

令和 5 年 6 月 13 日現在

機関番号：23901

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2017～2022

課題番号：17K13617

研究課題名（和文）国家間法としての一般国際法規則の現代グローバル法秩序への適用

研究課題名（英文）Applicability of General Rules of Inter-State Law to the Global Legal Order

研究代表者

山下 朋子 (Yamashita, Tomoko)

愛知県立大学・外国語学部・准教授

研究者番号：20781397

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 3,300,000円

研究成果の概要（和文）：本研究は主として20世紀前半までに国家間法として形成された慣習国際法における諸規則が、現代グローバル法秩序においてどのように適用されるのかという観点から検討を行うものである。研究期間を通じてみると、育児休業やコロナ禍による海外出張の停止など、様々なハードルがあったが、研究主題に関する7本の研究論文、4本の書評論文、1本の判例評釈を成果として公表することができた。そのほかにも国内外の国際会議や研究会で研究報告を行う機会に恵まれ、多数の研究者と意見交換する中で、研究主題についての示唆を大いに得ることができた。

研究成果の学術的意義や社会的意義

従来の国際投資紛争をめぐる学術的議論の中心は、投資家保護の観点から仲裁廷の管轄権設定や投資協定義務の実体的違反にあったため、本研究のように慣習国際法との接合という形で適用法規の内容について包括的に検証を行うものは極めて稀であり、国内外を問わず未だにほとんど存在しない状態である。また、投資協定に明示されない国家の責任、企業の社会的責任は、最新の論点として世界的にも注目を集め始めたばかりであり、このように国際投資法と国際公法上の他分野との交錯について深く掘り下げた研究は、世界的に見ても不十分である。ゆえに、本研究は国際法研究に新たな小分野を開拓するものとして大変に意義深いといえる。

研究成果の概要（英文）：The present research examines how the various rules of customary international law, which were formed mainly as inter-state law until the first half of the 20th century, are applied in the contemporary global legal order. Although various unexpected difficulties and challenges were brought about due to the COVID-19 pandemic and childcare, I could publish several papers including seven articles, four book reviews and one international case study on the research subject. In addition, I had the good fortune to present my research at international/national conferences and research meetings, which brought me great opportunities to exchange opinions with other researchers and refine my arguments.

研究分野：国際法

キーワード：国際法 国際投資法 慣習国際法 国際投資法 国際経済法

科研費による研究は、研究者の自覚と責任において実施するものです。そのため、研究の実施や研究成果の公表等については、国の要請等に基づくものではなく、その研究成果に関する見解や責任は、研究者個人に帰属します。

## 1. 研究開始当初の背景

伝統的国際法は、近代国家の成立とともに形成された国家間 (inter-national) 関係を規律する法である。そこでの法主体は国家のみであり、主権平等に基づいた「合意は拘束する (pacta sunt servanda)」との原則に基づく法規範の形成及び適用がなされてきた。そして、国家間の「明示の合意」に基づき締結される条約法よりも、国家実行の積み重ねによる「黙示の合意」により形成された不文の法たる慣習法が全ての国家を拘束するものとして量的にも多数を占めていた。

しかし、西欧の国家実行に基づいて形成された慣習国際法の一部は第二次世界大戦後、特にアジア・アフリカを中心とする新国家 (AA 諸国) の成立の時点において、このような慣習法の形成に関わっていない国家にまでに拘束力が及ぶとされることが問題視され、他方で国連海洋法条約の深海底レジームや国際経済秩序の変革にあたっては、慣習法の存在をめぐる解釈で多数派を占める AA 諸国が少数の西側先進国と対立するなど、政治的にも大きな問題となった。この時期、新国際経済秩序 (NIEO) や「開発の国際法」など、AA 諸国の登場による国際法秩序の変革が盛んに提唱された (高島忠義『開発の国際法』(慶應通信 1995))。この問題に旧来の伝統的国際法理論を用いて対処すべく提唱されたのが、「一貫した反対国」の法理である (江藤淳「慣習国際法の理論と『一貫した反対国』の原則」国際法外交雑誌 88 巻 1 号 (1989))。これは、原則的にすべての国家を拘束するとされる慣習法についても、その形成から適用段階において一貫して反対する国家には合意原則の帰結として適用除外を認めるとするようとするものであった。

その後、政治的対立が収まるに伴い、このような主張は影を潜め、他方で国際 (inter-national) では対処しきれない地球規模 (global) の問題が人権、環境、経済などの諸分野において新規性をもって発生し、それに伴う国家利益も多様化する中で、これらの新たな法分野において様々な条約が締結された。ここに国際平面に、私人 (個人、企業、NGO) や国際機構など国家以外の主体が、国家やその他の主体と多層的かつ複雑に相互に作用しあうトランスナショナル (trans-national) な法秩序が形成されることになる。国際人権法、国際刑事法、国際経済法、国際投資法、国際環境法など、近代には国際法の問題として扱われなかった新分野において、法の名宛人を私人や国際機構にも拡大する形で、諸国により数々の条約が締結された (法主体を国家に限定しないこのような現代的な個別条約による自律的法秩序の総体を、本研究では「現代グローバル法秩序」と呼ぶこととする)。それにより、国家間関係のみを規律する伝統的な一般法としての慣習国際法は、新しい条約による現代グローバル法秩序とは区別され、前世紀的な時代遅れのものとして議論の対象から外れていった。

このように、現代国際法において「明示の合意」である条約法が主流となるために、国連が総会の補助機関として設立した国際法委員会 (ILC) が慣習国際法の内容解明と法典化を進め、ILC の策定した法典化文書が次々と条約として採択されたことは見逃されてはならない。伝統的な国家間関係を規律する法としての慣習法規則は実体規則を中心に、ICL を通じて条約法に取り込まれたのである。しかしながら、現代でもいまだに手続規則を中心に、条約解釈のために慣習法規則が参照される機会が多い。国家間関係で発展した慣習法規則の中でも条約化されていないものについて、私人など新たな法主体にどこまで適用されるべきであるのかという問題が、国際法の前提たる合意原則との関係で立ち現れてきたのである。これは「一貫した反対国」法理の再来ともいえるべき問題であり、当時と大きく異なるのは、それが法の形成段階ではなく、各種条約の予定する紛争処理手続における適用の段階で問題となっていることである。

## 2. 研究の目的

本研究では、国際法の発展によってもたらされた新しい秩序 (現代グローバル法秩序) と、それが生まれる以前から存在する慣習国際法としての国家責任法とが、実際の紛争処理における法適用の場面においてどのように接合しうるのがを明らかにする。その際、条約解釈からは規範内容や適用関係が必ずしも明らかではないものについて、管轄権を有する裁判所が参照する関連慣習法規則を参照しながらも、これまで意識的には論じられてこなかった二つの視座 (下記の「研究の方法」に詳述) から論理実証的な検証を行う。

具体的には、国際投資法や国際人権法の紛争解決手続きが予定する、私人と国家が国際法廷において直接対決する場面に着目しながら、国家間法としての慣習国際法たる国家責任法とその諸原理が、現代グローバル法秩序に適用される範囲の確定を行う。

例えば実体規定では、国際投資法の文脈で語られる「公正衡平待遇義務」がある。これは伝統的国際法秩序においては「外国人に対する待遇の最低基準 (minimum standard of treatment)」とされてきた慣習国際法規則において、「国際標準主義」と呼ばれるものが発展したものである。最近の投資仲裁判断では、(公)法の一般原則として「公正かつ衡平な待遇」を説明しようとする

るものが多くみられるが、具体的にどのような待遇を意味するのかを説明する際には実際の投資紛争における先例を参照する必要がある、外交的保護事例まで参照するのであれば、翻ってこの待遇の法的基盤が条約にあるのか、法の一般原則にあるのか、慣習法にあるのかを説明する必要が生じる。

手続規定における代表例としては、国内救済完了原則に対する例外がある。同原則自体は、外国で被害を受けた私人がその国で利用可能な全ての司法的・行政的救済手段を尽くした後でなければ原則として国際請求を提起できないという内容の規則であり、確立した慣習国際法規則とされる。しかし、その例外については、実際の訴訟においては最も主要な論点であるにもかかわらず、非常に抽象的な、いくつかの枠組み（無益性の抗弁、妨害、遅滞など）を導き出す以上のことは難しいとされる。投資保護条約でも、原則たる国内救済完了への言及は存在するにせよ、例外までが定められていることは少なく、このような極めて抽象度の高い規定の解釈適用に慣習国際法が果たす役割について、状況を類型化したうえで議論を整理する必要がある。

### 3. 研究の方法

本研究では、国際法の大前提たる合意原則がどこまで貫徹されるべきであるのかという問題について、主として20世紀前半までに国家間法として形成された慣習国際法における諸規則が、現代グローバル法秩序においてどのように適用されるのかという観点から検討を行う。その上で、諸論点を以下の二つの問題に収斂させ、それぞれの角度から詳しい分析を試みることにする。

第一に、法形成過程に関与していないこれらの新しい法主体へ国際法はそのまま適用されるのか、あるいは修正が必要となるのかという、国際法主体に関する問題に取り組む。例えば国の違法行為についての慣習国際法規則を、投資家対国家の紛争に国家責任法をそのまま適用することには疑問の余地があり、修正が必要であるように思われる。修正が必要であれば、どの程度の修正がなぜ必要になるのか。あるいは、国際紛争処理手続として投資紛争を国家間紛争と擬制することで、当然に伝統的な慣習国際法規則としての国家責任法をそのまま適用すべきなのか。例えば国際投資法の分野では、投資家本国と投資受入国との間で締結された投資条約を根拠として、投資家が直接に投資受入国を訴える国際投資条約仲裁が1990年代以降に爆発的に増加したが、条約規程の曖昧さや制度の急速な発展に伴い生じた多様な実践的問題に対応するため、20世紀前半までに形成された外交的保護の実行（「私人に対する侵害をその国籍国に対する侵害であるかの如く」扱うことで当該私人の国籍国と、加害国の間で争われる外交交渉ないし裁判の実行）がしばしば参照される。しかしながら、外交的保護という国家間での実行により形成された慣習国際法上の規則が国際投資条約仲裁で参照される際、私人への適用という訴訟当事者の性質の違いがあるにも拘わらず、そのまま適用されるのか、それとも何らかの修正が加えられるのかについて、実行上も学説上も明快な回答をいまだ示せていない。2001年に国連総会が決議でテイクノート（take note）した「国際違法行為に対する国家責任に関する条文（国家責任条文 UN Doc. A/56/10）」は条約ではないものの、ILCが1949年から2001年の長きに渡り検討を重ねて完成させた国家責任に関する慣習国際法規則の法典化文書であるが、33条2項はそこで国際違法行為に対して生じる賠償義務等の「国際義務」の内容について、国の国際責任から生ずる権利であって国以外の私人又は実体に直接生じるものを妨げるものではない」と述べている。ここに示唆されるように、国の違法行為についての慣習国際法規則を、投資家対国家の紛争に国家責任法をそのまま適用することには疑問の余地があり、修正が必要であるように思われる。修正が必要であれば、どの程度の修正がなぜ必要になるのか。あるいは、国際紛争処理手続一つとして投資紛争を国家間紛争と擬制することで、当然に伝統的な慣習国際法規則をそのまま適用すべきなのか。

第二に、慣習法が条約化され、あるいは条約が慣習法化することにより形成された現代グローバル法秩序において、慣習法の果たす役割はいかなるものであるのかという問題に取り組む。条約が網の目のように張り巡らされた現代グローバル法秩序において、慣習法は自律的に存在するのか、それとも個別具体的な条約と相互依存関係を形成するのか、あるいはその他の機能を果たしているのか、そして慣習法の存在意義はどこにあるのか。慣習国際法は投資保護条約の欠缺を埋めるものであるのか、条約法条約31条3項（c）のいう「考慮される」べき「関連規則」に過ぎないのか、あるいは特別法たる投資保護条約に劣後するのか。具体的な紛争処理手続では、極めて抽象度の高い規定の解釈適用を迫られる場合や、条約規程そのものがない場合に実践的問題が生じるのである。

### 4. 研究成果

従来の国際投資紛争をめぐる学術的議論の中心は、投資家保護の観点から仲裁廷の管轄権設定や投資協定義務の実体的違反にあったため、本研究のように慣習国際法との接合という形で適用法規の内容について包括的に検証を行うものは極めて稀であり、国内外を問わず未だにほとんど存在しない状態である。また、投資協定に明示されない国家の責任、企業の社会的責任は、最新の論点として世界的にも注目を集め始めたばかりであり、このように国際投資法と国際公

法上の他分野との交錯について深く掘り下げた研究は、世界的に見ても不十分である。ゆえに、本研究は国際法研究に新たな小分野を開拓するものとして大変に意義深いといえる。

研究期間を通じてみると、当初は順調に研究を進められたが、期間の途中からは、研究課題を設定した時点では想像もできなかった様々なハードルが立ち上がった。具体的には、(1)自らのライフスタイルの変化(妊娠・出産や育児休業など)、(2)コロナ禍による問題(大学内での業務の急激な増加、海外出張の停止など)、(3)(1)と(2)が同時期に生じたことによる様々な困難(保育園の休園や病児保育の受け入れ停止など)である。しかしそれでも、研究計画を修正しながら、できる範囲で立ち止まらずに研究をつづけた結果、研究論文、書評論文その他の書面での研究成果公表に加え、各種国際・国内学会での研究報告を一定数行うことができた。そのほかにも国内外の学会が主催する会議や研究会で研究報告を行う機会に恵まれ、多数の研究者と意見交換する中で、研究主題についての示唆を大いに得ることができた。当初目標としていた書籍の完成には及ばなかったが、近い将来にそれを実現するための礎を築くことができた。

本研究によって明らかとなったことを端的にまとめると以下ようになる。

第一の問題である、法形成過程に関与していないこれらの新しい法主体へ国際法はそのまま適用されるのか、あるいは修正が必要となるのかという、国際法主体に関する問題については、まず、慣習国際法は適用の範囲を私人などの非国家主体にも広げていること、次に、非国家主体への適用に際して内容が修正されるのではなく、個別の状況に応じた規則内容の具体化あるいは精緻化が進んでいると評価できる。例えば、投資家が国際的なフォーラムで救済を求める前提条件として課される国内的救済の完了という原則がある。これは国内裁判所で最高裁まで争ったが救済されなかったという状況を要求する慣習国際法上の規則であるが、国内裁判所が中立性を欠いているなどの理由で国内的救済が「無益」である場合には、例外的に国内的救済を完了していなくても、国際的なフォーラムに救済を求めることができるという例外規則も含んでいる。伝統的規則ではこの例外規則の内容が曖昧模糊としていたところ、近年の投資協定仲裁では、ICSID 仲裁の Loewen 事件(2001年)で、保険会社に陪審が課した巨額の懲罰的損害賠償によって、その後、投資家の側が上訴するために必要な手続費用も破産に至る程度の高額となり、実質的に国内的救済を完了することが不能になったことが、この「無益性」に該当すると判断されるなどしており、抽象的な規範が現代的な文脈で具体化され精緻化されてきているのである。

第二の問題である、慣習法が条約化され、あるいは条約が慣習法化することにより形成された現代グローバル法秩序において、慣習法の果たす役割はいかなるものであるのかという問題については、比較的抽象的な規範として存在し続けている慣習国際法が、実際の紛争解決の場面においては、条約の解釈適用では解決できない間隙を埋める役割を担っていると理解できる。投資紛争においては、国際仲裁の根拠となる投資協定の文言が、この分野の慣習国際法を反映した抽象的な規範であることも多く、実際の個別具体的な紛争解決にあたっては、当該協定だけではなく、関連する慣習国際法規則の適用があった有名な事例が参照されることも多い。このような相互参照を通じて、慣習国際法規則の解釈適用についても、一定程度の収斂があるといえる。

以上のことから、とくに国際投資紛争をめぐるっては、現代グローバル法秩序において、国家だけでなく投資家などの非国家主体にも適用される形で、既存の慣習国際法が解釈され適用され、そして精緻化されてきているといえる。

投資協定仲裁は、制度上、国家の不法行為責任を追及するものであるため、おのずとそこで議論される違反は国家によるものに限定されている。ゆえに今後は、投資家の側の不法行為責任については割合的責任論など、国家の不法行為の減責事由としてしか議論されてきていない。しかしながら今後は、非国家主体による国際責任の問題が国際法上どのように認知され、法的な規律を受けるのかについても理論的な検討を深めることが課題となるといえる。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計12件（うち査読付論文 3件 / うち国際共著 3件 / うちオープンアクセス 2件）

1. 著者名 山下朋子	4. 巻 31
2. 論文標題 文献紹介: Martin Jarrett, Contributory Fault and Investor Misconduct in Investment Arbitration (Cambridge University Press, 2019, xxv+179 p.)	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 日本国際経済法学会年報	6. 最初と最後の頁 226-231
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 山下朋子	4. 巻 66
2. 論文標題 書評: The Protection of Intellectual Property Rights under International Investment Law, Simon Klopschinski, Christopher S. Gibson, Henning Grosse Ruse-Khan 著: Oxford University Press (2021)	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 日本国際知的財産保護協会月報AIPPI	6. 最初と最後の頁 828-829
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 山下朋子	4. 巻 30
2. 論文標題 文献紹介: Susan D. Franck, Arbitration costs: myths and realities in investment treaty arbitration (Oxford University Press, 2019, xvii+416 p.)	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 日本国際経済法学会年報	6. 最初と最後の頁 247-251
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 YAMASHITA Tomoko	4. 巻 Vol. 16, No. 5
2. 論文標題 Procedural and Normative Competition between the WTO's Dispute Settlement and the Investor-State Arbitration: Focusing on the National Treatment Principle	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 Public Policy Review	6. 最初と最後の頁 1-23
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている (また、その予定である)	国際共著 -

1. 著者名 山下朋子	4. 巻 -
2. 論文標題 外交的保護における個人の国籍の実効性 - 重国籍者、長期居住外国人、難民に関する事例の検討から -	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 浅田 正彦・桐山 孝信・徳川 信治・西村 智朗・樋口 一彦（編）『現代国際法の潮流：坂元茂樹・薬師寺公夫両先生古稀記念論集II 人権、刑事、遵守・責任、武力紛争』（東信堂）	6. 最初と最後の頁 317-338
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 Tomoko Yamashita	4. 巻 -
2. 論文標題 Investors in the Formation of Customary International Law	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 S. Droubi and J. d'Aspremont (eds), International Organizations, Non-State Actors, and the Formation of Customary International Law, Melland Schill Perspectives on International Law	6. 最初と最後の頁 383-403
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 該当する

1. 著者名 山下朋子	4. 巻 -
2. 論文標題 外交的保護請求における国籍－ノッテボーム事件	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 森川幸一・兼原敦子・酒井啓亘・西村弓（編）『国際法判例百選 第3版』（有斐閣）	6. 最初と最後の頁 144-145
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 山下朋子	4. 巻 140（令和元年第5号）
2. 論文標題 WTO 紛争解決手続と投資協定仲裁の手続的・規範的競合 内国民待遇原則に着目して	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 フィナンシャル・レビュー	6. 最初と最後の頁 146-164
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

1. 著者名 山下朋子	4. 巻 28
2. 論文標題 文献紹介: Taylor St John, The rise of investor-state arbitration: politics, law and unintended consequences (Oxford University Press, 2018, viii+279 pp.)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 日本国際経済法学会年報	6. 最初と最後の頁 269-273
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 Tomoko Yamashita	4. 巻 -
2. 論文標題 Alternative Mechanisms of Dispute Settlement Involving Individuals	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 M. Kamto and Y. Tyagi eds., Access of Individuals to International Justice: The Hague Academy of International Law, Centre for Studies and Research 2015	6. 最初と最後の頁 445-485
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 該当する

1. 著者名 山下朋子	4. 巻 117巻1号
2. 論文標題 投資条約仲裁における国内的救済完了原則の適用例外 無益性の抗弁	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 国際法外交雑誌	6. 最初と最後の頁 158-180
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 Yamashita Tomoko	4. 巻 -
2. 論文標題 Denizenship as a Basis for Compulsory Diplomatic Protection: Does Residence Security as a Human Right Restrict State Sovereignty?	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 Ekaterina Yahyaoui Krivenko (ed.), Human Rights and Power in Times of Globalisation (Brill Nijhoff, 2018)	6. 最初と最後の頁 135 ~ 169
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) 10.1163/9789004346406_007	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 該当する

〔学会発表〕 計5件（うち招待講演 1件 / うち国際学会 1件）

1. 発表者名 石戸信平（西村あさひ法律事務所弁護士）、卜部晃史（瓜生糸賀法律事務所弁護士）、猪瀬貴道（北里大学准教授）、山下朋子
2. 発表標題 投資協定仲裁判断例の論点ごとの傾向分析
3. 学会等名 アジア国際法学会日本支部第9回秋期研究会
4. 発表年 2018年

1. 発表者名 山下朋子
2. 発表標題 投資協定仲裁への国際貿易法の影響 無差別規範に着目して
3. 学会等名 京都国際法研究会
4. 発表年 2018年

1. 発表者名 Tomoko YAMASHITA
2. 発表標題 Legality of Investment: An Insight into the Social License to Operate
3. 学会等名 2022 KITLA-JAIEL International Conference (国際学会)
4. 発表年 2022年

1. 発表者名 山下朋子
2. 発表標題 国際投資法における責任論の展開
3. 学会等名 国際法学会2022年度研究大会（招待講演）
4. 発表年 2022年



1. 発表者名 山下朋子
2. 発表標題 投資家の国際法上の地位 投資受入国責任「解除」の観点から -
3. 学会等名 京都国際法研究会
4. 発表年 2022年

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関