

## 経済安全保障と投資保護のバランス（下）

紛争解決、独禁/通商・経済安全保障ニュースレター

2023年11月27日号

執筆者:

[ラース・マーケルト](mailto:l.markert@nishimura.com)

[l.markert@nishimura.com](mailto:l.markert@nishimura.com)

[富松 由希子](mailto:y.tomimatsu@nishimura.com)

[y.tomimatsu@nishimura.com](mailto:y.tomimatsu@nishimura.com)

[石戸 信平](mailto:s.ishido@nishimura.com)

[s.ishido@nishimura.com](mailto:s.ishido@nishimura.com)

[吉井 一希](mailto:k.yoshii@nishimura.com)

[k.yoshii@nishimura.com](mailto:k.yoshii@nishimura.com)

### 1. はじめに

2023年6月20日、欧州委員会は、「欧州経済安全保障戦略」(以下「**本戦略**」といいます。))を発表しました<sup>1</sup>。同年10月6日発行のニュースレター「経済安全保障と投資保護のバランス(上)」<sup>2</sup>では、本戦略並びに日本企業(投資家)に市場アクセス及び一定の保護を提供する日EU・EPAについてご説明しました。本号(下)では、国際法における国家の規制権限について簡単にご説明した上で、経済安全保障に関する投資家対国家の紛争解決(以下「**ISDS**」といいます。))の仲裁判断例を参照しながら、国際投資分野における経済安全保障の最新の動向を解説いたします。

### 2. 国際法における国家の規制権限(right to regulate)

公益を目的とした国家の規制権限(right to regulate)は、公共の利益に関わる特定の分野を規制すること、又は自国民の基本的権利の保護という義務を果たすことを目的として、国家が公権力の行使を行う権利・権限であると理解されています。

もっとも、国家の規制権限はその範囲や行使の方法等について制限のない絶対的なものではなく、各国家が負う国際法上の義務との均衡を図る必要があります。

例えば、ISDSの判断例には、自国民の水に対する基本的権利を保護するために国家が規制権限を行使する裁量が問題となったものがあります。この点について、仲裁廷は、水に対する国民の基本的権利と、適用のある投資関連協定に基づいて投資家が受ける保護は、異なるレベルで作用する、すなわち、行政は、国家主権に基づき、水に対する基本的権利の享受を保障するための特別な権限を有するが、かかる権限の行使は絶対的なものではなく、むしろ適用のある投資関連協定に基づき外国投資家に与えられる権利及び保障と併せて検討されなければならない旨判断しました<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_23\\_3358](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_3358)

<sup>2</sup> [https://www.nishimura.com/sites/default/files/newsletters/file/dispute\\_resolution\\_competition\\_law\\_international\\_trade\\_23\\_1006\\_ja.pdf](https://www.nishimura.com/sites/default/files/newsletters/file/dispute_resolution_competition_law_international_trade_23_1006_ja.pdf)

<sup>3</sup> SAUR International SA v. Republic of Argentina, Decision on Jurisdiction and Liability of 6 June 2012, para. 331.(原文：フランス語)

このような国際法的均衡をどのように考えるかは複雑な問題ですが<sup>4</sup>、例えば、国家が例外的に、安全保障を理由に国際法上の特定の義務に沿わない規制を行う権限が明文で定められている国際約束(CPTPP、日EU・EPA 等)もあります(以下「**安全保障例外**」といいます。)。なお、安全保障例外は、国家の規制権限の一部にすぎず、後者は前者より広範な概念です。また、WTO の紛争解決手続において WTO 協定の解釈に沿わない内在的な規制権限(inherent right to regulate)が従来認められてこなかったのとは異なり、ISDS 仲裁手続においては、無条件ではないものの、投資関連協定の規定ぶりにかかわらず、内在的な国家の規制権限は仲裁廷によって広く認められ、受け入れられています<sup>5</sup>。

### 3. ISDS における仲裁判断の例

近年、国家が安全保障に関して規制権限を行使した結果として生じた規制の変更や政府の決定について、外国投資家と国家との間で多くの紛争が発生しています。以下、具体的事例をご紹介します。

#### (1) CC/Devas 事件

##### ア 概要

初めに、モーリシャス法に基づいて設立された CC/Devas (Mauritius) Ltd.、Telecom Devas Mauritius Limited 及び Devas Employees Mauritius Private Limited の三社(以下「**申立人ら**」といいます。))が、インドに対して ISDS を提起した、**CC/Devas 事件**を取り上げます<sup>6</sup>。申立人らは、インド宇宙研究機関の管理下で運営されるインドの国営企業(Antrix 社)との間で電気通信契約を締結したインド企業(Devas 社)に出資していました。Devas 社は、人工衛星を打ち上げてインド全土のモバイル端末ユーザーにマルチメディア・サービスを提供することなどを目的とするプロジェクトに参画しており、Antrix 社との契約に基づき、特定の電磁波の周波数帯(S バンド)の容量の貸与を受けていました。しかし、インド政府が当該契約を取り消したことから、申立人らはインドに対して ISDS 仲裁を提起しました。

CC/Devas 事件において適用されるインド = モーリシャス投資協定には「重大な安全保障上の利益(essential security interests、以下「**ESI**」といいます。))に係る条項(以下「**ESI 条項**」といいます。))が定められていました。インド政府は、当該契約を取り消したのは、軍事目的その他の戦略上の必要性のために周波数帯を利用可能とするためであり、自らの行為は ESI 条項によって保護されると主張しました。

---

<sup>4</sup> Lars Markert, The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors' Rights and Regulatory Interests of Host States, in: Marc Bungenberg, Jörn Griebel and Steffen Hindelang (eds), *European Yearbook of International Economic Law 2011*, Special Issue: International Investment Law and EU Law (Springer 2011) 150.

<sup>5</sup> Andrew D Mitchell, The right to regulate and the interpretation of the WTO Agreement, *Journal of International Economic Law* 2023 参照

<sup>6</sup> *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India*, PCA Case No. 2013-09. 本事件の解説として、石戸信平「投資仲裁判断例研究(112) 複数の政策目的のための措置に対する安全保障例外の「一部」適用」JCA ジャーナル第 66 巻 6 号 42 頁ご参照。

仲裁廷は、インドが ESI 条項を援用できるかどうかを判断するにあたり、問題となっている措置が「重大な安全保障上の利益に向けられた(directed to the protection of its essential security interests)」ものであったか、また、インドの軍事・安全保障当局の側に S バンドの容量を確保する真の必要性があったかを検討しました。(一方で、仲裁廷は、ESI 条項の文言を分析し、その文言において「必要性(necessity)」への言及がないことから、インドには「広範な敬讓(wide measure of deference)」が与えられ、インドは当該措置が安全保障上の利益を保護するための唯一の手段であることまで立証する必要はないと判示しました。また、インドは、慣習国際法上の概念である緊急非難(state of necessity)の適用に係る厳格な条件を満たす必要もないとしました。)

仲裁廷は、多数意見において、問題となっている措置はインドの ESI の保護に「部分的に」向けられていたものにすぎず、一部は安全保障とは関係がない他の政策目的にも向けられたものであると判示し、軍事又は準軍事目的のために留保されていなかった部分については、インド＝モーリシャス投資協定の規定に服すると判示しました。その上で、仲裁廷の多数意見は、インドの ESI 保護に向けられた周波数帯の割当ては、申立人らに割り当てられた S バンド周波数帯の 60%を超えないと判断し、問題となった措置について、申立人らに割り当てられた周波数帯の 40%に関するものである限り、ESI 条項の範囲外であり、仲裁廷において判断権限を有する(管轄権を認める)と判断しました。

続いて、仲裁廷は、軍事又は準軍事目的に留保されていない S バンド周波数帯の部分がインド＝モーリシャス投資協定に違反するかどうか、具体的には、(i)違法な収用又は(ii)公正衡平待遇義務(以下「FET」といいます。)の違反に該当するかどうかを検討しました。

(i)違法な収用について、仲裁廷は、仮に契約を取り消すことを内容とするインドの決定が公共の目的のために行われたものであったとしても、適正な手続を欠いており、支払われるべき公正かつ衡平な補償が支払われていないとして、収用条に違反する旨判示しました。仲裁廷は、したがって、インドの措置のうち安全保障以外の事項に関連する部分(すなわち投資額の 40%まで)について、インドは申立人らに対して補償すべき旨判示しました。また仲裁廷は、同部分につき、(ii)FET 違反も認めました。

## イ Deutsche Telekom 事件との比較

CC/Devas 事件は、実質的に同一の事実関係に基づくドイツ企業 Deutsche Telekom 社対インドの事件(以下「**Deutsche Telekom 事件**」といいます。)において別の仲裁廷が行った検討と比較することができます<sup>7</sup>。Deutsche Telekom 事件において、Deutsche Telekom 社もまた Devas 社に出資していました。Devas 社は、インドの周回軌道衛星 2 基が提供する S バンド電磁周波数帯の容量の貸与を受けるために国営企業 Antrix 社と契約(以下「**Devas 契約**」といいます。)を締結していました。インド政府が Devas 契約の取消しを承認(以下「**本決定**」といいます。)した後、Deutsche Telekom 社は、インドがドイツ＝インド投資協定の定める FET 条項に違反したと主張して、仲裁を申し立てました。

ドイツ＝インド投資協定にも ESI 条項が規定されており、インドは本件でも当該条項を援用しました。た

<sup>7</sup> Deutsche Telekom v. India, PCA Case No. 2014-10.

だし、ドイツ=インド投資協定の ESI 条項は、インド=モーリシャス投資協定のそれと異なり、締約国に「重大な安全保障上の利益の保護に必要な範囲で禁止又は制限」を適用することを認めており<sup>8</sup>、そのため、本件の仲裁廷は、当該 ESI 条項の適用可否を判断するに当たり、本決定が ESI の保護に「必要」であったかを検討しました。

この検討に際し、仲裁廷は、「重大な」安全保障上の利益とは、「国家安全保障の中核(‘根幹(essence)’)に関わるもの」を指すとしつつ<sup>9</sup>、問題となっている安全保障上の利益を説明するため、本決定の背景にある理由を検討しました。仲裁廷は、(i)「列車追跡などの社会的必要性」<sup>10</sup>や「災害対策、遠隔教育、遠隔医療及び農村部での通信」<sup>11</sup>といった ESI 条項の範囲外にある事項や、(ii)Devas 社が契約上の権利に対して十分な対価を支払わなかった印象があったことなど、「様々な理由や目的が Devas 契約の取消しにつながった」と判示しました<sup>12</sup>。仲裁廷は、「軍が主張するいわゆる戦略上の必要性(strategic needs)は、重大な安全保障上の利益に係る基準を満たし[得る]」<sup>13</sup>と認めた一方で、「多くの文書において社会的必要性」が「戦略的利益と並んで」<sup>14</sup>記載されていたことを踏まえ、保護しようとした利益の一部について、「重大な安全保障上の利益」に含めることはできないと判断しました<sup>15</sup>。

次に、仲裁廷は、国家の ESI 保護に対する措置の必要性を評価することを目的として、本決定が「当該重大な安全保障上の利益を保護することを主たる目的とし、その保護を達成するために客観的に必要とされていたかについて、国際法上の義務への抵触がより少ない、あるいは国際法上の義務により整合的な、合理的な代替的手段が被申立国にあったかどうかを考慮に入れて」検討しました<sup>16</sup>。(一方で、仲裁廷は、当該必要性要件の一要素として、措置が重大な安全保障上の利益を保護するための唯一の手段であったことを立証する必要があるとは判断しませんでした<sup>17</sup>。この点、上述した CC/Devas 事件の仲裁廷も、インドが「採用した措置がかかる状況において依拠することのできる唯一のものであったという意味での必要性を立証する必要はない」と判示していますが、これは、インド=モーリシャス投資協定の ESI 条項においては、必要性の要件が規定されていなかったためであると考えられます<sup>18</sup>。もっとも、CC/Devas 事件の仲裁廷は、インドが保護しようとした安全保障上の利益が「重要、(中略)絶対的に必要、絶対必須、(中略)不可避」であることが示

---

<sup>8</sup> ドイツ=インド投資協定 12 条(下線追加)

<sup>9</sup> *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, interim award, para. 236.

<sup>10</sup> *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, interim award, para. 265.

<sup>11</sup> *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, interim award, para. 281.

<sup>12</sup> *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, interim award, para. 281.

<sup>13</sup> *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, interim award, para. 281.

<sup>14</sup> *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, interim award, para. 281.

<sup>15</sup> *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, interim award, para. 281.

<sup>16</sup> *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, interim award, para. 239.

<sup>17</sup> *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, interim award, para. 229.

<sup>18</sup> *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India*, PCA Case No. 2013-09, award on jurisdiction and merits, para. 243.

される必要があると判示しており<sup>19</sup>、これは「必要性」の要件と同様、高いハードルを課す基準であると思われる。) )

最終的に、仲裁廷は、インドが「当該措置が重大な安全保障上の利益の保護のために必要であることを立証していない」と結論づけました<sup>20</sup>。仲裁廷は、投資協定の実体要件を適用し、措置は恣意的で透明性を欠いており、ドイツ=インド投資協定の FET 義務に違反していると判断しました。インドは、当該判断について(本仲裁の仲裁地の裁判所である)スイス連邦最高裁判所に異議を申し立てましたが、認められませんでした。

## ウ 小括

以上でご説明したとおり、CC/Devas 事件及び Deutsche Telekom 事件において、それぞれの仲裁廷は、問題となっている措置が、重大な安全保障上の利益を保護するための被申立国の規制権限の正当な行使であるとみなされ得るかの判断にあたり、適用のある協定の差異により、異なる基準を設定しています。しかし、これら 2 つの事件の判示から見いだされる共通点は、一般的に投資関連協定が想定する国家の規制権限に関する参考になると考えられます。

第一に、両仲裁廷とも、適用される投資協定に規定される ESI 条項は「自己判断(self-judging)」条項ではないと判断しました。これは、ESI 条項において明示的にその権限が付与されている場合を除き、国家が、自らの裁量において、自国の安全保障上の利益の保護のために必要な事項が何であるかを判断した場合でも、その判断は絶対的なものではないことを意味します<sup>21</sup>。

第二に、両仲裁廷とも、適用される投資協定に規定される ESI 条項の文言を重視し<sup>22</sup>、ESI 条項がその文言に関わらず必要性要件を内包するという解釈は採りませんでした<sup>23</sup>。Deutsche Telekom 事件の仲裁廷が ESI 条項の援用に当たって必要性の立証を求めたのは、該当の ESI 条項の文言自体に必要性に係る明示的要件があったためです。

第三に、両仲裁廷は、非軍事的な必要性(公共事業)のためのリソースの利用可能性は、単に公共の利益の

---

<sup>19</sup> *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India*, PCA Case No. 2013-09, award on jurisdiction and merits, para. 243.

<sup>20</sup> *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, interim award, para. 291.

<sup>21</sup> *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India*, PCA Case No. 2013-09, award on jurisdiction and merits, para. 219; *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, interim award, para. 231.

<sup>22</sup> *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India*, PCA Case No. 2013-09, award on jurisdiction and merits, paras. 230-241; *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, interim award, paras. 225-229.

<sup>23</sup> *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India*, PCA Case No. 2013-09, award on jurisdiction and merits, paras. 229-241; *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, interim award, paras. 228 and 229.

問題に過ぎず、ESIを構成し得ないという点で見解が一致しています<sup>24</sup>。今後、仲裁廷が「重大な安全保障上の利益」の範囲を判定するにあたり、軍事上の必要性を超えた事項が含まれると判断するかについては、引き続き動向を注視していく必要があります。

## (2) 近時の事例：Huawei v. Sweden 等

上述した点は、中国企業華為(以下「ファーウェイ社」といいます。)とスウェーデンとの間の紛争とも関連性があると思われます。スウェーデンの電気通信規制当局は、ファーウェイ社及び(別の中国企業である)ZTE社がスウェーデンの携帯電話会社に5G機器を供給することを禁止しました。その理由として、スウェーデンの規制当局は「セキュリティ・リスク」を挙げており、中国が上記機器を通じてスウェーデン国内の通信を監視する可能性があるとして主張しました。ファーウェイ社は禁止措置を解除するよう国内裁判所に申し立てましたが、これが失敗に終わったため、2022年1月7日、中国＝スウェーデン投資協定に基づき、スウェーデンに対して仲裁を申し立てました<sup>25</sup>。

スウェーデンは、ファーウェイ社が「自社製品が新5Gネットワークのアーキテクチャの一部を形成するための絶対的権利」を有していることを立証していないため仲裁廷には本件の管轄権がないとして、管轄権の有無を本案に先行して審理するための審理手続の分離(bifurcation)を要請しました<sup>26</sup>。特に、スウェーデンは、ファーウェイ社が「国の排他的な管理下にある許認可手続を経た後でのみ5Gネットワーク・サービスを展開できる」スウェーデンのモバイル・ネットワーク事業者とフレームワーク契約を締結しなければならないと主張しました<sup>27</sup>。これに対して、仲裁廷は、「[本件]は、スウェーデンの5Gネットワークに関する請求に限定されるだけでなく」、「4G、6G及び7G技術や固定回線ネットワークなどに関する、スウェーデンの措置が申立人の現在又は将来の事業に対して及ぼすとされる影響」も含むと指摘しました<sup>28</sup>。

このように特定国を念頭においた「セキュリティ・リスク」のためであると措置国が主張する措置であっても、措置国においてすら安全保障を理由に仲裁廷に管轄権がないことまでは主張していないことから分かるように、ISDS仲裁判断例に鑑みると、安全保障を理由とする措置であることのみをもって仲裁に服さないということにはなりません。

本件で、スウェーデンの電気通信規制当局は、5Gネットワークのセキュリティ保護を目的として一般的に適用される措置を採用せず、特にファーウェイ社を対象として規制措置を導入しました。仲裁廷が法的分析においてかかる事実をどのように考慮するかも注目されます。

<sup>24</sup> CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India, PCA Case No. 2013-09, award on jurisdiction and merits, paras 354-361; Deutsche Telekom v. India, PCA Case No. 2014-10, interim award, paras. 236 and 281.

<sup>25</sup> Huawei v. Sweden, ICSID Case No. ARB/22/2.

<sup>26</sup> Huawei v. Sweden, ICSID Case No. ARB/22/2, Procedural Order No. 3 (以下「PO3」といいます。), para. 13.

<sup>27</sup> Huawei v. Sweden, ICSID Case No. ARB/22/2, PO3, para. 13.

<sup>28</sup> Huawei v. Sweden, ICSID Case No. ARB/22/2, PO3, para. 44.

ファーウェイ社はさらに、英国の規制当局による措置の対象ともなりました。2020年、英国は新規のファーウェイ製5G機器の購入を禁止し、2027年末までに全てのファーウェイ製の機器を5Gネットワークから取り除くことを決定しました。この決定は、電気通信ベンダーに対する米国の制裁の影響に関して国家サイバーセキュリティセンターが作成した勧告を受けて行われています。この点について、英国政府は、「ハイリスク・ベンダーに関する方針は、一企業、一つの国又は一つの脅威を対象として策定されたものではない。かかる方針は、我々が現在及び将来において、ネットワークに対するリスクを管理できるようにするための、永続的かつ柔軟な方針となることが意図されている。」と説明しています<sup>29</sup>。このように、英国はスウェーデンと異なり、(特定国や特定の企業に対して結果的に不利となる措置であったとしても、)特定国や特定の企業を念頭に置いた措置であるとはしていません。

ファーウェイ社は、2022年10月、英国に対する仲裁通知を提出しており、既にファーウェイと英国の間で仲裁手続が行われる可能性を踏まえ代理人弁護士が選任されているようです。

これらの事件は未だ進行中ではありますが、これらの事件において仲裁判断が下された際には、仲裁廷が、国家の規制権限に関してどの程度国家の判断を尊重するかについて、有益な示唆をもたらすものと思われる。また、将来の仲裁廷が、規制が特定国や特定の企業を念頭に置いたものではないとする英国政府の説明をどの程度重視するかも注目されます。

### (3) 小括

インドに対する上記CC/Devas事件及びDeutsche Telekom事件の仲裁判断が示すように、国家の規制権限に基づく措置を取り扱った仲裁廷は、原則として、国家が規制を実施する裁量を尊重しました。一方で、ISDS仲裁判断例は、国家はその規制権限を無条件に行使できるものでもないことも示しています。

すなわち、国家は、あらゆる投資協定違反を許容する包括的な抗弁として「国家の規制権限」を持ち出すことはできません。このような抗弁が主張される場合、仲裁廷は、各事件に適用のある投資協定の文言、保護される安全保障上の利益の重要性、措置と安全保障上の利益との間の関連性の程度といった点を綿密に分析することになります。

各事件における仲裁廷が、最終的に、どの程度国家の規制権限を尊重するかを予測することは困難ですが、上述した考慮要素は今後の仲裁事例における指針となると思われます。

## 4. 結論

昨今の地政学的情勢に鑑み、各国で、安全保障上の利益を保護するための法制度の導入が進んでいますが、国家が安全保障例外を発動する権利、より広義には国家の規制権限にも、一定の限界が存在します。ISDS分野では、国家の規制権限と外国投資の促進・保護との均衡に関する検討が進みつつあると言えますが、依然として検討すべき課題が残っています。

<sup>29</sup> 2020年7月14日発表の英国デジタル・文化・メディア・スポーツ省プレスリリース ([リンク](#))。

この点、本NLでご紹介したISDS仲裁判断例は、投資受入国が行使可能な規制権限や安全保障例外の外延を考える上で、中心的な役割を果たすことになる可能性があります。さらに言えば、ISDSは、グローバルな行政空間において仲裁廷が司法的な機能を行使するという、グローバル・ガバナンスの一形態となり得る可能性を秘めています。

企業としては、以上のトレンドを踏まえ、自社のビジネスが諸規制の直接的な対象とされているかを問わず、新規制やISDSの動向を注視することが望まれます。

当事務所では、クライアントの皆様のビジネスニーズに即応すべく、弁護士等が各分野で時宜にかなったトピックを解説したニュースレターを執筆し、随時発行しております。N&A ニュースレター購読をご希望の方は [N&A ニュースレター 配信申込・変更フォーム](#) よりお手続きをお願いいたします。

また、バックナンバーは [こちら](#) に掲載しておりますので、あわせてご覧ください。

本ニュースレターはリーガルアドバイスを目的とするものではなく、個別の案件については当該案件の個別の状況に応じ、日本法または現地法弁護士の適切なアドバイスを求めていただく必要があります。また、本稿に記載の見解は執筆担当者の個人的見解であり、当事務所または当事務所のクライアントの見解ではありません。

西村あさひ法律事務所・外国法共同事業 広報課 [newsletter@nishimura.com](mailto:newsletter@nishimura.com)