



RIETI Discussion Paper Series 08-J-028

## 投資協定仲裁手続のインセンティブ設計

清水 剛  
東京大学



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/>

## 投資協定仲裁手続のインセンティブ設計\*

2008年5月30日

清水 剛<sup>†</sup>

### 要旨

本稿は、投資協定における投資家対国家間の仲裁（投資協定仲裁）がどのような機能を果たしているか、あるいは仲裁に関する具体的な制度設計、とりわけ仲裁と国内における裁判との選択を認めることがどのような意味を持っているのか、という点を投資家のインセンティブという視点から分析しようとするものである。

近年の投資協定の急速な拡大に伴い、投資協定における一般的な紛争解決メカニズムとしての投資協定仲裁も注目を集めている。しかし、この投資協定仲裁がいかなる機能を果たしているのか、あるいは具体的にどのような手続の設計にすればよいのかといった点に関する検討は必ずしも十分ではなかったように思われる。

本稿ではこのような点に関し、裁判と仲裁の特性の中でその「中立性」と「判断の安定性・予測可能性」という2つの要素に注目し、この2つの要素に関する裁判と仲裁の相違や裁判と仲裁との選択可能性が投資家のインセンティブにどのような影響をもたらすかを分析する。分析の結果明らかにされることは、仲裁を利用することは投資家にとって常に好ましいとは限らず、仲裁と裁判とを選択可能なことは投資家にとって常に好ましいが、その有用性は状況によって異なるということである。伝統的な投資協定が想定しているような「無能で不公平な裁判所と有能で公平な仲裁廷」という状況であればこの両者は投資家にとって好ましい結果をもたらすが、現在ではそのような想定は必ずしも成り立たない。この意味で、仲裁それ自体の機能や具体的な手続のあり方に関しては改めて検討していく必要がある。

---

\* 本稿は（独）経済産業研究所「対外投資の法的保護の在り方」研究プロジェクト（代表：小寺彰フェカルティフェロー）の成果の一部である。同研究プロジェクトのメンバー、及び本稿を改善するための貴重なご意見を頂いた「国際私法と経済学」研究会メンバー、「法と経済学研究会」メンバー、DP検討会の参加者各位には深く感謝する。なお、本稿の内容の一部は清水剛「国際仲裁の経済分析－投資協定仲裁を中心として」ジュリスト 1351号 96頁以下において紹介されている。

<sup>†</sup> 東京大学大学院総合文化研究科准教授 E-mail:tshimizu@waka.c.u-tokyo.ac.jp

## 1. はじめに

近年における投資協定<sup>1</sup>の急速な拡大に伴い、投資協定において一般的に用いられる紛争解決メカニズム、すなわち投資家対国家の仲裁（以下では投資協定仲裁と呼ぶ）に対する関心が高まっている。

しかし、このような状況において、投資協定仲裁が存在すること自体にどのような意味があるのか、あるいはどのような場合であれば意味があるのか、というようなことはあまり考えられていないように思われる。例えば、現在交渉中の日本・スイス経済連携協定においても、投資協定仲裁は当然に置かれることが想定されているように見える<sup>2</sup>。しかし、アメリカ＝オーストラリア間の自由貿易協定には投資協定仲裁の規定がないことが物語るように、そもそも投資協定仲裁の規定を常に置く必要があるとは限らない<sup>3</sup>。そうであるならば、「どのような状況であれば投資協定仲裁を置く必要があり、どのような状況であれば置く必要がないのか」ということ自体が問われるべき問題となる。

また、仮に投資協定仲裁の規定を置くことが望ましいとしても、具体的にどのような手続を設計すればよいのか、という点についても考える必要がある。例えば、多くの投資協定仲裁手続において、何らかの形で投資家に国内裁判と国際仲裁(投資協定仲裁)との選択の自由が認められている（ただし、通常は同時に並行することは認められない）<sup>4</sup>。もし、仲裁が投資家にとって常に望ましいのであればこのような仕組みは必要はないだろうが、状況によっては必要であるかもしれない。また、必要とされている場合があるからこそ、多くの投資協定においてそのような仕組みが取られていると考えることもできる。

以上のような問題が必ずしも十分に検討されてこなかった背景には、これまでの投資協定仲裁の位置づけがあったものと思われる。すなわち、これまで海外直接投資は先進国の企業が開発途上国に投資するという形で行われてきており、その中で投資による収益を確保したい投資家（先進国企業）と自国経済をコントロールしたい投資受入国（開発途上国）の間でしばしば紛争が発生した。そして、先進国企業は、投資受入国政府は何らかの恣意的な措置（国有化や恣意的な規制、コンセッション契約の不当な解除など）により投資家の投資財産に対する権利を不当に侵害してしまうという不満や、投資受入国の裁判所が政府から必ずしも独立していないために、このような行為をしばしば追認してしまい、また

<sup>1</sup> 本稿で言う投資協定には、いわゆる二国間投資協定(Bilateral Investment Treaty, BIT)のみならず、日本が結んでいる経済連携協定、あるいはNAFTAやエネルギー憲章条約のような投資に関する規定を持つ多国間条約なども含んでいる。

<sup>2</sup> REPORT OF THE JOINT GOVERNMENTAL STUDY GROUP FOR STRENGTHENING ECONOMIC RELATIONS BETWEEN JAPAN AND SWITZERLAND, para. 10(3) (January 2007).

<sup>3</sup> アメリカ＝オーストラリア FTA 11.16 条 1 項は、一方の締約国が、状況の変化により一般的に仲裁付託を認めたほうがよいと考えた場合には協議を開始することができるだけ定めている。

<sup>4</sup> このような選択の自由を認める投資協定には、どちらかの手続きに提訴した段階で他の選択肢が排除されるタイプ(二者択一型、fork in the road 型)と、国内裁判手続への提訴もしくは訴訟の追行の権利を放棄すること条件に仲裁への提訴を認める条項(国内救済手続放棄型、No U-turn 型)がある。阿部克則「二国間投資条約/経済連携協定における投資仲裁と国内救済手続との関係」RIETI Discussion Paper Series 07-J-040,10-16 頁(2007年)。詳細については後述する。

裁判官の質も必ずしも高くないといった不満を持っており<sup>5</sup>、このような状況に対して先進国企業の権利を保護するために投資協定仲裁が導入されてきた<sup>6</sup>。ゆえに先進国としては、基本的に仲裁条項は自国企業の保護のために入れておくべきものであり、開発途上国側は先進国との交渉力の格差や投資の増大に対する期待から仕方なく同意するという位置づけであったと思われる。

しかし、近年の国際社会における相互依存の拡大とそれに伴う急速な投資協定の普及を考えると、投資協定仲裁に対する上のような見方が現在においても妥当であるかどうかは明らかではない<sup>7</sup>。もちろん、上で述べたような状況の背後には、投資受入国政府がその主権の行使としておこなう政策変更を投資受入国裁判所は通常受け入れざるを得ず、これに対しては投資協定を結び、投資協定仲裁を導入することで国際法に従って制限を加えるしかないということがある、この点は現在でも変わらない<sup>8</sup>。しかし、実体的な保護のレベルを考えたときに、投資受入国の裁判所が投資受入国法を適用することによる保護のレベルと投資協定仲裁により国際法及び投資受入国法が適用された場合の保護のレベルが大きく異なるという状況は想定しうる<sup>9</sup>。先に述べた米豪 FTA において仲裁の規定が存在しないということは、そのような可能性を示唆していると捉えることができよう。そうであるならば、ここであらためて仲裁が存在する意義は何か、あるいは紛争解決手続の制度設計をいかにすべきかを考えてみる必要があるのではないだろうか。

本稿では、仲裁というものがどのような機能を果たしているのか、あるいはまた仲裁制度の具体的な手続の設計（特に上で述べた投資協定仲裁と国内裁判との選択が可能であること）が当事者の行動にどのような影響を与えているかといった点について、とりわけ投資家にとってのインセンティブに焦点を当てて検討する。言い換えれば、投資受入国の裁判に対して投資協定仲裁というもう一つの紛争解決手続が導入されていることが投資家にとって役に立っているのか、あるいはどのような条件で役に立っているのか、また国内裁判と投資協定仲裁の選択を認めることは投資家にどのような影響を与えているかといった点が分析の対象となる。言うまでもなく、投資協定を結ぶのはあくまで国家であり、投資家のインセンティブだけで問題が決まるわけではない。しかし、その制度の下で具体的にアクションを起こすのは投資家であり、ゆえに投資家のインセンティブを理解すること

<sup>5</sup> 例えば中国においては、特に地方において政府からの裁判所の独立性がなく、裁判官の質についても法曹としての教育を受けていない裁判官が多く存在していることが報告されている。梶田幸雄「中国における国際商事仲裁の現状と課題」JCA ジャーナル 54 巻 7 号 23 頁以下(2007 年)を参照。

<sup>6</sup> Kenneth J. Vandevelde, *The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty*, 92 AM. J. INT'L. L. 621, 633 (1998). ただし Vandevelde は、投資協定は投資受入国政府に多様な経済政策を追求する自由を認めていると指摘している。なお小寺彰「投資協定仲裁の新たな展開とその意義—投資協定『法制度化』のインパクト」RIETI Discussion Paper Series 05-J-021, 5 頁, 23 頁 (2005) も参照。

<sup>7</sup> Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law* (2002), 473.

<sup>8</sup> Matthias Hergeden, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2 Aufl. (1995), ch. 18.

<sup>9</sup> 例えば収用に関して、Gary H. Sampliner, *Arbitration of Expropriation Cases under U.S. Investment Treaties – A Threat to Democracy or the Dog That Didn't Bark?*, 18 ICSID REV. - FOREIGN INVESTMENT L. J., 1, 34 (2003). また、そもそも国際法が適用された場合と投資受入国法が適用された場合で保護のレベルが大きく異なることは必ずしも好ましいことではない、という判断もあり得るだろうし、そうであれば保護のレベルは将来的には近い水準になっていく可能性がある。

は、投資協定の制度設計においても大きな意味があるものとする。

以下、まず2. において投資協定仲裁の手續について整理した上で、3. において国内裁判と投資協定仲裁の相違について検討し、その上で4. でゲーム理論を利用したモデルを導入する。5. ではモデルから得られるインプリケーションを検討する。6. は結語である。

## 2. 投資仲裁協定の手續

投資協定仲裁の手續は原則としてはいわゆる国際商事仲裁の手續と基本的には同じであるが、投資協定仲裁のみに見られる部分もあり、また個々の投資協定毎にある程度の相違が見られる。以下では、標準的と思われる手續を中心に簡単に説明する<sup>10</sup>。投資協定仲裁は、一般的には協議、仲裁付託、仲裁廷の設置、審理・判断、(場合によっては取消・再審申立)、執行という順序で進められるため、以下ではこの順番で説明していく。

### 協議

多くの投資協定においては、友好的な解決をはかるための協議期間が設けられている。期間の長さは日韓投資協定(以下、日韓BIT)では3ヶ月<sup>11</sup>、シンガポール経済連携協定(以下、日星EPA)では5ヶ月<sup>12</sup>、NAFTAでは6ヶ月<sup>13</sup>であり、一般的には3ヶ月から6ヶ月程度とされているようである<sup>14</sup>。

### 仲裁付託

協議によって紛争が解決しない場合には仲裁付託の申立がなされる。投資協定仲裁に一般的に見られる特徴として、投資協定の締約国は仲裁付託に対して事前に包括的な合意を与えており(一定の条件が付されている場合もある)、ゆえに投資家は紛争を仲裁に付託しようとする際には(その条件が満たされている限り)改めて投資受入国から合意を得ることなく、一方的に付託の申立をすることが可能になっているという点がある<sup>15</sup>。

なお、このような包括的な合意条項が存在する場合でも、原則として投資家が国内裁判において救済を求めることは排除されない<sup>16</sup>。一方で、国内裁判と投資協定仲裁の両方が並行して進められることには問題があると考えられているため、手續が並行して進まないように何らかの制約がかかっているのが一般的である<sup>17</sup>。このため、先に少し触れたように投

<sup>10</sup> なお『不公正貿易報告書』2007年版, 471-479頁参照。

<sup>11</sup> 日韓BIT 15条3項。

<sup>12</sup> 日星EPA 82条3項。

<sup>13</sup> NAFTA 1120条。

<sup>14</sup> 『不公正貿易報告書』2007年版, 472頁。

<sup>15</sup> 日韓BIT 15条3項、日星EPA 82条4項、NAFTA 1122条他。

<sup>16</sup> 日韓BIT 15条8項、日星EPA 82条11項は国内裁判所へ提訴可能であることを明文で規定しており、NAFTA 1121条は国内裁判所へ提訴可能であることを前提としている。

<sup>17</sup> 並行手續の問題については中村達也「国際投資仲裁と並行的手續—国家法による規制、調整を中心とし

資家は国内裁判と投資協定仲裁のどちらかを選択することになる。

国内裁判と投資協定仲裁を選択するタイプの手続きには二つの種類がある。一つは国内裁判と投資協定仲裁のどちらか（投資協定仲裁の場合には、後で述べるようにその中の具体的な手続）を利用することを提訴時点において選択しなくてはならず、その決定は最終的なものとされるというタイプの手続(fork in the road 型)である。このようなタイプの例としては日韓 BIT や日星 EPA、あるいは米国の 1998 年モデル BIT 等が挙げられる<sup>18</sup>。もう一つのタイプは仲裁付託の際に(1)投資家が仲裁付託に同意し、(2)国内裁判所もしくは行政法廷等における手続の開始もしくは継続の権利を放棄することを要求するタイプの手続(No U-turn 型)である。このようなタイプの手続としては、NAFTA や日本・メキシコ経済連携協定(以下日墨 EPA)、米国 2004 年モデル BIT がある<sup>19</sup>。

なお、仲裁手続開始後の国内裁判所への提訴に関しては、明文に規定がなくても仲裁手続を開始したことが投資家の仲裁付託への合意を意味することになり、通常の仲裁合意と同様に妨訴抗弁が成立するものと考えられる<sup>20</sup>。

国内裁判と投資協定仲裁の選択ができない場合として、投資受入国が仲裁に合意する条件として、国内裁判所に提訴した上で一定の期間内に解決が得られないこと等を要求する場合<sup>21</sup>や（より古いタイプとして）国内裁判所による最終的な決定があり、その後になお紛争が存続していることを要求する場合<sup>22</sup>がある。また、投資家と投資受入国がコンセッション契約のような契約を結んでいる場合に、その契約中に契約に関する紛争に関する排他的なフォーラム選択の条項がある場合には選択が不可能になるか、かなりの程度制約されることになる<sup>23</sup>。

先に触れたように、国際仲裁を選択した場合にも通常複数の手続きから選択することができる。例えば、NAFTA においては ICSID 条約(投資紛争解決条約)<sup>24</sup>に基づく投資紛争解決国際センター(ICSID)による仲裁（投資家の本国と投資受入国がともに ICSID 条約の締結国である場合）、ICSID の追加手続規則(Additional Facility Rule)による仲裁（投資家の本国か投資受入国の一方のみが ICSID 条約の加盟国である場合）、国際連合国際商取引法委員会

---

て一」 RIETI Discussion Paper Series 08-J-025, 阿部・前掲注(4)等を参照。明示的な制約がかからない手続としては、国内裁判と投資協定仲裁の平行について何も規定を置かないタイプ(無規定型)や、平行手続を明示的に認めるタイプ(平行手続許容型)がある。阿部・前掲注(4), 7-8, 16-17 頁 (2007 年)。

<sup>18</sup> 日韓 BIT 15 条 3 項、日星 EPA82 条 3 項、1998 年米国モデル BIT 9 条 2 項。なお、日本・ベトナム投資協定(以下、日越 BIT) 22 条 6 項は、国内裁判所による最終的な司法的解決の前であれば投資協定仲裁への付託を認めている。

<sup>19</sup> NAFTA 1121 条、日墨 EPA 81 条 2 項、2004 年米国モデル BIT 26 条 2 項。

<sup>20</sup> Christoph Schreuer, *Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 5 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 231, at 231 (2004).

<sup>21</sup> 例えばアルゼンチン＝スペイン BIT 10 条 3 項(a)など。

<sup>22</sup> これはいわゆる国内救済完了原則に対応するものである。例えば収用に対する補償の金額についての紛争に関して、ガーナ＝ルーマニア BIT 4 条 3 項。なお Schreuer, *supra* note (20), 239.

<sup>23</sup> この点に関しては、例えば *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (Final Award, 20 August 2007)を参照。なお Christoph Schreuer, *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration*, 4 L. & PRAC. INT'L CTS & TRIBUNALS 1 (2005) も参照。

<sup>24</sup> 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(1965 年作成)

(UNCITRAL)仲裁規則に基づくアド・ホック仲裁（仲裁機関を利用しない仲裁）を選択することができる<sup>25</sup>。日韓 BIT も ICSID 仲裁もしくは UNCITRAL 仲裁規則に基づくアド・ホック仲裁を利用可能としている<sup>26</sup>が、日星 EPA ではこれに加え付属書 VC に独自の仲裁裁判所の設置に関するルールを定めている<sup>27</sup>。また、日本・マレーシア経済連携協定(以下、日馬 EPA)ではクアラルンプール仲裁センターに対して仲裁を申し立てることができる<sup>28</sup>。なお、これ以外に国際商業会議所(ICC)国際仲裁裁判所やストックホルム商業会議所(SCC) 仲裁裁判所のような国際商事仲裁において利用される仲裁機関の仲裁規則が利用されることもある<sup>29</sup>。以下については、ICSID 仲裁のケースと UNCITRAL 仲裁規則に基づくアド・ホック仲裁の2つを中心にして説明していく。

### 仲裁廷の設置

使用される仲裁規則や仲裁機関の選定後、仲裁人の選任と仲裁地の決定が行われ、仲裁廷が設置される。仲裁廷は通常1名もしくは3名の仲裁人により構成され、3名の場合には両当事者が1名ずつ選任し、仲裁廷の長となる第3の仲裁人に2名の仲裁人により選任される<sup>30</sup>か、あるいは当事者の合意により選任される<sup>31</sup>。当事者が1名の仲裁人の選任もしくは当事者の合意により選任される場合の第3仲裁人の選任に関して合意が出来ない場合には、仲裁機関が使用される仲裁（機関仲裁）の場合には仲裁機関<sup>32</sup>、アド・ホック仲裁の場合には中立的な機関<sup>33</sup>が選任する。

なお、仲裁人の選任に関しては、中立性を保証するための様々な手続きが設けられている。例えば、仲裁人の選任において中立性が確保されるよう考慮を払う<sup>34</sup>、仲裁人は当事者と異なる国籍にする<sup>35</sup>、仲裁人に対する忌避手続<sup>36</sup>などである。

また、仲裁廷が設置される場合には仲裁地が決定される必要がある。仲裁手続の準拠法

---

<sup>25</sup> NAFTA 1120 条

<sup>26</sup> 日韓 BIT 15 条 3 項

<sup>27</sup> 日星 EPA 82 条 3 項、付属書 VC

<sup>28</sup> 日馬 EPA 85 条 4 項(a)

<sup>29</sup> Lowenfeld, *supra* note (7), 484. またエネルギー憲章条約 26 条 4 項は ICSID 仲裁、ICSID 追加手続規則による仲裁、UNCITRAL 仲裁規則によるアド・ホック仲裁に加えストックホルム商業会議所による仲裁を選択することができる。

<sup>30</sup> UNCITRAL 仲裁規則 7 条 1 項

<sup>31</sup> ICSID 条約 37 条 2 項(b)

<sup>32</sup> ICSID の場合には理事会議長が選任する（ICSID 条約 37 条）。

<sup>33</sup> UNCITRAL 仲裁規則に基づくアド・ホック仲裁では、両当事者に合意された選任機関(appointing authority)が選任する。両当事者に合意された選任機関がない場合にはハーグ常設仲裁裁判所事務局長が選任機関を決定する(UNCITRAL 仲裁規則 6 条 2 項)。

<sup>34</sup> UNCITRAL 仲裁規則 6 条 4 項

<sup>35</sup> ICSID 条約 39 条、同仲裁規則 1 条 3 項。UNCITRAL 仲裁規則の場合、選任機関は単独仲裁人もしくは第3仲裁人の選任において国籍を考慮するとなっている(UNCITRAL 仲裁規則 6 条 4 項、7 条 3 項)。なお、日星 EPA では ICSID 仲裁において、第3仲裁人のみならず全ての仲裁人に関して、仲裁人として受け入れられない国籍を3つまで指定できるものとしている（82 条 4 項(b)）。

<sup>36</sup> ICSID 条約 57 条、58 条、同仲裁規則 9 条、UNCITRAL 仲裁規則 10 条-12 条

としては一般に仲裁地法が適用され<sup>37</sup>、また取消の申立については仲裁地裁判所に申し立てるものとされる<sup>38</sup>。UNCITRAL 仲裁規則においては当事者の合意により、合意がなければ仲裁廷の裁量により決定される<sup>39</sup>。ただし、ICSID 仲裁については条約に基づく仲裁であるために、その手続は ICSID 条約、ICSID 仲裁規則等により規律される<sup>40</sup>。この意味では、ICSID 仲裁においては仲裁地の概念はあまり意味を持たない<sup>41</sup>。

## 審理・判断

仲裁廷が設置されると審理に入るが、仲裁廷の管轄権に関する抗弁が提出された場合には、仲裁廷が管轄権に関する問題を先決問題として取り扱うか本案に併合させるかを決定する<sup>42</sup>が、一般には先決問題として先に管轄権に関する判断を示すことが多い。なお、投資協定仲裁に限らず一般に仲裁においては仲裁廷が自らの管轄権について決定できるものとされている(Kompetenz-kompetenz)<sup>43</sup>。ここで管轄権があるとされれば、本案の審理に入ることになる。

審理において仲裁人は中立な立場で両方の当事者を公平に扱わなくてはならず、また両当事者が自らの主張を行うのに十分な機会を与えなくてはならない<sup>44</sup>。

審理が終了すると仲裁廷は多数決により仲裁判断を下す<sup>45</sup>。この仲裁判断は終極的なものとされ、両当事者（のみ）に対して拘束力を持ち、上訴は（後述の取消・再審申立のような場合を除き）認められない<sup>46</sup>。

仲裁判断の適用法規については、まず ICSID 仲裁では当事者の合意がある場合にはその法を適用し、当事者の合意がない場合には投資受入国法及び国際法を適用するとされている<sup>47</sup>。また、UNCITRAL 仲裁規則に基づく仲裁の場合には、適用法規は当事者の合意があればその法を適用し、なければ適切と思われる抵触法の規定により適用法を決定するとして

---

<sup>37</sup> UNCITRAL モデル仲裁法 1 条 2 項、中村達也『国際商事仲裁入門』64-65 頁(中央経済社, 2001 年)、松浦馨=青山善充編『現代仲裁法の論点』270-271 頁[青山善充], 364-366 頁[谷口安平]。

<sup>38</sup> UNCITRAL モデル仲裁法 1 条 2 項, 34 条、中村・前掲注(37)149 頁、松浦=青山編・前掲注(37)271 頁、364-365 頁。なお、後で述べるように ICSID 仲裁の場合には取消については仲裁地裁判所ではなく、ICSID により設置される特別委員会が審理を行う。

<sup>39</sup> UNCITRAL 仲裁規則 16 条 1 項

<sup>40</sup> 中村達也「並行的手続」

<sup>41</sup> Christoph H. Schreuer, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, 1083-4, 1242-4 (2001)。なお、ICSID 条約 62 条は仲裁手続は原則として ICSID の所在地で行うものとしている。

<sup>42</sup> ICSID 条約 41 条 2 項

<sup>43</sup> UNCITRAL モデル仲裁法 16 条

<sup>44</sup> UNCITRAL 仲裁規則 15 条 1 項。ICSID 仲裁については直接の規定はないが、ICSID 仲裁規則 6 条 2 項を参照。また ICC 仲裁規則 7 条 1 項, 15 条 2 項も参照。

<sup>45</sup> ICSID 条約 48 条 1 項、UNCITRAL 仲裁規則 31 条

<sup>46</sup> ICSID 条約 53 条、UNCITRAL 仲裁規則 32 条 2 項。なお、投資協定における規定として、例えば日星 EPA 82 条 10 項(b)、NAFTA 1136 条などがある。

<sup>47</sup> ICSID 条約 42 条 1 項。なお、ICSID 追加手続規則に基づく仲裁の場合には、当事者の合意があればその法、なければ適切と思われる抵触法の規定に従って決定された法及び仲裁廷が該当すると考える国際法の規則を適用するものとしている。ICSID 追加手続仲裁規則 54 条 1 項。



いる<sup>48</sup>。ただし、いずれの場合にせよ、最近では主として国際法が適用されているように思われる<sup>49</sup>。

なお、審理中に場合によっては保全処分のような中間的措置が必要になることがあるが、ICSID 条約、UNCITRAL 仲裁規則ともに、仲裁廷に本案の審理に際して保全処分などの中間的措置を取ることを認めている<sup>50</sup>。ただし、実際に中間的措置をとる場合には裁判所等に助力を仰ぐことになる。

また、仲裁手続中（審理中）であっても、和解による解決は可能になっている。また、このような場合に和解内容を仲裁判断とし、拘束力を持たせることも可能である<sup>51</sup>。

### 取消・再審申立

上で述べたように仲裁判断は終極的なものであり、当事者を拘束するが、仲裁廷の設置や仲裁手続において重大な瑕疵があるような場合や、仲裁合意に従っていないような場合、あるいは仲裁廷が明らかにその権限を越えて判断を行ったような場合、仲裁可能性がない場合および公序に反する場合等<sup>52</sup>においては、仲裁判断の取消を求めることができる。取消の申立は先に述べたように通常仲裁地の裁判所が国際裁判管轄を持つと考えられており<sup>53</sup>、ゆえに UNCITRAL 仲裁規則によるアド・ホック仲裁や ICSID 追加手続規則に基づく仲裁のような場合には仲裁地の裁判所に取消申立がなされる<sup>54</sup>。ただし、ICSID の場合には ICSID により取消申立を審理するための特別委員会(*ad hoc committee*)が設置され、審理が行われる<sup>55</sup>。

また ICSID 仲裁の場合、仲裁判断に決定的な影響を及ぼす事実が後から発見されたことを理由として再審を求めることもできる<sup>56</sup>。この場合には可能であれば元の仲裁廷が審理に当たる。

---

<sup>48</sup> UNCITRAL 仲裁規則 33 条 1 項。

<sup>49</sup> ICSID 仲裁において近年国際法が適用法として使われるようになってきていることにつき、米谷三以「ICSID 仲裁における適用法規：国際法の直接適用とその含意」RIETI Discussion Paper Series 08-J-024 を参照。また、NAFTA11 章に定める仲裁に関しては、NAFTA 及び適用可能な国際法の規則が適用法となる。NAFTA 1113 条 1 項。ただし、投資協定仲裁が導入された初期においては必ずしも国際法が適用されていたわけではなく、むしろ仲裁という場は設けるものの適用法としては投資受入国法が考えられていた。小寺・前掲注(6), 5 頁。

<sup>50</sup> ICSID 条約 47 条、UNCITRAL 仲裁規則 26 条

<sup>51</sup> ICSID 仲裁規則 43 条、UNCITRAL 仲裁規則 34 条 1 項

<sup>52</sup> 具体的な内容に関しては、ICSID 条約 52 条と例えば UNCITRAL モデル仲裁法 34 条では若干異なる。

<sup>53</sup> 注(38)参照

<sup>54</sup> 例えば Metalclad 事件では ICSID 追加手続規則に基づいて仲裁が行われ(*Metalclad Corp. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (Award, August 30, 2000))、これに対する取消申立は仲裁地のパンクアーを管轄するブリティッシュ・コロンビア州の裁判所に対して行われた。*The United Mexican States v. Metalclad Corp.*, 89 B.C.L.R. 3d 359 (B.C. 2001); [2001] BCSC 664.

<sup>55</sup> ICSID 条約 52 条, 53 条 1 項。言い換えれば、ICSID 仲裁(追加手続規則に基づく仲裁を除く)における仲裁判断に対する国内裁判所による取消あるいはその他の審査は認められない。Schreuer, *supra* note (41), 1083-4.

<sup>56</sup> ICSID 条約 51 条

## 執行

仲裁は外国判決の承認・執行と異なり、ICSID 条約及びニューヨーク条約<sup>57</sup>に基づいて承認・執行が比較的容易になされう。まず ICSID 仲裁については、ICSID 条約に基づき、締約国においてその仲裁判断は拘束的なものとされ、金銭上の義務については自国の確定判決と同様のものとして承認・執行しなくてはならないと定められている<sup>58</sup>。

UNCITRAL 仲裁規則による仲裁等、他の仲裁規則あるいは仲裁機関を利用した場合にはニューヨーク条約の規定に基づいて承認・執行がなされうると考えられる<sup>59</sup>。ニューヨーク条約の締約国は、自国以外で行われた仲裁判断及び自国の仲裁判断とみなされない仲裁判断につき、拘束力あるものとして承認する<sup>60</sup>ものと定められているが、先に取消事由としてあげたような場合には締約国は承認・執行を拒否できる場合がある。

なお、執行について国家免除が主張されることもあるが、仲裁判断はほとんどの場合遵守される。

## 3. 投資協定仲裁と国内裁判との相違

以上、投資協定仲裁の手続きについて述べてきたが、そもそも投資協定仲裁と投資国受入国内における裁判とがその適用法を含め基本的に同様なものであるならば、投資協定仲裁が存在する意義はほとんどない。それでは、投資協定仲裁と国内裁判とは一体どのような点において異なるだろうか。

これまで見てきたことからまず挙げられるのは、広い意味での中立性の問題である。冒頭で述べたように、そもそも投資協定仲裁が導入されるようになった理由は、投資受入国政府が投資家にとって不利な措置を取り、また裁判所もそれを追認してしまう、という意味で、適用法のレベルおよび裁判所の実際の判断のレベルにおいて投資家に不利な状況が形成されているという認識があったためである。国際商事仲裁においてもこのような意味での中立性の問題が指摘されるが、そこで指摘される問題は、ある国の裁判所がその国の国民が有利になるような判断を下すのではないか、あるいはそうでなくてもある国の国民はその国の法制度・慣習などに詳しいのに対して、他国の国民はそのような情報を有していないために結果として不利になるというような裁判所の判断レベルの問題であった<sup>61</sup>。投資協定仲裁の場合、裁判所が政府が独立していないためにこのような裁判所の判断レベルの問題がより大きなものになると予想されることに加え、例えば国有化のような措置につ

<sup>57</sup> 外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約(1958年作成)

<sup>58</sup> ICSID 条約 54 条。ゆえに、ICSID 仲裁(追加手続規則に基づく仲裁を除く)の仲裁判断については締約国は承認の義務を負い、ニューヨーク条約では認められている承認・執行の拒否はできないものとされる。Schreuer, *supra* note (41), 1114, 1127-30.

<sup>59</sup> ただし小寺彰「投資協定仲裁の異議と課題～連載の開始に当たって～」JCA ジャーナル 55 巻 6 号 2 頁以下(2008 年)。

<sup>60</sup> ニューヨーク条約 3 条

<sup>61</sup> 中村・前掲注(37), 10 頁。

いて投資家に不利な立法がなされ、それが裁判所の判断の基準になるという意味で、適用法のレベルで投資家が不利に扱われるという可能性が生じる。これに対し、仲裁廷は国家の主権の下にはなく、また先に見たように判断に関しても仲裁人の選任などのプロセスを通じて中立性を確保しようとしているために仲裁廷の判断のレベルでの中立性はある程度確保されており、また適用法に関しても特に近年は国際法を適用する場面が多くなっているために、投資受入国法を適用する場合に比べ、相対的には中立的な判断を下す可能性が高い。もちろん、仲裁廷が適用する国際法が常に中立的といえるかどうかは自明ではないが、投資受入国政府「寄り」になっている投資受入国法と比較すれば中立的であると見なしうるだろう<sup>62</sup>。

もうひとつの相違は、適用される法および裁判官・仲裁人の判断の透明性・予測可能性である。すなわち、ある具体的な事件においてどのような法がどのように適用され、その結果どのような判断が下されるのか、という点に関して、例えば法制度そのものが不透明で規制の範囲が明確でなかったり、あるいは判決・仲裁判断の蓄積が不十分である場合には、裁判の結果がいわば不安定になり、まったく予測できない、という可能性が生じる。制度の安定的な運用という観点からすれば、これは必ずしも望ましい状況ではない<sup>63</sup>。同様に、裁判所・仲裁廷の判断のレベルでも、具体的に運用する際にある具体的な事実関係に関して裁判官・仲裁人により判断がまったく異なることはありうる。このような、適用法および裁判所・仲裁廷の判断のレベルで生じうる法的判断の不安定性は仲裁廷と裁判所で異なる可能性がある。例えば、かつての開発途上国の中には法制度そのものがまだ十分に整備されておらず、透明性を欠いており、また裁判官の教育も十分に行われていないという国は存在したであろうし、そうであれば裁判所の判断は不安定で予測不能なものであったであろう。これに対し仲裁廷では、仲裁人は一般に十分な経験をつんだ弁護士や法学者、あるいは国際的な裁判所の裁判官等から選ばれており、また適用法そのものも国際法であれば投資協定や一般国際法などの比較的内容が明確なものであるため、上のような開発途上国の裁判所に比べれば判断の安定性、予測可能性は格段に高いものと予想される<sup>64</sup>。もっと

---

<sup>62</sup> 注(8)参照。ただし、投資受入国法を適用した場合の判断が政府寄りになること自体は必ずしも常に問題というわけではなく、国家主権の正当な行使の結果としてしばしば生じうる現象であることには注意が必要である。本稿で中立性という場合はあくまで裁判所・仲裁廷の判断においてどちらかの当事者の勝訴可能性が平均的に高いことのみを意味している。

<sup>63</sup> この問題は、法学の世界でしばしば言われる法的安定性と具体的妥当性の問題にも関わっていると思われるが、本稿の段階では詳細な検討をおこなうことができない。この点に関する検討は今後の課題とした。

<sup>64</sup> なお、本稿でいう、法的判断の安定性という意味での予測可能性以外に、法と経済学では勝訴確率に関する予測可能性というものがしばしば取り上げられる。すなわち、ある事件において勝訴するかどうかは分からないものの、勝訴する確率については予測が可能であるという程度である。この二つは同じものではないことに注意してほしい。前者はあくまで裁判所の判断自体がどの程度安定しているか（不安定であるのか）という問題であるのに対して、後者は（裁判所の判断自体が安定しているとしても）裁判所の判断に対する予測がばらつくという意味である。

これまでの法と経済学の文献においては後者の意味での予測可能性が主に問題になってきたが（後者について論じたものとして George L. Priest and Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1 (1984), J. Mark Ramseyer and Minoru Nakazato, *The Rational Litigant: Settlement Amounts and*

も、投資協定に関する仲裁判断はまだ一貫したものにはなっておらず、なお不安定な状況であるため、仲裁廷が常に投資受入国裁判所に比べ判断の安定性・予測可能性が高いとは限らない点には注意が必要である<sup>65</sup>。

これ以外に仲裁と裁判の相違として、非公開性、手続の柔軟性、外国における執行の容易さ<sup>66</sup>などを挙げるができる。しかし、まず非公開性については、投資協定仲裁の場合、投資家対国家の仲裁という性質から非公開性に一定の制限が加わっている。例えば ICSID 仲裁であれば仲裁付託の申立自体は必ず公開され<sup>67</sup>、また仲裁判断についてもその公開自体は当事者の合意によるものの、仲裁判断の法的判断の要約については必ず公開されることになっており<sup>68</sup>、仲裁判断そのものもかなりの数が実際に公開されている<sup>69</sup>。また、手続の柔軟性についても ICSID 仲裁では ICSID 条約、仲裁規則等によりある程度制約されている。執行の容易さについても、国内裁判において勝訴判決を得れば投資受入国の自国内の財産に対して執行をかけることができる以上、執行の実効性についてどちらが高いとはいえないだろう。むしろ国内裁判のほうが実効性が高い可能性すらある<sup>70</sup>。

以上のことから、本稿では特に適用法や裁判所の判断の中立性、および法的判断の安定性・予測可能性の二つに注目し、二つの紛争解決手続—投資受入国内での裁判と投資協定仲裁—の間で中立性や安定性・予測可能性が異なることがそれぞれの当事者に対してどのようなインセンティブを与えるか、そしてその上で手続の設計、とりわけ投資協定仲裁と国内裁判との選択が可能であることがどのような機能を果たすかについて検討していくことにする。

#### 4. モデルの導入

ここでは、本稿で導入するモデルについていくつかの前提と概略を説明する。モデルの

---

*Verdict Rates in Japan*, 18 J. LEGAL STUD. 263 (1989), 前者について論じているものとして Koichi Hamada, *Explaining Low Litigation Rate in Japan, in Finance, Governance, and Competitions in Japan* (Masahiko Aoki and Gary R. Saxonhouse (eds.), 2000) 179)がある。

<sup>65</sup> この点は本研究プロジェクトのメンバーによって様々な形で指摘されているが、例えば国家契約の投資協定による保護、間接収用、「公正かつ衡平な待遇」、最恵国待遇などを例としてあげることができよう。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、松本加代「規制と間接収用：投資協定仲裁判断例が示す主要な着眼点」RIETI Discussion Paper Series 08-J-027、小寺彰「投資協定における「公正かつ衡平な待遇」—投資協定上の一般的条項の機能—」RIETI Discussion Paper Series 08-J-026 等を参照。

<sup>66</sup> 先に述べたように、仲裁の場合には ICSID 条約・ニューヨーク条約により締約国間での承認・執行が一定の条件の下で認められるが、外国判決の場合には承認・執行は必ずしも保証されない。中村・前掲注(37), 13-14 頁。

<sup>67</sup> ICSID 管理財政規則(Administrative and Financial Regulations) 22 条

<sup>68</sup> ICSID 条約 48 条 5 項, ICSID 仲裁規則 48 条 4 項。

<sup>69</sup> UNCITRAL 仲裁規則等によるアド・ホック仲裁に関しては公開の義務はなく、実際に存在自体が知られていない事件等も存在すると思われるが、国家が当事者であるために完全に非公開にすることは難しく、実際にアド・ホック仲裁の場合でも仲裁判断がしばしば公開されている。

<sup>70</sup> 例えば UNCITRAL 仲裁規則に基づいて仲裁を行った場合、仲裁判断を執行するためには投資受入国裁判所に対して承認・執行の申立をしなくてはならない。これには手間もかかる上に執行の拒絶が発生する可能性もある。これに比べれば、国内裁判所の判決のほうが執行は容易であるかもしれない。

詳細については付録で述べるのでそちらを参照してほしい。

まず、Player 1 として投資家、Player 2 として投資受入国政府が存在するものとしよう。Player 1 は既に投資を行っているものとする。投資の種類は特にここでは定めていないが、例えばコンセッション契約のような Player 1, 2 の間に契約が結ばれる状況のほうが想定しやすいかもかもしれない（ただし、このモデルにおいては必ずしも直接に契約が結ばれている必要はない）。また、Player 1 の本国と Player 2 とは既に投資協定を結んでおり、Player 1 の投資はこの投資協定の保護の対象となっているという状況を前提とする。

ここで何らかの問題が発生するものとする。例えば、経済危機<sup>71</sup>や環境問題<sup>72</sup>などである。Player 2 は、このような問題に対して対応策をとるかどうかを決定する。対応策をとった場合には何らかの形で Player 1 に損害が発生する。例えば経済危機に対応してコンセッション契約の一部を破棄し、あるいは環境問題に対して規制を強化し、結果的に投資により設立された工場が営業不能に陥るといった状況である。対応策をとらなかった場合には契約が当初の条件どおり履行される。

対応策がとられ、Player 1 の利益が損なわれた場合、Player 1 はこれに対しあらかじめ投資協定において認められた方法（国内裁判もしくは投資協定仲裁）によって提訴するかどうかを決定する<sup>73</sup>。なお、国内裁判と投資協定仲裁の選択が許される場合には、Player 1 は提訴段階においてより勝訴確率の高い方に提訴するものとする。仲裁廷・裁判所はそれぞれの事案と仲裁・裁判の特性に応じて決定される勝訴確率において勝訴、敗訴を決定する。原告が勝訴すれば損害賠償を得ることができる<sup>74</sup>が、訴訟費用の負担が発生する。原告が敗訴すれば何も得ることは出来ない（図1）。なお、Player 1 の損害額はあらかじめ確定しており、かつ仲裁と裁判で差がないものとする<sup>75</sup>。

ここで問題となるのが勝訴確率はどのように決まるのか、という点である。いうまでもなく、このような対応策はまずそれぞれの事件の特徴によって決まってくる。発生する問

<sup>71</sup> 例えば、アルゼンチンの経済危機のような状況を想定されたい。アルゼンチンの経済危機に対する対応を巡って争われた案件は多く存在するが、例えば *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, (Award, May 12, 2005, Decision on Annulment, September 25, 2007)。

<sup>72</sup> 環境に関する政策についても多くの仲裁判断が出ているが、環境規制の正当性がとりわけ問題になった例として、*Methanex Corp. v. United States of America*, NAFTA Chap. 11 Arbitration (UNICTRAL) (Award, August 7, 2005)。

<sup>73</sup> 先に述べたように、日星 EPA や日墨 EPA、NAFTA を含む多くの場合投資家は仲裁廷もしくは裁判所のどちらかに提訴するまでは選択権を持っており、かつ NAFTA や日墨 EPA では国内裁判所に一旦提訴したあとでもその訴訟を進行する権利を放棄すれば仲裁への提訴が可能である。ただし、一旦仲裁手続を開始すると、仲裁手続の開始が仲裁に対する合意とみなされることになり、国内裁判所での手続を開始することは（両当事者が合意すれば可能だろうが）難しいと思われる。モデルにおいては判決・仲裁判断までにどちらかに決まっていれば良いので、この点について現実との大きな乖離はないものと考えている。

<sup>74</sup> ここでは損害額については両当事者に争いが無いことを仮定しているが、実際にはどの範囲が「損害」に含まれるかは大きな問題である。Fabrizio Marrella & Irmgard Marboe, “Efficient Breach” and Economic Analysis of International Investment Law, *TRANSNAT’L DISP.MGMT.*, (2007), at 7-12. なお玉田大「投資協定仲裁における保証賠償判断の類型—収用事例と非収用事例の再類型化の試み—」RIETI Discussion Paper Series 08-J-013 も参照。

<sup>75</sup> 適用法が異なるために、例えば仲裁のほうが裁判より大きな損害賠償を得られる（あるいはその逆）可能性は否定できないものの、仲裁における損害認定の枠組みを見る限りでは大きな差はないように思われる。玉田・前掲注(74)参照。

題、例えば環境問題が国民の生命・安全に影響を与えるような深刻なものであれば、厳しい環境規制も国民の生命・安全の保護のために必要であると裁判所・仲裁廷は判断するだろうし、ゆえに投資家の勝訴確率は低いだろう。逆に、環境問題が軽微なものであるにも関わらず、何らかの理由により対応策を取ったのであれば、そのような対応策は正当なものとはみなされず、投資家の勝訴確率は高くなるだろう。あるいは、他に **Player 1** に有利な事実、**Player 2** に有利な事実、というのものもあるだろう。すなわち、上のような問題の深刻さといった要素を含む、事実関係に関する法的評価が勝訴確率を決める主要なものである。具体的には、事実関係に関する法的評価をウェイト付けして「事実関係が **Player 1** に有利な程度」を一つの量で表すことにする。この量が大きければ原告の勝訴確率は高くなる。なお、ある事件が原告に有利であるか被告に有利であるかはランダムに決定されるものとする。

ただし、深刻さの程度を法的基準に照らして判断する際には、上で述べた中立性および法的判断の安定性・予測可能性の問題が入ってくる。もし、事実関係の法的評価やこれに対する判断の基準が、法制度の未整備や裁判官・仲裁人の見解のばらつきによって不安定なものであるならば、ある具体的な事案に対して原告勝訴か被告勝訴かは予測不可能なものになる。このようなことから、安定性・予測可能性の程度が低い場合には、同じ事実関係に対して勝訴確率は 0.5 に近づいていくものとする。また、法の枠組みやあるいは裁判官・仲裁人の判断が相対的に中立的でないのであれば、同じ事実関係に対しても片方の当事者（通常は投資家）の立場は悪くなる。このため、裁判所・仲裁廷が中立的でない場合には、同じ事実関係に対して勝訴確率が変動するものとする<sup>76</sup>。

また、対応策によって **Player 1** に発生する被害が **Player 2** が得る利益よりも大きい（すなわち、後で見る「非効率的契約違反」的な状況である）場合、**Player 1** は対応策が取られる前に **Player 2** と交渉し、対応策をとらない代わりに何らかの利益供与（例えば契約を改訂する、あるいは工場の一部国有化を認める等）を行うことで事態を収束させるインセンティブがある。しかし、ここでは **Player 2** が取る対応策には様々な利害関係者が絡んでおり、それらの全てに対して交渉を行うことは難しい（取引コストが高い）ため、このような交渉は不可能であるという仮定を置く。ただし、このような交渉が可能である場合に何が起こるかについては後で簡単に検討する。また、ここでの利得は経済的利益であり<sup>77</sup>、当事者はリスク中立的であり、経済的利益の期待値のみを考えて行動するものと仮定する<sup>78</sup>。また、

---

<sup>76</sup> 例えば、投資家(**Player 1**)に若干有利な状況ではあるが、法的判断が不安定であり、予測可能性が低い裁判所・仲裁廷であれば勝訴確率 0.6 で勝つか負けるかが微妙なケースでも、法的判断が安定していて予測可能性が高ければ同じ事案に対する勝訴確率が例えば 0.7 になり、勝訴確率が高まる。一方、投資家に若干不利なケースで予測可能性が低い裁判所・仲裁廷において勝訴確率が 0.4 ぐらいの場合に、予測可能性の高い裁判所・仲裁廷では 0.3 ぐらいに下がる

<sup>77</sup> 実際には例えば判決によって国内を説得し、あるいは企業内を説得する道具にしている。この意味で判決に追加的な利得が発生するという可能性がある。

<sup>78</sup> 正確に言えば、このゲームの利得の中身が確率的に与えられる結果の効用がそれぞれの結果の効用の期待値により与えられる場合（フォン・ノイマン＝モルゲンシュテルン型効用関数）のその効用であれば利得が経済的利益である必要はない。このような場合には利得の中に政治的利益を含めることが可能になる。

仲裁・裁判の中立性や安定性・予測可能性の程度、事案の事実関係、結果として出てくる勝訴確率については Player 1, 2 ともに知っているものとする。

以上のようなモデルから、どのようなことが言えるのかを次に見てみることにしよう。

## 5. インプリケーション

### (1) モデルにおいて発生する結果

投資協定仲裁と国内裁判との違いについて論じる前に、まずモデルにおいて問題が起ってしまったときにどのような結果が生じるかについて説明しておこう。

実を言えば、モデル上発生しうる結果は、(a)問題に対して Player 2(投資受入国政府)は対応策を取り、Player 1 はこれに対して国内裁判や投資協定仲裁に訴えることなく結果を受け入れる、(b)問題に対して Player 2 が対応策を取り、これに対して Player 1 が裁判手続もしくは仲裁手続を開始するが、その後和解が成立する、(c)Player 2 は対応策を取ることを断念し、Player 1 には損害が発生しない、の3つしかない。(a)や(c)には違和感があるかもしれないが、(a)は Player 2 の対応策が国家主権の正当な行使であり、損害賠償の必要がないと判断される可能性が高い場合に発生する状況、(c)は逆に Player 2 の対応策が投資協定違反を構成する可能性が高く、ゆえに損害賠償の義務を負う可能性が高い場合に発生する状況、といえれば理解は可能だろう。この説明から明らかなように、この3つの結果の内どれが発生するかは、Player 1 の勝訴確率に依存している。すなわち、Player 1 の勝訴確率が低ければ(a)が、中程度であれば(b)が、高ければ(c)が生じる。また、(a)は訴訟・仲裁費用が高い場合に生じる(訴訟・仲裁による期待利得が費用を下回っている状態)ため、訴訟・仲裁費用が高くなれば(a)が生じやすくなる。

ただし、(c)については発生しない場合がありうる。というのは、Player 2 (投資受入国政府)が対応策を取ることで得られる利得(経済的利益)が、敗訴した場合の損害賠償額(すなわち、Player 1 = 投資家が対応策により蒙った損害)を上回るのであれば、Player 2 としては仮に 100%敗訴する案件であったとしても、結果として損害を上回るだけの利益がある以上その対応策をとろうとするだろう。つまり、Player 1 の勝訴確率が 1 であり、Player 2 としては確実に敗訴するとしても、なお Player 2 は対応策をとる。このような状況は、対応策をとることにより関係当事者の経済的利益を合計がプラスになる(Player 1 の損害を穴埋めしてなお経済的利益が残っている)という意味で、法と経済学でいわれる効率的契約違反(*efficient breach of contract*)<sup>79</sup>が発生している状況と同様のものとして理解できるだろう。

---

このような想定の方が Player 2 の行動は説明しやすいが、一方で上のような仮定は仮定としては強すぎるかもしれない。ここではとりあえず、利得は経済的利益と考えておく。

<sup>79</sup> 契約の効率的違反については ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS*, 3rd ed (2000). Chap.6、国際法におけるその考え方の応用については Warren F. Schwarz & Alan O. Sykes, *The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization*, 31 J. LEGAL STUD. S179 (2002). 及び清水剛「WTO 紛争解決手続における非効率的違反の可能性—法と経済学的分析—」RIETI Discussion Paper Series 07-J-001 を参照。Marrella & Marboe, *supra* note (74) は投資協定における効率的違反を取り上げているが、

ただし、すぐに付け加えておかななくてはならない点として、(i) Player 1 と Player 2 の間に契約が結ばれているとは限らない、(ii) 効率的契約違反という言葉に含まれる「違反」はここでいう対応策に当たるが、この対応策が投資協定あるいは国内法に照らして「違反」といえるのかどうかは明らかではない（例えば、国家主権の行使として正当化されるのであれば当然投資協定違反や国内法違反を構成しない）という2点がある。この点を踏まえたいうえで、投資協定の文脈における（カギカッコつきの）「効率的契約違反」的な状況においては(a)と(b)の2つの結果しか生じないということを確認しておこう。なお、この逆の状況— Player 2 が対応策をとることによって得られる利得の方が Player 1 の損害より小さい状況—はいわば「非効率的契約違反」的な状況と言えるが、先に述べたとおりこの状況においては(c)の状況が発生する。

上の(a), (b), (c)を見る際に注意しておいて欲しい点は、モデル上は実際に判決あるいは仲裁判断までいたることはありえないが、これはあくまでモデル上のことである、という点である。このモデルにおいて判決あるいは仲裁判断にまで至らない理由は単純で、もし勝訴確率について確実に当事者が予測することができ、当事者間でずれがない（かつ当事者はリスク愛好的ではない）のであれば、わざわざコストをかけて裁判手続や仲裁手続を進めるよりも、勝訴確率に応じて和解金を調整し、和解してしまったほうが良いということである<sup>80</sup>。実際には当事者の間には勝訴確率の予測について不一致があるため、あるいは他の理由により<sup>81</sup>必ずしも和解は成立せず、しばしば裁判もしくは仲裁判断に至る。

また、上の(a), (b), (c)の結果が経済的利益という点から見てどのように評価されるか、という点もここで述べておこう。この点は当事者それぞれから見た利益と、当事者の利益の総和という二つの視点で整理することができる。当事者それぞれの利益ということ言えば、Player 1 にとっては(c), (b), (a)の順で望ましい。(c)であれば Player 2 の問題への対応策は発生せず、投資の利益を全て受け取ることができる。(b)は対応策により損失が発生するが、和解によりその一部は取り返すことができる。(a)であれば対応策により損失が発生した上、取り返すこともできない。一方、この説明からほぼ明らかなように、Player 2 にとっては(a), (b), (c)の順に望ましい。

それでは、両当事者を合計した利益、すなわち「パイの大きさ」を考えた場合にはどうなるだろうか。上で述べた「非効率的契約違反」的な状況である場合、すなわち対応策が両当事者の経済的利益の合計を減らすような状況においては、対応策がとられない状況の方が対応策がとられる状況より望ましい。もし、Player 1, 2 の間で対応策をとる前に交渉が可能であれば対応策を常に回避することが可能だが、先に仮定したように当事者間の交渉コストが高ければそれも不可能である。結果として、対応策がいわば抑止されている状況

---

その焦点は損害の算定等にある。

<sup>80</sup> これが、先に述べた「勝訴確率に関する予測可能性」がもたらす効果である。Priest and Klein, *supra* note (64)参照。

<sup>81</sup> 例えば、先に述べたように裁判所の判決を得ること自体が正当性の付与という意味で価値があると考えられる人がいれば和解は成立しにくい。注(77)を参照。上の問題は注(78)の利得の内容の問題とも関わるが、モデルからは一応捨象しておく。



である(c)の場合にのみ対応策がとられない状況が発生する。一方で、対応策がとられている状況においては、和解はその後の片方からもう片方への経済的利益の移転を意味するだけなので、(a)と(b)に差がない（これは「効率的契約違反」的状況でも同じ）。そうすると、経済的利益の合計からすれば、(c)が好ましく、(a)と(b)は同じということになる。ただし、再交渉を許せば(a)、(b)の場合であっても対応策がとられないので、「パイの大きさ」は全て同じということになる。

また、「効率的契約違反」的な状況においては、(a)と(b)しか発生せず、どちらにおいても対応策が取られるため、上で述べたように経済的利益の合計は同じである。

## (2) 投資協定仲裁が存在することの意義

さて、それでは以上のようなことを踏まえて、投資協定仲裁が中立性あるいは安定性・予測可能性において国内裁判所と異なることがいかなる意義を有しているかを検討していくことにしよう。

投資受入国における裁判手続と投資協定に基づく仲裁手続との間で（適用法レベルと実際の判断のレベルの双方において）中立性や安定性・予測可能性に差があることは、上で見た(a)、(b)、(c)のような結果が発生する可能性に影響を与え、これを通じて投資家と投資受入国政府の期待利益に影響を与えることになる。

まず、中立性から検討してみよう。投資受入国において投資家に不利な立法がなされることにより、あるいは国内裁判所が政府に従属していることにより、国内裁判所が政府に有利な判断を下すのに対し、相対的に投資協定仲裁は中立的であり、特段に投資受入国政府に有利な判断をしないものとする、このことは投資家にとって何をもたらすのだろうか。言うまでもなくこのことは投資家に有利になるが、具体的に見てみると、まず投資家にとっていわば「泣き寝入り」になる(a)の可能性が減るため、投資家は少なくとも和解により一定の金額を得られる可能性が高まり、かつ(c)の可能性が高まることで「非効率的契約違反」的な状況において対応策そのものを回避できる可能性を高めることができる。(c)の可能性が高まることは投資家と投資受入国政府の双方の利益につながっているが、全体としてみれば（当然のことながら）中立的な投資協定仲裁の利用は投資家に有利に、投資受入国政府に不利になる。

次に、安定性・予測可能性について考えていくことにしよう。仮に国内法制が未整備で不透明であり、また国内裁判所における裁判官の教育が十分になされていないという理由により、国内裁判に比べ投資協定仲裁の方が判断に関して安定的であり、予測可能であるとすれば、そのような安定性・予測可能性の高い仲裁の利用は投資家と投資受入国政府にどのような影響を与えるだろうか。

結論を先に示しておく、この場合に仲裁を利用することは必ずしも投資家にとって好ましいとは限らない。安定性・予測可能性の高い手続を利用することは、どちらが勝訴するかわからないという曖昧で不安定な状況を避け、ある当事者が勝訴するかあるいは敗訴

するかを予測できることを意味するため、(b)のような「どちらが勝つかわからない」とい  
うような状況は発生する可能性は少なくなり、一方で(a)のような投資受入国政府が確実  
に勝訴するような状況や逆に(c)のような投資家が確実に勝訴するような可能性が高まる。  
これを投資家から見れば、(c)のように対応策がとられない（この意味で投資家にとって望  
ましい結果になる）可能性が高まる一方で、自分にとって比較的不利な案件に関しては(a)  
のように投資家にとって余り望ましくない結果になる可能性をも高めることになる。この  
状況については次のように考えればよい。すなわち、法的判断が安定的であり、結果に関  
する予測可能性が高いことは、言い換えれば結果が「勝てる」か「負ける」かがあらかじめ  
予想できるということである。投資家が「勝てる」と予想するケースについては、投資  
受入国政府はそもそも対応策をとらないかもしれないが、逆に投資家は「負ける」ケー  
スについては裁判手続や仲裁手続を開始しても費用がかかるだけなのではじめから開始しな  
いだろう。逆に言えば、安定性・予測可能性の低い手続の方が、投資家にとって不利な案  
件でも「たまたま勝ってしまう」可能性があるために投資家にとって有利であるかもしれ  
ないのである。

国内裁判所は予測可能性が低いが中立的であり、仲裁は予測可能性が高くかつやはり中  
立的であるという状況を考えた場合で、かつ「非効率的契約違反」的な状況においては、  
投資協定仲裁の導入はむしろ投資受入国政府にとって有利である。というのは、「非効率的  
契約違反」的な状況においては、投資受入国政府の得る利益は投資家の損害よりも小さく、  
和解金額は投資家の損害を基準にして算定されるため、和解の場合には投資受入国の利益  
のかなりの部分を投資家に損害賠償として支払わざるを得ない。この状況において、仲裁  
を導入することで予測可能性が高まり、(b)のように和解で解決される可能性が低下し、一  
方で(a)のように対応策に対して投資家が提訴しない可能性が高まることは、(c)のように対  
応策そのものが押さえ込まれてしまう可能性が高まることを考えたとしても投資受入国政  
府にとっては全体として望ましい。逆に、投資家にとっては(b)の可能性が低くなり、(c)の  
可能性が高まることは（対応策を回避できる可能性が高まるので）望ましいが、(a)の可  
能性が高まることで全体としてみればむしろ望ましくない状況と言える。

以上は再交渉が不可能であることを前提とした議論だが、再交渉が可能であればどうだ  
ろうか。まず、「効率的契約違反」的な状況に関しては、（対応策をとる方が当事者の経済  
的利益の総和を高めるため）再交渉がなくても対応策が必ずとられ、ゆえに再交渉をしよ  
うとしても交渉によって得られる利得がない（交渉してもしなくても対応策がとられるな  
ら、「パイの大きさ」は変わらない）ために状況は全く変わらない。これに対し「非効率的  
契約違反」的な状況では、再交渉により対応策を回避することにより経済的な利益の総和  
が増加するために交渉する余地がある。結果的には投資家、投資受入国政府の利益がとも  
に増加するが、裁判であっても仲裁であってもこのような結果が生じるために、安定性・  
予測可能性の高い仲裁を導入しても「パイの大きさ」は変化しない。

### (3) 国際仲裁と国内裁判の選択可能性

以上を踏まえて、次に投資協定仲裁と国内裁判の選択可能性の効果について検討していこう。Fork in the road 条項や No U-turn 条項により投資協定仲裁と国内裁判とを選択できることは、投資協定仲裁と国内裁判とを比較した場合に「常にどちらかの手続きを使うほうが有利」（例えば、非中立的な国内裁判と中立的な投資協定仲裁であれば、投資家にとっては常に投資協定仲裁を使うほうが勝訴確率が高く有利）であれば特に意味がない。しかし、事案によってどちらを使うほうが有利かが変わる場合には、選択可能性は常に有利な（＝勝訴確率の高い）手続を利用できることを意味するため、投資家にとっては有用なものとなる。モデルからは、国内裁判と投資協定仲裁で安定性・予測可能性に差がある場合にはこのような状況が発生することが明らかになる。すなわち、たとえば仲裁の方が法的判断が安定的であり、予測可能性が高ければ、投資家は(i)状況が自分に不利であり、勝訴確率の低い案件に関しては、明らかに「負け」と分かってしまう仲裁より「たまたま勝ってしまうかもしれない」国内裁判を利用し、(ii)状況が自分に有利であれば、「たまたま負けてしまうかもしれない」国内裁判ではなく明らかに「勝てる」仲裁を利用することで、全体としての期待利得を高めることができる。言い換えれば、国内裁判と投資協定仲裁の両方が利用可能であることにより、先に述べた投資協定仲裁の予測可能性が高いために、投資家に不利な案件では「負ける」可能性が高まるという（投資家から見た場合の）ある種の逆機能を押さえ込むことができる。逆に、投資受入国にとって投資協定仲裁と国内裁判の選択可能性を導入することは不利であると言える。

### (3) 裁判と仲裁の選択：いくつかの可能性

以上のような検討を踏まえて、具体的にどのような状況においてどのような制度設計が意味を持つのか、という点について考えていこう。

#### 1 非中立的で法的判断の安定性の低い裁判所と中立的で法的判断の安定性の高い仲裁廷

これは投資受入国政府の立法が投資家に不利かつ不明確・不透明であり、かつ裁判所が独立性を確保しておらず、また裁判官の能力も高くないのに対し、仲裁廷は中立的である程度確立した法を適用し、また安定的な判断を示すという状況であり、かつて投資協定が先進国と開発途上国との間で結ばれていたころの典型的なイメージである。

このような状況において、裁判だけしかない状態に仲裁を導入することには大きな意味がありそうに見えるが、実は必ずしもそうとは限らない。先に述べたように、中立的で法的判断の安定性（＝予測可能性）が高い仲裁廷は、投資家に有利な事件に関しては勝訴確率が高まるが、逆に投資家に不利な事件については勝訴確率がむしろ低くなる。ゆえに、このような案件については、投資受入国の裁判所に持ち込む方が「たまたま勝ってしまう」可能性があるためにむしろ望ましい。すなわち、常に仲裁を利用するのは投資家にとって必ずしも好ましいことではない。ただし、この問題が発生するかどうかは中立性の問題と

の関係で決まってくるものであり、国内裁判所と仲裁廷の間、というより国内法と国際法の間で投資家の保護のレベルに大きな差があればやはり仲裁を利用することが多くの場合望ましい。しかし、投資家の保護のレベルに極端な差がないような状況であれば、上のような問題は発生しうる。

このような状況においては、国内裁判と投資協定仲裁の両方が選択できることは大きな意味を持つ。ゆえに、投資家保護という視点からすれば、国内手続による救済を試みることや国内救済の完了を要求する条項により<sup>82</sup>、このような選択可能性が制限されないようにしなくてはならない<sup>83</sup>。

なお、このような場合に仲裁に持ち込まれる案件は投資家にとって有利な案件のみであるため、投資家にとって不利な案件—対応策が国家の正当な主権の行使とみなされるような案件—は持ち込まれることがない。この意味で後の3で述べるような問題は生じない。

## 2 非中立的で判断の安定性の高い裁判所と中立的で判断の安定性の高い仲裁廷

1の状況は現実にも見られるかもしれないが、投資受入国法が常に未整備で不透明であるとは限らず、裁判官の能力も常に低いとは限らない。投資受入国が開発途上国ばかりとは限らず、開発途上国であっても法制度の整備は行っているかもしれない、また裁判官養成も行っているかもしれない。しかしながら、そのような状況であってもなお、投資受入国政府は政策的に投資家に不利な立法を行い、状況におうじて投資家の財産を損なうような措置を取るかも知れず、裁判所もこれを追認するかもしれない。このような状況は、現在においてはむしろ1より想像しやすい。例えば、開発独裁的な体制の下で急速に発展してきた国や、既にある程度発達しているいわゆる地域大国などが想像できる。とりわけ、何らかの緊急事態により裁判所に対する国家の影響力が強くなっているような場合にはこのような状況が発生しうる<sup>84</sup>。また、これ以外にも、いわゆる先進国ではあるが立法により他国の投資家が不利に扱われたり、裁判官が他国の投資家に対して差別的な取り扱いをしているような場合にもこのような問題が発生しうる<sup>85</sup>。

<sup>82</sup> 注(21)、注(22)及び対応する本文を参照。

<sup>83</sup> *Maffezini v. Spain* においては、アルゼンチン国民である Maffezini がそのスペインにおける投資に関してアルゼンチン＝スペイン BIT に基づき仲裁を申し立てたが、その際にアルゼンチン＝スペイン BIT に仲裁付託の条件として定められた、スペイン国内での裁判の申立（と一定期間の経過）を行わなかった。この点につき Maffezini は、スペイン＝チリ BIT においては国内裁判を経ずに仲裁申立を行うことが認められており、アルゼンチン＝スペイン BIT 内の内国民待遇条項により同様のことが認められると主張し、結果的には仲裁廷もこれを認めた。このような Maffezini の行動自体が、仲裁か裁判かの選択ができる条項の重要性を示しているといえるだろう。 *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain (Decision on Jurisdiction)*, ICSID Case No. ARB/97/7 (2000).

<sup>84</sup> 例えば経済危機以降のアルゼンチンなどがこのような状況に近い可能性がある。

<sup>85</sup> このような可能性を示しているのが、*Loewen v. United States* である。この事件においては、ミシシッピ州におけるカナダの葬儀サービス会社およびその子会社と地元の同業者との紛争に関連して、ミシシッピ州裁判所が人種・国籍に基づいて前者に対して差別的な取り扱いをしたとして NAFTA11 章に定める仲裁に持ち込まれたものであり、仲裁廷は結論としては管轄権を否定したものの、その中で前者に対する不公正で差別的な取り扱いがあったことを認め、ミシシッピ州裁判所を強く非難している。 *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID ARB(AF)/98/3 (Award, June 26, 2003).

投資協定仲裁自体が最も意味を持つのは、1 よりもむしろこの 2 のケースである。というのは、この 2 の場合には投資受入国の裁判所には能力があり、かつ不公平な判断をおこなうため、1 のように「たまたま勝ってしまう」ということがまず期待できず、よほど投資家に有利な事件以外はまず投資家敗訴という結果に終わってしまうだろう。

このような状況においては、Fork in the road 型あるいは No U-turn 型の条項を入れ込んで裁判と仲裁の選択可能性を確保することよりも、まず確実に中立的な仲裁廷に事件を持ち込むようにしておくことが投資家にとって大きな意味を持つ。ゆえに、条約のレベルでは仲裁に持ち込むことができる事案の範囲をできるだけ広く確保する必要がある。この意味で、古いタイプの投資協定に見られるような、仲裁に持ち込むことの出来る紛争を収用に對する補償の金額に限るような条項や、また投資財産の定義を制約する条項などはこのましくないことになる。

### 3 中立的で判断の安定性の高い裁判所と中立的で判断の安定性の低い仲裁廷

先に述べたように、近年では投資協定仲裁は先進国と開発途上国の間だけでなく、先進国と先進国との間でも結ばれるようになってきている。このような中で現実に見られるようになりつつあるのがこの 3 のようなケースである。例えばアメリカやカナダのように先進国で法制度が比較的整備されており、また裁判所も政府からの独立性を保持しているような国においてはこのような状況が発生しうる<sup>86</sup>。一方で、先に述べたように、投資協定に関する国際法の判断が揺れているために、中立的ではあるが相対的に法的判断が安定していない仲裁廷というのが想定されることになる。

このような場合には国内裁判所においてある程度救済が期待できる（とりわけ、比較的投資家に有利な案件において）ため、仲裁はそれほど機能しない。ゆえに、このような場合には必ずしも仲裁の導入は必要ないことになる。もし、実際に米豪 FTA において見られたように、交渉中の投資協定において投資協定仲裁の導入が問題となるような場合に、この 3 のような状況であれば無理に導入はしなくても良いのかもしれない<sup>87</sup>。

もっとも、モデルからは仲裁はあってもなくてもよいため、ことさらに仲裁を排除する理由はない。ただし、現実には仲裁を排除したほうが良い場合がありうる。というのは、この 3 のような状況において仲裁が利用できることが投資受入国と投資家の本国との間に問題を引き起こす可能性があるためである。すなわち、投資家に不利な案件に関しては、(先の 1 の逆に) 裁判所に持ち込むと確実に敗訴するような案件でも仲裁で「たまたま勝ってしまう」可能性があるため、投資家はこのような案件を仲裁に持ち込もうとする。しかし、これを言い換えれば、対応策が正当とみなされるような案件が仲裁に持ち込まれることを

<sup>86</sup> Sampliner, *supra* note (9), 34, 松本・前掲注(65).

<sup>87</sup>冒頭に述べたように米豪 FTA には結果として仲裁付託に関する定めが置かれなかった。その理由は、オーストラリア政府がその行為を国内裁判所ではなく仲裁廷に判断されるのを避けたかったためであると指摘されている。Thomas Westcott, *Foreign investment issues in the Australia-United States Free Trade Agreement*, ECON. ROUNDUP, Summer 2004-05, 69, at 80.

意味する。このような場合においてたまたま投資家が勝訴してしまえば、投資受入国政府の主権の正当な行使に対して投資受入国とは関係のない仲裁廷が違反認定をすることになり、国家主権に対する侵害という非難を浴びる可能性がある<sup>88</sup>。

以上のことからすれば、米豪 FTA のように仲裁を置かないというのも一つの方法であるように思われる。少なくとも、投資家に対して多様な選択肢を与えることの必要性和「正当な政策を仲裁廷に評価させるリスク」とを十分に検討する必要がある。

## 6. おわりに

本稿では、投資協定仲裁がどのような状況においてどのような機能を果たしているか、あるいは具体的な手続の設計として、投資協定仲裁と国際裁判との選択可能性がどのような場合に有用であり、どのような場合にそうではないのかといった点について、投資家のインセンティブに焦点をあてて検討してきた。とりわけ、本稿の分析においては裁判と仲裁の特性として中立性と結果の安定性・予測可能性に注目し、これらの特性に関する裁判所と仲裁廷との相違がどのような結果を引き起こすかという点をゲーム理論のモデルを使って明らかにしようとした。

その結果得られたことを整理すると、まず投資協定仲裁を導入することが常に投資家にとって望ましいとは限らず、むしろ投資受入国にとって望ましい場合があること、投資協定仲裁と国内裁判とを選択できることは投資家にとって常に望ましいが、その重要性は状況によって異なること、これまでの投資協定で想定されていたような非中立的でかつ安定性・予測可能性が低い裁判所と中立的で安定性・予測可能性の高い仲裁廷との組み合わせであれば、仲裁及び仲裁と裁判との選択可能性は重要であるが、投資受入国裁判所の安定性・予測可能性が高い場合には選択可能性はあまり重要ではなく、中立的な仲裁廷を確保することがまず重要であること、そして裁判所が中立的で安定性・予測可能性が高い場合には、そもそも仲裁を置くことが必ずしも望ましくない可能性があること、となる。

伝統的な投資協定が想定しているような「無能で不公平な裁判所と有能で公平な仲裁廷」という状況であれば仲裁も仲裁と裁判との選択可能性も重要である。しかし、投資協定が急速に拡大しつつある現在、このような想定は常に正しいものではない。そのような中で仲裁というものがどのような機能を果たすか、また具体的にどのような制度設計にすべきかは改めて問われなくてはならないだろう。本稿がこのような分析を進めるきっかけの一つになれば大変幸いである。

本稿はまだ予備的な分析であるために、いくつかの重要な問題を扱えていない。例えば、投資受入国が投資協定（およびその中の投資協定仲裁への付託条項）を受け入れる理由として受け入れる投資の拡大ということがあるが、この要因を必ずしも取り扱えていない。また、利得を経済的利得以外の政治的利得のようなものに至るまで拡大することや、仲裁

---

<sup>88</sup> 小寺・前掲注(6), 18-19 頁.

と裁判で賠償金額が異なる場合を扱うこともできていない。このような点は今後の課題としたい。

## [付録] 仲裁と裁判の選択のモデル

### (1) ゲームの設定

まず、投資家である Player 1 と投資受入国政府である Player 2 が存在し、Player 1 は Player 2 の国内において既に投資を行っているものとする。

ここで、何らかの問題が発生し、これに対する対応策を Player 2 がとると Player 1 の投資財産に負の影響（損害あるいは正当な期待の侵害）を及ぼすものとする。この場合において Player 2 はそのような対応策をとるかどうかを決定する。とらなければ Player 1 の投資財産には保護されて期待通りの利得  $R(\geq 0)$  を挙げ、一方 Player 2 も投資を受け入れることにより  $R$  の利得を上げるものの、問題に対応できないために損害  $-L(L \geq 0)$  を蒙り、ゲームは終了する。一方、Player 2 が対応策をとった場合、Player 2 は上のような損失を回避することができるが、Player 1 の投資財産には  $-D(D \geq 0)$  の損害が発生する。なお、この利得・損失はあらかじめ決まっているものとする。

なお、上のような問題についてはその状況は事案によって異なり、国民に対する影響の程度や性質、他に対応策が存在するかどうか、対応策の具体的なやり方など、このような対応策が認められるかどうかに影響するさまざまな事実があり、そのような事実に対する法的な評価を経て、そのような評価の結果を法的基準に照らし合わせて判断することになる。このような法的評価を表現するため、関係するさまざまな事実関係の要素を  $\mathbf{x}$ 、これに対する一般的な評価（重み付け）を  $\beta$  で表し、そのような重み付けの結果得られる  $y = \mathbf{x}\beta$  によって各事案の特徴を現す。この  $y$  は「事実関係が Player 1 に有利な程度」というような形で解釈できるだろう<sup>89</sup>。すなわち、 $y$  が小さければ対応策が正当とされて Player 2 (受入国政府) が勝訴する可能性が高まり、小さければ Player 1 が勝訴する可能性が高まる。単純化のため、 $y$  は確率変数であり、 $[0, 1]$  の間の一様分布に従う(すなわち、対応措置が正当化されるケースから正当化されないケースまで偏りなく発生する)ものとする。

対応策がとられた場合、Player 1, 2 はまず和解交渉を行い、和解をするかどうかを決定する。和解をする場合の利得は交渉力が等しい場合のナッシュ交渉解に従う。

和解をしない場合、Player 1 は投資協定によってあらかじめ定められた紛争解決手続（国内裁判もしくは投資協定仲裁）に提訴するかどうかを決定する。提訴をしなかった場合、利得は対応策による損害を含め  $(R-D, R)$  となり、ゲームは終了する。

提訴をする場合、Player 1 はそれぞれ  $p_j$  (国内裁判)、 $p_a$  (投資協定仲裁) の確率で勝訴し、損害賠償もしくは原状回復により  $D$  を得ることができる。敗訴した場合には何も得られない。また、いずれの場合においても、裁判費用  $c_j$  もしくは仲裁費用  $c_a$  が Player 1, 2 に発生する。この裁判費用・仲裁費用は両者に共通であるものとする。なお、ここでは裁判費用と仲裁費用は同じ額 ( $c_j = c_a = c$ ) であるものとする。

勝訴確率  $p_a, p_j$  は以下のように決定される。裁判所や仲裁廷はそれぞれ中立性の程度  $k$  と

<sup>89</sup> Priest and Klein, *supra* note (64).7-8



安定性・予測可能性の程度  $a$  の二つのパラメータを持つ。中立性は中立の状態からずれば同じ  $y$  と  $a$  に対して高いもしくは低い勝訴確率を与える。また安定性・予測可能性が高くなれば、より勝訴確率  $0$  もしくは  $1$  に近づく。本稿では、このような条件を満たすものとして、 $a, k$  を所与とした場合の  $y$  と  $p$  の関係について

$$y = \frac{1}{3}ap^3 - akp^2 + \left(1 - \frac{1}{3}a + ak\right)p$$

という関数に従うものとし、 $p$  は上記関数の逆関数(なお、 $p$  は必ず  $0$  以上  $1$  以下であることに注意)によって与えられるものとする(具体的な関数の形状については図 2, 3)。

なお、以上のような定式化は次のような考え方に基づいている。裁判所・仲裁廷はある事実関係に対して法的評価を与え、これに対して法的基準に照らし合わせて判断を行うわけだが、この過程は裁判所・仲裁廷が  $y$  を評価し、そのような評価によって得られた  $y_j$  を法的基準  $y^*$  と比較して  $y_j \geq y^*$  であれば Player 1 を勝訴とし、そうでない場合に敗訴とする。ゆえに、勝訴確率は  $p(y_j \geq y^* | y)$  で与えられる。ただし、この裁判所・仲裁廷の法的評価  $y_j$  は一般的な評価である  $y$  に一致するわけではなく、法的評価・判断のばらつきを表す確率変数  $\varepsilon_j$  と一般的な評価  $y$  を加えたものになる。すなわち  $y_j = y + \varepsilon_j$  となる。安定性・予測可能性の程度はこの  $\varepsilon_j$  のばらつきにより表される。

一方、このような  $y_j$  を評価する基準となる  $y^*$  は一定ですべての参加者に知られているものとする。この  $y^*$  が小さくなればより多くの事件が違反なしとなり、大きければ違反ありとされる。この  $y^*$  は判断が Player 1 寄りであれば小さく、Player 2 寄りであれば大きくなる。このような状況を定式化する関数の一つが上のような関数になる。

いずれにせよ、この結果、 $y$  が一様分布である場合に勝訴確率の分布は、

$$f(a, k, x) = a(x - k)^2 + \left(1 - \frac{1}{3}a + ak - ak^2\right)$$

で与えられる。裁判所と仲裁廷はそれぞれ異なるパラメータを持つため、勝訴確率の分布は異なる(図 4)。

また、選択可能性がある場合には、ある  $y$  に対して国内裁判、投資協定仲裁のそれぞれにおいて与えられる勝訴確率  $p_a, p_j$  のうち高い方を与える紛争解決手続を利用する。

このゲームは以下の 5 つのステップからなる。

Stage 1: 問題の発生 ( $y$  及び勝訴確率  $p_a, p_j$  の決定)

Stage 2: Player 2 が対応策をとるかどうかを決定

Stage 3: Player 1, 2 は和解をするかどうかを決定

Stage 4: Player 1 は提訴をするかどうかを決定

Stage 5: 裁判所・仲裁廷の決定

## (2) 解

このゲームを解くためには、Stage 5 から解いていくことになる。なおゲームの構造は基

本的に投資協定仲裁・国内裁判で同じであるため、以下ではとりあえず区別せず、 $p=p_i(i \in \{a, j\})$ で表すことにする。また、選択可能性が存在する場合には後で検討し、まず選択可能性がないケースから検討する。

Stage 5:

裁判所・仲裁廷の決定前の段階における期待利得は

$$(R - (1 - p)D - c, R - pD - c)$$

Stage 4: Player 1 は提訴することによる期待利得が提訴をしない場合を上回るときに提訴する。ゆえに  $pD - c \geq 0, p \geq c/D$  のとき提訴

Stage 3: Player 1, 2 は和解による余剰があるときに和解する。もし、Stage 4 で提訴をしないのであれば、和解による余剰は存在せず、和解が成立しない。一方、Stage 4 で提訴が起こるときにはちょうど訴訟・仲裁費用分が和解による余剰となり、この分を節約できる。この結果、

提訴が起こらない場合( $p < c/D$ ) :  $(R - D, R)$

提訴が起こる場合 :

$$(R - (1 - p)D, R - pD)$$

Stage 2: Player 2 は対応策をとった場合の期待利得がとらないときの期待利得を超える場合に対応策をとる。提訴が起こらない場合には  $R \geq R - L$  より必ず対応策をとる。一方、提訴が起こる場合には、

$$R - pD \geq R - L$$

$$p \leq L/D$$

のときに対応策をとり、そうでなければ対応策をとらない。

Stage 1: 以上を整理すると、特定の事案  $y$  について勝訴確率  $p_a, p_j$  が与えられたときに、最終的にどのような結果になるかは、

$0 \leq p < c/D$  対応策がとられ、提訴は起こらない  $(R - D, R)$

$c/D \leq p < \min(L/D, 1)$  対応策はとられるが和解が成立する  $(R - (1 - p)D, R - pD)$

$\min(L/D, 1) \leq p < 1$  対応策はとられない  $(R, R - L)$

となる(図 5)。ここで投資協定仲裁、国内裁判それぞれの  $a, k$  が与えられれば勝訴確率の分布が与えられるため、そこから問題が起こる前の段階における期待利得を計算することが

できる。すなわち、先に述べたように

$$f(a, k, x) = a(x - k)^2 + \left(1 - \frac{1}{3}a + ak - ak^2\right)$$

として、期待利得は与えられた  $a, k$  に対して

$$\left( \begin{array}{l} R - D \int_0^{c/D} f(a, k, x) dx - \int_{c/D}^{\min(1, L/D)} (D - xD) f(a, k, x) dx, \\ R - D \int_{c/D}^{\min(1, L/D)} xf(a, k, x) dx - L \int_{\min(1, L/D)}^1 f(a, k, x) dx \end{array} \right)$$

となる。

投資協定仲裁と国内裁判の選択可能性：選択可能性が存在する場合、勝訴確率は  $y$  に対する投資協定仲裁、国内裁判の勝訴確率のうち高いほうとなる(図 6 の黒い太線)。注意すべき点は、投資協定仲裁と国内裁判との間で安定性・予測可能性に差がある場合には、 $y$  が小さい領域において安定性・予測可能性が低い紛争解決手続のほうが高い勝訴確率を与える場合があるということである。なお、仲裁、裁判のそれぞれの  $a, k$  によっては、そもそもどちらかの手続がすべての  $y$  に対して高い勝訴確率を与える(交点が  $[0, 1]$  区間の間に存在しない)可能性があることにも注意されたい。

勝訴確率の分布もまた 2 つの分布をつなぎ合わせたものになるため、上で述べた  $f(a, k, x)$  も変わってくる。すなわち、図 7 のように二つの確率分布をつなぎ合わせたものとなる。具体的には、仲裁、裁判の  $a, k$  をそれぞれ  $a_a, k_a, a_j, k_j$  とし、また  $y$  に対して勝訴確率  $p$  を与える関数の交点(なお、 $(0, 0)$  と  $(1, 1)$  は必ず交点になるので、これ以外の交点)の  $y$  座標を  $s$  とし、また  $s$  が  $[0, 1]$  区間内に存在するものとし、かつ  $s > x$  なる  $x$  に対して  $f(a_j, k_j, x) > f(a_a, k_a, x)$  とすると、

$$g(a_a, k_a, a_j, k_j, x) = a_j(x - k_j)^2 + \left(1 - \frac{1}{3}a_j + a_jk_j - a_jk_j^2\right)(x < s)$$

$$a_a(x - k_a)^2 + \left(1 - \frac{1}{3}a_a + a_aka - a_aka^2\right)(x \geq s)$$

となる。そしてこれに対して上と同様に期待利得を計算することになる。

図1 投資協定仲裁・国内裁判のゲームツリー

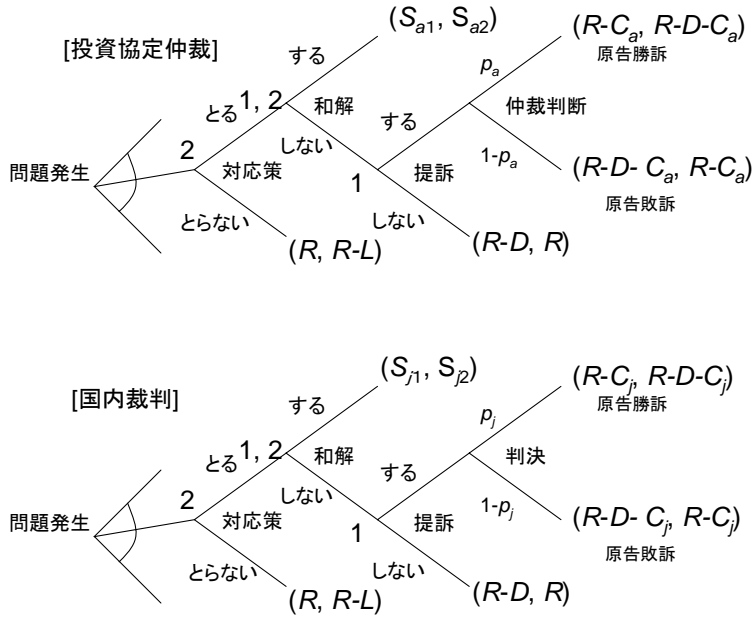


図2 事案に対する勝訴確率

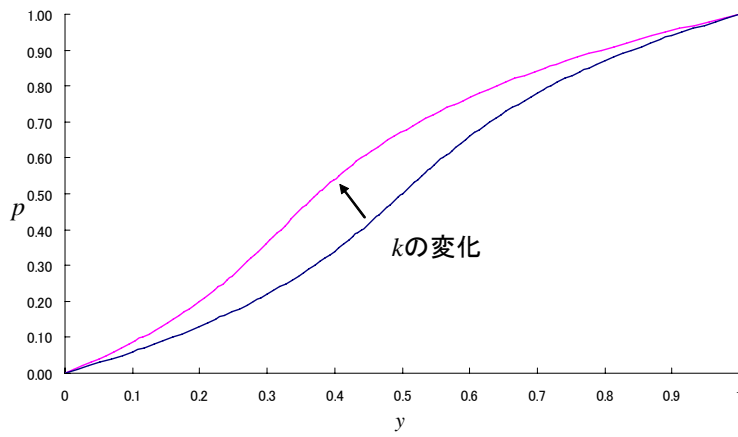


図3 事案に対する勝訴確率

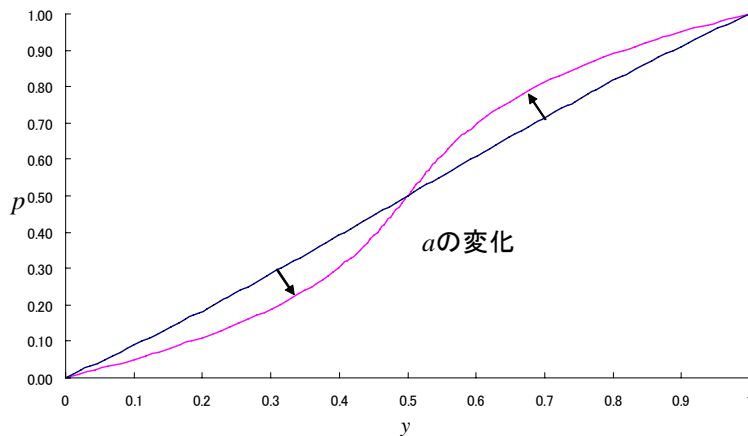


図 4 勝訴確率の分布

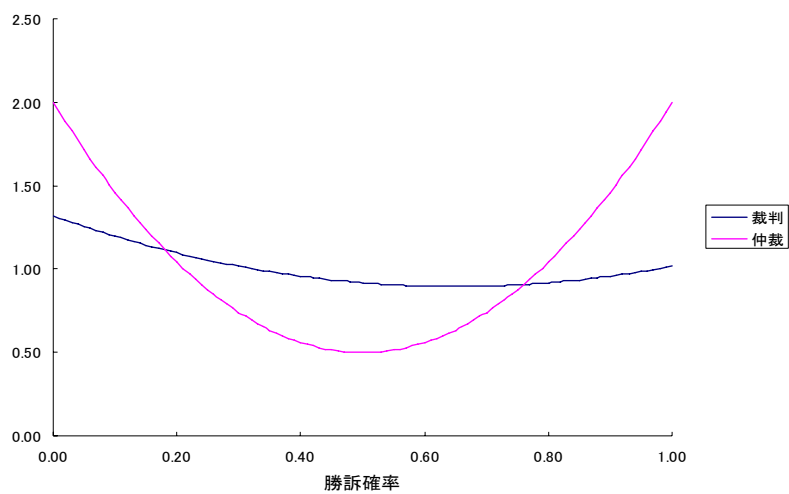


図 5 結果の分布

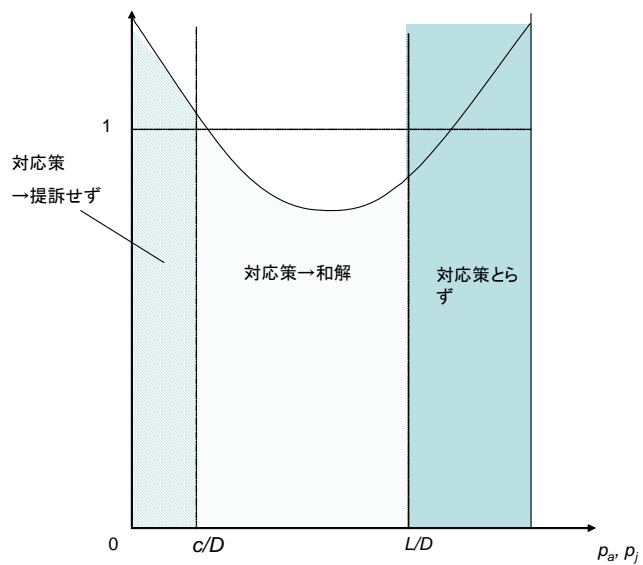


図 6 選択可能性がある場合の事案に対する勝訴確率

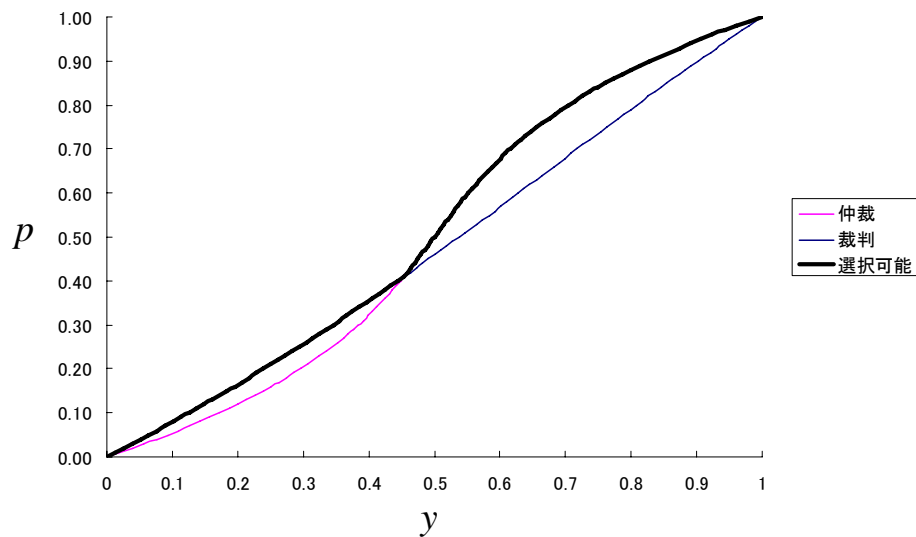


図7 選択可能性がある場合の勝訴確率の分布

