



RIETI Discussion Paper Series 08-J-012

国際投資仲裁における管轄権に対する抗弁とその処理

岩月 直樹
立教大学



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

国際投資仲裁における管轄権に対する抗弁とその処理*

岩月 直樹**

要 旨

今日、投資保護に関する国際条約においては、投資受入国が事前に、かつ一般的に投資紛争を仲裁裁判手続により解決することに同意する紛争処理条項が設けられるのが一般的であり、それを通じて投資家はいわば「一方的に」仲裁手続を開始することが可能となっている。こうした方式は投資財産・投資活動に対する実効的な保護を提供するものであり、それにより投資家にとってはその投資リスクを低減し、また投資受入国にとっては自国への投資を促すという利点を有する。しかし近年、こうした仲裁方式を投資家が積極的に利用し始めたことに伴い、投資受入国に過度の負担を及ぼすこととなっているとの懸念が見られるようになってきている。投資仲裁手続を通じて投資受入国の国内政策の実施が不当に妨げているのではないかと、また同一事案について複数の利用可能な紛争処理手続が用いられることで濫用的に利用されているのではないかと懸念がある。本稿はこうした懸念がどの程度において当を得ているのかについて、もっぱら仲裁付託に関わる諸条件の観点から検討するものである。

国際投資仲裁も仲裁手続きであることから、仲裁管轄権はあくまで当事者の合意した限りにおいてのみ及ぶ。そうした限界としてしばしば問題となるのは、①法的紛争の存在、②時間管轄、③事前協議の完了、④原告適格の有無などである。これらの問題を扱った仲裁判断例を比較検討するならば、一部には判断の対立なども見られるものの概して言えば、仲裁廷は自らが適用すべきものとされた投資保護条約や仲裁手続規則の明示的な文言に従う姿勢を示している。そのため仲裁廷としてはあくまで投資家に与えられた権利に関連規定に従って認めているにすぎず、投資家の保護を重視するあまりに広く管轄権を認めていると言うことは適当ではない。

しかし、仲裁付託にまつわる問題をおしなべて管轄権に関する仲裁「合意」の射程の問題としてのみ扱う従来の仲裁判断の立場には問題があろう。原告適格などは受理可能性に関わる問題であり、それは必ずしも仲裁「合意」の解釈には還元しきれない争点を含んでいる。それをあくまで包括的合意を理由として「合意」に含まれるものと扱う態度は、妥当なものとは思われない。仲裁手続の積極的な利用に伴い一部の投資受入国から示される「懸念」あるいは「不信感」に正当な根拠があるとすれば、それは受理可能性に関わる問題をもっぱら仲裁「合意」の問題として扱う従来の仲裁判断に認められる、そうした問題性に求められよう。そうした態度がとられてきた大きな理由の一つが、仲裁廷は当事者の合意にもっぱら規定されるという投資仲裁の本来的性質にあることからすれば、管轄権とは区別される受理可能性に関する判断権限を仲裁廷が有することを明示的に認めることが考えられてよい。このような観点からは、2006年のICSID仲裁手続きの改正において「明白に法的妥当性(legal merit)を欠く」ことを理由とする抗弁が明記されたことが有する意義は大きく、その今後の運用が注目される。

* 本稿は(独)経済産業研究所「対外投資の法的保護のあり方」研究プロジェクト(代表:小寺彰ファカルティフェロー)の成果の一部である。

** 立教大学准教授(naokiwa@rikkyo.ac.jp)。

《目 次》

1. はじめに
2. 条約仲裁の基礎としての合意とその解釈
 - (1) 条約仲裁における管轄権の構造
 - (2) 管轄権判断における仲裁「合意」の解釈
 - (3) 管轄権に対する抗弁と受理可能性に対する抗弁の概念的区別
3. 管轄権に対する抗弁
 - (1) 「法的紛争の存在」に関する抗弁
 - (2) 時間管轄に対する抗弁
4. 受理可能性に対する抗弁
 - (1) 事前協議要件に関する抗弁
 - (2) 原告適格に関する抗弁
5. おわりに

補論 「投資保護条約における条約仲裁条項の類型」

1. はじめに

国際投資仲裁は外国投資家（自然人及び法人）と投資受入国の合意を基礎として、第三者の判断に服することにより、紛争の解決を図る手続である¹。そのため、実際に投資紛争を仲裁手続に付託し手続を進めるためには、定義上当然に、紛争当事者の合意が有効に存在し²、かつ当該合意によって認められる範囲の人的、事項的、そして時間的な対象範囲において仲裁法廷が判断を下しうるものでなければならない。つまり、仲裁法廷の管轄権は紛争当事者の仲裁合意により、それが及ぶ対象範囲が画される。

こうした仲裁合意は契約中の仲裁条項や個々の紛争毎の仲裁契約として締結されるのが通例であり、国際投資紛争についても従来は投資契約（国家契約）中の仲裁条項に基づいて行われてきた。しかし近年においては、そうした従来の図式が大きな変化を見せるようになっており、外国投資家が仲裁契約に拠ることなく、いわば「一方的」に紛争を国際投資仲裁手続に付託する例が一般的となっている³。

ときに「相互性を欠く仲裁 (arbitration without privity)」とも呼ばれる、そうした「一方的」な仲裁付託が可能となっているのは、多くの二国間投資保護条約 (BIT)、NAFTA のような地域協定、あるいはエネルギー憲章条約のような多数国間条約において、投資受入国が ICSID 仲裁をはじめとする種々の国際仲裁手続へ投資紛争を付託することについて、事前に、かつ一般的に、同意が与えられるようになってきているためである⁴。BIT 等を通じた国家によ

¹ See “Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,” *ICSID Convention, Regulations and Rules*, pp.43-45. Available at < <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/DocumentsMain.jsp> > (last visited at January 24, 2008).

² 仲裁規定を含む投資契約につき、契約締結時における賄賂の存在を根拠として、当該契約の無効が投資受入国から主張されることがある。この点につき、「国際公共政策 (international public policy)」および準私法の双方に照らして、当該契約の無効化(avoidance)を認めるものも見られる。 *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya, Award, 4 October, 2006, ICSID Case No.ARB/00/7, paras.105-124, 137-188.*

国際商事仲裁に関する学説及び国内判決においては、仲裁条項は契約中の実体規定に関する合意とは別の合意に基づくものであり、賄賂に基づき締結された契約の有効性については仲裁によって判断される（但し、仲裁合意それ自体の有効性が争われる場合には、国内裁判所により判断される）ものとされる (doctrine of separability)。 See N. Pengelley, “Separability Revisited: Arbitration Clauses and Bribery – *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*,” *Journal of International Arbitration*, vol.24 (2007), pp.445-454; F. González de Cossío, “The Compétence-Compétence Principle, Revisited,” *Journal of International Arbitration*, vol.24 (2007), pp.231-248.

こうした問題は、投資契約に関する投資仲裁においても問題となりうる。

³ BIT に基づく「一方的」付託が最初になされたのは、1987年のAAPL事件であるとされる。 *AAPL v. Republic of Sri Lanka, ARB/87/3, Final Award of 27 June 1990, para.18.*

⁴ See S.A. Alexandrov, “The “Baby Boom” of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as “Investors” and Jurisdiction Ratione Temporis”, *Law and Procedure of International Courts and Tribunals*, vol.4 (2005), pp.19-27.

なお、投資受入国による投資仲裁への一方的かつ事前の同意は、投資関連国内法令によっても与えられる。 See *SPP v Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, November 27, 1985, ICSID Reports*, vol.3 (1995), pp.123-124; *Tradex Hellas SA v Republic of Albania, Decision on Jurisdiction, December 24, 1996, ICSID Case No. ARB/94/2, pp.41et seq.*

る国際仲裁手続の「包括的提案(generic offer)」を外国投資家が仲裁付託の形で「受諾(acceptance)」することで、仲裁合意が形成されるとみなされるわけである(このような仲裁合意に基づいて行われる投資仲裁を、以下では条約仲裁と呼ぶ)⁵。

このような方式によって国家が外国投資家へ救済手続を保障することは、投資家およびその本国にとっては、投資活動に対して実効的な保護手段を確保するという点で極めて重要な意味を持つ⁶。また、そうした保護に対する期待が高まることにより外国投資が促されることとなるために、投資受入国にとっても望ましいものとされる。さらに受入国にとっては、投資紛争を投資家との間で直接的に処理する手段を用意することで、国家間の外交関係が損なわれることを避けるという意義をも条約仲裁は有する⁷。国家の事前の、かつ一般的な同意に基づくという仲裁合意の方式は、こうした政策的考慮に促されて採用される

⁵ *Lanco v. Argentine Republic*, ARB/97/6, *Decision on Jurisdiction of 8 December 1998*, para.43; *American manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ARB/93/1, *Award of 21 February 1997*, para.5.23. See M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, 2000, pp.208-222; P. Bernardini, "Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITs," G. Aksen et al. ed., *Global Reflection on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, 2005, pp.93-98; Ch. Schreuer, "Consent to Arbitration," *Paper submitted to the Committee on International Law on Foreign Investment of International Law Association* (available at < http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm > (last visited at February 26, 2008)).

学説の中には、BITの締結によりICSID仲裁への付託に必要な「両紛争当事者の同意」が与えられたものとし、BITを単に投資受入国の側の「提案」としてのみ解することを批判する見解も見られる。C. Santulli, *Droit du contentieux international*, 2005, pp.115-117. ICSID条約により投資家の本国は彼らのために仲裁合意を締結する権限が認められているのであり、BITはそれ自身が既に自国投資家と投資受入国との仲裁合意を形成するとの理解である。このような理解は条約仲裁を、国際混合仲裁や人権保護条約による個人申立手続など条約により設けられた個人の直接的な救済手続に類するものとし、そうした手続を設ける上では国家間の合意のみで足りることを強調する。しかし、条約仲裁手続があくまで当事者間の合意を基本とする国際商事仲裁手続を原型としていることからすれば、国際混合仲裁や人権保護条約上の個人救済手続とを同視することについては、疑問が残る。また、ICSID条約の文言上も、同意の主体については「締約国 (Contracting State)」ではなく「両当事者 (the parties)」の同意を必要としている。このような点で、BITをそれ自身が仲裁合意をなしていると見ることは難しい。J. Fouret, "Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration?," *Journal of International Arbitration*, vol.24 (2007), pp.80-87.

⁶ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007, p.100. Available at < http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf > (last visited at February 27, 2008), p.100. とりわけICSIDに基づく仲裁判断は、すべてのICSID加盟国において自国の確定判決と同等なものとして自動的に承認・執行されることとなっている(第54条)。それ以外のUNCITRAL規則による仲裁判断などは、1958年外国仲裁判断の承認及び執行に関するニューヨーク条約および各国国内法に従って執行されることになる。See Ch. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2005, pp.1100-1108.

⁷ 国際投資仲裁は必ずしも投資家の本国政府による外交的保護を代替するわけではないが、現実的には外交的保護による介入の必要性と機会を縮減するものであることは確かである。実際、投資仲裁に関する諸条約においては一般に、投資仲裁が行われている場合には投資家の本国は外交的保護を行使することが禁じられている(例えば、ICSID条約第27条1項)。See Z. Douglas, "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *British Year Book of International Law*, vol.74 (2003), pp.160-184.

に至ったものと言える⁸。

もっとも、こうした方式の採用は他方で、投資受入国に対して必ずしも予期していなかった負担を生じさせることにもなっている。投資契約中の仲裁条項に基づく場合には、当該仲裁に付託されうる係争事項（管轄権の事項的対象）は当然に当該契約違反をめぐる請求に限られ、また請求を提起する主体も当該契約の相手方に限られる。しかし、多くの条約仲裁の場合には仲裁付託に対する投資受入国の同意が事前かつ包括的に与えられているために、投資活動に消極的な影響を与える（投資保護協定に基づく保護に欠けると主張しうる）ものである限り、およそ国内政策の実施措置全般について、条約仲裁に付すことが可能となっている（この点については、補論「投資保護条約における条約仲裁条項の類型」を参照）。実際にも、国内環境保護に必要な自然保護区域の設置が、当該地域に工場の建設を予定してなされた投資に対して損害を与えるものであるとして外国投資家が条約仲裁に訴える例が見られるようになってきている⁹。また、投資受入国に直接投資を行った企業の本国と投資受入国の間に投資保護協定がない場合にも、当該企業の株主（親会社）が自らの本国と投資受入国との投資保護協定を根拠として訴える例も、頻繁に見られるようになってきている¹⁰。その結果、投資受入国はその国内政策の実施一般に関して投資保護協定による規律に服することを求められ、投資保護協定の締結時には予期していなかった賠償および裁判費用の支払いを迫られる危険にさらされているとも指摘されるようになってきている¹¹。

投資家による条約仲裁の積極的な利用が、はたして「危険」視されるべきものであるのか、現在の投資仲裁に関わる条約規定がそうした危険性を不可避的にもたらすものであるのかについては、各事案の事情、投資保護協定に定められた実体的な保護に関わる基準（内国民待遇、最恵国待遇、収用に対する補償、約束の遵守など）と条約仲裁に関わる手続規定とを総合的に検討した上で、確認されなければならないものではある。しかし、ボリビアによる ICSID 条約からの脱退通告に示されるように¹²、投資受入国がそうした懸念と不信

⁸ 投資協定の締結をめぐる背景的な事情については、次を参照。G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 2007, pp.38-44.

⁹ See e.g. *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru v. Republic of Peru*, Award, February 7, 2005, ICSID No. ARB/03/04; *Methanex Corporation v. United States of America*, First Partial Award, August 7, 2002.

¹⁰ See e.g. *Azurix v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, December 8, 2003, ICSID Case No. ARB/01/12.

¹¹ Van Harten, *op.cit.*, *supra* note 8, pp.4-6, 94, 120.

¹² ボリビアは2007年5月2日、ICSID条約からの脱退を通告し、また自身がこれまでに締結したBITの見直しを検討することとしている。なお、ボリビアの脱退は、ICSID条約第71条に従い、脱退通告の6ヶ月後、2007年11月3日に確定したが、それは通告日以前になされたICSID仲裁への付託に影響を及ぼすものではない（同第72条）。

なお、ボリビアの脱退を契機に、ICSID条約からの脱退がICSID仲裁を予定するBITに及ぼす法的効果が議論されるようになってきている。BITをあくまで投資受入国による仲裁付託への「提案」にすぎないと解する場合には、投資家による仲裁付託が行われていない段階では、いまだ「両当事者が同意を与えた」場合にはあたらないため、ICSIDから脱退しても、それは同条約に

を条約仲裁に対して覚えはじめていることは確かである。

ICSID 条約からの脱退は極端な例であるとしても、少なくとも条約仲裁が不当な負担を及ぼす危険性を多くの投資受入国が感じていることは、条約仲裁が提起された際にはほぼ例外なく、投資受入国から「管轄権に対する抗弁(objections to jurisdiction)」あるいは「受理可能性に対する抗弁(objections to admissibility)」が提起されていることから見て取れる¹³。こうした抗弁は投資契約に基づく仲裁においても問題となりうるものではあるが、条約仲裁のように、不特定の投資家が一方的に受入国を訴えることによって形成される「擬制された合意(constructed consent)」に基礎づけられる投資仲裁との関係では、それは合意の「擬制」的性格が行きすぎたものではないか¹⁴、仲裁手続の介入が正当性を保ち得るものであるかを点検することを求める、投資受入国の側からの要請と見ることができる

そこで本稿では、これら投資受入国が提起する各種の抗弁事由を取り上げ、条約仲裁における合意の「擬制」的性格に着目しつつ、これまでの仲裁例を比較検討することとしたい¹⁵。

なおその前に一般的な事項、すなわち、条約仲裁における管轄権の構造、管轄権判断における推定の問題と、管轄権に対する抗弁と受理可能性に対する抗弁の概念的区別について確認しておくのが便宜であろう。

2. 条約仲裁の基礎としての合意とその解釈

より禁止されている仲裁付託に対する同意の一方的な撤回にはあたらない。それに対し、BITを単に投資受入国の側からの提案としてだけではなく、投資家の本国による自国民たる投資家のための受諾でもあると解する場合には、BITの締結により「両当事者が同意を与えた」こととなるため、投資受入国が ICSID 条約から脱退した後もなお同意は存続し、ICSID 仲裁への付託が可能とされる。これらの内、後者の立場については、条約仲裁手続の性質の捉え方という点においても、また ICSID 条約の解釈という点においても、疑問があり適当なものとは思われない。See Fouret, *op.cit.*, *supra* note 5, pp.71-87.

¹³ こうした抗弁の妥当性は、援用される投資保護条約とともに、依拠される仲裁手続規則により、ICSID 条約第 25 条、UNCITRAL 規則、ICC 規則などに定められる条件に従って判断される。

¹⁴ こうした擬制は、国際投資仲裁への国家の同意を規定していない BIT に関する紛争について、最恵国待遇条項を通じて当該同意が均霑されるとする場合にもっとも顕著に顕れる。B. Stern, “ICSID Arbitration and State’s Increasingly Remote Consent: Apropos the *Maffezini* Case”, S. Charnovitz *et als eds.*, *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano*, 2005, pp.241-260.

¹⁵ 条約仲裁における合意の擬制的性格とその問題性は、国家の仲裁への「同意」を最恵国待遇条項の援用によって基礎づけようとする場合にもっとも顕著となる。それゆえ、最恵国条項による管轄権の基礎付けの妥当性は管轄権に関する重要な問題の一つではあるが、この問題の焦点は「国際投資仲裁による救済の保障」が最恵国待遇の対象となる「待遇」に含まれるかという点にある。Santulli, *op.cit.*, *supra* note 5, 2005, pp.127-128. そのため本稿では、この問題については以上の指摘を行うに留め、その検討は最恵国待遇に関する検討に譲ることとする。参照、西元宏治「投資仲裁における最恵国待遇条項の解釈適用」経済産業研究所ディスカッションペーパー（2008年）。

(1) 条約仲裁における管轄権の構造

仲裁手続の基礎は当事者間の「合意」にあり、それに基づくかぎりにおいて仲裁廷は管轄権を有し、判断を下すことができる。条約仲裁の場合、仲裁合意は投資保護条約に示された投資受入国の同意内容に対して投資家がそれを受諾する旨の同意を示すことにより形成されるため、その管轄権の射程は投資保護条約の関連規定により画されることになる。そうした関連規定においては人的管轄 (*jurisdiction ratione personae*)、事項管轄(*jurisdiction ratione materiae*)、時間管轄(*jurisdiction ratione temporae*)などに関する投資受入国の同意が示され¹⁶、それらの条件を欠く場合にはそもそも投資仲裁の基礎となる十分な合意が存在しないこととなる¹⁷。

もっとも、多くの投資保護条約では必ずしも仲裁に関わるすべての事項について画一的な内容を定めているわけではなく、例えば、仲裁に付しうる紛争について単に「投資に関する紛争」としたり、あるいは請求事項について明示的に条約や投資契約違反に基づく請求や投資受入国当局による投資に関する許可 (*authorization*) の解釈に関する請求をも認め、いずれによるかは投資家の選択にゆだねるとしたりするものが少なくない。また、適用されるべき仲裁手続規則 (仲裁廷) についても、ICSID 条約および ICSID 仲裁規則、UNCITRAL 仲裁規則、あるいは ICC 仲裁規則などにつき、投資家の選択に任せる例も少なくない。こうした場合には、投資受入国の「提案」のうち、投資家が選択した範囲において仲裁「合意」が成立することになる。

条約仲裁の管轄権はこのような仲裁「合意」にその基礎を有し、その限りにおいて行使されるわけであるが、もっとも、条約仲裁はそれのみに基づいて行われるわけではない。条約仲裁はあくまで投資保護条約や ICSID 条約などの関係する国際法に基づいて実施される紛争処理手続であるために、そうした仲裁「合意」もそれら諸条約の関連規定による制約に服することになる。

例えば、ICSID 条約第 25 条は、「センターの管轄 (*Jurisdiction of the Centre*)」として、「センターの管轄は、締約国・・・と他の締約国の国民との間で投資から直接生ずる法律上の紛争・・・に及ぶ」ものとしている。そのため、投資保護協定において ICSID 仲裁手続による条約仲裁が予定されている場合であっても、実際に条約仲裁の管轄権が認められるた

¹⁶ 投資保護協定における実際の規定ぶりについては、次を参照。UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007, pp.100-114. See *supra* note 6.

¹⁷ 保護の対象となる投資財産につき、それが受入国の国内法に従って承認されたものでなければならぬとの条件が投資保護協定に規定されることがあるが、それも一つの管轄条件と解されるため、国内法上違法になされた投資に対して侵害が加えられたとしても、当該侵害については仲裁に付託することができないものとされる。Bernardini, *op.cit.*, *supra* note 5, p.103. なお、受入国が投資活動に対して当初は適法なものとして承認を与えている場合には、後に承認が撤回されても、当該条件は満たされるものと判断されている。SPP v. Arab Republic of Egypt, *Decision on Jurisdiction of 27 November, 1985*, ICSID Reports, vol.3 (1995), pp.123-124.

めには、①投資から直接生じた紛争であること、②法律上の紛争であること、③原告当事者が他の締約国の国民であることなどの条件が満たされなければならない¹⁸。ただし、ICSID 条約は、例えば「投資」の定義についてはもっぱら「経済開発のための国際協力」の一環として行われる投資活動を想定しているに留まり、保護の対象となる投資の範囲は投資保護協定による特定化に委ねている¹⁹。仲裁手続の当事者能力を認められる「締約国の国民」の範囲についても同様である²⁰。

こうした大枠の下で、ICSID 仲裁は各投資保護協定の定める条件を満たす場合にはじめて、自らの管轄権（ICSID 条約の用語法に従えば *competence*²¹）を認められ、本案事項に関する審理を行い、判断を下すことができる。このような意味において、ICSID 仲裁の管轄権は、ICSID 条約および各投資保護協定、および投資家の同意により複合的に構成されていると言える²²。

ところで、投資保護条約には管轄権の射程に関する規定の他にも、実際に条約仲裁を開始するために満たされるべき諸条件が定められている。例えば国内的救済手続の完了や、あるいは国内裁判手続へ付託した請求の取下げ、また条約仲裁への付託前における事前協議や調停手続の試みなどがあるが、そうした条件は各投資保護条約により様々である。これら諸条件については仲裁手続に対する投資受入国の同意の一部（あるいは同意の条件）として捉えられないわけではないが、しかしそれらはむしろ当事者の仲裁「合意」とは独立して仲裁手続を規律するものとして投資保護条約が定めた手続規定と捉えるのが適当であろう。それら諸条件の適用は投資家による「受諾」に依存するわけではなく、投資保護条約に基づく条約仲裁について当然に適用されるべきものである。その点において、それら諸条件は後述する受理可能性に関わる条件として扱うのが適当であろう²³。

（２）管轄権判断における仲裁「合意」の解釈

国際投資仲裁に限らず、国家はその主権を根拠として、自らの国際裁判手続への同意（管轄権の受諾）は例外的なものであるとの立場を示している。そのため、多くの場合に国家は、仲裁に対する同意は厳格かつ制限的に理解されなければならない、不明確な点が残され

¹⁸ Schreuer, *op.cit.*, *supra* note 6, pp.82-252.

¹⁹ *Ibid.*, pp.121-125.

²⁰ 法人が「締約国の国民」に該当するか否かについては、その認定基準をめぐって争われることが多く、学説上も様々に論じられている。この点については、次を参照。伊藤一頼「投資仲裁の対象となる投資家／投資財産の範囲とその決定要因」*RIETI Discussion Paper Series 08-J-011*（2008年）。

²¹ 参照、ICSID 条約第 41 条。

²² See e.g. *Ioannis Kardassopoulos and Georgia, Decision on Jurisdiction, July 6, 2007, ICSID Case No. ARBB/05/18, paras.99-261.*

²³ 後述、2.（3）管轄権に対する抗弁と受理可能性に対する抗弁の概念的区別、および 4.（1）事前協議要件に関する抗弁、を参照。

ている場合には、自らの立場に有利な推定を働かせるべきであると主張することが多い。しかし、これまでの仲裁例においてはこうした立場は端的に退けられており、仲裁法廷としては制限的にも、拡張的にも推定を働かせることなく、ただ当事者の共通の意思(common intention)を見出すように解することが求められる、との立場を示している。例えば、アムコ事件においては次のように判示されている²⁴。

In the first place, like any other conventions, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common intention of the parties : such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle pacta sunt servanda, a principle common, indeed, to all system of internal law and to international law.

Moreover - this is again a general principle of law - any convention including conventions to arbitrate, should be construed in good faith, that is to say by taking into account the consequences of their commitments the parties may be considered as having reasonably and legitimately envisaged.

こうした立場は、当初は、国家契約中の仲裁条項の解釈について示されたものであるが、今日では条約仲裁についても妥当するものとされている²⁵（もっとも、実際の仲裁例においてこうした中立的な態度が維持されているかについては、疑問視する見解もある²⁶）。

国家として自ら「一般的同意(open consent)」を与えたとはいえ、国家主権の尊重を求めることは、国家が一定の領域内における統治に関して任された自らの責任を果たすための自由をその内実とする限りにおいては、必ずしも不当なものではない²⁷。しかし、外国投資家に対して条約仲裁による救済に対する期待を与えた以上は、少なくとも管轄権の基礎たる合意を一般的に制限的に解釈するよう要請する根拠として国家主権を援用することを認めることは適当ではないであろう²⁸。国家主権の尊重という問題については、個別の事案における具体的な事情に則して国家主権として主張される内実を吟味しつつ、事案に応じて受理可能性、あるいは責任の内容やその阻却の問題として扱われるべきものと思われる²⁹。

²⁴ *Amco Asia and Others v. Republic of Indonesia, Award on Jurisdiction, 25 September, 1983, ICSID Case No. ARB/81/1, para.14 (i)*. 強調は原文。もっとも、本件仲裁判断については、ICSID 条約第 25 条 2 項 b における合意（自国法に基づいて設立された会社につき資本的支配関係に基づき外国会社と取り扱うことに関する合意）の判断に関しては、あまりに投資保護に有利な推定に基づく判断を下しているとも批判されている。Sornarajah, *op.cit.*, *supra* note 5, p.201.

²⁵ See *SOABI v. State of Senegal, Decision on Jurisdiction, 1 August, 1984, ICSID Case No. ARB/82/1, para.4.09*; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. Slovak Republic, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, ICSID Case No. ARB/97/4, para.34*; *Mondev v. United States of America, Award, ARB(AF)/99/2, paras.42-43*.

²⁶ Van Harten, *op.cit.*, *supra* note 8, pp.5-6, 121-151.

²⁷ See J. Paulsson, “What Authority Do International Arbitrators Have over States?”, in *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, 2005, pp.132-165; D.W. Drezner, “On the Balance Between International Law and Democratic Sovereignty”, *Chicago Journal of International Law*, vol.2 (2001), pp.321-336.

²⁸ Cf. S. Manciaux, *Investissement étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, 2004, pp.204-206.

²⁹ 仲裁手続きにおける国家主権の尊重という問題がもっとも端的に表れるのは、いわゆる「仲

(3) 管轄権に対する抗弁と受理可能性に対する抗弁の概念的区別

定義上の区別

管轄権に対する抗弁と受理可能性に対する抗弁の概念的区別については、国際司法裁判所の裁判実践を通じて形成されたものであり、学説上も種々の見解が見受けられる³⁰。そのために両者の区別は必ずしも確立しているわけではないものの、概して言えば、前者は係争事案における管轄権の存在を否定する事由であるのに対し、後者は本案に関する管轄権の行使を妨げる事由とすることができる³¹。管轄権に対する抗弁には、管轄権に付せられた人的、事項的、時間的條件など、その対象範囲に関する抗弁が挙げられるのに対し、受理可能性に対する抗弁には請求の形式や手続の不遵守、原告適格あるいは訴えの利益の欠如、また国内的救済の未完了などが挙げられる。

法的効果における相違

管轄権と受理可能性に関するこのような概念的区別はまた、その法的効果においても重要な違いを伴う。例えば、管轄権の抗弁が認容される場合には一律に訴えは却下されるのに対し、後者の場合には、管轄権の行使を妨げる事情が失われるまで手続を一時的に停止するに留めることもあり得る³²。

また、管轄権と受理可能性とでは裁判所の決定内容が異なることから（前者は係争事案に関する管轄権を基礎づける合意が存在するか否か、後者は有効に成立する管轄権の行使が適法なものか否か）、両者の違いは仲裁判断の既判力にも重要な影響を及ぼさう。例えば、子会社による投資事業が被った損害を根拠としてその親会社が請求を提起したのに対し、被告国が親会社の「他の締約国の国民」にあたらぬことを理由として管轄権に対す

裁可能性(arbitrability)の問題である。各国の国内法においては、私的紛争処理手続である仲裁によって国家による公的規制が回避され、公益を害することがないように、一定の事項に関わる紛争については仲裁によることができないこととし、またそうした事項に関わる仲裁判断についてはその承認を拒否することができることとされている。国際投資仲裁においても、仲裁地法あるいは準拠法とされる国内法に従って仲裁可能性が判断される限りは、これは各国内法の解釈問題とすることになる。参照、高桑昭『国際商事仲裁法の研究』信山社（2000年）313-314頁。ただ、条約仲裁は国際法に依拠する面があることから、こうした国内法上の仲裁可能性の問題とは別に、国際法における公序(ordre public)に照らした固有の仲裁可能性が問題となりうる。

Sornarajah, *op.cit.*, *supra* note 5, pp.179-194. See *supra* note 2.

³⁰ G. Fitzmaurice, *The Law and Practice of the International Court of Justice*, 1986, pp.438-439; J. Collier & V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, 1999, pp.155-156. Cf. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th edition, p.457.

³¹ C.F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, 2003, pp.241-242; Santulli, *op.cit.*, *supra* note 5, pp.145-146; 杉原高嶺『国際司法裁判制度』有斐閣（1996年）247頁。

³² *The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Order No.3 of 24 June 2003 by Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and Article 1 of Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea.

る抗弁を提起した場合、仲裁廷が当該抗弁を退け管轄権を認める判断を下したならば、既判力の原則により、被告国はもはや改めて管轄権を争うことはできない³³。しかし、この場合でも被告国は親会社が「訴えの利益」を欠くことなどを理由として受理可能性を争うことは妨げられない。既判力はあくまで「同一の係争事項」について及ぶものであり、仲裁廷が管轄権のみについて決定している場合には、管轄権とは異なる訴訟要件としての受理可能性の問題には、既判力は及ばないためである³⁴。

投資仲裁における妥当性

³³ ICSID 仲裁規則第 55 条 3 項は、投資仲裁においても既判力の原則が妥当することを意味するものとされる。そのような理解から、仲裁判断の取り消し後になされた再請求における管轄権に対する抗弁につき、実際に既判力を根拠に退けたものとして、次を参照。 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction of November 14, 2005, ICSID Case No. ARB/97/3*.

³⁴ あくまで日本の民事訴訟法学における見解ではあるが、本案判決とは異なり、訴訟判決における既判力については遮断効が働かず、「訴え却下の訴訟判決は、訴えの不適法一般を確定するわけではなく、却下事由とされた具体的な訴訟要件の欠缺により訴えが不適法である点にのみ既判力を生じさせる。・・・かくして、例えば訴の利益なしとして却下された場合には、訴の利益欠缺の点にのみ既判力が生ずる。当事者適格、当事者能力、仲裁契約の不存在、等々の他の訴訟要件には既判力（遮断効）が生ぜず、再訴での審理を妨げられない」とされる。高橋宏志「既判力と再訴」『三ヶ月章先生古希祝賀 民事手続法学の革新 中巻』有斐閣（1991 年）527 頁。

なお、既判力が判決主文に及ぶことは当然であるが、遮断効の及ぶ具体的範囲については、国内法上も争点効理論の妥当性および信義則の適用をめぐる議論のあるところである（参照、新堂幸司「判決の遮断効と信義則」『三ヶ月章先生古希祝賀 民事手続法学の革新 中巻』有斐閣（1991 年）477-519 頁）。

国際判例においては、国際司法裁判所が近年、ジェノサイド条約適用事件判決において、既判力に関しては、①主文の決定事項とそれに必然的に伴う事項、②周辺的・二次的事項、③まったく決定されていない事項を区別しなければならず、既判力は①についてのみ生じるとの判断を示している。①にあたるか否かは、判決が下された文脈に即してして判断するものとされる。 *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, 26 February 2007, paras.124-126*. 参照、玉田大「国際裁判における既判力原則」国際法外交雑誌第 106 巻（2008 年）28-34 頁。

本件について国際司法裁判所は既に、被告国たるセルビア共和国（提訴時はユーゴスラヴィア連邦共和国。2006 年にモンテネグロ共和国との連邦が解消された際、セルビア共和国がユーゴスラヴィア連邦共和国の後継国であることが確認されている）が提訴時（1993 年）にジェノサイド条約の当事国であったとし、同条約第 9 条に基づき管轄権を認める判決（1996 年判決）を下していた。しかし、判決後の 2000 年に、国連がユーゴスラヴィア連邦共和国の加盟申請を承認したことを捉え、当該事実により同国が本件提訴時の 1993 年においては国連加盟国ではなく、またそれゆえに国際司法裁判所規程の当事国でもなかったことが明らかとなったことから、被告国はそもそも国際司法裁判所における訴訟当事者能力(capacity to be a party to the proceedings)を欠いていたことが明らかになったとし、管轄権の不存在を改めて主張した。当該主張に対して裁判所は、1996 年判決では確かに被告国の訴訟当事者能力に関する決定を明示的に扱っていないものの、しかしそれは管轄権に関する決定を下す上での必要な確認事項であり（判決 122 項および 132 項）、管轄権が認容されたことの論理的な前提としてその点は肯定的に判断されたものと解されるとした（判決 135 項）。参照、玉田大「国際裁判における判決解釈手続」岡山大学法学会雑誌第 56 巻 3・4 号（2007 年）763-773 頁及び 781-782 頁。

以上のような区別は投資仲裁においても妥当しうるものであり、実際にも、SGS v. Philippines 事件のように、事前手続の不遵守に基づく抗弁については手続の一時停止(stay)が命じられるなど³⁵、管轄権に対する抗弁と受理可能性に対する抗弁の区別に実際的な違いを認める仲裁判断が見られるようになっている。しかし、一般に従来の投資仲裁においてはこのような管轄権と受理可能性との区別はあまり意識されておらず、いずれとして提起されるにしても、管轄権に関する抗弁として処理されている³⁶。

このような状況が生じる理由の一つとしては、ある抗弁事由が管轄権に関するものであるのか、受理可能性に関するものであるのか、必ずしも明確に性格づけることができないという事情が挙げられるかもしれない。抗弁がいずれに属するものとして扱うべきかについては、個々の投資保護協定の規定ぶりや、当事者の援用の仕方などによっても異なりうる³⁷。例えば、間接投資をめぐる紛争において提起される「請求の間接性」に関する抗弁は、管轄権の事項的範囲に関する抗弁（「投資から直接に生じた」ものとする条約上の管轄要件との適合性）としても扱われうる³⁸、また原告適格の欠如に関する受理可能性の抗弁（問題とされる侵害に関する請求について訴訟を進行することに関する資格の有無）としても扱われうる³⁹。

確かにこうした問題はあるものの、しかし、管轄権に対する抗弁は管轄権の基礎たる合意の存在あるいはその射程を問題とするものであるのに対し、受理可能性は管轄権の行使を妨げる個別的事情の存在を問題とする。その点で両者はその判断の内実において異なるのであり、概念的には区別される必要がある⁴⁰。そしてこの点は、投資仲裁の判断の蓄積によって解決されるべき問題であり、両者の区別の困難さは区別を行わないことの理由にはならないと言うべきであろう。

むしろ、従来の投資仲裁において管轄権と受理可能性の区別がなされてこなかったより根本的な理由は、仲裁手続規則に必ずしも受理可能性に関する判断権限が明示的に示されていないことにある。例えば、UNCITRAL 規則に基づいて下された Methanex 事件仲裁判断においては、請求を基礎づける法的根拠の明白な欠如を受理可能性の抗弁として米国が

³⁵ *SGS v. Phillipine, Decision on Jurisdiction, 29 January, 2004, ICSID Case No. ARB/02/6*, paras.154-155, 175; *Western NIS Fund v. Ukraine, Order, 16 March, 2006, ICSID Case No. ARB/04/2*. Cf. *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, 22 April, 2005, ICSID Case No. ARB/03/3*, paras.286-290.

³⁶ *E.g. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, January 14, 2004, ICSID Cases No. ARB/01/3*, para.33.

³⁷ G. Sacerdoti, “Bilateral and Multilateral Treaties on Investment Protection”, *Recueil des cours*, tome 269 (1997), p.440; G.R. Delaume, “Consetnt to ICSID Arbitration”, in M. Andenaes and M. Footer eds., *The Changing World of International Law in the Twenty First Century*, 1988, pp.165-172.

³⁸ *Siemens v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, 3 August, 2004, ICSID Case No. ARB/02/8*, paras.145-150.

³⁹ *Ibid.*, paras.122-144.

⁴⁰ See Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-1995*, 4th edition, 2006, pp.522-539.

主張したのに対し、仲裁廷は UNCITRAL 規則においては管轄権とは別に受理可能性に関して判断する権限は与えられていないとして、米国の主張を退けた。同規則第 21 条 1 項は管轄権に関する判断権限 (*compétence de la compétence*) を与えているに留まり、黙示的権限として受理可能性に関する判断権限を肯定することは認められない、との理由である⁴¹。

一般に、ICSID 条約および同仲裁規則や UNCITRAL 仲裁規則などには管轄権に関する判断権限を明示していても、それがどのような事項に及ぶのか、また管轄権とは別に受理可能性を判断することができるのかについて必ずしも明らかではなく、また個々の投資保護協定もその点について一般には特に規定していない⁴²。そのため仲裁廷としては、提起された抗弁については一律に管轄権に関するものとして扱うこととするのが、自らが従うべき手続規則との関係でも、またそれゆえに自らを選任した紛争当事者（投資家および投資受入国）に対しても、説明しやすい。こうした事情が仲裁廷の判断に影響を及ぼしている可能性はある。

もともと、受理可能性に関する判断権限が手続規則に明示されていないという点は国際司法裁判所についても同様であり、国際司法裁判所規程は第 36 条 6 項において、「裁判所が管轄権を有するかどうかについて争がある場合には、裁判所の裁判で決定する」と定めるに留まる。この点、国際司法裁判所については、裁判所規則第 79 条 1 項が「裁判所の管轄権もしくは請求の受理可能性についてのすべての抗弁」と規定していることに着目し、投資仲裁との違いを指摘する見解もある⁴³。しかし、国際司法裁判所規程はあくまで国際司法裁判所規程に基づく裁判手続を実施するために裁判官により定められたものであることに注意する必要がある（裁判所規程第 30 条）。国際司法裁判所は、第 36 条 6 項の解釈として、その「管轄権に関する管轄権」には受理可能性に関する判断権限が含まれるとし、それを実践しているわけである⁴⁴。国際司法裁判所と投資仲裁とをむやみに同一に扱うことは避けるべきではあるが、こと受理可能性に関する判断権限について、Methanex 事件における仲裁判断が示したように、それを黙示的権限としても認めることができないとする態度は適当ではないであろう。管轄権に関する判断権限には受理可能性に関する判断権限も含まれるものと解されるであろうし、また受理可能性に関する判断権は法の一般原則あるい

⁴¹ *Methanex v. United States of America, Preliminary Award on Jurisdiction and Admissibility of 7 August 2002*, paras.96-126.

⁴² ただし、後述するように、ICSID 理事会は 2006 年に仲裁手続きを改正し、管轄権に対する抗弁とは別に、「請求が明白に法的妥当性を欠く (a claim is manifestly without legal merit)」ことを理由とする抗弁の提起を認めることとした。改正手続きや改正の経緯については、次を参照。A. Antonietti, “The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol.21 (2006), pp.427-448.

⁴³ I.A. Laird, “A Distinction without a Difference? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in *Salini v. Jordan* and *Methanex v. USA*,” T. Weiler ed., *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary interantioanl Law*, 2005, p.215.

⁴⁴ G. Guyomar, *Commentaire du règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, pp.499-500.

は裁判機関の「固有の権能(inherent power)」に基づくものとしても認められ得るものと解される⁴⁵。

この点に関し、ICSID 理事会が 2006 年に行った仲裁規則の改正が注目される。従来、ICSID 仲裁規則では先決的抗弁に関する規定は第 41 条 1 項で「管轄権に対する先決的抗弁」が定められるに留まっていた。しかし 2006 年の改正において、第 41 条は単に「先決的抗弁」とされ、同条第 5 項において管轄権に対する抗弁とは別に、「請求が明白に法的妥当性を欠く(a claim is manifestly without merit)」ことを理由とする抗弁を提起することができる旨を明示的に規定することとした。どのような事情あるいは場合が「請求が明白に法的妥当性を欠く」場合であるかは、必ずしも明らかではないが、それを広く裁判所による本案審理を妨げる事由が存在する場合と解せば、本改正は、ICSID 理事会が ICSID 仲裁の「管轄権に関する管轄権」には受理可能性に関する審査権限も含まれることを明確にしたものということができる⁴⁶。

ところで学説の中には、受理可能性に関する仲裁廷の決定は、ICSID 条約第 52 条 1 項 b に定められる取消請求の対象とならないとする見解もみられる⁴⁷。受理可能性に関する決定はあくまで管轄権を有する裁判所が下した判断により確定するのであり、審査(review)の対象とはなりえないとの理解である⁴⁸。このような理解が認められるとすれば、管轄権と受理可能性の区別はきわめて大きな実際の意義を有することになる。しかし、受理可能性に関する判断に関しても、仲裁廷は全くの裁量的判断を行うわけではなく、関連する適用法規あるいは法の一般原則に照らして受理可能性を判断することからすれば、このような見解の妥当性には疑問の余地がある⁴⁹。

3. 管轄権に対する抗弁

条約仲裁における管轄権に対する抗弁としては、原告たる投資家の条約仲裁における当事者能力に関する抗弁や（人的管轄の問題）、原告が侵害を被ったとする資産の投資該当性に関する抗弁が提起されることが多い（事項管轄の問題）。これらの抗弁の焦点は、投資保

⁴⁵ See Ch. Brown, "The Inherent Powers of International Tribunal", *British Year Book of International Law*, vol.76 (2005), pp.195-244.

⁴⁶ See Antonietti, *op.cit.*, *supra* note 2, pp.438-442.

⁴⁷ Jan Paulsson, "Jurisdiction and Admissibility", G. Aksen, *et als* eds., *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, 2005, pp.601, 608.

⁴⁸ *Ibid.*, p.602; Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, 2005, p.130.

⁴⁹ Paulsson は、国内救済未完了の抗弁は、裁判拒否のように、国内救済手続の完了によってもなお適切な救済が与えられないということが国際違法行為の構成要素（実体的要素）となっている場合には、受理可能性に対する抗弁（未成熟な請求）であるが、国内救済とは関係なく成立する国際違法行為に基づく請求の場合には、単に国際仲裁の利用を妨げる事由であるにすぎないために、管轄権に対する抗弁であるとする。Paulsson, *op.cit.*, *supra* note 47, p.616, note 4; Paulsson, *op.cit.*, *supra* note 48, pp.107-112. このような理解は、少なくとも従来の国際法学における理解とは、異なる。

護条約により保護される投資あるいは投資家（締約国の国民・企業）の範囲・定義にあるが、それらについては別途、検討することが予定されているため⁵⁰、本稿ではそれら以外にしばしば争われているものとして、「法的紛争の存在」に関する抗弁と、管轄権の時間的範囲に関する抗弁を取り上げることとする。

（１）「法的紛争の存在」に関する抗弁

「法的紛争」要件の内実

ICSID 条約は、「センターの管轄は・・・投資から直接生ずる法律上の紛争」に対して及ぶものとし（第 25 条）、付託される紛争を法的権利あるいは義務の射程および、それらの違反に基づく賠償の性質あるいは程度を争点とするもの（法的紛争）に限っている⁵¹。この法的紛争の存否それ自体が争われることはきわめて稀であるが⁵²、それはその定義から明らかかなように、法的紛争の存否はもっぱら原告当事者の請求の提起の仕方に依存することによる。投資家が投資受入国に対する請求を投資契約あるいは BIT 上の権利侵害・義務違反に基礎づけており、当該請求を投資受入国が争う態度を示している場合には、法的紛争の存在が認められるためである⁵³。

もっとも、投資家はその請求の基礎として BIT 等を援用していればそれだけで法的紛争の存在が常に認められるわけではない。条約仲裁は現実の投資紛争を処理し、解決するための手続として設置されたものであり、そのために付託される紛争は BIT 等に定められる権利侵害あるいは義務違反を実質的に問題とする現実的なものでなければならない。そのため、実際の仲裁判断例においては、紛争の存在そのものではなく、原告の請求がそもそも BIT に基礎づけられうるものであるのかなど、紛争の実態と援用された法的根拠との関連性（の欠如）が問題とされることが多い。例えば、投資契約の履行を契機として生じた紛争について条約仲裁が提起される場合においては、被告国が当該紛争はもっぱら投資契約に関する紛争であり、BIT に関する紛争としての実質を欠くとして、条約仲裁の管轄権を否定することが少なくない。

請求の法的基礎をどのように構成するかは、原告当事者の自由に任されていることからすれば、「紛争の実態」という必ずしもその把握が容易ではないものを基準として、援用された法的基礎の関連性を管轄権段階において、厳しく判断することには問題もある。援用

⁵⁰ 伊藤一頼「投資仲裁における投資家・投資財産」前掲（注 18）。

⁵¹ Schreuer, *op.cit.*, *supra* note 6, 2001, pp.101-107.

⁵² AGIP 事件では、被告国となったコンゴ共和国は収用措置に対する補償義務については認めており、その点で紛争は存在しないと主張したが、仲裁廷は原告が収用以外の損害賠償をも求めていることから、紛争がなお存続しているものと認定した。AGIP v. Congo, Award, 30 November, 1979, ICSID Case No. ARB/77/03, paras.38-42.

⁵³ 参照、杉原『前掲書』前注（31）58-159 頁。

された法的基礎の関連性を判断する上では、BIT の解釈の適否や事実関係の確認など実体的判断に踏み込まざるを得ないが、そうした判断を管轄権段階において行うことは必ずしも適当ではないためである⁵⁴。しかし他方では、BIT に基づく条約仲裁への請求提起をむやみに認めるならば、結果的に濫訴を招き、被告当事者たる投資受入国による正当な国内政策の実施が阻害されることにもなりかねない⁵⁵。

「法的紛争」要件の判断態様

こうした要請を如何に調整し、管轄権に関する判断を下すかについては、Savarese によれば、従来の投資仲裁の判断は3種の類型に区別される⁵⁶。第一は、管轄権段階においても原告の主張する事実が援用する条約規定の違反を構成するものであるかを厳格に審査するとするものである。第二は、事実関係に関する詳細な情報の欠如を理由として、管轄権判断を本案判断に併合するものである。そして第三は、原告当事者がもっともらしく(in a plausible manner)請求の基礎を BIT に基礎づけられればよいとするものであり、請求認容に関する抽象的な蓋然性を示しうるものであればよい、とするものである。

管轄権判断を本案に併合する第二の判断態様はここでの問題自体を回避するものであるため、実質的には第一と第三の判断態様がこれまでの仲裁判断においては見られるということになる。

もっとも、第一の判断態様と第三の判断態様については、一見して思われるほどの違いは、実際においては見られないように思われる。第一の判断態様においても、仲裁廷は確定的な事実認定および条約規定の解釈適用を行うわけではなく、原告当事者の示す事実関係が援用する条約規定との間で明白に関連性を欠くか否かを審査するのであり、実質的には第三の判断態様と裏表の関係にあると見ることができる。例えば、Savarese は第一の判断態様の例として *Salini v. Jordan* 事件を挙げるが、本件においてはヨルダン政府が、原告による請求は契約違反をその本質的基礎(essential basis)としており、そのために BIT 違反(公正待遇義務)に基づく請求として認めることはできないとして管轄権を争った。仲裁廷は「管轄権の判断基準は客観的なものであり、それに答える際には援用された条約規定の確定的な解釈が必要なこともあり得る」⁵⁷と指摘しつつ、「原告当事者によって主張された事実が確認されたとしたならば、援用された BIT の諸規定の対象となりうるもの(capable of coming

⁵⁴ この点を、受理可能性概念の固有性の問題との関係で指摘するものとして、次を参照。Laird, *op.cit.*, *supra* note 43, pp.206-221.

⁵⁵ See *Salini Construtti S.p.A. and Italstrade S.p.A. and The Hashemite Kingdom of Jordan, Decision on Jurisdiction, November 29, 2004, ICSID Case No. ARB/02/13*, paras.136-137.

⁵⁶ E. Savarese, "Investment Treaties and the Investor's Right to Arbitration between Broadening and Limiting ICSID Jurisdiction", *Journal of World Trade Investment & Trade*, vol.7 (2006), pp.413-415.

⁵⁷ *Salini Construtti S.p.A. and Italstrade S.p.A. and The Hashemite Kingdom of Jordan, Decision on Jurisdiction, November 29, 2004, ICSID Case No. ARB/02/13*, paras.142.

within those provisions of the BIT which have been invoked)であるか否か」を判断しなければならないとした⁵⁸。その上で本件においては、Salini 社は契約違反に関する事実とは別に、公正待遇義務の違反を基礎づける事実に基づく基礎については何らの証拠も示さなかったことから当該基準を満たしていないために、この点に関しては管轄権を有しないとの判断を下した⁵⁹。本件において Salini 社が公正待遇義務違反に関する事実関係を主張していたならば、裁判所は当該事実が条約違反を構成する可能性のあるものか否かを判断することとなったと思われるが、それは第三の判断態様となら変わるところはない。また本件仲裁廷自身も、上記のような判断態様は過去の投資仲裁における裁判例や国際司法裁判所においても採られてきたものであるとの認識を示している⁶⁰。

いずれにせよ、Salini v. Jordan 事件仲裁判断以降の仲裁例においては、このような判断態様が踏襲されるようになっていく。例えば Impreglio 事件では Salini v. Jordan 事件仲裁判断とほぼ同様の判断が下されている⁶¹。また、Saipem 事件において仲裁廷は、上記の判断態様を確認した上で、そのような判断を行うために裁判所は、「関連する BIT 規定の意味と射程の決定および主張された事実がそれらの規定の違反を構成しうるか否かに関する評価の双方に関して、表見性(prima facie)の基準を適用する」とした⁶²。そして「その際、裁判所は

⁵⁸ Ibid., para.151.

⁵⁹ Ibid., paras.152-163.

⁶⁰ ギリシャ人船主であったアンバティエロスと英国政府との間に生じた船舶の購入契約に基づく船舶の引渡の遅延を契機とする損害賠償が問題となったアンバティエロス事件では、ギリシャ政府が 1886 年の英＝ギリシャ通商航海条約を基礎とした請求を提起するとともに、同議定書の定める仲裁付託規定およびそれを確認した 1926 年宣言に従い、仲裁委員会への紛争付託を求めた。それに対し英国政府は、1886 年条約に基づく紛争を仲裁委員会へ付託するためには、請求が「現実にあるいは真正に(actually or genuinely)」1886 年条約の違反に基づくものでなければならないところ、ギリシャ政府の請求は実際には明白に同条約に関係していないとした。この点に関する判断を求められた国際司法裁判所は、本案事項に過度に踏み込むことなく、しかし、管轄権の対象となる紛争としての実質を有するものであるかを判断する上では、原告当事者がその請求を疑問の余地のない法的根拠(unassailable legal basis)に基礎づけられている必要はなく、十分に確からしいと認められる程度 (sufficiently plausible character)のものであればよいとの判断を示し、英国の主張を退けた。Ambatielos case (merits: obligation to arbitrate), Judgment of May 19th, 1953, ICJ Reports 1953, p.18.

また、米国が自国船舶への攻撃に対する自衛行動として行ったイラクの油井施設に対する攻撃についてイランが両国間の通商航海条約違反を訴えた油井事件や、NATO 諸国による空爆をユーゴスラビアがジェノサイド条約違反として訴えた「武力行使の合法性」事件においては、国際司法裁判所は、付託された紛争を援用された条約違反に関する紛争であるかを判断する上では、単に一方の当事国が当該紛争の存在を主張しているだけでなく、当該国家の主張する違反が援用された条約規定が対象とするものであり(fall within the provisions)、それゆえに裁判所の事項管轄の対象となるものであるか否かを確認しなければならない、との態度を示した。Oil Platform Case, ICJ Reports 1996 (II), p.810, para.16; Legality of Use of Force, ICJ Reports 1999 (I), p.490, para.25.

⁶¹ Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, April 22, 2005, ICSID Case No. ARB/03/3, paras.235-254.

⁶² Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, March 21, 2007, ICSID Case No. ARB/05/07, para.91.

Saipem 社の主張が見たところ合理的に論じられうるものであるか否かを評価し、その結果が肯定されるものであるならば管轄権が認められる。しかし、違反の存在は本案において争われるものとして残される」として⁶³、判断態様の明確化を図っている。

また、このような立場は、ミナママグロ事件仲裁判決において示された立場とも軌を一にするものでもある。同事件は、南太平洋におけるミナママグロ資源の保存管理のために設立された地域的漁業機関であるミナママグロ保存委員会において年間総漁獲量 (TAC) を算定する基礎となる科学的データをめぐり日本とオーストラリアおよびニュージーランドとの見解が対立し、国別割当が決定できない状況となったことを受けて日本が単独で調査漁獲を実施したのに対し、後二国が国連海洋法条約違反を主張して同条約附属書VIIに基づく仲裁裁判へ訴えたものである。日本は本件提訴に対し、本紛争はもっぱらミナママグロ保存条約に関するものであり、同条約の定める紛争処理手続が適用されるとして、国連海洋法条約の定める義務的管轄規定の適用を否定した。この点につき仲裁裁判所は、「管轄権を確認するためには、提起された請求が問題とされている条約の法的基準（それは管轄権を判断する裁判所によって決定される）に合理的に関係する、あるいはそれらに照らして評価されうるものでなければならない。・・・本件においては、紛争当事者の間における「真の紛争」が合理的に（かつ、僅かなものではない程度において）違反を申し立てられている条約に定められた義務に関係するものであるか否かを決定する」ことが求められる、との判断を示している⁶⁴。

なお、原告当事者が請求の基礎を慣習国際法に求めている場合には、当該慣習国際法の存在について裁判所は上記の基準に基づく判断を行うことになる。例えば、競争規制に関する不当な待遇が問題とされた UPS 事件において、原告当事者が NAFTA1105 条の定める「国際法に基づく最低待遇基準(minimum standard treatment)」の保証義務違反を請求の基礎としたところ、仲裁廷は本件請求について管轄権が認められるためには競争規制に関する慣習国際法の存在が認められなければならないとし、そのような慣習国際法の存在を認めることはできない以上、その点に関して裁判所は管轄権を有しないとの判断を示している⁶⁵。

以上のような、事項管轄該当性に関する判断基準あるいは判断態様は、紛争の法的構成

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v. Japan), Award on Jurisdiction and Admissibility of August 4, 2000, para.48.* 裁判所は、結論的には、本件はみなみまぐろ保存条約と国連海洋法条約双方に関わる紛争であると認定した上で、前者の紛争処理規定により後者の義務的管轄手続が排除されていることを認め、管轄権を否定した。*Ibid.*, paras.53-71. 参照、A. Kanehara, “Determination of the Dispute in the Southern Bluefin Tuna Case”, 立教法学第 60 号(2002 年) 127-156 頁; 河野真理子「みなみまぐろ事件仲裁判決の意義」国際法外交雑誌第 100 巻(2001 年) 341-375 頁。

⁶⁵ *United Parcel Service of American Inc. and Government of Canada, Award on Jurisdiction, 22 November, 2002, paras.71-99.*

に関する原告当事者の自由および管轄権審理における本案判断の回避と、濫用的提訴による弊害の防止という二つの要請に鑑みた場合には適切なものと思われる。しかし、紛争の効率的処理といった紛争処理手続としての条約仲裁の目的などの観点からさらに検討し、精緻化を図る必要は残されている。例えば事案によっては管轄権判断のみを切り離して審理するよりも、本案審理に併合する方が時間的にも費用的にも効率的な場合がありうることなどが指摘されている⁶⁶。こうした点をもふまえつつ、管轄権判断に関する審理を本案審理に併合する際の基準などが今後、明らかにされる必要がある。

(2) 時間管轄に対する抗弁

時間管轄の判断基準

条約仲裁や国内投資保護法においては、投資仲裁における管轄権に対する国家の同意が一般的に与えられるために、その時間的な対象範囲が必ずしも明らかではない。むしろ、BITの中にはあらかじめ時間的な対象範囲について明確に規定しているものもある。例えば、Maffezini 事件において管轄権の基礎とされたアルゼンチン＝スペイン BIT は、「本条約はその発効以前に生じた紛争あるいは請求には適用されない」ことを明示している（2条2項）⁶⁷。しかし、BITあるいは国内投資保護法には仲裁の管轄権に関する時間的な対象範囲を画する、こうした明示的な規定を有しないものも多く、そうした場合には、BITあるいは国内法の解釈を通じて、原告による付託事項について仲裁廷の時間管轄が及ぶか否かが判断されることになる。

こうした BIT の関連規定および国内投資保護法の解釈がともに争点となった事案として、Tradex 事件がある。本件は、ギリシャ法人である Tradex 社がアルバニアによる収用を問題として、ギリシャ＝アルバニア BIT に加えて、アルバニアの投資保護法に基づき、仲裁付託を行ったものである。Tradex 社はアルバニア政府との協議に基づき、同国国有企業である T.B.Trovista 社と農業生産技術開発に関する合弁事業を 1992 年に開始したが、その後、事業用地の一部がアルバニア政府に帰すべき事由により利用が不可能となった。そのため Tradex 社は、アルバニア政府に対して書面を通じて事態の改善を要請したものの、翌 1993 年には合弁事業を解消せざるをえなくなったため、1994 年にアルバニア政府による違法な収用を請求の基礎として仲裁付託を行った。

⁶⁶ J.Y. Gotanda, “An Efficient Method for Determining Jurisdiction in International Arbitrations”, *Columbia Journal of International Law*, vol.40 (2001), pp.11-42.

⁶⁷ *Emilio Agustín Maffezini and The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000, ICSID Case No. ARB/97/7, paras.90-98.* こうした限定が、BIT とは別に交換公文の形式で加えられる場合もある。S. Manciaux, “Existence d’un différend et compétence ratione temporis du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes”, *Revue de droit des affaires internationales*, 2006, n.6, p.795.

本件において仲裁廷は、まずギリシャ＝アルバニア BIT につき、同 BIT 第 10 条 4 項が「いずれかの締約国と他方の締約国の投資家との間の紛争は調停または仲裁による解決のために国際投資紛争解決センターに付託される(disputes ... shall be submitted)」と将来的な適用を意図した文言(shall)により規定している点に着目し、本規定に基づき仲裁廷に管轄権が認められるかを判断するための基準時は、仲裁付託時であるとした。その上で、本件では 1994 年に仲裁付託がなされているところ、ギリシャ＝アルバニア BIT は 1995 年 1 月になってはじめて発効したことを指摘し、本件においては同 BIT に管轄権の基礎を求めることはできないとした⁶⁸。

次いでアルバニアの国内投資保護法については、同法第 8 条 2 項が「収用・・・に関する紛争が生ずる場合には(if the dispute arises)、外国投資家は・・・国際投資紛争解決センターに紛争を付託しうるものとし、アルバニア政府は当該付託に同意する」と規定している点に着目し、本規定に基づく管轄権を判断する上では、「紛争の発生時」が判断の基準時となるとした。この点、本件においては Tradex 社はすでに 1992 年から 1993 年にかけてアルバニア政府に事態への対処を求める書簡を送っており、1993 年には紛争は既に発生していた。しかし、投資保護法は 1994 年 1 月にはじめて発効したものであったため、単に紛争の発生時のみに着目するならば、本件においては投資保護法に基づいても管轄権は認められないということになる。しかし仲裁廷は、アルバニア法の規定する「一の場合には(if)」という用語は時間的限定を示すもの、つまり制定時以前に発生した紛争を排除するものとのみ解することはできず、むしろ単に「紛争が発生していること」という条件を示したものと解するのが適当であるとの理解を示した。その上で、本件ではたとえ投資保護法の発効以前に発生したものであっても、同法の発効した時点において継続する紛争もその適用対象となりうるとし、本件における管轄権を肯定した⁶⁹。本判断については、仲裁付託に関する国家の同意を示す規定については限定的な解釈を採用すべきであるとの立場から、投資家の保護に偏った判断であるとの批判もある⁷⁰。しかし、本件において問題となった 1993 年法においては、その第 1 条が 1990 年以降になされた投資をもその保護対象とすることとしており、仲裁判断もその点を特に指摘していることをふまえれば、そうした批判はあたらぬと言ふべきであろう。

紛争の発生時の認定

このように、管轄権の時間的対象範囲は、援用される BIT あるいは国内関連法令の個々

⁶⁸ *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, Decision on Jurisdiction, December 24, 1996, ICSID Case No. ARB/94/2, pp.28-31.*

⁶⁹ *Ibid.*, pp.41-60.

⁷⁰ Manciaux, *op.cit.*, *supra* note 28, 2004, p.235.

の規定ぶりにより異なりうるが、仲裁管轄の時間的対象範囲の始期が「紛争の発生時」を基準として判断される場合には、当該時点をどのように認定するのが問題となる。これまでの仲裁判断例においては、「紛争」とは両紛争当事者の法的あるいは事実的問題に関する見解の対立を意味するものとされ、それらの問題に関して一方当事者がその見解を表明し、他方当事者がそれに対して応じていないことが確認される時点において紛争は発生するものとされている。それゆえ、たとえ紛争の原因となる投資受入国の行為が BIT の発効以前に行われた場合であっても、発効後に当該行為について投資家が受入国政府に対して抗議あるいは請求を行い、同政府がそれを受け入れない態度を示した場合には、紛争は BIT の発効以降に発生したものとされる。

例えば Maffezini 事件においては、スペイン政府は本件において問題とされる原因行為は 1989 年から 1991 年までの間に行われたものであるところ、アルゼンチン＝スペイン BIT は 1992 年に締結されたことを指摘し、管轄権を否定した⁷¹。それに対し仲裁廷は、紛争に至る経緯(a natural sequence of events that leads to a dispute)と紛争そのものとは区別しなければならず、一連の経緯における紛争当事者間の請求とその対応を考慮した上で、BIT が対象とする紛争が何時の時点で発生したかを決定しなければならないとした⁷²。このような観点から本件においては、法的な意味での紛争は 1994 年に発生し始めた(“the dispute ... began to take shape”)とし、スペインの抗弁を退けた。

同様の判断は、Jan de Nul 事件に関しても示されている。同事件においては、紛争の発生は紛争が「結晶化した(crystallised)」時期を基準として認定されると判断されている⁷³。

継続的・集積的行為をめぐる紛争と時間管轄

このように、紛争の発生時については判断基準が確立しつつあると言えるが、その実際の適用は必ずしも容易ではない。例えば、BIT の発効の前後を通じて行われた投資受入国側の一連の行為について紛争が生じた場合には、紛争の発生を BIT の発効前とみなして管轄権を否定するのか、それとも少なくとも BIT の発効以降の行為については管轄権を認めるのが問題となる。この点が実際に問題となった仲裁例においては、判断が分かれている。

⁷¹ アルゼンチン＝スペイン BIT には投資仲裁に関する規定がおかれていないが、本件では最恵国待遇条項を介してチリ＝スペイン BIT における投資仲裁に関する規定が援用された。最恵国待遇条項が投資仲裁に関する規定についても適用されるものであるかは明らかではなかったものの、仲裁廷はそれを是認した。 *Emilio Agustín Maffezini and The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000, ICSID Case No. ARB/97/7, paras.38-64.*

⁷² *Ibid*, paras.96-98.

⁷³ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, ICSID Case No. ARB/04/13, para.116.*

Mondev 事件は、カナダ法人である Mondev 社が再開発事業の遂行に対するボストン市の阻害行為により事業契約に基づく権利を実質的に奪われたとして、NAFTA 第 1123 条に基づき、米国政府を相手に仲裁付託を行ったものであるが、本件において同社は、1985 年から 1991 年までのボストン市による権利侵害と、Mondev 社側の勝訴判決に対して制定法上の免責(statutory immunity)に基づく執行停止を命じた 1994 年の米国国内判決のそれぞれについて NAFTA 違反に基づく救済を求めた。NAFTA は 1994 年 1 月に発効したものであるが、その点について Mondev 社は、米国の義務違反は 1994 年判決によって完結するに至った継続的な違法行為であり、少なくとも 1994 年判決以降の義務違反について仲裁廷は管轄権を有するとした。それに対して米国は、本件紛争の原因事実とされるボストン市による侵害行為はすべて 1994 年よりも前に行われたものであるとし、1994 年判決については裁判拒否あるいは国際法に基づく最低待遇の保証に欠けるものではないとして、いずれについても管轄権は認められない、と主張した。そのため本件においては、ボストン市による侵害行為とそれに対する救済を求めて行われた裁判手続き（による救済の不供与）について一つの紛争（請求）が発生したとみなすのか、それともそれらを別個の原因事実として二つの紛争（請求）が生じたものとみなすかが問題となった。

本件について仲裁廷は、結論的には後者の立場に立ち、1994 年判決に関する限りにおいて、管轄権を有するものと認めた。仲裁廷によれば、「継続的性質を有する行為と、既に完了したものの継続して損失あるいは損害を生じさせる行為とは区別される」のであり、「主張される違反が継続的な性質を有するか否かは、事実と違反されたと主張される義務による」ものとされる⁷⁴。その点、ボストン市による侵害行為は継続的な性質を有するものとは認められないために管轄外とされるのに対し、1994 年判決は NAFTA 第 1105 条 1 項に照らしてその違法性を問うことが可能である、というわけである⁷⁵。紛争の認定に際しては、問題とされる行為と違反が主張される義務とに着目し、BIT の発効後に義務違反を問うる行為が生じているのであれば、当該行為に基づく請求をめぐる紛争について管轄権が成立するとの立場を示したものと言える⁷⁶。

一方、Lucchetti 事件においては、異なる立場が示されている。Lucchetti 事件は、チリ法人である Lucchetti 社が、リマ市による環境保護政策の実施により工場の閉鎖、さらには事

⁷⁴ *Mondev International Ltd. v. United States of America, Award, October 11, 2002, ARB(AF)/99/2, para.58.*

⁷⁵ *Ibid.*, para.61-75.

⁷⁶ 違法行為の継続と、その効果の存続とを区別する本件判断の立場は、国連国家責任条草案第 14 条にも即したものである。同条は、第 1 項において「継続的な性質を有しない国の行為による国際義務の違反は、たとえその行為の効果が継続するものであっても、当該行為が行われたときに生じる」とし、第 2 項において「継続的な性質を有する国の国際義務の違反は、当該行為が継続しかつ国際義務と合致しない状態にあるすべての期間に及ぶ」とする。See J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, 2002, pp.135-140.

業からの撤退を迫られたとしてペルー政府を訴えたものである。リマ市はまず 1997 年に Lucchetti 社に対する工場の建設許可の取り消しを命じる決定を行ったが、これについてはペルー国内裁判所における取消請求が認容されたため、同社は予定通りに工場を建設し、操業を開始した。しかしその後の 2001 年 8 月 16 日に、リマ市は Lucchetti 社の操業許可を取り消した上で、工場の閉鎖を命じる決定を新たに下した。そこで同社は、これらの決定および 1997 年から 2001 年までの間にペルー政府が本件自体について何らの対処も行わなかったことを請求原因として、チリ＝ペルーBIT に基づき、仲裁付託を行った。

本件においてペルー政府は、本件において援用されたチリ＝ペルーBIT が 2001 年 8 月 3 日に発効したことを指摘し、本件紛争は 1997 年から 1998 年にかけて発生した紛争と異なるものではなく、2001 年の決定をめぐる問題も同一の紛争が継続していることを示すものにすぎないと主張し、管轄権を争った。対して Lucchetti 社は、1997 年から 1998 年の紛争はペルー国内の裁判手続きにより確定的な判断が下されたことによりすでに解決されたのであり、2001 年決定をめぐる紛争は BIT の発効後、新たに生じたものであると主張した。

先の Mondev 事件における仲裁判断に鑑みれば、本件においても 1997 年決定とは別に、2001 年決定に関する独立した紛争が生じ、その限りにおいて管轄権が認められるようにも思われる。しかし、仲裁廷は、本件はその実質において 1997 年から 1998 年に生じた紛争と同一であり、そのためにすべての請求について管轄権を有しないとの結論を下した。仲裁廷によれば、提起された紛争が新たなものであるか否かを判断するためには、「紛争の主題あるいは紛争の真の原因(real cause of the disputes)をなす事実がどの程度において異なっているのか、同一であるのか(identical)を検討」しなければならず、「以前の紛争を生じさせた事実あるいは事情が新たな紛争にとって中心的なものであり続けている」場合には、両者は同一の紛争とみなされることになるとした⁷⁷。そして、そのような観点から本件事情を検討するならば、2001 年決定は、1997 年決定と同様に、Lucchetti 社の工場が隣接する地域の環境保全を目的とするものであり、そうした目的を持つリマ市の措置をめぐって生じた紛争である点において、新たな紛争が生じたものと見なすことはできない、との判断を下した⁷⁸。これは、管轄権の時間的対象範囲に含まれる紛争であるか否かを判断する上では、請求の基礎となる投資受入国の行為がなされた事情や当該行為をめぐる紛争当事者間の利害関係など紛争の実態に着目しなければならず、付託された紛争が時間管轄の基準時（BIT の発効時）以前に既に発生していた紛争の継続にすぎない場合には、時間管轄が否定されるとの立場を示したものと言える。

このように、Mondev 事件と Lucchetti 事件における仲裁判断はきわめて対照的な判断を下

⁷⁷ *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru v. Republic of Peru, Award, February 7, 2005, ICSID Case No. ARB/03/04, para.50.*

⁷⁸ *Ibid.*, para.53.

している。両事件の事情はむしろ異なるために単純な比較はできないのは確かであるものの、しかし Lucchetti 事件仲裁判断には問題があるように思われる⁷⁹。Lucchetti 事件仲裁判断が強調するように、投資家が示す法的根拠（違反を主張する義務）とは別に、「真の原因」や実際の利害関係に着目して紛争を特定することは容易ではなく、その基準の曖昧さゆえに判断が恣意に流れやすい。実際、Lucchetti 事件の事実関係に照らす限りは、リマ市の二つの決定はそれぞれ独立した行為と認めざるを得ず、それらを同一の紛争を構成する要素にすぎないとみなすことには無理があろう。

また、先に「法的紛争」の存在に関連して見たように、少なくとも国際司法裁判所をはじめとする国際裁判例においては、原告当事者の示す請求原因が「紛争」を特定する上での基礎とされており、それを離れて当事者間における現実の紛争（抗争）状況に基づいて紛争の同一性や継続性を判断し、管轄権を否認するとの立場はとられていない⁸⁰。

加えて言えば、国家責任法においては、違法行為が集積的な行為からなる場合には、「他の作為または不作為と相まって違法行為を構成するのに十分な作為または不作為が生じたときに生じる」こととされている⁸¹。本件に関しては、1997年の工場建設許可決定については国内裁判所により取り消されていることからすれば、違法行為を構成するのに十分な作為・不作為が生じたのは、2001年の操業許可取消決定の時点と考えるのが適当であろう。少なくとも管轄権審理段階においてその可能性を否定するだけの理由は、本件においては無い。そのため、たとえ本件を2001年以前から開始された集積的な違法行為をめぐる一つの紛争とみなしたとしても、本件紛争はBITの発効後のリマ市の決定をもって成熟したと見るべきであろう。

このように、Lucchetti 事件仲裁判断については、それを支持する法的な根拠を見出すことは難しく、環境保護地域の設定というペルー国民にとって重要な政策的措置が関わっていたことへの配慮が大きく影響したものと推察される。いずれにしても、本件仲裁判断に先例的な価値を認めることは難しいであろう。この点、本判断に関する取消請求を審理した特別委員会も、結論的には明白な権限超越を認めることはできないとして取消を認めなかったものの、本件においては新たな紛争が生じたと主張することは十分にあり得るものであることを特に指摘していることは示唆的である⁸²。

なお、Jan de Nul 事件仲裁判断⁸³および MCI Power Group 事件仲裁判断⁸⁴など、Lucchetti

⁷⁹ See Manciaux, *op.cit.*, *supra* note 67, pp.798-801.

⁸⁰ これは、法を基礎とする紛争解決手続であることの当然の帰結と言える。See Amerasinghe, *op.cit.*, *supra* note 31, pp.223-227.

⁸¹ 国連国際法委員会国家責任条文第15条。See Crawford, *op.cit.*, *supra* note 76, pp.141-144.

⁸² *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú v. The Republic of Peru, Decision on Annulment*, 5 September, 2007, ICSID Case No. ARB/03/4, paras.97-116.

⁸³ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab republic of Egypt, Decision on Jurisdiction*, 16 June 2006, ICSID Case No. ARB/04/13, paras.114-131.

事件仲裁判断以降に下された判断においては、原因行為と問題とされる義務に着目して紛争の発生を判断する *Mondev* 事件仲裁判断に従った判断が下されている。

時間管轄の实际的意義

以上に見たように、BIT の発効前に生じた事実・行為を原因とする請求あるいは紛争については、被告国から時間管轄を根拠とした抗弁が提起されることが少なくない。被告国がこうした抗弁を提起するのは、BIT の発効以前に生じた事実や行為について仲裁廷により判断されることを妨げるためである。

もっとも、条約法に関するウィーン条約第 28 条が定めるように、「条約は、別段の意図が条約自体から明らかである場合およびこの意図が他の方法によって確認される場合を除くほか、条約の効力が当事国について生ずる日前に行われた行為、同日前に生じた事実または同日前に消滅した事態に関し、当該当事国を拘束しない」のが原則であるため、そもそも BIT が発効していない時点で生じた事実や行為については、たとえ時間管轄が認められたとしても、裁判所は BIT を適用してその違法性を評価することはできない。この点は、これまでの仲裁判断においても繰り返し確認されているところである⁸⁵。

そのため、時間管轄を問題とする实际的意義が認められるのは、紛争発生以前から投資受入国による投資家の保護を定めた実体法が存在し、かつ仲裁廷が当該実体法を適用する権限を有する場合に限られる。実際、時間管轄の「遡及的」効果が認められた *Tradex* 事件において問題とされた投資保護法は、それ以前に制定されていた関連法の改正法として制定されたものであり、そのために同法の制定以前の一定の時期になされた投資に対しても適用があることが同法において特に規定されていた⁸⁶。本件では、そうした実体法の「遡及的」適用が認められていたがゆえに、時間管轄の「遡及」的行使が認められるかが重要な争点となったわけである。

この点、先に指摘したように、BIT は通常はその発効後の事実や行為に対してのみ適用されるため、もっぱら BIT を請求の基礎として仲裁付託が行われている場合には、そもそも時間管轄を争うことに实际的な意味はない。

なお、多くの BIT では仲裁の管轄については一般に「投資に関するいかなる紛争」と広く定めていることから、請求の基礎を投資契約やあるいは慣習国際法に求める場合にも援用されうるものとも解することができるように思われる。実際、被告国がそのような主張

⁸⁴ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. republic of Ecuador, Award, 31 July 2007, ICSID Case No. ARB/03/6, paras.82-97.*

⁸⁵ *E.g. Salini Construtti S.p.A. and Italstrade S.p.A. and The Hashemite Kingdom of Jordan, Decision on Jurisdiction, November 29, 2004, ICSID Case No. ARB/02/13, para.176.*

⁸⁶ *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, Decision on Jurisdiction, December 24, 1996, ICSID Case No. ARB/94/2, pp.41-60.*

を行うこともあるものの、しかし、これまでの仲裁判断においては、傍論としてではあるが、BIT の仲裁規定に基づいて投資契約や慣習国際法に基づく請求を行うことに対しては、否定的な態度を示すものが見受けられる⁸⁷。こうした態度がこの問題を実際に争点とする事案においても維持されるとすれば、BIT に基づいて仲裁付託が行われる場合には、被告国が時間管轄を争うことには実際的な意義はほとんどなく、単に BIT の発効以前の実事や行為に関する請求に対しては違反を問うことができない (BIT に基づく実体的保護に関わる規定の適用がない) ことを主張すれば足りるということになる。

4. 受理可能性に対する抗弁

条約仲裁における受理可能性に対する抗弁として今日もっとも重要性を有するのは、管轄権の競合に関するものであろう。原告当事者が投資保護条約に基づく仲裁と同時に、国家契約に基づく救済手続等にも訴えを提起する場合には、それらの救済手続相互において管轄権が競合する可能性があり、実際にも多くの仲裁例においてその調整が受理可能性の問題として提起されている。もっとも、この問題については契約上の請求と条約上の請求の関係、あるいは並行訴訟の問題として別途、検討することが予定されているため⁸⁸、ここでは同様に実際の仲裁例で提起されることの多い抗弁として、事前協議要件に関する抗弁、および原告適格に関する抗弁を取り上げることとする。

(1) 事前協議要件に関する抗弁

事前協議要件の適用をめぐる問題

多くの BIT は、投資家と投資受入国との間で投資紛争が生じた場合には、両者による友好的な協議を通じて解決することとし、仲裁手続に付託する前にそうした事前協議を一定期間にわたって試みることを定めている⁸⁹。しかし実際には、投資家はこうした事前協議要件に従っているわけではなく、そのために被告たる投資受入国からは同要件の未充足を理由に訴えの提起そのものが不合法であるとする抗弁が提起されることとなっている。

⁸⁷ *Generation Ukraine, Inc., v. Ukraine, Award*, 15 September 2003, ICSID Case No. ARB/00/9, para.11.3; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab republic of Egypt, Decision on Jurisdiction*, 16 June 2006, ICSID Case No. ARB/04/13, paras.114-116.

⁸⁸ 濱本正太郎「投資保護条約に基づく仲裁手続における投資契約違反の扱い」*RIETI Discussion Paper Series 08-J-014* (2008年)、中村達也「並行的手続」*RIETI Discussion Paper Series 08-J-25*。

⁸⁹ もっとも、事前協議が求められる期間は3ヶ月と比較的短いものもあれば、12ヶ月とする協定もあるなど、BITにより様々である。また、当該期間の起算日についても、紛争あるいは請求の原因となる事実が生じた時点とするものや、協議に関する通告がなされた日とするものなどがある。本要件については、「待機期間(waiting period)」あるいは「冷却期間 (cooling-off period)」等とも呼ばれるが、友好的解決を試みることが求められる期間であることからすれば、そうした呼称は適当なものではない。See Ch. Schreuer, "Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clause and Folks in the Road", *Journal of World Investment & Trade*, vol.5 (2004), pp.238-239.

例えば、チェコにおける放送事業規制が問題とされた *Lauder* 事件では、事業会社の株主であった米国人の *Lauder* 氏がチェコ=米国 BIT に基づきチェコ政府を相手として仲裁付託を行ったものの、それはチェコ当局に対して違反の通告が行われてから 17 日しか経過していない段階において行われたものであったため、BIT の定める事前協議要件の未充足の効果が問題となった。本件仲裁判断は、本件付託が BIT6 条 3 項の定める「紛争発生後 6 ヶ月」の事前協議要件に明確に反するものであり事前協議要件を充たしていないことを認定しながらも、しかし同要件は仲裁廷の本案管轄に対する制限を課すようなものではなく、原告当事者に宛てられた手続的な規則(*procedural rule*)にすぎない、とした⁹⁰。その目的は仲裁手続を開始する前に当事者が誠実な交渉を行うことを認める(*allow the parties to enter into good-faith negotiation before initiating arbitration*)点にあるのであり、本件のようにチェコが交渉に応じたであろうことを示す証拠がないような場合に、なおも 6 ヶ月が経過しなければ仲裁手続を開始できないとすることは、不必要かつ形式的にすぎるものであり、何らの正当な利益の保護にも資するものではないとの理由である。そのため本件においては、事前協議要件が充足されていないものの、それは管轄権の成立を妨げるものではないとされた⁹¹。

本件のように、多くの仲裁判断においては、事前協議要件は当事者間の誠実な協議による解決を促すことをその主旨目的とした手続的規定にすぎないとし、そのために投資受入国が友好的解決に積極的な姿勢を示していない限りは仲裁付託を妨げるものではないとされる⁹²。そして、本要件の未充足については付託後の経過により容易に治癒されるとされ⁹³、あるいは状況に応じて訴訟費用の分担に反映させることが適切であるなどとされている⁹⁴。

これらの仲裁判断は事前協議要件を手続的要件であると指摘するに留まり、それが受理可能性の問題であることを必ずしも明確に示してはいない。しかし、それらは管轄権の存在・成立とは別に、事前協議要件の未充足という事情によって管轄権の行使が妨げられるか否かを問題としている点において、実質的には本要件を受理可能性の問題として扱ったものと見ることができる。実際、*Goetz* 事件のように、本要件の未充足を理由として請求を受理不能(*inadmissible/irreceivable*)とした仲裁判断も見られるようになっている⁹⁵。

⁹⁰ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Final Award, 3 September 2001, para187.*

⁹¹ *Ibid.*, paras.187-190.

⁹² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Objections to Jurisdiction, 6 August, 2003, ICSID Case No. ARB/01/03, paras.183-184; Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction of 14 November 2005, ARB/03/29, para88-103; Consorzio Groument L.E.S.I.-DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire, Sentence, 10 janvier 2005, ICSID Case No. ARB/03/08, para.32.*

⁹³ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, 29 June, 1999, ICSID Case No. ARB/98/4, Section VII.*

⁹⁴ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada, Award on Jurisdiction, 24 June 1998, para.79-88.*

⁹⁵ 事前協議要件に関する従来の仲裁判断について、それらは（１）本要件を管轄権の問題として扱ったもの、（２）受理可能性の問題として扱ったもの、そして（３）手続的問題として扱ったものの３種に区別する見解もある。こうした見解においては（３）は請求の却下事由とはな

Goetz 事件では、仲裁廷は受理可能性については被告から抗弁が提起されていない場合であっても、その職権に基づいて検討しなければならないとし、事前協議要件が争点の一つとして取り上げられた。本件においては、ベルギー＝ブルンジ BIT 第 3 条 2 項および 3 項が定める通りに、ブルンジ政府に対する通告がなされるとともに、ベルギー政府による外交経路を通じた解決の試みがなされており、仲裁付託が原告によりなされたのは通告後、3 ヶ月を経過した後であった。この点で、一応においては、原告は事前救済要件を充たしていたとも言えるが、しかし仲裁廷は、原告の行った通告ではブルンジ政府による事業承認の撤回を問題としているに留まり、仲裁への請求事項に含まれていた既に徴収された税金等の払い戻しについてはいまだ通告がなされていないため、それらについては受理不能であるとし、もっぱら事業承認の撤回をめぐる問題についてのみ裁判所は判断するものとした⁹⁶。

事前協議要件を個別事案における事情に照らして柔軟に適用するこれらの仲裁判断に対しては、結果的に、協定で明示的に示された要件に従うことを投資家が回避することを認めることになり、要件としての実質が失われてしまうとの批判がある。こうした立場からは、本要件はあくまで管轄権が認められるための前提要件として捉えるべきであるとされる。

例えば、アルゼンチンにおけるガス供給事業に関して米国法人である Enron 社に対して複数の州当局によって行われた課税評価が問題とされた Enron 事件仲裁判断においては、アルゼンチン政府は問題とされる州当局の課税措置の一部については協議要請がなされておらず、そうである以上は、本件においては管轄権を認めることはできないとの抗弁を提起した。本件仲裁判断は、事前協議要件は管轄権が成立するための前提条件であるとされ、それが充足されていない場合には管轄権の不存在を宣言しなければならないことを指摘し、アルゼンチン政府の抗弁が一般論としては妥当なものであることを認めた⁹⁷。しかし、本件事情の下では、問題とされる複数の州の課税措置は、それぞれが別個の紛争を生じさせ、それゆえに個々に協議の要請が行われなければならないものではなく、それらは同一の紛争を構成する要素であるがために、既に特定の州の措置について協議が要請され、所定の

らない点にその独自性があるとされる。M. Polasek, “The Consultation Period Requirement in Investment Treaties as A Matter of Jurisdiction, Admissibility or Procedure”, *News from ICSID*, vol.23, No.1 (2006), pp.14-17. しかし、受理可能性の問題の本質は、個別の事案における事情に照らして、仲裁廷が管轄権を有するとしてもそれを行することが適当であるかを問う点にあることからすれば、(3) は受理可能性判断における一種として捉えるのが適当である。

⁹⁶ *Antonio Goetz et consorts c. République du Brundi, Sentence, 29 janvier 1999, ICSID Case No. ARB/95/3, paras.90-93.*

⁹⁷ *Enron Corporation and Pnderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, ICSID Case No. ARB/01/3, para.88.*

期間（6ヶ月）が経過していたことから、事前協議要件は充たされているものと判断した⁹⁸。同様の立場は、ウクライナ＝米国 BIT に基づき仲裁付託が行われた Generation Ukraine 事件仲裁判断においても示されている⁹⁹。

事前協議要件の内実

これらに見られるような、事前協議要件の充足を管轄権の成立に不可欠の条件として捉える立場は、仲裁手続に対する国家の同意の例外性をふまえ、その解釈に際しては協定の定める条件に従うことがあくまで求められるとの認識に基づくものと思われる。それに対して、先に見た *Lauder* 事件仲裁判断をはじめとする多くの仲裁判断においては、本要件はあくまで紛争当事者による誠実な協議を通じた解決を促すことをその目的とし、それをふまえた柔軟な解釈適用を図ることが、投資保護という BIT の趣旨目的にも合致するとの認識に基づくものと言えよう¹⁰⁰。

BIT の目的が外国投資家による投資の保護にあることは確かであり、事前協議要件の解釈適用を図る際にもその点が考慮されなければならないことに疑いはない。しかし問題は、BIT が定める要件の存在意義を疑わしいものとするほどの目的論的解釈がなされていると懸念されるような判断が示されていることにあるように思われる。その点をふまえるならば、原告当事者たる投資家が誠実に紛争の解決を被告当事者たる相手国政府との間で試みたことを確認しうるのであれば本要件は一応において充足されたものとし、それに対して濫訴など当事者側に悪意が認められるような事情（例えば、交渉を有利に進めるための圧力的手段としてただちに仲裁付託を行った場合など¹⁰¹）を相手国政府が証明できるような場合には、手続の停止や却下などの対応を仲裁廷が命じうることを示すものと捉えた上で、各 BIT の文言や各事案における個別事情をふまえて、事前救済要件の適用を図るのが適当であろう。その点で、基本的に本要件は、受理可能性に関わるものと捉えられるべきである。

この点に関連して興味深い判断を示すものとして、WNISEF 事件仲裁判断がある。米国国際援助庁の出資に基づき設立され、民間により運営される投資ファンドである WNISEF によりウクライナ＝米国 BIT に基づき仲裁手続への付託がなされた本件では、ウクライナ政府が同条約の定める適当な通告に基づく事前協議がなされていないことを問題とする抗

⁹⁸ *Ibid.*, para.87.

⁹⁹ *Generation Ukraine, Inc., v. Ukraine, Award, 15 September 2003, ICSID Case No. ARB/00/9*, para.14.3.

¹⁰⁰ 事前協議要件に関し柔軟な判断を示す仲裁判断においては、本要件の厳格な適用は無益な形式主義に他ならず、また効率的な紛争の解決にも資さないことが強調される。*E.g. Lauder v. Czech Republic Final Award of UNCITRAL Arbitration, September 3, 2001*, para.190.

¹⁰¹ Schreuer, *op.cit.*, *supra* note 89, p.239.

弁を提起した。この点につき仲裁廷は、適当な通告は関係当局による交渉を通じた解決の可能性を検討することを可能とする点に意味があるとし、当該通告が本件においては欠けることを指摘した上で、当該欠如から直ちに訴えを却下するとの結論を導くことは不適當であるとの態度を示した。仲裁廷によれば、通告要件は仲裁に対する国家の同意に関する重要な要素をなすもの(“Proper notice is an important element of the State’s consent to arbitration”)であるものの、その欠如はそれ自体としては管轄権に影響を及ぼす(affect)ものではない。そのため本件においては、原告が仲裁廷による本決定の後、30日以内に被告に対して適当な通告を行うことが求められ、当該通告から6ヶ月の間は手続を停止するのが適當であるとの決定を下した¹⁰²。

なお、事前協議においては仲裁において問題とされる受入国の行為を主題としていけばよく、請求の法的根拠や理由については必ずしも仲裁付託に際して求められるほど明確かつ詳細に提示することは求められない¹⁰³。また、請求原因とされる事実の発生時から仲裁付託までの期間が明らかにBITによって要求される事前協議期間を充たしていないとICSID事務局長が判断した場合には当事者にその旨を通告し、原告は改めて請求を行うことになる¹⁰⁴。

(2) 原告適格に関する抗弁

原告適格が問題とされる局面

原告適格とは、請求者が正当な当事者として訴訟手続きを進行し、本案判決を求めることができる資格のことを言う。仲裁付託が投資協定における仲裁条項に基づく場合には、原告適格は当該契約の当事者たる投資家にのみ認められることは明らかであり、原告適格が問題となる余地は小さい¹⁰⁵。しかし、条約仲裁のように、投資受入国が仲裁付託について一般的同意を与えている場合には、請求者がBIT上の仲裁手続を利用する資格を有するか、またその資格がどのような請求を提起することまでも保証するものであるのかなど

¹⁰² *Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine, Order, 16 March, 2006, ICSID Case No. ARB/04/2.*

¹⁰³ *Generation Ukraine, Inc., v. Ukraine, Award, 15 September, 2003, ICSID Case No. ARB/00/9, para.14.5; Tokios Tokelès v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, ICSID Case No. ARB/02/18, paras.105-107.*

¹⁰⁴ *Tokios Tokelès v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, 29 April, 2004, ICSID Case No. ARB/02/18, para.7.*

¹⁰⁵ 投資契約に基づく場合であっても、外国投資家(企業)がその契約当事者としての地位を譲渡したりする場合などには、原告適格が問題となりうる。E.g. *Conorzio Groupment L.E.S.I.-DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire, Sentence, 10 janvier 2005, ICSID Case No. ARB/03/08, paras.34-41; Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Manierma S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo, Award, September 1, 2000, ICSID Case No. ARB/98/7, ICSID Review – Foreign Investment law Journal, vol.17 (2003) (excerpt).* なお、商事仲裁における仲裁規定に拘束される当事者の範囲を論じたものではあるが、次を参照。H. Tezuka, “Who is a Party – Case of the Non-Signatory”, in *Institutional Arbitration in Asia*, 2005, pp.63-71.

が必ずしも明らかではなく、被告国によってこの点が争われることが多い。

例えばイタリア法人である Impreglio 社がドイツ、フランス、パキスタンの企業とともにパキスタンにおける水力発電事業を行うためにスイス法に基づき設立した合弁事業体（GBC）を代表して仲裁付託を行った Impreglio 事件では、そもそも Impreglio が GBC の被った損失全体に関わる請求を提起することが認められるかが問題となった。Impreglio 社の代表権は合弁事業契約において認められていたものであったが、仲裁廷は、それはあくまで GBC の運営に関わる内部的な取り決めに基づき、それをもって GBC を Impreglio 社と同一視することはできないとし、本件においては同社が条約違反によって被った自らの損失に関わる請求についてのみ判断するとした¹⁰⁶。GBC は固有の法人格を欠く団体として設立されていたことから、そもそも GBC に固有の請求は問題とはならず、本件において Impreglio 社は他の参加企業の請求を提起しているものとみなされるところ、そのような他社の請求を提起する資格を合弁事業契約に基づいてパキスタンに対抗することはできない以上、同社はそうした請求に関する限り原告適格を欠くとの趣旨である¹⁰⁷。裁判所はこの点を人的管轄に関する判断として示しているが、その内実は原告適格に関する判断に他ならない。

こうした原告適格の問題は、とりわけ投資受入国の現地企業に対する侵害行為を原因事実として外国投資家によって請求が提起された場合に、被告国から提起されることが多い。投資受入国は外国投資家（企業）による事業の遂行に際して、現地法人を設立し、それを通じて事業を行うことを求めることが多い。例えば Azurix 事件では、米国法人である Azurix 社がその子会社を介してアルゼンチンに設立した ABA 社により上下水道事業を行っていたところ、経済危機への対処としてアルゼンチンが ABA 社との事業契約に反する措置をとったとして米国＝アルゼンチン BIT に基づき仲裁付託を行った。それに対しアルゼンチン政府は、本件において契約違反に関する請求を行いうるのは ABA 社のみであるとし、Azurix 社の原告適格を争った。しかし、このような場合でも、あくまで投資家（企業）が契約とは別に BIT 上の義務違反を基礎とする請求を行っている場合には、その限りで原告適格は認められる。そのため本件でも、仲裁廷は、Azurix 社が ABA 社を通じて行っていた間接投資に対する侵害に対する救済を求めていることを指摘した上で、そうした間接投資が BIT により保護される投資に含まれることを確認することで、Azurix 社の BIT 上の請求に関する原告適格を認めた¹⁰⁸。

また、外国企業により仲裁付託がなされる場合であっても、その資本関係による実質的支配関係を根拠として、その原告適格が問題とされることもある。例えば、リトアニア法

¹⁰⁶ *Impreglio S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, 22 April, 2005, ICSID Case No. ARB03/3, paras.114-184.*

¹⁰⁷ *Ibid.*, paras.144-151.

¹⁰⁸ *Azurix Corp. v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, 8 December, 2003, ICSID Case No. ARB/01/12, paras.67-74.*

人である Tokios Tokelès 社がウクライナの現地子会社により行っていた出版事業に対し、ウクライナ政府が不当な侵害行為を行ったとしてウクライナ＝リトアニア BIT に基づき仲裁付託を行った Tokios Tokelès 事件では、同社がウクライナ国民によって所有・支配されていることを理由とする抗弁を提起した。このような場合に仲裁付託を認めることは、あくまで外国投資家に救済を認めることを目的とする BIT の趣旨目的に反し、認められないとの趣旨である。このような主張に対し、仲裁廷は、実質的な支配関係を根拠として保護を否認することを認める BIT も実際には見られるものの、しかしそれは BIT に明示的に規定されている場合に限られるとし、そうした規定が本件 BIT に見られない以上は、裁判所には与えられた管轄権を行使することが求められるとし、ウクライナの主張を斥けた¹⁰⁹。それに続けて仲裁廷は、本件における「法人格否認の法理」の適用の可否を検討し、Tokios Tokelès 社が本件付託のためにリトアニア法に基づく法人格を取得したりするなど、その濫用(abuse of legal personality)を図っていると認められるような事実はないとした¹¹⁰。

本判断は、外国投資家であるかという国籍要件については BIT の定める要件に従って判断しつつ、それを認めることができるとしても、当該国籍が被告国との関係において対抗力を有するものと認められるか否かが原告適格の問題として別に問われうるのであり、「法人格否認の法理」はそれを否定する一つの根拠となりうることを示したものとみることができる¹¹¹。

原告適格の喪失

ところで、紛争付託時においては原告適格を有していても、その後子会社を第三者に売却し、あるいは請求を行っていた企業の合併あるいは株式の売却などの事情が生じた場合に、その原告適格がなお認められるかという問題が生じることがある。

管轄権の問題としては、その存否は仲裁付託時を基準時として決定され、その後生じた事実によって失われることはない。そのため、BIT の他方締約国の国民と認められる外国企業が、仲裁付託後に他国企業により買収されるなどした場合であっても、それは管轄権には影響を与えない¹¹²。ICSID 条約第 25 条 2 項はこの点を明示するものとされるが、ICSID 仲裁に限らず、国際裁判一般について妥当する原則であるとする仲裁判断もある¹¹³。

¹⁰⁹ *Tokios Tokelès v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, 29 April, 2004, ICSID Case No. ARB/02/18, para.36.*

¹¹⁰ *Ibid.*, para.53-56.

¹¹¹ 投資仲裁において適用される「法人格否認の法理」につき、本件仲裁判断はバルセロナトラクション事件国際司法裁判所判決に拠りつつ、「法人格の濫用や詐欺的行為の防止、債権者や購入者など第三者に対する保護、あるいは法的要件や義務の回避の確保」をはかる必要がある場合としている。*Ibid.*, para.54.

¹¹² Schreuer, *op.cit.*, *supra* note 6, p.288-289.

¹¹³ *Compañia de Aguas del Aconquijq S.A. Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, Decision on*

しかし、そうした事情が訴の利益や原告適格など、受理可能性の問題に影響を及ぼすこともある。その一例として、Loewen 事件を挙げることができる。

本件は、裁判拒否に該当するような国内裁判手続の遂行により事業活動に支障を来したことから米国政府を相手として、カナダ法人である Loewen 社が NAFTA11 章に基づく仲裁付託を行ったものである。米国は本件において請求の仲裁適格などに関する抗弁を提起していたものの、Loewen 社の原告適格などについては問題としていなかった¹¹⁴。しかし、本案審理の終了後、Loewen 社が組織の改編手続を開始し、本件請求に関わる一切の権利を新たに設立された米国法人である Nafcanco 社に譲渡したことを知ると、米国政府は当該譲渡により Loewen 社は NAFTA に基づく請求を行う資格を欠くこととなったとする抗弁を新たに提起した。

本抗弁につき仲裁廷はまず、「NAFTA の目的は政府機関による悪質な行為に対する救済を得るための政治的その他の道筋がない外部者(outsiders)を保護することである」とし、本件のように米国との関係において米国の投資家に対して救済を与えることは、締約国の意図するところではないとした。また、投資仲裁における請求についても、国籍継続原則が適用されるものとし、請求原因が発生してからその解決に至る機関を通じて請求者は同一の国籍を維持していなければならないとした。このように述べた上で、本件においてはもはや原告は NAFTA に基づく請求を行いうるカナダ法人が残っているとは言えないとし、本件において仲裁廷は管轄権を有しないとの判断を下した¹¹⁵。本仲裁判断における国籍継続原則の適用が妥当なものであるかは疑問の余地があるが¹¹⁶、いずれにせよ、本件においては Loewen 社の改変手続に伴い本件請求に関わる一切の権利を Nafcanco に譲渡することとしたことから原告適格が改めて問われることとなり、本件においてはもはや Loewen 社は原告当事者として訴訟を遂行する固有の利益を失ったのであり、その点において原告適格に欠けることとなったと判断されたものと見ることができる。

Jurisdiction, 14 November, 2005, ICSID Case No. ARB/97/3, paras.60-63.

¹¹⁴ 米国は株主の Loewen 氏の原告適格については争っていたものの、この点は本案に併合された。Loewen Group, Inc and Raymond L. Loewen v. United States of America, Decision on hearing of Respondent's objection to competence and jurisdiction, January 5, 2001, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, paras.32, 77.

¹¹⁵ Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, Award, 26 June, 2003, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, paras.220-238.

¹¹⁶ 外交的保護に基づく国家間請求に関して適用される国籍継続原則を投資家による請求についても適用すべき理由は必ずしも明らかではない。国籍についてはあくまで「締約国の投資家」であるかを問えばよく、例えば本件でも Nafcanco がメキシコ法人として設立されていた場合にも国籍の継続性に欠けることを理由として請求を却下することが適当であるかは疑問である。また、国籍の継続性が求められる期間を、請求の認容時点（紛争解決時）まで求めることについては批判があり、例えば国際法委員会の作成した外交的保護に関する条草案では、請求を正式に提起した時点(the date of the official presentation of the claim)までとしている(草案第 10 条)。Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Eighth Session, United Nations Official Records Supplement, A/61/10, p.19.

5. おわりに

BIT や国内投資保護法の定める、いわゆる「一方的」仲裁は、外国投資家の投資財産の実効的な保護を図ると同時に、投資活動の促進を図る上で重要な意義を有する。しかし、それはあくまで仲裁手続である以上、投資受入国の与えた同意の範囲に留まることが求められ、またそれは紛争解決を図るための手段という本来的な性格に則して利用されなければならない。投資受入国から提起される管轄権及び受理可能性に対する抗弁は、不特定多数の投資家から「一方的」に開始される投資仲裁が、仲裁手続として求められるそうした基本的要請に則したものであることに対する要請としての意味を持つ。むしろ、こうした抗弁は他の仲裁手続においても同様に問題となるものではあるが、条約仲裁のような「一方的」仲裁においては、当事者間の合意の「擬制的」性格が顕著であるがゆえに、仲裁廷は自らの管轄権の有無とその行使の適切さについて、いっそう慎重な判断が求められると言えよう。

1970年代から1980年代に見られた初期の仲裁例においては、投資保護を重視する観点から、国家による同意の範囲を必ずしも厳密に問うことなく管轄権を認めたとと思われる例も見られた¹¹⁷。投資仲裁が付託される数が少なかった当時の状況の下では、本案審理において適切な判断が下されるのであれば、そのような判断の在り方もそれほど問題視されることはなかったかもしれない¹¹⁸。しかし今日では、BITの締結数の増加に比例して投資家から一方的に仲裁が開始される事案が飛躍的に増大した結果、投資家に認められた救済を得る権利と、投資受入国に認められるべき仲裁手続に伴う不当な負担からの免除という二つの要請の間での適切なバランスを、管轄権及び受理可能性の審査を通じて図ることが仲裁廷に求められるようになってきていると言えよう。

この点、本稿で検討した諸条件に関する限り、これまでの仲裁判断例は一般に、仲裁手続の根拠規定となる各投資保護条約、仲裁契約、仲裁手続規則の明文規定に依拠しつつ、個別事案における事情に即した判断を下すように努めている。そのため、少なくとも形式的にはいずれの仲裁判断もあくまで相手紛争当事国（投資受入国）が投資保護条約において示した「同意」に依拠したものであるということが出来る。投資保護条約における条約仲裁付

¹¹⁷ Manciaux は、エジプト当局の承認・支援を受けて香港企業である SPP 社が行っていた観光開発事業がエジプト国内で政治問題化した結果、エジプト政府により事業の遂行を中止させられるに至ったことから、SPP 社は同国の投資保護法を根拠として ICSID 仲裁へ付託した SPP 事件に関する仲裁判断について、本件ではあくまでエジプトの同意と投資家の同意による合意の形成が認められるか否かを問題とすべきであったとし、強く批判している。Manciaux, *op.cit.*, *supra* note 28, pp.237-239.

¹¹⁸ 投資仲裁に関する統計については、次を参照。UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*. Available at <http://www.unctad.org/sections/dite_pccb/docs/webiteia200611_en.pdf> (last visited on 23 Oct 2007).

託条項は一般的な文言により規定されていることから、当該「同意」に関する仲裁廷の判断を条約規定の拡大解釈と見ることは必ずしも適当ではない。そのため、こと手続的な面から見る限り、投資家による条約仲裁の積極的な利用に対する一部の国家により示される懸念はあたらず、むしろそれは自らが投資保護条約により投資家に直接的な救済手続きを認めたことに伴う当然の帰結であると言える。

もっとも、以上に見た従来の仲裁判断に問題がないというわけではない。仲裁廷は自らの判断を仲裁合意に基づかせることにつとめており、そのこと自体は仲裁という紛争処理手続に求められる本来的な要請ではある。しかし、そのあまりに仲裁付託に関わる様々な問題をすべてそうした「合意」の問題として扱う（あるいは、逆にそうした問題として扱えないものについては仲裁廷の判断権が及ばないとする）傾向が従来の仲裁判断例には認められるが、そのような態度、処理の仕方は果たして適切なものと言えるであろうか。既に指摘したように、従来の仲裁判断においては事前協議要件や原告適格の問題についても管轄権の射程という観点から、仲裁「合意」の解釈に還元して扱う傾向が見受けられる。しかし本稿で論じたように、これらの問題の内実は紛争の付託を受けた仲裁廷が自らの管轄権を行使することが適当であるか否かという「仲裁手続を利用することについての適切性」（広い意味での仲裁可能性）にある。それゆえに、それは国際投資仲裁手続の準拠法¹¹⁹に従って決定されるべきものであり¹²⁰、それは仲裁「合意」の解釈に還元しうるものでは必ずしもない。現在の条約仲裁の積極的な利用をめぐる仲裁判断に対して一部の投資受入国が示す「懸念」あるいは「不信感」に正当な根拠があるとすれば、それはそうした問題をあくまで「合意」の問題とし、それらについても包括的同意あるいは黙示的同意が投資受入国によって与えられているとする説明が伴う問題性に求められよう。そのような説明は理論的には成り立ちうる一つの解釈ではあるとしても、しかし問題の性質に照らした場合の妥当性に欠けている。別言すれば、そうした解釈の問題性は「合意」に関する行き過ぎた擬制という点にではなく、むしろ「合意」の問題として扱われるべきではない事項を仲裁「合意」に関わるものと擬制している点にあると言える。

そうであれば、こうした問題を回避するためには原告適格など仲裁可能性の問題を管轄権の問題とは別の、受理可能性の問題として判断する権限を仲裁廷が有することを明示的

¹¹⁹ ここで「国際投資仲裁手続の準拠法」というのは、紛争の実体的争点を判断するための準拠法とは区別される、仲裁手続に関する判断における準拠法のことを言う。国際投資仲裁については、投資保護条約をはじめとする国際法の枠組みの下で実施されるものであることから、その手続に関する準拠法は、当事者の合意あるいは投資保護条約による指定がない場合には、法の一般原則を含む国際法とされるものと思われる。See Schreuer, *op.cit.*, *supra* note 6, pp.553-555.

¹²⁰ 「仲裁可能性の準拠法」については従来、国際商事仲裁に関して論じられてきたところである。さしあたり、次を参照。中村達也「仲裁可能性と仲裁手続の準拠法」JAC ジャーナル第49巻1号（2002年）12-20頁。

に示すことが考えられてよい。この点、ICSID 仲裁規則第 41 条に関する 2006 年の改正が持つ意味はきわめて大きいものと思われる。同改正では、管轄権に対する抗弁とは別に、「請求が明白に法的妥当性を欠く(a claim is manifestly without merit)」ことを理由とする抗弁を提起することができることが明示的に規定された。どのような事情あるいは場合が「請求が明白に法的妥当性を欠く」場合であるかは、必ずしも明らかではないが、それを広く裁判所による本案審理を妨げる事由が存在する場合と解することも可能であろう。それが今後、どのように運用されるのか、注目されるところである。

【補論：投資保護条約における条約仲裁条項の類型】

はじめに

投資紛争の処理については、なおもそれを国家間紛争処理手続にゆだねる投資保護条約も見られるものの¹²¹、特に 1990 年代に入ってから投資家が直接かつ一方的に受入国を相手当事者として仲裁手続を提起することを認める傾向が顕著となっている。もっとも、条約仲裁手続を定める根拠規定（条約仲裁条項）の規定ぶりは多様であり、その文言により条約仲裁に付託可能な紛争の範囲や手続を開始するための条件は異なる。そこで本補論では条約仲裁に付託される紛争に関する規定ぶりに主に着目しつつ、条約仲裁条項を大まかに類型化して示すこととしたい。

なお、今日締結されている投資保護条約の数は 2500 を超えており、それらの条約仲裁条項のすべてを検討することは困難である。そのため検討に際しては、締結数の多い国（ドイツ、中国、スイス、英国、エジプト、イタリア、フランス、オランダ、ベルギー＝ルクセンブルグ、韓国¹²²）の投資保護条約と、日本が締結している投資保護条約および経済連携協定における条約仲裁条項のうち、条約本文を確認することができた 799 本の条約を対象とした¹²³。

これらの投資保護条約における条約仲裁条項は大きくは、包括型、紛争原因特定型、訴権型、個別同意型の 4 種に区別することができる。もっとも、同一の類型にまとめられるものであってもその規定の仕方は一様ではなく、さらにいくつかの小類型に区分することができる。

（1）包括型

現在、日本が締結する 10 本の二国間投資保護条約のうち中国と韓国をのぞく他すべてのもので採用されているのが、広く「投資に関する紛争」について条約仲裁を可能とするものである。例えば、日＝香港 BIT（1997 年）では次のように規定している（下線は筆者。以下、同じ）。

Article 9

1. Any dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an investment of the former in the area of the latter shall, as far as possible, be settled amicably through consultation between the parties to the dispute.

¹²¹ こうした場合でも国家間仲裁が予定されていることがほとんどである。また、中には合同委員会を設置し、投資保護条約の実施に関わる問題についての協議手続を予定する例も見られる（例、オランダ＝タイ BIT 第 11 条（1972 年））。

¹²² See UNCTAD, *World Investment Report 2007*, p.18.

¹²³ 条約本文は主に、UNCTAD が開設している Investment Instrument Online のデータベースサイト (http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch___779.aspx) によりつつ、あわせて United Nations Treaty Collection (<http://untreaty.un.org/English/access.asp>) を利用して収集した。

2. Any dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an investment of the former in the area of the latter, which has not been settled amicably, may, after a period of six months from written notification of the claim by either of the parties to the dispute, be submitted to such procedures for settlement as may be agreed between the parties to the dispute. If no such procedures have been agreed within that six months period, the dispute shall at the request of the investor concerned be submitted to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law as then in force. The parties to the dispute may agree in writing to modify those Rules.
3. Paragraph 2 of this Article shall not be construed so as to prevent investors of either Contracting Party from seeking administrative or judicial settlement within the area of the other Contracting Party. In the event that an investor has resorted to administrative or judicial settlement within the area of the other Contracting Party of a dispute concerning an investment by such investor, the same dispute shall not be submitted to arbitration referred to in paragraph 2 of this Article.
4. In case a dispute arises out of an investment made by a company of either Contracting Party which is owned or controlled by investors of the other Contracting Party, investors of the other Contracting Party may submit the dispute to arbitration referred to in paragraph 2 of this Article on behalf of such company.

このように何らの限定もなくただ「投資に関する紛争」とする例はきわめて多く、ドイツ、ベルギー＝ルクセンブルグ、フランスが締結する投資保護条約ではほぼすべての場合にこの類型が採用されている。

もつとも、このような場合でも条約仲裁に付託される紛争は権利義務を争う「法的紛争」であることが求められる（ICSID 条約第 25 条 1 項）。日本が締結する二国間投資保護条約で包括型の仲裁付託条項を有するもののうち香港を除く他 7 例においては、協議(consultation)に関する限りは無限定としつつ、調停(conciliation)および仲裁(arbitration)については「法的紛争」との文言が用いられている。一例を挙げれば、日＝トルコ BIT（1992 年）では、次のように規定されている。

Article 11

1. Any dispute between either Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party with respect to investment within the territory of the former Contracting Party shall, as far as possible, be settled amicably through consultation between the parties to the dispute. This shall not be construed so as to prevent nationals and companies of either Contracting Party from seeking administrative or judicial settlement within the territory of the other Contracting Party. If any legal dispute that may arise out of investment made by a national or company of such other Contracting Party cannot be settled through such consultation, such former Contracting Party shall consent to submit the dispute to conciliation or arbitration at the request of such national or company in accordance with the provisions of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States done at Washington on March 18, 1965, 1 so long as both Contracting Parties are parties to the said Convention . Each party to the dispute submitted to conciliation or arbitration in accordance with the Convention shall bear the cost of such conciliation or arbitration proceedings in accordance with the provisions of Article 61 of the Convention.
2. In the event that a national or company of either Contracting Party has resorted to administrative or judicial settlement within the territory of the other Contracting Party concerning a legal dispute that may arise out of investment made by such national or company, such dispute shall not be submitted to arbitration referred to in the provisions of paragraph 1 of the present Article.
3. In case a legal dispute arises out of investment made by a company of either Contracting Party and such company is controlled by nationals or companies of the other Contracting Party on the date on which such company makes a request to the former Contracting Party to submit the dispute

to conciliation or arbitration, such company of the former Contracting Party shall be treated for the purposes of the provisions of the present Article as a company of such other Contracting Party.

こうした包括型の条約仲裁条項は、その対象とする紛争をきわめて一般的に定めているため、その文言上は条約違反に関わる紛争のみならず個々の投資契約に関する紛争をもその対象として含みうる¹²⁴。

(2) 紛争原因特定型

ここで紛争原因特定型の条約仲裁条項としてあげるのは、条約仲裁に付託可能な事項を特定し、あるいは列挙するものを言う。

(A) 請求原因限定型

第一に挙げられるのは、社会主義諸国との間で締結された二国間投資保護条約においてしばしば見受けられるものであり、これらにおいては条約仲裁において争うことのできる事項が収用に際しての補償問題などに限定されている。日本が締結しているものの中では、日＝中国 BIT（1998年）が該当し、次のように規定している。

Article 11

1. Any dispute between a national or company of either Contracting Party and the other Contracting Party with respect to investment within the territory of the latter Contracting Party shall, as far as possible, be settled amicably through consultation between the parties to the dispute.
2. If a dispute concerning the amount of compensation referred to in the provisions of paragraph 3 of Article 5 between a national or company of either Contracting party and the other Contracting Party or other entity, charged with the obligation for making compensation under its laws and regulations, cannot be settled within six months from the date either party requested consultation for the settlement, such dispute shall, at the request of such national or company, be submitted to a conciliation board or an arbitration board, to be established with reference to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States done at Washington on March 18, 1965 (hereinafter referred to as the Washington Convention)". Any dispute concerning other matters between a national or company of either Contracting Party and the other Contracting Party may be submitted by mutual agreement, to a conciliation board or an arbitration board as stated above. In the event that such national or company has resorted to administrative or judicial settlement within the territory of the latter Contracting Party, such dispute shall not be submitted to arbitration.

(以下、略)

他国の締結したものでは、英国＝ブルガリア BIT（1995年）のように、損失補償、収用、資金の移転に限定する例がある。同 BIT は以下のように規定している。

Article 9

- (1) Disputes between an investor of one Contracting Party and the other Contracting party concerning obligations of the latter under Articles 6 [compensation for losses], 7 [expropriation] and 8 [transfer of payments] of this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall after a period of four months from written notification of a claim be submitted to international arbitration if either party to the dispute so wishes.

¹²⁴ ただし、前掲（注 87）及びその本文を参照。

- (2) Where the dispute is referred to international arbitration, the investor concerned in the dispute may refer the dispute to an ad hoc arbitral tribunal to be established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law. The parties to the dispute may agree in writing to modify these Rules.
- (3) Nothing in this Article shall prevent an investor of one Contracting Party from bringing any dispute concerning an obligation of the other Contracting Party under this Agreement in relation to an investment of the former to the attention of the competent authorities of the first Contracting Party with a view to its possible settlement in accordance with Article 10 of this Agreement.

(B) 紛争主題特定型

次に挙げられるのは個々の請求原因ではなく、条約仲裁において争う際に依拠する法律関係を特定し、あるいは列挙するものである。投資活動に関わる法律関係としては、投資受入国当局との間で締結した投資契約、投資保護条約の関連規定、投資受入国の国内法令、そして投資受入国当局により与えられた保証や約束などがある。紛争主題特定型の条約仲裁条項には、これらのうち、投資保護条約上の権利義務のみを挙げる条約違反型、投資保護条約に加えて受入国当局による許可あるいは投資契約のいずれかを加える二項型、それら三つの根拠いずれをも挙げる三項型がある。

(i) 条約違反型

英国が締結する二国間投資保護条約では包括型と並んで条約違反型が採用されることが多く、例えば英国＝ヴェトナム BIT（2002年）は次のように規定している。

Article 8

- (1) Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of three months from written notification of a claim, be submitted to international arbitration if either party to the dispute so wishes.
- (2) Where the dispute is referred to international arbitration, the national or company and the Contracting Party concerned in the dispute may agree to refer the dispute either to:
 - (a) the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (having regard to the provisions, where applicable, of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, opened for signature at Washington DC on 18 March 1965 in the event that Vietnam becomes a Party to this Convention and the Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding Proceedings); or
 - (b) an international arbitrator or ad hoc arbitral tribunal :
 - (i) by an agreement between the parties to the dispute; or
 - (ii) to be established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.
- (3) If after a period or three months from written notification of the claim there is no agreement to one of the above alternative procedures, the parties to the dispute shall be bound to submit it to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law as then in force. The parties to the dispute may agree in writing to modify these Rules.
- (4) The arbitral tribunal constituted under paragraphs (2) and (3) above shall reach its decisions on the basis of the domestic law of the Contracting Party in whose territory the investment in question is situated (including its rules on the conflict of laws) and the rules of international law (including this Agreement) as may be applicable.

(ii) 二項型

二項型の条約仲裁条項の数は多くはない。

投資保護条約と投資活動に関わる受入国当局の許可(authorization)を挙げるもの(条約/許可型)の例としては、管見の限りでは次のオランダ＝トルコ BIT とベルギー＝トルコ BIT があるに留まる。

Article 8

- 1) For the purposes of this Article, an investment dispute is defined as a dispute involving:
 - (a) the interpretation or application of any investment authorization granted by a Contracting Party's foreign investment authority to an investor of the other Contracting Party; or
 - (b) a breach of any right conferred or created by this Agreement with respect to an investment.
- 2) In the event of an investment dispute between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, the parties to the dispute shall initially seek to resolve the dispute by consultations and negotiations in good faith. If such consultations or negotiations are unsuccessful, the dispute may be settled through the use of nonbinding, third party procedures upon which such investor and the Contracting Party mutually agree. If the dispute cannot be resolved through the foregoing procedures the investor concerned may choose to submit the dispute to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ('Centre') for settlement by arbitration, at any time after one year from the date upon which the dispute arose provided that in case the investor concerned has brought the dispute before the courts of justice of the Contracting Country that is a party to the dispute, and there has not been rendered a final award.
- 3) (a) Each Contracting Party hereby consents to the submission of an investment dispute to the Centre for settlement by arbitration.
(b) Arbitration of such disputes shall be done in accordance with the provisions of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States and the 'Arbitration Rules' of the Centre.
- 4) For the purposes of this Article, any legal person incorporated or constituted under the applicable laws and regulations of either Contracting Party, but that, immediately before the occurrence of the event or events giving rise to the dispute, was an investment of investors of the other Contracting Party, shall in accordance with Article 25 (2)(b) of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States be treated as an investor of such other Contracting Party.

投資保護条約と投資契約を挙げるもの(条約/契約型)の例としては、例えば米国＝エジプト BIT (1982年)は次のように規定している。

Article VII

1. For purposes of this Article, a legal investment dispute is defined as a dispute involving
 - (i) the interpretation or application of an investment agreement between a Party and a national or company of the other Party; or
 - (ii) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.
2. In the event of a legal investment dispute between a Party and a national or company of the other Party with respect to an investment of such national or company in the territory of such Party, the parties shall initially seek to resolve the dispute by consultation and negotiation. The Parties may, upon the initiative of either of them and as a part of their consultation and negotiation, agree to rely upon non-binding, third-party procedures. If the dispute cannot be resolved through consultation and negotiation, then the dispute shall be submitted for settlement in accordance with the procedures upon which a Party and national or company of other Party have previously agreed. With respect to expropriation by either Party, any dispute-settlement procedures specified in an investment between such Party and such national or company shall remain binding and shall be enforceable in accordance with the terms of the investment agreement and relevant provisions of

domestic laws of such Party and treaties and other international agreements regarding enforcement of arbitral awards to which such Party has subscribed.

3. (a) In the event that the legal investment dispute is not resolved under procedures specified above, the national or company concerned may choose to submit the dispute to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ("Centre") for settlement by conciliation or binding arbitration, if, within six (6) months of the date upon which it arose:
 - (i) the dispute has not been settled through consultation and negotiation; or
 - (ii) the dispute has not, for any good faith reason, been submitted for resolution in accordance with any applicable dispute-settlement procedures previously agreed to by the Parties to dispute: or
 - (iii) the national or company, has not brought before the courts of justice or administrative tribunal of competent jurisdiction of the Party that is a Party to the dispute.
- (b) Each Party hereby consents to the submission of an investment dispute to the Centre for settlement by conciliation or binding arbitration.
- (c) Conciliation or binding arbitration of such disputes shall be done in accordance with the provisions of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States ("Convention") and the Regulations and Rules of the Centre.
4. In any proceeding, judicial, arbitral or otherwise, concerning a legal investment dispute between it and a national or company of the other Party, A Party shall not assert, as a defense, counterclaim, right of set-off or otherwise, that the national or company concerned has received or Will receive, pursuant to an insurance contract, indemnification or other compensation for all or part of its alleged damages from any third Party whatsoever, whether public or private, including such other Party and its subdivisions, agencies and instrumentalities. Notwithstanding the foregoing, a national or company of the other Party shall not be entitled to compensation for more than the value of its affected assets, taking into account all sources of compensation within the territory of the Party liable for the compensation.
5. For the purpose of any proceedings initiated before the Centre in accordance with this Article, any company that, immediately prior to the occurrence of the event or events giving rise to the dispute was a company of the other Party, shall be treated as a national or company of such other Party.
6. The provisions of this Article shall not apply to a dispute arising under an official export credit, guarantee, or insurance arrangement, pursuant to which the Parties have agreed to other means of settling disputes.

この類型に属する条約例もかなり少なく、他には韓国＝マレーシア BIT、エジプト＝マレーシア BIT を確認できたに留まる。

(iii) 三項型

三項型は、米国が締結する二国間投資保護条約において一般に採用されているものである¹²⁵。例えば米国＝アルゼンチン BIT (1991 年) は、以下のように規定する。

Article VII

1. For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to
 - (a) an investment agreement between that Party and such national or company;
 - (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority (if any such authorization exists) to such national or company; or

¹²⁵ 管見の限りでは、米国＝エジプト BIT (1986 年) と米国＝チュニジア BIT (1990 年) で二項型 (条約+投資契約) が採用されているに留まり、その他はすべて 3 項型である。なお、2004 年の米国モデル BIT では次の請求型が採用されており、2005 年に締結された米国＝ウルグアイ BIT では同モデルに基づく条約仲裁条項が採用されている。

- (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.
2. In the event of an investment dispute, the parties to the dispute should initially seek a resolution through consultation and negotiation. If the dispute cannot be settled amicably, the national or company concerned may choose to submit the dispute for resolution:
 - (a) to the courts or administrative tribunals of the Party that is a party to the dispute; or
 - (b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute-settlement procedures; or
 - (c) in accordance with the terms of paragraph 3.
 3. (a) Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2 (a) or (b) and that six months have elapsed from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration:
 - (i) to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ("Centre") established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, done at Washington, March 18, 1965 ("ICSID Convention"), provided that the Party is a party to such convention: or
 - (ii) to the Additional Facility of the Centre, if the Centre is not available; or
 - (iii) in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): or
 - (iv) to any other arbitration institution, or in accordance with any other arbitration rules, as may be mutually agreed between the parties to the dispute.(b) Once the national or company concerned has so consented, either party to the dispute may initiate arbitration in accordance with the choice so specified in the consent.
 4. Each Party hereby consents to the submission of any investment dispute for settlement by binding arbitration in accordance with the choice specified in the written consent of the national or company under paragraph 3. Such consent, together with the written consent of the national or company when given under paragraph 3 shall satisfy the requirement for:
 - (a) written consent of the parties to the dispute for purposes of Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and for purposes of the Additional Facility Rules; and
 - (b) an "agreement in writing" for purposes of Article II of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, June 10, 1958 ("New York Convention").
 5. Any arbitration under paragraph 3(a)(ii), (iii) or (iv) of this Article shall be held in a state that is a party to the New York Convention.
 6. Any arbitral award rendered pursuant to this Article shall be final and binding on the parties to the dispute. Each Party undertakes to carry out without delay the provisions of any such award and to provide in its territory for its enforcement.
 7. In any proceeding involving an investment dispute, a Party shall not assert, as a defense, counterclaim, right of set-off or otherwise, that the national or company concerned has received or will receive, pursuant to an insurance or guarantee contract, indemnification or other compensation for all or part of its alleged damages.
 8. For purposes of an arbitration held under paragraph 3 of this Article, any company legally constituted under the applicable laws and regulations of a Party or a political subdivision thereof but that, immediately before the occurrence of the event or events giving rise to the dispute, was an investment of nationals or companies of the other Party, shall be treated as a national or company of such other Party in accordance with Article 25(2)(b) of the ICSID Convention.

(3) 訴権型

以上に見た諸類型が条約仲裁に付託しうる投資紛争の定義づけという方式を採用しているのに対し、訴権型は問題とされる投資活動への違法な侵害に関する投資家の訴権を設定するという方式を採用する。このような方式は北米自由貿易協定 (NAFTA) によって最初に用いられたものと思われるが、投資保護条約においても見受けられるようになっている。

近年、日本は経済連携協定における投資章においてこの訴権型を採用するようになってきている。例えば、日本が締結しているものでは、日＝メキシコ EPA（2004年）は次のように規定している。

Article 76 Claim by an Investor

1. An investor of a Party:

(a) on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim that the other Party has breached an obligation under Section 1 and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and

(b) on behalf of an enterprise of the other Party that is a legal person that the investor owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim that the other Party has breached an obligation under Section 1 and that the enterprise has incurred loss or damages by reason of, or arising out of, that breach.

2. An investment may not make a claim under this Section.

訴権型による場合、条約仲裁に付託することができるのは投資家のみに限られ、投資受入国には仮に条約仲裁への付託を望んだとしてもそれを利用することはできない¹²⁶。また訴権型では一般に、現地子会社による投資活動に対する投資受入国の違法な行為についてはその外国親会社による提訴が可能であることを明記しており、そうした場合に受入国が原告適格を争う余地をあらかじめ排除している。

日本はチリとの経済連携協定（2007年）第89条1項でも訴権型を採用しつつ、手続的により詳細な規定を採用している。ただし、いずれにおいても請求の基礎とされるのは経済連携協定の投資保護規定に関するものに限られている。

それに対して他国の例では、投資契約や投資受入国当局による許可をあげる例も見られる。例えば米国＝ウルグアイ BIT（2005年）は次のように規定している。

Article 24: Submission of a Claim to Arbitration

1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:

(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Articles 3 through 10,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement;

and

(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach;

and

(b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Articles 3 through 10,

(B) an investment authorization, or

¹²⁶ 最もこうした例は少なく、ICSID 仲裁に関する限りでは、産科病棟の建設契約をめぐる紛争においてガボン政府がフランス法人の Serete 社を相手に提訴した1例が記録されているに留まる (*Gavon v. Société Serete S.A.*, ICSID Case No.ARB/76/1)。本件は最終的には当事者間の和解により解決した。

- (C) an investment agreement;
and
(ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach provided that a claimant may submit pursuant to subparagraph (a)(i)(C) or (b)(i)(C) a claim for breach of an investment agreement only if the subject matter of the claim and the claimed damages directly relate to the covered investment that was established or acquired, or sought to be established or acquired, in reliance on the relevant investment agreement.
2. At least 90 days before submitting any claim to arbitration under this Section, a claimant shall deliver to the respondent a written notice of its intention to submit the claim to arbitration (“notice of intent”). The notice shall specify:
- (a) the name and address of the claimant and, where a claim is submitted on behalf of an enterprise, the name, address, and place of incorporation of the enterprise;
 - (b) for each claim, the provision of this Treaty, investment authorization, or investment agreement alleged to have been breached and any other relevant provisions;
 - (c) the legal and factual basis for each claim; and
 - (d) the relief sought and the approximate amount of damages claimed.
3. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:
- (a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the non-disputing Party are parties to the ICSID Convention;
 - (b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the non-disputing Party is a party to the ICSID Convention;
 - (c) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or
 - (d) if the claimant and respondent agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules.
4. A claim shall be deemed submitted to arbitration under this Section when the claimant’s notice of or request for arbitration (“notice of arbitration”):
- (a) referred to in paragraph 1 of Article 36 of the ICSID Convention is received by the Secretary-General;
 - (b) referred to in Article 2 of Schedule C of the ICSID Additional Facility Rules is received by the Secretary-General;
 - (c) referred to in Article 3 of the UNCITRAL Arbitration Rules, together with the statement of claim referred to in Article 18 of the UNCITRAL Arbitration Rules, are received by the respondent; or
 - (d) referred to under any arbitral institution or arbitral rules selected under paragraph 3(d) is received by the respondent.
- A claim asserted by the claimant for the first time after such notice of arbitration is submitted shall be deemed submitted to arbitration under this Section on the date of its receipt under the applicable arbitral rules.
5. The arbitration rules applicable under paragraph 3, and in effect on the date the claim or claims were submitted to arbitration under this Section, shall govern the arbitration except to the extent modified by this Treaty.
6. The claimant shall provide with the notice of arbitration:
- (a) the name of the arbitrator that the claimant appoints; or
 - (b) the claimant’s written consent for the Chairman to appoint that arbitrator.

(4) 個別的同意型

個別的同意型としてあげるのは、投資仲裁手続による紛争処理をはかるためには紛争当事者（投資受入国と投資家）が相互に同意(mutual consent)することを条件とすることを明示的に示すものである。厳密に言えば、こうした条約規定は条約仲裁条項ではなく、単なる確認規定であるにすぎない。そのため条約仲裁を規定しない投資保護条約では国家間協議、

国家間仲裁手続を定めるに留まるのが一般である。ただし、投資保護条約の締結時においては条約仲裁の必要性につき当事国で合意に至らなかった場合には、個別的同意型の条項とともに、条約仲裁に関する将来的な検討を予定する規定が設けられることがある。日＝フィリピン EPA（2006年）の以下のような規定も、そうした事情のもとで採択されたものである。

Article 107 Further Negotiation

1. The Parties shall enter into negotiations after the date of entry into force of this Agreement to establish a mechanism for the settlement of an investment dispute between a Party and an investor of the other Party.
2. In the absence of the mechanism for the settlement of an investment dispute between a Party and an investor of the other Party, the resort to international conciliation or arbitration tribunal is subject to mutual consent of the parties to the dispute. This means that the disputing Party may, at its option or discretion, grant or deny its consent in respect of each particular investment dispute and that, in the absence of the express written consent of the disputing Party, an international conciliation or arbitration tribunal shall have no jurisdiction over the investment dispute involved.

この類例として、米＝オーストラリア FTA（2004年）は次のように規定している。

ARTICLE 11.16 : CONSULTATIONS ON INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT

1. If a Party considers that there has been a change in circumstances affecting the settlement of disputes on matters within the scope of this Chapter and that, in light of such change, the Parties should consider allowing an investor of a Party to submit to arbitration with the other Party a claim regarding a matter within the scope of this Chapter, the Party may request consultations with the other Party on the subject, including the development of procedures that may be appropriate. On such a request, the Parties shall promptly enter into consultations with a view towards allowing such a claim and establishing such procedures.
2. For greater certainty, nothing in this Article prevents a Party from raising any matter arising under this Chapter pursuant to the procedures set out in Chapter 21 (Institutional Arrangements and Dispute Settlement). Nor does anything in this Article prevent an investor of a Party from submitting to arbitration a claim against the other Party to the extent permitted under that Party's law.

おわりに

以上、本補論では条約仲裁付託条項の規定ぶりに注目しつつ、ごく大まかな類型化を試みた。むろん、条約仲裁付託条項の中にはより細かな文言の点において以上に見た典型条項とは異なるものもあり¹²⁷、またいずれか単一の類型には分類しきれないものもある¹²⁸。こうした条約仲裁条項の規定ぶりの「差異」は条約締結に対する各国政府の政策的立場や締約国相互間の関係あるいは交渉時の国内法あるいは政治的な状況を反映するものと言え

¹²⁷ 例えば、包括型の条約仲裁付託条項の中には、単に「投資に関するすべての紛争(any dispute concerning an investment)」とするものもあれば、「投資に関して生じうる紛争 (any dispute that may arise out of investment)」とするものもあり、これら両者は少なくとも理論的には、時間管轄の範囲において相違を有するものと解される可能性がある。

¹²⁸ 例えば、日本が締結する経済連携協定においては、条約違反型と訴権型を組み合わせた混合型とも言える条約仲裁付託条項が採用されるようになっている。参照、日本＝シンガポール EPA 第 82 条。

る。そしてそうした「差異」は実際の仲裁付託に際して、仲裁廷の管轄権の射程あるいは仲裁付託条件の相違として現れることになる。もっとも、すべての「差異」が常に法的に重要な意義を有するわけでは必ずしもない。この点、どのような規定ぶりの違いが法的効果においてどのような相違をもたらすかについては、実際の仲裁例をふまえつつ検討する必要がある。