法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-07

国際投資仲裁における比例性テストの適用

SHINTANI, Satomi / 新谷, 里美

(出版者 / Publisher)
法学志林協会
(雑誌名 / Journal or Publication Title)
法学志林 / Review of law and political sciences
(巻 / Volume)
120
(号 / Number)
2
(開始ページ / Start Page)
70(39)
(終了ページ / End Page)
54(55)
(発行年 / Year)
2022-12-05
(URL)
https://doi.org/10.15002/00030482

国際投資仲裁における比例性テストの適用

新　谷　里　美

1　はじめに

近年，環境破壊や労働問題に対する国際的な関心が高まり，国家は環境規制などの規制措置を積極的に行なうようになってきた。一方，国家がそのような規制措置を取ったことにより，私人の財産権が損失を蒙るという事態も頻繁に生じるようになった。損失を蒙った私人が外国人投資家である場合には，当該外国人投資家の国籍国と国際投資保護協定[(1)]を結んでいるホスト国は，収用規定違反や公正衡平待遇義務規定違反などの投資保護協定の違反を問われることもあり得る。

投資仲裁においてこれらの投資保護協定違反が申し立てられた場合に，いかにして各規定の違反を認定するのかについては確固とした認定基準が存在するわけではなく，学説上も様々な認定基準が唱えられている。

このように各規定の違反を認定するための基準が定まっていないことの理由の１つとして，各規定において違反を認定するための基準が明記されていないということが挙げられる。

例えば，環太平洋パートナーシップ協定（TPP）の第九・六条及び九・八

(1)　本稿では，二国間の国際投資保護協定（Bilateral Investment Treaties, BIT）や自由貿易協定（Free Trade Agreement, FTA），あるいは近年増加傾向にある二国間・多数国間の経済連携協定（Economic Partnership Agreement, EPA）の投資章等，国際的な投資保護に関する約束を総括して「国際投資保護協定」と呼ぶこととする。

条一項は，次の通り規定する。[(2)]

第九・六条　待遇に関する最低基準（注）

注　この条の規定は，附属書九―A（国際慣習法）の規定に従って解釈する。

1　各締約国は，対象投資財産に対し，適用される国際慣習法上の原則に基づく待遇（公正かつ衡平な待遇並びに十分な保護及び保障を含む。）を与える。

2　1の規定は，対象投資財産に与えられるべき待遇の基準として，外国人の待遇に関する国際慣習法上の最低基準を用いることについて定めたものである。「公正かつ衡平な待遇」及び「十分な保護及び保障」の概念は，当該基準が要求する待遇以上の待遇を与えることを求めるものではなく，かつ，追加の実質的な権利を創設するものではない。1に規定する義務は，次のとおりである。

(a)「公正かつ衡平な待遇」には，世界の主要な法制に具現された正当な手続の原則に従った刑事上若しくは民事上の訴訟手続又は行政上の裁決手続における裁判を行うことを拒否しないとの義務を含む。

(b)「十分な保護及び保障」の要件により，各締約国は，国際慣習法上求められる程度の警察の保護を与えることが義務付けられる。

3　この協定の他の規定又は他の国際協定に対する違反があった旨の決定が行われることは，この条の規定に対する違反があったことを証明するものではない。

4　締約国が投資家の期待に反する行動をとる又はとらないという事実のみでは，結果として対象投資財産に対する損失又は損害があった場合であっても，この条の規定に対する違反を構成しない。

5　締約国が補助金又は贈与を実施せず，更新せず，若しくは維持しなかった又は修正し，若しくは減額したという事実のみでは，結果として対象投資財産に対する損失又は損害があった場合であっても，この条の規定に対する違反を

六九

(2)　TPP協定（和文）外務省HP（最終訪問日2022年8月24日）。（https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/tpp/jp/tpp_jp_9.pdf にて利用可。）

構成しない。

第九・八条　収用及び補償（注）

注　この条の規定は，附属書九―B（収用）の規定に従って解釈するものとし，かつ，附属書九―C（土地に関する収用）の規定に従うものとする。

1　いずれの締約国も，対象投資財産について，直接的に，又は収用若しくは国有化と同等の措置を通じて間接的に，収用又は国有化（以下この章において「収用」という。）を実施してはならない。ただし，以下の全ての要件を満たす場合は，この限りでない。

(a)　公共の目的のためのものであること。

(b)　差別的なものでないこと。

(c)　2から4までの規定に従い迅速，適当かつ効果的な補償の支払を伴うものであること。

(d)　正当な法の手続きに従って行われるものであること。（注1，注2）。

注1　この条の規定の適用上，「公共の目的」とは，国際慣習法における概念をいう。国内法令は，この概念又はこれに類する概念を「公共上の必要」，「公共の利益」，「公共の用」等の他の異なる用語を用いて表現することがある。

注2　（省略）

以上のように，これらの投資保護協定の条文においては，違反を認定する際に参考になる文言が含まれていることはあっても，違反を認定するための確固たる基準を明示しているわけではない。

このような状況において，近年投資保護協定違反を認定するために「比例性テスト（proportionality test）」と呼ばれる基準を用いる仲裁廷が増加してきた。伊藤によれば，一般的に比例性とは，「実現しようとする目的の重要度に比して，そこで用いられる手段により発生する害悪が均衡を失するものでないこと」を意味する[(3)]。伊藤によれば，こうした比例性の概念は行政法・民事法・

(3)　伊藤一頼「投資仲裁における比例性原則の意義―政府規制の許容性に関する判断基準として

刑事法など多様な法分野で用いられ，国際法においてもいくつかの制度に取り入れられているが，第二次世界大戦後，憲法上の権利衝突を調整する場面において，すなわちある権利を実現するためには他の権利を制約して犠牲にしなければならない場合に，いずれを犠牲にし，いずれを優越させるかという価値選択の原理として，とりわけ重要な役割を果たすようになってきたという。[(4)] 投資仲裁で扱われる投資家の権利は条約上保護されたものであり，これと投資受入国の公益目的規制とが衝突するとき，憲法上の権利間の相克と類似した状況が発生するため，比例性の概念が機能する典型的な場面の1つと捉えることができるという。[(5)]

したがって比例性テストとは，ある公益の実現を目的とする規制措置によって私人の財産権が侵害される場合に，公益と私人の財産権の保護のいずれが犠牲にされるべきかを判断するためのテストである。

そして伊藤によれば，多くの論者は，比例性テストを，次のような4つのテストから構成される複合的な判断枠組みとして説明しているという。[(6)]

(i)　規制目的の正当性。ただし，規制目的の設定には政治部門の裁量が広く認められ，正当性を欠くと判断されることはほとんどないため，このテストを比例性原則の構成要素から除外する場合もあるという。

(ii)　規制目的に対する規制手段の適合性。これは規制で用いられる手段が，当該規制の目的の実現に実際に寄与するか，言い換えれば目的と手段との間に合理的な結びつきが存在するかを審査するテストである。

(iii)　当該規制手段の必要性。これは，規制目的を達成しうるすべての手段の中で，人権制約の度合いが最も小さいものが選択されているかを審査するテストである。

一」RIETI Discussion Paper Series 13-J-063（2013年）3頁。なお，本稿では本稿全体での記述にあわせて「比例性テスト」と呼んでいるが，伊藤は「比例性原則」と呼んでいる。

(4)　同上。

(5)　同上，4頁。

(6)　同上，5〜6頁。

（iv） 規制の目的と手段（便益と害）の間の比例性。狭義の比例性とも呼ばれる。これは（iii）と異なり，規制目的や侵害される権利の重要性自体をダイレクトに比較して，得られる利益に対して規制手段が過剰でないかを審査するテストである。

以上のうち（i）～（iii）はすべて「足切り（threshold）」テストであり，そのいずれかを満たせなかった時点で，最も中核的かつ論争的な判断基準である（iv）の比例性テストまで至ることはなく，当該措置は違法と結論付けられるという。(7)

このような比例性テストの適用により，国家の規制権限と投資家の財産権の保護のバランスを図ることができるとして，投資仲裁において比例性テストが適用されることに賛成する論者は多い。(8)

一方，比例性テストについては，比例性分析において比較される各々の価値を共通の尺度で量的に比較できるのか，また仮に量的に比較できたとしても，社会的な公益と個人ないし少数派の権利とを比べると，常に前者が優越してしまい，憲法上の基本権保障が無意味化することにつながるのではないか，比例性原則における競合する価値のバランシングは，結局は裁判官の場当たり的・印象論的・直観的な分析に帰するため，恣意性を免れないのではないかといった比例性一般に対する批判や，投資仲裁において比例性を適用することに対する批判など，多くの批判が寄せられてきた。(9)

これに対し，比例性テストが間接収用に関する規定や公正衡平待遇義務規定等，複数の規定の違反を認定するために用いられていることについては，あまり注目されてこなかったように思われる。収用規定と公正衡平待遇義務規定，それぞれの違反を認定するために適用された比例性テストは同一のテストであ

（7） 同上，7頁。

（8） 例えば，Caroline Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge University Press (2015); Ursula Kriebaum, “Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State,” *Journal of World Investment and Trade*, vol. 8 (2007), pp. 717–744.

（9） 前掲載注（3），26～29頁。

ろうか，それとも同じ名称で呼ばれていても規定毎に異なるテストであると見なすべきであろうか。同一のテストであると考えられる場合，なぜ異なる規定の違反を認定するために同一のテストが用いられているのであろうか。本稿は，以上のような問題意識に基づき，投資仲裁判断において「比例性テスト」が適用される際にどのような点が考慮されてきたのか，改めて検討する。

そのために，以下では，投資仲裁判断において最も初期に比例性テストを適用したTecmed事件判断，比例性テストを用いて公正衡平待遇義務規定違反を認定したOccidental Petroleum事件判断，より新しいCasinos Austria事件判断において「比例性テスト」が適用された際にそれぞれ何が検討されたのかを比較検討することにより各規定の違反を認定するために用いられた「比例性テスト」が同一のテストであると見なすことができるか否かを明らかにする。そしてそこで明らかになったことを踏まえ，現在の投資仲裁判断の問題点を明らかにすることを試みる。

2　比例性テストを適用した投資仲裁判断

(1) Tecmed事件投資仲裁判断[(10)]

スペイン企業であるTecmed社はメキシコにおいて有害廃棄物処理場を操業するためにCytrar社を設立し，Las Viborasにおいて操業を開始した。Cytrar社が廃棄物処理場を操業し始めた後に，1万人以上の住宅地から25キロ以内に有害廃棄物処理場を建設することを禁止するメキシコ法が公布された。Cytrar社の処理場はHermosilloの中心街から8キロしか離れていなかったが，同法は遡及効を持たないためCytrar社の操業は違法ではなかった。しかしながら，Cytrar社の操業方法についてではなく，同社が他の州から汚染土壌を輸送してきていることについて，住民の反対運動がおこった。反対運動は

(10)　*Tecnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB（AF）/00/2, 29 May 2003.

徐々に過激なものとなり，Cytrar 社と Hermosillo 市当局は廃棄物処理場の移転について交渉を行なった。Cytrar 社は，Las Viboras の処理場の閉鎖の前に新しい処理場建設地を見つけること，新しい場所と施設での操業の継続が，必要な許可によって保障されることを条件に，自社の費用負担により処理場を移転することに合意した。しかしながら，移転先が決まる前に Las Viboras 処理場の許可更新が拒否されたために，Cytrar 社は操業ができない状況に追い込まれた。Cytrar 社の親会社である Tecmed 社は，当該許可更新拒否等の一連の措置が収用や公正衡平待遇義務違反等，スペイン・メキシコ間投資保護協定（BIT）上の複数の規定違反に当たるとして投資仲裁に訴えを提起した。

仲裁廷は，国家による規制的行為・措置が収用的措置の定義から排除されることはないということを確認したうえで，国家による措置が収用的であると特徴づけられるか否かを決定するために，当該行為・措置の負の経済的効果に加え，当該行為・措置がそれらにより保護されると想定される公的利益と，投資に法的に与えられる保護に対して比例的であるか否かを，その効果の程度が比例性を判断するために重要な役割を果たすことを考慮に入れて考察しなければならないと述べた。(11)

以上のような一般論について述べた上で，仲裁廷は本件の具体的事実について検討している。仲裁廷は，国家による更新拒否の理由について検討した結果，許可更新拒否の主たる目的は地域住民の圧力に対処することであったと認定した。(12) このような事実の認定に基づき，更新拒否が申立人の保有していた権利の剝奪とそのような剝奪から生じる負の経済的影響に対して比例的であるか否かを決定するために，上記の更新拒否の理由を全体として評価しなければならないと述べた。(13) そして次に問題となった住民運動に関する事実内容を検討した結果，本件において住民運動はメキシコ政府にとって深刻な圧力となっていたものの，大規模な現実的危機のレベルにまで達していなかったと認定した。(14) また，

(11) *Ibid.*, para. 122.

(12) *Ibid.*, para. 132.

(13) *Ibid.*

Cytrarによる操業方法が生態系のバランスを破壊し，環境・健康上の問題をもたらしたとする証拠はなく，ごみ処理場の閉鎖の直接的な原因は操業方法ではなく処理場が建設された場所であって，全く過失を犯さないような完璧な企業であっても許可を与えられるべきではないという事実が確認されている。[15]

そして仲裁廷は最終的に，このような状況下でCytrarによる軽微な法令違反が生態系のバランスや人間の健康にとって差し迫った危険とならないにもかかわらず，当該違反を理由として許可更新を拒否することが当該違反と比例的であると理解することは，投資協定と国際法の観点から見て過剰に形式的であるとして[16]，投資協定第5条と国際法に違反する収用に相当すると判断した。

本件判示においては，住民運動がメキシコ政府にとって深刻な圧力となっており，この住民運動に対処する必要性があったことは認められている。一方で，この住民運動がそれほど大規模なものではなく現実的な危機のレベルには達していなかったし，住民運動の原因はCytrarによる操業方法ではなくごみ処理場の立地にあったとされている。操業許可の更新を拒否し，代替地を指定せずに処理場を閉鎖することは，このような小規模な住民運動に対処する手段として適切ではないし，必要でもない。Cytrar社は自らの費用でごみ処理場を移転することに合意していたので，代替地を指定し代替地での操業許可を与えれば住民運動は収まったはずである。

本件では，規制目的の正当性は否定されていないものの，目的実現に対して不必要な措置を取って投資家の財産権を侵害したという意味で過剰な規制であったと判断された。

(2) Occidental Petroleum事件投資仲裁判断[17]

次に，比例性テストを適用して公正衡平待遇義務規定違反を認定した投資仲裁判断を見ていきたい。

(14) *Ibid.*, para. 144.

(15) *Ibid.*, para. 148.

(16) *Ibid.*, para. 149.

1999年5月21日，OPC社の子会社であるOEPC社とエクアドル及びPetroecuadorの間で，エクアドルアマゾンのBlock15における炭化水素資源の調査・開発に関する事業参加契約が締結された。事業参加契約とそれに関連する操業委託契約により，OEPC社は同地区における調査・開発に関する排他的な権利を認められていた。2000年10月，OEPC社はカナダの石油・ガス企業であるEnCana社の子会社であるAEC社との間で，Block15に関する排他的な権限の一部をOEPC社がAEC社に譲渡する契約を交わした。2004年になって，AEC社が契約に基づく支払いなどを完了したため，OEPC社 はエクアドル政府にAEC社への権利譲渡についての許可を求めたが，許可が下りることはなかった。それどころか，エクアドル政府は，許可なく事業参加契約のもとでの権利及び義務をAEC社に移転したこと等を理由として事業契約及び操業委託契約の破棄（Caducidad）を行なうよう鉱業エネルギー省に命令を下し，2006年5月15日，鉱業エネルギー大臣は事業参加契約を破棄し終了させるとする決定を行なった。本件においては法令違反に対して国家が制裁として取った契約破棄という措置が，比例性を失して過剰なものではないかが争われた。

仲裁廷は，比例性テストが既に投資仲裁において広く用いられているということを指摘した[(18)]。そして，特定可能な害が発生していないとしても，害が発生する潜在的な可能性があり，他者が同様の違法行為を取らないよう回避させることの必要性は刑罰を科すことを正当化するとして，違法行為に対し刑罰を科すことの正当性を認めた[(19)]。そのうえで仲裁廷は，本件措置よりも緩やかな代替措置が存在しなかったか，また，それが存在しなかったとして，本件制裁措置は投資家による法令違反への対応として比例性を有するものであるといえるか否か，が比例性の問題において中心であると述べた[(20)]。そして，投資家への損害

（17） *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ABR/06/11, Award, 5 Oct. 2012.

（18） *Ibid.*, paras. 403–409.

（19） *Ibid.*, para. 416.

賠償の請求や，本件契約を受入国に有利に結びなおすことなどの代替手段が可能であったと判断した。[21] また，比例性について，エクアドル政府による，当該措置の目的は同様の違法行為の発生を抑止し，法令順守の必要性を改めて強調することであるとする主張の正当性は理解できるものの，そのような行政上の目的と投資家の利益とのバランスを取ることが比例性原則の要請であって，本件で投資家が蒙った数億ドル相当の投資財産全体の喪失は，法令違反の程度に照らしても追求される目的の重要度及び実効性に照らしても比例性を失しているとして公正衡平待遇義務違反が認められた。[22]

仲裁廷は公正衡平待遇義務違反を認定したのちに間接収用に関する検討を行なっている。仲裁廷は，Caducidad 令がエクアドル法，慣習国際法，そして投資協定の公正衡平待遇義務に違反していることをもって収用に相当する措置であることを認定している。

本件判示では，同様の違法行為の発生を抑止し，法令順守の必要性を強調するという措置の正当性は認められているものの，投資家への損害がより小さい代替手段が可能であったにも関わらず不必要に損害の大きい措置を取ったという意味で過剰な規制であったと判断された。このような意味で，本件判示において公正衡平待遇義務規定違反を認定するために適用された比例性テストと，Tecmed 事件判断において間接収用該当性を判断するために適用された比例性テストは，同一のテストであると評価できる。

(3) Casinos Austria 投資仲裁判断[23]

最後に，時代を通した変化があるか否かを確認するために，比例性テストを適用して条約違反を認定した投資仲裁判断の中でもごく新しい判示を見ておき

(20) *Ibid.*, para. 426.

(21) *Ibid.*, paras. 428–436.

(22) *Ibid.*, paras. 442–452.

(23) *Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/14/32, 5 November 2021.

たい。Casinos Austria 事件判断は，2021 年 11 月 5 日に下された。

申立人は，アルゼンチンの北西部に位置するサルタ州でチャンスゲーム（運が結果を左右するゲーム）を運営するために設立された ENJASA の大部分の所有・管理を有している企業である。ENJASA はサルタ州においてゲーム施設と宝くじ事業を運営するための独占ライセンスを付与されていたが，このライセンスの規則には，ライセンス料の未払い，ゲーミングおよび宝くじ部門に関する法律第 7020 号の違反，サルタ州におけるゲーム・宝くじセクターの規制当局である ENREJA からの必要な認可を受けないチャンスゲームの開発などの場合には，ライセンスが取消または没収されることが規定されていた。

2000 年から 2012 年にかけて，サルタ州当局はマネーロンダリングやスロットマシンの運営に関する規則を含むチャンスゲームを規制する法的枠組みを数回にわたり変更した。ENJASA はこれらに違反したとして 15 回以上制裁を受けた。2012 年 12 月，ENREJA はマネーロンダリング防止規則と無許可でのオペレーター雇用の禁止に違反したとして，ENJASA に対して新たに 3 件の調査を開始し，その後 ENJASA の独占ライセンスを剝奪した。その後まもなく，サルタ州当局は ENJASA の事業とその従業員を新たな事業者に移管する新たなライセンスを発行した。ENJASA の ENREJA への再審査請求とサルタ州裁判所への申請は却下された。

申立人は，オーストリア・アルゼンチン間 BIT の収用規定と公正衡平待遇義務規定違反を申し立て，2014 年 12 月に ICSID 仲裁を開始した。

仲裁廷は，国家による措置が間接収用と見なされるためには①当該措置が特定の重大性と継続性を満たさなければならない，②当該措置がホスト国の規制権限の行使と見なされない，という 2 つの要素が満たされなければならないと述べた[(24)]。そして，この 2 つ目の要素を満たさないためには，すなわちホスト国による規制権限の行使と見なされるためには，規制権限の行使は信義誠実，無差別，恣意性の禁止といった国際投資法上の原則に従い，当該措置が投資に与

（24） *Ibid.*, paras. 330–336.

える影響が保護される利益に対し比例的でなければならない，と述べた。[25]

仲裁廷は，比例性原則は国際慣習法においてホスト国の規制権限の行使に対する許容された制限であると認められており，多数の国の国内（公）法，国内裁判所の実行上の原則としても規定されており，国際投資保護協定の文脈でも，それを越えた文脈でも，他の国際裁判所や仲裁において実際に国際法の原則として使用及び適用されていることから，国際司法裁判所規程38条1項（c）における法の一般原則と認められると述べた。[26]そして仲裁廷は，比例性を満たすためにはホスト国による措置がi）正当な目的（公目的）を追求すること，ii）当該目的を達成するために適切であること，iii）より害が少なく，しかしながら同様に実行可能で効果的な措置が存在しないという意味で当該目的を達成するために必要であること，iv）狭義に比例的であること，すなわち，問題となる措置の公に対する利益が措置の投資に対するネガティブな影響と適切で許容可能な関係にあること，という4つの要件を満たさなければならないと示した。[27]

以上のような一般論を述べたのち，仲裁廷はこれらの法的枠組みを本件の事実に対して適用した。

まず，申立人の投資の永久的・実質的剝奪の有無について，申立人はライセンスの取消により投資を有効な方法で活用することが不可能となったのであり，ライセンスの取消は申立人の投資を永久的・実質的に剝奪したと認定した。[28]

次に仲裁廷は，ライセンスの停止がENREJAによる正当な規制権限の行使であるか否かについて検討を行なった。

この点につき仲裁廷は，ENREJAは複数の審査において法令を不正に解釈し，不正に事実を認定し，当該不正な法令解釈と事実認定に基づき規制を適用した，という過ちを犯しており，これは国際法上の権限濫用と恣意性を構成すると認定した。[29]

五九

（25）*Ibid*., para. 336.

（26）*Ibid*., para. 351.

（27）*Ibid*.

（28）*Ibid*., paras. 353–356.

比例性について，ENREJA が ENJASA のライセンスを停止するに至った根拠として挙げている ENJASA による法令違反のほとんどが明らかに誤認され恣意的に解釈・適用された規制に基づいており，よってこれらの理由は ENJASA に制裁を科す正当な根拠と見なすことはできない一方，制裁を科す根拠として認められる違反は極めて些細なものであり，そのような些細な違反に対し期限が 17 年半も残されていた排他的ライセンスを取り消すことは，極めて比例性を欠いた制裁であり，国際法上の比例性の要件を満たすものとは考えられないと判断した。(30)

以上の検討から仲裁廷は，ENREJA による ENJASA のライセンスの停止とその第三者への移転は恣意的で比例性を欠いた措置であり，ホスト国による正当な規制権限の行使とは認められず，BIT 第 4 条に違反する間接収用であると結論付けた。

次に仲裁廷は公正衡平待遇義務規定の違反の有無について，申立人が公正衡平待遇義務違反の主張をはじめはライセンスの取消に関わる手続に限定していなかったにもかかわらず，最終的にライセンスの取消とそれにかかわる手続に限定したことから，公正衡平待遇義務規定違反に対する補償の請求は，BIT 第 4 条 1 項，2 項の収用に対する補償の請求と重複するため，公正衡平待遇義務規定に基づく合法性の評価を改めて行なう必要性はないとして，公正衡平待遇義務規定違反の有無について別途の検討は行なわなかった。(31)

本件仲裁廷は，ホスト国による措置が比例性を満たすための 4 つの要件を挙げている。それは，ホスト国による措置が i）正当な目的（公目的）を追求すること，ii）当該目的を達成するために適切であること，iii）より害が少なく，しかしながら同様に実行可能で効果的な措置が存在しないという意味で当該目的を達成するために必要であること，iv）狭義に比例的であること，すなわち，問題となる措置の公に対する利益が措置の投資に対するネガティブな影響と適

五八

（29） *Ibid.*, para. 378.

（30） *Ibid.*, paras. 400–402.

（31） *Ibid.*, paras. 435–437.

切で許容可能な関係にあること，である。これは，先に述べたように多くの論者が理解する比例性の4つのテストと合致する。

本件において，マネーロンダリングを防止するという規制の目的の正当性は仲裁廷によって認められている。しかしながら，制裁を科す根拠として認められるENJASAによる法令違反は極めて些細なものであり，このような些細な違反に対して排他的ライセンスを取り消すことは極めて比例性を欠いた制裁であり，国際法上の比例性の要件を満たすものとは考えられないと判断した。このように本件において適用された比例性テストも，目的の正当性は認められたものの，些細な違反に対して過剰な制裁であったと認定されたという観点から見れば，Tecmed事件判断やOccidental Petroleum事件判断において適用された比例性テストと同一のテストであると評価でき，時間の経過による変化はないといえる。

3　投資仲裁判断の不十分性

以上に示された通り，投資仲裁判断においては，間接収用該当性や公正衡平待遇義務規定違反を認定するために，同一の比例性テストが用いられていると考えられる。

さらに，Occidental Petroleum事件判断は公正衡平待遇義務規定の違反をもって収用に相当する措置であることを認定したという点も注目に値する。

間接収用に関する規定と公正衡平待遇義務規定という異なる2つの規定の違反を認定するために同一の比例性テストが用いられていること，片方の規定の違反が認定された場合にもう一方の規定について別個の検討を行なわずに違反を認定している判示が存在することから，間接収用に関する規定と公正衡平待遇義務規定は異なる2つの規定であるにもかかわらず，これらの投資仲裁判断
五七 においてはそれぞれの違反認定方法に差異はないということになる。

また，補償・賠償額の観点から見ても差異がないという見解もある。一般的に，補償は収用を合法たらしめるための要件であり，違法な措置に対して支払

われる賠償とは性質が異なる。しかしながら，近年の投資仲裁例では，合法収用要件である補償に関する算定方法であるFMV・DCFが違法収用の賠償算定においても適用されており，合法な措置に対する補償と違法な措置に対する賠償という区別が維持されていないし，非収用事例においてもこの区別が妥当しない状況が生まれているという。(32)

すなわち，これらの投資仲裁判断例においては，間接収用に関する規定に基づき請求を行なった場合と，公正衡平待遇義務規定に基づき請求を行なった場合とで，責任という観点からも救済として与えられる補償・賠償の額という観点からも同じ判断結果になるということになる。

濵本は公正衡平待遇義務規定があれば間接収用に関する文言は不要であると論ずるが，(33) 本稿で検討した比例性テストを適用した投資仲裁判断を見る限り，いずれか一方の規定があれば問題ないというのはその通りであろう。

しかしながら，ウィーン条約法条約第31条1項に定められるように，条約は，文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い，誠実に解釈される。「通常の意味」に従うのであれば，間接収用に関する規定と公正衡平待遇義務規定が異なる2つの条文として規定されていることには意味があり，間接収用に関する規定と公正衡平待遇義務規定にはそれぞれ固有の法的意義があると考えるべきであろう。

現状では，間接収用に関する規定と公正衡平待遇義務規定が異なる2つの規定として設けられているにも関わらず，投資仲裁はこれら2つの規定の差異をなくすような不自然な判断を下していると評価できる。

これは，ひとえに投資仲裁において各規定の制度趣旨を精査してこなかったことに由来する。間接収用に関する規定が，あるいは公正衡平待遇義務規定が，どのような目的で，どのような措置を対象とし，どのような損失から投資家を

(32) 玉田大「補償と賠償」小寺彰編著『国際投資協定―仲裁による法的保護―』（三省堂，2010年）210頁。

(33) Shotaro Hamamoto, “Requiem for Indirect Expropriation: -On the Theoretical and Practical Uselessness of a Contested Concept-,” Doc. PILAGG e-series/IA/1 (2012).

守るために国際投資保護協定の条文として設けられるに至ったのか，これまでの国際投資仲裁は十分に意識を払ってこなかった。しかしながら，各規定の制度趣旨を正しく理解することは，投資仲裁において判断を下すために本来必要不可欠なはずである。そして，各規定の制度趣旨を精査することなしに各規定の違反を認定する基準を論ずることは本来できないはずである。これまでの投資仲裁判断は各規定の制度趣旨を正しく理解することなく，違反を認定するための基準についてのみ着目して議論を進めてきてしまったことでこのような不自然な現状が生じており，そのことが特に問題と認識されてこなかったのである。

4　おわりに

本稿では，比例性テストを適用して各規定の違反を認定した投資仲裁判断を分析した。これにより，現状の投資仲裁判断は，間接収用に関する規定と公正衡平待遇義務規定が異なる2つの規定として設けられているにも関わらず，その意義を考慮しない，不自然な判断を下していることが明らかとなった。

そして，このような不自然な現状の原因は投資仲裁において各規定の制度趣旨を精査してこなかったことにあることを指摘した。

国際投資保護協定の数は多数にのぼるが[34]，これらの国際投資保護協定においては一種の型のようなものができており，国家が国際投資保護協定を締結する際に条文を一から考案するというよりも，その他多数の国際投資保護協定に倣い同様の文言を用いた条文を盛り込むことが多い。そうであるため，これらの国際投資協定上の条文を解釈するためにはこれらの規定がなぜ国際投資保護協定に盛り込まれるに至ったのか，国家によるどのような措置から私人を保護することを目的としていたのか，その経緯と従来の制度趣旨を明らかにすること

五五

(34)　2022年8月24日時点で，約3300（UNCTAD HP, *available at* https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements. Last visited on 23 August 2022.）。

が必要である。

そして不自然な現状を打破するためには，各規定の制度趣旨を明らかにし，仮に共通の制度趣旨を有するのであれば国際投資保護協定を改正するべきであるし，制度趣旨が異なるのであればこれまでの投資仲裁判断が見直されなければならない。

そのような各規定の制度趣旨を明らかにすることは膨大な作業であり本稿の射程を超えるため今後の課題とし，その検討は別稿に譲ることとしたい。