

公表されている主要な投資仲裁判断例の
分析に関する調査研究
(先決的抗弁・実体法的論点)

報告書

平成 30 年 3 月 16 日

弁護士法人 瓜生・糸賀法律事務所

目次

I. 先決的抗弁（管轄及び受理可能性）

I. 1. 投資財産 (Investment)	1
I. 2. 投資家 (Investor) ・ 当事者適格 (standing)	4
I. 3. 利益の否認 (denial of benefit)	8
I. 4. 最恵国待遇 (most favoured nation treatment) 条項と紛争解決手続.....	10
I. 5. 時的管轄 (jurisdiction <i>ratione temporis</i>)	13
I. 6. 投資財産の適法性 (legality of investment) ・ クリーンハンプスの原則.....	15
I. 7. 被申立国の事前同意.....	18
I. 8. 仲裁付託の要件.....	20
I. 9. 契約中の法廷選択条項等に基づく抗弁.....	23
I. 10. 並行手続の規制.....	25
I. 11. BIT の終了 ・ 不適用 ・ BIT 上の紛争解決手続の対象となる紛争.....	27
I. 12. 争訟性 ・ <i>prima facie case</i> 立証の有無.....	29

II. 本案

II. 1. 収用 (Expropriation)	32
II. 2. 公正衡平待遇 (fair and equitable treatment)	46
II. 3. 完全な保護及び保障 (full protection and security)	58
II. 4. 内国民待遇 (national treatment)	62
II. 5. 最恵国待遇 (most favoured nation treatment)	67
II. 6. 特定履行要求の禁止 (Prohibition of Performance Requirement)	71
II. 7. 義務遵守条項 (Umbrella Clause)	73

I. 先決的抗弁（管轄及び受理可能性）

I. 1. 投資財産 (Investment)

代表的な判断例

- Fedax v ベネズエラ・ボリバル共和国 (ICSID Case No. ARB/96/3)、管轄判断 (1997年7月11日)
- CSOB v スロバキア共和国 (ICSID Case No. ARB/97/4)、管轄判断 (1999年5月24日)
- Salini Costruttori & Italstrade v モロッコ王国 (Case 6)
- Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» v チリ (Case 7)
- CMS Gas Transmission Company v アルゼンチン (Case 8)
- Azurix Corp. v アルゼンチン (Case 9)
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v フィリピン共和国 (Case 10)
- Tokios Tokelés v ウクライナ (Case 11)
- Malaysian Historical Salvors v マレーシア (ICSID Case No. ARB/05/10)、管轄判断 (2007年5月17日) / 仲裁判断の取消しに関する判断 (2009年4月16日)
- Biwater Gauff v タンザニア連合共和国 (ICSID Case No. ARB/05/22)、仲裁裁定 (2008年7月24日)
- Société Générale v ドミニカ共和国 (Case 24)
- RSM Production Corporation v グレナダ (ICSID Case No. ARB/05/14)、仲裁裁定 (2009年3月13日)
- Phoenix v チェコ共和国 (ICSID Case No. ARB/06/5)、仲裁裁定 (2009年4月15日)
- Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v アルバニア共和国 (Case 28)
- Romak S.A. (Switzerland) v ウズベキスタン共和国 (Case 30)
- SGS Société Générale de Surveillance (SGS) v パラグアイ共和国 (Case 32)
- Inmaris v ウクライナ (ICSID Case No. ARB/08/8)、管轄判断 (2010年3月8日)
- Fakes v トルコ共和国 (ICSID Case No. ARB/07/20)、仲裁裁定 (2010年7月10日)
- Alpha Projektholding v ウクライナ (ICSID Case No. ARB/07/16)、仲裁裁定 (2010年11月8日)
- Global Trading v ウクライナ (ICSID Case No. ARB/09/11)、仲裁裁定 (2010年12月1日)
- GEA Group Aktiengesellschaft v ウクライナ共和国 (Case 44)
- Abaclat and others v アルゼンチン共和国 (Case 46)
- White Industries Australia Limited (Australia) v インド共和国 (Case 48)
- Deutsche Bank AG v スリランカ民主社会主義共和国 (Case 54)
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v ウルグアイ東方共和国 (Case 59)
- KT Asia Investment Group B.V. v カザフスタン共和国 (Case 62)
- Poštová banka, A.S. and Istrokapital SE v ギリシャ共和国 (Case 78)
- Tenaris S.A. and Talta-Trading E Marketing Sociedade unipessoal Lda v ベネズエラ・ボリバル共和国 (Case 81)
- MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v モンテネグロ (Case 84)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 意義

投資財産の有無は、ISDSにおける事物管轄 (*ratione materiae*) の基礎をなす重要な論点であり、一般的に、問題となる投資協定中の「投資財産」の定義に該当するか否か、ICSIDにおける仲裁の場合には、ICSID 条約第 25 条 1 でいう「投資」に該当するか否か、さらに投資（投資財産）から直接生じた紛争かという 3 面から争われる。

2. 投資協定における「投資財産」の定義に該当するか否か

この点は、個別の協定によって異なるが、投資協定においては、all assets といった一般的な表現を用いた上で、具体的な投資財産の項目を列挙するのが通例である。したがって、基本的には具体的に列挙された項目に該当するか否かが個別の事案ごとに争われている。¹

3. ICSID 条約第 25 条 1 にいう「投資（投資財産）」に該当するか否か

この論点については、初期の *Fedax v ベネズエラ・ボリバル共和国* が、(a)一定期間継続すること、(b)利益や運用益に一定の規則性 (regularity) があること、(c)リスクの引受けがあること、(d)実質的な関与 (substantial commitment) があること、及び、(e)投資受入国の発展にとって意義があることという 5 要件を挙げたのが出発点であった。そしてこれを発展させる形で、*Salini Construttori & Italstrade v モロッコ王国* が 4 要件 (上記 5 要件から (b)利益や運用益の規則性を除いたもの) (以下この I.1. で「Salini 基準」という。) を打ち出し、その後の多くの仲裁判断がかかる 4 要件に従うようになった。²

もっとも、その後の *Biwater Gauff v タンザニア連合共和国* において、Salini 基準が ICSID 条約第 25 条の文言解釈としては導かれなかったこと、及び、同条の交渉過程において「投資財産」の定義が意図的にオープンな形にされていたことを根拠に、Salini 基準に加えて、当該事案における事情をも考慮できるとする、より柔軟で現実的なアプローチが採用された。³他方、その後の *Malaysian Historical Salvors v マレーシア* の仲裁判断取消事案においては、Salini 基準は当事者が ICSID に救済を求め得る範囲を不当に限定するものであり、当事者は単純な売買や一時的な取引以外であれば広く紛争を提起し得るとする決定が下され、Salini 基準は批判の対象となった。⁴

これらの事件を皮切りに、種々の判断例が出されているが、大まかな傾向としては、「投資財産」の意義について当事者自治を重視して Salini 基準に依拠しない判断例⁵と、「投資財産」の内在的な意

¹ *Azurix Corp. v アルゼンチン* は、「投資財産」に与えられる広い意味を考慮してコンセッション契約が問題となる BIT 上の投資財産に該当するとした例である (paras 59-66)。逆に、*Poštová banka, A.S. and Istrokapital SE v ギリシャ共和国* では、*Abaclat and others v アルゼンチン共和国* 等で検討の対象となったイタリア＝アルゼンチン BIT との投資財産の定義の違いを考慮し、スロバキア＝ギリシャ BIT における投資財産の定義が限定されていることを考慮し、国債が投資財産に該当しないとされている (paras 248-349)。また、*Société Générale v ドミニカ共和国* では、より広い「投資財産」の定義を定める他の BIT の条項を最恵国待遇条項を用いて援用することが否定されている (paras 41-43)。

² Salini 基準に依拠したと考えられる判断例として、*Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş v パキスタン・イスラム共和国* (Case 13, 管轄判断) (paras 130-138)、*Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v エジプト・アラブ共和国* (Case 15, 管轄判断) (paras 91-92)、*Saipem S. p. A. v バングラデシュ人民共和国* (Case 19 (管轄判断)) (paras 99, 111)、*Malaysian Historical Salvors v マレーシア* (管轄判断) (paras 69-106)、*SGS Société Générale de Surveillance (SGS) v パラグアイ共和国* (Case 32, 管轄判断) (paras 97-108) 等が挙げられる。

³ paras 312-316.

⁴ paras 73-79.

⁵ 代表的なものとして、*Pantehniki S.A. Contractors & Engineers v アルバニア共和国* (paras 43-49)、*Alpha v ウクライナ* (paras

義を検討し、基本的には Salini 基準に依拠しつつも例えば上記(e)の要件は不要といった修正を加える判断例⁶等が出され、⁷判断例の傾向は固まっていない。

なお、ICSID 条約以外の投資仲裁の文脈でも、「投資財産」の用語の内在的な意義が検討されることがあり、UNCITRAL 仲裁である Romak S.A. (Switzerland) v ウズベキスタン共和国においては、出資、投資期間、リスクという 3 要件が検討されている。⁸

4. 投資財産から直接生じた紛争か

投資には種々の関連する契約が含まれており、投資に関連した資金調達や商品のマーケティング等について紛争が生じた場合にはそれが ICSID 条約第 25 条 1 にいう「投資財産から直接生じた紛争 (legal dispute arising directly out of an investment)」に該当するかが争われることがあるが、CSOB v スロバキア共和国においては CSOB による貸付金に関する紛争についてこの要件を満たすとした。

また、問題となっている政府の措置について、特定の投資財産に向けた措置ではなく一般的な性格を有する措置であることを理由にこの要件に該当しないと争った事案においては、当該措置が直接投資財産に影響を及ぼす限りにおいてこの要件は満たすとされる傾向にある。⁹

5. その他

投資協定によっては、「投資受入国の国内法に従った投資であること」が要件として課されていることがあるが、¹⁰投資受入国の国内法適合性は投資財産に該当するか否かの問題ではなく投資財産の適法性の問題とする判断例が多い点も考慮し、I.6. 「投資財産の適法性」で別途扱う。

また、投資協定によっては、「投資受入国の領域内の投資財産であること」が要件として課されていることがあるが、投資家の事業活動が問題となる事例でこの要件を理由に管轄が否定されたものがある一方で、¹¹金融商品の取得の事例ではこの要件を理由に管轄が否定されなかったものもあり、判断例の傾向は固まっていない。¹²

311-312)、Global Trading v ウクライナ (paras 43-46)、Abacat and others v アルゼンチン共和国 (para 364)、Philip Morris Brands Sàri, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v ウルグアイ東方共和国 (paras 204-206) が挙げられる。

⁶ 代表的なものとして、Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» v チリ (paras 231-235)、Société Générale v ドミニカ共和国 (paras 15-52)、RSM Production Corporation v グレナダ (para 255)、Fakes v トルコ共和国 (paras 95-114)、Deutsche Bank AG v スリランカ民主社会主義共和国 (para 295)、KT Asia Investment Group B.V. v カザフスタン共和国 (paras 160-173)、Tenaris S.A. and Talta-Trading E Marketing Sociedade unipessoal Lda v ベネズエラ・ボリバル共和国 (paras 284-291)、MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v モンテネグロ (paras 188-199) が挙げられる。なお、MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v モンテネグロは ICSID 条約の Additional Facility Rule の下でも Salini 基準に依拠した例として注目される。

⁷ なお、GEA Group Aktiengesellschaft v ウクライナ共和国 (paras 149-153) や White Industries Australia Limited (Australia) v インド共和国 (paras 7.4.8-7.4.10) のように、いずれの立場に立つかについて明示せずに判断を行っている例もある。

⁸ Romak S.A. (Switzerland) v ウズベキスタン共和国 (para 207)、Alps Finance Trading v スロバキア共和国 (UNCITRAL) 仲裁裁定 (2011 年 3 月 5 日) (paras 239-241)、White Industries Australia Limited (Australia) v インド共和国 (paras 7.4.8-7.4.10) が挙げられる。

⁹ 代表的なものとして、CMS Gas Transmission Company v アルゼンチン、Azurix Corp. v アルゼンチンが挙げられる。

¹⁰ Tokios Tokelés v ウクライナは、この点が争われたものの、軽微な違法があっても投資財産性は否定されなかった例である。

¹¹ Bayview v メキシコ合衆国 (ICSID No. ARB (AF) /05/1) 仲裁裁定 (2007 年 6 月 19 日)、Canadian Cattleman v アメリカ合衆国 (UNCITRAL) 管轄判断 (2008 年 1 月 28 日)、Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., Jerry Montour, Arthur Montour, Kenneth Hill v アメリカ合衆国 (UNCITRAL) 仲裁裁定 (2011 年 1 月 11 日) 等が挙げられる。

¹² SGS Société Générale de Surveillance S.A. v フィリピン共和国においては、輸入や関税徴収サービスに関して、フィリピン領域外での検査証明提供サービスについて投資受入国の領域内の投資財産に該当するとされた (paras 99-111)。また、Abacat and others v アルゼンチン共和国においては、被申立国が、申立人の支払った国債の購入代金は証券販売仲介業者によって受領されたものだから投資がアルゼンチンで行われたものではないとの主張を行ったが、仲裁廷は、申立人の資金が被申立国の財政の運営に充

I. 2. 投資家 (Investor) ・当事者適格 (standing)

代表的な判断例

- CSOB v スロバキア共和国 (ICSID Case No. ARB/97/4)、管轄判断 (1999年5月24日)
- Feldman v メキシコ合衆国 (ICSID Case No. ARB (AF) /99/1)、管轄判断 (2000年12月6日)
- Genin v エストニア共和国 (ICSID Case No. ARB/99/2)、仲裁裁定 (2001年6月25日)
- Olguin v パラグアイ共和国 (ICSID Case No. ARB/98/5)、仲裁裁定 (2001年7月26日)
- Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» v チリ (Case 7)
- Yaung Chi Oo v ミャンマー連邦共和国 (ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1)、仲裁裁定 (2003年3月31日)
- Loewen v アメリカ合衆国 (ICSID Case No. ARB (AF) /98/3)、仲裁裁定 (2003年6月26日)
- CMS Gas Transmission Company v アルゼンチン (Case 8)
- Champion Trading v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/02/9)、管轄判断 (2003年10月21日)
- Azurix Corp. v アルゼンチン (Case 9)
- Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/01/3)、管轄判断 (2004年1月14日)
- Tokios Tokelés v ウクライナ (Case 11)
- Soufraki v アラブ首長国連邦 (ICSID Case No. ARB/02/7)、仲裁裁定 (2004年7月7日)
- GAMI v メキシコ合衆国 (UNCITRAL)、仲裁裁定 (2004年11月15日)
- Aguas del Tunari v ボリビア多民族国 (ICSID Case No. ARB/02/03)、管轄判断 (2005年10月21日)
- Saluka Investment BV v チェコ共和国 (Case 14)
- Siag v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/05/15)、管轄判断 (2007年4月11日)
- Société Générale v ドミニカ共和国 (Case 24)
- Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v ルーマニア (Case 63 (管轄判断 (2008年9月24日)))
- Phoenix v チェコ共和国 (ICSID Case No. ARB/06/5)、仲裁裁定 (2009年4月15日)
- Europe Cement Investment and Trade S.A. (Poland) v トルコ共和国 (Case 29)
- Venezuela Holdings B.V. and others v ベネズエラ・ボリバル共和国 (Case 38)
- Fakes v トルコ共和国 (ICSID Case No. ARB/07/20)、仲裁裁定 (2010年7月14日)
- GEA Group Aktiengesellschaft v ウクライナ共和国 (Case 44)
- Pac Rim Cayman LLC v エルサルバドル共和国 (Case 51)
- Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Aubobuses Urbanos del Sur S.A. v アルゼンチン共和国 (Case 56)

てられるため被申立国において行われた投資であると判断した (paras 372-386)。

- Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v バングラデシュ共和国、Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (BAPEX), Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (PetroBangla) (Case 60)
- KT Asia Investment Group B.V. v カザフスタン共和国 (Case 62)
- Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v ボリビア多民族国 (Case 66)
- National Gas S.A.E v エジプト・アラブ共和国 (Case 68)
- Gold Reserve Inc. v ベネズエラ・ボリバル共和国 (Case 72)
- Renée Rose Levy, Gremcitel S.A. v ペルー共和国 (Case 76)
- Poštová banka, A.S. and Istrokapital SE v ギリシャ共和国 (Case 78)
- Tenaris S.A. and Talta-Trading E Marketing Sociedade unipessoal Lda v ベネズエラ・ボリバル共和国 (Case 81)
- Phillip Morris v オーストラリア連邦 (UNCITRAL PCA Case No. 2012-12)、管轄及び受理可能性に関する判断 (2015年12月17日)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 意義

ISDS の申立人が「投資家」に該当するか否かという問題、又は、申立人に係る当事者適格の有無の問題においては、投資家の国籍が、投資仲裁を申し立てようとする者がいずれの投資協定を利用することができるかを画する点で重要である。

2. 投資家が個人の場合

投資家の国籍は当該個人の国籍国となる。当該個人が二重国籍の場合、当該個人たる投資家が利用しようとする BIT の一方締約国の国籍を当該国の国内法に基づき有していれば、他方締約国に対する投資仲裁において、基本的には（重国籍者に関する外交的保護権等の文脈で当該国籍国との真正結合が問題とされるのとは異なり）真正結合等は問題とされることなく投資家該当性が認められている。¹³

もっとも、当該個人が紛争相手国の国籍も保有する場合、ICSID 条約に基づく仲裁では、ICSID 条約第 25 条 2(a)に鑑み、当該紛争相手国との真正結合の有無に関わらず管轄は認められていない。¹⁴

また、BIT の一方締約国の国籍のみを有する場合、たとえ投資受入国に永住権を有していたとしても管轄は認められている。¹⁵

3. 投資家が法人の場合

¹³ Olguin v パラグアイ共和国 (paras 60-62)、Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» v チリ (paras 244-322)、Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L.v ルーマニア (para 103)、Fakes v トルコ共和国 (paras 54-81) が挙げられる。逆に、Soufraki v アラブ首長国連邦においては、申立人がカナダ国籍を取得したことによりイタリア法上イタリア国籍を喪失したとして、投資家該当性が否定された (paras 42-55)。

¹⁴ Champion Trading v エジプト・アラブ共和国及び National Gas S.A.E v エジプト・アラブ共和国が挙げられる。もっとも、Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» v チリにおいては、BIT 上は重国籍者も排除されておらず真正結合も問題とされていないこと、ICSID 条約との関係では申立人が投資受入国法に基づき国籍を放棄していることを根拠に、投資家該当性が認められている。

¹⁵ Feldman v メキシコ合衆国 (para 30)、Siag v エジプト・アラブ共和国 (paras 195-201) が挙げられる。

問題となる BIT 上の定義によるものの、その設立地又は事業の主となる事業所の所在国となるのが基本である。

当該法人が国営企業であるような場合、私的な投資家を保護する ISDS の趣旨に鑑み投資家該当性が争われることがある¹⁶他、当該法人の実質的所有者が他国の国民である場合や当該法人がペーパーカンパニーに過ぎないような場合、法人格の否認が争われることもあるが、問題となる BIT において明示的に実質的な所有に関する要件等が課されていない場合、法人の国籍国のみを考慮して投資家該当性が認められる傾向にある。¹⁷

なお、BIT の内容によっては、設立地と事業所の所在地を組み合わせるものや、設立地における実質的な事業活動等を問題とするものもある。¹⁸

設立地における実質的な事業活動の有無を問題とする BIT には、これを投資家の定義に規定するもののみならず「利益の否認 (denial of benefit) 条項」を置くものもあるが、後者については I.3. 「利益の否認」で独立して触れる。

4. 国籍の操作 (nationality planning)

(i) 権利濫用

投資家が法人の場合、投資協定の下で最大限保護を受けられるよう国籍の操作を行うことが考えられるところ、手続の濫用にも関連して、大まかには、紛争の発生と無関係に国籍の設計を行って投資協定の利益を受けようとする行為によって投資家該当性が否定されることはない¹⁹一方、紛争発生後に ISDS を利用するために国籍を変更したと考えられる事案については経済活動を行うためではなく国際訴訟を提起するためだけに投資を行った等として手続濫用を理由に投資家該当性が否定される²⁰傾向にある。

この点に関して、Venezuela Holdings B.V. and others v ベネズエラ・ボリバル共和国は、投資協定の利用のためだけに法人の国籍を移転した場合、それ以前に発生した事実から生じた紛争については権利濫用となるが、それ以降に発生した事実から生じた紛争に関しては権利濫用とはならないと判断し、紛争の発生時期と投資母体の国籍移転時期の先後が権利濫用の有無の判断におけるメルクマールとなることを示しており、過去の判断例もこのメルクマールを利用して基本的に説明が可能であるただし、投資母体の国籍移転時期が紛争発生の前であっても、特定の紛争が予測できる状況下にお

¹⁶ CSOB v スロバキア共和国ではこの点が争われたものの、CSOB の投資家該当性が認められた。

¹⁷ 代表的なものとして、Tokios Tokelés v ウクライナ、Saluka Investment BV v チェコ共和国、Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v バングラデシュ共和国、Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (BAPEX), Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (PetroBangla)、KT Asia Investment Group B.V. v カザフスタン共和国、Gold Reserve Inc. v ベネズエラ・ボリバル共和国が挙げられる。

¹⁸ 例えば、Tenaris S.A. and Talta-Trading E Marketing Sociedade unipessoal Lda v ベネズエラ・ボリバル共和国においては、「現実の又は実効的な経営の拠点」であることが必要との見解の下、具体的な事実関係に照らして申立人の投資家該当性を認めている。また、ASEAN 協定第 1 条 2 においては「実効的な管理 (wherein the place of effective management is situated)」という要件が定められており、Yaung Chi Oo v ミャンマー連邦共和国においてはこの実効的な管理の有無が争われた。

¹⁹ 代表的なものとして、Aguas del Tunari v ボリビア多民族国、Millicom v セネガル共和国 (ICSID Case No. ARB/08/20) 管轄判断 (2010 年 7 月 16 日) が挙げられる。

²⁰ 代表的なものとして、Banro v コンゴ民主共和国 (ICSID Case No. ARB/98/7) 仲裁裁定 (2000 年 9 月 1 日)、Phoenix v チェコ共和国、Europe Cement Investment and Trade S.A. (Poland) v トルコ共和国、Cementownia v トルコ共和国 (ICSID Case No. ARB (AF) /06/2) 仲裁裁定 (2009 年 9 月 17 日)、Pac Rim Cayman LLC v エルサルバドル共和国が挙げられる。

いて投資協定の保護を得るために組織再編を行う場合は権利濫用が認定されている。²¹

なお、関連して、投資家が BIT 締約国の国籍を取得する時点と投資受入国の措置の前後関係が問題となるケースもあるが、²²そちらは I.5. 「時的管轄」 で検討する。

(ii) 投資財産保有継続の要否

関連して、投資仲裁の提起時・係属中における問題となる投資財産の保有の要否については、GEA Group Aktiengesellschaft v ウクライナ共和国²³においては、仲裁申立てに先立ち投資財産を第三者に譲渡しても、ISDS における当事者適格が否定されないとされたのに対し、Loewen v アメリカ合衆国²⁴においては、仲裁中の国籍継続が必要であるとして請求が却下されており、この点の判断は分かれている。

5. 法人の株主の投資家該当性

この点については、多くの投資協定において株式の保有が投資財産の定義に含まれており、仮に法人そのものは投資受入国の法人であるとしても、その株主が自らの保有する株式の価値や利益に影響を及ぼす投資受入国の措置について ISDS で争うことが認められる傾向にある。²⁵

もっとも、この場合における外国投資家の権利は株式の保有から導かれるもの以上に伸長するものではない旨指摘する判断例もある。²⁶

なお、投資家が子会社等を通じて間接的に保有する財産に関する紛争について当該財産の間接株主として仲裁申立適格の有無が争われることもあるが、²⁷間接保有の積み重ねにより申立適格を認めることに懐疑的な見解もある。²⁸

²¹ 例えば、Pac Rim Cayman LLC v エルサルバドル共和国、Phillip Morris v オーストラリア連邦、Renée Rose Levy, Gremcitel S.A. v ペルー共和国が挙げられる。

²² 例えば、Société Générale v ドミニカ共和国、Renée Rose Levy, Gremcitel S.A. v ペルー共和国が挙げられる。

²³ paras 121-125.

²⁴ paras 220-224.

²⁵ 代表的なものとして、Emilio Agustin Maffezini v スペイン王国 (Case 1)、Azurix Corp. v アルゼンチン、Genin v エストニア共和国、CMS Gas Transmission Company v アルゼンチン、GAMI v メキシコ合衆国等が挙げられる。

²⁶ BG Group v アルゼンチン (UNCITRAL) 最終裁定 (2007年12月24日) (para 214)、El Paso v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/03/15) 仲裁裁定 (2011年10月31日) (paras 173-214) が挙げられる。

²⁷ Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v アルゼンチン共和国、Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v ボリビア多民族国及び Gold Reserve Inc. v ベネズエラ・ボリバル共和国は、申立人が間接的な株主である事案であったが、申立人の当事者適格は認められている。

²⁸ Poštová banka, A.S. and Istrokapital SE v ギリシャ共和国においては、申立人の1社が子会社を経由して国債に間接投資を行っていたという事実関係の下で、申立人が国債を投資財産として申立人適格を主張したものの、認められなかった点で注目される (paras 228-247)。また、会社の間接保有についても、Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v アルゼンチンは、当該会社と遠いつながりしかない請求については、カットオフポイントを設定する必要がある旨の指摘をしている (paras 42-49)。

I. 3. 利益の否認 (denial of benefit)

代表的な判断例

- Plama Consortium Limited v ブルガリア共和国 (Case 12)
- Petrobart Limited v キルギス共和国 (SCC Arbitration No. 126/2003)、仲裁裁定 (2005年3月29日)
- Limited Liability Company Amto v ウクライナ (SCC Case No. 080/2005)、仲裁裁定 (2008年3月26日)
- Hulley Enterprises Limited/Yukos Universal Limited/Veteran Petroleum Limited v ロシア (Case 70 (管轄及び受理可能性についての中間判断 (2009年11月30日)))
- Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v カザフスタン共和国 (ICSID Case No. ARB/07/14)、仲裁裁定 (2010年6月22日)
- Ulysseas, Inc. v エクアドル (UNCITRAL)、中間判断 (2010年9月28日)
- Pac Rim Cayman LLC v エルサルバドル共和国 (Case 51)
- Khan Resources Inc., et al. v モンゴル (UNCITRAL)、管轄判断 (2012年7月25日)
- Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. and Terra Raf Trans Trading Ltd. v カザフスタン共和国 (SCC Case No. 116/2010)、仲裁裁定 (2013年12月19日)
- Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v ボリビア多民族国 (Case 66)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 意義

「利益の否認 (denial of benefit) 条項」とは、本来であれば投資協定の保護の対象となる投資家について、一定の条件の下で投資受入国が当該保護を与える義務を免れることを定める規定である。

「利益の否認条項」にはいくつかのバリエーションが見られるが、多くの投資協定では、投資受入国は、他方の締約国の企業投資家が①非締約国の者 (又は投資受入国の者) によって所有又は支配されており、かつ、②他方の締約国の領域において実質的な事業活動を行っていない場合に、当該他方の締約国の投資家及び投資財産に対し、投資協定の規定による利益を否認することができる旨が規定されている。

2. 問題となる論点

「利益の否認条項」について取り扱った過去の仲裁判断においては、条項の援用のための要件の充足に関し、その証明責任の所在、利益否認の時期について判断が分かれている。

3. 証明責任

Plama Consortium Limited v ブルガリア共和国 (エネルギー憲章条約) では、「第三国の国民が所有し又は支配する法人」に該当するか否かについて判断するに当たり、証明責任は投資家側にあると判

断した。²⁹しかし、同じくエネルギー憲章条約の「利益の否認条項」の援用が問題となった **Limited Liability Company Amto v ウクライナ**において、仲裁廷は、証明責任を投資家側に課することは正当化できないとしている。³⁰

また、エネルギー憲章条約以外でも、**Pac Rim Cayman LLC v エルサルバドル共和国 (CAFTA 投資章)**³¹及び **Ulysseas, Inc. v エクアドル (米=エクアドル BIT)**³²では、利益否認の条件を充足しているか否かについての証明責任は投資受入国側にあるとしているのに対し、**Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v ボリビア多民族国 (英=ボリビア BIT)**³³では、証明責任は投資家側にあると判断しており、仲裁廷の判断傾向は固まっていない。

4. 援用の時期

エネルギー憲章条約に基づき行われた仲裁とそれ以外の仲裁との間で判断が分かれている。すなわち、エネルギー憲章条約の「利益の否認条項」が問題となった事案³⁴では、これまで一貫して紛争発生前に利益否認を行った場合に利益否認条項の援用が可能であるとしているのに対し、他の投資協定の「利益の否認条項」が問題となった **Pac Rim Cayman LLC v エルサルバドル共和国**、**Ulysseas, Inc. v エクアドル**及び **Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v ボリビア多民族国**においては、仲裁手続開始後であっても利益の否認を援用することができると判断している。

このようにエネルギー憲章条約とそれ以外の投資協定で判断例の傾向が二分されているのは、エネルギー憲章条約の利益の否認条項の規定ぶりが **BIT** においてしばしば見られる条項とは異なることに起因すると思われる。

5. 「実質的な事業活動 (substantive business activities)」の有無

この点は「利益の否認条項」の援用要件であり、上記 I.2. 「投資家・当事者適格」とも関連する。詳細な検討が行われた事例は数少ないものの、例えば、戦略的、事務的案件を処理していること、³⁵投資に関連した活動を行っており常勤職員を雇用していたこと等³⁶によって「実質的な事業活動」の存在が認められた事例が存在する。

これに対して、**Pac Rim Cayman LLC v エルサルバドル共和国**では、仲裁廷は、伝統的な持株会社の活動が「実質的な事業活動」の要件を満たさないものではないとしつつも、申立会社の国籍が申立ての前にケイマン諸島から米国に変更されたが、申立会社の活動に国籍変更前後で変化がないとの事実関係に着目し、米国における実質的事业活動の存在を否定している。³⁷

「実質的な事業活動」の具体的な内容を今後明らかにしていくためには、個別事案における更なる

²⁹ paras 81-82.

³⁰ Paras 63-65.

³¹ paras 2.2-2.15.

³² para 166.

³³ paras 366-384.

³⁴ **Plama Consortium Limited v ブルガリア共和国**、**Hulley Enterprises Limited/Yukos Universal Limited/Veteran Petroleum Limited v ロシア**、**Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v カザフスタン共和国**、**Khan Resources Inc., et al. v モンゴル**、**Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. and Terra Raf Trans Trading Ltd. v カザフスタン共和国**が挙げられる。

³⁵ **Petrobart Limited v キルギス共和国**において言及された (p 63)。

³⁶ **Limited Liability Company Amto v ウクライナ**において言及された (paras 68-70)。

³⁷ paras 4.61-4.78.

判断の蓄積が待たれるところである。

I. 4. 最恵国待遇 (most favoured nation treatment) 条項と紛争解決手続

代表的な判断例

- Emilio Agustin Maffezini v スペイン王国 (Case 1)
- Siemens v アルゼンチン共和国 (ICSID Case No. ARB/02/8)、管轄判断 (2004年8月3日)
- Gas Natural v アルゼンチン共和国 (ICSID Case No. ARB/03/10)、管轄判断 (2005年6月17日)
- Salini v ヨルダン・ハシェミット王国 (ICSID Case No. ARB/02/13)、管轄判断 (2004年11月9日)
- Plama Consortium Limited v ブルガリア共和国 (Case 12 (管轄判断))
- Telenor v ハンガリー (ICSID Case No. ARB/04/15)、仲裁裁定 (2006年9月13日)
- RosInvest v ロシア (SCC Case No. V079/2005)、管轄判断 (2007年10月1日)
- Impregilo S.p.A. v アルゼンチン共和国 (Case 45)
- Abaclat and others v アルゼンチン共和国 (Case 46)
- Hochtief AG v アルゼンチン共和国 (Case 47)
- ICS Inspection and Control Services Limited v アルゼンチン共和国 (Case 49)
- Daimler Financial Services AG v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/05/1)、仲裁裁定 (2012年8月22日)
- Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Aubobuses Urbanos del Sur S.A. v アルゼンチン共和国 (Case 56)
- Kilic Insaat Ithalat Ihracat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi v トルクメニスタン (ICSID Case No. ARB/10/1)、仲裁裁定 (2013年7月2日)
- Metal-Tech Ltd. v ウズベキスタン共和国 (Case 61)
- Ickale Insaat Limited Sirketi v トルクメニスタン (ICSID Case No. ARB/10/24)、仲裁裁定 (2016年3月8日)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 総論

投資協定に含まれる最恵国待遇条項 (以下「MFN 条項」という。) は、締約国が第三国の投資家又は自国の投資家により有利な待遇を与えている場合に、当該待遇を他方締約国の投資家にも及ぼすことを義務付ける規律であるが、MFN 条項により投資家は、投資受入国と第三国との間の投資協定に定められているより有利な規定を援用することができる場合がある (MFN 均霑)。

MFN 均霑が、締約国が負う実体的な義務に係る条項のみならず投資協定上の紛争解決条項についても援用できるかについては、下記の通り判断例は分かれている。

2. 関連する仲裁判断の概略

これまで争われた事案としては、アルゼンチンの投資家が、ISDS の提起に先立ち国内裁判を前置しなければならないという規定のあるアルゼンチン＝スペイン BIT に基づき、そのような規定のない

チリ＝スペイン BIT の締約国の投資家に与えられる待遇の均霑を求め、これが認められた *Emilio Agustin Maffezini v* スペイン王国が初期の例である。その後、同様の事例でより緩い仲裁申立要件を含む ISDS 条項を MFN 条項により均霑できるか否かが争点となる仲裁事例が多数出されている。³⁸

より事物管轄の広い ISDS 条項の均霑又は ISDS 自体の均霑が問題となった事例として、契約上の請求に関する管轄を認める BIT の援用を否定した *Salini v* ヨルダン・ハシェミット王国の他、ISDS 条項を規定しないブルガリア＝キプロス BIT の MFN 条項により ISDS 条項を有するブルガリア＝フィンランド BIT を援用することが否定された *Plama Consortium Limited v* ブルガリア共和国や、ISDS の対象が取用の際の補償額等に限定されたハンガリー＝ノルウェーBIT の MFN 条項に基づきより幅広い ISDS の対象を有する BIT の援用が否定された *Telenor v* ハンガリーといった事案がある。

他方、*RosInvest v* ロシアにおいては、取用時の補償額についてのみ ISDS の対象とする点で *Telenor v* ハンガリーと同様の英国＝ロシア BIT の MFN 条項に基づき、より幅広い ISDS の対象を有する BIT の援用を認めている。

3. 判断例の傾向

問題となる BIT における MFN 条項の規定ぶりによるところもあり、仲裁判断例は上記の通り分かれているが、大まかな傾向として、MFN 条項により均霑しようとするのが仲裁申立要件が緩い ISDS 条項に過ぎない場合については、MFN 条項が「all matters」について最恵国待遇を与えるとの文言を採用しているときは均霑がほぼ認められている。³⁹これに対し、それ以外の MFN 条項の下での判断例は、均霑を認めるものと認めないものに割れている。

判断例の中で言及される理由付けは様々であり、今後の方向性は不透明である。ただし、MFN 条項により、ISDS 条項の事物管轄を拡大しようとする場合、もとの BIT には実質的に含まれていなかった事項を仲裁廷の管轄の対象とする場合⁴⁰には、一例を除き均霑が認められておらず、判断例は均霑を認めない方向に収斂していると評価できそうである。

4. その他

紛争解決手続条項について MFN 条項の援用を認める判断例においては、さらに、第三国の BIT における投資家に有利な条項のみをピックアップして援用することが認められるかという点が問題となることがある。この点、*Siemens v* アルゼンチン共和国においてはこれを認めているのに対し、*Hochtief AG v* アルゼンチン共和国においては、国内裁判所で 18 カ月間は争わなければならないとい

³⁸ 均霑を肯定した例として、*Siemens v* アルゼンチン共和国、*Gas Natural v* アルゼンチン共和国、*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v* アルゼンチン共和国 (ICSID Case No. ARB/03/17) 管轄判断 (2006 年 5 月 16 日)、*National Grid v* アルゼンチン共和国 (UNCITRAL) 管轄判断 (2006 年 6 月 20 日)、*Impregilo S.p.A. v* アルゼンチン共和国、*Abaclat and others v* アルゼンチン共和国、*Hochtief AG v* アルゼンチン共和国、*Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v* アルゼンチン共和国等が、否定した例として、*Wintershall v* アルゼンチン共和国 (ICSID Case No. ARB/04/14) 仲裁裁定 (2008 年 12 月 8 日)、*ICS Inspection and Control Services Limited v* アルゼンチン共和国、*Daimler Financial Services AG v* アルゼンチン、*Kilic Insaat Ithalat Ihracat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi v* トルクメニスタン、*Ickale Insaat Limited Sirketi v* トルクメニスタンが挙げられる。

³⁹ *Emilio Agustin Maffezini v* スペイン王国、*Gas Natural v* アルゼンチン共和国、*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v* アルゼンチン共和国、*Impregilo S.p.A. v* アルゼンチン共和国、*Abaclat and others v* アルゼンチン共和国が挙げられる。

⁴⁰ *Metal-Tech Ltd. v* ウズベキスタン共和国は、投資財産の合法性の要件を定める BIT の均霑を認めなかった例である。

う要件を回避するための MFN 条項の援用の局面において、国内裁判所での訴訟要件はないものの手続の選択（fork-in-the-road）条項が含まれる BIT を援用する場合には、手続の選択条項に服するとした。すなわち、この点もまだ判断例の傾向は固まっていないと考えられる。

I. 5. 時的管轄 (jurisdiction *ratione temporis*)

代表的な判断例

- Emilio Agustin Maffezini v スペイン王国 (Case 1)
- Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» v チリ (Case 7)
- Mondev v アメリカ合衆国 (ICSID Case No. ARB (AF) /99/2)
- Generation Ukraine v ウクライナ (ICSID Case No. ARB/00/9)、仲裁裁定 (2003年9月16日)
- Salini v ヨルダン・ハシェミット王国 (ICSID Case No. ARB/02/13)、管轄判断 (2004年11月9日)
- Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v エジプト・アラブ共和国 (Case 15)
- Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v モンゴル (Case 22)
- Société Générale v ドミニカ共和国 (Case 24)
- Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Company (U.S.A.) v エクアドル共和国 (Case 34 (中間判断 (2008年12月1日)))
- ATA Construction, Industrial and Trading Company v ヨルダン・ハシミテ王国 (Case 36)
- GEA Group Aktiengesellschaft v ウクライナ共和国 (Case 44)
- Pac Rim Cayman LLC v エルサルバドル共和国 (Case 51)
- ConocoPhillips v ベネズエラ・ボリバル共和国 (ICSID Case No. ARB/07/30)、管轄及び本案判断 (2013年9月3日)
- Renée Rose Levy, Gremcitel S.A. v ペルー共和国 (Case 76)
- Phillip Morris v オーストラリア連邦 (UNCITRAL PCA Case No. 2012-12)、管轄及び受理可能性に関する判断 (2015年12月17日)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 意義及び位置づけ

時的管轄は、①問題となる紛争が投資家の利用する BIT 発効時に既に生じていたか否か、②投資家側が投資財産の保有主体を変更した場合等において当該変更時と紛争の前後関係という観点から、条約法に関するウィーン条約第 28 条に規定される「条約は、…条約の効力が当事国について生ずる日前行われた行為、同日前に生じた事実又は同日前に消滅した事態に関し、当該当事国を拘束しない」に関連して問題となる。

2. ①問題となる紛争が投資家の利用する BIT 発効時に既に生じていたか否か

BIT 中に遡及適用を認める趣旨の規定等がない限り、BIT の発効以後に生じた紛争についてのみ管轄を有すると判断することについては共通しているが、⁴¹「紛争」(dispute) がどの時点で発生したか

⁴¹ Mondev v アメリカ合衆国、Generation Ukraine v ウクライナ、Salini v ヨルダン・ハシェミット王国、Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Company (U.S.A.) v エクアドル共和国、ATA Construction, Industrial and Trading Company v ヨルダン・ハシミテ王国等が挙げられる。

という点については、各事案の具体的な事実関係に応じて種々の判断が出されている。⁴²

この点、仲裁申立ての時点では申立人が既に投資財産を手放しているとしても、問題となる投資受入国の措置の時点ではこれを有しており、それにより損害を受けているような場合には、管轄は否定されていない。⁴³

しかし、「紛争」と要求 (demand)、違反 (breach)、問題 (problem) を区別する必要に言及する判断例⁴⁴がある他、協定発効前に開始した投資受入国の行為であっても、継続的違法行為や複合的違法行為に関する請求に関する管轄を認めた判断例がある一方、⁴⁵BIT 発効以前から生じていた紛争が継続しているに過ぎない場合には管轄が否定された例もある。⁴⁶すなわち、判断例に一定の傾向があるとは言い難い。

なお、「紛争」に関連して争訟性があるか否かといった観点は、I.12.「争訟性・prima facie case 立証の有無」で別途検討する。

3. ②投資家側が投資財産の保有主体を変更した場合等における当該変更時と紛争の前後関係
投資家該当性の問題としてI.2.「投資家・当事者適格」で検討した通りである。⁴⁷

⁴² Emilio Agustin Maffezini v スペイン王国においては、技術的・法的に紛争が形になり始めた時点が BIT 発効の後だったとされ (paras 90-98)、Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» v チリにおいては、両当事者間の見解の対立が生じた点が BIT 発効の後だった (paras 422,438, 440-446) とされ、いずれも時的管轄が認められた。他方、Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v モンゴルでは、BIT に 1949 年 1 月 1 日以降になされた一定の要件を満たす投資について当該 BIT が適用される旨規定があったものの、このことは BIT の発効日以前に生じた協定違反について賠償請求できることを意味せず、紛争解決条項についても原則として協定発効前に生じた行為を基礎とする紛争について管轄権を与えるものではない等とされた (paras 182-203)。

⁴³ GEA Group Aktiengesellschaft v ウクライナ共和国 (paras 182-203) が挙げられる。

⁴⁴ Toto Construzioni v レバノン共和国 (ICSID Case No. ARB/07/12) 管轄判断 (2009 年 9 月 11 日) (para 63) が挙げられる。

⁴⁵ Société Générale v ドミニカ共和国 (para 94) が挙げられる。

⁴⁶ Lucchetti v ペルー共和国 (ICSID Case No. ARB/03/4) 仲裁裁定 (2005 年 2 月 7 日) (paras 50-53) が挙げられる。

⁴⁷ なお、Pac Rim Cayman LLC v エルサルバドル共和国は時的管轄の問題としても検討している一方、Renée Rose Levy, Gremcitel S.A. v ペルー共和国は投資家該当性の観点から検討している。

I. 6. 投資財産の適法性 (legality of investment) ・クリーンハンズの原則

代表的な判断例

- Wena Hotels v エジプト・アラブ共和国 (Case 5)
- Plama Consortium Limited v ブルガリア共和国 (Case 12 (本案判断))
- Inceysa Vallisoletana, S.L. v エルサルバドル共和国 (Case 18)
- Ioannis Kardassopoulos v ジョージア (ICSID Case No. ARB/05/18)、管轄判断 (2007年7月6日)
- Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v フィリピン共和国 (ICSID Case No. ARB/03/25)、仲裁裁定 (2007年8月16日)
- Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v カザフスタン共和国 (ICSID Case No. ARB/07/14,)、仲裁裁定 (2010年6月22日)
- Franck Charles Arif v モルドバ共和国 (Case 57)
- Metal-Tech Ltd. v ウズベキスタン共和国 (Case 61)
- Churchill Mining PLC v インドネシア共和国 (Case 67)
- Peter A. Allard v バルバドス (PCA Case No. 2012-06)、管轄判断 (2014年6月13日)
- Hulley Enterprises Limited/Yukos Universal Limited/Veteran Petroleum Limited v ロシア (Case 70)
- Hesham Talaat M. Al-Warraq v インドネシア (Case 73)
- Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. v アルバニア共和国 (ICSID Case No. ARB/11/24)、仲裁裁定 (2015年3月30日)
- Quiborax S.A. and Non Metallic Minerals S.A. v ボリビア多民族国 (ICSID Case No. ARB/06/2)、仲裁裁定 (2015年9月16日)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 総論

投資協定仲裁においては、投資家による投資受入国の国内法の違反、クリーンハンズの原則等を被申立国が主張し、仲裁廷の管轄や請求の受理可能性が否定される場合がある。

2. 合法性要件

投資協定が保護対象となる「投資財産」について「投資受入国の国内法に従って設立されたこと」(合法性要件)を明文で規定している場合、I.1.「投資財産」とも関連するが、投資家が投資受入国の国内法に違反して投資財産を設立したときには、仲裁廷の管轄が否定され得る。

仲裁廷の判断の傾向としては、投資家側に違法行為があったことの立証がされた場合には管轄が否定される一方、軽微な違反の場合や違法があっても投資受入国側がそれを支持又は黙認していたような場合には管轄は否定されない傾向にあると考えられる。

投資家による投資受入国国内法の違反を理由に管轄権が否定された代表的な事例として、Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v フィリピン共和国、Inceysa Vallisoletana, S.L. v エルサルバドル共和国及び Metal-Tech Ltd. v ウズベキスタン共和国が挙げられる。

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v フィリピン共和国では、投資受入国であるフィリピンの法律（Anti-Dummy Law）により公共サービス企業の外国人による株式保有及び運営が規制されており、申立会社が秘密裏の株主間契約により当該規制を潜脱しようとしたことが問題となった。独＝フィリピン BIT は、「投資財産」を「各締約国のそれぞれの法令に従って受け入れられた資産（accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State）」等と定義していたが、仲裁廷は、申立会社が意図的にフィリピンの国内法上の規制に違反したことを指摘し、管轄を否定した。⁴⁸

Inceysa Vallisoletana, S.L. v エルサルバドル共和国では、スペイン＝エルサルバドル BIT の投資財産の定義には合法性要件は定められていなかったが、他の条項に合法性要件が規定されており、起草過程も参照すると、条約当事国が違法に設立された投資財産を保護の対象から除外する意図を有していたとされた事例である。仲裁廷は、申立人がコンセッション契約の入札に応募するに当たり、申立人の財務情報、経験等について虚偽の情報を提示したことを認定し、それが誠実原則や国際公共政策に反するとして管轄を否定した。⁴⁹

Metal-Tech Ltd. v ウズベキスタン共和国は、申立人による腐敗行為が認定された事例であるが、イスラエル＝ウズベキスタン BIT の「投資財産」の合法性要件を根拠として管轄を否定している。⁵⁰

また、仲裁判断の中には、投資協定中に「合法性要件」が規定されていない場合でも、投資家による違法行為を理由に管轄を否定した事例もある。

Plama Consortium Limited v ブルガリア共和国（エネルギー憲章条約）では、投資家が不実表示により違法に投資財産の取得に際して必要な政府の同意を得たが、仲裁廷は、「エネルギー問題における法の支配の強化」という条約の目的、法の一般原則及び国際公共政策の原則に照らし、国内法に違反してなされた投資についてはエネルギー憲章条約の実体的保護は及ばないと結論付けている。⁵¹

また、Wena Hotels v エジプト・アラブ共和国仲裁廷は、投資財産設立における腐敗の事実が立証される場合には、国際的な善良な道徳（*bonos mores*）に照らして請求を却下すべきと述べている。⁵²

よって、腐敗、詐欺等の重大な違法がある場合には、投資協定中に合法性要件が明確に規定されていない場合でも管轄を否定するのが仲裁判断例の趨勢と言える。

なお、仮に投資財産が違法に設立されたと事後的に言える場合であっても、違法が軽微である場合、⁵³投資受入国がそれを黙認し、合法性を前提に行っていたと言えるような事情⁵⁴がある場合には、仲裁廷は管轄を否定しないこともあることに留意が必要である。

例えば、Peter A. Allard v バルバドスは、為替規制法の不遵守について、投資受入国の法の基本原則の違反を伴わない不注意による技術的な違反であり、そのような投資財産については管轄が否定され

⁴⁸ para 401.

⁴⁹ paras 207-257.

⁵⁰ paras 130-389.

⁵¹ paras 135-146.

⁵² para 111.

⁵³ Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v カザフスタン共和国、Peter A. Allard v バルバドス、Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. v アルバニア共和国、Quiborax S.A. and Non Metallic Minerals S.A. v ボリビア多民族国等が挙げられる。

⁵⁴ Ioannis Kardassopoulos v ジョージア、Franck Charles Arif v モルドバ共和国が挙げられる。

ないとされた。⁵⁵

また、Ioannis Kardassopoulos v ジョージアは、投資家と国有企業との間の契約が当初からジョージア法に反して無効であった旨の主張が被申立国により行なわれたが、契約が政府の承認を受けており、長期間にわたり異議がなかった事例である。仲裁廷は、投資家側には契約が適法に締結されたと信じるに足る相当な理由があるとし、管轄を否定しなかった。⁵⁶

3. クリーンハンズの原則

過去の判断例の中には、投資財産設立後に投資家が行った不正行為に関し、この原則に依拠して被申立国が請求の受理可能性を否定する抗弁を提出する場合がある。

法の一般原則としての「クリーンハンズの原則」については、Hulley Enterprises Limited/Yukos Universal Limited/Veteran Petroleum Limited v ロシアの仲裁廷はこれを否定しているが、⁵⁷Hesham Talaat M. Al-Warraq v インドネシア仲裁判断は、投資家に投資受入国の法令を遵守する義務を課する OIC 協定第 9 条の解釈としてクリーンハンズ原則を適用し、請求の受理可能性を否定している。⁵⁸

このように、この点に関する判断例の傾向は定まっていない。

⁵⁵ Para 96

⁵⁶ paras 171-194.

⁵⁷ paras 1358-1363.

⁵⁸ paras 631-648.

I. 7. 被申立国の事前同意

代表的な判断例

- Millicom v セネガル共和国 (ICSID Case No. ARB/08/20) 管轄判断 (2010年7月16日)
- Hochtief AG v アルゼンチン共和国 (Case 47)
- Churchill Mining PLC v インドネシア共和国 (Case 67)
- Planet Mining v インドネシア (ICSID Case No. ARB/12/40)、管轄判断 (2014年2月24日)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 意義

特定の紛争について仲裁廷の管轄が認められるためには、当該紛争の両当事者が仲裁付託に合意している必要がある。投資協定仲裁においては、投資協定の締結により、投資受入国が他方の投資家との間の紛争について仲裁付託の一方的同意（申込み）を行い、個別の紛争が発生した場合に投資家が仲裁付託の申立てを行うことで投資受入国による仲裁付託の申込みを受諾し、そのことにより当該個別の紛争について仲裁合意が成立するとの構成をとる。⁵⁹投資協定では、例えば日ミャンマー投資協定第18条5等、このような仲裁付託の一方的同意を明文で定めるものも多い。しかし、投資協定の規定ぶりによっては、それが投資受入国による仲裁付託の一方的同意（申込み）を構成するか否かについて争われることがある。

2. 主な判断例及びその傾向

Churchill Mining PLC v インドネシア共和国においては、英国＝インドネシア BIT 第7条1が「他方の締約国の国民又は法人がその領域内において投資を行い、又は行おうとする締約国は、かかる国民又は法人による、その投資に関し生じる紛争を ICSID 仲裁又は調停に付託する要請に対し同意するものとする (shall assent)」と規定していたが、被申立国は、当該文言は、ICSID 仲裁に対する「自動的」な同意を与えるものではない旨を主張した。この点に関し、仲裁廷は条約の準備作業を参照し、当該規定が事前の仲裁付託の同意を与えているものと結論付けた。⁶⁰

また、(Churchill Mining PLC v インドネシア共和国仲裁判断において言及されつつ判断の根拠とはされなかった) Millicom v セネガル共和国仲裁判断においては、オランダ＝セネガル BIT の “devra consontir” (仲裁判断では、“shall assent” と翻訳されている。) という文言につき、仲裁廷は、同文言が仲裁への一方的同意（申込み）を規定するものと判断している。⁶¹

これに対し、Planet Mining v インドネシアでは、「ICSID への紛争付託後 45 日以内に書面で同意するものとする (shall assent)」(オーストラリア＝インドネシア BIT 第6条4) との規定振りについて事前の同意が行われているか否かが争われたが、仲裁廷は、「45 日以内」との同意の時間的限界に着

⁵⁹ 例えば、Giovanni Alemanni and Others v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/078) 管轄判断 (2014年11月17日) para 305 を参照。

⁶⁰ paras 148-239.

⁶¹ paras 63-65.

目し、同文言は事前の同意を規定したものとは言えないと結論付けている。⁶²

なお、Hochtief AG v アルゼンチン共和国等において、⁶³仲裁廷は、投資家による仲裁付託の権利を規定しつつ、同意条項を規定していない投資協定について、同意条項がなくとも仲裁付託の事前同意の存在は認められる旨判断していることが注目される。

このように、問題となる BIT の規定ぶり等により判断は分かれており、仲裁廷の判断は、協定文言、起草過程等の個別の協定の事情により左右されていると言える。

⁶² para 192.

⁶³ para 84. この他、Garanti Koza LLP v トルクメニスタン (ICSID Case No. ARB/11/20) 管轄判断 (2013 年 7 月 3 日) もこの点に関する判断例である (para 26-29)。

I. 8. 仲裁付託の要件

代表的な判断例

- *Lauder v チェコ共和国* (UNCITRAL)、最終裁定 (2001年9月3日)
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v パキスタン・イスラム共和国* (ICSID Case No. ARB/01/13)、管轄判断 (2003年8月6日)
- *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v アルゼンチン* (ICSID Case No. ARB/01/3)、管轄判断 (2004年1月14日)
- *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v エクアドル共和国* (Case 20 (管轄判断))
- *Biwater Gauff v タンザニア連合共和国* (ICSID Case No. ARB/05/22)、仲裁裁定 (2008年7月24日)
- *Burlington Resources Inc. v エクアドル* (Case 37)
- *Impregilo S.p.A. v アルゼンチン共和国* (Case 45)
- *Abaclat and others v アルゼンチン共和国* (Case 46)
- *Hochtief AG v アルゼンチン共和国* (Case 47)
- *ICS Inspection and Control Services Limited v アルゼンチン共和国* (Case 49)
- *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A., and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v アルゼンチン共和国* (Case 56)
- *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v トルコ共和国* (ICSID Case No. ARB/11/28)、先決管轄判断 (2013年3月5日)
- *Franck Charles Arif v モルドバ共和国* (Case 57)
- *Kilic Insaat Ithalat Ihracat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi v トルクメニスタン* (ICSID Case No. ARB/10/1)、仲裁裁定 (2013年7月2日)
- *Philip Morris Brands Sàri, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v ウルグアイ東方共和国* (Case 59)
- *Omer Dede and Serdar Elhuseyni v ルーマニア* (ICSID Case No. ARB/10/22)、仲裁裁定 (2013年9月5日)
- *Ickale Insaat Limited Sirketi v トルクメニスタン* (ICSID Case No. ARB/10/24)、仲裁裁定 (2016年3月8日)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 総論

投資協定の紛争解決条項には、投資家が仲裁付託のために事前に充足すべき要件が種々規定されている。このうち、仲裁事例では、紛争の友好的解決のための事前交渉の要件及び国内手続前置の要件が問題になることが多い。

2. 紛争の友好的解決のための事前交渉の要件

この要件は、仲裁付託前に紛争の友好的解決のための交渉を一定期間行うことを紛争当事者に義務付け、当該期間中に紛争を解決できなかった場合に仲裁付託を認めるものである。

大多数の仲裁例では、この要件の充足が認定されているが、要件が充足されていない場合の効果については、判断例は割れている。

例えば、**Biwater Gauff v タンザニア連合共和国**では、申立人は友好的解決のための交渉を開始していたものの、6ヶ月の期間が完了していないにもかかわらず仲裁を開始したが、仲裁廷は、6ヶ月の期間は管轄権に関わる要件ではなく、手続的要件であるため、その不充足を理由に管轄権は否定されないと判断している。⁶⁴

これに対して、**Burlington Resources Inc. v エクアドル**では、かかる要件の不充足により請求の受理可能性が否定されると結論付けている。⁶⁵

以上見てきたように、問題となるBIT上の具体的な要件によって判断すべき対象が異なるものの、友好的解決のための交渉義務の性質、不遵守の場合の法的帰結についての仲裁判断例は割れており、傾向は定まっていないと言える。ただし、交渉を行ってもそれが徒労に終わるような状況が認められる場合には、協議期間の完了を待たずに仲裁付託を許容するのが、多くの仲裁判断で採用されている考え方である。⁶⁶

3. 国内手続前置要件

仲裁付託前の一定期間に紛争解決のために投資受入国の国内手続を継続することを要求するものである。

この要件については、その充足が仲裁廷の管轄の有無に関わる義務的なものであるとするもの⁶⁷と手続的な要件でありその不充足が当事者の黙認等により治癒可能なものであるとするもの⁶⁸がある。

要件の具体的な内容については、前置されるべき国内手続の内容、要件を充足すべき時期について問題になることがある。

前者について、**Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Aubobuses Urbanos del Sur S.A. v アルゼンチン共和国**では、投資受入国内で収用訴訟の当事者となっていたのは、申立会社の間接子会社であったが、仲裁廷は、仲裁に付託された紛争と国内の収用訴訟は実質的に同じ紛争であり、当事者の違いは要件充足の上で問題とならないと判断した。また、**Philip Morris Brands Sàri, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v ウルグアイ東方共和国**では、国内裁判所において国内法上の請求では

⁶⁴ paras 343-347. この他、**SGS Société Générale de Surveillance S.A. v パキスタン・イスラム共和国** (para 184) が挙げられる。

⁶⁵ paras 312-318, 336-340. この他、管轄を否定したものとして、**Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v アルゼンチン** (para 88)、**Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v トルコ共和国** (paras 71-72, 92) が挙げられる。

⁶⁶ **Lauder v チェコ共和国** (paras 187-190)、**Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v エクアドル共和国** (paras 90-95)、**Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Aubobuses Urbanos del Sur S.A. v アルゼンチン共和国** (paras 126-129) が挙げられる。

⁶⁷ **Philip Morris Brands Sàri, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v ウルグアイ東方共和国**、**ICS Inspection and Control Services Limited v アルゼンチン共和国**、**Kilic Insaat Ithalat Ihracat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi v トルクメニスタン**、**Omer Dede and Serdar Elhuseyni v ルーマニア**が挙げられる。

⁶⁸ **Abaclat and others v アルゼンチン共和国**、**Hochtief AG v アルゼンチン共和国**、**Ickale Insaat Limited Sirketi v トルクメニスタン** (paras 242-247) が挙げられる。

なく条約上の請求が提起されなければならないか否かが問題となったが、国内裁判所に付託されるべき「紛争」は広く解釈されなければならないが、条約上の請求に限定されない旨判断した。

要件を充足すべき時期については、仲裁付託の段階で要件が充足していても問題なく、後に充足されるのであれば仲裁手続の継続が認められる。⁶⁹国内手続が無益であると認められる場合に要件の不充足が許容され得るのは事前協議要件と同様であり、実際に不充足が許容された事例として *Abaclat and others v アルゼンチン共和国*⁷⁰がある。

以上見てきたように、種々の観点からの判断例があるところ、問題となる BIT 上の具体的な要件によって判断すべき対象が異なるものの、国内手続前置要件の性質、不遵守の場合の法的帰結についての仲裁判断例は割れており、傾向は定まっていないと言える。特に同じ投資協定の国内手続前置要件について別件の仲裁廷が対立する判断を行っている事案があることは特筆すべきであろう。⁷¹

4. 最恵国待遇条項との関係

関連して、具体的な BIT において定められる仲裁付託の要件を回避するために最恵国待遇条項を用いて投資受入国が当事国である他の BIT を援用することの可否が問題となることがあるが、この点は I.4. 「最恵国待遇条項と紛争解決手続」で検討した。

⁶⁹ この立場を採用する判断例として、*Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v アルゼンチン共和国*、*Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v ウルグアイ東方共和国*が挙げられる。

⁷⁰ paras 552-591.

⁷¹ 例えば、トルコ＝トルクメニスタン BIT 第 7 条 2 の解釈を扱った、*Kilic Insaat Ithalat Ihracat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi v トルクメニスタン* (paras 6.3.4-6.3.8) 及び *Ickale Insaat Limited Sirketi v トルクメニスタン* (paras 242-247) が挙げられる。

I. 9. 契約中の法廷選択条項等に基づく抗弁

代表的な判断例

- Compañía de Aguas del Aconquija, S.A.& Compagnie Générale des Eaux v アルゼンチン (Vivendi I) (Case 4)
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v フィリピン共和国 (Case 10)
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v パキスタン・イスラム共和国 (Case 13)
- Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v パラグライ共和国 (ICSID Case No. ARB/07/9)、管轄判断 (2009年5月19日)
- SGS Société Générale de Surveillance (SGS) v パラグアイ共和国 (Case 32)
- Malicorp Limited v エジプト (Case 43)
- Impregilo S.p.A. v アルゼンチン共和国 (Case 45)
- Abaclat and others v アルゼンチン共和国 (Case 46)
- Tenaris S.A. and Talta-Trading E Marketing Sociedade unipessoal Lda v ベネズエラ・ボリバル共和国 (Case 81)
- MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v モンテネグロ (Case 84)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 総論

投資紛争においては、投資家又はその投資財産と投資受入国政府との間で締結された契約が紛争の焦点となる場合が多く見られ、その場合に被申立国が当該契約中の紛争解決条項を根拠として、当該契約に関する紛争については投資協定に基づく仲裁の管轄が排除されるとの主張を行う場合がある。

このような場合について、Compañía de Aguas del Aconquija, S.A.& Compagnie Générale des Eaux v アルゼンチン (Vivendi I) をはじめとする過去の仲裁判断例は、投資協定の義務違反を争う条約上の請求と契約の義務違反を争う契約上の請求を峻別し、契約中の紛争解決条項は条約上の請求には及ばず、申立人は、条約上の請求を投資協定仲裁に付託することができるという点で一貫している。⁷²

2. 義務遵守条項

1. を前提としつつも、条約上の請求が義務遵守条項 (umbrella clause) により行われる場合にも、仲裁廷の管轄/請求の受理可能性が認められるかについては、仲裁判断は割れているところである。

例えば、BIVAC v パラグアイにおいて、仲裁廷は投資協定締結後に締結された契約中に排他的法廷選択条項が定められている場合には、投資協定の義務遵守条項の違反の基礎として契約違反を援用することはできない旨判断している。⁷³

⁷² この他、Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v パキスタン・イスラム共和国、Impregilo S.p.A. v アルゼンチン共和国、Abaclat and others v アルゼンチン共和国、Tenaris S.A. and Talta-Trading E Marketing Sociedade unipessoal Lda v ベネズエラ・ボリバル共和国が同旨の判断例として挙げられる。

⁷³ paras 145-159.

これに対し、SGS Société Générale de Surveillance (SGS) v パラグアイ共和国の仲裁廷は、義務遵守条項に基づく請求は条約上の請求であり投資協定仲裁の管轄は契約中の法廷選択条項のみでは排除されず、明示的に排除が行われない限り仲裁廷は契約違反を根拠とする義務遵守条項違反の請求について管轄を有すると判断している。⁷⁴

他方、SGS Société Générale de Surveillance S.A. v フィリピン共和国は、管轄については排除しないものの、義務遵守条項における義務の範囲と実施とを区別し、例えば契約に基づく義務の遵守が問題となる場合には、当該義務の範囲は当該契約に定める紛争解決手続により決定され、契約に定める手続により義務の範囲が確定された後に初めて義務の実施について判断を下すことができるとした。その結果、契約中の排他的管轄条項を理由に請求の受理可能性が否定され、契約違反の有無について契約中に紛争解決機関として指定されたフィリピンの裁判所が判断するまで仲裁手続が停止された。

なお、契約中に排他的紛争解決条項がある場合であっても、投資受入国が当該契約又は当該紛争処理条項の有効性を否定するときは、義務遵守条項の「義務」の内容は投資協定上の仲裁により確定されるべきであると判断したものとして、Malicorp Limited v エジプトがあり、注目される。

3. その他

本論点に関連して、投資家による投資協定に基づく仲裁申立権の放棄の可否が問題となった事例として MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v モンテネグロがある。同事件において、仲裁廷は、仲裁申立権の放棄が投資家の自由な意思に基づいて明示的に行われたのであれば可能であることを認めた上で、具体的事案において仲裁申立権の放棄が許容されるか否かは、その放棄によって投資協定の関係国によって追及されている公的利益 (public interest) がどの程度損なわれているかを検討すべきとの一般論を展開している。ただし、同事件においては、契約中の条項による仲裁申立権の範囲が契約上の請求に限定されている旨判断された。この点については事案の蓄積に乏しく、判断例の傾向を論じられるまでに至っていないと思われる。

⁷⁴ paras 125-177.

I. 10. 並行手続の規制

代表的な判断例

- Waste Management, Inc. v メキシコ合衆国 (I) (Case 2 (仲裁裁定))
- Lauder v チェコ共和国 (UNCITRAL)、最終裁定 (2001年9月3日)
- Victor Pey Casado et foundation «Presidente Allende» v チリ (Case 7 (管轄判断))
- CMS Gas Transmission Company v アルゼンチン (Case 8)
- Azurix Corp. v アルゼンチン (Case 9)
- Occidental Exploration and Production Company v エクアドル (LCIA Case No. UN3467)、最終裁定 (2004年7月1日)
- Desert Line Projects LLC v イエメン共和国 (ICSID Case No. ARB/05/17)、仲裁裁定 (2008年2月6日)
- Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v アルバニア共和国 (Case 28)
- Toto Costruzioni v レバノン共和国 (ICSID Case No. ARB/07/12)、管轄判断 (2009年9月11日)
- H&H Enterprises Investments, Inc. v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/09/15)、仲裁裁定 (2014年5月6日)
- The Renco Group Inc. v ペルー共和国 (ICSID Case No. UNCT/13/1)、管轄についての部分裁定 (2016年7月15日)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 意義

投資紛争の解決が行われる場合には、特定の投資協定に基づく仲裁だけでなく、他の投資協定に基づく仲裁、契約に基づく仲裁や投資受入国国内での訴訟が同時に提起され、実質的に同一の紛争について複数の手続が並行して行われる可能性があり、その場合には相互に矛盾した判断や二重回復が発生するおそれが生ずる。

このような並行手続を規制するための一般法理として「重複手続の法理 (*lis pendens / lis alibi pendens*)」がある。また、投資協定の中には、*fork-in-the-road* 条項や権利放棄 (*waiver*) 条項を定め、並行手続を規制しているものがある。

2. 重複手続の法理

「重複手続の法理」の適用が問題となった著名な先例が *Lauder v チェコ共和国* である。同事件では、チェコ共和国が行った措置に対し、米国人投資家がチェコ＝米国 BIT に基づき同協定に基づきチェコを提訴したが、その後、同投資家が少数持分を間接保有するオランダ法人がオランダ＝チェコ BIT に基づき同協定違反を理由に仲裁 (*CME v チェコ共和国*) を開始した。これに対し仲裁廷は、同仲裁以外のその他の訴訟手続、仲裁手続は、当事者、請求原因 (*cause of action*) が異なるので重複手続には当たらないと判断した。

また、*Azurix Corp. v アルゼンチン* においても、仲裁廷は、重複手続は、当事者、請求の趣旨 (*object*)

及び請求原因の同一性を必要とする旨の判示をしている。

以上から、この論点についての判断例は少ないものの、禁止の対象となる重複手続があるというためには、当事者、請求の趣旨及び請求の原因が同一でなければならないという点で判断例は一致していると言える。

3. Fork-in-the-road 条項

この条項は、投資家が紛争を締約国の裁判所又は国際仲裁に付託した場合には、その選択が最終的である旨を規定する。この結果、投資家は紛争を一旦裁判所又は国際仲裁に付託すると、同一の紛争を他の紛争解決手続に付託することができなくなる。

ただし、過去の仲裁判断の大多数は、「重複手続の法理」と同様に、fork-in-the-road 条項により国際仲裁へ紛争を付託することができなくなるためには、国内裁判に付託される紛争と国際仲裁へ付託される紛争の当事者、請求の趣旨 (object) 及び請求の原因 (cause of action) が同一でなければならないとの、いわゆる “triple identity test” を採用している。⁷⁵

これに対して、ごく少数ながら、“triple identity test” の適用を否定し、国内裁判所に付託される請求と国際仲裁の請求の根本的基礎 (fundamental basis) が同一であれば、Fork-in-the-road 条項が適用されるとの緩和された基準を適用した事例もある (Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v アルバニア共和国、H&H Enterprises Investments, Inc. v エジプト・アラブ共和国) ことに留意が必要である。

4. 権利放棄 (waiver) 条項

こちらの条項は、申立人が国際仲裁への請求の付託の際に、当該請求の対象となる投資受入国の措置について締約国の国内裁判所又は他の紛争解決手続において手続を開始、又は継続する権利を書面により放棄しなければならない旨を定める。この権利放棄により、申立人は、投資受入国の特定の措置についての請求を投資協定仲裁に付託した後は、同じ措置について、請求の基礎が国内法に基づくものであるか条約に基づくものであるかを問わず、他の紛争解決手段に付託することができなくなる。さらに、既に国内裁判所等の他の紛争解決手続に請求を付託している場合には、その手続を終了しない限り投資協定仲裁に請求を付託することができないことになる。

実際に、Waste Management, Inc. v メキシコ合衆国 (I) では、申立会社が仲裁付託後もなお同一の措置について国内手続を継続していたため、NAFTA1121 条で要求されている権利放棄の要件を充足していないとして仲裁廷は管轄を否定している。その結果、申立会社は、その後国内手続を終了させた上で NAFTA 投資章に基づく請求を再度提起し、今度は仲裁廷は管轄を認めている。

Waste Management, Inc. v メキシコ合衆国 (I) 仲裁廷が採用した NAFTA1121 条の権利放棄の解釈は NAFTA 仲裁及び同様の規定振りを採用する投資協定に基づく仲裁において覆されてはならず、この後の実務も同仲裁廷の判断に沿った運用がなされていく可能性が高いものと考えられる。

⁷⁵ Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» v チリ、CMS Gas Transmission Company v アルゼンチン、Azurix Corp. v アルゼンチン、Occidental Exploration and Production Company v エクアドル、Desert Line Projects LLC v イエメン共和国、Toto Costruzioni v レバノン共和国が挙げられる。

I. 11. BIT の終了・不適用・BIT 上の紛争解決手続の対象となる紛争

代表的な判断例

- Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación, Emergentes F.I., Ahorro Corporación, Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgorde Valores SICAV S.A. and GBI 9000 SICAV S.A. v ロシア (Case 26)
- Tza Yap Shum v ペルー共和国 (Case 27)
- Oostergetel v スロバキア共和国 (UNCITRAL)、管轄判断 (2010 年 4 月 30 日)
- Eureko B. V. (The Netherland) v スロバキア共和国 (Case 40)
- Sanum Investments Limited (申立人・取消判決被告) v ラオス人民民主共和国 (被申立国・取消判決原告) (Case 64)
- Hulley Enterprises Limited/Yukos Universal Limited/Veteran Petroleum Limited v ロシア (Case 70)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 意義

BIT の終了・不適用・BIT 上の紛争解決手続の対象となる紛争は、いずれも問題となる BIT に含まれる実体的義務が投資受入国に適用されるか、適用されるとして当該 BIT に規定される ISDS を通じて投資家が救済を求めることができるか、という観点から問題となる。

2. BIT の終了

BIT を終了する手続が完了しているか否か及びその時点が明らかであれば比較的明確と考えられるが、条約法に関するウィーン条約第 59 条に基づき EU への加盟に伴う BIT の終了を否定した事案が注目される。⁷⁶

なお、BIT の領域的な適用範囲の問題であるため厳密には性質は異なるが、類似の構造を有する問題を扱ったものとして、Sanum Investments Limited v ラオス人民民主共和国において中国・ラオス BIT がマカオにも適用されると判断されているのも注目される。

3. BIT の不適用

当該 BIT 自体が適用除外として定める事項に該当するか否かという形で争われるため、基本的に問題となる BIT の規定による。Hulley Enterprises Limited/Yukos Universal Limited/Veteran Petroleum Limited v ロシアはこの点に関する事案であるが、適用除外の規定ぶりや具体的な事実関係によるところが大きく、判断例の傾向というべきものは存在しないと考えられる。

4. BIT 上の紛争解決手続の対象となる紛争

問題となる BIT 上紛争解決条項の対象が限定されている場合において、当該対象事項に当たるかど

⁷⁶ Eureko B. V. (The Netherland) v スロバキア共和国、Oostergetel v スロバキア共和国がこの点に関する判断例である。

うかという形で争われるため、こちらも問題となる BIT の規定の内容による。

Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación, Emergentes F.I., Ahorro Corporación, Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgorde Valores SICAV S.A. and GBI 9000 SICAV S.A. v ロシア及び Tza Yap Shum v ペルー共和国はこの点に関する事案であるが、前者においては BIT 上、「any dispute ... relating to the amount or method of payment of the compensation due under Article 6」とされていたところ、補償が必要とされる事態が発生したか否かの判断も仲裁廷の権限の範囲内であるとされ、後者においては BIT 上 “a dispute involving the amount of compensation for expropriation” について仲裁が認められているところ、収用が BIT に従ってなされたかどうかという紛争についても仲裁の対象に含まれるとされた。この点は適用除外の規定ぶりや具体的な事実関係によるところが大きく、判断例の傾向というべきものは存在しないと考えられる。

I. 12. 争訟性・prima facie case立証の有無

代表的な判断例

- Link Trading v モルドバ共和国 (UNCITRAL)、管轄判断 (2001年2月16日)
- UPS v カナダ (UNCITRAL)、管轄判断 (2002年11月22日)
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v フィリピン共和国 (Case 10)
- Salini v ヨルダン・ハシェミット王国 (ICSID Case No. ARB/02/13)、管轄判断 (2004年11月9日)
- Impregilo v パキスタン・イスラム共和国 (ICSID Case No. ARB/03/3)、管轄判断 (2005年4月22日)
- Continental Casualty Company v アルゼンチン共和国、(Case 23 (管轄判断 (2006年2月22日)))
- Marion Unglaube / Reinhard Unglaube v コスタリカ (Case 50)
- Teco Guatemala Holdings LLC v グアテマラ共和国 (Case 65)
- Achmea B.V. v スロバキア共和国 (Case 69)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 意義

争訟性の要件と *prima facie* テストについては、いずれも「紛争 (dispute)」に該当するか否かという観点や仲裁廷の事項管轄 (*jurisdiction ratione materiae*) を画する観点から問題となる。

2. 争訟性

BIT に「紛争」の定義がない場合でも、ICJ や PCIJ といった国際裁判所の先例に依拠して「紛争」の要件を画した例や、法的権利の存在から生じる救済を求められるかどうかといった観点から検討された例があるが、⁷⁷判断例の傾向が固まっているとは言い難い。

なお、Achmea B.V. v スロバキア共和国においては、紛争当事者間で条約解釈の対立がある場合には、具体的な BIT 条項の違反の主張がなくても法的紛争は存在するとした⁷⁸のに対し、米＝エクアドル投資協定の解釈が問題となったエクアドル・アメリカ合衆国間の国家間仲裁事案においては、エクアドル側が主張した同協定の解釈についてアメリカ合衆国側が特段意見表明を行わなかったことから紛争無しとされている⁷⁹のは、「紛争」の有無の外延を画する観点から注目に値する。

3. Prima facie テスト

この基準の適用については、大まかには、「申立人が主張する事実関係を真実だと仮定した場合に

⁷⁷ ABCI v チュニジア共和国 (ICSID Case No. ARB/04/12) 管轄判断 (2011年2月18日)、Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v アルゼンチン共和国 (Case 56)、Achmea B.V. v スロバキア共和国、Cyrstallex International Corporation v ベネズエラ・ボリバル共和国 (Case 83) が挙げられる。なお、Marion Unglaube / Reinhard Unglaube v コスタリカにおいては、紛争の成熟性が争われたものの、受理可能性が認められている。

⁷⁸ para 180.

⁷⁹ エクアドル v アメリカ合衆国 (PCA Case No. 2012-5) 仲裁判断 (2012年9月29日) paras 208-228.

において、問題とされた条項の違反を構成するか」という観点から決するものが多い。⁸⁰

なお、*prima facie* テストは、明白に根拠を欠くと考えられる些末な請求を排除する点で、ICSID 仲裁規則第 41 項 5 にいう「明白に法的妥当性を欠く主張 (a claim is manifestly without legal merit)」と趣旨において類似する部分もあるものの、体系的には（「明白に法的妥当性を欠く主張」の場合のような受理可能性の問題ではなく）管轄の問題と判断した例が存在することには注意を要する。⁸¹

⁸⁰ Link Trading v モルドバ共和国、SGS Société Générale de Surveillance S.A. v フィリピン共和国、Salini v ヨルダン・ハシェミット王国、Impregilo v パキスタン・イスラム共和国、Teco Guatemala Holdings LLC v グアテマラ共和国がその例である。

⁸¹ Achmea B.V. v スロバキア共和国において言及されている。

II. 本案

II. 1. 収用 (Expropriation)

代表的な判断例

- SARL v コンゴ民主共和国 (ICSID Case No. ARB/77/2)、仲裁裁定 (1980年8月8日)
- LETCO v リベリア共和国 (ICSID Case No. ARB/83/2)、仲裁裁定 (1986年3月31日)
- Biloune v ガーナ共和国 (UNCITRAL)、管轄及び責任に関する判断 (1989年10月27日)
- Southern Pacific Properties v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/84/3)、仲裁裁定 (1992年5月20日)
- Goetz v ブルンジ共和国 (I) (ICSID Case No. ARB/95/3)、仲裁裁定 (1999年2月10日)
- Tradax v アルバニア共和国 (ICSID Case No. ARB/94/2)、仲裁裁定 (1999年4月29日)
- Azinian v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF) /97/2 (NAFTA))、仲裁裁定 (1999年11月1日)
- Santa Elena v コスタリカ (ICSID Case No. ARB/96/1)、仲裁裁定 (2000年2月17日)
- Pope & Talbot v カナダ (Case 3 (NAFTA))
- Metalclad v メキシコ (Case 85 (NAFTA))
- S.D. Myers v カナダ (Case 86 (NAFTA))
- Wena Hotels v エジプト・アラブ共和国 (Case 5)
- CME v チェコ共和国 (Case 87)
- Middle East Cement v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/99/6)、仲裁裁定 (2002年4月12日)
- Feldman v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF) /99/1 (NAFTA))、仲裁裁定 (2002年12月16日)
- Tecmed v メキシコ (Case 89)
- Generation Ukraine v ウクライナ (ICSID Case No. ARB/00/9)、仲裁裁定 (2003年9月16日)
- Nykomb v ラトビア共和国 (SCC)、仲裁裁定 (2003年12月16日)
- Consortium RFCC v モロッコ王国 (ICSID Case No. ARB/00/6)、仲裁裁定 (2003年12月22日)
- SGS v フィリピン共和国 (Case 10)
- Waste Management v メキシコ (II) (Case 2 (NAFTA))、仲裁裁定 (2004年4月30日)
- MTD v チリ (ICSID Case No. ARB/01/7)、仲裁裁定 (2004年5月25日)
- Occidental v エクアドル (I) (LCIA Case No. UN3467)、最終仲裁裁定 (2004年7月1日)
- GAMI Investments v メキシコ (UNCITRAL (NAFTA))、最終仲裁裁定 (2004年11月15日)
- Petrobart v キルギス共和国 (SCC Arbitration No.126/2003)、仲裁裁定 (2005年3月29日)
- CMS Gas v アルゼンチン (Case 8)、仲裁裁定 (2005年5月12日)
- Methanex v アメリカ合衆国 (UNCITRAL (NAFTA))、最終仲裁裁定 (2005年8月3日)
- Eureko v ポーランド共和国 (Case 91)
- Noble Ventures v ルーマニア (Case 92)
- Thunderbird v メキシコ (UNCITRAL (NAFTA))、仲裁裁定 (2006年1月26日)
- Saluka v チェコ共和国 (Case 14)
- Azurix v アルゼンチン (Case 9)、仲裁裁定 (2006年7月14日)
- EnCana v エクアドル (LCIA Case No. UN 3481)、仲裁裁定 (2006年2月3日)

- Fireman's Fund v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF) /02/01 (NAFTA))、仲裁裁定 (2006年7月17日)
- Telenor v ハンガリー共和国 (ICSID Case No. ARB/04/15)、仲裁裁定 (2006年9月13日)
- ADC v ハンガリー共和国 (ICSID Case No. ARB/03/16)、仲裁裁定 (2006年10月2日)
- LG & E v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/02/01)、責任に関する判断 (2006年10月3日)
- Siemens v アルゼンチン (Case 93)
- Eastern Sugar v チェコ共和国 (SCC Case No. 088/2004)、部分仲裁裁定 (2007年3月27日)
- Enron v アルゼンチン (Case 94)
- Tokios Tokelés v ウクライナ (Case 11)、仲裁裁定 (2007年7月26日)
- M.C.I. Power v エクアドル (ICSID Case No. ARB/03/6)、仲裁裁定 (2007年7月31日)
- Vivendi v アルゼンチン (II) (ICSID Case No. ARB/97/3)、仲裁裁定 (2007年8月20日)
- Sempra v アルゼンチン (Case 98)
- Archer Daniels Midland v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF) /04/05 (NAFTA))、仲裁裁定 (2007年11月21日)
- BG Group v アルゼンチン (UNCITRAL)、最終仲裁裁定 (2007年12月24日)
- Corn Products International v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF) /04/1 (NAFTA))、責任に関する判断 (2008年1月15日)
- Metalpar v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/03/5)、仲裁裁定 (2008年6月6日)
- Biwater v タンザニア連合共和国 (ICSID Case No. ARB/05/22)、仲裁裁定 (2008年7月24日)
- Rumeli Telekom v カザフスタン共和国 (ICSID Case No. ARB/05/16)、仲裁裁定 (2008年7月29日)
- Continental Casualty v アルゼンチン (Case 23)
- National Grid v アルゼンチン (UNCITRAL)、仲裁裁定 (2008年11月3日)
- L.E.S.I. v アルジェリア (Case 16)、仲裁裁定
- Funnekotter v ジンバブエ共和国 (ICSID Case No. ARB/05/6)、仲裁裁定 (2009年4月22日)
- Glamis Gold v アメリカ合衆国 (UNCITRAL (NAFTA))、仲裁裁定 (2009年6月8日)
- Invesmart v チェコ共和国 (UNCITRAL)、仲裁裁定 (2009年6月26日)
- Saipem v バングラデシュ人民共和国 (Case 19)、仲裁裁定
- European Media Ventures v チェコ共和国 (UNCITRAL)、責任に関する部分裁定 (2009年7月8日)
- Bayindir v パキスタン・イスラム共和国 (Case 13)、仲裁裁定
- Sistem v キルギス共和国 (ICSID Case No. ARB (AF) /06/1)、仲裁裁定 (2009年9月9日)
- Kardassopoulos v ジョージア (ICSID Case No. ARB/05/18 and ARB/07/15)、仲裁裁定 (2010年3月3日)
- Merrill & Ring Forestry v カナダ (Case 35 (NAFTA))
- AWG v アルゼンチン (UNCITRAL)、責任に関する判断 (2010年7月30日)
- Suez and Vivendi v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/03/19)、責任に関する判断 (2010年7月30日)
- Chemtura v カナダ (Case 39 (NAFTA))
- RosInvestCo v ロシア (SCC Case No. V079/2005)、最終仲裁裁定 (2010年9月12日)
- Total v アルゼンチン (Case 42)、責任に関する判断 (2010年12月27日)

- Alpha v ウクライナ (ICSID Case No. ARB/07/16)、仲裁裁定 (2010年11月8日)
- Grand River v アメリカ合衆国 (Case 17 (NAFTA))、仲裁裁定
- GEA v ウクライナ (Case 44)
- Paushok v モンゴル (Case 22)
- Impregilo v アルゼンチン (Case 45)
- Tza Yap Shum v ペルー共和国 (Case 27)、仲裁裁定
- El Paso v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/03/15)、仲裁裁定 (2011年10月31日)
- White Industry v インド共和国 (Case 48)
- Spyridon Roussalis v ルーマニア (ICSID Case No. ARB/06/1)、仲裁裁定 (2011年12月7日)
- Servier v ポーランド共和国 (UNCITRAL)、仲裁裁定 (2012年2月14日)
- Inmaris v ウクライナ (ICSID Case No. ARB/08/8)、仲裁裁定 (2012年3月1日)
- Marion Unglaube v コスタリカ (Case 50)
- SAUR v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/04/4)、管轄及び責任に関する判断 (2012年6月6日)
- Goetz v ブルンジ共和国 (II) (Case 52)
- Railroad Development v グアテマラ共和国 (Case 25)、仲裁裁定
- Occidental v エクアドル (II) (Case 21)、仲裁裁定
- Bosh v ウクライナ (ICSID Case No. ARB/08/11)、仲裁裁定 (2012年10月25日)
- Deutsche Bank AG v スリランカ民主社会主義共和国 (Case 54)
- Electrabel v ハンガリー共和国 (ICSID Case No. ARB/07/19)、管轄、適用法及び責任に関する判断 (2012年11月30日)
- Achmea v スロバキア共和国 (Case 69)、最終仲裁裁定 (2012年12月7日)
- Burlington Resources v エクアドル (Case 55)
- Arif v モルドバ共和国 (Case 57)
- Guaracachi v ボリビア多民族国 (Case 66)
- Yukos v ロシア (Case 70)
- Tatneft v ウクライナ (UNCITRAL)、本案に関する仲裁裁定 (2014年7月29日)
- Gold Reserve v ベネズエラ・ボリバル共和国 (Case 72)
- Valeri Belokon v キルギス共和国 (Case 108)
- Vigotop v ハンガリー共和国 (ICSID Case No. ARB/11/22)、仲裁裁定 (2014年10月1日)
- Hesham Talaat v インドネシア (Case 73)
- British Caribbean Bank v ベリーズ (Case 74)
- Accession Mezzanine Capital v ハンガリー共和国 (ICSID Case No. ARB/12/3)、仲裁裁定 (2015年4月17日)
- Quiborax v ボリビア多民族国 (ICSID Case No. ARB/06/2)、仲裁裁定 (2015年9月16日)
- Ryan and Schooner Capital v ポーランド共和国 (ICSID Case No. ARB (AF) /11/3)、仲裁裁定 (2015年11月24日)
- Oxus v ウズベキスタン共和国 (UNCITRAL)、最終仲裁裁定 (2015年12月17日)
- Charanne B.V. v スペイン王国 (Case 80)
- Tenaris S.A. v ベネズエラ・ボリバル共和国 (Case 81)

- Copper Mesa Mining v エクアドル (Case 110)
- Crystallex v ベネズエラ・ボリバル共和国 (Case 83)
- Philip Morris v ウルグアイ東方共和国 (Case 113)
- Fleming v ポーランド共和国 (Case 115)
- Garanti Koza v トルクメニスタン (ICSID Case No. ARB/11/20)、仲裁裁定 (2016年12月19日)
- Saint-Gobain v ベネズエラ・ボリバル共和国 (Case 116)
- Ampal v エジプト・アラブ共和国 (Case 117)
- Busta v チェコ共和国 (SCC Case No. V 2015/014)、最終仲裁裁定 (2017年3月10日)
- Eli Lilly v カナダ (Case 118 (NAFTA))
- PL Holdings v ポーランド共和国 (SCC Case No V2014/163)、部分仲裁裁定 (2017年6月28日)
- Teinver v アルゼンチン (Case 56)、仲裁裁定 (2017年7月21日)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 意義

まず、「収用 (expropriation)」の意義については、投資協定上明確に定義されていないことが多いものの、Metalclad v メキシコ仲裁廷は「明白な差押えや投資受入国への形式的又は義務的所有権の移転といったオープン、意図的かつ明白な財産の取得のみならず、投資受入国の明白な利益のためでなくとも財産の使用又は財産からの合理的に予期される経済的利益の全部又は重要な一部を剥奪する効果を有するような、財産の使用に対する隠れた又は偶発的な干渉を含む。」と判示した (para. 103)。Metalclad v メキシコの上記判示については参照されることも多い⁸²一方、収用の意義を広く解しすぎているといった批判もあり、⁸³近時の判断例である Saint-Gobain v ベネズエラ・ボリバル共和国においては、収用の意義について①国家の行為であること、②人の財産に関するものであること、③財産の事実上又は実質的な譲渡であること、④国家又は第三者の利益のためになされることという4要件に整理されている (paras. 440-444)。

そして、収用を行う権利は国家主権の重要な要素として投資協定の下でも認められている一方、それが適法であることの要件として、投資協定上一般的に(1)公的目的で行われたものであること、(2)差別的でないこと、(3)迅速、適切かつ十分な補償を行うこと(及び近時の投資協定では(4)適正手続に従って措置がとられたこと)が定められている。

以下、まずは問題となる国家側の行為等が収用に該当するか否かという点に関する論点について検討した後、収用の適法性に関する論点について検討する。

2. 直接収用と間接収用

⁸² 例えば Waste Management v メキシコ (II) (para. 159)、EnCana v. エクアドル (para. 177)、Corn Products International v メキシコ (para. 93) が挙げられる。

⁸³ Accession Mezzanine Capital v ハンガリー共和国の仲裁廷は、Metalclad v メキシコの判示について、「公正衡平待遇義務に関する基準の違反が全て収用になってしまうことから、正しい法の記載でない」と否定的な見解を述べている (para. 176)。

直接収用については、一般に国家が投資家の財産を形式上移転又は消滅させる状況と定義づけられており、⁸⁴財産の移転のみをもって直接収用にあたるか、財産を取得する意図が必要かという点では判断例は分かれているものの、⁸⁵直接収用が問題となる事案はさほど多くないと思われる。⁸⁶他方、直接的な財産の剥奪・移転という形態をとらないものの投資家の投資財産に重大な影響を及ぼすような規制権限の行使等が行われる場合において、それが直接収用でないとしてもなお収用（間接収用）に該当するか否かが問題となる事案が多い。

3. 間接収用該当性に関する判断基準

(1) 総論

仲裁廷の判断基準には種々なものがあるが、第一に、国家側の措置の効果のみに着目して収用該当性を判断するものと措置の効果のみならずその性質も考慮するものに区別することができ、第二に、国家の措置の性質をも考慮する立場の中でも、①投資財産に対する剥奪の効果があっても一定の警察権能の行使によるものを収用から除外する判断基準と、②投資財産に対する効果と措置の性質を比較衡量して個別事案毎に収用該当性を検討する判断基準に大別可能と考えられる。

なお、判断例によっては、①「事実上の(de-facto)収用」②「解釈上の(constructive)収用」③「規制上の(regulatory)収用」④「忍び寄る(creeping)収用」といった用語を用いるものもあるものの、これらのうち①事実上の収用及び②解釈上の収用は間接収用と同義と考えられる。⁸⁷また、③規制上の収用及び④忍び寄る収用はいずれも間接収用の一形態であると考えられるが、詳細は下記「5. 収用を構成する措置」において検討する。

(2) 剥奪

国家側の措置の効果のみに着目する判断基準と性質をも考慮する判断基準のいずれの立場からも、投資財産の（相当な）剥奪がなされたことが収用を認めるに当たって大前提となると考えられるところ、⁸⁸剥奪の有無を判断する上では、投資家に対して十分に重大な悪影響が生じたか否かが問題となる。⁸⁹その判断にあたっては投資家が法人に対する実質的な支配を保有し続けているか否かが重要な

⁸⁴ *Biwater v タンザニア連合共和国* (para. 454)、*Continental Casualty v アルゼンチン* (para. 276) 等。

⁸⁵ 財産の移転のみをもって直接収用にあたるとする判断例として *Generation Ukraine v ウクライナ* (para. 20.21) や *LG & E v アルゼンチン* (para. 187) が、国家側に意図をも求める判断例として *Sempra v アルゼンチン* (para. 282) が、それぞれ挙げられる。

⁸⁶ *Telenor v ハンガリー共和国仲裁廷*は、「直接収用は原則というより例外である」と判示している (para. 69)。直接収用が行われたか否かが争われた事件として、*Funnekotter v ジンバブエ共和国*、*RosInvestCo v ロシア*、*Burlington Resources v エクアドル*等が挙げられる。なお、直接収用であることが争われていないと思われる事例として、*Tenaris S.A. v ベネズエラ・ポリバル共和国*が挙げられる。

⁸⁷ *Petrobart v キルギス共和国* (p77)、*CME v チェコ共和国* (para. 604)、*Tecmed v メキシコ* (para. 114) 参照。

⁸⁸ *European Media Ventures v チェコ共和国*においては、収用の本質は国家による財産の取得にある旨言及されている (para. 47)。

⁸⁹ 投資家への重大な悪影響が否定された主要な判断例として、*SD Myers v カナダ* (para. 283)、*Pope & Talbot v カナダ* (paras. 96, 102)、*Nykomb v ラトビア共和国* (para. 4.3.1)、*Occidental v エクアドル(I)* (para. 89)、*CMS Gas v アルゼンチン* (paras. 262, 263)、*Noble Ventures v ルーマニア* (paras. 211-216)、*Azurix v アルゼンチン* (para. 322)、*Telenor v ハンガリー共和国* (paras. 79-80)、*LG & E v アルゼンチン* (paras. 189-191)、*Eastern Sugar v チェコ共和国* (para. 210)、*Enron v アルゼンチン* (paras. 245, 246)、*Sempra v アルゼンチン* (paras. 285, 286)、*Archer Daniels Midland v メキシコ* (paras. 240, 244-252)、*BG Group v アルゼンチン* (paras. 268-272)、*Corn Products International v メキシコ* (paras. 82, 87, 91-94)、*Metalpar v アルゼンチン* (paras. 173, 174)、*National Grid v アルゼンチン* (para. 154)、*Glamis Gold v アメリカ合衆国* (para. 536)、*Merrill & Ring Forestry v カナダ* (paras. 145, 152)、*Suez and Vivendi v アルゼンチン* (paras. 134, 140, 145)、*Chemtura v カナダ* (paras. 244-247, 259, 264, 265, 267)、*Total v アルゼンチン* (paras. 195-199)、*Paushok v モンゴル* (paras. 331-336)、*El Paso v アルゼンチン* (paras. 245-256, 299)、*White Industry v インド共和国* (para. 12.3.6)、*Spyridon Roussalis v ルーマニア* (paras. 354-359)、*Charanne B.V. v スペイン王国* (paras. 464-466) が挙げられる。

要素として検討される例が多いものの、⁹⁰実質的な支配の有無は相当な剥奪を判断する上での唯一の基準ではなく、事案によっては経済的な利用や利益等種々の考慮要素が問題となることもあり、⁹¹*Chemtura v カナダ*においては、相当な剥奪の認定について「個々の事案における事情に鑑みたる事実ベース (fact-sensitive) の検討が必要となる」旨判示されている (para. 249)。また、収用は恒久的かつ不可逆的なものでなければならないとする判断例が多く、⁹²投資受入国の措置の期間も剥奪の有無を検討する上での考慮要素とされているところ、⁹³どの程度の期間措置が継続すれば収用となるかについては、*Azurix v アルゼンチン*において機械的に結論を導く数式は存在しないと判断されている (para. 313) など、いまだ傾向は存在しないと思われる。⁹⁴関連して、*Achmea v スロバキア共和国*においては、措置の当初から一時的なものとなることが意図されていた措置と当初は恒久的なものとするのが意図されていたものの比較的短期間でそれが覆された措置を区別し、後者については収用となる可能性もあるものの、仲裁廷は審問時における事情も考慮することができ、問題の措置が既に国内裁判所によって覆されていたことを踏まえ、収用には該当しない旨判示されている点が注目される (paras. 289-293)。

なお、投資受入国側における収用の意図の有無が問題となる事案もあるものの、投資受入国側の意図は関連する要素ではあっても投資家への影響に比べると二次的な重要性しかないか、全く考慮する必要がないというのが判断例の傾向であると考えられる。⁹⁵

(3) 国家側の措置の効果のみに着目して収用該当性を判断する判断基準

*Metalclad v メキシコ*や *Pope & Talbot v カナダ*はこの枠組みを採用したリーディングケースと考えられるところ、そのうち前者は経済的価値に対する効果を問題にする⁹⁶一方、後者は財産権の相当な剥奪の有無を問題とする⁹⁷点で差異がある。なお、投資協定によっては「国有化又は収用に類する

⁹⁰ *Archer Daniels Midland v メキシコ*においては、収用の認定にあたって投資財産に対する支配の喪失又は投資財産の経済的価値の重大な毀損が必要である旨判示された (paras. 240, 244-252) ほか、*El Paso v アルゼンチン*においては、価値の毀損よりも支配の喪失が決定的な要素である旨判示された。また、*Goetz v ブルンジ共和国 (II)*においては、投資財産に帰属する利益を奪われるだけでは足りず、当該投資財産の支配を奪われるか投資財産が全く使用できなくなることが必要である旨判示された (para. 194)。

⁹¹ *Saipem v バングラデシュ人民共和国*においては、被申立国の裁判所が ICC 仲裁における仲裁裁定に介入したことについて収用の成否が争われたが、仲裁廷は被申立国の裁判所による介入が違法であることが収用を認めるに当たって必要であるとした (paras. 133-191)。なお、*GEA v ウクライナ*においても仲裁裁定の不承認について収用が問題となったが、被申立国側に著しく不当な行為があったことの立証が尽くされていないとされた (paras. 211-226)。

⁹² 主な判断例として、*Fireman's Fund v メキシコ* (para. 176)、*Glamis Gold v アメリカ合衆国* (para. 360)、*Tecmed v メキシコ* (para. 116)、*LG & E v アルゼンチン* (para. 193)、*Tza Yap Shum v ペルー共和国* (para. 163)、*Busta v チェコ共和国* (para. 389) が挙げられる。もっとも、*Servier v ポーランド共和国*においては、収用は恒久的なものである必要までではないものの、過渡的なものであってはならないとされている (para. 577)。

⁹³ *Marion Unglaube v コスタリカ*においては、長期にわたる財産権行使の制限が事実上の収用にあたりと判示されている。異なる側面での時的问题として、*British Caribbean Bank v ベリーズ*においては、収用の効果を国内法廷で争っていたとしても収用が成立していないことはならない旨が (para. 233)、*Saint-Gobain v ベネズエラ・ボリバル共和国*においては大統領による国有化声明のみをもって収用は構成されないが、その後の国有企業の行為態様によっては国家による正式な収用命令の発布前であっても収用が成立し得る旨が (paras. 448-477)、それぞれ判示されている。

⁹⁴ *Middle East Cement v エジプト・アラブ共和国*においてはライセンス上の権利の4か月間の剥奪をもって収用に相当するとされ、*Wena Hotels v エジプト・アラブ共和国*においては12か月間ホテルの管理から排除されたことをもって収用と判断した (para. 99) のに対し、*SD Myers v カナダ* (para. 284) においては18か月間の輸出禁止は十分長いとは言えないとされた。

⁹⁵ 投資受入国側の意図の持つ意義に関して言及した主な判断例として、*Metalclad v メキシコ* (para. 111)、*Fireman's Fund v メキシコ* (para. 176)、*Tecmed v メキシコ* (para. 116)、*Siemens v アルゼンチン* (para. 270)、*Telenor v ハンガリー共和国* (para. 70)、*Vivendi v アルゼンチン (II)* (para. 7.5.20)、*National Grid v アルゼンチン* (para. 147)、*Spyridon Roussalis v ルーマニア* (para. 330)、*Burlington Resources v エクアドル* (para. 396-397)、*Inmaris v ウクライナ* (para. 304) が挙げられる。

⁹⁶ *Metalclad v メキシコ*のアプローチを踏襲・敷衍した判断例として、*CME v チェコ共和国*、*Tokios Tokelés v ウクライナ*、*Vivendi v アルゼンチン (II)*、*Occidental v エクアドル (II)* が挙げられる。

⁹⁷ *Pope & Talbot v カナダ*のアプローチを踏襲・敷衍した判断例として、*Sempra v アルゼンチン*、*Grand River v アメリカ合衆国*、

(analogous)措置」について補償を要求するものもあり、そのような規定に関する判断例の中にも国家側の措置の効果のみに着目するものもある⁹⁸（同様の規定の投資協定に関する判断例であっても、これを単に間接収用に関する規定ととらえて判断する例もある。⁹⁹）。

もっとも、近時の判断例においては国家側の措置の効果のみをもって収用該当性を認めるものはさほど見当たらず、¹⁰⁰むしろ「Metalclad 事件の基準の下でも収用に該当しないのだから本件は収用にあたらない」という趣旨の判断の文脈で用いられる傾向があると考えられる。¹⁰¹

(4) 国家側の措置の効果のみならず性質をも考慮する判断基準

①投資財産に対する剥奪の効果があっても一定の警察権能の行使によるものを収用から除外するもの

Methanex v アメリカ合衆国及び Saluka v チェコ共和国は①の枠組みを採用した判断例であり、¹⁰²この枠組みの下では国家側の措置の効果の如何に関わらず収用に該当しない事案が生じることとなる。¹⁰³これらの判断例においては、警察権能の「通常の行使」にあたること が手続的・実質的な正当化理由とされており、公的目的及び適正手続の要件の充足が国家側の措置を収用の例外と認めるに当たっての要件とされているが、より最近の判断例である Suez and Vivendi v アルゼンチンにおいては(i)規制であること、(ii)差別的でない措置であること、(iii)公的目的のために行われたこと、(iv)適正手続に従って施行されたこと、(v)そのような規制を行わないという特定の約束を行うことなくなされたことが要件として整理されている。

近時においても、例えば Philip Morris v ウルグアイ東方共和国はタバコに関する規制を行う国家の権利に言及して申立人の請求を退けるなど、警察権能の行使による例外を認める判断基準を採用していると考えられる。

②投資財産に対する効果と措置の性質を比較衡量して個別事案毎に検討するもの

Tecmed v メキシコは②の枠組みを採用したリーディングケースであり、¹⁰⁴同事件の仲裁廷は投資財産の剥奪を認めた上で、社会全体の利益のための規制上の措置を間接収用の一般的な例外とすることを否定し、投資家に及ぼした負担と規制によって達成しようとした目的の間に合理的な均衡性が必要であるとした (paras. 115-122)。そして、均衡性を否定する重要な

Bayindir v パキスタン・イスラム共和国、Impregilo v アルゼンチン、Bewater v タンザニア連合共和国、Bosh v ウクライナ、Enron v アルゼンチン、Nykomb v ラトビア共和国、CMS Gas v アルゼンチン等が挙げられる。また、BG Group v アルゼンチン及び National Grid v アルゼンチンは、申立人の財産権に影響を及ぼす措置について投資財産に及ぼす効果と併せて検討している点で、Pope & Talbot v カナダのアプローチとはやや異なるものの、経済的価値の減少に関する検討は実質的な財産権の剥奪が行われたかと通じる部分があり、基本的には Pope & Talbot v カナダのアプローチと類似するものと考えられる。

⁹⁸ National Grid v アルゼンチン (para. 147) 及び Siemens v アルゼンチン (para. 270) が挙げられる。

⁹⁹ Telenor v ハンガリー共和国 (para. 63) 及び BG Group v アルゼンチン (para. 259) が挙げられる。

¹⁰⁰ Fleming v ポーランド共和国は、投資財産の剥奪の点のみに言及して収用を認めている点で注目される。

¹⁰¹ 主な判断例として、Waste Management v メキシコ (II)、Telenor v ハンガリー共和国、Chemtura v カナダが挙げられる。

¹⁰² 他にも、Chemtura v カナダにおいては、仲裁廷は実質的な剥奪を否定しつつ、いずれにせよ本件の措置は警察権行使の例外に当たる旨判示し (para. 266)、これらの判断例と同様のアプローチを採用していることを示唆している。

¹⁰³ なお、Common Market for Eastern and Southern Africa Investment Agreement 第 20 条 8 及び ASEAN Comprehensive Investment Agreement 附属書 2 第 4 条は間接収用の例外を規定している点で注目に値する。

¹⁰⁴ 投資財産に対する効果と措置の性質を比較衡量するアプローチを踏襲・敷衍した主な判断例として、Azurix v アルゼンチン、LG & E v アルゼンチン、Deutsche Bank AG v スリランカ民主主義共和国、Valeri Belokon v キルギス共和国、Copper Mesa Mining v エクアドルが挙げられる。

要素として公的目的の達成にあたって投資財産に対してより影響の少ない方法がとり得たことを挙げた (para. 148)。

これに対し、S.D. Myers v カナダ仲裁廷においては、措置の効果に主眼を置きつつ国際法上取用の判断にあたって政府の措置の目的及び効果を検討することが適切であるとし (paras. 281-282)、Feldman v メキシコ仲裁廷はこれを敷衍し、(i)課税措置の一般的な性質、(ii)合理的な公的目的の存在、(iii)申立人は法的権利を剥奪されていないこと、(iv)投資財産の支配権を保持していることの4点に着目して間接取用の成立を否定した (paras. 111-134)。¹⁰⁵さらに、Fireman's Fund v メキシコにおいては、上記を踏まえ、補償を要する取用と補償を要しない規制の区別について、(i)問題の措置が投資受入国の認められた警察権能の範囲内であるか、(ii)当該措置の(公的)目的及び効果、(iii)当該措置が差別的か、(iv)採用された措置と達成されるべき目的の均衡性、¹⁰⁶(v)当該措置が善意でなされたものか、(vi)投資の背後にある期待を考慮基準として提示した (para. 176)。¹⁰⁷

近時の判断例にも、比較衡量型の判断基準が採用される例が複数みられる。¹⁰⁸

(5) 正当な期待

取用の文脈においても「正当な期待 (legitimate expectation)」の概念が用いられることはしばしばあるところ、上記国家側の措置の効果のみに着目して取用該当性を判断する判断基準及び措置の性質をも考慮する判断基準のうち①投資財産に対する剥奪の効果があっても一定の警察権能の行使によるものを取用から除外するものを採用する仲裁廷においては「(相当な)剥奪」に該当しないという形で、¹⁰⁹措置の性質をも考慮する判断基準のうち②投資財産に対する効果と措置の性質を比較衡量して個別事案毎に検討するものを採用する仲裁廷においては投資家側の期待と投資受入国側が達成しようとする目的の比較衡量の一要素として、¹¹⁰それぞれ論じられている。¹¹¹正当な期待の有無については、投資受入国側からの一定の保証や契約条項等を元に判断される傾向にあると考えられる。¹¹²

¹⁰⁵ Feldman v メキシコの基準に従った判断例として、Generation Ukraine v ウクライナが挙げられる。

¹⁰⁶ 均衡性の要件については、PL Holdings v ポーランド共和国において、①その性質上公的目的を達成するのに適した措置であること、②当該目的を達成するために必要であり、かつより制限的でない措置によってはその達成が不可能であること、③当該措置の欠点が利点を上回るほどに過剰なものでないことを挙げており、注目される。(paras. 355, 391)。

¹⁰⁷ Fireman's Fund の基準に従った判断例として、Corn Products International v メキシコ、Archer Daniels Midlands v メキシコが挙げられる。

¹⁰⁸ 近時の判断例としては、Deutsche Bank AG v スリランカ民主社会主義共和国、Ampal v エジプト・アラブ共和国、PL Holdings v ポーランド共和国等が挙げられる。なお、これらの事件で示された基準に類する基準が、アメリカ合衆国の2012年モデル投資協定やカナダのモデル投資協定、TPP協定投資章等において間接取用の意義に関する解釈指針として採用されており(そのような解釈指針の下で間接取用に関する条約の規定の解釈・適用が行われた判断例として、Railroad Development v グアテマラ共和国が挙げられる(Continental Casualty v アルゼンチン及びGlamis Gold v アメリカ合衆国は、当該解釈指針を含まない投資協定に基づく事件であったが、2004年アメリカ合衆国モデル投資協定における解釈指針を参照している。))、実質的に仲裁廷の採用可能な枠組みを限定するものもある点は、注目に値すると考えられる。

¹⁰⁹ 主な判断例として、Metalclad v メキシコ (para. 103)、Methanex v アメリカ合衆国 (Part IV, Ch. D, para. 7)、Goetz v ブルンジ共和国 (I) (para. 124)、Occidental v エクアドル (I) (paras. 87-89)、CME v チェコ共和国 (paras. 529, 530)、Consortium RFCC v モロッコ王国 (para. 69) が挙げられる。

¹¹⁰ 主な判断例として、Tecmed v メキシコ (paras. 122, 149, 150) 及びLG & E v アルゼンチン (para. 190) が挙げられる。なお、LG & E v アルゼンチンにおいては、被申立国の措置による投資財産に対する経済的な影響の分析の文脈において言及されており、その実質は「剥奪」の有無に関する検討の文脈における考慮に近いと思われる。

¹¹¹ なお、取用の存在を認める方向で正当な期待の概念に言及した判断例としてSouthern Pacific Properties v エジプト・アラブ共和国 (paras. 189, 108)、CME v チェコ共和国 (paras. 529, 530)、Eureko v ポーランド共和国 (paras. 242, 243) が、取用の存在を否定する方向で言及した判断例としてFeldman v メキシコ (paras. 146-149)、Generation Ukraine v ウクライナ (para. 20.37)、Occidental v エクアドル (I) (para. 89) が、それぞれ挙げられる。

¹¹² 主な判断例として、Tecmed v メキシコ (paras. 149, 150)、Metalclad v メキシコ (para. 107)、Thunderbird v メキシコ (para. 147)、Azurix v アルゼンチン (para. 318)、EnCana v エクアドル (para. 173)、El Paso v アルゼンチン (para. 294, 295)、Merrill & Ring

(6) 判断例の全体的な傾向

近時においては国家側の措置の効果のみに着目して収用該当性を肯定する仲裁判断例は見当たらず、国家側の措置の効果のみならず性質をも考慮する判断基準が主流と考えられるものの、措置の性質をも考慮する判断基準の中では、①投資財産に対する剥奪の効果があっても一定の警察権能の行使によるものを除外するアプローチと②投資財産に対する効果と措置の性質を比較衡量して個別事案毎に検討するアプローチはいずれも近時まで判断例があり、いずれかのアプローチが現在の判断例の傾向を示すものというのは困難と思われる。

4. 収用の対象となる投資財産

(1) 総論

収用の対象となるものは問題となる投資協定上投資財産に該当するものである必要がある点に争いはないと思われる一方、投資協定上の投資財産の定義が非常に広範な場合において、収用の対象として認められる投資財産にはその中でも一定の制約がないか、投資財産の一部の収用が認められるか、契約上の権利に関する収用が認められるかといった点が問題となる。¹¹³

(2) 収用の対象となる投資財産と投資協定に定義される投資財産の異同

この点に関しては、*Electrabel v ハンガリー共和国* (paras. 6.57-6.58) において、契約の終了が収用であるとの主張に対し、投資財産の一部がそれぞれ投資財産の定義に該当するとしても収用に関する基準は関連する投資財産全体に対して適用される旨判示する等、関連する投資財産全体として収用の成否を判断すべきとして両者は異なるとする判断例が存在する。¹¹⁴

他方、例えば *Middle East Cement v エジプト・アラブ共和国* においてはセメント輸入免許が (paras. 101, 107)、*EnCana v エクアドル* においては租税還付請求権が (para. 183)、*Eureko v ポーランド共和国* においては会社の株式を買い増す権利が (paras. 239-241)、それぞれ収用の対象となる投資財産として認められている等、投資協定上の投資財産の定義に該当することをもって収用の対象と認める判断例もあり、¹¹⁵判断例の傾向は一貫していないと考えられる。特に、契約上の権利や免許を単独で収用の対象となる投資財産として認めるかについては、仲裁廷の判断は分かれている。

(3) 一部収用

この論点は (2) と密接に関連しており、判断例によっては投資協定上の定義としての投資財産

Forestry v カナダ (para. 150)、*Total v アルゼンチン* (para. 197)、*Grand River v アメリカ合衆国* (para. 140)、*Paushok v モンゴル* (para. 302) が挙げられる。

¹¹³ *Saipem v バングラデシュ人民共和国* は、収用の対象とされた投資財産が ICC 仲裁における仲裁裁定である点でやや特殊と思われる。

¹¹⁴ 他にも、*M.C.I. Power v エクアドル* 及び *Occidental v エクアドル (I)* においては、いずれも投資受入国における申立人の経済的事業全体が収用の文脈における投資財産を意味すると解し得る判断がされている。*Philip Morris v ウルグアイ東方共和国* においては、個別事案の事実関係によるとの一般論を述べた上で、本件では事業全体を間接収用の対象と考えるべき旨判示している (paras. 277-286)。

¹¹⁵ *GAMI Investments v メキシコ* (para. 150) も同旨と考えられる。

との関係を論ずることなく一部収用が収用に該当する旨判断しているものもあるところ、¹¹⁶投資協定上の投資財産の定義に該当することをもって収用の対象と認める立場からはそもそも一部収用の概念を認める必要性に乏しいとも考えられる。

他方、関連する投資財産全体として収用の成否を判断すべきとする立場と考えられる判断例においては、その中の一部の収用の可能性を否定する判断例、¹¹⁷一部の収用が実質的に投資財産全体の収用に匹敵するとする判断例、¹¹⁸及び細分化された単位における投資財産は収用されているものの大きな単位の投資財産の収用は認められないとする判断例¹¹⁹に分かれており、一貫した傾向は存在しないと考えられる。

(4) 契約上の権利の収用

投資協定における投資財産の定義次第ではあるものの、契約上の権利であっても投資協定上の投資財産に該当し得ることに關しては特に争いはないと思われ、¹²⁰これに対する「収用」が成立するか否かという点は、(2)に記載の通り上記収用の対象となる投資財産と投資協定上定義される投資財産の異同の問題に帰着すると考えられる。

もっとも、*Accession Mezzanine Capital v ハンガリー共和国*においては財産権と純粹に個人的な権利には根本的な違いがあり、前者については譲渡可能であるが故に収用や国有化の対象となり得る旨が (para. 147)、*Oxus v ウズベキスタン共和国*においては、正式な交渉を行う権利は財産権としての性質を欠いており、収用の対象とならない旨が (para. 301)、それぞれ判示されており、財産権ではない個人的な権利については収用の対象とはならないとも考えられる点に留意が必要と思われる。

5. 収用を構成する措置

(1) 総論

国家による措置が収用を構成するかという観点からは、①規制上の措置や司法上の措置、契約の違反その他事実行為について収用が成立するか、②種々の措置の積み重ねによって収用が成立するか(忍び寄る収用)といった点が問題となる。

(2) 規制上の措置と収用

この論点は、投資受入国には主権国家としての規制を採用する権利がある¹²¹ことに照らして、投資

¹¹⁶ *SD Myers v カナダ* (para. 283) 及び *Waste Management v メキシコ (II)* (paras. 126-131) は一部収用の可能性を明示に認めている。

¹¹⁷ 主な判断例として、*Telenor v ハンガリー共和国*及び *Grand River v アメリカ合衆国*が挙げられる(明示ではないものの、*CMS Gas v アルゼンチン*、*Nykomb v ラトビア共和国*、*Feldman v メキシコ*等も一部収用を否定していると考えられる。)

¹¹⁸ 主な判断例として、*SD Myers v カナダ*が挙げられる。

¹¹⁹ 主な判断例として *Waste Management v メキシコ (II)* が挙げられる。

¹²⁰ *Tokios Tokelés v ウクライナ*(管轄判断) (paras. 92, 93)、*Siemens v アルゼンチン* (para. 267)、*L.E.S.I. v アルジェリア* (paras. 120-139) 参照。

¹²¹ *CME v チェコ共和国* (para. 603)、*Methanex v アメリカ合衆国* (Part IV, Ch. D, para. 7)、*Invesmart v チェコ共和国* (paras. 497-501)、*AWG v アルゼンチン* (paras. 139-140)、*Tza Yap Shum v ペルー共和国* (paras. 145-148)、*SAUR v アルゼンチン* (paras. 396-402, 405)、*Hesham Talaat v インドネシア* (paras. 527, 535-539, 619)、*Quiborax v ボリビア多民族国* (paras. 202-207)、*Oxus v ウズベキスタン共和国* (para. 741)、*Philip Morris v ウルグアイ東方共和国* (paras. 287, 291-301, 305) 参照。なお、*MTD v チリ*においては、逆に投資受入国が法律の改正を行わなかったことが収用に該当する旨が主張されたものの、仲裁廷は投資家には投資受入国の法律の改正を行う権利はないと判示している (para. 214)。

家側はその投資財産に悪影響が生じたとしても一定程度は受忍しなければならないのかという問題意識に関連すると考えられるところ、この点に関する考え方は、上記3. (3) 及び (4) に記載する分類と密接に関連していると考えられる。すなわち、国家側の措置の効果のみに着目して収用該当性を判断する判断基準からは、そもそも規制上の措置であることは収用該当性の判断に影響しないと考えられる。次に、国家側の措置の効果のみならず性質をも考慮する判断基準のうち、①投資財産に対する剥奪の効果があっても一定の警察権能の行使によるものを除外するアプローチからは公的な目的の下に行われる差別的でない一般的な規制上の措置により投資家が不利益を被った場合、当該投資家は補償を求めることができないとされる¹²²のに対し、②投資財産に対する効果と措置の性質を比較衡量して個別事案毎に検討するアプローチにおいては、規制上の措置であることは収用該当性の判断に影響を及ぼし得るものの、そのことのみを理由として収用に該当しないこととはならないこととなると考えられる。¹²³

判断例の趨勢に鑑みると、単に一般的な規制上の措置であることを理由として収用に該当しないということにはならないとする判断例が多いと思われる一方、**Hesham Talaat v インドネシア**においては、被申立国の金融システム全体に対して構造的な危機を引き起こす可能性のある中での被申立国の措置は裁量の範囲内であり、正当化されるとして、当該措置の投資家に及ぼす影響等に具体的に言及することなく収用の成立を否定しているほか (*paras.* 524-531)、**Philip Morris v ウルグアイ** 東方共和国においては、公共の健康保護は国家の警察権能の本質的要素と認められてきており、その維持のための警察権能の誠実な行使は投資家に経済的損害を与える場合でも収用には該当しない旨判示される (*paras.* 287-307) 等、一定の規制上の措置については比例原則等を考慮することなく収用を構成しないとする判断例は近時も存在しており、判断例の傾向が固まっているとは言えないと考えられる。

関連して、課税措置が収用を構成するかが問題となった事案もあるが、**Tza Yap Shum v ペルー** 共和国 (仲裁裁定) においては、問題の税務調査及び課税決定は収用に該当しないとされた一方、その後の保全措置が収用にあたりとされ (*paras.* 95, 103, 113, 152-170)、また、**Yukos v ロシア** においては、被申立国の課税措置は税の回収ではなく申立人を破産させその資産を取得することを目的とするものであり、「国有化若しくは収用と同等の効果をも有する措置」にあたりとされる (*paras.* 757, 1020, 1022, 1579-1585) 等、課税措置であっても収用に該当し得ることについて判断例の一致が見られると考えられる。¹²⁴

(3) 司法上の措置と収用

Middle East Cement v エジプト・アラブ共和国、**Tatneft v ウクライナ**、**Garanti Koza v トルクメニスタン**においては、司法上の措置が適正手続によらなかった場合や裁判拒否がある場合等について収用に該当し得る旨判示されているところ、司法上の行為であっても、収用に該当し得ることについて、

¹²² 主な判断例として、**Methanex v アメリカ合衆国** (*Part IV, Ch. C, paras.* 9, 10)、**Saluka v チェコ共和国** (*para.* 255) が挙げられる。

¹²³ 主な判断例として、**ADC v ハンガリー共和国** (*paras.* 423, 424)、**Tecmed v メキシコ** (*para.* 122)、**Azurix v アルゼンチン** (*paras.* 311, 312, 322)、**LG & E v アルゼンチン** (*paras.* 189, 194, 195)、**El Paso v アルゼンチン** (*para.* 233) が挙げられる。**Ampal v エジプト・アラブ共和国**においては、免税措置の取消しについて収用が認められている (*paras.* 181-183)。

¹²⁴ 上記以外の主な判断例として、**RosInvestCo v ロシア** (*para.* 628)、**Burlington Resources v エクアドル** (*paras.* 391-395)、**Ryan and Schooner Capital v ポーランド共和国** (*para.* 472) が挙げられる。

判断例は一致していると考えられる。¹²⁵

もっとも、*Arif v モルドバ共和国*においては被申立国国内裁判所による法律の適用が不当又は信義則に反して行われた証拠がなく、かつ申立人は公平な防御の機会が与えられていたことを理由に、再度実体審理を行うことなく違法な剥奪を否定しており（paras. 415-417）、適正な手続の下でなされた判断等については収用の成立が否定される傾向にあると考えられる。

（4）契約違反と収用

契約上の権利に関する収用（上記 4.（4）参照。）が問題となる事例では、*SGS v フィリピン共和国*（管轄判断）において契約上の債務の不払いは収用には該当しない旨が、*L.E.S.I. v アルジェリア*においては契約解除が被申立国の国内法に定める一般的な契約解除の手続に従ったもので収用にあたらない旨が、それぞれ判示されるなど、単なる契約違反のみでは不十分で公的機関の行為が必要とされる傾向にあると考えられる。¹²⁶この点、*Vigotop v ハンガリー共和国*においては、契約の終了が収用に該当するかを判断するに当たっては、①契約の終了が法令上の行為又は執行命令によってではなく契約上の手続によってなされたか、②契約の終了について正当な契約上の根拠があるか（すなわち、a 契約又は準拠法が契約の終了事由を規定しているか、b 契約上の事由を提起するにあたり証拠によって事実的基礎が固められているか、c 投資受入国側が信義則に沿って行動しており、偽装又は悪意によって濫用的に行動していないか）を考慮すべきとされたことが注目される（para. 331）。

なお、*Alpha v ウクライナ*（para. 412）のように、公的機関の行為の有無だけが決定的な要素ではなく他の関連要素を考慮すべきとする判断例もあるものの、¹²⁷公的機関の行為以外の関連要素については個別事案毎の検討とならざるを得ないと思われる。

（5）事実行為と収用

事実上の行為であってもその効果等に鑑み収用に該当し得ることについては、*Bayindir v パキスタン・イスラム共和国*において投資受入国が投資家を追放したことに伴って契約の終了と相まって収用を認めた（para. 255）ことに照らしてもさほど異論のないところと思われ、反対の趣旨の判断例は特段見当たらない。

（6）忍び寄る収用

忍び寄る収用とは、「相当な期間にわたってなされた国家に帰属する一連の行為によって結果的に収用にあたるような財産の奪取が行われる点で時的性格の強い間接収用の一形態」とされる。¹²⁸このような形態であっても収用として認められることについては、*Spyridon Roussalis v ルーマニア*において財産の取得を示唆する単独の決定的な行為がなくとも収用に該当し得る旨判示される（para. 329）

¹²⁵ 上記以外の主な判断例として、*Rumeli Telekom v カザフスタン共和国*（paras. 704-707）、*Saipem v バングラデシュ人民共和国*（paras. 127-132）、*Sistem v キルギス共和国*（paras. 118, 119, 128）、*Eli Lilly v カナダ*（para. 221）が挙げられる。

¹²⁶ 主な判断例として、*Azinian v メキシコ*（paras. 87-90）、*Consortium RFCC v モロッコ王国*（paras. 60-62, 65-69, 85-89）、*Siemens v アルゼンチン*（paras. 248, 253）、*Waste Management v メキシコ (II)*（paras. 159-175）、*Gold Reserve v ベネズエラ・ポリバル共和国*（paras. 663-668）が挙げられる。

¹²⁷ 関連して、*Waste Management v メキシコ (II)* も専ら政府のものとは言えない作為不作為による収用も考えられる旨言及しており（para. 175）、注目される。

¹²⁸ *Generation Ukraine v ウクライナ*（para. 20.22）参照。

等、多くの仲裁廷において確認されており、¹²⁹間接収用の一形態としての位置づけは確立していると考えられる。¹³⁰

もっとも、各判断例においては、個々の事案における具体的な事情を考慮した判断がされており、忍び寄る収用を認定するにあたっての具体的な傾向というべきものは存在しないと考えられる。

6. 収用の正当性

(1) 総論

上記1に記載の通り、収用が適法であることの要件として、投資協定上一般的に①) 公的目的で行われたものであること、②) 差別的でないこと、③) 迅速、適切かつ十分な補償を行うこと（及び④) 適正手続に従って措置がとられたこと）が定められており、これらの要件を満たさない収用は違法な収用として投資受入国に国家責任が生じることとなる。以下、それぞれの要件に関して検討する。

(2) ①公的目的

この要件は国際慣習法上の収用の適法性要件でもあるとされており、実務的にこの要件が問題となる事案は多くなく、個別事案に応じた判断となるため判断例の傾向も存在しないと思われるものの、ADC v ハンガリー共和国においては、公的目的を認めるに当たっては真に公共の利益に適合することが必要であり、空港の運営・管理に関する契約の収用について公的目的が認められないとされた（paras. 429, 432）。¹³¹

(3) ②差別的でないこと

この要件も国際慣習法上の収用の適法性要件でもあるとされているところ、この要件が争われ、収用が差別的とされた事例として Eureko v ポーランド共和国（paras. 242, 243）及び ADC v ハンガリー共和国（paras. 441-443）が、¹³²差別的でないとされた事例として Kardassopoulos v ジョージア（para. 393）が、¹³³それぞれ挙げられる。判断例の傾向としては、個別事案に応じた判断というほかないと思われる。

¹²⁹ 主な判断例として、SARL v コンゴ民主共和国（para. 330）、LETCO v リベリア共和国（paras. 343, 367）、Biloune v ガーナ共和国（paras. 209, 210）、Tradax v アルバニア共和国（para. 191）、Santa Elena v コスタリカ（para. 76）、Pope & Talbot v カナダ（para. 99）、Tecmed v メキシコ（para. 114）、Generation Ukraine v ウクライナ（paras. 20.21, 20.22）、Fireman's Fund v メキシコ（para. 176）、Siemens v アルゼンチン（para. 263）、Corn Products International v メキシコ（para. 87）、Vivendi v アルゼンチン（II）（para. 7.5.31）、Biwater v タンザニア連合共和国（paras. 452, 455, 488, 791, 814）、EDF v ルーマニア（para. 308）、Impregilo v アルゼンチン（para. 283）が挙げられる。

¹³⁰ 実際に忍び寄る収用が認められた主な判断例として、RosInvestCo v ロシア、Siemens v アルゼンチン、Tecmed v メキシコ、Vivendi v アルゼンチン（II）、Biwater v タンザニア連合共和国、Cyrstallex v ベネズエラ・ボリバル共和国、Teinver v アルゼンチンが挙げられる。

¹³¹ ADC v ハンガリー共和国の他にこの要件を検討した判断例として、Siemens v アルゼンチン及び Kardassopoulos v ジョージアが挙げられるが、前者では補償の欠如を理由に仲裁廷はこの点について判断せず（para. 273）、後者では石油パイプラインインフラの開発が重要な国家目的に適合して公的目的要件は認められた（para. 392）。

¹³² 特に ADC v ハンガリー共和国においては、投資受入国の措置によって影響を受けた外国企業は申立投資家1社のみであったものの、比較対象とすべきは外国投資家一般とそれ以外であり、本件は差別的収用であるとされた。他に収用が差別的である旨指摘している判断例として、Tza Yap Shum v ベルギー共和国（paras. 171-218）が挙げられる。

¹³³ 投資受入国が申立人以外の外国投資家と契約するためにコンセッションの権利を終了した行為に関し、外国投資家であることや国籍と無関係に取扱いの違いが生じたことを根拠に、差別的収用であるとの主張を排除した。

(4) ③補償

投資仲裁において補償が支払われているもののその迅速性や適切性が問題となった事案はないと思われる。

他方、Guaracachi v ボリビア多民族国においては、収用の対象となった会社が債務超過状態にあり公正な経済価値がマイナスとなることから補償金の支払いは必要ない旨の被申立国の主張に対し、仲裁廷はその査定が正しいならば収用は適法である旨判示している。¹³⁴

(5) ④適正手続

この要件は古い投資協定には含まれていない一方 1990 年代以降の投資協定にしばしば含まれているところ、ここで言う適正手続とは国際的な適正手続水準に従ったものであるとするのが判断例の傾向と考えられる。¹³⁵そして、適正手続の具体的内容としては、ADC v ハンガリー共和国において、外国投資家が剥奪に対して実際に実体的な法的手続をとることができることが必要であり、合理的な事前の通知、公平なヒアリング、公正な裁定者、投資家が意味のある手続にアクセス可能であることがその要素として挙げられるとした点が注目される (para. 435)。¹³⁶

¹³⁴ なお、Noble Ventures v ルーマニアにおいては、債務超過状態の会社における投資家の持ち株比率を下げた行為について、生存能力のある会社又は資産を収用したとは言えないとしてそもそも収用の成立を否定している。

¹³⁵ Middle East Cement v エジプト・アラブ共和国 (para. 143)、Kardassopoulos v ジョージア (para. 394)、Tenaris S.A. v ベネズエラ・ボリバル共和国 (paras. 469-493) 参照。Tza Yap Shum v ベルギー共和国においては、形式的には課税に対する異議申立てを行うことができたものの、実質的には適正手続が保証されていたとは言えないとされている (paras. 223-240)。なお、Goetz v ブルンジ共和国 (I) においては投資受入国の国内法適合性が検討されているものの、これは問題となった投資協定の条項が「legal procedure に従ったものであること」を要件としていたことに起因すると考えられる。

¹³⁶ Kardassopoulos v ジョージア (paras. 395-404) がこれに賛同している。

II. 2. 公正衡平待遇 (fair and equitable treatment)

代表的な判断例

- Azinian v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF) /97/2 (NAFTA))、仲裁裁定 (1999 年 11 月 1 日)
- Metalclad v メキシコ (Case 85 (NAFTA))
- Vivendi v アルゼンチン (I) (Case 4)
- Wena Hotels v エジプト・アラブ共和国 (Case 5)、管轄判断 (1999 年 6 月 29 日)
- Genin v エストニア共和国 (ICSID Case No. ARB/99/2)、仲裁裁定 (2001 年 6 月 25 日)
- Middle East Cement v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/99/6)、仲裁裁定 (2002 年 4 月 12 日)
- Mondev v アメリカ合衆国 (ICSID Case No. ARB (AF) /99/2 (NAFTA))、仲裁裁定 (2002 年 10 月 11 日)
- Pope & Talbot v カナダ (Case 3 (NAFTA))、中間裁定、本案第 2 段階裁定 (2001 年 4 月 10 日)、損害裁定 (2002 年 5 月 31 日)、費用裁定 (2002 年 11 月 26 日)
- S.D. Myers v カナダ (Case 86 (NAFTA))、部分裁定 (本案) (2000 年 11 月 13 日)、部分裁定 (損害) (2002 年 12 月 2 日)、最終裁定 (費用負担) (2002 年 12 月 30 日)
- ADF Group Inc. v アメリカ合衆国 (Case 88 (NAFTA))
- Tecmed v メキシコ (Case 89)
- Loewen v アメリカ合衆国 (ICSID Case No. ARB (AF) /98/3 (NAFTA))、管轄判断 (2001 年 1 月 5 日)、仲裁裁定 (2003 年 6 月 26 日)
- Waste Management v メキシコ (II) (Case 2 (NAFTA))、直前の手続に関するメキシコの先決抗弁についての決定 (2002 年 6 月 26 日)、仲裁裁定 (2004 年 4 月 30 日)
- MTD v チリ (ICSID Case No. ARB/01/7)、仲裁裁定 (2004 年 5 月 25 日)
- Occidental v エクアドル (I) (LCIA Case No. UN3467)、仲裁裁定 (2004 年 7 月 1 日)
- CSOB v スロバキア共和国 (Case 90)、管轄判断 (1999 年 5 月 24 日)、仲裁裁定
- Petrobart v キルギス共和国 (SCC Case No. 126/2003)、仲裁裁定 (2005 年 3 月 29 日)
- CMS Gas v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/01/8) (Case 8)、管轄判断、仲裁裁定 (2005 年 5 月 12 日)
- Methanex v アメリカ合衆国 (UNCITRAL (NAFTA))、部分裁定 (2002 年 8 月 7 日)、最終仲裁裁定 (2005 年 8 月 3 日)
- Eureko v ポーランド共和国 (Case 91)
- Noble Ventures v ルーマニア (Case 92)
- Thunderbird v メキシコ (UNCITRAL (NAFTA))、仲裁裁定 (2006 年 1 月 26 日)
- Saluka v チェコ共和国 (Case 14)、管轄判断 (2004 年 5 月 7 日)、部分裁定
- Azurix v アルゼンチン (Case 9)、管轄判断、仲裁裁定 (2006 年 7 月 14 日)
- PSEG v トルコ共和国 (ICSID Case No. ARB/02/5)、管轄判断 (2004 年 6 月 4 日)、仲裁裁定 (2007 年 1 月 19 日)
- Siemens v アルゼンチン (Case 93)、管轄判断 (2004 年 8 月 3 日)、仲裁裁定

- Eastern Sugar v チェコ共和国 (SCC Case No. 088/2004)、中間裁定 (2007年3月27日)、仲裁裁定 (2007年4月12日)
- Enron v アルゼンチン (Case 94)、管轄判断 (2004年1月14日)、管轄判断 (付帯請求) (2004年8月2日)、仲裁裁定
- LG & E v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/02/1)、管轄判断 (2004年4月30日)、責任判断 (2006年10月3日)、仲裁裁定 (2007年7月25日)
- Tokios Tokelés v ウクライナ (Case 11)、管轄判断仲裁裁定 (2007年7月26日)
- M.C.I. Power v エクアドル (ICSID Case No. ARB/03/6)、仲裁裁定 (2007年7月31日)
- Vivendi v アルゼンチン (II) 仲裁裁定 (2007年8月20日)
- Parkerings-Compagniet AS v リトアニア共和国 (ICSID Case No. ARB/05/8)、仲裁裁定 (2007年9月11日)
- Sempra v アルゼンチン (Case 98)、管轄判断 (2005年5月11日)、仲裁裁定
- BG Group v アルゼンチン (UNCITRAL)、仲裁裁定 (2007年12月24日)
- Desert Line Projects v イエメン共和国 (ICSID Case No. ARB/05/17)、仲裁裁定 (2008年2月6日)
- Amto v ウクライナ (SCC Case No. 080/2005)、仲裁裁定 (2008年3月26日)
- Pey Casado v チリ (Case 7)
- Metalpar v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/03/5)、管轄判断 (2006年4月27日)、仲裁裁定 (2008年6月6日)
- Helnan v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/05/19)、管轄判断 (2006年10月17日)、仲裁裁定 (2008年7月3日)
- Biwater v タンザニア連合共和国 (ICSID Case No. ARB/05/22)、仲裁裁定 (2008年7月24日)
- Rumeli Telekom v カザフスタン共和国 (ICSID Case No. ARB/05/16)、仲裁裁定 (2008年7月29日)
- Duke Energy v エクアドル (ICSID Case No. ARB/04/19)、仲裁裁定 (2008年8月18日)
- Continental Casualty v アルゼンチン (Case 23)、管轄判断 (2006年2月22日)、仲裁裁定
- National Grid v アルゼンチン (UNCITRAL)、管轄判断 (2006年6月20日)、仲裁裁定 (2008年11月3日)
- Jan de Nul v エジプト・アラブ共和国 (Case 15)
- Siag and Vecchi v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/05/15)、仲裁裁定 (2009年6月1日)
- Glamis Gold v アメリカ合衆国 (UNCITRAL (NAFTA))、仲裁裁定 (2009年6月8日)
- Bayindir v パキスタン・イスラム共和国 (Case 13)
- Cargill v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF) /05/2)、仲裁裁定 (2009年9月18日)
- EDF v ルーマニア (ICSID Case No. ARB/05/13)、仲裁裁定 (2009年10月8日)
- Kardassopoulos v ジョージア (ICSID Case No. ARB/05/18)、管轄判断 (2007年7月6日)、仲裁裁定 (2010年3月3日)
- Merrill & Ring Forestry v カナダ (Case 35)
- Hamester v ガーナ共和国 (ICSID Case No. ARB/07/24)、仲裁裁定 (2010年6月18日)
- Chemtura v カナダ (Case 39 (NAFTA))
- AES v ハンガリー共和国 (II) (ICSID Case No. ARB/07/22)、仲裁裁定 (2010年9月23日)

- Grand River v アメリカ合衆国 (Case 17 (NAFTA))
- Lemire v ウクライナ (Case 31)
- Chevron v エクアドル (Case 34)
- White Industries v インド共和国 (Case 48)
- EDF v アルゼンチン (Case 53)、管轄判断 (2008年8月5日)、仲裁裁定
- Occidental v エクアドル (II) (Case 21)
- Arif v モルドバ共和国 (Case 57)
- Clayton v カナダ、(Case 77 (NAFTA))
- Vivendi v アルゼンチン (II) (ICSID Case No. ARB/03/19)、管轄判断 (2006年8月3日)、責任判断 (2010年7月30日)、仲裁裁定 (2015年4月9日)
- Dan Cake v ハンガリー共和国 (Case 109)
- Al Tamimi v オマーン (Case 79)
- Charanne B.V. v スペイン王国 (Case 80)
- Mesa Power v カナダ (Case 82 (NAFTA))
- Philip Morris v ウルグアイ東方共和国 (Case 113)
- Murphy v エクアドル (II) (Case 112)、管轄判断 (2013年11月13日)、部分最終仲裁裁定 (2016年5月6日)
- Eli Lilly v カナダ (Case 118 (NAFTA))

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 意義

多くの投資協定が、投資財産に対して「II.2. 公正衡平待遇 (fair and equitable treatment、以下「FET」という。)」及び「II.3. 完全な保護及び保障 (full protection and security)」を与える義務を定める。両者をまとめて「一般的待遇」として規定する場合もある。これらの規定は、投資受入国が投資財産に対して一定の待遇を与えることを目的としており、「II.4. 内国民待遇」や「II.5. 最恵国待遇」が他の投資家に対する待遇との関係で相対的に内容が決定されるのに対し、公正衡平待遇は絶対的に維持すべき待遇の水準を規定する。

外国人待遇に関する FET 条項は、投資協定以前にも存在している。例えば、国際貿易機関 (ITO) を設立するハバナ憲章 (1948 年)、米州機構ボゴタ経済協定 (1948 年)、アメリカ合衆国が締結した友好通商航海 (FCN) 条約などに見られる規定である。

投資協定に関連する FET 条項の最初の使用は、1959 年に Hermann Abs と Lord Shawcross によって提案された外国投資条約の第 1 条にあるとされ、その後、OECD 在外財産保護条約案 (1967 年) においても採用されている。

FET の具体的内容については、各投資協定の趣旨・目的、関連条項の文言や文脈、個別具体的な事情等によって決定される。仲裁判断例では、FET が、国際慣習法上の外国人待遇の最低基準を指すのか、自律性 (autonomous) を有し独自の内容を有するのかが議論されてきた。投資協定の条文の文言で、「国際 (慣習) 法」または「国際慣習法上の最低基準」への言及が明示的に規定されている場合、

国際慣習法上の外国人待遇の最低基準との関係が問題となるが、言及がない場合には、独自の待遇水準を定めると判断する仲裁廷が多い。さらに、投資協定を結んで公正待遇をそれぞれの投資家に与えることを約束したのは、外国人処遇に関する国際法上の最低基準を上回る待遇を相手国投資家に与えるためであると捉えられる立場もある。

また、FET 違反が問題となった投資受入国（被申立国）の措置や行為も多種多様で非常に幅広いものである。例えば、投資の対象となる事業活動の免許、許可などの規制に関する措置（Wena Hotels v エジプト・アラブ共和国、Tecmed v メキシコ、Metalclad v メキシコ、MTD v チリ、Lemire v ウクライナ、S.D. Myers v カナダ、Chemtura v カナダ）、輸出制限（Pope & Talbot v カナダ）、生産割当の変更（Eastern Sugar v チェコ共和国）、財政援助の差別的拒否（Saluka v チェコ共和国）、税免除・税優遇の撤回（Occidental v エクアドル（I）、Bitwater v タンザニア連合共和国、CMS Gas v アルゼンチン、Enron v アルゼンチン、Sempra v アルゼンチン、LG & E v アルゼンチン）、通貨平価制度の変更（Continental Casualty v アルゼンチン、Metalpar v アルゼンチン）、投資契約に関する一方的破棄・改訂拒否・違反措置¹³⁷（Rumeli Telekom v カザフスタン共和国、Helnan v エジプト・アラブ共和国、Siemens v アルゼンチン、Azinian v メキシコ、Bayindir v パキスタン・イスラム共和国、EDF v ルーマニア、Mondev v アメリカ合衆国、Duke Energy v エクアドル、Waste Management v メキシコ（II）、Azurix v アルゼンチンなど）、投資財産の物理的接収¹³⁸（Biwater v タンザニア連合共和国、Middle East Cement v エジプト・アラブ共和国）、会社の民営化プロセスの問題（Eureko v ポーランド共和国、CSOB v スロバキア共和国）、投資家及び関連人物の逮捕・拘禁・合意強制（Desert Line Projects v イエメン共和国）、税務当局による干渉（Tokios Tokelés v ウクライナ）、投資に関する政治的声明（Biwater v タンザニア連合共和国、Vivendi v アルゼンチン（I））、裁判拒否（Loewen v アメリカ合衆国、Azinian v メキシコ、Jan de Nul v エジプト・アラブ共和国、Amto v ウクライナ、Petrobart v キルギス共和国）などが挙げられる。

2. 国際慣習法上の待遇の最低基準との関係

(1) 総論

前述の通り、FET は、とくに FET を規定する条項の文言に、国際慣習法への言及がある場合に国際慣習法上の待遇の最低基準（Minimum Standard of Treatment、以下「MST」という。）との関係が問題とされてきた。¹³⁹国際（慣習）法上の議論が、領域内外国人／在外自国民である自然人の待遇や裁判拒否に関するものであるのに対して、投資協定での FET 条項との関係では、外国人「財産」の保護が問題となる。この点で、国際慣習法上の議論をそのまま既成の解決（ready-made solutions）として、投資協定上の問題において参照することは適切ではない。しかし、投資協定（の FET 条項）において国際慣習法（上の最低基準）への言及があれば、国際慣習法上の議論に取り組む必要がある。国際慣

¹³⁷ II.7. 義務遵守条項との関係に留意が必要

¹³⁸ II.1. 収用との関係に留意が必要

¹³⁹ MST は、国際法上の外国人の損害に対する国家責任（および外交的保護）との関係で議論されてきたものであり、領域内外国人に対する裁判拒否、その他の幅広い国家行為・措置を対象とする。いわゆる国際標準主義と国内標準主義の対立もあり、具体的内容は未確定であるが、「最低基準」自体の存在は肯定される。投資協定との関係で、OECD は、最低基準の態様について、「司法行政（＝裁判拒否の禁止）」「留置中の外国人の待遇」「完全な保護保障」を挙げている。OECD, “Fair and equitable treatment standard in international investment law. Working Papers on International Investment Law”. No. 2004/3. OECD. Paris, 2004.

習法上の最低基準の議論は、責任発生の高い閾値、¹⁴⁰外国投資家とその投資の待遇の最低基準の明確化などにおいて影響を与えている。

(2) NAFTA の初期事例と自由貿易委員会解釈覚書

この問題がまず議論されたのは、NAFTA 第 1105 条に関する事例においてである。NAFTA 第 1105 条 1 は、「国際法に従って」FET を与える義務を規定する。¹⁴¹本条に基づく仲裁判断例として、まず、*Metalclad v メキシコ*があり、NAFTA の目的を「越境投資機会を促進及び増加させ、投資計画が成功するように確保すること」とし (para. 75)、メキシコ政府による措置が、「投資家のビジネス上の計画立案及び投資について、透明かつ予測可能な枠組を追求しなかった」(para. 99) として NAFTA 第 1105 条違反を認定した。続いて、*Pope & Talbot v カナダ*では、NAFTA 第 1105 条の解釈について、一般国際法に含まれるという解釈と一般国際法に付加的なものであるという解釈がありうるとした上で、NAFTA の目的が一層強固な経済関係を築くことであること、NAFTA 第 1105 条のモデルである 1987 年米国モデル投資協定の FET 条項の参照などから、付加的なものであるという解釈が支持された。本件では、NAFTA 第 1105 条に規定される FET は、NAFTA 独自の基準であることを判示した。さらに、*S.D. Myers v カナダ*では、FET を「政府が差別的な態様で行動していない場合であっても、外国投資家の待遇が満たさなければならない基準」(para. 259) とし、単独ではなく、「国際法に従った」という文言とともに読むべきであるとした上で、「投資家が国際的な観点から見て受入れがたい程度にまでなった、恣意的でかつ不公正な待遇を受けていることさえ示せば、NAFTA 第 1105 条違反は発生する」(para. 263) とされた。さらに、他の条項 (この事件では NAFTA 第 1102 条) の違反が、NAFTA 第 1105 条違反を構成すると判断した。

これらの仲裁判断に対してアメリカ合衆国を中心に批判が起こり、2001 年に NAFTA 自由貿易委員会 (Free Trade Commission) によって、NAFTA 第 11 章の解釈についての覚書¹⁴²が出され、NAFTA 第 1105 条について、外国人の待遇の国際慣習法上の最低基準を他の当事国の投資家の投資に与えなければならない最低基準として課していること、外国人の待遇の国際慣習法上の最低標準によって要求される待遇に付加またはそれを超える待遇を要求してはいないこと、NAFTA 上の、または他の国際協定上の他の規定の違反があるとの決定によって、NAFTA 第 1105 条の違反があったことにはならないことなどが示された。

(3) 国際慣習法上の最低標準の内容と責任発生 の 閾 値

その後の NAFTA 事例では、この自由貿易委員会の解釈覚書の拘束力そのものについては判断が分

¹⁴⁰ 国際慣習法上の議論に関するリーディングケースには、1927 年のメキシコ＝アメリカ合衆国一般請求委員会の *Neer* 事件がある。そこでは、国家 (政府) 行為の妥当性は国際基準 (international standard) で判断されるべきこと、国際義務違反 (delinquency) を構成するには、外国人の待遇は、すべての合理的で公平な人間がその不十分を容易に認識するほどに、国際基準に合致していない、不誠実 (bad faith)、義務の意図的怠慢、または政府行為の欠如による不法な行為 (outrage) でなければならないと判示した。欠如が、法の不十分な実行から生じるのか、法が当局に国際基準を実施する権限を与えてないという事実から生じるのかは、重要ではないとしている。その後の国際裁判においても、慎重な姿勢がとられ、不正な行政措置のはっきりした程度の納得のいく証拠、国内裁判の明らかな誤謬、詐欺的または明白な不法行為など、20 世紀前半における責任発生 の 閾 値 は 非 常 に 高 い も の で あ っ た、*LFH Neer and Pauline Neer (United States v Mexico)*, the Mexico-United States General Claims Commission, Decision on 15 Oct. 1926, *RIAA* vol.4, p.60.

¹⁴¹ Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

¹⁴² Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, available at <https://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf>

かれている¹⁴³が、事実上、この解釈に沿った判断がなされている。しかし、「外国人の待遇の国際慣習法上の最低標準」の内容について判断が分かれることになった。すなわち、1926年の*Neer*事件で示された基準（*Neer*基準）と同一であるか、その後の投資協定（およびFET条項）の展開によって国際慣習法の内容に変更がなされたかである。

NAFTA第1105条に関する仲裁判断例は、投資協定違反（責任）を生じる投資受入国の行為の「重大性」について判断が分かれている。第一に、待遇の最低基準は、*Neer*基準に合致し、責任発生に高い閾値があり、重大な裁判拒否、明白な恣意、露骨な不公正、適正手続の完全な欠如、明確な差別、または明白な合理性欠如が必要とされる立場（*Glamis Gold v アメリカ合衆国*など）、第二に、待遇の最低基準は*Neer*基準から発展しており、責任発生の閾値は第一の立場ほど高くなく、恣意であるか、重大な不公正・不正義・特異である行為、または、差別でありかつ党派的・人種的偏見にさらす行為、または、行政過程における透明性・率直性の完全な欠如を含む行為が違反となるとする立場（*Waste Management v メキシコ*（II）など）、第三に、待遇の最低基準は*Neer*事件の時点とは異なるもので、FET条項については責任発生の閾値は低く解釈され、公正、衡平、合理性を害するあらゆる行為・行動はFET違反となるとする立場（*Merrill & Ring Forestry v カナダ*など）がある。ただし、いずれの場合も、投資受入国（被申立国）の悪意・不誠実（*bad faith*）の立証は不要とする点は共通する。

*Mondev v アメリカ合衆国*では、*Neer*基準は外国人の身体的安全に関するものであり、外国投資家の待遇については*Neer*基準に限定されないと判断し、2000を超える投資協定がFET条項を含むという実行が国際法に影響を与えるとして、NAFTA第1105条にいう国際慣習法は*Neer*事件のものではなく現在のものと判示した。*ADF Group Inc. v アメリカ合衆国*においても、国際慣習法は*Neer*事件時点で静止するものではなく、発展するものとされた。

Waste Management v メキシコ（II）においては、*Neer*基準との関係を明らかにせず、「国家行為が、恣意的、大幅に不公正、不正義もしくは特異なもの（*idiosyncratic*）であるか、差別的でかつ党派的なもしくは人種的偏見にさらすものであるか、または、裁判の適切性を侵害するような結果をもたらす適正手続の欠如を含んでいる場合」にNAFTA第1105条違反が生じるという定式化を行った。この*Waste Management v メキシコ*（II）定式は、*Methanex v アメリカ合衆国*が部分的に依拠したほか、*Clayton v カナダ*、*Mesa Power v カナダ*においても依拠されている。

*Thunderbird v メキシコ*では、*Mondev v アメリカ合衆国*に依拠して国際慣習法の発展を反映すべきであるとしながら、責任発生の閾値は依然として高く「重大な裁判拒否」や「明白な恣意」が必要と判断している。

*Glamis Gold v アメリカ合衆国*では、*Neer*事件の時点から国際慣習法が発展したことを投資家（申立人）が立証しておらず、¹⁴⁴*Neer*基準が適用されるとして、NAFTA第1105条違反には「重大な裁判拒否」「明白な恣意性」「明白な不公正」「適正手続の完全な欠如」「明白な差別」「明白な合理性欠如」など、重大でショッキングな行為が必要であると判断した。¹⁴⁵*Cargill v メキシコ*においても、*Neer*事件からの発展の可能性は認めつつ、FET条項を含む投資協定の急増は近年のことであり、各国の立

¹⁴³ 拘束力を認めるものとして *Loewen v アメリカ合衆国*、尊重すべきとするものとして *Clayton v カナダ* などがある。

¹⁴⁴ 国際慣習法の成立（発展）の立証責任を投資家（申立人）に課すことには批判もある。また、この点と関連するものとして、*Al Tamimi v オマーン*では、傍論としてはあるが、「国際慣習法は、国際社会における様々な状況にあるすべての国家に適用されるのであり、待遇の最低基準とは、すべての国家に対して共通不変の最低限の行動として期待されるものでなければならない」と述べ、国際慣習法の成立について厳格な基準を示している。

¹⁴⁵ ただし、*Neer*事件からの発展については認めている部分もある。*Glamis Gold v アメリカ合衆国*（para. 627）

場も示されたばかりであるという流動的状況では、投資協定における FET 条項に国際慣習法の発展に大きな意味を持たせることはできないと判断している。

その後の *Merrill & Ring Forestry v カナダ* では、Neer 基準からの発展が認められている。外国人の身体的安全に関する Neer 基準とは別に、貿易や投資に関連する外国人の待遇についての保護基準が発展しており、それによれば「常軌を逸した」待遇を示すことは要求されないとし、さらに待遇の最低基準の発展により、FET が国際慣習法の一部になったと述べる。¹⁴⁶*Chemtura v カナダ* でも同様の見解が示された。

他方、*Grand River v アメリカ合衆国* では、*Glamis Gold v アメリカ合衆国* と同様に NAFTA 第 1105 条違反は容易には認められないとしている。

このように、NAFTA 第 1105 条違反を構成し、投資受入国の責任を生じさせる行為の重大性の閾値については判断が分かれている状況にある。

(4) NAFTA 以外の投資協定の仲裁判断例

国際慣習法上の待遇の最低基準に明示的に言及していない投資協定の場合（国際法への言及がある場合を含む）にも、FET 条項と国際慣習法上の待遇の最低基準との関係について判断が分かれている。第一に、FET を国際慣習法上の待遇の最低基準と同一視する仲裁判断例として、*M.C.I. Power v エクアドル*、*Siemens v アルゼンチン*、*Genin v エストニア共和国*、*Occidental v エクアドル (I)*、*Murphy v エクアドル (II)* がある。¹⁴⁷第二に、投資協定上の FET 基準は、国際慣習法上の待遇の最低基準と形式的には異なるが実質的には差はないと判断する仲裁判断例として、*CMS Gas v アルゼンチン*、*Saluka v チェコ共和国*、*Rumeli Telekom v カザフスタン共和国*、*Biwater v タンザニア連合共和国*、*Duke Energy v エクアドル* がある。第三に、FET 条項の自律性を認めつつ NAFTA 事例を引用依拠する仲裁判断例として *Jan de Nul v エジプト・アラブ共和国*、*EDF v ルーマニア*、*Azurix v アルゼンチン* がある。これらの事例では、NAFTA 事例と同様に責任発生閾値の高低について見解が分かれている。第四に、投資協定が「国際法に従った」FET 条項であるか否かに関わらず文言解釈を行う仲裁判断例として、*Vivendi v アルゼンチン (I)*、*Tecmed v メキシコ*、*Enron v アルゼンチン*、*Lemire v ウクライナ* がある。¹⁴⁸

なお、FET 条項の中に、「国際法に従って」や「国際法の原則に従って」という文言が用いられている場合、外国人の待遇の最低基準だけではなく、広く国際法上の原則（あるいは、法の一般原則）などを参照する傾向がある。また、近時の仲裁判断例は、FET と国際慣習法上の待遇の最低基準との関係についての理論的議論ではなく、より明確で詳細な求められる待遇の内容を確立するために、FET 違反となる投資受入国行為の要件の明確化が行われている。以下では、そのような FET 違反となる投資受入国行為について「正当な期待の侵害」「不当な待遇（明白な恣意・差別待遇・その他）」「裁判拒否・適正手続の欠如」に分けて整理する。

3. 正当な期待（Legitimate expectations）の侵害

¹⁴⁶ *Merrill & Ring Forestry v カナダ* (paras 205, 211-213)

¹⁴⁷ このうち *Genin v エストニア共和国* は、国際慣習法上の待遇の最低基準を Neer 基準に近いものと判断している。

¹⁴⁸ このほか *ATA v ヨルダン・ハシェミット王国*、*Helnan v エジプト・アラブ共和国* では、FET と国際慣習法上の最低基準の関係に言及しない。

(1) 総論

投資協定における FET 条項の違反となる投資受入国の具体的行為については、投資家（申立人）の「正当な期待」に反する投資受入国（被申立国）の行為がある。

エジプト・アラブ共和国国内法に基づく *SSP v エジプト・アラブ共和国* では、エジプト・アラブ共和国の行為が、国際法の確立した諸原則により保護される期待を作り出したと述べているが、根拠となる国際法の諸原則の内容や「確立した」とする根拠について何も説明しなかった。その後、*Tecmed v メキシコ* では、メキシコが廃棄物処理場の運営許可更新を拒否したことが投資家の基本的期待に反するものであり FET 条項（メキシコ・スペイン王国投資協定 3 条 1 項）違反が認定された。その根拠として国際法上確立した信義誠実原則を挙げた。¹⁴⁹

この正当な期待に反する行為による FET 違反では、まず、保護されるべき投資家の正当な期待の具体的内容が問題となる。*Thunderbird v メキシコ* では、投資家が投資受入国の言動を信頼して行動したにも関わらず、投資受入国がその期待を害する行動をした結果、投資家（またはその投資）に損害を与えた場合に FET 条項違反が生じると判示した。

前述の *Tecmed v メキシコ* では、投資受入国当局があいまいでなく透明性をもって一貫して行動し、投資家が規制や管理の方針や慣行を事前に知っていることを確認する必要があるとされた。このような「投資の安定した枠組」により投資家の正当な期待が生じるとするアプローチは、2000 年から 2002 年にかけてのアルゼンチン通貨危機の際の緊急措置が問題となった *CMS Gas v アルゼンチン*、*Enron v アルゼンチン* においても踏襲された。*PSEG v トルコ共和国* においては、投資に関する法的環境と行政政策の変更は、安定的で予測可能な投資の事業環境を確保することに反すると判断された。*Occidental v エクアドル (I)* は、安定的で予測可能な法的枠組・事業枠組の要件を国際法規順としている。しかし、これらの判断については、投資受入国の正当な規制権限を妨げるものであるとの批判がなされた。

Duke Energy v エクアドル では、FET 条項で保護されるべき投資家の正当な期待について 3 つの要件が示された。すなわち、①投資家に対して投資受入国による特定の表明または約束がなされ投資家が依拠したこと、②投資受入国の一般的な規制環境（*general regulatory environment*）について認識していること、③投資家の期待は投資受入国の正当な規制権限とのバランスがはかれることである。

(2) 投資受入国による特定の表明または約束

投資家に対する投資受入国による特定の表明または約束については、*Methanex v アメリカ合衆国* において、「投資家と投資受入国間の契約（および契約中の安定化条項）のような投資家に個別に向けられた特定の約束」と「特定の投資家に個別に向けられたものではないが、外国投資を誘致するための具体的な目的で制定され外国投資家が投資に際して依拠したルール」という 2 つの類型が示されている。

国内立法が投資家の正当な期待を生じさせるかについては見解が分かれている。*Enron v アルゼンチン*、*LG & E v アルゼンチン*、*Sempra v アルゼンチン*、*BG Group v アルゼンチン* では、投資誘致のための国内立法が投資家の正当な期待の要因として挙げられた。しかし、国内立法のみで投資家の正

¹⁴⁹ *Tecmed v メキシコ* (para. 153)

当な期待を生じさせることには否定的な仲裁判断例が多い。**Total v アルゼンチン**は、国内立法は直接または間接に投資家を名宛てしていないことから投資家が援用できる「約束」に当たらないと判断されている。**National Grid v アルゼンチン**、**EDF v アルゼンチン**においては、国内立法に加えて、大統領の公の場（議会）での声明、投資家に対する当局による有利な条件の説明と投資誘致、さらに具体的な保証や約束が存在したことが強調されている。**Metalpar v アルゼンチン**では、投資家と投資受入国との間に免許、許可または契約関係などがなければ、正当な期待は生じないとしている。**Murphy v エクアドル**では、国内立法に加え、投資協定の締結状況により投資家の正当な期待が生じたと判断している。

投資家と投資受入国との間の契約関係については、**Parkerings-Compagniet AS v リトアニア共和国**、**Hamester v ガーナ共和国**においては、契約が適正に履行されるという期待が FET 条項の問題として生じると投資家（申立人）が主張したが、そのような契約履行の期待は必ずしも国際法上保護されるものではないと判断されている。¹⁵⁰

国内立法であれ、その他の表明や約束であれ、正当な期待が認められるためには、一定の具体性が求められる。しかし、どの程度の具体性が必要かについては、事実関係や仲裁廷の評価に左右される状況にある。

なお、正当な期待を生じさせた主体と正当な期待に反する行為をした主体が異なる場合に問題とされることがある。すなわち、異なる国家機関が、投資誘致時と投資実施後に矛盾する行為をする場合である。¹⁵¹正当な期待が生じていれば、その期待に反する行為が別の国家機関によりなされた場合にも FET 違反が認定される。

投資受入国の特定の表明または約束の時期については、**Bayindir v パキスタン・イスラム共和国**、**Duke Energy v エクアドル**、**AES v ハンガリー共和国**では、投資家が投資をする決定をした時点でなされていなければならないとした一方、**Kardassopoulos v ジョージア**では、投資がなされた後になされていても正当な期待を生じうるとされ、判断が分かれている。

(3) 投資家による一般的な規制環境の認識

投資家による一般的な規制環境の認識に関しては、**Methanex v アメリカ合衆国**において強調されている。また、投資家は、投資受入国の発展段階及び行政慣行について認識して考慮することが求められる。**Genin v エストニア共和国**では、投資家が、ソビエト連邦構成共和国からの再独立国家となったエストニア共和国への投資を選択した際に、今後の近代的な財務、商業及び銀行業務の実際とこれまで知られていなかった活動の監督と規制を担当する国家機関の出現を把握した上で行っているとして、FET 違反はないとしている。同様に **Parkerings-Compagniet AS v リトアニア共和国**においても、投資受入国が政治体制を移行しており、投資家は法制度の変更を認識していたと判断し、関連法令が変更されないという期待は正当ではないとした。なお、そのような状況においては、正当な期待が保護されるためには、予期せぬ法令の変更を防御する契約条項（安定化条項など）を導入する必要があるとしている。スペイン王国における太陽光発電に関連する **Charanne B.V. v スペイン王国**において

¹⁵⁰ この問題については、II.7. 義務遵守条項も参照。

¹⁵¹ **Chemtura v カナダ**（環境当局と農業当局）、**Deutsche Bank AG v スリランカ民主社会主義共和国**（中央銀行と裁判所）、**Arif v モルドバ共和国**（行政機関と司法機関）、**Clayton v カナダ**（州当局と環境影響評価機関）などがある。

も、関連政令が投資家を個別に対象としたものではなく抽象的なものであり、その変更が予期しうるものであるとして正当な期待を否定している。Eli Lilly v カナダでは、コモン・ロー国において司法の決定機能として時間の経過に伴った法の変容性に投資家が予測すべきであったとして正当な期待の発生を否定している。

投資家の正当な期待の一部として透明性と参加が考慮される場合がある。しかし、透明性自体は目的ではなく、より良い統治を達成し、恣意的かつ差別的な行為を避ける手段である。投資家に対する投資受入国の行動の透明性と投資家との協議が良い慣行であることは間違いがないが、すべての国が完全な透明性と参加を可能にする規制と制度の枠組を持っているわけではない。柔軟ではなく非現実的なアプローチは、途上国環境における投資リスクを投資家から投資受入国に移転することになる。

(4) 投資受入国による正当な規制権限とのバランス

投資受入国による正当な規制権限と投資家の期待とのバランスの必要性については、多くの仲裁判断例が強調する。Saluka v チェコ共和国では、外国投資家に悪影響を与えても投資受入国には公的利益のための立法権限があると認めている。当該立法は、投資受入国が誠実な (bona fide) 方法でなした場合には、投資家の正当な期待を害し FET 基準に違反するものとはみなされないと述べる。Parkerings-Compagniet AS v リトアニア共和国では、国家は、合理的かつ公正な方法である必要があるが、主権的な立法権限を行使する権利を有し、投資家は、特に移行国家における新しい法環境に投資を適応させるため、事情の変更と投資構造の変化の可能性を予期しなければならないとし、リトアニア共和国は投資の法的枠組が不変であるという明示的または黙示的約束をしていないと結論づけた。Continental Casualty v アルゼンチンでは、適用される投資協定の前文に述べられている投資の法的枠組の安定性は、それ自体は締約国にとっては法的義務ではなく、国家が時間とニーズの変化によっても法令を変更しないことを約束することは妥当ではないと述べる。Vivendi v アルゼンチン (II) は、政権交代による新政府が、政策変更する資格があると認める一方で、この変更には、問題となっている契約の透明かつ非強制的な再交渉が伴わなければならないことを示唆した。EDF v ルーマニアにおいても、投資受入国の公共利益のための経済活動の規制権限への留意が強調されている。

FET 違反を構成する正当な期待の侵害は、実際の規制、経済、社会及び政治的状況から離れて適用され得ず、投資家の期待と公的利益の保護者としての国家の機能とのバランスを考慮しなければ適用することができない。特に途上国への投資に関してはこの点が重要である。投資家は、投資受入国の規制及び法令の状況が変更されることを予期し受け入れなければならない。しかしながら、当該変更が、誠実になされ、濫用されないこと、公共目的が、恣意的かつ差別的措置を偽装する形で用いられないことを投資家は期待できる。また、外国投資家を補償なしに規制する国家の権限は、事業枠組または法的枠組の維持を投資家に個別に保証している場合は制限される。なお、投資協定に、関連国家行為を正当化する例外条項がある場合には、責任は回避される。

4. 不当な待遇 (明白な恣意・差別待遇・その他)

投資受入国の行為によって生じた投資家の正当な期待などを前提とせず、投資受入国の投資家に対する行為自体が FET に違反する待遇とされる場合もある。まず、投資受入国の行為に明白な恣意がある場合である。投資協定によっては独立の条項がある場合もあるが、独立の条項がなくとも、FET の

一部として恣意が禁止されることを確認する仲裁判断例がある。正当な目的がなく合理的説明なしに、先入観や偏見に依拠して投資家に損害を与える措置は、恣意的とみなされ FET 違反を構成しうる。Enron v アルゼンチン、LG & E v アルゼンチン、AES v ハンガリー共和国において、恣意による FET 違反に言及されているが、いずれも恣意の存在は否定されている。Philip Morris v ウルグアイ東方共和国では、投資受入国の措置（タバコの単一表示規制）について、過剰規制かつ不十分規制であることから規制目的と合致しない措置であるとして恣意性を認定した。

外国投資家及び外国投資への差別待遇も FET 違反を構成しうる。内国民待遇及び最恵国待遇は、国籍に基づく差別を問題にするのに対して、FET で問題となるのは、ジェンダー、人種、宗教などに基づく外国投資家を個別にターゲットにした差別であり、「投資を破壊または挫折させるための意図的な企図」に該当する行為である。¹⁵²

この他の投資家に対する不当な待遇には、不当・不適切な圧力、権力の濫用、迫害、脅威、脅迫、そして（武）力の使用などによる強要、脅迫、嫌がらせ（coercion, duress and harassment）が挙げられる。その形態には、投資家関係者の逮捕や投獄、刑事手続による威嚇や実際の開始、根拠のない税金査定の執行、犯罪その他の罰金、財産や銀行口座、証券の差押や押収、日常の業務運営への妨害、国外追放、滞在許可証の拒否など様々なものが考えられる。これらの行為が、投資受入国の国内法上、正当なものとして認められる状況も存在する。国家の行為は、明らかに合法的根拠がなく、国民的偏見や政治的復讐など不適切な理由で投資を侵害するものである場合、不当である。Eureko v ポーランド共和国では、嫌がらせや強要が繰り返し継続的に行われた場合、Waste Management v メキシコ (II) では、投資を破壊したり、挫折させたりする意図的な企図がある場合、PSEG v トルコ共和国では、正当に取得した権利を奪うため意図がある場合に、それぞれ不当な待遇による FET 違反が認定される可能性が高まるとされた。

Saluka v チェコ共和国では、FET は、規制当局による強制または嫌がらせからの保護を投資家に与えるとした。Desert Line Projects v イエメン共和国では、投資家の従業員及び家族の逮捕、投資家の設備への武力干渉を含む投資受入国に帰属する「脅威と攻撃」を投資家が被ったと判断し、投資家にとって極めて不利な条件であった和解合意は、「強制的」及び「容認できない圧力」の結果であったと述べている。

投資受入国の投資家に対する行為自体が FET に違反する待遇とされるのは、正当な目的がないこと、合理的説明がないこと、投資を破壊または挫折させるための意図が存在すること、繰り返し継続的に行われていることなどが要件となると思われるが、必ずしも確立した状況にはない。

5. 裁判拒否・適正手続の欠如

裁判拒否や適正手続の欠如も FET 違反を構成しうる。裁判拒否には、司法へのアクセス拒否や裁判所による決定の拒否だけではなく、司法に関わる様々な状況が含まれるとされる。¹⁵³ Dan Cake v ハン

¹⁵² Glamis Gold v アメリカ合衆国、Waste Management v メキシコ (II) を参照。ただし、Grand River v アメリカ合衆国では、NAFTA 第 1105 条の保護基準も国際法の保護基準も外国投資に対する差別待遇を一般的には禁止しないと述べられている。

¹⁵³ 領域内外国人の身体または財産の損害に関する国家責任のハーバード草案（1929 年）では、司法へのアクセスの拒否と裁判所による決定の拒否、手続の不合理な遅延、立法権及び国家の執行部門からの司法（裁判所）の独立の欠如、最終判決または仲裁判断の不執行、裁判官の腐敗、外国訴訟当事者に対する差別、訴訟手続の通知の不履行及び聴聞の機会の不提供など、基本的な適正手続保証の違反が挙げられる。

ガリー共和国では、「重大に不適当な方法での司法運営」であり、明白に不適当かつ品位を傷つけ、司法の適切性を害する適正手続が欠如するものという要件が示されている。

Pey Casado v チリでは、収容された資産の返還または補償を求めた訴訟について7年間にわたり何の決定もされなかったこと、*Siag and Vecchi v* エジプト・アラブ共和国では、投資受入国が裁判所の判決に7年間従わなかったこと、*Petrobart v* キルギス共和国では、ガス供給契約に基づく支払いを怠った投資受入国国営企業の資産の差押と執行命令が出たにも関わらず、投資受入国副首相による執行停止要請のため執行ができなかったことによって裁判拒否が認定された。¹⁵⁴しかし、多くの仲裁判断例では、裁判拒否の認定に厳格な基準を採用して、容易には認めていない。*Jan de Nul v* エジプト・アラブ共和国では、第一審判決までの10年間という期間は、適正手続違反がなく、事案が複雑であることや高度に技術的であることなどから、裁判拒否を構成するまでには至っていないと判断した。*Philip Morris v* ウルグアイ東方共和国では、表示規制についての行政裁判所の決定と最高裁判所の判決とが矛盾しており、その矛盾を解決する制度がないことは通常ではないものの、裁判拒否を認定するのは適当ではないと判断している。*White Industries v* インド共和国では、仲裁判断取消訴訟提起から9年が経過していたことは、司法作用の効率性からは適切ではないものの、裁判拒否には至っていないと判断している。*Arif v* モルドバ共和国では、司法機関の手続的瑕疵は、司法の適切性を害するほど明白な違反ではないとして裁判拒否を認めていない。

6. 投資家の行動

FET違反の認定においては、投資家の行動も関係する。まず、投資受入国により投資家に対してなされた行為の正当化において関係する。*Genin v* エストニア共和国では、投資家（申立人）が関連事実の開示を怠ったため、投資受入国国立銀行投資の事業許可を取り消したことは理由があると判断している。*Azinian v* メキシコが示すように、投資家の詐欺や虚偽表示は、投資家の権利に関する正当な規制上の干渉の根拠となる可能性があり、このような場合、投資の完全な終了も、投資受入国の関連国内法に照らして投資家の行動に比例した対応であれば、正当化される可能性がある。

この他、*MTD v* チリでは、投資家の損失の50%は、提案された土地開発の合法性の正確な評価をなさなかったことによる投資家自身の注意義務の欠如によって生じたと判断されているように、投資家自身の行動によって損失が引き起こされたと判断される場合もある。*Noble Ventures v* ルーマニアで示されるように、不適切な経営による投資失敗については、FET違反は認められない。

¹⁵⁴ このほかに、*Chevron v* エクアドルにおいても裁判拒否が認定されている。

II. 3. 完全な保護及び保障 (full protection and security)

代表的な判断例

- AAPL v スリランカ民主主義社会主義共和国 (ICSID Case No. ARB/87/3)、仲裁裁定 (1990年6月27日)
- AMT v ザイール共和国 (ICSID Case No. ARB/93/1)、仲裁裁定 (1997年2月21日)
- Vivendi v アルゼンチン (I) (Case 4)
- Wena Hotels v エジプト・アラブ共和国 (Case 5)、管轄判断 (1999年5月25日)、仲裁裁定
- CME v チェコ共和国 (Case 87)、部分仲裁裁定、仲裁裁定 (2003年3月14日)
- Tecmed v メキシコ (Case 89)
- Noble Ventures v ルーマニア (Case 92)
- Saluka v チェコ共和国 (Case 14)、管轄判断 (2004年5月7日)、部分仲裁裁定
- Azurix v アルゼンチン (Case 9)、管轄判断、仲裁裁定 (2006年7月14日)
- Siemens v アルゼンチン (Case 93)、管轄判断 (2004年8月3日)、仲裁裁定
- Eastern Sugar v チェコ共和国 (SCC Case No. 088/2004)、中間裁定 (2007年3月27日)、仲裁裁定 (2007年4月12日)
- BG Group v アルゼンチン (UNCITRAL)、仲裁裁定 (2007年12月24日)
- Biwater v タンザニア連合共和国 (ICSID Case No. ARB/05/22)、仲裁裁定 (2008年7月24日)
- Rumeli Telekom v カザフスタン共和国 (ICSID Case No. ARB/05/16)、仲裁裁定 (2008年7月29日)
- National Grid v アルゼンチン (UNCITRAL)、管轄判断 (2006年6月20日)、仲裁裁定 (2008年11月3日)
- Siag and Vecchi v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/05/15)、管轄判断 (2007年4月11日)、仲裁裁定 (2009年6月1日)
- Pantechniki v アルバニア共和国 (Case 28)
- AES v ハンガリー共和国 (ICSID Case No. ARB/07/22)、仲裁裁定 (2010年9月23日)
- Frontier v チェコ共和国 (UNCITRAL)、仲裁裁定 (2010年11月12日)
- Copper Mesa Mining v エクアドル (Case 110)
- Ampal v エジプト・アラブ共和国 (Case 117)、管轄判断 (2016年2月1日)、仲裁裁定

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 意義

多くの投資協定が、投資財産に対して「II.2. 公正衡平待遇 (fair and equitable treatment、以下「FET」という。)」及び「II.3. 完全な保護及び保障 (full protection and security、以下「FPS」という。)」を与える義務を定める。両者をまとめて「一般的待遇」として規定する場合もある。これらの規定は、投資受入国が投資財産に対して一定の待遇を与えることを目的としており、「II.4. 内国民待遇 (national treatment)」や「II.5. 最恵国待遇 (most favoured nation treatment)」が他の投資家に対する待遇との関

係で相対的に内容が決定されるのに対して、絶対的に維持すべき待遇の水準を規定する。

FET と同一条項において規定されるものも含めれば、相当数の投資協定において FPS は規定されるが、FET と比べると FPS は、投資協定、あるいは投資仲裁判断例において目立たない存在である。投資協定においては、完全な保護及び保障以外に、不断の保護及び保障 (constant protection and security)、保護及び保障、物理的保護及び保障 (physical protection and security) などの文言が用いられる。

投資協定において投資に対する FPS を約束することで、国家にさらなる責任を課す可能性がある。国家 (政府) 行為が投資協定に違反しない義務だけではなく、非政府アクターの行為による投資への害を防止する義務が投資受入国に課される。このような防止義務のレベル、すなわち、FPS 基準が厳格責任基準、すなわち、投資に害が生じた時点で FPS 違反となるものであるか、外国人待遇に関する国際慣習法上の基準、すなわち、相当の注意をもって防止すれば責任は発生しないとされる注意義務に限定されているかは議論があるが、これまでの仲裁判断例においては、厳格責任であるとは認められていない。一方で、国家に期待される注意義務の度合いが高い場合もあり、必ずしも利用可能なリソースに比例するとは限らない。他方、近年の仲裁判断例では、投資受入国の発展の段階も FPS の解釈において関連するとされた。これらの仲裁判断例は、リソースに乏しい途上国の懸念だけでなく、テロリズムや自然災害などとの関係で先進国にとっても懸念となりうる。

保護と保障の対象が、物理的 (身体的) なものか、それ以上のものかという問題もある。最近の多くの仲裁判断例は、FPS 基準を法的安全を含むあらゆる種類の保護に合致するようにこの基準を拡張している。

2. 保護と保障の範囲を物理的安全に限定する見解

FPS に関する仲裁判断例では、保護と保障の範囲を物理的 (身体的) なものに限定する傾向があった。Rumeli Telekom v カザフスタン共和国では、FPS 基準は、国が物理的損害から外国投資を一定レベル保護することを義務付けていると判示する。Saluka v チェコ共和国では、外国の投資が内乱と物理的な暴力によって影響を受けた場合に、FPS 基準が本質的に適用され、力の使用による干渉に対する投資の物理的完全性をより具体的に保護すると述べる。BG Group v アルゼンチンも FPS 基準は物理的暴力及び損害に限定されると判示する。Easten Sugar v チェコ共和国は、FPS が第三者による暴力から投資家を保護すると述べ、投資受入国が FPS に違反するのは、FPS が防止を要求する第三者の行為を防止する行為をなしていない場合であるとする。

保護と保障の範囲を物理的 (身体的) なものに限定するこのような制限的な見解においても、一般的に暴徒やデモ隊といった私的当事者の行動から投資を保護する義務は、比較的高いレベルでの保護が求められてきた。投資家と契約関係を結んでいる投資受入国国営企業の従業員による 2 つのホテルの強制接収が行われた Wena Hotels v エジプト・アラブ共和国では、政府当局者は強制執行に参加しなかったが、警察や他の当局は防止や救済のための効果的な措置を講じなかったため、エジプト・アラブ共和国の FPS 違反が認定された。Tecmed v メキシコ、Noble Ventures v ルーマニアでは、第三者の暴力行為に対する投資受入国の行動が強調されている。前者においては、投資受入国当局がデモ参加者の行為を奨励し、育成し、貢献したことを証明するには十分な証拠がなく、当局が「直接行動の動き」に合理的に対応していなかったことを示唆する証拠はないと判断された。後者においては、従業員によるデモと抗議に関して、投資家 (申立人) を保護する投資受入国による個別の注意義務の違

反を特定することは難しいとして、FPS 違反の請求を棄却した。

Pantechniki v アルバニア共和国は、FPS 条項に基づく義務の程度は、投資受入国が利用できるリソースにある程度依存しているとして、投資受入国の当局では、直面していた社会不安をコントロールすることは不可能であったと結論づけた。他方、この仲裁判断例では FPS 基準が法的安全 (legal security) に及ぶものであるが、発展の段階は裁判拒否に関する請求に対しては重要ではないことも認めている。

3. 保護と保障の範囲の拡張

上記のような制限的な見解に対して、**Biwater v タンザニア連合共和国**では、FPS 条項について、物理的、商業的及び法的な安全な環境における安定についての国家の保障を意味すると述べる。また **CME v チェコ共和国**では、規制に関する国家権限の行使に対しても FPS の範囲が拡張された。投資受入国の規制当局であるチェコメディア理事会在、投資が依拠する投資家と現地パートナーの契約を現地パートナーが終了することを可能にする法的状況を作り出しているとされ、それにより投資受入国が投資協定上の FPS 義務に違反すると判断された。**Azurix v アルゼンチン**においても、物理的暴力や損害が発生しなくても FPS 違反が生じる可能性があることが確認されている。**Siemens v アルゼンチン**では、投資協定における投資の定義が無形財産も含むことから、FPS の範囲も物理的なものを超えるとし、公的利益の裏付けのない投資受入国のコスト削減を唯一の目的とする再交渉の開始は、投資家の投資の法的安全に影響を及ぼし FPS 違反となると結論づけた。

このような見解の相違の状況に対して、**Vivendi v アルゼンチン (I)**においては、投資協定の当事国が、FPS の範囲を物理的なものに限定することを意図していた場合その旨の文言を投資協定に含めることが必要であり、そのような文言による限定がない場合、FPS の範囲が物理的なものに限定されるという主張は認められないとしている。FPS 条項の解釈については、**Bitwater v タンザニア連合共和国**は、「完全な」という文言から、FPS が物理的なもの以外の事項にも及ぶ可能性があるとする。**National Grid v アルゼンチン**では、投資協定における「保護と不断の保障」という文言は、本質的に物理的資産の保護と保障に限定されていることを意味するものではないと結論づける。**Siag and Vecchi v エジプト・アラブ共和国**では、投資受入国当局が裁判所の決定に従わなかったことが保護及び保障義務に違反するとされ、保護及び保障には投資家に法的保護を与える法的枠組を提供する必要があることが確認された。**Frontier v チェコ共和国**でも、投資家が利用可能な裁判所及び法的救済措置のシステムを適切に機能させる義務が確認されたが、最終的に基準に違反していないと判断した。

投資受入国による規制上の干渉も問題となる。**AES v ハンガリー共和国**では、投資家は投資受入国が様々な規制の実施を通じて投資の法的安全を確保しなかったため FPS 基準違反であると主張したが、この基準が物理的安全を超えることを認めつつも、国家が客観的に合理的な公共政策目標を達成するためという状況下で合理的に行動することを条件として、国家の立法権限・規制権限に対抗する保護を与えるものではないとし、FPS の義務は、「統治の行き届いた政府 (a well-administered government)」が同様の状況下で行使することが期待できる予防の合理的措置を提供する義務に過ぎないとした。

4. 国際慣習法上の外国人待遇の最低基準との関係

NAFTA においては、FET と FPS は第 1105 条として 1 つの条項になっている。FET と同様に FPS も、2001 年 NAFTA 自由貿易委員会の解釈覚書では、国際慣習法上の外国人待遇の最低基準を超えた保護を付与していないことが明確にされた。NAFTA に基づく仲裁判断例は、FPS についても国際慣習法上の待遇基準の範囲に制限しているが、NAFTA 以外の仲裁判断例は、FPS 基準が独立した自律的基準を形成すると判断する傾向にあった。¹⁵⁵一方、Noble Ventures v ルーマニアでは、FPS についても国際慣習法上の待遇基準に限定されるべきであると判断した。

FPS が国際慣習法上の外国人待遇の最低基準に限定されるか否かは、投資協定の条項の文言において当該限定がなされているかに依存する。近年の投資協定においては、FPS 条項における明示的限定という選択も行われているため、限定をしていない投資協定に関しては、締約国は広範な FPS を認めていると判断されると考えられる。

5. 責任発生の閾値（相当の注意義務）

FPS は厳格責任であることは否定される場合が多いが、投資協定の条項の文言で明示的に限定されていなければ、国際慣習法上基準に限定されない。すなわち、原則として投資協定上の独立した基準として FPS は解釈されるが、多くの仲裁判断例では国際慣習法においても確立している「相当の注意義務（due diligence）」、すなわち、合理的程度の警戒（a reasonable degree of vigilance）として捉えられている（AAPL v スリランカ民主主義社会主義共和国、AMT v ザイール共和国、Wena Hotels v エジプト・アラブ共和国、Copper Mesa Mining v エクアドルなど）。

仲裁判断例では、FPS 条項に基づく「相当の注意義務」について、損害防止のためのあらゆる措置を取る義務に言及される。Azurix v アルゼンチン、Copper Mesa Mining v エクアドル、Ampal v エジプト・アラブ共和国では、投資受入国は、投資家の損害を防止するために積極的な行動をとる義務がある（作為が求められる）とされた。一方で、過失または故意（bad faith）の証明は不要であると強調されてきた。¹⁵⁶

Pantechniki v アルバニア共和国では、裁判拒否に関する状況と物理的暴力が存在する状況を区別し、投資受入国のリソースを考慮した比例的要因は、裁判拒否には適用されないが、物理的暴力が存在する状況に関しては考慮されるべきであると判示した。そして、投資家の被った損害を防止できなかったことに投資受入国に過失はなく、1990 年代後半に発生した市民暴動の範囲を考慮すると投資受入国当局にその暴動を防ぐことは不可能であったことから、そこから生じた損失についての投資家の請求を認めなかった。FPS 基準において投資受入国に求められる「相当の注意」の程度は、物理的暴力に関する場合、投資受入国の発展段階及び投資時点での社会経済的または政治的条件によって異なる可能性がある。この場合、先進国においてはより高い水準の注意（防止措置）が求められることになる。ただし、AMT v ザイール共和国、AES v ハンガリー共和国など、同様の状況において「統治の行き届いた政府（a well-administered government）」がどのように行動するかという基準が用いられる仲裁判断例もあり、現段階で確立した見解があるとはいえない。

¹⁵⁵ たとえば、AAPL v スリランカ民主主義社会主義共和国は、被申立国による国際慣習法上の待遇基準に限定されるという主張を認めていない（para. 9）。

¹⁵⁶ AAPL v スリランカ民主主義社会主義共和国、なお、国際法（国家間紛争）上の議論との異同に留意が必要。

II. 4. 内国民待遇 (national treatment)

代表的な判断例

- S.D. Myers v カナダ (UNCITRAL) (Case 86 (NAFTA))
- Pope & Talbot v カナダ (Case 3 (NAFTA))、第二段階本案仲裁裁定 (2001 年 4 月 10 日)
- Genin v エストニア共和国 (ICSID Case No. ARB/99/2)、本案判断 (2001 年 6 月 25 日)
- Lauder v チェコ共和国 (UNCITRAL)、最終仲裁裁定 (2001 年 9 月 3 日)
- Feldman v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF) /99/1)、本案判断 (2002 年 12 月 16 日)
- ADF Group Inc. v アメリカ合衆国 (Case 88 (NAFTA))
- Consortium RFCC v モロッコ王国 (ICSID Case No. ARB/00/6)、最終仲裁裁定 (2003 年 12 月 22 日)
- Occidental v エクアドル (LCIA Case No. UN 3467)、最終仲裁裁定 (2004 年 7 月 1 日)
- GAMI Investments v メキシコ (UNCITRAL (NAFTA))、最終仲裁裁定 (2004 年 11 月 15 日)
- Methanex v アメリカ合衆国 (UNCITRAL (NAFTA))、最終仲裁裁定 (2005 年 8 月 3 日)
- Thunderbird v メキシコ (UNCITRAL (NAFTA))、本案判断 (2006 年 1 月 26 日)
- LG & E v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/02/1)、ライアビリティー決定 (2006 年 10 月 3 日)
- Champion Trading v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/02/9)、最終仲裁裁定 (2006 年 10 月 27 日)
- Siemens v アルゼンチン (Case 93)
- United Parcel Service of America v カナダ (UNCITRAL (NAFTA))、最終仲裁裁定 (2007 年 5 月 24 日)
- Parkerings-Compagniet AS v リトアニア共和国 (ICSID Case No. ARB/05/8)、本案判断 (2007 年 9 月 11 日)
- Archer Daniels Midland v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF) /04/5 (NAFTA))、本案判断 (2007 年 11 月 21 日)
- Corn Products International, Inc. v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF) /04/1 (NAFTA))、責任決定 (2008 年 1 月 15 日)
- Bayindir v パキスタン・イスラム共和国 (Case 13)
- AES v ハンガリー共和国 (ICSID Case No. ARB/07/22)、本案判断 (2010 年 9 月 23 日)
- Alpha v ウクライナ (ICSID Case No. ARB/07/16)、本案判断 (2010 年 11 月 8 日)
- Merrill & Ring Forestry v カナダ (Case 35 (NAFTA))
- GEA v ウクライナ (Case 44)
- Apotex Holdings v アメリカ合衆国 (Case 71 (NAFTA))
- Clayton v カナダ (Case 77 (NAFTA))

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 総論

内国民待遇とは、投資受入国が外国人投資家に対し自国の投資家に劣後する待遇を与えてはならな

いという規範である。通常、投資保護協定か投資自由化協定かに関わりなく、投資協定には基本条項として規定されている。公正衡平待遇や保護及び保障 (protection and security) のような絶対的基準ではなく、自国民との比較という相対的基準での保護を要求する点に特徴がある。

内国民待遇それ自体で独立した規範であるが、エネルギー憲章第 10 条 7 項のように最恵国待遇と組み合わせて 1 つの条文に規定されることも多い。また、通常は外国人投資家が投資受入国の市場に参入した後 (post-entry / post-establishment) の待遇について定めるが、NAFTA 第 1102 条、その他のアメリカ合衆国やカナダの BIT では、外国人投資家が投資受入国の市場へ参入する際 (pre-entry / pre-establishment) にも内国民待遇が適用されると明示している。

個々の投資協定では、一定の場合における内国民待遇の適用除外が認められている。公衆衛生や環境保護など公益を理由とする一般的除外の他に、¹⁵⁷航空輸送など特定の経済領域を除外するもの、他国からの開発援助からの恩恵は自国投資家のみが浴することができるものなど、内国民待遇とあわせて適用除外についても投資協定で規定される。

2. 意義

内国民待遇の規定は、投資受入国による自国投資家の保護、それによる外国人投資家の差別を予防するために存在する。投資条約仲裁においては、投資条約に明示されていない分野での内外人の区別が、内国民待遇義務違反となるのか、公益保護などの理由で正当化されるのかが争われる。具体的には、差別的な措置の存否と、外国人投資家が、投資受入国の投資家に対して付与された待遇と同等、あるいは不利でない待遇を求めうる状況 (「同様の状況下 (in like situation)」あるいは「同種の状況下 (in like circumstances)」) にあるかという形で議論される。これまでのところ、投資自由化協定である NAFTA 事例を中心に議論が展開し、本論点については意見が収斂している。

また元来、商取引及び貿易の分野で発展してきた規範であるため、仲裁廷が隣接分野である GATT/WTO の判断をどの程度まで参照できるのかが実際の解釈適用にあたっては問題となる。

3. 関連する仲裁裁定の概要

投資条約仲裁における内国民待遇は、他の実体的な投資保護規範と比べるとマイナーな役割しか果たしてこなかったと言われる。そして、その多くは NAFTA に関する事例に偏っており、NAFTA ではない BIT に基づく事例 (以下「非 NAFTA 事例」という。) であっても NAFTA に基づく仲裁裁定の判断の影響を強く受けているところに特徴がある。

最初期の事例である S.D. Myers v カナダは、NAFTA 第 1102 条のいう「同種の状況下 (in like circumstances)」の評価にあたり、関連するビジネス領域の特定だけではなく、潜在的な環境破壊への懸念といった公益保護を目的とする差別的規制が正当化される状況にあるかまで考慮される必要があると指摘した。本裁定は、一般的例外条項の存在しない NAFTA に、「同種の状況下」の解釈から幅広い例外を認めうる点で画期的であり、以後の仲裁裁定にて引用されている。また、Pope & Talbot v カ

¹⁵⁷ 法的規制によって生じる結果だけではなく、環境影響評価における評価基準での不利な待遇も内国民待遇義務違反を構成しうる。Clayton v カナダ (paras. 685-722)

ナダでは更に踏み込んで、投資受入国政府による外国人投資家に対する一定の制限的措置について、それが表面上または事実上において外国企業と自国企業を区別しないこと、及び NAFTA の諸目的を侵害しないことを条件に、合理的な政策と関連して実施される規制的措施は内国民待遇義務違反にあたらない場合があると判示した。両事件の仲裁廷は、内国民待遇の評価にあたり、(1) 外国人投資家が投資受入国の投資家と「同種の状況下」にあるのか、(2) 差別的待遇であるのか、(3) 待遇の差異を正当化するだけの目的が存在するのか、という3要件による評価を確立した点において意義深い。¹⁵⁸

4. 要件毎の判断例の傾向

上述の3要件評価は、その後の投資条約仲裁においても踏襲されており、それぞれの要件について以下のような判断がなされている。

(1) 外国人投資家が投資受入国の投資家と「同種の状況下」にあるのか

S.D. Myers v カナダ及び Pope & Talbot v カナダによって「同種の状況下」の重要性が確立されたことで、後の判断では当該状況の欠如により内国民待遇義務違反が認められている。GAMI Investments v メキシコでは、申立人所有の製糖工場が収用されながら、同様の工場でメキシコ国民が所有するものは収用されなかったことが、内国民待遇義務違反にあたると申立てられた。しかし、仲裁廷は申立人の工場と収用を免れた工場は同種の状況下にあり、当該収用措置は倒産に伴うもので差別的ではないとして、申立人の請求を棄却した (para. 114)。United Parcel Service of America v カナダでは、申立人は、カナダの郵政事業は非独占であるにも拘わらず、政府は Canada Post に優越的待遇を与えていると主張したが、仲裁廷は申立人と Canada Post が提供するサービスの違いを理由に、両者の待遇の相違を許容した (para. 99)。

このように仲裁廷は、外国人投資家と受入国投資家が同じビジネス領域で事業を展開することが可能な場合には、両者は「同種の状況下」にあり内国民待遇義務違反はないと判断する傾向にある。この点につき、Archer Daniels Midland v メキシコは、同じ経済・ビジネス分野での待遇の比較が重要であると指摘した (para. 198)。ただし、同じ経済・ビジネス分野で操業可能であったとしても、売買市場の違いにおける業者への補助金の有無について争われた Champion Trading v エジプト・アラブ共和国で述べられたように、外国人投資家と投資受入国投資家が「同種の状況下」にあったかという点が肝要である (paras. 154-155)。

S.D. Myers v カナダその他多くの事例では、同業種で外国人投資家と受入国投資家との間に競争関係が存在するかが重要であるとの理解に立つが、若干の事例ではこれとは別の理解に基づく判断がなされている。Occidental v エクアドルは、他業種では認められる VAT 還付が申立人の石油輸出について認められなかった事例であり、エクアドルは石油輸出については自国国営企業にも VAT 還付は認められていないと抗弁したが、仲裁廷は「同種の状況下」の比較対象を、輸出を行う他の全ての業種に拡大し、申立人に対する差別待遇を認定した (paras. 174, 177)。他方、Methanex v アメリカ合衆国では、比較対象を S.D. Myers v カナダの基準よりも更に限定している。同事件では、カリフォルニア州がガソリンへの MTBE 添加を禁止する一方で、エタノール添加を依然認容していることが、MTBE

¹⁵⁸ この3段階評価は、Methanex v アメリカ合衆国の申立人の主張に要約されている。(para. 13)

に含有されるメタノール製造業者である申立人への差別とエタノールの自国産業保護に繋がると主張されたが、仲裁廷は申立人の比較対象となるのは、あくまで同じ (identical) MTBE 及びメタノール製造業者であり、エタノール製造業者ではないと判断した (Part IC, Ch. B, para. 17)。

また、NAFTA 第 1102 条のように「同種の状況下 (in like situation/in like circumstances)」という文言が BIT に含まれているか否かに拘わらず、仲裁廷はこの概念を用いて外国人投資家と受入国投資家との比較を行う傾向にある。例えば、Consortium RFCC v モロッコ王国では、イタリア・モロッコ王国 BIT 第 3 条 1 項及び 2 項の内国民待遇条項には当該文言が含まれていないにも拘わらず、内外の投資家が「同じ状況 (same situation)」であったかが検討された (para. 53)。

(2) 差別的待遇であるのか

投資受入国が外国人投資家に対し、受入国投資家よりも不利ではない少なくとも同じ待遇を享受させられない場合には、差別的措置があったことになる。¹⁵⁹この点、Methanex v アメリカ合衆国は、上述のカリフォルニア州の措置は MTBE 製造業者に画一的に向けられたものであり、外国人投資家と受入国投資家の待遇に差異を生じさせるものではなく、Methanex 社が法的事実的な影響を受けるとしても、当該措置は NAFTA 及び国際法上の内国民待遇義務違反を生じさせるものではないとしている (Part IV, Ch. B, para. 19)。差別的措置の不存在を理由として請求が棄却された同旨の事例としては、ADF Group Inc. v アメリカ合衆国、AES v ハンガリー共和国などがある。

仲裁廷は、内国民待遇義務違反の判断に際し、問題となる措置に差別的意図が含まれているのかではなく、実際に差別的効果を生じさせるのかという観点から違反を認定する傾向にある。¹⁶⁰これは、Feldman v メキシコ (para. 183)、Bayindir v パキスタン・イスラム共和国 (para. 390) などが指摘するとおり、差別的意図の証明は実務的観点から非常に困難であるからである。他方で、LG & E v アルゼンチン (para. 146)、Genin v エストニア共和国 (para. 368)、Methanex v アメリカ合衆国など (Part IV, Ch. B, p. 6, para. 12)、差別的意図の存在を必要とする仲裁裁定も存在するが、S.D. Myers v カナダが指摘するように、差別的意図の存在のみでは内国民待遇義務違反とはならず、あくまで実際に措置による差別的効果が生じる必要がある (para. 254)。

また、国籍を理由とする差別一般が禁止されるのであり、それが法的 (*de jure*) なものか事實的 (*de facto*) なものか、直接的であるか間接的であるかを問わない。NAFTA 事例では Archer Daniels Midland v メキシコ (para. 193)、Pope & Talbot v カナダ (para. 43)、非 NAFTA 事例では Thunderbird v メキシコ (para. 426) などで、この点は確認されている。Feldman v メキシコでは、源泉徴収税の還付金の有無が申立人とメキシコ事業者で異なることが事実上の差別にあたると認定された (para. 181)。他方、Thunderbird v メキシコでは、当局のギャンブル規制措置により申立人の機械が違法とされる一方、メキシコ事業者の同様の機械は規制されなかったことについて、事実上の差別にはあたらないとしている (paras. 171, 182)。

(3) 待遇の差異を正当化するだけの目的が存在するのか

¹⁵⁹ Lauder v チェコ共和国 (para. 220)

¹⁶⁰ Feldman v メキシコ (para. 181)、Parkerings-Compagniet AS v リトアニア共和国 (para. 368)、Siemens v アルゼンチン (para. 321)、Corn Products International v メキシコ (para. 138)、Clayton v カナダ (para. 791)

これまでの仲裁裁定によれば、上述の2要件で差別的措置であるとされても、当該措置に差別を正当化するだけの目的が伴う場合には、内国民待遇義務違反ではない。S.D. Myers v カナダでは、「同種の状況下」の評価にあたり、「NAFTAの法的文脈から生じる一般原則」を考慮すれば、環境などの公益保全を目的とした規制措置が正当化されると示された (para. 250)。同様の理解は、Pope & Talbot v カナダ (para. 78)、非NAFTA事例として Parkerings-Compagniet AS v リトアニア共和国 (para. 368) などにも見られる。通常、内国民待遇条項は、このことを明示していないため、本要件は仲裁裁定の累積で形成された要件として特筆すべきである。

5. その他

内国民待遇義務については、GATT/WTO法分野に豊富な判例の蓄積があるため、Pope & Talbot v カナダ (paras. 43, 46-49, 70)、Methanex v アメリカ合衆国 (Part II, Ch. B, paras. 6, 35)、Occidental v エクアドル (paras. 175-176) などで参照されている。しかし、いずれの仲裁廷も、貿易法と投資法との目的の違いを理由に、GATT/WTO判例の投資条約仲裁への移入に否定的である。

II. 5. 最恵国待遇 (most favoured nation treatment)

代表的な判断例

- AAPL v スリランカ民主社会主義共和国 (ICSID Case No. ARB/87/3)、最終仲裁裁定 (1990年6月27日)
- Pope & Talbot v カナダ (Case 3 (NAFTA))、第二段階本案仲裁裁定 (2001年4月10日)
- CME v チェコ共和国 (Case 87)、最終仲裁裁定 (2003年3月14日)
- Tecmed v メキシコ (Case 89)
- MTD v チリ (ICSID Case No. ARB/01/7)、仲裁裁定 (2004年5月25日)、取消決定 (2007年3月21日)
- Vladimir Berschader v ロシア (SCC Case No. 080/2004)、仲裁裁定 (2006年4月21日)
- National Grid v アルゼンチン (UNCITRAL)、管轄判断 (2006年6月20日)
- Suez and Vivendi v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/03/19)、管轄判断 (2006年8月3日)
- AWG v アルゼンチン (UNCITRAL)、管轄判断 (2006年8月3日)
- Parkerings-Compagniet AS v リトアニア共和国 (ICSID Case No. ARB/05/8)、仲裁裁定 (2007年9月11日)
- Rumeli Telekom v カザフスタン共和国 (ICSID Case No. ARB/05/16)、仲裁裁定 (2008年7月29日)
- Tza Yap Shum v ペルー共和国 (Case 27)
- Bayindir v パキスタン・イスラム共和国 (Case 13)
- Chemtura v カナダ (Case 39 (NAFTA))
- Murphy v エクアドル (Case 112)
- GEA v ウクライナ (Case 44)
- Paushok v モンゴル (Case 22)
- HICEE B.V. v スロバキア共和国 (UNCITRAL, PCA Case No. 2009-11)、部分裁定 (2011年5月23日)
- Abaclat and others v アルゼンチン (Case 46)
- Hochtief AG v アルゼンチン (Case 47)
- ICS Inspection v アルゼンチン (Case 49)
- EDF v アルゼンチン (Case 53)
- Daimler Financial Services AG v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/05/1)、仲裁裁定 (2012年8月22日)
- Euram v スロバキア共和国 (UNCITRAL)、管轄判断 (2012年10月22日)
- Accession Mezzanine Capital v ハンガリー共和国 (ICSID Case No. ARB/12/3)、仲裁規則41条5項決定 (2013年1月16日)
- Kilic Insaat v トルクメニスタン (ICSID Case No. ARB/10/1)、仲裁裁定 (2013年7月2日)
- Metal-Tech Ltd. v ウズベキスタン共和国 (Case 61)
- Apotex Holdings v アメリカ合衆国 (Case 71 (NAFTA))
- Gold Reserve v ベネズエラ・ボリバル共和国 (Case 72)

● Hesham Talaat v インドネシア (Case 73)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 総論

投資協定に含まれる最恵国待遇条項（以下「MFN 条項」という。）は、締約国が第三国の投資家又は自国の投資家により有利な待遇を与えている場合に、当該待遇を他方締約国の投資家にも及ぼすことを義務付ける規定である。MFN 条項自体は 17 世紀から存在するが、今日の一般的な投資協定には通常含まれる条項であり、あくまで特別規則として純粋な条約規定の性質を有するため、慣習法化することはない。MFN 条項単体の規定だけではなく、投資協定によっては公正衡平待遇（以下「FET」という。）や、¹⁶¹内国民待遇といった¹⁶²他の差別禁止規定と組み合わせられるなど、その規定ぶりは極めて多様である。

また、MFN 条項が、外国人投資家の受入国市場への参入時（pre-entry / pre-establishment）について言及していない場合には、¹⁶³市場参入後（post-entry / post-establishment）にのみ適用されると理解するのが一般的である。MFN 条項からの逸脱が認められるのは、地域経済統合や関税といった伝統的例外に加え、関税同盟や FTA、¹⁶⁴航空輸送や漁業関連などの特定事項であり、¹⁶⁵これら適用例外は各投資協定に明示されている。

2. 意義

投資受入国が第三国と締結した投資協定（以下「基本条約」という。）の内容を、その内容を含まない投資協定に「移入（import）」することで、投資家の側がよりよい待遇を受けるための規定である。そのため、投資協定ならば通常含まれる一般的な差別禁止の条項でありながら、それ単独で違反が主張されることは少なく、非常に柔軟な解釈が可能な条項であるため、個別の仲裁廷がウィーン条約法条約第 31 条の解釈規則に従って解釈することになる。

多くの事例においては、投資受入国が第三国と締結した投資協定の内容より有利な規定を、その内容を含まない投資協定に「移入（import）」し、受けうる保護の範囲を拡大する目的で MFN 条項に基づく申立てが行われる（以下「MFN 均霑」という。）。具体的な紛争では、「同種の原則（*ejusdem generis principle*）」に基づく、MFN 均霑が認められる事項的範囲（*ratione materiae*）について争われる。

MFN 条項の適用範囲は個別の投資協定により規律されるため、GATT 第 1 条など貿易法の分野でも発展してきた実行の蓄積を、投資法においては直接的に参照することは困難である。貿易法とは適用範囲が異なり、個別の投資協定の内容により規定される。

¹⁶¹ ロシア・モデル BIT (2002) 第 3 条など。

¹⁶² イギリス・モデル BIT (2005) 第 3 条 1 項、イタリア・モデル BIT (2003) 第 3 条 1 項、コロンビア特別区・モデル BIT 第 4 条 1 項など。

¹⁶³ 参入時への言及がある投資協定として、NAFTA 第 1103 条、アメリカ合衆国・モデル BIT (2012) 第 4 条、カナダ・モデル FIPA (2004) 第 4 条など。

¹⁶⁴ ドイツ連邦共和国・モデル BIT (1998) 第 3 条 3 項、ブルガリア共和国・キプロス共和国 BIT 第 3 条 2 項、アルゼンチン・スペイン王国 BIT 第 4 条 3 項、カナダ・モデル FIPA (2004) Annex II (2) (a) など。

¹⁶⁵ カナダ・モデル FIPA (2004) Annex II (2) (b) など。

3. 関連する仲裁裁定の傾向

MFN 条項は、通常の投資条約には含まれる条項であるにもかかわらず、FET や保護及び保障 (protection and security) に比して、実際の投資仲裁で主張されることは少ない。仲裁裁定の傾向としては、当該条項を通じて要求される待遇のレベルは、第三国の投資家と比べて不利ではない (no less favourable) 待遇でよいとするものと、¹⁶⁶全く同等の待遇を要求するもの¹⁶⁷に大別される。

また、MFN 条項に関する実体的事項については、申立ての構成によって、(1) 他の外国投資家との間での差別的待遇を問題として、MFN 条項単独で投資受入国の無差別原則違反を訴える場合 (直接適用型) と、(2) MFN 均霑による申立てをおこなう場合 (間接適用型) とに分類することができる。

(1) 直接適用型

現在までのところこの類型に含まれる事例は、Parkerings-Compagniet AS v リトアニア共和国や Bayindir v パキスタン・イスラム共和国など少数にとどまっている。また、第三国との投資家と比較に関わる、「同種の状況下 (in like circumstances)」にあるか、についての判示は、Pope & Talbot v カナダにおける内国民待遇の際に示された解釈基準をそのまま適用したものであり、いずれにしても、現在までの投資仲裁裁定の蓄積において、同じくその解釈適用が議論の対象となってきた FET や内国民待遇と比較した場合、内国民待遇における内国民と外国投資家、最恵国における当該投資家と第三国の投資家との区分とその差異の可能性について言及することはなかった。また、Parkerings-Compagniet AS v リトアニア共和国で申立人は、旧市街における駐車場建設計画の不認可について、他国投資家による計画との間で事実上の差別があったと主張したが、仲裁廷は歴史的地区の保全や環境保護の観点から当該措置は正当なものであり、申立人に対する MFN 待遇義務違反は認められないとした。受入国の措置の違反を認定し、無差別原則としての最恵国待遇が直接に果す役割は、非常に限られたものであるといえる。

(2) 間接適用型 (MFN 均霑型)

MFN 均霑の適用範囲は、実体的基準の援用と紛争解決条項の援用に大別することができる。¹⁶⁸後者については既に I. 4. にて扱われているので、ここでは第三国 BIT の定める実体的基準の援用について触れる。

まず、MFN 均霑は、投資の実体的保護 (substantive protection) の範囲においてのみ認められる点が特徴的である。¹⁶⁹HICEE 事件で申立人は、MFN 均霑により BIT により保護される投資の範囲の拡張を試みたが、仲裁廷はこれを否定した (para. 149)。また、Tecmed v メキシコで申立人は、BIT の発効以前に生じた投資への毀損について、MFN 条項に基づいて、第三国協定を遡及的に適用する利益を求めた。この訴えに対して、仲裁廷は、条約適用の時間的範囲の問題はその重要性からいっても、

¹⁶⁶ Daimler Financial Services AG v アルゼンチン (para. 243)

¹⁶⁷ Suez and Vivendi v アルゼンチン (para. 55)

¹⁶⁸ ただし、Hochtief AG v アルゼンチン (para. 67) など、両者を不可分一体のものとして捉える仲裁裁定もある。

¹⁶⁹ この点、義務遵守条項 (アンブレラ条項) も MFN 均霑の対象となる。EDF v アルゼンチン (paras. 921-937)

両当事国が合意に至る際の主要な検討事項であり、このように実体的な保護のレジームの運用範囲の明確化に関わる決定的な事項は、MFN 条項の適用対象とはならないとして退けている。また、MFN 均霑による保護の拡大によって、外国人投資家間で事実上の差別待遇を生じさせることは禁止される。Parkerings-Compagniet AS v リトアニア共和国は、この点につき、MFN 条項がいかに広範な規定ぶりであったとしても、投資家間で競争的關係が保持される必要があるとした (para. 396)。

次に、MFN 均霑による投資の実体的保護の内容を具体的にみてゆく。このような主張がなされた最初の事例である AAPL v スリランカ民主社会主義共和国で、申立人は、内戦によって棄損された投資財産の補償に関し、基本条約の定める争乱時の保護の基準ではなく、第三国との間で締結された BIT の一般的待遇に基づく補償水準が MFN 均霑により適用されると主張した。仲裁廷は、MFN 均霑の可能性を認めながらも、後者の基準がより有利な内容を定めるものであるか不明であるとして本件については MFN 均霑を認めなかった (para. 54)。

同事件は、紛争時の投資財産保護という特殊条項の排除が問題となった事例であるが、一般論としての MFN 均霑を認めたことで、以後の事例では、MTD v チリ (paras. 103-104) に代表されるように、¹⁷⁰FET を中心とした MFN 均霑が申し立てられることが増加した。NAFTA の初期事例では、同第 1105 条の定める投資家に対する待遇の最低基準 (minimum standard) について、他条約に定められる FET 条項を MFN について定める NAFTA 第 1103 条を通じて均霑しようとする主張がみられ、Pope & Talbot v カナダは同条の方がより高い保護基準を設定するものとして請求を否定したが、傍論で他条約 FET の MFN 均霑可能性の認容を示唆している。¹⁷¹また、Bayindir v パキスタン・イスラム共和国は、他条約の FET の MFN 均霑を認容しながら、¹⁷²MFN 均霑が認められる限度として、基本条約の当事国意思を重視する姿勢を示した。¹⁷³

違法収用に対する賠償の文脈でも MFN 均霑は行われる。CME v チェコ共和国では、基本条約は「真正なる投資価値 (genuine value of investment)」に対する「正しい賠償 (just compensation)」を定めるところ、MFN 条項に基づき、同 BIT に明示されていない「適正市場価値 (fair market value)」を基準とした賠償を投資家は請求可能であると認められた。¹⁷⁴すなわち MFN 均霑によって、より高い賠償水準が援用されることが認容された。ただし、Accession Mezzanine Capital v ハンガリー共和国のように、賠償基準の判断における MFN 均霑の認容に慎重な仲裁裁定も存在する。

4. その他

Suez and Vivendi v アルゼンチン (para. 57) 及び AWG v アルゼンチン (para. 57) では、2つの BIT の MFN 条項の文言の相違が問題となった。この点につき仲裁廷は、MFN の性質を考慮して、投資家により有利な形で文言が整合的に解釈されるべきとの判断を行っている。

¹⁷⁰ その他の代表的事例としては、Rumeli Telekom v カザフスタン共和国、Paushok v モンゴルなど。

¹⁷¹ Pope & Talbot v カナダ、仲裁裁定 (para. 117)

¹⁷² Bayindir v パキスタン・イスラム共和国、管轄判断 (paras. 231-232)、

¹⁷³ 同上、仲裁裁定 (para. 157) ; Daimler Financial Services AG v アルゼンチン (para. 215)

¹⁷⁴ CME v チェコ共和国、最終仲裁裁定 (paras. 497, 500)

II. 6. 特定履行要求の禁止 (Prohibition of Performance Requirement)

代表的な判断例

- Pope and Talbot v カナダ (Case 3)
- S.D. Myers v カナダ (UNCITRAL) (Case 86 (NAFTA))
- ADF Group Inc. v アメリカ合衆国 (Case 88 (NAFTA))
- Archer Daniels Midland v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF) /04/5 (NAFTA))、最終仲裁判断 (2007年11月21日)
- Corn Products International, Inc. v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF) /04/1)、責任についての決定 (2008年1月15日)
- Cargill v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF) /05/2)、最終仲裁判断 (2009年9月18日)
- Mobile Investments Canada v カナダ (ICSID Case No. ARB (AF) /07/4、)、賠償責任及び金額の諸原則についての決定 (2012年5月22日)、最終仲裁判断 (2015年2月20日)
- Lemire v ウクライナ (Case 31)
- Merrill & Ring Forestry v カナダ (Case 35)
- Mesa Power v カナダ (Case 82)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 意義

特定履行要求とは、外国投資家が投資活動を行う際に受入国が課す、一定の条件のことである。これらの要求の多くは、自国産業の保護や技術移転といった、様々な経済的・社会的な目標を達成するために課される。例えば、ある産品を受入国で生産する際に、一定の比率の受入国国内企業が生産する産品（特に部品）を購入又は使用することを要求するローカル・コンテンツの要求や、産品の一定量の輸出、さらには現地スタッフの採用などがある。このような要求は、自由市場の原則に反し、経済厚生全体を低減させるとも言われている。そのため、特定履行要求は、海外投資の流入を妨げるだけでなく、国内経済の発展にも悪影響を及ぼすとされる。¹⁷⁵

¹⁷⁵ 日本は、近年、二国間で締結する EPA の中で投資の章を設ける形で投資の促進をはかっている。そしてその中では、一貫して、原則として特定履行要求の禁止を既定する条文が設けられている。2002年11月に発効した日・シンガポール共和国 EPA の第75条を皮切りに、2005年4月発効の日・メキシコ EPA 第65条、2006年7月発効の日・マレーシア EPA 第79条、2007年9月発効の日・チリ EPA 第77条、同年11月発効の日・タイ王国 EPA 第97条、2008年7月発効の日・インドネシア EPA 第63条、同月発効の日・ブルネイ・ダルサラーム国 EPA 第61条、同年12月発効の日・フィリピン共和国 EPA 第93条、2009年9月発効の日・スイス連邦 EPA 第96条、2011年8月発効の日・インド共和国 EPA 第89条、2015年1月発効の日・オーストラリア連邦 EPA 第14・9条、そして、2016年6月発効の日・モンゴル EPA 第10・7条において規定している。

例外的に、2009年10月発効の日・ベトナム社会主義共和国 EPA 及び2012年3月発効の日・ペルー共和国 EPA、においては、投資の章が設けられていないため、特定履行要求の禁止についても条文は存在しない。投資の章が設けられなかったのは、ベトナム社会主義共和国及びペルー共和国の間には二国間投資協定が別途締結されているからであるが、これらの条約において、ベトナム社会主義共和国の場合は4条、ペルー共和国の場合は6条において、それぞれ特定履行の要求を禁止している。

また、多数国間条約においても、2012年に署名が為された日中韓投資協定第7条や TPP 第9・10条においては、前者の規定は後者に比べ著しく具体性を欠くなど、規定ぶりに差もあるものの、特定履行要求の禁止を明文化している。また、さらには、2018年3月現在では大筋合意の段階ではあるものの、日・EU EPA においては、ローカル・コンテンツや技術移転の要求など、

これまでのところ、この特定履行要求の禁止については、NAFTA 第 1106 条の文脈で問題となるケースがほとんどであり、NAFTA 以外の文脈では、アメリカ合衆国・ウクライナ BIT 第 2 条 6 項が問題となった、*Lemire v ウクライナ*、ICSID Case No. ARB (AF) /06/18、(管轄権及び責任についての決定) が確認されるのみである。¹⁷⁶

2. 内国民待遇との関係

特定履行要求は自国産業を保護するために行われることが多いことから、同要求の禁止は、外国投資家の待遇は国内の投資家に対するものと同等でなければならないとする内国民待遇原則と重複するものとみなされる。実際、*Pope and Talbot v カナダ*、*S.D. Myers v カナダ*、*ADF Group Inc. v アメリカ合衆国*といった投資仲裁初期の事例から、*Merrill & Ring Forestry v カナダ*や *Mesa Power v カナダ*といった比較的新しい事例まで、多くの事例において投資家は内国民待遇違反と特定履行要求禁止違反を同時に申し立てている。

確かに、ローカル・コンテンツの要求などは、受入国国内の投資家に対し、間接的に優先的な地位を与えることにつながる可能性がある。他方で、国内の投資家への有利な待遇が確認されない場合には、ローカル・コンテンツの要求それ自体は、内国民待遇原則に違反するわけではないが、特定履行要求の禁止には違反しうる。

3. 公正衡平義務との関係

特定履行要求の禁止については、NAFTA 第 1106 条のように、内国民待遇や最恵国待遇、公正衡平待遇と並列して規定される条文がある一方で、条約によっては、最低限の待遇を提供する公正衡平待遇義務の中に含むものもある。例えば、2006 年のフランスのモデル BIT は国際法の諸原則と合致した公正衡平待遇義務を既定した上で、原料の購入に対する制限といった、特定履行要求とみなされる措置が、公正衡平待遇を阻害する具体例として列挙されている。

具体的に禁止される要求が挙げられていることから、おそらく同 EPA においても、一つの条文の形で特定履行要求が禁止されることが見込まれる。

¹⁷⁶ *Lemire v ウクライナ* (paras. 499-511)

II. 7. 義務遵守条項 (Umbrella Clause)

代表的な判断例

- Fedax v ベネズエラ・ボリバル共和国 (ICSID Case No. ARB/96/3)、管轄判断 (1997 年 7 月 11 日)、仲裁裁定 (1998 年 3 月 9 日)
- SGS v パキスタン・イスラム共和国 (ICSID Case No. ARB/01/13)、管轄判断 (2003 年 8 月 6 日)
- Azurix v アルゼンチン (Case 9)
- SGS v フィリピン共和国 (Case 10)
- Joy Mining Machinery Limited v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/03/11)、管轄判断 (2004 年 8 月 6 日)
- Salini v ヨルダン・ハシェミット王国 (ICSID Case No. ARB/02/13)、管轄判断 (2004 年 11 月 9 日)
- CMS Gas v アルゼンチン (Case 8)
- Impregilo v パキスタン・イスラム共和国 (ICSID Case No. ARB//03/3)、管轄判断 (2005 年 4 月 22 日)
- Eureko v ポーランド共和国 (Case 91)
- Noble Ventures v ルーマニア (Case 92)
- Pan American Energy v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/03/13)、管轄判断 (2006 年 7 月 27 日)
- El Paso Energy International Company v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/03/15)、管轄判断 (2006 年 4 月 27 日)、仲裁裁定 (2011 年 10 月 31 日)
- Siemens v アルゼンチン (Case 93)
- Enron v アルゼンチン (Case 94)
- LG & E v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/02/1)、管轄判断 (2004 年 4 月 30 日)、責任判断 (2006 年 10 月 3 日)、仲裁裁定 (2007 年 7 月 25 日)
- Amto v ウクライナ (SCC Case No. 080/2005)、仲裁裁定 (2008 年 3 月 26 日)
- Duke Energy v エクアドル (ICSID Case No. ARB/04/19)、仲裁裁定 (2008 年 8 月 18 日)
- Toto Costruzioni Generali S.p.A. v レバノン共和国 (ICSID Case No. ARB/07/12)、管轄判断 (2009 年 9 月 11 日)
- BIVAC B.V. v パラグライ共和国 (ICSID Case No. ARB/07/9)、管轄判断 (2009 年 5 月 29 日)
- SGS v パラグアイ共和国 (Case 32)
- Malicorp Limited v エジプト・アラブ共和国 (ICSID No. ARB/08/18) (Case 43)
- Paushok v モンゴル (Case 22)
- Sempra v アルゼンチン (Case 98)、管轄判断 (2005 年 5 月 11 日)、仲裁裁定
- Marion Unglaube v コスタリカ (Case 50)
- Bosh v ウクライナ (ICSID No. ARB/08/11)、仲裁裁定 (2012 年 10 月 25 日)
- EDF v アルゼンチン (Case 53)
- Burlington Resources v エクアドル (Case 55)
- Micula v ルーマニア (Case 63)

本論点に関する仲裁判断例の概要等

1. 意義

投資協定仲裁においては、当該投資保護協定に基づき与えられる権利が侵害されたことを理由とする紛争を対象とするのが原則である。逆に言えば、投資家・投資受入国間の契約等に関する紛争は、そのままでは当該投資保護協定により定められた紛争処理手続の対象とならない。しかし、契約等で約束された「義務」違反を構成する投資受入国の行為が同時に当該投資保護協定の何らかの条項の違反をも構成するのであれば、当該投資保護協定上の紛争処理手続に利用できるはずである。そのような観点から、一定の投資保護協定に挿入されているのが、「義務遵守条項 (Umbrella Clause)」である。

2. 義務遵守条項の効力

契約上の義務違反を国際法上の義務違反に変質させる。そのような効果を狙ったものといえる義務遵守条項については、そもそもそのような条項が国際法上有効なものといえるのかが争われることがあった。

この点、初期の *Fedax v ベネズエラ・ボリバル共和国* はこれを否定はしなかったが、そこでは十分な議論はなされていなかった。¹⁷⁷しかしその後、この点が本格的に争われる仲裁手続が続き、*SGS v パキスタン・イスラム共和国*、*Salini v ヨルダン・ハシェミット王国*、*Pan American Energy v アルゼンチン*、*El Paso Energy International Company v アルゼンチン*、*Joy Mining Machinery Limited v エジプト・アラブ共和国* など、何らかの理由付けによりこれを否定的にとらえる仲裁判断が続くこととなった。

これに対し、*SGS v フィリピン共和国*、*CMS Gas v アルゼンチン*、*Eureko v ポーランド共和国*、*Noble Ventures v ルーマニア*、*Siemens v アルゼンチン*、*Enron v アルゼンチン*、*LG & E v アルゼンチン*、*Amto v ウクライナ* などがこれを肯定したため、一時的には仲裁判断例の傾向は二分されたかのようにみえた。

しかしその後、*Amto v ウクライナ*、*Duke Energy v エクアドル*、*Toto Costruzioni Generali S.p.A. v レバノン共和国*、*BIVAC B.V. v パラグライ共和国*、*SGS v パラグアイ共和国*、*Malicorp Limited v エジプト・アラブ共和国*、*Paushok v モンゴル*、*Sempra v アルゼンチン*、*Marion Unglaube v コスタリカ*、*EDF v アルゼンチン*、*Burlington Resources v エクアドル*、*Micula v ルーマニア* など、義務遵守条項が国際法上有効であることを前提とした判断例が続いているため、この点はもはや争いにはならないと考えられる。

3. 義務遵守条項への該当性

¹⁷⁷ *Link Trading v モルドバ共和国 (UNCITRAL)*、管轄判断 (2001年2月16日)、仲裁裁定 (2002年4月18日)、*MTD v チリ (ICSID Case No. ARB/01/7)*、仲裁裁定 (2004年5月25日) でも問題にはなってはいたが、十分な検討のないままにその効力を認めなかった。

義務遵守条項の国際法上の有効性は一般的に肯定されるとしても、その文言上、当該条項がそもそも義務遵守条項であると言えるのが争われることがある。

この点、*Salini v ヨルダン・ハシェミット王国*では、“create and maintain ... a legal framework apt to guarantee the investors the continuity of legal treatment”が条約上約束されていたが、この程度の文言の約束では義務遵守条項とは言えないとの判断が下されている。¹⁷⁸

他方、同じ文言の条項であるにもかかわらず、結論が分かれたケースもある。例えば、*SGS v パキスタン・イスラム共和国*では、“to observe”という文言ではなく、“constantly guarantee to observance”という文言が用いられていることを一つの根拠として、義務遵守条項であることを否定した。¹⁷⁹しかし、ほぼ同じ文言の条項につき、*SGS v パラグアイ共和国*では、義務遵守条項であることが肯定されている。

また、*Pan American Energy v アルゼンチン*、*El Paso Energy International Company v アルゼンチン*、*Joy Mining Machinery Limited v エジプト・アラブ共和国*において義務遵守条項であることが否定された際の条項も、*CMS Gas v アルゼンチン*、*Enron v アルゼンチン*、*LG & E v アルゼンチン*、*Sempra v アルゼンチン*で義務遵守条項であることが肯定された条項と、ほぼ同じ文言であった。

このようにみえてくると、義務遵守条項の国際法上の有効性という上述した問題につき懐疑的な態度を有しているか否かが、文言の解釈に影響していると言っても過言ではないであろう。そして、上述のように、近時の判断例については義務遵守条項の国際法上の有効性という問題につき肯定的な傾向があることが明らかである以上、義務の遵守を国家に約束させる内容とは到底言えないような文言の条項については別段、そのような内容の文言を有する条項の義務遵守条項を否定するといったことは、もはや困難になっていると言えよう。

4. 前提となる「義務」と国家法

ところで、義務遵守条項は、国家が引き受けた「義務」を遵守することを国家が約束するものであり、典型的には、国家が一方当事者となるような契約において引き受けた「義務」を遵守することが想定されているが、そのような「義務」の引き受けが、国家による立法といった形でなされた場合も、義務遵守条項の対象になるのであろうか。¹⁸⁰

この点、特にアルゼンチンが投資家に対する一定の義務を法律や政令で定めたにもかかわらず、その後の経済危機の際にこれらを変更したことにつき、そのことが義務準拠条項の違反となるかが一連の仲裁判断で争われている。すなわち、*CMS Gas v アルゼンチン*、*Enron v アルゼンチン*、*LG & E v アルゼンチン*、*Sempra v アルゼンチン*であるが、結論としてこの点は肯定されている。

もっとも、*LG & E v アルゼンチン*においては、義務遵守条項との関係では、問題となった法律上の義務が一般的な性格を有するものではなく、一定の投資家を対象にした特定の性格を有するもの

¹⁷⁸ なお、*Yaung Chi Oo Trading v ミャンマー連邦共和国* (ASEAN Case No. ARB/01/1)、仲裁裁定 (2003年3月31日) では、条約上の義務よりも投資家にとって有利な契約を投資家と国家が結んだ場合、契約上の義務が条約上の義務を“prevail”することを定めるだけの条項につき、義務遵守条項として認めないとの判断が下されている。いわゆる“preservation of rights”条項であるが、このような条項が義務遵守条項ではないことは、その性質上明らかであろう。

¹⁷⁹ これに対し、義務遵守性を肯定した *SGS v フィリピン共和国* においては、問題となった条約における条項の文言が厳密には異なっていた。

¹⁸⁰ この点、初期の *SGS v パキスタン・イスラム共和国* においても、この問題につき肯定していたとも言える。これに対し、*SGS v フィリピン共和国* では、傍論ではあるがこの点につき否定的な立場を示していた。

であったことが強調されており、また、CMS Gas v アルゼンチンの取消決定においてもこの点が強調されているため、¹⁸¹いかなる法律上の義務であっても義務遵守条項上の「義務」と認めることができるかについては留意が必要であると言える。¹⁸²

5. 前提となる「義務」の主体

次に、投資家による投資は、現地における子会社等を通じてなされることがあるが、その場合、申立人たる投資家と、国家に「義務」を生じせしめる契約等を結んでいた当事者がずれてしまうという事態が生じることがある。そのような場合でも、申立人は義務遵守条項の違反を主張することができるのであろうか。前提となる「義務」の主体に、直接の当事者のみならず、間接的な立場に立つかかる投資家も含まれるか問題になる。

この点、CMS Gas v アルゼンチン、Amto v ウクライナ、Sempra v アルゼンチン等が、義務遵守条項との関係で間接的な投資家にも当事者性を認めたのに対し、¹⁸³Azurix v アルゼンチン、Siemens v アルゼンチン、CMS Gas v アルゼンチンの取消決定、Duke Energy v エクアドル、Burlington Resources v エクアドルは、これを否定的にとらえている。すなわち、判断例の傾向が定まっていると言えないが、否定的な判断例の方がどちらかと言えば多いということは留意されてよいであろう。

6. 前提となる「義務」の存否の判断の準拠法

ところで、前提となる「義務」は、通常、投資家と国家の間の契約等による場合が多いが、その存否を巡り争いが生じた場合には、どのように判断をすればよいのであろうか。義務遵守条項自体の解釈は国際法に従って行われることは当然であるが、その前提たる契約の解釈についてはどうかという問題である。

この点、初期の SGS v フィリピン共和国において既に、契約準拠法であるフィリピン法で解釈されるべきことが示されている。その後も、Malicorp Limited v エジプト・アラブ共和国、Marion Unglaube v コスタリカ、Burlington Resources v エクアドル、Micula v ルーマニアなどでも示されており、また、当然のようにそのことを前提に判断を下しているものも多いため、判断例としては確立しているといえる。

7. 前提となる「義務」の存否の判断の管轄権

では、前提となる「義務」を生じせしめる契約等において、準拠法条項だけでなく、裁判管轄条項や仲裁条項が（投資協定仲裁とは）別個に定められていた場合はどうであろうか。

この点、契約等における管轄条項の存在によって義務遵守条項に関する争いについての投資協定仲裁の管轄が失われると考えることも可能であろうが、この立場に立つ仲裁判断例は **Toto Costruzioni**

¹⁸¹ CMS Gas v アルゼンチン (ICSID ARB//01/8)、取消決定 2007 年 9 月 25 日。

¹⁸² その後の Continental Casualty v アルゼンチン (Case 23) も傍論ではあるが同様の判断を示している。

¹⁸³ 傍論ではあるが、Continental Casualty v アルゼンチンもこれを肯定している。

Generali S.p.A. v レバノン共和国のみしかない。

したがって大勢は、契約等における管轄条項の存在により義務遵守条項に関する投資協定仲裁の管轄は失われないことを前提としているが、その上で、SGS v フィリピン共和国、BIVAC B.V. v パラグライ共和国のように、契約等において別に管轄条項が置かれている場合には、契約上の義務違反の有無等については当該管轄条項を尊重し、当該管轄条項により指定する裁判所に契約上の義務違反の有無等の判断は任せ、その判断が出るまで投資協定仲裁の手続を停止するという立場と、¹⁸⁴Eureko v ポーランド共和国、SGS v パラグアイ共和国、Malicorp Limited v エジプト・アラブ共和国のように、契約等に管轄条項の存在があったとしても、（義務遵守条項はあくまで条約上の存在であるから）義務遵守条項違反の前提たる契約上の義務違反等も含め、投資協定仲裁の方で判断できるという立場に大きく分かれており、この点でいまだ傾向は固まっていないといえる。

8. 義務遵守条項と最恵国待遇

ところで、投資家の国が投資受入国と締結していた投資協定においては義務遵守条項が含まれていないが、最恵国待遇条項が含まれている場合において、当該投資受入国が他の国と締結している投資協定において義務遵守条項が含まれていることを奇貨として、当該投資家はこれを援用し、義務遵守条項の違反を主張することができるであろうか。

この点について、Impregilo v パキスタン・イスラム共和国は、最恵国待遇条項が“all matters”や“any matters”と定められている場合には他の国との投資協定の投資家にとってより有利な条項を広く援用できるという判断を前提に、これを肯定している。また、EDF v アルゼンチンも、これを肯定する。

他方で、Paushok v モンゴルは、前提となっている投資協定の最恵国待遇条項が援用の対象を限定していることを理由にこれを否定したが、援用の対象を広く設定している最恵国待遇条項があれば別段ともしている。

このようにこの問題は、他の投資協定に含まれるいかなる条項も最恵国待遇条項により援用できるかという問題の一部として処理される傾向にあると考えられる。

9. その他

この他、義務遵守条項の存在により契約等で定められた義務以上の義務が追加的に投資受入国に課されるのか否か、契約等で定められた義務の違反の存在があれば全て義務遵守条項の違反となるのか否かといった法的问题が議論されることもあるが、その帰結が最終的な判断にどこまで直結するかについて、実務的には疑問の部分もあるため、ここでは割愛した。

¹⁸⁴ 傍論ではあるが、Bosh v ウクライナもこの立場に立つ。

公表されている主要な投資仲裁判断例の
分析に関する調査研究
(先決的抗弁・実体法的論点)

報告書 別紙

平成 30 年 3 月 16 日

弁護士法人 瓜生・糸賀法律事務所

目次

1 : Emilio Agustín Maffezini v スペイン王国	P.1
2 : Waste Management, Inc. v メキシコ合衆国	P.5
3 : Pope & Talbot v カナダ	P.8
4 : Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v アルゼンチン (Vivendi I)	P.10
5 : Wena Hotels v エジプト・アラブ共和国	P.16
6 : Salini Costruttori & Italstrade v モロッコ王国	P.20
7 : Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» v チリ	P.22
8 : CMS Gas Transmission Company v アルゼンチン	P.29
9 : Azurix Corp. v アルゼンチン	P.33
10 : SGS Société Générale de Surveillance S.A. v フィリピン共和国	P.38
11 : Tokios Tokelés v ウクライナ	P.45
12 : Plama Consortium Limited v ブルガリア共和国	P.47
13 : Bayindir İnsaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v パキスタン・イスラム共和国	P.54
14 : Saluka Investment BV v チェコ共和国	P.62
15 : Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v エジプト・アラブ共和国	P.67
16 : L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. v アルジェリア	P.73
17 : Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., Jerry Montour, Arthur Montour, Kenneth Hill v アメリカ合衆国	P.79
18 : Inceysa Vallisoletana, S.L. v エルサルバドル共和国	P.89
19 : Saipem S. p. A. v バングラデシュ人民共和国	P.93
20 : Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v エクアドル共和国	P.100
21 : Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v エクアドル共和国	P.105
22 : Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v モンゴル	P.114
23 : Continental Casualty Company v アルゼンチン共和国	P.124
24 : Société Générale v ドミニカ共和国	P.129
25 : Railroad Development Corporation v グアテマラ共和国	P.138
26 : Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación, Emergentes F.I., Ahorro Corporación, Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgorde Valores SICAV S.A. and GBI 9000 SICAV S.A. v ロシア	P.146
27 : Tza Yap Shum v ペルー共和国	P.152
28 : Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v アルバニア共和国	P.156
29 : Europe Cement Investment and Trade S.A. (Poland) v トルコ共和国	P.160
30 : Romak S.A. (Switzerland) v ウズベキスタン共和国	P.168
31 : Joseph Charles Lemire v ウクライナ	P.175
32 : SGS Société Générale de Surveillance (SGS) v パラグアイ共和国	P.182
33 : Yury Bogdanov v モルドバ共和国	P.190
34 : Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Company (U.S.A.) v エクアドル共和国	P.193
35 : Merrill & Ring Forestry v カナダ	P.203
36 : ATA Construction, Industrial and Trading Company v ヨルダン・ハシミテ王国	P.209
37 : Burlington Resources Inc. v エクアドル	P.214
38 : Venezuela Holdings B.V. and others v ベネズエラ・ボリバル共和国	P.218

39 : Chemtura Corporation v カナダ	P.228
40 : Eureko B. V. (The Netherland) v スロバキア共和国	P.239
41 : Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Corporation v グレナダ	P.245
42 : Total S.A. v アルゼンチン共和国	P.251
43 : Malicorp Limited v エジプト	P.257
44 : GEA Group Aktiengesellschaft v ウクライナ共和国	P.262
45 : Impregilo S.p.A. v アルゼンチン共和国	P.270
46 : Abaclat and others v アルゼンチン共和国	P.278
47 : Hochtief AG v アルゼンチン共和国	P.284
48 : White Industries Australia Limited (Australia) v インド共和国	P.292
49 : ICS Inspection and Control Services Limited v アルゼンチン共和国	P.306
50 : Marion Unglaube / Reinhard Unglaube v コスタリカ	P.317
51 : Pac Rim Cayman LLC v エルサルバドル共和国	P.326
52 : Antoine Goetz, Theresia Pooters, Sven Goetz, Sandra Weyler, Alain Goetz, Sylvain Goetz et S.A. Affinage des Métaux v ブルンジ共和国	P.336
53 : EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v アルゼンチン共和国	P.346
54 : Deutsche Bank AG v スリランカ民主社会主義共和国	P.356
55 : Burlington Resources Inc. v エクアドル	P.365
56 : Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Aubobuses Urbanos del Sur S.A. v アルゼンチン共和国	P.372
57 : Franck Charles Arif v モルドバ共和国	P.380
58 : Rompetrol Group N.V. v ルーマニア	P.390
59 : Philip Morris Brands Sàri, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v ウルグアイ東方共和国	P.399
60 : Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v バングラデシュ共和国、Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (BAPEX), Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (PetroBangla)	P.407
61 : Metal-Tech Ltd. v ウズベキスタン共和国	P.417
62 : KT Asia Investment Group B.V. v カザフスタン共和国	P.424
63 : Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v ルーマニア	P.434
64 : Sanum Investments Limited (申立人・取消判決被告) v ラオス人民民主共和国 (被申立国・取消判決原告)	P.446
65 : Teco Guatemala Holdings LLC v グアテマラ共和国	P.452
66 : Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v ボリビア多民族国	P.462
67 : Churchill Mining PLC v インドネシア共和国	P.468
68 : National Gas S.A.E v エジプト・アラブ共和国	P.476
69 : Achmea B.V. v スロバキア共和国	P.483
70 : Hulley Enterprises Limited/Yukos Universal Limited/Veteran Petroleum Limited v ロシア	P.492
71 : Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v アメリカ合衆国	P.501
72 : Gold Reserve Inc. v ベネズエラ・ボリバル共和国	P.509
73 : Hesham Talaat M. Al-Warraq v インドネシア	P.520
74 : British Caribbean Bank Limited v ベリーズ	P.527
75 : Hochtief AG v アルゼンチン共和国	P.534
76 : Renée Rose Levy, Gremcitel S.A. v ペルー共和国	P.541
77 : William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v カナダ	P.547

78 : Poštová banka, A.S. and Istrokapital SE v ギリシャ共和国	P.554
79 : Adel A. Hamadi Al Tamimi v オマーン	P.560
80 : Charanne B.V., Construction Investments S.à.r.l v スペイン王国	P.566
81 : Tenaris S.A. and Talta-Trading E Marketing Sociedade unipessoal Lda v ベネズエラ・ボリバル共和国	P.574
82 : Mesa Power Group, LLC v カナダ	P.581
83 : Cyrstallex International Corporation v ベネズエラ・ボリバル共和国	P.590
84 : MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v モンテネグロ	P.599
85 : Metalclad Corp. v メキシコ	P.606
86 : S.D. Myers, Inc. v カナダ	P.610
87 : CME Czech Republic B.V. v チェコ共和国	P.616
88 : ADF Group Inc. v アメリカ合衆国	P.621
89 : Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v メキシコ	P.627
90 : ČeskoslovenskáObchodníBanka, A.S. (CSOB) v スロバキア共和国	P.631
91 : Eureko v ポーランド共和国	P.636
92 : Noble Ventures v ルーマニア	P.641
93 : Siemens v アルゼンチン	P.646
94 : Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v アルゼンチン	P.652
95 : イタリア v キューバ共和国	P.657
96 : 取消請求人 Malaysian Historical Salvors Sdn., Bhd. v 取消被請求国 マレーシア	P.664
97 : Perenco Ecuador Ltd. v エクアドル及び Empresa Estatal Petroleos Del Ecuador (PetroEcuador)	P.671
98 : Sempra Energy International v アルゼンチン	P.677
99 : Vito G. Gallo v カナダ	P.686
100 : GIOVANNA BECCARA AND OTHERS v アルゼンチン	P.690
101 : 取消請求国 : アルゼンチン v 取消被請求人 : Sempra Energy International	P.699
102 : PHILIP MORRIS ASIA LIMITED v オーストラリア連邦	P.703
103 : Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company v エクアドル	P.711
104 : Apotex Holdings Inc., Apotex Inc. v アメリカ合衆国	P.717
105 : CC/DEVAS (MAURITIUS) LTD., DEVAS EMPLOYEES MAURITIUS PRIVATE LIMITED TELECOM DEVAS MAURITIUS LIMITED (モーリシャス王国法人) v インド共和国	P.724
106 : Alapli Elektrik B.V. (オランダ王国法人、原事件申立人) v トルコ共和国 (原事件被申立国)	P.729
107 : Diag Human S.E. v チェコ共和国	P.736
108 : VALERI BELOKON v キルギス共和国	P.740
109 : Dan Cake (Portugal) S.A. v ハンガリー共和国	P.747
110 : Copper Mesa Mining Corporation v エクアドル	P.756
111 : ロシア v Veteran Petroleum Limited, Yukos Universal Limited, Hulley Enterprises Limited	P.764
112 : Murphy Exploration & Production Company International v エクアドル	P.772
113 : PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL, PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. and ABAL HERMANOS S.A. v ウルグアイ東方共和国	P.779
114 : Renco Group, Inc. (アメリカ合衆国) v ペルー共和国	P.787
115 : Flemingo DutyFree Shop Private Limited v ポーランド共和国	P.796
116 : Saint-Gobain Performance Plastics Europe v ベネズエラ・ボリバル共和国	P.805
117 : Ampal-American Israel Corporation, EGI-Fund (08-10) Investors, LLC, EGI-Series Investments, LLC, BSS-EMG	

Investors, LLC v エジプト・アラブ共和国	P.813
118 : Eli Lilly and Company v カナダ	P.822
119 : Capital Financial Holdings Luxembourg SA v カメルーン共和国	P.826

1 : Emilio Agustin Maffezini v スペイン王国 (ICSID Case No.ARB/97/7)

判断年月日 : 2000年1月25日 (管轄に関する判断)

仲裁廷の構成 : Francisco Orrego Vicuña (チリ・長)、Thomas Buergenthal (米国)、Maurice Wolf (米国)

一 判断のポイント

投資協定の最恵国待遇条項中に紛争解決手続に関する条項にも適用される旨明示されていなくても、問題となる有利な待遇が当事国の公共政策に関する根本的な問題に関するものでなければ、他の投資協定の紛争解決手続におけるより有利な条項が均霑される。

二 事案の概要

申立人は、スペインにおける化学製品の製造および販売を行う会社に対する投資財産に関して受けた待遇に関する紛争に関し、アルゼンチン・スペイン BIT (以下「本件 BIT」という。) に基づき、1997年7月18日、ICSID にスペインに対する仲裁を申し立てた。

これに対し、スペインは、1. 申立人が本件 BIT 第10条に基づく国内救済を完了していないこと、2. 本 BIT の最恵国待遇条項及びチリ・スペイン BIT の紛争解決手続条項 (本 BIT と異なり国内救済要件は定められていない) に基づき同 BIT の有利な条項を利用する旨の選択的主張に対して、手続や管轄の問題に最恵国待遇条項は適用されないこと、3. 申立人が ICSID 条約第25条1に規定する「投資家」に該当しないこと、4. SODIGA の行為がスペインに帰属しないこと、5. 申し立てられている紛争の一部は本 BIT の発効前のものであり、本 BIT の適用対象とならないことを主張し、管轄及び受理可能性を争った。

※本件 BIT Article X (Settlement of Disputes Between a Contracting Party and an Investor of the other Contracting Party)

1. Disputes which arise within the terms of this Agreement concerning an investment between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party shall, if possible, be settled amicably by the parties to the dispute.

2. If the dispute cannot thus be settled within six months following the date on which the dispute has been raised by either party, it shall be submitted to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made.

3. The dispute may be submitted to international arbitration in any of the following circumstances:

- a) at the request of one of the parties to the dispute, if no decision has been rendered on the merits of the claim after the expiration of a period of eighteen months from the date on which the proceedings referred to in paragraph 2 of this Article have been initiated, or if such decision has been rendered, but the dispute between the parties continues;
- b) if both parties to the dispute agree thereto.

4. In the cases foreseen in paragraph 3, the disputes between the parties shall be submitted, unless the parties otherwise agree, either to international arbitration under the March 18, 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States or to an ad hoc arbitral tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

If after a period of three months following the submission of the dispute to arbitration by either party, there is no agreement to one of the above alternative procedures, the dispute shall be submitted to arbitration under the March 18, 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, provided that both Contracting Parties have become parties to the said Convention. Otherwise, the dispute shall be submitted to the above mentioned ad hoc tribunal.

5. The Arbitral Tribunal shall decide the dispute in accordance with the provisions of this Agreement, the terms of other Agreements concluded between the parties, the law of the Contracting Party in whose territory the investment was made, including its rules on conflict of laws, and general principles of international law.

三 判断概要

仲裁廷は以下の通り判断し、全会一致で本件に対する管轄及び受理可能性を認めた。

I. 国内救済の完了

ICSID 条約第 26 条は、同条約に基づく仲裁について、国内での行政上又は司法上の救済を尽くすことを要求することができるとするが、スペインは ICSID 条約の批准にあたって第 26 条の受容に何等の条件も付していない。また、アルゼンチン・スペイン BIT 第 10 条 3(a)は単に本案の判決が出ることを規定するのみで、国際法における国内救済の完了を要求するものでもないし、仮にアルゼンチン・スペイン BIT 第 10 条 3(a)が国内救済の完了を求めるものだとしても、その後には仲裁に付託することを禁じるものでもない。しかし、申立人は本件をスペインの裁判所に提訴しておらず、同 BIT 第 10 条 2 の要件を満たしていないため、同 BIT のみに基づき管轄を基礎づけることはできない。[paras 21-36]

II. 最恵国待遇条項

最恵国待遇条項の受益者が保有する権利について規律するのは、最恵国待遇条項を規定する条約（以下「元の条約」という。）である。元の条約において規律される事項について第三国との条約においてより有利な待遇が規定されている場合、最恵国待遇条項により当該有利な待遇がもとの条約の受益者に均霑される。[paras 43-45]

数多くの、特に英国が締結した BIT において、最恵国待遇が紛争解決手続条項にも適用される旨明示されているが、そのような条約においては最恵国待遇条項の適用に疑いはない一方、そのような明示のない条約においては、明示しないことが当事国によって意図されたものであるか、その後の締約国の国家実行から推認できるかを確認しなければならない。今日において、紛争解決の仕組みは外国投資家の保護と切り離すことのできないものである。かつては領事館の管轄が通商協定に基づく取引者の保護にとって重要であったが、国際仲裁や他の紛争解決手続はそれにとって代わる現代の発展である。その考慮からは、投資家の権利及び利益の保護に関して第三国の条約に元の条約におけるものより有利な紛争解決のための条項が定められている場合、当該条項は最恵国待遇条項の受益者に均霑される。そのことは、「同種の」(*ejusdem generis*) 原則とも矛盾しない。もっとも、このような最恵国待遇条項の働きについては、公共政策の考慮から、いくつかの重要な制限がある。[paras 51-56]

申立人は、本協定の最恵国待遇条項がこの協定の紛争解決手続条項をも含むことを立証できており、チリ・スペイン BIT におけるより有利な取り決め及び自国投資家の外国における保護に関してスペインの採用する政策に従い、最初にスペインの裁判所に申し立てることなく本件紛争を仲裁に付託することができる結論付ける。本 BIT における国内裁判所への事前の付託要件は、本協定、その交渉過程及びその他の法的文書やその後の国家実行に照らして、公共政策に関する根本的な問題を反映するものではない。したがって、本仲裁廷は本件に対する管轄を有する。[paras 57-64]

III. 申立人の適格（重要性に乏しいと考えられるため省略する。）

IV. SODIGA の行為のスペインへの帰属

SODIGA は、組織面では産業大臣の命令により国立産業機構が許可を受けて設立したものであるし、私的な商業会社として設立されたものの、国立産業機構が資本の 51%以上を保有することとされていた。また、機能面でも、SODIGA は政府機能を遂行するために作られたことが明らかである。したがって、SODIGA は国家機関に該当する。具体的な行為がスペインに帰属するかどうかは本案の問題である。[paras 71-89]

IV. 時的適用範囲

紛争とは「法又は事実事項に関する不一致若しくは当事者間の法的視点又は利益の衝突」であり、本件では 1989 年には当事者間の不一致が生じているものの、技術的及び法的に紛争が形となり始めたのは 1994 年であり、本 BIT 及びチリ・スペイン BIT が発効した後である。したがって、

本仲裁廷は本件に管轄を有する。[paras 90-98]

2: Waste Management, Inc. v メキシコ合衆国 (ICSID Case No. ARB(AF)/98/2; ICSID Case No. ARB(AF)/00/3)

判断年月日： 2000年6月2日（仲裁裁定（I事件））、2002年6月26日（直前の手続に関するメキシコの先決抗弁についての決定（II事件））

仲裁廷の構成： Bernardo M. Cremades（スペイン・長）、Keith Highet（米国）、Eduardo Siqueiros T.（メキシコ）

一 判断のポイント：

NAFTA1121条(2)(b)の規定に基づき行われる権利放棄により、NAFTA投資章の仲裁手続における請求が根拠とする措置と同一の措置について争う国内の手続を継続することは禁止される。同規定が要求する完全な権利放棄の提出は、NAFTA投資章に請求を付託するための前提条件である。

二 事案の概要：

1998年9月29日、申立会社（旧 USA Waste Service）が自社のため及び ACAVERDE S.A. de C.V.を代理して ICSID 追加的の制度規則に基づく仲裁設置要請を ICSID 事務局長に対して行った。仲裁設置要請は、メキシコ合衆国の機関である BANCO NACIONAL DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS S.N.C.（BANOBRAS）ゲレーロ州及びアカプルコ市議会による NAFTA1105 条及び 1110 条に規定された義務への違反から生じた損害の賠償請求を行うものだった。[para 1]

仲裁設置要請の通知は、NAFTA1121 条に規定する権利放棄に関して次の文言が記載されていた。「Additionally, Claimants hereby waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any NAFTA Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measures taken by Respondent that are alleged to be in breach of NAFTA Chapter Eleven and applicable rules of international law, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages. **Without derogating from the waiver required by NAFTA Article 1121, Claimants here set forth their understanding that the above waiver does not apply to any dispute settlement proceedings involving allegations that Respondent has violated duties imposed by sources of law other than Chapter Eleven of NAFTA, including the municipal law of Mexico.**

（強調は、仲裁判断において加えられたもの。）」以上の権利放棄の文言を考慮し、1998年11月3日に ICSID は、申立会社が行った権利放棄が、その実質において NAFTA 第 11 章に基づく締約国の義務と相違しない他の法源により課される義務の違反の主張を含むメキシコ国内における全ての紛争解決手続（ただし、差止命令による救済、宣言的救済その他の

特別な救済を除く。)に適用されることを確認するための書面を申立会社に送付した。1999年11月3日、申立会社は返信書面を送付したが、当該返信書面には、次のように記載されていた。「With respect to the inclusion in the Notice of Institution, of the waiver required by NAFTA Article 1121 and USA Waste's understanding of the scope of that required waiver, USA Waste hereby **confirms that the waiver contained in the Notice of Institution applies to dispute settlement proceedings in Mexico involving allegations of breaches of any obligations, imposed by other sources of law, that are not different in substance from the obligations of a NAFTA State Party under Chapter Eleven of the NAFTA**, except for proceedings for injunctive, declaratory, or other extraordinary relief, not involving the payment of damages. **With respect to USA Waste's efforts to resolve its dispute with Mexico outside of the remedies offered by NAFTA, there are no pending legal proceedings related to that dispute in which the Government of the United Mexican States is a named a party.** (強調は、仲裁判断において加えられたもの。)」[para 5]

被申立国は申立会社が提出した権利放棄はNAFTA1121条が要求する形式で表示されておらず、申立会社の後の行為がかかる権利放棄の条件に整合してもいないとして仲裁廷の管轄を争った。[para 7]

三 判断概要：

NAFTA1121条(2)(b)の規定に基づく権利放棄は、提出される申立てに応じ、権利放棄を行う当事者の権利の放棄に関する全ての条件が明確でなくてはならない。[para 18]

NAFTA1121条3は、権利放棄が仲裁への請求の提出に含まなければならないと規定しており、NAFTA1137条(1)(b)は、ICSID 追加的制度規則第2条に基づく仲裁の通知(notice of arbitration)がICSID 事務局長により受領された時に請求が仲裁に提出されたものとする旨を定める。よって、権利放棄の提出は、ICSID 追加的制度規則第2条が要求する通知と共に行われなければならない、その日から権利放棄が完全な効力を持つ。本件においては、Waste Management は仲裁設置要請の通知をICSID 事務局長に1998年9月29日に提出しており、その日から申立会社は権利放棄に従い他の裁判所又は仲裁廷においてNAFTAの規定の違反を構成すると主張する措置に関する手続を開始し又は継続することを差し控えなければならない。[para 19]

申立会社が主張する権利放棄の解釈によれば、権利放棄は、NAFTA第11章に規定された国際法上の義務の不遵守を明確に主張する手続にのみについて行われることとなる。かかる論法に従うと、申立人は権利放棄の条件に従って行動したこととなる。実際に、ACAVERDEは、他の裁判所又は仲裁廷ではNAFTA規定を明確に援用せず、メキシコ法律に基づき入手可能な国内的手段を活用し、未払いの請求書並びに与信枠及びコンセッション契約に基づく様々な義務の不履行に関して損害賠償請求を提起している。しかし、国内の手続における請求とNAFTAに基づく手続における請求の両方が同一の措置に法的根

拠を有する場合には、申立会社が賠償請求の二重の利益を得る差し迫った危険に照らして、これらの請求はもはや同時に係属することはできない。これは、NAFTA1121 条が回避しようとしていることである。申立会社が提案する解釈は、NAFTA1121 条に規定する権利放棄の目的に抵触する。[paras 27-28]

申立会社が NAFTA1121 条に基づく権利放棄により要求される陳述と異なる意図の陳述を行ったことは明らかである。申立会社は 1998 年 9 月 29 日の権利放棄の提出後も BANOBRAS に対する手続を全ての紛争解決手段が尽きるまで継続した。また、仲裁廷への請求の付託後も、ACAVERDE は ACAPULCO に対する仲裁手続を開始し、当該手続は依然として係属中である。[para 30]

また、申立会社により請求の仲裁への付託とともに提出された権利放棄は、追加的な解釈が記載されていたことを考慮すると、有効なものとは看做されない。[para 31]

以上より、本仲裁廷は、申立会社による NAFTA1121 条(2)(b)に規定された条件の 1 つへの違反のため、請求について判断する管轄を有さない。

(なお、申立会社は I 事件の仲裁裁定後に NAFTA 仲裁廷に請求を再度提出した(II 事件)。II 事件においては、申立会社は国内の仲裁手続を中止した上で、有効な権利放棄を提出した。仲裁廷は、新たに提出された権利放棄に基づき、請求についての管轄を認める判断を下した。)

3 : Pope & Talbot v カナダ(UNCITRAL)

判断年月日： 2000 年 6 月 26 日（中間判断）

仲裁廷の構成： Lord Dervaird（英国・長）、Benjamin J Greenberg（カナダ）、Murray J Belman（米国）

一 判断のポイント

- 収用に関する NAFTA 第 1110 条は、国家の警察権力の行使と言われ得る差別的でない規制をも対象とする。
- 事業活動への介入が「収用」に該当するか否かを判断する上では、介入の度合いが所有者から財産を奪ったといい得るほどに制限的なものか否かが基準となる。

二 事案の概要

申立人は、米国デラウェア州で設立された公開会社である。申立人は、1969 年以降カナダで木材事業を営んできた。投資財産である完全子会社は、ブリティッシュ・コロンビアで針葉樹の木材工場を 3 つ運営していた。近時、1996 年以前において、投資財産は針葉樹木材の 90%程度を米国に輸出していた。1996 年 5 月 29 日の米国カナダ間の針葉樹木材協定により、カナダは針葉樹木材について一定の輸出規制をかけることが要求された。1996 年 3 月 25 日の輸出者向け告知第 90 号において、カナダは輸出者に対し、針葉樹木材が輸出コントロール品目となり、ブリティッシュ・コロンビアを含む一定の地域から米国への輸出にあたっては輸出許可が必要となる旨を告知した。さらに、1996 年 6 月 19 日に出された輸出車向け告知第 92 号により、カナダは一定の針葉樹木材の輸出者に対し、質問状への回答を求めたほか、その後も種々の告知を發した。[paras 1-40]

三 判断概要

I. パフォーマンス要求の禁止（重要性に乏しいと考えられるため、省略する。）

II. 収用

申立人による米国市場へのアクセスは財産上の權益であり、NAFTA 第 1110 条による保護の対象となるほか、同条は国家の警察権力の行使と言われ得る差別的でない規制をも対象とする。しかし、当該規制措置は、申立人の事業活動に対して収用に該当するほどの事業活動の制限を構成するものではないと考える。針葉樹木材をブリティッシュ・コロンビアから米国に販売する能力は投資財産の重要な事業の一部であり、カナダの措置は「投資財産に影響を及ぼす措置」に該当するが、それは収用には該当しない。本件では投資財産（たる子会社）が国有化されたわけではなく、問題とされているのは投資財産が米国に針葉樹木材を輸出する事業への介入であるが、現

在も投資財産から米国に対する相当量の輸出は続いている。事業活動への介入が収用に該当するか否かを判断する上では、介入の度合いが所有者から財産を奪ったといい得るほどに制限的なものか否かが基準となるが、本件ではこれには該当しない。[paras 96-105]

III. 禁反言（重要性に乏しいと考えられるため、省略する。）

4: *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v アルゼンチン (Vivendi I)* (ICSID Case No. ARB/97/3)

判断年月日: 2000年11月21日(仲裁裁定)、2002年7月3日(取消決定(取消決定時の事件名は、*Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi Universal v アルゼンチン*))

仲裁廷の構成: Judge Francisco Rezek (ブラジル・長)、Judge Thomas Buergenthal (米国)、Peter D. Trooboff (米国)

特別委員会の構成: L. Yves Fortier (カナダ・長)、James R. Crawford (オーストラリア)、José Carlo Fernández Rozas (スペイン)

一 判断のポイント:

投資家と投資受入国政府との間の契約中に契約上の紛争が国内裁判所の排他的管轄に服する旨の規定がある場合でも、投資家が別途投資協定上の請求を投資受入国に対して提起することは妨げられない。

二 事案の概要:

本件紛争は、フランス法人で国内外で上下水道事業を運営する *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A.* 及びそのアルゼンチン関係会社である *Compagnie Générale des Eaux* (「申立会社」又は「CGE」と総称する。) がアルゼンチン共和国トゥクマン州との間で1995年5月18日に締結した民営化後の上下水道事業を請け負うコンセッション契約に関して発生したものである。コンセッション契約第16.4条は、契約の解釈及び適用についての契約紛争の解決について規定し、当該紛争がトゥクマンの行政裁判所の排他的管轄に服する旨を定める。[paras 24-27]

コンセッション契約に基づき、CGEは1995年7月22日にトゥクマンの上下水道事業の運営についての責任を負うこととなった。CGEによる取得の時点で、トゥクマンの上下水道システムの構造及び運営には深刻な技術的及び商業的欠陥が存在した。[para 28]

CGEがコンセッション契約の履行を始めてまもなく、CGEとトゥクマン当局との間で紛争が発生した。当該紛争は、広範に知れ渡り、論争的となり、最終的にはフランス政府及びアルゼンチン政府が発生した問題を解決するために積極的に関与するまでに至った。[para 29]

1996年3月5日、CGEはアルゼンチン共和国に対して、トゥクマン州とのコンセッション契約の条件についての交渉、特に同州知事による契約解除の恐れ及び料金表改定の要求について通知した。1996年5月2日にアルゼンチン共和国とトゥクマン州は「中央政府がコンセッション契約の再交渉を成功させるための補助及び専門知識を提供する旨の合意」に至った。アルゼンチン共和国の職員が、1996年から1998年の上下水道事業コンセッションのアルゼンチン共和国当局への移転 (turnover) に至るまでの間、再交渉に関与することになった。結局、申立会社とト

ウクマン州はコンセッション契約の再交渉を妥結することができなかった。特に、長い交渉の結果 1997 年に締結に至った枠組契約もトゥクマンの立法により否認された。更に、CGE とトゥクマン州はコンセッション契約の改定を交渉し、契約文がトゥクマン州知事により 1997 年 4 月に承認されたが、申立会社の主張によれば、トゥクマン州議会に履行法を提出する前に州知事が CGE との協議なしに事業上の条件を大幅に変更した。CGE は、トゥクマン州議会を通過した改定されたコンセッション契約への署名を拒否した。アルゼンチン共和国職員の下、深い関与の下、交渉が続けられたが、1997 年 4 月に交渉されたコンセッション契約の改定に対する州知事及び州議会による変更の経済的影響について激しく対立した。[para 36]

1997 年 8 月 27 日、CGE はトゥクマン州知事に対し、トゥクマンの債務不履行を理由としてコンセッション契約の解除を通知した。1997 年 9 月 27 日、トゥクマン州は CGE の解除通知を拒否し、CGE の債務不履行を原因としてコンセッション契約を終了した。1998 年 10 月 17 日、アルゼンチン共和国の機関が上下水道事業の運営を引き継ぐこととなった。[paras 37-39]

三 判断概要：

● 仲裁判断

I. 管轄権

本仲裁廷は、コンセッション契約 16.4 条が本仲裁廷の管轄を奪うものではないと考える。なぜならば、同条は、アルゼンチン共和国に対して本件投資協定に基づき請求を付託する CGE の権利の放棄とはならないからである。この点について、当事者は *Lanco International Inc. v. アルゼンチン* における ICSID 仲裁廷の管轄権決定の関連性につき広範囲にわたる議論を行っている。*Lanco* 事件仲裁廷は、当事者が紛争をブエノスアイレス市連邦行政裁判所に付託する旨の契約条項が二国間投資協定の条項に基づく ICSID 仲裁を前もって排除する合意を構成するとの主張を取り扱った。同仲裁廷はかかる主張を退け、投資家がかかる裁判所に請求を提出しなかった、又は提出することができなかった場合の、投資家が ICSID 仲裁に紛争を付託する選択肢を認めた。本件においては、CGE により付託された請求は、(申立会社によれば中央政府に帰属する) アルゼンチン共和国政府の作為及び不作為並びにトゥクマン当局の作為により生じたアルゼンチン共和国による本投資協定の違反に基づくものである。これらの請求は、仮に、コンセッション契約に基づかず本投資協定に基づく請求の根拠 (cause of action) を主張するものであるとの理由だけであってもトゥクマンの行政裁判所の管轄に服さない。[para 53]

よって、コンセッション契約第 16.4 条が、投資家がアルゼンチン＝フランス投資協定の違反についての責任をアルゼンチン共和国に問う請求について ICSID 条約に基づく手続を開始することを妨げるものと看做すことはできない。[para 54]

同様に、申立会社がトゥクマン行政裁判所において、コンセッション契約の条項への違反についてトゥクマンを提訴したとしても、その後申立会社が本件投資協定及び ICSID 条約に規定する救済手段をアルゼンチン政府に対して求めていくことを排除しない。すなわち、コンセッション契約第 16.4 条が要求するようにトゥクマンの行政裁判所に請求を付託することは、本投資協

定第 8 条の下でのフォークインザロードを構成する国内裁判所における法的請求の選択とはならない。[para 55]

II. 本案

アルゼンチンによる投資協定違反とコンセッション契約の不履行との関係

申立会社は、被申立国に帰属する州の行為であって投資協定に基づく申立会社の権利を侵害した行為として4種類ものを挙げている：①回収率の下落をもたらした行為、②料金率を一方的に減少させた行為、③規制当局の権限濫用、④悪意に基づく取扱い。4種類の行為のいずれもアルゼンチン共和国の職員の作為又は不作為を含まないため、本件において、トゥクマン当局の行為のアルゼンチン共和国への帰属を通してのみ被申立国の責任は発生する。[paras 63-64]

① 回収率の下落をもたらした行為

申立会社は、1996年12月にトゥクマン州のオンブズマンが行った決定は、CGEが「不払いの顧客にサービスを停止する権利」を奪ったと主張する。また、申立会社は、トゥクマン上下水道規制局(ERSACT)が発出した決議170号及び212号が料金の減額を強制し、支払うべき請求書がどれかについて不確かにしたと主張する。この他、申立会社は、トゥクマン州の様々な支局が行った顧客が請求金額を支払わないことを懲罰する公のステートメントがあったこと、申立会社から不払いの顧客にサービスを停止する権利を奪った、2度目の再交渉された合意について州知事及び州議会が行った変更も主張している。これらの全ての論点は、コンセッション契約に基づく申立会社の権利及び当該契約に基づくトゥクマン州の義務の履行に関係している。申立会社は、トゥクマン州の裁判所において、いずれの行為についても争っていない。[paras 65-66]

② 料金率を一方的に減少させた行為

申立会社は、この種類の行為として、上記で挙げたERSACTの決議170号及び212号を指定しているが、既に述べたように、これらはトゥクマン州の裁判所では争われていない。[para 67]

③ 規制当局の権限濫用

申立会社は、(i)州当局による請求書不払いの奨励又は回収率の減少並びに(ii)州知事によるERSACTの介入及び当該当局によるその後の行為を主張する。CGEは、この点について関係するコンセッション契約の規定についてトゥクマン当局が主張した解釈について、トゥクマンの裁判所において争っていない。ERSACTの介入については、1996年1月のERSACTの介入は、「正当な規制権限の行使」ではなく、むしろコンセッション契約の条件に影響を与えるために政治的に動機付けられたものだったと主張する。申立会社は、トゥクマン裁判所において、ERSACTの介入がコンセッション契約に基づくCGEの権利を侵害しているという理由で法的に争っていない。[paras 68-69]

④ 悪意に基づく取扱い

申立会社は、アルゼンチン共和国は、州知事がトゥクマン州議会に提出した第二の再交渉された合意の条件を変更したことに最も明確に現れているようにトゥクマン州の職員の悪意について責任を負うと主張する。申立会社は、他の例として(i)買収時に研究室の設備が運び出されてい

たのにもかかわらず水質検査ができなかったことについて罰則を課したこと、(ii)CGE が地方税及び州税について請求することを許可しなかったこと、(iii)いわゆる「黒い水」の問題を、CGE には責任がなく、そのような状況を迅速に回復させたにもかかわらず、民衆との関係に利用したことを挙げている。[para 70]

第二の再交渉された合意の条件の変更に関する紛争は、須らくトゥクマンと申立会社との間の交渉に関するものである。申立会社は、トゥクマンがコンセッション契約を改定する法的義務を負っていたと主張していない。また、アルゼンチン共和国は、申立会社の完全な支援を受けて当事者間の合意を達成すべく様々な方法（いわゆるロッテンバーグ・ミッション、トゥクマンの重要な政党への政治的圧力を含む。）を追及していたことも争いが無い。このような状況下では、本仲裁廷は、アルゼンチン共和国に帰属することができるトゥクマンの当局の行為について同国が責任を負うと判断する根拠を見出せない。[paras 71-73]

上記(i)の行為に関しては、申立会社に対してこれまでいかなる罰金も執行されていないことから、本仲裁廷は、この行為に依拠して悪意に基づく取扱いがあったと判断することはできない。特にその正当化根拠についての紛争が、トゥクマンの裁判所が判断するであろうコンセッション契約の解釈に大きく依存している場合は特にそうである。[para 74]

上記(ii)及び(iii)の行為については、当事者は、事実関係及びコンセッション契約の関連規定の意味及び適用可能性について一致していない。[para 75]

最後に、申立会社は、コンセッション契約の規定に基づき、CGE が上下水道サービスをトゥクマンに対して 18 ヶ月間提供することを不適切に要求されたと主張する。[para 76]

トゥクマン当局の行為とコンセッション契約の履行との関係及び法的帰結

上記の申立会社が依拠しているトゥクマン州の行為は、コンセッション契約の当事者による履行又は不履行に密接に関連している。本仲裁廷は、被申立国に対する請求の法的基礎に関連する問題の全てがコンセッション契約の履行又は不履行に関する申立会社とトゥクマンの間の紛争から生じている。本仲裁廷は、コンセッション契約の条件（特に第 16.4 条の法廷選択条項）とこれまで触れてきたトゥクマンの職員及び機関の行為に関する本投資協定に基づくアルゼンチン共和国の国際法上の責任との関係を取り扱う。本仲裁廷は、本件におけるコンセッション契約の条件と本投資協定の違反の決定的な繋がりに鑑み、申立会社は、コンセッション契約第 16.4 条が規定するように、トゥクマンの行政裁判所の手続において自らの権利を主張し、手続的にであれ実質的にであれ当該権利を否認されるまでは、アルゼンチン共和国は責任を負い得ない。申立会社とトゥクマン州との間の紛争の性質に鑑みると、同州のどの行為が主権の行使によるものか、それともコンセッション契約の当事者としての権利の行使によるものかを判断することはできない。このような判断を行なう場合には、本仲裁廷はコンセッション契約の詳細な解釈適用を行わなければならないだろうが、この役割は契約当事者によってトゥクマンの行政裁判所の排他的管轄に委ねられている。本仲裁廷においては、トゥクマンの裁判所がかかる請求を受理できなかった、又は請求を審理する際に独立性若しくは公正性を欠くとの主張はなされていない。本

仲裁廷は、申立会社の主張する事実に照らして、申立会社はトゥクマン当局の行為をまず行政裁判所において争うべきであったと認定する。このため、申立会社がコンセッション契約第 16.4 条に基づく救済を追及するためのトゥクマン裁判所へのアクセスを否認される場合、申立会社が裁判所において不公正に取り扱われる場合（手続的正義の否定）、裁判所の判決の内容が不公正な場合（実体的正義の否定）又はその他の事情により本投資協定に基づきアルゼンチンがフランスの投資家に保障する権利が否定される場合にのみ、アルゼンチン共和国に対する請求が生じ得る。しかし、申立会社は、トゥクマンの行政裁判所における救済を追及しておらず、裁判所が申立会社に対して手続的又は実体的正義を否定したであろうということを示す証拠もない。[paras 77-80]

本仲裁廷は、この決定が本投資協定に基づき国内救済の完了を義務付けるものではないことを強調する。なぜならば、このような要求は本投資協定第 8 条及び ICSID 条約第 26 条と両立しないおそれがあるからである。しかし、本件では、申立会社とトゥクマンとの間の契約の第 16.4 条に明確な規定があること、本件事実に照らすとコンセッション契約を解釈し、適用すること（コンセッション契約が明確に国内裁判所の役割としている。）なしには、契約違反に基づく請求と投資協定違反に基づく請求とを峻別することができないことから、国内裁判所の利用が義務付けられる。[para 81]

アルゼンチン共和国のトゥクマンの職員の行為に対する非対応

本仲裁廷は、最後にアルゼンチン共和国が、トゥクマン州の職員の行為に適切に対応しなかったことにより本投資協定の下で責任を負うとの申立会社の主張について検討する。しかし、アルゼンチンの職員が、申立会社が要請した特定の行為を行わなかったということを示す証拠はない。結論として、本仲裁廷は、アルゼンチン共和国が本投資協定に基づく同国の義務に従ってトゥクマンの状況及び申立会社の要請に対処しなかったことを本件の記録から認定することはできない。[paras 83-92]

III. 裁定

本仲裁廷は、申立会社がアルゼンチン共和国に対して提起した請求を棄却する。

● 取消判断

一般原則に従うと、本投資協定違反があったか否かと契約違反があったか否かは異なる問題である。それぞれの問題は、それぞれの適用法に基づいて判断が行われる。一本投資協定の場合には国際法、コンセッション契約の場合には契約の準拠法、すなわちトゥクマン州法。国際法廷に付託される請求の本質的な基礎（essential basis of a claim）が契約違反である場合には、当該法廷は契約の有効な法廷選択条項に効力を与える。例えば、Woodruff 事件において米国＝ベネズエラ混合委員会は、Woodruff が他の法廷に契約上の請求を付託しない旨の契約条項に拘束されると判断した。同時に、契約の排他的管轄条項は、Woodruff に付与された待遇が国際法に違反す

る場合には、母国政府の請求を妨げることはないと判断している。同委員会は、請求の根本的な基礎（fundamental basis of the claim）である契約により当該請求は同委員会の管轄から撤回されたとの理由で請求を棄却した。他方で、「請求の根本的な基礎」が当事者の行為の是非を判断する独立の基準を規定する条約にある場合には、申立人と被申立国（又はその下位部局）との間の契約中の排他的管轄条項は、条約の基準の適用を禁止できない。[paras 96-101]

本委員会は、投資協定の実体規定に基づいた請求に関して管轄権を有する ICSID 仲裁廷が、当該請求は国内裁判所により審理されるべきとの理由で請求を棄却することは許されていないと考える。このような場合に、ICSID 仲裁廷が行なわなければならない審理は、ICSID 条約、投資協定及び適用される国際法により規律される。かかる審理は、当事者の国内法上の合意を含む国内法の問題により決定されることは原則的にない。国家は自らの行為が条約に違反するという性質決定を妨害するために契約中の排他的管轄条項に依拠することはできない。[paras 102-103]

仲裁判断の 77～81 段落から、仲裁廷が、申立会社の投資協定上の請求の重要な部分を、それらが契約の履行又は不履行の問題を含んでいるという理由で判断することを拒否していることは明らかである。仲裁判断は、コンセッション契約の解釈及び適用の必要性を理由に申立会社の請求について判断ができないとしているが、本投資協定第 8 条 4 の規定に基づき、少なくとも本投資協定の実体的基準への違反があった否かを判断するために必要な限りにおいて、仲裁廷はコンセッション契約に基づいて決定を行なう管轄権を有していた。さらに、仲裁廷は、トゥクマンがコンセッション契約の当事者としての権利を行使するに当たって行なった行為については、アプリアリに本投資協定に違反しないことを示唆しているように見受けられるが、このような前提に根拠はない。以上より、仲裁廷はトゥクマンについての請求を棄却するに当たり、問題の行為が本投資協定に違反しているか否かを判断していない。[paras 108-111]

仲裁廷は、トゥクマンについての請求に管轄権を有していたのにもかかわらず、当該請求を判断していないため、その権限を踰越（ICSID 条約第 52 条 1(b)）した。仲裁廷の判断をトゥクマンについての請求に関する限り取り消す。[para 115]

5 : Wena Hotels v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/98/4)

判断年月日 : 2000 年 12 月 8 日 (仲裁判断)

仲裁廷の構成 : Monroe Leigh (米国・長)、Ibrahim Fadlallah (フランス)、Don Wallace Jr. (米国)

一 判断のポイント

- 被申立国が EHC による差し押さえを行う意図を知っていたにもかかわらずこれを阻止しなかったこと、差し押さえの後に警察等がホテルの管理を直ちに申立人に戻す行動に出なかったこと、その後も EHC を排除する行動をとらず、ホテルの返還が決定されてから返還までに 1 年近く要したこと、返還された際も、差し押さえ前と同等の運営条件ではなかったこと等に照らせば、被申立国には公正衡平待遇義務及び十分な保護並びに保障の義務違反が認められる。

- 国際法廷における請求は国内法に基づく時効の制約を受けないとの国際法上確立した原則や本 BIT の規定に照らして、被申立国国内法に基づく時効の主張は認められない。

- 仮に申立人が Luxor ホテル及び Nile ホテルの賃借権の付与に関して EHC の議長に不適切に影響を及ぼそうとしたとの主張が真実だとすれば、これらの主張は不穏なものであり、この請求を棄却する根拠となり得るが、本件の事情に照らせば当該主張は十分立証されていない。

二 事案の概要

1975 年 6 月 11 日、英国とエジプトは投資の促進及び保護のための協定 (以下「本 BIT」という。) を締結した。1989 年 8 月 8 日、申立人と、被申立国の一般公共セクター観光当局に加盟するエジプトの公共セクターであるエジプトホテル会社 (以下「EHC」という。) とは、被申立国の Luxor にある Luxor ホテルに関する 21 年 6 か月間の賃貸開発契約を締結した。当該契約書上、申立人は契約期間を通じて自らの責任でホテルを運営・管理することとされていた。1990 年 1 月 28 日、申立人と EHC は、カイロにある El Nule ホテルについてもほぼ同内容の契約を締結した。[paras 16-18]

これらの契約を締結して間もなく、申立人と EHC の間でそれぞれの義務に関して深刻な立場の不一致が生じた。1990 年 5 月 3 日、申立人は被申立国と EHC を相手方として Luxor ホテルに関する仲裁を提起し、同年 11 月 4 日、仲裁廷は、EHC に Luxor ホテルの修繕を、申立人に未払い賃料の支払いを、それぞれ命じた。その頃、申立人のコンサルタントである Malins 氏が被申立国の観光大臣等に面会し、彼らから、申立人のホテルについて暴力的な取り返しはしない旨の保証を得た。しかし、申立人と EHC の間の立場の不一致は継続し、申立人から観光大臣に対して紛争解決を依頼する書簡が出される等されたものの、なお問題は解消せず、1991 年 3 月 30 日、EHC は内部での取締役会決議に基づき申立人との契約を終了させ、4 月 1 日付で 2 つのホテルを物理的に差し押さえた。[paras 19-50]

1992年1月16日、被申立国の主席検察官は、Nileホテルの差押えは違法であり、申立人はホテルを再度所有する権利があるとの判断を下した。同年2月25日に同ホテルは返還されたものの、その2日前に火災安全規制違反を理由に営業免許をはく奪され、ホテルは閉鎖されており、財産類も取り除かれてオークションにかけられる等していた。また、1992年4月21日、被申立国の主席検察官は、Luxorホテルの差押えは違法であり、申立人に返還されるべき旨命じたが、同月28日に申立人がホテルに入ると相当に傷んでいた。被申立国は、Luxorホテルについて無期限の営業許可を与えることを拒み、下水設備や火災安全上の不備を理由に一時的な許可を出すにとどまった。[paras 51-57]

両ホテルの返還後、申立人は被申立国に賠償を求めて交渉し、1993年12月2日にはNileホテルの賃貸借契約違反について、1994年1月12日にはLuxorホテルの賃貸借契約違反について、申立人からEHCを相手取ったエジプト国内での仲裁が提起された。いずれの仲裁についても申立人が勝訴し、前者については1.5百万エジプトポンド(EGP)が、後者については9.06百万EGPの支払が命じられ、前者については決定から2年後の1997年6月9日に1.47百万EGPが支払われた。[paras 58-62]

1983年から1991年9月に至るまで、EHCは公共セクターの会社であり、エジプト政府に株式全てを保有され、公共セクター会社及び機関に関する法律に従って運営されていた。その株主総会は被申立国の観光大臣が議長となり、他の数々の政府関係者が出席していた。また、観光大臣にはEHCの社長及び取締役会構成員を罷免する権限があった。加えて、EHCや観光大臣は、EHCの資金は公的資金であると考えていた。[paras 65-69]

被申立国は、申立人が賃貸にあたってEHCの議長に不適切に影響を及ぼそうとしたと主張した。それによれば、申立人は、1989年8月20日までにEHC議長であったKamal Kandil氏とコンサルタント契約を結び、1990年1月30日までの間に5回にわたって合計52,000GBPを支払った。Kandil氏は、そもそも契約はドラフト段階であったこと、その契約は今回の2つのホテルとは無関係であることを証言しており、申立人側もそれに沿う証拠を提出している。エジプト政府は、Kandil氏に対する調査を行ったが、それは終了し、同氏は訴追されていない。[paras 70-74]

三 判断概要

I. 本仲裁に適用される法

本件では、本BITは非常に簡潔な協定であり、両当事者の主張は本BITの条項以外の部分ではエジプト法も適用すべきである旨示唆するものの、本BIT以外に適用すべき法に関する当事者間の合意はなく、両当事者の合意という観点からも、エジプト法、適用ある国際法の観点からも、本BITが第一に適用されるべき法である。[paras 78-79]

II. 被申立国の実質的責任

1. 公正衡平待遇及び十分な保護並びに保障義務

以下の理由から、被申立国が公正衡平待遇及び十分な保護並びに保障義務に違反したと認める。

1991年4月1日の差し押さえに EHC 以外の被申立国の公務員が関与したかは明らかでないものの、被申立国が EHC の差し押さえを行う意図を知っていたにもかかわらずこれを阻止しなかったことを示す十分な証拠がある。加えて、一旦差し押さえが行われると、警察も観光大臣もホテルの管理を直ちに申立人に戻す行動に出なかったし、警察が動き出した後もホテルから EHC を排除する措置を取らず、被申立国は EHC やその幹部に実質的な制裁を課していない。加えて、ホテルの返還は主席検察官の決定から 1 年近く後になってからであったし、返還された際も、差し押さえ前と同等の運営条件ではなかった。さらに、被申立国は申立人に損害の賠償もしていない。公正衡平待遇及び十分な保護並びに保障義務条項は投資財産に一切の損害が生じないようにする義務を被申立国に課するものではないが、本件では被申立国が申立人の投資財産に関してこの義務に違反したことに疑いはない。[paras 84-95]

2. 収用

仲裁廷は、本件で迅速、適切かつ十分な補償が行われずに収用が行われたと認める。国際法上、何が収用を構成するかに関する基本原則は十分確立しており、Amco Asia v インドネシアの仲裁判断で ICSID 仲裁廷が論じたとおり、国家が私有財産を習得する場合のみならず国家が所有権を他の自然人又は法人に移転する場合にも収用が成立することは国際法上一般的に受け入れられている。また、収用の対象が有形財産に限られないことも十分に確立している。本件では、実際のホテルの差し押さえを認めたか実際に関与したかに関わらず、被申立国は EHC にホテルを物理的に差し押さえ、1 年近くの間不法に占拠することを認めることを通じて、申立人からホテルの所有に関する基本的な権利をはく奪した。加えて、ホテルが申立人に返還された後も、被申立国は申立人に対して迅速、適切かつ効果的な補償を提供することを拒んだ。以上の理由から、被申立国は Luxor ホテル及び Nile ホテルの差し押さえの結果申立人に生じた損害について迅速、適切かつ効果的な補償を行わなかったことにより、本 BIT の収用に関する規定に違反した。[paras 96-101]

III. 申立人の請求と時的制約

被申立国は、ICSID 条約第 42 条 1 の適用の結果被申立国の民法第 172 条の時効の規定により申立人の請求は制約を受ける旨主張するものの、被申立国の民法第 172 条を厳格に適用することにより国際法上確立した原則であるところの、国際法廷における請求は国内法に基づく時効の制約を受けないとの原則に反するし、そもそも本件で第一に適用されるのは本 BIT であり、その第 8 条 1 との関係でも被申立国の主張は認められない。[paras 102-110]

IV. Kandil 氏とのコンサルタント契約（腐敗）

被申立国は、申立人が Luxor ホテル及び Nile ホテルの賃借権の付与に関して EHC の議長に不適切に影響を及ぼそうとした旨主張しており、仮にこの点が真実だとすれば、これらの主張は不穏なものであり、この請求を棄却する根拠となり得る。国際法廷はしばしばこの手の腐敗が国際

的な善良な道徳 (*bonae mores*) に反するとしてきたが、違法な賄賂と適法な手数料の間の線引きを適切に行うにあたっては、仲裁廷にとってさじ加減の難しい問題が残る。[para 111]

本件では、1989年8月に申立人が **Kandil** 氏との間で「エジプトにおいて申立人がホテル事業を展開するための機会について助言・助力すること」を目的として契約を結び、同氏に対して同年8月19日から1990年1月30日までの間に合計52,000GBPの支払を行ったこと、1991年3月26日に **Kandil** 氏に対し、同氏が契約に違反したことを理由として訴訟を提起したことに争いはない。申立人は、この契約は Nile ホテル及び Luxor ホテルのためではなく Misr Aswan での事業展開の支援のためであったと主張し、それに沿う証拠も提出している。仲裁廷は、被申立国が **Kandil** 氏に対する捜査を開始したものの何らかの理由でこれを打ち切っており、この契約のことを知りつつ被申立国政府が **Kandil** 氏を訴追しないことを決定したことに鑑み、被申立国法上これが違法であることを理由として本仲裁で被申立国の賠償責任を免れさせることには躊躇する。加えて、被申立国はこの争点について証明責任を追っているが、支払いのタイミング等の点を除き、申立人側の証拠に反論する証拠を提出していない。[paras 112-117]

V. 損害額 (重要性に乏しいと考えられるため、省略する。)

6 : Salini Construttori & Italstrade v モロッコ王国 (ICSID Case No.ARB/00/4)

判断年月日 : 2001年7月16日 (管轄に関する判断)

仲裁廷の構成 : Robert Briner (スイス・長) 、 Bernardo Cremades (スペイン) 、 Ibrahim Fadlallah (フランス/レバノン)

一 判断のポイント

ICSID 条約第 25 条にいう「投資財産」に該当するためには、①出資、②相当期間の契約の履行、③取引リスクへの参加及び④投資受入国の経済発展への寄与の要件を満たす必要があり、これらの要件は相互に依存するため、総合的に検討されるべきものである。

二 事案の概要

Société Nationale des Autoroutes du Maroc (以下「ADM」という。)は、1989年に有限責任会社として設立され、インフラ及び専門的並びに執行訓練大臣との間で締結したコンセッション契約に基づき、高速道路の建設、維持及び運営並びに種々の道路工事を行っている。1994年8月に ADM が Rabat から Fès までの高速道路の建設に関する入札の国際的な勧誘状を出し、申立人兩名は、第2区間 Khémisset から Meknès Ouset (西 Meknès) 間の建設に関する共同での入札を提出した。1998年7月31日、工事の暫定的な引渡しがなされた。工事は1998年1月14日に完了し、完成までに36か月がかかったが、これは契約で定められた32か月よりも4か月長かった。最終的な引渡しは1999年10月26日に行われた。その後、最終的な清算に関するやりとりがあり、2000年5月1日に申立人は ICSID に仲裁の申立てを行った。[paras 1-5]

三 判断概要

本件では紛争の成熟性、仲裁に対する当事者の合意、ADM の行為のモロッコへの帰属も争点となったものの、以下、本件で重要と考えられる事物管轄 (投資財産の意義) の点に絞って概要を記載する。

モロッコ・イタリア投資協定 (以下「本 BIT」という。) 第8条2は、本 BIT に基づく保護の対象となる「投資財産」を定義しようとするものであるが、ICSID の管轄が問題となる場合、紛争の対象となる権利は、ICSID 条約第25条にいう「投資財産」にも該当するものでなければならない。[paras 43-44]

建設契約は「経済的な価値を有する契約上の利益」に対する権利を作り出すもの等として、本 BIT 第1条1(c)や(e)に該当し、他の要件も満たしているため、本 BIT 上の投資財産に該当する。[paras 45-49]

ICSID 条約には投資財産の定義はなく、これまで同条約第25条にいう投資財産の概念について

問題提起された前例はほとんどない。しかし、紛争が「投資財産から直接生」じたものでなければならぬという要件が締約国の同意によって希薄化すると考えるのは不正確であり、投資財産の要件はICSIDの管轄の客観的な条件でなければならないことにICSIDの判例法及び法律家は合意している。一般的に、投資財産とは、出資、相当期間の契約の履行及び取引リスクへの参加の要素を含むものと推論される。ICSID条約の前文からは、投資受入国の経済発展への寄与も要件に追加することができるかもしれない。実際には、これらの要件は相互に依存するため、総合的に検討されるべきものである。[paras 50-52]

本件では、申立人が自らのノウハウを用い、必要な機器及び工事の完遂に必要な人員を提供したこと、建設現場において製造ツールを組み立てたこと、工事を実行するために必要な物品購入や従業員の給与の支払等のための資金調達のために借入れを行ったこと、並びに銀行への保証状を発行したことに争いはなく、申立人は、金銭上、物品及び産業上の出資を行っている。[para. 53] また、契約の合計期間は32か月と定められていたが、36か月に延長された。したがって、本件取引は2年から5年という最低期間要件を満たしている。[para. 54]

リスクの引受けについては、問題となる契約に起因する性質のものである。本件では、とりわけ、所有者側が自らの特権で早期に契約を終了すること、固定額の報酬は変わらずに仕様の変更を課してくること、モロッコ法の改正があった場合労働コストが上昇するおそれがあること等に関するリスクが挙げられている。[paras 55-56]

最後に、投資受入国の経済発展への貢献については、多くの国においてインフラの建設は国家又は他の公的機関の行うべきタスクであり、大きな問題とはならない。[para. 57]

したがって、申立人とADMの間の契約はICSID条約第25条にいう投資財産に該当する。[para. 58]

そして、本BIT第8条により、本BIT違反の主張に対して仲裁廷は管轄を有する。[paras 59-63]

7 : Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» v チリ (Affaire CIRDI ARB/98/2)
(JCA ジャーナル 2009 年 10 月号 (1))

判断年月日 : 2001 年 9 月 25 日 (暫定措置決定)、2002 年 5 月 8 日 (管轄権決定)、2008 年 5 月 8 日 (本案判断)

仲裁廷の構成 : Pierre Lalive (スイス・長)、Mohammed Chemloul (アルジェリア)、Emmanuel Gaillard (フランス)

一 判断のポイント :

- ・ 収用は即時的行為であり、投資保護協定発効前になされた収用に同協定は適用されない。
- ・ 投資受入国国内裁判所が長期にわたり投資家の訴えに判断を下さない場合、公正衡平待遇義務違反が発生し得る。
- ・ 投資保護協定当事国による解釈合意には、一定の限界がある。

二 事案の概要 :

I. 事実関係 [本案判断 paras. 55-80]

チリで最多部数を誇る日刊紙 El Clarín は、Dario Sainte Marie (チリ国籍) により 1955 年に創設された。Sainte-Marie は、1967 年設立の CPP 社 (チリ法人) の株式 93% を保有しており、CPP 社は El Clarín 紙を発行する EPC 社の持分 95.5% を保有していた (残り 4.5% は Sainte Marie 個人が保有)。1972 年に、Sainte Marie は、家庭の事情によりチリを離れ、同氏を補佐していた Victor Pey Casado (本件申立人) に CPP 社と EPC 社の持分 4.5% を売却する契約を同氏と交わした。

1973 年、Pinochet 将軍によるクーデターが発生し、Allende 大統領は殺害され、El Clarín 紙編集長は拘束され、EPC 社社屋は軍に占拠された。Pey Casado はベネズエラ大使館に外交的庇護を求め、チリからの出国に成功したものの、1975 年のデクレ 165 号により、CPP 社および EPC 社の清算とその財産の国庫への帰属が定められ、また、同年のデクレ 580 号により、申立人のすべての動産・不動産等が国家に収用された。

1990 年に Pinochet 大統領は辞任した。その後、Pey Casado の財産収用に関する 1975 年デクレ 580 号 (およびそれを確認する 1976 年デクレ 1200 号) は無効とされた。申立人は、1995 年 2 月に、CPP 社に関する原状回復を求めてチリ国内裁判所に提訴し、同年 5 月に勝訴判決を得た。しかし、チリ政府は、申立人の請求に対応する国内法が未公布であることを同年 11 月に通知したのみであった。

1997 年 11 月 3 日、申立人は、チリスペイン投資保護協定 (1991 年 10 月 2 日署名、1994 年 3 月 29 日発効。以下、BIT) ¹ に基づき、投資紛争解決国際センター (ICSID) に本件仲裁を申

¹ Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile para la protección y fomento recíprocos de inversiones,

し立てた（チリは 1991 年 8 月 18 日に、スペインは 1994 年 8 月 18 日に、国家と他の国家の国民との間の投資紛争の解決に関する条約（ICSID 条約）²を批准している）。1998 年 6 月 25 日に国家収用原状回復・賠償に関するチリ国内法が公布されたものの、申立人は、BIT 10 条 2 項の紛争処理手段不可逆的選択条項（「fork-in-the-road 条項」）を根拠に、同国内法に基づく手続をとらないことをチリ政府に通告した。チリ政府は、2000 年 4 月 28 日に、CPP 社および EPC 社の持分元保有者に対する補償を申立人以外の者になす決定を採択した（決定 43）。申立人は、これは新たな収用措置であると主張した。

申立人・被申立国の双方が暫定措置指示申請を行い、仲裁廷は両者の申請を却けつつ、両者に対し、訴訟（仲裁）当事者は本案で問題となり得る権利を保全する義務を負うとの「法の一般原則」を尊重することを求める暫定措置指示決定を 2001 年 9 月 25 日に行った³。さらに、被申立国からなされた管轄権に対する異議申立につき、管轄権に関する判断を本案判断に併合する決定を 2002 年 5 月 8 日に行った⁴。その後、本案につき口頭審理も終了した段階になって被申立国が仲裁人全員（被申立国仲裁人を含む）に対し忌避申立を行い、結果的に長を除く 2 名の仲裁人が交代したため再度口頭審理を行うなどし⁵、ようやく 2008 年 5 月 8 日に本案判断が下された。

三 判断概要：

II. 本案判断要旨

A. 管轄権に関する判断

ICSID 仲裁廷の管轄権が成立するためには、BIT および ICSID 条約のそれぞれが定める要件が充たされねばならない。例えば国籍について BIT と ICSID 条約とが同じ条件を定めているとは限らず、同じ事項についても別個に検討する必要がある。[para. 118]

1. Pey Casado の請求

(a) ICSID 条約上の問題

(i) 「投資」概念

被申立国は、Saint Marie から Pey Casado への財産譲渡はなされていない、と主張する。しかし、申立人が提出した証拠から、CPP 株式の譲渡が申立人になされたことは確かであり、被申立国はこれを否定する証拠を提出していない。被申立国は、チリ商法および株式会社規則に従

UNTS, vol. 1774, No. I-30883.

² Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 18 March 1965, UNTS, vol. 575, No. 8359.

³ Décision sur les mesures conservatoires sollicitées par les Parties, le 25 septembre 2001, CIRDI ARB/98/2, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, vol. 16, 2001, pp. 567-602. なお、この決定における論点の一つであった ICSID 仲裁廷による暫定措置指示決定の拘束力について詳細な議論を展開した最近の判断として、Perenco Ecuador v. Ecuador (ARB/08/6)暫定措置指示決定（2009 年 5 月 8 日）がある。

⁴ Décision, le 8 mai 2002, CIRDI ARB/98/2. <<http://ita.law.uvic.ca/>>

⁵ この経緯については、本案判断 paras. 35-50 を参照。

った株主名簿への記載がなされていないため株式譲渡は無効だとも主張するが、チリの判例学説は株主名簿不記載は株式譲渡の無効をもたらさないとしている。[paras. 196-197, 226-227]

では、CPP 株式の取得は ICSID 条約 25 条にいう「投資」であるか。ICSID 条約は、「投資」を定義していない。仲裁判例は、投資の存在を確認するための特徴を挙げてそのいくつかに該当すれば十分とするものと、投資の定義を明確に定めてその要件がすべて充足されなければならないとするものとに分かれる。後者の立場をとる先例が示す要素は、投資受入国における資本の存在、一定の期間、リスクであり、これに加えて、投資受入国の経済発展への貢献を 4 つめの要素として挙げ、それが欠けているが故に ICSID 条約上の投資ではないと判断した先例もある (MHS v. Malaysia⁶, Patrick Mitchell v. Congo⁷)。[para. 231]

当仲裁廷は、ICSID 条約の投資には定義が存在すると考える。そうでなければ ICSID 条約 25 条の意義がなくなるからである。他方、上に示した要素のうち、投資受入国の経済発展への貢献は関係がない。ICSID 条約の前文に経済発展への言及があるのは確かだが、経済発展は投資の結果であって条件ではない。CPP 株式の取得は、上記 3 つの要素をすべて備えており、したがって ICSID 条約上の投資である。[paras. 232-235]

(ii) 申立人の国籍

ICSID 条約 25 条 2 項(a)は、仲裁付託合意成立時または請求登録日に投資受入国の国籍を有する者は、加えて他国国籍を有しているとしても、ICSID 条約にいう「他の締約の国民」ではない、と定める。申立人はスペイン生まれのスペイン人であり、チリ移住後にチリ国籍も取得して二重国籍者となった。問題は、仲裁付託合意成立時までにチリ国籍の放棄が有効になされていたかどうかである。[paras. 244-260]

申立人は、1996 年 12 月 10 日に、チリ移民局に対し、1974 年以来スペインに居住していることを通知するとともに、チリが 1973 年以来チリース페인二重国籍条約の利益を申立人が共有することを否定し続けてきているため申立人の現在の唯一の国籍はスペインである旨をチリの「帰化簿 *cartes de nationalisation*」に記載することを求めた。さらに、1997 年 9 月 16 日に、アルゼンチンのスペイン領事館において、当該通知および要求がチリ国籍の明示的放棄をなすことを確認する旨改めて宣言を行っている。[paras. 288-290]

チリ国籍喪失に関する規則は、チリ憲法 11 条に定められている。1996 年当時のチリ憲法 11 条に国籍放棄に関する規定はなかった。しかし、同条に定める国籍喪失条件が限定列举であるとは文言上解されず、国籍放棄により無国籍者になるわけではない者であってさえチリ国籍を自発的に放棄することはできないと解することを正当化する事情はない。2005 年の憲法改正により、11 条に自発的国籍放棄の規定が置かれたが、それは、2005 年以前は自発的国籍放棄が不可能であったことを意味するものではない。また、米州人権条約 20 条 3 項が国籍を変更する権利を定めていることも参照されるべきである。国籍の有無は基本的に当該国内法によって判断すべき

⁶ ICSID ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17 May 2007. ただし、この仲裁判断は、ICSID 特別委員会の 2009 年 4 月 16 日決定により取り消された。

⁷ ICSID ARB/99/7, Decision on the Application for the Annulment of the Award, 1 November 2006.

であるが、当該国内法の内容や効果を判断する権限を仲裁廷が有することは、ICSID 条約 25 条 2 項(a)の精神からも、その起草過程からも、確認される。[paras. 307-322]

(b) BIT 上の問題

(i) 「投資」概念

BIT1 条 2 項は、投資受入国国内法に従ってなされた投資のみを BIT にいう投資とする、と定めている。また、2 条 2 項は、BIT 発効前になされた投資について、それが投資受入国国内法に従ってなされたものであれば BIT の保護対象とする、と定めている。[paras. 366-368]

被申立国は、BIT 前文に「一方当事国の投資家による他方当事国領域への投資であって資本の移転をもたらすものにつき望ましい状況を作り出す」と書かれていることを指摘し、CPP 株式取得は国境を越えた資本の「移転」をもたらさないため BIT の保護対象たる投資ではない、と主張する。しかし、条約前文は、本文の解釈の参考になるとしても、本文に定められたものに加えてさらなる条件を課すことはできない。また、被申立国が主張するように投資概念を狭く解釈することは、前文の文言と精神に反し、条約法条約 31 条に反する解釈手法である。[paras. 371-375]

被申立国の提案により、1998 年 9 月・10 月に BIT 当事国会合が開かれ、そこで条約前文の解釈に関する了解が交わされ、BIT にいう投資は、投資受入国の領域への資本の移転を内容とすることとされた。しかし、この了解は本件仲裁申立後になされており、仲裁手続中にはそこで主張されている事柄について両国間で外交交渉を行わないとする BIT 10 条 6 項に反するため、考慮しない。[paras. 376-377]

(ii) 国籍要件

BIT は 1 条 1 項に「投資家」の定義を置いている。そこでは、BIT 当事国両方の国籍を有する者は除外されていない。また、重国籍者につき、投資受入国でない BIT 当事国の国籍の方が実効的(effective)であることも求められておらず、BIT の目的を考慮しても同様である。いずれにせよ、申立人が重国籍であった時点において、スペイン国籍の方が実効的国籍であったことは確かである。[paras. 412-418]

(iii) 時間的適用範囲

BIT は、発効以前になされた投資についても適用されると定める (2 条 2 項) 一方、発効以前に発生した紛争については適用されないとも定める (2 条 3 項)。上記の 1998 年当事国会合において、2 条 3 項にいう紛争は一方当事者の主張が他方当事者に伝えられなくとも発生する、との解釈了解がなされている。この解釈了解も援用しつつ、被申立国は、2 条 3 項は BIT 発効前になされた行為から生じた紛争を除外する趣旨だと主張する。しかし、上記のとおり、この解釈了解を考慮することはできない。ICJ や ICSID 仲裁判例から、紛争発生のためには見解の対立

が必要であることが明らかであり、本件において両者の対立する見解が示されたのは 1995 年 11 月であるから、本件紛争は BIT の対象となる。[paras. 422, 438, 440-446]

(iv) 不可逆的選択(fork-in-the-road)条項

BIT10 条 2 項は、投資家は国内裁判所と国際仲裁とのいずれかに紛争処理を申し立てることができ、その一方に申立を行うと他方には申立ができなくなる、と定める。申立人は、収用された Goss 輪転機の返還または補償に関する請求をチリ国内裁判所にすでに行っている。本件仲裁において、申立人は当該請求を扱う国内裁判所による裁判拒否(déni de justice)を BIT 違反と主張しているが、これは Goss 輪転機返還・補償請求それ自体とは別個の主張である。したがって、裁判拒否に関する主張を本件仲裁で取り扱うことに何ら問題はない。[paras. 482-497]

2. アジェンデ財団の請求

アジェンデ財団は、1990 年にスペインで設立された非営利法人である。Pey Casado は、同財団への出資として、CPP 社株式の一部を同財団に無償で譲渡した。チリは、これに関し、債務者の同意なき債権譲渡はチリ法上無効であること、および、当該譲渡は仲裁廷の管轄権成立のみを目的としたものであるため法律詐欺(fraude à la loi)的な行為であることを主張し、同財団の請求について仲裁廷は管轄権を持たないと述べる。しかし、債権譲渡に債務者の同意がチリ法あるいはスペイン法上必要であることは証明されておらず、また、問題の譲渡は BIT の発効前そして本件仲裁申立の 7 年前になされており、法律詐欺的行為とは言えない⁸。[paras. 503-530]

B. 実体的義務に関する判断

1. BIT 実体的義務の時間的適用範囲

本 BIT は、発効前になされた投資にも適用される(2 条 2 項)。しかし、条約義務が発効前の事実にも遡及的に適用されるかどうかは別問題であり、遡及的適用を認める当事国の意図が示されていない以上(参照、条約法に関するウィーン条約⁹28 条)、条約義務の遡及的適用はない (SGS v. Philippines¹⁰, Mondev v. USA¹¹)。[paras. 579-585]

申立人は、ヨーロッパ人権裁判所の Loizidou 事件判決¹²に依拠しつつ、1975 年になされた収用 (デクレ 165 号) は 1994 年の BIT 発効後まで続く継続的違法行為¹³を構成し、したがって BIT 上の義務は本件収用にも適用される、と主張する。しかし、本仲裁廷は、継続的違法行為を極めて広く理解する Loizidou 判決の立場を受け容れることはできない。[paras. 604-606]

本件における収用は、申立人の財産が 1973 年に軍隊の支配下に置かれたことに始まり、1975

⁸ 紛争発生後に外国法人に債権譲渡がなされ、その後当該外国法人がなした仲裁申立につき管轄権を否定した事例として、Phoenix v. Czech Republic, ICSID ARB/06/5, Award, 15 April 2009, paras. 141-144.

⁹ Vienna Convention on the Law of Treaties, UNTS, vol. 1155, p. 331.

¹⁰ ICSID ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, para. 166.

¹¹ ICSID ARB(AF)/99/2, Final Award, 11 October 2002, para. 68.

¹² Loizidou c. Turquie, fond, CEDH Recueil 1996-VI, p. 2216, pp. 2230-2232, paras. 41-47.

¹³ See Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 14 (2), UN Doc. A/RES/56/83 (2001).

年のデクレ 165 号により完成した。同デクレの合法性如何に拘わらず、収用は同デクレ発効日に成立したのであり、即時的違法行為である。この判断は、ヨーロッパ人権裁判所による収用の理解と合致している（例、*Malhous c. République tchèque*¹⁴）。[paras. 608-610]

申立人は、さらに、1975 年の収用と 2000 年の決定 43 とは複合的違法行為¹⁵を構成すると主張する。しかし、これらは、合わせて一つの行為を構成すると言えるほどに関連を持つものではなく、別個の行為と捉えるべきである。[paras. 613-620]

したがって、1975 年の収用に BIT は適用されない。BIT が適用されるのは、2000 年の決定 43 およびチリによる裁判拒否（1995-2002 年）である。[paras. 622-627]

2. 公正衡平待遇義務違反

とりわけ問題となるのは、チリによる裁判拒否であり、これはすなわちチリが「公正かつ衡平な待遇」（BIT4 条 1 項）を与えたかどうかの問題である。仲裁先例においても、裁判拒否は公正衡平待遇の問題として扱われている（例、*Waste Management v. Mexico*¹⁶）。[paras. 653-657]

申立人は、Goss 輪転機の返還ないしその収用に関する補償を求めて 1995 年にチリのサンチアゴ民事裁判所に訴訟を提起した。その訴訟について 2002 年まで何らの決定もなされなかったこと、その間に決定 43 が採択されたこと、決定 43 の取消請求も却けられたこと等を根拠に、裁判拒否を主張している。[paras. 658, 454-456]

申立人が提起した民事訴訟につき 7 年間にわたり何らの決定もなされなかったことは、裁判拒否を構成する。訴訟手続の著しい遅延が裁判拒否を構成することは、投資仲裁先例(*Azinian et al. v. Mexico*¹⁷)や学説の示すところであり、ヨーロッパ人権裁判所の *Ruiz-Mateos c. Espagne* 事件判決も、収用に関する訴訟について 7 年間国内裁判所が判断を示さなかったことがヨーロッパ人権条約 6 条 1 項¹⁸違反を構成する、と判断している¹⁹。また、多数国間投資保証機関を設立する条約²⁰11 条も、訴訟の遅延を同機関が保証するリスクに含めている。[paras. 659-663]

さらに、チリは、2000 年の決定 43 により、CPP 社および EPC 社の持分元保有者に対する補償を申立人以外の者に行った。しかし、本仲裁手続において、チリは、なぜ申立人に保証がなされなかったのかにつき説明せず、しかも、当該決定名宛人が CPP 社および EPC 社の真の持分元保有者であることの証明はおろかその蓋然性を示すことさえしなかった。差別的待遇が公正衡平待遇違反になることは仲裁判例(例、*CMS v. Argentina*²¹)等から明らかであり、本件において

¹⁴ Décision sur la recevabilité, le 13 décembre 2000, CEDH Recueil 2000-XII, p. 533, pp. 552, 577

¹⁵ See Articles on Responsibility of States, supra note 13, Article 15.

¹⁶ ICSID ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, p. 35 para. 98.

¹⁷ ICSID ARB(AF)/97/2, Award, 1 November 1999, para. 102.

¹⁸ 「すべての者は、……裁判所による妥当な期間内の……審理を受ける権利を有する。」訳は松井芳郎ほか編『国際人権条約・宣言集』（東信堂、第 3 版、2005 年）による。

¹⁹ Arrêt du 26 juin 1993, CEDH série A, n° 262, paras. 37, 53.

²⁰ Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, 11 October 1985, UNTS, vol. 1508, No. I-26012.

²¹ ICSID ARB/01/8, Award, 12 May 2005, p. 84, para. 290. なお、この仲裁判断の義務遵守条項違反に関する部分は ICSID 特別委員会により取り消されたが、公正衡平待遇違反二関する判断は特別委員会によっても支持されている。CMS v. Argentina, ICSID ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, para. 85.

公正衡平待遇違反が成立する。[paras. 669-674]

C. 賠償・仲裁手続費用負担

1975年の収用はBITの適用対象外であるため、賠償額算定にあたって考慮されない。賠償の対象はBIT違反から生じた損害である。すなわち、2000年の決定43により申立人に補償がなされたと仮定し、その場合に申立人が得たであろう額が賠償の対象となる。決定43を履行する2002年のデクレ76-79号に基づいて、決定43の名宛人に2003年から2007年に実際に支払われた額は10,132,690.18USDであり、それに2002年のデクレ76-79号を起算点とする5%の利子を加えて賠償額とする。なお、Goss輸転機に関する補償は2000年の決定43および2002年のデクレ76-79号に含まれているため、Goss輸転機関連国内訴訟における裁判拒否について個別に賠償額を算定する必要はない。[paras. 693-694, 702-703, 709, 717]

仲裁手続費用の配分については、ICSID条約61条2項により、仲裁廷に大幅な裁量が与えられている。申立人が基本的に勝訴したこと、および、本件手続が長引いたことは被申立国の仲裁戦略によるところが大きいことを考慮し、狭義の仲裁手続費用（ICSID利用費・仲裁人への報酬等）についてはその3/4を被申立国、1/4を申立人の負担とし、申立人が要した弁護費用等として200万USDを被申立国が申立人に支払うべきである。[paras. 726-732]

8 : CMS Gas Transmission Company v アルゼンチン (ICSID Case No.ARB/01/8)

判断年月日： 2003 年 7 月 17 日 (管轄に関する判断)

仲裁廷の構成： Francisco Orrego Vicuña (チリ・長)、Marc Lalonde (カナダ)、Francisco Rezek (ブラジル)

一 判断のポイント

- 被申立国の一般的な経済政策として採用した措置について仲裁廷は管轄を有さないが、申立人の投資財産に影響を及ぼす特定の措置や条約等によってなされた特定の約束に反して採用された措置であって投資財産に直接影響を及ぼすものについては管轄を有する。
- 現代国際法上、法人の少数株主について、法人による請求とは独立した請求を行う上で障害はない。

二 事案の概要

I. 手続の流れ

申立人である CMS Gas Transmission Company (以下「CMS」) は、ガスの輸送に関するアルゼンチンの関税調整式が自己の投資財産を有する会社適用されたことを根拠として、2001 年 7 月 26 日、1991 年米国・アルゼンチン間の相互の投資促進保護条約 (以下「本 BIT」) に基づき ICSID に提訴した。[para. 1]

II. 事実関係

アルゼンチンは、1989 年以降国有企業及び他の活動の大規模な民営化を開始するとともに、アルゼンチンペソを対米ドルでレートを固定する措置その他の安定化措置を講じた。民営化の対象となった主要セクターの一つがガス業界であり、ガス法等の各種法令によりこのセクターの再編が図られた。Transportadora de Gas del Norte (以下「TGN」) はアルゼンチンで設立され、1992 年にガス輸送の免許を取得し、1995 年には株式の売り出しが行われ、CMS がその 25%を取得した。[paras 18-19]

民営化の取決めの下では、関税は米ドルで計算され、請求時の為替レートにおけるペソで表され、半年に一回米国生産者価格インデックス (以下「PPI」) に基づき調整された。1999 年後半以降、重大な経済・財政危機に伴い、アルゼンチンは、申立人の主張によれば自己の事業に悪影響が生じる種々の措置を講じ、TGN に対する自らの投資財産の保護を内容とする保証書に違反した。その後、通貨の切下げも行われ、投資家に悪影響を及ぼしたと主張されている。[para. 20]

三 判断概要

仲裁廷は以下の通り判断し、結論として 2001 年 7 月以降の事由に関する補助的な請求も含めて管轄を認めた。

A. 受理可能性

仲裁廷は、一般的な性質の経済措置、とりわけ経済・財政危機の状況におけるものと、投資財産の運営に特に向けられた措置の間に明確な区別が必要と考える。仲裁廷の管轄は ICSID 条約第 25 条 1 に基づくものであり、前者の措置は通常 ICSID の管轄の外にある。しかし、それらの措置が条約、法令又は契約に基づき投資家に与えられた特定の約束に違反して採用されたことが証明された場合には、直接の関係が立証できる。この場合、ICSID の管轄の元に持ち込まれるのは一般的な措置それ自体ではなく、それが当該特定の約束に違反する程度だからである。[paras 23-27]

CMS は、ペソの切り下げではなく、アルゼンチンが米ドルベースの関税体制を崩壊させたことにより投資財産の価値に損害が生じたこと、条約及び国際法に基づきアルゼンチンが CMS に対して行った約束に違反したことを理由として請求を行っている。[paras 30-32]

仲裁廷は、この点について、アルゼンチンが一般的な経済政策として採用した措置については管轄を有さず、それが正しかったか否かについて判断することはできないが、他方、申立人の投資財産に影響を及ぼす特定の措置や申立人に対して条約、法令又は契約によりなされた法的拘束力を有する約束に反して採用され、投資財産に直接の影響を及ぼす措置であって一般経済政策によるものについては、判断を行う管轄を有すると結論付ける。[para. 33]

実務上、ある措置が上記のいずれに該当するかについては、本案の審理の際に提出される証拠によってのみ立証可能である。当面、申立人がアルゼンチンの採用した措置によって悪影響を受けたことの一応の立証を行ったことをもって、仲裁廷は請求が受理可能であり、本案の審理を行う管轄を有すると判断するのに十分であると考えられる。[paras 34-35]

B. 申立人の申立適格 (*jus standi*) に関する受理可能性

CMS は、BIT と TGN への投資の過程全体もガス産業の民営化に関するものであり、これはアルゼンチンによる特定の約束の対象となったプロセスであること、これらの保証には投資の成功等を確保するための法的安定性及び経済的な仕組みが含まれており、株式の資格の問題に限られないこと、CMS は外国投資家でありその保有する株式は BIT で保護される外国投資財産であるため TGN とは独立した活動の権利を有することを主張する。[paras 39-40]

まず、少数株主による請求である点については、本件では決定的ではない。[para 42]

次に、バルセロナトラクション事件の判決との関係では、同判決は特定の状況下における外交的保護権の行使を否定したものに過ぎず、会社の株主の利益を他の方法で保護する可能性を排除するものではない。従って同判決は本件に直接関係するものではなく、むしろそののちのシシリー電子工業事件では、問題の法人が被告国の法令で法人格を有していても、株主の国籍国による外

交的保護権の行使を認めている。国家実行も、株主の保護を多数派株主や支配株主に限定するのではなく、少数株主にも認める方向への変化を支持するものである。したがって、仲裁廷は、現代国際法上、少数株主についても問題の法人による請求とは独立して請求を認める上で障害はないと考える。[paras 43-48]

C. 投資財産該当性

ICSID 条約の下では「投資財産」は定義されておらず、投資財産であるためには多数派株主等によってなされたものでなければならないといった要件もない。そして、同条約第 25 条 1 に関する Fedax 事件等これまでの仲裁判断例に照らしても、投資財産であるためには多数派株主等によってなされたものでなければならないといった要件は認められず、この点も仲裁廷が管轄を行使する上で障害とはならないと結論付ける。[paras 49-56]

また、BIT 上の投資財産の定義についても、本件同様の BIT 解釈が問題となった Lanco 事件等の判断に照らし、仲裁廷は本 BIT の文言上管轄が認められると結論付ける。[paras 61-65]

D. 投資財産から直接生じた紛争該当性

上記の通り、申立人は TGN や免許とは独立した権利を主張しており、保護される投資財産については条約上別個の請求原因を有しているため、仲裁廷は、本件紛争は投資財産から直接生じた紛争と結論付ける。そして、申立人による個々の株式に関する取得原因に相違があっても、その保有株式全体が保護対象となる投資財産であると考えられる。[paras 66-69]

E. 契約上の紛争解決手続を経ていないこと

TGN の免許についてはアルゼンチンの国内裁判所での別個の紛争解決手続が用意されているものの、ICSID の管轄を認める上で国内救済の完了は求められていない。仲裁廷は、上記は仲裁廷の管轄行使にあたって障害とはならないと判断する。[paras 70-76]

F. fork in the road

TGN はアルゼンチンの国内裁判で争っているものの、複数の ICSID 仲裁廷が契約上の請求と条約上の請求は別ものであり、国内救済を求めているもそのことは仲裁手続への付託を妨げるものではないとしている上、本件で CMS は国内裁判所に付託してもおらず、申立人は仲裁に付託する権利を放棄してはいないから、本件で fork in the road 条項には抵触しない。[paras 77-82]

G. 管轄の決定にあたり適用される法

ICSID 条約第 42 条は本案の審理にあたって適用される法について規定するものであり、管轄については適用されない。本件では条約上の請求が問題となっており、管轄を決定する上でアルゼンチン法は問題とならず、条約によって決定される。[paras 87-89]

H. 紛争の数等（重要性に乏しいと考えられるため、省略する。）

9 : Azurix Corp. v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/01/12)

判断年月日 : 2003 年 12 月 8 日 (管轄権決定)

仲裁廷の構成 : Andrés Rigo Sureda (スペイン・長)、Elihu Lauterpacht (英国)、Daniel H. Martins (ウルグアイ)

一 判断のポイント :

米国＝アルゼンチン投資協定の fork-in-the-road 規定の適用により、国内手続の進行を理由に投資協定に基づく仲裁の管轄が否定されるためには、国内手続と国際仲裁の①当事者、②目的、③請求の原因 (cause of action) が同一でなければならない。

二 事案の概要 :

申立人の Azurix Corp. (Azurix) は、米国デラウェア州で設立された法人である。1996 年、アルゼンチン共和国ブエノスアイレス州は、同州の所有、運営にかかる上下水道サービス提供会社である、ブエノスアイレス州衛生社 (AGOSBA) のサービスを民営化した。同州は、AGOSBA の水道サービスの民営化の規制枠組みを創設するために法律 11.820 号を通過させた。将来の水道サービス事業者は、新たに設立された規制当局である水道規制局 (ORAB) に監督、規制されるコンセッションを付与された。コンセッション事業者は、アルゼンチンで設立された会社でなければならなかった。民営化プロセスは、民営化委員会により指揮され、法律 11.820 号及び同法に従い ORAB により準備された契約書類 (入札条件書及びコンセッション契約のドラフトを含む。) に基づき、国際市場でコンセッションの入札を行った。応札は、その目的のために設立された Azurix グループの 2 つの会社 (Azurix AGOSBA S.R.L. (AAS) 及び Operadora de Buenos Aires S.R.L. (OBA)) により行われた。AAS 及び OBA は、Azurix の間接子会社である。AAS は、アルゼンチンで登録され、Azurix が株式の 0.1% を所有し、Azurix Argentina Holdings Inc. (デラウェア法人、Azurix が株式の 100% を保有。) が 99.9% を所有した。OBA (同社もアルゼンチンで登録されている。) は Azurix Agosba Limited (ケイマンで登録されており、更にケイマン法人である Azurix Agosba Holdings Limited が株式の 100% を所有している。Azurix は、Azurix Agosba Holdings Limited の株式の 100% を所有している。) に株式の 100% を所有されている。AAS 及び OBA は、入札に勝利し、アルゼンチンにコンセッション事業者となる ABA を設立した。1999 年 6 月 30 日、ABA は、ブエノスアイレス州に対して 438,555,554 アルゼンチンペソを支払い、ABA、AGOSBA 及びブエノスアイレス州はコンセッション契約を執行した。コンセッション契約に基づき、ABA にはブエノスアイレス州における水道水の供給並びに下水の取扱い及び処理のための 30 年間のコンセッションが付与された。[paras 1, 19-22]

2001 年 9 月 19 日、申立人は、アルゼンチンが米アルゼンチン投資協定 (本 BIT) に違反したとして同国に対する仲裁要請書を ICSID に提出した。[para 1]

三 判断概要：

I. 投資財産から直接生ずる紛争 (dispute arising directly out of an investment)

何が Azurix の「投資財産」であるかについては、当事者間で争いになっている。本仲裁廷は、本 BIT 第 1 条 1(a) に規定する投資財産の定義に基づく被申立国の主張に従うことを困難と考える。ABA とブエノスアイレス州との間で締結されたようなコンセッション契約は、本 BIT において「投資財産」に与えられた広い意味（「法律又は契約により付与される権利」も含む。）に照らすと本 BIT の下では投資財産となる。本コンセッション契約自体も、繰り返し投資に言及する。例えば、料金水準の決定の文脈では、コンセッション契約は、「コンセッション事業者により投資された金額についての合理的な収益」、更に「コンセッション事業者は、執行のために必要な全ての投資を行う」旨言及する。被申立国は、金銭債権又は履行請求権が経済的価値を有し、かつ、「投資財産に直接関係する」ことを要求するサブパラグラフ (iii) に依拠する。投資財産の定義は、「会社」、「株式の持分」、別の分類として「法律又は契約により付与される権利」を列挙する。直接又は間接の所有関係又は支配関係が示されれば、現地会社により保有される契約上の権利も本 BIT が保護する投資財産を構成する。第 1 条 1(a) の定義は、何が投資財産であるかを例示列挙し、リストは限定的ではなくそれぞれの項目はお互いに独立している。唯一の条件は、投資財産がどのような形態をとるにせよ、本 BIT のほかの締約国の国民又は会社により直接又は間接に所有又は支配されていなければならないということである。Azurix は、ブエノスアイレス州に上下水道サービスを提供するためのコンセッションを取得するための代金を支払うことで投資財産を設立した。投資を実行するために Azurix は入札条件書で要求されているように複数の子会社を組織し、アルゼンチンに現地登録会社、すなわち ABA を設立した本 BIT の投資財産の定義の目的は、権益の現実の当事者を保護するために投資のみを目的として設立されたこの種の構造を適切に包含することである。CMS Gas Transmission Company v アルゼンチンの仲裁廷は、ICSID 条約第 25 条 2(b) に規定する「外国の支配 (foreign control)」は、法人格が投資に関連する現実の権益の保護を阻害しないようにすることで、当事者の合意を適切に支援するためのものであると述べる。本仲裁廷は、申立人の投資は本 BIT 及び ICSID 条約に基づき保護される投資財産であることを認める：Azurix は ABA の株式の 90% を間接的に所有し、Azurix は間接的に ABA を支配し、ABA はコンセッション契約の当事者であり、入札条件書で要求されているとおりコンセッション契約を締結するために設立された。申立人の投資は、本 BIT が保護する投資財産であると決定し、本仲裁廷は、申立人が主張する紛争は、投資財産から直接生ずる紛争であると結論付ける。[paras 59-66]

II. 申立人適格

被申立国は、株式の投資家は、「投資受入国の行為が当該投資家に直接影響を与える場合」に投資協定に基づく紛争解決制度を利用する適格を有することに疑いはないとしているが、株主と

法人は別個の法的人格を有しているため、株主が、株式を有する会社に関する財産又は状況についての請求を付託する場合は状況が異なると主張する。この問題は、特定の状況における申立人適格に関連する。被申立国は、自らの主張の根拠として主に ICJ のバルセロナトラクション事件の判決に依拠する。被申立国は、投資協定が「株主の間接的な請求を提起する適格の欠如」に打ち勝つ協定上の例外を創設するために条約の運用の範囲を拡大する条項を含んでいると認める。投資家が支配する現地企業が投資家となる場合には、間接請求についての適格の障害は、現地企業が条約の違反の存在を主張する者となる可能性により乗り越えられることとなる。申立人は、バルセロナトラクション事件の決定は、慣習国際法についての不正確な叙述であるとして広範に批判されていること、ICJ の決定は国際法が株主の権利及び保護の独立した源があるか否かではなく、国家は第三国の措置により影響を受けた外国法人の株主である自国民を保護することができるか否かについてのみ検討したことを指摘する。ICJ は、責任追及をされている国家が会社の国籍国である場合には、株主の国籍国が外交保護権を有する可能性があると考えていた。更に、ICJ は、条約の規定による投資家保護の発展により会社自体が国家に対して自らの権益を防御する直接の権利を与えられることも指摘した。より最近では、ELSI 事件において、外国株主の国籍国が会社設立地の国に対して当該外国株主を保護することを ICJ が受け入れた。同事件における ICJ の管轄は、米国とイタリアとの間の友好通商航海条約に基づいていた。本仲裁廷が関係する問題は、慣習国際法上の外交保護ではなく、本 BIT に基づき決定される投資家(株主を含む。)の権利である。本仲裁廷は、国家が外国会社の株主である自国民を保護する国際公法に基づく権利の範囲に関する論争を解決する必要はないと考える。本仲裁廷は、既に本 BIT 第 1 条 1(a)の定義における投資財産の広い意味に照らすと本 BIT の規定は間接的な請求も保護すると判断している。CMS 事件仲裁廷は、「投資協定の特定の規定により管轄が設定され得ること、保護される投資家が投資受入国との間のコンセッション契約又はライセンス契約の当事者か否かは、条約に株主の直接的な請求権が規定されているため、条約の規定に基づく管轄権を見出す上では重要ではない」旨を判断した。[paras 67-74]

III. 管轄権についての第一の抗弁：ラプラタの裁判所の管轄合意及び他の法廷についての権利放棄

被申立国は、本紛争が契約上のものであり、コンセッション契約の解釈及び履行に関連すると主張する。仲裁廷の管轄を決定する上では、本仲裁廷は、紛争が一応本 BIT に基づき生じるものであるかについて検討するべきである。申立人が本仲裁廷に付託している投資紛争は、本 BIT に基づき被申立国が申立人に対して負う義務を援用しており、契約文書に基づく請求とは別の請求の原因 (cause of action) である。申立人が主張する紛争がコンセッション契約の履行に関する事実の解釈又は分析を含むとしても、本仲裁廷は、かかる問題が本 BIT に基づく被申立国の義務の違反に関係する限りは、本 BIT に基づく紛争を契約上の紛争に変質させるものではないと考える。これは、契約文書の管轄条項の範囲及び約束が行われた当事者から導かれる。管轄条項及び他の法廷についての権利放棄条項の範囲は、それが入札条件書、コンセッション契約、コミ

ットメント・レターのいずれに含まれるものであれ、これらの条項が関連する文書の条件に関する、文書の当事者間の紛争に関係するというを示している。被申立国は、本件は、契約文書に法廷選択条項に加えて他の法廷についての権利放棄条項が存在するため、投資の基礎となる契約文書中に規定される投資受入国の国内裁判所を指定する法廷選択条項は ICSID 仲裁廷の管轄権を排除しないと判断した他の ICSID 仲裁事案とは区別されると主張する。特に、被申立国は、これらの条項は、Lanco 事件及び Vivendi I 事件の決定に照らし、被申立国が本件において直面している状況を防ぐために契約文書に加えられたと指摘する。引用された事案の仲裁廷は、契約に基づく国内裁判所での手続の主題と ICSID 仲裁の紛争が異なるため、法廷選択条項は適用されず、法廷選択条項は管轄権を排除しないと結論に至った。この理由付けは、本件の権利放棄条項についても等しく適用される。本仲裁廷に付託された請求又は請求の原因 (cause of action) は、ABA が契約文書に基づきラプラタ市の裁判所に提訴することができる請求とは、性質が異なる。本仲裁廷は、権利放棄の追加は、Lanco 事件及び Vivendi I 事件の ICSID 仲裁廷が検討したコンセッション契約中の排他的法廷選択条項に実質的な違いをもたらしていないと考える。なぜならば、法廷選択の排他性の受入れは、当該条項で明確に規定するか否かにかかわらず、他のいかなる法廷の選択も否認しているということを当然に示すからである。[paras 75-80]

当事者は、国際法の下での権利放棄の有効性についても詳細に議論を行っている。被申立国は、今日において、個人は国際法の直接的な対象として国際法の下で認識された権利を有しており、自らかかる権利を放棄できると主張する。被申立国は、投資協定は単なる経済的な利益を規律し、保護するものであり、この種の権利を実施するために投資家が入手可能な多岐にわたる選択しに鑑みると、少なくとも投資紛争を国際仲裁廷に付託する権利を投資家自らが放棄できることに疑いはない旨主張する。被申立国は、自らの主張を補強するために米国＝ベネズエラ請求権委員会 (Woodruff 事件) 及び米国＝メキシコ請求権委員会 (North American Dredging 事件) の決定を引用する。両事件において、委員会は申立人が国家との間で締結した契約中の権利放棄を認定している。これらの請求権委員会は、個人が契約上の請求を国内裁判所に付託することを約束できることを認めたが、同時に、かかる契約上の請求と個人が放棄できなかったであろう国際法に基づく国家の請求とを区別している。これらの事件で本仲裁廷に関連する点は、私人は、契約を結んだ国家との間の契約上の紛争の解決を行う委員会へのアクセスを放棄することができたということである。本仲裁廷が扱う紛争では、国家はいかなる契約文書の当事者ではなく、申立人がアルゼンチンに対して行った権利放棄の約束は存在しないのである。本仲裁廷は、権利放棄は Azurix が本件紛争で付託している請求を対象としていないものと認定する。よって、本仲裁廷は、条約により付与された権利の個人による放棄についてこれ以上論じる必要はない。[paras 81-85]

IV. 管轄権についての第二の抗弁：本 BIT 第 7 条に従い紛争が既にアルゼンチンの裁判所に提起されている (fork-in-the-road)

アルゼンチンは、ABA が提起している行政上の不服申立て及びブエノスアイレス州と ABA と

の間の紛争の全ての問題が同州の裁判所に提起されていることを根拠として本抗弁を提出している。被申立国は、最高裁判所に提起されている請求と本仲裁廷に付託されている請求が同一の基礎を有していると主張する。被申立国は、自らの主張の根拠として **Waste Management** 事件の管轄判断及び **Vivendi I** 事件の管轄判断を引用する。被申立国によれば、これらの判断は、二国間投資協定により設定された管轄の選択の観点から問題となるのは、国際協定に基づく仲裁の基礎と国内法廷に提起された請求に同一性があるか否かである。係属中の訴訟の存在の **ICSID** 手続への関連性について判断した初期の **ICSID** 仲裁廷は、両方の法廷において係属している手続の当事者、目的及び請求の原因 (**cause of action**) が同一の場合に限り「係属中の訴訟 (**lis pendens**)」の場合に該当すると宣言した。この理由付けは、**NAFTA** のように準拠する協定が特段の規定を設けている場合を除き、投資協定に基づく請求に関する事案において仲裁廷に一貫して採用されてきた。本件と同一の **BIT** 及び被申立国に関わる最近の事案である **CMS** 事件において、仲裁廷は、契約上の請求は条約上の請求と異なるため契約違反について国内裁判所に訴訟が提起されていても条約上の請求を仲裁に付託することを妨げない旨の **ICSID** 仲裁廷の決定を引用した。**CMS** 事件仲裁廷は、さらに、「**CMS** が国内裁判所へ提訴を行っていなかったが、仮に現地子会社である **TGN** が行っていたとしても、そのことにより **CMS** に対して **fork-in-the-road** が適用されることにはならない。当事者と請求の原因 (**cause of action**) の両方が異なる。」と述べている。本件のいずれの当事者も国内裁判所の当事者ではない。仮に **Azurix** が裁判所において原告として **ABA** に参加したとしても、アルゼンチンが当該手続の当事者ではないため、結局当事者が一致しない。[paras 86-90]

V. 結論

以上より、**Azurix** は請求を付託する申立人適格を有し、本件紛争は、**ICSID** の管轄及び本仲裁廷の権限に服する。[para 102]

10 : SGS Société Générale de Surveillance S.A. v フィリピン共和国 (ICSID Case No. ARB/02/6)

判断年月日 : 2004 年 1 月 29 日 (管轄抗弁に関する決定)

仲裁廷の構成 : Ahmed S. El-Kosheri (エジプト・長)、James R. Crawford (オーストラリア)、Antonio Crivellaro (イタリア)

一 判断のポイント :

スイス=フィリピン投資協定の義務遵守条項により、同投資協定に基づく仲裁手続は、契約違反の請求についても管轄を有するが、契約中の排他的法廷選択条項が国内裁判所を選択している場合には、請求の受理可能性が否定され、仲裁手続は停止されるべきである。

二 事案の概要 :

申立会社 (SGS) は、1986 年にフィリピン政府との間で輸入貨物検査サービスの提供についての契約 (CISS 契約) を締結した。1998 年以降、フィリピン政府は契約に基づく支払いを行わず、SGS 社は未払いの代金 (約 140 百万米ドル) 及び利息の支払いをフィリピン政府に対して要求した。2002 年 4 月 26 日、申立会社は、金銭の未払いがフィリピン=スイス BIT (本 BIT) の違反にあたるとして仲裁を申し立てた。[paras 12-18]

1991 年 8 月 23 日の CISS 契約第 12 条は、以下規定していた。

“The provisions of this Agreement shall be governed in all respects by and construed in accordance with the laws of the Philippines. All actions concerning disputes in connection with the obligations of either party to this Agreement shall be filed at the Regional Trial Courts of Makati or Manila.” [para 22]

三 判断概要 :

本仲裁廷は、以下の 5 つの論点について判断を行う。

- ① 大部分が投資受入国の領域外で行われるサービスの提供のための契約は、本件の状況及び CISS 契約の規定に照らして本 BIT 第 2 条の投資財産を構成し得るか。
- ② いわゆる義務遵守条項 (本 BIT 第 10 条 2) は、被申立国に対する本質的には契約上のものである請求について本仲裁廷に管轄をもたらすか否か。
- ③ もしくは、「投資財産に関する紛争 (dispute concerning an investment)」(本 BIT 第 8 条 1) との一般的文言に本質的に契約的な性質の請求が含まれるか否か。
- ④ 契約上の紛争がフィリピンの裁判所に付託されなければならないとする排他的管轄条項 (CISS 契約第 12 条) にもかかわらず、本仲裁廷は本件について管轄権を行使できるか、又は行使すべきか。
- ⑤ 本仲裁廷は、本 BIT 第 4 条及び/又は第 6 条に基づき、CISS 契約から独立した条約違反

の請求としての本件請求について管轄権を有するか。[para 92]

それぞれの論点は、SGS v パキスタンにおける ICSID 仲裁廷でも議論されており、次のような判断を行っている。

- ① PSI 契約に基づく SGS の義務を履行するためにパキスタンの領域に資金が送金されているため、BIT の下での「投資受入国の領域における」投資財産は存在した。
- ② スイス＝パキスタン BIT 第 11 条の義務遵守条項は、国家が締結した投資契約の違反を「国際条約法の違反に自動的に引き上げる」広範な効果を持つものではない。契約違反と条約違反の原則的な相違に照らすと、契約上の請求は、「例外的な場合」にのみ第 11 条に基づき付託することができる。
- ③ スイス＝パキスタン BIT 第 9 条 1 の「投資財産に関する紛争」の文言は、本質的に契約上のものである請求を含まない。
- ④ 本仲裁廷の管轄権は、BIT に基づく請求に限定されており、当該管轄権は契約中の排他的管轄条項により影響を受けない。
- ⑤ 原則として、請求を形作るのは申立人の役割であり、申立人により主張される事実が BIT の違反の主張であると考えられることができるならば、それらは本案において考慮されるべきである。パキスタンに対する SGS の請求はそのような場合に該当するため、本仲裁廷は、パキスタンにおける契約上の請求について係属している仲裁にもかかわらず、契約上の請求とは異なる申立人の条約上の請求について管轄権を有する。[para 96]

本仲裁廷は、スイス＝フィリピン BIT の同様の文言の解釈についての SGS v パキスタンの結論の全ての点について賛同するわけではない。[para 97]

I. フィリピンの領域における投資財産は存在するか。

本 BIT 第 2 条に従い、「一方の締約国の領域において他方の締約国の投資家により法令に従い設立された投資財産」に適用される。条約解釈の通常原則に従い、被申立国の領域外で設立された投資財産は、本 BIT の適用対象とはならない。CISS 契約に基づき、SGS は、フィリピンの輸入サービス及び関連する関税徴収を発展させ、かつ、統合することを目的としてフィリピンの内外でサービスを提供する。SGS のサービスの焦点は、信頼性のある検査証明（以下「CRF」という。これに基づき輸入通関が促進され適切な関税が課される。）をフィリピンにおいて提供することである。海外における SGS の検査は、フィリピンにおいて検査証明を提供するために行われる。検査証明は法的文書ではないが、価値のある証拠であり、その提供は SGS の活動の中心である。更に、当該活動は、マニラの事務所により行われていた。当該事務所は、CISS 契約第 5 条に基づき契約が失効するまで維持することが義務付けられている。この事務所は、多数の従業員を雇っている実質的な事務所であった。検査のための抽出は当該事務所を通じて行われ、当該事務所は、検査を準備し、結果を受領し、当該結果を CRF に含め、結果についての問い合わせを処理していた。また、政府に対し直接かつ定期的な報告が義務付けられていた。[paras 99-101]

サービスを提供する費用の大部分がフィリピンの外で支出されていたという事実は、決定的ではない。同様に、SGS がスイスで支払いを受けていたという事実も決定的ではない。また、税金目的で SGS のサービスが海外で履行されているものと扱われていたことも決定的ではない。投資財産の税金上の取扱いは、所得がどこで得られたかについて判断する独自の制度を有する現地法の問題である。[paras 106-107]

本件にとって最も関連性のある過去の判断は、SGS v パキスタンである。本仲裁廷は、同仲裁判断に同意するが、本件における SGS の活動の規模及び期間並びにマニラ事務所の活動の重要性に鑑みると、本件は、SGS v パキスタンよりもよい事案と言えるだろう。[para 111]

II. 「義務遵守条項」に基づく管轄：第 10 条 2

SGS は、CISS 契約に基づき支払期限が到来したサービスの対価をフィリピンが支払わなかったことにより、本 BIT 第 10 条 2 に違反し、かかる違反について、本 BIT 第 8 条 2 に基づき本仲裁廷の管轄権が及ぶと主張する。第 10 条 2 は、「Each Contracting Party observe obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.」と規定している。「any obligation」との文言は、国内法、例えば契約から生じる義務にも適用される。第 10 条 2 の文言を解釈すると、各締約国は、本 BIT の対象となる特定の投資財産に関して当該締約国が引き受けた、又は将来引き受けることとなるいかなる義務も遵守すると読むことができる。被申立国は、本 BIT 第 10 条 2 に実質的な効果があるのであれば、そこでの義務は、他の国際法に基づく義務に限定されるべきと主張するが、そのような限定は文言上の根拠がない。[paras 113-118]

以上のような主張は、SGS v パキスタンの判断と矛盾するが、同事件において、スイス＝パキスタン BIT の義務遵守条項はスイス＝フィリピン BIT 第 10 条 2 とは異なり、かつ、より曖昧な文言を採用していたことに留意すべきである。スイス＝パキスタン BIT 第 11 条は、「Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.」と規定する。しかし、SGS v パキスタンの仲裁廷が「義務遵守条項」について非常に制限的な解釈を行った理由を考察することは本件においても重要である。[paras 119-120]

第一の理由は、文言である。スイス＝パキスタン BIT 第 11 条は、国内法による約束も含め幅広い種類の約束を含み、SGS により主張された解釈は、「ほとんど際限ない拡大」をもたらすと仲裁廷は述べている。スイス＝フィリピン BIT 第 10 条 2 は、同様に契約上の義務に限定されているわけではないが、「obligations...assumed with regard to specific investments」に限定されている。本 BIT 第 10 条 2 が適用されるためには、投資受入国は、一般的な性質の法的義務の適用としてではなく、特定の投資財産に関して法的義務を負わなければならない。これは、全ての「現地法、行政上、締約国のその他の一方的措置」を国際的な位相に引き上げることとは全く異なる。[para 121]

第二の理由は、仲裁廷が第 11 条の広い解釈に対抗する前提を導くために国際法の原則を適用したことである。その原則とは、「国家が他国の投資家との間で締結した契約の違反は、それ自体は国際法違反とはならない」とする原則である。しかし、この原則を確認した Vivendi 事件の特別委員会で検討されたフランス＝アルゼンチン BIT には、スイス＝パキスタン BIT に相当する規定は含まれていなかった。ここでの問題は、実質的には文言の解釈であり、いかなる前提においても決定できるものではない。[para 122]

第三に、仲裁廷は、広い解釈が、特定の契約について交渉された紛争解決条項を覆す効果を持つことを懸念していた。本仲裁廷は、当該懸念には賛同するが、後に検討するようにこの効果は第 10 条 2 の広い解釈から導かれるものではない。[para 123]

更に、SGS v パキスタンの仲裁廷は、広い解釈は、国内の契約の完全な国際化をもたらす、すなわち、「全質変化 (transubstantiation)」により投資契約を条約に転換すると考えていたように見うけられる。しかし、スイス＝フィリピン BIT 第 10 条 2 は、契約法の問題を条約法の問題に転換するものではない。第 10 条 2 は、特定の投資財産について行われた約束の範囲についてではなく、義務が認定された場合における義務の履行について取り扱っている。[para 126]

本 BIT 第 10 条 2 は、特定の投資財産について投資受入国が追う拘束力ある約束（契約上の約束を含む。）を投資受入国が遵守しない場合に BIT 違反とするものである。しかし、同条は、かかる義務の範囲又は内容の問題を国際法の問題に転換するものではない。かかる問題（本件では、CISS 契約に基づき提供されたサービスに対して支払うべき金額。）は、依然として投資契約によって規律される。他の要素がなければ、この問題は、第 8 条 2 に基づき構成される仲裁廷により判断される。CISS 契約の準拠法はフィリピン法であり、これは ICSID 条約第 42 条 1 により本仲裁廷が適用すべきものとされている。ただし、他の裁判所又は仲裁廷が本契約について排他的管轄を有している場合には、結論は異なり得る。[para 128]

III. 契約上の請求についての管轄権：第 8 条 2

本 BIT 第 8 条は「締約国と他の締約国の投資家との間の投資財産に関する紛争」の解決を規定している。一応、第 8 条は、投資受入国との間の全ての投資紛争の投資家による付託を許容している一般的な規定である。「投資財産に関する紛争」との文言は、請求の法的な分類により限定されていない。本 BIT 第 6 条に違反する収用についての紛争は「投資財産についての紛争」であり、CISS 契約等の投資契約から生じる紛争も同様である。[paras130-131]

しかし、SGS v パキスタンの仲裁廷は、明らかに異なる立場を採用している。本仲裁廷は、投資協定の一般的規定は、明確な規定がない限り、投資契約自体に規定されている特定のかつ排他的な紛争解決の取決めを覆すべきではないとの懸念に賛同する。SGS が提案する立場を前提とすると、投資家が契約において排他的管轄条項に有効に同意することが不可能となってしまう。投資家は、たとえそれが契約違反であっても、投資協定に基づく仲裁に契約上の請求を付託する隠れた能力を有することとなるが、国家が一般的な投資保護協定を締結するに際し、このような帰結を想定していたとは信じがたい。投資紛争を取り扱う投資協定の一般的な文言が、投資契約

が異なる排他的な紛争解決取決めを規定していることをもって制限されるべきとするのは説得的ではない。以下に述べるように、投資協定の仲裁廷が、投資協定の紛争解決条項の一般的文言を尊重しつつも当事者の契約に効力を与えることは可能である。[paras 132-134]

本 BIT 第 8 条の文言を文脈及び目的に照らして解釈し、原則として、SGS が本件紛争を契約上の紛争として本 BIT 第 8 条 2 に基づく ICSID 仲裁に付託することは認められている。[para 135]

IV. 排他的法廷選択条項

排他的管轄条項が本 BIT 又は ICSID 条約により覆されるか

本 BIT 第 8 条 2 は、契約上の請求に関して投資契約の排他的管轄条項を覆すことを意図していたかが問題となるが、本仲裁廷の多数は、二つの考慮によりこれに対して否定的である。第一は、本 BIT 自体は特定の投資財産又は契約に関して締結されたものではなく、このような一般的な規定が当事者間で自由に交渉された特定の契約の特定の条項を覆す効果を持つとは考えられない。第二の考慮は投資保護協定の枠組み条約としての性質から導かれる。かかる協定は、投資家と投資受入国との間で実際に交渉された投資取決めを覆し、又はそれにとって代わることを意図したものではなく、援助し、又は補完することを意図している。投資家と国家との間の仲裁についての投資協定の規定は、後の投資契約中の排他的管轄条項を覆さないが、「後法は前法を廃する」の法格言の適用により、前に締結された投資契約には適用されるとの主張がある。しかし、本 BIT には文言上の根拠がない。この区別は、BIT が更新され、契約も定期的に更新されることに照らすと恣意的に運用されやすい。しかも、この原則は同じ法的性質を有するもの間で適用されるものである。以上の理由により、本 BIT は、CISS 契約の排他的管轄条項を覆すこと、CISS 契約に基づきフィリピンの裁判所に付託することが義務付けられていた契約上の請求の解決について SGS に代替手段を提供することを意図していたわけではない。[paras 139-143]

SGS は予備的に ICSID 条約第 26 条が排他的管轄条項を覆すと主張する。本件手続は 2002 年に開始され、そのことにより当事者の ICSID の管轄権についての同意が「他のいかなる救済手段（CISS 契約に定められているものも含む。）も排除」して与えられたとの主張があり得る。しかし、このような解釈は、ICSID 条約第 26 条が義務的な規則ではなく解釈規則であったことを示す同条の起草過程により支持されない。さらに、第 26 条の「別段の意思が表示されない限り」には当事者の反対の陳述又は合意が含まれなければならない、それには契約中の排他的管轄条項も含まれる。そして、ICSID 条約第 26 条が前に合意された紛争解決条項を義務的に覆すとすると、ICSID 条約の仲裁を選択するか UNCITRAL 仲裁を選択するかで帰結が異なることとなる。[paras 144-148]

管轄 (jurisdiction) と受理可能性 (admissibility) の区別

本仲裁廷は、この原則は厳密な意味では管轄の問題ではなく、請求の受理可能性に関わるものであると考える。仲裁廷の管轄権は、本 BIT と ICSID 条約により決定される。私人が契約により国際法に基づく権利を放棄し、又は投資協定の締約国に課された義務の履行を免除することができるかは少なくとも疑わしい。近代国際法では、条約は、実体的であれ手続的であれ個人に対

して権利を付与し得るが、それは通常一定の公共の利益を実現するために行われる。よって、問題は、本仲裁廷が管轄を有するかということではない。特段の規定がなければ、条約の管轄は契約により排除されない。むしろ、契約が請求が専ら他のフォーラムに付託するとしている場合に、当事者は請求の基礎として契約に依拠することが許容されるのか否かである。本仲裁廷は、申立人が契約を遵守することを妨げる不可抗力等のもっともな理由がない限り、許容されるべきではないと考える。契約当事者は契約を遵守せずに契約に基づき請求を行うことはできないとの原則に依拠する当該抗弁は、管轄権というよりも受理可能性の問題として考慮するのがより自然である。[para 154]

CISS 契約第 12 条についての結論

本仲裁廷は、当事者が契約上の請求について解決する手段について既に合意しており、それが排他的に行われている場合には、当該契約上の請求について管轄権を行使すべきではない。フィリピンの裁判所は、SGS の契約上の請求を審理できる状態であり、被申立国の支払義務の範囲について、当事者の合意又は CISS 契約第 12 条に規定するフィリピン裁判所の手続により明らかにされるまでは、SGS の請求についての本仲裁廷の決定は時期尚早である。[para 155]

V. CISS 契約から独立した投資協定上の請求があるか

SGS v パキスタンは、本件よりもより複雑な事案であり、同仲裁廷は、紛争が単なる契約上のものとは分類できないとした。このことは、Vivendi 事件にも当てはまる。同事件では、申立人により提出された請求がコンセッション契約の範囲を超えており、フランス＝アルゼンチン BIT 第 3 条又は第 5 条の違反を構成し得るものであった。これに対し、本件は、一見して契約に基づき支払義務を負っている金額についての紛争である。SGS は CISS 契約に基づくサービスの提供は期間の満了により終了していることを認めている。SGS v パキスタンのように契約違反からは独立した投資協定違反の論点は提起されていない。また、Vivendi 事件のように、投資を失敗させるための地方政府職員による陰謀の主張もない。申立人により仲裁廷に申し立てられているように、当事者の未解決の問題は、未払いの金額の決定に関するものである。[paras 156-159]

申立人は、本 BIT 第 4 条（公正衡平待遇）及び第 6 条（収用）の違反について主張している。後者については、未払いの金額についての紛争が解決されていない場合には、支払いの拒否は収用を構成しない。前者については、仲裁廷は本 BIT 第 10 条 2 と同じ結論に至る。未払いの金額についての未解決の紛争があるため、CISS 契約に基づき選択された紛争解決手段による決定から離れて請求について判断を行うことは不適切かつ時期尚早である。[paras 156-162]

本仲裁廷は、本 BIT 第 10 条 2 及び第 4 条に基づく SGS の請求について管轄権を有するが、SGS の請求は時期尚早であり、契約により合意した手続に従って未払いの金額が決定されるのを待たなければならない。[para 163]

VI. 結論

本仲裁廷は、当事者の合意又はフィリピンの裁判手続により CISS 契約に基づき支払うべき金

額が決定されるまで本件手続を停止する。[para 175]

11: Tokios Tokelés v ウクライナ (ICSID Case No.ARB/02/18)

判断年月日： 2004 年 4 月 29 日 (管轄に関する判断)

仲裁廷の構成： Prosper Weil (フランス・長)、Piero Bernardini (イタリア)、Daniel M. Price (米国)

一 判断のポイント

- (BIT に明示の要件として定められているわけではない場合において) 申立人が BIT の他方締約国内で実質的な事業活動を行っていることは「投資家」該当性の要件とはならない。
- 投資受入国以外に投資財産のソースがあることは「投資財産」該当性の要件とはならない。
- 申立人による投資行為や事業活動に違法性がない場合、手続上の小さなミス等があっても「投資受入国の国内法に従った」投資該当性は否定されない。
- 申立人の仲裁に対する事前同意は、仲裁の申立てとは別途の書面で表明される必要もない。

二 事案の概要

申立人は、リトアニアで 1989 年に設立された事業会社であり、1991 年以降、「閉鎖株式会社」として登録されていた。申立人は、リトアニア内外で広告、出版及び印刷の事業を行っている。1994 年、申立人はウクライナに完全子会社である Taki spravy (以下「Taki」という。) を設立した。申立人は Taki に対し当初 17 万米ドルを出資し、Taki はウクライナ内外で広告、出版及び印刷の事業を行っている。以降、申立人は Taki の収益を子会社、印刷設備の購入及び事務所施設の建築並びに修繕に充ててきた。申立人によれば、1994 年から 2002 年までで合計 650 百万米ドルをウクライナの子会社に投資した。[paras 1-2]

申立人の主張によれば、2002 年 2 月以降、被申立国の政府当局が Taki に対して、①税法の執行という名目で多くの侵略的な調査、②Taki が締結した契約を無効にするための行為を含む国内裁判所での根拠のない行為、③Taki の資産について行政的な領置、④財務その他の書類の不合理的な取得及び⑤Taki が違法行為を行ったとの誤った訴追を行い、それにより申立人の投資財産に悪影響が生じたとのことである。申立人は、これらの政府当局の措置に反対し、地元の税務当局と面会する等紛争解決のための努力を複数回したものの、いずれも失敗に終わったと主張している。[paras 3-4]

三 判断概要

I. 申立人の投資家該当性

以下のように判示し、申立人がウクライナ・リトアニア BITI (以下「本 BIT」という。) 及び ICSID 条約第 25 条 2(b) にいう「投資家」「他の締約国の国民」に該当することを認めた。

ウクライナ・リトアニア BITI (以下「本 BIT」という。) 第 1 条 2(b) によれば、「投資家」に該

当するためには、リトアニアの領域内に同国の法令に従って確かな基盤を持って設立された法的実在であることが必要であるが、その要件を満たしている。被申立国は、申立人がリトアニアで実質的な事業活動を行っていないと考えられることも管轄を否定すべき根拠として主張するが、本 BIT を条約の趣旨及び目的に照らして文言解釈しても、要件となるのは申立人がリトアニア法に基づき設立されたか否かのみであり、実質的な事業活動の有無は要件とはならない。[paras 27-41]

また、ICSID 条約第 25 条 2(b)は法人の国籍を決定する方法の要件を規定するものではないが、これを登録された事務所又は設立地とするのは一般的に受容された規律であり、本件で当事者間にこの規律に反する別段の合意はない。ICSID 仲裁廷において、ICSID 条約第 25 条 2(b)は管轄を広げる方向で解釈されており、この規定の第 2 節は当事者間の合意がない場合に法人の国籍を決定するために用いられるべきではない。[paras 42-52]

(法人格否認等も争点となったが、重要性に乏しいと考えられるため省略する。)

II. 投資財産該当性及びウクライナの法令に従って投資されたものか否か

被申立国は、ウクライナ領域内の Taki の資産について、申立人がウクライナ以外からの資本を用いたことを証明していないため、申立人によって投資されたものではないと主張する。投資財産については、申立人が被申立国の領域内に投資が行われるようにしたことを示す必要があるが、投資財産がウクライナ以外のソースに起因するものであることは本 BIT において要件とされていない。それは ICSID 条約においても同様である。[paras 73-82]

ウクライナの法令に従って投資が行われたかという点については、本 BIT の趣旨及び目的が投資家及びその投資財産に広範な保護を与えることにあることに鑑みれば、登録書類に細かなミスがあったとしても、申立人による投資や投資財産の事業活動が違法と主張しているわけではない以上、投資財産性を否定するものではない。[paras 83-86]

III. 紛争が投資財産から生じたものか否か (重要性に乏しいと考えられるため省略する。)

IV. 申立人の事前の書面による同意の形式

申立人は仲裁の申立てとは別途の書面で同意を表明する必要もなく、同意の形式が不適切とは言えない。[paras 94-100]

(そのほかにも、申立人と被申立国が本 BIT 第 8 条で求められる交渉の当事者でなかったこと等が受理可能性に関する問題として主張されたが、いずれも重要性に乏しいと考えられるため省略する。)

12 : Plama Consortium Limited v ブルガリア共和国 (ICSID Case No. ARB/03/24)
(JCA ジャーナル 2009 年 11 月号 (2))

判断年月日 : 2005 年 2 月 8 日 (管轄判断)、2005 年 9 月 6 日 (暫定措置決定)、2008 年 8 月 27 日 (本案判断)

仲裁廷の構成 : Carl F. Salans (米国・長)、Albert Jan van den Berg (オランダ)、V.V. Veeder (英国)

一 判断のポイント :

・誰が真の投資家であるのかについて、投資家側に不実表示があった場合は、投資保護協定による保護は与えられない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係 [paras. 55-76]

1996 年、ブルガリア国営の石油精製会社である Nova Plama は、事実上の操業停止状態にあったが、同年 9 月 5 日、これを民営化するため、株式の 75% が Euro Energy Holding OOV (EEH) に売却された (第 1 次民営化)。1997 年 10 月、Nova Plama は増資を行い、EEH の持ち株比率は 96.78% に増加した。同年末頃から、スイスの多国籍企業である André & Cie を中心として、Nova Plama をめぐる様々な交渉が開始した。

まず、Banque Internationale pour le Commerce et le Developpement (BICD) の Bonev 氏が André の Vautrin 氏に対し、Price Waterhouse Coopers (PWC) が EEH の代理人として融資を要請してきたと伝えた。また、Central Wechsel und Creditbank が Vautrin 氏に対し、融資の条件として、潤滑油専門企業を含む複数のパートナーの保証を要求した。そこで、Vautrin 氏は、潤滑油の製造販売会社である Norwegian Oil Trading AS (NOT) の Svindseth 氏に連絡した。André および NOT は、EEH の信頼性に疑問を抱き、融資には消極的であったが、Nova Plama の株式購入には関心を示した。

1998 年 2 月、交渉は一旦決裂したが、その後、再開された。ところが、同年 6 月 10 日、ブルガリア政府の復興再建基金が Nova Plama の倒産手続を申し立て、同 25 日に暫定管財人が選任され、同年 7 月 29 日に倒産手続の開始決定がなされた。そのような中で、同年 8 月 18 日、NOT および André とブルガリア民営化局の間で覚書が交換された。同年 9 月 18 日、キプロス法人である Plama Consortium Limited (PCL) (本件申立人) が EEH から Nova Plama の全株式を購入する旨の契約が締結され、それに伴い、同月 21 日、先の覚書は、NOT および André の指定する会社に Nova Plama の株式を売却譲渡する旨に改められた。この覚書に定められた条件にしたがって、同年 10 月 5 日、PCL は、André および NOT の保証にもとづき精製所再開のために 800 万ドルの融資をする旨の Central Wechsel und Creditbank の書簡を提出し、同月

11日、Nova Plama の従業員との合意が成立させ、同月 26 日、Nova Plama の債権者との債務整理協定を成立させ、同年 11 月 17 日、民営化局との協定を成立させた（第 2 次民営化協定）。本協定では、第 1 次民営化協定により PCL に引き継がれた義務を確認するとともに、EEH から PCL に Nova Plama の株式が譲渡された日を協定の発効日とする旨が定められた。そして、同年 12 月 18 日、株式が譲渡された。

1999 年 1 月、精製所は再開したが、同年 4 月上旬、再度停止した。同年 5 月 5 日、PCL が Pleven 地裁に再建計画を提出し、同年 7 月 8 日、これが承認されて、倒産手続が中止された。そして、同年 8 月から精製所が再開したが、同年末までに最終的に停止し、再開協議も失敗した。

そこで、2003 年 1 月 6 日、PCL は、エネルギー憲章条約（ECT）にもとづき¹、国際投資紛争解決センター（ICSID）に仲裁を申し立て²、ブルガリアが PCL の Nova Plama への投資に対し、①安定した、衡平な、良好なかつ透明性のある条件を醸成しなかったこと、②公正かつ衡平な待遇を与えなかったこと、③不断の保護及び保障を与えなかったこと、④不当かつ差別的な措置をとり、契約上の義務に違反し、収用と同等の措置をとったこと、⑤投資を成功させ、利益を上げる機会を奪ったこと、⑥投資に関する権利の行使に有効な手段を提供する法律の制定義務に対する違反があったことを理由として、損害賠償を請求した。これに対して、仲裁廷は、2005 年 2 月 8 日に管轄を肯定する判断を下したが³、同年 9 月 6 日に暫定措置指示申請を却下し⁴、2008 年 8 月 27 日に請求棄却の本案判断を下した。

なお、仲裁申立後の 2004 年、ブルガリアの裁判所は、1997 年の増資を無効とする判決を下したので、PCL の持ち株比率は 75%に減少した。2005 年 7 月の債権者による倒産手続再開の申立は、同年 12 月 27 日のブルガリア最高破産院の命令により破棄されたが、再び債権者からの申立があり、2006 年 4 月 28 日、Pleven 地裁が手続の再開を決定した。2007 年 6 月 18 日、Nova Plama の資産が 3060 万ドルで Highway Logistics Center ECOD に売却された。

三 判断概要：

II. 本案判断要旨

本判断は、ECT 上の保護を受ける前提問題として、利益否認条項および不実表示を取り上げ、前者の援用は否定するが、後者の成立を肯定し、その結果、そもそも PCL は ECT 上の保護を受けることができないと結論づけた。以下では、この箇所を詳しく紹介する。

さらに本判断は、仮に ECT 上の保護が認められたとしても、PCL の請求は認められないとして、その理由を長々と述べる。しかし、この箇所は、いわば傍論であるから、以下では、概要の紹介にとどめる。

¹ The Energy Charter Treaty, *UNTS*, Vol. 2080, No. I-36116. エネルギー憲章に関する条約は、平成 6 年 12 月 17 日にリスボンで作成され、平成 10 年 4 月 16 日に発効した。わが国については、平成 14 年 7 月 23 日に受諾書を寄託し、同年 30 日に公布および告示され（条約第 9 号・外務省告示第 330 号）、同年 10 月 21 日に発効した。

² Article 26(4)(a)(i) of the ECT.

³ Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, ICSID Case No. ARB/03/24, <<http://ita.law.uvic.ca/>>

⁴ Order on Provisional Measures, 6 September 2005, ICSID Case No. ARB/03/24, <<http://ita.law.uvic.ca/>>

A. 前提問題

管轄判断においては、2つの問題が先送りにされていた。ひとつは、PCLがECTの締約国の国民によって所有または支配された法人であるか否か、というECT17条の利益否認条項に関する問題であり、もうひとつは、PCLがブルガリアに対し真の所有者について不実表示を行ったか否か、という問題である。これらの問題は、管轄に影響を及ぼさないので、本案として判断する。[paras. 77-78]

1. 利益否認条項

ECT17条は、「締約国は、次のものに対してこの部の規定に基づく利益を否定する権利を留保する」として、「(1) 第三国の国民が所有し又は支配する法人であつて、当該法人が組織される締約国の地域において実質的な活動を行っていないもの」を挙げている。PCLがキプロス法人であり、キプロスはECTの締約国であるが、PCLは、キプロスで実質的な活動をしていないことを認めている。そこで、PCLが他の締約国の国民によって所有または支配されているかという問題が生じるが、その証明責任は、PCLが負う。[paras. 81-82]

PCLの株式は、EMU Investments Limitedという英領バージン諸島法人が80%を保有し、Plama Holding Limited (PHL)という別のキプロス法人が20%を保有するが、そのPHLは、EMUの100%子会社である。そして、EMUの株式は、Nordtømme氏が50%を保有し、Haug氏が50%を保有するが、受益者はVautrin氏である。ブルガリアは、EMUの株式がPanoramaおよびAllspiceという2つのセイシェル法人に譲渡されたと主張するが、Vautrin氏の証言どおり、この取引は履行されておらず、いずれにせよ、これらのセイシェル法人の実質的な所有者は、Vautrin氏である。また、Dolsamex S.A.およびTimothy O' Neill氏がPCLの所有権を主張した訴訟は、まだスイスの裁判に係属中であり、本件には影響しない。PCLの証明責任を考慮しても、ブルガリアの主張には根拠がない。PCLを所有かつ支配しているのは、Vautrin氏であり、そのVautrin氏はフランス国民であつて、フランスはECTの締約国である。したがって、ブルガリアは、利益否認条項を援用することができない。[paras. 91-95]

2. 不実表示

(a) 民営化局の同意要件

PCLは、すでに第1次民営化協定によってNova Plamaが民営化されていたから、その株式の取得について、民営化局の同意が必要なかったと主張するが、この主張は受け入れられない。PCLは、積極的に同意を求めたし、第1次民営化協定22条によれば、EEHは、5年間、民営化局の事前の同意なしにNova Plamaの株式を売却・譲渡できないとされていた。またPCLは、仮に民営化局の同意が必要であったとしても、Nova Plamaの株式の10パーセントのみであるとも主張するが、この主張も受け入れられない。PCLの主張は、第1次民営化協定後に増資があったこと、および第1次民営化協定22条が民営化当時の株式にのみ適用されることを根拠とする。たしかに、この条項の文言によれば、「買主は、本契約により得た株式を……売却または

譲渡する権利を有しない」とされているから、これを文言どおりに読めば、PCL の主張が正しい。しかし、これは当事者の意思と異なる。なぜなら、PCL は、Nova Plama の全株式の購入について同意を求めていたからである。そこで、かような同意に際して、Vautrin 氏が PCL の実質的な所有者であるという事実を秘匿する不実表示があったか否か、またこれがあつた場合、PCL が求める ECT 上の保護に対し、いかなる影響があるのかという問題が生じる。[paras. 112-115]

(b) 不実表示の成立

ブルガリア政府の理解によれば、NOT および André が投資者であり、PCL は、Nova Plama を購入するために設立された合弁企業であつて、民営化局との覚書という両社により指定された会社であつた。これに対して、Vautrin 氏は、この誤解を知っていたにもかかわらず、これを解消する努力をせず、とくに自己が PCL の実質上単独の所有者である事実をブルガリア政府に伝えなかつた。さらに Vautrin 氏の証言には、矛盾がある。彼は、管轄審理では、身の安全のため自己が所有者であることをブルガリア政府に知られなくなつたと証言したが、本案審理では、André および NOT が投資者であることをブルガリア政府に断言したことはないとか、André および NOT が投資者でないことをブルガリアの高官に知らせたとか、覚書の草案の”formed by”という文言と確定版の”presented by”という文言の比較により、André および NOT が株主でないことは明らかである、と証言している。以上により、Vautrin 氏が民営化における自己の本当の役割を開示せず、故意に投資者の身元について不実表示をしたことは明らかである。[paras. 128-129]

(c) 不実表示の効力

株式譲渡に対する民営化局の同意は、詐欺に相当する故意の秘匿の結果であり、株式の譲渡先は精製所の再開の能力を有しなかつたという事実は、民営化法 5 条 1 項にいう「藁人形条項」には該当しないとしても⁵、他のブルガリア法および国際法に違反するのであるから、ECT 上の保護を受けることはできない。[para. 135]

まず、ブルガリアの債務・契約法によれば、無能力者または無権代理人による契約、錯誤、詐欺、強迫、過度の強要による契約は、取消の対象となり（27 条）、故意の不実表示により契約締結に誤導した場合も、詐欺が成立し、契約の取消原因となる（29 条）。さらに、「当事者は、誠実に交渉し、契約を締結しなければならない」という信義誠実の原則が規定されており（12 条）、契約締結にとって重要な事実の開示義務を含むと解されている。したがって、第 2 次民営化協定の交渉および締結には、明白なブルガリア法違反があつた。[paras. 136-137]

つぎに、多数の二国間投資協定と異なり⁶、ECT は、投資が特定の法を遵守していることを

⁵ 藁人形条項 (straw man provision) とは、「偽名の当事者または身元不明の代理人によって行われた本法による取得行為は無効とする」という規定のことである。[para. 102] しかし、本件において、PCL は自己の名前および計算において行為したのであるから、藁人形ではないと結論づけられた。[paras. 130-132]

⁶ 脚注 13 では、ドイツ・フィリピン協定、リトアニア・ウクライナ協定、イタリア・モロッコ協定が挙げられている。

要求する規定を欠いているが、これは、国内法または国際法に違反する投資に対し、ECT 上の保護が与えられることを意味するわけではない。ECT の準備作業の議長声明（1994 年 12 月 17 日）によれば、ECT の適用および解釈は、条約法条約第 3 部に規定された条約の遵守・適用・解釈の原則に従うべきであり、文脈によりかつその趣旨および目的に照らして与えられた用語の通常の意味にしたがって、誠実に解釈されなければならない⁷。また、ECT の事務局レポートにおいても、「ECT の基本目的はエネルギー問題に関する法の支配を強化することである」とされている⁸。したがって、違法な投資には ECT の保護は与えられないと解される。さらに、ECT26 条 6 項によれば、同条 4 項の規定により設置された仲裁廷は、本条約ならびに国際法上準拠すべき規則および原則にしたがって、事件を判断するとされている。かような規則および原則については、ブルガリアが引用した他の投資仲裁判断例が有用な示唆を与えてくれる。[paras. 138-140]

まず、*Inceysa v. El Salvador* は⁹、入札詐欺によるコンセッション契約に関する事件において、投資は次の 2 つの法の一般原則に反するとした。第 1 は、「投資を成立させる契約の交渉および履行において欺罔がないこと」という信義誠実の原則であり、第 2 は、「何人も自己の違法行為から利益を得ることはできない (*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*)」という原則である。さらに、違法行為から生じた権利の存在を承認することは、「法の遵守」という国際公序に反するとも述べている。[para. 141]

つぎに、*World Duty Free v. Kenya* は¹⁰、大統領への賄賂による契約に関する事件において、次のように判示した。「国際公序」という用語は、「すべての法廷において適用されなければならない普遍的基準および行為準則に関する国際的コンセンサス」を意味すると解される。したがって、「仲裁廷は、賄賂の約束または賄賂によって得た契約にもとづく請求を認めることができない」。また、「英国法およびケニア法上の公序によれば、……申立人は、不道德な約因から訴因は生じない (*ex turpi causa non oritur actio*) という原則により、本件請求を裁判上主張する法的権利を有しない」。不道德な約因の抗弁は、「裁判所が違法（または不道德）な行為を犯した原告を助けないという公序の原則に基づいている」。[para. 142]

本件において、PCL の投資に ECT 上の保護を与えることは、上記の「何人も自己の違法行為から利益を得ることはできない」という原則に反することになる。また裁判所は違法な手段（詐欺的不実表示）によって得られた契約を強制すべきでないという国際公序の基本観念にも反する。PCL の行為は、信義誠実の原則に反するものであり、この原則は、ブルガリア法および国際法の一部である。信義誠実の原則は、投資者および投資に関する重要情報を受入国に提供する義務を含む。とくに投資の同意を得るために情報が必要である場合、この義務は重要である。以上の

⁷ 脚注 14 では、Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation*, Chairman's Statement at Adoption Session on 17 December 1994, p. 158. が引用されている。

⁸ 脚注 15 では、Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation*, An Introduction to the Energy Charter Treaty, p. 14. が引用されている。

⁹ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Award of 2 August 2006, ICSID Case No. ARB/03/26, <<http://ita.law.uvic.ca/>>

¹⁰ *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, Award of 4 October 2006, ICSID Case No. ARB/00/7, <<http://ita.law.uvic.ca/>>

理由を考慮し、かつ不道徳な約因の抗弁に照らし、PCLの投資にECT上の保護を与えることはできない。[paras.144, 146]

B. ECT上の保護

1. ECTの解釈

PCLは、ブルガリアの行為がECT10条1項および13条に違反すると主張する。ECT13条は、収用に関する基準を定めた規定であるが、ECT10条1項は、様々な投資保護の基準を定めた規定である。すなわち、①安定した、衡平な、良好なかつ透明性のある条件を醸成すること、②公正かつ衡平な待遇および不断の保護および保障を与えること、③不当なまたは差別的な措置の禁止、④契約上の義務の遵守を含む。これらの保護基準は、たしかに密接に関連しているが、それぞれに独自の定義を否定するものではない。そこで、ECTおよびその他の投資協定に関する仲裁判断例などにより、各保護基準を定義する。[paras. 161-193]

2. ECT違反の成否

(a) 環境汚染の責任

PCLは、ブルガリアが環境法の不当な改正により、投資前に工場の敷地内で起きた環境汚染の責任をNova Plamaに負わせたとして、ECT10条1項（公正かつ衡平な待遇、不断の保護および保障、不当なまたは差別的な措置の禁止、契約上の義務）の違反を主張し、また精製所への融資を不可能とし、精製所を閉鎖に追い込んで、投資の利潤獲得を妨げたとして、ECT13条の違反を主張する。しかし、環境法の改正は差別的ではなく、その他のECT違反も認められない。[paras. 194-228]

(b) 破産管財人に対する監督

PCLは、ブルガリアの政府および裁判所が破産管財人の義務違反および違法行為を適正に監督しなかったとして、ECT10条1項（公正かつ衡平な待遇、不断の保護および保障）の違反を主張し、かつ破産管財人の行為がECT13条違反の間接収用に相当すると主張する。しかし、そもそも破産管財人は国の機関ではないから、政府の責任を問うことはできないし、裁判所の行為にも不公正があったとは認められない。[paras. 229-255]

(c) 含み利益への課税

PCLは、ブルガリアが適切な税法の規定を設けていなかったため、Nova Plamaの再建計画における債務の減免ないし繰り延べが含み益とされ、不当に課税されたとして、ECT10条1項（公正かつ衡平な待遇、不断の保護および保障、不当な措置の禁止）の違反およびECT13条の違反（投資財産の使用・収益の侵害）を主張する。しかし、そもそも税法上の措置は、ECT21条により保護の対象から除外されているし、いずれにせよ、PCLは税法を知っていたか、または知るべきであったから、これらの主張は認められない。[paras. 256-273]

(d) ヴァルナ港

PCLは、ブルガリアがヴァルナ港を憲法・法令・判例に違反して民営化し、その結果、Nova Plama が同港を使用することができなくなったとして、ECT10 条 1 項（公正かつ衡平な待遇、不断の保護および保障、不当な措置の禁止）の違反および ECT13 条の違反（収用相当の違法な民営化）を主張する。しかし、Nova Plama がヴァルナ港の使用を妨げられたという事実はなく、そもそも港の民営化は、特段の事情がなければ、ECT 違反とはならない。[paras. 274-284]

(e) 国営銀行の行為

PCLは、国営銀行である Commercial Bank Biochim が Nova Plama の再建に協力的ではなかったとして、ECT10 条 1 項（契約上の義務の遵守）の違反および国営企業に関する ECT22 条の違反を主張し、かつブルガリア政府がこれに加担していたとして、ECT10 条 1 項（公正かつ衡平な待遇、不断の保護および保障、不当な措置の禁止）の違反および ECT13 条の違反（収用相当行為）を主張する。しかし、そもそも銀行の行為は、営利企業として合理的であったし、ECT 違反の事実は認められない。[paras. 285-303]

(f) 倒産手続の再開

PCL は、倒産手続再開の決定が権利侵害であると主張するが、ブルガリアにおいて異議の申立が係属中であり、審理の必要性が証明されていない。[para. 304]

3. 結論

本件投資は、Vautrin 氏および PCL が自己資金なしに行った **high risk project** であり、借入金による操業によって、製品を販売し、債務の返済および賃金の支払をして、利潤を上げようとしたものであって、失敗の原因をブルガリアの違法行為に帰することはできない。[para. 305]

13 : Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v パキスタン・イスラム共和国 (ICSID Case No. ARB/03/29)

(JCA ジャーナル 2010 年 9 月号 (13))

判断年月日 : 2005 年 11 月 4 日 (管轄権決定)、2009 年 8 月 27 日 (本案判断)

仲裁廷の構成 : Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス・長)、Franklin Berman (英国)、Karl-Heinz Böckstiegel (ドイツ)

一 判断のポイント :

・高速道路の開発・維持管理等を行う会社による契約解除決定及びこれに関連する種々の行為は、ILC 条文第 8 条に基づき、国家に帰属する。

・トルコ・パキスタン BIT 中に公正衡平待遇義務条項は存在しないが、最恵国待遇義務条項の適用により、パキスタン・スイス BIT 規定の公正衡平待遇義務違反条項を取り込み適用することができる。

・本件事実関係のもとでは、公正衡平待遇義務違反・最恵国待遇及び自国民待遇義務違反のいずれも認められない。公正衡平待遇義務違反につき、Bayindir において、本件投資に係る法的枠組に関し「正当な期待」を有していたとは認められない。

・契約上の権利侵害も収用を成立させ得るが、本件事実関係のもとでは、主権行使としての、また、財産権の経済的実体のはく奪に相当する程度の権利侵害があったとは認められず、収用は成立しない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係 [paras.1-77]

A. 本件プロジェクト及び同プロジェクトに係る契約の概要

Bayindir は自動車道路建設等のインフラ整備を手掛けるトルコ法人であるが、1993 年、パキスタンの高速道路等の開発・維持管理を行うパキスタンの公社 National Highway Authority (‘NHA’) との間で、M-1 プロジェクトと呼ばれる、6 車線の自動車道路の建設及びその付帯事業に係る契約を締結した (「1993 年契約」)。この契約を修正するため、1997 年に上記当事者間で新たな契約が締結された (「1997 年契約」)。1997 年契約に従い、NHA は Bayindir に対し約 9600 万米ドル(USD)及び約 25 億パキスタンルピー(PKR)の着手金 (契約金額の 30%) を支払い、他方、Bayindir のため、トルコの銀行数行が上記着手金の担保としての銀行保証を提供した (「着手金保証」)。また、同契約上、契約の履行は、エンジニアと呼ばれる組織によって監査されることとされており、エンジニアは、NHA の許可を得て (例 : 請負業者からの工期延長要請等の事項に係る判断) 又はその裁量の範囲内で (例 : 作業の進捗状況の遅延に関する通知 (sub-clause 46.1 通知) 又は証明書 (sub-clause 63.1(b)(ii)証明書) の発行)、一定の決定を下

す権限を有していた。

B. 1997年契約の解除に至る経緯、契約解除及びその後の経過

Bayindir は 1998 年に M-1 プロジェクトの工事に着工したが、工事は予定どおり進捗せず、Bayindir は、NHA に対し、1999 年から 2001 年にかけて、3 度にわたる工期延長請求を行った。第 1 及び第 2 工期延長請求に基づき、2001 年 4 月、「第 9 付属書」(Addendum No. 9)が締結され、これに従い、工期はいったん、2002 年 12 月末まで延長された。しかしその後も工事は予定どおり進捗せず、エンジニアによる sub-clause 46.1 通知の発行、NHA と Bayindir 間の工期進捗に係る会合、Bayindir による第 3 工期延長請求及び訂正工事案の提出、当事者間での更なる会合 (2001 年 3 月 19 日) 及び、NHA 会長とムシャラフ大統領 (当時) との面談 (同年 4 月 12 日)、エンジニアによる作業の不当な遅延が生じた旨の sub-clause 63.1(b)(ii) 証明書の発行を経て、最終的に、NHA は、Bayindir からの第 3 工期延長請求を受け入れず、2001 年 4 月、同社に対し契約解除通知を発した。同契約解除と共に、パキスタン軍土木建築課が工事現場の占有を確保し、Bayindir の人員に立退きを命じた。工期の遅れの原因については当事者間で争いがあり、Bayindir が、NHA において、本プロジェクト工事に必要な土地の占有を移転しなかったことが遅延の理由であるとしたのに対し、エンジニアは、Bayindir を原因とする必要な機器の不足が原因であると主張した。その後、2002 年 12 月、NHA は、M/s Pakistan Motorway Contractors Joint Venture (「PMC JV」) と M-1 プロジェクトに係る契約を締結した。なお、上記契約解除に伴い、2001 年 4 月、NHA は着手金保証の履行を求め、これに対し、Bayindir はトルコ裁判所より銀行に対する支払禁止命令を取得した (2003 年に解除)。銀行に対する執行手続は、本件仲裁判断の時点において、仲裁廷による第 1 手続命令により停止中であった。その後、着手金保証に係る利息の支払請求に係る争いが、NHA の提訴によりトルコの裁判所に係属したが、本件仲裁判断の時点において、同係争に係る手続も、仲裁廷による第 10 手続命令により、停止中であった。

C. 請求原因事実のまとめ [paras. 96-100]

以上の事実関係の下、Bayindir は、トルコ・パキスタン投資協定に基づき、パキスタン政府に対し ICSID 仲裁を提起し、次の請求原因事実に基づく損害賠償請求を請求した。

- ・公正衡平待遇義務違反 (2 条 1 項の最恵国待遇義務の適用による) : Bayindir による契約履行態様と無関係の動機により、Bayindir をプロジェクトから排除したこと、同社が契約上有していた権利を奪ったこと、恣意的かつ不公正に着手金保証の履行請求を行う等の手段を通じて、Bayindir を M-1 プロジェクトから排除したことに基づく。

- ・最恵国待遇及び自国民待遇義務違反 (2 条 1 項及び 2 項) : 自国の業者 (PMC JV) 及び他の外国籍請負業者を優遇するため、Bayindir を排除したこと、排除を受けてした様々な行動及び着手金保証の履行請求を行ったことに基づく。

- ・収用 (3 条 1 項) : Bayindir の排除、排除後に Bayindir の投資資産を完全にはく奪しようと

試みたこと及び着手金保証の履行請求を行ったことに基づく。

なお、本件判断に先行する管轄権決定において、パキスタンは、本事案が契約に基づく請求（これについては 1997 年契約中に国内仲裁の規定が存在した。）であること等を理由に仲裁廷の管轄権を争ったが、仲裁廷は、*Vivendi v. Argentina* 事件と同様に、同一の事実が契約違反及び投資協定違反を同時に構成し得ること、また、契約違反が投資協定違反を同時に構成し得ることを認め、後者については仲裁廷の管轄権の範囲内であること等を理由にその管轄権を認めた。

三 判断概要：

II. 本案判断要旨

本件の争点は、NHA による行為のパキスタンへの帰属の可否、1997 年契約に基づく請求と本件投資協定に基づく請求との関係、最恵国待遇義務の適用による公正衡平待遇義務の取込みの可否、公正衡平待遇義務違反の有無、自国民待遇及び最恵国待遇義務違反の有無、収用の成否、と多岐にわたる。また、各々の争点に係る事実関係も複雑であるため、本評釈では、上記各争点に係る仲裁廷の判断の要旨を紹介した後、本件判断の中心的争点であったと思われる公正衡平待遇義務違反の内容及びその違反の有無につき、検討を加える。

A. NHA の行為の国家帰属 [paras. 111-132]

NHA が、Bayindir を M-1 プロジェクトから排除するに関し行った種々の行為が、国連国際法委員会の「国際違法行為に対する国家の責任に関する条文」（以下「国家責任条文」）に反映される国際慣習法に照らし、国家主権の行使と認められるか、契約上の権限行使に留まるかが争点である。そこで、上記行為が国家責任条文 4 条、5 条及び 8 条にそれぞれ該当するか否かを検討する。¹国家責任条文 4 条該当性につき、NHA がパキスタン法上、独立の財産処分権と訴訟適格を有すること、NHA と、パキスタン政府の一定の部署部門との間につながりがあることが、必ずしも NHA の独立の法人格性を否定することにはならないこと等からすれば、NHA は国家責任条文 4 条にいう「国の機関」には該当しない。次に、国家責任条文 5 条該当性につき、NHA が、パキスタン法上、特定の公的業務（例：国営高速道路及び特定道路等の料金の賦課徴収、監査目的での私有地への立入）を行う権限を与えられていることは争いがないものの、これらの一般的権限の付与を以て、同条の該当性を認めるには不十分であり、また、法人の行為が国際法上の国家責任を生じさせる行為とみなされるには、その行為は、当該法人がかかわる私的営利的行為ではなく、政府行為でなければならない（国家責任条文注釈²参照）ところ、本件の事実認定として、問題とされる NHA の行為が、政府権限の行使に当たるとは認められない。他方、国家責任条文 8 条該当性につき、事実認定上、本件で問題とされる NHA の各行為は、NHA による

¹ 4 条該当性は、NHA が国家機関か否かの問題、5 条該当性は、NHA が政府権限を代理行使していたといえるか否かの問題、8 条該当性は、NHA が国の指示のもとで、又はその管理下で行動していたか否かの問題、とそれぞれ整理できる。

² Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)
<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>

本件契約解除決定の直接的な結果である（例：政府高官が NHA 取締役、契約解除を含む契約上の救済措置を取ることの許可を与えた）ところ、同決定はパキスタン政府から明示的決裁を受けてなされたものと認められるから、同条に照らし、各行為につき、パキスタンへの帰属性が認められる。なお、同条にいう帰属は、問題となる行為が国家主権行為としての性質を持つか営利行為としての性質を持つかを問わない。

B. 1997 年契約と投資協定に基づく各請求間の関係 [paras.133-139]

当仲裁廷の管轄権は投資協定に基づく請求にのみ及び、契約に基づく請求には及ばず、また契約違反の事実が必ずしも投資協定違反を構成するとは限らない（十分条件でも必要条件でもない）。しかし、契約に関する事項を、投資協定違反を判断するに必要な限りにおいて検討することは、その管轄権の範囲内である。

C. 公正衡平待遇義務違反 [paras.146-381]

1. 最恵国待遇義務の適用による公正衡平待遇義務の取込みの可否

本件投資協定の本文中には、前文での言及を除き、公正衡平待遇義務を定めた条文はない。Bayindir は、同協定 2 条 2 項に規定される最恵国待遇義務の適用により、パキスタンが第三国と締結している他の投資協定中の公正衡平待遇義務を本件投資協定に取り込めると主張し、パキスタンはこれを争っている。なお、本件投資協定は、前文で公正衡平待遇義務違反に言及している。

本件に係る管轄判断で当仲裁廷が判断したとおり、前文が法的拘束力のある公正衡平待遇義務違反を発生させることはない。しかし、前文における同義務への言及は、「協定当事者が、協定への署名時に、最恵国待遇義務の適用による公正衡平待遇義務の取込みを否定する意図を有していなかったこと」を推測させるものである。さらに、最恵国待遇義務の適用除外を定める本件投資協定 2 条 4 項には公正衡平待遇義務が含まれていない。したがって、パキスタンが第三国と締結している他の投資協定、具体的にはパキスタン・スイス投資協定における公正衡平待遇義務条項を本件投資協定に取り込み、本件に適用することが相当である。

2. 公正衡平待遇義務違反の有無

投資仲裁の先例から導き出される公正衡平待遇義務の構成要素としては、行為の透明性確保、公正手続の付与、恣意的、差別的又は強迫行為をしないこと、投資に影響を与える法的枠組に関する投資家の「正当な期待」を裏切らないことが挙げられる。投資家の正当な期待保護を公正衡平待遇義務の中心に据えるいわゆる「Tecmed 基準」³⁾は、Thunderbird v. Mexico 事件の仲裁廷

³⁾ この基準のうち、本件に特に関連する部分を抜粋し翻訳すると次のとおりである。「投資受入国は、外国投資家が投資をするとの判断に際し考慮した基本的な期待を損なわないような待遇を提供しなければならない。外国投資家は、その投資に影響を与えるいかなる規則や規制のみならず、関連する政策目標、行政実務及び指針についても事前に知り得、投資計画を立てることができるよう、またかかる規制を遵守できるよう、投資受入国が、当該投資家との関係で、一貫した態度で、あいまいさを排した、完全に透明性を持った行動を取るとの期待を有する。投資受入国は、その発行するガイドライン、指針、要求、決定のみならず、これらを裏付ける目的に関しても、そのような基準を満たすよう行動し

が「権威ある先例」と呼ぶように、その後の仲裁廷に大きな影響を与えるものである。同時に、**Duke Energy v. Ecuador** 事件は、**Teemed** 基準に一定の制限を加えるものである。また、公正衡平待遇義務違反が成立するためには、**Bayindir** において、契約違反とは性質の異なる、主権行使の結果としての投資協定違反を主張する必要がある。

本件事実関係のもとでは、次の理由により、パキスタンの、又はパキスタンに帰属するとされた **NHA** の行為（上記 II.A 参照）のいずれについても、公正衡平待遇義務違反は認められない。**M-1** プロジェクトから **Bayindir** を排除するに至る各行為については⁴、**Bayindir** に、保護されるべき投資家の正当な期待があったか否か、本件契約解除は **Bayindir** の契約履行態様と無関係な政治的理由によりなされた不当なものであったか否か（パキスタン政府と **NHA** の共謀の存否を含む）、及び、同行為に関連して主張された、パキスタンによる公正手続保障義務違反が存在したか否か、がそれぞれ争われている。この点まず、**Bayindir** が「投資家の正当な期待」を有していたか否かにつき、検討の対象となる「期待」は、1997年契約を締結した時点で **Bayindir** が保持していた期待とすべきであるところ、その正当性は、**Saluka** 事件、**Generation Ukraine** 事件及び **Duke Energy** 事件の各判断が示すように、「当該投資に係る事実のみならず、投資受入国の政治的、社会経済的、文化的及び歴史的状況を含む全ての状況」に照らして判断されるべきものである。この点、**Bayindir** は、1997年契約を締結した際、被申立国の政治的不安定さ、より具体的には、**M-1** プロジェクトの将来は被申立国の政局の変化、及びシャリフ首相（1997年当時）の地位によって左右されることを十分に認識していた⁵。さらに、**Bayindir** の期待は、**NHA** との間の契約によって主に形成される性質のものであったところ、本件では、同社において、**NHA** がその契約上の権利を行使しないという正当な期待を抱くべき何らの理由も認められない。したがって、1997年契約締結の時点で、**Bayindir** が、その投資に影響を与える法的枠組に関する正当な期待を有していたとはいえない。

次に、**Bayindir** は、本件契約解除が、**Bayindir** による契約履行実績とは無関係の政治的理由によるものであり、**NHA**、パキスタン政府及びエンジニアの間に、同社をプロジェクトから排除する共謀が存在したと主張し、パキスタンはこれを否定する。この点、次の各事実に照らせば、そのような共謀の事実は認められない。まず、本件の証拠上、**Bayindir** による契約どおりの業務履行が危ぶまれるものであったことを裏付ける種々の事実が認められる。また、政府高官のプロジェクトへの関与は、国の開発に重要な経済的意味を持つプロジェクトにおいては通常のことであり、それ自体で共謀の存在を裏付けられるものではない。さらに、証拠上、ムシャラフ新政権が **M-1** プロジェクトに否定的・敵対的スタンスを取っていたとは認められず、確かに新政権が財政的考慮から **M-1** プロジェクトの見直しを行ったことは認められるものの、その結果とし

なければならない。外国投資家はまた、投資受入国に対し、一貫した行動を取ること、つまり、以前に発せられた、投資家がそれに依拠して投資国のコミットメントを推定し、商行為及びビジネス行為を開始するに至った決定や許可を恣意的に破棄しないとの期待を有する。」（*Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Mexico (Award of 29 May 2003) ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 para. 154*）

⁴ 本件では、仲裁廷は他に、**M-1** プロジェクトからの **Bayindir** の排除に至る過程における行為、排除以後の行為、着資金保証の履行請求、及びパキスタンの行為を全体として見た場合、を各々検討した。

⁵ パキスタンにおいては、本プロジェクトの途中（1999年11月）、ムシャラフ陸軍参謀長のクーデターによる政権掌握により、政権が交代した。

て、プロジェクトの続行が決定したことは第 9 付属書により明らかである。にもかかわらず、同付属書締結直後から、Bayindir による契約履行が満足のいくものでなかったこと、その理由は、必要な機器の不足等同社側に帰責性があったことが認められる。結論として、本件契約解除決定は、Bayindir 側の契約不履行を理由とするものと認められるから、パキスタンの公正衡平待遇義務違反を構成するものではない。

さらに、Bayindir は、本件契約解除に至る過程において、その意見を聴取される権利を与えられなかったこと、パキスタン側の意思決定過程が透明性を欠いたこと、パキスタンが善意による紛争解決を図らず Bayindir の排除という強行手段を取ったことにつき公正手続の欠如が認められ、これは公正衡平待遇義務違反を構成すると主張し、パキスタンは、本件契約解除及びそれに付帯する行為は行政及びそれに類する手続ではないことを主な理由としてこれを否定する。この点、一般に、公正手続の欠如は公正衡平待遇義務違反を構成し得るものの、実際に公正手続が同義務の一環として保障されるか否かは個々の状況により定まるものである。本件において問題となった手続は、司法手続又は行政手続ではなく、NHA の内部意思決定及び政府の契約管理に係る内部意思決定の問題である。この点、行政機関が様々な種類の契約管理に携わることは通常のことであり、その行為態様は、民間企業がその契約関係を管理するのと本質的に変わらない。上記内部意思決定は、契約上の義務履行のために必要な決定（例：予算配分の策定並びに執行及び業績考査の実施）を含む。一方で、公的契約と私的契約には異なる側面があることも否定できず、異なる性質を有する公的契約の例としては、公的調達契約に係る入札手続等が挙げられる。これらを本件に当てはめると、本件で NHA が政府と協議の上行った、契約上の救済手段に訴える（つまり契約解除）との決定及びそれに至る会議、業績監査等の行為は、契約上合意された手続保障以上の手続保障を必要とする行為とは認められない。したがって、本件投資協定に基づく公正衡平待遇義務としての公正手続の保障は、本件の事実関係には当てはまらない。なお、契約解除の直接的原因となった、エンジニアによる sub-clause 46.1 通知及び sub-clause 63.1(b)(ii) 証明書の発行が本件協定違反を構成しないことは前述のとおりである。さらに、仮に、公正手続の要請が契約上の権利実行に係る内部手続に当てはまるとしても、本件においては、証拠上、公正手続保証義務の違反は認められない。

D. 自国民待遇及び最恵国待遇義務違反 [paras.383-423]

本件事実関係の下では、自国民待遇義務違反又は最恵国待遇義務違反が成立するための最初の条件である、当該外国投資家と問題となる国内投資家又は他国籍投資家が「類似の状況にあること」(in similar situations)との要件が満たされないから、いずれの義務違反についてもその成立は認められない。

E. 収用 [paras. 424-486]

Bayindir はまず、1997 年契約上の権利に係る収用の成立を主張し、パキスタンはこれに対し、契約当事者が契約に基づく取扱いを受けた場合には、当該当事者の契約上の権利につき強制収用

は認められず、仮に契約違反の事実が認められたとしても、それが収用を構成するものではないとしてこれを争った。この点まず、収用の対象範囲につき、本件投資協定3条1項(収用条項)は、収用の概念を広く定めており、有形資産のみならず契約上及び他の権利を収用の対象物に含む。次に、財産権の名義自体に影響がない間接収用成否の判断にとって重要な要素は、財産権侵害の程度、つまり当該財産権の経済的実体はく奪されたか否かである⁶。

本件につき、まず、NHAによる本件契約解除が合法的なものであれば、Bayindirの権利のはく奪も侵害も認められる余地はない。仮にそれが契約違反であったとしても、これが直ちに投資協定上の収用を成立させるものではなく、その成否は、契約解釈、契約履行状況及び契約上の救済実行につき、投資協定に基づく義務違反を判断するに必要な範囲において検討されるべきである。本件事実関係のもとでは、契約の合理的解釈として、Bayindirの排除に至る過程及びその後の処置が契約に沿ったものであることが認められるから、収用に相当するような契約上の権利侵害があったとは認められない。本件では、Bayindirの契約上の権利は契約によって定まる、つまりNHAの契約上の権利による制限を受けるものであり、同社において、その権利がNHAの契約上の権利によって制限されるものではないこと、又はNHAによる行為が明白に契約違反を構成すること、のいずれかを証明しない限り、Bayindirの権利の経済的実体はく奪されたと認めることはできないところ、本件でかかる証明はなされていない。本件事実関係に照らし、Bayindirの排除は、その契約履行に係る瑕疵を理由とした契約解除によるものであり、合理的に正当と認められるばかりでなく、契約の枠組の範囲内で行われたものと認めることができる。さらに、正当な契約上の考慮に基づく政府の関与は、主権の行使と同視されるものではない。したがって、パキスタンによるBayindirの契約上の権利に対する侵害(本件では1997年契約の解除決定に基づくもの)が、当該権利の経済的実体はく奪に相当するものであったとは認められず、この点につき収用は成立しない。

次に、Bayindirは、本件契約解除と共に、パキスタン軍土木建築課が工事現場の占有を確保し、Bayindirの人員に立退きを命じたこと等の事実に基づき、工場、機械、機器等の資産について収用が成立すると主張し、パキスタンはこれを争っている。この点、本件契約解除及びそれに関連する各行為が契約に沿ったものであったことに加え、工事現場に残されたBayindirの資産の押収及び使用につき、被申立国は合理的な契約上の根拠を有していた(sub-clause 6.2、sub-clause 63.1等)と認められること、仮に、これら資産の取得が契約違反を構成したとしても、それが直ちにBayindirの残余投資の経済的実体を奪うことに相当するものとはならず、かつ、かかる取得行為が被申立国による主権の行使とは認められないことからすれば、上記各資産についても、収用が成立するとは認められない。

最後に、Bayindirは、パキスタン政府による着手金保証の履行請求が、同社の経営に壊滅的打撃を与えたとして、これが収用に当たると主張し、パキスタンは、上記履行請求は契約に沿ったものであること、未だ着手金保証に係る履行はなされていないことを主な理由として収用の成

⁶ これは、収用の成否の基準としていわゆる効果専一論(the sole effect doctrine)を採用したものと解されるが、他方、仲裁廷は、事実認定において、パキスタン(又はNHA)の主観的態様、Bayindirによる危険負担の概念等も考慮(後述)しており、この点に係る仲裁廷の立場は必ずしも明確でない。

立を否定する。この点、上記履行請求には契約上の合理的根拠があり、仮にこれが契約違反であったと認められたとしても、本件では、パキスタンが行った保証実行の試みは、トルコ国内で同国の法的手続にのっとり行われたものであり、これが悪意を以てなされた、又は主権の行使としてなされたとは認められない。さらに、保証金履行請求の結果としての経営への打撃は、大規模なプロジェクトに投資するにあたって想定すべきビジネスリスクの範囲内である。したがって、着手金保証の履行請求を以て収用が成立すると判断することはできない。

14 : Saluka Investment BV v チェコ共和国 (UNCITRAL)

判断年月日 : 2006 年 3 月 17 日 (一部に関する判断)

仲裁廷の構成 : Arthur Watts (英国・長)、Yves Fortier (カナダ)、Peter Behrens (ドイツ)

一 判断のポイント

- 本 BIT における「投資家」の定義は第三国の会社の完全子会社等を除外するものではなく、投資家側に締約国との真正結合といった要件は求められない。
- 国際慣習法上の「剥奪」の概念の下では、公的な秩序の維持を目的とした規制権限の行使の結果であれば正当化される。
- 公正衡平待遇義務は、外国投資家にとって明確に阻害要因となるような行為を避けることを求めるものであり、不合理な差別的措置や不偏性、一貫性又は透明性が欠如する行為、適切な意思疎通の拒絶が認められる本件では被申立国側に義務違反が認められる。

二 事案の概要

共産主義国であったチェコスロバキアの銀行セクターは高度に集中化されていたが、1990年に終焉を迎えチェコとスロバキアに分離した後、チェコの当局は種々の市場経済化のための措置をとり、その一つが外国投資の誘致であり、チェコスロバキア国立銀行についても4行の大規模国営商業銀行 (Česká spořitelna, a.s. (CS), Komerční banka, a.s. (KB), Československá obchodní banka a.s. (CSOB), and Investiční a Poštovní banka a.s.(IPB)) に分社化され、チェコ国立銀行(CNB)の監督と規制に服していた。共産主義時代の不良債権はある程度処理されたものの、自由化後の不良債権問題等により、1998年頃には大規模国営商業銀行の経営は悪化していた。

[paras 28-41]

野村グループは、1996 年半ばから IPB 株式の取得の交渉を開始し、チェコ政府と数次にわたる交渉の末、政府保有 IPB 株式の一部の買取り、新株の引受け、劣後債の発行等を通じて、1998 年 3 月 8 日に Nomura Europe は IPB の発行済株式の 46%を保有するに至り、IPB の支配権を獲得した。[paras 42-66]

申立人である Saluka Investments BV は 1998 年 2 月 3 日に IPB 株式を保有する目的でオランダに設立された特定目的会社であり、Nomura Europe は、IPB 株式を購入後、これを申立人に譲渡し、申立人は 1998 年 10 月 2 日に 51,315,283 株、2000 年 2 月 24 日に残る 10,465,421 株をそれぞれ取得し、IPB 株式合計 61,780,704 株の登録上の株主となった。この仲裁判断の時点でもなお申立人が登録上の株主となっている。野村グループは、IPB に対する実質的な支配の獲得後、種々の再編を行い、IPB の市場における地位は相当程度改善した。[paras 70-74]

1998 年半ばころまでにはチェコの銀行セクターは深刻な困難に直面しており、チェコ政府は大

手4行の民営化を進めるために、4行に対し種々の支援を行った。しかし、IPBに対する支援は、野村グループが株式を購入する前に行われた、損失を生むローンの移転のみであり、1999年4月14日に政府が承認した政府再生計画の中ではIPBは受益対象から除外されていた。[paras 75-83]

1999年4月30日から11月5日まで、CNBはIPBに対する規制上の検査を行い、重大な財務上の欠陥及び不正行為が明らかとなった。1999年10月に野村グループはIPBの戦略上のパートナー探しを始めたが、IPBの財務状態について政府からの支援が必要な水準を確保するため、また戦略上のパートナーとなるためにはチェコの規制当局の承認が必要となるため、チェコ政府の関与が必要であった。野村グループは、KBとの合併を含む種々の提案を行ったものの、いずれも不調に終わり、2000年2月25日にはCNBから前年の検査結果に関する正式な報告がなされた。これに対しては、IPBは書面による異議を申し立てたものの、財務状態があまりに急激に悪化したため、法的手続きを完遂できなかった。この頃には、財務大臣及びCNBが野村グループに対する信用を失い、野村グループの代表との面会を拒絶した。2000年3月には、IPBが資本の適切性要件を充足できない可能性が指摘され、CNBはIPBに対し公式に資本増強の案を用意するよう依頼し、4月中旬にはIPBから案が出されたものの、政府を十分に再編過程に関与させる内容ではなかったため、認められなかった。野村グループはAllianz及びUniCreditoを戦略的パートナー候補として提示したものの、デューディリジェンスに数か月かかることを考慮すると、銀行事業の直ちに継続するためのパートナー候補はCSOBしかいなかった。2000年5月18日には、財務副大臣がIPBを国有化することを考えており、野村グループの保有する株式を象徴的な価格として1ユーロで買い取りたいと提案した。野村グループ側は、200億CZKの増資と保有株式のAllianz及びUniCredito等への売却を提案したものの、財務副大臣は上記提案を主張し、これを拒絶した。[paras 84-118]

2000年6月1日にはIPBの監査人であるErnst & Youngから、IPBが継続企業としての前提を欠くとの通知がなされ、これにより、CNBにはIPBの銀行事業免許を取り消す義務が生じた。その後、野村グループと財務大臣等との間のやりとりがあったが、6月15日の政府内協議の結果、IPBを強制管理におき、唯一の戦略的パートナー候補であるCSOBに速やかに売却すること、その際CSOBには政府保証を付けること等を決定した。強制管理における管理人は取締役会等の権限を全て引き受け、武装した警察官がIPBの本部に立入り、銀行の管理職全てを敷地外に排除した。そして、6月19日、CSOBには政府保証も付され、IPBはCSOBに売却された。[paras 119-144]

IPBのCSOBへの売却に至る状況は、チェコ法との適合性等が問題とされるに至り、2001年5月10日に議会の調査委員会により任命された弁護士が出した報告書においては、CNBにはIPBを強制管理に置く権限はなく、管財人もその責任を適切に果たしておらず、IPB債権者への保証状等は無効であるといった内容が記載された。しかし、IPBのCSOBに対する売却は、強制管財人の行為を元に進められた。また、IPB株式の取引制限は継続されたほか、2000年10月26日には、申立人に対し、IPB株式の処分を行う権限を永遠に停止する警察命令が発せられた。

申立人はこの命令について争ったが、取引停止は維持された。[paras 145-158]

申立人は、2001年7月18日付の仲裁通知により、1991年オランダ・チェコ BIT（以下「本 BIT」という。）に基づきチェコに対して仲裁手続を開始した。2004年2月5日に IPB は破産宣告され、2月16日付で CSOB が申立人の保有する IPB 株式について新たな所有者として記録された。[paras 159-163]

三 判断概要

1. 管轄

A. 投資財産該当性

本 BIT 第 1 条は、単に投機目的で株式を購入した者を「投資家」の定義から除外するものではないし、申立人自身が IPB に対して何等の投資も行っていないとしても申立人の保有する IPB 株式は本 BIT 上の投資財産の定義に該当する上、申立人にチェコ国内法の違反はないと考えられるため、IPB 株式は申立人の投資財産に該当する。[paras 202-221]

B. 投資家該当性

被申立国は、申立人が野村グループと関係が非常に近く、仲裁に真に利益を有するのは申立人ではなく野村グループであることや、申立人にオランダとの真正結合がないことを理由に申立人の投資家該当性を争うものの、本 BIT における投資家の定義では第三国の会社の完全子会社等を除外する旨の規定はないし、本件で申立人の法人格の背後にある企業構造に着目する必要はない。また、申立人側がチェコのビール会社を取得するという真の目的を隠して IPB 株式の取得を行ったことは、信義則に反するような行為ではないし、そもそも申立人ではなく野村グループの行為である。加えて、本 BIT は投資家側に締約国との真正結合といった要件を課していない。したがって、申立人は投資家の要件を満たしている。[paras 222-244]

2. 剥奪（収用）

本 BIT 第 5 条は非常に広く起草されており、規制権限の行使について例外を定めていないが、国際慣習法上の「剥奪」の概念を用いることにより、公的な秩序の維持を目的とした規制行為の行使の結果であれば正当化され得る。申立人が強制管理の結果投資財産である IPB 株式をなく奪されたことに疑いはないが、2000年6月16日の CNB の決定について、チェコは、同国法上 IPB を強制管理下に置き、強制管理を実施するための管財人を選任した点について正当化される。CNB が誤りを犯し、又は決定に至る上で不適切に行動した証拠がない以上、チェコ法上適法かつ許容される規制上の行為であり、本 BIT 第 5 条にいう剥奪に該当しない。[paras 253-278]

3. 公正衡平待遇

本 BIT 第 3 条 1 にいう「公正衡平待遇」は、チェコが外国投資家にとって明確に阻害要因となるような行為を行うことを避けるためのものであり、チェコは、公共の利益を守るための措置を

とる正当な権利は阻害されないものの、投資家にとって正当かつ合理的な期待を損なわないような態様で外国投資家の投資財産を扱う義務を負う。[para. 309]

申立人は、①チェコが不良債権問題において差別的な対応をしたこと、②申立人による投資にあたって予見可能かつ透明性のある枠組みを保障しなかったこと、③チェコが IPB の強制管理に先立ち IPB やその株主と誠実に協議することを拒絶したことが不合理かつ差別的であること、④IPB の受益者が CSOB になった後 IPB の事業に巨額の財務支援を行ったことは不公正かつ衡平でないこと、及び⑤IPB の事業を CSOB に移転し、強制管理後に上記支援を行うことにより、IPB の株主を犠牲にして CSOB が不当利得を享受することを防止しなかったことを主張する。

[paras 310-311]

①については、IPB に関する問題の核心にあったのが不良債権問題であったことは争う余地がなく、また、主要 4 銀行が同じような状況にあったことが認められるところ、IPB のみ異なる取り扱いを受けており、そのことについて被申立国は合理的な理由を立証できていない。このため、不合理な差別的措置によって IPB が生き残れない環境を生み出したと認定する。[paras 312-347]

②のうち、IPB が他の銀行と別異の扱いをされないという野村グループの期待及び不良債権の予期できない増加に関しては、①で既に扱っているし、ローンの担保の執行に関する法的枠組みに関する期待については、理由がない。[paras 348-360]

③については、上記事実全体に鑑み、特に、銀行の危機を解決するための IPB 及びその株主の誠実な努力を財務大臣及び CNB が不合理に妨げ、IPB 及び野村グループ／申立人による提案を不偏、公平、透明性のあるかつ一貫した態様で扱わず、IPB 及び野村グループ／申立人と適切に意思疎通を行わなかったことから、チェコの IPB 及び申立人／野村グループに向けた行為は不公正かつ衡平を欠くものであったと判断する。具体的には以下のとおりである。[para. 407] 不偏性の欠如については、IPB が強制管理におかれる 3 か月前の 2000 年 3 月には政府が CSOB に優先権を与えることを決定していたこと、同年 6 月のミーティングの際にも野村グループからの案について CSOB からの案と同様の注意を払って検討しなかったこと、強制管理人に最適な解決策を検討させるのではなく IPB の事業を速やかに CSOB に移転することを指示したこと、CSOB による取得に際しては巨額の資金支援をしたにもかかわらず IPB や野村グループ／申立人からの提案には同様の資金支援を行わなかったことから認められる。[paras 408-416]

一貫性の欠如については、IPB 及び申立人／野村グループにとっては常に国家の支援が各種提案の前提であったのに対し、チェコ側の態度は、申立人／野村グループ自身の責任で国家の援助を受けることなく IPB の救済を行うようにというものであったり、国の支援は申立人／野村グループによる資本注入を前提とするというものであったりしたことや、申立人／野村グループとの交渉の過程で彼らに対する信頼が失われたという一方で交渉窓口は残したりしたことから認められる。[paras 417-419]

透明性の欠如については、野村グループ側からの種々の提案について、ものによって十分な理由もなく拒絶する等した点に認められる。[paras 420-425]

適切な意思疎通の拒絶については、IPB の置かれた深刻な状況や IPB を救済する解決策を見出すことの緊急性に鑑み、被申立国が IPB 及びその主要株主である申立人／野村グループと建設的かつ直接の対話を行わなかったことが不合理である。3 月半ばからは、財務大臣は申立人／野村グループとの直接の交渉をやめる一方、CSOB の CEO とは個人的な意思疎通を続けていたし、代理人レベルの交渉でも、申立人／野村グループの代表は財務省の敷地に入ることが許されなかった。[paras 426-432]

④については、本 BIT 第 3 条 1 に違反しないと認める。投資受入国の措置が当該国の国内法又は当該国が拘束され得る他の国際約束に反することは、本 BIT 第 3 条 1 違反の認定に当たり必要でも十分でもない。公正衡平待遇の基準は国家による支援を一般的に禁止するものではなく、資金支援はしばしば競争条件を歪めることにはなるものの国際法によってこの行為は禁止されていない。被申立国による CSOB への保証等は IPB が銀行事業を CSOB に譲り渡した後の行為であり、IPB は既に CSOB の競争相手ではないため、強制管理等によって生じた被害に加えて別途の損害は生じていない。[paras 441-447]

⑤については、IPB の事業を CSOB に移転し、強制管理の後国家としての支援を行ったことにより、被申立国が申立人の負担で何らかの価値を受領したかが問題となる。この点、IPB の事業を承継したのは被申立国ではなく CSOB であるし、移転の対象となったのは申立人の事業ではなく IPB の事業であって、CSOB は申立人の負担で何かを取得したわけではないため、この要件は満たさない。[paras 448-456]

4. 不毀損 (non-impairment)

被申立国は、公正衡平待遇基準に違反することにより、同時に不毀損義務にも違反したと認める。
[paras 465-467]

申立人による剥奪の主張を基礎づける事実については、剥奪の合法性に関する認定と同様の理由により、本 BIT 第 3 条 1 に違反しないと認める。[paras 468-470]

また、2000 年 6 月 12 日以降の IPB の強制管理に関しては、被申立国が IPB に関する悪いニュースを不合理に漏えいし、これが IPB の財務上の困難につながったと認める。[paras 471-486]

5. 十分な保障及び保護 (重要性に乏しいと考えられるため、省略する。)

15: Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/04/13)

(JCA ジャーナル 2010 年 2 月号 (5))

判断年月日： 2006 年 6 月 16 日 (管轄判断)、2008 年 11 月 6 日 (本案判断)

仲裁廷の構成： Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス・長)、Pierre Mayer (フランス)、Brigitte Stern (フランス)

一 判断のポイント：

- ・国家機関でない主体の行為が国家に帰属するためには、統治権能を行使する権限を与えられた主体による行為であり、当該行為自体が統治権能の行使としてなされること、が必要である。
- ・スエズ運河の運営・管理等を行うためエジプト法により国家とは別法人として設立された公的機関が、スエズ運河の浚渫工事について入札手続を実施し、落札した投資家と契約を締結するなどした行為は、統治権能の行使とは言えず、国家に帰属しない。

二 事案の概要：

I. 事実関係

A. 国内裁判に至る経緯 [本案判断 paras. 2-4, 43-79]

スエズ運河の運営・管理・開発のためにエジプト法 (Law No. 30/1975) により設置された公的機関(public agency)である Suez Canal Authority(SCA)は、1991 年 3 月、スエズ運河浚渫工事に関する国際入札の募集を開始した。国際的な浚渫業者であるベルギー法人 2 社(Jan de Nul N.V. 及び Dredging International N.V.)は、入札参加のため共同事業体を結成し (以下では特に断らない限り、2 社をあわせて、あるいは、当該共同事業体を指して「申立人」という。)、同工事を落札した。1992 年 7 月 29 日、SCA と申立人との間で同工事に関する本件契約が締結され、1992 年 10 月に申立人による浚渫作業が始まった。

しかし、浚渫工事の過程で、浚渫対象区域の土砂の量や地質構成が申立人の想定とは相当に異なっていたことが判明した。申立人は、作業対価の追加を請求したが、SCA に拒絶されたため、後述のとおり、1993 年 7 月エジプト国内裁判所に提訴した。なお、浚渫工事自体は、1994 年 5 月 5 日に完了している。

B. 国内裁判の経過及び本件仲裁に至る経緯 [本案判断 paras. 80-107]

1993 年 7 月 17 日、申立人は、SCA を被告として、詐欺等による本件契約の無効を主たる理由として、追加請求の支払いを求めてエジプト行政裁判所に提訴した (第 1 事件)。行政裁判所は、同年 9 月 6 日、3 人の土質力学の専門家パネル (第 1 パネル) を選任した。ついで、1995 年 12 月 9 日、申立人は、契約対価からの SCA による約 290 万ドルの費用等の控除を不当とし

てエジプト行政裁判所に提訴した（第2事件）。1996年2月5日、行政裁判所は、職権で、第1事件・第2事件について、Commissaire d'Etat に意見を求めた。

1997年2月6日、第1パネルはCommissaire d'Etat の要請に応じて報告書を作成し、入札手続時点の情報と現実の状況の違い、その原因・予測可能性や当事者の責任等について一定の判断を示した上で、行政裁判所が設定した質問に対して回答した [paras. 86-87]¹。

続いて、同年9月、Commissaire d'Etat は、第1パネルの認定等に基づき、第1事件・第2事件合計で申立人に7000万米ドル弱の支払いを認めるべきとの判断を示した [paras. 88-90]²。1998年12月24日に、行政裁判所は、第1・第2事件を併合した。

しかし、その後も、Commissaire d'Etat の判断に対する反論を含め、両当事者から書面が提出されるなどして裁判手続は続行した。そして、2000年9月12日、行政裁判所は、技術・会計の専門家3人構成のパネルを選任するよう司法省に求め、第2パネルが設置された。2002年3月、第2パネルは、第1パネル及びCommissaire d'Etat の認定等を修正し、第1事件・第2事件の合計で申立人に対し1000万米ドル弱の支払いを認める内容の報告書を作成した [paras. 98-101]³。

そして、両当事者の書面等が提出された後、第1事件の提訴から約10年を経て、2003年5月22日、行政裁判所による判決が下された。第1事件については申立人の請求を棄却し、第2事件についてのみ申立人に対して100万米ドル余の支払いを認める内容であった [paras. 103-106]⁴。

¹ 第1パネルが、Commissaire d'Etat の要請に応じて示した判断は、①入札手続中に示された書類の情報と、現実の状況の違いは、SCA が事前に行っていた予備浚渫によるものであり、SCA は全ての保有情報を開示すべきであった。申立人は等深線調査を行うか、入札段階で横断面図をSCA に要求すべきであった。②申立人による浚渫土砂量の合計は、SCA が本件契約で保証した量を満たしていた（上回った）。③拡張・掘下げの不均衡により申立人の作業が困難となったが、これはSCA の予備浚渫に起因する。等深線調査をしない限り、これは事前に予想できない。④SCA の予備浚渫は土壌中の岩石比率を高めた（37%）、といったものであった。

そして、第1パネルが、行政裁判所の設定した質問に対して示した回答は、①浚渫土砂量は保証された量を超えており、申立人の請求には理由がない。②本件契約条項に従い申立人は等深線調査を実施すべきであった。SCA は予備浚渫の図面を開示すべきであった。地質に関する作業の困難は技術的に事前に予想できず、岩石の量や硬さは予測可能な範囲を超えていた。③SCA は1991年3月までに予備浚渫を実施していた。④必要な情報の不足は、申立人、SCA、及び予想外の状況に起因する、といったものであった。

² Commissaire d'Etat は、第1事件について、①SCA が開示しなかった情報をもし開示していれば、申立人は本件の応札価格では本件契約を締結しなかった。したがって、申立人は、実施作業の価値に見合う金額を受ける権利がある。②SCA は、予測不可能な事情等があっても申立人には作業対価の増額を求める権利は無い旨定める本件契約条項や申立人の調査不実施を根拠に免責されない。SCA は申立人に8日間しか与えておらず、調査をするには不十分な時間しかなかった。これを補うため、SCA は全ての保有文書を開示すべきだった。③想定より少ない土砂量、掘下げ作業の比率が大きかったこと、岩石量の多さなどによる作業困難は予測できず、申立人には追加請求の権利がある。④申立人が負担した費用の回復として340,553.90エジプトポンド及び66,178,594.16米ドルの請求権がある、との判断を示した。

また、第2事件について、①作業の遅れはSCA に責任があり、SCA による費用控除は不適切である。②遅延利息に係る申立人の主張を除き、控除を不適切とする申立人の主張を支持する。③5,224,659.82エジプトポンド及び755,576.61米ドル（プラス4%の法定利息）をSCA は申立人に支払うべき、との判断を示した。

なお、Commissaire d'Etat は、第1事件と第2事件の併合も示唆した。

³ 第2パネルは、第1事件について、申立人には、想定外の岩石比率による損害として、約860万米ドルの請求権があるとし、その他の損害は認められないとした。

また、第2事件については、申立人に216,045エジプトポンド及び1,087,997.64米ドルの請求権があるとした。

⁴ 行政裁判所の判決は、第1事件について、①申立人が必要な調査を行わなかったこと（なお、申立人には入札検討の時間が62日間あったと判示）、実際の浚渫条件の如何にかかわらず合意された金額で作業実施することを請け負ったことを根拠として、本件契約の詐欺（不実表示）・錯誤による無効の主張を退け、追加対価の請求を棄却し、②訴訟費用を申立人の負担とする、とした。

また、第2事件について、申立人に216,045エジプトポンド及び1,087,997.64米ドルの請求権がある（SCA による

申立人は、同年 7 月 20 日にエジプト行政高等裁判所に上訴したが、さらに、同年 12 月 23 日、本件仲裁申立書を ICSID に提出した [para. 107]。

C. 本件仲裁手続における経過 [本案判断 paras. 8, 21, 108-119]

申立人は、エジプトとベルギー＝ルクセンブルク経済同盟との間の 1977 年投資協定（1977 年 2 月 28 日署名、2003 年 5 月 24 日失効）、及び、ベルギー＝ルクセンブルク経済同盟とエジプトとの間の 2002 年投資協定（1999 年 2 月 28 日署名、2002 年 5 月 24 日発効）を根拠として、SCA、エジプト首相、行政裁判所（第一審）等の行為が、エジプトの国際法上の義務である公正衡平待遇（fair and equitable treatment）義務等に違反するとして、本件仲裁を申し立てた。

申立人の具体的な主張は、①SCA が浚渫に関して詐欺的な不実表示を行い、その是正を懈怠したこと、②第 1 パネルと *Commissaire d'Etat* の判断を覆した経緯など裁判所において司法手続濫用・司法妨害が行われたこと、第一審判決までに 10 年を費したこと等である。

これに対して、エジプトは、①1977 年投資協定は 2002 年 5 月 24 日に失効しており、それ以前の事実について仲裁廷は管轄権を有しないなどと主張し、また、②SCA は国家機関ではない、③行政裁判所の本件判決自体が投資協定違反を構成することはなく、判決内容や手続に要した期間それ自体が裁判拒否（denial of justice）を構成することはない、④申立人は国内救済を完了していない、⑤SCA は詐欺（不実表示）をしていない、などと反論した。

2006 年 6 月 16 日、仲裁廷は 2002 年協定に基づく管轄権を有する旨判断した⁵。

三 判断概要：

II. 本案判断要旨

本件における問題は多岐にわたるが、以下では、公的機関の行為の国家帰属の問題を中心に紹介する。

A. 管轄権に関する判断 [paras. 121-130]

管轄判断⁶において判示したとおり、「行政裁判所の第一審判決の後に生じた紛争」には、判決自体から直接生じたのではなく、それ以前の事実から生じた請求も含まれる。申立人の主張によれば、行政裁判所の第一審判決は、他の国家機関の行為と相俟って、それ以前に行われた SCA の詐欺による被害を悪化させたものであり、仲裁廷が管轄権を有する国際法上の本件紛争は、当該第一審判決の後に結晶化し（crystallized）、または生じたものである。仲裁廷は、2002 年協定に基づき、本件紛争全体について管轄権を有する。

B. 適用法規（協定の時間的適用範囲） [paras. 131-141]

控除額の約 3 分の 1 に相当）とし、②訴訟費用を SCA の負担とする、とした。

⁵ Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, ICSID Case No. ARB/04/13. この管轄判断については、岩月直樹「国際投資仲裁における管轄権と受理可能性」JCA ジャーナル 56 巻 5 号（2009 年）13-14 頁参照。

⁶ 前掲注 5。

ウィーン条約法条約 28 条⁷及び国家責任条文⁸13 条⁹にも示されているとおり、国家の実体的な義務違反は、行為当時の義務によって判断される。したがって、行政裁判所の第一審判決に関する行為は 2002 年協定によって判断される一方、同協定発効以前の行為については、仲裁廷の管轄権の根拠は 2002 年投資協定であるにもかかわらず、1977 年協定が実体的評価の基準となる（ただし本件では両協定はほぼ同じ保護を定める）。

2002 年協定の紛争解決条項は、その対象範囲を 2002 年協定違反に限定しておらず、仲裁廷は、2002 年協定発効以前の行為について 1977 年協定を適用して判断する。¹⁰

C. 行為の国家への帰属

1. 両当事者の主張 [paras.143-154]

SCA の行為について、申立人は、国家責任条文 4 条¹¹、5 条¹²及び 8 条¹³を根拠とし、投資仲裁協定の先例を参照して、国家に帰属すると主張している。申立人は、①「構造」テストと「機能」テストのいずれか一方が満たされれば帰属は肯定される、②国家責任の帰属の問題においては、公権的行為(*acta iure imperii*)と商業的行為(*acta iure gestionis*)の区別に意味はない、③本件契約が行政契約である事実も、契約当事者たる SCA が国家責任に関わることを強く示唆する、などと主張する。

「構造」テストの適用として、申立人は、①SCA はエジプト国内法上の公的機関 (*public authority*) である、②SCA の Chairman や役員等はすべて大統領が大統領命令で選任し、給与・

⁷ Article 28: Non-retroactivity of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

⁸ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. A/RES/56/83.

⁹ Article 13: International obligation in force for a State

An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.

¹⁰ なお、仲裁廷は、公正衡平待遇違反（裁判拒否）の判断において、裁判に対する評価を行うために、当該裁判の対象となった過去の事実（2002 年以前の事実を含む）も検討するが、それらの事実は裁判拒否の観点からのみ分析する、と述べている [para. 207]。

¹¹ Article 4: Conduct of organs of a State

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State.

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

¹² Article 5: Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority

The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance. (フランス語)

Article 5: Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique

Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

¹³ Article 8: Conduct directed or controlled by a State

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

解任・賞与も大統領が決定する、③SCAは首相に報告義務を負い、理事会(Board of Directors)の決定は首相の承認により有効となる、④SCAが徴収した料金は国家財産の財務諸表(Public Treasury Balance Sheet)に含まれ、会計・財務諸表は中央監査部(Central Auditing Department)が監督する、⑤SCAの職員は国家公務員の地位を有する、⑥SCAは公的調達ルールに従う、⑦SCAの行為は行政裁判所の審査対象である、などと主張する [para. 146]。

また、「機能」テストを適用して、①SCAはスエズ運河の運営・管理等という、性質上政府の専権に属する機能を果たしている、②収入の約半分は国家財産(Public Treasury)に移され、その額はエジプトの全国家収入の約5分の1に相当する、③スエズ運河に関する命令を発令する排他的権限、料金の賦課・徴収権限を有する、などと主張する [paras. 147-149]。

そして、問題の浚渫工事は、SCAが法律によって責任を負っているスエズ運河の維持・改善の行為であって、SCAが申立人との関係で公権的な資格で行動していることに疑問の余地はないと主張する。

これに対して、エジプトは、SCAが独立の法人格を有すること、申立人との関係では、私的な契約当事者として行動したこと等を主張する。

2. 仲裁廷の判断 [paras. 155-175]

国家責任条文は、国家間の責任についての国際慣習法を記述したものであるが、私人に対する国家責任の問題にも類推できる。

国家責任条文4条によれば、国家機関か否かは国内法により判断する。SCAはエジプト国内法上「独立の法人格を有する公的機関」とされ、国家機関とはされていない。国内法は、SCAの商業的性格や財務上の自律性を規定している。したがって、SCAは国家責任条文4条の国家機関に該当しない。

次に、国家責任条文5条によれば、4条により国家機関とされない者の行為が当該国家に帰属するためには、①その者に統治権能(公権力)の要素を行使する権限が与えられており、②当該行為自体が統治権能(公権力)の行使(the use of “*prérogatives de puissance publique*” or *governmental authority*)としてなされること、が必要である。SCAは、①スエズ運河の航行に関する命令の発令権限、料金の賦課・徴収権限を有し、統治権能を行使する権限がある主体と言える。しかし、②Meffezini事件仲裁廷が採用した「機能」テストによって、問題の行為が商業的行為であるか公権的行為であるかを判断しなければならない(商業的行為であれば国家に帰属することはなく、公権的行為であれば帰属すべき)ところ、本件で契約目的がSCAの中核機能であるスエズ運河の維持・改善であったことは帰属の判断に関係がなく、SCAは求めるサービスについて最も有利な価格を入札により得ようとしたのであって(その行為は商業的性格を有し)、申立人との関係で、統治権能を行使したと言えない。公的調達に関する法律によって入札手続が規制されていたことも帰属のために十分な事情ではない。したがって、国家責任条文5条の要件に該当しない。

国家責任条文8条及び国際判例によれば、4条あるいは5条以外の場合にある主体の行為を国

家に帰属させるには、当該主体に対する国家の一般的な管理支配のみならず、当該行為に対する個別の管理支配を要する。本件ではその証拠は認められず、国家責任条文 8 条の要件に該当しない。

他方、SCA 以外（エジプト首相、行政裁判所等）については、その行為が国家に帰属することは明らかである。

D. 公正衡平待遇義務違反（裁判拒否）

申立人は、①エジプト（SCA）による明示の約束の違反、②契約締結に至る過程の透明性・予測可能性の欠如、③当初の契約違反の結果を是正しなかったこと、④司法プロセスにおける違法、という一連の行為が全体として公正衡平待遇違反となるとし、通常の「裁判拒否」のみの問題と考えるべきではないと主張し、仮定的に「裁判拒否」の基準によるべきだとしても、本件はその要件を満たす、と主張した [paras. 176-181]。

これに対してエジプトは、①「裁判拒否」の基準によるべきである、②上訴中で、第一審判決は確定していない。③「国内救済の完了」に至っていない、④個別事件・個別裁判官ではなく司法システム自体の欠陥が必要である、⑤不誠実（bad faith）・差別意図がない、等の主張をした [paras. 182-183]。

まず公正衡平待遇の基準について検討すると、公正衡平待遇義務違反の成立に、国家側の不誠実（bad faith）の要件は不要である。合理的で正当な投資家の期待の保護に反した場合には違反が認められる。適正手続違反等の手続問題であっても許容範囲を超えるものは公正衡平待遇違反となる。本件で裁判手続に係る問題（手続遅延、裁判所・第 2 パネルの行為など）は第一審判決に至る過程の問題であり、「裁判拒否」の基準に依拠すべきである（そうしなければ「裁判拒否」の要件の潜脱となる） [paras. 184-194]。

本件では、行政裁判所における適正手続違反の問題はない [paras. 196-201]¹⁴。本件における手続の長期化が「裁判拒否」に相当するとまでは言えない [paras. 202-204]¹⁵。また、エジプト民法上「詐欺」の成立には、詐欺行為に加え、詐欺の意図や被害者側が当該事実を知り得なかったことが必要であるところ、SCA が知りながら開示しなかった事実については、それを申立人が知り得なかったとの証明はなく、また、SCA が知らなかった事実について詐欺行為は認められず、いずれも「詐欺」の要件に該当しない以上、行政裁判所が申立人を救済しなかったことが「裁判拒否」の問題を生じることはない [paras. 207-254]。申立人は、行政裁判所第一審判決に対して上訴したが、上訴裁判所の異常な点は主張せず、司法システムの欠陥を問題としていないから「裁判拒否」の主張は正当化されない [paras. 255-260]。

¹⁴ ①第一審判決はわずか 15 ページで、10 年間の裁判の判決として理想的とは言えないが、第 2 パネルの報告書をそのまま採用したとは言えず、「裁判拒否」とは言えない。②第 1 事件と第 2 事件の併合が引き延ばし目的であるとの証拠はなく、関連性ある事件の併合が「司法の正当性を害する」とは、到底言えない。③経過に照らせば、第 2 パネルの選任が必要であるとの判断自体が適正手続違反・裁判拒否にあたるとは言えず、司法省にパネル選任を委ねたことも恣意的あるいは適正手続違反とは言えない、などとした。

¹⁵ 10 年間は確かに長い、複雑で高度に技術的な問題であり、2 つの事件が関わり、主張書面・専門家意見の応酬が続いたことなどから、「裁判拒否」に相当するとまでは言えない、とした。

16 : L. E. S. I. S. p. A. et ASTALDI S. p. A. v アルジェリア (CIRDI No. ARB/05/3)
(JCA ジャーナル 2010 年 6 月号 (10))

判断年月日 : 2006 年 7 月 12 日 (管轄判断)、2008 年 11 月 12 日 (本案判断)

仲裁廷の構成 : Pierre Tercier (スイス・長)、Emmanuel Gaillard (フランス)、Bernard Hanotiau
(ベルギー、2006 年 12 月 13 日から : André Faurès (ベルギー、2006 年 11 月
11 日逝去) の後任)

一 判断のポイント :

- ・ 公的機関の行為は、その公的機関に公権力の権限行使の資格があり、また当該行為が公権力の権限行使としての性質を有するときには、国家に帰属する。
- ・ 契約の解除が収用にあたる場合はありうるが、本件の解除は収用といえるような利益の剥奪ではなく、収用には当たらない。
- ・ 本件事実関係のもとでは公正衡平待遇義務違反はない (投資家の主観的な期待に反しただけでは違反は認められない)。
- ・ BIT に規定されている武力紛争などの特別の場合に自国民または最恵国国民と同等の待遇を与える義務は、同じく BIT に規定されている十分な保護及び保障を確保する一般的な義務を排除する規定である。本件は、その特別の場合にあたり、本件事実関係のもとでは義務違反はない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係 [本案判断 paras. 11-84]

A. 紛争の経緯

本件は、アルジェリアでのダム建設をめぐる、イタリアの会社とアルジェリアとの紛争である。1992 年、アルジェリアの Agence Nationale des Barrages (国家ダム機関 : 以下「ANB」) が、アルジェリア国内の或る地区にダムを建設する工事についての入札募集をした。ANB は、後述のように、アルジェリア政府の監督下にある公的機関 (公法上の法人) である。この入札募集に対して、ともにイタリアの会社である L. E. S. I. S. p. A. (以下「LESI」) と Gruppo Dipenta Costruzione S. p. A. (以下「DIPENTA」) とが共同でこれに応札し、落札した。(なお、DIPENTA は、1999 年 6 月に、イタリア会社である ASTALDI S. p. A. (以下「ASTALDI」) に吸収合併された。そのため、本件仲裁の申立人は、LESI と ASTALDI である。)

1993 年 12 月に、LESI 及び DIPENTA と ANB との間で、ダム建設に関する契約 (以下「本件契約」) が締結された。なお、LESI 及び DIPENTA (後に ASTALDI) は、この事業について共同企業体 (Groupement) を形成しているが、ANB との契約の段階では、この共同企業体は事実上のものにとどまっており、契約に当事者として署名したのは LESI 及び DIPENTA である。契約の骨子は、① Groupement は、「アルジェリア施設省、ANB に対して」特別仕様書の条件にしたがって履行 (ダ

ム建設)をする義務を負う、②契約総額は、599,948,514 アルジェリア Dinars (税等は別) とする、③施工期間は、工事開始日から 50 ヶ月とする、とするものであった。そして、同日に、工事開始指令が Groupement に交付された。

ところが、アルジェリアの政情不安・治安悪化(とくにダム建設予定地付近は、イスラム武装勢力の活動により治安が悪かった)のため、1993年12月から1996年4月まで、Groupement は実際には工事を開始することができなかった。

1996年4月には工事が開始されたが、依然として治安の問題のため、実際の作業はごくわずかにとどまった。当初予定されていた工法は大量の爆薬を利用するものであったが、テロリストによる爆薬収奪の危険を避けるため、Groupement は、同年5月に ANB に対して、Béton Compacte au Rouleau (以下「BCR」)という工法を採用することを提案した。この新工法によれば、爆薬の使用量を減らすとともに、工期も短縮できるとのことで、同年11月に、Groupement と ANB は、工法を当初のものからこの BCR に変更することを合意した。ただし、工法変更には、融資者である Banque Africaine de Développement (アフリカ開発銀行：以下「BAD」)からの承認を得る必要があることを、ANB は Groupement に知らせていた。

ところが、結局、この工法変更についての BAD の承認は得られなかった。BAD は、上記の工法修正は、技術的にも財政的にも当初の契約からの重大な変更であるため、この工法修正を承認すると新しいダム建設工事を競争(入札)なしに認めることになり、本件の融資を認めた理事会承認に反するというのである。そこで ANB は Groupement に対し、BAD 以外の融資元を探すよう要請し、Groupement は、イタリアの Medio Credito Centrale (以下「MCC」)からの融資を提案したが、ANB は審査の結果 MCC からの融資を拒否した。結局、BAD からの融資に頼らざるを得ないと判断した ANB は、BCR 工法によるダム工事の新たな入札を行うこととし、Groupement に本件契約の合意解除(補償をする条件で)を求めたが、Groupement は合意解除を拒否し、また ANB から要請された新たな入札への応札も拒否した。このような紆余曲折の末、2001年4月に、ANB は Groupement に対して、本件契約の解除を決定した旨を知らせ、同年6月には「アルジェリア民主人民共和国、水資源省 (Ministère des Ressources en Eau)、ANB」の名で、Groupement に対して本件契約の解除が正式に通知された。

2001年9月以降、Groupement と ANB は、契約解除に伴う賠償の協議を行ったが合意に至らず、2002年7月からは、Groupement からの救済要請を受けたアルジェリア水資源省も交えて交渉をしたが、賠償額の算定等をめぐって、結局交渉は決裂した(ANB は、賠償額算定のために、Groupement の会計帳簿を検査すること、費用支出の証拠書類を閲覧することを要求したが、Groupement はこれを拒否した)。

B. 仲裁の経緯

本件紛争に関して、2003年2月、投資紛争解決国際センター(ICSID:CIRDI(仏語による略記))に、Consortium LESI-DIPENTA から、アルジェリアを相手方(被申立国)とする仲裁の申立てがなされ、同年9月に仲裁廷が設置された(仲裁廷の構成は、本件仲裁の当初の構成と同様、

Tercier (長)、Gaillard 及び Faurès であった)。被申立国から、管轄に関し、申立人は本件契約の権利義務を有する者ではない等の異議が出され、2005 年 1 月に、仲裁廷は、この異議を容れて、管轄なしとの決定をした¹。すなわち、本件契約の当事者は、上述のように LESI 及び DIPENTA の 2 社であって、両社の共同企業体ではないので、申立人 (Consortium LESI-DIPENTA) は、ICSID 条約 25 条 (1) の投資家にはあたらないというのである。ただし、契約の権利義務を有する者 (すなわち本件契約の当事者) があらたに申立てをすることはできる旨が付言されている。

そこで、2005 年 2 月 15 日に、LESI 及び ASTALDI (当初の契約当事者である DIPENTA を吸収合併した会社) が申立人となり、アルジェリアを相手方 (被申立国) として、あらためて ICSID に仲裁を申し立て、アルジェリア-イタリア投資協定² (以下「BIT」) に基づき、損害賠償を請求した。これが本件仲裁である。仲裁廷は、2006 年 7 月 12 日に BIT の違反を理由とする請求について管轄を肯定する判断をしたうえで³、2008 年 11 月 12 日に、申立人の請求を棄却する旨の本案判断を行った。

三 判断概要：

II. 本案判断要旨

本案判断において、仲裁廷は、主たる問題である A~D の 4 点について次のような判断をしたうえで、E に掲げる結論を示した。

A. 公的機関の行為の国家への帰属 [paras. 97-118]

申立人は、本件における ANB の行為はアルジェリアに帰属すると主張するのに対し、被申立国は、ANB は国家 (アルジェリア) からは独立の法人であり、本件契約に関する ANB の行為は国家には帰属しないと主張する。

ANB のような公法上の法人の行為が国家に帰属するかについては、ICSID 条約にも BIT にも直接の定めがない。そこで、ICSID 条約 42 条 (1) に基づき、国際慣習法を反映していると考えられる、国連国際法委員会の「国際違法行為に対する国家の責任に関する条文」(以下「国家責任条文」) の関連規定 (4 条・5 条) を参考にして検討する。ANB は、国家責任条文 4 条にいう「国の機関」ではないため、同条によって ANB の行為をアルジェリアに帰属させることはできない。そこで、同 5 条を参考にして、ANB の本件での行動が国家行為といえるかどうかを、構造基準 (critère structurel) 及び機能基準 (critère fonctionnel) によって検討する。まず、構造基準に照らすと、ANB は、独立の法人格を持つが、その組織に関してアルジェリア国に緊密に依存しており (設立の経緯、政府による監督、一般的・公共的任務、大臣の任命する政府メンバーによる理事会 (最高決定機関) のコントロール等)、公権力の権限行使の資格を与えられている。また、機能基準に照らすと、本件で申立人が問題としている ANB の行動 (収用、公正衡平待遇義務違反行為、保護義務違反行為) のいずれも、国家行為 (公権力の権限行使) としての性質を有

¹ CIRDI No. ARB/03/8

² 1991 年 5 月 18 日署名、1993 年 11 月 26 日発効。

³ ICSID < <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/05/3>>

する。したがって、ANB の行為はアルジェリア国に帰属する。

B. 契約解除による「収用」 [paras. 120-139]

申立人は、ANB による一方的な契約解除（2001 年 6 月）は、BIT 第 4 条 2 項⁴が禁じる収用（間接的な収用）にあたり、補償もしていないと主張する。他方、被申立国は、ANB の解除権行使によって、BIT 第 4 条 2 項にいう所有権の剥奪があったわけではなく、収用にはあたらないこと、また、ANB は契約解除に関して補償金を支払う旨を申立人に申し出ており、支払がなされていないのは補償額の決定について申立人の非協力的な態度のゆえに交渉が進まなかったためであること、さらに仮に契約解除が収用に当たるとしても、BIT 第 4 条 3 項（公共の利益等の必要があるときに一定の条件の下に同条 2 項に対する例外を認める規定）により許されることなどを主張する。

「収用」は、物の収用（没収）に限るわけではなく、契約上の権利を実質的に奪うことをも含む。もっとも、契約違反がすべて収用と同視されるわけではなく、BIT 違反になるような性質をもつ契約違反があってはじめて収用が認定される。本件での契約解除は、アルジェリア民法 566 条の定める請負契約の解除のルール（注文主は、補償を支払って、いつでも理由なく請負契約を解除できる）に基づくものである⁵。この点につき、補償が支払われていないので解除が違法であるとの、申立人の主張は採用できない。なぜなら、ANB は、2001 年 4 月の解除決定の通知の際に、補償をする旨を述べ、その後も繰り返し補償提供を申し出ており、補償をすること自体については両当事者間に争いはなく、ただ、その補償額の算定方法等について合意ができなかっただけだからである。合意ができなかった背景には、ANB が Groupement に、補償額を根拠付ける書類の提出、会計帳簿の閲覧を求めたのに対し、Groupement がこれに応じなかったという事情がある。以上の状況に照らせば、申立人は、BIT 第 4 条 2 項の収用にあたる契約上の利益の収奪を受けているわけではなく、収用の事実は認められない。

C. 公正衡平待遇義務の違反 [paras. 141-164]

申立人は、被申立国が、①工事現場の安全確保、②BCR 工法への転換、③代替融資（BAD に代わる MCC からの融資）、④新入札の実施、及び⑤補償支払いに関して、申立人に与えた期待を裏切る形で行動したこと、それによって、被申立国が、公正衡平待遇を与える義務に違反したことを主張する。これに対して、被申立国は、BIT は公正衡平待遇を規定しておらず、一般国際法を通じて公正衡平待遇を主張することもできないため、本件で公正衡平待遇義務はないこと、また仮にその義務があるとしても、申立人の主張する各事項について公正衡平待遇義務の違反は認められないことを主張する。

たしかに BIT には公正衡平待遇の規定はないが、最恵国待遇を定める BIT 第 3 条 1 項を通じて

⁴ BIT 第 4 条 2 項は次のように定める。

「いずれの締約国も、他方の締約国の国民および法人の所有権を直接または間接に奪う効果を有する収用、国有化、取得その他のいかなる措置をも実施しない。」

⁵ ICSID 仲裁廷は投資受入国国内法を適用することもできる（ICSID 条約 42 条 1 項）。

(アルジェリアと他の国との二国間投資協定には公正衡平待遇義務を定めたものが存在する)、本件でも公正衡平待遇義務は認められる。公正衡平待遇義務は、投資受入国が、一貫性のある、曖昧でない、透明性の高い行動をし、勤勉な投資家が商業的な戦略を採用してそれを長期にわたって実践できるような十分に安定的な環境を維持し、恣意的・差別的でない行動をし、権力を濫用をせず、自らの約束を守るべきことを意味する。公正衡平待遇義務を、投資受入国が申立人の期待に反しないようにするという観点から構成する考え方もあるが、むしろ、上述のように投資受入国の約束という観点でとらえるべきである。

申立人の主張する各事項について公正衡平待遇義務違反の有無を具体的に検討すると、次のように、いずれについても義務違反は認められない。

①工事現場の安全確保に関しては、一般に安全配慮義務は結果債務ではなく手段債務であること、本件において、契約前からアルジェリアの治安の悪さは申立人も知っていたこと、アルジェリアは1996年4月に積極的な安全対策をとったこと、申立人は、ANBに対して安全対策が足りないというクレームは特に出していなかったことなどの事情に鑑み、公正衡平待遇義務の違反はない。

②BCR工法への変更に関しては、ANBは、Groupementに対して、工法変更を確約したわけではなく、その採否がBADの承諾にかかっていることを当初から知らせていた。この点についてANBは透明性の高い行動をしており、恣意的な行為はなく、公正衡平待遇義務の違反はない。

③代替融資(MCCによる)に関して、本件事実関係のもとではこの代替融資提案のANBによる拒否が恣意的であったわけではなく、公正衡平待遇違反はない。

④新入札実施に関して、ANBは透明性の高い、恣意的でない行動をしている。ANBは、本件事実関係のもとでは、BADからの圧力により、新入札を実施せざるを得なかった。ANBは申立人に新入札に応じるよう促し、応札してもそれを旧契約の解除受諾と解することはしないと約束している。申立人が応札することは十分できたはずである。これらの事情に照らせば、公正衡平待遇義務の違反はない。

⑤補償に関しては、ANBは、補償をする意思はありそれを何度も申立人に伝えていること、補償実施に時間がかかっているとしても、それはANBが恣意的に行動したからではなく、むしろ、Groupementが補償額算定のための資料提出・会計書類閲覧等の要請に応じていないことによるものであること等の事情に照らせば、公正衡平待遇義務違反はない。

D. 投資の十分な保護及び保障の義務の違反 [paras. 165-182]

申立人は、被申立国は十分な安全対策をとっておらず、BIT第4条1項⁶の義務(十分な保護及び保障の義務)に違反したと主張する。他方、被申立国は、本件はBIT第4条5項⁷が適用さ

⁶ BIT第4条1項は次のように定める。

「一方の締約国の国民又は法人の行う投資は、他方の締約国の領土において、公の秩序を維持するために必要な措置をとる場合を除き、その運営、維持、利用、活用、変更又は清算を阻害する不公正又は差別的な措置を排除する、継続的で十分かつ完全な保護及び保障を受ける。」

⁷ BIT第4条5項は次のように定める

「一方の締約国の国民又は法人は、自らの投資が、他方の締約国の領土において発生した戦争若しくはその他のすべて

れる場合（戦争・武装紛争等の場合）であり、このときは4条1項は適用されないこと、BIT第4条5項によれば、自国民または最恵国国民と同等の待遇を与える義務があるが、この義務への違反は立証されていないこと、また、仮にBIT第4条1項が適用されるとしても、この義務は手段債務であって結果債務ではないので、本件でその違反はないことを主張する。

BIT第4条1項と5項とでは、投資家保護の程度が異なる。1項が一般規定、5項が特別規定であり、5項が適用される場合には1項の義務は排除されると解すべきである。本件は、第4条5項にあたる事案であり、したがって自国民または最恵国国民と同等の待遇を与える義務はあるが、1項の定める十分な保護と補償の義務はない。とられた安全策に関する具体的な事情にかんがみると、5項の違反があるとはいえない。

E. 結論

申立人の請求をすべて棄却する。

被申立国が、補償をするという原則に反対していないことを、確認する。

両当事者に、各自の費用および弁護士報酬をそれぞれ負担させ、また、仲裁人の費用・報酬およびICSID費用を半額ずつ負担させる。

の武力紛争、革命、国家非常事態又は反乱により損害を受ける場合には、その他方の締約国から、その国の国民若しくは法人又は最恵国の国民若しくは法人に与えられるよりも不利でない待遇を受ける。」

17 : Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., Jerry Montour, Arthur Montour, Kenneth Hill v アメリカ合衆国 (UNCITRAL)

(JCA ジャーナル 2011 年 7 月号 (26))

判断年月日 : 2006 年 7 月 20 日 (管轄判断)、2011 年 1 月 12 日 (本案判断)

仲裁廷の構成 : Fali S. Nariman (インド・長)、James Anaya (米国)、John R. Crook (米国)

一 判断のポイント :

・公正衡平待遇義務 (NAFTA1105 条)

ー先住民の意見を聴取する慣習国際法上の義務

ー人権規範など他の規範により投資家に与えられる保護は NAFTA1105 条の保護の対象となるか (否定)

ーdenial of justice は司法機関以外の機関の行為にも適用されるか (否定)

二 事案の概要 :

I. 本件の特徴 (概要)

本件で問題となったのは米国各州のタバコ取引に関する規制であるが、経過としては、1990 年代、タバコ関連疾病の治療のため州が負担した費用の賠償を求めて、米国の 40 州以上の司法長官が米国大手タバコ会社に対する民事訴訟を提起し、それが和解によって終結したことを契機とする。この際、和解条項の中に、民事事件の当事者ではなかったタバコ業者に対する規制立法を各州が定める約束が含まれていた。[paras.1, 8]

本件の特徴は、このタバコ規制が北米大陸の先住民インディアン¹のタバコ事業者に影響を及ぼし問題となった点にある。米国側領域にも、カナダ側領域にも、自治独立性・免除特権などを有するインディアンの「保留地」²が多く存在する。本件の「フーデノサウニー」のように、同一インディアン部族グループの「保留地」が、米国側とカナダ側で、離れた場所に別々に所在する例もある。米加国境をまたぐインディアンの通商交易は長年継続されており、タバコは保留地間交易の主要品である。タバコ小売は保留地における重要な収入源で、先住民の経済活動に占める位置づけは大きい³。

2004 年 3 月、インディアンのタバコ業者である申立人らは、北米自由貿易協定 (NAFTA) 1120 条 1 項(c)に基づく UNCITRAL 仲裁規則による申立てとして、上述の米国各州のタバコ規

¹ 「インディアン」という呼称には様々な議論があり、米国では「ネイティブ・アメリカン」がしばしば使われる一方、先住民側ではむしろ「インディアン」を正しい呼称とする考え方も見られるようである。また、カナダでは「ファースト・ネーション(First Nations)」という呼称の使用が多くなっているようである。本稿では、同一先住民グループに属する個人申立人らの中に、カナダ側に居住する者と米国側に居住する者がいるなどの事情もあり、特に両者共通の用語として、仲裁廷も用いる「インディアン (Indian)」を使う。

² 本案判断の脚注 3 参照。

³ Para.212 参照。なお、仲裁判断中に言及はないが、インディアンにとってタバコは、儀式に使用するなど特別な品物でもありと思われる。

制により不当な扱いを受けたことを理由に、米国を相手に本仲裁を申し立てた。NAFTA 投資章に基づく投資協定仲裁というフォーラムが選択されつつ、先住民の国際法・国内法上の権利をも根拠に NAFTA 上の主張がなされたものである。

II. 事実関係

A. 当事者（申立人ら）

3 人の個人申立人は全てカナダ出生で、インディアン部族国家の集合体である「イロコイ連邦（Six Nations of the Iroquois Confederacy）」（別称フーデノサウニー、Haudenosaunee）に属する先住民（インディアン）である。

申立人 A（Arthur Montour）は米国・ニューヨーク州のセネカ・ネイション保留地に居住する（以下、本稿では申立人 A とその会社を特に区別せず、「申立人 A」という）。また、申立人 B と申立人 C は、カナダ・オンタリオ州のグランド・リバー保留地に居住する。[para.2, 管轄 para.2]

また、法人申立人 D（グランド・リバー社）はカナダ法人で、グランド・リバー保留地に所在し、カナダ向け・米国輸出向けのタバコ販売や、その他の海外事業を実施する。申立人 B が同社の CEO で普通株式 30%を保有し、申立人 C は同社の President で普通株式 10%を保有する。申立人 D は、カナダのグランド・リバー保留地（Six Nations of the Grand River Territory）における最大の雇用者である。[paras.2, 23]

申立人 A は、申立人 D 製造のタバコをカナダから輸入し、米国各地の保留地における卸売業者・小売り業者に販売している。[paras.2, 22, 24]

B. 申立ての対象となった措置の内容

冒頭に述べた米国各州とタバコ会社の間の訴訟に関して、1998 年 11 月 23 日、一部の州と大手タバコ会社 4 社が「基本和解契約」を締結した。その後、最終的に、米国の 46 州、コロンビア特別区、さらに 5 つの海外領土（以下、あわせて「参加州」という）が同和解契約に参加した。[paras.1, 8]

1. 基本和解契約の内容[paras.9-11, 13, 14, 15]

(a)参加業者（PM）に対する規制等

基本和解契約により、同契約に参加するタバコ業者（PM）⁴は、参加州が課税した販売タバコの数に応じて算定される金額を、参加州の共通口座である「中央口座」に支払う義務を負う⁵。

参加州は、基本和解契約対象タバコ販売の全参加州合計額のうち当該参加州における対象タバコ販売額が占める比率により「中央口座」から配分額を受け取る（この際、ブランドごとあるいは業者ごとの各州比率計算などは行われない）。

⁴ なお、参加業者（PM）には、基本和解契約締結当時の原参加業者（OPM）4 社と、後の追加参加業者（SPM）が含まれる。

⁵ このほか、参加業者（PM）は、基本和解契約上、①広告・販売活動の広範な規制に服し、②喫煙予防・禁煙プログラムのための資金供与を行う、という義務も負う。

(b)追加参加業者 (SPM)・非参加業者 (NPM) に対する規制等

以上の規定のみでは、参加業者 (PM) のみ競争上不利になる。これを考慮して、基本和解契約には、他の業者の参加を促す規定⁶と、参加しない業者に不利に働く規定とが定められ、非参加業者 (NPM) に関しては、参加州による「エスクロー法」の制定義務を定めた。参加州 46 州は、実際に同法を制定した。

「エスクロー法」によれば、非参加業者 (NPM) は、仮に基本和解契約に参加していたならば当該州での課税対象販売に基づき支払ったであろう金額とほぼ同額 (実際はそれより少し多い額) を同州の指定エスクロー口座に毎年預託する。非参加業者 (NPM) は預託金額及び利子の権利を保持するが、預託金は 25 年間エスクロー口座に預託されたままとり、また、販売タバコによる健康上の影響に関して州が当該非参加業者 (NPM) を提訴した場合、預託金はその判決認容額の支払いに充てられる。

ただし、「エスクロー法」には当初「allocable share」規定 (割り当て規定) があった。これは、ある州において非参加業者 (NPM) が義務付けられる預託金額の上限を、「基本和解契約に参加していたならば、当該 NPM の全米 (正確には全参加州) における対象販売合計に関して当該州が基本和解契約に基づき受け取る金額」とする規定である (これを超える預託額は償還される)。

ところが、この「割り当て規定」は、非参加業者 (NPM) が販売を行う州を少数に絞ると、預託金額が大幅に減る結果をもたらした。(例えば、全米のタバコ販売量の 1% を占める参加州は、上述(a)に従い、基本和解契約上、全参加業者 (PM) が「中央口座」に支払った金額の 1% を受け取る。もし NPM が全販売を当該州に絞った場合、いったんは当該 NPM の販売数量に基づいて基本和解契約上算定される金額 (よりも若干多い額) を当該州のエスクロー口座に預託するが、割り当て規定により、99% の償還を受けられる。割り当て規定が定める預託額の上限は、基本和解契約の計算に従い、当該 NPM が仮に PM であった場合に中央口座に支払う金額のうち、全米で当該参加州が占めるタバコ販売量の割合、すなわち 1% となるからである。)

2. 基本和解契約後の推移

(a)参加業者 (NPM) の市場シェア増加

1997 年当時の全米市場シェアは原参加業者 (OPM) 大手 4 社で 97% を占め、追加参加業者 (SPM) は 2.6%、非参加業者 (NPM) は 0.37% であった。[para.12]

しかしその後、非参加業者 (NPM) の市場シェアが増加し、2003 年には 8.1% に至った。ただし、その原因について申立人らは OPM の意図によると主張した⁷。[paras.18-19]

(b)申立人 D と Tobaccoville 社との米国保留地外タバコ販売独占契約

2002 年 6 月申立人 D は、米国企業 Tobaccoville USA とタバコ製造契約を締結した。同契

⁶ 基本和解契約締結日から 60 日 (後に 90 日に延長) 以内に参加した場合、1997 年の市場シェアの 125% または 1998 年の市場シェアの 100% 分に関する基本和解契約上の支払い義務を、恒久的に免除する (これを上回る販売数についてのみ支払い義務が生じる)。

⁷ この点について後述 III.C.4.(b)参照。

約上、申立人 D は Tobaccoville 社の仕様で「Seneca®」銘柄タバコを製造し、Tobaccoville 社は米国における保留地外販売の独占権を持つ。[para.25]

2002～03 年以降、申立人 D は「Seneca®」銘柄タバコの販売を開始し、「割り当て規定」を利用して、保留地外での「Seneca®」販売をノース・カロライナ州、サウス・カロライナ州、アーカンソー州、ジョージア州に絞った。これは成功し、売上は大きく増加したが、「割り当て規定」廃止（後述）の後に減少した。[paras.17, 25-26]

3. 各州の追加措置

(a) 補充立法：非参加業者（NPM）の市場シェア増を受け、2001～02 年にかけて、参加州は、「エスクロー法」の実施強化に加えて、「補充立法」を制定した。補充立法では、州司法長官は「エスクロー法」を遵守していない NPM のリストを作成し、それら不遵守業者の販売タバコを、禁制品として没収の対象とした。[para.20]

(b) 「エスクロー法」改正：2003 年～04 年 9 月までに参加州のうち 38 州が「エスクロー法」を改正して「割り当て規定」を廃止し、特定州に販売を絞る非参加業者（NPM）に有利な抜け穴を塞いだ。これら追加措置の実施要因について当事者は争う⁸。[para.21]

三 判断概要：

III. 本案判断要旨

A. NAFTA1101 条⁹の「投資」要件（管轄）

1. 申立人 A（カナダ国民）は、米国内に実質的なタバコ販売事業と「Seneca®」商標を有するなど、米国内に投資（an investment）を有することは争いがない。[para.79]

2. 他方、申立人 B～D について「投資」の有無が争われている。申立人 D が、最終的に米国の消費者向けに輸出される多量のタバコを製造するカナダ業者として成功してきたことには争いがない。[para.80]

しかし、申立人 B～D は、カナダ・オンタリオ州にタバコ製造工場を有するものの、ある NAFTA 当事国に所在する投資（資産）に対して他の当事国の行為によって生じた損害に基づく請求について、管轄権は認められない。[paras.85-89]また、米国における投資（資産）を有していない。[paras.90-122]

B. NAFTA 1110 条一収用・「正当な期待」 [paras.125-155]

上述の「投資」該当性の管轄判断に従い、以下では、申立人 A に対する「補充立法」に基づく措置の影響に関する主張についてのみ判断する。

1. 前提事実 [paras.130-131]

申立人 A が、カナダで購入し米国に輸入し、セネカ・ネイション保留地で卸売に売る量は 2007

⁸ 後述 III.C.4.(b)参照。

⁹ **Article 1101: Scope and Coverage**

1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:

(a) investors of another Party;

(b) investments of investors of another Party in the territory of the Party; and

(c) with respect to Articles 1106 and 1114, all investments in the territory of the Party.

年同社の全売上げの 68%を占める。しかし、ニューヨーク州は、基本和解契約の関連法をセネカ保留地内の申立人 A に適用しておらず、同保留地での販売は、本件では問題にならない。

他方、申立人 A は、米国のニューヨーク州以外の州に所在する保留地の卸商・小売商や、オクラホマ州法上保留地類似的の免除特権 (immunities) を有する「Indian countries」の販売業者にも、タバコを販売している。いくつかの州当局は、これらの販売に対して「補充立法」を適用する立場をとった。

2. 「合理的かつ正当な期待」

これらの措置が「合理的かつ正当な期待」に反する旨の主張は、1110 条 (収用) 及び 1105 条 (最低基準保障) の根拠として主張されている。他方、被申立国は、投資家の「合理的な期待」は 1110 条には関連性があり得るが、1105 条による慣習国際法上の denial of justice や公正衡平待遇には無関係であると主張した。[paras. 126-127]

(a) 申立人 A の主張 [paras. 128-130, 132]

申立人 A は北米先住民 (First Nations) の一員であり、その事業活動は、主権を有する先住民族間の通商に関わるもので、そのタバコ関連事業に関して米国各州の基本和解契約関連規制の対象とはならない、という正当な期待を有する。

フーデノサウニー、すなわちイロコイ連邦は、一貫して独立の政治的・経済的地位を享受する権利を、Two Row Wampum Treaty¹⁰、1794 年 Treaty of Canandaigua¹¹によって保障されてきた。1794 年 Jay Treaty¹² (以下「ジェイ条約」という) 及び Treaty of Ghent¹³においても先住民族の権利が保障されている。

また、米国の国内法上も¹⁴、インディアン間の通商、特に、州の地理的境界の外の取引や、保留地を含む「Indian country」の中での取引に関する通商については、連邦政府にのみ規制権限があり、各州は規制権限を欠く。

(b) 被申立国の主張 [paras. 134-136]

ジェイ条約は、インディアン個人が米加国境を通る権利、その毛皮や個人の物品に関する

¹⁰ 1613 年、フーデノサウニー (イロコイ連邦) とオランダの間で締結。平和共存などを宣言。

¹¹ 1794 年、米国の独立革命直後、フーデノサウニー (イロコイ連邦) と米国の間で締結。平和友好、フーデノサウニーの土地の権利・領域などを確認。

¹² 米英間で、米国独立後の両国関係上の事項に関して締結された条約。以下のとおり、第 3 条に、「Indians」に関する規定がある。[para. 129]

“It is agreed that it shall at all Times be free to His Majesty's Subjects, and to the Citizens of the United States, and also to the Indians dwelling on either side of the said Boundary Line freely to pass and repass by Land, or Inland Navigation, into the respective Territories and Countries of the Two Parties on the Continent of America (the Country within the Limits of the Hudson's Bay Company only excepted) and to navigate all the Lakes, Rivers, and waters thereof, and freely to carry on trade and commerce with each other...”

“No Duty of Entry shall ever be levied by either Party on Peltries brought by Land, or Inland Navigation into the said Territories respectively, nor shall the Indians passing or repassing with their own proper Goods and Effects of whatever nature, pay for the same any Impost or Duty whatever. But Goods in Bales, or other large Packages unusual among Indians shall not be considered as Goods belonging bona fide to Indians.

¹³ 1812 年米英戦争の終結にあたって両国間で締結された条約で、ジェイ条約 3 条などを再確認している。[para. 129]

¹⁴ 国内法とは、アメリカ合衆国憲法の第 8 条 3 項 (いわゆる“Commerce Clause”) や、一般に「連邦インディアン法」と呼ばれる分野の国内法を指す。

アメリカ合衆国憲法第 8 条第 3 項。

Section.8. Clause 1: The Congress shall have Power To

Clause 3: To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes;

限定的な権利を保障したものに過ぎず、数十億のタバコを扱う国際・州際タバコ事業の規制を妨げない。同条約は先住民の商業物品の免税通過を承認したものではない旨の米国及びカナダの裁判所判例がある。各州は、インディアンに関して”Indian countries”の外の行為や、行為の一部が域外でなされる当該行為について、規制する権限を有する。申立人 A の保留地販売は、多量の保留地外転売用を含む。

したがって、申立人 A は州規制からの免除特権があるとの合理的期待を有しない。

(c) 仲裁廷の判断[paras.137-145]

(i) 保留地外でのタバコ販売に関する州の規制権限、という米国国内法上の問題について、仲裁廷は判断を示さないこととする。

NAFTA 先例において、「合理的な期待」とは、国家の表明や行為の結果として生ずる、投資家が（正当に）依拠する期待のことである。争いある法律問題について申立人の解釈が正しいか否かの問題とは同じ問題ではない。

本件では、米国各州が基本和解契約上の措置を申立人らに適用できるという解釈もそれなりの主張と認められ、このような状況で、各州が基本和解契約上の措置を申立人らに適用しないという期待に、賢明な投資家として合理的に依拠できたとは認め難い。申立人 A は、自らの解釈に基づいて基本和解契約上の適用を争えるという合理的な期待を有していた（に留まる）。

(ii) 同様に、申立人 A の商業活動に関するジェイ条約の解釈についても仲裁廷は判断を示さない。同条約の文言の曖昧さ、同条約の現在の当事国であるカナダ及び米国の理解及び実行、申立人 A のタバコ事業の過去の十分な経験から歴史的にタバコ取引が米国各州による強い規制の対象とされてきた事実を知っていたであろうこと、などに照らし、州による基本和解契約上の措置の適用を免れるという合理的な期待が同条約の解釈により根拠付けられるとは認められない。

3. 収用[paras.146-155]¹⁵

NAFTA1110 条¹⁶の「収用」規定の自然な読み方からは、収用行為とは「投資（資産）全体」に影響するものである。NAFTA 先例は、収用を「投資家の全ての利益、又は非常に重要な割合部分の、剥奪・毀損」と解してきた。継続事業を保有し続けていたり、他の方面の事業継続能力がある場合などには、「収用」は否定されている。

これに対して、申立人 A の主張は、利益を生み成長中の投資のうち一部分のみが収用された、

¹⁵ 松本加代「収用—規制と間接収用」小寺彰（編）『国際投資協定』（2010年）120-136頁、石川知子「農薬の登録抹消に係る被申立国の一連の行為が公正衡平待遇義務違反及び収用を構成しないとされた例」JCA ジャーナル 2011年4月号 28頁など参照

¹⁶ **Article 1110: Expropriation and Compensation**

1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except:

(a) for a public purpose;

(b) on a non-discriminatory basis;

(c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and

(d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.

というものに過ぎない。例えば、財務諸表によれば、2001年～06年9月30日までの間、申立人Aの会社価値は実質的な成長を示している。

従って、本件で「収用」は認められない。

C. NAFTA 1105 条一慣習法上の外国人待遇最低基準[paras.173-236]

NAFTA1105条¹⁷及び2001年7月31日NAFTA自由貿易委員会の解釈覚書（以下「2001年解釈覚書」という。）¹⁸によれば、同条の義務内容は、他の条約、他のNAFTA規定、その他の法源ではなく、国際慣習法を参照して決定されなければならない。[para.176].

また、1105条は投資（investments of investors of another Party）に対する待遇を定めているのであり、投資家（investors）に対するものではない。[para.177]

1. 米国の国際法上の義務との関係[paras.180-181]

申立人らは、ジェイ条約、先住民族に関する国際慣習法の原則、国際人権条約、人権法の慣習の原則などにより1105条の義務内容もさらに具体化される、と主張するが、他の法的規則が1105条が適用される文脈を形成する（shape the context）としても、それが国際慣習法上の最低基準保障の内容を変えることはない。

2. 1105条の内容に関する申立人の主張[paras.182, 190, 92-195]

1105条により被申立国は、誠実に行動する義務、外国投資家の基本的期待に悪影響を与えない義務がある。投資家は意思決定の前提となった規制環境の安定性・予測可能性を享受する権利、その変化やプロセスが、恣意的、差別的、不透明なものではないと期待する権利を有する。

NAFTAの解釈は国際法に従うことを定めるNAFTA102条(2)及び1131条(1)により、先住民族の経済的権利を保護する国際慣習法規範及びより一般的な人権規則が適用される¹⁹。これらを根拠として、米国各州は、特別な又は不利な立場にある先住民投資家やそのコミュニティの商業活動に影響がある措置（「割り当て」規定の廃止など）をする際には、事前に先住民投資家たる申立人らと協議するための積極的措置を講じることが1105条によって義務付けられる。慣習国際法上の公正衡平待遇にはかかる協議義務が組み込まれている。

「公正衡平待遇」の最低基準は、先住民投資家に対する差別の防止にあたって公正さ・公平な

¹⁷ **Article 1105: Minimum Standard of Treatment**

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.

3. Paragraph 2 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 1102 but for Article 1108(7)(b).

¹⁸ **Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions** (NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001)

2. Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law

1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.

2. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.

3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).

¹⁹ その根拠として、米州人権条約21条、世界人権宣言17条、国連・先住民権利宣言17条、同19条、ILO条約169号第6条(1)号(a)、米州人権裁判所の判決等を挙げる。

取扱いを要求する。人権法及び国際慣習規則に基づき、法律上も事実上も先住民投資家を差別してはならない。

「割り当て規定」修正を州議会が議決した際に適正手続及び手続きの基本的公正が保障されなかった。特に先住民タバコ業者は、数百万ドルの支払い強制の前に、民事訴訟上の請求を受けるか否かを選ぶ平等の機会を与えられなかった。また、各州の「割り当て規定」廃止の立法プロセスに、国際法上の”denial of justice”が存在する。

3. 被申立国の主張[paras.196-203]

先住民コミュニティとの事前の協議義務が国際慣習法規則であることは立証されておらず、国連・先住民権利宣言に対して米国は国連総会で採択時に反対票を投じた。また、仮に協議義務という慣習規則があるとしてもそれは先住民コミュニティとの協議であって個人との協議ではなく、また、そうした協議義務は最低国際基準の一部を構成しない。申立人らの”denial of justice”の主張は立法過程に対するもので米国司法制度の欠陥を主張していない（から失当である）。

4. 1105 条の内容に関する仲裁廷の判断[paras.183-187]

(a)申立人らは、参加州が大手タバコ会社を有利に扱い、かつ、基本和解契約を回避しようとする申立人らに対して懲罰的に申立人らを狙った戦略を通じて、健康に関する正当な利益を現実促進することなく、不衡平な取扱いをした、と主張している。仲裁廷は、申立人 A に対する連邦刑事法の訴追手続が、部分的には、同人のタバコ販売活動を理由に「補充立法」違反の結果として開始されたことに留意する²⁰。

(b)仲裁廷は、1 人を除き、以下のように考える。基本和解契約スキームによって参加州に実質的な健康上の利益が現実生じたのか疑問を挟む余地がある。原参加業者（OPM）は、非参加業者（NPM）調整規定²¹を通して結果的に経済的利益を得るには市場シェアを失う方が有利であるためタバコ価格を上げた、という申立人ら主張に妥当性がある。米国各州は、基本和解契約上の減収を防ぐことを主な目的として「割り当て規定」を修正したのだろうと思われる。各州の法務担当官は「割り当て規定」修正案や補充立法の議論・立案の作業にあたり、非参加業者（NPM）や他の利害関係者、特に申立人らとそのプロセスに関与させず、好ましくない行動をとった。

(c)仲裁廷は、いくつかの州の法務官や全米司法長官協議会の当局者らが、立法提案や立法戦略を策定するにあたり、参加業者（PM）の代表者らとは協議・面談したが、非参加業者（NPM）とはしていないことに留意する。先住民・部族政府、特に基本和解契約の適用によってその規制権限に影響が生じる米国内の部族政府を、この議論の過程に含めるべきであった。

(d)仲裁廷全員は、基本和解契約の策定及び実施にあたって、申立人らやその先住民国家の特定の権利・利益（先住民コミュニティの経済的發展の機会を促進するに際して長年の伝統に従った越境通商関係を維持し発展させる利益を含む）に全く敏感ではなかったことに同意する。多数の文書や解釈判断に示されるように、国際的な強い方針・基準は、先住民のそうした権利・

²⁰ 本件仲裁手続中、申立人 A（Arthur Montour）及び申立人 C が、米国連邦司法省により、タバコ販売とその関連行為により訴追されたことが、2009 年 8 月 7 日書面により仲裁廷に伝えられた。[para.54]

²¹ [para.184 (FN43)]参照。

利益を促進する国家の行為を支持する。

しかしながら、仲裁廷は全員一致で、申立人 B～D の請求に管轄権を有さず、かつ、申立人 A に対して仮に不公正取扱いがあったとしても、外国人取扱いについての国際慣習法上の基準に限られる NAFTA1105 条の公正衡平待遇の違反のレベルには達していない、と判断する。

5. 1105 条違反の個別の主張について[paras.208-236]

(a)1105 条と差別禁止[paras.208-209]

申立人の差別禁止に関する主張について、1105 条の文言は、外国人投資家の投資に対する差別の包括的禁止 (blanket prohibition) を述べるものではなく、そのような国際慣習法規則も存在しない。NAFTA1105 条(2)項の反対解釈からも、同(1)項には差別の禁止は含まれていない (1110 条(1)項(b)参照)。

(b)先住民との協議義務と 1105 条[paras.210-216]

先住民に重大な影響を及ぼす政府の政策・措置について先住民との協議を政府当局に求める国際慣習法の原則は、存在するといってもよいかもしれない²²。ただし、それらはコミュニティという集合としての先住民との協議である。

本件でも、タバコ通商を規制する基本和解契約及び関連措置によってその構成員の利益や主権的利益が影響を受ける米国内インディアン部族・国家との協議が必要という主張であれば十分に成り立ち得た。また、米連邦政府は、先住民コミュニティに影響する立法・行政上の措置に関しては、国際法上の問題でないとしても、連邦政府の政策として、先住民コミュニティとの協議が必要であることを認めている。本件では基本和解契約に関してそうした協議がなかったことも被申立国代理人は認めている。

しかし、個人投資家たる申立人 A との協議義務は認められない。また、仮に個人との協議が本件のような場合には必要という慣習規則があるとして、それが 1105 条に従いすべての外国投資に対して与えられるべき慣習上の最低保護基準を構成していると解釈するのは困難である。1105 条の基準は、2001 年解釈覚書が示すとおり、「すべての外国投資家の投資」に保障される最低保護基準である。

したがって、協議義務違反に基づく 1105 条違反の請求は棄却する。

(c)その他の国際法・米国内法上の先住民の権利と 1105 条[paras.217-221]

同様に、その他の国際法・米国内法も、国際慣習法上の最低基準を構成するものではないので、その請求は棄却する。

(d) "denial of justice"[paras.222-229]

"denial of justice" (裁判拒否) の概念は国内の司法システムの欠陥を指す。したがって、「割り当て」規定の修正という立法過程を問題にし、米国裁判所制度の運営の問題を主張していない申立人の請求は棄却する。

D. 費用負担[paras. 239-247]

²² 国際法協会 (International Law Association) の近時の調査や、国連・先住民権利宣言などを参照する。[para.210]

1. 1976年 UNCITRAL 仲裁規則 40 条²³は、弁護士費用とその他の費用を別に規定し、仲裁費用は「原則として」敗訴者負担とされている。弁護士費用に関してはそのような規定はない。過去の NAFTA 仲裁例では、UNCITRAL 規則に基づく弁護士費用や仲裁費用の負担のさせ方について、様々な例がある。
2. 本件では、保留地外での販売に関する請求は管轄欠如で却下し、保留地内での販売に関する請求は棄却した。

にもかかわらず、本件では、仲裁費用は折半、弁護士費用は各自負担とする。UNCITRAL 仲裁規則 40 条の「原則」と異なる扱いをする理由は、①先住民企業・企業家として先祖の伝統に根差した越境通商を営む申立人らの特殊な状況、歴史的要因の結果先住民の直面する経済的困難、そして、特にグランド・リバー保留地での重要な雇用・収入源としての申立人らのビジネス・ベンチャーの果たす役割を考慮し、また、②NAFTA 手続の下で救済の権利は認められないとしても、米国各州は、基本和解契約及び関連措置によって影響を受け得るインディアンのコミュニティ及び企業家の利害と懸念を、適切な協議を通じて認識するのが適切であったからである。

²³ Article 40

1. Except as provided in paragraph 2, the costs of arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.
2. With respect to the costs of legal representation and assistance referred to in article 38, paragraph (e), the arbitral tribunal, taking into account the circumstances of the case, shall be free to determine which party shall bear such costs or may apportion such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable....

18 : Inceysa Vallisoletana, S.L. v エルサルバドル共和国 (ICSID Case No. ARB/03/26)

判断年月日 : 2006 年 8 月 2 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Rodrigo Oreamuno Blanco (コスタリカ・長)、Burton A. Landy (米国)、Claus von Wobeser (メキシコ)

一 判断のポイント :

- ・投資協定中の「投資財産」の定義に「in accordance with laws」の要件が規定されていなくても、協定の起草過程及び他の条項の規定振りから投資協定に基づく当事国の仲裁同意の対象が投資受入国の法律に従って設立された投資財産に限定されることが認定できる場合には、違法に設立された投資財産は当事国により付与された同意の範囲外であり、当該投資財産から生じる紛争について仲裁廷の管轄は否定される。
- ・投資財産の適法性の判断においては、投資受入国が投資財産の適法性に関して行う決議又は決定は関連性がなく、法の一般原則を適用すべきである。

二 事案の概要 :

1999 年、エルサルバドルの環境・天然資源省 (MARN) が、同国における車検業務の公共入札を行った。公共入札は一旦キャンセルされたが、2000 年 6 月に再度行われ、申立会社もこれに参加した。入札においては、評価委員会が参加者による入札について、ICASUR に 86.8 点、Supervision y Control に 78.3 点、申立会社に 85.5 点を付与した。評価の対象となった要素は、財務状況、財務能力、車検場を運営した経験、機械及び車検場建設の経験、職員の経験、法的文書、事業計画、サービス提供の方法及び品質、設備、インフラ及び主要な機械、追加設備及び事業計画並びに顧客サービス計画だった。2000 年 10 月 24 日、MARN は、申立会社に 1 位の順位を付与した。2000 年 11 月、入札に勝利した 2 社と MARN との間の事前交渉が行われ、MARN がそれぞれとの間で独立した契約を締結した。申立会社と MARN との間の契約 (契約) は、2000 年 11 月 17 日に署名され、同年 11 月 27 日には、申立会社は契約に規定されている品質保証を提出した。当事者間でいくつかの問題が発生した後、2001 年 11 月 5 日、申立会社は環境・天然資源大臣に対し、書面を送付した。その書面においては、スペイン王国とエルサルバドルとの間の投資協定 (本 BIT) に言及されていた。同月 22 日には、申立会社はエルサルバドル共和国大統領に対して、計画継続のための介入又は本 BIT に基づく補償を要請する文書を送付した。2002 年 7 月及び 8 月には、申立会社は、MARN が他の会社を雇ったことにより契約上保障されていた排他的サービス提供が否定されたとして、MARN に対し抗議を行った。 [paras 22-34]

2002 年 10 月 29 日、申立会社はエルサルバドルの大統領に対して、政府による契約違反及び本 BIT への違反を主張し、50,845,251.34 米ドルの賠償を要求する書面を送付した。 [para 36]

三 判断概要：

I. 本 BIT により付与される仲裁同意の性質及び範囲

投資協定に署名する国家が協定の保護を投資受入国の法令に従って設立された投資財産に限定することが有効であり、かつ広範に行われているが、本仲裁廷は、かかる限定が本 BIT についても行われているか否かについて判断する。仲裁同意の範囲を分析するために、解釈における誠実原則、当事国の意思の同定及び仲裁同意の推定の不存在を適用することとする。[paras 190-191]

当事国の意思については、本仲裁廷は本 BIT の発効前にエルサルバドルとスペインとの間で交わされた通信が関連性を有すると考える。この通信は、エルサルバドルが交渉の初期から本 BIT の保護を法律に従って設立された投資財産のみに限定する意図を持っていたことを示している。更に、この通信により、エルサルバドルは、「投資財産」の定義にかかる限定を加えようと試みた。エルサルバドルの要請に接し、スペインは、かかる限定は既に本 BIT のテキストに含まれているため、「投資財産」の定義に加える必要はない旨返答している。以上より、本 BIT の当事国の意図は、本 BIT の適用及び保護の範囲から投資受入国の法律に違反して設立された投資財産から生ずる紛争を除外することであることに疑いはない。[paras 192-195]

本 BIT の起草過程において明らかであるスペイン及びエルサルバドルの意図を分析した後は、文言に着目しなければならない。スペインが示していたように、投資財産に課されている条件は、本 BIT のほかの規定に明確に含まれている。まず、「保護」という見出しがついている第 3 条は、「Each Contracting Party shall protect in its territory the investments made, in accordance with its legislation...」と規定しており、本 BIT の保護の範囲から違法に設立された投資財産を除外している。更に、本 BIT 第 2 条は、本 BIT が「will also apply to investments made before its entry into force by the investors of a Contracting Party in accordance with the laws of the other Contracting Party in the territory of the latter...」と規定しており、本 BIT は、本 BIT の発効前に違法に設立された投資財産だけでなく、本 BIT の発効後にエルサルバドル法に違反して設立された投資財産についても適用される。[paras 200-205]

以上より、本 BIT においてスペイン及びエルサルバドルにより付与された同意は、投資受入国の法律に従って設立された投資財産に限定される。結論として、違法に設立された投資財産は、当事国により付与された同意の範囲外であり、ICSID の管轄に服さない。[para 207]

II. スペイン及びエルサルバドルが付与した同意の範囲に照らした Inceysa の投資財産の分析

投資財産の適法性は、本仲裁廷の管轄権の前提であるため、かかる適法性は本件を審理する本仲裁廷のみが判断することができる。よって、本 BIT の当事国が投資財産の適法性について行う決議又は決定は有効又は重要ではない。[paras 209-210]

本 BIT は、エルサルバドルの有効な法として、本仲裁廷が申立会社の投資財産がエルサルバドルの法体系に従って設立されたか否かを判断するために分析しなければならない第一の立法である。投資財産が本 BIT の保護から利益を受けるか否かを判断するためには、当該投資財産

が本 BIT の課す条件に従って設立されたか否かを分析する必要がある。本 BIT は申立会社の投資財産がエルサルバドルの法律に従って設立されたか否かを判断するための実体的規則を明らかに含んでいない。よって、本仲裁廷は、他の法を参照する。本 BIT は仲裁手続の準拠法として一般的に認識された規則及び国際法の原則に言及するが、エルサルバドル政府の部局が発出した法規則を分析する前に、これらの規則及び原則によれば申立会社の投資財産は適法に設立されたと考えることができるか否かについて判断する。ICJ 規程第 38 条によれば、法の一般原則は、国際法の直接的な法源である。以下では、本仲裁廷が本件に適用可能と考える法の一般原則に照らして申立会社の投資財産を分析する。[paras 219-229]

誠実原則の違反

申立会社は、以下の行為により誠実原則に違反した。

- ・入札に参加するために申立会社が行った虚偽の財務情報の表明
- ・入札手続中に、契約の条件を遵守するために必要な経験及び能力（特に戦略パートナー）に関して虚偽の表明を行ったこと。
- ・入札に勝利する時に委任された役割を果たすための資質のほとんどについて申立会社が依拠していたアントニオ・フェリペ・マルティネス・ラヴァド氏の専門性を証明しようとした書面の虚偽記載。
- ・申立会社と ICASUR の既存の関係を秘匿していたという事実（明確に入札規則の基本的な原則に違反している。）。[para 236]

国際公共秩序の違反

国際公共秩序は、まさしく国家の本質を構成する一連の根本的な原則であり、その本質的な機能は国際的な法体系の価値を保全することにある。「in accordance with law」の文言が様々な投資協定の規定に挿入されていることは、かかる国際公共秩序の明確な表れであり、締約国の国内法に違反して設立された投資財産を保護の対象から排除する締約国の明確な意図を実証するものである。それゆえ、「in accordance with law」を投資協定に挿入することは、違法な行為及びその結果生じる効果を罰することを企図した国際公共秩序に従っているものである。法の尊重はエルサルバドルだけではなくいかなる文明国においても公共秩序の問題であることには争いがない。本仲裁廷は、本件紛争を解決する権限を認めることは、投資受入国の法律に従って設立された投資財産のために本 BIT により確立される投資家の権利を認識することを意味すると考える。違法な行為から生じた権利の存在を認識することはできない。なぜならば、そのことは国際公共秩序の原則である法の尊重に反するからである。[paras 245-252]

不法な利得の禁止原則

入札手続における申立会社の行為は、不法な利得を禁止する法原則に違反する。シビルローにより規律される成文法体系は、特定の人々の財産の増加の原因が違法である場合には、かかる利得

はその成就を防ぐことにより罰せられなければならないとする。申立会社は詐欺により利益を得ている。すなわち、上記の法原則に違反することを通して、申立会社は自ら利益を得ようとしたのである。本 BIT の保護を申立会社の違法な投資財産に付与する解釈はかかる不法な利得を利することになるため、本 BIT に基づき構成される仲裁廷はそのような解釈を取ることはできない。 [paras 253-256]

III. まとめ

結論として、申立会社の投資財産は明確に違法な方法により設立されたため、本 BIT においてスペインとエルサルバドルが表明した同意の範囲に含まれない。よって、当該投資財産から生じた紛争は ICSID 仲裁廷の管轄に服さない。 [para 257]

19 : Saipem S. p. A. v バングラデシュ人民共和国 (ICSID Case No. ARB/05/7)
(JCA ジャーナル 2010 年 7 月号 (11))

判断年月日 : 2007 年 3 月 21 日 (管轄権決定)、2009 年 6 月 30 日 (本案判断)

仲裁廷の構成 : Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス・長)、Christoph H. Schreuer (オーストリア)、Philip Otton (英国)

一 判断のポイント :

- ・投資受入国裁判所による ICC 仲裁に対する介入の取用該当性
- ・投資受入国裁判所による ICC 仲裁に対する介入が間接取用を構成する要件
- ・投資受入国裁判所による ICC 仲裁に対する介入が、権利濫用又はニューヨーク条約違反となる基準

二 事案の概要 :

I. 事実関係[本案判断 paras. 6-51]

A. プロジェクトおよび紛争 [paras. 6-24]

1990 年 2 月 14 日、イタリア法人サイペム (以下「申立人」という。) とバングラデシュの天然資源公社であるペトロバングラは、北東バングラデシュ地域に天然ガスを供給する約 400 キロメートルのパイプライン建設契約を締結した (以下「プロジェクト」という。)。契約価格は、3,480 万米ドル (31 億円¹) 及び 4 億 1,570 万バングラデシュタカ (5 億円) であった。プロジェクトに対しては世界銀行 (以下「世銀」という。) がスポンサーとなり国際開発協会 International Development Association (IDA) が資金を提供した。

契約は、バングラデシュ法を準拠法とし、仲裁地をダッカ、使用国語を英語、仲裁人を 3 名とし ICC 規則に従った仲裁に紛争を付託するとの仲裁条項を置いていた。

契約上、プロジェクト完了日は 1991 年 4 月 30 日とされていたが、著しく遅延し、その原因について、申立人は、地域の反対運動にあると主張し、バングラデシュ (以下「被申立国」、「投資受入国」又は「バングラデシュ」という。) は、反対運動は申立人が惹起したものであるし、その発生前から遅延は生じていたと主張した。

申立人は、工期の遅延賠償金として 2,100 万ドル (19 億円) を請求し、ペトロバングラは、申立人の履行遅滞を理由に 9,100 万ドル (82 億円) の賠償金を請求した。

申立人とペトロバングラは、世銀の同意を得て、工期の 1 年延長 (1992 年 4 月 30 日) に合意し、その後、工期延長に伴う賠償金の交渉にはいった。

しかし、工期延長に伴う賠償金について、当事者間で合意が成立したかどうかで対立した。ペ

¹ 以下、1 米ドル≒90.0 日本円、1 バングラデシュタカ≒1.3 日本円、1 ユーロ≒112.0 日本円として、億円単位で概算表示する。

トロバングラは、賠償についての合意は確定的に成立していないと主張した。1992年7月9日に成立した合意では、申立人が受け取るべき賠償金は1,143万8千ドル（10億円）と暫定評価されたが、それは、第一に、申立人の請求の根拠についてバングラデシュ政府とペトロバングラが検証すること、第二に、プロジェクト遅延の原因が申立人又はペトロバングラのいずれにあるかについて単独仲裁人の決定を得るとの条件が付いていて、ペトロバングラはこの合意により1,000万ドル（9億円）を払ったが賠償額及びその支払義務の確定はなかったとした。これに対し、申立人は、合意は確定的であったとし、残金の支払がされないのはバングラデシュ政府の政権交代が原因であると主張した。

B. ICC 仲裁とバングラデシュ裁判所の介入 [paras. 25-51]

1. ICC 仲裁手続

1993年6月7日、申立人は、750万ドル及び1億2,300万タカ（計8億円）の支払を求めてICC仲裁の申立を行った。ペトロバングラは反対に1,000万ドル（9億円）の支払を求めた。

1997年7月22日から27日までの間、証人尋問が行われた。申立人は、この尋問に関し、主要証人である工事検査官（世銀への報告者）に出頭しないようバングラデシュ政府が働きかけるなど、バングラデシュ国内の状況は敵対的であったと主張した。ペトロバングラは、尋問期日において、①工事検査官の陳述書の証拠排除、②全証人の在廷許可、③未提出ペトロバングラ作成文書の反対尋問における使用禁止、④世銀作成の補足説明書及び申立人作成の費用計算書の証拠排除、⑤口頭弁論の録音記録の作成の申立を行ったが、仲裁廷は却下した。

1997年8月26日、ペトロバングラは上記①乃至⑤の申立を再提出した。

1997年9月21日に、前記①乃至⑤の申立は再度却下された。

1997年8月には、ペトロバングラは、申立人の保険証券とこれに基づく保険金請求に関する情報開示の申立（以下、この申立及び前記①乃至⑤の申立をまとめて「証拠排除等申立」という。）を行ったが、ICC仲裁廷は、後に検討するとした。

2. 仲裁権限取消判決

1997年11月16日、ペトロバングラは、ダッカ地方裁判所²に、ICC仲裁廷の権限取消（仲裁忌避）を求める申立をし、その理由として、証拠排除等申立を却下したICC仲裁廷は不正行為（misconduct）を行い、かつ当事者の手続上の権利を侵害したとした。

1997年11月24日、高等裁判所は、申立人に対し、ICC仲裁差止の仮処分を發した。

1998年3月23日までに、同日の高等裁判所判決を含む複数の判決が仲裁手続差止を確認し維持した。

2000年4月5日、地方裁判所は、ICC仲裁廷の権限を取消す判決（以下、「仲裁権限取消判決」という。）を出した。同判決は、ICC仲裁廷が、証拠排除等申立を却下し、また保険情報の

² バングラデシュの司法組織は、最高裁判所（The Appellate Division of the Supreme Court）、高等裁判所（The High Court Division of the Supreme Court）、地方裁判所（The Subordinate Court）、簡易裁判所（The Tribunal）から成る。

開示を命じないことにより仲裁手続を不適切に遂行したことを理由にした。申立人は、判決に対する控訴を断念した。

2001年4月30日、ICC仲裁廷は、ICC仲裁廷権限の取消はICC仲裁廷の専属管轄であり、バングラデシュ裁判所の判決は国際仲裁に適用される一般原則に反するとして手続再開を決定した。

3. 高等裁判所判決

2001年5月27日、ペトロバングラは、高等裁判所から、申立人に対する仲裁差止仮処分命令を得た。

2001年10月23日、2002年1月16日及び2002年7月15日、高等裁判所は、同仮処分命令を維持する決定を出した。

2003年5月9日、ICC仲裁廷はペトロバングラの賠償合意違反を認め、ペトロバングラに対し、600万ドル（5億円）及び11万ユーロとこれに対する1993年6月7日からの利息の支払を命じた。

2003年7月19日、ペトロバングラは、高等裁判所に、2001年仲裁法42条2項及び43条に基づいてICC仲裁判断の取消を申立てた。

2004年4月21日、高等裁判所は仲裁判断取消申立を却下したが、その理由において、仲裁判断は法的には存在しないに等しいから取消対象が存在しないと判断した。

申立人はこれに対する上告をしなかった。

2004年10月5日、申立人はICSIDに対しBITに基づく投資仲裁申立をした。本決定は、この申立に対する本案判断である。

三 判断概要：

II. 本案判断要旨

A. 収用該当性 [paras. 120-191]

1. 公正衡平待遇義務違反等 [paras. 120-123]

申立人は、裁判所の介入行為（the disputed action）（以下、「本件介入行為」という。）は、仲裁及び仲裁判断を受ける権利（rights to arbitration and to the Award）の補償なき収用を構成し、BIT5条違反であると主張した。申立人は、被申立国の待遇は、公正衡平（fair and equitable）待遇義務に反することは明らかであるが、BIT9.1条は公正衡平待遇義務を定めたものではないから、その請求を収用に基づくものに限定するとした。

2. 収用の意義 [paras. 124-132]

(a) BIT5条

BIT5条によれば、①収用が存在し、②収用が、公共目的（public purposes）または国益（national interest）によって正当化されない、法律の規定及び手続に従って（all legal

provisions and procedures) いない、適当な補償がない、または差別的である場合に違法である。本件では、②の要件については、検討を要しない。被申立国は、裁判所の介入行為が公共目的又は国益のために行われたとは主張していないし、補償がないことを争っておらず、したがって、論点は、本件介入行為が BIT5 条の収用に該当するか否かであり、締約国による財産 (property) のはく奪 (taken) が行われたかどうかである。

(b) 収用の存在

本件では、投資から発生する契約上の権利を結晶化 (crystallized) した ICC 仲裁判断が財産 (property) に該当し、裁判所の本件介入行為は直接収用ではないが、ICC 仲裁判断に基づく利益を申立人から実質的にはく奪するから、BIT5 条 2 項所定の収用と同様の効果を持つ手段 (measures having similar effects) に該当する。このことは、高等裁判所判決が、ICC 仲裁判断を「不存在」と判断したことに照らしても明らかである。

また、被申立国自身、ペトロバングラは、在外資産を有しないと認めており、バングラデシュ裁判所の仲裁判断不存在の判示があっても、ICC 仲裁判断は、ニューヨーク条約に従って国外で執行され得るとの主張は、実際の意味をもたない。

B. 違法性 [paras. 133-191]

1. 侵害程度基準

効果専一論 (sole effects doctrine) によれば、本件介入行為が間接収用となるか否かを決定する最も重要な基準は、その侵害の程度であり、先例は、原則として、はく奪が相当程度 (deprivation is substantial) の場合に収用を認めているが、本件介入行為の特殊な事情を勘案すると、本件介入行為が収用同然とされるためには、ICC 仲裁判断を受ける申立人の権利が相当程度はく奪されたというだけでは十分でない。相当程度のはく奪で十分だとすると権限ある国内裁判所が合法的な理由に基いて仲裁判断の効力を取消した場合にも、収用に該当することになってしまうからである。

収用が認められるためには、バングラデシュ裁判所の本件介入行為が違法でなければならないことに両当事者も合意しているから、本件の特別な事情及び両当事者の合意を勘案して、本件介入行為の違法性を収用の必要条件とする。

2. 国内裁判所の管轄権

申立人は、ICC 仲裁廷の権限を取消した本件介入行為が違法である理由として、バングラデシュ裁判所による当事者自治の基本原則の違反を主張する。

しかし、ICC 規則 2.8 条は、仲裁廷権限の取消は、ICC に申立てるべきことを規定するが、同規則は当事者を拘束しても、国内裁判所を拘束しないので、国内裁判所の管轄権行使は違法とはならない。オランダ仲裁法が仲裁廷権限の取消についてオランダ裁判所の強制管轄権 (mandatory jurisdiction) を規定していることが、国際法に違反するとの説はない。

国内裁判所の管轄権行使が、国内仲裁法に反しなかったかどうかであるが、バングラデシュ

1940年仲裁法5条の「選任された仲裁人又は審判人の権限は、仲裁契約に別段の定めがない限り (unless contrary intention is expressed in the arbitration agreement)、裁判所の命令 (leave) によつてのみ取消される。」との定めにつき、申立人は、「別段の定め」とは、当事者が選定した機関 (ICC 仲裁廷) に本件の管轄を専属的に委ねたことであると主張し、被申立国は、「別段の定め」は、仲裁地裁判所の管轄権と並存するものと主張する。バングラデシュ法に関する専門意見では、バングラデシュ法の下において ICC 仲裁廷権限の取消に関する ICC 仲裁廷の管轄が専属的であるとの立証は為されていない。

3. 受入国裁判所の実体判断の違法性

(a) 違法性の判断基準

国内裁判所の実体判断の違法性の審査においては、(a) ICC 仲裁妨害を目的とする、国内裁判所とペトロバングラの共謀、(b) 権利濫用禁止の原則 (the principle of the prohibition of abuse of rights)、(c) 国際仲裁の一般原則及び (d) ニューヨーク条約を基準とする。

(b) 共謀

申立人は、ペトロバングラは被申立国と共謀したと主張するが、申立人は、関連の事情³に、依拠するのみで共謀を立証する証拠を提出しておらず、バングラデシュ裁判所がペトロバングラと共謀して行動したとは認められない。

(c) 権利濫用

申立人は、国際法は受入国裁判所が「一般に承認された正義の基準」(generally accepted standards of the administration of justice) に従うことを義務付けており、「著しく不公正、・・・恣意的、不正義又は特異」な裁判所の判断は国際法に違反すると主張する。

被申立国は、そのような国際的義務の存在を争わない。

バングラデシュ裁判所は、証拠排除等申立⁴を ICC 仲裁廷が却下したことを明白な法の無視を侵し不正行為を行ったと判断したが、仲裁廷が、ICC 仲裁廷の不正行為とされる証拠排除等却下決定を注意深く検討したところによれば、ICC 仲裁廷の間違い又は不正行為の兆候は認められず、ICC 仲裁廷が不正行為を行ったとの裁判所の認定は、正当でない。不正行為の存在につ

³ 関連事情は次のとおり。(para. 146)

(i) 1997年7月2日及び25日の間という決定的時期に申立を行った。ICC 仲裁廷の拒否後も、ペトロバングラはその申立を1997年8月26日に繰り返した。

(ii) ICC 仲裁廷は、これらを1997年9月21日に再度退けた。

(iii) それから2ヶ月経過前の1997年11月16日、ペトロバングラは不正行為を主張して国内裁判所に仲裁の停止及び又は仲裁人の権限の取消しを申し立てた。

(iv) 約1週間後、ペトロバングラ仲裁廷の不正行為に基づく差止命令を得た。

⁴ 具体的には、

i 1997年7月22日 ICC 仲裁廷手続き命令により退けられた、ペトロバングラによる、反対尋問のための出廷がなかったことを理由とする工事検査官の証言の記録からの排除申立。

ii 1997年7月26日 ICC 仲裁廷手続き命令により退けられた、ペトロバングラによる、証人による証明がなくかつ証言を不要とする文書証拠に属しないことを理由とする世界銀行による補足意見所ドラフト及び同文書に含まれている費用計算の証拠からの排除申立。

iii 1997年9月21日 ICC 仲裁廷手続き命令により退けられた、ペトロバングラによる保険証書に関する質問申立。

iv 1997年7月28日 ICC 仲裁廷手続き命令により退けられた、ペトロバングラによる口頭審理における証拠調べ調書 (開示) の申立。」である。(para. 152)

いてのこのような事実誤認に基づいて下された仲裁権限取消判決は、根拠を欠き、著しく不公正な判断 (a grossly unfair ruling) である。

仲裁廷に不正行為があった場合にバングラデシュ裁判所が仲裁廷の権限を取消することができ、そのための相当な裁量権 (substantial discretion) を有することを承認するが、そのような権限を不正行為及びそれがもたらす紛争の公正な解決に与えるリスク (the risks it carries for the fair resolution of the dispute) と関連しない理由により行使することは、権利濫用を構成する。

「権利を、それが設けられた目的と異なった目的のために行使する場合には、これを行使する国家は、権利濫用を行うこととされる」ということは国際法において一般的に認められている。同様の原則は両当事者が参照した著名な学説によって、「仲裁合意の実効性確保のための主たる法的基礎は仲裁地 (lex arbitri) であると信じる。仲裁地裁判所による差止命令を無視できるような裁量権を仲裁廷は有していない。反対に、命令が明白に濫用でない限り、そのような判決に従わなければならない。」とされている。

(d) 国際仲裁の一般原則違反

国際仲裁の一般原則違反の問題は、権利濫用禁止の検討において既に考慮されていて、独立した意義を有しない。

(e) ニューヨーク条約違反

申立人は、本件介入行為は、ニューヨーク条約 2 条に違反すると主張し、被申立国は、ニューヨーク条約は、国内法化のための立法措置が講じられていないから本件に適用はないと主張する。

被申立国がニューヨーク条約に拘束されることは、同条約が国内法として国内裁判所により適用されないこととは無関係であり、その違反はバングラデシュの国際責任 (international responsibility) を惹起する。

そして、ニューヨーク条約 2 条 3 項は、『この条にいう合意をした事項について訴えが提起された』場合に締約国の国内裁判所に対して当事者を仲裁手続に服せしめることを義務付けているが、同条約 2 条 1 項は、広い義務として仲裁契約を承認する (recognize arbitration agreement) ことを定めていて、この義務に基づき、例えば、仲裁差止命令 (anti-arbitration injunction) の発令はニューヨーク条約 2 条に組み込まれた (embedded) 原則の違反となることは、一般に承認されている。本件は、仲裁差止命令そのものではなく、仲裁廷の権限を取消したものであるが、これは、事実上 (de facto) 仲裁契約の実施のための仲裁を妨げ又は差止めることによりニューヨーク条約の趣旨を完全に損なうものであるから、ニューヨーク条約 2 条の違反である。

4. 高等裁判所判決

ICC 仲裁判断の不存在を判示した高等裁判所判決について、被申立国は、仲裁権限取消判決の正否を判断したのではなく、仲裁権限取消判決は、申立人が控訴せずに確定していて、高等裁判所はこれを無視できなかったにすぎないと主張する。しかし、高等裁判所判決は国際法の下では誤りだった。

C. 国内救済完了 [paras. 174-184]

申立人は、仲裁権限取消判決及び仲裁判断不存在を判示した高等裁判所判決について不服申立をしなかったが、ICSID 条約は、締約国は国内救済完了の要件を放棄したものと推定して (presume) いる (26 条) ところ、この推定を覆すために被申立国が仲裁付託の条件として、国内救済完了を要求した事実はない。

被申立国は、また「裁判拒否 (denial of justice) として性質決定される場合も又は収用として性質決定される場合も申立の基礎となる行為が裁判所の判決である限り、国内救済完了原則は実体的要件として疑問の余地なく適用になる。」と主張し、これに対し、申立人は、国内救済完了原則は裁判拒否の場合を含め投資家対締約国仲裁には適用はないとした上で、いずれにしても、同原則は収用に適用されないとし、裁判拒否 (denial of justice) は、一定の結果が導かれる手続 (process) に関係するが、収用は、結果としての外国投資家の財産の不法なはく奪であり、手続が問題ではないので、裁判拒否の場合に考慮される国内救済完了原則は、収用の場合に考慮されることはないと主張する。

収用は裁判拒否を前提にしていないから、国内救済完了原則は、裁判所による収用を認めるための実体的要件ではない。加えて、国内救済完了原則は、当該救済が効果的である場合にのみ当事者に課せられ、蓋然性のない救済 (improbable remedies) を尽くすことを要求しない。申立人は、2 年半以上、ICC 仲裁廷の不正行為について論争し、相当な時間と費用を投入して合理的国内救済を尽くしたと認められ、それ以上に控訴の提起を要求することは蓋然性のない救済を尽くすよう要求することになる。

D. 仲裁権限取消リスクの引受 [paras. 185-187]

被申立国は、ダッカを ICC 仲裁の仲裁地として当事者が選定したことにより申立人は国内裁判所による介入のリスクを引き受けたのであるから、国内裁判所の介入は違法ではないと主張する。仲裁地を選択することにより、仲裁手続の補助及び監督 (in aid and in control) のために行使される仲裁地裁判所の権限に当事者が服することは当然であるが、裁判所はその権限が与えられた目的のためにこれを行すべきであり濫用することは許されない。

E. 国家帰属性 [paras. 188-191]

申立人は、収用は、ペトロバングラとバングラデシュ裁判所の結合した行為により惹起されたと主張するが、バングラデシュ裁判所は国家の一機関でありその本件介入行為は国家帰属性を有するが、ペトロバングラの行為は、政府の公的行為ではなく国家への帰属性はない。

20 : Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v エクアドル共和国¹ (ICSID Case No. ARB/06/11)

(JCA ジャーナル 2010 年 1 月号 (4))

判断年月日 : 2007 年 8 月 17 日 (暫定措置決定)、2008 年 9 月 9 日 (管轄判断)

仲裁廷の構成 : L. Yves Fortier (カナダ・長)、David A. R. Williams (ニュージーランド)、Brigitte Stern (フランス)

一 判断のポイント :

- ・条約に基づき仲裁が認められる紛争について、国内仲裁法が仲裁可能性を否定しているとしても、そのことを管轄権の抗弁とすることはできない。
- ・ある種の紛争を ICSID 条約又は BIT に基づく仲裁から除外するためには、当該除外は明白かつ絶対的 (clear and unequivocal) なものでなければならない。
- ・交渉などによる紛争の解決が徒労に終わった場合には、BIT の定める仲裁申立てへの待機期間の徒過を待つ必要はない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 事案の背景 [paras. 9-23]

1999 年 5 月 21 日、Occidental Petroleum Corporation (本件申立人。以下「OPC」という。)の子会社である Occidental Exploration and Production Company (本件申立人。以下「OPEC」という。) とエクアドル (本件被申立国) 及び Petroecuador の間において、エクアドルアマゾンの Block15 における炭化水素資源の調査・開発に関する事業参加契約 (Participation Contract) が締結された。事業参加契約とそれに関連する操業委託契約 (Operation Contract) により、OPEC は同地区における調査・開発に関する排他的な権利が認められていた。

2000 年 10 月、OPEC はカナダの石油・ガス企業である EnCana の子会社である City Investment Company Ltd. (現在は、AEC Ecuador Ltd.。以下「AEC」という。) との間で、事業参加契約及び操業委託契約に関する利権について二段階の契約を締結した。第一段階は、AEC が 4 年間に亘りある額の投資を Block15 での事業に対して行うことと OPEC が操業するにあたって負担した事業費用の 40% を AEC が負担すること、その見返りとして Block15 から得た経済的利益の 40% を AEC が得るという契約である。第二段階は、第一段階の契約で定められた AEC の義務の履行が果たされた場合、エクアドル政府の許可を前提として、Block15 に

¹ エクアドルは、2007 年 11 月 23 日に ICSID 条約 25 条 4 項に基づき、石油、ガス、鉱物などの天然資源の開発に関連する経済活動への投資の取り扱いから生ずる紛争につき、ICSID 仲裁の管轄に属させない旨の通知を行った。また、2009 年 7 月 9 日には、ICSID 条約からの脱退を通告した。ICSID 条約 71 条に従い、脱退の効力は 6 ヶ月後である 2010 年 1 月 7 日から生ずることとなる。

関する排他的な権限の一部を OEPIC が AEC に譲渡するというものであった。

2004 年になって、AEC が第一段階の契約に基づき支払などを完了したため、OEPIC はエクアドル政府に AEC への権利譲渡についての許可を求めたが、許可が下りることはなかった。それどころか、エクアドル政府は、許可なく事業参加契約のもとでの権利及び義務を AEC に移転したこと及び調査開発事業を行うにあたって共同企業体に参加したこと、事業参加契約により求められている最低金額以上の投資を行わなかったこと、炭化水素資源に関する法及び規則に繰り返し違反したことを理由として、事業契約及び操業委託契約の破棄 (Caducidad) を行うよう鉱業エネルギー省 (Ministry of Mines and Energy) に命令を下し、2004 年 9 月から実際に破棄の手続が始まった。以降 18 ヶ月に亘って、OEPIC は種々の反論を行ったが、2006 年 5 月 15 日、鉱業エネルギー大臣は、事業参加契約を破棄し、終了させるとする決定を行った (以下、2006 年 5 月 15 日の決定を「本件破棄決定」という)。

上記決定の 2 日後である 2006 年 5 月 17 日に、OEPIC 及び OPC によって、エクアドルに対する仲裁の申立てがなされた。申立人らは、本件破棄決定が、①エクアドルとアメリカ合衆国との間の投資の奨励及び相互保障に関する二国間条約 (The Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment. 1993 年 8 月 27 日締結、1997 年 5 月 11 日発効。以下「本件 BIT」という)、②国際法、③エクアドル及び合衆国の国内法、及び④事業参加契約にそれぞれ違反するとして、本件破棄決定の無効の宣言及び事業参加契約及び操業委託契約上の権利の回復、及び、27 億ドル余りとその利息の賠償を求めた。

上記申立てに対して、エクアドルが管轄を争ったのが本件である。

B. 当事者の主張

1. 被申立人の主張

被申立人は、本件破棄決定に関する紛争について ICSID 仲裁の管轄権がないことを次の点を理由として主張した。すなわち、①本件破棄決定に関連する紛争はエクアドル調停仲裁法によれば仲裁可能性がないこと、②事業参加契約の 21.4 条²は上記①の点を反映した条項であり、同条項によって本件破棄決定に関する紛争は ICSID 仲裁の対象から明確に除外されていること [paras. 36-43]、③本件破棄決定に関する ICSID 仲裁の利用は、事業参加契約 22.2.1 条³のいう「事業参加契約において定めのある仲裁」に該当せず⁴、また同条項により申立人は本件破棄決定に関する紛争の解決についてはエクアドル行政仲裁裁判所の専属管轄に合意し、そのほかの救

² 21.4 条は、「破棄 (Caducidad) 以外の理由による本事業参加契約書の終了をいずれの当事者も求めることができる。但し当事者が合意できない場合には、20 条の定めに従った手続によるものとする。」と規定している。

³ 22.2.1 条は、「本件事業参加契約書の履行に際して論争が生じた場合には、契約者はエクアドル法に従って、外交上又は領事による仲介を利用する権利、本件事業参加契約で認められないいかなる国内機関もしくは外国司法機関に救済を求める権利、又は、本事業契約書に定められていないかもしくはエクアドル法上認められていない仲裁を利用する権利を明示的に放棄するものとする。本条項に従わないことは、本件事業参加契約の失権事由となるものとする。」と規定している。

⁴ 事業参加契約では、20.2 条がエクアドル法に基づく仲裁の利用を、20.3 条が ICSID の管轄権の範囲かつ事業参加契約の範囲に含まれる紛争について ICSID 仲裁の利用を、20.4 条が BIT などによる仲裁の利用をそれぞれ認める規定が存在している。

済手続の利用を放棄していること [paras. 44-46]、④申立人らは、本件 BIT に定められた 6 ヶ月の待機期間 (Waiting Period) を定める規定に従っていないこと [paras. 56-59]、である。

2. 申立人らの反論

上記 1.でのエクアドルによる①から③の点に対しては、申立人らは次のように反論を行った。そもそも、申立人らの仲裁申立ては、本件 BIT に基づくものとして可能であり、管轄に関しては事業参加契約の条項の解釈問題とは無関係である。また、エクアドルによる ICSID 仲裁の管轄権に対する 21.4 条及び 22.2.1 条を根拠とする主張は誤りである。すなわち、21 条は仲裁条項ではなく、合法的に契約を終了させるための手続を定めた規定である。それゆえ 21.4 条は破棄に関する紛争を排除するものではない。また、22.2.1 条の解釈については、本件破棄決定に関する仲裁を除外するのであれば、はっきりかつ明確な文言で契約の条項とすべきであったにもかかわらず、そうはなっていない [paras. 47-55]。

また、上記 1.でのエクアドルの主張④に対して申立人らは、第一に、6 カ月の待機期間を経ないで仲裁申立てを行っているというエクアドルの主張は、本件 BIT を根拠としているものであり、そもそも ICSID 仲裁の管轄権に対する抗弁と相容れないものである。第二には、紛争は 2004 年 9 月には顕在化していたと主張した [paras. 60-61]。

三 判断概要：

II. 判断要旨 [paras. 62- 89]

A. 管轄に対する抗弁としての国内仲裁法援用の可否 [para.74, paras. 86- 88]

本件 BIT において、被申立国は、ICSID 条約に従い拘束力のある ICSID 仲裁により投資紛争を解決することに明らかに同意している。被申立国も認めるとおり、条約は批准により、被申立国の国内法となる。加えて被申立国の憲法 163 条は、被申立国が正式に批准した条約は、被申立国の国内法に優先すると規定している。そのため、被申立国は、同国の国内法を援用して ICSID 仲裁の管轄権を逃れることはできない [paras. 74 and 86]。

B. 事業参加契約 21.4 条に基づく管轄権の抗弁について [paras. 75-85]

事業参加契約 21.4 条により、本件破棄決定から生じる紛争を通常の仲裁及び ICSID 仲裁を利用して解決することが除外されるとの被申立国の主張は認められない。

事業参加契約 21 条は、当該契約の終了と破棄に関する条項である。そして 21.4 条は当事者が破棄以外の理由により事業参加契約の終了を要請することができる旨と同時にその手続について定めている。同条からは、破棄に関する紛争の解決を仲裁一般あるいは ICSID 仲裁の利用を通じて行うことを除外する当事者の共通の意思は明らかに示されていない。他方で、事業参加契約の他の条項において、ある種の管轄権に関する例外措置が明確に定められている規定が存在している。当事者が破棄に関する紛争を ICSID 仲裁の管轄外とし、エクアドル行政裁判所の専属管轄とするのであればその旨を明確にした規定を挿入することは簡単にできたはずである。事

業参加契約 21 条は、そもそも当該契約から生ずる紛争の解決のための規定ではなく、また当該紛争が破棄決定に関するものであるかどうかとも関わりがない。

被申立国は、本件仲裁で問題となったような破棄決定については合法性の推定がありかつエクアドル行政裁判所においてのみ不服申立てが可能であるとのエクアドル法の原則からは必然の結果として、事業参加契約 21.4 条は破棄に関連する紛争の仲裁への付託を除外する規定であると主張する。しかし、本件仲裁廷は、被申立国のかような主張を認めることはできない。紛争の解決のために ICSID 仲裁を利用可能としていることへの例外は、そのような効果をもたらすことが明確な文言でなされることが求められ、曖昧な条項から ICSID 仲裁の管轄を黙示に放棄したものと解釈することもできない⁵。

C. 事業参加契約 22.2.1 条に基づく管轄権の抗弁について [paras. 70-74]

事業参加契約 22.2.1 条により当事者は、本件破棄決定に関連して生じた紛争をもっぱらエクアドル行政裁判所に対して提訴することを合意したのだという被申立国の主張は認めることはできない。22 条は、「準拠法、ドミサイル、管轄、及び手続」という題名が付けられており、22.2.1 条は⁶、本件破棄決定に関する紛争を ICSID 仲裁の管轄から排し、エクアドル行政裁判所を専属管轄とするような趣旨の条文ではない。

契約解釈の基礎的な原則に基づけば、事業参加契約から生じる紛争の解決のために ICSID 仲裁を利用可能としていることへの例外は、そのような効果をもたらすことが明確な文言でなされることが求められる⁷。また、仲裁廷は曖昧な条項から ICSID 仲裁の管轄を黙示に放棄したものと解釈することはなく、仲裁廷の管轄権についてなんら述べられていないというだけでも十分ではない⁸。

事業参加契約には、本件破棄決定に関する規定が 22.2.1 条のまさに直前の条項に存在している。当事者は、本件破棄決定が、事業参加契約の失権やそれによる紛争の可能性に対して、重大な影響を及ぼすことを十分理解していたためにそのような規定を置いたのである。当事者が、本件破棄決定に関する紛争を ICSID の管轄外におきエクアドル行政裁判所の専属的管轄とすることを望んでいたのであれば、当事者はそのような規定をすることはできたはずであるが、そうにしていないのである。本仲裁廷は事業参加契約の条項からエクアドル行政裁判所の専属管轄を定めるということを認定することはできない [para. 70-73]。

また、上記 A. で述べたように、本件 BIT は被申立国の国内法となっている。事業参加契約 22.2.1 条は「エクアドル法により認められない仲裁」と言及するものの、事業参加契約全体及び 22.2.1 条の同文言からは、当事者が ICSID 仲裁の管轄を放棄するものと解釈することはできない [para. 74]。

⁵ Aguas del Tunari v. The Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, para. 122.

⁶ 前掲注(3).

⁷ Id. para.119.

⁸ Id. para 122.

D. 待機期間要件 [paras. 90-95]

被申立国は、本件 BIT6 条 3 項が、紛争発生後 6 カ月を経過した場合に、当該紛争を仲裁に付託することができる」と規定しているが、OEPC 及び OPC による本件仲裁申立ては、同項の要件を満たしていないと主張している。

本仲裁廷は、本件で問題となっている破棄手続が 2004 年に開始され、2006 年 5 月 15 日に至ってようやく本件破棄決定が下されていることを顧慮する。この期間 OEPC は本件破棄決定の根拠となった事由につき多くの反論を行っていたが、それは意味をなさなかった。また、交渉による解決に至ろうとする試みも実際には無駄なものに終わっている。このような場合、BIT に定める待機期間を待つ必要がないとするのが多くの先例である⁹。

⁹ 例えば、Lauder v. The Czech Republic, Award dated 3 September 2001 at paras. 187-191; SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/03, para. 184 など。

21 : Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v エクアドル共和国 (ICSID Case No. ARB/06/11)

(JCA ジャーナル 2013 年 4 月号 (44))

判断年月日： 2007 年 8 月 17 日 (暫定措置決定)、2008 年 9 月 9 日 (管轄判断)、2012 年 10 月 5 日 (本案)。なお、Stern 教授による反対意見 (2012 年 9 月 20 日) がある。

仲裁廷の構成： L. Yves Fortier (カナダ・長)、David A. R. Williams (ニュージーランド)、Brigitte Stern (フランス)

一 判断のポイント：

- ・投資に関する契約の違反に対し適切な他の措置がとれるにもかかわらず、投資に関する契約の全てを破棄する行為は、公正衡平待遇義務違反を構成する。また、実質的な収用にも該当する。
- ・公正市場価値を算定するに当たりディスカウント・キャッシュ・フロー法に基づく結果を利用する。

二 事案の概要：

I. 事実関係

A. 事案の背景 [管轄判断 paras. 9-23, 及び本案判断 paras. 105-200]

1999 年 5 月 21 日、Occidental Petroleum Corporation (米国デラウェア州法人。本件申立人。以下「OPC」という。)の子会社である Occidental Exploration and Production Company (米国カリフォルニア州法人。本件申立人。以下「OEPC」という。以下、OPC と OEPC を併せて適宜「申立人」又は「申立人等」という場合がある。)とエクアドル (本件被申立国) 及び Petroecuador (エクアドルの国営石油会社。同社に対する仲裁申立は後に取下) の間において、エクアドルアマゾンの Block15 における炭化水素資源の調査・開発に関する事業参加契約 (Participation Contract) が締結された。事業参加契約とそれに関連する操業委託契約 (Operation Contract) により、OEPC は同地区における調査・開発に関する排他的な権利が認められていた。

2000 年 10 月、OEPC は、カナダの石油・ガス企業である EnCana の子会社である現在は AEC Ecuador Ltd. (以下「AEC」という。) という名称の企業と、Block15 に関する利権について二段階の契約を締結した (Farmout Agreement。以下、「Farmout 契約」という。)。第一段階は、AEC が 4 年間にわたって一定額の投資を行うことと OEPC の事業費用の 40% を AEC が負担すること、その見返りとして Block15 から得た経済的利益の 40% を AEC が得ることという契約である。第二段階は、第一段階の約束で定められた AEC の義務の履行がされた場合、エクアドル政府の許可を前提として、Block15 に関する権限の一部を OEPC が AEC に譲渡するというものであった。また、Farmout 契約とともに Joint Operating Agreement (以下「共同操業契約」

という。)が、申立人と AEC との間で締結された。

2004 年になって、AEC が第一段階の契約の履行を完了したため、OEPC はエクアドル政府に AEC への権利譲渡についての許可を求めたが、許可されなかった。それどころか、エクアドル政府は、同国政府の許可なくして、事業参加契約による権利及び義務を AEC に移転したこと及び調査開発事業を行うにあたって共同企業体に参加したこと、事業参加契約により求められている最低金額以上の投資を行わなかったこと、炭化水素資源に関する法律（以下「HCL」という。）及び規則に繰り返し違反したことを理由として、事業参加契約及び操業委託契約の破棄（Caducidad）を行うよう鉱業エネルギー省（Ministry of Mines and Energy）に命令を下した。その後、2006 年 5 月 15 日、鉱業エネルギー大臣は、事業参加契約を破棄し、終了させるとする決定を行った（以下、この決定を「本件破棄命令」という。）。

これを受け、申立人等は、本件破棄命令が、①エクアドルとアメリカ合衆国との間の投資の奨励及び相互保障に関する二国間条約（The Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment. 1993 年 8 月 27 日署名、1997 年 5 月 11 日発効。以下「本件 BIT」という。）、②国際法、③エクアドル及び合衆国の国内法、及び④事業参加契約にそれぞれ違反するとして、本件破棄命令の無効確認及び事業参加契約及び操業委託契約上の権利の回復、及び、27 億ドル余りとその利息の賠償を求めた。

上記申立てに対して、エクアドルが仲裁廷の管轄を争ったが、2008 年 9 月 9 日の管轄権に関する判断において、仲裁廷の管轄権を肯定している¹。

B. 当事者の主張

1. 申立人の主張

申立人は、被申立国が正当な理由無くして事業参加契約を破棄したことは、本件 BIT2 条 3(c) に規定する義務遵守条項に違反するのみならず、投資に対する不公平な取り扱いを禁止する 2 条 3(a)、投資の恣意的な損傷を禁じる 2 条 3 項(b)、及び収用に関する 3 条に違反すると主張している。

(1) 被申立国による正当な理由無くしての事業参加契約の終了は本件 BIT 及びエクアドル法に違反する点

事業参加契約及び操業委託契約の終了及び破棄命令は、被申立国の一方的なものであり正当な理由がなくして行われた。AEC との間での Farmout 契約は、被申立国が主張するように HCL に違反するものではない。それゆえ、事業参加契約が HCL 違反であるために被申立国が当該契約を終了したという主張は認められない。したがって、上記の事実は、本件 BIT の義務遵守条

¹ 管轄権に対する仲裁判断については、小川和茂「投資協定仲裁判断研究(4)ICSID 仲裁廷の管轄を制限する投資家と投資受入国との合意の可否とその要件」JCA ジャーナル 57 巻 1 号（2010 年）36 頁～41 頁参照。

項（本件 BIT2 条 3(c)）、投資に対する不公正な取り扱いをしない義務（本件 BIT2 条 3(a)）、投資に対する恣意的な損傷を行わない義務（本件 BIT2 条 3(b)）、及び補償なき収用を禁止する義務（本件 BIT3 条）に違反する²。（paras. 208-236）

(2) 本件破棄命令が不公正、恣意的、差別的かつ比例原則違反であるため、本件 BIT 及びエクアドル法に違反している点（paras. 237-243）

事業参加契約及び操業委託契約の終了があつたとしても、本件破棄命令は、甚だしく不公正であり、恣意的であり、差別的であり、そして比例原則に違反するものであり、本件 BIT 及びエクアドル法のもとで不法である。また、事業参加契約の終了は、申立人の正当な期待（legitimate expectations）を害するものであり、投資の完全保護（full protection and security）を否定するものである。さらに、被申立国による事業参加契約の終了は、補償なくして行われた収用に該当する。

2. 被申立人の主張

上記(1)および(2)における申立人の主張に対して、被申立国は全て否認する答弁を行った（paras. 244-282）

3. 被申立国の反対請求（paras. 283-290）

被申立国は、①本件 ICSID における手続きが悪意ある申立てであつたこと、②外交保護に関する権利を放棄することを定めた事業参加契約 22.2.1 条に申立人が違反していること、③破棄命令の後に破壊的かつ違法な行為が申立人によりなされたこと、④必要とされる譲渡費用及び新しい事業参加契約を交渉するに当たり HCL に従って被申立国に有利に交渉しなかつたことなどを理由として、反対請求として損害賠償を求めた。（paras. 283-287）

これに対し、申立人は、反対請求を否認した。（paras. 288-290）

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 申立人の請求に対する判断

(1) 申立人による事業参加契約及び HCL の違反

² 本件 BIT3 条 1 項は次のように定めている。

Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization ("expropriation") except: for a public purpose; in a nondiscriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in Article II(3). Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriatory action was taken or became known, whichever is earlier; be calculated in a freely usable currency on the basis of the prevailing market rate of exchange at that time; be paid without delay; include interest at a commercially reasonable rate from the date of expropriation; be fully realizable; and be fully transferable.

申立人と AEC との間における Farmout 契約，すなわち，事業参加契約及び操業委託契約に関する利権の移転に関する契約の性質は，AEC に対する割当量の多寡にかかわらず，AEC に事業参加契約の利権及び利益を取得させる性質のものである。Farmout 契約及び共同操業契約の文言からもこの点は肯定されうる。(paras.297-336)

事業参加契約 16.1 条及び HCL74.11 条にいう³，権利の移転又は一つあるいは複数の権利の移転のための契約に Farmout 契約および共同操業契約は該当することとなる。したがって，被申立国の事前認可が必要であった。それゆえ，申立人の Farmout 契約及び共同操業契約に関する理解は間違っていたことになるが，しかしながら，本件仲裁廷は申立人による間違いは，重大な間違いではあるものの，悪意によるものではないと判断する。(paras. 340-380)

以上のことから，本件仲裁廷は，申立人は，Farmout 契約および共同操業契約を AEC と締結時に被申立国より必要な認可を得ておらず，したがって事業参加契約 16.1 条及び HCL74.11 条に違反したと判断する。(para.381)

(2) 認可無くして行われた事業参加契約の譲渡に対する制裁の比例性

無認可での事業参加契約譲渡への制裁としての被申立国による本件破棄命令の比例性 (proportionality) に関連して，申立人は，当該譲渡行為によってエクアドルには何らの損害も発生していないと主張したところ，被申立国は，法の執行の前提条件として自国が何らかの損害を被ったかどうかについて示す義務は存在しないと反論した。しかしながら，本件仲裁廷は，統治機関が重い制裁を課そうとする際に，国家は，①十分に深刻な損害を違反者により被ったこと，②関連する法又は契約の悪質な又は継続する違反があったこと，③被った損害が深刻なものでない場合においても，抑止及び良い統治のために重大な制裁を課すことが適切であること，について立証する必要があると考えるが被申立国はこれを行っていない。(paras.410-416)

事業参加契約 21 条において，HCL74 条に基づく破棄命令がありうることを規定しているとしても，それにより契約違反や法律違反に対して課される制裁が比例性あるものであるべきことあるいはその他の関連する法規則に従って課されるべきことまでも合意により除外していると考えすることはできない。本件契約の準拠法たるエクアドル法が明示的に比例原則につき定めを置いているため，なおさらである。(paras.419-423)

本件破棄命令は，HCL74 条に基づいてなされており，大臣の裁量により発することができ，又は発しないこともできるということには争いはない。また，大臣の裁量により命令を発するこ

³ 事業参加契約 16.1 条は次のように定めている。

Transfer of this Participation Contract or assignment to third parties of the rights under the Participation Contract, must have the authorization of the Corresponding Ministry, in accordance with existing laws and regulations, especially the provisions contained in Art. 79 of the Hydrocarbons Law and Executive Decrees No. 809, 2713 and 1179.

また、炭化水素資源に関する法 74 条は、次のように定めている。

Article 74. The Ministry of Energy and Mines may declare the caducidad of contracts, if the contractor:
[...]

11. Transfers rights or enters into a private contract or agreement for the assignment of one or more of its rights, without the Ministry's authorization;

とになっているのであれば、比例性（proportionality）の原則が関連してくるということには当事者間で争いはない。（paras.424-425）

被申立国は、本件のような申立人による法律違反に対する制裁としては、本件破棄命令のほかはないと主張しているが、HCLには譲渡に関するプレミアムを被申立国が受け取ることを可能にする規定があり（79条）、得られるはずのプレミアムを徴収することも可能だった。また、事業参加契約に参加したAECには、より被申立国に有利な条件での合意をさせることが可能であった。（para. 434）

本件で問題とされたFarmout契約および共同操業契約は、被申立国に損害をもたらすものではなくむしろ利益をもたらすものである。また、HCLの趣旨にも本件Farmout契約および共同操業契約が反することは無い。他方で、被申立国が主張したように、申立人が、被申立国の認可を受けずに契約締結したことは、被申立国内における炭化水素資源開発の統一性に対する大きな脅威であり、何かしらの制裁が課されてもそれは正当化され得るであろう。しかしながら、本件破棄命令が申立人にもたらす効果を考慮すると、被申立国が本件申立人に対して行った本件破棄命令は比例性を欠き、エクアドル法に違反し、慣習国際法⁴にも違反し、かつ、本件BIT2条3(a)（公正衡平待遇義務、及び国際法により求められる水準を下回らない待遇義務）に違反する。（paras. 442-452）

(3) 本件BIT3条に違反して収用がなされたか？

申立人は、本件破棄命令は不法な収用に該当すると主張している。他方被申立人は、契約及び適用される法に基づき適法に事業参加契約が終了され、また、本件破棄命令は、被申立国による正当な規制政策を確実なものとするための適法な行政的制裁であるため収用にはあたらないと主張する。しかし、本件仲裁廷は、本件一連の被申立国による行為は、エクアドル法、慣習国際法及び本件BIT2条3(a)に違反し行われたものであり、本件の事情に鑑みると、収用に等しい行為であり、本件BIT3条に違反する。（paras. 453-455）

B. 損害賠償額

(1) Law 42による損害賠償額の減額

被申立国は、損害賠償額の算定にあたり、2006年5月15日に制定されたLaw 42を考慮に入れるべきであると主張する。Law 42は、原油採掘業者が原油売上の50パーセントを被申立国の取り分として収めることを定める法律である。しかしながら、この法律は、申立人が事業参加契約によって定められていた権益に大きなインパクトを与えるものであり、また契約内容を一方的に変えてしまう性質のものである。それゆえ、被申立国によるLaw42の立法は、事業参加契約5.3.2条及び8.1条に違反するものであり、本件BIT2条3(a)に反するものでもある。した

⁴ いかなる内容の慣習国際法であるのかは、本仲裁判断には示されていない。

がって、損害額の算定にあたり本仲裁廷は Law42 を考慮に入れることはしない。(paras. 467-547)

また、被申立国は、VAT に関する法律についても損害額の算定に辺り考慮すべきであると主張していたが、これに対しても、仲裁廷は考慮には入れないと判示している (paras. 548-570)。

(2) Farmout 契約による賠償額の上限

被申立国は、申立人が AEC との間で、Farmout 契約および共同操業契約を締結し、40 パーセントの持分は AEC にあるのであるから、申立人が得られる損害賠償額は 60 パーセントに限られるという。しかし、Farmout 契約の有効性については、同契約 7.02 条によれば、事業参加契約及びエクアドルに存在する、活動する、あるいは事業中にある Block15 又は他の財産について、エクアドル法がエクアドル法を適用することを求めている範囲を除いて、ニューヨーク州法が準拠法とされている。これらを当てはめて検討してみると、事業参加契約については HCL が適用され、同法 79 条によれば、事前認可が無い場合には、法的に無効である。また、Farmout 契約においては、準拠法はニューヨーク州法であるが、Farmout 契約についての評価はエクアドル法を適用した場合と同じことになる。したがって、Farmout 契約では、エクアドル政府の認可を受けていない以上、事業参加契約で規定されている権利の移転はできず、無効となる。それゆえ、申立人は 100 パーセントの賠償額を受け取ることができる。(paras. 571-658)

(3) 申立人の過失による損害額の減額

国際法委員会による国家責任条文草案 39 条は、「損害の決定において、賠償を請求した者に關係する損害を被った国家又はいかなる個人又は団体の故意または過失による行為又は不作為により、損害に対する分担金の責任を負う」と規定する。同条のコメントリーは、国家の行為により損害を被った者の故意または過失による行為または不作為が実質的 (material) に損害に寄与している場合に適用するとしている。

本仲裁廷は、被害を被った者の寄与が、実質的かつ重大な (significant) なものでなければならぬと考える。これに関連して、過失の分配において本件仲裁廷は広大な裁量権を有する。申立人は、事業参加契約の権利移転に関して事前認可を取得しなかった場合に、被申立国が事業参加契約の破棄をする危険について合意をしていた。それゆえ、本件仲裁廷は、申立人には過失があったこと及び当該行為は違法と認定した。したがって、申立人による当該違法行為は、事後に申立人が被った損害に、実質的に寄与していたと本件仲裁廷は判断する。

本件の全ての事情を考慮すれば、申立人の過失が申立人の被った損害に寄与した程度は 25% であると判断する。(para. 659-687)

(4) 損害額について

両当事者は、損害の算定方法の一つとして DCF 法があることについて合意している。しかし、同算定方法にはいくつかの変数が存在する。すなわち、①正確な産出統計データ、②留保された調整要因、③原油価格予想、④適切な割引率、⑤資本支出及び運用支出である⁵。(paras. 688-703)

申立人は、損害賠償額の算定方法として、FMV (Fair Market Value, 公正市場価値) が適切であると主張している。他方で被申立国は、本件仲裁廷が申立人の投資に対する収用が行われたと判断する場合には、本件 BIT3 条が適用されることになり、同条文によれば FMV による補償が規定されているために、損害賠償額の算定方法として FMV を利用することについて、同意しなくてはならないと述べている。本件仲裁廷は、両当事者の見解に同意し FMV を採用する。(paras. 704-707)

なお、被申立人は、間接的損害については賠償されないと主張するが、本件仲裁廷は、Chorzow 工場事件 PCIJ 判決及び国家責任条文草案 31 条を参照すれば、賠償は、full reparation でなければならないと判断する (paras. 789-798)。しかしながら、申立人の請求する ship-or-pay 契約に関する損害については、損害額の立証が不十分であることなどから、認められない(para. 814)。また、雇用関係を終了させる費用についても、すでに DCF により損害額を算定する際に含まれているのであり、間接損害とはならない (paras. 820-821)。そのほかの間接損害に関する主張についても同様に認められない。(paras. 822-823)

DCF 法により算出された Block15 の正味現在価値 (NPV) は US\$ 2,359,500,000 (約 2268 億 5318 万円, 1 ドル約 96 円で換算) である。そして、そのうち 25% は申立人の過失により相殺され、結果的に被申立国による収用によって被った損害の賠償額は、US\$ 1,769,625,000 (約 1701 億 3980 万円) となる。(paras. 824-825)

賠償額に付される利息について、申立人は複利式での計算を主張し、被申立人は単利式での計算を主張している。伝統的な利息計算方法は単利式であったが、最近の傾向は変化しており、複利式とするのが通常である。また、複利式での算出方法は Chorzow 判決で示された原則にも合致する。2007 年に下された仲裁判断においては 1 件を除いて、また 2008 年から 2009 年にかけて下された仲裁判断では、10 件中 6 件が複利式であった。そしてより最近の事例においても複利式で利息の計算を行っている。本件仲裁廷も、他の仲裁判断例と同様複利式で計算を行う。(paras. 826-840)

2008 年から 2009 年にかけて、複利式での利息計算を行った仲裁判断例のうち 6 つにおいて、US ドル 6 month LIBOR を妥当な利率としていた。また、最近の事例においては、固定利率または LIBOR にマージンレートを付加した利率とするものも存在している。本件において申立人は the US Government Treasury bill rate (4.188%) を主張し、他方で、被申立人は 5% を利率として主張している。5% という利率は、4.188% という利率に近似しているため、本件仲裁廷は、利率を 4.188% が適当であると判断する (paras. 841-843)。なお、仲裁判断後の利息については、US ドル 6 month LIBOR とする。(para. 849)

⁵ para.692 に変数に関する鑑定人の見解が示されている。

C. 被申立人の反対申立て (paras. 854-869)

全て棄却 (略)

III. 仲裁人 Stern 教授による反対意見

被申立国が、申立人の行った行為に対する反応は、比例性 (Proportionality) を欠く方法であったということは他の仲裁人の意見に賛同する。しかしながら、損害額の算定にあたっては、多数意見には賛同できない。

すなわち、第 1 に申立人が Farmout 契約を締結することがエクアドル法違反となる点について、多数意見はこれを過小評価している。他の投資協定仲裁判断は、申立人のビジネス上の軽率さ (imprudence) を理由に損害への寄与が 50% であるとしたものがある⁶。本件では、申立人の軽率さに加え、行為の違法性も存在しており、申立人の損害への寄与は 50% とするのが、より妥当である。(paras. 7-8)

第 2 に、多数意見による Law42 や VAT に関する解釈にも疑問がある。これらは税金に関する規定であり、事業参加契約に違反するものではなく、損害賠償額の算定において考慮に入れられるべきである。(paras. 9-15)

第 3 に、Farmout 契約の法的効果に対する判断も賛成できない。Farmout 契約によれば、事業参加契約の権益の 40% は AEC に移転している。それゆえ、申立人は、本件仲裁において本件破棄命令により生じた損害の 40% について請求することはできない。(paras. 16-39)

第 4 に、本件破棄命令により Farmout 契約が無効となるのかという点が、上記第 3 の結論を本件に適用できるのかを左右することになるが、この点も多数意見には賛成できない。すなわち、Farmout 契約はニューヨーク州法が適用される場所、Farmout 契約が無効であるとされるためには裁判所による宣言 (declaration) が必要となり、エクアドル法を適用した場合も、エクアドル民法 1698 条及び 1699 条によれば必要な政府の許認可を得ずしてなされた契約は、絶対的無効 (absolute nullity) である。これらは裁判官によって宣言がされなければならないが本件ではなされていない。したがって、Farmout 契約は未だに有効である。(paras. 40-116) また、そもそも、本件 BIT の対象でもなく仲裁手続の当事者でもない Farmout 契約の申立人ではない方の当事者との間の契約について判断しており仲裁廷の権限を踰越していると考えられる。この観点からも、多数意見には賛成できない。そして、Farmout 契約の有効性につき仲裁廷は判断できないのであり、そうであるならば上記の通りいまだ Farmout 契約は有効であり、それゆえ本件申立人が本件仲裁手続において得られる賠償金額は総損害賠償額の 60% に限られることになる。これにより被申立国には不当利得が生じ得るが、これは ICSID 仲裁廷の管轄の問題であ

⁶ MTD v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, paras. 242-243; MTD v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007, para. 101; Bogdanov v. Moldova, SCC, Arbitral Award, 22 September 2005, p. 19. 後者の事件については、荒木一郎「投資仲裁判断例研究(27) 投資仲裁における国内法の適用」JCA ジャーナル 58 巻 8 号 (2011 年) 46~49 頁。

り，不公正であるとはいえない。(paras. 117-168)

22 : Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v モンゴル (UNCITRAL)

(JCA ジャーナル 2011 年 12 月号 (31))

判断年月日 : 2008 年 3 月 23 日 (保全命令)、2008 年 9 月 2 日 (暫定措置命令)、2011 年 4 月 28 日 (管轄及び本案)

仲裁廷の構成 : Marc Lalonde (カナダ・長)、Horacio A. Grigera Naón (アルゼンチン)、Brigitte Stern (フランス)

一 判断のポイント :

- ・ 投資後の税制変更は公正衡平待遇義務に違反しない。
- ・ 自国民雇用要求は公正衡平待遇義務に違反しない。
- ・ 仲裁廷の管轄権は、継続的・複合的行為を除き、条約発効前の行為を基礎とする発効後の紛争には及ばない。
- ・ 本 BIT の最恵国待遇条項は公正衡平待遇を定める前項を引用した限定的な書き振りとなっているため、義務遵守条項の均霑を認めるものとは解釈できない。
- ・ 中央銀行の本件契約違反は国家に帰属し、最恵国待遇によって拡張された公正衡平待遇義務に違反する。

二 事案の概要 :

I. 事実関係 [paras. 92-182]

A. 紛争の経緯

申立人の Paushok 氏はロシア連邦国民、CJSG Golden East Company 及び CJSG Vostokneftegaz Company はロシア連邦法に基づいて設立された Closed Joint Stock Company (CJSC) である。Paushok 氏は、モンゴル所在の金鉱業会社である KOO Golden East-Mongolia (GEM) と石油・ガス会社である KOO Vostokneftegaz (VNGM) の発効済み株式を直接又は (CJSG Golden East Company 及び CJSG Vostokneftegaz Company を通して) 間接的に 100% 保有している。GEM は、1997 年～2008 年 12 月まで、モンゴル国内で砂金の探査・採掘等の事業を展開し、同国 2 位の規模であった。[paras. 1-6, 95]

2001 年 5 月、GEM は、適用される税制を一定期間不変とし、適用される 14 全ての税率を一定とすることを目的として、安定化協定 (Stability Agreement) の締結をモンゴルに申し入れたが、最終的には条件面などで合意に至らなかった。他方、競合会社でカナダ権益が運営する Boroo は、2000 年 5 月 9 日、既に締結していた安定化協定を改定し、同社に適用されるすべての税は不変 (新税は適用されない) となった。[paras. 97-100]

2006 年 5 月 12 日頃、モンゴルの国家大会議 (Great Khural) は、金価格の上昇を背景とし

て、金及び銅の販売に対する「超過収益税に関する法律」(Windfall Profit Tax Law, WPT Law)を可決した。同法は、1 オンス/500 米ドルを超える金の売上に対して 68%の税を課すものであり、同年 7 月 8 日に施行された(その後、2008 年 11 月 25 日、WPT の閾値は 1 オンス 500 米ドルから 850 米ドルに引き上げられ、さらに 2009 年 8 月、WPT を 2011 年に廃止する決定がなされた。)。[paras. 103-107, 115-117, 161, 181]

また、従来、外国人労働者につき、最低月給額の 2 倍を費用 (Foreign Workers Fee, FWF) として納めることになっていたが、同年 7 月 8 日、国家大会議は鉱業法を改正し、鉱業会社の外国人労働者の割合を従業員の 10%に制限し、これを超える外国人労働者については、最低月給の 10 倍の費用 (penalty) を納めることを定めた。GEM は、約 50%がロシア人労働者であるため、毎月約 50 万ドルを支払うことになった。[paras. 108-110]

2006 年 7 月 19 日、GEM は、WPT の支払いを遅らせることを目的に、モンゴル中央銀行(「モンゴル中銀」)との間で、金に関する「Safe Custody/Sale and Purchase of Precious Metal Agreement」(SCSA)を締結した。GEM は、モンゴル中銀に金を預託し、モンゴル中銀が金の価格の 85%を前払いするが、最終的な販売は、2007 年 12 月 25 日までの期間内で、GEM の販売状により指定される日に行われることになっていた。[paras. 111-113]

しかし、2007 年 8 月 7 日、モンゴル国税庁は、GEM が SCSA に基づいてモンゴル中銀から金の引渡時に受領した金額を「売買」代金と認定し、GEM に対し、引渡時の金価格の 85%の前払金価額を基礎として、ロイヤルティ(地下資源税)及び WPT 並びに各利息計 MNT16,600,600,000 (約 1410 万米ドル)の支払いを求め、9 月 27 日、GEM の銀行口座を差し押さえた。[paras. 120-122, 127]

GEM はこれらの支払いを拒絶し、行政手続及び司法手続を通じて当該課税査定を争ったが、同年 10 月 11 日、首都行政裁判所は GEM の訴えを棄却し、GEM がモンゴル中銀に対して金を「販売した」と認定して WPT の支払義務を認めた (Decision No.254)。この判断は、同年 12 月 11 日の最高裁決定により是認された。GEM は、翌 12 日、銀行から借入れを行い、WPT (利息を除く)及びロイヤルティの利息を支払った。[paras. 123, 128-129]

この間、GEM は、2007 年 8 月頃、モンゴル中銀に預託した金が既に精錬され、モンゴル国外に輸出されていたことを知った。同年 10 月、預託した金がロンドンのノバ・スコシア銀行の口座に預託されている可能性があることを知り、イングランド裁判所に対して金の場所を特定し確保するため提訴した。しかし、控訴裁判所は、GEM の主張を認めた第一審の判断を覆し、モンゴル中銀の主権免除を認めて GEM の請求を退けた。[paras. 125, 130-131]

B. 仲裁申立てとその後の経緯

2007 年 11 月 30 日、申立人は、ロシア・モンゴル投資協定(1995 年 11 月 29 日締結、2006 年 2 月 26 日発効、1949 年 1 月 1 日以降になされた投資財産に適用される。以下「本 BIT」という。)に基づき、UNCITRAL 仲裁を申し立てた。[paras. 134, 93]

SCSA の期間満了日である同年 12 月 24 日及び 25 日、GEM はモンゴル中銀に対する販売状

により、金 101,046.290 グラムの販売を伝え、預託した残りの 1,940,978.91 グラム（残存金）の返還を求めたが、モンゴル中銀は GEM に対する残存金自体の返還要請を拒絶した。[paras. 142-143]

モンゴル国税庁は、2008 年 2 月 25 日、GEM を相手取って、前記課税査定に基づく利息 MNT4,685,300,000 の支払いを求めて Bayangol 地方裁判所に提訴するとともに、GEM 資産差押えの申立てを行った。翌 3 月には法人税やその後の WPT 課税により、請求額を MNT44,872,461,500（38,124,436 米ドル）に拡張した。[paras. 154-155]

2008 年 3 月 23 日、仲裁廷は、被申立国が申立人の資産に対する差押え又は先取特権設定を控えるとともに、申立人が資産の国外持ち出し又は現状変更等をしないこと約束することなどを内容とする**保全命令**（Temporary Restraining Order、TRO）を発した。[paras. 156, 22]

2008 年 9 月 2 日、仲裁廷は、TRO を解除し、申立人がエスクロー口座に毎月合計 200 万米ドルから一定の上限までの金銭を預託するか又は同等の銀行保証を提供することを条件に、申立人に対する被申立国の行為の停止を命じる**暫定措置命令**（Order on Interim Measures, OIM）を発した。[paras. 160, 43]

2008 年 11 月 27 日、首都行政裁判所は、国税庁の申立てを受け、2007 年 11 月 17 日付同裁判所決定（Decision No.254）の執行に関する裁判所命令及び執行令状を發布した。[paras. 162-163]

2008 年 12 月 2 日、申立人が OIM 記載条件の毎月 200 万米ドルのエスクロー口座への預託を怠り、銀行保証の提供も怠ったため、OIM が失効した。この失効を機に、裁判所及び政府担当者が、GEM、VNGM ら関係会社の銀行口座を差し押さえるとともに、GEM、VNGM のすべての資産の上に先取特権（lien）を設定した。また、モンゴル当局は、GEM の 2007 年度の FWF 未払いを理由に、GEM の外国人労働者の労働許可の延長を拒否した。[paras. 164-167]

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨¹

A. WPT の制定及び施行

(1) 公正衡平待遇義務²

(a) 申立人の正当な期待

外国の投資家は、特に経済及び制度上の発展の初期段階にある国に投資するときには、税制の大幅な変更が重大なリスクであることを敏感に認識している。多くの場合において、投資家は、例えば、増税の可能性を制限し又は排除する安定化協定という形で、この点に関する

¹ 本件では、申立人、被申立国双方とも多くの管轄・受理可能性の抗弁及び実体法上の請求を提起して論争しており、また被申立国からは反対請求も提出されているところ、紙幅の関係もあるため、そのうちの主な論点に絞って取り上げることとする。

² デンマーク・モンゴル BIT 第 3 条 (2) の広い公正衡平待遇が、本 BIT の最恵国待遇によって取り込まれるため、本 BIT の公正衡平待遇は幅広く解釈されることになる [paras. 254, 571]。

る適切な保証を得ようとする。GEM に有利なかかる安定化協定が存在しない状況において、申立人は、彼らが将来において大幅な増税には直面しないという正当な期待を有していたことを立証できていない。[paras. 301-302]

(b)透明性の欠如

申立人は、WPT 法が一週間にも満たない期間で制定され、業界団体との協議も行われなかったとして、WPT の立法及び適用は透明性を欠くと主張する。しかし、WPT 法を制定した期間が短かったこと、及び、協議が行われなかったことは、いずれも本 BIT 違反の主張を支えるものではない。どの国においても、立法機関が、ごく短い期間内に法律を制定することは稀ではなく、また、特に、緊急性や議員の間に見解の一致があるような場合には、しばしば議論も行われぬ。モンゴル憲法又は国家大会議の規則において、立法前に、影響を受ける業界との協議や提案されている立法の影響について意味のある分析を行うことが求められているとの証拠はない。[para. 304]

(c)事業上及び法律上の枠組みの予測可能性

投資家は、増税の可能性を制限し又は排除する安定化協定を得ずして、今後数年間に増税という形で打撃を受けることに驚くべきではなく、かかる出来事を「予測できない」ものとして扱うことはできない。[para. 305]

(2)不毀損基準 (Non-impairment Standard) – 「不合理又は差別的措置」³⁻

(a)差別的措置 (産業間の差別と分野間の差別)

申立人は、(i)WPT が鉱業のみならず他の産業にも等しく適用されるべきであったこと、及び、(ii)WPT が金と銅で差別している⁴と主張する。

まず、最初の主張について、多くの国々の法令集は、減税又は直接補助金の形で、様々な産業を異なって取り扱う財政立法に満ちている。モンゴルが、他の産業とは異なる税制を金鉱業へ課すことを一般的に禁じるものは本 BIT 又は国際法にはない。かかる状況では、WPT が他の産業に適用されないという事実が、本 BIT の規定における違法な差別を構成するという結論とはならない。

二番目の主張について、Sempra 事件で述べられているとおり、「様々な影響を受ける分野の間にはごく当然に重要な相違があるのであり、したがって、各分野に対する異なる解決策

³ 申立人は、本 BIT 第 3 条 (1) の「non-impairment」につき、同第 3 条 (2) の最恵国条項を通して、他国との BIT に含まれる「不合理又は差別的措置」、「不当又は差別的措置」が取り込まれると主張し、WPT が差別的 (産業間及び分野間)、恣意的、不合理であるためこの「non-impairment」基準に違反すると主張した。[paras. 306-309]

⁴ 生産された銅の売上げにも WPT は適用され、1 トン/2600 米ドルを超える売上に対して課税されるが、課税対象となる所得の計算にあたって、精錬、抽出、精鉱費用等や一定の想定収益等が控除されることになっていた。

が追求されており、今も追求されていることは驚くべきことではない」⁵。加えて、被申立国は、区別が設けられた理由として、一方で、脱税は金鉱業において行われることの方が多く、他方で、銅輸出収益が国内銅加工工場の建設に用いられ、それによりモンゴルの銅生産がより価値のあるものになることを期待したと説明している。さらに、モンゴル国内での銅生産は、モンゴルが 51%、ロシアが 49%を支配する Erdenet の手に根本的に委ねられているという事情もある。申立人は、これが濫用的又は不合理な決定であり、差別的取扱いを構成するという立証することに成功していない。[paras. 309-318]

(b)恣意的及び不合理な措置

WPT が一般に過度であると考えられていたことは明らかであり、モンゴルが WPT の立法にともなって財政上も経済上も大きな対価を支払うことになったことも証拠上明らかである。しかし、それらのことから、表面的には特に申立人、又は、外国投資家一般を対象としていないような財政立法について、恣意的又は不合理であると結論することはまだできない。[para. 321]

B. 外国人労働者費用 (FWF) ・外国人枠の設定

(1)投資財産に対する十分な法的保護

本仲裁廷が、FWF の立法及び適用が本 BIT 第 2 条違反を構成すると結論することができないことは明らかである。本 BIT 第 2 条によって保障される「投資財産に対する十分な法的保護」は、2006 年鉱業法のような立法を国家大会議が制定することを妨げることはできず、安定化協定がない状況では申立人に対する適用を妨げることはできない。[para. 361]

(2)公正衡平待遇義務

申立人は、本 BIT 第 3 条違反に関し、申立人の正当な期待保護の欠如、透明性の欠如、安定かつ予見可能な規制枠組みの欠如、FWF の差別的な性格及び不合理性を根拠として主張する。

まず、第一に、国家が外国人雇用の制限を課すことは珍しいことではなく、かかる制限は様々な形を取って行われている。外国人労働者雇用の完全禁止ですら、直ちに条約違反を構成するものではない。[para. 364]

第二に、本件では、問題とされている特定の措置は差別的とは見えず、また、公正衡平待遇基準に違反していないように思われる。鉱業はモンゴルにとっては戦略的分野であり、その産業活動の大部分を占め、多くの外国人労働者を惹きつける分野である。かかる状況では、国家が、自国民の雇用を促進するために、外国人の使用に厳しい制限を課すことは理解できることである。また、GEM のみを特に標的にしたことを示唆する関連立法もない。[paras. 365-366]

申立人は、本法の制定と施行により、1996 年に開始した投資の際の正当な期待が破壊された

⁵ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, September 28, 2007, para. 319 (その後の ICSID 取消特別委員会で取り消されたが、この説示は取消理由とは無関係)。

と主張する。しかし、投資家は、最初に投資をした時点での税制が時の経過と出来事の進展によって大幅に変更されることがないことを正当に期待することはできない。かかる状況から投資家を保護する適切な方法は、安定化協定の利益を確保することである。申立人は、安定化協定を得ることに成功していない。[para. 370]

以上より、FWF の立法及び適用は、第 2 条、第 3 条に違反しない。[para. 373]

C. 2001 年の安定化協定交渉

申立人は、本 BIT 発効前の 2001 年に行われた安定化協定交渉において、競合他社 Boroo が安定化協定で得た税の凍結範囲と同じ条件を提示されなかったなどと主張し、かかる差別的取扱いが公正衡平待遇義務や最恵国待遇などに違反すると主張した。[paras. 404-408]

本仲裁廷は、(i)本 BIT の実体法上の義務の遡及適用の問題と、(ii)紛争処理条項の時間的適用範囲 (temporal application) の問題とを分けて考察する。[para. 428]

(1)実体法上の義務の時間的適用範囲

本 BIT は発効前に起きた違反に対して規定の遡及適用を可能とする特別な条項を含んでいない。本 BIT 第 9 条は、「この協定は、一方の締約国の投資家によって 1949 年 1 月 1 日以降に他方の締約国の領域内で行われた投資で、その投資が行われた領域の締約国の法令に従ってなされたものに対して適用する」と規定する。しかし、このことは、条約の他の条項が両締約国の明確な意図として示していない限り、発効日以前に生じた違反を理由として投資家が遡及的に賠償を請求できることを意味しない。[paras. 429-430]

第 1 に、本 BIT 全体が、将来適用 (prospective) ベースで起案されている。第 2 に、このような解釈は、ウィーン条約法条約第 28 条に置かれた不遡及原則と一致しており、また同条約第 31 条 (1) ⁶ (注:「通常の意味」に従った解釈) を指摘することもできる。さらに、遡及適用についてのこの解釈は多くの仲裁判断において是認されている ⁷。[paras. 434-441]

本 BIT 第 9 条の文言の通常の意味は、1949 年以降の投資は、発効前ではなく発効後の本 BIT の実体法上の利益を主張することができるというものである。以上より、本 BIT には、実体法上の規定の遡及適用を支えるものは何もない。[para. 442]

(2)紛争処理条項の時間的適用範囲

⁶ 仲裁判断ではウィーン条約法条約第 30 条 (1) と記載されているが、引用されている条文は同第 31 条 (1) であるため、第 31 条 (1) の誤記と思われる。

⁷ *M.C.I. Poser Group L.C. and New Turbine Inc v. Ecuador*, ICSID Case ARB/03/6, Award, July 31, 2007, paras. 59-68 *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID Case ARB/00/9, Award, September 13, 2003, paras. 11.2-11.3, *Karadassopoulos v. Georgia*, ICSID Case ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, July 6, 2007m para. 255, *Chevron Corporation (USA) and Texaco Corporation (USA) v. Ecuador*, UNCITRAL arbitration, Interim Award, December 1, 2008, para. 282, *Feldman v. Mexico*, ICSID Case ARB (AF) /99/1, Award and Separate Opinion, December 16, 2002, *Mondev. International Ltd v. United States*, ICSID Case ARB (AF) /99/2, Award, October 11, 2002.

(MCI 事件⁸, Chevron 事件⁹, Mavrommatis 事件¹⁰, Ambatielos 事件¹¹等の先例を検討した上で) 本 BIT 第 6 条¹²は、継続的又は複合的行為という特別の状況を除いて、発効後の紛争で発効前に生じた行為を基礎とするものについての管轄権を与えているとは解釈すべきでないと考ええる。

ウィーン条約法条約第 31 条を引用すると、条約は、「文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従って」読まれなければならない。本 BIT 第 6 条の「紛争」の語に何ら時間的制約がないのは確かだが、本 BIT の一般的適用範囲をはるかに越えたところに本条項を持って行くような拡張解釈を本条項に与える理由はない。仲裁廷が 1949 年にまで遡る出来事について判断する管轄権を与えられていると結論することは、この点について明確な規定がない限り、遙かに行き過ぎである。

本件では、2001 年の交渉不調後から 2006 年の WPT 法制定までの間、申立人も GEM も本件について何ら特段の行為をしていない。申立人が、継続的・複合的行為の原則によってカバーされることを立証できない限り、仲裁廷は、両当事者が 2001 年に安定化協定を締結することができなかった結果を検討する管轄権を有していない。[paras. 467-470]

(3) 継続的・複合的行為の原則とあてはめ

継続的又は複合的行為については、Tecmed 事件¹³及び Société Générale 事件¹⁴が論じている。国家責任条文草案第 14 条 2 項及び第 15 条並びにそれらの条文のコメンタリーが同じ原則を明確に述べている。

本件では、本件交渉は継続的行為と認められないと判断する。GEM がこの問題を 2001 年から 2006 年までの間に再び提起したという証拠はない。また同様に、本件交渉は複合的行為の一部分でもないと判断する。両当事者から提出された証拠は、2001 年に安定化協定の署名に至らなかったことが、被申立国による一連の行為の一部を構成し、複合的行為を根拠とする本 BIT 違反があったとの結論を支えることはできない。[paras. 492-500]

D. モンゴル中銀の寄託販売契約 (SCSA) 違反と国家責任—拡張された公正衡平待遇義務—

⁸ 前掲注 7 M.C.I.事件 paras. 59, 61, 66, 96.

⁹ 前掲注 7 Chevron 事件 paras. 263-271.

¹⁰ Mavrommatis Palestine Concessions, P.C.I.J. Reports, (1924) Series A, No.2.

¹¹ Greece v. United Kingdom, 1952, I.C.J. Reports, p. 28.

¹² Article 6: Disputes between one of the Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party, arising in connection with the realization of investments, including disputes concerning the amount, terms or method of compensation of payment of the compensation, shall, whenever possible, be settled through negotiations...

¹³ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF) /00/2, Award, May 29, 2003, para. 22.

¹⁴ Société Générale v. Dominican Republic, Award on Preliminary Objections, September 19, 2008, UNCITRAL, LCIA Case No. UN7927, paras. 87-88, 91-92.

(1)SCSA の性格・解釈

SCSA は、停止条件付販売契約を伴う寄託契約である。SCSA に基づいて預託された金の所有権の移転時は、GEM からの販売状の受領時又は 2007 年 12 月 25 日到来時であり、それまではモンゴル中銀は GEM が寄託した金の単なる管理人であったのであり、モンゴル中銀自身もこのことを認識していた。販売状を受け取る前及び 2007 年 12 月 25 日よりかなり前に、GEM の金を輸出し、精錬し、外国で GEM の金を預ける口座を開設したことに関するモンゴル中銀の行為は、他の SCSA 上の論点とは異なり本 BIT 違反の検討が必要である。[paras. 527-558]

(2)最恵国待遇による公正衡平待遇及び義務遵守条項の取り込み（均霑）

被申立国は、本 BIT には義務遵守条項（アンブレラ条項）¹⁵が含まれていないと正しく指摘する。しかし、申立人は、本 BIT の最恵国待遇条項（第 3 条（2））¹⁶を持ち出している。よって、本 BIT 第 3 条（2）によって他の条約の義務遵守条項を取り込むことができるのかが問題となる。この点について、申立人は特に、米モンゴル BIT 第 2 条 2 項(c)（“Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”）を引用する。

本 BIT は、第 3 条（2）に含まれる最恵国待遇の解釈については極めて明確である。すなわち、最恵国待遇が認める実体的権利の拡張は、公正衡平待遇を扱う第 3 条（1）¹⁷に関連するもののみである。もし、公正衡平待遇に関するより寛大な（generous）条項を含むモンゴルと他国との間の BIT があれば、本協定の投資家はかかる条項を主張することができる。しかし、かかる投資家は、上記最恵国待遇を、義務遵守条項の下で与えられるもののような全く新しい実体的権利を取り入れるために用いることはできない。

本協定のものより広い条項として記載されている公正衡平待遇の定義を有する BIT の規定は、本 BIT に含まれる最恵国待遇条項によって明らかにカバーされる。本 BIT 第 3 条（1）は、申立人が引用するデンマーク・モンゴル BIT 第 3 条（2）¹⁸の意味よりも限定された意味を持つことはない。[paras. 562-572]

(3)モンゴル中銀の行為の国家帰属性

¹⁵ 義務遵守条項一般については、濱本正太郎「義務遵守条項（アンブレラ条項）」小寺彰（編著）『国際投資協定』（三省堂、2010 年 4 月）137 頁以下参照。

¹⁶ Article 3 (2): The treatment mentioned under paragraph 1 of this Article, shall not be less favorable than treatment accorded to investments and activities associated with investments of its own investors or investors of any third State.

¹⁷ Article 3(1): Each Contracting Party shall, in its territory, accord investments of investors of the other Contracting Party and activities associated with investments fair and equitable treatment excluding the application of measures that might impair the operation and disposal with investments.

¹⁸ Denmark=Mongolia BIT, Article 3(2): Each Contracting Party shall in its territory accord investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investment, fair and equitable treatment which in no case shall be less favourable than that accorded to its own investors of any third state, whichever of these standards is the more favourable.

モンゴル中銀は、1996年9月3日法に基づき中央銀行として創設された。このモンゴル中銀の行為が、国際法規則の下で被申立国に帰属するかどうかの判断は、法的コンテキストにおいて行われるものである。それらの規則としては、特に、国家責任条文草案（ILC 条文）第4、5、71¹⁹条が関係するところ、これらの条文は一般的には現在の慣習国際法とみなされている。本仲裁廷は、モンゴル中銀がモンゴル国の機関であるかどうかについて長く議論を行った。

しかしながら、モンゴル中銀が国家機関であるか否かの問題について決める必要はない。なぜなら、仮にモンゴル中銀が単に統治権能（governmental authority）を行使する法人に過ぎないとしても、少なくとも GEM の金に関連して争われているいくつかの行為は、いずれにせよ公権力の行使（actions de jure imperii）であるからである。

被申立国は、SCSA は純粋な商取引であると主張している一方で、モンゴル中銀が、モンゴルの外貨準備の管理に関連する権能の行使の範囲内で SCSA を締結したとも主張している。また、モンゴル中銀は、GEM が預託した金の輸出及び製錬を進め、精錬された金又はその価値相当分を口座に預託することにより、モンゴル中央銀行法及び財政法の下で与えられた特別の権能を明確に行使していた。さらに、被申立国は、GEM が預託した金の購入／販売が公益目的、すなわち、モンゴルの金準備高を増やすことに資すると主張している。

また、イギリスで GEM が起こした裁判において、イングランド控訴裁判所は、モンゴル中銀が主権の行使として SCSA を締結したかどうかの点につき、かかる取引の目的はモンゴルの外貨準備高を増やすためであったとし、(英国) 1978 年国家免除法の意味における主権の行使であると判断した。

以上より、モンゴル中銀は、仮に SCSA の締結が公権力の行使ではなかったとしても、「国家の準備金を増やす目的で」GEM の金を精錬目的で輸出し、精錬された金又はその価値を英国内の口座に預けたときに、少なくとも公権力をもって（de jure imperii）行動している。したがって、仮にモンゴル中銀が政府機関とはみなされず単なる統治権能の要素を行使する法人に過ぎなかったとしても、申立人はかかる行為に関連して被申立国に対する請求を行う権利がある。

[paras. 574-592]

(4)モンゴル中銀の行為と公正衡平待遇義務

モンゴル中銀のかかる行為は本 BIT 違反を構成する。第 1 に、2007 年前半には、モンゴル中銀は、GEM から預託された金が売却されてモンゴル国の所有となったと記録し、それを輸出し、GEM の知らないところで同社の許可を得ずに製錬のために提供していたが、これら全体が SCSA 第 4 条²⁰違反である。これにより、モンゴル中銀はそのようなことをする権利がないに

¹⁹ 仲裁判断では ILC 条文第 9 条と記載されているが、引用している条文は同第 7 条であるため、第 7 条の誤記と思われる。

²⁰ SCSA Article 4.1: Risk of incidental loss would pass to Mongolia Bank on delivery and Acceptance of the metal into safe custody but ownership would only pass on the delivery of a Sales Letter designating the sale date and of delivery and of a Metal Sale Request and the execution of a Metal Sale Statement between two parties.

もかかわらず、GEMの金の所有権を根拠なく奪った。第2に、モンゴル中銀は、当初、かかる事実を隠匿しようとし、販売状を発行するか又はSCSAが終了するまでは自らの金に対して完全な所有権があるとの正当な期待を有していた申立人を、相当な期間誤信させた。

GEMは、(モンゴル中銀によって)時期尚早かつ権利もないのに、預託した金に対する継続する所有権を奪われており、最恵国待遇条項を通して、デンマーク・モンゴルBITの条文を含むように拡張された公正衡平待遇義務を定める本BIT第3条(1)に違反する。[paras. 593-597]

かかる行為によって何の損害を被ったかを(注：第2フェーズで)立証するのは申立人である。[paras. 597, 700]

23 : Continental Casualty Company v アルゼンチン共和国 (ICSID Case No. ARB/03/09)
(JCA ジャーナル 2009 年 12 月号 (3))

判断年月日 : 2008 年 9 月 5 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Giorgio Sacerdoti (イタリア・長)、V.V. Veeder (英国)、Michell Nader (メキシコ)

一 判断のポイント :

・アルゼンチンが経済危機に際してとった銀行口座凍結等の一連の措置は、BIT に違反するものではあるが、条約の例外規定 (緊急避難) により正当化される。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 問題の背景 [paras.100-157]

申立人が問題とする措置は、すべて 2001 年から 2002 年にかけての経済的・政治的・社会的危機に際してアルゼンチン政府がとったものである。この危機の背景にはアルゼンチンの通貨政策がある。アルゼンチンは、1990 年代初頭の経済的苦境に対応するため、ペソの為替相場を 1 ペソ = 1 米ドルで固定する政策をとった。為替相場を固定することにより、海外の投資家が為替変動のリスクを気にせず安心してアルゼンチンに投資できるようにすることを狙ったのである。同時に、国有企業の民営化も積極的に進められた。この政策は成功し、アルゼンチン経済は外資の導入によって順調に発展するようになる。しかしながら、1997 年のアジア金融危機に始まる一連の世界的経済危機が進行する中、ブラジルをはじめとする近隣諸国が通貨の切り下げを断行したのに対し、経済の「ドル化」が進んだアルゼンチンは急速に輸出競争力を失い、一転して経済は再度の苦境に陥った。2001 年からのアルゼンチン経済危機は「史上最悪」とされ [para.108]、結局固定相場政策は 2002 年 1 月には放棄されたが、結果的に多くの公的債務が履行不能となった。本件は、こうした非常事態においてとられた各種措置 (銀行口座凍結、送金規制、為替相場固定政策の放棄、金利引下げ、ドル建て契約のペソ化、政府債務の不履行等) により経済的損害を被った投資家がアルゼンチン政府を米国・アルゼンチン投資協定¹ (以下単に「BIT」という) 違反として訴えたものである。

B. 申立人の主張 [paras.61-77]

申立人 (Continental Casualty) は、米国法人であり、米国大手保険会社である CNA の子会社である。申立人は、1997 年にアルゼンチン法人オメガ社 (1996 年設立) の株式を 70% 取得

¹ Treaty Between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment. 1994 年 10 月 20 日発効。

し、2000年12月に100%子会社化して、CNAART社と改名した。CNAARTは、保険会社として低リスクの資産に分散投資していたが、上記の一連の政策の結果、ペソ切り下げに対するヘッジができなくなり、結果的に総額114,030,000ドルの損害²を被った。具体的には、海外送金の制限、預金の凍結、ドル建て契約のペソ化、公的債務の不履行等が問題であり、これらはBIT第5条（送金の自由）、第2条2（a）（公正衡平待遇）、第4条（収用の禁止）、第2条2（c）（アンブレラ条項）に違反するというのが申立人の主張である。

C. アルゼンチンの反論 [paras.53-60, paras.78-94]

以上の主張に対し、アルゼンチンは次のように反論した。そもそも本件は国家の非常事態においてとられた措置であって、仮にBIT違反があったとしても緊急避難として許される。申立人の主張する個別の論点についても、申立人は海外送金の許可を求めなかったし、このような緊急事態で送金規制を行うことはBIT第11条（例外条項）³で認められている。申立人のみが差別的に処遇されたわけではなく、公正衡平待遇原則違反はなかった。問題とされる各種措置は申立人の投資の価値に悪影響を与えておらず、収用には当たらない。アルゼンチンは申立人に対して何の義務違反もしていない。仮に以上の点が認められないとしても、アルゼンチン政府の諸政策はBIT第11条及び第4条3によって正当化される。CNAの資産価値は2001年11月から2006年3月の期間をみると相当増額しており、申立人に損害は発生していない。

三 判断概要：

II. 本案判断要旨

本件手続では、アルゼンチンが管轄について異議を申し立てているが、仲裁廷はこれを退けているので [paras.23-51]、以下では本案の判断についての概略を紹介する。

A. 例外条項の妥当性

1. 総論

アルゼンチンは、BIT第11条及び一般国際法上の緊急避難（State of Necessity）を援用しているため、個別の条項違反について検討する前に、これらの例外が本件にあてはまるかどうかについて判断する [para.161]。BIT第11条の適用が認められれば一般国際法上の緊急避難に関する検討は不要となるので、まず前者について検討する。なお、BIT第11条と緊急避難は要件が異なるが、両者は密接に関連しているため、必要に応じ緊急避難についても検討する [paras.162-168]。

まずBIT第11条における「安全保障上の重大な利益」及び「公の秩序の維持」の意味につい

² Para.77の表にある損害額を合算。

³ BIT第11条は次のように規定する。「この条約は、締約国の一方が公の秩序の維持、国際の平和と安全の維持又は回復に関する自国の義務の履行又は自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要な措置をとることを妨げない。(This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.)」

て検討する。「公の秩序」は「公共の平和 (public peace)」と同義であり、市民生活の平穏を維持・回復し、違法行為や騒乱を抑止する等の政府の行為も含む。「安全保障上の重大な利益」についての申立人の解釈は狭すぎ、この条項の淵源や ICSID 仲裁の先例に照らすと、経済的安全保障も含む概念であると解するのが妥当である。よって、アルゼンチンの経済危機についても、BIT 第 11 条の適用があり得る [paras.169-181]。

他方、アルゼンチンは BIT 第 11 条は自己判断的 (self-judging) 規定であって、その適用は例外を援用する国の裁量にゆだねられているとするが、そのような解釈は条文の文言の通常の意味からは読み取れない。国際法学者の鑑定意見も出されたが、BIT の交渉において米国がこの条項を自己判断的なものとしようとしていたのかどうか、記録によっては明らかでない。ICSID で争われた類似の事案でも本条項の自己判断性はすべて否定されているが、これらの先例とはかわりなく仲裁廷は独自にこの結論に達した [paras.182-188]。

2. 措置の必要性

次に、措置が安全保障上の重大な利益及び公の秩序の維持のために「必要」(necessary)であったかどうかについて検討する。BIT 第 11 条のもとになっているモデル通商航海条約の規定は、GATT 第 20 条に影響を受けていることから、WTO の先例を参照し、necessary の意義を検討する。これによると、必要性は不可欠 (indispensable) から寄与 (making a contribution to) までの幅のある概念であるが、一般には相当に不可欠性に近いものと位置付けられる。また、必要性は代替手段の利用可能性等各種の利益を比較考量して検討されるが、合理的に利用可能な (reasonably available) 代替手段は、実施国に禁止的なコストや大きな技術的困難を強いるものであってはならない (米国・賭博事件上級委員会報告書⁴を引用)。また、問題となっている措置は、BIT 第 11 条の政策目的、すなわち経済的・社会的危機における安全保障上の重大な利益の保護という目的の達成に実質的に寄与するものでなければならない (ブラジル・タイヤ事件上級委員会報告書⁵を引用) [paras.189-196]。

具体的にみると、銀行口座凍結・ペソ化等一連の措置は危機への積極的な対応に実質的ないしは決定的な貢献をなすものであって、措置と危機対応の間に真正な目的・手段の関係が認められる。これらに代わる手段については、これらの措置と同等の貢献を政策目的に対してなし得なければならないという前提で、2001 年 11 月以降にそのような代替手段を条約適合的に取り得たか、また、問題の措置を回避すべくそれ以前に他の政策を取り得たかについて検討する [paras.197-199]。

3. 代替手段の可能性

まず、銀行口座凍結 (預金引出・外貨持出制限) は、巨額の預金取り付けに対する典型的な短

⁴ United States – Measures Affecting the Cross Border Supply of Gambling and Betting Services (WT/DS285/AB/R), para. 308. これは GATS 第 14 条 (a) に関する上級委員会の判断であるが、後で解説に述べるように条文構造は GATT 第 20 条と同じなので、特に問題はない。

⁵ Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (WT/DS332/AB/R), para. 150. 本件判断ではなぜか EC-Tyres と略称されているが、これはブラジルの措置が争われた事件である (EC は申立国)。

期的対応策であり、2001年秋の状況では不可避であったと認められる。申立人は、その代替手段として連邦・地方・国際機関間の協議の有効性をいうが、2000年には投資家の権利を侵害しないような形での債務再編は既に不可能であったし、国際交渉自体は銀行口座凍結のような緊急立法・行政措置の代替たり得ないこと、また国際交渉そのものは結果を保障しないので、そもそも「手段」(measure) たり得ない [paras.200-205]。

次に、ペソ切下げについては、任意の債務交換について既に2度(メガスワップ及びソブリン債の政府保証債(GGL)へのスワップ)が功を奏さなかったこと、また経済の完全ドル化についてはアルゼンチンのような大規模経済においては実現不可能であることから、いずれもペソ切下げの代替手段たり得ない [paras.206-210]。

さらに、ドル建契約・預金のペソ化は、為替相場固定制が廃止されペソが3分の1に切り下がればドル建債務者の破産等の影響が予想されるので、不可欠であったと認められる、特に、銀行預金への非対称レート導入により、アルゼンチンがドル建預金の安全性に関する預金者の期待に可能なかぎり応えようとしたことが注目される [paras.211-214]。

最後に、公的債務の不履行(デフォルト)、支払い停止及び債務再編に関しては、そのほとんどは緊急時における対応として合理的であり妥当なものとして認められる。ただし、2004年12月の財務省証券(LETE)の再編については、経済が正常化に向かっている時期のもので遅きに失しており、その必要性は認められないから、BIT第11条によって正当化することはできない。一般国際法上の緊急避難の抗弁についても、同じく時期の問題により退けられるべきである [paras.215-222]。

申立人は早期の政策転換の可能性を指摘するが、アルゼンチンの経済的失政と危機回避の努力、それに対するIMFの寛容な対応、更にそれらに関する専門家の意見の不一致を指摘することができる。アルゼンチン政府は、為替相場固定制度維持の目的と国民への責任の適正な均衡を維持したものと認められる。金融問題に関する国際義務の遵守のためにあらゆる犠牲を国民に課さなければならぬわけではないということは自明である。合理性・比例性基準もそこまでの犠牲を要求するものではない⁶。アルゼンチンの危機は不可避でなかったかもしれないが、早期の政策転換が困難であったこと、また措置が経済・金融的側面に限られており私企業の通常の行動を妨げず回復をもたらしていることから、一連の措置は合理的(reasonable)かつ比例的(proportionate)であったと評価することができる [paras.223-233]。

4. 危機に対するアルゼンチンの寄与

申立人は、アルゼンチンの政策は自招危難であるという。たしかに、重大な安全保障上の利益を危うくすることに援用国自身が寄与した場合には、緊急避難条項を援用することはできないであろう。しかし、本件では固定相場制等の一連の政策は長期にわたり妥当であったものと認められ、また米国政府やIMFもこれを支持してきたという経緯がある。これらの助言を無視して政

⁶ 注2の事件その他のWTOの先例においては、代替手段が「過重な」負担(undue burden)や「禁止的」コスト(prohibitive cost)を伴うものであれば合理的とは考えられないとしていることが指摘されている。

策転換を行うこともできたかも知れないが、そのような政策の妥当性や実現可能性の事後的評価についても識者の見解は一致していない。結論として、本件の文脈においてアルゼンチンがとった行為は、BIT 第 11 条の援用を妨げるものではない [paras.234-236]。

B. BIT 違反の有無

BIT の個別の条項違反の論点については、上述のように LETE の再編についてのみ公正衡平待遇原則違反が認定できるので、280 万米ドルの損害賠償等をアルゼンチンに命じる。これ以外の公正衡平待遇原則違反 (BIT 第 2 条 (2) (a))、アンブレラ条項違反 (同第 2 条 (2) (c))、収用 (同第 4 条 (1)) に関する請求については、すべて棄却する [paras.237-303]。

C. 結論

アルゼンチンは、LETE に関する請求についてのみ、280 万米ドルの元本に複利計算で利息を付した額の支払い義務を負う。訴訟費用は、両当事者がそれぞれ負担するものとする。仲裁廷及び ICSID に対する手数料については、折半とする [para.320]。

24 : Société Générale v ドミニカ共和国 (LCIA Case No. UN7927)

(JCA ジャーナル 2010 年 3 月号 (6))

判断年月日 : 2008 年 9 月 19 日 (管轄異議申立てに対する仲裁判断)

仲裁廷の構成 : Francisco Orrego Vicuña (チリ・長)、R. Doak Bishop (米国)、Bernardo Cremades (スペイン)

一 判断のポイント :

- ・投資協定の前文は、投資協定によって定義された投資への該当性を否定する根拠にはならない。
- ・投資協定は、投資協定発効前・当事国国籍取得前の違反の事実・行為に対して遡及適用されないのが原則である。
- ・投資家が複雑な投資ストラクチャーを用いている場合でも、間接的に投資を保有している場合は投資協定の保護を受ける。
- ・投資又は投資取得のための譲渡対価の金額が名目的金額であっても、対価にはその他の要素も考慮されているので、直ちに投資該当性を否定することにはならない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 本仲裁判断と関連仲裁事件

本稿は、2007 年 3 月 15 日に申し立てられたフランス企業 (Société General、「申立人」)・ドミニカ共和国 (「被申立国」)間の事件 (「SG 事件」)における、2008 年 9 月 19 日付け「管轄異議申立てに対する仲裁判断 (Preliminary Objections to Jurisdiction)」「(本仲裁判断)」を扱う。SG 事件は、フランス・ドミニカ 2 国間投資協定 (「仏ド協定」)¹に基づき、UNCITRAL 仲裁規則に従ってロンドン国際仲裁裁判所が管理した。本案請求金額は不明だが、6 億 8000 万米ドルとの示唆もある [para.20]。主な手続経過は以下のとおり。

仲裁通知 (2007 年 3 月 15 日) ; 仲裁廷成立 (2007 年 6 月 26 日) ; 提出文書に関する秘密保持命令 (Order on Confidentiality regarding document production) (2007 年 10 月 30 日) [para.6] ; 第 1 回審理 (2007 年 11 月 19 日) [para.5] ; 管轄に関する審理期日 (2008 年 4 月 14 日・15 日) ; 本仲裁判断 (2008 年 9 月 19 日)。

¹ The Agreement between the Government of the French Republic and the Government of the Dominican Republic on the reciprocal promotion and protection of investment, I-39576 締結 1999 年 1 月 14 日、発効 2003 年 1 月 23 日。英語版は <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202225/v2225.pdf> で入手できる (最終確認 2010 年 2 月 5 日)。

本件には重要な関連事件がある²。それは、TCW Group, Inc & Dominican Energy Holdings, L.P. v. The Dominican Republic (「TCW 事件」) で、中央アメリカ・ドミニカ自由貿易協定 (「CAFTA-DR 協定」)³に基づき、UNCITRAL 仲裁規則に従って行われた⁴。

SG 事件と TCW 事件は、被申立国がドミニカであるのみならず、申立人 TCW Group, Inc (「TCW」) 及び Dominican Energy Holdings, L.P. (「DEH」) は、申立人が構築したドミニカにおける電力事業への投資ストラクチャー (末尾 Annex 参照) に属する会社・組合である。確定的なことは言えないが、本仲裁判断及び TWC 事件の関連資料を読む限りでは同一紛争といえよう⁵。そこで、TCW 事件の関連資料からも適宜事実を引用しつつ、事案を紹介する。もっとも、TCW 事件が (管轄・本案いずれの仲裁判断も出されることなく) 最終的には合意仲裁判断 (2009 年 7 月 16 日) によって終結したため、本案内容を把握するには限界がある。

B. 本仲裁事件の事実関係

(1) 申立人に関する事実関係—投資ストラクチャー

本件では、複雑な投資ストラクチャーによって被申立国の事業を間接的に保有する場合でも、投資家国籍国の投資協定の保護を受けられるかが論点となった⁶。

AES Deistribución Dominicana Limited (「AES」)

2004 年 11 月 12 日に、申立人側に⁷名目対価 2 ドルで [para.20]⁸EDEE 株式を譲渡した米国法人 (州不明) [para.11]。1999 年⁹に、ドミニカとのジョイント・ベンチャーでドミニカ法人 EDEE を設立 [para.2]。

Société General (「申立人」)

フランス法人。下記 TCW に対する持株比率を、55% (2002 年)、61% (2003 年)、67% (2004 年)、74% (2005 年)、95% (2006 年)、99.4% (2008 年) と増加させ、最終的には 100%を取

² TCW 事件は、本仲裁判断 para42 に示唆されている。その他、EDEE がコンセッション契約の仲裁合意に基づいてほぼ同一内容の仲裁を提起する、とある (TCW 事件被申立国・仲裁管轄に関する書面 9 頁)。

³ Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement。CAFTA-DR 協定 10 章が投資章。発効 2007 年 3 月 1 日。TCW 事件は、CAFTA-DR 協定が発効直後に提起されたといえる。

⁴ CAFTA-DR 協定では、ICSID 条約 (及び ICSID 追加条約) 並びに同仲裁規則又は UNCITRAL 仲裁規則による仲裁を提起できるが、TCW 事件では申立人 TCW は UNCITRAL 仲裁規則を選択した (TCW 事件仲裁通知及び請求陳述書 8 頁)。

⁵ SG 事件と TCW 事件の代理人もそれぞれ同一事務所・ほぼ同一弁護士である。

⁶ TCW 事件被申立国・仲裁管轄に関する書面 5 頁注 11 では、TCW は、ドミニカの再三の要求に対しても投資ストラクチャーを明らかにしなかった、とある。

⁷ AES から譲渡を受けたのが TCW なのか [para.20]、それとも申立人なのか [para.22]、当事者の主張の構成によって書き方が異なっている。

⁸ これに対して、申立人は、AES の先買権 (first refusal right) 等を考慮すると実質的な対価は「5000 万から 6000 万ドル」であったと主張している [para.22]。本仲裁判断は、実質的な対価がいくらであったかについて、特に認定していない。

⁹ 仏ド協定は、1999 年 1 月 14 日締結なので、会社設立はその後か。なお、仏ド協定は 2003 年 1 月 23 日発効 [para.4]。

得した[para.116 及び注記 95]。

TCW Group, Inc. (「TCW」)

米国ネヴァダ法人[para.10]¹⁰。投資ファンド。下記 TAMCO 株式を 100%保有[para.10]。2002 年、申立人が 55%の株式を取得、その後 2008 年には 99.4%に比率が増加。

TAMCO

米国カリフォルニア法人。TCW の 100%子会社。下記 TCW Advisors の 50.1%の持分を有し、過半数を有する[para.10]。従って、TCW が TAMCO を通じて TCW Advisors の意思決定権限を持つ。また、後述する DREH ケイマンと経営管理契約 (Management Agreement) を締結しているので[Annex 1]、資本支配のみならず経営も直接コントロールしている (同時に、Management Fee の形で DREH ケイマンから TAMCO に収益の一部を移転させることも目的であろう) ¹¹。

Sosa Partners LLC (「Sosa」)

米国デラウェア州 LLC¹²。下記 TCW Advisors の 49.9%の社員持分を有する。出資者は TCW の役員・従業員だが、TCW との資本関係はない[paras.10, 118]。

TCW Energy Advisors LLC (「TCW Advisors」)

米国デラウェア州 LLC。TAMCO が 50.1%の多数持分を、Sosa Partners LLC が 49.9%の少数持分を保有する[para.10]。下記 PESTE と組むパートナーシップ DEH に、無限責任組合員 (general partner) ¹³として参画している。出資持分はゼロ。もともと、無限責任組合員なので業務執行を担当し[para.46]、利益配分についてはパートナーシップ契約に基づき計算された DREF 手元現金のうちの 90%) を得る[para.121]。

PESTE LLC (「PESTE」)

米国ネヴァダ州 LLC[para.10]。出資者は、不明。上記 TCW Advisors と組むパートナーシップ DEH に、有限責任組合員 (limited partner) ¹⁴として参画している。DEH の出資持分 100%を

¹⁰ TCW 事件仲裁通知及び請求陳述書 2 頁。

¹¹ TCW 事件被申立国・仲裁管轄に関する書面 7 頁注 21。

¹² limited-liability company の略。「(米国法上の) 有限責任会社」と訳される。米国における企業形態で、連邦所得税法上、組合 (partnership) の利点を確保すると同時に、州法上、社員の有限責任 (limited liability) の利益を享受することを可能とするため、各州の立法で認められたもの。統一州法委員全国会議 (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) が、1994 年統一有限責任会社法 (Uniform Limited Liability Act) を作成している。社員の持分は株式化されず、社員は組合員と同様な持分を有する。経営については、社員の参加を要するものと、要しないものがある。以上につき、鴻常夫・北沢正啓編「英米商事法辞典[新版]」564 頁。本件の Delaware 州法については、2 人以上の社員が必要であり、また、社員による経営が必要である。詳しくは、DEL.CODE.ANN.tit.6 § 18-101(2008)以下 (<http://delcode.delaware.gov/title6/c018/sc01/index.shtml>) を参照。

¹³ 「無限責任社員」と訳される。連帯して無限責任を負い、かつ業務執行にあずかる組合員 (社員)。鴻常夫・北沢正啓編「英米商事法辞典[新版]」425 頁。

¹⁴ 「有限責任組合員」「有限責任社員」と訳される。出資の返還を受けない限りその出資額の限度以上に会社債務に対

有している[para.10]。(利益配分については不明。)

Dominican Energy Holdings LP (「DEH」)

米国デラウェア州 LP¹⁵。上記 PESTE と TCW Advisors が形成するリミテッド・パートナーシップ(無限責任組合)。(一般にパートナーシップの業務執行・利益分配は当事者自治に委ねられているので、どのようにでも設計できる。DEH のように有限責任社員である PESTE が全ての出資を行い、DEH は業務執行を行うのに加えて、相当の利益配分(パートナーシップ契約に基づき計算された DREF 手元現金のうちの 90%) [para.121] を得る。)

Dominican Distribution Holdings, Ltd. (Cayman) (「DDH ケイマン」)

Dominican Distribution Holdings, LCC (Delaware) (「DDH デラウェア」)

ケイマン諸島法人/デラウェア LLC。DEH の 100%子会社であり、かつ、両者合わせて下記 DREH ケイマンの全株式を保有する(90%・10%) [para.11]。(両者合わせて、DEH が DERH ケイマンを保有する際の「導管(conduit)」)。2本立てとなっている理由は正確には分からない。)

DR Energy Holdings Ltd. (Cayman) (「DREH ケイマン」)

ケイマン諸島法人。ドミニカ電力事業の事業会社である下記 EDEE の 50%株式を有する[para.2]。かつ、EDEE と事務管理契約(Administration Agreement)を締結している[para.12 及び Annex 1]。他方、DREH ケイマン自体は、以前の民間側の投資家 AES と業務契約(Operating Agreement)を締結している[para.12 及び Annex 1]。(電力事業の実際の管理は従前と同じように AES が担当している可能性がある。)さらに、申立人側の上位に位置する TAMCO と経営管理契約(Management Agreement)を締結している[para.12 及び Annex 1]。(資本支配にプラスして、Management Fee の形で DREH ケイマンから TAMCO に収益の一部を移転させることも目的であろう)。

Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. (「EDEE」)

ドミニカ法人。ドミニカと AES との間のジョイント・ベンチャーに基づいて 1999 年に設立された[para.2]。(本仲裁判断に明示の認定はないが、実際に電力事業を行う事業体と思われる。)また、AES が保有していた民間側 50%の株式は申立人側に譲渡されたが[para.2]、残り 50%については特に言及がないから、今なおドミニカ政府関係者・機関が保有している可能性がある。

して責任を負わないが、「業務を支配した」とされる場合は無限責任を負う可能性がある。以上につき、鴻常夫・北沢正啓編「英米商事法辞典[新版]」565 頁。

¹⁵ limited partnership の略。「有限責任組合」または「(米国法上の)合資会社」と訳される。連帯して無限責任を負い、かつ業務執行に携わる通常組員(無限責任社員、general partner)と一定額の財産を出資し会社に対してそれ以上の責任を負担しないが業務執行監督権限しかない有限責任組員(limited partner)とからなる組合である。米国統一州法委員全国会議が、1994 年統一有限責任会社法(Uniform Limited Partnership Act 1916。その後改定されている。)を作成し、現在ではほとんどの州で採用されている。以上につき、鴻常夫・北沢正啓編「英米商事法辞典[新版]」565 頁。本件の Delaware 州法については、Partnership 法の特則として定められている。詳しくは、DEL.CODE.ANN.tit.6 § 15-1001(2008)以下 (<http://delcode.delaware.gov/title6/c015/sc10/index.shtml>) を参照。

そうすると、EDEEにはドミニカ系の資本が50%、申立人系の資本が50%の半々ということになる。EDEEは、直上に位置する上述DREHケイマンと事務管理契約を締結している[Annex 1]。(したがって、実際の運営はDREHケイマン側、すなわち申立人側に委ねられているものと想定される。)

以上の事実関係を前提として、投資ストラクチャーについて若干の分析をしておく。

まず、法律的な支配関係・意思決定関係では、(上位から見ていくと)第1に、【申立人-CW-AMCO】の部分は今や100%親子孫関係である。第2に、【TAMCO-CW Advisors】の部分は、Sosaとの共同出資で、TAMCOが過半数であること、また、Sosaも(資本関係はないにしても)TCWの役員等が出資母体なので、実質的には申立人が直接TCW Advisorsを支配しているに等しい。第3に、【TCW Advisors-REH】の部分は、TCW Advisorsが業務執行社員であるから、少なくともDREHの経営については申立人の支配が及ぶ。第4に、【DREH-DHケイマン/DDH デラウェア-REH ケイマン-EDEE】の部分は、前3者は「導管」に過ぎず、結局、申立人の意思がEDEEに繋がる形になっている。ただ、EDEEは、DREHとドミニカとの50:50のジョイント・ベンチャーであるが、DREHとEDEEとの間で事務管理契約が締結されているので実際の運営管理は申立人側の意思で行われるのだろう。仲裁廷は、これらの事務管理契約・経営管理契約等は投資ストラクチャーを「補完(supplement[ed])」するものと捉えているが[para.12]、実際どの程度の報酬(fee)を得ているかが分からないので、補助的なのか、利益移転の目的なのか詳細は不明。

次に、利益配分の点からは、(下位から見ていくと)第1に、EDEEに対する出資割合がDREHとドミニカで50:50であるのでおそらくは半々となり、第2に、遡ってTCW Advisorsへの出資割合がTAMCOとSosaで50.1:49.9であるところで、再度分配が必要になる。第3に、申立人がTCWを完全子会社にしたのは少なくとも2008年以降であるから、それまでは、TCWまでたどってきた利益配分も、そこでの株主比率に応じて薄まっていたであろう。

(2) 本案に関する事実関係

本仲裁判断では、本案に関する事実はほとんど言及されていない[para.39]。わずかに、収用の有無が主要な争点であること、保護義務違反(仏ド協定5条)、公正衡平待遇義務違反(仏ド協定4条)等も争点となっていることが推測できる程度である[para.61]。

他方、TCW事件の仲裁通知書及び請求陳述書で主張されている請求原因事実を参照すると、そこには多数(15項目)の抽象的事実が列挙されている。一部を紹介すると(カッコ内は仲裁通知書及び請求陳述書に列挙された符号)、被申立国の約束済みの法的仕組み及び料金体系及び補助金の履行拒否(a)(b);EDEEの支配権を奪ったことへの、料金及び補助金の補償の支払について(c);コンセッション契約により認められたEDEEの電力供給独占権付与約束・出資約束の未履行(e)(f);電力窃取を犯罪とし、EDEEの電気料金徴収のための法的保護を与え

るための主権行使をしなかったこと (g) ; 電力窃取問題について不公平かつ公然と電力供給会社を攻撃したこと (h) ; 公正衡平待遇原則及び国際慣習法に従った透明性を電力セクターにおいて維持しなかったこと (j) ; 他国の投資と比べて同等に扱わなかったこと (m) ; 被申立国によって再国有化された EDE Norte/EDE Sur に与えられた支払利益を EDEE には与えないことによって内国投資家及び内国投資が得られる取り扱いを TCW に与えなかったこと (n) ; 内国税庁長官による違法かつ不適切な調査 (o) ; 取引関係の妨害を含む、EDEE に対する報復的措置 (p)、等である。

三 判断概要 :

II. 本仲裁判断 (管轄判断) 要旨

結論 : 管轄肯定。

A. 「投資」の存否 (*Jurisdiction ratione materiae*) [paras.15 to 52]

投資該当性を判断する上で、前文の文言¹⁶を参照することは意味があるが、仏ド協定 1(b)項¹⁷及び 1(1)(e)項¹⁸ 条の列挙事項該当性を否定することには繋がらない。前文にある「資本の移転の促進 (to stimulate transfers of capital)」は全体の目的であっても、個々の投資該当性の要件とはならない点は、*Saluka* 事件仲裁判断¹⁹と同様である[para.33]。さらに、被申立国の経済に対する特定の貢献 (specific contribution) は肯定できる。*Eureko* 事件仲裁判断の「コーポレート・ガバナンス権限」に着目する考え方²⁰は、本件ではあてはまらないが、(いずれにしても) 電力事業の重要性に鑑みれば、貢献と関与は肯定できる[para.35]。

対価について、もし 2 米ドルが対価の全てであれば問題となりうるが、買取株式の市場価値は、コンセッション契約についての契約的権利、その他あらゆる経済的価値ある権利も考慮にいれるべきであり、名目価格で購入するのはリスクが顕在化している場合にはよくあることである[para.36]。

申立人と EDEE の間に複雑な投資ストラクチャーが存在したとしても、結局は、申立人は投資先の電力事業から利益を得ることに変わりない[para.37]。(後述 D の先取か)

なお、申立人は、最恵国待遇規定 (仏ド協定 4 条) を通じて CAFTA-DR 協定上の投資の定義

¹⁶ "Convinced that the promotion and protection of such investments are likely to stimulate transfers of capital and technology between France and the Dominican Republic in the interest of their economic development." [前文第 3 節]

¹⁷ "Shares, issue premiums and other forms of participation, even if minority or indirect, in companies constituted in the territory of either Contracting Party;"

¹⁸ "Concessions accorded by law or by virtue of a contract, in particular concessions to prospect for, cultivate, extract or exploit natural resources, including those situated in the maritime zones of the Contracting Parties."

¹⁹ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, Partial Award, UNCITRAL, March 17, 2006 [para.211]

²⁰ *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award on Liability, UNCITRAL August 19, 2005 の para.139 以下では、申立人 Eureko は事業を支配する権限はなかったものの、30%の株式保有を通じて支配への影響力を行使することはできたことに着目し、申立人 Eureko に内容の伴ったコーポレート・ガバナンス権限を有しており、それらが阻害されたと認定した。もっとも、本仲裁判断がこの文脈で *Eureko* 事件に言及することの意味はあまりはっきりしない。

と同等に扱われることを主張するが、投資の定義は各協定によって異なりうるのだから、本件とは関係ない[para.41]。そもそも、仏ド協定の投資の定義が網羅的ではなく、利益への期待可能性と関連するものであるのだから、他の協定の定義を援用する必要性もない[para.43]。

投資が譲渡されたことも、グローバル経済のなかでは当然のことであって、協定上の投資該当性を失うことにはならない[para.44 以降]。被申立国の認識なくして仲裁合意の効果を拡張されないとの争点については（後述 D の議論の先取か）、確かに公式には同意はなかったが、申立人が投資利益を有していることは被申立国に実務者協議の場で伝えられたと認定できる[para.49 to 50]。

引用仲裁判断例（仲裁廷引用分のみ）：上記の他、*Morocco* 事件²¹、*Asylum* 事件²²、*Maffezzini* 事件²³、*Mihaly* 事件²⁴、*Barno* 事件²⁵、*Enron* 事件他多数。

B. 事項管轄（*Jurisdiction ratione materiae*） [paras.53 to 66]

管轄判断の段階としては、主張された事実が証明されたならば協定違反であろうことを一応確からしい（*prima facie*）と認めるものであって[para.60]、一見して根拠のないものでなければ、管轄を認め得る[para.61]。協定違反の事実の具体的認定は、本案の段階である[para.62, 64]。EDEE の事業が不調なことは明らかで、その原因となった措置が、被申立国の電力事業に対する規制枠組み・その変更と関連しているので、主張事実及び協定の間には不可避的に関係がある。一応確からしいかどうかは、協定上の義務違反の可能性があったかどうかで足りる[para.63]。

引用仲裁判断例（仲裁廷引用分のみ）：*Pope & Talbot* 事件²⁶、*S.D. Myers* 事件²⁷、*Oil Platforms* 事件²⁸、*Bayindir* 事件²⁹、*Waste Management* 事件³⁰

C. 遡及適用（*Jurisdiction ratione temporis*） [paras.67 to 94]

仏ド協定の発効日 2003 年 1 月 23 日以前の行為・違反に遡及適用されるか。ウィーン条約法条約 28 条に規定の不遡及が原則である[para.79]。

²¹ International Court of Justice, *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment, 1952 I.C.J. Reports

²² *Asylum Case*, Judgment 1950 I.C.J. Reports

²³ *Emilio A. Maffezzini v. Kingdom of Spain*, Award on the Merits, ICSID Case No. ARB/97/7, November 13, 2000 [para.64]

²⁴ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Award, ICSID Case No. ARB/00/2, March 15, 2002.

²⁵ *Barno American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, Award, ICSID Case No. ARB/98/7. 2000.

²⁶ *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, Interim Award, UNCITRAL(NAFTA), 2000[para.96]

²⁷ *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, Partial Award, UNCITRAL(NAFTA), 2000[para.232]

²⁸ International Court of Justice, *Oil Platforms Case*, Preliminary Objection, Judgment, 1996 I.C.J. Reports, [para.16]

²⁹ *Bayindir Instatuzim Ticaret ve Sanyai A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/29, November 15, 2005[para.197]

³⁰ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2. Decision on Jurisdiction, June 2, 2000

申立人は、仏ド協定 1 条及び 7(1)(2)条で「別段の意図」が示されているとするが、別段の意図があるというためにはその点について「明白かつ明瞭な (clean and unequivocal)」な意思表示が必要なところ、仏ド協定には存在しない[para.80 to 84]。

ただし、決定的期日 (critical date) 以前の行為・事実も、それらが継続的性質をもつ場合 [para.87]や、または複合的性質を持つ場合[para.91]は、「背景、原因、及び BIT 義務違反の範囲を理解する上では」考慮されるべきであり、そのような判断は *MCI* 事件³¹、*Feldman* 事件³²、*Mondev* 事件³³及び *Tecmed* 事件³⁴で既に示されている。従って、決定的期日より以前に発生したものと証明された行為であっても、決定的期日以後も継続し、その時点で有効な協定の違反に帰結した場合には、管轄権の範囲内である。一連の行為が集合・集積して決定的期日以降に義務違反に帰結する場合も同様[paras.87 to 94]。

引用仲裁判断例 (仲裁廷引用分のみ) : 上記の他、*UPS* 事件³⁵、*Loizidou* 事件³⁶、*Grand River* 事件³⁷

D. 国籍要件 (1) 一時的問題 (*jurisdiction nationality racione temporis*) [paras.95 to 112]

申立人がフランス国籍を取得した 2004 年 11 月 12 日以前の行為及び事実について、適用されない[para.101]。その理由としては、第 1 に、もし仏ド協定が遡及適用を肯定するなら、「明白かつ明瞭な (clean and unequivocal)」意思表示があるべきだが、仏ド協定 1 条及び 7 条にはそのような文言は存在しない。仏ド協定の文言は、他の投資協定と同様に投資自体については投資協定発効以前のものも対象になるが、当仲裁廷の管轄権の範囲に含まれる投資協定違反については、投資協定が発効し、かつ、投資家が協定当事国の国民として協定の受益者になってから後のものでなければならない[paras.104, 105]。保護されるためには、仏ド協定発効後であって、かつ、申立人が投資を取得して「フランスによる投資 (a French investment)」となった後でなければならない[para.106, 107]。

第 2 に、外交的保護の法理 (law of diplomatic protection) から同様の結論となる。投資法が外交的保護の代替であることを考えると、協定違反の時点で国籍要件を満たしていなければならないという原則は、特に明示されるのでない限り、変更の必要はない。国籍要件の柔軟化は、申立時及び判断時については取り入れられてはいるが、違反 (行為・事実) との関係にまで拡張

³¹ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. v Republic of Ecuador*, Award, ICSID Case No. ARB/03/6, July 31, 2007, [paras.93, 96]

³² *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, December 6, 2000.

³³ *Mondev International Limited v. United States of America*, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2. October 11, 2002, para.68 以下で、協定発効前の事実・行為も、協定発効後の違反と無関係ではないが、協定発効後の行為自体が違反といえなければならないとする。

³⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, May 29, 2003. para62 以下で、協定発効前の異なる機関・団体による投資家の権利の弱体化のための行為が、継続的行為として最終的に発効後の認可拒絶に繋がり、損害として具体化したという事実経過について、仲裁廷は考慮できるとした。

³⁵ *UPS v Canada*, Award on Jurisdiction, UNCITRAL/NAFTA, November 22, 2002 [para.127]

³⁶ *Loizidou v. Turkey (Merits)*, 1996-IV Eur. Ct. H. R. 2216, 1996

³⁷ *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. v. United States of America*, Decision on Objections to Jurisdiction, UNCITRAL/NAFTA, 2006 [para.29]

されてはいない[para.108, 109]。

だからといって、権利譲渡があった場合に協定上の保護が否定されるというわけではないが、協定上の保護には限界がある。第 1 に、Mihaly 事件・Barno 事件で示されたように「善意」の譲受人でなければならないが、本件で AES・申立人間の譲渡が投資協定の保護を得る目的でなされたとは認められない[para.110]。第 2 に、被申立国の仲裁への同意が他の利益主体に及ぶのかという問題もある。本件では、譲渡人 AES のための仲裁合意はなく³⁸、Mihaly 事件で示された「何人も有する以上のものを譲渡できない」との原則に鑑みれば、被申立国の同意なくして仲裁への同意の効果を遡及させることはできない[para.111]。申立人の主張する、継続的行為・複合行為の理論も、上記結論に影響しない[para.112]。

引用仲裁判断例（仲裁廷のみ）：上記の他、*Vivendi Annulment* 事件³⁹

E. 国籍要件（2）－主観的問題（*jurisdiction nationality racione persone*） [paras.113 to 121]

申立人が協定上の国籍要件を満たしているため、投資ストラクチャーを通じて最終的には最下位に位置する EDEE を 50%保有していることになる[para.115]。ただし、本件の場合、投資ストラクチャーにおける申立人の持分等の割合に応じて、保護されるべき利益は以下の要素による制限を受ける[para.116 - 120]。

第 1 に、各時点における申立人の TCW 株式保有割合（時期により変動）。

第 2 に、(TCW の子会社である) TAMCO の TCW Advisors 持分保有割合（50.1%）。

第 3 に、TCW Advisors の DREH における利益配分割合（パートナーシップ契約に基づき計算された手元現金のうちの 90%）。[para.121]

引用仲裁判断例：特になし

³⁸ AES は米国法人だが、2004 年の段階では CAFTA-DR 協定は発効していない。

³⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Generale des Eaux) v. Argentine Republic*, Decision on Annulment, ICSID Case No. ARB/97/3, July 3, 2002 [para.50]

25 : Railroad Development Corporation v グアテマラ共和国 (ICSID No. ARB/07/23)
(JCA ジャーナル 2012 年 12 月号 (42))

判断年月日： 2008 年 11 月 17 日 (管轄権第 1 決定)、2010 年 5 月 8 日 (管轄権第 2 決定)、2012 年 6 月 29 日 (本案判断)

仲裁廷の構成： Andrés Rigo Sureda (スペイン・長)、Stuart E. Eizenstat (米国)、James R. Crawford (オーストラリア)

一 判断のポイント：

- ・ 申立人の投資財産の使用や利益が相当程度剥奪されたかどうかにより間接収用の成否を判断
- ・ 被申立国による国内法の利用行為が、申立人に更なる投資を行うよう圧力をかけるための戦術として用いられていたなどとして、公正衡平待遇義務違反を認定
- ・ 公正衡平待遇義務違反に基づく賠償基準は慣習国際法上の完全賠償基準であるとし、申立人の投資損失と逸失利益の賠償を認めたが、被申立国の賠償金の支払いと同時に、申立人が得た権利関係を放棄・喪失させ、申立人の子会社の株式を被申立国に移転することを条件とした

二 事案の概要：

I. 事実関係

A. 紛争の経緯 (30-40)

申立人は、米国の鉄道投資経営会社 Railroad Development Corporation ("RDC") であり、グアテマラ企業 Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A. (Ferrovías Guatemala, "FVG") の多数株主である。申立人は 1997 年、グアテマラにおいて鉄道サービスを提供するためのインフラ及び他の鉄道資産の使用権 (Usufruct 「本使用権」) を国際入札で落札した。RDC の入札内容は、1996 年に閉鎖された鉄道システムを再建するための段階的な計画を含み、投資額は約 10 億米ドルであった。入札条件には車両は含まれていなかったが、RDC は入札において、鉄道の運行に必要な車両の再生計画を含めていた。RDC に与えられた本使用権は、グアテマラの鉄道システムを再建し運行する 50 年間の権利からなり、車両は含んでいなかった。

1997 年 11 月 25 日、FVG は、鉄道輸送サービスを提供し、鉄道設備及び不動産資産を管理する国営企業である Ferrocarriles de Guatemala ("FEGUA") との間で、鉄道用地利用権契約 (Usufruct Contract 「本利用権契約」又は「契約 402」) に署名した。本使用権及び本利用権契約は、グアテマラ議会の法 27-98 により承認され、1998 年 5 月 23 日に発効した。

本使用権は、497 マイルの狭軌線路をカバーし、パイプライン、電線、光ファイバー、商業及び設備開発などの鉄道用地の代替活用を進める権利が含まれていた。この鉄道用地利用権の見返りとして、RDC は (FVG を通じて) 一定の支払いを FEGUA に行うことに合意した。[30-31]

1997 年 11 月、グアテマラは FEGUA の鉄道設備の有償使用について入札を行った。FVG は、

同年 12 月 16 日に鉄道設備使用権を落札した。FEGUA と FVG は、1999 年 3 月 23 日付け第 41 使用権契約（「契約 41」）に署名した。当該契約は、FVG に対し、「鉄道輸送サービスを提供する目的のため、FEGUA が所有する鉄道設備の使用、享有、修復及び整備」を認めた。本契約は、政令により認可されなかったため発効しなかった。かかる認可は、グアテマラ行政法及び契約 41 の入札条件第 6.4 項により要求されていた。[32]

契約 41 が発効しなかったため、FVG と FEGUA は 2003 年 8 月 28 日に契約 143 を締結した。FVG と FEGUA は当該契約に署名し、2003 年 10 月に当該契約を契約 158 により修正した（「契約 143/158」）。[33]

1999 年 4 月 15 日、FVG は、エル・チレとグアテマラ市を結ぶ商業サービスを復興した。1999 年 12 月、グアテマラ市と大西洋の港であるプエルト・バリオス、プエトロ・サント・トマスを結ぶ商業サービスが復興された。貨物運搬量 (tonnage) は 2005 年まで増加したが、2006 年に減少した。[34]

2005 年 6 月 26 日、FVG は FEGUA に対し、契約違反を理由とする 2 件の国内仲裁を提起した。申立人は、グアテマラが FEGUA を通じて鉄道用地上の不法占拠者を排除することを怠り、また信託資金 (Trust Fund) に対する合意した支払いを怠ったと主張した。さらに申立人は、FEGUA が、FVG の提訴を予期して、司法長官に対し、本使用権の供与をめぐる状況を調査し、契約 143 及び契約 158 の有効性についての意見を発出するよう要請したと主張した。司法長官は、2005 年 8 月 1 日、意見書第 205-2005 ("Lesivo Opinion" 「有害意見」) を発出し、グアテマラ政府に対して、第 143/158 契約が国家の利益にはならないため無効であると宣言することを勧告した。その主な理由として、第 143/158 契約は、(公共入札を経ていないなど) 締結するために必要な規則及び手続に違反し、政府契約法及び他の法に違反したこと、運行サービスの総収入の 1.25% と引き換えに、国家財産の使用権を私的団体が利用することを許可することにより、国家に金銭的な損害が生じていることを挙げている。[35]

申立人は、2007 年 3 月 7 日、ベルシェ大統領と会談した。大統領は、RDC 及び FVG と協同するハイレベルの委員会を立ち上げ、そこには FEGUA が代表を派遣した。この委員会は多くの会合を開いたが、約 3 ヶ月後に中断した。申立人の主張によると、政府は、これと並行して、鉄道車両の使用権が国家の利益に対して有害であると宣言する決議を準備していた。かかる決議 (Lesivo Resolution 「有害決議」又は Lesivo Declaration 「有害宣言」) は 2006 年 8 月 11 日に政府によって採択され、同月 25 日に公表された。[37]

B. 仲裁申立てとその後の経緯 (1-29)

2007 年 6 月 14 日、RDC は、ICSID に対して、米国・中米・ドミニカ共和国自由貿易協定 (CAFTA) に基づき、グアテマラを相手方とする仲裁申立てを行った (間接収用、内国民待遇違反、公正衡平待遇義務違反、十分な保護及び保障義務違反)。仲裁廷は 2008 年 4 月 14 日に設置された。[1-2]

2008 年 5 月 29 日、被申立国は、本仲裁廷に対し、CAFTA 第 10.20.5 条に基づき、本仲裁廷の管轄権に対する抗弁を検討するよう要請した。2008 年 11 月 17 日、本仲裁廷は被申立国の抗

弁を却下した（管轄権についての第 1 決定）。[4]

2009 年 7 月 24 日、被申立国は、先決的抗弁を提起する意思を通知し、同年 8 月 24 日、本仲裁廷は本案手続を停止する手続指令を発布した。2010 年 5 月 8 日、本仲裁廷は、被申立国の時間管轄及び事項管轄に関する抗弁を却下し、本仲裁廷の管轄権は、本有害決議及び当該決議に続いて行われた行為に限定され、これには被申立国の不法占拠者に対する作為又は不作為が含まれているが、これらが有害決議の結果である限りであることを確認した（管轄権についての第 2 決定）。[20] なお、ヒアリングは一般に公開された。

三 判断概要：

II. 本案仲裁判断の要旨

A. 間接収用（CAFTA 第 10.7 条¹並びに別紙 10-B²及び別紙 10-C³）

〔有害宣言の性格〕 有害決定は国家及びその政府機関との契約にのみ適用される手続であり、有害宣言自体は当事者の権利には影響を与えないが、行政裁判所及び最高裁判所により宣言の有効性が確認されると、有害とされた契約は遡及的に無効となる。[91]

〔有害宣言の目的〕 被申立国が申立人による鉄道への更なる投資がないことに不満であったこと、及び、有害宣言が、申立人に対し、契約 402 に基づく申立人の義務に関係なくさらなる投資を行え、さもなければ申立人の投資を他の不特定の投資家に有利なように没収する、と圧力をかけるための戦術として用いられていた。[111]

¹ CAFTA 第 10.7 条（Exploitation and Compensation）：

1. No Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except:

(a) for a public purpose;
(b) in a non-discriminatory manner;

2. Compensation shall:

(a) be paid without delay;
(b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“the date of expropriation”);
(c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and
(d) be fully realizable and freely transferable.

² 別紙 10-B（International Customary Law）：

The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Articles 10.5, 10.6, and Annex 10-C results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 10.5, the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.

³ 別紙 C（Exploitation）：

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 10.7.1 is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.

2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.

3. Article 10.7.1 addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.

4. The second situation addressed by Article 10.7.1 is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;
(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
(iii) the character of the government action.

(b) Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

[投資に裏打ちされた申立人の期待] 政府は、契約 143/158 に基づきリースした設備を用いた鉄道サービスの再開から利益を得ており、FEGUA は、抗議することなく、設備の使用についての規定上の支払いを受領していた。公共入札の欠如に関しては、契約 143 でカバーされていた鉄道設備は契約 41 に含まれていたものとはほぼ同じであり、FVG は契約 41 の入札で正々堂々と落札していたのである。被申立国は、この鉄道設備が鉄道を運営するために必要であったことを熟知していた。FVG は契約 402 に基づく自らの義務を履行するためにこの設備を必要としており、また、FEGUA は FVG がリースされた設備を用いたサービスの提供という、契約 402 に基づく義務を果たしていたことを認めていた。これらの状況の下では、投資家が、自身の行為と相手方の行為が国家の利益に対して有害ではないと信じることは正当である。申立人が法的に有効な契約を締結するとの期待は見当違いではなかった。その期待は、被申立国とその政府機関である FEGUA によって作られたのである。[122-123]

[有害宣言の経済的影響] 有害宣言の影響は、同宣言後の鉄道による貨物運搬量が前年度と比較して落ち込んだこと、サプライヤーが FVG への与信を拒否したという事実、顧客が FVG との間で長期契約を締結することを渋ったこと、不法占拠者の増加等から明らかである。[150]

[間接収用の成否] ここでの問題は、この状況の下で、鉄道設備の収用があったのかどうかである。収用についての先例は極めて多く、事実関係に大きく依存している。共通の主題は、措置の効果が、申立人が投資財産の使用や利益を相当程度 (substantially) 剥奪されるものであることである。この趣旨の判断は、特に、Metalclad 事件⁴、Pope and Talbot 事件⁵、Tecmed 事件⁶、CMS Gas Transmission 事件⁷、Telenor Mobile Communications 事件⁸及び Fireman's Fund Insurance Company 事件⁹のような判断に見られる。[151]

本件の状況に関し、本仲裁廷は以下の点を特筆したい。すなわち、(i) 有害宣言の公表後 5 年以上の間、契約 143/158 及び契約 402 が有効であったこと、(ii) 申立人は鉄道設備の保有を継続していること、(iii) 申立人は契約 402 に基づく不動産の権利に関連して賃料を受け取り続けていること、(iv) かかる賃料は FVG の収入の 92% を占めること。これらの理由により、本仲裁廷は、申立人の投資財産への効果は、間接収用のレベルには達していないと結論する。[152]

B. 待遇に関する最低基準 (公正衡平待遇義務)

(1) 適用される基準 (CAFTA 第 10.5 条¹⁰)

⁴ *Metalclad Corporation v United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of August 30, 2000, para. 103.

⁵ *Pope and Talbot, Inc v Canada*, NAFTA (UNCITRAL), Partial Award of June 26, 2000, para. 102.

⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 20, 2003.

⁷ *CMS Gas Transmission v Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of May 12, 2005, para. 262.

⁸ *Telenor Mobile Communications SA v Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/04/15, Award of September 13, 2006, para. 65.

⁹ *Fireman's Fund Insurance Company v United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)/02/1, Award of July 14, 2006, para. 176(c).

¹⁰ CAFTA 第 10.5 条 (Fair and Equitable Treatment) :

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

本基準の内容に関しては、本仲裁廷は、NAFTA 第 1105 条の基準の検討についての *Waste Management II* 事件¹¹ 仲裁廷の結論を参照し採用する。すなわち、NAFTA の仲裁判断を調査後、「公正かつ衡平な待遇の最低基準が侵害されるのは、恣意的、著しく不公正、不当又は特異なものであり、また差別的で、かつ事業分野に由来する偏見若しくは人種的な偏見にさらされ、または司法的適正性の侵害をもたらす適正手続の欠如が存在する場合であって、国家に帰属しかつ申立人を害する行為があるとき—司法手続における明白な自然的正義の欠落又は行政プロセスにおける透明性及び誠実さの完全な欠如の場合などが該当し得る—である。この基準を適用するにあたっては、待遇が、投資先国によってなされ、申立人によって合理的に信頼された表明に違反していることが関係する」¹²。本仲裁廷は、*Waste Management II* 事件判断が、これまでの NAFTA 仲裁廷の累積的な判断を説得的に統合し、待遇に関する最低基準についてのバランスの取れた記述を反映していることを見出した。したがって、本仲裁廷は、本件との関係では、*Waste Management II* 事件判断の待遇に関する最低基準についての明確な考え方を採用する。

[219]

(2) 待遇に関する最低基準の適用

本仲裁廷の見解では、被申立国が本件の状況において適用した有害決定 (*lesividad*) による対応は、*Waste Management II* 事件判断の言葉によれば、「恣意的、著しく不公正、不当」なものであって、CAFTA 第 10.5 条の待遇に関する最低基準の違反を構成する。特に本仲裁廷は、有害決定が、総合すると本件有害決定の恣意的、著しく不公正及び不当な性格を示す、以下の事実を強調する。

(a) FEGUA が抗議なしに賃料を受領した鉄道設備使用のための契約 143/158 について、政府が有害との宣言をしたこと、(b) 上記契約は FEGUA の主導で締結されたが、それは政府自身が、明らかにされていない理由により、FVG が公共入札を通じて契約 41 を獲得した後に契約 41 に同意することができなかったからであること、(c) 政府の同意がなかったこと、及び、契約 41 に基づく設備と同じ設備を契約 143/158 に基づいて使用するための公共入札がなかったこと—この両方とも政府の管理下にあり、政府がそれらを治癒する権限を有していた—が、契約 143/158 が有害であると宣言する正当化事由の一部となっていたこと、(d) 有害宣言の他の理由として契約 41 のいくつかの条項が挙げられているが、それらの条項は政府自身が提案し、FVG と FEGUA が契約 143/158 中にそのまま取り込んだものであること、(e) 問題の鉄道設備は、1998 年に鉄道サービスが開始されて以来使用されてきたものであるが、政府はこのことを熟知していたこと、及び、これらなくしては、申立人は契約 402 に基づく自らの義務を履行することができなかったはずであること、(f) FEGUA は、鉄道再生の第 1 期及び第 2 期におけるかか

(a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

(b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

¹¹ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award of April 30, 2004.

¹² 前掲脚注 11, para. 98.

る義務が、FVGによって申し分なく履行されていたことを確認していたこと、(g) 有害決定を継続しないために政府が提案した条件は、その大部分が有害性を治癒することとは無関係であり、有害宣言は、契約 402 に基づく申立人の義務に関係なく、申立人に対し、さらなる投資を行え、さもなければ申立人の投資財産を他の不特定の投資家に有利なように没収する、と圧力をかけるための戦術として用いられていたことである。[235]

C. 損害

CAFTA は本仲裁廷に対し、待遇に関する最低基準についての第 10.5 条の解釈を、慣習国際法についての附属書 B に従って解釈するよう指示している。ILC 国家責任条文に反映されている慣習国際法の下では、「責任のある国家は、国際違法行為により生じた損害の完全な賠償義務を負う」(第 31 条 1 項)。本仲裁廷は、待遇に関する最低基準の違反の結果として申立人が被った損害について支払われるべき賠償額を決定する必要がある。

本仲裁廷は、申立人が契約 143/158 に基づく契約上の権利を継続して享有していることから、申立人の投資財産は収用されていないと判断している。本仲裁廷はまた、有害宣言が申立人の投資財産全体に対して重大な影響を与えたと判断しているが、しかし、契約 402 が有効であり続けていること及び FVG が鉄道用地に含まれる不動産から賃料を受領し続けていることを認識している。したがって、問題は、申立人が継続的に保有する資産について収用には至らない侵害的效果を有する措置を理由とする賠償をどのように算定するのかである。[260]

(損害を検討する前の先決的問題として) 被申立国は、「本仲裁廷によって申立人の損害が認められる場合、本仲裁廷は、グアテマラの支払義務には、申立人が利用権契約 (402、143/158 及び 41) に基づいて有する全ての権利をまず放棄及び喪失し、それらの契約によりカバーされる全ての不動産及び設備をグアテマラに返還する、との条件を付さなければならない」と主張する。投資資産の返還が裁定 (認容) 額の支払いの条件とされることは、間接収用の事案ではさほど珍しいことではない (ADC 事件判断¹³及び Tecmed 事件判断¹⁴を引用)。公正衡平義務基準の違反を含む事件においては、同様に明らかに適切というほどではないが、知られていないことはない (CMS 事件判断¹⁵を引用)。[262-263]

本件では、契約 148/158 のみが有害決議によって直接に影響を受けており、この契約のみの救済を検討すればよいとの議論もありうるが、本仲裁廷はこれに同意しない。まず第 1 かつ最も重要なことは、いずれの当事者もこの点を取り上げていないことである。第 2 に、申立人は有害決議の通過を踏まえてグアテマラからの撤退を事実上選択したが、本仲裁廷は、この点に関する申立人の行為は合理的であると考え。第 3 に、本件投資は、鉄道の復興と運営の全体に関するものである。[264]

また、本仲裁廷は、救済の範囲を契約 143/158 に制限することは、二重の救済という望ましくないリスク (例えば、申立人の FVG の株式が第三者に売却されることにより、当該第三者が、

¹³ *ADC v Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award of October 2, 2006, para. 543.4.

¹⁴ 前掲脚注 6, para. 199.

¹⁵ *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Award of 12 May 2005.

本仲裁廷が賠償を認めた同じ行為について訴訟を提起する権利を取得する可能性がある)を作り出すことについて懸念がある。本仲裁廷は、当事者間の二重救済のリスクを最小化するために調整された裁定を下す能力を有していることを特筆する。被申立国による完全かつ効果的な支払いと引き換えに、申立人の FVG の株式を被申立国又は指定した者に移転することを申立人に求めることにより、この状況は最もよく解決される。[265]

要約すると、以上の理由から、本仲裁廷は、賠償は、申立人が被った侵害を完全に賠償するのが申立人に支払われなければならないと考える。本仲裁廷はさらに、本件の状況において当事者間の紛争を解決するため、認容される金銭の支払いは、申立人が、すべての契約、すなわち契約 402 と契約 148/158 に基づく権利を放棄することを条件とすべきであると考え。被申立国は、認容された支払いは、申立人が土地と設備の利用権をグアテマラに返還することを条件とすべきであると弁論している。本利用権契約の当事者は FVG であって申立人ではないため、本仲裁廷は、被申立国が求める効果は、申立人の FVG の株式の移転を認容金額の支払いの条件とすることで、法的な観点において適切に達成できると考える。[267]

本仲裁廷の見解では、本件における金額は 3 つの要素を有している。[270]

[投資の損失] 第 1 に、申立人が、鉄道の復興及び運営事業に関し、第 1 期及び第 2 期を完了するために十分な額の投資をしたことは疑いない。1902 万 5321 ドルが FVG の株主による総投資額であり、そのうちの申立人の投資額は 79% の 1510 万 8861 ドルである。投資として主張されるこれらの資金の一部分、すなわち 1080 万ドルは、FVG の株主によって FVG の損失をカバーするために投資されたものであり、そのうち 853 万 2000 ドルが申立人により投資された前記 79% に相当する。本仲裁廷は、FVG の損失をカバーするために申立人が投資した金額は、申立人がグアテマラに投資をする際に取ったリスクであり、グアテマラが CAFTA に反してなした行為に帰すことはできないと考える。これらの検討に基づき、本仲裁廷は、請求人に対し、657 万 6861 ドル (1510 万 8861 ドルから 853 万 2000 ドルを差し引く) を認容する。[270]

[残り 42 年間の将来のリース事業の割引率] 第 2 に、FVG は不動産の賃貸により賃料を得ている。有害宣言の時点の賃料は、年間 71 万 6316 ドルであった。本使用権は 42 年間残っており、申立人の計算によると、割引現在価値 (NPV) は 1075 万 1437 ドルである。被申立国は、申立人が適用する割引率 12.9% は低すぎると主張し、18.75% がより適切であると主張する。[271]

本仲裁廷は、12.9% に 2.66% (モーニングスター社の企業カテゴリーの 10b サイズプレミアム¹⁶を用いた効果) 及び 1.8% (FVG の資本費用を用いる結果) を加えた合計 17.36% が、現在のリース事業の割引現在価値を計算するための割引率として適切であると判断する。[274]

[将来のリース事業の評価] 第 3 に、将来のリースに関し、本仲裁廷はかかるリースが実現し得ることを否定しないが、本仲裁廷は、申立人が 8 年間の運営後に確保したリースはここで考慮に入れたもののみであることを考慮する。このことは、FVG の年次報告において記載される

¹⁶ 企業規模に基づくプレミアムに関し、モーニングスターの企業カテゴリーにおいて、カテゴリー10 (NYSE、ASE 及び NASDAQ の混合の下位 10% の企業) とカテゴリー10b (下位 5% の企業) では、後者の方がさらに 2.66% プレミアムが増加する。本仲裁廷は、FVG の規模と不安定な財務条件は、10b グループに含まれる会社の規模のプレミアムの相対であると判断した。

不動産リースの保有高を拡大することの困難さを示すものである。したがって、有害宣言の時点で存在していたリースのみを考慮に入れることにする。[275]

以上の検討を踏まえ、合計すると、本仲裁廷は、申立人は次のとおりの支払いを受けることができるかと判断する。

(a) 第1期と第2期の投資については 657 万 6861 ドル、(b) 鉄道サービスを円滑に終了させるため、有害宣言の後1年間の鉄道運行のために 135 万 429 ドル、(c) 有害宣言の時点で現存する不動産リースの残存期間の割引現在価値である 412 万 1281.62 ドルの 82% (申立人が保有する FVG の株式の割合であり、被申立国による裁定額の完全な支払後に被申立国に移転されるもの、金額は 337 万 9450.93 ドル) から、被申立国による裁定額の支払時 (この時点で被申立国が申立人の FVG の株式を受け取る) までに、有害宣言後のリースに基づいて FVG に支払われる賃料の 82% を差し引いた金額。仲裁廷は現時点において、いつ被申立国が裁定額を支払うかを決定することができないため、この金額を最終的に計算する必要がある。[277]

裁定賠償額の支払いと同時に、申立人は、本利用権契約に基づく全ての権利を喪失及び放棄し、申立人の FVG の株式を被申立国に移転する。[283]

D. 費用

弁護士報酬及び費用は各自負担とする。2つの管轄権段階の ICSID 事務費用並びに仲裁廷の報酬及び費用は被申立国の負担とする。本案段階の ICSID 費用並びに仲裁廷の報酬及び費用は各当事者が各 50% を負担する。[282]

26 : Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación, Emergentes F.I., Ahorro Corporación, Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgorde Valores SICAV S.A. and GBI 9000 SICAV S.A. v ロシア (SCC Case No 24/2007)
(JCA ジャーナル 2010 年 8 月号 (12))

判断年月日 : 2009 年 3 月 20 日 (先決的抗弁判断)

仲裁廷の構成 : Jan Paulsson (スウェーデン/フランス・長)、Charles N. Brower (米国)、Toby T. Landau (英国)

一 判断のポイント :

- ・旧社会主義国 BIT の制限的紛争処理条項においても、投資家は、収用及び類似の措置に対する補償に関する紛争を一方的に付託しうる。
- ・原則として、最恵国待遇の均霑対象には、より有利な紛争処理条項の利益が含まれる (但し、結論として本件における適用は否定)。
- ・投資家対国家の仲裁手続の利用可能性は、公正衡平待遇には含まれない (但し、分離意見による異論あり)。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 本件仲裁に至る経緯¹

ロシア最大手の石油企業であった Yukos 社は、プーチン政権との対立によって 2003 年頃から同社幹部が殺人や脱税の容疑で捜査対象になり、2004 年には企業としての Yukos 社も巨額の追徴課税 (994 億ルーブル) によって、債務不履行に陥った。その後、ロシア法務省は、同社の中核子会社であるユガンスクネフチェガスの株式などの資産を差し押さえ、同社の資産は競売に付され、事実上、解体・再国有化された。

本件は、2009 年 3 月にスペイン=ソ連投資協定に基づき、旧 Yukos 社の株式を保有する投資家のうちスペインの投資ファンド、投資ファンドの受託者、証券会社など (以下、申立人) によって開始された投資協定仲裁手続の管轄権判断である。

B. 本件仲裁手続における経緯[paras. 1-16]

申立人は、ロシア政府による Yukos 社の資産に対する違法な処置と収用 (unlawfully dispose and expropriate) によって投資財産が毀損されたとして、スペイン=ソ連投資協定 4 条 (投資の保護)、5 条 (投資の待遇) 及び 6 条 (国有化及び収用) 違反を理由に同協定 10 条に基づく仲

¹ 本判断中には、当事者による主張に関する部分を含む本件仲裁に至る Yukos 社に対するロシア政府による一連の措置に関する事実経過についての言及はない。

裁を 2007 年 3 月、ストックホルム商業会議所仲裁協会（SCC）に申し立てた。これに対して、ロシア政府は、同年 5 月、管轄権の不存在を申し立てる答弁書を提出した。この文書の提出を受けて、SCC は仲裁人の選任手続を進行し、Charles N. Brower 判事、Toby T. Landau および Jan Paulsson（長）両弁護士の名の仲裁人によって仲裁廷が構成された。

これに対して、ロシア政府からは、管轄権と受理可能性に関する抗弁が提起された。前者については（1）スペイン＝ソ連投資協定の紛争処理条項（10 条）における投資家対国家の仲裁手続の管轄権の範囲[paras. 19-67]、（2）同協定における最恵国待遇条項（5 条 2 項）の均霑範囲[paras. 68-120]、および（3）同協定に基づく申立人の当事者適格（1 条）[paras. 121-147]の 3 点、また、後者の受理可能性については、仲裁通知の記載内容の十分性と国内救済[paras. 148-154]に関する抗弁などが申し立てられた。

本稿では、本件判断のうち、主に管轄権に関する判断部分（上記（1）及び（2）[paras. 19-67]）を中心に検討をおこなうこととする。

三 判断概要：

II. 先決的抗弁判断要旨

A. スペイン＝ソ連投資協定の紛争処理条項における管轄権の範囲[paras. 19-67]

1. ロシアによる抗弁

被申立国（ロシア）は、スペイン＝ソ連投資協定の紛争処理条項である 10 条は、その 1 項において、投資家対国家の仲裁手続の対象を「本協定 6 条の下で支払われるべき補償（compensation due under Article 6）の支払いの価額、あるいは支払いの方法に関するあらゆる紛争」と規定していると指摘する。

そして、この規定によれば、仲裁の対象事項は、「支払われるべき補償の支払いの価額、あるいは支払いの方法に関する紛争」に限定されており、問題とされている措置が、6 条に規定される国有化、あるいは収用に該当するかについて、ロシアの国内裁判所あるいは国家間の紛争処理手続など他の手段において決定されていない以上、10 条に基づく仲裁を開始することは出来ないと主張している。[paras. 20-21]

2. 投資協定仲裁の事項管轄権の範囲

(a) 先例の検討

Berschader 事件²では、本協定と同一の表現が用いられたベルギー・ルクセンブルグ経済連合＝ソ連投資協定における紛争処理条項の事項管轄が問題となった。その際、同仲裁廷は、紛争処理条項における「補償の価額あるいは方式に関する紛争（disputes concerning the amount or mode of compensation）」の表現を、補償の価額あるいは方式に関する紛争に限定し、かつ仲裁廷の判断が、補償義務の発生原因となる「収用が発生したのか否かに関する紛争（disputes

² Berschader v. Russia, SCC Case No.080/2004 (Belgium/Russia BIT), Award, 21 April 2006.

concerning whether or not an act of expropriation actually occurred under Article 5)」³に及ぶことを排除するものであると解し、投資家の申立てを却下した。[paras. 22-25]

しかしながら、以上のような Berschader 事件仲裁廷の解釈は表層的であるだけでなく、かかる解釈に当仲裁廷が従えば、本協定 10 条 1 項が規定する「本協定 6 条の下で支払われるべき補償 (compensation due under Article 6)」(強調追加) を請求する権原の存否に関する決定の問題が残されたままになる。[paras. 26-27]

(b) 補償の発生原因に対する管轄権

本協定管轄権条項である 10 条では、特に「本協定 6 条の下で支払われるべき補償価額あるいは方式に関するあらゆる紛争 ([a]ny dispute ... relating to the amount or method of payment of the compensation due under Article 6)」(強調追加) と規定しており、補償が必要とされる事態が発生したかについての判断は、当仲裁廷の権限の範囲内に含まれると解するのが適当である。[paras. 28-31]

また本件 10 条 1 項の付加的な表現を、単に「6 条に関する紛争 (disputes concerning Article 6)」と書かれている場合よりも、管轄権を狭めたものとしか解せないということはない。むしろ、受入国の国内法に基づき合法的に行われ、かつ差別的でもない措置に関する補償、特にその価額や支払い方法についても、投資家が国際的な手続で争うことを可能にするものであると解すべきであろう。[paras. 32-33]

もともと、当仲裁廷の権限は、申立てのあった措置に関する十分な補償を申立人から奪うことが国際法に違反するか否かを評価することに止まり、当仲裁廷は、ロシアの行為が国有化や収用に関する自らの国内法に違反するものであるかについて、一般的に判断する権限を有するものではない。[paras. 41-45]

以上のような解釈によって、当仲裁廷の結論は十分に支持されるが、こうした結論は、ロシアに対して提起された一連の投資協定仲裁の判断、記録によって確認される締結時における当事国の意思、そして投資協定の趣旨及び目的などにも適合するものである。特に長期的な投資の促進を図る投資協定の趣旨及び目的を鑑みれば、受入国の一方的な宣言や国内機関による決定のみで補償の義務の有無が確定されるとすれば、投資協定が提供する投資に対する保護は形式的・非現実的なものになってしまう。したがって、申立人が求める補償が、国際法上支払われるべきものであるかについては、その価額も含めて本案において審理することを結論する。[paras. 46-67]

B. スペイン＝ソ連投資協定における最恵国待遇条項の適用範囲[paras. 68-120]

1. ロシアによる抗弁

申立人 (Renta 社等) は、スペイン＝ソ連投資協定 10 条による管轄権が認められない場合でも、最恵国待遇条項である 5 条 2 項に基づいて、「投資家と他の締約国との間で生じた投資に関連するあらゆる紛争」について管轄権を認めるデンマーク＝ロシア投資協定 8 条 1 項が援用可

³ 同協定の 5 条は、当該協定で認められる収用の要件が規定されている (Berschader v. Russia, supra note 2, para, 153)

能であるとして、ロシアによる 4 条（投資の保護）及び 5 条（投資の待遇）違反についても、申立てを行っている。[paras. 68-72]

これに対して、被申立国は、仲裁通知に関する SCC 規則違反、あるいは国際司法裁判所のアングロ・イラニアン石油会社事件判決（1952 年）⁴を引用し、申立人の主張は、仲裁廷の管轄権外の事項であり、最恵国待遇条項の適用可能性を判断する仲裁廷の権限自体を否定する抗弁を申し立てている。[paras. 70&79]

2. 最恵国待遇条項の適用範囲

仲裁廷の管轄権の決定は、仲裁廷自身によって行われる国際法上も認められた固有の権限であるから、上記の被申立国の主張はあたらない。当仲裁廷は、先決的事項として、スペイン＝ソ連投資協定 5 条 2 項によって、同 10 条の範囲を超えて、管轄権の設定が可能であるかを検討する。[paras. 80-83]

スペイン＝ソ連投資協定 5 条 2 項に規定される最恵国待遇条項は、特定の制限や条件を付したのではなく、原則として、スペインの投資家は、ロシアが第三国との間で約束した内容を援用することが可能である。それゆえ、ここでの争点は、投資家対国家の仲裁手続に関する利益が最恵国待遇の均霑対象に含まれるのかにあると言えるが（強調追加）、この点について判断するためには、最恵国待遇の解釈上の一般的論点と本協定における最恵国待遇条項の条文について検討する必要がある。[paras. 84-86]

(a) 先例の検討：「同種の原則」と「実体的事項/手続的事項」区分

通商条約における最恵国待遇条項に関する先例としては、モロッコにおけるアメリカ合衆国国民の権利に関する事件判決（1952 年）⁵や、アンバティエロス事件仲裁判決（1956 年）⁶があるが、これらいずれの事件においても、管轄権や紛争処理などの事項は、最恵国待遇条項に明示されていなくても、「同種の原則（*ejusdem generis principle*）」によって、「通商」や「航海」に関する最恵国待遇の適用範囲に含まれると解されている。[paras. 87-89]

投資協定における最恵国待遇条項の解釈に際しては、「投資の促進及び保護」という投資協定の趣旨及び目的を踏まえなくてはならないが、他方で、個々の投資協定における最恵国待遇条項の文言は様々であり、また、過去の紛争処理条項への最恵国待遇条項の適用に関する投資協定仲裁の判断には根拠が不明確なものも多く、一貫した判例が確立した状況にはない（強調追加）。[paras. 90-94]

本件と同様にロシアを被申立国とする先例としては、Berschader 事件と RosInvest 事件⁷の

⁴ Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection, Judgment of 22 July 1952, I.C.J. Reports 1952.

⁵ Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), Judgment of 27 Aug. 1952, I.C.J. Reports 1952.

⁶ Ambatielos Claim (Greece v. United Kingdom), Arbitration Commission, 6 March 1956, RIAA, Vol.12, pp.83-153; 23 ILR, pp.306-340.

⁷ RosInvest Co UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. Arb. V079/2005 (UK/Soviet BIT), Award on Jurisdiction, October 2007.

仲裁判断がある。このうち前者の判断は、基本条約であるベルギー・ルクセンブルグ経済連合＝ソ連投資協定の最恵国待遇条項（2 条）が、「本協定におけるすべての事項」と規定しているにもかかわらず、Plama 事件⁸における傍論で述べられた「紛争処理条項には最恵国待遇条項は適用されない」という前提をその根拠を問うことなしに採用している点で適当ではない。他方、後者の事件においては、国際司法裁判所によるアンバティエロス事件（1953 年）の見解に沿って、投資協定仲裁に付託可能か否かという手続的選択の問題は、投資の「使用（use）」と「享受（enjoyment）」に含まれるとして最恵国待遇条項の適用対象となると判断した⁹。しかし、同判断も、Berschader 事件と同様に、具体的な条文上の根拠なく、投資協定上の投資に関する待遇について一般的に「実体的事項/手続的事項」の区分が存在するという前提に基づき、最恵国待遇の適用に関して両者の間に差異があるというアプローチを取っている点で適当とはいえない。

[paras. 95-97]

「実体的事項/手続的事項」の区分に国際法上の明確な根拠があるわけではなく、最恵国待遇条項を経由した国際的な仲裁手続へのアクセスの可能性は、投資紛争の歴史的な経緯からしても、投資家の合理的な考慮の範囲の事項として、原則として、最恵国待遇条項の適用対象となる投資に関する「待遇」に当然に含まれるべき事項である。しかし、本件において、こうした原則的な一般論が当てはまるかについては、本協定の条文を検討をする必要がある[paras. 98-102]

(b) 最恵国待遇条項の条文の検討

以上の検討を踏まえ、本協定における最恵国待遇条項の具体的な文言が、紛争処理条項への最恵国待遇条項の適用を妨げる条文上の障害を有するか否かについて、同協定 5 条 2 項及び関連する 5 条の各項に即して検討をおこなう¹⁰。

そもそも本協定の最恵国待遇条項である 5 条 2 項は、「1 項に規定された待遇は、第三国の投資家による投資に与えられる待遇よりも不利なものであってはならない」と規定し、1 項は、「各締約国は、自国の領域内において、公正で衡平な待遇を他の締約国の投資家による投資に与える」

⁸ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24 (Energy Charter Treaty), Decision on Jurisdiction, 8 February 2005.

⁹ RosInvest Co UK Ltd. v. The Russian Federation, *supra* note 7, paras. 130-133.

¹⁰ Article 5 Treatment of Investments

1. Each Party shall guarantee fair and equitable treatment within its territory for the investments made by investors of the other Party.
2. The treatment referred to in paragraph 1 above shall be no less favourable than that accorded by either Party in respect of investments made within its territory by investors of any third State.
3. Such treatment shall not, however, include privileges which may be granted by either Party to investors of a third State, by virtue of its participation in:
 - A free trade area;
 - A customs union;
 - A common market;
 - An organization of mutual economic assistance or other agreement concluded prior to the signing of this Agreement and containing conditions comparable to those accorded by the Party to the participants in said organization.The treatment granted under this article shall not include tax exemption or other comparable privileges granted by either Party to the investors of a third State by virtue of a double taxation agreement or any other agreement concerning matters of taxation.
4. In addition to the provisions of paragraph 2 above, each Party shall, in accordance with its national legislation, accord investments made by investors of the other Party treatment no less favourable than that granted to its own investors.

と規定している。この条文によれば、本件における問いは、本協定の最恵国待遇条項の適用対象である公正衡平待遇に国際的な手続へのアクセスが含まれるか否かにあると言えるが、仲裁手続を含む中立的なフォーラムへのアクセスが投資の保護・促進につながるとしても、国際仲裁の不備がそれ自体として公正衡平待遇に違反するとは考えられない。[paras. 103-106]

したがって、本協定 5 条 2 項が字句通り公正衡平待遇のみを指す場合には、最恵国待遇の適用は否定されることになるが、申立人は、1 項の規定について、公正衡平待遇は不変の基準であるので、より有利な、あるいは不利でない公正衡平待遇という条文は意味をなさない、5 条 1 項の「公正衡平」という形容詞には深い意味はなく、投資に関連する一般的な待遇を広く指していると解すべきであると主張し、紛争処理条項を含むあらゆる利益の援用を求めている。[para. 107]

そのため、当仲裁廷は、5 条 1 項における「待遇」が、申立人が主張するように待遇一般を指すのか、あるいは字句通り公正衡平待遇のみを指すのかについて判断するため、5 条の他の条項における「待遇」の用法について検討する必要がある。本協定 5 条 3 項に最恵国待遇の例外として規定された自由貿易地域や関税同盟上の特権や免除の問題が、通常、公正衡平待遇に含まれるものではないことは明らかであるが、他方で、3 項には、5 条の各項における「待遇」が同一の意味合いで用いられていることを示唆するような表現もみられる。2 項における最恵国待遇が公正衡平待遇に限定されるのであれば、そもそも 3 項は不要であり、逆に 3 項の待遇と同一のものと考えるのであれば、2 項における最恵国待遇は（紛争処理を含む）広義の待遇と理解することもできる。したがって、5 条 2 項に規定される最恵国待遇の範囲については、相反する解釈が成り立つ可能性があるが、3 項の規定内容は最恵国待遇の例外に関する一般的な規定であり、この規定の存在によって、1 項及び 2 項における明示的な表現を無視することは出来ないだろう。[paras. 111-117]

結論として、本協定における最恵国待遇条項である 5 条 2 項は、当仲裁廷の権限を拡張するものと解することは出来ない。この結論は、仲裁廷の多数によって支持されたものであるが、その理由（paras. 105-118）については分離意見が付された。但し、仲裁廷は全体として、最恵国待遇の適用対象には、原則として国際的な紛争処理へのアクセスが含まれるという点には一致があった。本件において、その適用が認められなかったのは、本協定における最恵国待遇の適用範囲が、国際法上の公正衡平待遇に限定されており、その中には国際的な紛争処理へのアクセスは含まれないとする仲裁廷の多数の見解に基づくものである。[para. 119]

27 : Tza Yap Shum v ペルー共和国 (ICSID Case No. ARB/07/6)

(JCA ジャーナル 2012 年 7 月号 (37))

判断年月日 : 2009 年 7 月 19 日 (管轄権判断)、2011 年 7 月 7 日 (本案判断)

仲裁廷の構成 : Judd Kessler (米国・長)、Hernando Otero (コロンビア)、Juan Fernández-Armesto (スペイン)

一 判断のポイント :

- ・香港住民である中国人投資家は、中国ペルー投資協定(BIT)に基づく仲裁を申し立てることができる。
- ・本件仲裁判断の対象には、収用の際の補償額のみではなく、収用が BIT に従ってなされたかも含まれる。
- ・中国ペルーBIT に最恵国待遇条項があることを理由に、BIT に規定された範囲を超える事項について仲裁を申し立てることはできない。
- ・本件課税処分そのものは収用に当たらない。
- ・課税処分に続いてとられた「保全措置」は、間接的収用に当たる。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 香港住民である中国人投資家 Tza Yap Shum (謝葉深) 氏は、TSG del Peru S.A.C.を通じてペルーに投資している。Tza 氏は同社の株式の 90%を保有しており、投資総額は 40 万ドルに及んでいる (本案判断パラ 74, 98)。TSG は 2002 年に営業を開始、ペルーにおける魚粉の大手輸出業者となった。TSG は自社工場を持たず、委託加工によって魚粉を輸出していた。TSG はペルーの銀行から融資を受けていなかったが、外貨の受け取り等のためにペルーの銀行を利用していた (本案判断パラ 74-76)。2004 年、ペルーの税務当局 Superintendencia Nacional de Administración Tributaria Peruana (SUNAT)は、TSG に対する税務調査を開始、会計帳簿の不備を指摘した。SUNAT は、TSG は魚粉の原材料価格を正しく帳簿に記載しておらず、結果的に売上高を低く見せているとして、みなし課税により、追徴課税と罰金を合わせ、約 1000 万ソラレス(1 ソラレスは約 29 円)の課税を決定(本案判断パラ 78-80)。さらに、SUNAT は、保全措置(medidas cautelares previas)として、TSG のすべての銀行取引を凍結した (本案判断パラ 81)。その結果、TSG は営業が困難となり、倒産手続(proceso concursal)を開始せざるを得なくなった (本案判断パラ 83)。TSG は、ペルー国内の裁判手続で別途課税処分について争っているが、課税決定から 5 年経った 2011 年 5 月現在でも、当初決定額の 31%は執行可能という状況である (本案判断パラ 84)。

B. 以上の事実関係について、Tza氏は、中国ペルーBITの違反に当たるとして、2006年9月、ICSIDでの仲裁を申し立てた。これに対し、ペルー政府は、本件はICSID仲裁の対象とはならないと抗弁したので、仲裁廷はまず2009年6月に管轄権を肯定する判断を示し、2011年7月に本案に関する判断を示した。

II. 申立人の主張

- A. 申立人の当初の主張は、SUNATによる課税処分とそれに続く保全措置は、中国ペルーBITの各種条項（公正衡平待遇の保障、投資保護義務、収用に対し補償をする義務、送金の自由の保障等）に違反するというものであった（管轄権判断パラ31）。
- B. 本案の手続では申立人は上記主張を次のように修正した。SUNATによる課税処分とそれに続く保全措置は中国ペルーBIT4条¹という違法な収用に当たり、損害賠償金5649万7500ソラレスと慰謝料1500万ソラレスの支払いを求める（本案判断パラ85）。申立人が求める賠償総額は約2500万ドルに相当する。

III. ペルー政府の主張

- A. 申立人は中国国民であることを立証していないので、本件には中国ペルーBITの適用がない。申立人のTSGへの出資は、BITの対象となる投資ではない。もし本件にBITの適用があるとしても、仲裁手続で争い得るのは収用の際の補償額のみであるところ、申立人は収用についての立証をしていない（管轄権判断パラ32）。
- B. 本案に関する手続では、ペルー政府は次のように主張した。課税処分は違法ではない。申立人は損害の立証をしていない。BIT4条の違反はないのだから、本件主張は退けられるべきであり、申立人はすべての仲裁費用を負担すべきである（本案判断パラ86-92）。

三 判断概要：

IV. 仲裁廷の判断

A. 管轄権に関する判断

申立人は中国国民であると認められるので、本件に中国ペルーBITの適用はある。申立人の出資も投資と認められる。被申立国は中国ペルーBIT8条3項²によれば、ICSID仲裁に付託で

¹ 中国ペルーBIT4条は次のように規定する。

1. Neither Contracting Party shall expropriate, nationalize or take similar measures (hereinafter referred to as "expropriation") against investments of investor of the other Contracting Party in its territory, unless the following conditions are met.
 - (a) for the public interest;
 - (b) under domestic legal procedure;
 - (c) without discrimination;
 - (d) against compensation.
2. The compensation mentioned in Paragraph 1(d) of this Article shall be equivalent to the value of the appropriated investment at the time when expropriation is proclaimed, be convertible and freely transferrable. The compensation shall be paid without unreasonable delay.

² 中国ペルーBIT8条は次のように規定する。

1. Any dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with

きるのは、収用の際の補償額に関してのみであると主張するが、同項は“a dispute *involving* the amount of compensation for expropriation”（英語正文の表現。強調追加。）について仲裁を認めているのであって、収用の補償額「を含む」(involucra)紛争は補償額に関する紛争に限定されず、収用が BIT に従ってなされたかどうかの紛争についても仲裁申立は可能である（パラ 150-151, 188）。申立人は、中国ペルーBIT は公正衡平待遇に関して最恵国待遇（MFN）を保障している³ので、ペルーが他国と締結した投資協定（とりわけペルー・コロンビア BIT）を援用して、収用以外の点についても仲裁を申し立てることができるとするが、この主張は認められない（パラ 216）⁴。

B. 本案に関する判断

SUNAT の税務調査及び課税決定自体は収用に当たらない（パラ 95、103、113）。しかし、その後 SUNAT が課した保全措置は収用に当たる（パラ 152-170）。その理由は次のとおりである。

保全措置により TSG の営業は大きな影響を受けた。売上高は、2003-4 年度の 8000 万ソラレスから 2005-6 年度には 340 万ソラレスに激減した（パラ 161）。この点で、課税による収入減だけでは収用とは言えないとした前例（Archer Danilles v. Mexico や LG&E v. Argentina など）とは事情が異なる。

ペルーは、TSG が倒産手続に入った結果、保全措置の適用は延期され、影響は出ていないと

- an investment in the territory of the other Contracting Party shall, as far as possible, be settled amicably through negotiations between the parties to the dispute.
2. If the dispute cannot be settled through negotiations within six months, either party to the dispute shall be entitled to submit the dispute to the competent court of the Contracting Party accepting the investment.
 3. If a dispute involving the amount of compensation for expropriation cannot be settled within six months after resort to negotiations as specified in Paragraph 1 of this Article, it may be submitted at the request of either party to the international arbitration of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, signed in Washington D.C., on March 16, 1965. Any disputes concerning other matters between an investor of either Contracting Party and the other Contracting Party may be submitted to the Center if the parties to the dispute so agree. The provisions of this Paragraph shall not apply if the investor concerned has resorted to the procedure specified in Paragraph 2 of this Article.
 4. The Center shall adjudicate in accordance with the laws of the Contracting Party to the dispute accepting the investment including its rules on the conflict of laws, the provisions of this Agreement as well as generally recognized principles of international law accepted by both Contracting Parties.

³ 中国ペルーBIT3 条は次のように規定する。

1. Investments and activities associated with investments of investors of either Contracting Party shall be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy protection in the territory of the other Contracting Party.
2. The treatment and protection referred to in Paragraph 1 of this Article shall not be less favorable than that accorded to investments and activities associated with such investments of investors of a third State.
3. The treatment and protection as mentioned in Paragraphs 1 and 2 of this Article shall not include any preferential treatment accorded by the other Contracting Party to investments of investors of a third State base on customs union, free trade zone, economic union, agreement relating to avoidance of double taxation or for facilitating frontier trade.

⁴ 「特別法（8 条 3 項）は一般法（MFN 条項）に優先するから」というのが仲裁廷の論理であるが、Newcombe 教授はこの論法に批判的である。そもそも特別法・一般法の関係ではなく、本件 BIT の MFN 条項は公正衡平待遇に限定されているからという理由だけでよかったという。

<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/10/21/another-misapplication-of-mfn-tza-yap-shum-v-the-republic-of-peru/> MFN 条項により他条約の公正衡平待遇条項を援用できるかの問題については、石戸信平「最恵国待遇条項の紛争解決条項への適用とその限界」JCA ジャーナル 59 巻 4 号（2012 年）28 頁注 16。

主張するが、そうは言えない。倒産手続終了後は、TSG は実際にはほとんど営業できていない (パラ 168)。

収用についてペルーの国家責任を問うことができるかという問題に関しては、たしかにペルーは税制の運用について裁量権を有するが、本件のような恣意的・不合理・差別的運用は許されない (パラ 171-218)。しかも、保全措置により得られたのは 170 ドルに過ぎず、税収を確保するという本来の目的は達成できていない (パラ 219-222)。

収用における適正手続(*debido proceso*)の保障については、ADC Affiliate v. Hungary の前例もその重要性を指摘するところであるが、本件では TSG は形式的には課税に対する異議申し立てを行うことができたものの、実質的には適正手続が保障されたとは言えない (パラ 223-240)。TSG は悪意(*presunta mala*)で行動したわけでもなく、自らの損害を軽減すべく努力している (パラ 241-251)。

以上から、ペルー政府は、BIT4 条に違反して TSG の財産を違法に収用したと認めるので、必要な損害賠償額について検討する。申立人キャッシュフローに基づく損害賠償算定を求めているが、これは妥当でない。ペルー政府の主張どおり、簿価に基づいて算定する。慰謝料 (精神的損害) は認められない⁵。利息は、申立人のいう年率 11%ではなく、米国財務省証券の平均金利に基づいて算定する (パラ 252-292)。仲裁費用の分担については、折半とすべきである (パラ 293-302)。以上から、ペルー政府は Tza 氏に対して損害賠償として 78 万 6306.24 ドル及び利息 22 万 7201.30 ドルを支払う義務があると判断する。

⁵ 精神的損害に関する判断については、仲裁廷は Lemire 事件仲裁判断に依拠している。Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28 March 2011. 鈴木五十三「FET (公正衡平待遇義務) 条項違反に基づく金銭賠償 ; 営業損害と精神損害の賠償基準と算定方法」JCA ジャーナル 58 巻 10 号 (2011 年) 34 頁。

28 : Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v アルバニア共和国 (ICSID Case No. ARB/07/21)

判断年月日 : 2009年7月30日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Jan Paulsson (スウェーデン/フランス・単独仲裁人)

一 判断のポイント :

ICSID 第 26 条及びギリシャ=アルバニア投資協定の fork-in-the-road 規定の下では、国内裁判で提起した請求と「請求の根本的基礎 (fundamental basis of the claim)」が同一の請求を国際仲裁で提起することはできない。具体的には、国内裁判所で既に契約上支払義務があると主張する金額について請求を行っている場合に、同じ主張に基づく請求を ICSID 仲裁において行うことは禁止される。

二 事案の概要 :

C.I. Sarantopoulos S.A.はアテネ証券取引所に上場するギリシャ法人であり、本件の当初の契約者である。Pantechniki S.A. Contractors & Engineers もアテネ証券取引所に上場するギリシャ法人であるが、2002年にC.I. Sarantopoulos S.A.を吸収した(2社の内のいずれかを取り上げる場合を除き、これら2社のいずれについても、「申立会社」という。)。申立会社は、国際入札によりアルバニアにおける橋梁及び道路の建設業者として選定され、申立会社と一般道路管理者との間で、1994年8月18日に第四契約(エルバサン=カファサン道路)が、1994年10月14日に第六契約(マムラシ=ミロティ道路)が締結された。申立会社は、契約の署名後すぐに建設を開始したが、それは1997年3月の数日間の暴動により中断し、その結果申立会社は建設現場を放棄し職員を本国に帰還させるに至った。武装集団が持ち出し可能な全てのものを盗み出し、残りの物を破壊した。1997年5月29日、申立会社は、合計4,893,623.93米ドルに上る賠償請求を行った。1997年10月1日、世銀が任命した現地技術者は、申立会社の損害は3,123,199米ドルであると評価した。その後、一般道路管理者が特別委員会を創設し、申立会社の損害が1,821,796米ドルであると評価した。申立会社の説明によれば、同社はアルバニアの別のプロジェクトに従事しており、政府との「良好な協力関係」を望んでいたため特別委員会の評価を受け入れたとのことである。1999年2月3日、一般道路管理者は、監督大臣である公共事業大臣に対して特別委員会の評価を伝達し、最終決定を要請する文書を送付した。1999年4月26日、公共事業大臣は、財務大臣に対して申立会社の請求の取扱いを要請する文書を送付した。申立会社は、特別委員会の評価の後に請求の履行を政府に対して迫ったが、1999年5月11日に、財務大臣はアルバニア法の規定を理由に支払いの拒絶を申立会社に対して通知した。[paras 6, 12-19]

2001年5月31日、申立会社は、上記文書に基づき公共事業大臣を相手とする訴訟をアルバニアの裁判所に提起した。申立会社は、強制力のある裁判所の決定が補償金を得るために必要であるとアルバニア政府当局者に忠告を受けたと主張する。しかし、アルバニアは、政府職員が申立

会社に対して裁判手続を開始することを奨励したことを否定する。2006年7月4日、ティラナ地方裁判所は申立会社の請求を棄却し、申立会社は、同年7月14日に控訴した。2007年7月5日に控訴が棄却されたため、申立会社はアルバニアの最高裁判所に即時に上訴を行った。[paras 20-25]

2007年8月1日、申立会社はアルバニア＝ギリシャ投資協定（本 BIT）第10条に基づき、仲裁申立書を提出した。[paras 25-26]

三 判断概要：

I. 管轄権及び受理可能性

適格な投資財産

申立会社は、本 BIT 第1条1の文言に基づき容易に適格な投資財産を保有しているように見受けられる。しかし、ICSID 条約第25条1の投資財産の定義については、困難が生じる。[para 35]

多数の国々が投資財産を幅広く定義する投資協定を締結してきた。それらの内の多くは ICSID 条約に基づく仲裁へのアクセスを付与することを意図している。これまで多数の仲裁廷を悩ましてきた問題が、ICSID 条約それ自体は、これらの投資協定の存在にもかかわらず自律的かつより制限的な定義を含んでいるのか否かというものである。[para 37]

ICSID 条約第25条1の「投資財産」は、非常に明確であるため他の条約の「投資財産」の広範な定義を無効と看做し得るような生来的な意味を有しているのだろうか。Salini 事件仲裁廷は、投資財産の性質を叙述するという尊敬すべき試みを行ったが、広く受け入れが可能な叙述は、管轄の要件に引き上げることはできない。それらの叙述は、仲裁人を政策形成者に変容させ、何よりも紛争解決における ICSID の入手可能性についての不確実性を増す主観的な判断の要素を仲裁廷にもたらす。[para 43]

結局、最良の結論は、「投資財産」には、生来の共通の意味があるとのコンセンサスであろう。これは、協定間の意図しない相違を防ぐ。ダグラスのルール23は、生来の共通の意味を提案している。しかし、私の役割は、全ての論争を解決することを意図した生起しつつある総合体についての一般的な宣言を行うことではなく、本件において本 BIT 及び ICSID 条約の双方の要件を充足する投資財産があったか否かを判断することである。[paras 46-47]

私は、本件においてこの管轄抗弁を棄却することになんらの躊躇もない。アルバニアは申立会社が契約に基づき建設を行うための資源及び設備を投入したことについて争っておらず、アルバニア政府の職員は、インフラの発展のために投じられた材料は申立会社によりアルバニアに輸送され、そこで失われたことを認めている。契約に関連するリスクについては、実際に発生した事象を考えれば明らかである。契約は申立会社に対する合計7百万米ドルの報酬を規定しており、商業的な収益の期待は明らかである。[paras 48-49]

2つの法廷における同一の請求の追及の禁止

アルバニアは、本件請求が ICSID 条約第26条に基づき受理可能性を欠くと主張する。同国は、

ICSID 条約第 26 条は、申立会社がアルバニアの裁判所で同一の事項について手続を遂行しているのに、ICSID の管轄について同意を与えることを許容していないと述べる。特に、申立会社が仲裁付託要請を行った後にアルバニアの最高裁に上訴を行ったことは第 26 条と両立しないという。[paras 50-52]

更に、アルバニアは、申立会社が本 BIT 第 10 条 2 の fork-in-the-road 条項にも違反したと主張する。同規定は、以下定める。

「If such disputes cannot be settled within six months from the date wither party requested amicable settlement the investor or the Contracting Party concerned may submit the dispute either to the competent court of the Contracting Party or to an international arbitration tribunal...」 [para 53]

これらの抗弁に関してよく適用される基準は、米国＝ベネズエラ混合委員会が打ち立てたもので、国際法廷に付託されている「請求の根本的基礎 (the fundamental basis of a claim)」が他で審理されている請求から自立したものであるか否かというものである。この基準はその後 2002 年の Vivendi 事件の取消決定において再活用され、その後の多数の事案で確認されてきた。鍵となるのは同一の紛争が国内法廷及び国際法廷の両方で係属しているか否かである。申立会社は、条約の規定に基づく請求は生来的に契約当事者として追及する請求とは異なると主張するが、これはラベリングによる主張であり、分析とは言えない。これに対し、アルバニアは、前例を総合し、請求が同一の事実の基礎を有し、求める救済が同一であれば、同一の「本質的基礎」を有すると主張する。私は、このような一般的な基準が個別事案の判断に役に立つとは考えない。同一の事実が違う法的請求を生じさせることがあるし、求める救済が類似していても請求の原因 (cause of action) の同一性を示すわけではない。必要なのは、請求にかかる権利が同一の規範的な源を有するかを判断することである。[paras 61-62]

申立会社のアルバニア裁判所における請求は明確に契約上の基礎がある。本仲裁は、ICSID の管轄は本 BIT に基礎を置くという単純な理由により契約上の基礎に基づいて進行することはない。本 BIT には、いわゆるアンブレラ条項もない。しかし、本仲裁廷は、本件請求が契約の外において真に自立的な存在であるか否かを判断しなければならない。[para 64]

申立会社の国内裁判における最後の主張は、「被告がかかる金額を支払うべきものと認めたために」1,821,796 米ドルの支払を受ける権利があるとの主張だった。この主張が受け入れられる限りにおいて、申立会社は、まさに同一の「根本的基礎」に基づいて ICSID において追及しているものが (裁判所において) 得られる。申立会社の不服は、同社が一般道路管理者と始めた契約上の論争で援用されたのと同じ権利から生じている。申立会社はこの問題についてはアルバニアの裁判所に持ち込むことを選択したのであり、申立会社は、条約上の請求の基礎として同一の「根本的基礎」を採用することはできない。[para 67]

ただし、この結論は、アルバニア裁判所による不当な取扱いについての請求、すなわち裁判拒否の請求を排除するものではない。[para 68]

II. 本案

（仲裁人は、申立会社が主張した、完全な保護及び保障、公正衡平待遇義務等について違反を認定しなかった。）

29 : Europe Cement Investment and Trade S.A. (Poland) v トルコ共和国 (ICSID Case No. ARB(AF)/07/2)

(JCA ジャーナル 2011 年 2 月号 (21))

判断年月日 : 2009 年 8 月 13 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Donald M. McRae (カナダ/ニュージーランド・長)、Julian D.M. Lew (英国)、Laurent Lévy (スイス/ブラジル)

一 判断のポイント :

- ・偽装された投資家によって申立てられた仲裁手続における管轄権否認 (手続の濫用)
- ・申立人からの申立却下請求と被申立国の救済請求のための手続継続
- ・被申立国による宣言的救済請求および精神的損害に対する金銭賠償請求

二 事案の概要 :

I 事実関係

A 問題の背景

本件は、申立人が株式を保有しているとするトルコ法に基づき設立された Çukarova Elektrik Anonim Şirketi (ÇEAŞ) および Kepez Elektrik T.A.Ş. (Kepez) という 2 つの電力会社に関する紛争である。請求は、1998 年にトルコ・エネルギー相によりトルコ 2 会社に認められたトルコの一定地域における電力の生産、送信、供給およびマーケティングに関するコンセッション協定が、2003 年 6 月 11 日に被申立国によって終了されたことによって生じた。申立人は、被申立国による仲裁同意としてエネルギー憲章条約第 26 条に依拠した。仲裁申立は、ポーランドが ICSID 条約非締約国であるため、ICSID 追加制度第 2 条(a)に基づいて提出された。[para.2]

B 管轄権の争点

1. 申立人の依拠する管轄権の基礎

申立人は、ポーランド法に基づき設立された株式会社であり、2003 年 5 月以降、トルコ 2 会社の株式の所有者であったことを管轄権の基礎とし、トルコ 2 会社の関係するコンセッション協定の被申立国による終了が、エネルギー憲章条約の違反であると主張した。

申立人の申述書によれば、2003 年 5 月に、申立人は、Kemal Uzan から、ÇEAŞ の 102,500 株 (全株式の 20%) を取得し、Kepez27,825 株 (全株式の 23%) を取得した。

その後、トルコ 2 会社の株式は、申立人から別のポーランド 2 会社に再度移転され、申立人は、現在、ÇEAŞ の 51,300 株 (全株式の 10.26%)、Kepez13,950 株 (全株式の 11.63%) を所有しているとされる。

申立人の申述書によれば、新トルコリラ導入前の 2004 年 12 月 24 日に、トルコ 2 会社の取締役

役会において、株主に対する既存の株式の返還と新株式証券（新トルコリラ）との交換を求める決議がなされ、申立人は返還と交換を 2005 年 1 月 10 日に行った。全株式証券の公正複写が、申述書に添付されている。

以上により、申立人は、トルコ 2 会社に所有権（ownership）を確立し、仲裁廷がこの事件についての管轄権を有するための要件を充足すると主張する。[paras.83-90]

2. 被申立国による管轄権否認の主張

被申立国は、管轄権に関する申述書において、申立人が基準時（2003 年 6 月 12 日）におけるトルコ 2 社の株式の所有権を確立しておらず、またそれを証明できなかったことから、実際には基準時にトルコ 2 社の株式を所有していないと主張した。

被申立国は、それを裏付けるものとして、申立人の財務文書がトルコ 2 社の株式所有に言及していないこと、申立人が仲裁廷により命じられた文書を提出していないこと、株式移転を有効とする法的要件である許可・通知等を申立人が行っていないこと、他の Uzan 関連の請求との間で株式数が矛盾していることなどを挙げた。[paras.92-110]

3. 申立人による却下要求

2008 年 12 月 4 日の書簡により、申立人は、「権利を害することなく、本件手続を中止する」ことを通知したが、被申立国が中止に反対したため、手続命令 9 号において、追加制度仲裁規則 50 条により、両当事者間の合意がないため手続は継続されると判断された。

その後、2009 年 3 月 24 日の書簡により、申立人は、「合法的な株式取得を示すことができないことを理由に」、管轄権が欠如することから、申立を却下するように要求した。

被申立国は、申立人は手続を確定力のある決定により却下することを請求していないことを指摘し、被申立国の請求する全ての救済に申立人が同意する場合にのみ中止に同意すると述べた。

2009 年 5 月 3 日の審問において、申立人は、追加制度仲裁規則 51 条の適用可能性に言及し、現時点で株式提出が不可能であり、さらに、仲裁廷が管轄権を有していないことに両当事者は合意しており、仲裁廷はこれ以上さらなる判断する必要がないと主張する。

被申立国は、管轄権抗弁および救済請求について決定を受ける権利があり、現時点で株式提出が不可能ということは、基準時において申立人が株式を所有していたかどうかという管轄権の鍵となる問題に何ら関係なく、申立人の権利濫用について仲裁廷が判断することに被申立国の利益があることから「略式仲裁判断」に反対すると主張する。

被申立国は、追加制度仲裁規則 52 条により、仲裁廷に付託された全ての問題が事実認定と判断理由とともに決定される仲裁判断を得る権利を有すると主張し、同 51 条の当事者の行動過怠による中止に関しては、両当事者には 6 ヶ月以内の行動があり、適用されないと指摘する。
[paras.111-117]

三 判断概要：

II 判断要旨

A 申立人による却下要求と手続の継続

事件の中止についての当事者間の合意がない場合、50 条に従い手続は継続される。当事者間で紛争解決に合意した場合には 49 条に従って中止されるが、そのような解決がない場合には、仲裁廷が手続を中止する根拠は存在しない。これは、2008 年 12 月 4 日の申立人による事件中止の通知に関する手続命令 9 号において取られた立場である。

しかし、2009 年 3 月 24 日の申立人による申立の却下要求は、2008 年 12 月 4 日の不継続通知とは異なる。今回、申立人は、管轄権要件を充足できないことを認め、それゆえ、申立が管轄権欠如により却下されるべきであると認めている。そして、両当事者は、仲裁廷に管轄権がないことについて一定の範囲で合意している。問題は、これが中止についての合意を構成するかどうかである。

「管轄権の欠如による却下」という結果について両当事者が合意しているという事実は、中止に合意しているとみなされるべきであるということも、当事者間に紛争が存在しないことも意味しない。申立人は、トルコ 2 会社の株式の所有権に関する文書を提出できないことを理由とし、被申立国は、申立人がトルコ 2 会社の株式を取得したことがないことを示す証拠があることを理由としていることから、管轄権の欠如の理由が異なっている。さらに、被申立国は、管轄権の欠如による申立の却下に加えて、救済を求めている。

したがって、管轄権の欠如を理由として単に事件を却下することはできない。申立人が仲裁廷の命じた文書を提出できないことを認めたことは、仲裁廷の管轄権判断に関係する事項であるが、管轄権の欠如による事件の中止の決定的な基礎とはならない。申立人が基準時にトルコ 2 会社の株式を所有していなかったと認めた場合には事情は異なったが、今回はそうではない。

この結論から、関連文書を提出できないことのみを理由とする管轄権の欠如による申立人の却下要求は拒否し、被申立国の救済要求の文脈から管轄権の問題を検討し、被申立国の救済請求について判断する。[paras.118-122]

B 被申立国の救済要求

被申立国は、管轄権に関する申述書において、以下の救済を請求した。[paras.123]

- (1) 申立人の請求をすべて却下すること
- (2) 申立人の請求が明白に根拠に欠けるものであり、偽造文書を利用したものであることを宣言すること
- (3) 仲裁廷によって定められた額の被申立国への金銭賠償を裁定すること
- (4) 仲裁費用およびその利子を被申立国へ支払う裁定をすること

1. 仲裁廷の管轄権

エネルギー憲章条約 26 条(1)により、請求は、その対象となっている国家の「地域」において

なされた「投資財産 (investment)」に関して投資家によって提出できる。したがって、エネルギー憲章条約規定の違反が行なわれた 2003 年 6 月 12 日の時点において、申立国が被申立国における投資に所有権を獲得していたことを示した場合に、仲裁廷は管轄権を有する。

申立人の提出した所有権を裏付ける証拠は、2003 年 5 月 30 日の株式移転合意の写、2005 年 1 月 10 日発行の株式証券の写である。これらの文書の真正性に被申立国から異議があったことから、仲裁廷は、これらの文書の原本、文書の真正性および基準時におけるトルコ 2 会社の株式所有を証明するその他の文書の提出を申立人に命じた。しかし、申立人は、当該文書を提出しなかった。さらに、2009 年 3 月 24 日の書簡において、申立人は文書提出の不可能を理由として事件を中止することを要求した。

申立人は、12 ヶ月以内に命令された文書を提出できるとするが、2009 年 3 月 24 日の書簡を、申立人が、基準時における被申立国での投資について必要な証明をしていないことを認めたものとして取り扱う。すなわち、同書簡は、エネルギー憲章条約 26 条(1)の下で要件とされる管轄権の基礎を証明できないことを認めるものである。

提出文書が不正である、または、請求は明白に根拠に欠けるという被申立国による主張がなかったとしても、申立人が請求の管轄権の基礎を証明できないということを認めたことにより、管轄権を欠くものとして処理することは可能である。

しかし、申立人が管轄権の基礎を証明できないことを認めなかったとしても、提出された証拠からは、少なくとも管轄権の基準時において、申立人がトルコ 2 会社の株式を所有していないという結論に至るだろう。この点からも仲裁廷は管轄権を有しない。

したがって、申立人は、基準時において被申立国において投資をしていたことを立証しておらず、申立人の請求は、管轄権の欠如により却下される。[paras.139-145]

2. 「請求が明白に詐欺的なものであり、不真正文書を使用したものである」ことの宣言請求

被申立国は、「請求が明白に根拠に欠けるものであり、不真正文書を使用したものである」ことを宣言することを請求した。被申立国は、これは、本案に関する請求ではなく、むしろ管轄権の請求が「明白に根拠に欠ける」という請求であると述べる。

被申立国の請求の本質は、申立人による手続の濫用であり、当該濫用があったことを宣言することを請求するものである。

宣言的救済は、国家対国家の国際裁判における救済の形式である¹が、投資協定仲裁のいかなる事件も引用として示されていない。しかし、そのような宣言が可能であることを申立人も認めた。

申立人は、トルコ 2 会社の株式を 2003 年 5 月に購買し、現在も所有すると主張したが、被申立国は、それが虚偽であると主張する。

¹ *Corfu Channel Case* (U.K. v. Albania) (Merits), *I.C.J. Reports* 1949, pp.4-38, *Rainbow Warrior Case* (New Zealand v. France), Award, 30 April 1990, *R.I.A.A.* vol.XX pp.215-284.

2003年5月の株式購買に関して申立人が提出した証拠は、2009年（原文ママ、2003年か）5月30日の株式移転合意の写と、Kemal Uzanの証言のみである。

株式移転合意の原本が存在し、申述書添付のために複写されたならば、なぜ2008年5月29日に仲裁廷が提出を命じた際に提出できなかったのか、という疑義が生じる。申立人は、「過去の経営の遺産」や「事情的障害」に言及したが、それ以上の説明はなかった。したがって、所持していないから、または、法廷審査に耐えうるものではないから、提出されていないという強力な推論が働く。

提出された株式移転合意の写についても、トルコ語およびポーランド語で作成されると書かれているのに、トルコ語はなくポーランド語のみなのか、支払期日が、購買日と何ら関係のない、新トルコリラで発行された株式証券と交換された2005年1月10日の4年後の2009年1月10日なのか、という疑義が生じる。株式移転合意は、実際には2005年になされ、申立人の請求の管轄権要件が満たされるように2003年5月20日に遡って日付が改ざんされたと推測される。

売買の手順についても、株式証券は「Rumeli groupの信頼できる従業員」により申立人の銀行貸金庫に個別に引渡されたとされるが、これらの従業員の情報はなく、引渡しのためのポーランドへの旅行記録もなく、株式証券預りの銀行記録もないということに疑義が生じる。出来事の記録がなく、売買全体に疑いを抱かせるものであり、株式の移転が実際に行われたという証拠がない。

被申立国側の法律専門家 Bahtiyar 教授は、トルコ法では、署名された株式移転合意のみでは、株式証券の所有権の移転に十分ではなく、所有権移転のためには様々な法技術 (legal techniques) を通して引渡されなければならないと指摘する。申立人は、要件を満たした引渡しの証拠を示していない。

また、同教授は、株式移転がトルコ法上有効となるためには、承認と通知が必要であると指摘する。申立人は、いかなる承認も要求せず、通知もしていないことから、2003年5月に有効な株式移転がなされていないことを示すものである。

申立人の2003年および2004年の財務文書において株式移転合意に言及していないことによって、株式移転合意の真正性にさらに疑義が生じる。株式購買は、実体的取引であり、申立人の資産の非常に大きな部分を構成する。財務文書に署名する際に、申立人の取締役がこれを見落としたというのは、信憑性がない。株式移転合意と財務文書とに共通の取締役会メンバーによる署名がなされていることで信憑性の欠如が強まる。いかなる株式移転も2003年5月には行われなかったという推論が導かれる。

申立人の主張は、所有株式数からも疑いがもたれる。申立人の申述書は、2003年5月に ÇEAS の株式の 102,500 株を取得し、Kepez の株式の 27,825 株を取得したと述べるが、株式移転合意には、ÇEAS の株式の 51,300 株と Kepez の株式の 14,075 株が移転されたと記載される。さらに、トルコ 2 会社の株式は ICSID 仲裁等に提起された様々な請求の基礎となっているが、被申立国によれば、各請求それぞれの申立人の所有する株式の総計は、ÇEAS が 130%、Kepez が 125%となる。

さらに、被申立国によって 2009 年 4 月 17 日に提出された追加情報によれば、2005 年 1 月 10 に新トルコリラで発行された ÇEAS の株式の一部として発行された株数の株式証券は、トルコ裁判所の訴訟において、申立人ではなく他の当事者によって所有されていると主張されている。本件では新トルコリラによる新株式証券が発行されたと主張されているのに反して、他の事件の裁判所への提出文書によれば、そのような新株式証券は発行されていないとされている。これらにより、トルコ 2 会社の株式を申立人は一切所有したことはなく、請求は不真正なものであるという証拠が非常に説得的であるという推論に至る。

申立人のトルコ 2 会社の株式購買の主張は、数百万ドルという株式の価値に対して、購買代金が 45,000 米ドルという額面価格で 8 年以上据え置かれていることから誠実 (bona fide) ではない。

被申立国の管轄権に関する申述書は、ポーランド裁判所に 2006 年 1 月に提出された申立人の 2005 年の財務文書において問題の株式購買が初めて記載され、それは、本件請求を通知する「引き金 (trigger)」書簡が被申立国に送付される 4 ヶ月ほど前のことであると指摘する。被申立国によれば、株式移転合意およびトルコ 2 会社の新株式に関する文書は、本件請求の基礎を作り出すために企図された入念な不正行為をなすものである。

以上のことから、2003 年 5 月にトルコ 2 会社の株式の申立人への移転はなく、申立人が株式購買を証明できなかつただけではなく実際には株式購買がなされていないという被申立国の主張が正しい、すなわち、株式所有の主張が不真正文書に基づくものであり、請求は明白に根拠に欠けるという推論が導かれる。この推論が正しければ、申立人が、トルコ会社の株式を所有しトルコにおいて投資をしているという不正な主張に基づいて仲裁廷が管轄権を有すると主張する手続を開始したことを意味する。

申立人は、この推論に反駁し、証拠となる文書を提出する機会があった。しかし、いかなる文書も提出されなかった。これは、その請求の基礎となっている文書の原本について、申立人が所持したことはないか、法廷審査に有効なものではなく、申立人の基準時におけるトルコ 2 会社の株式所有は明白に根拠に欠けるという推論を導く。

申立人は、文書提出が不可能なのは、前経営陣の経営ミス、代替の代理人の雇用不能に関連すると述べるが、信憑性がない。2008 年 5 月 15 日に、申立人は、手元に株式証券があると主張しているが、仲裁廷に提出を命じられてから 2 週間経っても提出していない。代理人雇用のためには 5 ヶ月以上猶予を与えている。誠実な請求をしているならば、期間内に代替の代理人を任命できる。

被申立国の主張に申立人が真剣な反論をしていないことは、少なくとも管轄権の基準時に所有権がなかったこと、さらに所有権が全く存在しないことを強く示唆する。基準時の株式所有についての立証責任を、申立人は果たしていない。

仲裁廷に提出され、申立人に反論されなかった証拠のすべては、少なくとも 2003 年 6 月 12 日以前に、トルコ 2 会社の株式の申立人への移転が行われなかったことを示し、基準時における株式の所有権の主張は、明白に根拠を欠いてなされたという結論を示す。すなわち、本

件請求が基礎としうる投資が存在せず、仲裁廷が本紛争を審問する管轄権を有しないことを意味する。

以上に照らして、本件の事情は、手続の乱用を構成するか否か。誠実原則（*principle of good faith*）が国際投資協定のもとでの義務の解釈適用に適用される国際法の原則であるということは、投資仲裁において十分に受け入れられており、エネルギー憲章条約に基づく本件にも適用される。

誠実原則に言及した先例として、*Inceysa v. El Salvador* 事件²および *Phoenix v. Czech Republic* 事件³がある。これらの事件では、誠実の欠如は、投資の獲得におけるものであるが、本件においては、少なくとも基準時において実際には全く投資は存在せず、不真正な文書に基づく投資の主張において誠実の欠如が問題となる。申立人の請求の管轄権の基礎は、証拠によれば不正とされた。そのような請求は、誠実になされたとはいえず、投資の所有権の不正な主張に基づく請求は、手続の濫用に当たる。

管轄権の主張が明白に根拠に欠けるものであり、不真正文書を利用して主張されたものであるという宣言をなすべきか否かという決定が残されるが、上述の結論の基礎となる明白な理由を示したという事実を照らして、問題にいかなる追加的宣言もしないことを決定する。
[paras.146-176]

3. 金銭賠償請求

被申立国は、本件申立によってその評判と国際的立場を害されたことによる精神的損害に対して、仲裁判断の費用とは別に額の金銭賠償の裁定を求めた。

それを裏付けるものとして、*Desert Line v. Yemen* 事件の ICSID 仲裁廷の決定を引用する。当該事件の仲裁廷は、とくに申立人の幹部の身体的拘禁に対して 100 万米ドルの裁定をした。

2009 年 5 月 3 日の審問において、申立人は、被申立国は評判または立場についての損害を受けたことを証明していないこと、*Desert Line* 事件では、身体的拘禁等があったのに対し、本件では同様の行動はないことを指摘した。

本件において、トルコ 2 会社の株式所有の主張は、日付が改ざんされた不正とされた文書に基づいている。また命令された文書の不提出は、手続の濫用に帰結する。

これらの申立人の行動が、被申立国の損害賠償請求の正当な理由となるか否かは、難しい問題である。この問題は、当該請求を審理する仲裁廷の管轄権の分析を必要とし、追加制度仲裁規則 47 条⁴の補助的請求（*ancillary claim*）に類似する。しかし、本件では身体的拘禁等の例外的事情が、精神的損害を正当化するものとして存在するとはいえないことから、これ以上判断する必

² *Inceysa v. El Salvador* (ICSID Case No. ARB/03/26), Award of 2 August 2006.

³ *Phoenix v. Czech Republic* (ICSID Case No. ARB/06/5), Award of 15 April 2009.

⁴ Article 47 Ancillary Claims

(1) Except as the parties otherwise agree, a party may present an incidental or additional claim or counter-claim, provided that such ancillary claim is within the scope of the arbitration agreement of the parties.

(2) An incidental or additional claim shall be presented not later than in the reply and a counter-claim no later than in the counter-memorial, unless the Tribunal, upon justification by the party presenting the ancillary claim and upon considering any objection of the other party, authorizes the presentation of the claim at a later stage in the proceeding.

要はない。被申立国が被った潜在的な評判の損害は、費用判断を含むこの仲裁判断に述べられた理由付けおよび結論により治癒されるであろう。被申立国に対する「満足」を提供する。したがって、被申立国に対する金銭賠償の裁定は行わない。[paras.177-181]

4. 費用

本件の事情では、管轄権の主張は、明白に根拠に欠けるとされる株式の所有権に基づいており、全費用を申立人負担とすることは、被申立国が管轄権の基礎のない請求を防御しなければならなかったことをいくらか補うことになり、他の者が、このような賞賛されない請求を行うことを防止するであろう。

したがって、追加制度仲裁規則 58 条(1)に従い、本件に関する被申立国の全費用 3,907,383.14 米ドル、および被申立国の本仲裁の負担分 129,740 米ドル（ICSID による全支出の半分）とともに申立人が支払うことを命じる。[paras.182-186]

30 : Romak S.A. (Switzerland) v ウズベキスタン共和国 (PCA Case No. AA280)
(JCA ジャーナル 2010 年 10 月号 (14))

判断年月日 : 2009 年 11 月 26 日

仲裁廷の構成 : Fernando Mantilla-Serrano (コロンビア・長)、Noah Rubins (米国)、Nicolas Molfessis (フランス)

一 判断のポイント :

- ・ UNCITRAL 仲裁規則による投資協定仲裁であるため ICSID 条約 25 条の「投資」の要件は適用されない、という場合でも、管轄の根拠となる投資協定により、「投資」の範囲は限定される。
- ・ 管轄の根拠となる投資協定が「投資」の定義として「すべての種類の財産」等の広い定義を採用する場合でも、「投資」の範囲は限定される。
- ・ 当該投資協定の解釈上、「投資」の要件として、「出資」「持続期間」「リスクの引受」の 3 要件を満たす必要があり、単純な商取引は、「投資」には含まれない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 事案の概要

本件仲裁は、スイス法人 Romak が、スイス連邦とウズベキスタン共和国間の二国間投資協定¹ (1993 年 11 月 5 日発効。以下「本件 BIT」という。) の手続に従い、ウズベキスタンを相手方として UNCITRAL 仲裁を申し立てた事案であるが、それに至る事実関係は以下のとおりである。

B. 取引関係の概要 [paras.2-6, 12-51]

1. 小麦供給契約 [paras.24-40]

本件では、まず先行して、1995 年 10 月、ウズベキスタン政府系企業 Uzkhleboproduct² とカザフスタン企業 Odil との間の小麦供給契約が締結されており、同契約上、Odil は、Uzkhleboproduct に対して、小麦 45 万トン (120 ドル/トン) を供給する義務を負っていた。しかし、Odil は最後の 5 万トンを供給せず不履行となった。

このため、本件仲裁の申立人である Romak 社が取引に関与することになった。Romak 社は穀物の国際取引を専門とするスイス法上の株式会社 (société anonyme) であるが、Odil の代わ

¹ http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/switzerland_uzbekistan_fr.pdf

ただし、本稿での引用等に当たっては、本件仲裁判断の文中に引用された英訳に従っている。

² 穀物の生産、供給、流通に関して責任を負う主たる国家機関 (principal State institution) であったが、State Joint Stock Company に組織変更された。[paras. 15-18] その行為が国家に帰属するか否かは、本件の争点の 1 つとなった。[paras. 112-124]

りにこの Romak 社から小麦の供給を受けるべく、Uzkhleboproduct は、そのグループ会社の 1 つ Uzdon³をして、Romak 社との間で小麦供給契約を締結させることとし、1996 年 6 月または 7 月に、Uzkhleboproduct と Uzdon との間でコミッション契約が締結された⁴。

以上の経緯の中で、Romak 社が当事者となって締結された一連の契約（本件契約）の主な内容は、以下のとおりである。

- ① 4 者契約：Odil の 5 万トン不履行を填補する目的で、Romak、Odil、Uzdon、Uzkhleboproduct の間で締結された。Romak が Odil に代わって小麦を供給し、Odil 供給契約上の Uzkhleboproduct に対する義務を履行する。その後、Romak は追加の 5 万トン以上の小麦供給の依頼を受けるものとし、これを Odil が履行することで、次の②に述べる「Romak 供給契約」上の Romak の Uzdon に対する義務を履行する、とされた。（しかし、実際には、後者の追加供給については合意も実行もされなかった。）
- ② Romak 供給契約：Romak と Uzdon の間の契約で、Romak は最大 5 万トンの小麦粉を 1996 年 12 月 31 日までに Uzdon に供給する義務を負うとされ（235 ドル/トン、C.I.P.(Carriage and insurance paid to)カザフ・ウズベク国境駅 Chengeldy）、他方、Uzdon は、ウズベキスタンの政府系銀行（National Bank for Foreign Economic Affairs of Uzbekistan）の保証書を Romak に提供しなければならないと規定されていた。また、契約上、紛争解決は GAFTA⁵仲裁によるとされていた。
- ③ 保証書（Letter of Guarantee）：Uzdon 及び Uzkhleboproduct は、Romak に対して、Romak 供給契約で規定された銀行保証またはそれと同価値の同銀行の信用状開設を保証する、とされた。
- ④ 相互協力覚書（Protocol of Intention on Mutual Cooperation）：Romak、Uzkhleboproduct、Uzdon の間で締結されたもので、長期的な商業協力を目的とし、Romak は Uzkhleboproduct に対し世界の穀物株式（grain stocks）に関する市場データ、予想、推奨を提供して、支援するのと引き換えに、Uzkhleboproduct は、Romak に将来の穀物輸入において優先的な地位を与える、とされていた。

2. 小麦供給と不払い問題 [paras.41-51]

一方で、Romak は、1996 年 8 月 8 日～1997 年 1 月 21 日に合計 40,581 トンを引き渡したが、Uzdon 及び Uzkhleboproduct は、保証実行も信用状開設も行わなかった。他方で、1996 年 10 月 24 日、Uzkhleboproduct と Odil は、Odil による穀物引渡しは 338,017.47 トン、その対価の 66,592,796.53US ドルは Uzkhleboproduct により支払われた、として引渡し済みの小麦の質・量について相互に異議なしとする精算書（Reconciliation Report on Grain Deliveries and

³ Uzkhleboproduct の企業グループに属する貿易会社で、1995 年閣議により設立されたが、後に公開株式会社へ組織変更された。穀物その他の原料の輸入の一元化を確保する目的を有する。[paras.19-22] Uzdon の行為の国家への帰属も、本件仲裁の争点の 1 つとなった。[paras.112-124]

⁴ Odil の不履行を填補する目的で、ウズベキスタン政府による穀物輸入割り当てがなされることを条件として、Uzdon が Romak との間で 5 万トンの小麦供給契約を締結することを Uzdon が引き受ける、というもの。

⁵ 穀物飼料貿易協会（Grain and Feed Trade Association）。穀物貿易企業を会員とする 1878 年創設の業界団体で、仲裁サービスも提供している。http://www.gafta.com/index.php?page=index

Payments under Contract No 6-2/005 Dated 2 October 1995) に署名した。

その後、Uzdon 及び Uzkhleboproduct は、Romak による小麦供給に関してその条件であった政府の輸入割当は未だなされておらず、Romak による小麦供給は Odil 供給契約上の履行である、といった立場を示し、介入したウズベキスタン大統領府も同様の立場で Romak に対応した。なお、1997 年 3 月 28 日、Odil は Romak に対して、4 者契約上の Romak に対する支払い責任を承認し、1997 年中に支払い予定である旨告げた。

C. GAFTA 仲裁判断とその執行手続 [paras.52-70]

1. GAFTA 仲裁 [paras. 52-61]

1997 年 4 月 2 日、Romak は GAFTA 仲裁を申し立てた。同年 8 月 22 日、GAFTA 仲裁廷は、Odil による未払いとなっている Romak の全ての小麦供給について Uzdon に支払い義務があると判断し、損害額として、10,510,629.12US ドル及び利息の支払いを命じた。

1998 年 3 月 28 日、Uzdon は、GAFTA 上訴委員会 (Board of Appeals) に不服申立てを行ったが、同年 7 月 31 日に期限徒過により退けられた。1998 年 8 月 28 日、Uzdon は英国高等法院に異議を申し立てたが、1999 年 1 月 28 日に退けられた。

2. GAFTA 仲裁判断の執行手続 [paras.62-70]

2000 年 8 月 9 日、Romak はウズベキスタン・タシュケント市商事裁判所に GAFTA 仲裁判断の承認・執行を申し立てたが、同年 10 月 2 日、同裁判所は、Romak 申立てを「原告に差し戻す (returned to the plaintiff)」と判断した。原仲裁判断及び仲裁付託合意を執行裁判所の国の公用語に翻訳する必要があるというニューヨーク条約 4 条の要件を満たしていないこと、及び、ニューヨーク条約 5 条により求められる仲裁人の選定通知の証明がないことを理由とする。Romak は同年 11 月 24 日に控訴したが、タシュケント商事控訴裁は原審決定を肯定した。

また、Romak の申立てで、フランスでも銀行口座に対する保全処分などが行われた。

D. 本件仲裁手続における経過と両当事者の主張 [paras.7-11, 71-156]

1. 手続関係

本件 BIT9 条⁶は、申立人に UNCITRAL 仲裁と ICSID 仲裁の選択を認めているが、申立人は、2006 年 3 月 29 日、UNCITRAL 仲裁規則に従い仲裁通知を行った。

2. 両当事者の主張 [paras.7-11, 112-156]

⁶ Article 9 Disputes between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party

...

(2) If these consultations do not result in a solution within six months the dispute shall upon request of the investor be submitted to an ad hoc arbitral tribunal. Such arbitral tribunal shall, unless otherwise agreed upon by the parties to the dispute, be established under the arbitrations rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

(3) In the event of both Contracting Parties having become members of the Convention of Washington of March 18, 1965, for the settlement of disputes regarding investments between States and nationals of other States, disputes may, upon request of the investor, as an alternative to the procedure mentioned in paragraph (2) of this article, be submitted to the International Centre for Settlement of Investment Dispute.

(4) Each Contracting Party hereby consents to the submission of an investment dispute to international arbitration.

...

なお、スイスは本件 BIT 以前に ICSID 条約に加盟していたが (1968 年 6 月 14 日発効)、ウズベキスタンの ICSID 条約加盟は 1995 年 8 月 25 日発効で、本件 BIT の発効後である。

申立人は、Uzdon 及び Uzkhleboproduct の不払い・保証拒否は契約違反行為であり、本件 BIT11 条のアンブレラ条項（義務遵守条項）⁷等により、これらの契約違反行為について被申立国が責任を負うと主張し、公正衡平待遇義務違反や適切な補償なき収用にあたりと主張した。また、ウズベキスタンの裁判所による GAFTA 仲裁判断の執行拒絶についても、公正衡平待遇義務違反（裁判拒否）や収用にあたりと主張した。

これらの主張に対して、ウズベキスタンはそれぞれ反論を行ったが、本件で重要なのは、申立人の主張の根拠となっている契約関係及びこれに基づく GAFTA 仲裁判断は、本件 BIT 上の保護を受ける「投資」に該当しない、として管轄問題を争った点である。この点に関する両者の主張は以下のとおりである。

(a) 「投資」に関するウズベキスタンの主張 [paras.98-100, 104-105, 109-110]

ウズベキスタンは、「投資」該当性を否定する理由として、小麦供給契約に基づく商品売買を「投資」に含めれば、「投資」概念が無限に拡大してしまうこと、及び、ウズベキスタンとスイスの間で、本件 BIT と同時に交渉され、同日に署名された通商経済協力協定（Agreement on Trade and Economic Cooperation, ATEC）が商品売買に関する二国間関係について定めており、ATEC は通常の商品売買取引を本件 BIT の適用範囲から除くという二国間の意図を反映したものであること、を挙げる。また、GAFTA 仲裁判断については、仲裁判断はそれ自体では「投資」を構成せず、その基礎となった取引が「投資」に該当する限りでのみ「投資」となる、と主張した。

ウズベキスタンは、「投資」該当性に関して「Salini テスト」⁸に基づく主張を行っており、その要件は、①規則的な収益や配当、②一定期間の事業継続、③投資家によるリスクの引受け、④ホスト国の経済的発展への寄与、の各要素であるが、本件契約の取引はいずれも満たさない、と主張した。

また、ウズベキスタンは、投資協定上の「投資」概念は、「領域」の要素を伴う必要があるが、Romak 供給契約はウズベキスタン国外で履行されたから、本件における「投資」に該当しない、とも主張した。

(b) 「投資」に関する申立人の主張 [paras.101-103, 106-108, 111]

本件 BIT1 条(2)項⁹は、「投資」について広い定義を採用しており、“*claims to money or to any*

⁷ Article 11

Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.

なお、アンブレラ条項（義務遵守条項）一般については、濱本正太郎「義務遵守条項（アンブレラ条項）」小寺彰（編）『国際投資協定』（三省堂、2010年）137-155頁参照。

⁸ Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001

⁹ For the purpose of this Agreement:

.....

(2) The term “investments” shall include every kind of assets and particularly:

(a) movable and immovable property as well as any other rights in rem, such as servitudes, mortgages, liens, pledges;

(b) shares, parts or any other kinds of participation in companies;

(c) claims to money or to any performance having an economic value;

(d) copyrights, industrial property rights (such as patents, utility models, industrial designs or models, trade or service marks, trade names, indications of origin), technical processes, know-how and good will;

(e) concessions under public law, including concessions to search for, extract or exploit natural resources as well as all other rights given by law, by contract or by decision of the authority in accordance with the law.

performance having an economic value” という文言、及び、*“rights given by law, by contract or by decision of the authority in accordance with the law”* という文言に、Romak 供給契約上の金銭請求権及び GAFTA 仲裁判断に基づく金銭請求権は含まれる、と主張した。

そして、ICSID システム上の投資協定仲裁では、対象投資協定上の「投資」であると同時に、ICSID 条約上の「投資」であることが必要であるが、本件のような UNCITRAL 規則による投資協定仲裁では、対象投資協定上の「投資」であればそれだけで事項的管轄の要件を満たすので、両者は区別されるべきであるとし、Salini テストは ICSID 仲裁判断例上で発展してきた基準であるから、UNCITRAL 仲裁では無関係で、適用されないと主張した。また、仮定的に、Salini テストが適用されるとしても、本件はその要件を満たす、とも主張した¹⁰。

さらに、申立人は、本件 BIT は何ら「領域」要件を定めていないと主張し、また、仮にホスト国「領域」との関連が必要だとしても、本件ではその要件を満たす、と主張した¹¹。

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 管轄に関する判断—「投資」の有無

1. 本件 BIT 上の「投資」の意義 [paras.173-208]

本件 BIT1 条(2)項における列挙が網羅的ではないことについて、両当事者に争いはない。このことは、同項柱書における *“and particularly”* の文言からも確認できる。

(a) 申立人の主張は、以下のとおり採用できない。第 1 に、本件 BIT の列挙が網羅的ではない以上、このリストにない類型もあり得るのだから、それが「投資」と認められる否かの基準が別に存在するはずである。第 2 に、ウィーン条約法条約 31 条 1 項¹²は、「文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして」「通常の意味」に従い解釈する、としているところ、本件 BIT の趣旨・目的は、その前文で、*“[r]ecognizing the need to promote and protect foreign investments with the aim to foster the economic prosperity of both States”* and *“[d]esiring to intensify economic cooperation to the mutual benefit of both States”*. とされている。さらに、本件 BIT は、両国当事者の間の商品売買に関する契約を対象とする ATEC と同日に署名されており、両国は「通商／貿易 (trade)」と「投資」とを区別して、別個の条約を締結することを選択した。

また、本件 BIT1 条(2)項の機械的な適用は、「明らかに常識に反した又は不合理な結果」(ウ

¹⁰ 申立人は、①Uzdon と Romak の契約は、Romak と Uzkhleboproduct の間の覚書 (Protocol of Intention) に規定された長期・互恵的協力の一環であり、Romak が 4 万トンを引き渡した 5 ヶ月間に渡って履行された。その利益は上記覚書に従い、さらなる科学的協力関係の資金にすることが予定されていた、②ICSID 先例上、期間継続は求められていない。また、本件売買は覚書上、Romak に与えられた優先的地位の下で、予定された一連の供給の最初の取引である、③ウズベキスタンの投資環境に照らし、Romak は実質的なリスクを引き受けていた。さらに、覚書に従うことで、直接の経済的対価を得ることなしに、知識移転リスクを負っていた、④当時、ウズベキスタンにおける穀物供給は、保障された状態からは程遠く、ウズベキスタン経済及び人口 (人々) にとって死活的であった、などと主張した。

¹¹ 申立人は、駐在事務所 (representative) をタシュケントに設置し、本件商品の引渡し及び利用はウズベキスタン国内でなされた、などと主張した。

¹² 本仲裁廷は、ウィーン条約法条約にウズベキスタンが批准したのは 1995 年 7 月で、本件 BIT は 1993 年 4 月に署名されたので、同条約は本件 BIT の解釈に直接適用されないが (同条約 4 条)、同条約、とくに条約解釈に関する規定については、国際司法裁判所その他の国際社会から国際慣習法を成文化したものとして受け入れられている、として同条約の参照を肯定している。[paras. 169-172]

ーン条約法条約 32 条(b)) をもたらず。第 1 に、「投資」と純粋な商取引との区別を無意味にする。第 2 に、申立人の解釈では事実上、仲裁判断の執行に関する国内裁判所の判断に対する新たな上訴審を設置することになってしまう。最後に、申立人の解釈では、スイス国民の勝訴仲裁判断または勝訴判決は、その根拠となる取引の性質にかかわらず、すべて本件 BIT 上の「投資」とになってしまう。

(b) そこで「投資」の意義について、さらに検討する。「投資」の語には固有の意味がある。本件 BIT 前文に照らし「投資」は、単なる通常の商取引から区別される。

本仲裁廷は、ICSID 条約上の「投資」の解釈をする必要があった他の仲裁廷とは前提が異なるが、本件 BIT9 条(3)項は、ICSID 仲裁に付託する可能性も規定している。UNCITRAL 手続における「投資」を ICSID の場合よりも広く解すれば、同じ本件 BIT による実体的な保護の範囲が、その条約上の紛争解決メカニズムの単なる選択だけで変わることになり「不合理」である。

ICSID 仲裁における「投資」の意味と本件 BIT のそれが異なる意味を有するという前提に立つ根拠はない。実際、ICSID 条約の起草者は、締約国に大きな柔軟性を認めるために「投資」について特定の定義を置かなかつたと見られる。当事国が想定していた「投資」の定義が、ICSID 条約の利用を排除し、ICSID 仲裁と UNCITRAL 仲裁の選択を投資家に認める規定を無意味にするようなものであると結論づけるのは不合理である。同じ当事国の間で同様の文脈で使われる同じ用語は、同じ（少なくとも両立する）意味に解すべきである。

そこで、ICSID 仲裁による判断例を参照すると、「投資」該当性を認めるためには一定の要素が必須である、とするアプローチを採用する仲裁廷であっても、Salini テスト（出資、期間、リスク、経済的発展）の構成要素全てを支持はしていない¹³。

当事国が、通常の「投資」以上の意味、例えば、1 回きりの売買なども投資協定の保護の対象に含めたい場合には、疑義なくそのように理解できる文言で規定する必要がある。

本件 BIT では「投資」との関係で「領域」が繰り返し参照されていることなどから、本件 BIT ではホスト国との関係で一定の継続性を持つ経済活動を意味しているものと解する。それゆえ、本仲裁廷は、本件 BIT 上の「投資」は、固有の意味があり、「出資」「期間」「リスク」の 3 要素を備えている必要があると解する。

2. 本件における「投資」の存否（要件のあてはめ） [paras.209-232]

本件では GAFTA 仲裁判断は、その元になった Romak 供給契約と密接不可分であり、後者が

¹³ 本仲裁廷は、ICSID 仲裁の「投資」に関する判断例について、2 つのアプローチがあると整理する。第 1 は、Salini 事件（前掲注 7）などに見られる「概念論者（conceptualist）」アプローチで、一定の要素が管轄肯定のためには必須であるとする。第 2 は、「実践的(pragmatic)」アプローチで、CSOB 事件（Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999）の仲裁廷が述べるように、投資に典型的に見られる一定の要素が仮にすべて揃っていなくても、管轄は認められるべきとする。[paras.197-199] Salini テストを明示的にあるいは暗に批判して、後者のアプローチをとる仲裁判断例として、Malaysia Historical Salvors 事件・特別委員会判断（後掲注 23）を含む 4 つの仲裁判断例を挙げる。[para.200 (FN 170)]

その上で、他の仲裁廷は、「概念論者」アプローチを採用する場合でも、Salini テスト（出資、期間、リスク、経済的発展）の構成要素全てを支持はしていないとして、LESI-Dipenta 事件（Consortium Groupement LESI-Dipenta v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/8, Award of January 10, 2005）や Pey Casado 事件（Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award of May 8, 2008）など多くの仲裁判断例を挙げる。[paras.201-204 (FN 171)] なお、Pey Casado 事件については、濱本 正太郎「投資保護協定の時間的適用範囲と国内裁判遅延の公正衡平待遇義務違反性」JCA ジャーナル 56 巻 10 号（2009 年）5 頁参照。

「投資」に該当しない場合に前者だけが「投資」に該当するとは判断できない。

そこで、本件契約について「出資」「期間」「リスク引受」の3要件に照らして判断すると、Romak 供給契約上、小麦供給に対してすぐに支払いがなされることになっていること、「覚書 (Protocol of Intention)」はウズベク側当事者に拘束力ある義務を何ら課しておらず、覚書に基づく履行や費用支出は何らなされていないこと、申立人の役員のタシュケント居住は立証されていないこと、本件の取引は5ヶ月間の小麦供給だけで、Romak 供給契約上もその期間を超えた取引を何ら定めていないこと、契約不履行のリスク、純粋な商業上の相手方リスク、事業遂行の一般的リスクは「投資」要件としての「リスク」に該当しないことなどから、上述の3要件は満たされない。

3. 「領域」性など [paras.233-241]

小麦の最終目的地がウズベキスタンであることを両者知っていた本件において、「投資」の要件として明示的に「領域内」という要件が規定されていない以上、本件 BIT 中の「領域」への言及はホスト国が享受する利益を指すに過ぎず、「投資」が領域内でされることは不要である。「投資」に関する3要件の観点から分析することで足りる。

B. 費用負担 [paras.244-252]

UNCITRAL 仲裁規則上、費用に関しては 38 条ないし 40 条¹⁴に規定されている。仲裁費用について、過去の投資仲裁の判断例では、各当事者で折半とする例が多い。その理由は、投資協定仲裁は新しい仕組みと法を適用するため、敗訴してもやむを得ない面があるからである。本件も、仲裁判断の執行に関して ICSID 仲裁以外の場で投資協定上の請求として判断された初の事例である。敗訴者負担をさせないという投資仲裁の一般的実務が常に適切であるわけではないが、本件では、各当事者代理人はまじめに効率的に手続を遂行しており、相手方に負担させる理由は無い。

したがって、仲裁費用については折半、弁護士費用等については各自負担とする。

¹⁴ 40 条 1 項及び 2 項を掲げておく。

Article 40

1. Except as provided in paragraph 2, the costs of arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.

2. With respect to the costs of legal representation and assistance referred to in article 38, paragraph (e), the arbitral tribunal, taking into account the circumstances of the case, shall be free to determine which party shall bear such costs or may apportion such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable.

...

31 : Joseph Charles Lemire v ウクライナ (ICSID Case No. ARB/06/18)

(JCA ジャーナル 2011 年 10 月号 (29))

判断年月日 : 2010 年 1 月 14 日 (第一仲裁決定、管轄及び責任原因)、2011 年 3 月 28 日 (第二仲裁決定、損害賠償)

仲裁廷の構成 : Fernandez-Armesto (スペイン・長)、Jan Paulsson (フランス)、Jürgen Voss (ドイツ)

一 判断のポイント :

- ・ ラジオ放送電波免許申請の拒絶と公正衡平待遇義務違反
- ・ 公正衡平待遇義務違反に基づく損害賠償の範囲
- ・ 営業損害の賠償額算定方法
- ・ 精神損害の賠償基準

二 事案の概要 :

I. 事実関係 [第一仲裁決定 (以下、「第一決定」という) paras.230-242]

本件は、ウクライナ法人である Gala の株主である米国人 (以下「申立人」という) が、Gala がラジオ放送事業のために電波割当の免許申請 (多数) をウクライナ (以下「ウクライナ」又は「被申立国」という) 関係当局に行ったところ申請が拒絶されたことから、被申立国は BIT 条約上の公正衡平待遇義務に違反したとして、被申立国を相手方として、同義務違反の確認とこれに基づく営業損害と精神損害の賠償を ICSID に申し立てた事案である。

申立人はウクライナで音楽放送局を開業しているウクライナ法人 Gala の支配株主である (1995 年に 30% 株式を取得し 2006 年までに 100% 株主となった)。Gala は、1995 年から放送事業を開始し、90 年代後半にはウクライナにおける著名なラジオ局となった。Gala は、電波の割当権限をもつ被申立国の国家電波審議会 (National Council) に、周波数の割当申請を行った。被申立国では、新規周波数について公募により申請者を募り国家電波審議会が、利用者を決定する制度であった。Gala は、2001 年から 2006 年の間に、公募対象となった新規周波数につき、200 件以上の割当申請を行ったが、免許を受けたのはその内の (地方の小規模な村を地域とする) 1 件にすぎなかった。

II. 当事者の主張

A. 申立人の主張

1. 被申立国の BIT 条約公正衡平待遇義務違反 [第一決定 paras.209-219,38-39]

申立人は、被申立国の国家電波審議会などが行った申立人の電波割当の免許申請の拒絶は、不公正、不衡平、差別的かつ恣意的な行為であり、大統領を含む他の政府関係機関の影響の下で組織的に行われたものであると主張した。特に、2002年から2006年までに行われた6回の拒絶処分は、被申立国による公正衡平待遇義務違反であるとした。

申立人は、被申立国の公正衡平待遇義務違反の行為の違法性の宣言とともに、同行為により2001年以後全国を対象とするFM局の開設が不能となったことによる営業損害の賠償として金55Mドルを、被申立国による嫌がらせ(harassment)により受けた苦痛に対する精神損害の賠償として3Mドルの支払いを求めた。

2. 営業損害の賠償額算定 [第二仲裁決定 (以下、「第一決定」という) paras.119-125]

申立人は、営業損害の賠償額算定のため専門意見書(以下、「Goldmedia 意見書」という)を提出した。Goldmedia 意見書は、営業損害の賠償額は、現在継続中(as is)のGalaの営業の現在価値(現存営業価値)と公正衡平待遇義務違反行為がなかったならば行われたであろう(but for)Galaの営業の現在価値(期待営業価値)の差額(逸失営業価値)に基づいて算定されるべきであるとした。期待営業としては、①2001年開始のFM全国放送の営業、②FM若者向け放送営業を①の営業に加えた営業、③AM全国向けトーク放送営業を②の営業に加えた営業及び④AM全国向けトーク放送営業を①の営業に加えた営業、の4つのシナリオを検討し、各シナリオの期待営業の現在価値は、DCF法により算出されるべきであると主張した。そして、それぞれの場合について、①初年度(2001年)売上を同種放送事業の売上を参照して確定し、②以後15年目(2015年)まで、期待売上を算出し、③そこから費用を控除して、各年毎のフリーキャッシュフローを算出した上で、④年割引率により割り戻して現在価値(net present value)を求めた。⑤これに、最終年(2015年)の終期価値(terminal value)(2015年のフリーキャッシュフローを7倍した後に割り戻して算出)の現在価値を加算して、期待営業価値とし、⑥そこから現在営業価値を控除した額を営業損害額(逸失営業価値)とした[第二決定 para.219]。そして、これに基づく逸失営業価値は、①の場合は30Mドル、②の場合は40Mドル、③の場合は46Mドル、④の場合は43Mドルになるとした。

3. 精神損害 [第二決定 paras.312-317]

申立人は、精神損害の賠償に関して、Lusitania 号事件¹に依拠し、それら先例が精神損害に対する賠償を認める基準として示した特別事情が本件において存在すると主張した。精神的苦痛の内容としては、多数の申請書の作成、審議会への出席、その記録とフォローアップなどの大変な努力、申請手続き中に受けた無礼を挙げ、これらは、「継続的な侮辱、失望、ストレス、ショック、軽蔑、屈辱、羞恥、見下し」であるとした。

B. 被申立国の主張

1. 公正衡平待遇義務違反の主張に対する被申立国の主張[第一決定 paras.220-228,para.40]

¹ Opinion in the Lusitania Cases, November 1, 1923, Reports of International Arbitral Awards, vol. VII, p. 32 [Lusitania 号事件].

被申立国は、被申立国が行った申立人の免許申請の拒絶処分は、いずれも公正衡平待遇義務に違反しない。周波数の割当手続は適正であり、政府から独立した国家電波審議会により行われている。申立人は、衡平に待遇され他の申請者と比べて差別的に不利益扱いを受けたことはない。申立人は外国投資家としての地位を乱用しているとして、申立の棄却を求めた。

2. 営業損害の賠償額算定 [第二決定 paras.126-144]

被申立国は、申立人の申請には不備があり免許が付与される内容ではなかったから被申立国の拒絶処分と営業損害との因果関係がないと主張した。そして、因果関係が否定された先例として、*Biwater 事件*²と *ELSI 事件*³を引用した。

被申立国は、営業損害の算定方法については、専門意見（以下、「*EBS 意見書*」という）を提出した。*EBS 意見書*は、営業損害の算定について、期待営業収入の算出に米国の消費者指数を用いているのではなく、ウクライナの指数を用いるべきこと等を指摘し、基礎数字について争った [第二決定 para. 237]。*Goldmedia 意見書*に関して、現営業価値と期待営業価値との差額が損害となること、現在価値算出に DCF 法を採用することを承認し、将来キャッシュフローの現在価値 (net present value of future cash flow) を採用した。しかし、*Goldmedia 意見書*が考慮した 2015 年における終期価値 (Terminal Value) は考慮すべきでないとした。理由は、本件では、逸失利益アプローチ (lost profit approach) によるべきだからである。また、現在価値に割り戻すための割引率については、18.51%を採用すべきであるとした。

3. 精神損害 [第二決定 paras.319-324]

被申立国は、先例に照らして、精神損害が認められるべき事案ではないと主張した。被申立国は、先例として *Desert Line 事件*⁴を挙げ、同事件によれば特別事情の存在には政府が悪意ある強要を行って目に余る行動に出た (*egregious behaviour*) ことが必要であり、申立人が主張するような申立人が尽くさざるを得なかった大変な努力は精神損害の発生要件を充たさないと主張した。また、被申立国が悪意を有していたことを認める証拠はないとした。

三 判断概要：

III. 仲裁判断

A. 公正衡平待遇義務違反行為の有無

1. US-Ukraine BIT の解釈 [第一決定 paras.284-286]

US-Ukraine BIT は、公正衡平待遇義務についての規定を置く⁵。当仲裁廷は、BIT の公

² *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, (ICSID Case No. ARB/05/22), Award of July 24, 2008, [*Biwater 事件*]

³ *Elettronica Sicula S.p.A. (United States v. Italy)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1989*, p. 15 [*ELSI 事件*].

⁴ *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen* (ICSID Case No. ARB/05/17), Award of February 6, 2008 [*Desert Line 事件*]

⁵ Article II.3 (a) and (b) of the BIT reads as follows:

正衡平待遇義務と慣習国際法上の最低保障基準との関係について多くの議論がなされてきたことを認識している。特に NAFTA 仲裁においてこの議論が盛んであったところ NAFTA Free Trade Commission は、2001 年の有権解釈により条約上の公正衡平待遇義務は、慣習国際法上の最低保障基準に義務を付加するものでないことを示し、2004 年の米国モデル BIT⁶もこの趣旨を明確にする規定を置いた。しかし、US-Ukraine BIT に関しては、この解釈は妥当しない。同条約における「投資に対しては、国際慣習法が要求する以上の、公正かつ衡平な待遇並びに十分な保護及び保障が与えられなければならない。」との文言は国際慣習法の最低保証基準は、投資家の保護の上限を画するものではなく下限を画するものであることを明らかにしている。同規定の意義をウィーン条約⁷に従って解釈すると、通常の意味基準からは、同規定が含意する恣意性 (arbitrariness) は、先入観 (prejudice)、優遇 (preference)、偏見 (bias) を意味すること、文脈基準からは、US-Ukraine BIT 前文の下で正当な期待 (legitimate expectation) と緊密に関係することが導かれる。そして、US-Ukraine BIT が定立した公正衡平待遇義務は条約上の義務でありその意義は個別事件毎に確定されるべきであるが、その際に考慮されるべき要素は、安定的で予測可能な法的制度を整備しているか、投資家に対して特別な表明をしているか、投資家に対して適正手続きが保障されたか、手続きまたは政府の行為において透明性が確保されていたか、嫌がらせ、権限濫用その他政府による不当行為が行われなかったか又は政府の行為で恣意的、差別的又は不整合と評価されるものはなかったか等である [第一決定 para.285]。

2. 本件における適用 [第一決定 paras.419-422]

当仲裁廷は、被申立国におけるラジオ電波免許の付与手続について検討したがその手続は国家電波審議会の決定に恣意性や差別性をもたらす欠陥があると判断する。⁸Gala は、2001 年からの 6 年間に、200 件以上の免許申請を行ったのに対して、免許を受けたのはその内の 1 件にすぎず、これに対し競業他社の免許取得率は遥かに高く、各事業者は 38 から 56 の周波数割り当てを受けたことは国家電波審議会の決定の恣意性、差別性を示す。そして、各申請手続を仔細に検討した結果、当仲裁廷は、FM 情報チャンネル及び 12 の電波利用権を他の

“3. (a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

(b) Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments. For purposes of dispute resolution under Articles VI and VII, a measure may be arbitrary or discriminatory notwithstanding the fact that a Party has had or has exercised the opportunity to review such measure in the courts or administrative tribunals of a Party”.

⁶ Article 5 of US Model BIT 2004.

⁷ *“in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”*(Article 31.1. of Vienna Convention).

⁸ 国家審議会の免許付与決定は、審議委員の議決によって為されるとされているが、審議が非公開であること、議決に理由を付さないこと、申請人（法人）の実質株主の開示が求められないことなどは、免許付与決定の内容が政治力に左右されやすくなる欠陥を有する。[第一決定 para.420]

事業者に与えた国家電波審議会の 2005 年の決定、Gala の AM チャンネルの免許申請を拒絶しこれを他の事業者に与えた国家電波審議会の 2004 年の決定、Gala の申請を拒絶し他の事業者の申請を認めた国家電波審議会の 2008 年の決定及び 1999 年から 2000 年にかけて国家電波審議会の活動停止中に他の事業者に免許を与えた政府の行為とこれを追認した国家電波審議会の 2001 年の決定は、いずれも公正衡平待遇義務に違反した行為であると認める。

B. 営業損害の算定

1. 損害の範囲 [第二決定 paras.146-152]

US-Ukraine BIT Art.II.3 は、同条項違反行為に対する救済を規定していないが、Art.III.1⁹ では、収用に関してその賠償の算定が公正市場価格 (fair market value) によるとしている。しかし、本事案は、違反行為により全資産の喪失が招来されたものでないから、fair market value アプローチは有用ではない¹⁰。

一般に、公正衡平待遇義務の違反行為が、投資資産の全喪失を結果しない場合の賠償の目的は、違反行為がなかったならば投資家が置かれたであろう状態に置くことである。この原則は、古く、*Factory at Chorzow 事件*¹¹で定式化されている¹²。

そして、この基準の実際の適用においては、違反行為がなかったならば投資家が受けられたであろう経済的価値に等しい金銭額を算定しなければならない。

なお、当法廷は、申立人の被った営業損害と被申立国の違反行為との因果関係に関し、Gala は、被申立国の違反行為がなければ、2001 年 1 月 1 日までに、少なくとも、FM 全国音楽放送事業を行うために必要な 14 の周波数について免許を取得できたと認める。因果関係に関し被申立国が引用する *Biwater 事件*、*ELSI 事件*いずれも本件とは事案を異にする。

2. 本件における営業損害の算定 [第二決定 paras.255-261]

そして、当法廷は、算定対象とすべき期待営業としては、申立人主張の営業の内この 14 の周波数域について 2001 年から FM 全国放送局事業 (申立人期待営業①) が期待されると判断する。しかし、Gala の当初事業計画には FM 第二局の開設 (申立人期待営業②、及びこれを前提とする③) は含まれていなかったし、当初の事業計画に含まれていた AM 全国トーク放送局 (申立人期待営業④) に関しても、最小限度の確実性をもって収支予測をすること

⁹ Article II.3 of the BIT: “Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriatory action was taken or became known, whichever is earlier...”

¹⁰ *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/02/01), Award of July 25, 2007, [*LG&E 事件*], para. 36.

¹¹ *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, merits,1928, PCIJ, Series A, No. 17, p. 21 *et seq.* [*Factory at Chorzów 事件*].

¹² “(reparation). must, so far as possible wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which restitution in kind would bear ...” *Factory at Chorzów 事件*, p. 47.

ができないから、結局申立人期待営業①についての価値を基に、営業損害の賠償額算定を行うこととする。

3. 営業損害の算定方法 ; DCF 法

営業損害の賠償額の算定にあたっては、当仲裁廷は、DCF 法をとることとし、その際の賠償額の算定は、①15年間のキャッシュフロー (ebitda) 予測、②これから税額を控除し、③さらに初年度において必要な資本的支出を控除して、フリーキャッシュフローを算出し、④これに年間割引率を適用して現在価値を得ることとする。

Goldmedia 意見書は、年間割引率として 13.46%を採用し、上記方法により得られた現在価値は、12.5M ドルであるとする。*Goldmedia* 意見書は、さらに、15年目の事業の終期価値を加算する。15年目の終期価値をその後 7年間事業が存続するものとして算出し、結局 18.6M ドルとする。*Goldmedia* 意見書は、これらの合計である 31M ドルから、現存営業価値である 0.7M を控除した残額である 30M ドルが、逸失営業利益額であるとする。

当仲裁廷は、*Goldmedia* 意見書が前提にしたキャッシュフロー予測については、これを採用することにする（この予測を実現するためには、申立人において、*Goldmedia* 意見書が予測する資本支出に追加して 0.35M ドルが必要となる）が、15年目の終期価値を加えることは相当でないと判断する。第 1 にその価値が、15年間の合計価値に倍するものとなっているだけでなく予測の確実性という観点から容認し難い。第 2 に、Gala は、申立人の個人的関与に依存していて独立した企業体としてはみなし得ないからである。

次に、年間割引率について、*Goldmedia* 意見書は 13.46%が適切であるとし、その理由としてフランクフルトへの上場においてウクライナ法人の価値算定に利用された 2009 年から 2010 年の割引率の平均値が 13%であったことを挙げる（もっとも現存営業価値の算定には割引率 18%を採用している）。しかし、当仲裁廷は、US ボンドの ROI、ベータ値にカントリーリスクプレミアムを加算して算出される割引率が合理的と考え、EBS 意見書が採用する 18.51%を採用して、期待営業価値と現存営業価値に共通に適用すべきと判断する。以上を適用すると、現存営業価値は 0.1M ドルであり、期待営業価値は 8.8M ドルとなるから逸失営業利益額はその差額である 8.7M ドルとなる。

そして、DCF 法による金額については、その合理性を担保するために、その他の観点から検討することが重要である。そのために、申立人の資本投下の実績額、事業の成否が依存するリスク環境及び類似事例比較の観点から検討を行うことによりその合理性が検証できるといえる。

C. 精神損害に対する賠償 [第二決定 paras.325-345]

1. 精神損害の賠償要件

当仲裁廷は、精神損害に対する賠償が認められるのは、特別な事情が存在する場合に限定されるということに同意するものであるが、その意義に関しては先例を通じて確定されるべきものである。当仲裁廷は、この点に関する先例として *Desert Line* 事件、*Lusitania* 号事

件、*Siag 事件*¹³を参照するが、これらの先例から、精神的損害が賠償されるのは特別な事情の存在する場合に限られ、そのような場合として、

— 国家の行為が身体的脅威、違法拘禁又はこれに準ずる状況であって文明諸国が従うと期待される規範に違反する不当取扱を意味する場合、

— 国家の行為が健康を害し、ストレス、不安、その他屈辱、恥辱、見下しその他名声、信用及び社会的地位の喪失を招来するものである場合

があげられると解される。

2. 本件

上記の法理から本件をみると、申立人は、規制当局、国家電波審議会から不当な扱いを受けストレスや不安を生じさせられたと思われるが、こうした精神苦痛は相当金額の賠償金支払いによって償われていることをも考慮すると、精神損害賠償を別途の賠償として認めるに足りるものではないと判断する。

¹³ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, (ICSID Case No. ARB/05/15), Award of June 1, 2009 [*Siag事件*].

32 : SGS Société Générale de Surveillance (SGS) v パラグアイ共和国 (ICSID Case No. ARB/07/29)

(JCA ジャーナル 2012 年 9 月号 (39))

判断年月日 : 2010 年 2 月 12 日 (管轄権決定)、2012 年 2 月 10 日 (本案判断)

仲裁廷の構成 : Stanimir A. Alexandrov (ブルガリア・長)、Donald Francis Donovan (米国)、Pablo García Mexía (スペイン)

一 判断のポイント :

- ・ 契約違反を前提とする義務遵守条項違反の請求について、その請求は「契約請求」ではなく「条約請求」である
- ・ BIT 締結後の契約に法廷指定型紛争処理条項があっても、BIT 上の紛争処理手続は排除されない (BIT 上の紛争処理手続の放棄・排除は明示的でなければならない)
- ・ 主権的行為を伴わない契約違反についても、義務遵守条項の違反が成立する

二 事案の概要 :

I. 事実関係と手続経緯

A. 本件契約

1995 年の競争入札を経て、1996 年 5 月 6 日に、申立人 (スイス会社) は、被申立国財務省との間で、輸入船積み前検査 (PSI) に関する技術役務提供に関する合意 (以下、本件契約) を締結した。本件契約は、1996 年 7 月 15 日より 3 年間有効であった。(本案 para.26)

本件契約において、申立人による 3 種類の「技術役務 (technical services)」(「船積み前検査および関連役務 (2.1-2.8 条)」「パラグアイ税関職員の訓練 (2.9 条)」「関税データベース作成支援・利用訓練 (2.10 条)」) の提供が規定された。(本案 paras.28-29)

本件契約 4 条において検査料金が定められ、申立人は、米ドル建ての毎月の請求書を財務省に送付することとなっており、請求書は、受取後 20 日以内に支払われることになっていた。本件契約 4.5 条のもとで、財務省は、請求書について争う場合であっても、争いがない部分については支払い義務を負っていた。本件契約 5.6 条に従い、申立人は、検査認証発行日から 12 ヶ月以内に提起されなかつたいかなる請求 (claim) についても支払義務を負わないとされていた。(本案 para.34)

本件契約 9 条は、法廷指定条項を含んでおり、「本件契約、その違反、その終了またはその無効から生じるまたは関連する、いかなる対立、争いまたは請求も、パラグアイ法により Asunción 市裁判所に係属される」と規定していた。(本案 para.36)

本件契約はいくつかの終了方法を規定していた。7.1 条では、各当事者は、他方当事者の不遵

守によって本件契約を終了できるとされていた。7.2条においては、財務省は、「適宜(oppportunity, merit or convenience)」の理由により、120日前の通告により、一方的に契約を終了できるとされていた。最後に、8.2条により、契約失効の遅くとも4ヶ月前に、各当事者が、他の当事者に契約の更新の意思がないことを通知した場合、契約は終了するとされた。(本案 para.37)

本件契約に加えて、被申立国は、役務提供を規律する諸規制を発布した。1996年7月3日の1171決議(1171決議)は、3000米ドル以下の価格の小船荷について、当該船荷が、より大きな注文または連結船荷証券の一部をなす場合、その検査を必要とする。さらに、1996年9月10日の1579決議(1579決議)は、特定船荷を船積み前検査から除外していた。(本案 para.38)

B. 請求書不払

本件契約は、1996年7月に開始された。後述の通り、両当事者は、相互の合意により、最初の3年期間の終了時に本件契約を更新しないことを決定し、本件契約は、1999年7月に終了した。契約期間中、申立人は、およそ100,000件の検査を実施し、35ヶ月分の請求書を発行した。被申立国財務省は、それらのうち、10ヶ月分のみを支払った。35の請求書のうち25は、不払であり、元本総額で39,025,950.86米ドルである。これらの事実には争いはない。(本案 para.39)

C. 本件契約の期限内の被申立国による請求書支払過怠についての協議

1996年7月から、本件契約が終了した1999年6月の時点まで、申立人と被申立国は、請求書不払問題と本件契約の期間について継続的協議を行った。そのなかで、申立人は、検査料金の引き下げ、石油製品検査の停止、支払計画の見直しなどに同意した。1996年12月分から請求書の支払に遅れが生じたが、申立人は検査を継続して、請求書送付も続けた。その後、被申立国の財務省は監査当局に本件契約に関する審査依頼を依頼した。1999年以降、申立人と被申立国の双方が、契約終了について言及するようになり、契約を終了させることを認める大統領令も出された。1999年3月に被申立国において副大統領暗殺事件が起こり、政権交代が生じた。その後、申立人と被申立国は、契約終了延期、支払正常化、新合意締結などが検討された。しかし、結局、1999年6月1日に契約終了に関する会合をもつことに合意し、契約を終了日が1999年6月7日に設定された。財務省は、履行保証書を発行した。(本案 paras.40-50)

契約終了後も、協議は続けられた。1999年10月20日に、財務省の事務次官により、未払請求書の総額が、3902万5950.31米ドルであることが示された。外務省の仲介に乗り出したが、監査当局の特別調査が継続され、それが終了するまで予算措置が認められなかった。また、申立人の脱税問題なども生じた。申立人は、2006年以降も、支払の再計画などの新たな解決策および交渉を提案した。また、申立人は、1999年6月の契約終了後に、2000年4月から2006年3月の間の利子の請求書も財務省に送付している。(本案 para.51-62)

申立人が支払要求を継続しているなか、同様の状況にあったBIVACが仲裁手続を開始した(2007年2月)後の、2007年6月、大統領は、司法長官に対して、申立人の請求の存否と法的執行可能性を決定することを指示する大統領令(10485号)を発布した。同大統領令は、ま

ず役務が申立人によって実際に遂行されていたかを決定される必要があると規定していた。(本案 para.63)

2007年10月に、申立人は、スイス=パラグアイ BIT (以下、BIT または本件 BIT) に基づき、ICSID 仲裁を申し立てた。(本案 para.1)

申立人は、被申立国による BIT 第 11 条の「義務遵守条項」上の義務違反を主張した。また、申立人の投資に対し、被申立国は、第 4 条 (1) 違反の不当・差別的措置により損害を与え、第 4 条 (2) に違反して公正衡平待遇を与えなかったと主張した。(本案 para.66)

被申立国は、2008年4月に、ICSID の管轄権について抗弁を提出した。(本案 para.8) 被申立国の主張は、「同意の有効な表明の存否」「BIT の対象範囲となる投資の存否 [投資の性質 (BIT 第 1 条および ICSID 条約 25 条 (1))・領域・法に従った]」「本件請求に対する管轄権」に関するものである。

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 管轄権決定 (2010年2月12日)

有効な同意の表明の存否について、被申立国は、被申立国の国内法上、仲裁付託の同意は大統領のみが行いうる、申立人の請求についての国際仲裁は禁止されている、などと主張するが、BIT 第 9 条によって、被申立国は ICSID 条約第 25 条 (1) にいう書面による同意を構成し、仲裁への付託について国際義務を負うと判断する。国際義務の不履行を正当化する根拠として国内法は援用できない (条約法条約第 27 条)。(管轄権 paras.60-73)

対象範囲となる投資の存否について、申立人が BIT の対象となる (スイス) 投資家であり、ICSID 条約の対象となるスイス国籍を有することは争いが無いが、BIT および ICSID 条約上の「投資」を行っていたことについて被申立国は否定している。BIT 上の「投資」に関しては、申立人が被申立国と締結した本件契約と同様の PSI 契約が問題となった先例に照らしても、本件契約、それに基づく SGS の関連諸権利、および本件契約によって実施された SGS の業務は、BIT 第 1 条 (2) に定義される「投資」を構成する。ICSID 条約上「投資」の定義はなく、合意文書 (ここでは BIT) によって決定される。また、適用されるか否かはともかく、*Salini* 基準 (①受入国における資源または資産のコミットメント②一定の期間③リスク要素④受入国の経済発展への貢献) も満たしている。(管轄権 paras.91-108)

本件投資が受入国の領域内で行われたか否か (BIT 第 2 条 (1)) については、申立人の活動は、外国での役務と受入国内での役務に分割されるものではなく、一連のものであり、受入国への事務所の設置や、相当の資金と資源を投入していることから、受入国の領域内で行われた投資である。(管轄権 paras.109-117)

投資が受入国 (被申立国) 国内法に従ってなされたかという点については、国内法上の「投資」と BIT 上の「投資」とは同一ではなく、国内法上の「投資」に関する被申立国法 60/90 号上の登録がないからといって、本件契約が、被申立国法上、無効、違法または不正であるとはいえ

ず、実際、本件契約の効力は大統領令 12311 号という被申立国法によって発生している。また、本件契約に基づく申立人の活動も被申立国法上、違法なものではない(管轄権 paras.118-123)。

次に、申立人による請求が、仲裁廷が管轄を有する条約上の請求であるか、または、受理可能であるかの検討を行う。

被申立国が、本件請求は契約違反に基づく請求であり、契約(第 9 条)上の法廷指定条項によって管轄権は制約されると主張するのに対し、申立人は、本件請求は条約上の請求であると主張する。条約請求と契約請求の区別は確立したものである。申立人は、本件 BIT 違反(公正衡平待遇(4 条(2))、差別的措置禁止(4 条(1))、義務遵守条項(11 条))の請求をしており、契約違反についての判断を求めている。BIT 第 9 条の文言からは、投資紛争の類型について制限はない。また、同一事実から条約請求と契約請求が生じうる。ただし、本件は、被申立国による不払などの行為の条約違反を判断するものである。(管轄権 paras.125-132)

被申立国は、契約違反が BIT 違反になるためには、「主権的行為」が必要であると主張するが、何をもって「主権的行為」ということは、管轄権段階で判断する必要はないし、できない。管轄権段階では、申立人の主張する事実が証明されれば条約請求を構成するか否か、が問題である。(管轄権 paras.133-136)

管轄権段階では、請求の性格付けは、申立人に委ねられる。申立人が契約請求をなしていた場合は、本件契約第 9 条と BIT 第 9 条の関係が問題となったが、本件では、申立人は条約請求をなしており、法廷指定条項は、条約請求についての仲裁廷の管轄権を剥奪しない。(管轄権 paras.137-141)

義務遵守条項の請求についても、被申立国の契約違反を直接の前提とするとしても、違反が主張される義務およびそれに基づく請求の淵源は、条約それ自体である。(管轄権 para.142)

つぎに、条約違反(公正衡平待遇(第 4 条(2))、差別的待遇禁止(第 4 条(1))、義務遵守条項(第 11 条))について、申立人が適切に提起しているかについて検討する。

公正衡平待遇違反については、単なる不払では違反にならないと被申立国は主張するが、国家による契約上の不払は、たとえば、契約の否認、契約の経済的目的の履行不能、または契約価値の実質的喪失を構成するというような場合には、公正衡平待遇違反になりうる。さらに、申立人は、単なる不払だけでなく、申立人に対する被申立国のその他の行動も問題にしている。これらの事柄の存否は、本案で判断されることであるが、被申立国の公正衡平待遇違反に関して、申立人の主張は単なる契約違反の不払にとどまるものではない。(管轄権 paras.143-151)

申立人が主張する不当および差別的措置禁止違反の根拠となる事実関係は公正衡平待遇違反と同様であるが、被申立国の作為・不作為の不当性(不当、不合理、政治目的、不誠実、法的根拠なし、適正手続違反)に焦点を当てている。それに対する被申立国の抗弁は、すべて本案段階での判断の対象となる。(管轄権 paras.152-161)

義務遵守条項違反については、被申立国は、本件 BIT 第 11 条のような義務遵守条項によって条約違反が成立するためには純粋な商業契約の違反では足りず、国家権力の濫用が必要であると

抗弁した。さらに、*BIVAC v. Paraguay* 事件の管轄権決定¹が出された後に、上記抗弁を維持した上で、契約上の法廷指定条項によって義務遵守条項請求は受理不可能であると主張した。しかし、前述のとおり、申立人の請求は、条約請求である。また、申立人の義務遵守条項請求は、契約違反それ自体を前提にするものだけではない。被申立国の契約違反を直接の前提とするとしても、本件契約義務は BIT 第 11 条にいう「義務」である。第 11 条の文言の通常の意味に従えば、文言外の制約を加える根拠はない。締約国は、他の締約国の投資に関する義務の遵守を保証することが義務付けられている。(管轄権 paras.162-168)

本件 BIT 第 11 条の通常の意味は、尊重されるべきであり、義務遵守条項は、契約上の義務を含め、受入国のあらゆる種類の義務に適用される。(管轄権 paras.169-170)

契約上の法廷指定条項によって義務遵守条項請求は受理不可能となるかという問題について、本件と同じく被申立国が締結した PSI 契約違反が問題となった *BIVAC v. Paraguay* 事件では、法廷指定条項の存在から、(オランダ=パラグアイ) BIT 上の義務遵守条項に基づく請求について、管轄権はあるものの受理不可能であり、停止するか直ちに却下するかを選択のみが残されると判断している。しかし、法廷指定条項により義務遵守条項請求を拒否することは、本件 BIT および ICSID 条約に基づき本仲裁廷が負う任務の実施を怠ることになる危険がある。(管轄権 paras.171-172)

申立人の義務遵守条項請求は、契約請求と同一の外延をもつものではない(被申立国当局による後の義務違反を含む)から、これらの請求は、契約のみから判断はできず、本件 BIT および準拠法を参照して、本仲裁廷によって判断されるべきものである。また、申立人の義務遵守条項請求が契約請求と同一の外延をもつとしても、受理不可能ではない。被申立国の主張は、請求が条約請求ではなく契約請求である点に依拠するが、これは、すでに否認された管轄権レベルの主張であり、受理可能性の問題ではない。(管轄権 paras.173-174)

さらに、義務遵守条項について、契約請求に関する管轄権を付与するものとする理由の一つは、当該条項の目的と効果である。BIT の締約国は、投資家が契約交渉によって獲得する、または、国内法のもとで投資家に保証される権利に付加的な保護と、本件のような仲裁を通じた形も含めて、それら権利を執行する可能性とを投資家に提供する意図をもっている。義務遵守条項に基づき管轄権を有するとしながら、請求の大部分を受理可能性で排除すると判断することは、整合性に欠ける。また、義務遵守条項請求を法廷指定条項によって受理不可能とすることは、法廷指定条項を含むすべての投資合意(契約)に BIT 上の権利の暗黙の放棄を読み込むことにつながる。(管轄権 paras.176-177)

BIVAC v. Paraguay 事件では、BIT 発効後の契約であるため契約が優先するとされた。本件においても BIT 発効後に契約が締結されているが、本仲裁廷は推定は逆に働くと考える。すなわち、条約上の投資家の権利、および国内法レジームから離れてまたはそれを補完することが意図されている国際法上の「セーフティネット」は、それらの重要性から、放棄されたとと安易にみ

¹ *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. Republic of Paraguay* (ICSID Case No. ARB/07/9), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 May 2009.

なされるべきではない。*Aguas del Tunari v. Bolivia* 事件管轄権決定²でいわれたように、契約等の別文書において、明示的に ICSID 管轄権の排除等がない限り、BIT 上の管轄権の行使は妨げられない。本件契約には、BIT を根拠とする仲裁廷の管轄権の明示的排除はない。(管轄権 paras.178-181)

BIT 上の(投資家=国家間)紛争解決条項(本件 BIT 第 9 条)からも同様の結論が導かれる。契約上の法廷指定条項によって、契約請求を排除することは、本件 BIT 第 9 条のような「いかなる紛争 (any dispute)」型の紛争解決条項についての BIT 締約国の意図を減じることになる。(管轄権 paras.183-184)

B. 本案判断 (2012 年 2 月 10 日)

1. 被申立国による契約上の義務遵守違反

(A) 被申立国による主権濫用の必要性

義務遵守条項違反は主権濫用が要件となるという被申立国の主張は認容しない。この点の主張は、管轄権段階でのものと差異がなく、すでに却下されたものである。本件 BIT 第 11 条にいう「義務」は、条約の解釈原則である「用語の通常の意味」によれば、「契約上の義務」を含む。被申立国が、契約上の義務の遵守を怠れば、BIT 第 11 条違反となり、被申立国の行動の性格が「主権的」か「商業的」を決定する必要はない。(本案 paras.89-95)

(B) 法廷指定条項は本仲裁廷による賠償責任の認定を排除するか

申立人の請求に適用されるのは BIT (第 11 条(義務遵守条項) および第 9 条(投資家=国家間紛争処理条項)) である。第 11 条は、被申立国にスイス投資家に関する義務の遵守を義務付け、本件における義務は、本件契約である。本件契約が、被申立国に請求書手続による支払を義務付けており、被申立国が申立人からの請求書の大半を支払っていないことに争いはない。以上の事情において、被申立国は、その契約上の義務を果たしていない。(本案 para.101)

本件契約上の法廷指定条項に関する被申立国の主張には、法的根拠がない。すなわち、本件契約は、第 7.1 条により、一方当事者に、他方当事者の契約違反による終了を認めており、このことは、違反の発生について司法決定または法廷指定条項不履行は要件とされていないことを暗示している。被申立国は、自国がなした約束は、支払をするか、紛争を国内裁判所で処理するかというものだ、と主張するが、契約上の支払義務と紛争処理義務とは別個の義務であり、この主張は受け入れられない。被申立国は、契約交渉において BIT 上の責任を排除することを目的として法廷指定条項を挿入したと主張するが、他方、本件 BIT に基づく仲裁に別途同意している。本件 BIT 仲裁メカニズムは、適用可能な法的枠組を構成し、BIT 交渉結果のうち、譲り渡すことのできないなものである。さらに、被申立国は、自らの不支払いを正当化するために申立人による契約違反の主張もしているが、ここでの被申立国の主張に従えば、申立人が国内裁判所への紛争付託を拒否するまでは、申立人による契約義務の違反は生じないことになる。結局のところ、

² *Aguas del Tunari S. A. v. Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3), Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 Oct. 2005, para.115.

申立人は管轄権段階での主張を繰り返しているのみである。したがって、結論は変更されない。
(本案 paras.102-109)

(C) 申立人による契約違反の有無

申立人による「税関職員の訓練及びデータベース作成」(本件契約第 2.9 条および第 2.10 条)義務違反の証拠は、十分に示されていない。また、申立人が違反していたとしても、契約が被申立国に認めるのは契約を終了(第 7.1 条)し、損害賠償を求めること(第 5.3 条)であり、被申立国が自らの契約義務を停止しながら申立人に履行要求を継続することは認められていない。
(本案 paras.119-121)

申立人による「検査証書(および請求書)の多重発行」についても、申立人の Mercosur 地域からの船荷への不適切検査についても、1997 年 9 月 1 日以降の石油輸入に関する検査について申立人が不適切な請求をしたという主張についても、証拠が不十分である。(本案 paras.129-132, 146-149, 152)

以上により、被申立国は、契約上の義務を履行せず、それにより本件 BIT 上の義務遵守条項(第 11 条)に違反した。申立人による契約違反のため被申立国の不払は正当化されるという被申立国の主張は、立証されていない。また、被申立国は、契約の有効期間中に、申立人の検査手続に関して何ら疑義を唱えていない。本件契約第 4.5 条によれば、請求書に付された書類について当事者間に意見の相違が生じた場合、即時にそれを解決することが規定されている。また、不払は申立人の検査手続とは無関係に生じており、争いのない部分についても支払がなされていない。(本案 paras.153-155)

(D) 契約外の義務

契約外の義務違反があったとしても、別途の賠償責任を生ぜしめるものではないため、契約外の義務の有無は判断しない。(本案 paras.157-159)

2. 申立人のその他の請求

申立人は、被申立国による不当または差別的措置禁止違反(BIT 第 4 条(1))および公正衡平待遇違反(BIT 第 4 条(2))も主張しているが、義務遵守条項違反(BIT 第 11 条)を認定したため、同一事実から生じており被申立国の請求書不払に帰着するこれらの請求は、仮に認められても、申立人の損害は変わらないことから、法的判断は不要である。(本案決定 paras.160-161)

3. 被申立国の不利益請求

申立人が契約終了後、数年経ってから紛争解決手続を開始したため、被申立国は防禦に関して過度に不利益(記録の消失、担当者の変更など)を被ったと主張するが、そのような不利益は生じていないし、手続開始時期は BIT 規定上も問題ない。(本案決定 paras.162-166)

4. 損害賠償

申立人は、1999 年 7 月(契約終了)以降生じた利子を加えた不払請求書と同額の損害賠償を得られる。元本については、3902 万 5950.86 米ドル、利子については LIBOR レート+1%とする。(本案決定 paras.180-188)

5. 仲裁費用

被申立国は本件仲裁手続費用の一部負担をせず、その分を申立人が立て替えて ICSID に支払っていることから、仲裁費用の半額を申立人に支払うべきである。(本案決定 paras.192)

33 : Yury Bogdanov v モルドバ共和国 (SCC Arbitration No. V (114/2009))
(JCA ジャーナル 2011 年 8 月号 (27))

判断年月日 : 2010 年 3 月 30 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Bo G. H. Nilsson (スウェーデン・単独仲裁人)

一 判断のポイント :

- ・税関手数料を事実上投資家の会社のみから徴収することは、公正衡平待遇義務違反となる。
- ・被申立国は、損害賠償として投資家が支払い済みの手数料を還付する義務を有するが、その際には国内法による時効及び租税が考慮される。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 本件申立てに至る経緯 [para. 1-5]

申立人 Yury Bogdanov は、モルドバに居住するロシア国民である。申立人は、外資企業である GRAND TORG LLC (以下「G 社」という)¹の設立者であり、本件申立て直前まで同社の全株式を保有していた。G 社は、2000 年 12 月 29 日にモルドバ国内で登記され、本店所在地はキシナウ自由企業地域 (Free Enterprise Zone Expo-Business Chisinau、以下「FEZ」という) であり、2001 年 2 月 2 日同地に住所登録をしている。

申立人は G 社株式を売却したが、売却の際の取り決めにより、2000 年 12 月 29 日から 2008 年 12 月 31 日までの同社の活動に伴うすべての利益、損失等は申立人に帰属するものとされ、利益のうちの申立人の持分は、G 社の運転資金として引き続き用いられることとされた。

モルドバ共和国とロシア連邦の間には二国間投資協定 (以下「協定」という) があり、協定第 10 条によれば、投資家と締約国との間の紛争は、ストックホルム商業会議所仲裁裁判所に付託することができることとされている。

2009 年 6 月 24 日、申立人は、モルドバ共和国が協定に違反し、申立人が G 社を通じてモルドバ国内で享有する投資家としての利益を保護することを怠ったとして、協定第 10 条に基づく仲裁 (ストックホルム商業会議所) を申し立てた。モルドバ共和国は、この申立てについて争い、申立人は協定に基づく請求をする資格を有していないと主張している。

B. 問題とされる措置の内容

G 社は化学品原材料を FEZ 内に無税で輸入し、加工の上、モルドバ国内で完成品とした上で、FEZ から輸出していた [para.44]。

¹ 本件仲裁判断からは明らかではないが、G 社が取り扱う品目は「ひまわり油、塗料及び関連製品」のようである (<http://www.alibaba.com/member/md115856338.html>)。

2005年、税関の提言に基づきモルドバ議会は新法を策定した。この措置により、G社は通関申告のたびに200ユーロの税関手数料を徴収されるようになった[para. 49]。

C. 申立人の主張

1. 投資保護義務違反

税関手数料の新設は、ロシア・モルドバ投資協定第2条2²にいう投資に対する「完全かつ無条件の法的保護」義務に違反する[para. 50]。

2. 公正衡平待遇義務違反

税関手数料はG社だけから徴収されたので、これは同協定第3条1³の公正衡平待遇義務にも違反する[para. 51]。G社はモルドバ政府を相手に訴訟を起こして勝訴したが、最高裁はこの判決を破棄し、申立人の公平な裁判を受ける権利を侵害した[para. 52]。

D. モルドバ政府の主張

1. 申立人の適格

投資協定の保護対象はG社であって、申立人個人ではない。税関手数料を徴収されたのもG社であるから、本件仲裁申立ては不当である。本件仲裁申立時点で申立人はもはやG社の株主ではなかった。2009年の「覚書」は意味がない[para. 56]。いずれにせよ、G社が支払った手数料を申立人の損失と考えることはできない[para. 60]。

2. 国内法の解釈

モルドバの投資保護法の規定は、税関手数料には適用がない[para. 57]。税関手数料は一般的に徴収されるもので、G社だけを対象としたものではない[para. 59]。

3. 時効の主張

仮に本件仲裁申立てが認められるとしても、2005年に徴収された手数料33,724.46レイ⁴と利息66,700.19レイについては、3年の消滅時効にかかっている[para. 62]。

4. 法人税の主張

損害賠償額相当分については15%の法人税の対象となるのに、申立人の請求にはそのことが考慮されていない[para. 63]。

5. その他

仲裁人が投資協定違反を認定する場合には、モルドバ政府としては475,386.41レイを支払う用意がある[para. 64]。

² 英訳は次のとおりである。Each Contracting Party guarantees under its legislation a complete and unconditional legal protection of the capital investments of the investors of the other Contracting Party.

³ 英訳は次のとおりである。Each Contracting Party shall provide in its territory for investments carried out by the investors of the other Contracting Party and for the activity in connection with such investment a fair and equitable treatment, excluding discriminatory measures than could impede an investment management and command.

⁴ 1レイは約7円。

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 申立人の適格について

Bogdanov 氏は投資家であり、投資協定の保護対象であると認定する。2009 年の「議定書」も有効であり、申立人は依然として G 社に対し実質的な経済的利益を有している[para.76]。

B. 国内法の解釈及び投資協定違反の主張について

モルドバの投資保護法の規定は税関手数料にも適用があると解すべきであり、その意味で本件立法は投資協定第 2 条 1 の保護義務に違反する[para.85]。モルドバ政府が事実上 G 社を狙い撃ちにして税関手数料を徴収したのは、投資保護義務及び公正衡平待遇義務違反に当たる[para.91]。

C. 損害賠償額について

損害賠償額については、モルドバ政府の時効及び課税に関する主張を妥当と認める。精神的損害に対する賠償についての申立人の主張は退ける[paras. 92-98]。

D. 結論

モルドバ政府は申立人に対して 475,386.41 レイを支払え。仲裁費用総額 18,000 ユーロのうち、モルドバ政府は 3 分の 2 を負担すべきである。費用は Bogdanov 氏がすべて前払いしているので、モルドバ政府は 3 分の 2 に相当する 12,000 ユーロを同氏に還付せよ。

34 : Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Company (U.S.A.) v エクアドル共和国 (PCA Case No. 34877)

(JCA ジャーナル 2012 年 5 月号 (35))

判断年月日 : 2010 年 3 月 30 日 (一部本案判断[Partial Award: P])、2011 年 8 月 31 日 (最終本案判断[Final Award: F])

仲裁廷の構成 : Karl-Heinz Böckstiegel (ドイツ・長)、Charles N. Brower (米国)、Albert Jan van den Berg (オランダ)

一 判断のポイント :

- ・投資協定上、投資に関する請求権行使及び権利実施の効率的な手段を提供する義務を定める規定は、国際慣習法上の **denial of justice** の特別規定であり、国際慣習法違反に至らない行為も同規定違反となり得る。
- ・申立人が主張する投資受入国の裁判手続に関する上記特別規定の義務違反は、先立つ別手続における申立人の矛盾主張が継続する間、成立しない。
- ・損害及び因果関係は「あれなくばこれなし」の基準によるべきところ、申立人が被った損失は国内裁判所の「不当遅延」による「判決の機会」であるから、仲裁廷は自ら「誠実、独立かつ中立の」国内裁判所の立場と考え方に立って、被申立国の義務違反なくば出されたであろう判決内容を決定しなければならない。
- ・国内裁判所判決による認容額に対しては、投資受入国の税法上課税されたはずであるから、被申立国の国際法違反と因果関係のある損害としては税額控除後の金額のみを認める。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 本件仲裁申立てに至る経過 [P.paras. 124-156, F.paras.207-239]

1. 原油コンセッション契約 [P.paras. 124-129, F.paras.207-212]

1964 年、エクアドル政府は、TexPet (本件申立人)¹の現地子会社とのコンセッション契約により原油探査・産出権を与えた。その後 1973 年の新コンセッション契約 (1973 年契約) に基づき、当該石油事業を行うコンソーシアムの保有権は、政府企業が 62.5%、申立人は 37.5% となった。コンソーシアム運営は申立人が引き続き行った。

1973 年契約では、申立人は原油産出量の一定割合をエクアドルの国内消費需要に応えるため政府に提供する義務を負っていた。1977 年、政府・政府企業及び申立人は、1973 年契約の追加契約 (1977 年契約) を締結した。

¹ 本件仲裁の申立人は Chevron Corporation と TexPet (Texaco Petroleum Company) であり、前者が後者を 100% 保有している。以下、特に断らない限り両者を区別せず「申立人」とする。

2. 契約終了を巡る紛争と七つの国内事件 [P.paras. 130-135, 149, F.paras.213-218, 232]

申立人と政府・政府企業の間で1973年契約(有効期限1992年6月6日まで)が延長されず、全体和解のための交渉が行われた。申立人はエクアドル事業の整理に入った。

さらに1991～1993年、申立人はエクアドル国内裁判所にエクアドル政府を被告として契約違反を理由に損害賠償計5億5300万ドルを請求する7つの訴訟を提起した(総称して「エクアドル裁判所七事件」または単に「七事件」という)²。

3. 米国クラスアクション(Aguinda事件)と一部和解

(a)1993年11月、申立人操業地の住民が、環境被害を理由として、ニューヨーク南地区連邦地方裁判所に、申立人(TexPet)の究極的親会社であるTexaco, Inc.を被告としてクラス・アクションを提起した(Aguinda v. Texaco。「Aguinda事件」)[P.paras.140-141, F.para.223-224]。

(b)1994年12月14日、エクアドル政府・政府企業と申立人は、前2者が後者に対して主張した環境復旧請求について和解し、申立人が一定の措置を講ずる義務が確認された。1995年～1998年、申立人はこれを実施した [P.paras.136-137, F.paras.219-220]。

(c)1995年11月17日、上記エクアドル政府・政府企業と申立人は、上記和解済みの事項及び係属中の全裁判事件(上記七事件を含む)を除き、すべての権利義務について互いに免責した [P.para.138, F.para.221]。

(d)米国での上記クラス・アクション(Aguinda事件)で、被告は抗弁としてフォーラム・ノン・コンヴィニエンス(*forum non conveniens*)法理を主張したが、その際、1993年12月17日～2000年4月7日の間、「エクアドル司法は効率的で公正(*efficient and fair*)である」旨を述べる専門家の宣誓供述書や準備書面を提出し、その後の上訴においても、判決に至るまで、エクアドル裁判所での審理が適切である旨の主張を継続した。2002年、最終的に同クラス・アクションはフォーラム・ノン・コンヴィニエンスを理由に却下された。[P.paras.140-141, F.para.223-224]

(e)原告らは、2003年、エクアドルのLago Agrio裁判所において、申立人を被告として訴えを提起した(Lago Agrio事件) [P.para.140-141, F.para.224]。

4. 政治・司法の混乱 [P.paras. 142-144, 146-148, F.paras. 225-227, 229-231]

米国でのクラス・アクション終了後の2004年以降、エクアドルの政治と司法を巡って様々な混乱・出来事が生じた³。

² 七事件は2006年12月21日(後述の本件仲裁申立て)時点で、第一審判決前の事件が7件中6件、そのうち *Auto para sententia* (結審に相当すると思われる)の段階に至っていたのが3件であった。残り1件は2006年10月に第一審で訴訟放棄(*abandonment*)判決が出ていたが、その後控訴審で破棄され第一審に差し戻された。

なお、本件仲裁申立て後、2011年8月31日(最終本案判断)時点で、7件中1件はなお第一審判決前であったほか、終局判決に至り終了したのが2件(訴訟放棄[*abandonment*]及び時効を理由とする)、第一審でエクアドル政府が勝訴し上訴係属中のものが3件(うち1件は時効を理由とする)、第一審で申立人勝訴であったが被告に加えて申立人も主文に問題があるとして控訴したものが1件、という状況であった。

³ 2004年11月、議会による全裁判官解任決議、2005年4月グティエレス大統領による国家非常事態宣言と新任最高裁判事全員の解任、同大統領の罷免・亡命などがあり、国連・裁判官の独立に関する特別報告者や米州機構(OAS)が現地調査・勧告等を行うなどした。その後、最高裁判事選任の新制度が2005年4月に導入され、2005年11月に新判事が選任された(ただし、改善は認められたが国際的には一部に批判を残した)。

2007年1月以降、選挙による新大統領コレアの下で、制憲議会設置のレファレンダムが、混乱を経つつ実施され、選出された制憲議会は判事選解任権を含む絶対権限を宣言し、司法府の腐敗を非難、「司法改革」が実行された。

C. 本件投資協定仲裁の申立て

以上の政治・司法の動きがある中、2006年12月21日、申立人は、米国・エクアドル投資協定(本件BIT。1997年5月11日発効)に基づき、仲裁開始を通知した [P.paras.145, F.para.228]。申立人は、エクアドル裁判所七事件に関して、国際慣習法上の裁判拒否、本件BITの各条項(後述の2条7項のほか、2条3項(a)号の公正衡平待遇義務、2条3項(b)号の恣意的・差別的措置等)の各違反を主張した[P.paras. 26-34, paras.121-123]。

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 本件BIT上の義務違反 [P.paras.241-275]

1. 本件BIT上の義務内容 [P.paras.241-244]

(a)本件BIT2条7項と裁判拒否(denial of justice)の関係 [paras.241-244, 248]

本件BIT2条7項は、当事国が投資、投資契約及び投資許認可に関する請求権行使及び権利実施の効果的手段を提供する義務⁴を規定するが、この義務はかなりの部分で国際慣習法上の裁判拒否(denial of justice)の禁止と重なる。しかし、本件BITにおける同条項は独立かつ特定の義務と見受けられ、裁判拒否や国際慣習法への明示的言及はない。したがって、同条項は特別法(*lex specialis*)であり、国際慣習法上の「裁判拒否」法理の再言(*restatement*)ではない。この解釈は、エネルギー憲章条約10条12項の同じ文言に関する *Amto v. Ukraine* のアプローチと合致する⁵。

本件BIT2条7項の下では国内裁判所が権利の実施を”effectively”に行わなかったことが違反を構成し、裁判拒否⁶に至らないものも含まれ得る。

(b)本件BIT2条7項の判断対象 [P.paras.245-247]

本仲裁廷は、同規定の“effectiveness”の基準により、国内司法制度の尊重・敬讓(*deference*)が必要であること、上訴審としての覆審的審査権限は与えられていないことに留意しつつ、個別事件の検討を直接に行うことができる。

(c)本件BITの義務の性質 [P.paras.248-250]

本件BIT2条7項は、投資受入国が効果的手段を提供するという積極的義務を定める。裁判の不当遅延(*undue delay*)や明白に不当な判断(*manifestly unjust decisions*)にも適用がある。本件では投資受入国が提供する権利行使手段は裁判上の請求なので、エクアドルの司法制度は投資家に対して正当な権利を合理的な期間内に実施する手段を提供しなければならない。期間の合理性は、事件の複雑性、関係当事者の訴訟態度、事件内容の重大性、裁判所の訴訟進行態度等を考慮して判断される。

⁴ “Each Party shall provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment, investment agreements, and investment authorizations.”

⁵ *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Arbitration No. 080/2005, Final Award, (Mar. 26, 2008), para 88.

⁶ 本仲裁廷は、裁判拒否の判断基準は客観基準でありその成立には“bad faith”までは要求されないが、“a particularly serious shortcoming”及び“egregious conduct that ‘shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety’”が必要である、と述べている。

2. 本件 BIT2 条 7 項の適用（要件のあてはめ）

(a)本件 BIT が発効した 1997 年 5 月 11 日以前の「不当遅延」の成立を認めることは本仲裁廷の管轄権を超えるが、本件 BIT 発効後に BIT 上の義務違反が成立しているか否かの判断においては、発効前の事情も考慮することができる（本件中間判断⁷⁾。

本件では、七事件の最後の提訴が 1993 年 12 月で、本件仲裁開始（2006 年 12 月 21 日）時点で全事件が少なくとも 13 年間係属していた。また、期間の長さだけでなく、内容は比較的単純な契約紛争で、専門家報告書の提出や損害評価の膨大な計算を考へてもせいぜい通常の複雑さの事件であること、七事件すべて、特に最も簡単な事件でも同様の遅延を被ったこと、申立人は事件を結審段階まで遂行し、何度もかつ継続的に判決言渡しの要求をしたこと、1 件を除き 1997 年半ばまでに証拠調べ段階を終えた後、第一審判決を出すために本件仲裁通知まで 9 年以上経過したこと、残り 1 件は 13 年以上も審理期日の設定すらしなかったこと等により、特に *Auto para sentencia* を裁判所が公式に宣言した後の長期遅延を決定的要因として、七事件のそれぞれについて、本件仲裁申立の通知時点で、遅延は不合理な程度に達しており、本件 BIT2 条 7 項違反が成立していると判断する。 [P.paras.251-262]

(b)被申立国は、裁判所における事件の過密・滞留が遅延の原因と主張するが、それも同条項違反の原因となり得るから、絶対的な抗弁とはならない。 [P.para. 263-265]

(c)エクアドル裁判所の公正・効率性に関する申立人の米国裁判所での主張により、本件での申立人の不当遅延の主張が不能となるものではない（後述）。

しかし、米国訴訟での上記主張は、特に申立人が七事件をエクアドルの適切な司法運営の例として引用したことを考えると、本件での遅延の不合理性の検討にあたり、自己不利益供述（自白）に該当するので、矛盾主張がなされていた上記米国訴訟（*Aguinda* 事件）の終局判決時（2002 年 8 月 16 日）までは、不合理な遅延は成立しない。さらに、不当遅延の成立を主張するにはその後の事情変更を主張立証しなければならない。

本件の事情全体を勘案し、本仲裁開始時点において、七事件の 13～15 年間の係属、2004～05 年の政治的混乱の経過、最高裁が再構成された 2005 年 11 月からの 1 年以上の経過、*Aguinda* 訴訟の終結から 4 年以上の経過等から、2006 年 12 月 21 日（本仲裁開始通知）時点で、本件 BIT2 条 7 項違反は成立していた。 [P.paras. 266-271]

(d)なお、不合理な遅延により本件 BIT 違反が成立した時点以降に、七事件の国内判決が出されても、当該国家は不当遅延の責任を免れない。それは因果関係及び損害算定の問題である。七事件のうち最初の判決（*abandonment*）⁸⁾は 2006 年 10 月 2 日だったが、控訴審で破棄され再び第一審に戻った。その他の判決は全て、仲裁開始後であった。 [P.paras.272-274]

(e)本件 BIT2 条 7 項が、国際慣習法上の裁判拒否よりも特定された特別法であること、本件仲裁開始時点で裁判の不当遅延による同条項違反が成立していることから、不当遅延による裁判拒否の成否や「明白に不当な判断」の成否の判断は不要である。当事者は他の BIT 条項や国際慣

⁷ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 34877 (Interim Award, 1 December 2008)

⁸ 前掲注 2 参照。

習法の違反により追加的損害が生じたとの主張立証をしていない。[P.para.275]

B. 国内救済の完了 [P.paras.321-332]

裁判拒否を主張するには、一般に「国内救済の完了」が必要であるが、本件 BIT2 条 7 項違反の主張は、同様の厳格な「完了」の要求に従うものではない。特に、国内裁判の遅延が違反を構成し、裁判所自身が国内救済の「未了」を起こしている場合に、どのようにこの抗弁を主張できるのか、という問題がある。

本仲裁廷は、本件 BIT2 条 7 項に関しても「国内救済の完了」は条件付きで要求されると判断する。投資受入国が権利の行使・実施に効果的手段を提供したか否かを検討するに際し、申立人側が自由に使える手段を適切に利用したか検討しなければならない。

遅延が問題となる場合、その遅延自体、全ての救済手段が一般的に無意味であることの証拠となるが、遅延そのものを対象とした救済手段については別である。また訴訟当事者の訴訟態度は遅延の不当性を判断する際の考慮事情の一つである。これは裁判所の行為と、申立人が被った結果との間の因果関係に関わる。そして、本件仲裁廷は、効果的手段の提供の有無の判断にあたって、実際に、申立人の行動を考慮した。

主張立証責任については、両当事者が援用する国連国際法委員会の外交的保護に関する第三回報告書と同様のアプローチを採用し、被申立国は国内手段が利用可能であることを証明する責任があり、その後、申立人が、当該手段が非効果的・無益であること、または当該手段の行使の不奏功を立証する責任がある。しかし、被申立国指摘にかかる申立人が行使しなかった救済手段が、速やかな判決につながったことを、被申立国は証明していないので、本件で不当遅延の成立は否定されない⁹。

C. 権利濫用及び禁反言 [P.paras. 348-354]

本件中間判断¹⁰で述べたとおり、禁反言及び権利濫用の抗弁に関する主張立証責任は、被申立国が負う。また、エクアドル裁判所が公正 (fair) であるという申立人による無条件の (unequivocal) 陳述は、2000 年半ば以降はなされていない。

その後、エクアドルでは、司法府に影響を及ぼす重大な変化が 2004 年に生じた。その後の他の訴訟における *Aguinda* 判決の引用や、申立人のウェブサイトでの記載は、明白かつ無条件の従前主張の繰り返しとは認められない。したがって、申立人が、従前主張と整合しない主張を本件仲裁ですることは妨げられない。国際司法裁判所プレアビヘア事件における Spender 判事反対意見¹¹及びその後の同裁判所判例における禁反言の 2 つの要件、①明白かつ無条件の表明、②当該表明を信頼したこと¹²、の要求に本仲裁廷も同意するが、被申立国は、①について仲裁

⁹ これを受けて、仲裁廷は、一般的なエクアドル司法府の独立の問題に関する判断を回避した。

¹⁰ 前掲注 7。

¹¹ Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), 1962 I.C.J. p. 6 at pp. 143-44 (June 15) (dissenting opinion of Judge Spender).

¹² “contesting … a situation contrary to a clear and unequivocal representation previously made … on which representation the other State was, in the circumstances, entitled to rely and in fact did rely…” (下線は引用者)

開始の数年前以降について証拠を示しておらず、②についても立証していない。

なお、申立人の従前の主張は、エクアドル司法制度及び七事件の扱いの適切性に関する権利・主張の放棄を意味するものではない。

また、権利濫用の抗弁についても、申立人は本件 BIT に基づいて手続を遂行する正当な利益を有しないと被申立国の主張、とりわけ、本件は申立人の全体的な訴訟戦略のためだけに提起されたとの主張について、被申立国は証明責任を果たしていない。

D. 損害及び因果関係

1. 損害及び因果関係評価の方法 [P.paras.374-388]

(a) 一般的基準 [P.paras.374]

Chorzów Factory 事件¹³に従い、国際法違反による損害は、被害者の現実の状況と、違法行為がなかったならば実現されたであろう状況との比較によって評価される。この「あれなくばこれなし (but for)」の分析に従い、被申立国の違反がなければ、申立人がエクアドル裁判所七事件で勝訴していた可能性が高かった、という因果関係を申立人が証明したと認める場合にのみ、賠償を命じることができる。

(b) 判断アプローチ [P.paras.375-383]

上記基準の適用にあたり、申立人の本件損失はエクアドル裁判所による判決の機会であることに即して、本仲裁廷は、自らの契約解釈を直接に適用するのではなく、能力があり公正かつ中立のエクアドル裁判所 (competent, fair and impartial) であれば (para.377 では「誠実、独立かつ中立 (honest, independent, and impartial)」とする) どのように事件を適切に解決したか、エクアドル裁判官の立場と考え方に立ち (step into the shoes and mindset of an Ecuadorian judge) 判断しなければならない。

国内裁判所の行為による国際法上の国家責任に関する実体判断(例えば、「明白に不当な判断」による本件 BIT2 条 7 項違反や裁判拒否の判断) の場合、エクアドル裁判所において司法上あり得る (judicially possible) ものとは何か、という国内司法制度をより尊重・敬讓した基準が適用されるべきかもしれないが¹⁴、それと「あれなくばこれなし」に関する判断アプローチとは異なる。

この判断にあたり、国家責任成立以後のエクアドル裁判所七事件の国内判決を考慮してもよいが、尊重する義務はなく、証拠に照らし如何に判断されるはずであったかを仲裁廷は自らの判断として結論づける必要がある。

また、被申立国は、勝訴の「可能性」を考慮した損害の割合的減額を主張するが (loss of chance) 採用できない。エクアドル裁判所であればそのような判断をしない以上、本仲裁廷は、申立人 (TexPet) が受けるはずであった判決を決定しなければならない。エクアドル裁判所は既に判断の機会があったのにしなかったのだから、本仲裁廷が「可能性」を考慮するといった敬讓を払

¹³ Factory at Chorzów (Ger. v. Pol.), Judgment, 1928 P.C.I.J. (ser. A.) No. 17, at p. 47 (Sept. 13)

¹⁴ ただし、本件では不当遅延により本件 BIT2 条 7 項違反は成立しているので「明白に不当な判断」に該当するか否かの具体的基準を論ずる必要はなく、国家責任成立後の判決は因果関係及び損害に影響するに過ぎないとした。

う必要はない。また、loss of chance の法理は必ずしも各国で広く採用されていない。

(c) 訴訟放棄 (abandonment) と時効 [P.paras.385-388]

七事件に関する個別判断の前提として、七事件のうち、(不当遅延成立後に) 訴訟放棄 (abandonment) を理由に申立人敗訴で終結した 1 件があるが、当該事件の進行及び七事件の他の 6 件の進行等に照らすと、訴訟放棄を理由として却下 (棄却) されるべきではなかった。また、時効を理由に申立人敗訴とした終結事件及び第一審判決段階の事件があるが、”judicially possible” か否かは別として、誠実、独立かつ中立のエクアドル裁判官の立場に立って覆審的に判断すると (review de novo)、これら事件には一般的な時効 (10 年)¹⁵の規定が適用されるべきで、小売販売にのみ適用される短期特別時効 (2 年)¹⁶が適用されるとの国内裁判所の結論には同意できず、請求は時効を理由に却下 (棄却) されるべきではなかった。

2. 因果関係：七事件に関する本仲裁廷による実体判断 [P.paras.389-498]

(a) 本仲裁廷は、七事件のうち、申立人敗訴とした終結事件及び第一審判決段階の 6 件について、いずれも、1973 年契約及び 1977 年契約の解釈に基づき、誠実・独立・中立のエクアドル裁判所であれば、申立人勝訴としたであろうと認める¹⁷。

(b) 七事件のうち、本件仲裁開始 (不当遅延による BIT 違反成立) 後、国内裁判所が請求全額認容の第一審判決をした 1 件で、同判決は申立人の “legal representative” に対する支払いを命じたが、申立人は、エクアドル法上 “legal representative” が認められるのは国内企業のみで、外国企業は代理人 (attorneys-in-fact) を通じてのみ行為できるので、上記主文では回収不能であり、控訴を強いられていると主張した。

しかし、上記第一審判決の欠陥や同判決に基づく回収努力の証拠、回収が妨げられた類似事例などの証拠がない以上、本件 BIT 違反による損害が生じたと言えず、誠実・独立・中立の国内裁判所による判決内容を決定する必要はない。 [P.paras.491-498]

3. 損害額 (最終本案判断による部分を除く) [P.paras.499-557]

(a) 元本部分及び国際法違反成立前までの利息 [P.paras.546-550]

両当事者の間には、七事件において問題となった原油の量やそれに基づく賠償額についてはほとんど争いが無い。

利息について、国際法違反成立時 (2006 年 12 月 21 日) まではエクアドル法が適用され、単利となる。利息発生時期及び利率について申立人の主張を退け、利息発生について履行遅滞 (legal default) を七事件の各提訴時とし、請求はドル建てなので利率は NY プライムレートを適用する。この結果、損害額は [表] のようになる。

¹⁵ P.para.192。

¹⁶ P.para.150 等

¹⁷ 1973 年契約の下、申立人が負っていた国内需要向けの供給義務について、その対価たる「国内価格」は政府に決定権があり、この義務を超える部分について申立人は国際市場価格で売る自由があった。例えば、6 件中 4 件では、1973 年契約・1977 年契約の解釈が問題となり、政府側に提供した最終的な原油の行く先が国内需要以外の場合には国際価格が支払われるのか、それとも価格は政府側製油所に対する原油納入時点で決定され国内価格となるのか、が問題となったが、本仲裁廷は、両契約の関係、契約の文言、価格決定のサイクル、輸出された石油関連製品は国際価格という業界慣行等から、国際価格が適用されると判断した。

〔表〕				
事件名・番号		提訴日	直接損害	NYプライムレート単利 (2006年12月21日以降)
第1 (Esmeraldas)	23-91	1991.12.17	\$98,767,529.00	\$103,664,148.73
第2 (同上)	152-93	1993.12.10	\$186,219,549.00	\$172,788,153.66
第3 (Amazonas)	7-92	1992.4.15	\$18,691,955.00	\$19,241,726.93
第4 (同上)	153-93	1993.12.14	\$2,785,204.00	\$2,520,597.24
第5 (Imported Products)	154-93	1993.12.14	\$35,780,606.00	\$33,172,438.36
第6 (<i>Force Majeure</i>)	8-92	1992.4.15	\$12,313,302.00	\$12,676,694.90
TOTAL			\$354,558,145.00	\$344,063,759.84

(b)課税額の考慮 [P.paras.551-554]

両当事者が主張する税法の適用に関し、エクアドル裁判所が判決にて(予め)税額を控除することはないと認めるが、申立人が(本件 BIT 違反により)被った損失は、エクアドル裁判官が認容したであろう金額+利息からエクアドル税法上の課税額を控除した金額である。

ただし、税額の考慮は、本件仲裁判断に対するエクアドル政府による事実上の課税とはならない。エクアドルは、本件手続において、国際法違反がなければ申立人が負担していたはずの課税が考慮された仲裁判断には、追加課税しない旨表明している。

申立人主張のとおり、税法の問題は複雑となり得るので、税額を考慮した最終的な申立人の損害評価は、別手続で行う。

(c)国際法(本件 BIT2 条 7 項)違反成立後の利息は、国際法廷の支配的慣行に従い、複利を適用し、NYプライムレートを採用する [P.paras.555]。

4. 税法適用問題を含む最終損害額の確定 [Final Award]¹⁸

(a)一部本案判断の射程等 [F.paras.248-249, 267-284]

両当事者が選任した両専門家による「専門家共同報告書」において、被申立国選任の専門家(Dr. Javier Cordero Ordóñez)の個別意見は、直接損害に対する判決前利息は、直接損害の総額ではなく、直接損害額から統一税率(87.31%)相当額を控除した後の額に基づき計算される必要があるとし、かつ、その計算での利息に25%の所得税率が適用されるとし、仲裁廷が(統一税率による税額控除後の)新たな直接損害額に基づき利息を再計算することを両専門家に許容したか否かの点で見解が一致しなかったとする[F.paras.248-249]。両当事者も、一部本案判断に既判力があるか、専門家の個別意見が仲裁廷による設定任務の範囲内か、について争う。

しかしながら、一部本案判断の主文も理由も Cordero 博士が提起した論点を対象としていな

¹⁸ 上記 3.(b)のとおり税法の問題を含む最終損害額は一部本案判断では留保され、別手続で審理・決定された。一部本案判断の主文の関連部分は以下のとおり。

“2. The Respondent has breached Article II(7) of the BIT through the undue delay of the Ecuadorian courts in deciding TexPet’s seven court cases and is liable for the damages to the Claimants resulting therefrom.
...

5. As a result of the Tribunal’s decision in section 2 above that the Respondent has breached Article II(7) of the BIT, the Respondent is liable for damages caused to Claimants by that breach. The amount of such damages will be decided by the Tribunal with the help of a procedure set out in a separate Procedural Order of the Tribunal to determine what taxes, if any, would have been due to the Respondent if no breach of Article II(7) of the BIT had occurred.

6. The Respondent is liable for pre-award compound interest at the New York Prime Rate (annual) on the final amount to be paid by Respondent according to section 5 above, from December 22, 2006 until the date that this sum becomes payable by Respondent.”

い。本仲裁廷は、一部本案判断において、税額を考慮した上での最終的な損害額の決定を留保していた（主文第5項及び第6項）¹⁹。主文第5項を前提に第6項では、直接損害及び判決前遅延利息の全額ではなく、税額控除後の仲裁判断による最終認容額に対して、複利の利息を認めたものであるところ、判決前利息についても Cordero 博士の方法により、同様の考え方を適用し得る。

本仲裁廷は、本件仲裁開始（国際法違反成立）の時点でエクアドル国内裁判所が申立人に認容すべきであった額として、直接損害額 354,558,145.00 ドルと判決前利息 344,063,759.84 ドルの合計としたが、次いで税額の考慮に移り、エクアドル裁判所は判決において税額控除しないと述べた上で、本仲裁廷が本件 BIT 違反による申立人の損害額を決定する上では税額を考慮しなければならないと述べ、エクアドル税法適用の問題について広範に判断を留保していた。

従って、専門家個別意見で指摘された点について、判断を妨げられるような既判事項は、主文中にも理由中にも存在しない。

(b)エクアドル税法の適用に関する判断 [F.paras.305-314, 327-328, 336-337]

申立人がエクアドル裁判所の判決により認容額を得た場合、その後、エクアドル税法上の課税を受けたであろう。最終損害額の判断にあたり、1973年契約及び申立人の賠償額全体に適用される税法の影響を考慮する必要がある。「あれなくばこれなし」の分析に基づき、損害の回復のみならず負担も回復する必要がある。

また、申立人の税負担は元のコンセッション契約上の義務で、コンソーシアムの通常の運営過程で、申立人への支払いの際、エクアドル中央銀行が常に控除していた。

このような理由づけは、課税は賠償認容の結果 (taxes are consequential to the compensation awarded) という一般原則を損なわない。本仲裁廷が税控除の問題を考慮するためには、両当事者間で問題となっている当該法的関係と十分に関係している必要があり、その場合、配分・回収・控除に関する契約上の特定の規定や両当事者間の確立された慣行を考慮してもよい。

本件では 1973年契約上の支払い元本の 87.31%はエクアドル政府の定期的な回収により自動的に課税されていたもので、直接損害額 354,558,145.00 ドルのうちこれに相当する部分 (87.31%) もまた被申立国に対する租税債務となったであろう。従って、上記直接損害額に基づいて（一部本案判断の際に）計算された利息額も、同率 (87.31%) で租税債務となっていたであろう。従って、認容額に含めることはできない。そして、12.69%部分の利息に対しては、さらに当該収入に適用される税率で課税される。

なお、本仲裁廷は、課税事項を「エクアドル裁判所の勝訴判決」と考えており、同判決に基づく現実の回収であるとは考えない。

結論として、申立人の直接損害は税率 87.31%で減額され、直接損害に対する利息も同率で減額され、さらに残りの利息が利息収入に適用される税の対象となる [F.para.314]。石油収入に適用される 87.31%の税率が、それに関する判決の額（直接損害額）にも同様に適用される、というのが両当事者選任にかかる共同専門家報告書の見解で、本仲裁廷はこれを採用する（申立人

¹⁹ 前掲注 18。

の主張は不採用)。直接損害はその結果、44,993,428.60 ドルとなる[F.para.327-328]。また、利息収入に対する税率は、一般的な所得税率 25%を適用するとの共同専門家意見を採用し、石油収入の税率適用を求める被申立国主張は採用しない。契約違反からエクアドル裁判所の仮定判決(2006年)時までの申立人の正味の経済的損害たる利息として、上記直接損害額に対する利息は 43,661,691.12 ドルであり、これに 25%の税率が適用されるため、利息損害としては 32,746,268.34 ドルとなる [F.para.336-337]。

(d)結論 [F.paras.348-353]

上記金額の合計は 77,739,696.94 ドル (44,993,428.60+32,746,268.34) となる。これに本件仲裁開始から 2011年8月31日(本仲裁判断)時までの利息を一部本案判断の主文第6項に従ってNYプライムレート・複利で計算した結果(18,615,672.23ドル)を足すと総額 96,355,369.17 ドルとなる。

以上に対して、さらなる課税等を行わないというエクアドル政府の表明は申立人の保護に十分なものであると判断するので、本件主文中ではこの点には触れない(この点の申立人の請求は棄却する)。

E. 費用負担 [F.paras. 354-376]

UNCITRAL 仲裁規則(1976年)及び投資協定仲裁に関する近時の慣行に従い、特別の事情がない限り、「費用は事案に従う(”costs follow the event”)」の一般原則を適用する。本件では管轄及び責任については申立人の主張が認められたが、損害論においては被申立国の主張が概ね認められた。明白な勝訴者はいないので、弁護士費用等については各自負担、仲裁費用については折半とする。

35 : Merrill & Ring Forestry v カナダ (ICSID Case No. UNCT/07/1)
(JCA ジャーナル 2010 年 11 月号 (17))

判断年月日 : 2010 年 3 月 31 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Francisco Orrego Vicuña (チリ・長)、Kenneth W. Dam (米国)、J. William Rowley (英国/カナダ)

一 判断のポイント :

・規制がなければ輸出によって得られたであろう利益について明確な立証があったとは認めがたいので、本件に関してはカナダの公正衡平待遇義務違反があったとは認定できない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 問題の背景

本件は、カナダに投資している米国の木材会社がカナダ政府の規制によって製品の米国への輸出に関して不利益な待遇を受けていると訴えた事件である。本件の背景を知るためには、米国とカナダとの間で長年にわたって争われてきた針葉樹材¹ (softwood lumber) に関する紛争について理解しておく必要がある。

カナダ産の針葉樹材は大部分がブリティッシュコロンビア (BC) 州の州有林で産出する。従来から米国の製材業界は、BC 州が決める製材価格が不当に低く、米国産製材は競争上不利な立場にあると主張し、米国政府に対し通商救済措置の発動を要請してきている。まず 1982 年にカナダ産針葉樹材について相殺関税課税を申請したが、米国商務省 (DOC) は、この申請を却下した。続いて 1986 年に同様の申請がなされ、今度は DOC は相殺関税課税を決定した。この決定に対しカナダの業界が猛反発し、結局二国間交渉で解決した。1991 年に二国間解決が失効すると、米国業界は再度の相殺関税賦課を求め、DOC は賦課を決定した。これに対し、北米自由貿易協定 (NAFTA) の下での紛争 (19 章に基づく国家間手続) 等を経て、政府間で第 1 次針葉樹材協定 (1996-2001) が結ばれるに至った。しかし、2001 年に協定が失効すると、2003 年 DOC は相殺関税及びアンチダンピング税賦課を決定した。事件は世界貿易機関 (WTO) へ舞台を移し、カナダが一連の米国の措置が WTO 協定に違反するとの申立てを行った²。その後 2006 年 10 月に至り、第 2 次針葉樹材協定が結ばれた³。これにより米国はカナダ産針葉樹材に関するすべての輸入救済措置を停止し、徴収した関税を還付することとなった。係争中の紛争

¹ 「軟材」と訳している文献を多く見かけ、また、業界用語としても用いられるようだが、意味は「針葉樹材」ということなので、本稿ではこのように訳す。

² WT/DS236, WT/DS247, WT/DS257, WT/DS264, WT/DS277.

³ この協定の結果、上記の WTO 事件はすべて終了した。協定の内容は、「相互に合意した解決」の通報文書において明らかにされている (WT/DS277/20, WT/DS277/20/Add.1)。

(NAFTA11 章に基づく仲裁手続を含む) はすべて中断する代わりに、カナダは輸出業者から輸出課徴金を徴収するというものである。協定は 7 年間有効 (更に 2 年延長可) とされている。ただし、協定の対象は製材 (lumber) のみで、原木 (log) には及ばない。

本件で問題となったのは、まさに原木についてのカナダ政府の措置であり、これについて米国人投資家の申立てにより NAFTA11 章に基づく仲裁手続が開始された⁴。

B. 問題とされる措置の内容 [para.26-43]

本件で問題になっているのは、カナダの原木輸出レジーム、とりわけ原木余剰テスト (log surplus test) と言われるものである。BC 州から原木を輸出しようとする者は、事前に州内の製材業者から引合いがあるかどうかを公告により確認しなければならない。もし引合いがないか、公正市場価格以下での引合いしかない場合には、余剰があるものとみなされ、輸出が認められる [para.28]。その根拠となっているのは、BC 州森林法 (BC 森林省及び木材輸出諮問委員会 (TEAC) が所管) と連邦告示 102 号 (連邦外務貿易省及び連邦木材輸出諮問委員会 (FTEAC) が所管) である [para.29]。

申立人 (米国ワシントン州に本拠を置く会社) は、BC 州の私有林に投資している。BC 州の針葉樹林の 95% は BC 州政府が所有しており、残りの私有林も大部分はカナダ人投資家が所有している。申立人が所有する森林は、連邦政府の管轄ゆえ、連邦告示 102 号の対象となる [para.33]。連邦告示 102 号は、同様の内容を規定する BC 州森林法よりも要件が厳しく、輸出に不利となっているというのが申立人の主張である [para.34]。また、FTEAC の審査は透明性を欠き、引合いの公正性審査も不適切と主張されている [para.38]。カナダは、これらの主張について争っている。特に国内からの不公正な引合い (blockmailing と呼ばれる慣行⁵) については、外務貿易省が介入し、不公正行為があったと認定した場合には、国内からの引合いにも関わらず、対象となった原木輸出者に輸出許可を与えているという [para.42]。

申立人の主張によれば、①輸出許可手続の前に原木の伐採が義務づけられていること [para.34, para.45]、②原木の加工にメートル法使用が義務づけられていること [para.45]、③blockmailing により、国内製材業者に対する安値販売を余儀なくされること [para.46]、④手続にかかるコスト等 [para.47]、⑤BC 州所管の森林については原木余剰テストを免除される可能性があるのに、連邦所管の森林についてはそのような免除が認められないこと [para.48] といった措置の累積的効果により、申立人は原木を公正市場価格より低い値段で国内販売することを余儀なくされ、結果的に自らの負担で BC 州製材業者に対する助成をしているのと同じことになるという [para.49]。

C. 申立人の主張

⁴ NAFTA1120 条は被申立国と申立人の属する国がともに ICSID 条約の加盟国である場合には ICSID 手続によることができるとするが、本件の場合、カナダは ICSID 条約の加盟国ではない (2006 年署名・未批准) ので、同条の規定に従い UNCITRAL 規則が適用されたが、事務局は ICSID が務めた。

⁵ 国内需要を確認する公告が出た後に、輸出を妨害するために、実際には需要がないのに、引合いがあるかのように装った E メールを出すという意味であろう。

1. 内国民待遇義務違反

同様の状況の下にある他の原木輸出業者は、連邦告示 102 号の対象となっていないため、申立人よりも有利に扱われている（特に上記①、⑤について）。これは NAFTA1102 条の内国民待遇規定⁶に違反する [para.53]。

2. 公正衡平待遇義務違反

連邦告示 102 号による規制は、NAFTA1105 条が規定する公正衡平待遇義務 (Minimum Standard of Treatment)⁷違反である。同告示の実体規定が不公正かつ不衡平であるのみならず、原木輸出管理レジームが高度に秘密主義的で不透明なやり方で運用されていることにより、blockmailing の慣行を生み出している [para.54]。

3. パフォーマンス要求禁止規定違反

原木輸出管理レジームでは、伐採に当たり原木を「通常の市場慣行」に従って処理することや原木を筏に組む際にメートル法で目盛りを付けること等が求められているが、これらは NAFTA1106 条⁸で禁止されるパフォーマンス要求に当たる [para.55]。

4. 収用規定違反

原木輸出管理レジームは、申立人が原木の国際市場で公正市場価額を実現する権利を侵害するもので、NAFTA1110 条⁹が禁止する違法な収用に当たる [para.56]。

D. カナダの手続的抗弁

カナダは、以上の実体的申立てについてすべて争っているほか、手続的抗弁として、申立人の主張は、NAFTA1116 条 2 項の規定¹⁰により時効にかかっていると主張している。

⁶ 1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

⁷ Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

⁸ No Party may impose or enforce any of the following requirements, or enforce any commitment or undertaking, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct or operation of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory:

(a) to export a given level or percentage of goods or services;

...

(c) to purchase, use or accord a preference to goods produced or services provided in its territory, or to purchase goods or services from persons in its territory;

...

(e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;

⁹ No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except:

(a) for a public purpose;

(b) on a non-discriminatory basis;

(c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and

(d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.

¹⁰ An investor may not make a claim if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage.

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 内国民待遇違反について

カナダは、申立人は「待遇」の内容を明らかにしていないというが、申立人は、問題となる措置を十分特定しており、この点については問題ない[para.79]。問題は、「同様の状況の下にある」(under like circumstances) の意味である。この文言を解釈するに当たり、他の協定を参照することは必ずしも排除されないが、申立人が主張するように GATT 第 3 条 4 項の「同種の産品」(like products) の解釈でしばしば用いられる「対等な競争条件」という基準を持ち込むことは、本件の場合不相当である。この基準は、貿易の自由化を目指す GATT あるいは NAFTA の貿易章については適用可能かもしれない。しかし、NAFTA は貿易自由化以外の要素も含み、より広い意味での経済統合や経済政策の調整を目的としている。11 章はまさにそのような規定である。NAFTA11 章に基づく他事件の前例を見ても、貿易自由化以外の要素を広く考慮して「同様の状況の下にある」を解釈している[para.87-88]。「同様の状況の下にある」というのは、本件の場合、連邦告示 102 号の対象となっている他の業者（連邦法の適用を受けている業者）と比較すべきことを意味する。同じカテゴリー同士で比べた場合、差別があったとは言えない[para.93]。国籍に基づく差別があったという証拠もない[para.94]。

B. パフォーマンス要求禁止規定違反について

輸出許可を求めるに当たっての公告の対象となる原木の最小数量と最大数量が定められているからといって、それが 1106 条(1)(a)の輸出要求に当たるとは言えない[para.114]。積み出し前に一定の処理が求められていることも 1106 条(1)(c)の国内産品使用要求に当たるとは言えない[para.115]。メートル法目盛りの使用義務づけも同様[para.116]。これらの要求が 1106 条(1)(e)の輸出入均衡要求に当たるとい主張は理解困難である[para.119]。カナダの措置が輸出数量に影響を与えることは否定しないが、それは偶然的なものであって、1106 条で禁止されるパフォーマンス要求に当たるとは言えない[para.120]。

C. 収用規定違反について

まず申立人の収用に関する主張が NAFTA11 章にいう「投資」に関連して行われたものであるかを吟味する必要がある。Pope & Talbot 事件の仲裁廷が明らかにしたように、輸出に関する期待が投資協定上保護に値するものであることは認められるが、それは投資家が特定の輸出を特定の価格で行い得ることを保証するものではない[para.144]。申立人は連邦政府や州政府の指揮命令を受けているわけではない[para.147]。申立人の主張は、結局のところ、カナダの規制がなければ国際市場でより多くの利益を得られたであろうというに過ぎない[para.148]。カナダが申立人に対し、国際市場で特定の価格水準を保証したという証拠もない[para.150]。よって、収用規定違反は認められない。

D. 公正衡平待遇義務違反について

この点が最大の難問である。なぜなら、この基準については議論の余地が多いからである。まず「国際法に従って」の意味を確定する必要がある[para.183]。その上で、「公正衡平待遇」と「十分な保護及び保障」に関する慣習国際法の内容を確定しなければならない[para.191]。NAFTA 自由貿易委員会の覚書（2001 年）¹¹が拘束力を持つからといって、それがただちに慣習国際法の内容となっているとは限らない[para.192]。

本件については 2 つのシナリオが考えられる。ひとつは、申立人の主張するように、1105 条 1 項が与える保護は意味のあるもので、違反を証明するための閾値は比較的低いものだと考えるという立場であり、もうひとつは、カナダが主張するように、Neer 事件で示された最低基準とまでは行かなくても、国家の違法行為が十分に深刻なもの（受け入れ可能な規制手段の通常の効果からは明らかにかけ離れた違法性の高いもの）であることが必要だと考える立場である[para.219]。

いずれのシナリオが適切であるかを判断する前に、カナダの協定違反によってもたらされたとされる損害額について、申立人が十分な証明をしているかどうかを検討する必要がある[para.243]。なぜそのような順序で検討するかというと、国際義務違反の場合の国家責任については伝統的に「賠償責任」の概念としてとらえられてきており、金銭賠償が原則とされてきたということがあり、損害の証明なしに賠償責任を認定することは、投資協定仲裁の文脈では説明困難だからである[para.244-5]。また、上記の 2 つのシナリオのいずれを採用すべきかについて仲裁人の意見が異なっているという事情もあるので、まず損害の立証について検討する[para.246]。

E. 損害の立証について

申立人は、輸出によって得られたはずの利益について鑑定意見を 2 通提出している。これに対し、カナダも専門家意見によって反論している。すでに内国民待遇違反、パフォーマンス要求禁止規定違反、収用規定違反については申立人の請求を退けたので、ここで問題となるのは公正衡平待遇義務違反によって生じたとされる損害（16,068,804 カナダドル）についてのみである。申立人は、カナダ政府の規制によって確実に損失をこうむったという証拠は提出していない。輸出に関して得られたであろう利益について、不確実な根拠に基づいて推測しているにすぎない[para.258]。また、その推測の基礎となっている「伐採計画」は申立人が自ら作成したものであって、客観性が保障されていない[para.259]。「規制がなければ」(but for) という判断基準も正確さを欠く[para.260]。さらに、輸出利益の算定に過去の価格データ（カナダ政府による規制の影響を受けている）を用いている点も問題である[para.261]。以上から、輸出によって得られたであろう利益（export premiums）について明確な立証があったとは認めがたい[para.262]。よって、カナダの公正衡平待遇義務違反があったとは認定できない。なぜなら、両者の判断は密接不可分の（inextricably related）ものであり、国際投資法において国際違法行為が行われたと

¹¹ Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001)

言い得るためには、被申立国の責めに帰すべき国際違法行為があり、それが現実に損害をもたらしていることが必要だからである [para.266]。

F. 時効について

カナダが主張している時効については、公正衡平待遇義務違反について、いずれかのシナリオの下でカナダの責任が認定されたとしても、それが立証可能な損害につながったことが示されていないので、改めて時効について検討する必要はないと考える [para.269]。

G. 仲裁費用について

申立人の請求は棄却する。仲裁費用については次のように判断する。申立人もカナダ政府も、関連する NAFTA の規定及び一般国際法について、十分説得力ある議論を行った。書面も口頭手続も双方が高度の専門的能力を発揮して行った。これらを総合的に勘案すると、仲裁費用総額 959,500 米ドルについては、当事者双方で折半すべきである [para.270-271]。

36 : ATA Construction, Industrial and Trading Company v ヨルダン・ハシミテ王国 (ICSID Case No. ARB/08/2)

(JCA ジャーナル 2010 年 12 月号 (19))

判断年月日 : 2010 年 5 月 18 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Yves Fortier (カナダ・長)、Ahmed Sadek El-Kosheri (エジプト)、Michael Reisman (米国)

一 判断のポイント :

- ・仲裁判断取消訴訟手続に関連する紛争と仲裁判断取消訴訟の対象となっている仲裁判断が下された仲裁で争われた紛争は法的に同一の紛争である。
- ・紛争の発生時点は仲裁の対象となった紛争が生じた時点である。
- ・「仲裁を受ける権利」は投資に該当する。
- ・投資仲裁で与えられる救済は金銭賠償に限られない。

二 事案の概要 :

I. 事実および当事者の主張[paras. 29-58]

A. 事実の概要

申立人は、トルコ法人の建設会社であり、被申立国はヨルダン・ハシミテ王国である。

本仲裁は、アラブ・カリウム会社(Arab Potash Company, APC) のために申立人が建設した堤防の崩壊により生じた紛争に関して下された申立人に有利な仲裁判断について、ヨルダン裁判所が取消判決を下したことが 2006 年 1 月 23 日から発効したトルコ=ヨルダン BIT の違反を構成するかどうかが主な争点とされた事案である。

申立人は、1998 年 5 月 2 日の契約 (以下、「本件契約」という。) に基づき¹、APC から死海ほとりの堤防の建設を請け負っていた。建設終了後 APC に引渡しがなされ堤防内に貯水が行われたが、堤防は決壊した。これを受けて、堤防決壊の責任の所在が申立人または APC のどちらにあるのかを巡って紛争が生じた。そのため、APC は、本件契約の 67 項に定められていた仲裁条項に基づき仲裁を申立て、申立人は契約代金につき請求を行った。2003 年 9 月 30 日、堤防決壊の責任は申立人になく APC の請求は棄却し、申立人の請求を部分的に認め APC に損害賠償を命じる仲裁判断が下された (以下「FIDIC 仲裁判断」という。)[paras. 29-33]

本件契約当時、APC は被申立国が大多数の部分を出資していたものの、仲裁判断が下された後である 2003 年 10 月 16 日に被申立国はおよそ半分の持分をカナダ企業に売却している。[para.

¹ 本件契約は、FIDIC 標準約款に基づき準拠法はヨルダン法であった。FIDIC とは、Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils の略称であり、1913 年に設立された、コンサルティング・エンジニア (Consulting Engineer) の各国協会の連盟組織である。FIDIC は、建設・工事関係の約款の作成などを行っている。FIDIC 標準約款中の仲裁条項に基づく仲裁は、ICC 仲裁となることが多いと言われているが、本件仲裁判断においてはどの仲裁機関が利用されたのかは明らかではない。

34]

2003年10月29日、APCはヨルダン控訴院(Jordanian Court of Appeal)にFIDIC仲裁判断の取消しを申し立てた。2006年1月24日、同裁判所は、FIDIC仲裁判断を下した仲裁廷がヨルダン民法典789条を本件に適用するとした結論には誤りがあり、申立人に厳格責任が課される786条及び788条が適用されるべきであったとしてFIDIC仲裁判断を取り消すとともに、仲裁合意を無効とした。[paras. 46-47]

ヨルダン控訴院判決に対して、申立人及びAPCは、ヨルダン破毀院に上訴を行った。申立人は、1)控訴院がヨルダン仲裁法49条(a)(4)により仲裁判断取消を行ったのは間違いであること、2)控訴院が事実関係及び証拠を再検討する際にFIDIC仲裁判断の反対意見に依拠しすぎている間違いを犯したこと、3)控訴院は矛盾し且つ不公平な方法によって当事者が事実及び証拠に関する問題につき陳述を妨害し、判決において仲裁廷の事実認定を覆すのみであったこと、及び4)控訴院は恣意的にヨルダン民法典の適用及び解釈を、立法者意思に反し、矛盾した法的論理で、かつ適用されるべき破毀院判決に反して誤りを犯したことを主張した。他方で、APCは、控訴院が仲裁判断を部分的に維持した点について誤りがあると主張した。しかし、2007年1月16日、ヨルダン破毀院は、申立人及びAPCの上訴を退けた。[paras. 48-54, 34-36]

ヨルダン破毀院判決の後、申立人はヨルダンの第一審裁判所にFIDIC仲裁判断の対象であった紛争について訴えを提起した。他方で、被申立国は、APCがヨルダン控訴院の仲裁判断取消判決に沿った形での新たな商事仲裁の申し出をしたが、申立人はこれを拒絶している。[paras. 55-56]

その後、申立人は、1993年8月2日に締結済みではあるが2006年1月23日になって発効したトルコ=ヨルダンBITに被申立国が違反しているとして、本件ICSID仲裁のを開始した。

本件ICSID仲裁において、申立人は、FIDIC仲裁判断に記載された額の補償及びその利息の支払、ヨルダンの裁判所における仲裁判断取消訴訟及び現在係属中の堤防No.19に関する訴訟の費用の支払い、堤防No.19に関するヨルダン国裁判所における係属中の訴訟の終了を命ずること、ATAに対する堤防No.19に関連するヨルダン国裁判所のいかなる判決も国際的な効力を有さないことの確認などを求めている。[para. 83]

B. 当事者の主張

1. 管轄権について

—時間的管轄(*ratione temporis*)—

被申立国は、本案前の主張として、本件紛争はBIT発効以前に発生しておりBITは適用されないと主張する一方、申立人は、ヨルダンの裁判所による裁判の時点が本件紛争の発生時点であり、ヨルダン控訴院の判決及びヨルダン破毀院の判決時点では、BITは発効しているため本仲裁廷は管轄権を有すると主張した。[paras. 63-70]

2. 本案について

(a) 申立人の主張[paras. 71-78、81-83]

被申立国裁判所による仲裁判断取消判決及び仲裁合意の失効に関しては、収用に関する義務に対する違反、最恵国待遇条項を援用し **denial of justice** に関する違反を主張した。

(b) 被申立国の主張[paras. 84-93]

被申立国は、仲裁判断取消判決手続に関する争点について、申立人は被申立国裁判所が民法及び仲裁法の適用の誤りを犯したということを立証していないこと、被申立国裁判所による仲裁判断取消し手続は、**denial of justice** 及び収用には該当しないことを主張した。他方で、仲裁合意の失効に関する点については、被申立国は破毀院判決の後に、申立人に対して新たな仲裁の申込をしているところ、申立人はこれを拒絶しており、それにもかかわらず本件仲裁においてそのことを争うのは禁反言の原則に悖ると主張した。

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

仲裁合意の失効に関する点についての管轄のみ認め、その余の事項については管轄を認めなかった。本案については、ヨルダン破毀院による仲裁合意の失効は BIT 違反を構成し、救済としてヨルダンにおける裁判手続の中止及び本件仲裁合意に基づく仲裁を進める権利が認められた。

A. 管轄について

(1) ヨルダン破毀院による仲裁判断取消しについて

法的正当性の一般的な原則(**general principle of legality**)によれば、新法は、遡及的に適用されることが明らかな場合であって、遡及的に適用しないことが基本的及び優先されるべき正義の原則に反する場合以外は、遡及的に適用しないことが求められる。本件 BIT では、発効前に存在している紛争について遡及的に本件 BIT を適用するとはされていない。[para. 98]

「紛争(**dispute**)」の定義については、「法あるいは事実に関する点における意見の相違、当事者間における法的見解あるいは利益に関する衝突、又は、履行あるいは不履行に関する問題に関連して二当事者が明らかに反対の立場を取っている状態を指す」という **Lucchetti** 事件における仲裁廷の判示を引用する²。2000年9月6日に仲裁申立てがなされたという点については両当事者間の争いはない。**Lucchetti** 事件の基準によれば、申立人と被申立国との間における紛争は少なくとも申立人による仲裁申立てにより開始された。しかしながら、仲裁判断が取り消されたという紛争と **FIDIC** 仲裁判断を下した手続での対象となっていた紛争が同一の紛争であるかどうかという点には当事者間に見解の不一致が存在している。申立人は、ヨルダン破毀院の判決により紛争が結晶化したと主張している反面、被申立国は、**FIDIC** 仲裁判断が下された手続と本件仲裁で問題としている紛争は明らかに同一であると主張している。ここで、もう一度 **Lucchetti**

² *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Award (7 February 2005).

事件の仲裁判断が示すところを見てみると、同事件では、事後に発生した紛争がその原因及び主題をそれより前に生じた紛争と同一なものとする場合には、両者は法的に等価（legally equivalent）であるとしている。本仲裁廷も Lucchetti 事件の論理は説得的なものであると考えており、本件で問題となっている二つの紛争も法的に等価であると評価できる。[paras. 99-102, 105-108, 109-115]

本件 BIT は、2006 年 1 月 23 日より発効しているものであり、FIDIC 仲裁判断の取消しに関連する申立人のすべての請求は、時間的管轄（ratione temporis jurisdiction）を欠くため受理可能性がない。[paras. 103, 107, 115]

(2) ヨルダン破毀院により本件仲裁合意を無効としたことについて

本仲裁廷は、「仲裁に付託する権利(right to arbitration)」は BIT1 条(2)(a)(ii)にいう資産(asset)に該当すると考える。この権利は、BIT 発効以前から存在していたものではある。しかし、本件失効の根拠とされたヨルダン新仲裁法の立法によってではなく、ヨルダン破毀院の決定により、申立人と APC の間で締結された契約中の仲裁条項で与えられていた「仲裁に付託する権利」が失われた。すなわち、このヨルダン破毀院による無効の決定は、BIT 発効以降に行われたものであるため、本仲裁廷は、時間的管轄があると当仲裁廷は判断する。[paras. 116-120]

B. 本案について

国家は原則として、一般的には国際法又は条約によって課されている義務を国内法の援用によって逃れることはできない。ヨルダン破毀院による仲裁判断取消とともになされた仲裁合意の失効は、2001 年のヨルダン仲裁法 51 条第 2 文によるものである³。このようなヨルダン仲裁法の適用は、申立人から、本件契約における仲裁合意に対する正当な信頼を奪うものである。被申立国はニューヨーク条約の加盟国であり、申立人と APC との間の仲裁合意を尊重する義務が課されている。仲裁を受ける権利は、契約の不可分の要素であり、既に述べたように BIT にいう「投資」に該当する。BIT の前文によれば、ヨルダン及びトルコは、安定した投資の枠組及び経済的資源の有効活用の最大化の維持のためには投資に対する公正かつ公平な待遇が望ましいと述べている。2007 年 1 月 16 日にヨルダン破毀院が、申立人と APC との間で 1998 年 5 月 2 日に締結された契約中の仲裁条項を失効させたことは、申立人の仲裁を受ける権利の侵害であり、BIT の文言にも精神にも反することになり、被申立国が BIT により課されている義務に違反している。[paras. 121-128]

次に与えられるべき救済であるが、ホルジョウ工場事件判決によれば⁴、与えられる救済は、違法行為のすべての結果を取り除き且つ原状回復を行うのが原則であり、それができない場合は金銭的な賠償をおこなうものとされている。また、Schreurer の ICSID 条約に関するコメントでは、金銭賠償以外の「特定の行為の履行(perform a particular act)」及び「差止め(refrain

³ 仲裁判断中の英訳によれば、”The final decision nullifying the award results in extinguishing the arbitration agreement”.とされている。[para. 62]

⁴ ホルジョウ工場事件判決（常設国際司法裁判所、1928 P. C. I. J. No.13; PCIJ, Ser. A. No.17, 1928）。

from a certain course of action)」も仲裁判断で下すことができるとされている。本件仲裁において、申立人に与えられるべき救済は、申立人の仲裁を受ける権利の回復である。[paras. 129-131]

したがって、当仲裁廷は、堤防 No.19 に関するヨルダンにおける裁判所の手続を紛争の実体につきヨルダン又は他の場所におけるさらなる司法手続に付される可能性無く無条件かつ即座に終了することを命じ、申立人には 1998 年 5 月 2 日に締結された契約中の仲裁条項に基づき堤防 No.19 に関する紛争につき仲裁を進める権利が与えられる。[para. 132]

37 : Burlington Resources Inc. v エクアドル (ICSID Case No. ARB/08/5)

判断年月日 : 2010年6月2日 (管轄権決定)

仲裁廷の構成 : Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス・長)、Francisco Orrego Vicuña (チリ)、Brigitte Stern (フランス)

一 判断のポイント :

・米=エクアドル投資協定第10条の課税問題の例外の適用に関し、「税」が存在するというためには、①法律があること、②特定の種類の人々に支払義務を負わせること、③国家に対して金銭を支払うこと、④公共目的であること、との4つの要件が満たされる必要がある。この基準に照らすと、エクアドルの法律42号は税である。

・紛争の発生から6ヶ月の待機期間の経過後に仲裁付託を認める規定振りを採用する米=エクアドル投資協定の紛争解決条項の下では、申立人による協定違反の主張が被申立国側に通知されて初めて紛争が発生し、6ヶ月の待機期間が開始する。

・待機期間の要件を遵守していない請求は受理可能性を否定される。

二 事案の概要 :

申立会社の Burlington Resources Inc.は、デラウェア州法に基づき1988年に設立された法人であり、天然資源の開発に従事している。[paras 2]

1980年代初頭にエクアドルは炭化水素産業を再活性化するために民間の事業者を巻き込みサービス契約を付与する一連の入札を行った。サービス契約方式においては、政府は探査地域(鉱区)を民間事業者に付与し、かかる民間事業者は当該地域に発見される商業的な石油埋蔵を探査することを約束する。それに対し、政府は事業者の費用及び月次の固定報酬を支払う。政府は生産される石油の唯一の所有者であるため、石油価格上昇から得る収益増加を捕らえることができる。しかし、サービス契約方式の入札にはわずかな参加者しか応札しなかったため、エクアドルは生産物分与契約方式を導入した。この方式の下では、民間事業者は石油埋蔵の探査開発におけるリスク及び費用を負担するが、生産される石油について持分を有する。[paras 6-9]

2000年から2006年にかけて、申立会社はその子会社を通じて鉱区7、21、23及び24の石油埋蔵の探査開発についての生産物分与契約の持分を取得した。[paras 15-17]

本件紛争は、申立会社の主張するところによると、エクアドルが①鉱区23及び24における申立会社の探査開発を地域の先住民の反対から保護しなかったこと、②契約上及び投資協定上の義務に違反する措置を導入し生産物分与契約の下での参加比率を一方向的に増加した(法律42号)ことから生じたものである。[paras 26]

2006年4月19日、エクアドル議会は、法律42号を可決した。同法は、いわゆる「石油販売価格から得られる合意していないか予測していなかった黒字」について50%の参加持分をエク

エクアドル政府に対して付与するものであった。申立会社の子会社である **Burlington Oriente** は、エクアドルの税法に基づき創設した税コンソーシアム（鉦区 7 及び 2 1 税コンソーシアム）を通じて鉦区 7 及び 2 1 についての 50% の追加的参加持分を支払った。2006 年 12 月 18 日、鉦区 7 及び 2 1 税コンソーシアムは、法律 42 号により課された追加的参加持分について正式に抗議し、エクアドルに対して生産物分与契約中の税補償条項に基づき追加参加持分の効果を吸収するように要請した。しかし、エクアドル側はこれに対して返答しなかった。2007 年 10 月 18 日、エクアドルは政令 662 号によりエクアドルの追加的参加持分を 50% から 99% に引き上げた。これに対して、**Burlington Oriente** は鉦区 7 及び 2 1 税コンソーシアムを通じて 99% の追加的参加持分を支払ったが、2007 年 11 月 28 日に生産物分与契約の税補償条項を遵守する旨の意図を表明する書面の発出をエクアドル側に要請した。しかし、エクアドル側はこれに返答していない。2008 年 6 月に税コンソーシアムは、法律 42 号に基づき支払期限が到来している金額についてエスクロー口座に入金をした。2009 年 2 月 19 日、エクアドルは鉦区 7 及び 2 1 の操業者である **Perenco** に対して国内手続を開始し、法律 42 号に基づき鉦区 7 及び 2 1 の操業者が負っていた 327.3 百万米ドルの支払いを強制した。2009 年 3 月 3 日、エクアドルの執行裁判所は、鉦区 7 及び 2 1 の原油生産の差押えを命じた。[paras 38-52]

2008 年 4 月 21 日、申立会社は子会社と共に ICSID に仲裁付託要請書を提出した。[para 53]

三 判断概要：

I. 法律 42 号に関する請求（収用に関するものを除く。）—租税例外

米国＝エクアドル投資協定（本 BIT）第 10 条 2 は、本 BIT の規定は、課税問題（*matters of taxation*）については、収用（第 3 条）、送金（第 4 条）及び投資契約又は投資の許可の条件の遵守及び強制についてのみ適用されると規定する。[para 123]

本仲裁廷は、法律 42 号についての収用以外の請求が本 BIT 第 10 条の下での「課税問題」を提起しているか否かを検討する。[para 159]

まず、本仲裁廷は、法律 42 号が税であるか否かについて判断する。この問題は、エクアドル法ではなく、国際法により判断される。この問題を判断するに際して、本仲裁廷は、**EnCana** 事件及び **Duke Energy** 事件の決定が適切であると考え、**EnCana** 事件において、仲裁廷は、「税」とは、「法律により課される」ものであり、「税法とは、公共目的で特定の種類の人々に国家に対して金銭を支払う責任を負わせるものである」と判断している。**Duke Energy** 事件において、仲裁廷は、**EnCana** 事件の判断に依拠しつつ、本 BIT の「税」が存在するというためには、①法律があること、②特定の種類の人々に支払義務を負わせること、③国家に対して金銭を支払うこと、④公共目的であること、との 4 つの要件が満たされる必要があると判断した。本仲裁廷は、この基準に照らすと、法律 42 号は税であると考え、[paras 161-167]

申立会社は、法律 42 号に関して、公正衡平待遇義務違反、恣意的・差別的措置の禁止違反、完全な保護及び保障違反の請求を提起しているが、これらの請求は法律 42 号について争ってい

るため、「課税問題」を提起していると言え、本仲裁廷はこれらの請求について管轄を有しない。
[paras 178-216]

II. 鉱区 2 3 及び 2 4 に関する完全な保護及び保障違反についての請求一待機期間の充足

本仲裁廷は、申立会社が鉱区 2 3 及び 2 4 に関する完全な保護及び保障違反についての請求に関し、本 BIT 第 6 条の要件を遵守したか否かを判断する。本 BIT 第 6 条は以下規定する：「Provided that...six months have elapsed from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement of binding arbitration [to the ICSID].」。本件紛争当事者は、鉱区 2 3 及び 2 4 について実際に「紛争 (dispute)」が発生していたのか、本 BIT 第 6 条は、本 BIT の違反についての申立てを含む通知を要求しているのか否かについて争っている。 [paras 284-286]

本 BIT 第 6 条の「紛争」には、①当事者間の権利義務についての不一致、利害及び見解の相違、並びに②当事者がかかると認識するための不一致についての表明が含まれる。
[para 289]

鉱区 2 3 及び 2 4 について「紛争」があったか

仲裁付託要請書は、先住民社会の反対により鉱区 2 4 における完全な保護及び保障の義務に関する紛争が発生していることを被申立国に対して適切に通知している。しかし、仲裁付託要請書は、紛争を被申立国に対して通知するには遅すぎる。第 6 条に基づく 6 ヶ月の待機期間の要件は、投資家が紛争を仲裁に付託する前に解決する機会を国家に与えるために設けられているのであり、申立会社は ICSID 仲裁への付託の時点で初めて紛争の通知を行うことで被申立国からかかる機会を奪っている。よって、申立会社は鉱区 2 4 についての完全な保護及び保障違反の請求について ICSID 仲裁への同意の受諾の条件を遵守しておらず、当該請求は受理することができない。 [paras 291-318]

(鉱区 2 3 については、「紛争」の存在を認定。 [paras 319-331])

申立会社は通知において協定違反について主張する義務があったか

被申立国は、申立会社が紛争についての適切な通知を行っていないため、本仲裁廷は請求について管轄権を有しないと主張する。被申立国は、本 BIT 第 6 条の下では、通知に協定違反の主張がある場合にのみ「適切な通知」であると主張する。 [para 332]

本 BIT 第 6 条 1(c)は、「投資紛争 (investment dispute)」を「投資財産に関し本 BIT が付与又は創設する権利の申し立てられた侵害 (an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment)」に関する紛争であると定義する。更に、同条 3(a)は、「紛争 (dispute)」が発生した日から 6 ヶ月が経過した場合に当該紛争を ICSID 仲裁に付託することができると規定する。本仲裁廷は、第 6 条 3(a)の「紛争」は、同条 1(c)の「投資紛争」を指していると考え。パラグラフ 2 では、「投資紛争」が、それに続いて「紛争」の用語が使用されており、このこと

から両者は同じものを示している。この点、本仲裁廷は被申立国が依拠する *Lauder* 事件仲裁廷に賛同する。同事件では、同様の文言を採用する米国＝チェコ BIT の紛争解決条項について同じ結論に至った。端的に言うと、第 6 条 3(a)の「紛争」とは、「投資財産に関し本 BIT が付与又は創設する権利の申し立てられた侵害」に関する紛争である。言い換えれば、本 BIT の違反についての主張が行われない限り、第 6 条に基づく仲裁への道を開く紛争は発生しない。この要件は、それが投資受入国に協定違反を是正して協定に基づく仲裁手続を回避する機会を与えるためのものであり、このような試みは協定違反の主張について知らなければ不可能であることを踏まえ、妥当なものである。第 6 条 3(c)の紛争は、協定違反の主張が行われた場合にのみ生じるため、6 ヶ月の期間は主張が行われた時点で開始する。本件では、申立会社は、鉱区 2 3 及び 2 4 についての先住民の反対に関する協定違反の主張を仲裁付託要請書の提出前に行っておらず、6 ヶ月の待機期間は開始していない。申立会社は仲裁付託要請書の提出により協定違反の主張を行い、この時点で紛争は発生したわけだが、申立会社は仲裁付託要請書提出前に遵守すべきであった待機期間の要件を遵守しなかった。よって、本仲裁廷は、申立会社の鉱区 2 3 についての請求も受理可能性がないと判断する。 [para 333-336]

38 : Venezuela Holdings B.V. and others v ベネズエラ・ボリバル共和国 (ICSID Case No. ARB/07/27) (JCA ジャーナル 2011 年 1 月号 (20))

判断年月日 : 2010 年 6 月 10 日 (管轄に関する決定)

仲裁廷の構成 : Gilbert Guillaume (フランス・長)、Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス)、Ahmed Sadek El-Kosheri (エジプト)

一 判断のポイント :

- ・ 法律等の国家の一方的行為を通じた ICSID 仲裁への合意の成否を判断するため、依拠すべき解釈規範とその下での解釈基準を示した判断例
- ・ 第三国の BIT の利用のためだけに当該第三国の法人に投資母体を移した場合、それ以前に発生した事実から生じた紛争に関しては権利濫用となるが、以降に発生した事実から生じた紛争に関しては権利濫用とはいえないとした判断例

二 事案の概要 :

I. 事実関係

1. 手続の概要 [para.1-14]

2007 年 9 月、申立人は、ベネズエラを被申立人として ICSID に仲裁を申立てた。2008 年 1 月、仲裁人を 3 人とする等の手続的合意が結ばれた。同月、申立人は Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler を、被申立人は Dr. Ahmed Sadek El-Kosheri を、それぞれ仲裁人として選任した。2008 年 5 月、第三仲裁人の選定が期間内にできなかったため、ICSID の Secretary-General に選任作業が求められ、7 月に H. E. Judge Gilbert Guillaume の選任がなされた。8 月に仲裁廷が構成された旨が当事者に伝えられ、11 月にパリで第 1 回会合が開かれて手続的事項に関する決定がなされた。その後、管轄について、被申立人から 2009 年 1 月に書面、4 月に申立人からこれに対する書面、6 月に被申立人から反論書、8 月に申立人から再反論書が提出された。仲裁廷は、9 月に当事者との電話会議を開催し、さらに、同月、この点に関してパリで審問を開催した。その後、仲裁廷は、12 月のパリでの会合を含む様々な手段でやり取りを行った。

2. 事実の概要 [para.145-148] [para.17]

1996 年に申立人側はベネズエラの La Ceiba (以下、"LC"と呼ぶ)において、1996 年から石油の採掘を始め、1997 年からは Cerri Negro (以下、"CN"と呼ぶ)で重油の採掘と精錬を始めた。2004 年 10 月から 2006 年 8 月にかけて、ベネズエラがロイヤリティ・レートと税金を増大させ、採掘税を新設したところから紛争が発生した。2007 年 2 月には、既存の石油関連の事業体を合弁会社形態にすることが求められたが、申立人とベネズエラの間においてはかかる形態変更

の合意に至らなかった。さらに 2007 年後期には（1975 年国有会社法の下で設立された）Petroleos de Venezuela（以下、「PDVSA」と呼ぶ）なる国営石油会社に設備も運営も移行させられ、国有化令が発動されたため、仲裁が申立てられた。

なお、申立人らは紛争発生当時において関連企業網を再構築し、デラウェア州法人の Mobil が、オランダ法人である Mobil Venezuela Holdings の 100 パーセントの株を有し、それがデラウェア州法人の Mobil CN Holdings の 100 パーセントの株を有し、それがバハマ法人の Mobil CN の 100 パーセントの株を有し、それが CN 事業について 41.66 パーセントの持ち分を有していた。他方、Mobil Venezuela Holdings は、デラウェア州法人の Mobil Venezolana Holdings の 100 パーセントの株を有し、それがバハマ法人の Mobil Venezolana の 100 パーセントの株を有しており、それが LC 事業体の 50 パーセント持ち分を有していた。

三 判断概要：

II. 仲裁廷の判断[para.62-207]

ICSID 条約の 25 条 1 項によれば、両当事国が ICSID 条約の加盟国であると同時に、両者の間に仲裁合意が必要である¹。ただ、それは直接の合意である必要はなく、これまでの ICSID 仲裁判断例によれば、投資受入国の法律や条約を通じた一方的な申し出を投資家が受諾するといったものでもよい。本件について申立人は、(A)1999 年投資法（以下、「投資法」と呼ぶ）²、あるいは、(B)1991 年締結のオランダとベネズエラとの二国間投資協定（以下、「BIT」と呼ぶ）³、いずれかによって合意がなされたと述べており、被申立人はこれをどちらも否定している。

(A) 投資法 22 条

投資法の 22 条につき⁴、申立人は、同条によりベネズエラが ICSID の管轄に合意したと解釈し、被申立人はそのような解釈を否定する。そこで、同条の意味を明らかにするため、仲裁廷は、第 1 に同条の意味を解釈するための基準を決定し、第 2 にこれを同条にあてはめることとする。

(1) 解釈基準

1) 被申立人は、ベネズエラの法律の解釈の際にはベネズエラにおける法の原則が考慮されなければならないと主張し、同条を解釈したベネズエラ最高裁憲法部の 2008 年 10 月 17 日の判決に

¹ ICSID 条約 25 条

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

² Venezuelan Decree with rank and force of law N°356 on the promotion and protection of investments of 3 October 1999.

³ The Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investment between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela signed at Caracas on 22 October 1991.

⁴ 投資法 22 条（ベネズエラから提出された英訳）

“Disputes arising between an international investor whose country of origin has in effect with Venezuela a treaty or agreement on the promotion and protection of investments, or disputes to which are applicable the provision of the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (OMGI–MIGA) or the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States (ICSID), shall be submitted to international arbitration according to the terms of the respective treaty or agreement, if it so provides, without prejudice to the possibility of making use, when appropriate, of the dispute resolution means provided for under the Venezuelan legislation in effect”.

も言及する。これに対し、申立人は、同条の意味と効果は ICSID 条約と国際法の原則の下で決定されなければならないと主張する。

まず、ICSID 条約 41 条 1 項は自らの管轄を仲裁廷自身が判断できると定めており⁵、それが、投資受入国の法律による一方的な申し出を投資家が受諾する場合も含めた如何なる場合についてもあてはまることは、これまでの先例においても認められている⁶。また、常設国際司法裁判所(PCIJ)や国際司法裁判所(ICJ)の先例も、ある国家の国際裁判機関に対する一方的な同意に関する同国の解釈が、その機関の管轄決定を拘束しないことを明らかにしている⁷。したがって、ベネズエラの裁判所その他の機関の同条の解釈が本仲裁廷の管轄に関する判断を拘束するわけではない。

次に、同条の解釈にあたり、ベネズエラの解釈ルールに従うべきか、国際法の解釈ルールに従うべきかについては、ICSID の先例は乏しい。Tradex v. Albania⁸、Inceysa v. El Salvador⁹、Rumeli Telekom v. Kazakhstan¹⁰、Biwater Gauff v. Tanzania¹¹、これらの 4 件については、当事者も仲裁廷も解釈指針を示すことを必要としていなかった。しかし、以下の 3 件の判断においては、解釈指針の言及をみることができる。まず、SPP v. Egypt においては、“relevant rules of treaty interpretation and principle of international law”を参考にしつつ“general principle of statutory interpretation”を適用するとされた¹²。他方、CSOB v. Slovakia Republic においては、何らの留保なく“international law”が依拠された¹³。さらに、Zhinvali v. Georgia においては、“subject to ultimate governance by international law”という留保の下、国内法が依拠された¹⁴。

こうした ICSID 判断例における躊躇は、条約であればウィーン条約法条約を依拠すればよいところ主権国家の一方的な行為につき解釈しなくてはならないという点に起因する。もっとも、ICJ は、国家による ICJ 強制管轄の受諾宣言 (ICJ 規程 36 条 2 項)¹⁵の解釈に際して、国家による一方的行為の解釈という、本件と同様の問題を扱ってきており、その際、国際法に従って解

⁵ ICSID 条約 41 条

(1) The Tribunal shall be the judge of its own competence.

⁶ See Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Second Decision on Jurisdiction (14 April 1988), 3 ICSID Reports 131 (1995), at § 60 (SPP v. Egypt); Inceysa Vallisoletana, S.L. v. El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006), § 212-213; Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/00/1, Award (24 January 2003), 3 § 339.

⁷ Electricity Cy of Sofia and Bulgaria (Preliminary objections), PCIJ. Series A/B N°77 (1989); Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey) – 19 December 1978 – ICJ Reports 1978 p.3; Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) - 4 December 1998 – ICJ Report 1988 p. 432.

⁸ Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction (24 December 1996), 14 ICSID Rev.—FILJ 161 (1999); 5 ICSID Rep. 47 (2002), §79.

⁹ Inceysa v. El Salvador, supra note 6, §327 and §332.

¹⁰ Rumeli Telekom AS v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award (29 July 2008), §334.

¹¹ Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (18 July 2008), §329.

¹² SPP v. Egypt, Decision on Objections to Jurisdiction, (14 April 1988), §61.

¹³ Ceskoslovenska Obchodni Banka v. The Slovak Republic, ICSID Case ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction., (24 May 1999), § 35, 36 and 46.

¹⁴ Zhinvali v. Georgia, Award, (24 January 2003), §339.

¹⁵ Statutes of the International Court of Justice 36 条

(2) The states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning:

- a. the interpretation of a treaty;
- b. any question of international law;
- c. the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation;
- d. the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.

積されるべきであるとしている¹⁶。本仲裁廷も、かかる分析を共有し、それは、前掲の *CSOB v. Slovakia Republic* や *Zhinvali v. Georgia* と軌を一にするものである。すなわち、ICSID 仲裁の管轄権に同意する国家の法律、より一般的に言うとすれば国家の一方的行為は、ICSID 条約の下での外国投資家に対する恒常的な申し出と理解されるべきであり、ICSID 条約と国家の一方的宣言に関する国際法のルールとに従って解釈されるべきである。

2) ICSID 条約の 25 条は、“consent in writing”を求めている¹⁷。必須の条件であるが、しかし、かかる書面による合意の方法や時期、解釈方法については定めがない。また、国際法上も国家の一方的行為に関するルールは整備されておらず、いくつかの点に議論があり、国連国際法委員会の 2006 年の報告（一方的行為に関するガイドライン）にあるように、統一されていない¹⁸。しかし、同委員会は、条約を基にした行為、国際的な平面で自由に行動することができる中でなされた行為については、義務を発生させるとしている。しかし、実際の義務の認定は難しく、1961 年のプレア・ヴィヘア寺院事件と 1974 年の核実験事件で、ICJ は、自由を制約する行為については制限的な解釈が求められるとしている¹⁹。同様に、2006 年に国際法委員会が採択したガイドラインでは、“clear and specific terms”での宣言のみが義務を発生させるとする²⁰。

もっとも、本件は ICSID 条約という条約に基づく行為である。この点、ICJ は、その規則 36 条 2 項の下での強制管轄の受諾の一方的宣言につき長らく判断を重ねてきており、かかる行為は一方的行為である一方で、他の国家との法的関係を生じせしめるとしている。すなわち、ICJ はかかる行為の解釈はウィーン条約法条約における解釈と同じではないとし²¹、各宣言はそこで実際に用いられた文言を重視して解釈がなされるべきであるとする²²。そして、当該国家の当時の意図も重視されるべきであるとする²³。つまり、当該宣言の文言を当該国家の意図を斟酌しながら解釈するということであり²⁴、意図に関してはテキストだけではなく、その宣言がなされるに至った状況やその目的といったコンテキストからも導かれるべきであろう。

以下、以上のような基準で投資法 22 条を解釈するが、その際、国家の一方的行為の判断には当該国家の意図を注視する必要がある、そのためには当該法律が重要な役割を果たす可能性があること、そして、一方的行為の性質に反しない限りでウィーン条約法条約の適用の可能性もあること²⁵、これらは付言する必要がある。

¹⁶ Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary objections – ICJ Reports 1998 p. 291 §25 ; Fisheries jurisdiction (Spain v. Canada) – ICJ Reports 1998 p. 453 §46.

¹⁷ See supra note 1.

¹⁸ Document A/CN.4/L.703 dated 20 July 2006 §3.

¹⁹ Nuclear Tests- New Zealand v. France- Judgment of 20 December 1974, ICJ Reports 1974 p. 472- 473 § 47; Armed activities on the territory of the Congo (New application, 2002), (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), ICJ Reports, 2006, p.28, §49 and 50).

²⁰ Document A/CN.4/L-703 dated 20 July 2006 – Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations - § 7.

²¹ See Fisheries jurisdiction (Spain v. Canada), supra note 16, §46.

²² Anglo-Iranian Oil Co. – Preliminary objection – Judgment – ICJ Reports 1952 p. 105.

²³ See Fisheries jurisdiction (Spain v. Canada), supra note 16, §48 and supra note 12, §107.

²⁴ See Fisheries jurisdiction (Spain v. Canada), supra note 16, §49.

²⁵ See Fisheries jurisdiction (Spain v. Canada), supra note 16, §46.

(2) 投資法 22 条の解釈

1) 投資法 22 条の文言は、”shall be submitted to international arbitration according to the terms of the respective treaty or agreement, if it so provides”と定めている²⁶。その解釈につき当事者は、一定の条件の下で仲裁をする義務を負うという点については一致しているが、その条件が何かについて差異がある。すなわち、申立人は、”if it so provides”について、その条約が紛争解決手段として国際仲裁を設定している場合という趣旨に解し、ICSID 条約それ自体がその趣旨を満たす存在であり、本条こそが ICSID 仲裁へのベネズエラの同意であると考えている。これに対し、被申立人は、その条約が国際仲裁に特定の紛争を付託することを求めている場合という趣旨に解し、本件では満たされていないと考えている。

本条の解釈に困難があることは、ICSID 条約のコンメンタールにおいても認められている²⁷。この条項の特徴は、当事者に関する言及が十分でないという点にある。もっとも、BIT に関して、”between an international investor”としかないが、ここには”and Venezuela to which BIT’s are applicable”が補われるべきであろう。他方、MIGA 条約については、政府機関のみが当事者となっており、外国投資家は当事者にはなれない²⁸。

ICSID 条約については、二つの問題の検討が必要である。まず、この条項は、仲裁申立は”according to the terms of the respective treaty or agreement”によりなされると定めているが、その前の部分で”treaty or agreement on the promotion and protection of investments”について言及する一方で、MIGA 条約や ICSID 条約についても言及している。本仲裁廷は、この”respective treaty or agreement”とは、かかる二つの条約を意味すると考える。

他方、”if it so provides”については、文言上は、二通りの解釈、すなわち、その条約が紛争解決手段として国際仲裁を設定している場合という解釈と、その条約が国際仲裁に特定の紛争を付託することを求めている場合という解釈、双方が成り立ちうる。とすると、文言のみに依拠するわけにはいかない。ICJ もこれまでも同様の判示をしている²⁹。

2) なお、申立人は”*effet utile*”の原則により、自らの解釈の正当化を試みようとしている。確かに同原則は ICJ においても様々な条約に適用されてきており³⁰、ICSID においても同様である³¹。しかし、問題は国家の一方的行為にも同原則が同様に適用されるべきか否かであり、1988 年の *SPP v. Egypt* のように適用例もあるが³²、後に ICJ はこれを否定している³³。本仲裁廷は同様に、この適用を認めない。

²⁶ See supra note 4.

²⁷ C. Schreuer et al, “The ICSID Convention: A Commentary”– Second Edition, Cambridge University Press, 2009, p. 363.

²⁸ Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) of 11 October 1985 – Article 57 and Annex II.

²⁹ See supra note 22, p. 104 ; Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), supra note 16, § 47.

³⁰ *Eureko BV v. Poland*, Partial Award and Dissenting Opinion, (19 August 2005), § 248; Advisory opinion of 21 June 1971 on the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia – ICJ Reports 1971 p.35 § 66 ; Border and transborder armed actions (Nicaragua v. Honduras) – Judgment of 20 December 1988 – ICJ Reports 1998 p. 89 § 46.

³¹ *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Co v. Argentine Republic* – ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, (27 July 2006), §132; *PB America Production Co. and others v. Argentine Republic* – ICSID Case No. ARB/04/8 § 110; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, -Decision on Jurisdiction, (9 November 2004), § 95.

³² See supra note 12, § 95-96.

³³ See *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, supra note 16, § 52.

3) それでは、当時のベネズエラの意図についてであるが、これに関して申立人は、投資法が仲裁条項を含む典型的な投資協定の規定を有しており、そのコンテキストで 22 条も理解されるべきであると主張する。確かに、同法 1 条や³⁴、その他の規定 (fair and equitable treatment (7 条 1 項), non-discrimination (8 条), confiscations and expropriations (11 条)) についてはそうである。しかし、多くにベネズエラ法の適用やベネズエラの投資家の権利についての留保が付されている他、国家安全保障や自然環境保護、金融システムの整合性と安定といった点からの規制の適用を妨げないとも定めている。つまり、BIT とは異なる面も有しているのである。しかも、BIT だからといって、常に仲裁条項が含まれているわけではない。

他方、これまでのベネズエラの仲裁に対する態度からも、同法の解釈は検討されるべきである。この点、19 世紀末から 20 世紀初頭にかけては敵対的であり、コロンビアとの国境、ガイアナとの国境を定めた二つの仲裁判断については³⁵、その有効性が争われた。1999 年憲法は、253 条において“alternative means of justice”の存在を認め、261 条において“the law promote arbitration...”と定めているが、他方で 151 条は、“In public interest contracts ...a clause shall be deemed included ...any doubts and controversies ... shall be decided by the competent courts of the Republic, in accordance with its laws, and shall not on any grounds or for any reason give rise to foreign claims”と定めている。さらに、1998 年の商事仲裁法 4 条は、国や公的機関が一定の株式を保有する企業については、仲裁合意は、“shall require for its validity the approval of the competent statutory body and the written authorization of the Ministry of Legal Protection”と定めている。かかる消極去的な態度は、ICSID 条約の作成過程においてもベネズエラが憲法違反を理由に提案に留保をつけていたことや、1993 年に至るまで条約に署名しなかったことにも現れている。

もともと、1993 年頃に、ICSID 条約や NY 条約を批准するなど、仲裁に好意的になっていたのは確かである。1991 年から 2001 年にかけても、25 の BIT が締結され、2004 年までにそのうちの 19 が発効している。そうした中、投資法が 1999 年に制定されたのである。ただ、そうした中でも、公的な領域が関係する仲裁には依然として消極的であり、そのことは 1998 年仲裁法にも 1999 年憲法の 151 条からも明らかである。とすると、別段の BIT なしに ICC 仲裁に同意することを投資法 22 条が意図していたとは思えない。

投資法の制定過程も有益であろうが、同法は議会を経ずに成立した法律である上に、情報公開がされていない。もともと、Warbmer Corrales 大使が申立人の主張と同趣旨をその著書で述べているという事実はあるが、本当にその方向で起草されたのかは疑わしい。彼は 1999 年に WTO の場において、自身が法律家でも、国際法の専門家でも、投資仲裁の専門家でもないことを認め

³⁴ 同法 1 条は、同法の目的につき、“intended to provide investments and investors, both domestic and foreign with a stable and predictable legal framework in which the former and the latter may operate in a secure environment, through the regulation of actions by the State, towards these investments and investors, in order to achieve the increase, diversification and harmonious integration of investments to advance the objectives of national development” と定めている。

³⁵ Sentence arbitrale de la Reine régente d’Espagne du 16 mars 1891; sentence arbitrale du conseil fédéral suisse du 14 mars 1922 – Reports of International Arbitral Awards of the United Nations – Volume 1 p.225; Sentence du 2 février 1897 – H. La Fontaine – Pasicrisie internationale – 1794-1900, p.554.

ており、また、2009年のコンフェランスでは、実際の起草は法律顧問の Gonnzalo Capriles 氏に任されたとも述べている。投資法が公布された直後に著書で申立人の主張に沿った方向のことを述べてはいるが、何らの BIT が無くても仲裁への合意が成立させるという趣旨で起草されたとまでは言っていない。他方、10年を経た後に上記のコンフェランスにおいて、それが起草者の意思であったと述べているが、本手続が既に開始されていた時点であり、その主張は何らの書面によっても裏付けられていない。また、申立人は同氏を仲裁手続に証人と呼ぼうとしておらず、彼の上記発言を（自らの分析を確認するためには用いても）起草者意思の証明に用いようともしていない。以上から、起草過程から同法 22 条が ICSID 仲裁への同意を定めているということとはできない。

さらに、同法の制定の時点において 15 以上の BIT が ICSID 仲裁への同意を認めていたことも見逃せない。もしも同法 22 条に ICSID 仲裁への同意の効力を認めなければ、それらと同じ文言を用いればよかつたはずである。

以上より、投資法 22 条それ自体に ICSID 仲裁への同意の効力を認めることはできない。

なお、被申立人からは、同条との関係で、申立人の中に“international investor”としての適格を欠く者があるとの主張があるが、以上より、その点は検討するまでもないということになる。

(B) オランダ・ベネズエラ BIT9 条

1991年10月にオランダとベネズエラの間において投資協定が締結され、1993年11月に発効している。スペイン語、オランダ語、英語の三つが正文であるが、齟齬がある場合には英語版によるとされている。その9条1項・4項が仲裁合意を定めており³⁶、申立人はこれを援用するが、これに対し被申立人は、(1)申立人のうち何社かはオランダ法人ではなく、オランダ法人についてもベネズエラには“indirect investment”しかしていないし、(2)オランダ法人は ICSID 仲裁へのアクセスを目的としたものにすぎず、権利濫用であると主張した。

(1) BIT の管轄

1) 申立人が当該 BIT における“nationality”を有しているかについては、Mobil Venezuela Holdings がこれに該当することには争いはない。しかし、被申立人はそれ以外の当事者はこれに該当せず、かかる BIT を利用できないと主張する。これに対し、申立人は、そうした当事者はオランダ法人たる Mobil Venezuela Holdings によりコントロールされているのであり、これに該当すると主張する。

この点、同 BIT の 1 項(b)は、(i)“national persons having the nationality of that Contracting

³⁶ BIT9 条

- (1) ...“[d]isputes between one Contracting Party and a national of the other Contracting Party concerning an obligation of the former under this Agreement in relation to an investment of the latter, shall at the request of the national concerned be submitted to the International Centre for the settlement of Investment Disputes for settlement by arbitration or conciliation under” the ICSID Convention.
- (2) ...
- (3) ...
- (4) ...“[e]ach Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of disputes as referred to in paragraph 1 of this Article to international arbitration in accordance with the provisions of this Article”.

Party”、(ii)“legal persons constituted under the law of that Contracting Party”、(iii)“legal persons not constituted under the law of that Contracting Party, but controlled, directly or indirectly, by natural persons as defined in (i) or by legal persons as defined in (ii) above”が“nationals”であると定めている。とすると、100パーセント子会社であり、この(iii)に該当する以上、これらの当事者についても“nationals”と認められることになる。

もともと、被申立人は、かかる規定がICSID条約25条2項(b)に違反しているとも主張する³⁷。確かに、当事者はICSID条約が定める管轄の範囲でのみ合意ができるにすぎないのが原則だが、ICSID条約25条(b)(i)については、“nationality”の認定基準を何ら提示するものではない。

この他、被申立人はMobil Venezuela Holdingsが事実としては子会社をコントロールしていないとも主張するが、同BITに付されている附属議定書の1条(c)を見る限り、そのような事実上の支配の有無は検討する必要が無い³⁸。

2) 次に、“indirect investment”にすぎないとの主張についてであるが、オランダ法人のMobil Venezuela Holdingsと、その100パーセント子会社である二つのデラウェア法人のMobil CN Holdings、Mobil Venezolana Holdingsの100パーセントの株を有しており、それが二つのバハマ法人をそれぞれ100パーセント子会社に行っている。被申立人は、このことを理由に、これら3社はベネズエラに“direct”な投資をしていないと主張するものであるが、これに対して申立人は、BITの“investment”の定義は“direct”な投資に限ってはいないと主張する³⁹（また、ベネズエラの領域内での投資でなければならないとも限ってはいないと主張している）。

本仲裁廷は、本BITの文理解釈から、“direct”には限られていないと判断する。かかる解釈は他の判断例においても認められている⁴⁰。

(2) 権利濫用

次に、被申立人は、2005年から2006年にかけてオランダ法人を組み込む形で関連会社網の再構築を行なったことが、権利濫用にあたる主張する。これに対し、申立人は、法律上も事実

³⁷ ICSID条約25条2項(b)“national of another Contracting State”:

“(i) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration, and,

(ii) any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention”.

³⁸ Paragraph 1 of the Protocol: ad Article 1(b)(iii)

“A Contracting Party may require legal persons referred to in Article 1 Paragraph (b)(iii) to submit proof of such control in order to obtain the benefit provided for in the provisions of the Agreement. For example, the following may be considered acceptable proof:

a. that the legal person is an affiliate of a legal person constituted in the territory of the other Contracting Party;
b. that the legal person is economically subordinated to a legal person constituted on the territory of the other Contracting Party
c. that the percentage of its capital owned by national or legal persons of the other Contracting Party makes it possible for them to exercise control”.

³⁹ BIT1条(a)

“the term “investment” shall comprise every kind of asset and more particularly though not exclusively:

(i) movable and immovable property, as well as any other rights in rem in respect of every kind of assets;
(ii) rights derived from shares, bonds, and other kinds of interests in companies and joint ventures;
(iii) title to money, to other assets as to any performance having an economic value;”

⁴⁰ Siemens AG v. The Argentine Republic – ICSID Case No. ARB/02/8 – Decision on Jurisdiction, (3 August 2004), §136-137, 12 ICSID Reports 174 (2007); Ioannis Kardassopoulos v. Georgia – ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, (6 July 2007), §123-124.

上もかかる主張に根拠はないと反論する。

1) まず、その判断の際の判断基準は何かについてである。本仲裁廷は、世界のあらゆる法システムが、“good faith”、“misuse of power”、“abuse of right”といった概念を有していると考えている。“abuse of right”に限っても、大法律家の著書においても、PCIJ の判断においても、WTO の上級委員会においても、European Court of Justice においてもその存在は認められている。

それは ICSID においても同様である。例えば、Autopista v. Venezuela においては、メキシコ企業である ICA が、Aucoven なるベネズエラ企業への投資につき、その株式の 75 パーセントを米国企業に譲渡したが、ベネズエラは、かかる譲渡が ICSID へのアクセスを可能にするためのものであり、企業の形態を濫用していると主張した。しかし仲裁廷は、当該米国企業がコンセッション契約の 8 年前に設立されていることに着目し、架空の会社ではないと認定し、また、申立人が当該譲渡につき直接にベネズエラの同意を取り付けていることにも言及した。その上で、当該譲渡はペソの大幅下落によるプロジェクトの資金繰りのために行なわれたのであり、条約の趣旨を濫用するものではないと結論付けた⁴¹。

また、Tokios Tokelés v. Ukraine においては、ウクライナの国民により 99 パーセントを所有されているリトアニア法人につき、ウクライナとリトアニアの間の BIT の締結前に設立されていること、さらに、申立人が不適切な利用のために当該法人格を用いようとしているとは認められないことから、法人格の濫用は認められないとした⁴²。もっとも、仲裁廷の長により反対意見が付されており、それは、ウクライナ国民によるウクライナ資本を用いたウクライナでの投資に、ICSID による保護を認めることはできないとしている⁴³。

さらに、Aguas del Tunari v. Bolivia においては、Bechtel なる米国企業が 55 パーセントを所有する Aguas del Tunari なるボリビア企業がボリビア政府とコンセッション契約を結び、その後、Bechtel がオランダ企業に株式を譲渡した事案につき、オランダとボリビアの BIT の適用が問題となったが、仲裁廷は、ICSID へのアクセスだけのためのオランダでの法人設立ではないこと、実務上、税務上の目的や特定の法規が適用されることを目的としたかかる行為は違法とはされておらず、その目的には BIT の利用も含まれることから、法人形態を詐欺的に濫用したとまでは言えないと結論付けている⁴⁴。

もっとも、Phoenix v. Czech Republic における結論は異なっている。この事件では、チェコ国民であった者がイスラエル法に基づいて設立した Phoenix なる企業が、彼の家族が所有する二つのチェコ企業を買収した。しかし、それらのチェコ企業はチェコ政府との間で訴訟を抱えており、買収の 2 カ月後に、Phoenix はチェコに ICSID 仲裁を申し立てた。仲裁廷は、投資のタイミング、ICSID への申立、請求のタイミング、取引の実態、経営の実情などを検討し、Phoenix

⁴¹ Autopista Concesionada de Venezuela. C.A v. Bolivarian Republic of Venezuela. ICSID Case ARB/00/5. Decision on Jurisdiction, (27 September 2001), 16 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 5 (2001) §. 122.

⁴² Tokos Tokelés v. Ukraine – ICSID Case No. ARB/02/18. Decision on Jurisdiction, (29 April 2009) – 20 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 205 (2005) § 53-56 and § 23-25.

⁴³ See supra note 42.

⁴⁴ 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) – 20 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal – 450 (2005).

の請求は投資の時点で既にチェコ企業が請求していたものであり、それらは実質的には投資前の請求であると認定した。また、投資の実態についても、経済的な理由というよりも家族間での ICSID 仲裁へのアクセスのためだけのものであり、権利濫用であるとして管轄は認められないとしたのであった⁴⁵。

以上、その判断基準も結論もまちまちではあるが、Professor Prosper Weil が Tokios Tokelés v. Ukraine における反対意見で述べているように、ICSID 条約の目的に対する影響とその体系的整合性を損なわないか否かという点は重要である⁴⁶。

2) そこで本件についてであるが、オランダ法人の設立がなされたのは 2005 年 10 月である。2006 年 2 月にそれが CN Holdings の株を全て入手し、11 月に Venezolana Holdings の株を全て入手し、関連会社網の構築が完了している。被申立人側は、紛争については予想され得ただけではなく、現実にオランダ法人設立の前に伝えられていたと主張し、その目的は ICSID に既存の紛争を持ちこむためのものであり、それが権利濫用であるとする。

これに対し申立人は、それぞれに反論する。申立人によれば、申立人は、ベネズエラの 2004 年 10 月の契約に違反する形でのロイヤリティーの一方的な拡大に驚き、すぐにベネズエラ投資に対する法的保護範囲の検討を始めた。それは 2005 年初めには終結し、租税条約に関する経験をも考慮した上で BIT を有するオランダを選択したのは、論理的に導かれるべき帰結であった。

本件では、Autopista v. Venezuela とは異なり⁴⁷、かかる再構築についてベネズエラに許可をもらわなくてはならない契約上の義務は何ら存在しなかった。また、実際には、2006 年 10 月に CN につき、2007 年 3 月に LC について被申立人に再構築を伝えているが、その際に被申立人は何ら異議を申し立てていない。また、本件に関しては、1999 年から 2002 年に投資の多くなされており、2002 年から 2005 年、あるいは 2006 年については投資額はそれほど大きくはないという事情がある。

他方、2005 年 2 月と 2005 年 6 月にロイヤリティーの拡大と税金の増大に驚いた申立人が被申立人に出した手紙において、投資法 22 条を根拠に ICSID 仲裁の可能性に触れている点をとらえると、再構築の前から紛争は存在していたともいえる。しかし、国有化措置がなされたのは 2007 年 1 月であり、この国有化措置に関しての紛争はその後に生じており、国有化措置との関係では、ICSID 仲裁へのアクセスのための再構築であったとしても、その再構築は正当化される。

以上より、CN については 2006 年 2 月、LC については 2006 年 11 月以降の紛争、特に国有化を巡る紛争につき本仲裁廷は管轄を有するが、その前の紛争については有しない。

最後に、Mobil Corporation については、BIT の対象から外れ、また、投資法 22 条は根拠にならないため、管轄は認められず、以降は当事者としては認められない。

⁴⁵ Phoenix Action Ltd v. The Czech Republic, ICSID case No. ARB/06/5, Award- § 113.

⁴⁶ See supra note 42, Dissenting Opinion § 25.

⁴⁷ See supra note 41.

39 : Chemtura Corporation v カナダ
(JCA ジャーナル 2011 年 4 月号 (23))

判断年月日 : 2010 年 8 月 2 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス・長)、Charles N. Brower (米国)、James R. Crawford (オーストラリア)

一 判断のポイント :

- ・仮に、第 1103 条の適用により、待遇に関する最低限度の基準以上の公正衡平待遇義務が本件に適用されるとしても、本件事実関係の下では、被申立国による農薬の登録抹消及びこれに関連する行為はいずれも、その違反を構成しない。
- ・農薬の登録停止・抹消は、本件の事情の下では「実質的なはく奪」に該当せず、収用を構成しない。また、これは正当な目的に基づく非差別的措置であるから、警察権原則に照らしても、収用を構成しない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 当事者及び関係者 [paras. 6-10 及び注釈 1]

1. 申立人

Chemtura Corporation (米国法人)。Uniroyal Chemical Company が Crompton、さらに Chemtura に名称変更したもの。同社は、1989 年以降、その 100% 子会社である Uniroyal Canada Co./Cie (“Uniroyal Canada”。同様に、Chemtura Canada Co./Cie (“Chemtura Canada”) に名称変更) やその関係法人である Gustafson Incorporated 等を通じて、農薬の一種である流動性リンデンを生産、カナダにおいて登録し、販売していた。

2. 被申立国及び関係者

(1) PMRA : 農薬管理規制局 (カナダにおいて農薬製品規制¹に責任を有する機関)。

(2) EPA : 米国環境保護局。

B. 事実経過 [paras. 6-49]

1. 背景

リンデンは 1938 年にカナダで登録された農薬である。リンデン製品は主にキャノーラ (菜種) に使用されるものであるが、米国においては、リンデンのキャノーラへの使用も、リンデンに基づく製品をキャノーラの種子処理に使用するため頒布販売することも認可さ

¹ 農薬製品は、害虫規制製品法 (“PCPA” 又は 「法」) 及び害虫規制製品規則 (「規則」) によって規制されている。

れていない。また、過去数十年間、国際的にも、リンデン使用の危険性を前提とした種々の規制がとられてきた。

1998年1月、EPAは、Gustafson Incorporatedからの照会に対し、殺虫剤・殺菌剤・殺鼠剤法（“FIFRA”）上、未登録の農薬を使用したキャノーラを輸入することは違法である旨回答し、さらに、米国の農家に対し、リンデン使用キャノーラのカナダからの輸入は1998年6月1日をもって禁止される旨公知した。申立人は当時、カナダにおけるリンデン農薬の登録業者のひとつであった。

1998年11月、カナダ国内の産業団体であるカナダ菜種生産者協会（“CCGA”）及びカナダ菜種協議会（“CCC”）が、キャノーラの生産に使用される農薬に関する問題及び貿易制限の潜在的脅威に対する懸念に基づき、申立人らに対し、「自主的削除」（下記）の働きかけを行い、その後、PMRAに対し、リンデンの4登録業者が、リンデンを含有する登録キャノーラ種処理剤のラベルから、キャノーラ用との表示を自主的に削除することに合意した旨通知した。1998年2月、カナダと米国は、次の記載を含む、農業貿易の範囲に係る了解（ROU）を締結した。「カナダのキャノーラ生産者は、同国の登録業者に対し、1999年12月31日までに、リンデンを含有する登録キャノーラ種処理剤のラベルから、キャノーラ用との表示を自主的に削除するよう求めている。キャノーラに用いられるリンデンを含む農薬及びリンデンを使用したキャノーラ種の商業的在庫は、2001年7月1日以降は使用されない（ただし、これは自主的削除を求めている登録業者による。）。EPA、PMRA、生産者及び登録業者は、代替製品へのアクセスを容易にするため共同で取り組む。」

1998年12月17日、申立人は、特に次を含む条件で、1999年末までに、リンデンを含有する種子保護剤の製品ラベルから、キャノーラ用との表示を自主的に削除することに同意した：(i)同年末までに、キャノーラに使用されるリンデン製品の登録業者は全てその製品ラベルからキャノーラ用との表示を削除すること、(ii)PMRAが、該当するリンデン使用種処理剤のラベルからキャノーラ用との表示を削除するに少なくとも6箇月先立ち、カナダで栽培されるキャノーラに使用するリンデン代替農薬製品である“Gaucho 75ST”と“Gaucho 480”の登録を許可すること、(iii)1999年7月1日までに、リンデン代替農薬製品を含む複数の登録を発令すること、(iv)仮に1999年末までに、米国においてキャノーラへのリンデン使用が認められることとなり、貿易制限の潜在的脅威が存在しなくなった場合、申立人は自主的削除の申出を見直すこと。

1999年3月2日、申立人が、適切な代替製品を登録できない限り、自主的削除に応じない旨述べたことに対し、同月25日、PMRAは、自主的削除合意は種処理に係るリンデンの代替製品の登録を約束するものではないが、PMRAは、かかる代替製品へのアクセスを容易にするため、生産者及び登録者と共同で取り組むことを約束する旨回答した。

1999年3月から、PMRAは、規則第19節に基づき、リンデン含有農薬に係る特別見直し（「特別見直し」）を行った。

申立人は、PMRAとの間で1999年10月に自主削除合意を締結した（申立人の主張）。

1999年12月末、申立人は、カナダにおいて、キャノーラ用リンデン製品の生産を中止し、その製品ラベルの表示からキャノーラ用との表示を削除した。

その後 PMRA との話合いを経て、申立人は、2001年4月にリンデン使用の禁止に係る司法審査手続を開始すると共に、同年5月、PMRA に対し、リンデンを使用したキャノーラの再認可を求めた。PMRA がこれを拒否したため、申立人は、カナダ連邦裁判所に抗告した。

2001年10月から11月にかけて、PMRA は、リンデンに係る職業的被曝に係る検討結果を発表し、さらに、特別見直しを完了した旨と併せ、リスク評価の結果、リンデン登録の停止及び廃止という規制の正当性が裏付けられた旨の見解を発表した。

2. 登録の抹消

2001年12月19日、PMRA は、種処理中並びに農場及び工場で処理された種の取扱中に処理者及び取扱者が受ける被曝マージンが十分であるか否かにつき重大な懸念が残っていることを理由として、リンデン製品の（登録）停止は正当なものであり、その登録は、自主的停止又は登録停止を介して段階的に抹消される旨決定した。2002年初頭、PMRA は申立人に対し、申立人のリンデン製品の登録につき停止を介して抹消する旨及び、特別見直しの終了、さらに、他のリンデン製品に係る登録も停止を介した抹消がなされることを通知した。

3. 審査委員会

2002年2月及び3月、申立人は厚生大臣に対し審査委員会の設置を要請し、これに対し、大臣は、当該要請につき、PMRA において適切な措置をとるよう委託した旨回答した。同年6月、申立人は上記委託を争い、カナダ連邦裁判所に対し訴訟を提起した。

2003年10月、厚生大臣は申立人に対し、PMRA の決定を審査するため「リンデン審査委員会」を設置した旨通知した。2005年8月17日、同審査委員会は次の勧告を含む報告書を発表した。(i)PMRA は、リンデンの使用に付帯する健康関連問題に係る懸念を軽減する潜在的機会につき再検討し、また、申立人及び他の利害関係人からの意見提供を求めその意見を考慮すること、(ii)厚生大臣は、PMRA に対し、PMRA において許容できるようなラベル及び態様でのリンデンの使用を可能とし得る軽減措置が可能か否か等について考慮するため、申立人と相談をするよう指導すること。

4. 再評価プロセス

リンデン審査委員会による上記報告書を受け、PMRA は特別見直しの再評価プロセス（「再評価プロセス」）を開始した。2007年から2008年4月にかけて、PMRA は、対象となるリンデン製品の登録業者（申立人を含む。）から情報提供を受け（なお、その提出期限は上記登録業者からの依頼を受け延長されている。）再評価報告書（“REN”）を作成した。REN

(案)は、リンデンの危険性に関し、特別見直しと同旨の結論を採用するものであった。これに対し申立人は協議の不足等を理由として不服を申し立て、PMRAと申立人との間で会合が持たれる等のやり取りがあった。

5. 米国における状況

2002年、EPAはリンデンの再登録適格性に係る決定(“RED”)を発出し、従前許容されていたリンデン製品が全て製造中止されたことに伴い、リンデンに係る全ての現存する許可を取り消す旨の決定をした。さらに、2006年、EPAはREDの附属書を発行し、リンデンによる種処理は、安全性等の観点から、農薬製品としての再登録の適格性を欠くと結論づけ、同年12月13日、リンデンを含有する全ての農薬及び最終製品の登録を取り消す通達を發布した(それぞれ2007年7月1日及び2009年10月1日が最終使用日)。なお、上記附属書に先立ち、申立人はリンデンに係る登録を抹消した。

C. 本件仲裁の提起

以上の事実関係のもと、申立人は、78,593,420米ドル、これに係る複利及び仲裁費用の支払いを求めて本件仲裁を提起した。

申立人の主張する請求原因事実は次のとおりである。(i)カナダが、リンデン登録に係る誤った評価を行い、その再評価を得るための申立人の合法的試みを妨げたこと、(ii)自主的削除合意に関し保証を与えていたにもかかわらず、2001年7月1日をもってリンデンにより処理された種の育成を禁止したこと、(iii)リンデンの代替製品であるGaucho CS FLの登録手続の処理に関し合意を履行しなかったこと、(iv)キャノーラへの使用を含むリンデン登録を抹消したことはNAFTA第1105条(待遇に関する最低限度の基準)及び第1103条(最恵国待遇)²に違反する。また、リンデン登録の抹消は同第1110条(収用)違反にあたる。

これに対する被申立国の主張は要旨次のとおりである。(i)Chemtura Canadaの資産の相当程度のはく奪はなく、収用は成立しない。また、PMRAの行為は有効な警察権(police powers)の行使である。(ii)自主的削除合意の経緯等に照らせば、申立人の収用の主張は禁反言原則により認められない。(iii)被申立国は申立人に対し適正手続を保障し、法に基づき申立人を衡平に取り扱ったものであり、第1105条の違反は認められない。(iv)仮に第1103条の適用により独立の基準としての公正衡平待遇義務がNAFTAに取り込まれたとしても、また、同義務をいかに広く解釈したとしても、PMRAはChemturaに対し公正衡平待遇を提供してきた。(v)被申立国は第1103条(申立人の陳述書において初めて主張されたもの)につき仲裁合意を与えていない。

² 最恵国待遇の適用による、待遇に関する最低限度の基準に留まらない独立の公正衡平待遇義務を主張したもの(後述)。

三 判断概要：

II. 仲裁判断

A. 前提問題[paras. 99-109]

NAFTA 第 1103 条に係る管轄の有無につき、被申立国は、申立人は、その仲裁意思の通知及び仲裁の通知において NAFTA 第 1103 条に基づく主張及びその原因事実を主張しておらず、したがって本件では、第 1119 条及び第 1122 条に定める仲裁合意に係る条件は満たされていないと主張する。この点、第 1119 条の、仲裁通知において、違反を主張する NAFTA の規定、他の関連する規定並びに主張に係る争点及び原因事実を特定しなければならない旨の要求は、従来広く解されてきたこと、被申立国が第 1103 条に係る主張に対し十分な反論の機会を与えられ、実際に反論も行っていること等に照らせば、第 1103 条に係る本仲裁廷の管轄権が認められる。

先例の関連性について、投資仲裁の先例に拘束性はなく、仲裁廷の判断は個別の事実関係及び状況に照らし行われる。他方、先例には相当の考慮を払うべきであり、説得的な反対理由がない限り、複数の一貫した先例における判断には従うべきである。

B. 待遇に関する最低限度の基準（主要な主張及び判断を抜粋） [paras. 110-225]

1. 適用される基準

(1) 当事者の主張[paras. 111-116]

申立人は、「待遇に関する最低限度の基準」違反を構成する要素として、(i)裏付けとなる根拠が不足しているにも関わらず、又は無関係の考慮に基づき明らかに不適切な決定をおこなったこと、(ii)司法の妥当性を損なう裁判拒否（聴聞の権利の否定を含む。）、(iii)恣意的、甚だしく不当、不正又は特異な行為、(iv)投資家の合理的な期待に反する行為、(v)行政手続に係る透明性の欠如、(vi)裁量逸脱行為、(vii)誠実に行動しなかったこと、(viii)安定的で予測可能な投資環境を確保しなかったこと、を挙げ、被申立国はこれらの要素を、国際慣習法に基づかない特異なものであるとして争う。被申立国は、*SD.Myers v. Canada* 事件、*ADF v. US* 事件、*Waste Management v. Mexico* 事件、*GAMI v. Mexico* 事件、*Thunderbird v. Mexico* 事件等の先例に照らせば待遇に関する最低限度の基準違反を認める敷居は高く、特に、完全な透明性が要求されるものではないと主張した。さらに、被申立国は、仲裁廷は、国の専門規制機関による決定を再評価する権限を有するものではなく、検討の焦点は、その決定がなされたプロセスに当てられるべきと主張した。

(2) 仲裁廷の判断[paras. 117-123]

NAFTA 自由貿易委員会(FTC)の Note³における第 1105 条の解釈は次のとおりである。(i)第 1105 条は、国際慣習法上の、外国人に対する「待遇に関する最低限度の基準」を、投資家に与えられる最低限度の基準として規定するものである。(ii)「公正衡平待遇」及び「full protection and security」は、国際慣習法上の待遇に関する最低限度の基準に追加の、

³ Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001).

又はこれを越える要求をするものではない。(iii)NAFTA の他の規定又は他の国際約束違反があったとの認定をもって、第 1105 条 1 項の違反が認められるものではない。

NAFTA 第 1131 条 2 項に基づき、FTC による NAFTA の条文解釈は仲裁廷を拘束するのであるから、仲裁廷が国際慣習法に照らし第 1105 条の範囲を解釈しなければならないことに争いはない。他方、この点に係る国際慣習法が発展してきたこと、及びかかる発展に対する BIT の影響が看過できないことは、*Mondev v. US* 事件仲裁廷が述べているところである。本仲裁廷も同事件の判断に沿い、本件でその違反が主張される個々の措置につき国際慣習法の基準違反を検討するに際しては、その発展を考慮する。

また、第 1105 条の範囲を解釈するに際しては、国内規制機関が有する margin of appreciation、特に国の特定機関は科学的・公共政策的な決定が必要な分野を取り扱うものである等の事情を、本件の具体的状況に照らし考慮する。

2. リンデンの評価

(1)当事者の主張[paras. 124-132]

申立人は、特別見直し及び再評価プロセスに瑕疵があることの種々の根拠（科学的根拠の不足、申立人に適切な意見表明の機会を与えなかったことその他プロセスの客観性を疑わせる事情があること）を挙げ、これらが適正手続違反を構成すると主張する。

これに対し、被告は、PMRA による科学的評価は LRTAP 条約(Convention on Long-range Transboundary Air Pollution: 長距離越境大気汚染条約)のオーフス議定書(Aarhus Protocol (Protocol on Heavy Metals))に基づき適正な考慮のもとに行われたものであること、仲裁廷が PMRA の決定の科学的根拠を評価する立場にはないこと、特別見直し及び再評価プロセスに重大な手続的瑕疵があるとはいえず、特に REN が善意の科学的評価を行ったことを疑わせる事情はないこと等を主張する。

(2)仲裁廷の判断[paras. 133-163]

申立人も認めるとおり、仲裁廷は、高度に専門性を有する国内の規制機関が科学的根拠に基づき行った決定の正しさを後から評価するものではない。しかしながら、リンデンが 1970 年代以降、他の国々において及び国際的に、次第に重大な懸念を惹起してきたことは、被申立国が様々な具体例を挙げて立証するとおりである。さらに、リンデンは、2009 年 5 月に残留性有機汚染物質に関するストックホルム条約の、除去されるべき物質リストに含まれた。かかる事実に照らせば、証拠上、PMRA による特別見直しに関し、被申立国に悪意又は不誠実な行為があった(申立人の主張の根底には一貫してこの事実の主張がある。)とは認められず、むしろ、PMRA による特別見直しは、その規制機関としての義務に基づき、又はオーフス議定書に基づく被申立国の国際法上の義務(同議定書附属書 II は明示的に、「附属書発効後 2 年以内に、リンデンの制限的使用(の必要性)をこの附属書のもとで再評価しなければならない」と規定している。)の履行の一環として行われたことが認められる。

リンデン評価プロセスにおいて申立人が適正手続を保証されたか否かにつき、規制の対象となる製品の評価等に係る仕組みを定める法規制の目的は、公的機関による関連の決定を手続的抑制と均衡に従わせることを目的とするものであるところ、本件の再評価委員会や REN の設置はかかる仕組みの重要な構成要素といえる。さらに、手続的瑕疵が第 1105 条違反を構成するか否かは、被申立国における、起こり得る手続的瑕疵に対応するための仕組みを考慮しつつ検討されなければならない。

申立人は、被申立国の悪意、又は少なくとも手続的不正を裏付ける種々の事実を主張するが、証拠に照らし、これらはいずれも認められない。特別見直しにつき手続的瑕疵があったことは認められるものの、本件の個別事情（申立人は豊富な経験を有するリンデン登録業者であり、PMRA の実務及び被爆の危険評価の重要性を合理的に知り得べきであったし、実際に知っていたと認められること、申立人は被爆の危険につき情報提供を求められたがこれらの機会を自己に有利に活かさなかったと認められること等）に照らせば、これらが被申立国の悪意又は手続的不正を裏付けるほどの瑕疵であったとは認められない。特別見直しの結果に係る科学的根拠が不十分であったとの主張については、まず、その開始が正当な理由に基づくものであったことは既に認定のとおりである。さらに、申立人が認めるとおり、本仲裁廷は特別見直しに係る科学的根拠の正確性や十分性を判断するものではなく、現状相反する科学的見解が存在することは、被申立国が不公正な又は悪意ある取扱を行ったことの根拠とはならない。この結論は、被申立国側の専門家証人による、PMRA の結論は許容される科学的境界の範囲内に留まっている（その理由の一つとして、同証人は、本件において PMRA が保守的な安全評価要素を選び、保守的な結論に達したことは公衆衛生と安全を守る役割を担う規制機関として自然であることを挙げる。）との証言により支持される。

以上より、PMRA による特別見直しが第 1105 条違反を構成するとは認められない。PMRA が悪意をもって行動した、又は適正手続保証の違反があったとは認められないのであるから、REN のプロセスに対する PMRA のスタッフの介入の点につき判断する必要はない。仮にかかる介入があったと認められたとしても、これは REN に偏見があったことを示すものではなく、むしろ、証拠上、REN は再評価委員会による勧告を受けて適正に設置され、かつ実体的な再審査を行ったものであることが認められる。

以上より、特別見直し及び REN によるリンデンの評価プロセスにつき、第 1105 条違反は認められない。

3. 申立人のリンデン登録の取消について[paras. 181-193]

申立人は、「段階的廃止」等、より不利益の度合いの少ない方法があったにも関わらず、被申立国が、2002 年 2 月 11 日及び 21 日に申立人のリンデン登録を抹消し、リンデン製品の販売を禁止したことは、第 1105 条違反を構成すると主張する。しかし、証拠上、PMRA は申立人に対し、他のリンデン登録業者と同様に、段階的廃止又は自主的廃止の選択肢を

提示したが申立人がこれを利用しなかったことが認められ、かかる事実を照らせば、被申立国の規制上の裁量権行使につき、第 1105 条違反があったとは認められない。

4. Gaucho CS FL の取扱いについて [paras. 194-225]

申立人は、PMRA が、申立人が申請したリンデン代替品である Gaucho CS FL の登録につき優先的取扱を認めなかったことは、自主的削除合意の下で PMRA が行った約束に反し、この約束により生じた申立人及び Crompton Canada の「合理的な期待」を裏切るものであるから、第 1105 条違反を構成すると主張する。また、PMRA は、代替品の登録に際し、申立人をライバル社である Syngenta に対し差別的に取り扱ったものである旨主張する。

しかし、まず、証拠上、自主的削除合意（これは産業界の主導で締結されたものであり、PMRA は facilitator として関与したに過ぎない。）に関し PMRA が行った約束は、「リンデン代替品の登録に係る審査の基準を緩めることなく、善意をもって迅速な登録をするよう努める」ことにとどまり、代替製品の迅速な登録を約束したものではないことが認められる。この点、証拠上、PMRA が上記の努力を行ったことを強く推測させる事実（申立人申請に係る他の代替品の迅速な登録）が認められる。さらに、申立人の Gaucho CS FL に係る登録申請は遅れてなされたため、代替品の迅速な登録を容易にするため誠実に協力するとの約束の適用を受けない。したがって、第 1105 条違反を認めるためには、申立人において、PMRA が Gaucho CS FL の登録申請に係る迅速な審査を行わなかったことを立証するだけでは足りず、その登録プロセスを不公正に遅らせたことを立証する必要があるところ、証拠に照らせば、かかる事実は認められない。特に、Gaucho CS FL の登録に要した期間の長さが第 1105 条違反を構成する程度のものであったか否かの検討につき、複雑な行政行為は必ずしも最善の方法で実施できるわけではなく、単なる手続の遅延は、待遇に関する国際法上の最低基準の違反を構成するには十分ではない。GAMI v. Mexico 事件において示された次の基準は、本争点との関係で特に適切なものである：(i)行政規制の目的を達成できなかったことが直ちに国際法違反を構成するものではない、(ii)国内法上の要求を達成し得なかったことが直ちに国際法違反を構成するものではない、(iii)政府が法令の目的を達成するために誠実な努力をしたことの証明は、法令上の要求を満たさなかったとの評価を相殺し得る、(iv)国際法違反の有無は、個々の事象ではなく事案の全体に照らして判断される。

これらの基準、かつ、本件で主張されているのは行政上の達成目標及び誠実に協力するとの約束に係る違反であるとの事実、さらに、本件証拠の全体に照らし、申立人の主張を検討するに、登録の遅れは PMRA 及び申立人の双方に原因があるものと認められる。しかし、PMRA に帰因する遅れが直ちに国際法違反を構成するわけではないところ、PMRA に悪意があったと認められないこと、PMRA が Gaucho CS FL の登録申請に関し申立人を差別的に取り扱ったと認められないこと、さらに、当該遅延によって申立人に独立の損害が生じたとは認められず、したがって遅延の影響が申立人にとって重大なものであったと

もいえないこと、等の事実を照らせば、Gaucho CS FL の登録に関し、被申立国の行為が全体として不公正であったとも、登録に関する個別の行為が不公正であったとも認められない。したがって、Gaucho CS FL の取扱いにつき第 1105 条違反は認められない。

B. 最恵国待遇及び公正衡平待遇義務

1. 当事者の主張[paras. 226-230]

申立人は、仮に第 1105 条に規定する公正衡平待遇義務の基準が、カナダが第三国と締結している BIT に規定される公正衡平待遇義務よりも低いものである場合、第 1103 条の適用により、かかる「より良い」公正衡平待遇を受ける権利を有し、被申立国の行為はこの基準に照らし公正衡平待遇義務違反を構成する旨主張する。これに対し、被申立国は、第 1103 条の適用範囲は限定されており、他の協定の基準を広く取り込むものではないこと、いずれにせよ、カナダが NAFTA 以降に締結した投資協定における公正衡平待遇義務はいずれも国際慣習法上の「待遇に関する最低限度の基準」を示しており、第 1105 条とその内容を異にするものではない旨主張する。被申立国は、さらに、申立人による第 1103 条違反の主張は、カナダ国籍を有する者であるか否かを問わず他の全ての投資家と同様の取扱いを受けていたことを看過するものであり、申立人は第 1103 条のいずれの要件も立証していない旨主張する。⁴

2. 仲裁廷の判断[paras. 231-237]

申立人は、被申立国による第 1103 条違反を独立に主張立証することなく（いずれにせよ、申立人が差別的な取扱いを受けていなかったことは上記認定のとおりである。）、より有利な公正衡平待遇義務を取り込むために同条を主張するが、同条による他の協定の基準取込みの可否については、仮にこれが可能であったとしても本件の結論は影響を受けないため、判断する必要がない。つまり、第 1105 条の検討に当たっては、BIT が拡大発展してきたこと等の結果として、国際慣習法上の「待遇に関する最低限度の基準」が発展してきたことを考慮すべきであり、まして本件では、証拠上、被申立国が善意をもって、他のリンデン登録業者と申立人を同等に取り扱っていたことが認められる。したがって、仮に、第 1103 条が、第 1105 条以上の公正衡平待遇義務を取りこみ、これによる保護を投資家に与えるものであったとしても、本件において、かかる義務違反は立証されていない。

以上より、本件において、第 1103 条の違反は認められない。

C. 収用

1. 適用される基準について

(1) 当事者の主張[paras. 239-240]

⁴ なお、本争点につき、2009 年 7 月 31 日に米国及びメキシコがそれぞれ、NAFTA 第 1128 条に基づき意見を提出し、第 1103 条は第 1105 条の解釈に影響を与えるものではない旨主張している。

申立人は、特に、間接収用の成否の基準は「実質的なはく奪」の有無であること、措置の背後にある意図は無関係であることを主張する。これに対し、被申立国は、*Pope & Talbot v. Canada* 事件、*Metalclad v. Mexico* 事件及び *Methanex v. US* 事件等の先例に照らせば、収用の主張は次の 3 段階により判断されるべきと主張する：(i) 収用されるべき投資があるか否か（この点、のれん、マーケットシェア及び顧客は第 1139 条の投資に含まれない。）、(ii) 当該投資が収用されたか否か、(iii) 収用が合法であったか否か。

(2) 仲裁廷の判断[paras. 241-250]

収用の成否に関する基準として、(i) 悪意は必要でないこと、(ii) 実質的なはく奪の有無が基準となること、また、被申立国の主張する 3 段階テストは先例により確立されている。また、本件の争点ではないものの、のれん、顧客、マーケットシェアも、投資に含まれるところの「企業」に附属するものとして投資を構成する。

「実質的なはく奪」基準の内容につき検討するに、*Pope & Talbot* 事件仲裁廷が言及した、間接収用の成否に係る基準⁵は、実質的なはく奪（これは程度の問題である。）の有無を判断するため有用な指標となる。この「程度」がいかなるものかにつき、特に *Metalclad v. Mexico* 事件仲裁廷が採用した広範な基準⁶をめぐって争いがあるが、「実質的なはく奪」の有無は各事案の個別具体的状況に照らして決定されるべき事柄であり、かかる状況の多様性に照らせば、事案ごとの判断において、「実質的」の閾値を定めることは適切ではない。以上を前提に、申立人のリンデン登録の抹消が収用を構成するか否かにつき検討する。

2. 申立人のリンデン登録抹消について

(1) 当事者の主張[paras. 251-256]

申立人は、PMRA によるリンデン製品の登録の停止が収用にあたりと主張するにあたり、これらが科学的根拠に基づいて行われたものではなく、米国からの貿易圧力を理由とするものであったこと、またかかる収用は適正手続に違反して行われたものであり、この点でも最低限度の待遇を提供すべきとの国際法に違反すると主張する。

被申立国は、仮に申立人の投資の実質的なはく奪があったと認められたとしても、PMRA によるリンデン登録の段階的廃止は、カナダによる、公衆衛生及び環境保護のため行われたものであり、(i) 適正手続の下、有効な科学的根拠に基づき行われたものであり恣意的なものでなかったこと、(ii) 差別的に行われたものでないこと、(iii) 過度なものでもなかったこと、(iv) リンデンによる職業的被爆のリスクに対応するための善意の措置であったことから、「警察権の行使」理論の適用基準を満たすものであり、収用を構成しないと主張した。さらに、申立人が削除合意に自主的に同意していることを指摘し、かかる同意をした後に

⁵ (i) 投資家が投資支配を継続していたか、(ii) 投資家が日常業務を監督していたか、(iii) 投資家の役員及び被用者が投資受入国により拘束されていたか、(iv) 投資受入国が投資家の役員及び被用者の業務を監督していたか、(v) 投資受入国が課税以外の方法で投資家の利益を取得していたか、(vi) 投資受入国が経営又は株主の活動に介入したか、(vii) 投資受入国が株主への配当分配を妨げたか、(viii) 投資受入国が取締役や役員の任命や採用に介入したか、(ix) 投資受入国が投資の所有支配から投資家を追放するためのその他の行動を取ったか否か。

⁶ 「NAFTA の下での収用は、投資受入国に明らかに利益となるか否かに関わらず、財産の所有者から、その使用又は合理的に期待される経済的利益の全部又は重要な部分を奪う効果を有する、あらわでない形での又は付随的な当該財産の使用に対する侵害を含む。」

収用を主張することはできない旨主張した。

(2) 仲裁廷の判断[paras. 257-267]

本件で申立人が収用の対象として主張するのは Chemtura Canada 及びそれに付随するものとしてののれん、顧客、マーケットシェア等であるから、これらに係る収用の成否を検討するに、リンデン製品の売上シェアは、Chemtura Canada の総売上額の比較的小さい部分しか占めていなかったこと、また、Chemtura Canada が、リンデン登録抹消後も同レベルの売上額を達成していることが認められ、かかる状況に照らせば、被申立国による申立人の投資財産に対する侵害が「実質的はく奪」にあたる程度のものであったとは認められない。

さらに、本件で問題とされる PMRA の措置は、その裁量の範囲内で、差別的でない態様で、リンデンの健康及び環境リスクに対する危険認識の広がりを受けてとられたものであり、被申立国による正当な警察権の行使であったものと認められる。

以上に照らせば、本件において第 1110 条違反は認められない。

40 : Eureko B. V. (The Netherland) v スロバキア共和国 (PCA Case No. 2008-13)
(JCA ジャーナル 2011 年 9 月号 (28))

判断年月日 : 2010 年 10 月 26 日 (管轄権、仲裁適格および停止判断)

仲裁廷の構成 : Vaughan Lowe (英国・長)、Albert Jan van den Berg (オランダ)、V. V. Veeder, Q. C. (英国)

一 判断のポイント :

- ・EU 域内 (EU 加盟国間) BIT と EU 法の関係について判断した事例。
- ・EU 法による BIT の終了 (条約法条約 59 条) と EU 法による BIT の適用除外 (条約法条約 30 条) をともに否定した。
- ・EU 機関における関連手続について、相互尊重と礼譲に言及しつつも、争点は別であるとして、仲裁手続の継続を決定した。

二 事案の概要 :

I. 事実関係と手続経緯

申立人は、オランダの有限責任民間会社であり、国際的な金融サービスを事業とする企業グループを形成している。

被申立国は、1993 年 1 月 1 日にチェコ・スロバキア連邦共和国から分離独立し、2004 年 3 月 1 日に EU 加盟している。

申立人は、被申立国の 2004 年健康保険市場自由化により、2006 年 3 月 9 日に子会社を設立し健康保険事業に参入した。その後、被申立国において 2006 年 6 月 17 日選挙により政権交代があり、2006 年 7 月に健康保険市場自由化の見直しが行われた。申立人は、導入された多数の立法措置は投資価値を破壊するもので、投資の違法な間接受用であり、オランダ=チェコ・スロバキア BIT (以下 BIT) 5 条の違反に当たる、また、無差別、公正衡平待遇 (3 条 1 項)、完全な保護保障 (3 条 2 項)、利益および配当の自由移転 (4 条) の各保護基準に違反すると主張して、BIT8 条¹に基づき仲裁手続を開始し、100 万ユーロの賠償 (損害+費用+利子) および被

¹ オランダ=チェコ・スロバキア BIT 第 8 条

(1) All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably.

(2) Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement.

(5) The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL).

(6) The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively:

- ・ the law in force of the Contracting Party concerned;
- ・ the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties;
- ・ the provisions of special agreements relating to the investment;
- ・ the general principles of international law.

申立国の条約義務違反とその継続の宣言を求めた。

被申立国は、国際法、EU法、スロバキア法、ドイツ法（仲裁地法）の問題として、2004年3月のEU加盟により、BITが終了し、または、仲裁条項が適用不可能になり、仲裁廷は管轄権を有しないと主張する。

なお、申立人は、被申立国がEU法に違反しているとして2008年2月28日に欧州委員会に申立て、同委員会は被申立国に対してEC条約226条²の違反手続を開始した。違反手続は、現在（判断時点）、継続中である。申立人は、自らの損害は、EUチャンネルでは救済不可能であるとして、仲裁を提起する必要性があると主張している。

2008年3月4日、申立人は、被申立国に対し、健康保険部門見直しに関する苦情とBITに基づく仲裁手続開始の意思を公式に通知する「引金書簡（trigger letter）」を被申立国に送付し、友好的解決の試みが不調に終わった後の2008年10月1日付の通知により、仲裁手続を公式に開始した。（以上、paras.1-9）

三 判断概要：

II. 仲裁廷の分析

本件BITは、チェコ・スロバキア連邦共和国＝EC連携協定（1991年12月）³、スロバキア＝EU連携協定（1993年10月4日署名、1995年2月1日発効）、EU加盟条約（2003年4月16日署名、2004年3月1日発効、スロバキアのEU加盟）以前の1991年4月29日に締結された（1992年10月1日発効）。また、仲裁手続開始は、2008年であり、リスボン条約発効（2009年12月1日）前である（para.218）。

仲裁廷の管轄権に関する最重要ファクターは、両当事者の合意であり、それは2つの段階がある（paras.219-220）。

第一段階は、一締約国の投資家に、他の締約国との間の紛争を仲裁廷に付託できる権利を有すると規定するBIT8条である。これは、投資家によって受諾される「申込（offer）」を構成する。BIT8条上の締約国の同意は、国際法、とくに条約法条約に従って解釈される。第二段階は、申立人による受諾（acceptance）である。これは、仲裁手続の開始による。この受諾によって、BITに基づく仲裁廷の管轄権に服する投資家と締約国間の合意が成立するBITの他の要件（投資家の国籍、6ヶ月期間など）が満たされることで、仲裁廷は、紛争に「一応の（*prima facie*）」管轄権を有する。この第二段階は、国際法および仲裁地法であるドイツ法に基づいて行われる。ドイツはEU加盟国であり、ドイツ法にはEU法が含まれる（paras.221-224）。

² EC条約226条（現EU運営条約258条）違反手続

If Commission considers that a Member State has failed to fulfill an obligation under the Treaties, it shall deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State concerned the opportunity to submit its observations. If the State concerned does not comply with the opinion within the period laid down by the Commission, the latter may bring the matter before the Court of Justice of the European Union.

委員会は、加盟国が両条約に基づく義務を履行していないと考える場合には、当該事業につき理由を付した意見を提出する機会を与えた後に、当該事案につき理由を付した意見を発表する。

加盟国が委員会が定める期間内に理由を付した意見に従わない場合には、委員会は、その事案を欧州連合司法裁判所に付託することができる。（訳は、奥脇直也編『国際条約集2011年版』（有斐閣、2011年）によった。）

³ EC条約310条（現EU運営条約217条）に基づく協定。未批准である。

仲裁廷の管轄権または権能は、EU 法それ自体ではなく、BIT とドイツ法に従った紛争両当事者の合意に基づく。両当事者の合意およびそれによる管轄権は、BIT 規定だけでなく、BIT に適用される国際法（条約法）およびドイツ法（EU 法を含む）の規定から画定される（paras.225-226）。

被申立国の管轄権抗弁は、A.条約法条約 59 条による BIT 終了、B.条約法条約 30 条による BIT 不適用、C.EU 法による BIT 不適用、D.ドイツ法の下での紛争の仲裁不適格、そして、E.仲裁廷と EU 機関の関係を根拠とする（para.230）。

A. 条約法条約 59 条による BIT 終了

条約法条約は、被申立国について 1993 年 5 月 28 日に発効、オランダについて 1985 年 4 月 9 日に発効しているが、BIT 締結は 1991 年である。条約法条約は、遡及適用されないが、慣習法を反映するものとして広く認識されている。被申立国が条約法条約に依拠して主張し、両当事者とも条約法条約の条文に規定されるルールが BIT に適用されないとはしていない（従って、便宜的に条約法条約の条文を用いて判断する）（para.231）。

BIT が条約法条約 59 条⁴によって終了するという主張は、3つの理由から退ける（para.233）。

第一の理由は、条約法条約 59 条は、65 条⁵に従って適用され、自動的には終了しないことである。また、条約違反を主張するのは申立人であり、条約の他の当事国ではない。59 条の適用要件が満たされていないため、65 条 5 項については判断しない（para.235-238）。

第二の理由は、条約法条約 59 条 1 項は、「同一の事項に関し」後の条約が存在する場合に明示的に限定されることである。「同一の事項」という概念は、30 条でも使われるが、条約間の重複についてのアプローチ方法は異なる。条約全体の終了を規定する 59 条の適用については、相前後する条約間に、30 条よりも広い重複が必要である。59 条は、「a 当事国が当該事項を後の条約によつて規律することを意図していたことが後の条約自体から明らかであるか又は他の方法によつて確認されるか（意図テスト）」「b 条約と後の条約とが著しく相いれないものであるためこれらの条約を同時に適用することができないこと（非両立性テスト）」どちらかの要件によ

⁴ 条約法条約 59 条 後の条約の締結による条約の終了又は運用停止

1 条約は、すべての当事国が同一の事項に関し後の条約を締結する場合において次のいずれかの条件が満たされるときは、終了したものとみなす。

(a)当事国が当該事項を後の条約によつて規律することを意図していたことが後の条約自体から明らかであるか又は他の方法によつて確認されるかのいずれかであること。

(b)条約と後の条約とが著しく相いれないものであるためこれらの条約を同時に適用することができないこと。

2 当事国が条約の運用を停止することのみを意図していたことが後の条約自体から明らかである場合又は他の方法によつて確認される場合には、条約は、運用を停止されるにとどまるものとみなす。

⁵ 条約法条約 65 条 条約の無効若しくは終了、条約からの脱退又は条約の運用停止に関してとられる手続

1 条約の当事国は、この条約に基づき、条約に拘束されることについての自国の同意の瑕疵を援用する場合又は条約の有効性の否認、条約の終了、条約からの脱退若しくは条約の運用停止の根拠を援用する場合には、自国の主張を他の当事国に通告しなければならない。通告においては、条約についてとらうとする措置及びその理由を示す。

2 一定の期間(特に緊急を要する場合を除くほか、通告の受領の後三箇月を下る期間であつてはならない。)の満了の時までに他のいずれの当事国も異議を申し立てなかつた場合には、通告を行つた当事国は、とらうとする措置を第六十七条に定めるところにより実施に移すことができる。

3 他のいずれかの当事国が異議を申し立てた場合には、通告を行つた当事国及び当該他のいずれかの当事国は、国際連合憲章第三十三条に定める手段により解決を求める。

5 第四十五条の規定が適用される場合を除くほか、1 の通告を行つていないいずれの国も、他の当事国からの条約の履行の要求又は条約についての違反の主張に対する回答として、1 の通告を行うことを妨げられない。

って作用する (paras.239-242)。

本件における BIT と EU 法の関係は、いずれのテストも満たしていない。「a 意図テスト」については、問題の事項について EU 法が完全に適用されることを BIT 両締約国が意図していた必要があるが、立証されていない。EU 法が BIT を全体として終了させる意図についても、EU 法の文言上もそれ以外の証拠もない (para.244)。

本件における請求は、BIT3 条 1 項 (公正衡平待遇)、3 条 2 項 (完全な保護と保障)、4 条 (利益と配当の自由移転)、5 条 (収用)、8 条 (投資家＝国家間仲裁) に従ったものである (para.246)。これらの権利は、EU 法によって保護される権利によって完全にカバーされるものではなく、同一のものでもない (paras.248-261)。

BIT に基づき主張される権利には、EU 法では保障されないものがある。BIT 両締約国が BIT に取って代わる意図していたことが、EC 諸条約の文言に黙示されるとはいえない (a 意図テスト不台致) (para.262)。

BIT の条項は、EU 法と両立しないとはいえない。少なくとも、公正衡平待遇、完全な保護保障、収用からの保護の権利は、EU 法上の保護を超えるものである。これらの権利は、EU 法によって保護される権利に加えては、履行されえないという理由はない (b 非両立性テスト不台致) (para.263)。

第三の理由は、BIT 上の投資家の権利の本質的性格は、BIT8 条のもとでの投資受入国に対して UNCITRAL 仲裁手続を開始する権利であることによる。UNCITRAL 仲裁手続は、中立地における中立の仲裁人によるため、受入国の国内裁判所の法的手続に訴える法的権利と単純に同一視されえない。さらに、BIT 1 条の「間接」投資の広い定義によって、BIT 上の投資家の提訴権 *locus standi* は、EU 加盟国の裁判手続によって、再現されない (para.264)。

BIT に保護される投資家は、EU 加盟国の投資家に与えられる EU 法の実体的条項のもとでの権利よりも広い権利を有しうる場合があり、EU 法 (差別禁止) 違反となりうる。しかし、申立人の BIT の広い権利を取り消す理由とはならない。さらにいえば、これらの仲裁手続への当事者の合意を有効ではないとする理由とはならない。とくに、第一段階 (BIT の締結) が EU 諸条約より前、第二段階 (投資家の付託) がリスボン条約より前、さらに申立人が EU 投資家の場合にはそうである (para.266)。

B. 条約法条約第 30 条による BIT 不適用

EU 法違反なしに、被申立国が、BIT 上の義務を履行できる状況であれば、条約法条約 30 条⁶ に関する非両立性はない。この結論は、EU 法の優位、直接効果、直接適用の原則から影響を受

⁶ 条約法条約 30 条 同一の事項に関する相前後する条約の適用

1 国際連合憲章第百三条の規定が適用されることを条件として、同一の事項に関する相前後する条約の当事国の権利及び義務は、2 から 5 までの規定により決定する。

2 条約が前の若しくは後の条約に従うものであること又は前の若しくは後の条約と両立しないものとみなしてはならないことを規定している場合には、当該前の又は後の条約が優先する。

3 条約の当事国のすべてが後の条約の当事国となっている場合において、第五十九条の規定による条約の終了又は運用停止がされていないときは、条約は、後の条約と両立する限度においてのみ、適用する。

けない。しかし、BIT と EU 法の間で非両立性が生じる状況がありうるとしても、条約法条約 30 条が、BIT8 条による仲裁廷の管轄権を奪うと考えることは困難である。当該非両立性は、本案の問題であり、管轄権の問題ではない (paras.271-272)。

BIT8 条それ自身が、EU 法と非両立の場合、仲裁廷の管轄権が奪われることに議論の余地がある。しかし、EU 法上、投資家＝国家間の仲裁を禁止する規則はなく、トランスナショナルな仲裁は、法人と国家間の仲裁を含め、EU において「ありきたりなもの」である。EU 法の問題を含むすべての仲裁が、EU 法に違反するとはいえない。一部の EU 加盟国の投資家のみが仲裁の利用可能で、全ての EU 加盟国の投資家ではない場合、EU 法違反の差別に当たるという主張は、権利を拡大する議論で、権利を取消すものではない。*Francovich* 手続 (EU 法上の国家賠償責任手続) により、申立人には、国内裁判所における救済が存在することによって、この立場は変更されない。仲裁の中心的目的は、紛争当事者の合意により国内裁判所での手続の代替を紛争当事者に提供することである (paras.273-275)。

ECJ の *MOX Plant* 事件では、運営条約 344 条 (旧 292 条) と忠実 (loyalty) 原則の効果により、ECJ は、加盟国間の紛争に排他的管轄権を有すると判示された。しかし、この判例は、BIT 締約国間の紛争に関する BIT10 条には関係するとしても、投資家＝国家間紛争に関する BIT8 条下の紛争には適用されない。EU 加盟国と個人との間の紛争が、ECJ に提起されなければならないという示唆も、ECJ にすべての当該事例を決定する管轄権があるという示唆もない (para.276)。

以上により、BIT8 条が EU 法と非両立であるという主張は、支持できない (para.277)。

C. EU 法による BIT 不適用

被申立国の第三の主張は、EU 法は、直接効力を持ち、国内法と国際条約に優先され、ECJ のみが EU 法を解釈できるということに基づくものである。EU 法は、本件において BIT 上の権利義務の射程に関係しうる。しかし、本案の問題であり、管轄権の問題ではない。仲裁廷が、EU 法の地位によって管轄権を奪われるのは、本件を判断するにあたり、EU 法を検討および適用する必要がありながら、BIT8 条またはドイツ法に基づく当事者の合意によって EU 法の検討および適用が完全に排除される場合のみである (paras.278-280)。

仲裁廷は、適用法規の一部となる範囲で、EU 法を適用しなければならない。ECJ が解釈独占を有しており、仲裁廷が EU 法を適用できないとするのは誤りである。諸裁判所および諸仲裁廷は、日常的に EU 法を適用している。ECJ が有するのは、EU 法の最終および権威的解釈の独占である。さらに、加盟国最高裁判所は、すべてのケースで、EU 法の解釈問題を ECJ に諮問する義務はない。この *acte clair* 原則は、EU 法で十分に確立している (paras.281-282)。

本案段階において、仲裁廷が EU 法の検討・適用を行うことになるという事実によって、管轄権は奪われない。また、国際法の問題およびドイツ法の問題として、EU 法を検討・適用できる。したがって、この管轄権抗弁は却下される。

D. ドイツ法の下での紛争の仲裁不適格

被申立国は、ドイツ法上の紛争の仲裁不適格に関する抗弁も主張した。これは、EU 法が許容していない場合、ZPO1030 条から、仲裁手続が排除されるというものである。しかし、EU 法が管轄権を剥奪しないと判断した結果、ドイツ法に基づく管轄権抗弁も入り口の段階 (*in limine*) で認められない (paras.284-285)。

E. 仲裁廷と EU 機関の関係

仲裁廷と EU 機関との間の関係について検討をする必要がある。仲裁廷は、BIT8 条 6 項に拘束される。本件において、EU 法が適用法規となりうるが、その内容と役割の問題は、本案段階のものである (paras.286-289)。

一方で、仲裁廷の管轄権は、BIT 違反の判断に限定され、EU 法それ自体の違反を決定する管轄権はない。仲裁廷の管轄権の限定の方法と範囲は、本案段階で明確になるものであり、本案段階で取り扱う。したがって、仲裁廷は、本件に管轄権を有し、行使できると結論する (paras.290-291)。

欧州委員会および／または ECJ が違反手続について決定をするまで、仲裁手続を停止すべきかについては、仲裁廷は、他の裁判所および機関に関して、相互の尊重と礼譲を完全に考慮して手続を進めることを望む一方で、違反手続における問題が、仲裁手続の停止が適当であるほどに本件請求と同縁であるとは、現段階では判断しない。手続的不公平または重大な非効率を引き起こすほどに 2 つの手続が近接することが明らかになった場合には、改めて停止の問題を検討する (para.292)。

41 : Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Corporation v グレナダ (ICSID Case No. ARB/10/6)

(JCA ジャーナル 2011 年 3 月号 (22))

判断年月日 : 2010 年 12 月 10 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : J. William Rowley QC (英国/カナダ・長)、Edward W. Nottingham (米国)、Pierre Tercier (スイス)

一 判断のポイント :

ICSID 仲裁規則 41 条 (5) に基づく抗弁は、

- ・ 管轄権についても本案についても行うことができる ;
- ・ 事実に関する事項でなく、法的障害 (legal impediment) を問題としなければならない ;
- ・ 相対的に容易かつ速やかにそして明白かつ確実に根拠づけられなければならない ;
- ・ 事案に対して決定的な性質を潜在的に有しているため、仲裁廷が当該抗弁を検討する際には、仲裁申立書は寛大に解釈し、申立人の主張に疑義あるいは不明瞭さがある場合であっても、申立人に有利に解決することが適切である。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 背景事実の概要 [paras. 1.2.1 - 3]

申立人 X1 (RSM Production Corporation) はテキサス法を設立準拠法とする法人であり、米国市民である X2、X3、及び X4 が、X1 の株式を同持分ずつ保有している。他方、被申立国はグレナダである。

1996 年 7 月 4 日、X1 は原油開発のための契約を、被申立国との間で締結した (以下、「本件契約」という。)。本件契約は、X1 に、本件契約の発効時から 90 日以内の間に開発免許の申請を認め、当該申請があった場合には、被申立国は免許申請を認めるというものである。

本件契約締結後に、グレナダの隣国である、ベネズエラ及びトリニダードトバゴとの間で海洋境界紛争が生じたため、X1 による免許申請がなされていなかったが¹、2004 年 4 月 14 日に X1 は免許申請を行った。しかし、被申立国は、同月 27 日に免許申請を拒否し、さらに同年 6 月 5 日に、本件契約の終了を宣言した。

被申立国による免許申請拒否及び本件契約の終了について、当事者間で紛争が生じた。本件契約の紛争処理条項には、ICSID 条約に基づく仲裁が規定されており、2004 年 8 月 31 日に、X1 は ICSID に仲裁を申し立てた (以下、この ICSID 仲裁手続を、「前仲裁手続」といい、当該手

¹ 本件契約締結後、X1 が免許申請を行うまでの経緯については、RMS Production Corporation vs. Grenada, Award, 13 March 2009, ICSID Case No. ARB/05/14 を参照。

続により下された仲裁判断を「前仲裁判断」という。) ²。

前仲裁手続では、2009年3月13日に、X1の実体上の請求及び被申立国のすべての反対請求を棄却する旨の仲裁判断が下されている（前仲裁判断）。前仲裁判断について、X1は、ICSID条約52条に従って、取消請求を行ったが、本仲裁判断の時点では、取消請求に関する判断は下されていない³。

前記の取消手続に加えて、X1らは、1986年にアメリカ合衆国とグレナダの間で締結された投資の相互奨励及び保護に関する条約⁴（以下、「BIT」という。）の違反を理由として、ICSID仲裁を申立てたのが本件である。

被申立国は、本件紛争の法的及び事実に関する主張が、既に前仲裁手続において解決済みであるとの理由からICSID仲裁規則41条5項を適用し本件仲裁申立てを棄却する仲裁判断を求めた⁵。

B. 当事者の主張

1. 被申立国の主張

申立人は、被申立国がBITに違反したと主張するが、その主な根拠は、被申立国による契約違反である。すなわち、申立人は、被申立国が申立人による免許申請を認めるという内容の本件契約が存在していることを前提とし、当該申請の拒絶が被申立国の本件契約違反を構成すると主張している。しかし、これらの問題は、既に前仲裁手続の仲裁廷が判断済みであり、被申立国の契約違反がなかったことが認定されているのみならず、申立人の契約違反が認定されたように、申立人の主張はすべて否定されている。[section 4.3, 4.4 and 4.5]

ICSID条約53条によれば⁶、仲裁判断は、両当事者を拘束するとされている。そして、仲裁判断に対しては、ICSID条約に規定されていない手続による上訴その他の救済手段も許されていない。本件仲裁申立ては、上記の基本原則を回避しようとするものであり、手続の濫用である。[paras. 4.1.3]

ICSID仲裁規則41条5項の制定後、2件の仲裁判断が、「明らかに法的根拠がない(manifestly without legal merit)」という文言につき解釈を行った⁷。これらの判断によれば、41条5項に

² 前掲注(1)。

³ 2011年2月10日現在。同手続は、2011年4月28日に中止された。

⁴ http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005346.asp

⁵ ICSID仲裁規則41条(5)は次の通り規定している。

“Unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections, a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit. The party shall specify as precisely as possible the basis for the objection. The Tribunal, after giving the parties the opportunity to present their observations on the objection, shall, at its first session or promptly thereafter, notify the parties of its decision on the objection. The decision of the Tribunal shall be without prejudice to the right of a party to file an objection pursuant to paragraph (1) or to object, in the course of the proceeding, that a claim lacks legal merit.”

⁶ ICSID条約53条1項は、「仲裁判断は、両当事者を拘束し、この条約に規定しないいかなる上訴その他の救済手段も、許されない。各当事者は、執行がこの条約の関係規定に従って停止された場合を除き、仲裁判断の条項に服さなければならない。」と規定している。

⁷ Trans-Global Petroleum, Inc. vs. Jordan, ICSID Case No. ARB/07/25 Decision on 41(5) objection, 12 May 2008, hereinafter referred to as “Trans-Global”; Brandes Investment Partners LLP vs. Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/3 Decision on 41(5) objection, 2 February 2009, hereinafter referred to as “Brandes”.

基づく抗弁は、請求に対する事実上の障害ではなく、法的障害（legal impediment）が問題とされなければならないとしている。また、抗弁は、相対的に容易かつ速やかにそして明白かつ確実に根拠づけられなければならないとされている。すなわち、仲裁廷の 41 条 5 項に基づく権限の行使は、複雑（complicate）なものであっても構わないが、難しい（difficult）ものであってはならない。[para. 4.2.1]

仲裁廷は、争点効の理論（doctrine of collateral estoppel）、BIT に規定されている fork-in-the-road 条項（不可逆選択条項）、及び ICSID 条約 53 条にも反するという理由から、被申立国が 2004 年契約に違反しているかどうかを判断することはできない。本件仲裁申立ては、明らかに法的根拠を欠くものである。[paras. 4.6.1 - 18]

2. 申立人の主張

41 条 5 項の抗弁を検討するに当たって、仲裁廷は、申立人の主張する事実が真実であると仮定しなければならない。したがって、仲裁廷は、もし主張する事実が証明された場合に、それらが条約違反を構成するかを判断しなければならず、条約違反が構成されるのであれば、本案についての手続を進めなければならない。[para. 5.3.1]

本件申立てで問題としている、被申立国高官と他競業者との汚職関係が証明された場合、被申立国による免許申請拒絶は、上記汚職の影響によりなされたものであるため、BIT により禁止されている差別的かつ平衡にもとる行為に該当する。[para.5.3.2]

本件において申立人が問題としているのは、BIT 上の権利であり、また申立人のうち個人らは前仲裁手続の当事者ではないため、前仲裁手続との関連性はない。したがって、争点効（collateral estoppel）の理論に関する概念についての被申立人の理解は受け容れられたとしても、本件には当てはまらない。また、fork-in-the-road 条項に関する被申立国の分析が仮に正しいとしても、申立人のうち個人らについては、関係がない。[paras. 5.3.5 - 5.3.8]

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

X1 らの仲裁申立ては、ICSID 仲裁規則 41 条 5 項にいう「明らかに法的根拠を欠く」ものであり、よって、棄却される。

A. 41 条 5 項適用の要件

全当事者は、Trans-Global 事件及び Brandes 事件を基にして、ICSID 仲裁規則 41 条 5 項の適用要件を見いだそうとしている。すなわち、41 条 5 項は、1) 管轄権及び本案について適用されること、2) 事実に関する事項ではなく、法的障害（legal impediment）を問題としなければならないこと、及び 3) 相対的に容易かつ速やかにそして明白かつ確実に根拠づけられなければならないこと、である。本仲裁廷も、これらの要件に賛成する。

上記の要件を判断するに当たって、Trans-Global 事件では、a) 証明の程度は高いものが必要とされること、b) 申立人の請求に関する法的争点に関連して争われる事実に関して、仲裁廷は、

明らかに信憑性に欠く、根拠がない、濫訴にあたる、又は悪意に充ちているとの主張事実を額面通り取り上げる必要がないこと、c) 事実上の主張と偽装された法的主張を取り上げる必要がないこと、d) 仲裁廷は争いのある事実に関する主張の信用性又は説得性に特段の重みを持たせるべきではないこと、を述べているが、本仲裁廷もこれに賛成する。[paras 6.1.1 - 2]

また、本仲裁廷は、41 条 5 項に基づく抗弁が、事案に対して決定的な性質を潜在的に有していることを考慮し、当該抗弁を検討する際には、仲裁申立書は寛大に解釈し、申立人の主張について疑義又は不明瞭さがあつたとしても、申立人に有利に解決することが適切であると考え。[para. 6.1.3]

以下では、上記を前提として、1) 前仲裁手続における本件契約違反及びその終了に関する前仲裁手続仲裁廷の事実認定が本仲裁廷を拘束するのか、2) 申立人は BIT に基づく請求を行えるのか、3) fork-in-the-road 条項違反、又は手続濫用を理由として本件仲裁申立ては却下されるのか、について検討する。

B. 前仲裁手続における本件契約違反及びその終了に関する前仲裁手続仲裁廷の事実認定は本仲裁廷を拘束するのか

1. Collateral Estoppel

Collateral Estoppel の法理は、今日では、法の一般原則として、国際裁判又は仲裁において、幅広く確立しているという点では、当事者の見解は一致している。

申立人は、前仲裁手続での争点は、本件契約に関連する点であり、BIT に基づく問題は扱われていないと主張し、被申立国は、そうではないと主張している。申立人は、issue preclusion と claim preclusion を混同している。米国連邦最高裁が Southern Pacific Railroad Co v. United States 事件で述べたように⁸、「他のものとはっきり区別された問題とされ、かつ、それが権利回復の根拠として管轄ある裁判所によって直接決定された権利、法的問題、又は事実は、前訴の判決が修正されない限り、同一当事者あるいはその利害関係人間における後訴において争うことはできず、後訴が訴因を別のものとする場合であっても、そのように決定された権利、法的問題、又は事実は、同一当事者又はその利害関係人間において、確定的に決定されたものとされなければならない」というのが、多くの先例において述べられている一般原則である。[para. 7.1.1 - 3]

X2、X3、及び X4 の 3 人の自然人たる申立人は、X1 の利害関係人であることは明らかであり、前仲裁手続の判断に拘束される。[paras. 7.1.4 - 6]

2. ICSID 条約 53 条

前仲裁手続の仲裁廷は、本件契約の解釈について管轄権を持ち、そして判断を行った。したがって、本仲裁廷が、前仲裁判断にかかる事項を再審理すれば、「仲裁判断は、両当事者を拘束し、この条約に規定しないいかなる上訴その他の救済手段も、許されない」と規定する ICSID 条約 53 条に違反することになる。[para.7.1.9]

⁸ 168 U. S. 1, 48-49(1897).

本仲裁廷は、ICSID 仲裁の仲裁判断取消制度は限定的なものであると考える。この制度は、取消手続に付された仲裁判断の事実又は法律問題についての認定を、取消委員会が *de novo review* することを許容していない。事後の ICSID 仲裁廷に対しても同様である。また、BIT に基づき構成された仲裁廷は、当事者の合意による紛争解決手続として ICSID 仲裁が使われていなかったとしても、管轄権のある裁判所又は仲裁廷の判断について、*denial of justice* が存在しない限り、再審査しない。[para. 7.1.10 - 11]

3. 他の救済手続の利用

ICSID 仲裁判断に対する再審査について、ICSID 条約 51 条による方法もある。同条によれば、当事者は、「仲裁判断に決定的な影響を及ぼす性質の事実の発見を理由として、事務局長にあてた書面により、仲裁判断の再審を請求することができる。ただし、仲裁判断が行われた時にその事実が裁判所及び再審の請求者に知られておらず、かつ、再審の請求者がその事実を知らなかったことが過失によらなかつた場合に限る。」とされている。そして、そのような請求は、「当該事実の発見の後九十日以内に行なわなければならない、かつ、いかなる場合にも、仲裁判断が行われた日の後三年以内に行なわなければならない。」とも規定している。[para. 7.1.15]

申立人は、前仲裁手続の時には、本仲裁手続において申立人が主張する被申立国側の汚職があったことについて知らなかったと主張している。しかし、前仲裁手続の審問が行われる頃までに、申立人は汚職についてすべて知っていたことが推定される。したがって、X1 は前仲裁手続の審問を再開することも可能であったろうし、また、ICSID 条約 51 条に基づいて前仲裁判断の改訂を得る可能性があったといえるが、これらの手続を X1 は行っていない。[para. 7.1.16 - 30]

C. 申立人による BIT に基づく請求の許容性

申立人は、被申立国が、1) 収用、2) 被申立国の恣意的、差別的かつ違法な行為の禁止義務、3) 国際法上の基準に基づく待遇義務、4) 十分な保護及び保障を行う義務、5) 公正衡平待遇義務に違反していると主張している。

収用に関しては、請求は被申立国の本件契約違反に依拠しているところ、前仲裁判断の認定に従えば、失当ということになる。申立人等は、被申立国が競業者に利益を供与するために本件契約を破棄したと主張するが、本件契約により与えられる「投資」に対して被申立国が何らかの影響を及ぼしたのかどうかについて主張はしていない。申立人等の汚職に関する主張を額面通りに受け取ったとしても、被申立国法あるいは国際法に違反する可能性はあるが本件 BIT の収用に関する義務の違反とはならない。[paras. 7.2.2 - 7.2.7]

被申立国の恣意的・差別的かつ違法な行為の禁止義務、国際法上の基準に基づく待遇義務、及び十分な保護及び保証を行う義務に対する違反については、本件契約に定められている義務の違反があることや本件契約が有効に存続していたことが大前提となっているが、前仲裁判断が当事者を拘束する点については、前述の通りであり、また、そもそも本件契約は有効に終了している。[paras. 7.2.8 - 7.2.15]

本仲裁廷が、申立人の主張を受け容れた場合、本仲裁廷は、事案の蒸し返しをすることになり、前仲裁手続において確定的に決定された、当事者の本件契約に関する権利についての法及び事実に関する結論を申立人に有利なものとするようになる。しかしながら、本仲裁廷はそのような結論を採ることができないのは既に述べた通りである。それゆえ申立人の請求は明らかに法的根拠を欠くものとして棄却される。 [paras.7.2.1]

D. fork-in-the-road 条項違反又は手続濫用の有無

本仲裁廷は、申立人の請求は棄却されるべきものであると考えるため、**fork-in-the-road** 条項が、本件仲裁申立ての法的障害となり得るのかについて判断する必要はない。 [para. 7.3.1]

本件の当事者が紛争解決に関する合意に反して本件仲裁申立てを行っていたとしても、申立人による前仲裁手続の事実認定を再審査させようという意図をもった本件のような仲裁申立ては、ICSID 条約の自己完結的かつ限定的な仲裁判断取消制度のもとで、そもそも受容されることはない。 [para. 7.3.2]

42 : Total S.A. v アルゼンチン共和国 (ICSID Case No. ARB/04/1)
(JCA ジャーナル 2013 年 6 月号 (46))

判断年月日 : 2010 年 12 月 27 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Giorgio Sacerdoti (イタリア・長)、Henri C. Alvarez (カナダ)、Luis Herrera Marcano (ヴェネズエラ)

一 判断のポイント :

・公益事業分野への投資事案において、現地通貨建てガス料金の再調整拒否、電力料金の設定方式の一方的変更、天然ガスの国内販売価格や輸出価格の統制等が行われた場合は、公正衡平待遇義務違反となる。

・上記のような価格統制措置が経済危機という非常事態に対してとられたものであっても、「重大で差し迫った危険に対する本質的利益を守るため、国家にとっての唯一の予防手段」とは言えないので、一般国際法上の緊急避難による正当化は認められない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

本件の手続的経緯は、次のとおりである。2004 年 3 月 29 日に仲裁廷が構成され、2006 年 8 月 25 日に管轄権に関する仲裁判断がなされ、2010 年 12 月 27 日に責任についての仲裁判断 (Marcano による同意意見、Alvarez による反対意見がある。非公開) がなされ、現在損害賠償額について審理中である (口頭弁論は 2011 年 12 月に開かれた)。本稿では、もっぱら責任に関する判断、とりわけ緊急避難を理由とする正当化が認められなかった点について解説する。本文で引用するパラグラフ番号は、責任に関する判断についてのものである。

本件で問題とされたのは、アルゼンチンが 2001 年の経済危機対策としてとった一連の措置である (パラ 25)。アルゼンチンの経済危機後にとられた諸政策については、ICSID で争われている事件だけでも合計 46 件ある。その背景については、Continental Casualty を申立人とする別の事件の解説で述べたので、詳細はそちらに譲る。¹

本件で、申立人が争ったのは具体的には次の措置であった。

- 1) ドル建ての公共料金を 1 対 1 の比率で「ペソ化」したこと
- 2) 米国生産者物価指数等に基づく公共料金の調整を廃止したこと
- 3) ドル建ての民間契約の「ペソ化」
- 4) 家庭向けガス料金の凍結

¹ 「緊急避難を理由とする投資規制の正当化が認められた例」(JCA ジャーナル 2009 年 12 月号 No.630)

- 5) 炭化水素に対する源泉徴収税の賦課及び輸出制限
- 6) 発電事業における料金認可制度の導入
- 7) 発電事業者に対する支払いの「ペソ化」
- 8) 危機後発電事業者に対する支払い拒否（電力のスポット供給に関するものと新たに作られた基金に対する持ち分に関するものを含む。）

II. 申立人の主張

申立人は、これらの措置は、フランス・アルゼンチン BIT の次の条項に違反すると主張した。

- 1) 収用 BIT5条2項²
- 2) 公正衡平待遇 同3条³
- 3) 内国民待遇・最恵国待遇 同4条⁴
- 4) アンブレラ条項 同10条⁵

III. アルゼンチン政府の主張

これらの主張に対し、アルゼンチン政府は、それぞれの措置について BIT 違反はないと反論し、もし違反があるとしても、一般国際法上の緊急避難によって正当化されるとした。

三 判断概要：

IV. 仲裁廷の判断

A. ガス事業について

² The Contracting Parties shall not take, directly or indirectly, any expropriation or nationalization measures or any other equivalent measures having a similar effect of dispossession, except for reasons of public necessity and on condition that the measures are not discriminatory or contrary to a specific undertaking.

Any such dispossession measures taken shall give rise to the payment of prompt and adequate compensation the amount of which, calculated in accordance with the real value of the investments in question, shall be assessed on the basis of a normal economic situation prior to any threat of dispossession.

The amount and methods of payment of such compensation shall be determined not later than the date of dispossession. The compensation shall be readily convertible, paid without delay and freely transferable. It shall yield, up to the date of payment, interest calculated at the appropriate rate.

³ Each Contracting Party shall undertake to accord in its territory and maritime zone fair and equitable treatment, in accordance with the principles of international law, to the investments of investors of the other Party and to ensure that the exercise of the right so granted is not impeded either *de jure* or *de facto*.

⁴ Each Contracting Party shall accord in its territory and maritime zone to investors of the other Party, in respect of their investments and activities in connection with such investments, treatment that is no less favourable than that accorded to its own investors or the treatment accorded to investors of the most-favoured nation, if the latter is more advantageous...

⁵ Investments which have been the subject of a specific undertaking by one Contracting Party vis-à-vis investors of the other Contracting Party shall be governed, without prejudice to the provisions of this Agreement, by the terms of this undertaking, in so far as its provisions are more favourable than those laid down by this Agreement.

1. 公正衡平待遇義務違反について

仲裁廷は、ここで検討すべき法的問題は、ガス料金設定方法の変更によって投資家の正当な期待が損なわれ、BIT3 条の公正衡平待遇義務違反があったかどうかであるとし（パラ 105）、適用されるべき基準としての正当な期待（*legitimate expectations*）について一般論を展開した上で（パラ 106～112）、本件の特殊性として概略次のように述べた。

本件のように、投資家が公正衡平待遇義務違反を主張する根拠が一方的かつ一般的性格を有する法令（*legislation or regulation of a unilateral and general character*）にある場合が一番難しい。このような場合には、投資家の期待は特にその投資家だけに向けられたのではない規範的又は行政的性格の法令に根ざしているからである。この種の法令は、事後的に変更してはならないわけではない。しかし、問題とされる法令が本来有する未来志向的性格が将来の事業計画に確定的な枠組みを与えるという点において、安定性を求める請求の根拠とすることができる。これは長期的な投資の場合や予見できなかった事情又は列挙された事由の発生の場合の予備的手段（“*fall backs*” or *contingent rights*）として重要である。このような場合、「規制の公正性」又は「規制の確実性」という言葉が使われる。以上に照らすと、国家が公益事業の料金を定めるに当たっては、営業許可を受けた者が操業コストを回収し、投資額を償却し、長期的には合理的な利益を上げられるように設定する必要がある、まさに本件ガス事業はそれに当たる（パラ 122）。

仲裁廷は更に、WTO 協定に言及し、次のように述べた。他方、投資受入国は公益目的で国内事項を規制する権利を有する。外国投資家の営業に負の影響を与える変更を実施しなければならない個別の事情や理由（公益目的の重要性や緊急性）とそれによってもたらされる悪影響の重大さを合理性と均衡性の基準に照らして判断しなければならない。したがって、公正衡平待遇義務違反があったかどうかを判断するためには、申立人の正当な期待と投資受入国の正当な規制の利益を比較考量する必要がある。投資家の扱いが公正だったかどうかを決定するためには、他の事情と切り離して投資家と投資受入国二者の関係だけを見ることはできない。投資受入国の経済情勢の変化や問題とされる規制の変更の合理性と適切さを比例性の基準に照らして考慮する必要がある。サービス業の規制についてとられる国家の措置が公正かどうかを決定する追加的な基準はサービスの貿易に関する一般協定（GATS）に見出すことができる。仲裁廷は、「国内規制」に関する GATS 6 条が「加盟国は、特定の約束を行った分野において、一般に適用されるすべての措置であってサービスの貿易に影響を及ぼすものが合理的、客観的かつ公平な態様で実施されることを確保する」（強調は原文）と規定していることに留意する。アルゼンチンもフランスも GATS の加盟国であるので、GATS を参照することは可能である。しかし、当事者は GATS が本件に適用可能であるとは述べていないので、これはあくまでも参考資料として扱う（パラ 123）。

仲裁廷は、更に ECJ 判例や一般国際法での議論における「正当な期待」について詳しく分析し、自らの判断の補強材料としている（パラ 128-131）。

以上の分析をもとに、本件で判断すべき事実関係を整理すると次のとおりである（パラ 135）。

1) 料金のドル建て計算方式の廃止

- 2) 米国生産者物価指数等に基づく調整の廃止
- 3) 経済の安定と合理的な収益についての約束に違背したこと

仲裁廷は更に、アルゼンチンの経済危機にからむ他の類似事案との比較を行った（パラ 176～181）。その結果、1) と 2) は、BIT 違反ではないが、3) については経済危機後に料金改訂を行わなかったことは公正衡平待遇義務違反と認定する。同時に、他の類似の事案では、アルゼンチンの損害賠償義務が軽減されていることに留意する。

2. ガス料金設定に関し、違法な収用があったか（パラ 185）

「ペソ化」は、収用には当たらない。上記 3) についても収用とは言えない。申立人の主張は成立しない（パラ 197～199）。

3. ガス料金設定に関し、無差別条項違反があったか（パラ 200）

内外差別があったとは認定できない。よって申立人の主張を退ける（パラ 217）。

公正衡平待遇義務違反について、アルゼンチンが抗弁として申し立てた一般国際法上の緊急避難に当たるという主張は認められない。ガス料金設定方法の変更が国家責任条文 25 条にいう「重大で差し迫った危険に対する本質的利益を守るため、国家にとっての唯一の予防手段」であるとは言えないからである。BIT5 条 3 項⁶が例外条項に当たるという主張も受け入れられない（パラ 219～231）。

B. 発電事業について

1. 申立人は Central Puerto 火力発電所と HPDA 水力発電所に投資。次のように保障されていた利益を緊急措置によって失ったと主張した（パラ 282）。その根拠は、1) 電力法可決前にアルゼンチン政府が行っていた説明、2) 議会が電力法を可決したこと、3) 電力庁（SoE）が 10 年間電力法を問題なく運用していたこと、4) 電力法による料金設定方式は執行可能な権利であるとの国内法解釈、5) すべての発電事業者が電力法を遵守することを書面で約束したことである。

申立人は、上記にもかかわらず、危機後のアルゼンチン政府が電力事業についての規制のあり方を変更したのは、公正衡平待遇義務（BIT3 条）、完全な保護を与える義務（同 5 条 1 項）に違反し、かつ、無差別条項（同 4 条）及び収用に対する補償義務（同 5 条 2 項）に違反するという（パラ 299～300）。アルゼンチンは、これらをすべて否定し、政府の措置は国内法違反ではなかったし、BIT にも違反しないと主張した。

⁶ Investors of either Contracting Party whose investments have suffered losses as a result of war or any other armed conflict, revolution, state of national emergency or uprising in the territory or maritime zone of the other Contracting Party shall be accorded by the latter Party treatment which is no less favourable than that accorded to its own investors or to investors of the most-favoured nation.

2. 具体的に問題となるのは次の3つの措置である。

- 1) 余剰発電能力補償 (capacity payment) と卸売電力のスポット価格の「ペソ化」による損失
- 2) 電力価格の設定方式の変更による損失
- 3) 危機後に作られた新たな発電基金 (FONINVEMEM) における発電事業者の株式の扱い

仲裁廷は、1) については、BIT 違反を認定しなかった。理由は、まずドル建てでそのような支払いを行う法的義務はなかったことに加え (パラ 319)、申立人が本件投資を行ったのが2001年9月であったことも考慮した (パラ 322)。この頃までにはアルゼンチン経済の悪化は公知の事実であり、申立人もそれを予測できたはずだという (パラ 323~324)。2) については、公正衡平待遇義務違反を認定した (パラ 339~335)。3) についても違反を認定した (パラ 336~338)。申立人による無差別義務違反と不当な収用の主張は退けた (パラ 340~344)。ガス事業についての認定と同様に、アルゼンチン政府の措置が「重大で差し迫った危険に対する本質的利益を守るため、国家にとっての唯一の予防手段」とは言えないので、アルゼンチンによる緊急避難の主張は受け入れられない (パラ 345)。

C. 炭化水素の開発と生産について

1. 申立人は1970年代からアルゼンチンの炭化水素開発事業に参入した。2001年末時点で、天然ガス生産におけるTotalのシェアは約22パーセント。ほとんどは国内で消費されていたが、チリ向け輸出契約も結んでいた (パラ 363)。危機後、アルゼンチンは、炭化水素輸出に対する源泉徴収税を導入したほか、エネルギー不足対策として輸出割当も行った (パラ 364~380)。申立人は、これらの措置が公正衡平待遇義務違反であると主張した。アルゼンチンはA、Bと同様の反論を行った。

2. 仲裁廷は、まず申立人が炭化水素の販売価格について完全な自由は有していなかったと認定した上で (パラ 427)、個別の点については次のように判示した。

- 1) 原油の国内販売については、ペソ化による公正衡平待遇義務違反は認められない (パラ 431)。
- 2) 原油に対する輸出税については、コンセッション契約違反には当たらない。よって、正当な期待が害されたこともないから、公正衡平待遇義務違反は成立しない (パラ 426)。
- 3) フェゴ諸島における関税免除を遡及的に廃止して課税処分をしたことは、明示的な約束違反であり、公正衡平待遇義務違反 (パラ 441)。たしかにTotalはこの処分について国内裁判所で争っているが、両手続の目的が違う (一方はBIT違反の有無、他方は国内法違反の有無)

ので、fork-in-the-road 条項⁷には違反しない（パラ 443）。

4) 天然ガスの国内向け及び輸出向け販売が危機後導入された措置によって制約されたこと自体は BIT 違反とはならないが、アルゼンチン政府が天然ガス販売価格を不当に安く設定したこと（パラ 455）と個別の輸出契約に介入したこと（パラ 461）は、公正衡平待遇義務違反となる。

5) LPG 法による LPG の価格統制は、BIT に基づく公正衡平待遇義務違反ではない（パラ 462～479）。

6) 炭化水素を含むエネルギー分野全般について、アルゼンチンによる無差別義務違反は認められない（パラ 480～481）。

7) フェゴ諸島における関税免除の遡及的廃止及び LPG 輸出契約への介入は、一般国際法上の緊急避難には当たらない（パラ 482～484）。

D. 結論

1) アルゼンチンによる①2002年以降のペソ建てガス料金の再調整拒否（パラ 184）、②電力価格の設定方式の一方的変更と危機後の電力のスポット供給に対する支払い拒否、新基金の株式への転換拒否（パラ 346）、③フェゴ諸島における関税免除の遡及的廃止（パラ 444）、④天然ガスの国内販売価格統制（パラ 455）及び⑤天然ガスの個別輸出価格への介入（パラ 461）は、フランス・アルゼンチン BIT3 条（公正衡平待遇）違反であり、申立人に損害を与えた。

2) 申立人によるその他の請求（無差別原則及び間接収用に関する規定違反の主張を含む）は、認められない。

3) アルゼンチンの抗弁（一般国際法上の緊急避難の援用を含む）は退ける。

4) 以上によりアルゼンチンが負うべき損害賠償額については、別に認定する。

5) 仲裁費用に関する決定は留保する。

⁷ フランス・アルゼンチン BIT8 条 2 項は、“Once an investor has submitted the dispute to the courts of the Contracting Party concerned or to international arbitration, the choice of one or the other of these procedures is final.” と規定している。

43 : Malicorp Limited v エジプト (CIRDI No. ARB/08/18)

(JCA ジャーナル 2011 年 5 月号 (24))

判断年月日 : 2011 年 2 月 7 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Pierre Tercier (スイス・長)、Luiz Olavo Baptista (ブラジル)、Pierre-Yves Tschanz (スイス/アイルランド)

一 判断のポイント :

・義務遵守条項 (アンブレラ条項) における「義務」の準拠法は、当該義務遵守条項を含む条約ではない。

・義務遵守条項の「義務」の内容は、投資契約に排他的紛争処理条項がある場合であっても、投資受入国が当該契約ないし当該紛争処理条項の有効性を否定するときについては、条約に定められた紛争処理手続によって確定される。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

エジプト政府は、1999 年に、シナイ半島のスエズ湾に面する都市 Ras Sudr に国際空港を建設するために BOT 契約の入札を行った。申立人 (英企業) は、民間空港設備を業とする NERG 社 (ノルウェー) および J&P 社 (英・チャンネル諸島) ならびに投資会社 GMH 社 (ルクセンブルク) と協力することを明示しつつ応札し、2000 年 2 月に落札、2000 年 5 月に先行契約をエジプト民間航空局 (ECAA) との間で締結し、同年 11 月には最終的なコンセッション契約をエジプト政府との間で締結した。[paras. 1-15]

申立人は、コンセッション契約により、エジプト法に基づく会社を設立すること、および、200 万エジプトポンドの保証金を拠出することが義務づけられていた。ECAA の 2 度にわたる督促にも拘わらずそのいずれも果たされなかったため、ECAA は、このままでは契約解除もあり得る旨の督促を 2001 年 2 月 18 日に行った。その後、Malicorp、Mibo Gawli 氏および Sayed Hanafy Mahmoud 氏の 3 者を発起人とするエジプト法上の会社を設立するための申請がなされた。そして、その設立中の会社の株主は、100 万エジプトポンドを Misr 銀行に預金し、当該会社の設立登記がなされるまで引き出すことができないものとした。[paras. 17-26]

エジプトは、申立人に対し、2001 年 6 月 30 日までに必要な情報を提供すべきことを求めている。申立人はその情報を 6 月 25 日に発送したと主張しているが、エジプトはそれを受領したことはないとしている。そして、7 月 1 日にエジプト交通省が当該エジプト会社の設立を認めるとの立場を表明したものの、Ras Sudr 空港に関する特別委員会は設立を認めないとの決定を 7 月 21 日に行い、翌 22 日に申立人の代理人に通告した。これを受け、申立人は、7 月 23 日にエジプト首相に、28 日にはエジプト大統領に、設立中の会社に参加していた元エジプト将軍 2 名

が会社の利益に反する行為をしていたため両名を解雇したことを伝え、首相あるいは大統領の協力を求める書簡を送った。[paras. 27-32]

2001年8月12日に、「交通省・航空に関するエジプトホールディングカンパニー・ビジネスセクターに関するジョイントパートナーシップ “Ministry of Transportation; Egyptian Holding Company for Aviation; A Joint Partnership of Business Sector”」は、契約の終了 (termination) を申立人に通告した。他方、12月12日にエジプト交通省第一次官 (First Under Secretary) が、イギリス大使館に対し、申立人はエジプト投資局 (“the Investment Authority”) と連絡をとり、エジプト会社設立のための手続をとることができるだろうとの書簡を送っている。申立人はエジプト交通省に重ねて会社設立の認可を求めたものの、2002年2月27日に、エジプト交通省民間航空ホールディングカンパニーの長は、国家安全保障局 (the National Security) が改めて会社設立認可を拒否した旨の返答を行った。イギリス・ノルウェー両国の大使館から照会がなされたところ、同年10月7日に、エジプト民間航空大臣は、本件プロジェクトは解除された (cancelled) と英大使館に伝えた。この頃、ECAA は Misr 銀行に預けられた保証金 100 万エジプトポンドを既に受領していたようである。なお、次に述べる CRCICA 仲裁開始までの間に、ECAA は、いくつかのホールディング会社に分割されていたようである。[paras. 33-43]

2004年4月20日に、申立人は、コンセッション契約の仲裁条項に基づき、エジプト・エジプト航空ホールディングカンパニー・エジプト空港会社に対し国際商事仲裁カイロセンター (CRCICA) に仲裁を申し立てた (以下、カイロ仲裁という)。両当事者が書面を提出し、口頭審理も終了後の 2006年2月19日に、カイロ行政裁判所は、エジプト政府の提訴に基づき、当該仲裁条項を無効と判断し、カイロ仲裁廷に仲裁手続の停止を命じた。これを受けて、エジプト指名仲裁人は仲裁手続への参加を控えることを CRCICA 事務局長に伝えた。にもかかわらずカイロ仲裁廷は手続を進め、2006年3月7日に仲裁判断を下した。その内容は、仲裁条項は有効であるものの、契約締結時に Malicorp が提供した金額は 1 億英ポンドであったとの錯誤がエジプト側にあり、その錯誤の故に契約は無効であって、契約終了に起因する損害賠償は認められない、というものであった。ただし、その判断に加えて、エジプト民法の規定を根拠に、Malicorp の被用者への報酬として 14,773.497 米ドルをエジプトが負担すべき、とも述べた。カイロ仲裁に関する詳細な情報は本 ICSID 仲裁廷には伝えられておらず、被用者への報酬に関するエジプト民法の規定についても、具体的にどの規定なのかについて ICSID 仲裁のいずれの当事者も示していない。なお、エジプトはカイロ仲裁の取消を求めてエジプト裁判所に提訴しており、現在係属中のようである。[paras. 44-59]

申立人は、カイロ仲裁判断をフランスで執行しようとした。パリ大審裁判所 (2006年8月9日) はその執行を命じたものの、パリ控訴院 (2008年6月19日) および破毀院 (2009年6月23日) は、カイロ仲裁が命じたエジプト民法に基づく損害賠償についてはカイロ仲裁手続中にいずれの当事者によっても議論されていなかったため仲裁手続に瑕疵があることを理由に、カイロ仲裁判断はフランスにおいて承認も執行もされない、と決定した。[paras. 60-70]

カイロ仲裁に並行して、申立人の関係者および被申立人政府関係者数名に対し、コンセッショ

ン契約時の汚職と私文書偽造容疑での刑事訴訟が進行していた。2006年9月2日、カイロ重罪院は、申立人の代理人である Chabli 氏と Mercer 氏とに対し詐欺および文書偽造の罪で3年の禁固刑を申し渡した。これに対し上訴がなされ、棄却されたようである。[paras. 71-73]

そして、2008年10月21日に申立人が ICSID 事務局に仲裁申立を行い、申立人は Luiz Olavo Baptista (ブラジル)、被申立人は Pierre-Yves Tschanz (スイス) をそれぞれ指名し、両仲裁人の合意により仲裁廷の長として Pierre Tercier (スイス) が指名され、2009年6月2日に仲裁廷が構成されたとの連絡が両当事者になされた。[paras. 74-77]

被申立人は仲裁廷の管轄権を争っている。また、本案については、申立人が英・エジプト BIT¹ 2条2項および5条の被申立人による違反と、それに起因する損害の賠償とを主張し、被申立人はこれらのいずれをも否定する主張をしている。[para. 94]

三 判断概要：

II. 仲裁判断要旨

A. 管轄権

申立人は、仲裁廷管轄権の根拠として、英・エジプト BIT 8条および ICSID 条約を挙げる。申立人の主張がコンセッション契約の不当な終了に帰着することを考慮すると、この紛争は純粋に契約上のものにとどまるのではないか、また、とりわけ、契約の紛争処理条項に基づく手続きか認められないのではないか、との疑問も生じなくはない。しかし、本件では、被申立人がカイロ仲裁の有効性を争っており、契約の紛争処理条項に基づく手続きは確実性を欠くため、BIT に基づく紛争処理手続の利用は認められる。また、被申立人も契約の紛争処理条項を理由とする管轄権否定の主張は行っていない。[paras. 99-104]

被申立人は、信義則に基づき管轄権を否定すべしと主張する。しかし、被申立人が BIT により与えた仲裁同意について、申立人の信義則に反する行為が何らかの影響を与えるとは言えない。また、信義則に反する申立人の行為として被申立人が主張するものは多岐にわたり、それらのうちのいくつかを優先的に審理するのは適切でない。これらの主張は本案の問題として扱われるべきである。[paras. 115-119]

B. BIT 違反の主張

1. 問題の整理

申立人は、被申立国による BIT 2条 (公正衡平待遇・義務遵守条項)² と 5条 (収用) との違反を主張する。もっとも、2条のうち公正衡平待遇義務違反については主張しておらず、その唯一の主張は、被申立人によるコンセッション契約の解除 (annulation³) という事実である。こ

¹ United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Egypt, Agreement for the Promotion and Protection of Investment, signed at London on 11 June 1975, U.N.T.S., vol. 1032, p. 31.

² 本件で問題となったのは BIT 2条2項3文は、次の通り。“Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.”

³ “annulation” の本来の意味は「取消」ないし「無効確認」であるが、事実関係に照らし、ここでは「解除」の意味で用いられているものと思われる。申立人が annulation (取消) と résiliation (解除) との両方を主張しているところ、

れに対し、被申立国は、契約は適法に解除されており、したがって BIT 違反は存在せず、BIT により保護される投資も存在しないため収用の成立もない、と主張している。そこで、まず検討すべき問題は、コンセッション契約の準拠法に照らし、被申立国は当該契約の義務から適法に解放されたかどうか、である。もし適法に解放されたとすると、被申立国が契約当事者としてではなく国家として何らかの公権力的行為をなしたかどうかの検討をする必要なしに、義務遵守条項（アンブレラ条項）の違反はないことになる。被申立国は、自らの主張の根拠として、契約締結時における申立人の虚偽表示と、申立人による契約違反とを挙げている。[paras. 123-129]

2. 契約締結時の事情

まず、契約締結時に信義則違反があり契約が無効とされるかどうかを準拠法に照らして判断しなければならない。本件契約の準拠法はエジプト民法である。この問題は、既にカイロ仲裁により判断されている。すなわち、被申立国は錯誤により契約を締結したため契約義務から逃れる権利を持つとされつつ、当該錯誤につき被申立国も一定の責任を負うため一定額の支払いも求められた。しかし、被申立国はカイロ仲裁判断を受け入れておらず、そのため不確実な状況にあるため、仮にカイロ仲裁判断が取り消されるべきだとした場合に本 ICSID 仲裁廷が異なる結論に至るかどうかを検討すべきである。[para. 130]

被申立国は、申立人が契約締結時に提出した文書の中に、申立人の財政状況につき不正確な記述をしたものがあつた、と主張する。コンセッション契約の入札文書には、応札者が十分な資力を有することを証明すべきことが明記されていた。BOT 契約であるため、当初は落札者が費用の全てを負担せねばならないことから、当然の要請である。申立人の入札文書には、申立人の資本金は1,000英ポンドであることが記されていた。申立人の見込みでは空港建設費用は2億3200万米ドルであり、申立人がその金額を調達できたであろうことを示す証拠は提出されていない。[paras. 131-133]

申立人と被申立国とは、おそらく2000年1月3日に、契約条件の明確化のために会合を持っている。その記録によれば、申立人の代理人は、コンセッション契約の当事者となるのは **Malicorp** という英企業であり、その資本金は1億英ポンドである、と述べた。これは、発行済かつ払込済資本 (**capital souscrit et libéré/issued and paid-up capital**) ではなく授権資本 (**capital autorisé/authorised capital**) の額を示したものであるとするならば、正確な記述である。しかし、ここで問題になっていたのは発行済かつ払込済資本であり、申立人がここで授権資本について述べていたのであれば、その旨を明示するのが信義則にかなう行為である。また、同会合の記録には、イングランド・ウェールズ会社登記所 (**Register of companies for England and Wales**) の証明書も付されており、それによれば申立人資本金は1億英ポンドとされているが、やはりどの種の資本であるかについての記述はない。[paras. 134-135]

本仲裁廷は、これら文書の真正性につき判断を下す意図も任務も有していない。ここでは、こ

そのいずれを認めるかによって本件の帰趨に影響が出ることはないため、仲裁廷はしばしばこの二つの語を厳密に区別せずに用いているようである。仲裁判断の英文でも、用語法は一貫していない。

れらにより被申立国に伝えられた情報が、本質的な錯誤（*une erreur essentielle*）を生むものであったことを指摘すれば十分である。国際空港の建設に関しては、企業がどの程度の資力を有しているかは根本的問題であり、それについての錯誤はいかなるものであれ契約の見直し（*la remise en cause*）を正当化する。したがって、被申立国がコンセッション契約の終了を通告する文書において述べた根拠は十分なものである。[paras. 136-137]

3. 契約履行に関する問題

まず、期限内にエジプト会社が設立されなかったことについて、争いはない。また、申立人は、建設プロジェクトの実施に必要な法的・財政的・技術的準備に取りかかったことを何ら証明していない。準備の遅れに不信感を抱いたエジプト当局に対し、その不信感を払おうともしていない。したがって、契約を解除するに当たって被申立国が示した理由は、十分なものである。[paras. 138-143]

4. 被申立国の責任

カイロ仲裁では、被申立国にも一定の責任があるとされた。これは必ずしも不合理な判断ではないが、申立人はこの点について主張をしておらず、本仲裁手続ではこの問題は扱わない。[para. 143]

C. 費用負担

本件では、管轄権については申立人の立場が、本案については被申立国の立場が採用された。また、本案についても、カイロ仲裁で指摘されたように、被申立国側にも非難されるべき点がないではない。したがって、仲裁費用は折半とし、弁護費用は各自負担とする。[paras. 146-148]

44 : GEA Group Aktiengesellschaft v ウクライナ共和国 (ICSID CASE No ARB/08/16)
(JCA ジャーナル 2011 年 11 月号 (30))

判断年月日 : 2011 年 3 月 31 日 (管轄及び本案判断)

仲裁廷の構成 : Albert Jan van den Berg (オランダ・長)、Toby Landau (英国)、Brigitte Stern
(フランス)

一 判断のポイント :

- ・ ICSID25 条は、申立登録の時点において、投資が存在するか、又は他の締約国の国民に支配されていることまでを要求するものではない。申立人が当該権利利益を有していた期間内の BIT 違反行為については、管轄権がある。
- ・ 商事仲裁判断の内容及びそれ自体は、投資財産性を有しない。したがって、被申立国裁判所が商事仲裁判断を取り消したとしても、商事仲裁判断自体に投資財産性はない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係[本案判断 paras. 55-80]

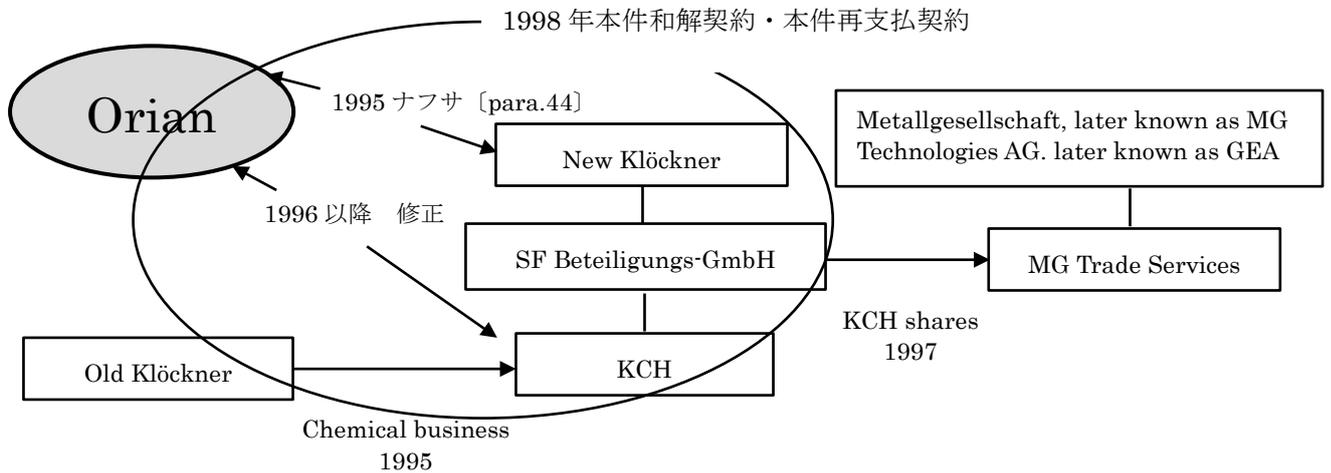
A. 当事者関係

申立人ドイツ企業 GEA ([para. 33]に名称変更経緯) は、子会社 Solvadis AG ([para. 39]に名称変更経緯) を通じて、孫会社 Solvadis Chemag AG の株式を保有していた。

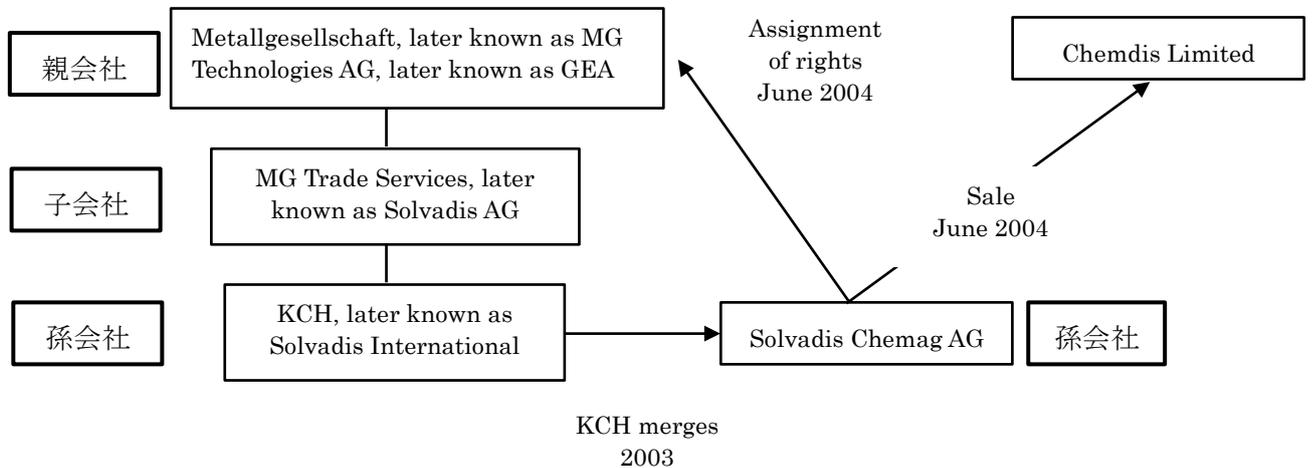
1997年12月5日、申立人 GEA は、子会社旧 MG Trade Services AG を通じて、手続外 Klöckner & Co Aktiengesellschaft (「New Klöckner」) の 100%子会社[paras. 35, 37, 38]株式売主 SF Beteiligungs-GmbH から旧 KCH(後に旧 Solvadis GmbH(「旧 Solvadis」)に名称変更[para. 39]) の全株式を取得した(これにより、親会社 : 申立人 GEA ; 子会社 : Solvadis AG (旧 MG Trade Services AG) ; 孫会社 : 旧 KCH/旧 Solvadis という関係となる) [para. 38]。2000年10月27日、旧 Solvadis は、孫会社 Solvadis Chemag AG に吸収合併された。2004年6月28日、権利譲渡人/孫会社 Solvadis Chemag AG は、Oriana との取引から生ずる全ての権利を旧 MG Technologies AG (現申立人 GEA) に譲渡した[para. 40]。さらに同時に[para. 111]、権利譲渡人/孫会社 Solvadis Chemag AG は、手続外 Chemdis Limited (本稿で以下「Chemdis」という。) に売却(株式譲渡?) された[para. 41]。

【当事者関係略図：仲裁判断 42・43 パラグラフを基に作成】

42. By way of summary, for the period 1995 – 1997, the corporate structures described above were as follows:



43. For the period 2000 – 2004, this diagram evolved as follows:



B. 取引関係

1995年12月13日、New Klöcknerはウクライナのコンビナート（kombinat）Orianaとの間で、年間20万トンのナフサ精製契約（「本件精製契約」）を締結した[para. 44]。その後、1996年から1998年の間、New Klöcknerの子会社である旧KCHとOrianaとの間で、約150本の修正合意がなされた[para. 45]。その間1997年12月には、検査担当者狙撃事件もあった[para. 46]。その後、Orianaに納入された原料と完成品の数量の間に12万5000トン以上の食い違いがあることが発見された[para. 48]。

その後にOrianaとNew Klöckner/旧KCHとの間で協議がなされ、最終的に、1998年8月7日、Orianaが原料・完成品の差額を支払う義務を負うことを認める等の和解契約（Settlement Agreement）（「本件和解契約」）を締結した[para. 51]。続く1998年9月29日、Orianaと旧KCHは、Orianaが差額「少なくとも2760万USD」の支払義務を負うこと、最終金額は1998年9月30日までに評価確定されること等を内容とする再支払契約（Repayment Agreement）（「本件再支払契約」）を締結した[paras. 52, 55]。Oriana側で本件再支払契約に署名したのは、Sljuzar氏ら3人であった[para. 54]。

C. ICC仲裁・ウクライナ裁判所における承認執行手続関係

2001年6月27日、旧Solvadisは、本件再支払契約に基づきICC仲裁を申し立てた[para. 57]。これに対してOrianaは、正式に仲裁手続に参加しなかったが、本件再支払契約は無効として仲裁管轄権を争った[para. 58]。

2002年11月25日、仲裁廷は、Sljuzar氏証言等並びに「ウクライナ法令8.4.5条」に基づき[para. 61]、Sljuzar氏らが本件再支払契約当時にOrianaを代表する権限を有していたと認めた[paras. 60, 61]。さらに、Orianaは旧Solvadisに対して約3000USD、利息及び仲裁費用を支払うべきものとする仲裁判断を下した[para. 62]（「本ICC仲裁判断」）。

2003年3月11日、勝訴した旧Solvadisは、Ivano-Fraulvsk地方上級裁判所（「Ivano地裁」）に本ICC仲裁判断の承認及び執行を求めて提訴した[para. 63]。しかし、2003年5月28日、Ivano地裁は、Orianaの「代表権の不存在」による仲裁合意無効の主張を認め、承認・執行申立てを却下した[para. 65]。Ivano地裁によれば、ウクライナ「外国経済活動法」6条では「対外経済契約は、法令文書（statutory documents）上権限を認められた者と、外国経済主体が発行する委任状により権限を付与された者の2者により締結されなければならない」とされているが¹、Orianaの定款によれば「会長（Chairman）」のみが委任状なくして会社を代表できるとあり、会長以外の者にはそうした権限はない。ところが「1998年11月3日付けウクライナ国有ファンド令2073号」によれば、Orianaの会長はChernik氏であった。

2003年6月25日、旧Solvadisはウクライナ最高裁に上訴したが、2004年4月15日、上訴棄却され、敗訴が確定した。

¹ 旧社会主義・現市場化推進国に見られる制度である。現地弁護士等によれば、本来は国営・公営企業の経営担当者による企業資産の私物化・恣意的処分を防ぐのが趣旨であったようであるが、実際には、支払遅延の手段・言い訳とされたりすることが多い。

D. 執行・破産手続関係

2003年2月4日、旧 Solvadis は、第三者がウクライナ国内で申立てた Oriana の破産手続において破産手続参加・債権届出 (Creditor's Explanation) の手続を行った[para. 68]。これに対して、2003年11月25日、Ivano-Frankvisk 地方商事裁判所 (「Ivano 商裁」) は本 ICC 仲裁判断の承認執行申立てが却下されたことを理由に、参加申立ても却下した[para. 69]。これに対して旧 Solvadis が上訴、上訴審では主張が認められて差戻しとなったが[para. 72]、これに対して Oriana がウクライナ最高裁に上訴、2004年12月17日、ウクライナ最高裁が Oriana の上訴を棄却してこの点は確定した[para. 74]。

そこで、2005年3月17日、旧 Solvadis は改めて Ivano 商裁に債権届出をしたが[para. 75]、2005年4月15日、Ivano 商裁は今度は届出期間の経過を理由に拒絶した[para. 78]。その後、最終的に、2005年11月30日、ウクライナ最高裁は上告を棄却した[para. 84]。

2008年10月24日、GEA はドイツ・ウクライナ BIT に基づき、ICSID に仲裁申立てを行った[para. 6]。

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 管轄権に関する判断

1. 申立人 GEA の当事者適格

(a) 本和解契約の当事者が旧 KCH であったこと

ウクライナは、第1に、1995年の旧 Klöckner から旧 KCH への営業譲渡の際に、本和解契約に関連するような権利の譲渡はなかった、第2に、旧 KCH は本和解契約の当事者ではない、と主張する[para. 96]。しかし、本和解契約の文言[para. 102]、本和解契約交渉中の態度[paras. 103, 104]、旧 KCH と Oriana との間で多数の修正合意がなされたこと[para. 104]から、旧 KCH が本和解契約の権利を有する[para. 106]。

(b) 旧 KCH の権利が手続外 Chemdis に譲渡されたこと

申立人 GEA 側から手続外 Chemdis へ旧 KCH 株式譲渡に先立ち、旧 KCH の有していた条約上の権利 (treaty rights) が申立人 GEA に譲渡されたかどうかについて、申立人 GEA は立証を尽くしておらず、2004年6月30日以降の権利については主張できない。

被申立国は、CSOB 事件²を引用し、申立人 GEA が仲裁申立登録時点で権利を有しない以上、申立人 GEA は当事者適格を有しないと主張するが[paras. 121, 122]、ICISD25条(1)項は、「申立登録の時点において、[投資が]存在するか、又は他の締約国の国民に支配されている」ことを要求するものではない[para. 124]。したがって、申立人 GEA は申立てる権利を有する[para.

² Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s.v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4 (Czech Republic/Slovak Republic BIT) (2004年12月29日最終仲裁判断)。

125]。

2. 投資の存否

BITに基づくICSID仲裁において、「投資」が客観的な意義を有するかについては、Patrick Mitchell 事件（取消決定）³、Phoenix 事件、Romak 事件⁴、Biwater 事件、Salini 事件等、幾多の先例があるが、それらにおける意義の広狭については、本件で結論を出す必要はない。

(a) 本件精製契約

本件 BIT1 条 (1) (e)「経済活動を行う権利（以下略）」及び (a)「動産及び不動産（以下略）」に該当する。特に、本件精製契約は、単に資源の利用料（tolling fees）にとどまらず、配送を支援しウクライナ国内の運送料を負担する等、「共通の利益」を有している[para. 149]。

また、ICSID 条約 25 条による投資の「客観的意義」に従うべきであるとの見解によっても、ウクライナに対して出資をなし、一定の期間継続し、実施する経済活動についての一定のリスクを引き受けるものであるから、投資に該当する[para. 151]。いわば、原材料、（ロジスティクス、マーケティング、修繕部品の運送等の）ノウハウ等の現物出資である[para. 152]。

(b) 本件和解契約・本件再支払契約

申立人 GEA は、本件 BIT1 条 (1) (C)「有体又は無体の価値物を製造するための資金についての権利」に該当し、また、投資たる性質を有する本件精製契約上の権利を承認するものであるから、投資に該当すると主張する[para. 155]。しかし、本件 BIT1 条及び ICSID 条約 25 条の投資に該当しない。本件和解契約は、未配達の商品及び Oriana が旧 KCH に対して負う債務額を確認したものに過ぎず、また、本件再支払契約は Oriana から旧 KCH に対する債務支払の方法を確認したものに過ぎないからである[para. 157]。

(c) 本件仲裁判断

本件 BIT1 条又は ICSID 条約 25 条の基準によってテストされたことがあるか否かに関わらず、本件仲裁判断の内容及びそれ自体（“in and of itself”）は、投資財産たり得ない。本件仲裁判断は、本件和解契約・本件再支払契約から発生する権利義務を処理する法的手段に過ぎない[para. 161]。

かりに、本件和解契約・本件再支払契約が投資性を有し、また、本件仲裁判断は本件精製契約又は製品から直接に派生したものであるとしても、仲裁判断それ自体は、ウクライナに対して出資をしたり、領域内で経済活動をしたりするものでもない。Saipem 事件管轄判断⁵では、ICC

³ Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/99/7 (US/DRC BIT) (2006 年 11 月 1 日特別委員会決定)、[para. 31]

⁴ Romak S. A. v. The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL (Switzerland/Uzbekistan BIT) (2009 年 11 月 26 日仲裁判断)、[para. 57]。山本晋平「投資協定上の『投資』概念についての UNCITRAL 仲裁手続における判断例」JCA ジャーナル 57 巻 10 号 (2010 年) 16 頁。

⁵ Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/7 (Italy/Bangladesh BIT) (2007 年

仲裁判断は投資の一部であるとしたが、同意できない[para. 163]。

3. GEA の投資と投資協定違反行為の時間的先後

申立人 GEA の投資の始期については、争いあるが、申立人 GEA が子会社を通じて旧 KCH 株式・支配を取得する契約において「効果発生日 (Effective Date)」とされている、1997 年 12 月 5 日とし、終期については 2004 年 6 月 30 日とする[para. 182]。

そうすると、第 1 に、製品の横領[para. 184-185]については、横領行為は 1997 年に発生したものであり、申立人 GEA の投資の期間に属さないので、管轄権を有しない。

第 2 に、狙撃事件の捜査不十分[paras. 195-199]については、狙撃事件の発生は 1997 年 12 月だが、その後のウクライナの捜査不十分は申立人 GEA の投資の期間に属するので、管轄権を有する。

第 3 に、本件仲裁判断の未承認・破産債権届出の拒絶[paras. 200-203]については、申立人 GEA の投資の期間に該当するので、管轄権を有する。

B. 本案判断

1. 収用

(a) 製品の横領行為[para. 211 から 226]

申立人の主張は、いずれも立証不十分。

(b) 本件仲裁判断の不承認

申立人 GEA が依拠する Saipem 事件も、仲裁判断の不承認自体が収用に該当するとはしておらず、当該案件に即してバングラディッシュの仲裁判断不承認行為が「著しく不当 (egregious)」といえる場合に収用に該当するとした[para. 234]。仮に本件仲裁判断が投資に該当するとしても、ウクライナ裁判所が差別的な法適用を行ったとは認定できない。また、申立人 GEA は、Saipem 事件と異なりウクライナの行為が「著しく不当」であることの立証を尽くしていない。

2. 完全な保護及び安全保障

申立人 GEA 主張の第 1 点、申立人 GEA 製品の盗取 (横領) の未処罰[para. 243 から 249]については、申立人 GEA は犯罪被害届を提出したのが仲裁開始後であるから違反行為を認められない、第 2 点の、狙撃事件への未対応[para. 250 から 255]は、むしろウクライナ当局は捜査対応を行っている。第 3 点、Sljuzar 氏の無権代表に対する未処罰[para. 256 から 266]は、当該行為はウクライナでは犯罪でなく、責任を生ずることがない[para. 255]。

3. 公正衡平待遇

3月21日管轄決定及び暫定措置勧告)。鈴木五十三「投資受入国裁判所による ICC 仲裁に対する介入の収用該当性」JCA ジャーナル 57 巻 7 号 (2010 年) 18 頁。

(a) ウクライナによる補償約束[paras. 272-283]

全ての書証（ミーティング議事録等）によってもウクライナがそのような約束をしたか不明である。したがって、公正衡平待遇違反も認められない。

(b) 破産手続を通じて債権を回収する期待の侵害[para. 284 から]

(i) 破産手続終了約束[paras. 286-293]

ウクライナ政府関係者の発言等は、無条件の支払約束ではない。破産手続がウクライナ法によって行われることを述べるのみで、無条件の支払約束・破産手続終了の約束ではない。

(ii) (ウクライナ企業) Shelton による Oriana 資産管理者就任[paras. 294-297]

申立人 GEA は、破産手続を通じて (ウクライナ企業) Shelton が Oriana 資産管理者に就任したことは不公平であると主張するが、Shelton の選任はウクライナ法に基づくものであり、公正衡平待遇違反も認められない。

(iii) Oriana 資産の篡奪[paras. 298-]

2009 年 8 月 10 日、ウクライナ政府は銀行の新規ローンの実行などを条件として Oriana の Luxoil Petrochemical への承継を認める決議を行ったが、この Oriana の民営化を資産の篡奪とするのは誤っている [para. 303]。なぜなら、Oriana は新会社の 50% の利益持分を有し、Oriana 債権者は引き続き権利を保有する。したがって、公正衡平待遇違反は認められない。

(c) 本件仲裁判断の不承認[paras. 306-319]

本件仲裁判断は投資財産ではないので、本件仲裁判断の不承認は公正衡平待遇義務違反とならない [para. 310]。仮に投資財産性を有するとしても、申立人 GEA の主張するように、ウクライナ裁判所が、ICC 仲裁廷が有効な仲裁合意と認めた根拠を顧慮しないで承認を拒絶したわけではない。当事者は、「denial of justice」の判断基準として、Modev 事件⁶に拠るべきことに合意したが、これによっても、ウクライナ裁判所の判断が「裁判結果の適正性について正当化される懸念」を生じさせるとはいえず、公正衡平待遇違反はない。

(d) Pryvatbank の申立てにより開始された破産手続[paras. 320-323]

申立人 GEA 主張については、証拠不十分。むしろウクライナ裁判所による十分な審理がなされたが、申立人主張は認められなかったものである [para. 323]。

4. 恣意的及び差別的措置[paras. 325-331]

⁶ Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (NAFTA) (2002 年 10 月 11 日最終仲裁判断)。本仲裁判断でいう「Mondev テスト」は、Mondev 事件仲裁判断 127 段落の (先行する EISI 事件での判断基準に言及しながら) 「特定の結果が驚愕すべきものかどうかというよりも、公平な仲裁廷が受けた衝撃や驚愕が、国際仲裁廷は上訴審ではないながらも (他の投資保護協定と同様に) NAFTA11 章が現実の保護手段を与えることを意図していることに鑑み、慎重に考えた上で、裁判の結果が司法として適切かどうかについてもっともな懸念を引き起こすかどうか、というもの」を指していると思われる。

恣意的及び差別的措置の判断基準は、公正衡平待遇原則のものと同じであり、申立人主張は認められない。

5. 内国民待遇及び最恵国待遇[paras. 332-345]

申立人 GEA は、ウクライナ裁判所においてセーシェル法人の請求には時効（期間制限）が適用されなかったことを主張したが、その事実だけでは差別的待遇があったとはいえない[para. 342]。

6. 義務遵守条項[paras. 346-355]

申立人 GEA が主張するような、ウクライナ政府の「明白かつ誤りようのない約束」は認定できない[paras. 354, 356]。

45 : Impregilo S.p.A. v アルゼンチン共和国 (ICSID Case No. ARB/07/17)
(JCA ジャーナル 2012 年 3 月号 (33))

判断年月日 : 2011 年 5 月 17 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Hans Danelius (スウェーデン・長)、Charles N. Brower (米国)、Brigitte Stern (フランス)

一 判断のポイント :

- ・ 最恵国待遇条項に “all other matters regulated by this Agreement” との文言があるような場合においては、投資受入国が締結する他の BIT における紛争解決条項についても適用が可能である。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

1. 手続の概要 [para. 1-11]

2007 年 7 月にイタリア法人である Impregilo S.p.A. (以下、申立人、または単に Impregilo と呼ぶ) がアルゼンチン共和国 (以下、被申立国、または単にアルゼンチンと呼ぶ) を相手に仲裁を申立てた。同年 8 月に申立人が Judge Charles N. Brower を、10 月には被申立国が Professor Brigitte Stern を選任し、2008 年 5 月に ICSID Administrative Council の長が Judge Hans Danelius を仲裁廷の長として選任した。その上で、2008 年 5 月 27 日を開始日として仲裁手続が開始された。

2008 年 6 月の電話会合において手続的事項につき合意がなされ、それに基づいて 10 月に申立人から実体的問題に関する主張書面が提出され、申立人の投資との関係で、被申立国が Argentina-Italy BIT¹、及び、国際法に違反して損害が発生したため、その填補賠償を求める旨が主張された。ところが、2009 年 1 月に、被申立国から管轄等を争う主張書面が提出されたため、これに対して 3 月に申立人から管轄に関する反論書が提出され、5 月にワシントン DC で管轄に関する審問が開催された。その一方で、8 月には被申立国から実体的問題に関する反論書が提出され、11 月には申立人から、2010 年 1 月には被申立国から再反論書等が提出され、3 月にはパリで実体的問題に関する審問が開催された。その後、4 月には本件の時系列に沿ったサマリーが双方から提出され、5 月には手続費用に関する主張が提出された。次いで、10 月に申立人から追加書面、11 月には被申立国からこれに対する反論が提出され、2011 年 4 月に手続は終結された。

¹ The Agreement between Italy and the Argentine Republic for the Protection and Promotion of Investments.

2. 事実の概要 [para. 12-48]

問題の BIT は 1990 年 5 月に署名がなされ、1993 年 10 月から効力を有するものである。

事件としては、1990 年代におけるブエノスアイレス州の上下水道の民営化に端を発している。1996 年、新立法により、ブエノスアイレス水道規制機関(ORAB)が設立され、州の様々な地域のコンセッションの入札を管理することとなった。Impregilo は他の会社とコンソーシアムを組み、1999 年 10 月、ある地域のコンセッションを獲得し、アルゼンチンに AGBA なる会社を設立した。12 月には AGBA と州の間で上下水道に関するコンセッション契約が締結された。

2000 年 1 月、AGBA はコンセッションを現実にも取得し、3 月には ORBA に「五カ年計画」を提示し、修正交渉の末、2001 年 1 月にその承認を受けた。ところが、実際に運用が始まってみると、上下水道代金の 60 パーセント前後が未納という状態であった。そこで AGBA は、事態改善のための委員会の設置を求め、州の担当部局も、未収分があるのはビジネスリスクであると留保しながらも、5 月においてかかる委員会の設置には同意した。

しかし、その後のアルゼンチンの経済危機を受け、AGBA は 7 月と 8 月に ORBA に対して当初の「計画」の実行の一時停止を申し入れ、9 月と 12 月には州に対してコンセッション契約に関して話し合う会合を持つように要求した。これらに対して ORAB は、8 月に AGBA に料金徴収を差し控えるように要求し、10 月には AGBA が料金を値上げすることを許さない旨の決定も行った（もっとも、ORAB の複数の部署は 8 月と 11 月に、当初の「計画」が POES が受け入れ可能な範囲で達成されていると評価しつつも、経済的な困難性により一時的に実行が停止されるべきであるという意見も表明している）。さらに 2002 年 1 月には料金の凍結措置を行い、2 月には AGBA の徴収業務権限を停止する命令も下した。

他方で、州は、2002 年 2 月に新たな枠組を構築するための決定を行った。3 月には、Azurix 社が有していた同州の他の地域のコンセッションを引き継ぐブエノスアイレス水道株式会社 (ABSAs) の設立を認可する州令を採択し、5 月には公共サービスに関する契約に対する経済危機の影響に関する特別委員会を設置した。

その後も AGBA は、6 月においては、税法の変更がさらなる困難を生じせしめているとして、コンセッション契約の見直しを ORBA、州知事に願い出て（これに対し、州の公共サービス部門の次官は、顧客の経済的利益にネガティブな影響を与えるべきではないとして、契約の改訂は合理的ではないとしている）、8 月、9 月、10 月にも陳情を続けた。これに対し、8 月、ORAB は料金未納の顧客に水道サービスを止める AGBA の権利を停止しつつも、12 月には、コンセッション契約 1 年目については目的は達成されたとした上で、2 年目については当初「計画」上の義務の停止を求める AGBA の要求を認めた。

2003 年 6 月、州は新しい規制枠組を定める決定を行い、ブエノスアイレス水道管理機関(OCABA)が新しい監督官庁であるとした。これに対し、7 月、AGBA はこれに抗議するとともに、8 月から 2004 年 1 月にかけて契約の更改を願い出た。しかし、2004 年 6 月、最終的に州知事はこれを拒否した。

2005 年 4 月、ABSAs と州との契約が承認され、料金の緩やかな値上げや一定の補助金が認めら

れた。これに対し、同年7月にAGBAは差別的であると抗議したが、8月にはその料金の値上げの申出を拒絶された。他方で、2006年4月にOCABAは、AGBAの義務違反を結論付けるレポートを纏めたが、これに対してAGBAは、州のコンセッション契約上の義務違反を主張した。しかし、むしろOCABAは7月にAGBAに制裁金を課し、州知事も契約を終了させる命令を下し(Decree no. 1666/06)、最終的にその権限をABS Aに移転させた。

三 判断概要：

II. 仲裁廷の判断

1. 本仲裁判断においては、本案前の抗弁として、最恵国待遇条項の紛争解決条項への適用の有無という問題についても詳細な判断が下されている(para. 79-109)。この問題については、近時、注目すべき仲裁判断が続けて示されていることもあり、以下において、この問題に関する本仲裁判断の判示を特別に取り上げて示したい。

なお、本仲裁判断においては、本案前の抗弁として、この他、①本件の当事者であるイタリア法人であるImpregiloが本コンセッション契約の直接の当事者ではない(他の会社とコンソーシアムを組んだ上で設立したAGBAなるアルゼンチン法人が直接の当事者である)ため、ImpregiloによるかかるAGBAへの投資による損害が本BITの保護対象であるか否かが被申立国により争われたが、本仲裁廷は、本BIT1条bが”shares of stock ... in a company established in the territory of each Contracting Party”を明確に保護対象にしており、従来の判例法からも問題は無いとの判断が示されている(para. 137-140)。

また、②本コンセッション契約の16.7条に“Any dispute ... shall be resolved by the administrative courts of competent jurisdiction in and for the city of La Plata, and such parties waive any other applicable jurisdiction or venue”といった専属管轄条項があるため、かかる契約上の専属管轄条項がBIT上の仲裁の利用を阻む事由になるか否か等も争われたが、本仲裁廷は、コンセッション契約の当事者(AGBA)と本BITにおける当事者としての投資家(Impregilo)が異なること、その文言などから、条約上の請求の放棄がなされているとは評価できないとして、かかる本案前の抗弁を退けている(para. 173-189)²³。

他方、本案に関しては、①国家収用の有無、②公正衡平待遇違反、③国際法上の緊急避難の該当性などが争われている。

² その際、Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3; TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5; Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24; Waste Management, Inc. v. United Mexican States (Number 2), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3; Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11; Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3; Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11; Azurix v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12といった先例を紹介しながら、契約上の問題と条約上の問題との関係について詳細に述べており、この問題に関する先例の理解という観点から参照に値する。

³ なお、この部分において本仲裁廷は、契約への違反を条約の違反とするアンブレラ条項につき、最恵国待遇条項によって他のBITにおけるそれを利用できるかという問題に言及しつつも、本契約の当事者と本BITにおける投資家が異なることを理由に、少なくとも本件では検討する必要がないとも示している。将来の検討課題ではあるが、本稿では触れない。

まず、①については、「収用」に資産の利用権を制限するような形態は入らないことを前提に、本コンセッション契約の当事者はAGBAであり、Impregiloが有しているのはそのAGBAの株式にすぎず、しかも、本件でかかる株式の剥奪はなされていないため、「収用」には該当しないとす⁴。その上で、本コンセッション契約については、“The Granting Authority may terminate the Contract due to the Concessionaire’s fault on the following grounds”と定める14.1.3条における解除条項の発動により終了したとし、その際、上下水道のサービス権限を公的機関の下に戻すという政治的目標はあったかもしれないが、そうであるからといって契約の終了が「収用」を意味するわけではないとも論じている⁵。その上で、州側の契約終了の理由付けについて、上記「五カ年計画」の現実の達成状況からも説得的であるとしつつ、その不達成には州側の責任もあるものの、それで全てが説明できるようなものではなく、多大な料金の未納率も要因であると述べている⁶ (para. 268-283)。

次に、②については、「公正衡平待遇」の中身を確定することは難しいが、要は、投資家の正当な期待を適切に保護することであると示した上で、この点についての国際法とBITとの関係につき、ICSID仲裁判断には二つの流れがあるとした。すなわち、一つは、BIT上の要請は一般国際法上の要請と同レベルのものであるとするものであり⁷、もう一つは、BIT上の要請は一般国際法上の要請以上のレベルのものであるとするものである⁸。しかし、そのように述べた上で、本件のような事件との関係ではそのいずれであるかを検討する必要はないとする。そして、契約上の期待を裏切ったからといって「公正衡平待遇」違反となるとは限らないことは前提に⁹、不合理な法制度の変更があったか否かという観点から、アルゼンチンの本件国家行為に「公正衡平待遇」違反を認定している (para. 173-189)。

さらに、③国際法上の緊急避難については、深刻な経済危機との関係で緊急立法が必要になった場合のBIT4条における“Investors …whose investments suffer losses …owing to war or other armed conflict, a state of national emergency, or other similar political economic events shall be accorded …treatment no less favorable than that accorded to its own nationals or legal entities or to investors of any third country as regards damages”なる定めとの関係が問題となるとした上で、アルゼンチンの2002年の経済危機は同条の事由に

⁴ その際に、本仲裁廷は、同様のコンセッション契約につき同様に判示した *Azurix, supra note 3* 仲裁判断についても言及している。

⁵ その際に、本仲裁廷は、同様に判示した *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22* についても言及している。

⁶ なお、この部分において、本仲裁廷は、いわゆる“creeping expropriation”についても言及しているが、ただ、その証明がなされていないとして、結局のところ、かかる問題の検討を行っていない。長期間に渡って少しずつ措置を積み重ねていくことによって、収用措置と同様の効果が達成されるような手法を「収用」と同視できるか、できるとすればどのような場合かについても既にかなり議論されているため、本稿では触れない。

⁷ その際に、本仲裁廷は、*CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8* を引用する。

⁸ その際に、本仲裁廷は、*Azurix, supra note 3* を引用する。

⁹ その際に、本仲裁廷は、*Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8*; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29* (同事件については、石川知子「投資協定仲裁判断例研究(13) 会社による行為の国家帰属性、公正衡平待遇義務、内国民待遇義務、最恵国待遇義務違反及び収用の成否」*JCA ジャーナル* 57巻9号(2010年)26頁)、及び、C. Schreuer, “Fair and Equitable Treatment: Interactions with other Standards”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, Issue 5 at 18 (September 2007)を引用する。

該当し、他の国民や第三国の投資家よりも低い保護は許容され得ないとする¹⁰。その上で、しかし、同条により慣習国際法の適用を排除するわけでもない以上、国際法上の緊急避難の適用の有無は問題になるとするが、検討の末、結局のところ、アルゼンチンは証明に成功していないと結論付けている (para. 336-360) (もっとも、Stern 仲裁人は反対)。

以上の検討の結果、本仲裁廷は、アルゼンチンの公正衡平待遇違反については認め、その補償額としては最終的に Impregilo の 2000 年と 2001 年における AGBA への出資額である USD 21,294,000 に 6 パーセントの利息を付したもとしている。他方で、手続費用はそれぞれが負担すると同時に、仲裁手続費用については折半することを示している (para. 361-385)。

2. ところで、上述のように、本仲裁判断においては、本案前の抗弁として、最恵国待遇条項の紛争解決条項への適用の有無という問題について、以下のように詳細な判断が下されている (para. 79-109)。

この点、まず本仲裁判断は、本 BIT の紛争解決条項の下で、(本件のように) 裁判所への提訴が無いままに仲裁申立ができるかを検討し、以下のように否定的な判断を下している。

「本 BIT の 8 条 2 項は、紛争が友好的な解決に至らない場合、投資がなされた国の管轄裁判所に提訴できる (may) とする¹¹。これは "shall" や "must" ではない (para. 79)。しかし、8 条 2 項と、裁判所における手続の開始から 18 カ月過ぎても紛争が解決しない場合には、国際仲裁を開始できると定める 3 項の間には密接な関係がある¹² (para. 80)。ここにおいて、裁判所における手続につき「できる (may)」としながら、仲裁開始の条件として 18 カ月の裁判所における手続の経過が求められている (para. 81)。BIT のテキストに不明確な部分があるのであり、二つの解釈が考えられる。すなわち、

(a) 2 項に従い投資家は裁判所に提訴「できる (may)」が、そのオプションが行使された場合だけ 3 項の条件が働く

(b) 仲裁を開始する場合には 3 項の条件成就が常に必要であり、そのために 2 項に従い投資家は裁判所に提訴「できる (may)」

という二つである (para. 82)。

問題は、投資家が裁判所に提訴せずに仲裁申立ができるかである (para. 83)。この点、3 項における仲裁申立との関係でも「できる (may)」とされていることには注意を要するが (para. 84)、裁判所への提訴は「しなければならない (shall)」と書かれている BIT があることにも注意を要する (para. 85)。

結論として、本仲裁廷としては、(ウィーン条約法条約 31 条にも鑑み) 文言のみならず、コン

¹⁰ その際に、本仲裁廷は、CMS, supra note 7、及び、Suez, supra note 10; Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/19 を引用する。

¹¹ 本 BIT の 8 条 2 項は、"If the dispute cannot be settled amicably, it may be submitted to the competent judicial or administrative courts of the Party in whose territory the investment is made." と定める。

¹² 本 BIT の 8 条 3 項は、"Where, after eighteen months from the date of notice of commencement of proceedings before the courts mentioned in paragraph 2 above, the dispute between an investor and one of the Contracting Parties has not been resolved, it may be referred to international arbitration." と定めている。

テキストに依るべきであり、8条の2項と3項があわせて意味あるものと読まなければならないと考える (para. 86)。その意味において、上記(a)の解釈は、投資家に直接の仲裁申立か訴訟提起後 18 カ月経過後の仲裁申立かの選択を与えるというものである (para. 87)。しかし、これが BIT の当事国の意思とは考えにくい (para. 88)。さらに、8条3項の文言が一般的な条件を示すもので、提訴がなされない場合を想定していない、逆に言えば、(a)の解釈を実現するのであれば3項の文言は違ってしかるべきである (para. 89)。結局、(b)の解釈が支持されるべき、すなわち、裁判所への提訴、18 ヶ月経過後の国際仲裁の開始という 2 段階と考えるべきである (para. 90)。

この結論は、類似の文言の紛争解決条項につき同様の結論に至った他の仲裁判断から支持されよう (para. 91)。すなわち、Maffezini 事件であり (para. 92)¹³、Wintershall 事件である (para. 93)¹⁴。

以上より、裁判所への訴訟提起がなされていない以上、本 BIT の紛争解決条項の下での仲裁申立は認めることができない (para. 94)。」

3. 以上のように、本仲裁判断は、本 BIT の紛争解決条項の下では仲裁申立のための要件を欠いていると判断した。しかし、アルゼンチンは米国との間において、上記のような訴訟提起の条件なく仲裁申立が可能な紛争解決条項を含む BIT を締結している。他方で、本 BIT には最恵国待遇条項があり、かかる条項によってアルゼンチン・米国 BIT の訴訟提起条件なしの紛争解決条項を援用できるのであれば、提訴せずに仲裁申立を行った本件の事情の下でも、申立の有効性を是認できるはずである。すなわち、最恵国待遇条項の紛争解決条項への適用という問題であり、この点、本仲裁判断では以下のような判断がなされている。

「申立人は、本 BIT 中の最恵国待遇条項により、アルゼンチンと米国との BIT におけるより要件が緩和された紛争解決条項の適用があるとする。すなわち、同 7 条は、裁判所に提訴するか、事前に合意された紛争解決手続に従うか、(紛争発生から 6 ヶ月経過後の後であれば) 国際仲裁に申立てるか、投資家が選択できるとする (para. 95)¹⁵。他方で、本 BIT の 3 条 1 項の最恵国待遇条項は、” Each Contracting Party shall, within its own territory, accord to investments made by investors of the other Contracting Party, to the income and activities related to such investments and to all other matters regulated by this Agreement, a treatment that is no less favorable than that accorded to its own investors or investors from third-party countries” と定める (下線追加) (para. 96)。

かかる最恵国待遇条項が適用されない理由として、アルゼンチンは以下の四つを主張する。すなわち、(a) 申立人の解釈では当該最恵国待遇条項に適切な効果が与えられない、(b) 仲裁はアルゼンチンの領域外・主権外で行われ “within its own territory” ではない、(c) 裁判所を利用

¹³ Emilio Agustín Maffezini v. Spain. ICSID Case No. ARB/97/7.

¹⁴ Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14.

¹⁵ 同 7 条は、”the investor may choose to submit the dispute for resolution to the domestic courts or administrative tribunals, or to deal with it in accordance with previously agreed dispute settlement procedures, or, after six months from the date on which the dispute arose, to submit it to international arbitration” と定めている。

させることが投資家にとって” less favorable” とはいえない、(d)提訴から 18 ヶ月という規定は本 BIT の根幹の規定であり、最恵国待遇条項で差し替えることはできないといったものであった (para. 97)。

まず、(a)については、” treatment は手続的事項を含めるに十分に広く解し得、さらに” all other matters regulated by this Agreement なる表現も紛争解決ルールを含むに十分に広いものである。その前の” income and activities related to such investments” との関係で” all similar matters” や” all other matters of the same kind” と言っているわけでもなく、前の部分は典型的なものが示されたにすぎない (para. 98-99)。

次に(b)については、” within its own territory” という限定があることは認めるものの、どのような法的保護がアルゼンチンから投資家に与えられるかという本件の問題は、アルゼンチンが決定できないものでは決してないし、他の特定の領域と結び付けられるものでもない。したがって、かかる文言の存在は関係ない (para. 100)。

次に(c)については、裁判所が more or less favorable か否かが問題ではない。投資家にとって選択肢が広いかなのであり、本件の米国との BIT の紛争解決条項はその意味において more favorable である (para. 101)。

最後に、(d)についてアルゼンチンは、提訴から 18 ヶ月という規定は米国との BIT の後に締結された幾つかの BIT の中にも見出され、このことは当該規定が最恵国待遇条項によっても差し替えられないことを意味すると述べている。しかし、本件イタリアとの BIT (1990 年署名) は、米国との BIT (1991 年に署名) の前のものであり、説得的ではない (para. 102)。

本仲裁廷は、本 BIT の文言を重視するものであるが、その観点からは” all other matters regulated by this Agreement” なる文言がある本件では、紛争解決ルールに及ぶと解されざるを得ない (para. 103)。” all matters” という文言を有する BIT の最恵国待遇条項を同様に解した先例も多い¹⁶ (para. 104)。さらに、幾つかの先例は、それほど広範な最恵国待遇条項ではないにもかかわらず、紛争解決ルールに及ぶとしている¹⁷ (para. 105)。

もっとも、こうした判例法は完全に整合的というわけでもない。すなわち、” all matters” の文言があったにもかかわらず、最恵国待遇条項の紛争解決ルールへの適用を認めなかった先例が一つある¹⁸。しかし、強固な反対意見が付されている他、当該事件に固有の特殊な要因も影響していると考えられる (para. 106)。他方、” all matters” の文言の無い BIT に関しては、紛争解決ルールへの最恵国待遇条項の適用を否定的に解する幾つかの先例があり¹⁹、いまだ判例法が形成されていない状況にある (para. 107)。

¹⁶ このように述べた上で、本仲裁廷は、Maffezini, supra note 13; Gas Natural SDG, S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/10; Suez and others v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/17; Suez, supra note 10, Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/2 をそうした先例として引用する。

¹⁷ このように述べた上で、本仲裁廷は、Siemens AG v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8; National Grid Plc v. Argentina, UNCITRAL; RosInvest v. Russian Federation, SCC Case No. V079/2005 をそうした先例として引用する。

¹⁸ かかる先例として、本仲裁廷は、Vladimir Berschader and Moise Berschader v. Russian Federation, SCC Case No. 080 を指摘する。

¹⁹ かかる先例として、本仲裁廷は、Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13; Plama Consortium Limited v. The Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24; Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15; Wintershall, supra note 14 を指摘する。

ただ、“all matters” や “any matter” が付された最恵国待遇条項については紛争解決ルールにも適用があることについては先例がほぼ一致していると言え、したがって、米国との BIT の紛争解決ルールに依拠することで本件申立ては是認できる (para. 108)。なお、かかる結論には、仲裁人の一人である Professor Brigitte Stern から反対意見が示されている (para. 109)。」

46 : *Abaclat and others v アルゼンチン共和国* (ICSID Case No. ARB/07/5)
(JCA ジャーナル 2012 年 8 月号 (38))

判断年月日 : 2011 年 8 月 4 日 (管轄権及び受理可能性に関する決定)

仲裁廷の構成 : Pierre Tercier (スイス・長)、Georges Abi-Saab (エジプト)、Albert Jan Van Den Berg (オランダ)

一 判断のポイント :

- ・ 大規模 (6 万件) 集団請求に関する ICSID 投資仲裁廷の管轄権と受理可能性
- ・ 請求取り纏めエージェントの存在と申立の受理可能性
- ・ 請求人の追加と撤回の有効性
- ・ 国債の投資財産性
- ・ 国債における国内裁判所管轄合意と投資仲裁廷の管轄

二 事案の概要 :

I. 事実関係 [paras. 8-122]

アルゼンチン (以下、「被申立国」または「アルゼンチン」という) は、2001 年 12 月 24 日、国内外の債権者に対する合計 1000 億米ドル (9 兆円)¹ 超の国債について (external bond) 支払停止とした。同国は、2005 年 1 月 14 日、旧・新国債の交換提案 (Exchange Offer) を行い弁済計画を開始した。同計画によれば、国債保有者は、支払停止となった国債をアルゼンチン発行の新国債に交換できる。2005 年 2 月 25 日までが応募期間とされた。同日までに発行高の 76% の保有者が交換に応じた²。イタリア人の国債保有者の請求を無償で代理する目的で組織された Task Force Argentina (以下、「TFA」という) は、交換提案に応募しなかった保有者の請求を取り纏めて国債の履行不能による填補賠償を申し立てる活動を行った。申立人は、いずれもイタリア人であり、その数は 18 万人を超えた。2006 年 9 月 14 日、申立人が ICSID 仲裁申立書を提出した。申立人リストは、申立書付属書として提出された。付属書はその後変更され 2006 年 2 月 5 日までに、申立人追加リスト (Annex K) 申立取下人リスト (Annex L) を含む変更付属書が提出された。そして、同月 7 日、ICSID 事務局長は、これら変更付属書を付した仲裁申立書を受理登録 (Registration) した。仲裁手続係属中の、2010 年 4 月、アルゼンチンは、2005 年の国債交換提案に応じなかった旧国債保有者に対し新交換提案 (Exchange Offer 2010) を行った。その結果この新交換提案に多数の申立人が応じた。2010 年 10 月、申立人は、変更付属書を提出したが、変更後の付属書申立取下人リスト (Annex L) には、新交換提案を受諾した申立人が記載されていて、Giovanna 申立人も含まれていた。

¹ 1 米ドル=90 円として、億円単位で概算。

² 新国債の額面は 820 億米ドル (7 兆 3400 億円)。35 年満期とするため実質削減率 70-75% であった。

新交換提案に応じなかった約 6 万人が、本仲裁廷の申立人として手続を続行している。当仲裁廷は、2008 年 2 月に構成された。以後、本決定（2011 年 8 月 4 日）までに、第 1 から第 9 の手続決定が発せられた。文書証拠の開示あるいは提出の許容性に関する決定（第 1、第 3、第 4、第 5、第 6、第 7）、証人尋問の許容性に関する決定（第 2）、手続の秘密保持に関する決定（第 3）³、TFA の審理出席に関する決定（第 6）、手続費用に関する決定（第 8）及び申立人を特定するための情報に関する決定であった。本決定は、本案審理の前提として、これまでの、管轄問題などに関する当事者の主張を 11 の論点としてリストし、それに対して判断を示したものである⁴。これらは、いずれも、申立却下を求めた被申立国が却下原因として主張したものである。

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 大規模集団請求に対する仲裁廷の管轄権と受理可能性等に関する判断

1. 大規模集団請求に対する仲裁廷の管轄（paras. 480-492）

条約に基づく投資仲裁においては、仲裁による紛争解決を定めた条約の関連規定により被申立国の仲裁付託同意が与えられたと解されている。1990 年アルゼンチン・イタリア投資協定（以下、BIT）8 条 3 項及び 8 条 5 項において、被申立国は、「投資に関する紛争」及び「本協定が対象とする問題（issues）」を ICSID 仲裁に付託することに同意した。しかし、被申立国は、大規模集団請求となった紛争に対しては、同意の効力は及ばないとし、その理由として、大規模集団請求を取扱うことは通常の投資仲裁手続の枠組みでは不可能であり、そのためには枠組みの修正が必要となるところ、そのような修正は、被申立国の同意なくしては行えない程に重大なものであると主張した。

集団請求（collective proceedings）は、概ね代表請求（representative proceedings）と共同請求（aggregate proceedings）に分類することができる。前者は、大量の請求が単一の申立で行われるものであり、クラス・アクションもこれに含まれる。後者は、同一の事実関係から発生する大量の申立を、事件処理の便宜から単一の裁判体が担当するものである。こうした集団請求手続の存在理由は、当事者の実体的権利実現のための効果的救済手段を提供し、そのような手続がないことにより、権利の事実上の剥奪が生じることを防ぐことにある。本件申立は、個別の申立人による請求が基になっているという点で共同請求として開始されたが、手続遂行において TFA が各申立人に代わって全申立人に共通の手続遂行を行うことになっている点で代表請求の性質を有しており、いわば両類型の混合型である。

本件両当事者が、BIT の下で生じる紛争に関して ICSID 仲裁に付託することに同意している

³ 第 3 決定については、鈴木五十三「投資協定仲裁判断研究（16）—投資仲裁手続における秘密保持義務の基準と適用—」JCA ジャーナル 57 巻 11 号 20 頁（2010 年）参照。

⁴ 11 の論点は次のとおりである。①集団請求に対する被申立国の仲裁付託同意、②申立人の仲裁付託同意と最恵国待遇条項（以下「MFN 条項」という）の役割、③申立人の付属書変更の有効性、④国内提訴要件、⑤MFN 条項と国内提訴の省略、⑥MFN 条項を経由した義務遵守条項（以下「アンブレラ条項」という）の効力、⑦条約上の請求に関する管轄権、⑧仲裁廷の管轄と国債証券中の管轄合意条項、⑨国債・国債証券の投資該当性、⑩自然人申立人に対する仲裁廷の人的管轄権、⑪イタリア法人に対する仲裁廷の人的管轄権

ことは明らかであるので、問題はこのような本件申立が集団請求手続として進められる場合について特別な同意が必要であるか否かである。

この点に関し、当仲裁廷は、個々の申立について、仲裁廷が管轄を有する以上、申立の数が一定の水準を超えた場合にはこれを失うとすることはできないこと、本件の集団請求は、投資の対象である国債証券の性質に主に由来すること、すなわち BIT が投資として保護する国債は、多数の投資家が同じ投資を行うもので、これに対する救済も集団的であることが要請されること等に照らせば、仲裁手続に対する被申立国の一般的な同意に追加して、集団的請求を取扱う仲裁手続に対する特別な同意が必要であるということとはできないと判断する。本仲裁手続が、大規模集団請求であることに関しては、これについて被申立国の同意があったかという管轄の問題としてでなく、このような請求を取扱うための仲裁手続の修正が現行の ICSID の枠組みの中で可能であるかどうかという受理可能性の問題として検討されるべきである。

2. 集団請求の受理可能性 (paras. 515-551)

被申立国は、受理可能性がないことの理由として、集団請求の方式による仲裁手続は、ICSID において規定がないとし、規定がないことは、集団請求の取扱いを禁じていると解されるべきである（沈黙による禁止、qualified silence）とし、集団請求に対処するための手続を、ICSID 条約 44 条⁵又は ICSID 仲裁規則 19 条⁶を根拠に創出することはできないと主張する。しかし、当仲裁廷は、大規模集団請求を前提にした仲裁手続に関する規定がないことは、「沈黙による禁止」ではなく、規定がない事柄について仲裁廷がこれを補充することができるものと解されるべき（補充可能な溝、gap）と判断する。仲裁廷は、原則として、ICSID 条約 44 条及び ICSID 仲裁規則 19 条の許容する限り、この溝を補充する権限を ICSID 条約 44 条に基づいて有している。

大規模集団請求としての本件は、管轄権を基礎付ける事実（国籍、投資家としての適格性、投資の内容等）だけでなく、本案の請求原因事実（アルゼンチンによる BIT 違反行為、違反行為の効果等）を審査しなければならないが、本件を、大規模集団請求に適合するよう審査を簡素化することは、事実審査の方法に係るものであって審査の目的を阻害するものではない。

事実審査は、関連事実及び資料の全てについて、個別請求の場合と同様にこれを行うものではなく、原本に代えてスキャン写しを採用する等による採用証拠の簡便化、あるいは審査対象とする文書証拠の選択（各文書のサンプル調査導入）等、簡素化した手続を採用することが考えられるが、これらは、事実審査の省略とは区別されるべきものである。

このような手続は、事実審査の目的に反するものではなく、申立人の権利及び被申立国の義務に関する全ての点について、当事者提出の資料に基づいて事実審査を行うもので、ICSID 条約 44 条、ICSID 仲裁規則 19 条及び ICSID 条約の目的と精神において許容される。

また、このような簡素化手続を認めることは、本件請求が、条約に基づく請求であること、条

⁵ “Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.”

⁶ “The Tribunal shall make the orders required for the conduct of the proceeding.”

約違反に該当するとされる被申立国の行為も全申立人に共通であること等、本集団請求が十分に同質性を有していることから正当化される。

これに対し、本件大規模集団請求について個別申立を要求することは、個別申立人に過大なコスト負担を要求することになるだけでなく、ICSID に対しても 6 万件の申立を個別に扱うという実際的に不可能なことを強いる。本件請求の受理可能性を認めないことは、裁判拒否 (denial of justice) に他ならない。

3. 個々の申立人による仲裁手続同意 (paras. 423-465)

被申立国は、以下のように主張する。申立人の同意は、TFA の利益相反、誤導、関連情報の非開示に基づいて、詐欺的に取得されたものである。申立人は、TFA の作成した委任契約書に署名しているが、同書によれば、TFA は、仲裁手続について完全な遂行権を有し、申立人の基本的な手続上の権利を奪っており、申立人は TFA によって適切に代理されているとはいえない。

この点に関し、当仲裁廷は、仲裁同意の有効性は、ICSID 条約 25 条 1 項⁷に基づいて判断されるものであり、その際の基準は、自由かつ十分な情報開示を得て同意がなされたかであると考えられる。委任契約書は、TFA の説明書、委任状、TFA 受任事項及び追加質問・説明から成る。TFA 説明書は、ICSID 仲裁申立を行う場合は、手続が係属する限り銀行など国債の販売元に対してイタリアにおいて提訴することができないとし、その理由として、提訴の結果、国債購入が無効となると仲裁における投資家としての地位を喪失するリスクがあると説明している。同時に、投資家が委任を撤回した場合は、投資仲裁手続からの脱退になること、仲裁申立には、時効中断の効力を有しないことも説明している。また、TFA の会員である金融機関が、仲裁申立とその遂行の費用を負担することも説明している。以上を勘案して、当仲裁廷は、申立人による仲裁同意を無効と認める事実はないと判断する。

4. 申立書付属書変更 (paras. 592-641)

被申立国は、申立人が申立書付属書を変更することは、申立人を変更することであり、ICSID 条約と同仲裁規則に反すると主張した。当仲裁廷は、付属書の変更による申立人の追加に関しては、これのリストである付属書 K が受理登録日である 2007 年 2 月 7 日より前に変更されていることから、有効であると判断する。また、2010 年 10 月 5 日後に、申立取下リストである付属書 L に掲載された申立人に関しては、ICSID 仲裁規則 44 条に基づいて、被申立国に異議がないことを条件に手続の打ち切りの申立を行ったものと解する。そして、被申立国による異議はないから、これらの申立人についての本件手続を打ち切ることとする。

5. 協議及び国内提訴の省略 (paras. 552-591)

⁷ (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

被申立国は、本件仲裁申立は、アルゼンチン・イタリア BIT8 条 2 項所定の協議及び国内提訴を経ないで為されたものであり、許されないと主張する。被申立国によれば、BIT が規定する紛争解決メカニズムである協議、国内提訴、仲裁申立は、順次履践されるべきもので、協議及び国内提訴を経ない仲裁申立は、受理可能性を欠くというのである。

当仲裁廷は、国債保有イタリア人の代理である TFA と被申立国との間で協議が行われたと認め、被申立国において協議不履践を主張する根拠はないと判断する。次に、当仲裁廷は、申立人は、被申立国裁判所に提訴することは可能であったと認めるが、紛争の実効的解決のために提訴が適していなかったと判断する。国内訴訟を遂行しなかったことが、仲裁申立の阻害理由となるか否かの判断にあたっては、国内訴訟によって紛争解決を図る被申立国の利益と、効果的な紛争解決手続が実施されることによる申立人の利益とを比較衡量されるべきである。本件においては、緊急財政法（Emergency Law）の制定その他の事情に照らすと、国内訴訟で対処したいという被申立国の故に、申立人の仲裁申立権を奪うことを正当化することはできない。

B. 国債あるいは国債証券の投資該当性に関する判断

1. BIT における「投資」と ICSID 条約 25 条における「投資」（paras. 343-351）

被申立国は、国債・国債証券⁸が、BIT1 条及び ICSID 条約 25 条 1 項所定の「投資」に該当しないと主張する。

被申立国は、申立人が購入した国債証券が、ICSID 条約 25 条 1 項所定の「投資」に該当するためには、(a) 投資家による実質的貢献（contribution）、(b) 一定の期間、(c) リスク機会の存在、(d) 利益の定期性、(e) 受入国の経済成長への貢献が必要である（Salini factors）ところ、国債証券の購入は、これらの要件を充足していないと主張した⁹。投資該当性の判定基準として、仲裁先例の多数によって、二重基準テスト（double barreled）が発展している。これは、問題の投資が、BIT が定義する投資に該当すること及び ICSID 条約がそれにより管轄権の限界を画している「投資」の本来的意義を充たすものでなければならないとする。このテストの意味するところは、当仲裁廷としては、BIT において両締約国が合意した「投資」の定義が、ICSID 条約の精神に基づく定義を充たさなければならないというものではなく、BIT 及び ICSID 条約は、投資をそれぞれ別個の視点から捉えているものと解し、その双方の定義に該当する投資が、仲裁の対象になると解する。

2. BIT 「投資」の該当性（paras. 352-361, 372-386）

BIT1 条は、1 項において、「投資」に該当する場合を例示的に列挙している。そして、その (c) 号は、「債権、私的公的権原（title）、その他経済的価値を有する履行又はサービスに対する権利（資産化された収入（capitalized revenue）を含む。）¹⁰」としている。国債がここでいう債権

⁸ セキュリティー・エンタイトルメント（security entitlement）の訳語とした。

⁹ Salini テストについては、伊藤一頼「投資家・投資財産」小寺彰編著『国債投資協定—仲裁による法的保護』（三省堂、2010 年）29 頁以下に詳しい解説がある。

¹⁰ Lit. (c): “obligations, private or public titles or any other right to performances or services having economic value,

ないし公的権原¹¹に含まれると解される。また、国債証券も、その保有者が保有する金銭的価値を表象するものであるから、同号に該当する。国債は、常に、分割されて証券化される。国債引受人（underwriter）は、国債が証券化され再販売されることを前提に国債を引受けているものであり、仲裁廷は、国債と国債証券との法技術的違いがどのようなものであれ、それらは同一の経済的機能を果たす不可一体の各部分にすぎず、両者共、BIT1条1項所定の「投資」に該当すると認める。

被申立国は、申立人の支払った購入代金は、被申立国によって受領されたものではなく、証券販売仲介業者によって受領されたのであるから、投資がアルゼンチンで行われた（made in Argentina）ものではないと主張する。しかし、国債証券の購入代金として調達された資金は、国債の引受において引受人によって払われた一括金と異なるものではない。これら資金による投資は、被申立国の財政の運営に充てられて、同国の経済発展に貢献したものであって、被申立国においてなされたものである。このことは、国債証券に、被申立国以外の国を管轄地とする管轄合意条項があることによって影響を受けるものではない。管轄合意条項は、契約上の紛争の裁判地を指定するものにすぎず、契約によって発生する権利義務とは別個独立である BIT 違反によって発生する権利義務に関して影響を及ぼすものではない。

3. ICSID「投資」の該当性（paras. 362-371）

国債及び国債証券が、ICSID 条約 25 条の「投資」に該当するかどうかは、それらが同条の精神と目的に適った経済的貢献（“contribution”）に該当するかどうかで判断される。この点に関し、当仲裁廷は、Salini テストを採用しない。同テストは、貢献の性質を記述する点で有益であるが、条約ないし BIT の締約国が意図しないような制約を課すものであってはならない。当仲裁廷は、contribution が BIT が保護する価値を創設するものであるかどうかを検討すべきと判断する。本件では、申立人は国債証券を購入することにより、被申立国に対する元本及び利息請求権を取得したものであり、それらの権利は、BIT1条1項c号が保護する権利に該当するものであるから、申立人は、国債証券の購入により ICSID 条約 25 条所定の投資に該当する貢献を行ったものである。

including capitalized revenues;”（仲裁廷による非公式英訳）

¹¹ 決定は、public security と言い換えている。

47: Hochtief AG v アルゼンチン共和国 (ICSID Case No. ARB/07/31)
(JCA ジャーナル 2012 年 4 月号 (34))

判断年月日: 2011 年 10 月 24 日 (管轄判断)

仲裁廷の構成: Vaughan Lowe (英国・長)、Charles N. Brower (米国)、J. Christopher Thomas
(カナダ)

一 判断のポイント:

- ・紛争解決は、投資の“management”に当たり、最恵国待遇条項の適用を受ける。
- ・最恵国待遇条項の紛争解決条項への適用は、そのことにより投資家に新たな権利が与えられる場合には否定されるが、既に付与されている権利についての行使方法を変更するにすぎない場合は否定されない。

二 事案の概要:

I. 事実関係

1. 事実の概要[paras. 1-4]

1997 年、アルゼンチン共和国（以下「被申立国」または「アルゼンチン」という。）政府により Hochtief AG（以下「申立人」または「Hochtief」という。）および建設会社のコンソーシアムに、同国ロザリオ市とヴィクトリア市間の有料道路および複数の橋の建設、保守および営業のための 25 年間のコンセッションが付与された。Hochtief および他のコンソーシアム参加企業は、コンセッション履行のためにアルゼンチンに Puentes del Litoral SA（以下「PdL」という。）を設立し、Hochtief は、PdL 株式の 26% を保有した。Hochtief はアルゼンチンによるドイツ＝アルゼンチン二国間投資協定¹（以下「本 BIT」という。）違反の行為により損害を被ったとして本 BIT に基づき仲裁を申立てた。

2. 手続の概要[paras. 5-8]

2007 年 11 月 5 日に ICSID 事務局長に仲裁請求がなされ、申立人は Charles Brower、被申立国は J Christopher Thomas QC を仲裁人として選任した。両仲裁人は Vaughan Lowe QC を仲裁人の長として招聘することに合意し、2009 年 4 月 30 日に仲裁廷が組織された。仲裁廷が判断に至るまでの手続の概要は以下のとおりである。

- ・ 2009 年 6 月 19 日 電話会議により第 1 回期日

¹ The Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Argentina for the Protection and Reciprocal Protection of Investments, dated 9 April 1991 正文はドイツ語およびスペイン語である。本稿執筆に際しては、仲裁判断において特に正文を参照して条文の文言解釈を行っている場合を除き、本仲裁廷で引用されている英文の翻訳に依拠している。

- ・ 2010年4月16日 ワシントン DCにおいて第2回期日²
- ・ 2010年4月29日 申立人が本案書面提出
- ・ 2010年7月30日 被申立国が ICSID および仲裁廷の管轄に関する反論書面提出（本案についての主張の概要を含む。）
- ・ 2010年10月15日 申立人再反論書面提出
- ・ 2010年12月22日 被申立国再々反論書面提出
- ・ 2011年2月10日 申立人再々々反論書面提出
- ・ 2011年3月4-5日 口頭審理

三 判断概要：

II. 仲裁廷の判断

本 BIT10 条（紛争処理条項）および本 BIT3 条（最恵国待遇条項）は以下のような規定を置いている。

Article 10

(1) Disputes concerning investments within the meaning of this Treaty between one of the Contracting Parties and a national or company of the other Contracting Party shall as far as possible be settled amicably between the parties to the dispute.

(2) If a dispute within the meaning of paragraph 1 cannot be settled within six months from the date on which one of the parties concerned gave notice of the dispute, it shall, at the request of either party, be submitted to the competent courts of the Contracting Party in whose territory the investment was made.

(3) The dispute may be submitted to an international arbitral tribunal in any of the following circumstances:

(a) At the request of one of the parties to the dispute where, after a period of 18 months has elapsed from the moment when the judicial process provided for by paragraph 2 of this article was initiated, no final decision has been given or where a decision has been made but the Parties are still in dispute;

(b) Where both parties to the dispute have so agreed.

Article 3

(1) Neither Contracting Party shall subject investments in its territory by or with the participation of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than it accords to investments of its own nationals or companies or to investments of nationals or companies of any third State.

² 本期日では、Vaughan Lowe がアイスランドの火山灰による航空便の欠航により期日に直接出席できなかつたため、ビデオリンク方式により出席している。

(2)Neither Contracting Party shall subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their activity in connection with investments in its territory, to treatment less favourable than it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.

(3)Such treatment shall not include privileges which may be extended by either Contracting Party to nationals or companies of third States on account of its membership in a customs or economic union, common market or free trade area.

(4)The treatment under this article shall not extend to privileges accorded by a Contracting Party to nationals or companies of a third State by virtue of an agreement for the avoidance of double taxation or other tax agreements.

本管轄判断においては、本 BIT3 条（最恵国待遇条項）を本 BIT10 条（紛争解決条項）にも適用し、仲裁への付託の条件として本 BIT10(3)条に規定されているような訴訟前置および待機期間の定めのないアルゼンチン=チリ BIT の紛争処理条項の均霑が認められるかが主要な論点となった。

なお、本管轄判断においては、以上の他、被申立国は、本件において損害を受けたとされている当事者は申立人の子会社である PdL であるため、申立人が仲裁廷に紛争を付託する権利がないと主張したが、本仲裁廷は、本 BIT1(1)(b)条において「投資」には“shares, stocks in companies and other forms of participation in companies.” も含まれており、申立人も本 BIT 上の投資家として紛争を仲裁に付託する権利を有すると判断している³。(paras. 112-119)

1. 仲裁廷付託合意の存在

申立人は、申立人による仲裁廷への付託請求が、本 BIT10 条および 3 条に含まれる被申立国の申込 (offer) への承諾 (acceptance) として発せられた申立人の仲裁付託請求により仲裁廷付託の合意が成立する、と主張する。合意が成立したと言えるためには、申立人の請求が、申立人が行う受諾申込の条件で仲裁をするという申込に対する受諾であるべきであり、異なる条件による再申込であってはならない。本件において、被申立国の条約による申込への承諾は、仲裁付託請求に含まれている。(paras. 22-27) (Thomas 反対)

2. 紛争解決条項（本 BIT10 条）の解釈

本 BIT10(2)条の"shall...be submitted"の意味について、被申立国は、いかなる場合でもいずれかの当事者は紛争を国内裁判所に提起しなければならない (must) との解釈を主張する一方、申立人は、裁判所に提訴する権利を与える文言であるとの解釈を主張する。本 BIT10(2)条は、一方当事者が、紛争の裁判所への提起を要求した場合には他方当事者がその

³ Impregilo S.p.A v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17 para. 137-140 においても同様に判断されている。同事件については、早川吉尚「投資仲裁判断例研究 (33) 最恵国待遇条項の紛争解決条項への適用」JCA ジャーナル 59 巻 3 号 (2012 年) 14 頁

裁判所の管轄に服することを義務付けている。しかし、いずれかの当事者が裁判所に紛争を提起する義務を明確に課しているものではないし、黙示的に課してもいない。投資家に関する限り、ホスト国の国内裁判所へのアクセスは、法的保護の概念の基本的要素であるため、かかるアクセス権は明確に記述される必要はない。しかし、本 BIT10(2)条では、投資家だけでなくホスト国にもかかるアクセス権が与えられている。(paras. 33-36)

被申立国は、国内裁判所への提訴がない場合、本 BIT10 条の枠組みの下では一方的に紛争を仲裁に付託することはできないと主張する。本 BIT10(3)(a)条は、当事者の一方が一方的に行使できる権利を創出している。本条において、国内裁判所への提訴は *fork in the road* 条項の下での選択を伴うものではなく、裁判所への提訴の後、紛争を一方的に仲裁に付託することができる。裁判所が最終的な判断をしているかを問わず、いずれの当事者も 18 カ月を超えて国内裁判所の管轄に服し続けることを義務付けられてはいない。本条は当事者が国内裁判所の判断を受け入れることを義務付けてはおらず、いずれの当事者も、裁判所の判断にかかわらず、当事者はまだ紛争状態にある、という立場をとることができる。(paras. 37-44)

被申立国は、①本 BIT10(2)条に基づき国内裁判所への提訴がなされ、かつ②かかる提訴から 18 カ月が経過しなければ、本 BIT10(3)条に規定された状況は生じず、仲裁への一方的な付託はできない、と主張する。申立人は、18 カ月の期間は、本 BIT10(2)条の下での国内裁判所への提訴がある場合にのみ適用され、国内裁判所への提訴がない場合には適用されない、と主張する。(para. 45)

申立人が指摘するように、すべての場合に国内裁判所への提訴を仲裁への付託の前提条件とする本 BIT10(3)条の解釈は、国内救済完了の要件といくつかの共通点を有する。ICSID 条約 26 条に基づき、被申立国は仲裁合意の前提条件として国内救済完了を要求することができたが、それをしていなかった。本 BIT10(3)条の被申立国の解釈に従うならば、本 BIT10(3)条の下では、国内救済を尽くす義務はなく、救済が得られないことが明らかな場合でも国内裁判所への提訴が義務的ということになる。(paras. 47-48)

仲裁への付託の前提条件として、国内裁判所に係属する紛争で 18 カ月の期間を費やすことを義務付ける根拠を導くことは困難である。当事者の少なくともいずれかが裁判所の判断に従わないことを予め決めている状況で、裁判所において 18 カ月の訴訟を行うことを義務付けることは無意味である。かかる無意味な訴訟を必要とするような解釈は、そうであるが故に誤りであるとまでは言えないかもしれないが、間違いなくその方向に傾くものである (paras. 50-51)

問題は、本 BIT10(2)条の下で裁判所に提訴する義務がなく、10 条において、紛争が裁判所に提訴された場合を除き、一方的な仲裁への付託が明確に認められていないことから生じる。これ以上の仲裁に一方的に付託する権利を示唆する規定がない場合、(合意の場合を除き)、訴訟がいかなるときも仲裁への一方的な付託の前提条件となる。(para. 53)仲裁への一方的な付託を認める他の投資協定の規定に照らして見ると、かかる結果は普通ではないかもしれないが、不可能ではないし、全く実務的ではないとか理にかなっていないというわけではない。しかし、本仲裁廷は、訴訟が常に紛争の仲裁への付託の重要な前提条件であると断じることはできず、この点につ

いては判断をしない。本件では、申立人が本 BIT3 条の最恵国待遇条項に基づく主張を展開しているため、本仲裁廷は、本 BIT10 条が、本 BIT に基づく一方的な仲裁への付託の前提条件として国内裁判所に 18 ヶ月間提訴し続けることを義務付けているということを前提として議論する。(paras. 54-55)

3. 最恵国待遇条項の紛争解決条項への適用

本 BIT3(2)条は、最恵国待遇または内国民待遇は“as regards their activity in connection with investments in its territory” に適用されると定めている。付属書 3 条につき、スペイン語およびドイツ語の正文を参照するに、付属書 3 条は、本 BIT3 条の“activities” の例示列挙をしていることが明らかである⁴。(paras. 61-64) 本仲裁廷は、“the management, utilization, use and enjoyment of an investment” が投資の“management”の一環として紛争解決を含むと考える。権利の執行を求める権利は、財産権それ自体の必須の構成部分である。本 BIT は、投資の促進および相互保護のための合意であり、投資家に直接利益をもたらすものである。本仲裁廷は、投資家に国内裁判所へ提訴する権利に加えて仲裁に付託する可能性を与える本 BIT10 条の規定は、“the management, utilization, use and enjoyment of an investment” の範疇で享受される保護の一形態であると考え。本 BIT 10 条は、投資家に対して与えられる利益であり、投資家の利益を保護するためのものであり、裁量的および差別的手段、収用などに対する保障と並ぶ保護のための権利である (paras. 65-68)。投資家が法的利益 (顧客からの契約上の支払など) を守るために、第三者との紛争を国内裁判所に提訴する場合、その訴訟を本 BIT4 条に基づく法的保障への権利を補充するために本 BIT3 条が適用される“management activity”と見なすべきではないとする理由を発見するのは困難である。たとえば、A 国民には課される裁判所への手数料が B 国民には課されない場合、または訴訟の前に調停を前置する義務が A 国民に課され、B 国民には課されない場合などは最恵国待遇により捉えられる問題である。本仲裁廷は、投資家と国家との紛争を投資家と他の私人との紛争に異なる取り扱いをしたり、国内裁判所での救済の追及と仲裁廷での損害の回復 (両者とも本 BIT10 条に定められている。) を峻別する理由を見出すことはできない。(paras. 69-71)

紛争解決手続きが“management”の範疇に入ることにつき疑いがあるとしても、本仲裁廷は、紛争解決は、本 BIT 付属書 3 条ではなく、本 BIT3 条の“activity in connection with investments”に該当すると考える。(para. 73)

本 BIT4(4)条は、いずれかの当事国の国民または企業は、同条に定められている問題につき (in respect of the matters provided for in this Article) 最恵国待遇条項を援用することができる

⁴ 本 BIT 付属書 3(a)条は以下のように規定する (下線は筆者による。)

(a)The following shall more particularly, though not exclusively, be deemed "activity" within the meaning of article 3, paragraph 2: the management, utilization, use and enjoyment of an investment. The following shall more particularly, though not exclusively, be deemed "treatment less favourable" within the meaning of article 3: less favourable measures that affect the purchase of raw materials and other inputs, energy or fuel, or means of production or operation of any kind or the marketing of products inside or outside the country. Measures that are adopted for reasons of internal or external security or public order, public health or morality shall not be deemed "treatment less favourable" within the meaning of article 3.

明確に定めるが、10 条については、そのような定めがない。しかし、同じくそのような明確な定めがない本 BIT2 条（筆者注：投資の促進及び保護）または本 BIT5 条（筆者注：資金の移動）について、投資の「待遇（treatment）」または“as regards their activity in connection with investments in its territory”に関する限り、本 BIT3(1)(2)条により、最恵国待遇条項が適用されることは明らかであるし、さらに本 BIT3(3)(4)条は、最恵国待遇条項の適用範囲から特定の問題を明確に除外しているのに、紛争解決はそこでは除外されていない。（para. 74）

以上により、本仲裁廷は、本 BIT3 条の最恵国待遇条項は、本 BIT10 条の紛争解決条項にも適用される、と判断する。（para. 75）（Thomas 反対）

4. 最恵国待遇条項適用の限界

最恵国待遇条項は、暗黙の限界に服している。国際法委員会の最恵国待遇条文案コメントリーによれば、最恵国待遇条項は当事国が条項を条約に挿入した時点で当事国が最恵国待遇条項の対象事項（subject-matter）として想定していた事項に限られる。（para. 77）

本件における最恵国待遇条項は、本 BIT に基づき投資家が付与された権利を行使する際にどのように扱われなければならないかについては規定しているが、本 BIT により投資家に付与された権利以上の権利を付与する趣旨ではない。ここでの問いは、アルゼンチン=チリ BIT における 18 ヶ月の待機期間なしに一方的に仲裁への付託をする権利は、新しい権利なのか、それとも仲裁に付託する権利を既に有する者がどのように扱われるべきかについての問題なのか、というものである。（paras. 78-82）

第 1 に、申立人は、アルゼンチン=チリ BIT に依拠することによって、本 BIT に基づくと達し得ない地位を得るわけではなく、本 BIT において申立人の一方的な選択によって達し得る地位を 18 ヶ月の期間を前置することなく、より迅速に実現することができるにすぎない。（paras. 83-85）第 2 に、最恵国待遇条項適用の帰結は、申立人が単独で行為した場合に本仲裁廷に係属しえない案件についてその管轄を認めるものではなく、被申立国が本 BIT10(2)条に基づいて案件を国内裁判所に提訴することを要求する権利を除外するものではない。最恵国待遇条項に依拠した BIT の 18 ヶ月間の待機期間の回避は、本仲裁廷の管轄になんら影響を与えない。（para. 86）第 3 に、いずれの当事者も訴訟が最終的に結審しているかどうかにかかわらず、18 ヶ月の期間を超えて訴訟に係属する義務はなく、いずれの当事者も本 BIT10(3)(4)条により、ICSID に紛争を持ち込むことができることは明らかである。（para. 87）申立人の主張するように、18 ヶ月の待機期間は確かに国内裁判所に紛争を解決する機会を与えてはいるが、待機期間には限定があること、判決を受け入れる義務が明確に排除されていることから、かかる機会はある程度形式的であり重要なものではない。18 ヶ月の期間は、仲裁手続きの遅延以外の必要な利益や帰結をもたらすものではない。（para. 88）

本仲裁廷は、何が新規・独立の権利で、何が仲裁に付託する権利の行使方法であるかを区別するアプローチは、管轄(jurisdiction)と受理可能性(admissibility)の相違を反映していると考える。

受理可能性の欠如は、黙認により治癒される⁵が、管轄の欠如は治癒されない。(paras. 90-95) 以上の視点から本件を見るに、18ヶ月の待機期間は、その不遵守を被申立国が受け入れまたは黙認することができる種類の要件であり、本仲裁廷の管轄はそれにより影響を受けない。待機期間の規定は本仲裁廷の管轄ではなく受理可能性に関するものであるため、仲裁に付託する権利の行使の方法に関する条件である。(para. 96)

本件においては、仲裁へのアクセスのための2つの条件があるが、最恵国待遇条項は、それぞれの条件の構成要素を選択的に抽出し、どの国家の国民も依拠しない合成された条件を作ること認めていない。申立人は、アルゼンチン=チリ BIT10条(fork in the road条項を含む。)または本 BIT10条の枠組み全体に依拠するかを選択しなければならない。(para. 98)

以上より、申立人はアルゼンチン=チリ BIT10条に規定される手続き(fork in the road条項を含む。)に依拠することができる。(para. 99) (Thomas 反対)

5. 本 BIT3 条の規定は less favourable か

訴訟または仲裁の実体的判断にかかわらず、選択権がないよりはある方が常に more favourable である。(para. 100)

6. 「待遇 (Treatment)」 の場所

被申立国は、最恵国待遇条項は、被申立国の領域で行われた「待遇」に適用されるものであり、その手続きへの適用は被申立国の領域における「待遇」ではない、さらに投資仲裁の実行では、仲裁廷はホスト国に設置されず、このことから本 BIT3 条は本 BIT10 条の手続きには適用されない、と主張する。(para. 101)

しかし、被申立国による本 BIT10(3)条に基づく反論に依拠することの決定は被申立国政府において行われる行為であり、それは申立人にアルゼンチンの裁判所において訴訟を遂行することを要求することで実現されるため、域外的な要素は認められない。(para. 107)

被申立国の主張するように、管轄について被申立国が反論を行う仲裁廷はアルゼンチンの域外で開催されるが、被申立国の反論について仲裁廷が審理をなす場所は、「待遇」の場所ではなく、「待遇」の結果または効果の発生場所である。本仲裁廷は、関係する「待遇」は、被申立国が、本 BIT10(2)条を援用せずに 10 (3) 条に依拠し、申立人の希望する即時の仲裁への付託を拒否した行為であり、これは本 BIT3 条における意味での被申立国の領域外の行為とは言えない⁶。(paras. 108-111)

7. 結論

以上により、ICSID は本件につき管轄を有し、本仲裁廷は本件を審理することができる。(para.

⁵ 本仲裁判断は、その例として *Case concerning the Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States v. Italy)*, Judgment, July 20, 1989, ICJ Reports 1989, p.15 を挙げる。

⁶ この論点は *Impregilo*, supra note 3 para. 100 においても論点となっているが、本判断は、「待遇 (treatment)」の場所がホスト国の領域内であるかどうかについて詳細に論じている点で注目に値する。

125)

48: White Industries Australia Limited (Australia) v インド共和国 (UNCITRAL)
(JCA ジャーナル 2012 年 6 月号 (36))

判断年月日: 2011 年 11 月 30 日

仲裁廷の構成: J. William Rowley (英国/カナダ・長)、Charles N. Brower (米国)、Christopher Lau (シンガポール)

一 判断のポイント:

- ・ 投資協定上、投資に関する請求権行使及び権利実施の実効的な手段を提供する義務を定める規定は、国際慣習法上の denial of justice の特別規定であり、国際慣習法違反に至らない行為も同規定違反となり得る。
- ・ 実効的な手段の提供を定める規定は、最恵国待遇規定を通じて均霑する。
- ・ インド裁判所に係属した執行訴訟と取消訴訟のうち、仲裁判断に勝訴していた外国投資家の権利行使に対して実効的手段を提供しなかったと評価されるのは、外国投資家の側に手続迅速化のためのさらなる手段が与えられない状況となった取消訴訟のほうである(事例判断と思われる)。

二 事案の概要:

I. 事実関係

A. 本件仲裁申立てに至る経過[12 頁-24 頁]

1. Piparwar 炭鉱設備及び技術指導契約[12 頁-18 頁]

1989 年 9 月 28 日、申立人とインド炭鉱公社 (Coal India, Limited (以下、「CIL」という)。その子会社も含む) とは Piparwar 炭鉱¹設備供給²及び炭鉱開発契約 (以下、一括して「本契約」という) を締結し、申立人は約 206.6M 豪ドル³の支払いを受けた[15 頁]。CIL は、1956 年インド会社法 6 条等に基づくインド政府公営事業運営会社 (Public Sector Undertaking) で、国有企業であった[12 頁]。CIL は自己の行うプロジェクトに関して認可権限を有していたが、一定の資本規模要件を上回る場合はインド政府の認可が必要であった[12 頁]。

本契約の実体準拠法はインド法、また紛争解決手続としては ICC 仲裁で、仲裁地はパリ。1940 年インド仲裁法の適用排除が明示された[16 頁]⁴。

¹ ビハール (Bihar) 州 (インド北東部)。

² 最終的に締結された契約内容詳細は不明であるが、石炭破碎及び運搬のための構内設備を含むものであろう[13 頁]。

³ 2012 年 5 月 18 日現在の為替換算だと約 160 億円。

⁴ 1940 年インド仲裁法は、現行法である 1996 年インド仲裁調停法が制定・施行されるまでのもの。インド最高裁は、(多数の国の考え方に反しながらも) 原則として外国仲裁判断に対してもインド仲裁法が適用される (仲裁判断取消訴訟にインド裁判所が管轄権を有する) としているが、同時に当事者が明示的にインド仲裁法の適用を排除することも認めている (Venture Global Engineering v Satyam Computers 事件等。また、井口直樹他「インド商事紛争解決概説 (1) ~ (8)」JCA ジャーナル連載参照)。本仲裁判断によれば、1940 年インド仲裁法の時代も同様のプラクティスが行われていたことを認めている[95 頁]。

炭鉱設備には、石炭産出プラントと石炭処理プラントがあり、石炭産出プラントによる最初6ヶ月間のデモ期間中の洗浄加工済み目標産出量は2.76トンとされた⁵。申立人は、目標産出量を上回れば「ボーナス」が得られ、反対に下回れば「ペナルティ」が課されるものとされていた[16頁]。石炭処理プラントにも、「ペナルティ」「ボーナス」の仕組があった(16頁)。その後、CILは、算出された石炭の品質に問題ありと考えたため、目標産出量は不達として「ペナルティ」が発生しとし、履行保証銀行信用状を行使して2,772,640豪ドルを取得した。他方、申立人は「ボーナス」が発生したとして支払を請求したが、CILは支払いを拒絶した[17頁]。

2. ICC仲裁[18・19頁]

1999年6月28日、申立人はICC仲裁を申立てた。CILは、仲裁廷の「偏見(bias)」を理由として仲裁廷の再構成(reconstitution)を求めたが、ICC仲裁裁判所により却下され、最終的に2002年5月27日に商事仲裁判断(以下、「ICC仲裁判断」という)が下された[19頁]。その内容は、①石炭産出プラントは、目標産出量に172,749トン不達であり、申立人はCILに969,060豪ドルの支払い義務がある。②しかし、石炭産出プラントと石炭処理プラントの総合計では対価の不足とならない。③申立人は、石炭処理プラントの実績により2.28M豪ドルのボーナスを得る権利がある。④申立人は、支払われた信用状金額(2.77M豪ドル)の返還を受ける権利がある。⑤合計で、申立人は4.08豪ドルの支払を受ける権利がある、というものであった[19頁]。ただし、仲裁人の1人(Reddy判事)は反対意見であり、そのため首席仲裁人が反対意見のあったことを認め、それに対する回答を添付した[19頁3.2.34]。

3. 取消訴訟と執行訴訟[19頁、その他仲裁廷判断のうちの各関連箇所]

2002年9月6日、CILは、カルカッタ高等裁判所に、仲裁判断取消訴訟(以下、「取消訴訟」という)を提起した。他方、2002年9月11日、申立人は、デリー高等裁判所に、仲裁判断執行訴訟(以下、「執行訴訟」という)を提起した[19頁]⁶。

ICC仲裁

仲裁申立て：	1999年6月28日
付託事項書：	2000年3月6日
当事者費用申述(初回)：	2007年7月
主席仲裁人質問提示：	2000年10月30日
忌避申立て：	2001年11月29日

⁵ 最初のデモ期間以降の目標産出量については、仲裁判断からは不明である。

⁶ 本仲裁判断は、まずは取消訴訟・執行訴訟の大まかな手続経過を認定し[19頁-24頁]、引き続き申立人が本投資仲裁の申立てに至った経過を認定する[25頁]。ただ、取消訴訟・執行訴訟の手続経過の詳細は、「裁判拒否」「権利行使のための実効的手段」の項目で再度引用・認定されている。まとめると、ICC仲裁は申立から判断まで約2年11か月を要し、取消訴訟・執行訴訟は、投資仲裁の申立て時点で約7年11か月を経過し未決着であった。本稿では、それらをまとめたものを末尾に「●表 各手続の経過」として掲載した。

忌避申立て却下： 2001年12月20日
最後の主張書面： 2002年2月3日
仲裁判断： 2002年5月27日

取消訴訟（カルカット高裁・最高裁）

訴え提起： 2002年9月6日
送達完了： 2002年10月4日
移送申立て（最高裁）： 2002年10月24日
最高裁停止命令： 2002年10月29日
最高裁移送却下の心証開示・取下げ： 2003年1月30日
却下申立て高裁却下決定： 2003年11月19日
高裁却下決定に対する上訴判断： 2004年5月7日
高裁却下決定に対する最高裁上訴受理： 2004年9月29日

執行訴訟（デリー高裁）

訴え提起： 2002年9月11日
送達完了： 2002年9月23日
双方出席期日・手続停止申立て： 2002年11月27日
執行阻止の答弁： 2005年2月17日
手続停止命令： 2006年3月9日

B. 本件投資協定仲裁の申立て

2009年12月10日、申立人はインドに対して、裁判所・CILの行為が投資協定上の義務違反に該当するとの通知をし、2010年3月30日には交渉を求める通知をしたが、インドからの返答はなかった[25頁]。2010年7月27日、申立人は仲裁通知の送付により手続を開始した[8頁]。

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 投資家・投資財産要件[71頁-82頁]

(a)インドは、Zachary Douglassの説に基づき、投資財産とされるためには対物的な（in rem）権利又は財産取得が投資の要件だとし、人的な（in personam）権利又は契約上の権利は投資に該当しないと主張する[73・74頁]。しかし、物的・人的権利の違いにより区別する立場は、既存判断例により否定されている[74頁]。

(b)契約上の権利（肯定）：そして、印豪BITの定義上、申立人の契約上の権利が含まれることは

明白である[75 頁]。また、インドが依拠する Salini 事件⁷も、ICSID 仲裁に関するもので、適用がない[76 頁]。さらに、Salini テストを適用するにしても、申立人は実質的な約束、一定の期間、利益・収益の正常性、リスクの引き受け及びホスト国発展への寄与といった事実を適示立証している[77 頁-78 頁]。

(c) 履行保証銀行信用状（否定）：履行保証のための銀行信用状は、申立人は条件が満たさない限り行使されないという利益は有するものの、申立人に権利を付与するものではない[80 頁]。したがって、履行保証銀行信用状は投資財産ではない。

(d) ICC 仲裁判断（肯定）：インドは、GEA 事件⁸を引用して ICC 仲裁判断の投資財性を否定する[81 頁]。しかし、同部分は傍論であり、また、近時の学説に照らすと間違った方向への乖離である[81 頁]。仲裁判断は、投資家による投資の承継物（continuation）又は変形物（transformation）として存在する[82 頁]。したがって、仲裁判断に基づく権利（rights under the Award）は投資財産である。

B. 管轄権[82 頁-88 頁]

申立人は、CIL が国家機関でないことは認めたとうえで、国家責任条文 8 条の適用を主張し、CIL による不当な信用状行使、獲得金銭の利得行為がインドに帰属すると主張する。なお、CIL は、政府の権限を行使（国家責任条文 5 条）するものではない[82 頁]。

国家責任条文 8 条の指揮若しくは命令の要件に関しては、申立人が主張する CIL が公営企業（Government Company、1956 年インド会社法 617 条）であり、100% 政府保有であり、取締役任命方法の特徴や、価格決定を含めて政府と頻繁に協議していた事実は、国家責任条文 8 条とはおおむね関係ない[83 頁]。

国際法委員会（ILC）コメンタリーによれば、「特定の業務」を指揮又は命令したことが必要である[84 頁]⁹。国家責任条文 8 条の「指揮」「命令」の要件については、Nicaragua 事件で定立された「実効的コントロール」の基準[85 頁]が、投資仲裁の分野では Jan de Nul 事件¹⁰、Gustav 事件¹¹等で説明されてきた[86 頁]。本件に当てはめると、申立人はインド政府の CIL に対する一般的支配と、問題となっている行為についての特定の支配の両方を主張立証する必要があるところ、申立人は成功していない[87 頁]。各証言によれば、インド政府の関与は Pipawar 炭鉱プロジェクトの促進のためのものに限られており、日々の業務を監督する立場にはなかった。したがって、CIL の行為はインドには帰属しない[87 頁]。

C. 投資促進措置義務[88 頁-91 頁]

⁷ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4 (2001 年 7 月 23 日管轄権仲裁判断) 等。

⁸ GEA Group Aktiengesellschaft v Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16。「ICC 仲裁判断自体は、『投資財産』たり得ない。適切に分析するならば、それは...契約の処理されたもの（disposition）に過ぎない」とした（GEA 事件 161 段落）。

⁹ James Crawford, The International Law Commission's Article on State Responsibility (2002)、110 頁 3 段落。

¹⁰ Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13 (2008 年 11 月 6 日)。

¹¹ Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24 (2010 年 6 月 18 日)。

申立人は、インドの投資促進措置違反を主張するが、印豪 BIT3(1)条の義務のうち、投資前の投資を促進する義務の違反を主張している[89 頁]。

投資促進措置義務については前例となる仲裁判断例が少なく、National Grid 事件¹²も公正衡平待遇の一内容として解している[89 頁]。学説でも、投資促進措置義務が実体的な権利を付与するものではないという見解が多く[89・90 頁]、印豪 BIT3(1)条はそれ自体として十分な内容を持つものとは言えず、同義務違反を認めることはできない[91 頁]。

D. 公正衡平待遇（印豪 BIT3(2)条） [91 頁-105 頁]

1. 履行保証銀行信用状[91 頁]

当該行為がインドに帰属するものでなければ、投資協定違反とならない[91・92 頁]。

2. White の正当な期待[92 頁-98 頁]

(a)問題の設定[92 頁]：申立人は、(a) インドが NY 条約締約国として、NY 条約を適切に適用するとの期待、及び (b) インドが国内裁判所において適切かつ合理的にみて適時に (reasonably timely) 本仲裁判断を執行するとの期待を有していたと主張する[92 頁]。

(b)申立人は、申立人が引用する Tecmed 事件¹³の正当な期待の基準、すなわち「外国投資家が投資を行う際に考慮した基本的な期待」は、広範なので、Douglas らの批判がある[93 頁]。仲裁廷は、それよりも Newcome 及び Pareadell によって提起された基準に従う。すなわち「投資決定の際に、投資受入国から提示された条件に基づく投資に対する対応についての合理的な期待」であり、そうした期待が形成されるためには投資受入国の特定の及びはっきりとした (specific and unambiguous) 行為が必要である。政府担当者の投資奨励の言葉は、合理的な期待の根拠とならない[94 頁]。

(c)履行保証銀行信用状に関する期待[94 頁]：信用状権利行使行為は、インドに帰属しないので、否定[94 頁]。

(d)取消訴訟に関する期待[94 頁-96 頁]：申立人は、インドが NY 条約及び国際的スタンダードに基づいて取消訴訟を取り扱う期待があったと主張するが、本契約当時、インド裁判所は、(i) 仲裁合意の準拠法がインド法であるか、(ii) 仲裁合意において 1940 年インド仲裁法の適用を排除していたのでない限り、外国仲裁判断の取消訴訟について管轄を認めていた[95 頁]。したがって、インドによる明白な承認が存在しない限り、仲裁判断がインド裁判所の管轄に服するかどうかは、CIL との合意の効果如何による問題であったのであり、インドによる NY 条約の適用のありかたに信頼してのものではなかった[95・96 頁]¹⁴。

(e)適時執行に関する期待[96 頁]：インドの裁判渋滞に鑑みれば、外国投資家が仲裁判断につい

¹² National Grid plc v The Argentine Republic, UNCITRAL (2008 年 11 月 3 日)。

¹³ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 (2003 年 5 月 29 日)。

¹⁴ 仲裁人 Brower はインドが外国仲裁判断に対する取消訴訟管轄権を持つこと自体が NY 条約違反であるとしているが[101 頁注]、仲裁廷意見としては同調していない。ただ、1940 年インド仲裁法時代も、合意によりインド仲裁法の適用を排除することは認められおり、かつそのような合意がというのであれば[16 頁]、インド国内法違反の可能性もある。本仲裁判断がこの点に踏み込まない理由は分からない (取消を認める判決が下されたわけではないことからかもしれない)。

ての適示の執行の期待を抱くことはできなかつた[96 頁]。

(f) インドが投資適地であるとの期待[96 頁-97 頁]: インド政府担当者の「表明 (representation)」はあいまいにとどまり、正当な期待を抱かせるに足りない[97 頁]。

(g) 裁判手続の透明性に対する期待[97 頁-98 頁]: 正当な期待を抱かせる根拠も、また透明性が足りずに正当な期待に反したとの事実も、主張立証がない[97 頁]。

3. 裁判拒否[98 頁-105 頁]

(a) 問題の設定[98 頁]: 申立人は、(i) インド裁判所が仲裁判断の取消可否の権限を持つことの不適切性、(ii) インド裁判所が執行訴訟を適時に行わず遅延を生じていること、及び (iii) CIL が不当に信用状を行使したこと、が裁判拒否に該当すると主張する[98 頁]。(i) (ii) の問題に関しては、取消訴訟と執行訴訟の手続を区別しないで検討する。

インドも、司法部門の行為が国家責任を生じさせることを認めているが、同時に、裁判拒否が国家責任を生じさせるには、Mondev 事件¹⁵で示された厳格な (stringent) 基準が適用されるべきであるとする。手続速度が遅いだけでは国際法上の違法な行為とはならず (Great Britain-Mexico 請求委員会)、また、国際法上は事件処理にかかる期間についての一定の期限というものはない (Toto 事件)。以下、種々の要素に基づき検討する。

(b) 手続の複雑性 (Complexity of the Set Aside/Enforcement Proceedings) [100 頁]

申立人が執行訴訟を提起すること自体については、何ら複雑性は認められない。しかし、執行訴訟の進行状況については、CIL の提起した取消訴訟の影響を受けていることが認められる。インドの NY 条約上の義務を考慮した場合に、インドが、インド以外の地でなされた仲裁判断の取消訴訟の管轄権を有するかどうかは、激しい議論を呼んでいる問題である。カルカッタ高裁における取消訴訟管轄問題第 1 審・第 2 審における手続は迅速といえるものであったが、最高裁に係属してから速度が遅くなった。ただし、当該問題のインドにおける重要性と、最高裁が判例を形成することの重要性に鑑みれば、インド最高裁が当該問題に決着を着けられていないこと自体は、特段驚くべきこととはいえない¹⁶。

(c) 早期解決の必要性 (Need for a swift resolution) [102 頁]

仲裁廷は、商事事件の早期解決の必要性を否定するわけではないが、少なくとも刑事事件・商事事件の間には、迅速性の要請に対する差異がある。さらに、仲裁判断に利息の発生が認められている場合には、迅速性の必要は多少弱まる。

(d) 訴訟当事者の行為態度 (Behaviour of the Litigants) [102 頁]

インドは、申立人がインド裁判所の (取消訴訟に対する) 管轄権を争わなければ、商事仲裁判断の内容がインド (公序) に適合的なものかどうかいち早く判断されていたであろうとして、申立人がインド裁判所の管轄を争ったことを非難するが、仲裁廷は同意しない。国際法の観点か

¹⁵ Mondev International Ltd. v United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (2002 年 10 月 11 日)。

¹⁶ なお仲裁人 Brower は、注記において NY 条約 V(1)(e)の解釈上、仲裁判断はそれがなされた地に対して管轄権を有する裁判所のみが取消訴訟の管轄を有することになる説明を、非常に詳しく行っている。ただし、注記に留められているということは、仲裁廷意見とはならなかったことを示唆している。

らは、申立人の行為態度は非難されるべきものではない。

(e) インド裁判所の行為態度 (Behaviour of the Indian Courts) [103 頁]

本件に関するカルカッタ高裁及びデリー高裁の行為態度は、本件が (i) 2004 年 9 月 29 日、最高裁によって取消訴訟却下申立ての却下決定に対する上訴が許可され、(ii) デリー高裁が執行訴訟に対して手続停止 (stay) を命ずるまでの間は、両裁判所とも迅速に対応していた。さらにインドが 12 億人の人口を有する発展途上国で、その司法部門は過重な負担に耐えているものであることを認識している。結局、手続遅延がもたらされたのは、インド最高裁が 3 人法廷を構成できなかったこと (inability) と、デリー高裁が発令した仲裁手続停止命令である。そうであるならば、取消訴訟の提起から現在まで既に 9 年が経過していることは事実であるとしても、インド最高裁が適切に裁判体を構成しなかった時点からの時間の経過を考慮すべきであり、それは 4 年未満である (just under four years)。それ以前のカルカッタ高裁・デリー高裁での手続進行は、不合理な速度ではなかった。

(f) 結論 [104 頁]

司法作用の効率性という観点からは、手続にかくも長期間を要しているのは適切とは言えないものの、裁判拒否には至っていない。(最高裁の裁判体不構成) という直近の遅延原因は大変遺憾ではあるが、それらが悪意によってなされた示唆はない。したがって、裁判拒否は認められない。

E. 権利行使のための実効的手段 [105 頁-119 頁]

(a) インド・クウェート投資協定 4(5) 条の適用 [105 頁-108 頁]

印豪投資協定 4(2) 条は最恵国待遇に関する規定であり、申立人は、同規定を通じて「権利行使のための実効的手段」の保障を定める 2001 年インド・クウェート投資協定 (印ク BIT) 4(2) 条の適用がある。印ク BIT 4(2) 条は、「各締約国は、他の締約国の投資家の自国への投資に対して良好な環境を維持するものとする。各締約国は、適用される法令に従い、投資に関して権利行使のための実効的手段を提供しなければならない。」 (“…Each Contracting Party shall, in accordance with its applicable laws and regulations, provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investments…”) と規定する。

(b) 印ク BIT の適用の可否 [106 頁-108 条]

インドは、(i) 最恵国待遇規定の適用を通じた印ク BIT の適用は、慎重な交渉の結果として締結された印豪協定の基礎をないがしろにすること、及び (ii) 印豪 BIT が国内法の尊重をうたっていることと矛盾すると反論する。しかし、インドは規定間の矛盾を主張立証できていない [107 頁]。

(c) 実効的手段の判断基準 [109 頁]

何が実効的手段の確保といえるかは、Chevron 事件の 1993 年米エクアドル投資協定 (米エ BIT) が要素を分析している。それは (i) 国際慣習法としての「裁判拒否」法理に比較した場合の特別法 (lex specialis) であり、裁判拒否と区別されるとともに、それよりも緩やかな要件で認

められるべきものであること、等の 8 要素である [108 頁-110 頁]。

(d) 本件への適用 [110 頁]

実効的手段のテストの適用において、本件の取消訴訟と執行訴訟を別個に取り扱うべきではない。申立人は、取消訴訟においては「権利主張者 (asserting claims)」であり、執行訴訟においては「権利実現者 (enforcing (its) rights)」であり、いずれも実効的手段のテストの適用対象である [110 頁]。

執行訴訟は、手続停止命令が出された 2006 年 3 月以前と以後を区別する必要がある。命令前の 3 年半の遅延については、裁判所が CIL に寛容に手続延長を認めたのは数か月分程度に留まり、実効的手段に違反したと言えない [110 頁-117 頁]。命令後の 6 年については、申立人が停止命令に対する最高裁への上訴を行わなかったことに鑑みれば、実効的手段の問題としては扱えない [117 頁]。

これに対し、取消訴訟は、申立人が 2008 年 1 月 16 日以降は迅速審理申立てをしなかったこと、及び最高裁長官に対して迅速審理申立てをしなかった点は異常 (extraordinary) であるとの主張もあるが、それまでの迅速審理申立ての経過に鑑みれば、申立人にとって迅速審理を実現する実効的な方法はなかったとみるべきである。したがって、申立人の上訴の審理を 5 年以上も遅延した裁判所の行為は、不当な遅延であって実効的手段に違反する [119 頁]。

F. 収用 [119 頁-121 頁]

申立人の投資の価値又は契約上の権利のいずれが収用の対象なのかという問題については回答すべき立場にない。少なくとも仲裁判断はまだ取り消されていないので、収用は発生していない [121 頁]。

G. 自由な資金移転 [121 頁-122 頁]

申立人の主張原因である CIL の履行保証信用状行使は、インドに帰属しないので投資協定違反とならない [122 頁]。

H. 賠償 (額) (122 頁-127 頁)

賠償は、義務違反なかりせば申立人が得られた地位を回復することにあるが、そのためには ICC 仲裁判断の執行可能性を検討する必要がある [112 頁]。インドが主張した 4 つの執行拒否事由を検討すると、(a) 仲裁廷の偏見は何ら証拠がなく [131 頁]、(b) 管轄権逸脱については理由がなく [133 頁]、(c) 仲裁判断の遅延については、ICC 規則 24 条・33 条を合わせ読むべきこと及び実務に照らして手続違反とはいえ [135 頁]、(d) インド公序違反については偏見主張の蒸し返しに過ぎないので理由がない [135 頁]。したがって、ICC 仲裁判断は執行可能性があり、ICC 仲裁判断による認容額は、本仲裁における賠償額とされるべきである [137 頁]。

I. 費用 [137 頁-139 頁]

申立人証人費用は、インド負担。他の費用は、当事者各自負担[139 頁]

●表 各手続の経過

ICC 仲裁		取消訴訟		執行訴訟		投資仲裁	
1999.06.28	仲裁申立て	2002.09.06	CIL 申立て (カルカッタ高裁?)	2002.09.11	White 申立て (デリー高裁)	2009.12.10	White、インドに対し BIT に基づく協議要請
時期不定	答弁	2002.11.14	申立許可、 returnable	2002.09.13	事件登録	2010.03.30	White、インドに対し BIT に基づく協議再要請
1999.09.20	反訴請求	2002.10.04	取消訴訟の 送達、White に到達	2002.09.16	(第 1 回) 期日 予定決定	2010.07.27	仲裁通知
1999.12.12	反訴請求に対する答弁	2002.10.24	White、最高裁に事件のデリー高裁への移送申立て。(最高裁に)カルカッタ高裁手続の停止申立て。移送審理期日を 2002 年 11 月 14 日以前に指定するよう上申	2002.09.17	期日 (一方審尋)	2010.11.09	首席仲裁人選任結果通知
2000.03.06	付託事項書	2002.10.29	インド最高裁、移送審理期日(一方審尋)。裁判体による審理	2002.09.23	送達完了	2010.11.15	選任契約草案送付

			対象とすることを決定。 カルカッタ高裁に対する手続停止命令。CILに2週間以内に応答するよう命令				
2000.5.15	審問期日	2002.12.09	CIL、最高裁に対し応答書面	2002.11.27	期日。CIL出席、手続停止申立て	2010.11.23	修正仲裁通知
2000.05.25	White追加請求	2003.01.02	カルカッタ高裁期日。カルカッタ高裁に、最高裁停止命令の存在を告知。カルカッタ高裁、最高裁の移送措置の後に審理再開するまで延期と決定	2002.12.19	CIL反論書面期限	2010.11末	選任契約案大筋合意
2000.06.26	追加請求に対する答弁 (Rejoinder)	2003.01.06	最高裁、移送審理期日。 Whiteの書面提出と、1週間後の期日を再指定	2003.02.14	期日。CIL出席、手続停止及び書面期限延長申立て。期限延長のみ認容。CIL、カルカッタ高裁の決定までの手続停止を申立て。	2010.12.01	手続進行合意、第1命令
2000.07.11	White仲裁費用申述	2003.01.20	最高裁、移送審理期日。最	2003.03.08	CIL反論書面延長期限(提出	2011.01	選任契約合意

			高裁、移送申立て却下の心証開示。 White、申立て取下げ		なし)		
2000.07.21	White、反訴請求に対する反論及び Rejoinder に対する反論提出	2003.03.10	White、カルカッタ高裁に取消訴訟却下答弁提出	2003.03.22	White、CIL の異議権等失効の申立て	2011.02.14	答弁
2000.08.04	CIL 仲裁費用申述	2003.03.24		2003.03.31	CIL 異議権等失効についての期日決定	2011.02.18	インド、文書提出要求
2000.10.30	首席仲裁人質問事項	2003.04.16		2003.04.03	CIL 異議権等失効についての期日、CIL、反論期限の 2 週間延長を申立て、認容。裁判所、White に対して回答 (rejoinder) 提出指示 (CIL 書面提出後 2 週間以内)	2011.02.21	White、文書提出要求に合意
2001.11.29	CIL、ICC12 条による忌避申立て	2003.04.21	CIL、反論書面提出	2003.04.21	CIL、反論書面提出	2011.06.07	主張書面、証拠資料等提出
2001.11.30	White、忌避申立てに対する答弁	2003.05.02	カルカッタ高裁、White の Rejoinder 提出期限設定	2003.04.22	CIL、手続緊急停止を申立て	2011.06.19	審問地変更交渉
2001.11.30	White、忌避申	2003.05.05	カルカッタ	2003.05.20	期日。CIL 手続	2011.07.04	審問地変

	立てに対する 不同意通知		高裁、次回期 日指定		停止申立。デリ ー高裁、カルカ ッタ高裁の手 続を考慮して、 次回期日を指 定		更合意
2001.12.03	ICC、仲裁廷及 び White に対 して仲裁廷再 構成について の意見徴求	2003.05.20	White、 rejoinder 提 出	2003.08.05	White、主張書 面提出	2011.08.14	申立人、 反論主張 書面提出 (証拠は なし)
2001.12.06	White、ICC に 回答	2003.11.17	カルカッタ 高裁単独裁 判官審理	2003.08.08	期日？	2011.08.18	被申立 国、反論 主張書面 提出
2001.12.17	ICC、忌避申立 てを全体委員 会で審理する ことを通知	2003.11.19	カルカッタ 高裁単独裁 判官、White の却下申立 てを却下決 定	2004.01.28	デリー高裁、 CIL に対し執 行異議を 2004.02.18 ま でに提出する よう指示	2011.08.25	当事者、 審問期日 の手續進 行について、電話 会議で合 意
2001.12.20	ICC、忌避申立 て却下	2003.12.15	White、カル カッタ高裁 単独裁判官 決定に不服 としてカル カッタ高裁 上訴部に上 訴	2004.02.18	CIL、期限徒過	2011.09.19	審問期日
2001.12.20	CIL、期日延期 申立て	2003.12.22	カルカッタ 高裁上訴部 審理期日	2004.05.11	CIL、再度の期 限延長申立て、 認容	2011.09.22	仲裁廷審 議
2001.12.21	仲裁廷、期日延 期申立てを却 下	2004.05.07	カルカッタ 高裁上訴部、 White の上	2004.06.01	CIL、期限徒過	2011.10.14	当事者、 仲裁手續 費用申述

			訴却下決定				
2002.01.09	審問期日	2004.07.31	White、カル カッタ高裁 上訴部の決 定に不服と して最高裁 に上訴	2004.07.07	White、CIL 異 議権等失効の 緊急申立て	2011.10.21	インド、 White の 費用申述 に対して コメント
2002.01.16	CIL 主張書面	2004.09.29	最高裁、 White の上 訴を受理	2004.09.23	CIL、執行異議 書面提出	2011.11.04	仲裁廷、 審理手続 き終結通 知
2002.01.21	White 最終主張 書面	2007.01.08	最高裁、 White の上 訴を "early hearing" に 指定するも、 一括指定さ れた別事件 が和解によ り終了して いたことが 判明、最高 裁、2 週間後 の再指定指 示	2004.11.25	White、執行異 議に対する応 答	2011.11.30	仲裁判断
2002.01.24	White 仲裁費用 申述	2007.04.03	最高裁、異な る別事件と の一括指定	2004.11.30	デリー高裁、 CIL に執行反 論書面の提出 を指示		
2002.02.03	CIL 主張書面	2008.01.16	最高裁 (2 人 法廷)、上訴 を審理、しか しその後を 別の 3 人法 廷に回付	2005.01.25	CIL、執行反論 書面期限徒過、 裁判所 5000 ル ピー課徴金。 CIL の手続停 止申立て、却下		
2002.02.22	CIL 仲裁費用申	2009.06.02	同日現在、事	2005.02.17	CIL、執行反論		

	述		件待機番号 93番		書面提出		
2002.05.27	仲裁判断			2005.05.10	CIL、時機に遅れた執行反論書面の受理申立て		
				2005.08.31	CIL の手続停止再申立て、審理		
				2005.09.14	裁判所、CIL にカルカット高裁・最高裁の審理で手続停止申立てをしない理由の釈明要請		
				2005.09.22	手続停止審理の延期		
				2005.11.08	手続停止について再審理		
				2006.03.09	無期限手続停止命令		

49 : ICS Inspection and Control Services Limited v アルゼンチン共和国 (PCA Case No. 2010-9)

(JCA ジャーナル 2012 年 10 月号 (40))

判断年月日 : 2012 年 2 月 10 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Pierre-Marie Dupuy (フランス・長)、Sandiogo Torres Bernárdez (スペイン)、Marc Lalonde (カナダ)

一 判断のポイント :

- ・ 国内裁判所への提訴後 18 か月の経過という要件は単なる手続的要件に留まらず、管轄を認めるための義務的要件である。
- ・ 本件 BIT の最恵国待遇条項は紛争解決条項に適用はなく、したがって、申立人が、最恵国待遇条項の適用により、上記の要件を課さないアルゼンチン・リトアニア BIT の紛争解決条項を利用することはできない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

1. 申立人主張に係る事実関係の概要及び申立人の請求 [paras.1-2]

申立人 ICS Inspection and Control Services Limited (“ICS”) はイギリス法人であり、本紛争は同社とアルゼンチン経済・生産省 (The Ministerio de Economía y Obras b Servicios Publicos, “MECON”) との間の監査業務提供に係る契約 (「本件契約」) を巡る紛争である。

被申立国は、1997 年 5 月 22 日、大統領命令 477/97 によって、同国向けの輸出品を、出荷に先立って検査すること (その目的は、不正確な輸入申告書によって被申立国に生じるであろう税収の損失に対処すること。) などを内容とする、政府の監督下にあるプログラム (「プログラム」) を許可した。プログラムの日常的な監督執行の責任は MECON の中にある Comité Ejecutivo del Programa de Inspecciones de Preembarque de Importaciones (“Comité”) という特別委員会が負っており、被申立国の税関業務及び Comité の許可を受けたインボイスの支払は The Administración Federal de Ingresos Públicos (“AFIP”) によって行われていた。

プログラムの下で、入札によって選ばれた民間の業者 (「監査法人」) が、検査業務の不履行に起因する課税額の不足を特定できるよう、検査業者によって提供されるサービスを監査することとされていた。入札の結果、ICS が監査法人の役割を与えられた。

検査証明書の監査業務に係る ICS の報酬につき、MECON は、出荷前検査業者に支払われる報酬の 10% 以上としないこと (10% のフィーキャップ) 等を定めた。しかし、被申

立国が、その義務であるところの、監査に係る検査証明書の十分な選定システムの提供を行わなかったことから、ICS が上記フィーキャップを守ることは困難であった。

2002 年 1 月 6 日、法律 25.561（「緊急法」）により、アルゼンチンペソと米ドルを 1:1 の交換レートで固定していた法律（法律 23.928）が撤廃された。これらの措置は、ICS が信頼していた経済的枠組を破壊するものであった。

2002 年 2 月 20 日、プログラムは正式に終了した。同日、ICS は、Comité に対し、未払分（ICS は、1998 年以降に提供したサービスの多くにつき支払いを受けていない状態であった。）の請求書に係る支払を求め、その後、3 月 15 日に、2002 年 2 月までの未払請求に係る行政上の訴えを提起した。上記訴えの係属中である 2002 年 8 月 22 日、Comité は ICS に対し、上記請求をペソに交換し、かつ、10%のフィーキャップ内に収まるよう減額することを要求し、ICS は、差額、損害及び利子を請求する権利を留保した上でこれに応じた。2003 年 6 月 30 日、AFIP はさらに、大統領命令 1060/01 に従って、ペソに交換した請求書の 13%の減額を要求してきた。2006 年 3 月 9 日、ICS に対し 1,230,181 ペソ（2001 年 4 月から 12 月までにつき 10%フィーキャップを適用し、同年 6 月～12 月までにつき、さらに 13%の減額を適用した額）が支払われた。

上記事実関係の主張に基づき、申立人は、被申立国の本件契約に関する行為は本件 BIT 第 2 条 2 項¹（公正衡平待遇、契約遵守義務等）に違反すると主張して、不法にペソに交換された額、不法に 13%減額された額、10%のフィーキャップを超える額等の支払等を求めて仲裁を提起した。

2. 手続の概要 [paras.3-58]

2009 年 6 月に ICS がアルゼンチン政府を相手に仲裁を申し立てた。同年 7 月、申立人が Mr. Stanimir A. Alexandrov を仲裁人として選任し、同 8 月にアルゼンチンが Dr. Santiago Torres Bernardez を仲裁人として選任したが、Mr. Alexandrov の選任に対し被申立国が異議を申し立て、常設仲裁裁判所事務局長が選任した仲裁人選定機関がかかる異議を認めた²ため、申立人は Mr. Alexandrov に代わる仲裁人として Hon. Marc Lalonde を選任した。両仲裁人の合意に基づき、Professor Perre-Marie Dupuy が仲裁廷の長として選任された。2010 年 5 月、両当事者は、本件仲裁を UNCITRAL 仲裁規則に基づき行うこと、仲裁地をハーグとすることなどを含む、仲裁手続に関する事項に合意した。同年 6 月、申立人が請求に係る主張書面を提出し、同年 11 月、被申立国が管轄に係る主張書面を提出した。これに対する反論書及び答弁書のやり取り並びに被申立国による追加書証及び先例の提出を経て、2011 年 5 月、管轄に係る審問がハーグで行われた。その後、更なる主

¹ ARTICLE 2

Promotion and Protection of Investment

(2) Investments of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy protection and constant security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of investors of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party.

² Decision on Challenge to Arbitrator, 17 Dec. 2009.

張書面や書証の提出等を経て、2011年12月、仲裁廷は、両当事者に対し、管轄に関する仲裁判断を2012年1月中旬に出す予定である旨通知した。

三 判断概要：

II. 仲裁廷の判断

A. 論点

本仲裁廷は、被申立国による管轄異議に対する判断として、イギリス・アルゼンチン BIT (本件 BIT) の投資家対国の紛争解決条項が規定する、紛争を国際仲裁に付託する前提条件としての、国内裁判所への提訴後18か月が経過すること(「18か月前の国内訴訟提起」)の要求は管轄を認めるための前提要件であるところ、本件で申立人はかかる要件を満たしておらず、本件 BIT の最恵国待遇条項 (MFN 条項) を適用してかかる要求を課していない他の BIT を参照することにより上記要求を回避することもできないとして、その管轄を否定した。なお、本件の他の論点として、(1) アンブレラ条項の適用範囲、契約上の請求に本件 BIT の適用があるか及び契約上の管轄合意の効果、(2) 申立人が本仲裁手続において不服を申し立てている措置を黙認したか否か及び本件請求が時効に係っているか否か、並びに (3) 申立人が本件契約上の権利をオストラム社に譲渡したにも関わらず本件仲裁手続の申立人適格を有しているか否か、が存在するが、上記のとおり、本件で仲裁廷は全ての請求につき管轄を否定したため、これら他の論点については判断を下していない。

B. 当事者の主張 [paras.68-140]

本件 BIT の紛争解決条項が規定する18か月前の国内訴訟提起要件に関し、被申立国は、(1) 18か月前の国内訴訟提起は義務的な管轄要件であるところ申立人はこれを満たしていない、(2) MFN 条項の適用によりかかる要件を回避することは、MFN 条項において管轄に対する別個の同意が明確に示されていなければ認められない、(3) 本件 BIT の締約国の条約締結慣行に照らしても、本件 MFN 条項が紛争解決条項に適用されないことは明らかである、(4) 本件で申立人が依拠するアルゼンチン・リトアニア BIT の紛争解決条項が、本件 BIT のそれよりも、投資家に対し、「アルゼンチンの領域内で」「より有利な」待遇を与えるものであるとは言えない、等と主張した。これに対し、申立人は、(1) 18か月前の国内訴訟提起は単に手続的事項に過ぎないところ、国際仲裁付託への手続的障害が問題とされた事件においては、仲裁廷は通常、MFN 条項をかかるとする障害を回避するために適用することを認めている、(2) 本件では、MFN 条項を紛争解決事項に適用することにつき締約国の「明確かつ一義的な」意図が存在する、等と主張した。

C. 仲裁廷の判断 [paras.243-273]

1. 仲裁に先立つ、アルゼンチン国内裁判所への紛争付託要求の性質 [paras.243-251]

(a) 要求が義務的性質のものか許的性質か、及びかかる要求に従わなかったことの効果

本件 BIT 第8条1項は、投資紛争が発生し友好的解決に至らなかった場合には当該紛争をアルゼンチンの国内裁判所に付託しなければならない(“shall”)と規定する。本件で申

立人がアルゼンチン裁判所に本件紛争を付託するとの要件に従わなかったことは、その効果に関わらず争いがないが、申立人は、その目的に照らせば、本規定は単なる手続的な待機期間を規定するもので、紛争を国内裁判所に付託し得た時から18か月が経過することで満たされるものであると主張する。これに対し、被申立国は、この規定は締約国の仲裁同意に対する厳格な制限である旨主張する。(paras.245-246)

協定の文言及び当事者の主張に照らし、仲裁廷は被申立国の意見に賛同する。英語でもスペイン語でも、「投資がなされた領域の締約国の権限ある機関の決定に...付託されなければならない」との文言が義務的であることに不明瞭な点はない。文言及び目的に照らせば、18か月前の紛争の国内裁判所付託要求は単なる「待機期間」でも「国内救済措置の消尽要求」でもなく、その中間に位置するものである。(paras.247-248)

国際公法においても、手続的前提要件の厳格な適用を支持する傾向がある。例えば、最近の ICJ のグルジア・ロシア事件では、義務的文言が存在しなかったにも関わらず、人種差別撤廃条約 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) 中の「協議又は本協定に明示的に定められた手続により解決されなかった紛争は」との表現をもって、多数意見は、かかる協議又は手続を踏むことは ICJ の管轄を認めるに先立つ前提条件であると認定した。(paras.249-250)

本仲裁廷も、したがって、この要求が単に許可能的なものであると認めることはできず、また、第8条が明示的に要求するところの、「18か月前の国内訴訟提起又は最終判決が下されたこと」よりも緩やかにこの要件が認められるとの解釈に賛同することもできない。(para.251)

(b) 事前の国内裁判所への付託要求に従うことは、管轄の問題か、受理可能性の問題か、手続的問題か

上記要求が義務的なものであるとして、次に、かかる要求に従わなかったことの効果を検討する必要がある。これは、第8条1項に従うことが管轄の問題か、受理可能性の問題か、手続的問題かにかかってくる。

衡平、デュープロセス及び UNICTRAL 仲裁規則第15条1項の制約の中で、仲裁廷は手続的事項につき、殆ど無制限の広範な権限を有している。これに対し、仲裁管轄は排他的に合意によって定まる。仲裁廷が有する唯一の黙示的管轄は、一般原則及び UNCITRAL 第21条1項に由来するところの、自己の管轄を決定できる *competence-competence* の権限のみである。受理可能性はこれらの両極の中間に位置するものであり、この範囲において、仲裁廷は、要件が満たされていないことを裁量によって一切考慮しないということできないが、その要求の不履行をどう扱うかにつき一定の裁量を有している。(paras.252-255)

受理可能性と管轄の問題を区別するものは何かという問題について、Democratic Republic of the Congo v. Rwanda 事件 (ICJ) の判断 (管轄同意に付された条件は管轄の制限を構成するとみなされなければならない、かかる条件の検討は管轄に関するもので、受

理可能性に関するものではない。)に照らせば、本件の論点は、アルゼンチン国内裁判所への事前付託が「アルゼンチンの仲裁付託合意の条件」か、これに従わないことが仲裁を基礎付ける合意に影響を与えないといえるかという点である。

Jan Paulsson はこの点につき、更なる指針として、請求の審理のためのフォーラムの選択について異議を申し立てている場合には管轄の問題であり、問題が当該請求特有の欠陥に関するものである場合には受理可能性の問題であると述べる。請求の機が熟しているか否かの判断は典型的な受理可能性の問題であるが、「国内救済の消尽は単なる請求の成熟性の問題を越えた管轄の問題である。」(paras.259-260)

既に触れたように、18 か月前の国内訴訟提起の前提条件は、厳密には国内救済の消尽要求ではない。しかし、この前提条件は、国内救済の消尽要求と多くの論理的根拠を共有する。本件 BIT 第 8 条 1 項は、その文言に従えば、紛争を提起する第一審フォーラムの選択にかかるものであり、紛争の成熟度に関するものではない。

申立人は、本件において仲裁同意は単に延期されただけであると主張するが、同意はまだ与えられていない。また、本件 BIT 第 8 条 2 項(b)に規定する別個の同意が被申立国によって与えられたとは認められず、従って、同項に規定する、被申立国による仲裁同意の前提要件が満たされていない場合、本仲裁廷はかかる管轄に対する制限を無視することはできず、本件紛争につき管轄を有しない。(paras.261-262)

(c) 仲裁廷は、18 か月前の紛争の国内裁判所付託要求を、それが無益で非効率的であることを理由として無視することができるか？ [paras.263-273]

「無益であること」という要素を理由として、類似の国内裁判所前置要件からの逸脱が認められた例としては、*Abaclat and Others v. Argentina* 事件（多数意見は、申立人が 18 か月の訴訟前置要件に従わなかったことをもって仲裁の提起を妨げられることはない認定）のみが仲裁廷に提示された。同事件の仲裁廷の多数意見は、この要件の厳格な適用は、「公正で効率的な紛争解決メカニズムを（紛争）当事者に提供する」という目的に整合しないとした。多数意見はまた、当事者の利益（投資受入国の、「当該問題を国内法システムの中で検討する公正な機会」を有するという利益と、申立人の「効率的な紛争解決メカニズム」を提供されることという利益）を比較衡量し、「本件の総合的事情」、特に、緊急法その他の国内法令が申立人の救済を排除し、アルゼンチンの国内裁判所で集団訴訟を審理する手続がないことに照らせば、当該紛争を国内裁判所で追求するという機会は「単に理論的なもので紛争の実効的解決に繋がり得ない」ため、「18 か月の訴訟前置要件に従わなかったことのみを持って投資家から仲裁提起の権利を奪うことは公正でない」旨結論付けた。多数意見の上記分析における最大の関心事は、申立人によって提起された集団訴訟を解決するためのフォーラムが、アルゼンチンの国内法体系に存在しなかったことにあるように見える。仲裁廷の多数意見が、申立人を、その請求を追求する何らの実際の効率的なフォーラムもないという状態に置きたくなかったことは明白であり、したがって、18 か月前の国内訴訟提起要件に対する例外を許さざるを得なかったものと解される。

(paras.263-264)

本仲裁廷は、条約規定の過度に厳格な適用に対する制限は黙示的に与えられ得るという考えには同意する。また、「無益であること」が国際法上の管轄要件の例外を構成することは、他の文脈では認められている（国内救済措置の消尽に関する国際慣習法）。しかし、仲裁廷による創設的な例外を認めるには、当該規定の政策分析以外の根拠が必要である。本仲裁廷の役割は、締約国が締結した条約に従い、国際法上の条約解釈ルールを適用することで紛争を決定することである。ウィーン条約法条約第 31 条の、目的、文脈及び関連する国際法を考慮するとの指示に従い、他の解釈方法とともに、当該問題に関係する限りにおいて政策的事項を考慮に入れ、また、判断理由の文脈を提供する中で、及び将来の起案に見識を与えるために、政策事項を議論することは可能である。しかし、仲裁廷は、同条約第 31 条及び第 32 条といったルールの裏付けなく、問題となっている政策の合理性の検証に基づき条約の規定に例外を設けることはできない。³(paras.265-268)

いずれにせよ、本件で提出された、2 つの矛盾する専門家報告及び当事者の主張にかんがみると、本件では、（国内での救済手続が）「無益であること」は十分に立証されておらず、本件は、追求されている救済が国内法上明白に利用不可能であるとの「明白な無益性」の事件とは異なる。したがって、本件で、アルゼンチン裁判所への提起が紛争解決のために全く効果的でないとは結論できない。(para.269)

上記の分析を裏付けるものとして、投資協定に基づく投資家対国の紛争に係る仲裁管轄の性質を以下考慮する。国対国を規律する国際公法においては、管轄の分析は仲裁規定を有する協定において表明された締約国の意思に焦点を当てるのに対し、投資家対国の仲裁は、協定の当事者でない投資家による追加的かつ後発的な同意を必要とする。仲裁合意の成立は、協定に示されている仲裁申込に対する、投資家による受諾を通じて行われる。

上記申込の条件は、投資家とは別個のところ協定締約国の間で事前に交渉され、相手国の特定の投資家というよりは一般的な投資家に対して向けられたものである。条約法に従えば、投資家のような第三者は、当該協定に定められる又は当該協定に準拠して確立された権利を行使するための条件には従わなければならない。

協定に基づく紛争解決を開始する際に、投資家は仲裁申込を受諾又は拒否はできても、その条件を変更することはできない。投資家は、その置かれた特定の状況、有用性に対する信頼又はその条件の公正さにかかわらず、投資受入国による申込の条件が適用されることについても同時に同意しなければならない。そうでない場合には仲裁合意は成立しない。投資家と国との間の投資許可契約における紛争解決条項においては、その後生じた出来事や状況が、交渉に係る文言の効果を決定するにあたって考慮されることはあり得るが、投資協定は紛争及び投資家の状況が明らかとなっている時点で「申し出を受けるか否か」という状況を作成するものである。この点は、次に検討するところの、MFN 条項に基づく管轄の文脈でも当てはまる。(paras.270-272)

³ United Nations Conference on the Law of Treaties, Official records, Documents of the Conference, p. 38 参照。

結論として、本件 BIT 第 8 条 1 項の意図は、18 か月間又は最終判決が出されるまでの期間（いずれか短い方）、排他的な国内裁判所における管轄を設定するものであり、この前提要件に従わない申立人にかかる要件から免除する説得的な理由は存在しない。以上より、被申立国の仲裁同意を基礎づける他の根拠がない限り、本仲裁廷の管轄は否定される。(para.273)

2. MFN 条項（第 3 条 2 項）が紛争解決条項に適用されるか？

(a) 先決的考慮：同意及び条約解釈

MFN 条項をもって管轄の瑕疵を克服できるか否かという論点は、MFN 条項において紛争解決条項への適用が明白に示されていない場合に問題となる。この点、仲裁廷の役割は、ある条項が、それによる義務の範囲が不明確であったり **treaty-shopping** につながりかねないと思われたとしても、これを締結したことの妥当性を問うものではない。この点で本仲裁廷は、Telenor 事件の仲裁判断には、それが条約文言及び関連する国際法の適切かつ徹底的な検討というよりは政策考慮を行ったと考えられる限りにおいて同意しない。Renta 4 事件の仲裁廷は、「仲裁廷の義務は意味の発見であり創出ではない。」旨述べており、本仲裁廷もこの考えを共有する。(para.277)

被申立国が主張するとおり、MFN 条項による紛争解決条項の取り込みが認められるためには、同条項がそれ自体として投資紛争仲裁に対する同意の表明、協定の同意の代替としての独立の効果を有していなければならない。(para.278)

国による仲裁への同意は、それが不明確な場合に推定されるものではなく、条約解釈に係る一般国際法に従い証明されなければならない。その証明責任はその同意を援用する原告にあるのであるから、原告がかかる証明に失敗した場合には管轄は否定される。⁴

(b) MFN 条項（第 3 条）の文言

本件 BIT 第 8 条は「投資家」による紛争解決に限定されており、投資家のみが国際仲裁を提起できるのであるから、本仲裁廷が検討するのは、投資家に対する待遇を規定する第 3 条 2 項の MFN 条項のみである（第 3 条 1 項は「投資」に対する MFN 待遇を規定。）。⁵(para.284)

(1) 「待遇」の意味

「待遇」という言葉の通常の意味は広く、「投資家の投資財産に対し与えられる権利や特権及び課される義務や負担」と定義する仲裁判断（Suez/InterAgua 事件, AWG 事件）、又は「法的主体又は人に関する行動」とする仲裁判断もある（Siemens 事件）。かかる定義

⁴ Case concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France) Judgment of 4 June 2008, 2008 ICJ Reports 177 para.93; Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda) Judgment of 3 February 2006, 2006 ICJ Reports 6, Judgment of 3 February 2006, 2006 ICJ Reports 6 paras.91-93 参照。

⁵ ARTICLE 3 National Treatment and Most-favoured-nation Provisions

(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of investors of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own investors or to investments or returns of investors of any third State.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own investors or to investors of any third State.

に従えば、実体的待遇に加え紛争解決に係る待遇を含む、又は「待遇に、投資受入国による国際仲裁の受諾を含まないとする文言上の根拠又は法は存在しない」(Renta 4 事件)と
言い得、MFN 条項を管轄事項にまで拡大することに反対をした仲裁判断もこの可能性自
体は認めている (Wintershall 事件、Impregilo 事件、Hochtief 事件における Thomas 反
対意見)。(paras.285-288)

しかし、締約国が、「待遇」という言葉を広範な通常の意味で用いることを意図していな
かったことを示唆する他の手がかりが存在する。本件 BIT につき、締結時の締約国の意図
を示す証拠が提出されていない本件の状況のもとでは、二国間協定の場合に特に関連を有
する解釈原則である「同時性原則」(この文言の意味及び範囲をイギリスとアルゼンチンが
本件 BIT を交渉したときに照らして確定する)を適用することが適当である。

本件 BIT が締結されたのは 1990 年の後半である。当時、投資受入国による恣意的契約
破棄の場合に投資家が救済を求める権利を保護するため、仲裁規定の独自性又は分離性が
学者や仲裁廷によって主張され、この傾向が投資協定の交渉にも影響を与えていた。当時
は MFN 条項と投資家対国の紛争解決メカニズムの関係が Maffezini 事件によって問題と
される以前で、この問題は、1978 年の MFN 条項にかかる ILC 草案 (ILC 草案) から相
当の年数が経過していたにもかかわらず完全に未開拓であった。

ILC 草案は究極的には本件論点に関係はないとされているが、それでも同草案がこの論
点に全く触れていないことは注目に値する。同草案第 9 条は Anglo-Iranian Oil company
及び Ambatielos 事件を MFN 条項の解釈に係る金字塔として引用しているため、これら
の事件がその後の協定交渉にも影響を与えたと考えるべきである。(paras.289-291)

Anglo-Iranian Oil company 事件の事実関係は投資協定仲裁のそれとは全く異なる⁶が、
この事件において ICJ は、MFN 条項は二国間の管轄事項には関係がない旨を述べた。
Ambatielos 事件は「administration of justice」に係る手続的権利を取り扱っているため、
MFN 条項が手続的権利を排除していないとの主張の根拠とされてきた。しかし、同事件
で問題となった「待遇」は同国の国内裁判所による外国人に対する措置であるため、同事
件の仲裁廷による判断の射程は限定されており、Anglo-Iranian Oil company 事件や Case
Concerning the Rights of Nationals of the United States of America in Morocco 事件の
判断とは矛盾しない。(paras.290-293)

本件 BIT の締結後の 1992 年に世界銀行が採択した、FDI の取り扱いに関するガイドラ
インは、パート III において、共通の投資保護に係る実体的保護について規定しており、
当時の支配的見解は、待遇を、投資受入国が外国投資に関して取る行動に関する原則を含
む、つまり、差別的、不公正又は衡平を欠く実務から投資を保護するためのレジームと理
解していたことが分かる。一方で、「紛争解決」は、同ガイドラインにおいて「待遇」とは

⁶ イランによる、石油産業の国有化に係る原則を規定した国内法の制定につき、イギリスが外交的保護権を発動した事
件。ICJ の管轄の根拠となるイランによる強制管轄受諾宣言の時的適用範囲が問題となり、イギリスが同宣言の時的適
用範囲の制約を回避するため、イランとの間の別の条約に規定される MFN 条項を援用しようとしたもの。
Anglo-Iranian Oil Co. case (Preliminary objection) Judgment of 22 July 1952, I.C.J. Reports 1952, p.93.

別個のパート（パート V）で取り扱われている。

上記ガイドラインに法的拘束力はなく、本件 BIT の解釈に直接的な影響を与えるものではないが、同時性原則に従えば、これらは、同 BIT の締結当時の国の間の支配的見解につき有益な示唆を与え、広範な MFN 条項の解釈が本当に「通常の意味」であるかという点に疑問を投げかけるものとなる。(paras.294-295)

上記のとおり、本件 BIT が締結された当時の資料の検討に基づけば、本仲裁廷は、「待遇」という言葉は、投資受入国が国際法上の義務に適合的な形で尊重すべき法レジームのことを指すのみと解されていたと考える。これに対し、紛争解決は全く別の条項によって規律される全く別個の問題である。したがって、MFN 条項がその紛争解決条項への拡大を明記していない場合には、第 8 条 1 項が提供する文脈が、MFN 条項の通常の意味を確定するに当たって決定的な役割を果たす。(para.296)

(2) 投資家の「運営、経営、維持、使用、享有、売却」に係る「待遇」の意味

第 3 条 2 項は、同 1 項と異なり、投資家に対する MFN 待遇を「運営、経営、維持、使用、享有、売却」に関してのみ与えている。このことは、このフレーズが、待遇の種類につき、何らかの制限的効果を有することを示唆している。第 3 条 2 項は、「全ての事項」に関しといった表現を有しない点、これを付した MFN 条項よりもその範囲が狭い。(paras.297-299)

運営、経営、維持、使用、享有、売却に関しというフレーズは、投資家が投資に関して行い得る全ての行動を含むとも思えるから、一定の仲裁廷において、紛争解決に係る行為も含むとも解されてきた。他方、国を相手とした国際仲裁は、(原則として)紛争が解決されない場合に初めて行われるという意味で、通常の投資活動ではないことなど、かかる広範な解釈が締約国の意図であったことを疑わせる理由も存在する。

アルゼンチンはパナマとの間で、MFN 条項を紛争解決事項に適用しない旨外交上の公文を交換しているのに対し、イギリスは、明示的にこれを含める協定を締結している。しかしそのような規定はいずれも本件 BIT に存在しない。そこで、本件 MFN 条項につき狭い解釈を取るべきことを示す他の要素を次に検討する。(paras.303-304)

(3) 投資受入国による「その領域内」の待遇の意味 [paras.305-309]

MFN 待遇には、投資の定義及び他の実体的保護に係る待遇と同様に、「その領域内で」との地理的制限が置かれている。ここで、本件で問題となっているのは、国内裁判所への提訴ではなく、投資受入国の外で行われる国際仲裁への紛争付託であるから、仮に「待遇」が紛争解決条項を含むと解釈され得たとしても、本件の MFN 条項は国際仲裁には適用されない。領域外紛争解決の概念及びこれに対する投資受入国の同意は、「領域内での待遇」という明確かつ通常の意味と整合せず、この表現を有する MFN 条項が、明確な領域的限定を無視して国際仲裁手続に適用され得ることが締約国の意図であったとは考えがたい。

(4) MFN 待遇例外に適用される "expressio unius est exclusio alterius" 原則 [paras.310-313]

仲裁廷の中には、この原則をもって、MFN 条項の範囲に、MFN 例外に列挙されていない紛争解決条項を含むことの証左にしているものがある。しかし、本仲裁廷は、かかる例外の列挙をもって、締約国が MFN 条項に紛争解決条項を含むことを意図していたことの根拠とは考えない。これらの例外は、関税同盟、経済統合のための地域的協定又はアルゼンチンが結んだ特定の特恵的金融協定、租税条約に関する待遇を除外するもので、排他的に、締約国による外国投資に係る直接の待遇を取り扱うものであるし、これらの待遇は投資受入国内で行われるという意味で、MFN 条項の地理的制限にも合致する。

(c) 効果的解釈の原則とアルゼンチンによるその後の慣行

国が 18 か月前の国内訴訟提起要件という限定を置かない協定を既に締結していた場合で、仮に MFN 条項が紛争解決条項に適用があるとすれば、その国はその後に締結する協定においてかかる制限を規定する理由はないはずである。しかし、アルゼンチンはその後もかかる限定を置いた協定を締結してきている。MFN 条項を紛争解決条項に適用させることは、かかる限定の効果を失わせるもので、効果的解釈の原則に反する。アルゼンチンが 1990 年 5 月から 1994 年 5 月までに結んだ条約のうち 10 の BIT が 18 か月前の国内訴訟提起要件という限定を置いており、19 の BIT が置いていない。アルゼンチンが BIT の MFN 条項を紛争解決条項に適用させる意図を有していたとしたら、上記のうち 5 の協定については、18 か月前の紛争の国内裁判所付託要件という限定が意味を持たないことになる。同時性原則に基づき、1990 年時点での意図が、「待遇」に、国際仲裁手続を含めないというものであったとの解釈を採用することにより、かかる不調和は回避できる。

3. アルゼンチン・リトアニア BIT は「より有利な待遇」を規定しているか？

仮に本件 MFN 条項が紛争解決条項に適用されたとしても、管轄否定の結論が変わらないということを示すため、この論点を検討する。異なる待遇が「より不利な」待遇を構成するか否かは、投資家が、比較対象となる協定によってカバーされる投資家と比べて、いかに不利益な状況に置かれるかを客観的に評価し、特定しなければならない。この分析は、ある特定の状況にある投資家が、紛争が生じた場合に有利と考えるか不利と考えるかという考慮に限定されてはならず、特定された待遇は、その条項が、別々の国の投資家同士の競争の歪曲を回避するという目的を果たすというより一般的な意味において、「より有利」でなければならない。[paras.318-319]

上記原則に従えば、紛争解決の文脈では、一般的な有利不利の判断に当たって、紛争解決条項は全体として（部分部分をばらばらにではなく）比較されなければならない。

[para.320]

アルゼンチン・リトアニア BIT 第 9 条を本件 BIT 第 8 条と比較すると、前者の第 9 条は、まず、紛争はまず友好的協議の対象としなくてはならない旨規定し、6 か月間の協議を経て紛争が解決しない場合には、投資家は、当該紛争を、その選択に従い、国際仲裁又は国内裁判所のいずれかに付託できることとなる。同条はまた、フォーク・イン・ザ・ロード規定を置いているため、いったん国内裁判所に紛争を付託したリトアニアの投資家は、

その後国際仲裁を提起することはできない（逆も同様。）。

これに対し、本件 BIT のもとで、イギリスの投資家は、まず国内裁判所で紛争を争い、その後国際仲裁に紛争を付託することとなり、これは、2 回に分けて紛争解決を求めることができるということを意味する。国内裁判所で解決が得られなかった場合に費用と時間はかかるにしても、多くの場合、この仕組みは、6 か月の協議期間経過後に直接国際仲裁を提起できるということに比べてより有利な待遇であるとも評価し得る。「国際仲裁へのアクセスは投資保護の本質的かつ継続的な要件である」ことを認めたとしても、この結論は変わらない。18 か月の待機期間により被る一般的な不利益が証明されれば、かかる要求がより不利な待遇につながると言えるかもしれないが、かかる一般的な不利益は本件で証明されていない。

D. 管轄判断 [paras.326-327]

以上より、アルゼンチンの、18 か月前の国内訴訟提起要件が満たされていない中での仲裁同意の存在は証明されていないため、被申立国によるその他の管轄異議につき判断するまでもなく、本仲裁廷は管轄を有しない。

50 : Marion Unglaube / Reinhard Unglaube v コスタリカ (ICSID Case No. ARB/08/1; ICSID Case No. ARB/09/20)

(JCA ジャーナル 2012 年 11 月号 (41))

判断年月日 : 2012 年 5 月 16 日 (受理可能性及び本案に関する決定)

仲裁廷の構成 : Judd Kessler (米国・長)、Franklin Berman (英国)、Bernardo Cremades (スペイン)

一 判断のポイント :

- ・財産権の行使を制限するものは、事実上の収用と見做される。
- ・コスタリカ政府が、真の公共目的のため財産を収用する権限は問題とならないが、収用措置は公正な市場価格に対する補償を伴う必要がある。
- ・政府措置の正当性はコスタリカ法の下で決められるべき問題。このため、政府との契約が守られないとして、義務遵守条項違反を訴えた場合でも、申立人が説得力のある証拠を示せなければ、認められない。
- ・十分な法的救済の提供に失敗したことを立証するためには、申立人は、特定の裁判所又は行政審判が間違った結果に至ったことを証明するだけでは足りない。正当な権利を証明するため、コスタリカ法が、全体として、合理的な期間内に十分な機会を与えないことを示さなければならない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 背景及び申立人の財産 [paras. 37-42]

本件は、コスタリカのエコ・ツーリズムを目的とした不動産・開発事業に投資したドイツ人投資家と、環境規制によって同投資家が所有する不動産に対して事実上の収用が行われ、その適正な補償等を巡る紛争事案。

当該不動産の近くにあるブラヤ・グランデは、コスタリカの外洋に面した風光明媚な浜辺を含む半島の西側を占めており、ウミガメの一種であるオサガメの産卵地として重要な地域。同地域内では、政府当局の許可を受けて建設された閑静な住宅街やホテルその他商業施設が設けられている。同国政府は、1991 年、Las Baulas 国立海洋公園を創設する意図を表明する等、この産卵地保護のための措置を講じてきた。申立人もエコ・ツーリズムを目的とするリゾート施設を経営しているため、環境規制の必要性について、被申立国との間で対立する意見は有していない。

申立人の所有する不動産は、インフラ整備事業を終え既に販売を完了した第 1 期区域(29.5ha)内にある土地・建物(147-8 区画及び同区画内の Hotel Cantarana と 19-23 区画の宅地)と、第 1 期区域北側に隣接する第 2 期区域(3.5ha)全体の土地。第 2 期区域はまだ区画整備等が行

われておらず、100mほど Playa Grande Beach に面している。このため、第2期区域のうち、海側に面した75m地帯が国立海洋公園内に含まれるかどうかにつき、申立人側から疑義が呈され、法律規定の不明確さや行政機関・裁判所の対応が定まらないまま、収用に対する支払いも長期にわたって行われなかったため、国際仲裁に持ち込まれることとなったもの。

なお、申立人は、1987年第1期区域の整備事業を行っていた Palm Beach 社の所有権50%を取得。1993年に整備事業が完了し、1994年から2004年までの間に、当該区域は区画分けされて販売された。承認された第1期区域では、161区画の宅地と16の商業用ユニット及び2保存区域が供給された。

B. 手続上の経緯 [paras. 1-26]

- ・2008年1月25日、ICSID 仲裁申立て（ドイツ人 Marion Unglaube）
- ・2008年6月12日、手続開始（ICSID Case No. ARB/08/1）。
- ・2009年8月26日、申立人は、憲法裁判所が、2008年12月16日付コスタリカ憲法裁判所決定及びその後にとられた措置に鑑み、国立環境技術事務局（SETENA）に、i) 当該公園の500m緩衝地帯内の環境影響調査、ii) 当該緩衝地帯内の不動産等に対する環境許可及び調査手続の中止、iii) 緩衝地帯内の不動産等を収用すべきか検討するよう命じているとの点を指摘した上で、同裁判所判断と SETENA の対応に照らし、申立人は第2期区域だけでなく、第1期区域内に所有する不動産等の権利も侵害されている旨通報。
- ・2009年11月11日、Reinhard Unglaube（ドイツ人）もコスタリカに対し仲裁申立てを ICSID に提起（ICSID Case No. ARB/09/20）。
- ・2009年12月22日付事務局要請により、二つの事案を併合。
- ・2011年2月21-23日、仲裁廷はワシントン D.C.にて実体事案に関する口頭弁論実施。
- ・2012年4月3日、仲裁廷は仲裁手続の終了を宣言。

三 判断概要：

II. 仲裁判断

A. 受理可能性 [paras. 289-297]

2008年8月1日、第1回会合にて、被申立国は、公園内の第2期区域内の不動産の収用は、コスタリカの法制度が既に政府の補償義務（財産価値と同財産収用の遅延から生じた損害の双方に対して）を認めているため、本件申立ては争訟性を失っているとして、申立人の要求を退けるよう主張。また、公園内の第2期区域の財産に対する支払が不十分であることに関する如何なる訴えも、裁判所がまだ最終的な支払額を決める機会を有していないため、時期尚早であり、それゆえ、申立人ないし仲裁廷のいずれも、その結果が出されるまでは、支払の十分さを評価できないとした。

仲裁廷は、第1回会合にて、これらの被申立国の主張を受入れず、拒否した上で、実体問題と併せ判断することとした。

受理可能性の根拠についての拒否は、管轄権の異議申立てとは本質的に異なる。被申立国は、仲裁廷がこれらの問題につき適切に判断することはできない (may not) としているのではなく、賢慮の問題として、また、コスタリカ裁判所と行政庁における同時進行中の検討——これらは、外部からの介入を受けずに任務遂行することが認められるべきである——をも考慮して、仲裁廷が判断すべきではない (should not) と主張しているのである。

仲裁廷は、該当する土地が収用対象とされてから 8 年以上もの間、コスタリカの裁判所と政府は申立人が受け取るべき金額について未だ何の決定もしていない状況の中で、被申立国の裁判所が所要額の決定を遅らせることは不適切であると考ええる。それゆえ、仲裁廷は申立人 (Marion Unglaube) に支払うべき補償額 (とそれに伴う利子の額) を決定する。

他方、第 2 期区域の海洋公園外の土地及び第 1 期区域内にある土地・建物については、環境上重要な地形の開発に係る適切な制限の必要性に顧慮しつつ、申立人は不動産使用の便益を極大化することができる、公園外の申立人の財産に対する収用は行われていないと結論する。

B. 収用・補償義務 (協定第 4 条 (2) ¹⁾ [paras. 48,192-234]

1991 年 7 月 9 日、コスタリカ大統領と天然資源省 (MIRENE) は、オサガメとその産卵地保護のため、Las Baulas 国立海洋公園を創設する意図を有するとした命令 (1991 年政令) を発出。その中で、政府は私有財産の接収を行うとして、1992 年度予算にて追求する旨示唆しつつ、公園境界の記述は、現行の 50m 立ち入り不能な地帯から更に 75m の追加を含んでいた。もし、その記述に沿って実施されていれば、同政令は Palm Beach Estates プロジェクトの両工期に影響を及ぼすはずであった。

申立人は、コスタリカ当局が一定の行動をとることを条件に当該追加部分の土地をコスタリカに寄付することを申し出、1992 年 3 月に合意が成立した (1992 年合意)。コスタリカ当局がとるべき行動は、(1) Palm Beach Estates Project の両工期の進行を認めること、(2) 市役所及び他の当局にプロジェクトが承認済みである旨伝えること、(3) 土地の寄付を公表し、同公園の実現に尽力した寛大さに謝意を表明すること、である。第 1 期区域のインフラ整備は完了し、分譲区画の販売は 2004 年に完了した。

1995 年に国立海洋公園法 ²⁾ が施行され、外洋に面した側の 75m 境界については、(中間満潮

¹ Article 4 (2) Investments by nationals or companies of either Contracting Party shall not be expropriated, nationalized or subjected to any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation or nationalization in the territory of the other Contracting Party except for the public benefit and against compensation. These measures must be authorized by statute. Such compensation shall be equivalent to the value of the expropriated investment immediately before the date on which the actual or threatened expropriation, nationalization or similar measure has become publicly known... Provision shall have been made in an appropriate manner at or prior to the time of expropriation, nationalization or comparable measure for the determination and payment of compensation shall be subject to review by due process of law. [para. 194] 独コスタリカ BIT の原本は独及び西語のため、申立人側による英訳。

² 1995 年 7 月 10 日、コスタリカ議会は「Las Baulas de Guanacaste 国立海洋公園設立法 (国立公園法)」（法第 7524 号) を可決した。公園の境界を定義するに当たって、同法は特に以下の文言を含めた。“The limit continues in a straight line until reaching an imaginary line parallel to the coast, one-hundred twenty-five meters seaward (‘aguas adentro’) from the ordinary high tide line” [para. 56]

57) 国立公園法第 2 条 “The private lands included in that delimitation shall be subject to expropriation and considered part of the Las Baulas National Marine Park until they acquired by the state through purchases,

線を基準として、陸側ではなく)「海側に“aguas adentro (seaward)”」との用語が用いられた。申立人は、1992年合意の規定振りに加えて、公園境界に関して1995年法にそのように記述されたことを理由に、自分たちの土地は何ら影響を受けないと確信したと主張する。

2003年11月、コスタリカ環境エネルギー省(MINAE)は規則第375号を出し、第2期工事が行われる土地の収用は公共の利益にかなう旨宣言。申立人は、2003年から現在まで、幾度となく、違法、予測不可能、あるいは不公正な経験をさせられてきたのであって、コスタリカ司法制度の形式的な利用可能性とは裏腹に、違法に、かつ適正手続を欠き、協定第4条(2)に反する形で、両工期に係るすべての不動産の所有権の実質を奪われ、今日に至るまで全くの補償を受けていないと主張。

これに対し、被申立国は、申立人の立場は根拠がなく、コスタリカ政府は、オサガメ保護のため国立海洋公園を造るにあたってオープンかつ透明に最善を尽くしてきており、国立公園法にある“seaward”の用語は明白な間違いであり、環境意識の高い申立人にも認識されていたはずであると主張。

さらに、被申立国は、収用手続が遅延し困難なものとなったのは、コスタリカの民主的な法制度の中で牙を剥き出しにして手続闘争をした申立人の非によるものであり、申立人は、1995年国立公園法の境界表記が違法であることを、当該境界は陸側に向かって計測されるべきとの法解釈がコスタリカ司法長官と最高裁憲法局によって承認された後になっても訴え続けた、と主張。

被申立国はまた、2005年から2008年の間の遅延は自らの過失によるものではなく、環境問題に関心を寄せる団体からの請願を受けた結果である旨主張。いずれにせよ、被申立国は、これらすべての問題は解決済みであるとしている。すなわち、第2期区域の75m地帯に関しては、最高裁は既に政府の遅延を厳しく非難して収用を早期に実施するよう命じ、これを受けて、暫定的補償がいつでもなされるようにされている、という。

1. 第2期区域、75m地帯に係る不動産の収用 [paras. 202-223]

協定の収用要件は、公共目的に即したものであり、恣意的・差別的であってはならず、適正手続の遵守は慣習国際法の下における最低限度の基準を満たすもので、迅速・十分・実効的な賠償額を支払うとともに、十分な補償とは市場価値に相当する、というもの。

コスタリカ政府が法に従い、真の公共目的のため財産を収用する権限は問題とはならないが、収用措置は公正な市場価格に相当する補償を伴う要あり。

仲裁廷は、被申立国が75m地帯の収用を始める過程で、申立人に必要な補償を行うとの時宜を得た手配は為されなかったと認定。その結果、申立人が所有する第2期区域の75m地帯は、本協定でいうところの“measures(s) tantamount to expropriation”に照らして、事実上の収用にあたる。

1991年の政令は国立公園の境界を記述しており、それにより75m地帯が明確に組み込まれることとなった。一度、収用のために指定されると、当該地帯は明らかに販売・利用面で影響を受

donations or expropriations; in the interim, owners shall enjoy full exercise of their ownership rights.” [para. 57]

けるが、この時点では、収用に必要な資金を準備しようとしたり、収用を開始するなどの国家による措置は何ら取られなかった。

1995年、国立公園法の施行により公園を創設する手続を進める意図が再表明されたが（もっとも、同法には問題の“seaward”の用語が明確に含まれている）、1995年から2003年の8年間に、申立人の不動産を収用する措置は取られていない。

被申立国がようやく収用に対する直接的な措置を取った2003年と2004年には、申立人は違法な収用と自らは考えるところのものから自己の財産を守るために、熱心に闘争を続けた。被申立国によれば、措置が長引いたのは申立人が非妥協的な態度をとったからであり、申立人は被申立国が誠実に環境保護のためにとろうとする措置を妨げようとして、コスタリカの民主的機関と適正手続において利用可能なあらゆる手段を利用した、ということである。しかし、被申立国が訴えられた Santa Elena 事件³においても示されたように、収用手続の妥当性と時宜適切性を与えるのは被申立国側の責任である。

したがって、被申立国は、(1) おそらくとも2003年7月22日以降に Marion Unglaube の 75m 地帯に係る正当な所有権を収奪する行為を取り始め、(2) その時点においても後の時点においても、協定上必要なタイムリーかつ十分な補償を行っていない。

2. 第2期区域の残存部分と第1期区域の財産

i. 第2期区域残存部分への影響 [paras. 225-230]

申立人は2005年1月に公園の内外にわたる区域に関して環境影響評価報告書を提出した。被申立国は、同年8月に MINAE 決定第 2238 号を発し、公園内のすべての財産に対する環境許可手続を中断した。しかし、申立人は第2期区域に係る公園の外側に限定して報告書を修正して再度提出することができたのであり、環境影響評価手続の遅延の責任が被申立国にあることの証明はなされていない。

ii. 第1期区域不動産への影響 [paras. 78-79, 231-234]

最高裁憲法部会は、2008年に、公園の「隣人」であった民間団体から成る NGO メンバーによって持ち込まれた請願についての決定を出した。この組織は、SETENA と他の政府機関によって取られた措置が絶滅の危機に瀕するオサガメの保護を十分に確保していないことを懸念。

裁判所の決定は SETENA に、公園内の緩衝地帯における建築・観光・基盤開発の潜在的影響の包括的調査を行うよう命じるもので、その緩衝地帯は公園境界から 500m 以内にあるすべての不動産が対象となった。この調査は、6か月以内に完了することが命じられた。裁判所は、SETENA に緩衝地帯内の不動産につき、本件調査が完了するまで、環境耐性許可を差し止め・延期するよう命じた。裁判所はまた、SETENA に対し、サンタ・クルス市から出されたすべての建築許可の取り消しも、同時に命じた。

³ *Compañía a de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award (Feb. 17, 2000) (Fortier, Lauterpacht, Weil).

しかしながら、9か月の遅延後、あるコンサルタントが以下のガイドラインを提案し、それを裁判所が支持した。それは、(1) 1992年合意に近似するもので、(2) 既存の構築物に対して事後に変更を加えるといった行為を何ら所有者に求めるものでない。

従って、第2期区域不動産の残り部分と第1期区域不動産とに関する申立人の利益のいずれも、本協定ないし適用可能な国際法における意味での収用に服せしめられたものではないと結論する。

C. 義務遵守条項（協定第7条（2））⁴ [paras. 170-191]

申立人と被申立国の間で交わされた1992年合意と2008年ロード・マップ合意（MINAEの後継機関であるMINAETが発出した2008年10月16日付書簡。申立人の環境評価要求を受入れようと試みたもの。）に関し、両合意の内容に関する挙証責任は申立人側にあるが、1992年合意は第2期区域プロジェクト開発を最終的に承認したのかについて、申立人は挙証責任を果たしていない。また、第1期区域における改築等の許可が一時停止されたのは、上記NGOからの請願に対応する必要があったからであり、1992年合意の文言や条約の規定は民間人によるそのような請願を不可能なものとするべきことを定めているとする根拠や、それによる遅延が本協定違反であるとする根拠は見出し得ない。

政府措置の合法性はコスタリカ法の下で決せられるべき問題⁵。申立人は、コスタリカ法の下で、被申立国が2008年ロード・マップ合意に違反したとの説得力のある証拠を示していない。そのような違反を証明できずに、協定第7条（2）（義務遵守条項）違反を証明することはできない。

D. 公正衡平待遇義務（協定第2条（1））⁶ [paras. 235-279]

申立人は、1995年国立公園法の文言に反する解釈などにより、自らの合理的な期待が害されたなどと主張する。しかし、いずれにせよ、コスタリカの憲法と法律の下で、有権的かつ最終的に法律解釈を行うのは司法長官と最高裁である。同法の解釈は、コスタリカ法の問題であり、司法長官と裁判所が恣意的、差別的あるいは良心に反する態様で行動したと判断されない限り、仲裁廷が、自己の見解で代用したり、何らかの責任があると判断することは適当でない。仲裁廷は、司法長官あるいは最高裁の説明に何ら権限の濫用を見出さない。

国家の違法行為と裁判の遅延に対して、十分な法的救済を提供しておらず、あるいは、適正な収用手続きが利用できないようにされていることが裁判拒否を構成するとの訴えに関しては、申立

⁴ Article 7 (2) Jede Vertragspartei wird jede andere Verpflichtung einhalten, die sie in bezug auf Kapitalanlagen von Staatsangehörigen oder Gesellschaften der anderen Vertragspartei in ihrem Hoheitsgebiet übernommen hat.

⁵ 義務遵守条項の「義務」の準拠法については、濱本正太郎「義務遵守条項の実体的・手続的效果（投資協定仲裁判断判例研究（24）」JCAジャーナル第58巻5号（2011年）27-33頁参照。

⁶ Artikel 2 (1) Jede Vertragspartei wird in ihrem Hoheitsgebiet Kapitalanlagen von Staatsangehörigen oder Gesellschaften der anderen Vertragspartei nach Möglichkeit fördern und diese Kapitalanlagen in Übereinstimmung mit ihren Rechtsvorschriften zulassen. Sie wird Kapitalanlagen in jedem Fall gerecht und billig behandeln.

人は仲裁過程で証明していない。十分な法的救済の提供に失敗したことを立証するためには、申立人は、個別具体的な司法裁判所又は行政裁判所が間違った結果に至ったことを証明するだけでは足りない。コスタリカ法が、全体として、投資家の正当な権利を実現するために合理的な期間内に十分な機会を与えていないことを示さなければならない。

従って、(1) 効果的救済の欠如、(2) 裁判拒否、のいずれについても、申立人は公正衡平待遇基準の違反の申立てを立証していないと認定。また、国家との契約に基づいた正当な期待を不当に侵害することから生じる公正衡平待遇条項違反も認定しない。

E. 十分な保護及び保障（協定第 4 条（1））⁷ [paras. 280-288]

本論点における申立人の主張は主に D.で行われたものの繰り返しである。申立人がコスタリカにおける裁判手続の遅延に不満を覚えたことは理解できるが、当該手続はコスタリカ法に基づいてなされたものであり、裁判手続に不当な要素や腐敗や差別があったことは証明されておらず、被申立国側が十分な保護と保障を与えていないことは証明されていない。

F. 恣意的又は差別的措置による侵害（協定第 2 条（3））⁸ [paras. 260-267]

申立人は、本条項に西語で “trato desigual injustificado”、独語で “Ungleichbehandlung… nichtgerechtfertigte” とあることを根拠に、執られた措置を正当化する挙証責任を負うのは被申立国であると主張した。しかし、申立人の主張は、文言の通常の意味ないし、協定の交渉経緯などからも支持されるものではない。これらの言葉は繰り返し独語又は西語の協定において使われてきており、国際法において確立した意味を有しており、“arbitrary and discriminatory treatment” という英語表現に適切に訳されてきた。従って、協定第 2 条（3）は申立人の挙証責任を転嫁するものではない。申立人は、本条項に関する主張について挙証責任も果たしていない。

G. 賠償・仲裁手続費用負担 [paras. 298-325]

協定第 4 条（2）に定める補償基準は合法的な収用に関するものであり、上記 B.1.の措置には適用されない。もともと、本件は補償の支払いがないために収用が違法とされる例であり、国際慣習法上の *Chorzow Factory* 事件⁹アプローチと協定第 4 条（2）に含まれている「収用された投資財産価値」のいずれにおいても、適用し得る基準は公正な市場価値である。違法な収用が行われた場合において協定に基づく賠償と慣習法に基づく賠償とが一致するのが一般的であることは驚くべき事ではない。収用措置を受けた当事者は決定日までに当該投資が得たより高い価値

⁷ Artikel 4 (1) Kapitalanlagen von Staatsangehörigen oder Gesellschaften einer Vertragspartei genießen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei vollen Schutz und volle Sicherheit.

⁸ Artikel 4 (3) Eine Vertragspartei wird die Verwaltung, die Verwendung, den Gebrauch oder die Nutzung der Kapitalanlagen von Staatsangehörigen oder Gesellschaften der anderen Vertragspartei in ihrem Hoheitsgebiet in keiner Weise durch willkürliche oder eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung beeinträchtigen.

⁹ Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland) (“Factory at Chorzów”), Permanent Court of International Justice Proceeding, Merits 1928, P.C.I.J. Series A. No. 17

(the higher value) 及び関係費用について償われる。収用の違法性については、補償額算定における仲裁人のその他の裁量的選択に影響しうる。

中心課題は、適切な時点における、75m 地帯の公正市場価格の決定。本案では、都市や工場のような高い密度での土地使用ではなく、1992 年合意に記されたガイドラインが認めるような密度での使用が前提となる。それらのガイドライン（2009 年 10 月最高裁憲法部会で採択された最近の例も含め）は、第 1 期及び第 2 期区域開発のため以下の変数を規定している。

(a) 最大人口密度は 1ha 当たり 20 人

(b) 最高階数は 2 階

(c) 通りからのセットバックは最短 7m

コスタリカで単純不動産権を取得できる数少ない海沿い地の一つであることや、空港に近いことも考慮に入れられる。不動産価格は 2006 年まで急上昇したが、その後、安定し実質的に下落した。

長期にわたる複雑な本件の事実関係からして、「収用日」（すなわち、75m 地帯の評価日）の決定は、複雑なかつ満足しえない数々の選択を前提とせざるを得ないことになる。例えば、75m 地帯が 2003 年に収用されたとすれば（最初の収用の試み）、規則第 375 号（2003 年 7 月 22 日）の直前の不動産価額を算定するのが論理的結論となる。これが、協定第 4 条（2）に表面的には最も近いと思われる。

しかし、同規則は申立人の請求を受けて直ちに撤回されている。その後様々な措置が執られており、75m 地帯は少なくとも 2003 年以降深刻な干渉を受け続けているというべきである。申立人の財産が 75m 地帯の収用の試みによっても何ら影響を受けていなかったとすれば、価格が上昇し、買い手も多数いた 2006 年 7 月の最盛期を含め、2003 年から今日まで、申立人はいつの時点においても自由に財産処分をなすことができただであろう。

仲裁廷は、市場が最高価格を付ける 6 ヶ月前の 2006 年 1 月 1 日において、重要な投資決定をなす売買人が念頭に置いているであろう通常の懸念やネガティブな要素にも一定の考慮を払う価格で、本件財産の売買が行われたと見做すのが妥当と考える。これを基にして、3.1 百万米ドルの損害額が公正かつ妥当なものと結論する。

収用から生じる損害を完全に解消するために、利子率を決定しなければならない。この目的のため、5 年もの米国財務省証券の利子率を適用する。支払い額は 965,900.33 米ドル。

H. 決定

全会一致で以下の通り。

1. 被申立国は協定第 4 条（2）に違反し、申立人 Marion Unglaube から 75m 地帯（公園内の第 2 期区域不動産）を収用と同等の措置により接收した。
2. 被申立国に対し、当該財産の補償として、利子を含め 4,065,900.33 米ドルを申立人 Marion Unglaube に支払うことを命じる。
3. 上記補償の支払いは、当該 75m 地帯の所有権の被申立国への完全な移転を伴う。

4. 弁護費用の各自自己負担と仲裁費用の折半。

51 : Pac Rim Cayman LLC v エルサルバドル共和国 (ICSID Case No. ARB/09/12)
(JCA ジャーナル 2013 年 5 月号 (45))

判断年月日 : 2012 年 6 月 1 日 (管轄権決定)

仲裁廷の構成 : V. V. Veeder (英国・長)、Guido Santiago Tawil (アルゼンチン)、Brigitte Stern (フランス)

一 判断のポイント :

- ・ 手続濫用、時間的管轄権に関する抗弁については、被申立国の行為の性質を検討した上で、申立人の国籍変更以降の請求については抗弁を却下した。
- ・ 利益否認条項に関する抗弁については、申立人の会社としての性質を検討した上で、利益否認の時期を仲裁手続開始後においても可能と判断して抗弁を認容した。
- ・ 被申立国投資法上の管轄権に関する抗弁については、国際裁判における国内法の解釈基準を示した上で、抗弁を却下した (投資法上の請求に限定して管轄権あり)。

二 事案の概要 :

I. 事実関係と手続経緯

A. 当事者

申立人 Pac Rim Cayman は、米国ネバダ州会社であり、カナダ会社 Pacific Rim Mining Corporation の完全子会社である。申立人は、被申立国エルサルバドル共和国において複数の子会社 (企業 Enterprises) を通して採鉱事業を行っていた。

申立人の国籍国¹である米国は、ICSID 条約 (2007 年 12 月 13 日) および CAFTA (2005 年 8 月) の締約国である。申立人の親会社の国籍国であるカナダは両条約の締約国ではない。被申立国は、ICSID 条約 (1984 年 4 月 5 日) および CAFTA (2006 年 3 月 1 日) の締約国である。
(paras.1.1-1.7)

B. 紛争

申立人は、(i) 申立人による MINEC (被申立国財務省) 採鉱免許のもとでの金銀資源の発見につづく、企業体による採鉱コンセッションおよび環境上の許可の申請における被申立国の恣意的・差別的行動、透明性の欠如、不公正・不衡平待遇、(ii) 国内法規定に従った投資保護の被申立国の不履行、(iii) 被申立国による投資の違法 (unlawful) 収用について請求を提起した。

申立人によれば、被申立国は、CAFTA 第 10.3 条 (内国民待遇)、第 10.4 条 (最恵国待遇)、第 10.5 条 (待遇の最低基準)、第 10.7 条 (収用と補償)、および第 10.16.1 条 (b) (i) (B) (投

¹ CAFTA 第 10 章の「締約国の企業」の定義は、設立準拠法基準を原則とし、締約国に所在し事業活動を行う支店を含む。Article 10.28 enterprise of a Party means an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there.

資認可)に違反した。また、被申立国投資法(第5条平等保護、第6条無差別、第8条収用)にも違反した。さらに、被申立国の鉱業法、憲法、民法、公務員倫理法にも違反した。(paras.1.8-1.13)

C. 2010年8月2日決定

被申立国は、CAFTA第10.20.4条²および第10.20.5条³に基づく先決的抗弁を提起したが、仲裁廷はいずれも認めなかった。(paras.1.14-1.16)

D. 被申立国の管轄権抗弁

被申立国は、仲裁廷の管轄権に関する抗弁を提起した。書面提出、口頭審問、非紛争当事国(コスタリカ、米国)の書面提出、*Amicus Curie*書面提出(エルサルバドル鉱業国家円卓会議、国際環境法センター)を経て、被申立国の管轄権抗弁は修正、整理された。(paras. 1.17-1.45)

管轄権に関する争点は、(A) CAFTA上の請求についての「手続濫用」、(B) 時間的管轄、(C) CAFTA上の請求の「利益否認」、(D) 「手続濫用」がCAFTA上の請求のみの場合の「投資法」、(E) 費用という構成で判断する。(para.1.46)

三 判断概要：

II. 仲裁廷の判断

A. 手続濫用

手続濫用は、CAFTA上の請求に対する管轄権抗弁に関する決定的争点ではないが、当事者への礼儀上、この争点から検討する。(para.2.1)

まず、どちらの当事者に立証責任があり、どのような立証基準が適用されるのかを検討する。本件においては、第一に、相当量の証拠が両当事者から提出されており、仲裁廷は、両当事者が関

² Article 10.20.4. Without prejudice to a tribunal's authority to address other objections as a preliminary question, a tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim submitted is not a claim for which an award in favor of the claimant may be made under Article 10.26.

(a) Such objection shall be submitted to the tribunal as soon as possible after the tribunal is constituted, and in no event later than the date the tribunal fixes for the respondent to submit its counter-memorial (or, in the case of an amendment to the notice of arbitration, the date the tribunal fixes for the respondent to submit its response to the amendment).

(b) On receipt of an objection under this paragraph, the tribunal shall suspend any proceedings on the merits, establish a schedule for considering the objection consistent with any schedule it has established for considering any other preliminary question, and issue a decision or award on the objection, stating the grounds therefor.

(c) In deciding an objection under this paragraph, the tribunal shall assume to be true claimant's factual allegations in support of any claim in the notice of arbitration (or any amendment thereof) and, in disputes brought under the UNCITRAL Arbitration Rules, the statement of claim referred to in Article 18 of the UNCITRAL Arbitration Rules. The tribunal may also consider any relevant facts not in dispute.

(d) The respondent does not waive any objection as to competence or any argument on the merits merely because the respondent did or did not raise an objection under this paragraph or make use of the expedited procedure set out in paragraph 5.

³ Article 10.20.5. In the event that the respondent so requests within 45 days after the tribunal is constituted, the tribunal shall decide on an expedited basis an objection under paragraph 4 and any objection that the dispute is not within the tribunal's competence. The tribunal shall suspend any proceedings on the merits and issue a decision or award on the objection(s), stating the grounds therefor, no later than 150 days after the date of the request. However, if a disputing party requests a hearing, the tribunal may take an additional 30 days to issue the decision or award. Regardless of whether a hearing is requested, a tribunal may, on a showing of extraordinary cause, delay issuing its decision or award by an additional brief period, which may not exceed 30 days.

与しうる証拠に基づいて公正な決定を行える状況にあり、第二に、*prima facie* 基準は、管轄権段階における申立人の主張の本案についての判断に限定されるのであり、管轄権に関して直接依拠する事実の争点には適用できない⁴から、管轄権に関するすべての事実は、管轄権段階で *prima facie* 基準よりも高い基準、すなわち証拠の優越または蓋然性衡量の基準によって立証されなければならない。立証責任については、積極的主張をする当事者が立証責任を負う。管轄権段階では、申立人が仲裁廷の管轄権を立証する必要がある。ただし、管轄権段階に対して積極的抗弁をする場合には、被申立国に立証責任がある⁵。(paras.2.2-2.15)

仲裁廷は、申立人自身の証拠に基づく事実として、申立人の国籍変更の主要な目的は、CAFTA上の投資保護の権利を得ることと被申立国に対する国際仲裁手続を利用可能とすることであると認定する。Pacific Rim グループのコスト削減などの他の目的は支配的ではない。また、申立人は、ネバタ州 LLC がケイマン諸島会社よりも低コストであることを立証していない。(para.2.41)

申立人の国籍変更が、手続濫用か否かは、2008年3月以降の申立人の投資に損害を与えたとされる関連措置または実行が、国籍変更日である2007年12月13日より前に行われたか後に行われたかを検討する必要がある。(para.2.52)

仲裁廷は、関連会社による採鉱コンセッションおよび環境許可の申請への措置が、事実上の禁止令に従ったものであることを申立人が知ったのは2008年3月11日の大統領演説によってであると認定する。しあがって、両当事者に紛争が生じた時点は、大統領演説の時点である。(paras.2.58-2.60)

しかし、事前の実行の最終時点としての大統領演説と申立人らへの侵害を生じる実行の実効的開始としての大統領演説を区別する必要がある。(para.2.61)

申立人は、大統領演説は、(i) それまで存在しない新政策を公表するものである、(ii) 継続的行為である実行の存在を承認するものである、(iii) 複合的行為である実行の存在を承認するものであると主張する。手続濫用との関係からは、問題の措置が申立人の国籍変更日前に始まり、変更日後も続いていることが重要である。(paras.2.62-2.65)

国際違法行為がいつ生じたかを正確に識別することは、事実に関する困難な問題であることが多い。それは、国際責任法において重要な帰結をもたらす、投資協定仲裁においては、仲裁廷の管轄権行使に直接影響する。(para.2.66)

国際違法行為には、(i) 一回の行為 (one-time act)、(ii) 継続的行為 (continuous act)、(iii) 複合的行為 (composite act) が存在しうる。

仲裁廷は、本件の関連措置が、申立人の国籍変更日前に完了した「一回の行為」か否かを判断する。「一回の行為」であれば、申立人による仲裁提起は手続濫用となる。提出された証拠および両当事者の主張から、(i) 国籍変更日以前に申立人は許可およびコンセッションの獲得が困難であると知っていた、(ii) 被申立国当局との間の当該困難の解決の話し合いは、大統領演説後

⁴ Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No.ARB/06/5, Award, 15 April 2009, paras.60-61.

⁵ Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No.34877, Interim Award, 1 December 2008, para.138.

の 2008 年半ばまで行われた、(iii) 行政手続の法的終了を構成する法的期日後の両当事者間の意見交換は、国籍変更日以前には申立人に対する扉が閉じられていなかったことを示している、(iv) 手続を終了する公式の決定は被申立国によってなされていなかった、と判断する。また、申立人はカウンターメモリアル以降では、関連措置は MARN および MINEC の個別措置は含まず、申立人の国籍変更日前には公になっていなかった被申立国の事実上の禁止令または実行であると主張する。したがって、関連措置を「一回の行為」とするならば、紛争が生じたのは早くとも 2008 年 3 月である。しかし、複数の作為・不作為を含むこの問題の関連措置を「一回の行為」とすることはできない。(paras.2.79-2.86)

つぎに、国籍変更前と後の両方からなる事実上の禁止または実行が、「複合的行為」か否かについて判断する。「複合的行為」であれば、国籍変更日後に生じた行為のみが、被申立国の負う CAFTA 上の責任を構成する。2008 年 3 月に公になった問題の実行の一部となりうる国籍変更日後に生じた関連措置が主張されていない状況で、禁止令を個々の行為とは別の法的地位、すなわち複合的行為としての性格づけることはできない。(paras.2.87-2.88)

「継続的行為」に当たる場合も、国籍変更日後に生じた行為のみが、被申立国の負う CAFTA 上の責任を構成する。問題となる違法な実行は、不作為であると主張されており、それがなされた正確な期日を与えることは困難である。本件事情においては、不定期間に続いた不作為は、国際法上の継続的行為を構成するとみなされる⁶。(paras.2.89-92)

したがって、事実上の禁止令は、国際法上の継続的行為を構成し、申立人の国籍変更日前の環境上の許可および採鉱コンセッションの要請後のある時点から開始し、国籍変更日以降、2008 年 3 月の大統領演説時まで継続した。(para.2.94)

このことの法的帰結は、手続濫用のみならず時間的管轄権の問題とも関係する。(para.2.95)

国籍変更は、どの時点で行われた場合に手続濫用を構成するか。関連当事者が、現実の紛争を見ることができるか、単に対立可能性があるだけでなく非常に高い蓋然性をもって特定の将来の紛争を予測できる場合に境界線が設定される。この境界線の時点以前では、手続濫用は生じず、以後では生じる。ただし、本件では相当のグレーゾーンがある。(paras.2.99)

投資家が、自らの投資に悪影響が生じていることに気づいており仲裁に付託しようとしている場合に、「shell」子会社の国籍を操作して条約上の管轄権を得ようとすることは、濫用であることは明らかである。とくに信義則に反する場合や、現在または将来の紛争を完全に認識している場合は申立人の不正な小細工は排除されなければならない。(para.2.100)

手続濫用についてのこのアプローチは、条約の解釈適用の不遡及原則に基づく時間的管轄権のアプローチとは異なる。仲裁廷が時間的管轄権を有するか否かは、問題の措置が、CAFTA が申立人に適用可能となった時点で生じていた行為または事実、あるいは継続していた状況からなるか否かによる。申立人が、問題となる条約違反や、現在または将来の紛争を認識していたかは問

⁶ *SGS v. Philippines* 事件、*African Holding* 事件では、債務不払に関して同様の判断がなされた。*SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines*, ICSID Case No.ARB02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, para.167, *African Holding Comany of America, Inc. And Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No.ARB/05/21, Sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité, 29 July 2008.

題とならない。(paras.2.101-2.102)

国籍変更日前に開始してその後も継続する継続的行為として性格づけられる問題の実行が存在する際に、仲裁廷は、継続的行為のうち国籍変更日以降に生じた部分について時間的管轄権を有する。(para.2.104)

仲裁廷は、継続的行為のうち国籍変更日以降に生じた部分について CAFTA 上の時間的管轄権を有するが、申立人が現実または将来の紛争を認識して国籍変更を行った場合は、手続濫用によりその行使を差し控えることになる。(para.2.107)

申立人の CAFTA 上の請求の法的小よび事実の基礎をなす「事実上の禁止令」は、2008 年 3 月以降の申立人の賠償請求に係る継続的行為と判断されなければならない。これは、2008 年 3 月の大統領演説によって申立人に認識されたのであり、2007 年 12 月 13 日の国籍変更日以前に、申立人は、被申立国との間に現実または将来の CAFTA 上の紛争を知りえないし、予見もできない。(para.2.109)

以上の理由から、申立人の国籍変更は、仲裁廷の管轄権の講師を差し控えるべき濫用には当たるとは立証されない。

B. 時間的管轄権

時間的管轄権については、前期の手続濫用との関連ですでに判断しており、さらに申立人の CAFTA 上の請求に対する仲裁廷の管轄権に関して決定的なものではないが、当事者への礼儀として短く検討する。(paras.3.1-3.2)

この争点について検討すべきは、(i) CAFTA 第 10.28 条上の投資をしている投資家であるために、企業は締約国のすでに国民もしくは企業でなければならないか、または投資がなされた後に国籍を取得することができるか、(ii) 関連する措置は何か、および、この争点での措置の期日はいつか、(iii) *Commerce Group* 事件との関係、である。(para.3.31)

第一の問題について、CAFTA の条文、趣旨または目的において、CAFTA 上の保護を受けるために、投資家は投資前に締約国の国籍を有することが要件であるとは述べられていない。CAFTA 第 10.28 条は、締約国の投資家の資格の要件の充足において、明確な年代的順序を要求していない。CAFTA が要求するのは、投資がなされる前に投資家が締約国の国籍を有することではなく、他の締約国による CAFTA 違反が発生する前に当該国籍が存在することである。本件においては、申立人に求められる CAFTA 上の国籍が関連する時点で存在するか否かを定めるために、両当事者間の紛争の発生時期を決定する必要がある。(paras.3.32-3.34)

第二の問題の紛争の発生時期には、両当事者間に対立があるが、前述の手続濫用で検討したように、紛争は、申立人の主張する 2008 年 3 月 13 日に発生したと認定する。

この認定の帰結は、紛争が発生した 2008 年 3 月の時点で申立人が CAFTA 締約国である米国の国籍を有していること、および、申立人が問題とする関連措置は、2008 年 3 月以前には発生していない CAFTA 上の違法な作為または不作為に絞られる。(paras.3.35-3.38)

第三の問題の *Commerce Group* 事件において事実上の禁止令は政府の政策であり CAFTA に

いう措置 (measure) ではないと判断されたこと⁷の関係について、仲裁廷は、この判断は特定の事件の文脈における判断として読まれなければならないと考える。Commerce Group 事件の判断は、CAFTA 第 10.18 条の waiver 条項との関係から出されたものである。本件は、Commerce Group 事件とは相当異なる。本件で問題となる関連措置は、投資家の権利を特定の時点で終了させる特定一意の政府の措置ではなく、金属採鉱投資を進める許可とコンセッションを保留するという被申立国の継続的実行である。さらに、申立人は、被申立国国内裁判所に訴訟を提起していない。申立人には本案段階でその請求の立証責任があるが、この仲裁廷への申立人による付託方法は、Commerce Group 事件とは異なるもので援用できない。(paras.3.39-3.43)

仲裁廷は、CAFTA 上の請求に対する被申立国の時間的管轄権に関する抗弁を却下する。(para.3.44)

C. 利益否認条項

第三の争点である利益否認は、CAFTA 第 10.12.2 条によって締約国に許可されるものである(要求されるものではない)。CAFTA 第 10.28 条および第 2.1 条の「企業 (Enterprise)」の定義は広範である。本件は、CAFTA 第 10.12.2 条上の利益否認の争点の判断を求められる最初の事例である。これらの事情のもとでの判断において、仲裁廷が、他の条約とくに ECT の利益否認条項に関する先例に依拠することは望ましいか否かを考慮する。それらの異なる文言使用、文脈および効果の観点から、そのようにしないことを選択する。仲裁廷は、本件において関連する CAFTA の文言そのものを関連する国際法上の条約解釈原則 (ウィーン条約法条約) に従って解釈することとする。(para.4.1-4.5)

利益否認に関する争点については、法と事実の両面で、被申立国が CAFTA 第 10.12.2 条にしたがって申立人の CAFTA 上の利益を有効に否認したことの立証責任は、第一義的には被申立国にある。(para.4.60)

1. 実質的活動

国際法に基づきその趣旨目的に沿って解釈した CAFTA 第 10.12.2 条によれば、被申立国は、(i) 申立人が米国において (形式上のものを越えた) 実質的経済活動をおこなっていないこと、(ii) (a) 申立人が CAFTA 非締約国 (ここではカナダ) の人 (person) に所有されている (owned) か、(b) 申立人が CAFTA 非締約国 (カナダ、あるいは少なくとも CAFTA 締約国である米国または被申立国以外の国民) の人に支配されている (controlled) ことを立証しなければならない。さらに、第三の要件として、被申立国が CAFTA 第 10.12.2 条の利益否認を適切な時期に選択することが求められるか、そうならば、本件において被申立国は適切な時期に選択したかを検討する。(para.4.61)

申立人を含むカンパニーグループが、2007 年 12 月以降、米国において実質的経済活動を行っていたことは証拠から明白である。しかし、問題となるのは、カンパニーグループの集会的

⁷ Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/17, Award, 14 March 2011, para.112.

活動ではなく、「企業 (the enterprise)」それ自体、すなわち申立人の活動である。申立人それ自体の活動が、CAFTA 第 10.12.2 条にいう「実質的」レベルに達していない場合に、それ自体の活動のレベルを上げるのに、他の自然人または法人の個別活動を集積することはできない。米国において申立人の一定の活動があり、それらの米国法上の正統性の問題はないと認定するが、申立人は 2007 年 12 月以前も以後も、国籍変更による実体的変化はなく、米国およびケイマン諸島のいずれにおいても受動的行為体 (passive actor) であった。証人の証言によれば、米国ネバダ州におけるカンパニーグループの主たる活動は、申立人のものではなく Pacific Rim Exploration 社の「探鉱」および「利潤創出」に関するものであり、申立人はこれらの活動の射程から除外される。(paras.4.61-4.71)

仲裁廷は、伝統的な持株会社が CAFTA 第 10.12.2 条の要件を満たすことはできないとは判断しない。一般的に、持株会社は受動的存在である。持株会社の商業的目的は、カンパニーグループの利益、課税およびリスクマネジメントに留意しつつ、カンパニーグループの株式を所有することである。持株会社は、通常、取締役会、取締役会議事録、継続的物理的存在および銀行口座を有する。それは、申立人には当てはまらない。仲裁廷は、証拠からは申立人のケイマン諸島会社として活動と国籍変更後の米国会社としての活動に実体的差異を認められない。国籍変更にもかかわらず申立人の活動の所在地は同じである。そのような活動は実質的とはいえない。(paras.4.72-4.73)

CAFTA 第 10.12.2 条の第一の要件は、米国領域における実質的活動である。申立人の地理的活動が、ケイマン諸島会社としての活動と実体的差異のない場合、それを申立人の米国領域における活動とすることはできない。申立人の主たる活動は、ケイマン諸島におけるものも米国におけるものも、エルサルバドル子会社の株式の所有である。米国領域における経済活動について、申立人は、子会社の株式を所有する伝統的持株会社ではなく、地理的所在のない「shell」会社に等しいと仲裁廷は判断する。(paras.4.74-4.75)

第一要件について、仲裁廷は、申立人およびその子会社などによる投資に関してエルサルバドルに投入された資本の源の詳細を扱う必要はない。これらの活動は米国における申立人自身の活動の一部としてなされたのではなく、そのカナダ親会社である Pacific Rim 社によってなされたものである。(para.4.76)

申立人は、2007 年 12 月以降、米国において実質的経済活動を行なっていなかった／行なっていないと認定する。(para.4.78)

2. 所有／支配

所有については、申立人が (CAFTA 非締約国である) カナダ親会社 Pacific Rim 社によって完全所有されていることに当事者間に争いはない。しかし、このカナダ会社の株主の多数は、米国に居住している、あるいは少なくとも郵便住所 (postal address) を有している。この事実により、申立人は、間接的にはあるが、CAFTA 締約国 (米国) の人に所有されていると主張する。(paras.4.79-4.80)

仲裁廷は、米国民としての自然人について米国移民国籍法を参照する CAFTA 補遺 2.1 を適

用するという被申立国の主張が正しいと考える。この法における米国市民権および永久忠誠義務の要件は、カナダ親会社の株主の米国郵便住所の提示だけでは充足されない。仲裁廷は、申立人の間接所有が申立人の所有の国籍の立証に影響するか否かという問題はここでは判断しない。(para.4.81)

申立人は CAFTA 非締約国の法人である Pacific Rim 社に所有されていることを事実として仲裁廷は認定する。これらの事情において、仲裁廷はこの第二の要件における「支配」について決定する必要はない。(para.4.82)

3. 期限

CAFTA は、第 10.12.2 条上の利益否認を選択する期限を明示していない。この問題は、本件においては以下の 3 つの理由から困難を生じない。(para.4.83)

第一に、申立人に対する CAFTA 上の利益否認は、被申立国による注意深い検討と時間を要する特別の留意が求められる決定である。2010 年 3 月 1 日（米国への通知）または 2010 年 8 月 3 日（申立人に対する利益否認の発動）まで待つことにより、被申立国が申立人に対するなんらかの優位を得ようとしたとは認められない。(para.4.84)

第二に、本件仲裁は、申立人が選択した ICSID 条約および ICSID 仲裁規則に基づく仲裁である。ICSID 仲裁規則第 41 条によれば、紛争が ICSID の管轄権の範囲外である、または、他の理由により仲裁廷の権限の範囲外であるという被申立国による抗弁は、できるだけ早期に提起されるものとされ、答弁書の提出期限よりも前でなければならぬとされる。本件においては、これが CAFTA 第 10.12.2 条に関する期限となる。これ以前のいかなる期限も、CAFTA 第 10.12.2 条の文言上正当化されない。さらに、コスタリカおよび米国の陳述にあるように、これ以前のいかなる期限も、CAFTA 締約国に対して当該条項の趣旨および目的に反する相当の実行上の困難を生じることになる。被申立国は、ICSID 仲裁規則第 41 条によって課された期限を遵守した。(para.4.85)

第三に、仲裁廷は、ICSID 条約第 25 条（1）および第 27 条（1）に関する申立人の主張を認めない。ICSID 条約第 27 条（1）によれば、ICSID 仲裁に付託された紛争に関して、その仲裁判断が出される前の外交的保護を排除する。仲裁廷は、CAFTA 第 20.4 条および第 18.3 条の手続は外交的保護の行使となるとは判断しない。ILC 外交的保護条文草案（2006 年）は、外交的保護と他の行動および手続を区別している。また、ICSID 条約第 27 条も同様に、「外交上の保護」と「紛争の解決を容易にすることのみを目的とする非公式の外交上の交渉」を区別している。CAFTA 第 18.3 条および第 20.4 条に基づく手続は、国際法上の外交的保護の要件を満たさない。したがって、ICSID 条約第 27 条（1）に関する申立人の主張は却下する。ICSID 条約第 25 条（1）に関しては、被申立国の CAFTA 第 10.16.3 条（a）による ICSID 仲裁への付託同意は、CAFTA 第 10.12.2 条によって制限されるという被申立国の主張を有効なものと認定する。ICSID 仲裁開始後の CAFTA 締約国による利益否認の援用は、ICSID 条約第 25 条（1）にいう当該当事者の一方的同意の撤回には当たらない。(paras.4.86-4.90)

以上により、仲裁廷は、エルサルバドルにおける投資家としての申立人およびその投資は、

CAFTA 第 10 部の保護を否認されるということを被申立国が立証したと認定する。したがって、ICSID および本件仲裁廷は、いかなる CAFTA 上の請求についても管轄権あるいは他の権限を有しない。(para.4.92)

D. 投資法

非 CAFTA 上の請求について、エルサルバドル投資法上の仲裁廷の管轄権に関する被申立国の抗弁について検討する。この問題の論点は、立証基準ではなく、法解釈の問題として判断される。ただし、法解釈の問題として非 CAFTA 請求に対する仲裁廷の管轄権を立証するのは、究極的には申立人である。(paras.5.1-5.2)

ICSID 条約第 25 条によれば、センターの管轄権は、「締約国と他の締約国の国民との間で投資から直接生じる紛争であって、両紛争当事者がセンターに付託することについて書面により同意したものに及ぶ」とされ、投資法第 15 条は、外国投資家と国家との間のエルサルバドルにおける投資に関して生じた紛争について、投資家は、(a) ICSID に付託できる (may submit) と規定する。(para.5.27-5.28)

ICSID 条約の枠組においてそれを基礎としてなされたものである投資法第 15 条は、実際に使われている用語を考慮して、自然かつ合理的な方法で解釈されなければならない。投資法 15 条の用語は、明白かつ一義的なものである。外国投資家と被申立国との間に、エルサルバドルにおける投資に関して紛争の ICSID への付託することについての外国投資家に選択権 (may) を与えることで、投資法第 15 条は、外国投資家に対して請求を国内裁判所に提起するか ICSID に付託するかを決定権を与える。したがって、投資家が受諾可能な ICSID 条約第 25 条の被申立国の同意を構成する。(paras.5.36-5.37)

ICSID 条約上、同意は明白かつ書面によらなければならない、本件において、被申立国によって正当にそれら両要件は充足され、その後、申立人が ICSID 仲裁手続を開始したことによって書面により受諾された。(para.5.38)

エルサルバドル憲法第 146 条に関しては、仲裁廷はそれらの規定が投資法第 15 条による ICSID の管轄権への同意と両立しないあるいは矛盾するとは判断しない。第 146 条は、エルサルバドル憲法第 6 編第 I 章第 3 節「条約」におかれる。第 146 条の目的は、条約またはコンセッションにおける交渉対象を限定することである。第 146 条は、憲法上の制約に服することを条件として、条約または契約において紛争を仲裁または国際裁判に付託することをエルサルバドル政府に認めている。被申立国が ICSID 仲裁に同意できる文書は第 146 条に参照されない法または他の文章を排除するという形で限定されているという解釈は、合理的ではなく法的支持もされない。(paras.5.41)

エルサルバドルにおける投資の不存在を理由とする申立人への投資法の不適用については、申立人の国籍は、投資法上の「外国投資家」の判断において無関係であると仲裁廷は判断する。申立人は、2005 年以降、投資法上の外国投資家として登録されていた。申立人は、2007 年 12 月 13 日まではケイマン諸島会社であり、それ以降は米国会社である。申立人は、英国 (ケイマン

諸島) および米国による ICSID 条約の批准の効果により、投資法第 15 条に依拠できる。投資法上の「外国投資家」の定義は広範なものである。また、被申立国の経済省の登録簿は、エルサルバドル政府が申立人を常に外国投資家として扱ってきたことを示している。したがって、申立人が投資法第 15 条にいう外国投資家であると結論付けるために、エルサルバドルにおける申立人による投資についての事実的な分析は不要である。(paras.5.43-5.44)

CAFTA の waiver 条項との関係については、すでに 2010 年 8 月 2 日の決定において判断している。仲裁廷は、個別の投資保護そして個別だが同質の仲裁条項 (CAFTA と投資法) から生じる異なる請求の ICSID 仲裁において法律上の困難はないと判断する。これらの仲裁手続は、ICSID 条約にもとづいて ICSID 事務局長により一度登録された同一の通知による同一の仲裁廷による同一当事者間の同一かつ単一の ICSID 仲裁として、不可分なものである。これらの ICSID 手続を単一の仲裁として継続することについて被申立国に対する不公正はない。(paras.5.45-5.46)

仲裁廷は、仲裁手続は分割不可能であると判断するが、申立人の請求が分割不可能とは判断しない。仲裁廷は、申立人の CAFTA 上の請求についての管轄権を否定した。この ICSID 手続における本案判断の対象は、申立人の非 CAFTA 上の請求である。これらの請求について判断する仲裁廷の管轄権は、申立人の CAFTA 上の請求が却下されたことによって影響されない。申立人が、CAFTA 上の請求と投資法上の請求の両方について本件手続を開始したことは CAFTA の waiver 条項違反とはならない。開始したことが違反とならない場合に、それを継続することが違反となると考えることは困難である。(para.5.47)

以上の理由により、仲裁廷は、被申立国の投資法第 15 条に基づく管轄権抗弁を却下し、申立人の非 CAFTA 上の請求の本案について判断をする管轄権を認める。この判断は、被申立国の管轄権抗弁に厳格に限定される。申立人の非 CAFTA 上の請求およびそれに対する今後の被申立国の防禦の優劣についてのいかなる論点についても、法的にも事実的にも影響を与えるものではない。(para.5.48)

E. 費用

費用の問題は、第一段階 (2010 年 8 月 2 日の決定) において最終段階まで留保することが決定された。今回、CAFTA 上の請求が管轄権なしと判断されたため、CAFTA 上の請求は最終段階であるともいえる。しかし、最終判断との関係でバランスをとる必要がある。今回の管轄権決定においては、両当事者とも完全勝利でも完全敗北でもない。(paras.6.78-6.79)

ICSID 仲裁規則第 28 条 (1) の裁量として、非 CAFTA 上の請求の実際の結果が、費用負担の配分の関連ファクターとなるため、この段階では費用について判断しない。また、ICSID 仲裁規則上、費用に関する判断は「仲裁判断 (award)」に限定される。(paras.6.80-6.83)

52: Antoine Goetz, Theresia Pooters, Sven Goetz, Sandra Weyler, Alain Goetz, Sylvain Goetz et S.A. Affinage des Métaux v ブルンジ共和国 (Affaire CIRDI No. ARB/01/2)
(JCA ジャーナル 2013 年 12 月号 (52))

判断年月日: 2012 年 6 月 8 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成: Gilbert Guillaume (フランス・長) / Jean-Denis Bredin (フランス) / Ahmed Sadek El Kosheri (エジプト)

一 判断のポイント:

- ・ 間接収用が成立するためには、投資家が投資財産に帰属する利益を奪われるだけでは足りず、当該投資財産の支配を奪われるか、投資財産が全く使用できなくなることが必要である。
- ・ 投資財産の支配又は使用を毀損する措置が、投資家による投資受入国の為替規制違反を原因として行われたものであっても、投資家が、投資受入国における不明確な法的枠組みの中で事業を行った結果違反に至ったとの事情がある場合には、間接収用が成立する。
- ・ 投資協定違反を構成する事実の発生に申立人の落ち度が寄与している場合には、賠償額の一部が減額される。
- ・ ICSID条約に基づく投資仲裁における被申立国による反対請求は、当該請求が紛争の主題と直接に関係する場合には、管轄及び受理可能性が認められる。

二 事案の概要:

I. 事実関係

A. 事案の背景 [paras 1-8, 173-175]

1992年8月31日、ブルンジは委任立法1/30号により免税特区の制度を創設した。本法に基づき、1993年2月3日に商業大臣は、「純度99.9%の純銀及び金塊及び金粉の生産、合金及び宝石の生産、貴金属の加工及び製錬並びに貴金属の成形を目的として、」Goetzらが所有するS.A. Affinage des Métaux (以下「AFFIMET社」という。)に対して免税事業証明書 (certificat d'entreprise franche) を発行した。

1993年にGoetzらとブルンジとの間で、AFFIMET社に対して付与された免税事業許可の撤回をめぐる紛争が生じた。当該紛争には1993年9月13日に締結されたベルギー＝ルクセンブルグ経済連合とブルンジ共和国との間の投資の相互の促進及び保護に関する条約 (以下「本投資協定」という。) が適用され、ICSID仲裁に事件番号ARB/95/3として係属した。当該仲裁廷は1998年9月2日に第一判断を行い、その判断に基づき、ブルンジとAFFIMET社は1998年12月23日に、和解議定書 (以下「第一議定書」という。) に署名した。第一議定書第2条に基づき、ブルンジは同日にAFFIMET社との間で同社の将来の営業に関する特別協定 (以下「1998年12月23日の特別協定」という。) に署名した。当該仲裁廷は1999年2月10日に、第一仲裁判断並びに第一議定書及び1998

年12月23日の特別協定を取り込んだ当事者和解の仲裁判断を行っている。

本件紛争では、上記仲裁判断の後に、申立人が保有するAFFIMET社、S. A. African Bank of Commerce（以下「ABC」という。）、S. A. City Connexion Airlines（以下「CCA」という。）、S. A. CCA Manitenance（以下、「CCA Maintenance」という。）に対してブルンジが行った以下の措置が問題となった。

B. AFFIMET社について [paras 185-190]

被申立国はAFFIMET社に対して以下の措置を行った。

- ① 2000年2月14日、15日、ブルンジ当局により、AFFIMET社の事務所がABCに関する捜査の一環として24時間にわたり閉鎖された。
- ② 2000年6月から9月にかけて、AFFIMET社の資材が、適用範囲及び理由を明確にすることなく、税関により差し押えられた。
- ③ 2001年3月から8月にかけて、ブルンジは、AFFIMET社の金の輸出についての地質鉱業部により交付される許可又は証明書の提出を要求し、その輸出を差し止めた。
- ④ 2002年4月から6月にかけて、ブルンジは、理由を明確にすることなく、AFFIMET社に対して承認した輸出に対する税金の免除を停止した。

C. ABCについて [paras 212-235]

1994年6月2日、ABCは商業大臣に対し、同社を免税特区制度の適用を受ける企業として承認を行うように申請。同社は、その際、銀行サービスを非居住者及び必要に応じてブルンジで設立される免税企業に対してのみ提供することを約束した。

1994年7月7日の書簡により、ブルンジ共和国銀行（以下、「中央銀行」又は「BRB」という。）は、商業省に対して、ABCによる申請について異議はない旨通知した。ただし、同銀行は同書簡において以下の条件を付している。

- i) ブルンジ共和国銀行は、いつでもABCの書類を検査することができる。
- ii) ブルンジフランへの両替はBRBを経由しなければならない。
- iii) 全ての銀行業務及び付帯業務は他の免税企業及び非居住者と行わなければならない。
- iv) 「非居住者」とは、営利団体、自然人又は法人で、国籍にかかわらず、主たる住所地が外国であるもの、自然人については、年間2ヶ月を超えてブルンジに滞在しない者である。例えば、外交官及びその他の派遣員は、この定義によれば居住者である。（下線追加）
- v) （省略）

1994年7月25日、商業大臣は、銀行サービスを非居住者及びブルンジで設立された免税企業に提供するためにABCに対し免税特区事業証明書を交付した。BRBにより提示された条件は当該証明書に取り込まれなかった。

1995年3月23日、ABCは、BRBに対して、同社の会計監査役が、免税特区制度が銀行事業に関す

る規則を含んでいないことを憂慮している旨、商業大臣によればかかる規定が検討されている旨を伝えた。ABCはかかる規定を前提にBRBに対して、事務書類及び財務書類を送付し、一時的な承認を申請した。

1995年6月16日、BRBは、銀行法の枠組みにおいては、本件の申請に対して好意的な結果を保証することはできない旨回答。BRBはABCに対して、いかなる態様であろうとも、現在準備中であるとされている適切な法的枠組みが制定されてから銀行事業の設立を行うことを慫慂した。

1998年3月12日、BRBはABCが1994年7月7日に中央銀行が商業省に送付した書簡の規定を遵守していない旨を通知した。BRBは、ABCに対し、上記書簡（iv）に定義されている居住者の口座を閉鎖するように要求し、ブルンジフランへの両替業務は（ii）に従い、すべて中央銀行を通すことを再度確認した。

1999年8月30日、商業大臣は、オフショア銀行の営業についての法的枠組みを明確にするための委員会を設立したことを表明した。

しばらくして、BRBは3度目の検査をABCに対して行った。BRBは、検査報告を踏まえて商業大臣に対し書面を送付し、そこでABCが法的枠組みの外で事業を継続している旨述べ、従来行われた中央銀行の勧告は効果がない旨強調した。そして、添付ノートにおいて、商業大臣が中央銀行の管轄にもかかわらず、銀行を承認しており、かかる承認は適切な法的枠組みなくして行われたと結論付けた。さらに、BRBは、ABCに付与された免税特区証明書は、免税企業についてのデクレ・ロワに違反し、銀行の事業として非居住者に対するサービスを含んでいると主張した。

1999年10月14日、商業大臣はABCの免税特区証明書を停止した。

その後、商業大臣の要求に基づき、ABCが免税特区証明書の停止にもかかわらず事業を継続しているかどうかを判断するための派遣団が現地に送り込まれた。2000年1月12日に派遣団は事業の継続を確認した。

2000年1月25日、商業大臣は憲兵隊長に対し、ABCの即時閉鎖を行うように要請した。1月26日に閉鎖は行われた。

2000年2月3日、BRBはABCの検査を行った。2000年2月12日の報告書によれば、2000年1月25日の閉鎖の後に口座に動きはなかったが、銀行の記録はAFFIMET社の所在する建物の堅固な部屋に保管されていることが確認された。

2000年2月14日、商業大臣は、憲兵隊に対し捜査のためにCCA Maintenance社、City Connexion Airlines社、AFFIMET社及びABCが入居する建物の閉鎖を即時に進めるように指示した。閉鎖はしかるべく進行し、捜査の用は満たされたため、翌日2月15日14時に建物の閉鎖は解かれた。ただし、ABCのみは、新たな命令のときまで閉鎖が続いた。

D. CCA及びCCA Maintenanceについて [paras260, 265]

Goetzらは、1998年に航空運送会社のCCA、航空機の整備を担当する会社としてCCA Maintenanceを設立した。ブルンジ当局による妨害の結果、前者は2000年5月に定期便運航事業を停止しなければならなくなった。後者も数か月後に事業を停止しなければならなくなったが、さらにその後

は事業を継続している。

E. 仲裁への付託、手続の経緯 [paras 6-39, 302]

2000年12月5日に申立人はICSIDに対し、本件紛争についての仲裁設置要請を行った。2002年6月25日に仲裁廷が設置されたが、2004年3月12日にはブルンジ政府による仲裁費用の前払金の不払いを原因として仲裁手続が停止された。2004年4月2日に申立人とブルンジの間で紛争の友好的解決のための和解議定書が締結されたが、2005年1月5日に申立人はかかる友好的解決の試みが失敗したことを仲裁廷に通知した。同年1月21日にAntoine Goetz氏が死亡し、2006年秋に相続人が仲裁廷に当該死亡の事実を通知した。2008年11月18日にGoetz氏の相続人は、相続財産の精算を本仲裁廷に通知し、2009年12月28日に相続財産の帰属についての請求 (1' acte de dévolution successorale) を本仲裁廷に対して行い、本件は再開された。

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

A. AFFIMET社に関する請求

1. 収用（事実①～④について）

間接収用の成立に関する仲裁判断例は統一されていないものの、現在の多数派は、収用が成立するためには、投資家が投資財産に帰属する利益を奪われるだけでは足りず、当該投資財産の支配を奪われるか、投資財産が全く使用できなくなることが必要であるとする。換言すれば、支配の喪失又は全ての利用の喪失のない価値の毀損は間接収用とはみなされない。¹ [paras 194]

一件書類、特にAFFIMET社により作成された財務書類によれば、AFFIMET社は2000年から2002年までの間、問題となっている措置にもかかわらず、事業を継続している。製錬物質の免税輸出は、確かにかかる3年間におよそ数週間の期間何度となく停止されたが、かかる停止により、同社の支配を喪失したこと又は投資財産の利用が不可能になったことは証明されていない。Goetzらの（収用についての）請求事項は棄却されるべきである。 [para. 196]

2. 公正衡平待遇

(i) 事実①について

¹ 本仲裁判断は、以下の仲裁判断を引用している。Popeand Talbot Inc. v Canada, Interim Award of 6 June 2000, paras 99-102; S.D. Myers Inc. v Canada, First Partial Award of 13 November 2000, paras 282-283; Técnicas Medioambientales Tecmed SA v Mexico (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award of 29 May 2003, para. 116; Waste Management Inc v Mexico (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), Award of 30 April 2004, para. 159; CMS Gas Transmission Inc. v Argentina (ICSID Case No. ARB/01/8), Award of 12 May 2005, para. 262; Enron Corporation and Ponderasa Assets L.P. v Argentina (ICSID Case No. ARB/01/3), Award of 22 May 2007, para. 245; Continental Casualty Co. v Argentina (ICSID Case No. ARB/03/9), Award of 5 September 2008, para. 276; El Paso Energy International Co. v Argentina (ICSID Case No. ARB/03/15), Award of 31 October 2011, paras 232-299

本仲裁廷は、AFFIMET社の事務所は、ABC社に関する捜査のためだけに2000年2月14日から15日まで24時間にわたり閉鎖されたものであると認定する。かかる措置がAFFIMET社の事業に顕著な影響を与えたとは証明されていない。よって、この請求事項は棄却されるべきである。[para. 199]

(ii) 事実②～④について

特別協定第10条は、AFFIMET社が許可及び割当てもなく輸出又は輸入を自由に行えること、品質検査及び分量検査にも服さないことを規定し、税関、航空警察、入管、外務当局のコントロールに服することのみを要求している。特別協定第4条5では、特別協定に抵触する全ての現行又は将来の鉱業法に関する措置は同社に適用されないことを確認している。 [para. 202]

2000年に行われた差押えについて、ブルンジは、AFFIMET社に関して、密輸の可能性があるとしかかる措置を正当化しようとしたが、その根拠を示していない。 [para. 203]

2001年に決定された免税輸出の停止は、地質鉱業部により交付された許可又は証明書をAFFIMET社が提出しなかったことにより決定された。ブルンジによれば、かかる書類の提出は、免税事業承認に定められている輸出される金属の金含有量を確認するために必要であった[para. 204]

特別協定第10条によれば、AFFIMET社は品質調査に服することなく同社が製錬した金属を自由に輸出できた。かかる輸出は、鉱業法の遵守又は輸出される金属の金含有量を証明する書類の地質鉱業部による事前交付には服さない。かかる要求は、特別協定第4条5及び第10条の規定に抵触する。 [paras 205-206]

2002年の輸出停止に関しては、一切の正当化事由なく決定された。 [para. 207]

結論として、AFFIMET社に対して行われた措置は、特別協定第10条に違反して行われた。 [para. 208]

かかる措置は、本投資協定第3条1（公正衡平待遇義務）に違反している。差押え及び輸出停止措置は、特に特別協定の規定の遵守を当てにしている申立人の正当な期待 (*attentes légitimes*) に反した。 [para. 209]

B. ABCに関する請求

ブルンジにより、ABCに対して行われたさまざまな措置、特に1999年10月14日の免税企業証明書の停止及び2000年1月26日に政府により導入され2月14日に確定した拠点の閉鎖は、直接収用を構成しない。一方で、当該措置は、ABCが全ての事業を停止することを強制し、Goetzらが行っていた投資財産の全ての利用を失わせ、申立人から投資財産に期待することができる利益を奪った。したがって、これらの措置は、本投資協定第4条1における財産に対する収奪的又は制限的措置と同等の効果を有する措置と考えられるべきである。 [para. 243]

本投資協定第4条1に基づき、そのような措置は、当該条文に定められている条件を満たしている限り国際法上合法である。本仲裁廷は、かかる条件は累積的なものであると考える。換言すれば、条件のうちひとつでも満たされなければ、措置は第4条に抵触する。今のところ、免税特区

証明書の停止及び銀行の閉鎖の後に申立人に対して補償金が支払われていないということに争いはない。第4条1(c)に定められている条件は満たされておらず、これらの決定は国際法上違法である。 [para. 244]

ブルンジは、これらの決定がABCの行為により引き起こされたことを強調する。銀行は、免税企業証明書に提示された条件及びBRB及び商業大臣により通知された指示を無視して行動した、という。 [para. 245]

本仲裁廷は、1994年7月25日にABCに対して発行された免税企業証明書は、同行に対して銀行サービスを提供することを承認し、かかるサービスは、非居住者及び免税企業にのみ提供することができることを規定していたと認定する。1994年7月7日付でBRBから商業大臣に送付された書簡は、中央銀行がかかる承認に付加した条件が記載されていたが、当時はABCに対して通知されなかった。一件証拠によれば、遅くとも1995年3月23日までにABCはかかる追加的条件を確認していた。1994年7月7日付書簡においては、BRBは、免税特区証明書がABCに付与されることについては承認していた。この書簡は、承認された銀行業務は、非居住者及び免税企業のみに対して提供することができることを明確にしている。このように、ABCは、業務遂行の条件を明確にされることなくブルンジにおける銀行業務の遂行を承認された。すでに1995年時点においてABCはBRBに対して懸念を表明し、BRBは1996年6月16日に、一時的なものであれABCの営業についての承認を付与することはできないことを通知し、その1年前にその同意に基づいて行われた承認について蒸し返し、ABCに対して全ての銀行業務の停止を要求した。ABCは1995年及び1998年に抗議を行い、BRBは態度を後退させ、拠点を閉鎖しようとしたり、しかるべき銀行法関連立法を採択させようとしたりはしなかった。一連の検査派遣団を通して、BRBは為替業務及び非居住者の口座に関する免税特区証明書及び1994年7月7日の書簡で提示された条件をABCに遵守させることを試みたのみであった。1999年7月に議論が再燃し、商業大臣が免税企業の資格を有する銀行の営業の法的枠組みの明確化を担当する委員会の設立を宣言した。さらに1年後に、BRBは1995年に採用していた立場に立ち返り、政府当局に対し、ABCが法的枠組みの外で活動を継続しており、その事業は停止されなければならないことを通知した。商業大臣は、新たな規制を導入するためにさまざまな提案を行ったが、それは持続的なものではなかった。結論として、ABCは適切な法的枠組みなくして銀行サービスの提供を承認されたと考えられる。ABCは何度も懸念を表明したが、この点について明確にされるとの約束を得ることはなかった。この第一の点については、ABCに落ち度があったとは言えない。 [paras 246-251]

免税企業証明書及び1994年7月7日のBRB書簡は、為替業務及び銀行の顧客に関連して、ABCの営業のいくつかの条件を提示したのみである。BRBの書面には、「ブルンジフランへの両替業務は全て中央銀行を経由しなければならない」との記載があった。その後、1994年7月11日の書簡で、ABCは「銀行の全ての業務は、資産にしる、雇用にしる外貨建てで行われる」ことを明確にしている。BRBは、1998年に行った検査の報告において、ABCが為替業務をBRBを通さずに行っていることを認定した。そのため、BRBはABCに対し、BRBに口座を開設し、ブルンジフラン建ての取引のために利用することを要求した。ABCは口座を開設し、1998年7月20日に国内取引をBRB経由で

行うことを約束した。しかし、1999年の検査の報告によれば、ABCは外貨の譲渡により国内の支出を決済する代わりに、BANCOBUにあるAFFIMET社の口座を利用していた。ABCは、適用される為替規制に違反して一部の銀行業務を行っていたものと考えられる。一方で、免税事業証明書は、非居住者及びブルンジで設立された免税企業のみに対して銀行サービスを提供する権利をABCに付与した。免税企業向けに行われたサービスについてはいかなる問題も生じていないが、非居住者として銀行の顧客となることができる者について、当事者間では争いが生じている。ABCのかかる用語についての解釈は、現地代理人を介するかどうかにかかわらず外国人又は外国に居住するブルンジ人、さらにブルンジで活動している外交使節団、国際機関及び非政府組織のために口座を開設することができるというものである。ブルンジは、これに対して、ブルンジに居住していない外国人のみ銀行サービスを提供することができ、よってABCはその義務に違反しているとしている。第一にBRBは1994年7月7日の書簡において外交官及びその他の派遣員は免税企業証明書の適用においては居住者と見なされなければならないことを明確にしている。これらの者に対して口座を開設し、保管するにあたって、ABCは完全に確知していた免税特区証明書の条件に違反した。外国に居住する者に関しては状況は異なる。BRBの書簡は、銀行サービスが、「国籍にかかわらず、主たる居住地が外国であり、自然人の場合は年間2か月を超えてブルンジに滞在しない」営利団体、自然人又は法人に提供されることについては認めている。それにもかかわらず、その後、BRBは、全ての在外ブルンジ国民が居住者とみなされるべきであると主張しており、これは1994年7月7日の書簡と直接矛盾している。おそらくはこの矛盾の可能性を認識して、BRBは最終的にABCの事業を免税特区企業向けのものに限定することを決定し、他方で、1994年7月7日の書簡を取り消し、ABCに対して非居住者との銀行業務を終了するように指示した。ABCは、免税企業証明書と両立しないこの指示には従わなかった。このことは、証明書の停止、さらにABCの閉鎖を引き起こした。 [paras 252-257]

結論として、本仲裁廷は、為替規制の違反の一部はABCの責任となりうること、ABCは取扱いをすることができなかった外交官及び派遣員に対して口座開設を行ったことを認定する。一方で、ABCがブルンジのせいで不明確なままの法的枠組みの中で事業を行い、外国に居住するブルンジ人に対して口座を開設したことを非難はできない。一部の落ち度についてABCを非難することができるとしても、それは、ブルンジが本投資協定第4条1に従った補償を行うことなく、ABCの事業を終了させることを承認することができるほどには重大ではない。かかる落ち度をもって、Goetzらに支払われるべき補償の額をABCが被った損害の3分の2にするのが、適切であろう。[para. 258]

C. CCA及びCCA Maintenanceに関する請求

本投資協定第3条1（公正衡平待遇義務）及び第3条2（不断の保護及び保障）への違反を認定。
[para. 266]

D. ブルンジによる反対請求について

ブルンジは、本仲裁廷に対して、ABCが免税特区証明書及び1994年7月7日のBRBの書簡により課された活動条件に違反したことによりブルンジが被った損害として1百万米ドルを反対請求している。申立人は、本仲裁廷は、反対請求について管轄がなく、さらに請求には根拠がないと主張する。 [paras 267-268]

1. 反対請求についての本仲裁廷の管轄及び受理可能性について

本仲裁廷は、ICSID条約第46条及びICSID仲裁規則第40条は、同仲裁規則が起草されていた当時、「反対請求が裁判所の管轄権の範囲内にあり、かつ、他方の当事者の請求の主題と直接に関連する場合にのみ、当該反対請求を認めることができる。」と規定したICJ規則第80条の影響を直接受けたものとする。ICSID条約の起草者は、さらに、仲裁裁判所が管轄権を有するためには、両当事者の同意が必要であると規定した。ただし、この条件は、当事者の同意は、本仲裁廷の管轄権の条件の一つであるから、何らの新たな条件を付加するものではない。以上より、ICSID条約第46条及びICSID仲裁規則第40条から、反対請求がICSIDの管轄に属する、特に両当事者の同意の範囲内にあり、かつ当該請求が紛争の主題と直接に関係する場合にのみ本仲裁廷は、反対請求について管轄を有する。 [paras 271-275]

(i) 本仲裁廷の管轄権について

ICSID条約第25条1は「ICSIDの管轄は、締約国（中略）と他の締約国の国民との間で投資から直接生ずる法律上の紛争であって、両紛争当事者がセンターに付託することにつき書面により同意したものに基づき」と規定する。本投資協定は第1条2において「投資（財産）」を定義し、同協定第8条1(b)は、「投資財産に関する紛争とは、」特に「外国投資を所掌する投資受入国の当局により付与されるあらゆる投資許可の解釈又は適用 (1' interprétation ou l' application de toute autorisation d' investissement accordée par les autorités de l' Etathôte régissant les investissements étrangers)」についての紛争をいうと定義している。Goetzらがブルンジに対して提起している主たる請求についての紛争は、Goetzらが運営している投資財産（特に、銀行が、そこに規定された態様で事業を行うことを承認した免税事業証明書がブルンジにより交付された後のブルンジへの投資）に直接関連している。反対請求は、ABCがかかる事業を、同社が利益を得ていた免税企業証明書に違反して遂行していた状況に関するものである。両当事者は、一方で、この点に関し頻繁に採用されている手続きにより、Goetzらの請求がICSIDの管轄に服する旨の同意を行っている。すなわち、ブルンジにとっては、本投資協定の締結である。しかし、本投資協定の締結により、ブルンジは、ICSIDの枠組みによる仲裁に服する紛争が、ICSID条約が規定する条件及び手続きにより規律されることを受け入れている。とりわけ、案件の過程で提起された付随的、追加的又は反対請求がICSID条約第46条及びICSID仲裁規則第40条に規定された条件の中で審理されることを受け入れている。本投資協定に含まれている申込みを承諾することにより、ブルンジが受け入れた状況を受け入れているのである。かかる両当事者の同意により、本仲裁廷は、反対請求について管轄権を有する。本投資協定が反対請求について本仲裁廷に管轄権

を付与する条項が置かれていないことは、取るに足らないことである。Spyridon Roussalis v Romainaにおいて仲裁判断に添付された宣言においてリースマン教授が強調したように、「二国間投資協定の締約国が、ICSIDの管轄に同意した場合は、ICSID条約第46条の同意の要素は、それ自体により、その後投資家が提起するICSID仲裁に取り込まれる。」上記と異なる判断をすることは、ICSID条約の文言だけではなく、精神にも反することとなる。そのような結論をとった場合、国家は、仲裁裁判所が管轄権を有さない請求を、それが仲裁裁判所に付託されている紛争の主題と直接関係しているにもかかわらず、国内裁判所に付託することとなる。国内裁判所が出した判決に不服がある投資家は、新しい仲裁でその判決を争うことになる。ICSID条約第46条は、投資財産に関する紛争解決を複雑化させず、それを国家及び投資家の利益になるように整備することを目的としている。以上により、本仲裁廷は、反対請求について管轄を有する。 [paras 276-281]

(ii) 反対請求の受理可能性

ICSID条約第46条及びICSID仲裁規則第40条は、さらに、反対請求は紛争の主題と直接関係しなければならぬと規定している。本仲裁廷は、この点に関し、ICSID条約第46条が反対請求の受理可能性に関して要求しているものと、同条約第25条1がICSIDの管轄に関して要求しているものは峻別されるべきであると考え。第25条は投資財産との直接の関係を求めるが、第46条は、紛争の主題との直接の関連を求めている。このような、フォーミュラ又は類推的なフォーミュラは、多少の差異は見られるものの、他の条約でも見受けられることができるし、さまざまな国際司法裁判所のような国際裁判所若しくは仲裁裁判所、イラン＝アメリカ仲裁裁判所、又はUNCITRAL仲裁規則に基づく仲裁裁判所若しくはICSIDの枠組みでの仲裁裁判所でも採用されている。

本件では、ABCに関する主たる請求は、同行の義務の違反の結果発生した免税企業証明書の撤回及び同行の閉鎖の合法性に関係する。反対請求は、同じ違反により発生したとブルンジが主張している損害に関するものである。反対請求は、紛争の主題に直接関係し、それゆえ、受理可能性が認められる。 [paras 282-285]

2. 請求の基礎について

被申立国は、ABCが、免税特区企業証明書により課された条件を遵守しなかったこと、特に他の市中銀行との間で不正な競争を行ったこと及び外国為替市場に混乱をもたらしたことで、ブルンジ共和国に損害をもたらしたと主張する。被申立国は、衡平と善に基づき、その損害が1百万米ドルと評価する。被申立国は、口頭弁論の際、その金額は、ABCが免税特区の優遇を享受していなかった場合に10年間で徴収したであろう納付金及び税金の金額及び国内の競争及び金融の安定性への期待の価値に一致するとの主張を行った。本仲裁廷は、第一に、ABCの行為が国内の競争及び金融の安定性への期待を生じさせたことを原因とする損害について一切の証明を行っていないと考える。第二に、税金の徴収に関して被申立国が主張している逸失利益は、ABCが免税特区証明書により課された義務に違反したと因果関係がない。よって、ブルンジの反対請

求は棄却されるべきである。 [paras 286-287]

E. 損害 [paras 288-299]

ABCの収用に関して1.5百万米ドルの3分の2=1百万米ドル

AFFIMET社に関して100,000ユーロ

CCA社に関して50,000ユーロ

CCA Maintenance社に関して25,000ユーロ

F. 利息 [paras 300-303]

1. 起算日

①ABCの間接収用に対する賠償について

拠点の最終的な閉鎖が行われた2000年2月14日

②そのほかの賠償について

仲裁要請の送付の日である2000年12月5日

2. 期間

本件の遅延は、一部Antoine Goetz氏の相続財産清算の遅延によるものである。本仲裁廷は、2007年から2009年の3年間については、利息を課さないことが適当と考える。

3. 利率

2007年1月1日より前は、8%

2010年1月1日からは、3%

53 : EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v アルゼンチン共和国 (ICSID Case No. ARB/03/23)

(JCA ジャーナル 2013 年 3 月号 (43))

判断年月日 : 2012 年 6 月 11 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : William W. Park (米国・長)、Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス)、Jesús Remón (スペイン)

一 判断のポイント :

- ・投資家は、基本条約の最恵国待遇条項を通じて投資受入国と第三国との間の投資協定の義務遵守条項を援用することができる。
- ・投資受入国において経済危機が終了した後、投資受入国が合理的な期間内に投資に関する約束の遵守を回復しなければ、それは公正衡平待遇義務違反を構成する。
- ・慣習国際法上の緊急避難を援用し、措置の違法性が阻却されたとしても緊急避難により発生した損害を賠償する義務を免除されるわけではない。(傍論)

二 事案の概要 :

I. 事実関係—事案の背景 [paras.50-170]

本件紛争はアルゼンチン・メンドーサ州政府とメンドーサエネルギー供給株式会社 (以下「EDEMISA」という。) の間で 1998 年 7 月 15 日に締結された電力輸送及び電力供給に関するコンセッション契約 (以下「本コンセッション契約」という。) に関連して生じたものである。

1997 年 5 月 28 日メンドーサ州は州法第 6497 号 (以下「州電力法」という。) 及び第 6498 号 (以下「改革法」、両者を総称して「規制枠組み」という。) の施行により電力供給を規律する規制の枠組みを改革した。規制枠組みの目的は電力輸送及び電力供給が公共サービスであることを宣言すること、電力セクターの安定性を確保する枠組みの実施であった。

州電力法第 43 条は電力輸送会社及び電力供給事業者のサービス提供について消費者に課金する公正かつ合理的な料金を保障する一方、電力輸送会社及び電力供給事業者に関係費用を賄いかつ合理的な利益率を得るために十分な収益を得る機会を最大化することを許容している。

州電力法第 46 条は、同法第 43 条など州電力法に規定されている原則に従い設計及び計算された 5 年を超えない期間の当初料金表について規定しており、同法第 48 条では認可された料金表の厳格な適用を義務付けていた。ただし、料金表は一定の状況の下で期間中の変更が行われる (以下「非常見直し」という。)

以上の規制枠組みの執行を監督するために州電力法第 14 条により州電力規制庁 (以下「EPRE」という。) が設立されている。

一方、改革法の目的はメンドーサエネルギー公社 (以下「EMSE」という。) の民営化であり、

同法により同社は3社に分社化され、そのうちの1社である EDEMSA が、メンドーサ州の電力供給事業の一部を EMSE から引き継いだ。

1998年2月23日に改革法に基づき EDEMSA のA種株式の51%の公式な公開入札手続が開始された。入札開始に際して入札条件も公表され、条件の中にはメンドーサ州政府と EDEMSA との間で締結される予定の本コンセッション契約の受入れも含まれていた。同年6月23日、SODEMSA (EDFI、SAURI 及びクレディリヨネがそれぞれ株式の45%、15%、40%を保有) が237.8百万米ドルで EDEMSA を落札した。同年7月27日にメンドーサ州と EDEMSA は正式に本コンセッション契約に署名し、同年8月 EDEMSA は SODEMSA の支配の下で操業を開始した。その後クレディリヨネは完全子会社である Leon をルクセンブルクに設立し、Leon に SODEMSA の持分を譲渡している。

本コンセッション契約には上記州電力法の料金に関する規定が取り込まれ、当初期間を5年間とする当初料金表及び非常料金見直しが規定された。

また、本コンセッション契約中には、「通貨条項」という規定があり、その規定により、料金表に反映される電力供給者の電力購入及び電力供給等の費用は米ドル建てで計算又は再計算され、(さらにコンセッション事業者の資本利益が加算され) 電力使用者に請求されるときに連邦法第23928号及び政令第2128号(以下「通貨交換法」という。)で定められた転換率によりアルゼンチンペソで表記される。ここで引用されている通貨交換法は1991年に公布され、アルゼンチンペソを米ドルに対して1対1の為替レートで固定していた。

また、本コンセッション契約中には「費用調整条項」が規定されており、これにより電力供給費用は、米国の生産者卸売物価及び消費者物価のインフレを加味して米ドル建てで12カ月毎に再計算される。

2001年12月までの間に、本コンセッション契約に関連して、本コンセッション契約の料金枠組みの変更、コンセッション地域の拡大、農業補助制度の変更、補償金の不払いが発生した。

2001年末から始まった経済危機を受け、2002年1月6日に連邦法25561号(以下「緊急事態法」という。)が成立した。同法により通貨交換法は改正され、固定為替レートは廃止され、変動為替相場制度に移行した。その結果、アルゼンチンペソは米ドルに対して、等価から約三分の一に下落した。同法はまた、コンセッション契約の通貨条項及び費用調整条項をはじめとする公益事業契約の外貨を含む料金条件を廃止した(以下「緊急料金措置」という。)。メンドーサ州も同じ措置を実施している。

さらに緊急料金措置は、関係当局に全ての契約の条件を再交渉する権限を付与した。かかる再交渉の間は、EDEMSA を含む公益コンセッション事業者は契約上の義務を免除されなかった。

2002年4月26日にメンドーサ州政府は公益事業契約再交渉委員会を創設し、同年7月に再交渉を開始した。再交渉の期間は当初180日とされ、同年12月に終了する予定であったが、交渉は妥結せず、終期は2003年7月に延期された。

2003年6月16日¹、申立人は、被申立国を相手とする仲裁設置要請を投資紛争解決国際センター（ICSID）に提出した。

再交渉期間はその後3度延長され、なお交渉は妥結に至らず、2005年3月30日、EDFIは、2004年にSAURI及びクレディリヨネから取得した持分も含め保有しているSODEMSAの全株式を2百万米ドルでIADESA（メンドーサ州を本拠とする投資会社）に売却した。売却後の2005年4月7日にメンドーサ州政府はEDEMSEAとの間で覚書を取交し、電気料金の値上げを決定した。

三 判断概要：

II. 仲裁判断

A. 義務遵守条項

1. 最恵国待遇条項を通じた第三国条約の義務遵守条項の援用

アルゼンチン=仏 BIT 第4条の最恵国待遇条項は、締約国が他の締約国の投資家の投資財産及びその投資財産に関連する（associated with）活動に関して当該投資家に対して「最恵国の投資家に対して付与している待遇よりも不利でない待遇（a treatment no less favorable than that accorded to…investors of the most favored Nation）」を与えなければならない、と規定する。[para. 921]

申立人は、最恵国待遇条項により、申立人が、アルゼンチン=仏 BIT に規定されているよりも有利な第三国の投資協定に規定されている実質的な保護を受ける権利を有し、アルゼンチン=ルクセンブルク BIT 第10.2条²及びアルゼンチン=独 BIT 第7.2条³を援用することができる、と主張する。[paras. 922-923]

これに対して、被申立国は、以下の3点を主張する。

(i)同種の原則（ejusdem generis）により申立人は条約自体に明確に規定されていない種類の実質的な保護を援用することができない。義務遵守条項は、国内法違反は国際的な責任を生じさせないという慣習国際法の基本的な原則への例外であり、かかる例外は特に交渉されたと考えられなければならない。

(ii)義務遵守条項が最恵国待遇条項の適用対象に含まれるとしても、本コンセッション契約はEDEMSEAとの間で契約されており、申立人は契約関係を欠いている。

(iii)本コンセッション契約中の条項を履行させるために義務遵守条項を適用した場合、それは当該契約中の法廷選択条項により、メンドーサ市行政裁判所に排他的管轄を付与することとなる。[paras. 924-928]

¹ 申立人 Leon は2003年8月4日に手続に参加した。

² Each of the Contracting Parties shall respect at all times the commitments it has undertaken with respect to investors of the other Party.

³ Each Contracting Party shall comply with any other commitment undertaken in connection with the investments made by nationals or companies from the other Contracting Party in the former's territory.

本仲裁廷は、以下の理由により、最恵国待遇条項により第三国との条約中の義務遵守条項に依拠することができる判断する。[para. 929]

まず、被申立国の主張(iii)について、申立人はコンセッションの当事者ではなく、その請求は投資協定違反に基づくものであるから、明らかに本仲裁廷が管轄を有する。同一の行為が契約違反及び関連する条約上の義務の違反を構成することは不思議ではない。本法廷の権限は、関連する投資協定の義務遵守条項の違反に基づく。[paras. 930-931]

本件において最恵国待遇条項を適用しなければ、第三国の投資家により有利な待遇を許容してしまう。この結果は最恵国待遇条項が回避しようとしていることである。この結論は、最恵国待遇条項についての ILC 条文草案第 9.1 条によっても変わらない。本仲裁廷は、最恵国待遇条項を活用することにより投資家に「条項の対象事項 (subject matter) の範囲内の権利」以外のものを投資家に対して付与するものではない。本仲裁廷は、最恵国待遇条項の適用について仲裁判断が分かれていることを認識している。とりわけ、実体的な条項と比較して管轄的条項及び手続的条項を参照することについて多数の仲裁廷が躊躇している。特に第三国との条約中の紛争解決の仕組みの援用について仲裁廷の意見は割れている。本仲裁廷による今回の判断は、投資受入国による明確な約束の尊重を要求する明らかに実体的な条項について判断するのみである。

[paras932-936]

よって、本仲裁廷は、アルゼンチン=仏 BIT 第 4 条の最恵国待遇条項により、アルゼンチン=ルクセンブルク BIT 又はアルゼンチン=独 BIT の義務遵守条項を取り込むことができると判断する。[para.937]

2. 義務遵守条項の適用範囲

義務遵守条項の文言の意味の幅は広いが、投資家又は投資財産に関して行われた約束を適用対象に含む。本仲裁廷で問題となっている特定の投資財産のために外国投資家に付与された本コンセッション契約は、義務遵守条項による保護の範囲に含まれる。[paras.938-939]

このことは、すべての契約違反が必ず条約違反になるということではなく、通貨条項を遵守しないことによるコンセッションの深刻な履行拒否は、「投資家に関して行われた約束」(アルゼンチン=ルクセンブルク BIT10.2 条) 及び「他の締約国の国民又は会社が行った投資に関して行われた約束」(アルゼンチン=独 BIT7.2 条) の違反であることが明らかである。[para. 940]

本件は明らかに政府の行為に起因する。本件では、アルゼンチン政府及びメンドーサ州による規制変更には、料金率の凍結、為替レートの変更及び電力供給の規制が含まれる。被申立国も認めているとおり、本コンセッション契約に影響を与えた緊急事態前の措置は州の統治権限の行使によるものである。[paras. 941-942]

本コンセッション契約は、申立人の投資財産への具体的な約束を構成する。義務遵守条項は、被申立国が本コンセッション契約上の約束を遵守することを義務付けている。[para.943]

3. 前提問題—本コンセッション契約によるリスク分担

義務遵守条項を通して本コンセッション契約を検討するにあたり、本仲裁廷は、契約の通貨条項に注目しなければならない。[para.945]

通貨条項は、当該条項の適用対象となる事項について投資受入国と外国投資家の間の明確なリスク分担を定めている。通貨条項は、州電力法の条項を取り込むことで、コンセッション事業者をアルゼンチン通貨の変動に関連するリスクから保護する仕組みを含め、EDEMISA に付与された契約条件を設定している。本仲裁廷は、通貨条項が、米ドル建ての料金の計算及び再計算を規定することで、米ドルとアルゼンチンペソ間の価値の変動に関連するリスクをメンドーサ州に負担させたと考える。[paras.950-953]

本仲裁廷は、通貨条項及び費用調整条項の目的及び効果は、現地通貨の切下げ又は下落の可能性から料金の実際の価値を保護することであると考える。通貨交換法が廃止される場合は、米ドルからペソへの交換については、公式為替レート（あれば）又はその時の現行市場レートが適用される。[paras.959-964]

通貨交換法のみが廃止された場合、通貨条項は、コンセッション事業者が例えば 1 対 3 の米ドル/アルゼンチンペソの為替レートなどの事後的な変更によりマイナスの影響を受けることから保護する。米ドル建ての費用計算によりコンセッション事業者は以前よりも 3 倍のペソを集金することができるのである。[para.969]

4. 緊急事態措置と本コンセッション契約

本仲裁廷は、緊急事態措置に基づく、ドル建ての料金を 1 対 1 の比率でペソ建ての料金に転換することを要求する「ペソ化」及び料金の凍結により、被申立国がその契約上の約束を遵守する義務に違反したと確信している。緊急料金措置は、料金の事実上の凍結をもたらす費用調整条項に基づく保護を申立人から奪い、さらに「ペソ化」をもたらした。本コンセッション契約の条件は緊急措置により変更された。緊急事態法の施行前は、消費者への請求書はドル建てで計算され、請求のためにペソに換算されていた（通貨交換法により、その交換比率は 1 対 1 であった）。しかし、通貨条項の廃止後は、かかる算式は、固定交換比率が放棄されているにもかかわらず同じペソ建ての請求金額を強制するようにゆがめられた。ペソは結果的に三分の一に減価したため、消費者に請求された金額は、2002 年より前と比較すると（ドル換算で）三分の一の価値になった。このことにより、申立人は通貨リスクからの保護を奪われた。結果として、申立人は収益の大幅な減少を経験し、そのことで運営費用、事業負債、税金及び利息支払並びにインフラ整備費用を賄うためには不十分なレベルまでキャッシュフローが減少し、EDEMISA の株式の価値は下落した（義務遵守条項違反を認定）。[paras.970-985]

5. コンセッションに影響を与えた緊急事態前の措置（本コンセッション契約の料金枠組みの変更）

(a) ネットワーク利用料

大口使用者に適用する料金表 T-2 では、大口使用者に適用される料金の一部としてネットワー

ク使用料が用いられ、それは各大口使用者が利用可能な電力容量に基づき計算される。各大口利用者は 12 カ月毎に翌年に必要な電力容量を EDEMSA に通知し、その 12 カ月中のネットワーク使用料の金額を決定する。EPRE 決議 8/98 は、1998 年 8 月 1 日のコンセッション開始直前に各使用者が記録した最後の有効な電力使用量に基づく新たな料金計算を導入した。このことにより、大口電力使用者は、実際に利用可能な電力容量にかかわらず電力使用量の最も少ない冬場（7 月）の電力使用量を基準とした利用料を支払えばよいこととなった。[paras.1027-1031]

本コンセッション契約は、EPRE にこのような一方的な契約変更を認めておらず、契約変更は EDEMSA に実質的な損害を与え、義務遵守条項に違反する。本仲裁廷は、かかる損害は、条約違反を構成するレベルに十分に深刻であると認める。[paras.1035-1036]

(b) 利用者との契約期間の短縮

決議 73/99 は、季節的生産周期のある大口利用者に、少ない電力容量について別個の契約があるときに操業の規模が小さい間はより少ない金額を払い、電力使用量が最大の期間だけ電力容量に応じて支払いを行うことを認めている。[para.1039]

契約期間の当初の 12 カ月からの変更は、義務遵守条項に違反して EPRE により一方的に課されたものであり、そのことによる損害は、条約違反を構成するレベルに十分に深刻であると認める。[para.1040]

(c) 選択的 T-2 料金

一時的料金は、EDEMSA のコンセッションの開始時に、本コンセッション契約により設定された料金表中の自らの分類に適切な電力計器を有していないか、まだ料金表の分類の一つに分類されていない全ての使用者に適用される。一時的料金は料金分類が決定されるまで適用されるが、本コンセッション契約では EDEMSA が計器設置及び使用者分類を 6 カ月又は 12 カ月以内に行うことを義務付けている。本仲裁廷の理解では、本コンセッション契約の下では、新たなデジタル計器で最初に計測された数値が 10kW を超えると、その使用者は自動的に T-2 大口使用者⁴に分類される。[paras.244,1041-1043]

EPRE が発布した決議 125/99 及び 131/99 により、後の月の計測値が基準値を下回る場合、使用者が T-2 料金分類を回避できるようになっており（選択的 T-2 料金）、これは最大 10kW を超える必要がある使用者は T-2 に分類されると明確に定める料金表に違反する。[paras.1044-1047]

さらに、決議 131/99 は、既に T-2 大口使用者に再分類されたか再分類されようとしている使用者の支払義務を猶予し、再分類により過分に請求された金額の払戻しを義務付けた。EPRE による当該行為は本コンセッション契約を不適切に変更している。[para.1048]

当初の料金システムは使用者がその裁量で料金分類を選択する権利を付与してはいなかった。しかし、EPRE は一方的に選択的 T-2 料金分類を組込むことで本コンセッション契約の条件を

⁴ Para.1043 では「選択的 T-2 大口使用者」と記述されているが、文脈から察するに誤植であると考えられる (cf. para.244)。

変更し、そのことにより義務遵守条項により保護されている、本コンセッション契約に基づく被申立国の約束に違反した。そのことによる損害は、条約違反を構成するレベルに十分に深刻であると認める。[para.1051]

B. 公正衡平待遇

1. アルゼンチン=仏 BIT 第 3 条の解釈と法的基準

アルゼンチン=仏 BIT 第 3 条は、「締約国は、他の締約国の投資家により設立された投資財産に対し、国際法の原則に従い公正かつ衡平な待遇を与え、さらに付与された権利の行使が事実上又は法律上損なわれないように公正かつ衡平な待遇を与えることを約束する。」と規定している。本仲裁廷は、第 3 条が自律的及び独立した公正さの基準を定立しているか、それとも単に慣習国際法の最低基準と一致するののかについて判断する必要はない。どちらにしても、合理的な期間内に経済的なバランスを復旧せしめずに明示の約束を遵守しないことは不衡平な行為となるからである。[paras.998-999]

被申立国はよく知られている 1927 年の *Neer v Mexico*⁵を含め最低基準について様々な先例を引用しているが、第 3 条は「最低基準」について何ら言及しておらず、単に国際法の原則に言及している。よって、本条約は公正さ及び衡平性に関するより幅広い範囲の原則の考慮を導く。かかる原則にはドル建てでの料金の計算など特定の約束の遵守を目指す義務などを含む。もし、緊急事態時にかかる特定の約束が一時的に猶予されるとしても、ここでの公正さは、緊急事態が終了した後、合理的な期間内に経済的なバランスを修復することを投資受入国に義務付けている。[paras.1000-1002]

NAFTA の自由貿易委員会が 2001 年 7 月 31 日の解釈ノートで示したような制限的なアプローチは、アルゼンチン=仏 BIT との関係では導入されていない。アルゼンチン=仏 BIT の公正衡平待遇の外延は投資受入国の行為の事実関係による。本仲裁廷は、経済危機が公正衡平待遇の解釈にあたって重要であることに留意する。投資家の期待は投資受入国が危機時に公共の利益のために行う行為と比較考量されなければならない。同様な理由で、緊急事態が過ぎ去り、かつ経済的な均衡が修復できるようになった後は、コンセッションの基本的な内容の尊重が公正性及び衡平性の確保には不可欠である。アルゼンチン=仏 BIT 第 3 条が「事実上又は法律上」の権利の侵害からの保護を規定しており、それは、被申立国が経済的均衡の復旧を拒否した再交渉プロセスについての検討につながる。[paras.1003-1007]

2. 緊急事態措置及び再交渉プロセス

(1998 年に) メンドーサ州は、外国投資家に EDEMSA の A 種株式 51%の購入を勧誘するキャンペーンに乗り出した。被申立国のロードショー及び目論見書は、就中、合理的な利益及び当該投資が海外資本市場をより惹きつけるように設計された一連の保護を投資家に提供する投資家に有利な法的枠組みを売込んでいた。被申立国は、僅少な政治的リスク又は規制上のリスク

⁵ *Neer v Mexico*, published at 21 AM. J. INT'L L. 555 (1927)

はあるものの、長期投資の強力な期待を創出する特定の保障及び約束を行った。売却促進の手段としては、(i)政治的に動機づけられた措置及び行為から投資家を隔離するための監督権限のある規制機関の創設、(ii)通貨条項、(iii)費用調整条項、(iv)非常料金調整条項、(v)5年の固定期間の当初料金表及び(vi)30年のコンセッション期間が挙げられる。[para.1008]

州が、米ドル建てでの均衡を復旧するために適時に料金を増額しなかったことは、不公正かつ不衡平な待遇を構成する。通貨条項が存在しなかったならば、ペソ化及び経済的な均衡を復旧しなかったことは不公正かつ不衡平な待遇とはならない。通貨条項の破棄により、投資家は投資受入国と契約したものの33.3%しか確保できず、合理的な時間内に損害が回復されなかった。2002年の第三四半期には経済指標は安定的な回復傾向を示していたのにもかかわらず、再交渉プロセスは異常に遅延した。プロセスは、当初6カ月で妥結するものと期待されていたにもかかわらず、アルゼンチンは繰り返し料金の増額を遅らせたのである。料金が適時に増額されていれば、通貨条項の違反は、大部分が理論上のものですが、地方当局は料金凍結を維持する一方で期限を延長し続けた。[paras.1009-1012]

本仲裁廷は、仲裁判断の中には、法的枠組みの安定性及び予測可能性の欠如⁶又は非合理的若しくは恣意的な措置⁷から保護するために公正衡平待遇を用いたものがあることに留意する。しかし、本仲裁廷は、本件につき、通貨条項に体现された特定の約束の被申立国による違反、それに続き EDEMSA の財務的な均衡を適時に復旧しなかったことに基づき判断をする。(公正衡平待遇義務違反を認定。) [para.1022]

C. 被申立国の抗弁 — 緊急避難

被申立国は ILC 国家責任条文第 25 条及び第 27 条にある、①違反行為がアルゼンチンの根本的利益を保護するための唯一の手段だったこと、②被申立国は緊急避難の状態の発生に寄与していないこと、③被申立国がまだ緊急避難前の状態に戻っていないか申立人に対し関係措置の結果生じた損害を賠償していること、という3つの要件の充足を立証できていない。本仲裁廷は、料金凍結がアルゼンチンの貧困層の保護など国家の重大な利益を保護するために実施されたとの被申立国の主張については疑問を呈さない。しかし、コンセッションに関連する緊急措置がアルゼンチンのマクロ経済に大きく影響したかどうかにかかわらず、その措置が申立人が公共の利益を守るために取りえた唯一の手段であったかについては確信が持てない。[paras.1165-1172]

また、本仲裁廷は被申立国が2001年の危機を作り出した状況に貢献していないと考えることはできない。2002年5月にアルゼンチンの当時の大統領がワシントンポスト紙の取材に対し、「我々の危機はアルゼンチンでアルゼンチン人により創られた。」と認めている。外部要因が経済危機を悪化させたかもしれないが、アルゼンチンの貢献は明らか又は無視できるには程遠い。さらに、被申立国は持続不可能な債務比率を抑制するために十分な基礎財政収支の黒字の達成に

⁶ *Sempra Energy International v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007; *CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005

⁷ *Saluka Investments B.V. v The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, at para. 309.

失敗し続けたことで、少なくとも部分的には貧困な経済状況を創出したことに責任があったことを認めている。被申立国は自国を重大な経済悪化の影響を受けやすい状態にとどめる固定為替制度を維持し、経済悪化に対して適切な準備ができなかったことで問題を激化させた。このような経済の脆弱性を作り出す政策により社会保障に対する労働者の貢献は減少、公共支出が増加することで被申立国の債務は劇的に増加し経済的安定性が棄損された。[paras.1173-1175]

仮に緊急避難が成立するとしても、被申立国は、可能なときに緊急時以前の状態に戻る義務がある。さらに緊急避難の立証が成功してもそのこと自体により緊急避難措置により投資家に生じた損害に対する賠償を免れることはできない。本仲裁廷は、一定の合理的な時点で被申立国が、2001年12月末の緊急時に実施された措置の結果生じた損害について申立人に賠償すべきであったと考える。ILC 国家責任条文第 27 条は「違法性阻却事由の援用は、違法性を阻却する事由がもはや存在しない場合に、その限度で当該義務を遵守すること（に影響を及ぼすものではない。）」と定める。アルゼンチンが料金を合理的な水準に引上げ EDEMSA の経済的均衡を回復させていれば、被申立国による違反は一時的なものであつただろう。しかし、当初 6 カ月で終了すると期待されていた再交渉プロセスは地方政府により遅延され、料金凍結は 38 カ月間継続した。[paras.1177-1180]

D. 損害[paras.1182-]

1. 緊急措置及び再交渉プロセスによる損害

①緊急措置がなかった場合の 2001 年 12 月 31 日時点での申立人の投資財産の現在価値

a	会社の価値（割引率 WACC 11.34%）	448,855,587 米ドル
b	負債（2001 年 12 月の簿価）	(119,644,020)米ドル
a-b	資本価値	329,211,567 米ドル

(a-b)*44.88% 申立人の EDEMSA 株式の価値（株式の 44.88%） 147,750,151 米ドル

※会社の価値は、EDEMSA の購入価格を出発点とし、DCF 法で計算。

※WACC = (株主資本コスト 12.97%) * 75%

+ (負債コスト 9.94%) * (1-35%) * 25% = 11.34%

②2005 年の売却により合理的に取得できたと想定される価値の 2001 年 12 月 31 日時点での現在価値

a 料金の値上げが成立した後 2007 年に IADESA が第三者に EDEMSA の株式の 51%を売却した価格 60,000,000 米ドル

a* (44.88%/51%) = FV 52,800,000 米ドル

PV=FV/(1+wacc)⁶ 44.88%の株式の売却額の 2001 年 12 月 31 日時点での現在価値 28,229,036 米ドル

PV*50% 2005 年の売却により合理的に取得できたと想定される価値 14,114,518 米ドル

③緊急措置及び再交渉プロセスによる損害

①－②＝133,635,633 米ドル

※2005年に申立人が EDEMSA の株式を売却したときの株式購入契約には、再交渉プロセスが成功したり料金の値上げが行われた場合の手当てをする条項が置かれておらず、申立人は損害を軽減するために合理的な手段をとっていなかったとして、本仲裁廷は売却想定額の 50% (②) を①から控除した。

2. 緊急事態前の措置による損害

250,277 米ドル

3. 合計

136,138,430 米ドル

4. 利息

2001年12月31日から支払いまで10年満期米国国債の金利

54 : Deutsche Bank AG v スリランカ民主社会主義共和国 (ICSID Case No. ARB/09/02)
(JCA ジャーナル 2013 年 10 月号 (50))

判断年月日 : 2012 年 10 月 31 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Bernard Hanotiau (ベルギー・長)、Makhdoom Ali Khan (パキスタン)、David A.R. Williams (ニュージーランド)

一 判断のポイント :

- ・投資財産性の要件は、(1) 実質的関与又は引受け、(2) リスク引受け、(3) 期間の 3 要件で十分である。
- ・原油価格ヘッジ契約上の権利は、投資受入国のためになされて利益を得ている以上、投資受入国と関連性を有する投資財産である。
- ・裁判所の支払停止を命ずる暫定命令、中央銀行の不当な目的による査察手続及びそれに基づく支払停止命令は、公正衡平待遇義務違反及び違法な収用に該当する。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

申立人はドイツ連邦共和国法に基づき設立された法人で、スリランカ・コロンボ市を初めとして世界各地に支店を有している[para. 1]。

2008 年 7 月 8 日、申立人は、スリランカの特別法 (CPC 法) に基づき設立された 100% 国営石油会社 Ceylon Petroleum Corporation (「CPC」) とヘッジ契約 (Hedging Agreement) (「本件ヘッジ契約」) を締結した[paras. 6, 13]。2003 年から 2008 年までの石油価格高騰に際し、スリランカ政府各局は、2006 年 8 月からヘッジ契約締結を主張していた[para. 14]。スリランカには、スリランカ中央銀行 (Central Bank of Sri Lanka、 「スリランカ中銀」) による 2005 年「外貨建金融デリバティブ商品に関する指令 (Directions on Financial Derivative Products in Foreign Exchange)」 (「2005 年スリランカ中銀指令」) があり、個々のデリバティブ取引に対してスリランカ中銀及び為替管理官 (Controller of Exchange、 「COE」) の承認が必要とされていた[para. 15]。2006 年 8 月には、CPC 経済研究所から CPC 執行部に対して、「ゼロコスト・カラー (ZC[zero cost] collar hedging)」¹が最適であるとの報告書が提出され[para. 17]、さらに

¹ ゼロコスト・オプションは、オプションの買いと売りを組み合わせ、支払オプション料と受取オプション料を相殺してオプション料 (プレミアム) をゼロとしたオプション取引をいう。支払オプション料と受取オプション料が同額になるように、コールの買いとプットの売り、コールの売りとプットの買いといった組み合わせで作られ、当初のコストが不要な (表面的なプレミアムの支払いが実質ゼロとなる) オプション取引となっている。また、この種の取引には、レンジ予約やゼロコスト・カラーなどがある。一般にゼロコスト・オプションは、当初のコストがかからないといったメリットがある一方で、当初の予想が外れて悪い方に相場が行った場合には大きな損失が発生するリスクもある。

は内閣検討グループによる勧告メモが作成されて、財務省に提出された[para. 19]。2007年2月には、スリランカ政府は他の金融機関とデリバティブ取引を行っていた[para. 23]。

CPC 執行部は、2007年2月及び3月に、CPC 会長にヘッジ契約締結権限を与える決議を行った[para. 25]。本件ヘッジ契約が締結される直前の2008年7月8日現在の石油価格は137.52米ドルであった。本件ヘッジ契約は以下の文書からなる。(i) ドバイ指標連動型12月間ターゲット付き利益先渡契約条件書 (Term Sheet)、(ii) 財務金融デリバティブ商品リスク・ディスクロージャー、(iii) ISDA 定義集²を引用する旨のCPC 会長及び申立人ロンドン支店長署名あるコンファーマーション・レター[para. 29]。

本件ヘッジ契約条件書の内容は以下の通り。(i) 期間は2008年8月1日から2009年7月31日まで、(ii) ストライク・ヴォリュームは10万バレル、(iii) 支払は月極、(iv) 権利行使価格は112.50米ドル、(v) 月次石油価格とは、取引日各日のベンチマーク石油価格の算術的平均、(vi) 各日変動支払は全額、(vii) CPC の利益目標は250万米ドル、(viii) CPC が90日以内にISDA マスター契約に署名しない場合は、解除事由となる[para. 30]。ISDA マスター契約では、英国裁判所の専属管轄合意及び英国法を実体準拠法とする旨の合意がある[para. 34]。

石油価格は、2008年7月・8月から下落し始め、2008年11月14日には、CPC の申立人に対する支払債務は450万7857米ドルに上った[para. 38]。2008年11月24日、CPC 執行部は支払を許可したが、実際には未払である[para. 40]。2008年11月21日、内閣は「ヘッジ・リスク管理委員会」を立上げ、ヘッジ契約に伴うリスクの処理についての提案を求めた[para. 42]。2008年12月3日、申立人は本件ヘッジ契約を期前解約し[para. 43]、既存債務6036万8993米ドルの支払を求めた[para. 44]。

2008年11月26日、何者かにより、(i) CPC には本件ヘッジ契約締結権限はない、(ii) CPC 会長には権限がない、(iii) 各取引は明白に申立人の利益のためのもので不正なもの(inquitos)である、との憲法訴訟が提起された[paras. 45、46]。2008年11月28日、スリランカ最高裁は暫定命令 (Interim Order) (「2008年最高裁暫定命令」) を発令した。2008年最高裁暫定命令の内容は、(i) CPC から申立人に対する支払の停止、(ii) CPC 会長は不正行為を理由に職務停止、(iii) 大統領はCPC 会長を助けた責任で石油相の解任を検討すべき、(iv) 政府の責任により直接石油製品を買い入れ、提供すべき、(v) 財務長官は石油税に関する査察を行って最高裁が石油製品価格の決定方式を検討するための報告を行うべき、(vi) 通貨委員会は、訴訟の対象とされた行為について査察を行い、対処すべき、という命令である[para. 47]。最高裁はその後も暫定命令を発令した[para. 48、49]。2009年1月27日、最高裁は当該憲法訴訟を打ち切った[para. 50]。

2008年11月上旬、スリランカ中銀は、申立人コロombo支店に対して本件ヘッジ契約に関す

(<http://www.ifinance.ne.jp/glossary/derivatives/der116.html>)。もっとも本件の場合、大きな損失というのは金融資産である本件ヘッジ契約に限ってのことであり、実物資産である原油の価格は下落しているので、CPC としては(他の条件が同一ならば)原油購入代金の減少と本件ヘッジ契約上の支払額の増加が相殺されることになるだけであって、原油価格高騰時期に比べて支払額が増加したわけではない。

² 国際スワップデリバティブ協会が発行する店頭デリバティブ取引の基本契約書である、ISDA マスター契約を構成する一連の文書の一つ。

る情報提供を要請した[para. 52]。2008年11月9日の協議では、スリランカ中銀は、申立人が本件ヘッジ契約の締結に関して適切な手続に従っていないことから、通貨委員会に対して査察報告書を提出する意向であるとした[para. 53]。2008年11月24日及び28日、スリランカ中銀は、申立人に対して本件ヘッジ契約、ISDA マスター契約、CPC 執行部決議等の情報を提出するよう要求した[para. 53]。2008年12月5日、スリランカ中銀は、「申立人の2005年指令遵守状況報告書 (Assessment of Compliance with the Provisions of the Directions Issued by the Central Bank of Sri Lanka on Financial Derivative Products)」[「本件コンプライアンス報告書」]を作成した ([para. 54])。本件コンプライアンス報告書の概要は以下のとおり。(i) 申立人は CPC 執行部に対して適切な情報 (adequate information) を提供しなかった、(ii) 申立人は CPC に対して適切なクレジットリスク評価を行わなかった、(iii) 申立人は CPC のヘッジ契約から生ずる負のリスクに伴う義務の履行能力を確認しなかった、(iv) 申立人は市場の変化に応じたリスクの変化について適切な情報を提供しなかった、(v) 申立人は、リスク及びパラメーターについて高いレベルでの透明性を確保しなかった[para. 55]。申立人(ロンドン支店)は、2008年12月11日付けレターにより本件コンプライアンス報告書に対して異議を申立てた。2008年12月16日、スリランカ中銀通貨委員会は、申立人を含む CPC のデリバティブ取引銀行に対して取引中止命令を発した[para. 57] (“Stop-Payment Order” 「2008年スリランカ中銀中止命令」) [para. 58]。

さらに、2009年1月6日、スリランカ中銀は申立人に対して、通貨法 (Monetary Law Act) 29条1項に基づいて「申立人・CPC 間石油デリバティブ取引査察報告書 (The Investigation Report on Oil Derivative Transactions entered into by Deutsche Bank AG with the Ceylon Petroleum Corporation)」[「本件査察報告書」]を作成したとして提示した。本件査察報告書の概要は以下のとおり。(i) 申立人は CPC 執行部から必要な約束 (undertaking) を得なかった、(ii) 申立人は適正なリスク評価を行わなかった、(iii) 本件ヘッジ契約は著しく申立人に有利に構成されている、(iv) CPC 会長らは本件ヘッジ契約を締結する権限を有していない、(v) CPC の内部ポリシー及び経験値は高度なデリバティブ取引を行うに相応しくなかった、(vi) 申立人は ISDA 契約に署名しておらず、事前許可を得ていないので、本件ヘッジ契約は適切な実務のあり方に従っていない、(vii) CPC 及び銀行各行は 2007年1月内閣決定に従っていない、(viii) CPC は本件ヘッジ契約を締結するのに適切な政府内手続を踏んでおらず、申立人は適切なデュー・ディリジェンスを行っていれば当該状況について知り得た[para. 60]。申立人は、2009年1月12日に書簡により本件査察報告書に反論した[para. 61]。2009年1月31日、スリランカ中銀は申立人コロombo支店 Rodrigo 氏に対して、銀行法 (Banking Act) 44条Aに基づき適格性及び財産審査 (Assessment of Fitness and Property) に入ったことを伝達した[para. 63]。

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

A. 仲裁権限（管轄権）[paras. 128～]

1. 協定解釈[paras. 284～]

本件ヘッジ契約は、資産（asset）である。金銭債権であり、経済的価値を有する[para. 285]。金銭債権については、別途なされる投資を伴うものでなければならないとのスリランカの主張は、行為債権（claims to any performance）のみに関するものであって、認められない[para. 286]³。

本件ヘッジ契約は、スリランカとの地理的関連性（nexus）をも有する[para. 287]。金融投資財産（financial investment）について、*Abaclat* 事件⁴は、反対意見が証券（securities）は原因関係から切り離されていて無因であるため、元となる特定の経済的プロジェクト等と結びつけられないことを理由に反対したのに対して、多数意見は、「資金を最終的に使用するものの利益のためのものであれば、関連性基準は満たされる」としたし[para. 288]、投資受入国内での企業活動に関連しなければならないわけではなく、アルゼンチンがアルゼンチン国債により資金を調達した以上、国債保有者の請求について仲裁権限ありとした[paras. 289、290]。現在の金融商品では、国際的金融機関の特定の国に所在する支店がドキュメンテーションを担当したからといって、金融商品の所在地が当該特定国になるというものではない。本件では最初の関わり（preliminary engagement）はスリランカで発生し、スリランカに対して影響のある商品である。シンガポールやロンドンといった他国に所在する支店が関与したことにより結論が変わるものではない[para. 291]。本件ヘッジ契約はスリランカのためのものであり、スリランカ国内で行われる活動に関連があり、石油輸入国であるスリランカ経済に資するものである。したがって、スリランカとの関連性は満たされる[para. 292]。

2. ICSID 条約 25 条[paras. 293～]

Biwater 事件⁵、*Fedax* 事件⁶及び *Salini* 事件⁷等で議論されてきた投資財産の 5 要件（(i) 実質的関与又は出資（a substantial commitments or contribution）、(ii)（持続）期間（duration）、(iii) リスク引受け（assumption of risk）、(iv) 経済発展に対する貢献（contribution to economic development）、(v) 収益の規則性（regularity of profit and return））については、その後の ICSID 仲裁判断例により冒頭 3 要件のみが必須と考えられる[para. 295。また paras. 305, 306]。

第 1 の、実質的関与又は出資については、金銭の形態に限られない[para. 297]。申立人は、本件ヘッジ契約により直ちに、輸入石油価格が 112.50 米ドルを超過した場合は 250 万米ドルを

³ 独ス協定 1 条 1 (c) 項は、” (c) claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value and associated with an investment,”と定めていたが（下線部は執筆者による）、スリランカは下線部「and associated with an investment」が (c) 項全体を限定修飾するものであると主張した。英文の通常の解釈によるならば、そのようには理解されないであろう。

⁴ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5。鈴木五十三「大規模集団請求に関する仲裁廷の管轄権と受理可能性」、JCA ジャーナル 2012 年 8 月号 34 頁。

⁵ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22。

⁶ *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3。

⁷ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4。

支払う義務を負った。同時にスリランカは、価格変動性リスクを減少させ、キャッシュフローの予測可能性を高めるという利益を得ている[para. 298]。さらに申立人は、本件ヘッジ契約に至る2年もの間、会議・説明等を行ってきたし、本件ヘッジ契約締結後もスリランカの支払総額を減少させるための協議を行った[para. 300]。

第2の、リスク引受けについては、争わない[para. 301]。

第3の、期間については、12ヶ月という短期間であっても投資財産性に影響しないとの *Romak* 事件⁸ 仲裁判断に同意する。MCI 事件⁹でも述べられているように、期間要件は必須のものではなく、典型的な要素であるに過ぎないと考えるべきである[para. 303]。本件では、12ヶ月の期間に加えて、本件ヘッジ契約の交渉のために2年を費やしている[para. 304]。

最後に、本件ヘッジ契約はスリランカが主張するような「通常の商事取引 (ordinary commercial transaction)」でもなければ、「偶発債務 (contingent liability)」でもない[para. 309]。金融デリバティブ契約から発生する将来の収益は、偶発的な資産ではなく、金融資産であると認識されている。義務は存在しており、金額が将来の事象に依存しているのみである[para. 311]。

3. 本件ヘッジ契約の有効性[paras. 313～]

本件ヘッジ契約は CPC の業務にとって付随的 (incidental) ・有益 (conducive) か[para. 314]。第1に、勧告メモは CPC に対して2種類のヘッジ商品 (キャップ及びゼロコスト・カラー) を推奨していたように、CPC は広範な選択肢を有していた[para. 319]。第2に、本件ヘッジ契約締結当時 CPC 執行部は、本件ヘッジ契約締結は会社の目的の範囲に属するものであると信じていた。

本件ヘッジ契約は、リスク管理のためのものか、それとも投機 (speculation) か[para. 323]。当仲裁廷は、本件ヘッジ契約は一応有効なヘッジ取引 (prima facie a valid hedging transaction) であると考え、本件ヘッジ契約が無効であるとの証明責任はスリランカにあると考える[para. 323]。ゼロコスト・カラー・オプションである本件ヘッジ契約は¹⁰、(1) 石油市場価格が「シーリング」を超えた場合は、銀行が支払義務を負い、(2) 石油市場価格が「シーリング」「フロアー」間の場合は、いずれの当事者も支払義務を負わず、(3) 石油市場価格が「フロアー」を下回る場合は、顧客が支払義務を負う。「ゼロコスト」の場合、顧客は銀行に「プレミアム」を支払う義務を負わない[para. 326]。スリランカ側証人は、本質的にヘッジといえるためには追加的要素を必要とする。すなわち、「ヘッジを行う当事者のリスクを有意に (meaningful) 減少させる」ことが必要とする[para. 322]。しかし、「有意に」等という概念は会計原則、専門的文献等にも言及がなく、スリランカ側証人も説明できていない[para. 333]。また、本件ヘッジ契約は輸入石油価格の一定価格を超える上昇に対する効果は限られているとするが、当時のスリランカの懸念は価格の持続的高騰であったことは明らかである[para. 342]。

⁸ Romak S.A.(Switzerland) v . The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, PCA Case No. AA280.

⁹ M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6.

¹⁰ ゼロコスト・オプションを説明する例として英国控訴院判決 Standard Chartered Bank v Ceylon Petroleum, Core 10/355 が引用されている。CPC が SCB を金融商品の不当販売 (misselling) を請求原因として提訴した事件で、投資銀行 SCB の勝訴 (認容金額約1億6100万米ドル)。

当仲裁廷は、CPC が投機取引をなす権限がなかったとのスリランカ側主張は認める。しかし、CPC 法 5 条の「付随的」又は「有益な」行為に該当する限りは、ヘッジ行為であったか投機行為であったかは無関係であり、そもそもヘッジと投機の区別はあいまいである[para. 345]。当仲裁廷は、金融商品の内容が各々異なる以上、英国控訴院判決及び他の商事仲裁判断での認定判断を重視するものではないが[para. 346]、本件についてスリランカは投機取引性を証明できていない。本件ヘッジ取引は、CPC の「付随的」又は「有益な」行為であり、有効である[para. 347]。

4. 国家帰属[paras. 394~408]

申立人は CPC の行為が独ス協定違反と主張する。独ス協定 2 条（公正衡平待遇）及び 4 条（収用及び完全な保護）の違反については、CPC の行為は、争いなく国家機関性が認められる裁判所・スリランカ中銀等の行為と比べて二次的なものに過ぎない。他方、独ス 8 条（アンブレラ条項）との関係では、重要である[para. 403]。しかし、独ス協定 2 条・4 条違反を認定できるので、8 条違反の判断は必要なく、当仲裁廷は、国家責任条文 4 条・5 条及び 8 条の下での帰属問題についても判断しない[para. 404]。

B. 本案—公正衡平待遇[paras. 409~]

1. 基準[仲裁廷判断は、paras. 417~474]

独ス協定で用いられた公正衡平という基準は、前例で示されてきた国際慣習法上の最低基準と実質的に異なるものではない[para. 419]。その意味で、*Waste Management II* 事件¹¹で示された基準がほぼ当てはまる。投資家が投資判断の際に依拠した正当かつ合理的な期待の保護、信義誠実（但し、国家側の不誠実までは要件とならない）、透明性・一貫性があり、差別的でないこと（すなわち、理由なき差別又は恣意的行為でないこと）、適正手続及び聴聞を受ける権利に適合する司法の本質（judicial property）を害さないことであると抽象化できる[para. 420]。

2. 基準の適用—最高裁手続[paras. 475~480]

スリランカ最高裁は、2008 年 11 月 26 日に訴訟が提起されて後、限られた証拠を審理したのみで、わずか 48 時間のうちに原告の申立てを全て認める 2008 年最高裁暫定命令が出された[para. 476]。しかし、この手続は申立人に応答（respond）の機会を与えておらず適正手続を経していない[para. 478]。このことは、Silva 最高裁長官が、2008 年最高裁暫定命令は政治目的のものであることを認めていることにも裏づけられる[para. 479]。2008 年最高裁暫定命令が「暫定」のものであったことは無関係（irrelevant）である。事実、2008 年最高裁暫定命令が失効した時点では、2008 年スリランカ中銀中止命令がなされていて、本件ヘッジ契約の履行はなされなかった[para. 480]。

¹¹ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (“Number 2”), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3.

3. 基準の適用—スリランカ中銀による査察手続及び 2008 年スリランカ中銀中止命令[paras. 481～491]

スリランカ中銀は、査察の理由として、第 1 に CPC からの巨額の米ドル建ての支払は外国為替上の問題があること、第 2 に、CPC が石油価格の下落に応じて巨額の支払を続けることが突発的な事態であったこと、を挙げる[para. 481]。しかし、それらが真の目的とはいえない。スリランカの外貨支払義務は、石油価格の下落に従って縮小するものだったし、スリランカ中銀は CPC の義務について十分情報提供を受けていた。むしろ、世論の批判に応じてスリランカ中銀が自己保身の必要があった[para. 482]。

政府の行為は信義誠実に反する。スリランカ中銀総裁は、CPC に支払停止を指示したが、その後スリランカの信用格付に影響することを恐れて翻って支払を認めた[para. 483]。支払停止命令では効を奏しないことを認識したスリランカ中銀総裁は、査察手続によることとした。査察手続は 11 月 11 日に開始されたが、僅か 4 業務日後の 11 月 19 日の会議では、申立人は適切な手続に従っていないとの査察の結論が出されていた。スリランカ中銀総裁の一連の行動は、信義誠実に反する[para. 484]。

査察手続は、透明性に欠けており、適正でない。1 ヶ月以上に渡り何万米ドルをも要した手続において、スリランカ中銀は 2、3 の文書しか作成していない。査察手続とは本来的に証拠を残すべきであり、報告書が最終版となる前に確認されるべきものであることからすれば、不完全なものであることを示している[para. 485]。担当者の 1 人は、CPC 担当者を一切インタビューしなかったと証言している。にもかかわらず、当該担当者は査察についての意見を固めていた[para. 486]。さらに、申立人には通貨委員会の 2008 年 12 月 16 日停止命令について何ら知らされておらず、本件査察報告書に対する反論を述べる機会も与えられていなかった[para. 487]。申立人は、2008 年 12 月 5 日に本件査察報告書の提示を受け、2008 年 12 月 11 日午後 8 時に反論した (respond) が、本件査察報告書の最終版は僅か 24 時間以内に作成された。2008 年 12 月 13 日には通貨委員会に対して本件査察報告書が提出されたが、申立人の反論は何ら顧慮されていない。その上、本件査察報告書には申立人に全く知らされていなかった 3 項目の新規事項が加わっていた[para. 488]。

スリランカ中銀は、2008 年スリランカ中銀中止命令を出す権限がない。2008 年スリランカ中銀中止命令には法的根拠が示されていない。担当者が根拠であると主張するスリランカ銀行法 (Banking Act) 46 条は、銀行システムの安定性のための命令権限のみで、銀行の締結した契約の停止を命令する権限までは付与していない[para. 490]。

D. 本案—収用[paras. 492～]

1. 基準[paras. 502～]

独ス協定 4 条 2 項の収用には、直接収用の他に、国家に帰属する一定の期間に渡る一連の行為により対象財産を奪うことになる間接収用も含む[para. 502]。このためには、実質的な財産

の奪取が、少なくとも有意な (meaningful) 期間行われることが必要である[para. 503]。さらに、一定の重大さも必要であるが、経済的損失の有無は決定的ではない[para. 504]。経済的損失又は損害の有無は、収用か否かの問題ではなく、賠償額算定の問題である[para. 505]。

2. 適用[paras. 520～]

公正衡平待遇違反の認定に用いた事実がここでも該当する。2008年11月28日の2008年最高裁暫定命令に続き、2008年12月16日、スリランカ中銀が各銀行にデリバティブ取引をこれ以上進めることの停止を求めた(2008年スリランカ中銀中止命令)。2009年1月27日、最高裁は2008年最高裁暫定命令を撤回したが、スリランカ中銀は同命令が依然として効力を有する旨表明した。スリランカ中銀は最高裁により開始された権利妨害行為を引き継いだといえる。したがって、申立人の権利の収用は、申立人が2008年12月3日に本件ヘッジ契約を解除する以前の2008年11月28日に開始されたといえ、それ以降支払が認められたことはなかった[para. 521]。スリランカ政府は、政府は広範な規制権限を有していたと主張するが、*Tecmed* 事件¹²、*Azurix* 事件¹³及び *LG&E* 事件¹⁴等多くの仲裁判断前例が収用問題における比例原則 (proportionality requirement) に言及しており、これにより、相当な公益目的がない限り、政府が投資家に重大な打撃を与える手段をとることを抑止しているのである[para. 522]。本件は、規制権限の発動の事例ではない。政府の行為は、適正手続に反し、信義誠実に悖り、本件ヘッジ契約を有効に締結したとの申立人の正当な期待を裏切るものである[para. 523]。単に経済的利益が目的の、独立性を欠く規制当局による不法な規制による収用であった[para. 524]。

E. 本案—完全な保護[paras. 526～]

Saluka 事件¹⁵では、完全保護条項は、単に投資への阻害行為のみならず、実力行使を伴う物理的な妨害に関するものとしたのに対し、*Azurix* 事件では、安全な環境の維持も含まれるとした[paras. 535, 536]。ただ、仲裁廷は、完全保護条項は「相当の注意 (due diligence)」を払う義務を課するに留まるものであると考える。さらに、公正衡平待遇、収用違反が認定できる以上、完全保護条項違反を論ずる必要性はない[para. 538]。

F. 本案—約束遵守 (アンブレラ) 条項[paras. 539～]

公正衡平待遇、収用違反が認定できる以上、アンブレラ条項違反を論じる必要はない。

G. 本案—損害論[paras. 541～、仲裁廷判断は paras. 556～]

スリランカは、本件ヘッジ契約は申立人ロンドン支店との間に締結されたものであり、準拠法は英国法で裁判管轄は英国裁判所であるから、2008年最高裁暫定命令及び2008年スリランカ

¹² *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2.

¹³ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12.

¹⁴ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1.

¹⁵ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL.

中銀支払い停止命令の後も、申立人は未だ契約上の権利を失っておらず、損害はないと主張する[paras. 542~547]。しかし、契約上の権利と協定上の権利は別のものであり、本件も単なる CPC の契約不履行を問題としているのではない。2008 年最高裁暫定命令、スリランカ中銀の査察手続、2008 年スリランカ中銀支払停止命令が公正衡平待遇違反を構成し、2008 年スリランカ中銀支払停止命令が収用を構成するとしているのである[paras. 537~561]。また、契約上の権利があるからといって協定上の権利の行使が制約されるわけではない[para. 562]。したがって、申立人には協定上の救済が認められるべきである。

H. 本案一損害賠償額（救済） [paras. 566~]

損害賠償額は、申立人が本件ヘッジ契約上受取ることが可能であった 6036 万 8993 米ドル及び支払までの利息である（スリランカが 2008 年 11 月までに支払った金額は考慮しない）[paras. 572~575]。

I. 仲裁人 Makhdoom Ali Khan 少数意見

(I) 本件ヘッジ契約は投資財産たり得ないので仲裁権限は認められず、(II) 最高裁・スリランカ中銀の措置は収用と認められず、申立人に損害はなく、(III) 最高裁の 2008 年最高裁暫定命令は公正衡平待遇義務違反とならず、申立人に損害はなく、(IV) スリランカ中銀の措置と申立人の損害の間には因果関係が認められないので申立人には損害はない[少数意見 para. 132]。

ドイツの締結した投資協定では、投資財産たる金銭債権の定義に際して独ス協定に見られるような “associated with an investment” との文言を付すことはない。したがって、この文言に意味を与えるべきで、多数意見が行為債権のみに関するとしたのは誤りである[少数意見 para. 16]。金銭債権は、経済的価値を創造し、(他の) 投資を伴うものでなければならないから、本件ヘッジ契約は投資財産ではない[少数意見 para. 33]。

本件ヘッジ契約は、締結時点において CPC 又はスリランカに利益を齎すものではない。将来の石油価格の上下に依存するので、当事者のいずれの利益となるかも決まっていない[少数意見 para. 53, 54]。ベネズエラに対する約束手形 (promissory note) 債権が問題となった *Fedax* 事件も、有償サービスの提供という原因関係の性質は不変であり、アルゼンチン国債が問題となった *Abaclat* 事件も経済再建・成長のために発行された国債であるから投資財産性が認められたのであって、本件の根拠とならない[少数意見 para. 55]。さらに、金融取引が投資財産に該当するためには、締結の時点で投資といえなければならないと考える。将来の事象は無関係である[少数意見 para. 58]。オプション権が投資財産に該当しないことは、*PSEG* 事件¹⁶でも認められている[少数意見 para. 59]。本件ヘッジ契約は、何ら実質的な出資又は関与は認められない[少数意見 para. 62]。*Pantehniki* 事件¹⁷は、本件の根拠とはならない。

¹⁶ PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5.

¹⁷ Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21.

55 : Burlington Resources Inc. v エクアドル (ICSID Case No. ARB/08/5)
(JCA ジャーナル 2013 年 8 月号 (48))

判断年月日 : 2012 年 12 月 14 日 (責任判断)

仲裁廷の構成 : Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス・長)、Brigitte Stern (フランス)、Francisco Orrego Vicuña (チリ)

一 判断のポイント :

- ・投資家は、投資家の子会社が投資受入国と締結した契約について、投資条約上の義務遵守条項を援用することができない場合がある。
- ・課税措置も、不当なものであれば収用を構成しうる。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

申立人は 1988 年に米国デラウェア州にて設立され、2006 年 3 月にテキサス州に本拠を置く CoconoPhilipps 社に買収された。[para. 1]

エクアドルは、1990 年代に生産分配契約(PSC)という型の石油開発契約を導入した。それによれば、私人たる契約当事者は、資源探査開発のリスクを負う一方で、契約に定められた条件で生産された石油の一部を取得することとなる。[para. 6]

申立人は、2001 年に、子会社たる Burlington Oriente を通じて Block7 および Block21 における PSC に参加し、前者につき 42.5%、後者につき 46.25%の持分を保有している。いずれについても、残りの持分はフランス法人 Perenco¹が保有しており、Burlington Oriente と Perenco とは、エクアドル法の定めるところに従い、共同納税のためにコンソーシアムを 2006 年以降形成している。[paras. 14-15]

Block7 および Block21 いずれの PSC も、原油生産量に応じてエクアドルおよび Burlington Oriente ならびに Perenco への原油配分割合が変わるという内容になっている。エクアドルは、PSC は原油価格の変動に応じて配分割合が変更されることを前提としていると主張し、申立人はこれを否定している。また、いずれの PSC にも、同契約はエクアドル法により規律され、「契約署名時に有効である法律も参照により (by reference) 含まれると理解される」と定められているところ、これが安定化条項であるかどうかにつき争いがある。また、増減税の際にはそれによる PSC の全体構造(economy)への影響を打ち消すために石油配分割合を変更するという規定も含まれており、その解釈をめぐる対立がある。[paras. 17-22]

¹ Perenco は、ほぼ同じ問題について、エクアドル・フランス BIT およびエクアドル国内法を根拠とする別の仲裁を ICSID に申し立てており (Case No. ARB/08/6)、2013 年 5 月現在係属中である。同事件の暫定措置命令につき、出井直樹「投資協定仲裁判断例研究(7) 国家の立法行為及び強制執行に対する仲裁廷の暫定措置」JCA ジャーナル 57 巻 3 号 (2010 年) 19 頁。

2002年からの原油価格高騰（2002年の1バレル20米ドル程度から2008年の1バレル120米ドル超まで）により、エクアドルはPSCの原油配分割合は不公正なものとなったと主張し、エクアドルの割合を増やすよう2005年に契約再交渉を申し入れたが、申立人は拒否した。そこで、エクアドル議会は2006年4月19日に法律42号を採択し、PSC締結時の原油価格（インフレ修正後）よりも原油価格が高くなる場合、コンソーシアムはその差分の50%をエクアドルに支払う旨定めた。同年9月6日に、エクアドル憲法裁判所は同法を合憲と判断した。コンソーシアムはPSCの増減税に関する規定に基づく調整を求めたが、エクアドルはPSCの全体構造への影響が明らかにされていないとして拒否した。[paras. 24-34]

2007年に就任したコレア大統領は、同年、法律42号の定める税率50%を99%とする大統領令662号を發布した。申立人は、抗議しつつも99%の税を支払った。エクアドルは、さらに同年、租税衡平法(LET)を制定し、PSCの内容変更を条件に当該99%の課税を免れることを認めた。さらに、2008年4月にはPSCはサービス契約に変更されねばならないとする単一モデル政策を発表した。これを受けて、4月21日、申立人は本件について仲裁をICSIDに申し立てた。[paras. 35-43, 67]

その後も交渉は続けられたが、合意は得られなかった。申立人は法律42号に基づく税を2008年6月まで納付し続けたが、コンソーシアムは今後の納付をエスクロー口座になすことを6月19日に提案した。エクアドルはこの提案に反応しなかったが、申立人は2008年6月から2009年4月まで、米国内のエスクロー口座に約1億5千万ドルを当該税の納付として入金した。[paras. 52-54]

エクアドルは、問題の税金が納付されていないとして、強制執行手続(coactiva proceedings)を2009年2月に提起し、エクアドル裁判所は3月にBlock7およびBlock21における原油を差し押さえる命令を発した。本件ICSID仲裁廷は3月6日に紛争を悪化させる行動をとらないことを勧告したが、エクアドルは5月19日に差し押さえた原油を競売にかけた。もともと、応札は一切なかった。[paras. 56-57]

2009年6月29日に、ICSID仲裁廷は、いずれの当事者も紛争を悪化させる行動をとらないこと、法律42号に基づく税の納付を行うエスクロー口座を共同で開設すること、および、エクアドルは強制執行手続をICSID仲裁係属中停止すること、を指示する暫定措置命令を発した。しかし、エクアドルはその後も競売を数度行い、その度に、唯一の応札者PetroEcuador²が市場価格の50%から70%程度で落札した。8回の競売を合計すると、Block7の原油360万バレルが1億4887万米ドルで（市場価格2億3378万米ドル）、Block21の原油328万バレルが1億2820万米ドルで（市場価格1億9981万米ドル）で、それぞれ落札された。[paras. 58-61]

2009年7月13日、コンソーシアムはBlock7およびBlock21での生産を停止することをエクアドルに通告した。同年9月、エクアドルはBlock7およびBlock21のPSCについて解除手続(caducidad process)を開始し、2010年7月20日に、エクアドル有限資源省は解除を宣言した。

² 本仲裁判断および本件管轄権判断(後掲注4)のいずれにも説明はないが、Perenco v. Ecuador & PetroEcuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Jurisdiction, 30 June 2011, para. 7によれば、エクアドル法により1989年に設立された国営石油会社であり、国内法上エクアドル国家とは別個の法人格を有している。

同 27 日、エクアドル議会は炭化水素資源法および税法を改正し、全ての PSC は 120 日以内にサービス契約に変更されるべきこと、そのための合意が当事者間で得られなければ PSC は終了するものとされること、が定められた。[paras. 65-66]

申立人は、ICSID 仲裁廷に対し、エクアドル・米 BIT 上の公正衡平待遇条項・義務遵守条項・収用条項などについて請求を提起した³が、仲裁廷は、同 BIT10 条が「税に関する問題(matters of taxation)」については収用・送金・投資契約あるいは投資許可の遵守執行についてのみ仲裁廷の管轄権を認めていることに鑑み、収用と義務遵守条項に関する請求以外については管轄権を有さないとの判断を 2010 年 6 月 2 日に下した⁴。

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

A. 国際裁判例・仲裁判断例の扱い

本仲裁廷は先例に拘束されない。しかし、多数意見は、他の国際裁判所・仲裁廷の判断を適切に考慮すること(pay due regard to)は必要であって、特に強い理由のない限り一貫した先例には従うべきであり、国際投資法の調和的發展に貢献すべき、と考える。これに対し、Stern 仲裁人は、判例の傾向に囚われることなく、個別事案について個別の判断をすべきと考える。[para. 187]

国際投資仲裁に先例拘束性がない一方で国際投資法の調和的發展が求められるとすると、傍論と主たる判断との区別に意味はない。いずれも、投資家や投資受入国にとってガイドとなり、将来の仲裁廷の決定を予測するための手がかりとなり得る。[para. 221]

B. 義務遵守条項

エクアドル・米 BIT2 条 3 項(c)は、“Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.” と定める。エクアドルは、PSC は申立人子会社と PetroEcuador との間に締結されており、PSC 当事者でない申立人がこの義務遵守条項に基づく主張を提起することはできない、と主張する。申立人は、当該条項上遵守すべきとされているのは“any” obligation であってしかも with regard to investors ではなく with regard to investments であるから、そこには申立人子会社と締結した契約上の義務も含まれる、と反論する。[paras. 101-102, 132, 208-209]

契約上の義務が BIT2 条 3 項(c)にいう obligation に含まれることは言うまでもなく、エクアドルが本件契約において主権者として行動していることは疑いないため、本件における問題は、投資受入国が投資家の子会社と締結した契約上の義務が BIT2 条 3 項(c)の対象となるかどうかに限定される。[para. 212]

³ 仲裁申立当初は、BIT 上の請求とは別に、PSC 上の請求も提起されており、PSC 当事者たる Burlington 子会社と PetroEcuador も仲裁手続当事者とされていた。申立人は、2009 年 9 月に、Block7 と Block21 とがエクアドルにより物理的に占拠されたためもはや収用が完成したとして、PSC 上の主張を取り下げ BIT 上の主張に一本化する旨仲裁廷に通知し、仲裁廷は、同年 10 月 29 日の命令により、Burlington 子会社と PetroEcuador とが仲裁手続当事者ではなくなったとの決定を行った(Procedural Order No. 2)。

⁴ Burlington v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 2 June 2010.

義務は真空状態で存在せず、準拠法の下で生じる。本件 PSC はエクアドル法に服するため、義務内容および当事者はエクアドル法により決定される。申立人は、エクアドル法上、契約当事者の親会社は、自らが当事者でない契約に関する子会社の権利を直接執行することができる、などとは主張さえしていない。さらに、“entered into” という文言は契約的關係(privity)の存在を必要とすることを示す。申立人は“with regard to investments” という文言に着目するが、これは義務の範囲を限定するものである。投資促進という条約目的を考慮しても、間接的投資をも明示的に保護している条文が本 BIT 中に（たとえば収用に関して）あるにもかかわらず本義務遵守条項は間接的投資に言及していないことを考えると、同じ結論に到達する。したがって、申立人は、自己の子会社が PSC 上有する権利に関して BIT の義務遵守条項を援用することはできない (Orrego Vicuña 仲裁人反対)。[paras. 214-220]

仲裁先例を見ると、Azurix v. Argentina, Siemens v. Argentina, CMS v. Argentina (annulment)が契約關係の必要性を示しており、Continental Casualty v. Argentina がこれに反対している。先例の多数は、本仲裁廷の結論を支持する。[para. 233]

C. 収用

1. 申立人の投資財産

申立人の投資財産には、子会社の株式、油田のインフラおよび設備その他有体財産、事業運営に必要な資本の投下、開発区域の物理的占有が含まれる。[para. 260]

PSC 上の権利は、それそのものとしては申立人の投資財産ではないが、申立人の投資財産の経済的価値に大きく影響する。PSC に関して争われたのは、契約における“economy” という用語の意味、および、契約の economy を回復するために用いられる “correction factor” の適用が義務的かどうか、である。[para. 261-262]

PSC の文言からしても[paras. 277-281]、エクアドルが援用する Block7 に関する PSC の Annex V も[paras. 282-293]、エクアドルが締結した他の区域に関する PSC との比較においても[paras. 294-300]、エクアドルの過去の行動からしても[paras. 301-307]、エクアドルの炭化水素資源法を見ても[paras. 308-310]、かつてのサービス契約から PSC に変更された経緯を見ても[paras. 311-314]、PSC の economy は、契約者は原油価格に関わらず一定の原油の割り当てを得るというものであることが判る。[para. 315]

Block7 および Block21 いずれの PSC においても、correction factor の適用が義務的であることは文言より明らかである。[paras. 317-334]

2. 収用の存否

検討すべきは、(a)法律 42 号、(b)強制執行手続、(c)Block7 および Block21 の物理的占拠であり、これらのいずれもが単独で収用を構成しない場合は、累積的效果を検討する。[para. 348]

法律 42 号は税に関する法であり、税の賦課は国家の規制権限の一環であって、収用を構成しない。他方で、国家の課税権には限界もある。慣習国際法上、課税は差別的でも収奪的

(confiscatory)であってもならないとされている。課税額が高く、納税者が当該資産を低すぎる価格で売却しなければならなくなる場合、課税は没収的であると言える。収奪的な課税が収用を構成することは、米対外関係法リステイトメント(第三)、1961年の国家責任ハーヴァード草案、学説等から明らかである。[paras. 391-395]

収用の有無を判断する場合、先例は、効果のみに着目(the sole effects test)するのが一般的で、それらが実質的な剥奪(substantial deprivation)に相当するかどうかを検討している(Pope & Talbot v. Canada, Occidental v. Ecuador, Archer Daniels v. Mexico)。決定的な要素は投資の経済的価値や可能性(viability)がなくなること、収益の可能性がなくなることである。[paras. 396-399]

経済的効果に加えて、投資受入国の意図も考慮されることがあるが(Petrobart v. Kyrgyzstan など)、二次的な意味しかない(Tippetts v. Iran)。差別的な課税や安定化条項に反する課税も違法となるが、その場合にも収用が成立するためには実質的剥奪が必要である。[paras. 401-403]

本件で問題となっているのはいわゆる windfall tax、すなわち超過利益分に対する課税である。したがって、投資財産の収用は成立しそうにない。しかし、最終的な結論に達するには、本事案の具体的な状況を考慮する必要がある。[para. 404]

(a) 法律 42 号およびその影響を消去する PSC 上の義務の違反

PSC は課税措置を想定しており、法律 42 条が PSC に影響を与えたとしてもそれそのものが PSC の違反を構成するわけではない。しかし、その場合には、課税措置が変更された場合にその影響を消去するという PSC 上の義務がエクアドルに生じる。その義務の履行を申立人が求めた際、エクアドルは応じていない。エクアドルは、申立人が PSC への影響を証明していないと言うが、経済分析をするまでもなく、申立人が得るはずの原油割り当てからの収入の相当部分が奪われているため、影響があることは明らかである。また、エクアドルは、申立人の権利行使を全面的あるいは実質的に阻害してはいないとも言うが、課税措置の影響の消去を受ける権利は無にされている。したがって、エクアドルは PSC の当該義務に違反した。[paras. 405-419]

税率が 50%であった時点でも、法律 42 号は恒常的に適用されており、利益の剥奪も恒常的に生じている。しかし、原油からの申立人の収入は、Block7 について 48.9%から 34.6%に、Block21 について 57.4%から 38.6%に減ったにとどまり、これにより申立人の投資財産の価値が実質的に失われたとまでは言えない(Orrego Vicuña 仲裁人反対)。[paras. 420-433]

税率が 99%になった後も、コンソーシアムは 2008 年に 6230 万米ドルの利益を上げており、収入が減ったとしても、投資財産の価値が実質的に失われたとまでは言えない。1 バレルあたりの収入も、Block7 について 62.3%、Block21 について 73.9%減少しているが、投資財産が無になったわけではない。税率を 99%にすることにつきエクアドルがどのような意図を持っていたにせよ、投資財産が実質的に剥奪されてはいないことには変わりがない。したがって、これにより収用が成立したとは言えない(Orrego Vicuña 仲裁人反対)。[paras. 434-457]

(b) 強制執行手続

強制執行手続により奪われたのは生産された原油であり、申立人の投資全体ではない。したがって、原油の差押それ自体は収用を構成しない。ただし、申立人は、強制執行手続により、申立人の投資全体の経済的価値が破壊されたと主張している。競売に応札したのが PetroEcuador のみで、かつ PetroEcuador が市場価格より相当低い価格に応札したことにより、申立人の収入はさらに減少した。問題は、PetroEcuador しか応札者がいなかったことにエクアドルが責任を負うかどうかであるが、これについては証拠が示されていない。強制執行手続による経済的影響は、法律 42 号によるそれを越えるものではない。[paras. 469-485]

(c) Block7 と Block21 の物理的占拠

申立人が Block7 と Block21 における原油生産を停止することを発表した 3 日後の 2009 年 7 月 16 日に、エクアドルは両 Block を物理的に占拠した。仲裁廷は、まず、この行為がエクアドルの規制権限(police powers)として正当化されるかどうかを検討する。[para. 507]

エクアドルは、申立人による PSC 義務不履行（生産停止）が占拠の原因であると主張する。そこで、PSC の準拠法であるエクアドル法に基づいて、申立人による生産停止が PSC 違反であるかどうかを検討する。エクアドル炭化水素資源法 74 条は、投資契約当事者による生産停止が正当な理由なくなされ、30 日以上継続する場合は、当該契約を終了させる(caducidad)ことができる、と定める。すなわち、生産停止に正当な理由がなくとも 30 日間は、正当な理由があればその後も、契約を終了されることがないのである。契約が終了されれば、物理的な強制執行に移ることもできるが、本件では、契約終了の条件さえ満たされていない。さらに、仮に 30 日以上経過後に占拠がなされていたとしても、本件ではエクアドルによる PSC 違反があるため、生産停止に正当な理由があると考えられる。[paras. 508-518]

エクアドルは、生産停止により両 Block に損害が生じる恐れがあり、それを防ぐために占拠に訴えたと主張する。RPS の報告書によれば、損害の恐れがあるとは指摘されているものの、恐れ(potential)以上のものでないことが明確にされており、しかも、RPS 自身が、不完全な情報の下でその結論に達したことを認めている。かつ、生産施設に生じ得る損害は、生産停止が一定の期間に及んだ際に生じるかもしれないものであり、生産停止直後に物理的占拠に訴えることを正当化するものではない。また、油井から石油があふれることによる環境へのリスクについては、両ブロックに 88 ある油井のうち自然に石油があふれてくるものは 2 つしかなく、しかも、コンソーシアムは監視人員を配置し続けていたことが証拠から明らかである。エクアドルは経済的損失の恐れも主張するが、損失の規模は原油価格の推移にも依存するものであり、占拠を正当化するほどのものではない。[paras. 519-528]

物理的占拠により、エクアドルにおける申立人の投資財産を構成する有体物は全て剥奪された。PSC における子会社の権利および子会社の株式は残されていたが、油田と限故のアクセスを断たれたため、それら権利は無価値となった。当初、占拠は恒常的措置としてなされたわけではなかったが、2009 年 8 月 19 日にエクアドル鉱山石油大臣が「10 日以内に操業を再開せよ」と要

求しており、この要求は操業停止に正当な理由があることおよび本仲裁廷の暫定措置命令と矛盾すること、コンソーシアムはエクアドルが PSC を遵守することを条件に操業再開に応じる旨同 28 日にエクアドルに通告したことを考慮し、2009 年 8 月 29 日をもって占拠は恒常的措置となったと結論する。[paras. 530-537]

申立人は、エクアドルは「忍び寄る収用(creeping expropriation)」を行ったのであって占拠措置以前から収用は始まっていた、と主張するが、既に述べたように、占拠前は申立人の投資財産に実質的剥奪は生じておらず、占拠措置それそのものが収用を構成すると理解すべきである。[paras. 538-540]

3. 収用の違法性

本件では補償が支払われていない。エクアドルは、収用の存否に争いがあるため補償支払の申し出を行っていないと主張するが、物理的占拠の後に至ってまで申立人の投資財産が収用されたことを争うことはできない。エクアドルは、一般に、投資家が開発する油田を物理的に占拠し自らが事業を行う場合には投資家に補償の申し出をしているため、このような場合に補償が必要であることは認識している。したがって、本件収用は違法である。もっとも、本仲裁判断後に紛争当事者間で和解する場合にそれを妨げるものはない。[paras. 543-545]

56 : Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Aubobuses Urbanos del Sur S.A. v アルゼンチン共和国 (ICSID Case No. ARB/09/1)

(JCA ジャーナル 2013 年 9 月号 (49))

判断年月日 : 2012 年 12 月 21 日 (管轄判断)

仲裁廷の構成 : Judge Thomas Buergenthal (米国・長)、Henri C. Alvarez (カナダ)、Kamal Hossain (バングラデシュ)

一 判断のポイント :

- ・ 事前交渉要件 : 事前交渉要件の起算点は、投資家側が協定違反の主張を現に行った時点ではなく、協定違反に該当する行為を投資家側が指摘し、投資国側がそれに反論した時点からである。事前交渉によって紛争を解決できないことが明らかな場合は、事前交渉を行わなくとも事前交渉要件を充足したとみなされる。
- ・ 訴訟前置要件 : 仲裁申立後に実質的に同じ紛争に関して国内訴訟が提起され 18 ヶ月が経過した時点で、国内訴訟前置要件を充足したとみなされる。
- ・ 本 BIT の最恵国待遇条項を適用して、交渉及び訴訟前置要件のない他の BIT の紛争解決条項を援用して、交渉及び訴訟前置要件をバイパスすることができる。
- ・ 管轄要件は仲裁手続開始時点で判断され、国内法は管轄判断には適用されない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

本件は、アルゼンチン共和国 (以下「アルゼンチン」という。) によるアルゼンチンの航空会社 2 社 (ARSA 及び AUSA、以下まとめて「アルゼンチン航空」という。) の国有化に向けた一連の行為に対し、アルゼンチン航空の約 9 割の株式を間接的に保有していたスペイン法人 (3 社) がアルゼンチンに対し仲裁を申し立てたものである。

アルゼンチン航空は、もともとアルゼンチンの国営企業であったが、1991 年スペイン政府によって買収され、その後アルゼンチンの法律に基づき、スペイン政府の保有するアルゼンチンの子会社 (Interinvest) を通じて、スペイン政府が保有していた。2001 年半ば、アルゼンチン航空の経営が悪化、うち 1 社 (ARSA) が倒産するに至り、スペイン政府は、1 米ドルで Interinvest の株式を Air Comet (スペイン法人) に売却した。申立人 3 社 (Teinver S.A.、Transportes de Cercanías S.A.、Aubobuses Urbanos del Sur S.A.) は、いずれも Air Comet の株主である¹。

¹ 申立人の筆頭に上がっている Teinver が Air Comet の株主となったのは、Air Comet が Interinvest を買収し、その後アルゼンチン政府によるアルゼンチン航空に対する収用が徐々に始まったとされる 2004 年以降である。また仲裁申立後、Air Comet 及び申立人 3 社の経営が悪化、申立人のうち 2 社が Air Comet の株式を Teinver に譲渡するとともに、Teinver も、ファンドに仲裁の本案判断に基づく請求権を譲渡する見返りに仲裁費用の融資を受けることになる。これ

2002 年末には ARSA は債権整理を行うが[paras.2-7]、申立人の主張によれば、2004 年頃から、徐々にアルゼンチン政府による収用の動きがはじまったとされる[para.8]。本仲裁判断は管轄に関する判断であるため、事実関係の詳細は必ずしも明らかではないが、たとえば、アルゼンチン政府は、アルゼンチン航空による度重なる航空運賃の値上げ申請を却下し、また申立人の主張によれば、アルゼンチン政府主導でアルゼンチン航空のストライキを起こす等して、アルゼンチン航空の経営を悪化させたとされる[para.94, paras.260-262]。2008 年一気に事態は急転する。同年 5 月、アルゼンチン政府と Interinvest は、アルゼンチン航空の経営再建にむけた協議を持ち、アルゼンチンの投資家にアルゼンチン航空の支配権を有する持ち分を付与する見返りに、アルゼンチン航空の航空運賃の値上げ申請を許可するとともに、その他のアルゼンチン政府による救済措置が取り決められた。ところが同年 7 月 17 日には、アルゼンチン政府と Interinvest は、アルゼンチン航空の売却で基本合意、売却価格は両当事者の合意する第三評価人が決定することとされる。しかしその一週間後には、アルゼンチン政府は、アルゼンチン航空の再国有化に関する法案を議会に提出、9 月アルゼンチン航空の再国有化法案が議会で可決され、再国有化に伴う株主への補償は、アルゼンチンの裁判所²で決定されることになった[paras.95-96]。アルゼンチンの裁判所は、アルゼンチン航空の株式を－832 百万米ドルと評価（以下「株式評価手続」という。）、これを受けて、同年 12 月、申立人 3 社は、アルゼンチンとスペインとの投資協定（以下「本 BIT」という。）³に基づきアルゼンチンに対し本仲裁を申し立てた。一方、アルゼンチン政府は、Interinvest がアルゼンチン裁判所の定めた評価に基づく補償額を拒否したため、同年 2 月アルゼンチン航空の国有化のため Interinvest をアルゼンチンの裁判所に提訴した（以下「収用訴訟」という。）。なお、管轄に関する本仲裁判断が出された時点で、収用訴訟は係属中で、裁判所の判断は出されていない[paras.99-101]。

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

A. 被申立人の本案前の抗弁

アルゼンチンは数々の本案前の抗弁を提出したが、仲裁廷はいずれも却下した。本案前の主な抗弁の概要は以下の通りである。

- (1) 仲裁申立要件の非充足：本 BIT10 条に定める交渉及び国内訴訟前置要件の非充足。申立人が本 BIT の最恵国待遇条項（以下「MFN 条項」という。）に基づき、交渉及び国内訴訟前置要件のない米国アルゼンチン間の BIT 及びオーストラリア・アルゼンチン間の BIT に依拠する旨反論したところ、MFN 条項は、紛争解決条項には適用がない旨再反論した [paras.79-83, 139-148]。

らは、被申立人から申立人適格欠如の主張を招くことになるが、仲裁廷は、申立人適格は仲裁申立時で判断するとして、被申立人のいずれの主張も却下した。

² Tribunal de Trascaciones

³ Agreement between the Argentine Republic and the Kingdom of Spain on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments of October 3, 1991.

- (2) 当事者適格の欠如：申立人は間接的にアルゼンチン航空に投資をしているのみで、当事者適格に欠ける。アルゼンチン法上、間接的な株主は、債権者及び直接の株主に劣後し、間接的な株主の請求権を認めることは、アルゼンチンの公共の利益に反する。仲裁判断に基づく請求権を譲り受けたファンドが真の仲裁の当事者であるが、ファンドはアルゼンチンに投資を行っておらず、当事者適格に欠ける[paras.187-197]。
- (3) Air Cometによる Interinvest 株の購入及びその後の Air Comet のアルゼンチン航空を巡る経済取引に関連してスペイン政府が捜査を開始。申立人による投資は違法で本 BIT の保護対象ではない[paras.277-298]。

B. 仲裁判断

1. 概要

- (1) 仲裁申立手続要件の非充足：6ヶ月の交渉要件及び18ヶ月の国内訴訟要件は Interinvest やアルゼンチン航空とアルゼンチン政府との一連の交渉及びアルゼンチン政府の Interinvest に対する収用訴訟等で充足している[para.125, 135]。仮にそれら手続要件を充足していなくとも、本 BIT の MFN 条項に基づき、他の BIT の紛争解決条項に依拠して、事前交渉及び国内訴訟前置要件をバイパスして、仲裁を申し立てることができる[paras.159-182]。なお、MFN 条項の紛争解決条項への適用可能性については、反対意見が付されている。
- (2) 当事者適格：本 BIT における投資財産の定義は包括的で、間接的な投資も含まれる。投資国の国内法は、管轄の有無の判断においては参照されない。アルゼンチンの公共政策の観点は、本案審理では考慮の余地があっても管轄判断には影響しない。当事者適格の有無は、仲裁申立時点で判断され、その後起こった事象は当事者適格の判断に影響しない[paras.208-235]。
- (3) 投資の適法性：本 BIT1 条 2 項の文言から、投資の適法性は投資時点で充足していれば足りる。Air Comet が株式を購入した契約の有効性は当事者間に争いはなく、その後の事情は投資の適法性要件には影響しない[paras.316-331]。

以下本稿では、仲裁判断がその紙面の半数以上の頁を割いて検討した、手続要件及び MFN 条項の紛争解決条項への適否に特化して検討する。

2. 仲裁申立の手続要件⁴

⁴ 本 BIT10 条

1. Disputes arising between a Party and an investor of the other Party in connection with investments within the meaning of this Agreement shall, as far as possible, be settled amicably between the parties to the dispute.

2. If a dispute within the meaning of section 1 cannot be settled within *six months* as from the date on which one of the parties to the dispute raised it, it shall be submitted, at the request of either party, to the competent tribunals of the Party in whose territory the investment was made.

3. The dispute may be submitted to an international arbitral tribunal in any of the following circumstances:

(a) At the request of one of the parties to the dispute, when no decision has been reached on the merits after a period of *18 months* has elapsed as from the moment the judicial proceeding provided for in section 2 of this article was initiated or

When such a decision has been reached, but the dispute between the parties persists;

(b) When both parties to the dispute have so agreed.

(1) 事前交渉要件

本件では、申立人側は、長年のアルゼンチン航空による運賃の値上げ申請やアルゼンチンにおける航空業界の規制に関連して、アルゼンチン政府との交渉を行ってきたが、申立人側が投資協定違反の主張を行ったのが仲裁申立の1ヶ月前であったことから、6ヶ月の事前交渉要件を充足しているかが問題となった。この点に関する判断は以下の通り。投資協定に違反するような行為につき投資家と投資受入国との間で見解の相違があることが確認された時点から事前交渉期間が起算され、実際に協定違反の主張がなされることは要件ではない[paras.109-111]。2004年10月以降アルゼンチン政府によるアルゼンチン航空の収用に向けた一連の行為に関連して申立人側はアルゼンチン政府と交渉しており、少なくとも仲裁申立前には6ヶ月以上交渉を行ったと見ることができる[paras.117-125]。また、仮に6ヶ月間事前交渉を行っていなかったとしても、およそ6ヶ月の事前交渉では紛争が解決しないことが明らかな場合には、事前交渉を行わなくとも要件を充足したと見ることができる[paras.126-129]。

(2) 訴訟前置要件

本件では、仲裁申立に先立ち、申立人はアルゼンチンの裁判所に提訴していない。他方、仲裁申立後アルゼンチン側が、アルゼンチン航空を国有化すべく申立人の間接子会社である Interinvest をアルゼンチンの裁判所で提訴した。本仲裁判断の時点で、既に提訴から18ヶ月が経過し、なお収用訴訟における裁判所の判断が未だに出されていない状況において、国内訴訟前置要件を充足したか否かが問題となった。被申立人は、そもそも収用訴訟は仲裁申立後に提起されたものであり、かつ争点及び当事者とも仲裁と収用訴訟では異なることから、国内訴訟前置要件における国内訴訟には該当しないと主張した。これに対する仲裁廷の判断は以下の通り。収用訴訟の争点と仲裁の争点は実質的に同じであり、当事者が異なっても問題なく、かつ既に18ヶ月収用訴訟が係属しているなかで、一旦仲裁申立を却下したうえで、再度国内訴訟の提起を求めるとすれば、著しい費用と時間の無駄である。したがって、収用訴訟によって国内訴訟前置要件を充足する[paras.130-136]。

3. MFN 条項の紛争解決条項への適否

事前交渉及び国内訴訟前置要件を充足するものの、申立人が予備的に MFN 条項に基づき、他の BIT に定める事前交渉及び国内訴訟前置要件のない紛争解決条項を援用する主張を行ったため、敢えて判断する[para.136]。

(1) MFN 条項の紛争解決条項への適否一般

(ア) 本 BIT の MFN 条項の通常の意味

仲裁廷は、まず本 BIT4 条の MFN 条項及びその除外規定の文言に着目する。

本 BIT の MFN 条項は、本 BIT で定める “all matters” について最恵国待遇を約すると規定する、いわゆる “all matters” タイプの条項⁵である。結論を左右

⁵ 本 BIT4 条 2 項 In all matters governed by this Agreement, such treatment shall be not less favourable than that accorded by each Party to investments made in its territory by investors of a third country.

するものではないが、アルゼンチンが締結している他の BIT が最恵国待遇の適用をより限定する文言となっているのに対し、本 BIT では最恵国待遇の適用範囲が明らかに包括的である。かつ、本 BIT では、最恵国待遇の適用除外項目を個別具体的に規定しているが、管轄等はその除外項目に含まれていない。[paras.160-165]

更に、同一の BIT の MFN 条項であっても過去の仲裁判断で解釈が割れる例があるものの、こと本 BIT に限っては、過去の仲裁判断⁶は一貫して MFN 条項の紛争解決条項への適用を肯定している。もっとも本 BIT の MFN 条項と同様の“all matters”タイプの MFN 条項であっても紛争解決条項の適用を否定した Berschader 事件のような例もある。同事件では、“all matters”タイプと条文上規定されていても、実際に文言どおり全ての項目 (“all matters”) に MFN 条項が適用できるわけではない以上、字句通りに解釈できるわけではないと判断している。[para.165]

(イ) 過去の MFN 条項の紛争解決条項への適用にかかる仲裁判断の分析

更に仲裁廷は、MFN 条項の紛争解決条項への適用に関する仲裁判断を分析した UNCTAD の文献（以下「UNCTAD 分析」という。）⁷を独自の考察を交えて紹介している[paras.168-182]。UNCTAD 分析によれば、MFN 条項の紛争解決条項への適用に関する仲裁事例は二つの類型に分類できる。第 1 類型が、本件を含め、仲裁申立の前提となる手続的な条件を回避するために、そのような条件のない他の BIT の紛争解決条項に依拠するために MFN 条項を利用するパターン。第 2 類型は、仲裁申立の根拠となった BIT では仲裁申立が認められていない事項についても仲裁申立ができるよう、より仲裁対象事項の広い BIT に依拠するために MFN 条項を利用するパターンである。UNCTAD 分析において第 1 類型に割り振られた事件及び本仲裁廷が UNCTAD 分析に追加して第 1 類型に該当すると判断した事件では、仲裁廷は概ね MFN 条項の紛争解決条項への適用を認める傾向にあるのに対し、UNCTAD 分析において第 2 類型に割り振られた事件及び本仲裁廷が UNCTAD 分析に追加して第 2 類型に該当すると判断した事件では、仲裁廷は概ね MFN 条項の紛争解決条項への適用を否定する傾向にある。更に第 1 類型の仲裁判断では、MFN 条項の適用を明示的に限定する規定がない場合には、締約国には MFN 条項の適用を制約する意図がなかったと推認する傾向にあるのに対し、第 2 類型の仲裁判断では、むしろ明示的な規定がない限り、締約国は、仲裁の対象となる事項を MFN 条項によって拡大する意図はなかったと判断する傾向にある。また、投資仲裁が投資家の保護に不可欠な構成であると考える仲裁廷は MFN 条項による紛争解決条項の適用に前向きで、他方締約国の意図を重視する仲裁廷は、MFN 条項による紛争解決条項の適用に消極的である。以下、本仲裁廷による第 1

⁶ II.B.3 (イ) i の第 1 類型の表を参照されたい。

⁷ “Most Favoured-Nation Treatment,” UNCTAD Series on International Investment Agreements II at 66-67, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, January 24, 2011.

類型及び第 2 類型の仲裁判断の傾向に関する分析を表形式で紹介する。

i. MFN 条項が仲裁申立の手続的な要件を回避するために利用された事例（第 1 類型）

事件名	BIT ⁸	“all matters” タイプの MFN か否か	MFN の紛 争解決条項 への適用の 可否	出典
Maffezini v. Spain ⁹	Spain/Argentina	all matters	可	UNCTAD 分析
Gas Natural v. Argentina ¹⁰	Spain/Argentina	all matters	可	UNCTAD 分析
Suez InterAguas v. Argentina ¹¹	Spain/Argentina	all matters	可	UNCTAD 分析
Suez/Vivendi/AWG v. Argentina ¹²	Spain/Argentina and UK/Argentina ¹³	Spain/Argenti na: all matters (UK/Argentin a: 否)	可	UNCTAD 分析
National Grid v. Argentina ¹⁴	UK/Argentina	否	可	UNCTAD 分析
Siemens v. Argentina ¹⁵	Germany/ Argentina	否	可	UNCTAD 分析
Hochtief v. Argentina ¹⁶	Germany/ Argentina	否	可	UNCTAD 分析

⁸ 第 1 類型の表記載の事件に関し、本仲裁判断では、スペイン・アルゼンチンの BIT 及びドイツ・アルゼンチンの BIT のみに言及しているため、両 BIT 以外の BIT に関する記載は新たに追加したものである。

⁹ Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction, January 25, 2000 (“Maffezini v. Spain” 又は Maffezini 事件)

¹⁰ Gas Natural SDG SA v. Argentine Republic (ICSID Case No ARB/03/10), Decision on Jurisdiction, June 17, 2005 (“Gas Natural v. Argentina”).

¹¹ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Intergua Servicios Integrales de Agua S.A v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/17), Decision on Jurisdiction, May 16, 2006 (“Suez InterAguas v. Argentina”).

¹² Suez and Vivendi v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/19), AWG v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, August 3, 2006 (“Suez/Vivendi/AWG v. Argentina”). この事件では、ICSID 条約に基づく 2 つの手続 (Suez, Vivendi) と UNCITRAL 仲裁規則に基づく 1 つの手続 (AWG) とが併合されている。

¹³ 本件では、申立人企業は 3 社あり、それぞれが国籍国 (イギリス・フランス・スペイン) とアルゼンチンとの BIT を援用した。フランス・アルゼンチン BIT は訴訟前置要件を含んでいないため、他の 2 つの BIT について MFN による同要件の回避が主張された。

¹⁴ National Grid Plc v. Argentine Republic (UNCITRAL), Decision on Jurisdiction, June 20, 2006, (“National Grid v. Argentina”).

¹⁵ Siemens AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction, August 3, 2004 (“Siemens v. Argentina”).

¹⁶ Hochtief AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/31), Decision on Jurisdiction, October 24, 2011 (“Hochtief v. Argentina”) 石戸信平「投資協定仲裁判断断例研究(34)」JCA ジャーナル 59 巻 4 号 (2012 年) 22

Wintershall v. Argentina ¹⁷	v.	Germany/Argentina	否	不可	UNCTAD 分析
Daimler v. Argentina ¹⁸	v.	Germany/Argentina	否	不可	本仲裁廷による分析
Impregilo v. Argentina ¹⁹	v.	Italy/Argentina	all matters	可	本仲裁廷による分析
Abaclat v. Argentina ²⁰	v.	Italy/Argentina	all matters	可	本仲裁廷による分析
ICS v. Argentina ²¹		UK/Argentina	否	不可	本仲裁廷による分析

ii. MFN 条項が仲裁廷の管轄を拡張するために利用された事例（第 2 類型）

事件名		BIT ²²	“all matters” タイプの MFN か否か	MFN の紛 争解決条項 への適用の 可否	出典
Berschader v. Russian Federation ²³	v.	Belgium/Russia	all matters	不可	UNCTAD 分析
Salini v. Jordan ²⁴		Italy/Jordan	否	不可	UNCTAD 分析
Plama v. Bulgaria ²⁵		Bulgaria/Cyprus	否	不可	UNCTAD 分析

頁。

¹⁷ Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award, December 8, 2008 (“Wintershall v. Argentina”).

¹⁸ Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), Award, August 22, 2012 (“Daimler v. Argentina”).

¹⁹ Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/17), Award, June 21, 2011 (“Impregilo v. Argentina” 又は Impregilo 事件) 早川吉尚「投資協定仲裁判断例研究(33)」JCA ジャーナル 59 巻 3 号 (2012 年) 14 頁。

²⁰ Abaclat and others v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/5), Decision on Jurisdiction and Admissibility, August 4, 2011 (“Abaclat v. Argentina”), 鈴木五十三「投資協定仲裁判断例研究(38)」JCA ジャーナル 59 巻 8 号 (2012 年) 34 頁。

²¹ ICS v. Argentina, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9, Award on Jurisdiction, February 10, 2012 (“ICS v. Argentina”). 石川知子「投資協定仲裁判断例研究(40)」JCA ジャーナル 59 巻 10 号 (2002 年) 30 頁。

²² 第 2 類型の表記載の事件に関し、本仲裁判断では、ベルギーとロシアとの BIT のみに言及しており同 BIT 以外の BIT に関する記載は新たに追加したものである。

²³ Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award, April 21, 2006 (“Berschader v. Russian Federation”). 瀧本正太郎「国際投資仲裁における解釈手法の展開と問題点」日本国際経済法学会年報 19 号 (2010 年) 55 頁。

²⁴ Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction, November 15, 2004 (“Salini v. Jordan”).

²⁵ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction, February 8, 2005 (“Plama v. Bulgaria”).

Telenor v. Hungary ²⁶	Norway/Hungary	否	不可	UNCTAD 分析
Tza Yap Shum v. Peru ²⁷	China/Peru	否	不可	UNCTAD 分析
RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation ²⁸	UK/Russia	否	可、但し後にストックホルム裁判所は同仲裁判断に関し仲裁廷の管轄権を否定 ²⁹	UNCTAD 分析

(ウ) 本件へのあてはめ

MFN 条項の紛争解決条項への適用を認めるか否かを判断するにあたって、MFN 条項の紛争解決条項への適用を求める目的が重要となる。本件において、申立人は、MFN 条項を紛争解決条項に適用することで、本 BIT における仲裁のフォーラムや仲裁規則に関する規定を、他の BIT の条項に置き換えたり、又は仲裁の対象となりうる事項を拡張しようとしているわけではない。単に、仲裁申立に先立つ、事前交渉や国内訴訟前置要件をバイパスしようとしているに過ぎず MFN 条項の紛争解決条項への適用を認めることができる。

C. Kamal Hossain 仲裁人（被申立人による選任）の Separate Opinion

管轄を認める本仲裁廷の結論には賛同するが、MFN 条項の紛争解決条項への適用を認める仲裁判断は、そもそも不要なばかりか結論においても賛同しない [para.10]。MFN 条項の紛争解決条項への適用に関連しては、Impregilo 事件の Brigitte Stern 仲裁人の反対意見に賛同する。MFN 条項の紛争解決条項への適用は締約国の意図を蔑ろにするものであり不当である [paras.11-18]。

²⁶ Telenor Mobile Communications v. Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/04/15), Award, September 13, 2006 (“Telenor v. Hungary”).

²⁷ Tza Yap Shum v. The Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/07/6), Decision on Jurisdiction and Competence, June 19, 2009 (“Tza Yap Shum v. Peru”).

²⁸ RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Case No. 079/2005, Award, October 2007 (“RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation”).

²⁹ The Russian Federation v. RosInvestCo UK Ltd, Case No. T24891-07, Order, Stockholm District Court, November 9, 2011.

57 : Franck Charles Arif v モルドバ共和国 (ICSID Case No. ARB/11/23)

(JCA ジャーナル 2013 年 11 月号 (51))

判断年月日 : 2013 年 4 月 8 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Bernardo M. Cremades (スペイン・長)、Bernard Hanotiau (ベルギー)、Rolf Knieper (ドイツ)

一 判断のポイント :

- ・ 外国投資家の投資を奨励・支持する投資受入国の行政機関または国営企業の行為の効力を投資受入国の司法機関が否定する判断を行い、かつ、投資受入国の行政機関が司法機関の判断によって投資家に生じた損害に関する救済措置又は軽減措置を採らないときには、公正衡平待遇義務違反が認められうる。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 紛争の経緯 [paras. 41-125] (末尾別紙も参照)

2008 年、モルドバ政府が国境にある税関における免税店開店に関する入札を行う決定 (Decision No. 172) を下し、ICS “Le Bridge Corporation Limited”, SRL (“Le Bridge”) が落札した。Le Bridge が税関との間で「国境検問所における免税店ネットワーク設置に関する契約」と題する基本契約 (「2008 年 7 月 1 日契約」) を締結し、国境にある 5 か所の税関において免税店を開店する権利、国際空港において免税店を開店する権利を取得し、税関及び国際空港を運営する国営企業と順次リース契約を締結した¹²。国境にある税関における免税店及び国際空港における免税店の営業を含む営業許可がモルドバ政府より Le Bridge に対して付与され、国際空港における免税店に関しては国家民間航空局及び国際空港を運営する国営企業の BOD によって

¹ 2008 年 7 月 1 日契約の関連条文[paras.45-48]

2.1 条 : “The objectives of this Agreement consist in granting to the investor the right to create, operate and administrate the duty-free store network at the state border crossing points within the entire terms of this Agreement, aiming at the same time at the realization of these goals in the most appropriate, efficient, reasonable and quick manner adaptable to the customers’ needs.”

4.1 条 : “Under this Agreement, the Authority grants to the Investor that accepts according to the provision of this Agreement an exclusive right as is defined in thep.1.1 to create and manage the duty-free stores within the area of activity.”

p.1.1 の “exclusive right” の定義 : “exclusive rights of the Investor to manage and administrate the duty-free store network at the state border crossing points is established by the Government Decision No. 172 of 18 February 2008 at the exclusive managerial risk of the Investor according to the provision of this Agreement. The exclusive rights of the Investor shall not be opposable any longer to the Authority when, following the organization, according to the legislation, of a public tender, a third party shall obtain the right to build and open duty-free stores at the state border crossing points.”

7.2 条 : “According to the provision of the business plan, the parties agreed on the need to consider the possibility of granting the right to open a duty free store to the Investor at the Chisinau International Airport and at the Giurgiulesti state border crossing point in the conditions foreseen by the effective law.”

19.1 条 : “In order to locate the duty-free stores at the state border crossing points, the Investor shall conclude agreement of location with each customs office in which area the state border crossing points exist foreseen in the Government Decision no. 172 of 18 February 2008.”

² Le Bridge は、国境の 5 つの税関のうちの 1 つの税関とはリース契約を締結することなく、免税店を開店することができなかった。[para.49]

リース契約が承認された。

Le Bridge は国境にある税関における免税店を順次開店したが、開店後、①消防安全規制に従っていないことを理由に一時的に閉店を余儀なくされる、②税関の職員によって従業員が免税店に入ることを妨害される、③入札結果及びリース契約の取消並びに免税店の閉鎖を求める請求が Le Bridge の競業者により裁判所に提訴され、裁判所がその請求を認める事態などが生じ、免税店の開店を遅延させられる、又は、妨害される事態となった。また、2008年7月1日契約には Le Bridge に対して免税店の排他的営業権が付与されているような記載があるにも関わらず³、Le Bridge の競業者も国境にある税関において免税店を開店する事態が生じた。

Le Bridge は国際空港における免税店を開店したが、①Le Bridge の競業者によって、(a) Le Bridge と税関との間のリース契約の停止を求める請求、(b) Le Bridge が国際空港における同社の免税店にアクセスすることを禁止する請求、(c) 国際空港を運営する国有企業がリース契約を承認した議事録の取消及び効力停止を求める請求がなされる、②それらの請求を認める裁判所の判断に基づいて国際空港を運営する国営企業がリース契約を停止する、③国際空港の職員が Le Bridge が免税店を開店することを妨害する、④裁判所によって任命された執行官が免税店のドアに封印をするなどの事態が生じ、免税店の開店を遅延させられる、又は、妨害される事態となった。さらに、最高裁がリース契約を無効とする控訴審の判断を承認することによってリース契約の無効が確定し、国際空港を運営する国営企業による免税店の占有回復のための法的手続も認められることによって、免税店の閉鎖を余儀なくされる事態となった。

B. 仲裁の経緯

本件は、2011年7月29日、Le Bridge の持分を100%保有及び支配する Mr. Franck Charles Arif (フランス国籍) (「申立人」) が、フランス-モルドバ投資保護協定 (「フランス-モルドバ BIT」) に基づき、投資紛争解決国際センター (「ICSID」) に仲裁申立てを行ったことによって開始し、当事者による主張書面の提出及びヒアリングを経て、2013年3月15日に仲裁手続終了が宣言され、同年4月8日に仲裁判断が下された。

³上記の2008年7月1日契約の4.2条及びp.1.1の“exclusive right”の定義を参照 [para. 46]

＜国境における免税店に関する紛争の経緯＞

日付	関連事実
08/02/18	モルドバ政府が国境における免税店に関する入札の開催を決定 [para. 41]
08/05/20	入札委員会の議長がLe Bridgeに落札を通知 [para.43]
08/07/01	Le Bridgeが税関との間で免税店にかかる基本契約（2008年7月1日契約）を締結 [para. 44]
08/07/23-31	Le Bridgeが税関との間で順次リース契約を締結 [para. 49]
08/09/03	Le Bridgeがモルドバ政府より免税店営業の許可を取得 [para. 50]
09/10/19	Le Bridgeが免税店営業許可を更新 [para. 50]
09/11/27	消防検査当局が税関に対してLe Bridgeが消防安全規制を遵守するまでその免税店を開店させないよう要望 [para. 52]
09/11/30	Le Bridgeがその時点で開店していた免税店を閉鎖 [para. 54]
09/12/04	Le Bridgeが消防規制当局より是正事項を記載する通知を受領 [para. 55]
09/12/15	Le Bridgeが政府より消防安全規制を遵守するまで開店を認めない通知を受領 [para. 56]
09/12/21	Le Bridgeが政府より消防安全規制を遵守するまで開店を認めない通知を受領（別の店舗） [para. 57]
09/12/30	Le Bridgeが政府より消防安全規制を遵守している旨の確認を取得 [para. 58]
09/12/31	Le Bridgeが上記免税店の営業を再開 [para. 59]
10/01/02	税関がLe Bridgeに対して免税店を閉鎖しなければならない旨を通知 [para. 60]
10/01/04	税関がLe Bridgeの従業員が免税店に入ることを妨害 [para. 60]
10/01/29	第一審裁判所がLe Bridgeの競業者の提訴を受け、本案に関する判断が下されるまで入札結果を停止する旨の暫定命令 [para. 62]
10/03/22	控訴審裁判所が、上記第一審裁判所の判断を承認し、まだ開店していない免税店との関係で入札結果を停止することを確認 [para. 63]
10/05/28	第一審裁判所が入札結果及び2008年7月1日契約を取り消し、税関が署名したリース契約に対する承認を撤回するよう命令 [para. 64]
10/06/30	モルドバ政府が申立人に対して入札結果の国内法適合性を確認 [para. 66]
10/09/07	控訴審裁判所が2010年5月28日付の判断を承認 [para. 68]
10/11/09	競争当局がLe Bridgeの競業者の申立てに基づき、2008年7月1日契約の排他性に関する条項が競争法に違反することを確認する決定 [para. 70]
10/11/24	最高裁が2010年9月7日付の控訴審裁判所の判断を承認 [para. 71]
10/12/22	競争当局が申立人に2008年7月1日契約の排他性に関する条項を停止する決定を通知 [para. 74]
11/01/01	Le Bridgeの競業者がLe Bridgeが免税店を開店する税関に免税店を開店 [para. 76]
11/01/18	Le Bridgeが免税店を開店する税関がLe Bridgeの競業者とリース契約を締結 [para. 77]
11/07/08	Le Bridgeの競業者がLe Bridgeが免税店を開店する税関に免税店を開店（上記とは別） [para. 80]
11/07/29	第一審裁判所がLe Bridgeのリース契約の取消を認め、国境の免税店の閉店を命令 [para. 81]
11/12/28	控訴審裁判所が申立人の控訴を棄却し、2011年7月29日付の第一審裁判所の判断を承認 [para. 84]
12/10/17	最高裁が2011年12月28日付の判決を破棄し下級審に差戻し [para. 86]

＜空港における免税店に関する紛争の経緯＞

日付	関連事実
2008/07/28	Le Bridge が国際空港を運営する国営会社とのリース契約に署名 [para. 87]
2008/08/05	上記リース契約を State Administration of Civil Aviation が承認 [para. 90]
2008/08/13	上記リース契約を上記国営企業のBOD が承認（同日付の議事録 No. 9 に記録） [para. 91]
2009/11/10	Le Bridgeの競業者の提訴を受け、第一審裁判所がex parte judgmentにより、即日リース契約を停止する判断 [para. 93] 国際空港を運営する国営企業のDirector-GeneralがLe Bridgeに対してリース契約の停止を通知し、Le Bridgeの職員の空港財産へのアクセスを制限 [para. 93]
2009/12/18	控訴審裁判所が 2009 年 11 月 10 日付の第一審裁判所の判断を承認 [para. 98]
2010/05/12	Le Bridgeの競業者（2009年11月10日とは別の業者）による提訴を受け、第一審裁判所がex parte orderにより、リース契約を停止する判断 [para. 101]
2010/05/13	国際空港を運営する国営企業がリース契約を停止 [para. 102] 控訴審裁判所がLe Bridgeによる再検討の申入れを受け、自身の2009年12月18日付の判断及び2009年11月10日付の第一審裁判所の判断を破棄 [para. 102]
2010/05/14	控訴審裁判所が議事録 No. 9 の取消及びその効力停止を認める判断 [para. 103]
2010/09/01	最高裁が控訴審裁判所の判断の一部を破棄 [para. 107]
2010/09/09	Le Bridgeの競業者（2009年11月10日及び2010年5月12日とは別の業者）による提訴を受け、第一審裁判所がリース契約を停止する判断 [para. 109]
2010/10/21	控訴審裁判所が 2010 年 9 月 9 日付の第一審裁判所の判断を破棄 [para. 110]
2010/11/08	控訴審裁判所が 2010 年 5 月 12 日付の第一審裁判所の判断を破棄 [para. 111]
2010/11/11	国際空港を運営する国営企業が2010年9月9日付の第一審裁判所の判断を理由としてリース契約を停止する命令 [para. 112]
2010/11/12	Le Bridgeの競業者（2009年11月10日、2010年5月12日及び2010年9月9日とは別の業者）による提訴を受け、第一審裁判所がリース契約を停止する判断 [para. 113]
2010/11/15	国際空港を運営する国営企業が2010年11月12日付の第一審裁判所の判断を理由としてリース契約を停止 [para. 114]
2010/11/16	第一審裁判所が2009年11月10日付のLe Bridgeの競業者による訴訟の請求を認め、リース契約を取消 [para. 115]
2010/12/14	控訴審裁判所が 2010 年 11 月 12 日付の第一審裁判所の判断を破棄 [para. 116]
2010/12/22	Le Bridgeが国際空港を運営する国営企業がより空港の免税店にアクセスする権限を取得 [para. 117]
2010/12/25	空港安全サービスの職員が Le Bridge が空港の免税店を開店することを妨害 [para. 119]
2010/12/27	裁判所によって任命された執行官が免税店のドアに封印 [para. 119]
2011/02/28	控訴審裁判所が 2010 年 11 月 16 日付の第一審裁判所の決定を承認 [para. 120]
2011/03/30	最高裁が 2008 年 8 月 13 日付の議事録 No. 9 を取消 [para. 121]
2011/04/28	最高裁が 2010 年 12 月 22 日付の控訴審裁判所の決定を承認 [para. 122]
2011/06/10	最高裁が 2011 年 2 月 28 日付の控訴審裁判所の決定に対する上告を棄却 [para. 122]
2011/09/19	国際空港を運営する国営企業が免税店の占有回復のための法的手続開始 [para. 124]
2011/10/25	免税店の占有回復を認める命令 [para. 124]
2011/11/25	申立人は物品を持ち帰るために空港の免税店にアクセスする権限を取得 [para. 124]
2012/02/23	控訴審裁判所が占有回復の命令を承認 [para. 124]

三 判断概要：

II. 本案判断要旨

A. 管轄権に関する判断⁴

1. フランス-モルドバ共和国 BIT の 7 条⁵に基づく管轄異議 [paras. 126-128, 331-342]

被申立国は、申立人の 2010 年 5 月 14 日の通知が、国家に責任帰属しない第一審裁判所の判断を通知するだけのものであったこと、申立人の 2011 年 7 月 12 日の通知に紛争に関する記載が含まれていなかったことから、申立人による仲裁申立てはフランス-モルドバ BIT の 7 条の要件を充足していないと主張する。[paras. 126-128]

申立人によって主張される国家の違法行為が主として司法機関に関連しているという事実は、国際的な請求が行われる前に投資受入国内での救済手段を尽くしていなければならないことを必ずしも意味しない。裁判所も投資協定上の義務に直接違反する可能性があり、当該違反が裁判拒否 (denial of justice) でない限り、投資受入国内での救済手段が尽くされていない場合でも、当該違反によって生じる責任が投資受入国に帰属することがある。なお、申立人の 2010 年 5 月 14 日の通知には、被申立国の司法機関だけではなく、その他の機関の違法行為も含んでいた。[paras. 334-336]

申立人は、2010 年 5 月 14 日の通知がフランス-モルドバ BIT の 7 条の「クーリング・オフ」期間の要件を充足するために行われていることを明確にしていた。また、申立人は、2011 年 7 月 12 日に紛争を友好的に解決することを求める第二の通知を行っている。2011 年 7 月までに、紛争の状況は相当悪化していたが、当該通知の中の申立人の主張 (被申立国がその中に現在仲裁手続において争われている紛争の記載を含んでいると認めている主張) は、2010 年 5 月 14 日の通知の中に含まれている主張と本質的に同じである。2011 年 7 月 12 日の通知によって申立人は紛争を友好的に解決する旨の要求を繰り返した。[paras. 337-339]

Salini 事件の仲裁廷による「友好的な解決に到達するための試みは、問題を裁判外で解決したいとする要望と請求の基礎とを含んでいる必要がある。当該基礎は完全又は詳細である必要はない」との判断に同意する。通知の記載に含まれている特定の法的権利の实在又は有効性に関わらず、2010 年 5 月 14 日の通知は当事者間の紛争の有効な通知である。[paras. 339]

フランス-モルドバ BIT の 7 条の友好的な紛争解決条項の要件を申立人が充足していないことを原因とする被申立国の管轄権に関する異議は認められない。[para. 342]

2. 請求の成熟性の欠如を理由とする管轄異議 [paras. 129-130, 343-351]

被申立国は、申立人による主張は被申立国の司法機関の不適切な取扱いと関連し、これらの請

⁴ 本文に記載したもののほか、申立人による ICSID 仲裁規則 41 条を根拠として被申立国の管轄異議は認められないとの議論[paras.327-330]、申立人の国籍に関する管轄異議[paras.352-360]、フランス-モルドバ BIT の 9 条がアンブレラ条項と解釈できるとの議論など[paras.385-400]につき、検討がなされている。

⁵ “Any disputes relating to investments between one of the Contracting Parties and a national or company of the other Contracting Party will be settled amicably between two parties involved. If such dispute cannot be settled within six month following a party to the disputes’ raising of it, it will be submitted, at the request of one of these parties, to the arbitration of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), created by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of Other States, signed in Washington, on March 18,1965.”[para.331]

求は、投資受入国の最終審を担当する裁判所が審理する機会を得るまで、国際的なレベルでの請求を行うことができないと主張する。[para. 129]

被申立国は ICSID 条約 26 条⁶に基づく管轄権に関する異議を行っていない。既に述べたとおり、フランス-モルドバ BIT は、仲裁手続開始前に投資受入国での救済方法を尽くすことを要件としていない。[para. 343]

既に言及したとおり、請求が裁判拒否の請求でない限り、投資受入国内の救済方法を尽くすことは、条約上の請求が存在するための要件ではない。原則として、ILC 国家責任条文の 4 条にしたがえば、投資受入国内の救済方法を尽くさなくとも（裁判拒否の請求がなされない限り）、裁判所の判断による責任が国家に帰属することがありうる。[paras. 345-347]

請求の成熟性の欠如を理由とする被申立国の管轄権に関する異議は認められない。[para. 351]

3. 「投資家」及び「投資財産」の要件の欠如を理由とする管轄異議 [paras. 134-138, 361-384]

被申立国は、仲裁申立書で列挙されている投資財産には、実際に仲裁手続で争われている財産、又は、フランス-モルドバ BIT における投資財産の定義に該当する財産が存在しないこと、申立人が侵害されたとする投資財産はモルドバ法の下で無効であること、申立人が侵害されたとする投資財産は申立人ではなく Le Bridge に属すること、申立人の「投資財産」はフランス-モルドバ BIT の重要な目的である資本又は技術の移転を伴わず投資資産としての資格を有しないことを主張する。[paras. 134-138]

複数の契約が投資家によって締結された場合、契約及び当事者の誠実な履行が全体として投資財産の定義を充足し、申立人はそれ以上に契約上の個々の権利が投資財産であることを理由付ける必要はない。[para. 367]

契約によって付与された特定の権利が有効か無効かという問題は、責任又は損害の評価に影響する可能性があるが、管轄権の問題ではない。本件において、申立人が被申立国と締結した契約（リース契約、2008 年 7 月 1 日契約、その後の個々の税関との契約）は、フランス-モルドバ BIT の 1 条がいう「資産 (assets)」である。[paras. 368-369]

被申立国のリース契約及び 2008 年 7 月 1 日契約の無効に基づく議論は、投資が行われた日に遡って司法的に宣言された無効に依拠している点で形式的である。現実には、投資が行われたとき、及び、投資が行われてから数ヶ月間、両当事者は、2008 年 7 月 1 日契約及びリース契約が有効であると信じ、又は、信じるのが許されており、かつ、投資がモルドバ法にしたがって行われた、というものである。両当事者はこのような前提の下で誠実に行動していた。実際のところ、リース契約及び 2008 年 7 月 1 日契約が無効であると宣言された過程及びその過程における種々の行為は、本仲裁における申立人の投資協定上の請求の基礎である。投資財産の合法性が受け入れられ、その後に両当事者が一定期間合法性を前提に誠実に行動していた場合、投資財産の違法性に基づく管轄権に関する主張に対する時間的制限がある。本件のような場合、時間の経過及び

⁶ “Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.”[para332]

合法性を前提とした両当事者の行動は、管轄権の決定にあたって無視することはできない。「事実の規範力 (normative power of facticity)」は、本件のような場合、合法性に関する問題を管轄権の問題ではなく、責任の問題として取り扱うことを要求する。[paras. 374-376]

フランス-モルドバ BIT は「投資家」という用語を定義していない。7 条が “Any disputes relating to investments between one of the Contracting Parties and a national or a company of the other Contracting party…” と規定し、national という用語については 1 条 (1) (b) が “any natural person having the nationality of one of the Contracting Parties” と規定する。「投資財産」の定義は 1 条 (1) において広範かつ非限定的に規定されている。フランス-モルドバ BIT は保護の対象を直接投資に制限又は限定していない。実際のところ、1 条 (1) (b)⁷ の下、間接投資は明示的に投資財産の定義の中に含まれている⁸。[paras. 378-379]

フランス-モルドバ BIT の前文が “Persuaded that the encouragement and protection of such investments will stimulate the transfer of capital and technology between the two States, in the interest of their economic development” と規定している事実は、「投資財産」の要件を定めていると読まれるべきではない。ICSID 条約もそのような要件を課していない。その上、ICSID 仲裁判例の下では、投資財産に使用された資本の起源は一般的に重要ではない。学説上の権威によれば、資本の起源は管轄権の決定とは無関係である。[paras. 382-383] 申立人が投資協定上の保護に服する投資財産を有していないことを理由とする被申立国の管轄権に関する異議は認められない。[para. 384]

B. 実体的義務に関する判断⁹

1. 裁判拒否 (Denial of Justice) [paras. 213-224, 422-497]

被申立国の裁判所における紛争当事者は、モルドバ法の下で設立された法人である Le Bridge であって、申立人ではない。このことは、申立人による慣習国際法上の裁判拒否の主張を排斥するが、フランス-モルドバ BIT に含まれる公正衡平待遇義務に基づく裁判拒否の主張を排斥するものではない。[para. 422]

国際法上の権利及び義務（裁判拒否又は公正衡平待遇義務）の種々の側面を示す用語の多く（「恣意性」「差別」「不公正性」「偏見」など）が互換可能なものとして使用されていることは事実である。しかし、このことは、両基準及び原則が一つに統合されること、又は、慣習国際法上の裁判拒否と投資協定上の公正衡平待遇義務の基準違反のそれぞれに基づく請求の要件及び結果が一致することを示すものではない。国際投資保護条約上の請求は、投資財産を、国家が尊重することを約束した義務の違反から保護する。裁判拒否の請求は、外国人を、司法機関の誤った行為から保護する。裁判拒否があったか否かは裁判手続の当事者たる外国人のみが主張することができる。[paras. 433-434]

⁷ “Shares, share premiums and other forms of participation, even minor or indirect, in companies established in the territory of one of the Contracting Parties”

⁸ para.361 参照。

⁹ 本文に記載したもののほか、収用 (expropriation) [paras.403-421]、その他いくつかの主張[paras.498-517]が検討されている。

(b) 本件における裁判拒否の有無 [paras. 446-497]

申立人は、(空港の免税店のためのリース契約に関する裁判手続に関して) 第一審裁判所、控訴審裁判所及び最高裁判所と訴えを提起した Le Bridge の競業者とが共謀の上、有効なリース契約の実行及び空港の免税店の開店を妨げたと主張し、手続的な裁判拒否があった旨を主張する。 [para. 446]

仲裁廷は、モルドバの司法機関、特に第一審裁判所が手続的な誤りを犯したものの、それらの誤りは司法の適切性の観念を害するような明白な司法手続の軽視は存在しないとの結論に至った。 [para. 447]

申立人は、(入札及び国境検問所のためのリース契約に関する裁判手続に関して) 司法機関をして裁判拒否をさせることにより、国家が申立人を不公正かつ不平等に取り扱ったと主張する。具体的には、入札文書の中の仕様書の一つを不正直に再公式化したこと、管轄を不当に獲得すること、強制的な準備手続・30日の期間制限・手続適正という3つの根本的な手続規則に違反したことを主張する。 [para. 455]

仲裁廷は、結論として、入札委員会の決定及び2008年7月1日契約に関する裁判手続の中で手続的な又は実体的な裁判拒否があったとの請求を棄却する¹⁰。 [para. 497]

2. 公正衡平待遇 (Fair and Equitable Treatment) 義務違反 [paras. 518-558]

(1) 公正衡平待遇義務条項により保護される「正当な期待 (legitimate expectations)」

投資家による期待が、空想的でも、誤った楽観主義によるものでもなく、客観的根拠に基づく場合、その期待を「正当な期待」と表現することができる。「投資家の期待は、保護されるためには、状況を考慮した上で、正当又は合理的と言えるものでなければならない」¹¹。 [para. 532]

「正当な期待」を根拠とする請求に関しては、その期待の範囲が正確に確定されるようにするために、その主張する期待を生じさせた根源を正確に指摘することから開始しなければならない。 [para. 535]

投資家の「正当な期待」は、政策の大きな変更のみならず、そのような政策変更の過程における投資家に対する取扱いによっても毀損されることから、投資家の「正当な期待」は、透明性を確保し、恣意的な取扱いをせず、権力の適切な行使という枠組みの範囲内で、取り扱われなければならない¹²。 [para. 538]

国家の機関又は職員の行為は、その機関又は職員が国内法を遵守して行動していたとしても、国際的な次元において「正当な期待」を形成することがある。国家の国際的責任は、行為の国内法の下での合法性ではなく、国際法における帰属の原則により決定される。 [para. 539]

¹⁰ 詳細につき、入札文書の中の仕様書の一つを不正直に再公式化したとの主張に関する判断は paras.456-471、管轄を不当に獲得したとの主張に関する判断は paras.472-482、強制的な準備手続・30日の期間制限・手続適正という3つの根本的な手続違反をしたとの主張に関する判断は paras.483-496 を参照。

¹¹ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, para.304.

¹² Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican を参考仲裁判断として指摘し、当該仲裁判断の para.154 の表現を参考としている。

(b) 国際空港の免税店に関する公正衡平待遇義務違反の有無

国際空港の免税店を運営するための安定した法的枠組に関する申立人の正当な期待は、被申立国の行為によって侵害された。申立人の正当な期待の侵害及び投資協定上の公正衡平待遇義務の違反を示す、以下の考慮事項を指摘する。[para. 547]

①申立人は、国際法の下では被申立国に帰責されるべき行為（モルドバの裁判所が国際空港に関するリース契約を無効なものとし、国際空港を運営する国営企業のBODによるリース契約の承認を記録した議事録No.9の効力を取り消した行為）が原因で、国際空港において免税店を開店することができなかった。国家は投資家の「正当な期待」の実現を保証しなければならない訳ではないが、その「正当な期待」を尊重すべきであるところ、モルドバの裁判所の行為が投資家の「正当な期待」の実現を妨害する直接の原因であった。

②国際空港を運営する国営企業及び国家民間航空局が申立人の国際空港における投資を奨励する一方で、裁判所がその投資を違法であると判断しており、国家の異なる機関による投資財産に対する態度に直接の矛盾が存在していた。

③どの国家においても行政行為が司法による審査を受けることは通常の事態であり、国内では、行政機関は司法機関による決定を尊重しなければならないが、国際的な次元では、国家はひとかたまりのものであって国家の矛盾行為が国内法にしたがっているという理由で許されることはない。

④申立人の「正当な期待」は、被申立国が国際空港における免税店に関するリース契約の履行を怠らないという期待ではなく、国際空港におけるリース財産への投資の権限を与えて奨励した国家の機関の行為を基礎とする安定的な法的枠組みがあるという期待である。

⑤国家が実質的に実現できない期待を生じさせ、投資協定上の公正衡平待遇の基準に違反してしまう場合、国家には違反により生じた損害について救済する又は軽減する二次的な義務を負担する。

⑥被申立国は、申立人の「正当な期待」を毀損しただけでなく、申立人のスタッフによる免税店へのアクセスをすぐに確保すること、法的障害がなくなった後の物品の移動を許可することをすぐに行わないなど、上記の二次的義務を果たしていなかった。

(c) 国境の免税店

申立人の正当な期待は被申立国によって侵害されていない。正当な期待を適切に特定したこと、及び、その正当な期待が侵害されていないことを示すため、以下の考慮事項を指摘する。[para. 555]

①モルドバ政府による入札の実行、申立人による落札、2008年7月1日契約によって生じた「正当な期待」は、申立人が国境の5つの場所において免税店を開店できるという期待であった。

②入札仕様書は排他的営業権に言及しておらず、2008年7月1日契約における排他的営業権はモルドバの国内法及び2008年7月1日契約の紛争解決条項に服し、2008年7月1日契約によ

って生じた期待は投資協定ではなく 2008 年 7 月 1 日契約の条件にしたがって保護される。

③申立人は排他的営業権に関する期待を有しておらず、排他的営業権に関する義務の合法性については競争当局が判断する権限を与えられており、2008 年 7 月 1 日契約の排他性に関する条項の効力の停止は被申立国の二つの機関の間に矛盾を生じさせるものではない。

④消防規制当局によって引き起こされた遅延は適当な規制当局による正当化できる懸念の結果ではないと証明されていない。

⑤排他的営業権は申立人の「正当な期待」に含まれておらず、申立人は税関が申立人の競業者と契約を締結することに関して異議を唱えられる立場にない。また、申立人の競業者による提訴は申立人の「正当な期待」との関係で問題となるものではない。

⑥申立人の競業者による提訴によっても、仲裁判断を下す時点で国境の免税店の閉店又は閉店命令は発せられていない。

58 : Rompetrol Group N.V. v ルーマニア (ICSID Case No. ARB/06/3)

(JCA ジャーナル 2014 年 10 月号 (61))

判断年月日 : 2013 年 5 月 6 日 (本案判断)

仲裁廷の構成 : Franklin Berman (英国・長)、Donald Francis Donovan (米国)、Marc Lalonde (カナダ)

一 判断のポイント :

- ・ 刑事捜査及び訴追の過程において、個々の捜査及び訴追それ自体が違法ではない場合でも、投資受入国の同じ傾向を持った一連の誤った行為 (a pattern of wrongful conduct) により公正衡平待遇義務違反の責任を負う。ただし、そのためには、①その傾向が十分に深刻かつ執拗であり、②投資家の利益が影響を受けること、③当該投資家の利益がどのように保護されるかについて国家が適切な注意を払っていないことが条件となる。
- ・ 公正衡平待遇義務の内容の評価においては、適切な状況においては、特定の事実の状況の下での公正衡平待遇義務の内容に有益な光を当てる限りにおいて欧州人権条約の下での共通の基準の考慮も含みうる。
- ・ 法人投資家の「評判の損害 (reputational damage)」が、現実の経済的損害として捉えることができる場合には、精神的損害としての認定は認められない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係—事案の背景

A. Rompetrol S.A.の民営化 [paras 33-35]

本件は、過去 20 年間のルーマニアの政治経済制度の広範な再構築に由来する。1989 年のチャウシェスクの失脚の後、ルーマニアは、それまで国営だった企業の民営化等を通じて市場経済を導入するプロセスに入った。1993 年、ルーマニアで二番目の規模の国営企業である Rompetrol S.A.が MEBO の方式で民営化され、1998 年にルーマニア人である Dan Costache Patriciu 氏に率いられた投資グループが同社の支配持分を買収した。経済改革と並行して、1990 年代前半にルーマニアは欧州連合との間で政治的及び経済的な結びつきを強め、それは最終的に 2007 年 1 月の欧州連合加盟につながった。

B. 組織及び所有関係 [paras 36-37, 管轄判断 paras 43-47]

仲裁設置要請が行われた 2005 年 12 月 14 日には、Stephenson 氏及び Patriciu 氏がそれぞれ Rompetrol Holding (以下「持株会社」という。)の株式の 20%、80%を所有しており、申立会社である The Rompetrol Group N.V. (以下「TRG」又は「申立会社」という。)は持株会社の完全子会社であった。2000 年 10 月 31 日頃、TRG はルーマニアの国営ファンドとの間で株式

売買契約を締結し、ルーマニア最大級の石油精製施設を有する S.C.Petromidia Rafinare S.A. の株式の 50.59%を取得した。TRG は更に、同社が多数株主である 4 社のルーマニアの子会社を通じて、Petromidia の株式の 27.41%を取得した。2003 年後半までに、Petromidia は、Rompetroil Rafinare S.A.（以下「RRC」という。）と名称変更し、ルーマニアの石油精製製品の需要の約 30%を生産していた。2007 年 8 月に Patriciu 氏の TRG の持分の 75%が Kazakhstan の国営エネルギー会社である KazMunaiGaz に売却された。2008 年末の時点では、Patriciu 氏は持株会社の 100%株主であり、持株会社は TRG の株式の 25%を保有していたが、2009 年 6 月に当該 25%の株式が売却されたため、その時点から Patriciu 氏は TRG にいかなる地位も有していない。

・紛争の発生 [paras 38-39]

本件紛争は、2004 年 5 月にルーマニア汚職規制局（以下「PNA」という。）により開始された Petromidia の民営化に関する捜査により発生した。2004 年 9 月、当該捜査は PNA から経済犯罪等を捜査する権限のある検事局（以下「GPO」という。）に移管され、検事局は 2005 年 1 月に RRC の捜査を開始した。当該捜査の過程で 2005 年 5 月に Patriciu 氏は短期間拘留された。申立会社は、これらの捜査が過酷なものであり、TRG の投資がオランダ＝ルーマニア投資協定（以下「本 BIT」という。）に基づき受けるべき待遇に反していると主張し、これに対しルーマニアは、当該捜査は単に 2001 年に初めて導入され、それ以来ルーマニアの欧州連合加盟に向けた動きの中で重要視された国家の反汚職戦略の実施の一部であると主張した。

三 判断概要：

II. 仲裁判断

A. 前提問題

1. 本件の特殊性

本件の特殊性は、申立会社の請求が、刑事犯罪の捜査及び訴追の分野で被申立国が採用した措置を起源としており、そこに集中していることである。更に、当該措置は、投資家（オランダ法人）自身に向けられたものではなく、ほとんどがその投資財産にも向けられていない。当該措置は、個人（主に Patriciu 氏及び彼の事業仲間である Stephenson 氏）に向けられた。申立会社の請求は、犯罪捜査が申立会社自体の権利を侵害したと言えるか、当該犯罪捜査は申立会社がルーマニアに投資するオランダの投資家として本 BIT の下で期待することができる待遇に適合しないと断言できるかどうかによりその認否が左右される。

個人に対する刑事手続を中心に取り扱った仲裁判断は公開されているものでは大変少なく¹、国家の正当な利益と外国投資家の正当な利益とのバランスをどこでとるかについては、知見の蓄積が少ない。本仲裁廷は、犯罪捜査は、ルーマニアの市場経済への移行の後の国家財産の民営化

¹ 本仲裁判断では、以下の仲裁判断例が引用されている。Benvenuti and Bonfant v Congo ; Saluka Investments v The Czech Republic ; Phoenix Action v The Czech Republic ; City Oriente v Ecuador ; SGS v Pakistan

の流れの中で行われたものであるが、このような過程では他の多数の国で激しい紛争が繰り返されているという事実に細心の注意を払わざるを得ない。本仲裁廷は、まず、本件投資仲裁が経済犯罪及び汚職を含む犯罪の捜査、抑圧及び処罰における国家の生来の機能の正当な行使を封じ込めることを意図している（又は実際そのように運営されている）との根拠のある主張に対しては非常に敏感であるということを確認したい。同時に、犯罪の追及又はその単なる実施でさえそれ自体は条約に基づく外国投資家の権利を侵害する行為の正当化にはならないとの申立会社の主張も有効であることも認識している。上記に加え、本仲裁廷は、外国投資家及び外国投資の経営との関連があることのみをもって個人が刑事法の通常の運用から免れることはできないということを示す。

上記に述べてきたことから、本仲裁廷が大変複雑な衡量の作業に直面しているということが十分に示されており、本仲裁廷は、その作業を提出された証拠に基づき得る限りの客観性をもって、関係者全てに対して厳正な公正さをもって行うこととする。[paras151-154]

2. 欧州人権条約 [paras 168-172]

両当事者の書面及び口頭弁論において、本件手続における欧州人権条約の関連性について注意が向けられている。それらは、特に通信傍受についての欧州裁判所の判決（そのうちのいくつかはルーマニア自身に対して行われたものである。）に関するものだが、欧州人権条約の公正な裁判条項（裁判所の判例がとてども広範囲にわたる。）の一般的な文脈についても向けられている。

両当事者は、欧州人権条約が、本仲裁において申立会社とルーマニアの間の紛争に適用されないということについては、（欧州人権条約が BIT の解釈の関連資料（条約法条約第 31 条 3（c））として考慮に入れられるべきとの主張はあるものの）基本的に合意している。しかし、被申立国は、欧州人権条約は個人の保護についての基準を設定するためのものとして作成されているため、欧州人権条約の基準に適合する制度や実務はなおさら投資の待遇のための BIT の要件を充足することが明白であると主張する。これに対し、申立会社は、時期的にも内容的にも特別法（*lex specialis*）であり、欧州人権条約は付随的又は二次的な意味しか有さない旨主張する。本仲裁廷の機能は、TRG 及びルーマニアの間で「投資財産から直接生じた法律上の紛争」について判断することのみであり、そのことを「当事者が合意した法規則」（本件では BIT）に従って行うことである。欧州人権条約は、その違反を締約国に対して申し立てる独自の制度及び実際に機能している制度的組織を有する。Patriciu 氏又は Stephenson 氏が、自らの欧州人権条約上の権利がルーマニアの行為により侵害されたと考えた場合には、最終的には欧州人権条約上の権利の解釈適用について正式かつ拘束力のある判断を行う権限のある唯一の司法機関において条約上の救済を受けることができる。この救済は入手可能なものであり続けるし、本仲裁廷が本件においてどのような決定を行ったとしても、影響を受けることはない。条約上の権利、救済は、適切な状況においては会社組織にもそれが加盟国の管轄権の範囲の中で行う活動に関して与えられる。このことは RRC についてはまさに当てはまる。TRG 自体が欧州人権条約の救済を同様に受けられるかについては、侵害されたとされる人権条約上の権利、侵害の原因となったルー

マニア当局の行為の性質、及び当該行為が発生した場所に依存する。

以上より、①本仲裁廷は、欧州人権条約のルーマニアにおける自然人又は会社組織に対する適用について判断する権限はない。②本仲裁廷が判断を行う問題の適用法は本 BIT、特に投資財産に対する公正衡平待遇 (FET)、非侵害 (non-impairment) 及び十分な保護及び保障である。③特に FET の内容の評価についての材料は限定されたものではなく、適切な状況においては、特定の事実の状況の下での FET の内容に有益な光を当てる限りにおいて他の国際制度 (人権法の分野のものも含む。) の下での共通の基準の考慮も含みうる。しかし、その場合の審査は特定の状況のものに限定され、一般的な規則による定義付けはできない。

3. 現地法 [para. 174]

本件においては、ルーマニア側の特定の行為又は一連の行為がルーマニア法の下で違法であったといわれていることが本仲裁廷の判断においてどのような関連性を有するかが問題となる。まず、外国人に損害を与える現地法の違反は、それ自体により国際法の違反になるわけではないということは確立している。さらに、現地法の規定又は要件は、国際法上の義務が免除される理由とはなり得ない。この点については、両当事者は争っていない。また、同様に、両当事者は、本仲裁廷が、係属中の起訴が正当か不当かについて宣言し、又はルーマニアの権限ある当局が、訴追若しくは捜査又は他の内部手続において行った決定に対して自らの見解を取って代わらせるようなルーマニアの最終審の判事として行動することを求められているわけではないということについても合意をしている。

B. 本 BIT の解釈及び適用

1. FET の内容

本仲裁廷は、他の仲裁廷が FET の請求に関して作用すると判断した 2 つの一般的な要素、すなわち、外国投資家が投資を行うにあたっての合理的期待と比較したときの投資受入国の当局による外国投資家又は外国投資の取り扱い方を特に考慮することにしたい。 [para. 197]

本 BIT による保障の違反に該当するためには、被申立国の作為又は不作為は TRG 自体、TRG のルーマニアにおける投資財産に対して行われなければならない。ただし、かかる行為は直接的でも間接的でもよい。

本仲裁廷は、以下のものが本 BIT の保護の対象となると考える。

- ①投資家自身 (又はその投資財産) に対する行為
 - ②投資家の役員に対する行為であって、投資家の代わりに行う活動について行われるもの
 - ③投資家の役員個人に対して行われる行為だが、投資家を害する意図をもって行われるもの
- [paras 199-200]

2. 背景事実

(i) Talpes 報告書 [paras 209-230]

Talpes 報告書は、ルーマニア大統領府の国家安全保障部のレターヘッド及び印章の下で発出され、大統領宛の覚書の形式をとっていたこと、Talpes 氏の大統領顧問及び大統領府長官としての権限に基づく承認を得るために国家安全保障部顧問の Paul Sarbu により提出されたこと、内容は Petromidia の民営化についてであること、Petromidia の取得の条件に基づく TRG の契約上の義務の履行についての深刻な不法性と言われているものについての詳細な分析の後、政府の関係当局への情報の提供要請の承認を大統領に求めていることについては争いがない。申立会社は、Talpes 報告書は大統領府の権限超越又は権限濫用により発出されたものであり、全体として違法である旨、当該報告書が意図的にリークされた旨を主張する。しかし、Talpes 報告書は、情報の要請のための文書である。情報の要請がどのようにして適法又は違法になるのかは、本仲裁廷にとっては明らかではない。Talpes 報告書には、不法な点があるとしても、それはルーマニア法上少しも自明なことではない。本仲裁廷は、国家の大統領府が、明らかに社会的注目及び関心を集めている事柄についてブリーフィングを求め、受ける権限をある程度付与されていることに何ら生来的に不適切なものを見いだすことはできない。問題となるのは、ブリーフィングの対象となる事実ではなく、その結果どのような行為がなされたかである。

(ii) 犯罪捜査における手続的な不法性 [paras 231-238]

2004年5月にPNAによりPetromidiaの民営化の不法性についての犯罪捜査が開始された。捜査は、特定の容疑者を伴わない「物的(in rem)」捜査として開始されたが、まもなくRompetrolの様々な社員(後にPatriciu氏及びStephenson氏も対象となる。)に対する「人的(in personam)」捜査に移行した。PNAの内部文書には、容疑として、民営化プロセスにおいて資産の市場価値の過少申告をしたこと、脱税、資金洗浄等が挙げられ、違反する特定の法令、捜査対象の商業取引及び財務取引についての詳細な記述が含まれていた。最終的に5ヶ月程後にPNAは汚職容疑について十分な根拠を得ないまま捜査を中断し、捜査対象として残っている容疑は通常の検察当局の権限に属するとの根拠の下、GPOに事件書類が送致された。GPOはPNAと並行して既に自己の権限に属する容疑についての捜査を開始しており、GPO内の組織犯罪テロ捜査部(DIICOT)が捜査を担当し、まもなく2006年9月7日に正式起訴に至った。起訴内容は、横領、資金洗浄、株式市場の市場操作等を含んでおり、起訴対象者にはStephenson氏及び他の10又は11のRompetrolと関係する人物が含まれていた。起訴状は400ページを超え、捜査の経過、書証及び人証から得られた事実、適用法の分析が記載されていた。

申立会社は、第一に当該捜査は全く根拠がなく、悪意によるものであったこと、第二に、捜査がそれ自体違法で、かつ、捜査の開始の背景にある悪意を裏付ける不適切な方法で行われた旨主張する。申立会社の第一の主張は、Talpes 報告書と前段階の捜査の開始の時間的な一致、Patriciu 氏、Stephenson 氏及び Stanescu 氏の証言に大きく依存している。しかし、これら 3 氏の証言は申立会社の主張を支持するには十分ではない。犯罪捜査の正当性は、責任のある捜査当局が犯罪が行われたとの容疑を抱くきっかけとなった情報源により左右されるものではない。直接的な書証により、Talpes 報告書が PNA の捜査を引き起こしたことが証明されたとしても、それ自体

によって、本 BIT 第 3 条 1 により保障されている保護の違反の問題とはならない。当該起訴は、文面上、偏った又は不適切な動機に基づいたものであるとしか説明できないようなでっち上げられた犯罪事実の主張が盛り込まれているものではない。犯罪捜査の開始及び起訴が本 BIT 第 3 条 1 に違反することを根拠づけるものはない。

(iii) GPO (DIICOT) の検察官 [para. 245]

DIICOT の検察官の中には、Patriciu 氏への敵意、及び彼に刑事責任を負わせるべきとの断定が存在し、ある程度捜査の戦術的なアプローチに影響を与えたことがうかがわれる。そのような態度が存在したとすると、それは Cristescu 女史及び Nastasiu 女史に密接に関連していた。しかし、それが DIICOT の他の検察官に影響を与えたことを示す積極的な証拠はない。検察当局の行為への不服申立てを検討する場合には、ルーマニア裁判所の姿勢に同様のものがあつたかについてはより証拠がない。司法官職高等評議会 (CSM) における不服申立て手続が頼りにならないものであつたとは考えられず、本件で提起された継続的な不服申立てについて徐々に忍耐を失つたことがうかがえるものの、個別の不服申立てを真摯に考慮している。

3. 検察当局の個別の行為

(i) RRC 株の差押え [paras 247-248]

2006 年 2 月 DIICOT は、リビア未収金から生じた捜査に関連して、TRG が保有する RRC 株式 540 万株の差押えを命じた。本仲裁廷は、ブカレスト刑事裁判所により差押えが違法であつたと認定されたことではなく、検察官が差押えについて訴訟を行うことを継続的に遅らせたことが実にひどいため、検察官の処罰を正当化するとこの当該裁判所の決定を重要であるとする。これらの事実が単独で条約違反を構成するかについては検討する必要はないが、本仲裁廷は、これらの事実が検察官の敵意及び保護されている外国投資に確実に与える影響についての明確な不考慮についての積極的な確定的証拠であるとする。

(ii) Patriciu 氏及び Stephenson 氏の逮捕及び収監の試み [para. 251]

2005 年 5 月 27 日 Cristescu 女史らが、Patriciu 氏を 24 時間拘留する命令を行う刑法典に基づく一般的権限を援用し、更に 29 日の期間 Patriciu 氏を予防的逮捕するための請求を裁判所に対して行った。ブカレスト裁判所の刑事第一部は、予防的逮捕の請求を根拠のないものとして却下し、後に CSM は、2 つの手続の正式通知は刑事手続法典に基づく特定の手続要件に従っておらず、致命的に誤っていると判断した。2006 年 2 月 16 日に Cristescu 女史らは、同様の期間の予防的逮捕の請求を更に Patriciu 氏に対してだけでなく、Stephenson 氏外 1 名に対して行った。当該請求は、Stephenson 氏外 1 名の予防的逮捕理由については、ルーマニアから出国することにより司法を侵害しようとした旨を記載し、Patriciu 氏の予防的逮捕理由については、証人及び他の当事者に影響を及ぼすことを企図した本件についての過剰なメディア報道、及び本 BIT に基づく手続 (本件仲裁) により刑事手続に影響を及ぼそうとした旨を記載している。

Patriciu 氏の 24 時間の拘留は、取るに足らないことである。現地法は、検察官に対して明確に最大 30 日の訴追前の拘留の許可を請求する権限を与えており、この法律は、争いのない専門家証拠によれば欧州の規範及び国際規範にも合致している。本仲裁廷は、検察官がこの手続に訴えることについて何ら誤りがあるとは認めない。しかし、最初の請求の手続的瑕疵、訴追前拘留の必要性を正当化する根拠が明白に薄弱であること、明らかに強い根拠がないにもかかわらず 9 ヶ月後に執拗に 2 度目の請求を行ったこと、本件についての CSM の捜査に対して Cristescu 女史が反抗したと見られることを累積的に考慮すると、DIICOT の検察官、特に Cristescu 女史については全体として信用を置くことができない。

(iii) PNA 及び GPO のプレスリリース [paras 252-254]

PNA 及び GPO は、捜査の進展に関して報道発表を行った。申立人は、PNA が Talpes 報告書の対象となっている事柄について非公式かつ予備的な調査を開始した旨を公表する 2004 年 3 月の報道発表、正式捜査を「物的」に開始した旨の同年 5 月の報道発表が、司法的に証明されていない事実を断定的に記述することで無罪推定の受容可能な限界を超えており、さらに TRG の事業計画において重要な出来事と時期的に必ず一致しているようであると主張している。しかし、申立会社は、報道発表が本 BIT に基づく申立会社の保護に関して問題を生じさせることを立証できていない。

(iv) Patriciu 氏及び／又は RRC の電話傍受 [paras 255-261]

2003 年から Patriciu 氏の電話（おそらくは事務所を含む。）が、当初は国家安全保障法に基づくルーマニア諜報機関の請求により、その後は犯罪捜査の目的で傍受されていた。

本件は、ルーマニアにおいても最上級審まで訴訟が係属し、当局側の主張する国家安全保障が電話傍受の真の動機ではないことが認められている。しかし、当該訴訟では、欧州人権条約に規定されている私的な生活の保障が争われ、最上級審も Patriciu 氏の事業活動は影響を受けていないことを明確に認めている。諜報機関と検察官との間の共謀を示す積極的な証拠がない状況では、本仲裁廷は、本件が本 BIT の保護の範囲内に入るものであると結論づけることはできない。また、Patriciu 氏がルーマニアの裁判所により不公正な待遇を受けた様子もない。

よって、本仲裁廷は、電話傍受の件を、国家組織の中に Patriciu 氏に何らかの責任を負わせることを決定した要素があったことを示唆するものとして(i)、(ii)及び(iv)で言及した証拠とともに取り扱うこととする。

(v) 銀行への情報請求 [paras 262-265]

GPO は DIICOT による捜査の過程で 60 の銀行組織に Rompetrol の金融取引についての情報の提供を要請した。

申立会社は、情報の請求が不当であり濫用的であることを相当程度の信頼性をもって証明できていない。よって、本仲裁廷は、本件を、本 BIT 第 3 条 1 違反の問題を生じさせ得る検察官に

関する一連の深刻な不法行為 (a pattern of serious irregularities) の証拠として考慮しない。

(vi) RRC に対する税務調査 [para.266-269]

申立会社は、RRC に対して行われた税務調査は、その件数及び頻度並びに行われ方を合わせて考えると、Romp petrol に対する一連の嫌がらせのもう一つの要素となる旨主張する。

しかし、申立会社は、税務当局が RRC に対して行った行為は、絶対的であれ競合他社の待遇との比較であれ、抑圧的であることの証明の責任を果たせていない。よって、会社それ自体に対して行われているものの、税務調査が本 BIT 第 3 条 1 で与えられている保護には関係しない。

4. まとめ

本仲裁廷は、非難されている国家の行為の継続の累積的影響が、個々の行為がそれ自体では条約の義務違反を生じない場合であっても条約違反を構成する場合があるという点について最近の他の仲裁判断²に与する。ただし、このことは問題となっている行為がそれぞれ共通する傾向又は目的 (some link of underlying pattern or purpose) を有している場合に当てはまる。ばらばらの侵害の寄せ集めでは十分ではない。

国家は、刑事捜査及び訴追の過程において、個々の捜査及び訴追それ自体が違法ではない場合でも、「同じ傾向を持った一連の誤った行為 (a pattern of wrongful conduct)」により投資協定の FET 違反の責任を負う。ただし、そのためには、①その傾向が十分に深刻かつ執拗であり、②投資家の利益が影響を受けること、③当該投資家の利益がどのように保護されるかについて国家が適切な注意を払っていないことが条件となる。本仲裁廷は、これは投資家の正当な期待の一部であると考え。ここでの正当な期待とは、投資家の利益が直接的又は間接的に刑事手続に巻き込まれる場合に、国家が不必要な損害を与えないか又は投資財産への悪影響を緩和するための方法を追求するであろうとの期待を含む。 [paras 271, 277-278]

本件では、犯罪捜査のある時点から、GPO 及び DIICOT は、TRG の利益が直接的であれ間接的であれ捜査の矢先にあることを認識していた。時期を確定することはできないが、2 回目の拘留請求のときまでには、このような知識を有していたと考えられる。なぜならば、当該拘留請求は、本件仲裁に直接言及していたからである。その時点から GPO は、その行為がルーマニアの国際法上の責任を生じさせる可能性がある責任ある機関として、犯罪捜査の遂行が保護対象となる投資家の利益を毀損することに気がついていた。しかし、かかる損害の可能性について評価し、回避し、最小化し、又は緩和する措置がとられた証拠はない。よって、Patriciu 氏その他の捜査の不法性 (上記 2(iii)で論じた検察官の行為、上記 3(i)で論じた RRC 株式の差押え、上記 3(ii)で論じた Patriciu 氏及び Stephenson 氏の逮捕及び収監の試みを含む。) の限りにおいて、被申立国は、本 BIT 3 条 1 の FET に違反したと認定する。 [para. 279]

² 本仲裁廷は、このような仲裁判断の例として RosinvestCo UK Ltd v The Russian Federation (SCC Case No. V079/2005), Final Award of 12 September 2010 を挙げる (本仲裁判断の脚注 432, 433)。

C. 損害[paras 281-288]

申立会社による損害額の立証が不十分であるとし、損害を認定せず。

D. 精神的損害[paras 289-293]

精神的損害の請求は、これまで 2 件の ICSID 仲裁でも認められているが、精神的損害の請求は、名目的かつ裁量の範囲が広いために、本仲裁廷は、法人投資家も「精神的」損害を被るといふ前提に向き合うに当たっては、多大な注意を要する。投資分野における先例は少なく、2 件の仲裁判断³が精神的損害を認め、2 件の仲裁判断⁴では精神的損害が認定されなかった。一般国際法においては、精神的損害は確かに受け入れられているが、それは国家の尊厳又は名誉が毀損された場合（この場合、救済は非金銭的なものである。）、外交保護権の行使により請求国の個人が被った精神的損害について間接的に賠償を受ける場合についてである。本仲裁廷は、本件はいずれの場合にも当てはまらなないと考える。外国投資家の「評判の損害 (reputational damage)」は、財務費用の増加、その他の取引費用となって現れる。しかし、本仲裁廷は、これは現実の経済的損害であり、通常の証明規則が適用されると考える。この代わりに純粋に裁量的な精神的損害に依拠してしまうと、証明責任及び証拠規則を潜脱することになってしまう。「精神的損害」を経済的損害の立証ができない場合の代用品として利用することは認められない。

申立会社は、TRG が被った現実の損失を証明するための信頼性のある具体的な証拠を提出していない。本仲裁廷は、申立会社の「精神的損害」についての請求を棄却する。

³ 仲裁判断では、S.A.R.L Benvenuti & Bonfant v People's Republic of Congo (ICSID Case No. ARB/77/2), Award, 8 August 1980 ; Desert Line Projects LLC v Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/05/17), Award, 6 February 2008 が引用されている（本仲裁判断の脚注 451）。

⁴ 仲裁判断では、Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award, 29 May 2003 ; Yury Bogdanov v Republic of Moldova (SCC Arbitration No. V (114/2009)), Award, 30 March 2010 が引用されるとともに、Mr. Franck Charles Arif v Republic of Moldova (ICSID Case No. ARB/11/23), Award, 8 April 2013 が引用されている。Arif v Moldova については、高橋直樹「投資協定仲裁判断例研究 (51)」JCA ジャーナル第 60 巻 11 号 55-63 頁を参照されたい。

59 : Philip Morris Brands Sàri, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v ウルグアイ東方共和国 (ICSID Case No. ARB/10/7)

(JCA ジャーナル 2014 年 6 月号 (57))

判断年月日 : 2013 年 7 月 2 日 (管轄権決定)

仲裁廷の構成 : Piero Bernardini (イタリア・長)、Gary Born (米国)、James R. Crawford (オーストラリア)

一 判断のポイント :

- ・ 仲裁管轄権の前提要件として友好交渉期間と国内手続期間が判断され、後者については仲裁手続開始後の充足を認めた。また、追加的な裁判拒否に関する請求の場合の両期間について判断した。
- ・ 投資許可に関する例外条項について設立後の投資には適用されないと判断した。
- ・ ICSID 条約第 25 条上の「投資」について Salini 基準 (とくに受入国の経済開発貢献) を採用しなかった。

二 事案の概要 :

I. 紛争

スイス法会社 2 社とそのうちの 1 社¹の 100%子会社でウルグアイ法会社 (3 社を合わせて申立人ら) が、ウルグアイ (被申立国) におけるタバコ・パッケージ規制 (保健省 (MPH) 命令 514 (2008 年 8 月 18 日)、大統領令 287/009 (2009 年 6 月 15 日)) についてスイス=ウルグアイ BIT および ICSID 条約に基づく仲裁申立をした事例である。

申立人のうちウルグアイ法会社である Abal は、ウルグアイにおいて各種ブランドタバコ (自己商標ブランドも含む) の製造・販売を行っている。MPH 命令 514 第 1 条は、文字警告とあわせて喫煙の健康への悪影響について説明される「画像」の掲載を命じる。同命令 514 第 3 条は、各タバコブランドを単一商品態様とすることを求める (「単一表示」要件)。それまで Abal は各ブランドについて複数の商品展開をしていたが、命令 514 第 3 条によって一つを除いて販売を停止された。大統領令 287/009 は、タバコパッケージ (表・裏) の健康警告のサイズを 50% から 80% に拡大することを課す。申立人らは、命令 514 が Abal の商品種類の削減強制等により Abal の売上減を引き起こしたと主張する。また、PMP および Abal の知的財産権の侵害および Abal の企業価値の相当な (substantial) 減少を引き起こしたとも主張する。その結果、継続的損害がすでに生じており、これからも続くと主張する。したがって、命令 514 第 1 条、第 3 条および大統領令 287/009 が本件 BIT 第 3 条 1 項 (不侵害)、同 2 項 (公正衡平待遇)、第 5 条 (収

¹ 仲裁申立後にスイス法上の株式会社 FTR (1924 年 12 月 14 日設立・1943 年 1 月 15 日登記) からスイス法上の有限責任会社 (sociétés à responsabilité limitée) でありヌシャテルに登記事業所を置く Philip Morris Brands Sàri (PMB) に改組された。また、それに伴いタバコ商標の所有者およびライセンス構造も変更となっている。

用) および第 11 条 (義務遵守) に違反し、申立人らは本件 BIT および国際法により賠償を受け
ることができる」と請求する。(paras.1-9)

被申立国は、申立人らの主張を否定し、管轄権の欠如により申立人らの請求を却下することを
要請した。(para.10)

II. 関係法令

ICSID の管轄および仲裁廷の権限 (competence) は、両当事者の合意に基づくもので、仲裁
廷は、紛争が ICSID 条約および BIT の関連規定の要件を充足するかぎり、当事者の合意の範
囲のすべての紛争について管轄権を行使する。ICSID 条約 25 条および本件 BIT 第 1 条²および
第 10 条³、本件 BIT 議定書 9 条⁴および 10 条⁵により、仲裁廷は、申立人らがすべて BIT
の一方締約国の投資家であり被申立国が BIT の他方締約国であること (人的要件)、問題の紛争
が他方締約国の領域内での申立人による投資から直接生じた法的紛争であること (事項的要件)、
両当事者が紛争を ICSID 仲裁で解決することに同意したこと (意思要件) を充たした場合に管
轄権を有する。なお人的要件については争いがない。(paras.27-28)

立証責任について、管轄権段階においては、申立人の主張する事実が証明されれば条約違反と
なる場合には事実として受け入れられることが広く認められている⁶。しかしながら、管轄権が
「投資」や当事者の合意の存在に関する要件にかかっている場合、仲裁廷は、請求者立証責任を

² Article 1 (1) The term “investor” refers with regard to either Contracting Party to

(a) natural persons who, according to the law of that Contracting Party, are considered to be its nationals;

(b) legal entities, including companies, corporations, business associations and other organisations, which are constituted or otherwise duly organized under the law of the Contracting Party and have their seat in the territory of that same Contracting Party;

(c) legal entities established under the law of any country which are, directly or indirectly, controlled by nationals of that Contracting Party.

(2) The term “investment” shall include every kind of assets and particularly:

(a) movable and immovable property as well as any other rights in rem, such as charges on real estate, mortgages, liens, pledges;

(b) shares, certificates or other kinds of participation in companies;

(c) money claims and any entitlement of economic value;

(d) copyrights, industrial property rights (such as patents of inventions, utility models, industrial designs or models, trade or service marks, trade names, indications of source or appellation of origin), know-how and good-will;

(e) concessions under public law, including concessions to search for, extract or exploit natural resources as well as all other rights given by law, by contract or by decision of a public entity in accordance with the law.

³ Article 10 (1) Disputes with respect to investments within the meaning of this Agreement between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party shall, as far as possible, be settled amicably between the parties concerned.

(2) If a dispute within the meaning of paragraph (1) cannot be settled within a period of six months after it was raised, the dispute shall, upon request of either party to the dispute, be submitted to the competent courts of the Contracting Party in the territory of which the investment has been made. If within a period of 18 months after the proceedings have been instituted no judgment has been passed, the investor concerned may appeal to an arbitral tribunal which decides on the dispute in all its aspects.

⁴ Ad Article 9 Judgment of the competent courts in the sense of Article 9, paragraph (8) and Article 10, paragraph (2) means for the Oriental Republic of Uruguay a judicial decision in a one and only instance.

⁵ Ad Article 10 In the event of both Contracting Parties having become members of the Convention of 18 March 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, disputes with respect to investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party shall, at the request of the investor, be submitted according to the provisions of the aforementioned Convention to the International Centre for Settlement of Investment Disputes.

⁶ Saipem v. Bangladesh (ICSID Case No. ARB/05/07), Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007, para.81.

適用しなければならない⁷。また、仲裁廷は、管轄権の決定に関しては ICSID 条約第 25 条に従って決定する (ICSID 条約第 42 条は本案のみを対象とする) という通説に従う。(paras.29-30)

三 判断概要：

Ⅲ. 仲裁廷の判断

A. 仲裁付託の前置要件の不充足

1. 6ヶ月の友好的解決努力要件

本件 BIT10 条 1 項は「Disputes with respect to investments within the meaning of this Agreement between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party shall, as far as possible, be settled amicably between the parties concerned.」同 2 項は「If a dispute within the meaning of paragraph (1) cannot be settled within a period of six months after it was raised, the dispute shall, upon request of either party to the dispute, be submitted to the competent courts of the Contracting Party in the territory of which the investment has been made. If within a period of 18 months after the proceedings have been instituted no judgment has been passed, the investor concerned may appeal to an arbitral tribunal which decides on the dispute in all its aspects.」と定める。被申立国は、本件 BIT 第 10 条 1 項の友好解決努力義務を申立人らは怠ったと主張する。同第 10 条 1 項は、申立人らだけでなく両当事者に適用される。6ヶ月期間中に申立人の最初の書簡に被申立国は返信しておらず、申立人らは様々な措置に対して行政上の異議後に取消訴訟を被申立国裁判所に提起している。たしかに、それらは Abal 単独で行われたが、申立人ら全員の利益になるもので、Abal が他の申立人らを代表して行動していたことが明らかなものもある。さらに、口頭審理段階では被申立国の弁護人は、(2 項の) 6ヶ月要件が充足されていることに異議がないことを認めている。したがって、「6ヶ月要件」に関する被申立国の抗弁は却下する。(paras.91-97)

2. 18ヶ月の国内手続要件

被申立国は、申立人らが条約紛争を被申立国裁判所に提起しておらず、仮に被申立国裁判所に条約紛争が付託されていたとしても申立人らは仲裁開始前に 18ヶ月手続を継続しなければならないという点から、本件 BIT 第 10 条 2 項に規定される「18ヶ月の国内手続」要件が充足されていないと主張する。

紛争の同一性 (paras.100-114)

まず、18ヶ月要件を充たすために、申立人らは「条約」上の紛争を被申立国裁判所に提起しなければならないかを検討する。問題となるのは本件 BIT 第 10 条上の「紛争」の意味である。同条 1 項にいう「投資に関する紛争 (dispute with respect to investment)」の意味について当事者間に争いがある。

⁷ 投資仲裁の先例のほか、国際司法裁判所 (ICJ) の「ニカラグア事件」1984 年 11 月 26 日判決 (ICJ Reports 1984, p.437, para.101) および「アペナおよび他のメキシコ国民事件」2004 年 3 月 31 日判決 (ICJ Reports 2004, p.41, paras.55-57) を参照する。

申立人らには本件 BIT 上の請求を被申立国裁判所に提起する義務はないと結論する。本件 BIT 第 10 条 2 項の国内手続要件の目的上、被申立国裁判所に提起された紛争は、仲裁に付託された紛争と同一でなければならないとは考えられない。

「投資に関する紛争」については、ウィーン条約法条約第 31 条に従って文脈および本件 BIT の趣旨及び目的に照らして解釈される通常の意味が優先される。「投資に関する紛争」の通常の意味は、広範であり、本件 BIT に定義される「投資」が主題となるいかなる紛争をも含む。本件 BIT 第 10 条 1 項の「本協定のいう」は、第 1 条 2 項で定義される「投資」にかかるもので、「紛争」にかかるものではない。被申立国は、本件 BIT の第 10 条の文言は他の BIT の同種の条項よりも広いものであると認めている。

BIT 違反に関する紛争と国内法上の請求に関する紛争は、ともに本件 BIT 第 10 条 1 項の「投資に関する紛争」の範囲内にありうる。先例は、本件 BIT と同様の広い文言と他の条約での狭い文言との間に区別をしている。狭い文言には「条約違反の請求に関する紛争」「(条約で与えられた権利の違反に関する)投資紛争」などがある。条約違反に関する請求への言及は本件 BIT 第 10 条 1 項の文言とは異なる。SGS v Philippines 事件で示されたように、投資家＝国家間仲裁を BIT 実体基準違反の請求に限定しようとする場合、BIT 締約国は明示的に限定しなければならない⁸。「本協定のいう投資に関連する」「本協定の下でなされた投資に関連する」「本協定のいう投資に関係する」という紛争の定義は、BIT 自体の違反を主張する投資家の請求を要件とする狭い定式を用いておらず、BIT の下でなされた投資に関連する紛争であれば十分である。

本件 BIT 第 10 条の「投資に関する紛争」の解釈は、ウィーン条約法条約 31 条の「文脈」という解釈規則によって補強される。Vivendi v. Argentina 事件特別委員会がいうように、「紛争」の広い定式化は、本件 BIT 第 9 条の国家間紛争解決規定の「本協定の規定の解釈適用に関する紛争」と対照的である。10 条 2 項の「紛争」の定義が広く、9 条 1 項の「紛争」の定義が狭いことは、投資家が後に仲裁付託する本件 BIT 上の請求と実質的に (substantially) 類似の事実および主題に基づく国内法上の請求を投資受入国国内裁判所に提起すれば、10 条 2 項の要件は充足されることを示す。

本件 BIT 第 9 条 8 項および第 10 条 2 項は、第 10 条 1 項の「紛争」が国内法上の請求と BIT 上の請求との両方いずれをも含むことを支持する。両規定は、国内裁判手続後に紛争が仲裁付託されれば、仲裁廷は、紛争の「すべての側面に」決定を下すとする。第 10 条 2 項は、国内裁判所が 18 ヶ月以内に決定を下さなかった場合には、投資家は「紛争のすべての側面に決定を下す仲裁廷に上訴しうる」と規定する。なお、この文脈での「上訴 (appeal)」は「提起 (resort to)」の意味であり、紛争が同一である必要があることを示唆するものではない。「すべての側面」という文言は、すべての条約の条項が意味あるものでなければならないという (effet utile) 原則に従って解釈される。その原則に従って解釈すれば、国家間であれ投資家＝国家間であれ紛争が仲裁段階に達した場合には、紛争のすべての側面とは、すなわち国内法上・国際法上の両方の争

⁸ SGS v Philippines (ICSID Case No.ARB/02/6), Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, para.15.

点のこと以外ではあり得ない。第 10 条 2 項が適用される場合には、国内法上の請求について被申立国裁判所が判断を下した後に、投資家＝国家間仲裁廷は国際法上の請求についても扱う権限を有するのだからなければならない。

第 10 条 2 項にいう「紛争」は、主題や争点事実に関するものとして広く解釈されねばならず、BIT 請求など特定の法的請求に限定されない。第 10 条 2 項上の国内裁判所における紛争がその後で仲裁に付託される紛争と実質的に類似した事実を含み、いずれの紛争も本件 BIT にいう投資と関連するのであれば、前者の紛争が後者の紛争と同一の法的根拠・原因を有していなければならないということはない。

なお、ウルグアイ行政裁判所 (TCA) での取消請求は Abal によってなされたものであるが、Abal は他の申立人らのためにも行動したものである。

仲裁開始時点での期間未了 (paras.130-150)

本件仲裁手続開始は 2010 年 3 月 26 日である。命令 514 の取消請求は 2009 年 6 月 9 日になされ、24 ヶ月後の 2011 年 6 月 14 日に TCA により棄却されている。大統領令 287 の取消請求は 2010 年 3 月 22 日、TCA によるその棄却は 29 ヶ月後の 2012 年 8 月 28 日である。いずれについても、TCA は 18 ヶ月以内に判決を出していない。しかし、仲裁申立がなされたのはいずれの取消請求からも 18 ヶ月が経過していない時点である。被申立国は、仲裁申立時点で 18 ヶ月要件が充足されていないため仲裁廷は管轄権を有しないと主張し、申立人は、18 ヶ月要件は手続的なものに過ぎないため仲裁申立後に充足されれば仲裁廷は管轄権を有すると主張する。

申立人らは、国内裁判所は規定された期間内に判断を下せないであろうからこのような要件は無意味であるとする先例⁹を引用するが、本仲裁廷は賛成できない。国内手続要件の目的は、国際仲裁の前に、条約上の投資家の権利の侵害を是正する機会を国家に与えることである。仲裁手続開始は 2010 年 3 月 26 日、被申立国裁判所は 18 ヶ月以内に判決が出されていないことに争いはない。18 ヶ月要件が、義務的か、指導的手続的なもので仲裁開始要請後に事後的に充足可能かが問題となる。

申立人らの引用する先例は、国内裁判所が規定された期間内に判断をしなかった場合、国内手続要件が無意味なものになることを軽視している。また、国内手続要件の目的は、国際仲裁の前に、条約上の投資家の権利の侵害を是正する機会を国家に与えることである。

本件 BIT 第 10 条 1 項および 2 項において国際仲裁の前に段階的手続が定められていることは重要であり、それぞれの段階は拘束的であることが示されている。交渉 (6 ヶ月) 後に国内手続 (18 ヶ月)、さらに国際仲裁となっており、交渉と国内手続は shall が用いられ、国際仲裁には may が用いられている。交渉と国内手続が義務的 (binding) 性格であることは明らかである。18 ヶ月の国内手続要件が義務的なものであることは、この要件の趣旨および目的が、受入国に、条約違反について是正する機会を与えることから支持される。

ただし、国内手続要件は、仲裁開始時点では充たされていなかったが、仲裁開始後に充たされるし、本件では充たされたと結論する。この点についての国際司法裁判所 (ICJ) 判例として

⁹ Plama v. Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, para. 224.

ジェノサイド条約適用事件（クロアチア対セルビア）（2008年11月18日）¹⁰およびそこに引用される Mavrommatis 原則¹¹がある。

仮に TCA が 18 ヶ月以内に決定を出していた場合、本仲裁手続は受理不可能であった。つまり、国内手続要件の期限到来以前に仲裁手続を開始することは、期間内に国内手続において判断が示された場合、仲裁手続において請求が斥けられるリスクを負う一方、国内裁判所には定められた期間内に判断する機会を与えることである。本件において、TCA は 18 ヶ月以内に判断していない。ICJ 判例に依拠して、Teinver v. Argentina 事件¹²の仲裁廷と同じ結論に達する。すなわち、この要件の核となる目的は、争われている問題について判断する機会を国内裁判所に与えるものであり、これは充足された。申立人らに、現時点においては 18 ヶ月要件が充たされていることを理由に仲裁付託を今からやり直させるのは時間と資源の無駄である。仲裁手続前に国内手続を開始している点からも、申立人らはこの要件の規定と目的を充足している。これは、被申立国の裁判所による決定が、18 ヶ月期間を過ぎてからではあるが仲裁廷による管轄権判断の前になされている場合であっても、同様である。

B. 公衆衛生措置の BIT 適用除外 (para.167-174)

被申立国は、公衆衛生上の理由により他方当事国投資家の経済活動を認めない投資受入国の権利を定める本件 BIT 第 2 条 1 項¹³を根拠に、国家による公衆衛生目的の措置は本件 BIT の対象外であると主張する。

投資の「促進」は、前文と合わせて考えると、投資が相互に流入する好条件を形成し、投資がなされた後には投資家の活動に関して保護や必要な許認可を与えることにより、投資を発展させるために締約国が受け入れた継続的義務である。用語の通常の意味によれば、「承認 (admission)」は、提案された投資の国内法適合性を確認することによって、本件 BIT にいう保護対象の投資となることを許可する行為である。

本件 BIT 第 2 条 1 項の経済活動の受入国による不許可の理由の 1 つとして「公衆衛生」があげられているのは、投資の承認の段階のことであり、文脈からも明らかなように、設立前 (pre-establishment) 段階のことである。承認も受入 (acceptance) も、両者に関する公衆衛生例外を含め、ともに設立前段階に関係する。投資承認義務は設立前段階に限定されること、および、承認権とは投資許可を規律する権利と同一のものであることについて、被申立国は同意している。本件 BIT 第 2 条 1 項が、投資家に提供する保護の射程から公衆衛生措置を除外することを意図するものであるというのは正しくない。

本件 BIT 第 2 条 1 項は、被申立国法に従って承認された投資に関する BIT の実体義務の例外

¹⁰ I.C.J. Reports 2008, pp. 441-442, para. 87.

¹¹ Mavrommatis Palestine Concession, Judgment of 30 August 1924, P.C.I.J. Series A, No.2, p.34.

¹² Teinver S.A. v. Argentina (ICSID Case No.ARB/09/1), Decision on Jurisdiction, 21 December 2012, para.135 (小原淳見「投資協定仲裁判断例研究 (49)」JCA ジャーナル 60 巻 9 号 (2013 年) 26-32 頁)。

¹³ Each Contracting Party shall in its territory promote as far as possible investments by investors of the other Contracting Party and admit such investments in accordance with its law. The Contracting Parties recognize each others's right not to allow economic activities for reasons of public security and order, public health or morality, as well as activities which by law are reserved to their own investors.

を構成しない。これは、被申立国が主権行使により、領域内への投資がすでに承認された後に、公衆衛生の保護のために有害製品を規制することを制限するものではない。しかし、承認が本件 BIT に適合する方法でのその後の規制を前提とするものであるにしても、BIT2 条 1 項は承認のみに関わる。規制の本件 BIT 適合性は、本案での問題である。第二抗弁も却下する。

C. 「投資」 該当性 (paras.193-210)

申立人らの被申立国における投資は本件 BIT 第 1 条の定義の範囲内であることに争いはないが、被申立国はそれが ICSID 条約第 25 条上の「投資」ではないと主張する。ICSID 条約第 25 条の「投資」は、定義されておらずその適用において柔軟性を残すと一般に考えられている。用語が定義されていないということは、ウィーン条約法条約第 31 条の解釈基準で解釈されないことを意味しない。仲裁先例や学説上の「投資」の定義に関する論争は解決していない。

ICSID 条約第 25 条 1 項の「投資」解釈において考慮すべきは、BIT 上の「投資」定義との相互作用である。「投資」の範囲についての BIT 締約国間の同意は、ICSID 条約第 25 条 1 項上の用語の意味を確立する際に関連する要素である。ここで、ICSID 条約 25 条 1 項の「投資」概念は、「文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い」解釈されなければならない。この「投資」は、国家が投資立法や条約における同意により事項管轄を制限し得るという条件の下で、投資概念の適用範囲が広がるよう、広範な経済活動を対象とする。ICSID 条約第 25 条 1 項の「投資」は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い解釈すれば、広い意味が与えられると結論する。もとより、ICSID 条約上の「投資」概念にも限界はあり、売買のような一回の商取引などは「投資」概念に含まれず、ICSID の管轄外にある。このような広い範囲内において、条約で保護することを受け入れる「投資」概念の範囲を決定するとすれば、それは国家間の合意次第である。本件 BIT の第 1 条の「投資」の定義やその他の規定において、そのような限定はされていない。

いわゆる Salini 基準が、ICSID 条約第 25 条 1 項の「投資」概念の解釈に何らかの関連を有するかどうかは非常に疑わしい。Salini 基準の 4 要素は ICSID 条約上の投資の典型的特徴であって、「義務的法的要件」ではない。投資受入国の経済開発への貢献要素は、申立人の活動による事業、経済、金融および／または政策評価について事後的評定を仲裁廷にさせることになる。そのような「second-guessing」で、仲裁廷の管轄判断を進めることは適当ではない。ICSID 条約前文の文言は、投資保護によって同条約が受入国の開発を促進することを意味するのであって、受入国の開発が投資概念の構成要素となることを意味しない¹⁴。より柔軟なアプローチからも、申立人らによる被申立国での長期間および実質的な活動が、本件 BIT および ICSID 条約上の「投資」に当たらないとする根拠を見出すことはできない。よって、この抗弁も却下する。

D. 裁判拒否に関する（追加的）請求 (paras.221-235)

¹⁴ Victor Pey Casado v. Chile (ICSID Case No.ARB/98/2), Decision on the Request for Provisional Measures, 25 September 2001.

両当事国は、申立人らの裁判拒否に関する請求が ICSID 条約第 46 条の範囲内にあることに合意している。同条は、仲裁規則 40 条と合わせて読まなければならない。この申立人らの請求は、「時宜にかなっていること」「紛争主題から直接生じていること」「両当事者の合意 (ICSID の管轄) の範囲内にあること」の 3 条件を充たさなければならない。本請求は、申立人らの答弁書、すなわち仲裁申立に続く最初の書面提出において初めてなされており、時宜にかなっていることに争いはない。裁判拒否に関する請求が、Abal によって命令 514 の措置の取消に関して TCA に付託された紛争と同一の主題から生じていることに疑いはない。この請求について 6 ヶ月友好解決要件および 18 ヶ月国内手続要件が適用されるかの検討が必要となる。

問題となる紛争は、申立人らの命令 514 の取消請求の却下決定についての説明請求に対する TCA の却下決定の結果生じたものである。行政府は、そのような決定を取消す権限を持たず、生じた紛争について友好解決の現実の可能性はない。この状況で、友好解決の努力をすることによつてどのような有益な目的があるのかを見出すことはできない。被申立国の説得的主張もない。

つぎに、18 ヶ月国内手続要件について検討する。被申立国の 3 つの措置に関する紛争の主題とは異なり、裁判拒否に関する請求の紛争は、被申立国において TCA のみが管轄を有する行政行為の取消に関するものではない。申立人らが主張するように、裁判拒否に関する請求は、行政措置の取消請求の TCA による却下決定とその決定の説明請求の却下から生じている。そのような決定を是正するため再度 TCA に行くことは、無用で時間がかかりコストの掛かるものである。TCA のいかなる決定も最終的なもので上訴不可である。これは裁判拒否に関する請求について国内手続要件が無益であるという結論を正当化する。

60 : Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v バングラデシュ共和国、Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (BAPEX), Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (PetroBangla) (ICSID Case No. ARB/10/11; ICSID Case No. ARB/10/18)
(JCA ジャーナル 2014 年 2 月号 (53))

判断年月日 : 2013 年 8 月 19 日 (管轄権に関する判断)

仲裁廷の構成 : Michael E. Schneider (ドイツ・長)、Jan Paulsson (スウェーデン/フランス)、Professor Campbell McLachlan (ニュージーランド)

一 判断のポイント :

- ・ ICSID 条約 25 条(1)にいう「指定 (designation)」は、黙示の指定でも良い。
- ・ 加盟国が当事者ではない契約中の仲裁条項の中で ICSID 条約 25 条(1)にいう「指定」が行われていたとしても、ICSID 条約加盟国が当該契約を承認している場合には、「指定」の要件を充たす。
- ・ ICSID 条約 25 条(1)にいう「指定」の ICSID への「通告」の方式は問わない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 本件の概要

本件紛争は、被申立国におけるガス田開発・生産・販売に関する 2 つの契約から生じた。申立人は、契約の仲裁条項に基づき ICSID に仲裁を申し立てたところ、被申立人らが、仲裁廷の管轄権を争った。

B. 事実

(1) 当事者等

申立人 Niko Resources (Bangladesh) Ltd は、バルバドス法人であり [para.13]、Niko Resources Ltd. (カナダ法人) の子会社である [para.170]。申立人は、2006 年 10 月頃から、キプロスにおいて取締役会を行うようになり、その後同国に事業所が置かれている [para.186]。

被申立国は、本件 2 件の仲裁手続の第 1 被申立人とされた。その経緯は後に説明する。

Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (BAPEX) は、Petrobangla (後述) の完全子会社であり、被申立国会社法に基づき設立された。本件 2 件の仲裁手続の第 2 被申立人である。

Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla) は、1985 年の Bangladesh Oil, Gas and Mineral Corporation Ordinance という特別法に基づいて設立された法人 (statutory corporation) である。本件 2 件の仲裁手続の第 3 被申立人である。

(2) 本件紛争に至った経緯

本件は、被申立国により、「限界収益又は放棄されたガス田」と宣言された二つのガス田に関する紛争である。これらのガス田の権益はある時点において同国政府から BAPEX に売却又は譲渡された [paras.21-25]

1997年4月12日に、申立人の親会社により、被申立国のエネルギー・鉱物資源担当大臣宛に、限界収益ガス田開発に関する書簡が送られた。その後、被申立国において数回の会合が行われた。さらに、申立人とエネルギー・鉱物資源省、Petrobangla 及び BAPEX との間で単独、又は複数の当事者が一同に会して数次の会合が行われた [paras.26-30]。

エネルギー・鉱物資源省の指示及び認可、Petrobangla の指示などを受け、1999年8月23日、申立人と BAPEX は、関連諸当局の認可を条件として、限界収益ガス田の評価に関する合意を行い、収益性が見込まれるとの調査結果が出た [paras.31-32]。

その後、関連諸当局、Petrobangla などの指示・認可のもと BAPEX と申立人の親会社との間で合弁契約 (Joint Venture Agreement, JVA) の交渉が行われ、2003年10月に被申立国首相が、JVA に関する認可を行ない、ダッカにおいて JVA が締結された [paras.33-43]。

JVA に基づきガス田開発が行われ、ガス売買契約 (Gas Purchase and Sale Agreement, GPSA) の締結交渉が2004年5月から進められた。エネルギー・鉱物資源省の指示・認可、Petrobangla の BAPEX に対する指示をうけつつ交渉が進められていたが、販売価格が折り合わず交渉は難航した。その間の2005年1月にガス田で噴出火災事故が生じた。また、2005年5月に申立人の親会社は、エネルギー・鉱物資源大臣に一台の車を届け、同年6月にはカルガリーで開催された博覧会に招待した。しかし、後に公になり大臣は辞任し、車は BAPEX に返還された。最終的に GPSA が締結されたのは2006年12月末となった [paras.46-85]。

2007年1月、申立人は、GPSA に基づき Petrobangla に対してガスの売買代金の請求を行ったが、その後の請求も含めて一切支払いはなかった。2008年3月に申立人と BAPEX は未払について協議を行い、申立人は Petrobangla を相手方とする仲裁申立てを行う旨を提案したが、BAPEX は反対した。2010年1月、申立人は仲裁の通知 (Notice of Arbitration) を Petrobangla に対して行った。その後2010年6月16日に ICSID へ仲裁を申し立てた [paras.91-93, 124-134]¹。

前述の噴出火災事故に関連して、2005年1月に被申立国は調査委員会を組織し調査した結果、噴出火災事故の責任は申立人にあると結論づけた。2008年5月になって Petrobangla は、申立人に対して、噴出火災事故の損害について、7,465,000,000 タカ (9,477,179,677.56 円、2013年11月5日現在) の賠償を求める法的通知をした。これに対して申立人は、責任がない旨の反論を行ったうえで、当該紛争解決には ICSID 仲裁を利用すべきであると通知した。しかし、被申立国と Petrobangla は、ダッカ地方裁判所に訴えた (本件管轄権判断の時点でまだ係属中である。)。2010年1月、申立人は被申立国、Petrobangla、BAPEX に対して、仲裁の通知を行い、

¹ ICSID Case No. ARB/10/18

2010年4月にICSID仲裁を申し立てた [paras.5, 94-105]²。申立人は、申立人が噴出火災事故に関する一切の責任を負わない旨の宣言（賠償責任不存在確認宣言）及び BAPEX は GPSA に関する仲裁について申立人に協力する義務がある旨の宣言（仲裁協力義務確認宣言）を求めている（paras.486-490）。

II. 当事者の主張

被申立人らは、本件仲裁申立てに対して、仲裁廷の管轄権について、A.申立人の当事者適格、B.被申立国は JVA 及び GPSA の仲裁条項に拘束されないこと、C.ICSID 条約 25 条(1)に定める指定（designation）に関する点、D.紛争が投資に直接起因するものではない点、E.本件紛争の原因は申立人の違法行為に関する点、F.及び G.本件申立ては、仲裁合意の対象に含まれない点などを主張した。以下詳述する。

A. 申立人の当事者適格

(1) 被申立人の主張

申立人は、バルバドス法人であるが、後になって主たる事業所（primary office）をキプロスに移転した。親会社は、申立人を完全に管理しており、親会社役員が JVA 及び GPSA の交渉及び署名を行っている。申立人はバルバドス及びキプロスに事務所を持たず、カナダ人である親会社の職員により管理されている。申立人には実態がなく便宜的にこれらの場所に法人を設立しており、本来の申立人は、親会社であるカナダ法人である。[para.170]。

カナダは本件仲裁申立て時点において、ICSID 条約の署名は 2006 年 12 月 15 日にしているものの批准はしておらず、ICSID 仲裁は利用できない [para.171]。

(2) 申立人の主張

申立人は親会社やその関連会社のためのサービスを提供しており、それは実質的かつ恒常的なものであった。バルバドスにおいて実際に取締役会を行っていた [para.176]。

B. 被申立国は JVA 及び GPSA の仲裁条項に拘束されるか

(1) 被申立人の主張

被申立国は JVA 及び GPSA の当事者ではないため、仲裁条項には拘束されない。[paras.209,211]。

(2) 申立人の主張

JVA 及び GPSA は、被申立国の道具又は機関（instrumentality or agent）に当たる BAPEX 及び Petrobangla が締結したものである。したがって、被申立国は、これら契約の当事者である。また、帰属の理論（theory of attribution）によって、Petrobangla 及び BAPEX の行為は、

² ICSID Case No. ARB/10/11。

被申立国に帰属するべきである。[para.210]

C. ICSID 条約 25 条(1)に定める designation が行われているかどうか

(1) 被申立人の主張

ICSID 仲裁廷の管轄は、ICSID 条約 25 条(1)により、投資受入国については、「その行政区画又は機関」に制限される。さらに、「その行政区画又は機関」について、「締約国がセンターに対して指定するもの」である必要があるところ、ICSID 条約 25 条(3)は、「締約国の行政区画又は機関の同意は、その国の承認を必要とする。ただし、その国がその承認を必要としない旨をセンターに通告する場合は、この限りでない。」と規定している。

本件においては、Petrobangla 及び BAPEX の仲裁合意について被申立国は承認をしたが、ICSID 条約にいう「指定」はしていない。当該指定があると言えるためには、次の 4 つの要件が充たされる必要がある。すなわち、①書面による指定、②指定は国家、より具体的には外務省からなされていること、③指定についての明確な意思の存在、④「指定」は ICSID に送られなければならないこと、である。本件においてはこれらの要件は充たされていない [paras.258-259]。

(2) 申立人の主張

被申立国による JVA 及び GPSA の承認が ICSID 条約 25 条にいう「指定」に該当し、ICSID への仲裁申立てが当該「指定」の ICSID 条約 25 条(3)にいう「通告」と解すべきである [para.261]。

D. 本件紛争が「投資に直接起因するもの」であるかどうか

【省略】

E. 申立人の親会社による違法行為

(1) 被申立人の主張

申立人は、本件投資に密接に関係する契約を締結するに当たって贈賄に関与した。申立人は、信義誠実 (good faith) の原則に反し、国際的な公序 (International public policy) に反している。それゆえ、ICSID 仲裁の利用を認める条項の援用は認められない。[paras.374-376]

(2) 申立人の主張

投資の全ての期間において、信義誠実が必要であり、かつ、適法性が求められるという主張は、信義誠実の原則の誇張及び内国法遵守を要求する二国間投資協定に基づく仲裁判断の不適切な援用である。本件は二国間投資協定の適用が問題となっているわけではない。契約の主題に関する汚職や信義誠実に反する行為が、契約と関連性がある場合、契約は執行不能 (unenforceable) となるどころ、本件では関連性は低い [paras.378-380]。

F. JVA の仲裁条項の対象とする紛争の範囲及び当事者

(1) 被申立人の主張

JVA の仲裁条項は、JVA によって一方の当事者が相手方の当事者に負っている契約上の約束から派生した権利に関する場合にのみ適用され、噴出火災事故に関する不法行為法上の問題は対象としていない。また、Petrobangla は JVA の当事者ではなく、被申立国は JVA に関して義務を負っていない。本件仲裁手続に参加していない第三者の権利について判断することになる。[para.491]。

(2) 申立人の主張

JVA の仲裁条項は、広めに解釈すべきであり、噴出火災事故に関する紛争は当該仲裁条項の対象である [para.495]。

また、BAPEX が Petrobangla 及び被申立国の代理として JVA の締結をしており、また Petrobangla 及び被申立国は認可・指導を BAPEX に対して積極的に行っていた [para.511]。

Petrobangla 及び被申立国は JVA との関係において第三者とは言えない。

G. GPSA の仲裁条項が対象とする紛争の範囲について

(1) 被申立人の主張

申立人と BAPEX は共同して Petrobangla に対してガスを販売していた。すなわち、共同事業体がガスを販売しており、申立人は単独で仲裁申立てできない。また、GPSA に基づきガス販売代金を支払えという仲裁判断は、BAPEX を利するものであるが、被申立国国民の投資保護となる [para.530]。

(2) 申立人の主張

売上額は計算可能であり、BAPEX が本件仲裁で利益を得る必要はない。

三 判断概要：

III. 判断要旨

1. 被申立国に対する管轄権を否定する。
2. BAPEX について、賠償責任不存在確認宣言及び仲裁協力義務宣言に関する紛争につき、本件仲裁廷の管轄を肯定する。
3. Petrobangla に対する GPSA に基づく支払請求に関する管轄権を肯定。ただし、この請求に関する BAPEX の義務的な役割に関する問題については管轄権を留保する。

A. 申立人の当事者適格

申立人は、法及び規則等への違反は行っていない。また、被申立人らは、申立人の法人設立行為に対する反対もしなかった。さらに、被申立人らは JVA 及び GPSA により、申立人の国籍に

ついてよく知っていた。本件申立人は、設立準拠法によれば、バルバドス法人である [paras.177-184]。

申立人は、2006年頃まで、主たる事務所をバルバドスに置いていたが、その後キプロスに移転した。しかし、キプロスにおける登記では、バルバドス法に基づいて設立された外国法人とされていた。この外国法人としてのキプロスにおける登記は、申立人の国籍には影響を与えない [paras.184-196]。

被申立人は、申立人の実質的な国籍はカナダであると主張するが、ICSID 条約の解釈においては、当事者の国籍について、法人についてはその設立準拠法によって国籍を決定するのが一般的である。被申立人は「実質的な関連」が国籍国との間に必要であるというが、引用する先例は、外交的保護による請求に関する事案か、投資協定により仲裁への同意または ICJ の管轄権への同意が一般的に定められている事案である。これに対し、本件では、被申立人が特定の当事者と締結した特定の契約において ICSID 仲裁への同意を表明している [paras.197-208]。

B. 被申立国は JVA 及び GPSA の仲裁条項に拘束されるか

JVA 及び GPSA は、被申立国の密接な監督・指導の下に締結されている。また被申立国は本件プロジェクト及び JVA 並びに GPSA の交渉において、中心的な役割を果たしていた [paras.213-219]。

Petrobangla は、特別法により設立された法人 (statutory corporation) であり、BAPEX を完全子会社としている。JVA の前文には、Petrobangla 及び BAPEX の地位、機能及び権限について定めがある。前文などによれば、Petrobangla 及び BAPEX は、ICSID 条約 25 条にいう「機関 (agency)」に該当する [paras.220-228]。

しかしながら、被申立国が実質的に Petrobangla 及び BAPEX をコントロールしているとはいえども、これら二つの組織は、被申立国とは別個の法人格を有している。それゆえ、法的には別の組織として取り扱われるべきである [paras.220-235]。

申立人は、Petrobangla 及び BAPEX が被申立国の代理人であり、被申立国は本件契約の当事者だと主張するが、JVA 及び GPSA は Petrobangla 及び BAPEX をそれら契約の当事者と明確に規定している。[paras.236-241]。

申立人は、帰属の法理に基づき、Petrobangla 及び BAPEX の行為の責任は被申立国に帰属すると主張する。そして、この点に関して、国際法委員会が作成した国際違法行為に対する国家責任に関する条文案 (the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) が参考となると主張する。Petrobangla 及び BAPEX は、先にも認定したとおり、被申立国の機関であり、国際法上の国家責任を被申立国に生じさせることもある。その場合、Saipem 事件のように³、法人格は別個の存在である Petrobangla を、少なくとも一見する限り国家の一部と見る余地がある。しかし、本件で問題になっているのは、国家の一般国際法上又は条約上の

³ Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/7, award of 30 June 2009. 本件については、JCA ジャーナル 57 巻 7 号 (2010 年) 18 頁参照。

義務違反の有無ではなく、仲裁への同意がなされたかどうかである。

なお、ICSID において、契約に基づく仲裁廷が管轄権の判断について帰属の法理を適用し、Saipem 事件に依拠して Petrobangla の行為が被申立国に帰属するとし、仲裁廷の被申立国に対する管轄を肯定した事例を知っているが⁴、当該事案においては、被申立国が申立人と締結していた契約に ICSID 仲裁条項が含まれており、かつ、Petrobangla が締結した契約は被申立国が締結した契約に関するものであったため、帰属の理論に関する部分は主要な争点ではなく、本件とは事案が異なる [paras.242-247]。

C. ICSID 条約 25 条(1)にいう「指定」及び同条(3)にいう「承認」が行われたか

Petrobangla 及び BAPEX が交渉を行った結果 JVA 及び GPSA が締結された。そして、これら契約については、被申立国による承認が明示的に行われている。それゆえ、ICSID 条約 25 条(3)にいう国家による承認があったと認定する [paras.261-262]。

問題は、①ICSID に対する国家の指定が何を意味するのか、及び②本件の場合、指定がなされているかである [para.263]。

ICSID 条約 25 条(1)にいう「指定」の目的は、投資家に対して、どの機関を相手方として ICSID 仲裁が利用できるかを明確にすることにある。加えて、国家とは別の法人格を持つ機関やその行政区画に対して、国際法上の当事者適格を与えるという意味を持つ。[paras.277-283]。

ICSID 条約 25 条(1)は、「指定」の方法について定めていない。ICSID 条約の起草過程によれば、意図的にこの点に関する取り極めをしていない。したがって、どのような方法で「指定」を行うのか、加盟国それぞれに任されている [paras.284-288]。

指定の方式についても ICSID 条約に定めがなく、黙示の「指定」も認められる。黙示の「指定」は、指定を行う意思が事案の状況からして明確に表れており、かつその意思表示に反する状況がない場合には認められる。

国家が明確かつ公式に書面でもって、ある機関が ICSID 仲裁条項を含む投資契約について合意することにつき承認をした場合には、国家による ICSID 条約 25 条(1)にいう「指定」が黙示に行われたと認めることができる [paras.292-302]。

ICSID 条約 25 条(3)にいう「通告 (notification)」について、本件仲裁廷は、ICSID に対する国家からの正式な通告のみが認められるとする立場には立たない。ICSID 条約では、通告につき、その方法及び誰が通告をするのかについて、定めていない [paras.303-324]。

被申立国は、ICSID 仲裁条項を含む JVA 及び GPSA を承認している。そして、これら契約の交渉過程で被申立国は密接にコントロールをしていた。本件仲裁廷が先に示した ICSID 条約 25 条(1)の解釈によれば、上記の状況に反する特段の事情がない場合、当該契約の承認を国家が行うことにより黙示的に ICSID 条約 25 条(1)にいう「指定」がなされたと解するべきである。また、申立人が ICSID に仲裁を申し立てた時点で当該「指定」が通知 (communicate) されたと

⁴ Chevron Bangladesh Block Twelve, Ltd. and Chevron Bangladesh Blocks Thirteen and Fourteen, Ltd. v. People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/06/10, Award of 17 May 2010

言うべきである。[paras.330-348]。

D. 本件紛争は投資に直接起因するか

【省略】肯定 [paras.349-372]

E. 申立人の親会社による違法行為

申立人は汚職に関与した。2008年もしくはそれ以前に被申立国は、捜査を開始したが、その後裁判などは行われていない。被申立国最高裁判所は、別件訴訟で JVA は適法に締結された契約と認定した。カナダ当局は、申立人に制裁を科したものの、本件贈賄によって何らかのメリットを実際に享受したと証明できなかった。以上のことから、本件仲裁廷は JVA 及び GPSA の締結に当たって、汚職が何らかの影響を及ぼしたとは認定できない [paras.423-429]。

被申立人は、汚職は国際的な公序に反する行為であると主張する。これに対して申立人は何ら反論をしていない。また本件仲裁廷もこの点について異論はない。問題は、このような国際的な公序が、国際・比較法的に認められている一般原則である当事者自治を上書きするのか、すなわち、契約を無効とするのか、という点である [paras.430-434]。

贈収賄があったとしても、その事実を他方の当事者が知らない場合には、他方当事者はその契約を援用する利益を有している [para.443-444]。国際公法の分野には、条約法に関するウィーン条約 50 条⁵や腐敗の防止に関する国際連合条約 34 条⁶に関連する規定がある。いずれの場合も必ずしも契約や合意の無効が必ず効果として生じる訳ではなく、汚職の被害を受けた当事者が無効を主張するかどうかを選択している。このような考え方は、各国の民商法においてもとられている考え方である。被申立人らは契約の無効は主張していない [paras.445-452]。

そもそも、JVA は本件汚職の遙か前に締結されており、また、GPSA についても本件汚職の 18 ヶ月後に締結されており、汚職との関連性は低い [paras.452-464]。

さらに、被申立人らは、誠実になされていない投資について国家が ICSID 仲裁手続を利用できるようにしたとは見なされ得ないと、Phoenix Action 事件を根拠に主張するが、当該事件は BIT に基づく仲裁であって不特定の外国投資家との関係において仲裁手続への同意がなされていたのに対し、本件は契約中の仲裁条項により仲裁手続への合意が明確に存在しており、事案を異にする。[paras.467-475]。

F. JVA の仲裁条項の対象とする紛争の範囲及び当事者

JVA では申立人のオペレーターとしての義務に関する規定が置かれているため、噴出火災事

⁵ 昭和 55 年条約 16 号。同条約 50 条は、「いずれの国も、条約に拘束されることについての自国の同意が、他の交渉国が直接又は間接に自国の代表者を買収した結果表明されることになった場合には、その買収を条約に拘束されることについての自国の同意を無効にする根拠として援用することができる。」と規定している。

⁶ 同条約 34 条は「締約国は、善意に取得された第三者の権利に妥当な配慮を払いつつ、自国の国内法の基本原則に従い、腐敗行為により生じた結果に対処するための措置をとる。このため、締約国は、契約を取り消し若しくは解除し、免許その他これに類する文書を撤回し、または他の是正措置をとるための法的手続において、腐敗行為を関連する要素として考慮することができる。」と規定している。2005 年 12 月 14 日発効、わが国は 2003 年に署名、2006 年に国会承認。

故に関する紛争について、本件仲裁廷は管轄権を有している。すなわち、仲裁廷の管轄権の範囲は仲裁合意と仲裁可能性により決まるところ、仲裁可能性は仲裁手続に適用される法によることになり、本件の場合、ICSID 条約及び国際法によることになる。ICSID 条約に基づく仲裁可能性については、「投資に直接起因する紛争」という制限のみである。本件における二つの契約は、すでに判示したとおり、どちらも条件を充たしてしている。また、仲裁合意の範囲については、本件仲裁条項はいわゆる広範なものであり⁷、申立人の請求は本件仲裁条項の範囲内である [paras.496-506]。

Bangladesh については先に判示したとおり、本件仲裁廷の管轄権はない。また、BAPEX と Petrobangla の両者は独立した法人格を有する別個の組織である。そして、JVA においても両者は明確に区別されている。Petrobangla は JVA の当事者では無い以上、JVA に関する請求について、本件仲裁廷の管轄はない [paras.507-515]。

本件仲裁廷は、JVA に関する紛争を判断するのであって、その限りにおいて Bangladesh あれいは Petrobangla などの第三者に影響を及ぼすことはない [paras.516-524]。

なお、仲裁協力義務確認宣言については、その様な義務が JVA により生ずるかどうかが問題となっている。この点について被申立人らはその様な義務がないと主張するものの、本件仲裁廷の管轄権については意義を述べていない。ゆえに仲裁協力義務確認宣言について、本件仲裁廷の管轄権はあると判断する [paras.525-528]。

G. GPSA の仲裁条項の対象とする紛争の範囲及び当事者

GPSA の仲裁条項の対象とする紛争についてどの当事者について本件仲裁廷が管轄権を有するのかという問題は、Petrobangla が仲裁の相手方とすることを合意しているのは、BAPEX と申立人とからなる合弁事業体なのか、それとも申立人又は BAPEX 単独かという問題に帰着する [para.532]。GPSA には、Petrobangla が「買主」として記載されている。そして、「合弁事業体パートナーたる BAPEX 及び申立人」が売主と記載されている。GPSA への署名は申立人及び BAPEX はそれぞれ別個に行っている。以上のことからすると、GPSA で利用されている「売主」という言葉は、売主を合弁事業体 (Joint Venture Partners) という別個の組織とするのではなく、単に申立人と BAPEX をまとめて示すと考えるべきであり、パートナーがそれぞれ仲裁を申し立てることを許容している [paras.533-541]。

合弁事業体の一パートナーが被った損害の全てについて賠償が認められるかについては、本案で判断すべき問題であるが、この問題が管轄権の判断に影響を及ぼすことがある。本件仲裁廷は、合弁事業体の一パートナーが仲裁の申立てをすることを認めているが、申立人単独で損害の全部につき請求をなすことができない場合にまでも管轄権を認めるべきではないと考える [para.543-548]。

⁷ 本件における仲裁条項は、まとめると次のような内容の条項であった。すなわち、「… any dispute arising in connection with the performance or interpretation of any provision of this JVA(GPSA) …shall be referred to the International Center for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”) and the Parties hereby consent to arbitration under the Treaty establishing ICSID. If for any reason, ICSID fails or refuses to take jurisdiction over such dispute, the dispute shall be finally settled by International Chamber of Commerce.」

JVA 及び GSPA からは、申立人が合弁事業の被った損害の全てについて請求をなすことができるかという点は明らかではないが、ガス販売に関する請求を申立人が全て行っていたことなどの状況から、申立人が GSPA に基づく請求の全てを行う権限を有していたか否かについては本案の判断として行うべきである。

被申立人らは、被申立国国民を利する仲裁判断は、ICSID 条約 25 条に違反すると主張するが、同条もその他の条文も、外国民に有利な仲裁判断とともに自国民に対して有利な仲裁判断を下すことは禁じていない。以上のことから、本件仲裁廷は、申立人の Petrobangla に対する請求について管轄権を認めるが、①当該請求が共同事業体に属する者が共同で行わなければならない性質のものであるか、申立人単独で行うことができるのかという点、②GSPA に関する仲裁手続での BAPEX の位置づけについての判断は留保する [para.549-574]。

61 : Metal-Tech Ltd. v ウズベキスタン共和国 (ICSID Case No. ARB/10/3)
(JCA ジャーナル 2014 年 8 月号 (59))

判断年月日 : 2013 年 10 月 4 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス・長)、John M. Townsend (米国)、
Claus von Wobeser (メキシコ)

一 判断のポイント :

- ・ ICSID条約25条1項の「投資」の定義には、投資受入国の国内法を遵守することは要件として含まれない。
- ・ 投資受入国の国内法違反により設立された投資について、投資協定中の投資の定義に依拠して管轄権を否定 (なお、申立人は、最恵国待遇条項により、他の投資協定におけるより広範な投資の定義を均霑できる主張したが、仲裁廷はこれを退けた。)
- ・ 被申立国より提起された申立人の腐敗行為の訴えにつき、申立人に理由説明等を求める手続命令を発し、申立人からそれに対する十分な回答がなかったことを考慮して、腐敗行為の存在を認定。

二 事案の概要 :

I. 事実関係 [paras.5-54]

A. ジョイントベンチャー「Uzmetal」の設立[paras.6-18]

1998年から99年にかけて、Metal-Tech (本件申立人。イスラエル法人。)はウズベキスタン政府とモリブデン産業に関するジョイントベンチャーに関する交渉を行った。2000年1月にウズベキスタン政府は、閣議で決議15及び29-Fを採択し、Uz-KTJM及びAGMK (いずれもウズベキスタン国有企業。)とMetal-techの間でジョイントベンチャー「Uzmetal」の設立することを認可した。決議15は、①Uzmetalの株式100万米ドルのうち、申立人が50%、UzKTJMが30%及びAGMKが20%を保有すること、及び②AGMKが生産するモリブデン含有産品全てに関するUzmetalの排他的購入権を定めていた。

B. コンサルタント契約 [paras.28-29]

2000年12月及び2003年3月に、Metal-Techは、スイス法人のMPCとコンサルタント契約を締結した。また、2004年10月及び2005年2月にMetal-TechはMikhailov氏、Suktanov氏及びChijenok氏 (この3名を以下「the Consultants」とする。)とコンサルタント契約を締結した。彼らへの支払いは、Lacey International社 (英領ヴァージン 諸島法人)を通じて行われた。

C. Uzumetal社の原材料購入権の破棄及び破産・清算手続 [paras.38-54]

2006年7月、ウズベキスタンの内閣は決議141を採択し、決議15の下でのUzmetalの原材料についての購入権を破棄した。

2007年7月にUzKTJMは、Uzmetalが同社に対して配当を未払いであることを理由としてUzmetalの破産手続きを提起した。この訴えは認められ、2007年10月にタシュケント地域経済裁判所は、Uzmetal社の清算手続きを認可した。この手続きの下で、Uzmetalの資産はUzKTJMとAGMKに譲渡された。

D. 仲裁への付託、手続の経緯 [paras.55-106、110]

2010年1月、申立人はICSIDに対して、仲裁の請求を提出した。

2012年1月、口頭弁論が開かれ、そこにおいて申立人からのthe Consultantsに対する4百万米ドルに上る代金の支払いが論点となった。これを受け、仲裁廷は2012年2月に第7手続指令(PO7)を発出し、紛争当事者に関係書類の提出を求めた。さらに仲裁廷は、2012年4月に、第10手続指令(PO10)を発出し、申立人に対し、the Consultantsへの支払いに関する情報（とりわけ、①支払いの対価として提供されたサービスの内容、②各サービスをどのConsultantが提供したか、③サービスがいつ提供されたか）の提供を指示するとともに、これらに関する仲裁廷からの質問への回答を求めた。

被申立国はこれらの手続きの中で、申立人が本件投資活動を実施（operate）する上でウズベキスタン国内法に違反（とりわけ腐敗行為に関与するとともに、ウズベキスタン政府から投資の許可を得る上で欺罔的行為を行った）したために、仲裁廷は本件紛争に管轄権を有さない旨主張した。

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

A. ICSID条約及びイスラエル－ウズベキスタン投資協定（以下「BIT」とする。）における合法性要件

1. ICSID条約

ICSID条約25条ではセンターの管轄が生じる条件の一つとして、紛争が投資から直接生じたものであることを求めている。本件における当事者間の争いは、ICSID条約25条の「投資」の語に合法性要件が含まれるか否かである。[paras.123-125]

仲裁廷は、Phoenix Action事件で示された「投資受入国の国内法の遵守と信義則の尊重は、ICSID条約25条の投資の要素である」との見解は共有しない。投資協定の締約国は、投資協定の保護を、国内法に合致した投資のみに限定することができ、その場合には仲裁廷の管轄権の否定に繋がることもある。また手続き濫用についても、仲裁廷の管轄権行使の妨げになることもある。しかし、このことはこれらの要素がICSID条約25条の「投資」の客観的定義の一部をなすことを意味する訳ではない。申立人の投資、すなわちUzmetalへの50%の参加は、ICSID条約25条1項上の投資の客観的定義に合致する[paras.127-128]。

被申立国の仲裁に関する同意が本紛争をカバーするかは、BIT（とりわけ8条1項¹）の文言に依存している。同項の条件が満たされない場合には、被申立国はICSIDに仲裁に紛争を付託することに同意しておらず、ICSID条約25条1項が要求する同意要件を満たしていないこととなる [para.129]。

2. BIT

BIT1条1項においては、投資 (investment) は「any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made」として定義されている（合法性要件）。 [para.130]

申立人は、BITにおける上記「合法性要件」に関しては、ギリシャ-ウズベキスタン投資協定の規定は投資の定義に合法性要件を含まないところ、この（合法性要件を含まない）定義が「より有利な待遇」としてBIT3条の最恵国待遇を通じて均霑される旨主張する。 [paras.132-138]

一般論として、MFN条項は他の投資協定におけるより有利な投資の定義を導入するために用いることはできない。なぜならば、MFN条項それ自身が「投資」及び「投資家」の定義を用いており、BIT3条²で与えられる待遇は必然的にBIT1条で定義された投資（及び投資家）に言及することとなるからである。言い換えれば、協定の一部であるMFN条項を援用できるためには、（主に定義条で規定される）協定の射程に入る必要がある。 [para.145]

申立人は、最恵国待遇の適用範囲についての規定であるBIT7条(c)³において「投資の定義 (the definition of investment)」への言及があるところ、同条項が、上記一般論の原則を変更し、MFN条項を（合法性要件を含めた）投資の定義に拡大するBIT締約国の意図を示すものであると主張する。被申立国は、BIT7条(c)は同サブパラグラフで言及されている「1992年以前にイスラエル締結した投資協定に含まれるBIT6条（送金条項）」との関係で理解されるべきであるとして、申立人の立場に反論する。 [para.147]

BIT7条(c)は” the definition of investment”への言及によって文を終わらせておらず、後ろに”

¹ BIT8条は下記のとおり規定する。

1. Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter: the "Centre") for settlement by conciliation or arbitration... any legal dispute arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former.（下線追加）。

² BIT3条は下記のとおり規定する。

1. Neither Contracting Party shall, in its territory, subject investments or returns or investors of the other Contracting Party to treatment less favorable than that which it accords to investments or returns of investors of any third state.
2. Neither Contracting Party shall, in its territory, subject investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favorable than that which it accords to . . . investors of any third state.”

³ BIT7条(c)は下記のとおり規定する。

The provisions of this Agreement relative to the grant of treatment not less favourable than that accorded to the investors of either Contracting Party or of any third state shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from:

(略)

(c) the definitions of "investment" (Article 1, paragraph 1) and "reinvestment" (Article 1, paragraph 2) and the provisions of Article 6 contained in Agreements entered into by the State of Israel prior to January 1, 1992.（下線追加）

the definition of reinvestment”及び” the provisions of Article 6 contained in Agreements entered into by the State of Israel prior to January 1, 1992”⁴、の語が続いている。文理上及び文脈上の根拠に照らせば、同条で用いられているinvestment、reinvestment及び（1992年以前にイスラエル締結した投資協定に含まれる）repatriationの語は相互に結びついているところ、仲裁廷は、BIT7条(c)は同1条1項のinvestmentの定義に最恵国待遇条項を適用するものではないと結論する。したがって、申立人はBIT3条2項に依拠して、同1条1項の合法性要件を免れることはできない[paras.151-157、163]。

B. 主要な事実

仲裁廷は腐敗行為との関係では、下記の事実が重要であると考えている。

- ① 申立人のCEO（Rosenberg氏）及び申立人により提出された証拠によれば、申立人からthe Consultantsに対して、多額の支払いが行われた。[paras.197-203]
- ② 申立人が提出した文書では、1998年以降the Consultantsが正当なサービスを提供していたという主張は証明されない。仲裁廷はPO10において、申立人に対し、支払いの対価としてthe Consultantsが提供したサービスを特定するように求めたが、申立人は当該情報を仲裁廷に提供できなかった。[paras.204-207]
- ③ the Consultantsは、申立人の主張によれば彼らが提供したとされるサービス（ロビイング、モリブデン産業の関連業務等）について何らの職業的資格を有していなかった。[paras.208-212]
- ④ 本件の申立人とMPCの契約は、the Consultantsのサービスの提供の有無に関わらず、申立人から「自動的に（automatic）」支払いが行われることを定めている。そして、申立人は、支払いの対価としてサービスが提供されたということを示すことができなかったところ、仲裁廷は本契約は真正な契約（genuine agreement）ではなく、当事者の真の関係を隠蔽するための偽装（sham）であると見なす。[paras.213-218]
- ⑤ 申立人からthe Consultantsに対する支払いは、スイス法人（MPC）、英領ヴァージン諸島法人（Lacey International）を経由して行われているが、申立人はなぜそのような形式を取る必要があったのかを示していない。また、支払いの経路のために用いられたこれらの企業は、所在地に物理的な実体を有してはいなかった。[paras.219-224]
- ⑥ the Consultantsのうち2名は、申立人の投資の承認等に対して権限を有するウズベキスタン政府職員と重要な繋がりを持っていた。Chijenov氏は大統領府で、各省・関係政府部局の長の候補者を審査する立場にあった。Sultanov氏は、申立人の投資を監督する権限を有するウズベキスタン首相の兄弟であった。申立人が、MPC及びLaceyに対して最後の支払いを行ったのは、Sultanov氏の兄弟が副首相の地位を解任された月である2006年4月であった。[paras.225-227]

⁴ なお、イスラエルが1992年1月以前に締結した投資協定の6条では、送金（repatriation）の関連で、投資の定義についての言及がなされている。

C. 証拠の評価

1. 証明責任と証明の基準

一般論としていえば、本件では国際法上の義務違反に対する国家の責任が争われているところ、国際法上の「当事者が自らの依拠する事実について証明責任を負う」という原則を適用するのが適当である[para.237]。

仲裁廷は、本件を解決する上で証明責任又は推定についての規則を適用する必要はない。本件においては、事実は仲裁の手続きのなかで明らかになった。これらの事実は腐敗行為の疑いを生じさせるものであるところ、仲裁廷はその説明を求めた。2012年1月の口頭審理において、Rosenberg氏はthe Consultantsに対して総額400万米ドルの支払いを行ったことを認めた。その支払いの理由を明らかにすべく、仲裁廷はPO7及びPO10を発出した。支払いの証拠は申立人から提出され、また仲裁廷もその支払いの性質及び目的について更なる証拠を求めた。本件において仲裁廷が推定又は証明責任の規則を用いる必要はなく、仲裁廷は、提出された証拠に基づいて、腐敗行為が合理的な確度（reasonable certainty）で立証されたかを判断する。この文脈において、仲裁廷は、腐敗行為の立証は困難で、状況証拠により証明することが一般的に認められていることに留意する[para.239-243]。

2. 申立人からの説明の欠如

仲裁の当事者は手続きに協力する信義則上の義務を負い、このことはICSID仲裁規則34条3項にも明示されている。また、国際法曹協会（IBA）証拠規則9条5項は、仲裁廷が命令した証拠を仲裁当事者が提出しなかった場合には、そのことから不利な推定（infer）を導くことができる旨定めている。[paras.244-245]

本件においては、仲裁廷は多額の支払いの意図について理解するべく、申立人に対してその支払いの実体及び根拠を示す機会を与えたが、申立人はそれを示せなかった。仲裁廷はPO7及びPO10を含め、申立人からの十分な証拠を提出を確保するための様々な試みをしたが、これに対しても申立人は支払いの対価として正当なサービスが提供されたという根拠を示すことができなかった。申立人は仲裁廷の指示に従うことができない理由を説明したが、いずれも説得的なものではなかった。このことから、the Consultantsから申立人に対して実際に適切なサービスが行われなかったがために申立人は証拠を提出できないのではないかという推論（inference）が生じる。[paras.246-265]

D. 贈賄に関するウズベキスタン国内法の違反

仲裁廷は①公務員又はその仲介者に対して、当該公務員が行いうる行為又は不作為の対価を支払うこと又はその支払いを約束することは違法である、②公務員の家族等の第三者に対して、当該公務員に特定の作為又は不作為を求める目的で、利益を供与することは違法である、③支払い時期が、求められた作為又は不作為の前後のいずれであるかは問題にならない、というのはウズ

ベキスタン法における確立した原則であるとする[para.289]。

The Consultantsの各人への支払いに関して、ウズベキスタン国内法の下での合法性を検討すると下記のとおりである。

1. Chijenok氏

申立人は、Chijenok氏に多額の支払いがなされた理由についての正当化ができなかった。他方で、Chijenok氏が、ウズベキスタン大統領府の人事部局に所属していたことは争いのない事実である。[paras.320-324]

提出された証拠の全体を踏まえ、仲裁廷は、Chijenok氏は政府内の地位を利用して申立人の投資に便宜を図ることによって支払いを受けたと結論する。そしてウズベキスタン刑法の違反を構成するためには、同氏が実際に当該投資を認可する権限を有する必要はない。したがって、申立人はウズベキスタン刑法及びBIT1条1項の合法性要件に違反した。[paras.325-327]

2. Sultanov氏

申立人は多額の支払いをSultanov氏に行っているが、これに対して何らかの正当なサービスが行われたという記録はない。[paras.338-346]

他方で、Sultanov氏の腐敗行為への関与を疑わせる事実は存在する。少なくとも1997年の時点で申立人はSultanov氏の兄弟(Sultanov首相)が投資認可に関係していることを知っていた。その上で申立人は98年にSultanov氏を雇用した。申立人のCEOはSultanov氏の血縁関係が有益であったと証言している。その後、申立人は積極的にSultanov首相に接近していた。(Uzumetalの独占的な原材料購入権を停止した)決議141は、Sultanov氏の兄弟が副首相の任を解かれた直後に施行されている。[paras.347-349]

上記を踏まえると、仲裁廷は、Sultanov氏は血縁関係を通じて申立人の投資の設立に便宜を図ることで支払いをうけたと結論づけざるを得ない。ウズベキスタン刑法の違反を認定するためには、申立人がSultanov氏の血縁関係を利用するために支払いを行ったことだけで十分である。したがって、申立人はウズベキスタン刑法及びBIT1条1項の合法性要件に違反した。[paras.351-352]

3. Ibragimov氏

Sultanov氏及びChijenov氏の場合と異なり、申立人の投資の設立段階でのIbragimov氏の役割及び彼に対する支払いについては十分に記録が残っている。Ibragimov氏は政府職員との関係も有しておらず、また私人が政府職員であるということもない。これらを踏まえ、仲裁廷は、Ibragimov氏への支払いに関しては、被申立国が国内法違反を立証できていないと結論する。[paras.358-364]

4. 結論

申立人の投資設立に関してウズベキスタン法違反を構成する腐敗行為が立証された。結果、本投資はBIT1条1項の合法性要件を満たさない。BIT8条1項に示されたICSID仲裁に対するウズベキスタンの同意は「投資に関連する (concerning an investment)」紛争に限定されており、BIT1条1項により、その投資はウズベキスタンの国内法に合致する形で設立したものに限られる。したがって、本件紛争は、BIT8条1項の範囲に含まれず、ウズベキスタンの同意の範囲に含まれないところ、ICSID条約25条の同意の要件を満たしていない。したがって、本仲裁廷は管轄権を有さない。[para.373]

仲裁廷は、腐敗行為の認定がしばしば申立人に重い負担を追わせることになる一方で、自らも腐敗行為に関与している被申立国を免責しているとの議論について、十分に認識している。確かに、腐敗行為に関する事件では、被申立国が不公正な利益を得ていて、不満の残る結論にいたることもままある。しかし、この立場は、一方の当事者を他方の犠牲の下に罰することを目的にしているものではなく、むしろ裁判所や仲裁廷が腐敗行為に関与した主体に対して救済を与えることができないということを含めた法の支配の増進のためのものである。[para.389]

E. 反対請求

被申立国は本件の救済として、申立人の請求を棄却するのみならず、被申立国からの反対請求を認めることを仲裁廷に求めている。

ICSIDの仲裁廷が反対請求を扱うためには、①反対請求が、同意要件も含めたセンターの管轄権のうちにあること、②その反対請求が紛争の主題 (subject-matter) から直接に生じていることが必要である。[para.407]。

第一の要件は同意の条件を示している。条約仲裁においては、国家による仲裁申し出の範囲は投資協定によって定められており、申立人はその範囲の申し出を受諾する。申立人がICSID仲裁を選択した場合には、彼はICSID条約及び仲裁規則にある条件を合わせて受諾したことになる。本件においては、(仲裁の根拠となる) BIT8条1項はその適用範囲を「投資家から締約国に対して提起された紛争」に限定しておらず、「投資に関するあらゆる紛争」をその範囲に含めている。[paras.408-410]

もともと、本件において、申立人の「投資」は合法性要件を満たさないため、BITの適用上の投資を構成しない。ウズベキスタンは「投資以外のもの」に対してまで仲裁のオファーを提示しておらず、また申立人の仲裁への同意もその範囲に限定される。したがって、本件の反対請求については、上記①の要件を満たさないため、仲裁廷は管轄権を有さない。[para.411-413]

F. 仲裁費用

当事者は自らの訴訟コストを負担するべきである。仲裁廷は申立人の違法行為を理由に管轄権を否定したが、このことは被申立国が申立人の請求が却下される事由を作り出すことに関与していなかったということの意味する訳ではない。この腐敗行為に本質的に内在している被申立国の関与に鑑みれば、訴訟コストを折半させることは公正である。[paras.414-422]

62 : KT Asia Investment Group B.V. v カザフスタン共和国 (ICSID Case No. ARB/09/8)
(JCA ジャーナル 2014 年 4 月号 (55))

判断年月日 : 2013 年 10 月 17 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス・長)、Ian Glick (英国)、Christopher Thomas (カナダ)

一 判断のポイント :

- ・ 投資協定の一方当事国 (ホスト国) の国民によって実質的に保有されている実体のない他方当事国国籍の会社が、一方当事国 (ホスト国) に投資していることを理由として、同国を被申立国として投資仲裁を申し立てた場合であっても、当該会社は ICSID 条約 25 条の「他の締約国の国民」に該当し、他方当事国の国籍を被申立国に対して対抗できる。
- ・ ICSID 条約及び本件投資協定における「投資」に該当するためには「拋出」「一定の期間」「リスク」の要素が必要である。
- ・ 一個人が (法的所有・資本関係はないが) 実質的に支配・保有している複数の外国会社群の中でホスト国内資産 (ホスト国所在会社の株式) が事実上無償移転された場合における、譲受側外国会社による当該株式取得の「投資」性について、①仮に、企業グループ内の投資再編の場合には関係会社群による当初の資産取得の経緯に遡って「投資」性の検討が可能だとしても、本件は、企業グループとして主張された複数会社群を一つにつなぐ所有・資本関係は無く、連結会計その他の単一の経済的結合体も存在しないという事情の下で、当該複数会社群を企業グループと扱うことはできず、②事実上の無償移転を受けた外国会社のみを見ると何の負担もなく資産取得している以上、「拋出」「リスク」の要素は認められず、①②の理由により、本件株式取得に「投資」性は認められず仲裁廷の管轄は否定される。

二 事案の概要 :

I. 事実経過 [paras.6-53, 176-186]

A. 本件申立人のカザフスタン銀行株式保有 [paras.6, 19]

オランダ法人 KT Asia Investment Group B.V. (本件申立人) は、2007 年 12 月に設立された直後に、カザフスタンの BTA 銀行 (以下「BTA」という。) の株式 (9.96%) を、英領バージン諸島の 2 つの法人 (以下、2 社を併せて「本件 BVI 会社」という。) から購入した (詳細は後述)。

同銀行は、ソビエト連邦時代に設立された 2 つの銀行がその後合併し、民営化されたもので、現在、同国の 4 つの重要銀行 (systemic banks) の一つであり、カザフスタン証券取引所の上場企業である。

B. Mukhtar Ablyazov 氏（カザフスタン国民）と BTA 銀行

本件申立人の最終的実質所有者 (ultimate beneficial owner)¹が、カザフスタン国民 Mukhtar Ablyazov 氏であることに争いはない。同氏は 1997～98 年、カザフスタン国営電力網運営企業 (Kazakhstan State Power Grid Operator) の長となり、1998～99 年にはカザフスタンのエネルギー・工業・通商大臣を務めた [paras.7-8, 176]。

同氏によれば、同氏は、1998 年当時、歴史上最大規模の国営企業民営化として、BTA 株式を 7200 万米ドルで、投資家コンソーシアム (a consortium of investors) と共同で (実質的に) 購入した (同氏と BTA 株式の保有関係の詳細は後述) [paras.9, 178]。

2001 年 11 月、同氏は、野党 (Democratic Choice of Kazakhstan) の共同創設者となった。次第に Nursultan Nazarbayev 大統領との関係が悪化し、2002 年 3 月末には逮捕された。釈放後²、同氏は、政府の脅迫を避けるためモスクワに滞在したが、BTA 取締役会議長 Tatishev 氏の死亡を受けて 2005 年 5 月に帰国し、BTA の取締役会の議長となった [paras.10-14]。

上記逮捕があった 2002 年 3 月時点で、BTA 株式の約 75% を同氏とその仲間の Tatishev 氏が (実質的に) 保有しており、それまで両氏間ではその帰属割合を 60 対 40 と合意していたが、上記逮捕後、大統領による差押を防ぐため、Tatishev 氏が Ablyazov 氏の株式も同氏に代わって保有する旨合意し、Tatishev 氏は Ablyazov 氏が BTA 株式を有していないことを公に宣言した [para.15]。

証拠によれば、Ablyazov 氏は究極的には BTA 株式 75.18% を、同氏の仲間 (trusted associates) の指示に従い各国で設立された多くの法人を通じて、支配している。各法人は一法人につき BTA 株式 10% 未満しか保有していない (2007 年 12 月以降の本件申立人を含む。後述)。FSA (カザフスタン金融市場金融機関規制監督庁) は、10% を超える所有については FSA の承認が必要なことから、BTA の最終的実質所有者に関する情報提供を求めた (2007 年 6 月 14 日レター)。これに対して、BTA は株主の名称を明らかにしたが、これらの株主法人の最終的実質所有者を開示しなかった。本件仲裁手続の中で同氏は、大統領による収用から守るために BTA 株式を海外法人に分散保有させたと述べている。 [paras.14, 16, 17, 31]

C. 本件申立人の概要及び BTA 銀行株式保有の経過

2007 年 8 月 1 日、カザフスタン=オランダ投資協定が発効した。 [para.18]

2007 年 12 月 12 日、本件申立人が設立された (オランダ・ロッテルダム)。同月 14 日、BTA 持分の 9.96% (808,321 株) を、本件 BVI 会社から「購入」した³。ただし、対価 66,803,388 米ドルとされながら、その現実の支払いはなされていない⁴。なお、本件 BVI 会社は、Tatishev

¹ 本仲裁廷は、法人持分の法的所有関係 (資本関係) はないものの、実質上・事実上の関係 (支配ないし利益関係) があることを意味する語として、“beneficial”を用いている。この場合には、便宜上「実質 (的)」という訳語を当てた。また、文脈上法的な所有・資本関係ではないとみられる場合には、「実質 (的)」といった語を補った箇所がある。

² (同氏によれば) 多くの西側諸国および人権団体が、彼の刑事裁判及び判決は政治的動機に基づくもので適正手続の重大な違反であると非難した。懲役 6 年の判決を受けたが、同氏によれば、アムネスティ・インターナショナル、欧州議会、多くの西側諸国、OSCE、人権団体のカザフ政府に対する圧力によって、ようやく 14 か月後に釈放された。

³ この時点をも、本件申立人は「投資」行為時と主張している [para.151]。

⁴ 本件申立人は、本件 BVI 会社から購入代金について無担保融資を受け、私募の成功による売却代金で返済することと

氏（前出）の未亡人が夫の死後、支配していた会社であり、Ablyazov 氏の 2005 年の帰国以降 2008 年 4 月までに徐々に、本件 BVI 会社の支配も同未亡人から Ablyazov 氏に移転された。同氏証言によれば、本件申立人による BTA 株式購入がなされた 2007 年 12 月 14 日時点で、同氏は本件 BVI 会社を間接的に所有・支配していた [paras.19, 22- 23, 181]。

本件申立人は、同氏の（実質的に保有する）BTA 株式に関し、第三者に対する私募が行われている間、保有するために設立されたペーパーカンパニー（shell company）である。本件申立人の経営に関する契約（経営管理契約、Management Agreements）によれば、本件申立人は指名取締役（a nominee director。法人でも可）が経営し、同取締役は Ablyazov 氏の指示に従う義務を負っている。本件申立人自体は、BTA 株式と残高 18,000 ユーロの銀行口座の他には資産を有していない。本件仲裁手続きも Ablyazov 氏の資金によって遂行されている [paras.19-21, 177- 180]。

以上のような、本件申立人の設立と本件 BVI 会社から本件申立人への BTA 株式移転という一連の経過について、最終的実質保有者は Ablyazov 氏のままで変更はなく（争いがない）、Ablyazov 氏はこれを「プロジェクト Aquila」と称する会社内部再編（internal corporate restructuring）の一環だと述べる。同氏によれば、同氏のアドバイザーらによって立案された同プロジェクトの目的は、第一に、同氏が実質的に保有する BTA 株式の私募を促進すること、第二に、BTA 株式を保有する会社群全体の最善の税務効果を達成すること、であった [paras.24-26, 181]。

他方、被申立国は、当該株式移転の最も重要な目的は、投資協定の保護を得るためであり、また、カザフ当局から BTA 株式の真の所有者を違法に隠蔽するためであったと主張する [para.28]。

D. カザフスタン政府による BTA 株式の実質保有・本件仲裁申立て [paras.33-39]

2008 年の金融危機後の 2009 年 1 月、FSA は Ablyazov 氏に対して、BTA 株式を間接的に 10% 以上保有したり、その議決権の 10% 以上を有していたり、その他の合意等によって同銀行の意思決定に影響力を行使する地位にあるのではないかを書面で照会した（ただし、カザフスタン法上の開示要件への言及はなかった）。Ablyazov 氏は、これを否定する回答をした。

本件申立人の主張によれば、2009 年 1～2 月、FSA・政府は BTA の支配を株主から移転し、強制的に国有化するための一連の措置を実行した。例えば、1 月 29 日、FSA は BTA の経営者に対して、引当金を 2 日間で 2 倍にするよう要求した。

「強制国有化」を否定する被申立国によれば、2 月 2 日、政府は、政府ファンド（National Welfare Fund）を通じて、約 14 億ドルの資本注入・強制株式発行により、BTA の 75.1% の株式を取得し、2010 年 9 月 1 日には 81.48% の保有割合とした。（最終的に BTA は 2010 年 8 月 31 日に債務整理を完了し、本件申立人の株式保有比率は 0.00182% となった。）

本件申立人は、これが「収用」に該当すると主張する。他方、被申立国は、Ablyazov 氏によ

されていた。結局、利息は支払われず、元本も返済されないまま、債権は償却（written off）され、本件 BVI 会社は「用済みになったので（Ablyazov 氏）」2009 年に清算された [paras.29-30, 182-186]。

る銀行「略奪」に対し、預金者保護のため適切な措置であると主張している。

2009年2月時点で、Ablyazov氏は出国しており、その後、英国に政治亡命した。

2009年4月24日、本件申立人は、ICSIDに本件仲裁を申し立てた。

E. 英国での訴訟等 [paras.40-53, 61-63, 179]

2009年8月以降、BTAはAblyazov氏に対して、英国にて合計11の訴訟を提起した（詳細は省略）。2012年2月16日、Ablyazov氏は、英国裁判所にて裁判所侮辱（偽証、資産非開示）で有罪となった。

2012年3月16日に本件仲裁廷が受領した本件申立人の業務執行取締役のレターによれば、本件申立人は破産管財人の管理下に置かれた。

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 「投資家」該当性（人的管轄） [paras.95-144]

1. 問題の所在 [paras.96, 126]

ICSID条約25条1項⁵は、仲裁の対象は「締約国と他の締約国の国民との間」の紛争と定める。本件BIT⁶は、同じ文言を用い、かつ「当事国の法律に基づいて設立された法人」を「国民」として定義している。これに対して、被申立国は、本件申立人は純粋なオランダ事業体（*genuine entity of the Netherlands*）ではなく、Ablyazov氏が最終的実質所有者であることから、カザフスタン国民と考えられるべきだと主張している。

⁵ “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.”

⁶ 本件BIT第9条（紛争解決条項）

“Each Contracting Party hereby consents to submit any legal dispute arising between that Contracting Party and a national of the other Contracting Party concerning an investment of that national in the territory of the former Contracting Party to the International Centre for Settlement of Investment Disputes for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, opened for signature at Washington on 18 March 1965. A legal person which is a national of one Contracting Party and which before such a dispute arises is controlled by nationals of the other Contracting Party shall, in accordance with Article 25 (2) (b) of the Convention, for the purpose of the Convention be treated as a national of the other Contracting Party.”

本件BIT第1条（定義）

“For the purposes of this Agreement:

- (a) the term “investments” means every kind of asset and more particularly, though not exclusively:
 - (i) movable and immovable property as well as any other rights in rem in respect of every kind of asset;
 - (ii) rights derived from shares, bonds and other kinds of interests in companies and joint ventures;
 - (iii) claims to money, to other assets or to any performance having an economic value;
 - (iv) rights in the field of intellectual property, technical processes, goodwill and know-how;
 - (v) rights granted under public law or under contract, including rights to prospect, explore, extract and win natural resources.
- (b) the term “nationals” shall comprise with regard to either Contracting Party:
 - (i) natural persons having the nationality of that Contracting Party;
 - (ii) legal persons constituted under the law of that Contracting Party;
 - (iii) legal persons not constituted under the law of that Contracting Party but controlled, directly or indirectly, by natural persons as defined in (i) or by legal persons as defined in (ii) .

2. 本件申立人のオランダ国籍は被申立国に対抗できるか [paras.111-139]

ICSID 条約 25 条 2 項 (b) は「他の締約国の国民」の定義規定であるが⁷、「ホスト国の国籍を有しない法人の国籍」に関して、設立地とか、実効的所在地とか、支配などの、特段のテストを課していない。このため、国籍の定義、特に法人の国籍の定義を、各投資協定においてどのように定めるか、各締約国には広い裁量がある。

被申立国は、法人の国籍要件として、設立地だけでなく「現実かつ実効的国籍の原則」による追加要件が必要とするが、以下の理由により採用できず⁸、申立人のオランダ国籍は被申立国に対抗できる。

- ・ 本件 BIT 第 1 条 (b) (iii) では、設立準拠法（設立地）は当該国ではないが当該国の国民によって又は当該国に設立された会社によって支配されている法人等についても、協定の保護対象としている。この拡張規定からも、設立準拠法があればそれだけで十分であることが確認される。
- ・ 被申立国の主張の要点は、本件 BIT 及び ICSID 条約の趣旨・目的は「外国」投資の奨励・保護にある、ということである。本件 BIT の前文⁹でも、一方国民による他方国内への投資を保護することにより、資本と技術の移動を促進するとの前提に立っている。ICSID 条約の趣旨・目的については、Tokios Tokelés 事件の Weil 教授の反対意見¹⁰も同旨を述べ、ICSID 条約上は支配・所有の要件が求められるとする。しかし、ICSID 条約では、国籍要件により管轄に関する客観的外延を定めているものの、国籍要件の基準については定めておらず、上記主張は採用できない。
- ・ カザフスタンが締結する投資協定のうち、24 個の協定では、本件 BIT と同様の規定（設立地により国籍を肯定）となっており、別の 10 個の協定では、本拠 (siège social)、事業の場所 (place of business)、現実の経済活動が行われていること、といった要件が加えられ

⁷ 本仲裁廷は、ICSID 条約 25 条 (2) (b) の前半と後半を分けて (i) (ii) という番号を付しているので [para.112]、ここでもそれにならう。

"National of another Contracting State" means: ...

(b) (i) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration, and,

(ii) any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention."

⁸ 本件仲裁廷は、以下の 2 つの仲裁判断例も根拠として参照している。①Saluka Investments B.V. v. Czech Republic, Partial Award, 17 March 2006, UNCITRAL/ PCA, § 241. 同事件について、伊藤一頼「投資家・投資財産」小寺彰（編）『国際投資協定－仲裁による法的保護』（2010 年 4 月）20 頁以下参照。②Tokios Tokelés v. Ukraine (ICSID Case No.02/18), Decision on Jurisdiction, 29 April 2004. 同事件について、前掲伊藤、後掲早川（注 29）参照。少数意見について、後掲注 10。

⁹ "Desiring to strengthen their traditional ties of friendship and to extend and intensify the economic relations between them, particularly with respect to investments by the nationals of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party,

Recognizing that agreement on the treatment to be accorded to such investments will stimulate the flow of capital and technology and the economic development of the Contracting Parties and that fair and equitable treatment of investment is desirable,"

¹⁰ Tokios Tokelés v. Ukraine (ICSID Case No.ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, Dissenting Opinion (Attached to the Decision on Jurisdiction)。多数意見について、前掲注 8。

ている。被申立国は、(こうした) 追加的要件や「利益否認条項」¹¹を規定することもできたはずであるが、しなかった。本仲裁廷が追加要件を求めるならば、投資協定ごとの違いを無視することになり、本件 BIT とは別の基準を適用することになる。

- ・被申立国は、「現実かつ実効的国籍の原則」はウィーン条約法条約 31 条 3 項 (c) の「当事国間の関係において適用される国際法の関連規則」であるとするが、本仲裁廷は、同意できない。同原則は、二重国籍を持つ請求者の外交的保護の文脈で適用されるものである。特定の定めを持つ本件投資協定より外交的保護に関する規則を優越させる根拠はない。
- ・圧倒的多数の先行仲裁判断例でも、投資協定における国籍要件を、外交的保護の規則で置き換えたり、補充したりすることは認めていない。本仲裁廷も、外交的保護の文脈における慣習国際法は、特別法たる投資協定が異なる規定をもつときには適用されない、とする判例法上のコンセンサスに同意する。
- ・被申立国は「現実かつ実効的国籍」の原則に依拠した事例として 2 つを挙げる¹²。しかし、TSA Spectrum 事件¹³は、ICSID 条約 25 条 2 項 (b) における「外国支配」(同条項の (ii) 要件)¹⁴に関する事例で、本件は (i) 要件が問題であるから、同事件はあまり参考にならない。また、Loewen 事件¹⁵は、NAFTA・ICSID 追加的制度規則の事例であるが、NAFTA が国際慣習法における国籍継続原則を変更していないと判断するにあたり、法人格を否認したものと見られる。NAFTA という特定の条約の解釈であること及び反対の結論に至っている多数の判断例に照らし、本件では Loewen 事件は参考にならない。
- ・法人格否認の法理について、ADC 事件¹⁶、Rumeli 事件¹⁷、Tokios Tokelés 事件¹⁸では、国際司法裁判所のバルセロナ・トラクション事件判決¹⁹に主として依拠しつつ、法人格の特権の悪用を防ぐため、あるいは、事業の実際の受益者 (beneficiary) が、真の身分を偽装して責任を回避するために法人格の形式を悪用した場合について、法人格を否認する可能性を認めている。この論理を適用するためには、法人格の濫用を示すことが必要であるが、本件ではそのような事情はない。

¹¹ 利益否認条項による管轄否定例として、*Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/09/12), Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, June 1, 2012。同事件について、猪瀬貴道「CAFTAにおける利益否認条項により管轄が否定された事例」JCA ジャーナル 2013 年 5 月。

¹² その他、被申立国は次の 3 つの仲裁判断例にこの論点で言及している。① *The Rompetrol Group N.V. v. Romania* (ICSID Case No. ARB/06/3), Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008 (本件仲裁廷は、「現実かつ実効的国籍」の規則を ICSID 条約・対象 BIT における管轄 (会社の国籍) の問題に適用することを明白に否定した事例として言及)、② *Tokios Tokelés* 事件 (前掲注 8②)、③ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, PCA Case No. AA 227, UNCITRAL。

¹³ *TSA Spectrum de Argentina, S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/05/5), Award, 19 December 2008。

¹⁴ 前掲注 7。

¹⁵ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (ICSID Case No. ARB (AF) /98/3), Award, 26 June 2003。

¹⁶ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16), Award, 2 October 2006。同事件について前掲伊藤 (注 8) 参照。

¹⁷ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/05/16), Award, 29 July 2008

¹⁸ 前掲注 8。

¹⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, § 56。

B. 「投資」 該当性（事項的管轄）

1. 「投資」 の要件 [paras.160-221]

(a) 「投資」 の語の意味 [paras.160-173]

被申立国は、本件 BIT 及び ICSID 条約上の「投資」の意味を検討するにあたり、Salini テストに依拠する。これに対し、本件申立人も Salini テストの分析を中心に論じているが、同時に、Malaysia Historical Salvors 事件の取消事件²⁰に言及しつつ、各 BIT に関して一律に Salini テストを参照することは異論のあるところだと付け加えている。しかし、本件申立人は、単に本件 BIT1 条 1 項 (a) 該当の資産保有という事実だけでは本件 BIT の「投資」として十分でないことを争わない。また、ICSID 条約上「投資」に客観的定義があるのは内在的 (inherent) であるとの被申立国の主張についても争っていない。

ICSID 条約が「投資」の定義を置かなかったのは、同条約締約国が、ウィーン条約法条約 31 条 4 項の「特別の意味」ではなく、同条 1 項の「通常の意味」をこの用語に与えることを意図していたことを含意する。「通常の意味」とは、Saba Fakes 事件²¹や Quiborax 事件²²で確認されたように客観的な意味である。つまり、ICSID 条約の適用の有無にかかわらず、「投資」の用語に固有のものである。この理解は、とりわけ、Romak 事件²³の仲裁廷により支持されている。

Romak 事件仲裁廷が述べるように「投資」の語の固有の意味は、本件 BIT においても存する。本件 BIT1 条 1 項 (a) に列挙された財産は、投資行為の結果である。これらは、資金（リソース）のコミットメントという意味での投資を前提としている。本件 BIT 上、その他の要件はないから「投資」の存否に関する決定的基準は、本件 BIT と ICSID 条約とで同一である。

(b) 「投資」 要件の判断基準（要素） [paras.168-173]

被申立国は、投資の要件として、Salini テストに依拠し、(i) 拠出 (contribution)²⁴を伴うこと、(ii) 一定の期間、(iii) 投資家が引き受けたリスク、(iv) ホスト国の経済発展への貢献、(v) 規則的な利益・リターン、の要素が必要であるとする。

他方、本件申立人は、これらは管轄要件ではなく単なる指標であるとする²⁵。

本仲裁廷は、①金銭又は資産の拠出 (contribution) 又はリソースのコミットメント、②期間、及び③リスクが、「投資」の語の客観的定義を構成することに同意する。

商業的リターンの期待を別の要素とする見方もあるが、本仲裁廷は、そのような期待は「リスク」要素の一部であると考ええる。利益を生むことを期してリソースをつぎ込む (commit) なら

²⁰ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009. 同事件について、野見山陽子「ICSID 仲裁の対象となる投資の概念と権限踰越による仲裁判断の取消し」JCA ジャーナル 2010 年 4 月号参照。

²¹ *Saba Fakes v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/07/20), Award, 14 July 2010.

²² *Quiborax S.A. and Non-Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/06/2), Decision on Jurisdiction, 27 September 2012.

²³ *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, PCA Case No. AA280. 同事件について、山本晋平「投資協定上の『投資』概念についての UNCITRAL 仲裁手続における判断例」JCA ジャーナル 2010 年 10 月号参照。

²⁴ Salini テストにおける contribution の要件について「出資」の訳語などもあるが（前掲野見山・注 20、前掲山本・注 23 など）、本稿では「拠出」と訳した。

²⁵ いわゆる「管轄アプローチ」と「典型的特徴アプローチ」の対立。Malaysian Historical Salvors 事件（前掲注 20）、Romak 事件（前掲注 23）と、その各解説（野見山、山本）参照。

ば、必然的にリスクを含意する。

本仲裁廷は、ホスト国の発展・繁栄への貢献は成功した投資の帰結ではあろうが、投資が失敗し、ホスト国経済に何の貢献も無い場合でも、「投資」がなかったことを意味し得ない、と考える。この基準は、近時の仲裁判断例（Phoenix 事件²⁶、Saba Fakes 事件²⁷など）で、最もはっきりと拒絶されている。

2. 要件の本件へのあてはめ – 拠出 (contribution) の有無 [paras.188-221]²⁸

(a) Ablyazov 氏による資本拠出の有無

当初の拠出については、Ablyazov 氏が彼の被指名者を通じて BTA 株式を投資家コンソーシアムと共に取得した際に、同氏が行ったことに争いはない。

(b) Ablyazov 氏の拠出の援用の可否 – 「企業グループ」の存否

真の問題は、本件申立人が、自らが投資を行ったとの主張を支えるために、Ablyazov 氏による当初の拠出に依拠できるのか、という点である。

本件申立人は、新たな資本の注入を何ら行っていないことを争わないが、グループ内部再編は、その定義上、ホスト国の資産を取得するための新たな資本注入は生じないことを強調し、Mobil 事件²⁹及び Saluka³⁰事件に依拠する。この主張は、本件 BVI 会社と本件申立人が全てある企業グループに属するという前提主張を含む。

検討の目的上、企業グループの中で「投資（財産）」が移転された場合には新たな拠出は要求されないと仮定する。すると、会社法・税法・会計財務報告基準の世界で一般に理解されている概念である「企業グループ」が、本件において存在するのか、という点が問題となる。

一つの企業主体によって所有又は支配されている複数の法人がある場合（under common corporate ownership or control）に、企業グループが存在するというのが常識（common knowledge）である。通常、一人の個人によって所有又は支配されている複数企業は、企業グループとは認められない。ただし、国内法で企業グループとして扱うことはあり得る。複数の法人で構成されているが、法的・行政的規制に従わなければならない、共通の目的・戦略・グループ経営により、グループは一つの経済事業体として運営される。このような場合、当該グループは、財務成績（決算）を連結ベースで報告するかもしれない。税務上、そのグループとしての地位が考慮されるかもしれない。国内法は、グループ構造の悪用に対する制裁として、一定の責任を課しているかもしれない。

本件では、Ablyazov 氏は、同氏の被指名者又は同氏の信頼する個人に直接又は間接に法人の

²⁶ *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic* (ICSID Case No. ARB/06/5), Award, 15 April 2009. 同事件について前掲伊藤（注 8）、後掲早川（注 29）参照。

²⁷ 前掲注 21。

²⁸ 「期間」「リスク」の要件に関するあてはめ部分 [paras.207-223] は、傍論であるため [para.206 参照]、割愛した。

²⁹ *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction, 10 June 2010. 同事件について、早川吉尚「BIT を有する第三国に設立した子会社に投資母体を移すことで投資協定仲裁を利用可能にすることの権利濫用性」JCA ジャーナル 2011 年 1 月号参照。

³⁰ 前掲注 8①。

株式を保有させ又は支配させて、彼らを通じて多くの会社を実質的に所有・支配していた³¹。この被指名者や他の個人は Ablyazov 氏の指示に基づいて行動し、彼らは Ablyazov 氏の利益のために株式を保有又は支配していることを開示するよう求められない³²。Ablyazov 氏は彼自身がこれらの会社の株主になったことは全くない。本仲裁廷が理解するところでは、最終的に Ablyazov 氏の利益のために保有されている各会社株式の権利は、だれか一人（会社であれ個人であれ）が有しているものではない。

したがって、Ablyazov 氏が実質的所有者である全ての会社と直接又は間接につながりがある持株会社や一人の個人というものは存在しない。単一の経済的な結合体もなく、言うまでもなく財務報告や税務目的での連結も無い。無数の会社という形態におけるこのような資産の集合（寄せ集め）は、現実にはグループとは正反対である。このような最終的実質保有を、グループを作るために十分な結合要因として扱うことはばかげている。実のところ、このような構造の全体的目的は、Ablyazov 氏の利益を隠蔽し、BTA 株式ブロックを保有する異なる各法人は Ablyazov 氏とも法人相互間でも独立しているかのように見せることであった。

以上の本件事実関係は、Mobil 事件や Saluka 事件とは比較ができないことを示すに十分である。なお、Mobil 事件では、ベネズエラにおける資産が移転された Mobil 関係会社は、その先行者の拋出の利益を享受しただけではなく、当該投資（資産）を獲得した後も、実質的な拋出を事後に行っている。Saluka 事件についても、内部的再編の事実に関する情報は不十分なものしかないが、当該申立人の債務返済義務や約束手形を落とす義務は残ったままと見られる。

Aguas del Tunari 事件³³は、国籍プランニングの文脈における ICSID 条約 25 条 2 項 (b)³⁴ の「外国支配」の問題を扱ったもので、本件とは区別される。同事件では、支配を行っているオランダ会社は、当該紛争に関する管轄を獲得するために設立された単なるペーパーカンパニーではなく「国籍」要件を満たすと判断された。

(c) 「拋出」の価格

本件では、本件 BVI 会社は、売主としてカザフ法上課税対象となる利益を実現することにならないよう、本件申立人に対して、実際の価値よりもずっと低い価格で BTA 株式を売却した（カザフスタン証券取引所上の価値の 8 分の 1）。近時、幾つかの仲裁廷は、資産が単に名目的価格で取得された場合の「投資」の存在について疑問を呈している（例えば、Phoenix 事件³⁵）。

Saba Fakes 事件³⁶仲裁廷も、単なる名目的価格の支払いは、当該事件の申立人による投資評価額に示されているような、基礎となるビジネスの重要性と、合致しないとされた。Caratube 事件³⁷も、類似の判断を示した。

³¹ 英国訴訟での資産凍結命令において数百の会社がリストされている [para.204]。

³² 法的に開示義務がない趣旨と思われる。

³³ *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。同事件について、前掲早川（注 29）参照。

³⁴ 前掲注 7。

³⁵ 前掲注 26。

³⁶ 前掲注 21。

³⁷ *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case ARB/08/12), Award, 5 June 2012。

本件では、本件申立人は、BTA 株式の価値の一部のみを支払うと約束した上、その対価は融資でカバーされ、その元本も利息も支払われず、取得について結局何らの支払いもしなかったのである。

(d) 「拠出」要素に関する結論

本仲裁廷の目的は、Ablyazov 氏による多数会社群利用の適法性を判断することではない。形式的には他の者によって所有されている資産を、自らのものであるかのように扱うことに、何ら違法性はないのかもしれない。しかし、このようにしつつ、投資協定の保護を主張する段になって、その会社群を伝統的な企業グループとして扱うよう主張することはできない。ある意味で、本件申立人は、Ablyazov 氏の当初の拠出を（「投資」の根拠として）認めさせようとしたことによって、前述の国籍要件の場面で主張した別人格性を（自ら）否定している。

以上の結論として、本件申立人は何らの拠出（contribution）もしておらず、また、将来それをする意図や能力があるとの証拠もない。ICSID 条約 25 条 1 項及び本件 BIT の下での「投資」の立証がなく、管轄は認められない。

C. 費用負担 [paras. 224-228]

ICSID 条約 61 条 2 項³⁸に基づき、仲裁廷の裁量により、本件では、ICSID 費用は折半し、各自の費用（弁護士費用を含む）は各自負担とする。管轄の論点で被申立国は勝訴したが、各論点は複雑であり、本件申立人は軽率な申立てをしたものでないことは確かである。

³⁸ “In the case of arbitration proceedings the Tribunal shall, except as the parties agree otherwise, assess the expenses incurred by the parties in connection with the proceedings, and shall decide how and by whom those expenses, the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid. Such decision shall form part of the award.”

63 : Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v ルーマニア (ICSID Case No. ARB/05/20)

(JCA ジャーナル 2014 年 11 月号 (62))

判断年月日 : 2013 年 12 月 11 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Laurent Lévy (ブラジル・長)、Stanimir A. Alexandrov (ブルガリア)、Georges Abi-Saab (エジプト)

一 判断のポイント :

- ・ EU 加盟過程を BIT 解釈における事実問題として扱った。
- ・ 義務遵守条項にいう「義務」について、準拠法としての被申立国法の義務である必要があるとした上で、義務の内容としての同一性の問題は、申立人らに厳格な立証を求めた。
- ・ 公正衡平待遇違反となる国家の行動類型として「実質的に不正な行動」「投資家の正当な期待に違反する行動」「手続的に不正な行動 (透明性など)」を示した。
- ・ 「正当な期待」の要件として、「被申立国の約束または保証」「投資家が当該約束または保証に依拠して投資をした」「当該依拠 (期待) の合理性」という基準を示した。

二 事案の概要 :

I. 事実関係など

A. 当事者

申立人らは、2名の個人 (以下、「個人申立人ら」とその2名が支配する3会社 (以下、「法人申立人ら」) からなる。申立人らのスウェーデン国籍は、2008年9月24日の管轄権・受理可能性決定において確認されている¹。

B. 事実関係

本件紛争は、被申立国の不利地域の発展のための緊急政府令 24/1998 (以下 EGO 24) に含まれる、経済奨励措置 (economic incentive) の導入と後の EU 加盟に伴う撤回から生じた。仲裁廷が審理する事実は、「被申立国の不利地域の発展政策の展開」「申立人らの投資の経緯」「被申立国の EU 加盟」という3つの領域からなる。(paras.130-136)

1. 「不利地域の法的枠組」

被申立国による 1990 年代前半の投資誘致努力 (paras.137-144)

欧州委員会の 1997 年レポートによれば、1989 年の Ceausescu 体制崩壊後、被申立国は経済

¹ 個人申立人らはいずれもルーマニア生まれであるがスウェーデンに移住し、その後ルーマニア国籍を放棄しスウェーデン国籍を取得した。法人申立人3社はルーマニアに登録された会社である。

社会危機にあり、その後 EU 加盟を究極の目的に市場経済に移行していった。この文脈において被申立国は、様々な法令制定を含めて外国及び内国の投資誘致に努力した。

1998-2000 年におけるルーマニア政府プログラムにおいて、将来の EU 加盟国としての責任を果たすための能力強化を目的の 1 つとして、ルーマニア地方戦略改革の推進努力が開始された。1998 年 7 月 16 日、地方発展に関する法律 151/1998（地方発展法）を施行され、国家を 8 つの発展地方に分ける。申立人らが投資をしていたのは、北西地域開発局（NWRDA）によって管理される北西地域開発圏である。1997-2005 年の鉱山産業の再編により、被申立国政府は 500 の不採算鉱山を閉鎖した。Bihor County は鉱山を中心に発展してきたため、失業率が高かった。

EGO 24/1998 (paras.145-151)

このような状況の下、被申立国政府は、1998 年 9 月 30 日に EGO 24 を発布した。EGO 24 は、不利地域に投資をする投資家に奨励を保障する法枠組を創設する。EGO 24 は、1999 年 1 月 15 日の法律 20/1999 により承認・修正され、1999 年 11 月 8 日に公表された。この修正版が本件において申立人らの請求が依拠するものである。

EGO 24 は、地域開発国家委員会の提案により、政府は「不利地域」の形成を宣言できると規定する。この宣言は政府決定という方法でもなされる。政府決定は、(a) 地理的領域が不利地域である期間、(b) 投資の分野および (c) 法に基づく融資と優遇が、投資家に対して保証されることにより承認される。6 条 1 項は、不利地域の指定は最短 3 年間最長 10 年間とし、特定の要件を充たした投資家に、これらの地方における新たな投資に優遇を保障するとし、奨励のリストを規定する。第 8 条は、奨励資格のある投資家の要件を規定する。第 7 条および 9 条は、投資家に対して奨励期間の 2 倍の期間、不利地区に留まる義務を課す。第 15 条は、EGO 24 の履行に用いる方法基準 (methodological standards) を決定により承認することを規定する。

GD 194/1999 および 1999 方法規範 (paras.152-153)

被申立国は、1999 年 3 月 25 日の政府決定 (GD) 194/1999 によって、Ștei-Nucet を 1999 年 4 月 1 日から 10 年間、不利地域とした。Ștei-Nucet は Bihor 地域にあり、主要産業は鉱業および石油関連である。また GD 194/1999 は EGO 24 の 6 つの奨励が、不利地域の期間、同地域の投資家に適用されるとした。そして、奨励が受けられる投資の類型を規定した。GD 194/1999 付録 2 号は、EGO 24 第 6 条 1 項の奨励をすべて列挙した。

1999 年 6 月 29 日に、EGO 24/1998 の適用についての奨励の保証の要件などの方法規範を規定する GD 525/1999 を発布した (1999 方法規範)。

2. 「申立人らの投資」

個人申立人らは、Ștei-Nucet-Drăgănești 地域で食品および飲料製造に従事する企業グループ (European Food and Drinks Group, EFDG) の多数株主であると主張する。法人申立人らは、企業グループの一部をなし、個人申立人らに直接または間接に所有されている。申立人らの投資は、2 段階である。まず、EGO 24 以前の奨励プログラムにもとづいてなされたもの (主に飲料製造事業) と EGO 24 奨励にもとづいてなされたもの (食品および飲料製造事業) である。

以前の奨励レジームにもとづく最初の投資 (paras.158-165)

EGO 24 以前の法律 35 (1991 年) および GO 27 (1996 年) による奨励プログラムに基づいて飲料事業を開始した。その投資は成功し、更に拡大した。古い会社への奨励が終了するタイミングで新しい会社を設立する方式をとった。

EGO 24 奨励にもとづく投資 (paras.166-172)

被申立国による EGO 24 の導入により、申立人らは食品製造事業にも乗り出した。

さらに拡大を計画 (製粉事業、パッケージングおよびラベリング、さらにビール醸造) したところ、奨励の廃止による資金繰りの悪化で頓挫した。

恒久的投資家認証 (PIC) (paras.173-177)

法人投資家らは、それぞれ、1999 年 12 月 9 日に TIC (臨時投資家認証) と 2000 年 6 月 1 日に PIC524 号、2002 年 5 月 17 日に PIC1664 号、2002 年 5 月 17 日に PIC1663 号を取得した。PIC の法的性質については争いがある。

3. 「被申立国の EU 加盟プロセス」

1993 年 2 月 1 日に Europe Agreement が署名 (1995 年 2 月 1 日発効) された。第 64 条に「競争」関連規定があり、EC 条約第 87 条 3 (a) (EEC 条約 92 条 3 (a))²に言及がされ、その他、被申立国と EC 加盟国との間の経済協力の促進 (第 74 条)、被申立国の国内法の共同体法との調和義務 (第 69 条) が規定された。

1995 年 6 月 22 日、被申立国は EU 加盟申請を表明して、1996 年 4 月 10 日 被申立国が競争法 (法 21/1996) 制定した。それに対して、1996 年 7 月 15 日 欧州委員会が被申立国の加盟申請について、被申立国はコペンハーゲン基準³を充たしていないという意見を出した。

補助金法制の調整努力 (paras.193-201)

1998 年 3 月 10 日、欧州委員会は、「Guidelines on Regional Aid」を制定した。その後、被申立国は、EGO 24/1998 を制定している。1999 年 3 月 22 日 EU 理事会は、「Council Regulation (EC) No.659/1999」において EC 条約 93 条に言及し、既存の補助金スキームは共同市場と整合的でない²と表明した。同年 7 月 27 日 被申立国は補助金に関する法 142/1999 を制定した。同年 10 月 13 日のペーパーで、EC は、被申立国について補助金の調整に多少の進歩があると評価した。

一方で、被申立国は、1999 年 3 月 25 日に GD194/1999 により Ştei-Nucet を 1999 年 4 月 1 日から 10 年間不利地域に指定 (6 つの奨励) し、同年 11 月 8 日 EGO 24/1998 修正版を出している。また、1999 年 12 月 9 日 申立人の 1 社が TIC を取得した。

正式の EU 加盟交渉 (paras.202-204)

2000 年 2 月に被申立国の正式の加盟交渉が開始された。

被申立国の競争当局の決定および EGO 24 体制の修正 (paras.205-207)

² 生活水準が著しく低い地域または深刻な低発展地域の経済発展を促進するための補助金は、共同市場と整合的とみなされる。

³ 1993 年 6 月 21-22 日にコペンハーゲンで開催された欧州理事会で示された加入要件である。

2000年5月15日に、被申立国の競争当局が決定244/2000を出し、EGO 24/1998の下での便宜は競争を阻害するので終了すべきとした。同年6月1日には、申立人の1社がPICを取得している。2000年7月1日には、EGO 24/1998を修正するEGO 24/2000が發布され、輸入原材料への関税免除、関税免除からスペアパーツおよび部品除外などがなされたが、競争当局が勧告した原材料奨励および部品奨励は廃止されなかった。

2000-2001年の加盟への進展 (paras.208-217)

2000年8月1日、被申立国「Position Paper on Chapter 6 (Competition Policy)」においてEGO24/1998について説明し、同年10月31日 EU加盟国と被申立国は「European Union Common Position on Competition Policy」に合意した。

EGO 24 レジームのさらなる修正 (2000-2001年) (paras.218-222)

2000年11月29日のGD 1999/2000により、Ștei-Nucet 不利地域が Drăgănești まで拡張され、2009年3月31日まで不利地域とされた。2001年1月26日に、Bucharest 高等裁判所が、競争当局によるEGO 75/2000の部分的取消を棄却した(民事決定26)。同年4月26日、EGO 24の新しい方法規範(2001 Methodological Norms)としてGD 728/2001が出された。同年11月7日、EGO 75/2000を修正し、輸入部品への関税免除を元に戻す法621/2001が制定された。

EUとEGO 24の並行的発展 (2002年) (paras.223-233)

2002年10月9日の加盟定期報告において多くの合致しない財政補助が残っていると指摘される一方で、同年2月19日 High Court of Cassation of Justice of Romania は、競争当局によるEGO 75/2000の部分的取消を棄却した。同年5月17日、申立人2社がPIC取得した。同年5月29日に本件BIT署名(2003年4月1日発効)された。同年6月1日には、EGO 24/1998の奨励を2つ廃止する法345/2002が成立した。同年6月の「National Programme for Accession of Romania to the European Union」において、不利地域に保証される便宜は、EU加盟まで維持されると発表された。同年7月1日には、利潤税奨励を廃止する法414/2002が制定される(ただし祖父条項を認め、2004年1月1日の法507/2004で奨励は復活している)。同年11月7日、被申立国は、Chapter 6について不利な地域への政府補助は法621/2001で規制されることVAT修正および利潤税奨励の廃止という追加情報をECに報告した。同年11月19日には、原材料奨励を食肉製造加工保存のための原材料を関税免除から除外する形で修正する法678/2002が制定された。

EGO 24の廃止に至るまでの出来事 (paras.234-245)

2003年12月23日の法571/2003によってMachinery奨励とVAT奨励が復活したが、2004年1月12日に、首相が国営テレビインタビューで「EGO 24/1998奨励枠組はEU要件のため終了しなければならない」と表明した。同年5月にもEU加盟後の「不利地域」の廃止に言及している。

2004年6月7日の法239/2004制定後、同年8月31日のGO 94/2004によってEGO24/1998の第6条1b)、d)、e)を廃止する(利潤税奨励のみ残る)ことが決定される。同年9月13日 申立人らが税奨励レジームの再構成を要請した。同年12月8日のEU「Common Position」を受

けて、2005年2月22日には、EGO 24/1998 奨励が廃止された。

その後 (paras.246-249)

2005年4月25日にEU加盟国と被申立国が加盟条約に署名した(2007年1月1日発効、被申立国がEU加盟)。同年7月28日に申立人らは仲裁申立を行っている。

C. 適用法

ルーマニアとスウェーデンとの間に有効な条約は、Europe Agreement (1995年2月1日発効)、本件 BIT (2003年4月1日発効)、加盟条約 (The Accession Treaty、2005年4月25日署名、2007年1月1日発効 (EC条約も同日ルーマニアについて効力発生)) であり、EU法は本件についてルーマニアに対して直接適用されていなかった。EU加盟の一般的文脈は、BIT解釈において考慮に入れなければならない。EU法の問題は、本件 BIT 第2条3項の公正衡平待遇に関連する (para.319-327)。

三 判断概要：

II. 仲裁廷の判断

A. 義務遵守条項

1. 義務遵守条項の解釈

本件 BIT 第2条4項は「Each Contracting Party shall observe any obligation it has entered into with an investor of the other Contracting Party with regard to his or her investment」と規定する。義務遵守条項が適用されるためには、申立人らとの間に申立人らの投資について被申立国が義務を負っていないなければならないこと、この義務は具体的でなければならないことに争いはない。EGO24 枠組および PIC が当該義務となるか、原材料便宜 (Raw Materials Facility) が当該義務の違反を構成するかに争いがある。(paras.410-411)

まず、EGO 24 枠組が本件 BIT 第2条4項にいう義務を構成するかを決定する。ウィーン条約法条約第31条1項⁴により「義務」の通常の意味を検討する。(para. 412)

仲裁廷は、「いかなる義務 (any obligation)」は、特定型の義務のみを意味するのではなく、any という語は、他の締約国の投資家の投資に関して負ったすべての義務を意味する⁵。本件 BIT の義務遵守条項は、いかなる性質の義務をも対象とし、特定の投資家に対しその投資に関して負った義務である。(para.415)

義務遵守条項が機能するには、まず義務が存在しなければならない。義務遵守条項の目的は、本件 BIT に規定される条約義務から分離した追加的な国家の義務を本件 BIT の保護対象に「持ち上げる」ことである。この分離した追加的な義務は、真空状態にあるのではなく、そのプロパーロー (proper law) の対象となる。したがって、義務が生じたか否かは、当該義務を支配する

⁴ 「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものと規定する。ただし、ルーマニアは、条約法条約非締約国のため厳密には慣習国際法を反映するものとして参照される。

⁵ Eureko B.V. v. Republic of Poland , Partial Award, 19 August 2005, para. 246.

法による⁶。本件 BIT の保護が与えられるには、義務は、その準拠法（governing law）において義務とされなければならない。本件において、準拠法は、被申立国法以外にはありえず、この義務の存在および内容は、被申立国法に依存する。（para.418）

2. 申立人らの資格権利

EGO 24 で形成される制度の内容を検討し、義務遵守条項の適用の要件となりうる被申立国法上の被申立国の具体的義務を生じさせるか否かを検討する。（para.421）

証拠を審査した結果、EGO 24 は、一定の要件を満たした投資家に適用可能な奨励の一般計画を形成し、それは具体的行政行為（PIC 付与）を通して資格のある投資家に保証される。（para.422）

実際の奨励資格の「保証」「授与」「受給」は、PICs の発行時点で生じる。一般的制度が、特定の投資家に関する具体的制度になるのはこの時点である。（para.427-430）

つぎに、規制枠組が 2009 年 4 月 1 日までこの具体的制度を提供を継続していたかという問題については、継続していたと判断する。（paras.432-438）

第 3 の問題は、立法枠組は、申立人らが、本来は GD 194/1999 の下で付与されるのと同様の奨励を受けられることを規定していたかということである。問題は、PIC 所持者が GD 194/1999 の付録 2 号に規定される同一の奨励の資格を EGO 24 枠組の後の修正にもかかわらず、維持したか否かである。（paras.439-445）

3. ルーマニア法上の義務

義務遵守条項の目的において、この約束が「被申立国法上の義務」を構成するか否かを決定し、この約束が、2009 年 4 月 1 日まで、GD 194/1999 の付録 2 号に列挙される「同一の」奨励を付与していたか否かを決定する必要がある。（para.447）

この分析には 2 つのアプローチが関係する。第一のアプローチにおいては、この問題への解答は、EGO 24 枠組みが、申立人らに、2009 年 4 月 1 日まで GD 194/1999 に列挙された奨励の既得権を付与するか否かによる。被申立国が、申立人らに 2009 年 4 月 1 日まで GD 194/1999 の付録 2 号に列挙された奨励を提供する義務を負うというには、EGO24 枠組が、申立人らにまさに同一の奨励を受ける既得権を付与していたことが必要である。申立人らは説得的にこの争点を述べていない。（paras.448-451）

このアプローチにおいては、EGO 24 枠組みが、PIC の発行による「結晶化（crystallizing）」後を含め、申立人らに、2009 年 4 月 1 日まで、GD194/1999 の付録 2 に列挙された奨励についての被申立国法上の既得権を与えるか否かを確定する被申立国法の内容についての十分な証拠がない。同じ理由で、EGO 24 枠組みが、同期間に同一の奨励を与える被申立国の義務を形成するかを確定できない。（paras.453-454）

第二のアプローチにおいては、義務遵守条項の範囲内の義務とみなされるために、義務は、「既

⁶ Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/08/5), Decision on Liability, 14 December 2012, para.214.

得の (vested)」あるいは「実施可能な (actionable)」ものである必要はない。義務の判断は、(i) 被申立国は、申立人らに対して安定した約束をしたか、(ii) その約束の射程が特定期間同一の奨励を提供するものであったか、を判断することで十分である。(para.455)

第一の問題は、被申立国は、被申立国法上、申立人らに対して安定した約束をしたか否かである。被申立国の申し出および申立人らによるその申し出の受諾は、相互の権利義務の関係を確立する。被申立国は、奨励を保証し、2009年4月1日まで維持することを受諾し、申立人らは、申し出の要件を要求される期間遵守することを約束した。申し出と受諾は、交換条件 (quid pro quo) を含み、相互の権利義務関係とみなされる。関係の性質がそのようなものであるとすれば、被申立国は、2009年4月1日までの間、奨励を維持する義務を負い、申立人らは、当該期間、奨励の権利を有することになる。被申立国の義務とそれに対応する申立人らの権利は、定義上は、被申立国法上の権利義務にあたる。(para.456)

第二の問題は、被申立国の奨励付与の約束が、EGO 24 枠組みに適用される法の修正の際に安定化される要素をもつか否かである。被申立国は、当該約束 (commitment) が安定化の約束 (promise) を含むものとして理解されなければならないという事実を無視することは不誠実であり、奨励は特定の期間維持される。被申立国は、自国法の修正をしないことを約束していないが、資格のある投資家は、2009年4月1日までの間、奨励から利益を得るものと理解する。(para.457)

第二のアプローチにおいては、被申立国の申立人らへの法的義務は存在すると判断できる。その法的義務の反射として、申立人らの2009年4月1日までの間の奨励の権利があることになる。(para.458)

仲裁廷は、2つのアプローチを注意深く判断し、それらの適用が異なる結論となるという事実を意識する。多数意見は、第一のアプローチをとり、申立人らに立証責任があり、立証していないと結論付ける。仲裁廷が義務遵守条項により保護される義務の存在を認定するために、被申立国法の内容について十分な証拠と法的主張を申立人らがしたとは判断しない。(para.459)

B. 公正衡平待遇

1. 公正衡平待遇基準

本件 BIT 第2条3項は、「Each Contracting Party shall at all times ensure fair and equitable treatment of the investments by investors of the other Contracting Party and shall not impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof, as well as the acquisition of goods and services or the sale of their production, through unreasonable or discriminatory measures.」と規定する。(para.460)

通常 FET 基準違反とされる特定類型の行動があることについて紛争当事者間に争いはないようである。(i) 実質的に不正な行動 (恣意的、不合理、差別的または不誠実を理由とする)、(ii) 投資家の正当な期待に違反する行動、(iii) 手続的に不正な行動に分けられる。ただし、不透明または一貫しない行為に関する申立人らの請求について、当該違反が「手続的」であるという主

張に基づくとは考えないので、手続的不正という用語は用いない。(paras.520-521)

2. 申立人らの正当な期待の侵害

正当な期待が違反されたか否かの決定基準 (paras.665-673)

鍵となる争点は、規制変更のリスクを追うのは誰かということである。FET 基準は、規制の安定性の権利を与えるものではない。申立人らの規制の安定性に関する主張は、投資家の正当な期待の保護の文脈で検討されなければならない。

この正当な期待が違反されたか否かの問題は事実の問題であるが、多くの事例では、投資家が権利を獲得したか、または、国家が投資家の正当な権利を生じさせるように行動し、投資家が投資をなす際に当該期待に依拠していた場合、これらの正当な期待に反するあるいはそれを破壊する国家の行為は、FET 基準違反となり、金銭賠償（補償）を生じさせるという主張を支持する⁷。被申立国が、申立人らの正当な期待に反したしたことにより FET 義務の違反が認定されるには、申立人らは (a) 被申立国が約束または保証をした (b) 事実の問題として申立人らが当該約束または保証に依拠した (c) 当該依拠（期待）が合理的であることを立証しなければならない。このうち (a) と (c) は関連し、国家の権限ある機関または代表者に帰属される約束、保証または表明がなければならない。重要なポイントは、言明または行動を通して、国家が合理的期待、本件においては規制の安定性の表明の形成に寄与したか否かである。国家がコミットしようとしたか否かは無関係で、そのような出現を創設したと合理的に理解される方法で行動したことで十分である。約束が契約上または明文でなされたのではない場合、合理的であることの要素は、約束、保証または表明と不可分である。国家が投資家の正当な期待を創設したか否かは、関連するすべての事情からなされる事実評価となる。

この約束、保証または表明は、一般的または個別的に出されうるが、投資家の個別かつ合理的期待を創設しなければならない。これは主観的期待で十分であるということではなく、その主観的期待が客観的合理性をもたなければならない。それらの期待は、保護されるためには、事情に照らして正当および合理的なレベルまで達していなければならない⁸。

また、申立人らは、投資をなす際に当該期待に依拠していたといえなければならない。投資全体が、当該期待にのみ基礎を置く必要はないが、当該期待が、投資家の投資をする決定およびその方法や規模の決定要素（determining factor）である必要がある。

正当な期待が規制の安定性への期待として主張される場合、国家が規制枠組を変更することで FET 基準に違反したとされるには、投資家は、関連法規制が変更されないという正当な保証を得ていなければならない。

被申立国は正当な期待を生じさせる約束または保証をしたか (paras.674-689)

被申立国の 1998-2002 年間の法枠組は、PICs との組み合わせにより、申立人らに EGO 24

⁷ Saluka v. Czech Republic , paras.302 et seq, Tecmed v. Mexico , para.154, CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic , UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001, para.611, Waste Management v. Mexico II , para.98, International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States , UNCITRAL, Arbitral Award, 26 January 2006, para.147.

⁸ Saluka v. Czech Republic , para. 304.

奨励が、PICs を受けてから 2009 年 4 月 1 日まで実質的に同一の方法で認められるという正当な期待を持たせるものである。

この期待は合理的か？ (paras.690-717)

・ ルーマニアの EU 加盟の文脈での合理性 (paras.691-707)

1998-2003 年の間、申立人らが EGO 24 奨励が EU 法に適合すると信じることは合理的である。Europe Agreement 第 64 条および EC 条約第 87 条（補助金ルール）などを検討する。EGO 24 奨励は EC の 1998 Guideline の地方振興補助金の基準にほぼ合致していた。

・ ルーマニア法上の合理性 (paras.708-717)

競争当局の行為、位置づけなど検討する。競争当局による奨励の一部取消を求める請求が裁判所により却下された。したがって、申立人らは、奨励が合法であるという仮定に依拠することができる。競争当局の請求の却下後に、法人申立人らの PIC が認められたことから、申立人らが、奨励は合法的であると信じることは、合理的であるといえる。

申立人らは当該期待に依拠したか？ (paras.718-724)

申立人らは Bihor County において投資をしていて、奨励を受けていたことに争いはない。しかし、申立人らの最初の投資が、EGO 24 奨励に依拠してなされた記録はない。申立人らは、90 年代初頭から投資をしていた。それは、EGO 24 以前の奨励レジームに依拠してなされた。正当な期待が結晶化したのは、法人申立人らの PIC 取得時点である。当該期待に依拠してなされる投資は、法人申立人らが PIC を取得した後になされたものに限られる。

申立人らの投資のすべてが EGO 24 奨励を前提としているわけではなく、投資の決定に際し EGO24 奨励を考慮に入れる場合にも他の要素も影響している。しかし、申立人らの投資の相当部分は、EGO 24 奨励に依拠してなされた。当該奨励の存在は、申立人らの投資の規模や方法の理由の一つである。申立人らは、実際に当該奨励に依拠して投資をなして発展させた。

BIT は、2000 年 7 月 1 日（申立人 3 の PIC 取得日）から 2004 年 8 月 31 日（被申立国の奨励廃止が明らかになった GO 94/2004 の発布日）までの申立人らの投資を保護する。

書証から、申立人らは、EGO 24 レジームに依拠してその事業を拡大したことは立証された。また、EGO 24 レジームが 10 年間継続するという申立人らの期待は客観的にみて合理的であると判断する。少なくとも 2004 年 8 月 31 日まで、このレジームが継続することに依拠することも合理的である。

以上により、EGO 24 奨励の有効性に関する申立人らの正当な期待に被申立国は違反したと判断する。

3. 被申立国の不合理な行動

被申立国が EGO 24 奨励枠組を終了した際に合理的に行動したことによって抗弁がなされている。「実質的に不正な行動」はとっておらず、合理的一般的規制について補償する必要はないと主張する。

被申立国は合理的政策 (rational policy) を追求して行動したか？ (paras.756-796)

加盟交渉当初（2002年まで）は、被申立国は、EGO 24 奨励は、EU の補助金制度に適合すると信じていた。2003 年半ばにおいて EGO 24 奨励を廃止しなければならないことが、被申立国にとって明白になった。しかし、2004 年 5 月ごろまで、被申立国は、移行期間または補償パッケージについて EU と交渉することができると信じていた。

被申立国は、EU の競争規制に適合するため、ひいては EU 加盟を実現するために奨励を廃止したことは明らかである。補助金制度に適合しない奨励の欧州委員会からの公式の決定がなされたということはないが、2003 年半ばには、EGO 24 奨励が EU 基準の補助金に適合しないことが被申立国にあきらかになった。

欧州委員会が、EGO 24 レジームを 1998 Community Guidelines on Regional Aid のもとで許容される補助金とすることを拒否した理由は推測できないが、EU（欧州委員会）は、EGO 24 レジームの終了を求めており、EU 加盟の前提条件であったことは事実である。

被申立国は、EGO 24 レジームを終了することに、EU から強いプレッシャーを受けていた。被申立国の EGO 24 奨励の廃止は、EU の要請から導かれたものである。

不合理な行動についての申立人らの個別の主張

つづいて、EU 加盟という目的の追求において、被申立国が合理的に行動したかという問題を検討し、その文脈での不合理な行動についての申立人らの個別の主張を審理する。

- ・被申立国は EGO 24 レジームを推進拡大すると同時にスキームの早期終了を交渉していたという主張（paras.798-800）

この主張は棄却する。2003 年半ばまで、被申立国は、奨励は EU 法に合致すると信じ、EU 加盟後も維持できると信じていた。奨励措置が合致しないとわかった後にも、被申立国はなるべく長期間奨励を維持する努力を行った。2003 年半ば以降、レジームを推進したという証拠はない。奨励の終了について関係者に通知した時期や方法を立証していないが、遅くとも 2004 年 5 月には周知されていた。首相が 2004 年 1 月と 5 月にスキームの終了をアナウンスしたのと合致する。被申立国が、EGO24 レジームの促進と同時にその早期終了を模索したということはない。

- ・被申立国は、権限ある司法当局による要請なしに、また、損害を軽減する試みなしに、奨励レジームを時期尚早に廃止したという申立人らの主張（paras.801-812）

この主張も棄却する。被申立国は、不合理に行動したとも、恣意的に行動したともいえない。被申立国による EGO 24 奨励の廃止は、EU による加盟条件に対応してなされた。EU は明示的に奨励の廃止を命じていないが、EU の要請は、加盟の前提条件として奨励の終了を求めるものと解釈される。したがって、EGO 24 奨励の廃止は、合理的公共政策目的に関連し、目的とそれをなすための手段に適当な関連がある。これだけでは廃止が申立人らに対して公正衡平であるというに十分ではない。

この終了が被申立国の権限ある司法当局によって命令されていない点については、それが正しいとしても、被申立国がポイントを理解していたか、あるいは EU との交渉においてポイントをあげる機会があったかどうかを決めるのは仲裁廷ではない。EU および被申立国内レベルの双方において、EGO 24 スキームは競争を歪めることから終了させる方向性があった。EGO 24 奨

励の廃止は、不合理、恣意的になされておらず、正当かつ合理的政策の追求に論理的に関連しており、必要な決定である。

損害を減らす試みについては、EU との交渉で廃止時期の延長、補償の支払いなどは不可能であり、奨励の維持のさらなる努力をせずに廃止したことが不合理とはいえない。交渉は、様々な判断や取引を含む。仲裁廷は、そのような査定の許可し要請する客観的事情がない場合には、外交交渉の領域について **second-guess** な決定をしない。

被申立国の EGO 24 レジームの正当性または EU 補助金規制との適合性についての言明における矛盾は、知識の欠如の中、また EU に対するその交渉力の過剰に楽観的な評価に誠実に基礎を置くものである。

- ・被申立国は、奨励レジームにおける投資家の利益を廃止する一方で、同レジームにおける投資家の義務は維持したという申立人らの主張 (paras.813-824)

EGO 24 第 7 条および 9 条の義務は廃止されていないことに争いはない。申立人らの義務の期間は、申立国の行動の合理性を評価する目的とは異なるとは判断しない。ポイントは、奨励を受ける期間の 2 倍の期間投資を継続する義務を含む投資家がスキームにおいて課されたすべての義務を維持しつつ、被申立国が原材料奨励を撤回したか否かである。投資継続の義務は、奨励終了後には合理的正当性がない。利潤税免除の維持は、原材料奨励のような関税免除が有効であるという正当な期待にもとづいてなされた投資の維持を正当化するのに十分ではない。利潤税免除は、不利な地域の投資奨励を十分になしていないことからわかる。利潤税免除の継続は、原材料奨励が存在しないにもかかわらず、利潤を得ている間、申立人らを EGO 24 のレジームに縛るものである。

3 についての結論 (paras.825-827)

1 つの例外はあるが、被申立国は不合理に行動していない。被申立国の奨励の廃止の決定は、合理的政策 (EU 加盟) の追求に合理的に沿ったものであり、当該目的と取られた措置の間に適切な相関関係がある。問題は、被申立国が奨励の移行期間または適合的補助への転換の交渉を成し得たかであるが、成し得たとして、しなかったからといって、不合理に行動したとはいえない。EU 加盟交渉という個別事情において正当化される。

この結論の例外は、奨励の廃止にもかかわらず投資家の義務を維持するという被申立国の決定である。被申立国が、投資家の利益をほぼすべて廃止したのに対して、同時に全体として投資家の義務を維持したことは、合理的ではない。

被申立国の奨励の廃止は、合理的政策を追求する合理的な行為である。この結論は、被申立国が、2009 年 4 月 1 日まで奨励の効力が続くという申立人らの正当な期待を掘り崩したという判断を損ねるものではない。結局、被申立国の行動は、多くの部分が合理的政策の追求に適当で厳格に沿っているが、申立人らに対して公正衡平ではなかった。

4. 透明性・一貫性 (paras.864-871)

被申立国は、「便宜レジームおよび不利な地域の PIC 所持者の利益の保護の維持」と「EU 加

盟」という 2 つの矛盾した政策のバランスを取ろうとしていた。EU 加盟のための EGO 24 レジーム終了などの被申立国の行動は、不誠実にはなされていない。しかし、被申立国の終了の方法は、FET 基準に合致するのに十分な透明性を持たない。

2009 年 4 月 1 日以前に奨励は廃止しなければならないと被申立国が明白に理解した時点で、PIC 所持者にその事実を通知しなかった。

5. 結論 (para.872)

2009 年 4 月 1 日以前に EGO 24 奨励を廃止したことにより、被申立国は、不合理または不誠実に行動はしていない。しかし、被申立国は、奨励が実質的に同一の形で 2009 年 4 月 1 日まで有効であるという申立人らの正当な期待に違反した。また、レジームを明記された終了日以前に終了することを時宜にかなった形で申立人らに通知しなかったことにより、透明性のある行動をとらなかった。したがって、被申立国は本件 BIT 第 2 条第 3 項にいう投資の最恵国待遇を確保しなかった。

64 : Sanum Investments Limited (申立人・取消判決被告) v ラオス人民民主共和国 (被申立国・取消判決原告) (UNCITRAL, PCA Case No. 2013-13)

(JCA ジャーナル 2015 年 9 月号 (71))

判断年月日 : 2013 年 12 月 13 日 (管轄権判断)、2015 年 1 月 15 日 (取消判決)

仲裁廷の構成 : Andrés Rigo Sureda (長)、Bernard Hanotiau、Brigitte Stern

取消判決裁判所 : シンガポール最高裁判所高等法廷(High Court)

一 判断のポイント :

- ・中国が当事国たる BIT は、条約承継に関する一般的規則に基づき、マカオにも適用される。
- ・同一事実から生じる並行手続において、被申立国が手続併合を拒否する場合には、*lis pendens* を理由に一方の手続を受理不能とすることはできない。
- ・(取消判決) 中国・ラオス BIT については、それをマカオに適用しないことが両国の書簡から明らかになるため、条約承継に関する一般的規則の例外として、マカオには適用されない。

二 事案の概要 :

I. 仲裁判断

A. 事実関係

申立人は、2005 年にマカオ特別行政区で設立された法人である。ラオスにおいてリゾートおよびギャンブル業を営む ST グループと 2007 年にジョイントベンチャーを形成し、ラオスにおいてリゾートおよびギャンブル業に関する投資を行った。その過程において、申立人の主張によれば、ラオス政府が 1993 年中国・ラオス投資保護条約(BIT)の公正衡平待遇義務 (3 条 1 項) などに反する行為をなした。そこで、申立人は同 BIT に基づき、UNCITRAL 仲裁規則 (2010 年) による仲裁を申し立てた。仲裁地はシンガポールと決定された。[paras. 3, 5, 20-39]

申立人を 100% 支配する Lao Holdings 社 (オランダ法人) は、本件仲裁申立と同じ日に、オランダ・ラオス BIT および ICSID 追加的措置(Additional Facility)仲裁規則に基づき、別の仲裁(Lao Holdings v. Laos, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6)をラオスに対して申し立てた。[para. 41]

被申立国は管轄権審理段階では事実に関する説明をほとんどしておらず[para. 40]、仲裁廷も事実を詳細には述べていない¹。本管轄権判断に関する限り、具体的事実関係の把握は不要な事案であるからと思われる。

II. シンガポール最高裁判所高等法廷判決 (取消判決)

¹ やや詳細な事実関係は、Lao Holdings v. Laos, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Decision on Jurisdiction, 21 February 2014, para. 15 以下に述べられている。

A. 事実関係

仲裁判断から約 1 ヶ月後の 2014 年 1 月 10 日に、ラオスは仲裁判断の取消を求めてシンガポール裁判所に提訴した²。[para. 14]

ラオスは、裁判所に、2014 年 1 月 7 日付のラオス外務省発駐ヴィエンチャン中国大使館宛の書簡と、2014 年 1 月 9 日付の駐ヴィエンチャン中国大使館発ラオス外務省宛の書簡とを提出した。前者は、中国・ラオス BIT がマカオに適用されないとのラオス側の理解を明示するものであり、その理由として、中国の「一国二制度」政策、中国の憲法及び法制度の枠組、マカオ特別行政区基本法、そして、中国・ラオス BIT にマカオに関する規定のないことが挙げられた。後者は、将来特別の合意がなされない限り同 BIT はマカオに適用されないとの中国の理解を示すもので、その理由としては、マカオ特別行政区基本法が示された。[paras. 15, 39-40]

三 判断概要：

B. 仲裁判断の要旨

1. 条約法条約 29 条・条約承継条約 15 条

申立人も被申立人も、条約法条約³29 条と条約承継条約⁴15 条とを援用する。[para. 212]

条約法条約 29 条（条約の適用地域）

条約は、別段の意図が条約自体から明らかである場合及びこの意図が他の方法によって確認される場合を除くほか、各当事国をその領域全体について拘束する。

条約承継条約 15 条（領域の一部に関する承継）

ある国の領域の一部、またはその国際関係についてある国が責任を有するがその国の領域の一部ではないいずれかの領域が、他国の領域の一部となったとき、

[……]

(b)承継国の諸条約は、国家承継が関連する領域に関して国家承継の日から効力を有する。ただしその領域に対する条約の適用が条約の趣旨及び目的と両立しないか又は条約の運用のための諸条件を根本的に変更するものであることが、条約から明らかであるか又はその他の方法によって確かめられる場合は、この限りでない。⁵

被申立国は、これら両条項が慣習国際法規則として適用されることを主張する⁶。これに対し、

² シンガポール国際仲裁法 10 条 3 項は、取消の申立は仲裁判断の通告から 30 日以内に高等法廷になされるべきことを定めている。International Arbitration Act: <<http://statutes.agc.gov.sg/>>

³ 条約法に関するウィーン条約。Vienna Convention on the Law of Treaties, *United Nations Treaty Series*, vol.1155, No.18232.

⁴ 条約についての国家承継に関するウィーン条約。Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties (with annex), *United Nations Treaty Series*, vol.1946, No.33356.

⁵ 条約承継条約には日本が参加していないため、公定訳が存在しない。ここでの日本語訳は、田中則夫ほか（編集代表）『ベーシック条約集 2015』（東信堂、2015 年）によった。

⁶ 中国・ラオス BIT は 1993 年に署名・発効しているところ、中国もラオスもそれ以後に条約法条約に参加しており（中国は 1997 年、ラオスは 1998 年）、条約法条約 4 条に基づき、条約法条約そのものは中国・ラオス BIT に適用されない。

申立人は、条約法条約 29 条が慣習国際法規則を反映していることは争わず、他方、条約承継条約 15 条については、それが条約法条約 29 条と一致しない限りにおいて慣習国際法を反映していないと主張する。もともと、申立人は、仮に条約承継条約 15 条が適用されたとしても、中国・ラオス BIT はその例外に該当しないと主張する。[paras. 216-218]

条約法条約 29 条については、それが慣習国際法規則を反映していることにつき紛争当事者間に争いが無い。他方、条約承継条約 15 条については争いがあるが、国連国際法委員会(ILC)や学説⁷は、同条の定める「条約境界の移動」規則は慣習国際法規則であると考えており、申立人も、条約承継条約 15 条の原則部分と例外部分とを切り分けて前者のみが慣習国際法規則であるとする主張の根拠を一切挙げていない。[paras. 220-224]

条約承継条約 15 条は、或る領域が或る国家から他の国家に移転する場合の状況を扱っており、条約法条約 29 条は一般的状況を扱っている。条約承継条約 15 条は条約法条約 29 条の当然の帰結であり、他方、後者は前者の結果でもある。[paras. 225-228]

いずれの規定も、条約が或る国家の領域全体に適用されないのは、条約自体あるいは他の何らかの方法でその意図が証明できる場合のみで有ることを定めている。条約承継条約 15 条と条約法条約 29 条とは、それぞれの例外を含め、同じコインの異なる面である。[paras. 229-231]

2. 中国・ラオス BIT はマカオに適用されるか

中国・ラオス BIT がマカオに適用されるのかどうかについて、仲裁廷に提供された事実に関する情報は僅少である。中国・ラオス・マカオの各当局には何らかの情報があるはずであるが、このいずれからも宣誓供述書(affidavit)は提出されていない。仲裁廷から、中国が当事国たる条約のうちどれがマカオに適用されるかについて、中国とラオスとの間で何らかの交渉があったか、と質問されたのに対して、被申立国も申立人も、そのような記録はないと答えている。そこで、中国・ラオス BIT に直接関係する情報がないままに判断しなければならない。なお、マカオは当初より中国領であって 1999 年の「返還」の際に主権の移転は生じていないというのが中国の立場であるが、マカオおよび香港の「返還」の際に生じた現象が国家承継とほぼ同じであることは学説⁸も指摘するとおりである。[paras. 232-237]

本件における問題は、中国・ラオス BIT が、条約承継条約 15 条・条約法条約 29 条の原則に当たるか例外に当たるかである。まず、同 BIT の趣旨目的を検討するに、それは、前文に示されているように、投資の保護と経済関係の発展である。同 BIT をマカオにも適用することがその趣旨目的に反するとは思われない。[paras. 238-242]

次に、同 BIT をマカオに適用することが同 BIT の運用のための諸条件を根本的に変更することになるかが問題である。特に、中国とラオスとが計画経済であり、マカオが資本主義経済であ

条約承継条約については、中国もラオスも当事国でない。 *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*, <<https://treaties.un.org/>>

⁷ 仲裁廷は、仲裁人の一人である Brigitte Stern の学説に大いに依拠している。Brigitte Stern, “La succession d’Etats”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 262, 2000, pp. 9-437.

⁸ Roda Mushkat, “Hong Kong and Succession of Treaties”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.46, 1997, p.181, pp.191-197. なお、同旨、安藤仁介「条約承継条約と最近の国家実行」山手治之・香西茂(編集代表)『国際社会の法構造：その歴史と現状』(東信堂、2003年)231頁、234頁。

ることを考慮しなければならない。しかし、同 BIT が計画経済に特有の内容を持ち、それが資本主義経済原理と矛盾する、というような主張は申立人によりなされていない。「一国二制度」を考えると、共産主義的価値を打ち出す条約であれば、それをマカオに適用することはマカオの資本主義を脅威にさらすことになるため、適用はないこととなる。しかし、中国・ラオス BIT はそのような性質の条約ではなく、マカオがオランダやポルトガルと締結した BIT と似たものである。[paras. 243-252]

被申立国は、マカオの条約締結能力に関する規定を有するポルトガル・中国共同宣言やマカオ特別行政区基本法により、マカオへの適用がないことが「他の方法によって確認される」と主張する。たしかに、ポルトガル・中国共同宣言（1987年）もマカオ特別行政区基本法（1993年）も、「経済、通商(economy, trade)」などに関する条約締結権限をマカオに認めると共に、中国が当事国たる条約のうちどれをマカオに適用するかは、中国政府がマカオ特別行政区政府と協議の後に決定する、と定めている⁹。しかし、マカオ特別行政区基本法は中国の国内法であって、国内法により国際法の適用関係が影響を受けることはない。他方、ポルトガル・中国共同宣言は条約である。しかし、同共同宣言は承継条約(devolution treaty)であって、そのような条約が第三国を拘束するのは当該条約が慣習国際法を適用する限りにおいてである。被申立国は、中国が当事国たる条約のマカオへの適用に関する中国政府とマカオ特別行政区政府との間の協議が実際になされているかについて一切承知していないことを本件手続において述べており、中国との BIT がマカオにも適用されるのはそのような協議がなされてからであることを被申立国は知らされていなかった以上、中国と被申立国との間の条約関係を規律する国際法規則が中国と被申立国との間のそのような合意により排除されるとすることはできない。したがって、仲裁廷は、条約承継条約 15 条に基づき、中国・ラオス BIT はマカオにも適用されると結論する。[paras. 253-269]

マカオはポルトガル及びオランダとそれぞれ BIT を締結しているところ、中国もこの両国とそれぞれ BIT を締結している。これらはいずれもマカオの「返還」後に締結されており、ポルトガルについては先にマカオが、オランダについては先に中国が、それぞれ締結している。複数の条約が適用され得ることは混乱ではなくより良い保護をもたらすのであり、投資家は自らにより有利と思われる条約を援用することができるのであるから、投資保護という BIT の目的にも資する。[paras. 278-295]

⁹ Art. VIII, Annex I, Joint Declaration on the Question of Macao, signed at Beijing on 13 April 1987, *U.N.T.S.*, No. 25805 [Unofficial English translation of the authentic Chinese and Portuguese texts].

“Subject to the principle that foreign affairs are the responsibility of the Central People's Government, the Macau Special Administrative Region may, on its own, using the name "Macao, China", maintain and develop relations and conclude and implement agreements with States, regions and relevant international organizations in the appropriate fields, including the economic, trade, financial, shipping, communications, tourism, cultural, scientific, technological and sporting fields. [...]

The application to the Macau Special Administrative Region of international agreements to which the People's Republic of China is a party shall be decided by the Central People's Government in accordance with the circumstances and needs of the Macau Special Administrative Region and after seeking the views of the Macau Special Administrative Region Government.”

マカオ特別行政区基本法は、136 条・138 条において、共同宣言の上記引用部分とほぼ同一の規定を置いている。Basic Law of the Macao Special Administrative Region, <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node_2825.htm> なお、マカオ特別行政区基本法は 1993 年 3 月 31 日採択、中国・ラオス BIT は 1993 年 1 月 31 日署名である。

3. Lao Holdings 対ラオス仲裁との関係

被申立国は、同一の事実から生じた紛争につき申立人の 100%親会社が別の仲裁を被申立国に対して申し立てたことを指摘し、*lis pendens* を理由に本件仲裁の受理可能性を否定すべきと主張する。しかし、Lao Holdings 事件は別の条約に基づく仲裁であり、紛争当事者も関連しているとはいえ異なっている。被申立国は手続濫用も主張するが、これら二つの手続を併合することを拒否したのは被申立国である。したがって、本件を本仲裁廷が扱うことに問題はない。[paras. 359, 366-368]

II. シンガポール最高裁判所高等法廷判決（取消判決）

B. 判決要旨

2014年1月9日付の中国側書簡については、その信憑性に疑問が呈されている。当該書簡を作成した人物は特定されておらず、当該人物の署名もない。しかし、そのような人物が特定されねばならず、また、署名も必要である、というのは外交に関する特定の実行を前提にした議論であり、中国の外交文書がどのように作成されるかについての専門家の意見は示されていない。なにより、ラオスの外務事務次官が当該文書の真正性を保証しており、裁判所はそれを疑う理由がない。[paras. 53-55]

両当事者とも、条約法条約 29 条と条約承継条約 15 条とが関連することを主張する。いずれも、条約は当事国の領域全体に適用されることを原則とし、そうでない意図が証明される場合は例外としている。マカオは中国領であるので、中国・ラオス BIT をマカオに適用しないとする意図が証明されない限り、同 BIT はマカオに適用される。[paras. 58-62]

同 BIT をマカオに適用しないとする意図は「条約自体から明らか」ではない。原告は上記書簡が条約法条約 31 条 3 項(a)¹⁰にいう「条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」であって、同 BIT をマカオに適用しないとする意図はこの合意故に「条約自体から明らか」であると主張するが、これら書簡は、「他の方法によって確認される」場合に当てはまるかどうかの問題として検討すべきである。[paras. 63-64]

被告(Sanum)は、本件仲裁手続が開始された 2012 年 8 月 14 日より後に本件書簡が作成されていることを問題視する。被告側専門家鑑定意見によれば、問題となるのはマカオ「返還」時における中国の意図であり、今日における中国の意図ではない。また、被告は、本件書簡を考慮することは公正(fairness)及び適正手続(due process)に反するとも主張する。[paras. 68, 75]

しかし、本件書簡は、条約法条約 31 条 3 項(a)における「後にされた合意」を構成する。条約法条約 31 条 3 項(a)は一般的に条約に適用される規定であるため、どのような BIT であれ BIT の規定に依拠する者は、条約当事国が当該 BIT の規定に係る合意を後に行う可能性は承知しているはずである。いずれにせよ、中国側書簡の文言は一般的であり、そのことから考えて、中国

¹⁰ 条約法条約が中国・ラオス BIT に適用できないことは注 5 で述べたとおりである。もっとも、条約法条約 31 条は全体として慣習法規則を反映していると理解されている。酒井啓亘ほか『国際法』（有斐閣、2011 年）276 頁。

と条約を締結している諸国が現在抱いている期待を根本的に覆すようなものではなく、現状の確認にとどまると思われる。これら書簡は、被告のような第三者の地位や期待を変更するような遡及的合意ではなく、中国側書簡の文言からして、同 BIT は当初よりマカオには適用されないと両当事国間の共通理解を確認するものである。[paras. 76-77]

中国・ポルトガルの共同宣言について、被告側専門家は、同宣言は中国及びポルトガルのみを拘束するのであって、ラオスを含む第三国には何ら関係ない、と述べる。しかし、原告は、同共同宣言に基づく権利を主張しているのではなく、中国・ラオス BIT がマカオには適用されないと中国の意思の証拠として援用しているのである。[paras. 91-92]

原告は、香港の例も参照する。香港は、「返還」時に、中国が諸国と締結していた条約が香港には適用されないことを前提に、中国の代表も構成員を含む **Joint Liaison Group for Hong Kong** を通じて各国と条約交渉を行った。香港の例をそのままマカオに適用することはできないとしても、中国がマカオについても同様に理解していたであろうことは推察される。[paras. 104-105]

以上より、原告は、中国・ラオス BIT がマカオには適用されないことを蓋然性の比較により (on a balance of probabilities) 示した。したがって、中国・ラオス BIT はマカオに適用されるとの原則を覆すだけの十分な証拠が示されたと結論する。[paras. 110-111]

65 : Teco Guatemala Holdings LLC v グアテマラ共和国 (ICSID Case No. ARB/10/17)
(JCA ジャーナル 2015 年 7 月号 (69))

判断年月日 : 2013 年 12 月 19 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Alexis Mourre (フランス・長)、William W. Park (米国)、Claus von Wobeser (メキシコ)

一 判断のポイント :

- ・ 専門家委員会の意見を無視して電気料金を決定した行政当局の措置に関し、公正衡平待遇義務違反を肯定した。その際、国内法の関連条文に関して積極的かつ詳細な解釈を行い、仲裁判断を下した。
- ・ 本事案と同一の事実関係を基礎とする別の仲裁事案である Iberdrola 事件 (Iberdrola 対グアテマラ共和国) との関係について、両事件は事実の面で共通するが、適用される条約と当事者は異なり、さらに、法的主張及び提出された証拠も異なると述べ、管轄権の有無を判断する場合に Iberdrola 事件の仲裁判断に依拠しなかった。

二 事案の概要 :

I. 事実関係等

A. 申立人等 [paras. 1-8]

申立人は、米国デラウェア州法に基づき設立された Teco Guatemala Holdings LLC (以下「Teco」又は「申立人」) である。

1999 年、グアテマラ共和国 (以下「グアテマラ」又は「被申立国」) の会社である Distribución Eléctrica Centro-Americana 2 S.A. (以下「DECA II」) は、同国の電力会社である EEGSA の株式の 80% を保有することとなった。2004 年、DECA II 株式の 30% を保有する Teco Power Service Corporation de Ultramar Guatemala, S.A. (以下「TPS」) は、同じ企業グループ内の別の会社に対し、DECA II 株式を譲渡した。その後、2005 年、当該グループ内の会社である申立人は DECA II 株式を取得し、2010 年に Empresas Públicas de Medellín E. S. P. (以下「EPM」) に売却するまで、DECA II 株式を保有していた。

申立人は、米国・中米間自由貿易協定 (以下「CAFTA-DR」) に基づき、グアテマラを相手方として、2010 年 10 月 20 日、投資紛争解決国際センター (以下「ICSID」) に本件仲裁を申し立てた。

B. 事実関係 [paras. 79-237]

本件は、グアテマラの国家電力委員会 (以下「CNEE」) が、EEGSA の電気料金の決定に関する規制の枠組みに違反したこと (専門家委員会の判断を無視し、正当な理由を示さないまま一方的

に料金を決定したこと等)により、EEGSA 株式を間接的に保有する申立人が損害を被ったことを根拠として、申立人から被申立国に対し、損害賠償請求がなされた事案である。

1. 事案の概要

a. グアテマラの電力供給体制の改革

(i) 法令の制定[paras. 80-123]

グアテマラ議会は、公営企業によって運営されてきた電力供給体制を改め、発電事業の非独占化と電力セクターの規制緩和を図るため、1996年10月16日に電力基本法(以下「LGE」)を制定し、同法は同年11月15日に施行された。LGEに基づき、独自の機能と予算を有する専門機関であるCNEEが創設された。

LGEは、電気の供給を受ける最終消費者に賦課される電気料金について定めており、大要、①電気料金はCNEEによって算定されること、②かかる電気料金は、全電力供給事業者による購買価格の加重平均値、及び供給付加価値(以下「VAD」)の合計値となること、③VADに関する算定資料等の詳細、並びに④各電力供給事業者は、CNEEによって事前に認証されたエンジニアリング企業にリサーチを委託し、その結果に基づいてVADを算定することを規定していた。

なお、LGEによれば、上記エンジニアリング企業は、CNEEの指示書に従ってVADに関するリサーチを行わなければならないとされていた。また、CNEEは当該リサーチの進行状況を監督し、提出されたリサーチ結果を検討してコメントを付する権限を有していた。書面による異議が出された場合には、CNEEと電力供給事業者の合意により専門家委員会が設置されることとなっていた。かかる専門家委員会は3名の委員によって構成され、各一名は各当事者によって指名されて、残りの一名は双方の合意によって指名されることとなっていた。専門家委員会は、両当事者の見解の相違について意見を示すこととされていた。

1997年、グアテマラにおいて、LGE関連規則(RLGE)を含む政令が制定され、RLGEはその後数回にわたり改正された。RLGEは、CNEEが上記指示書を作成する際の基準と、電気料金の検討過程での必要な措置の期限について規定していた。改正後のRLGEによれば、各電力供給事業者は、指示書を受領した後、4ヶ月以内にCNEEへ電気料金に関する報告書を提出しなければならず、CNEEは、電力供給事業者から提出された報告書を2ヶ月以内に審査し、適切と考える見解を示すこととされていた。その後、電力供給事業者は、CNEEの見解が示されてから15日以内に、各自のコンサルティング企業を通じてCNEEの見解を分析し、報告書の訂正を行って、CNEEへ再提出することとされていた。そして、CNEEと電力供給事業者の見解に依然として相違がある場合には、上記のとおり、両当事者の合意により専門家委員会が設置され、設置後60日以内にかかる相違について判断を示すこととされていた。なお、電力供給事業者がCNEEへ電気料金に関する報告書や報告書の訂正版の提出を怠った場合、専門家委員会が独自の判断で電気料金を決定することはできるとされていた。

(ii) 電力会社(EEGSA)の民営化[paras. 124-152]

1997年、グアテマラ政府は、当時96%の株式を保有していたEEGSAを民営化することを発表

し、株式公募を行うことにした。株式公募手続において、予備的資料である Preliminary Memorandum が申立人の親会社（以下「TECO ENERGY」）を含む投資家に送付された。そこには、電気料金の規制枠組みや VAD について記載されていた。また、Memorandum of Sale には、CNEE と電力供給事業者との間で見解の相違が生じた場合に LGE が想定している VAD の算定とその仕組みについて記載されていた。

TECO ENERGY は、その子会社である TPS と、他の会社である Iberdrola Energía S.A.（以下「Iberdrola」）及び Electricidade de Portugal S.A.（以下「EDP」）と共同で投資法人（Distribución Eléctrica Centro Americana, S.A.（以下「DECA I」））を設立し、公募手続に応募した。結果、DECA I が EEGSA 株式の取得者として選定された。その後、DECA I は EEGSA と合併し（EEGSA の名称で存続）、Iberdrola、EDP 及び TPS は EEGSA の新たな持株会社として DECA II を設立した。

2004 年、TECO ENERGY と TPS との間に子会社が設立され、TPS の保有する EEGSA 株式が当該会社に譲渡された。その後、2005 年、当該会社の保有する EEGSA 株式が申立人に譲渡された。

b. 2008 年-2013 年の期間の電気料金の決定に際しての紛争 [paras. 153-237]

2008 年-2013 年の期間の電気料金を決定するため、2007 年 10 月 29 日、EEGSA のコンサルタントである Bates White LLC（以下「Bates White」）が、EEGSA に対し、報告書を提出した。他方、CNEE は、自らのコンサルタントとして Sigla S.A./Electrotek（以下「Sigla」）を選任した。

同年 12 月 17 日、CNEE は EEGSA に対し、報告書が適切に提出されていない旨の通知書を送付した。そこには、① EEGSA がコンサルタントの指名手続を遵守していない旨、及び、② EEGSA が Bates White に報告した全ての情報を CNEE に対して提供していない旨が記載されていた。Bates White は CNEE からの要請を受け、CNEE の指摘に同意する部分に関しては報告書を一部修正して、訂正版報告書を EEGSA に提出した。これを受けて、EEGSA は CNEE に Bates White の報告書を提出し、これに対して CNEE はコメントを付した。

2008 年 3 月 31 日、EEGSA は Bates White の最終報告書を関連報告書の最終版と共に CNEE へ提出した。これに対し、CNEE は決議 No. 63-2008 を採択し、上記報告書を拒絶した上、CNEE の見解を受領してから 15 日以内にリサーチの誤りを訂正した報告書を CNEE に再提出するよう、EEGSA に命じた。

CNEE と EEGSA の協議の後、EEGSA は、2008 年 5 月 5 日、Bates White の訂正版報告書を CNEE へ提出した。かかる訂正版報告書には、CNEE の見解を一定程度受け容れた上で修正が加えられていたが、その他の見解は反映されていなかった。

CNEE は決議 No. 96-2008 を採択し、LGE に基づいて専門家委員会を設置した。2008 年 7 月 25 日、専門家委員会は、CNEE 及び EEGSA へ報告書を提出した。同日、CNEE は、決議 No. 3121 を採択し、専門家委員会を解散した。同月 28 日、EEGSA は、CNEE に対し、専門家委員会の上記判断を反映した、Bates White の訂正版報告書等を提出した。

2008 年 8 月 1 日、CNEE の指名する委員を除く二名の委員は、CNEE 及び EEGSA へ書簡を送り、電気料金に関する全文書を確認した結果、専門家委員会の判断は全て Bates White の 2008 年 7

月 28 日付訂正版報告書に反映されている旨を通知した。他方、CNEE は同日、決議 No. 144-2008 を採択し、Bates White の 2008 年 5 月付報告書は、決議 No. 63-2008 で示された見解について訂正を怠ったという判断を示した。その結果、RLGE に基づき、CNEE は VAD に関する独自のリサーチに基づき電気料金を決定する権限を有していたとの判断も示した。また、CNEE は決議 No. 145-2008 及び No. 146-2008 を採択し、Sigla のリサーチ結果を根拠として、2008 年 8 月 1 日から 2013 年 7 月 31 日までの期間の電気料金及び期間調整に関する定式を決定した。

EEGSA は CNEE の決議に関し、行政上の異議申立てを行ったが却下されたため、憲法上の権利保護請求を申し立てた。グアテマラの第一審裁判所（二ヶ所）は EEGSA の申立てを認めたが CNEE が上訴した結果、同国の最高裁判所は各判決を破棄し、EEGSA の申立てを認めない旨の判断を下した。憲法裁判所は、判決理由の中で、①法令に特別の規定が無い限り、専門家委員会の判断に拘束力を認めることは法の支配の原則に反すること、②LGE はそのような特別の規定を定めていないこと等を述べた。

DECA II 株式を保有する Teco 等は、2010 年 10 月 21 日、EPM に対して当該株式を売却した。

三 判断概要：

II. 仲裁判断要旨

A. 管轄権に関する判断[paras. 437-488]

仲裁廷は、以下のとおり、本件紛争の判断に関する管轄権を有すると判示した。

1. CAFTA-DR 上の（公正衡平等の）待遇の最低基準[paras. 443-465]

仮に申立人の主張する事実が証明された場合に、当該事実が被申立国の負う CAFTA-DR 上の義務の違反を構成すると言えるのであれば、本仲裁廷は本件において管轄権を有すると判断できる。本仲裁廷は、当該判断に際し、多くの仲裁判断例と同じく、*prima facie* テスト¹を適用する。

CAFTA-DR10.5 条 2 項は、公正衡平待遇の意義について、国際慣習法の下で外国人に適用される最低基準の待遇以上のものを規定していない。なお、同条の規定する最低基準には、世界各国の基本的な司法システムにおいて具現化されている適正手続の原則に則り、刑事・民事・行政上の裁判拒否を行わない義務も含まれる。

国家に帰属し、投資家を害する行為が、恣意的、著しく不公正若しくは特異、差別的であるか、又は適正手続を欠くことにより司法上の公正さを害する場合には、CAFTA-DR10.5 条が規定する公正衡平待遇の最低基準の違反が生じる。仮に、本件で、行政当局が、電気料金の規制枠組みの基礎となっている基本的な諸原則を意図的に無視する場合—投資家に対して措置を行うに際して、誠意 (*candor*) や信義誠実 (*good faith*) を完全に欠く場合や、説明を全く行わない場合—には、上記最低基準に違反したと認められる。

以上のとおり、仮に申立人が、グアテマラが恣意的な行為を行って規制枠組みを意図的に無視したこと又は規制手続に際して衡平性や信義誠実を完全に欠いていたことを証明した場合には、かかるグアテマラの行為は上記最低基準に違反することになる。

¹ 申立人の主張が一見したところ合理的に論じられ得るものかを評価し、肯定されれば管轄権を認めるという基準。

2. 本件紛争は国内管轄事項に関する紛争に過ぎないのか[paras. 466-470]

本仲裁廷は、「本件紛争はグアテマラ法の解釈に係る国内紛争に過ぎず、国際仲裁廷の管轄下でない」という被申立国の主張に同意しない。本件紛争は、被申立国が最低基準の待遇に関する義務に違反したか否かについての紛争であり、仲裁廷が国際法を適用することを求められる国際的紛争である。ICSID 条約 42 条 1 項²⁾に従ってホスト国の法令を適用する必要があるところ、本件紛争においては、論点の一部に関してグアテマラの国内法を適用する必要があるにしても、本仲裁廷が証拠に基づいて判断すべき主要な論点は、被申立国が国際法上の最低基準の待遇に関する義務に違反したか否かである。

3. グアテマラの国内裁判所によって当事者間の紛争は解決され、申立人は裁判拒否に関する主張を放棄したといえるか[paras. 471-484]

本仲裁廷がグアテマラの憲法裁判所の国内法に関する判断を踏襲するとしても、仮に CNEE の規制行為が著しく不公正又は特異であったり、信義誠実に違反していたり不公正さを全く欠いていたと認められるような場合に、CNEE のかかる行為が国際法上の最低基準に違反すると本仲裁廷が判断できることは別論である。とりわけ、申立人が主張するように、CNEE が電気料金を検討する際、規制枠組みの基本原則を意図的に無視したといえる場合には、国際法に違反すると言える。

グアテマラの裁判所によって解決された紛争と、本仲裁廷が解決しなければならない本件紛争の内容は、同一ではない。グアテマラ憲法裁判所による同国の法令に関する判断を尊重するとしても、当該判断は、本仲裁廷が国際法を本件の事実に適用する際の判断を拘束するものではない。申立人が被ったと主張する損害は主に CNEE によって生じたものであり、グアテマラの裁判所によって生じたものではなく、従って、申立人は、CNEE の行為によって国家の国際的義務の違反があったことを示すために、裁判拒否があったことを証明する必要はない。

4. 管轄権の有無に関する Iberdrola 事件の仲裁判断[paras. 485-488]

被申立国は、本件において、(同一の事実関係を基礎とする別の仲裁事案である) Iberdrola 事件³⁾に関する仲裁判断に依拠した主張を複数回行った。確かに、両事件は事実の面で共通するが、適用される条約と当事者は異なり、さらに、法的主張及び提出された証拠も異なる。よって、本仲裁廷は、管轄権の有無を判断する場合に Iberdrola 事件の仲裁判断に依拠しない。

B. 本案についての判断[paras. 489-715]

1. 本件仲裁と憲法裁判所の国内裁判との関係[paras. 512-519]

グアテマラの憲法裁判所は、国内裁判において、①専門家委員会の報告書には CNEE に対する拘束力が無いこと、及び②グアテマラの行政当局が電気料金を決定する独占的な権能を有していることを理由として、CNEE は独自のリサーチに基づいて電気料金を決定する権限と専門家委員

² “The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.”

³ Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala, ICSID Case No.ARB/09/5

会を解散する権限を有していたという判断を下した。

しかしながら、憲法裁判所のかかる判断には、本件仲裁における先例としての効力又は既判力（*res judicata effect*）は認められない。憲法裁判所の判断における当事者は EEGSA と CNEE である一方、本件仲裁判断における当事者は Teco とグアテマラであり、さらに、憲法裁判所が審理した国内法上の紛争とは異なって、本件仲裁は、グアテマラ行政当局が国際慣習法上の国家の義務に違反したか否かを審理するものである。

よって、本仲裁廷は、憲法裁判所の判断に拘束されない。

2. CNEE は専門家委員会の報告書を検討し、否認する場合に理由を告知する義務を負っていたのか[paras. 520-589]

RLGE によると、CNEE は二つの例外的な場合—①電力供給事業者が報告書の提出を怠った場合、又は、②電力供給事業者が LGE と RLEG に従って報告書を訂正することを怠った場合—には、独自のリサーチに基づき VAD を算定することができた。そして、LGE は、CNEE が事前に承認し、かつ電力供給事業者が選定したコンサルタントがリサーチした結果に基づいて、電気料金に関する VAD の要素が決定されるという原則を明らかにしている。

専門家委員会の報告書に拘束力がないにしても、グアテマラの憲法裁判所は、CNEE が当該報告書を検討し、否認する場合に理由を告知する義務を負っているのかについて判断しなかったのだから、この点を本仲裁廷は判断する必要がある。専門家委員会の役割を確認するためには、グアテマラの憲法裁判所の判断に照らし、規制枠組みの関連規定（LGE 及び RLGE）を分析する必要がある。

この点に関し、本仲裁廷は、グアテマラの憲法裁判所が、専門家委員会の示す判断は説明的又は情報提供的な価値しか有さず、CNEE と EEGSA の間の紛争を拘束力のある形で決定する権能は無いと判断したことは、LGE の解釈として尊重する。もっとも、憲法裁判所は、CNEE が、規制枠組みの下、電気料金の決定に際し、専門家委員会の判断に十分配慮し、又は否認する場合に理由を告知する義務を負っていることの義務を負うか否かについての判断を求められなかった。また、憲法裁判所は、CNEE が恣意的かつ理由も無く専門家委員会の助言を無視できると判断した訳ではない。

専門家委員会は司法権を行使せず、その判断に拘束力はない。しかしながら、CNEE は規制枠組みの下、委員会の判断を十分尊重し、それを否認する場合は適切な理由を示す義務を負っていた。LGE 及び RLGE、並びに、電気料金の検討過程における行政当局と電気供給事業者の各々の行動に関し、専門家委員会の役割は重視されていた。

また、RLGE を踏まえると、（原則として、）電気供給事業者は、専門家委員会へ適切に諮問された CNEE と電力供給事業者の間の見解の相違に関し、その VAD 報告書に CNEE の見解を反映させる義務を負わない。行政当局から適切な理由が示されない場合には、専門家委員会が行政当局と同様の見解を示さない限り、電力供給事業者は、CNEE の見解を報告書に反映させる義務を負わない。

3. 電気供給事業者のコンサルタント及び専門家委員会は指示書から逸脱することが可能だった

か[paras. 590-610]

指示書によると、同文書は「ガイドライン」であり、そこには一定程度の一般性と柔軟性が認められ、逸脱は可能であった。ただし、電力供給事業者と専門家委員会による指示書からの逸脱は、十分に正当化され、かつ、LGE 及び RLG と規制枠組みに合致するものでなければならなかった。

4. 投資時点における被申立国の表明と申立人の正当な期待[paras. 611-622]

申立人は、TECO ENERGY が電力業界への投資を行うに際し、グアテマラが特別な表明を行い、これによって投資家の正当な期待が生じ、その正当な期待がグアテマラにより妨げられたと主張した。しかしながら、Memorandum of Sale 等において、電気料金に関する規制枠組みは変化しないとの具体的な表明はなされていなかったと認められる。もっとも、本件における投資家は、LGE と RLGE が公正かつ恣意的でない態様で適用されることに対する期待を有していたと言える。

5. RLGE の改正に際して国家権力が濫用されたのか[paras. 624-638]

申立人は、グアテマラが、一定の場合に、電気供給事業者のリサーチではなく行政当局独自のリサーチに基づいて電気料金を改定することを可能にするように、RLGE を改正したことは、国際的義務に違反すると主張する。

しかし、申立人は、CAFTA-DR の規定する出訴期限により、2010 年 5 月以降かかる主張を行うことはできなくなったと認められる。なお、本論点は管轄権に関する問題ではなく受理可能性に関する問題であるから、被申立国から管轄権に関する異議を提出する必要はない。

また、グアテマラは、規制枠組みが不変であることについて同意したことも表明したこともないし、また、安定化条項が規定されていない以上、国家が関連法令を適正に改正することは完全に認められる。仮に、規制枠組みに関する改正が信義誠実に反するような場合や、投資家の投資上の利益を剥奪することを意図するような場合は、国家の国際的責任が生じることになるが、本件における RLGE の改正は不公正でも恣意的なものでもない。すなわち、上記のとおり、当該改正自体は、二つの例外的な場合に限り、行政当局自身のリサーチに基く電気料金の決定を許容しているに過ぎず、不公正でも恣意的なものでもない。

さらに、申立人は、RLGE の別の改正⁴は国家権力の濫用であると主張しているが、申立人は EEGSA の株式を 2010 年 10 月に売却し、(当該改正の影響を受ける) 2013-2018 年の電気料金の検討過程に関与することはなかったのであるから、申立人は当該改正によって潜在的に損害を被ったことを主張する利益はない。

以上のとおり、本仲裁廷は、RLGE98 条の改正に際して国家権力が濫用されたという、申立人の主張に同意しない。

6. CNEE によって指示書の不正な変更が行われたのか、及び、電気料金の検討過程において CNEE が協力を行わなかったか[paras. 639-652]

申立人の主張によると、CNEE は、①指示書を変更し、EEGSA の VAD に関するリサーチ内容を受

⁴ 行政当局と電力供給業者との間に見解の相違がある場合、専門家委員会の三人目の委員はエネルギー省によって指名されることを内容とする改正。

け入れないことを無制限に可能とした、②指示書に電気料金の規制枠組みと合致しない定式を追加した、③電気料金の検討過程において誠実に協力することを怠った、及び、④専門家委員会に不当な影響を与えようとした、とのことである。

しかしながら、CNEE の指示書の変更に関し、申立人は異議を唱えなかったのであるから、申立人の上記①の主張は失当である。また、申立人は、他方で、行政当局が、規制枠組みと適合するよう、指示書を柔軟な内容に改定したという矛盾した主張を行っているから、申立人の上記②の主張も失当である。さらに、本件証拠によれば、行政当局は電気供給事業者と継続的かつ頻繁な連絡を取っていたことが認められるから、仮に申立人の主張するとおりの事実が証明されても、被申立国は国際法上の最低基準の下での国家の義務には違反しておらず、申立人の上記③の主張も失当である。最後に、行政当局が、専門家委員会の指名した委員と連絡を取ることを規制する規則が存在せず、専門家委員会における手続に対してグアテマラ法を適用する法的枠組みが存在しない状況下において、行政当局が、当該手続の有効性を確認するために自ら指名した委員に接触することには十分な理由があったことから、申立人の上記④の主張も失当である。

7. 専門家委員会を解散するという内容の CNEE の決定 [paras. 653-657]

CNEE は、2008 年 7 月 25 日午後 4 時に専門家委員会の報告書を受領し、同月 28 日、CNEE は、EEGSA 宛に、「指名の任を果たした」ことを理由として専門家委員会を解散することを内容とする決議 No. 3121 を送付した。

この点に関し、CNEE は、報告書が提出された後、専門家委員会を解散する権限を有していると認められる。よって、CNEE が専門家委員会を存続させなかったことは権限の明白な濫用とは言えず、国家が最低基準の下での国際的義務に違反することとなる恣意的な決定を行ったとは言えない。

8. CNEE が、専門家委員会の報告書の内容を受け容れず、自らのコンサルタントの VAD に関するリサーチを基に電気料金の改定を決定したことの適否 [paras. 658-711]

(CNEE が自らのコンサルタントである Sigla による VAD の報告書を基に電気料金を決定するという内容の) 決議 No. 144-2008 は、電力供給事業者が、CNEE が決議 No. 63-2008 に基づいて下した判断を全て (事業者の) 報告書に反映しなかったことを根拠として採択されたものである。

上記決議 No. 144-2008 は、電気料金の規制枠組みに合致しない。CNEE は、電力供給事業者が CNEE の 2008 年 4 月付けの判断を全て報告書に反映しなかったことを根拠として、(専門家委員会の判断とは無関係に) 電気供給事業者のリサーチ結果を受け容れない旨の判断を示したのであるが、かかる CNEE の行為は、恣意的であり、電気料金の検討過程における行政手続に違反する。規制枠組みと国際法上の最低基準は共に、CNEE がグアテマラ法上の電気料金の検討過程における基本原則に合致した行為を行うことを義務付けていた。

CNEE は、専門家委員会の報告書を受領した場合には、報告書を分析し、(原則として) その結論を受け容れて、Bates White の実施した VAD に関するリサーチに基づく電気料金を決定すべきであった。もし仮に、CNEE が、専門家委員会の報告書の結論が規制枠組みに合致しないという十分な理由があると判断したのであれば、その理由を示さなければならなかったのに、CNEE は

それを怠った。

規制枠組み及び最低待遇基準の下、CNEE は、専門家委員会の報告書を十分検討した上で Bates White のリサーチにおける結論を受け容れるための十分な時間を取ることができたし、また、取るべきであった。CNEE が 1 日にも満たない期間に行った検討は、CNEE の負う義務の遂行として明らかに不十分なものである。CNEE のかかる行為は、Bates White のリサーチ結果を拒絶し、自らにとってより有利な Sigla のリサーチ結果を利用しようとする意図（すなわち、安価な電気料金を設定しようとする意図）の下で行われたと認められる。

CNEE がもしもさらに時間をかければ、専門家委員会の結論に従って Bates White のリサーチ結果を訂正できた。また、CNEE は当時、Bates White のリサーチ結果を訂正することで Sigla が提案したよりも高い数値（ひいては電気料金）が導き出されることを知っていた。

結論として、本仲裁廷は、RLGE が例外的に許容する二つの場合に該当しないにもかかわらず、CNEE が、コンサルタントの VAD に関するリサーチを無視し、自己の一方的な VAD に関するリサーチ結果を適用することを決定したと認められる。

行政当局は、電気料金の確認過程において、その基礎となる規制枠組みの二つの原則に違反した。一つ目は、RLGE が規定する例外的な二つの場合を除き、電気料金は電気供給事業者のコンサルタントの作成した VAD に基づかなければならないという原則であり、二つ目は、VAD のリサーチに関する行政当局と電気供給事業者との間の見解の相違は、中立的な専門家委員会の意見を考慮した上で決定しなければならないという原則である。CNEE のこのような電気料金の決定過程における二つの基本的な原則の違反行為は、恣意的であり、かつ、行政事項に関する適正手続の基本的原則に反する。

以上のとおり、CNEE の行為は、CAFTADR10.5 条の下で公正衡平待遇を付与すべきグアテマラの義務に違反する。

9. 損害[paras. 716-768]

申立人は、二つの場面における損害の賠償を求めている。一つ目は、2008 年 8 月から 2010 年 10 月⁵までに EEGSA から失われたキャッシュフローの回復（Sigla のリサーチ結果に基づく電気料金の適用の結果発生した損害（過去における損害））についての補償であり、二つ目は、2010 年 10 月に DECA II 株式を売却した際の（株式の）価値の低下分についての補償（価値の損失）についての補償である。

損害の算定に関しては、2008 年 7 月 28 日の Bates White のリサーチ結果（訂正版報告書）を基礎として合理的に判断すべきである。専門家委員会の判断は、適切かつ規制枠組みに合致しており、行政当局がこれを拒絶する正当な理由は無かった。一つ目の損害（過去における損害）の算定に関しては、2008 年 7 月 28 日の Bates White のリサーチ結果を基礎とし、申立人の主張するのとおり損害額を認める。

他方、二つ目の損害（価値の損失）に関し、申立人は、Sigla のリサーチ結果に基づく低額の電気料金が強制された結果、申立人は株式の売却を余儀なくされ、しかも EPM への売却価格は著

⁵ 申立人が（EEGSA の親会社である）DECA II 株式を EPM に対して売却した日。

しく低額なものとなったと主張する。しかしながら、2008-2013 年の電気料金が高額であれば 2013 年までの会社の収入が増加し、これを反映して株式の売買価格も増加したことを証明する十分な証拠があるとは認められない。また、2013 年以降の電気料金が不変であることを前提として株式の売買価格が決定されたことを証明する証拠があるとも認められない。よって、本仲裁廷は、二つ目の損害に関する損害賠償は認めない。

D. 結論[para. 780]

以上のとおり、グアテマラは、CAFTA-DR に規定する公正衡平待遇義務に違反したと認められるから、申立人に対し、約 2110 万米ドル及び所定の利息、並びに、申立人の弁護士費用等として、約 752 万米ドルを支払わなければならない。

66: Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v ボリビア多民族国 (PCA Case No. 2011-17)
(JCA ジャーナル 2014 年 7 月号 (58))

判断年月日： 2014 年 1 月 31 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成： José Miguel Júdece (ポルトガル・長)、Manuel Conthe (スペイン)、Raúl Emilio Vinuesa (スペイン/アルゼンチン)

一 判断のポイント：

- ・ 利益否認条項が援用されるための要件の充足性についての証明責任は申立人に課される。
- ・ 利益否認条項の援用は仲裁手続中に行っても構わない。

二 事案の概要：

I. 事実関係

A. 本件の概要

本件紛争は、ボリビア多民族国（以下、「ボリビア」という。）が行った電力部門の規制枠組変更、ボリビアが司法手続を怠ったこと、及び、申立人らが 50.001%の株式を所有する **Empresa Eléctrica Guaracachi S.A.**（以下、「EGSA」という。）の国有化により、申立人らに生じた損害約 142 百万米ドル、また、**Rurelec**（以下、「Rurelec」という。）の子会社である **Energais** の資産をボリビアが没収したとして約 66 万米ドルの損害が生じたとして、米国人である **Guaracachi America, Inc.**（以下、「GAI」という。）及び連合王国において設立された法人 **Rurelec** が、それぞれ、米国-ボリビア BIT、連合王国-ボリビア BIT に基づいて、上記損害に対する適切かつ効果的な (adequate and effective) 補償を求めて、仲裁を申し立てた事案である。

B. 事実

申立人らは、GAI 及び Rurelec である。

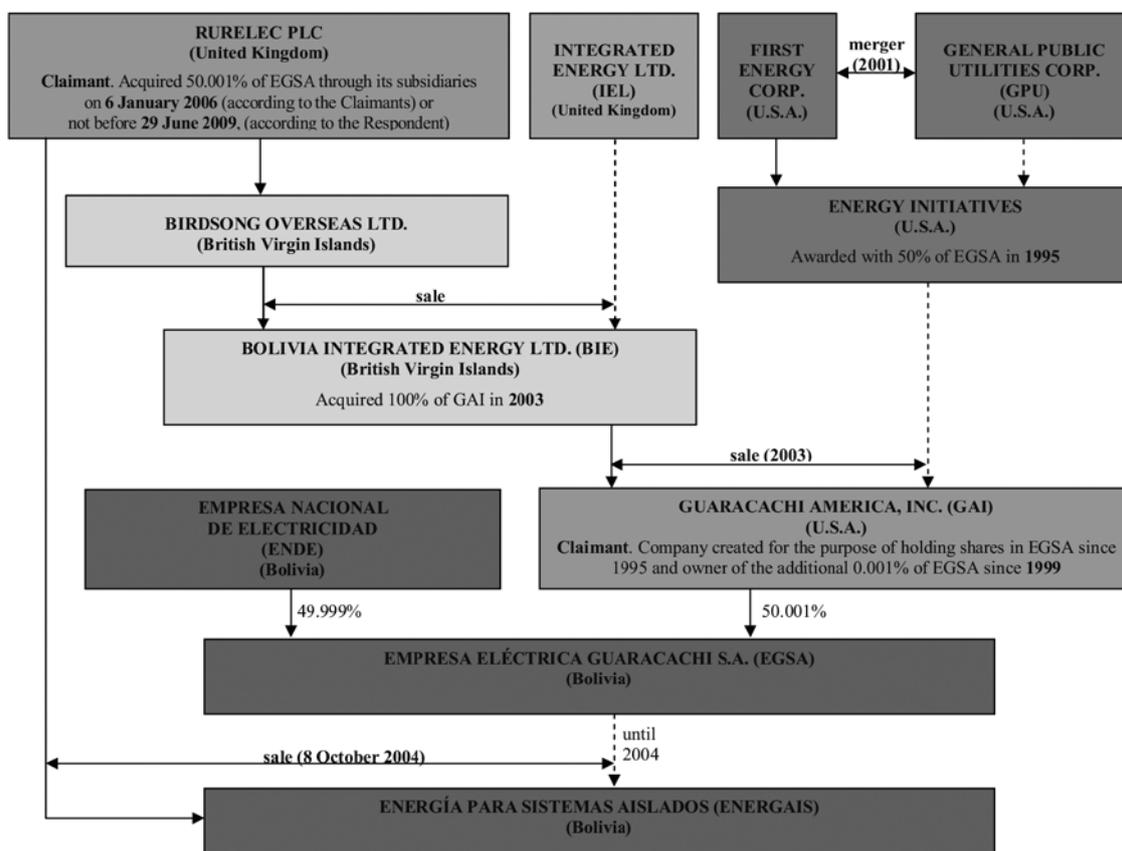
被申立国はボリビアである。

1990 年代から、被申立国は、ボリビア電力公社 (**Empresa Nacional de Electricidad**、以下、「ENDE」という。) の分割・民営化を行った。その結果、3 つの発電会社が設立され、EGSA はそのうちの一つである。1994 年 EGSA の 50%の資本が公募入札手続にかけられ、1995 年に米国人であり **General Public Utilities Power Inc.**（以下、「GPU」という。）の子会社である **Energy Initiatives, Inc.**が落札し、これをうけて、**Energy Initiatives, Inc.**は、持ち株会社である GAI を設立した。[paras.95-122]

2001 年に GPU は、米国人である **First Energy Corp.**と合併した。2003 年に **First Energy Corp.**は GAI を連合王国法人である **Integrated Energy Limited**（以下、「IEL」という。）の子会社であるブリティッシュバーズンアイランド法人 **Bolivia Integrated Energy Limited**（以下、

「BIE」という。)に譲渡した。さらに、連合王国法人である Rurelec が子会社を通じ BIE から GAI を買収した。この時点における当事者の関係図は次の図表の通りである。[paras.123-132]

Figure 2: Final Shareholding Structure of EGSA



出典：本件仲裁判断 p.31 figure2

操業開始後、事業の収益性に影響を及ぼす事象が生じた。すなわち、2001年及び2007年に、Capacity Price 算定方法が変更された。最終的には17%のCapacity Priceの減少が生じ、EGSAのキャッシュフローに影響がでた。[paras.138-142]

また、Spot Price 算定方法の変更によって、これによって、EGSAをはじめとした最も効率的な発電事業を行っている企業の利益率が減じられた。被申立国は、この変更について、価格決定システムの最適化を理由とした変更であると主張をしている。すなわち、低効率な発電プラントの存在により引き起こされるSpot Priceの歪みを取り除き、発電業者が期せずして利益を得てしまうことにより消費者が害されることを防ぐためとのことである。また、被申立国は環境政策目的でもあると主張している。[paras.144-150]

その後、2010年5月1日、ボリビア軍が突如EGSAの事務所に現れ、国有化する旨のバナーを掲示し、同日モラレス大統領はEGSAの国有化を命ずるデクレ（以下、「国有化デクレ」という。）を発した。その結果、GAIが所有していたEGSAの株式の全てがENDEに移転された。

国有化デクレ 2 条 3 項に従って、政府により選定される者により行われる評価プロセスにより決定される国有化に対する補償を ENDE から GAI に行うことになっており、それは 120 日の間に予定されることになっていた。他方、国有化デクレ 2 条 5 項及び 5 条によれば、EGSA の債務は補償額から控除されることになっていた。しかしながら、国有化デクレに基づく最終的な評価では、EGSA の資産はマイナスと評価され、それ故ボリビアは GAI に対して国有化に対する補償を行う義務はないとされた。[paras.151-160]

II. 当事者の主張

以上のような、ボリビアの行為について、申立人らは、本件仲裁廷に対して、次の 3 点に関して本件に適用される条約及び国際法違反の宣言を求めた。すなわち、①被申立国が、申立人らの投資を迅速、公正、適切、かつ効果的な補償なく収用したことが、米国-ボリビア BIT3 条及び連合王国-ボリビア BIT5 条、及び、国際法に違反すること、②被申立国が行った Capacity Price および Spot Price の変更は、申立人らの投資に対し、被申立国が公正衡平待遇をしていないこと、完全な保護及び保障を与えていないこと、不合理かつ差別的な手段で投資を損なったことに該当し、米国-ボリビア BIT2 条 3 項及び連合王国-ボリビア BIT2 条 2 項に違反すること、③被申立国が、申立人らの条約上保護される投資に関する請求を主張する及び権利を実現する効果的な手段を提供しなかったことが、米国-ボリビア BIT2 条 4 項及び連合王国-ボリビア BIT3 条に違反すること、である。[para.281-289, 299, 331]

申立人らは、紛争の通知 (notice of dispute) 及び仲裁の通知 (notice of arbitration) においても触れていなかった条約違反についても (new claims、以下、「本件新規請求」という。被申立国による手続の分離に関する申立てに対する答弁において主張している。[para.23]

そして、上記の違反を理由として、申立人らはおよそ 136 百万米ドルの損害賠償などを請求した。[para.331]

このような仲裁申立てに対して、被申立国は、まず、以下の理由に基づいて仲裁廷の管轄権を争った。すなわち、①米国-ボリビア BIT 及び連合王国-ボリビア BIT に従って、申立人らが、単一の国際仲裁手続を申し立てることに被申立国は同意をしていないこと、②申立人 Rurelec は「投資家」に該当しないこと、Rurelec の投資は連合王国-ボリビア BIT の適用対象外であるブリティッシュバージンアイランド法人を通じて行われた間接的投資であるため、連合王国-ボリビア BIT により保護される投資に該当しないこと、③GAI は、第三国の国民により保有され、米国内において営業活動をしていないため、米国-ボリビア BIT12 条の利益否認条項を援用すること、④本件新規請求は条約に従った請求ではないこと、⑤本件新規請求はボリビア法が専属的に規律する範囲に属し、条約に基づく国際的な紛争ではなく、そのような請求を行うことは、米国-ボリビア BIT も連合王国-ボリビア BIT も認めていないこと、などを主張し、仲裁廷の管轄権を争った。[paras.164-280]

また、本案について、被申立国は、以下の理由から、申立人らの請求の棄却を求めた。すなわち、①EGSA の公正市場価値 (Fair Market Value, FMV) がゼロだったというだけで、被申立

国は違法な収用をしていないこと、②申立人らの主張する公正衡平待遇違反については、被申立国に対する投資家の正当な期待が要件とされるが、Spot Price 及び Capacity Price の変更に対する投資家の正当な期待は存在していなかったこと、③完全な保護及び保障が与えられなかったと申立人は主張するが、規制枠組の変更は公正かつ衡平なものであったこと、また不合理かつ差別的なものではなかったことなどの理由を主張した。[paras.290-330]

三 判断概要：

Ⅲ. 判断要旨

1. 申立人らにより二つの BIT に基づき単一の仲裁手続に申し立てられた請求について、本件仲裁廷は管轄権を有する。
2. 米国－ボリビア BIT における利益否認条項を被申立国が援用したため、GAI の請求に関する本件仲裁廷の管轄権はない。
3. Rurelec の間接投資に関する連合王国－ボリビア BIT に基づく請求について本件仲裁廷は管轄権を有する。
4. Rurelec による本件新規請求に関し、連合王国－ボリビア BIT に従った適切な通知が被申立国になされていないために、本件仲裁廷の管轄権はない。
5. 被申立国は、公正かつ効果的な補償をせずに Rurelec の投資を収用したため、連合王国－ボリビア BIT5 条に違反した。
6. 被申立国は、28,927,582 米ドルおよび年率 5.633331%の複利計算にて 2010 年 5 月 1 日から支払い済みまでに生じる利息を支払え。
7. 当事者の法的及びその他の費用は各自が負担すること。
8. 仲裁廷及び PCA の費用は、GAI 及び Rurelec と被申立国とで折半すること。

A. 管轄権に関する判断

(1) 二つの BIT に基づき単一の仲裁手続に申し立てられた請求について

連合王国－ボリビア BIT8 条及び米国－ボリビア BIT9 条において、投資受入国との間の投資紛争を仲裁に付託することができる旨規定されている。これらの BIT における投資受入国による仲裁の申し入れに関しては、2 つの申立人が、それぞれ単独で、あるいは単一の仲裁手続を申し立てることを禁じていない。また、仲裁手続における申立人らが単一の BIT に基づいた請求をなさねばならないとも規定はしていない。[para.336]

被申立国は、本件は申立ての併合であるため、全ての当事者の合意が併合のためには必要であると主張するが、本件は当初から二名の申立人が一つの被申立国を相手に仲裁を申し立てた事案であり、併合の議論は当てはまらない。[paras.338-340]

複数当事者仲裁は一般的に行われている実務であり、被申立国との間に仲裁合意があるという以上の条件は必要とされない。[para.342]

(2) Rurelec に関する管轄

連合王国－ボリビア BIT に基づいて Rurelec は保護されるべき投資家ではないと、被申立国は主張している。本件仲裁廷は、Rurelec が GAI を保有することにより被申立国に間接的に投資をしていることを認定する。[paras.348-351]

被申立国は、連合王国－ボリビア BIT は、間接的な投資を保護の対象としていないと主張している。しかしながら、多数の BIT が規定しているように、連合王国－ボリビア BIT1 条は、「投資」についてとても広範な (very broad) 定義を置いている。すなわち、「投資」は「every kind of asset which is capable of producing returns」と規定されており、この文言からは当然に間接的な投資は含まれるものと解される。ボリビアが締結している他の BIT の中には間接投資を明示的に条約上の保護対象としているものがあるが、そのことは、そうでない条約において間接投資が排除されていることを意味するものではない。また、たとえば連合王国－ボリビア BIT2 条 1 項において条約当事国は「その領域内において」投資を促進すると定めていることも、間接投資を排除する趣旨ではない。同 BIT1 条(a)(ii)は保護される投資の例として株式などの会社への持分を挙げている。したがって、同 2 条 2 項 (公正衡平待遇・完全な保護保証) にいう「(BIT 当事国の) 国民による投資」は、ボリビア国内における投資を有する会社の持ち分を有することにより間接的になされるものも含まれる。[paras.352-365]

(3) 米国－ボリビア BIT の利益否認条項について

米国－ボリビア BIT12 条は、いわゆる利益否認条項である。すなわち、第三国の国民が保有又は支配する会社であって、設立準拠国である本条約の締約国の領域内で実質的な事業活動を行っていない場合に、BIT により与えられる利益を他の締約国は否認する権利を留保すると規定している¹。この規定に基づき被申立国は GAI に関する管轄は否定されるとの抗弁をしている。GAI が設立準拠国において実質的な事業活動を行っていたとする十分な証拠は提出されていない。また、GAI は第三国の企業に所有され支配されている。それゆえ、米国－ボリビア BIT12 条に基づき被申立国は利益否認をすることができる。

本件において、ボリビアは答弁書(Statement of Defence)において初めて利益否認条項の援用を行ったことから、利益否認のタイミングが適切であったかの問題が生じる。本 BIT において仲裁条項を含む投資保護規定は利益否認条項と一体に(a package)なっており、投資家は利益否認の可能性があることを承知の上で投資をしているはずである。申立人らは、利益否認条項の適用を回避しようとするならば、GAI に実質的な事業活動をさせるなどの対応策が可能であったのに、それをしなかったのである。利益否認の目的は、条約上の利益を主張する投資家に対してその利益を否定することにあるため、利益の主張がなされた時点で利益否認がなされることは適切である。実際、紛争が生じていない投資家について利益否認をするのは奇妙なことである。他方、仲裁廷の管轄権に関する抗弁については、本件仲裁手続に適用される UNCITRAL 仲裁規則 23

¹ US-Bolivia BIT 第 12 条。

条(2)に定められている時期までに行っており²、適法である。[paras.366-384]

(4) 「新規請求」に関する管轄権

本件仲裁廷は、新規請求が、本件仲裁手続における主たる請求とは、別の請求であると判断する。したがって、新規請求について仲裁を行うためには、適用される BIT に定める手続を踏む必要があるが、申立人らはこれに従っていない。それゆえ、本件仲裁廷は新規請求については管轄権を有しない。[paras.385-401]

B. 本案に関する判断

(1) 収用の違法性

被申立国は、EGSA の収用を行ったが、EGSA の FMV が債務超過になることから、補償支払いの必要はないとした。この査定が正しいならば、収用は適法である。しかし、被申立国が意図的にマイナス査定したとまでは言えないが、EGSA の FMV はマイナスではなく、したがって収用は違法なものである。[paras.436-441]

EGSA の FMV は、2010 年 5 月において、150.55 百万米ドルであり、EGSA の債務 92.7 百万米ドルを控除したものとなる。Rurelec の EGSA に対する持分を考慮に入れると、Rurelec に与えられるべき補償は 28.93 百万米ドルである。[paras.443-604]

Rurelec に与えられる補償に対して賦課される利息は、連合王国—ボリビア BIT5 条 1 項では、「支払いの日付における収用を行った締約国において適用されている商事又は法定の利息」が補償には含まれると規定されている。Rurelec は、本件収用が違法なものであるため、投資家の投資に対しては完全な補償が与えられるべきであり、これは利息についても適用されるべきであるとし、BIT の規定とは異なる利息の適用を求めたが、仲裁廷は、本件収用が違法なものであったか否かを BIT は区別していないと判断する。したがって、BIT の規定に従い、ボリビア中央銀行がウェブサイトにおいて公表していた米ドル建コマーシャル・ローンに適用すべきとされていた利息を適用する。[paras.605-617]

² UNCITRAL 仲裁規則(2010)23 条(2)は、「A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised no later than in the statement of defence or, with respect to a counterclaim or a claim for the purpose of a set-off, in the reply to the counterclaim or to the claim for the purpose of a set-off. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that it has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.」と規定している。

67 : Churchill Mining PLC v インドネシア共和国 (ICSID Case No. ARB/12/14)
(JCA ジャーナル 2014 年 9 月号 (60))

判断年月日 : 2014 年 2 月 24 日 (管轄権決定)

仲裁廷の構成 : Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス・長)、Michael Hwang (シンガポール)、
Albert Jan van den Berg (オランダ)

一 判断のポイント :

- ・ ” shall assent ” という表現が事前の仲裁同意を構成するか否かという問題につき、英国・インドネシア BIT に関する条約の準備作業に依拠した解釈を行い、これを肯定した。
- ・ 同 BIT が規定する投資の「適法性」要件につき、投資の適法性又は違法性の判断時期は投資段階であると認定した。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 背景

1. 東クタイ県石炭プロジェクト (paras. 7-10)

本件は、Churchill Mining (イングランド法人。以下「Churchill」又は「申立人」という。)及びその完全子会社である Planet Mining (オーストラリア法人。以下「Planet」という。)が、インドネシア法人数社と共に、インドネシア東クタイ県(カリマンタン島)において計画した石炭プロジェクト(The East Kutai Coal Project、以下「EKCP」という。)に起因する紛争である。

2. 2005 年の事業許可及び Churchill 及び Planet による事業取得 (paras. 11-19)

2005 年 11 月 23 日、インドネシア投資調整委員会(以下「BKPM」という。)は、PT Indonesian Coal Development (ブリティッシュ・バージンアイランド法人である Profit Point Group 及びインドネシア市民である Rinaldi 氏が設立。以下「PTICD」という。)に対し、インドネシアにおいて設立された外国直接投資会社(以下「PMA」という。)として、鉱業分野で事業を行うための許可を与えた(以下「2005 年 BKPM 許可」という。)。同許可のもと、PT ICD は、鉱業支援サービス、つまり「一般的な鉱業プロジェクトの建設事業計画に関するコンサルティング」を行うことができるとされていた。同許可には、次のとおり、投資紛争解決国際センター(ICSID)における仲裁に言及する紛争解決条項がおかれていた。「会社とインドネシア政府との間の紛争が協議によって解決できない場合には、インドネシア政府は ICSID 条約の規定に従った紛争解決に従う用意がある。」

2006 年 4 月、Churchill 及び Planet が、Profit Point Group 及び Rinaldi 氏からそれぞれ、

PT ICD の株式を取得した (Churchill が 95%、Planet が 5%)。2006 年 5 月 8 日、BKPM は PT ICD の上記資本構成の変更を承認した(以下「2006 年 BKPM 許可」という。)。2006 年 BKPM 許可は 2005 年 BKPM 許可の条項を援用するものであった。2007 年 8 月 31 日、エネルギー及び鉱物資源省並びに BKPM は、PT ICD に対し、鉱業支援サービスを行うための恒久的許可を与えた。

3. Ridlatama グループと測量業ライセンス (paras. 20-28)

本件に関連する事業主体として、インドネシア人 4 人が保有する 7 社から構成される Ridlatama グループが存在する。2007 年 5 月 25 日、Ridlatama グループのうち 2 社に対し、EKCP の対象となる地域 (以下「EKCP 対象地域」という。)における測量業ライセンスが発行されたことを受け、PTICD (Churchill 及び Planet) とこれらの会社との間で、協力契約、投資契約及び株式質契約が数度にわたり締結された。

4. 2008 年 KP 調査採掘ライセンス及び 2009 年 IUP 採掘ライセンス (paras. 29-33)

2008 年 4 月、東クタイ県は、Ridlatama グループの数社に対し、期間 3 年 (1 年ごと 2 回の更新可能性付) の、「掘削及び鉱物資源の確定を含む詳細な測量」の許可を内容とする KP 調査採掘ライセンスを発行した。2009 年 1 月、インドネシアは鉱物資源及び石炭の採掘に関する法 No. 4/2009 を制定した。同法及び施行規則 No. 23/2009 は、従前の KP ライセンスと呼ばれる試験採掘ライセンスシステムに代わり、鉱業事業の新たなライセンスシステムを採用するものであった。上記各社は、2009 年 3 月、東クタイ県に対し、保有する調査採掘ライセンスを採掘ライセンスに転換し、新たな規制枠組みに沿う形にするための申請を行い、同月、東クタイ県は、上記転換を承認し、新たに IUP 採掘ライセンス (ライセンス期間は 20 年間 (10 年ごと 2 回の更新可能性付)) を発行した。

5. Churchill 及び Planet による PT TCUP の株式取得 (para. 38)

2009 年 3 月及び 5 月、東クタイ県は、Ridlatama グループの関係各社に対し、国内及び外国企業と協力関係に入ることの許可及び資本構成の変更の承認を与えた。2010 年 3 月、Ridlatama グループの 1 社である PT TCUP は PMA として操業することにつき BKPM の許可を取得し、同年 6 月、PTTCUP は法務人権省の許可を得て資本増資を行い、PT ICD がその 99.01%、Churchill が残りの 0.99%を保有するに至った。

B. 紛争

1. 2010 年の取消命令 (paras. 34-37)

2010 年 4 月、林野省は、東クタイ県に対し、Ridlatama 各社は林野省の許可を得ずに操業している等の理由から、これらに対する EKCP 対象地域におけるライセンスを取消すよう要請し、東クタイ県は、上記要請及び東クタイ県鉱業局による報告書に基づき、2010 年 5 月 4 日、

Ridlatama グループに対する IUP 採掘ライセンスを取り消した。

2. インドネシア国内裁判所における取消命令無効申立手続 (paras. 39-47)

2010年5月の取消命令を受け、2010年8月25日、Ridlatama グループの関係各社は、インドネシアを相手方として、取消命令の無効を主張し、サマリダ行政裁判所に訴訟を提起したが、同裁判所は、2011年3月、これらに対するライセンス取消命令はいずれも有効なものと判断し、これらに対する控訴及び上告はいずれも棄却された。

II. 手続の併合 (paras. 58-60)

2012年5月、Churchill が英国・インドネシア BIT に基づき、同年11月、Planet がオーストラリア・インドネシア BIT に基づき、それぞれ ICSID に対し仲裁手続開始の請求を行った。両仲裁手続は、紛争当事者全ての合意に基づき併合された（ただし、一つの決定及び仲裁判断とすることにつき合意は得られなかった）。(paras. 58-60)

III. インドネシアによる管轄異議

インドネシアは、次の3つを理由として管轄異議を申立てた。(1)英国・インドネシア BIT7 条1項は ICSID 仲裁に対する同意を規定していない。(2)2005年BKPM 許可は Churchill の請求につき ICSID 仲裁の同意を規定していない。(3)問題となる投資は、1967年外国資本投資法に従って許可されたものでないため、英国・インドネシア BIT2 条1項が対象とする投資と認められない。

三 判断概要：

IV. 仲裁廷の判断

A. 同意の有無

1. インドネシアの主張 (paras. 97-123)

英国・インドネシア BIT7 条1項は「他方の締約国の国民又は法人がその領域内において投資を行い、又は行おうとする締約国は、かかる国民又は法人による、その投資に関し生じる紛争を ICSID 仲裁又は調停に付託する要請に対し同意するものとする (shall assent)」と規定する¹ところ、インドネシアは、次の6つを理由として、” shall assent” という文言は、ICSID 仲裁に対する「自動的」同意を与えるものではないと主張する。(1)同文言の通常の意味は、同意に係る追加的な行為を必要とするものであり、7条1項は、締約国に、その資格がある投資家から仲裁同意を要請された場合に、同意を与えることを要求するにとどまる。(2)7条1項は、インドネシアに、他の仲裁要件が満たされない場合、とりわけ当該投資がインドネシアの外国資本投資

¹ 英文は次のとおり。” The Contracting Party in the territory of which a national or company of the other Contracting Party makes or intends to make an investment shall assent to any request on the part of such national or company to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 March 1965 any dispute that may arise in connection with the investment.”

法に従って許可されたことという 2 条 1 項の要件を満たしていない場合に、同意を拒否する権限を与えるという「2 段階」の процедуруを設けるものである。(3)投資の奨励及び保護は当該 BIT の唯一の目的ではなく、締約国は、他方の締約国の投資家による投資を奨励するという政策と他の政策的考慮（BIT の保護の範囲外にある投資に関する紛争につき ICSID 仲裁を適用しない余地を残すことを含む）とを調整することができる。外国投資の審査は、7 条 1 項に反映されている合法的な政策である。さらに、投資の奨励及び保護という目的は、” shall assent ” という文言の通常の意味に優先されるべきものではない。(4)1970 年代には ICSID 仲裁に対する無条件の直接同意はむしろ一般的ではなく、1976 年に当該 BIT が締結された時の締約国の本来の意図を判定するにあたっては、同時性の原則（the principle of contemporaneity）を適用すべきである。(5)” shall assent ” という文言の解釈に係るインドネシアの主張はほぼ統一的に学説により支持されている²。(5)Millicom 対セネガル事件（以下「Millicom 事件」という。）において、仲裁廷は、オランダ・セネガル BIT 中の” devra consentir (shall assent)” という文言につき、当該文言は「セネガルによる ICSID 仲裁に服する旨の一方的申込み且つ約束であると考えるのが合理的である」旨認定したが、Millicom 事件仲裁廷は、先に引用した文献のいずれも議論することなく上記結論に至っていること、「許可された投資」アプローチに反映される本件 BIT の構造は、投資が「国内法に従う」ことを要求する（同事件で適用された）オランダ・セネガル BIT とは明らかに異なること等に照らせば、本件は同事件とは区別される。特に、同 BIT2 条 1 項は、協定上の保護を、インドネシアの 1967 年外国資本投資法（及びその改正法）に従って許可された投資に限っているところ、Churchill による投資はこの要件を満たさないため、インドネシアがこれに対し仲裁同意を与えないことは正当である。

次にインドネシアは、次を理由として、2005 年 BKPM 許可セクション IX(4)は ICSID 仲裁に対する同意を構成しないと主張する。(i)BKPM は ICSID 仲裁に対する同意を与える権限を有しない（インドネシア憲法上、ICSID 仲裁に対する同意を与え得るのは大統領のみであり、大統領からの権限の委任の有無が問題であるところ、2005 年 BKPM 許可はかかる権限の委任を規定しない。）、(ii)セクション IX(4)の「用意がある」との文言はインドネシアの同意を含むものではない、(iii)セクション IX(4)の紛争解決条項は、PT ICD との間の紛争にのみ適用されるものであり、Churchill 及び Planet といった、同社の株主との間の紛争には及ばない、(iv)本件 BIT は仲裁同意の要請後にインドネシアにより与えられる同意のみを想定している。

2. Churchill の主張 (paras. 124-147)

Churchill の主張は、要旨次のとおりである。“shall” という言葉の通常の意味は拘束力ある義務を規定するものであり、インドネシアに「拒否権」や裁量を与えるものではない。かかる解釈は他の締約国の領域内にある外国投資に対する優遇的待遇を与えるという当該 BIT の目的に

² 引用された学術文献は多岐にわたる（本件管轄決定注釈 127 参照）が、特に、Aron Broches, “Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes”, in Jan C. Schultz & Albert Jan van den Berg(eds.), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration* (Kluwer Law, 1982), p. 66; Schreuer et al., *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2nd ed., 2009), pp. 208-209 を含む。

も合致する。インドネシアの解釈は同 BIT の条約の準備作業によって裏付けられず、その引用する学説も同 BIT 準備作業に依拠していない。

仮に仲裁廷が、英国・インドネシア BIT が別個の同意に係る行為を要求すると判断したとしても、被申立国は仲裁同意を 2005 年 BKPM 許可において与えており、かかる同意は、2006 年 BKPM 許可を通じ、申立人に与えられている。

3. 仲裁廷による検討 (paras. 148-239)

英国・インドネシア BIT7 条 1 項につき、当事者の意見の相違は「同意するものとする」「shall assent」という文言の意味にあるが、“shall”という単語が義務を規定することは争いがなく、仲裁の要請に対し被申立国は承諾の裁量を有するものではないという申立人の主張は支持に値する。他方、“shall”という単語は将来の行為を予定する概念であるとも理解し得る。したがって、“shall”という単語のみから結論を導き出すことはできない。なお、“assent”と“consent”という言葉の意味に実質的な差異は認められない。

インドネシアの解釈によれば、仮に仲裁廷が、同国に同意の義務があると判断したとしても、それを強制することはできず、このような場合、本件 BIT8 条が規定する国対国の仲裁のみが、インドネシアが正当に同意を与えないことができるか否かを決定できるということとなるが、この理論には少なくとも次の問題がある。まず同 BIT 上、投資家対国の仲裁規定と国対国の仲裁規定との間に、何らの連携もない。次に、仮に 8 条に基づく国対国の仲裁廷が、インドネシアが Churchill の仲裁要請に応じる義務があると認定したとしても、同仲裁廷は、インドネシアの同意の欠缺を治癒する立場にはない（インドネシアに特定履行を命じることはできるが、Churchill が実際に ICSID 仲裁を提起できるか否かは、インドネシアがかかる命令に従うか否かにかかることになる）ため、Churchill が実際に ICSID 仲裁に訴えを提起できない可能性は残る。さらに、ICSID の枠組みの中では、仲裁同意は仲裁の要請が行われた時点で存在していなければならないところ、インドネシアの解釈は、7 条 1 項に基づく同意は要請が行われた後に行われることを前提としており、かかる要求と合致しない。

結論として、“shall assent”という文言の（通常の）意味については 2 つの解釈が可能であり、さらに、文脈及び同 BIT の目的も、いずれの解釈を明確に支持するとは認められず、ここまでの検討によっても“shall assent”という文言の意味は不明確かつあいまいというほかない。

したがって、仲裁廷は次に、ウィーン条約法条約 32 条に従い、補助的解釈手段として、学術文献、先例、インドネシア及び英国の条約実務及び英国・インドネシア BIT に関する条約の準備作業を検討する。まず学術文献につき、インドネシアが依拠する学説は、英国・インドネシア BIT につき詳細な検討を加えるものではなく、締約国の意思を示す文献や議論の詳細な検討も欠くものであるため、本件につき決定的な影響を有するものとは認められない。次に先例につき、申立人が依拠する Millicom 事件決定は、該当する判断を行うにつきウィーン条約法条約の解釈プロセスにどのように従ったかを明らかにしておらず、本件の助けとなるものとは考えない。

英国及びインドネシアが第三国と締結した、同様の事柄を取り扱う条約は解釈の補助手段とし

て正当に利用できるどころ、英国の BIT に係る条約実務には、投資家に対し国際仲裁のアクセスを許す一貫した実務の存在を示すものの、インドネシアの BIT に係る条約実務はかなりのばらつきを示している。したがって、締約国と第三国との間での条約実務をもって、“shall assent” という文言の意味につき結論を導くこともできない。

条約の準備作業について、仲裁廷は、英国の条約の交渉段階における書面（主に英国の官吏の内部メモ、英国条文案及びインドネシアから提出された対案）を入手した。7条につき当事国の共通の意思を明確に示す交換書面等は含まれていないものの、これらは次のとおり、解釈に有用な指針を提供する。同 BIT の交渉は 1974 年及び 1975 年に行われた。当初の条文案は英国から示され、紛争解決条項は、英国モデル BIT と同様に” hereby consent” の表現を有していた。これに対し、インドネシアは 1974 年 3 月、同年 11 月及び 1975 年 9 月に、3 つの対案を提示した。これらの資料は、次の点において、インドネシアの主張と決定的に整合しない。(1)インドネシアが提出した第 2 対案は、” hereby consents” との文言を採用しており、このことは、インドネシアが英国投資家に対し ICSID 仲裁への無条件のアクセスを与えることを是認していたことを意味する。(2)英国が(” shall assent” と規定する)インドネシアの第 1 及び第 3 対案を受け入れなかった理由は、これらの対案が、投資家も締約国の意思によって ICSID に紛争を付託することを義務付けられるという、同意の相互性を規定していたためであった。(3)インドネシアが英国のモデル BIT の紛争解決条項を採用できないとした理由は、それが調停を規定しないためであった（つまり、(2)と(3)は、投資受入国の同意とは関連のない争点である）。(4)交渉における最大の争点は、有効な同意の有無ではなく、外資が支配する現地法人に ICSID 提起の権利を与えるか否かという点であったことが認められるところ、仮に、交渉者が、同意が投資受入国の意思に従い事案ごとに与えられるものと理解していたとすれば、この点は争点となっていなかったであろうと考えられる。これらの記録は、” shall assent” と” hereby consent” の選択を、英国もインドネシアも争点と考えていなかったことを示しており、インドネシアが主張するような「2段階」の手続を規定するという意図はおろか、同意を事案ごとに与えるという意図も読み取ることはできない。以上から、条約起案者は、” shall assent” という文言に “hereby consents” 又はその類似の文言と同じ機能を与えていたものと考えられるため、インドネシアは、本件につき、7条1項に基づき、事前の仲裁同意を与えたものと認められる。

なお、仲裁廷は、仮に別個の同意の表明が BIT 上要求されていたという結論に立ったとしても、次のとおり、BKPM 許可に基づいて ICSID 仲裁の同意の存在は認定可能であったことを付言する。本件 BIT7 条 1 項は、紛争付託に先立ち ICSID 仲裁に対する同意を与えることを排除しておらず、2006 年 BKPM 許可の文言は、ICSID の書面による同意という要件を満たす同意の表現と認められるうえ、BKPM は、外国投資を処理する権限を与えられ、直接に大統領に報告を行う政府機関であるから、ICSID 仲裁に同意を与える権限を有している。

B. 申立人の投資が BIT 上保護を受けるか否か

1. 被申立国の主張 (paras. 240-266)

インドネシアは、英国・インドネシア BIT2 条 1 項は、同 BIT は 1967 年外国資本投資法に従って許可された投資にのみ適用があることを規定するところ、申立人の投資はこの要件を満たさないのであるから、仮に ICSID 仲裁に対するインドネシアの同意の存在が認められたとしても、申立人の投資に本件 BIT の保護は及ばないと主張する。主張は大要、次のとおりである。許可要件は、いったん許可が下りれば満たされるという入口要件ではなく、外国投資家が BKPM 許可の文言に反する活動に従事した場合にも継続的に適用があると解すべきである。ここで、申立人が Ridlatama 各社と各種契約を締結したことは、1967 年外国資本投資法 33 条（「有限責任会社の形式で資本投資を行う国内及び外国投資家は、他方の当事者のために及びこれに代わって、当該有限責任会社の株式の保有を確認するいかなる契約又は声明も行ってはならない。かかる契約は法の適用により無効となる。」）に反するものであったほか、申立人らによる鉱業事業活動に関し、ライセンス外の活動を行った等複数の違法行為が存在する。

2. 申立人の主張 (paras. 267-283)

申立人は、2 条 1 項の許可要件は投資設立段階でのみ適用されるものであり、いったん許可された投資はその後本件 BIT の適用を受けると主張し、その上で、申立人が得た必要な許可又はライセンスのいずれにおいても、PT ICD が外国資本の会社であることは明示的に言及されていたと主張する。

3. 仲裁廷の判断 (paras. 284-315)

争点は、2 条 1 項の時的適用範囲、つまり適法性要件が国内参入の時点のみに適用されるのか、投資活動の期間全体にわたって適用されるのか、という点である。この点、“to admit” という動詞及び “admission” という名詞の定義及び、許可を「与えられた (have been granted)」ものでなければならない、という 2 条 1 項の表現に照らせば、同条同項の許可要件は、英国投資家が参入時に満たさなければならない入口を設定するものと理解される。この理解は、次のとおり、文脈によっても支持される。2 条は「協定の適用範囲」との条文タイトルが示すとおり、仮に当該活動が 1 条 1 項のもとで投資と認められたとしても、2 条が規定する要件を満たさなければ協定の保護を受けないことを意味している。従って、許可要件は管轄を決定する性質を有しており、必然的に、プロジェクトの期間にまたがってではなく、参入時点に適用されることとなる（先例として *Fraport v. Philippines* , ³*Hamester v. Ghana*⁴を参照）。

本件許可要件は、1967 年外国資本投資法及びその改正法との適合性のみを要求するものである。この点、上記 33 条は、2007 年改正法によって付加されたものであるところ、Churchill が PT ICD の株式取得につき BKPM 許可を取得したのは 2007 年投資法の発効前の 2006 年 5 月 8 日であるから、1967 年外国資本投資法を適用して本管轄異議を判断する。BKPM が本件 BIT2 条 1 項に規定される、投資許可を与える責任を有する政府機関であることは争いがなく、BKPM

³ *Fraport AG v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award of 16 August 2007, para. 345.

⁴ *Hamester v. Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award of 18 June 2010, para. 127.

は、2004年の大統領命令 No.29.409 の下で、関係省庁から、1967年外国資本投資法に基づく資本投資の許可を発行する権限を委任されていた。次に、鉱業分野への外国投資は PMA を通じてのみ可能であったところ、PT ICD が BKPM から PMA となることの許可を得ていたことは争いがなく、PT ICD の設立を認めた 2005 年 BKPM 許可は、プロジェクトの内容や業務分野を明示した上で、次の文言により、PT ICD に対し投資許可を与えるものであった。「インドネシア共和国政府は投資許可を与える。この許可は、当該会社が恒久的事業ライセンスを取得するまでの暫定的ライセンスとしても適用される」。PTICD の Churchill (95%) 及び Planet(5%) への売却（資本構成の変更）は 2006 年 BKPM 許可により許可されているところ、2006 年 BKPM 許可は、基本的に 2005 年 BKPM 許可を取り込んだものであった。以上のとおり、PT ICD が 2005 年 BKPM 許可を得ていたこと及び、その資本構成の変更につき 2006 年 BKPM 許可が与えられていたことに照らし、仲裁廷は、Churchill は 2006 年 5 月に投資を行う時点において必要な許可を取得しており、英国・インドネシア BIT2 条 1 項が規定する要件を満たすとの結論を採用し、インドネシアの 2 番目の管轄異議は棄却する。なお、本件管轄決定は申立人の投資活動における違法性につき何らの判断を行うものではなく、この点は本案において検討する。

4. 結論

以上から、本件について、仲裁廷は管轄を有する。

68 : National Gas S.A.E v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/11/7)
(JCA ジャーナル 2016 年 2 月号 (75))

判断年月日 : 2014 年 4 月 3 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : V.V. Veeder (英国・長)、L. Yves Fortier (カナダ)、Brigitte Stern (フランス)

一 判断のポイント :

- ・ ICSID 条約 25 条 2 項 b 号後段の場合の「他の締約国の国民」とは、①当事者が、ICSID 条約の目的のために、紛争の当事者である締約国の国籍を有する法人を他の締約国の国籍を有する者として扱うことに合意していること (主観的要件)、②当該法人が外国人の支配下にあること (客観的要件) の 2 つの要件が満たされた場合であると判断した例。
- ・ ICSID 条約 25 条は、締約国と「他の締約国の国民」との間で当事者間の紛争を投資紛争解決国際センターに付託する旨の同意がある場合には管轄権が及ぶとの原則を定めており、ICSID 条約 25 条 2 項 b 号後段は、同原則の限定された例外としてのみ機能するところ、申立人が紛争の当事者である締約国の国民 (二重国籍者を含む) により支配されている場合に管轄権を認めることは、同条 1 項及び同条 2 項 b 号前段が定める一般的な制約に反し、ICSID 条約の意図とは明らかに異なる目的のための利用を認めることになり、ICSID 条約の限界を超えることになる (breach its outer limits) と判断した例。

二 事案の概要 :

I. 本件の概要

1. 本件の当事者等並びに関連する ICSID 条約の条項及び本協定の条項

(1) 本件の当事者等

申立人は、エジプト・アラブ共和国 (以下「エジプト」という) の法律に基づき設立された会社であり、被申立国は、エジプト・アラブ共和国である。

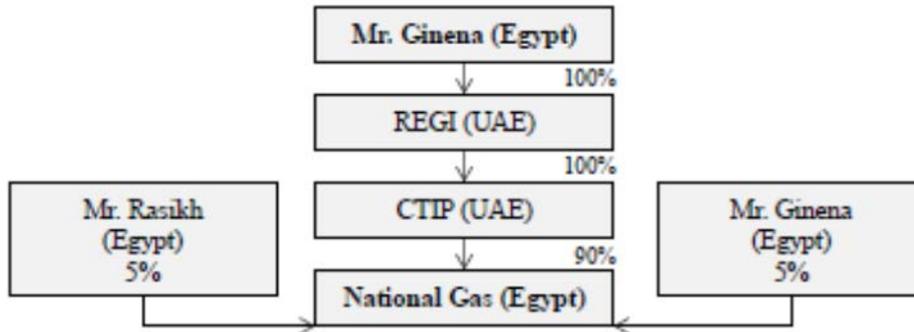
申立人は、UAE の Jebel Ali free zone の法律に基づき設立された CTIP Oil & Gas International (以下「CTIP」という) により株式の 90% を所有されており、CTIP は、同じく UAE の Jebel Ali free zone の法律に基づき設立された “REGI” という会社の完全子会社であり、エジプト人である Reda Ginena 氏 (エジプトとカナダの二重国籍者) が REGI の株式を全て所有している。

申立人 (National Gas Egypt) の株式所有関係を図示すると下記のとおりである (para.

93)。

仲裁廷は、CTIPがREGIに100%所有されているペーパー・カンパニー(shell company)であり、REGIは、Reda Ginena氏により100%所有されているペーパー・カンパニー(shell company)であり、商業的な実態としては、Reda Ginena氏が申立人を支配していると事実認定している(para. 144)。

記



(2) 関連する ICSID 条約の条項

本件仲裁の争点となった ICSID 条約の条項は以下のとおりである。

ICSID 条約 25 条 1 項及び 2 項:

- (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.
- (2) “National of another Contracting State” means:
 - (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and
 - (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that

date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

(3) 関連する本協定の条項

本件仲裁の争点となったエジプト・UAE 投資協定の条項の英訳（正文アラビア語）は以下のとおりである。

投資協定 1 条 3 項:

[defines] “investor” [as:] “[...] any of its natural or juristic persons that are investing in the territory of the other Contracting State”

投資協定 10 条 3 項:

In the event that it becomes difficult to reach a satisfactory resolution through local courts, each Contracting State agrees to the submission of the dispute which arises between it and an investor from the other Contracting State to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (referred to hereinafter as the “Centre”) to be settled through conciliation or arbitration by virtue of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States which was presented in Washington on 18 March 1965 to be signed (referred to hereinafter as the “Convention”), with respect to the following [...].

投資協定 10 条 4 項:

In case of the existence of a juridical person that has been registered or established in accordance with the law in force in a region [territory] [“iqlim” in Arabic, meaning a province or like territory] following a Contracting State [“tabai” in Arabic, meaning linked to or subject to a Contracting State], and an investor from the other Contracting State owns the majority of the shares of that juridical person before the dispute arises, then such a juridical person shall, for the purposes of the Convention, be treated as an investor of the other Contracting State, in accordance with Article 25(2)(B) of the Convention.

2. 手続の概要

申立人は、①申立人の仲裁をする権利及び②申立人と Egyptian General Petroleum Corporation との間の CRCICA¹仲裁における仲裁判断についての正義の否定と手続の濫用

¹ Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration

(denial of justice and abuse of process) を通じて収用 (expropriation) があったとして、被申立国に対し、2011年2月14日、エジプトと UAE との間の投資協定 (以下「本協定」という)²及び ICSID 条約に基づき、本件仲裁を申立てたものである。

本件仲裁において、被申立国は、仲裁廷の管轄権に関し 4 つの異議を申立てたところ (paras. 38-39)、仲裁廷は、2013年2月18日、人的管轄権 (jurisdiction *ratione personae*) 及び時的管轄権 (jurisdiction *ratione temporis*) に関する異議を他の異議及び実体に関する判断から bifurcate して審理・判断する旨の決定を下し、2014年4月3日、人的管轄権を欠いているとの被申立人の主張を認める旨の仲裁判断を下した (以下「本仲裁判断」という)。³

II. 当事者の主張の概要

1. 被申立人の主張 [paras. 75-98]

申立人が人的管轄権を欠いているとの異議に関する被申立国の主張は以下のとおりである。

まず、申立人は、エジプト人のコントロール下にあるエジプトの会社であり、外国人の支配下にはないため、被申立国に対し、本協定及び ICSID 条約に基づき、ICSID 仲裁を開始することはできない。

また、申立人が、二重国籍者であったとしても、国籍を有する国に対し、ICSID 条約に基づく管轄権が生じることはない。

さらに、ICSID 条約 25 条が定める不適格 (ineligibility) は絶対であり、当事者の同意によっても治癒されない。

加えて、ICSID 条約 25 条 2 項 b 号後段が定める例外は、①法人 (現地会社) は、「外国人の支配」下になければならないこと (客観的な条件)、②当事者は、かかる外国人の支配が既に存在することから、現地会社を締約国の国籍を有する者として取り扱うことに合意しなければならず (主観的な条件)、という 2 つの条件が満たされた場合にのみ適用される。

2. 申立人の主張 [paras. 99-114]

申立人が人的管轄権を欠いているとの被申立国の異議に対する申立人の反論は以下のとおりである。

² The Treaty between the Arab Republic of Egypt and the United Arab Emirates on the Encouragement, Protection and Guarantee of Investments signed 11 May 1997, which entered into force on 11 January 1999

³ 被申立人は、仲裁廷が管轄権を有しない根拠として、人的管轄権のほか、時的管轄権も主張していたが、仲裁廷は、前者に基づく異議を認め、後者の点については判断を示していないため、本稿でも人的管轄権についてのみ取り上げる。

まず、申立人は、UAE の会社である CTIP により 90% の株式を所有されているところ、ICSID 条約 25 条 2 項 b 号に従い、本協定 10 条 4 項に基づき、UAE の投資家として ICSID 条約の目的のためには取り扱われるべきである。

また、ICSID 条約 25 条 2 項 b 号における「外国人の支配」の要件は、ICSID 条約 25 条 1 項、並びに、本件では本協定 1 条 3 項及び同 10 条 4 項に基づく当事者の同意と不可部分な関係にあり、宙ぶらりんな抽象的概念ではない。

さらに、「外国人の支配」は、何をもって「外国人の支配」とするか当事者の合意により主として決定されるべきであり、当事者の合意とは離れた独立した概念により決定されるべきではない。

加えて、本協定 1 条 3 項が定める「投資家」の定義（締約国の地域に投資している「いかなる」法人をも含んでいる）、及び、同協定 10 条 4 項が、他の締約国からの投資家が、紛争が発生する前に、法人の株式の過半数を有する場合、当該法人は、ICSID 条約 25 条 2 項 b 号に従い、ICSID 条約の目的において他の締約国の投資家として取り扱われなければならないと定めていることに照らせば、①「投資家」の国籍、及び、②「過半数の所有」という 2 つのテストが満たされれば、「外国人の支配」は確立する。

なお、締約国間の合意に効力を認めるべきであり、制限あるいは除外する旨の規定により別途の合意がない限り、ICSID 条約 25 条 1 項及び同 2 項 b 号の目的において、国籍（外国人の支配を含む）の要件は外国籍の人が過半数の株式を所有することをもって充足されるとするのが他の仲裁廷の判断である。

三 判断概要：

III. 仲裁廷の判断の要旨

申立人からの人的管轄権に関する異議に関し、仲裁廷は以下のとおり判断し、申立人の異議を認めた。

まず、ICSID 条約において、当事者の同意だけでは、ICSID 仲裁廷の管轄権を確立するためには不十分である場合がある（para. 120）。

そして、ICSID 条約 25 条 1 項は、当事者の同意に関する一般的な制約を設けており、申立人が被申立国の国籍を有する場合、当事者の同意がある場合においても ICSID の管轄権を認めることを排除している。このような一般的な制約は、二重国籍者についても適用される（para. 120）。

また、ICSID 条約 25 条 2 項 b 項は、「紛争の当事者である締約国の国籍を有するいかなる法人であっても、外国人の支配があることから、当事者が[ICSID]条約の目的において他の締約国の国籍を有する者として取り扱うことに同意した場合」を一般的な制約に対する例外として定めている。かかる同意は、紛争の当事者間の合意のみならず、締約国間の条約によっても成立することについては争いがない（para. 124）。

そして、ICSID 条約 25 条 2 項 b 号後段に係る本件の主たる争点は、①同号後段が規定する「外国人の支配があることから、当事者が・・・他の締約国の国籍を有する者として取り扱うことに同意した」の意味及び効果、②本協定 10 条 4 項があるとなしにかかわらず、当該要件が満たされているといえるか否か、という 2 点である (para. 127)。

ICSID 条約 25 条 2 項 b 号後段の場合の「他の締約国の国民」とは、①当事者が、ICSID 条約の目的のために、紛争の当事者である締約国の国籍を有する法人を他の締約国の国籍を有する者として扱うことに合意していること (主観的要件)、②当該法人が外国人の支配下にあること (客観的要件) の 2 つの要件が満たされた場合をいう (paras. 130-131)。

また、主観的要件と客観的要件を満たすか否かのテストは同じではなく、主観的要件が満たされているからといって、客観的要件が満たされたとは限らない。すなわち、外国人により支配されていることから申立人を外国籍を有する者として取り扱う旨の当事者の合意は、法律上当然に管轄権を生じさせるものではなく、4「外国人の支配」は客観的に確認されなければならない (para.133)。

法人が外国人の支配下にあるという客観的要件を判断するに当たっては、紛争当事者間の明示の合意、及び、ICSID 締約国間の明示の合意を考慮することができる。このような合意は、反証可能な推定 (rebuttable presumption) として機能する場合があります⁵、また、合理的な基準 (reasonable criteria) に基づく合意であれば、これに該当する場合には、通常、客観的要件は充足される⁶ (para.134)。

しかしながら、このような合意にも制約がある。紛争の当事者である締約国の国籍を有する申立人が、紛争の当事者である締約国の国民 (二重国籍者を含む) により支配されている場合に管轄権を認めることは、ICSID 条約 25 条 1 項及び同条 2 項 b 号前段が定める一般的な制約に反し、ICSID 条約の意図とは明らかに異なる目的のための利用を認めることになり、ICSID 条約の限界を超えることとなる (breach its outer limits) (para. 134)。

本件では、申立人は、エジプト人 (カナダとの二重国籍) である Reda Ginena 氏により、ICSID 条約 25 条 2 項 b 号が意味するところの「支配」下にあることから、ICSID 条約 25 条 2 項 b 号後段の客観的要件が満たされていないため、仲裁廷には管轄権がない (para. 141-149)。

但し、仲裁廷による事実認定は、Reda Ginena 氏を非難するものではない。Ginena 氏が選択した会社の構造は、正当な会計上の理由から誠実になされたものであり、本協定の下でフォーラム・ショッピングをするために設計されたものではない。CTIP と REGI は、ペーパー・カンパニー (shell companies) であつたとしても、いんちきのエンティティー (sham entity) ではない (para. 146)。

⁴ 本仲裁廷は、Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1, Award dated 16 February 1994 を引用している。

⁵ 本仲裁廷は、Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1, Award dated 16 February 1994 を引用している。

⁶ 本仲裁廷は、Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction dated 27 September 2001 を引用している。

なお、申立人が手続に協力的であったことと、本件の争点が比較的先進的な論点であったことなどから、当事者は自己のコストを各々負担すべきである (paras. 155-156)。

69 : Achmea B.V. v スロバキア共和国 (PCA Case No. 2013-12)
(JCA ジャーナル 2015 年 4 月号 (66))

判断年月日 : 2014 年 5 月 20 日 (管轄判断)

仲裁廷の構成 : Laurent Lévy (ブラジル・長)、John Beechey (英国)、Pierre-Marie Dupuy (フランス)

一 判断のポイント :

- ・ 仲裁廷の管轄権を認めるための「紛争」要件は、条約解釈において当事者間に法の見解の対立があれば十分であり、具体的な違反行為の存在を主張することは必要ではない。
- ・ 仲裁廷の管轄権を認めるためには、申立人の主張が prima facie case であることを示すこと、すなわち、申立人は、自らが主張する事実が (一応真実であるとみなした場合において) 当該条約の関連条項に該当し得ることを示すことが必要である。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 背景事実

1. 民間医療保険会社への規制導入と Achmea I 事件

スロバキアは 2004 年、医療保険 (health care insurance) 市場を自由化し、医療保険会社が合弁会社を設立し収益を上げて株主に配当することを認めた。オランダの会社である申立人 Achmea B.V. (“Achmea”、以前の名称は Eureko B.V.) は、2006 年にスロバキア保険監視局から事業許可を受け、同年 3 月、Union zdravotná poisťovňa a.s. (“Union”) に約 7200 万ユーロを金銭による出資の形で投資し、Union の 100% 株主となった。Union の競合会社の 1 つは国営かつ最大手の Všeobecná zdravotná poisťovňa, a.s. (“VšZP”) で、もう 1 つはオランダの会社 Dôvera zdravotná poisťovňa, a.s. (“Dôvera”) であった。[paras. 2, 35-37]

2006 年 7 月に政権交替があり、新政府は医療保険会社に対して、「医療保険の利益を、会社と株主の裁量によるのではなく、医療保険目的にのみ使用すること」(利益の禁止) 及び「支払いを伴う保険契約証券の譲渡禁止」(譲渡の禁止) を定めた。[para. 39]

2008 年 10 月 1 日、Achmea は、スロバキアに対し、とりわけ上記措置がオランダ=スロバキア投資協定 (本条約又は本 BIT と略称する。) 3 条 (公正衡平待遇義務) 及び 4 条 (送金の自由) に違反するとして仲裁手続を申し立てた (「Achmea I 事件」)。同月 26 日、Achmea I 事件の仲裁廷は暫定措置命令を発した¹。2012 年 12 月 7 日、Achmea I 事件の仲裁廷は、スロバキアが利益の禁止と譲渡の禁止を導入することにより本 BIT 3 条及び 4 条に違反したと宣言し、スロバキア

¹ Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October, 2010.

に対して 2210 万ユーロを申立人に支払うことを命じた² [paras. 41-43]

2010 年 7 月 8 日、Radicova 女史が率いる新政府が Fico 氏の率いる政府に取って代わり、利益の禁止と譲渡の禁止の破棄を発表したが、2011 年 4 月 1 日に Fico 氏が政権に復帰した。[para. 47]

2. 単一公的医療保険制度導入への動き

Fico 氏は、2012 年 3 月 12 日、スロバキアの新聞のインタビューで、利益の禁止の再導入は彼の所属政党の優先事項の 1 つであると述べた。同年 6 月 30 日のラジオインタビューで、Fico 氏は、政府が 1 つの医療保険会社を目指すべきとの見解を明らかにし、これは Dövera と Union の株式購入又は収用のいずれかで行うことができると述べた。翌日のテレビで、Fico 氏は、公益目的のためかつ補償を伴う法律による収用は憲法上の制度であり、世界中で適用され得るものであると述べた。同年 7 月 19 日、スロバキアのニュース会社は、保健相が国による民間保険会社の買収も 1 つの選択肢であることを認めた、と報じた。[paras. 48-51]

2012 年 7 月 20 日、保健省は、スロバキアにおける単一公的医療保険制度の導入の意図に関する政府内の議論のための提案 (Intention Statement、「意図声明」) を公表した。意図声明は、スロバキアにおける単一医療保険会社の創設のために可能性のある 3 つの実施手段、すなわち、①民間医療保険会社の株主と国との間で、金銭的補償と引き換えに株主の関与なく国が買収することに合意すること、②民間医療保険会社の株主による株式・会社財産の自発的売却、及び③収用を示した。この意図声明は、収用は憲法に従って行われなければならないという事実を考慮している。このことは、収用が法律に基づいて、公益のため、最小限度において、十分な補償を伴って行われなければならないことを意味する。特にこの声明は、「本件では、公益性は、機能的かつ実効性のある公的医療保険メカニズムを創設する必要性とみなされる」と記している。[paras. 54, 59, 62]

2012 年 7 月 25 日、スロバキア政府は、「国内の単一公的医療保険制度の導入の意図」を承認し、「このプロジェクトを準備し」、この意図を「実施するための関連行為が 2012 年 9 月 30 日までに履行されるよう」保健相に対して指示する、政府決議第 383 号を發布した。[para. 65]

2012 年 9 月 25 日、政府決議第 383 号に関し、スロバキア保健省は、「スロバキア国内の単一の医療保険制度の実施プロジェクト」と題された、意図声明を実施するための提案 (「プロジェクトプラン」) を公表した。Transformation Act と呼ばれる法律を通じて実施されることになるプロジェクトプランは、単一医療保険制度の導入について、①民間医療保険会社の自発的売却の合意、② (合意不成立の場合の) 株式収用、③民間会社と国営会社の統合、の 3 段階に分けている。この手続の間、国は、VsZP 又は「資本金の 100%を国が出資し、単一化プロジェクトの実施のためにのみ国によって設立される法人 (統合会社) (Unitization Company)」と呼ばれる新会社のいずれかによって代理される。[paras. 70, 73-74]

プロジェクトプランは、収用の公益性について、「収用の目的は、公益のため、単一モデルを

² 前掲脚注 1 Award, 7 December, 2012.

保険市場に導入する目的を実現するために収用される資産に対する権限の取得を成し遂げることにある」と述べている。また、「収用の補償は、憲法に整合する方法（すなわち、スロバキアを拘束する国際法上の義務に整合することも含む。）で、無差別的かつ平等に（すなわち、金銭で）行われなければならない」と述べている。[paras. 77-78]

プロジェクトプランは、2012年10月8日まで続く立法コメント手続に付された。同月31日、スロバキア政府は、政府決議第606号を發布してプロジェクトプランを承認した。政府は、保健相に対し、スロバキア国内に単一公的医療保険制度を導入するためのプロジェクトの実施のために必要となり得る、すべての法的及び関連行為を準備する権限を与えた。同年12月20日、新聞が、Unitization Companyが保健省と財務省によって設立されたと報じ、2013年1月29日にスロバキアの商業登記簿に登録された。同年2月から5月の間、スロバキア政府は、何度かの機会において、Transformation Act 法案がほぼ完成していることを発表した。この法案は議会には提出されていない。[paras. 85, 87-88, 238]

3. V&ZP 及び国営病院の行為

2013年6月17日、V&ZPの事務局長である Forai 氏は、コシツェ Children's University Hospitalの局長に対して「completed hospitalization についての価格申出」を送付した。同月26日にスロバキア病院連合会の評議会議長兼会長が開催した会議には、保健相、V&ZP 事務局長のほか19のスロバキアの国営病院の代表が出席した。同年7月、17の国営病院（そのうち15の国営病院は前記会議に出席していた）は Union に対して、関連契約の満了日より前の同年9月30日に効力が発生する契約解除通知を送った。

申立人は、V&ZP がスロバキア病院連合会に対して、V&ZP と個別の国営病院との契約に関する新しい条件を連絡したと主張し、本 BIT3 条の公正衡平待遇義務違反を主張する。これに対して、スロバキアは、V&ZP がこれらの変更について調整的役割を果たしたことを否定し、契約解除に保健省が関係していることを否定する。[paras. 91-92, 94-95]

B. 仲裁申立て

2013年2月6日、Achmea は、本 BIT に基づき、1976年 UNCITRAL 仲裁規則に従って、スロバキアに対して仲裁通知書を提出した。同年6月5日、申立人は申立書を提出した。[paras. 1, 13, 16]

申立人は、収用のおそれがあることを理由とする本 BIT5 条違反と、収用手続に関連してなされた被申立国の行為について同3条の公正衡平待遇義務違反を主張し、仲裁廷に対して、(1) プロジェクトプラン等の条件による Achmea の投資の収用をしないよう被申立国に命ずること、及び、罰金を科すことを求めるとともに、(2) 本 BIT3 条の違反を宣言することを求めた。[paras. 96]

これに対し、被申立国は、本仲裁廷の管轄権についての抗弁として、(1) 実際の収用は行われておらず、被申立国の具体的な違反行為が存在しないため「紛争」要件を欠くこと、(2) 申立人

は、収用及び公正衡平待遇義務違反のいずれの主張についても prima facie case を示すことができていることを主張した。[paras. 122～, 189～]

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

A. 法的紛争の不存在の抗弁

紛争の存在は、仲裁廷が本条約に基づいて管轄権を有するための要件である。本条約は、「紛争」の用語を定義していない。8条1項は、投資に関する「すべての紛争」は可能であれば友好的に解決されなければならない、と定める³。8条2項の関連部分は、友好的に解決できなかったすべての紛争は、8条3項及び4項に基づいて構成される仲裁廷に付託することができる、と定める。[paras. 162, 165]

Black's Law Dictionary は、「紛争」を「争い又は論争；権利の主張の争い、相手方の反対主張又は申立てと衝突した、一方の権利、主張又は要求の主張」と定義している。[para. 166]

紛争の概念は、常設国際司法裁判所 (PCIJ) 及びその後継機関である国際司法裁判所 (ICJ) において長い間議論されてきた。Mavrommatis 事件で、PCIJ は、紛争を「法的又は事実の点における意見の不一致であり、法的見解についての争い又は二当事者間における利益の争い」と定義した⁴。ICJ は、紛争が存在するかどうかの評価は客観的な判断に従わなければならないことを明らかにした。申立人が紛争の存在を主張するだけでは十分ではなく、また、被申立国が紛争の存在を否定することでも十分ではない。南西アフリカ事件において、ICJ はさらに、単なる利益の争いでは十分ではなく、一方の当事者の主張が他方の当事者によって積極的に反対されなければならない」と判示した⁵。さらに ICJ は、「紛争の存在は、主張の客観的な妥当性にはかかわらない」と判断した⁶。[para. 167]

紛争は事実又は法的な訴えを含むことがある。法的な点での意見の相違は、法的な条文の存在、解釈又は適用に関連することがある。ICJ と PCIJ の判例から、紛争の存在は、申立人が具体的でかつ議論を伴う主張を提出し、被申立国がそれを否定する場合には、容易に認識される。したがって、本仲裁廷が管轄権を有するためには、申立人が被申立国に対して、法的に保護されないであろう事実上の利益のみからではなく、法的権利の存在から生じる救済を求められるかどうか、という法的見解の対立が両当事者間にあることが示されれば十分である。その上で、その紛争が投資に関係していること、したがって、政治的又は商業的性質のものではないことも条件となる。本件においては、論点は、本手続の開始前に、Achmea が「法的な性質」の主張を組み立ててお

³ 本 BIT8 条 1 項: 1. All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably.

⁴ *Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ, Series A. No.2, Objection to the Jurisdiction of the Court, 30 August 1924, p. 11.

⁵ *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, 21 December 1962, ICJ Reports 1962, p. 328.

⁶ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/ Honduras: Nicaragua intervening)*, 11 September 1992, Judgment, ICJ Reports 1992, para. 329.

り、それが被申立国によって否定又は拒絶されていたか、ということに行き着く。[para. 168]

両当事者が、被申立国の行為とそれによる本 BIT5 条 [収用]⁷に基づく申立人の権利への影響について、異なる見解を主張していることは疑いようがない。Achmea の法的立場は、本 BIT5 条の制限の範囲内で外国資産を収用する主権的特権 (sovereign prerogative) があると論じるスロバキアによって一貫して否定されている。被申立国は本 BIT5 条が定める条件に従って外国資産を収用する原理的権利を主張する一方で、申立人は、この条文は収用の禁止を法制化したものであると主張する。[paras. 169, 173]

以上のことは、二当事者が、本 BIT5 条の適切な解釈について根本的に対立する見解を有していることを示している。したがって、本仲裁廷は、両当事者間には紛争が存在すると認める。[para. 176]

被申立国の主張によれば、紛争が存在するためには、(1) 申立人は、違反が既に生じていることを主張しなければならず、(2) 申立人は、実際の論争が具体的なものであることを示す責任を負っており、(3) 求める救済は許容されるものでなければならない。[para. 177]

本仲裁廷の見解では、申立人が本 BIT5 条の違反を主張したかどうかという問いは、5 条の解釈及び適用についての紛争が存在するかどうかの決定にとってはほとんど関係がない。実際、被申立国は、法的紛争の存在の問いと国際法上の責任とを混同している。違反の主張は法的紛争の概念の構成要件ではなく、むしろ責任が生じるための要件である。また、法的紛争の定義への具体性要件の導入は、紛争の存在についての問いと *prima facie* テストとを混同するものである。本仲裁廷は、可能な救済についての論点は管轄段階での問題ではなく、法的紛争の定義の構成要件かどうかの問題ではなおさらないとする申立人の主張に同意する。[paras. 180, 186-187]

以上から、本仲裁廷は、本 BIT5 条の解釈及び適用に関して両当事者が争っており、法的見解の争いがあると認める。よって、本仲裁廷は、本 BIT8 条の意味における紛争が存在すると認め、管轄に関する被申立国の第 1 番目の抗弁を却下する。[para. 188]

B. *prima facie* case を示すことができていないとの抗弁

1. 適用される基準

本仲裁廷の事項管轄 (*jurisdiction ratione materiae*) は、本 BIT8 条が要求するとおり、投資に関する紛争に限定される。申立人は本 BIT に基づく主張しか行っていないため、本仲裁廷の事項管轄の重要な要素は、申立人によって提出された主張がこれらの条項の適用範囲内に入り得るものであるかどうかを決めることである。Mavrommatis 事件において、PCIJ は、「裁判所は本案に入る前に原告の主張が委任状の条項の適用範囲内に入り得るかどうかを確かめ

⁷ 本 BIT5 条: Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments unless the following conditions are complied with:

a) the measures are taken in the public interest and under due process of law;

b) the measures are not discriminatory;

c) the measures are accompanied by provision for the payment of just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the investments affected and shall, in order to be effective for the claimants, be paid and made transferable, without any undue delay, to the country designated by the claimants concerned and in any freely convertible currency accepted by the claimants.

なければならない」と判示した⁸。Ambatielos 事件において、ICJ は、「裁判所は、Ambatielos の請求が基礎を置くとされる条約の条文に関してギリシャ政府が提出した主張が、前記請求が同条約に基づくものであるとの結論を根拠づける程度にもっともらしい性質のものであるかどうかを決めなければならない」と述べた⁹。Rosalyn Higgins 判事はさらに、Oil Platforms 事件の個別意見において、いわゆる *prima facie* テストについて、「本件において、[申立人の] 主張が、十分にもっともらしく 1955 年条約に基づいているかどうかを判断する唯一の方法は、[被申立国] により主張される事実をとりあえずその通りに受け入れた上で、管轄権判断のために 1 条、4 条及び 10 条を解釈すること、すなわち、[申立人の] 主張する事実に基づく一つまたは二つ以上の違反が起こり得るかどうかを検討することである」と述べている¹⁰。[paras. 206-208]

多くの投資仲裁廷が、管轄段階において、申立人が主張する事実が立証されたとしてそれが「援用されている BIT の条項の適用範囲内に入り得る」ことの立証を求めてきた。例えば、*UPS v. Canada* 事件において仲裁廷は、「我々は、UPS が援用しようとする NAFTA の義務についての *prima facie* 分析を行わなければならない、また主張される事実がこれらの義務の違反を構成し得るかどうかを決定しなければならない」と判示した¹¹。[para. 209]

申立人は、管轄段階において、本 BIT の管轄上の要件が満たされていること（これには、それらの要件を満たすのに必要な事実を立証することを含む。）を立証するだけでなく、本 BIT に基づく請求原因があること、すなわち、申立人が主張する事実が本 BIT の関連条項に該当し得ること（the facts it alleges are capable of falling under the relevant provisions of the BIT）を立証しなければならない。この基準はほぼ同程度の、例えば、「条項の適用範囲内に入り得る」（capable of falling within the reach of the provision）又は「本条項の違反を構成することが可能な」（susceptible of constituting a breach of the provision）のように言い換えることができる。[para. 215]

2. 収用の主張

Achmea は、本 BIT5 条の消極的な定め方は、オランダ資産の収用を一般的に禁止していることを示すものであり、スロバキアは有効な公益性を示す場合に限り資産を収用することができる、と主張する。また申立人は、プロジェクトプランは、収用手続きに入ることを正当化する公益性を示していないと主張する。[paras. 223, 241]

本仲裁廷は、申立人の収用の主張が本条約の条項の適用範囲内に入り得るかどうかという論点に直面しており、2つの法的検討を行うことになる。第1に、申立人が主張するように、5条が収用の一般的禁止を含むと解釈することができるかどうか、または被申立国が主張するように、5条は収用する権利を特定の条件に制限するものかどうかを確認しなければならない。この最初

⁸ 前掲脚注 4 p. 16.

⁹ *Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom)* Merits: Obligation to Arbitrate, Judgment, 19 May 1953, ICJ Reports 1953, p. 18.

¹⁰ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, 12 December 1996, ICJ Reports 1996, p. 856, para. 32.

¹¹ *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 22 November 2002, para. 33.

の論点に対する答えの観点から、本仲裁廷は次に、Achmea の主張が 5 条の適用範囲内に入り得るものかどうかを確認することになる。[paras. 223-225]

一連の仲裁判断は、収用の主張が成熟していない事件では仲裁廷の管轄権を認めがらないことを示している。Mariposa Development Company 事件で、仲裁廷は、「実際上の常識」の問題として、収用の主張は、ひとたび収用が実行されて初めて成熟し請求可能なものとなると判断した¹²。この判断の基礎をなす一般の原理、すなわち、収用の主張は取得行為が起こって初めて成熟したものとなるということは、様々な他の仲裁廷が承認し従っている。Aminoil 事件では、仲裁廷は、Aminoil を国有化する法律への異議申立ての試みを拒絶し、いくつかの具体的手続が取られてから初めて収用の主張を考慮することができると判断した¹³。Glamis Gold 事件の仲裁廷も、単なる収用のおそれでは NAFTA1110 条に基づく仲裁による審査を認めるには十分ではないと判断した¹⁴。この種の事件は一致して、取得行為が行われていない限り、収用の主張は仮定的過ぎ、よって成熟していないと判断している。[paras. 233-236]

本件では、Transformation Act 法案はいまだスロバキア議会には提出されていないことから、医療保険部門の単一化手続はまだ初期段階である。よって、この時点では、Achmea の投資の収用が行われるのかどうか、いつ、どのような条件で行われるのかについて全く推測の域を出ない。[paras. 237-238]

本仲裁廷は、申立人の主張は説得的であるとは思わない。一般慣習法は、国家がその領域内で行われる経済活動を規制する主権的特権 (sovereign prerogative) を認めている。諸国家による国際社会は、1962 年 12 月 14 日付の国連総会の「天然資源に対する恒久的主権」第 1803 (XVII) 決議において、外国人が領域内に保有する資産を収用する国家の権利を、当該収用が、公益のために、デュープロセスに従い、補償を伴って行われる場合に認めている。

外国保有資産を収用する主権的特権は、1960 年代以降、BIT や同じ事項を扱う他の協定書において確認され及び明記された。BIT はさらに、例えば、収用は差別的であってはならないことを明記し、どのような補償原則を採用すべきかについても明確にしている。収用する権利の消極的な定め方は広く BIT において一般的に用いられているが、それは収用を禁止するためでなく、[収用を] それらの条項において定められている要件により適切かつ厳格に制限するためである。[paras. 244, 246-247]

最後に、申立人は、スロバキアが Achmea の投資を収用する意思を表明したが、同時にそのような行動方針を正当化する公益性を提示できなかったと述べる。本仲裁廷は、5 条が、最終的には Achmea の投資の収用を企図する一群の法律の制定につながる政治的手続の開始段階で、公益性を示す義務をスロバキア政府側に課していたかを検討したが、文言上は 5 条はそのような義務を課していない。本仲裁廷は、5 条は、収用が合法とみなされるためには収用が公益にしたがってなされなければならないこと、及び、かかる分析はひとたび収用が起こったら行われるべき課

¹² *Mariposa Development Company (Panama/USA)*, 6 RIAA 338, 27 June 1933, p. 341.

¹³ *Aminoil v. Kuwait*, Final Award, 24 March 1982, 21 ILM 976, p. 1026.

¹⁴ *Glamis Gold v. United States*, UNCITRAL, Award, 8 June 2009, para. 328.

題であることを文言上意味すると理解する。[para. 250]

以上に基づき、本仲裁廷は、申立人は5条の主張について *prima facie case* であることを示すことができなかつたと判断する。したがって、被申立国の抗弁は認められる。[para. 251]

3. 公正衡平待遇義務違反の主張

本仲裁廷は、Achmea は4つの別々の点から構成される1つの本 BIT3 条¹⁵の主張を提出したと考える。すなわち、(1) 実行されたならば、Achmea がその投資をスロバキアに『自発的に売却する』ことを求められることになる手続は、本 BIT3 条1項に違反する、(2) スロバキアが Achmea の投資に公正で衡平な待遇を否定し、不合理又は差別的な手段や、2012 年契約者獲得キャンペーンの期間中の Union を収用する意思の再三の伝達によって Achmea の投資を毀損した、(3) 2006 年以降のスロバキアの多くの声明 [及び] 意図は、安定しかつ予見可能な法的枠組みを確保するための本 BIT3 条の公正衡平待遇の要件とは両立しない、(4) Union と国営病院との契約上の取り決めに関する V&ZP の行為はスロバキアに帰属し、本条約3条に違反する。[para. 254]

最初の点の申立人の主張は、プロジェクトプランにおいて企図されている自発的売却手続は3条に違反する「であろう」というもので、本 BIT の違反が既に生じているというものではない。したがって、主張のこの部分は *prima facie* テストを満たさない。[para. 256]

第2及び第3の点はいずれも、スロバキアの公務員によってなされた宣言や声明並びに2つの決議に基づいている。しかし、かかる声明は、意図の表明以上のものではなく、その効果も生じていなかった。特に、これらの声明は法律に翻訳されることが必要であったのであり、またいずれにしても、結果的に収用に至る場合には、本 BIT の補償条件を十分に尊重して行われることになろう。申立人は、スロバキアが計画した Union の取得のための準備活動が基準をいくらか超えたという十分な *prima facie* の証拠を提出しておらず、スロバキア政府の活動と公式声明が投資と規制環境を不安定化させるようなものであったと示すことができる十分な事件を示していない。また第3の点は、収用手続に伴う規制上の不安定といわれるものに関連しており、中でも注目すべきものは、スロバキアの新聞上でなされた様々な声明や、上記で言及した2つの決議を通じたものである。しかし申立人は、Achmea に損害を与える規制変更の1つの例にも言及することができなかつた。以上より、申立人は、3条の主張の第2及び3の点について、*prima facie* の根拠を示していない。[paras. 260-261, 263-265]

第4の点に関し、管轄権は手続開始の日に存在しなければならないことは国際法上認められた原則であり、国際仲裁廷の管轄権は、手続開始日、すなわち本件との関係で UNCITRAL 規則3条2項に従えば、仲裁通知書が被申立国によって受領された日に存在しなければならない。V&ZP 又は国営病院の行為は仲裁通知書で主張されていないため、4番目の点は本仲裁廷の管轄権の範囲外である。その他の出来事は仲裁通知書のみならず申立書にも遅れており、よって明らかに本仲裁廷の管轄外となる。[paras. 266, 269-270]

¹⁵ 本 BIT3 条1項: Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors.

結論として、本仲裁廷は、本 BIT3 条に基づく申立人の主張に対する被申立国の抗弁を認める。
[para. 272]

C. 費用

仲裁費用は申立人の全額負担とする。法的代理費用及び当事者に生じた他の費用は、本事件の全ての状況に照らし、申立人が被申立国の法的代理費用である 1,011,515.22 ユーロの 75%を負担するものとする。申立人は、被申立国の費用に対する、6 ヶ月ユーロ LIBOR+年利 2%で計算される単利の判断後利息を、本判断の日から完済の日まで支払うものとする。[paras. 288-290]

70 : Hulley Enterprises Limited/Yukos Universal Limited/Veteran Petroleum Limited v ロシア (PCA Case No. AA 226 (Hulley), AA227 (YUL), AA 228 (VPL))

(JCA ジャーナル 2015 年 3 月号 (65))

判断年月日 : 2014 年 7 月 18 日 (最終裁定)

仲裁廷の構成 : L. Yves Fortier (カナダ・長)、Charles Poncet (スイス)、Stephen M. Schwebel (米国)

一 判断のポイント :

1. 課税措置は国家の正当な規制権限行使であるが、本来の目的と異なる目的のために課税権限を濫用する場合は収用を構成し得る。
2. 条約に租税例外が定められていても、課税権限の濫用の場合には、例外条項は適用されない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

申立人らは、いずれもロシアの石油会社 Yukos の株主である。Hulley Enterprises Limited (Hulley) はキプロス法に基づき設立され、Yukos 株の 56.3%を有し、Yukos Universal Limited (YUL) はマン島法に基づき設立され、Yukos 株 2.6%を有し、Veteran Petroleum Limited はキプロス法に基づき設立され、Yukos 株 11.6%を有していた。申立人らは、Yukos に対するロシアの一連の行為がエネルギー憲章条約 (ECT) 10 条 1 項 (公正衡平待遇義務) 違反および 13 条 1 項 (収用) 違反を構成すると主張し、賠償額として 1,140 億 USD を請求した。なお、形式的には申立人ごとに別個の事件とされたが、手続は同時並行的に進行し、仲裁廷はこれら 3 つの事件を一つのセットとして扱った。[paras. 2, 63, 66-69]

Yukos は、1993 年にロシア大統領令により株式会社 (joint stock company) として設立され、1995 年から 96 年にかけて完全に民営化された。石油・ガス生産に当たる主要な子会社として、Yuganskneftegaz (YNG)、Samaraneftegaz、Tomskneft を有する。2003 年には時価総額 330 億 USD に達し、原油生産量でロシア最大、時価総額で世界 10 位以内に入る石油天然ガス企業であった。[paras. 71-73]

ロシアでは、1990 年代に租税特区が設けられ、法人税免除などが定められていた。ロシアは、Yukos が租税特区に会社を設立したのは脱税目的であって正当な経済活動のためではなく、Yukos の子会社が生産した原油を安価で経済特区内に設立された子会社に売却し、経済特区内の子会社が特区外に市場価格で販売していた、と主張している。[paras. 74-78]

Khodorkovsky は、2003 年 2 月から Putin を公然と批判するようになった。2003 年 7 月から、Yukos 関係者に対して数々の刑事捜査が開始された。Yukos は多数の武装警官の捜索を受

け、コピーも記録も残さないまま多数の文書が押収され、Yukos の日常の活動のみならず税務調査への対応にも支障が生じた。そして、2003年7月には Hulley・YUL 社長 Platon Lebedev が横領・詐欺容疑で逮捕され、2005年5月に9年の禁固刑を命じられた。2003年10月には Yukos-Moscow 社長の Vasily Shakhovskiy が脱税容疑で起訴され有罪判決を受けた。同じく2003年10月には、Yukos の主要株主であり CEO でもある Mikhail Khodorkovskiy 氏も逮捕され、文書偽造・詐欺・脱税罪で2005年5月に9年の禁固刑を命じられた。当時のロシア首相 Kasyanov は Khodorkovskiy の逮捕を批判したが、解任された。また、Yukos の元役員であり、YUL の親会社 GML の株式の信託受益者であった Dubov および Khodorkovskiy の友人であり同じく GML の株式の信託受益者であった Nevzlin が2004年1月に大統領選挙での Putin の対抗馬を支持する声明を出したところ、両氏に対して国際逮捕状が發布された。Yukos や関係者の弁護士も様々な妨害を受け、Yukos に対する追徴課税に関する一連の訴訟（後述）の準備で多忙を極めているタイミングで Yukos 法務部長の Gololobov が逮捕され、彼のコンピューターおよび関連文書が押収されたほか、執行吏による執行手続が進んでいるときに Yukos に捜索が入りコンピューターサーバが押収され、Yukos の弁護士を担当していた ALM Feldmans 法律事務所にも捜索が入った。後に Yukos の破産手続を管理するために Yukos 副社長に任命された Aleksanyan は横領の疑いで2006年6月に逮捕され、悲惨な状況下で拘禁された。2010年12月には、Khodorkovskiy と Lebedev とに対して Yukos から石油を窃盗したとの新たな有罪判決が下った（禁固13年6か月）。これに対しては、当時の大統領 Medvedev の諮問によりロシアの国内人権機関が審査を行い、当該有罪判決は違法であり取り消されるべきとの見解を表明している。ヨーロッパ人権裁判所は、Khodorkovskiy、Lebedev、Aleksanyan の逮捕・拘禁がヨーロッパ人権条約5条（人身の自由）・6条（適正手続）・8条（私生活の保護）・（第一）議定書1条（財産権）などの侵害になるとの判決を下している¹。[paras. 81-82, 508-510, 772-774, 778, 780-781, 784, 789, 792-793, 801, 804]

2003年10月には、Yukos と Sibneft との合併が目前に迫っていた。合併が実現すれば世界第4位の石油会社になるはずであったが、Yukos が Sibneft の株式の92%を取得していた2003年11月（Khodorkovskiy 逮捕後）に Sibneft の支配株主 Roman Abramovich は合併を取り消し、それまでになされていた合併に向けての取引は一連の裁判所判決により取り消された。[para. 89]

Yukos の関係者は、ロシア租税当局に Yukos が租税特区を利用して節税措置を執っていることを伝えていた。そして、租税当局はそれに対して何ら反対をしていなかったのである。ロシア租税省は、2003年4月の報告書（2000年・2001年を対象）において Yukos の節税措置について何ら問題視していなかった。また、同年9月・10月・11月の証明書では Yukos が税の未納をしていないことが確認されていた。ところが、同年12月になり、租税省は2000年につき Yukos を再調査することを決定し、その結果 Yukos の節税措置に濫用が見られる旨の査定が示された。

¹ Aleksanyan v. Russia, Application No. 46468/06, Judgment, 22 December 2008, paras. 156-158, 196-197, 218; Khodorkovskiy & Lebedev. Russia, Application Nos. 11082/06 & 13772/05, Judgment, 25 July 2013, paras. 486, 503, 509, 524, 648, 737, 850-851, 885.

租税省は2000年につき35億USDの追徴課税を命じ、モスクワ商事裁判所(Moscow Arbitrazh Court)はこの決定を支持した。その後、2004年から2006年にかけても再調査がなされ、2000年から2004年について合計240億USDの追徴課税が命じられた。その過程において、Yukosに有利な判断を示した裁判官に対する忌避申立が即日認容されたり、ロシア租税法上認められない方法でYukosの収入が算定されたり(Yukosの取引相手の収入をYukosの収入とする)などの対応がなされた。[paras. 90-92, 486, 527, 615, 625-626]

YULとHulleyとが有するYukosの株式は2003年10月にロシア検察により凍結され、2004年4月と6月にはYukosの財産もモスクワ商事裁判所により凍結された。Yukosが追徴課税支払いのために財産処分の許可を求めたが得られず、2.4億USDの課徴金がさらに課された。申立人は、このような場合にしばしば政府と未納税者との間で和解がなされるにも拘わらず、申立人からの交渉要請に政府は一切応じなかった、と主張する。2004年7月にはYukosが有する銀行預金や子会社の株式が凍結された。ロシアによれば、これら一連の措置はロシア租税法上の正当な措置である。[paras. 94-96]

2004年7月にロシア当局はYukosの税未納分支払いに充てるためYNGの株式を売却すると発表した。ロシア政府が依頼したドレスナー銀行の査定が157億～183億USD、Yukosが依頼したJP Morganの査定が220億USDであったところ、ロシア法務省はYNGの価値は104億USDであると発表した。その後2004年にYNGは競売に付され、唯一の応札者であり、設立されたばかりであったBaikal Finance Groupが97.3億USDで落札した。Baikalはその後すぐロシア国営のRosneftに売却された。[paras. 98-99]

2006年3月にYukosの外国債権者団がRosneftとの秘密売却合意に基づいてモスクワ商事裁判所にYukosの破産を申し立てた。すでにRosneftに所有されていたYNGもYukosの破産を申し立て、8月にYukosの破産が宣告された。Yukosの財産はほぼ全て国営のGaspromとRosneftに売却され、その競売価格は合計315億USDであった。2007年11月にYukosは清算され登記を抹消された。[paras. 101-102]

	Hulley/Veteran/Yukos	RosInvest	Quasar de Valores	ECTHR
申立人	株主 70.5%保有	株主 0.03%保有	株主 0.0003%保有	Yukos 社
申立人弁護士	Shearman & Sterling	V. V. Veeder, KajHob 判所にばかりであつた た行の査定がの措置は ロシア租税法	Covington & Burling	Piers Gardner
被申立国弁護士	Cleary Gottlieb Steen & Hamilton	Cleary Gottlieb Steen & Hamilton	Baker Botts	ロシア ECTHR 代表部
適用条約	エネルギー憲章条約	英・ソ連 (ロシア) BIT	スペイン・ソ連 (ロシア) BIT	ヨーロッパ人権条約

賠償（補償）の根拠	違法な収用への賠償（ECT13条違反）	違法な収用への賠償（BIT5条違反）	（合法との前提での） 収用の補償（BIT 6条）	遡及適用による議定書1条違反の賠償 比例性欠如による議定書1条違反の賠償
賠償（補償）額算定根拠	収用時＝子会社競売時（2004年12月19日）あるいは仲裁判断時の被収用財産総額（想定株価（comparative company）＋想定配当額＋利子）	株式取得時（2007年1月24日）の株式額被申立人指名鑑定人の見解を採用	収用時＝Yukos社清算時点（2007年11月23日）の想定株価（comparative (Russian) company）	遡及適用分全額 比例性欠如 課税手数料（7%）
賠償（補償）額	1株 \$22.03 株数 1,364,084,138 被収用株価 \$30,049,000,000 想定配当額＋利子 \$36,645,000,000 過失相殺分 -\$16,673,132,202 補償額 \$50,020,867,798	1株 \$0.5 株数 7,000,000 補償額 \$3,500,000 ＋利子2007年3月24日からLIBOR	1株 \$27.76 株数 73,000 補償額 \$2,026,480 ＋利子2007年11月23日から米ドル建てロシア中期国債の利率（6.434%）	遡及適用分38,774,183,110ルーブル ＝ブル74,183,110債の 遡及適用分の課税手数料 7% インフレ率 12.62% 遡及適用分計 €及適用分計課税 手数料 10 比例性欠如分 €例性欠如分課税 手数料 インフレ率 12.62% 比例性欠如分計 €例性欠如分計税 手数料 計 €例性欠如分計税 手数料 10

*Yukos 社の総株数は 1,934,964,578 株（Yukos, Annex C）

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

2009年11月30日に管轄権・受理可能性判断が出され、ECT 45条に定める ECT の暫定適用（ロシアは ECT を署名したのみで批准せず）、1条の「投資家」「投資財産」の定義、17条の利益否認に関する議論の末、管轄権・受理可能性が認められた²。以下は、2014年7月18日の本案判断の要旨である。

² Hulley Enterprises Limited v. Russia, PCA Case No. AA 226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009; Yukos Universal Limited v. Russia, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009; Veteran Petroleum Limited v. Russia, PCA Case No. AA 228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009. 評釈として、Mahnoush H. Arsanjani & W. Michael Reisman, “Provisional Application of Treaties in International Law: the Energy Charter Treaty Awards”, in Enzo Canizzaro et al. eds., *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 86-102; Walid Ben Hamida, « La clause relative à l'exclusion des avantages (Denial of benefits clause) », *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2010-4, pp. 1056-1069; Natalia Chaeva, « Les affaires Yukos devant la Cour permanente d'arbitrage : 1er acte », *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2010-4, pp. 1069-1081.

A. 先決的問題

1. クリーンハンド原則違反

被申立国は申立人によるクリーンハンド原則違反を管轄権抗弁として提出していたが、管轄権・受理可能性判断ではこの問題を本案段階で検討することとした。[paras. 1275-1277]

被申立国は、申立人側によるロシア法違反および悪意 (bad faith) に基づく行為として、Yukos の支配取得、キプロス・ロシア二重課税防止条約の適用、節税措置、ロシア租税当局による徴税活動への妨害に関する計 28 件を挙げた。[paras. 1281-1310]

投資条約の中には、投資は投資受入国の法に従ってなされるべきことを定めていないものがあり、ECT もその例である。仲裁先例は、そのような場合であっても投資受入国の法に従わない投資については管轄権を否定したり実体的保護を与えないとしたりしていることがある。Plama³がその例であり、傍論ながら同旨を述べるのは Hamester⁴、Phoenix⁵、SAUR⁶である。もっとも、投資受入国の法に違反したら ECT の保護を一切受けることができなくなるとする理由はない。投資家が、自らの違法行為に対して科された制裁が不当であると主張することは、投資条約の下で認められねばならない。[paras. 1349-1356]

ECT26 条 6 項によれば、仲裁廷は関連する国際法規則を適用することができる。被申立国は、投資家が国内法に違反しながら投資条約仲裁に訴えることを認めない法の一般原則があると主張するが、その根拠はない。法の一般原則成立のためにはある程度の承認とコンセンサスとが必要であるが、クリーンハンドについてはかなり対立が見られる。しかも、被申立国は、クリーンハンド原則違反により投資条約仲裁申立が否定されるとする先例を一つもあげることができていない。[paras. 1347, 1357-1363]

被申立国は、Yukos の支配取得に関する違法行為があったと主張するが、被申立国の主張する違法行為と Yukos の支配取得との間の関連はない。[paras. 1368-1370]

2. 租税例外規定 ECT 21 条

ECT 21 条 1 項は、ECT は基本的に課税措置には適用されないことを定める。他方、同条 5 項は、13 条 (収用) は租税にも適用されると定める。同項(b)は、租税が収用となると主張する投資家は権限ある租税当局に付託する、と定めており、被申立国はこの規定により仲裁廷の権限は否定されると主張する。しかし、以下の 2 つの理由いずれによっても、被申立国の主張は認められない。

まず、本件において問題となっている課税措置についてロシア租税当局に申し立てるのは無意味 (futile) であり、そのような場合であっても申立が必要とするのは条約法条約⁷の求める誠

³ Plama v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, paras. 138-143. 奥田安弘「投資家による不実表示と投資協定上の保護」JCA ジャーナル 56 巻 11 号 (2009 年) 10 頁。

⁴ Hamester v. Ghana, para. 123-124.

⁵ Phoenix v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 101.

⁶ SAUR International c. Argentine, Affaire CIRDI No. ARB/04/4, Décision sur la compétence et sur la responsabilité, le 6 juin 2012, para. 308.

⁷ 本仲裁廷は、条約法条約を適用している (para. 113)。ロシア・イギリス・キプロスのいずれも ECT 締結前に条約法条約の当事国となっている。ただし、厳密に言えば、多数国間条約について、その全てが条約法条約の当事国に

実な解釈に反する。本件では申立人の税法違反を投資受入国が悪用して過大な制裁を科したことが問題となっており、本件でロシア租税当局への申立を求めるのは無意味である。いずれにせよ、ECT21 条 5 項(b)(iii)によれば、当該租税当局の判断は仲裁廷を拘束するものでない。[paras. 1409-1428]

次に、ECT 21 条が対象とする課税措置は善意で (bona fide) なされた課税措置のみである。そうでないとすると、投資受入国が執る措置を「課税措置」としてしまえば ECT の規律から逃れられることになってしまうからである。本件課税措置は、課税措置の装いの下で全く関係のない目的のために執られたものであり、ECT 21 条 1 項の対象外である。RosInvest も Quasar も 同旨である⁸。[paras. 1430-1433, 1436-1438, 1444-1445]

B. 条約違反認定

1. 行為の帰属

申立人は、Rosneft および Rosneft に支配された YNG の行為の一部もロシアに帰属すると主張する。YNG の競売の時点において Rosneft がロシアに 100% 支配されており、役員がロシアにより任命され、取締役の多くは政府高官でもあることは、それだけでは Rosneft がロシアの支持の下に行動していることを示すものではなく、YNG の競売の際に Rosneft が Baikal と共謀して Baikal の落札後すぐに YNG を取得したことや Yukos に対する破産手続を申請したことがロシアに帰属することを根拠づけるものではない。しかし、YNG の競売日に開かれた記者会見で、Putin 大統領は「Rosneft が例の会社——名前をよく覚えていないのですが、Baikal だったのでしょうか——のよく知られた財産を購入したことについて、要するに、国が 100% 支配する Rosneft が Yuganskneftgaz という例の資産を購入したのです。……本日、国は、完全に合法的な市場での手続により、国家の利益を保護しようとしたまでです。」と述べている。これは、Rosneft の行動が国家の行動であったことを示している。[paras. 1037, 1454, 1468-1472]

2. ECT 13 条 (収用)

Yukos 側に問題があったのは確かである。Yukos およびその関連会社は優遇税制特区内で取引を行っておらず、特区内で取引を行うことがロシア税法上求められるかどうかは必ずしも明確ではなかったとはいえ、Yukos 自身がその合法性に疑問を持っていなかったわけではないことは、証拠として提出された Yukos 内部での連絡に示されている。とはいえ、Yukos 側に問題があったとしても、それに対してロシア当局が本件で行ったような対応を取ることを予測しておくべきであったと言うことはできない。[paras. 1576-1578]

なっていない場合 (ECT 当事国の中では、たとえばフランスが条約法条約非当事国)、条約法条約が適用されるかどうかについて議論の余地がないわけではない。Frédéric Dopagne, “Article 4”, in Olivier Corten & Pierre Klein eds., *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 82-83. もっとも、条約法条約 31 条~33 条の条約解釈規則に関する限り、既に一般法化していると理解されているため、議論の実益はない。

⁸ RosInvest v. Russia, SCC Arbitration V (079/2005), Final Award, 12 September 2010, para. 628; Quasar de Valores v. Russia, Award, SCC Arbitration V (024/2007), Award, 20 July 2012, para. 179. いずれも、Yukos の別の株主が申し立てた別個の仲裁である。後掲・III, B, 1.

ロシア当局の措置は、税の回収ではなく、Yukos を破産させ、その資産を取得することを目的とするものであった。それは、たとえば、付加価値税が課されるはずでない輸出について同税が課されたこと、Yukos の取引会社の収入を Yukos の収入として扱いながら、当該取引会社が支払った付加価値税を Yukos による支払いとして計上しなかったこと [paras. 625, 671]、ある年の税の未納が裁判所により違法と判断される前に生じた未納を「再犯」として扱ったこと、YNG を実際の価値よりもはるかに安価に売却したことなどに現れている。 [paras. 757, 1020, 1022, 1579]

ロシア当局の措置は「国有化若しくは収用と同等の効果を有する措置」である。ロシア最大の石油会社を壊滅させることは、ロシア国営の Rosneft の利益になったとしてもロシアの公益のためになったことは疑わしい (13 条 1 項(a) 公益要件)。Yukos は他の石油会社と比較して差別的に扱われていたかもしれないが、この点は紛争当事者により十分に議論されていない (同(b) 無差別要件)。本件収用が適正手続の下でなされたとは言えない。Khodorkovsky および Lebedev の収監の態様、Yukos の弁護士が記録に接しにくくされ、Khodorkovsky および Lebedev 両氏と連絡を取りにくくされたこと、法的手続のスピード、さらには Khodorkovsky および Lebedev 両氏に下された Yukos の石油窃盗というあり得ない内容の 2 度目の有罪判決は、ロシアの裁判所がロシア政府の Yukos を破産させる意思に屈服したことを示している (同(c) 適正手続要件)。また、補償はなされていない (同(d) 補償要件)。したがって、本件収用は ECT 13 条 1 項に定められた要件を充たさず、同項違反を構成する。 [paras. 1580-1585]

3. ECT 10 条 (公正衡平待遇義務)

13 条違反が認定されたため、10 条 (公正衡平待遇義務) 違反の主張につき検討する必要はない。 [para. 1585]

C. 賠償額

1. 過失相殺

国家責任条文 39 条⁹にいう申立人による損害への寄与につき検討する。租税特区における Yukos の節税措置には架空取引のようなもの (sham-like) が含まれており、これは租税特区で活動していた他の企業には見られない取引である。また、このような措置は、Putin と Khodorkovsky との対立が始まる 2003 年 2 月以前から見られる。 [paras. 1610-1615]

当事者の主張を総合的に考慮し、仲裁廷の有する広い裁量に基づき、申立人および (申立人が支配していた) Yukos による過失分は 25%と決定する。 [para. 1637]

2. 賠償額算定

⁹ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. Doc. A/RES/56/83.
Article 39: Contribution to the injury

In the determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by wilful or negligent action or omission of the injured State or any person or entity in relation to whom reparation is sought.

申立人は、少なくとも 1,141 億 7,400 万 USD を主張する。被申立人は、申立人は既に多額の利益を得ているため、賠償額は 0 だと主張する。[paras. 1694, 1757]

収用が成立したのは、Yukos の登記が抹消され法人としての存在が失われた 2007 年 11 月 21 日ではなく、YNG が競売にかけられた 2004 年 12 月 19 日である。この段階で申立人は Yukos に対する支配を失い、申立人の財産の不可逆的な剥奪も生じたからである。本件は違法な収用であり、この場合は、収用日あるいは仲裁判断日のいずれかを申立人が選択することができる。ECT 13 条は、合法的な収用について収用日を基準とすることを定めているが、違法な収用については定めがない。国家責任条文 35 条・36 条によれば、違法な収用の場合には投資受入国はまずは原状回復義務を負い、原状回復が不可能である場合にのみ賠償がなされることとなる¹⁰。原状回復がなされるのは仲裁判断日である。収用日から仲裁判断日に財産価値は変動するが、そのリスクは違法行為を行った側が負うべきである。[paras. 1760-1769]

Yukos が 2007 年 11 月 21 日時点において収用がなければ有していたはずの価値を算定する。当事者から提示された様々な算定法のうち、DCF 法は申立人が望む結果を達成するために用いられており、使うことはできない。仲裁廷は comparative companies method に信用がおけると考えており、また、モスクワ証券取引所で取引される際の指標である RTS Oil and Gas index を用いる。この指標は申立人・被申立人とも信頼できる指標として用いている。[paras. 1784-1788]

これら基準を適用し、賠償額を 500 億 2,086 万 7,798USD と決定する(18 億 4600 万 687 USD (YUL v. Russia)、82 億 303 万 2751 USD (VPL v. Russia)、399 億 7183 万 4360 USD (Hulley v. Russia))。[para. 1827]

3. 仲裁費用

UNCITRAL 仲裁規則 (1976 年) 40 条 1 項により、敗訴者負担が原則であり、本件ではその原則に修正を加える事情はない。したがって、仲裁費用 844 万ユーロは被申立国の負担とする。[paras. 1867-1869]

弁護費用については、UNCITRAL 仲裁規則 (1976 年) 40 条 2 項により、仲裁廷が合理的と考えるところにより負担が決定される。本件では、申立人が証明責任を負うために被申立国よりも高額な弁護費用が必要であること、被申立国による ECT の違反が重大であることなどを考慮

¹⁰ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, supra note 9.

Article 35: Restitution

A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution:

- (a) Is not materially impossible;
- (b) Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.

Article 36: Compensation

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution.
2. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established.

し、仲裁廷の有する裁量に基づき、申立人が主張する弁護費用の約 75%に相当する 6,000 万 USD を被申立国が負担すべきことを決定する。[paras. 1871, 1876, 1882-1887]

71 : Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v アメリカ合衆国 (ICSID Case No. ARB (AF)/12/1) ¹

(JCA ジャーナル 2015 年 6 月号 (68))

判断年月日： 2014 年 8 月 25 日

仲裁廷の構成： V.V. Veeder (英国・長)、J. William Rowley (カナダ)、John Crook (米国)

一 判断のポイント：

- ・ 内国民待遇義務 (NAFTA1102 条) 違反について、申立人が問題とする措置 (通関時の押収を指示する水際措置) は、比較対象である米国企業に適用されえないため、申立人らと比較対象は同一の法的枠組み (legal regime) に服さず、「同種の状況下」(like circumstances) 要件を満たさない。
- ・ 最恵国待遇義務 (NAFTA 1103 条) 違反について、申立人らが比較対象である第三国の企業より不利な待遇を受けたのは、医薬品規制当局による適切な規制裁量行使の結果であるため、「同種の状況下」要件を満たさない。
- ・ 前件仲裁判断について判断理由を考慮のうえ *res judicata* の原則に基づく拘束力を認める。
- ・ 公正衡平待遇義務 (NAFTA1105 条) 違反が成立するには、重大・深刻な手続の欠缺が必要であり、本件において、事前通知がなかったこと、抗弁の機会がなかったこと等の申立人の主張する個別具体的な手続の欠缺はこれを満たさない。

二 事案の概要：

I. 事実関係

A. 申立人 [paras.1.1-1.3, 3.5-3.7]

申立人は、ジェネリック薬品の開発・製造・販売を業とする Apotex グループの持株会社 Apotex Holdings Inc. (以下「Apotex-Holdings」)、及び同社が間接所有する製薬会社 Apotex Inc. である (いずれもカナダ法人)。また、申立人 2 社の関係会社として、Apotex-Holdings の間接子会社であり、Apotex グループが製造する医薬品の米国市場における販売を主要業務とする米国デラウェア州法人 Apotex Corp. (以下「Apotex-US」) がある。Apotex グループは米国に製造拠点を持たず、Apotex-US の米国市場における売上の 80% は Apotex Inc. が製造する医薬品による (2009 年 8 月時点)。

B. 米国における医薬品販売の規律

米国市場において医薬品を販売するには、食品、薬品及び化粧品に関する米国連邦法 (以下「本

¹ 本ケースにおける文書開示手続き及び秘匿特権に関する手続指令について、小山隆史「投資協定仲裁における文書開示手続及び秘匿特権の範囲」JCA ジャーナル 61 巻 5 号 (2014 年) 14 頁

連邦法)に基づき、食品・薬品局 (Food and Drug Administration) (以下「FDA」) から、工場単位で新薬簡略承認申請 (Abbreviated New Drug Applications) (以下「ANDAs」) を得る必要がある。Apotex Inc.の Etobicoke 工場及び Signet 工場 (いずれもカナダ) は、2009 年 8 月時点で計 153 件の ANDAs を取得していた。[paras. 2.7]

本連邦法上、FDA は、医薬品製造工場 (所在地が米国内か国外かを問わない) の実地検査を行い、製造工程の設計・モニター・管理等に関する基準として FDA が規定する current good manufacturing practices (以下「cGMP」) の遵守状況等を確認し、検査結果を製造業者に通知する。FDA は、製造業者が重大な cGMP 違反について適切な対応をとらない場合は、警告文を发出し、製造業者のコメントを考慮のうえ差押え・差止め等の執行措置をとるか否かを決定する。さらに、cGMP 違反の状態に鑑みて医薬品の安全性、効能、品質等が確保されないと判断する場合、製品の押収・検査の他、FDA 地方局の通関担当者に対して輸入警告 (import alert) を発令し、(物理的検査を要さず) 通関時に特定の種類の製品を押収するよう要請することができる。[paras. 2.9-15, 6.16]

C. Apotex Inc.に対する FDA の措置

2008 年 12 月、FDA は Apotex Inc.の Etobicoke 工場を検査し、11 点の cGMP 違反を指摘した。2009 年 1 月、Apotex Inc.は FDA に対して改善措置等を報告したが、FDA はその内容が不十分であるとし、2009 年 6 月、同工場に警告文を发出し、輸入警告の可能性を示唆した。また、2009 年 7 月～8 月、FDA は同社の Signet 工場を検査して 17 点の cGMP 違反を指摘し、2010 年 3 月、同工場に警告文を发出した。[paras. 3.8-3.45]

2009 年 8 月、Apotex Inc.は FDA に対し、米国で流通している両工場製造の医薬品の一部 (675 品目) について自主的なリコールを申し出たが、米国市場における販売自体は継続する意向を示した。しかし、FDA は、Apotex Inc.がリコールの対象を限定した合理性を疑問視し、認定された cGMP 違反の重大性に鑑みれば、両工場の工程管理は不適切で品質・製造システムに重大な懸念があるため、両工場の製造する全製品について米国市場での流通を停止するのが相当であると判断し、同月、両工場製造の全製品を対象とする輸入警告 (以下「本件輸入警告」) を発令した。FDA は本件輸入警告をウェブサイトで公示したが、Apotex Inc.に対する通知は行っていない (但し、FDA は法令上事前又は同時に通知する義務は負っていない)。その後、本件輸入警告は、Etobicoke 工場について 2011 年 6 月、Signet 工場について同年 7 月に撤回され、FDA は 2011 年 11 月から両工場が製造する医薬品に関する ANDAs の承認を再開した。[paras.3.8, 3.48, 3.58-3.59]

D. 本件仲裁提起

2012 年 3 月、申立人らは、それぞれが自らのため (NAFTA1116 条 1 項)、また、Apotex-Holdings については自己が所有・支配する Apotex-US を代理して (NAFTA1117 条 1 項)、本件仲裁を申し立て、内国民待遇義務 (NAFTA1102 条)、最恵国待遇義務 (同 1103 条) 及び公正衡平待遇

義務（同 1105 条等）違反を主張し、Apotex-US に対する医薬品の供給が 80%以上遮断されたことや Apotex Inc.及び Apotex-US の売上げ（50 億米ドル以上）の喪失等に基づき 1000～1500 億米ドルの損害賠償を請求した。[paras.1.14, 1.45, 1.50, 2.30-36]

また、Apotex Inc.が単独で別途、2 種の新しいジェネリック薬品に関する米国の措置について NAFTA11 章上の内国民待遇義務違反及び最恵国待遇義務違反等を主張して仲裁を提起したが、「投資財産」性が否定され管轄権が認められなかった²（以下「Apotex I&II 判断」）（下記 II.B で詳述）

三 判断概要：

II. 仲裁判断要旨

A. 管轄権：措置と投資家・投資財産の関連性（NAFTA1101 条 1 項）

NAFTA11 章上、管轄要件として、措置について投資母国の「投資家」及び投資母国の投資家の「投資受入国に所在する投資財産」との間の関連性が必要とされる（NAFTA1101 条 1 項）。[para. 6.2]

関連性が認められるためには単なる効果を超える関係が必要であるが、管轄要件なので、本案判断における因果関係ほど高い閾値を満たす必要はない。また、本件輸入警告につき米国法上輸入差押えを直接の法的効果とするか否かに関わらず、事実上の重要度を検討する。[paras.6.13, 6.18-6.20]

Apotex-US に関しては、本件輸入警告発令の 2 日後に対象製品の押収が始まったことや FDA が本件輸入警告によって対象製品の輸入を阻止する意図があったことは明らかなので、本件輸入警告と Apotex US が買手である対象製品の押収には、緊密な時間的関連性及び主観的関連性が認められる。また、Apotex-US は、本件輸入警告によって、Apotex Inc.製品の米国における他の買手に比してもっとも即時に直接的かつ不利益な影響を受ける。したがって、本件輸入警告は Apotex-US と関連性が認められ、Apotex Inc.及び同社保有の ANDAs に関しても、Apotex-Holdings に関しても同様である（但し、後記 B のとおり、Apotex Inc.の投資財産性について別途検討を要する）。[paras. 6.13-6.34]

B. 管轄権：「投資家」・「投資財産」(NAFTA1139 条)に関する前件仲裁判断の既判力 (res judicata)

1. 前提：「投資家」・「投資財産」の整理 [paras.6.5, 6.6]

Apotex-Holdings は Apotex-US を「投資財産」とする「投資家」に当たる（争いなし）。これに対し、①Apotex Inc.の請求に関して、Apotex Inc.が「投資財産」を有する「投資家」に当たるか否か、また、②Apotex-Holdings の請求に関して、Apotex-Holdings が Apotex Inc.を「投資財産」とする「投資家」に当たるか否かは、いずれも Apotex Inc.保有の ANDAs が「投資財産」(NAFTA1139 条)に当たるか否かを前提とする。この点、ANDAs の投資財産性は既に Apotex I&II 判断において否定されているため、同判断が本件仲裁において既判力 (res judicata) を有

² Apotex Inc. v. The United States of America, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Admissibility (14 June 2013)

するか否かが問題となる。[paras. 7.1-7.2]

【申立人らの請求における投資家・投資財産の整理】

申立人	投資家	投資財産
Apotex-Holdings	Apotex-Holdings	Apotex-US (1116 条 1 項及び 1117 条 1 項)
		Apotex Inc. [投資財産性について争いあり] (1116 条 1 項)
Apotex Inc.	Apotex Inc.	Apotex Inc.が保有する ANDAs [投資財産性について争いあり] (1116 条 1 項)

2. res judicata の原則に基づく Apotex I&II 判断の拘束力

管轄権を有する裁判機関が先行して行った最終的な判断の後訴における拘束力を認める res judicata の原則は、国際法上の法の一般原則 (general principle of law) であり、NAFTA11 章仲裁の適用法規である適用可能な国際法上の規則 (applicable rules of international law) (NAFTA1131 条 1 項) に含まれる。この点、学説及び先例は、res judicata の原則は、(i)当事者、(ii)請求及び(iii)請求原因等によって前件判断と係属中のケースの事案の同一性が認められる場合に適用されるとするが、その際、前件判断の主文 (dispositif/operative part) を検討するだけではなく、判断理由や当事者の主張内容を考慮して結論の射程を明確にする必要がある³。さらに、Apotex I&II 判断は UNCITRAL 仲裁規則 (1976 年) に基づいているところ、同 32 条 3 項は理由付記を必須としており、拘束力を有するのは理由を含む Apotex I&II 判断である。したがって、本件仲裁においても、Apotex I&II 判断の結論部分のみならず関連する理由づけを考慮する必要がある⁴。[paras. 7.4-7.14, 7.30, 7.35]

Apotex I&II 判断は、「Apotex Inc.は『投資財産』を有する『投資家』(NAFTA 1116 条及び同 1139 条)に当たらないため、Apotex Inc.による 2 種の特定の医薬品に対する ANDAs の暫定承認に関する請求について管轄権は認められない」と結論づけており、暫定承認ではない最終的な ANDAs に関する請求 (本件仲裁における請求) には言及していないため、理由と切り離れた主文のみでは本仲裁における res judicata の基礎となりえない。しかし、同判断は、ANDAs の本質的な性質は、Apotex Inc.がカナダで製造した商品を米加間で国際取引するための準輸入ライセンスである (commodity ではない) 旨の判断に基づいて、ANDAs は「無体財産」(NAFTA1139 条(g)) に当たらず、また、Apotex Inc.による ANDAs に対する出資・支出は (カナダベースの製造・輸出事業に関するものであり、) 「投資受入国における出資から生じる利益」(NAFTA1139

³ Claim of Company General of the Orinoco Case, Report of French-Venezuelan Mixed Claims Commission of 1902 (1906, Ralston, Jackson H., ed.) at p.355, Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction (10 May 1988), 27 ILM 1281 (1988) para.30, Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Corporation v. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6, Award (10 December 2010)の他、ICJ や ECJ のケース等、様々な先例が参照されている。[paras. 7.18-7.32]

⁴ Apotex-Holdings は Apotex I&II 判断の当事者ではないが、ANDAs の投資財産性を前提とする Apotex-Holdings の請求に関しては、Apotex Inc.の利害関係人 (privy) にあたり、当事者と同様に res judicata の原則の適用を受ける。[paras.7.38-7.40]

条(h) にいう「出資」に当たらないと結論づけている。すなわち、関連する理由付けを併せて検討すると、ANDAs 一般の投資財産性は、他と区別して争点となり、仲裁廷によって実際に判断され、かつ、当該判断は紛争の解決に必要であった（結論づけるために必要不可欠であった）といえる。暫定承認であるか否かは上記の ANDAs の本質的性質に影響しないため、Apotex I&II 判断は、ANDAs 一般について（暫定承認か否かに関わらず）投資財産性を否定したものと見える（なお、主文と関連する複数の理由づけのうち、明らかに暫定承認のみを前提とするものは、本件における *res judicata* の適用に際しては考慮しない）。したがって、同原則により、申立人らは本件仲裁において ANDAs が投資財産に当たる旨主張することはできず、上記①及び②の 2 請求には管轄権が認められない（したがって、管轄権は、Apotex US を投資財産とする Apotex Holdings の請求についてのみ認められる）。[paras. 7.41-7.51, 7.54-7.58, 7.61]

C. 本案：内国民待遇義務（NAFTA1102 条）及び最恵国待遇義務（1103 条）

1. 内国民待遇及び最恵国待遇の判断基準 [paras. 8.4-8.5]

内国民待遇義務（NAFTA 1102 条⁵）違反は、申立人ら又はその投資財産が、(i)被申立国によって、投資財産の設立、取得、拡大、管理、経営、運用および売却または他処分に関する「待遇」を付与されていること、(ii)特定された国内投資家又は投資財産と「同種の状況下」にあること、(iii)当該国内投資家又は投資財産に対する待遇より「不利な」待遇を受けていること、という 3 要件が満たされる場合に認められる。最恵国待遇義務（NAFTA1103 条）違反の要件も、上記(ii)の比較対象が第三国の投資家／投資財産であることを除き同様である。[paras.8.4-8.5]

このうち、「待遇」は投資家の事業活動の開始、発展、維持及び終了に関連するほぼ全ての措置を含み、本件輸入警告は「待遇」に当たる。また、「不利」要件については、①「不利でない待遇」が比較対象に対して与えられる最良の待遇と同等の待遇を意味し、②単一の適格な比較対象に関して「不利な待遇」及び「同種の状況下」が満たされれば足り、また、③差別の意図の立証は不要であることは、被申立国が争っておらず、被申立国の反論は専ら「同種の状況下」要件に関して行われている。[paras. 8.11-8.14, 8.18-8.21]

2. 「同種の状況下」(in like circumstances) 要件

比較対象が「同種の状況下」にあるか否かの判断に当たっては、(i)同じ事業分野に属するか、(ii)物品又はサービスに関して投資家／投資財産と競争関係にある事業に投資した者／当該事業か、(iii)同等の法的枠組み又は規制上の要請に服しているかの 3 要素を考慮する必要がある（当事者間に争いない）。[para. 8.15]

⁵ NAFTA Article 1102（1103 条は[]部分のみ置き換わる）

- (1) Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors [to investors of any other Party or of a non-Party], with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.
- (2) Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors [to investments of investors of any other Party or of a non-Party]with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

(a) 内国民待遇義務 (NAFTA1102 条) : 国内投資家/投資財産との比較

申立人らの主張する比較対象 (米国の製薬会社 3 社) が、(i)同じ事業分野 (同種医薬品の販売) に属し、(ii)米国市場で直接の競争関係にあることは当事者間で争いがなく、(iii)同じ法的枠組みに服するか否かが争点となる。[para.8.43]

この点、FDA による工場検査や cGMP 基準の執行手段に関する法令・運用は、海外工場か国内工場かによって異なる。すなわち、FDA は、国内工場に対する検査は製造工場等の立入り・検査権限 (本連邦法 Section 704(a)(1)) に基づいて強制的に実施できるが、執行管轄権を有しない外国工場に対しては、不純物・不正表示品等にあたりうる (appear) 輸入医薬品について通関を拒否する権限 (同 Section 801(a)) 及び ANDAs 保有者のコミットメントに基づいて検査を実施し、国内工場に対する措置と比較して相対的に少ない証拠資料に基づき cGMP 違反認定や輸入制限等の措置を行える。特に、Section 801(a)及びこれに基づく輸入警告が、比較対象が国内で製造する商品には (輸出及び再輸入されない限り) 適用されえない点は決定的な差であり、米国市場へのアクセスを防ぐための FDA の権限は外国製品か国産品かによって重要な差があるといえ、したがって、国内工場と海外工場に適用される法的枠組みは実質的に区別され、「同種状況下」要件は否定される。[paras.8.40, 8.45-8.50, 8.53]

上記判断は、同種状況下要件を判断するうえで、比較対象が「同種の法的要件 (legal requirements)」に服するか否かは重要な判断要素であるとする先例とも整合的である⁶。また、Pope & Talbot 事件仲裁判断は、「比較対象との待遇の差は、合理的な政策で、(a)法律上又は事実上外国法人と国内法人を区別せず、かつ、(b)NAFTA の投資自由化目的を不当に毀損しないものとの間に、合理的な関連性がない限り、内国民待遇義務違反と推定される」とした⁷が、本件輸入警告は、上記(a)及び(b)の 2 要件を満たす。[paras.8.54-8.58]

(b) 最恵国待遇義務 (NAFTA1103 条) : 他国の投資家/投資財産との比較

申立人らが比較対象として特定したイスラエル法人 Teva 及びカナダ法人 Sandoz は、外国工場及び外国製品が輸入警告や押収の対象となりうる点で Apotex Inc. と実質的に同じ法的枠組みに服し、2008~2011 年に FDA から cGMP 違反に関して警告文を受けたが輸入警告は受けていない点で Apotex Inc. より有利な待遇を受けているため、適切な比較対象であることが、反証がなければ認められる程度に (prima facie) 立証された。したがって、比較対象が「同種状況下」要件を満たすか否かに関しては、これを争う被申立国に証拠負担 (evidential burden) が移転

⁶ Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al v. United States of America, UNCITRAL, Award (12 January 2011), ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/001/1, Award (9 January 2003), Pope & Talbot Inc v. The Government of Canada, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2 (10 April 2001), Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (16 December 2002), Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, First Partial Award (7 August 2002), United Parcel Service of America Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL, Award on the Merits (24 May 2007)。Grand River 事件判断 (公正衡平待遇義務関連) について、山本晋平「米国各州のタバコ規制により影響を受けるタバコ取引業を含むカナダ先住民族の権利が問題となった投資仲裁判断例」JCA ジャーナル 58 巻 7 号 (2011 年)。

⁷ 前掲 Pope & Talbot 事件 para.78

し、被申立国が反論のための主張・証拠提出を行う必要がある。[paras.8.23, 8.61-68]

被申立国は、FDA が専門家として重大な責任のもとに、公衆衛生の見地から困難な規制裁量の行使を要請され、執行手段を行使するに当たっては、個別状況に応じた多様な事情を考慮する必要があることを強調する。FDA は本件輸入警告に関する裁量行使するに当たって、リスクベースのアプローチをとり、違反の重大性、違反による公衆衛生上のリスク、違反に関する企業の前歴及び対応（違反改善措置を含む）、製造物が医学的に必須又は供給不足であるか等を考慮したと説明する。仲裁廷は、本件において特に医薬品の欠缺に関する考慮が決定的な役割を果たし、Teva 及び Sandoz に関しては、それぞれの海外工場が製造する米国向け医薬品が必須医薬品であり欠缺が生じる懸念があったことが FDA の裁量行使に強く影響したことを認める。その他、FDA の判断が性急であった、FDA が申立人らを狙い撃ちにした等の事実は認められず、Apotex Inc.と比較対象の FDA の検査結果に対する対応の差が（僅かだが）FDA の裁量行使に影響を与えたことが認められる。これら全ての理由に鑑みて、被申立国は、Teva 及び Sandoz は「同種の状況下」要件を満たさないことを立証したというべきである。[paras. 8.69-8.77]

D. 本案：公正衡平待遇義務（NAFTA 1105 条）

申立人らは、慣習国際法上の最低基準として、個人の権利・利益に関する決定を行う行政機関は、一定の手続的安全措置を講じる義務があるとし、本件輸入警告に関して、①事前通知がなかったこと、②決定前に抗弁する機会がなかったこと、③中立性ある判断権者による決定ではないこと、④本件輸入警告の根拠を知ることができないこと、⑤利用できる行政救済手続きが不十分であること、⑥FDA の決定を米国裁判所で争えないことから、被申立国は慣習国際法上の最低基準の要請を満たしておらず⁸、公正衡平待遇義務（NAFTA1105 条 1 項）違反に当たると主張した。[paras. 9.7-9.9]

この点、他国の当局が同種措置を講じた際に申立人主張の手続をとっていないことや、NAFTA 上の先例が公衆衛生等の重要な公共の利益を保護する規制当局の役割及び責任を尊重していること等から、申立人らは、慣習国際法上上記の個別具体的な手続的権利が認められるという国家の慣行（state practice）や法的確信（opino juris）を十分に立証できていない。したがって、本件輸入警告に関して慣習国際法上申立人らにこれらの具体的な手続的権利が認められるということはできない。[paras.9.17, 9.27-9.36, 9.37-9.40]

そうとしても、慣習国際法上の最低基準として、特定の状況に応じた何らかの適正手続は保障されないか。また、仲裁廷は当該手続保障が充足されているか否かをどのような基準で判断すべきか。[para.9.41-9.42]

この点、NAFTA の先例⁹は、適正手続保障について NAFTA1105 条上の公正衡平待遇義務違

⁸ NAFTA1105 条の公正衡平待遇義務については、2001 年 7 月 31 日 NAFTA 自由貿易委員会覚書の Note of Interpretation “Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law” が、国際慣習法上の最低基準を指す旨を明らかにしている。

⁹ Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award (8 June 2009), Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No.ARB(AF)/00/3, Award (30 April 2004), International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States, UNCITRAL, Award (26 January 2006), Chemtura Corporation v.

反が成立するには高い程度の重大性 (severity)・深刻性 (gravity) が必要であることを強調している。適正手続の内容は当該主張に関係する特定の状況に応じて判断されること、医薬品の取引規制は国内患者の安全確保を目的とする本質的に複雑で専門性の高い手続であり、公衆衛生に関する専門的な判断 (相矛盾する要素の裁量的な衡量を含みうる) を要する。本件では、①名宛人が悪用する (手続を遅延させ販売量を急増させる) 恐れに鑑みて事前通知を行わず決定前に抗弁の機会を設定しないという FDA の運用は非合理的とはいえず、また、③判断権者 (FDA) の中立性、④理由の提示、⑤行政上／⑥司法上の救済措置は担保されている等の事実が認められ、慣習国際法上 NAFTA1105 条によって何らかの適正手続が必要とされると仮定しても、本件の事実関係の下では被申立国の行為は 1105 条違反に該当するほどの重大性・深刻性があるとはいえない。 [paras.9.47-9.65]

E. 費用

申立人が仲裁費用 (仲裁人の報酬・費用及び事務局費用) の 75%を負担し、かつ、被申立国の弁護費用等 (122 万 2584.38 米ドル) を全額負担する。なお、当事者の合意及び 2013 年 1 月 25 日付手続指令 (被申立国の弁論分離の申立てを却下) に基づき、敗者負担の原則¹⁰を考慮して弁護費用等及び仲裁費用の分担を決定する。 [para. 10.4]

Government of Canada, UNCITRAL, Award (2 August 2010). Chemtura 事件につき、石川知子「農薬の登録抹消に係る被申立国の一連の行為が公正衡平待遇義務違反及び収用を構成しないとされた例」JCA ジャーナル 58 巻 4 号 (2011 年)。

¹⁰ ICSID AF 仲裁規則は敗者負担の原則を定めていないが、仲裁廷は 2013 年の手続決定において敗者負担原則を適用することを既に明確にしていた。Apotex Holdings Inc., Apotex Inc. v. The United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Procedural order deciding bifurcation and non-bifurcation, 25 Jan 2013, para. 12.

72 : Gold Reserve Inc. v ベネズエラ・ボリバル共和国 (ICSID Case No. ARB(AF)/09/1)
(JCA ジャーナル 2015 年 5 月号 (67))

判断年月日 : 2014 年 9 月 22 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Piero Bernardini (イタリア・長)、Pierre Marie Dupuy (フランス)、David A.R. Williams (ニュージーランド)

一 判断のポイント :

- ・ 申立人の義務違反に対して採られた被申立国による採掘権の解除等の措置が、申立人の正当な期待に反しており、公正衡平待遇義務違反となるとした。
- ・ 被申立国による採掘権の解除等の措置は、国家権力の行使としてなされたものではないことから、収用には該当しないとされた。
- ・ 公正衡平待遇義務違反の賠償額算定にあたっては、違反の性質等を考慮して公正な市場価格の方法が相当であるとし、DCF 法に基づいて評価した上で、個別の事情をふまえて賠償額に修正を加えた。

二 事案の概要 :

I 事実関係

申立人は、カナダの金採掘企業であるゴールド・リザーブ社 (Gold Reserve Inc.) である。被申立国は、ベネズエラ・ボリバル共和国 (以下、ベネズエラ) である。本件は、申立人がベネズエラにおいて間接的に保有する採掘権に関する紛争である。

1. Brisas 採掘権 [paras. 10 - 11]

ベネズエラ企業 Brisas Company は、1988 年 4 月 18 日に、南東ベネズエラの Kilometre 88 鉱区にある、500 ヘクタールの金鉱を対象とする Brisas 採掘権を取得した。採掘権の期間は 20 年間であるが、終了する 6 か月前までに要求すれば、追加で 10 年間の期間延長が 2 回可能とされていた。

1992 年 11 月に、米国企業 Gold Reserve Corporation のベネズエラ子会社 Gold Reserve de Venezuela が、Brisas Company を買収した。1998 年 10 月 5 日、申立人 (Gold Reserve Inc.) が、Gold Reserve Corporation の完全子会社としてカナダに設立された。その後、1999 年初めに、申立人が Gold Reserve Corporation の親会社となった。これによって、申立人は、Brisas 採掘権を保有する Brisas Company の間接所有者となった。

2. Unicornio 採掘権 [para. 12]

Brisas Company は、1993 年に、Brisas 採掘権の下部の硬岩鉱化についての採掘権の取得を

申し込んだ。ベネズエラの鉱業省は、1998年3月3日に、Brisas Company に対して、Brisas 採掘権の下部にある硬岩から金、銅及びモリブデンを採掘する権利を付与する Unicornio (硬岩) 採掘権を与えた。Unicornio 採掘権は、Brisas 採掘権と同様に、期間を20年間とするものであり、終了する6か月前までに要求すれば、追加で10年間の期間延長が2回可能とされていた。

3. Brisas プロジェクト [para. 13]

申立人は、Brisas 採掘権及び Unicornio 採掘権の取得後、採掘の効率化等のため、両採掘権について「Brisas プロジェクト」の一部として併せて採掘することを計画した。

4. 両採掘権取得後の経緯

申立人は、1993年8月に、Brisas 採掘権について、鉱業省にフィージビリティスタディを提出した。鉱業省は、1994年2月24日にこれを承認した。[para.14] 1993年から1998年にかけて、申立人は、Brisas 採掘権に関して、ベネズエラの環境省に対して道路の建設や土地の清掃など6つの許可を1年ごとに求め、環境省はこれに対して許可を与えた。[para. 15]

申立人は、1998年10月14日に、環境省に対して、Brisas 採掘権における沖積の金を採掘するプロジェクトについての環境影響調査 (EIA) を提出した。申立人は、環境省に、Unicornio 採掘権についても報告し、併せて採掘する意向であると述べた。また、申立人は、環境省に対して、Brisas 採掘権について当該調査に従って採掘するという目的で資源に影響を与えることの許可も求めた。[para. 16] 環境省は、1999年10月28日に EIA を承認したが、申立人に Brisas 採掘権を採掘する許可を与えなかった。その代わりに、環境省は、拡張されたプロジェクトについて他の地域への環境上の影響を調査すると述べた。[para. 17]

申立人は、Unicornio 採掘権のフィージビリティスタディを提出するため1年間の延長を求め、当該延長が認められた。申立人は、2001年2月22日、鉱業省に当該調査結果を提出した。当該調査は、実際は、Brisas 採掘権及び Unicornio 採掘権と Brisas プロジェクトについて言及していた。当該調査結果は2002年11月27日に補訂された。鉱業省は、追加情報を求めた後、2003年1月6日に、当該調査が、Unicornio 採掘権の Special Advantage 第5番に合致したものであることを承認した。[para. 18]

2005年7月29日、申立人は、環境省に対して、Brisas プロジェクトの環境上及び社会文化上の影響を評価した調査書 (V-ESIA) を提出して、Brisas プロジェクトにおけるインフラ施設等の建設並びに金及び銅の採掘の許可を与えるよう申し立てた。環境省は、2006年7月31日、申立人に対して、提出された調査を補完するための「戦略的環境評価」(EAE) を行う予定であると述べた。また、環境省は、単一の許可を与えるよりむしろ、各作業の段階ごとに個別の許可を与えたいと述べた。申立人は2007年1月30日、更新済みの V-ESIA を提出した。2007年2月9日、環境省は、Brisas プロジェクトの事業の一部として、申立人の V-ESIA を許可した。[para. 21]

環境省は、2007年3月27日、「金及び銅の採掘をする Brisas プロジェクトのインフラ・サ

ービス施設建設のために天然資源に影響を与えることの許可」(建設許可、Phase I Permit)をした。建設許可の内容は、仮に申立人が一定の条件を満たし、かつ環境省において申立人が条件を満たしたことを認める **Initiation Act** に署名した場合には、申立人は建設を開始できるというものであった。[para. 22]

2007年5月16日、申立人は環境省に対して、建設許可の条件を遵守した証拠を提出して、**Initiation Act** に署名するよう求めたが、環境省はこれに回答しなかった。2007年7月11日、申立人はさらに書面で要求を行ったところ、環境省は、申立人が **Brisas** プロジェクトの敷地に通じる別のルートに関する懸案に取り組むまで **Initiation Act** に署名しないと述べた。2007年7月25日、申立人は環境省にルート変更計画を提出した。環境省は2007年8月14日にこれを許可した。[para. 23]

2008年4月14日、環境省は、建設許可の「完全な無効」と、「公序を理由とする」取消を宣言する行政命令 (**Administrative Ruling**) を発した。[para. 24]

Brisas 採掘権は、権利の当初の付与から20年が経過した2008年4月18日に期限が切れることになっていた。申立人は、期限の6か月以上前である2007年10月17日に、鉱業省に **Brisas** 採掘権の延長の申し立てをした。当該申し立てにおいては、鉱業省が2007年9月14日に発行した、申立人が1999年鉱業法の規定を完全に遵守しており支払い能力があるという内容の証明書が添付されていた。2008年8月に、環境省は申立人に対して、「鉱業省によれば、**Brisas** 採掘権は2008年4月に期限が切れている」と述べた。また、鉱業省は、申立人に対して、延長申し立てを受領したときに内容に脱漏があったが、適切に追完がなされなかったと述べた。鉱業省は、2009年3月18日、**Brisas** 採掘権について期限が延長されていないとして、**Brisas** 採掘権における全ての採掘活動を差し止める旨の停止命令 (**Suspension Order**) を発した。[para. 25]

2009年5月25日、鉱業省は、申立人に支払い能力がないこと及び **Special Advantage** についての多くの義務違反を理由に、申立人の延長の申し立てを認めず、**Brisas** 採掘権を終了する旨の決定を行った。[para. 26]

2009年10月、ベネズエラ政府は申立人の資産を差し押さえ、**Brisas** プロジェクトの敷地を占拠した。2009年10月20日、鉱業省は、**Unicornio** 採掘権を取り消すための行政手続を開始した。申立人は、2009年11月18日に当該手続に異議を申立てたが、2010年3月4日に当該異議を取下げた。[para. 27]

2010年6月17日、鉱業省は **Unicornio** 採掘権を二つの理由で終了させた。その一つは、申立人が1999年鉱業法61条に反して7年以内に採掘を開始しなかったことであり、二つ目は、申立人がインターンを雇用したことが **Special Advantage** 第10番に違反したというものであった。[para. 28]

申立人は、カナダ-ベネズエラ投資保護協定(1996年7月1日署名、1998年1月28日発効、以下、BIT)に基づき、2009年10月21日に、投資紛争解決国際センター (ICSID) に本件を ICSID 追加的措置(Additional Facility)による仲裁として申し立てた。

三 判断概要：

II 仲裁判断要旨

A 仲裁廷の権限（管轄権）についての判断 [paras.222 - 272]

被申立国は、申立人はカナダで設立されているものの、マネジメントは米国に本部を有しており、ペーパーカンパニーであるから BIT 上カナダの投資家とはいえないと主張した。[para. 223] しかし、申立人は、カナダ法に従って設立された法人である以上、BIT 1条(g)(ii)における投資家の要件を満たす。過去の多くの ICSID 仲裁廷が判断してきたとおり、国籍を判断する基準は設立地であり、仲裁廷は法人格が濫用されているような場合を除いてさらに調査することを要しない。また、そのような濫用が認められる場合というのは、紛争が発生した後に、BIT による利益を得るために当該国に会社を設立するような場合であり、本件では、申立人の設立は紛争発生前であることから、法人格を濫用しているとは認められない。[para. 252]

また、被申立国は、申立人が企業再編によって採掘権を間接的に取得したことをもって、「ベネズエラの領域内において投資をなす」カナダ法人 (BIT1 条(g)(ii)) とはいえないと主張した。[para.224] しかし、仲裁廷はかかる主張を認めなかった。企業再編によって、申立人は、ベネズエラで採掘権を有する **Brisas Company** の株式の間接所有者となったところ、採掘権の間接所有が BIT 上の投資にあたることは争いがない。[para. 257] そして、BIT1 条(f)(ii)の投資の定義からして、子会社を通じた、ベネズエラ子会社の株式と採掘権の間接所有は、BIT 上保護される投資に該当する。[para.258] 「ベネズエラの領域内において投資をなす」というためには、資金やその他の価値がベネズエラ国境を越えて移動することを必要としない。[para. 261] したがって、申立人が米国企業 **Gold Reserve Corporation** の株式を取得したことをもってベネズエラで投資をしたといえるかどうかは、当該株式の取得がベネズエラ外における株式交換を通じてなされたという事実には影響されない。[para. 262]

仲裁廷は、結論として、申立人は、カナダで設立された会社であること、ベネズエラの領域内で投資をした会社であることという両方の意味で、BIT における投資家の定義を満たしており、本仲裁の請求について管轄権を有するとした。[para.272]

B 申立人の投資の内容等 [paras. 273 - 530]

仲裁廷は、(申立人の主張によれば) 被申立国が BIT に違反した時点において存在した、申立人の採掘権の性質等について、以下のとおり検討した。

1. **Brisas** プロジェクト [paras. 277 - 292]

Brisas 採掘権及び **Unicornio** 採掘権に近接する各区画についても、一つの **Brisas** プロジェクトとして、両採掘権について開発を行うために利用するという合理的な期待を申立人が有していた。また、**Brisas** プロジェクトという概念を否定する被申立国の主張には理由がなく、被申立国政府の行為は、被申立国が **Brisas** プロジェクトという概念のもとで包摂される近接する各区画の利用を通じて **Brisas** 採掘権及び **Unicornio** 採掘権について採掘を行う許可を行うためのさ

らなる措置を採るであろうことについて、申立人の合理的な期待を強めるものであった。[para. 293]

2. Brisas 採掘権 [paras. 294 - 409]

仲裁廷は、被申立国が Brisas 採掘権について延長を否定し、20 年間という当初の期間の満了により終了させる根拠となる、申立人の義務違反があるかどうかを検討した。[para. 386]

申立人は、インフラ建設に関する Phase I Permit が出された 2007 年までに採掘を開始したが、ベネズエラ法上、申立人は採掘権が公告されてから 3 年という制限期間内に採掘を開始しなければならず、申立人は Brisas 採掘権について Special Advantage 第 6 番及び第 7 番に違反した。[para. 403]かかる違反は、Brisas 採掘権を終了させる 2009 年 5 月 25 日付の環境省の決定の理由とされており、1999 年鉱業法 98 条及び Special Advantage 第 15 番により Brisas 採掘権を解除する法的根拠となっている。Special Advantage 第 15 番は、いかなる Special Advantage 違反も採掘権を終了させる理由となる。[para. 408]

もっとも、申立人の違反は、2007 年 3 月 27 日付で建設許可が与えられた時点までに治癒されており、ベネズエラ法上 Brisas 採掘権が有効に継続することについて、申立人に正当な期待が生じた。[para. 408] また、ベネズエラ法上、Special Advantage 違反によって解除の法的根拠があるからといって、解除自体が有効であることを意味するわけではない。仲裁廷は、申立人の適正手続の権利を尊重する正しい手続をとらなければ、ベネズエラ法上解除が有効とはいえないとし、本件ではそのような手続はとられなかったと指摘した。[para.409]

3. Unicornio 採掘権 [paras. 410 - 446]

Brisas Company が Unicornio 採掘権を取得したのは 1998 年 3 月であった。1999 年鉱業法 61 条によると、採掘権が公告されてから 7 年以内である 2005 年 3 月までに採掘が開始される必要があった。しかし、Unicornio 採掘権を含む Brisas プロジェクトの採掘は 2007 年初頭まで開始されなかった。[para.433]

2010 年 6 月 17 日、鉱業省は、申立人が 1999 年鉱業法 61 条に違反して 7 年以内に採掘を開始しなかった、申立人がインターンを雇用したことが Special Advantage 第 10 番に違反した、という二つの理由により、Unicornio 採掘権を終了する決定を行った。[paras. 428- 431]

インターンに関する Special Advantage 第 10 番の義務は、産出が開始しなければ強制できないものであり、Unicornio 採掘権が解除された時点では産出は開始していなかったことから、同違反は Unicornio 採掘権を終了させる有効な根拠にはならない。また、いずれにしても、当該違反を理由に採掘権を解除するのは制裁として均衡を欠くものである。[para. 445]

他方で、被申立国は、1999 年鉱業法 61 条に規定する期間制限を申立人が遵守しなかったことを根拠に Unicornio 採掘権を終了させることができた。もっとも、被申立国は、当該根拠をもとに採掘権を有効に解除するためには適正な手続をとらなければならなかった。[para. 446]

4. その他の区画 [paras. 447 - 530]

仲裁廷は、申立人が主張するその他の一定の区画についても申立人は有効な権利を有しているとしたが、NLNA1-NLNV1 区画（北区画）については申立人は権利を有しておらず、当該区画は Brisas プロジェクトの構成要素から除外すべきであるとした。[para. 492]

C BIT 違反の有無

1. 公正衡平待遇 [paras. 537 - 615]

仲裁廷は、以下述べる通り、被申立国が BIT2 条(2)に定める公正衡平待遇義務に違反したことを認定した。

(1) 公正衡平待遇の基準

仲裁廷は、BIT2 条(2)が「国際法の原則」に言及していることから、事実関係が比較的本件に近いと思われる過去の仲裁判断例を検討した上で、本件に適用される公正衡平待遇義務の基準を決定するとした。[paras. 567 - 568]

まず、仲裁廷は、Saluka 事件¹における公正衡平待遇義務の基準を引用し、Saluka 事件の被申立国が銀行の危機を解決するための投資家の提案を「偏りがなく、公平で、透明で、一貫した形で」考慮することなく、交渉を不合理に拒絶したことで、被申立国が公正衡平待遇義務に違反したとした。[para. 569] また、仲裁廷は、他の事件の仲裁廷が、公正衡平待遇義務の検討にあたって、投資家の正当な期待が重要な役割を有することを重視しているとした上で、投資家の正当な期待は、投資受入国が明示的に又は黙示的に行った約束、表明に基づくものであるとした。[paras. 570 - 571]

その上で、仲裁廷は、Tecmed 事件²の公正衡平待遇義務の基準を引用し、当該事件では、被申立国の機関が申立人の許可を更新しない決定をしたことについて、当該機関が投資家に対して更新がされない可能性について事前に告知せず、投資家に問題を解決する機会も与えなかったことから、公正衡平待遇義務に違反するとされたことを指摘した。[para. 572] さらに、仲裁廷は、Waste Management v. Mexico 事件³及び Metalclad 事件⁴の公正衡平待遇義務の基準も引用した。[para. 573- 574]

また、仲裁廷は、Total v. Argentina 事件⁵及び Toto Construzioni Generali SpA v. Republic of Lebanon 事件⁶を引用して各国の国内法についても言及し、公正衡平待遇義務の基準の一つである正当な期待の保護は、ドイツ、フランス、英国といった国のほか、アルゼンチンを含むラテンアメリカ諸国においても見ることができ、ベネズエラの行政法にも存在するとした。[para. 576]

¹ Saluka Investments B.V. v. Czech Republic , UNCITRAL Partial Award, 17 March 2006. 小寺彰・松本加代「投資協定の新局面と日本 第2回 サルカ事件」国際商事法務 34 巻 9 号(2006 年)1141 頁。

² Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States , ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003

³ Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No ARB/AF/00/3, Award, 30 April 2004

⁴ Metalclad Corp. v. United Mexican States , ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000

⁵ Total v. Argentine Republic , ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010. 荒木一郎「緊急避難を理由とする投資規制の正当化が認められなかった例」JCA ジャーナル 60 巻 6 号 (2013 年) 66 頁。

⁶ Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon , ICSID Case No. ARB/07/12, Award, 7 June 2012

(2) 本件のあてはめ

仲裁廷は、申立人が主張する、被申立国の措置が公正衡平待遇義務に違反するものであるかどうかを検討し、この点について、被申立国における鉱業に関する政策変更が関連性を有するとした。被申立国政府は、Brisas 採掘権について付与された 20 年間のうちほとんどの間は、申立人の採掘に関する活動に異論を唱えていなかった。例えば、被申立国は、2003 年 1 月 6 日に Brisas プロジェクトのフィージビリティスタディを承認し、2007 年 2 月 9 日には V-ESIA を承認し、2007 年 3 月には建設許可を与えている。[para. 578] 申立人は、採掘権が有効に継続することを信頼し、採掘開始の許可が得られることの期待をする十分な理由を有していた。[para. 579]

Brisas、Unicornio 及び El Pauji 採掘権の終了の理由は、鉱業省が公式に述べたものに限られず、むしろ、政府における政治的な優先順位の変更によるものであり、これは、チャベス大統領を含む政府高官が 2007 年後半にとった鉱物資源の採掘についての立場と、2007 年 11 月から 2009 年 7 月にかけてなされた一連の発言及び公式表明によって裏付けられる。[para. 580] これらの発言及び公式表明は、申立人に対する採掘の許可の発行及び Brisas プロジェクトの将来についての全ての決定が、関係官庁ではなく政府高官によってなされたであろうことを示す。政府の目的は、「新国家鉱業方針」に従って、採掘される鉱物資源を「回復」することにあった。鉱業省は、2008 年 12 月 17 日に、「Brisas 採掘権をカナダの採掘企業 Gold Reserve から引き離すと政府が決定したのは、主に金及びダイヤモンドといった国家の鉱物資源を回復するという政府の方針の一環である」と表明していた。チャベス大統領も、2009 年 1 月 13 日に、ベネズエラ国家が Brisas を含む 5 つの採掘権について、経済成長及び国家の発展のために、社会主義のコントロール下にあると表明した。さらに、2011 年 8 月 23 日に、チャベス大統領は、Brisas を含む形で、国家の鉱物資源の開発についての戦略アクションプランを承認した。[para. 581] ベネズエラ政府の方針変更は無視できるものではなく、2007 年 3 月から 2008 年 4 月にかけて Initiation Act に署名しなかったこと、2008 年 4 月の建設許可の取消し、2009 年 5 月 25 日の Brisas 採掘権の終了、2009 年 5 月 22 日の El Pauji 採掘権の終了、2010 年 6 月 17 日の Unicornio 採掘権の終了といった一連の手續と政府の方針変更のタイミングは単なる偶然ではない。[para. 582]

① Initiation Act について

本件の一連の経緯は、環境省が Initiation Act に署名しなかった真の理由が、Brisas プロジェクトの環境上の影響についての深刻な懸念（だけ）ではなかったことを示す。チャベス大統領を含む、政府高官によるこの期間における数多くの声明、発言によって裏付けられるとおり、明らかに、鉱物採掘についてのベネズエラの政策変更が、被申立国の行為の動機となっていた。[para. 590] 被申立国は、申立人からの度重なる要求にもかかわらず Initiation Act に署名せず、その理由について説明もしなかった。むしろ、申立人に対して、ルート変更についての問題が解決すれば署名が得られるとの期待を強めたのであり、これは投資家との関係で透明性、一貫性及び誠

実さを欠くものであって、被申立国は BIT 上の公正衡平待遇義務に違反した。[para. 591]

②環境省の建設許可の取消しについて

2008年4月14日の環境省の建設許可の取消し命令は、環境上の問題等を理由としていた。国家が環境保護等について責任を有することは認めるが、それによって海外の投資家に対する義務を免れるわけではない。[para. 595] 取消し命令の中で言及されている2006年6月26日付け緊急命令は、2007年3月27日に建設許可がなされた時点で発効していたことから、環境省は、建設許可をする前に、それが緊急命令に抵触しないことを確認していたと考えられる。また、当該緊急命令は1年間という期限付きであり、2007年6月26日に失効していた。環境省からは、建設許可がなされた日から、環境が著しく悪化したとの警告はなされなかった。[para. 596] 環境省の行為は、チャベス大統領が開始した政策変更によるものであると推測され、被申立国が申立人に聴聞の機会を与えずに取消し命令をしたことは公正衡平待遇義務に違反する。[paras. 600 - 601]

③Brisas 採掘権の終了等について

2009年5月25日に鉱業省が Brisas 採掘権を終了する旨の決定をした経緯は既に述べたとおりである。[para. 603] 申立人は、被申立国の一貫した態度によって、多額の投資をしてプロジェクトを継続することが許可されていると期待した。[para. 605] 被申立国による、正当な期待に対する違反は、ベネズエラ法の観点からも重大である。[para. 606] また、環境省による必要な環境上の許可の付与の遅れによって、申立人は鉱業法等で規定する期間制限を遵守することが困難となった。[para. 608]

仲裁廷は、Metalclad v. Mexico 事件における公正衡平待遇義務違反の理由付けは、本件にもあてはまるとし、本件においては、申立人の適正手続の権利を尊重せずに Brisas 採掘権を終了させた全体のプロセスについて、被申立国に公正衡平待遇義務違反があったとした。[para. 609]

④Unicornio の終了等について

Brisas 採掘権と Unicornio 採掘権は異なる時期に与えられたにもかかわらず、終了の時期は近接している（Brisas 採掘権の終了が2009年5月25日、Unicornio 採掘権の終了が2010年6月17日）。Brisas 採掘権と同様に、Unicornio 採掘権についても透明性と予測可能性のある枠組みが確保されなかったことは、公正衡平待遇義務違反を構成する。[para. 613]

また、鉱業省は、Brisas 採掘権と El Pauji 採掘権について同じ2009年3月18日に事業の中止を命じている。採掘権の延長を認めない旨の命令は、Brisas 採掘権について2009年5月25日、El Pauji 採掘権について2009年5月22日という近接した時期になされている。被申立国は、二つの採掘権を同じプロセスの一部として迅速に終了させる必要があったことから、採掘権の延長の取消しのための特定の行政手続を行わないことで申立人の適正手続の権利を否定したものであり、この点においても公正衡平待遇義務に違反する。[para. 614]

(3) 小括

以上のとおり、被申立国は、Brisas 採掘権、Unicornio 採掘権及び El Pauji 採掘権について採掘権の延長を取消するための行政手続を別途行わなかったことを含む多くの面で、公正衡平待遇義務に違反したものであり、その違反の程度は甚だしいものであるから、賠償額に反映されるべきである。[para. 615]

2. 十分な保護及び保障 [paras. 616- 623]

申立人は、被申立国の行為が、BIT2 条(2)に基づく申立人の投資に対して十分な保護及び保障を与える義務にも違反するものであったと主張した。[paras. 616 - 617]

しかし、仲裁廷は、申立人の当該主張を認めなかった。投資協定仲裁判断の中には、十分な保護及び保障の概念を規制上・法律上の保護を与える義務にまで拡張したものもあるが、多くのケースで認められている一般的な見解としては、十分な保護及び保障は、物理的危険に対する保護を指すものとされている。本件の BIT に基づく十分な保護及び保障を与える義務も、物理的危険に対する保護を指しており、本件では被申立国がかかる義務に違反したとはいえない。[paras. 622 - 623]

3. 最恵国待遇 [paras. 624 - 632]

申立人は、ベネズエラ・バルバドス BIT において、恣意的なあるいは差別的な措置によって投資に損害を与えない義務が規定されていることなどを挙げた上で、被申立国が申立人の Brisas プロジェクトの必要な許可を恣意的に遅延させ、否定したことなどが、BIT3 条の最恵国待遇の規定に違反すると主張した。[para. 628] しかし、仲裁廷は、本件で公正衡平待遇義務について認定した内容からすれば、公正衡平待遇義務の基準に、「恣意的なあるいは差別的な」取扱いという追加の保護基準を導入する必要はないとした。[para. 632]

4. 収用 [paras. 633 - 669]

申立人は、被申立国が Brisas プロジェクトについての申立人の権益を奪ったことは収用に等しく、被申立国は BIT7 条に違反して申立人の投資について収用を行ったと主張した。[para. 637] しかし、仲裁廷は、被申立国は BIT の収用の基準には違反していないとした。収用があったというためには、単に契約上終了したというのではなく、国家権力の行使があったことが必要であるとした上で[para. 663]、契約上の権利を行使するために規制上の権力を行使したに過ぎない場合は、収用があったとはいえない。[para. 664] 他方で、仲裁廷は、Bayindir v. Pakistan 事件⁷及び Malicorp v. Egypt 事件⁸を引用した上で、契約上の権利行使と詐称してなされたもの

⁷ Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan , ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009. 石川知子「会社による行為の国家帰属性、公正衡平待遇義務、内国民待遇義務、最恵国待遇義務違反及び収用の成否—公正衡平待遇義務違反の検討を中心に」JCA ジャーナル 57 巻 9 号 (2010 年) 26 頁。

⁸ Malicorp Ltd. v. Arab Republic of Egypt , ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011. 濱本正太郎「義務

であっても、真の性質が国家権力の行使の一環としてなされたものであれば収用になりうるとした。本件で鍵になるのは、両採掘権の終了について示された理由が十分なものであったかであり、十分といえる場合は収用とはいえない。[para. 666] 本件では、申立人が期限内に採掘する義務に違反したという理由付けは単なる仮装とはいえず、両採掘権の終了について示された理由が十分なものであったことから、被申立国の行為は 1999 年鉱業法及び当該採掘権について規制上の権限を行使したものであって、収用としての性質を有さないので、国際法上収用があったとすることはできない。[paras. 667 - 668]

D 損害 [paras. 670 - 856]

1. 法的枠組み

申立人は、被申立国に対して、BIT 違反による損害及び 2008 年 4 月 14 日以降の利息の支払を求めた。[paras. 671 - 672]

仲裁廷は、まず、公正衡平待遇義務違反の場合における損害額の決定方法について検討し、ホルジョウ工場判決⁹及び ILC 国家責任条文 31 条を引用した上で、本件の違反の深刻な性質と、違反が採掘権の全面的剥奪に至ったことから、完全賠償と違反の結果の解消という原則により、公正な市場価格の方法が本件でも適切であるとした。[para.680] また、仲裁廷は、損害の評価は一定程度推測等を含むものであって、科学的確かさをもって損害を認定できるのは稀であるとした上で、損害を評価するにあたって仲裁廷が一定の裁量を有するとした。[para. 686]

2. 公正な市場価格の算定のアプローチ

仲裁廷は、申立人・被申立国双方の専門家証人が DCF 法を主たる損害の評価方法として利用していることに言及し、DCF 法による 2008 年 4 月 14 日時点における公正な市場価格による評価を原則として適用するとした上で、採掘計画、採掘場の形状、プロジェクトの遅延など種々の点について検討をして評価額を調整した。[paras. 687-818]

3. 賠償額の算定

仲裁廷は、申立人が北区画について利用権を有していないことはプロジェクトの評価に影響を与えるものであり、申立人が保有していない権利について補償を与えることはできないとした。[para.829] その上で、仲裁廷は、Brisas プロジェクトの評価額はゼロであるとする被申立国の専門家の評価結果は信用できないとして、申立人側の DCF 法による評価額を基本的に採用しつつ、申立人が北区画について利用権を有していないこと等をふまえて種々の調整を行って、最終的な賠償額を算定した。[paras. 833 - 849]

E. 結論

遵守条項の実体的・手続的効果」JCA ジャーナル 58 巻 5 号 (2011 年) 27 頁

⁹ Chorzów Factory (Ger. v. Pol) , Judgment No. 13(Merits), Sept. 13, 1928, P.C.I.J. Series A, No. 17(1928)

仲裁廷は、被申立国が申立人の投資について公正衡平待遇義務に違反したとして、被申立国に対して、申立人に 7 億 1303 万 2000 米ドル及び 2008 年 4 月 14 日から仲裁判断日までの利息及び仲裁判断日以後の利息を支払うよう命じた¹⁰。また、仲裁廷は、被申立国に対して、申立人の弁護士費用及びその他の費用として、500 万米ドルの支払を命じた。[para. 863]

¹⁰ なお、本仲裁判断後、双方当事者はそれぞれ仲裁判断で示された損害額に関して訂正の申立てを行ったが、仲裁廷はいずれも理由がないとして認めなかった。ICSID Case No. ARB(AF)/09/1 Decision Regarding the Claimant's and the Respondent's Requests for Corrections, 15 December 2014.

73 : Hesham Talaat M. Al-Warraaq v インドネシア (UNCITRAL)
(JCA ジャーナル 2016 年 11 月号 (84))

判断年月日 : 2014 年 12 月 15 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Bernardo M. Cremades (スペイン・長)、Michal Hwang S.C. (シンガポール)、
Fali S. Nariman S.C. (インド)

一 判断のポイント :

- ・ 投資受入国による自由権規約の義務の違反が、公正衡平待遇違反を構成すると判断した。
- ・ 投資受入国による公正衡平待遇違反を認定した上で、投資家側によるホスト国の国内法違反について「クリーン・ハンズの原則」を適用し、投資家の訴えの受理可能性を否定した。

二 事案の概要 :

I. 事実関係 [paras.73-141]

A. Bank Century

申立人 (サウジアラビア国籍) はバハマ国籍企業である FGAH の支配的株主である。FGAH は インドネシア国籍の銀行である Bank Century を所有している。2006 年、申立人は同行の理事会に任命され、給与・任命委員会の構成員になった。[para.73-78]

B. Bank Century に対する救済措置

2008 年 11 月までの間に、世界金融危機の中、Bank Century の預金者は預金引き出しの動きを見せていた。11 月 20 日から 21 日にかけて、Bank Century はインドネシア銀行 (中央銀行) からの短期融資を受け入れ、同行の「特別監視」の下に置かれた[paras.94-95]。11 月 21 日、Bank Century はインドネシア預金保障機関の管理下に入った[para.88]。

2009 年 7 月の時点で、インドネシア銀行は 6.76 兆ルピアを、Bank Century に投入している。インドネシアの国内メディアが、これらの資金の一部が大統領選挙に流用された嫌疑を報道し、インドネシア議会の特別調査委員会は、2010 年 3 月、Bank Century の救済措置に違法行為があり司法当局による捜査が必要だと判断した[paras.99-102]。

C. 申立人への捜査と訴追 [paras.108-125]

2008 年 12 月 4 日頃、申立人に対する逮捕状が発出された。2009 年 6 月 9 日、申立人に対して、インターポールのレッド・ノーティスが発出された[paras.109-110]。

2010 年 3 月 2 日以降、申立人は腐敗法違反、資金洗浄法違反の容疑で起訴された。[paras.124-125]

D. 申立人の欠席裁判 [paras.126-141]

被申立国によれば、同国の検察官は、申立人の地方裁判所への出廷を求める召喚状を 2010 年 3 月 12 日、2010 年 3 月 24 日及び 2010 年 4 月 26 日の三回に渡り発出した。いずれに対しても、申立人は出廷しなかった。2010 年 6 月 2 日に、被申立国の裁判官団は申立人に対する召喚状は適切に送達されたにもかかわらず彼らは出廷しなかったことを宣言し、申立人不在のまま容疑の調査が進められるべきことを命令するとともに、検察官に対して中間判決を発出することを命じた。2010 年 12 月 16 日、中央ジャカルタ地方裁判所は、被告人の有罪の判決を下し、その資産 30 億ルピア以上を没収した。

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 申立人の投資家としての地位 [paras.497-517]

イスラム協力機構投資協定 (OIC 協定)、特に「資本 (capital)」を定義する第 1 条 4、及び「投資財産 (investment)」を定義する同条 5 においては、直接又は間接の投資財産に関する明示の言及はない。第 1 条 5 は資本の使用 (employment) が投資家自身の名義でなされなければならないとは定めておらず、また第 1 条 4 も株式が個人的又は直接に保有されることを要求はしておらず、FGAH のような投資手段を通じた株式の所有の可能性に開かれている。[para.503]

申立人は Bank Century に対する直接投資財産を有していないが、申立人は、Bank Century の株式を FGAH を通じて間接的に所有しており、OIC 協定上の投資家に該当する。[paras.504-517]

B. OIC 協定第 10 条の下での「基本的権利」(Basic Rights)

OIC 協定第 10 条は、投資受入国は、「投資家から・・・自らの資本の所有、保有又は利用に関する基本的権利・・・の一部又は全部を剥奪することで・・・直接又は間接に、投資家の資本又は投資財産に影響を与える措置」をとってはならない旨を規定する。申立人は、第 10 条で規定される「基本的権利」には、自由権規約第 14 条に規定される公正な裁判を受ける権利を含めた、国際法上の人権並びに市民的及び政治的権利が含まれると主張する。OIC 協定の趣旨及び目的は、投資家に広範な権利を付与することにより投資の促進と保護を図ることにある。他方で、第 10 条 1 は、全体として解釈すると、投資財産への所有権又はその行使に影響する措置について規定している。第 10 条 1 で規定されている基本的権利とは、「[投資家の] 資本の所有、保有又は利用に関する…基本的権利 (basic rights… on the ownership, possession or utilization of [investor's] capital)」である。「基本的権利」とは「基本的財産権」を指しており、自由権規約第 14 条に規定される公正な裁判を受ける権利のような、市民的・政治的権利を一般的に指すものではない。したがって、OIC 協定第 10 条 1 によって公正な裁判を受ける権利が保障されている旨の申立人の主張を棄却する。[paras.518-paras.522]

C. 収用に関する請求

Bank Century の救済措置は、当時の状況を鑑みれば、収用には該当しない。当時の Bank Century はインドネシアの金融システム全体に対して構造的な危機を引き起こす可能性があったことを考えれば、インドネシア当局による救済措置は裁量の範囲内であり、完全に正当化される。[paras.524-526]

収用について規定する OIC 協定第 10 条 2(b)によれば、インドネシアは、「権限ある当局 (competent legal authority)」の命令により、「予防的措置 (preventive measures)」をとることが認められている。インドネシア銀行は、預金者を保護する責任を有しており、銀行危機に関して予防的措置をとった。[paras.527-531]

申立人の収用の訴えを退ける。[para.539]

D. 公正かつ公平な待遇 (FET) に関する請求

1. 最恵国待遇 (MFN) 条項

OIC 協定には FET の規定はない。しかし、申立人は、被申立国は OIC 協定の MFN 条項に基づき FET の義務を負うと主張する。[para.540]

OIC 協定第 8 条は MFN を規定しており、同条における「待遇」は、「投資家が投資財産を他の締約国の領域内で使用する経済活動の文脈」の中のものであり、又「当該活動の文脈においてこれらの投資家に与えられる権利と特権に関して」のものである。[paras.545-546]

申立人は、英国＝インドネシア投資協定第 3 条に規定される FET を、OIC 協定第 8 条を通じて、後者の条約に編入しようとしている。MFN 条項が他の条項を編入するのは、「同種の原則」が適用される範囲に限られるが、OIC 協定と英国＝インドネシア投資協定とは、外国投資の保護という同じ対象 (subject matter) を扱っている。[paras.547-551]

したがって、申立人は、OIC 協定の MFN 条項を通じて、FET を享受する資格を有する。[para.555]

2. FET と自由権規約 (自由権規約)

申立人は、被申立国が起訴及び捜査の権限を逸脱することにより FET を否定した旨を主張し、特に被申立国による申立人の取り扱いが自由権規約に違反する旨を指摘する。[para.556]

自由権規約の締約国がその義務に従うことは、最も重要な信義則 (overriding principle of good faith) である。信義則は、今や国際慣習法の原則である。自由権規約締約国が人権保障の義務を尊重しない場合には、それは信義則の違反となる。市民社会の役割、国際仲裁廷の判断において反映されかつ応えられた役割は、国家に対して信義則を遵守すべきことを思い出させ続け

ることであり、国家が信義則に違反した場合には、そのことを仲裁判断において宣言することである。[para.560]

国家は条約を批准した場合には、その義務を遵守しなければならない。国家が義務を遵守しない場合には、条約の履行機関（自由権規約の場合には規約人権委員会）に対して救済を求めることができないときでも、権限がある裁判所又は法廷（the competent Court or Tribunal）にはその違反を宣言する義務（duty）がある。[para.561]

インドネシアは、2006年2月23日の時点で、自由権規約の締約国である。[para.562]

(i)無実の推定

申立人は、被申立国は申立人について不利な公的発言を行うことにより、申立人の無実を推定される権利を侵害し、FETに違反したと主張する。[para.570]

本件において、申立人は、インドネシアの公的職員の発言により、自らの無実の推定の権利が害されたと主張する。しかし、申立人により指摘された発言は、賢明なものではなかったが、申立人が有罪であるとは言ってはいなかった。むしろ、これらの発言は、申立人の裁判を受ける権利を前提としていた。[paras.578-580]

(ii)申立人に対する刑事捜査

申立人は、インドネシアにおいて警察当局又は司法省によって聴取を受けていない。被申立国は、申立人が彼に対して刑事捜査が行われていることを時宜に叶って知らされるための適切な措置を執らなかった。[para.581]

(iii)裁判所からの召喚状の送達

(1)裁判所からの申立人に対する召喚状が同人の直近のインドネシアにおける居住地に直接に送達されず、(2)2010年3月24日付けの召喚状のみは申立人の直近の海外居住地に送達されたものの、それには罪状が適切に記載されていなかったため、申立人は、インドネシア刑事手続規則（KUHP）に規定された適切な召喚状の送達を受けていない。ジャカルタ中央裁判所は2010年5月23日及び6月4日の命令において申立人への召喚状は適切に送達されたと宣言したが、実際に送達が行われたとの証拠はない。被申立国は、召喚状が申立人に受領されたか否かを確認する措置、申立人の居所を検証する措置を執らなかった。これにより、申立人は、KUHP第51条(b)及び自由権規約第14条3(a)に規定されることの、適切に容疑を伝えられる権利を侵害された。[paras.586-588]

(iv)申立人の欠席裁判及び上訴の権利

自由権規約第14条3(d)は、自ら出廷して裁判を受ける権利、及び直接に又は弁護人を通じて防御する権利を規定している。[paras.589]

また、自由権規約第14条3(d)及びKUHP第5条は、被疑者が自ら選任した弁護人を通じ

て防御する権利を規定している。しかし、腐敗防止に関するインドネシア法の下の規定により、申立人は自らが出廷しない裁判において、弁護人に防御を代理させることは認められなかった。

[paras.596-600]

また、インドネシア法の下では代理人を通じた上訴は認められず、上訴を行うためには被疑者はインドネシアに行かなければならない。しかしながら、申立人は、被申立人により発出されたインターポールのレッド・ノーティスのためにサウジアラビアを離れることはできなかった。

[para.601]

さらに、被申立国は、申立人が実際に判決を受領したか否かを確認することなく、上訴期間を徒過させた。これはインドネシアの国内法に違反する。また、このことは、申立人が自由権規約第13条5の下で有する上級の裁判所により再審理を受ける申立人の権利にも違反するものである。[paras.602-604]

本件において申立人は、自らの刑事訴追について通知されず、欠席裁判を受け、刑罰についても適切に通知されなかった。申立人は代理人を指名することも控訴することもできなかった。したがって、申立人は、自由権規約に反映されるところのFETを受けなかった。[para.621]

E. OIC 協定第9条

OIC 協定第9条は、「投資家は、投資受入国において効力を有する法令に拘束され、公の秩序若しくは道徳を乱しうる行為又は公の利益に有害となりうる行為を、いかなるものであれ行ってはならない。また、彼は、禁止された業務を行ってはならず、又は違法な手段を通じて利益を得ることを試みてはならない」と規定する。[para.631]

申立人は六件の詐欺的行為(①自らが所有する団体との間での経済的に正当でない財産の交換を行ったこと、②私的融資を得るためのBank Centuryの資産を利用したこと、③Bank Centuryの設定した質権について適切な融資を受けず又この担保を変換しなかったこと、④資産管理協定(AMA)を遵守しなかったこと、⑤価値のある資産を無価値なものと交換したこと、⑥Bank Centuryが有する証券への利息を支払わなかったこと)に関与している。また、申立人はBank Centuryの理事会における副議長であり、この役職に伴うインドネシア国内法上の義務を負っていた。しかし、口頭弁論において、申立人はこの義務を知らなかったことを認めている。申立人が、重要性を理解せずに主要銀行の理事会の職責を引き受けたことは、「投資家は投資受入国において効力を有する法令に拘束される」ことを規定するOIC協定第9条において禁止された、公の利益に有害となる行為にあたる。申立人は、インドネシアの法令を遵守していない。Bank Centuryにおける流動性の問題を生じさせた申立人の行為は、これが犯罪に当たらなかつたとしても、公の利益に対して有害である。申立人は、国内法に違反しかつ公の利益を危険にさらしたことにより、OIC協定により与えられた保護を失った。[paras.636-645]

申立人の請求は、「クリーン・ハンズの原則」により、受理不能である。James Crawford教授は、「クリーン・ハンズの原則」が、国際法廷において、請求の受理可能性との関係で援用さ

れてきたと指摘する。また、**Holman v. Johnson** 事件の **Mansfield** 卿の決定においては、「法廷は、不道徳な又は違法な行為を訴因として訴えを提起した者に対して助力してはならない。原告自らの発言等により、当該訴因が違法行為又は国の実定法の違反から生じたとみられる場合には、裁判所は、原告は（法廷の）援助を受けるべき権利を有しないと述べなければならない」とされている。申立人はインドネシア国内法を遵守せず、又、公の利益を害する態様で行動したことにより、**OIC** 協定第 9 条に違反した。申立人の行為は、「クリーン・ハンズの原則」の適用対象となるものであり、したがって **OIC** 協定に規定される保護を享受することはできない。申立人が **FET** を享受しなかったことは立証されたが、**OIC** 協定第 9 条により、申立人は **FET** 違反についての請求を追求することを妨げられる。[paras.646-648]

F. 申立人による損害の請求

OIC 協定第 13 条は、投資家はその権利が侵害された場合等において賠償を受ける権利がある旨を規定する。他方で、同条は同条約第 9 条の制約に服する。申立人は、**FET** を与えられていないが、そのことについて請求を行うことを第 9 条により妨げられている。したがって、申立人は第 13 条に基づいて賠償を請求することはできない。[para.651-652]

G. 被申立国による反対請求

被申立国は、申立人に対して、救済措置に用いられた費用、申立人が窃取した資金、又は仲裁廷が適切と認めた額及び利息の支払いを求める反対請求を提起している。[para.655]

OIC 協定は、国側からの反対請求を認めている。投資家と国との間の仲裁について規定する **OIC** 協定第 17 条は、国側からの請求の提起を予見している。第 17 条 2(a)は、「紛争 (dispute)」が友好的に解決されない場合には、「一方の当事者 (each party)」、すなわち国と投資家の双方が、これを仲裁に付託する権利を有することを明確に定めている。紛争当事者は、「仲裁に付託する権利」を、仲裁の提起によっても、他方の当事者から仲裁が提起された場合に反対請求を提起することによっても、行使することができる。そして、第 17 条 2(d)は、他の締約国に対して、自国民である投資家に対して不利な決定を履行しなければならないとの義務を課している。用語の通常の意味に照らせば、投資家に不利な決定とは、国が投資家に対して請求又は反対請求を提起する権利を有していることを前提としている。また、**OIC** 協定第 9 条は、投資受入国の国内法並びに公の秩序及び道徳を尊重する義務を、投資家に課している。投資家は一般的に国内法を遵守する義務を負っているが、第 9 条はこの義務を、国内法上の平面から、投資仲裁の場面で投資家を拘束する協定上の義務にまで高めるものである。**OIC** 協定の締約国が投資家に対して協定上の義務を課していることは、第 17 条が反対請求を許容していることを確認するものである。また、**UNCITRAL** 仲裁規則第 21 条 3 おいても、反対請求についての言及がなされている。したがって、被申立国は反対請求を提起する権利を有する。[paras.660-666]

OIC 協定の下での反対請求の権利は広範である。第 17 条は、投資家と国との間の紛争について言及しているが、紛争の種類については限定していない。第 9 条が協定上の（投資家の）義

務を規定していることは、反対請求の性質には制限がないこと、とりわけ投資財産から生じる反対請求には明示の制限がないことを確認するものである。本件においては、反対請求は、投資財産と申立人の請求の双方に密接に関連している。本件反対請求は、申立人の請求同様に、Bank Century に対する救済措置に関するものである。[para.667]

本件の反対請求は、申立人の行為と、本件仲裁の当事者ではない申立人の共同経営者の行為を区別しておらず、他の当事者も巻き込んだものである。反対請求の提起に関しての基本的な原則は、反対請求の必然的な当事者は本訴の当事者と同一であるということである。本件においては、反対請求において主張されている詐欺について、申立人以外にも責任を有する主体が多数ある。被申立国は、申立人の個人的責任を特定しておらず、本件反対請求は認められない。[paras.669]

74 : British Caribbean Bank Limited v ベリーズ (PCA Case No. 2010-18)
(JCA ジャーナル 2016 年 4 月号 (77))

判断年月日 : 2014 年 12 月 19 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Albert Jan van den Berg (オランダ・長)、John Beechey (英国)、Rodrigo Oreamuno (コスタリカ)

一 判断のポイント :

- ・被申立国が投資協定に基づく仲裁手続と並行して国内裁判所において **anti-arbitration injunction** の発令を求めた。
- ・被申立国の国内裁判所で収用の効力が争われていることを理由に投資協定に基づく仲裁手続を安易に停止することには慎重であるべきことを示した。
- ・被申立国の国家元首の外国投資家に対する個人的な悪感情が収用に関する法令の「公共目的」の判断において考慮された。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 申立人及び関連会社 [paras.1-4, 67-70]

申立人は、タークス・カイコス諸島法人である **British Caribbean Bank Limited** (以下「BCB」) である。BCB は **The Belize Bank (Turks & Caicos) Limited** として設立されたが、2009 年 2 月 9 日に上記名称に変更された。

Belize Telemedia (以下「Telemedia」) は 2006 年 9 月 14 日に設立された電気通信会社であり、**Belize Telecommunications Limited** (以下「BTL」) の法定の後継会社である (BTL は 1987 年にベリーズに設立された。)。 **Sunshine Holding Limited** (以下「Sunshine」) は Telemedia の株式を保有する会社である。

B. 紛争の経緯 [paras.70-108]

BCB は、Sunshine らとローン及び担保契約 (それぞれ「Sunshine Facility」「Sunshine Security」「Sunshine Overdraft Facility」「Sunshine Mortgage of Shares」と略称されている)、Telemedia らとローン及び担保契約 (それぞれ「Telemedia Facility」「Telemedia Mortgage」と略称されている。) を締結し、Sunshine 及び Telemedia から債務の返済を受ける権利を有していた。

被申立国は、2009 年 8 月 24 日に成立した **Belize Telecommunications (Amendment) Act, 2009** (以下「2009 Act」)、電気通信分野を所管する大臣によって 2009 年 8 月 25 日に発令された **Belize Telecommunications (Assumption of Control over Belize Telemedia Limited) Order**,

2009（以下「2009 Order」）により、電気通信産業の安定化及び改善、調和のとれた競争のない環境での信頼できる電気通信サービスの公衆への安価での提供という公共目的のためであるととして Telemedia 株式、Sunshine 株式、Telemedia Mortgage の下で BCB が有する利益などを強制的に取得した。申立人は、2009 年 10 月 14 日、Sunshine と Telemedia に対して、書面にて、各社の所有が変更した結果としてローン契約（Sunshine Facility、Sunshine Overdraft Facility、Tememedia Facility）が債務不履行状態にあると考えていることを示し、2009 年 10 月 23 日までに債務を全額返済することを要求した（2009 年 11 月 24 日にも同趣旨の書面を送付）。

被申立国は、2009 年 12 月 4 日、電気通信分野を所管する大臣によって発令された Belize Telecommunications (Assumption of Control over Belize Telemedia Limited) Order, 2009（以下「2009 Amendment Order」）により、Sunshine Facility、Sunshine Security、Sunshine Overdraft Facility、Telemedia Facility の下で申立人が有する利益を強制的に取得した。被申立国が、2009 Order 及び 2009 Amendment Order（併せて以下「2009 Orders」）による強制的な財産取得に関して補償を請求する者は、それぞれ 2009 年 10 月 15 日、2010 年 1 月 15 日までに財務大臣に請求を提出するよう要求していたことから、申立人は、それぞれ 2009 年 10 月 15 日、2010 年 1 月 14 日に補償請求を行ったが、被申立国からの補償はなかった。

申立人は、2009 年 10 月 21 日、2009 Act 及び 2009 Orders の合憲性を争う訴訟を被申立国の裁判所に提起し、第一審によってその主張は認められなかったが、2011 年 6 月 24 日、控訴審は 2009 Act 及び 2009 Orders は違憲であって無効である旨を判示した。被申立国は、判決の 10 日後である 2011 年 7 月 4 日、2009 Act を若干修正した内容の Belize Telecommunications (Amendment) Act, 2011（以下「2011 Act」）を成立させ、同日、財務大臣が発令する Belize Telecommunications (Assumption of Control over Belize Telemedia Limited) Order, 2011（以下「2011 Order」）により、2009 Orders で獲得した財産と同じ財産を、被申立国の電気通信産業に対する支配の回復、社会志向の国内組織及び被申立国社会への投資に関する機会の増大、被申立国国民の利益のために社会正義と衡平をもたらすという観点からの被申立国の経済的独立の過程の促進という公共目的のためとして再度強制的に取得した。また、被申立国は、2011 年 7 月 22 日、憲法改正も行った。申立人は、2011 年 8 月 30 日、2011 Act に基づく補償請求を財務大臣に行ったが、被申立国からの補償はなかった。

申立人は、2011 年 9 月 24 日、2011 Act 及び 2011 Order の合憲性を争う訴訟を被申立国の裁判所に提起し、第一審は一部申立人の主張を認めたものの、控訴審はその合憲性を認めた（ただし反対意見あり）。

なお、2009 Act、2009 Orders、2011 Act、2011 Order の制定及び発令に関し、被申立国の首相が BTL に投資する Lord Michael Ashcroft に対して個人的な敵意を有していることを示唆する発言を議会において行っていた。

C. 本件仲裁手続及びその他の法的手続の経緯

1. 本件仲裁手続 [paras.5-66]

申立人は、2010年5月4日、グレートブリテン及び北部アイルランド連合王国とベリーズとの間の投資の促進及び保護に関する協定（以下「本件投資協定」）8条2項に従い、UNCITRAL 仲裁規則（1976年版）に基づく仲裁を提起することを選択し、被申立国に対して仲裁申立書を送付した（本件投資協定の適用は1985年の交換公文によってタークス・カイコス諸島にも拡張されていた。）。

本件仲裁手続では、被申立国が仲裁人を選任しないため、申立人が、UNCITRAL 仲裁規則7条2項¹にしたがって、常設仲裁裁判所の事務局に対し、第二仲裁人の任命のための任命機関を指定することを要求した。その後、常設仲裁裁判所の事務局によって任命機関に指定された者が第二仲裁人を選任し、二人の仲裁人が仲裁廷の長を選んだ。なお、紛争当事者は、2010年12月から2013年6月までの期間、被申立国の裁判所又は他の裁判所で訴訟を行っており、被申立国はその期間本件仲裁手続に参加していなかったが、本件仲裁手続を申立人が行うことを差し止める命令を Caribbean Court of Justice（被申立国の最上級審）が2013年6月25日に破棄した（下記）後は参加している。

2. その他の法的手続 [paras.109-115]

申立人は、2010年5月4日、被申立国が本件仲裁手続を妨げるために被申立国の裁判所において法的措置をとることを制限する差し止めを求めてイングランド・ウェールズ高等法院に提訴し、同日、申立人の請求を認める命令が発令された。同命令は、2010年9月3日、同法院がさらなる命令を発令するとき、又は現在構成されている仲裁廷が最終的な仲裁判断を下す日まで延長された。

他方で、被申立国は、2010年8月16日、申立人が仲裁手続を継続することを制限するために被申立国の裁判所における手続を開始し、2010年12月7日、被申立国の裁判所は被申立国が求める命令を発令した。申立人による控訴は控訴審である Court of Appeal に認められなかったが、Caribbean Court of Justice が2013年6月25日に上記命令に対する申立人の異議を認め、当該命令を破棄した。

¹ UNCITRAL Arbitration Rules (1976)の第7条の内容は以下のとおり。

1. If three arbitrators are to be appointed, each party shall appoint one arbitrator. The two arbitrators thus appointed shall choose the third arbitrator who will act as the presiding arbitrator of the tribunal.
2. If within thirty days after the receipt of a party's notification of the appointment of an arbitrator the other party has not notified the first party of the arbitrator he has appointed:
 - (a) The first party may request the appointing authority previously designated by the parties to appoint the second arbitrator; or
 - (b) If no such authority has been previously designated by the parties, or if the appointing authority previously designated refuses to act or fails to appoint the arbitrator within thirty days after receipt of a party's request therefor, the first party may request the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration at The Hague to designate the appointing authority. The first party may then request the appointing authority so designated to appoint the second arbitrator. In either case, the appointing authority may exercise its discretion in appointing the arbitrator.
3. If within thirty days after the appointment of the second arbitrator the two arbitrators have not agreed on the choice of the presiding arbitrator, the presiding arbitrator shall be appointed by an appointing authority in the same way as a sole arbitrator would be appointed under article 6.

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 先決的異議 (Preliminary Objections) に関する判断²

1. 受理可能性 (admissibility) [paras.189-191]

協定に基づく紛争は協定に含まれる投資保護に関する条項に関わるので、国内裁判所における紛争とは法的性質を異にする。投資協定に基づく仲裁手続が、当該手続で扱われている紛争に関する事項を扱うホスト国の国内裁判手続と同時に進行することは珍しくなく、申立人が一つの法廷を選択することを要求する条項が協定にない限り、他の手続が並行して進行していることは仲裁廷の管轄権には影響を及ぼさない。仲裁廷は仲裁のタイミングと指揮に関する一定の裁量を有しており、国際的礼讓として国内裁判所の司法手続を考慮する必要があるときにはあるかも知れない。ただし、仲裁廷は、その裁量を慎重に行使しなければならず、並行する手続を考慮する際には、申立人が仲裁を提起する権利、潜在的には、二国間投資協定によって付与される救済を得る権利を侵害するように、国際的礼讓を考慮してはならない。 [para.187]

この点につき、問題となっている契約の中に排他的管轄条項があることから仲裁手続を停止することが要請されていると仲裁廷が認めた事案（例えば、*SGS v. Philippines*）、又は適用される条約の条項が他の法廷に排他的な権限を授与している事案（例えば、*MOX Plant*）における状況と、一方当事者が単に他の法廷の方が望ましい、又は同様の問題が争われているとして先行する手続で争いになっている問題を判断させるべきであると主張しているだけの状況との間には決定的な相違がある。後者の状況にある場合、仲裁廷は、手続停止の要求を懐疑的に検討し、協定によって要求される判断を安易に留保してはいけない。 [para.188]

本件仲裁手続で問題となっている被申立国によるローン及び担保契約の取得が本件投資協定に違反するかどうかの決定は被申立国の裁判所によってなされるいかなる決定にも依存しない。国内法の下では完全に合法である取用であっても投資協定に基づく認容され得る請求を惹き起こすことはあり得る。紛争当事者の紛争に協定を適用することは、被申立国の裁判所における活動を停止することにはならず、また、被申立国の憲法を参照しつつ、同じ事実を評価することは、被申立国の司法機関の管轄又は政府の大権を不当に侵害するものでもない。また、被申立国は、二重の救済の可能性に関する懸念を指摘するが、「二番目に判断を下す裁判所又は仲裁廷により認められる損害賠償の金額は、最終的にその金額を決定する際に、それ以前に下された損害賠償に関する判断を考慮したものとするができる」という正しい解決方法が *Ronald Lauder v. The Czech Republic* の仲裁廷により示されている。さらに、本件では、二重の救済に関する危険は、申立人による「被申立国から補償を受けた場合、申立人は、国内における救済を求める権利を放棄するか、又は *Telemedia* 及び *Sunshine* に対するローン又は担保契約に関する権利を被申立国に譲渡する」という約束、及び申立人が求めている救済内容³によって軽減されている。

² 被申立国が、*Telemedia Facility*、*Telemedia Mortgage*、*Sunshine Facility*、*Sunshine Security*、*Sunshine Overdraft Facility*、*Sunshine Mortgage* の有効性を争ったため、先決的異議に関する判断の前に、仲裁廷は、これらの契約をベリーズの国内法にしたがって有効性を検討し、結論として有効性を認めている (paras. 124-175)。

³ para.117

したがって、被申立国の受理可能性に関する異議申立てを却下する。 [paras.189-191]

B. 実体的義務に関する判断 [paras.216-303]

1. 収用 [paras.216-247]

被申立国は、ローン及び担保契約を収用する意図を有していたが、申立人がその決定を訴訟で争う選択をしたことを考慮すれば、収用の効果はまだ発生しておらず、収用があるかどうかという問題はまだ決定していないと主張するが、説得的ではない。本件投資協定 5 条において、被申立国は収用の決定に対して迅速な再検討を行うことを要求されており、この要求は、申立人に追加的な権利を与えるとともに、被申立国が本条違反を回避するための追加的手続を課している。しかし、この再検討の完了は収用の存在を認めるための前提条件ではなく、仲裁廷は、本件投資協定 5 条違反があったかどうかを決定する手続を進める前に被申立国の司法的検討が完了することを待つ必要はない。また、他の法廷が将来申立人の財産の返還を命じる可能性があることは、本件投資協定 5 条が遵守されたかを仲裁廷が評価することを妨げるに十分なものではない。本件投資協定は、他の法廷が救済を与えるかも知れない可能性と関係なく、仲裁廷が判断を行うことを要求している。 [para.233]

被申立国の首相の発言⁴は、2009 Orders を発令した動機には、被申立国の電気通信産業の安定化及び改善又は公衆への信頼できる電気通信サービスの提供という表向きの公共目的と関係がない Lord Michael Ashcroft への個人的な敵意が含まれていることを示唆している。本件投資協定 5 条との関係で、被申立国による「国内的な必要性に関わる公共目的を実現するため」に収用を行うという反論が認められるためには、少なくとも、収用を行う理由である公共目的を設定し、特定の財産の取得がその目的の実現とどのように合理的に関連しているかに関する一応 (prima facie) の説明を提供する必要がある。被申立国は 2009 年に行われたローン及び担保契約が公共目的のために行われたことを説得的に示していない。被申立国が表明するローン及び担保契約の収用のための理由は 2009 Order が表明する理由と同様に 2011 Order が表明する理由とも結び付いていない。2011 Order を巡る状況はさらに厄介であり、2011 Order に関する一連の出来事は 2011 Order の目的が 2009 年に行われた財産の取得には公共目的がないとの判断を 10 日前に下した Court of Appeal の判断を覆すことであったことを示唆している。 [paras.240-243]

2. 収用に関する補償額 [248-267]

本件投資協定は適法な収用と違法な収用との間に区別を設けていない。また、一般的に受け入

⁴ 仲裁廷の判断の部分に引用された発言は以下の通り。

“There will thus be no more Telemedia awards against us; no more Telemedia court battles; no more debilitating waste of governments’ energies and resources; and there will be no more suffering of this one man’s campaign to subjugate an entire nation to his will.” (para.238)

“if [the Government] had fairly acquired Telemedia but leaving the assets exposed to our enemies it would have rendered the entire taking nugatory.” (para.239)

“This is the people of Belize against Ashcroft interests and I will never relent in the same way as he is indicating he will never relent.”

られている公正市場価値基準がいわゆる「適法な収用」の場合にのみ適用されるという議論は説得的ではない。“compensation shall amount to the fair market value of the investment expropriated”という本件投資協定 5 条の文言は当事国によって個別に交渉された文言であり、“shall”という文言の使用は他の補償の評価方法を認める余地がないという点で明確である。本件投資協定 5 条は本条に対する違反があった場合に与えられる補償の基準が「収用前又は差し迫っている収用が公衆に知れる前の時点における収用された財産の適正市場価値」であることを示している。 [paras.260-262]

一般に専門家による証拠は投資の価値を評価する課程の一部を構成するが絶対的な要件ではない。公正市場価値基準に基づく損害賠償を命ずる仲裁判断のための唯一の前提条件は申立人がその請求を支持する市場を基にしたデータを提出することである。申立人が負担する立証責任の程度は収用される財産の性質及び適用される協定の文言によって変わる。本件では、公正市場価値基準による評価を申立人が主張しておらず、ローン及び担保契約の額面金額が公正市場価値と同等であるという根拠の薄い主張は、公正市場価値基準に基づく損害賠償請求を認めるために要求される最低限の証明の程度を充足していない。申立人は収用の存在は証明したが自身が要求している補償金額の立証はできていない。 [paras.264-266]

3. 公正衡平待遇 [paras.268-284]

公正衡平待遇に関する包括的な見解を示そうとしなくとも、少なくとも、この基準に関する二つの要素が本件に関係することは指摘できる。第一に、公正衡平待遇は、「恣意的な」「特異な」又は「差別的な」措置の禁止を含んでいると頻繁に指摘される。不適当な目的若しくは採られた手段とは関係がない目的に動機付けられている場合、又は目的がない場合には、政府の行為の実際の効果がどのようなものであれ、公正又は衡平と特徴付けることは困難である。政府の行為が不公正又は不衡平であるものの真正な公共目的のために行われることがある一方で、投資財産の収用が公共目的によって動機付けられていないものの公正衡平待遇の要件に合致しているという事態は想像し難い。第二に、公正衡平待遇は一般的に投資家の正当な期待という概念に結び付けられる。投資家は、少なくとも、公共目的を実現するためである場合を除いて、投資家の所有権を完全に奪い取る立法が採択されないことを正当に期待することができる。 [paras.281-283]

被申立国による 2009 Act 及び 2009 Orders 並びに 2011 Act 及び 2011 Order の採択は、あらゆる収用は公共目的のために行わなければならないとの要件を充足しておらず、被申立国は申立人に対して公正衡平待遇を与えていない。 [para.284]

4. 公正衡平待遇に関する損害額 [paras.285-307]

本件投資協定 5 条と異なり、本件投資協定 2 条にはこの条項に違反したときに支払われる補償金額に関する基準が定められていない。適用可能な条項が協定自体にない場合、ホルジョウ工場事件において常設国際司法裁判所によって設定された慣習国際法の中に存在している賠償基準が採用される。上記の常設国際司法裁判所の判断は、慣習国際法における賠償基準を定めると

きに「もしもその行為がなかったとしたら、ほぼ確実に存在したであろう状況を再現する」という表現を使用している。そのような状況を再現するため、Telemedia の 2008 年度及び 2009 年度の計算書類を検討したところ、Telemedia が収用された時点において倒産状況に陥る危険性があったことを示す証拠、履行期にすべての債務の履行を行えなかったであろうことを示す証拠、又は Sunshine によって保有されている Telemedia 株式の価値が危うくなっていたことを示す証拠は見つからなかった。関連事情を考慮すると、もし被申立国が公正衡平待遇を申立人に与えていたとすれば、最も生じる可能性が高いと思われる申立人の投資財産に生じる結果は、すべての債務の履行が行われていたことである。申立人は、ローン及び担保契約の額面金額を賠償することが必要である。[paras.288-295]

75 : Hochtief AG v アルゼンチン共和国 (ICSID Case No. ARB/07/31)
(JCA ジャーナル 2015 年 10 月号 (72))

判断年月日 : 2014 年 12 月 29 日 (本案判断)

仲裁廷の構成 : Vaughan Lowe (英国・長)、Charles N. Brower (米国)、J. Christopher Thomas
(カナダ)

一 判断のポイント :

- ・ 被申立国の補助金交付遅滞は、明白かつ正当化できない契約不履行で救済が利用可能ではない場合に相当せず、条約上の公正衡平待遇義務違反を構成しない。
- ・ 緊急事態法によるペソのドルペグ停止は、措置による損害が完全かつ適時に補償されるかぎり、それ自体で公正衡平待遇義務違反を構成しない。
- ・ 契約再交渉および合意事項実施が合理的期間内に行われず、受忍できない遅滞となる場合、被申立国による公正衡平待遇義務違反を構成する。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 兌換法およびアルゼンチン・ドイツ投資条約による保護 [paras. 53-58]

アルゼンチン政府は 80 年代に発生した一連の経済危機から脱却すべく経済改革に着手し、その一環として 1991 年に兌換法 (法律 23,928 号) を制定した。同法は 1 : 1 での亜ペソの米ドルペグ実施、亜中央銀行による当該レートでのペソ・ドル交換の義務化、および契約の米ドル建表記・執行可能性を定めた。1993 年外国投資要覧は兌換法を厳格な経済安定化策の礎石として実質的に通貨リスクを除去し、外国通貨建で契約を執行できると説明しており、申立人 (Hochtief) はこれに依拠して投資の決定を行った。同時期の 1991 年にアルゼンチン・ドイツ投資条約 (亜独 BIT) が締結され、特に同条約議会承認時の行政府書簡には、投資家の待遇に関する法令を不変のまま維持し、以って投資を誘引する安定性と信頼を醸成することを希求する、と記されている。申立人によれば、大統領を含むアルゼンチン高官は兌換法の永続性を表明し、亜独 BIT による投資保護を強調した。

B. コンセッション事業および契約の概要 [paras.61-92]

1998 年 1 月 28 日、申立人らコンソーシアムは、ロザリオ市とヴィクトリア市を結ぶ総延長約 60 キロの橋梁、堤防および有料道路の建設・保守管理・運営のコンセッション契約を、アルゼンチンと締結した。その後、コンソーシアム参加企業は本契約履行のみを目的とした企業体 (PdL) を設立し、1998 年 6 月 17 日付でコンセッション契約にかかる全ての権利・義務を同社に譲渡した。申立人は最大株主として PdL 株式の 26% を所有する。

当該コンセッションは、亜政府による補助金交付事業である。PdL は補助金交付後、1)補助金の利用を証する確定資金提供契約 (AFFIs)、および 2)亜政府へ建設費用の移転を保証する金融機関のスタンバイ信用状を提出する義務を負う。

建設完了後、PdL は契約唯一の収入源として通行料徴収権利を保持する。料金はドル建て定期的に米国消費者物価指数 (USCPI) によるインフレ調整を受ける。最低収入保証および交通量の設定はなく、補助金以外は PdL のリスクに帰する。料金はドル建て計算、ペソ建て徴収であり、売買平均為替レートによって毎月調整される。

建設資金は、補助金、PdL の自己資金、借入金で賄う。自己資金については申立人も持分に依拠して出資する。融資については 2000 年 7 月 31 日に米州開銀と 7375 万 1000 ドルの融資契約 (IDB 融資) を締結したが、実行されなかった。申立人は当該融資の不調は亜政府による補助金交付の遅滞が原因と主張し、被申立国はその他の事情に拠ると主張する。

C. アルゼンチン危機および緊急事態法 [paras.93-101]

2001 年 12 月のアルゼンチン経済危機の発生に伴い、2002 年 1 月に兌換法の一部を廃する緊急事態法 (法律 25,561 号)、加えて後日政令 214/02 が公布された。具体的には、緊急事態法立法時点での全ての外貨建て債務のペソ化や外貨建て調整条項および海外指標準拠の指標化条項廃止等を規定する。また、新制度に適合するための契約再交渉についても規定する。このため、PdL は 25 年の契約期間のドル建て基本料率設定および USCPI 準拠の料率調整に関する契約上の権利を喪失し、これによって当該事業は続行不可能および IDB の融資交渉続行拒否に至ったと申立人は主張する。

D. 建設中止、資金注入および 2003 年亜政府融資 [paras.102-115]

資金不足のため PdL は 2002 年 3 月に工事を中断したが、その完了のため、2003 年 2 月 21 日に亜財務省と PdL は金融支援協定 (2.21 協定) を締結した。PdL は融資返済まで通行料金徴収権を亜道路インフラ信託基金に移譲する。工事は再開し、2003 年 5 月 23 日に道路は開通した。しかし、2003 年 7 月に被申立国は公共事業決定 14 号により、利率改定、利息の日利・複利計算、維持費のペソ化算出、1 日ごとの集金等、2.21 協定の契約条件を改定した。

この間、申立人は資金不足解消のため数次にわたり資本注入・企業間融資を PdL に行っている。総額は 2009 年末で 1 億 1780 万ドルに及ぶ。

E. 契約再交渉 [paras. 116-122]

緊急事態法に基づく通貨切り下げの影響緩和のための再交渉に当たる亜政府の公共サービス契約再交渉・検討本部 (UNIREN) と、2006 年 5 月に PdL は第 1 回覚書に署名したが、実施されなかった。2007 年 2 月の第 2 回覚書は、PdL に株主の 2/3 について被申立国に対する国際投資法上の権利を放棄し、株主によるかかる請求から免責することを再交渉の条件とした。2007 年 5 月に PdL の倒産申立を裁判所が認容したことから、UNIREN は第 2 回覚書の無効を PdL

に通告した。

F. 過渡的合意 [paras.133-144]

2009年12月に第1回過渡的合意 (Transitory Agreement) が締結されたが、履行されなかった。以前の覚書同様株主の2/3について被申立国に対する権利放棄を規定していたが、免責の規定はなかった。以後、同様の過渡的合意が第2回 (2010年6月)、第3回 (2010年10月)、第4回 (2012年3月) に締結された。いずれも実施されていない。申立人並びに PdL は 2012年3月協定において申立人のいかなる請求権についても和解、放棄等をするものでなく、法的にも事実問題としても申立人の損害賠償に影響しないと主張する。対して被申立国は、同協定により、PdL の過半数株主は、本件で問題の措置のうち緊急法を有効なものとして認めたと主張する。

三 判断概要：

II. 仲裁判断要旨

A. 管轄権および受理可能性

2011年10月24日の管轄権判断¹で ICSID 及び本仲裁廷の管轄権を認めたが、管轄権判断多数意見はそれぞれの請求の受理可能性の問題は検討しておらず、本案判断はこの問題から着手する。

1. PdL の法人格 [paras.150-181]

被申立国は、本件申立がコンセッションを保有する PdL に対する被申立国の協定・契約違反に基づくとの主張に由来して、以下のように論じる。i)PdL の権利、あるいは ii)PdL が同意した措置のいずれかに関する請求を仲裁廷は受理すべきでない。iii)申立人勝訴の判断は、被申立国・PdL 間の合意に照らし、二重救済か PdL ・その他債権者の負担による救済になる。

本件において投資家たる Hochtief は亜独 BIT 第1条(1)の投資である PdL の株式を保有する。申立人が除去せんとする損害は Hochtief の PdL に対する投資への反射的損失である。被申立国は、条約上の義務は被害を受けた PdL に対して負っており、2012年3月協定によって和解した以上、被害者の少数株主である申立人も和解に拘束されると主張する。

本件の焦点は申立人と PdL の法人格の異同ではなく、申立人の条約上、また投資家として有する権利は何かである。注目すべき事実として、第一に、投資はコンセッション契約の署名日以前に行われた。その時点では投資家たる申立人の権利は PdL 株主としてではなく、コンソーシアム参加者としての当該事業関連の権利であって、被申立国の BIT 上の義務もその時点から始まる。また、PdL 法人化後も申立人は依然として亜国内に投資を保有している。第二に、コンセッション契約によれば PdL はコンソーシアム参加者の権利・義務を引受けるに過ぎない。PdL は単に手段であって、背後の商業的利益は依然として個々のコンソーシアム参加者にある。入札

¹ (1) Hochtief AG v. Argentine , Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/07/31 (Oct. 24, 2011).

公告、コンセッション契約、未履行の和解合意等も、PdL 設立による申立人の BIT 上の権利が消滅した証拠となるものではない。

以上のことから、PdL と申立人の法人格が別個独立であることに基づく議論によって、本件請求は受理不可能とみなすものではない。先の i)~iii)のいずれも退ける。

2. 債権者として PdL の請求 [paras.187-194]

コンセッション契約 22.2 条は、プロジェクトの建設、維持、創業の資金調達のために落札契約者が締結する融資は、コンセッション付与者はこれを保証せず、また債権者もコンセッション付与者および州にこれを請求できない旨を規定する。本仲裁廷多数意見は、同条には「いかなる請求 (any claim)」とあるので、BIT 上の請求も含めて、コンセッション契約者が債権者として行う請求を妨げると思慮する。よって、申立人が PdL の債権者の資格で行った請求は排除される。

3. その他の異議（時間的範囲、投資保険、金融規制への適合性、Ballast Nedam 社問題） [paras.123-132, 145-147, 182-186, 195-200, 205-207]

被申立国の異議を退ける（詳細略）。

4. 受理不可能性に関する結論 [para.208]

本仲裁廷多数意見は、コンセッション契約 22.2 条による申立人の PdL の債権者としての請求に関するものを除いて、全ての受理可能性に関する異議を却下する。

B. 本案判決

1. 公正衡平待遇義務（第 2 条(1)） [paras.211-288]

i) 補助金交付の遅滞

申立人は補助金交付の遅滞が公正衡平待遇（FET）規定違反を構成すると主張するが、利息の支払および 2000 年 10 月 20 日合意によって、そのようには認められない。Waste Management (II) 事件 NAFTA 仲裁廷は、明白かつ正当化できない契約不履行ではなく、救済が利用可能である場合、度重なる契約上の債務の不払いも FET 基準違反を構成しないと説示している。本仲裁廷はこれに同意する。

また、補助金交付の遅滞が IDB 融資の払込不履行の原因であり、これが当該事業が直面した諸問題に連鎖し、FET 基準に反すると論じることができる。しかし証拠は、交通量調査が示す疑義などの他の諸問題や、緊急法および関連措置が融資の実施を困難にしたことを示している。よって、補助金交付の遅滞は FET 基準違反を構成しないと思慮する。

ii) ペソ化

ペソ化自体: 申立人は投資の前後でのアルゼンチン当局によるパリティ維持の言明等を指摘し

ており、当事者もその継続に疑念を持たなかった。その一方で、入札条件にもコンセッション契約にも、1ドル=1ペソのパリティ維持は明記されていない。契約者の財務状況は、その収入を米ドル及び米国経済と事実上結びつけることで保護される。

この状況下では、本仲裁廷多数意見は、申立人は契約収入のドル建での価値の維持にのみ期待権を有し、その方法、特にパリティ遵守による価値の維持にこれを有しないと思慮する。もしパリティが廃止されても、ドル建で収入の価値の目減りについて完全かつ適時に補償されれば、申立人の権利・期待は守られる。収入のドル建価値の維持につき拘束力のある保証に依拠する申立人の意図に疑念の余地はないが、ドル・ペソ為替レートを変更する手段によってこのような価値維持の義務を充足することを不公正・不衡平とする証拠は十分でない。よって、本仲裁廷多数意見は、債務のペソ化自体は条約違反ではなく、契約上保証された申立人の財務状況を被申立国が完全かつ時宜を得て回復すれば、FET義務に反しないとの結論に至った。

仮にパリティが維持でき、被申立国が為替政策決定の自由を有していれば、判断は異なったかもしれない。しかし問題の時期のアルゼンチンはそうではない。危機前の政策については IMF が支持しており、また、緊急事態法も多くの専門家も妥当な危機対応と見る。

ペソ化実施の態様:被申立国は緊急事態法の公共事業契約に対する壊滅的影響を当初から自覚しており、同法において再交渉について規定した。被申立国は、危機の最中にパリティが保証する商業的バランスを維持する必要はないが、危機後にはそのバランスを回復し、損害を補償しなければならない。しかし後述（本節 iv）のように、PdL が満足する態様で時宜を得た調整が行われず、申立人は PdL の料率のドル化が保証を意図した保護を奪われた。よって、再交渉実施の態様は FET 基準違反を構成する。

iii) 緊急融資（2.21 協定）

2.21 協定は通行料徴収権の譲渡で融資を担保し、融資は「地域市場における同様の融資について一般的な条件」で返済される。申立人によれば、決議第 14 号は、i)返済条件を地域市場における同様の融資について一般的条件から、より高利の 30 日無担保融資のそれに変更、ii)毎日の通行料金徴収からの返済、および iii)通行料収入から控除できる運営・保守管理費のペソ化、の 3 点の実質的効果があった。被申立国はこれを争わない。

料金徴収権の譲渡によって担保された融資は無担保とは全く異なる場合であり、前者に対して無担保 30 日融資向け利率を指定することは、「地域市場における同様の融資について一般的な条件」の適用とは見なせない。ただし、証拠不十分につき、決議第 14 号が課す日利が、妥当なアルゼンチン市場利率との比較で公正かつ衡平な最高利率をどの程度上回るかは判断できない。決議第 14 号の利率設定は条約違反だが、本仲裁廷多数意見は過剰利子分の損害賠償決定を行わない。

運営・保守管理費のペソ化は、2.21 協定ではなく決議第 14 号で追加された。運営・保守管理費はドル建の高額機材の輸入に要するが、ペソ化は返済に際し控除できる運営・保守管理費を減価し、運営・保守管理につき損害を発生させる。よって、亜独 BIT 第 2 条に反する。

iv) 再交渉

上記 (para.251) にあるように、再交渉の遅滞は受忍できない遅滞で、FET 基準に反する。公共契約の再交渉は時間を要し、受忍可能な遅滞の限度は評価の問題である。ある程度の遅滞は FET に矛盾しないが、ある時点から再交渉開始に予想される時間が受け入れがたく不公正・不衡平となる。判断は事案ごとである。

緊急事態法は再交渉を規定し、PdL および株主は継続的に再交渉の働きかけを行った。2 度の覚書および 4 度の過渡的合意も実施されなかった。再交渉は一斉に実施できないので後回しにされるものもあるが、問題は FET 基準違反となる PdL の特異な取り扱いの有無である。

本件事情の最も顕著な点として、(i)被申立国のペソ化立法のため再交渉を要し、被申立国は(ii)PdL の危機的状況、および(iii)損害賠償請求を認識し、(iv)再々合意・再交渉実施を怠った。ペソ化およびコンセッション契約の前提崩壊後、再契約の過程は PdL を公正・衡平に遇する被申立国の条約義務充足の核心である。申立人の経済関係の回復の緊急性が明白であり、特に継続的な遅滞と合意破棄の条約義務適合性が申立人の懸念の中心にある時、迅速な再契約条件実施の懈怠は不公正である。被申立国の行為は単に失望をもたらすにとどまらず、長期かつ完膚なきまでに申立人の条約上の権利を侵害する救済の懈怠である。

再交渉が終結すべき日付の特定は困難だが、アルゼンチン法上合理的期間内に終了しなかった 3 点の表徴が認められる。1)緊急事態法の再交渉規定および政令 241/02 の契約年次調整規定、2)UNIREN による再契約交渉継続拒否および 6 年にわたる契約条件不均衡に対する亜裁判所の批判、3)申立人が受諾した第 1 回覚書の亜政府による拒否。以上より再交渉に基づく合意締結の被申立国による懈怠は、FET 基準に反する。

v) 公正衡平待遇原則に関する結論

以下による亜独 BIT 第 2 条の FET 基準違反が存在し、賠償の対象となる。

- (1) 2002 年 1 月 6 日のペソ化・緊急法以後、コンセッション契約が保証する商業上のバランスの回復・是正の懈怠
- (2) 2003 年 6 月 30 日の決定第 14 号による運営・保守管理費のペソ化

2. 十分な保護 (第 2 条(1)、第 4 条(1))、収用 (第 4 条(2))、アンブレラ条項 (第 7 条(2))、恣意的かつ差別的措置 (第 2 条(3))、および拘束的な一方的宣言への違反 [paras.289-291]

同一事実は複数の BIT 上の基準を侵害することがあり、申立のあった損害が同一であれば、各基準につき詳細な分析は不要である。亜独 BIT 第 2 条～第 4 条には重複があり、請求の追加的根拠については FET 基準に関する判断で適切に対応したと思慮する。

3. 緊急事態の期間および条約違反行為の着手日 (緊急避難) [paras. 290-301]

2003 年半ばまでに危機が終了しており、会計上・計算上の実用性を踏まえて 2003 年 5 月 1

日を危機終了の日とする。

道路は同年 5 月 23 日に有料通行に開放され、同日から亜独 BIT 第 2 条の FET 条項で保護される収入が PdL に入る。被申立国は BIT 違反によりこの収入の価値を減じた。多数意見は同日の通行開始後に PdL の収入が緊急法による影響を被ると思慮する。よってバランス回復の義務は同日以降の損害を含む。また、以上の時系列から緊急避難の主張を退ける。

4. 賠償額、算定方法、期間等 [paras.302-335]

PdL の損害のうち、申立人の株式保有比率に相当する 26%につき権利を有する。投資保険金、事業契約者の資格で得た金額は本件投資に対する損害賠償請求権に影響しない。

賠償額算定は、2003 年 5 月 23 日以降につき、本件判決日の実際の PdL の企業価値と、以下の事項以外の他の要因が実際のとおりであった場合のそのドルベースでの差額の 26%分として計算する。

- ・ペソ・ドルのパリティが維持される。
- ・USCPI によって通行料金が調整される。
- ・各種通行料金の支払回数は、実際の数値を、申立人証人意見が示す下限値の需要弾力性の影響を考慮に入れて削減したものとする。
- ・実際の保守管理・運営費用および PdL に発生したその他の金融負債がペソ化あるいは倒産において減額されない。

賠償額は後日当事者において合意し、本判断から 3 ヶ月以内に合意不可能であれば、本仲裁廷が決定する。

76 : Renée Rose Levy, Gremcitel S.A. v ペルー共和国 (ICSID Case No. ARB/11/17)
(JCA ジャーナル 2015 年 8 月号 (70))

判断年月日 : 2015 年 1 月 9 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス・長)、Eduardo Zuleta (コロンビア)、Raúl E. Vinuesa (アルゼンチン)

一 判断のポイント :

投資スキームの変更を行った時点において紛争の高度の予見可能性があったことや、投資スキームの変更の唯一の目的が投資条約に基づく仲裁管轄の取得であったことなどを理由に、申立人による手続の濫用を認定して管轄権ないし受理可能性を否定した事例。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

1. 紛争及び紛争対象地の概要

本件は、ペルー法人である Gremcitel が保有していたリマ市チョリジョス区に所在する太平洋沿岸の 3 つの土地区画 (La Herradura、Punta del Sol、La Chira) の開発をペルー当局が制限したことに関する紛争である。これらの 3 つの土地区画は、ペルーとチリとの間の太平洋戦争 (1879-1884) におけるサンファン・チョリジョスの戦い (1881) が行われた場所と言われている” Morro Solar” に隣接しており、歴史的に重要な地区であり、また、考古学的にも重要な地区であった。[para. 7]

2. 申立人による紛争対象地の取得の経緯

1977 年、ペルーの住宅建設省は、Morro Solar を現状変更不可区域に指定した (1997 年決定)。また、1986 年、ペルーの国立文化研究所 (INC) は、Morro Solar を含む地域及び建造物を記念建造物 (Monuments) に指定した (1986 年決定)。[paras. 8-9]

1995 年、チョリジョス区当局は、上記の 3 つの土地区画について、落札者による開発を前提とする入札手続を行った。入札手続の結果、La Herradura 区画は、JC Contratistas Generales EIRL が落札したが、その後、同社はこの区画を Gremco (Levy グループのペルー法人) に譲渡し、チョリジョス区当局もこれを承認した。一方、Punta del Sol 区画及び La Chira 区画は、Gremco が落札した。後に、Gremco は、これらの 3 つの土地区画の開発計画を “Costazul Project” に統一した。[paras. 11-14, 18]

La Herradura 区画の売買契約には、チョリジョス区当局が、開発に必要となるリマやその他の当局からの許可の取得に協力する旨が規定されており、Punta del Sol 区画及び La Chira 区画の売買契約にも類似の条項が規定されていた。[paras. 15-16]

2003年から2004年にかけて、申立人である Gremcitel (Gremco と同じく Levy グループのペルー法人) は、これらの3つの土地区画及び Costazul Project の権利を Gremco から取得した。[paras. 20-21]

3. 申立人と政府機関との折衝

Gremco が3つの土地区画を取得して以降、Gremco (及びその後は Gremcitel) は、開発が制限されるエリアを特定することを目的として、INC 等のペルーの政府機関とやりとりを行った。

まず、2001年、Gremco は、Morro Solar の歴史区域の境界を画定する提案を INC に対して行った。翌2002年、Gremco と INC は、共同で考古学区域の境界を画定するための協力契約 (Agreement of Cooperation) を締結した。[para. 26]

上記協力契約の締結後、考古学調査が実施されたが、INC の国立考古学技術委員会 (CNTA) は、2003年6月に、Morro Solar の現状変更不可は維持されるべきとして1977年決定を確認し、Gremco が境界画定のための調査を実施すべきであるとする決定 330 を出した。CNTA は、ペルーの歴史文化遺産の評価を行う国立適格建築計画技術委員会 (CNTCPA) にも照会を行ったが、CNTCPA も、2003年8月に、決定 330 に賛同し、土地の開発計画について INC の承認を得る必要がある旨の決定 1 を出した。Gremco の要請を受けて、INC は CNTA と CNTCPA の共同会議を開催し、CNTA と CNTCPA は、2003年12月に、決定 330 を承認し、Morro Solar の現状変更不可を維持する共同決定を行った。[paras. 27-29]

2003年12月から2004年4月にかけて、Gremco は、INC に対して、決定 330 の無効を主張すると共に、考古学・歴史区域の境界に関する提案を行った。

これらの提案の中で、Gremco は、決定 330 はリマにおける考古学区域の境界基準と異なっていると批判し、考古学区域は個別に特定されるべきであると主張すると共に、Gremco が取得した土地においてサンファン・チョリージョスの戦いは行われていないことを説明した。[paras. 30-31]

このようなやりとりの後、CNTA は、2004年5月に、個々の考古学区域を確定する決定 197 を出し、考古学的理由により現状変更不可とされる区域を狭めた。2004年7月、INC は Gremco の所有地を評価するためのアドホック委員会を立ち上げ、同委員会は、同年10月に考古学・歴史区域の境界に関する提案をまとめた報告書を出した。[paras. 32-33]

2004年11月、INC は、考古学的遺物がない区域について考古学的遺物不存在証明を出すこと及びMorro Solar の歴史区域の境界を提案することを任務とする歴史委員会を組成することを決定した。INC が発行した考古学的遺物不存在証明により、3つの土地区画の約80%において開発計画を妨げる考古学的遺物がないことが証明された。[paras. 34-35]

4. 2007年決定

INC の決定に基づいて組成された歴史委員会は、2005年7月に、Morro Solar の歴史区域の境界を提案する報告書を作成した。2007年10月10日、INC は、かかる報告書に記載された境界の

大部分を採用し、Morro Solar の詳細な境界を定める決定（2007 年決定）を出した。[paras. 35, 37]

申立人によれば、この 2007 年決定により、それまで現状変更不可とされていなかった区域まで現状変更不可とされることになり、Costazul Project が無意味になった。[para. 37]

5. ICSID への仲裁付託

2010 年 11 月 5 日、申立人は、1993 年 10 月 6 日付フランス＝ペルー投資条約に基づく 6 ヶ月の協議期間を開始した。協議は 2010 年 12 月 6 日及び 2011 年 3 月 11 日に行われたが、解決に至らず、協議期間満了後の 2011 年 5 月 17 日に、申立人は ICSID に仲裁申立書を提出し、6 月 24 日に登録がなされた。[paras. 38-40]

かかる仲裁手続において、申立人は、ペルーがフランス＝ペルー投資条約上の公正衡平待遇義務に違反したと主張して、ペルーに対し 410 億米ドルの損害賠償を求めた。[paras. 65-66]

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

1. フランス＝ペルー投資条約の対象となる投資家の要件

(1) 当事者の主張

<申立人>

- ①フランス＝ペルー投資条約の対象となる投資家（「他の締約国の国民」又は「他の締約国の法人」）の要件の判断基準時は紛争が生じた時点と解すべきであり、本件では、2007 年決定がペルーの官報に掲載された 2007 年 10 月 18 日である。[para. 116]
- ②以下のとおり、Ms. Levy（フランス国籍）は 2005 年に Grencitel の間接支配権を取得し、2007 年 10 月 9 日に Grencitel の直接支配権を取得しているから、上記判断基準時（2007 年 10 月 18 日）において、Ms. Levy はフランス＝ペルー投資条約上の「他の締約国の国民」に該当する。また、フランス＝ペルー投資条約 8 条 3 項に、一方の締約国の法人で他方の締約国の者により支配される法人は、他方の締約国の法人とみなす旨が規定されているため、Grencitel もフランス＝ペルー投資条約上の「他の締約国の法人」に該当する。[paras. 124-134]
 - (a) 2005 年に、Ms. Levy は、Grencitel の主要株主（84.5%保有）であった Hart Industries（グレナダ法人）の 33.3%の株式を取得し、Grencitel の間接支配権を取得した。
 - (b) 2007 年 10 月 9 日に、Ms. Levy は、Hart Industries から、Grencitel の 58.82%の株式を取得し、Grencitel の直接支配権を取得した。

<被申立国>

- ①本件紛争が生じたのは、2007 年決定よりも前の時点（例えば、1997 年決定の時点、1986 年決定の時点、Gremco が INC に対して土地の境界に関する提案を行った 2001 年時点、協力契約が締結された 2002 年時点、アドホック委員会が組成された 2004 年時点、歴史委員会が組成され

た 2004 年時点など) である。[paras. 111-113]

- ②Ms. Levy は、上記時点において Grencitel の支配権を保有していなかったため、Ms. Levy も Grencitel も、紛争発生時点においてはフランス＝ペルー投資条約の対象となる「他の締約国の国民」・「他の締約国の法人」ではなかった。[paras. 92]
- ③仮に、2007 年決定により紛争が生じたのだとしても、申立人が提出した Ms. Levy による Grencitel の間接・直接支配権の取得の証拠には、矛盾点や手書きの修正があるなど、その信用性が極めて疑わしい。[paras. 93-110]

(2) 仲裁廷の判断

まず、仲裁廷は、申立人がいつの時点でフランス＝ペルー投資条約の対象となる投資家の要件を満たしていなければならないかを検討する。

フランス＝ペルー投資条約には、この判断基準時点に関する規定は存在しない。しかし、条約不遡及の原則（ウィーン条約 28 条）により、申立人は、申立人が主張するペルーによるフランス＝ペルー投資条約の違反が生じた時点で、投資条約の対象となる投資家の要件に該当していなければならない。[paras. 146-147]

本件では、①2007 年決定によって初めて Morro Solar の詳細な境界が拘束力を有する行政行為として決定されたこと、②2007 年決定が出されるまでは、INC はそのような決定を行わない可能性があり、決定がなされなければ申立人が不服を申し立てる対象となる行為は存在しなかったことから、本件における基準日（critical date）は、2007 年決定が官報で公表された日である 2007 年 10 月 18 日である。[para. 150]

次に、仲裁廷は、基準日である 2007 年 10 月 18 日時点において申立人がフランス＝ペルー投資条約の対象となる投資家の地位を取得していたか否かを検討する。

Ms. Levy による 2005 年の間接支配権の取得については、(a)Hart Industries 株式を譲渡する前に行われた株式分割が登記されていないため無効であり、(b)Hart Industries の機関決定書類上の署名を公証した公証人が Mr. Isy Levy の指示で公証日をバックデートしたことを認めているなど、書類の信用性が疑わしいため、その効力は否定される。[paras. 152-155]

一方、Ms. Levy による 2007 年 10 月 9 日の直接支配権の取得については、(i)2007 年 9 月 4 日以降、Grencitel が株主に対して first refusal right の行使を確認するためのレターを送っていること、(ii)これらのレターの公証について被申立国が疑義を呈していないこと、(iii)2007 年 10 月 9 日付株式譲渡契約の有効性に疑義を生じさせる事情がないこと、(iv)かかる株式譲渡が Grencitel の株主名簿に 2007 年 10 月 9 日付で登録されていることなどから、真実であると認められる。[paras. 156-160]

以上から、仲裁廷は、基準日（2007 年 10 月 18 日）において Ms. Levy が Grencitel の株式を保有していたため、Ms. Levy 及び Grencitel はフランス＝ペルー投資条約の対象となる投資家

の地位を有していたと結論する。[para. 161]

2. 手続の濫用

(1) 当事者の主張

<被申立国>

Ms. Levy は、紛争が既に生じているか少なくとも予期できる時点において、Ms. Levy のフランス国籍を利用してフランス＝ペルー投資条約の対象となる投資家の地位を獲得することのみを目的として Gremcitel の株式を取得したものであり、手続濫用に該当する。[paras. 174-176]

<申立人>

①手続濫用における悪意(bad faith)に関しては高度な立証が求められるが、被申立国はその立証ができていない。また、被申立国は、申立人が 2007 年決定が出されることを予見していたことを立証できていない。[paras. 177-178]

②Ms. Levy による Gremcitel の株式取得は家族の理由 (family reason) で行ったものである。[para. 179]

(2) 仲裁廷の判断

合法的な投資スキームの変更 (corporate restructuring) により投資条約上の権利を取得する投資家側のニーズと、濫用的な行為を防止する必要性のバランスの見地から、投資条約上の保護を獲得するために行う投資スキームの変更が手続濫用に該当するのは、具体的な将来の紛争が、単なる可能性というレベルではなく高度の可能性として予見できる状態 (“a specific future dispute must be foreseeable as a very high probability and not merely as a possible controversy”) において投資スキームの変更を行った場合に限られる (Pac Rim v. El Salvador¹)。[para. 185]

また、手続濫用の認定にあたっては、事案における全ての事情を考慮 (“taking into account all the circumstances of the case”) しなければならない (Mobil v. Venezuela²)、加えて、手続濫用は、高度な認定が必要であり、極めて例外的な場合にのみ認められる。[para. 186]

本件では、以下の事実が関連する。

①Hart Industries から Ms. Levy への株式譲渡は、2007 年決定の日のわずか 1 日前、2007 年決定の公表日の 9 日前に行われている。他の事情を考慮すれば、このように時期が近接していることは偶然ではない。[para. 188]

¹ Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012. 猪瀬貴道「投資協定仲裁判断例研究(45) CAFTA における利益否認条項により管轄権が否定された事例」JCA ジャーナル 60 巻 5 号 (2013 年) 54 頁。

² Mobil Corporation et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010. 早川吉尚「投資協定仲裁判断例研究(20) BIT を有する第三国に設立した子会社に投資母体を移すことで投資協定仲裁を利用可能にするものの権利濫用性」JCA ジャーナル 58 巻 1 号 (2011 年) 28 頁。

- ②2007年決定のベースとなる歴史委員会の報告書が2005年に出されている。申立人は、報告書は公式に申立人に連絡されておらず、申立人がその報告書を認識したのは2007年決定のときであると主張するが、審問において、(i)Mr. Isy Levy (申立人代理人) が2004年末に歴史委員会が組成されたことを知っていたと述べたこと、(ii)Gremco/Gremcitel を代理してINCとの行政手続を担当していたMr. Cock が、歴史委員会の報告書を発行直後に見たことを認めた上で、「2005年にGremcitelの誰かと報告書について議論したか」との仲裁廷の質問に対して「その可能性はある」と答えたことからすれば、GremcitelとMr. Isy Levyは、報告書の内容について、2005年の発行時点頃に認識していたと認められる。[para. 189]
- ③Mr. CockとINCとの関係からすれば、Mr. Cockは、2007年のどこかの時点で、INCが土地の境界を正式に発表するであろうことを知っていたはずであり、そうであれば、Mr. Isy Levyにもその事実を伝えたはずである。このことは、2007年決定が出されるわずか1日前にMs. LevyがGremcitelの株式を取得していることとも整合する。[para. 190]
- ④申立人は、Ms. LevyがGremcitelの株式を取得した理由を合理的に説明できていない。Mr. Isy Levyは、株式譲渡は家族の決定であり、プロジェクトを国際化するためであると述べるが、株式譲渡がどのようにプロジェクトを国際化するのが不明である。かかる株式譲渡は、Ms. Levyがフランス国籍を有していたことが唯一の理由であったと考えられる。[para. 191]
- ⑤Hart Industriesの2005年3月7日付機関決定書面には、Ms. Levyへの譲渡について”until all legal proceedings concerning resolutions dated February 7th 2005 and February 9th 2005 are finished”と記載されている。その機関決定の時点において、グレナダでは上記決議に関する何らの法的手続も行われていなかったことからすれば、”legal proceedings”とはICSIDの手続のことを意味していると考えられる。[para. 192]
- ⑥Mr. Isy Levyは、Ms. Levyによる2005年の間接支配権の取得に関して、公証人に指示してHart Industriesの機関決定書面の公証日をバックデートさせるなど、管轄権の操作を目的とした行為を行った。これらの事実は、全体的な評価として、申立人の行為に疑いを生じさせる。[paras. 193-194]

以上の事実より、申立人による権限濫用が認められ、したがって、仲裁廷は管轄権を行使することができない。[para. 195]

なお、手続濫用の抗弁の法的性質（管轄権の問題なのか、受理可能性の問題なのか、それ以外なのか）については、効果において差異がないため判断しない。[paras. 180-181]

77: William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v カナダ (PCA Case No.2009-04)

(JCA ジャーナル 2015 年 11 月号 (73))

判断年月日: 2015 年 3 月 17 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成: Bruno Simma (ドイツ・長)、Donald McRae (カナダ)、Bryan Schwartz (カナダ)

一 判断のポイント:

- ・ NAFTA 第 1105 条 (国際最低基準) について、Waste Management 基準を採用した。
- ・ 投資家の正当な期待に基づき予見される基準とは異なる基準による環境影響評価を公正衡平待遇違反と判断した。
- ・ NAFTA 第 1102 条 (内国民待遇) の「同様の状況」の比較対象について、事業分野の類似性、審査手続の共通性から判断した。
- ・ 内国民待遇違反については、UPS テストを採用した。

二 事案の概要:

I. 事実の概要

個人申立人の Clayton 氏らはすべて米国民であり、父 William Ralph Clayton (2008 年引退) と 3 人の息子である。William Ralph Clayton が 50 年以上前に設立した Clayton グループは、コンクリート等の建設資材の供給会社であり、グループを構成する Bilcon of Delaware は、2002 年設立のデラウェア州法に基づく有限責任会社であり、本件申立人となっている。Bilcon of Nova Scotia (Bilcon) は、被申立国の Nova Scotia 州 Whites Point におけるプロジェクトを行う 100% 子会社であり、本件の「投資」のひとつである。

2001 年に、申立人は、Whites Point プロジェクトに関心を持ち始め、Nova Scotia 州会社の Nova Stone Exporters が Nova Scotia 環境規制当局に 3.9ha 採石場の認可を受けた直後の 2002 年に、Bilcon と Nova Stone は Whites Point における採石場と海上ターミナル開発のパートナーシップを結んだ (2004 年に同パートナーシップは解消)。

その後、Bilcon は発破について、カナダ連邦レベルのガイドラインに従うことが求められ、発破テストが認可されなかった。申立人の主張によれば、被申立国の水産大臣が本件プロジェクト地域選出議員であり、同地域で本件プロジェクトに強い反対運動があることが影響している。本件プロジェクトは、環境影響評価に関するカナダ連邦と州レベルの共同審査パネル (Joint Review Panel, JRP) に付されることになった。2007 年 10 月 22 日に連邦環境相および Nova Scotia 環境労働相に提出された JRP の報告書は本件プロジェクトの中止を勧告するものであり、2007 年 11 月 20 日に Nova Scotia 州が、翌月に連邦が受入れ、プロジェクトは頓挫した。

2008年2月5日、申立人は、被申立国に対して NAFTA 仲裁付託の意思を通告した。申立人は、2008年5月26日に、UNCITRAL 仲裁規則第3条および NAFTA 第1116条、第1120条に基づく仲裁申立書を提出し、両当事者は、仲裁申立が有効になされたのは2008年6月17日であるとする事に合意した。

II. 管轄権判断

本件では、被申立国からの管轄権抗弁として、①NAFTA 上の投資家およびその投資に関する請求該当性 (NAFTA 第1101条)、②請求の適時性 (出訴期限) (NAFTA 第1116条)、③JRP の行為の被申立国への帰属 (NAFTA 第105条)、④申立国の措置による損害の発生 (第1116条) が提出されている。

②については、NAFTA 第1116条(2)のいう3年間の起点は2005年6月17日であり、それ以前の申立人の主張する違反に対応する請求は期限外である。しかし、それ以前の出来事も、本件の本案判断に必要な限りで考慮することができる¹ (258-282)。

③については、国家責任条文第4条²は国家間に適用される慣習法を示しており、私人との関係でも類推適用が可能である。JRP が果たす機能は公権力的性質を有する。JRP の権限を定めるカナダ環境影響評価法 (CEAA) によれば、JRP は検討対象となるプロジェクトの環境影響評価が同法に従ってなされているかを審査し、証人を召喚したりパネル構成員に免除が与えられたりするなど、裁判所としての権限が与えられている。パネルの報告書は政府による意思決定過程の不可分の一部である。仮に、JRP が国家機関でないとしても、JRP の行為は、被申立国により承認あるいは採択された行為 (国家責任条文第11条³) である (305-324)。

④については、本案に密接に関連するため本案において判断する (330-331)。

三 判断概要：

III. 本案判断

A. 国際最低基準 (第1105条)

FTC ノートおよび NAFTA 第11章の特定文脈における「公正衡平待遇」および「完全な保護保障」は、(慣習法上の国際) 最低基準が課すもの以上の追加的要件を課す「自律的 (autonomous)」条約規範とみなすことはできない (432)。

多くの仲裁廷は、国際最低基準の歴史的発展を検討してきた。一般的な出発点とされる Neer

¹ *Mondev International Ltd. V. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 Oct. 2002, para. 60-70

² 国家責任条文 (日本語訳は、奥脇直也・岩沢雄司 編集代表『国際条約集 2015年版』有斐閣 (2015年) による) 第4条

1. いかなる国の機関の行為も、当該機関が立法、行政、司法その他のいずれの任務を遂行するものであるか、国の組織の中でいかなる地位を占めるものであるか、又は国の中央政府若しくは地域的単位の機関としていかなる性格のものであるかを問わず、国際法上当該国の行為とみなされる。

2. 機関は、当該国の国内法に従ってそのような地位を有するいかなる人又は団体を含む。

³ 国家責任条文 (日本語訳は同上) 第11条

前諸条の規定に基づき国に帰属しない行為であっても、国が当該行為を自己の行為として認めかつ採択した場合には、その限りにおいて、国際法上当該国の行為とみなされる。

事件において米墨請求権委員会は、外国人待遇の最低基準の違反は、不誠実 (bad faith)、故意の義務不履行、または、国際基準に明らかに及ばない政府の行為の不十分さ (いかなる合理的かつ公平な人であっても不十分さを認識する程度) からなる待遇を要件とすると判示した⁴。NAFTA に基づく 2009 年の Glamis 仲裁判断は Neer 基準について現在も妥当するとした⁵が、他の NAFTA 仲裁廷は、国際最低基準は、投資家のより厚い保護へと発展したと判断する傾向にある⁶ (433-435)。

多くの NAFTA 仲裁は、どの程度の衡平、公正または法の違反であれば国際最低基準の違反を構成するかの「深刻さの閾値」を特定しようとした。Neer 基準はもはや適用されないというコンセンサスは生まれつつあるが、基準の現代的発展の最適な定式化についてのコンセンサスはない。その中で、Waste Management 仲裁廷による「恣意的、大幅に不公正、不正義または特異なものであり、差別的なものであり、かつ事業分野に由来する偏見または人種的な偏見にさらされる、または司法的な適正さを侵害する結果を導く適正手続が欠如する」場合であるとする定式化⁷の影響力は強く、他の多くの仲裁廷もそれを適用してきた⁸ (440-446)。

本仲裁廷は、最低基準についての Waste Management の定式化を参照し、本件事実に適用する。まず、受入国によってなされた表明であって、投資家が依拠してその損失の原因となったものを検討しなければならない。検討されるべきは特定の表明であり、投資に関する一般的法枠組への言及や投資対象地として魅力があるという一般的声明ではない。Bilcon は、Whites Point という特定の地域を含む採石場および海上ターミナルプロジェクトを進めることについて、Nova Scotia 当局から繰り返し奨励された。そのような奨励は、すべて、Bilcon は環境に関する連邦法・州法に適合する計画を提出しなければならないという文脈においてなされた。政府による奨励にも、法それ自体にも、Bilcon が進めようとしていたようなプロジェクトは、注意深く入念に評価された個別の環境への影響がどのようなものであろうが、Whites Point 地域においては一切禁止される、ということを示唆するものは何もなかった。つぎに、Waste Management 基準は、手続的にも実体的にも公正であることを求める。Bilcon は、どのような審査を受けるかについて知る公正な機会を得られなかった。JRP は、Bilcon のプロジェクトは「共同体の核心的価値 (community core values)」に反するため承認されるべきでないと述べたが、法または JRP による通知を見る限り、「共同体の核心的価値」が最優先事項であることや、JRP が作成した環境影響評価ガイドラインに示されたあらゆる点において環境への影響がないことを Bilcon が証明したとしても申請が認められることはなかったであろうことは、Bilcon にとっておよそ予見可能ではなかった。実際に、Bilcon は、社会的影響を含め環境影響評価ガイドライ

⁴ LFH Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States (1926), 4 RIAA 60, pp. 61-62.

⁵ Glamis Gold, Ltd. V. United States of America, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 8 June 2009, para. 22.

⁶ ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, para.113., Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, ICSID Administered Case, Award, 31 March 2010, paras.207, 208, 210 and 213.

⁷ Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award on 30 Apr. 2007, para.98.

⁸ Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Canada, ICSID Case No. ARB(AF)/07/04, Decision on Liability and on Principles of Quantum, 22 May 2012, para. 141, and in Cargill Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, 18 September 2009, para. 282.

ンが指摘した問題について専門的証拠を提出した。JRP がその最終報告書において明らかにした先例のないアプローチを申請段階で予想できなかったことで Bilcon をとがめることはできない。Waste Management 基準は、さらに、恣意性にも触れる。JRP の行動は恣意的であった。JRP は、法的権限も Bilcon への公正な通知もなしに、CEAA の下で必要とされる「緩和がなされてもお生じるであろう重大な悪影響」の分析を行うことなど適用法に示された任務をなすのではなく、環境影響評価の新たな基準を採用した。被申立国の行動を全体としてみると、官吏が海岸地域での鉱業プロジェクトを一般的に奨励し、Whites Point 地域でのプロジェクト遂行につき具体的な奨励をしたことに基づいて申立人が投資をした後に、他の官吏が、その個々の環境影響につき法に適合した評価を行わずに、当該地域はこの種の開発が一切認められない区域であると決定することは、不正である。(503, 588-592)

Waste Management 基準によれば、ある行為によって NAFTA 上の国際責任が簡単に生じることはなく、法的または事実の分析における単純な誤りだけでは十分ではない。しかしながら、カナダ法の中でも最も厳格で広範な類いの手続に対する投資家の合理的な期待とその期待に基づく大規模な投資、JRP により「共同体の核心的価値」という概念が合理的通知なしに採用されたという事実、JRP のアプローチは細かい点において争いがあるというのではなくカナダ法により求められる評価基準からかけ離れたものである事実に照らして、本件における違反は NAFTA 上の国際責任が生じる水準に至っている (594)。

NAFTA の前文は、環境法の発展と実施を強化するとしている。NAFTA は、国内法上どの程度の基準を定めて良いかについては制約をしていない。環境規制があるという事実のみによって投資保護が適用されないということにはならない。カナダ法および Nova Scotia 法は、NAFTA と同様に、経済発展と環境保全は一致させうるだけでなく、相互に強化させうるということを明示的に認める。仲裁廷は、カナダ法および Nova Scotia 法における環境保護の水準に問題があると示唆しているのではない。カナダも Nova Scotia も、NAFTA の下で、自らの望む水準の立法を主権の行使として自由に行うことができる。仲裁廷が懸念を示しているのは、カナダ法によって定められた厳格かつ包括的な評価が実際には行われなかったことである。本件において問題なのは、申立人の申請がカナダ法および Nova Scotia 法に従って評価されたか、である。仲裁廷は、提出されたすべての証拠とカナダ環境法の専門家 2 名からの報告書とを考慮した結果、カナダ法および Nova Scotia 法が定める審査方法から根本的な乖離があったと結論する (596-600)。

カナダ法および Nova Scotia 法の下で、社会的影響は評価の範囲内でありえるところであり、地域住民がエコシステムの特徴的な構成要素に置く価値は考慮されうる。仲裁廷が問題視しているのは、本件において JRP によってとられた「共同体の核心的価値」という特有の、前例のない、予見し得ないアプローチのみである。仲裁廷自身が JRP に代わって環境影響評価を実施しようとしているのではない (601-602)。

NAFTA 第 11 章の下での責任の基礎は、プロジェクトを遂行することへの申立人およびその投資への具体的奨励が被申立国政府によってなされ、環境影響評価の準備と実施に資源が用いら

れた後に、申立人とその投資が、適用される法にしたがって検討され、評価され、決定される公正な機会を与えられなかったことである（603）。

以上により、仲裁廷は、JRP によってとられ、被申立国により採用された環境影響評価のアプローチは第 1105 条の違反となる（604）。

B. 内国民待遇（第 1102 条）

申立人は、その申請に対する評価が、同様の状況における（*in like circumstances*）多くの被申立国国内投資家への待遇よりも不利なものであったとも主張する。申立人は、生態学的に敏感な区域における採石場と海洋ターミナルを伴うプロジェクトであって、申立人のプロジェクトよりも有利な基準で評価された例を多く示している。申立人によれば、問題は、評価結果が異なることではなく、JRP による評価の方法および評価基準に関して不利な待遇を被申立国が与えたかである。審査方法については、カナダ連邦または連邦・州合同のいずれのものであれ、審査パネルに付されることが通常ではないことは明らかである。Mr. Estrin の専門家報告は、CEAA の下での環境影響評価の約 0.3%のみが、パネル審査または調停の形をとることを示す。パネル審査によって評価されたプロジェクトの区域は一般に White Point 採石場よりも非常に広大であり、液化天然ガスや放射性物質の取り扱いなどの新規性のあるまたは本質的に危険な活動を含むことがある。しかしながら、仲裁廷はすでに、JRP に付託されたこと自体が NAFTA に違反したかどうかについては第 11 章の出訴期限によって申立人は提起することができないと判断している。そこで、審査方法の選択ではなく、「緩和がなされてもなお生じるであろう重大な悪影響」基準の適用について焦点をあてる（685-689）。

被申立国は、申立人のプロジェクトと比較されるのは、連邦＝州合同審査パネル（JRP）が設置されたプロジェクトに限られると主張する。被申立国は、また、比較対象は JRP が現地の共同体における強い反対を扱わなければならない場合にのみ「同様の状況における」にある、と主張する。仲裁廷は、本件において第 1102 条の適用を検討する際に、比較対象がそのような狭いものに限定されることに同意しない。第 1102 条は、投資家または投資が「同様の状況（*like circumstances*）」にある事態に関連する。この文言は、「同種の製品（*like products*）」と規定されるような、他の貿易自由化協定の文言のように限定的ではない。さらに、第 1102 条のキーワードは、「同様の（*similar*）」であり、「同一（*identical*）」ではない。第 1102 条の相当に広い用語に相応しい意味を与えることに加えて、仲裁廷は、「締約国領域内における投資機会を実質的に増大させること」（第 102 条(1)(c)）を含む NAFTA の目的を考慮に入れなければならない（690-692）。

内国民待遇違反が主張される場合、それぞれの場合に固有の事実および規制の文脈において判断されなければならない。本件においては、申立人が環境影響評価において不利に扱われたかが争点である。問題の CEAA は、極めて広い適用範囲をもつ。同法は、海上ターミナルまたは採石場を含む広い範囲の活動態様および産業の環境評価の必要要素として「緩和がなされてもなお生じるであろう重大な悪影響」評価基準を適用する。申立人により提出された比較事例の多くは、

NAFTA 第 1102 条に基づく比較を本件と行うことができる程度に「十分に」類似している。申立人が提出した実際の比較事例は、ほぼ、海上輸送を伴う石油およびガス採掘を含む鉱業プロジェクトに関してカナダ連邦または JRP による環境影響評価を含むものである。それらの多くは、現地の共同体への影響可能性をもつ採石場および海上ターミナル輸出プロジェクトを含む。少なくともそのうち 3 つは、採石場と関連するプロジェクトであって海上ターミナルを含み、生態系上敏感な海岸区域で実施されるものである。これらの事例における環境影響評価が、通常の「緩和がなされてもなお生じるであろう重大な悪影響」分析によってなされたという事実は、申立人が同様の状況において受けたものよりも有利な待遇を受けたと結論するのに十分である (694-696)。

米国輸出向けの液化天然ガスについての Rabaska プロジェクトの JRP は、緩和がなされてもなお生じるであろう重大な悪影響はないと判断した。その結果それ自体は、申立人のプロジェクトが不利な扱いをされたという判断の基礎にはならない。その判断の基礎となるのは、Rabaska プロジェクトを評価した JRP が法定の基準を用いたことである。Cacouna Energy LNG Terminal プロジェクトにおけるパネルは、地域の発展ビジョンとして「産業化」と「自然環境および資源に基づく発展」とがあったことを示したが、どちらが共同体の核心的価値を表すものかは示さず、それに照らして評価をすることもなかった。さらに、本件プロジェクトの JRP の議長は、本件で新たな評価手法が用いられたのは、本件特有の事実の故ではなく、一般的に新たな方法が用いられるべきと考えたからだと述べている。

被申立国の主張するように、UPS 仲裁判断⁹に従い、申立人は「環境影響評価において申立人またはその投資に『待遇』を政府が与えたこと、および同じ政府が他の内国または外国投資家または投資に待遇を与えたこと」、「当該待遇が他の内国または外国投資家（投資）に与えられたものよりも『不利』であること」、「差別的と主張される当該待遇を当該政府が『同様の状況の下で』与えたこと」について立証責任があるが、申立人はそれを果たした。Feldman 仲裁廷¹⁰が説明するように、UPS テストは、差別的意図 (discriminatory intent) の証明を求めないことに留意しなければならない。UPS テストの 3 つの点について、一応の証明 (prima facie case) がなされたとしても、受入国は、差別的待遇は何らかの方法で正当化されうること、あるいは、当該差別的待遇は国籍との十分な関連がなく、国内政策目的の合理的遂行の偶発的効果にすぎないことを示すことができるかが問題となる。NAFTA 第 1102 条は、1947 年の GATT 第 20 条のような「正当化」条項をもたないが、Pope & Talbot 仲裁廷は、①表面上も事実上も外国投資家と国内投資家を区別せず、かつ②その他の点でも NAFTA の自由化目的を損なわない合理的な政策と妥当な結びつきのある場合以外であれば、異なる取り扱いは内国民待遇違反を推定させると判断した¹¹。このアプローチは、GATT 第 20 条のような規定がない状況においても、外国企

⁹ United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Award on the Merits, 24 May 2007. Paras. 83-84.

¹⁰ Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 Dec. 2002, para.181.

¹¹ Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2, 10 Apr. 2001, para. 78.

業の偶発的かつ合理的に避けられない負担がある場合にも、合理的かつ無差別の国内政策目的の遂行に受入国に法的に適切な裁量を与えるように思われなくもない。しかし、Feldman 仲裁廷と同じく、本仲裁廷は、UPS テストの 3 つの点について一応の証明がなされた場合、措置が NAFTA 第 1102 条上、維持できることを証明するのは受入国の責任であると考え。カナダ法の下での評価基準に関して、Pope & Talbot テストを充たす申立人への異なる不利な待遇へのいかなる正当化も認定できない。JRP のとった「共同体の核心的価値」アプローチは、合理的政策ではなく、CEAA の法と政策に合致しない。そして、NAFTA の投資自由化目的とも調和しない。実際、本仲裁廷は NAFTA 第 1105 条と合致しないことを認定している (717-722)。

78 : Poštová banka, A.S. and Istrokapital SE v ギリシャ共和国(ICSID Case No. ARB/13/8)
(JCA ジャーナル 2015 年 12 月号 (74))

判断年月日 : 2015 年 4 月 9 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Eduardo Zuleta (コロンビア・長)、Brigitte Stern (フランス)、John M. Townsend (米国)

一 判断のポイント :

- ・ 転売市場において取得したギリシャ国債の投資該当性につき、スロバキア・ギリシャ BIT 上の投資財産の定義に含まれる「非限定的」列举の内容を重視し、列举を実質的に限定的に解釈することにより、これを否定。
- ・ 傍論において、ギリシャ国債は、ICSID 条約 25 条にいう「投資」の内在的制約要素としての貢献及び危険負担の要件を満たさないとその投資該当性を否定。
- ・ 会社の株主は、会社が保有する資産としてのギリシャ国債に関する請求権を有しない。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. ギリシャ経済危機及び Poštová banka によるギリシャ国債取得

申立人 Poštová banka はスロバキアの銀行、申立人 Istrokapital SE (Istrokapital) はキプロス法に基づき組織された欧州公開有限責任会社であり、Poštová banka の株式を保有している(以下総称して「申立人ら」という。)[para. 2]

本件はギリシャ国債(又は国債に付帯する利益、以下総称して「ギリシャ国債」又は「本件国債」という。)に係る紛争である。

ギリシャは、その国債発行に関し、1994 年法 2198 により、ギリシャ銀行(中央銀行)の監督を受ける帳簿記入証券取引監査システム(「システム」)を創設した。システムに参加できる者(「システム参加者」)は限定されていたが、システム参加者から、同法が「投資家」と定義する第三者への国債の移転は可能であった。国債はギリシャ銀行を通じてシステム参加者に対し発行され、これらを、参加者が(国債調達資金提供者である)優先ディーラーに移転し、優先ディーラーがさらに転売市場で売却する仕組みとなっていた。Poštová banka は、2010 年 1 月から 4 月にかけて、転売市場において、優先ディーラーから、ギリシャ法を準拠法として発行されたギリシャ国債(いわゆる「集団行動条項」を含まない。)を数種購入し、これらの国債は、ルクセンブルクの国際証券決済機関であるクリアストリーム銀行の口座に帳簿記入方式で保有されていた。[paras. 51-59]

B. ギリシャの国家債務再編

ギリシャは、その財政状況悪化及び国債の信用低下を受け、2012年2月23日、ギリシャ債券者法を制定した。同法は、特定多数の国債保有者による同意によりその要項の変更を許可することを可能とする点で、国債の適用法たるギリシャ法の関連規定を大きく変更する効果を有していた。

2012年2月24日、ギリシャは残存国債を新債券（原国債名目額の31.5%の価値を有する新国債を含む債券等から構成される）に交換することによる国家債務再編を開始した。この再編は、債券法に定める特定多数の債券者による債券交換の承認を条件としていたが、同日開始された、交換対象債券（Poštová bankaの保有する国債を含む）の保有者に対する債券交換の同意勧誘の結果は、全交換対象債券の91.5%が参加し、うち94.23%が交換に同意するというものであった。この結果に従い、3月12日新債券が発行され、Poštová bankaもそのクリアストリーム口座においてこれを受領し、それに伴い、従前の国債は債券法に従い口座から抹消された。[paras. 60-76]

C. 本件仲裁提起と管轄異議

以上の事実関係のもと、申立人らは、2013年5月に、スロバキア・ギリシャ BIT (1991年)、キプロス・ギリシャ BIT (1992年) 及び ICSID 条約に基づき、ICSID 仲裁を提起した。これに対し、ギリシャは、Poštová banka が保有する本件国債は、スロバキア・ギリシャ BIT 及び ICSID 条約が保護する投資とは認められないこと、Istrokapital は、キプロス・ギリシャ BIT 及び ICSID 条約において保護される投資を行ったことがないから、仲裁廷は本件につき事項管轄を欠く等と主張してその管轄を争った。

三 判断概要：

II. 事項管轄に関する仲裁廷の判断

A. Istrokapital について [paras. 228-247]

株主は、株式を保有する会社の資産に関する請求権を有するものではなく、キプロス・ギリシャ BIT も、Istrokapital に対し、Poštová banka がギリシャに対して持ち得る権利に関し請求権を与えているとは認められない。株主投資家につき、保護される投資はその株式のみであり、したがって、株式を保有する会社の資産に影響を与える投資受入国の措置に基づく請求権の行使は、かかる措置がその株式の価値を損なった場合にのみ可能であり、株主投資家は、その限りにおいて申立人適格を有する。本件において、Istrokapital は、その保有する Poštová banka の株式ではなく、ギリシャ国債への間接的投資をもって、これがキプロス・ギリシャ BIT によって保護される投資であると主張するところ、同 BIT によって保護され得る資産に対する権利を有することを立証していない。以上から、本仲裁廷は、Istrokapital の請求につき管轄を有しない。

B. Poštová banka について [paras. 248-349]

1. スロバキア・ギリシャ BIT1 条 1 項における「投資」 [paras. 276-350]

申立人らは、本件国債は同 BIT1 条 1 項(c)が規定する「貸付」又は「金銭上の給付」に該当すると主張し、被申立人はこれを争う。

条約解釈につき、ウィーン条約法条約 31 条 1 項が規定する各要素はそれぞれ独立したものでなく、併せて単一の解釈ルールを構成するものである。また、誠実な解釈は、単なる文言解釈を超えた合理性を要求する。この点確かに、スロバキア・ギリシャ BIT1 条は、投資を資産ベースで定義、つまり、頭書において、「投資」は「全ての種類の資産」を含むと規定し、投資を構成し得る資産の種類を非制限的に列挙しており、その概念は広いものである。しかし、保護される投資の列挙が非制限的であることは、仲裁廷が、締約国が意図した保護すべき投資の範囲を拡張する権限を有することを意味しない。[paras. 281-288]

資産ベースの広い投資概念を規定する定義規定の頭書は、ギリシャが規定する他の BIT 及び、本件仲裁において当事者が引用した事件の関連投資協定にも多く見られる（ギリシャにつき、アルバニア、ルーマニア、キプロスとの間の BIT）。これに対し、頭書に続く資産の種類列挙は協定ごとに相当の相違がある（例：キプロス・ギリシャ BIT はスロバキア・ギリシャ BIT と異なり「貸付」を列挙に含めていない。）。[paras. 289-292]

文脈に照らした誠実な条約解釈は、かかる列挙及びその内容に、当該協定の文脈の一部としての意味を与えることを要求する。したがって、スロバキア・ギリシャ BIT が列挙する資産の種類は、協定の文脈の中で一体として意味を与えられなければならない。列挙されるリストが協定ごとに異なることは偶然の結果ではなく、注意深い交渉の結果である（さもなければ、非制限的列挙を資産ベースの広い頭書に続けて規定する意味はない。）。Fedax v. Venezuela 事件仲裁廷は、ベネズエラ・オランダ BIT1 条 1 項の列挙を重視し、頭書における広範な定義のみならず、列挙リストが「金銭を受領する権利」を含んでいたことに依拠して、投資該当性を肯定した。[paras. 293-297]

Abaclat v. Argentina 事件（Abaclat 事件）仲裁廷は、アルゼンチン・イタリア BIT1 条 1 項の列挙内容を考慮し、列挙内容が「広範な文言及び『法的フォームと独立して』『他のいかなる種類の』類似の投資といったフォーミュラに言及することにより、極めて広範な範囲の投資を含む」こと、及び『法律又は契約により与えられる経済的性質を有するいかなる権利』を含む残留条項(f)を規定していたこと、さらに『義務』という単語は、貸付に表される権利に織り込まれる経済的価値を意味すると解されるため、特に金融証券を指していること」を理由として、「義務」及び「公債」といった単語は、問題となった国債を含むと認定した。Ambiente ufficio v. Argentina 事件（Ambiente 事件）の仲裁廷も、同 BIT の列挙内容を結論に主要な影響を与える要素として詳細に検討し、“obligaciones” or “obbligazioni” (sic.: obbligazioni) という単語は “bonds”（債券）と訳されるべきこと、又は仲裁廷が「キャッチオール条項」と呼ぶ残留条項が法律又は契約により与えられる権利一般を含むことを根拠として、問題となった国債が投資に含まれる旨認定した。また、本件と類似の金融商品に関連する事項を分析した仲裁判断は一貫して、列挙内容を、問題となる行為又は業務が投資と認められるかどうかの判断の決定的な要素として考慮してきた。

ここで、スロバキア・ギリシャ BIT の文言は、次の点において、アルゼンチン・イタリア BIT のそれと大幅に異なる。

- (1) 「法的形式の如何を問わず」といった一般的表現を含まない。
- (2) スロバキア・ギリシャ BIT1 条 1 項(c)をアルゼンチン・イタリア BIT1 条(c)と比較すると、前者には後者と異なり、「obligations (債権)」といった一般的概念、まして「public titles (公的権原)」への言及が存在しない。
- (3) スロバキア・ギリシャ BIT には、Abaclat 事件仲裁廷が国債を含むと判断した「法律又は契約により与えられる経済的性質を有するいかなる権利」という文言が存在しない。経済的性質を有するいかなる権利という概念は「金銭上の給付」という概念よりも広い。問題となる協定がより制限的な文言を有している場合に、Abaclat 事件及び Ambiente 事件仲裁廷と同様の結論を導くことはできない。[paras. 298-308]

投資の促進保護というスロバキア・ギリシャ BIT の目的は同 BIT の唯一の目的ではなく、また、この目的は同 BIT 「に基づき」行われるものであるから、同 BIT の規定に従うものである。1 条の定義規定が、頭書に続けて「特に」とした上で非制限的の列挙リストを規定することは、広範な定義を置き、やはり広範な種類の資産を保護される投資として列挙しつつ、広範ではあっても特定の（無限定ではない）種類の資産に限るとの意図を示すものであるから、問題となる資産が当該特定の種類の資産に当てはまるか否かを検討する必要がある、その考慮にあたって、仲裁廷は、種類の広範さと、特定の種類が協定に含まれていることとの間のバランスを図る必要がある。[paras. 309-315]

以上を前提に、Poštová banka が保有する本件国債が、1 条 1 項が規定する広範な種類、特に(c)の「貸付、金銭上の給付及び金銭的価値を有する契約に基づく給付の請求権」に該当するか否かを検討する。

本件国債が国家債務であること及び証券であることは争いがないと思われるところ、国家債務は次の特徴を有する。(1)政府による国の運営（インフラ投資にせよ通常の政府支出にせよ）のための歳入確保の方法であること。(2)金融経済政策の中心的方法であること。(3)高い政治的影響及びリスクにさらされていること。(4)国債においては、通常の貸付と異なり、債権者と債務者のみならず、内的にも外的にも第三者の影響を受ける。(5)国債の債権者にとっては、債務国に対する信用が通常唯一の保障であること。さらに、原則として、国債発行においては請求権の厳格な順位が存在せず、既存の国債はその後の新債券発行により「希薄化」すること。(6)国債発行者が支払いを怠った場合、主権免除により、債権者の債権追及のための法的手段は限られること。[paras. 316-329]

以上を前提に、スロバキア・ギリシャ BIT1 条 1 項が国債、特に本件国債を投資の定義に含むか否かを検討する。同 BIT1 条 1 項も他の規定も、国家債務、公債、公的義務のいずれにも言及しておらず、同 BIT は、公的権原、公的義務、まして国家債務が投資の定義に含まれることを締約国が意図していたことを示唆する文言を含まない。債券に関する唯一の言及として、1 条 1 項(b)は「株式、出資、債券その他の形態の企業の持分」を規定するが、これが国家債務ではな

く企業によって発行された債券のみを意味することは明らかである。国債は企業の持分とは異なるところ、後者に明示的に言及する一方で前者を投資の定義から排除しているという事実は、協定の文言が注意深く交渉されるものであることに照らしても、締約国がこれらを保護すべき投資に含める意図がなかったことを示すものである。したがって、同 BIT1 条 1 項(b)は国債を含まない。[paras. 330-335]

1 条 1 項(c)「貸付」につき、貸付債権と債券は異なる金融商品である。貸付の債権者が、関連する合意において特定される銀行等金融機関であることに対し、債券は通常、不特定多数の債権者によって保有される。さらに、貸付債権と異なり、債券は取引の対象であるがゆえに、その保有者は数日又は数時間で交代する可能性がある。貸付は債権者・債務者間の契約関係を発生させるが、債券における契約関係は債権者・債務者間ではなく、発行国と、参加者及び優先ディーラーとの間に存在し、最終的な債券保有者は、債券を購入した仲介機関又は決済機関と契約関係を結ぶに留まる。本件国債の発行につき、Poštová banka がシステム参加者でも優先ディーラーでもなく、転売市場で本件国債を取得し、これをクリアストリームにおいて保有していたことは、当事者間に争いがなく、Poštová banka とギリシャとの間に契約関係は存在していない。[paras. 336-340]

1 条 1 項(c)「金銭上の給付」も、次の理由から、国債を含むものとは解されない。(1)締約国の意図を示す根拠がない場合に、軽々に、金銭上の給付に対する一般的な言及をもって国債又は国が発行する証券を含むとの拡張的文言解釈をすべきではない。(2)1 条 1 項(c)の文言「金銭上の給付及び金銭的価値を有する契約に基づく給付の請求権」は、金銭上の給付が契約関係の下で生じることを要求しているところ、Poštová banka とギリシャとの間にかかる契約関係は存在しない。Poštová banka が、本件国債の要綱に基づきギリシャ政府に対し有する権利は、ギリシャ政府がギリシャ銀行に対する証券にかかる支払期日到来利息及び元本の支払いを怠ったとき、という特定の状況においてのみ執行可能なものであった。仮に、申立人が主張するように、本件国債の発行と転売市場での同国債の取引が「単一の経済活動」を構成するとしても、このことは、Poštová banka が被申立国に対して、契約に基づく金銭上の給付を有するとの結論を導くものではない。Poštová banka が被申立国に対して有する権利は契約に基づくものではなく、債券の所有権という物権に基づき、ギリシャ政府が支払期日到来利息及び元本の支払いを怠った場合に、その結果として生じるものである。[paras. 341-349]

以上より、Istrokapital 及び Poštová banka は、それぞれキプロス・ギリシャ BIT 及びスロバキア・ギリシャ BIT1 条 1 項のもとで保護される投資を有するものとは認められず、本件につき本仲裁廷は事項管轄を欠く。[para. 350]

A. ICSID 条約上の「投資」について[paras. 351-371]

本件国債がスロバキア・ギリシャ BIT 上の投資に当たらないとの上記結論に従えば、同国債が ICSID 条約上の投資に当たるか否かを判断する必要はないものの、本仲裁廷は、当事者のこ

の問題に対する強い関心に照らし、若干の検討を行うことが相当と考える。この点、ICSID 条約 25 条にいう「投資」が、内在的制約として、金銭又は資産による出資、期間及び危険負担といった、中核となる要素を満たすことを要求するとの見解（「客観説」）と、BIT 上の投資の定義がかかる要素に優先しこれらを不要とするとの見解（「主観説」）とが存在する。[paras. 351-359]

仮に客観説に立った場合、仲裁廷の多数意見は、次の要素に特に着目して、Poštová banka の本件国債は「貢献、期間、危険負担」の要素を満たさないと判断する。経済的意味において、投資は価値の創出プロセスと関連付けられ、この点において、価値の交換プロセスである売買と区別されるところ、国債の引受けは、一定額の金銭の代替として金銭を提供する、価値の交換プロセスである。仮に、「投資の要素としての貢献が、価値を創造する経済活動に含まれなければならない」という見解を採用した場合、本件はこの要件を満たすかを検討するに、国家は、第一義的に、今述べたような意味での経済活動を行う経済主体ではない。国家が行う経済活動（外債の調達を含む）は様々な行政活動の手段である。申立人は、Poštová banka が本件国債付帯利益取得のため支払った金銭が、仮にギリシャを最終的に利したにせよ、経済的に生産的な活動に使用されたとの主張を行っていない。むしろ、かかる資金はギリシャの一般的財政措置、特にその債務返済のため用いられたものである。Fedax v. Venezuela¹、CSOB v. Slovakia²といった先例は、一般的な資金調達目的の国債と、公共事業のために用いられる国債を区別している。

危険負担要素につき、投資リスクは、業務リスクのことであり、通常のコmercial リスク（他方当事者による義務不履行という、いかなる経済活動にも内在するリスク）やソブリンリスク（国による契約関係等への介入リスク）とは区別されるべきである。

まとめると、客観説のもとでは、Poštová banka の国債に対する利益は、期間要件は満たすものの、貢献と危険負担の要件を満たさず、したがって、やはり本件につき仲裁廷は事項管轄を欠く。[paras. 360-371]

III. 結論

仲裁廷は、本件申立につき管轄を有しない。

¹ Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 11 July 1997.

² Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 24 May 1999.

79 : Adel A. Hamadi Al Tamimi v オマーン (ICSID Case No. ARB/11/33)
(JCA ジャーナル 2016 年 5 月号 (78))

判断年月日 : 2015 年 11 月 3 日 (仲裁判断)

仲裁廷の構成 : David A.R. Williams (ニュージーランド・長)、Charles N. Brower (米国)、
J. Christopher Thomas (カナダ)

一 判断のポイント :

- ・ 国家と別の法人格を有する法人の行為につき条約の適用条件を定める規定が条約中に置かれている場合、行為の国家への帰属に関する慣習国際法規則の適用は排除される。
- ・ (傍論) 慣習法上の最低待遇 (公正衡平待遇) 基準は、世界中の諸国が置かれた状況を考慮して決定される。
- ・ (傍論) 環境保護措置について一定の配慮を示す条項が条約中に置かれている場合、最低待遇 (公正衡平待遇) 条項の解釈の際に考慮される。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

申立人は米国籍を有する自然人である。本件紛争は、申立人がオマーンのマード (Mahda) 市にある Jabel Wasa 山においてなした石灰岩採石業に関連して生じた。[paras. 46-48]

同事業は、Emrock 社とオマーン鉱業会社 (Oman Mining Company LLC: OMCO) 社、および SFOH 社と OMCO 社との間に締結された採石場利用契約 (lease agreement) に基づく。Emrock 社は、ドバイ (UAE) 法に基づいてオマーンに設立され登記された法人であり、申立人が持分の 49%を有し、支配人 (General Manager) として支配している。SFOH 社もドバイ法に基づいて設立された法人であり、申立人が 100%支配をしている。OMCO 社は、オマーンにおける鉱物資源の発見・採掘・加工・販売のために 1981 年の王令 11 号により設立されたオマーン国営企業であり、ほぼ全面的に (almost entirely) オマーン石油鉱業省に保有されている。[paras.49-52]

OMCO と Emrock は、Jabel Wasa 採石場 2km² についての採石場利用契約を 2006 年 4 月 8 日に締結した。OMCO と SFOH は、同採石場 4km² についてのほぼ同内容の契約を同年 5 月 25 日に締結した。両契約とも、契約の目的は「石灰岩その他岩石の切り出しと破碎作業」であり、採石業に必要な環境上および業務上の許可を得るために OMCO が最大限の努力をすること、および、必要な許可が全て得られた段階で契約が発効すること、Emrock と SFOH はそれぞれ利用料を毎月 OMCO に支払うこと、及び、それぞれ収入の 5%をやはり OMCO に支払うことを定めていた。また、契約関係に関するいかなる紛争についてもオマーン仲裁センターが排他的管轄を有することも定められていた。[paras. 54-56]

2006年11月頃、OMCOはオマーン環境気候省に環境影響評価等を提出し、採石業に関する環境上の許可を申請した。2007年1月8日に、オマーン商業産業省は、環境気候省による環境上の許可を条件に、採石活動を許可した。3月3日に、環境気候省は、採石活動が2km x 2kmの範囲に収まることを条件に、環境上の許可を与えた。5月29日にはマダ市が採石活動に反対しないことを表明し、5月31日にはオマーン商業産業省が発行した採石許可書類がOMCOから申立人に渡された。[paras. 59-61]

OMCOは、2007年8月22日に、EmrockとSFOHは採石活動を開始できると伝えた。その際、採取できるのは石灰岩のみであることも伝えられた。[para. 62]

その後、事態は悪化した。OMCOは、許可区域外での操業や許可されていない機器の使用等について度重なる抗議を行った。OMCOはEmrockとの採石場利用契約を解除する意思を2008年7月20日付書簡により申立人に伝え、SFHOとの契約については無効（null and void）であることを同年6月2日に申立人に通知した。[paras. 63-70]

2009年1月1日に、オマーン・米FTAは発効した。[para. 74]

同年2月17日には、Emrockによる利用料等の未払いを理由にEmrockとの契約を解除する旨の意図を伝える書簡がOMCOからEmrockに送付された。[paras. 63, 74]

同年5月23日に申立人はオマーン警察に逮捕された。環境気候省が、許可区域外での操業等を理由に逮捕を求めたことによる。その後、許可なしの砂石の採取（窃盗）、無許可採石活動による環境法違反の容疑で起訴され、第一審（2009年11月8日判決）では3ヶ月の禁固刑と罰金刑とが科されたが、控訴審（2010年6月6日判決）ではいずれも無罪とされた。上告はなされていない。[paras. 63, 77-79]

それとは別に、Emrockに対しても国内訴訟が提起され、2010年4月25日の第一審裁判所判決により、Emrockの長たる申立人に罰金が科された。控訴はなされていない。また、OMCOに対する訴訟も提起されたが、2009年7月28日の第一審判決は、OMCOではなく実際に採石活動を行っている者に対して訴えを提起すべきと判示している。[paras. 80-81]

申立人が逮捕されたことにより採石活動は停止したが、Emrockは既に切り出した石の販売は続け、オマーン警察はこれを阻止しようと介入した。Emrockの従業員は現地から姿を消し、債権者は採石場に残された機器等を差し押さえたと報じられている。[paras. 82-83]

申立人は、オマーン・米FTA（以下、「本FTA」。）に基づく仲裁を2011年12月5日に申し立てた。[paras. 1, 84]

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

A. 管轄権

本FTAは2009年1月1日に発効しており、それ以後に執られた措置や維持された措置につ

いてのみ適用があることは申立人も認めている。[para. 283]

OMCO は、2008 年 7 月 20 日に Emrock との契約を解除する旨の書簡を申立人に送付している。しかし、OMCO は 2009 年 2 月 17 日にも契約を解除する旨の書簡を申立人に送付していることや、2008 年 7 月から 2009 年 2 月までの間 Emrock が現地で採石活動をするを認めていることから、2009 年 1 月時点ではまだ Emrock との契約は有効であり、したがって、同契約に関する問題について本仲裁廷は管轄権を有する。[paras. 286-293]

OMCO と SFOH との契約については、被申立国は SFOH がオマーンにおいて登録されなかったため無効であると主張する。SFOH がオマーンにおいて登録されなかったことについては争いが無い。オマーン商事会社法上は有限責任会社の登録を義務づけており、同 2 条は同法の要件を充たさない会社は無効と定めている。SFOH に法人格がないとすれば OMCO と契約を締結することもできず、したがって OMCO と SFOH との契約も無効であって、本仲裁廷は同契約に関する問題について管轄権を持たない。[paras. 294-299, 310-312]

また、申立人は採石場に種々の機器を 2009 年 1 月 1 日以降も有していたとのことであり、それとの関連でも本仲裁廷は管轄権を有する。[para. 313]

B. OMCO の行為のオマーンへの帰属

本 FTA10.1 条 2 項は、「本節における当事国の義務は、国営企業あるいは他の者についても、それらの者が当事国により移譲された規制・行政・他の何らかの政府権限を行使する場合、適用される。」¹と定める。この規定は、慣習国際法上の国家責任において用いられる基準よりも狭く、国家への帰属を制限するものである。10.1.2 条は国連国際法委員会国家責任条文 5 条の規定と類似しており、国営企業等の行為は、それらが主権的行為を行っている場合には国家に帰属するが、商業的行為を行っている場合には帰属しないと考えられる。[paras. 318-324]

OMCO の取締役構成員はオマーンの各省大臣であるが、本件において、OMCO が Emrock との取引において「規制・行政・他の何らかの政府権限」を行使していたことを示す証拠はない。申立人は、OMCO にそのような権限を移譲する国内法を示すことができていない。OMCO の定款にもそのような権限を示唆するものはない。2009 年 2 月 17 日の契約解除通告にしても、Emrock の契約上の支払い義務違反を理由とする、契約の明文規定に基づく通告であり、政府権限を行使するものではない。[paras. 325-335]

C. 本案

1. 収用

¹ “A Party's obligations under this Section shall apply to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party.”

本 FTA は、取用の際の補償等を定める規則を 10.6.1 条および Annex 10-B に置いている。申立人は、OMCO による Emrock と SFOH との契約の解除、申立人の逮捕・起訴、オマーン警察による従業員退去や採石設備撤去などの一連の行為が全体として取用を構成すると主張する。 [paras. 345-350]

申立人の主張の中心は、OMCO による Emrock と SFOH との契約の解除である。しかし、既に述べたように、OMCO と SFOH との契約については仲裁廷は管轄権を持たず、OMCO が Emrock との契約を解除したのは政府権限の行使によるものではないため被申立国には帰属しない。したがって、申立人が投資財産を失ったのは、主権者による取用によってではなく、商業的活動の相手方との契約紛争の結果としてである。ゆえに、取用に関する主張は受け容れられない。 [paras. 351-354]

採石場からの採石設備撤去などについては、OMCO と Emrock との契約終了後には申立人はそれら財物を現地に維持する法的権利を一切有していない。警察が Emrock 社に現地での活動をやめさせたのは、違法行為を行った者に対する対応として正当な権限行使であり、警察が現地にてそれらの設備を接収したとの証拠はない。 [paras. 370-373]

2. 待遇の最低基準（公正衡平待遇）

本 FTA10.5 条は、慣習国際法に従った待遇を投資に与えること、および、その待遇に公正衡平待遇が含まれることを定めている²。さらに、Annex10-A は慣習国際法についての規定を置いている³。加えて、環境関連措置に関する 10.10 条も重要である⁴。 [paras. 377-379]

両当事者は、本 FTA の待遇最低基準は慣習国際法のそれであって条約独自の基準ではないことにつき一致している。この結論は、10.5.2 条の文言から必然である。一般に、慣習国際法上の最低基準の違反は容易には認められないと考えられている。Glamis Gold 仲裁廷が言うように、最低基準は文字通り「最低」基準であって、「それより下の待遇は国際社会により受け入れられないという底、すなわち絶対的な最低点を示す」⁵。慣習国際法は、国際社会における様々な状況の中にある全ての国家に適用されるのであり、待遇の最低基準とは、全ての国家に対して共通不変の最低限の行動として期待されるものと理解されなければならない。したがって、最低基準

² “1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”

² For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investors. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights.”

³ “The parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Article 10.5 and Annex 10-B results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 10.5, the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect economic rights and interests of aliens.”

⁴ “Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.”

⁵ Glamis Gold v. USA, Award, 8 June 2009, para. 615.

の違反を証明するためには、完璧に公正かつ衡平な待遇の理想的な基準からわずかに逸脱したことを示すのでは足りない。申立人は、「一貫した態度で、曖昧さなく完全に透明に」行動することを求める Tecmed 仲裁判断を援用するが、これは条約上の公正衡平待遇基準に関する判断である。同じことは、MTD 仲裁判断、Metalclad 仲裁判断（NAFTA 自由貿易委員会解釈ノート前の判断）についても言える。[paras. 380-386]

加えて、本 FTA は環境保護を重視している。上記の 10.10 条は、10.5 条を含む 10 章の規定の解釈を明示的に左右するものである。さらに、本 FTA 17 章は「環境」と題する章であり、本仲裁廷の管轄権の範囲には直接収まらないものの、10 章（投資章）を解釈する際に関連する文脈を提供する。そこでも、たとえば 17.2.1 条⁶により、環境関連措置の重要性が強調されている。[paras. 3 87-389]

したがって、本 FTA 10.5 条の最低基準の違反を証明するためには、申立人は、すべての国が慣習国際法の下で与えねばならない基本的な待遇の基準にオマーンが重大に反したことを示さねばならない。ここに国内法令の細かい違反が含まれないのはもちろんである。[para. 390]

本件において、申立人は、被申立国当局が採石場の正確な範囲を示さなかったこと、採石活動をやめさせたこと、採石施設を保護しなかったことが 10.5 条の最低基準に反すると主張している。[para. 394]

被申立国当局が採石場の正確な範囲を示さなかったという主張自体はその通りである。種々の文書に、採石場は 6km²であるとか 20km²であるとか 2km x 2km であるとか 14.7km²であるとか 2.25km²であるとかの記述がある。しかし、仲裁廷は、これが「明らかな恣意」あるいは「透明性・明確性の全面的な欠如」であって最低基準に違反するところまでは至っていないと考える。このような非一貫性は、悪意ではなく不備（mismanagement）である。[paras. 395-399]

いずれにせよ、このような一貫しない行為は、すべて 2009 年 1 月 1 日の本 FTA 発効前になされている。発効後の事情で関連するものは、環境気候省による召還と罰金（2009 年 2 月）と、OMCO が Emrock との契約を解除する（2009 年 2 月 17 日）に至る一連の事情であるが、これらはいずれも上記の被申立国当局による一貫しない行為とは関連しない。[paras. 400-401]

むしろ、このような結果に至ったのは、申立人が被申立国からの指示を無視し続けたからであり、その指示とは、とりわけ wadi 川底の砂石の採取をやめよというものである。申立人は、wadi 川における採取活動を契約に含むことを求めて続けており、すなわちそれが契約によりカバーされないことは承知していた。ところが、2007 年から Emrock は wadi 川での採取活動を行っており、OMCO からの警告にも拘わらずそれを継続したのである。申立人が、認められない行為を行っていることを自覚していたことは明らかである。したがって、申立人と被申立国当局との

⁶ “(a) Neither Party shall fail to effectively enforce its environmental laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement.

(b) The Parties recognize that each Party retains the right to exercise discretion with respect to investigatory, prosecutorial, regulatory, and compliance matters and to make decisions regarding the allocation of resources to enforcement with respect to other environmental matters determined to have higher priority. Accordingly, the Parties understand that a Party is in compliance with subparagraph (a) where a course of action or inaction reflects a reasonable exercise of such discretion, or results from a bona fide decision regarding the allocation of resources.”

間で問題になっていたのは、採石場の正確な範囲ではなく、申立人が許可されたことから大幅に逸脱する活動を行っていたことである。[paras. 402-416]

以上を要するに、申立人に罰金が科されたり、OMCO が Emrock との契約を解除したりしたことは、採石区域の範囲に関する被申立国当局の一貫しない態度とは関係がない。したがって、この点において条約 10.5 条の最低待遇基準の違反は認められない。[paras. 430-431]

申立人は、被申立国当局が採石活動をやめさせたことも 10.5 条の最低待遇基準の違反を構成すると主張する。しかし、契約解除後は、申立人側に採石場に居続ける権利は一切存在しない。また、申立人が逮捕された際、逮捕の様相が暴力的であったとは申立人も主張していない。申立人は、刑事訴追された後に無罪判決を受けているが、その場合外国投資家は常に補償を得ることが出来るということはない。申立人も、当該刑事訴訟手続が適正なものではなかったとは主張していない。よって、この点においても最低待遇基準の違反は認められない。[paras. 432-447]

さらに、申立人は、採石場から設備が盗まれるのを被申立国が阻止しなかったことが最低待遇基準違反を構成すると主張する。しかし、申立人自身、それら設備の多くは売却されたと述べており、盗まれたとの主張を裏付ける証拠は提出されていない。また、国際司法裁判所（裁判部）が ELSI 事件において述べるように、「不断の保護保障（constant protection and security）」という条約規定は、いかなる状況にあっても外国人財産が決して害されないようにするという義務を設定するものではない。よって、この点においても最低待遇基準の違反は認められない。[paras. 448-452]

3. 費用

弁護費用を含む仲裁費用については、敗者負担（costs follow the event）によるとされることが増えており、本件もそれが適切な事例であって、両当事者ともそのように主張している。ただし、被申立国は申立人の国籍についてあまり根拠のないままに争っており⁷、また、OMCO と Emrock との契約との関連での時間的管轄につき、被申立国の主張は退けられている。事情を総合的に考慮し、申立人は被申立国が支出した全ての費用のうち 75%（567 万 USD）を負担するものとする。[paras. 473-480]

⁷ 重要な論点ではないため、本評釈ではこの部分は省略した。

80 : Charanne B.V., Construction Investments S.à.r.l v スペイン王国 (SCC Arbitration No.:062/2012)

(JCA ジャーナル 2016 年 6 月号 (79))

判断年月日 : 2016 年 1 月 21 日 (最終裁定)

仲裁廷の構成 : Alexis Mourre (フランス・長)、Guido Santiago Tawil (アルゼンチン)、Clause von Wobeser (メキシコ)

一 判断のポイント :

- ・公正衡平待遇違反の判断に際し問題となる正当な期待は、特定のコミットメントでなくても、投資勧誘のためのものであり、かつ投資家の依拠するところとなる法令から生ずることもある。
- ・投資家は、投資実行前に受入国の法制度を十分に検討する必要がある。
- ・制度改正があっても、既存制度の本質的内容を廃するものでなければ、比例原則違反とならず、公正衡平待遇違反ともならない (場合がある)。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

申立人は、スペインにおける発電事業者である Grupo T-Solar Global S.A. (「T-Solar」) の株主であり、本件で問題となった政令 (Real Decreto. 「RD」) 1565/2010 及び政令法 (Real Decreto Ley. 「RDL」) 114/2010 の施行時にはそれぞれ 18.6583%、2.8876%の株式を有していた。その後の 2012 年 12 月 28 日、申立人は T-Solar が合併した Grupo GTS de Sociedades Solares, S.A.U. (「GTS」) の親会社 Grupo Isolux Corsán S.A. と、GTS 株式・T-Solar 株式間の (一種の) 株式交換を行っている。[paras. 1-8]

スペインは、1994 年エネルギー憲章条約 (ECT²) の原加盟国である。[paras. 11] スペインは法 54/1997 (1997 年電力事業法) により電力自由化を進め、1997 年電力事業法 27 条以下は再生エネルギー発電事業者に対するプレミアム (prima) の支払いを含む特例優遇措置を認めていた。[paras. 82-91]

2005 年 (及びその後の 2007 年) には、スペイン産業エネルギー省 (Minetur) が「太陽は君のものになる。基本事項 Q&A (El Sol Puede ser suyo. Respuesta a todas las Preguntas Claves)」と題した資料 (「2005 年公表資料」又は「2007 年公表資料」) を公表し、同資料には「収益性は十分に見込め、15%に達することも (La rentabilidad de su inversión es razonable, pudiendo llegar en ocasiones hasta el 15%)」との記載もあった。[para. 95] 2005 年 8 月 26 日にスペイ

¹ スペインでは「政令法 (Real Decreto Ley. 直訳「王令法」)」が「政令 (Real Decreto. 直訳「王令」)」に優位し、かつ、政令は制定時における必要的聴聞や、制定後の異議申立て・審査請求に服するという違いがあるようである。[paras. 90-91]

² 1994 年エネルギー憲章条約のスペイン語名称は Tratado Capitulo Energia (TCE) だが、本稿では便宜のため日本でも慣用されている英語に基づく略語である ECT を使用する。

ン政府が、閣議了解により、EC 指令 2001/77 を実施するために承認した「20052010 再生エネルギー計画」には、さらに「再生エネルギーの発展を見据えた制度枠組は、開発事業者の確固たる信頼を得るものでなければならず、彼ら太陽光発電事業が長期的に持続するとの合理的な確信をもつものでなければならない」、また「高水準の優遇価格が必要であるのに、利益性が十分でなく、革新的太陽光発電の開発のためのインセンティブが欠けていること」が再生エネルギー発展の阻害要因となっているとの記載もあり、さらに別表 11 には太陽光発電設備の「耐用年数 (vida útil) は 25 年と考えられるので、償却年数も同様に考えられる」との記載もあった。[paras. 98-100] 2007 年公表資料には、例として耐用年数 25 年、年間稼働時間 1250 時間~1664 時間の場合で、内部収益率「7.11%乃至 9.58%」という記載もあった。[paras. 102-104]

2007 年 5 月 25 日公布の政令 661/2007 は、政令 436/2006 を置換するもので、目的[para. 112]、適用範囲[para. 113]、適用要件[para. 114]等とともに、登録制度 (RAIPRE) が導入され、政令 661/2007 に規定された買取価格、優先価格及び他の補助金といった経済的枠組 (régimen económico regulado) の適用を受けるためには登録が必要とされ、その要件も規定された。[paras. 115-117] さらに再エネ事業者の権利[para. 118]のほか、価格表 (tarifa) ³が定められ、具体的には(a)100KW 以下の発電設備の最初の 25 年については、44,0381EUR セント/KW/h、(b)10MW 超から 10MW の発電設備の最初の 25 年については、41,7500 セント/KW/h、(c)10MW 以上の発電設備の最初の 25 年については、18.3811EUR セント/KW/h とされた。[para. 121] 政令 661/2007・44 条は「本政令に規定された価格、プレミアム及び他の補助金、並びに時間当り市場価格の上限・下限 (límite inferior y superior del precio horario del Mercado) は」「卸売物価指数から、本政令別紙規定所定の金額を控除したものを勘案しつつ、毎年更新⁴される (…se actualizarán anualmente tomando como referencia el increment de IPC menos el valor establecido en la disposición adicional primera del presente Real Decreto)」として、価格表等の改定について規定していた。[para. 123] なお、44 条 3 項は、2010 年については 2005-2010 再生エネルギー計画等を勘案しつつ「各技術分野で必要となる支出額、特例措置が需要に対してカバーできる程度、制度の技術的・経済的運営に生ずる影響等を考慮し、資本市場コストを参照した上で合理的な収益性を確保して改定 (revisión) されなければならない」とされた。[para. 125] もっとも、政令 661/2007 は、各発電グループ (下位グループを含む) において政令所定

³ 日本では、電力買取制度を「固定価格買取制度」と通称するが、本仲裁判断に引用されているスペイン法令には、「固定 (fija=英語 fixed)」の語は見られない。また日本も、「電気事業者による再生可能エネルギー電気の調達に関する特別措置法 (平成 23 法 108)」(以下「日本再エネ法」という。)にも「固定」という文言はなく、「経済産業大臣は、毎年度、当該年度の開始前に、…経済産業省令で定める再生可能エネルギー発電設備の区分、設置の形態及び規模ごとに、当該再生可能エネルギー電気の一キロワット当たりの価格 (以下「調達価格」という。)及びその調達価格による調達に係る期間 (以下「調達期間」という。)を定めなければならない。ただし、経済産業大臣は、我が国における再生可能エネルギー電気の供給の量の状況、再生可能エネルギー発電設備の設置に要する費用、物価その他の経済事情の変動等を勘案し、必要があると認めるときは、半期ごとに、当該半期の開始前に、調達価格及び調達期間 (以下「調達価格等」という。)を定めることができる」とするのみである (日本再エネ法 3 条 1 項)。決められた調達価格が一定期間適用されることを表すために「固定」の語が用いられているのだろうが、紛らわしいため、本稿では使用しない。

世界では、スペイン・日本他、多くの国で採用されている同種の制度のことを「Feed-in-tariff (FIT)」と呼び、本仲裁判断にも表れる用語であるが、「feed-in」とは、発電業者から送電網に対して供給する際の価格表という意味に過ぎない。

⁴ 「actualizar」は、実際にはソフトウェアの「更新」等の意味でも用いられる。本稿では「更新」の語を用いた。

の目標の 85%に到達した場合には、エネルギー省次官は特例措置のもとで利益を享受できる設備登録についての時的期限（ただし、12 月以上の予告必要）を定めることができるものとしていた。さらに、設備主要部分の 50%以上を置換する場合は実質的改良に当たり、新たな稼働開始と扱われる旨規定されていた。2007 年 9 月 27 日、エネルギー省次官は目標の 91%に到達したことを理由として、新規登録期限（2008 年 9 月 29 日）を発表した。[paras. 126-128]

スペインは、政令 661/2007 適用対象設備以降の太陽光発電設備に適用されるものとして政令 1578/2008 を制定した。政令 1578/2007 は、太陽光発電設備促進目的を維持しながらも、高い買取価格が制度維持の困難を招くとし買取価格の減額に言及した。そして、従来からの登録制度 RIPRE に加えて、予備登録制度 RPR を定めた。価格について、四半期毎の入札価格による割当（cupo）制度とした⁵。また、制度そのものの適用年限は 25 年とした。[paras. 133-142]

申立人は、Charanne が 2009 年 2 月に、Construction が 2009 年 12 月に、2007 年に（別の名称で）設立されていた T-Solar の株式を取得した。当時のスペイン所在の光発電設備は、平均して期間 30 年の土地リース契約を締結していた。T-Solar の光発電設備は、大部分が 2008 年 9 月 29 日までに RAIPRE 制度のもとで登録済みであった。[paras. 143-147]

2010 年 11 月 19 日制定の政令 1565/2010 は、(a)政令 661/2007 に規定された価格表の 26 年目以降の不適用、(b)政令 661/2007 適用のための追加的技術要件を定めた。[paras. 148-153]

2010 年 12 月 23 日制定の政令 14/2010 は、(a)みなし上限稼働時間（la limitación de las horas equivalentes de funcionamiento）(b)送電網へのアクセス料金（los peajes de acceso a las redes de transporte）の賦課、を定めた。[paras. 156-158]

政令 1614/2010 及び政令 14/2010 に対しては、その違憲性・違法性を争うために(a)スペイン自治体訴訟、(b)行政不服訴訟（Los recursos contencioso-administrativos ante el Tribunal Supremo）、(c)欧州人権裁判所に対する申立て（El recurso planteado ante el TEDH）、がなされた。(a)に対しては、最終的には 2014 年 7 月 22 日にスペイン最高裁判所が、(b)に対しては、最終的には 2012 年 10 月 15 日にスペイン最高裁判所が、(c)に対しては、2013 年 12 月 12 日に欧州人権裁判所が、それぞれの訴え・申立てを却下する判断を下している。[paras. 169-175]

（本仲裁事件に直接関係する事実関係は以上であるが、本仲裁判断はその後のスペインの制度変更にも言及するので、以下簡潔に記述する。）

スペインは、その後も新法制定及び法改正を行っている。(1)2011 年 3 月 3 日には法 2/2011（「持続的経済」法）を制定し、政令 661/2007 時代に登録された太陽光発電設備による発電に対する公定価格制度の適用期間を、政令 14/2010 による 28 年間から 30 年間に延長した。[paras. 176-177] (2)2012 年 1 月 27 日に政令 1/2012 を制定し、政令 1578/2008 に基づく予備登録制度を廃止して、かつ、それまでに予備登録を受けていなかった太陽光発電設備に対してはインセンティブの付与を停止した。[para. 178] さらに、(3)2013 年 1 月 27 日に政令 9/2013 を制定し（2014 年 7 月 14 日施行）、暫定的としながらも、政令 661/2007 及び政令 1578/2008 による

⁵ 日本再エネ法も、本稿執筆時である 2016 年 5 月 2 日現在、大規模太陽光発電の買取価格について入札制度が導入する日本再エネ法改正法案（閣法 28）が閣議決定・国会提出されている。

制度の適用を制限して、「政令に基づくエネルギー大臣諮問機関による規制に関しては、電力購入価格は市場価格に基づいて決定される」、補償については、売電価格によりカバーされない太陽光発電設備の投資コストに関するものに限定するとした。[paras. 179-183] さらに、(4)2013年12月26日に制定された法24/2013は、それ以降の電力制度の経済的及び財務的な持続可能性を前文で明言し、[paras. 184-185] (5)2014年6月16日に「再エネ発電設備に対する報酬パラメーター」と題する命令IET/1045/2014が制定された。[paras. 186]

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

A. 管轄権

スペインは、多数の管轄権抗弁を主張したが全て退けられた。本稿では重要でないものは見出しを掲げるに留める。

1. 紛争解決手続選択済み (fork-in-the-road) [paras. 398-410]

2. 外国投資家要件—ECT1条7項

(a) 実質投資家がスペイン国籍者であること [paras. 412-418]

スペインは、申立人は実際はスペイン国籍者による投資「蕁人形 (cascarones vacíos)」に過ぎず、ECT26条1項及び1条7(a)項の「外国」投資家要件を満たしていないと主張した。

しかし、国籍が問題になるのは法人たる「投資家」自体である。法人格否認法理のような、詐欺的行為がなされた場合に法人たる投資家の国籍を排除すること自体は考えられる事柄であるが、本件では被申立国による主張立証はない。また、ECT17条の「利益否認 (denegación de beneficios)」は、投資家が ECT 非締約国の者によって支配される場合を想定したものであって、本件のような場面での適用を想定したものではない。さらに、Yukos 事件で示された見解⁶にも同意するものであって、仲裁廷が投資家の組織構造について審査しなければならないとする国際法上の原則は存在しない。

(b) スペイン憲法違反 [paras. 419-423]

3. EU 域内紛争であること

(a) 多国間紛争性が存在しないこと [paras. 424-432]

スペインは、EU 自身が ECT 当事者であるため、EU 構成国投資家による投資は ECT26 条の外国(他の「領域」)投資家ではないと主張する。しかし、ECT1 条 10 項によれば、「領域(territorio)」

⁶ “The Tribunal knows of no general principles of international law that would require investigating the structure of a company or another organization when the applicable treaty simply requires it to be organized in accordance with the laws of a Contracting Party.”

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, 2009 年 11 月 30 日管轄権及び受理可能性に関する中間仲裁判断、415 段落。

とは各 ECT 締約国領域及び EU 領域と考えるべきである。したがって、ECT26 条の他の「領域」とは、ある EU 構成国国民が他の EU 構成国を相手に仲裁を申し立てる場合、当該他の EU 構成国の領域である。

(b) EU 法との両立性 [paras. 440-450]

スペインは、本件仲裁が欧州連合運営条約 344 条⁷違反であると主張する。第 1 に、344 条は、EU 構成国間の紛争にとどまらず、私人と EU 構成国との紛争も、それが EU 法の解釈適用に関する限り欧州連合運営条約による紛争処理を排他的に定めるものであり、本件仲裁は 344 条に違反すると主張する。

しかし、スペインの解釈によるならば、EU 法に関する紛争について EU 構成国を被告として各構成国裁判所で訴訟を提起することもできないことになり、各構成国裁判所の実行に反する。訴訟と同様に、EU 構成国を被申立人とする仲裁も可能である。

第 2 に、ECT は混合条約⁸であって EU 法の一部をなすため、本件は EU 法の解釈適用に関する紛争であると主張する。しかし、上記の通り欧州連合運営条約 344 条は投資家・受入国間仲裁には適用されないため、この主張を検討する必要はない。

被申立国は、EU 運営条約 344 条に関する主張を除き、投資家と EU 構成国との仲裁を禁じる EU 法の公序則を特定していない。本件は EU 法令や EU 機関の決定の有効性を争うものでないし、当事者がスペイン法令の EU 法令違反を主張するものでもない。スペインは、本仲裁の判断結果が、EU 公序違反となり得るとの主張立証もしていない。欧州委員会は、再エネに関する国家補助金に対する審査を開始することを決定したが、未だ何らの決定に至っていない。

(c) ECT 紛争解決制度と EU 権限の不整合 [paras. 440-450]

B. 受理可能性 [paras. 452-454]

C. 本案

1. 収用—ECT13 条 [paras. 464-466]

申立人の、投資財産の価値減少が間接収用に該当するという主張のためには、UNCTAD 報告書が投資財産の「価値の破壊」と言及するように、財産の剥奪に相当する場合でなければならない。本件で申立人が主張する、政令 1578/2008 当時と政令 661/2007 当時の財産的価値の減少の程度では、そうした程度に十分に達しているとはいえない。単なる利益の減少は、収用にあたらぬ。

⁷ Article 344 (Primacy clause in Treaties interpretation) Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein. ここにいう “the Treaties” とは、EU 条約 (the Treaty on European Union) と EU 運営条約 (the Treaty on the Functioning of the European Union) とを指す。

⁸ EU 自体と EU 構成国との両者が当事者となる条約。

2. 効果的な手段—ECT10 条 12 項 [paras. 469-474]

申立人は、スペインは、政令法 14/2010 の内容は経済的に権利制限的なものであって紛争を生ずるものであったのに、政令法は行政訴訟の対象にならないため、紛争・行政訴訟を回避する目的で政令法という法形式を採用したことで、ECT10 条 12 項に違反したと主張した。

ECT10 条 12 項で想定された効果的な手段といえる基準は、投資家が投資を実現又は保護するための法的手段が締約国により保障されているか否かにある。だからといって、特定の司法制度の採用を義務付けているわけではない。スペインでは、政令法であっても、憲法裁判所に対する通常の申立てにより、違憲性を争うことができる。当該制度により、スペインは ECT 上の義務を果たしていると考えられる。

3. 公正衡平待遇—ECT10 条 1 項

(a) 投資家の「正当な期待 (las expectativas legítimas)」の侵害

申立人は、政令法 9/2013 及び法律 1565/2013 にも言及するが、申立人は 2013 年制度に関しては判断を求めているので、仲裁判断から除外する。[para. 481] 申立人が制度の安定性 (estabilidad) 及び透明性 (claridad) の欠如を主張しているのは、2010 年制度に関してであるが、2010 年変更が ECT10 条 1 項に反するような安定性に欠けるものであるとは結論付けられない。

申立人は、スペインが、政令 661/2007 及び政令 1578/2008 による旧制度のもとで形成された正当な期待を、政令 1565/2010 及び政令 14/2010 により侵害したと主張する。[para. 488] UNCTAD 公正衡平待遇研究報告書によれば、投資家は、(a)安定化条項のような特定のコミットメント又は(b)特定の投資家に向けられたものではなくても、外国投資を勧誘するためになされたものでかつ投資家が依拠したルールが、正当な期待の基礎になるとしている。申立人は、政令 661/2007 及び政令 1578/2008 は政令の要件を満たした特定の限定的な投資家に向けられたものだとして主張するが、本件ではスペインから申立人に対してなされたコミットメントは存在しない。[paras. 489-492]

さらに、政令 661/2007 及び政令 1578/2008 が、2010 年変更のような変更がなされないものとの正当な期待を生ずるものかどうか。これらの政令が特定の限定的な投資家に対して向けられたものであったとしても、政令は一般性を失うものではない。制度・基準が特定の対象者に向けられた特定のコミットメントであると解するのは、公益目的のために経済を規制する国家権限に対する過剰な制限となってしまう。したがって、本件では申立人に対する特定のコミットメントは存在していない。[paras. 493-494]

また、正当な期待の侵害の有無は、客観的基準に基づき判断されねばならない。スペイン政府による「太陽は君のものだ」云々のキャンペーンに使われた資料は、投資勧誘目的のものではあるが特定性が十分ではなく、当時の価格表が変更されないことを推測させる文言もないので、当時の制度が変更されないとの正当な期待を生ずるものではない。[para. 496-497] ECT 適用案件

である *Electrabel v Hungary* 事件⁹や、その他の *CMS v Argentina* 事件¹⁰、さらに *El Paso v Argentina* 事件¹¹の判断に同意する。[paras. 500-502] 本件でそのような同様の期待が存在したと認めることは、いかなる状況の変化に対応するいかなるタリフの変更も、国際法上の権利を侵害することになってしまうし、安定化合意があるのと同じ効果を認めることになってしまうが、同意しない。この点に関して、スペインは、申立人は投資の法的制度について十分な調査 (*un analisis diligente*) をすべきであったと主張したが、*Fortier* 事件でも示された同様の見解に賛成するし、また、本件では、2010年に実際行われたような制度変更の可能性があることを予測することは、容易であったと考える。[para. 505] 申立人は、スペイン最高裁が2005年の段階で、政府が電力制度に関連する経済的補償水準を変更する権限があると判断していることは無関係と主張するが、同意しない。2005年のスペイン最高裁判例は別法令に関するものではあるが、国内法が、再エネ買取制度においても経済面の変更を行い得ること認めたものであり、申立人は2009年の投資実行の段階で再エネ買取制度についても変更可能性あることを認識すること、又は調査を行うことは、投資実行の前提として不可欠なものであった。[para. 507] 申立人は、RAIPREに基づく登録により正当な期待を生じたと主張するが、登録は単なる管理目的のものであり、また正当な期待は国際法的観点から検討されなければならないもので、国内法から直ちに生ずるものではない。[paras. 510-511]

次に、政令 661/2007 及び政令 1578/2008 自体により、正当な期待が生じたかを検討する。比例原則 (*proporcionalidad*) の観点からは、変更が恣意的なもの (*caprichosos*) でなく、不必要 (*innecesarios*) でもなく、突然の予見不可能なものでもなく、また既存制度の本質的内容を廃するものでなければ、比例原則を満たすものとする。[para. 517] 2つの政令に基づく制度の要点は、保証価格表 (*tarifa garantizada*) と、発電事業者の送電網に対するアクセス権の保障である。[para. 518] 2010年の制度変更はこれらの特徴を廃するものではない。[para. 519] 政令 1565/2010によっても、タリフ適用期間は26年のままであったし、法律 2/2011により30年にまで延長されている。変更されたのは、26年目以降は買取額が80%とされたに留まる。太陽光発電設備の耐用年数は争点となったが、タリフ適用期間とされる30年は申立人の主張する

⁹ “While the investor is promised protection against unfair changes, it is well established that the host State is entitled to maintain a reasonable degree of regulatory flexibility to respond to changing circumstances in the public interest. Consequently, the requirement of fairness must not be understood as the immutability of the legal framework, but as implying that subsequent changes should be made fairly, consistently and predictably, taking into account the circumstances of the investment.”

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, 2015年11月25日仲裁判断, 21頁。投資家は、不公正な変更からは保護されるものの、受入国も情勢の変化に応ずるための制度の柔軟性を合理的な程度持つことができるとした。

¹⁰ “It is not a question of whether the legal framework may need to be frozen as it can always evolve and be adapted to changing circumstances, but neither is it a question of whether the framework can be dispensed all together when specific commitments to the contrary have been made. The law of foreign investment and its protection has been developed with the specific objective of avoiding such adverse legal effects.” *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, para. 277. 2005年5月12日仲裁判断 (申立人約1億3000万ドル勝訴、*Twail* 仲裁人が申立人代理人の一人)。ただし、本件の文脈でなぜ上記箇所が引用されたのかは不明である。

¹¹ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, 2011年10月31日仲裁判断。本仲裁判断の言及する350段落は、投資協定の目的は投資がなされた時点での法的・経済的枠組みを固定することではない、とし、また352段落は、FETには、法的・経済的枠組みの固定化も含まれているとした前例に反対すると明言している。

太陽光発電設備の耐用年数と一致しており、客観的なものである。公益にも反しない。[para. 535]

申立人が主張するアクセス料金の不合理性についても、立証されていない。ECT 上のその他の義務違反についても、申立人は主張立証できていない。

(b) 遡及的適用 (Retroactividad) [paras. 543-549]

4. 費用 [paras. 550-572]

申立人は全請求を否定されたので、自己の費用及び申立時予納金を負担すべきである。スペインからの費用請求については、本案では勝訴したが管轄権では敗訴しているので、合理的なリーガル・コストと想定される 100 万ユーロのうち、50%に当たる 50 万ユーロの請求のみ認める。

5. 反対意見

Tawil 仲裁人 (申立人指名) による反対意見 (FET 適用) がある。

81 : Tenaris S.A. and Talta-Trading E Marketing Sociedade unipessoal Lda v ベネズエラ・ボリバル共和国 (ICSID Case No. ARB/11/26)

(JCA ジャーナル 2016 年 7 月号 (80))

判断年月日 : 2016 年 1 月 29 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : John Beechey (英国・長)、Judd L. Kessler (米国)、Toby T. Landau (英国)

一 判断のポイント :

- ・ BIT 上の投資家の定義における「本拠地」の解釈。規定が「設立準拠法+本拠地」の場合は、実効的経営本拠地であることが必要と判断し、充足基準を示した。
- ・ FET について、問題とされる行為の主体が国営企業であり、当該国営企業の機能、当該行為の性質から被申立国に帰属しないと判断した。
- ・ 収用前の事象について申立人らは宣言的救済を求めているに過ぎず、収用が行われたことに争いがなく、実際のインシデントが収用後の場合に、収用前についての請求は Moot となると判断した。

二 事案の概要 :

I. 事実の概要

申立人 Tenaris S.A. (以下 Tenaris) は、ルクセンブルクにおいて設立された会社で、登記上の本店をルクセンブルクに置く。申立人 Talta-Trading E Marketing Sociedade unipessoal Lda (以下 Talta) は、ポルトガルにおいて設立された会社で、登記上の本店をポルトガル領マデイラに置く。Tenaris は、鋼管およびエネルギー産業関連サービスの世界的供給者であり、Talta は、ベネズエラにおける石油ガス産業用の継ぎ目なし鋼管の唯一の生産者である。Talta は、Tenaris の 100%子会社である Tenaris Investments S.a.r.l の完全子会社である。被申立国はベネズエラである。(paras.1-4)

紛争は、Tenaris が、Talta を通して 50.1997%の株式を保有する Matesi Materiales Siderurgicos S.A. (以下 Matesi) における申立人らの投資への間接収用および国営化前 (pre-nationalization) の干渉から生じた。申立人らは、その投資に対する収用前 (pre-expropriation) の干渉について、特に Matesi に対するペレットの供給における差別、および被申立国による、ベネズエラ法 (被申立国法) および適正手続に違反し、補償の支払いのない Matesi の完全な経営および操業の支配の掌握について訴えた。申立人らは、被申立国の行為は、Tenari につき、ベネズエラ=ベルギー・ルクセンブルク BIT (以下ルクセンブルク BIT)、Talta につきルクセンブルク BIT およびベネズエラ=ポルトガル BIT (以下ポルトガル BIT) により与えられる保護の違反を構成すると主張する。(paras.5-7)

ベネズエラの製鉄産業は、1974 年から 1993 年まで国営であり、国営企業 CVG およびその子

会社によってなされていた。1992年3月10日ベネズエラ議会が、民営化法を制定し、1994年12月7日政令 (Decree) No. 448により、ベネズエラ政府は、CVG Sidorを含むCVG子会社の民営化手続を開始した。Tenarisは、関連会社であるTernium S.A.を通してCVG Sidorを取得し、SIDORと改称した。SIDORは、ラテンアメリカにおける最大の一貫製鉄業者の一つとなった。(paras.33-37)

2000年代に入り、Tenarisは、ベネズエラへの進出を拡大していった。ベネズエラにおける継ぎ目なし鋼管の唯一の製造者TAVSAにおける支配的株主となり、製鉄材料HBI(熱間成型ブリケット)製造者であるComsiguaの少数株主となる。さらに、2003年に、韓国POSCOが、ベネズエラにおけるHBI製造資産(PosVen)の売却を決めた際に、SIDORおよびTenaris完全子会社Tenaris Globalが設立したMasisa(のちのMatesi)が資産を取得した。Matesi株主は、Talcaが50.2%、SIDORが49.8%を保有した。Matesiの資産獲得と操業開始コストは、MatesiとTalcaの間で結ばれた融資契約(「Talca融資」)によるTalcaからの60万米ドルを含む、TalcaおよびSIDORから融資された。続いて、「長期供給契約(Off-Take Agreement)」が締結され、Matesi=Talca間では、Matesiは、生産量の50.2%をTalcaに売却することを請負い、Talcaは、Matesiの製造物の少なくとも30.12%を購入する義務を負った。Matesi=SIDOR間では、Matesiは生産量の49.8%をSIDORに売却する義務を負い、SIDORは、Matesiの製造物の少なくとも29.88%を購入する義務を負った。2004年7月、Matesiは、15年間のガス供給契約(21日)、20年間の電力供給契約(8日)を結び、同年8月にHBIプラントを取得し、7万米ドルをかけた改修をした後、同年10月17日に操業開始した。(paras.38-49)

2004年9月、ベネズエラは、2004年9月2日処分(Disposition)58号を実施した。同処分により、外国融資の返済に外国通貨が使用される場合にはCADIVI(外国為替行政委員会)の承認を必要とされた。その承認は、当該融資がベネズエラの経済社会政策における「生産融資(productive financing)」であることの計画省からの証明の受領を条件とする。本件のMatesiも同証明を申請したが、発行されなかった。申立人らは、計画省の証明の欠如により、Matesiが返済できなかったことによるTalcaへの債務をCADIVIが登録しなかったと主張する。(para.50)

2005年9月12日の大統領令(Presidential Decree)3895号は、基本産業により製造される原材料および半完成品の供給を保証するため、原材料および資材の供給保証合意の再交渉を求めた。その後、2008年4月にチャベス大統領により、製鉄産業の再国有化が宣言され、議会にも支持された。2008年4月30日大統領令6,058号により、SIDORの国営化が決定された。2008年7月にはSIDORは国家の支配に置かれ、2008年8月にSIDOR国営化に対する補償条件に関する交渉は失敗に終わった。また、Matesiについても2009年7月14日制令6,796号等により国営化が進められ、その後、2011年6月14日制令8,280号に従い、その資産が「社会的目的および公共の利益」により、収用されることとなった。(paras.51-91)

申立人らは、2011年8月24日にICSID仲裁請求を提出し、2011年9月30日に登録され、2012年4月26日に仲裁廷が構成された。被申立国は管轄権抗弁を提出した。(paras.11-18)

三 判断概要：

II. 管轄権判断

A. 申立人の BIT 上の投資家該当性

被申立国の第一の管轄権抗弁は、申立人らは本件両 BIT 上の投資家に該当しないことという
ことに基づくものである。被申立国は、申立人らがそれぞれルクセンブルク法、ポルトガル法に
基づき設立されたこと（それぞれの国に登記上の本店を置くこと）は重要ではなく、ルクセンブ
ルク、ポルトガルに実効的経営拠点を置く必要があると主張した。本件両 BIT の投資家の定義
は、各国法に基づき設立されることだけではなく、各国に「本拠地 (siège social or sede)」を
置くことをも要件とする¹。被申立国は、会社設立行為は必然的に「登記上の本店」の指定を含
むが、「本拠地」の追加的要件は、BIT の適用範囲を、個別の法人と国籍国との間の形式要件の
みではない真正な連関 (genuine link) をもつ場合に制限する意図を示すと主張した。被申立国
は、「本拠地」の通常の意味は、会社の実効的経営が実施される場所ということを含意すると主
張した。申立人らのいずれの取締役会もルクセンブルクにおいて開かれた証拠がなく、申立人ら
は実際にはアルゼンチンにあると被申立国は主張した。(para.114-119)

申立人らは、ウィーン条約法条約に従った適切な解釈によれば、「本拠地」は、「登記上の本店」
または「定款上の本店」と解釈されなければならないと主張し、申立人らの提出した証拠は、申立人らの定
款上の本店がそれぞれルクセンブルクとポルトガルにあることを十分に立証していると主張し
た。(para.129)

用語の通常の意味²においては、「本拠地」は、被申立国の主張する意味と申立人らの主張す
る意味の両方を取り得る。しかし、本件両 BIT の文脈においては、effet utile 原則³、前文に示

¹ ルクセンブルク BIT 第 1 条 (English translation, cited in para.115)

Article 1: Definitions

1. The term “investors” means:

.....

(b) “Companies”, that is to say, any legal person constituted in accordance with the laws of the Republic of Venezuela, the Kingdom of Belgium or the Grand Duchy of Luxembourg and having its ‘siège social’ in the territory of the Republic of Venezuela, the Kingdom of Belgium or the Grand Duchy of Luxembourg respectively, as well as any legal person effectively controlled by an investor covered by paragraphs 1, (a) or (b); that has made an investment in the territory of the other Contracting Party.

ポルトガル BIT 第 1 条 (English translation, cited in para.115)

Article 1

1: The term “investor” means

...

b) Legal persons, including commercial companies and other companies or associations, that have their seat [sede] in one of the Contracting Parties and are constituted and function in accordance with the Laws of that Contracting Party.

Article 1

² ウィーン条約法条約第 31 条 1 項

³ 有用性原理ともいい、「条約規定は、実際に効果を生じるように解釈すべき」という原則である。ウィーン条約法条約第 31 条には明示には定められていないが、それは「誠実に」に含まれるため別に定める必要はないと考えられたためであって、この原則は「国際判例で常に認められてきている条約解釈の基本原則の一つ」(Différend territorial (Jamahirya arabe libyenne/Tchad), arrêt du 3 février 1994, CIJ Recueil 1994, p.6, p.25, par.51)とされている。濱本正太郎「V 義務遵守条項 (アンブレラ条項)」『投資協定仲裁研究会報告書 平成 20 年度』(財)公正貿易センター (2008 年) 94 頁 (脚注 12) を参照。投資協定仲裁においても言及されている。See, AAPL v. Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/87/3) Final Award on 27 Jun. 1990, para.40, Occidental v. Ecuador (LCIA Case No. UN3467) Final Award on 1 Jul. 2004, para.68, Salini v. Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13) Decision on Jurisdiction on 9 Nov. 2004, para.95.

される両 BIT の趣旨目的、ルクセンブルクおよびポルトガルが第三国と締結する BIT の条文との比較、ルクセンブルク・ポルトガル・ベネズエラの各国内法の検討により、単なる「登記上の本店」または「定款上の本店」とはできない。したがって、本件において、「本拠地」は、会社の現実の (actual) または実効的な (effective) 経営の拠点を意味する。しかしながら、現実のまたは実効的な経営の基準は、会社の正確な性質と実際の活動を考慮に入れる柔軟なものであると判断する。それに基づき、申立人の性質とその活動を検討する。その結果、Tenaris は持株会社であり、定款上、自身の産業または商業活動を禁止され、子会社を通してそれらを実施することが定められている。自身の経営活動はなく、子会社のポートフォリオを管理する機能のみを持っているが、子会社とは区別された持株会社としての自身の権利を有し、その「本拠地」または実効的経営拠点はルクセンブルクにあるといえる。子会社の活動がルクセンブルク国外でなされていることや子会社の多数がルクセンブルク以外にあることは関係なく、Tenaris 自身の活動がルクセンブルクでなされているかが問題となる。Tenaris 自身の活動は非常に限定的なものであるが、ルクセンブルクにおけるオフィスは世界的に事業展開する Tenaris の唯一のオフィスであり、年次株主総会が本拠地であるところのルクセンブルクで開催され、年次株主総会の議事録がルクセンブルクで招集されたことを示していること、取締役会がルクセンブルクの登記上の本店で開催されていること、監査役の所在地がルクセンブルクであること、被申立国が Tenaris のルクセンブルク以外の本拠地を立証していないこと、その他、被申立国が主張するルクセンブルク法上の基準については条約上の問題には無関係であることから、その「実効的」中心地はルクセンブルクである。Talca は、「登記上の本店」「役員居住地」「経営記録」「株主総会開催地」「課税記録」などからポルトガル BIT に従った「本拠地 (sede)」がポルトガルにあることを証明した。以上により仲裁廷は申立人らに対する人的管轄権を有する。(paras.144-226)

B. Talca 融資と長期供給契約の「投資」該当性

本件両 BIT のいずれにも、ICSID 条約上の「投資」概念から逸脱する意図はない。その上で、Matesi の取得は本件両 BIT 上の「投資」であるという被申立国の認識に照らして、「Talca 融資」と「長期供給契約」について両 BIT 上の「投資」とされなければならないかという問題を検討する。Mytilineos v. Serbia and Montenegro 事件⁴、Inmaris v. Ukraine 事件⁵において採られた「結合された」効果テスト、CSOB v. Slovak 事件⁶における統合テストを採用する。証拠から、「Talca 融資」は、それ自身で本件両 BIT 上の投資とみなされ、それは申立人の Matesi 投資の本質的要素である。他方、「長期供給契約」については、締結された文脈に関わらず、本質的に購買と供給に関する商業上の合意であり、ベネズエラ国外での一般市場での売却の利益を得ており、「Talca 融資」とは異なり、それ自体で投資ではない。(paras.284, 289, 291)

⁴ Mytilineos v. Serbia and Montenegro (UNCITRAL) Partial Award on Jurisdiction on 8 Sep 2006, paras.125.

⁵ Inmaris v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/08/8) Decision on Jurisdiction on 8 Mar 2010, para.92.

⁶ CSOB v. Slovak (ICSID Case No. ARB/97/4) Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction on 24 May 1999, para.72.

C. 契約請求

被申立国は、供給契約の条件に従い **Matesi** に原材料を供給する国営企業は、原材料の販売者として商業上の私的資格で活動しており、主権者としての権力を行使しておらず、仮に契約違反があったとしても条約上の責任を負うことはないと主張した。その際、被申立国は、この争点における両当事者においてなされた書簡のやり取りのすべてにおいて、議論は契約義務に関するもののみであった事実を指摘した。(paras.296-297)

申立人らは、問題の国営企業は原材料供給について主権的独占権を有しており、当該国営企業がなした **Matesi** に対する差別的待遇についての被申立国の責任を主張した。(para.299)

この問題を①原材料供給に関する申立人らの請求について判断する資格が仲裁廷にあるか、②原材料供給に関する申立人らの請求は被申立国の責任となる本件両 BIT 違反を構成するかに分けて判断する。申立人らの主張が根拠づけられるとすると本件両 BIT 違反が生じ得るかを検討しなければならない。他方で、管轄権段階において本件両 BIT のいずれかの違反が実際に成立するか否かを決定することは求められない。(paras.300-302)

CVG FMO が実際に原材料の販売者として商業上かつ私的な資格での行為をなしたか否か、被申立国の責任に係る行為に従事したか否かが、条約違反があるか否かを決定する鍵となる争点である。しかし、それらは、先決的段階において、それらの請求について審問する権限があるか否かを限定する問題ではない。申立人らは、供給契約の違反ではなく、条約違反として原材料の供給に関する請求を慎重かつ明確に行っている。申立人らは供給契約の当事者ではないことから、契約違反の請求を提起しえない。供給契約中の契約紛争処理条項の存在は問題とならない。従って、仲裁廷は、申立人らの原材料供給に関連する請求に対する管轄権を有する。(paras.303-310)

以上により、仲裁廷は長期供給契約を除く申立人らの請求に管轄権を有し、被申立国の管轄権抗弁は棄却する。(para.313)

III. 本案判断

A. 収用前に関する請求

1. FET 待遇違反

被申立国国営企業の原材料供給における **Matesi** への差別により、被申立国は本件両 BIT 上の公正衡平待遇 (FET) / 無差別基準に違反したと申立人らは主張する。(para.317)

仲裁廷は、被申立国が実質的に関連する文書を提出していないこと、および提出された証拠から、**Matesi** はその操業過程においてペレット供給の不足を被ったこと、国営企業における技術的問題が供給中断の重大な寄与因子であったこと、国営企業から他の製造者に優先的供給があったことを認める。(para.374)

つづいて、これらの不履行が、商業上の供給契約の違反であるのか、被申立国の国際責任となるのかを検討する。申立人らは、被申立国のみが私的当事者との契約の変更に政府権限を用いることができ、問題の国営企業が国家の機関でないとしても、国営企業は、**Matesi** への原材料供

給において政府権限を行使していると主張する。他方、被申立国は、問題の国営企業は国家機関ではなく、その行為が国家に帰属される存在でもなく、契約は単なる商業上の合意であると主張する。(paras.379-382)

ペレット供給に関しては、関連する国営企業の行為が被申立国に帰属すれば、被申立国の両 BIT 上の FET 義務違反の根拠となる。決定的な問題は帰属の有無であり、申立人は、問題の国営企業の行為は、国連国際法委員会国家責任条文 4 条または 5 条に基づいて被申立国に帰属すると主張する。(paras. 390-394)

しかし、問題の国営企業は、その機能が性質上商業的であること、被申立国における鉄鉱石の独占権を有していないことから、国家機関ではない(国家責任条文 4 条)。さらに、問題の国営企業は、政府権能の何らかの要素を行使したという証拠はなく(同 5 条)、国営企業の Matesi に対する義務は、性質上契約上のものであるという被申立国の主張を認める。したがって、被申立国の本件両 BIT 上の FET/無差別保護の違反に関する申立人らの請求は棄却する。(paras.392-424)

2. 保護保障請求

この申立人の請求は、2008 年 11 月のプラントへのアクセスを妨害する等のストライキ形式による深刻な労働争議に依拠する。被申立国は、被申立国が Matesi 労働組合と共謀していたという主張に反論し、そのような共謀を立証する証拠はなく、それに基づく請求を却下するよう求めた。(paras.425-427)

被申立国の義務は、第三者からの物理的保護に限定されないという申立人らの主張を認める。とはいえ、申立人らが収用前の出来事との関連でのみ宣言的救済を求めているところ、申立人らがこの関連で依拠するすべての出来事は収用後に生じていることについて両当事者とも認めていることから、申立人らの救済要求は moot となったと結論する。いずれにせよ、被申立国が労働組合と共謀していた、あるいは申立人らの投資に対する暴力を奨励していたという申立人らの主張を裏付ける十分な証拠はない。申立人らの保護保障請求は棄却する。(paras.439-443)

B. 国有化・収用に関する請求

Matesi が、チャベス大統領により 2008 年 4 月に開始された手続きにより国有化された事実には争いはない。同大統領は、製鉄産業を国営とすることを宣言し、その後の諸令により詳細に国有化および収用が規定された。(paras.450-452)

申立人らは、当該国有化は申立人らの投資の間接収用に相当し、それによる損害は被申立国による補償減額の試みにより拡大したこと、被申立国は Matesi の資産のみを収用することで申立人らに債務への対応をさせたこと、それらの措置により申立人らの Matesi 株式が無価値になったことを主張する。加えて、Matesi が製鉄を行い収益を出すことができなくなったことは長期供給契約および Talta 融資のさらなる間接収用を構成するとも主張する。(paras.453-456)

他方、被申立国は、申立人の投資の収用は、合法的であり、交渉により 60 日以内に Matesi

を国営企業に転換するか、それができない場合は国内法上の収用手続を開始するとする国有化令の定める手続に合致していると主張する。国有化令は、Matesi の活動は 2008 年 6 月 30 日までに国家に移転されること、移転を担当する移行委員会は国有化令の発布から 7 日以内に構成されること、国家および会社の代表からなる技術委員会が設置され、60 日以内に補償について合意しようとすることを定めている。(paras.458, 469)

しかし、実際には、国有化令が 2008 年 4 月 30 日に発付されたところ、移行委員会の設置について Matesi に通知があったのは 2009 年 5 月 25 日になってからであった。その上、Matesi が技術委員会に参加する者を任命したにもかかわらず、当該委員会は構成されなかった。2 ヶ月後、Matesi 資産を強制取得することを命じる新たな大統領令が出された。しかしながら、当該大統領令に基づく手続が執られる前に、Matesi は元の国有化令に基づいて接収された。(paras.471-473)

Matesi のプラントは、2009 年 8 月以降、正式の名称変更はないままに BriqVen として、また Matesi 資産を保有する国営企業の設立なしに、被申立国の支配下に置かれた。2011 年になって、チャベス大統領は、政令により法務大臣に収用手続の実施を命じ、Matesi 資産は最終的に国家に移転されたが、補償は支払われなかった。(paras.477-479)

被申立国は、収用に関する手続や要件を定める自国法の諸規定に従っていない。(paras.469-493) それにより、「効力を有する立法に従って」(ポルトガル BIT 4 条(a))あるいは「法律の定める手続きに従って」(ルクセンブルク BIT4 条 1 項(b)) 収用をなさねばならないとする両 BIT に違反する。(paras.494-495) さらに、被申立国の補償不払いも、本件両 BIT の違反を構成する。(paras.493, 497)

82 : Mesa Power Group, LLC v カナダ (PCA Case No. 2012-17)

(JCA ジャーナル 2016 年 12 月号 (85))

判断年月日 : 2016 年 3 月 24 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス・長)、Charles N. Brower (米国)、Toby Landau (英国)

一 判断のポイント :

・ NAFTA1108 条 7(a)及び 8(b)の「調達」例外は広く解釈されるべきであり、「締約国又は国営企業による調達」は、政府又は国営企業が自己の使用のために行う調達に限定されず、オンタリオ州の電力買取制度 (FIT プログラム) もこれに含まれる。

・ Waste Management II 事件仲裁判断が、慣習国際法上の最低待遇基準の内容を正しく同定しており、恣意性、「深刻な」不公正性、差別、行政過程における透明性及び誠実さの「完全な」欠如、「裁判の適切さを侵害するような結果もたらす」適正手続の欠如、司法的手続における自然的な正義の「明白な欠如」が最低待遇基準への違反を構成する要素である。

・ NAFTA1105 条の内容を定義するに際しては、国際法が、国家が国内問題を規制する方法について仲裁廷が適切な水準の敬意を払うように要求していることを考慮すべきである。

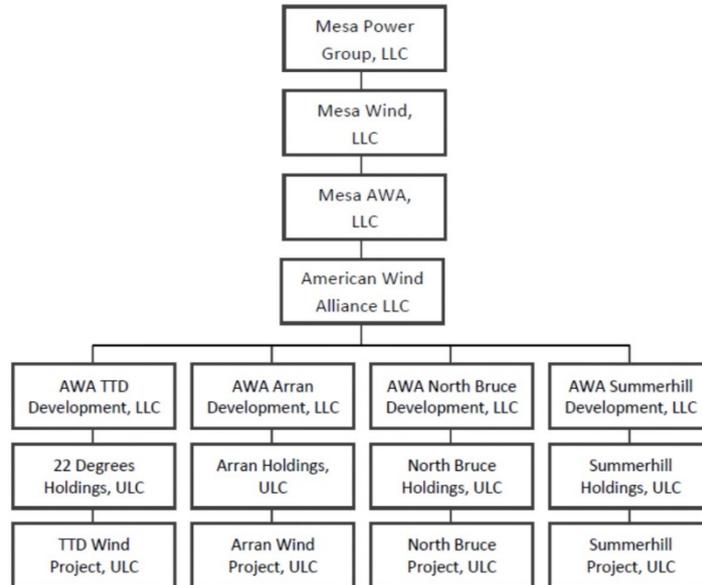
二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 申立人について

Mesa Power Group, LLC (「Mesa」又は「申立人」) は、デラウェア州の法人である。申立人は、再生可能エネルギー (特に風力分野) プロジェクトの監督、開発を事業とする Mesa 企業グループの一員である。Mesa は複数の子会社を通じて次の図のように特定の風力発電プロジェクトを所有する 4 社のアルバータ法人 (TTD Wind Project, ULC (「TTD」)、Arran Wind Project, ULC (「Arran」)、North Bruce Project, ULC (「North Bruce」)、Summerhill Project, ULC (「Summerhill」)) を間接的に保有している。[paras 1-2]

【本件投資の構造（出典：仲裁判断 2 頁）】



B. オンタリオ電力庁の設立及び FIT プログラムの導入

2004 年、オンタリオ州政府（「州政府」）は、電力再編法によりオンタリオ電力庁（「OPA」）を設立した。2009 年には、州政府はグリーンエネルギー及びグリーン経済法（「GEGEA」）を制定し、再生可能エネルギー電力の買取プログラム（「FIT プログラム」）¹を開発することを OPA に指示する権限を州エネルギー大臣に付与する電力法 25.35 条を付加した。同条において、OPA は FIT プログラムの実施を所掌するものとされた。[paras 9-11]

2009 年 9 月 24 日、エネルギー大臣は FIT プログラムの創設を OPA に指示した。FIT プログラムには、原材料の現地調達要求を含めるべきとされた。[para 12]

2009 年 10 月 1 日、OPA は、プログラムへの応募資格及び入札の評価基準を定めた FIT 規則を策定し、正式に FIT プログラムを立ち上げた。FIT プログラムの下では、関係者は OPA との 20 年又は 40 年の期間の電力購入契約（「FIT 契約」）に入札することとされ、FIT 契約により、発電者は、州の電力システムに送電した電気について保証された価格が支払われることとされた。州政府の予想に反し、FIT プログラムに対しては多数の入札が行われた。[paras 13-16]

C. FIT プログラムへの入札

FIT プログラムの入札においては、OPA に受理された時期、即時着工可能性に応じてスコアリング及び順位付けが行われ、その結果最も高い順位を得たプロジェクトが契約を付与された。

¹ 本件 FIT プログラムを含む買取制度を「固定価格買取制度」と呼称するむきもあるが、本件プログラムでは買取価格が長期にわたって固定されるわけではなく、本稿では単に「買取プログラム」と呼称する。同様の制度の呼称の問題については、井口直樹「投資協定仲裁判断例研究（79）」本誌 63 巻 6 号（2016）脚注 4 を参照されたい。また、本件 FIT プログラムにおける買取価格決定メカニズムについては、川瀬剛志『【WTO パネル・上級委員会報告書解説②】RIETI Policy Discussion Paper Series 15-P-008（2015）2-4 頁を参照。

[paras 17-23]

さらに、入札者は、そのプロジェクトを送電網に接続することができるだけの十分な送電容量がある場合に限り FIT 契約が付与されたが、十分な送電容量がない場合には、OPA はプロジェクトを受け入れるために送電システムを増強することが経済的かつ技術的に実現可能か否かを判断するための経済的接続テスト（「ECT」）を実施した。[paras 24-25]

2009年11月25日には、TTD 及び Arran がそれぞれ1件、2010年5月29日には、North Bruce 及び Summerhill がそれぞれ2件の入札を行った。Mesa の全てのプロジェクトは、Bruce 地域に位置していた。[para 26]

D. FIT 契約の付与

2010年4月8日及び2011年2月24日に OPA は合計224件の FIT 契約を付与した。しかし、いずれの日にも、送電容量の制約から Bruce 地域においては FIT 契約は付与されなかった。

[paras 27-30]

送電容量の制約により FIT 契約が付与されていないプロジェクトは、優先順位リストに加えられ、ECT が予定された。Bruce 地域における送電容量の制約は、新規高圧送電線（「Bruce-Milton 線」）の建設によってのみ解決することができたが、同送電線の建設について許可が得られたのは2011年夏のことだった。そのころまでにはオンタリオ州の電力市場は大いに変化し、（仲裁手続において）被申立国は、この時点では、FIT プログラムの目標達成は間近であり、調達のペースを落とす必要があり、州全体で ECT を行うことは現実的ではなかったと説明している。エネルギー大臣は OPA と協議の上、Bruce-Milton 線に特定した個別の手続を策定した（「Bruce-Milton 割当手続」）。Bruce-Milton 割当手続は、2011年6月3日にエネルギー大臣の指令により発効し、OPA は Bruce 地域において750MW 分の FIT 契約を付与するように指示された。更に、各プロジェクトは、2011年6月6日から5営業日の期間、接続場所を変更する機会を与えられた。同期間終了後、2011年7月6日に OPA は合計14件の FIT 契約（第三次 FIT 契約）を付与したが、申立人のプロジェクトは、1件も付与されなかった。[paras 31-37]

E. グリーンエネルギー投資契約

GEGEA 成立と同時期に、州政府は Samsung C&T Corporation（「サムスン」）及び韓国電力会社（両社を合わせて、「韓国企業体」）との間で再生可能エネルギー部門への大規模投資について議論を開始し、2008年12月に覚書に署名した。2010年1月21日に州政府と韓国企業体はグリーンエネルギー投資契約（「GEIA」）を締結し、同契約の下で、韓国企業体は同州において風力・太陽光発電設備の生産施設の建設及び操業を行うことを義務付けられ、韓国企業体には、就中、州内における2500MW の送電容量への優先アクセスが保障された。かかる優先容量は5年間にわたり5段階に分けて割り当てられることとなった。これに基づき、2010年9月17日、エネルギー大臣は、OPA に対して Bruce 地域の500MW の送電容量を留保することを指示した。[paras 38-42]

F. 仲裁手続の開始

2011年10月4日、申立人は、州政府又はOPAによる一連の措置がNAFTA投資章（第11章）1102条（内国民待遇）、1103条（最恵国待遇）、1105条（最低待遇基準）及び1106条（特定措置履行要求の禁止）に違反しており、当該措置により損害を被ったとして775百万カナダドルの賠償を求める請求を仲裁付託した。[paras 44, 254]

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 時的管轄・帰属の抗弁

結論として、仲裁廷は、2009年9月24日大臣指令（OPAに対してFITプログラムの設立を指示し、国内産品要求をFITプログラムに含めることを要求したもの）、原材料の現地調達要求を含むFIT規則等の措置を根拠とする請求を取り扱うことはできない。更に、North Bruce及びSummerhillについては、仲裁廷は、2010年1月21日のGEIAの締結を根拠とする請求についても時的管轄を有さない。[paras 334-337]

OPAの一連の行為において、OPAは電力法及びエネルギー大臣による指令によって付与された政府権限を行使したと言える。よって、OPAによる一連の行為はカナダに帰属する。[paras 358-377]

B. 調達例外

NAFTA1108条7(a)及び1108条8(b)に基づき、仮にFITプログラムが「締約国又は国営企業による調達」に該当する場合、申立人が援用する締約国の義務の多数（内国民待遇、最恵国待遇、原材料の現地調達要求の禁止）が適用されないこととなる。[paras 395-398]

1. FITプログラムは「調達（procurement）」を構成する

(i) 用語の通常の意味及び文脈

用語の通常の意味において、“procure”は“to get; to gain; to come into possession of”との意味である。ADF事件仲裁廷は、1108条7(a)の「調達」は広く解釈すべきとし、UPS事件仲裁廷は、「調達」には、サービスを得ることも含むとした。かかる広い解釈は、NAFTAの全締約国により支持されているように見受けられ、さらに、GATT3条8(a)の文脈においてFITプログラムが政府調達を含むか否かの判断において、WTOパネル及び上級委員会により支持された²。カナダ再生可能エネルギー事件において、上級委員会は「調達」と「購入」を同一のものとするパネルの判断を否定したが³、「調達」は広い意味を有することを認め、その上で調達が

² Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, Report of the Panel, WT/DS412/R, 19 December 2012, para 7.131. 同事件のパネル及び上級委員会報告については、川瀬・前傾注（1）を参照。

³ Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, WT/DS412/R, Canada – Measures Relating To The Feed In Tariff Program, WT/DS426/AB/R, Reports of the Appellate Body, (6 May 2013),

公式な政府の手続により実現されなければならないことを強調した。しかし、かかる「公式の」取得としての調達概念は、用語が使用される文脈により確認されるわけでも相反するわけでもない。この場合の文脈は、NAFTA102条に示される NAFTA の一般的目的とともに NAFTA の他の規定により構成されるが、他に「調達」の語を使用する NAFTA の規定は 1108 条 7(a)の「調達」の定義を導くのにほとんど役立たない。仲裁廷は、「調達」の用語が使用されている特定の文脈を参照すべきである。「調達」の用語は、第 3 章、第 10 章、第 12 章及び第 15 章でも使用されているが、これらの章はそれぞれ異なる事項を規律しており、「調達」の用語は、章ごとに、かつ、用語が使用されている個別の文脈に応じて解釈されなければならない。[paras 407-417]

(ii) 趣旨及び目的

1108 条 7(a)により、NAFTA 締約国は、調達の場合に国籍に応じて特定の投資家を優先的に取り扱う能力を保全している。国家が国内経済のために最大限の利益をもたらすような方法で物品・サービスを調達すべきことは合理的と考えられる。「調達 (procurement)」の一語に焦点を当てるか、「締約国又は国営企業による調達」との文言に焦点を当てるかにより違いは生じない。[paras 418-421]

(iii) 申立人の主張の検討

申立人は、1001 条 5 の「調達」の定義を参照すると、「調達」は政府が物品・サービスを自己の使用のために得る場合を指すため、商業的転売のために電気を取得する FIT プログラムは「調達」には該当しないと主張する。しかし、本仲裁廷は、この立場を共有しない。まず、1108 条 7(a)の「調達」には何ら制限が付されていない。次に、1108 条 7(a)は、1001 条 5 に言及していない。NAFTA 締約国が仮に 1001 条 5 の制限を 1108 条にも取り込むつもりであれば、それは簡単にできたであろう。更に、1001 条 5 は、第 10 章の制度が適用される種類の調達を同定するという意味で“curve-in”のための規定である。サブパラグラフ(a)及び(b)に規定する特定の種類の調達については、「調達」の通常範囲に含まれるものの、第 10 章の制度の適用が排除される。これに対して、1108 条 7(a)は“curveout”規定であり、第 11 章の義務から全ての調達活動を除くのが目的である。申立人は、ADF 事件及び UPS 事件の仲裁廷が 1108 条 7(a)の解釈において 1001 条 5 に言及していることを指摘する。しかし、1001 条 5 は、その柱書では調達の包括的な定義を採用し、調達の意味を政府の使用のためのもの等に限定していない。同規定は、サブパラグラフ(a)及び(b)において第 10 章の義務の範囲外となる活動を規定する。ADF 事件、UPS 事件のいずれの仲裁廷も 1001 条 5 のサブパラグラフを「調達」の通常の意味を限定する手段として 1108 条 7(a)の解釈に取り込んでいるわけではない。いずれにせよ、ADF 事件、UPS 事件のいずれの仲裁廷も、政府自体のみによる使用を 1108 条 7(a)の暗黙の要件と認定していない。ADF 事件では、高速道路インターチェンジに関する調達が問題となったが、これは明らかに政府（のみ）による使用のためではない。UPS 事件では、問題となったサービス

は、究極的には政府ではなく、物品を郵便で輸入する個人又は会社の利益のためのものであった。
[paras 423-430]

次に、申立人は、調達に専門用語であり、仲裁廷が調達の意味を解釈する際には GATT3 条 8(a)や政府調達協定 1 条 2 のような国際経済法の調達の意味を参照し、1108 条 7(a)の調達は政府の使用のためのものではない物品の調達を指すものではないと結論付けるべきであると主張する。しかし、1108 条 7(a)の「調達」には条件が付されていないが、GATT3 条 8(a)の「調達」には条件が付されている。NAFTA 締約国が 1108 条 7(a)に GATT3 条 8(a)の追加的な制限を導入したいと望んでいたとしたら、それができたはずである。政府調達協定の附属書 I の General Notes において、カナダは調達を「政府の直接的な利益又は使用のために財産又はサービスを取得する契約的取引」と定義している。申立人が主張するように、もし「調達」の用語の通常の意味が政府による使用を示唆するのであれば、カナダの Notes においてこのような特定を行う必要はなかったであろう。調達が通常政府による使用を示唆しないことは、WTO パネル報告書でも確認されている⁴。[paras 431-436]

(iv) FIT プログラムの性質

結論として、FIT プログラムは「調達」を構成する。FIT プログラムにより、オンタリオ州政府はオンタリオ州民による使用及びその究極的な利益のために OPA を通じて電気を購入している。FIT プログラムは、上記で示した調達が備えるべき性質を全て備えている。同プログラムは、グリーン経済を創出し、雇用創出を刺激するために導入され、利害関係者との間の協議の後に設計され、政府の公式な発表により立ち上げられた。同プログラムへの入札者は、いかなる者も入札することができる競争的かつ公開された手続においてあらかじめ定められた基準に従って厳密に審査された。本仲裁廷の FIT プログラムが「調達」であるとする検討結果は、WTO のパネル報告によっても確認される。[paras 440-451]

結論として、FIT プログラムは、1108 条 7(a)の「調達」を構成する。[para 461] 【Brower の反対意見あり。】

2. FIT プログラムは、「締約国又は国営企業による」調達である

FIT プログラムは、1108 条 7(a)の下でオンタリオ州政府及び国営企業である OPA の調達を構成し、その結果としてオンタリオ州政府の行為について 1102 条及び 1103 条の違反を争うことはできない。原材料の現地調達要求の禁止についての請求については、本仲裁廷は時的管轄を有しないが、1108 条 7(a)についての本仲裁廷の認定は 1108 条 8(b)にも同様に当てはまる。[paras 462-466]

C. 最低待遇基準への違反

1. 1105 条の解釈

⁴ Canada – Panel Report (n2), para 7.131.

自由貿易委員会の解釈が仲裁廷を拘束する旨規定する 1131 条 2 により、本仲裁廷は、同覚書に示された解釈を示された場合、単にそれを適用しなければならない。同覚書は、本仲裁廷が慣習国際法を参照することを求めているのであり、国際法の他の法源の参照は求めている。ただし、仲裁廷は、1105 条及び同覚書を適用した他の NAFTA 仲裁の決定を参照することはできる (may certainly be guided)。[paras 475-482]

2. 1105 条の適用範囲及び内容

慣習国際法上の最低待遇基準の内容の分析は、通常、Neer 事件における米墨請求権委員会の判断から始まる。多数の NAFTA 第 11 章の仲裁廷が慣習国際法上の最低待遇基準の内容を定立してきたが、大きく 2 つの判断の流れを認めることができる。一つは、Neer 基準の重要性及び適用可能性について疑問を呈する判断であり、もう一つは、多数の重要な条件を付した上で Neer 基準を適用する判断である。第一の立場をとる仲裁廷は、Neer 事件は投資保護を取り扱った事例ではなく、メキシコの支配又は指揮の下になかった武装した者による米国人の殺害についての効果的な捜査が行われなかったとの訴えを取り扱った事件であることを強調する。Mondev 事件の仲裁廷によれば、かかる状況の相違により「二国間投資協定及び NAFTA の規定が Neer 基準の常軌を逸した (outrageous) 待遇に制限されると考える十分な理由はない。」同様に、ADF 事件の仲裁廷は、「Neer の定式化が投資受入国による外国投資家及びその投資財産の保護の現代的な文脈に自動的に適用されるとの見解を指示する理論的な必要性も一致した国家実行もない」とする。最近では、Bilcon 事件仲裁廷が NAFTA の保護は、Neer 基準の常軌を逸した行為のみに制限されない旨指摘している。第二の立場を採用する仲裁廷は、1105 条の違反について Neer 基準の厳格な要件を適用する。しかし、このアプローチの下でも慣習国際法の原則は Neer 事件の決定の時点のものに固定されているとは解されていない。これらの仲裁廷は、Neer の重大性についての基準は、Neer 事件判断の時点よりも簡単に満たすことができると考える。カナダ自体も、Neer 決定に依拠するのではなく、Glamis 事件、Gargill 事件及び Mobil 事件において示された最低待遇基準の明確化を援用している。実務的には、これら 2 つのアプローチは共通点が多い。最も重要なことは、両方ともが最低待遇基準は発展する概念であり、Neer 事件判断のときに想定されていたよりも投資家に対してより手厚い保護を提供するというを受け入れていることである。[paras 496-500]

当事者の主張及び引用された先例及び文献を検討した上で、本仲裁廷は、Waste Management II 事件仲裁判断が慣習国際法上の最低待遇基準の内容を正しく同定していると考え。これを基礎に、本仲裁廷は、恣意性、「深刻な」不公正性、差別、行政過程における透明性及び誠実さの「完全な」欠如、「裁判の適切さを侵害するような結果もたらす」適正手続の欠如、司法的手続における自然的な正義の「明白な欠如」の要素が 1105 条を構成すると言えると考える。[paras 501-502]

違反が認められるための閾値が高いことについては、申立人は争っていないようである。また、NAFTA 締約国全てがこの点について一致し、他の NAFTA 仲裁廷も同じ結論に至っている。

[para 504]

3. カナダによる 1105 条への違反

(i) OPA による FIT プログラムの実施

(省略：違反を否定。) [para 541]

(ii) GEIA

申立人は、GEIA を通じて、オンタリオが当初 FIT 入札者のためのものとされていた送電容量を韓国企業体のために囲い込むことで、申立人を含む FIT 入札者に損害を与え、それと引き換えに韓国企業体に正当化できない有利な待遇を与えたと主張する。[para 542]

この違反を検討するに際して、本仲裁廷は、国家がその国内事項を規制及び運営する方法について検討する際に仲裁廷が払うべき敬意を考慮するものとする。この敬意は、特に国家が投資契約を締結する判断について適用される。[para 553]

GEIA によって行われた取り決めは、FIT プログラムと比較可能又は同等のものでは到底ない。FIT プログラムと異なり、GEIA はオンタリオにおいて主要な基礎的 (anchor) 操業者を確保するために設計されていた。さらに重要なことに、GEIA は経済的困難の折の地域経済の発展に関係していた。GEIA は 70 億カナダドルの投資をもたらし、複数の段階の製造設備を創設し、再生可能エネルギー部門に数千の雇用を生み出し、関連製造業及び金融その他のサービス産業に間接的に雇用の増加をもたらすものであった。このような状況を前提とすると、GEIA の締結は 1105 条の義務に反するとは言えない。[paras 556-574]

たしかに、GEIA が署名された 2010 年 1 月には既に FIT プログラムは実施されており、FIT プログラムへの入札は入手可能な容量をはるかに上回っており、基礎的な操業者はすでに必要なくなっていたとも言える。更に、サムスンが風力発電又は太陽光発電を開発した経験がなかった。しかし、これらは全て州政府のみが判断することのできる政策的な考慮事項である。この点に関し上訴体として行動すること、当時 GEIA を締結するというオンタリオの決定が正しかったかどうかを後知恵で判断することは、本仲裁廷の役割ではない。本仲裁廷の役割は、韓国企業体に対して利益のある待遇が恣意的に、その他の 1105 条に抵触する方法で与えられたか否かを検討することである。特に、本仲裁廷は、カナダが GEIA を締結したことが正当化根拠を欠くか否か、与えられた正当化根拠と GEIA の条件に合理的な連関があるか否かを判断しなければならない。本仲裁廷は、このような正当化根拠及び合理的関係は存在したと判断する。[paras 578-587]

申立人は、韓国企業体が FIT 契約の付与を遅延させたとも主張する。申立人は、第三次 FIT 契約が付与できるようになる前に OPA は ECT を実施しなければならなかったことを強調する。韓国企業体が GEIA の下でのプロジェクトのための接続点を決定していなかったために、予定通りの 2010 年 8 月に実施されなかった。Mesa は、この遅延が TTD 及び Arran プロジェクトが FIT 契約を付与されることを妨げたと主張する。しかし、1105 条は、規制変更に対する保障

を提供するわけではない。このことは、FIT 規則のように見直し及び改正の可能性が明確に示されている場合は尚更である。ECT が行われるべき時に行われなかったことのみでは、1105 条の違反は構成しない。[paras 613-615]

(iii) Bruce 地域における容量の割当

(省略：違反を否定) [paras 616-673]

(iv) まとめ

本仲裁廷は、1105 条違反はなかったとの結論に至るが、2 つの再生可能エネルギープログラムを、両者の関係を明確にすることなく、需要及び供給の変移その他のエネルギー市場における変化があった場合の両者の相互関係を説明せずに並行的に運営したオンタリオの決定には少なくとも一定の批判が立ち上がることであろう。結果的には、この選択及び実施の方法が一定の問題を創り出したのであり、異なる方法で対処することが当然できた。しかし、全ての状況に照らして判断すると、それはカナダの国際法上の義務の違反を構成する閾値に達するような批判ではない。[para 682] 【Brower の反対意見あり。】

83 : *Cyrstallex International Corporation v ベネズエラ・ボリバル共和国* (ICSID Case No. ARB (AF)/11/2)

(JCA ジャーナル 2016 年 10 月号 (83))

判断年月日 : 2016 年 4 月 4 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Laurent Lévy (スイス/ブラジル・長)、John Gotanda (米国)、Laurence Boisson de Chazournes (フランス)

一 判断のポイント :

- ・ 正当な期待は、十分に特定された約束や表明 (内容が詳細で明確な形式) が投資家に向けてなされ、投資家はその約束や表明に依拠して投資判断した場合に成立する。
- ・ 国際法上、国家は天然資源に関して許可を与えない自由があり、投資家が天然資源に対し当然権利を有するものではなく、不許可決定に至る過程が公正衡平でない場合に、国家は投資家に対し責任を負う。
- ・ 仲裁廷は被申立国による不許可決定が適切であったか、鉱山運営契約の解消が契約に適合していたかを評価するのではなく、被申立国による決定に、深刻な手続的瑕疵があったか、その結果恣意的に許可が拒否され、契約が解消されたか、手続きが透明性に欠け、一貫していなかったかを判断する。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

本件は、ベネズエラ政府による *Las Cristinas* 金鉱における申立人 (カナダ) の採掘権の不許可決定 (2008 年 4 月) 及び国営 *Corporación Venezolana de Guayana* (以下「CVG」) による申立人との鉱山運営契約の解消 (2011 年 2 月) がカナダ・ベネズエラ投資協定 (以下、「本条約」)¹ に違反するとして、申立人が被申立国を相手に、ICSID の *Additional Facility Rules* (2006 年 4 月) に基づき仲裁を申し立てた事件である。

Las Cristinas は *Gold Reserve* 事件² で問題となった *Brisas* 鉱山に隣接する、未開発のものでは世界最大級の金鉱で、採掘に関する権利関係が極めて錯綜していた。申立人は 1997 年 3 月 2 日、*Inversora Mael* から 30 百万米ドルで *Las Cristinas* の 4 区・6 区の採掘権を取得した [para. 12]。2002 年 4 月、チャベス大統領は *Las Cristinas* における採掘活動を被申立国に留保すると宣言 [para. 14]、同宣言を受けて、エネルギー鉱業省 (以下「鉱業省」) は CVG に対し、*Las Cristinas* の 4 区から 7 区における金鉱の探鉱、開発、売却に関する権限を付与、加えて事前の

¹ Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments (1998 年 2 月 28 日発効)

² *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1 解説 : 井上葵 投資協定仲裁判断例研究 (67)「投資家の義務違反に対して採られた措置が公正衡平待遇義務違反とされた事例」JCA ジャーナル 2015 年 5 月号 (第 62 巻 5 号)

鉱業省への通知により第三者と契約する権限を付与した[para. 16]。

CVG は、申立人を含む複数の企業と協議した末、2002 年 9 月、申立人との間で鉱山運営契約（契約期間 20 年、最長 40 年）を締結した。同契約では、申立人は Las Cristinas の開発に伴う責任及び費用を負担し、15 百万米ドルの頭金と変動ロイヤリティを CVG に支払い、税金を支払う条件で、採掘した金の売上げを取得する権利を得た[para. 18]。他方 CVG は、申立人による鉱山の開発に必要な許可を取得するとともに、同契約に関連して鉱業省への通知を行い、環境天然資源省（以下「環境省」）における手続を行う義務を負った[para. 19]。

申立人が鉱山の開発を開始するには、まず環境省から土地占有権許可を取得、次に鉱業省から feasibility study の承認を得て、更に環境省から環境影響調査の承認を得た上で、ボンドを積み環境税を支払う必要があった[para. 21]。2004 年、申立人は 1993 年に取得した土地占有許可が有効であることの確認を環境省から得て、紆余曲折の末、2006 年には feasibility study も承認された[para. 23-32]。申立人は 2004 年に環境省に環境影響調査書を提出、環境省の要請に応じて追加の情報提供を行うとともに、環境省の懸念に対応する追加の書類を提出し、環境省との折衝を重ねた[paras. 33-37]。2007 年 5 月 16 日、環境省は、環境行政ガバナンス副大臣を通じて申立人に対しボンドの積み立てを求め[para. 38]、同日 CVG に対し許可発行料の支払いを求めた[para. 40]。2007 年 5 月 18 日、申立人はボンドを積み立てるとともに環境税を支払った[para. 41]。翌 6 月には申立人は採掘許可取得の要件を充足したと市場で公表した[para. 42]。2007 年 10 月、申立人が環境省に採掘権許可の状況について問い合わせたところ、2008 年 4 月 14 日、環境省の許可担当局長は CVG に対し、Imataca 森林保護区における環境及び先住民に対する懸念等を理由に、不許可の通知を行った[paras. 44-45]。

申立人は、2008 年 5 月環境省の許可担当局長に対し、不許可決定の再考を求める申立を行ったが、環境省は申立適格なしとして申立を不受理とした。申立人は、環境省に控訴したが、環境省は控訴を判断しなかった[para. 46]。更に申立人は様々な申立を行い、8 月には Las Cristinas プロジェクトの環境への影響を最小限に抑える持続可能な開発提案と題するレポートを環境省に提出した。これに対し、同月環境省は、申立人のレポートは政府の環境及び社会にかかるガイドラインに適合する傾向にあると評価したものの[para. 49]、同年 9 月、チャベス大統領は世界最大級の金鉱を取り戻すと公言[para. 50]、同年 11 月には鉱業大臣も従前申立人が保有していた Las Cristinas を取り戻し、被申立国が運営すると Las Cristinas 国有化の意向を表明した[para. 51]。更に同月、鉱業大臣は、被申立国がロシア企業と合弁を組んで Las Cristinas の開発を行い、従前同鉱山で活動していた企業との関係を解消する旨公表した[para. 52]。2008 年 11 月、申立人は、本条約に基づく紛争の通知 (Notice of Dispute) を鉱業省に対し行った[para. 53]。2009 年 1 月、チャベス大統領は、Las Cristinas を取り戻したと議会で演説した[para. 54]。

一方 CVG は、2010 年 4 月、申立人の問い合わせに対し、鉱山運営契約の基礎となった行政行為が取り消されていない以上、同契約は引き続き有効で、許可取得に向けたプロセスの途上にあると回答したが[paras. 55-57]、2011 年 2 月 3 日、CVG は申立人に対し、1 年を超えて活動が停止していることを理由に鉱山運営契約を解消すると通知した[para. 59]。

申立人は、2011年2月16日、被申立国に対し、被申立国による採掘権の不許可決定と CVG による鉱山運営契約の解消が本条約に違反すると主張して仲裁を申し立てた[para. 61]。2011年4月4日及び5日には、申立人は被申立国裁判所の命令に沿って Las Cristinas の占有を被申立国に引き渡した[para. 63]。

三 判断概要：

II. 仲裁判断要旨

A. 仲裁判断の主文

被申立国は申立人の投資財産を収用し、公正衡平待遇義務に違反した。被申立国は、申立人に対し 1,202 百万米ドルの損害額及び USD LIBOR (6ヶ月平均) +1% (複利) の利息 (2008年4月13日以降支払い日まで) の支払いを命ずる。仲裁費用は各自の負担とする。

B. 管轄

被申立国は、CVG による鉱山運営契約の解消に関する請求につき、①申立人が被申立国に対し Notice of Dispute を送付しておらず、6ヶ月の事前和解交渉の要件を満たしていない (本条約 12 条) [paras. 430-437]、②契約上の請求は本条約に基づく仲裁の対象外 (本条約 12 条) で、かつ鉱山運営契約では被申立国の裁判所を専属合意管轄裁判所と指定しているため、契約上の請求は仲裁廷の管轄の対象外、仮に申立人の請求が国際法上の請求であるとしても、鉱山運営契約に関わる請求は同専属的管轄合意により申立人は投資協定仲裁を申し立てる権利を放棄しているとして本仲裁廷の管轄を争う [paras. 459-464] が、いずれも理由がない。

即ち、①につき、申立人の採掘権の不許可決定に関する請求と鉱山運営契約の解消に関する請求は実質的に同一の紛争であり、前者の請求について Notice of Dispute 及び 6ヶ月の事前和解交渉の要件を満たしている以上、後者の請求について別途同要件を満たす必要はない [paras. 449-457]。②につき、Vivendi I 取消判断³にみられるように、契約に関わる請求であっても、国際法上の請求と契約上の請求は判断の基準が異なり区別される、申立人の請求は契約上の請求ではなく、本条約違反の請求である⁴以上、本仲裁廷は管轄権を有する [paras. 473-476]。また契約の専属合意管轄の規定によって投資協定仲裁を制限することはできず⁵ [paras. 478-480]、仮に投資協定仲裁を申し立てる権利の放棄が認められる場合があるとしても、放棄は明確かつ特定して規定 (clear and specific terms) されていなければならない、簡単に認定されるものではない。本契約の専属管轄合意は本条約上の請求の仲裁申立てを放棄する合意とは認められない [paras. 481-483]。

C. 責任論

³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentina Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, paras 95-96.

⁴ 申立人は国家の主権行為による契約解除が契約上の権利の収用にあたり、公正衡平待遇義務違反に該当すると主張 [para. 476]。

⁵ 前掲注 3 *Vivendi I* 取消判断 para. 101

1. 公正衡平待遇義務

(1) 基準 — Autonomous treaty standard

本条約は、NAFTA と異なり、公正衡平待遇義務は国際法上最低限の基準に準拠するとの規定がないことから、本条約に定める「国際法の原則に則った」公正衡平待遇義務とは、国際慣習法上の最低限度の基準を定めたものではなく、本条約独自の基準 (autonomous treaty standard) が適用される [para. 530-536]。次に、公正衡平待遇義務を、Saluka 事件⁶同様ウィーン条約法条約に基づき通常の意味 (ordinary meaning) に従って解釈すると、過去の仲裁判断⁷に共通してみられる公正衡平待遇義務の要素のうち本件に関連する要素として、正当な期待の保護 (protection of legitimate expectations)、恣意的取扱差別的取扱からの保護 (protection against arbitrary and discriminatory treatment)、透明性 (transparency) 及び一貫性 (consistency) 等をあげることができる。Mondev 事件⁸同様、公正衡平待遇義務違反を認定する際、被申立国の行為が度し難い (outrageous) ものであったり、被申立国に悪意 (bad faith) がある必要はなく [para. 543]、具体的事件において諸般の事情を総合的に評価して判断される [para.544]。

(2) 正当な期待 (Legitimate expectations) — 政府の裁量と投資家の正当な期待

ア 正当な期待には投資家に向けられた個別具体的な約束・表明が必要

正当な期待の概念の淵源は、国家による恣意的な行為を制限する国内行政法にあり、正当な期待の保護の概念は、被申立国を含め大陸法・英米法の国々で認められている [para. 546]。正当な期待は、十分に特定された約束や表明 (promise or representation must be sufficiently specific) (即ち、内容が詳細で明確な形式 - precise as to its content and clear as to its form) が投資家に向けてなされ、投資家はその約束や表明に依拠して投資判断した場合に成立する [para. 547]。Arif 事件⁹にみられるように、正当な期待の端緒 (origin) が特定され、それによって正当な期待の範囲もきっちり (precise) 定まる必要がある [para. 547]。担当官庁以外の官庁の発言や、担当官庁の一担当者の曖昧な発言などは正当な期待を基礎づけるものではない

⁶ Saluka Investments B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para. 297. 小寺彰、松本加代「投資協定の新局面と日本 第2回サルカ事件」国際商事法務 34 巻 9 号 (2006 年)、Ioan Micula, Viorel Micula & others v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013, para. 504. 解説：猪瀬貴道「投資協定仲裁判断例研究 (62) 「EU 加盟に際しての優遇措置廃止が公正衡平待遇違反とされた事例」JCA ジャーナル 2014 年 6 月号 (第 61 巻 6 号)

⁷ Rumeli v. Kazakhstan/Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, para. 609. [para. 540]、Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010, para. 284. [para. 541] 解説：鈴木五十三「投資協定仲裁判断例研究 (29) 「FET (公正衡平待遇義務) 条項違反に基づく金銭賠償；営業損害と精神損害の賠償基準と算定方法」JCA ジャーナル 2011 年 9 月号 (第 58 巻 9 号)、Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, para. 178. [para. 542] 石川知子「会社による行為の国家帰属性、公正衡平待遇義務、内国待遇義務、最恵国待遇義務違反及び取用の成否—公正衡平義務違反の検討を中心に」JCA ジャーナル 57 巻 9 号 (2010 年) 26 頁

⁸ Mondev International Ltd. v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award, 11 October 2002, para. 116. [para.]

⁹ Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013, para. 535 解説：高橋直樹「投資協定仲裁判断例研究 (51) 「行政機関と司法機関の行為の矛盾と公正衡平待遇義務違反」JCA ジャーナル 2013 年 11 月号 (第 60 巻 11 号) [para.]

[paras. 549-555]。

申立人は、被申立国が同国の規制や鉱物運営契約を遵守する正当な期待を有していると主張するが、申立人の主張は認められない。投資家は、行政が公共の利益等を考慮して意思決定を行った結果、必ずしも投資家の期待にそぐわない結論に至る可能性があることに留意しなければならない。法制度は性質上一般的で個別性に欠け、政府が具体的な案件において意思決定するにあたり、ある程度の裁量を認めている。しかも法制度に基づく恩恵には大概何らかの条件が課されているため、既に与えられた権利のような具体的期待を法制度そのものから導くことは難しい[para. 552]。これに対し、環境省の許可担当局の申立人に対する 2007 年 5 月 16 日付け書簡は、環境省が既に環境影響調査書の評価を終え、ボンドの積み立てさえなされれば許可担当局が許可を発行する状況であることを示しており、正当な期待を基礎づける[paras. 559-563]。被申立国では許可の発行時に環境税の支払いが義務づけられていたが、環境省は、ボンドの積み立て要求を行った同日に申立人に環境税の支払いを求めていることから、環境省としては既に許可決定を行っていたと解釈でき、申立人は環境税を支払えば、許可が得られると期待する合理的理由がある[para. 564]。

イ 政府決定に対する仲裁廷の審査基準 — 政府の裁量と限界

国際法上、国家は天然資源に関して許可を与えない自由があり、投資家が天然資源に対し当然権利を有するものではなく、不許可決定に至る過程が公正衡平でない場合に、国家は投資家に対し責任を負う[para. 581]。投資家の提出した報告書の第一義的評価者は政府である。政府には専門的知見及び能力があり、かつ調査の状況に近接している (*proximity with the situation under examination*) 以上、*high level deference* を享受し、仲裁廷は政府による判断につき *second guess* すべきではない[para. 583]。従って、仲裁廷は被申立国による実体判断が適切であったかを評価するのではなく、被申立国による決定続きに、深刻な手続的瑕疵があったか、その結果許可が恣意的に拒否されたか、手続きが透明性に欠け、一貫していなかったかを検討する[para. 585]。

この点、被申立国は、2007 年 5 月 16 日の書簡まで一貫して申立人に対し、許可決定される正当な期待を抱かせる行為を採っていたが、2008 年 4 月 14 日の不許可決定で、政府の対応は 180 度変化する。ところが不許可決定書を見ても、また不許可決定の根拠となったと被申立国が主張する *Romero Report* を見ても、不許可決定の根拠となった申立人提出の環境影響調査書に対する言及は全く、またはほとんどなく、4 年の審査の過程で一度も問題にされなかった地球温暖化への懸念が不許可理由に挙げられ、また審査の過程で議論されていた事項についても理由付けが不明確かつ結論を裏付ける資料もなく、根本的に *deficient* である。不許可決定に詳細な説明があって初めて申立人は不許可決定を争い、または改善案を出して許可決定を求めることができるのであって、被申立国の行為は恣意的、不公正である[paras. 588-598]。また被申立国が不許可決定の根拠となったと主張する *Romero Report* が実際 2006 年 9 月に作成されていたのであれば、被申立国は申立人に意見を述べる機会を与えるべきであり、その機会を与えなかった

被申立国の行為は透明性に欠ける。もし環境省が **Romero Report** の時点で不許可決定をする意向であったのであれば、環境省の 2007 年 5 月 16 日のボンドの積み立てを求める書簡は、一貫性に欠け、被申立国からはこのような一貫性欠如に対する合理的な説明もない[para. 598]。

2009 年から鉱山運営契約解消に至る 2011 年の間、申立人は、被申立国の矛盾する発言に晒される。CVG は、不許可決定後も鉱山運営契約は有効に存続し、申立人は **Las Cristinas** の支配に伴う費用を負担すべきと主張、他方チャベス大統領は、**Las Cristinas** は多国籍企業から被申立国が取り戻したとの発言を繰り返していた。鉱山をめぐる被申立国の政治的な政策変更が、不許可決定や鉱山運営契約の解消に決定的な影響をもたらした[paras. 606-609]。鉱山運営契約の解消についても、仲裁廷は実際に被申立国に不当な解消による契約違反があったかを判断するのではなく、同契約の解消などに伴って、被申立国に恣意的行為、透明性の欠如、一貫性の欠如があったかどうかを判断する[para. 610]。この点、CVG の法務部が、同契約を解消する正当化理由がないか問い合わせたのに対し、CVG の **Vice President** は、申立人は金の採掘を行う義務以外の鉱山運営契約上の義務は尽くしており、申立人は金の採掘は許可がない以上義務を履行できないと回答している[para. 611]。これらのやりとりを見るにつけ、当時 CVG 自ら鉱山運営契約解消の根拠がないと判断していたことが窺われ、本契約の解消にあたって深刻な手続的瑕疵がある[para. 611-612]。

従って、被申立国による採掘権の不許可決定及び CVG による鉱山運営契約の解消は、本条約上の公正衡平待遇義務に違反する[para. 614]。

(3) 差別的取扱

被申立国の行為が差別的で、適正手続に違反し、濫用的で悪意があるという申立人の主張は、いずれも証明が十分でなく認められない[paras. 615-622]。差別的か否かは、類似の状況において、合理的な正当化理由なく異なる取り扱いをしたかどうかで判断するが、チャベス政権が多国籍企業を標的にする一方で、鉱山の開発に関しロシア企業との合弁を検討したり、申立人との鉱山運営契約解消後に中国企業と契約を締結したことについては、それら企業が申立人と類似の状況にあったことの証明が十分ではなく、直ちに被申立国の行為が差別的とは認定されない[para. 616]。

2. 十分な保護及び保障

十分な保護及び保障は、通常の意味及び有意的解釈により、力 (**force**) による投資財産への加害行為に対する保護を意味する。申立人は被申立国による物理的加害行為を主張していないことから、同義務違反は認定されない[paras. 632-635]。

3. 収用

(1) 投資財産

本条約の投資財産の定義には、明示的に契約上の権利が含まれる[paras. 659-663]。鉱山運営

契約において申立人は、Las Critinas を開発、採掘し、採掘された金を販売する権利を付与されていることから、鉱山運営契約上の権利は、本条約上の投資財産に当たる[para. 664]。

(2) 収用

収用には、直接収用（権利の移転、占拠）、間接収用（権利関係に変動はないが、投資のメリットが剥奪される）、忍び寄る収用（個々の行為が必ずしも違法とまで言えなくとも、一定期間の一連の行為が累積的に収用の効果をもたらす）があり、本件では間接収用及び忍び寄る収用が問題となる[paras. 667-668]。

国際法上申立人に当然に鉱山に関する権利があるわけではなく、不許可決定が直ちに収用を構成するわけではないが、不許可決定とその後の一連の行為が相まって被申立国の行為は収用を構成する[paras. 674]。チャベス大統領、鉱業大臣が陰に陽に Las Cristinas を申立人から取り戻すとの発言を繰り返す中で、CVG は当初鉱山運営契約が有効であると申立人に対し説明していた。ところが後任の鉱業大臣は、CVG の社長でもあり、チャベス大統領と前任の鉱業大臣の意向を実現すべく、鉱山運営契約を解消した。仲裁廷は、CVG の同契約の解消が有効か否かを判断する立場にはないが、Bayindir 事件¹⁰同様、収用の判断において CVG の契約履行状況を考慮することができる[paras. 686-688]。CVG は契約条項に言及して解消を通知しているが、環境省、鉱業省、大統領そして CVG の一連の行為を見ると、CVG の契約解消は単なる契約上の権利の行使ではなく、鉱山を被申立国に取り戻す国家の主権行為に当たり、採掘権の不許可決定から鉱山運営契約の解消に至る被申立国の一連の行為は収用を構成する[paras. 698-706]。

(3) 違法性

本条約において、収用は公共目的のために、適正手続きに則って、非差別的に行われ、かつ速やかで適切かつ効果的な補償が行われる必要がある[para. 711]。公共目的の要件につき申立人は争わず、適正手続き違反及び差別的行為の要件について、申立人は十分な立証ができていない。他方本件では適切な補償が行われていないことから、本件収用は本条約に違反する[paras. 712-717]。

D. 損害論

1. 金銭賠償

(1) 評価原則、評価日、証明の程度

本件では、違法な収用（本条約 7 条 1 項）と公正衡平待遇違反（国際慣習法¹¹）が問題となり、本条約では両者の損害額は異なるが、違反が重疊的であるため、国際慣習法に則り「完全な補償」（full reparation）原則を適用する[paras. 841-849]。また完全な補償は投資財産の公正な

¹⁰ 前掲注 7 Bayindir 事件、Biwater Gauff (Tanzania) v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, para. 602. [para. 542]

¹¹ Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Chorzów Factory) (Germany v. Poland), Judgment (Permanent Court of International Justice), 25 May 1926, PCIJ SERIES A, NO. 7 (1927)及び国家責任条文第 31 条

市場価格に基づき算定されることが広く受け入れられている[paras. 850-852]。なお、両当事者は評価日が取用の行われた日という点で争いが無いが、取用の行われた日が不許可決定日(申立人)か、契約解消日(被申立国)かで争いがある。不許可決定がなされた時点で、公正衡平待遇違反が発生しており、かつ申立人の投資財産を購入しようとする仮定の投資家(hypothetical buyer)から見て申立人の投資財産の評価に大きなマイナスの影響を与えた以上、2008年4月13日(不許可決定日の前日)が評価日になる[paras. 854-858]。

条約に基づく国際仲裁において、仲裁廷が損害の発生について確信を持てる(with certainty)程度に証明する必要はあるが、損害額の算定については同程度の確信は求められず、仲裁廷が合理的に自信(reasonable confidence)をもって損失を見積ることのできる基礎を提供すれば足りる[paras. 867-868]。これは英米法・大陸法で求められる立証の程度の双方を実質的に満たす[para. 869]。逸失利益も、too speculative、contingent、uncertainであってはいけないが、合理的に利益が見込め、利益が得る蓋然性があれば足り、逸失利益の額につき確信を持てる程度に証明する必要はない[paras. 872-875]。この点、Las Cristinas 鉱山は、南米有数の鉱山であり、かつ金の市場は、他の商品市場と異なり市場が需給で大幅に変動することがない。また、申立人は許可申請時において提出した feasibility study において、利益の見込みを算出しており、条約違反がなければ投資財産から利益が得られた蓋然性の証明がある[paras. 878-880]。

(2) 評価基準

申立人の株式は、二つの市場で上場され取引量も盛んであり、かつ申立人の唯一の資産が Las Cristinas にかかる鉱山運営契約上の権利であったことから、株価アプローチ(stock market approach)が公正な市場価格として最も適切で、申立人が許可取得の要件を充たしたと公表した時点(last clean date)の株価をベースに算定するのが望ましい[paras. 889-891]。また、類似の資産を保有する企業の市場価値をベースに評価する手法(Market multiples method)も事業の価値評価に広く使われており、Las Cristinas のように鉱物資源が開発段階にある場合の評価にはとりわけ有効である¹²[para. 901-905]。両アプローチも優れており、かつ似かよった算定額(1,295.16百万米ドルと1,109百万米ドル)であることから、両者の平均をとって、1,202百万米ドルを損害額とする[para. 917]。

2. 利息

「完全な補償」には投資機会を補填するための利息の支払いが含まれる。国際取引における通常の利息はUSD LIBOR(6ヶ月平均)+x%で決定され、本件ではLIBOR+1%が望ましい[paras. 927-934]。近年の金融取引は複利で行われることから、本件でも複利が適用される[para. 935]。

3. 税金

申立人による損害額の算定は、被申立国における税金を差し引いた金額を算定していることか

¹² 本件の Market multiple method では 73 社の企業価値が参照されている。

ら、本件損害額も税金を差し引いた金額であると認定するべしと申立人は主張するが、認められない[para. 946]。申立人はカナダの課税についての補償も求めているが、申立人は賠償額がカナダの課税対象となるか立証しておらず、カナダの課税から発生する損失は、そもそも申立人が負担すべきものであり、申立人の主張は認められない[para. 947]。

4. 仲裁費用

両当事者とも、主張が一部認められ一部否定され、かつ両当事者とも真摯かつ誠実に主張立証活動を行い、濫用的な主張、不合理な主張、仲裁の進行を妨げるような戦術を採用しなかったことから、仲裁費用は各自の負担とする[paras. 958-960]。

84 : MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v モンテネグロ (ICSID Case No. ARB (AF) /12/8)

(JCA ジャーナル 2016 年 9 月号 (82))

判断年月日 : 2016 年 5 月 4 日 (仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Andrés Rigo Sureda (スペイン・長)、Emmanuel Gaillard (フランス)、Brigitte Stern (フランス)

一 判断のポイント :

- ・ 投資家による投資協定に基づく仲裁申立権の放棄が投資家の自由な意思に基づいて明示的に行われたのであれば可能であることを認めた上で、具体的事案において仲裁申立権の放棄が認められるかどうかは、その放棄によって投資協定の関係国によって追及されている公的利益 (public interest) がどの程度損なわれているかを検討すべき旨を指摘した。
- ・ 投資家が契約によって投資協定に基づく仲裁申立権を放棄することを認めるに際し、放棄の範囲が契約上の紛争に限定されていること、契約上の紛争を国内裁判所ではなく UNCITRAL 仲裁規則に従ったアドホック仲裁で解決できることを重視した。
- ・ ICSID 追加的制度規則に基づく仲裁に関しても、ICSID 条約 25 条 1 項にある「紛争が投資から直接生じた」という要件を充足している必要がある旨を明示した。

二 事案の概要 :

I. 事実関係 [paras.1-5, 46-76]

申立人は、オランダ法人である MNSS B.V. (以下「MNSS」) 及びキュラソー島法人である Recupero Credito Acciaio N.V. (以下「RCA」) である。

MNSS は、2008 年 2 月 8 日、MN Specialty Steel Ltd. (以下「MN」) が保有していたモンテネグロで唯一の電気アーク炉製鋼所を有する会社でモンテネグロ最大の製造会社の一つである Zeljezara Niksic AD Niksic (以下「ZN」) の株式を Share Purchase Agreement により MN から購入した。ZN は設立当初は国有企業であったが、複数回の民営化がなされ、2006 年 11 月 8 日、MN がモンテネグロ政府等との契約 (以下「Privatization Agreement」) によりその株式の 66.7008 パーセントを取得した。MN は、Privatization Agreement にて、クロージングから 5 年間に累計して 114M ユーロを超える金額を ZN に投資する義務を負っていた。MN は、2008 年 2 月 28 日、譲渡契約 (以下「Assignment Agreement」) により、Privatization Agreement の下での権利を MNSS に譲渡した。MNSS は、株式購入による投資のほか、2008 年 9 月 26 日から 2011 年 1 月 26 日までの期間に ZN に対して 5 回の融資 (以下第 1 回目の融資を「First Loan」という) を行った。MNSS は、2009 年 10 月 30 日、First Loan の残高を契約により RCA に譲渡した。First Loan の弁済期は、2012 年 12 月 31 日から 2014 年 12 月 31 日に延期され、

その後さらに 2015 年 6 月 30 日に延期された。

MN と ZN は Assignment Agreement 以前から Prva Banka を利用しており、MNSS は Privatization Agreement の下での義務等を履行するため、Prva Banka との銀行取引を継続していた。Prva Banka は 2008 年の金融危機に繋がった 2007 年に始まった流動性危機による悪影響を被り、2008 年 7 月から 2009 年 10 月までの期間の MNSS による支払指図に従った支払を遅延した。

2010 年 9 月 27 日から 10 月 4 日の期間、ZN の労働者が ZN の管理業務を行う建物を占拠した。2010 年 12 月 13 日、ZN の労働者は ZN の管理業務を行う建物を再度占拠し、ZN の最高執行責任者に対して物理的な攻撃を加えた。これらの占拠が発生したとき、警察による保護はほとんどなかった。

申立人は、オランダ・ユーゴスラビア連邦共和国投資協定（以下「本件投資協定」）違反、並びに、モンテネグロ外国投資法 2000（2007 年及び 2010 年に改正）違反及びモンテネグロ外国投資法 2011 違反を理由に、ICSID 追加的制度規則に基づく二つの仲裁手続を開始した。申立人と被申立国は二つの手続を併合することに合意し、当該合意は仲裁廷により承認された。

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 管轄権に関する判断

1. 投資家による投資協定に基づく仲裁申立権の放棄 [paras.148-165]

放棄に関わる異議は Privatization Agreement の 11.1 条¹及び 11.2 条²並びに Assignment Agreement の 7.4 条³に基づいている。紛争当事者の議論は、これらの条項の適用範囲という基本的問題、及び、国家と契約する際に民間主体（a private party）が投資協定の下で有している権利を放棄できるかという関連問題を提起する。[para.148]

Privatization Agreement の 11.1 条 2 段の最後の文につき、被申立国は申立人が国際法又は

¹ Privatization Agreement 11.1 条の内容は以下のとおり（para.149）。

11.1. Governing Law

The law governing the rights and obligations of the Parties arising out of this Agreement shall be that of the Republic of Montenegro. The Buyer acknowledges that it has taken legal advice in relation to the rights and obligations of the parties under this Agreement and considers them to be fully consistent with any obligations of the Government of Montenegro and its agents under international law with respect to foreign investment, including without limitation, any applicable bilateral or multilateral investment treaties. Any act or acts of the Sellers or the GoM under or pursuant to this Agreement shall be deemed to be compliant with such international treaty obligations and the Buyer waives on behalf of itself any right which it might otherwise have under international law to assert claims against the Sellers or the GoM other than pursuant to the express terms of this Agreement.

² Privatization Agreement 11.2 条の内容は以下のとおり（para.149）。

11.2 Settlement of Disputes

11.2.1 Any dispute or difference arising out of this Agreement, or the breach, termination or invalidity thereof, which cannot be resolved by amicable negotiations within fourteen (14) Calendar Days of written notice of the dispute by one Party to another (or such further period as the Parties may agree) shall be referred to and finally resolved by ad hoc arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules without recourse to the ordinary courts of law.

³ Assignment Agreement 7.4 条の内容は以下のとおり（para.150）。

Any dispute arising out or in connection with this Assignment Agreement shall be exclusively settled by the dispute resolution provisions set forth in clause 11.2 of the SPA [the Privatization Agreement]. For the avoidance of doubt, it is hereby expressly agreed between the Assignee and the Sellers that the validity of the Arbitration Clause of the SPA shall remain in full force and effect.

モンテネグロ法の下での潜在的な請求権も放棄したと主張し、申立人は放棄の範囲は Privatization Agreement に関する契約的性質の紛争に限定されると主張する。仲裁廷は MNSS が得た法的助言（11.1 条 2 段の “legal advice”）が「当該契約の下での当事者の権利義務に関する法的助言」であることを認識する。11.1 条 2 段に言うモンテネグロ政府等の「行為」は Privatization Agreement 「の下での（under）、又は、に従った（pursuant to）」行為である。国際法への言及は本条項の適用範囲を上記行為に基づかない請求を含むように拡張するものではない。11.1 条は紛争解決に関する 11.2.1 条との関係で解釈されなければならない。11.2.1 条は Privatization Agreement 「から生じた（arising out of）」又は Privatization Agreement の違反若しくは終了に関する紛争に適用され、Privatization Agreement の範囲を超えた紛争には適用されない。11.1 条の範囲が被申立国が主張するほどに広範なものであるならば、11.2.1 条はそれに比例して範囲が広がるように起案されていたであろう。被申立国が主張する解釈は UNCITRAL 仲裁への同意をその範囲を超えて拡張することを意味するので、仲裁廷は被申立国の主張に同意しない。Privatization Agreement の当事者は、同契約 11.2 条に従って構成される仲裁廷に対して審理を要求できる請求について、他の法廷における審理を要求する権利を放棄した。当該放棄の範囲は Privatization Agreement 及び Assignment Agreement に従った全ての契約上の請求を包含する一方で、投資協定違反に基づく請求の放棄は含まない。投資協定違反に基づく請求は Privatization Agreement 及び Assignment Agreement の違反に基づく請求とは分離されており、異なるものである。[paras.152-159]

仲裁廷は、放棄が明示的であり、投資家の自由な意思に基づいてなされたのであれば、投資家は条約によって与えられた権利を放棄することができるという考えに同意する。しかし、公的利益（public interest）は無視されるべきではない。仲裁廷は、Schreuer 教授の「投資家と国家との間の仲裁は投資家の利益のみに役立つものではなく、関連する国家間の関係に関わる公的利益に対しても重要な機能を有している」という考えに同意する。問題は権利が放棄可能であるかどうかではなく、それらの権利が放棄された場合、放棄によって投資協定の関係国によって追及されている公的利益がどの程度損なわれるかである。[para.163]

本件では、放棄の範囲が契約上の紛争に限定されていること、MNSS が Privatization Agreement 及び Assignment Agreement から生じる契約上の紛争を通常の国内裁判所ではなく UNCITRAL 仲裁規則に従ったアドホック仲裁で解決できることが重要である。投資家と国家が契約上の紛争を仲裁により解決できることは本件投資協定の関係国により追及されている公的目的（public purpose）と明らかに適合する。MNSS は本件投資協定 3 条 4 項に基づく契約上の請求に従った権利を有効に放棄した。[para.164-165]

2. 事物管轄 [paras.184-220]

(i) ICSID 条約と ICSID 追加的制度規則との関係 [paras.184-186]

ICSID 追加的制度規則の下での手続は、紛争当事者である国家が ICSID 条約の加盟国ではな

い、又は、紛争当事者である民間主体が ICSID 加盟国の国民ではない場合に利用可能である⁴。ICSID 追加的の制度規則 3 条⁵の文言は「2 条により想定される手続は投資紛争解決国際センターの管轄に服さないため、当該手続及び当該手続の中での勧告、仲裁判断又は報告には ICSID 条約のいずれの条項も適用されない」と明確である。しかし、ICSID 追加的の制度規則 3 条は、特に「2 条(a)に基づく申立てがあった場合、事務局長は、(a)申立時に 2 条(a)が定める要件を充足していることに納得し、(b)両当事者が、ICSID 条約 25 条の人的管轄の要件を仲裁申立時に充足していたならば (ICSID 追加的の制度規則ではなく) ICSID 条約 25 条の下での投資紛争解決国際センターの管轄に同意を与えるときのみ、その承認を付与する」と定めている ICSID 追加的の制度規則 4 条(2)⁶など当該規則の他の条項の文脈を離れて解釈され得ない。上記規則は、事務総長による承認がなされたときに「紛争が投資から直接生じた」という要件が充足されており、紛争に関わる投資が ICSID 条約の下での投資である必要があることを示唆している。

(ii) MNSS 及び RCA による投資 [paras.187-208]

仲裁廷は、ICSID 条約 25 条における「投資」という文言の意義を確定するためには、Salini テストの要素は柔軟にかつ投資活動の具体的事実という文脈の中で全体として考慮される必要があると考える。一定期間ある程度のリスクを負って貢献するという要素は「投資」という文言に本来備わっているものである。Poštová Banka v. Greece の仲裁廷によるより正確な表現を借用すれば、投資は「冒険的な経済的事業に運用上のリスクを内包するような一定の期間貢献すること (“a contribution to an economic venture of a certain duration implying an operational risk”）」ということができる。ICSID 条約に関する限り、ローンが本質的に投資である訳ではない。ローンが投資であるとみなされるためには、そのローンが、それ自体が投資である冒険的な経済的事業に貢献しなければならない。たとえば、CSOB v. Slovak Republic では、仲裁廷が CSOB によるローンが CSOB の再編及び発展のための全体的な経済的活動の一部であると判断

⁴ ICSID 追加的の制度規則 2 条(a)の内容は以下のとおり。

**Article 2
Additional Facility**

The Secretariat of the Centre is hereby authorized to administer, subject to and in accordance with these Rules, proceedings between a State (or a constituent subdivision or agency of a State) and a national of another State, falling within the following categories:

(a) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes arising directly out of an investment which are not within the jurisdiction of the Centre because either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is not a Contracting State;

⁵ ICSID 追加的の制度規則 3 条の内容は以下のとおり。

**Article 3
Convention Not Applicable**

Since the proceedings envisaged by Article 2 are outside the jurisdiction of the Centre, none of the provisions of the Convention shall be applicable to them or to recommendations, awards, or reports which may be rendered therein.

⁶ ICSID 追加的の制度規則 4 条(2)の内容は以下のとおり。

**Article 4
Access to the Additional Facility in Respect of Conciliation and Arbitration Proceedings Subject to Secretary-General's Approval**

(2) In the case of an application based on Article 2(a), the Secretary-General shall give his approval only if (a)he is satisfied that the requirements of that provision are fulfilled at the time, and (b)both parties give their consent to the jurisdiction of the Centre under Article 25 of the Convention (in lieu of the Additional Facility) in the event that the jurisdictional requirements *ratione personae* of that Article shall have been met at the time when proceedings are instituted.

したことから、そのローンが投資であるとみなされた⁷。ローンそれ自体と投資活動に参加するローンとの間の区別は *Sempra v. Argentina*⁸の仲裁廷によっても採用されている。最近では、*Poštová Banka v. Greece*⁹の仲裁廷もローンが価値創造の過程と関連していることが必要であることを確認している。[paras.189-199]

MNSS による MN からの株式取得及び MNSS の投資義務は全体として評価されるべきである。MNSS のローンは MNSS が負う Privatization Agreement 及び Assignment Agreement の下での義務の履行の一部である。株式取得とローンは総合的な取引であり、その一部はある程度の期間にわたって実行されるものである。当事者は Privatization Agreement において投資がどれだけの期間行われる必要があるかを定めていないが、Privatization Agreement は MNSS がある程度の金額を投資すること、及び、株式移転があった後の最初の年にモンテネグロ政府に対して投資義務を負う金額を供給することを要求していた。MNSS による ZN へのローンと併せた ZN 株式の取得が ICSID 条約及び本件投資協定の下での投資としての資格を与えることは難しくない。[paras.201-202]

First Loan は MNSS から RCA への譲渡によって投資としての条件を変えていない。債権者の変更は投資家に該当する者を変更するが投資の内容を変更するものではない。RCA は少なくとも融資期間を二回延長するという貢献をしている。First Loan の弁済期の延期は RCA がとったリスクの証拠である。First Loan は譲渡後も投資であり続けており、この観点から RCA は投資家である。[paras.203-208]

B. 本案に関する判断

1. 公正衡平待遇及び投資家の活動に害を与えない義務 [paras.282-356]

本仲裁廷の多数意見は、あり得る公正衡平待遇の基準に違反する可能性を検討するため、Prva Banka が MNSS の支払指図を履行することを確保することを被申立国と被申立国の中央銀行が拒絶したこと、及び、被申立国が ZN の組合に対する支援を行ったことを取り上げる¹⁰。[para.329]

申立人は、被申立国の中央銀行による欧州委員会への報告¹¹を用いて、中央銀行は「支配された (controlled)」団体の行為の責任を国家に帰属させるために国家責任条文 8 条の下で要求

⁷ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 24 1999, paras. 77, 80 and 83 (Legal Authority RLA-074).

⁸ *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, paras.214-215.

⁹ *Postová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8, Award, 9 April 2015, para.361 (石川知子「投資協定仲裁判断例研究 (74)」)。

¹⁰ 仲裁廷は、申立人が違反を主張するその他の被申立国、中央銀行又は Prva Banka の行為につき、申立人が仲裁を提起する権利を放棄した契約上の紛争に関する請求であること、又は、Prva Banka の行為は被申立国に帰属しないことなどを理由として仲裁廷の判断権を否定している (paras.285-322)。

¹¹ 仲裁判断に引用された報告の内容は以下のとおり (para.333)。

“On 3 November 2008, the Central Bank started **direct control** of [Prva Banka’s] operations ... aimed at determining whether the Bank has removed the irregularities identified by **the Report on control** (the act strictly confidential 03-26/1 of 29 August 2008). During the control, in the first two weeks already, the Central Bank has established that the Bank’s liquidity was critically insufficient due to the Bank’s incapacity to meet all of its due liabilities, and that the liquidity risk of the Bank is high due to mismatch between maturities and cash flows of assets and liabilities.”

される類の支配 (control) を行っていた旨を主張する。中央銀行の 2008 年 11 月 21 日付の決定¹²は、被申立国の訳によれば「直接の監督 (direct supervision)」、申立人の訳によれば「直接の支配 (direct control)」に言及している。当該決定は「中央銀行は the Report on control [/ Supervisory Report]¹³の中で明らかにされた異常が除去されたかどうかをはっきりさせなければならぬ」と説明している。文言がどのようなものであれ、当該支配 (control) 又は監視 (supervision) の種類は中央銀行による監督機能 (monitoring function) の一部であって、Prva Banka の活動一般又は MNSS が要求する支払の遅れに対する強制的な支配 (compulsory control) ではないようである。ここでの「支配又は監視 (control/supervision)」の目的は the Report on control [/ Supervisory Report] にて発見された異常が除去されているかどうかを決定することにある。また、仮に中央銀行が「直接の支配 (direct control)」を有していたとしても、2008 年 11 月 3 日から 2008 年 12 月 12 日までという非常に短い期間中に行われた決定が関係するだけであり¹⁴、この期間中、Prva Banka の要望に応じて被申立国が短期ローンを提供し、2008 年 7 月及び 11 月の MNSS による CVC 及び ABB への支払指図を実行している。また、申立人は被申立国による Prva Banka に対する財政的援助が Prva Banka のみに有利であると主張するが、その支援により Prva Banka のみでなく、申立人及びその他の顧客も利益を得ている。被申立人及び中央銀行は、MNSS への支援を拒絶しておらず、限定的ではあるが MNSS、ZN 及びその他の Prva Banka の顧客の利益にもなるような支援を行っていた。当該支援は MNSS の要望を充足することを目的に行われたものではなく不十分なものかも知れないが、MNSS は中央銀行や被申立国から特別の支援を受ける権利を有していない。[paras.330-340]

申立人は、被申立国政府が ZN の組合と共謀して ZN を倒産させることを目的として、組合への財政的支援を行い、かつ、組合と秘密裏に面談することにより、MNSS が ZN を経営することを妨害した旨を主張する。しかし、上記面会がストライキとの関係で行われており、ローンに関しては議論を秘密にすることがほとんど考え難い議会で行われていたことに留意すべきである。2011 年 3 月に行われた更なる支援についてもストライキとの関係で ZN が倒産する直前に行われた。MNSS は ZN に従業員への給与の支払を差し控えさせることを許容することにより、被申立国政府が Privatization Agreement を解除できる状況を作成してしまった¹⁵。Privatization Agreement が解除されていたら、MNSS は ZN の株式を返還することを義務付けられていた。ストライキを行っている従業員の給料の支払を差し控えることにより組合との間で従業員の頭数を減らすことに関する合意を達成しようとする ZN の戦略は、被申立国政府が ZN の組合に支援を行ったかに拘らず失敗していたことに留意すべきである。被申立国は申立人に対

¹² モンテネグロの中央銀行は、2008 年 11 月 21 日、流動性を改善するための手段、とりわけ未払債権の回収、を直ちに講じることを Prva Banka に対して命じた (para.332)。

¹³ モンテネグロの中央銀行が 2008 年 8 月 29 日に非公開の報告書を作成したようである (para.333)。

¹⁴ モンテネグロの中央銀行が欧州委員会に提出した報告の中に、2008 年 11 月 3 日から Prva Banka の営業を「直接支配 (direct control)」し始めたとの記載がある。終期が 2008 年 12 月 12 日となっている理由は仲裁判断からは判然としない。

¹⁵ Privatization Agreement の 8.2.1.7 条が、ZN の買主 (MNSS) が従業員に対する給与支払義務を遅延する又は未払いのままにしてはいけないことを規定し、同契約の 8.5.4 条が、ZN の売主 (モンテネグロ政府等) が、買主が従業員への給与又は費用償還を 2 ヶ月以上遅延したときなどに、仲裁判断又は裁判所の判決を得ることなしに契約を解除できることを規定していた (para.344)。

して公正衡平待遇を与えるべき義務に違反していない。[paras.341-347]

2. 最も一貫した保護と保障を付与する義務 [paras.357-364]

「最も一貫した」の意味に関して、「一貫した」の通常の意味は「不変の」という意味、つまり「同じ状態のまま」という意味である。したがって、保護及び保障の程度は投資が行われている期間中に変わってはならない。しかし、「最も一貫した」という表現は国際法の下で理解されている保護及び保障の程度を高めるものではない。この基準は、政府に対して厳しい義務を課するものではなく、ホスト国の状況及び能力を踏まえて危険に対する用心及び相当な注意の義務を課するものと理解されている。[para.351]

被申立国が申立人に対する保護を怠ったという具体的請求は 2010 年 9 月及び 12 月に生じた出来事を根拠とする。ZN の組合のメンバーが 2010 年 9 月 28 日から 7 日間 ZN の管理業務を行う建物を占拠した。被申立国から申立人に対して提供された保護は警察のものと分らない車に乗った二名の私服警官のみであり、警察は占拠が継続していた 7 日間に占拠を除去するための行動を一切行わなかった。被申立国は、2010 年 12 月 7 日、同年 12 月 13 日にストライキが行われることを知らされ、2010 年 12 月 12 日、ZN の組合のトップが Vujovic 氏¹⁶に対して翌日に ZN の管理業務を行う建物を占拠する意図を知らせていたにも拘らず、警察による保護は提供されなかった。[paras.352-353]

「最も一貫した保護と保障」の基準は、特に 2010 年 12 月のケースのように事前に警告されていたときには、政府が ZN の置かれた状況において人及び財産の保護を確保するためにより能動的な態度を採ることを要求する。しかし、申立人は被申立国の行為の結果として損害を被ったことを示すことができなかった。[para.356]

¹⁶ Vujovic 氏は仲裁手続にて証人尋問を受けている (para.41)。その当時は Director of the Insurance Supervision Agency of Montenegro の立場にあり、被申立国に属する人物である。

案件 85 : Metalclad Corp. v メキシコ (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1)

判断年月日 : 2000 年 8 月 30 日 (本案判断)

仲裁廷の構成 : Professor Sir Elihu Lauterpacht, QC, CBE (イギリス・長)、Benjamin R. Civiletti (アメリカ合衆国)、José Luis Siqueiros Francisco (メキシコ)

一 判断のポイント :

- ・ NAFTA との関係で国は地方自治体の政府の行動についても責任を負う。
- ・ 国の専権事項であるにもかかわらず、地方自治体が独自の規制を加えることにより投資家に予測不可能な損害を与えた場合には、NAFTA1105 条 1 項の定める公正衡平待遇に違反する。
- ・ ある資産に合理的に期待される経済的価値をその資産の持ち主から奪う効果をもたらすように当該資産の利用を妨害する行為は、間接収用として、NAFTA1110 条が規制する収用措置にあたる。

二 事案の概要 :

アメリカ合衆国企業である Metalclad 社は、その 100% 子会社を通じて、メキシコ法人の ECONSA 社を 100% の孫会社にしていたが、1993 年に ECONSA 社は、San Luis Potosi 州の Guadalucazar 市での産廃事業者免許を有するメキシコ法人の COTERIN 社を買収した。しかしその後、産廃処理場の開発・操業が、San Luis Potosi 州、Guadalucazar 市の自治体政府により妨害されたとして、NAFTA の 11 章の 1105 条、1110 条の違反等を根拠にメキシコに仲裁を申し立てたのが本件である。[paras. 1-27]

Metalclad 社によれば、1993 年に COTERIN 社を買収する際、San Luis Potosi 州の州知事はプロジェクトをサポートしているかのように述べており、また、Federal Secretariat of the Mexican Environment, National Resources and Fishing (SEMARNAP) の傘下の独立行政法人 National Ecological Institute (INE) や Mexican Secretariat of Urban Development and Ecology の上層部も、連邦や州の許可が出れば操業可能である旨を述べていた (Metalclad 社は連邦や州の許可が出ないのであれば買収するつもりはなかった)。[paras. 28-36]

Metalclad 社によれば、同社が COTERIN 社を買収したすぐ後、San Luis Potosi 州の州知事は、産廃処理場の操業を非難し、中止させるためのキャンペーンを始めた。しかし、1994 年には、交渉の末、州のサポートを取り付けるに至ったと理解した同社は (この点をメキシコ側は否定している)、産廃処理場の建設を開始した。同年 10 月まで、連邦や州は、建設を妨害することなく検査を行っており、同社は連邦・州にレポートを提出していた。[paras. 37-38]

1994 年 10 月、Guadalucazar 市は、市の許可を欠いているとして建設中止を命令し、建設は中止されることとなった。だが、1994 年 11 月、Metalclad 社は、建設を再開し、市の建設許可も申請した。1995 年 1 月には、INE は連邦の建設許可を出した。また、2 月には San Luis Potosi

州の大学から、3月には Mexican Federal Attorney's Office for the Protection of the Environment が、産廃処理場の安全性について報告書を出している。[paras. 39-44]

Metalclad 社は、1995年3月には建設を終了し、アメリカ合衆国、メキシコの国・州・市の政府の高官の出席の下、開設式も行われた。その際、ゲストや従業員を運ぶバスの入口や出口をデモ隊が塞ぎ、同社への威嚇行為が行われた(同社は、このデモは州や市の政府により組織され、州警官が交通阻害を手助けしていたと主張している)。以降、処分場の操業は進められなくなった。[paras. 45-46]

その後の数カ月の交渉の後、1995年11月に Metalclad 社とメキシコは、SEMARNAP の傘下の独立行政法人を通じて、処分場の操業を一定の条件の下に認める合意を締結した。かかる合意のための交渉に州も招かれたが、州は参加を拒否し、合意が公表された時にはこれを非難している。また、建設許可から13ヶ月後の1995年12月には、市が、同社から出された建設許可申請を棄却している(もともと、この13ヶ月間に申請を審査した様子はなかった)。これにつき、同社に債務不履行や連邦や州の許可条件への違反があったこと、提出された環境レポートを市が考慮した様子があったこと、建設条件への違反があったこと、市が Guadalcázar の他の建設プロジェクトに建設許可を求めたことがあったこと、Guadalcázar 市には建設に関する確立した行政手続プロセスがあったことにつき、これを支持する証拠がないことを同社は指摘している(もともと、メキシコは、COTERIN 社との関係でも、同州の他のプロジェクトの先例からも、市の許可が求められるかもしれないことに、同社は気づいていたはずであったと主張している)。また、市の建設許可申請が拒絶される過程のプロセスについても、同社は参加の機会を与えられていなかった。[paras. 47-54]

1995年12月、市は、建設許可申請を拒絶した後に、SEMARNAP に対して上記合意を無効とすることを請求する手続を開始したが、SEMARNAP はこれを棄却した。そこで、1996年1月、市は裁判所に、SEMARNAP の棄却判断の取消しを求めて提訴し、操業の暫定的差止めも勝ち取った。しかし、1999年5月、最終的に請求は棄却され、暫定的差止めも取消された。[paras. 55-56]

1996年2月、INE は Metalclad 社に処分場の拡張の許可を出した。他方で、1996年5月から1996年12月まで、Metalclad 社と州は紛争の解決に努力したが、結局は成功しなかった。そこで、1997年1月に、同社は NAFTA の11章に基づき、メキシコ政府に対して本仲裁手続を開始した。[paras. 57-58]

1997年9月、任期満了の三日前に、州知事は、珍しいサボテンを守るための Neutral Area を定める Ecological Decree を出し、かかる Neutral Area には処分場の地域が含まれていた(Metalclad 社はこの処分が収用にあると主張している。また、現地メディアによれば、この Ecological Decree は処分場の操業の可能性を無にするためのものであると州知事は述べていたとのことであり、また、仲裁の結果がどうなろうと同社の操業を不可能にできると確信していると州の高官も述べていた。もともと、メキシコはこれを否定している)。結果、処分場は同社の下で休眠状態にある。[paras. 59-63]

三 判断概要：

Ecological Decree が本仲裁手続の申立ての後に出されたものであるが故に、メキシコは、NAFTA1119 条、1120 条を根拠に本仲裁廷の管轄外であると主張するが、これらの条項が請求の変更や申立ての後の事実を考慮することを認めないといった効率性・公平性を害する効果を意図しているとは解されない。そして、本件の **Metalclad** 社の **Ecological Decree** に関する追加的主張は、公正性・明確性を害するようなタイミングではなされていない。[paras. 64-69]

判断に際して準拠すべき法は、NAFTA 及びウィーン条約法条約を含む国際法上のルールであり、NAFTA102 条は、締約国の領域における投資機会の増大と透明性の確保といった NAFTA の目的に照らして解釈・適用がなされなければならないとしている。また、NAFTA の前文には、ビジネス計画や投資のために予測可能性のある商業的な枠組の確保、法規制等の迅速な周知の確保が述べられている。[paras. 70-71]

第一に検討すべきは、メキシコが **San Luis Potosi** 州、**Guadalcazar** 市といった地方自治体の政府の行為に対して国際的に責任を負うか否かであるが、NAFTA105 条、201 条 2 項はこの点を肯定している。また、このことは慣習国際法からも是認され、国連国際法委員会の国家責任条文草案もこれを認めている。[paras. 73]

その上で、NAFTA1105 条 1 項の定める公正衡平待遇違反の判断に関しては、国際投資の機会を促進・増大し、投資の円滑な実行を確実なものにするという NAFTA の目的に鑑みると、「透明性」が鍵となる（102 条 1 項）。この点、**Metalclad** 社が **COTERIN** 社を買収した理由は、**San Luis Potosi** 州の **Guadalcazar** 市での産廃処理場の開発・操業にある。メキシコはこの買収に先立って連邦レベルでの建設・操業の許可を出しており、**San Luis Potosi** 州も政治的な支持を含む形で州レベルでの操業許可を出している。問題は、これらに加えて **Guadalcazar** 市の建設許可が必要か否かである。**COTERIN** 社の買収前に **Metalclad** 社が問い合わせた際に、連邦の役人は連邦レベルのものが全てだとしていた。メキシコの 1988 年の **General Ecology Law** も、産廃施設の建設・操業許可については連邦に権限があるとし、地方自治体には産業廃棄物以外の処理場に関する権限しか与えていない。もっとも、建設許可については市に一定の権限があるかもしれないが、それは専ら建設の態様に関するものに限られ、環境保護を理由にすることはできない。にもかかわらず、必要な全ての許可を得ていたはずの **Metalclad** 社は、1994 年 10 月、市の建設許可を得ていないとして突然の建設作業の中止の命令を受けたのであった。[paras. 74-87]

加えて、許可の要件や申請の取扱いの明確なルールの欠如についても、NAFTA により要求される透明性の確保についてのメキシコの過誤である。申請が拒絶される理由はないと述べていた連邦の役人を信じて建設を続けた **Metalclad** 社は、1994 年 11 月に地方自治体の建設許可を申請したが、13 ヶ月後の 1995 年 12 月に至るまで申請の拒絶はなされず、その間、**Metalclad** 社は投資活動を続けたのであった。しかも、申請の拒絶の決定の際に、**Metalclad** 社は何ら連絡を受けず、出席の機会を与えられなかった。また、拒絶の理由も、地元住民の反対や環境への影響

といったものであり、建設の態様に関するものではなかった。以上より、仲裁廷は、建設許可申請の拒絶は法的根拠なくなされたと判断する。[paras. 88-93]

さらに、市が SEMARNAP に対する処分場の操業を一定の条件の下に認める合意を無効とするための手続を開始したことにも、市が建設態様以外の理由で許可申請を拒絶する権限を有することに確信を持っていなかったことがうかがえる。しかもその後、市は、裁判所に SEMARNAP の棄却判断の取消しを求めて提訴し、また、裁判所に取消されるまでの間、操業の暫定的差止めも勝ち取り、さらに、1997 年には Metalclad 社の投資を効果的かつ永続的に阻む Ecological Decree が出したという経緯も仲裁廷の理解を裏付ける。[paras. 94-97]

なお、投資において環境に配慮することを求める NAFTA1114 条との関係でも、この結論は揺るがない。上記合意や連邦の建設・操業許可の存在からも、このプロジェクトにつきメキシコが環境との関係で問題視していなかったことがわかる。[paras. 98]

メキシコは、Metalclad 社のビジネス計画と投資に対して透明性があり予測可能なフレームワークを確保することに失敗し、締約国の投資家の NAFTA に従って公正衡平に扱われるであろうという期待を裏切った。それは NAFTA1105 条 1 項の公正衡平待遇に違反した。[paras. 99-101]

NAFTA1110 条の定める収用措置には、資産の合理的に期待される経済的価値を持ち主から奪う効果をもたらすように、その資産の利用を妨害することも含まれる。Metalclad 社に対する市の行動を放置し、さらに、Metalclad 社の産廃処理場の操業権を否定することに加担したとすると、メキシコは NAFTA1110 条違反の収用と同等の措置をしたものとされることになる。産廃処理場については連邦政府の専権事項であるが、本件において市はその権限分配を逸脱し、違法な形で申立人の産廃処理場の操業を妨害した。これらは間接受用と評価され、*Biloune et al. v. Ghana Investments Centre, et al.* と類似の事案といえる。また、もはや判断することさえ不要かもしれないが、1997 年の州による Ecological Decree も間接受用を構成するといえる。結論として、メキシコの Metalclad 社に対する補償なき間接受用は、NAFTA1110 条違反を構成する。[paras. 102-112]

案件 86 : S.D. Myers, Inc. v カナダ (UNCITRAL (NAFTA))

判断年月日 : 2000 年 11 月 13 日 (仲裁判断)

仲裁廷の構成 : J. Martin Hunter (イギリス・長)、Byran P. Schwartz (カナダ)、Edward C. Chiasson (カナダ)

一 判断のポイント :

- 投資仲裁においては、ある措置が内国民待遇や公正衡平待遇、さらには特定履行要求の禁止など、複数の実体的義務に違反すると申し立てるのが一般的である。そのため、それぞれの義務の関係や複数の義務違反が認定された場合の効果などが重要であるが、本件においてはまず、内国民待遇と公正衡平待遇との関係が検討された。また、複数の義務違反が確認される場合の賠償については、累積的に考えるという原則が示された。
- 本件で問題となったのは、ポリ塩化ビフェニル (PCB) 廃棄物の輸出という、モノの移動に関するものであった。そのため、投資について規定した第 11 章とモノの移動について規定した第 3 章との関係といった、NAFTA の各章間の関係についても検討された。
- 本件で問題となった PCB 廃棄物の規制は、環境保護のための規制ともいえる。そのため本件は、WTO の文脈ではより議論が行われてきた、経済活動 (本件では投資) と環境規制の関係について考察する際の先例としても位置付けられる。

二 事案の概要 :

本件申立人である S.D. Myers 社 (SDMI) は、アメリカ合衆国オハイオ州を所在地とし、主要事業の一つとして、電気機器の絶縁油などに用いられる PCB 廃棄物の処理事業を営んでいた。PCB については、1973 年に OECD の理事会で人や環境への影響を懸念してその使用の制限が唱えられて以降、各国がそのような政策を志向してきた。カナダにおいては、1977 年の段階で、新製品に PCB を用いることが禁止され、同国への輸入が禁止された。さらに、1990 年の規制では、アメリカ合衆国を除く他の国への輸出も禁止されたが、アメリカ合衆国に対しては、環境庁 (EPA) からの事前の承認があれば、輸出することは可能であった。一方アメリカ合衆国では、PCB について多様な規制を設けつつも、事業者の管理が適切と判断した場合には、輸入することを EPA が 1 年ごとに認めていた。また、国際的には、PCB の取引について規制したバーゼル条約が 1989 年に採択されたところ、カナダは署名したが、アメリカ合衆国は署名しなかった。

このような背景において、SDMI は、カナダで発生した PCB 廃棄物を取得しアメリカ合衆国で処理するために、1993 年にカナダで合弁会社 (Myers Canada) を設立した。当時、カナダ国内において PCB 廃棄物の処理事業を行う競争業者は、実質的にはアルバータ州に Chem-Security が 1 社あるのみであったが、カナダ国内の PCB 処理施設はオンタリオ州・ケベ

ック州と遠方にあり、輸送にはコストがかかることから、オハイオ州に処理施設を持つ SDMI はカナダやアメリカ合衆国の他の PCB 事業者に比べて有利な立場にあったといえる。その後、1995 年には、環境大臣により、PCB はカナダにおいてカナダ人によって処理されるべきことなどが主張された。一方、アメリカ合衆国では、「裁量 (enforcement discretion)」が行使され、SDMI は PCB をカナダより輸入し続けていた。アメリカ合衆国のこのような方針は、カナダに自身の政策を見直させる契機となった。その結果、1995 年にカナダは、PCB 廃棄物をアメリカ合衆国への輸出禁止命令 (命令) を出し、それにより、SDMI 及び Myers Canada は、当初予定した事業を行うことが不可能となった。1997 年 2 月に、カナダは、輸出禁止令を無効にし、5 か月間アメリカ合衆国への輸入が可能になったが、その後、アメリカ合衆国裁判所の決定により、再び輸入は不可能となり、その後、PCB の輸入は不可能なままであった。

そのため SDMI は、カナダの措置が NAFTA 第 11 章に規定される以下の四点に違反すると主張して、仲裁を申し立てた。

- 内国民待遇 (第 1102 条) : カナダの命令は、カナダ国内での SDMI の投資を損なうものであり、自社が活動を行うことが妨げられている間、Myers Canada はよりよい待遇を与えられたため、第 1102 条に違反する。
- 最低限の待遇義務 (第 1105 条) : カナダの輸出禁止は、差別的かつ非公正な形で行われ、国際法上の裁判拒否及び信義誠実違反を構成し、第 1105 条の義務に合致していない。
- 特定履行要求 (第 1106 条) : カナダの命令は、実質的には SDMI に対し PCB 廃棄物をカナダ国内で処理することを要求するものであり、その結果、PCB 処理業者に対して、カナダの物品とサービスへの有利な待遇を与えることや、一定程度の国内コンテンツを達成することを要求する特定履行要求であり、第 1106 条に違反する。
- 収用 (第 1110 条) : 国際法及び NAFTA は、収用が行われた場合に、投資家に対して補償することを要求している。カナダは以下の二点より、NAFTA 第 1106 条に違反していないと主張した。第一に、第 1106 条は列挙した特定の履行要求を禁止しているが、本件で問題となる輸出禁止は、その中に含まれていないため、そして第二に、輸出禁止は、第 1106 条 6 項(c)の規定する、人間、動植物の生命または健康を保護するために必要な措置として、例外とみなされるということである。さらに、カナダは、命令は収用を構成するものでも、それに類するものでもないとした。また、仮に命令が第 11 章違反を構成すると解釈された場合、11 章は 3 章と矛盾することとなり、そのような場合には、第 1112 条に基づき、第 11 章は譲ることとなるとした。(paras 145-160)

三 判断概要 :

仲裁廷は、以下の通り、SDMI の主張のうち、内国民待遇及び最適基準の待遇という二つの NAFTA の条項の違反を認める一方で、特定履行要求や収用についてはその主張を退けた。また、仲裁費用については、最終裁定 (Final Award) において判断されるとした。

I. 輸出禁止 (paras 161-195)

政府の意図については、多くの政治家や公務員の思惑が影響することから確認が困難である。この点、仲裁廷は提示された証拠を吟味し、カナダの政策は、自国内において自国民によって行われる PCB 処理事業を保護することを相当程度の目的としているとみなした。確かに、環境保護のようなそれ以外の意図があったことも確認されるものの、環境保護を理由として禁止する正当な理由は確認できず、保護主義的な目的が命令の主な理由となっていたと評価される。また、カナダの命令によって、SDMI 及びその投資は、当初想定していた事業を行うことができなくなっており、カナダ企業に比べ不利な待遇が与えられていた。

II. NAFTA の解釈 (paras 196-221)

仲裁廷は、まず、NAFTA 及び条約法条約に規定される解釈規則について確認した。そののちに、カナダ—アメリカ合衆国有害廃棄物越境協定 (Transboundary Agreement) やバーゼル条約、さらには、北米環境保護協定 (NAAEC) との関係について確認した。その結果、これらの条約を根拠に、カナダが自由貿易を損なうような環境規制を一方的に課すことはできないと判断した。

III. SDMI は投資家か？ 投資財産は存在したか？ (paras 222-232)

SDMI は自身が、「投資をしようとしている、投資をしている、投資をした」NAFTA 締約国国民に該当することから、同条約上の「投資家」にあたると主張した。これに対しカナダは、Myers Canada は投資財産に該当しないため、SDMI はカナダに投資を行っているわけではないとした。この点、仲裁廷は、SDMI と Myers Canada の財務上及び人的関係性を精査し、Myers Canada は SDMI のカナダにおける投資財産と判断した。

IV. 措置は投資財産に関係したか？ (paras 233-236)

仲裁廷は、輸出の禁止が SDMI 及びそのカナダにおける投資財産と関係したことは簡単に認められるとした。これについてカナダは、措置は物品の貿易に関係することから関係性は認められないとしたが、この主張は、NAFTA の 11 章と他の章の関係が問題となることから、仲裁廷は別途 (VI において) 判断するとした。

V. カナダは第 11 章上の義務を遵守したか

(1) 第 1102 条 (内国民待遇) (paras 238-257)

内国民待遇に違反するという SDMI の主張に対し、カナダは、自国の命令はあらゆる者が平等に扱われる一律的な規制に過ぎないと主張した。SDMI は、PCB の輸出禁止は、健康や環境への真正な (*bona fide*) 懸念ではなく、自国民の市場シェアを保護・促進することを目的としていると主張した。

この点を判断するにあたり、仲裁廷はまず、NAFTA 第 1102 条に規定される「同様の状況 (like circumstances)」の意味するところについて判断した。仲裁廷は、WTO の先例を参照し、同概念が文脈により変化することを確認した。そして、そのような文脈として、WTO ではその例外条項としての GATT 第 20 条が含まれるように、NAFTA の場合、同条約の他の規定やそこから導かれる環境と関連する原則なども含まれるとした。具体的には、先述した NAAEC などを挙げている。また、NAFTA の全締約国が OECD 加盟国であることから、OECD の宣言などにも言及した。その上で仲裁廷は、「1102 条における『同様の状況』という文言の解釈は、環境への懸念及び当該懸念によっては正当化されない貿易歪曲 (trade distortion) を回避する必要性の両者を含む NAFTA の法的文脈より生じる一般原則を考慮しなければならない。『同様の状況』の評価は、公共の利益を保護するために状況を異なる形で取り扱う政府の規制を正当化するような状況を考慮に入れなければならない。『同様の状況』の概念は、有利でない待遇を申し立てる外国投資家が自国投資家と同一の『セクター (sector)』にいるか否かの検討を必要とする。」とした。その上で、この「セクター」は、「経済セクター」と「事業 (business) セクター」の両方を含意するとした。そして、事業の観点からすれば、PCB 廃棄物の事業に従事するという点で、SDMI 及び Myers Canada は、Chem-Security のようなカナダ企業と「同様の状況」にあるとした。

仲裁廷はまた、ある措置が内国民待遇に違反するかどうかを判断するに際し、当該措置の実質的な効果 (practical effect) が自国民に不均衡な恩恵を創出しているか、また、当該措置が自国民に有利な待遇を与えているか、の二点について検討する必要があるとした。また、意図は重要であると認めつつも、保護主義的な意図が、必ずしもそれ自体で決定的であるわけではないとした。実際に外国の申立人 (投資家) に悪影響を与えていなければ、意図があっても第 1102 条違反を構成するわけではないのである。仲裁廷はまた、PCB をカナダ国内で処理するという能力を将来にわたって維持するという目的の正統性は認めつつも、それは、今回の命令で行われたような形以外にも多様な選択肢により達成が可能であることから、本件における禁輸は NAFTA 第 1102 条の違反を構成するとした。

(2) 第 1105 条 (paras 258-269)

仲裁廷は、最低基準の待遇条項と名付けられた第 1105 条の 1 項が「締約国は、他国の投資家の投資に対して、公正衡平待遇並びに完全な保護及び保障を含む国際法に従った待遇を与えなければならない」と規定していることを確認した。その上で、同条項が、二国間協定に含まれる協定と類似していることを指摘し、この待遇は、受入国が差別的でない場合であっても、外国投資家に保障しなければならないものであるとした。また第 1105 条 1 項は、全体として読まれなければならないが、「公正衡平待遇」や「完全な保護及び保障」は国際法に従った待遇と合わせられなければならないとした。そのため、仲裁廷は「国際的な観点から受け入れがたい程度に達した恣意的かつ不公正な待遇を投資家が受けていることさえ示されれば、1105 条違反が発生する」とした。他方で仲裁廷は、国際法上、国境の管理については国家が広範な裁量を有することや、他

の適用可能な国際法についても考慮しなければならないとしている。

また、仲裁廷によれば、受入国による国際法規則の違反は、必ずしも、投資家への「公正衡平待遇」を否定するものではない。しかしながら、受入国による投資家を保護するために特別に設計された国際法規則の違反は、第 1105 条違反を認定しやすくさせる。そのため、本件においては、第 1102 条の違反は本質的に第 1105 条違反も構成することになるとした。

(3) 第 1106 条（特定履行要求）（paras 270-278）

SDMI は、カナダの輸出禁止により、事業を行うに際しての物品及びサービスをカナダにおいて消費することを要求されることとなったため、第 1106 条、具体的には、1 項(b)及び(c)に違反すると主張した。仲裁廷はまず、カナダが主張するように、本件における輸出禁止は、通常の認可のための明示的な条件のような形式（form）で位置付けられるわけではないが、その実体（substance）を見る必要があるとした。ただし、そのような実体を検討する際、「第 1106 条 1 項及び 3 項に記載されている『要求（requirements）』に正面から該当するわけではない制限や規制について考慮することはできない」とした。仲裁廷は、本件において第 1106 条 1 項(b)及び(c)は明らかに適用されないとした。そのため、本件において「要求」は存在しないとし、特定履行要求の例外にあたるかどうかについても判断する必要はないと結論付けた。

(4) 第 1110 条（収用）（paras 279-288）

SDMI は、カナダの命令が収用と同等のものであることから、第 1110 条に違反するとした。仲裁廷は、同条の「収用」という用語は、国家実行、条約、国際法訴訟における司法機関の解釈などを参考に解釈されなければならないとし、「収用」は、政府機関が個人の「財産」の所有権を移す形で奪うものであるとした。その上で仲裁廷は、収用と規制（regulations）の違いについて述べる。仲裁廷によれば、「収用は所有権の剥奪を含む傾向にあり、規制はより侵害の程度の低いものとなる。」。また、例外の存在は認めつつ、収用は通常、所有者が自身の経済的権利を利用する能力を永続的に奪うことになるとした。このように収用を整理した上で、仲裁廷は、本件における国境の閉鎖は一時的なものであり、SDMI のカナダ市場へのアクセスは永続的に閉じられたわけではないとした。この一時的な閉鎖が SDMI の優位性を奪ったことは、すでに認定された第 1102 条及び第 1105 条違反の賠償の文脈においては重要かもしれないが、そのことをもって、第 1110 条の違反を構成するわけではないとした。

SDMI はまた、第 1110 条 1 項の「同等の（tantamount）」という用語に注目し、収用だけでなく同等のものを含むということは、NAFTA は、国際法上の収用よりも広範な行為を禁じていると主張した。このような主張に対し仲裁廷は、「同等の」という文言がより広範なものを包含しているわけではないとして、第 1110 条の違反はないとした。

VI. SDMI の主張は、NAFTA 上の他の章により妨げられるか？（paras 289-300）

カナダ及びメキシコは、SDMI の主張は、貿易を扱う第 3 章及び越境サービス貿易を扱う第

12章と関係するとした。

(1) 第3章

カナダは、本件においては第3章は第11章と矛盾することになると主張した。カナダによれば、本件における輸出禁止が第11章に違反したとしても、それは、物品に関する輸出禁止であり、第3章により規制される。そして、そのような物品の輸出に関する措置は、環境への懸念よりとられたものであるとのことである。

この点について仲裁廷は、第11章が、NAFTAの他の特定の条項が保障している政府の措置に対して対抗する形で利用されてはならないとした。その上で、本件において問題となるカナダの措置はGATT第20条の条件を満たしていないとし、開かれた貿易を阻害しない形で、健康や環境への懸念を解決することができたであろうとした。

(2) 第12章

仲裁廷は、第11章と第12章は同一の行為に関係しうるため、両者の関係はより複雑であるとした。他方で問題は、両者が矛盾するかどうかではなく、越境的なサービスの提供は「投資財産」に該当するかどうかかもしれないとした。そして、この点については、紛争当事者では争われておらず、損害の検討においてより重要となるかもしれないと指摘するにとどまった。

VII. 補償の裁定が依拠する諸原則 (paras 301-319)

仲裁廷はまず、カナダのPCBの輸出禁止が、第1102条及び第1105条の違反を構成することから、当該禁止がSDMIの投資、Myers Canadaに被害を発生させている場合には、カナダはSDMIに対して補償を支払わなければならないとした。他方で、仲裁廷は、損害の算定については、次の段階に委ねていることから、ここでは、保障の裁定が依拠する諸原則に焦点を当てた。仲裁廷はまた、補償に関連する規定として、取用に関連してのものであるが、NAFTA第1102条2項を挙げた。また、ホルジョウ工場事件における国際法の原則や、さらに、国際法委員会において検討中の国家責任条文も参照可能とした。

違法行為との関係については、本件のように第1102条と第1105条の違反が同時に認定された場合、貿易協定上の権利及び救済は原則として累積的なものであるとした。そのため、投資家は第1102条のみが違反された場合より多くの補償を受けることになるとした。

案件 87： CME Czech Republic B.V. v チェコ共和国 (SCC 403/VERMERK/2001/CME)

判断年月日： 2001 年 9 月 13 日 (部分裁定)

仲裁廷の構成： Wolfgang Kühn (ドイツ・長)、Stephen M. Schwebel (アメリカ合衆国)、Jaroslav Hándl (チェコ共和国)

一 判断のポイント：

- ・ 管轄権判断においては、UNCITRAL 規則規定が明白であるためにチェコ共和国国内法に優位し、株式取得に関するチェコ共和国国内法の要件を無視することが可能である。
- ・ 投資受入国の現地企業の株式を現地企業である親会社から取得した場合も、外国企業である子会社は投資協定仲裁を提起できる。
- ・ 管轄権判断においては、基本条約で明示に並行手続が禁止されていなければ、国内手続および投資協定仲裁 (本件の場合 **Lauder v チェコ共和国 (UNCITRAL)**) のいずれにしても並行手続が許容されるが、最終的な賠償額算定においては過剰賠償にならないように調整が行われうる。
- ・ 規制措置が、本来の規制目的とは別に、投資家の有する法的権利を奪う目的や意図が認められる場合には、当該措置は収用に該当する。収用の認否においてそれを行う投資受入国の意思を重視した。なお、**AWG Group Ltd. v アルゼンチン (UNCITRAL)** は、本件のチェコ共和国の行為が収用に当たらないと評価している。
- ・ 本件と **Lauder v チェコ共和国** では、事実評価の相違により本件とは結論が異なるため、以後、同一事案に依拠した判断の不統一の問題が検討されるようになった。

二 事案の概要：

CME 社 (以下、申立人) はチェコ共和国においての放送事業の展開を企図して投資を行っていた。しかし、同社が株式を段階的に取得し最終的にはその 99% を保有するに至った ČNTS 社には放送免許が与えられなかったため、ČNTS 社は現地企業であり放送免許を有する CET21 社との協定の下で放送事業を営んでいた。両社が協定条件を更新するに際して、チェコ共和国政府は放送事業の規制権限を利用して、ČNTS 社に無免許放送への行政処分手続の開始などの圧力をかけることによって CET21 社の立場を有利にすることを試みた。結果、最終的には ČNTS 社は現地で事業を行うことが不可能になった。そのため申立人は、この措置を収用にあたるとして、チェコ共和国・オランダ王国 BIT (以下、基本条約) 第 8 条に基づき仲裁手続を開始した。

同時期に、本件と実質的に同一の事実について、本件申立人の株主が UNCITRAL で仲裁を申立てた **Lauder v チェコ共和国事件 (UNCITRAL)** が並行して進められていたが、チェコ共和国が同意しなかったため 2 つの仲裁の訴えの併合はなされなかった。[paras. 40-41]

三 判断概要：

多数意見は以下のように述べてチェコ共和国による違法収用を認定したが、Jaroslav Hándl 仲裁人は反対意見を付した。

I. 抗弁の放棄

仲裁廷は、基本条約第 8 条の下での投資紛争について管轄を有する。同条 a 号の定める投資とは、直接投資だけではなく第三国の投資家を介した投資や、株式を含むあらゆる形態の投資が含まれる。申立人は基本条約第 1 条 b 号にいう投資家であり、申立人の所有株式と関連する権利は同条約第 8 条 1 項および第 1 条 a 号 (ii) の下での投資である。

仲裁廷の管轄につき、チェコ共和国は抗弁を明示しなかったため、管轄権判断ではチェコ共和国の管轄権の抗弁は放棄されたと看做される。本仲裁廷の多数意見は、UNCITRAL 規則に従い、適切な時期に提出されなかったチェコ共和国の抗弁は放棄されたものと看做す。UNCITRAL 規則規定が明白でありチェコ共和国国内法に優位するため、株式取得に関するチェコ共和国国内法の要件を無視することが可能である。(この点、反対意見は、第一義的に適用されるのはチェコ共和国法であり、多数意見はチェコ共和国法の強行規定を尊重していないという。) [paras. 375-381]

II. 保護される投資の範囲

また、当該株式の取得方法やその性質の如何によらず、本件で問題となっている株式と関連する権利は基本条約の下で保護を受ける投資であり、申立人とチェコ共和国との間の投資紛争として同条約第 8 条に従い仲裁廷は管轄権を行使できる。[paras. 382-400]

チェコ共和国は、本件が私的商業的紛争の要素を含むことを理由に、仲裁廷が管轄権を行使できる投資紛争とはなり得ないということではできないというが、この主張は受け入れられない。申立人に対する侵害行為は、ラジオ・テレビ放送事業に関する法律に基づき、同法順守の監督、放送事業のライセンスの付与等を行うメディア委員会ではなく、CET21 社の出資者であり顧問であるチェコ共和国人の Železný 博士が行ったとされる問題も、管轄権には影響がない。[paras. 401-408]

また、チェコ共和国によれば、申立人は 1997 年に親会社である CME Media Enterprise 社から ČNTS 社の株の譲渡を受けるまでチェコ共和国に投資をしていなかったためであり、譲渡により条約による保護を失ったと主張するが、チェコ共和国も認めるようにこれは本案で扱われる問題であり、受理可能性に影響を与えない。申立人への譲渡にはメディア委員会の許可は必要なく、申立人が同意した CET21 と CEDC との両者の協力関係を定めた協定 (MOA) は、株主間関係を規律するものでしかなく、不法な圧力の下での妥協は、条約上の権利の放棄とは看做されない。また MOA にも株主変更に関する規定はない。本仲裁廷は、基本条約上、投資は、投資家本人によってなされる必要を定めていないと解する。いずれの抗弁も、基本条約第 8 条の下での本件の受理可能性を否定するものではない。[paras. 420-424]

加えて、チェコ共和国は 1994 年に CME Media Enterprise 社が ČNTS 社の株式を取得した際、商業的リスクについて認識しておくべきであったというが、このことによって基本条約により保護される投資の範囲が変更される訳ではない。 [paras. 425-426]

III. 並行手続

まず、並行する国内的救済手続との関係については、チェコ共和国国内で民事訴訟が係争中であることをもって、本仲裁廷の管轄権を否定することはできない。このような並行手続が禁止される場合は、基本条約に明記されるが本件はそれに当たらない。申立人は、協定違反に基づく請求を根拠とし協定上の手続を遂行し、これと並行して、申立人のチェコ共和国にある子会社が同国の裁判所において民事法上の請求をした。この 2 つの手続の目的は、同一の申立人の投資に対する損害の補償であるが、この事実によって、協定上の手続および民事訴訟手続の当事者が管轄を奪われることにはならない。請求を認容する仲裁判断または判決は、その他の手続における損害賠償額に影響を及ぼし、あるいは、執行手続において、その他の手続による仲裁判断または判決に基づき既に救済がされたことを抗弁として提出する権利を執行債務者に与えるかもしれない。しかし、管轄は並行的手続という事情によって影響を受けない。また、当該民事訴訟の結果も本仲裁廷の管轄権に影響を与えない。 [paras. 409-411, 413-415]

次に、並行する投資条約仲裁との関係について検討する。本件と実質的に同一の事実について、別の BIT に基づく投資協定仲裁 (Lauder v チェコ共和国事件) が行われており、それによって同一の結果につき矛盾する仲裁判断が出される恐れがあるが、このことは本仲裁廷の管轄権に影響を与えない。条約のいずれも他の条約に優先するものではなく、並行的手続の結果生じる重複は、条約違反のレベルではなく、損害と額のレベルで処理されることになり、本件の受理可能性が認められる。 [paras. 412, 419]

チェコ共和国の主張する国内的救済手続の完了は、基本条約に特別の定めのない限り要求されないもので、本件では要求されていない。チェコ共和国国内の民事訴訟にて国内的救済が完了しなければ損失を証明できないとするチェコ共和国の主張は、受け入れられない。 [paras. 416-417]

IV. 収用

基本条約第 5 条の禁ずる違法な収用があったと認められる。チェコ共和国政府のメディア委員会は作為及び不作為によって、意図的に ČNTS 社に排他的ライセンス利用の権利を放棄させ、CET21 社の放送活動に規制的控制を再び及ぼせようとした。財産及び利益の剥奪は、国家の通常の措置および国家機関による法の適切な執行とは区別されなければならない。一般論としては、投資受入国の一般福祉に反する私的財産の使用を避けるために全ての異なる法制度に於いて存在する規制措置は、収用には該当しない。しかし、本件においてはチェコ共和国政府の措置が ČNTS 社が有する法的権利を奪うためのものであったのであり、メディア委員会による作為および不作為は、法に従ったもしくは法の適用としてなされる通常の放送規制とみなすことは

できない。Southern Pacific Properties Biloune v エジプト¹及び Metalclad v メキシコ²によれば、公然と所有権を移動させる措置でなくとも、外国人投資家の財産の利益を実効的に無効にする措置は、事実上の収用または間接収用にあたる。ゆえに本件の措置はこれにあたるのであり、このような財産の剥奪が作為によるものか不作為によるものかは、結論に影響を与えない。

[paras. 591-609] (反対意見は、不作為の場合は義務内容の確定が困難であると指摘する。申立人は依然として株式を保有しており所有権の移転はなく、また投資財産の価値の喪失は剥奪には当たらないとして収用を否定している。)

V. 公正公平待遇 (FET)

メディア委員会による意図的な申立人の投資の損壊は、基本条約第 3 条 1 項の FET 違反にも該当する。多数意見は、外国人投資家が投資を決める際の条件を根本的に変更したことが、FET 違反となる。[para. 611] (反対意見は、メディア委員会の対応が公正な商関係の慣習に反するものとはいえないとして、FET 違反を認定していない。)

VI. 差別の禁止

同様に、本件メディア委員会の措置は、基本条約第 3 条 1 項の禁ずる不合理又は差別的措置の禁止に該当する。[para. 612]

VII. 完全な保障及び保護 (Full security and protection)

メディア委員会の措置は、申立人の投資についての保障と法的保護を剥奪する目的で行われたと認められるので、基本条約第 3 条 2 項の違反も認定される。[para. 613]

VIII. 国際法の諸原則との一致

申立人の投資財産に対する保護の意図的な損壊、価値の収用や不公正な待遇といったチェコ共和国による理不尽な行為は、申立人の投資の保護と保障を破壊するものであり、国際慣習法における外国人に対する最低待遇基準の原則の違反も構成する。ゆえに、チェコ共和国の行為は国際法の諸原則に一致せず、基本条約第 3 条 5 項及び第 8 条の違反を構成する。[para. 614]

IX. 賠償

申立人がチェコ共和国国内裁判所で利用可能な救済手段を尽くしていないことから損失を証明できないとするチェコ共和国側の主張は受け入れられない。[para. 417]

チェコ共和国は以上の違反の結果として、基本条約第 5 条に違反した収用行為について申立人に対して完全賠償義務を負う。完全賠償原則は、国際司法裁判所の Chorzów 工場事件判決 (1927 年) および国連国際法委員会作成の国家責任条文、その他数々の仲裁裁定にも示されて

¹ ICSID Case No. ARB/84/3 (1992)

² ICSID Case No. ARB (AF)/97/1 (2000)

いるとおり、国際違法行為の結果についての一般原則である。ゆえに、チェコ共和国は収用以外の行為についても本原則に基づく賠償義務を負う。[paras. 615-618]

X. 訴訟費用

重要性に乏しいため省略する。[paras. 619-623]

案件 88： ADF Group Inc. v アメリカ合衆国 (ICSID Case No. ARB(AF)/00/1 (NAFTA))

判断年月日： 2003 年 1 月 9 日 (最終仲裁判断)

仲裁廷の構成： Florentio P. Feliciano (フィリピン共和国・長)、Armand de Mestral (カナダ)、Carolyn B. Lamm (アメリカ合衆国)

一 判断のポイント：

- 特定履行要求については両当事者間で意見が対立しなかったため仲裁廷は深く検討したわけではない。しかしながら、ある措置が、NAFTA 第 1106 条に基づく特定履行要求の禁止に該当すると判断した初めての事例としての先例的価値を有する。
- その違反が追及されたわけではないにもかかわらず、適用除外の観点から政府調達については深い検討が為されている。
- バイ・アメリカン条項について問題となり得る論点について取り扱った事例としても先例的価値を有する。

二 事案の概要：

本件は、ヴァージニア州南部にある、スプリングフィールド・インターチェンジという、混雑する幹線道路の合流地点の建設計画に関する事件である。スプリングフィールド・インターチェンジの元々の設計は、1960 年代に為されたものであるが、その後の交通量の増加などを受け、1990 年代にヴァージニア州及びアメリカ合衆国政府は、インターチェンジの安全性及び効率性を高めるための工事に着手した。1998 年、ヴァージニア州交通局 (VDOT) がこの工事の入札募集を行ったところ、Shirley 社が 1,680 万ドルで入札した。さらにその Shirley 社が、インターチェンジの建設に必要な構造用鋼 (structural steel) についての入札を募集したところ、カナダ国籍の ADF グループの子会社である ADF インターナショナルがこれを勝ち取り、両者は、構造用鋼の提供について、1999 年 3 月 19 日に下請契約を締結した。この契約では、連邦が支出する高速道路建設ではアメリカ合衆国産の鉄材を使用することを要求する、いわゆる「バイ・アメリカン条項」 (the Buy America provisions) の定める条件を ADF インターナショナルは遵守するとされていた。そのため、ADF インターナショナルは、アメリカ合衆国産の鉄材を用いるつもりであったが、精製の一部については、親会社である ADG グループの所有するカナダの工場で行う予定であった。この点について、Shirley 社が VDOT に通知したところ、VDOT からは、ADF インターナショナルの計画は、あらゆる製造過程をアメリカ合衆国内で行うことを求めた、バイ・アメリカン条項に違反するとの助言が為された。Shirley 社、ADF インターナショナル、VDOT は協議を行ったが、VDOT の助言の根拠となったバイ・アメリカン条項の解釈は、連邦高速道路局 (FHWA, Federal Highway Administration) のものであり、Shirley 社及び ADF インターナショナルの主張は認められなかった。その後、両社は、FHWA とも交渉

を行い、「公共の利益」を理由としたバイ・アメリカン条項の適用除外を主張するも、VDOTからは、ADF インターナショナルと同等の能力を有するアメリカ合衆国企業は多く存在するため、根拠がないとされ、要求は却下された。

これを受けて ADF グループは、製造過程の大半をアメリカ合衆国に所在する他企業へと依頼することとなった。その結果、製造コストが著しく増大したとして、以下の 6 つの点について ICSID 仲裁を申し立てた。(paras 61-90)

- 内国民待遇義務 (1102 条) : バイ・アメリカン条項は、アメリカ合衆国の鉄材について、アメリカ合衆国以外の鉄材に対してより有利な待遇を与えることから、内国民待遇義務に違反する。
- 最低基準の待遇義務 (1105 条) : バイ・アメリカン条項は、NAFTA の文脈においてはそれ自体で不公正かつ不衡平であることや、投資家の正当な期待を裏切ることなどから、最低基準の待遇義務に違反する。
- 最恵国待遇義務 (1103 条) : 「公正衡平待遇」や「完全な保護及び保障」に関し、NAFTA 第 1105 条 1 項よりもアメリカ合衆国・アルバニア共和国及びアメリカ合衆国・エストニア共和国二国間投資協定が有利な待遇を与えており、アメリカ合衆国はそのような待遇を付与していないため、最恵国待遇義務に違反する。
- 特定履行要求を課したり強制したりしない義務 (1106 条) : 建設計画において 100%のアメリカ合衆国のコンテンツを要求することは第 1106 条 1 項(b)に違反し、アメリカ合衆国産の鉄材に対して有利な待遇を与えることを要求することは、第 1106 条 1 項(c)に違反する。
- 第 1102 条、1103 条、及び 1106 条の例外の不適用 (第 1108 条 7 項及び 8 項の効果—当事国による調達) : アメリカ合衆国は、その書面 (Counter Memorial) において、第 1108 条 7 項及び 8 項に基づき、本件は当事国による調達の問題であることから、第 1102 条、1103 条、及び 1106 条は適用されないとしたが、これには該当しない。
- スプリングフィールド・インターチェンジ計画以外の計画に関する請求 : ADF グループは、スプリングフィールド・インターチェンジ計画以外にもアメリカ合衆国で三つの連邦助成の高速道路計画に参加しており、それらについても損害を被った。

被申立国であるアメリカ合衆国は、以下の四つの形で ADF インターナショナルの主張に反論した。(paras 91-108)

- 内国民待遇義務 (1102 条) 及び特定履行要求を課したり強制したりしない義務 (1106 条) : 第 1102 及び 1106 条は、第 1108 条 7 項及び 8 項に基づき、適用されない。他方、本件調達は州政府によるものであることから、NAFTA 第 10 章の適用範囲ともならない。
- 外国投資家及び彼らの投資の最低基準の待遇義務並びに 2001 年 7 月 31 日の FTC 解釈 (1105 条 1 項) : FTC の解釈に従えば、投資家は、第 1105 条 1 項の違反を追及する際、受入国の措置が「慣習国際法上の特定の規則」に違反していることを証明する必要があるが、ADF インターナショナルはそのような証明を行っていない。

- 最恵国待遇義務（1103条）：ADFグループが第1103条に基づく主張を行うタイミングが遅かったため、仲裁廷は管轄権を有さず、仮に有したとしても、第1108条に基づき第1103条は適用されない。
- スプリングフィールド・インターチェンジ計画以外の計画に関する請求：ADFグループが申し立てた、スプリングフィールド・インターチェンジ計画以外のアメリカ合衆国での三つの連邦助成の高速道路計画について、仲裁廷は管轄権を有さない。

三 判断概要：

(1) NAFTA 第1103条に関する ADF グループの請求を検討する管轄権（paras 127-139）

アメリカ合衆国の措置が NAFTA 第1103条に違反するという ADF グループの申立てに対し、被申立国であるアメリカ合衆国は、仲裁廷は管轄権を有しないと主張した。アメリカ合衆国によれば、2000年2月29日に ADF グループより提出された仲裁申立意思通知や同年7月19日に提出された書状においても、第1103条の違反について言及していなかったため、第1119条の条件を満たさず、仲裁廷は第1103条については管轄権を有さない。

この点について仲裁廷は、関連する第1122条、1121条、1119条、さらには ICSID の仲裁手続規則を参照し、仲裁申立意思通知において、仲裁において請求する主張やあらゆる条文を列挙する必要は必ずしもないとした。確かに、ADF グループの第一書面には第1103条の主張は記載されていないものの、第二書面以降には書面段階においても記載されていることから、ADF グループは、アメリカ合衆国に非公正な不意打ち的に主張を行ったわけではない。そのため、仲裁廷が第1103条について管轄権を行使することが妨げられるわけではないとした。

(2) スプリングフィールド・インターチェンジ計画以外の連邦助成（Federal-aid）の工事計画に関する ADF グループの請求を検討する管轄権（paras 140-146）

仲裁申立意思通知において ADF グループは、スプリングフィールド・インターチェンジ計画に対するアメリカ合衆国措置の適用のみを扱っていた。ただし、ADF グループは同時に、アメリカ合衆国措置の継続的な適用は、ADF インターナショナルにさらなる損害をもたらすだろうし、ADF インターナショナルが将来に連邦助成の高速道路建設計画に参加する能力を制限すると主張した。第一書面において、ADF グループは、スプリングフィールド・インターチェンジ計画以降、三つの連邦助成の高速道路計画に参加してきたとし、アメリカ合衆国の措置はこれら三つの計画に関連しても、ADF グループに損害を与えると主張している。その上で、損害の程度は、次の段階で扱えばよいと提案した。

この点について仲裁廷は、三つの他の計画については、参加を規律する法的レジームや契約書などの証拠が示されていないことを強調した。そのため、もし仮に仲裁廷がこの点について管轄権を行使するとなれば、アメリカ合衆国にとっては、責任について、反論する機会を十分に与えられることがなくなり、適正手続きを否定することとなる。その帰結として、仲裁廷は、スプリ

ングフィールド・インターチェンジ計画以外の連邦助成の工事計画に関する請求については、受理不可能とした。

(3) 第 1102 条、1106 条、1108 条：内国民待遇、ローカルコンテンツの禁止、政府調達
の文脈における特定履行要求

(a) 解釈についての先決的な検討 (paras 147-149)

ADF グループは、解釈に際しては、NAFTA の目的に照らし合わせ、国際法の適用可能な規則に従って為されるべきと主張した。これに対し仲裁廷は、NAFTA 全体の目的は抽象的であり、具体的な規則を解釈する際にはさほど有用ではないとした。他方で、NAFTA は章ごとに条文や定義を有することから、章それぞれを検討することの重要性を指摘しつつも、NAFTA 全体の構成 (entire structure) の文脈で読まなければならないとした。

(b) ADF グループの第 1102 条及び 1106 条の主張並びに第 1108 条(7)(a)及び(8)(b)の評価 (paras 150-174)

第 1102 条と第 1106 条に基づく主張については、アメリカ合衆国が両者に対し同時に反論していることから、仲裁廷も一括して扱う。仲裁廷は、NAFTA 第 1139 条で定義される「投資財産」や「企業 (enterprise)」の意味合いなどを確認した上で、ADF インターナショナルが両者にあたることなどを確認した。

仲裁廷はまた、問題となるアメリカ合衆国の措置は、本質的には、スプリングフィールド・インターチェンジ計画に用いられる鉄材が、アメリカ合衆国で製造・精錬 (fabricate) されていることを要求するものであるとする。ADF グループは、この点が第 1102 条に違反すると主張するが、これに対しアメリカ合衆国は、自国の措置は、カナダで製造・精錬された鉄材を差別するものであり、これは、NAFTA 第 3 章の問題であって、投資家と国家の紛争解決を定めた第 11 章の問題ではないと主張した。換言すれば、ADF グループの主張は、アメリカ合衆国における「投資財産」ではなく、「モノ (goods)」に関係するものであるということである。さらにアメリカ合衆国は、アメリカ合衆国で製造・精錬された鉄材を用いなければならないのは、アメリカ合衆国の投資家も同様であり、この措置が、第 1102 条で規定される内国民待遇に抵触することはないとした。この点について仲裁廷は、ADF グループは、アメリカ合衆国の主張を退けるような、建設業などの自社と同様の事業を行うアメリカ合衆国企業が、自社より優遇されていることを証明できていないとした。それ故、第 1102 条違反は確認されないとした。

第 1106 条について、ADF グループは、アメリカ合衆国の措置は、ローカルコンテンツ及び他の特定履行要求に該当すると主張した。これに対しアメリカ合衆国は、自国の措置が、第 1106 条 1 項(b)でいうところの国内コンテンツの要求や、第 1106 条 1 項(a)でいうところのアメリカ合衆国で製造されたモノや提供されたサービスへの優遇の要求に該当することについては異論はないとした。ただしアメリカ合衆国は、本件で問題となる措置に対しては、「当事国による調達 (procurement by a Party)」の場合に第 1106 条の例外を定めた第 1108 条 8 項(b)が適用さ

れると主張した。この点について仲裁廷は、まずは「調達」の意義について、NAFTA で規定される「政府調達」の言葉に縛られずより一般的に、「取得 (obtaining)」することであると、助成金の付与などは調達には含まれないとした。その上で、本件におけるスプリングフィールド・インターチェンジ計画は、ヴァージニア交通局が所有権者となることからヴァージニア州による政府調達には該当するが、連邦政府による政府調達ではないとした。その上で、第 1108 条の「当事国による」については、NAFTA 第 1001 条 1 項の政府調達の定義や、第 1108 条の文脈、さらには、ILC 国家責任条文第 4 条に言及し、一般的に、政府調達や「当事国による調達」には、連邦政府だけでなく、州や地方政府による調達も含まれるとした。他方、本件で問題となり得る NAFTA 第 10 章では、政府調達は、付属表に列挙された連邦政府機関によってとられた措置のみであるとされている。それ故、付属表に列挙されていない機関による調達措置は、第 10 章に服するわけではないとした。さらに仲裁廷は、第 1001 条によれば、付属表に記載されていなくとも、地方自治体や政府の意向によっては、新たに第 10 章に服する可能性があることは認めつつ、そのような意向も確認されないとした。これらの検討を元に仲裁廷は、ADF グループの主張は、スプリングフィールド・インターチェンジ計画がヴァージニア州や連邦政府による政府調達に該当するという主張ではなく、連邦政府がヴァージニア州に、バイ・アメリカン措置を ADF インターナショナルらに強制的に課させたことが第 1106 条に違反するという主張であるとした。しかしながら、仲裁廷は、そのような連邦による強制は確認できないとして、第 1106 条違反はないとした。

(4) 第 1105 条 1 項：慣習国際法上の最低基準の待遇

(a) 一般的検討(paras 175-186)

第 1105 条 1 項についての ADF グループの主張について判断する前に、仲裁廷は、自由貿易委員会 (FTC) が 2001 年 7 月 31 日に示した解釈に関する一般的な見解を示した。仲裁廷によれば、NAFTA 第 1132 条 2 項に従えば、FTC により提示された NAFTA の解釈は NAFTA 第 11 章の下で設立される裁判所を拘束する。この点について、ADF グループは、FTA の示した解釈が解釈ではなく、「改正 (amendment)」であるとの理由で異論を唱えるが、仲裁廷はこのような主張を受け入れなかった。その上で仲裁廷は、2001 年 7 月 31 日の FTC の解釈が第 1105 条 1 項における「国際法に従った待遇」とは、慣習国際法に規定される外国人の待遇の最低基準であることを確認し、さらに、この最低基準は時代とともに発展するものであるとした。

この点、ADF グループは、慣習国際法上の最低基準が「公正衡平待遇」や「完全な保護及び保障」を含むと主張した。これに対しアメリカ合衆国は、このような包括的な義務が含まれているわけではなく、ADF グループは、慣習国際法上の特定の規則 (specific rule) を証明しなければならないとした。仲裁廷は、ICSID の *Mondev* 事件を踏襲し、慣習国際法上の最低基準について包括的な検討をするわけではなく、本件で問題となるアメリカ合衆国の措置が、「公正衡平待遇」や「完全な保護及び保障」を提供する受入国に要求する一般慣習法の基準と合致しているか否かを判断するとした。

(b) ADF グループの 2001 年 7 月 31 日の FTC 解釈により解釈される第 1105 条 1 項に基づく主張の評価 (paras 187-149)

ADF グループは、第 1105 条 1 項の違反を主張するために、以下の四つの主張を行った。①アメリカ合衆国の措置はそれ自体で NAFTA の文脈において不公正・不衡平であること、②アメリカ合衆国交通局の FHWA が既存の判例法を ADF インターナショナルに適用しなかったことは、投資家の正当な期待を裏切るものであること、③FHWA は 1982 年 STAA の条件を無視したこと、④アメリカ合衆国は第 1105 条 1 項の義務を信義誠実に遵守しなかったこと、である。これらの主張について、仲裁廷はいずれも認めなかった。

(5) 第 1103 条：最恵国待遇並びにアメリカ合衆国・アルバニア共和国及びアメリカ合衆国・エストニア共和国二国間投資協定 (paras 193-198)

ADF グループは、NAFTA 第 1103 条に規定上の最恵国待遇に基づき、NAFTA 第 1105 条 1 項よりも「公正衡平待遇」や「完全な保護及び保障」に関し、より有利な待遇を与えていると考えられるものとして、アメリカ合衆国・アルバニア共和国及びアメリカ合衆国・エストニア共和国二国間投資協定を挙げた。これに対しアメリカ合衆国は、ADF グループが両投資協定における「公正衡平待遇」や「完全な保護及び保障」の解釈を否定した。この点、仲裁廷は、仮に ADF グループの主張が正しいとしても、第 1108 条 7 項(a)の例外に該当するか否かも検討する必要があるとし、本件が「当事国による調達」であり、第 1102 条及び 1103 条の適用を除外することから、アメリカ合衆国による第 1103 条違反は確認されないとした。

また、仲裁手続きの費用について、アメリカ合衆国からは、ADF グループが負担するようにとの要求が為されたが、仲裁廷は、本件事案の性質に鑑み、負担は等分とするとした。

案件 89: Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v メキシコ (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2)

判断年月日: 2003年5月29日(本案)

仲裁廷の構成: Horacio A. Grigera Naón (アルゼンチン・長)、José Carlos Fernández Rozas (スペイン王国)、Carlos Bernal Vereza (メキシコ)

一 判断のポイント:

- ・ 条約発効前の行為であっても、発効後の行為との継続性があると認められる場合、仲裁廷は一連の行為と看做し、被告国の行為の違法性評価の対象とする。
- ・ 実体的な保護のレジームの運用範囲の明確化に関わる決定的な事項は、MFN 条項の適用対象とはならない。
- ・ 間接収用について、措置により守られる利益と投資の保護が比例均衡していなければ、申立人の経済的利益を根本的に剥奪するものとして違法性が認定される。
- ・ 公正衡平待遇は、信義誠実の原則を基礎として投資家に措置の一貫性、透明性を担保することを投資受入国に対して要請する義務である。

二 事案の概要:

スペイン王国籍企業の Tecmed 社(以下、申立人)は、子会社を通じ、メキシコ国内において操業許可を受けて有害廃棄物処理場を運営していたところ、近隣州から汚染された土を輸送していることを理由に近隣住民による反対運動が行われ、政府当局は処理場運営の許可更新を認めず処理場を閉鎖するように求めた。申立人は、メキシコ側の要請に応じ代替地の運営許可発行という条件で処理場を移転することに同意した。その後、処理場の移転地が決定していないにも拘らず、メキシコ政府の環境保護政策や規制の責任を負う機関(INE)によって運営の許可更新が拒否され廃棄物処理場は閉鎖された。このことから、申立人は、メキシコ政府の措置が違法収用であり、さらにスペイン王国・メキシコ BIT(以下、基本条約)の公正衡平待遇、最恵国待遇、内国民待遇に違反しているとして、ICSID 追加手続きに基づき仲裁に付託した。

三 判断概要:

仲裁廷は全会一致で、メキシコ政府の支払い後直ちに、申立人に埋立地の所有物と関連資産一切を移転するよう命じつつ、メキシコによる基本条約第4条1項(最低基準待遇)及び第5条1項(国有化及び収用)の違反を認定し、メキシコに約550万ドルの賠償金支払いを命じた。

I. 時間的適用範囲 (*ratione temporis*)

メキシコが提出した抗弁に基づき、先決事項として(i)本仲裁廷が管轄権を有するか、(ii)請求

提起時期の適切性、(iii)申立人が処理場に関連して取得した財産の価格と範囲について検討する。

[para. 52]

まず(i)について、申立人は基本条約第2条2項（内国民待遇・最恵国待遇条項（MFN））に基づいて、当該条約の発効（1996年12月18日）以前に生じた投資への毀損についても、遡及的に適用され保護されると主張した。仲裁廷は、遡及適用か否かではなく、基本条約の文言と条約解釈規則に基づいて判断する。事実の経緯をみると、条約発効以前のメキシコの行為には、それのみで基本条約の違反を構成するようなものは含まれていないが、当該行為が条約発効後のメキシコの行為と組み合わせることで、条約違反を構成するかを検討しなければならない。申立人の主張は、第一にメキシコの条約発行前から続く一連の行為により漸進的に投資家としての権利及び法的地位が毀損された、第二にメキシコの行為による最終的な結末を知る前であっても基本条約の違反を完全に認識できた、というものであるが、国際法の基本原則に従えば条約発効前の行為に条約が適用されることはない。よって申立人には、遡及適用が認められる例外的解釈が導かれる理由を立証する責任がある。

条約各条の文言では一貫して未来時制が用いられており、条約発効時点で存在した投資にも遡及的に適用されることが想定されているとはいえ、条約法条約第28条（条約の不遡及）に照らして解釈すれば、条約発効前の出来事や行為それ自体については仲裁廷の管轄外であるが、条約発効後まで継続している行為については管轄内にあるといえる。

申立人は *Emilio Agustín Mafezzini v. ス페인王国* を引用し MFN の均霑による管轄権拡大を主張するが、条約適用の時間的範囲の問題はその重要性からいっても、両当事国が合意に至る際の主要な検討事項であり、このように実体的保護のレジームの運用範囲の明確化に関わる決定的な事項は、MFN による均霑によって当事国意思が損なわれてはならない。ただしメキシコの行為については、条約法条約第26条（合意は守られなければならない）、第18条（条約の効力発生前に条約の趣旨及び目的を失わせてはならない義務）に具体化されている信義則を考慮に入れなければならない。[paras. 53-71]

次に、(ii)及び(iii)については、メキシコの抗弁が管轄権を否定するものではないとして棄却した。[paras. 72-92]

II. 間接収用

申立人は、INE による処理場運営許可更新の拒否は収用に当たると主張し、これに対しメキシコは、INE の行政裁量は専ら国内法にて規律されるのであり、法改正によって処理場に関する権利を漸進的に、恣意的にかつ差別的に取得した訳ではないと反論したが、両者とも処理場に対する地域住民の反対運動があったことは認めている。[paras. 95-112]

基本条約における「収用」の定義は明白ではなく、収用に当たる措置や行為も特定されていない。直接収用は、形式的には行政的又は立法的行為による強制的な私有財産の取得を意味するが、所有権の移転を伴わない事実上 (*de facto*) の収用に該当する状況も存在する。後者は一般的に「間接収用」と呼ばれ、そのうち漸進的に行われるものは「忍び寄る収用」、その他のものは「事

実上の収用」と区別される。本件のメキシコの行為が、基本条約第5条1項の文言での収用に当たるか、それが申立人の投資の経済的利用と享受を根本的に（radically）不可能にするものであるのか、処理場やその開発についての収入や利益など関係する権利が存在しなくなったのか、換言すれば、メキシコの行為によって失われた関係資産の価値、所有者の経済的利用と当該損失の範囲を決定しなければならない。妨害措置の形態よりも影響（effects）が、実体的な資産及び権利の剥奪は事実上の収用に当たるか否かの判断に重要である。価値の損失又は投資の経済的利用と損失の範囲は、規制措置（regulatory measure）と事実上の収用を区別する重要な要素であり、収用ではそれらの剥奪が一時的ではない。本件メキシコの行為は、その効果だけではなく特徴からも収用の要件を満たすものである。[paras. 113-118]

基本条約第5条1項の文の通常の意味に拠れば、警察権力の枠組みで行われる国家の主権的行為による経済的損失については争わないとする原則は、本件には当てはまらない。規制措置も一義的に収用の要件を満たさない訳ではなく、これらの行為・措置が与えた経済的悪影響に加えて、これらの行為がそれによって保護される公的利益及び投資に対して与えられる法的保護と均衡性があるのか否かを検討しなければならない。国家が公共政策をどのように定義するかは、仲裁廷による当該措置の合理性の判断に影響しない。資財産に与える影響の重要性を認識して、政府の行為や措置が、その目的及び経済的な権利や正当な期待への影響との関係で合理性を有するかを検討することが必要である。投資家の正当な期待は、措置が収用に当たるかどうかの判断に関連する。欧州人権裁判所 *James and Others* 判決（1986年）によれば、投資家に課される責任（charge）と収用措置によって実現される目的は比例しなければならない。[paras. 119-122]

申立人は操業中に数々の違反を行ったとはいえ、メキシコ当局自身が、処理場が、公衆衛生に重大な影響を与えるようなものでも、生態系の不安定化をもたらすものではないとの認識をもっており、申立人の軽微な違反が直ちに埋立場の許可の取消や停止にするには十分でないとの連絡も政府内では交わされていた。ゆえに、投資家による規制違反は軽微なものであり、拒否の本当の理由は、地域住民の反対運動という社会的政治的な政府への圧力と関係している。投資家は国民に対して政治的権利を行使することができないため、本件措置の決定への参加は限定的であった。国家の措置が収用に当たるかを評価するに当たっては、当該措置が目的に照らして合理的であったかを検討する。政府の行為の経済的影響に加え、社会的危機又は公的不安（public unrest）の存在は、当該措置の均衡性の評価に関連する要素である。後に処理場反対の住民運動が起こったとはいえ、申立人が投資を行った際には当該処理場所在地の合法性に疑義はなく、また処理場移転に関する問題にも住民運動の影響が認められる。処理場そのものが当局による委任を受けていたのであり、緊急事態であった訳でもなく、処理場は環境への配慮を欠いていた訳でもない。処理施設の運営が環境及び公衆衛生に対する現実のもしくは潜在的な脅威になっているとする根拠はなく、軽微な違反が及び地域住民の反対への対応を理由として許可の更新を拒否し、操業自体を不可能にしてしまうことは、規制の目的との均衡性を欠き、収用に当たる。[paras. 123-151]

III. 公正衡平待遇（FET）

基本条約第4条1項の定めるFETでは、国際法上確立した信義則に照らし、締約国に外国投資家が投資をするにあたって考慮に入れた基本的な期待を裏切らないような扱いを国際投資に提供することが要求される。外国投資家は投資受入国に対し、一貫性のある行動をとること、すなわち、投資に影響しうるあらゆる法令や規制、関係する政策や行政実務あるいは命令を外国投資家が事前に知り、投資計画を立て、それらの規制を遵守することを可能ならしめるような、曖昧さとは無縁な完全に透明な態度で行動することを期待している。また、外国投資家は投資受入国に対して、例えば既存の決定や許可について、投資家が契約責任を引き受ける上で、また、商業及び事業活動を計画し開始する上で、期待していたものを恣意的に取り消さないような、一貫性ある行動をとることも期待している。さらに、投資家は投資家の行動や投資に影響しうる法的手段を通常割り当てられた機能に即して用いること、そして必要とされる補償をすることなく投資家から投資財産を奪わないことも投資受入国に期待している。[paras. 152-154]

本件においては、メキシコ政府が申立人に対して処理場を移転すれば事業を継続することができることと保証したにも拘わらず許可更新を拒否するといった、一貫性及び透明性が欠如する対応をとったため、メキシコ政府の行動は予想できるものでなく、投資家の正当な期待を害したとしてFET違反が認められる。[paras. 155-174]

IV. 完全な保護及び保障 (full protection and security)

申立人は、メキシコ政府が地域住民の反対運動を推奨し、さらに警察や司法機関による適切な対策を講じなかったとして、基本条約第3条1項の定める完全な保護及び保障に違反したと主張したが、仲裁廷は証明が不十分であるとして請求を棄却した。[paras. 175-182]

V. 賠償

基本条約第5条2項によれば、取用ないしその他類似の措置については「公正な市場価値 (fair market value)」に相当する賠償が支払われなければならない。ただし、申立人の主張したキャッシュフロー分析は、賠償額算定方法として認められない。[paras. 183-186]

取用に関するメキシコ法第10条も被取用財産の商業的価値に基づく賠償が迅速に支払われなければならない旨を定めている。ゆえに、本仲裁判断にて違法性が認定される全ての行為について完全賠償がなされなければならない。また、投資の市場価値については、申立人が立証責任を負う。[paras. 187-190]

アームズ・レンダス原則に基づく当事者間の公正な取引によって作られる公正な価値投資の市場価値に対して賠償が支払われるべきである。また、投資に対する地域の反対が、損害の評価に影響する。損害の賠償には逸失利益も含まれる¹。被告人の行為が申立人の評判失墜に与えた影響に対する精神的損害の請求については、証拠が不十分であるため認められない。取用されたと見做される財産の国家への移転による賠償について、申立人に実効的支払いがなされなければならない。[paras. 191-200]

¹ P.C.I.J., Chorzów Factory case, (1938) P.C.I.J., Ser. A, 17, p. 29, 47.を引用している。

案件 90: Československá Obchodní Banka, A.S. (CSOB) v スロバキア共和国 (ICSID Case No. ARB/97/4)

判断年月日: 2004 年 12 月 29 日

仲裁廷の構成: Hans van HOUTTE. (長・ベルギー王国) から先決的抗弁 I で Thomas Buergenthal (アメリカ合衆国 (スロバキア共和国生まれ) に交代、Andreas Bucher (スイス連邦)、Piero Bernardini (イタリア)

一 判断のポイント:

- ・ 契約違反の問題について契約中の法選択条項に基づき BIT を適用
- ・ 契約条項の不遵守によって投資家に対して BIT 違反が起こりうる場合、契約条項が投資家を直接対象としていなくとも、当該不遵守による責任追及が投資家に認められる

二 事案の概要:

申立人、Československá Obchodní Banka, A.S. (CSOB) は、チェコ共和国法に基づいて設立された商業銀行である。申立人は、被申立国 (スロバキア共和国) に対するチェコ・スロバキア BIT (以下、本件 BIT とする) とその投資家国家間の紛争解決条項への参照を含む「財務連結合意 (Financial Consolidation Agreement、以下、「連結合意」)」に基づく義務を被申立国が履行していないことにより生じた損害賠償を請求する紛争を ICSID 仲裁に付託した。

連結合意は、計画されていた民営化に先立って、銀行の金融再編に関して、1993 年にチェコ共和国、被申立国、申立人の間で締結された合意であった。

申立人は、旧チェコスロバキアの外国貿易銀行であった。旧非市場経済圏の多くの他の金融機関と同様に、申立人はチェコ共和国とスロバキア共和国の経済が市場システムから進化するにつれて、支払能力と競争力を維持するために財務再編を要求した。

再編は、3 つの段階で行われた。第 1 段階では、申立人の不履行関連の国家関連資産および負債は、それぞれの人口を反映してチェコ共和国と被申立国に 2 : 1 の比率で移転された。第 2 段階では、申立人の民営化が準備された。この目的のために、連結合意に従い、チェコ共和国と被申立国 (スロバキア共和国) はそれぞれ、申立人の特定の不良債権を割り当てる特別目的の債権回収会社を設立した。被申立国債権回収会社 (SI) に関しては、「CSOB / SI 契約」と総称されるいくつかの契約が締結された。申立人は、連結合意に従い、各債権回収会社に対し、割り当てられた不良債権の名目価値に相当する金額の融資枠を拡張した。申立人の貸借対照表から不確実な債権が除去され、当該債権は、申立人による融資として資金が提供されたチェコ共和国と被申立国の債権回収会社によって支払われた。第 3 段階では、申立人の民営化がなされた。この民営化は、申立人への残りの国家参画の少なくとも 51% が 1 人の戦略的投資家に売却されることを要求する。チェコ共和国国家株主 (チェコ共和国国家財産基金、チェコ共和国財務省、チェコ

国立銀行) およびスロバキア国立銀行が株式をベルギー銀行である KBC に株式を売却して民営化が行われた。申立人の再編と民営化は、チェコ共和国と被申立国の双方にとって有益であった。再編の前に、申立人の民営化は難しく、それほど収益性の高いものではなかった。被申立国は、申立人の資本の増加に 10 億 5500 万チェコ・コルナを出資した。申立人は、被申立国が被申立国債権回収会社による損失をカバーする約束をし、これらの損失をカバーする義務が 135 億 2371 万 2976 スロバキア・コルナに達したと主張している。被申立国がそのような額の損失を補償する必要があるか否かを検討する。いずれにせよ、被申立国に 1700 億スロバキア・コルナ以上をもたらした申立人の民営化は、被申立国にとって有益な事業であったことに留意する。

債権譲渡と資金調達の本質的な特徴の 1 つは、これらの回収会社に割り当てられた不良債権は、回収会社の申立人に対する貸付債務を満たすのに十分な収入を生み出すとは考えられないので、連結合意においてチェコ共和国と被申立国が、債権回収会社の「損失をカバーする」ことに合意していたことである (連結合意第 3 条 II 項 5 段落)。

申立人は、被申立国は、被申立国債権回収会社の損失をカバーしなかったと主張した。被申立国債権回収会社は、結果的に申立人への貸付債務を不履行とし、後に破産手続きを受けた。

申立人は、被申立国債権回収会社から返済されなかった融資、利息、利益および費用の喪失からなる約 400 億スロバキア・コルナ (約 14 億アメリカ合衆国ドル) の損失を主張した。なお、管轄権判断において、仲裁廷の管轄は連結合意の下で発生する請求に限定されると決定した。(paras.1, 18-37)

三 判断概要：

I. 適用法

被申立国は、連結合意は法的合意ではなく、単にチェコ共和国と被申立国が申立人再編の第 2 段階を進めるといふ政治的意思を表明する単なる政治的決議であると主張し、法的拘束力があり執行可能な義務を持たない枠組合意に過ぎないと主張したが、管轄権段階において連結合意が法的合意であると判断した。連結合意は、公的目的で結ばれたが、法的性質の権利や義務を含むことを排除しない。申立人の主張は、チェコ共和国、被申立国および申立人の間で締結された連結合意に基づくものである。(paras.48-51)

当事者 (申立人・被申立国・チェコ共和国) が署名した文書を連結合意と名付け、チェコ共和国法 (第 7 条) に服させることによって、当事者自身が、単なる政治的決議ではなく、法律が適用される「合意」とみなしている。連結合意第 7 条には、連結合意上生じる紛争を ICSID 仲裁に付託する旨の本件 BIT への言及も含まれていた。(paras.52-55)

まず、連結合意が、国際 (公) 法により統治されるか、統治されるならばどの範囲か、という問題を検討する。連結合意は、全体としては、国際法上の国家間条約ではない。チェコ共和国および被申立国は、商業事業体である申立人も当事者となっているという点で、当該合意を国際法上のものとして締結していないと考えられる。被申立国側の専門家も、国際法が 2 つの共和国間の関係に適用されるとしても、私人当事者 (被申立国) の権利と義務は国内法によって管理さ

れていると認めている。また、同専門家は、いわゆる「国家契約の理論」に関連しても、連結合意第 7 条 4 の法選択条項に含まれるチェコ共和国法に照らして、国際法の適用範囲がかなり狭いことを認めている。チェコ共和国法を通じた国際法の適用も本件については関係がない。しかし、ICSID 条約第 42 条 1 により、仲裁廷は「両当事者が合意する法規に従って紛争について決定を行なう」とされており、連結合意第 7 条 4 においてチェコ共和国法に加えて本件 BIT に準拠することには国際法への黙示の含意があるように思われる。連結合意の当事者は、第 7 条 4 において本件 BIT を参照することにより、本件 BIT 第 8 条の仲裁条項を連結合意に組み込むことを意図していた。連結合意第 7 条 4 項における本件 BIT への言及は、この特定の規定（仲裁条項）に限定されず、連結合意への本件 BIT の取り込みは、連結合意の解釈と適用に関連する本件 BIT の他の条項に関しても可能である。(paras.58-63)

チェコ共和国法の適用に関し、被申立国は、連結合意当事者は、チェコ共和国公法を準拠法選択したと主張するが、本件での問題は、申立人には、被申立国に対して、連結合意第 3 条の損失カバー規定に基づく請求権が認められるか否かである。法的要件が満たされれば、申立人のような私的当事者に有利な権利を創出することができるチェコ共和国法、すなわちチェコ共和国私法の規則に基づいて判断されなければならない。国家機関や国家機関と国民との間の関係を規律する公法の性質からも、主権国家間の平等の観点からも、チェコ共和国公法は、被申立国に対して適用されない。(paras.64-70)

したがって、連結合意、チェコ共和国私法および本件 BIT がこの紛争において適用法を構成する。

II. 連結合意上の損失カバー義務の内容と範囲

本件紛争は、「申立人のバランスの改善」を目的とした連結合意第 3 条の意味に関するものである。申立人の不良債権をチェコ共和国と被申立国の債権回収会社に約 3 : 1 の割合で移転することが合意されている。この規定に基づき、申立人および各債権回収会社は、実際に移転された債権を後の契約で特定する必要があった。連結合意第 3 条 (II) 3 段落は、回収会社が、申立人への支払いに、割り当てられた債権の名目価値と、その時点までに発生した利子とを「考慮」しなければならないと規定している。割り当てられる債権は不履行とみなされ（不良債権）、少額のみ回収可能であったため、債権回収会社は、申立人への借入金が返済可能となる割当債権の完全な名目価値を回収できなかった。「損失カバー条項」とされる連結合意第 3 条 (II) 5 段落は、債権回収会社の損失は、1995 年から 2003 年の間に各国（チェコ共和国、被申立国）から補償されるものとし、両国財務省は、それぞれ、債権回収会社がそれぞれの領域で行った損失を補償することを約束し、この目的のために、チェコ共和国財務省は、チェコ共和国国有財産基金の協力により、チェコ債権回収会社の損失を補うための仕組みを準備しなければならず、被申立国財務省は、被申立国債権回収会社の損失のために同様の仕組みを準備すると規定する。被申立国は、チェコ共和国民法第 37 条 (1) およびチェコ共和国商法第 267 条 (2) を根拠に、この規定は必要な正確さを欠いており、曖昧であり、十分に具体的ではなく、分かりにくく、被申立国の

義務の対象とされるものを法的拘束力のある方法で適切に識別するものではないと主張する。
(paras.73-81)

契約条項が「明確かつ分かりやすい」こと（チェコ共和国民法第 37 条）、履行義務を適切に識別すべき（チェコ共和国商法第 269 条）という要件は、条項文言が詳細かつ正確であることを要求せず、その内容を理解するために単に条項を読むだけで十分であれば充足される。チェコ共和国民法第 37 条およびチェコ共和国商法第 269 条は、それぞれチェコ共和国民法第 35 条およびチェコ共和国商法第 266 条に照らして読まれなければならない。(paras.82-84)

チェコ共和国民法第 35 条とチェコ共和国商法第 266 条の関係は、議論のある問題である。商業契約には、チェコ共和国商法第 1 条 (2) に明示されているようにチェコ共和国商法が適用される。しかし、チェコ共和国最高裁判所の最近の 3 つの判決は、民法第 35 条が商法第 266 条に優先するという見解を支持していない。むしろ、後者の規定が優先されるか、または両方の条文が組み合わされて、同じ解釈になると判断している。商法第 1 条 (2) に基づき、これらの最高裁判決に照らしても、商法の規範によって規制される事項について民法第 35 条が商法第 266 条に優先するとの主張は認められない。ただし、商法第 266 条は民法第 35 条に優先するが、商法第 266 条だけでこの問題についての結論を決定するわけではない。(paras.85-93)

関連法令を適用し、支払期間等の事実関係を検討すると、連結合意第 3 条において、被申立国は、被申立国債権回収会社による「いかなる損失」について「利息の支払いを含めて」カバーすることを約束したと判断する。(para.155) この連結合意の「損失カバー」条項の解釈により、この条項は、割当済債権の回収が、申立人の貸付金の返済に当てられない場合、すぐに、債権回収会社の損失をカバーする被申立国の義務を適切かつ明確に特定したと結論づける。(para.167)

III. 申立人に対する義務違反

被申立国は、連結合意の「損失カバー」条項は被申立国債権回収会社に関して規定しており、それは受益者として申立人を規定していないと主張した。しかし、「損失カバー」条項が、申立人について明示的に言及していないことは事実であっても、申立国の「損失カバー」義務は、損失について被申立国に対して請求する権利が申立人に認められる場合にのみ意味がある。そうでなければ、申立人は、融資のための意味のある保護を奪われることになる。このことは、BIT 第 2 条 2 に規定される「完全な保護及び保障」を申立人に与える被申立国の約束に違反することになる。したがって、申立人が連結合意の「損失カバー」条項の下で請求する権利を有していないという被申立国の主張を棄却する。(para.170)

被申立国は、申立人による融資に対して債権回収会社が返済できる方法で損失カバーの義務を遵守せず、申立人の損害は被申立国の損失カバー義務の違反によって生じた。

IV. 損害等

損害の認定についてもチェコ共和国法を適用する。仲裁廷は、連結合意第 3 条に基づき、被申立国債権回収会社が申立人に対して債務を返済して、損失を被っている状態にない限り

(申立人に損失がある限り)、被申立国は申立人の損失を補償する必要があると判断した。申立人に対する賠償額は、248 億スロバキア・コルナ(約 8 億 6700 万アメリカ合衆国ドル)とする。(para.351)

仲裁費用については、被申立国は自身の費用を負担するのに加え、申立人の費用のうち、1000 万アメリカ合衆国ドルを負担する。申立人はそれを超える自身の費用を負担する。(para.370)

案件 91 : Eureko v ポーランド共和国 (UNCITRAL)

判断年月日 : 2005 年 8 月 19 日 (部分裁定)

仲裁廷の構成 : Louis Yves Fortier (カナダ)、Stephen Myron Schwebel (アメリカ合衆国)、Jerzy Rajski (ポーランド共和国)

一 判断のポイント :

- ・ 契約およびその補遺による投資家の「基本的期待」の成立と閣議および財務大臣の行為によるその違反の認定
- ・ FET 違反を構成する作為・不作為の水準は、「法外 (outrageous)」および「ショッキング」であるとは限らないことの示唆
- ・ 嫌がらせ行為が繰り返され、継続される場合、投資受入国は FPS 義務として行為を防止する義務がある
- ・ 国家が直接的または間接的にその契約上の権利の利益を投資者から剥奪した場合、収用規定の対象となる
- ・ 公正衡平待遇条項、収用条項に違反する被申立国の作為・不作為は、義務遵守条項にも違反しうる

二 事案の概要 :

本件は、被申立国の保険会社の民営化に関連する投資に関するものである。Powszechny Zaklad Ubezpiezen S.A General Insurance Company (PZU) は、ポーランド共和国国有の保険会社であった。PZU は、Powszechny Zaklad Ubezpiezen ma Zycie S.A. (PZU Life) の株式の 100% を保有していた。PZU Life は、様々な子会社を保有していた。PZU およびその子会社 (PZU Life を含む) を「PZU グループ」とする。PZU グループは 1990 年代、ポーランド共和国の最大手保険グループであっただけでなく、中東欧の大手金融機関の一つだった。

1999 年 3 月 18 日、被申立国は、民営化政策を推進するため、閣議において、PZU の民営化を開始する決定を行った。この決定に従って、PZU 株式の保有者であるポーランド共和国の国庫は国際入札を行い、PZU 株式の 30% を売却するために 1999 年 5 月 10 日に新聞 2 紙に公開勧誘を発表した。申立人と Big Bank Gdanski S.A. (BBG) が買い手として選ばれた。1999 年 11 月 5 日に、被申立国 (財務大臣) は、申立人および BBG との間で株式購買契約 (SPA) を締結した。SPA の条件の下、PZU 株式を申立人が 20%、BBG が 10% を購入した。投資額は約 7 億ユーロであった。

SPA 実施後の数ヶ月で、申立人は、政治的状況が泥沼であり、PZU が被申立国の政治問題の中心にあり、PZU の民営化がますます政治問題化していると主張した。また、申立人は、財務大臣による特定の行動のために、SPA で想定された PZU およびその子会社のコーポレートガバ

ナンスは完全混乱の状態に置かれていたと主張した。この関係悪化により、申立人と被申立国は、相互に被申立国国内裁判所において訴訟を提起している。2000年11月には、被申立国財務大臣は、SPAの無効を宣言する請求を裁判所に提出している。

2000年8月から2001年1月の間に、SPAに規定されるよりも大きなPZUの経営に対する影響力を得るため、財務大臣は、申立人の監査役会から申立人の代表を解任した。

申立人は、被申立国財務大臣、首相および欧州委員会に対し、被申立国のBIT違反に抗議する多数の書簡を送付したことを開示した。それらの書簡において申立人は、財務大臣が被申立国国内裁判所に対し、SPAの無効を請求したこと、PZU株式の公開に関するSPA上の義務を無期限に回避していることに抗議した。

財務大臣が交代した後、敵対的状况を終了させるため当事者は交渉した。その結果、2001年4月3日の補遺（第一補遺）が結ばれた。第一補遺締結後、友好的な関係が築かれ、株式の新規公開の準備が再開された。しかし、2001年9月11日の米国同時多発テロにより、株式新規公開の実現可能性に疑問が生じた。同年9月25日には、被申立国において、国有企業の商業化および民営化に関する1996年8月30日法第33条3項に従い、同法第33条1項に規定する手続以外の手続によりPZUの株式の最大21%を申立人に売却すること、PZUに関する民営化計画を変更することの同意の保証が閣議決定された。ここでは、第一補遺に従った株式新規公開ではなく、PZU株式の追加的21%を申立人に国庫から直接売却することが想定された。いずれの場合にも申立人はPZU株式の51%を保有する支配株主となる。

2001年10月3日、申立人は、第一補遺第5条4項に規定されるPZU株式の51%保有株主になることの金融大臣の許可（2001年12月31日まで有効、その後失効する）を受けた。翌10月4日に、上記の閣議決定を反映する第二補遺が申立人と被申立国財務省との間で作成された。その第1条5.2項に従い、内務大臣（the Minister of Internal Affairs and Administration）の承認を得るための措置を講じた。なお、以下の「Kluzek事件」により、第二補遺が発効しなかったことに争いはない。Kluzek氏は、財務省からの不動産問題を担当するPZU取締役会メンバーであり、株式新規公開の計画書策定に関わった。同氏によるものも含め必要な署名がなされた後、慣例通りに計画書の詳細が修正された。それにもかかわらず、同氏は、その修正のみを理由として、署名が偽装されたものと主張し、検察官が調査を開始することとなった。検察はこの調査を却下したが、PZU代表および財務大臣が不服申立てを行った。内務大臣の承認が得られなかった理由の正当性については争いがあるが、2001年12月31日までにこの承認が得られなかったことと、いずれの当事者も第二補遺から撤回する権利を有することは当事者間の共通認識である。

2002年4月2日の閣議決定での支持を受け、被申立国財務大臣は、2002年4月9日付で第二補遺の撤回を申立人に通告した。同決定では、SPAおよび第一補遺も含めたPZU民営化計画が変更された。申立人は、被申立国の財務大臣との間で多くの書簡を交わし、会合をもち、株式新規公開に関する被申立国の義務履行を促した。2002年4月2日の閣議決定を前提とする2002年5月22日付の被申立国財務大臣による申立人CEO宛の書簡は、PZU民営化の継続と変更さ

れた株式新規公開の計画が記載されている。それによれば、公募による PZU 株式の売却は 2003 年秋に開始されることが予想された。現時点まで、申立人は PZU 株式の 30%を保有し、残りの同株式の新規公開は、一部または全部行われていないということは両当事者の共通認識であり、それらの株式は被申立国国庫が保有していることになる。

申立人は、被申立国によるオランダ王国＝ポーランド共和国 BIT（以下、本件 BIT とする）第 3 条 1、第 3 条 2、第 3 条 5 違反の認定を求めた。

三 判断概要：

I. 先決的問題

申立人は、オランダ王国会社であり、被申立国による本件 BIT 違反の請求を提起している。同 BIT 前文には、締約国の投資家による他の締約国の領域における投資に有利な条件を創設することを目的として締結されたことが示される。さらに、仲裁廷の決定は、本件 BIT、本件 BIT 締約国間の関連する合意、国際的に承認された規則、そして国際法の原則に従ってなされなければならない。(para.91)

被申立国は、Vivendi v アルゼンチン (I) 取消委員会決定に依拠して、仲裁廷が管轄権を有するとしても、申立人の請求が、被申立国国内裁判所に専属管轄がある契約 (SPA) に基づくものであるから、請求は受理不可能と主張する。しかし、同決定は、申立人の提起した被申立国の行為が、SPA および第一補遺に違反するか否かを問わず、条約違反を構成するかについて本仲裁廷が判断することを根拠づけ、さらには要請するものである。したがって、申立人の請求は受理可能である。(paras.112-113)

1999 年 3 月 18 日の民営化政策の公表に際し、被申立国は、閣議を通して行動し、PZU の民営化に関して、当初は公募入札により PZU 株式の 30%を売却することを決定した。被申立国財務省は、国際入札を進め、新聞紙上にて公募を行った。PZU 株式の法的保有者としての「売主」が、申立人との交渉を行い、SPA と第一補遺、第二補遺に署名した。SPA および第一補遺、第二補遺には、売主として被申立国財務大臣によって代表される財務省と記された。被申立国の印章が表紙に押されている。被申立国民法によれば、国庫（財務省）は、法人格を有し、私法関係において、国家財産に関する権利義務の主体となるとされる。いずれにせよ、ILA 国家責任条文 4 条からも、国際法の観点からは、被申立国財務省および財務大臣の行為は、被申立国に帰属する。(paras.129-134)

申立人の投資は、SPA に従い被申立国財務省（国庫）から購入した PZU 株式の 20%のみであると被申立国は主張し、申立人はそれ以外の投資も主張する。本件 BIT 第 1 条における投資の定義は非常に広範である。検討の結果、SPA に基づく PZU の経営権、株式公開に関する権利は、BIT の保護対象の投資にあたる。(paras.157-160)

被申立国は、第一補遺第 1 条の規定により、第一補遺の日付（2001 年 4 月 3 日）より前の申立人の主張する条約違反は、その執行が完全かつ無条件に放棄されたと主張する。このことは認めるが、第一補遺以前の被申立国の行為（帰属する行為を含む）は、それ自体が請求を提起でき

なくとも、被申立国の作為／不作為の全体を検討する際に考慮できる事実でありつづける。
(para.184)

また、措置には、作為および不作為が含まれる。(para.189)

II. FET (BIT 第3条1)

PZU の過半数の支配権を獲得するとされた株式公開に関する契約上の権利としての申立人の投資は、被申立国の閣議により、および、財務大臣から不公正かつ不衡平に扱われた。被申立国のこれらの機関は、PZU への投資の基礎をなし、SPA および第一補遺にあらわれている申立人の基本的期待 (Basic expectations) に違反した。被申立国は、政治の相互作用に関連した恣意的理由、および差別的な性格のナショナリズム的理由で行動した。FET 違反を構成する作為・不作為がその程度のものである必要がないとしても、これらの行動は、申立人にとって「法外 (outrageous)」および「ショッキング」なものである (Tecmed v メキシコ, para.154 参照)。
(paras.232-235)

III. FPS (BIT 第3条2)

申立人の経営幹部に対する被申立国当局による嫌がらせが、BIT 上の FPS 基準に違反するかは確信できない。証言による嫌がらせ行為は、妨害的 (disturbing) であり BIT 違反に近いものである。しかし、被申立国が問題の行為の首謀者または先導者であったという明白な証拠はない。このような行為が繰り返され、継続されるならば、被申立国の責任は、それらを防止しなかった場合に発生する可能性がある。(paras.236-237)

IV. 投資の剥奪 (BIT 第5条)

第一補遺の規定に基づき、申立人は新規公開株式の保有に関する権利を取得し、これらの権利は「資産」である。被申立国は、これらの資産を申立人から剥奪したため、申立人は BIT 第5条の請求を被申立国に対して提起する権利をもつ。国家が直接的または間接的にその契約上の権利の利益を投資者から剥奪した場合、BIT 第5条の規定に違反するタイプの剥奪になることについていくつかの先例がある (Tecmed v メキシコ、Metalclad v メキシコ、CME v チェコ共和国)。

さらに、株式新規公開の実施を拒否した被申立国の措置は、明らかに差別的である。これらの措置は、PZU 株式の過半数を被申立国支配下に置いて、申立人のような外国の支配を排除するためになされると新財務大臣によって宣言されている。被申立国政府による差別的行為は、SPA と第一補遺を締結する際の両当事者 (申立人・被申立人) の期待に反するものである。
(paras.240-242)

V. 義務遵守条項 (BIT 第3条5)

BIT 第3条5は、義務遵守条項である。したがって、被申立国が申立人に対する義務を負っ

ていて、その義務に違反したとされれば、一応、BIT 第 3 条 5 違反が成立する。被申立国は、SPA および第一補遺の規定の複合的效果により、申立人に PZU の支配権を付与するための株式新規公開を行うことに拘束されており、その義務に違反している。この義務は、申立人の投資に関係する。

上述の被申立国による BIT 第 3 条 1 および第 5 条違反以外に、さらに第 3 条 5 違反も生じるかという問題がある。この問題は肯定的に回答される。

ウィーン条約法条約第 31 条 1 に従って解釈すると、用語の通常の意味では、「遵守しなければならない (shall observe)」は不可欠であり絶対的なものである。いかなる (any) 義務は、広範である。他の締約国の投資家の投資に関してなされたすべての義務をいう。第 3 条 5 の文脈とは、BIT の趣旨・目的が「投資の促進と相互保護」であり、その目的を達成するために定められた条項を含んでおり、第 3 条 5 がその一つということである。条約の各条項は無意味ではなく有意義と解釈されるべきであるというのは、条約解釈の基本的な規則である。BIT 第 3 条 5 は、効果のあるものと解釈されなければならない。したがって、BIT 第 3 条 5 は見落とされたり、公正衡平待遇、内国民待遇、最恵国待遇、投資の剥奪、完全な保護および保障と同一と見なすことはできない。

BIT 第 3 条 5 の第一の効果は、申立人と被申立国の契約上の問題が仲裁廷の管轄権の対象となることを強化することである。

第二の効果は、被申立国による SPA および第一補遺の義務違反は、BIT 第 3 条 1、第 5 条違反とはならなくとも、申立人の投資に関してなした義務を遵守する被申立国の BIT 上の約束に反するため、BIT 第 3 条 5 違反を構成しうる。

義務遵守条項に関しては、Fedax v ベネズエラ共和国、SGS v パキスタン、SGS v フィリピンなどの先例があるが、義務遵守条項の意味に効果を与えることは決して BIT の他の実質的保護を不必要なものにするものではないとする SGS v フィリピンの判断が説得的であり、SGS v パキスタンの判断は説得的ではない。

公正衡平待遇条項、収用条項に違反する被申立国の作為・不作為は、義務遵守条項にも違反する。(paras.244-260)

案件 92： Noble Ventures v ルーマニア (ICSID Case No.ARB/01/11)

判断年月日： 2005 年 10 月 12 日 (仲裁判断)

仲裁廷の構成： Karl-Heinz Böckstiegel (ドイツ連邦共和国・長)、Jeremy Lever (イギリス)、Pierre-Marie Dupuy (フランス)

一 判断のポイント：

- 本 BIT の「Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.」は、「shall」の使用及び「any obligation it may have entered into with regard to investments.」が投資契約を排除しているとは読めず、アンブレラ条項に該当する。
- 本 BIT 上の十分な保護及び保障条項は、国際慣習法上の外国人への待遇義務を超えるものかは疑わしく、相当注意義務を払っていればその遵守が認められる。
- 事実上債務超過状態にある会社における投資家の持ち株比率を下げた本件では、生存能力のある会社又は資産を収用したとは言えず、BIT の違反は認められない。

二 事案の概要：

Noble Ventures, Inc. (以下「申立人」という。)は、主に東欧における鉄鋼企業に対するビジネスコンサルティングサービスを行うアメリカ合衆国法人である。本件紛争は、大規模な鉄鋼工場等を有する Combinatul Siderurgic Resita (以下「CSR」という。)の取得、経営等に関する申立人と Romanian State Ownership Fund (以下「SOF」という。)間の民営化契約 (2000 年 6 月 5 日付の株式譲渡契約 (以下「SPA」という。)及び付随する契約をこのように総称する。)に端を発するものである。民営化契約は、2000 年 8 月 16 日に申立人が SOF に対して売買代金を支払い、CSR の株式が申立人に譲渡されたことで完了した。2000 年の民営化以前においては、被申立国が CSR の株式の 95%を保有していた。申立人による CSR 株式の取得の時点では、CSR は新たなプラントや機器に関する多大な投資を必要とするのみならず、他の政府機関に多大な債務を負っていた。(paras 2-3)

本件紛争は、1992 年 5 月 28 日に締結されたルーマニア・アメリカ合衆国 BIT (1994 年 1 月 15 日発効)に基づき提起された。民営化の時点では、ルーマニア政府や首相は国営企業の民営化を強力に支持しており、SOF は投資家と民営化の交渉を行うための公的法人として存在していた。(paras 4-6)

申立人による CSR 株式の取得後、申立人によれば、以下のような種々の問題が起こった。

- 主要な資産に関する不実表示：重要な資産が Metal Grup との合弁契約の対象となっている

にもかかわらず、そのことを申立人に告げなかった。

- 十分な保護及び保障の不提供：2001年の春及び夏に極度の労働争議が生じており、申立人は当局にその時々報告したものの、被申立国は Resita において申立人に十分な保護及び保障を与えなかった。新首相の相談役である Ovidiu Grecia 氏が CSR の売却は恥ずべきことだといった趣旨の発言をし、地元の住民に労働争議に加わることを奨励する等した結果、申立人の敷地は繰り返し占領され、現金等は盗まれ、経営陣が拘束され、殴られる等した。
- 信義誠実の義務違反：本 BIT 上求められる契約上の義務の順守義務を果たさなかったことで本 BIT 第 2 条 2 に違反した。すなわち、
 - ①被申立国は国家の予算債権者との間で債務の延期について誠実に交渉せず、その結果投資財産には重大な財務上の危機が生じた。また、債務の延期をしなかったことで、CSR の銀行口座等への先取特権が維持された。
 - ②被申立国は SPA の規定を遵守せず CSR や現地の Vatra との間で新たな包括的契約を締結し、申立人が状況を立て直す機会を事実上奪った。
 - ③被申立国は申立人との間で 2002 年に締結した和解契約を遵守しなかった。
- 収用：被申立国は、恣意的な倒産法の利用を通じて申立人の投資財産に対する効果的な利用の権限を奪った。当該行為は、実質的に民営化契約を無効化するためになされた。

他方、被申立国は債務の延期に関してはそもそも民営化契約で約束されていない、CSR の倒産の申立ては経済状況に照らしてやむを得ないものであり、ルーマニア法に従って適法になされた、和解契約は締結されていない、労働争議には適切に対処した等、CSR にかかる問題の原因について全く別の見方をしている。(paras 9-11)

三 判断概要：

仲裁廷は、以下の通り、アンブレラ条項を根拠に管轄を肯定したものの、本案に関する請求は全て棄却した。仲裁費用については、各当事者がそれぞれ自らの費用を負担するとともに、仲裁廷の費用は半分ずつ負担すべきこととされた。

I. 契約上の請求の可否 (paras 46-62)

申立人の請求が、その主張によれば被申立国との間で締結された契約の違反に関するものを含んでいるため、本 BIT 第 2 条 2(c) (Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.) が「アンブレラ条項」に該当するかが争いとなったが、仲裁廷は、SGS v パキスタン・イスラム共和国や SGS v フィリピン共和国、Salini v ヨルダン・ハシェミット王国等の仲裁判断や関連する BIT の規定を参照しつつ、本 BIT 第 2 条 2(c)が「shall」を用いていること、「any obligation it may have entered into with regard to investments」という表現が投資契約への明確な言及でないと解するのは困難であること、当該条項の趣旨及び目

的を考慮し、申立人による契約上の請求についても管轄を認めた。

II. SOF 等の行為の被申立国への帰属の有無 (paras 68-86)

本 BIT に違反したと主張されている SOF 及び国の所有物の民営化及び管理当局(以下「APAPS」という。)の行為が被申立国に帰属するかが問題となった。この点、仲裁廷は被申立国の国内法の規定ぶりを検討し、SOF 及び APAPS の行為はそれぞれが当該国内法に基づき与えられた被申立国の権限の範囲内であること、仮に権限踰越の行為があるとしても ILC 国家責任条文案第 7 条に鑑み同様の帰結であること、被申立国側が主張する政府的行為と商業的行為の区別は主権免除の局面では重要な意義があるが商業的行為であるとしても国家への帰属を否定する根拠とはならないことに鑑み、SOF 及び APAPS の行為は被申立国に帰属すると判断した。

III. Metal Grup による CSR との合弁契約 (paras 98-116)

仲裁廷は、Metal Grup による slag pile の開発への関与について申立人や SOF がどの程度知っていたかを正確に認定することは不可能としつつも、SPA の締結前である 2000 年 8 月 14 日に申立人のルーマニアにおける上席代表が SOF の役員と面談し、Metal Grup との契約終了のため SOF の助力を求め、SOF 側がそれはできない旨返答したこと、また、翌日には申立人による CSR 株式の対価の支払いの延期にかかる覚書に署名したことが合理的に明らかといえるとした。

上記を前提に、SOF に slag pile に関する詐欺的な不表明に関する申立人の主張については、申立人側に証明責任があることを前提に、証拠の優越という観点からしても SOF に詐欺的な不表明があったとは認定できないこと、そして SOF による詐欺的な不表明が認められないことを前提とすれば SPA の締結前の事情又は SPA の規定等を理由とする申立人の主張は成立しないとして退けた。また、訴訟の存在が SPA 上の表明義務違反であるとの主張に関しても、訴訟提起が 2000 年 6 月 14 日と SPA 締結後であること等を根拠に申立人の主張を退けた。

IV. CSR の債務その他の義務の延期にかかる SPA 上の義務遵守 (paras 136-159)

SPA 第 7.4.2 条に基づき SOF には CSR の債権者との間の債務の期限延期に関して合意を得るべく交渉する義務があることを前提に、申立人側は SOF にはルーマニア法上その違反があったと主張したものの、仲裁廷は、CSR が予算上の債務によって債務超過かつ大きな不良資産を抱えており、SPA の締結から数か月以内に債務の期限延期がまとまるという申立人側の期待は楽天的過ぎること、SOF は善管注意義務を果たしたとは言えないものの、仮にそれを果たしていたとしても選挙での与党の敗戦の前に債務の期限延期を最終化することはできなかったと思われること、仮に債務の期限延期がなされていたとしても申立人側が SPA 上の義務を果たしてお

らず、第三者による資金注入は想定できなかつたこと等を根拠に申立人の主張を退けた。

V. 十分な保護及び保障 (paras 164-167)

申立人側は、2001年1月以降 CSR の従業員によるデモや抗議が頻発しており、その中では窃盗や施設の占拠といった不法行為が行われ、被申立国側はこれに対して申立人への適切な措置を講じなかつたことが本 BIT 上の十分な保護及び保障条項 (“Investment shall ... enjoy full protection and security”) に違反すると主張した。仲裁廷は、当該条項が国際慣習法上外国人に対して十分な保護及び保障を与える一般的な義務を超えるものかは疑わしく、その場合国側が相当な注意 (“due diligence”) を払っていれば足りるとし、ICJ の ELSI 事件判決を参照しつつ、本件で被申立国には申立人を保護する相当な注意義務を特に怠つたというべき点を特定するのは困難であるとして、申立人の主張を退けた。

VI. 倒産手続開始 (judicial reorganization) の正当性 (paras 175-183)

2001年7月3日に CSR の債権者（とりわけ、被申立国の労働省及び保健省等）により倒産手続が開始されたが、申立人はこれが CSR に対する申立人の投資を締め出す目的でなされたもので本 BIT に反する裁判手続の濫用である旨主張した。仲裁廷は、本 BIT に規定される公正衡平待遇条項及び無差別条項の違反の有無について ELSI 事件判決も参照しつつ検討し、本件では司法上の手続の開始は申立人が CSR の労働者に支払いを行えないことに起因する Resita 市における社会的危機に対する短期の解決策であつたということも可能であり、それをもって恣意的な行為というのは難しいこと、また、本件では倒産手続開始がアメリカ合衆国の会社である申立人に特に向けられた差別的なものであつたことの立証はなされていないこと、公正衡平待遇義務に違反したか否かは事件ごとの事情に照らして考えるべきであるところ、劇的な経済状況の中で被申立国がとつた行為が国際的な義務に違反するものでないこと等を前提とすれば、本件の倒産手続開始が不公正又は衡平を欠くとは判断できないことを理由に、申立人の主張を退けた。

VII. 労働協約及び和解契約の締結

いずれも重要性に乏しいと考えられるため、省略する。

VIII. 収用 (paras 211-216)

申立人は、被申立国が倒産手続の申立て及び遂行を通じて CSR の支配を事実上奪い、その後株式の希薄化を通じて申立人の持ち株比率を下げたことにより、申立人に対して補償を行うことなく違法な収用を行つた旨主張した。これに対し、仲裁廷は、ELSI 事件判決も参照しつつ、本件

では CSR は事実上債務超過状態にあり、従業員への支払いもままならない状況であったことから、生存能力のある会社又は資産を収用したということはできず、本 BIT の違反はないと判断した。

IX. 申立人の先買権の侵害 (paras 221-223)

仲裁廷は、被申立国が申立人の投資財産に関して先買を認める義務を負ったことが申立人の主張の前提となっているものの、本件で和解契約は締結されていないこと等を根拠に、申立人の主張を退けた。

X. 損害額

被申立国の賠償責任が否定されたことから、この点の判断は不要とされた。

案件 93： Siemens v アルゼンチン (ICSID Case No.ARB/02/8)

判断年月日： 2007 年 2 月 6 日 (仲裁判断)

仲裁廷の構成： Andrés Rigo Sureda (スペイン王国・長)、Charles N. Brower (アメリカ合衆国)、Domingo Bello Janeiro (スペイン王国)

一 判断のポイント：

- 本 BIT 第 7 条の 2 (アンブレラ条項) において、「投資財産に関連する紛争」には契約上の紛争も含まれるが、締約国が負う義務が契約上の性質を帯びる場合、当該義務は当該締約国と投資家との間の契約に起因するものでなければならない。

- 忍び寄る収用とは終局的に収用の効果を有する手続や措置を言い、手続が一定のポイントの前で止まれば収用は生じないものの、それは投資財産に悪影響が生じなかったことを意味するものではない。

- 措置の根拠となった法律 (2000 年緊急法) に公益的な目的があっても、その下で取られた具体的な措置 (命令 669/01) については公的目的に疑義があり、かついずれにせよ補償が支払われていないことを前提とすると、本件は不法な収用に該当する。

- 公正衡平待遇義務違反を認めるにあたり、投資受入国の信義則違反や悪意の存在は必要なく、かつ前提となる国際慣習法上の待遇の最低基準は発展している。

- 十分な保護及び保障については、物理的な保護及び保障にとどまらず、文言上法的保障についても含まれる。

二 事案の概要：

1996 年 8 月 26 日、被申立国は入国管理 (以下「DNM サブシステム」という。)、個人認証 (以下「RNP サブシステム」という。) 及び選挙情報 (以下「DNE サブシステム」といい、DNM サブシステム及び RNP サブシステムと併せて「本件システム」又は「本プロジェクト」という。) の実施のための統合的なサービス (データ処理のため必要な機器及び当該機器間の相互連絡の提供や国民 ID カード (以下「DNI」という。) の準備、プリント及び家庭への配送等を含む。) の入札を呼びかけた。[para. 81]

申立人は、当該入札に参加するにあたり、入札の条件に従い Siemens Nixdorf Informationssysteme A.G. (以下「SNI」という。) を通じて被申立国内の会社である SITS (本プロジェクトに投資する目的のみのために組成された特別目的会社) を設立した。SITS は被申立国からの要望に沿って申立人の 100%子会社である旨等を入札書類に記載して応札を行い、被申立国は申立人の信用力・財務的健全性を考慮して SITS を落札者とした。本件システムの提供

に関する契約（以下「本件契約」という。）は、命令第 199/98 号に従い、SITS と被申立国の間で 1998 年 10 月 6 日に締結され、命令第 1342/98 号によって承認され同年 11 月 21 日に発効した。当該サービスの対価は、各 DNI の価格（家庭への配送及び DNI の更新を含む。）、本件システムを通じて処理される入国管理手続の費用及び投票用紙の印刷費用から構成され、アルゼンチンペソ建てであった。契約期間は契約発効日から 6 年間、その後 3 年ずつ 2 回の自動更新が可能で、本件契約の目的が達せられた場合にのみ更新拒絶通知が可能とされていた。[paras. 82-86]

本プロジェクトの実施は開発段階（本件システムの仕様の決定及び実施のため必要なコンピュータハードウェア、ソフトウェア及びネットワークの取得）と運用段階（政府が管理）の 2 段階に分かれていた。DNI の製造は 1999 年 8 月の開始が予定されており、そのためには被申立国政府は各州やブエノスアイレス市と合意を結ぶ必要があった。[paras. 87-88]

1999 年 8 月、被申立国は SITS に対し、新たな DNI の製造を延期するよう要請した。SITS と被申立国政府がサインした議事録によれば、1999 年 10 月 24 日に予定されている選挙の前には短い期間しか残されていないことから、DNI の需要は尋常でなく増加したものの、そのような状況下で新たなメカニズムを導入することは公衆に不要な負担を増やすことになることが延期の理由であった。DNI の製造は外国人向けが 1999 年 10 月 1 日に、被申立国市民向けが同年 11 月 1 日に延期された。10 月の選挙では Fernando de la Rúa 氏が大統領に選ばれ、同年 12 月 10 日に新政権が始動した。[paras. 89-90]

DNM サブシステムは、2000 年 2 月 1 日に運用を開始し、翌日停止した。同日 SITS が中断の説明を求めたところ、2月7日、サブシステムの運用は政府の承認が必要であるとの説明があり、その後も無期限に停止が継続した。2000 年 2 月 2 日、被申立国は外国人向け DNI の RNP サブシステムにおいて右親指の指紋のためのスペースに左親指の指紋がプリントされるという問題を理由に全ての新たな DNI の製造等を停止し、SITS は問題の改善も禁止された。これらの停止は、被申立国政府が SITS 及び申立人に対し DNI の価格を再交渉することを求める旨の声明を出した状況において行われたものであった。2000 年 3 月には被申立国は特別委員会を立ち上げ、申立人は当該委員会との交渉において複数の提案を行い、2000 年 11 月 10 日に両者の間で合意が成立した。特別委員会は政府に交渉済の提案を送付し、政府はこれと同内容の「契約改定提案」を発した。申立人の代表者は 2000 年 12 月 19 日に被申立国の大統領と面会し、大統領は同年 12 月 31 日までに「契約改定提案」の内容を承認する命令を発することを約束した。その期限までに命令が発せられなかったため、申立人は 2001 年 2 月に複数の書簡を送り、懸念を表明した。[paras. 91-95]

2000 年 11 月、被申立国議会は、大統領に公共セクターの契約を再交渉する権限を付与する経済財政緊急法（以下「2000 年緊急法」という。）を制定した。政府は本件契約を 2000 年緊急法の下で扱うことを提案し、申立人は反対しなかった。2001 年 3 月に内務大臣が Mestre 氏に交代したが、同氏は契約改定提案について知らない旨主張した。そして、同年 5 月 3 日に申立人は契約改定提案とは異なる内容の新たな提案ドラフトを受領し、SITS は 5 月 8 日にその新たな条件にコメントするとともに別紙の送付を要求したが、大臣は新たな条件は交渉可能なものでな

いと返答し、5月18日、2000年緊急法に基づく命令669/01によって本件契約は終了した。SITSは行政上の不服申立てを行ったが、命令1205/01により棄却された。[paras. 96-97]

三 判断概要：

仲裁廷は、被申立国による収用及び公正衡平待遇義務違反を認め、投資財産の帳簿価額の損害賠償金等の支払い及びによる遅延利息の支払い等を命じた。

1. 適用すべき法

ドイツ連邦共和国・アルゼンチン投資協定（以下「本 BIT」という。）に本 BIT の下で組成される仲裁廷は「本 BIT 及び締約国間で効力を有する他の条約、投資受入国である締約国の国内法（国際私法を含む。）並びに国際法の一般原則」に従って決定を行うべき旨が規定されていることを踏まえ、仲裁廷の調査は ICSID 条約、本 BIT 及び適用のある国際法に基づくとした上、被申立国の国内法は被申立国の執った措置の国内法上の根拠及び本 BIT に基づく同国の約束に関する行為に関する証拠であるとした。[paras. 76-80]

2. アンブレラ条項

本 BIT 第 7 条 2 について、仲裁廷はその文言通り、特定の投資財産に関して一方の締約国が引き受けた義務を遵守しない場合にそれが条約の違反になるものと解する。仲裁廷は、第 10 条 1 について、第 7 条 2 における「投資財産」の広い意味に鑑み、投資財産に関連する紛争には契約上の紛争も含まれるとの見解に賛同するが、締約国が負う義務が契約上の性質を帯びる場合には、SGS 事件のように当該義務は国家と投資家間の契約に起因するものでなければならないとした。また、行政的性質を有するコンセッション契約と投資契約は区別されるべきとの被申立国の見解には賛成できないとした。[paras. 204-206]

3. 申立人及び SITS の同意

申立人や SITS が被申立国の措置に同意していた等の被申立国の主張について、そのような事実は認められないとして退けた。[paras. 207-212]

4. 収用

仲裁廷は、最初にアンブレラ条項に基づく契約上の請求について、Consortium RFCC 対モロッコ王国、Waste Management II、SGS 対フィリピン共和国、Salini 対ヨルダン・ハシェミット王国等の仲裁廷の判示を参照しつつ、被申立国が契約当事者としての地位から離脱するためにとった行為として 2000 年緊急法に基づく命令 669/01 が契約の終了理由として SITS の債務不履行に言及していないことや、被申立国自身これらの措置が財政・社会危機への国家としての対応としてとったものであることを認めていること、①被申立国が政権交代に伴い行政法上の権限を

行使して契約条件の変更を要求していること、②被申立国が州との間で合意の締結ができなかったこと、③本プロジェクトの2大構成要素であるRPNサブシステムとDNMサブシステムを恒久的に停止したこと、④命令669/01には補償金の支払いが定められているにもかかわらずこれを行っていないことのいずれも契約に基づかない行為であることを理由に、被申立国が単なる契約当事者としての行為にとどまらず警察権限の行使を行ったことを認めた。[paras. 246-260]次に、本BIT第4条2が収用等の合法性や補償額について通常の裁判所の審査に服する旨規定している点について、これは仲裁廷ではなく裁判所がこれらの問題を判断する場合の規定であり、仲裁廷の判断の妨げとはならないとした。[para. 261]

第三に、忍び寄る収用 (creeping expropriation) について、終局的に収用の効果を有する手続や措置をいい、手続が一定のポイントの前で止まれば収用は生じないが、これは投資財産に悪影響が生じなかったことを意味するものではない旨、その考え方は国家責任条文草案とも整合する旨判示した。[paras. 262-266]

第四に、本件契約が被申立国法を準拠法としていることは当該契約が収用の対象とはならないことを意味するものではなく、本件契約は投資財産の定義に該当すること、Norwegian Shipowners' Claim 事件やホルジョウ工場事件の判例も参照しつつ、収用の対象は有形財産に限られないことを理由に、本件契約が収用の対象となり得るとした。[paras. 267-269]

第五に、Norwegian Shipowners' Claim 事件の判断を参照しつつ、収用の要件として収用の意図は含まれない旨判示した。[para.270]

第六に、契約に基づく措置ではなく公権力の行使と考えられる被申立国の一連の行為のうち、特に命令669/01は、本件契約ではなく2000年緊急法に基づくもので、本件契約を終了する効果を有する恒久的な措置であることを理由に、そのみで独立して収用に該当する行為であると認定した。そして、下位公務員の不適切な行政行為であるとの被申立国の主張は事実と反するとして排斥した。[paras. 271-272]

最後に、仲裁廷は2000年緊急法には公益的な目的があったことは認めつつ、命令669/01が出された背景を無視できないし、同命令に至る過程で被申立国が執った他の措置を切り離すこともできないとし、命令669/01は財政危機の1年以上前から始まっていた手続を進める上で便利な装置となっており、本件申立人の投資財産に対する同命令の適用や同命令の公的目的には疑義があるとした。また、いずれにせよ補償が支払われておらず、不法な収用に該当するとした。[para. 273]

5. 公正衡平待遇及び十分な保護並びに保障

仲裁廷は、「公正衡平待遇」の意義について、「fair」や「equitable」の用語の通常の意味について辞書上の意味合いや本BIT前文も参照しつつ分析した上で、本BIT第2条1の規定の解釈にあたり、条文上国際法や最低基準といった用語への言及はないものの、これらの用語が国際法の下で持つ意味について国際法の発展、用いられる具体的な文脈を考慮しつつ判断する義務を負うとした。[paras. 289-291]

そして、公正衡平待遇が国際法上の待遇の最低基準を上回る水準かは公正衡平待遇の実質的な内容の問題であるとして、Neer 事件における公正衡平待遇に関する判示を参照しつつも、本 BIT が締結された時点において国際慣習法がより高度な待遇の基準を求める内容に進化したかが問題であるとした。そして、Genin 対エストニア共和国事件、Mondev 対アメリカ合衆国事件、Loewen 事件、Waste Management II 事件、Tecmed 対メキシコ事件、CMS 事件の各判断例を引用・参照しつつ、Genin 事件以外では投資財産を公正かつ衡平に扱わなかったというための要件として投資受入国の信義則違反や悪意は求められておらず、国際慣習法は発展してきたという点において各仲裁廷は一致しているとした。その上で、仮に国家が信義誠実に反する態様で行為した場合にしか公正衡平待遇義務違反が認められないとすれば、投資の促進及び保護をうたう本 BIT の目的やそこから作られる期待と矛盾すると指摘した。[paras. 292-300]

次に、十分な保護及び保障について、仲裁廷は、無形財産についても当該規定による保護の対象となることに鑑み、物理的な保護及び保障よりも広く、法的保障についても「その規範に安定性があり、したがってその適用に予測可能性のある法体系」と定義されてきていること、文脈上「保障 (security)」は物理的なもの以外も言及していることが明らかであることを指摘した。[paras. 301-303]

その上で、仲裁廷は、エストッペルに関する被申立国側の主張についてはそもそも法令の遵守は任意ではない等の理由で退けつつ、本件仲裁の申立て後に被申立国内で営業することが困難になった旨の申立人側の主張についても理由がないとした。そして、本件契約について公的利益の裏付けなく単に費用の削減のみを目的として再交渉を開始した行為は、申立人の投資財産の法的保障に影響を及ぼすものと認め、また、政府の義務に関する重要な条項中に州との合意を結ぶ旨が含まれるような契約を政府が締結する場合、当該政府は国の構造を理由として係る義務から免れることはできないとし、被申立国による十分な保護及び保障並びに公正衡平待遇義務の違反を認めた。[paras. 304-309]

6. 恣意的及び差別的な措置

仲裁廷は、まず「arbitrary」の意義について、Black's Law Dictionary 等を参照しつつ ELSI 事件における ICJ の判示（意図的な法の無視）が用語の通常の意味に近いものと判断した。そして、本件では被申立国による DNM 及び RPN サブシステムの一時停止であれば正当化する理由があり得たと思われる一方、恒久的な停止は恣意的な措置であったとした。[paras. 318-319]

また、差別的な措置に該当するか否かに関しては、S.D. Myers 事件や Occidental 対エクアドル事件の判断も参照しつつ、差別の意図の有無は問題ではなく、投資財産に差別的な効果が生じたかが決定的であると考えた旨判示した。その上で、本件では被申立国の行為に差別的とも思われる面もある一方、この点に関する申立人の主張は十分根拠づけられておらず、他の保護条項に関する認定を前提とすれば被申立国に無差別待遇義務違反があったかについて判断する必要はないとした。[paras. 320-321]

7. 損害賠償

仲裁廷は、まず賠償額の決定にあたり適用される原則として国家責任条文草案第 36 条とホルジョウ工場事件に言及した上で、「全ての金銭換算可能な損害」又は「違法行為の結果を全て払しょくすること」を考慮すべきとし、申立人は国際慣習法上収用日である 2001 年 5 月 18 日時点における事業の価値のみならず仲裁判断日までに当該事業が取得し得たより多額の価値、加えて間接損害についても賠償を受け得るとした。[paras. 349-352]

そして、投資財産の価値とは投資財産の完全な価値を下回らない金額であり、申立人主張の帳簿価額と逸失利益の合計額によって算出するアプローチを基本的には認め、賠償すべき通貨をアメリカ合衆国ドルと定め、賠償額について、投資財産の帳簿価額を申立人の主張額から適性利息と実際の支払利息の差額等を控除した 208,440,540 アルゼンチンペソと認定し、逸失利益については実現する可能性が非常に低かったとして認めず、収用後のコストについては 9,178,000 アルゼンチンペソ全額について違法行為の結果を全て払しょくするために必要な費用として認め、下請業者の費用は被申立国が肩代わりしたことを認め、履行保証書は返還を認めた。[paras. 353-389]

遅延利息については、国家責任条文草案第 38 条を根拠としてアメリカ合衆国の 6 か月もの預金金利の 2001 年 5 月 18 日から 2006 年 9 月 30 日までの間の平均値である年率 2.66% (複利) が適切とし、投資財産の帳簿価額については 2001 年 5 月 18 日以降の期間について認めた。[paras. 390-401]

8. 費用

申立人が全ての点で勝訴したわけではないことに鑑み、各当事者がそれぞれの法的費用を負担するとともに、仲裁廷や ICSID 事務局の費用については被申立国が 75%、申立人が 25%負担すべき旨命じた。

案件94： Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v アルゼンチン (ICSID Case No.ARB/01/3)

判断年月日： 2007年5月22日

仲裁廷の構成： Francisco Orrego Vicuña (チリ・長)、Albert Jan van den Berg (オランダ王国)、Pierre-Yves Tschanz (スイス連邦)

一 判断のポイント：

- ・本判断では、収用、公正衡平待遇、義務遵守、恣意的又は差別的取扱い、保護及び保障、が問題となっている。
- ・収用につき、直接収用については財産権の少なくとも一部の必須要素が他の者に移転していない場合には直接収用は存在せず、間接収用については、多数の措置が累積的に影響して間接強制になる可能性があるものの、判断にあたっては具体的な利益状況を検討した上で判断される。
- ・公正衡平待遇については、判断基準が明確でない以上、これまでの慣行以上の判断をすることが可能である（本件では、条約の前文が考慮された）。
- ・義務遵守は、条約の条項は当該条項に与えられる通常の意味に従って誠実に解釈すべきである（本件においては遵守すべき「いかなる義務」には、契約上の義務も含まれるとされた）。
- ・恣意的又は差別的取扱いについては、異なる状況があったとしても、それが変容的、非合理的、又は不合理な差別化が原因でなければこれは認められない。
- ・保護及び保障は、会社の職員、従業員又は施設の物理的な保護と安全についての文脈で生じたものであり、これらにおける完全な保護及び安全の不備の存否で判断される。

二 事案の概要：

アルゼンチンのガス輸送会社 **Transportadora de Gas del Sur (TGS)** に投資をしていた申立人が、投資誘致目的でアルゼンチンにより保証されていた関税査定方法について、アルゼンチンが拒否又はこれにつき多大な影響を及ぼす緊急法を制定したこと等から、アメリカ合衆国とアルゼンチン間の投資の相互奨励と保護に関する条約（「アルゼンチン・アメリカ合衆国 BIT」（以下「本件 BIT」という。））に基づき、2003年5月25日、ICSIDにアルゼンチンに対する仲裁を申し立てた。

申立内容につき詳述すると、申立人は、ガス輸送における関税の計算方法について、1992年に新しく制定されたガス法、ガス規則、ライセンスに関する基本法により、アメリカ合衆国の生産者物価指数の変更に伴う半年ごとの関税調整（以下「PPI調整」という。）がなされること、アメリカ合衆国ドルでの関税の計算、補償なしの関税凍結及び価格規制をしないこと、ライセンスの同意のないライセンスの修正をしない義務があることを保証されていた（以下「本件ライセンス」）。それにもかかわらず、1999年後半頃からの危機的経済状況を受け、アルゼンチンは上記PPI調整を2000年1月1日から2000年6月まで半年間延期し、更に2000年7月から2002

年6月までのPPI調整停止合意がなされた上、2002年1月6日には、これまで採用していた1ドルを1ペソとする固定為替レートによるアメリカ合衆国ドルでの関税計算を廃止する緊急法が制定されることが決定し、それを受けPPI調整も完全に廃止された。そこで、申立人は本件BITに基づき、①申立人の投資に対する収用があったとして(第4条1項)、②公正衡平待遇違反があったとして(第4条1項)、③義務遵守違反があったとして(第2条2項(c))、④恣意的又は差別的措置であったとして(第2条2項(b))、⑤十分な保護及び保障がされなかったとして(第2条2項(a))、条約違反を主張した。

これに対し、アルゼンチンは、経済状況の急変があった場合にまで上記権利が保証されているものではないこと等を理由に申立人には、関税計算についての本件ライセンスは認められず、また上記条約違反についても、それぞれ条約違反は認められないとして争った。

※本件 BIT (Treaty Between United States Of America And The Argentine Republic Concerning The Reciprocal Encouragement And Protection Of Investment (Signed November 14, 1991; Entered into Force October 20, 1994))

ARTICLE IV

1. Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization ('expropriation-') except for a public purpose; in a non-discriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in Article II (2) Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriatory action was taken or became known, whichever is earlier; be paid without delay; include interest at a commercially reasonable rate from the date of expropriation; be fully realizable; and be freely transferable at the prevailing market rate of exchange on the date of expropriation.

ARTICLE II

2. a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

b) Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments. For the purposes of dispute resolution under Articles VII and VIII, a measure may be arbitrary or discriminatory notwithstanding the opportunity to review such measure in the courts or administrative tribunals of a Party.

c) Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to

investments.

三 判断概要：

仲裁廷は本件 BIT 違反について以下の通り判断し、最終的にアルゼンチンに対し、申立人に 106.2 百万アメリカ合衆国ドルを支払うよう求めた。

I. 収用に関する主張

申立人は、2000 年初頭から採用された措置、特に緊急法の下で 2002 年以降に採択された措置は、直接、又は間接的に、申立人の投資（TGS の持分や本件ライセンス等）を没収し、本件 BIT 第 4 条 1 項に違反したと主張した。特に、直接的な収用が認められる理由としては、本件ライセンスがあるにもかかわらず、PPI 調整がなされる権利と関税凍結の危険を免れる権利が緊急法により明白に損なわれていることが挙げられたが、仲裁廷は、直接及び間接、いずれの収用も認められないと判断した。

まず、そもそも株式への投資が収用の対象になるかにつき、株式投資が複雑なビジネス関係が発達したものであり、他の要素の影響を受けることも踏まえると対象と認められるかが問題となるものの、投資の定義については管轄決定の参照パラグラフ 30 の通り、本仲裁においては広義に解すべきとして、この点については明確な判断を避けている。[paras 241-242]

もっとも、仲裁廷としては、財産権の少なくとも一部の必須要素が他の者に移転していない場合、直接的な収用形態が存在するとは考えていない。本件の場合、経済的利益は、産業から消費者、又は、産業から他の産業部門へと移転している可能性があるものの、財産の所有権のような法的要素に影響を及ぼさないため、直接収用があるとはいえないとした。[paras 243]

次に間接収用については、多数の措置が累積的に影響してこれを生じさせる可能性があることに言及し、Pope & Talbot のケースを引いて、収用と同視できる措置（投資家を奪うこと、会社の日々の業務を管理すること、会社役員や従業員の逮捕と拘禁、職員の仕事の監督、行政での妨害、分配配当の妨げ、職員やマネージャーへの任命の妨害、会社の財産又は支配権の全部又は一部を奪ったりすること等）を挙げた上で、本件では TGS や CIESA（アルゼンチンにある申立人の子会社）及びその関連会社ではそのような措置がなく、申立人の利益も自由に売却され、それが複雑な取引にも含まれていることなどから、間接収用にもあたらないと判断した。[paras 244-246]

以上より、本件について収用の事実は認められず、本件 BIT 第 4 条 1 項違反は認められないと判断された。

II. 公正衡平待遇違反に関する主張

申立人は、上記措置により、アルゼンチンが権利を濫用したり、保証を拒否したり、アルゼンチン政府の承認や条件を変更したりする等、安定した予測可能な法的環境を提供できなかったことから、本件 BIT 第 4 条 1 項に違反したと主張した。

仲裁廷は、アルゼンチンの公正衡平待遇の基準が明確でないとする主張に対し、国際的な最低限の基準が十分に精巧かつ明確である場合にはその基準によるが、そうでない基準が曖昧な状況においては、これまでの慣行に加え、それを超える判断をすることも可能だとした上で、本件 BIT の前文に着目し、「投資の安定した枠組み」が公正かつ衡平な待遇をする上で重要な要素になっているものとした。そして、「安定した枠組み」を検討する中で、法制度の凍結や国家規制の消滅を全く認めないものではないことを確認した上で、本件については、1990 年代初頭のアルゼンチン政府が、歴史的に不安定で変動の激しい経済に外国資本を引き付けるため、本件保証等のガス流通における規制枠組みを構築しており、申立人が本件保証に依拠し TGS に投資したことを認め、投資を誘導した「投資の安定した枠組み」はもはや存在しないとして、公正衡平待遇違反を認めた。[paras 251-268]

※本件 BIT 前文

The United States of America and the Argentine Republic, hereinafter referred to as the Parties;

…Agreeing that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective use of economic resources;…

III. 義務遵守違反に関する主張

申立人は、本件 BIT 第 2 条 2 項 (c) に基づき、ガス法、ガス規則、及び本件ライセンスによりアルゼンチンが本件投資に関して負っていた義務、特に、関税制度及び TGS の同意なしに本件ライセンスを変更しないという義務に反したとして、条約違反を主張した。

これに対し、仲裁廷は、本件 BIT 第 2 条 2 項 (c) も、ウィーン条約第 31 条 1 項が示すように条約の条項に与えられる通常の意味に従って誠実に解釈するものとし、本件については、「投資に関して締結されたいかなる義務も遵守しなければならない」と読むものとした上で、「いかなる義務」とは、その性質に関係なく義務を意味するもの、即ち、契約上の義務も含むと解釈した。

そして、アルゼンチンはガス法とその施行法により、投資に関する義務、TGS のような新しく民営化された企業への資本の流入を保証しそのような投資の価値を保証すること、関税はアメリカ合衆国ドルで計算し、PPI 調整を行い、合理的な利益率を提供するのに十分な関税体制を確立する義務を負っていたが、アルゼンチンは当該保証を解体しており、これは、申立人の投資に対してアルゼンチンが負っていた義務の違反とみるのに十分だと判断した。仲裁廷は、投資に関する契約、及び法律、規制の両方の義務違反が条約違反となったと判断した。[paras 269-277]

IV. 恣意的又は差別的措置に関する主張

申立人は、アルゼンチンの取った措置が恣意的又は差別的であることから、本件 BIT 第 2 条 2 項 (b) に違反すると主張した。

仲裁廷は、アルゼンチンの措置の影響を受けている様々な部門の間にはそれぞれ異なる解決策が求められているために当然大きな違いがあるものの、特に、他の部門よりも厳しい規制を適用したり、逆にある部門には有利な救済策を提供し別部門に損害を与えたりする等、ある部門が特定して措置を受けているとはいえ、申立人に対するアルゼンチンの扱いにおいて、他の事業体や部門と比較して、変容的、非合理的、又は不合理な差別化があったとは認められないとして条約違反は認められないとした。[paras 278-283]

V. 十分な保護及び保障に関する主張

申立人は、本件 BIT 第 2 条 2 項 (a) の規定に従い、アルゼンチンが申立人の投資に対して十分な保護及び保障を与えることができなかつたと主張する。当該主張は、物理的安全保障のみならず、投資についての法的保護も含むとする基準の解釈によるものであるが、これに対してアルゼンチン側は、物理的安全保障のみを指すべきだと主張した。

仲裁廷は、当該基準は、会社の職員、従業員又は施設の物理的な保護と安全についての文脈で生じたものであることは確かであり、本基準について広範な解釈が正当化される場合がありうることを否定はできないものの、そのように解すれば公正衡平待遇違反、更に何らかの収用の形態があった場合との区別が難しくなるとして、本件については、会社の職員、従業員又は施設における完全な保護及び安全の不備はなく、条約違反は認められないとした。[paras 284-287]

案件 95： イタリア v キューバ共和国（国家間の ad hoc 仲裁）
（JCA ジャーナル 2012 年 2 月号（32））

判断年月日： 先決判断[Sentence préliminaire：SP]（2005 年 3 月 15 日）・最終判断[Sentence finale：SF]（2008 年 1 月 15 日）

仲裁廷の構成： Yves Derains（長、フランス）、Attila Tanzi（イタリア）、Nacirso A. Cobo-Roura（キューバ共和国）

一 判断のポイント：

- ・投資協定に基づく国家間仲裁が用いられる背景
- ・投資協定の規定が不明確である場合における法人の国籍決定基準

二 事案の概要：

I. 事実関係

1993 年のイタリア・キューバ共和国投資協定¹（以下、BIT。）10 条（BIT の解釈適用に関する紛争の国家間仲裁による処理を定める）に基づき、2003 年 5 月 16 日にイタリアはキューバ共和国に対して 2 つの事件について仲裁を申し立てた。仲裁廷は 2003 年 8 月 14 日に構成され、2005 年 3 月 15 日にキューバ共和国の管轄権・受理可能性否定の主張を退ける SP を下した。[SP: paras.92-97]

イタリアは、後に 14 の事件に関する主張を追加したものの、最終的に主張したのは 6 つの事件についてのみであり、したがって仲裁判断の対象となったのもそれら 6 つの事件のみである。[SF: para.55]

A. Caribe and Figurella Project 有限責任会社事件

Caribe and Figurella Project (CFP) 社（イタリア法人）は、キューバ共和国の Habana Libre Trip ホテルに美容室を設ける旨の契約を Grupo Hotelero Gran Caribe (GHGC) 社と 1998 年に署名したが、契約の成立に必要な文書を CFP 社が期限までに提出しなかったため、契約は成立しなかった（イタリア側は、契約は締結され、それを GHGC 社が解除したと主張する）。翌 1999 年に、キューバ共和国観光省の関与により同内容の契約が改めて締結されたが、2000 年に、キューバ共和国国内商業省が同美容室の検査を行った際、同美容室が提供するサービスのほとんどはタトゥーであり、キューバ共和国では美容室でタトゥーを施術することは認められていないため、同省は同美容室の免許を取り消した（ただし、20 日後に、タトゥーをしないことを条件

¹ Accordo tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica di Cuba sulla promozione e protezione degli investimenti, 7 maggio 1993, <<http://www.unctadxi.org/iia/>>. 1995 年発効。正文はイタリア語・スペイン語であるが、本稿執筆のためにはイタリア語版しか入手できておらず、スペイン語版は仲裁判断本文および Tanzi 仲裁人反対意見（最終判断）に引用された範囲でしか参照していない。

として免許は再び与えられている)。これを受けて、GHGC 社は同美容室を閉鎖した。2001 年には同美容室を物理的に解体し、備品の化粧品は一部のみ CFP 社に返還された。キューバ共和国当局は CFP 社代表を国外追放しようとしたが、イタリア大使館の要請により追放はされなかった。[SF: paras.56,109-111]

CFP 社は、2001 年に、ハバナ人民地方裁判所に提訴して敗訴した。逆に GHGC 社が CFP 社を人民最高裁判所に提訴した。

2003 年 5 月にイタリアがキューバ共和国に BIT に基づく仲裁提起の意図を通告した翌月、GHGC 社は CFP 社に対してキューバ共和国商事会議所に仲裁を申し立てた。仲裁廷は、GHGC 社はタトゥー施術を以前から了知していたため 2000 年の契約解除は違法であると認めつつ、CFP 社との間で責任は等分されると判断した。[SF: para.58]

イタリアは、キューバ共和国が、BIT2 条 1 項（投資を奨励する義務）、2 条 2 項（公正衡平待遇義務）、3 条 2 項（内国民待遇義務）、追加議定書 1 項 b（投資家の入国に関する紛争を可能な限り投資家に有利に処理する義務）に違反したと主張し、利子を含めて 980 万アメリカ合衆国ドルを請求する。[SF: paras.59-60]

B. Finmed 有限責任会社事件

[略]

C. Icemm 有限責任会社事件

イタリア会社 Icemm は、瓦製造設備の建設と建設資材の大規模小売店建設とを目指し、その第一歩として、キューバ共和国会社 Emexcon（キューバ共和国商業省支配下の法人）と建設資材売買契約を締結した。この売買について、Icemm は、1 件の支払い遅延（約 9 万アメリカ合衆国ドル）と 1 件の未払い（約 4 万 4 千アメリカ合衆国ドル）が生じたと主張している。[SF: para.68]

D. Cristal Vetro 株式会社事件

Cristal Vetro 社（CV 社）は、ある一人のイタリア人が所有するパナマ共和国法人であり、ハバナの租税特区でガラス製造業を営んでいた。ところが、工場の貸主との間に施設の状態をめぐる紛争が発生し、CV 社がキューバ共和国裁判所に提訴した。同社が敗訴したところ、イタリアは当該判決が極めて不公正なものと主張し、約 2 百万アメリカ合衆国ドルの賠償を求めた。[SF: paras.74-80]

E. Pastas y Salsas Que Chevere 事件

[略]

F. Menarini Società Farmaceutica 事件

イタリア法人 Menarini は製薬会社であり、キューバ共和国国営法人 Medicuba と医薬品売買契約を締結した。その後未払い金につき紛争が生じ、イタリアは本仲裁手続の請求に当該未払い金を含めていたが、仲裁手続中に和解が成立し、イタリアは同社に関する外交的保護を行使しないとして同社に関する申立を取り下げた。ただし、イタリア固有の権利に基づく請求は維持すると主張し、キューバ共和国に 938,420 ユーロの支払いを求めた。[SF: paras.83-95]

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 先決判断

1. BIT における投資家対国家紛争処理条項と外交的保護権行使の可能性

ICSID 条約 27 条は、同条約当事国は、自国民が ICSID 条約に基づく仲裁に付託することに同意し又は付託した紛争に関し外交的保護権を行使することができない、と定める。本件 BIT にはそれと同様の規定は置かれていないものの、類推によりその原則を適用することは妨げられず、イタリア投資家が BIT に基づく仲裁に付託することに同意又は実際に付託している場合は、イタリアは当該投資家に関して外交的保護権を行使することはできない。しかし、BIT9 条 2 項は投資家に対し BIT に基づく仲裁と投資受入国国内裁判所とのいずれかを選択する権利を与えており、当該投資家が実際に BIT に基づく仲裁に付託していない現在、BIT9 条 2 項はイタリアによる外交的保護権行使を妨げない。なお、外交的保護権行使のための他の要件が充足されているかどうかについては、本案段階で検討する。[SP: paras.65-67]

2. 「国内法に従ってなされる」投資の意味

BIT1 条 1 項は、本 BIT に言うところの「投資」は、受入国の「法令に従って投資されるあらゆる資産 ogni bene investito [...] in conformità delle leggi et dei regolamenti / cualquier tipo de bien invertido [sic: investido] [...] de acuerdo a las leyes y reglamentos」であると定める。これは、投資の定義が受入国国内法のそれに依存するという意味ではなく、投資の国内法令適合性を定めているにとどまるのであって、この結論は、類似の規定を有する BIT を適用した *Salimi v. モロッコ王国*²により支持される。すなわち、投資の定義は、当該投資が受入国国内法秩序において評価されるより前に定まっているのである。もとより、BIT の規定によれば、受入国国内法令に反する投資は同 BIT の保護を受けない。[SP: paras.78-84]

3. BIT の定める「クーリング・オフ」期間の意義

BIT10 条 2 項は、一方当事国による仲裁申立から 3 ヶ月以内に和解が成立しない場合には、仲裁廷が設立される、と定める。イタリアは、2003 年 5 月 16 日付の仲裁申立口上書において、10 条 2 項にいう 3 ヶ月の期間はすでに経過したと述べているが、これはイタリア側の誤解と思

² *Salimi c. Maroc*, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, in Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 621, p. 632, para. 46 (英訳、I.L.M., vol. 42, 2003, p. 609) .

われる。もっとも、イタリア側に早まった判断があったとはいえ、この問題は前後の事情も考慮して柔軟に検討する必要がある。たとえば **Caribe and Figurella** 社に関しては 2000 年からはすでに両国間で交渉がなされていた上、イタリアによる仲裁人の指名を通告した 2003 年 7 月 15 日付口上書において、イタリア側は交渉による紛争処理の可能性を併せて伝えていた。キューバ共和国も 2003 年 7 月 16 日付口上書により仲裁人の指名を行っており、さらに、イタリアが申述書を提出したのは 2004 年 1 月 12 日である。これら諸事情を考慮に入れ、イタリアによる 10 条 2 項の不遵守は仲裁廷の管轄権を否定するものではない、と結論する。[SP: paras.71-75]

2003 年 7 月 15 日付口上書では、**Caribe and Figurella** 社および **Finmed** 社についてのみ明示的に言及されていた。ところが、申述書にはそれ以外の多くの投資についても請求が追加されていた。キューバ共和国は、これら追加的請求について 10 条 2 項の 3 ヶ月の期間が遵守されていない、と主張する。この段階での請求の追加について、BIT は沈黙している。しかし、BIT の目的は、条約の解釈を巡る当事国間の紛争は矛盾のないように処理されるべきというものであり³、本件のような請求の追加を認めない場合、新たな仲裁手続を別途開始せざるを得なくなり、その結果、異なる仲裁判断間で相互に矛盾が生じてしまう恐れが出てくる。UNCITRAL 仲裁規則（1976 年）20 条は請求の補正・補完を定めており、本件に同規則が適用されることはないとはいえ、本 BIT の定める投資家対国家仲裁において同規則が適用されるということは、両国とも同規則を熟知していたことを示す。さらに、CMS 対アルゼンチン事件においても、同事件に適用されるアメリカ合衆国・アルゼンチン BIT の定める 6 ヶ月の期間は追加的請求には適用されないと述べられている⁴。手続経済の観点からも、別途の仲裁手続としない方が望ましい。以上より、上記 2 社以外に関する請求についても、本手続で取り扱うものとする。[SP: paras.92-97]

B. 最終判断

1. 外交的保護権行使としての請求

(a) **Caribe and Figurella Project** 有限責任会社事件

キューバ共和国は、CFP 社は BIT にいう投資を行っていない、と主張する。ここで問題となるのは、CTP 社と GHGC 社とが締結した、不動産賃貸およびサービス提供に関する契約である。BIT1 条は、「契約」（同条(e)）および「経済的価値を有するサービス」（同条(c)）を明示的に投資概念に含めている。ただし、それに加えて、国際判例に基づいて先決判断で示したように⁵、出資・期間・リスク引受という 3 つの条件を充たす必要がある。[SF: paras.144-148]

出資については、施設の賃借や従業員の訓練さらには物品購入などから明らかである。期間について、本件契約は 3 年間とされていたところ、**Salini** 対モロッコ王国事件仲裁判断⁶や学説などでは 2 年から 5 年で十分とされており、やはり問題ない。リスクについては、CFP 社と GHGC

³ 仲裁廷は、BIT の目的をこのように解することの根拠を挙げていない。BIT 前文にもそれを示唆するような文言はない。

⁴ CMS v. Argentina, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, paras. 116-123, <<http://icsid.worldbank.org/>>.

⁵ もっとも、先決判断の該当箇所(para. 85)では、先例の検討は少なくとも明示的にはなされていない。

⁶ Salini c. Maroc, *supra* note 2, para. 54.

社との契約には美容室の利用から生じる利益が一定額に達しない場合は不足分を CFP 社が GHGC 社に支払うべきとの規定が含まれていることから、CFP 社はリスクを引き受けていると言える。[SF: paras.149-153]

次に、本件についてイタリアが外交的保護権を行使できるかどうかを検討する。そのための要件は、キューバ共和国が国際違法行為をなしたかどうか、および、国内救済が完了しているかどうかである。[para.154]

まずは、キューバ共和国国内商業省による美容室の免許取消が問題となる。タトゥーが美容室の提供するサービスであることを示す契約は免許付与時にはまだ締結されていなかったため、免許交付時にキューバ共和国側がタトゥーについて了知していたとは言えない。したがって、確かにこれだけの理由で免許を取り消すのがやや乱暴な措置であることは否定できないとしても、それが違法行為であるとは言えない。[SF: paras.155-157]

美容室の解体等は GHGC 社によってなされている。そこで、同社の行為がキューバ共和国に帰属するかどうかを判断せねばならない。その基準は、国際判例⁷に従い、同社がキューバ共和国に所有・支配されているかどうか、および、政府権力行使を法的にあるいは事実上委ねられていたかどうかである。本件で決定的なのは后者であり、キューバ共和国経済にとって観光業がいかに重要であるとしても、ホテル経営が政府権力の行使であるとは言えない。GHGC 社の一挙手一投足が政府に支配されている (télécommandé) とも言えず、GHGC 社の行為はキューバ共和国に帰属しない。[SF: paras.158-163]

CFP 社はキューバ共和国の司法手続の利用を妨げられたわけでもない。キューバ共和国裁判所が CFP 社の請求を却下したのは、契約に仲裁条項が含まれていたからである。CFP 社がキューバ共和国での仲裁は無意味と考えたとしても、それには何の根拠もない。同条項に基づいて GHGC 社により仲裁が申し立てられ、賠償が CFP 社に命じられた。本仲裁廷は同契約仲裁廷の上訴審ではないが、同仲裁廷における手続を見る限り何ら問題はない。したがって、国内的救済は尽くされておらず、キューバ共和国の国家責任は発生しない。[SF: paras.164-166]

(b) Finmed 有限責任会社事件

[投資家の資格を示す書類の真偽性をめぐる紛争。資格なしとの判断。省略。]

(c) Icemm 有限責任会社事件

イタリアは、本件契約は長期間継続するとされていたものであって、単なる売買契約ではない、と主張する。しかし、その内容はまさに売買であり、商品を売却した後は Icemm 社と当該商品との間には法的つながりは消滅するのであって、Icemm 社が出資を行ったとは言えない。リスクも不払いすなわち契約義務違反のリスクのみであって、投資をなしたとは言えない。[SF: paras.197-199]

⁷ 例、CSOB v. Slovakia, Decision on jurisdiction, 24 May 1999, ICSID Case No. ARB/97/4, *ICSID Rev.-FILJ*, vol.14, 1999, p. 250.

(d) Cristal Vetro 株式会社事件

BIT1 条 1 項によれば、同 BIT により保護されるのは、「いずれかの当事国の国民（法人または個人）」によりなされる投資である。第三国の法人を通じた資本投資は、本条約の文言上保護されない。この解釈は、BIT が締結された 1993 年当時の外交的保護の一般的な理解とも合致する（2006 年の ILC 外交的保護条文案 9 条⁸では一定の例外が認められるに至っている）。外交的保護権に関する規則が BIT の解釈に適用されるわけではないが、重要な指針(une indication précieuse)とはなる。また、BIT の趣旨目的から考えても、条約の主要な規定が投資家による仲裁であるところ、BIT 非当事国の法人に仲裁申立資格を認めることは考えられず、同様の結論に達する。[SF: paras.203-206]

(e) Pastas y Salsas Que Chevere 事件

[コスタリカ法人による投資。Cristal Vetro 株式会社事件と同様の判断。]

(f) Menarini Società Farmaceutica 事件

この事件に関する外交的保護請求は取り下げられているが、イタリアはこの事件によりイタリア自身の権利が侵害されたとの主張は維持しているため、ここでも検討を行う。本件契約に基づく取引は確かに長期間（1987 年から 1991 年）にわたっているが、既に述べたとおり、商品売買は出資ではなく、代金不払のリスクは投資の要素としてのリスクではない。したがって、本件に BIT は適用されない。[SF: paras.212-221]

2. イタリア固有の権利に基づく請求

(a) 投資促進義務違反

イタリアは、CFP 社事件との関係で、同社代表の Aléo 氏に対する国外追放の威嚇が投資促進義務違反（BIT2 条 1 項）に反すると主張する。しかし、そのような威嚇があったことは証明されていない上、Aléo 氏の滞在資格は問題の契約の存在を前提とするものであった。したがって、キューバ共和国による同義務違反は存在しない。[SF: para.227]

(b) 公正衡平待遇義務違反

CFP 社事件について、イタリアは、同社子会社の登記がキューバ共和国国内商業省から要求されたにもかかわらず、キューバ共和国商業会議所により拒否されたことが公正衡平待遇義務（BIT2 条 2 項）違反を構成する、と主張する。[para.229]

⁸ U.N. Doc. A/RES/62/67.

Article 9. State of nationality of a corporation

For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality.

会社登記に関する 1996 年のデクレ 206 の 10 条によれば、登記のためには一定の条件が満たされねばならないとされつつ（当該子会社はこれを満たさない）、政府の要望がある場合には当該要件を充足しない会社の登記も認められる。しかし、これは国家の経済的利益を考慮してなされる個別の判断であり、それが認められなかったからといって差別的待遇がなされたとは言えない。登記しないとの判断がなされるまでに 1 年ほどかかり、CFP 社からの照会に返答がなされなかったとしても、それだけではやはり差別的待遇がなされたと言えない。[SF: paras.232-239]

案件 96： 取消請求人 Malaysian Historical Salvors Sdn., Bhd. v 取消被請求国 マレーシア
(ICSID Case No. ARB/05/10)
(JCA ジャーナル 2010 年 4 月号 (8))

判断年月日： 2007 年 5 月 17 日 (仲裁判断)、2009 年 4 月 16 日 (本決定)

仲裁廷の構成： 特別委員会： Stephen M. Schwebel (アメリカ合衆国・長)、Mohamed Shahabuddeen (ガイアナ共和国)、Peter Tomka (スロバキア共和国)

一 判断のポイント：

- ・ ICSID 条約 25 条(1)の「投資」の解釈により ICSID 仲裁の管轄権の存否を判断する際には、付託合意を定めた投資協定において当事国が合意した「投資」の意義を尊重すべきである。
- ・ Salini テストを ICSID 仲裁の管轄要件として厳格に適用することは、明らかな権限超越に該当する。

二 事案の概要：

I. 事実関係

本件は、Malaysian Historical Salvors Shn, Bhd.対マレーシアの 2007 年 5 月 17 日の仲裁判断¹において、仲裁廷が ICSID 条約²及びイギリス - マレーシア投資協定³ (以下「本件 BIT」という。)に基づく管轄権を行使しなかったことにつき、仲裁廷が明らかにその権限を越えたことを理由として当該仲裁判断は取り消されるべきか否かが問題となった事案である。

A. 背景[paras.2-9]

マレーシア法に基づき設立され、多数資本がイギリスの海難救助会社である Malaysian Historical Salvors Sdn., Bhd. (本件取消請求人であり、仲裁判断の申立人でもある。)は、1991 年 8 月 3 日、専ら考古学的関心及び歴史的遺跡の研究を目的として、1817 年にマレーシア海域で沈没したイギリス船を発見し、沈没船及び積荷について調査、研究、保存等を行う契約 (以下「本件契約」という。)をマレーシア政府との間で締結した。本件契約は、沈没船の引上げで広く確立された出来高支払 (No Finds No Pay) であり、調査及び引上げの運営に関する全費用並びにリスクは、取消請求人の責任とされた。

その後、取消請求人は、回収物についてオークションを手配することになり、オークションでの収益に加えて、オークションに出品されなかった物の鑑定価格を合わせた全体額の 70%からなるサービス料金に対する権利を取得した。

¹ ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, May 17, 2007.

² Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 18 March 1965, *UNTS*, vol. 575, No. 8359.

³ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Malaysia.

4年間にわたる調査作業後、取消請求人は、沈没船を発見して磁器を回収し、その一部はオークションにかけたが、取消請求人の主張によれば、マレーシア政府は、約定どおりの支払を行わなかった。

2004年9月30日、取消請求人は、本件 BIT 違反であるとして投資紛争開発国際センター(ICSID)に仲裁手続の要求を提出した。

B. 仲裁判断及び取消請求手続[paras.10-23]

2007年5月17日、Michael Hwang, S.C.による単独仲裁廷（以下「本件仲裁廷」という。）は、本件仲裁廷には管轄権がないことを理由として取消請求人の請求を却下する仲裁判断を行った。

ICSID 仲裁廷に管轄権が成立するためには、ICSID 条約及び投資協定の各要件が充足されている必要がある。本件仲裁廷は、本件契約について ICSID 仲裁廷に管轄権が認められるか否かの判断は2段階で行うべきであり、まず ICSID 条約 25 条(1)に規定される「投資」に含まれ、その上でさらに本件 BIT の「投資」の定義に含まれることが証明されなければならないと述べた。

ICSID 条約 25 条(1)の「投資」であるか否かに関し、同条約には「投資」の定義は規定されていない。従来の仲裁判断⁴には、投資を特徴付ける要素を挙げ (Salini 対モロッコ王国⁵では、出資、一定期間の投資契約の履行及び取引リスクの引受け、さらに ICSID 条約前文より、投資受入国の経済発展への貢献が加えられた。)、これらの要素は投資の典型的な特徴の例示にすぎず、いくつかの要素が欠如しても「投資」になり得るとする考え方（典型的特徴アプローチ）と、各要素がすべて存在しなければ「投資」ではないとする考え方（管轄アプローチ）とがある。

本件仲裁廷は、管轄権の有無の判断に際して典型的特徴アプローチと管轄アプローチとの間に実質的差異はなく、説明方法の違いにすぎないとする⁶。その上で、本件仲裁廷は、本件契約が投資の特徴を具備しているかについて具体的に検討し、出資規模は不十分であり、契約期間及びリスクの引受けは質的意味を充足しないと判断した。さらに、最も重要な要素であるとする投資受入国の経済発展への貢献も認めず、結局、本件契約は ICSID 条約 25 条(1)の「投資」に含まれないと判断した。

したがって、本件 BIT の「投資」の定義に含まれるか否かを判断するまでもなく、管轄権を有しないとし、本件仲裁廷は、取消請求人の請求を却下した。

2007年9月17日、取消請求人は、本件仲裁廷が明らかにその権限を越えているとして、ICSID 条約 52 条 1(b)に基づいて仲裁判断の取消しを請求した。

⁴ 本件仲裁廷が ICSID 条約 25 条(1)の「投資」であるか否かの問題に関して重要だとする仲裁判断 7 つが para.15 の注 23 に列挙されている。

⁵ ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

⁶ 本件仲裁廷の考え方は Para.17 にまとめられている。

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 当事者の主張

1. 取消請求人の主張

(a) 仲裁判断の取消しの請求

取消請求人は、Vivendi 対アルゼンチン⁷の仲裁判断を引用し、管轄権を有する仲裁廷がその管轄権を行使しなければ ICSID 条約 52 条 1(b)に規定する明らかに権限をこえる場合に該当するとして、同条項に基づき、本件仲裁判断の取消請求を行った。また、1 審制の仲裁において管轄権の不行使は、明白な権限踰越であると主張する。[paras.27, 39]

(b) ICSID 条約 25 条(1)の「投資」

取消請求人は、本件契約が ICSID 条約 25 条(1)の「投資」に含まれる根拠を示し、本件仲裁廷の管轄権の存在を主張する。

(i) 条約の起草者の意思

取消請求人は、本件仲裁廷が条約の準備作業時を考慮に入れず、過度に制限的な「投資」の定義を適用したと主張する。特に、取消請求人は、ICSID 条約の起草者が「投資」の定義及び最低額を設けず、投資の定義については投資協定又は ICSID 仲裁に付託することを規定したその他の法規の加盟国の意思を尊重することが認められていたことを証明し、ICSID 条約の準備作業の際には「投資」の文言に広範な通常の意味が確認されていたと述べる。[para.28]

(ii) 投資の特徴の管轄要件化

取消請求人は、本件仲裁廷が投資の特徴を管轄要件にまで高めたことは、誤りであるとする。ICSID 条約に根拠がない上、通常の「投資」の文言の意味や ICSID 条約の起草者及び署名者の意図に反して実質的に「投資」の意味を狭めるからである。[para.29]

また、取消請求人は、本件仲裁廷が投資受入国の経済発展への貢献を管轄要件としたことも不適切であると主張する。その根拠と推測される ICSID 条約前文について、Pey Casado 対チリ⁸を引用し、経済発展は投資の条件ではなく、投資の結果にすぎないと述べる。[paras.30, 40]

(iii) 投資の特徴についての質的判断

取消請求人は、仮に本件仲裁廷が投資の特徴を管轄要件化することが正しいとしても、各特徴の判断の際に量的のみならず質的充足を要求するのは法的根拠を欠いており、誤っていると主張する。そして、本件仲裁廷が行った各投資の特徴の判断について、ICSID 条約 25 条(1)の準備作業段階も考慮し、いずれも条件を充足すると反論した。[paras.31-36]

⁷ ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, para.86.

⁸ ICSID Case No. ARB/98/2, Sentence arbitrale, 8 May 2008. 濱本正太郎「投資保護協定の時間的適用範囲と国内裁判遅延の公正衡平待遇義務違反性」JCA ジャーナル 56 巻 10 号 (2009 年) 5 頁。

(c) 本件 BIT の「投資」

取消請求人は、本件仲裁廷が ICSID 条約 25 条(1)の投資の範囲を決定する際に、広範な「投資」の定義を明記する本件 BIT も考慮すべきであったと主張する。[para.38]

2. 取消被請求国の主張

取消被請求国は、ICSID 条約 25 条(1)の「投資」に本件仲裁判断同様、投資受入国の経済発展への貢献を要求し、本件契約はそもそも「投資」に該当せず、したがって本件仲裁廷は管轄権を有しないから ICSID 条約 52 条 1(b)の「権限をこえている場合」にはあたらないと主張する。[paras.43, 48]

また、取消被請求国は、本件契約が「投資」ではないとの本件仲裁廷の判断に対して、その判断の正誤を争うために取消請求人は仲裁判断の取消しを請求しているのであり、これは上訴を認めておらず、取消しを特別かつ限定された場合の救済手段とする ICSID 条約の取消手続とは相容れないものであると反論する。[paras.44-46]

さらに、投資の特徴として本件仲裁廷が挙げた要素について、取消被請求国は、他の ICSID 仲裁判断と同様に、ICSID 条約の法理及び主要な解説を分析し、事実に基づき総合的に判断して結論を導いたものであって、本件仲裁廷はその権限をこえていないと反論する。[paras.49-50]

取消被請求国は、起草者の意思⁹及び ICSID 条約及び仲裁規則の他の規定における“manifest”の概念¹⁰を根拠に、ICSID 条約 52 条 1(b)の明白性の要件の基準は高いものであると主張する。そして、仮に本件仲裁廷が権限をこえている場合であっても、取消請求人は権限超越に合理的な議論の余地がないことを証明していないと反論する。[paras.47, 51-52]

B. 特別委員会の判断

1. 本件 BIT

ICSID 条約 25 条(1)だけでなく、イギリス・マレーシア両国が ICSID 仲裁による管轄権の行使を合意した本件 BIT1 条の「投資」の意味についても問題となる。本件 BIT1 条 1 項には、「投資」の定義が置かれており、非常に広範なものである旨規定されている¹¹。本件契約は、同条項に例示された(iii)金銭債権及び金銭的価値を有する契約に基づく給付の請求権並びに(iv)知的財産権に該当する。さらに、本件契約により付与される権利は、(v)契約により付与される商業的利権契約に含まれる可能性もある。したがって、本件契約が本件 BIT の「投資」に含まれるのは明らかである。[paras. 59-61]

2. ICSID 条約 25 条(1)

⁹ “the addition of the word ‘manifestly’ to the language of paragraph (b) is a serious restriction of the authority of ad hoc Committee under Article 52” 本決定の Para.51 及びその注 96 を参照。

¹⁰ 本決定の Para.51 及びその注 97 を参照。

¹¹ For the purposes of this Agreement (1)(a) “investment” means every kind of asset and in particular, though not exclusively, includes:… (以下略)

(a) 準備作業段階

世界銀行による ICSID 条約の当初案では、最低出資額及び最低限の投資期間の各条件を満たさなければ、ICSID 仲裁の管轄権はないものとされていた。しかしながら、各国間の交渉を経て、最終的に最低出資額及び期間制限は置かれなかった。[paras. 64-66]

世界銀行の法律顧問 Mr. Broches も、ICSID 仲裁に付託できる紛争の種類を制限し、定義を置くことは困難だと考えていた。ICSID 条約の締約国がある種の紛争について ICSID の機関に付すか付さないかを自由に表明できることも¹²、定義を不要と考える理由であった。ただし、Mr. Broches は、当事者の ICSID 仲裁への付託合意の必要性とともに、たとえ合意があっても ICSID 仲裁の管轄権が行使できる範囲には限界があることを示唆した。なお、この限界は、一時的商取引のような単純売買を「投資」の範囲から排除するものであって、本件仲裁廷が「投資」であるか否かを解釈する際に用いた投資の基準又は特徴とは異なるものであることに注意すべきである。[paras. 66-69]

ICSID 条約の準備作業段階において、「投資」に関し、同条約 25 条(1)では「投資」の定義を意図的に置かなかったこと、投資の最低出資額を設定しなかったこと、最低限の投資期間を設定しなかったこと、及び当事者の付託合意が重要な条件であり、かかる付託合意を定めた投資協定等の規定において当事国が合意した「投資」の定義が尊重されて ICSID 仲裁の管轄存否の判断の基礎となることは、世界銀行の理事会の記録によっても確認できる。[paras. 70-72]

(b) 本件 BIT との関係

本件 BIT 7 条は、ICSID 仲裁以外の国際的な紛争解決手段を定めていない¹³。これは、ICSID 仲裁の管轄権が否定された場合に、投資家には国際的な紛争解決手段は残されていないことを意味する。この場合において、本件仲裁廷のように、ICSID 条約 25 条(1)の「投資」の意味を制限的に解し、唯一の国際的紛争解決手段である ICSID 仲裁による救済手段を限定することは、本件 BIT の「投資」の定義を広く定めた両当事国の意思に合致するとはいえない。[para. 62]

また、本件 BIT 同様に広範な投資の定義を置く条約が多数締結されており、そのなかには ICSID 仲裁に管轄権を与える旨定めるものがある。したがって、ICSID 仲裁に付与された管轄権の重要性を無にしたり、ICSID 条約 25 条(1)の「投資」の文言に疑問を呈したりすることは、ICSID 仲裁による紛争解決制度を損なわせる危険がある。[para. 73]

(c) 投資の特徴要素

Salini 対モロッコ王国の仲裁廷は、ICSID 条約 25 条(1)の「投資」について判断する際に、当事者による付託の合意に加えて客観的な条件が必要であると言及した。そして、一般的に出資、

¹² ICSID 条約 25 条 4 項 締約国は、この条約の批准、受諾若しくは承認の時に、又はその後いつでも、センターの管轄に属させることを考慮し又は考慮しない紛争の種類をセンターに通告することができる。(以下略)

¹³ Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 March 1965 any legal dispute arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former. (以下略)

一定期間の取引の実施、取引上のリスクの引受け、及び投資受入国の経済発展への貢献が投資の典型的な要素として挙げられるが、これら諸要素は相互に関連しているため、いずれも投資の基準として評価されなければならないと述べた。この仲裁廷の判断は、Professor Christoph Schreuer の ICSID 条約に関する主要な解説とも一致している。同教授によれば、これらの要素は、本件仲裁廷の判断とは異なり、必ずしも管轄権の要件としてではなく、単に ICSID 条約上の投資の典型的な特徴として理解すべきものとされた¹⁴。[paras.75-77]

当委員会の多数意見は、ICSID 条約の加盟国の意思と一致する手法に沿った仲裁判断及び分析を先例とすべきと考えるが、この問題を扱った直近の仲裁判断 (Biwater 対タンザニア連合共和国¹⁵) は、最も説得力がある。同仲裁廷は、「投資」の基準に関して、ICSID 条約に定義が置かれていないと述べた上で Salini 対モロッコ王国等の仲裁廷が挙げる投資の要素を引用する仲裁判断が少なからずあることについて、そのような機械的手順にも、また、極端に厳格な Salini 対モロッコ王国の基準を他の事例に適用することにも、法的な根拠は見当たらないと述べた。むしろ、ICSID 条約の準備作業段階において、意図的に投資の定義は置かず、同条約加盟国間の同意の対象とすることが期待された経緯を踏まえて、個別の事例を扱う仲裁廷があらゆる事例のあらゆる目的において適用され得る投資の定義を置くことは疑問である旨の世界銀行の理事会の記録の一節を引いた。

さらに、同仲裁廷は、いわゆる Salini テスト¹⁶自体について、投資の典型的特徴を投資の判断の基準とすることは、その適用次第では恣意的にある種の取引を ICSID 条約の「投資」から除外するおそれがある点で問題だとする。また、投資協定や投資契約において当事者間ではより広範な投資の概念で同意している場合に、一義的で制限的な投資の基準を適用することは当事者の意思に反し、これは ICSID 条約が「投資」の定義を置かなかつた趣旨に反する点でも問題があるとする。したがって、同仲裁廷は、「投資」の概念について、投資の特徴要素及び付託合意を規定する法規の性質等諸事情を考慮し、柔軟かつ実用的に判断すべきであると述べる。[paras.78-79]

3. 仲裁判断の取消し

本件仲裁廷が本件 BIT 及び ICSID 条約により付与された管轄権を行使しなかったことは、裁判所が明らかにその権限をこえた場合であると考えられる。「明らかに」権限をこえていると判断する理由は、本件仲裁廷が(a)本件 BIT を考慮も適用もしなかったこと、(b)投資の特徴要素を管轄要件にまで昇格させて不当に投資の範囲を制限したこと、及び(c)ICSID 条約の準備作業段階を考慮しなかったことである。[paras.74,80]

4. 少数意見

¹⁴ CHRISTOPH SCHREUER, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, page 140 (2001).

¹⁵ ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008.

¹⁶ *Ibid.*, paras. 310-311. Salini 対モロッコ王国の仲裁廷は、ICSID 条約 25 条の「投資」の該当性を判断するにあたり、(i)取引期間、(ii)定期的な利益及び配当、(iii)リスクの引受け、(iv)実質的な出資並びに(v)投資受入国の経済発展への貢献の 5 つの基準を適用すべきと述べた。本決定 para.79 も参照。

特別委員会の委員 **Mohamed Shahabuddeen** は、本件仲裁廷の仲裁判断を取り消す旨の本決定に署名したものの、反対意見を述べた¹⁷。当該反対意見では、相当程度の価値ある投資受入国の経済発展への貢献を ICSID 条約上の「投資」の客観的な要件であるとみており、この点において本件仲裁廷の仲裁判断を支持している。

¹⁷ 反対意見は、本決定の 38 頁以下に添付されている。

案件 97 : Perenco Ecuador Ltd. v エクアドル及び Empresa Estatal Petroleos Del Ecuador (PetroEcuador) (ICSID Case No. ARB/08/6)

(JCA ジャーナル 2010 年 3 月号 (7))

判断年月日 : 2009 年 5 月 8 日 (暫定措置決定)

仲裁廷の構成 : Lord Bingham of Cornhill (長、イギリス)、Charles N. Brower (アメリカ合衆国)、J. Christopher Thomas, Q. C. (カナダ)

一 判断のポイント :

- ・ ICSID 投資仲裁において、仲裁廷は、拘束力のある暫定措置を勧告することができる。
- ・ 暫定措置として、国内法に基づく強制執行を止める旨の勧告を発することができる。
- ・ 国家の強制執行に対し国内法上争う道が用意されていても、ICSID 投資仲裁を申し立てて救済を求めることができる。
- ・ 状況によっては、ICSID 仲裁規則が求める両当事者の意見聴取を待たずに暫定措置を命ずることができる。

二 事案の概要 :

I. 事実関係 [paras. 1-38]

A. 事業参加契約=Participation Contracts

2002 年 9 月 4 日フランス資本の法人である申立人 Perenco Ecuador Ltd. が被申立国エクアドル及び国営の石油資源開発会社であると思われる PetroEcuador (以下「被申立国ら」と総称することがある。) と事業参加契約 (Participation Contracts) を締結した。この中に含まれていた 7 区及び 21 区の開発契約に関する紛争である。申立人は、Burlington Resources Oriente Limited とコンソーシアムを形成して、共同運営契約 (Joint Operating Agreements) のもとで 7 区・21 区の開発を運営しており、両区の石油資源について権利を有している¹。

B. 現地国法令の改変による投資契約上の変更

2006 年 3 月、石油価格の上昇を背景に、エクアドル政府は炭化水素法 (Hydrocarbon Law、以下「HCL」と略称する。) を改正し、価格上昇に伴う超過収益 (extraordinary income) の 50% をエクアドルが取得できるものとした (法律 42 号)。その施行政令である政令 1672 号に 50% の割合が定められていた。なお、法律 42 号について憲法訴訟が起こったようであり、2006 年 9 月に合憲の判断が出ている。

その後、2007 年 10 月、政令 1672 号で定められた割合を修正する政令 662 号が制定され、超過収益についてのエクアドルの権利割合は 99% とされた。

¹ 7 区については 53.7%、21 区については 57.5%。

C. エクアドルの強制執行及び仲裁申立て

申立人は、これらの立法措置に対する異議を留保しつつ、2008年4月末までは法律42号に基づく超過収益シェアの支払いをエクアドルに対して行っていた。その間申立人とエクアドルの間で交渉が持たれていたが、2008年4月12日交渉は決裂した。申立人は、エクアドルのHCL改正の立法措置は事業参加契約及びフランス・エクアドル間の1996年投資協定に違反するとして、4月30日にICSID仲裁を申立てた²。その後申立人は、法律42号に基づく支払いを留保している。

2009年1月エクアドルは、事業参加契約の早期解除を通告し、さらに2月19日、申立人の不払いに対して合計327,467,447アメリカ合衆国ドルを3日以内に支払うことを内容とする強制手続の通告 (Coactiva Notice) を発した。同通告に対して申立人が支払いをしないため、2009年3月3日エクアドルは申立人の資産を差し押さえた。

仲裁における申立人の主張は、エクアドルの法律42号の立法行為は事業参加契約において申立人が得た契約上の権益を急激にかつ一方的に申立人に不利に変更するもので、同契約及びフランス・エクアドル間の投資協定に違反するというものであった。

D. 暫定措置申立て及び審理

2009年2月19日のエクアドルによる Coactiva Notice 発行と時を同じくして、申立人は仲裁廷に対して、仲裁の結論が出るまでエクアドルはHCLに基づく強制回収行為を差し控えること及びその他現状を変更する行為を差し控えることを内容とする暫定措置を求めた。これに対してなされた仲裁廷の決定が本決定である。

なお、申立人は、暫定措置申立てに対する結論が出るまで、エクアドルが更なる措置をとることを禁ずる一時的禁止命令を仲裁廷が直ちに命ずるよう求めていた³。2009年2月24日仲裁廷は、両当事者に対して、暫定措置の適否について両当事者の意見を聴くまで現状を変更しない(申立人の資産の差押え含め) よう求める旨の通信文を発している⁴。さらに、2009年3月5日仲裁廷は、両当事者に対して、2009年2月24日の要請 (request) は、ICSID条約47条及び同仲裁規則39条の勧告 (recommendation) としての効果を持つものであることを明確にする旨の通信文を発している⁵。

2009年3月19日暫定措置に関するヒアリングが開かれ、その審理を経て、2009年5月8日

² Burlington も同年4月21日にICSID仲裁を申し立てた。

³ 正確に引用すると「an order in the nature of a temporary restraint prohibiting Ecuador from undertaking any measures pending determination of the application for provisional measures」である [para. 23]。

⁴ 「…The tribunal believes it is necessary…to request the parties to refrain from initiating or continuing any action or adopting any measure which may, directly or indirectly, modify the status quo between the parties vis-à-vis the participation contracts, including any attempt to seize any asset of Perenco, until it has had an opportunity to further hear from the parties on question of provisional measures.」という内容であった [para. 28]。この中の“request”という言葉の意味が問題とされることになる。

⁵ 「The Tribunal wishes to make it clear…that its February 24, 2009 request had and continues to have the same authority as a recommendation, as envisaged in Article 47 of the ICSID Convention and Arbitration Rule 39.」との内容であった [para. 35]。なお、この通信文はEメールで発せられているようである。

仲裁廷は、ICSID 条約 47 条及び同仲裁規則 39 条に基づき、暫定措置を勧告した⁶。

三 判断概要：

II. 判断要旨 [paras. 42-80]

A. 暫定措置の要件についての判断

申立人は、ICSID 仲裁規則 39 条に基づき、以下の通り暫定措置を求めた。同条によれば、暫定措置は、被保全権利 (the rights to be preserved)、勧告が求められる措置 (the measures the recommendation of which is requested)、保全の必要性 (the circumstances that require such measures) を主張しなければならないが、申立人はそれぞれ以下のように主張した。

- (a) 被保全権利：事業開発契約から得られる経済的利益を完全に受ける権利を含む同契約上の権利があること。
- (b) 勧告が求められる措置：現状を暫定的に固定すること、すなわち、①被申立国らによる強制回収行為及び②被申立国らによる事業参加契約の変更行為の差止め等を求める。
- (c) 保全の必要性：被申立国らの支払い要求に従うことは申立人の権利を奪うものであり、かつ、Coactiva Notice が発せられ、さらにそれに基づいて申立人の資産の差押えがなされる状況では、申立人の事業参加契約上の権利に回復しがたい被害 (irreparable harm) を及ぼし、仲裁廷が完全な救済を与えることの障害となる。

当仲裁廷は、本件において、(a) 被保全権利としては、申立人の事業参加契約上の利益がエクアドルの立法行為及びそれに続く強制回収行為により不当に害されていると判断する。[para. 45]

また、(c) 保全の必要性については、本案の損害賠償によっては回復できない損失が発生する場合がそれにあたり、仲裁手続が実効性と全体性を保持し、また紛争状態の著しい悪化を避けるために必要である場合に、保全の必要性の要件を満たす [para. 43] が、申立人の資産の差押えは、当事者間の紛争状態を悪化させ、また事業参加契約に基づく申立人の石油開発・生産の能力を危殆に陥れるものである。よって当仲裁廷は、この要件を充足すると判断する。[para. 46]

このような認定のもとに、後記暫定措置に関する仲裁廷の決定のとおり措置を命じる。

B. 被申立国らの反論についての仲裁廷の判断

被申立国らは、暫定措置申立てに対し、以下の反論を提出した。当仲裁廷は、以下の理由からこれらの反論には理由がないものと判断する。

(反論 1) 申立人主張の矛盾

被申立国らは、申立人は、その権益が接収された (expropriated) と主張している、すなわち

⁶ なお、被申立国らは、仲裁廷の管轄権の問題も提起している。仲裁廷は、暫定措置においても仲裁廷に管轄があることの一応の疎明 (there is at least a prima facie basis upon which such jurisdiction might be established) があることを要するとする先例 (Victor Pey Casado and President Allende Foundation 対チリ (ICSID) Case No. ARB/98/2, Decision on Request for Provisional Measures of 25 September 2001) を引いたうえで、本件では、申立人は仲裁廷の管轄権について一応の疎明を果たしているとして管轄権を認めた。[paras. 39-41]

既に事業参加契約は失効していることを前提に主張しているから、暫定措置申立ての基礎となる主張と矛盾すると主張する。

この点については、申立人は、事業参加契約はなお効力を有することを前提として主張しているので、矛盾はない。[para. 48]

(反論 2) 暫定措置はエクアドルの主権と抵触

被申立国らは、エクアドルには、主権国家としてその天然資源を管理する権限があり、法律 42 号に基づく措置はその権限の行使にほかならないところ、仲裁廷が法律 42 号の執行に介入する (interfere) ことはエクアドルの主権の侵害となり許されないと主張する。

しかしながら、暫定措置は、本案についての判断までの間、暫定的にであれ、必然的に国家の行為に制限を求めることとなるのであって、それをもって主権侵害ということはできない。City Oriente 対エクアドル事件⁷においても、ICSID 仲裁の暫定措置に関して同様の判断がなされている。[paras. 49-50]

(反論 3) 申立人は国内法上強制回収措置を免れる方法がある

被申立国らは、申立人は、法律 42 号で要求されている支払金額を異議を留めつつ支払い、エクアドル国内でその効力を争うことにより、Coactiva Notice に基づく強制回収措置を免れることができるのであり (現に Claimant は 2008 年 4 月まではそのようにして支払っていたのであり、現在も支払いの能力はある)、自ら招いた事態・自らの行為によって免れうる事態であると主張する。

しかしながら、被申立国らが有していると主張する金銭支払請求権の強制回収は、本件では申立人の資産である石油の相当期間にわたる差押えを含み、また他の資産の差押えの可能性もあるところ、そのような状況のもとでは、被申立国らの強制回収措置が実行し維持されれば、申立人の事業は壊滅といわないまでも重大な打撃を受けると見ることが現実的である。異議を留めて支払ったうえで国内の手続で争うべきであるというのは、条約当事者は ICSID 仲裁を唯一の解決手段とする (consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy) ICSID 条約 26 条にも反する。同様の状況でエクアドルに対して暫定措置が申し立てられた前記 City Oriente 対エクアドル事件の決定においても、元の (法律 42 号で変更される前の) 契約に基づいた履行を保全措置として命じている⁸。[paras. 51-63]

C. 2009 年 2 月 24 日と 3 月 5 日の仲裁廷通信文についての判断 [paras. 64-77]

これらについて被申立国らは、①仲裁廷は両当事者の主張を聞かずに保全措置を発することはできない、②仲裁廷には ICSID 仲裁規則 39 条に従って保全措置を勧告 (recommend) する権限はあるがそれを要請 (request) する権限はない⁹、③仲裁廷が 2 月 24 日の要請 (request)

⁷ ICSID Case No ARB/06/21, Decision on Provisional Measures of 19 November 2007.

⁸ その他、仲裁廷は、いくつかの ICSID 仲裁 (Tokios Tokelés 対ウクライナ (ICSID Case No ARB/02/18, 1 July 2003), Saipem S.p.A. 対バングラデシュ人民共和国 (ICSID Case No ARB/05/07, 21 March 2007), Victor Pey Casado and President Allende Foundation (ICSID Case No ARB/98/2, Decision on the Request for Provisional Measures, 25 September 2001)) 等の先例を引いている。

⁹ 被申立国らは、要請 (request) と勧告 (recommend) を違ったものととらえ、前者は後者より拘束力が弱いという

を後に遡及的に勧告（recommend）に変えることは手続的に不当である、として異議を出しているため、本決定においてその異議について判断する。以下の通り、いずれの異議も理由がない。

①について。ICSID 仲裁規則 39 条 4 項は、仲裁廷は、両当事者に意見を述べる機会を与えた後でのみ暫定措置を勧告することができると規定する¹⁰。これに対して、ICSID 条約中で仲裁廷に暫定措置勧告権を与える同条約 47 条にはそのような規律はない。この点については、当仲裁廷は、ICSID 条約で付与された暫定措置権限を重視すべきであると考え。もし仲裁廷が両当事者の意見を聴いた後でなければ暫定措置を勧告できないとすれば、当事者は容易に現状変更行為をして ICSID 条約で与えられた仲裁廷の管轄権の十全な行使を妨げることを許すことになってしまい、それは正しくない。もっとも本件では、実質的には被申立国らは、暫定措置について意見を述べる機会を与えられ、実際にも意見を述べているのであり¹¹、従って ICSID 規則 39 条 4 項の意見聴取要件を満たしている。

②について。ICSID 条約 47 条及び ICSID 仲裁規則 39 条 3 項・4 項の解釈は、ウィーン条約法条約 31 条に従い、条約全体のコンテキストの中でその条項の趣旨・目的に照らしてなされなければならない。ICSID 条約（及び本件でもそうであるように二国間条約）の当事国は、仲裁廷に紛争の解決を付託して仲裁廷の判断に従う義務を有し、仲裁の進行中に仲裁廷が発するいかなる暫定措置にも従う義務を負う。当事国は、現状固定をはかろうとする仲裁廷の要請は、それがどのような用語によってなされたかを問わず、当事者に対して拘束力を有する。このことは、国際司法裁判所、ICSID 仲裁をはじめとする投資仲裁その他国際仲裁の先例¹²によって支持される。よって、当仲裁廷は、勧告（recommend）と要請（request）を区別する考え方は採用せず、いずれも同様に拘束力のある措置であると判断する。

③について。②について説示された通り、2 月 24 日の通信も拘束力のあるものであったのだから、3 月 5 日の通信により非拘束的なものをさかのぼって拘束力あるものと変えたわけではない。

D. 暫定措置についての仲裁廷の決定 [paras. 78-80]

以上から、当仲裁廷は、ICSID 条約 47 条及び同仲裁規則 39 条に基づき、以下の暫定措置を勧告する。

被申立国らは、以下を行ってはならない：

- (1) 申立人に法律 42 号に起因する支払いを要求すること；

前提で主張していたようである（必ずしも明らかではない）。仲裁廷が説示中に「要請が勧告より弱い拘束力を持つとみるべきであるとの見解は採用できない」と述べていること [para.76] からの推測である。

¹⁰ ICSID 規則 39 条 4 項「The Tribunal shall only recommend provisional measures, or modify or revoke its recommendations, after giving each party an opportunity of presenting its observations.」。

¹¹ 2009 年 2 月 20 日付けの被申立国らの書簡により意見を述べたとされた。

¹² 国際司法裁判所の LaGrand 事件判決（ドイツ連邦共和国対アメリカ合衆国（2001 ICJ 466, 27 June 2001））、欧州人権裁判所の Mamatkulov and Askarov 対トルコ共和国事件判決（Nos 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-1, Judgment on 4 February 2005）、イラン・イスラム共和国・アメリカ合衆国請求権裁判所の E-Systems 対イラン・イスラム共和国 and Bank Melli Iran 事件判決（Award No ITM 13-338-FT, 4 February 1983）、ICSID の Emilio Agustin Maffezini 対スペイン王国事件決定（ICSID Case No ARB/06/21, Decision on Request for Provisional Measures, 28 October 1999）、前述の City Oriente 対エクアドル事件決定、Victor Pey Casado 事件決定等。

- (2) 申立人又はコンソーシアムから、裁判上・裁判外を問わず、法律 42 号に起因する債権の回収行為をする（2009 年 2 月 19 日の Coactiva Notice、同年 3 月 3 日の差押えを含む）こと；
- (3) 申立人又はその役員・従業員に対し、裁判上・裁判外を問わず、事業参加契約に関する措置を提起し遂行すること；
- (4) 事業参加契約を一方的に修正・破棄・解除し又はそれに違約すること、その他直接・間接を問わず、同契約に基づく法的地位を変更するような行為に及ぶこと。

同時に申立人に対して法律 42 号に基づいて義務があると主張される金額¹³をエスクローに入れることによる立担保（security）を求め、エスクロー条件について協議に入るよう両当事者に求める。

¹³ コンソーシアム全体に対する金額ではない。

案件 98 : Sempra Energy International v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/02/16)
(JCA ジャーナル 2010 年 5 月号 (9))

判断年月日 : 2007 年 9 月 28 日に仲裁判断、2009 年 3 月 5 日に仲裁判断の執行を、条件を付した上で暫定的に停止する旨を決定 (本評釈の対象)、その後、2009 年 8 月 7 日に条件の未成就を理由に仲裁判断の執行の暫定的停止の終了を決定

仲裁廷の構成 : Christer Söderlund (長・スウェーデン王国)、Sir David A.O. Edward, QC (イギリス)、Ambassador Andreas J. Jacovides (キプロス共和国)

一 判断のポイント :

- ・特別委員会は条件を付した上で仲裁判断の執行の暫定的停止の継続につき決定できることを近年の先例に沿う形で明確に示し、実際に担保提供を命じた判断例。
- ・その前提として、ICSID 条約 53 条における判断遵守義務につき、54 条の国内強制執行手続での債権者の権利実現の範囲でしか存在しないという解釈を退け、遵守義務の一般的な存在を近年の先例に沿う形で明確に示した判断例。
- ・仲裁判断が下された後に実務の現実について知るに極めて有用な事例。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 序論 [para.1-17]

2008 年 1 月 25 日、アルゼンチンは、ICSID 条約 52 条 1 項(a)、(b)、(d)、(e)の取消事由に該当するとして¹、2007 年 9 月 28 日に下された仲裁判断につき²、取消しを申し立てた。またその際、条約 52 条 5 項と ICSID 仲裁手続規則 54 条 1 項に基づき³、仲裁判断の執行の暫定的な停止も求められた。事務局長は、手続規則 54 条 2 項に基づいて執行が暫定的に停止される旨を

¹ ICSID 条約 Article 52

(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

(a) that the Tribunal was not properly constituted;
(b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
(c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
(d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
(e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.

² Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16) (September 28, 2007).

³ ICSID 条約 Article 52

(5) The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Committee rules on such request.

ICSID 仲裁手続規則 Article 54 Stay of Enforcement of the Award

(1) The party applying for the interpretation, revision or annulment of an award may in its application, and either party may at any time before the final disposition of the application, request a stay in the enforcement of part or all of the award to which the application relates. The Tribunal or Committee shall give priority to the consideration of such a request.

当事者に通知した⁴。

2008年9月15日に Christer Söderlund（長）、Sir David A.O. Edward, QC、Ambassador Andreas J. Jacovides からなる特別委員会が構成された旨の通知がなされた。かかる特別委員会は、10月21日に電話会合を持つことを打診するとともに、当事者審尋が行われる予定の12月8日まで暫定的執行停止は継続する旨を当事者に通知した。電話会合はかかる打診の通りに開催され、その際、特別委員会がこの件につき何らかの決定を下すまで暫定的執行停止は継続する旨も、特別委員会により決定された。

12月8日の当事者審尋の後、申立人は、2008年11月4日に ICSID における別事件の特別委員会が暫定的執行停止の継続のためにコンフォートレターを要求したことを指摘し（Vivendi 決定）⁵、さらに、アルゼンチンが本特別委員会に2008年11月28日に提出した書面を引きながら、アルゼンチンが条約53条・54条の義務に関する独自の解釈を変えていない点も指摘した⁶。

三 判断概要：

II. 判断要旨

B. 執行停止についての当事者からの要求 [para.18-116]

<当事者の主張> [para.18-19]

アルゼンチンは、執行の暫定的停止は無条件で継続されるべきであり、条件として担保提供などが求められるべきではないと主張している。これに対し、申立人は、執行の暫定的停止の継続には、アルゼンチンによる担保の提供かエスクロー口座への支払いが条件とされるべきであると主張している。

⁴ ICSID 仲裁手続規則 Article 54 Stay of Enforcement of the Award

(2) If an application for the revision or annulment of an award contains a request for a stay of its enforcement, the Secretary-General shall, together with the notice of registration, inform both parties of the provisional stay of the award. As soon as the Tribunal or Committee is constituted it shall, if either party requests, rule within 30 days on whether such stay should be continued; unless it decides to continue the stay, it shall automatically be terminated.

⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3), Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award rendered on 20 August 2007 (November 4, 2008).

⁶ ICSID 条約 Article 53

(1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.

(2) For the purposes of this Section, "award" shall include any decision interpreting, revising or annulling such award pursuant to Articles 50, 51 or 52.

ICSID 条約 Article 54

(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.

(2) A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation.

(3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.

<条約・手続規則における関連条文> [para.20-22]

関連する条文は、条約 52 条 5 項・手続規則 54 条である⁷。

<執行停止が認められるべき状況> [para.23-29]

条約 52 条 5 項は、執行が停止されるべきか否かは“the circumstances so require”であるか否か次第であるとする。もっとも、その解釈についての起草者意思は不明確であるため、結局は特別委員会の裁量に任されているといえる。この点については、過去に一連の特別委員会の決定があり、そこでは以下の状況が重要視されている。

- (1) 判断の遵守の見通し
- (2) 経済的な苦境の招来
- (3) 償還の見通し
- (4) 引き延ばしの意図

なお、判断が取消されるか否かについての見通しという点に関しては、過去の特別委員会は、一貫して考慮要素とすべきでないとしてきた⁸。

また、どちらの当事者がかかる“the circumstances”の証明責任を負うかについては、既に二つの特別委員会により議論されているが⁹、本特別委員会は、取消しの申立ての有無にかかわらず ICSID 仲裁判断で支払いを命じられた債務者は迅速に支払うのが原則であり、執行停止は当然に付与されるべきものではなく、執行停止を継続することに好意的な推定があってはならないという立場に立つ。すなわち、“the circumstances so require”は通常の意味で解釈されるべきであり、少なくとも執行停止がなされるために何らかの“the circumstances”が証明されねばならないことには間違いがなく、債権者側が証明責任を負うことも認められるべきではない。

さらに、最近の決定でも議論されているが、執行停止の継続の決定の際に、銀行保証やコンフ

⁷ 注 3、注 4 参照。また、その他、以下の条項も参照。

ICSID 仲裁手続規則 Article 54 Stay of Enforcement of the Award

(3) If a stay of enforcement has been granted pursuant to paragraph (1) or continued pursuant to paragraph (2), the Tribunal or Committee may at any time modify or terminate the stay at the request of either party. All stays shall automatically terminate on the date on which a final decision is rendered on the application, except that a Committee granting the partial annulment of an award may order the temporary stay of enforcement of the unannulled portion in order to give either party an opportunity to request any new Tribunal constituted pursuant to Article 52 (6) of the Convention to grant a stay pursuant to Rule 55 (3). (4) A request pursuant to paragraph (1), (2) (second sentence) or (3) shall specify the circumstances that require the stay or its modification or termination. A request shall only be granted after the Tribunal or Committee has given each party an opportunity of presenting its observations.

(5) The Secretary-General shall promptly notify both parties of the stay of enforcement of any award and of the modification or termination of such a stay, which shall become effective on the date on which he dispatches such notification.

⁸ CDC Group plc v. Republic of Seychelles (ICSID Case No. ARB/02/14), Decision on Whether or not to Continue Stay and Order of 14 July 2004 at para.15; Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/99/7), Decision on the Stay of Enforcement of the Award of 30 November 2004 (Mitchell 決定) at para. 26; MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/01/7), Decision on the Respondent's Request for a Continued Stay of Execution of 1 June 2005 at para. 28; CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award of 1 September 2006 (CMS 決定) at para. 37.

⁹ Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12), Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award of 28 December 2007 (Azurix 決定) at para. 22; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3), Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award of 7 October 2008 (Enron 決定) at para 43.

オートレターの差し入れを条件とすることができるか否かという問題もある¹⁰。

<判断の遵守の見通し> [para.30-76]

アルゼンチンが本件判断を遵守することへの見通しは、条約 53 条の判断遵守義務が単独のものとして存在するのか、それとも、条約 54 条の国内強制執行手続での債権者の権利実現の範囲でしか存在しないのかという点にかかわる。

アルゼンチンは、仲裁判断により支払いを受けることが認められたとしても、当該債権者は常に 54 条の定めに従い国内手続において執行を求めなければならないと主張している。すなわち、当該仲裁判断の遵守義務の発生は、当該仲裁判断がアルゼンチンの裁判所で終局判決になったときに発生すると主張しているのである。これに対し、申立人は、当該仲裁判断の執行が停止されるようなことがない限り、53 条 1 項第 2 文の遵守義務は生じるとしており、ICSID 条約は（アメリカ合衆国・アルゼンチン BIT とともに）仲裁判断に従う義務を創出している¹¹。

この点につきウィーン条約法条約 31 条 1 項に従って解釈すると、53 条 1 項 2 文の遵守義務には執行停止以外に何ら条件が付いておらず、かかる義務の発生の前提として債権者が 54 条に従って執行を求めなければならないという主張を支持すべきものは何もない。また、53 条の義務は外国投資家か投資受入国かを問わず仲裁手続における当事者双方を対象とするものであるが、54 条は“each Contracting State”、すなわち、ICSID 条約の加盟国を名宛人としており、当該仲裁手続の当事者であるが故に遵守を義務付ける 53 条とは無関係な義務である。

54 条については、その合理的な目的は何かを考えるべきである。この規定は、各国裁判所に一定の拒否事由の下で執行を拒絶する権限を付与しているニューヨーク条約 5 条とは異なるものである。ICSID 条約においては、当該国の裁判所の終局判決のように履行がなされなければならないとされている。したがって、債権者がまずは 54 条の国内執行手続を進めなければならないとするという主張には、合理性は全くない。

ウィーン条約法条約 31 条 1 項に従って“in their context”で解釈するに、53 条と 54 条は 27 条 1 項とあわせて理解されるべきである¹²。同条項は 53 条の仲裁手続の当事者としての遵守義務の反映、すなわち、かかる義務の不遵守に対する救済が、国家の裁判所ではなく、外交的保護や“international claim”に頼るしかないことを示している。また、条約の執行メカニズムが金銭賠償のみにしか向けられていないことにも注意が払われるべきである。さらに、54 条は、条約の交渉過程においては、国家側は自主的に遵守するのが当然で、投資家に償還ができない場合の懸念を和らげるものとして定められるに至っている。本特別委員会は、「ICSID の紛争

¹⁰ 例えば、Azurix 決定 para.36.

¹¹ Treaty between United States of America and The Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment; signed on 14 November 1991, in force since 20 October 1994.

¹² ICSID 条約 Article 27

(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.

(2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

解決メカニズムは国際的な紛争解決手段を志向しているのであり、それは国家の法制度やメカニズムの下に仲裁判断を服せしめようとする意図とは究極的には矛盾する」とした Enron 事件特別委員会の言葉を借りてアルゼンチン側の間違いを指摘したい¹³。アルゼンチンが主張するように、MTD v. チリ事件において 54 条の想定する執行手続が前提とされていたことは否定しないが（ただし、チリが執行機関としての立場と仲裁判断における支払者としての立場のどちらに立っていたのかは判然とはしていないが）、どのような態様で仲裁判断の遵守がなされたかは、条約解釈には影響を与えはしない。

アメリカ合衆国-アルゼンチン BIT が ICSID 条約 53 条 1 項と同趣旨の文言を用いていることにも注意が払われるべきである¹⁴。この BIT で二つの義務が“and”で結ばれていることは、締約国が条約の履行と執行の確保という二つの独立の義務を負うことを意味する。また、同 BIT は、ICSID 仲裁以外に、UNCITRAL Arbitration Rules の下でのアドホック仲裁の利用を可能としており、ICSID 仲裁以外の場合の“enforcement”も想定している。

以上より、本委員会は、54 条とは関係なく、当事者としての国は 53 条の判断の遵守義務を負うと結論付ける。また、アルゼンチンが独自の解釈に固執した事実は、アルゼンチンが 53 条の義務に誠実でないことを示しており、それは執行停止の決定に重要な要素となる。ただし、かかる結論とは別に、本委員会は、その他の要素をも検討する。

[第三者たるガス供給会社による支払の“guarantee”]

略

[アルゼンチンの憲法の枠組や法制度による制約]

略

[アルゼンチンの過去の遵守]

The CMS 事件¹⁵

アルゼンチンの遵守の可能性が問題となり、特別委員会は、アルゼンチンが仲裁判断の有効性を ICJ で争う可能性を示唆していたことを問題視した。しかし、特別委員会の問いかけに対し、判断の遵守を誓ったため、取消手続の係属中は執行停止が続けられた。最終的に“umbrella clause”の部分につき一部取消しがなされたが、金額に変更はなかった。しかし、申立人は、その決定の日から 14 か月が経過しても、アルゼンチンによる履行はなされていないと述べている。これに対し、アルゼンチンは、申立人が 54 条に従わないからであり、また、申立人が仲裁判断により認められた権利を譲渡したことが国際法上問題であるからだと理由付けている。しかし、

¹³ The Enron 決定 para.68.

¹⁴ US-Argentina BIT VII

(6) Any arbitral award rendered pursuant to this Article shall be final and be binding on the parties to the dispute. Each Party undertakes to carry out without delay the provisions of any such award and to provide in its territory for its enforcement.

¹⁵ CMS 決定 para.18.

本委員会にかかる理由付けには賛同しない。

The Enron 事件¹⁶

特別委員会は、53条と54条の關係に踏み込み、アルゼンチンの解釈を誤りとした。しかし、good faith に行動しているとして、60日間に限定する条件を付した執行停止を与えた（その後は申立人が執行停止の変更や終了を求めることができる）。特別委員会によれば、この期間は、アルゼンチンが自説を再考するための期間であった。

The Vivendi 事件

特別委員会は30日間以内にアルゼンチンがコンフォートレターを提出することを条件とした。しかし、申立人によればいまだ提出されていない。

以上より、Enron 事件、Vivendi 事件、どちらの特別委員会の申し出に対しても、アルゼンチンはそれに応えていない。

<経済的な苦境の招来> [para.77-79]

アルゼンチンは、非常事態宣言が出されているほど深刻な経済危機に見舞われており、銀行保証やエスクロー口座への支払いの求めは、経済的な苦境を招来せしめるとしている。しかし、申立人は、2001-2002年の頃よりはアルゼンチン経済は改善されており、これらを求める障害にはならないと主張している。本委員会も、これらを執行停止やその継続の条件として求めることの障害にまではならないと判断する。

<償還の見通し> [para.80-83]

アルゼンチンは、仲裁判断に従って債権者に支払いがなされ、その後に仲裁判断が取消された場合、支払った額の償還が不可能であると述べる。これに対し、申立人は、支払われた額や執行された額はエスクロー口座に入れておくことを約束している。したがって、取消しとなった際にも償還できないことはない。

<その他の状況> [para.84-103]

申立人は、本仲裁判断には判断の時点から支払いの時点の間における利息の支払いが命じられていないため、執行停止が終了しても問題はないとする¹⁷。しかし、本委員会としては、その点は52条5項の適用に影響を与えるものではないと考える。

アルゼンチンは、取消手続が進行しているにもかかわらず、また、1月30日から執行停止とされているにもかかわらず、申立人が様々な国々で強制執行手続を進めていることを指摘し、そ

¹⁶ Enron 決定 para102-103.

¹⁷ 同様の判断として、Enron 決定 para96.

れは申立人の背信性を示しており、そのためにも執行停止が必要であると述べる。これに対し、申立人は、執行停止期間中に強制執行をしない義務を負うことについては認めた上で、これらの手続は1月30日の前に始められたものであるとし、また、パリとブローニュシュルメールにおける保全手続については“enforcement”ではないと説明している。

アルゼンチンは、取消手続の進行中は執行停止が認められることがICSIDで長らく維持されてきた伝統であると説き、また、特別委員会が金銭的保証やその他の条件を付する権限は条約上与えられていないとも説く。その際、条約にその旨の明文の規定がないこと、暫定的保全命令の提案が起草過程で廃止されたこと、ニューヨーク条約における担保提供を命ずる権限のような規定がないこと、条約52条・手続規則50条は債務者の保護の保証と解されるべきであること、条約55条（執行免除）をも含む条約の精神と合致するように債務者の立場が有利に解釈されるべきであること等が理由付けとしてあげられている。

これに対し、申立人は、条約の歴史・実務から担保提供命令の権限が特別委員会に無いという立場は何ら正当化されないこと、担保提供は判断が遵守されないリスクとの間でカウンターバランスを図るものであり、判断の取消しを求めることへの制裁ではなく、債権者を有利な立場にするものでもなく、さらに、条約54条（強制執行）で担保制度等がないことは比較すべき事柄ではないと説く。

かかる主張のいくつかには簡単に反論ができる。アルゼンチンの（担保を条件としなかった）先例への言及については、そうした先例が当該事件の事実関係の下で下されたものである以上、拘束性のあるものと理解すべきではない。また、債権者を必要以上に有利にしてしまうというアルゼンチンの主張は、（遵守義務がないというのであれば別段）条約53条により仲裁判断への遵守が義務付けられている以上、そのようには評価できない。債務者への制裁になるとの主張も同様である（判断後の迅速な支払いのために担保を命ずるなら別であろうが）。他方、申立人のカウンターバランス論についても、取消しを求める権利が条約上のものである以上、それも成り立たない。

この問題については、結局、単に、そのような権利が特別委員会に与えられているというだけである。Enron事件まで十分に問題とされてこなかっただけであり、同特別委員会によれば、その知る限りにおいて11の事件で執行が停止され、そのうち5件で条件を付した上で執行停止が継続されている¹⁸。Enron事件の特別委員会によれば、今後は53条の義務に従うであろうと

¹⁸ Enron 決定 footnote 10 of para.27 においては、“(1) Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1), in which the Article 52(5) decision issued in the first annulment proceedings in that case (“Amco I Stay Decision”) is not public but is summarised in Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1), Ad hoc Committee Decision on the Application for Annulment, May 16, 1986, 25 ILM 1439 (1986); 1 Int’l Arb. Rep. 649 (1986); 12 Y.B. Com. Arb. 129 (1987); 89 I.L.R. 514 (1992); 1 ICSID Rep. 509 (1993) (“Amco I Annulment Decision”) pp. 5-9; (2) MINE Stay Decision; (3) Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1), Interim Order No.1, March 2, 1991, 9 ICSID Rep. 59 (2006) (“Amco II Stay Decision”) (issued in relation to the second annulment proceedings in that case); (4) Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3), in which the Article 52(5) decision (“SPP Stay Decision”) is not public but is summarised in Schreuer (op. cit) at 1054, 1055, 1060 pp. 462, 468, 482 (citing W.L. Craig, “The Final Chapter in the Pyramids Case: Discounting an ICSID Award for Annulment Risk”, 8 ICSID Rev.-Foreign Inv. L.J. 264, 268, 284-285, 290 (1993)); (5) Wena Stay Decision; (6) Mitchell Stay Decision; (7) CDC Stay Decision; (8) MTD Stay Decision; (9) Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (ICSID Case No. ARB/01/10), Procedural Order No.1, December 22, 2005

納得させるだけのもの、すなわち、立場を変更したことの表明、あるいは、単に判断が取り消されなかった場合にはきちんと支払う義務があることを認める声明を出せば、アルゼンチンは担保提供の必要はなかったのである。同様に、Vivendi 決定においても、アルゼンチンは 53 条・54 条に関する立場を再考して、書簡を出すだけの機会は与えられていた。

本委員会が得ている情報として、CMS 仲裁判断に対する取消請求に関する特別委員会決定が 2007 年 9 月に下されているにもかかわらず履行されていない、Enron 特別委員会により機会が与えられた 53 条・54 条に対する立場の再考についても注意が払われていない、Vivendi 特別委員会の書簡提出の勧告にも対応していないという事実がある。さらに、本件においても、53 条における仲裁判断の遵守義務は、54 条における国内強制執行手続での債権者の権利実現の範囲のものでしかないとのアルゼンチンの立場は依然として維持されているといえる。

<結論> [para.104-116]

アルゼンチンの 53 条における判断の不遵守は、疑いがあるというレベルではない。アルゼンチンの裁判機関で当該仲裁判断の承認執行が認められて初めて遵守義務があるとまだ主張しているのであり、しかも、かかる機関で承認執行が自動的に認められるとの確証も持てない。したがって、仲裁判断の執行の暫定的停止を継続するには、53 条の義務を遵守するであろうことが目に見える形で示される必要がある。

申立人は、仲裁判断で支払いが求められた額をエスクロー口座に入れることを執行停止の継続の条件として求め、そのための 120 日間の猶予期間も認めている。アルゼンチンは、そのことが経済的な苦境を招来せしめるとしているが、それは仲裁判断に従った支払いが直接に求められる場合でも同様である。

CMS 決定や Vivendi 決定のようなコンフォートレターは、そもそもアルゼンチンが準備する見込みがないし、また、53 条の義務を確認するにすぎないものであるので、本件では採用しない。もっとも、仲裁判断で求められた全額が担保として提供される必要もない。すなわち、銀行保証を付けるか、エスクロー口座に一部を支払うかで足り、本委員会としては 120 日以内にエスクロー口座を設定してその 7500 万ドルを支払うというのが適切と考える。

なお、誤解を避けるために付言するに、このことは取消決定の帰趨の見込みとは何ら関係ないし、54 条の下での国内での執行手続を条件とするものでもない。しかし、エスクロー口座への支払いがなされた場合には、国内での執行手続は進行されるべきではない。

C. 決定 [para.117-120]

- ・エスクロー口座にアルゼンチンから 7500 万アメリカ合衆国ドルが支払われることを条件として仲裁判断執行の暫定的停止を継続。部分的取消しの場合には、その割合の範囲で申立人は受取が可能。
- ・120 日以内に上記支払いがなされなければ、執行の暫定的停止は終了。

(“Repsol Stay Decision”); (10) CMS Stay Decision; (11) Azurix Stay Decision” が列挙されている。

- ・アルゼンチンから提供されたエスクロー契約に不服があれば、申立人は上記終了期限の 30 日前までに特別委員会に申し出ること。アルゼンチンもコメント可能。特別委員会が不十分とみなせば、暫定的停止は終了。

- ・エスクロー契約に関する費用はアルゼンチンが負担。

案件 99 : Vito G. Gallo v カナダ (Permanent Court of Arbitration)

(JCA ジャーナル 2010 年 12 月号 (18))

判断年月日: 2009 年 10 月 14 日 (忌避申立て却下) 判断者: ICSID 事務次長 Nassib G. Ziadé

仲裁廷の構成: Juan Fernández-Armesto (スペイン王国長)、Jean-Gabriel Castel OC, QC (フランス)、J. Christopher Thomas, QC (カナダ・当時)、2010 年 10 月 24 日現在は Laurent Lévy¹ (ブラジル連邦共和国)

一 判断のポイント:

- ・忌避申立ての申立期間徒過を基礎付ける事実については、相手方 (申立対象者を選任した当事者) が立証責任を負う。
- ・NAFTA 仲裁の当事国以外の NAFTA 締約国に法律助言を提供していても直ちに忌避事由を構成しない。
- ・NAFTA 仲裁の当事国以外の NAFTA 締約国が当該 NAFTA 仲裁に参加する権利を有していることから、当該 NAFTA 仲裁の仲裁人は、仲裁人の業務と当該当事国以外の NAFTA 締約国に対する法律助言業務とを並行して行うことはできない。

二 事案の概要:

I. 事実関係²—仲裁人の選任と忌避手続の経過[paras.1-18]

申立人 Vito G. Gallo 氏 (「申立人」。米国籍) は、2006 年 10 月 12 日、カナダに対し、北米自由貿易協定 (North American Free Trade Agreement。「NAFTA」) 11 章 B 節に基づき、投資仲裁を提起する旨の通知を送った (NAFTA 仲裁)。仲裁機関は、ハーグ常設仲裁裁判所 (Permanent Court of Arbitration)、仲裁規則は UNCITRAL 仲裁規則³[para.1]。

Juan Fernández-Armesto 氏 (長)、Jean-Gabriel Castel 氏 (申立人選任)、及び J. Christopher Thomas 氏 (被申立人選任。「Thomas 氏」) が仲裁人に選任され、2008 年 3 月 7 日には第 1 回手続期日が開催された。当事者は、仲裁廷の適法な構成等を同意、確認し、かつ、「当該手続命令の署名日現在当事者が知っている事項に関し、仲裁廷の構成及び仲裁人の選任に関し、利益相反及び/又は独立性 (independence) ・不偏性 (impartiality) の欠如を理由とするいかなる異

¹ ハーグ常設仲裁裁判所が提供する「係属事件情報 (Pending Cases)」による。

http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1299 (2010 年 10 月 24 日確認)。

² 「仲裁人の忌避」とは関連性が薄い、参考のために本件の「本案」の概要を紹介する。

米国人 Gallo 氏がカナダ・オンタリオ州に有する会社を通じて旧 Adams 鉄鉱石鉱山跡地を所有し、トロント市から排出される非有害物 (家庭ゴミ・商業ゴミ) の廃棄物処理場とすることを計画した。しかし、同鉱山は人工湖の源流にあたるため、定期的な汚染水の排水 (withdrawal) が要件とされていた。オンタリオ州政府の交替後、排水許可が更新されず、更に排水措置を禁止する新法令が制定されたため、Gallo 氏は事業を継続できなくなったことの損害約 3 億 5500 万ドルの支払を求めて、NAFTA11 条に基づき仲裁を申し立てた。仲裁手続は現在進行中である。

³ UNCITRAL 仲裁規則 (UNCITRAL Arbitration Rules) は、2010 年 7 月 12 日に改定され、2010 年 8 月 15 日以降に締結される (UNCITRAL 仲裁規則を採用する) 仲裁合意より新規則が適用される (2010 年 UNCITRAL 仲裁規則 1 条 2 項)。本件は旧規則 (1976 年 UNCITRAL 仲裁規則) が適用されたものであり、引用する条項も旧規則のものである。

議についても放棄 (waive) することを確認した。

第1回手続期日に先立つ2007年6月4日、Thomas氏が当事者に対して提出した履歴書には「現在は Thomas & Partners 法律事務所のマネージング・パートナー (2007年12月31日頃をもって法律助言業務を引退し、事務所からも退職予定)」との記載があった。2008年6月25日、Thomas氏が通知した連絡場所は、Thomas & Partners 法律事務所(「Thomas 法律事務所」)の所在地が「旧事務所」として記載されていた。同じ頃、Thomas氏は、カナダの法律事務所 Borden Ladner Gervais, LLP (「BLG 法律事務所」)に「独立顧問 (independent counsel)」として加入することが報じられた。

2009年3月5日、Thomas氏は、「2008年6月15日より独立」して自身の法律事務所を開設する旨を通知し、さらに「私の事件記録は BLG 法律事務所により、但し独立して管理されます。私自身の法律事務所は、別個のコンピュータ、財務記録、電話通信設備を有します。私と BLG 法律事務所との間の顧問契約に従い、両法律事務所がコンフリクトチェック (利益相反調査)をクリアすれば、私は BLG 法律事務所の特定の案件について支援することになっています。お互いに相手のコンピュータ・システムに対する、内部通信及び記録閲覧のためのアクセスはありません」と述べた。さらに Thomas氏は、BLG 法律事務所から知った情報として、BLG 法律事務所が、2009年3月1日から同年12月31日までの間メキシコ政府に対して法的サービスを提供することとなり、メキシコ政府の要請に応じて Thomas氏も BLG 法律事務所を通じて特定の事件に関し法律助言サービスを提供することができることとされた旨を申告した[para.7]。

2009年6月15日、申立人代理人は Thomas氏に対してメキシコ政府との委任契約に NAFTA11章その他投資協定に関する助言の提供等が含まれているか問い合わせた。これに対して Thomas氏は、2009年6月22日、BLG 法律事務所の提供する助言のレビュー等の少量の業務は提供したこと、しかし代理はしていないことを述べた[para.11]。

その後、2009年7月7日、申立人は Thomas氏の辞任を求めたのに対し、2009年7月10日及び15日に、被申立人・Thomas氏ともこれに応じない旨回答したので、2009年7月20日、申立人は ICSID 事務次長 (Deputy Secretary-General) に対して「忌避 (challenge)」の申立てをした[para.15]。

2009年7月から8月にかけて当事者の主張、Thomas氏の意見陳述がなされた[paras.16-17]。

三 判断概要：

II. 忌避申立てに対する判断理由及び判断[paras.19-37]

A. 忌避申立期間の徒過[paras.19-27]

UNCITRAL 仲裁規則 11条(1)は、忌避の申立てについて「忌避の対象となる仲裁人の選任が忌避申立人に通知されて後 15日以内、又は仲裁人の不偏性 (impartiality) 又は独立性 (independence) に関し正当な疑いを生じさせる状況が生じたことを忌避申立人が知って後 15日以内」に申し立てなければならないとしている。忌避申立人が状況を知っていたことについては、相手方 (本件では被申立人) に立証責任がある[para20]。

被申立人は、申立人が Thomas 氏の連絡先が Thomas 法律事務所であったこと⁴、Thomas 法律事務所と BLG 法律事務所の「合併 (merger)」報道、及び Thomas 氏が BLG 法律事務所の「独立顧問」となったとの報道、さらにはカナダにおける投資法業務従事者等の事情から悪意擬制を認めることは、相手方に不公平な負担を課すもので認められないと主張した[para.21-24]。

その余の主張も認められず、忌避申立期間徒過の主張は立証されていない[para.27]。

B. 忌避申立事由の有無[paras.28-36]

一般論として、仲裁人と仲裁代理人を同時に務めることは可能である。本件で、Thomas 氏は、法律助言業務の停止についてそれが確実でなかったのなら言及すべきでなかったといえるが、そのような陳述をした後に考えを変えたこと自体は、忌避事由にはならない[para.29]。

問題は、現在なお NAFTA 締約国であり、NAFTA1128 条により参加者 (participant) となり得る可能性のあるメキシコ政府に対して法律助言業務を提供していることである。というのも、NAFTA 仲裁の仲裁人を務めながら、当該 NAFTA 仲裁手続に参加する権利を持つ他の NAFTA 締約国に対して法律助言業務を提供することは、不可避免的に「正当な疑い」を生じさせるリスクを生むからである[para.31]。業務の分量は関係ない[para.32]。

さらに、実際に NAFTA 締約国が手続参加してくれば、仲裁廷を再組成しなければならない[para.33]。

忌避申立人は、上記のような疑いから仲裁人の失格 (disqualify) を求めるが、実際にメキシコ政府が参加したわけではないので、申立ては却下する[para.34]。

しかし、メキシコが NAFTA1128 条の手続に参加する権利を有している以上、仲裁手続中は常にその可能性がある。Thomas 氏がメキシコの利益と無関係 (distance) ではいられないと見られること (appearance) は、国際法曹協会 (International Bar Association, IBA) 国際仲裁コンフリクトガイドライン (「IBA コンフリクトガイドライン」) 一般基準 2 条(c)の「合理的かつ知識のある第三者」の視点によれば⁵、Thomas 氏がメキシコに対する法律助言業務を止めないのであれば不偏性・独立性に対する「合理的な疑い」は不可避である[para.35-36]。

C. 決定内容[para.38]

忌避申立ては期限を守ってなされた。

忌避申立てを却下する。

Thomas 氏は、ICSID 事務次長に対して 7 日以内に引き続きメキシコ政府へ法律助言の提供を続けるか、仲裁人を務めるかの選択 (の結果) を通知しなければならない⁶。

⁴ この点については、類似の状況で CEMEX v. ベネズエラ・ボリバル共和国事件 2009 年 11 月 6 日決定は異なる認定をしている。

⁵ IBA コンフリクトガイドラインは、<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=1979E86D-1212-4BD6-8389-2959411F0A00> (日本語版、社団法人日本仲裁人協会翻訳)。一般基準 2 条(c)は、以下のとおり定める。
「合理的かつ知識のある第三者であれば、仲裁人がその判断に到達する過程において当事者の提示した事件の実体以外の要素によって影響を受ける可能性があるという結論に到達するであろうと言う場合には、疑いは正当なものである。」

⁶ この結果、Thomas 氏は仲裁人を辞任した。

手続費用は、当事者各自負担。

案件 100 : GIOVANNA A BECCARA AND OTHERS v アルゼンチン (ICSID Case No. ARB/07/5)

(JCA ジャーナル 2010 年 11 月号 (16))

判断年月日 : 仲裁手続決定 : 2010 年 1 月 27 日 (秘密保持決定)

仲裁廷の構成 : Pierre TERCIER (スイス連邦・長)、Georges ABISAAB (エジプト・アラブ共和国)、Albert Jan VAN DEN BERG (オランダ王国)

一 判断のポイント :

- ・ ICSID 投資仲裁廷の秘密保持決定権とその根拠
- ・ ICSID 投資仲裁における秘密保持の基準
- ・ 当事者による投資仲裁事案に関する議論の公表
- ・ 投資仲裁手続で提出・作成された文書の公開
- ・ 投資仲裁における個人データの開示と保護
- ・ 他の仲裁手続で提出・作成された意見書・証言調書の証拠能力

二 事案の概要 :

I. 事実関係[paras.2-37]

アルゼンチンは、2001 年 12 月 24 日、国内外の債権者に対する合計 1000 億米ドル (9 兆円)¹ 超の国債について (external bond) 支払停止とした。同国は、2005 年 1 月 14 日、旧・新国債の交換提案 (Exchange Offer) を行い、弁済計画を開始した。同計画によれば、国債保有者は支払停止となった国債をアルゼンチン発行の新国債に交換できる。2005 年 2 月 25 日までが応募期間とされた。同日までに発行高の 76% の保有者が交換に応じた²。

申立人はいずれもイタリア人であり、交換提案に応募しなかった。当事者間では、申立人が交換に応じなかった国債の填補賠償が争いになった。その結果、2006 年 9 月 14 日、申立人が ICSID 仲裁申立をした。仲裁申立書は、次の付属書を伴っていた。自然人申立人リスト (付属書 A)、非イタリア人と国債を共有する自然人申立人リスト (付属書 B)³、法人申立人リスト (付属書 C)、仲裁申立書登録前に追加された申立人リスト (付属書 K)、仲裁手続同意を撤回した者のリスト (付属書 L) であった。

本仲裁手続において、2008 年 3 月 4 日、被申立国は、申立人に対しこれらリストのエクセルファイルの提出を求めるよう申立てたが、申立人はこれを争った。

¹ 1 米ドル ≒ 90 円として、億円単位で概算。

² 新国債の額面は 820 億米ドル (7 兆 3400 億円)。35 年満期とするため実質削減率 70-75% であった。国債保有イタリア人は 30 万人にのぼるとされ、本件申立人は 18 万人以上である。ほぼ同様の案件 (Gioranni Lemanni v. アルゼンチン) は、当事者の合意により 2010 年 5 月 4 日以後停止。2010 年 4 月 15 日に新国債未応募者 (24%) に対し、追加提案がされた。

³ 賠償額は、共有持分

翌 2009 年 5 月 28 日、被申立国は、管轄問題に関する証人及び専門家の主尋問及び反対尋問に関して、被申立国が関与した他の仲裁手続で提出された専門意見書及び証言調書（以下「補充証拠文書」という）を提出した。申立人は、補充証拠文書の、本仲裁手続からの排除を求めた。

加えて、申立人は、2009 年 6 月 19 日、本仲裁手続に関して公表された論評が、仲裁の現状についての間違っただ見解であるとともに、その情報源が被申立国であるとして、秘密保持義務を明らかにするための秘密保持決定を求めた。

II. 当事者の主張[paras. 38-51]

A. 申立人の主張

1. 仲裁手続に関する情報の漏洩

申立人は、イタリアで公刊された論説 (Isabella Bufacchi, *Tango-Bond, tempi lunghi all'Icsid, I 1 Sole*, 19 June 2009) に、被申立国の準備書面及び書簡に擬えた言説とともに本仲裁手続の現在の状況に関する間違っただ情報が含まれていると指摘し、被申立国は本仲裁についての誤った情報を報道機関に対して漏洩しているとの疑いがあると主張した。

2. 申立人の個人データ

申立人は、申立人リストのエクセルファイルの提出を拒む理由として、次のように主張した。

2006 年初め、被申立国は、ICSID 仲裁手続に同意の意向を有する者から、ICSID 仲裁手続同意宣言書、権限移譲書、委任状、氏名、イタリア国籍、本源住所 (domicile) 及び国債保有に関する情報及び証明文書を収集した。これらは、セダクリ⁴によってオンラインデータベースとして編集された。データベース情報で、被申立国に対して提出していないものは、申立人の国籍に関するもののみである。申立人の個人情報の保護のために秘密保持契約が締結されれば、被申立国に対し、データベースへのアクセスを認める。

個人情報保護の必要性は、次の理由による。(i)データベースは、イタリアに存在するところ、イタリアプライバシー規則が適用になる⁵。(ii)ICSID 仲裁手続では、個人又は事業の秘密情報を保護するために、当事者が秘密保持契約を合意し、合意が成立しない場合には仲裁廷がその旨を命じることが通常行われている。(iii)このような保護は「被申立国によるデータの利用を可能にし、その開示を制限するだけであり」被申立国に不利益を及ぼさない。

申立人は、被申立国が秘密保持契約に同意しない以上、次の命令を求めるとした。「仲裁廷は、当事者に対し、本仲裁手続で提出された申立人に関するデータ又は文書の秘密を保持することを命じる。これらデータ又は文書は本仲裁手続遂行の目的に限って使用され、各当事者及びその代表者、代理人及び本仲裁手続に直接に従事する従業員；ICSID 及び ICSID 職員；セダクリその他申立人のデータ及び文書を保存するための機関；証人、専門家、アドバイザー又はコンサルタントに対してその証言又は業務に関連する限りで、開示できる。」

⁴ Cedacri.S.p.A.IT サービス提供会社

⁵ The Italian Legislative Decree of 30 June 2003

3. 補充証拠文書

申立人は、本仲裁手続における補充証拠文書の提出は、これら文書が提出された元の仲裁手続における秘密保護義務の違反であるとした。さらに、申立人はこれら手続に関与しておらず、これら文書の被申立国による「選別的」及び「文脈はずれ」の利用は、「重大な不均衡」であり、「当事者平等の原則に反して、被申立国の不公正な優越となる」として、補充証拠文書の本件記録からの排除を求めた。

B. 被申立国の主張

1. 仲裁手続に関する情報の漏洩

被申立国は、ICSID 仲裁手続に適用される秘密保持の一般原則はなく、特に、「ICSID 条約又は ICSID 仲裁規則中には、被申立国が提出した文書と性質を同じくするものに適用される秘密保持義務又は秘密保持原則を定めた規定はない」から、被申立国による論説執筆者への仲裁手続に関する文書の開示は秘密保持義務違反とはならないと主張した。

2. 申立人の個人データ

被申立国は、「申立人の個人データ及び文書の組織化されたデータベース」を「被申立国が容易にアクセスできるフォーマットにおいて」被申立国に提供する義務が申立人にあると主張した。被申立国は、この義務を、秘密保持義務契約などの「不適切な要件」によって条件付けることは出来ないと主張した。さらに、秘密保持決定は本件において不必要であり、イタリア法上要求されていないとし、ICSID 条約 48 条 5 項並びに ICSID 仲裁規則 15 条及び 32 条 2 項は、個人データの秘密保護について定めておらず、これら規定の範囲を超えた秘密保持義務を、秘密保持契約により、被申立国に負担させる権利は申立人にはないと主張した。

3. 補充証拠文書

被申立国は、補充証拠文書の排除命令申立の却下を求めた。被申立国は、その理由として、(i) 他の仲裁手続で提出された専門家の証言に関する文書は、本仲裁手続との関連性を有し、かつ弾劾証拠として適当であること、(ii) 被申立国は、そのような文書の利用について他の ICSID 手続において禁じられたことはないが、それは、それら文書が「申立人が提出した証人及び専門家の信用性と整合性を検証するために重要である」からであること、(iii) これら文書は、秘密手続において提出されたものではないこと（裁判手続である *BG Group PLC v. アルゼンチン* に関しては、公開されていること）、(iv) 被申立国の提出文書は、文書全体を提出しており、「選別的」又は「文脈はずれ」の提出ではないことを挙げた。

三 判断概要：

III. 手続決定要旨

A. 仲裁廷の決定権限と根拠[paras. 52-66]

当仲裁廷は、手続の適切な遂行及び審理の秩序ある主宰のために、秘密保持問題について、この段階で、文書により決定を発することが適切であり必要であると考え。これは、当仲裁廷の有する仲裁手続行為に関する決定権に基づくものである⁶。

仲裁手続行為に関する ICSID 仲裁廷の決定権に関しては、ICSID 仲裁規則 19 条が、「仲裁廷は、本案に関して実質的関連をもたない技術的性質の手続行為に関して、必要とされる命令を発しなければならない。」⁷と規定する。

申立人の秘密保持決定申立は、本件手続において提出され、作成され又は参照された情報及び文書に適用されるべき秘密保持基準を定めるとともに、当事者の利用範囲の確定を求めるものであるところ、これらの判断は、手続行為に適用される基準に関するものであり、ICSID 仲裁規則 19 条に定める命令の対象となる問題である。したがって、秘密保持決定の根拠は、ICSID 仲裁規則 19 条に基づく仲裁手続行為に関する権限にある。

B. ICSID 仲裁における秘密保持基準[paras. 67-73]

ICSID 仲裁手続における秘密保持に関しては、ICSID 諸規則に次の規定がある。

(i) 「センターは、当事者の同意がない限り仲裁判断を公開してはならない。」(ICSID 条約 48 条 5 項)⁸、(ii) 「ICSID 事務局長は、当事者が同意した場合に限り、仲裁判断又は手続調書及びその他手続記録を公表できる」(ICSID 運営・財務規則 22 条 2 項)⁹、(iii) 「仲裁人は、本手続に関与した結果知り得た全ての情報及び仲裁判断の内容の秘密を保持するとの宣言に署名しなければならない」(ICSID 仲裁規則 6 条 2 項)¹⁰、(iv) 「仲裁廷の評議は、非公開で行われ秘密を保持されなければならない」(ICSID 仲裁規則 15 条)¹¹、(v) 「仲裁廷は、当事者の異議がない限り(異議ある場合は非公開とする)、審理を、当事者、その代理人、弁護士、証人、専門証人、仲裁廷職員以外の者に対し公開することができる。そのような場合、仲裁廷は、「情報の価値又は秘密保持特権 (propriety or privileged information) を保護する措置」を講じなければなら

⁶ なお、先例斟酌について、次のようにいう。「当仲裁廷は、条約の規定及び対象事案の諸事情の下で、法の支配の確実性を求める国家と投資家の正当な期待に応えるべく投資法の調和的發展に貢献することを目指すべきであると考え。当仲裁廷は、従って、国際法廷の先例を斟酌することが事案の個別事情及び法的文脈並びにそれら先例の法的理由付けの説得力に照らして適切である場合には、そのような先例を適切に斟酌することができる。」(para.58)

⁷ "The Tribunal shall make the orders required for the conduct of the proceeding"

⁸ "The Centre shall not publish the award without the consent of the parties."

⁹ "If both parties to a proceeding consent to the publication of:

(a) reports of Conciliation Commissions;

(b) arbitral awards; or

(c) the minutes and other records of proceedings,

the Secretary-General shall arrange for the publication thereof, in an appropriate form with a view to furthering the development of international law in relation to investments.

¹⁰ "Before or at the first session of the Tribunal, each arbitrator shall sign a declaration in the following form: …

"I shall keep confidential all information coming to my knowledge as a result of my participation in this proceeding, as well as the contents of any award made by the Tribunal."…

Any arbitrator failing to sign a declaration by the end of the first session of the Tribunal shall be deemed to have resigned."

¹¹ "(1) The deliberations of the Tribunal shall take place in private and remain secret. (2) Only members of the Tribunal shall take part in its deliberations. No other person shall be admitted unless the Tribunal decides otherwise."

ない。」(ICSID 仲裁規則 32 条 2 項) ¹²。

これら規定は、仲裁廷及び ICSID に課せられる個別の秘密保持義務を扱っているが、当事者に対して課せられてはいるものではなく、また、ICSID の運営及び仲裁案件に関する一般情報の公表を禁止していない (ICSID 運営・財務規則 22 条 1 項参照) ¹³。

ICSID において法的規制がないことから、先例・学説は、ICSID 条約及び ICSID 仲裁規則は仲裁案件の当事者による開示を禁止せず、仲裁判断及びその他関連決定の開示も禁止しないとす ¹⁴。その結果、当事者は、仲裁事案についての一般的議論を公にすることができるとされている。但し、先例には、当事者による事案の公の議論は、「必要とされる場合」¹⁵、「当事者の一方が第三者に対して法的開示義務を負う場合を除き、最小限の範囲」¹⁶、「必要であり並びに当事者に対する反感を助長せず、対立を悪化させず、一方の当事者に対して過度な圧力を加えず、かつ、本決定の条件に違反しない場合」¹⁷に限られるとするものがある。

この考え方は、「当事者は、その主張文書を公開することを禁止されない。しかし、公開が、対立を悪化させる虞があるときなどは、当事者は、公開を差し控えると考えられる。」との ICSID 仲裁規則の注釈 (法的拘束力はないが) ¹⁸の趣旨に沿うものである。当仲裁廷は、この考えに同調する。さらに、当事者の国内法上、秘密保持特権の対象となる場合も含めて秘密保護の対象とされる情報について、透明性の要請は制約される。

よって、仲裁廷は、ICSID 条約及び同仲裁規則には、手続の秘密保持／透明性の問題を包括的に取扱う規定はないから、ICSID 条約 44 条及び同仲裁規則 19 条に基づき、秘密保持／透明性に関しては、当事者の合意がない限り、秘密保持の要否に関する一般原則によらず、個別問題毎に一定の情報及び文書に関する透明性の一般的利益と、秘密保持の個別的利益とを比較考量して判断する。

C. 個別問題の検討[paras.74-152]

1. 本仲裁手続に関して

秘密保持の一般的義務が存在しないとしても、本手続において作成又は提出された情報又は文

¹² "Unless either party objects, the Tribunal, after consultation with the Secretary-General may allow other persons, besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal, to attend or observe all or part of the hearings, subject to appropriate logistical arrangements. The Tribunal shall for such cases establish procedures for the protection of proprietary or privileged information."

¹³ "The Secretary-General shall appropriately publish information about the operation of the Centre, including the registration of all requests for conciliation or arbitration and in due course an indication of the date and method of the termination of each proceeding."

¹⁴ "Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2005,、 100; *Amco Case*, Decision on Provisional Measures of 9 December 1983, 1 ICSID Reports 410 fol.,412.; *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Decision on hearing of Respondent's objection on competence and jurisdiction of January 5, 2001, 7 ICSID Rep. 421(2005), §§ 25-26.

¹⁵ *The Loewen Group, Inc., and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3 Decision on hearing of Respondent's objection on competence and jurisdiction of January 5, 2001, § 26.

¹⁶ *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, Award of 30 August 2000 § 10.

¹⁷ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/08/3, Procedural Order No. 3 of September 29, 2006, § 163.

¹⁸ "Official annotations accompanying the original version of the ICSID arbitration Rules, corresponding to Rule 31 of the ICSID Arbitration Rules 2006."

書についての開示を当事者に「白紙委任」するものではない。

(a) 本件についての一般的議論

Biwater 事件は、「特別な制限が適用される場合を除き」、「当事者は、一般的な議論を公にすることができる。但し、そのような公の議論は、必要であり（例えば、政府及び公的事項に関する情報を公にする義務を被申立国が負うような場合）、かつ当事者に対する反感を助長し、対立を悪化させ、一方に対して過度な圧力を加えるものでなく、かつ本決定の条件に違反しない場合に限られる。」とした。**Biwater** 事件が明らかにしたように、当事者は、本件についての一般的議論を公にすることを妨げられない。そのような議論は、本件の進行状況に限られるものではなく、当事者の主張の要約など本件をより広汎な視点で捉えることを含む。但し、そのような議論は、必要であり、当事者を攻撃するために利用されるものでなく、当事者の意見の違いを斟酌し、当事者の一方に対して過度な圧力を加えるものでなく、紛争の解決可能性をより困難たらしめるものでなく、かつ本決定の条件に違反しないものでなければならない。

(b) 仲裁判断

仲裁判断を公開することに当事者は合意しているため、仲裁判断及びその内容については、秘密保持制限は課せられない。但し、仲裁判断付属書、特に、当事者の特定に関する箇所が、仲裁判断と不可分なものとして公開されるべきかどうかは、別途検討される。

(c) 仲裁判断以外の仲裁廷の決定、命令、指示

Biwater 事件は、仲裁廷の決定、命令及び指示の公表は、当事者の主張書面などの文書資料の公表に比べて、紛争の解決を困難にし、当事者の一方に対して過度な圧力を加える虞はより少ないと推測されるとしつつ、広範な公表が不適切となる場合もあることから個別検討を要するとした。しかし、本件においては、(i)仲裁判断の公開に当事者は合意し透明性と情報公開の意義を理解していること、(ii)被申立国は、仲裁判断以外の仲裁廷の判断の公開に反対しないと推測されること、(iii)申立人の主たる懸念も紛争の悪化や個人情報の悪用の危険にあり、情報開示が公益に資することに反対しているものではないこと及び、(iv)18万人を超える申立人がおり、原則として全員が仲裁手続へのアクセスが可能であることに照らすと、秘密保持の要請は希釈化されるとの事情がある。これら事情に照らせば、別段の理由がない限り、本手続決定を含めて仲裁廷の命令又は指示については、秘密保持制限は課せられない。

(d) 弁論調書及び証言調書

弁論調書及び又は証言調書については、ICSID 運営・財務規則 22 条 2 項が、「ICSID 事務局長は、当事者の合意がある場合に限り、仲裁手続の調書及び記録を公開する。」とし、ICSID 仲裁規則 32 条 2 項は、「弁論の参加者は、当事者、代理人、弁護士、証人、専門証人に限るものとし、仲裁廷は、当事者の異議がある場合は、その他の者の出席又は傍聴を許可してはならない。」

としている。これらの規定は、弁論の内容並びにその調書及び記録は、当事者の同意がない限り第三者に開示してはならないとの定めである。よって、弁論調書及び記録は、当事者による別段の合意又は仲裁廷による別段の命令がない限り非公開とする。

(e) 申立書、準備書面及びその他実体問題に関する提出文書

これらの文書の公表は、しばしば、当事者の一方の側の主張が内容となっており、手続についての誤解を導く危険がある。仲裁手続の適切な展開を保障するための建設的な雰囲気を持続するには、これら文書を非公開とすることが必要であると仲裁廷は判断する。よって、申立書、準備書面添付の文書その他当事者提出の文書は、当事者による別段の合意又は仲裁廷による別段の命令がない限り非公開とする¹⁹。

(f) 申立書、準備書面に関連する文書、証拠その他提出文書

Biwater 事件仲裁廷は、文書に関して秘密保護の約定、その他の制限が課せられていない限り、文書所有者による公開は自由とする一方、相手方当事者が提出した文書については、公開・配布を制限することが適切であるとした。これを本件事案についてみれば、当事者は、その保有する文書を公開する自由を有するが、それにより、相手方を攻撃し、対立を深刻化させ、過度の圧力を加え、解決をより困難にし、または本決定の条件に違反してはならず、相手方提出の文書は、公知になっているか、または相手方の同意がない限り、仲裁手続遂行の目的以外に利用してはならないということになる。

よって、申立書、準備書面添付の文書その他当事者提出の文書は、当事者による別段の合意又は仲裁廷による別段の命令がない限り前記条件に服する。

(g) 仲裁手続の進行に関する当事者と仲裁廷との通信

仲裁手続の進行に関する通信に関しては、透明性の要請よりも手続の完全性 (*integrity*) の要請が優先する。これらの通信については、公益性はなく、かえってその公開を制限することにより、手続の円滑遂行に必要な関係者の協力を得ることができる。よって、仲裁手続の進行に関する当事者と仲裁廷との通信は、非公開とされるべきである。

(h) 秘密保持義務の有効期間

本決定による秘密保持義務は、本仲裁手続終結まで有効とする。終結後の効力については、本手続終結時に判断する。

2. データベース中の個人情報

申立人が、イタリア国籍であること、オンラインデータベースはイタリアに存在していることから、本問題は、イタリア法に準拠して検討される。イタリアプライバシー規則は、欧州議会及

¹⁹ See *Biwater Case*, *supra* note 17, § 158.

び理事会指令 (Directive 95/46/EC) ²⁰を国内法化したものである。これらは、個人情報の非 EU 加盟国への移転は、「1995 年 10 月 24 日付けヨーロッパ議会及び理事会の指令 (95/46/EC) 25 条 6 項及び 26 条 4 項に基づき、EC が、非 EU 加盟国が適切な安全措置を講じている場合又は十分な安全措置を提供する一定の合意条項があると認めた場合」には許されるとしている。そして、上記指令 (Directive 95/46/EC) に基づく 2003 年 6 月 30 日 EC 決定 ²¹は、個人情報の保護のための特別な司法的救済であるデータ保護措置 ("habeas data") を規定したアルゼンチン憲法及びこれを敷衍する個人データ保護規則に基づき、アルゼンチンは適切な安全措置を講じていると認めた。

この決定により、申立人の個人データの被申立国への移転は、イタリアプライバシー規則の下で、許されることになる。しかし、データ移転が許されていて被申立国が情報保護規制に違反する虞はないとしても、オンラインデータベース全体への直接アクセスを被申立国に認めるような場合には、情報の利用に関する特別な基準を定めることは、申立人の正当な利益の保護のために必要である。この観点から、当仲裁廷は、データベースへの直接アクセスを被申立国に認めるための条件として、次のとおり命じる。(i)アクセスできる者は、本仲裁に直接関与する被申立国の担当者に限り、担当者別にアクセスコードを付与すること、(ii)被申立国は、データの変更・修正をしてはならないこと、(iii)被申立国はデータを本仲裁手続遂行目的に限り利用すること、(iv)被申立国は、アクセス担当者が情報保護義務を遵守するよう確保すること、及び(v)本条件の違反があった場合は直ちに申立人代理人に通知すること、である。

3. 補充証拠文書について

仲裁規則 34 条 1 項 ²²により、仲裁廷は、証拠の許容性及び証拠価値についての判断権を有している。当仲裁廷は、補充証拠文書に関して、他の仲裁手続に関する知見を有せず、特に、当事者間の秘密保持合意又は秘密保持命令について知らないから、その秘密性を仮定するわけにはいかない。秘密保持決定が発せられた仲裁手続に提出された 1 件の文書については、同仲裁手続を争う公開の裁判手続が係属していても、当該文書が裁判手続に提出されない限り、証拠許容性を認めることはできない。

秘密保持決定に服さない手続に提出された 20 件の証拠は、専門家の意見書及び証言調書であり、その公開に関しては、原則として当事者の合意が必要であるが、証拠の許容性を判断するにあたっては、秘密保持の考慮に加えて、当事者の武器対等の原則の考慮が必要である。すなわち、専門家及び証人の信用力の弾効を含む被申立国の防御権と、申立人の武器対等の権利及び、手続の完全性 (integrity)、特に真実解明という一般的利益とを比較考量する必要がある。

本件において問題となっている証拠は、Schereuer 教授らの専門意見書又は証言調書である。これらは、本仲裁手続とは別の手続での問題に関し、別の手続で作成・提出され、別の法の下での論点に関する。これら文書で表明された意見は、管轄権に関する個別の抗弁、特定の BIT 違

²⁰ 参照 : Italian Privacy Code Sections 43-45; EU Directive 95/46/EC Articles 25 and 26

²¹ http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/adequacy/decision-c2003-1731/decospm-argentine_en.pdf

²² "The Tribunal shall be the judge of the admissibility of any evidence adduced and of its probative value."

反の有無、BIT 中の一定の条項の解釈などに関するものがあり、これを本手続で利用するためには、手続相互の異同を確定した上で、利用するための範囲と条件を評価しなければならない。このような評価は、時間を要するだけでなく、これら証拠が作成・提出された仲裁手続に対する仲裁廷及び申立人の自由なアクセスがない点において、困難な作業であり、「申立人が対等な防御手段を持ち合わせない」「文脈はずれ」な専門家意見利用の危険を伴う。

これに対し、被申立国が補充証拠文書を提出する主な目的は、これら証拠を相手方が提出する専門家及び証人の証言の信用性及び整合性を確認（ascertain）することにあるとする。これら証拠が利用される第一の理由は、弾劾目的にとどまる。被申立国のこの利用目的に照らすと、他の仲裁手続で利用された専門意見書又は専門証人の証言調書を採用することは過剰であるから、証拠として採用しない。

案件 101： 取消請求国：アルゼンチン v 取消被請求人：Sempra Energy International (ICSID Case No. ARB/02/16)

(JCA ジャーナル 2010 年 10 月号 (15))

判断年月日： 2010 年 6 月 29 日

仲裁廷の構成： 特別委員会：Christer Söderlund (長、スウェーデン王国)、David A.O.Edward (スコットランド)、Andreas J. Jacovides (キプロス共和国)

一 判断のポイント：

・BIT に定める安全保障 (緊急状態) 例外は、慣習国際法上の緊急避難と別個に、それよりも先に検討されるべきであり、この点についての誤りは適用すべき法の不適用として明白な権限超越を構成し、ICSID 条約 52 条 1 項に基づいて取り消される。

二 事案の概要：

I. 事実関係

アルゼンチンは、Sempra v. アルゼンチン仲裁判断 (2007 年 9 月 28 日)¹について、ICSID 条約 52 条に基づく取消請求を 2008 年 1 月 25 日に提起した。同時に、取消手続進行の間の仲裁判断執行停止も請求し (ICSID 条約 52 条 5 項)、事務局長による暫定的執行停止 (ICSID 仲裁規則 54 条 2 項) を経て、特別委員会は、2009 年 3 月 5 日に条件付執行停止を認める決定を、次いで 2009 年 8 月 7 日に執行停止を解除する決定を、それぞれ行った (ICSID 条約 52 条 5 項)²。 [paras.1-29]

本件もまた、アルゼンチンが 1990 年代初頭の経済危機に際して採った種々の措置³に起因する一連の仲裁事案の一つである。アメリカ合衆国企業 Sempra は、アルゼンチンにおいてガス事業免許を有していた Camuzzi Gas Pampeana S.A. と Camuzzi Gas del Sur それぞれの株式の 90% および 86.09% を保有する Sodigas Pampeana と Sodigas Sur それぞれの株式を 43.09% ずつ間接的に保有していた⁴。仲裁廷は、経済危機に際してアルゼンチンの採った措置が、アメリカ合衆国・アルゼンチン BIT⁵ の定める公正衡平待遇義務 (2 条 2 項(a)) および義務遵守条項 (2 条 2 項(c)) の違反を構成する、と判断した。 [paras.33-39]

¹ Sempra v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007. [Francisco Orrego Vicuña (President), Marc Lalonde, Sandra Morelli Rico]

² この経緯につき、参照、早川吉尚「投資協定仲裁判断例研究(9)条件付執行停止を認める特別委員会の権限」JCA ジャーナル 57 巻 5 号 (2010 年) 19-27 頁。

³ 詳細については、参照、荒木一郎「投資協定仲裁判断例研究(3)緊急避難を理由とする投資規制の正当化が認められた例」JCA ジャーナル 56 巻 12 号 (2009 年) 2-7 頁、川瀬剛志「例外規定」小寺彰 (編)『国際投資協定』(三省堂、2010 年) 156-174 頁。

⁴ 43.09% ずつの間接保有が具体的にどのような形態でなされていたかについては、原仲裁判断にも本決定にも説明がない。

⁵ <http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp>

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 管轄権判断における権限踰越

アルゼンチンは、仲裁廷が管轄権を認めるにあたって2点において権限踰越をなした(ICSID 条約 52 条 1 項(b))、と主張する。すなわち、まず、Sempra の権利ではなく Sempra が株式を有している会社の権利が侵害されたと主張されているに過ぎないにもかかわらず管轄権を認めたこと、次に、このような場合に管轄権を認めることは補償の二重払いを招くこと、である。また、これらについて理由が示されていない(ICSID 条約 52 条 1 項(e)) ことも主張する。しかし、アメリカ合衆国・アルゼンチン BIT は「会社の株式」を明示的に投資概念に含めており、また、補償の二重払いは管轄権ではなく本案の問題であり、いずれの主張も失当である。

[paras.100-105]

B. 緊急状態に関する主張

アルゼンチンは、緊急状態に関し次の理由で原仲裁判断は取り消されるべき、と主張する。まず、アメリカ合衆国・アルゼンチン BIT11 条⁶と慣習国際法上の緊急避難とを同一視したことによる法の誤りが構成する権限踰越、次に、BIT11 条を適用しなかったことによる権限踰越、さらに、BIT11 条の自己判断性を認めなかったことによる権限踰越、最後に、BIT11 条を適用しなかったことについての理由の欠如、である。[paras.106-135]

1. 理由欠如等

特別委員会は、後に述べる理由により、原仲裁廷が BIT11 条を適用しなかったことが明白な権限踰越を構成すると判断し、したがって原仲裁判断の全体を取り消す。しかし、アルゼンチンによる他の主張も検討すべきと考える。

まず、特別委員会は、原仲裁廷が BIT11 条を適用しなかったと考えるため、同条が適用されたことを前提とする自己判断性に関する主張はとりあげない。[paras.160-165]

理由の欠如を認めることはできない。原仲裁廷は、BIT11 条の自己判断性についてかなりの注意を払って理由づけをして結論に至っており、また、緊急避難の援用条件については BIT がその条件を定めていないため慣習法に基づいて判断しなければならないことも述べており、仲裁廷が結論に至るためにどのように理由を示したかは明白である。[paras.166-168]

BIT11 条の自己判断性を認めなかったことについて、仲裁廷はこの問題にかなりの注意を払っており、自己判断性について検討しなかったとは言えない。アルゼンチンの主張は本案の再審査を求めるものであり、特別委員会の任務として適切なものではない。[paras.169-172]

2. 権限踰越

⁶ “This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the [p]rotection of its own essential security interests.”

問題は、権限踰越である。まず、仲裁廷の管轄権への同意は、国家については BIT によって、投資家については仲裁申立によって、それぞれ与えられる。そして、BIT が投資家を害する行動を許容している場合は、BIT によって通常投資家に与えられる保護は与えられない。[paras.186-187]

BIT11 条は、どのような措置が必要であるかを判断するのが誰か、すなわち投資受入国が自己判断を行うのかについては定めていない。仲裁廷は、この自己判断性の問題と、その前段階の問題である BIT11 条の射程と適用の問題とを明確に区別していない。[paras.193-194]

原仲裁判断は、次のように述べる。

本仲裁廷は、[...]当該条約規定[BIT11 条]は、必要性の定義および同規定の適用条件が慣習法に定められているため、それらに関する限り、慣習法上の基準と切り離すことはできない。[原仲裁判断 para.376]

特定の事項を特別に扱う条約規定がより一般的な慣習法規則に優位することに疑いはない。しかし、ここでの問題は、緊急避難の正当な援用に必要な法的要素を、その条約自身が扱っていない、ということなのである。[原仲裁判断 para.378]

仲裁廷は、既に述べたとおり、本件で援用されている危機は国家責任条文 25 条の定める慣習法上の要件を充たしていない、と考える。したがって、本件において、必要性あるいは緊急性は違法性阻却をもたらすことはなく、また、[BIT]11 条はこの点において慣習法と異なる条件を定めているものではないため、同条に関する検討をこれ以上進める必要はない、と結論する。[原仲裁判断 para.388]

ここから、仲裁廷が、BIT11 条が緊急避難の援用に必要な要素を定めておらず、かつアルゼンチンの経済危機が国連国際法委員会国家責任条文⁷（「ILC 条文」）25 条⁸に定められている慣習国際法上の条件を充たしていないが故に、BIT11 条の適用可能性を検討することは必要でも可能でもない、と考えたことは明らかである。[paras. 95-196]

条約解釈のために慣習法を参照することが適切であるとしても、条約が慣習法と異なる規定をおくことは、当該慣習法が強行規範でない限り何ら問題ない。そして、BIT11 条と慣習法を反映している ILC 条文 25 条とを比べてみると、語彙に一定程度共通しているところがあるものの、ILC 条文 25 条が BIT11 条の解釈の参考になりそうにないことが判る。[paras.197-199]

そもそも、ILC 条文 25 条は違法性阻却事由の規定であり、違法行為の存在を前提としている。ところが、BIT11 条は、同条が適用される場合には同条に定める措置は BIT 上の義務と矛盾しないこと、すなわち違法行為のないことを定めている。ILC 条文 25 条と BIT11 条とはそれぞれ極めて異なる状況を扱っており、BIT11 条の適用条件を ILC 条文 25 条[に体现される慣習法]が定めると考えることはできない。[para.200]

⁷ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. Doc. A/RES/56/83, 12 December 2001.

⁸ Art. 25: Necessity

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
(b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

(a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
(b) The State has contributed to the situation of necessity.

そこで、法の誤りが権限踰越を構成するかどうかという問題を検討せねばならない。ICSID の先例によれば、仲裁廷が適用すべき法を適用しなかった場合には権限踰越が認められるのに対し、法適用の誤りは取消の根拠とならない⁹。したがって、本件における法の誤りがいずれに該当するかを決定する必要がある。[para.205-206]

先に引用した原仲裁判断 para.388 は、仲裁廷が適用すべき法を適用しなかったことを示している。仲裁廷は、慣習国際法上の規則に基づき違法性阻却がもたらされない場合には BIT11 条の適用はない、と判断した。すなわち、仲裁廷は、BIT11 条ではなく、ILC 条文 25 条に現れた慣習国際法をまず第一に適用すべきものと判断したのであり、この点において、適用すべき法の特定とその適用に関する根本的な誤りを犯しているのである。したがって、特別委員会は、仲裁廷は BIT11 条に基づいて判断しておらず、それにより仲裁廷は権限踰越をなした、と結論する。[paras.207- 209]

3. 権限踰越の「明白」性

では、この権限踰越は「明らか」なものであるか (ICSID 条約 52 条 1 項(b))。特別委員会の先例によれば、原仲裁判断文の立ち入った分析 (an elaborate analysis) なしに極めて明確に (quite evident) 権限踰越が判明する場合に、権限踰越は「明らか」とされている¹⁰。[paras.210-213]

本件原仲裁判断は、その para.378 において、BIT は緊急避難の正当な援用の条件を定めていないため、その条件は慣習国際法に求められる、と述べている。これはすなわち、慣習国際法が条約の適用を正当なものとして認めない限り、条約規定の適用はなされ得ない、ということである。すなわち、慣習国際法上の違法性阻却が認められないことは、それ以上検討を進める必要がないことを意味する。実際、仲裁廷は、「これ以上[BIT]11 条に基づく検討を進める必要はない」と述べている。したがって、仲裁廷の理由づけを一見するだけ (a simple reading) で、仲裁廷が BIT11 条を適用法としなかったことが明らかである。よって、仲裁廷は明らかに権限を踰越している。[paras.216-219]

したがって、本件原仲裁判断は、明らかな権限踰越の故に取り消される。[para.223]

C. 手続費用

これまで、特別委員会の過半数は手続費用を等分してきている。その一方で、最近、敗訴者負担を認める傾向も現れている。本特別委員会は、ICSID 関連費用 (特別委員会委員報酬、ICSID 事務局費用等) については、敗訴者負担とするのが衡平にかなうと考える。当事者自身に生じた費用は、各自で負担するものとする。[paras.224-228]

⁹ E.g. MINE v. Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision on Annulment, 22 December 1989, para.5.04.

¹⁰ Soufraki v. UAE, ICSID Case No. ARB/02/7, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of Mr. Soufraki, 5 June 2007, para. 39; Wena Hotels v. Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment, 5 February 2002, para. 25; CDC v. Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14, Decision on Annulment, 29 June 2005, para. 41.

案件 102: PHILIP MORRIS ASIA LIMITED v オーストラリア連邦 (PCA Case No. 2012-12)
(JCA ジャーナル 2014 年 3 月号 (54))

判断年月日: 2012 年 10 月 26 日 (先行審理に関する決定)

仲裁廷の構成: Professor Karl-Heinz Böckstiegel (ドイツ連邦共和国・長)、Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler (スイス連邦)、Professor Donald M. McRae (カナダ/ニュージーランド)

一 判断のポイント:

- 先行審理許否決定の条件
- 投資時期遅れの抗弁を含む管轄に関する抗弁について先行審理を行うかどうかの決定は、本案を含めた全主張が両当事者から提出された後に判断されるべきであるとした事例
- 投資時期遅れの抗弁の審理時期

二 事案の概要:

I. 事実関係

A. 論点

被申立国は、本件について、管轄に関する抗弁についての審理を先行させることを申立てた。これに対し申立人は、管轄に関する抗弁の先行審理に反対し、少なくとも、これを行うかどうかの判断は、両当事者からの本案を含めた主張が提出された後にすべきであるとした。[paras.1-2]

B. 背景とこれまでの手続き

1. オーストラリア連邦の立法 [paras.3]

本件の紛争は、被申立国が制定したたばこ包装標準化法¹に関し、それが、申立人が保有支配するオーストラリア連邦における投資に対して及ぼした影響に端を発する。申立人は、たばこ包装標準化法は、たばこ製品とその包装に対する知的財産の使用を禁止し、申立人のオーストラリア連邦子会社をブランド製品の製造者から、単なる一般製品の製造者に変更し、その結果、オーストラリア連邦における申立人の投資の価値を著しく毀損すると主張した。

2. 当事者

申立人は、オーストラリア連邦法人であるフィリップモリス・オーストラリア (“PM Australia”) の 100%株主であり、PM Australia は、オーストラリア連邦法人であるフィリップモリス・リミテッド (“PML”) の 100%株主である。PML は、オーストラリア連邦におけるたばこ製品の製造、輸入、販売を事業としている。同社は、オーストラリア連邦において、商標、著作権、意匠

¹ The Tobacco Plain Packaging Act 2011

などの知的財産を有している。

申立人は、宣言的決定と賠償金支払命令を求めた。たばこ包装標準化法の執行停止のための適切な措置を採ること及び同法の制定と適用により蒙った申立人の損失に対する賠償の請求であった。請求額は、数十億オーストラリアドルに上るとした。[paras.4-5]

3. 手続の経過

2011年12月21日付仲裁申立通知が為され、これに対し、被申立国は、管轄抗弁について手続きの初期段階で先行審理されるべきであると主張した。

2012年7月30日、仲裁廷は、シンガポール共和国で第一回手続協議を開催した。同協議では、管轄先行審理の要否と先行審理許否決定に至るまでの手続きについての主張が交換された。

同年8月3日、仲裁廷は、第二手続決定を発令し、管轄抗弁についての先行審理の許否に関する準備書面の提出を求めた。これに基づき両当事者は、準備書面を提出した。[paras.6-21]

C. 当事者の主張

1. 被申立国の主張

被申立国は、本案に先行する手続きにおいて、次の管轄抗弁を審理することを求める。投資時期遅れの抗弁、投資非該当性の抗弁及びアンブレラ条項適用に関する抗弁の三点である。

被申立国によれば、申立人が主張するように、双方の主張書面の交換を待って、管轄抗弁先行審理の許否決定を行う場合は、同先行手続の意義を殺ぐことになる。被申立国は、第一回手続協議直後に管轄抗弁先行審理決定がなされた無数の事例を指摘する一方、答弁書の提出まで同決定が留保された事例は一例にすぎなかったとする。

この点に関し、これら事例は、1976年UNCITRAL規則の下でのもので、2010年規則の下での手続きに対しては先例性がないとの申立人の反論に対しては、被申立国は、いずれの規則も管轄抗弁の先行審理を手続きの効率 (efficient) に役立てることを基礎としていることに変わりはなく、旧規則21条4項²と新規則23条3項³は実質的に同一であるから、上記先例は本件においても妥当すると主張する。

被申立国によれば、管轄抗弁の先行審理許否の判断は、UNCITRAL規則17条1項⁴に基づき、仲裁廷の公正と効率を勘案要素とする、裁量に属している。

被申立国は、抗弁は、真正かつ実質的で、先行段階での審理に適し、論点の絞込みに有効であれば良く、申立人が主張するように、最終的又は網羅的である必要はないと主張する。

² 4. In general, the arbitral tribunal should rule on a plea concerning its jurisdiction as a preliminary question. However, the arbitral tribunal may proceed with the arbitration and rule on such a plea in their final award.

³ 2 either as a preliminary question or in an award on the merits. The arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award, notwithstanding any pending challenge to its jurisdiction before a court.

3. The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph.

⁴ 1. Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at an appropriate stage of the proceedings each party is given a reasonable opportunity of presenting its case. The arbitral tribunal, in exercising its discretion, shall conduct the proceedings so as to avoid unnecessary delay and expense and to provide a fair and efficient process for resolving the parties' dispute.

[paras.24-46]

i) 投資時期遅れの抗弁

被申立国は、申立人が、PM Australia の株を取得した 2011 年 2 月 23 日には、オーストラリア連邦政府がたばこ包装標準化法を 2012 年までに制定することを公的に表明しており（2010 年 4 月 29 日）、申立人は、投資時点で存在しあるいは高度な蓋然性のある紛争について、投資家としての権利を主張できない。PML 及びその究極親会社 Philip Morris International は、2009 年の政府協議においてたばこ包装標準化法の立法に対する反対意見を提出して、申立人が PM Australia の株式を取得した時には、フィリップ・モリスグループとオーストラリア連邦政府との間には既に紛争があった。

申立人は、PM Australia の株式を取得することにより、オーストラリア香港投資協定⁵（“BIT”）に基づく請求権を主張できるようにしたもので、当事者間の「紛争」は BIT10 条の範囲外にあるか、請求が、BIT10 条⁶が付与する権利の濫用であると被申立国は主張する。

前者に関して、被申立国は、「投資」に関する「紛争」は、BIT10 条により、紛争が、投資が行われた後に発生した場合にのみ投資協定仲裁に付されるとされており、この解釈は、BIT6 条(1)⁷が、投資の価値の剥奪があった場合には剥奪の直前の日又は剥奪が切迫していることが公知となった日のいずれか早い時点の損害賠償を規定していることから確認されるとする。

権利濫用の主張に関しては、被申立国は、Pac Rim 事件⁸に依拠する。同事件の仲裁廷は「手続濫用の存否は、実際の紛争を知り又は、単なる紛争発生の可能性ではなく、特定の紛争の発生について高度の蓋然性があることを知るかどうかにある」としている。2011 年 11 月 21 日にたばこ包装標準化法が国会で成立するまでは、紛争は発生していなかったとの申立人の主張に対しては、申立人の主張のとおりとすると、2011 年 6 月 27 日に申立通知が為され、それが同月 6 月 27 日に送達された時でも紛争が発生していなかったことになり、同年 9 月 12 日に申立人と被申立国が和解協議をもったときにも紛争がなかったことになると反論する。被申立国によれば、紛争が発生したのは、2010 年 4 月 29 日にオーストラリア連邦政府がたばこ包装標準化法の制定を公約した時であれ、いずれにしても、申立人が PM Australia の株式を取得する前であった。

被申立国は、投資時期遅れの抗弁は、これが認められれば事案の解決となるような先行的論点であるから、先行審理に適していると主張する。

さらに、権利濫用の主張についていえば、被申立国は、濫用的に開始された手続への参加を義務付けられてはならないから、この主張こそ先行審理の対象に適している。

被申立国は、投資時期遅れに関する権利濫用の抗弁が管轄問題なのか受理可能性の問題なのかの区別は意味がないと主張する。仮に、UNCITRAL 規則 23 条 1 項は、受理可能性については対象にしていなくても、仲裁廷は、なお、そのような抗弁を先行審理する権限を UNCITRAL

⁵ THIS AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF HONG KONG AND THE GOVERNMENT OF AUSTRALIA FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS, SIGNED 15 SEPTEMBER 1993

⁶ Article 10 of the Treaty

⁷ Article 6(1) of the Treaty

⁸ Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No.ARB/09/12

規則 17 条 1 項により有しているからである。

被申立国は、申立人が依拠する先例は、申立人の主張を支持しないと主張し、かえって **Phoenix** 事件⁹、**Mobil** 事件¹⁰及び **Pac Rim** 事件に言及し、これらは、権利濫用を受理可能性問題としてではなく管轄抗弁として取り扱ったとした。

さらに、これら先例は、**ICSID** 規則に基づくものであるから、本件の参考にならないとの申立人の主張を争う。被申立国によれば、これら仲裁廷の考慮要素は先行審理を実施することの手続的効率であった。

最後に、被申立国は、投資時期遅れの抗弁に関連する証拠と申立人の正当な期待に関する本案請求原因に関連する証拠との間には著しい共通性があるとの申立人の主張を争い、**BIT10** 条の下で紛争が発生したかどうかの判断と、当事者の正当な期待の認定にはなんらの類似性はないと主張する。

この点で共通する唯一の証拠は、フィリップモリスとの協議過程を含むたばこ包装標準化法の制定経過であって、たばこ包装の意匠などは全く関連しない。被申立国は、投資時期遅れの抗弁に関する判断において必要とされる証拠は、申立人が **2011** 年 **2** 月 **23** 日までに何を知っていたかということであってその殆どは公知の事実である。公正衡平待遇違反の請求原因の立証に利用される証拠は関連性がない。[paras.29-37]

ii) 投資非該当性の抗弁

被申立国は、**PML** 株式あるいは **PML** の資産は、**BIT** 上の投資を構成しないと主張する。**BIT** の **1(b)(i)**、**1(e)**¹¹及び **13(1)**¹²条によれば、条約の保護が間接投資に及ぶのは、第三国において設立された会社が投資家に該当する場合に限られる。従って、**PM Australia** 及び **PML** いずれもオーストラリア連邦法人であるからこれらの会社の資産は投資として保護されない。

なお、被申立国は、**BIT13** 条 1 項に従い、申立人による **PM Australia** の株式保有が **BIT** の保護を受ける場合があり得るが、**PML** 及びその資産に対する申立人の支配の程度はオーストラリア連邦により争われているので、**BIT1** 条(e)に基づき、**BIT** 当事国間で解決されるべき問題である。被申立国は、投資非該当性の抗弁も先行審理手続きに適すると主張する。けだし、この点

⁹ Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID case No.ARB/06/5, Award/113

¹⁰ Mobil v. Venezuela, ICSID Case No.ARB/07/27

¹¹ ARTICLE 1

(b) "companies" means:

(i) in respect of Hong Kong: corporations, partnerships, associations, trusts or other legally recognised entities incorporated or constituted or otherwise duly organized under the law in force in its area or under the law of a non-Contracting Party and owned or controlled by entities described in this sub-paragraph or by physical persons who have the right of abode in its area, regardless of whether or not the entities referred to in this sub-paragraph are organised for pecuniary gain, privately or otherwise owned, or organised with limited or unlimited liability;

(e) "investment" means every kind of asset, owned or controlled by investors of one Contracting Party and admitted by the other Contracting Party subject to its law and investment policies applicable from time to time, and in particular, though not exclusively, includes:...

(ii) shares in and stock, bonds and debentures of a company and any other form of participation in a company:...

¹² Article 13 **Application of the Agreement**

(1) A company duly organized under the law of a Contracting Party shall not be treated as an investor of the other Contracting party, but any investments in that company by investors of that other Contracting Party shall be protected by this Agreement.

の主張が認められることにより、論点は、申立人の保有する PM Australia の価値にのみ限定されることになり、手続きの効率化に資するからである。[paras.38-39]

iii) アンブレラ条項の適用に関する抗弁

被申立国の第三の抗弁は、BIT2 条 2 項¹³所定のアンブレラ条項がオーストラリア連邦の多数国間条約に基づき負担する義務にまで及ぶものではないという点にある。

仲裁廷は WTO Agreements¹⁴や Paris Convention¹⁵の条約上の義務違反を認定する権限を有しない。これらの条約は、私人の権利を基礎付けるものではないし、それ自身で、紛争解決の手続きを定めている。被申立国は、アンブレラ条項の抗弁も、先行審理手続きに適していると主張する。同条項の問題は、しばしば先決問題として判断されている。これについて、先行審理をしない場合には、不要な時間と費用が消費されると指摘する。[paras.40-43]

2. 申立人の主張

i) 投資時期遅れの抗弁に対する反論

申立人は、被申立国による投資時期遅れの抗弁は管轄抗弁ではなく受理可能性抗弁であると主張する。UNCITRAL 規則は、受理可能性に関する抗弁を先行審理の対象とする権限を仲裁廷に付与していない。

申立人は、被申立国が参照する Phoenix 事件、Mobil 事件及び Pac Rim 事件などの先例は関連性がないと主張する。これらは ICSID 先例であり ICSID では、受理可能性を先行審理の対象とすることが許容されているが、UNCITRAL では許されていないからである。

申立人は、UNCITRAL 規則 17 条を根拠として受理可能性についての手続きを決定できる権限があると主張する。被申立国の主張を争う。新規則 17 条に相当する 1976 年の旧規則 15 条においてこのような主張が退けられた先例もある。

さらに、申立人は、投資時期遅れの抗弁に関連する証拠は、本案についての証拠と実質的に共通である。潜在的紛争に関する申立人の認識および予見は申立人の正当な期待と結びついていると主張する。

被申立国の反論に対する再反論として、申立人は、問題は、公正衡平待遇違反における判断基と権利濫用の判断基準が同じかどうかではなくこれらの問題に関する証拠が共通かどうかであると主張する。

申立人は、被申立国が、その主張において高度の蓋然性に達した時点を明確にしていると主張する。申立通知を提出した時には、申立人はオーストラリア連邦法人を保有し支配していたのであり、通知は、将来発生する可能性のある紛争についての警告にすぎなかった。

申立人はさらに、被申立国による条約規定の解釈の主張は、先行審理許否決定が、*travaux*

¹³ Article 2 Promotion of Investment and Returns

(2)・・・Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party.

¹⁴ Agreements under the auspices of the World Trade Organization

¹⁵ The Paris Convention on the Protection of Industrial Property

préparatoires の開示後になされるべきものであることを裏付けていると主張する。
[paras.55-57]

ii) 投資非該当性の抗弁に対する反論

投資非該当性の抗弁については、仮に、申立人の PML 株式保有に手続きの対象が限定されたとしても、PML の知的財産権の喪失に関する証拠の検討が必要である。この喪失が、PML の株式価値に影響を及ぼすからであると、申立人は主張する。[paras. 58-59]

iii) アンブレラ条項の適用に関する抗弁

申立人は、アンブレラ条項の抗弁は先行審理の対象に適さないと主張する。申立人によれば、この抗弁が認容されたとしても、証拠調べの範囲が限定されるものではない。公正衡平待遇基準を含めた BIT の解釈において多数国間条約は関連性を失わないからである。申立人は、これら多数国間条約上の救済を求めているのではなく、被申立国が、これらの義務を遵守すると合理的期待を問題にしているのである。[paras.60]

The travaux Préparatoires の香港政府に対する送付嘱託の申立 [paras.61]

申立人は、仲裁廷に対し、香港政府に対して the travaux préparatoires の写しの提供を求めるとの嘱託を求める。仲裁廷自身、同文書は、管轄問題の審理において関連することを示唆している。

三 判断概要：

II. 仲裁廷の判断

A. 仲裁廷の権限

当仲裁廷は、両当事者の主張を前提に本決定においては、先行審理許否決定がなされるまでの手続きに限って判断する。UNCITRAL 規則 17 条 1 項は、仲裁廷に対し手続き遂行に関する広範な裁量を認めている。同項第 2 文は、仲裁廷は、「不必要な遅延及び費用を回避し当事者間の紛争を解決するための公正で効率的な手続きを提供するために」裁量権を行使しなければならないと規定している。[paras.62-63]

B. 先行審理許否決定の条件

特に、管轄抗弁に関しては、UNCITRAL 規則 23 条 3 項は、仲裁廷が、「本案の判断において又はその予備問題として判断できる」としている。そして、これらの判断の基準 (criteria) は、事案の個別的事情に拠るものであることが明らかである。当仲裁廷は、UNCITRAL の現規則と旧規則の対比や、旧規則下での先例の通用性の議論に立ち入らない。本件に関する両当事者の要請及び本件の特別な事情のもとで、これら UNCITRAL 規則の定める判断基準を最善の形で適用するにはどのようにすればよいかという問題に焦点を絞る。

この観点においては、被申立国による管轄抗弁について、それらを先行審理の対象とすることが最適かどうかを判断するには、まだ熟していない。抗弁の中には、この段階では十分に前提事実が主張されていないものもある。両当事者に、本件全体についての事実主張並びにこれに基づく法的主張を提出する機会を与えた後に、仲裁廷として、先行審理が最適な方法かどうかの決定をするに十分な情報を得ることができるであろう。この進め方は、次の経過によっても確認されている。すなわち、手続協議において仲裁廷（長）の質問に対して、被申立国は、UNCITRAL規則 23条(2)¹⁶所定のように、答弁書提出までは管轄抗弁を提出する権利を放棄しないと解答した。このことは、被申立国においても、申立人の申立請求原因書を受領した後でなければ、提起する管轄抗弁の範囲についての最終判断ができないことを認めたものである。被申立国からの答弁書を受領した後は、仲裁廷は、先行審理が最適な方法であるかどうかを判断するために、すべての要素を検討できることになる。

以上により、当仲裁廷は、先行審理許否の判断を申立請求原因書及び答弁書の提出をうけた後に行うこととする。[paras.64-68]

C. 準備作業書 *Travaux Préparatoires* に関する申立人の申立

当仲裁廷は、管轄問題の検討においても準備作業書が関連すると申立人が主張していることは理解するが、管轄や先行審理許否の判断と同様、許否の判断をするには主張が揃っていない。また、申立人は、同作業書は請求原因書の作成にも有益であるとする。しかし、請求原因書あるいは答弁書において全ての関連文書が手元にないことは通常であり、証拠開示の手続きはこのために存在している。よって、申立人の申立は却下する。しかし、申立人が、先行審理許否判断の後に同様の申立をすることは妨げられない。[paras.69-72]

D. 先行審理開始許否決定までの手続き

当仲裁廷は、両当事者とも、それぞれの準備書面を作成する期間としてやや長い期間を提案していることを認識する。さらに、これらの準備書面が交換された後に口頭弁論が開催されること、これまで、既に先行審理と管轄に関する主張の交換が二回行われていることに照らして今後文書提出の機会が二度あれば十分と考える。[paras.73-75]

E. 決定

1. 当仲裁廷は先行審理許否についての判断を、本仲裁廷においては行わない。同判断は下記進行予定に従う。

¹⁶ 2. A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised no later than in the statement of defence or, with respect to a counterclaim or a claim for the purpose of a set-off, in the reply to the counterclaim or to the claim for the purpose of a set-off. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that it has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

3. The arbitral tribunal may rule on a plea referred.

2. 申立人による作業準備書送付嘱託申立は却下する。申立人は、同申立を、先行審理許否決定の後に提出することを妨げられない。

3. 手続進行予定は次のとおり

2013年2月15日まで：申立人、紛争の全部に関する請求原因書及び証拠提出

2013年7月31日まで：被申立国、紛争の全部に関する答弁書及び証拠提出これまでの先行審理に関する主張に追加する主張があれば、その主張も提出し、それが審理される時期を提案する。

2013年8月30日まで：申立人は、先行審理に関するそれまでの主張に追加する主張があれば、その主張も提出し、それが審理される時期を提案する。

2013年9月25日：シンガポール共和国で口頭弁論を開催

案件 103 : Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company v エクアドル (PCA Case No.2009-23)

(JCA ジャーナル 2013 年 7 月号 (47))

判断年月日 : 2013 年 2 月 7 日

仲裁廷の構成 : V. V. Veeder (長・イギリス)、Horacio A. Grigera Naón (アルゼンチン)、Professor Vaughan Lowe (イギリス)

一 判断のポイント :

- ・ 投資協定仲裁手続の最中に下された国内判決の執行の停止を命ずる暫定保全措置
- ・ 当該国内判決の海外での執行の停止をも命ずる暫定保全措置
- ・ 暫定保全措置に違反して判決の執行がなされた場合の損害の賠償
- ・ 暫定保全措置の形式の差(「命令」「仲裁判断」と効力における差異

二 事案の概要 :

I. 事実関係

1. 手続の概要

2009 年 9 月、申立人は、アメリカ合衆国とエクアドル(以下、被申立国、または単にエクアドルと呼ぶ)の間における投資保護条約に基づいて、エクアドルに対し、1994 年から 1998 年にかけての一連の投資契約の下で何ら環境被害を発生させていないことの確認等を求める仲裁申立てを UNCITRAL 仲裁規則に従って行った¹。

仲裁廷の構成後、2010 年 4 月に申立人は、暫定保全措置を求めた。ロンドンにおける審問の後、5 月に仲裁廷は第 1 暫定保全命令を以下のように発した。すなわち、当事者双方に対し、(i)11 月の次回会合まで手続的にも実体的にも当該紛争を可能な限り現状のまま悪化させないように維持するよう努めること、(ii)仲裁廷が争点につき公平に対処する能力を損なうような一切の行為を行わないこと、(iii)Lago Agrio Case として知られるエクアドルで係属中の訴訟を扱う裁判所に不法な影響や圧力をかけないこと、(iv)当該訴訟で判決が下されるであろう日を知り得たらすぐにその日を仲裁廷まで知らせること、(v)その日を仲裁廷まで知らせることを当該裁判所にも要請することを命じるとともに、特に被申立国には、英語・スペイン語での本命令の伝達も命じ、さらに、(vi)申立人が本仲裁手続のためにエクアドルの法律専門家・アドバイザー・代理人を雇うことに協力する、少なくとも邪魔しないことも命じた。[以上につき、para.35-43]

しかし、同月、申立人は、被申立国がかかる第 1 暫定保全命令に違反しているとの書面を仲裁廷に送付した。双方からの書面を考慮し、仲裁廷が違反なしと認定したため、申立人はさらな

¹ The Treaty between the USA and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of investment (Signed on 27 August 1993)..

る暫定保全措置を求めた。これについては、11月に開催された管轄権と受理可能性についての審問の際に双方から主張・反論がなされた。そこにおいて被申立国は、上記の(v)以外の継続には異論を唱えなかった。そこで仲裁廷は、管轄に関する判断が下される日まで、上記の(v)のみを「仲裁廷が当該裁判所にその旨の要請をするレターを書く」と変更した第2暫定保全命令を発した。[以上につき、para.44-51]

2011年1月、申立人はさらなる暫定保全措置を求めた。これについての双方の主張・反論の後、仲裁廷は、これに関する審問までを期限とする①第2暫定保全命令の内容、及び、以下の②～④の内容を含む第3暫定保全命令を発した。すなわち、②国際法委員会の国家責任条文の第1部第2章にあるように、裁判機関をも含む自国の機関につき国家は責任を問われることがある、③同条項の第2部にあるように、エクアドル裁判所で判決が下されることが国際法により申立人に対して被申立国が負っている義務の違反を構成するのであれば、その執行による損害は被申立国が負わなければならない、④この命令の効力はどの当事者に対しても及ぶといった内容であった。[以上につき、para.44-55]

その後、2月に審問が開かれ、同月、仲裁廷は以下の内容の第4暫定保全命令を発した。すなわち、(A)管轄権については未だ最終決定されていないが、暫定保全措置との関係では、申立人が証明に成功すればこれを認めることができる、(B)UNCITRAL 仲裁規則 26条・32条も²、投資保護条約上も、暫定保全措置を命ずる命令・仲裁判断には拘束力を認めており、当事国は遅滞なくその内容を履行し領域内において実現する必要が生じる、(C)本仲裁廷も将来において暫定保全措置を命令ではなくニューヨーク条約上の仲裁判断の形式で下す可能性がある、(D)申立人は本件につき暫定保全措置の管轄を認めるに足りるだけの証明を行っている、(E)被申立国が本仲裁手続で本案につき下される仲裁判断を履行する義務を負っていることからすると、被申立国は *Lago Agrio Case* の判決のエクアドルの中及び外での執行を止めなければならない、本暫定保全命令の履行のための手段がとられていることを代理人を通じて仲裁廷に伝えなければならない

² 本仲裁申立当時の1976年版のUNCITRAL 仲裁規則 26条・32条は以下の通りである（なお、同規則は2010年に改訂がなされており、かかる最新版と以下との間には相違がある）。

[Article 26]

1. At the request of either party, the arbitral tribunal may take any interim measures it deems necessary in respect of the subject-matter of the dispute, including measures for the conservation of the goods forming the subject-matter in dispute, such as ordering their deposit with a third person or the sale of perishable goods.
2. Such interim measures may be established in the form of an interim award. The arbitral tribunal shall be entitled to require security for the costs of such measures.
3. A request for interim measures addressed by any party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate, or as a waiver of that agreement.

[Article 32]

1. In addition to making a final award, the arbitral tribunal shall be entitled to make interim, interlocutory, or partial awards.
2. The award shall be made in writing and shall be final and binding on the parties. The parties undertake to carry out the award without delay.
3. The arbitral tribunal shall state the reasons upon which the award is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given.
4. An award shall be signed by the arbitrators and it shall contain the date on which and the place where the award was made. Where there are three arbitrators and one of them fails to sign, the award shall state the reason for the absence of the signature.
5. The award may be made public only with the consent of both parties.
6. Copies of the award signed by the arbitrators shall be communicated to the parties by the arbitral tribunal.
7. If the arbitration law of the country where the award is made requires that the award be filed or registered by the arbitral tribunal, the tribunal shall comply with this requirement within the period of time required by law.

い、(F)エクアドル法の下では控訴につき控訴裁判所が判断するまで第一審の判決は確定しないことは当事者間でも共通の理解とされている、(G)第3 暫定保全命令の①～③の内容は引き続き効力がある、(H)本仲裁廷でその旨が決定された場合には、申立人は本命令の結果として生じた被申立国の損害につき法的に責任を負う、(I)本命令は全ての当事者に拘束力がある、(J)本命令の効力はどの当事者に対しても及ぶ、といった内容である。[以上につき、para.56-59]

2 月半ば、Lago Agrio Case において判決が下され、同月後半には申立人は自らのエクアドルの代理人に向けられた刑事訴追手続をも含めた新たな暫定保全措置を求めた。他方で被申立国は第 4 暫定保全命令に服するための措置を連絡し、同命令の取り消しを求めた上で、申立人側に命令違反があるとも唱えた。他方、3 月には申立人が被申立国の違反を唱えた。これに対し、同月、仲裁廷は以下の内容の第 5 暫定保全措置命令を発した。すなわち、申立人のエクアドルの代理人に対する刑事訴追についても、第 4 暫定保全命令の取り消しの求めについても、申立人あるいは被申立国の既存の命令への違反についても、既存の命令を維持すること以外の処分の必要はないといった内容である。[以上につき、para.60-65]

2012 年 1 月、Lago Agrio Case の控訴審裁判所が第一審判決を維持する判決を下した。申立人は、(i)第 4 暫定保全命令を仲裁判断の形式にすること、(ii)同命令に従い、同判決の執行力を阻む措置をとることを、被申立国に告げさせることを求めた。これに対し、被申立国は、第 4 暫定保全措置命令の取り消しを求め、その後、双方当事者で主張・反論が続いた。最終的に審問が 2 月に開かれることになり、その結果、暫定保全措置を命ずる仲裁判断が以下のように下された。すなわち、第 4 暫定保全命令の特に(E)、すなわち、被申立国が本仲裁手続で本案につき下される仲裁判断を履行する義務を負っていることからすると、被申立国は Lago Agrio Case の判決のエクアドルの中及び外での執行を止めなければならず、本暫定措置の履行のための手段がとられていることを代理人を通じて仲裁廷に伝えなければならないという内容の暫定保全措置を命ずる仲裁判断を、全仲裁人の署名の下で発したのであった。[以上につき、para.66-73]

2 月、上記の審問が開催された後、第 2 の暫定保全措置を命ずる仲裁判断が以下の内容で下された。すなわち、1)UNCITRAL 仲裁規則 32 条も投資保護条約上も暫定保全措置を命ずる仲裁判断には拘束力を認めており、当事国は遅滞なくその内容を履行し領域内において実現する必要が生じる、2)申立人はこの暫定保全措置を命ずるにあたっての管轄権と本案につき十分に証明しており、緊急の必要性について、さらには、金銭補償では修復が困難であることについても十分に証明している、3)被申立国が本仲裁手続で本案につき下される仲裁判断を履行する義務を負っていることからすると、被申立国は Lago Agrio Case の判決のエクアドルの中及び外での承認執行を止めなければならず、特に、同判決の執行力を阻む措置をとることの証明を被申立国は行わなければならず、本暫定措置の履行のための手段がとられていることを代理人を通じて仲裁廷に伝えなければならない、4)本仲裁廷でその旨が決定された場合には、申立人は本仲裁判断の結果として生じた被申立国の損害につき法的に責任を負うことになるため、その担保として申立人は 5000 万ドルの担保を積むこととする、5)申立国からの第 4 暫定保全命令の取り消しの要求は認められない、6)これまでの命令・判断の効力は本仲裁判断に反しない範囲で係属する…といっ

た全仲裁人に署名の下での仲裁判断である。[以上につき、para.74-75]

そして同月半ば、仲裁廷は本件につき管轄権と受理可能性を認める第3の仲裁判断を下した。
[para.76]

2. 事実の概要³

事実の概要に関しては、本仲裁判断には纏まって掲載されていないが、各種報道から明らかな事実は以下の通りである。

1993年に Oriente 地域のエクアドル市民が米国の連邦地方裁判所に Texaco を被告としてクラスアクションを提起した。1964年から1992年にかけての Texaco の操業によって熱帯雨林と河川が汚染され、環境被害や健康被害を引き起こしたと主張するものであったが、2002年に forum non conveniens を根拠に退けられた⁴。もっとも、その際、エクアドルに管轄があることを Texaco は認めていた。

そこで、2003年、同様の訴訟が Texaco (2001年に Chevron により買収) を被告としてエクアドルで提起されることとなった (Lago Agrio Case)。その結果、2011年に同裁判所は、Chevron に 86億ドルの支払いを、公的な謝罪をしなければ 180億ドルにまで増額するとの条件付きで命じた。これを不服とした Chevron は控訴したが、2012年、控訴審裁判所が原審判決を支持した。Chevron は上告する一方で、180億ドルの支払を命じる当該判決のエクアドル政府による執行の停止を命ずる本仲裁廷の暫定保全措置を理由に、エクアドルの裁判所にかかる執行の停止を求めたが、かかる請求は退けられ、エクアドルにおける執行のための手続は進行している (なお、カナダ、ブラジル連邦共和国等でも執行のための手続が進行している)。

三 判断概要：

II. 仲裁廷の判断[para.77-86]

仲裁廷は既存の暫定保全措置についての命令や仲裁判断の効力および効果をここに確認・再言する。本投資保護協定、UNCITRAL 規則、そして、国際法上、それらは当事者を拘束するものであり、暫定保全措置を命ずる第1・第2の仲裁判断を含むいかなる仲裁判断をも当事者は履行する義務を負う。

かかる命令・判断は被申立国を国家として構成している全ての機関・組織に及び、そこには裁判機関・立法機関も含まれる。エクアドル法との間で整合的ではない部分や制約があったとしても、かかる義務の履行から当事国が免れることはできない。

被申立国が Lago Agrio 判決を拘束力・執行力があるものとし、裁判所の認証さえあれば執行される状態にしていたことは、暫定保全措置を命ずる第1・第2の仲裁判断の違反を構成する。

³ 本事件の発端からの経緯については以下のウェブサイトを参照
<http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TexacoChevronlawsuitsreEcuador>

⁴ Aguinda v. Texaco Inc., 303 F.3d 470(2d Cir.2002).

エクアドルの国内でも、そして、国外でも（現時点でカナダ、ブラジル連邦共和国、アルゼンチンで手続が行われており、近い将来にはその他の国々において手続が行われる可能性もある）、**Lago Agrio Case** の当事者が第一申立人に対して（その子会社とともに）同判決の執行を企てていることは、本仲裁廷が暫定保全措置を命ずる第 1・第 2 の仲裁判断により阻止しようとした事態であり、かかる事態は被申立国により引き起こされたものである。

したがって、本仲裁廷は、被申立国に対し、この違反により第一申立人に生じた損害を補償すべきではないとすればその理由を示すように求める。そして、以後、本仲裁廷は、新たな手続命令によって、当事者の意見を聞きつつ、かかる補償についての手続のタイムテーブルを作成する。

本仲裁廷は、本紛争をさらに悪化させ、**Lago Agrio** 判決の執行から生ずる修復困難な損害を申立人に被らせることを防ぐために権限を有する国際法上唯一の紛争解決機関である、かかる防止策は（米国をも含む）どの国の裁判所においても行われたことはなく、また、本件のような極めて例外的なケースでさえもそうである。被申立国は、暫定保全措置を命ずる第 1・第 2 の仲裁判断の違反を構成する **Lago Agrio** 判決の最終確定・執行力付与・現実の執行を行うことによって、条約及び **UNCITRAL** 規則上の利益を意味の無いものにさせないようにする義務を引き続き負っていることを、ここに確認・宣言する。

本仲裁手続における係争額は巨額なものであるが、**Lago Agrio** 判決の執行により第一申立人が直面し、間接的に被申立国も直面する金銭的なリスクよりも、**Lago Agrio** 判決の執行が本仲裁手続における公平性と有効性を極めて重い危険にさらすという点において重大なリスクがあると、本仲裁廷は考える。

なお、本案については未だ判断は行っておらず、これまでの命令・仲裁判断もその趣旨で読まれてはならない。

以上より、以下の暫定保全措置を命ずる第 4 の仲裁判断を下す。

- 1) 条約、**UNCITRAL** 規則、そして、国際法上、被申立国が、**Lago Agrio** 判決を確定させ、エクアドル国内、そして、カナダ、ブラジル連邦共和国、アルゼンチンを含む（そしてこれに限られない）エクアドル国外において執行することは、暫定保全措置を命ずる第 1・第 2 の仲裁判断に違反することを宣言する。
- 2) 被申立国に対し、本仲裁廷から示される手続のタイムテーブルに従い、暫定保全措置を命ずる第 1・第 2 の仲裁判断の違反により生じた損害を補償すべきではないとすれば、その理由を示さなければならないことを決定する。
- 3) 被申立国は、条約及び **UNCITRAL** 規則上の義務につき、暫定保全措置を命ずる第 1・第 2 の仲裁判断の違反を構成する **Lago Agrio** 判決の最終確定・執行力付与・現実の執行によって、意味の無いものにさせないようにする法的義務を、国際法上、引き続き負っていることを、ここに確認・宣言する。
- 4) 本案については何ら判断はなされておらず、本仲裁判断についても、申立人が提出した全ての主張、被申立国が提出した全ての反論を含め、本案とは無関係に下されるものであることを明

言する。

案件 104: Apotex Holdings Inc., Apotex Inc. v アメリカ合衆国 (ICSID No. ARB (AF) /12/1)
(JCA ジャーナル 2014 年 5 月号 (56))

判断年月日: 2013 年 7 月 5 日 (手続指令) (当事者の秘匿特権及び秘匿特権ログの主張に関する文書開示についての手続指令)

仲裁廷の構成: V.V. Veeder (イギリス・長)、J. William Rowley (イギリス/カナダ)、John R. Crook (アメリカ合衆国)

一 判断のポイント:

- ・ 文書開示手続及び秘匿特権の判断において、IBA 証拠規則(2010 年版)3 条及び 9 条を、ICSID (AF) 仲裁規則 41 条 2 項に基づく裁量権行使の追加的指針として用いた。
- ・ 秘匿特権の範囲について、IBA 証拠規則 9 条 3 項 (c) の「秘匿特権が発生したとされた時の当事者及び当事者のアドバイザーの期待」として、当事者及び当事者の法的アドバイザーらの母国法であるアメリカ合衆国法及び判例を考慮した。
- ・ 弁護士・依頼者秘匿特権は、弁護士の法的検討を支援する代理人 (agent) であるコンサルタントとのコミュニケーションにも及び、ワーク・プロダクト法理もそのようなコンサルタントが作成した文書に及ぶ。
- ・ ワーク・プロダクト法理の「訴訟を予期して作成された」(prepared in anticipation of litigation) との要件は、文書作成時点において訴訟の合理的な可能性 (reasonable likelihood) 又は十分な蓋然性 (substantial probability) が存在したかどうかにより判断する。

二 事案の概要:

I. 事実関係

A. 事実の概要

カナダのジェネリック医薬品メーカーである Apotex Holdings Inc. は、アメリカ合衆国企業 Apotex Corporation の支配株主である。Apotex Holdings Inc. が間接的に支配するカナダ企業 Apotex Inc. が製造する医薬品を、Apotex Corporation がアメリカ合衆国で販売している。2009 年 8 月 28 日、アメリカ合衆国食品医薬品局 (FDA) は、Apotex Inc. が操業するカナダの 2 つの工場に対して、輸入禁止警告 (Import Alert) 措置をとり、この措置は 2011 年 7 月末まで完全には解除されなかった。申立人は、本輸入禁止警告は、NAFTA1102 条 (内国民待遇)、1103 条 (最恵国待遇) 及び 1105 条 (最低待遇基準) に違反するとして、2012 年 2 月 29 日、NAFTA に基づき、アメリカ合衆国を被申立人とする仲裁申立を行った。[申立書 paras. 1-5] 本仲裁手続には、ICSID (Additional Facility) 仲裁規則 (2006 年 4 月改訂版) が適用される。

本仲裁廷は、2012 年 11 月 29 日付け第 1 手続指令において、当事者の文書開示要求について、紛争当事者の合意に基づき、国際法曹協会 (IBA) 証拠規則 (2010 年版、以下同様) 3 条及び 9

条を自らの裁量権行使の一般的指針として考慮することができるとした [第 1 手続指令前文、paras. 15.1, 15.12]。

B. 当事者の主張

1. 弁護士・依頼者秘匿特権の範囲

申立人は、被申立人が開示を要求する 41 点の文書について、弁護士・依頼者秘匿特権 (attorney-client privilege) を秘匿特権ログにおいて主張している。これらの文書は、申立人、申立人の弁護士及び cGMP¹に関する独立コンサルタント間で交わされた、電子メール、手紙、エクセルシート、報告書、メモランダム、プレゼンテーションにより構成される。両当事者の見解は、コンサルタントと申立人の規制対応弁護士 (Regulatory Counsel) とのコミュニケーションが、弁護士・依頼者秘匿特権の保護に含まれるかどうかについて争いがある。 [paras.18-19]

申立人によると、「コンサルタントは、調査の範囲を特定し、検査及び改善プロトコルを作成し、戦略的アドバイス及び分析を提供し、FDA が指摘した多数の問題に対する Apotex の最終対応の策定を支援することにより、Apotex の対応についての戦略を策定する弁護士を支援する重要な役割を果たした。FDA が満足するように対応する弁護士へのコンサルタントの支援は、単なる『技術調査』の実施をはるかに超えるものである」。申立人は、弁護士・依頼者秘匿特権は、複雑な技術的対象事項（本件では FDA の規制）を翻訳支援するために依頼された、弁護士の代理人 (agent) との間でなされたコミュニケーションにも及ぶ、と主張し、より具体的には、「コンサルタントは、Apotex との秘密のコミュニケーションを通じて情報を収集し、弁護士が法的アドバイスを与えるために、当該情報を弁護士が利用可能で理解可能な形に翻訳する。」と主張した。 [paras. 22-23]

被申立人は、コンサルタントは『法的アドバイス』の提供を支援するために雇われたのではなく、むしろ、特に Apotex の品質システムを監査し、是正措置計画を提供し、cGMP 適合状態に復帰することにつき Apotex を支援するために雇われたのであり、弁護士・依頼者秘匿特権は、科学的又は経営評価を行うために雇われたコンサルタントには及ばない、と主張した。 [para. 25]

2. ワーク・プロダクト法理に基づく秘匿の範囲

申立人は、被申立人が開示を要求する 353 点の文書について、ワーク・プロダクト法理 (work product doctrine) を秘匿特権ログにおいて主張している（注：申立人は 353 点の文書のうち 41 点の文書については弁護士・依頼者秘匿特権とワーク・プロダクト法理の両方を主張している）。両当事者の見解は、コンサルタントが作成した文書もワーク・プロダクト法理に基づいて開示から保護されるかどうかについて争いがある [paras. 18-19]。

申立人は、ワーク・プロダクト法理に関し、「Apotex は、弁護士が是正努力に関する法的アドバイスを提供するのを支援するためにコンサルタントに委任したが、それは一部には訴訟を回避する望みによって動機付けられたものである。『外部機関による規制調査は将来の訴訟の単なる

¹ アメリカ合衆国 FDA が定める医薬品製造についての現行製造品質管理基準

可能性以上のものをもたらし、訴訟を予期する合理的理由を提供する』。仮に、Apotex が一部は営業目的により動機付けられたとした場合でも、秘匿特権はこれらの文書をも保護する。調査についての努力、分析及び是正措置の計画に関連するコンサルタントとのコミュニケーションは、ワーク・プロダクトの保護を受けることができる。」と主張した。[para. 38]

被申立人は、ワーク・プロダクト法理は訴訟を予期して作成された文書のみを保護するものであるため、申立人はその法理を根拠に文書開示を拒むことはできない、と主張した。また、被申立人は、申立人が、申立人の品質システムを向上させ、是正措置を実施するためにコンサルタントに委任したと繰り返し強調していることを指摘した。[para. 39]

3. 黒塗りされた文書

被申立人は、多くの文書について、秘匿特権ログには記載せず、検討過程秘匿特権 (deliberative process privilege) 及び弁護士・依頼者秘匿特権に基づいて文書の一部を黒塗りして申立人に提出した。申立人は、そのうちの 20 点の文書について、①ひどく黒塗りされていること、及び、②黒塗りが一貫性なく行われていること、を理由に、黒塗りされていない文書の提出を命じるよう仲裁廷に求めた。

①について、申立人は、ひどく黒塗りされた文書は、秘匿特権ログに掲載すべきであったのであり、被申立人が秘匿特権を主張する根拠を示さないことによって、このような黒塗りの形態での秘匿特権の主張が正当化されるかどうかを、申立人が判断することを不可能にした、と主張した。②について、申立人は、被申立人が素材を一貫性ない基準で黒塗りし、これにより申立人が、情報が申立人にとって有用であろうときには当該情報を黒塗りすることを選び、逆に情報が被申立人に有用であろうときには当該情報を黒塗りしないことを選ぶことによって、被申立人が検討過程秘匿特権を（それ自身又は IBA 規則に基づき）剣と盾の両方として用いたのではないかの疑問を抱かせた、と主張した。[paras. 54, 57]

被申立人は、①の文書は秘匿特権を正当化する十分な情報を含んでおり、また、検討過程秘匿特権に関して、いくつかの NAFTA 第 11 章仲裁廷において認められているように、IBA 規則 9 条 2 項 (b) 及び (f) によって秘匿特権が適用されると主張した。また、被申立人は、②の黒塗りの非一貫性といわれるものに関し、被申立人が、本仲裁廷の手續予定表の下で割り当てられた極めて短時間に、申立人の大量の文書開示要求に応じるために格別の努力を行ったことを特に指摘した。被申立人によれば、被申立人は全部で 13,800 ページ以上となる 3,559 点の文書を提出した。被申立人は、仮にささいな非一貫性が提出した文書の黒塗りにある場合、それらはもっぱら複数の検討者が関与した迅速なプロセスの結果であると主張した。[paras. 56, 58]

三 判断概要：

II. 仲裁廷の判断

1. IBA 証拠規則 9.3 条 (c) の「当事者及びアドバイザーの期待」

まず、第 1 手續指令で決定したとおり、本仲裁廷は、IBA 規則 3 条及び 9 条を、両当事者の

仲裁合意の一部を構成するものとして、ICSID (AF) 仲裁規則 41 条 2 項に基づく裁量権行使の一般的指針として考慮する。次に、3 月の指令において、本仲裁廷は、検討過程秘匿特権、弁護士・依頼者秘匿特権、ワーク・プロダクト法理（又は他の秘匿特権もしくは同様の障碍）を、適用する国内法又は法の規則の問題として考慮するのではなく、むしろ、IBA 規則 9 条 2 項に当てはまる 1 つ又はそれ以上の要素として考慮する考えである、と決定した。本仲裁廷は、この一般原則を両当事者の文書開示をめぐる現在の争点に対しても継続して適用する。[paras. 13-14]

本仲裁廷は、両当事者が自らの主張を裏付けるために、アメリカ合衆国の法的ソースに非常に依拠していることを特記する。被申立人は、IBA 規則 9 条 3 項 (c) も引用するが、これは、本仲裁廷が、秘匿特権を主張する当事者の期待を考慮することができることを定める。被申立人は、IBA 規則コメンタリーを引用しているが、それによると、「9 条 3 項 (c) は、法的障碍又は秘匿特権が発生したとされる時点での当事者及び当事者のアドバイザーの期待を考慮すべきであるとの指針を明記している。しばしば、これらの期待は、当該当事者の母国において認められる秘匿特権へのアプローチによって形成される」。被申立人はまた、Apotex Inc. はカナダ企業であるが、申立人の規制対応弁護士及びコンサルタントは全てアメリカ合衆国に拠点を置いていることを指摘する。最後に、被申立人は、ニューヨークが本仲裁の仲裁地であることを指摘する。[para. 20]

本仲裁廷は、IBA 規則 9 条 3 項 (c) が、関連する時期における当事者及びそのアドバイザーの期待を認めることを十分に定めており、IBA 規則 9 条 3 項 (c) が両当事者間の公正と平等を維持する必要性に基づいてそのように定めていることを考慮する。両当事者のアメリカ合衆国法への依拠は、両当事者間の公正と平等を維持するために要求される、両当事者の期待とその要素を示唆している。それにもかかわらず、上記で説明したとおり、本仲裁廷は、国際仲裁廷として、その決定の根拠を、国内法上のルールにではなく、IBA 規則及び ICSID 仲裁 (AF) 規則の下での仲裁廷の裁量権の行使に直接置くこととする。また、当事者間で立場を異にする論点は、IBA 規則の範囲ではなく、本件の特定の状況における IBA 規則の適用から生じている。[para. 21]

2. 弁護士・依頼者秘匿特権の範囲

アメリカ合衆国裁判所は長い間、他のコモン・ロー諸国の裁判所と同様に、弁護士・依頼者秘匿特権は、伝統的な弁護士個人と依頼者個人を超えて拡張されると理解している。したがって、秘匿特権は、弁護士の代理人として活動する第三者とのコミュニケーションに対しても、その代理人の業務の目的が当該弁護士による法的アドバイスの提供を容易にする場合には与えることができる。このアプローチは、現代の弁護士は、複雑な紛争において依頼者に対して適切にアドバイスするために、技術、金融又は他の専門分野のコンサルタントが難しい論点を「翻訳」することが必要であることを認めるものである。本仲裁廷の見解では、ここでの重要な問題は、この第三者のコミュニケーションの主たる目的が、規制対応弁護士が申立人に対して法的アドバイスを提供するためであったのかどうかである。[para. 32]

この問題を検討するにあたり、本仲裁廷は、IBA 規則及びアメリカ合衆国法両方の下での事実に関する証明責任は、開示を求めるルールからコミュニケーションを除外する弁護士・依頼者秘匿特権を主張する当事者にあり、アメリカ合衆国裁判所はそのために特定の証拠を要求していることを認める。被申立人が主張するように、第三者のコンサルタントとのコミュニケーションは、その目的が法的アドバイスの提供を支援するものであることを、秘匿特権を主張する当事者が示すことができない限り、秘匿特権は与えられない。したがって、正式な委任及び弁護士によるコンサルタントの特定の知識の利用は（開示）除外の方向に働くが、他方で、コンサルタントが、主として技術サービスを提供するために雇われ、依頼者の秘密情報を翻訳するためではなかったことが証明された場合には、当該コミュニケーションはアメリカ合衆国法の下では開示可能と判断されるだろう。[para. 33]

本件で争われている 41 点の文書に関し、本仲裁廷は、コンサルタントは、申立人の規制対応弁護士が申立人に法的アドバイスを提供することを支援するために依頼された、との申立人の陳述を受け入れる。申立人が委任契約書にも署名してコンサルタントに直接支払いをしたことは、本仲裁廷の見方では、コンサルタントが、申立人の法的アドバイザーである規制対応弁護士を支援するために雇われたという事実とは矛盾しない。[para. 34]

次に、本仲裁廷は、これらのコミュニケーションについて検討する。弁護士・依頼者秘匿特権が主張されているほとんどの文書は、申立人の規制対応弁護士を含んでいる。したがって、弁護士・依頼者秘匿特権はこれらの文書について認められる。申立人が主張する他のコミュニケーション（送信者にも宛先にも弁護士の名前がないように見えるもの）は、規制対応弁護士の依頼によって起案されたか又は規制対応弁護士とのコミュニケーションのチェーンを含む文書である。本仲裁廷は、これらのコミュニケーションも弁護士・依頼者秘匿特権により保護されると考える。[para. 35]

結論として、本仲裁廷は、申立人の秘匿特権ログリストに掲載されている 41 点の文書については、IBA 規則 9 条 2 項 (b) を根拠に、申立人から被申立人に対して開示することを命じない、と決定する。[para. 37]

3. ワーク・プロダクト法理に基づく秘匿の範囲

本仲裁廷は、（異なる名称が付されているにもかかわらず）多くのコモン・ロー体系の下と同様に、アメリカ合衆国法では、当事者は、「訴訟を予期して作成された」文書を開示から保護するためにワーク・プロダクト法理を援用することができることに留意する。この保護は、訴訟計画を秘密にし、それにより相手方当事者による不公平な利用を防ぐことを意図している。弁護士・依頼者秘匿特権と同様に、このワーク・プロダクト法理は、弁護士により作成された文書を超え、当事者の弁護士を支援するために委託されたコンサルタントや他の者の文書をカバーする。[para. 40]

アメリカ合衆国法の下では、ワーク・プロダクト法理における、訴訟を予期して作成された（prepared in anticipation of litigation）文書との要件は、訴訟自体を支援することを主たる目

的として又はその目的のためのみに作成された文書には限定していないようであり、また「予期して」という幅のある言葉は、訴訟が見込まれている（litigation remained prospective）ために作成された文書を含んでいるようである。重要なことは、文書が作成された時点において訴訟の合理的な可能性（reasonable likelihood）又は「十分な蓋然性（substantial probability）」が存在したことである。[para. 41]

本仲裁廷は、弁護士・依頼者秘匿特権とともに、IBA 規則及びアメリカ合衆国法の下では、回答する当事者が、提出しない文書がワーク・プロダクト法理の範囲に入ることを示す責任を負っていると認識している。Glamis Gold 事件における NAFTA 仲裁廷は、ワーク・プロダクト法理についてのアメリカ合衆国法を検討した後、この秘匿特権を主張する当事者が、「当該文書の主題が特定の紛争に関して特定可能な反対当事者からの可能性のある訴訟に関連していることを示さ」なければならないと述べた。本仲裁廷は、この実用的なテストを本仲裁に適用することが適切と考える。[para. 42]

申立人は、その主張書面において「Apotex は、『是正措置及び継続的有効性モニタリングの実施を支援するために独立の専門コンサルタントに委任した』。『計画された品質システムの改善は、Apotex がアメリカ合衆国販売向けに製造した全ての製品が GMP 基準の要件を満たすかそれを上回ることを確保するために設計された』と述べる。申立人は、2010 年 3 月 17 日に FDA に送付されたコンサルタントの報告書を説明する際、「コンサルタントは、2008 年と 2009 年に行われた数多くの規制当局の検査の全ての結果を考慮に入れて、Apotex の品質（管理）体制及び手順についての独立した検討結果を提出した。最後に、別のコンサルタントが、Apotex が是正措置計画及びグローバル品質システム強化プログラムを策定することを支援した」と述べた。申立人はまた、「是正措置計画に関し、Apotex は、この野心的な計画の目的は、Apotex の全ての開発及び製造拠点における品質システムの包括的な cGMP 強化にある」と述べた。[para. 44]

これらの陳述をもとにすれば、争われている文書は、被申立人の機関により課された措置（2009 年 8 月 28 日付け輸入禁止警告）を解除し又はこれを満たすために作成されたように本仲裁廷には思われる。それらの文書は、被申立人又はその機関との法的紛争が、可能性の段階を超えて、十分な蓋然性があるときに作成されている。両当事者は、その文書が、かかる訴訟を予期して作成されたのか、それともむしろ FDA の即時の規制上の要求への対応のために作成されたのかについて争っている。しかし、上記のとおり、IBA 証拠規則 9 条については、当事者の期待と公正さの考慮が秘匿特権の主張を検討する際に考慮に入れられなければならない。これらの文書は、当該文書が秘匿特権の対象となるという参加者の期待を明確に示す、申立人の規制対応弁護士への委任に従って作成されたものである。[para. 45]

このような状況では、本仲裁廷は、ワーク・プロダクト法理は、申立人の秘匿特権ログに掲載されている、（弁護士・依頼者秘匿特権の対象ともなる 41 点の文書のみならず）争われている 312 点の文書にも適用されると結論する。[para. 46]

以上の理由により、本仲裁廷は、IBA 規則 9 条 2 項 (b) を根拠として、申立人に対しこれら 312 点の文書を被申立人に提出するよう命令はしない（本仲裁廷は、前記のとおり、この決定の

根拠を、本仲裁廷がアメリカ合衆国裁判所であるかのように、アメリカ合衆国法又はアメリカ合衆国法の本件への適用を求めるものではない。しかしながら、本仲裁廷は、関係する全期間において、申立人（及びその数人のアドバイザー）のアメリカ合衆国法に関する期待は、多くはアメリカ合衆国法の問題として被申立人により争われているものの、IBA 規則の下での本仲裁廷の決定と一致していると考えられる。[para. 47]

4. 黒塗りされた文書

ひどく黒塗りされた文書に関し、本仲裁廷は、（文書内容には立ち入らず）それらの取扱いは IBA 規則 9 条 2 項 (b) 及び (f) を根拠に秘匿特権の対象となると認める。もし被申立人が秘匿特権ログにおいて、かかる黒塗りの秘匿特権について順次主張していたなら、本仲裁廷にとってはより容易であったかもしれない。しかし、本仲裁廷は、申立人が、そのことによって文書開示をめぐる現在の紛争に本件を持ち出すことが害されなかったことには満足する。本仲裁廷は、自らはこれらの黒塗りについてチェックすることはもちろんできないが、しかし、本仲裁廷はここでは、被申立人の法的アドバイザーの誠実さとプロフェッショナリズムを信じなければならない。ここでそのようにしない十分な理由は見当たらない。[para. 59]

一貫性のない黒塗りとされることに関し、本仲裁廷は、申立人の莫大な文書開示要求に応えるため、被申立人に求められた比較的短期間で多大な作業が、必然的に申立人が現在不満を述べている明らかな一貫性のなさにつながったと理解する。（申立人により主張されるように）黒塗りを不公正に利用する企みを認定するどころか、本仲裁廷はその反対であると推察する。すなわち、このような特定の矛盾は、黒塗りを「剣と盾として」利用する非道な弁論の企みを有しない、被申立人の複数の検討者の誠実さを示すものである。したがって本仲裁廷は、被申立人の検討者の業務をチェックする手続を開始する十分な理由は現在ないと考える。[para. 60]

以上より、これまでの全ての理由により、本仲裁廷は、争われている 20 点の黒塗り文書に関する申立人の要請を却下する。[para. 61]

案件 105 : CC/DEVAS (MAURITIUS) LTD., DEVAS EMPLOYEES MAURITIUS PRIVATE LIMITED TELECOM DEVAS MAURITUS LIMITED (モーリシャス王国法人) v インド共和国 (PCA CASE No. 2013-09)

(JCA ジャーナル 2015 年 2 月号 (64))

判断年月日 : 2013 年 9 月 30 日 (忌避申立に対する判断)

仲裁廷の構成 :

(判断者) H.E. Judge Peter Tomka, President of the ICJ (スロバキア共和国)

(忌避対象仲裁人) Marc Lalonde (長・カナダ)、Francisco Orrego Vicuña (チリ)¹

一 判断のポイント :

1. 昨今投資協定仲裁案件が増加する一方で、投資協定仲裁を扱う仲裁人のプールが依然限られているため、同一の仲裁人が別の仲裁事件で仲裁人又は仲裁代理人として繰り返し類似の事案や類似の争点を扱うことが稀ではなく、仲裁人の忌避申立事例も増え、仲裁人の公平性ひいては投資協定仲裁自体の正当性について様々な議論をよんでいる。
2. そのような背景のもと、事実関係に類似性がない過去の仲裁判断や論文で、本件仲裁で問題となる法的な争点につき仲裁人及び学者として示した見解を理由に、仲裁人が忌避された特異な事例である。
3. 過去仲裁人として関与した仲裁判断や論文等を通じ本件仲裁における法的な争点について一定の見解を示している場合であっても、当然には仲裁人の忌避事由とはならない。
4. 但し、仲裁人が予め示した法的見解等を通じ、当該仲裁人が仲裁における法的な争点について既に判断を固めてしまっているのではないかと第三者の目から見て合理的な疑いを生じさせる場合には、忌避事由となりうる。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A 問題となったインド共和国政府側の行為と仲裁申立

申立人らがインド共和国に設立した Devas Multimedia Private Limited (“Devas”) は、2005 年にインド共和国の国営企業である Antrix Corporation Limited (“Antrix”) との間で契約を締結し、Antrix から S バンドの周波数帯域を借り受け、人工衛星を 2 機打ち上げてインド共和国全土のモバイル端末のユーザーにマルチメディアサービスを提供する計画を立てていた。ところが、インド共和国政府が S バンドを軍事利用目的等のために確保すべく Antrix と Devas との契約を解消しようとしたことから、2012 年 7 月 4 日、申立人らは本件仲裁を申し立てた。[paras. 2, 4, 57]

¹ 忌避判断後の仲裁廷の構成 : Marc Lalonde (長)、David R. Haigh、Anil Dev Singh。

B Orrego Vicuña 氏及び Lalonde 氏に対する忌避手続

1. インド共和国政府による忌避申立の根拠

(a) 不偏性の欠如

インド共和国政府は、2013年5月11日、申立人らが選任した仲裁人 Orrego Vicuña 氏及び当事者選任仲裁人間で合意した仲裁廷の長 Lalonde 氏に対し、UNCITRAL 仲裁規則（1976年版、以下同じ。）10条1項に定める仲裁人の不偏性（impartiality）の欠如を理由に忌避申立を行った。[para. 7] 仲裁人兩名は、インド共和国政府が本件仲裁において主張する予定の「自国の安全保障上の重大な利益の保護」（protection of its own essential security interests）の論点（以下「本件争点」という。）に関し、B1 (c) で詳述するとおり、従前彼らが仲裁人として関与した複数の仲裁判断や論文において、特定の解釈を繰り返し表明していることから、本件争点に関する考えが既に固まっており（prejudgment）、インド共和国政府の主張に聞く耳をもたない（lack of open mindedness）のではないかとの合理的疑いを客観的に抱かせるという所謂 Issue Conflict に基づく忌避申立である。[paras. 17-27, 51-55]

(b) 本件争点と投資協定の条文

本件仲裁に適用されるインド共和国・モーリシャス王国投資協定（以下「本件 BIT」という。）11条3項²は、「自国の安全保障上の重大な利益の保護」（protection of its own essential security interests）につき、以下のとおり規定する。[para. 54]

*The provisions of this Agreement shall not in any way limit the right of either Contracting Party to apply prohibitions or restrictions of any kind or take any other action which is directed to **the protection of its essential security interests**, or to the protection of public health or the prevention of diseases in pests and animals or plants.*（筆者強調付加）

他方、Orrego Vicuña 氏及び Lalonde 氏が、本件争点に関連して従前仲裁人として関与した仲裁事件では、いずれもアメリカ合衆国・アルゼンチン投資協定（以下「米亜 BIT」という。）が適用され、同協定11条は、「自国の安全保障上の重大な利益の保護」（protection of its own essential security interests）につき以下の通り規定している。[para. 53]

*This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or **the protection of its own essential security interests**.*（筆者強調付加）

(c) 問題となった両仲裁人の過去の仲裁判断及び論文

Orrego Vicuña 氏は、米亜 BIT 上の「自国の安全保障上の重大な利益の保護」の解釈が問題となった CMS 事件（2005年5月12日仲裁判断）³、Sempra 事件（2007年9月25日仲裁判

² Agreement Between The Government of the Republic of India and the Government of the Republic of Mauritius for the Promotion and Protection of Investments http://finmin.nic.in/bipa/bipa_index.asp?pageid=2

³ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8) Award, May 12, 2005.（「CMS 事件」）

断) 4、Enron 事件 (2007 年 5 月 22 日仲裁判断) 5の仲裁廷の長を務め、そのうち、CMS 事件及び Sempra 事件において、Lalonde 氏は、申立人選任の仲裁人として仲裁判断に関与した。CMS 事件、Sempra 事件、Enron 事件において、被申立国のアルゼンチン政府は、国際慣習法上の緊急避難 (state of necessity) 及び米亜 BIT11 条の「自国の安全保障上の重大な利益の保護」(protection of its own essential security interests) に基づき、深刻な経済危機の下でアルゼンチン政府の講じた措置は違法ではなく、投資協定にも違反しないと主張したが、いずれの仲裁廷もアルゼンチン政府の主張を却下した。3 つの事件において仲裁廷は、まず国家責任条文 25 条 (Article 25 of the ILC Articles on Responsibility of States for Intentionally Wrongful Acts) に規定する各要件を検討し 6、アルゼンチン政府の講じた措置が国際慣習法上の緊急避難 (state of necessity) に該当しないと認定した。その上で、アルゼンチン政府の米亜 BIT11 条規定の「自国の安全保障上の重大な利益の保護」(protection of its own essential security interests) の主張に関しては、同 BIT に「安全保障上の重大な利益」(essential security interests) の定義がないことから、同条の解釈にあたって国際慣習法上の「緊急避難」(state of necessity) の要件を勘案するとした上で、アルゼンチン政府の講じた措置が、国際慣習法上の「緊急避難」(state of necessity) に該当しないため、米亜 BIT 上の「自国の安全保障上の重大な利益の保護」(protection of its own essential security interests) にも該当しないと判断した 7。

CMS 事件、Sempra 事件、Enron 事件の仲裁判断に対しては取消の申立がなされた。本件仲裁の被申立国によれば、Orrego Vicuña 氏及び Lalonde 氏の両名が仲裁人であった CMS 事件及び Sempra 事件において、取消審たる特別委員会は「自国の安全保障上の重大な利益の保護」(protection of its own essential security interests) に関する仲裁廷の判断は明白な誤り (manifest error) と批判し 8 9、他の 1 件 (Enron 事件) では「緊急避難」の解釈の誤りで原仲裁判断が取り消されている 10。[para. 19]

一連の取消判断の後、Orrego Vicuña 氏は、2011 年に発表した論文において、CMS 事件の特

⁴ *Sempra Energy International v. Argentine* (ICSID Case No. ARB/02/16) Award, September 28, 2007. (「Sempra 事件」)

⁵ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/3) Award, May 22, 2007. (「Enron 事件」)

⁶ 国際慣習法上の「緊急避難」(state of necessity) は国家責任条文第 25 条 (Article 25 of the ILC Articles on Responsibility of States for Intentionally Wrongful Acts) に正文化されていると解釈されている。川瀬剛志「例外規定-類型と解釈の多様性」小寺彰編著『国際投資協定-仲裁による法的保護』(三省堂、2010 年) 156 頁。

⁷ CMS 事件仲裁判断、前掲注 4, paras. 353-361、Sempra 事件仲裁判断、前掲注 5, para. 375、Enron 事件仲裁判断、前掲注 6, paras. 335-340。

⁸ CMS 事件の取消判断 (2007 年 9 月 27 日) では、仲裁判断取消の根拠にこそならなかったものの、国際慣習法上の緊急避難と「自国の安全保障上の重大な利益の保護」は要件効果とも異なり、後者が前者の特別法に当たるにも拘らず、後者の適否にあたって、前者の要件を勘案する手法は誤りであると指摘された。Decision of the ad hoc Committee on the Application of Annulment of the Argentine Republic, September 25, 2007, paras. 119-136。

⁹ Sempra 事件の取消判断 (2010 年 6 月 29 日) では、特別委員会は、CMS 事件の特別委員会同様、国際慣習法上の緊急避難と「自国の安全保障上の重大な利益の保護」の要件効果を仔細に比較した上で、後者の適否に際し、前者の要件を勘案するのは誤りであり、仲裁廷は、本件 BIT11 条の適用を怠り明白に仲裁廷の権限を超越したとして、仲裁判断を取り消した。Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, June 29, 2010, paras. 186-219。濱本正太郎「投資協定仲裁判断例研究 (15)」JCA ジャーナル 57 巻 10 号 (2010 年) 25 頁。

¹⁰ Enron 事件の取消判断 (2010 年 7 月 30 日) においても、特別委員会は、国際慣習法上の緊急避難と「自国の安全保障上の重大な利益の保護」との関係に関する仲裁廷の解釈の可否を判断する立場にはないとしつつも、仲裁廷が国際慣習法上の緊急避難の適用を否定した点及び緊急避難が適用されない以上「自国の安全保障上の重大な利益の保護」も適用されないと判断した点等を理由に Enron 事件の仲裁判断を取り消した。Decision of the Application for Annulment of the Argentine Republic, July 30, 2010, paras. 355-395, 400-405。

別委員会の取消判断を批判している。即ち、特別委員会は、国際慣習法上の緊急避難と「自国の安全保障上の重大な利益の保護」との関係につき CMS 事件の仲裁判断を **manifest error** だと認定しているが、曖昧な本件 BIT11 条の規定によってホスト国が協定上の義務から免れるという考え方のほうが誤りではないか、本件 BIT11 条が国際慣習法上の緊急避難の例外規定だとしても、その例外規定が定義されていない以上、国際慣習法上の緊急避難の適否を判断すれば十分で、更に加えて BIT11 条の適否を検討するのは国際法の厳格な要件の考え方に反すると述べている。[paras. 22, 62]

2. 申立人らの主張

時機に後れた忌避申立で却下されるべきある。UNCITRAL 仲裁規則 11 条 1 項上、忌避申立は忌避事由を知った時から 15 日以内に行うべきところ、Orrego Vicuña 氏の仲裁人選任通知は 2012 年 7 月 4 日、Lalonde 氏の仲裁人選任通知は 2013 年 2 月 4 日で、インド共和国政府が忌避を申し立てた 2013 年 5 月 15 日には、15 日間の申立期間はいずれも経過している。

実体面でも、本件仲裁と事実関係も適用される BIT も異なる過去の仲裁判断で、同一の法的な争点について判断を下したという理由だけで仲裁人の忌避を認めた事例は過去に無く、UNCITRAL 仲裁規則や国際投資仲裁の枠組みにおいて、過去の仲裁判断や論文が仲裁人の忌避事由となるという考え方は、あり得ない。そもそも忌避事由となる仲裁人の不偏性 (**impartiality**) は、仲裁人と当事者との関係に基づき生じるのであって、仲裁人と法的な争点との関係によって生じるものではない。国際仲裁における仲裁人の利益相反に関する IBA (**International Bar Association**) のガイドライン (以下「IBA ガイドライン」という。)(2004 年版)においても、仲裁人が仲裁で問題となる法的な争点に関して従前一般的な見解を示している場合でも、利益相反にはならないとしている。[paras. 28-32]

3. 忌避申立対象仲裁人の見解

(a) Orrego Vicuña 氏 [paras. 33-35]

インド共和国政府の「緊急避難」に関する主張は特定されておらず、忌避事由とはなりえない。インド共和国政府が問題視する従前の仲裁判断と本件仲裁とでは当事者も適用される BIT も異なり、米亜 BIT 上の緊急避難と本件 BIT 上の緊急避難とは関係がなく、アルゼンチンとインド共和国とではそもそも経済的な状況も異なる。本件争点に関して自らの強固な見解を公に宣言したこともなく、当事者の代理人は事案に応じて何が正しい条約の解釈か仲裁廷を説得する責務を負っている。

(b) Lalonde 氏 [paras. 36-38]

インド共和国政府が指摘する従前の仲裁判断と本件仲裁とでは、事実関係も適用される BIT も異なる。特別委員会の取消判断は、CMS 事件及び Sempra 事件の仲裁判断が出された後に示されたもので、その後も緊急避難を米亜 BIT との関係でどのように解釈すべきか様々な議論が積み重ねられおり、自分としては「自由な気持ち」(“**open-minded**”) で本件仲裁に当たるつもりであり、CMS 事件や Sempra 事件の仲裁判断に拘束されるとは考えていない。

三 判断概要：

II. 判断要旨

A 手続要件

UNCITRAL 仲裁規則 11 条 1 項において、申立人が忌避事由を「知った時(became known to)」が忌避申立期間の起算点で、「知り得た時」ではない。インド共和国政府が忌避事由を知ったのは、インド共和国政府が経験豊富な仲裁代理人¹¹を選任してから 3 日後の 2013 年 5 月 11 日で、その時点でインド共和国政府は速やかに申立人に忌避申立の意図を伝えており、同月 15 日には正式に忌避申立を行っていることから、時機に後れた申立ではない。また主張書面が提出される前に忌避申立がなされており、忌避申立を認めても実質的に手続上の支障もない。[paras. 42-48]

B 実質要件

通常、仲裁人の不偏性 (impartiality) への懸念は、仲裁人の当事者に対する偏頗 (bias) から生ずるのであって、仲裁で問題となる法的な争点について仲裁人が従前一定の見解を表明したために生ずるのではない。他方、法的な争点につき仲裁人が従前特定の見解を表明していることに加えて、その他諸般の事情に鑑み、仲裁人が既に争点につき判断を固めてしまっており (prejudgment)、当事者の主張に聞く耳をもたない (not open-minded) のではないかとの、合理的疑いを客観的に抱かせる場合には、仲裁人の忌避事由となりうる。[paras. 58, 59]

Orrego Vicuña 氏は、「自国の安全保障上の重大な利益の保護」の論点に関連して、既に 4 回 (3 件の仲裁判断及び論文) 一貫した見解を表明しており、とりわけ、3 件の仲裁判断が取り消された後も、同氏は改めて自らの見解を変える意思のないことを表明している。このような状況においては、第三者から見て Orrego Vicuña 氏が本件争点につき、自由な気持ち (“open-mind”) で検討することができるか合理的な疑問が生じ、忌避事由が認められる。[paras. 60-65]

他方 Lalonde 氏は、本件争点に関し、3 件の仲裁判断の取消判断後、特段の見解を示しておらず、本件争点につき予め判断を固めてしまっている (prejudgment) との合理的疑いを客観的に抱かせる状況は窺えず、同氏の「自分としては「自由な気持ち」 (“open-minded”) で本件仲裁に当たるつもりであり、CMS 事件や Sempra 事件の仲裁判断に拘束されるとは考えていない」という表明をそのまま受け入れることができ、忌避事由は認められない。[paras. 66, 67]

¹¹ Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP

案件 106： Alapli Elektrik B.V.（オランダ王国法人、原事件申立人） v トルコ共和国（原事件被申立国）

（JCA ジャーナル 2016 年 3 月号（76））

判断年月日： 2014 年 7 月 10 日（本決定）、2012 年 7 月 16 日（仲裁判断）

仲裁廷の構成： Bernard Hanotiau（ベルギー王国・長）、Karl-Heinz Böckstiegel（ドイツ連邦共和国）、Makhdoom Ali Khan（パキスタン・イスラム共和国）、William W. Park（アメリカ合衆国）、Marc Lalonde（カナダ）、Brigitte Stern（フランス）

一 判断のポイント：

- ・ ICSID 条約第 48 条(1)と(3)の関係について、同条(1)は実体問題・手続問題を問わず仲裁廷として「問題」について「決定」を行わなければならない場合であれば常に適用される規律であるのに対し、同条(3)は仲裁判断を下す際に「全ての問題」を「処理する」仲裁廷の義務を定めるものと判断した。
- ・ ICSID 条約第 52 条(1)(d)（手続の基本原則からの重大な離反）に基づく仲裁判断取消しについて、(i)当事者の提出した全ての請求項目を仲裁廷が処理したこと、(ii)仲裁判断に反映された多数意見が真正なものであること、及び(iii)仲裁判断は管轄を認める「隠れた」多数意見を示すものではないことを理由に否定した。
- ・ ICSID 条約第 52 条(1)(e)（仲裁判断の基礎となった理由が述べられていないこと）に基づく仲裁判断取消しについて、(i)仲裁判断の多数意見は結論において管轄を否定することについて合意があること、(ii)仲裁廷には各管轄原因について独立した票決を行う義務はなく、同条約第 48 条は遵守されていたこと、(iii)同条約の下では多数意見を構成する仲裁人にも個別意見を付することが認められており、多数意見が同じ趣旨の票決を行ったことのみが仲裁判断の有効性の要件であること、(iv)仲裁判断に「隠れた多数意見」は存在しなかったこと、及び(v)多数意見を構成する各仲裁人の分析が共に同条約第 52 条(1)(e)にいう理由付けの要件を満たすことを理由に否定した。
- ・ ICSID 条約第 52 条(1)(b)（仲裁廷が明白にその権限を越えたこと）に基づく仲裁判断取消しについて、本件では申立人側で仲裁廷が権限を越えたことが明白であることの立証ができていないことを理由に否定した。

二 事案の概要：

I. 事案の経緯及び仲裁判断等の概略

A. 本件の事実関係

本件は、トルコ共和国における複合サイクル発電所の開発等にかかるコンセッションの事案である。

1995年にM氏とO氏がトルコ共和国における投資ビークルとしてX1社を設立した。

1997年にX1社は実現可能性調査を行い、トルコ共和国のエネルギー天然資源省(MENR)の承認を取得すると同時に、G社の関連会社との間で、本件プロジェクトについて当該G社の関連会社が設計、施工及び建築に関する請負人となる旨の覚書を締結した。X1社は、さらに、G社の別の関連会社との間で、本件プロジェクトの開発に関してG社の当該別の関連会社が一定の出資を行う旨等を規定する共同開発契約を締結した。[para.19]¹

1998年10月、X1社とMENRは本件プロジェクトに関するコンセッション契約を締結した。また、発電所へのガスの供給や発電所で生成した電気の販売について、国有会社との間で別途の契約も締結した。[para.20]

1999年4月、M氏が株式の100%を保有するキュラソー所在持株会社の子会社として申立人が設立された。2000年3月、申立人は新たに登録されたトルコ共和国法人であるX2社の株式を取得した。コンセッション契約に基づくX1社の権利はX2社に移転され、当該移転は2000年11月にMENRにより承認された。[para.21]

一定の行政法上のコンセッション契約に関する転換手続を規定する法(法第4501号)の採択の後、2000年2月にX1社はコンセッション契約を私法上の契約に転換することを模索した。同じ頃、トルコ共和国における新法(法第4628号)により、2002年12月31日までに終了しないエネルギー分野のプロジェクトについて財務省による保証が撤廃されるとともに、エネルギーの販売契約に一定の制限が課せられた。[para.22]

B. 仲裁判断等の概略

申立人は、国際的な投資誘致のための政府保証及び法令に依拠してその投資を行ったものであり、被申立国は自らが行った保証と矛盾する行為及び法令改悪により自らの投資財産に損害を及ぼし、エネルギー憲章条約及び1986年3月27日締結のオランダ王国・トルコ共和国間投資の相互奨励及び投資保護に関する条約(BIT)の多くの投資保護条項に違反したと主張して仲裁を提起した。[para.23]

仲裁廷の過半数は結論として管轄なしとの判断を行った(したがって、本案については判断していない。)が、多数を構成する仲裁人であるPark氏とStern氏による理由付けが異なっていた。すなわち、仲裁人Park氏は「申立人は、エネルギー憲章条約とBITのいずれの下でも投資家としての地位を確立できていない」(仲裁判断 para.337)との判断を行ったのに対し、仲裁人Stern氏は「オランダ王国法人である申立人は、本件プロジェクトが既に難しい段階に至りトルコ共和国との紛争の根底にある事実が本件プロジェクトのスポンサーにとって既知の事実となった後に、国際的な管轄を設定する目的のみのために当該投資財産を取得したことが明らかであり、真正な(*bona fide*)投資財産ではない」(仲裁判断 paras. 416, 417)との判断を行ったものである。なお、費用については、各当事者は自らの法的費用を負担し、仲裁費用は各当事者で等分すべきことを命じた。[paras. 24-26]

¹ 特記しない限り、以下本決定における該当箇所を示す。

仲裁人 Ladonde 氏は、エネルギー憲章条約及び BIT のいずれに関しても、2000 年 3 月 30 日より後に生じた全ての事項に関して仲裁廷が管轄を有する旨の反対意見を述べた。
[para.27]

C. 申立人による取消請求

仲裁判断に対し、申立人は ICSID 条約 52 条に基づく取消請求を行った。[paras. 1-2] とりわけ、申立人は、仲裁廷は結論的に管轄を否定したものの、少数意見に示された仲裁人の立場を考慮すると、人的管轄 (*jurisdiction ratione personae*)、事物管轄 (*jurisdiction ratione materiae*)、時的管轄 (*jurisdiction ratione temporis*) の論点ごとにみるといずれの観点からも管轄を肯定する仲裁人が多数であることを指摘し、管轄を否定した仲裁判断は取り消されるべきと主張した (仲裁判断における管轄に関する立場について、申立人の主張と被申立国の主張は下記の表のとおりであり、この点について特別委員会は基本的に被申立国の主張を認める判断を行っている。)。[paras. 60-61]

申立人

	<i>jurisdiction ratione personae</i>	<i>jurisdiction ratione materiae</i>	<i>jurisdiction ratione temporis</i>
Park 氏	×	×	○ (仲裁判断パラ 386)
Lalonde 氏	○ (反対意見パラ 4)	○ (反対意見パラ 10)	○ (反対意見パラ 58)
Stern 氏	○ (仲裁判断パラ 390)	○ (仲裁判断パラ 390)	×

被申立国

	Arbitrator	Reasoning		Vote on jurisdiction
Majority	Park 氏	<i>ratione personae</i>	×	No jurisdiction
		<i>ratione materiae</i>	×	
		<i>ratione temporis</i> / abuse	? (explicitly not reached)	
	Stern 氏	<i>ratione personae</i>	? (not fully addressed)	No jurisdiction
		<i>ratione materiae</i>	? (not fully addressed)	
		<i>ratione temporis</i> / abuse	×	
Dissent	Lalonde 氏	<i>ratione personae</i>	○	Jurisdiction exists
		<i>ratione materiae</i>	○	
		<i>ratione temporis</i> / abuse	○	

三 判断概要：

II. 決定の要旨

A. 仲裁判断取消手続の性質

ICSID 条約の解釈にあたっては、条約法に関するウィーン条約第 31 条ないし第 33 条による。[para.29]

ICSID 条約は、仲裁判断の終局性と仲裁手続の基本的な公平の保証の間のバランスを注意深く志向したものであり、仲裁判断の取消しは厳格に制限された役割のみを有する限定的な救済であって、仲裁廷は事実及び法の両面において仲裁判断が実質的に正しいかを再検討するものではない旨が述べられている。[paras. 30-33]

B. 本件の争点

本件において申立人から提起されたのは、5 つのあり得る取消事由（ICSID 条約第 52 条(1)）のうち以下の 3 点である。[para.34]

- ① 仲裁廷が明白にその権限を越えたこと（ICSID 条約第 52 条(1)(b)）
- ② 手続の基本原則からの重大な離反があったこと（ICSID 条約第 52 条(1)(d)）
- ③ 仲裁判断の基礎となった理由が述べられていないこと（ICSID 条約第 52 条(1)(e)）

C. 特別委員会の判断

1. ICSID 条約第 48 条(1)及び(3)等の関係に関する判断

ICSID 条約第 48 条(1)と(3)はそれぞれ「問題(questions)」「全ての問題(every question)」という用語を用いており、その意味は仏文及び西文と合わせ読むと明確になる。すなわち、仏文では(1)で「toute question」、(3)で「tous les chefs de conclusions」という用語が、西文では(1)で「todas las cuestiones」、(3)で「todas las pretensiones」という用語が、それぞれあてられている²。他方、同条(3)の内容を含む仲裁規則 47(1)(i)においては、英文は「every question」、仏文は「toute question」、西文は「cuada cuestion [ママ]」がそれぞれ用いられている。[paras. 106-116]

特別委員会は、ICSID 条約第 48 条(1)と(3)について、用いられている用語の違いに鑑み別の事項をいうものと考え。同条(1)は仲裁廷が「問題(questions)」に関して「決定を行う(decides)」場合に当該決定についてパネル構成員の過半数の支持を得る必要がある旨規定するところ、同内容の仲裁規則 16 が「仲裁判断(Award)」ではなく「仲裁廷の業務(Working of the Tribunal)」の章に置かれていることから、第 48 条(1)は仲裁判断を下す場合のみならず実体問題・手続問題を問わず仲裁廷として決定を行わなければならない場合であれば常に適用される。他方、同条(3)は「仲裁判断(award)」を下す際「全ての問題(every question)」を「処理する(deal with)」仲裁廷の義務を規定する。[paras. 117-119]

特別委員会は、同条(3)は仲裁廷が当事者の請求項目(heads of claim)を直接又は間接に処

² 仏文・西文から訳すと、「(当事者による) 全ての主張」となる。

理する義務を規定するものとの見解である。そして、同条(3)の「処理する(deal with)」についても、英文、仏文、西文のいずれでも同条(1)における用語「決定を行う(decides)」とは異なることに照らし、仲裁廷は請求項目について処理する義務はあってもそれぞれについて決定を行う義務はない。他方、同条(1)については、「問題(questions)」の意味について条約が何も規定していないことを考慮すれば、多数決により決すべき問題が何かは仲裁廷が決定すべき事項である。仲裁廷は、全ての問題について決定を行う義務を負うのではなく、当事者間の紛争を解決するにあたり決定的と考える問題についてのみ決定を行う義務を負う。 [paras. 120-130]

2. 手続の基本原則からの重大な離反 (ICSID 条約第 52 条(1)(d)) に関する判断

(1) 適用のある基準

手続原則からの離反について ICSID 条約第 52 条(1)(d)に基づく仲裁判断の取消しが正当化されるのは、(i)当該離反が重大であること、すなわち当該原則に基づき当事者に与えられる保護が剥奪されたこと、及び(ii)問題となる手続原則が基本的なものであること、すなわち、自然的正義の原則(rules of natural justice)に関するものであることの 2 要件を満たす場合に限られる。自然的正義の原則のみが基本的(fundamental)と考えられる唯一の原則であり、申立人側が(i)仲裁廷が手続原則からの重大な離反を犯したこと及び(ii)当該原則が基本的なものであることの証明責任を負う。 [paras. 131-134]

(2) 特別委員会の決定

(a)当事者が提出した全ての請求項目を仲裁廷が処理したか、(b)仲裁判断に反映された多数意見は真正なものか、(c)実際は管轄を認める「隠れた」多数意見を仲裁判断が示すものか、という点を以下の通り検討の上、仲裁判断に手続の基本原則からの重大な離反はないと結論する。 [paras. 141-142]

(a) 当事者が提出した全ての請求項目を仲裁廷が処理したか

申立人は、ICSID 条約第 48 条(1)と(3)がいずれも手続の基本原則を反映するものであり、当事者が提出した全ての問題について仲裁廷は多数決により決定を行い、これに関する理由を付する義務を負う旨主張し、被申立国は同条(1)と(3)は異なる事項を扱うものであり、問題を多数決に付するか否かについて仲裁廷に裁量がある旨主張するところ、上述のとおり、特別委員会は、同条(1)と(3)に関して被申立国の主張を支持する。 [paras. 143-144]

その上で、仲裁廷に申立人の主張する重大な離反があったかを検証するに、当事者の提出した請求項目は原仲裁において当事者が求めた救済が何かであるかによって特定される場所、原仲裁における当事者の主張書面中の救済の申立てに照らせば管轄に関して当事者間で重大な問題となったのは仲裁廷が管轄を有するか否かという点のみである。したがって、仲裁廷は人的管轄、事物管轄、時的管轄の各視点からの管轄について決定を行うこ

とを要しなかったのであり、仲裁廷は ICSID 条約に従い多数決により管轄の有無を決定する責務を果たしたと考える。[paras. 145-155]

(b) 仲裁判断に反映された多数意見は真正なものか

申立人は仲裁判断の多数を構成した仲裁人の理由づけに矛盾があるため仲裁判断の多数意見は真正なものではないと主張し、被申立国は ICSID 条約の下で求められるのは票決が一貫していることのみであり、票決に至る理由づけではないと主張するところ、特別委員会は被申立国の主張を支持する。[paras. 156-157]

そもそも仲裁判断に矛盾はないし、仮に仲裁人 Park 氏と Stern 氏の理由付けが矛盾すると仮定しても、特別委員会としては多数意見がどのように票決を行ったかのみが問題であって同一の票決に至る理由付けの相違は無関係であり、仲裁判断の正当性に影響を及ぼさない。[paras. 158-183]

(c) 実際は管轄を認める「隠れた」多数意見を仲裁判断が示すものか

申立人は人的管轄、事物管轄、時的管轄毎に仲裁人 Park 氏及び Stern 氏の票決を考えると管轄有との多数決が形成されると主張するが、仲裁判断上いかなる原因についても管轄を肯定する多数の票決はされていない。[paras. 184-196]

3. 仲裁判断の基礎となった理由が述べられていないこと (ICSID 条約第 52 条(1)(e)) に関する判断

(1) 適用のある基準

ICSID 条約第 52 条(1)(e)に基づく仲裁判断の取消しは、仲裁判断の読み手がその理由付けを理解することができるようにするという義務を果たさなかった場合にのみ認められる。真に矛盾した理由付けであれば相互に打ち消しあい理由が付されていないとの評価をし得るものの、仲裁判断に表れているのが国際的な司法的合議体における妥協の結果である場合は矛盾の存在を速断すべきでなく、可能であれば仲裁判断が一貫していることを確認する解釈が望ましいとの見解を特別委員会は支持する。[paras. 197-202]

(2) 特別委員会の決定

(i) 「実際の多数意見」が管轄を肯定する状況にもかかわらず仲裁判断が管轄を否定したことについて理由付けがされていない、及び(ii)仲裁人 Park 氏と Stern 氏の分析は矛盾しており、それにより仲裁判断自体も矛盾したものとなっている、という申立人の主張のいずれについても、以下の理由により退け、ICSID 条約第 52 条(1)(e)に基づき仲裁判断を取り消す理由はないと結論付けた。[paras. 209-211]

(a) 上述の通り仲裁判断の多数意見は事実に関して共通の理解の下に出されており、結論

において管轄を否定することについて合意がある。[para. 212]

(b) 仲裁廷にはそれぞれの管轄原因について独立した票決を行う義務はなく、ICSID 条約第 48 条を遵守していた。[para. 213]

(c) ICSID 条約の下では多数意見を構成する仲裁人も個別意見を付することを認められており、多数意見が同じ趣旨の票決を行ったことのみが仲裁判断の有効性の要件である。[para.214]

(d) 仲裁判断に「隠れた多数意見」は存在しなかった。[para.215]

(e) 仲裁人 Park 氏と Stern 氏の分析を個別にみても、具体的な立論や引用判断例等に照らして読み手がその理由付けを理解できるものである。[paras. 216-228]

4. 仲裁廷が明白にその権限を越えたこと (ICSID 条約第 52 条(1)(b)) に関する判断

(1) 適用のある基準

仲裁判断の取消手続が仲裁廷による事実又は法の誤りを正す制度ではなく仲裁手続における基本的な公平さを確保するための限定的な救済であることに照らし、取消しにあたっては権限を越えたことが明白(manifest)であることが必要である。法の適用に関しては仲裁廷による法解釈及び事実認定が正しかったかを確認することは取消委員会の役割ではなく、仲裁廷が適正な適用法を認定事実に適用するよう努めている限りにおいて取消しの余地はない。取消事由に関するこれに反する解釈は取消手続を ICSID 条約上明示的に排除されている上訴としてしまう危険がある。[paras. 230-238]

(2) 特別委員会の決定

本件に適用される法規として、条約法に関するウィーン条約に照らして解釈される ICSID 条約、オランダ王国・トルコ共和国 BIT 及びエネルギー憲章条約があり、この点は当事者にも争いが無いこと、及び仲裁人 Park 氏及び Stern 氏の分析に鑑み仲裁廷は当該法規を適用するよう努めていたといえ、申立人側が明白に権限を越えたことを立証できていないことにより、ICSID 条約第 52 条(1)(b)に基づく仲裁判断の取消しは認められない。[paras. 245-257]

案件 107 : Diag Human S. E. v チェコ共和国 (Civil Action No. 13-0355 (ABJ))
(JCA ジャーナル 2014 年 12 月号 (63))

判断年月日 : 2014 年 8 月 14 日

仲裁廷の構成 : Amy Berman Jackson

一 判断のポイント :

- ・ニューヨーク条約につき適用対象を「商事」に限定する旨の留保を行うアメリカ合衆国において、「商事性」は紛争の性質ではなく当事者間の関係に必要なとされる従来の裁判例を踏襲した上で、国家の妨害行為により投資家企業が経済的損失を被った投資紛争についての仲裁判断につき「商事性」を否定した判決。
- ・アメリカ合衆国の外国国家主権免除法における免除特権につき、黙示の放棄が認められる場合についての従来の裁判例を踏襲した上で黙示の放棄を認めず、また、仲裁関連手続に関する適用例外をも認めなかった判決。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

原告である Diag Human S.E. はリヒテンシュタイン法人であり、世界的な血漿 (blood plasma) の供給メーカーであった。ベルリンの壁崩壊後、東欧へのビジネス拡大を企図し、その中には、被告国であるチェコ共和国 (以下、「チェコ」と呼ぶ) も含まれていた。

しかし、(原告の主張によれば) チェコの Ministry of Health が、原告の主要な取引企業の一つであったオランダ王国法人 Novo Nordisk に対して手紙を送り、原告との取引を思いとどまるように働きかけた結果、同企業との取引関係は打ち切れ、原告のチェコにおけるビジネスは頓挫するに至った。

そこで原告は、1996 年、名誉棄損と不正競争を理由に Prague Commercial Court において損害賠償請求訴訟を提起したが、その後、両当事者間に仲裁合意が締結されるに至ったため、争いは仲裁手続に移行した (仲裁地はチェコ)。そして、仲裁手続の結果、2008 年 8 月 4 日、チェコに対し、原告へ約 6 億 5000 万米ドルの支払いを命ずる仲裁判断が下るに至った。

ところが、当該仲裁合意に仲裁判断の再審査の手続が用意されていたため、(そのためのパネルの組成に 2 年以上が費やされたが) 2013 年、チェコの申請に基づき、再審査のためのパネルが組成された。だが、その間に原告は、オーストリア共和国、フランス、イギリス、ルクセンブルク大公国、スイス連邦、そして、(本件である) アメリカ合衆国の裁判所において、ニューヨーク条約に基づき、当該仲裁判断の執行を求めて提訴した。但し、現在に至るまで、まだ強制執行を認めた裁判所はない。

三 判断概要：

II. 裁判所の判断

コロンビア特別区連邦地方裁判所は、以下のように判示して、本件の管轄を否定、訴えを却下した。そしてその際には、以下のように、①先例が示した検討枠組に従って、②（アメリカ合衆国がニューヨーク条約につき「商事性」の留保をしていることを前提に）ニューヨーク条約・連邦仲裁法における「商事性」の有無の判断方法につき検討し、本件を当てはめた上で、さらに、③外国国家主権免除法との関係での主権免除の有無の判断方法についても検討し、やはり本件を当てはめた上で、結論を導いている。以下、この順に紹介する。

1. 前提としての検討枠組

外国国家に対する外国仲裁判断の執行を求める訴えにつき管轄を有するか否かの判断方法につき、先例は、以下の二つの要件の充足を要求している¹。

“First, there must be a basis upon which a court in the United States may enforce a foreign arbitral award; and second, [the foreign state] must not enjoy sovereign immunity from such an enforcement action.”

2. ニューヨーク条約・連邦仲裁法における「商事性」の判断

連邦仲裁法 202 条は、ニューヨーク条約の対象となる仲裁合意と仲裁判断につき、以下のよう
に定める²。

“An arbitration agreement or arbitral award arising out of a legal relationship, whether contractual or not, which is considered as commercial, including a transaction, contract, or agreement described in section 2 of this title, falls under the Convention.”

その上で、先例は、ニューヨーク条約と連邦仲裁法の対象性の有無の判断要件として、以下の四つを示している³。

“(1) there is a written agreement; (2) the writing provides for arbitration in the territory of a signatory of the convention; (3) the subject matter is commercial; and (4) the subject matter is not entirely domestic in scope.”

このうち三番目の要件、すなわち、“the commercial nature of the matter”について、先例は、“subject matter of the relationship between the parties must be commercial”と示している⁴。

この点においてチェコは、本件仲裁における請求は“traditional tort-based claims”であり、この第三要件が充足されないと主張する。これに対し原告は、本件仲裁判断が“commercial dispute”に関連するものであり、損害賠償も不正競争を根拠に命じられていると反論する。

¹ Creighton Ltd. v. Gov't of State of Qatar, 181 F.3d 118, 121 (D.C.Cir.1999).

² 9 U.S.C. § 202.

³ U.S. Titan, Inc. v. Guangzhou Zhen Hua Shipping Co., 241 F.3d 135, 146 (2d Cir.2001); see also Nanosolutions, LLC v. Prajza, 793 F. Supp. 2d 46, 53 (D.D.C. 2011).

⁴ JSC Surgutneftegaz v. President & Fellows of Harvard Coll., No.04 Civ. 6069 (RCC), 2005 WL 1863676 (S.D.N.Y. Aug.3,2005); see also Freudensprung v. Offshore Technical Servs., Inc., 379 F.3d 327, 339 (5th Cir. 2004); Prograph Intl Inc. v. Barhydt, 928 F.Supp.983, 988-89 (N.D.Cal.1996).

この点につき、本裁判所は、条約の文言を文字通り読み限り、本件仲裁も仲裁判断も“aris[e] out of a legal relationship...which is considered as commercial”であり、条約の適用はないと判断する⁵。確かに本件仲裁は、(原告の主張する)原告の商業活動に対する被告の妨害行為に関するものであり、経済的被害への補償を求めるものであるが、“the subject matter of the relationship between the parties”は商業的なものではない⁶。仲裁合意の締結の前においては、両者にはいかなる法律関係もなく、商事的な関係もない。チェコにおいてビジネスを拡大する努力をしていたといえども、原告は、商事的と評価されるようないかなる契約、合意、取引もチェコとは行っていなかった。原告の当該国との関係は、Minister of Healthが原告と他の民間企業 Novo Nordiskとのビジネス上の関係に対して(原告の主張する)妨害を行った時に、初めて生じたものである。しかし、原告とチェコとの間には依然として商業上の関係はなかった。したがって、結果として原告に商業上の損害を被らせ、仲裁廷も究極的には商業上の損害につき賠償を命じたかもしれないが、原被告の間に既存の商事的な法律関係はなかった。

問題は、紛争の商事的な性質の有無ではなく、当事者間の関係の性質なのである。原告がプラハの商事裁判所に提訴したり、仲裁がチェコの商法に基礎を置いていたりしても、そのことで両者の法律関係が変質するわけではない。原被告間の関係が商事的なものではない以上、本件訴えはニューヨーク条約の枠外にある。

3. 主権免除の有無

他方、原告は、外国国家主権免除法の1605条(a)(1)(明示または黙示の免除特権放棄)及び(6)(仲裁判断の確認手続における主権免除の例外)との関係でも、管轄があると主張する。しかし、どちらの適用も認められない。

まず、1605条(a)(1)は、以下のように定める。

“a state is not immune from suit in any case ‘in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication.’”

その上で、先例は、黙示の免除特権放棄が認められるための三つの場合につき、以下のように示している⁷。

“(1) a foreign state has agreed to arbitration in another country; (2) a foreign state has agreed that the law of a particular country governs a contract; or (3) a foreign state has filed a responsive pleading in an action without raising the defense of sovereign immunity.”

これら三つの場合が示しているのは、黙示の放棄の理論においては何らかの意思が必要とされるということ、また、“an implied waiver depends upon the foreign government’s having at some point indicated its amenability to suit”ということであり、さらに、“[s]ince the FSIA became law,

⁵ 9 U.S.C. § 202.

⁶ JSC Surgutneftegaz, 2005 WL 1863676.

⁷ *Foremost-McKesson, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 905 F.2d 438, 444 (D.C. Cir.1990), citing S.Rep.No.94-1310, at 18(1976); H.R.Rep.No.94-1487, at 18 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 6604, 6617.

courts have been reluctant to stray beyond these [three] examples when considering claims that a nation has implicitly waived its defense of sovereign immunity”とも先例では述べられている⁸。

本件においては、①チェコは他国での仲裁に同意しておらず、仲裁合意によれば仲裁地は仲裁人によって定められるとされていた結果、仲裁地はチェコとされている。②原被告間で仲裁条項や準拠法条項を含むいかなる契約も締結されておらず、むしろ、紛争が生じてから仲裁合意がなされている。③チェコは、免除の放棄に相当するような“responsive pleading”も提出していない。

他方、1605条(a)(6)の定める以下の仲裁関連の例外にあたれば、免除特権の放棄がなされていなくても、仲裁に関する手続については主権免除の対象外となるとはいえる⁹。

- “(A) the arbitration takes place or is intended to take place in the United States,
- (B) the agreement or award is or may be governed by a treaty or other international agreement in force for the United States calling for the recognition and enforcement of arbitral awards,
- (C) the underlying claim, save for the agreement to arbitrate, could have been brought in a United States court under this section or section 1607, or
- (D) paragraph (1) of this subsection is otherwise applicable.”

しかし、本件においては、(A)仲裁地はチェコであり、(C)本件請求がアメリカ合衆国裁判所に係属しえた可能性はなく¹⁰、また、(D)上述のように明示にも黙示にも主権免除特権の放棄をしていない。また、(B)については、準拠している国際合意がニューヨーク条約であり、上述のように当事者間に商事的な関係がない以上、ニューヨーク条約の適用はなく、結果、例外的に管轄を認めることもできない。

⁸ *Princz v. Fed. Republic of Ger.*, 26 F.3d 1166, 1174 (D.C.Cir.1994); see also *Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*, 761 F.2d 370, 377 (7th Cir.1985).

⁹ 28 U.S.C. § 1605 (a) (6).

¹⁰ 外国国家主権免除法 1605 条または 1607 条参照。

案件 108 : VALERI BELOKON v キルギス共和国
(JCA ジャーナル 2017 年 2 月号 (86))

判断年月日 : 2014 年 10 月 24 日

仲裁廷の構成 : Kaj Hober (スウェーデン王国・申立人指名)、Niels Schiersing (デンマーク・被申立国指名) Jan Paulsson (スウェーデン王国/フランス・長)

一 判断のポイント :

- ・被申立国の中央銀行(中銀)が投資先銀行に対して合理的理由もなく国内法に定める期間を越えて長期間にわたり一時的公的管理、続いて仮差押えを行い、投資価値が深刻かつ不可逆的に棄損されたことは、投資没収(taking)に相当し、また一時的公的管理中に財産保全に反する行為が行われたことから、公的目的を欠く間接収用(expropriation)にあたる。
- ・騒乱のような危機状態において、国家は特に政策選択の自由裁量を持つが、手段と目的との合理的な関係を示せなければ恣意的取扱となる。申立人らの犯罪捜査・起訴についても刑事裁判が捜査不十分を理由に差戻し中であるほか、仲裁廷に対して証拠が十分提出されていないことから、公正衡平待遇(FET)義務違反になる。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

(1) 概要

申立人は、ラトビア共和国国籍の銀行家で、2007 年 8 月にキルギス共和国(被申立国)の INSAN 銀行を買収し(100%株主)、ManasBank(以下、「投資先銀行」と名称変更した。キルギス共和国国民銀行(中央銀行、以下「中銀」)は、2008-9 年の投資先銀行の監査やレビューでは重大な違反はないとしていた。

2010 年 4 月、被申立国のバキエフ大統領(2005 年チューリップ革命で大統領就任)の退陣にかかる騒乱(キルギス共和国騒乱)の間、政府は銀行セクターの安定のため、①投資先銀行を含む民間銀行の一時的公的管理(temporary public administration)、②検察その他の政府機関による銀行への捜査を行った。4 月 8 日、中銀は、投資先銀行を含む五銀行の経営会議の機能を停止する命令(Decree)を発出。法令で定める 16 か月間の一時的公的管理を開始し、中銀職員の間財人を置いた。一方、国家検察も銀行や経営者への犯罪捜査を開始した。

体制変更による混乱が収まった後も中銀は、一時的公的管理を続け、さらに 2010 年 10 月 8 日に、法定最長期間 6 か月間終了直前の 9 月 30 日に投資先銀行に対して求めた経営陣の入替を

¹ キルギス共和国中央銀行法 Article 32. Preventive measures and sanctions used by the Bank of Kyrgyzstan : Should the instructions of the Bank of Kyrgyzstan to rectify violations be not complied with in the prescribed period of time, .. the Bank of Kyrgyzstan shall have the right to take one or several of following measures to:..7) temporary suspend the license with a possible appointment of a temporary manager or restriction on all or part of the licensed operations for a period of up to six months.

行わなかったことを理由に一時的公的管理を再延長した。

検察は、2011年1月に申立人と投資先銀行の同僚をマネーロンダリング等の嫌疑により起訴した。中銀は、起訴を理由に投資先銀行に対する一時的公的管理を終了、仮差押え（sequestration）・一時閉鎖（closure）を実施。中銀は、2012年7月31日までの18か月間に同銀行の一時閉鎖を監督するための管財人を任命した。

2011年8月2日、申立人は、投資はキルギス共和国・ラトビア共和国投資条約（BIT）に違反して奪われたことを理由に、中銀と被申立国検察官の行為について補償を求めるとして、仲裁申立てを行なった。この間、キルギス共和国裁判所は、申立人らへの嫌疑を調査した結果、2011年12月、捜査は偏見ある表面的なもので、刑事事件はもっと十分に客観的かつ包括的に捜査されるべきとして事件を検察に差戻した。

その後、中銀は2012年7月25日には、刑事手続が係争中で、銀行が最低自己資本を割っていることを理由に、2013年4月30日までさらに法定の9か月〔para. 116〕の間、仮差押え及び、銀行閉鎖の延長を命令した。しかし、仮差押えは法定延長上限の9か月をはるかに越えて続き、2013年7月中銀は、新たな管財人を任命した。仲裁廷は、同月まで仮差押えがあったと認定した。中銀は、仲裁判断日（2014年10月）現在まで4年以上、投資先銀行を公的管理下に置いている。被申立国は、支配正当化の理由として、投資先銀行、申立人、従業員のマネーロンダリング、その他重大犯罪を主張した。

（2）一時的公的管理

イ．2010年4月の騒乱

2010年4月、バキエフ大統領に反対する野党、市民がデモ、騒乱となり、バキエフ氏は国外退去、新政権が樹立した。騒乱中に中銀が投資先銀行その他の銀行に対して公的管理を実施し、管財人を任命、5月に取締役・役員を解雇した。中銀はその正当性を、ATMが破壊され、盗まれたことに加え、銀行から中銀に対して武装勢力のビル突入や強盗の脅威などに対する保護要請があると説明した。こうした物理的な脅威に対しては、警察官や警備隊を派遣するといった他の方法がなかったのかという点について十分な証拠は示されていない。〔para. 78〕

ロ．一時的な公的管理の趣旨に添わない行為

中銀規則によれば、一時的公的管理は、預金者等の銀行債権者の利益において銀行資産と財務健全性を維持するために行うとされている。管財人の役割は、銀行の利益を高め、一時的公的管理を決めた中銀決定の原因となった問題点に対処することで当該銀行を法令順守状況に戻すことである。しかし、中銀派遣の管財人は、店舗拡張を取りやめ、外貨の移転を禁じ、取引先や他の外銀への資金移動も禁止したほか、大口預金（二つで全預金の40%強）が解約され、投資先銀行の金融ポジションは著しく悪化したことで、公的目的があったかは疑わしい。〔para. 86〕さらに、管財人は、「被申立国が投資先銀行からの大口借入者である VITYEZ 氏の商業施設建築プロジェクトを没収したため、投資先銀行の同氏向け貸出が不良債権となり、多額の不良債権のため投資先銀行が中銀規則に反している」、「不健全かつ安全でない銀行実務を行っている、経営

会議、取締役会に経営不適格な人物がいる」と判断し、もって2010年5月の申立人らの解雇を後付けで正当化した。

ハ. 一時的な公的管理に対する異議申立却下

2010年6月に申立人らは、一時的公的管理に対する異議をキルギス共和国の裁判所に申立てたが、一時的公的管理後は管理主体のみが銀行を代表するとの法律に基づき地裁は却下した。控訴審とキルギス共和国最高裁はいずれも下級審を支持した。

ニ. 一時的な公的管理の延長

キルギス共和国銀行法は、一時的な公的管理期間を銀行財務状況の改善という目的に照らして6か月以内と規定している。2010年9月末に中銀は、投資先銀行が求められていた経営陣の入替えを行わないことを理由に、10月8日に一時的公的管理を終了し、新たな一時的公的管理を実施した（公的管理の延長）。既に申立人は事実上経営への関与を失っており、申立人が9月末からの10日間に中銀の指示に従うことは不可能だったのであって、中銀は明らかに申立人が従うことができないことを知って準備していた。[para. 110]。

(3) 仮差押え (sequestration) ・ 一時閉鎖 (closure)、その延長

2011年1月28日、疑わしい取引と不健全な銀行実務に関する投資先銀行経営陣と取締役会メンバーへの刑事手続開始を理由に、中銀は一時的公的管理を終了し、2012年7月31日までの18か月間、投資先銀行の資産を仮差押えし、一時閉鎖を決定した上、管財人を派遣した。しかし、2010年4月には一時的公的管理に伴い経営陣と取締役会メンバーは既に辞めさせられていたことから、中銀が挙げる仮差押え理由と事実との間に関係はない。[para. 113] 中銀は2012年7月25日に、申立人らの刑事手続が係争中で、銀行が最低自己資本を割っていることを理由に、さらに9か月、銀行閉鎖の延長命令を出した。仲裁廷は、被申立国やその専門家は、仮差押えの必要の根拠となる事実、すなわち、キルギス共和国法に反して延長される根拠となる事実を十分説明していないとして再三回答を促したが [para. 119]、被申立国は、仮差押えの延長は、バキエフ前大統領と申立人との間の仲間意識とビジネス上の利害の近さが存在したこと、また投資先銀行の職員が不健全な銀行実務をしていたことが正当化事由と回答した。この回答は納得できるものではなく、この職員は2010年4月に解雇されたことなどを想起すべきである。

(4) 投資先銀行に対する行政・刑事上の違法嫌疑

2010年4月、国家検察は、銀行システムへの犯罪捜査を開始した。2011年1月に申立人と投資先銀行の同僚を起訴した。2011年4月、裁判所は、申立人を含む32人への嫌疑（犯罪グループの組織化、腐敗・犯罪行為により得られた金融商品の合法化、ロシアの発行体による証券取得のための詐欺、その他のキルギス共和国刑法の複数条項違反）を調査した結果、重大な手続瑕疵ゆえに検察へ事件を差戻した。裁判所は、投資先銀行への監査や独立監査人の投資銀行に対する調査報告書でも違法行為が発見されていないことを踏まえると、刑事立件は申立人らへの非難

を目的とした偏見によるもので、捜査も表面的であり、刑事事件はもっと十分に客観的にかつ包括的に捜査されるべきであると判断し、検察にさらなる調査を求めて差し戻した。[para. 132-133]

さらに、2013年11月、被申立国はESC(専門家)による専門家報告書を仲裁廷に提出した。内容は、投資先銀行はマネーロンダリングや詐欺的行為の疑いがあるとのものであった。投資先銀行が能動的にマネーロンダリングに携わっていたことを示す証明力ある実質的な証拠が持ち込まれたら、BITによる申立人の主張は退けられたかもしれない[para. 158]が、投資受入国が、国家としての能力や権力にもかかわらず、地方裁判所での有罪証明の責任を果たせないときには、具体的かつ決定的な証拠が仲裁廷に提出されなければ、当該国による証明ありとの主張を認めることはできない。[para. 163]その上で、被申立国が仲裁手続の一時中断申請[para. 23-25]において、申立人にかかる刑事手続が差し迫っており、特定の関連する証拠を提出できることを具体的に示すことができるならば、被申立国が、後の段階で同様の要求を出すことを妨げないとの条件の下で、一時中断申請ができるとの判断がありうる。[para. 165]実際、専門家の報告書は、投資先銀行が違法な預金や取引から利益を得ていたと示すことにより投資先銀行の企業価値に疑問を呈することを企図して、北朝鮮への武器輸出と麻薬資金のマネーロンダリングをしたという複数のニュージーランド企業、投資先銀行を通じて大量の通貨移転を行った南アフリカ共和国の企業、ウクライナ政府への石油掘削機販売でマネーロンダリングと詐欺に使われたペーパーカンパニーのウクライナの企業等との取引を指摘したほか、投資先銀行の監査人はバキエフ一族に親しいので、マネーロンダリングへの関与が疑われること等を主張したが、挿話だけで証拠にはならず、契約書など取引を正当化する証拠書類を求めてフォローすることを行っていないため、(その程度の立証では逆に)結論が脆弱であることを反対に確信させる。[para. 178]

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

1. 収用の有無

イ. 判断枠組み

被申立国が *Saluka vs チェコ共和国事件*²を引用して[para. 192]、国家が国家権力の範囲内と受け入れられるような一般的な規則を採用しているときは収用に該当しない、と主張したのに対して、申立人はそれに基本的に同意しつつ、*Tza Yap Shum vs ペルー共和国事件*³および *EI Paso vs アルゼンチン*⁴事件を例に、国家権力の行使が、恣意的、差別的または、かつ比例原則に反するならば、国家権力への(仲裁廷の)謙譲には限界がある、と述べる。[para. 193]申

² *Saluka v. Czech Republic, Partial Award, 17 March 2006*. 小寺彰・松本加代「投資協定の新局面と日本第2回サルカ事件」国際商事法務 34 卷 9 号(2006 年) 1141 頁。

³ *Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6*. 荒木一郎「投資協定仲裁判断例研究(37)課税処分に伴う保全措置が収用と認められた事例」JCA ジャーナル 59 卷 7 号(2012 年) 43 頁。

⁴ *EI Paso Energy v. Argentina, ICSID ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006*,

立人は、国際違法行為⁵の認定 [para. 194–197] について、当該行為が国内法上合法かどうかには影響されないというよく知られた原則を定める ILC (国連国際法委員会) 国家責任条文 3 条を援用する。国内法が遵守されたか否かは、仲裁廷が BIT 違反を認定する際に考慮する事実の問題である。没収 (taking) [para. 206–210] と同等の措置があったかは、財産権の便益を実質的に奪ったかどうか、そのはく奪が、永久または実質的な相当長い期間行われたか否か、による。

ロ. 本件への適用

課税や銀行への資本注入基準のような一般的な規制権限行使は、それ自身が当然に間接収用になることはなく、国家は適当と考える法や規制を制定し実施する相当の政策的裁量を持つ。なお、中銀は、投資先銀行の活動を規制し、検査する権限を有するのみならずその義務を負うし、検査は犯罪的非行を捜査する責任を与えられている。しかし、申立人は、被申立国により取られた方策は法の濫用と恣意的適用であったと批判している。批判された措置の第一は、2010年4月の最初の一時的公的管理である。当時の騒乱では銀行システムへの脅威が物理的なものであったが、一時的公的管理はその脅威からの保護に必要とされる度合いを超えている。第二は一時的公的管理の継続であり、中銀は一般的な権限を与えられているとしても、恣意的、差別的、また比例原則に反することはできないが、その境界線を守っていない。当初の一時的公的管理は公的目的のために導入されたようであるが、その公的管理の運用はその目的に沿ってなされたように見られない。むしろ、公的管理の継続は、バキエフ政権との関係という疑いによりなされたようである。さらに、同銀行に預金を置く契約上の義務があるにもかかわらず、公的管理により国庫に資金が還流された。また、同銀行により保証された資産の収用を認め、同銀行がこれら保証された資産の収用に対して補償を求める法的措置を取ることを妨げた。被申立国の行為は、公的目的に出たものとは解されず [para. 211–212]、同銀行を支配することで、さもなくば合法下では得られなかったようなものを得るというキルギス共和国政府の狭い利益を促進するものと解される。第三は、一時的公的管理の延長で、中銀は、申立人が10日の期限内に新しい執行部を置かなかったことをこの措置を正当化する理由としている。しかし、中銀は期限前に既に一時的公的管理の再実施をしていた。第四は、仮差押えで、被申立国は、投資先銀行に対する刑事手続を正当化事由としているが、刑事手続で申立人や投資先銀行の非行の証拠を見出したようには思われず、実際、手続濫用や差別的に進められたという印象を否定できない。第五は、正当な理由もなく仮差押が延長され、法が認めた最大限の期限を越えて延長することを正当化する理由について、被申立国はバキエフ前大統領と申立人が知りあいだったという事実などの内容がない説明しかできず、恣意的で差別的な扱いだったと推量できる。

没収については、投資先銀行は2010年4月から中銀の一時的公的管理下にある。同銀行は、キルギス共和国法で認められたより長く仮差押の管理状態にあったことが重要である。[para. 207] 一時的公的管理がすぐに終わるだろうという確証を得られない。反対に申立人や同銀行の

⁵ 仲裁判断文 para. 195 には "internally wrongful act" と書かれているが、"internationally wrongful act" の誤植と思われる。

職員に対する継続中の捜査がある間は、一時的公的管理がきつとなされると理解される。キルギス共和国法は中銀が一時的公的管理や仮差押え管理をなしうる期間に期限を設けているが、中銀は両者ともに明らかにこれらの期限を破って延長した。被申立国は、その法的根拠が説明できなかった。実際、近い将来、仮差押え管理が終了すると見込む合理的な理由はない中銀管理の間に、投資先銀行の収益性と業務がもし申立人の支配が戻ったとしても、残余価値がゼロかほとんどないほどまでに深刻な影響を受けたと認定する。被申立国は自国法に規定されている最長期限を破って同銀行を行政管理下に置き、申立人から同銀行の業務へつぎ込んだ全てを奪った被申立国は、投資を間接収用したと認定する。[para. 210]

2. FET 基準違反

イ. 判断枠組み

被申立国の国内法に従って取り扱われたので FET 違反でないとの主張[para217]に対して、FET 違反の判断基準として、申立人が引用した Dolzer、Schreuer 教授の著作⁶を踏まえつつ、透明性、安定性、投資家の法的期待の保護、手続上の正しさ・適正手続、恣意的な扱いを受けにくいこと、を挙げ、国家は、体制転覆のような危機状態では特に政策選択の自由裁量を持つが、手段と目的との合理的な関係がなければ恣意的取扱いとなる。[para. 232]

ロ. 本件への当てはめ

①一時的公的管理

2010年4月の中銀命令は、一時的な公的管理はキルギス共和国銀行セクターに対する物理的な暴力に対して必要な措置としているが、物理的な暴力に対する措置は一時的な公的管理ではなく国家の治安維持措置の実施ではなかったか。[para. 233] キルギス共和国は危険で間違った悪意ある銀行行動を防ぐことを懸念していたと判断するが、そのような銀行の活動が特定できれば、一時的な公的管理は正当化される。FET 違反を避けるために、一時的な公的管理以前に中銀はこうした活動を特定できていなければならない。しかし、2010年4月の中銀命令は投資先銀行によるそうした違反を特定していない。仮差押えは明らかに恣意的、またこの決定を正当化するために事後に証拠を特定することも恣意的になる。[para. 234] 中銀が一時的な公的管理をしたとしても革命の混乱が終了後、数日で公的管理を止めれば正当化されたかもしれないが、そうした反論は被申立国からなされなかったし、一時的な公的管理が続いている現段階ではそうした主張も適切ではない。

②一時的公的管理中の行為

さらに、国家は、新しい情報が与えられ、以前に間違いをしたことが特定される場合に、以前の決定を覆すことができる。しかしながら、一時的な公的管理による同じ貸出について以前の決定を覆す合理的な根拠は仲裁廷に示されていない。VITYEZ 氏への貸出を違法としたことは明らかに恣意的で、透明性を欠く決定である。[para. 237]

③仮差押えとその延長

⁶ Rudolf Dolzer and Christopher Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008, Chapter VII.1.

中銀は、中銀職員に対する刑事手続の開始がキルギス共和国銀行法 8 条の「銀行職員に対する刑事事件の開始による財産保全管理の導入義務」に該当するとして仮差押えを実施した。しかし、2010 年 4 月の一時的公的管理により投資先銀行の幹部は投資先銀行の基本業務を行う権限がなかったのであり、それはキルギス共和国最高裁も認定している、当該幹部は同銀行を代表して行動する立場になかった。また被申立国は、申立人について最高責任者として唯一の株主として、その刑事手続開始は財産保全管理を正当化できると主張した。しかし、株主が承認する種類の取引は日常業務ではなく、申立人は日常業務へ関与できない。一時的公的管理以前にいた職員と申立人への刑事手続開始を理由とする仮差押えは恣意的である。

3. 金銭補償額

申立人は、投資先銀行の企業価値算定方法について、創業間もなく 3 年程度の収入予測しかないので DCF（ディスカウントキャッシュフロー）法は不適當で、PB 法（プライスブックバリュウ、資産などの原価に一定の率を上乗せして合算する、上乗せ率は類似銀行と比較する）が適當、と主張した。被申立国は、同銀行は富裕層相手のプライベートバンクだった（支店は 5 に過ぎず本店で主な業務を行い、口座は 4454 口で多くは閉鎖、同名重複が多く、預金の 80% は 12 人の顧客、貸出の 89% は 10 人の顧客が占め、取引の大半はこの 10 外国人の海外取引で、その管理は CADII⁷が行っていた。2010 年段階ではシステム未導入でリテール業務は不可能であり、IT セクションは、リテール銀行システムを十分運用できる状態ではなかったカスタマーサービス専門家や支店、組織もなく、経営幹部自ら個人的に主要顧客を訪問していた。主な収入は金利（43%）でなく手数料（57%）、と主張した。銀行が設立間もないこと、さらなる ATM を買収するなど支店網拡大を意図していたことから、同銀行はリテール銀行であると判断し、PB 法により時価簿価比率は 1.51 倍（東欧諸国のリテールバンクの例から算出）で時価 1324 万米ドル（約 13 億円強）と算定した。

4. 金銭補償以外の請求の却下

金銭補償以外の請求（申立人らに対する刑事、民事、行政調査手続等の終了と再開禁止、その旨の国際機関への通知、名誉回復の新聞広告）は権限外として却下。

⁷ 2005 年のチューリップ革命により政権を掌握したバキエフ大統領は、2007 年 12 月の国会選挙勝利、2009 年 7 月の大統領選挙圧勝を受け、11 月権力を内閣から新設の大統領府直轄機関の中央開発・投資・技術革新庁(CADII)に移し、次男をその長官に任命。

案件 109： Dan Cake (Portugal) S.A. v ハンガリー共和国 (ICSID Case No. ARB/12/9)
(JCA ジャーナル 2017 年 7 月号 (91))

判断年月日： 2015 年 8 月 24 日

仲裁廷の構成： Pierre Mayer (長、フランス)、Jan Paulsson (スウェーデン王国、フランス、
バーレーン王国)、Toby Landau (イギリス)

一 判断のポイント：

- ・ 投資家の子会社の清算事件において、投資受入国の破産裁判所が、申立人に対して不当な条件を課したため、清算手続中、法人の消滅を防ぐ唯一の方法であった和解審尋が開催できなかった。その一方で、裁判所は、清算人に対してはハンガリー共和国破産法上の義務として速やかな資産売却を指示したため、申立人の再建は不可能になった。このような破産裁判所の行為は、投資家を公正衡平に扱う義務に違反している。
- ・ 本件の破産裁判所の行為は、投資家に対し裁判を重大に不適法な方法で運営し、司法上の適切性に衝撃を与えるデュー・プロセスの無視といえ、公正衡平待遇義務違反の中の裁判拒否 (Denial of Justice) に該当する。

二 事案の概要：

I. 事実関係

A. Dan Cake による Danesita の株式取得及び債権者による清算申立

1996 年、ポルトガル共和国法人の Dan Cake (Portugal) S.A. (以下「Dan Cake」または「申立人」という。) は、東欧市場に参入することとし、東欧やスカンジナビア諸国等へビスケットやクッキーを販売するハンガリー共和国の RELO という会社 (のちに Danasita Hungária Édesipari Kft (以下「Danesita」または「債務者」という。) と名称変更) の株式の 86.67% を取得した [para.31]。しかし、投資は期待したほどの成果が出ず、申立人は、一旦リストラクチャリングの上、2006 年に再始動することとし、海外のパートナーと新たに契約を締結し、取引を開始するなどしていた [paras.32-33]。Dan Cake は、Danesita の立て直しのため、多額の貸付を行い、Danesita はいくつかの銀行からも融資を受けていた [para.37]。

一方で、Danesita は、債権者 (製品の材料供給業者) への債務を全額支払うことができず、同債権者は、2006 年 8 月 7 日にブダペストのメトロポリタン裁判所 (The Metropolitan Court of Budapest、以下「破産裁判所」という。) に対して、Danesita に対する清算開始申立てを行い、他の何名かの債権者も申立てを行った [paras.37-38]。

2006 年 8 月 29 日、破産裁判所は、清算開始決定を行い、Danesita が期限内に応答しなかったことから、債務超過が宣言され、清算人として、MrGyula Sóvágó が選任された [paras.40-41]。Danesita は裁判所に上訴したが、2007 年 3 月 21 日に却下され [para.42]、同年 10 月 27 日に

高等裁判所も、上訴の却下を支持した。清算命令は確定し、2007年11月29日、Danesitaの清算は官報に公告された [paras.43-44]。

B. Danesita による和解審尋の申立て及びその却下

清算人は、ハンガリー共和国破産法¹上、清算命令の日から120日以内に債務者会社の資産の売却を進める義務を負っており、清算手続の中で、債務者会社が資産の売却を免れる唯一の方法は、債権者と和解を締結することであった。2008年2月7日に1回目の一般入札の条件が公表されたが、2008年3月21日の入札期限までに入札がなかった [para.45]。

Danesita 及び Dan Cake は Danesita の債権者と和解の締結を試みることにした。ハンガリー共和国破産法は、債務者会社が和解審尋の開催を申し立てることができること、同審尋手続きにおいて、債権者は和解案につき投票して賛成できることを定めていた。仮に和解案が裁判所により認可されれば、資産の売却は避けることができた [para.46]。ハンガリー共和国破産法 44 条 1 項によれば、和解契約は全債権者の半数かつ全債権額の 3 分の 2 の同意があった場合に有効とみなされることが定められている [para.47]。本件では、清算手続開始時点で担保権付き債権を有していた債権者として MKB 銀行がおり、同銀行の債権額は特に大きかった [para.48]。

2008年4月10日、Danesita の代理人弁護士は、破産裁判所に和解審尋の開催を申し立てた。同申立書とともに、Danesita は、ハンガリー共和国破産法において要求される①和解案（「清算手続終了についての合意」）、②債権者一覧表、③債務改善計画の3つの書面を提出した [para.49]。

Danesita の申述書には、全体の 3 分の 2 の債権者がそれぞれ署名した和解案の要旨が添付されていた [para.50]。大口債権者の MKB 銀行も 2008 年 3 月 20 日には、Danesita および Dan Cake に和解提案を提出の上、Danesita の第一回目の資産売却入札についても遅らせるように要請していた [para.51]。MKB 銀行はまだ和解案に署名はしていなかったが [para.52]、債務者と債権者による合意の存在は和解審尋の開催のための必要前提条件ではなく、そのような合意は、和解審尋の中で示されればよかった [para.53]。

2008年4月22日、破産裁判所は、和解審尋の開催申立を却下した。同裁判所は、Danesita の申立の形式は、債権者に送達し、和解審尋を開催するのに不適切であるとし、Danesita に対し、追加書面の提出を命じた。同時に、清算人には、清算手続の公示から120日以内に資産売却を進める義務があると強く主張した。同決定は当事者及び清算人に2008年5月5日に通知された。なお、同決定は上訴可能なものではなかった [para.54]。

2008年5月29日、清算人は Danesita の工場の売却について2回目の公開入札を公表した。購入価格は、HUF730,000,000 及び VAT と定められ [para.57]、開札日は2008年6月17日であった。売却は、後に上記金額で確定した [para.59]。

¹ “Act XLIX of 1991 on Bankruptcy Proceedings and Liquidation Proceedings” 英訳につき、<http://matraholding.hu/images/userfiles/files/Legislation.pdf>

三 判断概要：

II. 仲裁判断要旨

A. 仲裁廷の判断の範囲

仲裁廷が判断する範囲としては、以下の3項目である [para.90]。

1. 被申立国は、下記の行為につき、国際法上責任を負うか。
 - －破産裁判所（The Metropolitan Court of Budapest）の2008年4月22日の決定
 - －清算人による Danesita の資産の売却
2. 上記行為がポルトガル共和国・ハンガリー共和国間 BIT の3.1条（公正衡平待遇義務）または3.2条（不公正または差別的な措置の禁止）に違反するか。
3. 被申立国は、誰の行為につき法的責任を負うのか（破産裁判所の行為か、清算人の行為か。）

B. 破産裁判所の2008年4月22日の決定（和解審尋開催を拒否した決定）について

1. 和解審尋の重要性

2008年4月10日、Danesita は破産裁判所に対し、同裁判所が和解審尋を開催するように申立てを行うとともに、法律上要求される再建計画、和解案、債権者一覧表を提出した [para.95]。和解審尋が速やかに開催されることは、Danesita の資産の売却及び Danesita の消滅及び申立人の投資の消失を防ぐ唯一の方策であった [para.93]。

破産法上、債務者は、和解審尋の開催を申し立てる権利を有し、同法41条5項²によれば、裁判所は和解審尋の申立てを却下する選択肢はなく、60日以内に和解審尋の予定を立てるのは裁判所の責務であった [paras.94-96]。

これに対し、被申立国は、2004年9月1日のハンガリー共和国のゼグド高等裁判所の「清算手続の主な目的は再建ではない」とした決定を引用して、いずれの国においても破産法の目的は債権者の利益保護が目的であって、債務者の利益保護が目的ではないと主張した [para.97]。

2. 2008年4月22日決定の要旨

裁判所は、2008年4月22日付決定において、和解審尋開催のために、債務者が充足しなければならない要件として以下の7つを挙げた [para.98]。裁判所の決定の要旨は以下の通りである（但し、ナンバリングは筆者） [para.99]。

裁判所は、債務者に対し、次の補足的事項につき提出するように命ずる。

- 1) 3か月以内の外国株主の会社登記簿謄本及びそのハンガリー共和国語の認証付翻訳、および当該株主の代表権を証する書面

² 「債務者の申立により、裁判所は、和解交渉を申し立てから60日以内に開かなければならない」 (“Upon the debtor’s request, the court shall hold composition negotiations within 60 days following receipt of the petition…” (emphasis added.))。

- 2) 破産法 57 条 (a)³ 及び (c)⁴ に挙げられる優先債権者に対して随時支払いが行われていること。
- 3) 裁判所が、和解契約が可能な割合の債権者が賛成しているかについて確認するため、和解契約締結についての債務者・債権者間の意向表明書 (Letter of Intent)
- 4) 和解契約は、裁判所の承認以外のいかなる条件も付けてはならない。
- 5) 本和解契約には、本清算手続きの当事者とみなされる者のみ参加でき、融資を行う銀行や債務者の株主は参加できない。
- 6) 15 日以内に、和解契約における支払義務、及び優先債権や清算手続費用等をカバーするだけの資金があることの証明
- 7) 本件では、現在債権者との間で異議手続が係属中であるが、和解契約の締結時には、そのような異議の手続は係属してはならない。裁判所が和解審尋を開催するまでに 60 日以内という期限がある (破産法 40 条 5 項)。しかし、国際的要素を含む和解審尋を予定するためには、関連する通達によれば、原則として直接送達には 4 か月かかるとされている。仮に送達される書面が翻訳される必要がある場合、上記の期限は翻訳に必要な期間だけ延長される。

なお、裁判所は、清算人が、債務者の資産売却を開始する法律上の義務を負うことを指摘する。破産法 48 条 1 項によれば、清算人は、債務者の債権を取り立て、債務者の資産を売却する義務を負う。破産法 49 条 1 項によれば、清算人は、最も高い市場価格で公開入札により売却し、同条 2 項によれば、清算人は清算手続の公示日から 120 日以内に売却を開始する義務を負う。

以上を考慮すると、現在の形式および内容での和解審尋開催の申立てを債権者に送達し、審尋を開くことは相当ではない。

参考までに、裁判所は、本命令を清算人へ送達する。

3. 2008 年 4 月 22 日決定の分析

(1) 裁判所の追加の書面の提出を命ずる権限について [para.108-115]

ハンガリー共和国破産法のコメンタリー⁵は、申立に必要な情報が欠けている場合は、裁判所は広い範囲で必要な情報または書面の追加提出を命じることができるとしている [para.111]。

当仲裁廷は、破産裁判所は、必要な場合、破産法に言及されていない情報や書面の追加提出を求めることができると解する。ただし、どのような書面や情報が一般的に「必要」とみなされるかを判断するには、要求される措置の性質も考慮しなければならない [para.112]。破産法は、

³ ハンガリー共和国破産法 57 条 (1) (a) “Liquidation costs described in Subsection (2)”

⁴ ハンガリー共和国破産法 57 条 (1) (c) “alimony and life-annuity payments, compensation benefits, income supplement to miners, which are payable by the economic operator, furthermore, monetary aid granted to members of agricultural cooperatives in lieu of household land or produce, for which the beneficiary is entitled for his/her lifetime”

⁵ Andrea Csoke, *Commentary to Act XLIX of 1991 on Bankruptcy and Liquidation Proceedings*, p.205

審尋開催命令の日すべての書類がそろっていることを要請していないし、それを必要とするのは不条理である [para.115]。

(2) 裁判所の清算人の義務に対するコメントについて [para.100-107]

なお、裁判所は、和解審尋についての決定であるにもかかわらず、最終パラグラフにおいて、突然、清算人が、債務者の資産売却を 120 日以内に行う義務があることを強く主張し、さらに「参考までに、裁判所は、同命令を清算人へ送達する。」と付け加えた。これは全くもって驚くべきことである。

また、裁判所は、同決定において、国際要素を含む場合、原則 4 か月の送達期間が必要だから、破産法上求められる 60 日以内に和解審尋を開催することは不可能と主張する一方で、清算人に対しては、資産売却の 120 日の期限を強く示しているのである。本決定は、法律上裁判所の義務である和解審尋を開催しないまま、清算人に対して可能な限り早期に資産の売却を進めるように促す不条理なものである [paras.100-105]。

(3) 決定の各条件についての検討 [para.116-]

本仲裁廷は上訴審ではなく、破産裁判所の決定に賛成するかどうかを決定することはその任務でない。しかし、破産裁判所が出した各条件のいくつかは、「明らかに不必要、または充足することが不可能、または権利の侵害がある」場合には、裁判所の決定は、不公正や不均衡とみなすべきであるので、検討する [para.117]。

ア 第 1 の要請事項

- 1) 3 か月以内の外国株主の会社登記簿謄本及びそのハンガリー共和国語の認証付翻訳、および当該株主の代表権を証する書面

和解審尋より前の申立段階において株主の委任状を求める必要はない。このような要請は常識的ではない [paras.118-119]。

イ 第 2 及び 6 の要請事項

- 2) 破産法 57 条 (a) 及び (c) に挙げられる優先債権者に対して随時支払いが行われていること。
- 6) 15 日以内に、和解契約における支払義務、及び優先債権や清算手続費用等をカバーするだけの資金があることの証明

和解時点で、支払義務をカバーする資金があることは必要であるが、和解審尋の申立ての際に、その金額がすでに入金されている必要はない [para.123]。また、退職金等の支払、健康保険等の雇用者分の支払い、清算手続の費用などの優先債権者の費用は様々なものがあるため、これを

すべてカバーする資金を 15 日以内に用意することは不可能であるし、破産法もこれを審尋開催のための要件として求めてはいない [para.124]。

ウ 第 3 の要請事項

- 3) 裁判所が、和解契約が可能な割合の債権者が賛成しているかについて確認するため、和解契約締結についての債務者・債権者間の意向表明書 (Letter of Intent)

破産裁判所は、和解が成立する可能性を判断するために、意向表明書の事前提出を必要とするが、破産法は、裁判所は 60 日以内に審尋を開催しなければならないとしているのであって、仮に裁判所が和解の可能性を低いと判断しても、法律上和解の審尋の開催を拒否できない [para.126]。

審尋開始決定から投票までの間は交渉がなされるのであるから、裁判所が審尋開始決定時において、和解の成立の可能性を判断するのは時期尚早である [para.127]。

エ 第 4 の要請事項

- 4) 和解契約は、裁判所の承認以外のいかなる条件も付けてはならない。

MKB 銀行との和解契約案上、銀行からの信用状発行が必要とはされていたが、同信用状の発行は裁判所の承認のみを条件とするものであった。また、本決定時に、申立時には和解契約は最終化されている必要もなかった [paras.128-130]。

オ 第 5 の要請事項

- 5) 本和解契約は、本清算手続きの当事者とみなされる者のみ参加でき、融資を行う銀行や債務者の株主は参加できない。

破産法は、清算手続において株主を除外していない上、Dan Cake は、Danesita の債権者でもあるにもかかわらず、このような条件が課されることは驚くべきことである [paras.131-132]。

カ 第 7 の要請事項

- 7) 本件では、現在債権者との間で異議手続が係属中であるが、和解契約の締結時には、そのような異議手続に係属してはならない。

本件では、Dan Cake により、債権届出が期限に遅れたと不当に扱われたという異議と、Dan Cake 及び Danesita によって、中止を申立てたにもかかわらず最初の入札が不当に開始されたとの異議が係属していた。

両当事者がその主張においてともに引用する 2007 年のメトロポリタン高等裁判所の決定は、

(被申立国の解釈とは逆に)、破産裁判所が異議手続きの係属を理由に和解審尋の開始を拒否できないことを示している [para.136] (下線は筆者)。

また、実際にも、本件で裁判所に提出された「清算手続の終了についての合意書」のドラフトには、Dan Cake は、裁判所が和解契約を承認した場合、異議を取り下げることが含まれていた。さらに、Dan Cake からの最初の入札を中止する旨の申立てについては、同年 3 月 21 日までに入札が何もなかったため、同申立ては、和解の障害にはならなかった。

4. 裁判所による破産法上の義務の不履行の兆候

上記の通り、破産裁判所は、和解審尋に際して条件を Danesita に課したが、7 つとも不要な条件であり、うち 2 つは Dan Cake の債権者としての権利を直接侵害するものであり、うち 1 つは、合理的な期間内に充たすことが不可能なものであった。このような条件を課すことによって、裁判所は法律上の義務である和解審尋の開催をしないまま、破産裁判所は、清算人に対して Danesita の資産売却を進める義務を強く示している。

本仲裁廷は、これらの裁判所の行為を、法律上要求された義務の履行をしない明白な兆候であると捉える [para.142]。

5. 和解審尋を認めない本決定に対する上訴が不可能であったこと

上記決定に対して上訴することが不可能であることについては争いはない [para.137-141]。

C. 清算人による Danesita の工場の売却について

清算人による Danesita の工場の売却という清算人の行為は問題とならない。なぜなら、工場の売却を避けるための唯一の手段である和解審尋が、裁判所によってハンガリー共和国法に違反して拒否されたことこそが問題であり、裁判所が和解審尋を拒否した場合は、清算人は、売却を進める義務から逃れることはできないからである。

従って、本件で問題となるのは、あくまでも破産裁判所の和解審尋を拒否する行為 (決定) である [para.160]。

D. 破産裁判所の上記決定は、ポルトガル共和国・ハンガリー共和国間の BIT 違反を構成するか。 [paras.143-]

国際法上、裁判所の行為の責任が国家に帰属することは争いが無い。申立人は、破産裁判所の和解審尋の開催を拒否した行為が、公正衡平義務 (BIT3.1 条) 及び不公正または差別的措置による投資阻害義務 (BIT3.2 条) 違反に該当すると主張する [para.144]。

(1) 公正衡平待遇義務違反について [para.145]

破産裁判所は、その 2008 年 4 月 22 日の決定によって、Danesita の資産の売却、法人の消滅を避けるための機会を奪った。ハンガリー共和国破産法によれば、Danesita は、和解審尋の開

催の権利を有しており、破産裁判所は、同開催の義務を負っていた。同裁判所は、その義務を拒否して、法律上求められていない明らかに不必要な多数の文書の提出を命じた。また、債権者としての Dan Cake が和解審尋に参加する権利が奪われたり、異議の取り下げが求められたりしたが、いずれも、不公正かつ不衡平であった。これらにより、同裁判所は、Danesita の資産売却及び法人の消滅を不可避なものとした。これは、破産裁判所を機関とする被申立国のポルトガル共和国の投資家を公正かつ衡平な方法で扱う義務の明白な違反である [para.145]。

ア 裁判拒否について [paras.146-154]

本件において、上記のような公正衡平義務違反は、裁判拒否 (denial of justice) という形式をとっている。過去の仲裁判断では、以下のように裁判拒否を定義してきたが、本決定は、これら全ての定義に当てはまる。

- 「裁判を重大に不適當な方法で運営する」 (“administer [ing] justice in a seriously inadequate way”) ⁶、
- 「明白に不適當かつ品位を傷つける」 (“clearly improper and discreditable”) ⁷
- 「司法上の適切性を破る結果となる法のデュー・プロセスの欠如という不公正さを明示する」 (“ [m] anifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety…”) ⁸

さらに、国際司法裁判所は、裁判拒否を、「司法上の適切性の感覚に衝撃を与える、少なくとも驚愕させる法のデュー・プロセスの意図的無視」 (“a willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety.”⁹) と定義する。本件の破産裁判所の決定は、司法上の適切性について衝撃を与えるものであった [para.146]。

これに対し、被申立国は、仮に裁判拒否があったとしても、申立人は、ハンガリー共和国での救済を尽くしたという要件を充足していないとする。例えば、当初の清算手続申立の通知に対する回答をしなかったことや、審尋開催するために裁判所の書面の提出要求に応えなかったこと、Danesita の資産売却において自ら入札することができたはずであることなどを挙げる。

しかしながら、当仲裁廷は、これらが申立人がとるべきだった救済措置とは認めない。

確かに、2008年4月22日の決定前に行うことができた行為（例えば、破産申立て、清算申立ての通知に対する債務超過命令を防ぐための適時の回答、債務超過命令への上訴など）につきこれらを行わなかったことと、Danesita が資産売却を迫られた状況との間に、因果関係は存在

⁶ *Robert Azinian et al. v. United States of Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, (Award of November 1, 1999), para.102

⁷ *Mondev International Ltd v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, (Award of October 11, 2002), para.127

⁸ *The Loewen Group and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, (Award of June 26, 2003), para.132

⁹ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), United States of America v. Italy*, 1989 ICJ 15, (Award of July 20, 1989), para.128

する [para.150]。

しかし、このような状況においても、申立人は和解審尋開催の権利を有しているのであるところ、同権利は、当仲裁廷が裁判拒否と分析する裁判所決定によって否定された。この決定より前の **Danesita** の不作為は、同決定に対する救済措置が尽くされなかったことと同一視できない。救済措置とは、同決定に対する上訴を指し、ハンガリー共和国法上、そのような上訴ができないことは、両当事者に争いが無い [para.150]。

同決定への合理的な上訴が可能でないという司法の機能不全は、システム全体の問題 (“systemic”) といえる [para.154]。

(2) 不公正または差別的措置による投資阻害義務違反について

BIT3.2 条は、契約締結国は、専断的または差別的な措置により、他国の投資家が自国において投資する場合のその投資の使用、利用、管理、処分、清算を阻害してはならないと定める。

上記 II .B.4 で検討したとおり、破産裁判所は、和解審尋に際して、**Danesita** に対し、不要、不可能または **Dan Cake** の権利を侵害する条件を課した。これに加えて、破産裁判所は、清算人に対し、債務者の資産売却を進める義務を強く示して、清算人に **Danesita** の資産を売却せしめて、もってその再建を不可能にし、**Dan Cake** の投資を消失させた。よって、破産裁判所の 2008 年 4 月 22 日の決定は、ハンガリー共和国への投資の清算に関する **Dan Cake** の権利を不公正に侵害したといえる [para.157]。

案件 110 : Copper Mesa Mining Corporation v エクアドル (PCA Case No. 2012-2)
(JCA ジャーナル 2017 年 3 月号 (87))

判断年月日 : 2016 年 3 月 15 日

仲裁廷の構成 : V.V. Veeder QC (イギリス、長)、Dr. Bernardo Cremades (スペイン王国)、
Judge Bruno Simma (ドイツ連邦共和国)

一 判断のポイント :

- ・ 本投資条約上、管轄要件としての投資の国内法適合性は、投資開始時に満たされれば足りる。
- ・ 投資家側の国際法違反行為を理由とするクリーンハンドの抗弁は、仲裁手続開始前には被申立国から主張が無かったことに鑑み、投資協定上の信義則に照らし、受理可能性の抗弁としては時機に遅れたもので認められない。
- ・ 適正手続及び経済的補償を欠く政府の鉱業権解除は違法な直接収用に、政府の解除方針等による価値剥奪は間接収用に、それぞれ該当する。
- ・ 投資関連活動に反対する地域住民と申立人との間で生じた対立の中で、困難な状況にあった申立人の投資活動をさらに悪化させた被申立国の行為は、公正衡平待遇及び完全保護保障の義務違反に該当する。
- ・ 投資損失に対する申立人自身の寄与は、過失割合により損害額を割合的に減ずる。
- ・ 投資活動が未だ初期の探鉱段階にあったことなどから、損害額の基礎となる投資価値は、逸失利益の観点ではなく、原状回復の観点から申立人の支出費用により評価する。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

本件は、エクアドルにおいて会社設立・鉱業権取得などの鉱業関連投資活動を進めていたカナダ企業が、政府による鉱業権解除(鉱業権①関係¹)や政府への返還方針決定(鉱業権②関係²)を受けて、1996年カナダ・エクアドル間投資条約(以下「本件 BIT」という。)に違反するとして、同条約上の投資仲裁申立てに至った事案である。

A. 申立人の投資以前の経緯 [paras4.16-4.51]

鉱業権①の対象地域(概ね険しい山地と亜熱帯林。その北西部で保護林・生態系保護区に近接)については、1980年代に被申立国機関・ベルギー王国政府機関による地質学的調査、1991年の

¹ エクアドル北部のインタグ地方に所在。本件仲裁では「Golden1」、「Golden2」、「Magdalena」の3つの鉱業権(計約12,900ヘクタール)を併せて「Junin(フニン)」鉱業権と称している。なお、「鉱業権」には、探査・採掘・精錬・商業化等の権利を含む。

² エクアドル南部アスアイ県クエンカ群内。本件仲裁では「Chaucha」あるいは「Chaucha(Janeth 1)」鉱業権と称されている(約3,000ヘクタール)。

被申立国と日本の協力協定を受けて JICA の鉱業計画の調査を受託した B 社の予備的環境調査³、世界銀行・イギリス・スウェーデン王国の資金支援による鉱物学的マッピング事業などが行われた。

1990 年代半ば以降、同地域住民の相当数や被申立国政府は鉱山開発推進派であったが、同地域主要自治体の一つコタカチ市にて先住民出身の首長の選出、住民代表者が参加する「地域代表者議会」の導入⁴、コタカチ議会による「生態保全郡」宣言条例（環境影響評価の義務付けなど）等があり、反対派組織の設立・活動も行われ、両派の地域内対立の影響で B 社は計画を放棄して撤退した⁵。また、反対派の申立てを受けた 2001 年世銀インスペクションパネル報告書では、世銀ルールに照らし、マッピング事業は概ね問題ないが、地域住民との協議など環境アセスメントのルール・手続に反する部分があることや、地元住民の対立状況が指摘された。

B. 申立人による投資

1. 申立人

申立人⁶は 2004 年 5 月設立のカナダ法人（ブリティッシュ・コロンビア法）で、2005 年 10～11 月にトロント証券取引所に上場した。概ね、申立人がその 100%子会社の下に、エクアドルに複数のプロジェクト会社を保有支配していた⁷。

2. 申立人による鉱業権取得 [paras.1.85-1.94, 4.52-4.53, 4.61, 4.64]

政府実施の入札により期間 30 年の鉱業権①を取得した個人（エクアドル弁護士）から、2004 年 3 月、申立人が当該鉱業権を購入し、同年 9 月、被申立国は権利移転を承認した。鉱業権②については、2003 年 11 月、申立人が認可を得た。

3. 地域内対立の継続（鉱業権①対象地域）[paras.4.125, 4.239-4.261, 4.264]

同地域では、申立人側が地域開発プログラムのため開発推進派住民組織への資金提供・診療所設置・農業活動などを行う一方、「地域代表者議会」の反対決議、反対派による道路封鎖などが実行された。申立人の環境影響調査（EIS）及びそのための地域住民協議⁸は、賛成派地区では

³ JICA 報告書（1996 年被申立国に提出）には、銅の鉱床の存在と共に、仮計画に従えば亜熱帯雨林の原生林約 1,100 ヘクタール、亜熱帯多雨林・雲霧林約 1,900 ヘクタールが伐採対象となること、開発の利点として雇用機会・生活・衛生・医療・交通条件の改善、想定し得る悪影響として大規模森林伐採による周辺の乾燥化（砂漠化）その他の気候・植生変化、より詳細な動物相・植物相の研究・モニタリング調査の結果に従って計画変更する必要性や、露天採鉱又は地下採鉱を行うには移住を要する住民の同意が得られなければ計画変更する必要性、鉱業廃棄物の計画地域内処理等が記載されていた。

⁴ ユネスコは、先住民出身者の首長選出以降、先住民参加の行政運営実施などを評価して「2000・2001 年平和都市賞」を授与している。

⁵ 反対派によるキャンプ占拠、放火、反対派住民に対する銃殺事件などが起きたとされる。

⁶ 申立人 Copper Mesa Mining Corporation は、当初 Ascendant Copper Corporation の商号で設立された（商号変更の事情につき、para.6.101 参照）。

⁷ 申立人グループ内の権利移転や同年 11 月以降の同グループ内の株式保有・異動関係は割愛する。[paras.1.1, 1.73-1.82, 4.41, 4.50, 4.67, 4.71, 4.81, 4.89, 4.205, 4.212, 4.333-4.338]

本稿では、グループ各社を含む趣旨で単に「申立人」と表記するが、申立人の子会社や当該子会社が保有する現地プロジェクト会社（孫会社）を「申立人子会社」と表記する場合がある。

⁸ 被申立国では、1997 年以降、採鉱活動のため EIS が必要とされ、2003 年に法令で市民参加が規定されたことを受けて、鉱業省特別委員会決議により鉱業権①に関する EIS の要件として地域住民代表との協議が加えられた。なお、1998 年制定の憲法は、持続可能な開発のために健康で生態学的にバランスのとれた環境で生活する権利の保護、自然の保全（86 条）、環境に影響を与え得る決定にあたって政府の協議義務（88 条）などを定めている。[paras.4.37-4.39, 4.42, 4.54-4.56]

進んだが、反対派の多い村落地域では道路封鎖などもあり進まなかった。被申立国（鉱業省）は2006年10月頃まで鉱山開発推進の姿勢をとった⁹。

両派間で、暴力行為・武器による脅迫、人質監禁、放火、土地建物占拠等の事件・衝突が続き、2005年12月には、反対派が占拠した申立人所有地に対し、申立人委託の武装保安業者を含む推進派による奪還占拠計画が実行され、催涙ガス使用、両派の発砲、反対派による人質監禁事件（鉱業省・警察の介入で解放）に至った。

2005年11月に鉱業省は申立人に対しEIS要項の周知方法の不備を指摘していたが、12月の上記事件を受け、EISを除く活動の停止を通告した。

2006年3月、鉱業省・反対派組織・申立人の三者間で、武器放棄、通行承認、申立人駐在者の削減などを合意したが、その後も、申立人の合意違反もあり、両者の緊張・対立は続いた。

なお、この間、大統領選挙（決選投票）によりコレア氏が当選し（2005年12月13日発表）、2006年1月15日、同氏が大統領に就任した。

4. 鉱業権の無価値化 [paras.1.106-1.121, 4.300-303, 4.310, 4.315-332, 4.339-344]

(a) 2007年9月25日、鉱業省は申立人に対し、上記三者合意を根拠に、鉱業権①に関する全活動の停止を求めた¹⁰。申立人は反論・不服申立てを行うも、同年10月、同地域の全活動を停止した¹¹。

(b) 2008年4月、憲法制定議会は、2007年末時点で採掘に至らない探査段階の鉱業権¹²を補償なく解除すること等を定めた「鉱業決議」を採択した。これを受けて、決議同日、申立人は鉱業権②に関する活動を停止した。

(c) 同年10～11月、鉱業省は、申立人への事前通知をせずに、事前住民協議の欠如を根拠に¹³「鉱業決議」に基づき、経済的補償なく鉱業権①の「解除決定」を行った¹⁴。

(d) 2009年1月、新「鉱業法」が制定され、同24条では被申立国が地質学的調査・探査等を過去に実施した鉱業地域・計画の国への返還が規定された。同条に基づく鉱業省作成の報告書は、申立人の全計画（鉱業権②を含む）を、国が地質学的調査を実施した計画として認定した。

(e) 申立人主張によれば上記一連の措置のため、資金調達不能となり、やむなく申立人子会社の安値売却合意に至ったが（2009年3月）、その後、当該買主（以下「買主①」という。）は、鉱業権②が鉱業法24条による返還対象であると知り、重大な権利瑕疵を理由に買収を撤回した（同年6月）¹⁵。その後、申立人と第三者（以下「買主②」という。）との間で、申立人子会社

⁹ この間、鉱業省は、鉱業権の申立人グループ内移転の承認、EISを支持する書簡の反対派組織宛送付、EIS要項承認、申立人EIS情報事務所の視察などを行った。

¹⁰ 先立つ2007年7月20日、鉱業省は申立人との会合で、EISを含む全活動の停止を指示していた。

¹¹ その後2008年1月、鉱業省の地域部局が決定した鉱業権①の「無効化」について、後掲注34参照。

¹² 具体的には、プロジェクト開発への投資がないこと、EISの未提出、又は、事前の住民協議の未実施、のいずれかか該当するもの。

¹³ 直接的には、対象地域代表者に対する事前協議の案内状送付の欠如を理由とする。[para 4.315]

¹⁴ 申立人は不服申立てをしたが、鉱業省は「解除決定」に対する審査は許容されないとの立場でこれを却下した。申立人の憲法裁判所に対する不服申立ても受理されず、これに対する異議申立ても却下された（2010年8月24日）。

¹⁵ 買主①は、カナダ証券法に基づき、鉱業権②の問題解決まで株式代金を支払わない旨開示し、申立人株式の市場取引は2010年7月に停止された。

の株式売却が合意された（同年 7 月）¹⁶。

C. 本件投資協定仲裁の申立て・その後の経過

2011 年 1 月 21 日、申立人は、本件 BIT に基づき、仲裁開始を通知した [para.4.451]。

2011 年 5 月、被申立国国営鉱業会社が鉱業権①を申請した。[paras1.122-1.123, 4.346-4.350]

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 管轄・受理可能性 [paras.5.43-5.67]

1. 国内法適合性要件（投資の違法性）

ウィーン条約法条約 31 条に基づき、本件 BIT1 条(g)¹⁷の文言上、投資の国内法適合性は、投資家による投資の所有・支配がなされた時点の問題であると解する。投資期間中のあらゆる違法行為を問題にすることで実質的に条約仲裁の救済を奪うべきではない。被申立国は、小さな違反を除くと主張するが、そのような基準は不明確さを残す。

そこで鉱業権①の投資開始時（2004 年）について見ると、被申立国は、申立人の前権利者による 2002 年の入札取得のエクアドル法違反とこれに対する申立人の関与・認識を主張する¹⁸。しかし、申立人の関与・認識の立証は無い。仮に前取得者の入札に問題があったとしても（それも立証不十分）、申立人との結びつきは示されていない。

2. クリーンハンドの抗弁

上記 1 とは別に、被申立国はクリーンハンド理論を主張し、投資後に違法行為をした投資家による仲裁申立ては認められないとするが、この問題は、管轄要件ではなく、受理可能性の問題と考える。そして、本件では、被申立国主張に係る国際法違反¹⁹の構成事実は秘密裏に起きたものではないにもかかわらず、2005～07 年当時、被申立国から申立人に対して何ら指摘がなく、本仲裁で初めて主張された。受理可能性の異議としては、時機に遅れている。本件 BIT 上の信義則上の義務に照らし、被申立国による異議は許容されない。本件は、申立人の請求の基本部分が違法行為に基づく訳ではなく、全部却下になじまない²⁰。

¹⁶ その後、申立人子会社の経営は買主②に移行したものと窺われる。ただし、申立人は、一部（5 万アメリカ合衆国ドル）を除き購入代金不払いのため買主②への株式移転の効果は生じていないと主張した。

¹⁷ (g) “investment” means any kind of assets owned or controlled either directly, or indirectly through an investor of a third State, by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the latter’s laws...-

¹⁸ その他、当該入札については、反対派住民が緊急憲法的保護を求める手続を提起し、第一審ではこれを認めて救済命令が出されたが、エクアドル憲法裁判所が 5 対 4 で上記命令を覆した経緯がある。

¹⁹ 当該判断の箇所では「申立人による国際法違反」が被申立国により主張されたとされているが [para.5.63]、先立つ主張整理の箇所では、被申立国は「申立人による国際公序違反」を主張することが明示的に確認されている [para.5.39]。これらの主張との関係は必ずしも明らかでないが、鉱業権対象地へのアクセスや住民の開発支持取付けのため申立人が取得した土地の一部に関し、被申立国汚職調査機関の調査によって違法な汚職が判明したことが問題となった（申立人は当該汚職との関係を否認） [paras.1.96-1.98, 4.100, 4.158, 4.202]。

²⁰ 仲裁廷は、*World Duty Free Company Limited v. ケニア共和国*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006 や *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. インドネシア*, UNCITRAL Final Award, 15 December 2014 とは事案が異なるとした。後者の評釈は、菊間梓『「クリーン・ハンズ」の原則』により、投資家の請求の受理可能性を否定した事例』JCA ジャーナル 63 巻 11 号（2016）21-29 頁。

B. 責任及び因果関係 [paras.6.1-6.134]

1. 鉱業権① [paras.6.52-6.102]

(a) 「解除決定」に関する責任 [paras.6.53-6.70]

国際法上の問題として、本件 BIT8 条²¹における直接収用の要件は、第一に、当該措置が投資家からその投資を恒久的に「剥奪」すること、第二に、それが被申立国の警察・規制権限の真真正正な行使として正当化できないこと、第三に、本件 BIT17 条 3 項²²に該当しないことである。

鉱業権①に関する 2008 年の「解除決定」は、第一の「剥奪」要件を満たす²³。

第二・第三要件は、本件では同じ事情が問題となる。国際法上、一般的変更を妨げるような合理的な根拠に基づく「正当な期待」(政府側の個別具体的な言明等)を申立人が立証しない限り、非差別的で一般的な警察・規制権限の行使は正当化されるが、適正手続に従わない恣意的な措置は、違法な収用となり得る²⁴。

本件で、申立人はエクアドルでの長期投資により法的・規制枠組みの変更リスクを引き受けたもので²⁵、「正当な期待」の立証はない。そこで問題は、本件「解除決定」が、適正手続に従い非恣意的な形でなされたか否かである²⁶。

「解除決定」に関する本件 BIT 上の検討は、2007～08 年の経緯に照らして行う必要がある。本件ではこの経緯こそが決定的な要素であり(後述(b)参照)、当該解除は、制憲議会の「鉱業決議」に従い、経済的補償なく、恣意的に、事前告知も防御反論の機会も与えずになされた。本件 BIT8 条 1 項・2 項にいう「司法その他の独立機関による速やかな審査」も無かった。国際法上、投資家は無意味な国内救済手続をとる必要はない。

「解除決定」は本件 BIT 上の収用に該当し、補償・適正手続を欠く収用であるから違法収用で

²¹ ARTICLE VIII. Expropriation

1. Investments or returns of investors of either Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subject to measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation") in the territory of the other Contracting Party, except for a public purpose, under due process of law, in a non-discriminatory manner and against prompt, adequate and effective compensation. Such compensation shall be based on the genuine value of the investment or returns expropriated immediately before the expropriation or at the time the proposed expropriation became public knowledge, whichever is the earlier, shall be payable from the date of expropriation at a normal commercial rate of interest, shall be paid without delay and shall be effectively realizable and freely transferable.

2. The investor affected shall have a right, under the law of the Contracting Party making the expropriation, to prompt review, by a judicial or other independent authority of that Party, of its case and of the valuation of its investment or returns in accordance with the principles set out in this Article.

²² 被申立国は天然資源保全のための措置にあたって、恣意的・不当な方法、偽装的な手段を行ってはならないことを定める。

²³ 仲裁廷は、*CMS Gas Transmission Co v. アルゼンチン*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005 を参照した。

²⁴ 仲裁廷は *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the アメリカ合衆国*, American Law Institute, Volume 1, 1987, para.712(g)や、*Methanex Corporation v. アメリカ合衆国*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005 等を参照した。

²⁵ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. ハンガリー共和国* ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010 を引用。

²⁶ 被申立国は、地域住民の承認が得られない鉱業権を消滅させることは正当な公共政策の問題であると主張した [para.1.111]。仲裁廷は、被申立国の国益、市民・地元住民の利益を判断する立場になく、主権判断を尊重するとし、同国の 1000 以上の鉱業権の解除・取消が同一の国家的利益に基づくか否かを判断する立場にもない、とした [para.6.64]。

あり、かつ、申立人に対する恣意的な行為の末に行われたもので（後述(b)参照）、同 2 条 2 項(a)²⁷の公正衡平待遇義務（FET）に反する。

(b) 「解除決定」以前について [paras.6.75-6.85]

2006 年 12 月から鉱業省次官が仲介した三者合意（2007 年 3 月）までの間、同省の介入に関し、被申立国に責任はない²⁸。また、2007 年 3 月～9 月 24 日の間、両派は三者合意の不履行・対立激化に至り、申立人・推進派の行為が分断・緊張を増幅させていた。その中で申立人に対する活動制限により反対派を宥めようとした同省の行為も、被申立国に本件 BIT 上の責任を生じさせない。

しかし、2007 年 9 月 25 日の鉱業省による全活動停止決定は、2008 年 11 月（「解除決定」）までの 14 か月間、反対派の行為にかかわらず、申立人の EIS 完了を法的に不可能にするものとなった。

FET 及び完全保護保障義務（FPS）²⁹は、いずれも、国が損害を与えないことだけでなく、国による作為を要求し得る。両者は相異なる法的義務だが、本件での論点は同じとなる。すなわち、被申立国は、申立人の EIS に必要な地元協議等の活動のためのアクセス確保の措置を、反対派に対して講ずるべきであったか。

確かに、反対派に起因するリスクには長い歴史があり、同地域での警察を含む国家的プレゼンスは弱く実効性がなかった。しかし、被申立国は、反対派の実力妨害による事実上の効果を法的に追認するのではなく、EIS に必要な地元協議完了等のため申立人支援を試みるべきであった。全ての問題が解決できる措置があり得たのか、今となっては困難な問題だが、何もしないことは正当化されず、また、本件 BIT 上、悪い状況をさらに悪化させる（EIS 完了を法的・物理的に不可能とした）のは許容されない。完全に反対派側に立った措置は不合理で不均衡である。その意味で、被申立国の 2007 年 9 月～08 年 11 月の行為は恣意的で、FET/FPS に反し、かつ、「解除決定」の性格付け（前述(a)の違法収用及び追加の FET 違反）に実質的に寄与したと結論する。

(c) 因果関係・過失相殺等³⁰ [paras 6.86-6.102]

2008 年 11 月（「解除決定」時）、申立人の活動は採掘に至っておらず、他方、当時すでに世

²⁷ ARTICLE II. Establishment, Acquisition and Protection of Investments

[...]

2. Each Contracting Party shall accord investments or returns of investors of the other Contracting Party:

(a) fair and equitable treatment in accordance with principles of international law, and

(b) full protection and security.

[...]

²⁸ 仲裁廷は、2007 年 3 月以前に申立人が鉱業権①にアクセス困難となったことは、それ自体本件 BIT 違反を構成せず、また、被申立国に帰属されない第三者の行為によると判断した。さらに、2006 年夏以降の多くの事象は実質的に申立人が引き起こし、鉱業省の介入はむしろ B 社のような帰結（本文 I.A 参照）をおそらく防いだ、と評価する。

²⁹ 前掲注 27。

³⁰ 仲裁廷は、国連国際法委員会の Draft ILC Articles of Responsibility of States for Intentionally Wrongful Acts, with commentaries, 2001 の 31 条・39 条などに照らして検討した。

[31.1] The responsible State is under an obligation to make full reparation caused by the internationally wrongful act of a State.

[31.2] Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.

[39] In the determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by willful or negligent action or omission of the injured State or any person or entity in relation to whom reparation is sought.

界経済危機は始まり、鉱業権の価値にも深刻な悪影響が生じていた。上述のとおり、2007年9月以降、被申立国のFET/FPS違反はあったが、収用には至らないものであった。

既に2007年9月以前、2006年半ば～後半の申立人子会社等の行為のため、仮にその後EISが完了しても、鉱業権①の商業的成功の可能性は大きく減少していた。外国投資家は、住民が道路封鎖、暴行、放火、脅迫など遵法な挑発をした場合も、手の込んだ自力救済を画策して武装人員を雇い、民間人に発砲する、催涙ガスを使う等の手段を用いるべきでない。愚かで理解し難い行為で、自身の状況を悪化させた。申立人子会社幹部らにエクアドル刑法に反する暴力行為を指示した責任があり、カナダ経営陣には過失が認められる。

Yukos事件の三つのECT仲裁判断³¹、MTD v チリ³²、Occidental v エクアドル³³等の過去の仲裁判断を参照し、本件の事情を評価し、申立人の過失割合を30%とする。

2. 鉱業権② [paras.6.103-6.128]

本件BIT8条1項は、資産の物理的剥奪または権原の移転を伴う直接収用とは別に、間接収用を認めている。

本件では、2008年1月25日の「無効化決定」(鉱業権①)³⁴、同月31日の鉱業権②返還に関する鉱業省次官宣言、2008年11月の「解除決定」(鉱業権①)、2009年1月29日鉱業法制定を経て、申立人子会社は、鉱業権②に関し、名目上の権利者に過ぎない状態、経済的利益を利用・享受・処分できない状態に置かれた。これは申立人子会社の買主①への売却失敗(2009年6月)に示されている。以上から、2009年7月までに鉱業権②につき間接収用に相当する実質的剥奪が認められる。なお、上記「無効化決定」と「解除決定」は鉱業権②を対象としていないが、背後の政府方針は共通であり、鉱業権①の経緯から申立人の悪評判は政府内で既に確立し、鉱業権②の解除回避は合理的に期待し得ない状況であった。

買主②は2010年1月に鉱業権②の更新を政府から求められ、同年4月に更新したが、このことは、買主②は申立人とは別の存在であるとする被申立国の認識を示すもので、申立人との関係で実質的剥奪を否定する事情ではない。

デューディリジェンスで得た情報に基づく買主①の行動について、申立人に非は無い。買主①

³¹ 各当事者の損害への寄与度評価に関し仲裁廷の広い裁量を認め、同事件では投資家側の過失を25%とした。

Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 226, UNCITRAL, Final Award of 18 July 2014 (Fortier, Poncet, Schwebel); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, UNCITRAL, Final Award of 18 July 2014 (Fortier, Poncet, Schwebel); *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, UNCITRAL, Final Award of 18 July 2014 (Fortier, Poncet, Schwebel)。評釈は、瀧本正太郎「課税権の濫用による収用の成立」JCA ジャーナル 62巻3号(2015)。

³² 過失割合50%とした。*MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004 [paras.242-246]。 *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. チリ*, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007 [para.99] も参照。

³³ 過失割合を25%とした。*Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award of 5 October 2012 [paras.659-687]。同事件の評釈として、小川和茂「申立人の行為に対して採られた被申立国の措置が実質的な収用に該当するとされた事例」JCA ジャーナル 60巻4号(2013) 56-63頁。

³⁴ 鉱業省の地域部局は、2008年1月25日、憲法上の国家の天然資源に対する不可譲の所有権を根拠に、事前通告なしで鉱業権①を違憲無効と宣言した。これに対し、2008年9月、申立人の不服申立てを受けて、同省中央部局は同決定を取り消したため、仲裁廷は、鉱業権①との関係では、収用の剥奪要件や、FET その他の違反を認めなかった。[paras.1.109, 4.307-4.308, 4.314, 6.72-6.74]

他方、本文の通り、鉱業権②との関係では、この経緯を背景事情として考慮している。

の情報入手自体、その適法性は証明されていない。

C. 賠償 (Compensation) [paras.7.1-7.32]

申立人は、主位的主張において、公正市場価格 (Fair Market Value : FMV) として申立人株価等に基づく算定を求め³⁵、予備的主張として支出費用に基づく算定を求めた。

しかし、申立人の鉱業権は未だ初期の探査段階で実際の採掘活動に至っておらず、何ら事業実績がない。特に鉱業権①は、探査段階より先の段階に進める可能性は、2006年12月時点で僅かなものとなっていた。損害算定が困難な本件の事情に照らし、国際法上許容された限度での逸失利益を追求するよりも、本件 BIT8 条 1 項及び一般国際法上の考え方³⁶を下回らない損害算定として、証明された支出額に依拠し、鉱業権①関係 15,977,994 アメリカ合衆国ドル、鉱業権②関係 8,312,899 アメリカ合衆国ドルを申立人の損害と認める。申立人が適法に行った地域開発プログラム費用を認めるのは不合理ではない。損害算定にあたり、直接収用と間接収用を区別しない。

鉱業権①関係は過失相殺分(上記 B.1.(c))の 30%減額で 11,184,595.80 アメリカ合衆国ドル、鉱業権②関係は買主②から得た 5 万アメリカ合衆国ドルの控除で 8,262,899 アメリカ合衆国ドル、合計額は 19,447,494.80 アメリカ合衆国ドルとなる。

D. 利息 [paras.8.1-8.12]

被申立国は、エクアドル法適用を主張し、複利は公序違反であるとしたが、当仲裁廷は、一般国際法上の完全賠償の考え方³⁷に従い、複利を採用し、26 週間アメリカ合衆国国債に通常商業プレミアム 3%を加えた利率を適用する。利息の始期について、鉱業権①は 2008 年 11 月 3 日、鉱業権②は 2009 年 6 月 30 日とする。

E. 費用負担 [paras.9.1-9.10]

明確な勝訴当事者がいないことを考慮し、弁護士費用等は各自負担、仲裁費用は折半とする。

³⁵ 2008 年後半以降、いわゆるリーマンショックを挟むなど、申立人株価及び一般株価がかなりの変動を経たことが争点の背景の一つにある。

申立人は、2008 年 1 月 24 日を基準日とし (前掲注 34 参照)、(i) 類似の鉱業資産に関する市場取引の 40%、(ii) 基準日 30 日前の申立人株価の 40%、(iii) 基準日 6 か月前に行われた申立人株式の公募価格の 20%、の加重平均を主張し、44.8 百万~72.8 百万アメリカ合衆国ドル、その中間値として 69.7 百万アメリカ合衆国ドルを主張した。[para7.5]

³⁶ 国家の違法行為に対しては、国際慣習法上、「完全な賠償」が要求される。 *Case concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Judgment on the Merits, 13 September 1928, PCIJ Reports, Series A, No. 17.

³⁷ 前掲注 36。

案件 111 : ロシア v Veteran Petroleum Limited, Yukos Universal Limited, Hulley Enterprises Limited (C/09/477160/HAZA15-1, C/09/477162/HAZA15-2, C/09/481619/HAZA15-112)

(JCA ジャーナル 2016 年 8 月号 (81))

判断年月日 : 2016 年 4 月 20 日

裁判所の構成 : D. Aarts, I. A. M. Kroft and H.F.M. Hofhuis (ハーグ地方裁判所)

一 判断のポイント :

- ・エネルギー憲章条約が(当該国において効力を発生する前においても)当該国に暫定的に適用されることを認める同条約 45 条 1 項における ” to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations ” なる制限条項は、暫定的適用という手法自体の国家法との不整合を問題にしているのではなく、同条約の各規定につき当該国家の法と不整合であればそれは暫定的にであっても適用されない旨を定めていると解される。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

被告らはキプロス共和国法人またはマン島法人であり、ロシア法人である Yukos Oil Company (以下、Yukos と呼ぶ) の株主である。2003 年以降、原告国であるロシアの税務当局は、Yukos が税法に違反しているとして課徴金等を課し、その資産を凍結・強制売買し、結果、Yukos は倒産した。これに対し、被告らは、エネルギー憲章条約に反する不法な収用であるとして Permanent Court of Arbitration に仲裁を申し立てた。仲裁廷は、2009 年に管轄を肯定する暫定的判断を示し¹、最終的には原告国に 500 億アメリカ合衆国ドルを超える莫大な賠償を命じた²。これに対し、原告国が仲裁判断の取消しを求めて仲裁地国であるオランダ王国のハーグ地方裁判所に訴えたのが本件であった。仲裁判断取消手続では特に、原告国が同条約につき署名はしたものの批准はしていなかったという状況下で、そのような場合であっても同条約が暫定的に適用されることを認めている同条約 45 条 1 項の規定に関し、同規定における ” to the extent

¹ Veteran Petroleum v. Russia (PCA Case No. AA 228); Yukos Universal Limited v. Russia (PCA Case No. AA 227); Hulley Enterprises Limited v. Russia (PCA Case No. AA 226).

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0891.pdf>

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0910.pdf>

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0411.pdf>

² Veteran Petroleum v. Russia (PCA Case No. AA 228); Yukos Universal Limited v. Russia (PCA Case No. AA 227); Hulley Enterprises Limited v. Russia (PCA Case No. AA 226).

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3280.pdf>

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3278.pdf>

なお、同仲裁判断の評釈として、濱本正太郎「投資仲裁判断例研究 (65) 課税権の濫用による収用の成立 Hulley/Yukos/Veteran v. ロシア」本誌 62 巻 3 号 64 頁 (2015) も参照。

that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations” という制限条項の意味するところについて争われた (2.1-2.10)。

Article 45. Provisional application

1. Each signatory agrees to apply this Treaty provisionally pending its entry into force for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations.

2. a) Notwithstanding paragraph 1 any signatory may, when signing, deliver to the Depositary a declaration that it is not able to accept provisional application. The obligation contained in paragraph 1 shall not apply to a signatory making such a declaration. Any such signatory may at any time withdraw that declaration by written notification to the Depositary.

b) Neither a signatory which makes a declaration in accordance with subparagraph a nor Investors of that signatory may claim the benefits of provisional application under paragraph 1.

c) Notwithstanding subparagraph a), any signatory making a declaration referred to in subparagraph a) shall apply Part VII provisionally pending the entry into force of the Treaty for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its laws or regulations.

3. a) Any signatory may terminate its provisional application of this Treaty by written notification to the Depositary of its intention not to become a Contracting Party to the Treaty. Termination of provisional application for any signatory shall take effect upon the expiration of 60 days from the date on which such signatory's written notification is received by the Depositary.

...

この点、仲裁廷は、45 条 1 項におけるかかる制限条項の意味について、以下のように判断して管轄を肯定していた（以下の括弧内の数字は仲裁判断におけるパラグラフ番号を指す）。

すなわち、この点につき原告国は、本条約における規定それぞれについてロシア法との整合性の有無が審査されなければならないとの立場 (Piecemeal Approach) を主張したが、被告らは、暫定的適用という手法自体がロシア法に反するか否かの審査を要求しているものにすぎないと主張した (All or Nothing Approach) (292)。

この点、” such” の通常の意味からは「本条約」の暫定的適用を意味すると解されるべきである (303-305)。ウィーン条約法条約 31 条 1 項を基に解釈するとすれば³、かかる制限条項は本条約全体を暫定的適用することが問題にされていると解されるべきであり、Kardassopoulos v.

³ ウィーン条約法条約 31 条 1 項については後掲 (注 6) を参照。

Georgia 事件における ICSID 仲裁判断（ICSID Case No. ARB/05/18）も同旨である⁴。その意味で “All or Nothing”、すなわち、条約が全体として暫定的適用されるのか、それとも、全くされないのかが問われることになる（308-311）。

その上で、加盟国の国内法制と本条約の目的や国際法の目的との整合性を考えるに、本条約 45 条 1 項は、国内法の存在を条約不履行の理由にはできないと定めるウィーン条約法条約 27 条が存在する中で⁵、国内法制との整合性を理由に暫定的適用それ自体を排除することを可能にするためのものである（312-314）。国内法の存在を条約不履行の理由にすることを全く自由に許せば国際的な法的約束は無に帰するため、条約の条文上明確にこれを定めているような場合でない限り許されるべきではないし、本条約 45 条 1 項はそのような場合ではない（315）。もちろん、Crawford 教授や Reisman 教授が述べるように、国家は条約の内容を自国法にあわせて自由にドラフトできるわけではあるが、そのような場合に必要な条文上の明確性を本条約 45 条 1 項は有していない（320）。また、過去に 45 条 1 項による暫定的適用の制限条項に依拠した 6 カ国についても、条約全体について問題にしているし、起草過程においても同様の意思を見出すことができる（321-322）。したがって、まずは本条約の暫定的適用という手法自体がロシア法と不整合かを検討し、もしそうでなければ、本案に入ることとする（323）。

そこで、本条約の暫定的適用という手法自体のロシア法との不整合の有無であるが、署名の時点で判断がなされるべきところ、2009 年 8 月 20 日にロシアが 45 条 3 項 a 号に基づいて本条約の締約国にならない意思を連絡することで暫定的適用が終了するまでの間は、何ら不整合を見出すことができない。（330-343）

なお、本条約の紛争解決条項がロシア法と不整合であるとの原告国の主張についても付言するに、ロシアの外国投資法において投資家・国家間紛争につきロシア法上仲裁可能であることは明らかであり、同法上の「外国投資家」や「外国投資」の定義も本条約と整合的であるし、当事者適格についても問題はない（370-372）。本条約の批准のためにロシア国内で政府代表が提出した説明文書においても同様に説明されているし、専門家証人の審尋・論文においても裏付けられ、また、これまでの他の二国間投資協定との関係でも同様である（374-378）。さらに、国際条約に関するロシア法との関係でも問題はなく（379-387）、本条約の紛争解決条項がロシア法と不整合であるということはない（392）。

三 判断概要：

II. 裁判所の判断

ハーグ地方裁判所は、以下のように判示して、本件の管轄を否定し、上記の仲裁廷により下された全ての仲裁判断を取消し、被告らに手続費用の負担を命じた（以下の括弧内の数字は判決におけるパラグラフ番号を指す）。

⁴ <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0444.pdf>

⁵ ウィーン条約法条約 27 条

「当事国は、条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用することができない。この規則は、第 46 条の規定の適用を妨げるものではない。」

1. エネルギー憲章条約 45 条

本条約における制限条項はウィーン条約法条約 31 条・32 条に従って解釈される、すなわち、本条約の文脈、その趣旨及び目的に照らし解釈されなければならない⁶⁷。文脈というときには、前文及び附属書を含む条約文を指し、「条約の適用につき後に生じた慣行であって条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」が考慮される。また、「(a) 解釈によっては意味があいまい又は不明確である場合」や「(b) 解釈により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」には、解釈の補足的な手段として、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情が重要である (5.9)。

本条約の 45 条 1 項について、“to the extent” の意味は、権威ある辞書、本条約の他言語版における表現に照らして解釈されるべきである (5.10-11)。仲裁廷は、本条約の暫定的適用それ自体の禁止と解釈し、その際に “such” が「本条約」を指すという点を重視したが、当裁判所としてはこの点には重要性を見出すことはできない (5.12)。また、整合的であるべき当該国の法につき “constitution”、“laws” に加えて “regulations” という言葉が加えられていることも説明がつかない (5.13)。さらに、本条約の第 7 章のみの暫定的適用に関して定める 45 条 2 項 c 号においては、当該国の “constitution” が抜かれており、単に当該国の “laws or regulations” との整合性のみが問題とされているが、暫定的適用それ自体との整合性という立場からはこのことの説明は困難であり、仲裁廷の解釈には偏りがあると言わざるを得ない (5.14-17)。よって、本条約における規定それぞれについてロシア法との整合性の有無が審査されなければならない (5.18)。

この点、仲裁廷は、ウィーン条約法条約 26 条・27 条の存在から⁸、そのような解釈は本条約の目的とも国際法の性質とも矛盾するとする。しかし、当裁判所は、仲裁廷が本条約の目的から自らの解釈の正当性を導くことに成功していないと考えるし、ウィーン条約法条約 26 条・27 条から本条約 45 条の解釈が自動的に導かれるとも考えない。むしろ、ウィーン条約法条約 25

⁶ ウィーン条約法条約 31 条

「1 条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。

2 条約の解釈上、文脈というときは、条約文（前文及び附属書を含む。）のほかに、次のものを含める。

(a) 条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意

(b) 条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であってこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの

3 文脈とともに、次のものを考慮する。

(a) 条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意

(b) 条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの

(c) 当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則

4 用語は、当事国がこれに特別の意味を与えることを意図していたと認められる場合には、当該特別の意味を有する。」

⁷ ウィーン条約法条約 32 条

「前条の規定の適用により得られた意味を確認するため又は次の場合における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる。

(a) 前条の規定による解釈によっては意味があいまい又は不明確である場合

(b) 前条の規定による解釈により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」

⁸ ウィーン条約法条約 26 条

「効力を有するすべての条約は、当事国を拘束し、当事国は、これらの条約を誠実に履行しなければならない。」

ウィーン条約法条約 27 条については、前掲（注 5）を参照。

条をみると⁹、「条約又は条約の一部は、次の場合には、条約が効力を生ずるまでの間、暫定的に適用される。(a) 条約に定めがある場合…」と規定しているのであるし、制限条項の存在は条約の暫定的適用を確実にするためにあるとさえもいえる(5.19)。先例である *Kardassopoulos v. Georgia* 事件の仲裁判断も、その事件における仲裁廷の長が本仲裁廷の長と同一人物であり(L. Yves Fortier)、先例としては参考にならない(5.20)。また、「条約の適用につき後に生じた慣行」の存在についても、ウィーン条約法条約 31 条 3 項 b 項によれば、「条約の解釈についての当事国の合意を確立」していなければならないが¹⁰、そのような主張も立証もなかった(5.21)。また、ウィーン条約法条約 32 条にいう「解釈によっては意味があいまい又は不明確である場合」や「解釈により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」にもあたらないため¹¹、「条約の準備作業及び条約の締結の際の事情」を斟酌する必要もないが、本条約の準備作業過程で 45 条 1 項に ” constitution”、” laws” に加えて ” regulations” という言葉が加えられた事情は参考にはなろう(5.22)。

よって、当裁判所は原告国の解釈を支持する(5.23)。

2. エネルギー憲章条約 26 条のロシア法との整合性

そこで、エネルギー憲章条約 26 条における仲裁条項とロシア法の整合性につき検討する。その際には、(被告らが主張するような)かかる仲裁条項がロシア法で明示的に禁止されているか否かといった検討ではなく、ロシア法と “inconsistent” であるか否かという観点からの検討が必要なのであり、この点をロシア法の専門家による報告書に基づいて判断することとする(5.32-34)。

(1) 外国投資法

仲裁廷は、1991 年外国投資法 9 条 2 項と 1999 年外国投資法 10 条により¹²¹³、投資家と国家

⁹ ウィーン条約法条約 25 条

「1 条約又は条約の一部は、次の場合には、条約が効力を生ずるまでの間、暫定的に適用される。

(a) 条約に定めがある場合

(b) 交渉国が他の方法により合意した場合

2 条約又は条約の一部のいずれかの国についての暫定的適用は、条約に別段の定めがある場合及び交渉国による別段の合意がある場合を除くほか、当該いずれかの国が、条約が暫定的に適用されている関係にある他の国に対し、条約の当事国とならない意図を通告した場合には、終了する。」

¹⁰ 前掲(注 6)を参照。

¹¹ 前掲(注 7)を参照。

¹² The Law of Foreign Investments 1991 9 条

“1. Investment disputes, including disputes over the amount, conditions and procedure of the payment of compensation, shall be resolved by the Supreme Court of the RSFSR or the Supreme Arbitrazh Court of the RSFSR, unless another procedure is established by an international treaty in force in the territory of the RSFSR. 2. Disputes of foreign investors and enterprises with foreign investments against RSFSR State bodies, disputes between investors and enterprises with foreign investments involving matters relating to their operations, as well as disputes between participants of an enterprise with foreign investments and the enterprise itself shall be resolved by the RSFSR courts, or, upon agreement of the parties, by an arbitral tribunal, or, in cases specified by the laws, by authorities authorized to consider economic disputes.”

¹³ The Law on Foreign Investments 1999 10 条

“A dispute of a foreign investor arising in connection with its investments and business activity conducted in the territory of the Russian Federation shall be resolved in accordance with international treaties of the Russian Federation and federal laws in courts, arbitrazh courts or through international arbitration (arbitral tribunal).”

の紛争にもロシアでは仲裁可能性が認められると判断した (5. 35)。しかし、一般に公法に関する紛争に仲裁可能性が認められている例は無い (5. 36)。また、1992 年商事手続法 21 条によれば ” economic dispute ” のみ仲裁可能性があるとされており、他の関連諸法においても “arising out of civil law relations” の紛争にのみ仲裁可能性があるとされている (5. 37)。また、公法的な紛争は仲裁可能性がないことを前提に、非対等な当事者間の紛争については公法的な紛争であるともされており、対等な当事者間であったとしても公的利益や公的主体、財政に関するものは社会的に重要な公的要素があるとされる (5. 38)。さらに、ロシア民法 16 条においても、私的な法律関係に基づくものではない限り、国家に対する損害賠償は仲裁可能性がないとされている (5. 39-40)。なお、被告らは、一方当事者が外国の主体であれば別異に取り扱われるといった主張もしているが、そのような関係性は上記の法秩序を何ら変えるものではなく、しかも、本件では国家と投資家の私的な法律関係が問題になっているわけではない (5. 41)。

1991 年外国投資法 9 条 2 項については、ソビエト連邦構成共和国外国投資基本法 43 条と関連付けて解釈されなければならない (5. 43) ¹⁴。どちらにおいても、紛争は、投資家と国家の間に私的な法律関係が無い場合とある場合の二つに区分されており、1991 年外国投資法 9 条 1 項が前者、2 項が後者を扱っていることがわかる (5. 44-5. 50)。したがって、投資家と国家の間に私的な法律関係が無い本件につき、その仲裁可能性に関して 1991 年外国投資法 9 条 2 項に依拠することはできない (5. 51)。

1999 年外国投資法 10 条についても、専門家によれば、条約や連邦法に規定があるときに仲裁が可能である旨を定めたものにすぎないことになる (5. 52-57)。とすると、エネルギー憲章条約 26 条の存在があつて初めて投資家・国家間紛争の仲裁が可能になるのであり ¹⁵、同法のこ

¹⁴ The Fundamentals of Legislation on Foreign Investments in the USSR 1991 43 条

“1. Disputes between foreign investors and the State are subject to consideration in the USSR in courts, unless otherwise provided by international treaties of the USSR.

2. Disputes of foreign investors and enterprises with Soviet State bodies acting as a party to relationships regulated by civil legislation, enterprises, social organizations and other Soviet legal entities, disputes between participants of the enterprise with foreign investments and the enterprise itself are subject to consideration in the USSR in courts or, upon agreement of the parties, in arbitration proceedings, inter alia, abroad, and in cases provided by legislative acts of the Union of SSR and the republics - in arbitrazh courts, economic courts and others.”

¹⁵ エネルギー憲章条約 26 条

“1. Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably.

2. If such disputes cannot be settled according to the provisions of paragraph 1 within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, the Investor party to the dispute may choose to submit it for resolution:

a) to the courts or administrative tribunals of the Contracting Party party to the dispute;

b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute settlement procedure; or

c) in accordance with the following paragraphs of this Article.

3. a) Subject only to subparagraphs b) and c), each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation in accordance with the provisions of this Article.

b) (i) The Contracting Parties listed in Annex ID do not give such unconditional consent where the Investor has previously submitted the dispute under subparagraph 2a) or b).

(ii) For the sake of transparency, each Contracting Party that is listed in Annex ID shall provide a written statement of its policies, practices and conditions in this regard to the Secretariat no later than the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval in accordance with Article 39 or the deposit

の条文をもってロシア法が仲裁可能性を認めているということとはできない (5. 58)。

こうした解釈は、1996年のロシア政府によるエネルギー憲章条約批准のための説明文書における「エネルギー憲章条約の規定はロシア法と整合的である」、「外国投資に関する既存の法あるいは現在審議中の法の規定と整合的である」、「そうした法の変更の必要もない」といった記載によっても揺るがない (5. 59)。これは議会に批准をさせることを意図した政府の文書にすぎず、ロシアにおける立法機関であるロシア議会による審議の結果、結局のところ、批准は認められなかったのである。また、同文書は内容的にも概括的なことを述べているにすぎない上に、批准の際にロシア法を変更する必要があるか否かという問題と、暫定的適用の際にロシア法との整合性があるのかという問題は別の問題である (5. 60-61)。また、他の二国間投資協定に関する起草過程においても、協定の内容がロシア法とは異なることの言及が繰り返されている (5. 62-63)。したがって、外国投資法の1991年と1999年のどちらの版においても、本件のような紛争において仲裁可能性が認められていないとの主張は揺るがない (5. 64)。

of its instrument of accession in accordance with Article 41.

c) A Contracting Party listed in Annex IA does not give such unconditional consent with respect to a dispute arising under the last sentence of Article 10(1).

4. In the event that an Investor chooses to submit the dispute for resolution under subparagraph 2 c), the Investor shall further provide its consent in writing for the dispute to be submitted to:

a) (i) The International Centre for Settlement of Investment Disputes, established pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington, 18 March 1965 (hereinafter referred to as the “ICSID Convention”), if the Contracting Party of the Investor and the Contracting Party party to the dispute are both parties to the ICSID Convention; or (ii) The International Centre for Settlement of Investment Disputes, established pursuant to the Convention referred to in subparagraph a) (i), under the rules governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the Centre (hereinafter referred to as the “Additional Facility Rules”), if the Contracting Party of the Investor or the Contracting Party party to the dispute, but not both, is a party to the ICSID Convention;

b) a sole arbitrator or ad hoc arbitration tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as “UNCITRAL”); or

c) an arbitral proceeding under the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

5. a) The consent given in paragraph 3 together with the written consent of the Investor given pursuant to paragraph 4 shall be considered to satisfy the requirement for:

(i) written consent of the parties to a dispute for purposes of Chapter II of the ICSID Convention and for purposes of the Additional Facility Rules;

(ii) an “agreement in writing” for purposes of article II of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, 10 June 1958 (hereinafter referred to as the “New York Convention”); and

(iii) “the parties to a contract [to] have agreed in writing” for the purposes of article 1 of the UNCITRAL Arbitration Rules.

b) Any arbitration under this Article shall at the request of any party to the dispute be held in a state that is a party to the New York Convention. Claims submitted to arbitration hereunder shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for the purposes of article I of that Convention.

6. A tribunal established under paragraph 4 shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.

7. An Investor other than a natural person which has the nationality of a Contracting Party party to the dispute on the date of the consent in writing referred to in paragraph 4 and which, before a dispute between it and that Contracting Party arises, is controlled by Investors of another Contracting Party, shall for the purpose of article 25(2)b) of the ICSID Convention be treated as a “national of another Contracting State” and shall for the purpose of article 1(6) of the Additional Facility Rules be treated as a “national of another State”.

8. The awards of arbitration, which may include an award of interest, shall be final and binding upon the parties to the dispute. An award of arbitration concerning a measure of a sub-national government or authority of the disputing Contracting Party shall provide that the Contracting Party may pay monetary damages in lieu of any other remedy granted. Each Contracting Party shall carry out without delay any such award and shall make provision for the effective enforcement in its Area of such awards.”

したがって、エネルギー憲章条約 26 条はロシア法と整合的ではない (5. 65)。

(2) 暫定的適用と議会による条約の批准

1993 年ロシア憲法上、ロシア法の改正権限を有する議会が批准についても権限を有しており、特に、エネルギー憲章条約 26 条との関係では、批准なしに暫定的適用はできない (5. 73)。

案件 112 : Murphy Exploration & Production Company International v エクアドル (PCA Case No. 2012-16 (formerly AA 434))

(JCA ジャーナル 2017 年 6 月号 (90))

判断年月日 : 2016 年 5 月 6 日 (部分的最終判断)

仲裁廷の構成 : Bernard Hanotiau (ベルギー王国・長)、Kaj Hobér (スウェーデン王国)、Yves Derains (フランス)

一 判断のポイント :

- ・ エクアドルの Law42 はアメリカ合衆国-エクアドル BIT10 条 2 項に定める税制事項 (matters of taxation) にあたらない。
- ・ 公正衡平待遇義務違反の認定における正当な期待の保護について、特別な表明がなくとも正当な期待は生じ得る。
- ・ 本件の正当な期待の保護は、法的枠組および契約の文言から判断して、原油価格が石油産出事業の参入割り当ての算出要素とならないということの保証であり、国家の収入分を 50% とする限りは正当な主権行使の範囲内であるが、99% にした時点で正当な期待の侵害にあたる。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

アメリカ合衆国法人 Murphy は Murphy Ecuador とその 100% 子会社である Canam Offshore Limited (バミューダ諸島法人。以下、Canam という。) を通じてエクアドルで石油の探査開発事業に従事していた。Canam は 1970 年 6 月 1 日に Murphy に取得され、Murphy の完全子会社となった。2004 年まで、Murphy Ecuador は Murphy の 100% 子会社であったが、2004 年に Murphy Ecuador は Canam の子会社となった。[para.42]

エクアドルでは、1960 年代には石油探査開発がコンセッション契約の下で行われてきたが、1970 年代に石油価格が高騰すると、石油産業は国有化され国営企業 CEPE (*Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana*, のちに Petroecuador) に移管された。[paras.43-45]

Murphy Ecuador のエクアドルにおける当初の投資は、3 つのエリア (Block16、Bogi-Capirión、Tivavuno) におけるサービス契約に規律される石油探査生産プロジェクトであった。Block16 については、Conoco 社等からなるコンソーシアムと Petroecuador との間でサービス契約が 1986 年に締結され、1987 年に Conoco はその 10% を Murphy Ecuador に、さらに 10% を Canam に、それぞれ割り当てた。Bogi-Capirión については、Murphy Ecuador と Canam 等からなるコンソーシアムと Petro-producción (Petroecuador の子会社) との間に 1991 年にサービス契約が締結された。Tivavuno については、やはり Murphy Ecuador と Canam 等からなるコンソーシアムと Petroecuador および Petro-producción との間に 1992 年にサービス契約が締結され

た。[paras.46-50]

ところが、1995年までに、Block16から産出される原油の販売が、コンソーシアムの経費をカバーして政府に収入をもたらすには至らないことが明確になり、エクアドルは、産出された石油の一部を投資家に割り当てるが、産出に係わる経費と石油価格低下のリスクは企業が引き受ける参入契約に切り替えることとした。[paras.55-58]

1996年に、コンソーシアムと Petroecuador は、合意により、Block16のサービス契約を参入契約に変更した。参入契約は、生産された石油の割当分についてコンソーシアムのメンバーに完全な権利を与えるものであった。申立人によれば、割り当ては一日の産出量のみを基礎として計算され、参入契約への移行の主目的の一つは世界的な石油価格の変動のリスクをコンソーシアムに負わせることであって、石油価格が低くなってもコンソーシアムは政府に補填を請求できず、高くなっても政府はコンソーシアムの取り分が多すぎると主張することはできないことになっていた。対してこれは、被申立国によれば、石油価格は割り当て分を決定する際の考慮要素であった。[paras.64-67, 74]

2002年初頭原油価格が高騰し、2006年7月には1バレル当たり75USDまで上昇した。報道によれば、2005年9月、エクアドル大統領はエクアドルの参入契約割り当てを50%にしたいと述べている。[paras.78-81]

2006年3月29日、エクアドル議会はLaw42を可決し、これは2006年4月25日に施行された。Law42は参入契約に係わる全ての投資家に適用された。「石油価格の剰余への参入」を参入契約の当事者である石油企業から受け取る権限を国家に与えるものであった。Law42に基づく大統領令1672号により、参入契約締結当時との石油価格の差から生じる「余剰収益」の少なくとも50%を国家に割り当てることとされた。Law42が施行される直前に、Canamはコンソーシアムでの自らの利益の全体をMurphy Ecuadorに割り当てることとした。この日から、Murphy Ecuadorはコンソーシアムの利益の20%を保有することになった。2007年10月には、新たに選ばれたCorrea大統領が、余剰収益の少なくとも99%を国家に割り当てる大統領令662号を定めた。[paras.82-87]

2007年12月28日、憲法制定会議は*Ley de Equidad Tributaria*（税法）を制定した。この法は、原油の売却による収益ないし「余剰収益」に対して70%の課税を認めるものであり、2008年1月1日以後の全ての参入契約に適用された。70%の課税は石油価格が基準価格を超えた場合に適用され、基準価格はPetroecuadorと契約当事者との間で合意により設定されるものとされた。そして、当該合意がなされれば、当該契約にはLaw42が適用されないこととされた。本件コンソーシアムとPetroecuadorの交渉は2008年1月から3月までに行われた。[paras.90-94]

2008年3月3日、Murphyはアメリカ合衆国-エクアドルBITに基づいて、ICSID仲裁手続を開始した¹。[para.95]

コンソーシアムを代表したRepsolと政府の交渉が行き詰まった後、2008年6月9日、Murphy Ecuadorは他のBlock16コンソーシアムのメンバーと別個のICSID仲裁手続を開始した

¹ *Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/4.

(Repsol ICSID 仲裁)。当該仲裁は、スペイン王国-エクアドル BIT の下での手続きとして行われた²。[para.97]

2009年2月19日、Petroecuador はコンソーシアムに対して迅速債権回収 (coactiva) 手続を開始した。Repsol と Murphy は ICSID での暫定措置を求めた。スペイン王国政府の仲介による紛争の解決も図られたが、Murphy Ecuador が提示された文言に同意しなかったため、Murphy Ecuador のコンソーシアム内での利益を Repsol が買い取ることによって解決するしかなかった。[paras.105-107]

2009年3月12日に、Canam の Murphy Ecuador における収益の売買契約が Repsol との間で締結された。2010年11月23日、コンソーシアムは、全ての請求を取り下げ、エクアドルと和解契約を締結した。同日、コンソーシアムはエクアドルとの間で改訂契約の交渉に入った。[paras.108-116]

Murphy の ICSID 仲裁について、仲裁廷は管轄権なしと判断した³。Murphy は二度目の ICSID 仲裁の提訴を試みたものの、2011年8月19日、請求を取り下げ、9月21日に UNCITRAL 仲裁規則に基づく本仲裁手続を開始した。[paras.117-120]

三 判断概要：

II. 仲裁判断要旨

A. 管轄権

アメリカ合衆国-エクアドル BIT10 条 2 項は⁴、租税事項 (matters of taxation)」を同 BIT の規律対象から基本的に除外しているため (ただし、収用に関する BIT3 条は租税事項にも適用される)、本件に関しては Law42 が「税制事項 (matters of taxation)」にあたるか否かを判断しなければならない。[para.157]

本件 BIT は “matters” の意味も “taxation” の意味も明らかにしていない。条約法条約 31 条 1 項によれば、条約は信義誠実に、用語の通常の意味に従って、解釈されなければならない、用語の通常の意味は条約の趣旨及び目的に照らして判断されなければならない。[para.158]

用語の通常の意味を検討すると、申立人も被申立国も「税法」とは公益のために人々に対して国家に金銭を払う責務を課す法律であるとする Encana 仲裁判断の見解を受け入れている。また、

² *Repsol YRF Ecuador, S.A. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (PetroEcuador), ICSID case No. ARB/08/10, Claimants' Request for Arbitration and Provisional Measures, 9 June 2008.

³ *Murphy v. Ecuador*, *supra* note 1, Award on Jurisdiction, 15 December 2010.

⁴ 本件 BIT10 条 1 項及び 2 項は以下のとおりである。

- (1) With respect to its tax policies, each Party should strive to accord fairness and equity in the treatment of investment of nationals and companies of the other Party.
- (2) Nevertheless, the provisions of this Treaty, and in particular Article VI and VII, shall apply to matters of taxation only with respect to the following:
 - (a) expropriation, pursuant to Article III,
 - (b) transfers, pursuant to Article IV; or
 - (c) the observance and enforcement of terms of an investment Agreement or authorization as referred to in Article VI(a) or (b), to the extent they are not subject to the dispute settlement provisions of a Convention for the avoidance of double taxation between the two Parties, or have been raised under such settlement provisions and are not resolved within a reasonable period of time.

「税」が通常、被徴税者の利益に直接かかわりなく、公益のために政府によって課せられる義務的な徴収金を意味することは疑いの余地がない。仲裁廷は、“matters of taxation”の通常の意味を、公益のために、被徴税者の直接の利益とは関係なく様々な類型の人々に課せられる国家への金銭支払いの責務に関する事柄であると考え。[para.159]

BIT10 条 1 項は、同条 2 項を解釈する際の文脈として考慮される。10 条 1 項は「租税政策 (tax policies)」に言及しており、国内法により定められた税制は当該国家の租税政策の現れであるため、同条 2 項を解釈するに際してはエクアドルの税制を参照せねばならない。もっとも、エクアドル法上租税事項とされていれば直ちに条約上も租税事項になるというわけではない。また 10 条 3 項は、両当事国間の二重課税防止条約に言及している。一般に税務事項は、二国間の租税条約で適切にカバーされているという仮定の下で、通常の BIT から除外されており、租税条約の内容が「租税事項」の解釈に関係することが示唆される。他方、投資協定に含まれる収用的な税制や税法に関する規則は、通常は租税条約に規定されない。もっとも、エクアドルとアメリカ合衆国は、租税条約を締結していない。[paras.160-164]

本 BIT 全体の趣旨・目的は、両当事国の経済連携と他方締約国の国内にいる一方締約国国民による投資のより一層の促進であり、10 条の目的は、受入国領域内での課税権限に関する主権の尊重である。[para.165]

仲裁廷が、税務に関する国家主権を考慮して仲裁廷の権限が除外されているかどうかを評価するためには、国内法上の税制の範囲内でとられた措置なのかどうかを評価する必要がある。[para.166]

Law42 は炭化水素資源法の改正法であって、エクアドルの税法体系の中でなされた立法ではないことは両当事者間で一致している。また、Law42 が施行されたとき、政府高官もこれは税ではないとしていた。さらに、*Ley de Equidad Tributaria* が「税」という文言を用い、エクアドル税法典の一部を構成するものとされているのに対し、Law42 はそうではない。[paras.168-170]

両紛争当事者は、Law42 が租税事項に該当するかが争われた事件を含む、類似の事件に言及して主張を行った。EnCana 事件では、エクアドルにおける石油・ガス埋蔵地の開発のための契約から生ずる付加価値税がカナダ・エクアドル BIT にいう「課税措置 (taxation measures)」であるかが問題となった⁵。当該事件で問題となった税の払い戻しについての措置は、明らかにエクアドルの税制の一部であった。[paras.172-175]

Burlington 事件は、Law42 がアメリカ合衆国-エクアドル BIT10 条 2 項にいう租税事項といえるかについて判断した最初の例である。当該仲裁廷は、Law42 が税であるかはエクアドル法ではなく国際法の問題であるとして、①法律があるか、②様々な類型の人に課せられた義務か、③国家への金銭の支払いか、④公益のためであったかを要件とした。この基準に照らして Law42 は「税 (tax)」であるとされ、Law42 の有効性または執行についての争いは「租税事項」に関

⁵ Encana Corporation v. Republic of Ecuador, UNCITRAL, Award, 3 February 2006, para.133.

するものとして、管轄権から排除している⁶。[paras.177-178]

Occidental II 事件でも Law42 の税法としての性格が争われた。エクアドルは、Law42 は税 (tax) でないとしつつ、租税事項 (a matter of taxation) ではあると主張した。同仲裁廷は、Law42 は税 (tax) ではないとしつつ、租税事項であるかどうかについては判断しなかった⁷。[paras.179-182]

対して、Perenco 事件 (エクアドル・フランス BIT) では、Law42 がエクアドル法の下での税 (tax) と判断されている。当該事件では申立人が Law42 は税であると述べていた⁸。しかし、本件では Murphy も Murphy Ecuador も Law42 が税であると述べてはいなかった。[paras.183-184]

本件では、パラ 167-170 で述べた理由により、Law42 はエクアドル法上の税 (tax) ではないと判断する。[para.185]

Law42 がエクアドル法上の税でないとしても、BIT10 条において税制事項とみなされうるかについても判断しなければならない。確かに、Law42 は税に類似する性格を有している。その目的は石油に関する契約の一部を修正することと明示されており、国家が得る収入は契約によるものであり、Law42 に基づく国家の収入は租税収入とはされていない。したがって、Law42 は BIT10 条 2 項の意味での租税事項ではなく、管轄権に対するエクアドルの抗弁は認められない。[paras.188-192]

B. 本案

1) アメリカ合衆国・エクアドル BIT の下での公正衡平待遇基準は、慣習法上の国際最低基準の範囲を超えるか？

条約上の公正衡平待遇 (FET) 基準は、一般に透明性・一貫性・安定性・予測可能性・信義誠実・投資家の正当な期待の保護などの要素を含むものと理解されている。これら諸要素の具体的な適用は FET の文言によって変わるが、FET 条項の機能は基本的に同じであり、すなわち、条約や国際法により別途課される制約の範囲内での、安定性や予測可能性の確保である。ホスト国の法的・ビジネス的枠組の安定性及び予見可能性の確保は現代の国際慣習法基準の基礎ともなっている。「条約上の公正衡平待遇基準と必要とされるビジネス環境の安定性及び予見可能性との同基準の結びつきは、いずれも法的・双務的な約束に基礎を置くものではあるが、国際法上の最低基準およびその慣習法における展開となんらの相違もない⁹。」常に変動する国際基準は「国

⁶ *Burlington Resources INC. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, paras.178-216.

⁷ *Occidental Petroleum Corporation v. Republic of Ecuador (Occidental II)*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, paras.489-490. ただし、エクアドル・アメリカ合衆国 BIT10 条の下で明示的に「税制捨置」でなかったということは明示的に述べていない。(Murphy v. Ecuador, supra note 1, para.182.) なお、Occidental 判決について、小川和茂「投資協定仲裁判断研究 (44) 申立人の行為に対して取られた被申立国の措置が実質的な収用に該当するとされた事例」JCA ジャーナル 60 巻 4 号 (2013 年)、56-63 頁も参照。

⁸ *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Jurisdiction, 30 June 2011, paras.376-377.

⁹ *CMS Gas Transmission Corporation v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para.284.

家実行と司法的・仲裁的判例ないし慣習法・一般国際法という他の法源により規律されなければならない¹⁰。」

仲裁廷は、本件 BIT において、慣習法上の国際基準と FET 基準との間の違いを見出すための証拠を有していない。アメリカ合衆国-エクアドル BIT の FET 基準は国際最低基準より低くはなく、本件において、FET 基準が国際最低基準を超えた自律的な基準を反映しているかを議論する必要はない。[paras.205-208]

2) エクアドルが申立人の正当な期待を裏切ったかどうか。

投資家の正当な期待は、投資家が投資をした法的枠組の客観的理解に基づく。国家によって投資家になされた特別な表明や引き受けは投資家の側の正当な期待を作り出す重要な役割を担うが、正当な期待が生じるためにそれらが必ずなければならないというわけではない。仲裁廷は、Murphy がエクアドルで投資をした際における Murphy の正当な期待について、あらゆる関連状況を考慮して客観的な判断を下さなければならない。[paras.248-249]

①申立人の正当な期待の基礎となる国際的・国内的枠組

命令 1417 号は、政府の利益のために、技術的・経済的効率性を上げることが目的として、エクアドル石油産業に産業生産割り当て契約を導入するものだった。契約に定められた数式を用いて算定された石油生産の割当の確認、ロイヤリティーの控除、適用される税制が変更された場合に契約の全体的バランスを維持するために生産の割当が修正されることを保証する契約の経済安定条項など、多くの外国投資誘致を目的とする規定が含まれた。

エクアドルは 1990 年代に 19 もの BIT を締結し、全体で 27 の BIT を締結した。1996 年 12 月に、コンソーシアムと Petroecuador は参入契約を締結した。Murphy の正当な期待はこの時点に基礎づけられる。エクアドルは、法制改革を通じて、外国投資家およびエクアドルの双方の利益となるように機能する近代的で安定的かつ予測可能な法的・ビジネス上の枠組みを提供する国であるとして自らを打ち出したのである。また、1997 年 12 月に、エクアドルは投資促進保証法を制定している。その中で、投資協定上の義務に従うこと、および、エクアドルが署名した投資協定に基づく国際仲裁への付託同意を確認した。1998 年の憲法改正では、あらゆる経済活動の促進のため安定して信頼できる法的・制度的枠組を提供することが約束された。[paras.252-260]

②申立人の正当な期待を基礎づける契約上の規定

被申立国は、参入契約における生産割当の計算式の中に石油価格の変動も含まれると主張するが、契約の関連条項をそのように解釈することはできない。Burlington および Occidental II 両事件における仲裁廷も同様の結論に達している¹¹。[paras.261-272]

③正当な期待についての結論

¹⁰ *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, para.184.

¹¹ *Burlington v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Liability, para.285, and *Occidental II*, *supra* note 6, para.522. なお、濱本正太郎「投資協定仲裁判断研究 (48) 投資家の子会社が締結した契約に関する義務順守条項の援用可能性」JCA ジャーナル 60 巻 8 号 (2013 年) 36-43 頁参照。

参入契約の文言や参入契約を締結した当時のエクアドルの法的枠組に鑑みれば、コンソーシアムのメンバー（申立人を含む）は、参入契約の条件が、法の範囲内で契約当事者間の合意によらなければ変更されることはないことを期待していた。すなわち、原油価格は契約における参入割り当ての算出要素とならないということが契約当事者に保証されていた。[paras.273-274]

④Law42に基づいて50%の割り当てとしたことは、投資家の正当な期待を裏切るか？

石油価格の高騰はコンソーシアムもエクアドルも予見できなかった。しかし、エクアドルは石油価格の高騰に対して主権の範囲内で対応したのであり、多くの国家も同様のことを行っている。また、参入契約は、例外的状況の下においても国家は何らの立法的ないし規制的な調整をなし得ないとする安定化条項を含んでいるとは考えられない。申立人が、石油価格の高騰に際して被申立国政府が何らの反応もとらないと合理的に期待しえたはずだとは言えない。[paras.275-280]

⑤Law42に基づいて99%の割り当てとしたことは、投資家の正当な期待を裏切るか？

Law42に基づく大統領令 662号が国家への99%割り当てに変更したことは、参入契約の性質を根本的に変更しただけでなく、当該措置が次第に敵対的かつ強制的な投資環境の中でとられたことも重要である。実際、国家に99%割り当てることにより、参入契約はサービス契約に実質的に変質された。このような措置は、法の範囲内で契約当事者間の合意によらなければ契約の基本的条件が変更されることはないという申立人の正当な期待を裏切った。[paras.281-292]

3) 損害賠償額の算定

損害賠償額の算定については、合法的な収用の場合にのみ適用されるBIT3条1項に拘束されないとする。したがって、算定基準としてホルジョウ工場判決¹²とその基準の適用可能性を確認した国際法委員会の国家責任条文草案31条における「十分な回復（full reparation）」の原則に従う。[paras.422-425]

以上のことから、Law42によって申立人が被った損害について、過去被った損害19億9713万900アメリカ合衆国ドル及びLaw42に基づき99%割り当てが導入されたことによって調整されたMurphy Ecuadorの市場価値の7億8900万アメリカ合衆国ドルを申立人に支払うよう被申立国に命じた。[paras.465-504]

¹² *Chorzow Factory Case (Merits)*, PCIJ Series A, No. 17, 1928, p.47.

案件 113: PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL, PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. and ABAL HERMANOS S.A. v ウルグアイ東方共和国 (ICSID Case No. ARB/10/7)

(JCA ジャーナル 2017 年 4 月号 (88))

判断年月日: 2016 年 7 月 8 日

仲裁廷の構成: Prof. Piero Bernardini (イタリア・長)、Mr. Gary Born (アメリカ合衆国)、Judge James Crawford (オーストラリア連邦)

一 判断のポイント:

- ・ たばこ包装箱の銘柄単一表示規制及び健康被害表示規制の措置が、投資条約上の取用に該当せず公正衡平待遇違反にもならない
- ・ 被申立国のポリスパワー (Police Power) の行使を理由に間接取用の成立を否定
- ・ FET に関する恣意的政府規制の要件に関し、評価の余地 (“margin of appreciation”) を示した
- ・ 同一事案についての国内裁判矛盾が、裁判拒否に該当しない

二 事案の概要:

I 事実関係

本件は、フィリップモリス・グループのたばこ会社が申立人となり、ウルグアイ東方共和国に対し、同国が採用した二つの規制措置 (銘柄単一表示規制及び健康被害表示規制) が、申立人のブランド財産に対する間接取用に該当すること、及びこれらの規制措置が恣意的 (公益に奉仕せず申立人に損害を与える) であることから、公正衡平待遇に反することを主な理由として、損害賠償を求めた事案である。

A. 当事者

申立人は、スイス連邦法人である Philip Morris Brand Sàrl (“PMB”)、Philip Morris Products S.A. (“PMP”) 及びウルグアイ東方共和国法人である Abal Hermanos S.A. (“Abal”) である。Abal は、PMB の 100%子会社である。

被申立国は、ウルグアイ東方共和国 (「被申立国」) であり、2009 年に銘柄単一表示規制及び健康被害表示規制を施行した。

本申立ては、ICSID 条約 36 条及びスイス連邦・ウルグアイ東方共和国 BIT に基づいて提起された。

B. 被申立国のたばこ規制

2004 年 9 月、被申立国は、たばこの規制に関する世界保健機構枠組条約 (WHO Framework

Convention on Tobacco Control (“FCTC”)) を批准した¹。同条約は、たばこの消費と受動喫煙を、継続的かつ実質的に削減することを目的に、締約国が国内・国際的に実施する規制措置の枠組みを提供することとした。同条約は、締約国に対し、たばこの消費の害悪を告知する健康被害表示を包装面の 5 割以上とすべきであり (should)、3 割を下回ってはならない (shall) とする措置を講じることを定め (11 条 (b))、たばこの健康への悪影響に関し、虚偽の (false)、誤認させる (misleading) 若しくは詐欺的な (deceptive) 手段の利用を禁止すること (13 条 4 (a)) を規定していた²。条約に基づいて制定された、たばこ製品の包装及びラベルに関するガイドライン³は、警告表示の面積を 5 割超とすること (should)、包装の付加表示等について、プレーン包装又は、包装デザインの特徴化を可能な限り制限することを規定した。【paras. 86-95】

被申立国は、国内実施措置として、FCTC 加盟後の 2005 年 10 月から、2007 年までの間、4 つの命令 (Decree) と 5 つの大統領令 (Presidential Decree) を発して、レストランなどでの喫煙規制、テレビ放送での宣伝規制、スポーツなどのスポンサー規制、公的機関や公共施設での全面禁煙に加えて、たばこ消費税の賦課などとともに、健康被害表示を包装面の 5 割以上とし、低タール (low tar)、“light”、“mild”などの付加表示の使用を禁止した。申立人は、これらの措置の実施に関し、異議を唱えなかった。

2008 年 3 月、被申立国は、法律 18256 号を制定し、前記命令の多くの措置を立法化するとともに、「たばこ製品の特徴、健康への影響、リスク、放出に関し、虚偽、不正、誤導 (misleading) などの誤解を生じ得る直接又は間接の効果を持つ、条件、特徴説明、商標又は銘柄 (brand)、figurative signs などの使用を禁止する」「警告及びメッセージは、大きく、明瞭、見やすく、読みやすく (large, clear, visible and legible) かつ、包装の主たる表面の 5 割を占めなければならない (shall)」との規定を含んでいた (9 条)。【paras. 96-106】

C. 銘柄単一表示規制

保健省 (MPH) は、法 18256 号とその実施令である命令 284 に基づき、省令 (Ordinance) 514 を発令して、銘柄単一表示規制 (Single Presentation Requirement (“SPR”)) を導入し、2009 年 2 月から施行した。同令は、3 条において、全てのシガレット銘柄において、一切の付加表示を禁じ、銘柄毎の単一表示を義務付けた。同条は、同一銘柄に関し、銘柄中の特定の製品が、他の製品よりも健康への悪影響がより少ないとの印象を与える可能性のある修飾、商標、数字など一切の付加表示を禁止し、同一銘柄間の違いは、警告画像・警告文に限るとした。同令により、たばこ会社は、各銘柄系列において、各社が選択する単一の修飾表示を付加した製品以外の製品の販売を禁止された。【paras. 108-120】

D. 健康被害表示規制 (8 割)

¹ WHO Framework Convention on Tobacco Control (“FCTC”), 2302 UNTS 166

² Article 13 of FCTD: …4. As a minimum, and in accordance with its constitution or constitutional principles, each Party shall: (a) prohibit all forms of tobacco advertising, promotion and sponsorship that promote a tobacco product by any means that are false, misleading or deceptive or likely to create an erroneous impression about its character

³ Guidelines for implementation of Article 11 of the WHO FCTC on “Packaging and labelling of Tobacco Products”

また、法 18256 号は、健康被害に関し 5 個の画像と警告文を、包装面の 5 割を下らない表示を行うことを義務付けたものであったが、2009 年 9 月、保健省令 466 は、たばこ包装の 8 割を健康警告に充てる健康被害表示規制（8 割）（以下銘柄単一表示規制と合わせて「本件措置」という）実施し、この結果、たばこ会社は、そのブランド表示を包装面の 2 割以内で行うこととなった。【paras. 121-132】

E. 被申立国国内裁判

2009 年 6 月、Abal は、SPR の無効申立を行政裁判所（Tribunal de lo Contencioso Administrativo (“TCA”））に提起した。SPR は、誤導的表示（misleading package）を禁じているにとどまる法律に適合しないこと、銘柄の多種付加表示を完全に禁止したこと、このような制限は法律によってのみ可能であるとする法律の留保（“reserva de la ley”）の原則に違反していることを理由とした。British American Tobacco (“BAT”）も、SPR の有効性を争う申立を TCA に行った。BAT も、立法管轄権原則違反を主張した。

2011 年 6 月、TCA は、Abal の申立を棄却した。しかし、その棄却決定は当事者を BAT と表示したり、BAT 手続きで提出された専門意見を検討したりしていた。Abal は、この TCA 決定が、Abal が提出した主張と証拠に基づいていないことを理由に異議申立て（motion for clarification and expansion）をした。TCA はこれを却下した。この申立てと並行して、Abal は、2009 年 9 月、最高裁判所に、健康被害表示規制（8 割）は、立法による行政府に対する違憲な権限移譲であることを主張して、憲法審査の申立をした。同年 11 月、最高裁判所は、法 18256 号は行政府に個人の権利を制限する無制約な権限を付与したものでないから合憲であるとして、Abal の申立を棄却した。【paras. 153-167】

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

A. 収用とポリスパワー

健康被害表示規制（8 割）について、申立人は、申立人が使用する銘柄に関し、プレミアム価格で販売する能力を剥奪されたとし、BIT5 条 1 項⁴の違反を主張する。しかし、この規制は、間接収用に該当しない⁵。Marlboro 銘柄として顕著な要素は、たばこの包装に表示されている。2 割の表面利用制限は、申立人のビジネスに相当（substantial）な影響を与えない。これは銘

⁴ Article 5 (1) of the BIT: (1) Neither of the Contracting Parties shall take, either directly or indirectly, measures of expropriation, nationalization or any other measure having the same nature or the same effect against investments belonging to investors of the other Contracting Party, unless the measures are taken for the public benefit as established by law, on a non-discriminatory basis, and under due process of law, and provided that provisions be made for effective and adequate compensation. The amount of compensation, interest included, shall be settled in the currency of the country of origin of the investment and paid without delay to the person entitled thereto

⁵ 収用に関しては、石川知子「投資協定仲裁判例研究 (13)「会社による行為の国家帰属性、公正衡平待遇義務、内国民待遇義務、最恵国待遇義務違反及び収用の成否」JCA ジャーナル 57 巻 9 号（2010 年）、井口直樹「投資協定仲裁判例研究 (50)「金融デリバティブ商品に基づく国営企業の債務の履行を阻止する裁判所・中央銀行の措置が公正衡平待遇違反・収用補償義務違反とされた事例」JCA ジャーナル 60 巻 10 号（2014 年）、早川眞一郎「投資協定仲裁判例研究 (10)「公的機関の行為の国家への帰属、契約解除と収用、公正衡平待遇義務と正当な期待、非常時における十分な保護・保障の義務」JCA ジャーナル 57 巻 6 号（2010 年）など。

柄の表示の方式を定めたものにすぎない。【paras. 272-275】

SPR については、2009 年にこれが施行された際、申立人は、6 つの系列に属する 13 の銘柄の内、各系列の 1 銘柄を除く、7 銘柄の使用が禁止された（マルボロ系列では、Marlboro Red、Marlboro Gold、Marlboro Blue、Marlboro Fresh Mint の 4 つの銘柄の内、Marlboro Red を除く 3 銘柄が使用禁止となった）。申立人は、禁止された 7 つの銘柄に関する投資が収用されたと主張し、被申立国は、SPR 措置による損害は、申立人の事業活動から利益を奪うものではなく、投資としての性格を剥奪する程度に深刻ではないと反論した。論点は、間接収用を投資の対象である個々の銘柄別に判断するのか、投資を事業全体として把握して判断するべきなのかということである。先例は分かれている。当仲裁廷は、個別事案の事実関係に拠るものとする。本件においては、SPR の収用の該当性の判断は、SPR が、申立人の全体としての事業活動に影響するものであるから、事業全体を考慮してなされるべきである。申立人のたばこ製品の価格が、市場での申立人事案の占有率を勘案して、適宜変更されたこともこれを裏付ける。結局、SPR は、申立人の事業価値を奪ったものではなく、その投資の価値、使用又は享受を実質的に奪ったものでもない。申立人は、2011 年以後は、利益を増加させたが、被申立国の措置がなければ、それよりも増加したはずであると述べていることは、投資の実質的剥奪がなかったことを認めているものである。仲裁廷は、間接収用に基づく請求は、問題となる措置の実施後に十分な価値が残存する場合には、収用は存在しないと判断する。【paras. 277-286】

仲裁廷は、上記理由に加えて、当事者間で争われた論点であるポリスパワー (Police Powers) について検討する。申立人は、BIT5 条 1 項によれば、公共の利益のために講じられた措置であっても、適切な補償がなされなければならないから、国家によるポリスパワーの行使は、収用該当性や補償免責の抗弁を構成しないと主張する。仲裁廷は、この主張を認めない。BIT5 条 1 項の解釈は、条約法条約⁶に基づいて行われる。同条約 31 条 3 項 (C)⁷によれば、同項は、国際慣習法を参照して解釈されなければならない。そして、BIT2 条 1 項が、公共の安全、秩序、健康及び道徳を理由に、経済活動を制限することを許容しているように⁸、公共の健康の保護は、国家のポリスパワーの本質的要素と認められてきた。公共の秩序、健康又は道徳の維持などのためのポリスパワーの誠実 (bona fide) な行使は、投資家に経済的損害を与える場合でも、補償の対象外とされ、収用には該当しないという原則は、投資条約仲裁の先例中に見いだされ、1903 年の Bischoff Case 以来⁹、ポリスパワーの原則は、公共的健康保護を目的とする措置を争う請求を退ける理由として適用されてきた。

ポリスパワー原則の進化は、近時の通商投資条約において公共の目的による規制権限行使の原則として確認されている。US Model BIT は、「例外的な場合を除いて、公的健康、安全、環境

⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties (“VCLT”)

⁷ Article 31 (3) (c) of the VCLT requiring that treaty provisions be interpreted in the light of “[a]ny relevant rules of international law applicable to the relations between the parties,” a reference “which includes …customary international law.”

⁸ Article 2 (1) of the BIT which permits contracting States to refuse to admit investments “for reasons of public security and order, public health and morality.”

⁹ Bischoff Case, German-Venezuelan Commission, Decision (1903), 10 U.N.R.I.A.A. 420, (“Bischof”)

など正当な公的権利を保護するために適用される。無差別的法規制は、間接収用に該当しない」とし、同様の規定は、幾つもの投資条約に置かれている¹⁰。これらの規定は、一般国際法におけるこの原則の地位を反映している。

国家による規制権限の行使が間接収用に該当しないとした仲裁先例が最も共通に挙げているのは、公共的健康保護の目的で誠実に行われ、無差別で比例的な措置であるという条件である。本件措置は、これらの条件を充たしている。【paras. 287-307】

B. FET 違反

申立人は、被申立国の措置は、(i) 公益に奉仕せず申立人に相当な (substantial) 損害を与えるから恣意的 (arbitrary) であり、(ii) フランドの使用が認められるとの正当な期待 (legitimate expectations) を損なう、(iii) 申立人かそのフランド価値を高めるために依拠していた法的安定性 (legal stability) を破壊するとの理由で、BIT3 条 2 項所定の公正衡平待遇義務に反すると主張した。【paras. 309】¹¹

被申立国は、これらの措置は、公共の健康を保護するために、誠実 (good faith) で無差別的態様で採用されているし、この目的と合理的に関連しているから、FET 違反は認められないとした。【para. 310】

両当事者は、FET は、国際法上の最低基準 (minimum standard) に由来するものであることについて争わないが、その範囲と内容について、申立人は、本件 BIT は、自律的 autonomous な条約規準を定めているとし、被申立国は、国際慣習法上の最低待遇を定めているものであるとして対立する。【paras. 311】

同規定は、国際法への言及も、FET に関する条件付けもしていない。仲裁廷は、同規定を、条約法条約 31 条及び 32 条に従って、解釈する。FET の範囲と内容は、国際慣習法を含む国際法の現状を参照して (reference to) 決定されるべきである。この決定においては、国際慣習法の進化、この進化への BIT の影響も考慮されなければならない。投資仲裁先例によれば、公正待遇の成否は、特定の事案の事情に依存する。FET の内容に関して、「透明かつ投資家の正当な期待の保護」「脅し (corecion) と嫌がらせ (harassment) からの自由」、「デュープロセスの遵守と誠実 (good faith)」などの原則が提示されている。仲裁廷は、国家の行為がこれらの原則を侵すことが、FET 違反にすることになることを前提に、本件では、本件措置の恣意性、申立人の正当な期待と被申立国の法的安定性を検討して、FET 違反を判断する。【paras. 316-324】

1. 恣意性 (arbitrary)

国際法上、恣意性は、ELSI 判例により、「デュープロセスの意図的無視であって、司法的妥当性の感覚にショックを与え、少なくとも驚かせる行為」と定義され、多くの仲裁判断先例もこ

¹⁰ Canada Model BITs, EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, EU-Singapore FTA

¹¹ FET に関しては、猪瀬貴道「投資協定仲裁判例研究 (62) 「EU 加盟に際しての優遇措置廃止が公正衡平待遇違反とされた事例」 JCA ジャーナル 61 巻 11 号 (2013 年) など。

の定義に従っている¹²。申立人は、本件措置は、その効果についての科学的証拠はなく、適切な公的検証もなく、被申立国が達成しようとする目的と、本件措置との間に合理的関連もないから恣意的であるとする。しかし、被申立国が追求していた目的と本件措置との間に関連性があることは、WHO および PAHO が提出したアミカス文書に示されている。また、科学的根拠に関しては、本件措置の採用の時点で、“ライト”、“低タール (lower tar)”などの付加表示が、健康被害が軽減されるとの誤解を招くことについての証拠が、国際的レベルで整っていた。申立人は適切な公的検証なく本件措置が採用されたと主張するが、本件措置は被申立国が FCTC 交渉に積極的に参加する過程で得られた証拠に基づいている。そして、公益的政策決定に関する規制当局の決定に対し払うべき「評価の余地」(“margin of appreciation”)¹³は、BIT の下での請求についても、少なくとも公共的健康の保護において、同様に妥当する。この保護措置は、政府に託されており、このような国家的要請に関する政府の決定は、大いに尊重 (great deference to) されるべきである。したがって、合理的にかつ誠実に行われた政府による裁量権の行使は尊重されるべきである。被申立国は、FCTC の遵守を目的に、本件措置を採用したのである。【paras. 388-401】

政策目的と本件措置との合理的関連性に関しては、SPR について言えば、仲裁廷は、同措置が、被申立国の意図した効果を実際に達成したかを決定することは不必要と考える。重要なことは、SPR が採用されたのは公共の健康被害に関する現実的懸念を対象とした措置としてであり、この懸念に対して、比例性に欠けて (disproportionate) おらず、かつ誠実に採用されたものである点である。SPR は、一定の商標について複数の付加標章の使用を禁ずるが、申立人からこれらの商標に関する排他的利用権を奪うものでなく合理的である。【paras. 402-410】

健康有害表示規制 (8 割) は、申立人の主張するような、アリバイ銘柄に対する報復措置であったとか¹⁴、同措置は、隣国からの不正販売を助長するとの事実を裏付ける証拠はない。【paras.411-420】

また、申立人は、本件措置ないしこれと類似の措置が講じられないとの正当な期待を有していなかったこと、本件措置の効果が被申立国の法的安定性を変更するようなものでない以上、これらを理由とする BIT3 条 2 項 (FET) 違反も認められないと、仲裁廷は結論する。【paras. 421-435】

C. 裁判拒否

1. 裁判拒否の基準

被申立国に裁判拒否 (denial of justice) が存在した場合、FET 義務違反となる¹⁵。裁判拒否は、「根本的な不公正手続き及び極端に不正 (wrong) な、終局判決」により生じる。国家の

¹² Saluka Investments B.V. (the Netherlands) v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 Mar. 2006

¹³ Travaux préparatoires to the ECHR, 17th Sitting, 7 September 1949, p. 1150

¹⁴ アリバイ銘柄とは、明らかに同一の系列に属する製品に付した別の銘柄で、国内たばこ会社が、銘柄単一規制実施の直前に採用した。

¹⁵ 裁判拒否に関しては、井口直樹 投資協定仲裁判例研究 (36)「仲裁判断取消訴訟の手續遅延に関して裁判許否 (denial of justice) は否定したが実効的保護義務に違反する」とした判断例」JCA ジャーナル 59 巻 6 号 (2012 年)、山本晋平 投資協定仲裁判例研究 (35)「国内裁判所の不当遅延に関して裁判拒否 (denial of justice) の特別規定に基づく投資協定違反と損害評価・国内税法適用が問題となった判断例」JCA ジャーナル 59 巻 5 号 (2012 年) など。

司法制度に対する重大な非難ともなるから、裁判拒否を認定するにあたっては、より厳格な証明が必要である。深刻な手続違反の存否は、各事案の事情に照らして検討されるべきあり、この違反が認定される場合には、裁判手続きの結果如何にかかわらず裁判拒否が成立する。【paras. 498-502】

2. 健康被害表示規制（8割）に関する TCA 判決と最高裁判決の明白な矛盾

Abal は、法 18256 号は、行政府に個人の権利を無制約に抑制する権限を与えたもので、同法 9 条及び 24 条は違憲であると主張した。しかし、最高裁判所は、9 条は、健康被害の表示範囲を最小 5 割とする義務をたばこ会社に負わせたものであって表示範囲を拡大する裁量権を行政府に与えたものでないとして、Abal の主張を退けた。Abal は、TCA への申立において、表示範囲 8 割義務を定めた命令 287 は、法 18256 号が保健省に与えた権限を逸脱して、立法管轄を侵害していると主張した。TCA は、「法 18256 号は、警告の法的最小限度を明らかにし、たばこ製品に起因する被害を知ることなくたばこ製品に親しむことを防止する目的で、警告の拡大と修正を行政規制に委ねた」もので、表示範囲を 5 割から拡大して規制する権限を行政府に与えたとした。

仲裁廷は、司法制度においてこのような判断の矛盾を解決するしくみがないことは通常でないと考える。しかし、この矛盾を理由として裁判拒否を認定するのは適当ではない。ウルグアイ東方共和国法の下では、TCA が最高裁判所の判決に拘束されるのは、後者による法律の違憲判決の場合のみである。本件では違憲判決は出されていない。最高裁判所が、法 18256 号を解釈してそれを合憲としても、当該解釈は TCA が同法に基づいて発令された命令の有効性を判断するために同法を行政法の原理に従って解釈する際に TCA を拘束するものではない。仲裁廷は、一国の司法制度の改革の任に当たるものではない以上、このような制度をもって裁判の拒否といえる程度にあるとは考えない。【paras. 504-536】

3. SPR に関する TCA 判決

申立人は、SPR に関する TCA の判決は、BAT を当事者とする別の手続きに関する記録に基づいているもので公正手続きに反するものであったと主張した。申立人は、TCA は申立人 Abal 提出の証拠、主張、商標、専門意見に言及せず、当事者を BAT と表示し、BAT 手続きでの専門証人の証拠に依拠したもので、決定の標題が Abal と表示していても、手続的にも実体的にも不公正であると主張した。

Abal 事件で、Abal 申立に対して、BAT 申立てに対すると別個の判決をしなかったことは、手続きの適切性に関する疑いを抱かせる。両事件は、併合されなかったし、Abal は BAT 事件に参加しなかった。判決は、BAT 及びその商標に関する頻繁な言及があるのに対し、Abal に関する言及は限られている。Abal 及びその特定の主張に関する言及もあるが、主張に対する判断理由は、混乱していてその完全性が疑われる。問題は、これらを全体として観察したとき、手続きの適切性について十分に深刻な疑いが生じるかということである。

一般に、仲裁廷は、裁判拒否に関し、高度な規準 (high threshold) を採用している。本件では、Abal 事件判決は、BAT 事件判決の単なるコピーではなく、Abal を当事者とし、Abal の主張を特定している。もっとも、BAT 決定の大部分をコピーペーストしたものであることは、BAT を当事者として表示したままの部分や、BAT 手続きでの証拠が参照されていることでも明らかである。しかし、問題は、手続きの不適切性が、裁判拒否の規準を適用するに十分に深刻であるか及び、実際、BAT 事件との混同を理由とする不服申立 (reconsideration) が、公正に判断されたかどうかである。前者については、Abal の主張は銘柄単一表示規制を行う権限を保健省は有していないということであったが、立法府のみが、財産権を制限できるとの BAT の主張を判断した TCA 判決は、保健省は、法 18256 号に基づいて財産権を制約できるとして、Abal の主張に応えたものである。後者に関しては、Abal は、本件の TCA 判決は、Abal の主張を判断していないとの主張を、TCA に対して行っていない。よって、本件においては、裁判拒否を認めるに足りる手続的な不適切は、ない。[para. 580]

4. 費用負担と命令 【paras. 552-581】

申立人は、弁護士費用を含む費用総額を 1690 万ドルと算定し、被申立国は 1032 万ドルとした。

仲裁廷は、費用負担の配分に関し広汎な裁量権を有する。この裁量権行使に関するガイドラインはなく、また仲裁廷の実務慣行も統一されていない。敗訴当事者負担の原則を適用する場合もある一方、費用は各自負担とし、仲裁人及び仲裁機関の報酬及び費用の折半を命じる場合もある。仲裁廷は本件の特質に鑑みて、敗訴者負担原則によるのが適切であると考え。[para. 586] を提供する。被申立国が提出した管轄権に関する主張は全て却下されたが、申立人の BIT 違反の請求は実質的棄却された。全体として、本件の結論は、被申立国に有利であった。上記の事情及び当事者の負担費用が懸け離れていることを勘案し、申立人に対し、被申立国の費用の内金 700 万ドルを償還し、仲裁廷及びセンターの費用及び報酬の全額の負担を命じる。なお、仲裁人の報酬は、第三仲裁人が 48 万ドル、申立人指名仲裁人が 30 万ドル、被申立国指名仲裁人が 15 万ドル、センターの事務手数料及び費用は 54 万ドルであり、総額 148 万ドルである。

よって、申立人の申立てを棄却し、申立人に対し、被申立国に 700 万ドルを支払うとともに仲裁人及びセンターの報酬及び費用の全額を負担することを命じる。[paras. 582-588]

案件 114: Renco Group, Inc. (アメリカ合衆国) v ペルー共和国 (ICSID Case No. UNCT/13/1)
(JCA ジャーナル 2017 年 9 月号 (93))

判断年月日: 2016 年 7 月 15 日

仲裁廷の構成: Michael J. Moser (長、オーストリア共和国)、L. Yves Fortier (カナダ)、Toby T. Landau (イギリス)

一 判断のポイント:

- ・ 他の手続の放棄を要件とする ISDS 条項についての管轄権を判断した
- ・ 手続の放棄に、管轄権または受理可能性段階での却下の場合の他の手続への請求提起の権利の留保を付すことは認められない
- ・ 手続の放棄は、仲裁合意成立の前提となる国家 (被申立国) 側の仲裁への同意の前提条件となる
- ・ 手続の放棄の要件は、形式要件と実質要件がある
- ・ 手続の放棄を合致させた上での新たな仲裁手続の可能性は排除されない

二 事案の概要:

I. 事実・手続の概要

申立人の Memorial¹によれば、申立人 Renco 社は、被申立国ペルー共和国のラ・オロヤ (La Oroya) において子会社 Doe Run Peru S. R. LTDA (以下、DRP) 社を通して鉱業を行っていたニューヨークの会社である。申立人の投資は、ラ・オロヤの冶金複合体事業である。

1997 年 11 月 21 日に株式移転契約が結ばれ、DRP が、ペルー共和国国営の Empresa Minera del Centro del Peru S. A. (以下、Centromin) からペルー共和国国営の Empresa Metalurgica La Oroya S. A. (冶金複合体を所有する会社) の株式を取得し、被申立国は、株式移転契約上の Centromin の義務に保証を与えた。

被申立国は、株式移転契約の 3 年前に環境関連計画 (以下、PAMA) を制定し、DRP は、複合体に関する PAMA に基づく重要な環境プロジェクトを完了することに合意した。Centromin は、PAMA の義務、特に La Oroya の周辺地域の修復に関するものを維持し、Centromin と被申立国が、第三者からの請求に対する責任を引き受けることとなった。

DRP による PAMA に基づくプロジェクトは、多大な費用のかかる長期間のもので、申立人によれば、被申立国の過少見積りやプロジェクト追加の影響を受けた。DRP は、融資を停止され、複合体が閉鎖されるに至り、再開交渉も不調に終わったため、破産した。なお、関連して被申立

¹ 本件の管轄権に関する中間判断には事実関係の記述がないため、参考情報として申立人の Memorial に基づいて事実関係について紹介する。Claimant's Memorial on Liability (February 20, 2014), *The Renco Group, Inc., v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. UNCT/13/1, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3004/DC4373_En.pdf>

国市民によって、アメリカ合衆国ミズーリ州裁判所において複合体による鉛暴露、環境汚染の損害賠償を申立人らに求める訴訟が起こされている。

2010年12月29日に、申立人は、アメリカ合衆国=ペルー共和国貿易促進協定(以下、本FTA)に基づく仲裁開始の意図の通知を提出し、2011年4月4日に仲裁申立を行い、8月9日に申立を一部修正している。

三 判断概要：

II. 管轄権判断

A. 背景：有効な仲裁合意の存在と仲裁廷の管轄権の前提条件としての「放棄」(paras.71-76)

仲裁廷の管轄権は、申立人と被申立国との間の有効な仲裁合意の存在に基づいて確立されなければならないということは、自明である。本FTAの下では、投資家が、第10章セクションBに定められた要件に従って仲裁に請求を提出する仲裁申立を行うことにより、被申立国の仲裁申込を受諾した場合、仲裁合意が成立する。被申立国の仲裁への同意および「[セクションB]に基づく仲裁申立」は、外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約(ニューヨーク条約)第2条上の書面による仲裁合意の要件を満たすものとみなされる。本FTAに基づく仲裁への被申立国の同意に対しては、いくつかの重要な条件と制限が定められる。これは第10.18条のタイトル“Conditions and Limitations on Consent of Each Party”によって明らかにされている。第10.18条(2)の下では、次の(a)および(b)の条件を満たす場合を除くほか行われぬ。

(a) 申立人(請求者)が、本FTAに定められた手続に従って仲裁が行われることにき、書面により同意すること。

(b) (i) 第10.16条(1)(a)による付託については申立人が、

(ii) 第10.16条(1)(b)による付託については申立人および同上に規定する企業が、締約国の法令の下にある司法裁判所もしくは行政裁判所または他の紛争解決手続において、同条に規定する違反を構成するとされる措置に関する手続を開始し、または継続する権利を放棄する旨の書面が、仲裁の通知に添付されていること。

したがって、投資家が本FTA第10.18条(2)(b)の形式的放棄要件および実質的放棄要件を満たしている場合に限り、本FTAの下で仲裁合意が成立する。これは、第10.18条(2)の遵守が、被申立国による仲裁への同意の条件と制限であるためである。第10.18条(2)には、被申立国による仲裁申込みが投資家に受け入れられる条件が含まれている。したがって、第10.18条(2)の遵守は、仲裁合意そして仲裁裁判所の管轄権の存在に不可欠な前提条件である²。

形式要件の遵守の観点から、投資家の権利放棄は書面で行われなければならない、「明確かつ明

² See *Commerce Group Corp v The Republic of El Salvador* ICSID Case No. ARB/09117, Award, March 14, 2011 ¶ 115 (interpreting Article 10.18 of CAFTA-DR Treaty: “[i]f the waiver is invalid, there is no consent. The Tribunal, therefore, does not have jurisdiction over the Parties’ CAFTA dispute”). See also *Railroad Development Corporation v Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Decision on Objection to Jurisdiction, CAFTA Article 10.20.5, November 17, 2008 ¶ 56 (“‘Only if’ and ‘unless’ have the same meaning and, whether the term ‘precedent’ is used or not, the conditions set forth in Article 10.18 need to be met before the consent of the Respondent to arbitration is perfected”).

示的かつ確定的」でなければならない³。

投資家から提出された権利放棄の有効性を解釈することを求められた仲裁廷は、投資家が仲裁において訴えている措置を根拠とする国内裁判手続を当該放棄の範囲から除外することを主張する場合、権利放棄が無効であると繰り返し判示している⁴。

B. 申立人の放棄の有効性と留保

1. 第 10.18 条 (2) (b) の明示規定 (paras.78-83)

第 10.18 条 (2) (b) に従い、申立人は本 FTA に基づく仲裁を行うことについて被申立国の同意を得るため、「締約国の法令の下にある司法裁判所もしくは行政裁判所または他の紛争解決手続において、第 10.16 条に規定する違反を構成するとされる措置に関する手続を開始し、または継続する権利」を書面により放棄⁵しなければならない。

第 10.18 条の「いかなる any」という言葉の繰り返しは、投資家の権利放棄が包括的でなければならないことを示している。

申立人は、本仲裁廷が管轄権または受理可能性の欠如を理由にいかなる請求についても審理を拒否した場合には、別の法廷に請求を提起する権利を留保するとして、書面による権利放棄に条件を付そうとしている。これは、第 10.18 条 (2) (b) の明示的な文言によって許容されない。第 10.18 条 (2) (b) に規定されている権利放棄要件に対する唯一の例外は、「金銭的損害賠償を伴わない暫定的差止命令による救済を申立人が司法または行政裁判所に求める訴訟」(第 10.18 条 (3)) である。この例外がここでは当てはまらないことに異論はない。

第 10.18 条 (2) (b) の「あらゆる手続」という用語は、(a) 仲裁通知の提出時点、(b) 仲裁が係属中の期間、かつ/または (c) 投資家の請求が、管轄権または受理可能性の欠如を理由に、もしくは本家で斥けられるか否かを問わず、仲裁手続が終結した後のいずれかの時期に「手続を開始し、または継続する」手続を含むものと解釈されなければならない。この解釈は、第 10.18 条 (2) (b) の「あらゆる手続」という用語の通常の意味から明らかである。

2. 第 10.18 条 (2) (b) の趣旨目的 (paras.84-88)

第 10.18 条 (2) (b) の趣旨目的は、被申立国が同じ措置について異なる法廷において複数の手続で争わなければならないことがないようにし、異なる裁判所による二重救済のリスクと事実および法律面で一貫性のない決定が下されるリスクとを最小限に抑えることであることにつ

³ *Waste Management Inc v. United Mexican States (No I)*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Award, June 2, 2000 ¶ 18.

⁴ *Waste Management I*における申立人 *Waste Management* による「ただし、この権利放棄は、被告がメキシコの地方自治体の法律を含む他の法律によって課せられた義務に違反しているとの主張を含む紛争解決手続には適用されない。NAFTA 第 1121 条に要求される権利放棄を撤回することなく、申立人は、メキシコ国内法を含む NAFTA 第 11 章以外の法源に基づく義務に違反しているとの主張を含む紛争解決手続には、上記の権利放棄は適用されないとの理解を示す」という放棄に対して、同事件の仲裁廷は、申立人が「NAFTA 第 1121 条に基づく権利放棄において要求されているものとは異なる意図の声明を出した」と結論付け、放棄は無効であり、管轄権を欠くと結論づけた。 *Waste Management I*, supra n.3 ¶¶ 31-32

⁵ 原文は以下の通り。 [waiver] of any right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Article 10.16.

いて、申立人、被申立国、アメリカ合衆国（申立人国籍国たる条約当事国）は一致している。先例も、同条に相当する権利放棄条項である NAFTA 第 1121 条に同様の趣旨目的があると結論付けている⁶。

申立人は、仲裁廷が管轄権または受理可能性の欠如を理由にすべての請求を却下した場合、並行手続（concurrent proceedings）、二重救済、事実または法律面で一貫性を欠くリスクはないので、権利の留保は、第 10.18 条 (2) (b) の趣旨目的を損わないと主張するが、認められない。複数の手続に伴う負担とリスクは、手続が並行してまたは順次に開始されるか否かにかかわらず生じる。ある手続が終了したのち別の手続が開始されるという事実は、2つの手続が並行して係属する場合と同様に、被申立国に対して害（prejudicial）でありうる。

また、申立人の主張は、その請求の一部のみが管轄権または受理可能性の欠如を理由に却下される可能性を見落としている。申立人が却下された部分の請求を国内裁判所等で提起することを選択し、本仲裁廷において残りの請求を継続すると、被申立国は国内裁判所および本仲裁廷の並行手続に対応しなければならない。この場合、被申立国は複数の手続に直面し、二重救済や、事実または法律面で一貫性を欠くリスクがある。第 10.18 条 (2) (b) は、これらのリスクの発生を回避するように設計されている。

3. 第 10.18 条 (2) (b) の No U-turn 構造（paras.89-107）

被申立国およびアメリカ合衆国（申立人国籍国）は、第 10.18 条 (2) (b) は、No U-turn 構造があるとし、他方、申立人は、本案についての判断を受け取った後は U-turn しないが、管轄権または受理可能性の欠如を理由に請求を却下された後は、国内裁判所に請求を提起しようと主張する。

第 10.18 条 (4) (b)⁷ および附属書 10-G パラ 2⁸の「国内裁判所に請求を提起した以降は仲裁に付託できない」とする規定とは異なり、第 10.18 条 (2) (b) は、投資家の請求を仲裁提起する選択が「最終的」で、その後には司法裁判所または行政裁判所に請求を提起できないとは、明示的には規定していない。しかし、第 10.18 条 (2) は、仲裁への請求の提出を構成するものとして満たされなければならない要件、とくに書面による放棄の形式的要件を規定するもので、別の法廷で手続を開始することの効果には言及していないため、第 10.18 条 (4) および附属書 10-G に

⁶ *Waste Management I*, supra n.3 ¶ 27.3, *Waste Management Inc., v. United Mexican States (No II)* ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decision of the Tribunal concerning Mexico's Preliminary Objection concerning the Previous Proceedings, June 26, 2002 ¶ 27., *International Thunderbird Gaming Corp v. United Mexican States Ad-hoc UNCITRAL*, Award, January 26, 2006 ¶ 118. See also *Detroit International Bridge Company v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-25, Article 1128 Submission of the United States of America, February 14, 2014 ¶6 (“This construction of the phrase is consistent with the purpose of the waiver provision: to avoid the need for a Respondent to litigate concurrent and overlapping proceedings in multiple forums, and to minimize not only the risk of double recovery, but also the risk of “conflicting outcomes (and thus legal uncertainty)”.)

⁷ 本 FTA 第 10.18 条 (4) は、申立人またはその企業が、既に被申立国の行政裁判所または司法裁判所、または他の拘束力ある紛争処理手続に同一の違反について提起している場合には、仲裁を提起することはできない (“may not thereafter submit the claim to arbitration”) と規定する。（para. 91）

⁸ 本 FTA 附属書 10-G には、セクション A 義務（補償なしの収用禁止（10.7 条）、FET（10.5 条））についての「fork in the road」条項も含まれている。投資家または企業が、当事国（投資受入国）の行政または司法裁判所の手続においてセクション A 義務違反を提起している場合、アメリカ合衆国投資家は、セクション A 義務違反をセクション B の下での仲裁を提起することはできない (“may not thereafter submit the claim to arbitration”) と規定する。（para. 95）

ある「最終的」という文言が用いられていないだけである。いずれにせよ、第 10.18 条 (2) は、投資家が「違反を構成すると主張するいかなる措置に関して、いかなる法廷においていかなる手続を開始または継続するいかなる権利」を書面により放棄することを求めることによって、実質的に、「それ以降、その請求を国内裁判所に提起することはできない」と規定しているのである。この文言は、国内裁判所に請求を提起する権利を、投資家が明確かつ不可逆的に放棄することを要求すると解釈されなければならない。ペルー共和国及びアメリカ合衆国が主張するとおり、第 10.18 条 (2) (b) は、ある時点までは他の法廷に提訴することを許可する点において柔軟性を、そしてその後のそのような提訴を禁止することによって安定性を、それぞれ確保する No U-turn 条項である。申立人による権利の留保は、このような No U-turn 構造に合致しない⁹。第 10.18 条 (2) (b) で要求される権利放棄は、仲裁結果のいかん（請求が、管轄権または受理可能性の欠如を理由に、もしくは本案で却下されるか否か）を問わず、国内法廷において請求を提起するすべての権利の決定的な放棄として作用することを意図されている。

申立人は、その請求が管轄権または受理可能性の欠如を理由に却下された場合に、国内裁判所におけるその後の手続を開始する権利を放棄することを要求することは、本 FTA 第 10 章に含まれる紛争解決手続の趣旨目的である紛争争解決のための「有効な手続」を創設することに反すると主張するが、申立人の依拠する *Waste Management II* 事件は、第 1 事件において管轄権が否定された後、国内手続を利用しようとしておらず、改めて仲裁提起をしており、申立人の主張を支持するものではない。また、申立人は、管轄権・受理可能性の欠如を理由に却下することは既判力を生ぜしめないとも主張するが、問題は 10.28 条 (2) (b) の解釈であって、既判力の有無は関係ない。

4. 「蛇足」としての留保 (paras.108-118)

申立人は、問題の文言が「蛇足」、すなわち、法的文書に頻繁に記載される「ベルトとサスペンダー」条項に過ぎないため、権利の留保は権利放棄の有効性に影響を与えないと主張する。

申立人・被申立国とも、権利放棄が実際に後の裁判所への提訴を妨げるかどうかについて仲裁廷は決定を下すことを控えるべきであると主張しており、本仲裁廷としても、それは後の裁判所が決定すべき問題だと考える。ここでは、被申立国が、権利放棄が実際に機能する場面がありうることを確認すれば足りる。申立人の権利の留保が第 10.18 条 (2) (b) に基づき有効かつ許容されると認められた場合、被申立国の潜在的な権利放棄の防御が剥奪される可能性があるといえる。

C. 申立人の本 FTA 第 10.18 条 (2) (b) 形式要件不充足の治癒

1. 撤回 (paras.135-138, 142-144, 151-160)

本 FTA 第 10.18 条 (2) (b) 条は、形式要件と実質要件から構成される。両要件の充足は、被

⁹ 申立人 *Waste Management* の元々の権利放棄は、*Waste Management I* 仲裁廷によって無効とされた。*Waste Management* が国内裁判所での手続を放棄の対象から排除する意図があるとされたからである。その後、*Waste Management* は、国内手続の明確な放棄を伴い、新たな NAFTA 手続を提起した。被申立国メキシコは、最初の NAFTA 手続の不成功が、NAFTA に違反していると主張されている措置に関して、*Waste Management* がさらなる請求を行うことを妨げると主張したが、認めらなかった。*Waste Management II, supra* n.6 ¶ 31.

申立国による仲裁同意と有効な仲裁合意の存在の前提条件である。申立人は、権利放棄に権利の留保を含めることにより、第 10.18 条 (2) (b) の形式要件を充足しなかった。申立人は、実質要件を遵守していると主張するが、的外れの議論である。同様に、第 10.18 条 (2) の同意の前提条件の明確かつ具体的な性質を考慮すると、形式要件の不充足は実質要件の不充足と同様に重要である。同意の前提条件としての形式要件充足性の意義を減じることに明確な根拠は存在しない。したがって、仲裁合意は成立していないというのが必然的な結論である。第 10.18 条 (2) の明確な文言を考えれば、これは些細な瑕疵ではなく、容易に治癒されるべきものではない。

本 FTA 第 10.18 条 (2) は、仲裁申立に申立人の書面による権利放棄が添付されない限り、本条に基づく仲裁には請求が提起されないことを規定している。したがって、第 10.18 条 (2) の文言は、NAFTA 第 1121 条の文言よりはるかに明白であると思われる。形式要件に従った放棄の提出（および国内裁判所の手続開始または継続を放棄する実質的義務）は、仲裁廷の管轄権およびそれに対する国家の「同意」の前提条件であると結論づけられている。本 FTA 第 10.18 条と NAFTA 第 1121 条は文言が異なり、NAFTA 第 1121 条の事例の決定¹⁰は本件に援用できない。

次に、*Mavrommatis* 原則の適用の可否を検討する。本 FTA の解釈にあたっては、「当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則」（条約法条約 31 条 3 項 (c)）を考慮せねばならず、その「国際法の関連規則」には法の一般原則（国際司法裁判所規程 38 条 1 項 (c)）が含まれるからである。*Mavrommatis* 事件 (PCIJ)¹¹および *Genocide* 事件 (ICJ)¹²では、提訴後、訴訟係属中に生じた事実関係に基づき、管轄権に関する瑕疵が治癒されるとされた。しかし、本件では、管轄権の瑕疵が治癒されていない。この管轄権の瑕疵は、(a) 申立人が権利の留保を撤回するか、権利の留保なしに新たな権利放棄を提出する場合で、被申立国が第 10.18 条 (2) (b) の方法でこれに同意した場合、または、(b) 申立人が権利の留保なしの権利放棄と共に新たな仲裁を開始した場合にのみ治癒されうる。(a) の選択肢は、被申立国の同意がない。(b) の選択肢は、取りうるものである。その方法で申立人が新たな仲裁の開始により瑕疵自体を一方向的に治癒することかできるとすると、*Mavrommatis* 原理の適用により、申立人に新たな手続を開始させることは健全な司法運営の利益にかなわないのではないかという問題が生じる。

アメリカ合衆国と被申立国は、第 10.18 条の解釈に関して、申立人も仲裁廷も瑕疵のある権利放棄を是正することはできず、仲裁合意の成立という効果をもたらす権利放棄を提出する日は、仲裁開始日であるという「後の合意」があると主張する。これに基づいて、被申立国は、*Mavrommatis* 原則が本件の事実に適用できないと主張しているようである。本 FTA 第 10.18 条の解釈に関して条約当事国であるアメリカ合衆国と被申立国の見解に本仲裁廷が最高の敬意を払うことは、すでに別の決定で述べたところである。しかし、本仲裁廷は両当事国の見解に拘

¹⁰ *Ethyl* 事件 (*Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL, Award on Jurisdiction, June 24, 1998) と *Thunderbird* 事件 (*International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican State*, *supra* n.6) がある。

¹¹ *Case of the Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece v United Kingdom), Judgment, August 30, 1924 *PCIJ* Series A, No. 2

¹² *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v Serbia), Preliminary Objections, Judgment, November 18, 2008 [2008] *ICJ* Reports 412.

束されない。ウィーン条約法条約第 31 条 (3) (a) にしたがって、当事国間のその後の合意を「考慮」しなければならないが、第 10.18 条の適切な解釈、本件事実への適用方法は、仲裁廷の専権事項である。

アメリカ合衆国と被申立国による第 10.18 条の解釈と *Mavrommatis* 原則の証拠としての国際司法裁判所の判例との間には抵触がある。慎重な検討の結果、仲裁廷は、本 FTA 第 10.18 条の明白で明示的な文言および趣旨目的は、*Mavrommatis* 原則に優位するまたはそれを排除する特別法を構成すると結論づけなければならないと感じている (*has felt constrained to conclude*) (この結論には、仲裁人の一人が同意しなかった)。

第 10.18 条のもとで、有効な放棄の提出は、被申立国の仲裁同意の条件である。これは、有効な仲裁合意の成立の前提条件である。仲裁申立とともに有効な放棄が行われない場合、被申立国の仲裁申込みは (申立人によって) 受諾されない。したがって、仲裁合意はなく、仲裁廷には何の権限もないことになる。それにもかかわらず *Mavrommatis* 原則を適用した場合、仲裁廷は、実際には仲裁合意が成立していないのに、紛争当事者に対して仲裁合意を遡及的に作成することになる。これはまったく根拠がなく、明らかに許されないだろう¹³。

これらの理由により、申立人は、権利の留保を撤回して瑕疵ある放棄を一方向的に治癒することはできないと結論付ける。

2. 分離 (paras.170-173)

分離可能性の原則は、条約の留保、または、国際裁判所の強制管轄権受諾宣言に含まれる留保の文脈で、さまざまな国際裁判所によって適用されている。また、この原則は、仲裁合意が含まれる主契約からの仲裁合意を分離する文脈において投資仲裁において引用されている。しかし、申立人の放棄から無効な文言を削除するためにこの原則が適用されたことはない。

VCLT 第 19 条で認められているように、その主権の効果として、国は条約に留保を付与する権利を有するが、投資家は、投資協定仲裁の国家による申込みの受諾に、留保を付す同等の権限はない。相互性のない仲裁制度において、国家は、同意がなされる条件、すなわち外国投資家に仲裁の申込をする条件に合致するように同意を形成する権限が与えられる。

たとえ分離可能性が国際法の一般原則であり、申立人の権利の留保が権利放棄の本質的要素ではないとしても、本件の特定の文脈では分離原則を適用できない。これは、上記と同じくタイミングの問題のためである。

第 10.18 条 (2) (b) に違反した結果、仲裁合意は成立しなかった。申立人の権利放棄から権利の留保を切り離すために分離原則が適用された場合、本仲裁廷は権限を有する有効な仲裁廷とな

¹³ この結論は、*Detroit International Bridge Company v カナダ* 事件に合致する。この事件では、*Detroit International Bridge Company* の権利放棄は、いわゆる「ワシントン訴訟」において両当事者間で係属中の請求を明示的に取り除いたものである。同事件仲裁廷は、ワシントン訴訟における請求が、NAFTA 仲裁において提起された措置と同じ根拠であり、*Detroit International Bridge Company* の権利放棄は瑕疵があると判断した。*Detroit International Bridge Company* はワシントン訴訟の損害賠償請求を取り下げ、2 回目の放棄を提出したが、放棄の範囲からワシントン訴訟を除外することは維持したため、提出はできないと判断された。*Detroit International Bridge Company v Canada, supra* n.6, ¶ 321.

ってしまい、事実上両紛争当事者の仲裁合意を創出させるものと（誤って）考えることになる。

したがって、権利放棄における権利の留保を切り離し、第 10.18 条 (2) (b) の形式要件に適合しない申立人を救済する権限は仲裁廷にないと結論付ける。

3. 権利濫用 (paras.180-188)

本仲裁における被申立国による権利放棄抗弁の出し方には問題がある。申立人の仲裁通知は 2011 年 4 月 4 日に提出され、2011 年 8 月 9 日に改訂仲裁通知が提出された。両文書には、権利の留保を含む申立人の権利放棄が含まれていた。しかし、申立人の放棄が第 10.18 条 (2) (b) の形式および実質要件を充足しているかどうかは、申立人が仲裁に請求提起してからおよそ 3 年後、2014 年 3 月 21 日に被申立国が先決的抗弁の通知を提出するまで、問題にはならなかった。

被申立国は、この文書において、申立人の権利放棄が「本 FTA が要求する文言に適合しない」と主張したが、その焦点は、申立人の放棄に権利の留保が含まれていることよりも、DRP による書面による権利放棄がないことと DRP による申立国内での破産手続の係属である。

実際、被申立国は、申立人に対し何年も前に、被申立国国内の破産手続が第 10.18 条 (2) に違反していると考えていると伝えていたが、申立人の権利の留保に関しては、被申立国が 2014 年 9 月 10 日にアメリカ合衆国の意見書に関するコメントを提出するまで、明確かつ具体的な異議を提起しなかった。さらに、被申立国が 2015 年 7 月に放棄に関する申述書を提出するまで、その異議について詳しい議論はしていなかった。

申立人が第 10.18 条 (2) の形式要件を充足しなかったこと、および、本仲裁廷にはこの瑕疵を治癒することを申立人に認める権限も、権利の留保を切り離す権限もないことは、すでに述べたとおりである（上記のように、仲裁廷の一人はこの結論に加わらなかった）。しかし、申立人が留保なしの権利放棄を伴って新たな仲裁申立をしようとする場合、本 FTA 第 10.16 条 (1) に基づいて主張される違反を知ってから 3 年以上が経過したことになるため、被申立国は、申立人の請求は申立期限後になされたものと主張しようとするかもしれない。

このような状況では、本件事実についての 3 年間の時間制限は、第 10.18 条 (2) (b) の分析を変更することはできない（仲裁の開始時に異議が提起されたとしても、分析は同じでなければならない）としても、権利放棄の抗弁の遅れに関する被申立国の行為が権利濫用のレベルに達するかという問題が生じる。

被申立国は、第 10.18 条 (2) (b) の形式要件を充足し、同条の趣旨目的を損なうことのない放棄を受ける権利を主張している。被申立国が抗弁をなした際に、申立人の請求に関する仲裁義務を回避するという意図があったとは考えられない。

被申立国が、第 10.18 条 (1) に基づいて申立人の請求は時間的に制限されていると将来主張するならば、権利濫用となる可能性を現時点で排除することはできない。現時点では、申立人の放棄における権利の留保により被申立国が実質的損害を受けたということはない。しかしながら、その後の仲裁において被申立国が第 10.18 条 (1) に基づいて申立人の請求は申立期限後になされたものであると主張する場合、申立人は重大な害を被る。

申立国が法的権利とみなすものを将来の手続において行使することを本仲裁廷が妨げることができないが、もしそのような状況が生じる場合には、放棄の抗弁の提起の遅れに関する被申立国の主張は権利濫用を構成するという申立人の主張を念頭に置くべきと被申立国に忠告することができるし、ここに忠告する。被申立国が、申立人が 2011 年 8 月 9 日に改訂仲裁通知を提出したときに第 10 条第 1 項 (1) の適用に関する時間の経過は停止したと認めるならば、正義にかなう。

案件 115 : Flemingo DutyFree Shop Private Limited v ポーランド共和国
(UNCITRAL 仲裁規則 (1976 年) によるアドホック仲裁)
(JCA ジャーナル 2017 年 5 号 (89))

判断年月日 : 2016 年 8 月 12 日

仲裁廷の構成 : Hans van Houtte (ベルギー王国・長)、John M. Townsend (アメリカ合衆国・
申立人選任)、Wolfgang Kühn (ドイツ連邦共和国・被申立国選任)

一 判断のポイント :

- ・ UNCITRAL 仲裁規則による投資協定仲裁において、ICSID 条約 25 条の適用がない以上、Romak 事件等におけるような「投資財産」文言に固有の意味を見出す解釈を採用しない。
- ・ 本投資協定上の「投資財産」に該当するには、当該投資が投資受入国の領域内で行われる必要はなく、グループ企業の株式取得により申立人が間接的に利害関係を有するに至った空港免税店区画のリース契約上の権利は本投資協定上の「投資財産」に該当し、かつ、申立人は本投資協定上の「投資家」に該当する (多数意見)。
- ・ ポーランド共和国国有空港運営会社は、国家責任条文 4 条に照らし、事実上の国家機関 (*de facto State organ*) に当たる。
- ・ ポーランド共和国国有空港運営会社による空港免税店区画リース契約の解除等の行為は、公正衡平待遇義務違反に該当するとともに、リース契約上の権利の正当な補償なき収用に該当する。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

A. 本件及び関係当事者の概要

本件は、インド共和国法人である Flemingo DutyFree Shop Private Limited (以下「申立人」) が、ポーランド共和国 (以下「ポーランド」又は「被申立国」) において空港免税店を運営する BH Travel Retail Poland Sp. Z o.o. (以下「BH Travel」) の株式を間接的に取得したところ、ポーランド国有空港運営会社 (Polish Airports State Enterprise、以下「PPL」) による、PPL と BH Travel との間で締結された空港内免税店の運営区画のリース契約の解除等の一連の行為が、インド共和国-ポーランド投資協定¹ (以下「本投資協定」) に違反するとして、本投資協定に基づき、被申立国を相手に UNCITRAL 仲裁を申し立てたものである。

申立人は、インド共和国国内における免税店事業の運営を目的として 2004 年 5 月に設立されたインド共和国法人である [paras. 46-47]。

¹ Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Republic of Poland for the Promotion and Protection of Investments (1996 年 10 月 7 日署名、1997 年 12 月 31 日発効。)

PPL は、ポーランド国内における空港の開発及び運営を目的として、1987年10月にポーランド空港国営企業法（Polish Airports State Enterprise Act、以下「PPL法」）に基づいて設立された法人であり、ポーランド財務省がその唯一の株主である。PPLの経営責任者は総裁（General Director）であるが、PPLは運輸大臣による管理監督を受け、PPL総裁の任免権は運輸大臣が有していた [paras. 50-51]。

B. 本件空港免税店リース契約の締結

PPLは、2005年7月に、国内最大の空港内小売業者であった *Przedsiębiorstwo Handlu Zagranicznego Baltona S.A.*（以下「Baltona」）を、ワルシャワ・ショパン空港（以下「ショパン空港」）第1ターミナル及び当時建設中であった新第2ターミナルの免税店運営権の入札手続へ参加するよう勧誘した [paras. 60-61]。2006年5月、Baltonaは、ドイツ連邦共和国の免税店運営会社である *Gebrüder Heinemann* との合弁会社として、ショパン空港内の免税店運営権の入札手続及び落札後の免税店運営のため、ポーランド法人たる *BH Travel* を設立した [para. 66]。

PPLは、*BH Travel* との免税店リース契約の締結につき財務省の承認を取得し、PPL及び *BH Travel* は、2007年5月11日から2010年9月29日までの間に、第1ターミナル及び第2ターミナルの合計11の区画につき、それぞれの区画で免税店の運営を行うことを内容とする個別のリース契約を締結した（以下、11の個別のリース契約を総称して「本件リース契約」） [paras. 71-72]。11のリース契約のうち、9区画のリース契約には4年から7年のリース期間保証が付され、このうち2区画のリース契約については、7年のリース期間を10年に延長することが想定されていた [para. 73]。各本件リース契約には別途合意されたリース基本条件（*General Lease Conditions*、以下「基本条件」）が適用され、基本条件13条には賃貸人による解除権発生事由が列挙された² [para. 78]。

C. 申立人グループによる *BH Travel* 株式の取得

本件リース契約締結当時、Baltonaの主要な株主は *Alfa-Center Sp. Z o.o.*（以下「*Alfa-Center*」）、ポーランド財務省及びPPLであった [para. 65]。2010年1月にポーランド財務省が自己の保有するBaltonaのマイノリティ株式の入札公募を行ったところ、申立人の設立者はこれを *Flemingo* グループによる欧州免税店市場進出の絶好の機会と考え、財務アドバイザーに入札書類の準備及びデューデリジェンスを委託すると同時に、Baltonaのマジョリティ

² 基本条件13条は以下のとおり賃貸人による解除権の発生事由を定める。

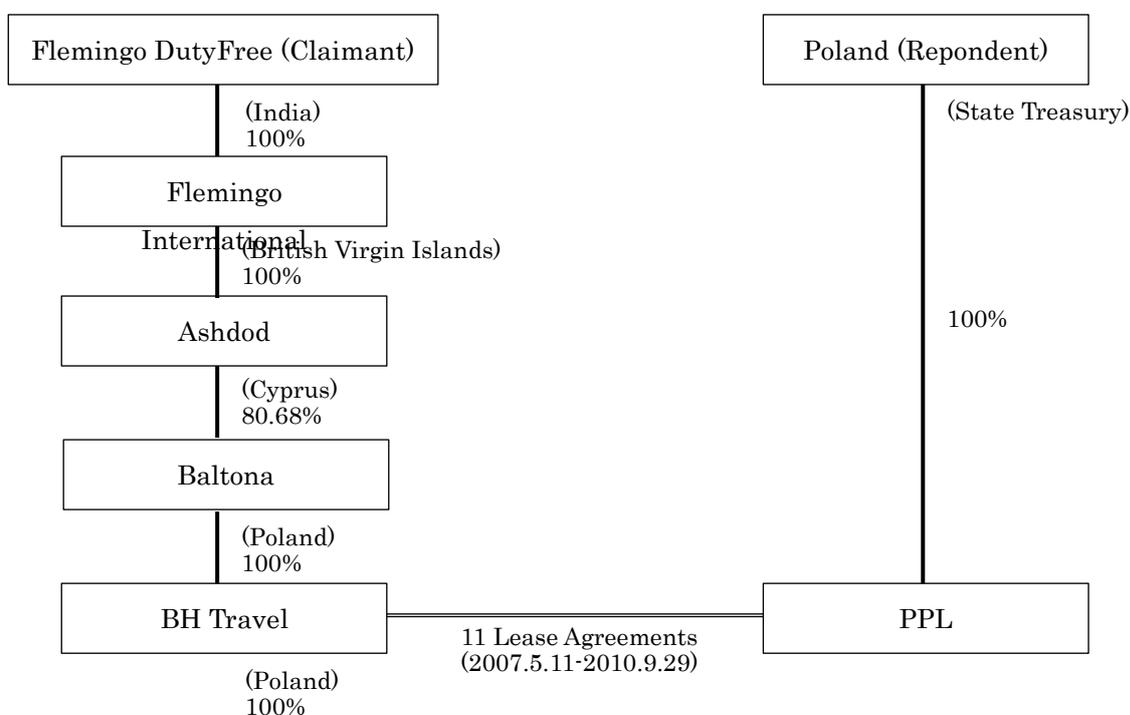
The Lessor shall have the right to terminate this Agreement with immediate effect in the case of:

- a) delay with payment of leasing fee for at least two periods by the Lessee,*
- b) delay with payment of maintenance fee for at least two periods,*
- c) failure to submit (non-payment), complete, or renew the bank guarantee (deposit) under the terms specified in the Agreement,*
- d) failure to submit certified true copies of insurance policies, as well as failure to renew the said insurance policies,*
- e) gross violation of the provisions of the Agreement by the Lessee and failure to remove, within 14 days, of the condition contrary to the Agreement, despite of a written reminder by the Lessor.*

株主である Alfa-Center とも Baltona 株式の買収交渉を行った [paras. 83-86]。

上記入札及び交渉の結果、Flemingo International Limited (イギリス領ヴァージン諸島法人、以下「Flemingo International」) の子会社である Ashdod Holdings Limited (キプロス共和国法人、以下「Ashdod」) が、受け皿会社を経由して Alfa-Center から Baltona 株式の 59.94%、ポーランド財務省から Baltona 株式の 26.83%を取得し、さらに Ashdod は、2011 年 1 月 27 日に PPL から Baltona 株式の 12.5%を取得した [paras. 92-98]。その後 2011 年 3 月 31 日、申立人は Flemingo International の全株式を取得した [para. 100]。

Baltona は、2011 年 4 月 13 日までに Gebruder Heinemann が保有していた BH Travel の残余株式を買い取り、BH Travel の唯一の株主となった [para. 107] (【当事者関係略図】を参照。なお、本仲裁申立時においては、グループ内組織再編のため、申立人の Flemingo International の持株比率は 84.8%に低下している [para. 303])。



【当事者関係略図】

D. 本件リース契約の解除の経緯

ショパン空港第 1 ターミナルの第 2 ターミナルへの統合及び第 1 ターミナルの現代化プロジェクトは既に 2008 年 9 月の時点で予定されていたが [paras. 115-116]、2011 年秋頃に、早急に建設工事を開始しなければならないことが判明し、2011 年 12 月 8 日、Baltona の全経営陣と PPL の担当者が出席した会合において、第 1 ターミナルの現代化計画の状況が議論され、PPL は、当該現代化に係る建設工事は 2012 年 8 月に開始するため、同年 7 月 3 日までに第 1 ターミナルを閉鎖する必要がある旨を伝え、BH Travel が本件リース契約を合意解約することを求め

た [paras. 141-142, 540]。これに対し、BH Travel は、代理人弁護士を通して PPL による上記提案を拒絶し、本件リース契約の解除を受け入れない旨通知した [para. 155]。

2012 年 2 月 16 日、PPL は、BH Travel による銀行保証状の不更新等（基本条件 13 条 1 項 c 号）及び保険証券の不更新及び写しの不提出（基本条件 13 条 1 項 d 号）を解除事由として、第 1 ターミナル及び第 2 ターミナル内の 11 の免税店区画にかかる本件各リース契約すべてについて、個別の解除通知を BH Travel に対して送付し、30 日以内の区画返還を求めた [para. 166]。

E. 免税店区画の返還

2012 年 7 月 26 日、空港法上、ショパン空港の敷地占有者に対して立退命令を発出する等の権能が与えられていたマゾビア県知事は、BH Travel に対し、第 1 ターミナル内の 2 区画を 7 営業日以内に返還するよう求め、さらに同年 8 月 7 日には、決定により (by decision)、BH Travel に対し同月 13 日までに第 1 ターミナルから立ち退くよう求めたため、BH Travel は同月 14 日にすべての区画を PPL に返還した [paras. 211-214]。

BH Travel はマゾビア県知事の決定につき行政不服申立を行ったが、2013 年 11 月 28 日に最高行政裁判所への上訴も棄却された [para. 216-217]。

申立人は、2014 年 1 月 6 日、被申立国に対し、PPL による本件リース契約の解除が本投資協定に違反すると主張して、本投資協定 9 条 3 項 c 号に基づき、UNCITRAL 仲裁を申し立てた [para. 8]。

三 判断概要：

II. 判断要旨

A. 紛争が「投資財産」に関連するものか

本件紛争が本投資協定上の「投資財産」に関連するものであるかを判断するためには、まず本投資協定における「投資財産」の定義の分析を行わなければならない。Saluka 事件³において述べられたように、仲裁廷は適用される投資協定上の文言につねに留意しなければならない [para. 295]。この点、本投資協定 1 条 1 項は、「投資財産」を「投資が行われる領域が属する一方締約国の国内法に従って設立され又は取得されたすべての種類の財産」と非常に広く定義する。また、本投資協定 9 条は仲裁廷の管轄権が及ぶ範囲を「一方締約国の投資家と他方締約国との間の投資家の投資財産に関連するあらゆる紛争」と定義する。なお、本件紛争では、もっぱら本投資協定 9 条に基づき仲裁廷に管轄権が認められるかが問題となり、Salini 事件⁴など多くの ICSID 仲裁廷が強調するような ICSID 条約 25 条の「投資」概念による管轄権の制約は、本件には当てはまらない [paras. 296-298]。

a. 「投資財産」としてのリース契約及び関連する許認可

本件リース契約及びそれに関連するショパン空港における免税店営業を行う許認可は、「投資

³ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006, para. 241

⁴ *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

財産」の内容として例示列举される本投資協定 1 条 1 項 c 号の「経済的価値を有する契約上の債権」及び同項 e 号の「法律又は契約により与えられる事業実施権 (business concession)」の双方に該当し、本投資協定上の「投資財産」と評価されるべきである [paras. 299-301]。

b. 「投資財産」としての Baltona 株式

BH Travel はポーランド法人であるため、同社の投資財産は本投資協定によって保護されないが、BH Travel 株式の 100%はポーランド法人である Baltona によって保有され、2011 年 6 月以降は Baltona 株式の 80.68%がキプロス共和国法人である Ashdod によって保有され、Ashdod 株式の 100%は Flemingo International によって保有されていたところ、2011 年 3 月 31 日に申立人は、Flemingo International の唯一の株主となった。申立人及び被申立国は、申立人が取得した Baltona 株式が、本投資協定上の「投資財産」に該当するか否かという点において対立する見解を有する [para. 303]。

本仲裁廷は、本投資協定 1 条 1 項 b 号が「投資財産」として「会社株式及び社債その他これらと同種の会社への参加 (participation)」も含めていることに着目する。また、本投資協定 1 条の広範な投資財産の定義は株式保有による間接投資を排除していない。したがって、本件リース契約及び関連する許認可の保有者である BH Travel の株式の間接保有は、本投資協定により保護される投資財産に相当する。また、本投資協定 1 条 1 項が「設立された」(established) 投資財産だけでなく、「取得された」(acquired) 投資財産も保護の対象にしている点は他の投資協定との重要な差異である。したがって、本投資協定上の「投資財産」には株式の取得も含まれる [paras. 304-306]。

申立人は、2011 年 3 月 31 日の Flemingo International の株式の取得以降、BH Travel 及び Baltona の間接的な支配株主であったと主張するが、これに対して被申立国は、申立人の Flemingo International 株式の取得はいかなるポーランド国籍の主体とも直接の関わりがないとして、この主張に反論する。すなわち、上記株式取得はせいぜい Flemingo グループ内におけるグループ内取引であって、申立人はポーランドでいかなる事業活動もしていない、それゆえ、本投資協定で要求されるようにかかる株式取得はポーランドで行われていない、と主張する。しかしながら、本仲裁廷の多数意見はこれに同意せず、本投資協定 1 条 1 項及び 9 条で定義されているところに従えば、投資が投資受入国の領域内において行われる必要はなく、他の多くの仲裁判断において支持されているように、第三国において取得されたものも投資財産とするべきである。したがって、申立人による Baltona 株式の間接的な取得は本投資協定上の「投資財産」に当たる [paras. 307-308]。

被申立国は、実際の「投資財産」は本件リース契約及び関連する許認可であり、株式取得ではないと主張し、また、Baltona 株式の取得に申立人の経済的関与がなかったことを理由に、株式取得が本投資協定上の「投資財産」に該当しない旨主張する。しかしながら、本仲裁廷は、本投資協定の下では、投資財産は株式保有により構成され得るものであり、投資家はその持分率に応じた利害を有すると考える。この「上流から下流への保護」(upstream protection) は国際司法

裁判所においても確認されており⁵、実際の投資が受入国で設立された企業により行われても、それは一連の株式保有を通じた間接的な間接投資をもたらし得るものである [paras. 309-311]。

B. 申立人は「投資家」に該当するか

被申立国は、本投資協定上の「投資家」に該当するか否かの判断における国籍要件は、当該投資行為がポーランド国内で行われたという要件とともに充足されなければならないのであり、申立人は **Flemingo International** 株式を取得したに過ぎず、当該投資行為はポーランド国内で行われたものではないから、申立人は本投資協定上の「投資家」に該当しないと主張する。この主張を受け、仲裁廷は、2011年3月以降、申立人が本投資協定上の「投資家」となったか否かを検討する [paras. 312-318]。

本投資協定1条2項の通常の意味によれば、申立人は、インド共和国法に基づいて設立されれば「投資家」とされるが、本件でその要件は充足されている。本投資協定における「投資家」の定義にその他の要件は存在しない。したがって、**Flemingo International** 株式の取得は、申立人を本投資協定上の「投資家」とらしめるものである [paras. 319-320]。

Standard Chartered Bank 事件⁶（以下「SCB事件」）では、マレーシアの共同企業体から貸付債権を譲り受けた香港法人である子会社の親会社であるイギリス法人が申立人として仲裁を提起したが、イギリス法人は、「直接又は代理人若しくは支配する会社を通じた投資プロセスの一部たる行為」を何ら行わなかったことを理由に、イギリス・タンザニア連合共和国投資協定上の保護を否定された。イギリス・タンザニア連合共和国投資協定は紛争解決条項において「一方締約国の領域内における (in the territory) 他方締約国の国民又は会社による投資」(8条1項)とし、投資財産の定義規定において「法令に従って認められた (admitted) すべての種類の財産」(1条)と定めていることから、同事件の仲裁廷は、申立人が同投資協定上の「投資家」に該当するには、単に投資財産を把持 (**hold**) するだけでなく、投資財産を自ら形成 (**make**) しなければならないと解した。かかる投資協定の文言は、投資家が実際に、投資受入国で投資に直接関与することが想定されていることを示唆するものである [para. 323]。

しかしながら、本投資協定は、紛争解決条項である9条において「領域内において」という制限を付していない。本投資協定2条には「領域内において」との文言があるが、仲裁廷の多数意見は、投資財産の定義規定(本投資協定1条)における文言こそが決定的である⁷。すなわち、投資財産の定義規定が、「取得された」(**acquired**) 財産も「投資財産」に当たるものと定義していることは、ポーランド国内において既に形成された投資財産がインド共和国投資家により「取得された」ことにより、投資協定上の保護に対象になることを意味する。他方、SCB事件において適用されたイギリス・タンザニア連合共和国投資協定の投資財産の定義規定には

⁵ *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo, Preliminary Objections (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, ICJ, 24 May 2007, paras. 67,95.

⁶ *Standard Chartered Bank v. United Republic of Tanzania*, Award, 2 November 2012.

⁷ 本投資協定1条1項柱書には“…in whose territory the investment is made…”との文言があり、仲裁廷は当該文言の意味付けには触れていないが、当該文言は投資受入国を呼称するものに過ぎず、投資行為の領域にかかる議論とは無関係であるためである。

「取得された」との文言はない。かかる投資協定の文言の差異から、同事件と本件との結論の違いを説明することができる [para. 324]。

被申立国は間接投資が「迂遠すぎる」(too remote) ゆえに投資協定による保護から切断 (cut off) されることがあると主張するが、被申立国の引用する Enron 事件⁸、SCB 事件では、そのような原則は見出だされておらず、仲裁廷の知る限り、そのような理由で管轄権を否定した判断はない [paras. 333-336]。

C. PPL の行為の国家への帰属

本投資協定 9 条は「一方締約国の投資家と他方締約国」との間の紛争に管轄権を有すると定めているため、管轄権及び本案の判断において申立人の主張が認められるためには、申立人による主張される行為が被申立国に帰責されなければならない。仲裁廷は国連国際法委員会 (ILC) による国際違法行為に対する国家の責任に関する条文 (Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts、以下「国家責任条文」) 4 条及び 5 条に従ってこの点の判断を行う [paras. 418-423]。

マゾビア県知事、ポーランド裁判所及び税関が国家機関 (organ of a State) に当たることに争いはなく、これらの機関の行為は国家責任条文 4 条に従って、被申立国に帰属する [para. 424]。

PPL が国家責任条文 4 条に基づく国家機関に該当するか否かについては、PPL の地位、構造及び業務を分析する必要があるが、この点につき、Maffezini 事件判断の枠組みに従って検討する。すなわち、当該主体を国家が所有又は管理しているか、又はその目的が統治機能を実行することにある場合には国家的主体 (state entity) であるという反証可能な推定が及ぶが、さらにその組織の構造及び機能に着目して判断を行うというものである [paras. 425-426]。

PPL の株式はすべて財務省により保有されていたこと、国際空港の運営管理は通常、民間事業者が行わないこと、空港運営は国家安全保障に係る戦略的機能を有していたこと、PPL は運輸大臣の監督下にあったことに鑑みれば、PPL 法において、PPL が国家から独立し、企業統治、資金調達を独自に行う組織であると定められていたことを考慮しても、PPL を事実上の国家機関 (de facto State organ) と認定することができる。[paras. 427-435]

念のため (ex abundantia)、PPL が国家責任条文 4 条の国家機関ではないと仮定しても、空港運営という安全保障上の戦略的機能を有していたこと、ショパン空港の現代化は統治権能の行使として PPL により行われたこと、運輸大臣秘書官が第 1 ターミナルの現代化計画は政府が所管する問題である旨国会で認めていたことを踏まえれば、PPL は統治権能の行使権限を付与されていたといえる [paras. 436-437]。そして、PPL 法が、空港の建設、拡張及び維持は PPL の事業範囲に含まれるものとしていること、本件リース契約の締結等に関して PPL は財務省の承認を得ていたこと等から、PPL の第 1 ターミナル現代化及び本件リース契約の解除にかかる行為は統治権能の行使に当たるといえ、かかる PPL の行為は、国家責任条文 5 条に照らし、ポー

⁸ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004.

ランドに帰属する [paras. 445-448]。

D. 公正衡平待遇違反

申立人は、被申立国は、(i) 信義誠実等の義務に反して実施した濫用的手段の実施、(ii) 紛争解決に向けた交渉の拒絶、(iii) 裁判所の仮処分命令に違反した恣意的かつ強制的な手段の実施、(iv) マゾビア県知事の決定に関する BH Travel の適正手続違反が、それぞれ公正衡平待遇義務に違反すると主張する [para. 450]。被申立国は、公正衡平待遇とは結局のところ、当該外国投資家を国内及び第三国の投資家と同様に扱うことを意味すると主張するが、公正衡平待遇は本投資協定 4 条 1 項の定める内国民待遇及び最恵国待遇とは区別されるべきであり、かかる主張は誤りである [para. 531]。

被申立国は、予測可能な形で、BH Travel を扱ってきたと主張するが、本件リース契約締結時点における BH Travel の待遇についての予測可能性が担保されておらず、そもそも予測可能性は、公正衡平待遇の一要素に過ぎない [para. 533]。

Saluka 事件で述べられたように、公正衡平とは、正義、公平、不偏及び正当であることを意味し、不正義又は恣意的な扱いが国際的見地から受け入れられない程度に達したとき、公正衡平待遇違反が認められる [para. 535]。

本件空港第 1 ターミナル現代化に対応するための空港法が制定され、同法 27 条は、現代化のために免税店契約の解除を認める一方、それによって生じた損失は補償の対象になると規定している [para. 538]。かかる現代化は 2009 年春頃に開始されたが、2010 年夏頃に工事により影響を受ける免税店との交渉は始められたものの、その時点では工事の開始時期は不明であったため、具体的な提案はされなかった [para. 539]。

2011 年秋になり現代化工事が早急に開始されるべきことが判明し、同年 12 月 8 日、PPL は補償なく本件リース契約を解除する旨の提案を行った [para. 540]。2012 年 2 月 16 日、PPL は、BH Travel による基本条件 13 条 1 項 c 号及び d 号違反を理由として、本件リース契約の即時解除を BH Travel に通知し、30 日以内に区画を返還するよう求めたが、13 条 1 項 c 号に関しては、解除の理由とされた銀行保証の増加額は微小であり、PPL は催告もしておらず、13 条 1 項 c 号は解除事由として銀行保証における払込み (submit (non-payment))、手続の完了 (complete) 又は更新 (renew) の不履行を列挙しているだけで保証額の増加 (adjust) が明示されていないこと、同項 d 号に関しては、保険証券の提出が 2012 年 2 月 16 日に行われ、被申立国の主張する同月 15 日の期限に一日遅れたに過ぎないが、2012 年がうるう年であったため、実際には 2 月 16 日に提出されていれば問題がなかったことに鑑みれば [paras. 547-548]、PPL に解除権があったとしても、既に契約締結後 4 年目に入っていた継続的契約を事前の警告なしに銀行保証額の増額及び保険証券の不提出を理由に解除することが正当化される事情は見当たらず [paras. 552-553]、当該解除は、空港法により認められた補償を回避することが目的であったことが認められる [para. 554]。本件リース契約の終了における PPL の行為には公正衡平待遇違反が認められる [para. 560]。税関による免税店の封鎖、マゾビア県知事の介入、マゾビア県知事の決定

に対する不服申立の棄却は、かかる PPL による本件リース契約の濫用的な解除の帰結である [para. 559]。

E. 収用

申立人は、PPL による違法行為により、本件リース契約という投資財産の経済的価値が相当程度に (substantially) 剥奪され、その行為は収用に当たると主張する [para. 562]。

本件リース契約は、前述のとおり、本投資協定上の「投資財産」に該当し [paras. 590-591]、本投資協定 5 条 1 項は直接収用だけでなく、間接収用も保護するものである [para. 592]。

なお、本仲裁廷は、申立人の投資財産は間接的に保有する **Baltona** 株式であり、当該株式上の権利は侵されていないとの被申立国の主張には同意しない。前述のように、本投資協定により保護される投資財産は、**BH Travel** が締結した免税店リース契約である。階層的な株式保有は、免税店リース契約を投資協定上の「投資財産」たらしめるための法的な投資ビークルに過ぎない [para. 593]。

(i) PPL による本件リース契約の解除、(ii) PPL による税関への免税店区画封鎖の申入れ、(iii) PPL の求めに応じたマゾビア県知事の **BH Travel** に対する退去命令という一連の行為は、申立人の (間接的な) 投資財産の利益を剥奪するものであり [para. 594]、本投資協定 5 条 1 項上の補償なき収用に該当する [para. 596]⁹。

⁹ 本仲裁廷は、被申立国に対し、損害賠償額として 17,902,790 ユーロの支払を命じた [paras. 942, 976]。

案件 116: Saint-Gobain Performance Plastics Europe v ベネズエラ・ボリバル共和国 (ICSID Case No. ARB/12/13)

(JCA ジャーナル 2017 年 8 月号 (92))

判断年月日: 2016 年 12 月 30 日

仲裁廷の構成: Klaus M. Sachs (長、ドイツ連邦共和国)、Charles N. Brower (アメリカ合衆国)、Gabriel Bottini (アルゼンチン)

一 判断のポイント:

- ・ 大統領による国有化に関する声明のみをもって収用は構成されないが、その後の国有企業の行為の態様によっては、国家による正式な収用命令が発布される前であっても、収用に該当する場合がある
- ・ DCF 法における割引率の要素の一つであるカントリー・リスク・プレミアムには被申立国の収用リスクが加算される場合がある

二 事案の概要:

I. 事実関係

A. 事実

本件は、被申立国が申立人の子会社である Norpro のプロパント (proppant: 支持材) のプラントの収用に対する補償を拒絶したこと、及び国有企業との間で締結された契約に違反して原料となるボーキサイトの供給価格を上昇させたことが、BIT5 条 1 項 (収用に関する規定)¹、3 条 1 項 (公正衡平待遇 (Fair and Equitable Treatment: FET) に関する規定) 及び 2 項 (完全な保護及び保障 (Full Protection and Security: FPS) に関する規定) に違反するとして ICSID 仲裁が申し立てられた。

収用が生じた時期と損害賠償額を DCF 法によって算定する際にカントリー・リスク・プレミアムをどのように取り扱うのかが主な争点となった。

(1) 当事者

¹ 5 条 1 項は以下のように規定している (正文はフランス語・スペイン語。以下は仲裁廷による非公式英訳)。

The Contracting Parties shall not take any direct or indirect measures to expropriate or nationalize or any other measures with the aim of seizing investments belonging to nationals and companies of the other Party, in their territory and in maritime area, except in the public interest and provided that these measures are neither discriminatory, nor contrary to a particular agreement.

All measures of expropriation which could be taken must result in the payment of prompt and adequate compensation. The sum of this compensation should be equal to the actual value of the investments concerned, and must be assessed in relation to the normal economic situation prevailing before any threat of expropriation was of public knowledge.

The amount and method of payment for compensation should be specified on the date of expropriation at the latest. This compensation is indeed realizable, payments shall be made without delay and shall be freely transferable. The compensation will accrue interest calculated at the appropriate market interest rate until the date of payment.

申立人は、フランス法人である。Norpro は申立人の子会社であり、ベネズエラ・ボリバル共和国法人である。申立人は北米市場においてセラミック・プロパントの製造者として確固たる地位を有している。北米及び世界市場におけるプロパント市場の拡大を受け、申立人は Norpro を通じて、原料となるボーキサイトや十分な電力等の確保ができるベネズエラ・ボリバル共和国においてプラントを建設・操業し、プロパントの生産を行うこととした。[paras.135-162]

被申立国は、ベネズエラ・ボリバル共和国である。

(2) 申立人によるプラントの建設

2007年に申立人は、ベネズエラ・ボリバル共和国にプラントの建設を開始し、2008年9月から生産を開始した。[paras.171-172]

(3) プラント労働者との騒乱

Norpro は労働者に組合を作らせないようにするため、Norpro は労働者を直接雇用せず、外部の派遣会社に労働者を派遣させる枠組を使っていた。問題が生じるごとに、派遣会社との契約を解除し、他の派遣会社と契約することを繰り返していたため、労働者には Norpro に対する不満が高まっていた。[paras.198-210]

2010年3月、Norpro の元労働者約40名が、プラントを4時間余り占拠した。この中には、チャベス大統領政権与党議員ほか1名の国会議員がいた（どのような役割をこれらの議員が果たしていたのかは当事者間に争いがある。）。[paras.211-215]

2010年5月15日、Norpro の労働者の団体が、テレビ及びラジオで生中継されチャベス大統領も出席する公的式典に出席し、ある提案を行った。当該提案には、Norpro を国家の管理下に置き国有企業である *Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA)* に譲渡することが含まれていた。チャベス大統領は、それを読み上げ、承認した。[para.216]

同日中に、前出の議員らを含む労働者の団体が、プラントを占拠した。Norpro のスタッフがプラントを訪れたところ立入りを拒絶され、さらに Norpro の役員および警察官も立入りを試みたところ、2名の国会議員が、チャベス大統領の指示であると述べ、立入りは拒絶された。[para.217]

その後、Norpro、PDVSA 及びその他で会合が持たれた。その際の議事録のタイトルは、「Norpro の国有化手続について」であった。[para.223]

(4) プラント占拠後

2010年8月30日、PDVSA、申立人及びフランス大使館が会合を行った。議事録によれば、PDVSA はチャベス大統領より Norpro 国有化の指示を受けていること、収用デクレ (expropriation decree) の発出が準備されていることなどが PDVSA から伝えられた。これに対して、申立人は、国有化に対して BIT に従い友好的に解決するために協力していくこと、PDVSA に対して技術的な協力を行う用意があること、収用デクレの発出時期を明確にすること

を求めた。その後何回かのやりとり及び会合があったが、2010年10月26日以降翌年3月21日頃まではやりとりはなかった。[paras.229-244]

2011年3月29日、被申立国は、収用デクレを発出した。[para.245]

B. 当事者の主張

(1) 収用に関して (5条1項関係)

① 申立人の主張

申立人は、収用デクレ発出前の被申立国の行為は、正式な収用措置 (measure) ではないため、BIT5条1項の第1段落に違反していること、2011年3月以前に行われた物理的な占拠は、適正な手続 (due process) によるものではなく、また完全な保護 (full protection) を申立人の投資に与えず、BIT3条1項及び3条2項に違反し、したがって BIT5条1項1段落にいう「特定の約束 (particular agreement / engagement particulier) に反する収用であると主張した。[paras.272, 387]

また、申立人は、PDVSAによるプラント管理が開始された時点で、BIT5条にいう「収用」があったと主張する。そして、この「収用」の時点で、被申立国が「迅速かつ適正な (prompt and adequate)」補償をする義務及び収用の時点における補償の額を特定する義務に違反しており、これらの点が BIT5条1項2段落及び3段落に違反すると主張している。[paras.273-282, 388]

② 被申立国の主張

BIT5条1項1段落にいう「措置」とは申立人の主張する意味よりも広い意味を持つものである。また「特定の約束」は、BIT中の規定を指すものではなく、BIT外の取決めをいうものである。また、収用に際し適正な手続を必要とするのであれば、BITにその旨規定が置かれるべきであるが本件BITにおいて、それはない。[paras.312, 389-391]

収用が行われた日は収用デクレが発出された2011年3月29日である。2010年5月の占拠は国が行ったものではない。PDVSAが占拠以降プラントにいたのは、Norproが実質的にプラントの管理を放棄した後、収用デクレが発出されるまでの安全保障のためである。[paras.313-314]

チャベス大統領の声明の後に行われた労働者によるプラントの占拠は、同声明と因果関係がない。[para.315]

当事者は、正式な収用デクレが後に発出されること、収用デクレがベネズエラ・ポリバル共和国法上収用手続の出発点になることをそれぞれ認識していた。[para.318]

迅速性という点について、BITは収用当日に即時に補償しなければならないとまでは書いていない。[para.321]

収用に際しては、被申立国は被申立国法上適切に手続を行っている。[paras.322-323]

(2) FET 違反… 略

(3) FPS 違反… 略

(4) 損害額の計算方法について

以下では申立人と被申立国との間で大きな隔たりがあったカントリー・リスク・プレミアム (CRP) に関する当事者の主張のみを掲載し、その他は省略する。

①申立人の主張

被申立人側の専門家が提示した 13.92% という法外な被申立国の CRP は、国家が自身の行為の責任を回避するための捨て身の方法である。このような CRP の増加は、チャベス大統領による、被申立国内にある全ての外国からの投資を補償なしに収用するという脅しを反映したものである。しかしながら、国家は自身の法を犯す傾向を収用に対する補償額を減額するためには使ってはならない。したがって、一般的な没収 (収用) に関する脅しは、FMV の算定において考慮されるべきではない。そうでない場合には、被申立国は本件仲裁によって救済されるべき違法な行為によって利益を得てしまうことになる。 [paras.296-297]

②被申立国の主張

申立人側の提示する 4.5% という CRP よりも、もっと高い CRP を被申立人は主張する。どのようなプロジェクトにおいてもその開始時点から内在する収用リスクは一般的な経済状態の一部であり、それゆえ、購入意思のある買主 (willing buyer) は収用リスクを考慮して、買取価格を評価する。 [para.341]

そのような投資に内在するリスクを控除することは、購入意思のある買主が利用しないような割引率となり、購入意思のある買主が支払わないような価格を生じさせる。それゆえ、申立人に手の届く範囲の取引ではなし得ない思わぬ大金をつかませることになる。このことは、被申立国には懲罰的であり、国際法上の補償理論のもとでは認められない。 [paras.342-343]

三 判断概要：

II. 仲裁判断の要旨

- ①補償額を特定せず、また収用に関する補償を迅速に行わなかったため、BIT5 条 1 項 2 段落・3 段落に違反する。
- ②仲裁廷の認定 (paras.849-851、2010 年 5 月 15 日時点の FMV) をもとに計算される補償額を被申立国は申立人に支払え。
- ③その他・・・略

A. 管轄について [paras.368-383] 略

B. 収用について

(1) BIT5 条 1 項第 1 段落について

同段落違反となる場合は、収用における手段が、公共目的であること、無差別であること、及び特定の取決め又は合意に抵触しないことという要件により正当化されない場合である。そして、

「特定の約束」とは、その通常の意味（ウィーン条約法条約 31 条 1 項参照）および BIT10 条を斟酌すれば、BIT とは別の、あるいは外部の合意である。[paras.392-398]

エネルギー憲章条約（ECT）13 条（収用）は、その 1 項（c）において、「正当な法の手続きに従って行われるものであること」という要件を規定しているところ、本件 BIT においては、そのような規定はない。当事国が適切に手続きを要件とするのであればその様にしているはずである。本件 BIT においては、適正な手続きが保障されるべきことは、BIT3 条 1 項に包摂されていると考えられ、収用の合法性の要件に影響は与えない。[paras.399-400]

申立人は、本件 BIT 以外の合意あるいは取決めに、本件収用が違反しているとの主張はしていないので、被申立国は BIT5 条 1 項第 1 段落には違反していないと判断する。

(2) BIT5 条 1 項第 2 段落及び第 3 段落の解釈について

これらの段落は、文言の通常の意味によれば、被申立国に迅速に（遅滞なく（without delay））補償（prompt compensation）の支払いを求めるのみならず、遅くとも収用の日において補償額を特定（確定）することを求めている。

BIT の方がベネズエラ・ボリバル共和国国内法よりも収用に制限的となるため、このことは明らかに常識に反した又は不合理な結果をもたらすことになるとの被申立国の主張は受け入れられない。[paras.411-425]

(3) 収用がなされた日について

申立人は 2010 年 5 月 15 日の時点で BIT にいう収用があったと主張し、被申立国は収用デクレが発出された 2011 年 3 月 29 日を収用がなされた日であると主張する。

SD Myers v. カナダ事件によれば²、「収用」は、国家実行の全容、条約、及び国際裁判例における文言の解釈を考慮して解釈されるべきであるとしている。そして、「収用」とは、政府のような当局による個人の財産の所有権を他人に移転することを目的とした取得の意味を持ち、法律上又は事実上の取得のために権力を行使する当局によることを含意している。このような見解は、その後の仲裁判断例においても確認されている。このような仲裁判断例も考慮すると、「収用」という用語は、以下の要素によって特徴づけられる。すなわち、(i) 国家の行為であること、(ii) 人の財産に関するものであること、(iii) 財産の事実上又は実質的な譲渡であること、(iv) 国家または第三者の利益のためになされること、である。このような理解について当事者間に見解の相違はない。[paras.440-444]

2010 年 5 月 15 日のプラント占拠が、国家が行ったものではないことについて当事者間に争いはない。とはいえ、チャベス大統領の声明とプラント占拠との間には、全く因果関係がないとは言いきれない。すなわち、占拠に向かった者は、チャベス大統領の声明を受けてやってきた者である。たしかに声明において、チャベス大統領が Norpro に言及する場面があったが、同大統領が直ちに物理的に占拠をせよとの命令を下したとまでは言えない。また、国会議員が占拠に参

² SD Myers Inc. vs. Canada, November 13, 2000 (partial award), para.280.

加しているということがあったとしても、労働者達による占拠が国家に帰属する行為であるとまでは言えない。しかしながら、国有企業である PDVSA は、5 月 15 日あるいはその直後に、プラントを最終的には収用する目的で、少なくとも事実上実効的に管理した。PDVSA の行為は、被申立国の行為に帰属させられるべきものである。以上のことから、収用のあった日は、2010 年 5 月 15 日である。[paras.448-477]

(4) BIT5 条 1 項第 2 段落・第 3 段落違反について

以上より、2010 年 5 月 15 日が収用のあった日であり、被申立国は当該日において、収用に際しての補償額を確定させておらず、また迅速に（遅滞なく）支払いをしていないため、BIT に違反している。

C. FET について [paras.486-542] 略

D. FPS について [paras.543-565] 略

E. 損害賠償額の算定方法について [paras.566-851]

(1) カントリー・リスク・プレミアム（Country Risk Premium : CRP）について

BIT で求められている十分な補償の支払いなく収用されるリスクを被申立国に適用される CRP から除外するかどうかについて、当事者間に争いがある。[para.703]

原則として、本件における CRP は、2010 年 5 月時点における購入意思のある買主（willing buyer）が適用するであろう現実的な評価であるべきである。他方で、本件仲裁の文脈からは（十分な）補償の支払いがない収用のリスクが除外されるべきであるという申立人の主張も理解する。[para.704]

申立人側は本件 BIT による保護が CRP を追加的に軽減すると主張しているが、他方で被申立人側は、政治的リスク保険の保険者は BIT によって当該リスクが減殺されると考えているのかという研究が、補償範囲や保険料を決定するに当たって BIT はほとんどインパクトを持たないことを示していると主張している。これに対して、申立人側は反証をしていない。このような状況の下で本件仲裁パネルは、本件 BIT が、経済的に厳格に見た場合購入意思のある買主のリスク評価に際して大きな影響を及ぼすものであるとは認めることはできない。[para.705]

全く補償をしない又は十分な補償をしないで行われる収用のリスクに関する調節をしない（同リスクを CRP から除外しない）ことは、被申立国によってなされた国際法上違法な行為から利得を得ることを被申立国に許容することになるとの議論があり得る。とはいえ、この議論は厳密な経済学的な観点からの議論ではなく、条約における保護がどの範囲まで順守され、また執行されるのかという規範に関するものとなる。したがって、本件 BIT における公正市場価値（Fair Market Value、FMV）は、それにより与えられる保護基準という文脈に沿って解釈される。[para.706]

Gold Reserve v. ベネズエラ・ボリバル共和国事件では³、収用に関するリスクは CRP から除

³ Gold Reserve v. ベネズエラ・ボリバル共和国, ICSID Case No. ARB (AF) /09/1 (22 September, 2014). 本仲裁判断に

かれると述べる一方、その他の収用に関するリスクを除いた政治的リスクは、CRPに含まれるとした。[para.708]

他方で、被申立国に有利な議論、すなわち、十分な、あるいは全くの補償なくして収用が行われる一般的なリスクも含まれるベネズエラ・ボリバル共和国に投資する際の全ての政治的リスクが、CRPに包摂されるという議論もある。[para.709]

FMVの定義、すなわち、購入意思のある買主が売却意思のある売主(willing seller)に支払う額を考慮すると、FMVの経済概念には、購入意思のある買主が現実的に考慮するリスクの一つとして、十分なあるいは全くの補償なくして収用が行われるリスクも含まれる。[para.710]

そして、国際違法行為の国家責任条文草案36条の解説が述べるように4、補償の機能は、国際的に違法な行為の結果生じる現実の損害に対処することであり、したがって、純粋に補償的である。また、補償は、懲罰とは関係がなく、表象的あるいは規範的な性格を持たない。補償されない収用に関するリスクを現在価値の評価から除外した場合、申立人は、購入意思のある買主に売却した際には得られないであろう額の補償を受け取ることになるので、棚ぼたの状況となり、それは現実に被った損害以上の額となる。[para.711]

被申立国が正当に指摘するように、上記の様な立場は、Tidewater v. ベネズエラ・ボリバル共和国事件により支持される⁵。すなわち、同事件は、請求に至った特定の国家の行為はもちろん評価から除外されるが、CRPは適用日における特定の国においてビジネスをする際の一般的なリスクを反映したものであると述べる。[para.712]

上記の様なCRPの理解は、被申立国に、同国による過ちから何らかの利益を得ることを許容するものではない。むしろ、条約により権限が与えられた仲裁廷による仲裁判断によって与えられる損害賠償は、投資家の投資の損失を補償するように設計されている。しかし、DCF法により補償額を決定する場合には、購入意思のある買主が投資を行うであろう額を考慮する必要がある。この際に買手が考慮する一つの要素としては、特定の国に投資することにより生じるリスクである。このリスクは、請求に発展するであろう特定の国家の措置によるものではなく、むしろCRPは特定の国家においてビジネスを行うことにより生じる政治的リスクを含む一般的なリスクを定量化している。[para.717]

本件仲裁廷の多数意見もTidewater v. ベネズエラ・ボリバル共和国事件の仲裁判断に同意する。

なお、CRPに関する仲裁廷の多数意見に対しては、Brower 仲裁人による反対意見が示されている⁶。すなわち、反対意見は、BIT5条1項2段落が投資の有する現実の価値と同じ補償を規定しており、そしてホルジョウ工場事件に現れる一般的な国際法は、完全な賠償を求めると述べ

つについては、井上葵「投資家の義務違反に対して取られた措置が公正衡平待遇義務違反とされた事例」本誌62巻5号14頁(2015年5月)を参照。

⁴ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001), in the Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol.II, Part Two, p.99.

⁵ Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe C.C. vs. Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27 (13 March 2015, award).

⁶ Concurring and Dissenting Opinion of Judge Charles N. Brower, 21 December 2016.

る。その上で、多数意見が上記適用法を、補償基準が FMV であると変容させたことは申立人にとって不当であるとした。また、CRP を増加させたことも申立人にとって不当である。損害を被った申立人が本件仲裁廷によって救済されるはずのリスクを FMV の算定において考慮し、補償額を減らすことは、申立人が完全賠償を得る権利を否定していると批判する。[paras.2-3]

(2) その他は略

F. 利息について [paras.852-896] 略

G. 税 [paras.897-905] 略

案件 117 : Ampal-American Israel Corporation、EGI-Fund (08-10) Investors, LLC、EGI-Series Investments, LLC、BSS-EMG Investors, LLC v エジプト・アラブ共和国 (ICSID Case No. ARB/12/11)

(JCA ジャーナル 2017 年 11 月号 (95))

判断年月日 : 2017 年 2 月 21 日

仲裁廷の構成 : L. Yves Fortier (長、カナダ)、Francisco Orrego Vicuña (チリ)、Campbell McLachlan (ニュージーランド)

一 判断のポイント :

- ・ パイプラインへの攻撃及びガス供給契約の解除に関して、申立人が株式を保有する会社が申し立てた ICC 仲裁の仲裁判断の既判力がアメリカ合衆国・エジプト・アラブ共和国投資協定に基づく仲裁に及ぶ。
- ・ 被申立国が第三者の攻撃からパイプラインを保護するための具体的な方法をとらなかったことは、十分な保護及び保障を提供する義務に違反する。
- ・ 被申立国が免税措置を取り消したこと及びガス供給契約を不当に解除したことは、申立人の投資財産に対する違法な収用に該当する。

二 事案の概要 :

I. 事実関係

申立人は、いずれもアメリカ合衆国法人である。申立人は、エジプト・アラブ共和国法人 East Mediterranean Gas Company S.A.E.(以下「EMG」)の株式を直接又は間接に保有している。被申立国は、エジプト・アラブ共和国(以下「エジプト」)である。

1. 申立人による投資 [paras. 25-42]

1979年に締結されたエジプト・イスラエル平和条約をふまえて、1990年代後半には、イスラエル及びエジプトの投資家とエジプト政府との間で、エジプトからイスラエルへの天然ガスの輸出について議論がなされ、その結果 EMG が設立された。EMG の主たる事業目的は、エジプトから天然ガスを購入し、それをエジプトのアリーシュ (Al-Arish) からイスラエルのアシュケロン (Ashkelon) に至るパイプラインを通じて、イスラエルに輸出することであった。[para. 30]

EMG は、ガス供給業者を通さずに直接ガスを購入するため、Egyptian General Petroleum Corporation (以下「EGPC」)に接触した。[para. 32] 2000年10月7日に、EGPC 及び EMG は、EGPC が年間 7BCM のガスを EMG に販売することを内容とする Preliminary Agreement に署名した。[para. 35]

また、エジプトは、2001年に国有会社として Egyptian Natural Gas Holdings (エジプト国

営ガス公社。以下「EGAS」) を設立した。[para. 27]

2004年1月26日、エジプトの石油大臣は、エジプトがEMGに年間7BCMのガスを供給することを約していることを確認し、EGPC及びEGASに、2000年9月の閣僚評議会決議の枠組みに従ってEMGとの間でガス供給契約を締結するよう指示した。[para. 38] 2005年6月13日に、EMG、EGPC及びEGASは、General Sale and Purchase Agreement (以下「本ガス供給契約」) 及び三者間契約 (Tripartite Agreement) に署名した。[para. 40]

2. 被申立国の措置 [paras. 43-67]

申立人の主張によれば、被申立国は以下の各措置によって申立人の投資に損害を与えた。

- (1) 第1に、エジプト政府は、2008年5月5日に法114/2008号を公布して、EMGが有する免税対象となる地位を取り消した。当該法令によって、EMGの年間の税負担は収益の1%から20%に増大した。[para. 44]
- (2) 第2に、被申立国は、本ガス供給契約の再交渉を強制するために、EMGへのガスの供給を停止した。[para. 45] その結果、EMGは、削減された供給量に対して値上げされた購入価格に合意することを迫られることになり、2009年5月31日に、本ガス供給契約の第一修正契約に署名することになった。[paras. 51-52]
- (3) 第3に、被申立国は、第一修正契約署名後も、ガスの供給義務を履行しなかった。[para. 53]
- (4) 第4に、被申立国は、「アラブの春」の発生にともなうパイプラインへの攻撃に対して保護をしなかった。[para. 55] パイプラインに対しては、2011年2月5日から2012年4月までの14ヶ月間で、合計14回の攻撃がなされた。[para. 59]
- (5) 第5に、被申立国は、イスラエルへのガスの輸出を終了させることを目的として、本ガス供給契約を不当に解除した。[paras. 65-66]

3. 本仲裁申立後の経過と並行する仲裁手続 [paras. 6-23]

申立人は、アメリカ合衆国・エジプト投資協定 (1986年11月3日署名、1992年6月27日発効。以下「本BIT」) に基づき、2012年5月4日に、本件について投資紛争解決国際センター (ICSID) に仲裁申立てをした。これに対して、被申立国は、管轄権及び受理可能性について各種の異議を申し立てた。また、本件のICSID仲裁のほか、他の関連当事者も含める形で、国際商事仲裁カイロ地域センター (CRCICA)、国際商業会議所国際仲裁裁判所 (ICC) 及び常設仲裁裁判所 (PCA) における仲裁事件が係属していた¹。

仲裁廷は、2016年2月1日に、管轄権についての判断 (Decision on Jurisdiction) を下した。[para. 6] 同判断では、申立人のうちDavid Fischer氏についてのみ被申立国の管轄権の異議を認め、それ以外の申立人については被申立国の管轄権の異議をいずれも認めなかった。[para. 7] また、同一の請求を並行する仲裁事件において行うことは手続濫用 (abuse of process) を構成

¹ 並行する各仲裁手続の概要は、*Ampal-American Israel Corp v. エジプト*, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Jurisdiction, 1 February 2016, para. 12 参照。

するため、他の仲裁廷になしている同一の請求を取り下げを命じた管轄権判断に従って、EMGの株主である Merhav Ampal Group Ltd が PCA における仲裁の取り下げをした。[para. 22]

三 判断概要：

II. 仲裁判断要旨

A 帰属についての判断 [paras. 71-147]

申立人は、本ガス供給契約に基づくエジプトのガスの供給に関する EGPC 及び EGAS の行為は、「国家違法行為に対する国家の責任に関する条文」（以下「国家責任条文」）4条、5条、8条及び11条に基づき、被申立国に帰属すると主張した。[paras. 83-117] これに対して、被申立国は、EGPC 及び EGAS の行為は、被申立国に帰属しないと主張した。[paras. 118-131]

EGPC は、エジプト 1976 年法第 20 号の規定、取締役会の構成員等に照らして、国家責任条文 4 条の国家機関に該当する。[para. 138] また、EGPC 及び EGAS は、国家責任条文 8 条に照らして、国家の指揮及び支配の下で常に行動していたことから、両名の行為は被申立国に帰属する。[paras. 140, 146] さらに、被申立国は、本ガス供給契約の解除を承認していたことから、国家責任条文 11 条に照らして、「問題の行為を承認及び採択し」と認められる。[paras. 140, 146]

したがって、本 BIT 違反の有無を判断するにあたって、EGPC 及び EGAS の作為・不作為は、被申立国に帰属する。[para. 147]

B 被申立国の責任 [paras. 148-348]

1. 免税措置（2025 年まで）の取り消しについて [paras. 150-187]

申立人は、被申立国が法 2008 年 114 号を制定したことは、本 BIT 上収用を構成するという主張のほか、公正衡平待遇義務、十分な保護及び保障を与える義務、アンブレラ条項に違反するという主張をした。[para. 150] 本 BIT11 条は、課税に関する措置は、同 3 条（収用）の対象となる措置に関するもの以外は、本 BIT から除外していることから、EMG に対する免税措置の取り消しが収用に相当するかどうかを検討する。[paras. 151-152]

まず、申立人の租税上のライセンスが本 BIT 上の投資を構成するかが問題となる。[para. 160] これについて、本 BIT1 条 (c) (v) は、「法に従って発行されたライセンス」を、投資の定義に含まれる財産として挙げている。よって、被申立国が EMG に与えた、フリーゾーン企業としての免税措置を含むライセンスは、本 BIT 上保護される投資に該当する。[paras. 172-174]

次に、被申立国が、法 2008 年 114 号を制定したことによって、申立人の投資財産を収用したかどうかを検討する。[para. 175]

本 BIT3 条 (1) は収用に関して規定する。[para. 176] EMG が被申立国のフリーゾーン制度の下で免税措置を受けることは、EMG の投資の経済的ストラクチャー上、不可欠のものであったこと、被申立国もそれを最初から知りながら、EMG に特別なライセンスを付与して、2025

年まで免税措置を受ける地位を与えたことが認められる。[paras. 181-182] したがって、被申立国による EMG に対する免税措置の取り消しは、投資財産に対する収用に相当する。[para. 183]

免税措置の取り消しは収用に相当すると判断されたことから、これが本 BIT の公正衡平待遇義務、十分な保護及び保障の基準を与える義務又はアンブレラ条項に違反するかどうかを判断する必要はない。[para. 187]

2. 免税措置の取り消し（2025 年以降）について [paras. 188-193]

2025 年 4 月 18 日に EMG のフリーゾーン企業としてのライセンスが更新されたであろうか否かは、推測の域を出ないので、これを判断の基礎とする根拠は見いだせない。[para. 192] したがって、被申立国による EMG のライセンスの取り消しの結果、被申立国が申立人に対して負う損害は、2025 年までについて計算されることになり、それ以降には及ばない。[para. 193]

3. 第一修正契約の締結について [paras. 194-216]

申立人は、第一修正契約の署名を強制されたとし、これが本 BIT の公正衡平待遇義務、十分な保護及び保障を与える義務、アンブレラ条項の違反になると主張し、また被申立国による、しのびよる収用（creeping expropriation）の一要素となると主張する。[para. 194]

しかしながら、申立人は、第一修正契約の署名を強制されたという主張に関して立証責任を果たしていない。むしろ、証拠からは、申立人が、本ガス供給契約の修正について、交渉を行い、修正契約を締結することが自らの利益になると考えていたことが示されている。[para. 196] 申立人は、第一修正契約の締結を強制されたものではないから、これが本 BIT 違反となるとする申立人の請求を認めない。[para. 216]

4. ガスを供給しなかったことについて [paras. 217-530]

(1) 2009 年 7 月 1 日から 2011 年 1 月 31 日までについて [paras. 226-234]

申立人は、第一修正契約の締結から、「アラブの春」に伴うパイプラインへの攻撃が開始される前の 2011 年 1 月末までの期間について、EGPC 及び EGAS が本ガス供給契約に従った量のガスを EMG に供給しなかったことによって損害を被ったと主張する。[para. 226] しかし、当該期間におけるガスの供給の有無は、本 BIT 上の公正衡平待遇義務違反や収用への補償といった問題になりうるとは考えられない。[para. 228]

また、申立人は、本 BIT の最恵国待遇条項によって、イギリス・エジプト投資協定のアンブレラ条項を援用できるとし、被申立国に同規定の違反があると主張する。[para. 229] しかし、2011 年 2 月より前の期間において、被申立国は遵守すべき義務に違反したとは考えられないことから、本件で他の締約国との条約におけるアンブレラ条項を援用できるかという問題を検討する必要はない。[para. 230] 本ガス供給契約は、供給量が不足する可能性を想定しており、それについて契約上の補償の手続を規定している。ICC 仲裁の仲裁廷が検討したとおり、EGAS は、2011 年 1 月末までの期間において、当該手続を遵守していた。[paras. 231-232]

したがって、当該期間について損害が発生したという申立人の主張を認めない。[para. 234]

(2) 2011年2月1日から2012年5月9日まで(パイプラインへの攻撃)について [paras. 235-291]

申立人は、2011年2月から、本ガス供給契約が解除された2012年4月までになされたパイプラインへの攻撃について、被申立国が安全を確保するための合理的な措置をとらなかったことにより、本BIT上、十分な保護及び保障を与える義務に違反したと主張する。[paras. 235-236] これに対して、被申立国は、本ガス供給契約に基づくEGPC及びEGASのガスの供給に影響を与えたパイプラインへの攻撃は、本ガス供給契約に規定する不可抗力 (*force majeure*) の事象にあたると主張する。[para. 237]

本BIT2条(4)は投資財産に十分な保護及び保障を与える義務を規定する。[para. 240] Elettronica Sicula SpA (ELSI) 事件²、AAPL v スリランカ民主社会主義共和国事件³及びPantechniki 事件⁴で判示されたとおり、十分な保護及び保障の義務の基準は、厳格責任 (*strict liability*) ではなく、被申立国が投資財産の保護のために相当な努力 (*due diligence*) を行ったかどうかである。これは、損害が発生した具体的な状況に応じて判断されなければならない。[paras. 241-245]

〈ICC仲裁の仲裁判断との関係について〉

本BIT違反の有無を判断するにあたって、付随的な問題として、本ガス供給契約が有効に解除されたかどうか判断する必要がある。[para. 253] また、被申立国がパイプライン、すなわち申立人の投資をテロリストの攻撃から保護するために相当の努力を行ったかどうか判断するためには、パイプラインに対する攻撃の性質と、被申立国の対応に関する事実を検討する必要がある。[para. 254] これらの事実関係は、当該期間にガスを供給しなかったことが不可抗力によって免責されるかどうかに関する契約法の問題として、EMGを申立人とし、EGPC及びEGASらを被申立人とするICC仲裁の仲裁廷が既に詳細に検討している。[para. 255] ICC仲裁の仲裁廷が下した判断が、本仲裁手続において申立人を拘束するか、拘束する場合にどの程度拘束するかを、まず検討しなければならない。[para. 256]

ICC仲裁の仲裁判断についての、本仲裁手続の申立人に対する既判力 (*res judicata effect*) を判断する上では、①契約上の紛争における判断が、本仲裁手続における条約上の請求に与える効果、②投資先である会社 (EMG) が当事者となっている事件における判断が、投資家としての株主の権利に与える影響、という2つの問題がある。[para. 257]

〈契約上の紛争における判断の効果について〉

² Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy) ICJ Rep.15, Judgment, 20 July 1989

³ *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990

⁴ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 30 July 2009

当事者が契約上の紛争について判断するフォーラムを選択していた場合、当該裁判所又は仲裁廷の判断について、それらが下された法秩序 (legal order) の中で既判力が生じる⁵。[para. 258] 契約上の紛争についての仲裁廷が下した仲裁判断が当事者を拘束するのであれば、投資仲裁の仲裁廷は当該仲裁判断を参照し、依拠することができる、本件はそれにあたる（但し、本件の ICC 仲裁の仲裁判断はスイス連邦の裁判所で争われている。）。[para. 259]

投資家/株主は、既判力のルールの上では投資先の会社の利害関係人 (privy) として扱われる。[para. 260] 既判力の原則は、単に当事者だけに及ぶのではなく、それらの利害関係人にも及ぶ⁶。[para. 261] これに関して、2つの重要な投資仲裁判断を引用する。

まず、RSM Production Corporation and others v. グレナダ事件⁷は、3名の株主が完全保有する RSM が行った請求を棄却した過去の ICSID 仲裁廷の仲裁判断の効果に関するものである。同事件の仲裁廷は、過去の仲裁判断が、禁反言 (collateral estoppel) により、申立人を拘束すると判示した。同仲裁廷は、「株主が当該会社の財産における間接的な利益を基礎に主張しようとするなら、禁反言も含めて、当該会社に対して援用可能な防御も受けなければならない。これら3名の申立人は RSM の株式を共同で 100%保有し、完全に支配している。RSM の過去の仲裁の結果に拘束されるというのは何ら不公平ではないとする被申立国の主張に同意する。」と判示する。[para. 263]

また、Apotex Holdings Inc. v. アメリカ合衆国事件⁸では、Apotex Inc.とアメリカ合衆国との間の NAFTA に基づく過去の仲裁判断が、Apotex Inc.の親会社である Apotex Holdings Inc.によるその後の請求に対して与える効果が問題となった。同事件では、RSM 事件と同様、Apotex Holdings Inc.をその子会社である Apotex Inc.の利害関係人として扱い、既判力を肯定した。[para. 264]

これらの事件では、既判力の原則を、過去の仲裁判断の当事者と、それらと利害関係を有する者に対して適用している。投資仲裁では、株主は、企業を通じて間接的に保有する投資について請求ができることから、過去の判断に基づく禁反言も含めて、当該企業に対して援用できる防御も受けなければならない。[para. 266]

もっとも、引用した上記2つの事件では、いずれも申立人が投資ヴィークルを完全に保有していた。本件では、申立人に加えて、他の株主も EMG の株式を保有している。[para. 267] しかし、本仲裁の申立人は、ICC 仲裁の申立人であった EMG と利害関係を有すると判断する。[para. 268] また、前述のとおり EGPC 及び EGAS の行為は被申立国に帰属するところ、EGPC は被申立国の機関であって、EGAS の行為は被申立国に指示されたものか、あるいは自ら採択

⁵ *Malicorp Limited v. エジプト* ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011、同事件については、瀧本正太郎「義務遵守条項の実体的・手続的效果」・JCA ジャーナル 58 巻 5 号 (2011 年) 27 頁を参照。

⁶ *Gleeson v. J. Wippell & Co. Ltd.* [1977] 1 WLR 510, 515

⁷ *RSM Production and Others v. グレナダ*, ICSID Case No. ARB/10/6, Award, 10 December 2010、同事件については、小川和茂「ICSID 仲裁規則 41 条 5 項にいう『明らかに法的根拠を欠く』場合」・JCA ジャーナル 58 巻 3 号 (2011 年) 28 頁を参照。

⁸ *Apotex Holdings Inc. v. アメリカ合衆国*, ICSID Case No. ARB (AF) /12/1, Award, 25 August 2014、同事件については、清水茉莉「無差別原則における『同種の状況下』要件を否定した事例」・JCA ジャーナル 62 巻 6 号 (2015 年) 10 頁を参照。

したものである。したがって、被申立国は EGPC 及び EGAS の利害関係人であり、同じ事実について ICC 仲裁の仲裁廷の判断に拘束される。[para. 269] これが、本 ICSID 仲裁の請求に関連する ICC 仲裁の仲裁廷の判断について、本手続の当事者に既判力が及ぶとする根拠である。[para. 270]

ICC 仲裁の仲裁判断におけるパイプラインへの攻撃に関する事実認定は、本仲裁手続において当事者を拘束する。[para. 281] それでもなお、本仲裁廷は、同じ事実関係について独自の証拠評価をした上で、ICC 仲裁廷の事実認定は正しいものと判断する。[para. 282]

〈被申立国は十分な保護及び保障の基準に違反したか〉

被申立国は 2011 年 2 月 5 日の最初の攻撃を防ぐことはできなかったであろうことから、このことをもって被申立国が十分な保護及び保障の基準に違反したとすることはできない。[para. 285] しかし、被申立国が、申立人の投資のライフラインに対する攻撃を防ぐ措置をとらなかったことは、同年 7 月 12 日の 5 回目の攻撃に関する EGPC 及び EGAS のテクニカルレポートから明らかである。[para. 288] 同年 2 月から 7 月までの間に施設に対して行われた最初の 4 回の攻撃は、被申立国に対して、もし保安上の措置がなされなければ、さらなる攻撃が実行される可能性があるという警告とみなされるべきものであった。[para. 289] したがって、被申立国が、同年 7 月 12 日の 5 回目の攻撃の時点で、上流のパイプラインシステムへの第三者の攻撃に関して、申立人の投資を損害から守るための具体的な方法をとらなかったことは、申立人の投資に十分な保護及び保障を与える義務の違反となる。[para. 290]

被申立国は、十分な保護及び保障の基準に違反しているので、2011 年 2 月 1 日から 2012 年 5 月 9 日までの期間について、公正衡平待遇義務違反、アンブレラ条項違反、違法な収用の有無を検討する必要はない。[para. 291]

(3) 本ガス供給契約の解除後について [paras. 292-348]

本 BIT 違反の主張に関する付随的な問題として、まず本ガス供給契約が有効に解除されたかどうかを判断する。[para. 294] これについて、ICC 仲裁の仲裁廷は、EGAS による本ガス供給契約の解除は、契約上の要件を満たしていなかったとし、2012 年 4 月 18 日になされた解除は不適法であったと判断した。[para. 329] また、ICC 仲裁の仲裁廷は、EGAS による不可抗力の抗弁も認められないとした。[para. 330] 契約上の問題についての ICC 仲裁の仲裁廷のこれらの判断は、ICC 仲裁の当事者と利害関係を有する本仲裁の当事者間において既判力を有する。[para. 331] それでもなお、本仲裁廷は、同じ事実関係について独自の証拠評価をした上で、ICC 仲裁廷の事実認定は正しいものと判断する。[para. 332] したがって、EGPC 及び EGAS は、本ガス供給契約を不当に解除した。[para. 333]

次に、不当に本ガス供給契約を解除したことは本 BIT 上の違法な収用に相当するかを判断しなければならない。[para. 335] 本ガス供給契約における申立人の財産上の利益は、本 BIT 上の投資を構成するかが問題となる。[para. 337] 本 BIT1 条は「投資」の定義について規定すると

ころ、本ガス供給契約によって付与された申立人の権利は、明らかに本 BIT 上保護される投資を構成する。[paras. 338-339] さらに、本ガス供給契約を不当に解除したことで、被申立国は申立人の投資を収用したかどうかの問題となるところ、本ガス供給契約の不当解除は、申立人の投資活動を消滅せしめるものであり、収用に相当する。そして、本 BIT3 条 (1) に照らして、被申立国は同条の収用の要件に違反しており、当該収用は違法である。[paras. 340-346]

このように、被申立国が不当に本ガス供給契約を解除したことは収用に相当すると判断されたことから、解除が公正衡平待遇義務やアンブレラ条項に違反するかどうかを判断する必要はない。[para. 348]

C. 損害項目 [paras. 349 -353]

仲裁廷は、申立人の損害に関して以下のとおり判断した。[para. 350]

- (a) 被申立国は、2008 年 5 月 5 日に、法 114/2008 号を制定したことによって、申立人の租税上のライセンスにおける財産上の利益を違法に収用したことから、2025 年までの期間について違法な収用に対する賠償がなされるべきである。
- (b) 申立人は、第一修正契約の締結を強制されたものではないから、これについての損害賠償は認められない。
- (c) 2009 年 7 月から 2011 年 2 月までの期間にガスが供給されなかったことについて申立人の損害賠償は認められない。
- (d) Trans-Sinai パイプラインの保護をしなかったことで、2011 年 7 月 12 日の 5 回目の攻撃の時点で被申立国は本 BIT 上の十分な保護及び保障の基準に違反しており、これについて申立人に賠償がなされるべきである。
- (e) 被申立国が 2012 年 5 月 9 日に本ガス供給契約を不当に解除したことで、EMG の株式についての申立人の財産上の利益は違法に収用されており、これについて申立人に賠償がなされるべきである。

被申立国による本 BIT 違反の結果、申立人が請求できる損害額を決定する必要がある。これについては、申立人が保有する EMG 株式の公正市場価格によって算定する。[paras. 351-352]

D. 結論

仲裁廷は、以下のとおり判断した。[para. 354]

- (a) 本仲裁の請求に関する限度で、EGPC 及び EGAS の行為は被申立国に帰属する。
- (b) 被申立国は、2008 年 5 月 5 日に、EMG の租税上のライセンスについての申立人の財産上の利益を収用したことで、本 BIT3 条 (1) に違反した。
- (c) 被申立国は、2011 年 7 月 12 日時点で、申立人の投資の保護をしなかったことで、本 BIT2 条 (4) に違反した。
- (d) 被申立国は、2012 年 5 月 9 日に、EMG における申立人の投資財産を収用したことで、本 BIT3 条 (1) に違反した。

- (e) 責任の問題に関する当事者のその他の請求を棄却する。
- (f) 損害額及び費用については追って判断する。

案件 118 : Eli Lilly and Company v カナダ (ICSID Case No.UNCT/14/2)
(JCA ジャーナル 2017 年 10 月号 (94))

判断年月日 : 2017 年 3 月 16 日(仲裁裁定)

仲裁廷の構成 : Albert Jan VAN DEN BERG (長、オランダ王国)、Gary B. BORN (アメリカ合衆国)、Daniel BETHLEHEM (イギリス)

一 判断のポイント :

特許要件に関する国内裁判所の法理につき、NAFTA1105 条(最低待遇基準)又は 1110 条(収用及び補償)違反が問題となった事案において、

- ・ 伝統的な法理との関係で劇的变化は認められず、併せて、投資家は時間の経過に伴った司法の決定機能としての法の可変性に対する予測をすべきであったとして、その正当な期待を否定し、
- ・ 当該法理が投資受入国の正当な公共政策目的を達成するために唯一又は最善であるかを吟味する必要はなく、当該法理は同目的に合理的に関連しているなどとして、その恣意性を否定した。

仲裁廷が国内裁判所の活動について NAFTA1105 条(1)に違反すると評価することが適切であるのは、当該活動が悪質で衝撃的なものであることの明らかな証拠があるといえるような非常に例外的な場合に限るとした(傍論)。

二 事案の概要 :

I 事実関係

1 本件は、申立人及びその関連会社が、医薬品であるストラテラ及びジプレキサについてカナダ国内でいったん特許権の付与を受けた後(以下、この二つの特許権を併せて「本件特許権」という。)、これらのジェネリック医薬品を扱う製薬会社との間の同国裁判所の訴訟において、これらの特許権が、特許要件である有用性を欠き無効であるとして敗訴したことから、申立人が同国に対し、国内裁判所における有用性の要件に係る法理について、北米自由貿易協定(NAFTA)に定める待遇の最低待遇基準(1105 条)に違反し、及び(又は)違法な収用(1110 条)に該当するとして、損害賠償等を求めて仲裁を申し立てた事案である。

2 申立人

申立人は、アメリカ合衆国のインディアナ州法に基づいて設立された製薬会社である。申立人は、申立人自身及びその関連会社(Eli Lilly Canada Inc.以下「Lilly Canada」という。)であるカナダ法人のため、本件仲裁を申し立てた。[para. 1]

3 事実経過

(1) ジプレキサ関係(Lilly Canada 関係)

ジプレキサについては、1991年4月24日、カナダで特許権の出願がされ、Lilly Canada が、1995年10月13日にその審査請求をし、1998年7月14日に特許権を付与された。[paras. 73,74,78]

その後、カナダ法人の Novopharm Limited (現 Teva Canada Limited) が、2007年6月6日、カナダ保健省からジプレキサのジェネリック医薬品の販売承認を受けたことに対し、Lilly Canada が同社に同医薬品に係る承認通知 (NOC) を交付しないことを命じる旨を求めたが、同月5日、カナダ裁判所は同請求を排斥した。[para. 79]

また、Lilly Canada は、Novopharm Limited を相手方として、特許権侵害を理由とする訴訟を提起していたが、2009年10月5日、カナダ裁判所は、当該請求を退け、その上訴審は、特許権の要件である有用性等について再検討するよう求めて差し戻し、差し戻審は、2011年11月10日、特許権の有用性を欠く (有用性に関する見込みは示されず、かつ、出願時に利用可能な証拠に基づいては適切に予測し得なかった) として、あらためて請求を退け、その上訴審も、2012年9月10日、Lilly Canada の上訴を棄却し、最高裁は、これに対する上訴許可の申立てを排斥した。[para. 80-84]

(2) ストラテラ関係 (申立人関係)

申立人は、1979年にアトモキセチン (ストラテラの一般名) を含む化合物を属とする特許権を取得していたが [para. 85]、1996年1月4日、特許協力条約に基づきストラテラの新規用途発明の特許出願をし、1997年7月7日にカナダ国内段階に移行する措置を取った。[para. 88]

ストラテラについては、2002年10月1日に特許権が付与され、2004年12月24日には、カナダ保健省から医薬品承認 (NOC) が付与された。[paras. 91,92]

その後、Novopharm Limited が上記特許の有効性を争う訴訟を提起したところ、カナダ裁判所は、2010年9月14日、有用性に係る開示要求を満たさないとして、上記特許権は無効である旨判断した。[para. 93] 上訴審も、2011年7月5日、その結論を維持し、最高裁は、これに対する上訴許可の申立てを排斥した。[para. 94]

4 カナダ特許法における有用性要件

カナダ特許法 (Patent Act) 2条 (定義規定) は、“invention” means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter と規定しており、この“useful”という文言から有用性が特許要件とされている。

この有用性については、2000年代の半ば頃から、カナダの国内裁判所において、promise utility doctrine と呼ばれる法理 (以下「本件法理」という。) が採用されるようになっていた。この法理は、有用性について特許明細書に何らかの①見込み (promise) が記載されている場合には、有用性はその見込みについて審査され、その有用性については、②出願時に、③その有用性を明示する (demonstrated) データ、又はその見込みを十分に裏付ける (sound predict) データを提出しなければならないというようなものであり¹、本件では、この三つの内容が本件法

理の 3 要素と扱われており [paras. 235,313 等]、争いとなっている (②については、出願後の証拠の提出の禁止として検討されている。)

II 本件における争点 (仲裁判断におけるロードマップ (para. 110))

仲裁廷は、当事者の示したディシジョンツリーを考慮して争点を設定し、次の順序で検討している。

- (i) 当仲裁廷の管轄権の範囲
- (ii) NAFTA 第 11 章の下、司法的措置による責任発生の根拠は denial of justice に限られるか。
- (iii) カナダ特許法における有用性の要件について劇的な変更があったか。
- (iv) 本件特許権に適用された同有用性の要件は恣意的及び (又は) 差別的か。
- (v) (iii) 及び (又は) (iv) が肯定される場合、本件特許権を無効としたことは、NAFTA1110 条及び (又は) 1105 条に違反するか。

三 判断概要：

III 争点に対する仲裁廷の判断の概要 (争点 (i) は省略)

1 争点 (ii) (denial of justice) について²

NAFTA1105 条 (1) に定める国際慣習法上の最低待遇基準に違反するとの主張は、denial of justice という言葉に当たらない場合であったとしても、同条違反の主張の適切な事由となり得るものである。 [para. 223]

NAFTA 第 11 章の仲裁廷は、国内裁判所の上級審ではなく、国内裁判所の出した結論を審査することが任務ではないし、国内裁判所の活動や、判断に対しては相当な敬意が払われるべきものである。NAFTA 第 11 章の仲裁廷が (国内裁判所の) 活動について NAFTA1105 条 (1) に違反していると評価することが適切なのは、それが悪質で衝撃的な活動であることの明らかな証拠があるといった非常に例外的な場合に限られる。 [para. 224]

2 争点 (iii) (劇的な変更) について

当仲裁廷は、申立人がカナダ特許法における劇的又は根本的な変化を立証しておらず、事実の問題として、本件特許権に対するカナダ特許法の適用によって申立人の正当な期待が害されたことも立証していないと判断する。 [para. 387]

3 争点 (iv) (恣意性及び差別性) について

①見込みの審査 (本件法理の第 1 要素) はカナダ国内裁判所が日々求められる業務の範囲内に含まれるものであり、申立人は、それが予測不能であることや首尾一貫しないことを証明していない。 [para. 420] 本件法理は、見込みの開示において有用性についての誇張を防ぎ、正確性を確保するなどの正当な政策目標と合理的に関連している。 [para. 423]

¹ 西村もも子「国際投資協定に基づく知的財産権紛争とその政治的背景」<http://www.inpit.go.jp/content/100558535.pdf>

² この判断部分は、仲裁廷自らが、劇的な変更が認められない以上判断の必要はないとした上で、所見として述べたものである。 [para. 220]

②出願後の証拠の提出の禁止（本件法理の第 2 要素）について、申立人は、それが予測不能であることや首尾一貫しないことを証明しておらず、このルールは、有用性を証明すべき時点を明確にし、投機的な理由による出願が認められるのを防ぐといった政策目標との間に合理的な関連性がある。[paras. 424,425]

③見込みについての十分に裏付けられたデータの開示の要求（本件法理の第 3 要素）は、これにより、発明者に対し、有用性の明示がなくとも特許権を認めることができ、望ましいことであるかどうかはともかく、不合理でないことは明白である。[para. 428]

以上の理由により、当仲裁廷は、一件記録に照らし、本件法理の 3 要素のいずれもが恣意的ではないと認める。さらに、申立人は、カナダ国内裁判所における本件法理の 3 要素の適用場面における恣意性も立証していない。このことは、本件特許権の訴訟における判決によって支持される場所である。これらの判決はカナダ法に根拠付けられており、3 要素はまた被申立国が述べる政策の正当性と整合的である。 [para. 430]

（医薬品部門において特許権が無効となった事件数が他の部門よりも多いことを示す内容の統計的データを検討した上で）当仲裁廷は、本件法理が医薬品特許を差別しているとの申立人の主張は立証されていないと結論付ける。 [para. 439]

案件 119 : Capital Financial Holdings Luxembourg SA v カメルーン共和国 (Affaire CIRDI No. ARB/15/18)

(JCA ジャーナル 2017 年 12 月号 (96))

判断年月日 : 2017 年 6 月 22 日

仲裁廷の構成 : Pierre Tercier (長、スイス連邦)、Alexis Mourre (フランス)、Alain Pellet (フランス)

一 判断のポイント :

- ・ 本件 BIT における法人の定義にいう「設立準拠法および会社本拠」の「会社本拠」概念は国内法により決定され、ルクセンブルク大公国法によれば、登記地といった形式的なものではなく、一定の実質的活動を行う地を意味する。
- ・ 申立人は仲裁申立のかなり前に設立されていたとしても、申立人要件を充足する措置が仲裁申立直前に執られる場合、権利濫用として管轄権が否定され得る。
- ・ 同一人物が支配する他の法人が提供する資金をそのまま投資に用いる場合、申立人による「拠出」が存在せず、ICSID 条約で保護される「投資」に該当しない。
- ・ 投資財産 (株式) 取得に際して支払をなしたことの証拠を提出できない場合、「拠出」がなく、すなわち「投資」もない。

二 事案の概要 :

I. 事実概要

申立人 (CFHL) はルクセンブルク大公国企業であり、2005 年に設立され、設立時株式の 98% は Yves-Michel Fotso¹ が保有していた [paras.1, 8-9]。

Y.-M. Fotso は、父 Victor と共にカメルーン共和国商業銀行 (Commercial Bank Cameroon: CBC) を 1997 年に設立した。申立人は、2006 年に CBC 株式の 25.29% を取得し、さらに 2008 年に Fotso Group Holdings (FGH。Fotso グループに属するキプロス共和国法人であり、申立人の株式 99.8% を保有。FGH の株式の 90% は Yves-Michel Fotso が保有 [para.5]) から CBC 株式の 21.28% を取得し、仲裁判断時点で申立人の CBC 持分は 46.57% となっている [paras.30-35]。2006 年に中央アフリカ共和国銀行委員会 (COBAC)² が CBC の検査を開始し、2009 年 7 月に CBC 再建計画を不十分と判断し、Y.-M. Fotso を銀行から排除するように勧告した [para.36]。同年 11 月に COBAC は別人を CBC の暫定管理人に指定し、2010 年 12 月には J.-M. Fotso はカメルーン共和国警察に身柄を拘束された [paras.39-45]。その

¹ カメルーン共和国国籍の実業家であり、2000-03 年は Camair (カメルーン共和国航空) を支配していた。2016 年 4 月に横領背任等の罪で終身刑を受けている (2016 年 4 月 27 日付 Le Monde)。

² 中央アフリカ共和国経済通貨共同体 (Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale) に属する諸国 (カメルーン共和国・コンゴ民主共和国・ガボン共和国・赤道ギニア共和国・中央アフリカ共和国・チャド共和国) が設立した銀行監督機関。

後、CBC の再建方針をめぐって株主間で対立が生じ、カメルーン共和国財務省の申立により、2013 年 12 月 6 日に Douala-Bonanjo 第一審裁判所は申立人が有する CBC 株式の差押えを命じた [paras.49-57]。差し押さえられた株式以外の株式を有する株主からなる CBC 株主総会は、同 9 日、資本を一旦 OCFA フランに減資した後、新規に 1 株 1 万 CFA フランの株式を 120 万株発行することを決議した。申立人は、Douala-Bonanjo 第一審裁判所に、差押命令の撤回を求めて同 27 日に、同 9 日の株主総会決定の一時停止を求めて翌 2014 年 2 月 6 日に、それぞれ提訴した [paras.58-67]。申立人は、2015 年 4 月 15 日に、ベルギー王国=ルクセンブルク大公国経済同盟・カメルーン共和国投資条約（以下、BIT）³に基づき、「いくつかの国際法上の義務違反に関して」⁴ICSID に仲裁申立をなした [paras.73, 114]。被申立国は管轄権手続を本案手続と分離して進めること（bifurcation）を主張し、仲裁廷は 2015 年 12 月 28 日の第 2 手続命令で管轄権手続の分離を認めた [paras.86-91]。

三 判断概要：

II.判断要旨

A.管轄権

1. 調停前置（BIT10 条）

（略 [paras. 143-169]）

2. 人的管轄

(a) BIT 上の「会社（sociétés）」の定義——「会社本拠（siège social）」の意義

BIT1 条 2 項は、ベルギー王国・ルクセンブルク大公国側につき、BIT により保護される会社⁵を次のように定義する。

« toute personne morale constituée conformément à la législation de Belgique ou du Luxembourg et ayant son siège social sur le territoire de Belgique ou du Luxembourg »

「ベルギー王国法またはルクセンブルク大公国法に従って設立され、ベルギー王国領あるいはルクセンブルク大公国領内に会社本拠を有するあらゆる法人」

本件において、申立人がルクセンブルク大公国法に従って設立された法人であることに争いはない。問題は、もう一つの累積要件である「会社本拠（siège social）」である。本 BIT にいう会社本拠は、被申立国によれば国際法に従って、申立人によれば国際法に従ってルクセンブルク大公国法に基づき（BIT1 条 2 項がルクセンブルク大公国法に言及しており、慣習法上も国籍決

³ Convention en matière de promotion et de protection réciproques des investissements, signée à Bruxelles le 27 mars 1980, *United Nations Treaty Series*, vol.1284, No.21155.

⁴ 本判断は管轄権に関する問題のみ扱っているため、事実関係や申立人の実体的主張に関する記述は極めて薄く、詳細は不明である。申立人が収用に関する主張を行っていたことは、本判断パラ 68, 390, 405 からわかるが、Mourre の反対意見が「申立人の主張の根幹は収用に関するもの」と述べているように（反対意見パラ 3）、それ以外の主張も行っていたものと思われる。

⁵ 本件 BIT は、「投資家」の定義を置いておらず、同 BIT により保護される自然人と会社との定義を置いている。

定は当該国国内法に基づくため) 決定される [paras.197-202]。1 条 2 項は、会社設立に関しては国内法を明示に指定しているが、会社本拠については明示の指定がなく、会社本拠に関する適用法については不明確である。先例⁶を見れば国籍の決定については当該国の国内法に基づいて判断がなされており、BIT 1 条 2 項が会社設立に関してルクセンブルク大公国法を明示していることを考慮すると、会社本拠についてもそうでないと一貫しない [paras.207-210]。ルクセンブルク大公国法によれば、会社本拠とは会社の中心的業務がなされている場所であり、株主総会・取締役会の場所、経理や関連文書の保管地などを考慮する [para.237]。なお、念のために言えば、国際法に基づいて判断しても同様の結論に達する [paras.252-268]。本件の事実関係に鑑み [paras.293-354]、申立人の会社本拠はルクセンブルク大公国に存在せず、したがって申立人は本件 BIT にいうルクセンブルク大公国国民ではない [paras.356, 366]。

(b) 権利濫用

会社本拠の欠如のみで人的管轄は否定されるが、以下の点からも同様の結論に達する。申立人は長らく休眠会社であったところ、仲裁申立直前の 2014 年になって急にルクセンブルク大公国に会社本拠が現実にあると見せようとするための措置を執り始めている [paras.358-363]。ICSID 条約 25 条 [2 項(b)] によれば、「両当事者が紛争を……仲裁に付託することに同意した日に紛争当事者である国以外の締約国の国籍を有していた法人」に仲裁申立資格があり、その日は本件では仲裁申立書が提出された 2015 年 4 月 15 日である [paras.285-289]。休眠から目を覚ますための措置がこの時期に慌てて執られたことは、その決定的期日 (la date déterminante) 時点において申立人は単に形式的な存在しか有していなかったことを示している。したがって、本件紛争を仲裁に申し立てるために申立人が設立されたわけではないとはいえ、申立人に権利濫用が認められ、申立人は BIT の手続的規定を利用することができない [para.364-366]。

3. 事項的管轄

人的管轄を否定したためこれ以降の検討は不要かもしれない。しかし、本件の事実関係に鑑み、念のため (par surabondance) 事項的管轄についても判断するのが適切と考える [para.369]。

(a) ICSID 条約 25 条にいう「投資」の存在

ICSID 条約 25 条⁷にいう「投資」の存在を判断するために頻繁に用いられる基準は、かなり規模の拠出 (contribution substantielle) があるか、活動が一定の期間行われているか、投資家は経済的リスクを取っているか、投資受入国の発展に貢献しているか、である。期間については本件では問題なく、投資受入国の発展への貢献は客観的基準とは言えず、したがって問題は経済的リスクと一定規模の拠出である [paras.419-423]。ある程度の拠出がなければリスクもな

⁶ *Abaclat v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, para. 257; *Gaëta c. Guinée*, Affaire CIRDI No. ARB/12/36, sentence du 21 décembre 2015, par.135; *SOABI c. Sénégal*, Affaire CIRDI No. ARB/82/1, décision sur la compétence du 1^{er} août 1984, par. 29.

⁷ ICSID 条約 25 条 1 項

The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

いため、これら二要素は連関している。ICSID 条約 25 条が投資の源泉を問題としていないのは確かだとしても、真の問題は仲裁申立をなす者が自ら投資を行っておりリスクを負っているからであり、その限りにおいて資本の源泉を全く問題にしなくてよいとはいえない [paras.419-426]。

申立人は、自らがなした投資として、CBC 株式の 46.57%の保有と、CBC に対する 2 件の融資とを挙げている [para.430]。

融資については、申立人が CBC に 4,300,000.00 ユーロを送金した記録が提出されている [para.453]。ところが、申立人が CBC に 2007 年 7 月に行った 2 件の融資の額(計 4,300,000.00 ユーロ)と、やはり 2007 年 7 月に FGH が申立人になした融資の額とが一致している [para.445]。そして、FGH からの融資については 2012 年 7 月に期限が到来しているにもかかわらず、申立人はこれをいまだに返済していない [para.452]。

株式の 46.57%保有については、これが自らの拠出によるものであれば、かなりの規模 (substantiel) と言える。また、本件株式購入は市場価格でなされている。したがって、問題は申立人がどのような形で本件投資を行ったかである [para.432]。

申立人による CBC 株式購入の資本に関する証拠が提出されたのは、Y.-M. Fotso からの 101,575 株 (全株式の 14.45%) の 3,871,589.00 ユーロでの購入のみである [para.453]。それ以外の持分に関して、2008 年の FGH からの購入については、FGH から 申立人に 8,779,856.00 ユーロの対価で譲渡されたことについての証拠は提出されている一方、現実に対価を支払ったことを示す証拠は、被申立国に銀行口座情報を伝えたくないとの理由で申立人がその提出を拒否している。しかし、部分的に黒塗りした証拠文書を提出することも可能であるから、この理由は説得的でない。それ以外にも、Dawney Holdings Limited (Fotso グループに属する⁸イギリス領ヴァージン諸島法人であり、申立人への売却後も CBC 株式の 5%を保有 [para. 61]) および Leconte 氏 (2006 年 7 月から 2014 年 12 月まで申立人の取締役の一人 [paras.14, 21]⁹) から CBS 株式の一部が申立人に譲渡されたことについての証拠は提出されているものの、やはり現実に支払がなされたことを示す証拠の提出はない [paras.449-451]。

すなわち、申立人は、保有する CBC 株式 46.57%のうち 32.13%の取得に際しては一切支払をしておらず、融資については自らの資本を用いていない [para.454]。そして、Dawney Holdings Limited も Leconte 氏も Fotso グループと密接な関係にある。Y.-M. Fotso 氏は、自らが Fotso グループを設立し、グループの活動について決定を行っていることを認めている [para.436]。Yves-Michel Fotso 氏本人が認めるように、これらはすべて同氏が管理する資本である [para.455]。

以上を総合的に考慮し、申立人が BIT 【ママ : ICSID 条約?】の保護を受けることができるような投資の存在を認めることはできない、と結論する [paras.456-457]。

(b) BIT 上の「投資」の定義

⁸ どのように「属」しているかについては仲裁判断文に記載なし

⁹ 仲裁判断文に国籍の記載なし。

(略 paras.458-468)

B. 費用負担

ICSID 条約 61 条 2 項および ICSID 仲裁規則 28 条に基づき、仲裁廷は広汎な裁量を有する。本件においては、申立人が優越した論点もあれば逆もあり、いずれについても法的に興味深い問題が扱われた。したがって、弁護士費用を申立人に負担させることはせず各自負担とし、仲裁費用は全額申立人負担とする [paras.475-484]。

