



RIETI Discussion Paper Series 08-J-011

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

伊藤 一頼
静岡県立大学



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

伊藤 一頼（静岡県立大学）

要 旨¹

投資仲裁を通じて外国投資が投資保護協定上の保護を受けるための前提的条件として、当該投資が、協定上の「投資家」及び「投資財産」の定義に該当する必要がある。しかし、投資家／投資財産の定義に関する規定の解釈をめぐっては、これまでの仲裁判断において様々な問題が浮上してきている。

投資家の概念に関しては、国籍要件の解釈が重要な論点であり、これまでの仲裁判断では特に次の2つの問題が争われてきた。(i)投資家と投資母国との結び付きが弱く、実際には第三国の国民が当該投資家を支配している場合に、当該投資家は投資母国の国民たる資格で投資仲裁を提起できるか。(ii)投資受入国に設立された会社であっても、他国(投資保護協定の締約国)の国民により支配されている場合には、ICSID 条約 25 条 2 項(b)に基づいて、受入国に対して投資仲裁を提起できるが、そこで言う支配とは、単に現地会社の株式を所有しているだけで十分なのか(=投資保護協定の非締約国にある親会社等が実質的な経営権を握っていても構わないのか)。こうした問題に対して過去の仲裁判断は、原則として投資保護協定や投資契約に示された当事国／当事者の意思を尊重する姿勢を示しており、保護対象となる投資家の範囲を限定する特段の規定がない限りは、上記の2つの場面でも仲裁の管轄権を認めてきている。もっとも、仲裁管轄の取得のみを目的として投資保護協定の締約国に便宜的な会社を設立したような場合には、仮にそうした投資家の保護を拒絶する規定が協定上になくとも、例えば法人格否認の法理などを用いて、仲裁廷が独自の判断で管轄権を否定する余地は残されている。したがって、保護対象となる投資家の範囲は、原則的には当事国／当事者が裁量的に決定できるものの、それが投資保護協定の趣旨目的に反するような帰結を招く場合には、仲裁廷は異なる結論を採ることもあり得る。

投資財産の概念に関しても同様の構図が成り立っている。すなわち、投資保護協定の締約国は、いかなる投資財産が保護対象となるかを裁量的に設定することができ、また外国投資が受入国の国内法に従うことを保護の条件とすることも可能である(国内法適合条項)。しかし、過去の仲裁判断によれば、例えば ICSID 条約 25 条における投資財産の概念には、

¹ 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：小寺彰ファカルティフェロー)の成果の一部である。

各締約国の意図とは関係なく、仲裁の対象となる全ての投資が満たすべき最低限の要素が黙示的に含まれている。また、外国投資が受入国の法令に違反し、国内法適合条項を機械的に適用すれば仲裁の管轄権が否定されるようなケースでも、仲裁廷が当該事案の状況や投資保護協定の趣旨目的を勘案した結果、自らの合理性判断により管轄権を肯定する事例も現れている。このように、投資財産の概念についても、当事国の意思と仲裁廷の判断の組み合わせによって保護の範囲が決まることになる。

I. はじめに

本稿は、投資仲裁の管轄権ないし受理可能性の基礎となる「投資家(investor)」及び「投資財産(investment)」の概念について、近年の仲裁判断例を参照しながら主要な論点を概観する。投資家の仲裁適格については、特に国籍要件のあり方や解釈をめぐる種々の見解が提出されているが、本稿では、まず投資保護の方法として従来から用いられてきた外交的保護における(一般国際法上の)国籍要件を検討し、それと比較して、条約上の特別な紛争解決制度として設置される投資仲裁で国籍要件がいかに位置付けられているのかを明らかにする。また、投資財産については、投資財産の定義、投資財産と国内法との関係、株式の投資財産性などの問題を中心に論じたい。

なお、本稿で用いる分析枠組みを最初に示しておこう。投資家／投資財産が仲裁手続を通じて保護を受けるためには、当然、当該仲裁手続を規定している二国間投資保護協定(BIT)やEPA投資章における投資家／投資財産の定義に該当することが必要であるが、それに加えて、そこで利用される投資仲裁スキーム自体が求める要件を満たす必要がある。例えば、今日多くの投資保護協定が仲裁の付託先として指定する世界銀行のICSIDでは、仲裁を利用できる投資家／投資財産の範囲についてICSID条約中に規定があり、この要件を満たさなければ、たとえ個々のBIT等における投資家／投資財産の定義に該当していても、ICSID仲裁は利用できないことになる²。

本稿では、こうした、投資仲裁スキームそれ自体が要求する投資家／投資財産の要件のことを、全てのケースにおいて満たされなければならない条件という意味で、客観的要件と呼ぶ。他方で、個別のBITやEPA投資章において、各国が自由に設定する投資家／投資財産の定義のことを、主観的要件と呼ぶことにしたい。

² もっとも、例えば国際商業会議所(ICC)が運営する国際商事仲裁裁判所(ICC International Court of Arbitration)の仲裁規則は、紛争が国際商事紛争(business disputes of an international character)であることのみを付託要件としており(第1条)、ICSID条約のように投資家／投資財産の範囲に関する固有の要件を持つわけではない。また、独立の常設仲裁機関を持たないUNCITRAL仲裁規則にも、やはり投資家／投資財産に関する固有の要件は存在せず、この場合は個々のBIT等で規定される投資家／投資財産の定義に該当すれば差し当たり仲裁の管轄権は肯定される。

さらに、これらに加えて、投資仲裁の仲裁廷自身が、個々のケースにおける状況を総合的に判断して、主観的要件や客観的要件は満たしているが、それでも当該投資に仲裁による保護の機会を与えるべきではないとか、あるいは逆に、主観的要件の一部を満たしていないが、BITの趣旨や目的からして、当該投資には仲裁による保護を与えるのが合理的であると判断するような場合がある。これは、当該投資家／投資財産に仲裁の保護を与えることが総合的に見て合理的か否かを、仲裁廷が独自の視点から判断するものであり、これを本稿では合理性の要件と呼ぶ。もちろん、これは主観的要件や客観的要件の解釈の一環として把握することも可能であるが、後述のように、過去の仲裁判断例には、条約全体の趣旨目的から演繹して非常に抽象的な法理を導き出すケースもあり、これを独立の(判例法理的な)要件として整理することが適切かと思われる。

したがって、投資家／投資財産が投資仲裁の保護を受けるためには、第一に、関連するBITやEPA投資章の主観的要件を満たし、第二に、利用する投資仲裁スキームの客観的要件を満たし、そして第三に、仲裁廷の考える合理性の要件を満たす必要があることになる。言い換えれば、各国の政策担当者としては、まず、過去の仲裁判断例において、客観的要件と合理性の要件がどのように解釈・適用されてきているかを把握し、それを踏まえて(その枠組みのなかで)、自国が締結するBIT等において自国の政策方針を反映した主観的要件を設定していく必要がある。

そこで本稿では、次の2つのことを目的としたい。第一に、これまでの仲裁判断例を通じて明らかになった客観的要件及び合理性の要件の意味内容を整理すること。そして第二に、主観的要件に関しては、各国がその内容を裁量的に設定できるものの、最終的にはそれも仲裁廷が解釈適用することになり、場合によっては当事国が当初想定していた意味とは異なる意味に解釈されることもあり得るため、やはり過去の判断例の分析を通じて、主観的要件の文言が実際に仲裁でどのように解釈されてきたかを把握する必要がある。これらの点を検討することで、仲裁の対象となる投資家／投資財産の範囲に関する予測可能性が高まり、各国が投資保護協定を締結する際に自国の政策的意図を正確に反映させるための指針を提供することができるとと思われる。

II. 投資家

投資家の概念に関して、これまでの仲裁事例で特に問題となってきたのは、投資保護協定の当事国における当該投資家の国籍にどの程度の実質(=実効性)を求めるかという点であり、例えば、第三国の企業がBIT締約国に便宜的に設立した活動実態の殆どない会社(ペーパーカンパニー)にも仲裁の保護を与えるのか、という問題がある。結論から言えば、この点に関する一般的な原則は存在せず、関連する個々のBIT等が仲裁の対象となる投資家をどのように定義しているかに依存することになる。しかし、従来はこの点に関する各国の認識が必ずしも十分ではなく、投資保護協定における投資家の定義が極めて簡潔なもの

にとどまる場合もあり、これを仲裁廷がいかに解釈すべきかが問題となった。後述のように、過去の仲裁判断は、特段の制約的な規定がなければペーパーカンパニーにも仲裁上の保護を与える姿勢を見せているが、この帰結を避けるにせよ受け入れるにせよ、各国には投資家に関する主観的要件の設定に際して一層の配慮を払うことが求められるであろう。他方、例外的ではあるが、主観的要件に加えて客観的要件や合理性の要件が問題となる場面もあり、主観的要件のみが仲裁管轄の成否を決定するのではないことにも注意する必要がある。

以下では、こうした論点を過去の仲裁判断例の分析を通じて検討していくが、初めに、投資保護協定が存在しない場合に一般国際法上の投資保護の手段として利用されうる外交的保護の制度について、特に国籍要件のあり方を中心に概観し、次に、投資保護協定に基づく仲裁において投資家の国籍がどのように判断されているのかを、外交的保護との異同も含めて論じることとしたい。

II. 1. 外交的保護における国籍要件

II. 1. 1. 個人の外交的保護

外交的保護の場面では、保護の対象となる自然人や法人の国籍国のみが請求権を行使できるとされてきた。さらに 1955 年のノッテボーム事件判決で国際司法裁判所(ICJ)は、かかる国籍は形式的に取得されたものでは足りず、国家と個人の真正な結び付きに基づく実効的国籍であることを要すると述べて、形式的な国籍国であるリヒテンシュタインが提起した請求の受理可能性を否定した³。ICJ は、真正な結び付きの有無を判断するための指標は状況により異なるとしつつも、例えば当該個人の常居所、利害関係の所在、家族的紐帯、公共事項への参加、国家への愛着の発露などを考慮要因として挙げ、これに対してノッテボーム氏によるリヒテンシュタイン国籍の取得は外交的保護の獲得のみが唯一の目的であって、同国の伝統や生活様式への馴化、権利義務の受諾には無関心であったと指摘した⁴。

もともと、国連の国際法委員会(ILC)が法典化を進めている外交的保護条草案(2006 年)の 4 条は、当該個人が国内法上の要件に従って国籍を取得していることのみを要求し、国家との真正な結び付きの立証は求めている。ILC による同条の注釈によれば、ノッテボーム事件の判断は、リヒテンシュタインとノッテボーム氏の結び付きが「極めて希薄(extremely tenuous)」であるという特殊な事情を前提としており、外交的保護を行なう全ての国に真正な結び付きの立証を求める趣旨ではなかった⁵。つまり、実効的国籍原則の射程は、便宜的な国籍取得による外交的保護の獲得を否定するという限定的なものである。それゆえ、例えば損害を受けた個人が重国籍を持つ場合にも、最も「実効的」な国籍のある国に外交的保護権が集中されるわけではなく、むしろ条草案 6 条は、いずれの国籍国にも保護権の

³ *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala) (Second Phase)*, ICJ Rep 1955, pp.21-6.

⁴ *Ibid.*

⁵ ILC, "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries," UN Doc A/61/10, 2006, pp.32-3, para.5.

行使を認めている⁶。

II. 1. 2. 会社の外交的保護

会社の外交的保護の場面でも、損害を受けた会社の形式的な国籍国が保護権を持つのか、それとも当該会社をより実質的に支配する個人ないし会社の所在国に保護権があるのかが問題となる。バルセロナ・トラクション事件では、カナダで設立された会社がスペインで損害を受けたが、当該会社の株式の大部分を所有していたのがベルギー国民であったことから、ベルギーによる外交的保護の可否が争われた。ICJは、会社の外交的保護権は、当該会社の設立準拠国かつ登録事業所(本店)所在地国である国に帰属すると述べ、それ以上の真正な結び付きを求めることは、一般に承認された判定基準が存在しないため行なわないとした⁷。もっともICJは、バルセロナ・トラクション社の設立準拠国と本店所在地国がカナダであることを確認するだけでなく、同社の取締役会も長年カナダで行なわれ、またカナダの税務当局の記録にも同社が記載されるなど、同社とカナダの間に「密接かつ恒久的な結び付き(a close and permanent connection)」が確立していたことにも着目する⁸。それゆえ、そうした実質的な結び付きが存在せず、設立準拠国が形式的な国籍国にすぎない場合の外交的保護権の帰属について、本判決は若干の含みを残している。この点、外交的保護条文草案9条は、会社の国籍国は原則として設立準拠国であるとしつつも、当該会社が、(i)他国の国民に支配(control)され、(ii)設立準拠国での実質的業務活動がなく、(iii)経営の本拠と財務上の統制をともに他国に置く場合には、当該他国が会社の国籍国とみなされるという。したがって、個人の外交的保護と同様に会社の外交的保護においても、形式的な国籍国に保護権を認めることが著しく不合理である場合には、実効的国籍原則が導入される余地があると言えよう。

そこで以下では、このように一定程度の実効的国籍が要求される外交的保護と比べて、投資仲裁において投資家の(投資母国)国籍にどの程度の実効性が求められているかを検討していきたい。

II. 2. 投資仲裁における国籍要件

II. 2. 1. 個人投資家の場合

個人の外交的保護の場面では、損害を受けた当該個人が、加害国の国籍をも重国籍として持つ場合に、他の国籍国が外交的保護権を行使できるかが議論されてきた。外交的保護条文草案7条は、加害国の国籍よりも他の国の国籍が「優越(predominant)」する場合のみ、当該他国による保護権の行使を認める。イラン＝米国請求権法廷のA/18事件で、イランと米国の重国籍を持つ人物に請求権が認められるかが争われた際にも、法廷は、法廷の設置

⁶ *Ibid.*, pp.41-3.

⁷ *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Co, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase)*, ICJ Rep 1970, para.70.

⁸ *Ibid.*, paras.71-2.

根拠法には一般国際法の国籍規則を排除する明確な規定が存在しないとして、真実かつ実効的な国籍、つまり当該個人がより緊密な事実上の結び付きを持つ国を特定することによって、原告適格の有無を決定するとした⁹。

他方、ICSID の投資仲裁における個人投資家の適格を判断する際に重要な指針となるのは、ICSID 条約 25 条 2 項(a)である。同条は、「紛争当事者である国以外の締約国の国籍」を有する自然人について仲裁廷の管轄を認めるが、その但書で、紛争当事者である国の国籍をも重国籍として有する者は含まれないという客観的要件を規定している。これは、外交的保護の場合とは異なり、重国籍のうち何れが実効的であるかを問うことなく、当該個人が投資受入国の国籍を含む重国籍を有する時点で適格を否定する趣旨である。Champion Trading 事件では、米国の個人投資家である Wahba 氏がエジプトに対して仲裁を提起したが、その父親が米国籍とともにエジプト国籍を持っており、エジプト国籍法上、その子もエジプト国籍を持つため、25 条 2 項により適格がないと判断された¹⁰。Wahba 氏は、エジプト国籍は出生により付与された非自発的なもので、実際にはエジプトとの間にいかなる関係も存在しないから、イラン＝米国請求権法廷の A/18 事件と同様に、実効的国籍の所在に基づき判断すべきだと主張した。しかし仲裁廷は、(1)A/18 事件は「明確な例外規定が存在しない限り (unless an exception is clearly stated)」において実効的国籍原則を適用すると述べているが、受入国の国籍を持つ重国籍者を排除する ICSID 条約 25 条 2 項(a)はそうした明確な例外に当たること、(2)Wahba 氏は本件投資を行なう際にエジプト国籍も利用しており、全く実質を欠く国籍とまでは言えないこと、を理由に原告の主張を退けた¹¹。したがって ICSID 仲裁では、受入国の国籍を持つ重国籍者は、それが全く実質を欠くのではない限りは、たとえ他国の国籍がより実効的であったとしても、適格が否定されることになる。

これと同様の論理が反対の構図で現れたのが Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi 事件であり、ここでは受入国側から実効的国籍の考慮が要請された。本件の投資家はやはり受入国と他の ICSID 締約国の重国籍を持っていたが、受入国の国籍法に照らせば、仲裁付託時には受入国国籍はすでに消滅していた。しかし受入国は、投資家の実効的な国籍は依然として受入国にあると主張して、ICSID 条約 25 条 2 項(a)に基づき管轄権を否定するよう仲裁廷に求めた。これに対して仲裁廷は、ICSID 条約 25 条 2 項(a)のもとでは、外交的保護とは異なり、優越的ないし実効的な国籍の基準を導入する余地は存在しないと述べて、受入国国籍が形式的に消滅したことをもって仲裁管轄を肯定している¹²。もともと、同時に

⁹ *Iran-United States, Case No.A/18* (1984) 5 Iran-US C.T.R. 251, 265.

¹⁰ *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, 21 October 2003, pp.9-17.

¹¹ *Ibid.*, pp.16-7. ただし、受入国の国籍が全く実質を欠く場合(例えば 3 世や 4 世であって受入国と全く結び付きがない場合など)には、「明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合」(ウィーン条約法条約 32 条(b))に当たるともあり得るといふ。

¹² *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, para.198.

仲裁廷は、本件投資家は仲裁管轄を得る目的で便宜的に他国国籍を取得したのではなく、むしろ当該他国との間に真正な結び付きが存在するため、受入国の国籍法上の帰結が国際法(=実効的国籍原則)によって覆されるケースには当たらないとも述べている¹³。それゆえ、逆に言えば、仲裁管轄の獲得のみを目的とする純粋に便宜的な国籍取得に関しては、例外的に実効的国籍を考慮する余地も残されていると考えられる。この点では、前述の外交的保護における国籍要件の判断枠組みとほとんど共通する態度が示されていると言える。上記の *Champion Trading* 事件でも、形式的国籍を判断基準として用いるのは、それが「全く実質を欠くのでない限り」においてであると述べられている。こうした考え方を、ICSID 条約 25 条における客観的要件の解釈の一環として捉えるか、あるいは、仲裁廷が独自に導き出した合理性の要件として捉えるかは判断が難しいが、いずれにせよ、この 25 条 2 項(a)の文言が額面どおりには適用されない場合があり得ることに注意すべきである。

一方、受入国国籍が絡まない形で投資家の重国籍が問題になることもあり、この場合は、国籍法上の帰結を形式的に尊重するよりも、むしろ実効的国籍の所在が正面から議論される。Olguín 事件では、ペルーと米国の重国籍を持つ原告が、投資受入国のパラグアイをペルー=パラグアイ BIT に基づいて提訴したが、パラグアイは、ペルー法では重国籍者による権利行使の可否は登録居住地によるとされており、原告は提訴時に米国に居住していたため BIT 上の権利を行使しえないと主張した¹⁴。これに対して仲裁廷は、BIT に基づく仲裁管轄を認めるには BIT 締約国の国籍が実効的であればよく、本件原告の二重国籍はいずれも実効的であると述べ、ペルー国籍法が定める居住地要件は、二つの実効的国籍という法的事実には何も影響を与えないという¹⁵。さらに仲裁廷は、恐らく重国籍者の外交的保護の場面でも、加害国がいずれかの国籍国の国内規則を援用して当該国の保護権を否定することはできないだろうが、仮にそうでなくても、ICSID 仲裁の目的は母国を経由せずに個人に実効的な請求権を与える点にあり、外交的保護に関する国内規則を ICSID 管轄権の判断に類推的に適用することはできないと述べる¹⁶。

なお、国内の国籍法と仲裁廷の国籍判断権の関係が問題になった事例としては、Soufraki 事件が注目される。本件で原告はイタリアが締結した BIT に基づいて UAE を提訴し、イタリア国籍を保有する証拠としてイタリア当局が発行した国籍証明書や BIT 適格の認定書を提出した。しかし仲裁廷は、原告がイタリアからカナダに移住した際にイタリア国籍は失われ、後に再びイタリアに居住した時も国籍の再取得に必要な要件を満たしていなかった可能性があり、イタリア当局は国籍証明書の発行時にそうした事情を了知していなかったとして、管轄権を否定した¹⁷。これに対して Soufraki 氏は、国籍の有無に関しては当該国政

¹³ *Ibid.*, paras.200-1. 本件の仲裁判断に個別意見を付した Orrego Vicuña は、本件投資家の他国国籍は完全に非実効的であり管轄権を否定すべきだと述べている(*Ibid.*, pp.62-9)。

¹⁴ *Olguín v. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Final Award, 26 July 2001, para.60.

¹⁵ *Ibid.*, para.61.

¹⁶ *Ibid.*, para.62.

¹⁷ *Soufraki v. United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Decision on Jurisdiction, 7 July

府の判断が尊重されるべきだとして、さらに取消請求を提起した。しかしアドホック委員会は、確かに国籍の付与や喪失は国内法上の問題であり、その判断は当該国の専権事項であるが、その国籍の国際的な効果は、実効性などの国際法上の要件に照らして判断されると述べる¹⁸。そして、本件では Soufraki 氏の国籍の得喪に関するイタリア国籍法の解釈が問題となるが、それが仲裁の管轄権の設定という国際的な効果を持つ限りにおいて、イタリア当局による判断は絶対ではなく、仲裁廷が当該判断を審査し覆すことは可能だとした¹⁹。この点はシュロイアーの逐条解説書でも、ICSID 条約 25 条の起草過程からして、政府当局が発行する国籍証明書には終局的な効果はなく、投資家が条約上の国籍要件を満たすか否かは、ICSID 管轄権に関する他の客観的要件と同様に、仲裁廷の決定事項であるとされる²⁰。

II. 2. 2. 法人投資家の場合

(1) BIT 等に示された締約国意思(=主観的要件)の尊重

会社の国籍を決定する指標が、設立準拠国であるか、当該会社の支配(control)主体や株主の国籍であるかは、外交的保護と同様に ICSID 仲裁でも問題となる。ICSID 条約には、この点に関する明確な客観的規定は存在しないが、シュロイアーは、法人の原告適格を定めた ICSID 条約 25 条 2 項(b)が、その後段において、投資受入国の国籍を持つ会社であっても外国人が支配する場合には当該他国の国籍を認めうると規定することの反対解釈として、同条は会社の国籍を支配の基準ではなく設立準拠国の基準で決定することを原則としているという²¹。過去の多くの仲裁事例においても、設立準拠国が会社の国籍を決定する基準として採用されてきた²²。もともと、各国は BIT 等で独自の国籍決定基準を設定することも可能であり、過去の仲裁判断もかかる締約国意思を最大限に尊重する姿勢を見せているため、主観的要件をいかに設定するかが極めて重要な意義を持つことになる。例えば 1987 年 ASEAN 投資促進保護協定 1 条 2 項は、締約国が会社の設立準拠国であることに加えて、実効的経営地(the place of effective management)であることを求め、また米国やスリランカのモデル BIT は、会社が締約国で実質的な経済活動を行なうことを求めるなど、単なる形式的なペーパーカンパニーを排除する意図を明確にしている。他方、BIT の締結の際に締約国がかかる問題に無自覚であったなどの理由で、投資家の国籍に関する主観的要件が BIT でほとんど付加されない場合もあり、そうした場面で仲裁廷がいかなる国籍基準を採用すべきかが幾つかの事件で争われてきた。その代表的な事例として、Tokios Tokelés 事件を取り上げたい。

2004, para.68.

¹⁸ *Soufraki v. United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of Mr. Soufraki, 5 June 2007, para.55.

¹⁹ *Ibid.*, paras.58-9.

²⁰ Schreuer, C.H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge U.P., 2001, p.268.

²¹ *Ibid.*, p.278.

²² Alexandrov, S.A., "The 'baby boom' of treaty-based arbitrations and the jurisdiction of ICSID tribunals," 6 *J. World Investment & Trade*, 2005, p.399.

この事件の原告である Tokios はリトアニアで設立された会社であり、ウクライナの完全子会社が受けた損害について、リトアニア＝ウクライナ BIT に基づいてウクライナを提訴した。これに対してウクライナは、Tokios の株式の 99%、取締役会の議決権の 3 分の 2 をウクライナ国民が所有しており、リトアニアには経営の本拠も事業活動も存在しないため（後者の点は Tokios は反論）、経済的実質から見れば原告はウクライナの投資家であると指摘し、自国民が自国政府に国際仲裁を提起するのは ICSID の趣旨目的にも反するから、仲裁廷は法人格のベールを剥いで(pierce the corporate veil)、支配的株主や経営者の国籍、実質的経済活動の有無、経営本拠地などに従って会社国籍を決定すべきだと述べた²³。しかし仲裁廷は、ICSID の管轄は第一義的には、いかなる紛争を仲裁に付託するかについて広範な裁量を持つ締約国の意思に依存するとして²⁴、本件 BIT が設立準拠法国のみを基準として投資家を定義し、他の追加的要件を含まない点を重視する²⁵。また、ICSID 条約や BIT の趣旨目的は投資家に対して幅広い保護を与えることにあり、ICSID 条約 25 条 2 項(b)後段の「支配」基準も保護される投資家の範囲を広げるものであるから、保護範囲を狭めるために支配基準を援用することは同条の趣旨目的に反するという²⁶。さらに、ウクライナ＝米国 BIT や、ウクライナやリトアニアが締約国であるエネルギー憲章条約には、締約国国籍の会社であっても他国民が支配する場合には保護を与えないとする「利益否認(denial of benefits)」条項が存在するが、本件 BIT にそうした規定を置かなかつたことは締約国の意図的な選択であるから、仲裁廷はこれに拘束され、定められた管轄権を行使しないことはできないと述べる²⁷。なお、衡平法における法人格否認の法理(veil piercing)の目的は、バルセロナ・トラクション事件で ICJ が述べたように、法人格の濫用の防止や、債権者等の第三者の保護、法的義務の潜脱の防止などであるが、本件では Tokios の法人格にそうした疑義はなく、また Tokios の設立時期を考えても、ICSID 仲裁の適格を得る目的で設立されたとは言えないため、同法理を適用する状況にはないとされた²⁸。

以上の判断に対しては、Weil 仲裁人の反対意見が付されている。彼によれば、ICSID 条約 25 条 2 項(b)後段の「支配」基準は、多数意見のように単に保護範囲を広げるという趣旨ではなく、本来的には外国投資とみなされるべきものが、会社の受入国国籍という法的形式を理由に保護対象から除外されることを防ぐ趣旨である。逆に言えば、自国民が自国に行なう投資は、仮にそれが他国の国籍の会社を通じてなされていても、条約の保護を受ける

²³ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, paras.21-2.

²⁴ *Ibid.*, para.19.

²⁵ *Ibid.*, paras.27-9. また、本件 BIT が、締約国以外の第三国で設立された会社であっても、締約国の国民が支配する場合には、本件 BIT で保護される投資家に含めると規定することから、仲裁廷は、締約国で設立された会社に関しても支配の基準を導入するつもりであれば、締約国はそれを明記したはずであるという(*Ibid.*, para.30)。

²⁶ *Ibid.*, paras.31-2, 44-51.

²⁷ *Ibid.*, paras.33-6.

²⁸ *Ibid.*, paras.53-6.

外国投資ではないから、「支配」基準によって保護を否定すべきことになる²⁹。ICSID 条約の趣旨目的は、外国投資家に対して中立的な紛争解決制度を提供する点にあり、その限りで外交的保護権や国内法廷の管轄権に対する制限が正当化されるのだから、国内投資家にも国際仲裁の管轄権を認めるような解釈は避けるべきであるとされる³⁰。

これは、ICSID 条約の趣旨目的が外国投資の保護のみにあるという形で、会社の国籍に関する厳格な客観的要件が ICSID 条約上に存在するという立場である。しかし、そもそも資本の自由移動の環境下では、特定の国籍(=受入国国籍)を持つ投資資金のみを取り立てて問題視するという考え方自体が不自然ではないかとの批判もある³¹。他方、仮に投資家の国籍を問題とするとすれば、多数意見が指摘するように、利益否認条項により明示的に特定の国籍の投資家を排除する BIT と、そうでない BIT の区別を説明する必要がある。多数意見は、ICSID 仲裁で適用されるべき国籍基準が設立準拠法国の基準であるか支配基準であるかを客観的基準として一律に決定しようとするのではなく、あくまでも関連する BIT の文言に示された当事国意思に従うという立場であり、各国に政策的な裁量の余地を残すという意味では妥当な判断と言えよう。一般論としては、設立準拠法国の基準は明確性や予測可能性の高さという利点があるのに対し、支配基準は仲裁廷に困難な事実評価を要求し、特に株主や経営権者が複数国に分散している場合などは国籍決定が難航することも考えられるが³²、本件判断は必ずしも設立準拠法国の基準それ自体への支持を表明したわけではないことに注意が必要である。

他方で、多数意見の論理にも若干の問題がある。第一に、ICSID 条約や BIT の趣旨目的は投資家に対して極力広範な保護を与えることにあるという一般論が述べられている箇所があるが、これはあまりに射程が広すぎ、本件判断の中心的論理である「BIT で示された締約国の意思を尊重する」とことと齟齬をきたす恐れがある。保護される投資家の範囲については、予断を持ち込むことなく、BIT が示す方針に従うべきであろう。第二に、前述のように、個人投資家の場合には、実質的には受入国以外の国籍を持つ投資家であっても、受入国の国籍を(形式的にせよ)持つ時点で適格が否定されるが、会社の場合には、実質的には受入国国籍の投資家であっても、他国に形式的に会社を設立するだけで適格を得られることになり、保護のバランスという点で平仄が合わないようにも思われる。もちろん、個人投資家の場合は ICSID 条約 25 条 2 項(a)が受入国国籍を持つ重国籍者を明確に排除し、他方で会社の場合にかかる規律がないという説明は可能であるが、そうした違いを正当化できる論理はあるのだろうか。第三に、多数意見は法人格否認の法理の適用を否定する際に、Tokios が ICSID 仲裁の適格を得る目的で設立されたのではないことに言及するが、これは逆に言

²⁹ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting opinion, 29 April 2004, para.23.

³⁰ *Ibid.*, para.8, 23.

³¹ Wisner, R. & Gallus, N., "Nationality requirements in investor-state arbitration," 5 *J. World Investment & Trade*, 2004, p.944.

³² McLachlan, C., Shore, L. & Weiniger, M., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford U.P., 2007, p.151.

えば、適格を得る目的のためだけに設立された会社については同法理が適用される可能性を示唆するようにも読める。確かに、本件判断のように BIT における会社国籍の定義を極めて形式的に解釈するとすれば、それが著しく不合理な帰結を導く場合に備えて、こうした形で一つの安全弁を設定することも必要であろう(=合理性の要件)。しかし、当該会社の設立がどの程度まで便宜的・名目的であれば同法理が適用されるのかについて本件判断は明確な基準を示しておらず、この点は、関連する他の仲裁判断を参照しなければ正確な評価は困難である。

こうした問題点があるとはいえ、本件判断は、BIT に示された締約国の意思を投資家の適格の主要な判断基準として用いるという方向性を示した点で、後の仲裁判断に重要な影響を与える先例であったといえる。例えば *Saluka* 事件は、原告が、受入国の国民ではなく、第三国の国民に支配されるケースであるが、*Tokios* 事件とほぼ同趣旨の判断がなされた事例である。この事件では、チェコ国籍の会社 *IPB* を日本企業が支配し、その中間にオランダ国籍の *Saluka* が存在した。チェコを提訴するにあたり、チェコと日本の間に BIT がないため、*Saluka* がオランダ=チェコ BIT に基づいて提訴した。これに対してチェコは、(1) *Saluka* はオランダとの間に社会的・経済的な事実上の連結を持たず、日本企業が仲裁管轄を得るために設立した名目的会社(shell)であるため、BIT 上で定義される真実の(*bona fide*)投資家ではない、(2) *IPB* の経営指揮やチェコ当局との折衝も全て日本企業が行っており、*Saluka* は単に代理人的な位置付けにすぎないため、衡平の観点から *Saluka* の法人格を否認し仲裁の適格を認めないことが適当である、(3) 日本企業は本件において欺罔的ないし不誠実に行動し、仲裁付託の権利を濫用した、などと主張した。

しかし仲裁廷は、(1) オランダ=チェコ BIT は、「オランダ法の下で設立された法人」に対して保護を与えると規定しており、第三国の会社の完全子会社などを除外する意思があれば、両国は投資家の定義にかかる文言を含めることができたはずである³³、(2) 日本企業が仲裁管轄を得る目的で *Saluka* を設立したという主張には十分な証拠がなく、また仮にそうだとすると、その権利濫用は日本企業によるものであり、原告の *Saluka* にそれが帰責できる事情がない限り、本件判断には関係しない³⁴、(3) BIT 締約国と何ら実質的な連関を持たない名目的会社を通じて、第三国の会社が BIT 上の保護を得ることには、確かに仲裁手続の濫用や条約漁り(*treaty shopping*)の懸念があるが、BIT 上での投資家の定義を超える要件を仲裁廷が付することは締約国の意図に反する³⁵、と述べて管轄権を肯定している。

同様の構図の事例として、*ADC* 事件がある。本件ではカナダ籍の会社がキプロスの子会社を通じてハンガリーに投資していたが、紛争が発生すると、キプロスの子会社が原告となってキプロス=ハンガリーBIT に基づいて *ICSID* 仲裁を提起した(カナダは *ICSID* 非締約国)。ハンガリーは、原告がキプロスと真正な結び付きを持たない名目的会社にすぎないた

³³ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006, para.229.

³⁴ *Ibid.*, paras.236-7.

³⁵ *Ibid.*, paras.240-1.

め、法人格否認の法理を適用して適格を否定すべきだと主張したが、仲裁廷は、本件 BIT は原告が一方の締約国の法に基づいて設立されたことだけを要求しており、当該国との真正な結び付きや第三国国民による支配は問題にならないと述べる³⁶。ここでも仲裁廷は、投資家の原告適格の判断基準を、BIT の文言に示された締約国意思に求めており、とりわけ、受入国ハンガリーが他国と締結した BIT では投資家と投資母国との真正な結び付き(=事業活動)が要求されている一方で、本件 BIT にはかかる要求が規定されなかったことを指摘する³⁷。また、法人格否認の法理は、真の受益者が会社法人格を濫用して実体を隠蔽し責任を逃れるような場合にのみ適用されると述べ、本件では受入国自身がキプロスの中間会社の利用を了知承認しているため、同法理は適用されないという³⁸。ただし、同時に仲裁廷は、本件原告が紛争発生前に設立された会社であり、キプロスでの納税等の実績もあることを指摘しており³⁹、逆に言えば、仲裁管轄の取得のみを目的とする名目的会社に対しては、合理性の要件として、法人格否認の法理を適用する余地を残していると見ることができる。

(2) 支配基準の機能と射程

Tokios 事件の多数意見と反対意見が対立したように、「支配」基準は、投資家の適格を広げる方向にも狭める方向にも解釈しうる。利益否認条項の支配基準については、適格を否定する意図が明確であるが、それ以外の、特に適格を広げる効果を持つ規定については、適格を狭める方向での反対解釈はしないという立場が一般的である。Wena Hotels 事件では、原告の会社は英国籍であるがエジプト国民が所有していたため、受入国のエジプトは管轄権を否定するよう主張した。その根拠は、エジプト=英国 BIT が、一方の締約国の国籍を持つ会社であっても、その株式の過半数をもう一方の締約国の国民が所有する場合には、ICSID 条約 25 条 2 項(b)に従い、後者の締約国の会社として扱うと規定することであり、これは、当該 BIT が、一方の締約国ともう一方の締約国の国民の間で発生する紛争を扱うと規定する(紛争の国際性 *diversity of nationality*)ことに鑑みれば、本件のように原告会社が受入国国籍の株主に支配される場合には仲裁の管轄から排除する効果を持つという⁴⁰。しかし仲裁廷は、ICSID 条約 25 条 2 項(b)や本件 BIT のような規定は、締約国に異なる意図がない限り、受入国国籍の会社に仲裁の管轄を広げることが目的であり、エジプトのような反対の解釈は一般に支持されていないとした⁴¹。

このように、一般に適格を広げる方向で支配基準が用いられるとしても、その際に多国籍企業の複雑な支配構造をどこまで辿っていくべきなのかという別の問題がある。例えば

³⁶ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, para.357.

³⁷ *Ibid.*, para.359.

³⁸ *Ibid.*, para.358.

³⁹ *Ibid.*, para.353.

⁴⁰ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Jurisdiction, 29 June 1999, 41 ILM 881, 887.

⁴¹ *Ibid.*, pp.888-9.

Amco 事件で、受入国のインドネシアは、同国に設立された PT Amco 社は米国籍会社に支配されているとの前提で同社との仲裁条項に同意したが、実は同社を最終的に支配する株主はオランダ国民であったため、仲裁に管轄権はないと主張した。これに対して仲裁廷は、かかる主張を考慮するとすれば、ICSID 条約 25 条 2 項(b)の支配基準の検討にあたり、単に受入国国籍の会社を他の締約国の会社が支配しているかを調べるだけでなく、後者をさらに支配する会社や個人を最後まで辿ることになるが、ICSID 仲裁で用いられる国籍決定基準は設立準拠法国の基準であり、受入国国籍の会社に対しては例外的に支配基準が導入されるものの、かかる支配企業の国籍自体は原則通りに設立準拠法国の基準で決定される(さらなる支配関係の追究はしない)と述べる⁴²。

他方で、SOABI 事件では、ベルギー国民に支配されるセネガル国籍の会社が、受入国のセネガルを提訴したが、セネガルは、同社を直接的に支配するのはパナマ国籍の持株会社であり、パナマは ICSID 非締約国であるので、仲裁の管轄は否定されると主張した。しかし仲裁廷は、ICSID 条約 25 条 2 項(b)の趣旨は、現地法に基づいて設立された会社に投資を管理させたいという受入国の要望と、そうした会社にも ICSID 仲裁の適格を与えるという要請とを両立させる点にあるため、現地会社を直接的に支配する会社の国籍のみに決定的な意義を与えることは同条の目的に反すると述べて管轄権を肯定した⁴³。この判断は、支配構造を第一層(現地会社を支配する最初の外国会社)までしか辿らないとした上記 Amco 事件判断と矛盾するよう見える⁴⁴。

これに関して、例えばネイサンは、この 2 つの判断は矛盾せず、要するに、仲裁の適格を満たす国籍に行き当たるまで支配構造をさかのぼり、それが見つかればそれ以上は支配構造を辿らないということだと理解する⁴⁵。しかしシュロイアーは、そうした考え方では、現地会社を支配するのが本来は適格を持たない主体(ICSID/BIT 非締約国や受入国の国民)である場合でも、適格を得られる国に便宜的に中間会社を設立するだけで要件を満たすこと

⁴² *Amco Asia Corp. v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, 1 ICSID Rep. 389, para.14.

⁴³ *Société Ouest Afrivaine des Bétons Industriels v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decision on Jurisdiction, 1 August 1984, 2 ICSID Rep. 175, para.35.

⁴⁴ 同様に、Waste Management II 事件でも、メキシコの会社が、米国の会社に支配されているとの資格で、受入国メキシコを NAFTA に基づき提訴したが、メキシコは、原告は直接的にはケイマン諸島国籍の持株会社に支配されており(それをさらに米国籍の会社が支配している)、ケイマン諸島は NAFTA 締約国ではないから、仲裁の管轄権は否定されると主張した。これに対して仲裁廷は、NAFTA では、締約国国籍の会社であっても、非締約国の投資家が支配するものは投資家の定義から除外されるが、これは名目的会社を通じて実質的には非締約国が受益すること(Protection Shopping)を防止する趣旨であり、逆に言えば、締約国の投資家が最終的な受益者でさえあれば、投資が非締約国の会社を通じて間接的になされていても全く問題はないと述べる。これは、NAFTA に規定される投資家の定義の解釈に依存する判断ではあるが、支配構造をさらに一段階さかのぼることを認めるものである。*Waste Management, Inc. v. United Mexican States (Number 2)*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award, 30 April 2004, para.80.

⁴⁵ Nathan, K.V.S.K., *The ICSID Convention: The Law of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Juris Publishing, New York, 2000, p.97.

になると批判し、むしろ、真実の支配主体(true controller)が見つかるまで支配構造を辿って、それが非締約国や受入国の国民であれば、現地会社の適格は否定すべきだという⁴⁶。両者の見解の相違は、支配基準の適用に際して、仲裁の利用可能性の拡張と、支配構造の真相の解明のどちらに力点を置くかの違いであると言える。

しかし、実は両事件の結論を導いている本質的な論理は、やはり当事者の意思の尊重という点にある。例えば Amco 事件で仲裁廷は、現地会社 PT Amco を設立する事業許可申請がインドネシア政府に対してなされた際に、そこには ICSID 仲裁条項も含まれており、それを承認した同政府は、PT Amco が ICSID 条約に関する限りでは他の(いずれかの)締約国の国籍を持つとみなすことに同意したのであるという⁴⁷。そして、真の支配的株主の国籍が仲裁条項に明記してあるか(あるいは受入国政府が知っているか)否かは条項の拘束性に影響せず、ICSID 条約もそれを求めてはいないとする。また、この事業許可申請では、仲裁条項以外の箇所において、PT Amco を(直接的に)支配するのは米国籍会社であることが繰り返し記載されていることも仲裁廷は指摘する。つまり、インドネシア政府はこの事業許可申請に記された条件で仲裁条項に同意したのであり、その限りにおいて、第三国国籍の国民が最終的な支配株主であるという事情は本件では意味を成さなくなる。したがって、本件で仲裁廷が提示した前述の見方、すなわち「ICSID 条約の国籍決定基準は設立準拠法国の基準であり、現地会社を支配する主体の国籍もこれに基づいて決定される(=支配構造を第一層までしか辿らない)」という判断枠組みは、本件の仲裁合意が内容的にも不合理ではなく尊重に値することを示すための補強的な議論として展開されたと見るべきであり、この部分を過度に一般化することは避けねばならない。

同様に、SOABI 事件の仲裁廷も、仲裁条項が「受入国政府は ICSID 条約 25 条にいう国籍要件が(現地会社 SOABI について)満たされたものとみなすことに同意する」との文言を含む点に着目する⁴⁸。また、本件で現地会社を直接的に支配するパナマ国籍の持株会社は、資本金がわずか 1 万米ドルであり便宜的会社(une société de complaisance)としか考えられないこと、及び受入国政府も真の支配主体がこの持株会社ではなくベルギー国民であると交渉過程で知り得たことを指摘する⁴⁹。そして、一般的に ICSID 締約国は、いかなる主体に「他の締約国の投資家」たる資格を認めるかについて裁量的な判断権を持つとしたうえで、本件の仲裁合意の内容はこの裁量の範囲を踏み越えるものではなく、受入国政府は自発的に

⁴⁶ Schreuer, *op.cit.*, p.318. マンションも、投資家の国籍は、仲裁管轄を得るためだけに形式的に取得されたものであってはならず、「*fraus omnia corrumpit*(詐欺的行為は許されない)」の法格言に従って仲裁廷はそうした実質を欠く国籍を排除できると主張する。また、名目的会社の設立により仲裁管轄が取得できるならば、ICSID 条約の非締約国が条約に加入する動機が薄れ、条約の存続基盤を危うくすると述べる。Manciaux, S., *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, Litec-CREDIMI, 2004, pp.150-1, 169-70.

⁴⁷ *Amco Asia Corp. v. Indonesia*, *op.cit.*, para.14.

⁴⁸ *Société Ouest Afrivaine des Bétons Industriels v. Senegal*, *op.cit.*, para.30.

⁴⁹ *Ibid.*, para.45.

受諾した仲裁合意を一方的に撤回することはできないと述べている⁵⁰。このように、やはり SOABI 事件でも仲裁合意の内容やその状況・経緯が管轄権を肯定する重要な根拠とされており、言い換えれば、いかなる場合にも現地会社の最終的な支配主体まで追究すべきだ、という一般論が提示されているわけではない。

このように、「支配」の意味を一義的に決定するのではなく、個別事例に即してその都度解釈しようとする態度は、仲裁という紛争解決手続のアドホックな性格にも適合するものであろう。ICSID 条約に「支配」の詳細な定義が置かれていないことも、当事国／当事者が個別の状況に応じて適宜その意味を決定する余地を残したものと理解すべきである。

かかる判断枠組みが踏襲された近年の事例として、Autopista(Aucoven)事件がある。本件では、ベネズエラにおける高速道路事業を受注するために、メキシコ国籍の会社 ICA Holding が現地会社 Aucoven を設立し、1996 年 12 月にベネズエラ政府と Aucoven との間でコンセッション契約が締結された。ここには仲裁条項も含まれており、紛争は原則としてベネズエラ国内のアドホック仲裁に付託されることとされたが(第 63 項)、Aucoven の多数株主が ICSID 締約国の国民に変更された場合には(メキシコは非締約国である)、ICSID 仲裁に付託することが合意された(第 64 項)。一方、1995 年以降のメキシコ通貨危機によりペソの価値が大幅に下落したため、ICA Holding は Aucoven に資金供給することが困難になったとして、米国に設立した子会社である Icatech に事業を移管しようとした。Aucoven はコンセッション契約第 7 項に基づき、同社株の 75%を ICA から Icatech に譲渡することを 1997 年 4 月にベネズエラ政府に申し入れ、翌年 6 月に同政府はこれを承認した。後に紛争が発生すると、Aucoven は、米国籍会社 Icatech に支配される現地会社として、上記第 64 項の規定に基づき ICSID 仲裁を提起した。これに対してベネズエラは、第 64 項は ICA とは関連のない企業に Aucoven の最終的な支配権が完全に譲渡される場合を想定したものであるが、本件のようにグループ内での株式譲渡の場合は、実効的支配権は依然として ICA Holding にあるから、第 64 項が適用される場面には当たらないと主張した。

ここでも問題はやはり、Aucoven の支配構造の探究を第一層(Icatech)までで止めるか、それとも最終的な実効的支配主体(ICA Holding)まで遡るかという点にある。仲裁廷の判断は、結論から言えば第 64 項の適用を認めて ICSID 管轄権を肯定しており、実効的支配主体の探究はしないという立場が示されたようにも見える。しかし、この結論はやはり、本件における当事者意思の尊重という論理から導かれている。すなわち仲裁廷は、本件の仲裁付託合意(第 64 項)では、多数株主が ICSID 締約国の国民に変更されることのみが条件されており、それが他企業への実効的支配権の完全な移転を伴わねばならないという意図を当事者が持っていた形跡はないため、付託合意に示された明確な文言から逸脱することは正当化されないと述べる⁵¹。そして、かかる判断の背景として、ICSID 条約の起草過程において、

⁵⁰ *Ibid.*, paras.29, 43.

⁵¹ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, paras.85-7.

現地会社が「他の締約国の国民に支配される」とはいかなる状況を指すかが意図的に定義されず、むしろ、合意に基礎を置く ICSID 仲裁の性格に鑑みて、各々の BIT や投資契約の当事国／当事者がそれを自由に定義できる余地を最大限に残したことを指摘する⁵²。ゆえに、当事者が選択した基準が合理的であり、「他の締約国国民による支配」という要件の客観的意義を損なわない限りは、それを拒否することはできないのであり、一般的に利用される設立準拠法国の基準以外にも、株式保有や議決権など、あらゆる基準が採用され得る⁵³。

なお、仲裁廷は、本件で当事者が選択した「支配」基準が合理的であり、ICSID 条約の目的と整合性を持つこと(=濫用に当たらないこと)を認めるにあたって、次のような要因を重視している。第一に、「多数株主」には通常は議決権があり、現地会社の意思決定に参与する可能性を持つため、これを「外国支配」の判定基準とすることは不合理ではないこと⁵⁴。第二に、本件で実際に多数株主となった米国籍会社の Icatech は、単に仲裁管轄を得る目的で設立された便宜的会社(a corporation of conveniense)ではないこと⁵⁵。具体的に言えば、Icatech は本件コンセッション契約が締結される前に設立された会社であり、また同社に Aucoven の株式が譲渡されたのは、メキシコ通貨危機の回避という、本件紛争とは関係のない事情によるものであった⁵⁶。もちろん Icatech は、グループ企業の一員として ICA Holding の経営戦略に沿って Aucoven に対する議決権を行使しているが、このことだけから Icatech を便宜的会社であると結論することはできない⁵⁷。こうした仲裁廷の議論を裏返して考えれば、仮に投資紛争が発生してから仲裁管轄を得るだけの目的で便宜的に会社が設立されたような場合には、それが当事者の選択した支配基準に適合していたとしても、仲裁廷の判断により、ICSID 条約の濫用として管轄権が否定されることになる。このように、当事者意思(=主観的要件)を尊重しつつも仲裁廷による合理性評価の余地を残すという判断枠組みは、前述の Tokios 事件でも「法人格否認の法理」の適用可能性に絡めて提示された考え方であった。

ところで、以上の3つの事例(Amco, SOABI, Autopista)は、個別の投資契約に仲裁合意が含まれていたケースであったため、当事者が選択した支配基準の内容やその適否も、各々の事例における事情のみに注目して判断することが可能であった。これに対して、BIT 等で、より一般的に支配基準による仲裁合意が規定されている場合に、具体的紛争において当該規定はどのように解釈されるのであろうか。これに関する最近の重要な事例として、Aguas del Tunari 事件がある。次にその仲裁判断を検討しておこう。

⁵² *Ibid.*, para.98. さらに仲裁廷は、Amco 事件の仲裁判断が現地会社の支配構造を第一層まで遡り(go one step behind)、他方で SOABI 事件では真実の支配の主体を求めて第二層(second-tier control)まで遡ったと述べ、本件でベネズエラは SOABI 事件の基準の適用を求めているが、ICSID 条約においてかかる実効的支配の基準が採用されたという証拠は何もないと言う(*Ibid.*, paras.111-2)。Amco 事件や SOABI 事件の結論を一般化する点には疑問があるが、結果的に ICSID 条約の支配基準に特定の定義はないとする点には賛同する。

⁵³ *Ibid.*, paras.99, 108-9, 113.

⁵⁴ *Ibid.*, para.121.

⁵⁵ *Ibid.*, para.122.

⁵⁶ *Ibid.*, paras.123-4.

⁵⁷ *Ibid.*, para.125.

(3) Aguas del Tunari 事件の仲裁判断

本件仲裁を請求した Aguas del Tunari, S.A.(AdT)はボリビア法を根拠法として設立された会社であり、ボリビア政府水道局との間で上下水道事業に関するコンセッション契約を1999年9月に締結した。AdTの設立時には、その株式の55%を、米国籍会社の Bechtel が、ケイマン諸島国籍の完全子会社である International Water を介して保有していた。しかし Bechtel 社は、1999年12月、International Water の会社国籍をケイマンからルクセンブルクに移転して社名を International Water (Tunari), S.a.r.l.とし、その株式をオランダ国籍の会社である International Water Holdings に100%保有させ、さらに同社の経営を、イタリア企業である Edison との合弁(joint venture)として株式の50%を譲渡し、残りの50%をオランダに設立した完全子会社である Baywater Holdings を通じて保有することとした。他方、このコンセッション契約が締結された直後から、市民グループが、水道料金の値上げに結び付くとして過激な反対運動を展開し、早くも2000年4月にコンセッションは終了したため、AdTは、オランダ=ボリビア BIT に基づき仲裁を提起した。同 BIT における「国民」の定義(1条)には、(i)一方の締約国の法に準拠して設立された法人、(ii)一方の締約国の法に準拠して設立されたが、もう一方の締約国の国民により直接ないし間接に支配される法人、とあり、AdT は(ii)のケースに当たると主張した。

これに対してボリビアは、次の2つの理由から、AdT は BIT の国籍要件に該当しないと反論した。(1)「支配(control)」とは最終的な支配権を意味し、その意味で AdT を支配するのは米国籍会社の Bechtel である。(2)「支配」とは、被支配会社の経営事項を実際に決定することを意味するが、本件のオランダ国籍の会社は AdT の株式を所有するだけの名目的会社(shell)にすぎない。

仲裁廷によれば、「支配」という文言を、原告は、株式等の所有(ownership)を通じて被支配会社を指揮命令する法的能力(legal capacity)であると理解し、ボリビアは、単なる法的能力の保有ではなく現実の実効的な(effective)経営支配が必要であると考えているが、次の3つの理由からボリビアの解釈は採用できないとする⁵⁸。(1) 法的には一般に、株式等を通じてある会社を「所有(own)」することは、当該会社を「支配」することを意味する。持株会社も企業組織の一般的な形態であり、他の企業形態と同様の法的権利義務を持つ。(2) 特に、間接的な支配のように支配権者が複数いる場合には、どの程度の支配権の行使をもって「現実の実効的な支配」とするのか、基準が立てられない。(3) 現地会社が BIT の保護対象となるか否かが即座に判別できないような基準を用いることは、投資促進という BIT の趣旨目的に反する。以上から仲裁廷は、BIT に言う「支配」とは、株式の保有比率で表されるような、被支配会社に対する指揮命令の「法的能力」を持つことを意味し、最終的な支配権や、

⁵⁸ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 October 2005, paras.245-7.

現実の支配権行使までは要求されないと述べる⁵⁹。

かかる「支配」の解釈を本件に当てはめれば、ルクセンブルクの *International Water (Tunari), S.a.r.l.* は、AdT の 55% の株式を保有し、AdT の通常の経営事項に関する決定権限を持つため、AdT を支配する法的能力があり、同社の株式を 100% 保有するオランダの *International Water Holdings* は、BIT に定義される意味において、AdT を「間接的に支配」していると言える⁶⁰。なお、*International Water Holdings* が、本件で ICSID 管轄権を得ることを目的に設立された名目的会社だという主張に対して仲裁廷は、同社は、合併関係にある *Bechtel* と *Edison* が相互に対等な地位に立つために、株式の 50% ずつを持ち合うという目的で設立されたものであり、また、50 人以上の従業員を雇用し 800 万ユーロ以上の売上げもあると指摘した⁶¹。

最後に、ボリビアによれば、原告は、コンセッション締結直後からの市民による反対運動を見て、将来紛争になるという予期があったために、ICSID 管轄権を得られるオランダに会社を設立したのであり、これは欺罔的行為ないし権利濫用であるという。しかし仲裁廷は、同社の設立は必ずしも ICSID 管轄権のみを目的としておらず、また仮にそうだとした場合、課税面や実体法規といった法規制の点で有利な環境を提供する国に会社を設立することは、実務上は通常のことであり、特段の制約がない限り、違法とは言えないとする⁶²。ボリビアは書面陳述で、それでは事実上全ての国の会社に BIT の保護を潜在的に与えるに等しくなると述べたが⁶³、仲裁廷の見解によれば、投資紛争を仲裁に付託するための条約の網の目は拡大しつつあり、「二国間」投資条約とは言っても、そこでの「国民」や「投資家」の定義によっては、中立的法廷の利用可能性に引き付けられてより広範な投資が流入する玄関口(portal)として機能する可能性があるという⁶⁴。

本件判断については、次の点に注意する必要がある。まず、本件は「支配」という文言を、株式等の所有による、被支配会社への指揮命令の法的能力として解釈し、最終的な支配権や、実効的な経営支配までは要求されないとした。この点は、かつて *LETCO* 事件が、「支配とは、*LETCO*(リベリア国籍会社)の資本や株式が 100% フランス国民によって所有されているという事実だけから結論されるわけではなく、フランス国民が企業の意思決定構造を掌握しているという意味での実効的な支配の帰結でもある」と判断したことと矛盾するようにも見える。シュロイアーも、「外国人による支配が存在するか否かは、資本参加比率、議決権、経営など幾つかの要因の検討を必要とする複雑な問題である。正しい判断のためには、これらの全ての側面を関連づけて見なければならない。株式保有や議決権に基

⁵⁹ *Ibid.*, para.264.

⁶⁰ *Ibid.*, paras.317-9.

⁶¹ *Ibid.*, paras.320-2.

⁶² *Ibid.*, paras.329-30.

⁶³ Gramont, A., "After the water war: The battle for jurisdiction in Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia," *Transnational Dispute Management* (vol.3, issue.5), 2006, p.26.

⁶⁴ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, op.cit.*, para.332.

⁶⁵ *LETCO v. Liberia*, Decision on Jurisdiction, 24 October 1984, 2 *ICSID Rep.*, p.351.

づく単純な数字上の定式化は不可能である」と指摘する⁶⁶。しかし、こうした解釈は、問題の現地会社について真実の「外国人支配(foreign control)」があるか(実際には現地人が支配していないか)を判断する際の基準として示されたものである。他方、AdT 事件が示した「所有」基準は、支配構造に連なる複数の外国会社のうち、どの会社が現地会社を支配していると言えるかを判断するための基準であり、AdT がいずれか(あるいは複数)の外国会社から「外国人支配」を受けていること自体は本件では争われていなかった。こうした場面で「支配」の意味が問題になる限りにおいて、複層的に支配系統を構成する一連の外国会社に対して広く支配の存在を認めようというのが、本件の「所有」基準の趣旨であると解される⁶⁷。

それゆえ結果的には、現地会社に連なる株式等を所有する会社が一つでも BIT 締約国に設立されていればよく、仮にそれがさらに他国の会社に支配され、仲裁の適格を得るためだけに作られた会社であっても、そうした最終的な支配主体の国籍如何は、管轄権判断の基礎とはならない。もっとも、この結論には「特段の制約がない限り」という留保が付けられており⁶⁸、BIT で異なる規定を置くことは当然可能である。仲裁廷によれば、ICSID 条約 25 条 2 項(b)における「外国人による支配」の内容は相当に柔軟であり、各締約国は BIT を締結する際にその意味を様々に定義することができる⁶⁹。したがって、各 BIT における「支配」の意味を確定するためには、当該 BIT が締結されるまでの交渉過程や覚書、及び、各締約国が他国と結んだ BIT との比較などが重要な判断基準となる。本件でもこれらの要素が検討されたが、そこからは、「支配」の文言を上記の「所有」基準とは異なる意味に解釈すべき理由は見付からなかったのである⁷⁰。

名目的会社を通じた BIT shopping に対する各国の政策方針は異なりうるので、会社と BIT 締約国との実質的連関を一律に求めるよりは、本件仲裁判断のように個別の BIT における投資家の定義などの規定からその都度解釈する方が、やはり適当であろう。逆に言えば、BIT 締結時には、こうした問題の存在を意識し、自国の方針を明確にしておく必要がある。特段の規定や意思表示がなければ、本件のように、株式の形式的な「所有」のみで「支配」が成立すると解釈される可能性があることに留意しなければならない⁷¹。

⁶⁶ Schreuer, *op.cit.*, p.321.

⁶⁷ なお、こうした「複層的な支配構造」の場面とは区別すべき投資家類型として、合弁事業(joint venture)がある。Impregilo 事件では、複数の国の会社による合弁事業としての投資が損害を受けた場合に、投資受入国との間に BIT を締結している国の会社が、他の(BIT のない国の)合弁パートナーを代表して、全ての損害について請求を提起することはできないとされた。Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, paras.147-8.

⁶⁸ Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, *op.cit.*, para.330.

⁶⁹ *Ibid.*, para.283.

⁷⁰ *Ibid.*, paras.289-314.

⁷¹ この点、例えば日本＝タイ経済連携協定 91 条(f)では、企業が締約国または第三国の者によって「所有」されるとは、「当該者が当該企業の 50%を超える持分を受益者として所有する」場合をいい、他方で「支配」されるとは、「当該者が当該企業の役員の過半数を指名し、又は当該企業の活動につき法的に指示する権限を有する」場合をいうとして、所有と支配

(4) 利益否認条項

支配基準が仲裁管轄を狭める方向に用いられる例として、利益否認(denial of benefits)条項がある。例えば、米国モデル BIT(2004 年)17 条は、(1)投資母国の会社が非締約国の国民に支配ないし所有され、かつ受入国が、その非締約国と外交関係を持たず、あるいはその非締約国(ないしその国民)との取引を禁じる措置等を採用している場合、(2)投資母国の会社が、当該国の領域内で実質的な事業活動を行なっておらず、かつ、非締約国または受入国の国民が当該会社を支配ないし所有する場合には、受入国は当該投資家に対して条約上の利益を否認できると規定する。エネルギー憲章条約(ECT)17 条 1 項も、「第三国の国民が所有し又は支配する法人であって、当該法人が組織される締約国の地域において実質的な事業活動を行っていないもの」に対しては、締約国は第 3 部(投資の保護促進)に基づく利益を否認する権利を留保すると定める。日本が締結する BIT でも、例えばベトナムとの BIT の 22 条 2 項に同様の規定がある。

もっとも、かかる利益否認条項の援用の仕方には注意が必要である。Plama 事件では、ECT の締約国であるキプロスに設立された Plama がブルガリアを提訴し、ブルガリアは、Plama はキプロスでの実質的な事業活動がなく、ECT の非締約国の国民に支配されていると反論した。しかし仲裁廷は、ECT の利益否認条項は受入国が「権利を留保する」と規定する以上、その権利を「行使」するか否かは受入国の裁量であり(行使しないこともできる)、自動的に利益が否認されるわけではないという⁷²。この点、例えば ASEAN サービス枠組協定の利益否認条項は、自動的に利益の否認(benefits ... shall be denied)を規定していることが指摘される⁷³。加えて仲裁廷は、受入国が利益否認の権利を「行使」するまでは、投資家は条約上の保護に対する正当な期待を持つのであり、事前に利益否認条項の援用の意思が示されていれば投資家はそれに応じて投資戦略を立てたはずだから、利益否認の効果は、権利行使の時点から将来に向けてのみ発生する(遡及しない)と述べ、仲裁が提起されてから条項を援用したブルガリアは遅きに失したという⁷⁴。しかし、個々の外国投資がなされる時点で、受入国政府がその支配構造を調査し、利益否認条項に該当する場合には事前に援用の意思を表明することは、恐らく実務上は困難であり、具体的に紛争が発生した時点で条項の援用を検討するのが通常であろう。NAFTA1113 条 2 項の利益否認条項は、援用に際して事前の通知と協議を行なうよう受入国に求めるが、どのタイミングでこれを行なえば Plama 事件の帰結を避けられるかはやはり不明確である。その意味では、利益否認条項に端的に遡及効

を区別している。

⁷² *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, para.155. 受入国が「利益を否認できる(may deny benefits)」という形の規定も、同様に解されるであろう。

⁷³ *Ibid.*, para.156.

⁷⁴ *Ibid.*, paras.161-2. ただし、「エネルギー分野における長期の協力を促進する」(ECT2 条)という本条約に固有の目的も解釈の根拠として挙げている。

を明記することも一つの方法と思われる。

なお、**Generation Ukraine** 事件では、米国＝ウクライナ BIT の利益否認条項が援用されたが、仲裁廷は、原告企業が第三国国民によって支配されていることの立証責任は受入国ウクライナにあると述べ、ウクライナの立証が不十分であるとして条項の援用を認めなかった⁷⁵。本件は、原告企業の株式を全て米国民が所有しており、そもそも第三国支配の立証が難しいケースであったが、仮に実際には第三国支配がある場合でも、受入国政府がそれを立証するに十分な証拠を収集することには困難がありうる。

II. 3. 外交的保護と投資仲裁との関係

利益否認条項のような明確な規定がない限り、投資家と投資母国との実質的連関が厳密には要求されないのは、投資保護協定上の権利の主体が、国家ではなく投資家自身であるからであろう。前述のイラン＝米国請求権法廷の A/18 事件では、米国とイランの重国籍を持つ請求者について、イランは、この法廷は外交的保護に基づく国際請求として設置されており、外交的保護では加害国の国籍を持つ個人のための行動は禁止されるから、本件請求は受理可能でないと主張した。しかし法廷は、確かに法廷の設置の根拠は条約にあるが、そこで扱われる紛争は私人と国家の間のものであり、国内法や法の一般原則も主要な論点となるから、法廷は国家の権利ではなく請求者自身の権利について判断するのだとして、イランの主張を退けた⁷⁶。同様に、投資保護協定の目的が投資家自身の権利の保護であるとすれば、国家が請求権を行使する外交的保護の場面に比べて、協定締約国と投資家との結び付きがそれほど厳密に要求されないことも強ち不合理ではない。

しかし、その結果として投資受入国は、極端に言えば、どの国からの投資であるかに関係なく、およそ領域内で行なわれる投資については、当該国が締結する BIT の一般的な待遇を、全ての投資家に対して与える必要に迫られる⁷⁷。BIT を締結していない国の投資家であっても、BIT のある他国の会社を経由して適格を得ることは容易だからである。それゆえ、AdT 事件で仲裁廷が述べたように、投資家の定義や利益否認条項などを工夫しない限り、本来は特定の相手国との「二国間」投資協定であっても、それが多边的な射程を潜在的に持つことは避けられないのであり、BIT の締結は、一定の投資環境を対世界的に保障することを同時に意味する。

この事態に対して、仲裁を提起される受入国、特に発展途上国は不満を持つかもしれない。しかしシュロイアーは、ICSID 条約 27 条が、仲裁に付託された紛争について投資母国による外交的保護権の行使を禁じていることは、受入国にとっても、国家間の請求に直面

⁷⁵ *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, paras.15.7-9.

⁷⁶ *Iran-United States, Case No.A/18* (1984) 5 Iran-US C.T.R. 251, 261.

⁷⁷ Van Harten, G., *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford U.P., 2007, pp.116-7; Legum, B., "Defining investment and investor: Who is entitled to claim?" *Symposium on Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*, OECD, 2005, pp.4-5.

しないというメリットがあるという⁷⁸。Banro 事件では、カナダの会社がコンゴ民主共和国への投資に損害を受けたが、カナダが ICSID 締約国ではなく仲裁を提起できなかったため、ICSID 締約国の米国に設立した子会社を通じて提訴した。他方でカナダ政府は、自国の会社が受けた損害について外交的保護による国際請求を行っていた。これに関して仲裁廷は、投資家対国家による ICSID 仲裁の主要な目的の一つは、国家間に政治的な緊張を惹起する外交的保護を回避して紛争を法的に解決する点にあると述べ、それゆえ受入国が外交的保護と仲裁に同時に直面するのは条約の趣旨目的に反するから、27 条は、締約国に外交的保護を禁じるだけでなく、投資家の側にも、複数の解決手段の利用を認めない趣旨であるという⁷⁹。そして、本件ではカナダは ICSID 非締約国であり自由に外交的保護権を行使できるが、投資家である Banro は、一方でカナダの外交的保護を受けつつ、他方で子会社を通じて仲裁の当事者となることは許されないとして、仲裁の管轄権を否定した⁸⁰。このように、外交的保護と仲裁の併用は厳格に制限されるため、仲裁の利用を望む投資家は、母国に外交的保護権の発動を要請しないことが予想されるのであり、投資受入国にとっても、力関係が反映されやすい外交的保護よりも、中立性の高い仲裁における法的解決の機会を拡大することは、決して不利益とは言い切れないであろう。

III. 投資財産

投資財産に関しても、投資家と同様、やはり客観的要件、主観的要件、合理性の要件の組み合わせによって、仲裁上の保護を受ける投資財産の範囲が定まってくる。そこで以下では、投資財産に関する主要な論点について、この分析枠組みに当てはめながら検討を進める。

III. 1. 投資財産の定義

⁷⁸ Schreuer, *op.cit.*, p.398.

⁷⁹ *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, 1 September 2000, excerpts published in *ICSID Review (vol.17-2)*, pp.8-10.

⁸⁰ *Ibid.*, pp.11-2. なお、前述の *Autopista* 事件でも Banro 事件と同様の構図が発生し、投資家である ICA Holding の国籍国であるメキシコ (ICSID 非締約国) が外交的保護による請求を行う一方で、同社の子会社である米国籍会社が ICSID 仲裁を提起した。Banro 事件の判断に従えば仲裁管轄は否定されるべき場面であったが、本件の仲裁廷は、受入国のベネズエラが、現地会社の株式を ICSID 締約国の国民が取得した場合に ICSID 仲裁管轄が成立することに同意した点で Banro 事件とは異なるとして、管轄権を肯定した (cf. *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, op.cit.*, paras.135-40, 143)。しかし、ベネズエラの同意は紛争発生前に与えられたものであり、これが外交的保護と仲裁に同時に直面することに対する同意を意味すると解することは困難である。また、ICSID 条約 27 条における外交的保護の制限 (= 複数請求の禁止) は明確な客観的要件であり、個別締約国の合意による変更が認められるか疑問がある。

ICSID 条約には投資財産の定義は明記されていない。起草過程では、財産権、契約上の権利、経営参加権などを列挙することも検討されたが、将来の投資財産概念の発展に対応できないなどの批判があり、結局、詳細な定義は各締約国に委ねられることになった⁸¹。しかし、仲裁の対象となる投資財産に関して ICSID 条約が客観的な限界を全く設定しないわけではない。シュロイアーは、ICSID 条約 25 条にいう投資財産が一般に有する特徴として、(1)投資計画が一定の持続期間を持つこと(duration)、(2)(一回的な取引ではない)一定の規則的な収益や配当(regularity of profit and return)、(3)(通常は両当事者による)取引リスクの引き受け(assumption of risk)、(4)実質的な出資(substantial commitment)、(5)受入国の経済発展への寄与(ICSID 条約前文から)、を挙げる⁸²。この指標は、Fedax 事件、Salini 事件、Joy Mining 事件などでも言及されており⁸³、米国モデル BIT(2004 年)の投資財産の定義にも取り入れられている。ところが、例えば M.C.I. Power 事件で仲裁廷は、ICSID 条約には投資財産の客観的定義は存在せず、BIT による投資財産の定義が仲裁管轄の有無の判断基準になると述べ、多くの仲裁判断が言及する上記の諸要素は、投資財産が存在する条件の単なる例示にすぎないという⁸⁴。また Patrick Mitchell 事件では、仲裁廷は当初、上記の諸要素は投資財産性を構成する正式な要件(formal requirement)ではないと述べたが、他方で同事件の取消し手続においては、これらの要素は ICSID 条約における投資財産の客観的定義である(=BIT で異なる合意をすることはできない)とされるなど⁸⁵、これらの要素の位置づけや意義に関する共通の理解は必ずしも確立していない。

この点について、Malaysian Historical Salvors 事件で Hwang 単独仲裁人が次のような整理を行っている。すなわち、従来の仲裁判断や学説は、上記の諸要素を単に投資財産の典型的な特徴として捉える立場(=典型的特徴アプローチ Typical Characteristics Approach)と、仲

⁸¹ 起草過程での議論については、cf. Schreuer, *op.cit.*, pp.121-4.

⁸² *Ibid.*, p.140.

⁸³ *Fedax N.V. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997, para.43; *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, paras.50-8; *Joy Mining Machinery Limited v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction, 6 August 2004, para.53. なお、Salini 事件では、金銭的な出資だけでなく「技術面での出資(ノウハウ)」も投資財産を構成するとされた(para.52)。また Fedax 事件では、約束手形を投資財産と認定するにあたり、手形の不渡りの可能性が「取引リスクの引き受け」に相当するとされた(para.40)。ただしマンショーは、これは手形や融資が定義上つねに内蔵する法的なリスクにすぎないとして、投資財産性の判定にはむしろ経済的・政治的リスクの引き受けの有無を基準とすべきだと述べている。Cf. Manciaux, *op.cit.*, p.75.

⁸⁴ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007, paras.159-60, 165.

⁸⁵ *Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for the Annulment of the Award, 1 November 2006, paras.24 (quoting Award rendered on February 9, 2004, para.56), 31. もっとも、取消し手続の仲裁判断においても、例えば「受入国の経済発展への寄与」の概念は極めて広範であり、その内容は事例ごとに変化するため、当該投資の経済的効果を仲裁廷が厳密に測定する必要はないとされており(*Ibid.*, para.33)、「客観的定義」が相当の柔軟性を持つことを認めている。

裁管轄の不可欠の根拠として捉える立場(=管轄アプローチ Jurisdictional Approach)とに分裂しているように見えるが、これは、仲裁廷が投資財産性の判断に説得力を持たせるために、単に説明の仕方を変えているにすぎないという。つまり、(a)上記の諸要素が明らかに存在する(あるいは明らかに存在しない)場合には、それを主要な根拠として仲裁管轄を肯定(あるいは否定)することが説得的であるため、管轄アプローチの構成をとることが多く、他方、(b)上記の諸要素の存否が一見明白ではない場合には、典型的特徴アプローチの構成をとり、これらの諸要素が管轄権判断の絶対的な指標ではないと述べることで、結論に説得力を持たせるのである⁸⁶。したがって、投資財産の客観的指標に関する仲裁廷の態度は、理論的というよりも経験的なものであり、仮に特定の指標が不十分にしか満たされていないとしても、他の諸指標や当該事案の状況を総合的に勘案して管轄権を肯定することがあり得る⁸⁷。この Hwang 仲裁人の理解が正しいとすれば、ICSID 条約における投資財産の概念は、上記の諸指標により一義的に確定されるのではなく、むしろそれらの指標の比重や意味合い自体が個別の事案に応じて変化しうるのである。その意味では、これらの諸指標は、客観的要件としての側面を持ちつつ、同時に、個々の事件において、投資財産性を認めるのが妥当か否かという、仲裁廷による合理性の判断の側面を持つと考えられる。

このように、ICSID 条約における投資財産の客観的指標は相当に広範であり伸縮性を持つため、実際上は、投資契約や BIT、国内投資法などで示される投資財産の主観的な定義がより重要になる。もっとも、多くの BIT では、投資財産を、投資家により直接または間接に所有ないし支配される「全ての種類の資産(every kind of asset)」と最初に包括的に定義し、次に例示列举として、企業、株式・債券、契約や法に基づく権利、知的財産権などを幅広く挙げるため、仲裁の管轄から除外されるような投資財産を BIT の文言から特定することは容易ではない。

III. 2. 受入国の国内法との関係

投資財産に関しては、ICSID/BIT 上の定義に該当するだけでなく、受入国の国内法で、当該投資が「財産権」的性格を認められるものであるかが問題となりうる。この点について、ダグラスは次のような所説を展開する。すなわち、ある投資が「財産」性を持つか否かは、受入国の国内法で定義される問題であり(国内法への反致 *renvoi*)、国内法が設定する財産権の枠内において、投資保護協定が保護対象の投資財産を定義するのである⁸⁸。したがって、

⁸⁶ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on Jurisdiction, 17 May 2007, paras.70-1.

⁸⁷ *Ibid.*, para.72. もっとも仲裁人は、本件の事案に関しては、(i)投資家が引き受けるリスクが単なる通常の商取引リスク(normal commercial risk)でしかないこと、及び(ii)本件事業が受入国にもたらす利益は専ら文化的性質のものであり、受入国の経済発展に継続的に寄与するものではないことから、投資財産の客観的指標が満たされていないと判断した(*Ibid.*, paras.112-44)。

⁸⁸ Douglas, Z., "The hybrid foundations of investment treaty arbitration," 74 *Brit. Yb. Int'l L.*, 2003, pp.197-8.

仲裁ではまず第一段階として、主張されている権利が受入国の国内法に照らして(有体にせよ無体にせよ)財産権として保護されているか否かを確認し、その後、それが BIT 等で保護対象とされる投資財産の定義に沿うかを検討する必要がある⁸⁹。もちろん、協定義務の違反の有無に関しては、協定上の仲裁が排他的な管轄権を持つことになるが、他方で、当該投資財産の存否・性質・射程・帰属などに関しては、国内法の解釈問題になるので、国内裁判所等の判断を尊重する必要がある⁹⁰。

こうした前提の下でダグラスは、例えば CME 事件で、チェコのメディア委員会が法律を改正して、メディアへの外国企業の影響力を減らすような措置をとったことが財産権の侵害に当たるか否か、また Wena Hotels 事件で、エジプトによる収用の前に英国企業によるリース契約の違反があったか否か、などは国内法に照らしてのみ判断できる事柄であったが、仲裁廷はそれをしなかったと批判する⁹¹。しかし、例えば Nagel 事件でストックホルム商業会議所仲裁は、BIT における「投資財産」や「資産」という語は、その保持者にとって財産的価値を持つ権利や請求権を意味するのであり、財産的価値の有無を決定するのはもっぱら国内法規則であるから、ここには国内法との連関が生じるのであると述べている⁹²。これは、ダグラス流の分析枠組みに従って投資財産性を判断しようとするものであり、かかる立場が今後さらに浸透していく可能性もある。

もっとも、このことは、受入国の関係当局が国内法に関して行った法解釈や決定を仲裁廷が無条件に受け入れることを意味しない。例えば、Saluka 事件で受入国のチェコは、チェコ銀行法では、国内銀行の多数株式を将来取得する計画のある者に対して、チェコへの投資にあたって事業計画書を提出させ当局の承認に服させることになっているが、本件投資家はこの事業計画書を提出していなかったと主張した。しかし仲裁廷は、チェコ銀行法や関連する通達を独自に検討した結果、チェコが主張するような銀行株式取得に関する事業計画書の提出義務が存在するという法解釈は成り立たないと結論した⁹³。

こうした、国内法の位置づけや解釈権をめぐる問題は、BIT 等が「受入国の国内法に適合する」投資財産を保護対象とすると規定している場合に、とりわけ重要性を帯びる。例えば Ioannis Kardassopoulos 事件では、ギリシア＝グルジア BIT 第 12 条にこのような国内法適合条項が含まれており、その意義や機能が争われた。本件の原告は、米国籍会社 Tramex に出資・経営するギリシア人投資家であった。Tramex 社はグルジアの国営石油企業 SakNavtobi との間で、グルジア政府の閣議決定を経て合弁企業体 GTI を形成し、当該合弁契約では、GTI がグルジアにおける石油パイプライン事業権を持つことが規定された。ところが、1995 年にグルジアのシュワルナゼ大統領は新たに国営石油企業 GIOC を設立し、翌 96 年の法令

⁸⁹ *Ibid.*, p.211.

⁹⁰ *Ibid.*, p.267.

⁹¹ *Ibid.*, pp.202-7.

⁹² *Nagel v. Czech Republic*, SCC Case 49/2002, excerpts from award reproduced in Stockholm Arbitration Report 2004:1, p.158.

⁹³ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, *op.cit.*, paras.212-4.

において、GIOC がグルジアを代表して欧米石油メジャー連合体である AIOC とパイプライン事業に関する交渉・契約を行うこととして、以前に(Tramex に)与えた事業権を破棄するとした。Tramex はグルジアに対して、すでに行った投資に関する損害賠償を求めたが、2004年にグルジア政府は、本件に関していかなる損害賠償責任も負わない旨の見解を示したため、原告が ICSID 仲裁を提起したものである。

仲裁審理においてグルジアは、国営企業 SakNavtobi が合弁契約において GTI に認めた石油パイプライン事業権は、SakNavtobi が持つ権限の範囲を逸脱しており、国内法に照らして違法無効であると主張した。すなわち、グルジア内閣法では、国家と合弁企業体との関係を規律／決定する権限は国営企業ではなく内閣が持つ。そして、合弁企業体 GTI の形成を認めた 1991 年の閣議決定は、GTI に対して油田開発や石油採掘の事業権を与えたにすぎず、SakNavtobi が与えたようなパイプライン事業権は認めていなかった。これに対して仲裁廷は、確かに SakNavtobi には越権行為があり、仮にグルジアの裁判所がこの事案が付託されれば、グルジア法に照らして本件合弁契約は違法無効と判断されるであろうが、仲裁廷の役割は、本件紛争を国際法上の規則／原則に照らして処理することであるという⁹⁴。そのうえで、本件 BIT の趣旨目的は投資家と投資財産に広く保護を与えることにあり、上記の国内法適合条項(12 条)もその観点から解釈する必要があると述べる⁹⁵。そして、確かに受入国は本条項のもとで外国投資に対する一定の規制権限を留保しているが、それはあくまでも投資家の行動に対する規制権限であり、本件のように国家機関みずからの違法な行動を根拠として投資家の仲裁提起権を否定することはできないという⁹⁶。したがって、本件合弁契約は恐らく国内法上は違法無効であるが、BIT 上では依然として保護対象となる投資財産であると結論された⁹⁷。この仲裁判断は、国内法適合条項によって、BIT の保護対象となる投資財産の範囲を受入国が一定程度は独自に規制できることを原則として認めつつ、他方で、かかる国内法適合条項の帰結が BIT の趣旨目的にそぐわない場合(=例えば本件のように法令違反の原因が受入国側にある場合)には、仲裁廷が介入して固有の合理性判断を下す余地を認めたものであり、仲裁と国内法との関係性について重要な示唆を与えていると言える。

同様の考え方は、Fraport 事件の仲裁判断においても示されている。本件で扱われたドイツ=フィリピン BIT 第 1 条 1 項も、BIT の保護対象となる投資財産の定義として、「各締約国の法令及び規則と適合する形で(受入国に)受け入れられたこと」を挙げる。本件の原告投資家である Fraport 社は、空港ターミナル事業への投資に関して損害を受けたとしてフィリピンを ICSID 仲裁に提訴したが、フィリピンは Fraport に法令違反があったとして(理由は後述)仲裁の管轄権を争った。この点に関して Fraport は、BIT の国内法適合条項は次の理由で本件には適用されないと主張した。すなわち、(i)当該条項は最初に投資を受け入れる段階に

⁹⁴ *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007, paras.145-6, 153-7..

⁹⁵ *Ibid.*, paras.174-81.

⁹⁶ *Ibid.*, para.182. (強調原文)

⁹⁷ *Ibid.*, para.184.

における受入国の規制権限を認めるものであるが、本件で違反の有無が争われているのは、そうした種類の規制ではない、(ii) BIT の趣旨目的からして、国内法適合条項は国内法上のあらゆる規定の遵守を外国投資に求めるものではない、(iii)本件で争われている Fraport の違法行為に関しては、過去にフィリピンの検察当局が違法性を否定する決定を下している。

これに対して仲裁廷は次のような判断を行った。まず、フィリピン憲法上、外国投資家は土地所有を認められておらず、土地を所有する国内企業に対する持分権も 40%が上限とされており、この点は本件 BIT 締結時にも附属議定書や批准文書で繰り返し確認されている⁹⁸。Fraport も、フィリピンの弁護士事務所から受け取った報告書によってこの制限を了知していたが、40%の出資では十分な投資効果が得られないとの判断から、この規制を潜脱する仕組みを案出した。すなわち、本件の空港ターミナル事業に対する Fraport 自身の出資は 40%以内にとどめるものの、他に同事業に出資するフィリピン企業との間に、株式取得の秘密合意(secret shareholder agreement)を結び、同事業に関しては Fraport 社の意向に従って行動するとの約束を取り付けた⁹⁹。この秘密合意は、法令の潜脱行為を処罰するフィリピンの国内法(Anti-Dummy Law)に明らかに違反し、実際に Fraport を同法違反の疑いで告発するフィリピンの企業もあったが、その取り調べの際には秘密合意の存在がまだ知られていなかったため、検察当局は証拠不十分で Fraport を不起訴とした¹⁰⁰。こうした事情から仲裁廷は、受入国の国内当局がすでに Fraport による法令違反の存在を否定していたとしても、仲裁廷の判断により法令違反の存在を認定し、仲裁の管轄権を否定することができる結論した。

さらに仲裁廷は、仮に検察当局が秘密合意の存在を知ったうえで同様の結論を下したとしても、それは本件仲裁とは当事者や請求内容が異なるため既判事項(res judicata)を形成せず、仲裁廷を拘束しないと述べる¹⁰¹。また、仲裁廷は一般論として、投資家に法令違反があっても国内法適合条項が適用されない(=BIT の保護対象になる)場合もありうる述べ、例えば、(i)受入国の法令が明確さを欠いたり、現地の法律家が投資家に誤った法的助言を与えたりしたことによる善意(good faith)の法令違反の場合や、(ii)当該法令違反が投資の核心部分に関わらない瑣末なものである場合を挙げる¹⁰²。したがって、外国投資の国内法適合性は必ずしも形式的／機械的に判断されるのではなく、むしろ、当該投資を BIT の保護対象

⁹⁸ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 August 2007, paras.336-9.

⁹⁹ *Ibid.*, paras.308-27.

¹⁰⁰ *Ibid.*, paras.377, 380. 秘密合意の存在は本件仲裁の審理中に明らかになった。

¹⁰¹ *Ibid.*, paras.390-1.

¹⁰² *Ibid.*, para.396. 本件における Fraport の法令違反は、出資制限の存在を明確に了知しつつ意図的に行われたものであり、また投資の核心に関わるものであるから、こうしたケースには当たらないとされた(*Ibid.*, paras.397-8.)。

なお、法令違反が投資の核心部分に関わらない瑣末なものであるとされた事例として、Tokios 事件がある。本件で受入国のウクライナは、投資家による会社登録の形式がウクライナ法の規定とは異なっていたと主張したが、仲裁廷は、その誤りが極めて瑣末な問題であると判断し、それを根拠として本件投資の保護を否定することは BIT の趣旨目的に反すると述べた。 Cf. *Tokios Tokelés v. Ukraine*, op.cit., para.86.

とすることが妥当か否かという実質的な観点から仲裁廷が評価を下すのであり、それは時には国内当局の見解と異なる結論に至る場合もある。

もちろん、通常であれば国内法令違反の有無に関しては国内当局の解釈が参照／尊重される可能性が高いが、ここで取り上げた Ioannis Kardassopoulos 事件や Fraport 事件のように、国内当局の見解をそのまま受け取ることが不合理である場合には、仲裁廷が固有の判断を下す余地も留保されているのである。それゆえ、例えば BIT の合意内容を一方的に無効化するような国内法を受入国が制定したような場合も、それを国内法適合条項で正当化することはできず、仲裁廷は BIT の趣旨目的に照らして管轄権の有無を判断することになる¹⁰³。

III. 3. 投資設立前(pre-establishment)の支出の投資財産性

前述の Nagel 事件では、投資契約が成立する前に投資家が行なった支出が投資財産の性質を持つか否かが争われた。英国投資家の Nagel 氏は、チェコでの通信事業のライセンス取得を目指してチェコ国有企業と協力合意(Cooperation Agreement)を 1993 年に締結したが、翌年、チェコ政府は、チェコ国有企業に付与するライセンスの共同事業者を入札により決定することとし、その結果、Nagel 氏とは異なる投資家がライセンスを得たため、Nagel 氏は投資財産が損なわれたとして仲裁を提起した。仲裁廷は、Nagel 氏の支出が投資財産に当たるかについては、BIT 上の投資財産の定義が資産(asset)とされ、財産的価値を持つ資産が例示されていることから、単なる潜在的(potential)利益ではなく具体的(real/well-founded)利益、あるいは将来の正当な期待利益(legitimate expectation)が必要だと述べたうえで、Nagel 氏と国有企業の協力合意がチェコ法の下でかかる性質を有するかを検討するとした¹⁰⁴。そして、合意の内容は、両当事者の間では法的義務を創設するものとして十分特定のであるが、政府自身がこの合意に公式に関与した証拠はなく、将来のライセンス取得は保証されてはいなかったものであり、仮に何人かの政府高官が Nagel 氏の計画に賛同を示していたとしても、それはこの合意を財産的価値のある正当な期待利益にまで高めるには不十分であるとした¹⁰⁵。

また、Mihaly 事件でも、正式契約には至らなかった投資計画において投資家が行なった事前支出について、仲裁廷は、受入国政府による予備的合意(letter of intent)には法的拘束力ある義務は含まれておらず、事前支出が ICSID 条約にいう投資財産を構成すると受入国が認めていたとは解釈できないとして、管轄権を否定した¹⁰⁶。結局、投資設立前の支出に関

¹⁰³ Aguas del Tunari 事件では、投資家の側に法令違反はなかったが、受入国のボリビアは、BIT に国内法適合条項がある以上、投資に関する紛争はボリビア国内裁判所の排他的管轄権に服すると主張した。これに対して仲裁廷は、BIT の趣旨目的は、投資家に対して独立かつ中立的な紛争解決制度を提供することであり、その可能性を根底から否定するような意図が国内法適合条項に含まれているとは考え難いとして、ボリビアの主張を退けている。Cf. *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, op.cit., paras.153-4.

¹⁰⁴ *Nagel v. Czech Republic*, op.cit., pp.157-8.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp.158-65.

¹⁰⁶ *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15 March 2002, para.59.

しては、交渉段階で受入国政府が将来の投資契約の締結について余程確実な保証をしていない限り、投資財産としての性格を認めることは困難であろう。

III. 4. 株式の投資財産性

バルセロナ・トラクション事件では、株主の権利が直接的に侵害された場合を除いて、株主の国籍国は外交的保護権を行使できないとされたが、これは一般国際法上の帰結であって、当事国間に特別な合意や協定が存在すれば株主の保護は可能であるとされた¹⁰⁷。したがって、BIT で株式が投資財産の定義に含まれていれば、直接的に損害を受けた会社とは別に、株主に独立の保護(仲裁の適格)を与えることは問題なく認められる¹⁰⁸。さらに、BIT 等に特段の制約がない限り、株式の保有率には関わりなく保護が与えられる。Lanco 事件で仲裁廷は、BIT の投資財産の定義は十分に広範であるから、会社の経営支配に必要な保有率に満たない株式であっても保護されるとし、持分が 18.3%の本件原告も BIT で保護される投資家であるとした¹⁰⁹。また Enron 事件で、受入国アルゼンチンは、株式が BIT で保護される投資財産であるとしても、株主の経済的権利に直接に影響する措置(株式それ自体の収用など)ではない、会社のみに影響する措置の場合には、少数株主に請求権は認められないと主張した。しかし仲裁廷は、少数株主であっても独立の請求権が認められ、現地会社とは区別された請求原因を持つ以上、それは株主の「投資財産から直接に生じる紛争」(ICSID 条約 25 条 1 項)であると述べ、仮に会社自身が請求を提起した場合でも、それは株主に直接与えられた請求権を失わせないとした¹¹⁰。

この Enron 事件の判断に示されるように、少数株主にも適格を認めることは、会社や株主から複数の重複する請求がなされる可能性を生む。例えば GAMI 事件では、過半数株主が受入国メキシコの措置をメキシコ国内法廷に提訴し、措置の無効判決を得たが、UNCITRAL 仲裁は、それによって少数株主が独立に国際請求を提起する権利は失われないとし、その根拠として、請求の根拠法令や主張の内容、求める救済などが、各々の請求で異なること

¹⁰⁷ *Barcelona Traction, op.cit.*, paras.88-90. 判決はこの他に、株主の国籍国が外交的保護権を行使できる例外的な場合として、損害を受けた会社が(1)法的に消滅した場合(2)加害国の国籍を持つ場合を挙げており、現在の外交的保護条文草案 11 条でも、この 2 つの場合にのみ株主の国籍国による外交的保護を認めている(ただし株主の権利が直接的に侵害された場合は別途認められる)。

¹⁰⁸ Azurix 事件でも、判断に関連するのは、国際慣習法上の外交的保護ではなく、BIT という条約に規定される投資家の権利であるとされた。*Azurix v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 8 December 2003, para.72.

¹⁰⁹ *Lanco International Inc. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/6, Decision on Jurisdiction, 8 December 1998, 40 *ILM* 457, 461. CMS 事件でも同様の理由で 29.42%の持分の株主について適格が認められた。*CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, paras.49-56.

¹¹⁰ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, paras.35-49, 60.

を指摘した¹¹¹。CMS 事件でも請求の競合が問題となったが、仲裁廷は、「法廷や管轄権の重複を避けるようあらゆる努力を払ったが、異なる協定のもとで異なる投資家が保持する権利を消滅させることはできない」と述べる¹¹²。この点は、Pan American Energy & BP Argentina 事件で仲裁廷が、「原告が二重の救済を得る、言い換えれば受入国が二重の危険にさらされる恐れは現実にあるが、法廷は、当事者がこの問題を本案段階で解決することを期待する」と述べるように¹¹³、管轄権の問題ではなく、実体的な請求権や請求額の調整の問題として扱うべきではないかと思われる。

なお、少数株主にも適格が認められるのは、株主としての立場で独立に仲裁を提起する場合であり、前述の ICSID 条約 25 条 2 項(b)後段のケースのように、現地会社が、他の国の国民に「支配」されていることを根拠に仲裁を提起する場合には、かかる他国国民は少数株主では不十分である。Vacuum Salt 事件で仲裁廷は、「支配」基準を満たすに十分な株式保有率を一義的に特定することはできないが、本件では他国国民は現地会社の株式の 20%を保有するにすぎず、残り 80%は受入国国民が保有しており、現実にも他国国民は経営に参与していないと指摘して、現地会社の適格を認めなかった¹¹⁴。したがって、現地会社が適格を得るためには、他国の少数株主による単なる資本参加では足りず、外国人による経営の実効的支配が必要である¹¹⁵。

III. 5. 受入国への資金移動は必要か

例えば国際市場で株式・証券・債券等の売買が行なわれ、当該投資資金が投資受入国に入っていない場合(第三国の債券等売却者に資金が移動するだけで、受入国には全く新たな資金流入がない場合)、それが受入国への投資と言えるかが問題となる。Fedax 事件では、蘭領アンティルの会社 Fedax が、ベネズエラの会社との契約の際に、ベネズエラ政府発行の約束手形を入手したが、その償還をベネズエラ政府が行なわなかったため、オランダ=ベネズエラ BIT に基づき提訴した。ベネズエラは、Fedax は裏書きによって手形を入手しており、オランダからベネズエラへの新たな資金のフローは起こっていないから、ICSID 条約 25 条にいう投資はなされておらず、仲裁に管轄権はないと主張した¹¹⁶。しかし仲裁廷は、確かに手形は裏書きによって保持者を変えていくが、行なわれた投資自体は変化なく存続し、ベネズエラ政府は期限の到来まで信用上の利益を引き続き享受することができるので、外国の債券保持者は外国投資家となるとした¹¹⁷。Tokios 事件でも、ウクライナに対して行な

¹¹¹ *GAMI Investments, Inc. v. Mexico*, UNCITRAL, Final Award, 15 November 2004, paras.36-43.

¹¹² *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, *op.cit.*, para.86.

¹¹³ *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, para.219.

¹¹⁴ *Vacuum Salt Prod., Ltd. v. Ghana*, ICSID Case No. ARB/92/1, Award, 16 February 1994, paras.41-54.

¹¹⁵ Schreuer, *op.cit.*, p.315.

¹¹⁶ *Fedax N.V. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Award on Jurisdiction, 11 July 1997, paras.18-9.

¹¹⁷ *Ibid.*, para.40.

われた投資は、リトアニア企業を支配するウクライナ国民によりなされたもので、国境を越えていない(受入国内の資金移動にすぎない)と主張された。しかし仲裁廷は、リトアニア企業は管理下にある資産をウクライナ子会社の設立に用いるとの決定の主体となっている以上、これはリトアニアの投資家によってなされた外国投資であり、また投資資金の出所(origin)が受入国ではないことを BIT は要件としていない(かかる要求は BIT の趣旨目的にも反する)と述べた¹¹⁸。

SGS(パキスタン)事件では、SGS が、他国からパキスタンへ輸出される物品の船積み前検査を行なうことをパキスタン政府と契約していた。パキスタンは、これは同国の領域外で行なわれる活動であるから、パキスタンへの投資には当たらないと主張した。しかし仲裁廷は、これはパキスタン税関が行なう業務を SGS に委ねたのだから「公法上のコンセッション(public law concession)」であり、また SGS が検査を行なう権利は、法上ないし契約上の権利(rights given by law and by contract)であって、SGS はそれにより対価請求権(claims to money)を得るから、BIT の投資財産の定義に該当するとした¹¹⁹。SGS(フィリピン)事件でも、受入国フィリピンは、紛争の対象は同国領域外でなされたサービスに対する対価請求権にすぎないと主張したが、仲裁廷は、提供されるサービスの基本的目的は、フィリピン当局が依拠できる信頼可能な検査認証の提供により通関を迅速化し、フィリピンの輸入業務と関税徴収を改善・統合することにあるから、本件投資はフィリピンの領域内でなされたものであり、サービス提供にかかる支出の大部分が他国でなされていることは決定的ではないと述べた¹²⁰。したがって、投資が受入国に対してなされたか否かは、資金が形式的に受入国に流入したか否かよりも、投資家の権利の源泉、投資財産の性格、投資と受入国領域との結び付きの強さなどに着目して判断がなされると言えよう¹²¹。

この点で注目されるのは Bayview 事件の仲裁判断である。本件の原告投資家は米国籍会社であり、米墨国境のリオグランデ川から取水する灌漑事業への投資を行っていたが、メキシコがリオグランデ川の流量を減少させるような措置を講じたため損害を受けたとして仲裁を提起した。しかし仲裁廷は、原告が投資する灌漑事業の実体的な活動は全て米国

¹¹⁸ *Tokios Tokelés v. Ukraine, op.cit.*, paras.75-8. ICSID 条約の起草過程においても Broches 議長が、投資財産を、その出所(origin)を基準として区別することは出来ないと述べ、出所の区別に基づく規律は放棄された。Cf. *History of the Convention*, vol.II, p.261, cited in *Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, para.107. もっとも、起草過程においても、条約の保護対象が「外国」投資のみであることは明確に了解されていたという見方もある。Cf. Castro de Figueiredo, R., "ICSID and non-foreign investment disputes," *Transnational Dispute Management* (vol.4, issue.5), 2007, pp.31-7..

¹¹⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003, para.135.

¹²⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, paras.101-12. もっとも仲裁廷は、SGS がマニラに事務所を置き、サービスの実質的かつ不可分の部分がフィリピンで提供されている点も判断の根拠としている。

¹²¹ *Alexandrov, op.cit.*, p.410.

内で行われており、メキシコは単にその資源供給に関わっているにすぎず、またメキシコが原告に取水権を付与した事実もないことから、本件投資は自国内投資であり外国投資とは言えないと結論した¹²²。さらに仲裁廷は一般論として、ある投資が ICSID 条約の保護対象となる「外国投資」として認められるためには、当該投資が受入国の法と政府当局によって規律されることが必要であり、投資家にとって馴染みのある投資母国の制度環境とは異なる環境に置かれることを要すると述べている¹²³。

このように、「外国投資」性とは、BIT に特段の規定がない限り、必ずしも投資母国から受入国への即物的な資金移動を意味しないとはいえ、少なくとも投資資金が実質的に受入国の規制権限に服していることを必要とするのである。

IV. おわりに

最後に、以上の考察から導かれる政策的なインプリケーションをまとめておこう。

(i) 投資家及び投資財産の概念は、投資仲裁の管轄権の範囲を決定する重要な要素であるにもかかわらず、ICSID 条約では詳細な定義や基準が設定されなかったため、個別の BIT や投資契約で示された当事国／当事者の意思が、投資家及び投資財産の仲裁適格を判断するための第一義的な基準となっている。それゆえ、各国は仲裁管轄に関する自国の政策方針を的確に反映するような主観的要件を BIT で設定することが求められ、その際には、主観的要件に関する様々な規定が過去の仲裁判断においてどのように解釈されてきたのかを踏まえておく必要がある。とりわけ、本稿で分析したように、BIT における投資家／投資財産の定義が簡略であり、利益否認条項のような制約的な規定がない場合には、仲裁管轄の取得のみを目的として設立された便宜的な会社であっても原告適格を認められる可能性がある。また、ICSID 条約 25 条 2 項(b)後段の「支配」という言葉の意味も、BIT で詳細な定義が置かれていなければ、それは受入国の現地法人の株式を他方の締約国の国民が所有しているだけで十分であると解釈され、実際に現地法人に対して最終的な実効的支配権を行使していることまでは必要ではないと判断されている。このように、過去の仲裁判断例は、ほとんどの論点に関して、当事者が設定した投資家／投資財産に関する主観的要件を重視し、それを額面通りに適用するという姿勢を見せており、ICSID 条約に何らかの一般的な原理原則が内在するという前提で解釈を進めることは滅多にない。どの範囲の投資家／投資財産に仲裁上の保護を与えるかについては様々な政策方針があり得るであろうが、重要なことは、ICSID 条約に何らかの指針が先験的に組み込まれていると期待することなく、関連する BIT 等において自国の政策的意図を詳細に規定しておくことである。

(ii) もっとも仲裁廷は、BIT 等に示された当事者意思や、そこから生じる帰結を、つねに

¹²² *Bayview Irrigation District and others v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/1, Award, 19 June 2007, paras.101-4.

¹²³ *Ibid.*, paras.98-9.

無批判に受容するわけではない。ICSID 条約や BIT の趣旨目的に沿わない部分に関しては、法人格否認の法理や、ICSID 条約における投資財産の客観的指標などを根拠に、仲裁廷が固有の評価／判断を下す余地が留保されているのである。それゆえ、例えば、純粋に仲裁管轄の獲得だけを目的とした便宜的な会社設立は、たとえそれが当事者の選択した支配基準に適っていたとしても、仲裁廷の合理性判断により管轄が否定されることはあり得る。Autopista 事件や Aguas del Tunari 事件で仲裁廷は、当事者が設定した主観的要件を尊重するとしつつ、それが便宜的な会社設立のケースではなかったことも確認していたのであり、特に Autopista 事件の仲裁廷は、当事者が選択した主観的要件が「合理的」であることを明確に要求している。したがって、仲裁上の保護対象となる投資家／投資財産の範囲は、当事者が設定する主観的要件と、仲裁廷が解釈適用する客観的要件及び合理性の要件の組み合わせによって画定されることになる。ただし、合理性の要件が持ち出されるのは、主観的要件からの帰結が一見して明白に仲裁制度の趣旨に反すると言い切れるような場面に限られると思われるため、差し当たり各国政府としては、主観的要件に自らの政策的意図を最大限に反映させるよう取り組むべきであろう。

(iii) それでは、仲裁の対象となる投資家／投資財産の範囲を主観的要件として設定するにあたり、各国はどのような点に留意しながら自国の政策方針を決定すべきであろうか。もちろん、仲裁を提起されるリスクを減らすという観点からは、投資家／投資財産の範囲をなるべく狭く設定し、特に第三国の国民が便宜的に設立した会社などを対象から除外する工夫が必要になる。しかし、前述のように、広い範囲の投資家／投資財産に投資仲裁の適格を認めることは、受入国(特に途上国)にとって、外交的保護による国家間請求に直面するリスクを減らし、紛争を政治的にではなく法的に解決する機会を増加させることにつながるものであり、また当然、新たな外国投資を呼び込む効果も期待できる。また、先進国の側も、第三国の企業が自国にペーパーカンパニーを設立して相手先の途上国に投資を行うようになれば、税収上の利得が期待できる。逆に、仮に多くの国が投資家／投資財産の範囲を狭く定めるようになれば、自国の投資家が他国の BIT に便乗して仲裁上の保護を受ける機会を互いに減らし合うことになり、長期的に見て、投資保護の世界的なネットワークは縮小していくであろう。したがって、投資仲裁を通じて保護される投資家／投資財産の範囲を広くとることに十分にメリットはあり、各国にはこれらの諸要素に関する慎重な利益衡量が求められるであろう。