

平成27年（ワ）第13029号、第23567号

TPP交渉差止・違憲確認等請求事件

原告 原中勝征 外1581名

被告 国

## 原告第2準備書面

(ISD条項と韓国法律機関の検討について)

平成27年11月6日

東京地方裁判所民事第17部合議B係御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 山田 正彦

弁護士 岩月 浩二 外

本準備書面は、ISD条項の概要を紹介した上、ISD条項を韓国の法律機関である韓国法務部（法務省）、韓国大法院（最高裁）がどのように理解し、対応を検討したかについて、公式に公表された文書に基づいて検討し、同条項の違憲性について主張するものである。

### 第1 定義

投資家対国家紛争解決制度（Investor-State Dispute Settlement・ISDともISDSとも呼ばれる。以下、「ISD」という）とは、投資に関する協定に反する投資受入国政府の措置について、投資受入国政府を相手取って、国際仲裁に付託する権利を、外国投資家に対して事前に包括的に認める制度である。その結果、投資受入国政府は外国投資家による一方的な国際仲裁を強制されることとなる。

この制度を規定する条項を I S D 条項という。

なお、従来、わが国の議論では、請求できるのは損害賠償のみであるとされる傾向があったが、最近の例では相手国の国家権力の発動の停止を命じる例も生じており、仲裁廷が命じることができるとされる内容は必ずしも損害賠償に限られておらず、事態は流動的である。

I S D 条項は、2 国間・多国間の自由貿易協定、経済連携協定の大半に含まれているとともに、それ以外に I S D 条項を含む 2 国間・多国間の投資協定が多数、締結されている。

T P P では、交渉 2 1 分野の一つである投資に関する分野で I S D 条項が含まれている。

## 第 2 手続

以下では、一般的に I S D 条項によって定められる手続について説明する。

### 1 事前協議

I S D 条項では、I S D に至る事前手続として、投資紛争の当事者である投資家と投資受入国政府（以下、「受入国政府」という）との間の協議により解決すると規定されることが多い。紛争投資家は、I S D 仲裁に付託する前に、書面による協議の要請を受入国政府に提出しなければならないとされ、一定期間経過後に I S D 仲裁に付託することが可能になる仕組みが採用される。

この事前協議における外国投資家と受入国政府の関係は条約によって認められた国際関係であるから、外国投資家は、投資章によって認められた権利に関する国際法上の法的主体として扱われることとなる。

I S D の前段階として事前協議が置かれていることは、I S D によって解決される紛争以外に相当数の紛争が事前協議、つまり投資家対国家の「国際交渉」によって、「外交的に」秘密裏に解決されていることを意味する。後述するよう I S D は最終的に受入国政府に対して政策変更を迫る効果を持ち得るもの

であるが、この「国際交渉」による「外交的解決」によって、国民が関与せぬまま秘密裏に政策変更がなされる事態を「事前協議」は想定している。I S D 事例として表面化する紛争以外に多数の紛争が、「事前協議」と称する「国際交渉」によって解決され、受入国政府の政策が変更されていることに注目する必要がある。

## 2 仲裁手続の種類

### (1) 国際投資紛争解決センター (I C S I D)

主として用いられているとされるのは、国際投資紛争解決センター (International Center for Settlement of Investor Disputes) 条約によって設立された機関である国際投資紛争解決センターに申し立てるものである。但し、仲裁 (私的紛争解決) の性質上、国際投資紛争解決センターは、裁定内容に関与するものではなく、事務的便宜を与えるに止まる。

国際投資紛争解決センターは世界銀行傘下の機関であり、ワシントンに置かれている。

世界銀行の議決権は出資比率により 1 株 1 票制となっており、理事会は 5 大出資国 (2010 年までは、アメリカ、日本、ドイツ、イギリス、フランス) と 19 区から選任される理事によって構成される。出資は米国が最多であり、歴代総裁は全て米国籍である。

世界銀行の構成が問題となるのは、後記のように I S D 仲裁の仲裁人の選任と関わるからである。

### (2) 仲裁機関を経由しないもの

ア 国連国際商取引法委員会 (U N C I T R A L) の仲裁規則によるもの  
国連国際商取引法委員会 (United Nations Commission on International

Trade Law) が提供する仲裁規則にしたがって仲裁手続を進めるものである。仲裁手続が仲裁規則に従うというだけであり、国連国際商取引法委員会は、仲裁規則を提供するだけで仲裁に関与する訳ではない。また、同委員会が提供する仲裁規則は、一般に国際商取引に関するものであり（つまり企業間の国際商取引の紛争解決を念頭においている）、投資家と受入国政府の紛争解決を念頭に置いて作成されているものではない。

#### イ 当事者の合意によるその他の仲裁手続

その他、当事者が合意する手続によることができると定められる場合が多い。

### (3) 判明しない I S D 事例

国際投資紛争解決センターに申し立てるものについては申立の年月日等、手続の時期が公表される扱いとなっており、I S D の存在自体は周知される。しかし、国際投資紛争解決センター以外の手続を採った場合は、I S D 付託の事実や I S D 裁定の存在自体が公にされる保証はない。このため国連貿易開発会議 (U N C T A D) が、毎年公表している I S D 件数には、「判明する限り (Known)」の件数である旨、付記されている。

## 3 仲裁人の構成・選任

仲裁廷は、紛争ごとにその都度、選任される通常 3 人の仲裁人によって構成される。

仲裁廷は、外国投資家及び受入国政府がそれぞれ選任した仲裁人と両当事者の合意にしたがって選任された第 3 の仲裁人 (仲裁委員長) によって構成される。

第3の仲裁人について、合意できないときは、適用する仲裁規則が定める指定方法によって選任することとされる。国際投資紛争解決センターによる場合は、世界銀行総裁が仲裁委員長を指名することとなる（ICSID条約38条、5条）。世界銀行が加盟国平等ではなく、出資割合による多数決制の機関であり、出資割合に制限が加えられていることから、最終的には米国優位の機関であることは、つとに指摘されてきたことである。歴代の全員が米国籍である世界銀行総裁が仲裁委員長を指名することになることから、ISD仲裁は、米国企業、米国政府に有利な制度ではないかとの批判が絶えない。

ちなみに、仲裁人の資格には、特別な制限はない（ICSID条約13条、14条、40条1項）。

仲裁廷は、あくまで当該紛争限りの非常設のものであり、一定の事後処理を除き、仲裁判断を示すと解散する。一審限りの機関であり、先例拘束性はなく、仲裁判断について、仲裁人が責任を問われることはない。

国家間の紛争を解決する国際司法裁判所が常設の機関であり、国連総会及び安全保障理事会の絶対多数（国際法裁判所規程10条。絶対多数の票が得られるまで投票を繰り返す）を得た15名（国際司法裁判所規程3条）が裁判官となるとされていることと対比すると、ISD仲裁廷の非民主制、私的性格は顕著である。

#### 4 仲裁地

国際投資紛争解決センターによるISD仲裁は、同センターが所在するワシントンで行われるのが原則である（ICSID条約63条。但し、当事者が合意するセンターの事前取極場所等でも可）。

国連国際商取引法委員会の仲裁規則に従うISD仲裁では、仲裁廷が定める。

## 5 その他

国際投資紛争解決センターによる I S D 仲裁判断は、国内裁判所の確定判決と同様の効力を持つとされている（I C S I D 条約 5 4 条）。つまり、外国判決のように執行判決を経ることなく、直接、債務名義として強制執行が可能となる仕組みが予定されている。

### 第 3 仲裁の性質論との関係

「喧嘩の仲裁」と呼ばれるように、仲裁手続はあくまでも私的な紛争解決策であり、I S D 仲裁においてもその性格は何ら変わらない。私的な紛争解決たる仲裁の本質は、国家の公権的判断を回避するところにある。

中野貞一郎は、外国仲裁判断について「私的な仲裁人の判断に紛争解決を委ねる当事者の合意に基づき国家の裁判所による公権的判断を排除しようとする本質において、内国仲裁判断と異なるところはない」とする（中野貞一郎「民事執行法」203頁）。

また、新堂幸司は、仲裁対象を「当事者が本来自主的に解決してよい争い」に限定する（仲裁法 1 3 条 1 項参照。新堂「新民事訴訟法第 4 版」16頁）。I S D 仲裁は、しばしば国内規制の違法性を判定するものであるのにも拘わらず、国民が関与する余地が排除されている。国民主権原理からは、国家と投資家の間の紛争解決の制度として I S D 仲裁を正当化することはできない。

### 第 4 I S D 条項の実体規定

#### 1 はじめに

I S D 仲裁に関する実体規定は、最恵国待遇、内国民待遇、パフォーマンス要求の禁止、アンブレラ条項、収用と補償、公正衡平待遇義務等であり、通常、数箇条に止まる。

ここでは、収用と補償、公正衡平待遇義務について述べる。他の実体規定に

も問題はあるが、この両者が多くのケースについて主張され仲裁判断が示されているからである。

後記するように I S D 仲裁に付託される紛争は広範な分野に亘るが、数箇条の実体規定で仲裁が可能なのは、収用と補償、公正衡平待遇義務が、多数の紛争で援用され、具体的な解決基準たりうるとされているためである。

## 2 「収用」の制限と迅速、適切、実効的な補償

### (1) 収用に関する規定の内容

I S D 条項は、収用を原則禁止とし、①公共目的のため、②正当な法手続の下、③差別的でない方法により、④迅速かつ適切 (adequate) で実効的 (兌換可能) な補償が行われる場合のみ、収用を認める。

ここで「適切 (adequate)」とは、i 遅滞なく行う ii 収用と同時に支払われない場合は支払まで商業的に妥当な利子を含める iii 収用時の投資財産の公正な市場価格 (fair market value) に相当することを意味するとされ、逸失利益 = 将来利益で算定されることが一般的 (discounted cash flow 方式) である。

将来の逸失利益を当然に含むとされる点で、わが国の収用補償と差異があるが、問題は、「収用」の概念をめぐって生じる。

### (2) 間接收用・規制収用 (indirect expropriation, regulatory taking)

#### ア 概念

一般に収用は所有権の移転を伴うが、I S D 条項でいう収用には間接收用又は規制収用 (以下、「間接收用」という) を含む。間接收用とは、所有権等の移転を伴わなくとも、裁量的な許認可の剥奪や生産上限の規定など、投資財産の利用やそこから得られる収益を阻害するような措置をいうとされている。

問題は、どのような場合に間接収用と解されるかである。

## イ 間接収用の認定基準

間接収用の認定基準は、次のように説明されている。

- ① 政府措置の経済的影響の程度
- ② 政府措置が明白で合理的な投資期待利益を侵害した程度
- ③ 政府措置の性格等

基準自体が明確性を欠いている上、I S D 仲裁廷は、その件限りで構成され、上訴審の存在しないため、個別の措置が間接収用に該当すると判断されるか否かの予測可能性は担保されていない。

## ウ 効果

間接収用は直接収用と同様に扱い、迅速かつ適切で実効的な補償がなされなければならないとされる。

周知のとおりわが国の判例は、間接収用の法理を認めていない。

最高裁はため池堤とうへの「竹木若しくは農作物を植え、又は建物その他の工作物…を設置する行為」を禁止し、違反に対して罰則を科した奈良県ため池条例について、次のとおり判示して、収用に該当せず、憲法29条3項の定める補償を要しないとしている（最判昭和36年7月13日・刑集第17巻5号521頁）。

「本条例は、災害を防止し公共の福祉を保持するためのものであり、その四条二号は、ため池の堤とうを使用する財産上の権利の行使を著しく制限するものではあるが、結局それは、災害を防止し公共の福祉を保持する上に社会生活上已むを得ないものであり、そのような制約は、ため池の堤とうを使用し得る財産権を有する者が当然受忍しなければならない責務というべきも



のであつて、憲法二九条三項の損失補償はこれを必要としないと解するのが相当である。」（下線は本件代理人）

I S D条項の間接収用法理によれば、公共目的の制限であることは補償を要しないとする理由とはならず、間接収用と同時に迅速かつ適切、実効的な補償を求められる。最高裁判例のように「財産上の権利の行使を著しく制限する行為」であるにも拘わらず、補償を要しないとするのは、許容されない。

I S D条項が設けられたT P Pを締結することによって、最高裁判例の変更を余儀なくされる。少なくとも、外国投資家に対しては、例外として収用補償を要することになる。しかし、この差別的扱いを正当化する憲法上の根拠は存在しない。

I S D条項は、直接にわが国の判例を含む法体系に重大な影響をもたらすのである。

### 3 「公正かつ衡平な待遇（fair and equitable treatment）並びに十分な保護及び保障（full protection and security）を与える義務（公正衡平待遇義務）

公正衡平待遇義務は慣習国際法上、国家が外国投資家に保障しなければならない最低基準を意味するとされ、投資保護、投資円滑化、投資自由化の全てを含みうる包括的な規定であるとされている。

予測可能性の確保、透明性の確保、外国投資家の投資財産保護に関する慎重な注意（due dilligence）、適正手続、裁判拒否の禁止、恣意的な（arbitrary）措置の禁止、裁判拒否の禁止（denial of justice）、投資家の正当な期待（legitimate expectation）の保護等が、ここから導き出されるとされている。

この規定は多数の投資協定に設けられていたが、内容が極めて茫漠としており、適用された例は長らく存在しなかった。このため実体法的な意味に乏しいものと理解されていた。しかし、最近になって急速に適用事例が増加し、今や、

ほとんど全ての I S D 仲裁において、外国投資家が援用する規定となっている。

公正衡平待遇義務の解釈をめぐる状況は、今現在も流動的であり、条約の国内法への直接受容を原則とするわが国法体系にあっては、I S D 仲裁における公正衡平待遇義務の解釈の変動が、わが国の国内法秩序に直接の影響を及ぼす可能性が否定できない。

法体系が国外において私的に生成する事態を公正衡平待遇義務は孕んでいることを指摘しておく。

## 第5 米韓 F T A に関する韓国政府及び大法院、裁判官による評価・分析

### 1 はじめに

以上に見たように I S D 条項は、外国投資家保護を一貫した目的とする特別な国際法を適用する、特殊な法的手続を設けるものであって、投資受入国の裁判所の公権的判断を回避しようとするところに本質がある。のみならず、I S D 条項は投資受入国の国内法秩序にも干渉する可能性が高いものである。

その意味で、法律に携わる者こそが、直接の影響を受ける当事者であると言ってもよい。

米韓自由貿易協定（以下「米韓 F T A」という）の交渉過程において、韓国法務部、大法院が I S D 条項を検討した内部資料が韓国で、公開されている（甲 B 第 1 号証）。

以下では、我々と同じ法曹として、韓国法務部（法務省）、大法院（最高裁）が I S D 条項をどのように受け止めたかについて、概観する。いうまでもなく、これらの機関の検討結果は、一級の法律家集団による成果である。

### 2 米韓 F T A と I S D 条項

米韓 F T A は、2006 年 2 月 2 日交渉が開始され、翌 2007 年 6 月 30

日に署名調印され、2012年3月15日に発効している（交渉妥結後に米国側から再提案がなされたことから署名から批准までに時間を要している。TPPにおいても米国政府が調印しても米国議会の要求により再交渉を要する事態は十分に起こりうることである）。

この交渉過程である2006年7月、韓国法務部（法務省）及び大法院（最高裁判所）がISD条項に関する検討を行った記録が公にされている（甲B第1号証。国政監査政策報告書「投資家対国家紛争解決手続・国内法律機関等の検討・法務部、大法院、弁協等」）。

法律の運用を専門とする政府機関及び裁判所の内部的な検討内容が明らかにされた貴重な資料であり、ISDを検討する上で欠くことの出来ないオフィシャルな資料である。

### 3 韓国政府法務部（法務省）の検討

#### （1）付託される政府の措置の範囲

法務部は、当時知り得る範囲で係属中の事例も含め、NAFTAにおけるISD仲裁付託事例を全て抽出し、被訴国別に列記している。中でも社会的影響が大きい事例については、若干の解説を付している（甲B第1号証・9頁から11頁）。

#### 記

「○米国を相手

－ 米国の核廃棄物埋立て政策（他の処理技術保有者が提訴）、カナダ産木材に対する反ダンピングおよび履行義務（パフォーマンス要求）賦課、麻薬庁が大麻飲食物輸入を犯罪化した措置、組織犯罪取締り時のゲーム場および会計帳簿押収措置、原住民地域毀損の可能性がある坑口の埋立て措置、タバコ販売額のうち一定比率を公衆保健のための基金に納付するように強制する規定、狂牛病発見以後米国政府がカナダ牛の輸入を禁止した措置

○カナダを相手

－ 公園建立のための土地収用措置、ゼネリック医薬品の製造を禁止するカナダの特許法規定、カナダ産飲用水輸出免許の延長・新規発給停止措置、特定農薬販売会社と政府機関の間の同農薬販売制限措置と関連した紛争

○メキシコを相手

－ スロットマシンと類似した賭博場閉鎖命令、投資家に敷地を売渡した開発業者の所有権を否認して投資家に土地明渡しを命じた裁判所の判決、1997年ペソ貨危機以後当局の不実社債還収措置の差別性、メキシコ業者と法律家・公証人の共謀で投資家に対する詐欺および同事件対処に対する政府の無能と手続的不公正、土地の国有地過不足に対する所有権紛争、清涼飲料甘味剤製造企業に対する課税措置、国境所在リオグランデ河に対するメキシコ政府の水路変更によるテキサス住民の用水権被害事例、観光地開発合作契約と関連した民・刑事紛争で敗訴後、メキシコの裁判システムを提訴した事件等

(以上、同号証10頁から11頁)

「○Metalclad 事件

－ Metalclad 社がメキシコ連邦政府から廃棄物処理施設設置許可を受けて投資したが、有毒物質による近隣の村の飲用水汚染等で癌患者が多数発生する等、危険性が提起され地方自治体が同敷地を生態区域に指定し、施設設立不許可処分をしたところ、これを間接收用等で提訴

－ 仲裁判定部は「間接收用」および「最少待遇（公正・衡平待遇）原則」違反を根拠に約1,700万ドルの賠償を判定

○Ethyl 事件

－ カナダ政府が人体有害性の指摘があるガソリン添加剤 MMT の輸入を禁止すると、同製品生産企業である米 Ethyl 社は確実な証拠もなくこれを規制しようとしているという主張を、間接收用等と構成して提訴

※政府官僚が立法討論会で発言した内容に対しても損害賠償を請求

- － 仲裁判定以前にカナダ政府は 1,300 万ドルを支払い、和解

#### ○UPS 事件

・ 国営企業 (state enterprise) であるカナダ郵便公社 (CPC) が法的委任に従って独占的に郵便配達サービスをするのに併せて、法的委任がない小包特急配達サービスにおいても特惠を得ていることを理由に、小包配達競争社である米 UPS 社が内国民待遇違反を理由に提訴(公共サービスを対象にした最初の NAFTA 事例)

・ 現在仲裁中であり、カナダ郵便労組は仲裁関与を通じて UPS の勝訴時、政府補助金の支給が不可能になり収益性が落ち、僻地に対する郵便サービスを中断しなければならない等の憂慮を提起しており、NAFTA に対する違憲訴訟も起こされる等、社会的影響が大きい

#### ○Trammel Crow 事件

－ カナダ郵便公社発注の郵便施設管理契約に入札を準備中だった Trammel Crow 社は、郵便公社が既存企業との契約を延長し入札計画を取消したことを、協定違反として提訴

- － カナダ政府は合意で終結(合意条件不詳)

#### ○Loewen 事件

－ ミシシッピ州裁判所がカナダの葬礼企業 Loewen 社に対して、公正取引違反等で合計 5 億ドルの損害賠償と懲罰的賠償を判決したのに対して、同判決が「収用」に該当すると提訴

－ 判定部は上の判決が「明らかに不適切で信頼できず、最低(公正・衡平)待遇違反に該当する」として司法部の判決も紛争対象であると判示したが、Loewen 社が破産時米国会社に譲渡されたことを理由に管轄なしと決定

これによれば、環境規制や健康・医療に関わる措置、犯罪に関する措置が多く I S D 仲裁付託されている。判決も I S D 仲裁付託の対象となる措置とされ、司法制度そのものも I S D 仲裁の対象となっている。また、都市計画

に関わる分野や公共サービス分野も対象とされる等、広範かつ多くの分野が I S D 仲裁付託されている。

以下では、「間接収用」に関して、韓国法務部が検討を加えた結果を中心に述べる。

韓国法務部は、これらの N A F T A の事例 4 4 件中、約 2 0 件で「間接収用」が主張されていることを指摘した上で I S D 仲裁の対象について、次のように結論している。

「『間接収用』の概念が広範囲で、投資家は資産価値の減少等すべての被害を国家措置とつなげて『収用』として提訴が可能」（同号証 2 0 頁）

「特に、『間接収用』の概念は国際的定義が確立してない概念で租税、安保、公共秩序、保険等すべての政府（地方自治体および政府投資機関、司法府等を含む）の措置に対して提訴可能」、

「※措置（action または measure）は政府の法規定、制度、慣行、不作為、公務員の事実的行為等を含む広範囲な概念である」（以上、同号証 1 1 頁）

漠然とした基準によって、政府関係機関を含む全ての機関の、あらゆる措置（不作為や事実的行為を含む）が I S D 仲裁付託の対象となっているとの結論である。

つまり国家の作用の全てが I S D 仲裁付託の対象となり得るのである。

## （２）萎縮効果

韓国法務部は次のとおり I S D 条項が政府の政策決定に及ぼす深刻な影響を指摘をしている。

「直接収用が特定な財産権の強制的な取得を直接目的に行う措置であるのに対して、間接収用はこれとは関係なく経済秩序の確立、産業構造改善等一般的な目的の政策施行に付随して、財産権が事実上侵害されるケースを意味するので、政策遂行時に不測の障害要素として作用する可能性が濃厚である」

(同号証18頁から19頁)として、財産権に対する制限を含む政策は、常に米国資本を害さないかを考慮しなければ政策が遂行できなくなることを指摘している。政策の軸が米国資本を害するか害さないかによって決定されかねないことを危惧しているのである。

さらに、

「政府被訴時萎縮効果(chilling effect)等により敗訴判定以前にも規制政策推進を萎縮させる効果がある。」として、萎縮効果を指摘し、

「※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」(同号証11頁。下線は本件代理人による)と、巨大資本が勝敗を問わず、ISD仲裁付託を道具として用いることによって、政府が萎縮するという深刻な弊害を指摘している。巨大資本によって手なずけられた政府は、巨大資本の意向や挙動に支配され、国民のための政府であることをやめてしまうのである。

### (3) 米国判例法理の強制

前記の通り、韓国憲法には「間接收用」法理概念が存在しない。

「間接收用」とは何かについて、参照すべき基準がどこにあるのかについて、韓国法務部は米韓FTAの交渉を踏まえ、米国側の主張する「間接收用」は米国判例法理に他ならないこと、米国大統領に米韓FTAの交渉権限を付与する米国法(2002年超党派大統領貿易促進権限法・TPA)にも、「米国内法下で利用できるのと同等の保護を保障しなければならない」とされていることから、米国においては「間接收用」規定に伴う法改正は不要である一方、韓国側のみが一方的に法改正を迫られる関係にあることから「間接收用」規定の導入は米国判例法理の一方的強制であるとし、韓国政府は反対していることを記述している(同号証13頁から14頁)。

#### (4) 憲法違反・超憲法的事態の発生

法務部は、憲法に反する事態が生じ得ることを直接、かつ具体的に指摘している。甲B第1号証19頁では次のような検討を行っている。

韓国憲法23条は「直接収用」のみを規定しているとの前提の上、韓国では収用について個別法に土地及びこれに類似する権利の移転を伴う場合の補償規定を設けており、「間接収用」概念は立法上も、判例上も確立していない。このため、米韓FTAの締結は、条約により「間接収用」立法をなすと同様の効果を有する。したがって、このような状態は違憲の問題を生じさせるとして、次のとおり指摘している。

「これは財産権補償（ママ「保障」が正しい）範囲を決定する重要な立法に関する法理の憲法適合性があるかに関して国内的な論議の過程なく受け入れるもので、実体的・手続的に違憲問題が発生する可能性（がある）」（同号証19頁。下線は本件代理人）

「収用に対する補償は、憲法が定める財産権補償（ママ）の内容と限界の問題なので、協定締結を通じた保護範囲が憲法的限界と一致できるように保障する仕組みが必要」（同号証21頁。下線は本件代理人）

同様の問題は、同号証12頁においても指摘されている。

「韓国の憲法上収用の法理に適合し、法律に違反しない措置が仲裁判定部によって収用と判断される場合にも、韓国政府が賠償判定を執行しなければならないのみならず、関連措置を是正しなければならない負担を負う矛盾が発生する可能性（がある）－例えば、整理解雇制限の法理を根拠に賠償請求し認容された場合、韓国では大法院判決と背馳する仲裁判定なのにこれを執行しなければならないのみならず、同種の提訴を防ぐために整理解雇要件緩和立法が不可避」（同号証12頁）となるとしている。

この項目には「**超憲法的措置の強制問題**」との標題が付されている。



同様の超憲法的事態について、同号証の20頁では次の事態が指摘されている。

「※大法院判決、労働基準法、憲法裁判所の決定等を通じて確立した整理解雇要件が被訴し賠償判定がある場合、解雇要件を緩和する立法の義務が発生

※立法または規則等に基づいて推進される各種不動産関連の課税若しくは規制政策が収用と判定される場合、税金廃止および規制緩和が不可避

※工程40%以上進行した後にアパート分譲契約をするようにした2006.7.6.建設交通部措置等についても、その間の利子費用またはそれによって事業自体不可能になったという理由で、仲裁提訴が可能なものとみられる

※外国企業の不法行為を理由にする押収、捜査、有罪宣告、不法利益返還等が収用と判定される場合、司法主権と衝突」

韓国法務部は、I S D条項、なかんずく「間接收用」規定が、憲法秩序の根幹を揺るがすものと認識し、違憲の問題が生じることを正当に認識していた。

#### (5) I S Dをめぐる米韓政府の交渉過程

一般に、I S D条項は、司法制度が不備な途上国に進出した資本が不測の損害を被った場合に投資受入国では適切な法的救済が得られないことを理由として設けられたものと説明されてきた。

韓国政府は、第1回交渉において、韓国はOECD加盟国として、整備された司法制度を有しており、投資章の実体規定に関する判断は、国内裁判所において行うこと、同様の先例は米豪FTAにも存在することを主張し、I S D条項を設けないことを求めた。しかし、米国側は米豪は英米法圏の国であり、同一体系の法が適用されることから例外としたものであり、法体系を異にする韓国の先例にはならないと拒まれた(同号証14頁、21頁)。

これを受けた、韓国法務部は次のように判断し、次善の策を模索すること

になる。

「米国側を相手に紛争解決手続自体の削除を主張することは、高級幹部次元の交渉が必要な事案で法務部はこのための積極的対応を外交部(外務省)等関係部処に要請したことがあるが、交渉推進状況に照らしてこれを期待するのが難しい」(同号証14頁)

#### (6) 「間接收用」規定除外の模索

次善の策として、韓国法務部は、内国民待遇、最恵国待遇などの規定はISDの対象とするとしても、せめて「収用」については、ISDから除外することを模索している。「収用」だけを除外したISD条項としては、中国与ドイツの投資協定に「収用の合法性および補償金額の問題は投資家対国家間紛争解決条項(第9条)にもかかわらず、国内の裁判所が審査する」と規定した先例があることを理由に上げている(同号証21頁、22頁)。

また、間接收用に関して、韓国の従前からの判例法理を協定文に反映させることを模索している。

「間接收用法理は明確な成文法的規範なく各国の判例と仲裁判定例の蓄積を通じて形成中の概念なので、明確な法理確定が難しいだけでなく仲裁判定の動向等に照らして韓国の憲法原則と背馳する仲裁判定の可能性を排除できない。このような危険性を遮断するために間接收用を根拠とした提訴は国内手続でだけによるようにする方案、若しくは既存のわが国の判例原理を協定文に反映する方案等を推進(する)」(同号証14頁から15頁)

こうした主張を支持するために、甲B第1号証の20頁以下に展開される韓国側の論拠は、説得的である。

大統領に貿易協定交渉の権限を付与する大統領貿易促進権限法はわずか1票差で可決されたもので、その過程では、米国州最高裁判事協会、州法務部長官協会も国際仲裁の違憲性に対する憂慮を表明したことも指摘し、憲法に

反する可能性を懸念する点で、両国の立場は共通しているのではないかと主張しようというのである（同号証21頁）。

こうして韓国法務省は、譲歩案として、「間接収用」に基づく仲裁付託について、投資家は母国である米国の同意を得ることを求めることを要件とすること、これによって、濫訴を防止する案までも検討している（甲B23頁）。

しかし、こうした韓国法務部の模索と説得は、ことごとく拒まれた。

米韓FTAには米国の提案する通りの「間接収用」を含むフルセットのISD条項が盛り込まれることとなったのである。

#### （7）国内対策

二重三重の案を模索し、米国を説得する材料を提示しても、米国に拒まれる可能性が高いことを韓国法務部は予め想定していた。

このため、ISD仲裁付託に備え、

「投資紛争問題は全ての政府の部署、司法部、地方自治体、政府投資機関等に関連した事案なので汎政府的な対処が必要—主要分野の規制権確保方案および被訴の可能性が高い措置の事前方案を講ずる必要」（甲B第1号証15頁。下線は本件代理人）として、政府を挙げての対策が必要であるとしている。

その結果、各種の租税措置、建築、不動産規制、保険・環境規制、外国企業に対する捜査および税務調査、中小企業支援制度、政府投資企業の業務性格、法的根拠、契約実態、差別的措置等を、検討する必要がある項目として挙げ、法令の制定・改定及び各種の政策の樹立など、施行時に投資紛争発生を事前に予防できる点検体制の樹立などの対策をする必要があるとした（同号証15頁から16頁）。

ISD条項、なかんずく「間接収用」規定が韓国の法体制のあり方を根本から揺るがすことに韓国法務部は終始自覚的であった。

他ならぬ法律のエリート集団である韓国法務省は、米韓F T A交渉に当たって、憲法に対する深刻な危機感を抱き、憲法を守る方策を懸命に模索し続けたのである。

その結果、I S D条項による超憲法的事態が強制されるのであれば、事前に対応すべく、各種分野の法改正等を準備する結果となった。こうして韓国法務部は、自らが指摘した萎縮効果の罠に自ら陥るという葛藤と矛盾に満ちた事態に陥っていった。悲劇的である。

#### 4 韓国大法院（最高裁判所）の検討

##### （1）主権侵害の可能性について

韓国大法院の検討は、率直に見て、I S D条項を支持する方向で行われているように見える。

しかし、その大法院も、I S D条項が国家の主権を侵害するとの指摘は無視できなかった。

「○『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。」（甲B第1号証27頁）

ここで紹介されている見解は、国家は自ら主権を制限することも可能であるとする考え方である。端的に言えば、主権の放棄も主権の行使の一態様であるというのである。

なるほど主権の放棄が合法的に行われる例がないわけではない。国連に加盟することで、加盟国は武力の行使という主権を放棄することを主権の行使

として選択している。また、排外主義の台頭に揺れているEUは経済統合の過程で従来、国家主権に属するとされた様々な国家の権能をEUに委譲している。大法院の念頭にこれらの事例があったことは想像に難くない。

しかし、大法院は、これらとISD条項との決定的な相違を見落とししているとわざるを得ない。

いうまでもなく、国際法の最高の法主体は国家である。上記事例も国家間の合意により設立された国際組織に対して権限を委譲することで、その国際法上の根拠や合法性が担保される。

他方、ISD条項は、国家の根幹をなす司法主権を、その件限りで私的に選任される私人に委譲するものである。仲裁廷は仲裁判断を示せば解散するその場限りのものであり、国家や国民に対して何らの責任も負わない。ISD仲裁廷は、徹頭徹尾、私的な解決システムなのである。

そこで用いられる法理は、外国投資の保護、円滑化、自由化に一面化された原則である。これは外国投資をした私的な主体の私益の追求を最大限に尊重するという他にない。

ISD条項は、私的利益の追求という、私的利益に支配される空間に対して、国家主権を委譲しようとするものであり、国家をそうした私的利益に左右される流動的な空間の支配に服させるものであると言わざるを得ない。国家の自己決定権、すなわち主権は私的空間における決定によって奪われるのである。

国際法の文脈によれば、これは主権の侵害以外の何物でもない。大法院の検討は、国家の私物化という重要な契機を見落としした誤りを犯していると考えざるを得ないのである。

## (2) ISD仲裁の対象と「裁判」

大法院の検討内容は、前記したとおり非常に抑制的なものであるが、その

大法院さえ、裁判所の判決を I S D の対象とすることには強く反対している。  
「○「投資家国家提訴制」下では、国内司法府の裁判も仲裁請求の対象になる  
ので、法的な不安定及び不安を招く惧れがある。

○最近、NAFTA(北米自由貿易協定)の投資紛争解決手続に従って米国の裁判  
手続、または判決が仲裁請求の対象になると判定した事例(Loewen v. United  
States 事件等)がある。

—上の Loewen 事件以後、米国の NGO や議会内からも、NAFTA の紛争解  
決機関が米国州法院(裁判所)の判決に対してまで判断することに対して、憂  
慮が表明されたことがある。

○司法府の裁判が無差別的に仲裁請求の対象になる場合には、いろいろな副  
作用を招くことがあるので、裁判を仲裁請求の対象から除外する方案や対象  
を制限して明確に規定する方案を検討する必要」がある(甲 B 第 1 号証 2 1  
頁)。

全体として I S D 条項を是認する見解を展開した大法院であるが、結論と  
して司法府による裁判(司法作用)は、I S D の対象から除くべきことを主  
張している。

「○ただし『投資家国家提訴制』を導入するとしても、仲裁請求対象から司法  
府の裁判は排除する等、仲裁請求の対象と要件を具体的に特定して未然にそ  
の解釈と関連する紛争を防ぎ、『投資家国家提訴制』に沿った紛争解決手続  
が公正で透明な手続に従って運用できるよう、合理的な仕組みを備える方案  
を検討する必要がある。」(同号証 2 3 頁。下線は本件代理人)

米韓 F T A 締結に向けて動く韓国政府の動向に迎合しているとすら見える  
韓国大法院ですら、裁判を I S D 条項から除外を求めているのである。

一国の司法に携わり、法の解釈と適用を担う者として、裁判を I S D 条項  
の対象とすることによる混乱と無秩序に対しては強い警戒感を持ち、最低限  
の条件として I S D 条項の対象から裁判を除外することを主張している。大

法院の見解は、法曹に求められる最低限の責任感と矜持の現れである。

## 第6 TPPと日本の法律機関

以上、本準備書面では、米韓FTA交渉過程において、韓国を代表する法律家の集団である法務部並びに大法院がISD条項について、どのような検討を行ったかについて述べた。

韓国法務部は、国内法秩序全体に対して、ISD条項が超憲法的な影響を及ぼし、憲法違反の問題が生じることを指摘するなど、ISD条項に対して深刻な危機意識を持っていたことがわかる。他方、大法院は米韓FTA締結に向けて積極的な韓国政府の姿勢を意識してか、全体として抑制的ではあったが、最終的には司法府として国内紛争に関する裁判機能を放棄することはできないとしていた。

韓国法務部の検討の中では、米国州最高裁判事協会、州法務部長官協会もISD条項の違憲性に憂慮を表明していることが紹介されている。

ISD条項は、外国投資家に国際法上の法主体性を認める。のみならず、国家に対する国外仲裁を強制する権利を与えるもので、外国投資家に国家を超える法主体性を認めるものと言っても過言ではない。こうして新たに国内の措置全てを対象として違法性を審判する法廷を設けることは、憲法に違反するのではないかというのは法律家であれば、当然に抱くべき疑問である。現に、ISD条項に直面した各国の法律機関は、等しく憲法違反の問題を指摘しているのである。

翻ってわが国はどうか。本件で被告とされている国の代理人は、ISD条項がわが国の憲法秩序にどのような影響を及ぼすのか真剣に検討したことがあるのだろうか。残念ながら、韓国法務部のような危機意識を感じることはできない。むしろ政府発表によってマスメディアが報道したように「出訴期間の制限」、「仲裁管轄の一次的判断」、「国内手続との同時利用の禁止」等を盛り込んだ

ことで、農林水産委員会が求める「濫訴防止」策が採られたかのような広報を後押ししているのではないかとの懸念がぬぐえない。これらの策は、全て米韓F T Aに盛り込まれた旧知のものであり、韓国法務部は、これを前提としても憲法秩序全体が揺るがされることに強烈な危機意識を持ったのである。

I S D条項、そしてT P Pの問題はすぐれて、国内法を扱う法律実務家の問題であり、自らの問題である。韓米F T Aについて、同様に感じたのであろう韓国裁判官166名は、2011年12月9日、大法院に宛てて米韓F T Aの国内法的影響なканずく法解釈の権限の問題について検討するため大法院にタスクフォースチームを設けることを建議している。韓国は日本と同様に条約の国内法的効力について直接受容の法体系となっている。このため米韓F T Aが直接に裁判規範性を持つ可能性が否定できない。膨大な条文からなる米韓F T Aの国内法的効力を現場の裁判官が知悉することは到底不可能である。したがって、どのような深刻な影響があるのか、大法院として研究し、明らかにすることを求めたのである。

翻って、わが国の裁判所はどうか。T P Pは、あるいはI S D条項は、経済問題であり、あるいは政治問題と考えているのではないか。I S D条項が提起している問題は、すぐれて法的問題であり、憲法秩序の根幹に関わる問題であり、裁判所自らの問題なのである。

憲法秩序の変容は、基本的人権を外国投資家の権利の下位に置く事態を生じさせかねないことは訴状において主張していることである。憲法の番人として、真摯に本件審理に向き合うことを求める。

具体的争訟性に名を藉りて、T P Pが生じさせる法的影響に目をつむるようなことがあれば、具体的な法的争訟を裁く権限すら日本の裁判所から失われかねないのである。

裁判所には、司法が危機にさらされているという真つ当な認識に立って本件審理に臨まれることを改めて強く求めるものである。



以上