

(要約)

「投資条約仲裁における投資家の国際法主体性の理論と実践」

二杉健斗

本論文は、投資条約に基づく投資家対国家間の仲裁（投資条約仲裁）において、投資家が条約に基づき直接に権利を有する国際法主体であるか、そうであれば、それは国際法上いかなる帰結を伴うのかを中心的な問いとし、この問題をめぐる実定法の現状を明らかにすると同時に、それらを統合的に理解し説明するための理論的視座を提供することを目的とする。論文全体を通じて、投資条約、それに基づく仲裁、ICSID 取消判断あるいは国内判決等の分析から、投資家が国際法上有する地位が特定され、それらを統合的に理解するための理論的認識枠組みが提示される。

序章

伝統的国際法においては、外国投資家に対する投資受入国の実体的義務は外国人の待遇に関する慣習国際法、およびある場合には友好通商航海条約等が定め、その適用をめぐる紛争は外交的保護を通じた国家間手続きによって処理されてきた。そこで援用されるのは国家の権利であって、投資家は国際法の客体として扱われた。契約に基づき直接に投資受入国を相手取って仲裁を行い、国の国際法違反を争った例もあるが、それにより投資家が、「国際化」した契約のもと国際法上の権利を持つと認める仲裁廷はごくわずかである。

それに対し今日の国際投資法は、実体義務を個別国家間の投資条約が定め、外国投資家は条約中の仲裁条項を援用して、受入国の国家責任を直接に追及することができる。これにより、投資家は条約上直接に権利を持つ国際法主体となったのであろうか。また仮にそうであれば、そのことは国際法上いかなる帰結をもたらすのだろうか。この問いは、投資家と国家という非対称的当事者の間での紛争処理において、伝統的に国家を基本単位として構築されてきた国際法が（いかに）適用されるのか、また仲裁実行の蓄積を受けて各国が進めている投資条約政策の見直しが、投資家の法的地位にいかなる影響を与えるのかという、今日の実践的問題を理解し、適切な解答を与える上で重要である。

本論文では、「国際法主体性」の語を、「国際法上の権利または義務が、ある実体に直接に帰属していること」を意味するものとして用いる。この形式主義的定義は、比較的広くとられている定義であるばかりでなく、投資家の国際法主体性それ自体の内容、性質および限界を知ろうとする本論文においては、結論先取りの誤謬を犯さないためにも必要となる。この定義を前提として、本論文では、投資条約や投資条約仲裁判断等の実証的分析によって、投資家の国際法主体性の有無およびその意味を明らかにし、その実定法現象を包括的に説明し得る理論的枠組みを提示することを目指す。本論文は 2 部構成をとり、第 1 部で投資家の国際法主体性の理論を総論的に、第 2 部でその実践を各論的に論じる。

第 1 部 投資家の国際法主体性の理論

第 1 章 投資家の国際法主体性の存在論

そもそも投資家は国際法主体であるか。第 1 章では、投資家の法主体性の存否に関わる素朴な「存在論」的問いが、学説および実践においてどのように論じられてきたのかを整理し、本論文全体で取り組むべき問題の所在を明らかにしている。

I では、存在論の理論的構造が明らかにされる。先駆的論者である Zachary Douglas の示した 3 分類（派生説、直接説および「直接説のもう 1 つのあり得るアプローチ」）は、後の議論の基礎をなしたが、理論的には必ずしも明快とは言えない (A)。そこで本論文は、投資家の投資条約上の権利の有無を手続

規定と実体規定それぞれについて別個に検討する。

仲裁申立ての手続的権利については、これを本国の外交的保護権の代位行使とする理解もあるが、投資家に直接帰属する権利と見る立場が学説・実行上の多数説である。ただし、仲裁申立権の直接の根拠は、投資条約それ自体ではなく、投資家による仲裁付託を通じて成立する紛争当事者間の仲裁合意に求められる。従って、投資家の仲裁申立権の性質は、投資条約を介して結ばれる仲裁合意の性質に依存し、その準拠法の決定が問題となることを指摘する (B)。

実体的権利について学説は混乱している。Douglas は、投資仲裁と外交的保護それぞれの手続きの相違を挙げ、実体的権利の投資家への帰属 (実体的直接説) を背理法的に論証しようとする。しかし、そうした相違は必ずしも両者の質的相違を示すものとは言えず、投資家の実体的法主体性に対する懐疑論 (実体的代位説) への十分な反論となっていないことが示される。もっとも、こうした解釈論上の問題にも拘らず、仲裁実行においては投資家の実体的法主体性はほぼ自明視されている。これは、理論的には批判の対象となる一方で、外交的保護という法的擬制の上に代位というさらなる擬制を重ねる実体的代位説は、投資家による直接的申立てという実態に適合していないという現実主義的理解が広く共有されていることを示すものでもある (C)。

II では、こうした「存在論」の持つ実践的意義とその限界が明らかにされる。仲裁当事者は、国家間で妥当する (と主張する) 国際法規則の適用または適用排除という帰結を引き出すために、投資家の国際法主体性の有無に関して戦略的に立場を変えるという機会主義的態度をとることがある。仲裁判断にも、投資家の法主体性を肯定して外交的保護の諸規則の適用を否定するものは少なくない。この意味で、存在論には国家間国際法の適用とその排除を二元論的に振り分ける機能が期待されている (A)。しかし同時に、投資仲裁が国家間の権利義務を扱う手続でないことは、国家間で妥当する法規則が一切関連しないことを必ずしも意味しない。外交的保護における国内救済原則の無益性例外や国家責任法上の賠償規則を「参照」する実行は、存在論の二元論的構造が実際には相対化され得ることを示している (B)。

存在論の限界はここにある。投資家の具体的地位の解明は、法主体性の有無の抽象的な同定ではなく、具体的法規の解釈によって明らかとするほかない。そして理論的には、投資家が国際法主体性を有するとして、それがいかなる性質のものであるのかを説明する枠組み (「ポスト存在論」) が求められる (C)。

第2章 投資家の国際法主体性のポスト存在論

投資家の国際法主体性はいかなる性質、内容および限界を持つか。第2章ではこの問いに理論的観点から検討を加える。

I では、先行研究における性質論の展開を辿り、それらの限界を明らかにする。ハイブリッドとしばしば称される投資条約仲裁は、国際公法、国際私法、国内公法といった異なる性質の法分野の特徴を併せ持ち、その性質の一義的確定は容易ではない。その結果、とりわけ初期には投資仲裁を国際商事仲裁の亜種と捉える立場が存在し、これに対して国際公法学の側から投資条約仲裁が条約に基礎を置く制度であることが強調される必要が生じた。また、後者においても、そうした条約の性質は別途問題となり、投資家の条約上の権利は、(1) 第3者たる投資家に権利を与える国家間の (a) 条約または (b) 契約、あるいは (2) 投資家に (a) 人権または (b) 他の公的権利を付与するグローバル公法に基礎づけられるという多様な見解が主張されるに至っている。本節ではそれらの理論内在的問題点を指摘している。

II では、それらに代わる次のような認識枠組みが提示される。第1に、投資家の国際法主体性は個別の投資条約に由来し、派生的かつ相対的である。そのため、その地位は当事国の条約法上の権限に従属する。しかし同時に、投資条約は両当事国の共通利益 (両国の経済的関係の強化や経済的繁栄など) の実現を目的として、同一内容の義務を両者に課す公法的性格の合意である。投資家の権利は、それ自身あるいはその本国の主観的利益のためではなく、条約上の客観的目的を実現するための手段として保護されている。第2に、投資仲裁手続における投資家の地位は、投資条約だけでなく、当該仲裁手続の準拠法 (ICSID 条約または仲裁地国内法 (*lex loci arbitri*)) によっても規律される。投資条約は仲裁当事

者の合意を通じて仲裁手続に取り込まれるが、それには仲裁手続法上の強行規則の規律が及ぶ。投資家の国際法主体性がこうしたハイブリッド性を有していると理解することで、第2部で明らかになるその実定法上の地位が良く説明できる。

第2部 投資家の国際法主体性の実践

投資家の国際法主体性が実践的に特に問題となるのは、その地位と他の国際法主体の権利義務とが抵触を見せる場合である。第2部では、そうした場合として、投資家本国による外交的保護・請求権放棄(第3章)、条約当事国団による条約の解釈(第4章)、および当事国団の合意による条約の改廃、または投資受入国による条約の一方的廃棄(第5章)について検討を加える。

第3章 投資家の「国籍」と本国との関係

投資条約は当事国相互の間で投資を促進することを目的としており、各当事国は「他の締約国の投資家」に対して義務を負っている。条約上の保護を受けるためには、投資家は、投資受入国以外の当事国との間に何らかの人的連関を有する必要がある。投資家と本国との間の関係を理解するため、本章ではこの人的連関(「国籍」要件)の性質を明らかにする。

Iでは、投資条約仲裁における「国籍」要件の具体的内容を整理し、その機能を特定する。伝統的には、国際法上、国籍とは私人が特定の国家に所属するための資格と理解されるが、他方、個別の条約において、それとは異なる特別の機能を持った「国籍」が設定されるとの理解(機能的国籍論)もある。本節では、投資家の「国籍」要件は後者の立場からよく説明されることを示す。

まず、「国籍」要件の機能を特定する。投資条約においては、その人的適用範囲を確定するための要件として「締約国の投資家」が定義され、これが「国籍」要件と呼ばれる。またICSID条約25条は国籍に明示的に言及するが、損害発生時の国籍保持および請求提起までの国籍の継続は求めている。このことは、ICSIDにおける国籍は、私人損害の国家損害への転化を基礎づけるという外交的保護における国籍とは異なり、専らICSIDの管轄を定める機能を持つに過ぎないことを反映している(A)。

次に、投資条約上の「国籍」要件の内容を検討する。自然人投資家については、真正連関の原則や重国籍者の排除等の外交的保護の国籍要件は適用されず、また狭義の国籍以外の連結点(市民権や永住権)も用いられる。また法人投資家については、設立準拠法基準、本拠地基準、実質的事業活動基準および支配基準の4つが多種多様に組み合わせられて用いられる。このように、「締約国の投資家」の範囲は*a priori*に定まっているわけではなく、個別の条約ごとに、その目的の実現という観点から*a posteriori*に画定される(B)。「国籍」要件は本国への属人的な所属関係としてではなく、条約の客観的目的に応じた機能的関係と理解され、このことは、それを適用する仲裁廷が、投資家によって本国と主張される国の見解に拘束されないことから示される(C)。

IIでは、この理解を前提に、本国による投資家の権利の処分可能性を検討している。伝統的に国家は自国民が他国に対して有する権利を処分する権限を属人的管轄権の一部として有しており、投資条約仲裁におけるその位置づけが問題となる。本節では、まずICSID条約27条による外交的保護の規制について、その時間的および人的射程を明らかにし、同条約が外交的保護に対するICSID仲裁の優位を認めていること、および、他方で残余的に行使され得る外交的保護の帰結については規律を及ぼしていないことを示す(A)。次に、ICSID条約の規律の及ばない部分について投資条約が課す制約を、投資家による権利放棄に関する仲裁実行を素材として分析した。投資条約上の「公益」あるいは「公的目的」を理由に投資家による権利放棄を制限する仲裁実行は、Iで得た理解を反映しており、本国が他の当事国との間の合意なく一方的に投資家の権利に干渉することもまた制限されると論じる(B)。

IIIでは、投資家本国による先行違法行為を理由に、投資受入国が投資家に対する条約違反を対抗措置として正当化できるかという問題を検討する。仲裁実行は投資家の実体的国際法主体性を認める限りに

においてこうした抗弁が封じられるとする点で一致する (A)。これに対しては、投資家と本国との間に存在する国籍＝「共同体的連関」に基づき、投資家は本国の違法行為に対して連帯して責任を負うとの批判がある。しかし、本章で得た理解によれば投資家の「国籍」をこのように理解することはできず、上記の仲裁実行は投資家の機能的地位という観点から再評価することができると論じた (B)。

第4章 投資条約の解釈統制と投資家の地位

第4章では、条約当事国は合同の解釈統制行為により投資家の地位にどの程度影響を与えられるかという問題を検討する。

まず I で、投資条約仲裁において解釈統制が行われる背景およびその問題点（事実上の改正および紛争処理過程への干渉の恐れ）を指摘し、II で解釈統制の手法とその法的根拠および効果を整理する。ここでは、①投資条約に基づく拘束的解釈決定 (A)、②一般国際法上の「後の合意」(条約法条約 31 条 3 項 a) (B) および③投資条約に基づく国家間仲裁廷による抽象的解釈 (C) という 3 つの手法が特定される。②の法的効果については、拘束説と非拘束説との対立が見られるが、本節は、伝統的に拘束力を持つとされてきた有権的解釈は理論的には改正権限の発露であって、「考慮」されるにとどまる後の合意と区別されると論じた。③について、国家間仲裁手続への抽象的解釈紛争の付託可能性が問題とされてきたが、エクアドル対米国仲裁判断 (2012 年) がそれを肯定したことを指摘し、仲裁判断は間接的な「後の合意」を構成すると論じた。

投資家の地位との関係では、これら解釈統制の法的効果に対していかなる制約が課され得るのかが問題となる。III では、解釈統制の内在的制約として、解釈統制により「解釈」の枠を超えた改正をなし得るかを検討している。解釈統制の根拠規範は、「解釈」に対してのみ効果を付与すると解されるが（解釈性要件）、国家は解釈権限に加え改正権限をも有するため、ある行為が前者の行使として解釈性要件に服するかを特定する必要がある、当事国の効果意思がその基準となると論じる。他方、条約により設置された政府間委員会には改正権限はないが、委員個人が国家代表としてその権限を持つ場合もある。(A)。解釈性要件は、仲裁廷がその審査権限を持たなければ実践的には無意味である。審査権限の有無をめぐっては仲裁実行上、解釈統制の合法性を重視してこれを肯定する立場と、その実効性の見地から否定する立場とが対立している。本論文では、審査権限を肯定した上で、妥当な審査基準を模索することで両要請を調和的に充足できると論じた (B)。

IV では、解釈統制の外在的制約として、解釈統制の行使態様を理由として課される制約を検討する。まず主観的制約として権限濫用原則の適用があり得るが、国による解釈権の濫用を投資家が証明する実際上の困難は大きい (A)。客観的制約としては、解釈統制が既存の紛争処理過程に与える影響のために課される時間的な制約の有無が問題となる (B)。この点について、投資条約上の明文規定 (1) およびそれを欠く場合の黙示的制約の有無 (2) を分析している。後者については、適正手続きの考慮に依拠する肯定説と、国家の解釈権および投資家によるその受諾に依拠する否定説とが対立しているが、肯定説は、適正手続きといった一般原則が、条約上明記された国家の解釈権に対する制約となる根拠を説明しておらず、否定説に一定の説得力がある (a)。これに対して本論文は、適正手続きや仲裁当事者間の平等は、一般国際法上の原則としてのみならず、仲裁手続準拠法 (ICSID 条約または仲裁地国内法) 上の強行的原則としても理解されるべきと論じ、肯定説の法的根拠を明らかにする (b)。その上で制約の具体的内容を論じ、Sanum 対ラオス第 2 審取消判決等を例に、当事者平等原則が仲裁廷の手続法上の権限に作用し、紛争発生後の解釈統制行為を事実認定レベルで排除し得ることを示している (c)。また本節では、条約による仲裁地の事前指定等、かかる外在的制約の回避の可能性も検討している (d)。

第5章 条約の改廃と投資家の地位

第5章では、条約の改廃が行われる場合に、当該条約のもとで権利を有する投資家の地位にいかなる

影響が及ぶかを検討している。I では、投資条約政策の見直しの一貫として条約の改廃がなされる背景を説明している。

II では、投資条約の改廃実行が分析される。まず条約の終了手続きについて、一定期間の条約の存続を保障する規定（最低存続期間の定め）が一方的終了の権限に制約を加えている一方、条約法条約 54 条 1 項 b により、全当事国の合意による終了は常に可能であることを、実際の実行を例に指摘する (A)。次に、終了の効果を検討する (B)。一般国際法上は、条約法条約 70 条が、終了より前に条約の実施から生じた権利義務を保護している。これが投資家の権利にも適用されるかについては争いがあるが、本節では、これが時際法ないしは既得権の原則を反映したものに過ぎず、私人の権利についても一般的に適用されると論じる。しかし、それにより投資家の条約上の権利が保護されるためには、具体的紛争の発生等を通じた権利の具体化が必要である (1)。

これに対し投資条約は、より広く、終了より前になされた投資について条約の適用を継続する旨の規定（残存条項）を有する。ただしその内在的限界として、合意による終了および終了以外の行為（改正または運用停止）の場合にもそれが適用されるかは当該規定の文言に依存する (2)。またいずれにせよ、これら規則は任意規則であり、国家間の新たな合意により覆される。本節ではその実例として、条約中の残存条項それ自体を終了させ、またはその期間を短縮する国家実行を紹介し、それにより投資家の仲裁申立権が影響を受けることを示している (3)。

次に、こうした場合でさえも投資家の権利が存続するとの議論を検討する (C)。学説上、条約上の第 3 国の権利および人権の撤回不可能性との類推が主張されることがあるが、そうした類推には構造的に問題がある (1)。他方、既存の仲裁合意の効力は ICSID 条約または仲裁地法により保護される場合がある。また条約上の仲裁申込みは、投資家との関係では国際法上の一方的宣言として理解され、信義則上、その恣意的撤回は禁じられることも指摘している (2)。さらに、投資家は「国籍」または投資構造を戦略的に構築することで、「投資条約ネットワーク」のもとで複数の条約の保護を同時に受け、条約の改廃の影響を事実上免れる可能性があり、実例を挙げて検討している (3)。

III では、ICSID 条約の一方的廃棄が投資条約上の投資家の手続的権利に与える影響を検討する。ここでは、ボリビア、エクアドルおよびベネズエラによる ICSID 条約廃棄の背景を説明した上で、まず ICSID 条約廃棄の法的枠組みと学説上の解釈論的対立の構造を整理する (A)。次いで、廃棄通告後にベネズエラに対して申し立てられた ICSID 仲裁実行を分析し、廃棄通告後 6 ヶ月間の申立ておよびそれ以降の申立ての許容性について検討している (B)。前者について仲裁実行は、肯定、部分的否定および全面的否定と異なる結論を示しているが、ICSID 条約 71 条と 72 条の関係からは肯定説が妥当である。また、この間に申し立てられた仲裁が、廃棄の完了後も継続し得る根拠について、いわゆるノッテボーム原則の適用可能性を批判的に検討しながら明らかにしている (1)。他方、後者について通常論じられる 72 条上の「管轄への同意」の解釈問題は、必ずしも実益のある議論ではなく、むしろ、投資条約上の一方的仲裁申立のみから ICSID 条約上何らかの権利義務が生じるかという点を問題とすべきであると論じた。本節はこの点につき否定的結論を支持し、その実践的妥当性も明らかにする (2)。

投資条約が ICSID 仲裁しか認めていない場合、当該条約は、ICSID 条約の廃棄が完了すれば機能不全に陥る (C)。廃棄国はそれに対する国家責任を負うが、投資家が仲裁を行うためには別途当該国の同意が必要である (1)。しかし、最恵国待遇条項を通じて、他の条約のもとで認められる非 ICSID 仲裁手続を利用できる可能性はあり、最近の仲裁実行の分析からその射程を論じている (2)。

結章

本章では、本論文の検討結果をまとめ、投資家の国際法主体性に関する今後の展望を概観している。

本稿の結論は次のようにまとめられる。第 1 に、投資家の国際法主体性は当該条約に由来し、その意味で、派生的であり相対的である。投資条約の多面的ネットワーク化は、投資家が実質的に客観的地位を得たかのような外観を呈するが、その地位はあくまで個別条約の束から成るものとして理解される。

よって、投資家の地位は当事国の条約法上の権限に従属する。条約の解釈統制や改廃はその例であり、一般国際法上の強行規範に反しない限り、当事国は合意により投資家の条約上の地位を原則として自由に変更できる。

他方、本論文はこうした「国家的支配」(田畑茂二郎)を制約する2つの契機を明らかにした。第1は、投資条約それ自体の公的性格である。投資家の権利は、投資家またはその本国の主観的利益ではなく、条約上の客観的利益のために保護されている。投資家の権利の一方的放棄が制限され、条約当事国団の解釈統制に内容上の制約が課されることはこの観点からよく理解できる。第2は、仲裁手続における投資家および被申立国間の関係を規律する、投資条約外在的な仲裁手続法の存在である。投資条約仲裁はこれら手続法の枠組みを借りて行われるため、そのもとでの強行規則により、条約当事国間の合意の効力が手続上遮断される可能性がある。解釈統制に対する外在的制約や、既存の仲裁手続および仲裁合意の条約の改廃からの保護はこのことを示している。この意味で、投資家の国際法主体性は、国家間条約に由来しつつも、国家意思からの一定の独立性を有すると結論づけられる。

最後に今後の展望として、EUを中心に推進されている投資紛争処理の常設化および多数国間化が投資家の地位に与え得る影響、および投資家の国際法上の義務主体性の可能性と意義に触れて、より包括的な投資家の国際法主体性論の見通しを提示している。