ISD条項の違憲性——TPPと憲法

弁護士　岩月　浩二

第1　はじめに

筆者は、ISD条項は憲法違反であると確信している。その衝撃は、司法に風穴を空けるだけではない。国会・内閣・地方自治体を外国投資家の下僕とし、基本的人権秩序を一変させる。憲法破壊と呼ぶに十分すぎるインパクトがある。

結論から言おう。ISD条項は、国家を国民主権国家から、外国投資家主権（グローバル資本主権）国家へと変える。ISD条項は、我が国国民を外国投資家（グローバル資本）の奴隷とする。

しかし、法学者からも、憲法運動に関わる人たちからもISD条項が憲法違反であるという主張がなされることはない。

このことこそ憲法の危機である。憲法は、国民の武器であり、この歪んだ構造にある世界を、平和と生命を根源的価値とする世界へと糺していくための道具である。憲法に携わる者は、憲法的価値に対する根本的な挑戦であるISD条項について、率先して憲法違反を主張し、国民に武器を提供すべきである。

この間、私が考えてきたISD条項が孕む重大な問題について、問題提起をさせていただく。タブーや忌憚のない議論がなされることを強く望む。なお、文中、不快な思いをさせる表現があるかと思う。筆者が日本国憲法を深く愛するが故の筆の走りとしてご海容願えれば幸いである。

第2　ISD条項の概要

1　ISD条項の手続規定

ISD条項とは、投資家対国家紛争解決（Investor-State Dispute Settlement）制度の略称である。

ISD条項は、外国投資家に対して、投資受入国政府に対して国際仲裁に付託することを認める。外国投資家は、投資協定に違反する投資受入国政府の作為・不作為によって損害を被った場合、国際仲裁廷に付託する権利を持つことになる。

この場合、損害とは、後記の「間接収用」概念に照らせば、投資・資本の活動に対する合理的な期待利益の阻害を意味すると考えてよい。

外国投資家の概念は、単に外国企業を意味するのではなく、一定割合の持分を有する株主や社債権者、国内企業や政府と継続的な契約関係にある外国人を含む。

また、提訴の対象となる投資受入国政府の行為には、中央政府（国会・内閣）の他に、地方政府（都道府県・市町村）、政府出資機関の行為も含まれ、さらに一般には、裁判所の判決も投資受入国政府の行為とされる（TPPにおいては司法作用を対象とするか否か未定である）。

ISD条項は、本来、投資受入国管轄内にある外国投資家と投資受入国政府の法的紛争について、外国投資家に対して、国内法上の請求権以外に、広汎な国際法上の実体的権利（国際法に基づく権利）を有することを認め

（すなわち、外国投資家と投資受入国政府の紛争は直ちに国際法上の「国際紛争」となる）、同時に、その国際法上の権利を国際仲裁廷において行使する手続的権利を認める制度である。

ISD条項が国際仲裁管轄を認める範囲は、以上のような概要を一瞥しただけでも相当に広汎にわたることがわかる。

2　ISD条項と仲裁付託の激増現象

ISD条項は1959年、西ドイツがパキスタンとの間で締結したのが最初の例だと言われる。1960年代に、「未開国」に進出する外資保護のために先進国が「未開国」との投資保護協定に盛り込んでいった。現在では、3000を超える投資協定ないし自由貿易協定にISD条項は存在する。(1)

また、ISD条項を含む投資協定などは、1990年代に激増している。(2)また、ISD仲裁付託も1990年代後半から激増し、2011年には判明しているだけで、46件の付託がなされ、付託件数は累計450件に及んだ。(3)この期間は、投資章を含むWTOのドーハラウンドが停滞、頓挫する時期と重なっている。この時期、OECDにおいてもISD条項を含む多国間投資協定（MAI）の交渉が行われるが、これも主権侵害等を理由としてフランスが離脱して、頓挫している。世界的な注目を浴びたこれらの動きの停滞に隠れた形で、これに代わる投資自由化の手段として、主として二国間のISD条項を含む投資協定が一気に拡大していった。

従来、ISD条項に基づく仲裁付託は、投下資本が投資受入国によって国有化されるなどしたため、撤退を余儀なくされた場合の事後的な損害填補の手段として認識されているに過ぎず、1990年代初頭まで、多くとも年間1～2件を数えるのみであった。(4)

NAFTA（北米自由貿易協定・1994年発効）が締結され、米国とカナダという先進国同士の間で初めてISD条項が設けられたことが、ISD条項に基づく仲裁付託が激増するきっかけとなった。NAFTA発効後、米国企業がカナダの環境規制を相次いで提訴し、カナダ企業もアメリカを相次いで提訴した。その過程を通じて、ISD付託が、環境規制や犯罪規制を含む投資受入国の国内規制による投資阻害措置を提訴することによっ

て、投資受入国における資本の自由を確保する有効な手段となること（国民の立場では外国投資家のために国民を保護してきた各国内の国内規制が撤廃されることになる）が広く認識され、ISDに基づく仲裁付託全盛の時代を迎えたのである。(5)

3 ISD条項の進化

もともとISD条項は、投資後の投資財産の保護を目的として締結されていたが、現在は、投資後の投資財産保護のみでなく、投資前の投資の自由の保障（外国投資の自由の確保）、さらに投資活動の円滑化（透明性、法令の周知義務）等をも目的とするようになっている。(6)

4 ISD条項の実体規定

(1) 実体規定の概要

多数の先例によって、ISD条項の実体規定＝ルールはほぼ類型化されており、同様の規定が、TPPの投資章に盛り込まれることは確実である。したがって、典型的な投資協定の実体規定について検討することでTPPにおけるISD条項の最低限の概要は、把握することができる。(7)(8)(9)

投資協定に含まれる実体法（ルール規定）は多くない。数箇条に止まる場合が大半である。

内国民待遇、最恵国待遇等、国際経済法に一般的な規定の他に、収用補償、公正衡平待遇義務、パフォーマンス（義務賦課）要求、アンブレラ条項等が主要なものである。

内国民待遇等は、投資協定に伴い、どのような法令や政策が問題となるかが比較的理解しやすいので、投資協定締結に伴い、如何なる範囲で、国内法や国内政策を変更・整備すべきか予測可能である。したがって、投資協定の批准に伴い、協定の経過規定に従い、国内法制の改正などの国内法整備を行うことになる。(10)

とくに問題が大きいのが、国内法にどのような効果を及ぼすことになるのか予測可能性が担保されない、収用補償規定と公正衡平待遇義務である。以下、項を改めて順次、検討する。

(2) 収用補償規定

投資保護のための収用補償規定は、「収用」を原則禁止し、正当な目的の下に収用する場合も補償を必要とするものとする。公正な市場価格による補償を収用と同時に支払わなければならず、支払い済みまで商事的に妥当な利率を付さなければならない。公正な市場価格には、逸失利益、すなわち将来にわたる期待利益（キャッシュフロー方式＝中間利息控除方式によって算定する）を含む。収用から支払い済みまで、通常年利6％の遅延損害金の支払を義務付けている。(11) これらの点で、日本国憲法29条3項の「正当な補償」と異なっている。

いっそう重大な問題は、「収用」には「間接収用」を含むとされることである。間接収用とは、経産省の説明(12)を参照すれば、結局のところ、直接、所有名義の移転を伴わないが、正当で合理的な投資期待利益を深刻に阻害する一切の措置を意味するものと解され、この場合も直接収用と同様に適切な補償を要するものとされている。韓国法務省は、あらゆる政府措置を「間接収用」と構成して提訴することが可能となると結論づけている。(13)

この「間接収用」概念はアメリカ判例法理によるものであって、日本国憲法には存在しない概念である。収用補償は日本法では個別法で手当てされているが、これらの例は全て主として不動産の「直接収用」に関するものであって、「間接収用」に関する個別法は存在しない。「間接収用」の違法性は、多くの場合、我が国では行政事件訴訟として処分取り消し請求として争われる問題であり、「間接収用」に対する「補償」の問題は、我が国においては、国家賠償法において扱われる問題である。

「間接収用」に対する賠償が問われる場合、違法性は、憲法29条2項を基本的な解釈指針とされるべきであろう。確立した学説としては、合理的な政策的裁量が認められるとされる分野であり、とくに法律が違法とされるためには合理的な政策的裁量からの逸脱が明白であることが求められる。(14) さらに公権力に過失が認められることが要件とされるため、実際上、とりわけ「法律」による間接収用の場面において国家賠償が認められるのは少なくとも法理上は極めて制限されている。(15)

以上を踏まえれば、「間接収用補償」法理は、日本国憲法29条に反する法理であると言わざるを得ない。韓国法務省は、「間接収用法理」が「超憲法的事態」を招くとして、強く警告している。(16)

(3) 公正・衡平待遇義務（最低限待遇義務と呼ばれる場合もある）

これは外国投資家に対して、「公正かつ衡平な待遇」および「十分な保護及び保障」を与える義務を意味する。国際法の文脈では、これが国際慣習法上の最低基準以上の待遇を義務付けるものかが議論されている。(17) どちらにしても「国際慣習法」の内容自体が曖昧であり、とくに実定法に慣れ親しんだ者には、具体的な内容を知ることは極めて困難である。たとえば、民法が数箇条で構成され、信義誠実の原則が、幅広く裁判規範として活用されることを想定してみればよい。実定法に親しんだ者の感覚では、予測可能性が極めて乏しい印象を受ける。しかも、公正衡平待遇義務には信義誠実義務が含まれるのは当然とされているので、その範囲はいっそう広汎であり、曖昧さを免れない。

第3 ISD条項の憲法違反性

1 憲法76条1項との関係

(1) 問題の所在

外国投資家は、受入国政府の投資協定に違反する作為・不作為によって損害を被った場合（正確には外国投資家が違反行為があると主張できると考える場合）、その選択によって、受入国政府の国内裁判所に提訴するか、国際仲裁に付託するかの選択権を有する。すなわち、外国投資家と受入国政府の法的紛争について、外国投資家の判断によって、国際仲裁に第一次裁判権を生じさせることができる。そして、外国投資家は、多くの場合、投資受入国政府の国内裁判所を選択せず、実際上は投資家に有利な国際仲裁を選択する。したがって、外国投資家と受入国政府との具体

いと考えることが可能である。

何よりも、選択議定書は、日本国憲法の基本原則である基本的人権の尊重を国際機関関係の活用することによって、拡充、充実する性格のものであるから、日本政府は「司法権の独立」に関する国際人権条約の立場をとり続けてきたのは、むしろ当然のことである。

(4) 条約による司法権の制限に関する憲法論の成立可能性

これらの条約類を踏まえた上、改めて、ICCPR第14条1項は憲法上の司法権の制限が、憲法76条1項に違反しないかを検討する。

憲法の教科書類に条約による司法権の制限について、触れたものがないことは前述のとおりである。条約による司法権の制限という問題設定が、憲法論として成立し得ないからなのだろうか。すなわち、憲法76条1項は、特別裁判所の禁止を意味するに止まり、国際法による制約は、同項の射程外なのかが問題となる。

しかし、政府の従前の憲法解釈を見る限り、条約による司法権の制限の問題は十分に憲法論として成立する。

日本国政府は、再三にわたって国際人権規約委員会から選択議定書の批准を勧告されて

権的な裁判権を排除し、私的に紛争を解決することを目的とする手続であるとの本質とする。(21) したがって、司法権の排除は、仲裁の本来的な目的とさえいえる。

前記したとおり、ICSD条項は違上国に投資する先進国企業の資本を保護することを目的として設けられるようになった。逸上国に投資した資本が国有化等によって、接収されてしまうような致命的な場合に逸上国の国内司法手続が不備であることを理由に、国際仲裁に付託するように求めることを認めるに目的があった。

つまり、ICSD条項は、本来的に、投資受入国の国内司法手続を排除することを目的としている。外国投資家と投資受入国との間の具体的な法的紛争に関して、投資受入国の同意を前提として、国際仲裁に付託することを定めた条項である。

ICSD条項は、本来的に、投資受入国の国内司法手続を排除することを目的としている。他方、ICSD条項を強化し、人権保障を目的とする国際人権条約の具体的な法的紛争を司法権から排除しようとするものであり、その本質から、「ICSD条項は…裁判所に属する」と解釈することは極めて単純であるといえる。

(5) 投資協定の本来的性格

日本政府は、再三にわたって国際人権規約委員会から選択議定書の批准を勧告されて

市民的及び政治的権利に関する国際規約（いわゆる自由権規約）の選択議定書の批准が憲法違動の最重要の課題の一つとなっている。

選択議定書は、基本的人権を侵害された個人に一定範囲で国際法上の法主体性を認める画期的なものである。基本的人権を侵害する相手は、当然、その個人が帰属ない滞在する国家であるっとが想定されるから、当該国家が有する司法権との関係が問題となる。

選択議定書は、主権国家の有する国内司法に対する固到な配慮をしている。

まず、選択議定書は、個人が国家の司法手続を尽くした後でなければ、通報の内容を検討し、見解を締約国と個人に送付するが、この見解は直接に当該締約国の政府に送付され、連報を受けた人権委員会は、通報の内容を「締約国の義務に関する一次的に国際犯罪について、平和を害する罪（いわゆる「ニュルンベルク諸原則」）に対する罪（たとえば、侵略犯罪について設立する条約である。国際刑事裁判所に関する条約は、極めて厳格な要件を満たす場合にのみ、裁判所に送付された事件を審理することができるとしている。日本国は、この条約を批准しているが、憲法との適合性について、慎重な検討がなされたものと考えられる。

(3) 世界を課題とされている条約

は、我が国の裁判権について極めて厳格な制約を課しており、国際刑事裁判所の管轄権は回避され、国際仲裁が第一次裁判権を有するとの考えをとっている。そして、韓国的な法的紛争について、国内裁判所の管轄権に対して、極めて限局された範囲で国際法上の法主体性を認めるものである。(19)

上、主権の委譲や放棄は有効であることを前提として、元首個人の生命等に対する脅迫による主権の放棄は無効であるという国際法の規定に基づいた主張をしている。すなわち、国際法の議論だけであれば、如何なる主権であろうと、国家が自発的にこれを放棄する限り、主権の侵害の問題は起こらない。早い話が、日本国をアメリカ合衆国に併合する条約を締結しても、それが自発的なものである限り、国際法上は、主権侵害とは言わないということだ。

したがって、この問題は、国内法、なかんずく憲法の立場から議論しない限り、法的な議論にならない。安易に「主権侵害」を言いながら、憲法違反を主張しない立場はあくまでも政治的なものに止まってしまうのだ。

憲法を初めとする国内法を専門分野とする法学者は、ＩＳＤ条項が主権を侵害するなどと安易に言わずに、その持ち場における法律論を展開するのが適切だと思う。

筆者の見解によれば、国内法のレベルにおいて、ＩＳＤ条項が憲法76条1項に違反することは明らかである。

2　憲法41条1項違反

憲法41条1項は「国会は国権の最高機関であり、唯一の立法機関である」と規定する。

国会が国権の最高機関とされるのは、いうまでもなく統治機構における国民主権原理の端的な表れである。また、国会を唯一の立法機関とすることによって、全ての法規範の根源を単一の機関に帰属させることによって、主権者の一般意思、国内法秩序の整合性を担保している。

ＩＳＤ仲裁の主たる付託先である投資紛争解決国際センター（ＩＣＳＩＤ）条約は「裁判所は、両当事者が合意する法規にしたがって紛争について決定を行なう」とし（ＩＣＳＩＤ条約42条1項）、第一義的に当事国の合意によって適用法規が決定されるとしている。米韓ＦＴＡでは、適用法規は、国際法に限定され、国内法が排除されている。(24) ＴＰＰにおいては国内法の扱いは未定である。仮に国内法が適用法規に加えられたとしても、その解釈権が国際仲裁廷に委ねられれば、法秩序の一貫性が攪乱されることは否定できない。

何よりも問題は、韓国法務省が結論したように、ＩＳＤの実体規定が曖昧であるために、

属した権力を奪うことによって成立した。先に述べたとおりＩＳＤ条項が司法権を排除する範囲は極めて広範に及ぶ。不可分な国家権力を構成する司法権の重要な相当部分を奪われれば、近代国家としての独立性は失われる道理である。

投資協定のＩＳＤ条項に対して、主権侵害との批判が繰り返されてきたことは当然である。(22)

ＩＳＤ条項が国家主権を侵害するのではないかという問題は、米韓ＦＴＡの締結過程でも問題となった。米韓ＦＴＡの締結に際して、韓国大法院（最高裁）もこの問題を検討している。大法院は、主権侵害に当たる可能性を認めながら、国家が自発的に主権を放棄するのも主権の行使であるとする見解もあるとして断定的な判断を避けている。(23)

この議論は、国際法の文脈から言う限りは、正当である。韓国は韓国併合は無効であったと主張している。その前提は日韓併合の5年前に外交権を大日本帝国に委譲した条約（1905年第二次日韓協約・乙巳保護条約）が無効であるからだとするものだが、外交権という国家主権を放棄すること自体が無効であるとは韓国も主張していない。国際法

政府（国会・司法・地方自治体等の措置を含む）のあらゆる作為・不作為が提訴の対象となることにより、広汎な萎縮効果を立法に与えることである。(25) (26)

あらゆる規制が「間接収用」として提訴可能であり、また「公正衡平待遇義務」は「外国投資家財産に対する慎重な注意義務」を含むことからすれば、立法活動に当たっては、常に外国投資家に与える不利益を考慮に入れ、提訴された場合の立法活動の停滞、敗訴のリスク等を考慮にいれなければならなくなる。立法裁量は著しく制限される。この事態は、「国権の最高機関」という規定に「外国投資家の利益を害しない限り」という限定を付するに等しい。外国投資家の利益に従属する「国権の最高機関」とは、国民主権原理を外国投資家主権の下に置くことを意味する。

そのような主権の変容をもたらす条約の締結が憲法に違反することは明らかである。しかも、この変容は憲法原理を変容させるものであって、憲法改正の限界を肯定する立場によれば、ＩＳＤ条項は、革命ないしクーデターと呼ばざるを得ない憲法の深刻な危機を招くものに他ならない。

3　人権規定との関係

（1）二重基準の逆転

憲法学においては、精神的自由が経済的自由に優越することを承認するのが定説である。

しかし、ＴＰＰによって、外国投資家に対する「間接収用」該当性を検討し、「外国投資家財産に対する慎重な注意」を払うことがあらゆる政府の行為に求められることになれば、財産権が精神的自由に優越することになり、人権体系の逆転現象をもたらす。逆ダブルスタンダードである。これもまた、憲法改正手続を経ない憲法の改変であり、憲法に違反すると言わざるを得ない。

（2）「外国投資家の利益を害しない」範囲の基本的人権

健康保険制度がＴＰＰ交渉では議論されていないというが、混合診療禁止は、外国投資家により公正衡平待遇義務違反として提訴され、敗訴する可能性が高いといえる。また、解雇制限法理が、外国投資家に対する公正衡平待遇義務に違反するとされる可能性も高い。法人税の課税強化や社会保険負担の強化は、間接収用として提訴されるリスクを避けられない。普天間基地移設問題のように中央政府と地方政府の判断が矛盾する場合も、外国投資家の利益を害すれば、法令の周知、透明性に欠けるとして、公正衡平待遇義務違反とされて提訴される事態は避けられない。

つまり、あらゆる人権規定に「外国投資家の利益を害してはならない」との但書が付されるに等しい事態が生じるのである。

憲法25条「すべて国民は『外国投資家の利益を害しない限り』、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」

同条2項「国は、『外国投資家の利益に害しない限り』すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」

憲法27条「すべて国民は『外国投資家の利益を害しない限り』勤労の権利を有し、義務を負う」

憲法94条「地方公共団体は、『外国投資家の利益を害しない範囲で』その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる」

等々。

保されない条約は、異例である。条約の文言が曖昧な場合、従前は条約に自動執行力がないとされて国内法的解決が図られてきた。しかし、ISD条項は、国際仲裁廷の管轄を強制することによって、国内的解決を不可能にする。したがって、ISD条項は、条約の法律に対する優位性に解消できない重大な問題を孕む。

第2に、先にも述べたが、条約が国内法に及ぼす影響が、日本国憲法の基本原理に適合的であるか否かが問題にされなければならない。国際刑事裁判所規程、国連自由人権規約の選択議定書は、基本原理である平和主義、基本的人権尊重原理をいっそう充実させる方向のものである。他方、ISD条項は、基本的人権保障を後退させ、憲法の基本原理に逆行する。

これらの点を無視して、条約が法律に優位するのは当然であるとする合憲論は、あまりにも単純な議論と言わざるを得ない。

第5　国際法との関係

ISD条項は、国際仲裁を国家に強制する制度である。

しかし、国際法では通常、国家はそのように扱われることはない。たとえば、竹島（独島）について、日本が国際司法裁判所に提訴するとしても、韓国は「領土問題は存在しない」として応訴しない。国家主権の最高性を踏まえれば、国際法上、何ら非難されるべきことではない（紛争当事国双方が、国際司法裁判所の強制管轄を受諾している場合を除くが、受諾国は多くない）。

また、WTOで採用された紛争解決制度も、①当事者は国家であり、②WTO規定に反するか否かを判定するものに過ぎず、直接、損害賠償を命じるものではなく、③しかも、判定が確定するまで、当事国は報復関税などの制裁措置を執ることを禁止される。したがって、最終的には解決は当事国に任され、判定は、国際法上の解決指針を示す意味を有するに止まる。

以上と比べれば、国家に対して、国際仲裁を強制した上、損害賠償ないし補償を直接、

第4　合憲論について

憲法違反の主張に対しては、憲法98条2項により、条約が法律に優越するのは当然であるとする単純な反論がなされることがある。

しかし、ISD条項の問題は一般的な条約優位論に解消することはできない。

第一に、通常、条約の締結は、国内法のどの規定がどのように条約に適合しないことになるか、あらかじめ個別的に予測することが可能である。したがって、あらかじめ改正すべき国内法について、条約締結に伴い改正措置を検討することが可能である。しかし、ISD条項については、如何なる法律や政策、行政措置が、ISD条項に反することになるか、およそ予測不能である。国際仲裁廷の判断が示されなければ、いかなる法律や政策が条約違反になるのか、不明である。巨大グローバル企業の戦略的な提訴による萎縮効果を合わせ考えれば、仲裁付託がなされてみて初めて立法を含む政府の行為と法律の整合性が判明する。要するに、ISD条項は、いかなる法律や政策、政府の措置が当該条約に反するのか、予測不可能である。国内法制をどのように変更することになるのか予測可能性が担

具体的に義務付けるISD条項は極めて特異なものである。しかもICSID条約54条は、国際仲裁を国内確定判決と同様に、直接強制執行可能なものとして位置づけている。

国家にすら認められていない、こうした特別な権利を外国投資家という私人に与える制度は、一般的な国際法の常識から見ても、極めていびつなものという他ない。

ISD条項は、外国投資家に内政干渉の権利を付与するものであり、確立された国際法規である内政不干渉の原則も侵犯するものと言わざるを得ない。

国際法学からの批判的検討も強く望まれるところである。

---

(1) 中川淳司外「国際経済法（第2版）」345頁は、2010年末現在で二国間投資協定は2807件、自由貿易協定309件が存在するとしている。若干の例外を除き、これらにはISD条項が存在する。

(2) これには、WTOドーハラウンドが世界的な人民の反対運動の高揚のために多国間の自由貿易至上主義の枠組み作りが困難に逢着したため、主要国が二国間ないし地域的な自由貿易協定に戦略転換したことが大きな要因となっている。中川淳司外「国際経済法（第2版）」44頁参照。

(3) UNCTAD「国際投資レポート」2012年版

(4) 日本政府は主として、投資先国家によって財産が没収されてしまったような場合に、投資財産を守るために必要であると説明するのが常であるが、このようなISDの利用は、冷戦下、第三世界が社会主義体制に移行する国有化措置と関係していたと思われる。冷戦下ではそのような場合に限って、ISDが活用されていたと言ってよいだろう。

(5) 小寺彰「投資協定仲裁の新たな展開とその意義」独立行政法人経済産業研究所

(6) 小寺彰「投資協定仲裁の新たな展開とその意義 ―投資協定「法制度化」のインパクト―」（独立行政法人経済産業研究所）3頁

(7) 投資協定の実体規定については、経済産業省がいくつかパンフレットを作成して、インターネットで公開している。簡略には、これによって知ることができる。また、国際経済法の教科書類で取り上げられる規定も共通している。

(8) なお、TPPの投資章については、2012年6月、アメリカの市民団体パブリックシチズンが交渉中の草案を入手して公表した。草案には新たな論点も見受けられるが、未確定であることを示すマークが付せられた部分も多数あるため、本稿では、TPP以前の典型的な投資協定の規定を念頭に置いて、検討を加える。

(9) 米国市民団体パブリックシチズンがリークした草稿によれば、TPP投資分野の実体規定では提訴対象からの投資受入国の司法作用の除外の是非、国際仲裁において投資協定（国際法）以外に投資受入国の国内法を参照するべきか、環境・健康・安全・労働分野規制に関する解釈規定を設けるか否か、どの程度に実効的な規定を設けるか等が論点とされ

(13) パク・チュソン「投資家―国家紛争解決手続　国内法律機関等の検討」12、14頁

(14) 最高裁昭和62年4月22日森林法共有林分割禁止規定違憲判決等参照。

(15) いわゆる姉歯耐震偽装事件に関わる国家賠償請求事件においてすら、行政庁の過失は否定される。

(16) パク・チュソン「投資家対国家 紛争解決手続　国内法律機関等の検討」11頁（URL http://moriyama-lawcocolog-nifty.com/machiben/ ブログ「街の弁護士日記」からダウンロード可能）

(17) 国際経済法の議論ではNAFTA型の投資協定においては、国際慣習法上の義務以上のものを与えるものではないとされているが、一方、大統領に通商協定の締結権を授権する大統領貿易促進権限法（2007年7月1日失効）は、アメリカ合衆国が国際法が要求するレベル以上の保護を投資に与えているとの認識を前提にしながら、「アメリカの法理及び慣行に一致した」公正衡平待遇を求めることを、大統領に対する授権条件としている。両者の関係は国際経済法の議論からは不明である。

(18) ソン・ギホ「恐怖の契約米韓FTA」（農文協）80頁以下、小寺彰「投資協定仲裁の新たな展開とその意義　投資協定の『法制度化』とそのインパクト」（独立行政法人経済産業研究所）

(19) 日米地位協定17条3項

(a) 合衆国の軍当局は、次の罪については、合衆国軍隊の構成員又は軍属に対して裁判権を行使する第一次の権利を有する。

(i) もっぱら合衆国の財産若しくは安全のみに対する罪又はもっぱら合衆国軍隊の他の構成員若しくは軍属若しくは合衆国軍隊の構成員若しくは軍属の家族の身体若しくは財産のみに対する罪

(ii) 公務執行中の作為又は不作為から生ずる罪

(20) 2006年12月『市民的・政治的自由に関する国際規約第40条1項bに基づく第5回政府報告』

「我が国憲法の保障する司法権の独立を含め、司法制度との関連で問題が生じるおそれがあり、慎重に検討すべきであるとの指摘もあることから、本制度の運用状況等を見つつ、その締結の是非につき真剣かつ慎重に検討しているところである。」

(21) 中野貞一郎「民事執行法」203頁。なお、仲裁法13条1項は、「仲裁合意は、法令に別段の定めがある場合を除き、当事者が和解をすることができる民事上の紛争（離婚又は離縁の紛争を除く。）を対象とする場合に限り、その効力を有する。」と定める。したがって、仲裁合意は、当事者間の自主的解決に委ねることが許される争いに限って認められると解されてきた（新堂幸司「新民事訴訟法（第4版）」16頁）

(22) WTOには投資分野は含まれていない。WTOの分野拡大交渉が中断した理由の一つは投資分野に含まれるISD条項が国家主権を侵害するという批判からである。また、OECD加盟国の間で行われてきた多国間投資協定（MAI）が挫折したのも、ISD条項が国家主権を侵害するという批判が一つの要因となっている。

(23) パク・チュソン「投資家対国家 紛争解決手続　国内法律機関等の検討」27頁

2007年1月12日「韓・米FTA国際投資紛争解決手続関連検討意見送付」

「『投資家国家提訴制』の導入で、国際仲裁機構が投資受入国政府の各種政策や規制措置に干渉し、このような紛争に関して国内の司法府が関与する余地がなくなり、国家の主権または司法権が侵害される素地があるという指摘がある。

―これに対しては、このような制約は条約の批准（承認）等の手続を経て、国家が自発的に同意することに従うもので、国家はそのような選択をする主権を行使するものだと言えるという見解もある。」

(24) ソン・ギホ「恐怖の契約米韓FTA」41頁

(25) 韓国法務省は、この点について「巨大資本を保有する多国籍企業の場合、制度的・慣行的障害を除去し特定政府を手なずけるために（taming effect）勝訴の可能性が低い場合にも、仲裁を起こす傾向がある」として、立法・行政・司法の広汎な分野に萎縮効果が及ぶことに重大な懸念を示している。

(26) 現実に、韓国は米韓FTAに違反するとする米国自動車産業界の意見書が出されたために韓国版エコカー支援制度を棚上げすることを余儀なくされている。

また、ドイツの脱原発政策は、スウェーデンの電力会社から国際仲裁に付託されるなど、国家の中核的政策を外国投資家が左右しかねない状態が生まれている。

（いわつき　こうじ）