

外資規制をめぐる最近の諸課題

東京大学教授
中谷和弘
Nakatani Kazuhiro

II グローバル化の中での国益保護

はじめに

本稿においては、外資規制（とりわけ外国の企業・ファウンドによる国内の企業の買収や株式買増に対する規制）をめぐる最近の諸課題について主に国際法の観点から検討することにした。まず、Iにおいて、安全保障、公の秩序に基づく外資規制の国際法上の位置づけについてふれた後、II及びIIIにおいて、2008年に問題となった2つのケース（英国のファウンドによるJパワーの株式買増請求に対する中止命令及び空港会社に対する規制のあり方をめぐる議論）についてふれる。IVにおいては、日本は直接関係していないが、航空協定における国益条項をめぐる新動向についてふれる。Vにおいては、外国人による土地所有に対する規制の可否についてふれる。最後にVIにおいて、外国の政府系ファウンドの受入れについてふれることとした（なお、本稿は、既に発表されたものと一部重複する点があるが、あらかじめご了解頂きたい）。

I 安全保障、公の秩序に基づく外資規制

まず確認されるべきことは、一般国際法上、国家には外資を受け入れる義務はないということである。また、OECD資本移動自由化コード（1980年のOECD理事会決定であり拘束力を有する）は、先進国間で投資の自由化推進を約束したものであるが、外資受入れに関しては主要な2つの例外を設けている。第1は、3条において、①公の秩序の維持又は公衆の衛生、モラル及び安全の保護（the maintenance of public order or the protection of public health, morals and safety）、②重大な国家安全保障上の利益の保護（the protection of its essential security interests）、③国際の平和及び安全に係る義務の履行（the fulfillment of its obligations relating to international peace and security）のいずれかのために必要な行動をとることは妨げられない旨、規定する。第2は、2条において、特定業種への外国投資の受入れを留保できる旨、規定する。何が3条①②に該当するかの解釈は各締約国に委ねられており¹⁾、また、2条に掲げるか3条で留保するかの区分けも相対的であ

る²⁾。日本政府としては、①の「公の秩序」にかかる業種としては、電力・ガス、熱供給、通信、放送、水道、鉄道、旅客運送が、「公衆の衛生」にかかる業種としては、武器、航空機、原子力、宇宙開発、火薬類及びこれら産業等にかかる電子部品、電気機械器具、情報通信機械器具等製造業が、②の「国の安全」にかかる業種としては、武器、航空機、原子力、宇宙開発、火薬及びこれら産業等にかかる電子部品、電気機械器具、情報通信機械器具等製造業が、該当するとして外資規制を行っている³⁾。また、3条の留保カテゴリーには、現在では、農林水産業、鉱業、石油業、皮革・皮革製品製造業（以上は、いわゆる例外4業種）、航空運送業、海運業、NTTへの直接・間接の外資参加（3分の1未満に制限）が挙げられ、外資規制がなされている。

もっとも、外資規制を行うことは国際的合意との関連で無制約ではない。第1に、サービス貿易一般協定（GATS）、二国間投資保護条約（BIT）、経済連携協定（EPA）において外資を受け入れると約束した範囲においては、制約されることになる（この点は、Vにおいて具体的にみることにしたい）。第2に、最近のG8サミット（主要国首脳会合）の宣言においては、外資規制に言及したものがあ。例えば、2007年6月のハイリゲンダム・サミット首脳宣言（世界経済における成長と責任）第11パラグラフでは、「我々は外国投資に対する国家的規制を最小化することに引き続きコミットする。こうした規制は、主に国家安全保障に関連する極めて限定的な事例にのみ適用されるべきである。そのような事例において従うべき一般原則は、無差別、透明性、及び予測可能性である。いかなる場合においても、規制措置は必要な範囲、程度及び期間を超えてるべきではない」と宣言する。また、2008年

2) OECDの勧告に従って、日本は1992年から、航空運送、海運、通信、放送を2条の「国の安全」にかかると見做し、3条の留保カテゴリーへ移行した。

3) なお、③は国連安保理決議に基づき非軍事的強制措置を念頭においている。

7月の北海道洞爺湖サミット首脳宣言（世界経済）第6パラグラフでは、「いかなる外国投資の規制も、主に国家安全保障上の懸念に焦点を当てた非常に限定されたものであるべきであり、かつ、透明性及び予測可能性、比例性、説明責任の原則に従ったものであるべきである」と宣言する。これらの宣言は、国家安全保障に基づく外資規制自体は認めつつも、「無差別、透明性、予測可能性」(non-discrimination, transparency and predictability)を満たすものでなければならぬと指摘する。G8サミットの文脈では、非拘束的合意であったG8諸国を直接に拘束するものではないが、G8加盟国はそれに沿った他のG8加盟国の行動には異議を唱えられなくなるという法的効果を有し、また、政治的にもそこで示された一般的傾向に抵抗することは困難であろう。

日本の国内法上、外資規制は、外国為替及び外国貿易法（外為法）によるものと個別業法によるものとの2本立てでなされている。個別業法による株式会社に対する外資規制としては、航空法、貨物運送利用事業法、日本電信電話株式会社法（以上、外国人の議決権比率を3分の1未満に制限）、電波法、放送法、金融商品取引法（以上、同比率を5分の1未満に制限）、船舶法（代表の全員及び業務執行役員3分の2以上を日本国民に留保）がある。以下、外為法に非づく外資規制の一例をIIにおいて、個別業法における外資規制の導入の議論の一例をIIIにおいてみることにする。

II Jパワー事件⁴⁾とその教訓

外為法27条は、一定の業種について、外国投資家が株式を10%以上保有しようとする場合には1カ月前に財務大臣及び事業所管大臣

1) K. Yamana-Small, Essential Security Interests under International Investment Law, in *International Investment Perspectives* (OECD, 2007), p.95.

に届ける必要があるとし、財務大臣及び事業所管大臣は、①国の安全を損ない、公の秩序の維持を妨げ、又は公衆の安全の保護に支障を来すことになる、②我が国経済の円滑な運営に著しい悪影響を及ぼすことになる、のいずれかの事態を生じるおそれがある対内直接投資については、関税・外国為替審議会における意見聴取の後、投資内容の変更・中止を勧告し、外国投資家が勧告に応じない場合には投資の変更・中止を命令できる旨、規定する。

Jパワー（東証1部上場）の株式の9.9%を保有していた英国のザ・チャドレンズ・インベストメント・マスタートラファンド（TCIファンド）は、Jパワーの株式保有を20%に増加させるとして2008年1月15日に事前届出を行った。これに対して財務大臣及び経済産業大臣である経済産業大臣は、上記の事態を生じさせるおそれのある対内直接投資であるとして、6回にわたるヒアリングや関税・外国為替審議会での検討と意見発出等を経て、同年4月16日には中止勧告を発した。TCIファンドはこの勧告に応じない旨を通知したため、TCIファンドに示明の機会を付与した上で、同年5月13日に外為法27条10項に基づき、「TCIファンドは本件届出に係る対内直接投資を中止すること」という中止命令を発した。その主要な理由は、「株式の追加取得及びこれに伴う株主権の行使を通じて、発行会社の経営や送電線・原子力施設所をはじめとする基幹設備に係る計画・運用・維持に影響を及ぼし、それらを通じて電気の安定供給や原子力・核燃料サイクルに関する我が国の政策に影響を及ぼすおそれがある」と認められる」と

いうものである。同年初、TCIファンドは、Jパワーの事業再編に反対して保有するJパワーの全株式の買取請求権を行使して、日本市場から撤退した。

中止命令自体は、国際法規や外為法に合致したものであり、また国際的な動向にも相反するものではない（OECD加盟国中、米国、フランス、カナダ、韓国等、10カ国が電気事業について外資規制を設けており、また、フランス、カナダ、韓国、イタリア、ニュージーランド等、18カ国が主要電力・送電会社を国等が保有している⁴⁾）が、このJパワー事件は2つの教訓を残したと思われる。

第1は、「公の秩序を妨げるおそれ」についてより詳細な基準を示すことが望ましいという点である。「おそれが十分に払拭できない」として投資の中止を命じようとする考え方は、「おそれ」を設定するためには「明白な公益侵害の切迫」と「具体的予見」が必要であるとした泉佐野市民会館事件最高裁判決（最三小判1995・3・7民集49巻3号687頁）に反するとのTCIファンドの主張に対して、中止命令では、同判決は、泉佐野市が条例上の「公の秩序をみだすおそれ」という要件に基づき特定団体に対して市民会館の使用を拒否した処分と憲法21条において保障される「表現の自由」との関係判断したものであって、憲法29条において保障される財産権に関する外為法の解釈適用とは関連性を有しないとした。国内法上はこれによいものの、国際法ルールとの関連では、先に指摘した国際的要約である外資規制における「透明性」や「予見可能性」を高めるため、より詳細な基準・指針をあらかじめ示しておくことが望ましい。この

4) 同事件につき、古城誠「TCIファンドによるJパワー株式の取得——外資規制と外資規制」法政337号（2008年）8頁～12頁・Noboru Kashiwagi, Foreign Direct Investment, Public Order and National Security, *University of Tokyo Journal of Law and Politics*, vol.6 (2009), pp.45-59; Kazuhiro Nikatani, Restrictions on Foreign Investment in the Energy Sector for National Security Reasons: the Case of Japan, in Aileen MacHarg et al. (eds.), *Property and the Law in Energy and National Resources* (Oxford University Press, 2010), pp. 311-325.
5) http://www.meti.go.jp/press/20080513001/03_01.pdf
6) http://www.meti.go.jp/press/20080513001/04_02.pdf (p.3)

点で参考になるのが（事後介入方式という点で日本のような事前届出方式とは規制のあり方が異なるものの）米国のエクソン・フロリオ条項（1998年包括通商・競争力法5021条により修正された1950年国防生産法721条、2007年外国投資及び国家安全保障法（Public Law 110-49）により改正）による対応であろう。同条項では、外国の企業・ファンドによる米国企業の取得が米国の国家安全保障に与える影響について大統領が考慮できる11のファクター⁷⁾を明示している。

第2は、黄金株（拒否権付種類株式、会社法108条1項8号）の利用である。黄金株は、いわゆる戦略企業が自主防衛策として導入すれば、国家による外資規制を最小化しつつ国家安全保障や公の秩序の維持に資するものである。もしJパワーが2004年の上場時に黄金株を導入していたら、このような「騒動」はそもそも発生しなかったといえる。日本の上場企業において黄金株を導入しているのは国際石油開発帝石のみであり、黄金株は、株主平等原則に反する、株主に悪影響を与えるといった理由で敬遠されているようであるが、戦略企業だと自認する企業はこのオプションを採用することが結果として安全保障の保護や公の秩序の維持に資して、その意味で企業の社会的責任（CSR）にもより適合することがあ

7) ①国防上の要求に必要な国内生産、②国防上の要求に合致する国内産業の能力、③外国人による国内の近接及び商業活動のコントロール、④テロ支援国家又はミサイル技術若しくは化学・生物兵器製造国への軍事情報・技術・技術の転売に当該取引が与える出資効果、⑤米国の安全保障に与える分野における米国の技術上のリーダーシップに当該取引が与える潜在的効果、⑥主要なエネルギー資源を含む米国の重要なインフラへの潜在的な国家安全保障関連の効果、⑦米国の重要な技術的・潜在的な国家安全保障関連の効果、⑧当該取引が外国政府によってコントロールされた取引であるか否か、⑨当該国の不誠意コントロール体制への逆手、反テロリズムへの協力における米国の関係及び輸出管理法令を含む軍事情報のNITF・転売の可能性についての米国の評価のレビュー、⑩エネルギー及び他の重要な資源・物資に対する米国の必要性の長期的な予測、⑪大統領又はCFIUSが一般的に又は特定のレビュー又は調査に関連して適当であると決定し得る他の要因、⑫ 中谷和弘「国家安全保障に基づく外資規制及び貿易規制（ロー・スクール国際法第2回）」法政332号（2008年）152頁～153頁。同、泉佐野市民会館事件においてもすべてこのケースにおいて黄金株を有効とした訳ではなく、ベルギー政府によるガス企業 Distrigaz の黄金株を認めない例などもある。

9) 東京証券取引所「買収防衛策の導入に係る上場制度の整備等に伴う株券上場適格基準等の一部改正について」（2006年3月7日）（http://www.tse.or.jp/rules/regulations/060307_al.pdf）6頁では、拒否権付種類株式につき、「会社の事業目的、拒否権付種類株式の発行目的、割当対象者の属性及び権利内容その他の条件に照らして、株主及び投資家の利益を保護し、おそれがないと当該取引所が認める場合」には、例外的にその発行が許容されます」とし、ただし、「既に当該会社が新たな拒否権付種類株式を発行する場合には、既存の一般株主の利益が侵害されるおそれがあるため、上場適格基準の例外の適用は慎重に行います」としている。

るのではない。欧州連合域内のように資本移動の自由（欧州連合運営条約63条）や会社設立の自由（同49条）は一般的な義務にはなっていない。また、証券取引所との関係でも上場後に導入することは困難であっても不可能という訳ではない。

III 空港会社に対する規制のあり方をめぐって

2008年には空港会社（外為法による対内直接投資規制の対象業種ではない）に対する規制のあり方をめぐっても議論が生じた。オーストラリアのインフラ・ファンド Macquarie Airports が羽田空港のターミナルビル等を保有する日本空港ビルデング（東証1部上場）に株式の買増しをすすめていることをきっかけとして、国土交通省は当初、「空港整備法及び航空法の一部を改正する法律案」に空港会社に関する3分の1外国人議決権規制や外国人役員規制を設けようとしたところ、閣僚の間で見解が分かれた。そのため、空港会社に対する規制のあり方については、官房長官及び国土交通大臣の下に「空港インフラへの規制のあり方に関する研究会」（落合誠一座長、筆者も委員）を設置し、同委員会に検討を委ねることとなった。同研究会は、成田空港会社の完全

7) ①国防上の要求に必要な国内生産、②国防上の要求に合致する国内産業の能力、③外国人による国内の近接及び商業活動のコントロール、④テロ支援国家又はミサイル技術若しくは化学・生物兵器製造国への軍事情報・技術・技術の転売に当該取引が与える出資効果、⑤米国の安全保障に与える分野における米国の技術上のリーダーシップに当該取引が与える潜在的効果、⑥主要なエネルギー資源を含む米国の重要なインフラへの潜在的な国家安全保障関連の効果、⑦米国の重要な技術的・潜在的な国家安全保障関連の効果、⑧当該取引が外国政府によってコントロールされた取引であるか否か、⑨当該国の不誠意コントロール体制への逆手、反テロリズムへの協力における米国の関係及び輸出管理法令を含む軍事情報のNITF・転売の可能性についての米国の評価のレビュー、⑩エネルギー及び他の重要な資源・物資に対する米国の必要性の長期的な予測、⑪大統領又はCFIUSが一般的に又は特定のレビュー又は調査に関連して適当であると決定し得る他の要因、⑫ 中谷和弘「国家安全保障に基づく外資規制及び貿易規制（ロー・スクール国際法第2回）」法政332号（2008年）152頁～153頁。同、泉佐野市民会館事件においてもすべてこのケースにおいて黄金株を有効とした訳ではなく、ベルギー政府によるガス企業 Distrigaz の黄金株を認めない例などもある。

9) 東京証券取引所「買収防衛策の導入に係る上場制度の整備等に伴う株券上場適格基準等の一部改正について」（2006年3月7日）（http://www.tse.or.jp/rules/regulations/060307_al.pdf）6頁では、拒否権付種類株式につき、「会社の事業目的、拒否権付種類株式の発行目的、割当対象者の属性及び権利内容その他の条件に照らして、株主及び投資家の利益を保護し、おそれがないと当該取引所が認める場合」には、例外的にその発行が許容されます」とし、ただし、「既に当該会社が新たな拒否権付種類株式を発行する場合には、既存の一般株主の利益が侵害されるおそれがあるため、上場適格基準の例外の適用は慎重に行います」としている。

民営化を推進するに際して必要となる措置及び羽田空港ビル会社に対する措置について、本規制及び行為規制の双方につき検討を行い、同年12月11日に最終報告書の提出された。同報告書では、資本規制については内外無差別を前提とすることとし、外資だからという理由のみで資本規制は行わないこととした。即ち、成田空港ビル会社については、「我が国の開かれた投資環境の整備という要請と外国資本が成田空港ビル会社の運営を実質的に支配した場合に予想される弊害を総合的に検討した結果、外国資本のみ取扱いを異にする合理的な理由はないこと、上述の成田空港ビル会社の責務(①航空需要、空港利用者ニーズ、国の航空政策、地域との共生等を踏まえた適切な事業運営、設備投資及びサービス提供、②国の安全保障の確保、③テロ・ハイジャックの未然防止、④大規模災害等への適切な対応)の確実な実施を図る観点からは外国資本のみを規制することでは不十分な面もあること等の理由から、空港インフラに係る資本規制の検討に当たっては、内外無差別を前提に」(8頁)とした上で、資本規制の必要性につき検討し、20%の大口株式保有規制を提示した(9頁~10頁)。羽田空港ビル会社についても内外無差別を前提とした(15頁)上で、資本規制の必要性について検討を行ったが、新たに資本規制を課すべきか否かについては委員の間で見解が分かれ、議論併記の形となった(同頁)。もっともその後、空港法の改正には至っていない。

IV 航空協定における国籍条項をめぐる新動向

世界の二国間航空協定の90%以上には「締約国は、相手締約国が指定した航空企業の

実質的な所有及び実効的な支配 (substantial ownership and effective control) が相手締約国又はその国民に属していないと認められた場合には、当該航空企業が享有すべき指定航空企業の特権を与えず又は取り消す権利を留保する」という趣旨の国籍条項 (nationality clause) がある¹⁰⁾。航空協定は航空協定の交換を行う合意であり、国籍条項は平たく言えば、相手国の航空企業とはみなせない場合には乗り入れを拒否できるという趣旨の規定であるといえる。「実質的な所有及び実効的な支配」についての国際的に確立された解釈基準は存在しないため、各国毎に判断がなされることになる。即ち、各国の航空法では、外資によって一定以上の株式を保有する航空企業は自国の航空企業とはみなせないとして航空機の登録や航空運送事業の許可を与えないこととしている (日本では航空法において、「外国人がその代表者であるもの又はこれらの者がその役員の3分の1以上若しくは議決権の3分の1以上を占める」法人をその対象としている。米国は25%、EUは50%が敬値である) が、それにより航空協定の相手国が、国籍条項を発動してから乗り入れを拒否するといった事態は防止されることになる。

この国籍条項の運用をめぐる最近大きな変化が現れた。2009年11月16日、米国、欧州委員会、シンガポール、マレーシア、アラブ首長国連合、チリ、パナマ、スイスの8当事者は、IATA (国際航空運送協会) 主催の第2回 Agenda for Freedom Summit において、「相互主義に基づいて、また社会又は公共政策上の現実の懸念がない場合には、現存の二国間航空協定の下での相手締約国の航空企業によるサービスを提供する航空企業が相手締約国の国民又は政府によって所有及び支配され

ていないことを理由として拒否する権利を行使することを、法体系において許容されている場合には放棄し、そうでない場合には控えるべきである」と合意したのである¹²⁾。この合意自体は非拘束的合意であり、国籍条項そのものを廃止するものではなく、また相互主義を奨励の前提条件とするものであるが、これを事実上可能にする第一歩であるといえ、将来的には国籍条項の減少や撤廃につながる可能性はありえよう。

V 外国人土地法をめぐる

最近、外国資本による日本国内の土地買収が顕著であるとの指摘がある。日本の国内法には、外国人の土地所有を制限する外国人土地法 (大正14年4月1日法律第42号) が機能していない状態にある。同法は、1条において、「帝国臣民又は帝国法人ニ対シ土地ニ関スル権利ノ享有ニ付禁止ヲ為シ又ハ条件若ハ制限ヲ附スル国ニ属スル外国人又ハ外国法人ニ対シテハ勅令ヲ以テ帝国ニ於ケル土地ニ関スル権利ノ享有ニ付同一若ハ類似ノ禁止ヲ為シ又ハ同一若ハ類似ノ条件若ハ制限ヲ附スルコトヲ得」とし、相互主義に基づき勅令 (政令) をもって外国人の土地に関する権利を制限できる旨を規定するが、このような勅令 (政令) は現在存在していないため、同法はいわば休眠状態にある。同法4条1項は、「国防上必要ナル地区ニ於テハ勅令ヲ以テ外国人又ハ外国法人ノ土地ニ関スル権利ノ取得ニ付禁止ヲ為シ又ハ条件若ハ制限ヲ附スルコトヲ得」と

するが、2項で「前項ノ地区ハ勅令ヲ以テ之ヲ指定ス」としてはいるため、結局、勅令 (政令) のない現在の状態では、「国防上必要な地区」(現在では自衛隊基地の隣接地等がこれに該当すると考えられよう) であっても外国資本による土地買収を制限することは困難である。

国際協定との関係では、日本は外国人の土地所有に關して、良く言えば「開かれていた」、悪く言えば「無防備であった」といえる。土地所有規制は一般には困難と言わざるを得ない。

(1) サービス貿易一般協定 (GATS) との関係では、土地取得にかかると規制を規律する法律は、業務上の拠点を通じたサービス提供 (第3モード) に影響を及ぼす措置であり¹³⁾、市場アクセス (16条) に係る制限や内国民待遇 (17条) に係る制限を約束表のうちの各分野に共通の約束 (分野横断的約束) の中で明記していれば規制は GATS との関連では可能となるが、日本の約束表 (GATS/SC/46, 1994年) ではこの点に關して何ら制限をしていないため、結局、土地取得にかかると規制は GATS のこれらの規定と抵触する¹⁴⁾。また、日本は、2002年6月に提出した初期リクエストにおいて、「外国企業の活動を阻害する、外資規制、役員の国籍制限、土地取得制限等の分野横断的な規制の撤廃・緩和」をリクエストの重点分野として挙げていた¹⁵⁾。なお、14条では、公的秩序の維持のために必要な措置等を一般例として、また14条の2では、安全保障のための例外を規定するが、一般論として外国資本による土地所有がこれらのいずれかに該当するのは極めて例外的な場合に限定されよう。

12) Statement of Policy Principles regarding the Implementation of Bilateral Air Services Agreements, <http://www.agenda-for-freedom.aero/Documents/Agenda-freedom-statement-policy-principles.pdf>
13) 外務省経済協力政策課サービス貿易課「WTO サービス貿易一般協定——最近の動向と新動向」(日本国際問題研究所, 1997年) 124頁。
14) ちなみに、中国は、約束表 (WTO/ACC/CHN/49/Add.2, 2001年) の中で、土地は国有であること、企業・個人による土地使用の期間は目的に応じて最大40年乃至70年に制限されることを、各分野に共通の約束中の市場アクセスに係る制限として明記している。
15) <http://www.mofa.go.jp/mofaj/guiko/wto/service/tenbo2007.html> など。米国及びEUは、土地取得に關して、はるかに厳格な制限を設けている。これに對して日本は一切の免除登録を行なわなかった。

10) http://www.kantei.go.jp/jp/singi/kuukoku/s_houkoku.pdf
11) 国籍条項につき、中谷和弘「開港を越えた企業立地・買収と国際法」国際法外交評論105巻3号(2006年)4頁(〜7頁)。日本航空協定では9条(A)がそれに該当する。なお、日本・オーストラリア航空協定(2010年11月13日の了解書、同月20日外務省告示第490号)でも国籍条項についての変更はない。

(2) 二国間投資条約との関連では、①日韓投資協定(2002年署名、2003年発効)では、日本側は「外国人による土地の取得」を附属書Iにも附属書IIにも掲げていないが、韓国側は附属書Iに掲げているため、日本側は、協定2条で規定された内国民待遇や最恵国待遇に適合しない「外国人による土地の取得」の制限措置はとれない(これに対して、韓国側は「外国人による土地の取得」を附属書Iに掲げているため、4条によって「外国人による土地の取得」に関しては2条に適合しない措置(例外措置)をとらう)。なお、協定16条1項では、「この協定(第11条を除く……)の他のいかなる規定にもかわらず、各締約国は、次の措置をとることができる」として、「(a)自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置 (i)戦時、武力紛争その他の自国又は国際関係の緊急時にとる措置、(ii)兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置」や「(d)公の秩序の維持のために必要な措置。ただし、社会のいづれかの基本的な利益に真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限り」を挙げるが、これらの規定を土地保有規制の正当化根拠として発効できるのは、非常に例外的な場合に限定されることとなる。②日中投資保護協定(1988年署名、1989年発効)では、1条(1)(c)において「動産及び不動産に関する権利」は「投資財産」として明記されている。3条では、一方の締約国が自国領域内において相手締約国の国民及び会社に対し投資財産等に与える待遇につき、1項で最恵国待遇を、2項で内国民待遇を規定する。ただし、協定3条3項において、「協定第3条2の規定の適用上、いづれか一方の締約国が、関係法令に従って、公の秩序、国の安全又は国民経済の健全な発展のため真に必要な場合に、おいて他方の締約国の国民及び会社に差別的な待遇を与えることは、『不利な待遇』とみなしてはならない」と規定するため、これに該

当する例外的な場合には、「動産及び不動産に関する権利」に関して内国民待遇を付与しないことが認められる。③日露投資保護協定(1998年署名、2000年発効)では、「動産及び不動産に関する権利」が「投資財産」として明記している(1条(1)(a))点、一方の締約国が自国領域内において相手締約国の国民及び会社に対し投資財産等に関して最恵国待遇(3条1項)及び内国民待遇(3条2項)を付与する点は、日中投資保護協定と同様である。他方、協定書5項においては、「(1) 協定第3条2の規定にかかわらず、各締約国は、外国投資家の活動を排除し又は制限する経済分野及び地域を、国の安全のために真に必要な場合において関係法令に従って決定する権利を留保する」となっているため、政令を整備して外国人土地法を発動することは日露投資保護協定上は可能である。

なお、国際法上の義務は通常は「結果の義務」であって結果達成の有無のみを違法性認定の判断基準としてに鑑みると、外国人土地法が休眠状態に存在するだけであって適用の期待可能性がない現在の状況では、上記の経済関連の諸条約の違反とはいえず、実際に規制行為がなされてはじめて条約違反となるか否かの問題が生じることとなる。

VI 政府系ファンドの受入れ

政府系ファンド(Sovereign Wealth Funds, SWF)の受入れをどうするかは外資規制をめぐる新しい重要課題である。SWFの投資に対する最大の懸念は、SWFが非経済的考慮(政治的考慮)に基づいて投資し戦略資産等を支配するのではないかという懸念であり、SWFの資産が莫大でありかつSWF保有国の大半は途上国であることがその懸念を増幅させている(もっともこれまでのSWFの投資行動の大半はpassive investorとしての行動であり、このような懸念は杞憂であるという指摘もありえよう)。国

際通貨基金(IMF)のワーキング・グループが2008年秋にまとめたサンチャゴ原則は、SWF保有国側からの自己規制と位置づけられるものであって、SWF投資受入国の行動を規律するものではない(なお、同原則の第19原則の細則1では、「投資決定が経済上又は財務上の考慮以外のものに従う場合には、それは投資政策において明確に示され且つ公表されなければならない」として、SWFが非経済的考慮に基づき行動すること自体は認めている)。

Iでみた外資規制の一般的ルールはSWFにも適用されるものであるが、SWFによる日本への投資が増大する場合に備えて、次の2つのことを推進すべきである。第1は、詳論はできないが、SWFが裁判権免除¹⁶⁾・強制執行免除や免税を享受するか否かについて政府として明確な方針を示すことである。第2は、主要なSWFとの間で一般的事項に関する合意をしておくことが望ましい。この点で参考になるのが、米財務省が2008年3月にアブダビ投資庁(ADIA)及びシンガポール政府投資公社(GIC)との間で合意した政策原則¹⁷⁾である。非拘束的合意である同原則は、SWFに対する政策原則とSWF投資受入国に対する政策原則からなり、前者は、①SWFの投資決定は、本国政府の政策的目標を推進するためではなく、専ら商業的理由に基づいてなされるべきである、②SWFと私的セクターは公平に競争すべきである、③SWFは投資先の国家のすべての適用可能な規制及び開示条件に従うことにより、受入国のルールを尊重すべきである、といった内容を有し、後者は、①SWF投資受入国は、外国投資に対する保護主義的な障壁を構築してはならない、②受入国は予見可能な投資枠組を確保しなければならない。対内投資ルールは公表され、明確に規定され、予見可能であり、法の支配に基づくものでなければならない、③受入国は投



16) この点につき、ごく簡単に、中谷和弘「政府系ファンド」法教349号(2009年)3頁。
17) <http://treas.gov/press/releases/hp881.htm>