

国際投資法における国際最低基準及びその公正衡平待遇原則との関係について

—歴史的な展開を中心に—

ロータリー米山奨学生（名古屋大学大学院法学研究科2年生）

バト・オルシフ

I. はじめに

皆様、こんにちは。奨学生のバト・オルシフです。今回の卓話の機会をもって、何よりもまず、私がロータリー米山奨学生としてのこの2年間大変お世話になった名古屋東山ロータリークラブの皆様へ心より感謝申し上げます。もし、皆様のご支援がなければ、私は留学生として日本で学ぶ機会をもてなかったと思う。

日本での留学によって、私は基本的に大きな二つことを勉強することができた。一つ目は日本での社会勉強である。二つ目は日本での学問上の勉強である。今回の卓話において、私は日本での学問上の勉強について、即ち「国際投資法における国際最低基準及びその公正衡平待遇原則との関係について—歴史的な展開を中心に—」というテーマで発表したいと思う。なお、今回の発表の内容は現在私が書いている修士論文の一部となっている。

II. 国際投資法における国際最低基準及びその公正衡平待遇原則との関係（その歴史的な展開）

簡単に述べると、本研究の基本論点は国際投資法における「国際最低基準」と「公正衡平待遇」という二つの概念がどんな関係を持っているのかということである。

従来から海外投資は先進国の投資家から発展途上国へ行われるのが一般的であった。そのため、海外投資を規律する国際投資法のルールの内実について、自国の投資家の権利を広く保護しようとする先進国の立場と、自国の規制権限を広く維持しようとする発展途上国の立場は従来から厳しく対立してきた。この対立をよく表すことができるのは「国際最低基準」と「公正衡平待遇」との関係である。

今回の卓話においては、「国際最低基準」と「公正衡平待遇」との関係の歴史的な展開を確認することによって、国際投資法ルールの内実に対する先進国と発展途上国との対立、特に先進国の政策変更を説明したいと思う。

1. 国際最低基準と公正衡平待遇に対する一般的な意義

国際最低基準と公正衡平待遇との関係の歴史的な展開を確認する前に、両基準に対する一般的な意義を簡単に説明したい。

a) 国際最低基準の意義

外国人保護義務の程度の基準をめぐって従来から国内基準主義と国際最低基準主義が対立してきた。前者は、国内法により国民に与えている程度の保護が与えられていれば十分とするものであり、主として途上国により主張されてきたのに対し、後者は少なく「文明国」すなわち西欧諸国や米国で与えられている最低程度の保護が与えられなければならないとするものであり、先進国にみられるものである¹。要するに、国内基準主義は「滞在国の内外人平等基準を前提とする相対的な保護程度」を主張するのに対し、国際最低基準主義は「西欧諸国や米国の文明の基準（国際的な正義の基準、国際的な最低基準）を前提とする絶対的な保護程度」を主張する。理論上、相対的な内外人平等基準の欠陥は、滞在国が自国内民と外国人との平等を理由に外国人にいくらかでも低い保護を与えることが許されてしまう点にあると考える。多数説によれば、国際最低基準は慣習国際法として認められている。しかし、国際最低基準の具体的な内容に何が含まれるか、特にこの考え方が海外投資保護の分野において慣習法として適用されるかは議論の多いところである。

b) 公正衡平待遇の意義

現在、具体的な定式が異なるものの、「他の締約国の投資家による投資に対して公正かつ衡平な待遇（公正衡平待遇）を与えなければならない」という曖昧な規定は大多数の国際投資協定において置かれている²。それなのに、公正衡平待遇の核心的な意味が不明確であり、その点について支配的な二つの見解は対立してきた。即ち、公正衡平待遇が歴史的に国際最低基準を参照するものとして出現したことが故に、それが単なる国際最低基準を参照するものであるか、あるいは国際最低基準より離れた条約上の自律的な基準であるかは議論の中心であった。一般的に、前者の見解が採用されれば、公正衡平待遇の具体的な内容は狭く解釈されるのに対し、後者の見解が採用されればその具体的な内容は広く解釈される。

こうして、公正衡平待遇の核心的な意味が確認される際に、国際最低基準と公正衡平待遇との関係は問われる。公正衡平待遇が 2000 年代初頭から仲裁廷によって実際に解釈適用

¹ 松井芳郎ほか『国際法』（小畑郁）（有斐閣、第5版、2019）頁173-174。

² 例えば、アルゼンチン・オーストラリア BIT（1995）第4条2は次のように規定する。
“Each Contracting Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to investments.”

され始まったが、当時から未だに議論が続いている一つの基本的な問題は公正衡平待遇と国際最低基準との関係である。

2. 国際最低基準と公正衡平待遇との関係の歴史的な展開

国際最低基準と公正衡平待遇との関係については、その理論的な論点を省略して歴史的な展開のみに注目すれば、大雑把に相互関係のある四つの文脈によって説明することができる。即ち、「①外国人待遇に関する伝統的な国際最低基準が外国人の財産の保護に適用するものである」³、「②公正衡平待遇が国際最低基準を参照するものである」⁴、「③公正衡平待遇が国際最低基準以上のもの、即ち条約独自の基準である」⁵、「④公正衡平待遇が国際最低基準で限定されるものである」⁶という相互関係のある四つの文脈を通して、国際最低基準と公正衡平待遇との関係について大きな混乱は起こった。以下に、その四つの分野の意義を順番に確認していきたい。

第一の文脈（20世紀初頭から第二次世界大戦まで）は、領域国が「外国人」に対して国内的基準に関係なく国際的な最低基準に準拠した保護待遇を与えなければならないという先進国によって主張された伝統的な国際最低基準の考え方ははじまりに関連する。当時、先進国は外国人待遇に関する伝統的な国際最低基準の考え方が外国人の生命、身体、自由の保障及び外国人の財産の保護と区別されることなく「外国人の待遇全体」に一般的に適用すると主張していた。一方、発展途上国は国際最低基準の考え方、とりわけそれが「外国人の財産の保護」に適用されることを強く否定していた⁷。ただし、裁判拒否が主張される場合は国際最低基準の考え方が外国人の財産の保護に適用されることが一般的に認められていた。

³ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2012), 130.

⁴ *Draft Convention on the Protection of Foreign Property (Text with Notes and Comments)*, OECD (adopted on 12 October 1967) [*The Draft OECD Convention*], Notes and Comments to art 1. Paragraph (a): 4(a): ‘The phrase “fair and equitable treatment”, customary in relevant bilateral agreements, indicates the standard set by international law for the treatment due by each State with regard to the property of foreign nationals. The standard requires that [...] protection afforded under the Convention shall be that generally accorded by the Party concerned to its own nationals, but, being set by international law, the standard may be more exacting where rules of national law or national administrative practices fall short of the requirements of international law. The standard required conforms in effect to the “minimum standard” which forms part of customary international law.’ (Emphasis added).

⁵ *Pope and Talbot v. Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001, para. 105-118.

⁶ NAFTA Free Trade Commission, ‘NAFTA Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions’ (31 July 2001), A. Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law, (2): ‘The concepts of “fair and equitable treatment” [...] do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.’

⁷ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 4th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 407.

第二の文脈(第二次世界大戦後から1980年代まで)は、伝統的な国際最低基準の考え方を「外国人の財産の保護」に延長するための先進国の試みに関連する。当時、保護利益対象が外国人の財産の保護より海外投資財産の保護に移り(以前は外国人のことが強調されていたのに対し、今度は海外投資のことが強調されるようになる)、海外投資保護は外国人の生命、身体、自由の保障より明らかに区別されるようになった。また、この際、「公正衡平待遇」は先進国の努力の下で国際最低基準を参照する法的義務として国際投資法の分野にはじめてに出現し⁸、これから多くの国際投資協定に挿入されるようになった。つまり、このとき、先進国は外国人の生命、身体、自由の保障を主な対象としていた国際最低基準の考え方を海外投資財産保護にも延長するために、「公正衡平待遇」という新たな概念を国際投資法の分野に産み出したと考えられる。強調しなければならないのはその「公正衡平待遇」が裁判拒否の主張に限定されないように広く適用されることが意図されていたことである。

第三の文脈(1990年代から2000年代まで)は歴史的にこのように先進国の努力の下で国際最低基準を参照するものとして出現した公正衡平待遇に対する国際仲裁廷の評価(解釈適用)に関連する。このとき(例えば、2000年当時)は約2000投資協定が世界中に既に締結され、その大部分に公正衡平待遇が規定されるようになっていた。ところで、公正衡平待遇に対して仲裁廷は一般的に公正衡平待遇が国際最低基準を参照するものではなく条約独自の自律的な基準であると、その内容を広く解釈するようになった。こうして、二国間投資協定の急増による公正衡平待遇の一般化及び仲裁廷による広い解釈適用は同基準の海外投資への保護価値を明らかにした。他方、同時に、公正衡平待遇は投資受入国の行政及び政府の行動をその国の政策決定の自律性を脅かす程度に制限する可能性をももたらした⁹。強調しなければならないのはこの時から先進国も海外投資家によって国際仲裁廷に被申立国として主張されるようになるどころか、その国際投資紛争に負けることが多くなったことである。そのため、公正衡平待遇の曖昧さと同原則に対する国際仲裁廷による大胆な解釈、その結果となる人為的な海外投資財産の高い保護程度に対する不安は次の文脈を生み出した。

第四の文脈(2000年代半ばから現在まで)は、仲裁廷によって条約独自の基準であると評価され、その内容が広く解釈されるようになった公正衡平待遇をまた国際最低基準(特に裁判拒否原則のみ)で明らかに限定しようとする国家の試みに関連する¹⁰。この場合、強調しなけれ

⁸ 注釈4を参照してください。

⁹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (New York: United Nations, 2012), 1.

¹⁰ 注釈6を参照してください。

ばならないのは公正衡平待遇を国際最低基準で最初に限定しようとしたのが先進国であったことである。というのも、従来から投資家本国の立場にずっと立っていた先進国は2000年代初頭から自ら投資受入国になり、国際仲裁廷の公正衡平待遇に対する大胆な解釈によって国際投資紛争に負けることが多くなったからである。

3. 結論

以上、「国際最低基準」と「公正衡平待遇」との関係の歴史的な展開を四つの文脈に分けて確認した。第一の文脈において先進国が伝統的な国際最低基準の考え方を外国人の財産の保護（裁判拒否の主張以外）に延長するように試みたが、途上国は強く反対した。第二の文脈において、先進国は伝統的な国際最低基準の考え方を海外投資財産保護まで（裁判拒否の主張に限定されないよう）に延長するために、「公正衡平待遇」という新たな概念を作り出して投資協定条約に挿入した。第三の文脈において、国際仲裁廷はこうして国際最低基準を参照するものとして出現した公正衡平待遇を条約上の自律的な基準であると広く解釈するようになった。そのような広い解釈の影響を発展途上国のみではなく、先進国も受けるようになったため、今度先進国は公正衡平待遇を改めて国際最低基準（とりわけ裁判拒否原則のみ）で明らかに限定するように行動し始めた。これは現在の第四の文脈である。

III. 結びに代えて

今回の卓話において、私は日本での学問上の勉強について発表した。つまり、「国際投資法における国際最低基準及びその公正衡平待遇原則との関係」というテーマの中で「国際最低基準」と「公正衡平待遇」との関係の歴史的な展開を確認することによって、国際投資法ルールの内実に対する先進国と発展途上国との対立、特に先進国の政策変更を説明した。

先述したように、海外投資が先進国の投資家から発展途上国へ行われるのが一般的であったため、その海外投資の内実を規律する国際的なルールの作成に関して先進国と発展途上国との利益対立は明確であった。とはいえ、新千年紀のはじまりから先進国の側も投資受入国になり始めた。この変更に従って先進国も国際的な最低基準の考え方に代わって国内的な基準の考え方を妥当するようになりつつある。

従って、広義において、これは先進国の海外投資家（例えば、日本人の投資家）が発展途上国（例えば、モンゴル）で投資（経済活動）を行う、または行ったときに、その国の

国内法制度に関連する法的サービスを以前よりも少なくとも求めることを意味するであろう。ちなみに、ロータリー米山奨学生として日本で国際投資法の勉強ができた自分のことを上記のことと関連づけて考えると、次のことが言える。帰国してから国際投資法と国内投資法に関わる仕事をすることを計画している私は将来法的サービスにおいて日本の投資家に助け合うことを予測している。この意味において、例えば、日本の投資家への法的サービスの提供をはじめ、私は将来モンゴル・日本関係の発展に貢献できるよう努力していきたいと考えている。

以上