supra* note 5, p. 84

60) UNCTAD, *National Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (United Nations, 1999), pp. 33-34

また、個々の IIAs では、一定の場合における内国民待遇の適用除外が認められている。公衆衛生や環境保護など公益を理由とする一般の除外の他に、航空輸送など特定の経済領域を除外するもの、他国からの開発援助からの恩恵は自国投資家のみが浴することができるものなどが、通常は適用除外として規定される。実際の投資協定仲裁においては、IIAs に明示されていない分野での内外人の区別が、内国民待遇義務違反となるのか、公益保護など適用除外に関する条項に基づいて正当化されるのか争われる。

そのような適用除外に関する明示の規定のない NAFTA については、最初期の事例である S.D. Myers 対カナダ事件が、1102 条のいう「同種の状況下」の評価を通じて、GATT20 条に相当する形での適用除外の定式化を行っている⁶²⁾。すなわち、関連するビジネス領域の特定だけではなく、潜在的な環境破壊への懸念といった公益保護を目的とする差別的規制が正当化される状況にあるかまで考慮される必要がある⁶³⁾。本裁定は、一般的例外条項の存在しない NAFTA に、「同種の状況下」の解釈から幅広い例外を認めうる点で画期的であり、以後の仲裁裁定でも頻繁に引用されている。Pope & Talbot 対カナダ事件では、現に、投資受入国政府による外国人投資家に対する一定の制限的措置について、それが表面上または事実上において外国企業と自国企業を区別しないこと、及び NAFTA の諸目的を侵害しないことを条件に、合理的な政策と関連して実施される規制措置は内国民待遇義務違反にあたらない場合があると判示されている⁶⁴⁾。両事件の仲裁廷は、

投資協定仲裁における内国民待遇の評価にあたり、(1) 外国人投資家と投資受入国の投資家とが「同種の状況下」にあるのか、(2) 外国人投資家に対する差別的待遇であるのか、(3) 待遇の差異を正当化するだけの目的が存在するのか、という3要件による評価を確立したとされる⁶⁵⁾。

これら3要件は、上述した GATT3 条の違反を認定するための要件と類似しており、特に(3)の目的に関して、GATT3 条のように公正な競争を担保するという機会平等の確保が IIAs における内国民待遇原則でも目的とされるのであれば、実質的な規範内容においては、類似を超えて、同一であると評価すべきである。そこで以下では、これら3要件を順に検証することで、WTO 法と IIAs における内国民待遇原則の規範的内容の競合可能性についてみていきたい。

Ⅲ-2-1. 「同種の状況下」の判断

S.D. Myers 対カナダ事件及び Pope & Talbot 対カナダ事件によって「同種の状況」認定の重要性が確認されたことで、後の判断では当該状況の有無が内国民待遇義務違反の認定に決定的な要素とみなされるようになった。GAMI Investments 対メキシコ事件では、申立人所有の製糖工場が収用されながら、同種の受入国国民所有の製糖工場は収用されず内国民待遇義務違反であると申立てられたが、仲裁廷は申立人の工場と収用を免れた工場は同種の状況にはなく、当該収用措置は倒産に伴うもので差別的ではないとして、申立人の請求を棄却した⁶⁶⁾。United Parcel Service of America 対カナダ事件では、申立人は、カナダの郵政事業は非独占であるにもかかわらず、政府は Canada Post に優越的待遇を

61)E.g. Art. II(2)(a) of the Treaty between the United States of America and the Arab Republic of Egypt Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment of 11 March 1986; Art. II(2) of the Agreement between the Islamic Republic of Pakistan and the republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments of 16 March 1995; Art. 3(3) of the Austrian Model BIT (2008)

62)Reinisch, *supra* note 43, p. 853

63)S.D. Myers v. Canada, UNCITRAL (NAFTA), Partial Award, 13 Nov. 2000, paras. 247, 250-251

64)Pope & Talbot Inc. v. Canada, *supra* note 55, paras. 78-79

65)この3段階評価は、Methanex v. USA 事件の申立人の主張に要約されている。Methanex v. USA, *supra* note 56, Part IV, Ch. B, para.13

与えていると主張したが、仲裁廷は申立人と Canada Postが提供するサービスの違いを理由に、両者の待遇の相違を許容した⁶⁷⁾。

このように仲裁廷は、外国人投資家と受入国投資家が同じビジネス領域で事業を展開することが可能な場合には、両者は「同種の状況」にあり内国民待遇義務違反はないと判断する傾向にある。この点につき、Archer Daniels Midland 他对メキシコ事件は、同じ経済・ビジネス分野での待遇の比較が重要であると指摘した⁶⁸⁾。ただし、綿花の売買市場の違いにおける業者への補助金の有無について争われた Champion Trading 他对エジプト事件で述べられたように、同じ経済・ビジネス分野で操業可能であったとしても、外国人投資家と投資受入国投資家が「同種の状況」にあったかという点が肝要である⁶⁹⁾。

S.D. Myears 对カナダ事件その他多くの事例では、同業種で外国人投資家と受入国投資家との間に競争関係が存在するかが重要であるとの理解に立つが、若干の事例ではこれとは別の理解に基づく判断がなされている。Occidental Exploration and Production 对エクアドル事件は、他業種では認められる VAT 還付が申立人の石油輸出について認められなかった事例であり、エクアドルは石油輸出については自国国营企業にも VAT 還付は認められていないと抗弁したが、仲裁廷は「同種の状況」の比較対象を、輸出を行う他の全ての業種に拡大し、申立人に対する差別待遇を認定した⁷⁰⁾。他方、Methanex

对アメリカ事件では、比較対象を S.D. Myears 对カナダ事件の基準よりも更に限定している。同事件では、カリフォルニア州がガソリンへの MTBE 添加を禁止する一方で、エタノール添加を依然認容していることが、MTBE に含有されるメタノール製造業者である申立人への差別とエタノールの自国産業保護に繋がると主張されたが、仲裁廷は申立人の比較対象となるのは、あくまで同じ (identical) MTBE 及びメタノール製造業者であり、エタノール製造業者ではないと判断した⁷¹⁾。

また、NAFTA1102 条のように「同種の状況」という文言が IIAs に含まれているか否かに拘わらず、仲裁廷はこの概念を用いて外国人投資家と受入国投資家との比較を行う傾向にある。例えば、Consortium RFCC 对モロッコでは、イタリア・モロッコ王国 BIT3 条 1 項及び 2 項の内国民待遇条項には当該文言が含まれていないにも拘わらず、内外の投資家が「同じ状況 (same situation)」であったかが検討された⁷²⁾。

Ⅲ－２－２．外国人投資家に対する差別的待遇の有無

投資受入国が外国人投資家に対し、受入国投資家よりも不利ではない、少なくとも同じ待遇を享受させられない場合には、差別的措置があったことになる⁷³⁾。この点、Methanex 对アメリカ事件は、上述のカリフォルニア州の措置は MTBE 製造業者に画一的に向けられたもの

66) *Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, UNCITRAL (NAFTA), Final Award, 15 Nov. 2004, para. 114

67) *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merits, 24 May 2007, para. 99

68) *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award, 21 Nov. 2007, para. 198

69) *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9 (formerly Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt), Award, 27 Oct. 2006, paras. 154-155

70) *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, *supra* note 57, paras. 174, 177

71) *Methanex v. USA*, *supra* note 56, Part IV, Ch. B, para. 17

72) *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, CIRDI Aff. No. ARB/00/6, Sentence arbitrale, 22 déc. 2003, para. 53

73) *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, Final Award, 3 Sep. 2001, para. 220

であり、外国人投資家と受入国投資家の待遇に差異を生じさせるものではなく、Methanex 社が法的事実的な影響を受けるとしても、当該措置は NAFTA 及び国際法上の内国民待遇義務違反を生じさせるものではないとしている⁷⁴⁾。差別的措置の不存在を理由として請求が棄却された同旨の事例としては、ADF Group 対アメリカ事件、AES Summit Generation 他対ハンガリー事件などがある。

仲裁廷は、内国民待遇義務違反の判断に際し、問題となる措置に差別的意図が含まれているのかではなく、実際に差別的効果を生じさせるのかという観点から違反を認定する傾向にある⁷⁵⁾。これは、Feldman 対メキシコ事件⁷⁶⁾、Bayindir 対パキスタン事件⁷⁷⁾などが指摘するとおり、差別的意図の証明は実務的観点から非常に困難であるからである。他方で、LG & E Energy. 対アルゼンチン事件⁷⁸⁾、Alex Genin, Eastern Credit 他対エストニア事件⁷⁹⁾、Methanex 対アメリカ事件など⁸⁰⁾、差別的意図の存在を必要とする仲裁裁定も存在しているが、S.D. Myers 対カナダ事件

が指摘するように、差別的意図の存在のみでは内国民待遇義務違反とはならず、あくまで実際に措置による差別的効果が生じる必要がある⁸¹⁾。

また、国籍を理由とする差別一般が禁止されるのであり、それが法的 (*de jure*) なものか事実的 (*de facto*) なものか、直接的であるか間接的であるかを問わない。NAFTA 事例では Archer Daniels Midland 他対メキシコ事件⁸²⁾、Pope & Talbot 対カナダ事件⁸³⁾、非 NAFTA 事例では International Thunderbird Gaming. 対メキシコ事件⁸⁴⁾などで、この点は確認されている。Feldman 対メキシコ事件では、源泉徴収税の還付金の有無が申立人とメキシコ事業者で異なることが事実上の差別にあたると認定された⁸⁵⁾。他方、International Thunderbird Gaming. 対メキシコ事件では、当局のギャンブル規制措置により申立人の機械が違法とされる一方、メキシコ事業者の同種の機械は規制されなかったことについて、事実上の差別には当たらないとしている⁸⁶⁾。

74) *Methanex v. USA*, *supra* note 56, Part IV, Ch. B, para. 21

75) *F Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 Dec. 2002, para. 181; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 Sep. 2007, para. 368; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 Feb. 2007, para. 321; *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 Jan. 2008, para. 138; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*, Award on Jurisdiction and Liability, 17 Mar. 2015, para. 791

76) *F Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, *ibid.*, para. 183

77) *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 Aug. 2009, para. 390

78) *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 Oct. 2006, para. 146

79) *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 Jun. 2001, para. 368

80) *Methanex v. USA*, *supra* note 56, Part IV, Ch. B, p. 6, para. 12

81) *S.D. Myers v. Canada*, *supra* note 63, para. 254

82) *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico*, *supra* note 68, para. 193.

83) *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, *supra* note 55, para. 43

84) *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Arbitral Award, 26 Jan. 2006, para. 426

85) *F Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, *supra* note 75, para. 181

86) *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, *supra* note 84, paras. 171, 182

Ⅲ－２－３．内国民待遇原則の目的

これまでの仲裁裁定によれば、上述の2要件で差別的措置であるとされても、当該措置に差別を正当化するだけの事由が存在する場合には、内国民待遇義務違反とはならない。SD. Myers 対カナダ事件では、「同種の状況」の評価にあたり、「NAFTAの法的文脈から生じる一般原則」を考慮すれば、環境などの公益保全を目的とした規制措置が正当化されると示された⁸⁷⁾。同様の理解は、Pope & Talbot 対カナダ事件⁸⁸⁾、非NAFTA事例として Parkerings-Compagniet AS 対リトアニア事件⁸⁹⁾などにも見られる。GATTとは異なり、IIAsは通常、内国民待遇条項の適用除外については明示していないため、正当な目的を違法性阻却事由とする本要件は、仲裁裁定の累積で形成された要件として特筆すべきである。

内国民待遇原則が適用除外となる正当な事由の範囲については、仲裁廷はGATT20条を参照しているため⁹⁰⁾、この範囲を超えるものではないように思われる。ただし、問題であるのは、そもそもこのように差別が禁じられる理由、すなわち、IIAsにおける内国民待遇原則の目的がどこにあるのかという点である。

この問題について検討する際に足掛かりとなるのが、SD. Myers 対カナダ事件で差別的措

置の認定について、「保護主義的意図それ自体は必ずしも決定的ではない」にせよ、ある種の保護主義意図は必要であるとされたことである⁹¹⁾。同裁定が、GATT20条を参照したこと自体が、IIAsにおける内国民待遇原則をWTO法における保護主義の文脈に位置付けたと評価することもできる⁹²⁾。同様に、Pope & Talbot 対カナダ事件でも、仲裁廷は「同種の状況」の判断にあたっては、競争が必要条件であり、内国民待遇違反の認定にあたって保護主義的目的の証明を要求している⁹³⁾。このことから、投資法における内国民待遇原則も、WTO法のそれと同じく、受入国側の保護主義に対峙し、公正な競争を担保するという機会平等を確保するための規定であると理解することが可能であるように思われる。

以上により、WTO法とIIAsに含まれる内国民待遇原則については、BroudeとShanyが示した3要件、すなわち（1）同一の国際法主体を拘束し、（2）類似のまたは同一の規範的内容で、（3）異なる国際法制度によって定立されている規範を満たしている考えられる。ゆえに、紛争解決手続が並行する場合には、WTO紛争解決手続と投資協定仲裁との間で相互に影響を及ぼしあうべきものと結論される。

Ⅳ．むすび

本稿は、手続と実体の両側面から国際貿易法と国際投資法の2つの法体系がどのように競合

し、共存し、あるいは接合するのかについて、同一の事実がWTO紛争解決手続と投資協定

87) *S.D. Myers v. Canada*, *supra* note 63, para. 250

88) *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, *supra* note 55, para. 78

89) *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, *supra* note 75, para. 368

90) *S.D. Myers v. Canada*, *supra* note 63, para. 246

91) *Ibid.*, paras. 252-254

92) Kurtz, *supra* note 5, p. 124

93) *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, *supra* note 55, paras. 78-79

仲裁の両方に係争しうるような事案を念頭に考察を進めてきた。ここで得られた結論を端的にまとめると、以下ようになる。

まず、手続面においては、投資協定仲裁の側に管轄権を制限する根拠がないことから、投資家が仲裁廷に WTO 協定の解釈適用を求める事例が発生しているが、これを WTO 法の側から見た場合、DSU23 条の定める WTO 協定についての WTO 紛争解決手続の排他的権限との関係で問題が発生しないのかについて検討した。DSU23 条の名宛人が WTO 加盟国であること、そして投資協定仲裁の後に WTO での紛争解決手続の開始が可能であることから、ISDS 条項に基づき投資家が WTO 協定の解釈適用を投資協定仲裁にて求めることそれ自体には、違法性はない。このことは法の一般原則に照らして、紛争当事者および請求事由の同一性の要件から、問題ないと考えられる。しかしながら、そのような仲裁の管轄権の根拠となる WTO 加盟国間で締結された個別の IIAs について、DSU23 条から逸脱するという条約修正の意思が確認されなければ、そもそも当該仲裁の仲裁廷は、WTO 協定の解釈に関する管轄権を有しない。TRIPS 協定のように「より広範な保護」を認める WTO 協定に関しては、IIAs の締結がそのような保護にあたるのみならず、IIAs において DSU23 条からの逸脱を明示していなくても、当該 IIAs に基づく仲裁で当該協定の解釈を行うことが可能であるが、そうでない場合には困難である。いずれにせよ、条約法条約 41 条 2 項が要求するように WTO の他の締約国に対する条約修正の通告が行われていない限り、IIAs の締約国間のみで DSU の効力を修正することはできない。ただし、管轄権の有無によって、同一の実体的規則について両法体系での相互作用の有無までを判断することはできない。

つぎに、実体面において、両法体系に存在する法規範の中でも、最も基本的なものの一つである内国民待遇原則に着目しつつ考察を進めた。WTO 法においては、各種の協定の中に横断的

に内国民待遇原則に関する規定があるが、その中でも最も基本的かつ一般的な内容のものが GATT3 条である。同条は、(1)「同種の產品」について、(2) 国内生産に保護を与える目的で差別的措置を外国產品に課すことを禁止し、

(3) 公正な競争を担保するという機会平等の確保を目的とした規定であり、そこからの逸脱は GATT20 条の一般的例外で明示される正当な社会政策上の理由があるものに厳密に限定されている。これに対し、IIAs における内国民待遇原則の規定は、非常に簡素な内容であることから、実際の仲裁では WTO 判断への言及がしばしば行われる。そして、S.D. Myers v カナダ事件及び Pope & Talbot 対カナダ事件で確立された、(1) 外国人投資家と投資受入国の投資家とが「同種の状況下」にあるのか、(2) 外国人投資家に対する差別的待遇であるのか、

(3) 待遇の差異を正当化するだけの目的が存在するのか、という GATT3 条と類似の要件で、違反の有無が判断されている。とりわけ、

(3) について、NAFTA など IIAs 上に適用除外に関する規定がない場合に GATT20 条が参照されることから、IIAs における内国民待遇原則も、公正な競争を担保するという機会平等の確保を目的とする条項であることが類推される。ゆえに、WTO 法と IIAs における内国民待遇原則は、実体的な内容として同一のものであるとみなすことができる。

以上のことから、国際貿易法と国際投資法の間では、紛争解決手続の管轄権に関する問題に影響されることなく、内国民待遇原則に関しては、実体的な保護規範として相互に影響を及ぼしあうことが可能であり、今後、具体的事例に基づく規範内容の明確化などについては、相互的な発展が見込まれると結論することができる。

参 考 文 献

- 阿部克則 (2007) 「二国間投資条約／経済連携協定における投資仲裁と国内救済手続との関係」『RIETI ディスカッション・ペーパー』, pp. 1-54
- 岩月直樹 (2008) 「国際投資仲裁における管轄権に対する抗弁とその処理」『RIETI ディスカッション・ペーパー』, pp. 1-47
- 小林友彦・飯野文・小寺智史・福永有夏 (2016) 『WTO・FTA 法入門』法律文化社
- 坂田雅夫 (2006) 「投資保護条約の傘条項が対象とする国家契約の違反行為：最近の判例・学説に見られる「主権的行為論」の根拠の検討を中心として」『同志社法學』58巻2号, pp. 931-960
- 二杉健斗 (2018) 「投資条約仲裁における投資家の国家責任追及権の根拠と性質——非金銭的救済を素材として——」『国際法外交雑誌』117巻2号, pp. 77-104
- 福永有夏 (2013) 『国際経済協定の遵守確保と紛争処理』有斐閣
- 山下朋子 (2010) 「外交的保護の法的擬制」『神戸法学雑誌』60巻1号, pp. 313-376
- 山下朋子 (2016) 「国内的救済原則の例外—国連国際法委員会外交的保護条文の検討を中心に—」『国際公共政策研究』21巻1号, pp. 1-23
- 山下朋子 (2018) 「投資条約仲裁における国内的救済完了原則の適用例外—無益性の抗弁—」『国際法外交雑誌』117巻1号, pp. 158-180
- Allen, Brooks E. & Tommaso Soave (2014), "Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration," *Arbitration International*, vol. 30, no. 1, pp. 1-58
- Broude, Tomer & Yuval Shany (2011), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Hart Publishing
- Douglas, Zachary (2003), "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration," *British Yearbook of International Law*, vol. 74, pp. 151-289
- Hudec, Robert (1998), "GATT/WTO Constrains on National Regulation: Requiem for an 'Aims and Effects' Test," *The International Lawyer*, Vol. 32, No. 3, pp. 619-649
- Jha, Vyoma (2012), "Trends in Investor Claims Over Feed-in-Tariffs for Renewable Energy," *Investment Treaty News*, 19 July 2012, available at <https://www.iisd.org/itn/2012/07/19/trends-in-investor-claims-over-feed-in-tariffs-for-renewable-energy/> (accessed 15 April 2019)
- Klopschinski, Simon (2016), "The WTOs DSU Article 23 as Guiding Principle for the Systemic Interpretation of International Investment Agreements in the Light of TRIPs," *Journal of International Economic Law*, Vol. 19, No. 1, pp. 211-239
- Kurtz, Jürgen (2016), *The WTO and International Investment Law—Converging Systems*, Cambridge University Press
- Li, Siquing (2018), "Convergence of WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration: A Closer Look at Umbrella Clauses," *Chicago Journal of International Law*, vol. 19, No. 1, pp. 189-232
- de Ly, Filip & Audley Sheppard (2009), "The International Law Association (ILA) International Commercial Arbitration Committee Reports on Lis Pendens and Res Judicata," *Arbitration International*, No. 25, No. 1, pp. 1-86
- Reinisch, August (2015), "National Treatment," Marc Bundenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe and August Reinisch (eds.), *International Investment Law*, C.H. Beck-Hart-Nomos, pp. 846-869
- Salles, Luiz E. (2015) "A Deal is a Deal: Party

- Autonomy, the Multiplication of PTAs, and WTO Dispute Settlement,” *Questions of International Law*, Zoom-in 23, pp. 15-29
- Shany, Yuval (2003), *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press
- UNCTAD (1999), *National Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, United Nations
- Sorel, Jean-Marc (2006), « Article 31 », dans Olivier Corten et Pierre Klein, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: Commentaire article par article*, Bruylant, pp. 1289-1338
- Verhoosel, Gaetan (2003), “The Use of Investor-State Arbitration under Bilateral Investment Treaties to Seek Relief for Breaches of WTO Law,” *Journal of International Economic Law*, vol. 6, pp. 493-506