

# 国際法上の間接収用をめぐる問題の本質

新 谷 里 美

## 概 要

間接収用に関する問題はこれまで、補償が必要とされる間接収用と補償を必要としない国家の正当な規制を区別する基準として、国家による措置が投資家の財産権に与えた効果のみを考慮する「効果テスト」と、効果のみではなく措置の性質も考慮する「性質テスト」が対立関係にあるものと措定され議論されてきた。しかしながら、そのような両基準の元となった投資仲裁判断を分析すると、一律に正当な規制と間接収用の区別基準を論じているわけではなく、それぞれ異なった理論枠組みに依拠していることが明らかとなる。本稿では、判示において示されたそれぞれの理論枠組みを支持する論者の論考を整理することにより、国家がいかなる措置に対して補償あるいは賠償義務を負うのかを判断する基準を明らかにするために問われなければならない問題の本質を明らかにする。

## Summary

Concerning indirect expropriation, there have been discussions on how to distinguish between compensable indirect expropriation and non-compensable legitimate regulation. Theoretical considerations have also been made about whether the “Sole Effect Doctrine” or the “Police-Power Doctrine” is a better criterion to distinguish between these two notions. However, on analyzing international investment arbitral decisions, apparently, these decisions do not mention the criterion that distinguishes legitimate regulations from indirect expropriation in all situations. Two types of theoretical frameworks are evident in these decisions.

The aim of this article is to clarify and resolve this essential issue in indirect expropriation by analyzing recent articles on the topic that have dealt with these theoretical frameworks.

## キーワード

間接収用, 規制措置, ポリス・パワーの行使, 補償, 賠償

## I. 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、私人の財産権が損害を受けるという事態も頻繁に生じるようになった。損害を被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投資保護協定を結んでいるホスト国は、投資保護協定の違反を問われることもあり得る。

このような投資保護協定違反のうち、投資家により頻繁に申し立てられるのは収用禁止規定違反と公正衡平待遇規定違反であるといえる。本稿では、このように頻繁に利用される投資保護協定の条項のうち、収用禁止規定に含まれる「間接収用 (indirect expropriation)」について扱う。

現在、国際投資保護協定の収用禁止規定において、「直接的又は間接的に (directly or indirectly)」や「収用に相当する措置 (measures tantamount to expropriation)」などの表現を用いて、直接収用のみならず間接収用も対象とされるのが通例である<sup>1)</sup>。国際法上国家が外国人財産を収用する権利を有することは争われておらず、収用の要件として公的目的性・無差別性・補償の支払いが求められることについてもほぼ一致していると考えられている<sup>2)</sup>。

議論の中心となってきたのは、国際投資協定の条文上、いかなる国家の措置が収用に該当し補償義務を負うのかという点である。直接収用の場合には、財産の所有権が法的に国家または第三者に移転されるため、収用が起ったか否かを判断することは容易である。しかしながら国家が規制措置により投資家の財産権に損害を与えた場合には、権利の法的な移転は生じない。このように国家の規制措置が権利の法的移転を伴わずに投資家の財産に損害を与えるケースが「間接収用 (indirect expropriation)」あるいは「規制的収用 (regulatory taking)」と呼ばれ、議論されるようになってきた。間接収用は権利の法的移転を伴わないため、いかなる意味において「収用に相当する」のか、特定の事案において問題とされる国家の行為が収用に相当し、したがって補償を支払わなければならないのはいかなる場合か、という形で議論がなされてきた。

---

1) 例えば、NAFTA1110 条 1 項は以下のように定める。

「いかなる締約国も、以下の場合を除き、他の締約国の投資家の領域内の投資を直接若しくは間接に国有化し若しくは収用し、又は当該投資の国有化若しくは収用 (以下「収用」) と同等の措置をとってはならない。… (強調筆者)」

小寺彰, 中川淳司編『基本経済条約集』第 2 版, 有斐閣 (2014 年) 196 頁参照。

2) 酒井啓巨他編『国際法』有斐閣 (2011 年), 447 頁 (濱本正太郎執筆部分)。

## 1. 先行研究

先行研究においては、補償の要否を判断する基準として、国家の行為が私人の財産に与えた効果を唯一の基準とみる「効果テスト (Sole Effect Doctrine)」と、国家が当該行為を行った目的や行為の性質など、財産権への効果以外の基準も勘案する「性質テスト (Police-Power Doctrine)」のどちらの説が妥当であるのか、という点が盛んに議論されてきた。“Sole Effect Doctrine”は「単一効果説」あるいは「単独効果説」と訳されることがある。これらは素直な訳である一方、複数の効果ではない単一の効果を基準とする説であるとの誤解を招く可能性が否定できない。本稿では、国家による措置が投資家の財産権に与えた損害の程度が重大であればそのことのみをもって収用該当性を肯定する説として、「効果」に他の意味を持たせることを避けるために、「効果テスト」と訳出することとする。また、“Police-Power Doctrine”は「規制権限説」と訳されることがあるが、効果のみではなく措置の性質を考慮することにより国家の規制権限を尊重するという意味において“Police-Power Doctrine”と名付けられているものであり、本稿ではこの説により実際に考慮される基準がわかりやすいよう「性質テスト」と呼ぶ。

このような「効果テスト」と「性質テスト」の対立は、補償を要する間接収用と補償が不要な国家の正当な規制措置を区別する基準に関する対立であると理解されてきた。

米国イラン請求権裁判所、常設国際司法裁判所、投資仲裁の判示において用いられてきた間接収用と規制の区別基準が、「効果テスト」と「性質テスト」の2つに分類できると初めて示したのはDolzerである。彼はBiloune-Tippetts-Metalclad事件を「収用と規制の境界を示す支配的又は排他的な基準として明らかに所有者に対する効果に焦点を当てる」<sup>3)</sup>立場であると述べ、この立場を「効果テスト (Sole Effect Doctrine)」と名付けた。そして、現在のところ支配的なものとしても国際的思考の主流を示しているものとしても「効果テスト」に代わるアプローチと特徴付けることはできないが、「効果テスト」と異なる流れとして、Oscar Chinn-Sea Land-S.D. Myers事件の流れを挙げた<sup>4)</sup>。「かかるアプローチは『効果テスト』に反し (contravene)、国家行為の目的と状況を重視したものである」<sup>5)</sup>、「判例の2つの流れは疑いがない」<sup>6)</sup>と述べていることから、彼はこの2つの立場が、「収用と規制を区別する基準」として対立していると捉えているといえる。

3) Rudolf Dolzer, “Indirect Expropriations: New Developments?,” *New York University Environmental Law Review*, Vol. 11 (2002), p.86.

4) この流れを“Police-Power Doctrine”と名付けたのはDolzerではない。

5) *Supra* note 3, p.90.

6) *Ibid.*

このような Dolzer による分類の後、補償を要する間接収用と補償が不要な正当な規制措置を区別する基準として「効果テスト」と「性質テスト」のいずれの説が妥当であるのかという形で議論する論者が多数となり、また、「性質テスト」が妥当であると考えなければ具体的にいかなる基準を用いるのか、を投資仲裁判断に照らして分析する先行研究が数多く出された<sup>7)</sup>。

Dolzer と彼の分類に従う論者たちは、間接収用という概念の存在を前提とし、諸仲裁判断が示した基準が国家の正当な規制措置と間接収用を区別する基準であると措定して議論を展開している。しかしながら、それらの論者は、諸仲裁判断の具体的な文脈や論理的な枠組みに関する分析を欠きがちで、自らが支持する区別基準の論理的根拠を明らかにするには至っていない。他方で、後述するように、近年の学説の一部は、そもそも正当な規制措置と間接収用の区別という枠組みに則っているとは言えないような形で議論を展開しつつある。

そこで、こうした近年の新たな学説を評価するため、本稿においてはまず、「効果テスト」と「性質テスト」それぞれに分類される投資仲裁判断等の先例が、なぜ効果のみを考慮するのか、あるいは効果のみでは不十分であると考えするのか、その背景となる理論枠組みを示すことにより、間接収用に関する問題の所在を明らかにすることから始めたい。

## 2. 問題の所在

### (1) 「効果テスト」に分類される判示

ドイツの Siemens 社は、アルゼンチンに設立した子会社 SITS 社を通じて、同国における身分証明および入国審査システムの総合プロジェクト契約を落札した。経済危機に見舞われたアルゼンチンにより、本契約が解除されたことが問題になったのが Siemens 事件である。

7) 例えば、Yves Nouvel, “Les mesures equivalent a une expropriation dans la pratique recente des tribunaux arbitraux,” *Revue Générale du Droit International Public* (2002-1), pp.79-101; Yves Fortier and Stephen Drymer, “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor,” *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 19, No. 2 (2004), pp.293-327; Andrew Newcombe, “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law,” *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20, No. 1 (2005), pp.1-55; Ursula Kriebaum, “Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State,” *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 8, No. 5 (2007), pp.717-744; Sebastián López Escarcena, *Indirect Expropriation in International Law*, E. Elgar (2014). 日本語文献では、松本加代「規制と間接収用—投資仲裁判断例が示す主要な着眼点—」RIETI Discussion Paper Series 08-J-027 (2008 年, <http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/08j027.pdf> にて利用可能); 森川俊孝「収用・国有化」『国際経済法講座 I 通称・投資・競争』法律文化社 (2012 年), 315-331 頁。

仲裁廷は本契約解除が単なる契約の相手方としてではなく、国家権力の行使として行われたものであることを確認した<sup>8)</sup>。そして国家行為によってもたらされた侵害が収用に相当する効果を有することを確認したのち<sup>9)</sup>、当該収用措置の公目的性は疑わしく、いずれにせよ補償が支払われておらず、またその補償の未払いについても正当性を認められないと述べ、違法な収用であると結論付けた<sup>10)</sup>。

本件において仲裁廷はまず国家による契約解除が収用に相当するかという観点から検討を行い、効果が収用に相当する程度に達していたことをもって当該契約解除の収用性を肯定した。収用に該当することを確認したのちに仲裁廷は、当該収用が投資協定に規定された合法性要件を満たしているか否かを検討し、合法性要件を満たさない違法な収用であると結論付けた。収用の違法性を判断する際に措置の性質を考慮しているものの、まず措置の効果をもって収用に相当することが認定されていることから、本件は「効果テスト」の立場を取ったものであるといえる。

本件仲裁廷のこのような理解は、補償の支払いが必要とされる合法行為たる「間接収用」概念を想定し、補償の要否は問題となる国家の措置が収用に相当する効果を有しているかという基準によって判断され、そのような収用相当性の判断とは別に、公目的・無差別・補償の支払いという合法性要件を満たしているかという措置の合法性判断がなされるという二段階構成からなる。すなわち、問題となる国家の措置は「合法的な規制」・「(合法的な)間接収用」・「違法な措置」のいずれに該当するのかという三分論の構成がとられているのである。

しばしば「効果テスト」は国家による措置の目的や性質を全く考慮に入れないテストであるという理解される<sup>11)</sup>が、投資仲裁判断を分析すると、収用該当性判断において措置の目的や性質を考慮に入れないことの理由が明らかとなる。「効果テスト」において措置の効果をもって判断されるのは合法的な規制と合法的な間接収用のいずれに該当するのかという観点であり、措置の効果は2つの合法的な概念を区別する基準として機能する。合法的な2つの概念は目的や性質によって区別できないから、効果のみをもって判断する他ない。この段階においては、措置の合法性は仮定されているともいえる。逆に、合法性要件を満たさないことが一見して明らかな措置については、そもそも違法な間接収用であるため、合法的な規制措置と合法的な間接収用を区別する「効果テスト」が適用されるべきケースでは

8) *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Feb. 6, 2007, para. 260.

9) *Ibid.*, para. 271.

10) *Ibid.*, para. 273.

11) 例えば、坂田雅夫「投資保護条約に規定する「収用」の認定基準としての「効果」に関する一考察」『同志社法学』57巻3号(2005年)、103-145頁。



ないといえる。

したがって、投資仲裁判断において「効果テスト」は措置が投資家の財産権に与えた損害の程度を基準として合法的規制措置と合法的間接収用という2つの合法概念を区別するものであるから、間接収用の場合に支払うべきであるのは合法的行為に対して支払われる補償である。言い換えるならば、「効果テスト」は、補償の要否を判断する基準である。

同様の理解はイラン米国請求権裁判所の諸判例<sup>12)</sup>、Feldman 事件<sup>13)</sup>、Vivendi 事件（第2段階）<sup>14)</sup>等においても示されている。

## (2) 「性質テスト」に分類される判示

野村證券の子会社である野村インターナショナル（本社イギリス）は、チェコ中央銀行から分離した4つの国営銀行（Big Four）の1つであるIPBの46%の株を取得し、実質的支配権を獲得し、IPBの株式保有を目的とする特別目的会社であるSaluka社をオランダに設立してIPB株式を譲渡した。しかしながら、チェコ政府によるIPB以外のBig Fourの3つの銀行に対する公的資金投入等の財政支援、Big Fourの1つであるCSOBへのIPBの買収提案等の結果、IPBの経営状況は悪化し、チェコ政府はIPBのCSOBへの営業譲渡を目的とする公的管理に踏み切り、Saluka社の保有していたIPB株式は取引が禁止された。このような一連のチェコ政府の措置により多大な損害を被った野村が、チェコを相手取ってUNCITRAL仲裁規則に基づいて仲裁を申し立てたのがSaluka事件である。

本件仲裁廷は、「国家が通常のポリス・パワーの行使において、一般的福祉を目的とした無差別な善意の（bona fide）規制を採用した場合には、国家は外国人投資家に対して補償を支払う責任を負わないというのは、今や国際法上確立している」<sup>15)</sup>と述べ、外国人の損害に対する国家責任ハーバード条文草案、1967年の外国人の財産保護に関するOECD条文草案、米国の外国関係法第三リステイトメント、Methanex事件判断を引用し、この立場を根拠づけている。しかしながら、仲裁廷は「補償の必要がない規制行為と、外国人投資家から財産権を奪う効果を有し、それゆえに違法で補償を必要とする措置に、明

12) 例えば、*Phelps Dodge Corp. et al v. Iran, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Vol. 10 (1986), p.121; *Starrett Housing Corp v. Government of the Islamic Republic of Iran, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Vol. 4 (1983), p.122; *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Vol. 6 (1984), p.219.

13) *Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, Dec. 16, 2002, para. 98.

14) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, Aug. 20, 2007, para. 7.5.21.

15) *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Partial Award, UNCITRAL Case, Mar. 17, 2006, para. 255.

確で簡単な線引きは未だなされていない（強調筆者）」<sup>16)</sup> ことも認めている。

仲裁廷はチェコ政府による一連の措置が補償の必要がない規制に当たるとして申立人の主張を退けているのであるが、国家による一般的福祉を目的とした無差別な善意の規制措置であるならば収用には該当しないという理解が示されている。さらに、上記の傍点を付した箇所では述べられているように、本件において仲裁廷が補償の必要がない規制行為と区別される措置を「違法」な措置であると理解していることも明らかである。したがって、本件においては「効果テスト」に分類される判示が示していた理解と異なり、仲裁廷は問題を補償の必要がない規制措置と違法な措置の区別の問題であると捉えており、合法行為たる間接収用概念は想定されておらず、問題は国家による措置が公目的・無差別・善意で行われたか、すなわち措置の合法性に帰着する。

したがって、「性質テスト」は合法的措置と違法な措置を区別する基準を問題とするから、このテストを適用した結果合法的規制でないと判断されたならば、国家は補償ではなく賠償を支払わなければならない<sup>17)</sup>。換言するならば、「性質テスト」は賠償の可否を判断する基準であるといえる。

同様の理解は *Methanex* 事件<sup>18)</sup>、*Philip Morris* 事件（対ウルグアイ）<sup>19)</sup> 等においても示されている。

*Saluka* 事件において述べられている「違法で補償を必要とする措置」とは、補償義務を負わない「規制」と対比して考えれば、一般福祉を目的としない、差別的である、善意で行われていない、という特徴のいずれかまたはすべてを有する措置であると考えられ、したがってこのような措置は公目的性・無差別性という収用の合法性要件の一部を満たさないから、ここでいう「違法」とは収用禁止規定違反であるといえる。

「違法」性が収用禁止規定違反であったとしても、既に述べた三分論との相違は相対化されない。三分論と二分論では、公目的で無差別に行われる措置の評価が異なる。三分論においては、公目的で無差別に行われる措置であっても補償義務を負う場合があると捉えるのに対し、二分論においては公目的で無差別に行われる措置は補償義務を負うことはないという理解するのである。

16) *Ibid.*, para. 263.

17) 補償と賠償で額が違うのかという点は重要な問題であるが、本稿の射程を超えるため検討は次の機会に譲る。

18) *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Case, Final Award, Aug. 3, 2005, Part IV -Chapter D-para. 7.

19) *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Jul. 8, 2016, para. 305.

### (3) 先行研究における判示の理解の問題

以上に示された通り、投資仲裁判断においては「効果テスト」は合法的間接収用概念を想定した三分論を前提として補償の要否を判断する基準と捉えられ、一方「性質テスト」は合法的間接収用概念を想定しない二分論を前提として賠償の要否を判断する基準と捉えられている。

このような前提となる理論枠組みの違いにも関わらず、これまでの先行研究においてはこのような理論枠組みの違いは意識されず、「効果テスト」と「性質テスト」はいずれも合法的規制措置と間接収用を区別する基準であると捉えられ議論されてきた。「性質テスト」において補償義務を負わない規制と区別される措置は違法な措置であるにも関わらず、本来合法的措置である「収用」という用語が依然として用いられ、収用禁止規定の枠組みで議論されてきた。二分論と三分論という枠組みの違いは十分に認識されてこなかった。このような理論枠組みの相違を認識しない「効果テスト」、「性質テスト」という両基準の区分とネーミングは、問題の本質を見落としており妥当ではない。このような理解では、いずれの理論枠組みが妥当であるのかが検討されることはなく、いかなる具体的な区別基準が妥当であるのかを理論的に同定することができない。

投資仲裁判断における理論枠組みの違いを認識し、いずれの理論枠組みが妥当であるのかを検討することなしに、間接収用をめぐる問題の解決は見込めない。

## 3. 本稿の目的

以上のような投資仲裁判断における二分論と三分論という理論枠組みの相違に照らせば、国家が規制措置としてとったいかなる措置に対し賠償（二分論）、あるいは補償または賠償（三分論）義務を負うのかを判断する基準を明らかにするためには、合法行為たる間接収用概念が国際法上想定し得るか否かを検討しなければならないこととなる。しかしながら、投資仲裁判断は必ずしもその必要性がないことから、なぜ合法行為たる間接収用概念の存在を想定するととらえるのか、あるいは想定し得ないと捉えるのかという根拠を示しておらず、投資仲裁判断を根拠としていずれの立場が妥当であるのかを検討することはできない。

一方、ごく近年の論考において、上記の二分論あるいは三分論の立場から「収用」制度に対する一定の理解を示し、その「収用」制度理解と整合的な区別基準を提示するものが見られる。このような論考として、本稿では、Arnaud de Nanteuil、濱本正太郎、Sabrina Robert-Cuendet、Suzy H.Nikiéma の4人の論考を分析対象とする。

具体的には、投資仲裁判断において示された理論枠組みと同じ理解に基づいて区別基準



を論じるこれら4人の論考を検討することにより、投資仲裁判断の分析では明らかにすることができない、いかなる根拠により二分論と三分論のそれぞれの理論枠組みを支持するのかという根拠がどのように理解されているのかを探る。そしてそのような根拠と区別基準との関係を明らかにすることにより、特定の事案において国家が補償あるいは賠償支払い義務を負うのか否かを判断する基準を同定するために問われなければならない問題は何かを明らかにすることが本稿の目的である。

そのために、以下では4人の論考について収用制度の理解と区別基準との関係についてまとめたのち、それぞれについて評価を加える(Ⅱ.～Ⅴ.)。そして、二分論と三分論の理論枠組みの相違からどのような理解の相違が生まれるのか、その意義を検討する(Ⅵ.)。最後に、間接収用に関する問題の本質は何かを示し、今後の課題を明らかにする(Ⅶ.)。

## II. Nanteuil

Nanteuilは、「性質テスト」に分類される判示が示していた、補償が必要とされない国家の正当な規制措置と区別されるのは賠償が必要とされる違法な措置である、という二分論の理論枠組みを提示する。このような二分論に基づくために、彼は金銭(賠償)支払いの要否を判断する基準は措置の違法性であると捉える。以下では、まず彼が国際法上の収用という制度をどのように捉えているかを明らかにし、区別基準論との関係を検討する。

### 1. 収用制度の理解

#### (1) 直接収用と間接収用の関係

収用の効果として、彼は2つの要素を挙げる。第一に財産権の移転(*transfert*)であり、第二に財産権の剥奪(*dépossession*)である<sup>20)</sup>。彼は、ある措置が収用と「同等である(*équivalent*)」と見なされるためにこれらの効果のうちいずれが、あるいは双方が必要とされるのかという観点から分析を行っている。

まず、財産の移転については、例えばフランスの行政法における収用の定義のように、私人の所有権を国家が取得すること(*acquisition*)により行使される国家の権利であるという収用の定義は、ある時代までは国際法においても広く支持されていたという<sup>21)</sup>。

20) Arnaud de Nanteuil, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Editions A. PEDONE, Paris (2014), p.44.

21) *Ibid.*, pp.45-48.

このように収用を所有権の取得と捉える学説は、収用に対し補償を支払わなければならない根拠を所有権の移転に求める。例えば、Nanteuil が引用する Bindschedler は国家が補償を支払う措置は国家あるいは国家が指名した第三者の便宜のために権利を移転する措置であり、このような措置が収用、国有化、農地改革等と呼ばれていると述べる<sup>22)</sup>。Nanteuil は収用を所有権の取得と捉える説は投資仲裁判断によっても支持されていると述べる<sup>23)</sup>。そして、このような伝統的収用概念は二国間投資協定に基づく投資に関する紛争が爆発的に増える以前に発展した国際判例においても支配的であるという<sup>24)</sup>。

彼は収用を所有権の取得と捉える立場を「伝統的収用理解」と呼び、近年の間接収用理解と対比させて理解している。このような対比において用いられている点から、伝統的収用理解とは直接収用のことを指していると捉えて問題ないであろう<sup>25)</sup>。

彼は、以上のような伝統的収用概念に対し、間接収用は第一に権利の剥奪 (privation de droit) であるという<sup>26)</sup>。学説及び判例においても間接収用について財産の移転とは無関係の定義が支持されていることが根拠として挙げられている<sup>27)</sup>。

Nanteuil は Nouvel の「同等関係 (relation d'équivalence) は同一関係 (relation d'identité) ではない」という指摘を評価し、これにより「間接収用」という表現はすべての点において収用と同一の効果、特に国家による取得 (appropriation) を想定していないと捉えることが可能であると述べる<sup>28)</sup>。すなわち、直接収用という制度は国家による財産権の取得が生じるものであるが、間接収用の場合にはそのような取得は生じない。このような意味において、彼は実際には間接収用概念は収用に関する特殊な捉え方に立脚しており、より伝統的な捉え方から離れる傾向にあると述べている<sup>29)</sup>。

そして彼は、二国間投資協定においては間接的な措置が直接収用・国有化とともに「収用」という一般的な用語の下に同一の規定に置かれているが、実際には「合法的間接収用」という例を想定することは困難であるという<sup>30)</sup>。環境保護のような国家による多様な措置が間接収用を理由に訴えられているが、原則として国家は投資家に損害を与える意図はなく、全く別の公目的を追求しているのであるから、影響を受けるあらゆる名宛人に経済的補償

22) Rudolf L. Bindschedler, "La protection de la propriété en droit international public," *Recueil des Cours - Académie de Droit International*, Vol. 90, 1956 ( II ), p.211. Emphasis original.

23) *Supra* note 20, p.48.

24) *Ibid.*, p.49.

25) Nanteuil は収用と国有化を区別しないと述べており、その意味では伝統的収用には国有化も含まれる (*Ibid.*, pp.13-16.).

26) *Ibid.*, p.50.

27) *Ibid.*, pp.54-55.

28) *Ibid.*, p.55.

29) *Ibid.*

を与えなければならない根拠が存在しないという<sup>31)</sup>。間接収用はまったくもって投資を剥奪することを意図しない国家の行為によって生じた事実状況であり、「剥奪」はより一般的な行為の事実上の結果に他ならない<sup>32)</sup>。これに対し収用とは、国家が明確に剥奪（一般に、この文脈では「取得」）を追求する法手続きである<sup>33)</sup>。二国間投資協定に定められた収用の合法性要件は、間接的に剥奪を行う国家が補償を支払って所有者から個別に財産を奪取するという権利を行使することを完全に意識していることを前提としているが、このような想定は収用では成り立っても間接収用では成り立たない<sup>34)</sup>。

よって、間接収用の場合に国家が負う金銭支払義務の根拠は、国際違法行為に基づくものの以外ではあり得ない<sup>35)</sup>。

したがって、Nanteuil は伝統的収用（直接収用）と間接収用を性質の異なる概念と捉えていることがわかる。伝統的収用は国家による所有権の取得を伴い国家に利得を生むが、間接収用はそのような権利の移転や利得を伴わない権利の剥奪である。

## (2) 収用に対する補償の根拠

以上に示されたように、彼は国家による所有権の取得を伴う伝統的収用に対しては補償義務が生じるものの、所有権の移転が生じない間接収用に対しては国家による措置が違法性を伴う場合にのみ、賠償義務を負うと理解する。したがって、収用に対し補償が必要とされるのは、国家が所有権を取得するからである。よって、Nanteuil は収用を補償を支払って私人の財産権を移転する制度であると理解しているといえる。

そして、財産権の移転を伴わない剥奪たる間接収用に対して補償を支払わなければならない根拠は存在しない。したがって、財産権の移転を伴わない単なる剥奪は補償義務を生じず、国家は規制措置により投資家の財産権を剥奪したとしても補償義務を負うことはない。

## (3) 理論枠組み

Nanteuil は間接収用を権利の剥奪であると捉え、間接収用には補償を支払うべき根拠が存在せず、補償を支払って合法となる「合法的間接収用」という例を想定することは困難であると述べる。よって、間接収用の場合には問題となる措置が国際違法行為であること

30) *Ibid.*, p.156.

31) *Ibid.*

32) *Ibid.*, p.159.

33) *Ibid.*, p.160.

34) *Ibid.*, p.161.

35) *Ibid.*, p.164.

によつてのみ賠償義務が発生する<sup>36)</sup>。彼の理解では、「間接収用」という概念のもとで補償の支払いを必要とする措置はすなわち違法な措置であり、その場合に支払われるのは補償ではなく賠償である。

以上のような彼の理解に則れば、「間接収用」であると投資家が訴える国家の措置は、仲裁廷によつて、補償・賠償義務を負わない合法的な規制措置か、あるいは賠償支払い義務を負う違法な措置のいずれかに該当すると判断されることになる。この判断がなされる際に問題となるのは、合法的な措置に対して支払われる補償の要否ではなく、違法な措置に対して支払われる賠償の要否である。

したがって、Nanteuil は「間接収用」に関する問題を、合法的な規制措置と違法な規制措置という2つの概念の区別の問題として捉えているのである。

## 2. 区別基準

### (1) 賠償要否認定基準

Nanteuil は、剥奪があったからと言って必ずしも国家が責任を負うことを意味せず、剥奪が発生したならば、国家がそのような事実状況を作るに至った方法を検討しなければならない<sup>37)</sup>と述べ、投資家の財産権を剥奪する効果を有する国家行為がどのように実施されたか、すなわち国家行為が違法性を含んでいるか否かをいかに判断するのか、という検討に大部分が割かれている。

### (2) 「効果テスト」、「性質テスト」との関係

まずは Nanteuil 自身が従来の通説的理解である「効果テスト」・「性質テスト」をどのように捉えているのかを述べる。Nanteuil は、従来の学説を「効果テスト」・「性質テスト」の二項対立ではなく、「効果テスト」・「性質テスト」・「状況の総体的評価を行うテスト（効果と措置の性質の両方を考慮するテスト）」の3つの説が対立していると捉える<sup>38)</sup>。このような3つに分類されるのは、彼が「性質テスト」を「一定の措置を、その目的の重要性から、アプリアリに間接収用に該当しないと捉える説」と理解するためである<sup>39)</sup>。すなわち、彼は「性質テスト」を、国家が公目的に基づいて行った措置であればアプリアリに収用該当性を否定されるとする説であると捉える。実際にはそのような極端な説を支持する

---

36) *Ibid.*, p.164.

37) *Ibid.*, p.162.

38) *Ibid.*, p.21.

39) *Ibid.*, p.26.

論者はおらず、「性質テスト」と通常呼ばれる説は措置の効果が基準として重要な役割を果たすことは認めた上で効果が唯一の基準となることを否定するものであり<sup>40)</sup>、Nanteuil が「状況の総体的評価を行うテスト」と呼ぶ説と等しい。

これら 3 つの従来の学説を、Nanteuil は「自説の法的根拠を特定せず、他説への批判もせず、可能なアプローチを提示するものにすぎない」<sup>41)</sup>と批判している。

Nanteuil の二分論の枠組みに照らせば、補償を要する合法的間接収用は存在し得ないから、「効果テスト」は妥当ではないと理解される。「効果テスト」は国家の利益を考慮に入れず、「効果テスト」が適用されれば国家は規制措置を行うインセンティブを失う<sup>42)</sup>。

Nanteuil 自身は「効果テスト」に分類される判示が三分論を示している点について何も述べていないが、彼の理解に照らせば、以下のような説明が可能である。

現行の投資協定の条文上は「間接収用」は直接収用・国有化と同じ条文に規定されており、条文の解釈としては合法行為たる「間接収用」は存在し得る。しかしながら、投資協定の起草者の想定とは異なり、実際には権利の移転を伴わない措置により、国家が補償を支払って私人の財産権を剥奪するという事態は起こりえない。「効果テスト」に分類される判示も実際には国家による措置の違法性により賠償の要否が判断されたものであり、合法行為たる間接収用に該当することを認めたものではない。したがって、「効果テスト」に分類される判示が示す三分論は投資協定の条文解釈としては存在し得ても、現実にはそのような立場はとり得ない。よって、「効果テスト」に分類される判示が三分論の立場を示した箇所は、実際には法的な意味を持たない。このような理解は、彼が直接収用・国有化と「間接収用」を同一の規定に置くことに対し批判的であった点に照らしても彼の理解と整合的である。

一方、学説上「性質テスト」と位置づけられる説は、合法的間接収用の存在を前提とし、正当な規制と間接収用の区別を論じるものであるから、合法行為たる間接収用概念の存在を否定する Nanteuil の理解に照らせば批判対象となる。Nanteuil の理解では、措置の性

40) Nanteuil は「性質テスト」を支持する論者として、例えば本稿Ⅳ.において詳細に述べる Robert-Cuendet を挙げている。Nanteuil は Robert-Cuendet を批判する根拠の 1 つとして、Robert-Cuendet の理論が侵害の重大性を全く考慮に入れないものであることを挙げている (*Ibid.*, pp.28-29)。しかしながら、本稿Ⅳ.において詳細に述べる通り、Robert-Cuendet の理解は、「ポリスパワーの行使」は収用規定の適用可能性を否定されるものの、措置の目的のみによって責任を負わないことが判断されるわけではなく、「不合理性テスト」に照らして賠償の要否が判断されると論じるものである。「不合理性テスト」において具体的に考慮される基準として、Robert-Cuendet は措置により投資家が被った損害が過剰であるか否かというものも挙げていることから、侵害の重大性を全く考慮に入れない理論とは言えず、侵害の重大性は考慮するものの、補償の要否を判断する基準としてそれが唯一の基準であることを否定するものであると評価できる。

41) *Supra* note 20, p.21.

42) *Ibid.*, pp.24-25.



質は正当な規制措置と間接収用を区別する基準ではなく、合法的な規制措置と違法な措置を区別する基準として機能する。

これに対し、「性質テスト」に分類される判示はまさに Nanteuil が支持する二分論の枠組みを示したうえで、措置の合法性を検討しているものであり、Nanteuil の説と合致するものである。

すなわち、彼は従来の学説のいずれかに自説を位置づけるのではなく、従来の学説を法的根拠を明らかにしないものとして距離を取っているといえる。彼の理論は補償義務の法的根拠を財産権の移転と明示して違法性という基準を提示したものと評価でき、従来の学説の不十分な点を補足したものといえるであろう。

### 3. 評価

以上に示された通り、Nanteuil は違法性のない規制措置に対して補償を支払わなければならない根拠は存在せず、問題となるのは国家の規制措置が違法性を含んでいるか否かであるという理解を示す。したがって、彼は投資協定上の文言に従って間接収用という単語を用いているものの、間接収用を収用とは別の概念、すなわち違法行為として観念しているのである。彼の理解においては、合法的な規制措置と違法な規制措置の二分論が問題とされている。

合法行為たる間接収用概念が想定し得ないことの理論的根拠として、彼が伝統的収用（直接収用・国有化）と間接収用を別の概念としてとらえていることが挙げられる。伝統的収用は所有権の剥奪と移転という2つの効果を有するのに対し、間接収用の場合には所有権が剥奪されるのみであり、移転は起こらない。剥奪それ自身は国家責任を発生させず、私人の財産権を侵害した措置の目的が正当でその実施方法に違法性がないならば、補償を支払わなければならない根拠は存在しない。したがって彼は収用を補償の支払いを条件に私人の所有権を国家に移転する制度であると捉え、所有権の移転を伴わない規制措置は収用ではないと理解する。

Nanteuil は、収用に対して補償が必要とされる根拠を所有権の移転に求め、所有権の移転を伴わない「間接収用」は収用ではなく国家による措置の違法性によって賠償の要否が判断されるとの理解を示す。しかしながら、このような補償の根拠論と違法性という賠償要否認定基準は必然的に結びついているわけではない。

直接収用・国有化に対し補償が必要とされる根拠は所有権の移転であるとする説は Nanteuil も指摘する通り一定の支持を得ている。しかし、そのことをもって権利の移転を伴わない「間接収用」は収用足り得ないと捉えるのは短絡的である。「間接収用」が権利

の移転を伴わなくとも、異なる理由により、補償の支払いを条件に国家の合法的権利として実施できる措置であるという説明が可能であるからである。「間接収用」が所有権の移転とは別の理由により補償の支払いが必要とされる措置であり、そして補償の支払いを条件に合法的措置として実施できるという可能性がないことを説明しなければ、合法行為たる間接収用概念が想定し得ないことを説得的に論証することはできず、したがって違法性によって賠償の要否が判断されるという区別基準論につなげることはできない。

この点につき、彼は権利の移転を伴わない剥奪に対して補償を支払わなければならない根拠は存在しないと述べる。原則として国家は投資家に損害を与える意図はなく、完全に公目的を追求しているのであるから、影響を受けるあらゆる名宛人に経済的補償を与えなければならない根拠が存在しないという<sup>43)</sup>。間接収用はまったくもって投資を剥奪することを意図しない国家の行為によって生じた事実状況であり、「剥奪」はより一般的な行為の事実上の結果に他ならない<sup>44)</sup>。

国家が投資家に損害を与える意図を有さずに公目的を追求する場合に、権利の移転を伴わない剥奪に対して補償を支払わなければならない根拠は、本当に存在しないのであろうか。逆に言えば、国家による公目的を追求する措置が外国人投資家の財産権に損害を与えた場合、公目的を達成するための負担である損害を外国人投資家が負わなければならないのはなぜなのか。

例えば、Waelde と Kolo は、補償の要否を判断する基準の 1 つとして、共同体全体の利益のために投資家に課された「特別な犠牲 (special sacrifice, Sonderopfer)」を挙げ<sup>45)</sup>。この基準に依れば、規制によって共同体全体の利益のために個人に課された特別な犠牲には補償が必要である<sup>46)</sup>。Kolo と Waelde はこの基準を比較憲法的検討により導いており、特にドイツ収用法の核であり、米国最高裁の実行においても適用が見られるという<sup>47)</sup>。

ドイツや米国で採用されている、個人の特別な犠牲に対して補償が必要であると捉える収用のとらえ方であれば、間接収用に該当する事例が想定され得るが、例えばこのような「特別な犠牲」という捉え方は国際法上当てはまらないのであろうか？国際法上この考え方が当てはまらないのであれば、国際法上の収用制度は、各国国内法上の収用制度とは異

---

43) *Ibid.*, p.164.

44) *Ibid.*, p.159.

45) Thomas Waelde and Abba Kolo, "Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law," *International Law and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, Issue 4 (2001), p.845.

46) *Ibid.*

47) *Ibid.*

なるものと理解されるべきであるということであろうか？

Nanteuil の理解に対しては、以上のような疑問が生じる。しかしながら、彼の説明の中に、これらの疑問に対する積極的な反論を見出すことはできない。

### III. 瀆本

瀆本も Nanteuil と同様に二分論の立場を支持し、国家の正当な規制措置と区別されるのは違法な措置であり、間接収用という概念は国際法上無意味であると述べる。

#### 1. 収用制度の理解

##### (1) 収用に対する補償の根拠

瀆本は、国家が直接収用を行う場合には財産の法的権原あるいは所有が何ら違法行為を行っていない所有者（投資家）から国家に移転するため、補償を支払わない直接収用は不当利得（unjust enrichment）を伴うと述べる<sup>48)</sup>。したがって、直接収用の場合には収用行為自体に違法性がなかったとしても補償が必要とされるのである。

このような補償の根拠・性質の理解は、Nanteuil とほとんど同様のものである。Nanteuil は不当利得に言及していないが、瀆本が「不当利得（unjust enrichment）」と呼んでいるのは財産の所有の移転により、国家が私人を犠牲にして利得を得ていることであり、財産権の移転に着目した表現であるから、Nanteuil が支持する補償の根拠と変わらない。

このような補償の性質理解に基づけば、収用という制度は補償の支払いを条件に私人の財産権を国家あるいは国家が指名した第三者に移転し、その法的権原・所有権を得る制度であると理解される。

##### (2) 直接収用と間接収用の関係

直接収用に対する補償義務の根拠は以上のように財産の法的権原あるいは所有の移転とそれに伴う不当利得の発生に求められるのに対し、間接収用の場合には補償義務の理論的根拠は控えめに言っても不明確であると述べる<sup>49)</sup>。投資協定の文言を見るに、ホスト国は

---

48) Shotaro Hamamoto, "Requiem for Indirect Expropriation: -On the Theoretical and Practical Uselessness of a Contested Concept-," Doc. PILAGG e-series/IA/1 (2012), pp.2-3.

49) *Ibid.*, p.3.

合法的な直接収用に対して補償義務を負い、間接収用の場合には問題となる措置が直接収用に「等しい (equivalent)」ために、合法的な行為によって惹起された損失に対し補償義務を負うとするのが通常の意味であるが、間接収用は「収用された」財産の法的権原や所有の移転を伴わず、不当利得を生じないという<sup>50)</sup>。

以上のような財産権の法的権原・所有の移転を伴わない「間接収用」に対する国家責任に関して、彼は投資仲裁判断を詳細に分析し、本案 (liability)、補償額の観点から、「間接収用」は公正衡平待遇違反に過ぎないことを示す。

まず本案について、間接収用が認定されたほとんどすべての投資仲裁事案において、仲裁廷は間接収用とともに公正衡平待遇違反を認定しており、間接収用とともに公正衡平待遇違反が認定されなかったのは公正衡平待遇条項が存在しない、申立人が公正衡平待遇条項違反を申し立てなかった、あるいは間接収用が存在することについて両当事者が合意しており詳細な議論が不要であった、という例外的な場合に限定されているという<sup>51)</sup>。逆に間接収用が認定されなかった事案については、国家行為により投資家が被った財産の侵害が「収用」と特徴づけられるほど重大なものではなかった、適用可能な投資協定により保護される投資が存在しなかった、ホスト国の行為が公権力の行使ではなかったというような、仲裁廷が問題となる国家の措置の正当性を検討する必要性がなかった事案と、投資家の財産の重大な剥奪は認定したが、問題となる国家行為を「国際的に合法」、「恣意的、差別的であるとは言えない」、「慣習国際法により認められた規制行為の許容範囲外にあたらない」と認めた事例があると説明する<sup>52)</sup>。そして、近年の投資仲裁判断は間接収用と公正衡平待遇違反を同一視する傾向にあると結論付ける<sup>53)</sup>。

次に間接収用が認定された際の補償額についても投資仲裁判断を分析し、「間接収用」の場合にも公正衡平待遇違反の場合と同様にホルジョウ工場フォーミュラ (救済 (reparation) は、可能な限り違法行為の結果を拭い去り、あらゆる蓋然性においてその行為がなければ存在したであろう状態を回復することである) を適用しているという<sup>54)</sup>。したがって、「間接収用」と呼ばれる措置は実際には公正衡平待遇違反、すなわち違法な措置であり、「収用」たり得ない<sup>55)</sup>。

直接収用は国家の権利として認められている合法的な措置、間接収用は「収用」と呼ばれ

50) *Ibid.*, pp.3-4.

51) *Ibid.*, pp.5-6.

52) *Ibid.*, pp.15-17.

53) *Ibid.*, pp.17-18.

54) *Ibid.*, pp.21-26.

55) したがって、以下本稿において Nanteuil と瀆本の理解における「間接収用」意味する際には、その内実が収用ではないという二人の理解に照らして、カギカッコ「」付きの「間接収用」と表記する。

るもののその内実は違法な措置であり、両者は法的性質の異なる概念であると理解されている。このような理解から、彼も Nanteuil と同様に間接収用が直接収用と同じ条文に規定されていることを批判している。彼の理解によれば「間接収用」と呼ばれる措置は実際には公正衡平待遇義務違反であるから、彼は公正衡平待遇義務規定が存在するならば、「間接収用」に関する規定は不要であると述べている<sup>56)</sup>。

### (3) 理論枠組み

以上に示されたように、彼は「間接収用」と呼ばれる措置はすなわち公正衡平待遇義務違反であると論じる。したがって、国家の正当な規制措置と区別されるのは公正衡平待遇義務違反である措置、すなわち違法な措置であるということになり、Nanteuil と同様の二分論の立場を取っているといえる。二分論の立場に基づけば問題となるのはいかなる場合に賠償が必要となるのかという賠償要否認定基準のみであり、もはや補償要否認定基準がなにであるかという点は問題にはならない。

## 2. 区別基準

### (1) 賠償要否認定基準

上記の二分論に照らせば、賠償の要否を判断する基準は問題となる措置が公正衡平待遇義務に違反しているか否かに求められることとなる。公正衡平待遇義務違反はすなわち違法行為であるから、瀧本も Nanteuil と同様に金銭（この場合賠償）支払い要否を判断する基準を問題となる措置の違法性に求めているといえる。Nanteuil は違法性の中身を具体的な投資協定上の他の義務と結びつけることはなかったが、瀧本は違法性を公正衡平待遇義務違反と同一視する点に両者の違いがあるといえる。

### (2) 「効果テスト」、「性質テスト」との関係

瀧本は、「今日では、いわゆる『効果テスト』を支持する論者や仲裁廷を挙げることは困難である」<sup>57)</sup>と述べ、Dolzer が分類した「効果テスト」が実際には支持者が存在しないことを指摘している。彼の理解に基づけば、本稿 I. 2. (1) で挙げた「効果テスト」に分類される判示も、実際に金銭支払い義務の有無を判断する際には国家による措置の違法性が存在したことが勘案されており、厳密な意味で「効果テスト」の立場を取ったと評

---

56) *Supra* note 48, p.28.

57) *Ibid.*, p.5.



価できる判示は存在しないということになろう。そして、本稿 I. 2. (1) で挙げた「効果テスト」に分類される判示が三分論の枠組みを提示していることに対しては、Nanteuil と同様に妥当ではない、あるいは意味がないと評価するであろう。

「性質テスト」と自説の関係については彼自身は何も述べていないが、彼が間接収用概念は無意味であると述べていることに鑑みれば、学説において理解されているような、間接収用の存在を前提として間接収用と正当な規制措置を区別する基準として措置の性質を考慮するという「性質テスト」からは距離を取っているといえる。

一方「性質テスト」に分類される判示が示していた二分論の立場はまさに彼の立場と同様のものであり、また彼が投資仲裁実行の分析から結論を導いていることから、彼の立場は「性質テスト」に分類される判示を支持するものであると評価できよう。

### 3. 評価

瀧本は、補償の性質を財産の法的権原・所有の移転とそれに伴う不当利得の発生という結果に対し支払われるものという立場を取るために、財産の法的権原・所有の移転を伴わない「間接収用」と呼ばれる現象の「収用」性を否定し、投資協定紛争において「間接収用」であると訴えられる国家の措置はいかなる金銭の支払いも必要とされない国家の正当な規制措置か、賠償が必要な違法な措置のいずれかに該当するという二分論の立場を取る。したがって、賠償要否認定基準は Nanteuil と同様に国家による措置の違法性に求められるが、投資仲裁実行からこの場合の違法性とはすなわち公正衡平待遇義務違反であると結論付ける。

瀧本は「間接収用」に対し補償を支払わなければならない根拠がないことを明言しているわけではないが、合法行為たる間接収用概念を想定することは無意味であると述べていることから見て、合法的な措置に対して支払われる補償を支払わなければならない根拠は存在しないと捉えていると解される。

このような瀧本の理解は基準となる措置の違法性の具体的内容を公正衡平待遇義務違反と位置づける点を除いては Nanteuil と同様の理解であるため、II. 3 で述べた Nanteuil に対する評価が瀧本に対しても妥当し、国家の合法的な措置により投資家に対して権利の移転を伴わない損害を与えた場合に補償を支払わなければならない根拠が本当に存在しないのかについて、詳細な検討が必要となる。例えば、「特別な犠牲」といった収用制度理解は妥当ではないのか、妥当ではない根拠は何か。仮に直接収用に対し補償を支払わなければならない根拠が権利の移転とそれに伴う不当利得の発生であるとしても、間接収用に対し補償を支払わなければならない別の根拠が存在する可能性はないのか。

仮に間接収用に對し補償を支払わなければならない根拠が存在するならば、合法行為たる間接収用に該当するが公正衡平待遇義務違反には当たらない措置が理論上存在するので、投資協定における間接収用規定は無意味であると評価されないこととなる。

また、瀧本は直接収用に對して補償を支払わなければならない根拠を権利の移転とそれに伴う不当利得の発生であると捉えるが、そのような補償義務の根拠を支持する論者や判示を挙げておらず、直接収用に對する補償義務の根拠は本当に権利の移転とそれに伴う不当利得の発生であると理解されるのかについても疑問を抱かせる。

以上の点から、瀧本の説明は簡潔にすぎると評価できよう。

## IV. Robert-Cuendet

Nanteuil と瀧本が間接収用をめぐる問題について、合法的な規制措置と違法な規制措置という二分論を提示するのに対し、Robert-Cuendet は現行制度の解釈として合法的な規制措置、間接収用、違法な規制措置、という三分論が妥当することを示す。彼女は Nanteuil, 瀧本とは異なる収用制度の理解を示している。

### 1. 収用制度の理解

#### (1) 収用に對する補償の根拠

Robert-Cuendet は、国家は収用を行う際に補償の支払いを条件として自らの権利を行使しているのであり、このような補償は投資家が損害を被ったという事実によってのみ正当化され、ある種の「無過失補償」を想起させるものであると述べる<sup>58)</sup>。すなわち、Nanteuil と瀧本が補償の根拠を財産権の移転に求めるのに対し、Robert-Cuendet は財産権の移転ではなく投資家が損害を被ったという事実を求める。

Robert-Cuendet はなぜ国家の合法的な措置により投資家の被った損害に對し補償が必要とされるのかについて詳細に述べていないが、収用を財産権の移転の有無にかかわらず損害を被った私人に對し補償を与える制度であると理解しているといえる。

#### (2) 直接収用と間接収用の関係

Robert-Cuendet も Nanteuil と同様に、直接収用と間接収用の間に共通点と相違点が存

---

58) Sabrina Robert-Cuendet, *Droit de l'investisseur étranger et protection de l'environnement – Contribution à l'analyse*

在することを認めている。直接収用が行われる際には、投資家の財産の剥奪効果、財産の所有権を移転するという国家の意図、所有権の喪失、という3つの基準すべてが満たされるが、間接収用は財産を剥奪するという国家の意図がなくとも、所有者が所有権を失うことがあり得る<sup>59)</sup>。Nanteuilは財産の剥奪効果そのものに対して補償義務が生じることを否定するのに対し、Robert-Cuendetは(1)で述べた通り補償は投資家が被った損害に対して支払われるものだという理解を示している。

Nanteuilと瀆本の理解では、直接収用に対し補償を支払わなければならない根拠は財産権の移転であり、間接収用の場合にはそのような財産権の移転が生じないため、直接収用と間接収用が同じ条文に規定されていることは理論的に不整合であると理解されていた。これに対し、Robert-Cuendetは収用に対する補償を財産権の移転の有無にかかわらず投資家が被った損害に対し与えられるものであるという理解を示すから、いずれも投資家が損害を被る直接収用と間接収用が同じ条文に規定されていることは、理論的な問題を生じない。

したがって、Robert-Cuendetは、直接収用と間接収用は理論上同様の概念であると理解していると解することができる。

### (3) 理論枠組み

Robert-Cuendetは、措置の正当な目的を合法性要件として規定するという投資協定の条文の構造から、収用条項は第一に効果によって収用の有無を認定し、この第一段階により収用が認定されたときのみ条文に定められた条件が満たされているかを判断する、という二段構造を示していると述べる<sup>60)</sup>。したがって、彼女は条文上「補償が必要とされない合法的な規制措置」・「補償が必要とされる間接収用」・「賠償が必要とされる違法措置」の三分論の理論枠組みがとられていると認識している。

## 2. 区別基準

### (1) 収用規定と「ポリス・パワーの行使」

Robert-Cuendetは、環境規制措置はいかなる補償義務も負わないことを説明するために、「ポリス・パワー」という概念が伝統的に用いられてきたと述べる<sup>61)</sup>。「ポリス・パワー

*de l'expropriation indirecte*, Nijhoff (2010), pp.106-107.

59) *Ibid.*, pp.142-143.

60) *Ibid.*, pp.186-188.

61) *Ibid.*, p.255.

の行使」という概念は元々米国の国内裁判において用いられてきた概念であるが、論者によってその意味するところは多様である。Robert-Cuendet 自身も「ポリス・パワーの行使」に明確な定義を与えているとは言えない。しかしながら彼女は、「ポリス・パワー」のより正確な内容を引き出すために、米国の最高裁判所において用いられてきた「一般福祉に対する有害な活動の規制という目的のために実施される予防的権利」というアプローチから着想を得ることができ、環境保護措置が問題になるときこのアプローチの利点は明らかであると述べる<sup>62)</sup>。このアプローチを採用すれば、国家の規制措置は財産権に与えた効果のみではなく、当該干渉を正当化する財産の性質を考慮して判断されることとなる。彼女はこのようなアプローチの有用性を述べるものの、「ポリス・パワー」の定義は容易ではないままであるという。しかしながら、「ポリス・パワー」の本質的な関心は、このような権限の名において適用された措置の結果に国家が補償義務を負わないという原則に訴えることであり、この原則は逆に、経営者、すなわち外国人投資家はその結果を甘受しなければならないことを示しているという<sup>63)</sup>。このような記述から、彼女が「ポリス・パワー」と呼ぶ権限の行使の正確な範囲は明らかではないものの、少なくとも「有害な活動の規制」が「ポリス・パワーの行使」に含まれると捉えているということは間違いない。

以上のような「ポリス・パワー」の理解に基づき、彼女は「ポリス・パワー」例外に訴えることの本質的な重要性は、投資がもはや保護の対象ではなく規制の対象として見なされるという点にあると述べる<sup>64)</sup>。「ポリス・パワー」が適用可能であるのは、所有権に内在する制限によるものであるという<sup>65)</sup>。投資はホスト国の経済的、社会的、環境的発展に貢献する限りにおいて保護を与えられており、そのような投資の社会的価値により均衡のとれた干渉が可能になる<sup>66)</sup>。国家はこのような干渉をいかなる責任も負うことなく行うことができる<sup>67)</sup>。

しかしながら、Robert-Cuendet は「ポリス・パワーの行使」であればいかなる干渉も正当化されると考えているわけではない。「ポリス・パワーの行使」が問題となるとき、国家が「ポリス・パワーの行使」という権限を濫用した措置を実施していないかが問題の本質であるという<sup>68)</sup>。したがって、「ポリス・パワーの行使」が問題となる場合には当該措置の「不合理性」が問題になるとして、議論の中心はいかなる措置が「不合理」である

62) *Ibid.*, pp.257-258.

63) *Ibid.*, p.259.

64) *Ibid.*, p.272.

65) *Ibid.*, p.273.

66) *Ibid.*

67) *Ibid.*, p.275

68) *Ibid.*, p.273.

のか、という点に移っていく<sup>69)</sup>。「不合理性テスト」を満たさない措置に対して与えられる補償は、収用の条件としての補償ではなく、国家責任法に基づく賠償 (réparation) であるという<sup>70)</sup>。このような「不合理性テスト」は国家が規制と称して差別的、恣意的な措置によって投資家の財産権を侵害することから投資家を保護するためのものである。

よって、有害活動の取締である「ポリス・パワーの行使」が問題になるとき、当該措置の評価に付随する制限はアプリアリに質的なものであり、収用規定によってその適用が規定される量的制限ではない<sup>71)</sup>。言い換えるならば、国家が「ポリス・パワーの行使」として行った措置については、投資協定上の収用規定の適用範囲からアプリアリに排除されるから「効果テスト」は適用されずに「不合理性テスト」に照らして判断され、当該「ポリス・パワーの行使」が「不合理」である場合に賠償義務を負うこととなる<sup>72)</sup>。「効果テスト」が適用されることはないから収用該当性判断は行われず、したがって国家が補償義務を負うことはない。

以上に示されたように、Robert-Cuendet は目的が投資家に対する制裁である措置 (=「ポリス・パワーの行使」である措置) はそのこと自身によって投資協定上の収用規定の適用範囲からアプリアリに除かれるという理解を示すが、一見した目的が規制である措置 (mesure dont l'objet *prima facie* est la réglementation dans l'intérêt général) についても「ポリス・パワーの行使」と同様に収用規定の適用範囲から除かれるべきであるという立法論を提示する<sup>73)</sup>。

## (2) 補償要否認定基準

「ポリス・パワーの行使」については「不合理性」によって判断される賠償の要否のみが問題になるが、Robert-Cuendet は既存の投資協定の解釈としては「効果テスト」に照らして収用該当性が判断されることを認めている<sup>74)</sup>。したがって、「ポリス・パワーの行使」

69) 「不合理性 (deresonnable)」の具体的な中身に関しては、*ibid.*, pp.307-357.

70) *Ibid.*, pp.302-303.

71) *Ibid.*, p.274.

72) 以上のような「ポリス・パワーの行使」に加え、彼女は環境規制を「ポリス・パワーの行使」と捉える (*Ibid.*, pp.268-269.)。したがって、彼女の関心である環境規制は間接収用該当性ではなくその「不合理性」が問題となるとして、これ以降の検討の重点は「不合理性」の具体的同定方法に置かれている。「不合理性」の具体的内容については、以下 (3) において説明する。

73) *Ibid.*, p.275. 注 72 において述べた通り、彼女は環境規制を「ポリス・パワーの行使」と捉えており、かつ彼女の関心は文献のタイトルの通り外国人投資家の権利と環境保護であるから、このような立法論は彼女の関心の中心ではないといえ、多くの記述があるわけではない。このような彼女の立法論については以下 3. 評価において詳しく述べる。Nanteuil はこのような Robert-Cuendet の記述から彼女を Nanteuil がいうところの「性質テスト」の立場を支持する論者と分類しているということが予想される。

74) *Ibid.*, pp.184-185.



に該当しない措置，すなわち有害活動の取締を目的としない措置は，投資家の財産権に与えた効果の程度をもって収用該当性が判断されることになる。

逆からいえば，現行制度上，「ポリス・パワーの行使」に該当しない措置であっても，すなわち国家による措置が有害活動の取締に該当しない場合であっても（投資活動になんら有害性がない場合であっても），投資家に与えた損害の程度が低い措置は補償義務を負わない合法的な規制であると Robert-Cuendet は理解しているといえる。

### (3) 賠償要否認定基準

一方，「ポリス・パワーの行使」に該当する措置については，「不合理性テスト」に照らして賠償の要否が判断される。賠償義務を負わない「合理的」な措置とは，国家の通常の干渉の結果であること，恣意的でも差別的でもないこと，国家が追求する目的が正当で誠実であるため，予測可能な措置であること，適切な手段の実施であること，国家による均衡的な干渉を構成すること，という要件を満たす措置のことである<sup>75)</sup>。このような要件を満たさない「不合理」な措置は，言い換えれば違法な措置であるとも表現できよう。

### (4) 「効果テスト」，「性質テスト」との関係

Robert-Cuendet の示した区別基準は，「効果テスト」あるいは「性質テスト」とどのような関係にあるのであろうか。

まず「効果テスト」について，彼女は現行制度の解釈として「効果テスト」が妥当していると理解している。その上で，「効果テスト」を問題となる措置の性質を全く考慮に入れない区別基準であると捉え，彼女の関心である環境規制について議論する際には不十分であると論じる<sup>76)</sup>。

そのような不十分性を克服するために Robert-Cuendet は「ポリス・パワー」という概念を持ち出すのであるが，「ポリス・パワーの行使」が問題になる際には収用該当性はもはや問題にならず，「不合理性テスト」に基づいて賠償の要否が判断されることになる。(3)において述べた通り，「不合理性テスト」の具体的内容を見ればそれは措置の違法性を問題にしているものとも表現できるから，「ポリス・パワーの行使」が問題になる際には合法的な措置と違法な措置の区別が問題になっているといえる。したがって，このような区別は「性質テスト」に分類される判示が示していた理論枠組みと同様のものである。

要約すると，Robert-Cuendet は，「効果テスト」に照らして補償の要否が判断されるも

---

75) *Ibid.*, pp.307-357.

76) *Ibid.*, pp.190-191.

の、収用該当性が問題にならない「ポリス・パワーの行使」に該当する措置の場合には、「性質テスト」に照らして賠償の要否が判断されると理解しているといえる。

### 3. 評価

Robert-Cuendet は、「ポリス・パワーの行使」を米国最高裁判例の定義から着想を得て、有害活動の取締、制裁措置を念頭において議論しているといえる。そして、環境保護規制が問題となる場合として有害活動の取締を想定していると言え、そのような環境規制措置は収用規定の適用可能性をアプリアリに否定されるから間接収用との関係はもはや問題としない。したがって彼女の論点は当該環境規制措置に「不合理性」があるか否かという点に移っていく。彼女自身も述べているように、この場合に問題となるのは補償ではなく賠償であるから、結局 Robert-Cuendet も瀧本と Nanteuil と同じく賠償の要否を判断する基準について論じていることになる。

しかしながら、Robert-Cuendet が Nanteuil、瀧本と異なるのは、その理論構成である。Nanteuil と瀧本は直接収用に対して補償が必要とされる根拠を財産権の移転に求めるため、そのような財産権の移転を伴わない「間接収用」は理論上収用たり得ず、合法的間接収用の例を想定することはできない (Nanteuil)、あるいは「間接収用」という概念は無意味である (瀧本) と述べる。したがって、Nanteuil と瀧本にとっては、「間接収用」が直接収用・国有化と同じ条文に規定されている現行の投資協定における収用制度は、理論的な不合理性を内包するものであると評価される。これに対し、Robert-Cuendet は収用は財産権の移転に対してではなく、私人が被った損害に対して補償を支払う制度であると捉えるから、現行の条約は理論的な不合理性を内包するものとは評価されない。しかしながら彼女は、有害活動の取締たる「ポリス・パワーの行使」は収用規定の適用可能性をアプリアリに否定されるという原則が、一見した目的が一般利益に基づく規制であるあらゆる措置に適用されるべきであると述べ<sup>77)</sup>、直接収用と間接収用を区別なく規定する現行の投資協定の条文を批判する<sup>78)</sup>。すなわち、彼女は一見した目的が一般利益に基づく規制であるあらゆる措置について収用規定の適用可能性をアプリアリに否定されるべきであると捉えるのであり、このように考えるならば国家による規制措置が問題になるとときには常に「不合理性テスト」により賠償の要否が判断されることとなり、合法的規制措置と違法な規制措置の区別を問題とする二分論を立法論として支持しているといえる。

77) *Ibid.*, p.275.

78) *Ibid.*, p.305.

しかしながら、Nanteuil と瀨本が現行の収用規定を批判する理論的な根拠を示しているのに対し、Robert-Cuendet は十分に説得的な根拠を示しているとは言えない。彼女は、間接収用に関する規定が「偽装された収用 (expropriation déguisée)」から投資家を保護するために挿入されたものであると述べ、そのような例として OECD の 1967 年外国人財産の保護に関する条文草案、NAFTA1110 条を挙げている<sup>79)</sup>。しかし、そのような例示以上の説得的な根拠は挙げられていない。Nanteuil と瀨本の理解に照らせば、財産権の移転を伴わない「間接収用」は収用たり得ないから、「間接収用」に関する規定が「偽装された収用」から投資家を保護することを想定していたということは理論的にも支持される。一方 Robert-Cuendet は「ポリス・パワー」の原則を超えて規制措置一般に対して収用規定の適用可能性をアプリアリに否定されるという理論的根拠を示していない。

もちろん、Robert-Cuendet の関心は文献のタイトルが示す通り外国人投資家と環境保護にあり、環境規制の場合にどのように判断がなされるかを明らかにすることに焦点が当てられている。Robert-Cuendet が「汚染者負担の原則」に触れていることから<sup>80)</sup>も、国家が環境規制措置をとるとき、投資家による環境に有害な活動が行われていることを想定しおり、したがって環境規制が「ポリス・パワーの行使」にあたるという認識で議論を進めていることが想定される。

彼女は特定の措置が収用規定の適用可能性を排除されることを示す新たな判示の流れとして、Tecmed 事件、Methanex 事件、Saluka 事件という 3 つの判示を挙げる<sup>81)</sup>。彼女の関心は環境規制にあり、環境規制は「ポリス・パワーの行使」に含まれると彼女が認識していると想定されることは既に述べた通りであるから、彼女の問題関心にこたえるために「特定の措置」の範囲を明確に示したり、有害活動の取締たる「ポリス・パワーの行使」を超えて規制措置一般について「ポリス・パワー」と同様の原則が妥当する根拠を示したりする必要性はない。したがって彼女はこれらの判示が示す内容が規制措置一般について適用されるものなのか否かを明示していないが、Tecmed 事件と Methanex 事件は環境規制が問題になった事案であって「ポリス・パワーの行使」と位置づけられるし、Saluka 事件は銀行業務が問題になった事案であるが、ホスト国の経済状況に対して有害な影響を与える経営を行った銀行に対する干渉と捉えれば、「ポリス・パワーの行使」とであると捉えることが可能である。これらの判示が「ポリス・パワーの行使」は間接収用とみなされないことを確認したものであるとすれば、規制措置一般が収用規定の適用可能性を否定されることの根拠とはならない。

79) *Ibid.*, pp.303-304.

80) *Ibid.*, pp.189-190.

81) *Ibid.*, pp.276-284.

また、彼女は米国やカナダのモデル BIT 等の条約実践も例として挙げるが、これらも上記と同様に「ポリス・パワーの行使」が収用と見なされないことを確認したものであるとの説明も可能であり、規制措置一般について収用規定の適用可能性が排除されることを示すものとは言えない。

したがって Robert-Cuendet は「ポリス・パワーの行使」は収用規定の適用可能性を排除されるという原則が規制措置一般にも妥当することの説得的な根拠を示しておらず、「ポリス・パワーの行使」に該当しない措置、すなわち有害活動の取締ではない（投資家がいかなる有害活動も行っていない）規制措置が間接収用に該当し補償義務を負うという可能性が残るのではないかという疑問を抱かせる。

すなわち、Nanteuil と瀧本が提示する二分論は理論的にも実行上も根拠を有するものであったのに対し、Robert-Cuendet が提示する補償の根拠論では二分論を十分に説明できず、三分論が妥当する余地を残すものとなっていると評価される。

一方で、収用に対して補償が必要とされる根拠を Nanteuil と瀧本のように財産権の移転に求めれば理論的に一貫した説明が可能であるのに Robert-Cuendet がそのような補償の根拠論をとらないことから、現行の収用制度が確立する際に財産権の移転という補償の根拠論は満場一致で支持されたとはいえず、Nanteuil と瀧本が示すほど簡単に支持できる根拠ではないのではないかという疑問も生じる<sup>82)</sup>。

## V. Nikièma

以上のような 3 人の議論に対し、三分論の立場を支持する論者として、Nikièma が挙げられる。

### 1. 収用制度の理解

#### (1) 収用に対する補償の根拠

Nikièma は、収用を国家の主権的権利であると捉え、主権的権利を認める収用条項は第三者に損害 (préjudice) を与えないために備えられていると理解する<sup>83)</sup>。収用権の行使

82) Robert-Cuendet は、ILC における議論で、Amador が唱えた不当利得を収用に対する補償の根拠とする立場が、Amador の後継者である Ago により批判されたと述べている (*Ibid.*, pp.105-106)。

83) Suzy H.Nikièma, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Presses Universitaires des France (2012), pp.16-17.

と損害の発生は一枚のコインの裏表に過ぎず、切り離すことができない<sup>84)</sup>。しかしながら、国家の収用権を認めるならば原状回復のための措置の中止は考えられない<sup>85)</sup>。よって、国家による収用権の行使によって発生した損害は措置の中止によってではなく補償の支払いによって救済されることとなる。そして彼女は、収用自体は合法であると認められているのだから、補償は規則に対する違反に伴うものではなく、収用を実施する条件であると位置づけられるべきだと述べている<sup>86)</sup>。

Nikiéma は国家の収用権の行使により発生するものを権利の移転ではなく損害であると捉えている。そして、合法的行為である収用についてはそのような損害に対する救済として措置の中止を国家に求めることはできず、代わりに補償が損害に対する救済として機能する。したがって Nikiéma も Robert-Cuendet と同様に、収用に対する補償の根拠を権利の移転ではなく私人が被った損害に求めていると解される。よって Nikiéma の理解では、権利の移転を伴わない損害であっても「収用」に該当し得ることになる。

しかしながら Nikiéma は、なぜ合法的措置により私人の財産権に損害を与えた場合に補償を支払わなければならないのか、その根拠については明らかにしていない。

## (2) 直接収用と間接収用の関係

彼女は、「収用」を直接収用と間接収用の双方に共通して適用される法レジームを決定する総称的概念であると捉えている<sup>87)</sup>。すなわち、直接収用と間接収用は収用という共通の特徴を有する収用の下位概念である。直接収用と間接収用は同一の法レジームに服する<sup>88)</sup>。

Nanteuil と瀧本は直接収用と「間接収用」と同じ収用として扱われていることを不合理であるとして批判していたが、直接収用と間接収用が同じ法レジームに服すると捉える Nikiéma にとっては当然ながら批判対象とはならない。

## (3) 理論枠組み

以上のような補償の根拠の理解、直接収用と同一の法レジームに服するものとしての間接収用の理解から、Nikiéma は Nanteuil、瀧本と異なり合法行為たる間接収用という概念の存在を想定した議論を展開していることが示される。

---

84) *Ibid.*, p.17.

85) *Ibid.*

86) *Ibid.*

87) *Ibid.*, p.20.

88) *Ibid.*



したがって、ある国家の規制措置が間接収用に該当するとして訴えられているとき、Nanteuil と瀧本の理解では合法的な規制措置と違法な規制措置の区別（賠償要否認定基準）が問題になったのに対し、Nikiéma の理解では第一に合法的な規制措置と（合法的な）間接収用の区別、すなわち補償要否認定基準が問題となることになる。もちろん、Nikiéma の議論においても合法性要件を満たさない収用は違法措置であると捉えられ、違法な措置と合法的な措置との区別基準、すなわち賠償要否認定基準は補償要否認定基準とは別に考慮されるべきものとして存在している<sup>89)</sup>。

すなわち、Nanteuil と瀧本の議論では賠償要否認定基準によって区別される合法的な規制措置と違法な規制措置の2つの概念の区別のみが問題とされたのに対し、Nikiéma の議論では補償・賠償義務を負わない「合法的な規制措置」・補償義務を負う「（合法的な）間接収用」・賠償義務を負う「違法な規制措置」の3つの概念をいかにして区別するかという点が問題となる。

これら3つの概念の区分のうち、彼女は特に問題となる間接収用と合法的な規制措置の区別基準について論じている。

## 2. 区別基準

### (1) 補償要否認定基準

#### (i) 「垂直的措置」と「水平的措置」

彼女は間接収用に該当する措置を「垂直的措置 (mesures verticales)」と「水平的措置 (mesures horizontales)」の2つに区分し、それぞれについて異なる補償要否認定基準を提示している。まずは垂直的措置と水平的措置の区別について簡単にまとめたい。

垂直的措置とは、特定の投資に向けられた措置であり、当該措置の目的は投資家の当初の状況を変更することである、当該措置により投資は総体として失われる、という特徴を有する措置であり、許認可の取消等の措置が垂直的措置に分類される<sup>90)</sup>。彼女は垂直的措置を「正式でない直接収用 (expropriation directe non formelles)」という結果になる、というように、直接収用とかなり近接した概念であると捉えている<sup>91)</sup>。

これに対し水平的措置とは、第一の目的は投資を収用することではなく、衛生問題、食

89) 賠償要否認定基準は彼女の関心の対象ではなく、多くを語っていないが、合法性要件は間接収用の構成要素と見なされ得ないと述べていることから (*Ibid.*, p.56), 間接収用の構成要素 (= 規制と間接収用を区別する基準) と違法な措置 (= 合法性要件を満たさない措置) を区別する基準は別の基準であると捉えていると理解できる。

90) *Ibid.*, pp.24-27.

91) *Ibid.*, pp.33-34.

料不足、経済・金融危機の抑止、秩序・安全の回復、等のために取られる、政治的、経済的、社会的考慮に基づく措置であり、投資は総体として失われない<sup>92)</sup>。

したがって、例えば環境保護目的の規制についてもその実施様態によって垂直的措置と水平的措置のいずれに分類されるのかが変わる事となる。特定の地域の環境保護を目的として特定の投資家に与えていた許認可を取り消すような場合には垂直的措置、より一般的にある製品の製造を禁止する場合には水平的措置に当たる。

## (ii) 垂直的措置の補償要否認定基準

彼女は垂直的措置の補償要否認定基準として、「効果テスト」を支持している<sup>93)</sup>。「効果テスト」を支持する理由は、彼女が垂直的措置を直接収用とかなり近接した概念と捉えていることに求められるであろう。「性質テスト」の具体的基準としてしばしば挙げられる国家の意図と公目的性が収用の構成要素と見なされない理由として以下のように説明している。

まず、収用を行うという意図については、直接収用の場合は明確に構成要素と考えられており、直接収用と直接的関係を持つ垂直的措置の場合には常にそのような意図が背後に存在する<sup>94)</sup>。すなわち、収用を行うという国家の意図については収用を構成する要素ではなく、常に満たされる基準であるために考慮する必要性がないものと捉えている。この場合、Nikiéma が用いる「収用を行うという意図 (intention d'expropriation)」という表現は直接収用に関する場合は妥当であっても、垂直的措置による間接収用に関しては正確性を欠くものである。例えば特定の地域の環境保全のためにある企業に与えていた許認可を取り消すような場合、国家に「収用措置を行っている」という認識はない。垂直的措置の場合に常に背後に存在するといえるのは、「当該措置により投資家が損害を被ることの認識」程度であろう。

次に公目的性については、投資仲裁が国家の追求する公目的性について判断することが不適切であること、公目的性は収用の合法性要件であって構成要素ではないこと、を基準として考慮しない理由として挙げている<sup>95)</sup>。すなわち、公目的性は収用の合法性要件であり、公目的性を有さずに行われた措置はもはや合法的な規制でも収用でもなく、違法な措置である。

そして彼女は、間接収用と認定されるためには重大な損害 (préjudice substantiel) が必要とされていることについて広く認められている (ただし部分的損害を認める場合もあ

92) *Ibid.*, pp.35-38.

93) *Ibid.*, p.141.

94) *Ibid.*

95) *Ibid.*, pp.148-152.

り、どの程度の損害が必要であるかについては柔軟である) ことを述べた後<sup>96)</sup>、損害が「重大」であるための基準として、Pope & Talbot 事件において示された、「投資の管理権とその利益に対するアクセスが失われなければならない」という基準が広範に認められていることを示す<sup>97)</sup>。

### (iii) 水平的措置の補償要否認定基準

Pope & Talbot 基準は垂直的措置には適用できるものの、水平的措置に対しては適用できないと彼女は述べる<sup>98)</sup>。

そこで水平的措置に対して適用できる基準であると彼女が考えるのが、「再編効果テスト (le critère de l'effect redéployé)」である。この「再編効果テスト」は、①損害の規模、②いかなる権利に対する損害か、③投資活動の合法性、という3つの観点から、垂直的措置に適用される「効果テスト」とは異なる基準であるとされる。

まず①損害の規模について、「効果テスト」においては一部で認められていた部分的損害は、水平的措置による間接収用が問題になる場合には存在し得ない。これは第一に、投資において契約当事者間の関係は複数の法行為によって形成されることが多く、このために異なる法活動は共通の目的を有し、補完的に作用する1つの投資と見なされるという投資の法構造上の理由<sup>99)</sup>、第二に投資においては単一の活動というものが存在せず、それぞれの活動は単一では経済的価値を有するものとして分割することができないために、部分的損害は実際上存在し得ないという投資の実際の構造上の理由<sup>100)</sup>があるためである。

次に、②いかなる権利に対する損害であるのかについては、投資の利用権のみが保護される権利であるという。多くの投資仲裁判断において、投資の利用権に加えて投資の収益権と処分権が保護される権利として言及されているが、そのような事例において問題になっているのは垂直的性質を有する措置であり、垂直的措置により財産権が剥奪された場合に投資家は自己の投資から収益を得ることも投資を処分することもできなくなるのに対し、投資を経済的に無価値になすのみである水平的措置については投資の利用権のみが剥奪されれば十分であるという<sup>101)</sup>。

以上の二点については、「効果テスト」と別の基準というよりは、垂直的措置と水平的措置では「収用に相当する」と認定される損害の具体的基準が異なるということを示しているものであると評価できる。Nikiéma は Pope & Talbot 基準を「効果テスト」の具体

96) *Ibid.*, pp.152-159.

97) *Ibid.*, pp.159-162.

98) *Ibid.*, p.162.

99) *Ibid.*, pp.286-289.

100) *Ibid.*, pp.289-291.

101) *Ibid.*, pp.310-311.

的な基準と捉えているが、事案の具体的状況によって、どの程度の侵害をもって「収用に相当する」と見なすのかという基準は変わり得る。彼女の示す「効果テスト」と「再編効果テスト」の損害の規模といかなる権利に対する侵害であるかという点における相違は、個別の投資家を狙った措置であるか、より一般的な措置であるかによって、「収用に相当する」と認定される際の具体的基準の中身が違うことの指摘に過ぎず、「効果テスト」から本質的に乖離するものではない。

一方、彼女は水平的措置により投資に損害を与えられた場合には、損害を受けた投資活動の合法性が検討されなければならないというが、これは上述の2つの基準とは異なり、「効果テスト」とは別の基準と理解すべきである。投資活動の合法性が基準となるのには2つの理由があり、第一に各国の国内法において定められている、「財産は公序、倫理、人間の健康、環境に対し深刻な害をもたらす方法で利用されてはならない」とする財産権に対する制限が、投資が財産権を前提とすることと、投資は単純な財産権以上に重大な損害をもたらし得るということより、国際法上も認められるという理由、そして第二に、投資仲裁は私人間の商事仲裁と異なり一方当事者が自国領域内の一般利益の保障者である国家であり、公序を考慮しないことは不可能であるという理由による<sup>102)</sup>。

しかしながら、ここで考慮される「公序」とはホスト国の国内秩序を指すのではなく、国際法上の公序のみを意味する。これは第一に、安定化条項がなければホスト国の政府の意のままに国内法は変更され、投資家にいかなる保護も与えられないこと、そして第二に、国家は国際義務違反の正当化として国内法を援用できないことによる<sup>103)</sup>。これはすなわち、(国際法上：筆者註) 違法な投資は収用条項による保護を失うが、国内法上望ましくない投資は重大な損害が認められた際には補償を得る権利を保持しているということである<sup>104)</sup>。これについて、彼女は以下のような例を用いて説明している。国際法において保護も禁止もされていない、賭博、ナイトクラブ、アルコールといった事業が元々許可されていた国において数年後に禁じられた場合、これらの事業は「違法な」投資ではなく「望ましくない」投資に過ぎないが、有害物質の排出を行う事業は国際条約において規制されており、「違法な」投資に当たる<sup>105), 106)</sup>。すなわち、「再編効果テスト」においては国家

102) *Ibid.*, pp.319-324.

103) *Ibid.*, pp.325-326.

104) *Ibid.*, p.326.

105) *Ibid.*, p.326-327.

106) 国家による規制措置が補償義務を負わないと認められるために、当該措置により規制対象となる投資家の投資活動が国際法上その違法性を認められていなければならないのか、それとも国内法に違反する活動であっても国家は補償の支払いなしに規制できるのかという問題は重要な論点であるが、本稿の射程を超えるため、今後の課題としたい。

による措置の性質ではなく、投資の性質が考慮されているのである。

## (2) 「効果テスト」、「性質テスト」との関係

彼女自身も述べる通り、彼女は垂直的措置について「効果テスト」を支持している。

一方、彼女が水平的措置に関して適用されると提示する「再編効果テスト」は、国家による措置の性質ではなく、投資活動の合法性という投資の性質が考慮されており、国家による措置の性質により間接収用と合法的規制措置を区別する「性質テスト」とは異なる基準であると評価できる。

しかしながら、Nikiéma は直接収用・垂直的措置による間接収用と、水平的措置による間接収用で異なる範囲を想定しているといえ、結局のところ「再編効果テスト」も「効果テスト」と相違ないものと評価できる。

直接収用の際には所有権が国家あるいは国家が指名した第三者に移転するため、権利の移転という効果が発生すれば収用と認定されることについては異論はなく、直接収用については「効果テスト」が基準となる。一方、私人の有害・違法行為の取締・制裁として財産権を取得した場合には収用と見なされない。例えば、麻薬取引を行っていた私人から麻薬を押収した場合には、財産の所有権・処分権が国家に移転するものの、収用として国家が補償義務を負うことはない。直接収用と近接した概念と位置づけられ「効果テスト」が適用される垂直的措置についても同様に、私人による違法行為の取締・制裁についてはそもそも収用に該当する措置と見なされない。垂直的措置の例として許認可や契約の撤回が挙げられているが、法令や契約違反に対して許認可や契約を撤回する際に補償を払わなければ当該措置を行えないとは考えられない。また、Nikiéma は垂直的措置の例として財産の差し押さえ、建物の破壊や閉鎖、投資家の追放といった物理的な損害を伴う措置も挙げているが<sup>107)</sup>、これらの措置についても私人による違法行為の取締・制裁の場合に補償を支払わねば実施できない措置であるとは考えられない。例えば、違法建築物の撤去を再三通告したにも関わらず所有者が撤去しない場合に、国家自ら当該違法建築物を撤去したとしても、国家の措置は収用とはみなされない。したがって、直接収用と垂直的措置による間接収用に関しては、私人による違法行為の取締・制裁措置はそもそも「効果テスト」の適用対象に含まれていないと解される。

よって、違法行為の取締・制裁措置がそもそも収用に含まれないのであれば、水平的措置による間接収用を考える際にとりたてて投資活動の合法性を考慮しなければならない理由は存在しない。これはまさに Robert-Cuendet の「ポリス・パワーの行使」の理解である。

107) *Supra* note 83, p.27.



したがって、「再編効果テスト」は①損害の規模、②いかなる権利に対する損害か、③投資活動の合法性、という3つの観点から、垂直的措置に適用される「効果テスト」とは異なる基準であると理解されているものの、①損害の規模、②いかなる権利に対する損害か、は具体的にいかなる「効果」が取用に該当するのかという「効果テスト」の具体的基準が垂直的措置と水平的措置で異なることを示すものであり、③投資活動の合法性については直接取用や垂直的措置による間接取用の場合には取用該当性判断以前の段階で考慮されるものであり、水平的措置による間接取用の場合も同様であるから、水平的措置に関してとりたてて新たな基準として挙げることに法的な意味はない<sup>108)</sup>。

以上の点に鑑みるならば、「再編効果テスト」も「効果テスト」と異なる基準ではなく同様の基準を提示するものであると評価できる。

### 3. 評価

以上に示された通り、Nikiéma は取用に対する補償の根拠を私人が被った損害に求め、直接取用と間接取用を同じ法レジームに服すると捉える。そして、補償の可否を垂直的措置については「効果テスト」、水平的措置については「再編効果テスト」（その内実は「効果テスト」と同様）によって判断するという立場を示す。

Nikiéma のこのような理解に対する第一の評価として、取用に対する補償の根拠論が脆弱である点が挙げられる。補償は損害に対する救済であるという彼女の説明では、なぜ国家の合法的措置により私人が損害を被った際に補償を支払わなければならないのかについての答えにはならない。合法行為たる間接取用概念が無意味ではないことを論証するためには、なぜ合法行為たる間接取用に対し補償を支払わなければならないのか一歩踏み込んだ説明が必要であるが、彼女は間接取用に対し補償が必要とされる根拠があることを説得的に論じておらず、この点につき詳細な検討を要する。

また、「効果テスト」に分類される実行の評価については、Vivendi 事件（第2段階）判示等を三分論の立場を示すものと捉えており<sup>109)</sup>、このような理解は理論枠組みの理解としては妥当であると評価できるものの、Nikiéma はこれらの判示が合法行為たる間接取用概念が肯定されることの説得的な根拠を挙げていない点については沈黙しており、無批判に支持していることは残念である。Nanteuil と濱本の理解に照らせば、現行の投資協定

108) ただし、違法行為の取締・制裁措置が直接取用と見なされないことは当然の前提とされているとしても、間接取用の文脈においてはこの点が意識されていないことに鑑みれば、「効果テスト」と「再編効果テスト」が法的性質としては同一の基準であるとしても、投資活動の合法性を指摘した点は無意味ではない。

109) *Supra* note 83, pp.56-57.

の条文上は三分論の立場が規定されているのであり、Vivendi 事件（第 2 段階）などの「効果テスト」に分類される判示はそのような条文解釈を示したものに過ぎず、実際に間接収用に該当するような事例を想定し得ないからそのような判示内容は無意味であると評価され得る。Nikiéma はこのような評価が妥当しないことを論じていないのである。

一方、Nanteuil と瀨本、そして Robert-Cuendet が提示する二分論は直接収用と「間接収用」を同一の規定に置く現行の投資協定の条文とは整合せず、3 人は条約の改正という立法論を提示するが、Nikiéma の理解は現行の投資協定の条文に沿うものであるとも評価できる。

## VI. 二分論と三分論の相違の検討

Nanteuil と瀨本は収用に対する補償は権利の移転に対して支払われるものであると捉え、したがって権利の移転が生じない「間接収用」は収用ではなく、国家による措置の違法性によって賠償の要否が判断されると述べる。これに対し Robert-Cuendet と Nikiéma は、収用に対する補償は権利の移転ではなく私人の被った損害に対し与えられるものであると捉えるために、Robert-Cuendet の理解では合法行為たる間接収用概念が存在する余地を残し、Nikiéma は合法行為たる間接収用概念の存在を肯定する。

本章においては、このような収用制度の理解の相違からくる二分論と三分論という立場の違いにより、いかなる相違が生じるかについて検討する。

### 1. 二分論と三分論を分かつもの

まず、二分論と三分論の違いにより生じる相違を検討する前に、二分論と三分論の相違がいかなる理解の違いにより生じるものであるのかを検討する。

二分論者と三分論者が提示する基準論の違いは、それぞれの論者が収用制度をどのように理解するか、ひいては収用に対する補償の根拠をいかにとらえるかという点の違いから生じるものである。

Nanteuil と瀨本は、収用に対する補償の根拠を財産権の所有の移転に求め、国家が規制措置により投資家に対し損害を与えたとしても、権利の移転を伴わない国家の合法的措置に対して補償を支払わなければならない根拠は存在しないと考える。一方で、Nikiéma は収用に対する補償の根拠を投資家が被った損害に求め、権利の移転を伴わない合法的な国家の措置であったとしても、投資家に損害を与えたならば補償を支払わなければならないと

する。Robert-Cuendet は Nikiéma と同様に補償の根拠を投資家が被った損害に求めるために、立法論として二分論を提示するもののそれを説得的に論証できておらず、三分論が妥当する余地を残すものとなっている。

したがって、二分論と三分論の違いは、権利の移転を伴わない間接収用に対し補償を支払わなければならない根拠が存在するか、しないかという理解の違いにより生じるものである。

しかしながら、二分論者たる Nanteuil と瀧本はなぜ財産権の移転以外の根拠（例えば特別な犠牲）が妥当しないのかを論じておらず、三分論者たる Nikiéma は財産権の移転を伴わない間接収用に対し補償を支払わなければならない根拠は何かを説得的に論証していない。二分論、三分論のいずれの立場が妥当なのかを明らかにするためには、間接収用に対して補償を支払わなければならない根拠が存在するのか、それはどのような根拠であるのかを明らかにしなければならない。

## 2. 保護の範囲

Robert-Cuendet と Nikiéma の理解では投資家が違法あるいは有害な投資活動を行っている場合、そのような投資活動の取締・制裁として投資家の財産権に損害を与えても収用には該当せず、補償は必要とされない。Nanteuil と瀧本の理解においても、違法・有害な投資活動に対する取締・制裁措置はその実施方法に違法性が伴わなければ賠償義務を負わない。したがって、違法な投資活動に対する取締・制裁措置については二分論と三分論のいずれの立場をとっても収用と見なされることはない。

一方、国家による措置の目的が違法・有害な投資活動に対する取締・制裁措置ではない場合、具体的には Nikiéma が挙げるように国際法上禁止も保護もされていない、賭博、ナイトクラブ、アルコール事業がそれまで許可されていた国家において禁止された場合、二分論と三分論のいずれの立場を取るのかによって、収用と見なされるか否かを判断する際に適用される基準が異なり、投資家が投資協定上の保護の対象に含まれるかという保護の範囲が変わることとなる。

Nanteuil と瀧本の理解に照らせば、例えば公序の維持というような公目的に基づいて実施される国家の措置により投資家が損害を被ったとしても、違法性基準に照らして実施方法に違法性がなければ国家は賠償責任を負わないこととなる。

一方、Nikiéma の理解では、賭博、ナイトクラブ、アルコール事業は公目的であることは認められても、有害な行為や違法行為に対する取締・制裁措置とは言えない（違法な活動ではなく望ましくない活動にすぎない）ため、「効果テスト」に照らして補償の要否が

判断されることとなる。

したがって、国家による措置の目的が違法・有害な投資活動に対する取締・制裁措置ではない場合、すなわち投資活動にいかなる違法性・有害性も認められない場合で、かつ措置の目的が正当で実施方法自体には違法性を伴わない場合、二分論の立場に立てば投資家は損害を被ってもいかなる金銭的救済も得ることができないのに対し、三分論の立場に立てば「効果テスト」の基準に照らして「収用に相当する」と見なされた損害に対して投資家は補償という救済を得ることができるという相違が生じることとなる。

### 3. 実行の解釈

保護の範囲が二分論と三分論で異なるのに加え、二分論と三分論のいずれの立場を取るのかによって、実行の評価が変わる。

#### (1) 「効果テスト」に分類される判示

「効果テスト」に分類される判示は合法行為たる間接収用概念の存在を前提とした三分論の枠組みを示している。したがって、三分論者にとればこれらの判示は彼女たちの立場を支持するものであると理解される。

一方、二分論者にとっては、これらの判示が示す三分論の立場は投資協定の条文の解釈としては間違いではないものの、そもそも「間接収用」は収用ではないから直接収用や国有化と同一の条文に「間接収用」を規定すること自体が妥当ではなく、結局これらの判示も国家による措置の違法性に基づき賠償の要否を判断しているものであると理解される。したがって、これらの判示の三分論の枠組みを示した表現に法的な意味はなく、これらの判示は条文上の規定と異なり、合法行為たる間接収用に該当する例を想定できないことを示す根拠となる。

#### (2) 「性質テスト」に分類される判示

「性質テスト」に分類される判示は二分論の立場を示しており、Nanteuil と瀨本の理解に照らせばまさに彼らの立場を支持する判示と評価でき、Nikiema のように三分論の立場を取る論者にすれば批判対象となる。

一方、Methanex 事件や Saluka 事件判示において示された「規制」あるいは「ポリス・パワーの行使」という表現が、Robert-Cuendet が用いる「ポリス・パワーの行使」の範囲、すなわち有害活動の取締措置を指すと捉えれば、三分論の立場をとってもこれらの判示を整合的に解釈することは不可能ではない。

このように、いずれの立場を取るかによって、実行をどのように解釈・評価するかが変わってくることとなる。したがって、実行を正しく評価するためにも、二分論あるいは三分論という理論枠組みを意識する必要がある。

## VII. 結論

これまで、間接収用をめぐる問題は、間接収用と国家の正当な規制措置を区別する基準が「効果テスト」であるのか、「性質テスト」であるのか、という対立構造で理解され論じられてきた。

しかしながら、「効果テスト」と「性質テスト」それぞれに分類される投資仲裁判断の判示を見てみると、「効果テスト」に分類される判示は合法行為たる間接収用概念を想定した三分論の立場に立ったうえで補償の問題を論じ、「性質テスト」に分類される判示は合法行為たる間接収用概念を想定しない二分論の立場に立ち、措置の違法性によってその要否が判断される賠償の問題を論じているという意味において、両基準論をいずれも間接収用と国家の正当な規制措置の区別を論じたものであると理解することは妥当ではない。これらの判示が前提としている理論枠組みを認識することなしにいずれの基準論が妥当であるのかという観点から議論を行うことは問題の本質を見落としたものであり、国家が規制として行った措置に対し補償あるいは賠償を支払わなければならないのはいかなる場合であるのかという具体的基準を明らかにするためにはまず、判示においてこのような理論枠組みの相違が存在することを認識しなければならない。

本稿はこのような先行研究の不十分性を踏まえ、最新の学説を二分論と三分論という理論枠組みに照らして整理し、国家の規制措置が補償あるいは賠償義務を負うのはいかなる場合であるのかを判断する基準を同定するために問われなければならない問題の本質を明らかにすることを試みた。

Nanteuil と瀨本の理解では、合法行為たる間接収用に該当する例を想定することはできず、国家が行った規制措置はその実施方法に違法性を伴う場合に賠償義務を負うのみであり、措置が合法である限り補償義務を負わない。ここで責任の有無と補償・賠償要否の判断について問題になっているのは、合法的な規制措置と違法な規制措置という2つの概念の区分であり、彼らは賠償要否の判断基準を論じている。

一方、Nikiéma は合法的な行為としての間接収用という概念を想定した議論を行っている。間接収用も直接収用や国有化と質的に同一の法概念であるという理解である。つまり、彼女の理解では、ある国家の措置が投資家の財産権に損害を与え、当該損害に対して国家が



責任を負うか否か、補償あるいは賠償の支払いが必要か否かを判断する枠組みとして、合法的な規制措置、間接収用、違法な措置、の3つの概念の区分が問題となり、補償要否の判断基準と賠償要否の判断基準という2つの基準が問題となる。このような2つの基準のうち、Nikiémaは補償要否判断基準を同定することを試みている。

Robert-Cuendetは、条約解釈として三分論の立場が妥当することを示しつつも、それを批判して立法論として二分論の立場を支持する。しかしながら、彼女は二分論が妥当することの説得的根拠を示しておらず、三分論が妥当する余地を残すものとなっている。

以上のような4人の論者の議論を整理し、4人の見解が一致する点と相違する点を明らかにすることにより、国際法上の間接収用を考える際に非常に重要な示唆を得ることができる。

まず、4人の論者の見解が一致する点として、投資家による有害あるいは違法な経済活動を取り締まる目的でなされた国家の措置は、収用として国家が補償義務を負うことはない。

Nanteuilと瀧本の理解では、財産権の移転を伴わない「間接収用」については、措置の違法性を基準として賠償の要否が判断される。したがって、投資家による有害あるいは違法な経済活動を取り締まる目的でなされた措置は、その目的が真のものでありその実施方法に違法性がない場合、補償義務を負うことはない。

同様に、Robert-Cuendetは有害行為の取締たる「ポリス・パワーの行使」に該当する措置、Nikiémaは国際法上の違法行為に対する規制措置が補償義務を負わないことを述べている。

したがって、投資家による有害あるいは違法な経済活動の取締として実施された措置は間接収用該当性が問題となることはなく、目的が差別的措置の口実になっていないか、実施方法に違法性はないかという違法性の観点から評価され、賠償の要否が問題となる。言い換えるならば、投資家による有害あるいは違法な経済活動の取締として実施された措置は、多くの投資仲裁において間接収用の問題として訴えられているものの、本来は「収用」の問題ではないということである。

次に、4人の論者の議論の相違点を明らかにすることにより、間接収用に関する問題の本質が明らかとなる。

問題の本質は、合法的な間接収用概念の妥当性を否定する二分論の理論枠組みと、間接収用概念の妥当性を肯定する三分論の理論枠組みのどちらが妥当であるのか、という点にある。国家がいかなる場合に投資家に与えた損害に対し補償あるいは賠償を支払わなければならないのかを明らかにするためには、まず第一に合法行為たる間接収用概念を国際法上想定しうるか否かを検討しなければならない。

そしてこのような理論枠組みの違いは収用に対する補償は何に對し支払われるものであるのかという理解、すなわち収用という制度をどのように理解するかという点の違いに由来するものであることが指摘できる。

Nanteuil と濱本が二分論の枠組みを示すのは、収用に対する補償義務の根拠を財産権の移転に求めるからである。収用に対して補償が必要とされるのは財産権が移転し、それにより不当利得が生じるからであり、財産権が移転しない間接的な侵害に対して国家が補償を支払わなければならない根拠は存在しない。したがって、間接収用概念は想定し得ない。よって、彼らは収用という制度を、国家が補償の支払いを条件に私人の財産権を取得して公目的を達成する権利を保障するものと理解するのである。

一方、Robert-Cuendet と Nikiéma は、収用に対する補償は権利の移転ではなく私人が被った損害に對し支払われるものであるという理解を示している。直接収用においても間接収用においても私人は損害を被り、国家はそのような損害に對し補償義務を負うことになるから、理論上間接収用も直接収用と同様の法的性質を有する「収用」とであると理解される。したがって、彼女らは収用という制度を、国家が補償の支払いを条件に私人の財産権に損害を与えて公目的を達成する権利を保障するものと理解する。

したがって、両説は、財産の法的権利が移転しない間接収用に対して補償を支払わなければならない根拠が存在しないのか、あるいは存在すると捉えるのかという理解が異なっている。しかしながら、それぞれの論者はこのように考える説得的根拠を提示していない。よって、国際法上合法行為たる間接収用概念が想定し得るのか否かを明らかにし、ひいては国家が規制としておこなった措置に對し補償あるいは賠償を支払わなければならないのはいかなる場合であるのかを判断する基準を明らかにするためには、まず間接収用に對し補償を支払わなければならない根拠が存在するのか否か、それはいかなる根拠か、すなわちそもそも「収用」がいかなる制度として国際法上確立してきたのかを明らかにする作業から始めなければならない。この点を今後の課題として、本稿の結びとする。