

# 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



## 投資紛争仲裁の概略

同志社大学司法研究科教授  
 高橋宏司

国際投資法は、国際法務の中で近年最も目覚ましく発展し、さまざまな法分野が交錯する領域である。投資条約の起草と解釈においては国際公法、投資契約の起草と解釈においては国際取引法、仲裁廷が適用すべき準拠法の決定においては国際私法、仲裁手続の分析においては仲裁法が関連し、投資受入国の規制主体が多くなる場合もある。本号では国際投資紛争仲裁の概略を説明し、次号ではその課題を鳥瞰する。

### I 投資紛争の変遷

第二次大戦後、独立を獲得した多くの国々において、社会主義政策が推進されたり、資源ナショナリズムが勃興したりした結果、旧宗主国企業などの投資が国有化・収用され、投資紛争が多発した。しかし、1980年代以降は、新自由主義経済思想の影響が強まり、経済の牽引力としての外資導入促進策が、先進国・途上国の別を問わず、広く実施されるようになった。その結果、赤裸々な国有化・収用の事例は減少したが、生命・健康・人権・環境などの公益保護を目的とする投資受入国の規制が投資家の利益と衝突する事例が増加し、今日に至るまで投資

紛争の温床となっている。21世紀に入っからは、資源価格の高騰を背景に、ロシア、ベネズエラ、アルゼンチンなどの国々で資源ナショナリズムが再興し、国有化・収用による投資紛争も再燃している。

### II 投資紛争の解決方法

19世紀には、砲艦外交 (gunboat diplomacy) と呼ばれるように、投資家の母国が投資受入国の湾岸に砲艦を並べて投資家の権益を伸長・擁護することもあった。その後、国際的な最低待遇基準 (international minimum standard of treatment) という観念が提唱されるようになり、投資家が投資受入国の違法行為によって被った損害について、投資家の母国が受入国の国家責任を追及する「外交的保護 (diplomatic protection)」が国際法上認められるようになった。しかし、外交的保護権は、その行使を投資家が望んでも、母国の政治・外交上の配慮が働くため、それが行使される保証はなく、投資家にとって必ずしも満足のいく解決が導かれるわけではない。

投資家が主体となって権利主張する方法には裁判や仲裁がある。裁判は、投資受入国以外の国では、国際裁判管轄が

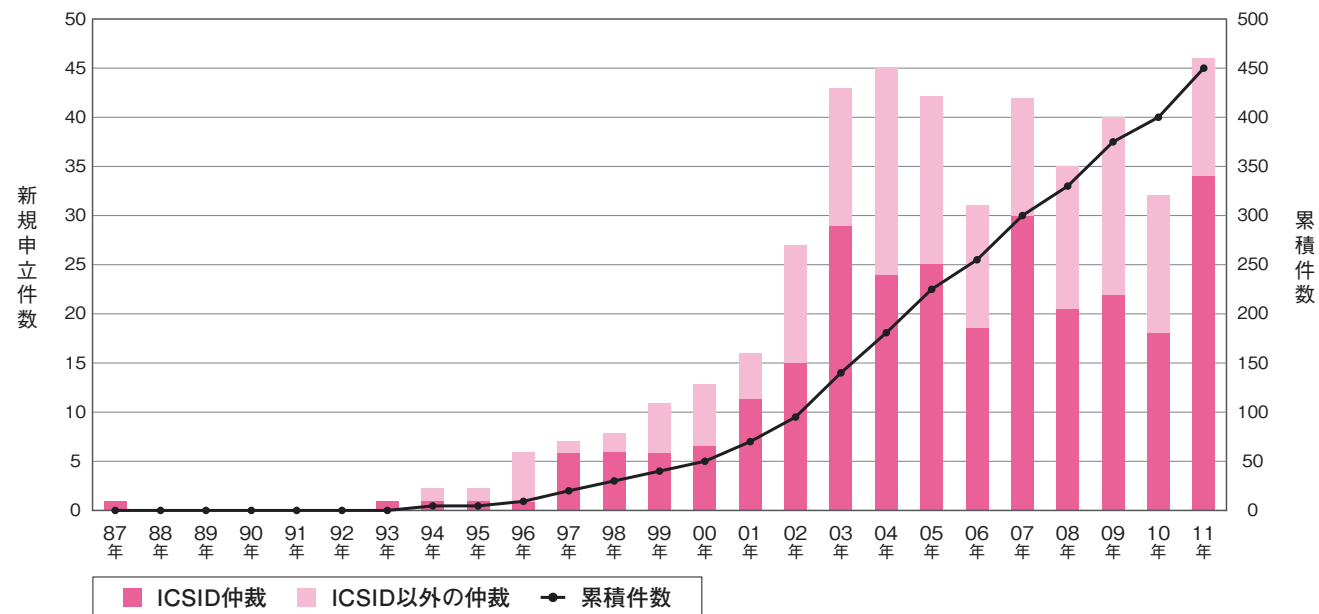
認められにくいうえに、裁判権免除や国家行為理論 (Act of State Doctrine) などの法理が障害になって、本案の判断を得ることが容易でない。受入国における裁判にも問題は多い。裁判拒否のおそれがあるうえ、司法権の独立が十分でない国が多いからである。また、形式的には司法権の独立が保障されていても、自国が被告となる裁判では、中立性のある判断を期待しにくい。さらに、受入国の行政庁が法律に従って投資家に損害を与えた場合に、投資家が法律自体の効力を争おうとしても、憲法や国際法に照らして法律を無効とする権限が受入国裁判所に認められているとは限らない。投資紛争の解決方法として仲裁が好まれるのは、このように、代替的な方法が満足いく解決をもたらす可能性が高くないからである。図表1は、投資家が受入国に対して申し立てた仲裁の件数が、20年ほど前までは皆無に近かったのに対して、過去15年ほどの間に急増していることを示している。

### III 仲裁合意の所在

仲裁は当事者の合意に基づく紛争解決手段であるから、投資仲裁であつても、商事仲裁と同様に、有効な仲裁合意がなければ申し立てることができない。投資家と受入国の間に投資契約がある場合には、契約の中に仲裁合意が入れられることがある。また、受入国の外資の導入・規制に関する国内法令の中に、投資紛争を仲裁に付託する旨の条項 (仲裁付託条項) が入っている場合もある。仲裁付託条項は、契約法上は申込みすぎないが、投資家が実際に仲裁付託することに承諾したことになり、仲裁合意として完結する。しかし、投資受入国は、自国の裁判所において投資紛争を解決したいと考えるのが通常であるから、投資契約や受入国国内法令に仲裁合意や仲裁付託条項を見出すことができる場合は多くない<sup>注1)</sup>。

実際の投資仲裁事例のほとんどは、投資家の母国と投資受入国との間で締結された投資保護の取決めに含まれる仲裁付託条項に依拠している。投資保護の取決めの、北米自由貿易協定 (NAFTA A, 1994年発効)、エネルギー憲章条約 (ECT, 1998年発効)、中米自由貿易協定 (CAFTA-DR, 2006年発効) のような多国間条約にも含まれているが、特に多いのが、二国間投資協定 (bilateral investment treaty: BIT) だ。全世界に約3000もの二国間投資協定の網の目が張りめぐらされている。一投資家との間の契約交渉では仲裁合意

図表1 条約に基づく投資家・国家間の既知の紛争 (1987年-2011年)



出典) UNCTAD, World Investment Report 2012 p. 87.

注1) Southern Pacific Properties v. Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3) (1988年4月14日管轄判断) 16 (1991) Y.B. Com. Arb. 16, para. 69では、当時のエジプト法 (1974年第43号法) の規定が仲裁付託条項であるとの仲裁判断がなされた。この判断の直後、エジプトは、投資家の一方的な仲裁申立てによって仲裁合意が成立したことになるよう、「紛争当事者は仲裁を合意することができる」という文言に法を改めた。

を拒否する力を持つ国家も、外資導入を促進する目的で締結する投資条約の対国家交渉においては、仲裁付託条項に同意することが多い。投資条約に含まれる仲裁付託条項は、締約国が他の締約国を母国とする投資家による仲裁付託に同意する条項であるから、投資受入国の国内法令に含まれる仲裁付託条項と同様、契約法上は申込みにすぎず、投資家がそれに依拠して仲裁付託すると承諾がなされたことになり、仲裁合意として完結する。図表2は、1990年代に二国間投資協定が急増したことを示しており、図表1で見たとおり、その後を追うかのように、投資仲裁の件数が急増した。

#### IV 投資仲裁の種類

投資仲裁は、商事仲裁と同様、UNCITRAL仲裁規則などに依拠するアド・ホック仲裁と機関仲裁とに分類できる。仲裁機関としては、やはり商事仲裁と同様、国際商業会議所(International Chamber of Commerce: ICC)・ストックホルム商業会議所(Stockholm Chamber of Commerce: SCC)などが利用できるが、商事仲裁と異なり、投資仲裁に特化した投資紛争解決国際センター(International Centre for

Settlement of Investment Disputes: ICSID)の利用可能性もある。ICSIDは、「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)(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States)」により設立された世界銀行グループの機関である。ICSID条約は、1966年に発効し、日本を含めて140か国以上が締約国となっている。主要国の中では、ロシア、ブラジル、インド、カナダ、メキシコなどの国々が締約国となっていない(2013年2月現在)。ICSID仲裁は、ICSID条約およびICSID仲裁規則(ICSID Arbitration Rules)に従って行われ、投資家の母国と投資受入国の双方が締約国である場合にのみ利用できる。一方のみが締約国である場合には、追加制度仲裁規則(Arbitration (Additional Facility) Rules)という別の仲裁規則に従ってICSID事務局の管理下で行われる仲裁が利用でき、NAFTAの仲裁付託条項に依拠してアメリカの投資家がカナダやメキシコに対して仲裁を申し立てる場合などに利用されている。どの種類の仲裁に紛争を付託することができるとは、依拠しようとする仲裁合意の定めによる。投資条約には、複数

の種類を列挙して投資家の選択に供する「カフェテリア形式」と呼ばれる仲裁付託条項を置くものが多い注2)。アド・ホック仲裁の件数は正確に把握できないが、既知の投資仲裁の中では、図表1に示されているように、ICSID仲裁の比率が高い。ICSID仲裁の特徴は、手続が仲裁地の法や裁判所に依存せず、ICSID条約およびICSID仲裁規則の下で自己完結的である点と、ICSID条約締約国において仲裁判断の効力が承認され、その執行は執行免除(immunity from execution)以外の理由では拒絶されない(ICSID条約54条1項、55条)点にある。

#### V 「投資財産」(investment)の定義

投資条約の中の仲裁付託条項は、投資財産(investment)に関して発生した紛争を対象としているので、それに依拠して仲裁を申し立てるには、当該紛争に係る投資財産が当該条約の定義する投資財産に含まれるものでなければならぬ。投資財産の定義は、条約によって異なるが、直接投資のほか、証券投資、有体物上の所有権・担保権・賃借権、契約上の金銭・非金銭債権、免許、知的財産権、営業秘密などを包摂した広い定義のもの

が多い。

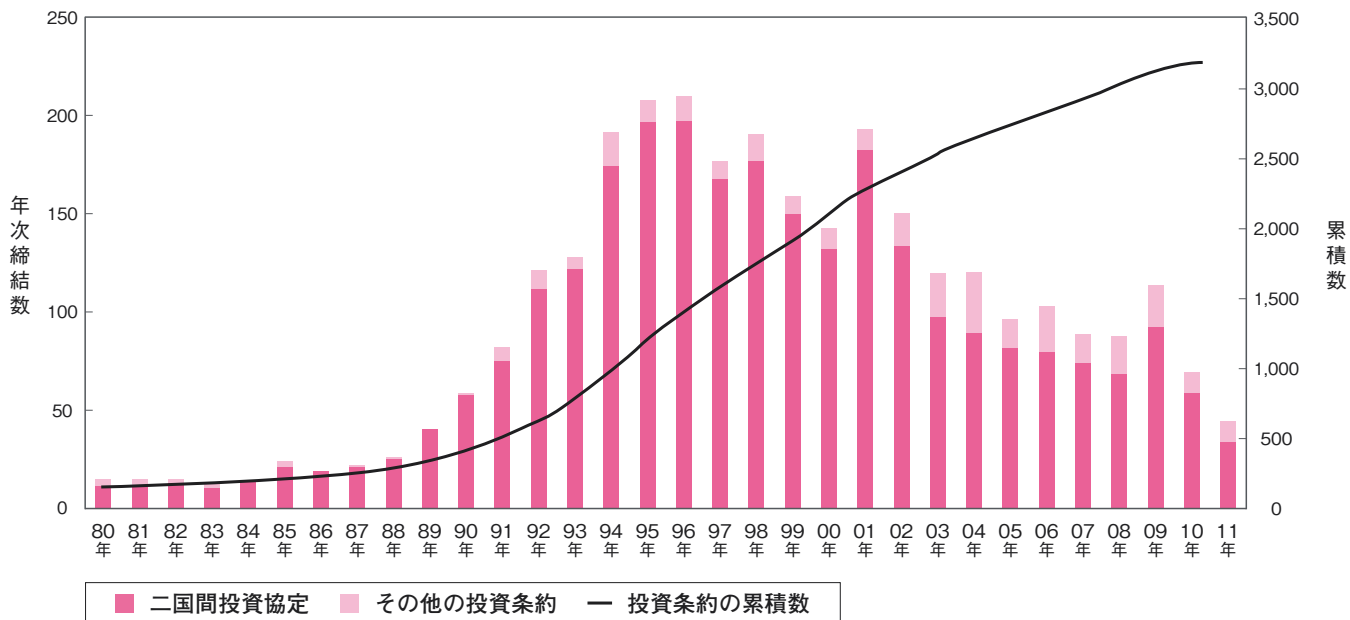
ICSIDに仲裁を申し立てる場合には、ICSIDが投資紛争に特化した仲裁機関であるため、紛争に係る投資財産がICSID条約上の「投資財産(investment)」(25条1項)に該当することも必要である。ところが、ICSID条約は投資財産の定義を置いていないので、その解釈をめぐって仲裁判断は分かれていく。仲裁には当事者の合意が必須であることが定義を置かなかつた理由とされている注3)に鑑み、紛争の対象が投資財産であることにつき紛争当事者間で争いがなければ、ICSID条約上の投資財産にも該当するとの解釈をとった仲裁判断がある注4)。この解釈によると、投資条約中の仲裁付託条項に依拠してICSID仲裁が申し立てられた場合には、その条約の定義する投資財産に該当していればよいことになり、広範な定義を採用している条約が多いので、ICSID仲裁への付託が認められる紛争の範囲がかなり広がる。他方、それではICSID仲裁の濫用的申立てを許すことになる懸念が生じ、ICSID条約上の「投資財産(investment)」に該当するには、実質的なコミットメント、事業の継続性、リスクの引受け、受入国の経済発展への寄与といった要件の充足が必要であると説示した仲裁判断

もある注5)。

#### VI 投資家(investor)の国籍

投資条約の中の仲裁付託条項は、締約国が他の締約国を母国とする投資家による仲裁付託に同意する条項であるから、投資家の国籍が重要となる。国籍の決定基準は、投資条約の定めによることになり、その内容は一律ではないが、最も重要な差異は、法人投資家について、その設立だけでなく、本拠の所在も国籍の要件とするか注6)どうかである。設立国に本拠の所在を要件とすることなく国籍を認める投資条約は多く、「条約漁り(treaty shopping)」を誘発する注7)。オランダは、法人投資家の国籍を設立のみで認めるだけでなく、投資家に有利なりべラる内容の二国間投資協定を数多く締結しているため、オランダBV(Bestloten vennootschap: 有限責任会社)を申立人とする国際投資仲裁の数は多い。例えば、これまでに日本企業が関与した唯一の投資仲裁事案として知られた事件注8)は、日本企業のオランダ子会社が、オランダ・チェコ間の二国間投資協定の仲裁付託条項に依拠して、チェコに対して仲裁を申し立てたものである。

図表2 二国間投資協定および他の投資条約の動向(1980年-2011年)



出典) UNCTAD, World Investment Report 2012 p. 84.

注2) e.g. 北米自由貿易協定1120条、エネルギー憲章条約26条4項、東南アジア諸国連合(ASEAN)包括的投資協定(Comprehensive Investment Agreement, 2012年発効)33条1項。

注3) ICSID条約に関する世界銀行理事会報告書(Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States)(1965年) para. 27.

注4) e.g. Malaysian Historical Salvors v. Malaysia(ICSID Case No. ARB/05/10)(2009年4月16日特別委員会取消手続判断) paras. 56-79.

注5) e.g. Salini Costruttori and Italstrade v. Morocco(ICSID Case No. ARB/00/4)(2001年7月23日管轄判断) 42(2003) ILM 609, para. 52. この仲裁判断にちなんで、これらの要件はSaliniテストと呼ばれることが多い。

注6) 双方の要件を累積的に課す例に、スイス・中国間の二国間投資協定(2010年発効)1条2項b号がある。

注7) これが許容される範囲については争いがあり、次号にて取り上げる予定である。

注8) Saluka Investments B.V. v. Czech Republic(UNCITRAL仲裁規則仲裁)(2006年3月17日本案判断)。



## Ⅶ 請求原因

投資仲裁の本案における請求原因には、契約違反および投資条約などの国際法違反がある。同一事件で、その双方が請求原因とされることも多い。

契約違反は、投資家と投資受入国の間に契約関係がある場合に、当該契約の準拠法の下で認められる請求原因である。準拠法は、投資家と受入国の力関係から、受入国法が選択されることが多い。その内容が契約締結後に受入国によって都合の良いように変更されて投資家が不利益を被ることのないように、準拠法の内容を契約時に固定しようとする「安定化条項(stabilization clause)」と呼ばれる条項が挿入されることがあるが、それによりのような法的効果が認められるかは確立していない。

投資条約は、仲裁付託条項のような紛争解決条項だけではなく、投資保護の実体規定を含んでいる。典型的には、収用の場合の迅速・十分・実効的な(prompt, adequate and effective)補償、公正衡平待遇(fair and equitable treatment)、第三者の加害行為からの十分な「不断の」保護および保障(full [constant] protection and security)、内国民待遇(national treatment)、最恵国待遇(most-

も、投資家の母国と受入国との間の投資条約に含まれている選択条項は回避できない。<sup>注15)</sup> 投資家は、受入国との間で紛争が生じた場合、いきなり国際投資仲裁を申し立てることはせず、受入国の裁判で救済を求めることが多い。それでは埒が明かない場合に国際仲裁の申立てをしようとする、それが選択条項によって封じられるならば、せっかく投資家の母国が受入国との間で投資条約を締結したことが無意味になってしまう。しかし、選択条項によって妨げられる請求は、先の手続における請求と法的に同一の請求原因であるものに限られるから、受入国の裁判における請求が契約違反を原因としていれば、国際仲裁において条約違反の請求をすることは妨げられない。<sup>注16)</sup>

## X 仲裁判断の取消しの可否・要件

ICSID仲裁以外の投資仲裁の場合、商事仲裁と同様、仲裁判断の取消しの可否や要件は、各国の仲裁法によることになり、仲裁地裁判所による取消しの可能性がある(UNCITRALモデル仲裁法1条2項および34条、日本の仲裁法3条1項および44条参照)。これに対して、ICSID仲裁は自己完結的で

favoured-nation treatment)が定められている。これらの規定の詳細は条約ごとに異なるが、このような実体規定の違反が請求原因となる。投資家の請求が認められた仲裁事例において最も多く請求原因とされているのは、公正衡平待遇違反である。収用は、今日では、所有権・占有権の剥奪(直接収用)の事例は少なくなつたが、受入国のさまざまな規制が直接収用と実質的に同等の効果を持つ「間接収用(indirect expropriation)」に該当して補償が必要となるか、それとも補償を要しない規制であるかが争われることが多い。

## Ⅷ 仲裁合意の範囲・競合

商事仲裁と同様、投資仲裁でも、仲裁庭の判断権は仲裁合意の範囲に入る紛争に限定される。投資条約の中の仲裁付託条項の文言は二様ではない。

「本件投資に関するあらゆる紛争」を対象としていれば、投資条約違反だけでなく、投資契約違反を原因とする請求にも仲裁庭の判断権が及ぶ<sup>注9)</sup>。これに対して、投資条約上の特定の紛争に範囲を限定する仲裁付託条項もある。例えば、日中投資保護協定(1989年発効)の仲裁付託条項は、収用の補償額に関する紛

争のみを対象としている(11条2項)ので、仮に、中国の反日デモの際に起こつた日本企業の投資財産に対する民間人による加害行為に関して、同協定中の「不断の保護および保障」条項(5条1項)の違反が中国に認められるとしても、日本企業は同協定を利用して仲裁を申し立てることができない。

仲裁付託条項の対象が投資条約違反に関する紛争に限定されている場合<sup>注10)</sup>、投資契約違反を原因とする請求には、仲裁庭の判断権は及ばない。しかし、いわゆる「アンブレラ条項」が投資条約に含まれていればその例外となり得る。アンブレラ(傘)条項とは、投資条約の締約国がその義務を遵守することを約した条項で、義務遵守条項と呼ばれることもある。アンブレラ条項の傘下に――すなわち「義務」の中に――投資条約上の義務が含まれると解されれば、投資条約の違反は、アンブレラ条項の違反ともなり、すなわち投資条約の実体規定の違反となる。<sup>注11)</sup> この解釈を採れば、仲裁付託条項の対象が「投資条約違反に関する紛争」に限定されていても、投資契約違反を原因とする請求に仲裁庭の判断権が及ぶことになる。アンブレラ条項の解釈には争点が多く、その具体的文言が条約間で異なることも問題を複雑にしている。

投資契約違反を原因とする紛争が投

り、ニューヨーク条約(外国仲裁判断の承認および執行に関する条約)締約国では、その適用がある。ニューヨーク条約は、承認・執行の拒絶事由を限定列挙している(5条)。これに対して、ICSID仲裁の仲裁判断は、ICSID条約締約国において、その効力が承認されるとともに、執行免除以外の理由では執行拒絶されないことになっている(上述)の

資条約中の仲裁付託条項の射程に含まれる場合で、投資条約中にも紛争解決条項(裁判管轄合意や仲裁合意)があるときには、両者の競合をどう解決すべきかが問題となる。この点、投資条約中の紛争解決条項は、当該契約に関する紛争のみを対象としており、投資条約中の仲裁付託条項よりも特定性が強く、それに優先するとした仲裁判断がある。<sup>注13)</sup> これに対して、投資条約中の仲裁付託条項は、投資家が受諾しなければ完結せず、その時点で具体化している紛争を対象とした仲裁合意が成立することになるから、投資条約中の紛争解決合意よりも特定性が強いとして、反対の結論をとる説がある。<sup>注14)</sup>

## Ⅸ 選択(fork-in-the-road)条項

投資条約には、仲裁付託条項に基づく仲裁または投資受入国における裁判のいずれかの手続が開始されれば、その後は、他方の手続をとることはできない旨を定める「選択(fork-in-the-road)条項」と呼ばれる条項を含むものがある。投資家の母国と投資受入国との間の投資条約に最恵国待遇条項が入っており、受入国が第三国と締結した投資条約の中に選択条項が入っていないものがあつて

で、他の仲裁判断以上に通用力がある。しかし、実際には、ICSID仲裁判断不履行の例はあり、特にアルゼンチンの不遵守の姿勢が有名である。仲裁判断で敗れた被申立国が判断に従わない場合、他国における執行は、執行免除原則に阻まれるなどして現実には容易でない。仲裁判断によって確定した債権を投資家(申立人)がやむなく第三者に割引譲渡

注9) e.g. SGS Société Generale de Surveillance v. Philippines (ICSID Case No. ARB/02/6) (2004年1月29日管轄判断) para. 131 参照。SGS Société Générale de Surveillance v. Pakistan (ICSID Case No. ARB/01/13) (2003年8月6日管轄判断) para. 161は反対に解したが、学説の批判が強い(e.g. Pierre Mayer "Contract claims and clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements" Journal du droit international, n° 1, 2009, p. 71, para. 13)。

注10) e.g. UK model BIT (2005年)第8条代替案。

注11) e.g. SGS v. Philippines, *supra* note 9, para. 128 同旨。

注12) SGS v. Pakistan, *supra* note 9, para. 167は、些細な契約違反を原因として濫用的な投資仲裁申立てがなされることを警戒し、SGS v. Philippines, *id.*とは反対の解釈をとっている。

注13) SGS v. Philippines, *supra* note 9, para. 141。

注14) e.g. Christoph Schreuer, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the Vivendi I Case Considered" in Todd Weiler (ed.) *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (2005) 281, 294。

注15) Emilio Agustín Maffezini v. Spain (ICSID Case No. ARB/97/7) (2000年1月25日管轄判断) para. 63 (傍論)。最恵国待遇条項の射程を実体規定だけでなく紛争解決条項にまで及ぼすことの妥当性については、他の紛争解決条項との関係でも問題となっている。

注16) Enron Corporation and Ponderosa Assets v. Argentina (ICSID Case No. ARB/01/3) (2004年1月14日管轄判断) para. 97; CMS Gas Transmission Company v. Argentina (ICSID Case No. ARB/01/8) (2003年7月17日管轄判断) para. 80 参照。

注17) ICSID, "Background Paper on Annulment For the Administrative Council of ICSID" (2012) p. 41。

注18) 肯定例にHussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates (ICSID Case No. ARB/02/7) (2007年6月5日特別委員会取消手続判断) などがあり、否定例にCMS v. Argentina, *supra* note 16, (2007年9月25日特別委員会取消手続判断) para. 50 などがある。

した事例もある<sup>注19)</sup>。アメリカは、アルゼンチンのICSID仲裁判断不遵守に対する制裁として、2012年3月に一般特惠関税制度(Generalized System of Preference)の対象からアルゼンチンを外す決定をした。なお、ICSID条約は、仲裁合意成立後の外交的保護権の行使を禁じているが、仲裁判断不履行の場合にはその例外を認めている(27条)。

## XII 日本にとっての対外投資保護の重要性

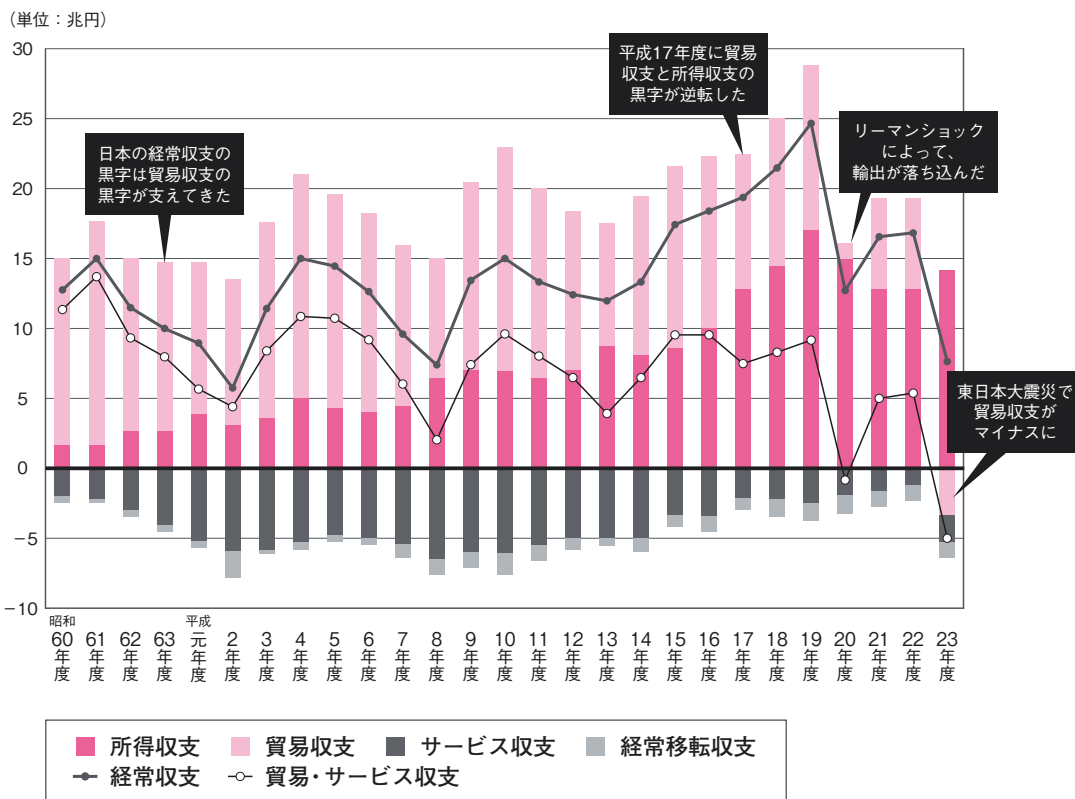
欧州諸国や中国・韓国などは二国間投資協定を100件前後締結しているが、日本の投資条約の締結数は、経済連携協定の投資章を含めても30件弱にとどまっている。そこで、海外投資を計画している日本企業に対して、投資条約を多数締結している国に子会社を設立し、その子会社を経由した投資を検討するよう助言している法律事務所もあるようである。しかし、丸腰で海外に進出し、投資条約の保護を受けられない状態に置かれている、いわゆる「投資孤児(investment orphan)」も多いはずである。

日本は過去数十年の間、貿易黒字の大きさを誇っていたが、2011年に貿易赤字に転落し、2012年は赤字が一層拡大した。近年、経常収支の黒字を支え

ているのは、所得収支であり(図表3)、そのほとんどは投資収益である。日本は、自らが貿易大国から投資立国に変貌したことを自覚し、対外投資の保護につ

いて一層真剣に考えなければならぬ時期に入っていると見えよう。

図表3 経常収支の推移



出典) 財務省「ファイナンス」2012年8月号13頁。

注19) CMS v. Argentina, *supra* note 16(2005年5月12日本案判断)の仲裁判断は、アルゼンチンにより履行されなかったため、CMSはその債権を第三者(Blue Ridge Investments)に譲渡した(ニューヨーク州南部連邦地方裁判所判決Blue Ridge Investments v. The Republic of Argentina(2012年9月30日、2012 WL 4714819)参照)。