

投資協定仲裁と行政救済法理論

原 田 大 樹

はじめに

自由貿易体制の深化を図る手段として、二国間あるいは多国間の投資協定・経済連携協定・自由貿易協定が多く結ばれている。最近では、環太平洋戦略的経済連携協定（TPP）や日 EU 経済連携協定の動きに代表されるように、先進国同士の協定も増加している。そのような状況下で、これら投資協定等に含まれる紛争解決手続である国際的な仲裁に関心が集まっている。投資協定仲裁は、協定上の義務に違反した投資受入国（ホスト国）に対して、投資家が主としてこれに起因する損害の賠償を求める手続で、ホスト国裁判所ではなく両当事者が仲裁人を選任し、仲裁によって紛争解決を図るものである。投資協定仲裁に持ち込まれる紛争は、従来であれば、そのほとんどが国内の行政救済法（とりわけ国家賠償・損失補償）によって解決されてきたものである。こうした国内の裁判所による行政救済ルートの独占の構図が、投資協定仲裁に代表される国際的な仲裁によって激変する可能性が指摘されている。そして、民主的に選ばれたわけでもない仲裁人が、国家の立法者の判断に基づく規制措置の効果を（事実上）奪う局面も予想されることから、投資協定仲裁の存在がこうした協定の締結に反対する背景のひとつとなったことは、記憶に新しい¹⁾。

もっとも、日本政府を相手とする投資協定仲裁は未だ申し立てられておらず、また日本企業が海外で関係した仲裁例もごくわずかにとどまる現時点において、投資協定仲裁が日本法にもたらす影響を分析することは極めて難しい。そこで本稿ではまず、すでに投資協定仲裁と国内行政救済手段とが接触した例をもつドイツ法の事例を参照し、具体的にどのような点が問題として意識され、どのような方向で学説上の議論がなされているかを整理する（I.）。具体的には、ドイツの四大電力会社のひとつで、スウェーデンの国営企業の子会社であるヴァッテンフォール（Vattenfall）が当事者となった、石炭火力発電所事件と脱原発事件を取り上げる²⁾。続いて、投資協定仲裁が日本法に対してもちうる意味を、国

1) 瀧本正太郎「国会審議に見る投資条約仲裁の虚像と実像」法律時報 87 巻 4 号（2015 年）43-48 頁。

2) Markus Krajewski, Verfassungsrechtliche Probleme des Eigentumsschutzes durch internationales

内行政救済手段との関係、行政争訟法との関係、国家補償法との関係の3つに分けて検討する(II.)。本稿では、投資協定仲裁が協定違反の有無を投資協定等の国際法規範に基づいて判断する手続であって、その中では国内法令の解釈・適用が直接問題とされているわけではないと理解する一方で、国内行政救済法のもとでの判断が参照されたり、お互いの判断の積み重ねを相互に学習したりする関係にあるものとする把握方法(「平行」手続としての性格)をさしあたり採用することとし、このような捉え方に基づいて両者の関係を理論的にどう整序できるかを模索する。こうしたアプローチによって、理論先行型³⁾で投資協定仲裁の問題に対する対応を構想するとともに、国内行政救済法理論の反省の契機としても国際投資仲裁がもたらしうる諸要素を手がかりとすることとしたい(おわりに)。

I. 2つのVattenfall事件

1. モアブルク石炭火力発電所事件(Vattenfall I)

(1) 事案の概要

スウェーデンの電力会社ヴァッテンフォールは、ハンブルク州近郊のモアブルク(Moorburg)に石炭火力発電所を設置するため、イミシオン防止法上の認可と、冷却水の取水・排水のための水管理法の許可を2006年に申請した⁴⁾。その後、統合的環境アセスメントが実施され、州環境庁は2007年に暫定の許認可を与え、近々最終の許認可を出す見込みであった。その後、2008年の州議会選挙で、緑の党が同発電所の建設に反対することを公約に掲げ、選挙後に連立与党に加わり、州環境庁の長官ポストを獲得した。

(2) 救済手続の展開

①負担取消訴訟とICSID仲裁

最終の許認可がなかなか出されないことから、2008年にヴァッテンフォールは不作為

Investitionsrecht, in: ders u.a. (Hrsg.), Gesellschaftliche Herausforderungen des Rechts: GS Helmut Rittstieg, 2015, S. 80-96, 93.

3) 理論先行型のグローバル化対応の先例として参照、斎藤誠「グローバル化と行政法」磯部力他編『行政法の新構想I 行政法の基礎理論』(有斐閣・2011年)339-374(356-361)頁、原田大樹「国際消費者法への展望」浅野他編『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂・2015年)282-300(295-297)頁。

4) Markus Krajewski, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), ZUR 2014, S. 396-403, 399.

確認訴訟を提起した。州環境庁は最終許認可を出し、それに取水量を大幅に制限する等の内容の負担を条件として付加した。ヴァッテンフォールはこれに対してこうした制限のない許認可を求める義務付け訴訟を提起した。ヴァッテンフォールはさらに、エネルギー憲章条約⁵⁾に基づき、ドイツ連邦政府に対して、公正衡平待遇違反及び間接収用を理由として投資紛争解決国際センター（ICSID）に仲裁の申立を行った。

このうち国内の行政裁判については、2010年に和解が成立し、取水量を暫定許認可時の量に緩和する内容の水管理法上の変更許可が、改めて行政手続を経ることなく出された。それを受けて2011年にICSID仲裁も和解で終了した。その内容は、2010年の和解の内容を踏襲するもので、仲裁申立の内容に含まれていた損害賠償は行わないこととされた。この手続では、最終的に仲裁廷が仲裁判断を出さなかったこともあり、国内裁判と投資協定仲裁の関係をめぐり議論はそれほど活発には行われなかった。もっとも、両手続の差異は認識されており、例えば投資協定仲裁が信頼保護を重視するのに対して、国内裁判所は法律による行政の原理を重視する審理方法の相違⁶⁾や、投資協定仲裁は賠償額を決めるのに対して、国内裁判所は原状回復を重視する救済方法の相違⁷⁾が指摘されていた。

②許可取消訴訟

上記①の訴訟には環境保護団体 BUND が参加人として加わっており、2010年の和解には同意しなかった。BUND はさらに2011年に、和解に基づいて出された水管理法の変更許可の取消訴訟を併合し、連邦自然保護法違反をも主張した。2013年にハンブルク州上級行政裁判所は、掛け流し式の冷却に必要な取水・排水を認めた部分について取消判決を出し、それ以外の許認可の内容は維持する判断を示した⁸⁾。

この訴訟では次の2つが争点となっていた。第1は、水管理法27条の悪化防止要請（Verschlechtungsverbot）の法的性格である。この規定は、EUの水枠組指令（Wasserrahmenrichtlinie）に由来するもので、水質悪化を防止するために必要な措置を採る義務を規定していた。もっとも、その規定に法規範性があるのか、あるいは水管理法の許可要件に含まれるのかをめぐって争いがあった。判決では、悪化防止要請の法規範性

5) Richard Happ, *Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty*, 45 GERMAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 331, 357 (2003); Martin Klein, *Investitionsschutzabkommen*, Wirtschaftsdienst 94 (2014), S. 463-467, 464.

6) Krajewski (Anm.4), S. 399.

7) Markus Krajewski, *Vattenfall, der deutsche Atomausstieg und das internationale Investitionsrecht*, juridikum 2013, S. 348-360, 353.

8) OVG Hamburg, Urt. V. 18. 01. 2013, ZUR 2013, 357.

を認め、許認可の要件に含まれるとした。そしてこの要請を、水管理法の許可に関する広範な裁量の考慮事項ではなく、その枠外にあるものと位置付けた⁹⁾。もし悪化防止要請が衡量の枠内に取り込まれていれば、たとえ悪化防止要請違反でも他の考慮事項との関係で適法な許可となる可能性があった¹⁰⁾。

第2は、連邦自然保護法及びEUの自然生息地指令¹¹⁾の要請の考慮である。発電所からエルベ川の上流約600kmのところには自然保護地域(Natura2000)が存在しており、保護対象種である淡水・海水ヤツメウナギ、サケ等の産卵場所として保護されていた。発電所が冷却のために取水・排水すると、上流の保護地域まで魚が遡上できずに死滅するおそれがある。そこで、川の流れをコントロールするための閘門を発電所から約30km上流に設けるとともに、魚道を南北に設置していた(このうち南岸魚道は2010年の変更認可での負担の一部であった)。これらの措置が自然保護に対する悪影響の抑制・限定措置(連邦自然保護法34条1項)にあたるかが争われた。判決では、南岸魚道の設置によって環境影響は著しく改善されたとして、これらの措置が悪影響の抑制・限定措置にあたるものとした。

上告後の2014年に連邦行政裁判所は、執行停止の申立を緊急の必要性が認められないとして却下した¹²⁾。また、2015年には、別の事件の先決裁定手続の中で欧州司法裁判所が悪化防止要請の法的性格について、単なる政策目標ではなく法的拘束力があり、許認可の要件に含まれると判断した¹³⁾。国内裁判所とICSID仲裁の双方で和解によって紛争が解決したかに見えたこの事件は、ハンブルク州上級行政裁判所の取消判決という新たな展開によって、仮に連邦行政裁判所がこの取消判断を維持した場合に、ICSID仲裁における和解で認められた内容を強制できるか¹⁴⁾という難問を抱えることとなった。このような多層的な司法間調整の問題は、投資協定仲裁との間だけでなく、欧州司法裁判所との関係でも出てくることになる。2015年のEU司法裁判所の先決裁定手続における決定は、生態系に著しい悪影響を与えるかどうかの問題と、そのような悪影響の抑制・限定措置の効果とを別々に判断する方法をとっており、両者を一体的に判断してきたドイツの国内裁判

9) Claudio Franzius, Das Moorburg-Urteil des OVG Hamburg, NordÖR 2014, S. 1-11, 3.

10) Harald Ginzky, Maßstäbe der Gewässerbewirtschaftung nach der Wasserrahmenrichtlinie, ZUR 2013, S. 343-349, 344. 悪化防止要請の展開につき参照, 山田洋「水銀排出規制と石炭火力発電の将来」行政法研究 22号(2018年) 37-52(47-49)頁.

11) 齋藤亜紀人「EU自然保護・生物多様性政策における共通ルール発展の阻害」日本EU学会年報34号(2014年) 339-358頁, 中西優美子「浚渫作業にかかわるEU自然生息地指令の実効性確保(Ⅲ(2))」自治研究 92巻5号(2016年) 94-104(101)頁.

12) BVerwG, ZUR 2014, 664.

13) EuGH, Urt. V. 01. 07. 2015 C-461/13, NVwZ 2015, 1041 (BVerwG, EuGH-Vorlage vom 11. 07. 2013, DVBl. 2013, 1450).

14) Krajewski (Anm.7), S. 355.

所の判断方法との齟齬が指摘されていた¹⁵⁾。

③条約違反手続

①の訴訟で和解が成立した2010年に、環境保護団体BUNDは欧州委員会に対して自然生息地指令に関する苦情の申出を行っていた¹⁶⁾。これを受けて2014年に欧州委員会がドイツに対して改善要求(Aufforderungsschreiben)を出し、さらに2016年には欧州委員会が条約違反手続を開始した。2017年に欧州司法裁判所は、ドイツの条約違反を認定した¹⁷⁾。

判決では、保護地域の保護目的が魚類の保護・繁殖にあることに注目し、保護対象の魚類が遡上できなければ目的を達成できないことから、自然保護地域と発電所の間が約600km離れているとしても自然保護への影響があることを認めた。そして、魚道の設置による悪影響の緩和効果は認めるものの、2010年の変更許可の時点で悪影響が防止できる合理的な証明がないとして、EU自然生息地指令に違反すると判断した。欧州司法裁判所は、悪影響の有無、悪影響の抑制・限定措置、代償措置を峻別した上で¹⁸⁾、変更許可後の多段階のモニタリングによって南岸魚道の効果を判断するのでは不十分とし、変更許可時点で不確実性の解消が必要と判断した。これを受けて、ハンブルク州環境庁は直ちに、掛け流し式冷却のための取水を停止する命令を発令し、冷却塔を利用した循環式冷却方式の採用が求められることとなった。

条約違反手続を欧州委員会が開始するかどうか、いつ開始するかの決定は、委員会の裁量に委ねられており(EU運営条約258条)、条約違反手続を開始しないことは不作為確認訴訟の対象とはならないとされる¹⁹⁾。もともと、紛争が加盟国の最上級審に係属中の時点で条約違反手続を行うことは、欧州司法裁判所と加盟国最上級審との協力関係を念頭に置いた場合に適切なのかという点に、疑問が提起されている²⁰⁾。また、加盟国の事実審裁判所であるハンブルク州上級行政裁判所が効果的な悪影響抑制・限定措置と判断した魚道の設置について、欧州司法裁判所がその判断を異にしたことで、欧州司法裁判所は加盟国

15) Arno Beier, Die Beeinträchtigung eines FFH-Gebiets als solchem, DVBl. 2013, S. 1497-1503, 1500; Jörg Berkemann, Fischtod durch Kühlwasserentnahme – Der Fall Moorburg (EuGH), ZUR 2017, S. 404-413, 408.

16) Berkemann (Anm.15), S. 405.

17) EuGH, Urt. V. 26.04.2017 C-142/16, ZUR 2017, 414.

18) Bernhard Stüer, Steinkohlekraftwerk Moorburg hält Verträglichkeitsanforderungen der Habitat-Richtlinie nicht ein, DVBl. 2017, S. 838-844, 842.

19) 中西優美子『EU法』(新世社・2012年)175頁。

20) Berkemann (Anm.15), S. 412.

の救済手段が尽きていなくても審査できる超事実審なのかという批判²¹⁾も見られる。この結果、欧州司法裁判所の条約違反の認定を前提に、連邦行政裁判所はハンブルク州上級行政裁判所が適法とした連邦自然保護法（生息地指令）の判断を見直す必要が生じている。この事件は、司法の多層化という問題を極めて鮮明に示した具体例であり、紛争解決のフォーラムとして国内裁判所、欧州司法裁判所、国際投資仲裁が絡み合うものと言える。

2. 脱原発事件 (Vattenfall II)

(1) 事案の概要

ヴァッテンフォールは、2011年の脱原発をめぐってもICSID仲裁を申し立てている (Vattenfall II)。ドイツにおける脱原発²²⁾が本格化したのは、1998年の連邦議会選挙後に、脱原発を公約にしていたシュレーダー政権 (SPD・緑の党連立政権) が発足してからである。2000年には連邦政府とエネルギー供給企業4社との間で脱原発協定 (Atomokonsens) が結ばれ、その内容を立法化する原子力法改正が2002年になされた。その内容は、原発の新規建設を禁止し、既存の原発を段階的に廃止するものであった。具体的には、原子炉の稼働年数を32年と考えた上で、それまでの発電量を差し引いた残存発電量 (Reststrommengen) を割り当て、これがなくなるまでの発電を認め、ドイツ国内の他のより新しい原子力発電所への移転も認めることとした。

その後、2009年の連邦議会選挙後に発足した第2次メルケル政権 (CDU/CSU・FDPの連立政権) は、再生可能エネルギーが実用化されるまでの架橋電源として原子力を位置づけ、地球温暖化対策の観点からも原子力発電所の運転期間を延長することとし、2010年にエネルギー供給企業4社との間で原子力発電所の期間延長に関する協定を締結した。そしてこれを受けて原子力法が改正され、原子力発電所に対して平均して12年分の追加発電量を配分した。これと同時に核燃料税が導入されており、原子炉延長に対する政策的な課税として、廃炉のための費用や再生可能エネルギーの促進が目的とされた²³⁾。しかし、2011年3月11日に発生した東日本大震災とこれに基因する福島第一原発事故を受けて、メルケル政権は原子力法改正の3ヶ月間の不適用と古い原子力発電所の3ヶ月の運転停止

21) Berkemann (Anm.15), S. 411.

22) Thomas Schmitt/Tim Werner, Die Staatshaftung für legislatives Unrecht am Beispiel des Atomausstiegs, NVwZ 2017, S. 21-28, 21-23; 高木光「ドイツ脱原発法一部違憲判決」自治研究 93巻12号 (2017年) 79-90 (79-82) 頁, カール=フリードリッヒ・レンツ「原発廃止立法に関する違憲判決」自治研究 94巻2号 (2018年) 155-162 頁.

23) Michael Kloepfer, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, S. 1469 Rn. 60.

命令を含むモラトリアムを実施し、その後原子力法を改正して、追加発電量の取消、古い原発の廃炉及びその他の全ての原発も 2022 年で廃炉にすることとした。

(2) 救済手続の展開

①原子力法改正の合憲性と ICSID 仲裁

これに対して同年に、原子力発電所を保有する E.ON, RWE, ヴァッテンフォールの 3 社がそれぞれ憲法異議を連邦憲法裁判所に提起した。さらにヴァッテンフォールは 2012 年に、エネルギー憲章条約に基づいて ICSID 仲裁の申立を行った。ICSID 仲裁は現在も係属中で、2013 年には仲裁権限の有無をめぐる争いで権限があると判断されたとされ、さらに 2015 年には欧州委員会がアミカス・キュリエ (amicus curiae)²⁴⁾ の許可を得た。

2016 年に連邦憲法裁判所は、憲法異議に対する判断を示した (判決日がニコラウスの日にあたったことから、ニコラウス決定 (Nikolaus-Entscheidung) とも呼ばれている)²⁵⁾。判決では、原子力に関する民主的な決定を重視する従来の連邦憲法裁判所の判例を踏襲しつつ²⁶⁾、以下の 4 点に関する重要な判断を示した。

第 1 に、ヴァッテンフォールの基本権享有主体性である。基本法 19 条 3 項の法人の基本権享有主体性に関する規定を受けて、外国法人の基本権享有主体性を否定する憲法裁判所の判例が存在する。ヴァッテンフォールはドイツ国内の制限責任会社ではあるものの、スウェーデン政府が保有しており、その基本権享有主体性は否定されるように見える。しかし連邦憲法裁判所は、EU 運営条約 54 条 1 項の開業の自由を手がかりに例外的に憲法異議資格を肯定した。

第 2 に、原子力法上の許認可の財産権保障対象性である²⁷⁾。従来の憲法裁判所の判例では、年金受給請求権については憲法上の財産権保障の対象とされたものの、それ以外の行政上の許認可については基本的に対象外とされてきた²⁸⁾。判決では、原子力法上の許認

24) Markus Ludwigs, Der Atomausstieg und die Folgen, NVwZ 2016, S. 1-6, 5. アミカス・キュリエの意義及び機能につき参照, 石塚翔太郎「国際投資仲裁における人権保障と多国間投資協定」東京大学法科大学院ローレビュー (東京大学) 6 巻 (2011 年) 3-33 (21-22) 頁。

25) BVerfG, Urt. v. 6. 12. 2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, E 143, 246. 同判決が示した財産権論に関する詳細な理論的検討として参照, 平良小百合「脱原発を促進する第 13 次原子力法改正法と憲法上の財産権保障」山口経済学雑誌 (山口大学) 66 巻 3 号 (2017 年) 249-280 頁, 小山剛「脱原発と財産権」法律時報 90 巻 1 号 (2018 年) 95-100 頁。

26) Gerhard Roller, Die verfassungsrechtliche Bewertung des Atomausstiegs 2011, ZUR 2017, S. 277-287, 278.

27) ドイツにおける憲法上の財産権概念の内容とその意義につき参照, 平良小百合『財産権の憲法的保障』(尚学社・2017 年) 97-139 頁。

28) イミシオン防止法上の許認可のような予防的監督許可 (= 許可を受ける請求権が認められる許可) については、それが財産権保障の対象となるとする連邦憲法裁判決がある (BVerfG, NVwZ 2010, 771, 772) の

可は、投資の前提ではあるものの、固有の寄与 (eigene Leistungen) を欠くことから財産権保障の対象外とした。

第3に、残存発電量の取消の取用該当性である。後述の通り、ドイツでは財産権を制限する国家の作用を「取用」(基本法14条3項)と「財産権の内容・限界規定」(同条1項2文)に大別している。そして、取用であれば損失補償を要するのに対して、財産権の内容・限界規定であれば原則として補償は不要とされる。近時の憲法裁判所の判例²⁹⁾では、どのような作用が「取用」にあたるかをめぐって、公的任務遂行のために財産が権力的に調達されて公的主体に移転する財産獲得(Güterbeschaffung)を要件としており、本判決もその立場を踏襲して、残存発電量の取消は取用にあらず、財産権の内容・限界規定の問題とした。

第4に、信頼保護の対象性である。法の一般原則のひとつに数えられる信頼保護原則は、基本法の財産権保障と深く結びついている³⁰⁾。判決では、内容・限界規定の比例原則審査の際に、2002年に割り当てられた残存発電量と、2010年に割り当てられた追加発電量とを区別した。判決は、原子力燃料についてその膨大なリスクから、著しい社会的関連性を有する財産権であるとして、強い社会的拘束に服するとした上で、2010年の追加発電量の配分は事業者の固有の寄与に基づくものではないとして、信頼保護の対象としては認めなかった(ただし、追加発電量の配分を受けて何らかの投資活動を行った場合の投資は対象に含めた)。これに対して2002年の残存発電量は、脱原発の移行措置の内容であって、その信頼は保護されなければならないとした。そして、2022年の脱原発期限までに内部で消化できない残存発電量を保有しているヴァッテンフォール・RWEについては甘受できない制約があると認め、追加発電量に基づく投資も含めて適切な補償措置を講ずるように法律の改正を義務付けた。財産権の内容を一般的に規定する場合においては、それが違憲と評価されても補償とは結びつかないのが原則である。しかし、一般的に見て合憲であっても、特定の対象者についてそれが甘受できない財産権に対する制約になっている場合には、補償も含む経過的な措置を立法者が講じなければならない。このような類型の規定は「調整を要する場合・限界規定」³¹⁾と呼ばれており、追加発電量の取消や残存

に対して、原子炉設置許可は事業者の固有の寄与によるものではなく国家が与えるものだから、事業者側に請求権がなく、憲法上保護される財産権に該当しないとされる。Vgl. Joachim Wieland, Verfassungsfragen der Beendigung der Nutzung der Kernenergie, EnWZ 2013, S. 252-258, 255.

29) BVerfGE 104, 1, 10.

30) Meinhard Schröder, Verfassungsrechtlicher Investitionsschutz beim Atomausstieg, NVwZ 2013, S. 105-111, 106.

31) 南川和宣「ドイツにおける補償を義務づけられる内容制限規定(1)」法学論叢(京都大学)150巻4号(2002年)20-42(25-33)頁、清野幾久子「ドイツにおける原子力発電廃止決定の憲法問題」法律論叢(明治大学)76

発電量のうち 2022 年までに使用できない部分を生じさせた法律の規定はこの類型に該当するものとされた。

この判決に関する国際投資仲裁との関連での理論的評価は、おおむね次の 2 点にまとめられる。第 1 は、ヴァッテンフォールの憲法異議の利用可能性である。ドイツにおいて投資協定仲裁に批判的な見解の理由付けのひとつとして、海外の投資家に対してのみ国内の裁判所とは別の救済ルートを認めること（救済特権としての投資協定仲裁）が挙げられている。その背景には、民主的に正統な立法者による規制が場合によっては国外の仲裁廷によって覆されうることにに対する反発³²⁾があるほか、フォーラムショッピングの危険や、仲裁人の中立性・正統性³³⁾の問題も指摘されている。またドイツではその活動がたとえ私法的なものでも、国家の属性を持つ主体に基本権享有主体性が否定されている。ドイツの四大電力会社の一つである EnBW は地方自治体等が株式を所有する組織で、憲法異議資格が認められないことを見越して、憲法異議を提起していなかった。これに対してスウェーデン政府が保有するヴァッテンフォールについては基本権享有主体性が認められたため、両者のアンバランスが非常に際立つことになった³⁴⁾。他方で、EU 法親和的解釈の必要性³⁵⁾、あるいは EU 加盟国相互の尊重義務³⁶⁾から、開業の自由を手がかりに憲法異議の資格を認めたことは適切とする見解もある。また、仮に連邦憲法裁判所がヴァッテンフォールの憲法異議資格を否定した場合、問題の解決が国際投資仲裁に委ねられることになってしまい³⁷⁾、それは連邦憲法裁判所にとって得策ではなかったから資格を認めたとの推測も見られる³⁸⁾。

巻 1 号 (2003 年) 79-126 (93) 頁, 川合敏樹「ドイツにおける原発規制の動向」斎藤浩編『原発の安全と行政・司法・学界の責任』(法律文化社・2013 年) 177-195 (184) 頁。

32) Martin Klein, Investitionsschutzabkommen, Wirtschaftsdienst 94 (2014), S. 463-467, 466.

33) Stephan W. Schill, Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht, ZaöRV 2011, S. 247-289, 266; David Buntentbroich/Markus Kaul, Transparenz in Investitionsschiedsverfahren, SchiedsVZ 2014, S. 1-8, 6. 国際レベルにおける正統性の問題につき参照, 伊藤一頼「国際条約体制に正統性はあるのか」法学教室 444 号 (2017 年) 133-139 頁, 同「私的規範形成のグローバル化がもたらす正統性問題への対応」論究ジュリスト 23 号 (2017 年) 8-13 (11-12) 頁, 瀧本正太郎「『グローバル法』をめぐる正統性問題」論究ジュリスト 23 号 (2017 年) 14-19 (17) 頁。

34) Foroud Shirvani, Atomausstieg und mäandernde Gesetzgebung, DÖV 2017, S. 281-287, 283.

35) Jörg Berkemann, Der Atomausstieg und das Bundesverfassungsgericht, DVBl. 2017, S. 793-804, 795.

36) Ralf Knaier/Lothar Wolff, Prozessuale und materielle Grundrechtsberechtigung für Staatsunternehmen durch die Niederlassungsfreiheit? EWS 2017, S. 207-213, 212.

37) エネルギー憲章をめぐる投資協定仲裁は他の国でも (とりわけ再生可能エネルギーをめぐる補助金をめぐって) 提起されており, 仲裁の予見可能性の低さが指摘されている。イタリアではこのような事態を受けて, 2016 年にエネルギー憲章条約を脱退している。Vgl. Alfred Escher/Violeta Sliskovic, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, RIW 2016, S. 190-201, 196.

38) Shirvani (Anm.34), S. 283.

第2は、ドイツ法における取用概念の狭隘さである³⁹⁾。後述の通り、投資協定のほとんどには取用に関する規定が置かれており、その中では財産権を国家が直接奪う形態の直接取用と並んで、規制措置や課税・負担金などの別の方法で実質的に財産権の行使を否定する間接取用も「取用」概念に含まれている。また、基本権の解釈にあたり国内において憲法的な意味を持つとされる欧州人権裁判所の判決では、取用概念に「形式的な取用」（財産の別の主体への移転）だけでなく、「事実上の取用」（規制作用による財産権侵害）も含まれている⁴⁰⁾。これに対してドイツ法では、取用概念は所有権の内容・限界規定と区別されて極めて限定的に理解されており⁴¹⁾、多層的な司法間調整の中で特異性を有している。さらに、両者は救済方法⁴²⁾や和解の可能性⁴³⁾の点で相違があり、また投資協定仲裁の場合にはホスト国の憲法を考慮する義務はないから⁴⁴⁾、連邦憲法裁判所の判断が投資協定仲裁に与える影響は限定的とも見うる。他方で、連邦憲法裁判所が違憲判断した部分について仲裁廷が賠償を与えるインセンティブが働きうるかもしれないし、逆に合憲と判断した部分については賠償を認めない方向に仲裁廷を誘導しうる⁴⁵⁾。

②核燃料税の合憲性

脱原発に関する法的紛争は、なお別の形でも続いていた。ハンブルク州財政裁判所は、核燃料税法が基本法に違反し、遡及的に無効かどうか、連邦憲法裁判所に先決裁定を求めた。2017年に連邦憲法裁判所は、核燃料税が違憲無効とする決定を出した⁴⁶⁾。核燃料税は、その導入時から基本法やEU法との適合性が争われてきた。決定では、核燃料税は消費税にあらず、連邦の立法権限を欠くので無効とした。基本法の財政・税源に関する規定は厳格に解釈すべき（類推解釈の禁止）ことを前提として決定は、消費税を、製造者に課税し消費者に転嫁され、恒常的な需要がある財の使用に課税するものとした。そして、核燃

39) Fritz Ossenbühl/Matthias Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 210f. は、財産の獲得では明確なメルクマールにならないとし、取用を「立法者が自ら意図し、そのように授権した上で取用と明確に表現した、権利を縮小する措置」と定式化する。

40) Shirvani (Anm.34), S. 284.

41) 松本和彦「ドイツにおける原発廃止の法律問題」阪大法学（大阪大学）52巻3=4号（2002年）759-785（776）頁。

42) Darius Reinhardt, Vattenfall vs. Deutschland (II) und das internationale Investitionsschutzregime in der Kritik, KJ 2014, S. 86-94, 87.

43) Krajewski (Anm.7), S. 358.

44) Krajewski (Anm.4), S. 400.

45) Markus Ludwigs, Das Urteil des BVerfG zum Atomausstiegsgesetz 2011, NVwZ-Beilage 2017, S. 3-8, 8.

46) BVerfG, Bes. v. 13. 04. 2017, NVwZ 2017, 1037.

料税にはこうした性格がないので、基本法 106 条 1 項 2 号の消費税にあたらないと判断し、核燃料税を違憲無効とした。この結果、これまで支払われた核燃料税は電力事業者に返還されることとなった。

この事件では、連邦の立法権限に関する厳格な解釈がなされた⁴⁷⁾にとどまり、理論的な新奇性は大きくはない。しかし実質的には、支払った核燃料税を返金することにより、ニコラウス決定ではなされなかった経済的な損害填補を実現したものとも言う。

II. 投資協定仲裁と行政救済法理論

1. 投資協定仲裁と国内行政救済手段

(1) 投資協定仲裁の特色

国際投資協定は、政治的な影響力を抑制して国際的な投資を保護する目的で締結される⁴⁸⁾。投資協定仲裁は、投資協定の実体規定が実現されるための制度的な保障措置であり、この手続が利用できることが投資家に投資財産が保護される信頼を醸成することになる。なぜなら、ホスト国の裁判所には政府の行動を支持する制度的なバイアスが認められるからであり⁴⁹⁾、それ以外の救済ルートが用意されていれば、投資家にとってより中立的な判断が得られる見込みがある⁵⁰⁾。投資協定仲裁は、紛争ごとにアドホックに構成される仲裁廷が仲裁判断を下す手続で、投資家がホスト国との間で直接に仲裁を求めることができる点が大きな特色である⁵¹⁾。そして、仲裁判断の執行面での実効性⁵²⁾が担保されている点

47) Markus Ludwigs, Die Kernbrennstoffsteuer vor dem BVerfG, NVwZ 2017, S. 1509-1513.

48) 小寺彰「多数国間投資協定(MAI)」日本国際経済法学会年報7号(1998年)1-18(5)頁。最初の二国間投資協定である西ドイツ・パキスタン協定締結の背景には、第2次世界大戦で海外資産のほとんどを失ったドイツが、海外投資の政治的リスクを強く認識していた事情があったとされる(KENNETH J. VANDEVELDE, BILATERAL INVESTMENT TREATIES 54(2010))。同様の目的はICSIDにもあてはまる(黒田秀治「ICSID 仲裁判断の承認・執行の法構造」早稲田法学会誌(早稲田大学)44号(1994年)173-207(174)頁)。

49) Christian Tietje, Internationaler Investitionsrechtsschutz, in: Dirk Ehlers/Friedrich Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, S. 63-97, 65 Rn. 6.

50) Rainer Geiger, *Regulatory Expropriations in International Law*, 11 N.Y.U. ENVTL L.J. 94, 105 (2002)。さらに、仲裁判断は相互に参照される傾向にあり、一般的な法形成が進行している(瀧本正太郎「投資条約仲裁ネットワークの国際(世界)法秩序像」法律時報85巻11号(2013年)37-42(40)頁)。Benedict Kingsbury & Stephan Schill, *Investor-State Arbitration as Governance*, 2009/6 IILJ WORKING PAPER 1, 2 (2009) は、投資家・国家仲裁をグローバルガバナンスのフォーラムとして捉えている。

51) 西元宏治「国際投資法体制のダイナミズム」ジュリスト1409号(2010年)74-85(77)頁。

52) もっとも、仲裁判断の拘束力の根拠として一般に説かれる仲裁合意は、国際投資仲裁の場合には集団的意思決定の中で調達されている点に留意した仲裁判断の拘束力論の展開が必要と思われる。この点につき参照、渡

も、投資家にとってのメリットである。ICSID 条約に基づく ICSID 仲裁の場合には、それが金銭支払義務であれば、加盟国の裁判所には承認のみならず執行義務があり⁵³⁾、そうでない場合でもニューヨーク条約に基づく承認・執行が認められる可能性がある⁵⁴⁾。もっとも、仲裁判断の内容を宿主国が履行しない場合には、最終的には国際法上の義務違反として国家責任の問題となる⁵⁵⁾。

(2) 国内行政救済手段との関係

① 並行手続としての投資協定仲裁

この投資協定仲裁が純粋に国際法の問題であれば、国内公法学から敢えて議論する必要性は乏しい。しかし、I. で紹介した 2 つの Vattenfall 事件に見られるように、行政・私人間の紛争が国内の裁判所と（時系列的に見て）並行して仲裁廷に持ち込まれる事案が多い。具体的には、損害の金銭填補が問題となる紛争については、国内の行政救済手段である国家賠償（場合によっては損失補償）と重なり合うし、行政上の措置の差止めや取消等が問題となる紛争については、行政訴訟と重なり合うことになる。そして、例えば公正衡平待遇違反のように、投資協定上の違反行為とされる国家活動は、国内行政法上も違法と評価される可能性がある。

② 国内行政救済手段の包括性

それでは、国内で発生した行政・私人間の紛争に対して、国内の行政救済手段が包括的にカバーすべきなのか、それとも投資協定仲裁に委ねてよい部分がありうるのか。1 つのアプローチは、裁判を受ける権利（憲法 32 条）である。この観点からは、包括的で実効的な権利救済制度が準備されている必要があると考えられるものの、投資協定仲裁の利用を封じるロジックを導出するのは（「国内裁判官による」裁判を受ける権利を観念しない限り）難しいと思われる。もう 1 つのアプローチは、司法権（憲法 76 条 1 項）である。司法権の対象となる法律上の争訟の概念をめぐっては、一般に具体的事件性と法的事項の

部美由紀「国際仲裁における仲裁判断の res judicata」加藤哲夫他編・上野泰男先生古稀祝賀論文集『現代民事手続の法理』（弘文堂・2017 年）771-787（777）頁。

53) 酒井啓巨他『国際法』（有斐閣・2011 年）451 頁 [瀨本正太郎]。

54) ニューヨーク条約の国際投資仲裁に対する適用可能性については争いがある。この点につき参照、中村達也「投資仲裁の基本的問題（下）」J C A ジャーナル 55 巻 10 号（2008 年）20-26（23）頁、道垣内正人「投資紛争仲裁へのニューヨーク条約（外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約）の適用可能性」『投資協定仲裁研究会報告書』（2009 年）93-114（101）頁、小寺彰「投資協定の現代的意義」同編『国際投資協定』（三省堂・2010 年）2-17（15）頁。

55) 水島朋則「投資仲裁判断の執行に関する問題」RIETI ディスカッション・ペーパー 13-J-078 号（2013 年）1-20（15）頁。

2つの要素が要求される。もっとも、ここで議論されているのは他の国家権力との線引きであるから、司法権の概念について適法な提訴を要件とする立場をとったとしても、それが私人に提訴先の選択権を認めたものと考えすることはできないだろう。司法権も国家の統治権の一環であるから、司法権の行使を制限したり、国外の機関に委譲したりすることには何らかの制約があると考えられる⁵⁶⁾。

③「平行」手続としての投資協定仲裁

本稿は、投資協定仲裁が司法権概念との関係で憲法上許されるか、許されるとすればどのような条件が整った場合かという点に関する結論を留保し、以下ではもっぱら、憲法上許される範囲の投資協定仲裁と国内の行政救済法理論とを整合的に理解することができるかを検討することとする。国際公法学の観点からは、投資協定仲裁に関する仲裁判断と国内の行政訴訟・国家賠償における判決との間で、判断基準や判断方法に類似性があることが指摘されている⁵⁷⁾。もっとも、投資協定仲裁で判断されているのは、あくまで協定違反の有無であり、そこで適用される法規範は基本的には投資協定や国際法とされる⁵⁸⁾。つまり、国内の行政措置あるいは立法措置が協定違反と言えるかという問題が主として扱われており、国内行政法令の内容やその解釈・適用が直接的に問題とされているわけではない。その意味で、国内の行政救済手段と投資協定仲裁とは、時系列的に並行しうるものの、判断の基準やプロセスは相互に独立している（「平行」手続としての性格）。しかし、平行線が他方の線なしには「平行」とはなりえないように、両者は全く独立した関係にあるわけではなく、共通の判断対象である紛争をめぐって依拠する法規範を相互に参照したり、一方の判断が先行すれば他方がその判断を参照したり、それぞれの判断の積み重ねを手がかりに相互学習が行われたりする動的な関係にある（べき）と考えることはできないだろうか。このような見方は、先行する国際公法学の業績からも看取されるところであり⁵⁹⁾、また国際公法学における国内法と国際法の関係をめぐる等位理論⁶⁰⁾のアイデアを紛争解

56) この点については、本特集の村西論文（村西良太「司法権の国外委譲と憲法」）が詳論している。

57) 伊藤一頼「投資仲裁における比例性原則の意義」RIETI ディスカッション・ペーパー 13-J-063号（2013年）1-34（11）頁。国内公法学からの検討として参照、原田大樹「投資協定仲裁と国内公法」同『行政法学と主要参照領域』（東京大学出版会・2015年）269-287（280-287）頁、同「行政裁量」法学教室443号（2017年）76-85（85）頁。

58) 伊藤一頼「国際投資保護メカニズムをめぐる現状と課題」組織科学45巻2号（2011年）4-15（7）頁、玉田大「投資仲裁の適用法規」国際商取引学会年報17号（2015年）134-145（135）頁、福永有夏「国内法そのものの国際経済協定違反と救済」国際法研究3号（2015年）37-58（55-56）頁。

59) 森下哲朗「国際投資仲裁の論点と課題」日本国際経済法学会年報17号（2008年）153-173（156）頁は、「紛争処理の複層性」と表現する。

60) 山本草二『国際法 [新版]』（有斐閣・1994年）85-86頁。

決の局面にあてはめる試みでもある。以下では、こうした見方に基づいて、投資協定仲裁と国内行政救済手段との関係を理論的に整序することとしたい。

2. 行政争訟法との関係

(1) 仲裁の対象事項

① 仲裁法の規定

国内行政救済手段によって扱われる紛争が仲裁の対象事項に含まれなければ、そもそも手続の「並行」は問題にならない。この点について仲裁法2条1項は、「既に生じた民事上の紛争又は将来において生ずる一定の法律関係（契約に基づくものであるかどうかを問わない。）に関する民事上の紛争」の解決を仲裁人に委ね、その判断に従う合意を仲裁合意と定義している。そして、「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」（同法13条1項）とし、日本国内に仲裁地がある場合のみ適用される仲裁判断の取消し（同法44条）と、国際仲裁についても適用がある仲裁判断の承認・執行（同法45条）の規定で、取消事由あるいは承認・執行の拒否事由として「日本の法令によれば、仲裁合意の対象とすることができない紛争に関するものであること」（同法44条1項7号・45条2項8号）、「仲裁判断の内容が、日本における公の秩序又は善良の風俗に反すること」（同法44条1項8号・45条2項9号）を挙げている。

② 民事上の紛争

このうち「民事上の紛争」に含まれるかどうかをめぐっては、非訟事件が対象とならないとされる一方で、行政事件についてはもっぱら和解可能性のみが議論されている⁶¹⁾。日本には行政裁判所はなく、行政事件に関する完結的な手続法典を欠いていることからすれば、このなかに行政事件が含まれていると考えても支障はないものと思われる⁶²⁾。また、投資協定仲裁の事案の大多数を占める賠償請求の場合には、国内法上は国家賠償訴訟がこれに対応することとなり、同訴訟は民事事件に分類されているから、実質的に考えても「民事上の紛争」にあたるかを問題とする必要性は小さい。

61) 小島武司 = 猪股孝史『仲裁法』（有斐閣・2014年）72-75頁。

62) 横島路子「ICSID 仲裁判断の承認・執行」上智法学論集（上智大学）53巻4号（2010年）307-350（334）頁は、取消訴訟における和解不可能の考え方から公権力の行使についての仲裁適格を否定した上で、ICSID 仲裁判断が日本の民事執行法にいう債務名義であって、執行決定のような承認手続を必要としないとの理解を示している。

③和解可能性

次に「当事者が和解をすることができる」をめぐることは、取消訴訟を念頭に置いて和解を不可能とする見解が有力に展開されてきた。そしてその根拠は法治主義に求められている⁶³⁾。これに対しては、行政に裁量が認められる場合には和解が認められるとする見解や、事実の問題については和解が認められるとする見解がある⁶⁴⁾。もっとも、取消訴訟以外の訴訟における和解の許容性については特段の議論はなされておらず、また民事訴訟法の処分権主義が被告行政側に適用されない理由も具体的には説明されてはこなかった。

そこで、法治主義を根拠とする取消訴訟の和解否定説は、次のようにパラフレーズすべきと思われる。社会問題を解決するために行政機関に一定の権限を付与することを中心とする行政法規は、行政機関による法令に基づく諸決定の際に、決定の名宛人と対立する利害関係を含む幅広い利害状況を考慮することを求めていることが一般的である。それゆえ、こうした利害関係及び利害関係者に対する十分な配慮なしに、行政が独自の判断で和解することは許されない。このように考えると、取消訴訟における和解否定説の考え方は、取消訴訟以外の行政法令に基づく諸決定が問題となる訴訟類型にもあてはまるはずである。そして、利害関係・利害関係者に対する配慮が必要か、必要であるとしてどの程度かという点は、諸決定の内容を条件付けている法令の解釈によって導き出される。つまり、和解が認められるためには、問題とされる利害が紛争状況によって行政が互譲の対象としうるものが、根拠となる法令から読み取られる必要がある。その際に行政裁量が認められていれば、こうした解釈の大きな手がかりとなる（ただし、行政裁量が認められていれば常に和解可能とまでは言えない）。また、租税法における事実レベルの合意の問題も、行政調査に関する裁量の問題⁶⁵⁾と考えることができるのではないか。こうした利害関係に対する配慮の要素に加え、利害関係者に対する配慮として、裁判所における和解手続あるいはそれに先行する行政手続の中で、利害関係者が自らの利害を主張し、その内容が和解の際に考慮してもらえらる可能性を確保する機会を設定する必要があると思われる。

(2) 手続間の調整

これまでの投資協定仲裁のほとんどは、仲裁判断の内容が金銭面（賠償・補償）に限ら

63) 代表的な見解として参照、塩野宏『行政法Ⅱ [第5版補訂版]』（有斐閣・2013年）180頁。

64) 学説の状況につき参照、原田大樹「行政執行国際ネットワークと国内公法」同『行政法学と主要参照領域』（東京大学出版会・2015年）73-104（100-102）頁、同「政策実現過程のグローバル化とEU法の意義」EU法研究2号（2016年）29-62（55-58）頁。

65) 行政調査における行政裁量とその統制につき参照、北村和生「行政の調査義務と裁判による統制」曾和俊文他編・芝池義一先生古稀記念『行政法理論の探究』（有斐閣・2016年）161-185（180-182）頁。

れており、国内の行政争訟手続に関する法理論との調整を論じる必要性はほとんどなかった。また、ICSID 条約では、金銭支払義務に関してのみ仲裁の執行義務が規定されている（同条約 54 条 1 項）。他方で、金銭支払義務以外の内容が仲裁判断で示されることが必ずしも排除されているわけではないとする見解もある⁶⁶⁾。現実の投資協定仲裁は、ホスト国からの妨害によって投資家が事業を諦めた時点で、その後始末を求めて賠償・補償を要求するものがほとんどで、ホスト国との信頼関係が重要となる事業実施中に仲裁が使われることは確かに考えにくい⁶⁷⁾。しかし、理論上の問題としては、国内の行政争訟手続と投資協定仲裁が並行した場合の調整を考える必要はあろう。

①出訴期間制限との関係

国内の行政訴訟では、取消訴訟について出訴期間制限が存在する、出訴期間制限が存在する。その趣旨は、行政上の権利義務関係の早期確定による法的安定性の確保にあると一般的には考えられている。これに対して投資協定仲裁の場合には、こうした期間制限が設けられることはあまりなく、また国内行政救済手段を先に利用させる方法で両者を調整する規定が置かれることも多くない⁶⁸⁾。投資協定仲裁の申立の内容が賠償・補償に関するものであれば、国内の行政救済法上でも、取消判決を得ずに賠償請求したり⁶⁹⁾、（個別行政実定法の補償に関する手続規定がなければ⁷⁰⁾）憲法 29 条 3 項に基づいて補償請求したりすることは可能だから、出訴期間制限との関係を考慮する必要はもともとない。そこで問題となるのは、一定の処分執行の差止め等の要求のように、国内の取消訴訟と競合する判断が仲裁廷に求められた局面であろう。

②取消判決と仲裁判断の調整

この問題は、取消判決と投資協定仲裁の仲裁判断との調整に関する議論と共通の構造を有すると思われる。取消訴訟と投資協定仲裁とが「平行」手続であるとするれば、処分が違法であることを確定させてその法的効果を奪うためには、取消訴訟で勝訴することが必要であり、その際には国内裁判所によって国内法令に従った判断がなされる。これに対して投資協定仲裁で処分の取消や処分執行の差止めが求められた場合には、当該処分が投資

66) 横島・前掲註 (62) 323 頁、小寺彰＝西村弓「投資協定仲裁における非金銭的救済」江藤淳一編・村瀬信也先生古稀記念『国際法学の諸相』（信山社・2015 年）541-561（551-555）頁 [初出 2014 年]。

67) 三宅保次郎「投資協定・経済連携協定における我が国の取り組み」日本国際経済法学会年報 17 号（2008 年）135-152（143）頁。

68) この種の調整規定の例として、行政上の審査手続の先行を求める日中韓投資協定 15 条 7 項がある。

69) 最一小判 2010（平成 22）・6・3 民集 64 卷 4 号 1010 頁。

70) 最三小判 1987（昭和 62）・9・22 集民 151 号 685 頁。

協定上の義務違反と言えるかが争点となり、投資協定本体や国際法等に照らして判断がなされることになる。仮にその処分が投資協定上の義務に違反するとして、取消や執行差止めを命じる仲裁判断が出たとしても、取消訴訟における取消判決がその形成力によって処分を遡及的に消滅させるのと同じ意味で仲裁判断が機能するわけではなく、仲裁判断を受けて国内行政機関が職権取消や撤回を行うかどうかを検討することになるはずである。そうすると、処分の法的効果を否定する争訟ルートを取消訴訟に限定している国内法の構造（取消訴訟の排他性⁷¹⁾）は、仮に仲裁廷が金銭支払義務以外の内容を命じたとしても、なお維持されている。そして、国内行政機関が仲裁廷の判断に従わずに処分の職権取消・撤回を行わなかった場合に、それが国内裁判所に直接型義務付け訴訟の形式で持ち込まれれば、裁判所は仲裁判断の内容を尊重しつつ、国内法令を基準に処分の違法性（裁量権の逸脱・濫用審査がその中心となる⁷²⁾）を判断するものと考えられる。

また、国内行政機関が仲裁判断に従わなかった場合に、投資家が仲裁判断の承認・執行を求めてきたとしても、仮に ICSID 仲裁でも執行義務はないから、仲裁法の規定に従って公序良俗違反があるかどうかを裁判所は審査できる。なお、ニューヨーク条約でも承認・執行拒絶事由の中に公序良俗違反が含まれているから（5条2項）、ICSID 仲裁以外の仲裁についても基本的には同様に考えることができる。国内裁判所はその際に、問題となっている処分が国内法令に照らして適法なものかを審査することができる。仮に国内裁判所が承認・執行を認めたとしても、現在の日本法には行政処分に関する義務付け・差止め・取消を裁判所によって強制執行する手段が用意されていないから、実質的には行政機関に対して裁判所の決定の趣旨に従って職権取消・撤回を行うように求める意味を持つものにとどまると思われる。そうすると、この手続でもやはり、処分の法的効果を否定する争訟ルートを取消訴訟に限定している国内法の構造はなお維持されていると考えられる。

3. 国家補償法との関係

(1) 賠償と補償

国内行政法学において、賠償と補償は全く異なった意味で用いられる。すなわち、違法行為に対しては国家賠償制度が、適法行為に対しては損失補償制度が対応しており、この線引きは国家補償法における最も重要な区分とさえ言える⁷³⁾。これに対して、国際公法学

71) 原田大樹「行政行為の効力」法学教室 446号（2017年）72-81（78）頁。

72) 原田大樹「行政行為の取消と撤回」法学教室 448号（2018年）70-79（77）頁。

73) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ [第6版]』（有斐閣・2018年）409頁。

でも同様に両者を区別する見解があり、支払価格の決定方法の相違が指摘されていた。もっとも、ホスト国によって投資家の財産が奪われる取用事例では、適法な取用に基づく補償額の算定と、違法な取用に基づく賠償額の算定の方法は、多くの仲裁例で同じであると指摘されている⁷⁴⁾。そこで、投資協定仲裁では問題となった行政活動が適法かどうかという観点は構造上後退することになる。

国際投資協定では、取用の適法要件として公共目的・非差別性・適正手続・補償が要求されることが多いから、補償額が低い場合には投資協定違反＝違法の問題になる。そこでまず、国内における国家賠償訴訟を「平行」手続として捉えた場合に、両者の関係をどのように整理するかを検討する。投資協定仲裁の条項の多くは抽象的な概念で構成されており、投資協定違反の判断にあたっては、当該投資協定の条項や他の国際法規範を含むいわば法秩序全体に照らしてその違法性を判断するアプローチがとられやすい⁷⁵⁾。このような違法性判断の手法は、国内の国家賠償訴訟におけるいわゆる職務行為基準説の考え方や親和性を有する⁷⁶⁾。そうすると、職務行為基準説に基づく違法性判断がなされるような国家賠償訴訟が「平行」手続である場合には、両者の判断が類似する可能性が高いと思われる。また、賠償を求める投資協定仲裁も国家賠償訴訟も、最終的には国家が支払うべき金銭の多寡が問題なので、先行した手続で確定した賠償額を後続の手続の金額から差し引くことで両手続の結論を調整することもできる。

しかし、判断の基準は両者で異なっているから、行政処分をめぐる紛争のように行政の行為規範が明確な場合はとりわけ⁷⁷⁾、その違法の内容が観念的には別であり、両者で結論を異にすることも起こりうる。その場合には、国内の国家賠償訴訟では適法と評価された行政活動が、投資協定仲裁では協定上の義務違反があるとされて賠償が求められることもあり得る。この場合に、仲裁の承認・執行の局面でこれを拒絶できるかが問題となる。ICSID 仲裁の場合には、金銭支払義務については明確に執行義務が定められているから、国内裁判所がこれを拒絶するのは一般的には困難と思われる。もっとも、例えば最高裁判所が合憲と明確に判断した国家活動について、これを協定上の義務違反と認めた仲裁判断の承認・執行が求められた場合に、国内裁判所が公序良俗違反を理由に拒絶する可能性がないわけではない。この場合には投資協定仲裁に関する ICSID 条約のルールでは決着が付

74) 玉田大「補償と賠償」小寺彰編『国際投資協定』（三省堂・2010年）196-211（210）頁。

75) 法の一般原則が参照される理由はこの点にあると考えられる。投資協定仲裁の具体的な判断方法につき参照、濱本正太郎「投資家の正当な期待の保護」RIETI ディスカッション・ペーパー 14-J-002号（2014年）1-24頁。

76) 中川丈久「国家賠償法1条における違法と過失について」法学教室 385号（2012年）72-95（78）頁。

77) 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣・2012年）541-549頁〔初出2010年〕。

かず、外交的保護や国際法上の国家責任の問題として処理されることになる⁷⁸⁾。

(2) 直接収用と間接収用

①投資協定における間接収用概念

次に、損失補償の問題に移る。前述のように、国際投資協定では一定の要件を満たさない収用を禁止しており、収用には財産権を国家が奪う直接収用だけではなく、規制や課税に代表される介入によって投資家の財産権の行使ができなくなる間接収用（規制収用）も含まれている⁷⁹⁾。間接収用に関してはいくつかの判断基準が示されており⁸⁰⁾、代表的なものとして、国家の活動が投資に与える経済的影響・程度に注目する効果基準（sole effect test）、投資家に対するホスト国の措置の効果に注目する投資家の正当な期待の基準（legitimate expectations）、ホスト国の措置の目的が公益のために正当なものかどうか注目する目的基準（purpose test）、ホスト国の措置とその公益実現目的との比例性に注目する比例性基準（proportionality test）がある⁸¹⁾。

これに対して日本法では、間接収用の概念はもとより、収用概念について詳細な議論がなされることも、現在ではほとんどない。損失補償の要否の基準としては収用概念ではなく「特別犠牲」の有無が用いられている。その際には形式的基準と実質的基準の2つの基準が考慮される。形式的基準とは、侵害行為の対象が特定の一般的なかという基準であり、特定のであれば補償が必要とされる。また実質的基準とは、侵害行為が財産権の本質的内容を侵害するほど強度か財産権に内在する社会的制約かという基準であり、さらに規制目的が警察制限か公用制限かという要素も考慮される⁸²⁾。特別犠牲の概念は、収用か規制かという区別を前提とせず用いられており、それゆえ規制が一定の限度を超えると損失補償が必要になる可能性は否定されていない⁸³⁾。

78) Enforcement, in THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY 1115, 1119 (Christoph H. Schreuer ed. 2009).

79) 国内公法学からみた間接収用概念の詳細については、別稿での検討を予定している。

80) 松本加代「収用」小寺彰編『国際投資協定』（三省堂・2010年）120-136（133）頁。

81) PETER D. CAMERON, INTERNATIONAL ENERGY INVESTMENT LAW 223-229 (2010); Markus Krajewski, *The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation*, 2012 EUROPEAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 343, 357 (2012). 国際法上の「間接収用」概念につきさらに参照、瀧本正太郎『海外進出を行う日本企業が知るべき国際投資協定仲裁』セミナー（上）JCA ジャーナル 61 巻 2 号（2014年）8-23（19）頁、新谷里美「国際法上の間接収用をめぐる問題の本質」社会科学研究（東京大学）68 巻 1 号（2017年）87-126 頁。

82) 大橋洋一『行政法Ⅱ 現代行政救済論 [第3版]』（有斐閣・2018年）470 頁。

83) 塩野・前掲註（63）359 頁は、「都市周辺のグリーン・ベルトを無補償によって設定するという法律ができただけの場合に、無補償による土地利用の高度の規制が違憲であるとする」例を挙げる。また、高木光『行政法』（有

②間接取用概念の由来

国際投資協定の「間接取用」の概念の由来は、国内法における取用概念の拡大に求めることができそうである。その1つの例は、アメリカ法である。アメリカでは19世紀前半までの損失補償基準としては物理的取用基準がとられており、取用の対象は財産権（有体物）の物理的取用に限定されていた。その後、南北戦争後からは取用の対象が拡大してきた（権利の束論）。ただしこの時期までは、規制・取用二分論が維持されていたとされる。すなわち、取用条項と別にポリス・パワーの基準が立てられ、ポリス・パワーに基づく介入は無補償と考えられてきた⁸⁴⁾。こうした規制・取用二分論が相対化をはじめ、規制取用という類型が認められる契機となったのがマホン事件判決⁸⁵⁾であった。これ以降、取用と規制を連続的に捉える考え方が一般化した⁸⁶⁾。このように、取用概念が拡大して規制取用の概念が登場した結果、アメリカにおける取用概念は我が国でいう損失補償の要否の問題と重なり合うことになった⁸⁷⁾。規制取用該当性の判断基準は、州のポリス・パワーの行使が恣意的・独断的・不合理であれば違憲無効とされ、デュー・プロセス条項及び取用条項に違反するとされる。このうち、不合理性の基準とは、規制目的が公共目的に資するか、目的を達成するために合理的な必要性のある手段か、規制手段が没取的・差別的でないかという要素から判断される。より具体的な判断基準⁸⁹⁾としては、物理的な制約がかかるかどうか（物理的侵害テスト）、土地利用が他者に有害な影響を与えるものであるかどうか（有害利用テスト）、制約によって経済的価値に悪影響が出るかどうか（経済価値減少テスト）、規制により実現される公益が制約される私益を上回るかどうか（利益衡量テスト）といった要素が挙げられている⁹⁰⁾。

取用概念の拡大に伴う規制との相対化の現象は、ドイツ法においても見られた⁹¹⁾。取用に関する一般法の代表例とされる1874年のプロイセン取用法によって確立したとされる

斐閣・2015年）387-388頁にも同趣旨の記述が見られる。

84) 福永実「アメリカにおける損失補償論と司法審査」比較法研究66号（2004年）225-230（227）頁。

85) *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922).

86) A. Dan Tarlock, *Regulatory Takings*, 60 CHI.-KENT L. REV. 23, 23 (1984) は、取用とは何かという問題は、どんな場合にポリス・パワーの行使が無効かという問題と同じであるとする。

87) 由喜門眞治「アメリカの土地利用規制と損失補償（1）民商法雑誌107巻3号（1992年）404-430（407）頁。

88) 由喜門・前掲註（87）416頁。

89) 玉巻弘光「アメリカの土地利用規制と損失補償要否の判定基準」東海法学（東海大学）14号（1995年）149-195（177-181）頁。

90) もっとも、規制取用でもその対象は特定の物理的財産（財産権・財産的利益）が対象であり、租税や使用料の賦課はこれにあたらぬとされる。この点につき参照、瀧圭吾「財産権保障と租税立法に関する考察」神戸法学雑誌（神戸大学）65巻2号（2016年）55-99（83-93）頁。

91) ドイツにおける公用取用理論の歴史的展開につき参照、芝池義一「ドイツにおける公法学的公用取用法理論の確立（1）～（3・完）」法学論叢（京都大学）92巻1号（1972年）62-84頁、93巻2号（1973年）21-53頁、

古典的取用概念では、取用対象は物権（不動産）に限定され、取用された権利は公企業に移転し、取用は公共の福祉のためになされ、取用の執行は法律に根拠を持つ行政行為で行われ、被取用者に完全補償を求める請求権があるとされていた⁹²⁾。さらに、ドイツを代表する行政法学者のオッター・マイヤーの損失補償理論⁹³⁾でも、取用の対象は不動産に限定されており、動産の徴発は公用負担の問題と扱われていた。同理論ではポリツァイ的介入に対する補償不要論が展開され、その理由は自己責任に基づく不利益であって特別犠牲とは言えないところに求められていた。第1次大戦後のワイマール憲法には、職務責任(131条)と損失補償(153条)の2つの規定が設けられた。このうち取用に関しては、公共の福祉のため、法律の根拠に基づき、適切な補償が与えられることを条件に認められていた。このワイマール期に、古典的取用概念の崩壊⁹⁴⁾と呼ばれる現象が発生した。その原動力となったのはライヒ裁判所判例⁹⁵⁾の展開であり、有力な学者もこれを支持した。この崩壊現象とは、具体的には、取用の対象の拡大（債権・株式・著作権等も含まれる）のほか、公企業のための取用に限定されず、権利移転のための債務を課す場合も含まれ、権利制限の場合も取用に含まれ、立法そのものによる取用も含まれることを特色とする。このように、取用概念拡大は、アメリカのみならずドイツでも同時期に進行していた。

ドイツ法に顕著な特徴は、とりわけこの時代にさまざまな補償請求権が登場したことである。この背景には、違法な行為に対する職務責任と適法な行為に対する損失補償を架橋する統一補償理論の影響⁹⁶⁾があった。この観点からは、違法・有過失を前提とする職務責任と、適法を前提とする損失補償の間に残された、違法・無過失の侵害に対する対応が大きな課題と認識された。この空隙を埋めるものとして、取用類似の侵害に基づく請求が判例により認められた。当初は職務責任の代替的性格であったこの請求権は、財産権に対する違法な侵害を対象としていたものであり、それが違法無過失に対する補償⁹⁷⁾へと拡張した。この取用類似の侵害は、勿論解釈という形で違法有過失の侵害へも拡大した。このような適法・違法を問わない補償請求権は、国際法における間接取用やアメリカ法の規制取用と類似の機能を有していた。

4号(1973年)40-73頁。

92) Ossenbühl/Cornils (Anm.39), S. 154. 古典的取用概念の分析として参照、棟居快行「公用取用法理の展開」同『憲法学再論』(信山社・2001年)68-198(129-130)頁[初出1982年]。

93) 角松生史「『古典的取用』における『公共性』の法的構造(1)」社会科学研究(東京大学)46巻6号(1995年)1-82(65-71)頁。

94) 古典的取用概念の崩壊と財産権保障との関係につき参照、石川健治『自由と特権の距離[増補版]』(日本評論社・2007年)64-67頁。

95) Ossenbühl/Cornils (Anm.39), S. 156.

96) 宇賀克也『国家責任法の分析』(有斐閣・1988年)112-117頁。

97) Ossenbühl/Cornils (Anm.39), S. 260.

このような規制と取用の相対化にブレーキをかけたのが、1981年の連邦憲法裁判所の砂利採取決定⁹⁸⁾である。この決定では、立法者が損失補償請求権を与えていない限り、通常裁判所は取用補償を与えることができないことを明確化した。これによって、損失補償の要否に関する立法者の判断の機会を確保することが可能となった⁹⁹⁾。同決定は同時に、財産権の内容・限界規定と取用とを厳密に区別し、内容規定が憲法上の限界を超えても取用に転化するわけではないとの立場を明確化した¹⁰⁰⁾。違憲の内容・限界規定は取用にはあらず、この場合には補償請求権が生じず法律が違憲無効になることとされた。この結果、取用概念は大幅に縮小し、国際法上の間接取用にあたるものは含まれなくなっている¹⁰¹⁾。

③国内法からみた間接取用概念

間接取用の概念を形成してきた要因は、取用概念の拡大（とりわけ規制と取用の相対化）と、適法・違法の区別を相対化して補償請求を認める取用類似の侵害の2つであった。日本法に関して言えば、前者の要素は認められるものの、後者のような請求権構成はこれまで認められてこなかった。そこで、国内公法学からみた間接取用概念について、国際法では間接取用に該当する可能性のある国内法の事例と、国際投資仲裁の事例を素材に、その意味を検討することとしたい。

まず、取用の対象の問題である。日本法では、憲法上の財産権保障の対象となる「財産権」は財産的価値を有する全ての権利とされており、いわゆる公法上の権利も含むとされる¹⁰²⁾。行政財産使用許可撤回¹⁰³⁾の事件で最高裁は、許認可の撤回が取用の議論に含まれることを認めているように見える。これに対して、国際投資仲裁に関する類似の事件として、廃棄物処理場の許可の更新拒否が争点となった Tecmed 事件¹⁰⁴⁾を挙げることができる。仲裁廷は、間接取用の判断について、経済的価値の喪失に注目し、大きな経済的な

98) BVerfGE 58, 300.

99) 角松生史「憲法上の所有権？」社会科学研究（東京大学）45巻6号（1994年）1-64（47）頁、平良・前掲註（27）97-99頁。

100) Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, S. 762 Rn. 29; Judith Froese, Der Eigentumsentzug ohne Güterbeschaffung als Enteignung „light“?, NJW 2017, S. 444-447, 445.

101) Vgl. Fabian Thiel, Zu den Investitionsschutzstandards „indirekte Enteignung“ und „gerechte und billige Behandlung“ und ihren Auswirkungen auf das nationale Städtebaurecht, DÖV 2017, S. 237-246, 240.

102) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011年）309頁。

103) 最一小判1974（昭和49）・2・5民集28巻1号1頁。

104) Tecnicas Medioambientales Tecmed s.a. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, May 29, 2003.

打撃があることを肯定している。他方で、ホスト国は補償なしにポリス・パワーの行使が可能であると認めた。その上で仲裁廷の判断は協定違反・国際法があったかどうかの問題に限定されるとし、協定からは規制措置を収用の概念から排除する趣旨が読み取れないと述べた上で、間接収用該当性について目的と手段の比例性で判断する立場を採っている。結論としては、投資家が長期にわたって事業を継続できる正当な期待が存在していたとして、間接収用該当性を肯定した。

次に、行政活動の適法性・合憲性の問題である。条例の制定による廃棄物処理場の営業規制が問題となった紀伊長島町事件¹⁰⁵⁾で最高裁は、条例の違憲無効を回避するための憲法適合的解釈の手がかりとして条例に含まれる協議の規定に注目し、この協議の中で事業者側の立場を十分に考慮する配慮義務が町にあるとした¹⁰⁶⁾。この事件は金銭賠償ではなく取消請求であったため、間接収用との関係をストレートに比較するのは難しい。もし、条例制定の違法を国家賠償法で主張しようとする、条例制定に認められる立法裁量との関係で違法性が認められるのはかなり困難と思われる¹⁰⁷⁾。これとよく似た投資仲裁事例がMetalclad事件¹⁰⁸⁾である。この事件でも廃棄物処理場の設置が問題となっており、市が建築許可を拒否したこと、州がサボテン保護地域に指定したことが争点となっている。仲裁廷は、市による建設許可の拒否は権限外の行為であるとした上で、Metalcladが信頼したメキシコ政府の行為と市による建設不許可が間接収用に該当するとした。これに対して、保護地域の指定に関しては、その動機・意図を考慮する必要なく、それ自体 (in and of itself) 収用¹⁰⁹⁾に該当するとしている。

日本法における行政活動による不利益に対する金銭填補については、国家賠償・損失補償のどちらでも構成できる場合に、裁判所は国家賠償構成を好む傾向にある¹¹⁰⁾。もともと、国家賠償の場合も立法裁量が問題となる場合には、違法との判断が下されにくくなり、金

105) 最二小判 2004 (平成 16)・12・24 民集 58 卷 9 号 2536 頁。

106) 杉原則彦「判解」最高裁判所判例解説 民事篇 (平成 16 年度 (下)) (2004 年) 810-832 (827-828) 頁。

107) 条例については微妙であるものの、法律に関して最高裁は、国家賠償法上の違法性の成立を限定する立場を採用している (最一小判 1985 (昭和 60)・11・21 民集 39 卷 7 号 1512 頁, 最大判 2005 (平成 17)・9・14 民集 59 卷 7 号 2087 頁, 最大判 2015 (平成 27)・12・16 民集 69 卷 8 号 2427 頁)。この点につき参照、宇賀克也「国家補償法の課題」行政法研究 20 号 (2017 年) 105-127 (111-115) 頁。

108) Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF) /97/1, Award, Aug. 30, 2000.

109) 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 (同志社大学) 57 卷 3 号 (2005 年) 833-875 (854) 頁は、この表現とアメリカ国内法の「それ自体剥奪」との類似性を指摘し、私有財産に対する永続的な物理的侵害あるいは土地の経済的利用が全て奪われる点に注目して、効果面のみから収用該当性を判断したものとする。

110) 工場誘致と信頼保護に関する最三小判 1981 (昭和 56)・1・27 民集 35 卷 1 号 35 頁, 予防接種禍に関する東京高判 1992 (平成 4)・12・18 判時 1445 号 3 頁が代表例である。その理由として、大橋・前掲註 (82)

銭填補は望めなくなる。これに対して、投資協定仲裁の間接取用の場合には、措置が国内法に照らして違法であったかどうかは、本来問題にされてはいない（「平行」手続としての性格）。しかし、上記2つの仲裁判断では、国内法上の権限の有無やそれが適法に行使されたかという点が、正当な期待の基準・目的基準・比例性基準の枠内で実質的には考慮されているのではないか。もっとも、財産権に対する侵害が強くなれば、補償を与えずにそのような規制を行うことが効果面のみで間接取用と評価されている¹¹¹⁾。この審査手法は、国内法で言えば、財産権規制立法の違憲審査に匹敵するものとも思われる。

おわりに

本稿では、ドイツ法ですでに顕在化している投資協定仲裁と国内行政救済手段との緊張関係の問題を手がかりに、日本法における議論の整序可能性を模索する理論先行型の試みを行ってきた。そして、両者の関係を理論的に整理する手がかりとして、手続が時系列的に見て併存しているという意味での手続の並行性を前提に、両手続が一応は相互に独立し、それぞれの判断基準に従って同一の紛争を裁断しようとしているという見方（「平行」手続としての性格）を提示し、これを用いていくつかの理論的課題に見通しを付ける作業を行ってきた。投資協定仲裁に関する憲法上の限界の問題に理論的な解決が図られるならば、こうした手続の「平行」性を手がかりに、両者の相互関係や役割分担を検討することが考えられる。

投資協定仲裁は、単に国内の行政救済手段と「平行」して展開するのみならず、国内行政救済法理論の反省の契機を与えるものでもある。例えば、投資協定仲裁ではあまり見られない出訴期間制限について、全ての行政処分に対して要求するのは合理的なのか¹¹²⁾、逆に行政行為以外の行為形式に対する紛争での設定は不要なのか¹¹³⁾という問題が指摘できる。また、投資協定仲裁における賠償と補償の相対化は、国家賠償制度の存在意義や国家賠償法1条1項の「違法性」をめぐる議論¹¹⁴⁾にも何らかの示唆をもたらすかも知れない。

493頁は、戦争被害や災害被害の救済への波及を避ける考慮があると指摘する。

111) Rudolf Dolzer, *Indirect Expropriation*, 11 N.Y.U. ENVTL. L.J. 64, 92 (2002).

112) 阿部泰隆『行政法再入門（下）[第2版]』（信山社・2016年）130-132頁。

113) 大橋洋一「都市計画訴訟の法構造」同『都市空間制御の法理論』（有斐閣・2008年）57-80（78）頁[初出2006年]、同「都市計画訴訟制度の発展可能性」新都市63巻8号（2009年）90-115（97）頁。

114) 代表的な業績として参照、高木光「国家賠償における『行為規範』と『行為不法論』」石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生選歴記念論文集・中巻『損害賠償法の課題と展望』（日本評論社・1990年）137-169頁、宇賀克也「職務行為基準説の検討」行政法研究1号（2012年）7-48頁。

さらに、国際投資協定における間接収用の概念は、損失補償の要否と規制立法の合憲性の問題を切り離した日本法が、規制立法の合憲性の推定を働かせやすい構造になっていることを照射するもののようにも思われる。国際投資仲裁と国内行政救済法理論との接点はこれ以外にも多数存在しており、国際公法学との学際的な協力関係のもとでこれらの問題に取り組み、国内行政法学の基本概念を再検討する作業が今後とも必要であると考えられる。

【附記】本稿は、科学研究費基盤研究 B「政策実現過程のグローバル化に対応した法執行過程・紛争解決過程の理論構築」（16H03543, 研究代表者：原田大樹）の研究成果の一部でもある。