

# Global Business Law Seminar

一般社団法人GBL研究所編／[監修]筑波大学名誉教授・弁護士 井原 宏  
 明治学院大学法科大学院教授 河村寛治



## 投資紛争仲裁の課題

同志社大学司法研究科教授  
 高橋宏司

### I 投資仲裁からの離反の動き

投資仲裁の概略を説明した前号では、二国間投資協定の着実な増加とそれに依拠する投資仲裁の隆盛を紹介した。しかし、近年、投資仲裁はかなりの逆風を受けている。

最も象徴的なのは、投資紛争解決国際センター（ICSID）からの南米諸国の脱退で、ボリビア、エクアドル、ベネズエラが、それぞれ07年、09年、12年に「国家と他の国家の国民との間の投資紛争の解決に関する条約（ICSID条約）」の廃棄を通告した。投資協定や仲裁付託条項に背を向ける動きもある。二国間投資協定には、通常、10年、15年といった有効期間が設定されており、その経過後は、締約国の一方が離脱するまで自動延長されることになっているが、南アフリカは、有効期間経過後に既存の二国間投資協定から離脱していき、原則として新たな協定は結ばないという方針を11年に明らかにした。オーストラリアは、仲裁付託条項を拒否する方針を11年に打ち出し<sup>注1)</sup>、現在、環太平洋経済連携協定（TPP）の交渉にもその方針で臨んでいると伝えられている。

本号では、このような一部の国の投資

仲裁からの離反の原因を分析し、その妥当性を検証する過程で、投資協定の内容の変容および仲裁手続の改善の動きも紹介する。

### II 離反現象の原因

投資仲裁からの離反の動きの背景には、仲裁判断により莫大な金額の支払いを命ぜられたことへの不満、投資家や米国をはじめとする先進国に不当に有利な判断が行われているとの疑念、審理の密室性に対する不信、仲裁判断に不統一が見られることへの懸念がある。また、それらが判断結果の予測の困難性と合わさって、生命、健康、人権、環境の保護などの公益目的の投資規制に対して萎縮効果を及ぼすことも懸念されている。

投資仲裁で支払いが命ぜられる賠償・補償額は、商事仲裁と比べると一般に巨額である。例えば、ある事件では、チェコに対して、同国の年間の保健予算に匹敵する約2億7000万ドルの支払いが命ぜられた<sup>注2)</sup>。本稿の執筆時点（13年4月）において、投資仲裁で命ぜられた支払いの最高額は、約18億ドルである<sup>注3)</sup>。

偏った判断であるか否かはさておき、投資家に有利な解釈をとった仲裁判断

家に有利な判断の傾向があるというの、結果の勝率に関する限り、必ずしも当たっていない（次頁図表2参照）。勝率は濫用的な申立てが多ければ下がるので、そこから多くを読み取ることはできないものの、一方的に受入国に不利な判断がなされているわけではないということではある。別の調査<sup>注10)</sup>によると、06年6月1日までに公表された82の事件の投資仲裁判断のうち、投資家が具体的な金額を示して支払いを請求した44の事

件では、請求額の平均は約3億4000万ドルであったが、20の事件で請求が認められ、支払いが命ぜられた金額の平均は約1000万ドルにすぎなかった。

投資家に有利な解釈をとった仲裁判断の多くは、実は、投資協定の文理を重視した解釈をしたにすぎず、それは条約解釈の正当な手法である<sup>注11)</sup>。例えば、条約漁りを許容する判断が多いのは、法人投資家について、本拠の所在を要件とすることなく設立国に国籍を認める投資協

がNAFTAから脱退せざるを得ない事態になりかねないと危惧してなされた判断ではないかとの疑いが持たれている<sup>注7)</sup>。

仲裁判断の不統一の例には、アルゼンチンが01年の経済危機に対処するためにとった措置について、米国との投資協定上の例外条項または慣習国際法上の緊急避難理論によってアルゼンチンに免責が認められるかが争点となった一連の事件がある<sup>注8)</sup>。これらの事件の事実関係は類似しており、適用規範は同じであったにもかかわらず、仲裁廷およびICSID特別委員会の間で諸論点につき判断が分かれた。

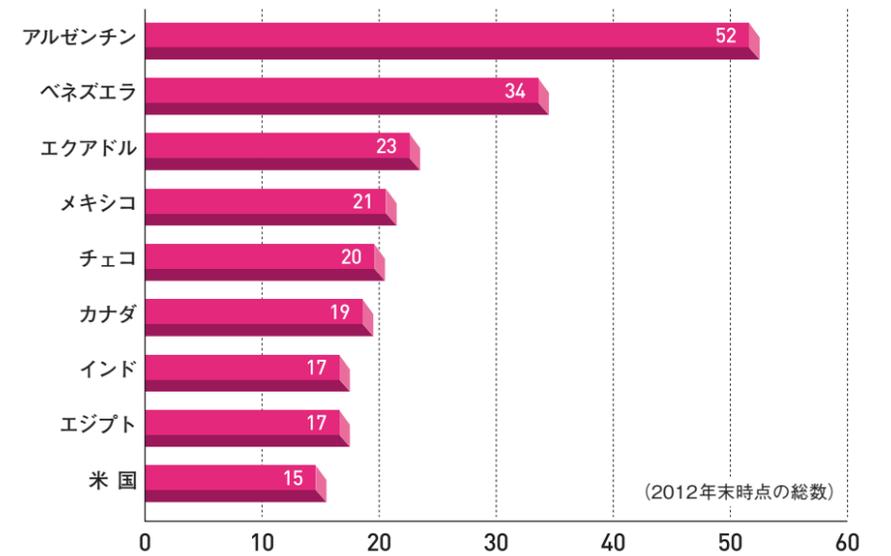
### III 投資協定の内容と文理解釈

これまでに投資仲裁において頻繁に被申立国となった国々は、途上国が多い（次頁図表1参照）。これに対して、申立人の母国となった件数が多いのは、米国（123件、全体の24%）、オランダ（50件）、連合王国（30件）、ドイツ（27件）で、先進国が並んでいる<sup>注9)</sup>。ここからは、米国をはじめとする先進国の投資家が仲裁を申し立てて途上国の責任を追究している構図が浮かび上がる。しかし、投資

は数多ある。例えば、受入国との間で投資協定を締結している国を経由して投資を行う「条約漁り」を許容する判断は多い。その形態には、①自国に投資しようとする法人が、自国が外国と締結した投資協定による保護を受けるために、当該外国に子会社を設立し、その子会社を介して投資するものと、②外国に投資しようとする法人が、当該外国が第三国と締結した投資協定による保護を受けるために、当該第三国に子会社を設立し、その子会社を介して投資するものがある。①②のいずれの形態についても、仲裁判断は管轄権を認める傾向にある<sup>注4)</sup>。仲裁人の独立性・中立性を疑わせる逸話もある。北米自由貿易協定（NAFTA）投資章に基づく仲裁で米国が被申立国となったLoewen事件<sup>注5)</sup>における仲裁人の一人が事件終了後にある学会において披露した裏話によると、彼は、米国から仲裁人として任命される前に、米国司法省の役人から「この事件で敗けると、我々はNAFTAを失うかもしれない」と告げられ、「もし私に圧力をかけたいならば、これがそうだ」と返答した<sup>注6)</sup>。この事件の仲裁判断では管轄権が否定されたが、その理由付けに対して学説の批判が強く、本案で米国が敗れるとNAFTAに批判的な世論が勢いづく、米国

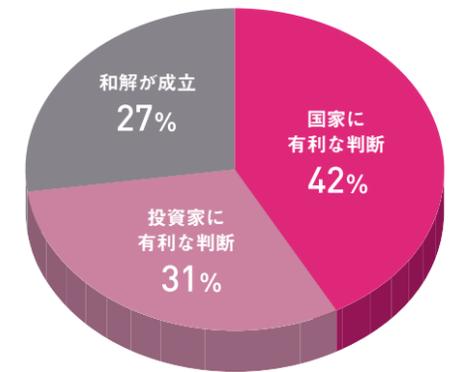
注1) Australian Government Department of Foreign Affairs & Trade, "Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity" (2011) p. 14.  
 注2) CME v. Czech Republic (UNCITRAL仲裁規則による仲裁) (2003年本案判断)。  
 注3) Occidental v. Ecuador (ICSID Case No. ARB/06/11) (2012年本案判断)。  
 注4) 例えば、①の形態では、Tokios Tokelés v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18) (2004年管轄判断); Yukos Universal v. Russia (PCA Case No. AA 227) (2009年管轄判断); ②の形態では、Agua del Tunari v. Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3) (2005年管轄判断); Saluka Investments v. Czech Republic (UNCITRAL仲裁規則による仲裁) (2006年一部判断); Mobil v. Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/27) (2010年管轄判断)がある。  
 注5) Loewen v. United States of America (ICSID追加制度仲裁Case No. ARB (AF)/98/3) (2003年管轄判断)。  
 注6) David Schneiderman, "Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes" 30 (2010) Nw. J. Int'l L. & Bus. 383, 405に紹介されている。  
 注7) 例えば、Jan Paulsson, "Moral Hazard in International Dispute Resolution" 25 (2010) ICSID Review 339, 346。  
 注8) LG&E v. Argentina (ICSID Case No. ARB/02/1) (2007年本案判断); CMS v. Argentina (ICSID Case No. ARB/01/8) (2005年本案判断、2007年取消手続判断); Sempra v. Argentina (ICSID Case No. ARB/02/16) (2007年本案判断、2010年取消手続判断); Enron v. Argentina (ICSID Case No. ARB/01/3) (2007年本案判断、2010年取消手続判断)。  
 注9) UNCTAD, IIA Issues Note No. 1 (2013) p. 4.  
 注10) Susan Franck, "Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration" 86 (2007) N.C. L. Rev. 1.  
 注11) ウィーン条約法条約(1969年)は、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」(31条1項)と規定する。

図表1 既知の投資仲裁において最も頻繁に被申立国となった国々



出典) UNCTAD, IIA Issues Note No.1 (March 2013)p. 4.

図表2 完結した投資仲裁事件の結果 (2012年末時点の総数)



出典) UNCTAD, IIA Issues Note No.1 (March 2013)p. 5.

定が多いからである。投資家に有利な判断をするバイアスがあるわけではないことは、条約漁りが権利濫用であるとされて管轄権が否定された仲裁判断が存在することにも示されている。

投資家に有利な解釈を導く文言は、80年代から90年代に締結された二国間投資

協定に多い。当時、先進国と途上国の間の投資協定締結交渉では、特に途上国側に、協定の文言の重要性についての意識が低く、先進国から提示されたモデル投資協定を無批判的に受け入れる傾向があった。例えば、84年から87年まで米

国務省で投資協定締結を担当していたJosé Alvarez氏は、当時の途上国との締結交渉の実態を振り返り、米国主導で行われ、平等な二国間の交渉と呼べるものではなかったと述懐している<sup>注13</sup>。また、南アフリカ貿易産業省の主任局長のRandall Williams氏は、南アフリカが90年代に先進国と締結した二国間投資協定は、費用便益分析をすることなく連

合主国が提示したモデル投資協定を下敷きにしてきたと述べている<sup>注14</sup>。投資協定に基づく仲裁は、20年ほど前までは皆無に近く、この15年ほどの間に急増しているが(前号111頁図表1参照)、仲裁判断が出揃い始めたのは、さ

伝統的に対外投資の可能な限りの保護を追求してきたが、近年は対内投資に対する規制権限の保全とのバランスに配慮せざるを得ない状況になってきた。資本蓄積が進んだ途上国から、ときには政府系ファンドや国有企業を通じて、世界各地に多額の投資が流れる現象が起きてきたからである。その結果、先進国が新興国やその投資家から投資を受け入れる図式が普通に見られるようになってきた。これは、仲裁において、先進国が被申立国となり、途上国が味わってきたような辛酸をなめる可能性が高まっていることを意味する。例えば、カナダの投資家による中国内での投資額よりも中国の投資家によるカナダ内での投資額が多く、中国の投資家によるカナダに対する仲裁申立てが多発することへの懸念が強いため、カナダと中国の間の投資協定は、12年9月に署名されたものの、カナダの批准に時間がかかっている。

認められた労働者の権利と両立する形で「なされることを希望する」との一文が入っている。「投資財産」は、「資本その他の資源のコミットメント、利益または利潤の期待、ないし危険の引受けなどの投資」としての特権を持つものに限定されており、売買や役務提供の対価請求権のように支払期限が程なく到来する債権はこれに該当しないと注釈が付いている。公正衡平待遇条項は、外国人待遇に関する慣習国際法上の最低基準(customary international law minimum standard of treatment of aliens)が要求する待遇以上の待遇を与えることを求めるものではないと明記されている。また、健康、安全、環境の保護など公共の福祉に係る正当な目的で締約国が立案、適用する無差別的な措置は、原則として間接取用とはならないと規定し、補償が求められないことを明らかにしている。さらに、金融システムの安定性確保の措置は妨げられないという例外条項も入れられた。

全世界の二国間投資協定の約半数は欧州諸国が締約国となっており、それらは可能な限りの投資保護を追求する伝統的な内容のものが多い。EUでは、09年のリスボン条約発効に伴い、外国直接投資(FDI)に関する権限がEUに専

属的に帰属することになった<sup>注16</sup>。加盟国と非加盟国との間の既存の二国間投資協定は、当該非加盟国とEUが投資協定を締結してそれが発効すれば失効することになっていく<sup>注17</sup>ので、今後、EUがどのような内容の投資協定を締結していくかが注目される。日本との経済連携協定の締結交渉も始まったが、最初に締結される可能性が高いのは、カナダとの協定である。

**IV 矛盾判断の防止策と限界**

商事仲裁では、その実体判断の基準となる契約が個々の事件で異なり、同じ文でも契約が異なればその解釈が分かっても不合理ではない。投資仲裁でも、異なる協定に含まれるならば同じ文言の解釈が分かれても不合理ではない。また、同じ協定に含まれる同じ規定であっても、別の事件に適用されればその適用結果が分かれても不合理ではない。仲裁判断の不統一が望ましくないのは、同じ投資協定の同じ規定の解釈についてである。解釈の不統一を防ぐには、紛争処理手続を工夫する方法と判断基準を明確化する方法があるので、以下、順に検討する。

注12) Phoenix v. Czech Republic (ICSID Case No ARB/06/5) (2009年管轄判断)。紛争原因事実が発生した後に投資母体を締約国に移した場合には、権利濫用とされる可能性が高い (Mobil, *supra* note 4, para. 205参照)。  
 注13) José Alvarez, "The Evolving BIT" in Ian Laird & Todd Weiler (eds.) *Investment Treaty Arbitration And International Law* (Volume 3, 2010) pp. 1, 4.  
 注14) London School of Economicsにおける投資条約セミナー (2011年5月23日)での発言 (<http://www.youtube.com/watch?v=zf1HkqjeJUI>にて視聴可能)。  
 注15) 米国のモデル投資協定には2012年版もあるが、2004年版からの重要な変更はない。  
 注16) 欧州連合の機能に関する条約 (Treaty on the Functioning of the European Union) 3条1項e号、207条参照。  
 注17) Regulation No 1219/2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries (2012) (OJ. L351/40) 3条。

裁判所のような恒常的な機関とは異なり、仲裁廷は事件ごとに組織されるので、仲裁には先例拘束性はない。また、仲裁のそもそもの制度趣旨は、裁判所との間での選択、機関仲裁とアド・ホック仲裁の間での選択、仲裁機関の間での選択といった多様な選択肢を提供することにあるから、判断を統一するという発想になじまない。とはいっても、ICSIDの仲裁判断の間では、同じ投資協定に含まれる同じ規定についての解釈の矛盾を避けるほうがよいとの考え方には一定の合理性があり、ICSID事務局は、明らかな法適用の誤りなどを上訴理由とする上訴機関の設立を検討の俎上に載せたことがあったが、時期尚早であるとの反応が多く、棚上げにされた<sup>注18)</sup>。現在、専門家によりさまざまな代替案が議論されており、例えば、EUの先行判決手続にならって、仲裁判断前に争点となっている法律問題について先行判断の申立てを認める手続を新設する案がある。

判断基準の明確化は、投資協定の文言を具体化することによって、ある程度は可能である。しかし、実務上の重要性が高い概念である「公正衡平待遇」および「間接収用」は、明確化が困難である。公正衡平待遇は高度に抽象的な概念

投資仲裁では、その透明性を高める工夫も行われてきた。一般に仲裁は非公開で行われる。しかし、私人間の民商事紛争の仲裁と異なり、投資仲裁では莫大な賠償金が被申立国の国家財政に悪影響を及ぼし、公益目的の投資規制に萎縮効果を与えかねないため、公衆に対する開示の要請が大きい。当事者以外の利害関係者から意見表明の機会を求める声もある。

ICSID仲裁では、手続の現況や最終結果がホームページ上で公表されている。紛争当事者の合意により、審理がインターネット中継されることもある<sup>注24)</sup>。仲裁判断は、両当事者の同意を得てほぼすべてが公表されている。また、06年の仲裁規則改正により、仲裁廷は紛争の非当事者による意見書の提出を許可することも一定の条件の下でできることとなった(37条2項)。

他方、投資仲裁にも公衆の目から離れた場での紛争解決の需要があることから、ICCは、その仲裁規則の12年改訂に際して、透明性向上の策をあえて採らず、ICSIDと異なる選択肢を用意している。

もともと仲裁は、多様な紛争解決手続の選択肢を提供し、制度間競争を通じて手続が改善されていくという進化論に

であり、投資の規制枠組みの安定性・予測可能性の要請、投資家の正当な期待の保護、適正手続の要請、裁判拒否の禁止、行政手続の透明性の要請、規制目的達成のための手段の均衡と合理性の要請などを包摂する。04年版の米国モデル投資協定のように、外国人待遇の最低基準が要求する待遇以上の待遇を与えることを求めるものではないと明記しても、最低待遇基準自体が明確性に欠け、伝統的には投資財産ではなく人身の保護のために形成されてきた基準であるために、公正衡平待遇の内容の明確化にはあまり貢献しない。

間接収用の概念は、補償を要しない規制との間の線引きが困難である。考慮要素を列挙することによって概念を具体化する努力も見られる。例えば、米国の04年版モデル投資協定では、政府の措置の経済的影響、政府の措置が投資財産から生ずる明確かつ合理的な期待を害する程度、政府の措置の性質等を考慮要素として挙げる。しかし、補償を要しない規制との間で明確な線引きができないことに変わりはない。

このように個々の判断基準は完全に明確にならないが、投資保護と規制権限保全をいかに調和させるかについての投資協定の大筋の意図は、仲裁廷に伝わり、近年になってなじむ。特に投資仲裁は、近年になってから目覚ましく利用が増えた発達途上の制度であるので、中長期的視野に立つて、試行錯誤による持続的な改善の取組みを見守るべきであろう。

## VI 結語

国際投資仲裁からの離反現象の背景にある疑念や懸念には、もともとな部分もある。しかし、その大半は、投資協定の文言を精緻化することによって解消できる。各国は投資協定の交渉方針を決める際、対外投資保護と対内投資に対する規制権限保全の二つの要請をどのように均衡させるべきかを中心に考えることになるが、次の二点にも留意すべきであろう。

一点目は、対内投資の保護の利点である。投資協定の締約国は、自国の対外投資家に保障される権利の見返りに、対内投資の保護義務を負う。投資協定による対内投資の保護に期待できる効果は、外資導入の促進だけではない。投資協定上の権利を行使できるのは相手方締約国の投資家に限られるが、規制主体に緊張感を与え、ガバナンスを向上させるので、その恩恵を間接的には内国民も享受

わるようである。NAFTAの自由貿易委員会(Free Trade Commission)<sup>注20)</sup>は、01年、同協定の公正衡平待遇条項は、外国人待遇に関する慣習国際法上の最低基準が要求する待遇以上の待遇を与えることを求めるものではないとする解釈を示した。その後のNAFTA投資章に基づく仲裁判断は、それ以前のものよりも投資受入国の規制権限を尊重する傾向を示している。例えば、ある研究によると、12年7月31日までに17の事件で間接収用に対する補償が請求されたが、そのうち請求が認められたのは01年以前の1事件のみである<sup>注21)</sup>。

## V 投資仲裁の中立性・独立性確保および透明性向上の取組み

判断基準の明確化が完全には実現できない以上、判断主体である仲裁廷に対する信頼の確保は重要である。先に紹介したJewett事件の仲裁人の裏話は、米国からの圧力があつたことの暴露としてとらえることができ、懸念を呼んで当然であるが、冷静に読むと、仲裁人がその圧力に屈したことの告白にはなっていない。個々の逸話の信憑性や含意はさまざまであるが、各仲裁機関は、規則の整

できる。ガバナンスを向上させ、ひいては法の支配を強化することは、外部規範の助力なくしては先進国でも困難が大きい。中立・独立かつ迅速な救済を保障する裁判制度を自国で用意しておけば、外国投資家も国内裁判を進んで利用するようになるので、国際仲裁を恐れる必要もなくなる<sup>注25)</sup>。

もう一点は、目立たない利点の正当な評価である。自国が投資仲裁で被申立国になったり敗れたりすると、大きく報道され、世間の耳目が集まる。しかし、自国の一投資家が投資仲裁で勝つてもそれほど注目されない。また、実際に仲裁申立てに及ばなくとも、投資家は投資協定に基づく仲裁申立ての可能性があれば、それを梃子として有利に受入国との交渉を進めることができるが、この利点は当事者以外には目につきにくい。

以上の諸点の考慮に加えて、日本のような投資立国の場合には、対外投資の保護を重要な柱に据える姿勢を貫くことが全体的な国益にとっては望ましいであろう。

備と運用を通して、中立性・独立性の確保のための種々の取組みを行っている。ICSID仲裁では、通常、3人の仲裁人で仲裁廷が構成されるが、その場合、紛争当事者は紛争の相手方当事者の同意がない限りは、自国または自分の母国の国民を仲裁人として任命できないことになっている(ICSID仲裁規則1条3項。追加制度仲裁規則7条1項も同じ)。特別委員会を構成する委員の任命に際しては、任命権限を有するICSID運営理事会の議長は、条約上の義務はないが、実務慣行として、紛争当事者に任命予定の委員の履歴書を送って意見提出の機会を与えている<sup>注22)</sup>。

国際商業会議所(ICC)仲裁では、その仲裁裁判所(Court of Arbitration)<sup>注23)</sup>が仲裁人を選定すべき場合、ICCの適当と認める国内委員会等の推薦に基づいて行うことが原則とされている(ICC仲裁規則13条3項)。しかし、国家と投資家との間の紛争においては、ICCの国内委員会等は投資家側に肩入れしやすいのではないかと危惧する声があつたため、12年の規則改訂に際して、当事者の1人もしくは複数人が国である場合には、仲裁裁判所が仲裁人として適切であると考えられる者を直接に選定することもできることとした(同条4項a号)。

注18) ICSID Secretariat, "Working Paper : Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations" (2005) para. 4.

注19) 例えば、Neer v. Mexico(米国とメキシコ間の一般請求委員会(General Claims Commission)決定(1926年))(1927)21 AJIL 555.

注20) 加盟国の閣僚級代表によって構成され、NAFTAの規定の解釈問題について仲裁廷を拘束する判断を示す権限を有する(NAFTA2001条および1131条参照)。

注21) Devin Bray, "Non-Compensatory versus Compensatory Takings Under NAFTA" 7(2012) TDM 10.

注22) ICSID Secretariat, "Background Paper on Annulment For the Administrative Council of ICSID" (2012) para. 46.

注23) 名称が紛らわしいが、国際商業会議所(ICC)に所属する機関であって、国家の裁判所ではない。

注24) Pac Rim Cayman v. El Salvador(ICSID Case No. ARB/09/12)の審理の中継(2010年)が最初の例である。

注25) Anthony Sinclair, "ICSID Arbitration : How Long Does it Take?" 4-5 (2009) Global Arb. Rev. 18の調査によると、ICSIDの仲裁判断までに要する期間は、ICSID発足時から2009年7月1日までの平均で3.6年、2003年7月1日からの平均では3.2年である。ただし、この数字は、非常に複雑な事案から管轄判断のみで終わる事案までさまざまな事案があることを念頭に置いて見る必要がある。